

臺北市政府法務局 103 年度委託研究案

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

委託機關／
臺北市政府法務局

受託機構／
國立政治大學

執行期間／
103 年 5 月 14 日至 11 月 28 日

計畫主持人／
詹鎮榮 教授

協同主持人／
吳秦雯 助理教授

計畫助理／
楊哲瑋、鄭姪妤

中 華 民 國 103 年 11 月 28 日 印 製

摘 要

臺北市政府近年來推動公私協力行政，無論法令依據為何，率皆透過「公私協力契約」；惟此等契約應為如何定性，尤其公私協力契約法律形式選擇之基準、是否擁有選擇自由與誰屬，目前學理實務見解分歧。本研究之目的在於規整、尋找較為明確、契合我國法公、私法二元區分體系，並且具行政實務上可操作性之選擇基準建議，俾供行政機關形塑公私協力契約時，法律定性選擇之參考。

本研究期程為六個月，剖析臺北市市有財產提供民間使用之規範框架與種類為始。次之，探討臺北市市有財產提供民間使用之契約形式選擇現況，從自治法規、行政作業之函釋與台北市政府常用契約範例切入，並分析相關法院裁判與整理我國學說論點。此外，再從比較法的角度，觀察對我國行政契約法治影響較深的德國與法國在公私協力契約形式選擇之情況。過程中依規劃召開專家焦點座談，共同研析本研究設定之公私協力契約法律形式選擇標準問題，並經過委託機關期中與期末報告審查，最後總整所有研究資料後提出期末報告。

研究重要發現：一、不論我國學說、法院裁判及台北市政府所屬機關，有關公私協力契約屬性區分之標準與判斷，整體深受司法院釋字第 533 號解釋所影響。台北市政府所屬機關具體認定契約之法律屬性方面，於契約內容係行政機關之一方負有作成行政處分或高權事實行為之義務，或是用以替代行政處分之作成、涉及人民公法上權利義務關係，或是列有顯然偏袒行政機關一方之條款者，則屬行政契約。反之，若契約涉及政府採購或是營利行政之範疇，則屬私法契約。二、行政機關是否享有契約形式選擇自由，臺北市政府之態度並不明確，法院的態度則搖擺不定，學說則多肯定契約當事人之給付行政領域中之契約形式選擇自由，與德國法院裁判實

務及多數學者見解相符。不過，德國在傳統公、私法契約區分架構下，已經就不同契約類型，發展出類型特殊性之更細膩的契約形式區分基準；學界也不再立基在契約形式選擇自由理論之提出。法國因長期高度發展契約類型區別，行政機關之契約形式選擇自由受限，但目前發展重點已轉為公共採購契約之監督與穩定。

研究主要建議：短期建議為修正「臺北市市有財產委託經營管理自治條例」第 11 條與刪除第 16 條第 2 項，並修正臺北市市有公用房地提供使用辦法暨一併檢討以之為立基之相關自治法規命令及行政規則，同時修正行政契約判斷基準。中長期建議為建構公私協力契約之共同框架規範並揚棄契約形式選擇自由理論。最後，本研究之政策意涵在於提供委託機關具體可操作之公私協力行政契約形式選擇標準，在合法合理之範圍內，活化並增進委託機關所有之財產出租、提供使用及委託經營。

The Study on the Discretion of Choosing Contract Forms in Public-private Partnership:

Focus on Leasing, Providing for Use and Commissioning the
Taipei Municipal Property

Abstract

Taipei City Government has been promoting public-private partnership in administration by adopting public-private partnership contract, regardless of its legal basis. However, practical and theoretical debates occur over issues concerning classification of contracts, in particular, how to regulate, and whether or who has the discretion. This study focuses on structuring and constructing a more specific standard, which is both practical and compatible with the scheme of public-private distinction, to provide the administrative branch a better reference.

This study, conducted in six months, starts from analyzing the regulations and types regarding the use of municipal property between the Taipei City Government and people. Further, this study discusses the status quo of Taipei City Government in adopting which kind of contracts when providing people with municipal property for use, by reviewing local self-governing regulations, executive orders, official contract examples, and analyzing relevant judicial decisions and theories. In addition, this study carries out a comparative method, observing the adoption of public-private contracts in Germany and France, which are of great influences on the establishment of our legal structure. In the meanwhile, this study also held a symposium with regards to the raised topic, under-

gone periodical work reports, and finalized this research with all the enlightenment above mentioned.

This study concludes with the following findings: first, the standard of differentiating public or private contract is deeply influenced by the J. Y. Interpretation No. 533. Particularly, when the Taipei City authorities deciding which contract to use, if that the authorities were obliged to render administrative dispositions or non-legal transactions, the contract were made in lieu of administrative dispositions, were concerning the legal relationship of people under public law, or that the contract were in favor of the authorities, the contracts would be deemed a public contract. Otherwise, those related with government procurement or profit-oriented administration would be seen as private contracts. Second, it is unclear to conclude whether the authorities possess the discretion to choose the forms of contract from the administrative or judicial practice, which, on the other hand, is commonly affirmed in theory and German legal practice if it is occurred in benefit-granting administration. Nonetheless, German legal practice has long developed a more specific standard regarding different types of contract under the public-private distinction scheme. Moreover, due to the long-established classification of contracts, the French government is confined to limited discretion, and then turns to focus on how to supervise and stabilize the public procurement contracts.

This research ends with two main suggestions. In the short-term, it is advised to amend article 11 and void article 16 paragraph 2 of the “Taipei municipal property commission act（臺北市市有財產委託經營管理自治條例）”, “Taipei municipal construction provision directive rule（臺北市

市有公用房地提供使用辦法)”, and other relevant acts and regulations concerning the standard of adopting public contract. In the long-term, the legal framework of regulating public and private contracts should be established with discard of the theory on discretionary over contract forms. Finally, this research aims to provide the authorities with a concrete and pragmatic standard in adopting public or private contracts, which is in accordance with law and further enhance the use of municipal property.

目次

摘要.....	I
Abstract.....	III
目次.....	VII
第一章 前言	1
第一節 研究動機及目的.....	1
第一項 動機說明.....	1
第二項 研究目的.....	5
第二節 研究範圍及限制.....	6
第一項 研究範圍.....	6
第二項 研究限制.....	9
第三節 研究方法.....	10
第二章 臺北市市有財產提供民間使用之理論及規範體系	13
第一節 市有財產提供民間使用作為公私協力行政.....	14
第一項 公私協力之概念.....	15
第一款 廣義理解.....	16
第二款 限縮理解.....	17
第三款 民營化脈絡下之理解.....	18
第二項 公私協力之種類.....	20
第二節 臺北市市有財產提供民間使用之規範框架.....	28
第一項 促參法與政府採購法適用之區分.....	30
第二項 市有財產委託經營自治法規之適用問題.....	36
第三節 臺北市市有財產提供民間使用之種類.....	40
第一項 依提供使用方式分類.....	40

第二項 依財產用途分類.....	43
第三項 依提供使用目的分類.....	46
第三章 臺北市市有財產提供民間使用之契約形式選擇現況	49
第一節 自治法規及行政作業實務.....	49
第一項 法範明定契約屬性.....	45
第二項 自治法規解釋推導.....	58
第三項 行政作業實務.....	62
第一款 行政函釋.....	62
第二款 臺北市政府常用契約範例.....	64
第三款 個別之公私協力契約書.....	66
第四項 小結.....	69
第二節 法院裁判.....	70
第一項 行政契約.....	71
第二項 私法契約.....	83
第三項 因公有財產提供民間使用所生之非契約法律關係.....	93
第四項 小結.....	99
第三節 學說討論.....	99
第一項 行政機關之行為形式選擇自由與限制.....	102
第二項 公私協力形式選擇自由之可能與限制.....	104
第一款 行政契約與私法契約區分基準概述.....	104
第二款 公私協力形式選擇自由之建構.....	106
第一目 學說見解.....	107
第二目 學說標準之整理.....	111
第三項 小結.....	112
第四章 德國公私協力契約之形式選擇	115

第一節 德國公私協力法體系定位概述.....	115
第一項 公私協力之概念.....	115
第二項 行政合作法與行政合作契約.....	117
第一款 合作之行政行為.....	118
第二款 行政合作契約.....	120
第三項 契約態樣.....	120
第二節 行政合作契約之法律形式選擇.....	129
第一項 行政契約與私法契約區分基準概述.....	130
第一款 以「契約標的」為取向之客觀基準.....	131
第二款 契約形式選擇自由之爭辯.....	134
第一目 通說見解.....	134
第二目 行為形式選擇自由之質疑.....	137
第三款 小結.....	138
第二項 行政合作契約締結之程序規範框架.....	139
第一款 依政府採購法締結之行政合作契約.....	139
第一目 政府採購法之適用要件.....	140
第二目 政府採購契約之性質.....	143
第二款 依預算法締結之行政合作契約.....	146
第三款 小結.....	147
第三項 行政法總論改革對行政合作契約定性之衝擊.....	148
第一款 行政合作契約與傳統公共委託契約之異質性.....	149
第二款 行政合作契約框架秩序之建構.....	152
第一目 公私協力加速法.....	153
第二目 Schleswig-Holstein 邦公私協力簡化法	155
第三款 聯邦行政程序法修正草案之轉向趨勢？	155
第一目 專家版本之鑑定意見書.....	156

第二目 官方版修正草案.....	159
第三目 小結.....	160
第三節 為財產收益目的所締結之公私協力契約.....	161
第四節 公有道路特許使用契約.....	163
第五節 研究發現.....	166
第五章 法國公私協力契約之形式選擇	171
第一節 法國私人參與公部門行政事務之性質認定——行政契約 與私法契約之區別.....	173
第一項 判例建立的一般性標準.....	173
第一款 以公共服務之確保為目的.....	174
第二款 當事人地位之對等性.....	176
第二項 立法者法定的標準.....	177
第二節 法國當代公私協力可能採取之契約形式.....	178
第一項 傳統行政契約之基本類型與發展.....	179
第一款 政府採購契約.....	179
第二款 公共服務委託契約.....	180
第三款 公物管領契約.....	181
第四款 規劃特許契約.....	181
第五款 公法上聘僱契約.....	182
第二項 新興的契約類型.....	182
第一款 夥伴契約.....	182
第二款 公共採購.....	184
第三節 研究發現.....	185
第六章 公私協力契約形式選擇體系建構之嘗試	187
第一節 契約屬性「本質論」與「選擇論」之區分.....	187

第一項 以「契約標的」作為界分基準.....	187
第二項 公私協力契約形式本質論之範疇.....	188
第一款 行政契約.....	189
第一目 根據公法規範而簽訂之契約.....	189
第二目 涉及公權力之委託.....	190
第三目 實現人民之公法上請求權.....	190
第四目 公物之特別使用.....	191
第二款 私法契約.....	192
第一目 需求行政（狹義國庫行為）.....	192
第二目 財產收益行為.....	192
第三項 契約形式選擇論之範疇.....	193
第一款 契約標的中性或不明.....	193
第二款 為履行給付行政而簽訂之契約.....	193
第二節 契約形式選擇自由之行使.....	195
第一項 契約形式選擇自由之行使主體.....	195
第一款 以行政權為妥適.....	195
第二款 立法優先原則.....	196
第三款 臺北市實務狀況評析.....	198
第二項 公私協力契約形式選擇基準之細膩化思考嘗試.....	199
第一款 本研究建議之選擇基準.....	200
第一目 市有財產提供使用是否作為行政機關對契約相對人履 行行政任務之實現手段.....	200
第二目 公眾用公物性質之市有財產是否因契約相對人之使用 致使一般使用受到妨礙.....	201
第二款 臺北市現有選擇（區分）基準之檢討.....	201
第一目 市有財產之「公用—非公用」.....	202

第二目 依契約簽訂之規範依據.....	204
第三目 合意之審判法院.....	206
第三款 其他行政契約判斷基準妥適性之檢討.....	208
第一目 執行公法規範.....	208
第二目 明顯偏袒行政機關一方.....	209
第三目 公益之契約目的.....	209
第三節 公私協力契約屬性認定與司法審查.....	209
第四節 臺北市公私協力契約個案分析舉隅.....	210
第一項 萬芳醫院委託經營契約.....	211
第二項 臺北市立動物園園外服務中心鋪位使用契約及臺北市立 動物園園外服務中心聯合委託契約.....	212
第七章 結論與建議	215
第一節 結論.....	215
第二節 建議.....	218
第一項 短程目標及作法建議.....	218
第一款 目標設定.....	218
第二款 具體建議.....	219
第一目 修正「臺北市市有財產委託經營管理自治條例」.....	219
第二目 修正臺北市市有公用房地提供使用辦法暨一併檢討以 之為立基之相關自治法規命令及行政規則.....	222
第三目 修正「行政契約判斷基準」.....	225
第二項 中長程目標及作法建議.....	226
第一款 目標設定.....	226
第二款 具體建議.....	227
第一目 建構公私協力契約之共同框架規範.....	227
第二目 告別契約形式選擇自由理論.....	229

參考文獻.....	235
-----------	-----

圖表次

表 1：臺北市自治法規關於契約定性規定彙整.....	50
表 2：《臺北市政府常用契約範例》所載公私協力契約之定性.....	65
圖 1：促參法及政府採購法對公有財產委託民間經營之適用.....	34
圖 2：德國行政合作契約簽訂之規範框架.....	143
圖 3：德國行政合作契約形式定性及選擇體系圖.....	148
圖 4：德國公產收益契約定性架構圖.....	163
圖 5：公私協力契約形式選擇架構.....	195

附錄

附錄一 計畫評審會議紀錄.....	241
附錄二 期中審查會議紀錄.....	245
附錄三 專家學者焦點座談會討論題綱.....	255
附錄四 專家學者座談會實錄.....	259
附錄五 期末審查會議紀錄.....	291
附錄六 結案報告修訂說明表.....	301

第一章 前言

第一節 研究動機及目的

第一項 動機說明

源自於英國及美國，旨在使公部門與私部門立於對等之夥伴關係，共同致力於特定行政目的達成，以紓緩公部門獨自執行之財政、組織及人事上壓力，或是提升公共服務品質之公私協力機制，自上世紀八〇年代起亦普遍為我國政府所運用。此等公私協力之行政任務履行方式，不唯在我國中央行政機關被廣泛運用；即使在地方自治團體，亦甚為流行。整體而言，其幾乎已是我國政府當前解決財政拮据、組織及人事精簡、專業欠缺，或是增加公有財產有效利用之萬靈丹。積極推動公私協力，更早已是我國中央及地方政府共同之既定政策。

就臺北市政府而言，其推行以公私協力模式履行公共任務，亦不遺餘力。實務上主要採取之方式，略可區分為下列兩種：其一，積極推動獎勵民間參與公共建設，由民間出資興建、修繕並（或）營運公共建設，以有效調和市府財政拮据及公共服務不中斷兩者間之衝突現象。此種方式可謂由民間為市府分擔公共建設營運行政任務執行之一種「功能民營化」現象，屬於「任務減量型」之公私協力方案。其二，活化既有之市有財產，將其出租或提供民間使用，導入民間需求及經營效率，使市有財產之利用及營運更具效益，發揮最大價值。並且，同時亦可使市府增加權利金或租金之收入。是以，此種方式可謂為一種「公產收益型」之公私協力開源方案。

就法律框架而言，臺北市政府所推行之上述公私協力模式，在中央層

級主要有政府採購法及促進民間參與公共建設法¹，在地方層級則有臺北市市有財產管理自治條例及臺北市市有財產委託經營管理自治條例²作為特別法性質之規範依據³。除此之外，尚有針對特定之事務領域所制定之特別自治法規，例如臺北市公有路外停車場委託經營自治條例、臺北市市立學校委託私人辦理自治條例⁴及臺北市畜犬管理辦法第 10 條第 1 項⁵等。

無論基於上述何等法規所推行之公私協力，臺北市政府與參與之民間機構或私人間具體公私協力權利義務關係之形塑，率皆以「契約」之法律形式為之。然而，究係為私法契約抑或行政契約，在法制、行政作業實務、法院裁判及學說見解上，則呈現出分歧之現象，未有共識⁶。例如上述臺北市市有財產委託經營管理自治條例第 11 條規定：「市有財產委託經營管理時，委託機關應與受託人簽訂委託契約，該契約應報請市政府核准並經法院公證。」由此條文之「並經法院公證」文義觀之，立法者似有意將委託契約定性為「私法契約」。蓋根據公證法第 2 條第 1 項規定：「公證人因當事人或其他關係人之請求，就法律行為及其他關於私權之事實，有作

¹ 根據臺北市政府財政局統計，截至 103 年 3 月 31 日止，依促參法辦理之已簽約 BOT 案計有 9 件，BOO 案 4 件，ROT 案 10 件，OT 案 53 件，合計共為 76 件。參見 <http://www.dof.taipei.gov.tw/public/Attachment/45279174825.pdf>（瀏覽日期：2014 年 8 月 2 日）。

² 該自治條例之前身為臺北市政府民國 87 年 9 月 10 日府法三字第 87006424008 號令所頒布之「臺北市市有財產委託經營管理辦法」，嗣於 94 年 7 月 6 日由市議會三讀修正通過之「臺北市市有財產委託經營管理自治條例」所取代，提升規範位階層級至自治條例。截至 103 年 3 月 31 日止，臺北市市有財產根據該自治條例已委託民間經營管理案件（OT）共 116 個，其中以社會局 66 個案件最多，次為教育局 12 件。參見臺北市政府財政局網站：<http://www.dof.taipei.gov.tw/public/Attachment/45279273864.pdf>（瀏覽日期：2014 年 8 月 2 日）。

³ 臺北市市有財產委託經營管理自治條例第 1 條第 2 項規定：「市有財產之委託經營管理，依本自治條例之規定；本自治條例未規定者，適用其他法令之規定。」由此可知，立法者將本自治條例定位為市有財產委託經營管理時，應優先適用之特別法。

⁴ 中華民國 103 年 6 月 31 日制定。

⁵ 其規定：「市政府得自行或委託民間團體、設立動物收容所，執行下列事項：一、收容及處理檢驗所送交之動物。二、為所收容之犬隻協尋新飼主。三、其他市政府所規定之事項。」

⁶ 參見吳志光，公私協力行為之公法化趨勢——以委託經營管理及促進民間參與公共建設法之實務見解為核心，輔仁法學，第 36 期，2008 年 12 月，頁 1 以下。

成公證書或對於私文書予以認證之權限。」從文義脈絡觀之，法院公證人有權作成公證書之文件，為「關於私權」之法律行為及事實。若由此為反面解釋，行政契約理無由經法院公證之需要及可能。

然而另一方面，同自治條例第 16 條第 2 項復規定：「前項情形經委託機關通知限期點交返還，逾期末點交返還者，委託機關得依行政執行法規定強制執行。」法條明定委託契約期滿不續約、終止、解除時，受託人不將受託財產與委託經營權返還及點交時，委託機關得依「行政執行法」為強制執行。又根據《臺北市市有財產委託經營管理作業手冊》「參、委託經營執行步驟」項下之「步驟八：簽訂委託契約」記載：「為符合行政程序法相關內容，委託經營行政契約應另記載『因本契約有關事項涉訟時，以行政法院為管轄法院。』及『乙方如有違反本契約之約定者，自願接受甲方依行政程序法第 148 條規定，以本契約為強制執行之名義。本契約業經臺北市市長依行政程序法第 148 條第 2 項認可。』……」據此，該自治條例立法者及臺北市政府似又認為根據該條例所為之市有財產委託民間經營管理所簽訂之契約，性質上屬「行政契約」。由上述臺北市市有財產委託經營管理自治條例規範面觀察，市有財產委託民間經營管理時所簽訂之委託契約，性質究屬私法契約抑或行政契約，規範體系上似未一致。

若吾人再將觀察視野移至行政法院之裁判，則市產委託民間經營之「公辦民營」委託契約定性為何，依個案情形而有不同之見解。例如臺北高等行政法院於臺北市政府交通局與受託人針對「臺北車站特定區 D1 用地長途客運臨時轉運站開發經營」事件所引發之訴訟案件中⁷明白指出：「被告與原告簽訂系爭契約係為臺北轉運站興建營運前，開發經營及使用長途客運臨時轉運站（契約標的），改善臺北車站週邊及承德路交通狀況之公益目的（契約目的）；系爭契約又約定被告開發經營應符合臺北市政府 92 年 7 月 1 日府交二字第 09202220400 號函核定之『臺北車站特定區 D1 用

⁷ 臺北高等行政法院 99 年度訴字第 82 號判決。

地長途客運臨時轉運站投資開發計畫書』，被告必須經營原告同意進駐之路線，在經核定之設站管制區內上下乘客，亦涉及業者設立停車站公法上之權利及臺北市政府交通局准許設站之公權力措施；參以系爭 98 年契約第 27、29 條約定系爭契約為行政契約，適用行政程序法規定，如有爭議由行政法院裁判，因執行需要須前往臺北市議會列席說明時，被告不得拒絕，綜上，系爭 93、98 契約為公法契約。」

反之，臺北高等行政法院 96 年度訴字第 1132 號裁定則認為：「系爭契約，係由被告提供臺北市○○區○○段 1 小段 79 號土地內青年公園游泳池、綜合大樓、網球場等土地及建築物與各項設施交由原告使用，相關設施及土地所有權仍屬臺北市，但由原告負責經營、管理及維護；其約定之內容，自與執行公法法規或偏袒行政機關之優勢地位無關，且不涉及人民之公法上之權利義務，亦無行政機關依法應作成行政處分或高權的事實行為的情事存在；何況系爭契約之約定事項，亦無原告應為如何履行公行政之義務及有何涉及公權力之委託行使等等之相關約定，故系爭契約無關於公法上目的，自屬私法契約應可足認。」從而，行政法院認定游泳池及網球場等「市有體育設施」之委託經營管理維護契約，係屬私法契約，而非行政契約。綜上所述，同屬臺北市市有財產（上述案例中臺北車站特定區 D1 用地係屬由他級政府撥用之不動產）之「交通轉運站用地」及「體育設施」的委外，所簽訂委託契約之定性則不相同。前者行政法院認為係屬行政契約，而後者則為私法契約。行政法院之判準，顯然地非在於公有財產委託民間經營之「委外」形式上，毋寧在於公有財產之「實際用途及使用目的」。基此，臺北市政府將市有財產委託民間經營所簽訂之委託契約形式，似非可由委託機關自由選擇，亦不受法規範明定之約束，毋寧應視個案之財產使用狀況而定。若此命題可被接受，則根據臺北市市有財產委託經營管理自治條例第 4 條規定，市有財產得提供委託經營管理之項目計有八項之多。其領域從教育文化、農林漁牧、社會福利，到衛生醫療、公

害防治、道路交通，以迄休閒遊憩及經市政府指定供特定目的使用等，種類繁多，屬性差異甚大。如此廣泛行政業務委託經營所簽訂之契約應選擇何等形式，誠屬高度難題。

綜上分就臺北市市有財產委託經營法令規範及行政法院相關裁判觀察，市有財產出租、提供使用與民間經營管理所簽訂之經營委託契約形式，究係可否由立法者為統一形塑？抑或締約之行政機關享有選擇自由？或是應依其使用目的而作個案之客觀認定，不容立法者或行政機關自行選擇？在現行法制、行政作業實務及法院裁判上呈現出見解不一之現象。凡此，乃為引發本研究計畫提出之最主要背景及動機。

第二項 研究目的

臺北市政府近年來推動公私協力行政，無論是根據促參法所採行之「市有建設委託經營模式」(OT)，抑或是根據臺北市市有財產委託經營管理自治條例所辦理之市有財產出租、提供使用，或是委託民間經營管理，率皆透過「公私協力契約」(PPP-Contract; ÖPP-Vertrag)，已如前述。從而，「契約」為形塑行政機關與私部門間公產利用法律關係之最主要行政行為形式，在法制及實務上殆無疑義⁸。惟在採取公、私法二元區分大陸法系規範架構之我國，為形塑公私協力法律關係所締結之公私協力契約，法律性質上並非必然單一歸屬於行政契約；同理，亦非當然僅可歸屬於私法契約之唯一可能性。毋寧，視不同之公私協力行政領域及合作內容，理論上容有定性為「行政契約」或「私法契約」之可能性。甚至，在部份之公私協力行政領域，除非法律有明文規定，否則行政機關尚有契約形式之選擇自由 (Wahlfreiheit zur Vertragstyp)。此在上述臺北市政府之公私協力相關法制、行政作業實務及法院裁判上，業已可見類似之操作經驗及見解。不唯是臺北市政府之公私協力行政如此，即便是其他各層級之公部門，行政機

⁸ 以契約作為公私協力之主要行為形式，非我國所獨有，毋寧亦為世界之潮流。參見 Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht, Band 2, 6. Aufl., 2000, § 54 Rn. 11.

關從事公私協力行政時，究應如何判定其應選擇之契約形式，我國現行行政作業實務、司法裁判及學說，乃呈現出多元分歧之見解，尚未有一致性之共識。抑有進者，公私協力相關法令對於契約形式之選擇及擇定，規範體系上亦屬紊亂，且未臻明確，致使在釋義學操作上多容有解釋之空間，而存在認知結果南轅北轍之可能性。影響所及，因公私協力契約定性之不同，在我國現行法秩序下將涉及法規適用、權利救濟及強制執行等一連串後續法律問題解決之路徑差異。

綜上所述，本研究計畫之主要目的，即在於探討公、私部門透過契約形式建構合作法律關係時，契約應為如何定性——亦即公私協力契約法律形式選擇——之問題。尤其，公私協力契約性質上屬於行政契約抑或私法契約，究係屬於立法者「立法形塑自由」之範疇，而容可於中央法令或地方法規中明定，並以之為唯一或主要之認定基準？抑或應以契約之「實質內容」客觀為斷，立法者及行政機關並無契約形式選擇之自由？若為後者，則判斷公私協力契約之性質究屬行政契約抑或私法契約，關鍵之基準又係為何？凡此問題之釐清，誠為本研究計畫之主旨所在。冀盼透過本計畫之執行，能規整，甚至是尋找出較為明確、契合我國法公、私法二元區分體系，並且具行政實務上可操作性之選擇基準建議，俾供行政機關形塑公私協力契約時，法律定性選擇之參考。

第二節 研究範圍及限制

第一項 研究範圍

本計劃環繞計畫主軸，以臺北市政府市有財產出租、提供使用及委託經營為研究範圍，並以目前臺北市政府自 94 年以來制定台北市市有財產委託經營管理自治條例後之各公私協力契約及法院相關裁判為主要研究對象。於前述研究動機時已然提及，目前我國行政機關從事公私協力行政

時，究應如何判定其應選擇之契約形式，相關行政作業實務、司法裁判及學說，呈現多元分歧之見解，尚未有一致性之共識；而公私協力相關法令對於契約形式之選擇及擇定，規範體系上亦屬紊亂。加上我國法令之制定與變遷多與外國法之援引、發展息息相關，因此研究範圍亦將兼及我國所適用之大陸法系中，在行政契約法制上影響我國甚深之德國與法國法，與本研究主題相關之學說與裁判。

在研究內容之設定上，將緊扣以下四主題：

1. 我國公私協力行政之類型

廣義的公私協力行政，係指公、私部門以合作、夥伴之方式，共同促使行政任務之有效執行。既然是透過協力、合作或是夥伴方式共同達成行政任務之履行，類型上最常使用的自然是協力雙方以合意方式規範相互之權利義務關係，而非單方以高權或優勢地位要求對方配合，在概念與現行實務上，締結「契約」方式因此成為最主要的行為形式。因此，本計劃將主要以契約此一行為形式為主要之公私協力行政類型探討對象，但亦不排除在研究台北市市有財產出租、提供使用及委託經營之實務狀態過程中，探究其他行為形式之可能性。

2. 我國行政機關契約形式選擇之類型

倘若行政機關在公私協力行政過程中，已選定以契約規範雙方權利義務關係，由於我國係採公私二元制，契約屬性如何，將影響所有契約階段中適用之法律規範與救濟程序。因此，本計劃將探究契約形式定性為「行政契約」或「私法契約」之可能性，尤其此一定性究竟得由立法者決定並以之為唯一或主要之認定基準？或應單獨以契約之「實質內容」客觀為斷，立法者及行政機關並無契約形式選擇之自由？若為後者，則判斷公私協力契約之性質究屬行政契約抑或私法契約，關鍵之基準又係為何？在判斷契約定性後，甚至進一步再對契約進行類型化之分類，以更精細地釐清

行政機關在契約形式選擇之類型問題。

3. 現代主要國家行政機關契約形式選擇學說、方式與發展趨勢

儘管我國法令與地方自治團體行政實務具有高度的內國特色，但在全球化與自由之潮流下，與現代主要國家之法令進行國際接軌，降低彼此間之法令障礙，無疑為地方自治團體引進私部門協力之重要關鍵之一。本計劃考量我國法長期受德國法之影響，而法國行政契約之發展不但歷史久遠且影響歐盟甚鉅，故將以德國與法國兩國行政機關契約形式選擇學說、方式與發展趨勢為比較法之研究主軸。英美法系國家由於不採公私二元制度，其行政機關之契約形式選擇學說、方式與發展趨勢與我國法有著較顯著的差異，因此本研究並不以其為研究內容。

4. 對行政機關契約形式選擇之具體可行建議

任何之法學研究都必須回饋於國內法，方有其適用之可能與價值。是故，本研究將以前述之研究內容，分析我國現行規定與行政實務狀況，探究行政機關契約形式選擇自由，並在比較現代主要國家關於行政機關選擇契約形式之規定、作法及發展趨勢後，研擬對行政機關契約形式選擇之具體可行建議。

除此之外，有鑑於公私協力種類繁多，舉凡行政委託、公民合資事業經營、公共建設及業務之參與，乃至於非給付行政領域之公私合作管制，皆屬之。而其中以「契約」作為公私協力法律關係基礎者，復不在少數。是以，若不設限地以所有類型之公私協力行政作為本研究計畫之範圍，恐將失之過廣。不僅以有限之研究期程難達一定之研究品質，更易使研究內容過於繁雜、體系建構鬆散。職是之故，本研究計畫於上述四大項之研究內容之下，擬將研究範圍限縮在市有財產之「出租」、「提供使用」及「委託經營」三種公私協力行政態樣上。至於其他公私協力類型，縱使以契約作為內部合作法律關係之基礎，例如促參法意義下之 BOT 等民間參與公

共建設類型，則不在本研究計畫之研究範圍內。

若從法規角度言之，主要涉及者乃為臺北市市有財產管理自治條例第 43 條以下之市有財產租用、非公用財產之出租（第 52 條以下），以及公用及非公用財產之委託經營（第 64 條以下）。在子法及自治規則方面，例如有臺北市市有財產委託經營管理自治條例、臺北市市立學校委託私人辦理自治條例、臺北市公有路外停車場委託經營自治條例、臺北市市有公用房地提供使用辦法、臺北市市有土地標租作為臨時平面停車場使用之處理原則等。除此之外，促參法中之 OT 民間參與公共建設類型，因亦為臺北市政府所廣泛運用，故本研究計畫擬亦將其納入研究之範圍。

最後，在公私協力思維下，市有財產無論是公用財產抑或非公用財產，不動產或動產，只要依法有可能以契約形式出租與民間，提供民間使用，或是委託民間經營管理者，皆屬本研究計畫所欲研究之範圍。準此，除傳統上置於公私協力脈絡下之公有財產委託民間經營管理，固屬本研究主要內容之外，即使是民眾用公物之特別使用，以及公用財產及非公用財產標租與民間等公物法及市有財產管理法制領域內之公私協力契約議題，亦將會進入本研究計畫所擬探討之範圍內，併予敘明。

第二項 研究限制

1. 以公私協力模式之採取為前提

本研究囿於研究課題之限制，僅在公部門業已決定採取公私協力模式作為踐行公共任務手段之前提下，探討「締約階段」之契約形式選擇問題。至於前階段之公共任務「履行手段選擇」問題——亦即究竟是否以採取公私協力模式為宜，抑或由公部門自為給付者為佳，則不在本研究課題之列⁹。

⁹ 相關討論詳參詹鎮榮，行政效率效能作為選擇公私協力模式之基準——對促參法上「可行性評估」之檢討，收錄於：氏著，公私協力與行政合作法，2014 年 3 月，

2. 限於以德、法兩國契約法制為比較對象

在世界主要國家契約法制之比較研究上，有鑑於私法契約及行政契約基本上為大陸法系公、私法二元區分結構下映射至契約法之產物，故本研究計畫在比較法制方面，並不擴及考慮採取英、美法係之其他法制先進國家。其次，在大陸法系基礎上，囿於本研究計畫團隊之成員研究能力，亦僅能限於以德國及法國兩國之契約法作為比較及借鏡國家而已。縱然如此，有鑑於德、法兩國同時為我國行政程序法中行政契約規定之主要仿效國，故其比較價值性應仍屬甚高。

3. 不涉及雙階理論問題之處理

在我國公私協力運作實務上，偶有採取「行政處分+契約」之雙階結構者。前者最經常出現於選擇公私協力合作民間廠商或私人之「選商決定」上，而後者則是形塑公私協力內部合作法律關係之委託經營契約或是其他類型之合作契約。本研究計畫因僅以公私協力契約形式之選擇問題作為研究標的，故契約締結前之選商決定，究係僅屬契約當事人選擇預備階段之事實行為，抑或屬雙階理論適用下之行政處分，本研究將不予置喙。

第三節 研究方法

本研究計畫採取之主要研究方法如下：

1. 文獻分析法

文獻之蒐集、彙整及分析為法學研究必要且最為基礎之方法。從而，本研究計畫係就國內外與研究議題相關之學術論著、法院裁判，以及主管機關函釋見解等文獻與資料，進行蒐集、分析及檢討，藉此探知我國及外國學說及司法實務對行政機關從事公私協力行政時，選擇契約形式之基本態度及判斷基準。

關於專論之蒐集上，我國法學界截至目前為止有關公私協力合作契約之法律性質，已有諸多著作發表，從而在蒐集上並不致遭受到困難。況且，本計畫之計畫主持人及協同主持人長期致力於公私協力法制之研究，對此領域之國內外學說發展有相當程度之掌握。至於在法院裁判分析上，有鑑於本研究計畫之研究主軸在公私協力行政執行時契約形式之選擇，故理論上行政契約及私法契約皆有可能觸及之。為期能全面掌握法院對於公私協力合作契約定性之認定基準及相關見解，故本研究在法院裁判此類素材之蒐集及分析上，並不以「行政法院」之裁判為限，毋寧更進一步擴及至「普通法院」之相關民事裁判。藉由不同審判權下裁判之整理及比較分析，嘗試尋覓出法院對於契約形式選擇所採取之基準，甚至釐清不同審判權之法院有無見解上之差異性。

2. 比較法之研究

有鑑於本研究計畫所涉及議題之特性，原則上係屬採取大陸法系公法及私法二元區分法律架構下始可能衍生之問題，故在比較法研究方法上之國別選擇，首先理當以採取大陸法系之國家為優先考慮。再者，就契約法制發展程度以觀，由於我國行政契約法制實踐經驗有限，故在選擇比較國時，當以行政契約相關法規、學說及實務已有相當圓熟發展之法制先進國家為借鏡，俾能有所啟發。職是之故，比較法之研究透過德、法兩國行政契約法制之比較研究，其學理及規範與我國相似，且又較之於我國發達，以之運用於本研究計畫之主題上，應具有研究方法選擇上之合理性及高度可行性。

3. 焦點座談

最後，本研究計畫亦輔以舉辦焦點座談會之研究究方法，目的在於希望藉由集體討論的方式，了解、交換並彙整更多學者專家之觀點與意見。焦點座談中，邀請國內對公私協力卓有研究之學者與專家，從理論與實務

觀點進一步討論我國狀況，並提供現代主要國家之理論與實務發展資料，使理論與實務觀點可以相互對話激盪，增廣並深化本研究之思考視野。

第二章 臺北市市有財產提供民間使用 之理論及規範體系

「財產（權）」為人類創設法律制度以降，幾乎是自始即被納入規範之客體。且無論是在私法或是公法領域，皆然；為一公、私法領域皆存之規範標的。在私法領域，所有權被肯定為是一種物權，所有權人得自由使用、收益及處分其所有物，並排除他人之侵害。在公法領域，財產權向來則是被視為最基本，且是最為古老人類基本權之一。人民享有不受國家非法侵害，依自我意志處分、使用及收益自己所有物之自由。此等財產權在公、私法領域中雖同為規範標的，但卻存有不同規範功能之法制架構，對於財產之所有權人為「行政主體」之情形，尤具意義。行政主體於對其所有之財產——亦即公有財產——行使所有權人之所有權能時，因多數之公有財產具有特定之行政目的，且往往與行政任務之執行密不可分，為執行任務之必要硬體設備，故所立居之法律地位及應適用之法規範框架與法理，自與真正之私人作為所有權人之情形有別。是以，「公有財產法制」所涵蓋之內容，不僅包括單純以「物」作為規範標的之「財產規範」外，例如民法物權篇、預算法及地方自治團體公有財產管理相關自治法規，更因涉及到財產之設置及使用所連結之行政任務執行與行政目的之達成，故往往不可避免地亦與規範行政任務執行之「任務規範」具有無法脫鉤之關聯性。換言之，公有財產法制乃是一「財產法」及「任務法」兩面向兼具之法領域。抑有進者，在不在少數之行政作業實務情形下，財產法規範反因任務法之優先適用，而須退居為補充性質，甚至全然不具有發揮規制之實際意義。

以下茲從上述公有財產法之規範特性出發，析論公有財產出租、提供使用或是委託經營之處置行為，在我國學說及現行法秩序下之體系定位。

又有鑑於本研究計畫係以臺北市市有財產作為主要之研究標的，故相關說明及論述在可能之關聯性下，亦將特別關注臺北市公有財產提供民間使用之情形及規範，合先敘明。

第一節 市有財產提供民間使用作為公私協力行政

現代國家之行政任務態樣繁多，執行任務所須具備之軟、硬體條件通常亦各不相同。其中，在給付行政領域，多數之行政任務在執行上免不了必須以房舍等建築物及土地作為硬體條件，始得順利達成所欲實現之行政目的。例如在社會行政領域，提供老年人安養照護服務必須根植上有環境友善之院所設施基礎之上；在醫療衛生行政領域，提供人民疾病醫療給付則須以醫院之興建及完備之醫療設備器材為必要；在生活基本照料行政領域，提供人民普及之公共運輸給付則需有相對綿密之公路網絡及運輸工具始克其功；在教育行政領域，提供人民教育給付需有校舍、教室、圖書館之設置等。凡此，執行行政任務所需之土地、房舍、建築物及設備器材等財產，其本身之存在通常雖尚非足以直接達成行政任務，但卻是行政任務執行上不可或缺之財務。在此情形下，「財產」與「任務」兩者間實具有密不可分之行政目的順遂達成關聯性。

在此基本理解下，行政機關使用公有土地房舍等財產，以供其自己執行行政任務所需用，固為行政任務執行之傳統典範。在此情形下，行政遂自為「給付主體」(Verwaltung als Leistungsträger)，自行製造人民生存照顧所需財物，並提供相關服務¹⁰。然而，在當代公私協力風潮下，於法無明文禁止之範疇內，亦不排除行政機關藉由民間之力，使其參與行政任務之執行，俾使國家財政拮据及任務承載量過重之情形得以獲得舒緩。此際，若民間所參與之行政任務涉及到上述所稱需以土地房舍等財產為後盾之

¹⁰ 參見陳新民，「服務行政」及「生存照顧」概念的原始面貌——談福斯多夫的「當作服務主體的行政」，收錄於：氏著，公法學筭記，1993年10月，頁55以下；詹鎮榮，生存照顧，收錄於：氏著，民營化法與行政革新，2011年10月，頁275-277。

種類時，則參與之私人對於此等執行行政任務所需財產之獲致方法，理論及實務上尚存有多樣性。從由公部門提供使用，乃至於參與之私人自行出資興建或購置等，不一而足，呈現出各式不同組合類型之光譜。其中，若國家或地方自治團體為踐行公私協力行政，使參與行政任務執行之私人獲得一部或全部所需財產之目的，而將其所有之公有財產出租、提供使用，或是委託經營管理者，則此等財產提供民間使用之性質因非單純僅是行政主體立居於所有權人之地位行使民法上所賦予之所有權能而已，毋寧更蘊含有委託私人執行行政任務之終局目的，故在理論體系上可視之為公私協力行政之一環。

第一項 公私協力之概念

「公私協力」(Public Private Partnership; PPP)——有學者亦稱為「公私合夥關係」¹¹——一般被理解為一集合概念，泛指所有公部門與私部門共同處理事務之情形¹²。惟有學者主張，公私部門目標相衝突之合作形式應排除於公私協力概念之外。例如德國學者 *Dietrich Budäus* 及 *Gernod Grüning* 即認為「公私協力」概念原則上應具備六項要素：亦即政府與私部門間之共同行動、互補性目標之依循、合作時之互助可能性、歷程取向、合夥人身分與責任之續存，以及合作之契約定型化¹³。此等狹義之概念由於忽視國家與私人間行為本質上之差異，亦即國家為公權力主體，僅能以公益為依歸，而私人則為基本權主體，係以追求利潤為行為目標。要求公、私部門合作動機與目標一致，毋寧僅從國家觀點考量，漠視私人參與任務執行之經濟上利益，且與公私協力之「雙贏」基本架構有違。是以遭學界

¹¹ 參見黃錦堂，行政契約法主要適用問題之研究，收錄於：氏著，行政契約與新行政法，台灣行政法學會學術研討會論文集（2001），2002年6月，頁45。

¹² Vgl. *P. J. Tettinger*, Die rechtliche Ausgestaltung von Public Private Partnership, DÖV 1996, 764 ff.

¹³ Vgl. *Budäus/Grüning*, Formenvielfalt und Probleme der Kooperation privater und öffentlicher Akteure aus Sicht der Public Choice-Theorie, in: Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft 9 (1996), S. 129 ff.

批評，而不予採納¹⁴。

第一款 廣義理解

取而代之者，在法學領域內，多數學者多對公私協力採取較為廣義之理解。縱然如此，法學者自不同之關懷角度出發，或基於不同之目的取向，仍呈現出極大之概念差異¹⁵。其中最廣義者，乃將公私協力理解為一集合概念，泛指「所有公、私部門合作履行公行政任務之現象」¹⁶。基此，凡是行政任務之執行非由公部門所獨攬，而係有私部門之參與或協助者，即可涵蓋於公私協力概念之中。至於公、私部門間之合作是否須目標一致或至少具互補性、動機上是否出於雙方自願、合作關係之形塑與維繫有無法拘束力、合作標的是否限於公權力、合作過程中公部門是否居於主導地位等因素，則非在考量之列。

在對於公私協力概念採廣義理解之前提下，有必要進一步就其概念內涵加以說明。首先，在行為主體上，必須有隸屬於公、私兩個不同部門之權利主體存在，且以分工方式共同參與任務之執行。公、私部門區分之基準，在於各權利主體或機關之「原始身分」，而非為其「屬性變更後」之地位。例如行政程序法第二條第三項意義下立於組織法上「擬制行政機關」地位之個人或團體，在此處所理解之公私協力概念下，並非歸屬於公部門，而係屬於私部門範疇。蓋此等立於行政受託人地位之個人或團體，係屬公私協力之結果呈現，而非基礎參與主體。一般而言，行政組織法上所

¹⁴ Vgl. J. A. Kämmerer, Privatisierung. Typologie, Determinanten, Rechtspraxis, Folgen, 2001, S. 57.

¹⁵ 關於對各學者所定義公私協力概念之介紹，參見 J. Ziekow, Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) im Verwaltungsverfahrensgesetz, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern, Juni 2001, S. 76 ff. 中文文獻則可參見陳愛娥，公私合作對行政契約法制的影響——以德國法的引介為中心，發表於：高雄大學政治法律學系主辦，政治與法律之對話——合作國家與新治理研討會，高雄，2007年6月8日，會議資料頁4以下。

¹⁶ Vgl. P. J. Tettinger, a.a.O. (Fn. 12), S. 764; F. Schoch, Public Private Partnership, in: Erichsen (Hrsg.), Kommunale Verwaltung im Wandel, 1999, S. 103.

理解之行政主體與行政機關，諸如中央與地方政府機關，以及由中央與地方自治團體共同或分別所設立之各類型公法人，即歸屬於公部門；而私部門所指稱者則為自然人、團體、公司法上之公司，以及其他私法上權利主體等之「實質意義的私人」。至於私法形式之行政組織，亦即單純組織私法化之行政，或是國家具有支配性影響力之公私合資公司，性質上仍應劃歸公部門，而非屬私部門領域¹⁷。

再者，就公私協力之客體而言，概念本身雖未設限，幾乎所有國家公權力作用領域理論上皆可包含在內。然而，一般學說與實務之探討，往往將重點置於公行政領域。在立法權與司法權範圍內之公私協力，雖非根本上排除，但因任務範疇相對為小且內涵特定，故縱有適用之餘地，應僅屬個案之少數情形而已。

第二款 限縮理解

上述廣義之公私協力概念理解，對於吾人凸顯現代國家行政任務執行方式變革之現象與發展，固屬適切且充分。然而，若旨在從現行行政法制探究因公私協力所帶來之挑戰及相關因應問題者，則此等廣義之公私協力概念將由於欠缺具體可掌握之內涵而過於籠統，且難以據此作為行政法制上之討論基礎，以及建構法律框架之規範標的。準此，若是以建構行政合作法為目的取向，則公私協力之概念宜採「限縮理解」為宜：亦即以雙方在「自願」（Freiwilligkeit）以及「責任分擔」（Verantwortungsteilung）之基礎上所形成之合作關係為限¹⁸。據此，公私協力之概念或可更精緻地被定義為「國家高權主體與私經濟主體間本於自由意願，透過正式之公法或私法性質雙方法律行為，抑或非正式之行政行為形塑合作關係，並且彼此為風險與責任分擔之行政任務執行模式¹⁹。」從而，行政任務之執行縱在

¹⁷ Vgl. Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht, Bd. 1, 11. Aufl., 1999, § 23, Rn. 18.

¹⁸ 相同見解者，參見 J. Ziekow, a.a.O. (Fn. 15), S. 72。

¹⁹ 相似見解者，參見陳明燦、張蔚宏，我國促參法下 BOT 之法制分析：以公私協力觀

外觀上呈現有私部門之參與或協力，然若非本於自願與公部門形塑契約法或事實協定上之合作或協力關係者，則應被排除在狹義的公私協力概念之外。蓋公私協力之「合作夥伴地位對等性」，以及所擬創設之「公、私雙贏」基本架構，在此情形下難以存立²⁰。例如在私人直接本於法令規定而負擔行政法上義務（Indienstnahme Privater）²¹，抑或私部門直接依法律規定受託行使公權力²²之情形，私部門執行行政任務係直接依據法律之規定，而非本於自由意願。對於此等經由私人履行行政任務類型所衍生之法律關係，根植於自由主義法治國理念所形塑之傳統行政法學即足資因應²³。若將其納入以解決公、私責任分配問題為目的之行政合作法討論範疇內，非但不具實益，更有徒增體系紊亂之虞。

第三款 民營化脈絡下之理解

除此之外，公私協力既然涉及借重私部門協助履行行政任務之問題，則吾人尚可從民營化之概念與類型來理解公私協立在整體民營化架構中

點為基礎，公平交易季刊，第 13 卷 2 期，2005 年 4 月，頁 46。氏認為公私協力係指公、私部門雙方站在「對等」與「互惠」之基礎上，於合作計畫實施過程中，共同分享與承擔該計畫所生風險、所得與損失，以雙方能獲致最大效益為共同目標之合作模式。

²⁰ Vgl. J. Becker, Rechtsrahmen für Public Private Partnership – Regelungsbedarf für neue Kooperationsformen zwischen Verwaltung und Privaten?, ZRP 2002, S. 305.

²¹ 在我國現行行政法秩序中，採取此等「私人直接依法令而執行行政任務」類型者，諸如有所得稅法第 89 條規定事業負責人應預先扣繳員工薪資所得稅、通訊保障及監察法第 14 條第 2 項規定電信事業之通訊系統應具有配合執行監察之功能、石油管理法第 24 條規定石油煉製業及輸入業負有儲備安全存量義務，以及廢棄物清理法第 11 條第 8 款規定四公尺以內之公共巷、弄路面及水溝，由相對戶或相鄰戶分別各半清除等。參見李震山，以法律課予私人完成行政任務之法理思考，月旦法學雜誌，第 63 期，2000 年 8 月，頁 20-21；詹鎮榮，無償性通訊監察設備設置義務之合憲性疑義，月旦法學雜誌，第 64 期，2000 年 9 月，頁 101 以下；程明修，私人履行行政任務時之法律地位，收錄於：氏著，行政法之行為與法律關係理論，2005 年 10 月，頁 429；H. P. Ipsen, Gesetzliche Indienstnahme privater für Verwaltungsaufgaben, in: Festgabe für Erich Kaufmann zu seinem 70. Geburtstag, 1950, S. 141 ff.

²² 例如私立大學校長乃依學位授予法第 2 條第 1 項規定，直接取得頒授學位之行政受託人地位。參見陳敏，行政法總論，7 版，2011 年 9 月，頁 990。

²³ Vgl. F. Ossenbühl, Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29 (1971). S. 145 ff.

之定位。按「民營化」雖非屬一內容明確之法律概念，毋寧如公私協力同，係為一狀態之集合描述，泛指行政任務之執行主體由國家變更到私人之轉移歷程。根據學界之一般見解，民營化依其內容可區分為形式民營化、實質民營化、功能民營化、財產民營化、財政民營化與程序民營化等基本類型。而依私人參與任務履行之程度，則又可區分為全部民營化與部分民營化²⁴。抑有進者，各類型民營化模式間又有可能相互交錯混合。例如上述各民營化基本類型中，功能、財產與財政民營化本質上亦歸屬於實質民營化。

若吾人觀察上述對公私協力與民營化之概念描述，則可初步得出一結論，即兩概念間有彼此不相涵蓋之處，但亦有交集部分。在學界之討論中，一般認為上述民營化類型中之「部分民營化」或「功能民營化」因具有公部門與私部門共同合作履行行政任務之特徵，而為公私協力之典範²⁵。在用語上，相對於公私協力係以行為方式出發，強調國家與私人間之「合作狀態」，部分民營化則以國家角度為切入點，著重在「私人參與」之行為主體的改變。就行政任務非由國家單獨自行履行之觀點而言，公私協力與部分民營化或功能民營化在概念上並無二異。然而，Jörn Axel Kämmerer 教授認為合夥係為一種「持續狀態」(Dauerzustand)，反之，民營化則恆屬一種「歷程」(Prozess)而已。準此，公私協力幾乎難以與民營化相提並論。在此基本命題下，氏進一步批評到，倘若公私協力與民營化在概念上屬同義詞，則實無另行再創設公私協力概念之必要，而僅須從現存之民

²⁴ 參見徐筱菁，公營事業之法律概念，公營事業評論，第1卷第3期，1999年6月，頁123以下；許宗力，論行政任務的民營化，收錄於：當代公法新論（中），翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，2002年7月，頁585以下；陳愛娥，國家角色變遷下的行政任務，月旦法學教室，第3期，2003年3月，頁110。

²⁵ So etwa P. J. Tettinger, a.a.O. (Fn. 12), S. 764 ff.; G. F. Schuppert, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung – Erscheinungsformen von Public Private Partnership als Herausforderung an Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaft, in: Budäus/Eichhorn (Hrsg.), Public Private Partnership, 1997, S. 93 ff. (117, 124).

營化類型中加以理解即可²⁶。J. A. Kämmerer 教授之立論，似有商榷之餘地。蓋民營化之概念雖著重於任務執行主體由國家到私人之轉換過程，然該過程何時終結，尚非屬於概念之必然內涵。在實務經驗上，民營化歷程常可持續數年至十數年之久。抑有進者，國家僅採取部分民營化手段者，亦所在多有，非謂所有民營化計畫皆以真正實質民營化為終極目標。反之，公私協力亦非必然具有持續性。行政機關可能因單次性任務短期地借重私人之力加以完成，此亦不失為公私協力之適例。準此，將公私協力視為部分民營化之描述，原則上似無不妥²⁷。縱然如此，由於一方面「功能民營化」為德國學界所使用之特殊用語，用以描述在行政務未質變，以及國家未放棄自己執行該行政任務責任之前提下，借重私人之力以完成行政任務之新興方式，以資與行政任務屬性不復存在，國家從而全然自執行責任退縮之「任務全部民營化」(Aufgabenvollprivatisierung)相對稱²⁸。此等意涵未必被其他國家同置於民營化概念下理解，故在國際學術接軌上，較之於公私協力概念，恐更不具普遍性與適宜性。另一方面，功能民營化之概念係從國家之觀點出發，強調行政任務之執行由公部門獨自為之轉變為納入私部門共同分擔之歷程，較無法凸顯出公、私部門在執行行政任務時之對等、合作，以及協商特性。是以，無論是我國學界，抑或是創設功能民營化概念之德國學界，爾來率皆有逐漸以「公私協力」用語取代「功能民營化」之發展趨勢²⁹。

第二項 公私協力之種類

有鑑於公私協力概念之非單一性，故公私協力之種類自當隨之而容有

²⁶ Vgl. J. A. Kämmerer, a.a.O. (Fn. 14), S. 58.

²⁷ 參見詹鎮榮，論民營化類型中之「公私協力」，民營化法與管制革新，2005年9月，頁8。

²⁸ 對於實質民營化概念是否必然蘊含有行政任務屬性轉變之批評，參見許宗力，論行政任務的民營化，法與國家權力（二），2007年1月，頁432。

²⁹ 參見詹鎮榮，行政合作法之建制與開展——以民間參與公共建設為中心，收錄於：氏著，公私協力與行政合作法，2014年3月，頁13。

多樣之區分結果。此外，在類型化上，依據不同之區分基準，所劃分出之種類亦呈現出不同之樣貌。例如德國學者 *Fritz Ossenbühl* 早在 1971 年度「第二十九屆德國國家法學者協會年會」中所發表之〈私人履行行政任務〉(Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private) 一文中，即以「私人參與密度」為基準，將私人履行行政任務之型態區分為六種類型，亦即：一、私法組織形式之國家；二、行政任務移轉私人；三、以法律課予私人公法上義務；四、受國家監督之私人減輕國家負擔行為；五、受國家鼓勵與促進之私人行為；六、國家與私人之合作³⁰。此外，*Günter Püttner* 教授則另從私人資金參與角度，將私人投資區分為三種模式：第一，為「真正私人投資」(echte Privatfinanzierung) 模式，係指整體計畫由私人完全出資，設施之維繫則由設施使用人繳納使用費加以支應。至於設施之所有權究歸屬於私人或國家，則在所不問。第二，為「混合投資」(gemischte Finanzierung) 模式，即所謂的公私協力 (PPP)，指國家與私人以不具固定形式或組成合資公司方式共同出資興建或營運。第三，為「預先投資」(Vorfinanzierung) 模式，係指由私人出資興建之設施仍由國家經營之，國家並以分期付款方式事後取得設施之所有權³¹。

本研究於此擬從當代公私協力概念提出之核心目的——亦即「減輕國家任務」出發，臚列出若干符合上述限縮性概念理解二項指標，即「合作之自願性」及「責任分擔性」之公私協力類型如下：

一、行政委託

此為現行行政實務上常被運用之公私協力模式，指國家在保留行政任務權限以及任務責任之前提下，僅將任務之「實際執行」部分委由私人為之，以減輕行政機關原應自為承擔之執行責任³²。一般學說將行政委託又

³⁰ Vgl. *F. Ossenbühl*, Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29 (1971), S. 145 ff.

³¹ Vgl. *G. Püttner*, Die Privatfinanzierung öffentlicher Vorhaben – Weg oder Irrweg?, in: Festschrift für K. H. Friauf zum 65. Geburtstag, 1996, S. 730.

³² Vgl. *H. Bauer*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 252.

進一步區分為「公權力委託」與「業務委託」兩大類³³，茲分述如下：

（一）公權力委託

公權力委託（Beleihung）為傳統行政法學理解下之狹義的行政委託，係指行政機關為執行特定行政事務，將公權力授權由公部門以外之私人或團體行使而言。我國行政程序法第 16 條第 1 項即以此為規定客體。據此，「行政機關得依法規將其權限之一部分，委託民間團體或個人辦理」。例如主管機關依商品檢驗法第 4 條第 2 項規定，將相關檢驗合格證書之核（換）發及檢驗業務，委託其他政府機關、法人或團體辦理；交通部公路局依道路交通管理處罰條例授權訂定之道路交通安全規則第 47 條規定委託民間汽車修理業者辦理汽車定期檢驗業務；以及中央主管機關得依技師法第 7 條第 5 項規定，委託民間團體辦理技師執業執照之換發、執業證明及訓練證明文件之認可等，皆為適例。

不同於行政程序法第 15 條第 1 項與第 2 項所規定委任與委託之對內權限移轉，公權力委託係屬行政機關之對外的權限移轉³⁴，亦即將公權力委託於實質意義之私人。受委託行使公權力之個人或團體，在委託範圍內視為行政機關（行政程序法第 2 條第 3 項），學理上亦稱為「行政受託人」，得以自己名義執行受託事項。基此，公權力委託為私人參與密度最高之公私協力類型，蓋一方面私人所辦理者為涉及公權力之行政事務，另一方面又可在委託之範圍內以自己名義行使公權力。

（二）業務委託

行政委託之另一類型，即為不涉及公權力行使之行政業務的委託。私人受行政機關委託執行單純業務時，依委託基礎關係之不同規定，而可享

³³ 參見蔡茂寅，行政委託相關問題之研究，收錄於：當代公法新論（中）——翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，2002 年 7 月，頁 618-619。

³⁴ 參見蕭文生，自法律觀點論私人參與公共任務之執行——以受委託行使公權力之人為中心，收錄於：台灣行政法學會編，國家賠償與徵收補償・公共任務與行政組織，2007 年 7 月，頁 299 以下。

有不同程度之自主性。首先，私人可能只是非獨立性地從旁提供行政機關單純的技術協助與支援。此時私人僅居於傳統行政法學上之「行政助手」（*Verwaltungshelfer*）地位，為國家手足之延伸，須完全聽命行政機關之指揮與監督，行政機關保有執行責任中之領導責任（*Leitungsverantwortung*）³⁵。

除此之外，晚近在公私協力脈絡下，行政實務上常應用所謂的「委託外包」、「委外」、「簽約外包」（*contract out*）或「公辦民營」。舉凡人民生存照顧（自來水、電力、瓦斯之供應；廢棄物與廢水之清除與處理、交通運輸等）、教育文化、社會福利、環境保護、衛生醫療等各方面之公共服務業務，國家無不借重私人之人力、專業知識與技術、經驗、企業化經營能力，以及雄厚資金，委託民間辦理或經營³⁶。受委託執行業務之私人，本於其與委託機關間之基礎法律關係的約定，通常享有業務執行上之「獨立性」。例如行政機關透過民事法上之承攬契約委託民間興建工程，或是勞務契約委託民間辦理特定之行政業務³⁷。在此情形下，受託之人民係依約獨立執行業務，故非屬傳統行政法總論釋義學上所稱之行政上助手。為與之相區隔，學說上有將此種公辦民營模式下參與行政業務執行之私人，稱之為「獨立型之行政助手」³⁸。

若委託之行政業務在執行上須涉及公有土地、房舍及相關設施之利用者，則此際「業務委託」在概念上亦包含「公有財產委託」在內，已如上述³⁹。此等類型之公私協力為本研究核心標的之一，下文將有更為詳盡之

³⁵ Vgl. *M. Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, S. 158 ff.; *W. Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, 2002, S. 37 f.

³⁶ 參見陳清秀，委託經營法制及實務問題之探討，收錄於：當代公法新論（中），翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，2002年7月，頁636以下。

³⁷ 參見臺北市立萬芳醫院第三期委託經營契約書第18條第1項規定：「乙方辦理本契約所定委託經營管理之事項，須對外為法律行為時，應以自己名義為之，並自負盈虧。」

³⁸ Vgl. *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011, § 23, Rn. 62.

³⁹ 參見第二章第一節處。

介紹。

二、民間參與公共建設

在現行法制與實務上日益廣泛採行之公私協力類型，尚有公部門與私部門共同參與中央與地方基礎建設（Infrastruktur）之規劃、興建、維護與經營等事項。從廣義理解上，此種類型之公私協力雖亦屬於上述行政委託之概念範圍內，然一方面因委託內容往往非單純為庶務性與技術性業務，而係涉及複雜之法律關係，另一方面則因通常會牽涉到多種民營化類型之組合，尤其是功能民營化與財政民營化之結合，故本文將政府與民間共同參與公共建設之公私協力類型予以獨立觀察。

引進民間參與國家公共建設，尤其是私人資金之投入，旨在調和國家基礎建設責任與財政拮据間之失衡現象，解決國家因財政困難致無法支應基礎建設興建、營運或維護等之必要費用；同時亦藉由私人專業知識、技術與經驗之投入，以提昇公共工程之品質與經營之效率與效能⁴⁰。在具體之合作方式上，態樣繁多、不勝枚舉。例如我國促進民間參與公共建設法（以下簡稱促參法）第8條第一項共列舉了七種可能性：一、由民間機構投資興建並為營運；營運期間屆滿後，移轉該建設之所有權予政府（BOT）⁴¹。二、由民間機構投資新建完成後，政府無償取得所有權，並委託該民間機構營運；營運期間屆滿後，營運權歸還政府（BTO）。三、由民間機構投資新建完成後，政府一次或分期給付建設經費以取得所有權，並委託該民間機構營運；營運期間屆滿後，營運權歸還政府（BTO）。四、由政府委託民間機構，或由民間機構向政府租賃現有設施，予以擴建、整建後並為營運；營運期間屆滿後，營運權歸還政府（ROT）。五、由政府投資新建完成後，委託民間機構營運；營運期間屆滿後，營運權歸還政府（OT）。六、為配合國家政策，由民間機構投資新建，擁有所有權，並自為營運或

⁴⁰ Vgl. G. F. Schuppert, a.a.O. (Fn. 25), S. 417.

⁴¹ 參見劉紹樑，論 BOT 基本法，月旦法學雜誌，第 33 期，1998 年 1 月，頁 22 以下。

委託第三人營運（BOO）。七、其他經主管機關核定之方式。此外，促參法第 7 條賦予民間得為公共建設之規劃，將民間參與之層面更向前一步溯及自「規劃」階段⁴²。是以，我國促參法賦予政府與民間機構就公共建設之規劃、興建、營運，到移轉等各階段得為各種不同合作模式之可能性。

除促參法意義下所謂的「民辦民營」與「公辦民營」之外，私人亦可僅為單純之金錢上出資或捐助行為。至於公共設施之興建、營運與維護，則仍由國家自行為之。就此觀點而言，仍屬公私協力之範疇。晚近因社會福利機構及社會住宅性質上誘因不足，難以透過促參法程序順利招商，故財政部及地方自治團體即擬導入單純民間融資方案（PFI）之公私協力模式，以解決相關建設之資金缺口問題。

三、大眾捷運系統聯合開發

此外，就我國現行法秩序而言，在大眾捷運領域之交通行政上尚存有「聯合開發」之特殊公私協力類型。2004 年 4 月 27 日修正前之大眾捷運法第 7 條第 1 項規定：「為有效利用土地資源，促進地區發展，主管機關得自行或與私人、團體聯合辦理大眾捷運系統路線、場、站土地及其毗鄰地區土地之開發。」其中，就主管機關得「與私人、團體聯合辦理」大眾捷運系統路線、場、站土地及其毗鄰地區土地之開發部分，即屬聯合開發模式之公私協力。為此，交通部在同條第 7 項之授權下，乃會同內政部於 1990 年 2 月 15 日發布「大眾捷運系統土地聯合開發辦法」，作為聯合開發模式公私協力之主要法規範框架。該辦法第 3 條第 1 款對聯合開發之立法定義，係指「地方主管機關依執行機關所訂之計畫，與私人或團體合作開發大眾捷運系統場、站與路線土地及其毗鄰地區之土地，以有效利用土地資源之不動產興闢事業」而言。若聯合開發用地部分或全部為私有者，則土地所有權人享有取得開發投資人資格之優先地位（第 12 條）。地方主管機關與土地所有權人，或是（以及）其他開發投資人就開發之建物，則依

⁴² 相似規定亦見於獎勵民間參與交通建設條例第 6 條第 3 款。

一定之權益比分別取得所有權或使用權。在此意義下，大眾捷運系統聯合開發之公私協力模式不同於上述之行政委託及民間參與公共建設模式，行政機關並非將其本應由自己執行之行政任務委由民間辦理後，自己退居「監督者」及「擔保者」之地位。毋寧，其在開發計畫之執行上，乃與民間立於「共同執行者」之角色。

上述大眾捷運法第 7 條第 1 項嗣於 2004 年 4 月 27 日修正為：「為有效利用土地資源，促進地區發展，主管機關得辦理大眾捷運系統路線、場、站土地及其毗鄰地區土地之開發。」將原本條文中之「與民間聯合開發」相關文字刪除。原大眾捷運系統土地聯合開發辦法亦相對應地修正名稱為「大眾捷運系統土地開發辦法」。修正後之現行大眾捷運法及大眾捷運系統土地開發辦法將舊法所建構之「行政機關—土地所有權人—開發投資人」三方開發法律關係，朝向「行政機關—開發投資人」雙方開發法律關係位移，一方面排除開發用地土地所有權人在大眾捷運系統土地開發中之直接參與角色；另一方面調整開發投資人之地位由舊法時期與行政機關間之「聯合開發」，更迭為「合作開發」，使其更朝「唯一執行者」之地位傾斜。縱然如此，就大眾捷運系統開發計畫之執行上，因仍有民間之投資及參與開發，故仍不失為公私協力之一種態樣⁴³。

四、公民合資事業之設立

公私協力尚存有組織面向之種類，亦即學說上所稱之「制度型或組織型之公私協力」。此種類型之公私協力，係指政府與人民共同設立（參與）一事業，並經營特定之業務。此種事業，在我國慣稱為「公民合資事業」或「公民合營事業」；在德國公企業法中則稱為「混合經濟事業」（gemischtwirtschaftliche Unternehmen）。公私參與之情形又可區分為下列

⁴³ 此由大眾捷運系統土地開發辦法第 3 條第 2 款將該辦法所稱之土地開發，定義為「主管機關自行開發或與投資人合作開發開發用地，以有效利用土地資源之不動產興闢事業。」可資佐證。

三種⁴⁴：第一，為政府與人民共同設立一新的公民合資事業。第二，為政府參與民營事業投資，此又包括政府直接投資或由公營事業轉投資兩種情形。最後，則為政府將現有公營事業之資金一部移轉民間，構成政府與人民共同投資合營之狀態。近年來所討論之公營事業民營化即屬最後一種類型。

須說明者，上述所指之公民合資事業，係著重於政府與人民間合作狀態之描述，概念上尚未涉及事業本身為公營或民營之定性。申言之，依我國現行法制，公民合資事業依政府與人民投資資本之比例不同，尚可進一步定位為公營事業或民營事業。根據公營事業移轉民營條例（92. 1. 15）第3條第2款與第3款之規定，政府與人民合資經營之事業，且政府資本超過百分之五十，以及公營事業投資於其他事業，其投資之資本合計超過該投資事業資本百分之五十者，在定位上仍屬於公營事業⁴⁵。反之，若政府資本低於公民合資事業資本百分之五十時，則即構成該法意義下所謂「完成移轉民營」之情形。此時，縱使政府仍參與「已民營化事業」之投資，在定位上該公私合資事業則為民營事業。綜上所述，公營事業移轉民營條例係以「國家資本比例」作為是否完成民營化之判斷基準⁴⁶。

⁴⁴ Vgl. W. Spannowsky, Öffentlich-rechtliche Bindung für gemischtwirtschaftliche Unternehmen, ZHR 160 (1996), S. 562.

⁴⁵ 參見司法院大法官釋字第41號解釋：「國營事業轉投於其他事業之資金，應視為政府資本，如其數額超過其他事業資本百分之五十者，該其他事業即屬於國營事業管理法第三條第一項第三款之國營事業。」另釋字第73號解釋亦揭示旨：「依公司法組織之公營事業，縱於移轉民營時已確定其盈虧及一切權利義務之移轉日期，仍應俟移轉後之民股超過百分之五十以上時該事業方得視為民營。」

⁴⁶ 我國現行法制對於公、民營事業之此等區分標準是否妥適，實有商榷之餘地。蓋以形式上之公股比例作為公、民營事業判斷標準，忽略了我國現行法制中國家少數持股（即公股未達事業資本百分之五十以上之情形）仍可對公司決策產生支配性影響力之事實。再者，將民營化歷程是否完成又繫於上述公、民營事業之區隔，而稱公股比例降至百分之五十以下為「完成移轉民營」，在用語上易使人產生國家已完全釋出公股之誤解。實則，若吾人從財產民營化（Vermögensprivatisierung）之觀點出發，則政府持續釋出其在「已民營化事業」中所持有之公股，在概念上應仍屬民營化措施。質言之，國家一旦將公營事業資產讓與私人，即開啟財產民營化之過程；無論私人資本占事業總資本多少百分比，只要仍有政府與人民作為事業投資人，實際上該事業仍處公私合作之情形，不可謂「已完成移轉民營」。詳可參見詹鎮榮，從民營

第二節 臺北市市有財產提供民間使用之規範框架

臺北市市有財產提供民間使用，視行政事務領域、具體委託法律關係及委託目的等不同因素及情形，可能涉及之法規範不排除相當廣泛且多層級。在中央法層級，諸如促進民間參與公共建設法、政府採購法、國有財產法、預算法等，在地方法層級，諸如臺北市市有財產管理自治條例、臺北市市有財產委託經營管理自治條例、臺北市市立學校委託私人辦理自治條例、臺北市公有路外停車場委託經營自治條例、臺北市市有公用房舍提供使用辦法等，皆有可能屬於臺北市市有財產提供民間使用所涉及之框架規範。

有鑑於臺北市市有財產提供民間使用有可能涉及到上述眾多之中央法及地方法，臺北市政府應如何從此等諸多法規範中選擇應適用之法規，即不無疑問。就此，行政院公共工程委員會早在民國 93 年 6 月 16 日工程技字第 09300234640 號函中曾作出如下之結論：

「一、按促進民間參與公共建設法（以下簡稱促參法）第二條規定：

『促進民間參與公共建設，依本法之規定。本法未規定者，適用其他有關法律之規定』，行政院 89 年 4 月 28 日台 89 交字第 12117 號函示：『促參法公布實施後，各主辦機關辦理民間參與公共建設之作業，應依促參法辦理。』。

二、機關辦理民間參與公共建設計畫之法規適用原則如下：

（一）符合促參法第 3 條第 1 項所稱公共建設，並依同法第八條第一項規定之民間參與方式辦理者，適用促參法規定辦理。

（二）各機關經管之公有財產委託廠商營運管理、提供廠商

化觀點論公民合資公司之基本權能力，收錄於：氏著，民營化法與管制革新，2011 年 10 月，頁 83 以下；徐筱菁，公營事業之法律概念，公營事業評論，第 1 卷第 3 期，1999 年 6 月，頁 131 以下。

使用或開放廠商投資興建、營運（以下簡稱委外經營使用），須由機關支付對價或由接受服務之第三人支付對價予廠商者，除下列各款情形外，適用政府採購法（以下簡稱採購法）：

1. 依法令辦理出租、放租或放領者。
2. 適用促參法者。
3. 依其他法律開放廠商投資興建、營運交通、能源、環保、旅遊等建設者。

（三）各機關經管之公有財產依採購法辦理委外經營使用者，應先查明確實符合國有財產法、地方公產管理法令及其他相關法令規定。

（四）機關公有財產開放廠商投資興建、營運而無第（二）點第 2 款、第 3 款情形者，其甄選投資廠商之程序，依採購法第 99 條之規定，適用採購法。」

基上，吾人或可將行政院公共工程委員會之上述結論更為簡約地再行歸納出下列二項法則：一、符合促參法第 3 條第 1 項所稱公共建設之公有財產委託經營案件，應優先適用促參法規定辦理。二、在無適用促參法及特別法之情形下，公有財產委託民間經營使用，且須由機關支付對價或由接受服務之第三人支付對價予民間廠商者，適用政府採購法；選商程序則適用同法第 99 條規定。行政院公共工程委員會之此等見解，原則上固可支持。然而，尚有疑義者，下列問題似難從中獲致明確之解答：

1. 在公有財產委託經營之情形，是否一旦符合促參法第 3 條第 1 項所稱之公共建設，即應依同法第 2 條規定，優先適用促參法規定辦理？有無雖符合促參法之公共建設概念，但卻應優先適用政府採購法之情形？又行政院公共工程委員會將民間廠商服務之對價來

源，無論係由機關自行支付，抑或由接受服務之第三人支付，皆同等視之，在無促參法及特別法適用之前提下，一律適用政府採購法（包含第 99 條規定在內）。此等民間廠商服務之對價性，在促參法及政府採購法之適用選擇上，扮演何等角色？

2. 抑有進者，臺北市針對市有財產委託民間經營管理事項，尚訂定有臺北市市有財產委託經營管理自治條例。該自治條例與促參法或是政府採購法間之適用關聯性，究係為何？在規範標的重疊之範圍內，其與促參法或政府採購法係屬排他性之擇一適用關係？抑或可併行適用，不生排斥問題？

有鑑於上述問題對於臺北市市有財產委託民間經營管理業務時，具有規範正確適用之依法行政原則重要性，且對於其他地方自治團體而言，於辦理相關業務時亦可能會面臨到類似問題，而具有一般性，故以下茲分別析論之：

第一項 促參法與政府採購法適用之區分

公有財產委託民間經營之選商程序，不僅根據政府採購法第 99 條規定，在一定條件滿足下，有政府採購法之適用。同時，根據促參法第 8 條第 4 款及第 5 款規定⁴⁷，亦屬該法所規範民間參與公共建設之一種類型，而呈現出兩法規範重疊之現象，已如上述。然而，兩者間之制度設計旨趣，我國多數學說及行政作業實務見解仍認為存有差異。就制度性質而言，學者李惠宗教授曾明確指出：「政府採購程序通常針對一次性的財務或勞務採購，以完成特殊採購目的為已足，而民間參與公共建設之 BOT 公開甄審尚涉及基於『特許權契約』所衍生的特許經營問題，故兩者程序有所不

⁴⁷ 促參法第 8 條第 4 款規定：「由政府委託民間機構，或由民間機構向政府租賃現有設施，予以擴建、整建後並為營運；營運期間屆滿後，營運權歸還政府。」第 5 款：「由政府投資新建完成後，委託民間機構營運；營運期間屆滿後，營運權歸還政府。」

同⁴⁸。」

除此之外，行政院公共工程委員會於民國 96 年 5 月 4 日修正之「民間參與公共建設案件適用『促進民間參與公共建設法』與『政府採購法』之比較」⁴⁹文件中，則有較之於上述 90 年 5 月 30 日協商會議結論更為細膩之敘述：「促參法之委託經營概念，係民間機構擁有設施之經營管理權，自負經營盈虧，並與政府分享獲利；而採購法第 7 條第 3 項所稱之營運管理，屬採購法第 2 條所稱之勞務採購，其概念為政府擁有設施之經營管理權，由政府負經營盈虧之責，以委任或僱傭方式支付費用委託民間機構代為營運管理。前者為民間參與，著重民間資金之投入及引進企業經營理念，後者為勞務採購，二者性質不同。」

若從執行責任以及風險分擔角度以觀，前揭見解誠可支持。在行政法之體系架構下，政府採購法之目的，一般而言旨在規範國家滿足其對財物或勞務需求時所應遵循之程序、條件與原則，屬於典型國庫行政中之「行政輔助行為」（fiskalische Hilfstätigkeiten）範疇⁵⁰。得標民間廠商提供工程定作、財物與勞務給付，乃與作為需求者之政府間立於單純之給付與對待給付的民事上對價法律關係；其既未因政府釋出特別之誘因而與國家間有行政任務執行責任之分擔，亦未有減緩國家財政支出之作用。反之，民間參與公共建設作為公私協力類型之一，旨在與國家共同分擔行政任務之執行（功能之民營化）⁵¹，抑或代國家支付興建與營運公共建設所需之經費

⁴⁸ 參見氏著，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，第 82 期，2006 年 5 月，頁 179。

⁴⁹ 參見行政院公共工程委員會民間參與公共建設資訊網站：http://ppp.pcc.gov.tw/pcc_site/files/1302_促參法與採購法之比較_960504_修訂.doc（瀏覽日期：2014 年 9 月 20 日）。

⁵⁰ Vgl. D. Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 202 ff.

⁵¹ 在此關連性下，有論者甚至將政府與民間業者締結 BOT 契約興建、經營公共建設，認為是藉由私法的手段實現公行政的任務，屬於「行政私法」的範疇。參見黃國鐘，BOT（興建/經營/移交）之法律架構與行政程序（下），萬國法律，第 102 期，1998 年 12 月，頁 29。姑不論 BOT 契約之公、私法屬性，進而是否應劃歸於行政私法行為之範疇，然從制度屬性角度以觀，民間參與公共建設係屬直接執行行政任務（基

（財政民營化），自非單純滿足國家財務與勞務需求之私經濟行為所能比擬。析言之，不同於政府採購，民間參與公共建設計畫案通常具有公、私部門合作時間之長期性（langfristige Zusammenarbeit）、建設經費之私人出資性（Privatfinanzierung）、私人參與之多階段性（Beteiligung an verschiedenen Phasen des ÖPP-Projekts），以及公、私部門風險分擔性（Risikoteilung）等特徵。在此意義下，促參法與政府採購法原則上確有立法目的與旨趣上之本質差異⁵²。

綜上所述，公有財產委託民間經營管理所應依循之程序規範，倘屬促參法第 3 條所規定之公共建設項目，且符合上述公私協力之制度特性（包含但不只是服務之對價性）者，則應優先適用促參法之規定選商及締結公私協力契約⁵³。此際，即屬政府採購法第 99 條所稱之「法律另有規定」情形。促參法第 48 條規定：「依本法核准民間機構興建、營運之公共建設，不適用政府採購法之規定。」亦揭斯旨。反之，倘公有財產之營運不在促參法第 3 條第 1 項所規定之公共建設範疇內，則其委託民間經營管理之相關程序，即應適用政府採購法第 99 條規定⁵⁴。本研究認為，唯有作如此之法規適用解釋，政府採購法始有必要於第 99 條就民間廠商投資興建與營運特定公共建設之甄選程序特別明文有政府採購法之適用，並同時為「截網式規範」（Auffangnorm），俾防堵公私協力民間合作夥伴選擇之規範上漏

礎設施行政）之見解，應屬無誤。

⁵² 參見詹鎮榮，前揭（註 29）文，頁 39。

⁵³ 相同見解者，可參見行政院 89 年 4 月 28 日台 89 交字第 12117 號函示。

⁵⁴ 根據臺北市政府財政局之統計資料，截至 103 年 3 月 31 日止，臺北市政府以「政府採購法第 99 條」辦理之已簽約案件，僅有一件，即「臺北市光纖網路建設委外案」。辦理機關為資訊局，簽約日期為 100 年 12 月 30 日，委託契約期間 25 年。參見 <http://www.dof.taipei.gov.tw/public/Data/482516182871.pdf>（瀏覽日期：2014 年 8 月 31 日）。從委外案內容觀之，本案與典型之市有財產委託民間經營亦無涉。市府僅釋出市有公共設施，提供廠商佈建光纖網路使用而已。基此，本案「整體上」雖屬公私協力之範疇無疑，具有公、私部門責任及風險分擔之特性；依據政府採購法第 99 條辦理招商程序應於法律疑義。然而，單就市有財產之部分以觀，本案所涉及者，僅為市有財產之提供使用（光纖佈建掛線）而已，實非委託經營之態樣，不可不辨。參見臺北市議會公報，第 94 卷第 6 期，頁 1037 以下。

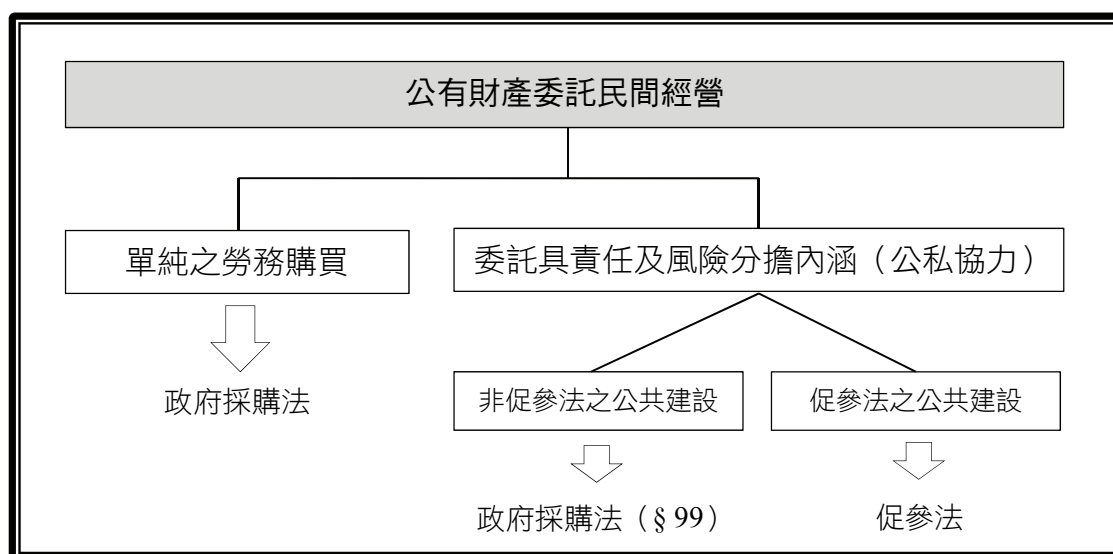
洞⁵⁵。至於公有財產委託民間經營，倘若委託之實際內涵不具有上揭之委託人與受託人間責任及風險分擔特性，即使符合促參法第 3 條第 1 項所稱之公共建設概念，則此際亦應將委託視為僅是機關之單純勞務購買，而適用政府採購法之規定。換言之，在思考脈絡下，應適用促參法或是政府採購法，首要者應先行考量公有財產委託經營之「實質內容特性」，而非形式上是否符合促參法第 3 條第 1 項之公共建設概念。至於在政策形成面上，公有財產委託民間經營，究係應採取「公私協力模式」，抑或「勞務購買模式」，則取決於規範適用之損益衝擊評估，行政機關原則上自有選擇之空間⁵⁶。

茲將機關將公有財產委託民間經營管理應如何適用促參法及政府採購法相關規定，圖示如下：

⁵⁵ 在此關連性下，於行政實務上富具意義者，政府出資超過百分之二十以上之民間廠商尚可能根據政府採購法第 99 條規定參與公共建設。蓋政府採購法第 8 條意義下之「民間廠商」概念較之於促參法第 4 條意義下之「民間機構」為寬廣。依促參法第 4 條第 2 項規定，得與政府簽訂投資契約之民間機構有政府、公營事業出資或捐助者，其出資或捐助不得超過該民間機構資本總額或財產總額百分之二十。參見陳清秀，委託經營法制及實務問題之探討，當代公法新論（中）——翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，2002 年 7 月，頁 641，註 16 處及頁 643。

⁵⁶ 在此議題下，臺北市政府採行之策略，顯然地為「公私協力模式優先原則」。詳見本研究第二章第二節第二項。

圖 1：促參法及政府採購法對公有財產委託民間經營之適用



（資料來源：本研究自製）

臺北市政府目前之行政作業實務，主要係以公有財產之營運主體究係為民間廠商抑或行政機關，作為促參法、政府採購法第 99 條，以及政府採購法適用之區分基準，與本研究上述所提出之體系基本上若合符節。就此，臺北市政府之基本處理方式如下：

1. 政府採購法第 99 條規定「開放廠商投資興建、營運」，係指由民間機構參與政府規劃或核准公共建設之「投資興建、營運」，為考量投資興建、營運廠商之甄審程序，亦宜符合公開、透明、公平之原則，故該條文明定除另有法律規定者外（例如促參法、大眾捷運法、獎勵民間參與交通建設條例等），適用採購法之規定。不適用促參法或其他法律另無規定者（例如性質或規模未達促參法第 3 條第 1 項所規定之公共建設），始可依採購法第 99 條甄選投資廠商。換言之，相對於促參法及其他特別法律，政府採購法第 99 條之規定立於補充之地位。
2. 以支付費用或對價委託民間機構代為營運管理，適用採購法：採購法第 7 條第 3 項所稱之「營運管理」，其為政府擁有設施之經營管理

權，由政府負經營盈虧之責，以委任或僱傭方式支付費用或對價委託民間機構代為營運管理，屬勞務之委任，其招標得依勞務採購之規定辦理（如採購法第 22 條第 1 項第 9 款公開評選專業服務廠商之方式）。機關經管之公有財產依採購法辦理委外經營使用者，仍應先查明確實符合國有財產法、地方公產管理法令及其他相關法令規定。（工程會 93 年 6 月 16 日工程技字第 09300234640 號函）

3. 如非依法令辦理出租、放租或放領者，且非屬促參法第 3 條第 1 項規範之公共建設及非屬採購法第 2 條之採購，應先考量有無其他法律之適用，如無，則依採購法第 99 條規定辦理，尚非可逕優先以「000 有財產委託經營管理自治條例」辦理，以免有違地方制度法第 30 條第 1 項「自治條例與法律牴觸者，無效」之規定。

綜上所述，臺北市政府之行政作業實務將政府採購法第 99 條規定之適用順序，置於促參法及其他法律特別規定之後，殊屬正確。其次，在公有財產委託民間經營管理之範疇內亦值得肯定者，為臺北市政府具有「單純勞務採購」及「公私協力責任分擔」區分之間題意識；前者適用政府採購法，後者適用促參法。唯一較為遺憾，語意上不慎明確，容易引人誤解者，為第 3 點部分。其將政府採購法第 99 條之適用條件，設定在（1）非公有財產之依法令出租、放租或放領；（2）無促參法之適用；（3）無其他法律之特別規定，以及（4）非屬政府採購法第 2 條採購之情形。對於（1），其屬所有權人之所有權能的單純行使，不具「採購」特性，故而無政府採購法之適用，自當可理解。至於（2）及（3），同屬公私協力性質之公有財產委託經營，促參法及其他專法優先適用，亦無問題，已如前述。有疑問者，為（4）。臺北市政府一方面在上述處理原則 2 中明白確認單純之勞務採購與公私協力性質之公有財產委託經營有別，但另一方面卻在（4）中又將政府採購法第 2 條之採購納入，作為思考因素之一，不免前後矛盾。蓋本研究認為，政府採購法第 2 條之採購與同法第 99 條之促進民間參與公共建

設，本屬兩條無交集之平行線。兩者原本僅能擇一而作體系之歸屬，並非屬同一體系下適用順位之先後問題。職是之故，政府採購法第 99 條之適用，先決要件上本即是必須存在有排除該當同法第 2 條採購之情形。上述處理原則將其作為要件之一，毋寧畫蛇添足、治絲益棼。

第二項 市有財產委託經營自治法規之適用問題

關於公有財產委託民間經營管理之規定，除有上述之促參法及政府採購法外，在我國現行中央及地方法秩序下，尚存有若干其他相關法令。以臺北市為例，即訂定有臺北市市有財產委託經營管理自治條例之地方專法。根據該自治條例第 2 條第 1 項規定：「本自治條例所稱委託經營管理，係指市政府委託機關（以下簡稱委託機關）將市有財產以現況委託受託人營運，受託人應負市有財產保管維護責任，並得依產品消費或服務內容對外收取相關費用。」準此，該自治條例所稱之市有財產委託經營，概念上與促參法第 8 條第 1 項第 5 款之民間參與方式相同，皆屬委託機關與受託廠商間具有責任及風險分擔特性之公私協力模式。在此理解基礎上，臺北市市有財產委託經營管理自治條例與中央法律位階之促參法間之關係為何，有待進一步之探討。

根據臺北市政府財政局之統計資料顯示，在臺北市政府之作業實務上，市有財產委託經營（OT）依所適用之法規依據不同，區分為「依促參法辦理之案件」及「依臺北市市有財產委託經營管理自治條例委託之案件」兩大類⁵⁷。由此可見，臺北市政府辦理市有財產委託民間經營管理業務時，將促參法及臺北市市有財產委託經營管理自治條例兩者間之規範適用選擇認知為是「互斥之擇一關係」。而在實際行政作業上，臺北市政府區分之主要基準，在於相關案件（1）是否為促參法第 3 條第 1 項所稱之公共建設；（2）是否為促參法第 8 條第 1 項所規定之民間參與公共建設態樣，

⁵⁷ 參見前註 1 及 2 處。

以及（3）是否具促參可行性，尤其是具財務評估可行性。若此三項條件皆屬肯定，則將依促參法辦理市有財產委託經營。若否，則選擇依臺北市市有財產委託經營管理自治條例委託民間經營管理。

臺北市政府所採取之此等二元區分架構及其區分基準是否符合現行法秩序之規定，在法制上容有進一步探討之實益。蓋市有財產委託民間經營一旦依促參法辦理，則在諸多情形下，提供民間使用之公共建設用地乃不受地方政府公產管理法令之限制⁵⁸。反之，倘若是依臺北市市有財產委託經營管理自治條例委託經營之案件，則臺北市公產管理相關法令仍有適用之餘地。從而，市有財產委託經營適用何種法令辦理，對地方政府之公產管理法制影響甚為重大。對此問題，應嚴正以對。

首先，吾人可從「規範面」之角度觀察。按促參法第 2 條規定：「促進民間參與公共建設，依本法之規定。本法未規定者，適用其他法律之規定。」顯見立法者將促參法定位為促進民間參與公共建設之特別法，應「優先」適用。又臺北市市有財產委託經營管理自治條例第 1 條第 2 項規定：「市有財產之委託經營管理，依本自治條例之規定；本自治條例未規定者，適用其他法令之規定。」由此顯見臺北市之立法機關明確地將臺北市市有財產委託經營管理自治條例定位為市有財產委託經營管理之特別法，應優先於其他法令規定而適用。是以，促參法及臺北市市有財產委託經營管理自治條例皆各自自行定位為市有財產委託經營案件之特別法，從而形式上似呈現出適用順序之規範上齟齬現象。就此，本研究認為應更細膩地區分為下列兩種情形加以觀察：

一、市有財產之委託經營不符合促參法第 3 條所稱公共建設之情形：

此際，促參法自當無適用之餘地。又由於臺北市市有財產委託經

⁵⁸ 例如促參法第 16 條第 4 項規定：「本法施行前徵收取得之公共建設用地，得依前項規定之方式，提供民間機構開發、興建、營運，不受土地法第二十五條、國有財產法第二十八條及地方政府公產管理法令之限制。」

營管理自治條例之物的適用範圍係以「市有財產」為基準（第 2 條第 1 項參照），而不論其所涉及之公共建設領域。從而，在此情形下，臺北市市有財產委託經營管理自治條例仍有適用之餘地，其與促參法間並不生規範競合之適用衝突問題。

二、市有財產之委託經營符合促參法第 3 條所稱公共建設之情形：此際，一方面將發生促參法及臺北市市有財產委託經營管理自治條例之規範競合情形。但另一方面，復因上述兩規範皆自行定位為特別法，應優先其他法律而被適用，故又發生規範適用衝突之現象。根據目前臺北市政府之政策，乃採取「促參法優先適用」之原則。臺北市政府 95 年 12 月 21 日府授財金字第 09532720800 號函明白指出：「本府各機關辦理市有財產委託民間經營案件（OT），請優先依『促進民間參與公共建設法』辦理」。其理由如次（本府第 1379 次市政會議財政局報告案）：1. 投資人可依促參法規定享受租稅優惠提高誘因，增加民間投資意願。2. 涉及土地處分案件時，可排除土地法第 25 條規定之限制，縮短作業程序，爭取時效。3. 辦理簽約成功者，可向中央申請獎勵，激發同仁士氣。」

綜上分析，臺北市市有財產委託經營，基於「促參法優先適用原則」之操作，倘符合促參法第 3 條第 1 項所稱之公共建設者，則原則上應不再有適用臺北市市有財產委託經營管理自治條例辦理之空間。反之，市有財產欲適用臺北市市有財產委託經營管理自治條例委託民間經營管理者，理應僅有在其性質上非屬促參法第 3 條第 1 項所稱公共建設之情形，始有可能。至於臺北市政府行政作業實務上所提出之「財務評估可行性」因素，或許是業務機關基於業務減量、委託經營標的財產價值高低、誘因大小，以及市有財產使用效益最大化等諸多財務面向之考量所採取的權宜之計

⁵⁹。然而，本研究認為，單就法理而言，其並不宜作為界分適用促參法或是臺北市市有財產委託經營管理自治條例之區分基準。蓋市有財產委託民間經營作為一種公私協力態樣，旨在減輕政府自行營運之任務負擔。基此思考脈絡，委託民間經營是否可行，係屬案件本身性質之現實問題，而非法規適用之選擇問題。同一案件，經可行性評估，若認現階段不具委託民間經營之可行性者，例如民間廠商服務資費過高，誘因不大致使民間參與意願不高，或是民間服務品質難以穩定維持等，因此不宜適用促參法辦理者，則在法理上應該同樣地亦不宜適用臺北市市有財產委託經營管理自治條例強行推案。

其次，再從地方自治權保障角度以觀，地方制度法第 18 條第 2 款第 4 目規定，「直轄市財產之經營及處分」為直轄市之自治事項。復根據同法第 25 條前段規定：「直轄市……得就其自治事項或依法律及上級法規之授權，制定自治法規。」準此，臺北市基於對市有財產處分、營運及管理之自治權，制定臺北市市有財產委託經營管理自治條例，以規範市有財產委託民間經營管理相關事項，乃為自治立法權之展現，原則上受憲法制度保障⁶⁰。縱然如此，地方自治權並非不得限制之。在不侵害地方自治之權核心領域限度內，中央本於全國法秩序一致性或是其他公益因素之考量，尚非不得以法律限制地方自治團體自治權之範圍及行使。促參法作為中央法律，就包含市有財產在內之公有財產的委託經營相關程序及部分實體事項為優越性之規範，並明定優先於其他相關法令而為適用。在地方自治團體

⁵⁹ 按根據促參法規定，民間參與公共建設是否具適用促參法之可行性，主辦機關應先行進行「預評估」。而計畫標的財產價值多寡、民間參與自償率高低，以及有無充分誘因足以吸引民間投資等，皆屬預評估之重要項目。在行政作業實務上，臺北市政府確實存在有諸多市有財產委託民間經營之個案，因預評估之結果不具適用促參法之樂觀可行性，遂轉而適用臺北市市有財產委託經營管理自治條例者。例如由臺北市政府文化局所管理之「錢穆故居」，因原委託東吳大學經營管理期間績效不彰，擬變更委託經營對象時，文化局經填列公共建設促參預評估檢核表後發現商業誘因不足，尚不適用促參法之規定委外。故而，遂轉而適用臺北市市有財產委託經營管理自治條例委託民間經營管理，即屬一適例。

⁶⁰ 參見司法院釋字第 498、550 號解釋。

公產自治權之核心領域不因之而受侵害之前提下⁶¹，自對地方自治團體產生法拘束力。在此思考脈絡下，臺北市政府針對市有財產委託經營應適用法規所採行之「促參法優先適用原則」，或許另有其他考量點，已如上述。然而，在結論上卻是符合我國現行中央與地方法規適用關聯性之通說見解。又本於上述自治權核心領域保障之法理，在促參法未為規定，或是不與其相牴觸之前提下，臺北市市有財產委託經營管理自治條例於依促參法辦理市有財產委託經營之案件，仍有補充適用之餘地⁶²，自不待言。換言之，即使臺北市市有財產委託經營適用促參法辦理，本於地方制度法第 18 條第 2 款第 4 目保障直轄市財產經營之自治權，臺北市市有財產委託經營管理自治條例仍有補充適用之空間；兩者間並非立於絕對互斥之擇一關係。

第三節 臺北市市有財產提供民間使用之種類

根據臺北市市有財產管理自治條例等相關規定，臺北市市有財產得以多種方式提供民間使用。在類型化上，略可依循下列各項區分基準而作分類：

第一項 依提供使用方式分類

根據市有財產根據提供民間使用之方式，略可區分為出租、設定地上權、委託經營管理，以及其他提供民間利用方式等類型。出租者，一般而言係市有財產之所有權人（各級地方自治團體）立於出租人之地位，將市

⁶¹ 地方自治團體對其財產經營及處分自治權之核心領域究係為何，學說及司法院大法官解釋並未有直接且明確之論述。司法院釋字第 550 號解釋理由書僅抽象性地指出：「前述所謂核心領域之侵害，指不得侵害地方自治團體自主權之本質內容，致地方自治團體之制度保障虛有化。」本此旨趣，當中央逕行代替地方決定將市有財產委託民間經營時，地方自治團體財產處分及經營自治權之核心領域即有可能遭受到侵害。

⁶² 例如臺北市市有財產委託經營管理自治條例第 8 條關於市有財產委託經營管理回饋金或權利金底價計算之規定，較之於促參法為綿密，自當可予適用。

有財產提供與民間承租人使用收益，而承租人對出租人給付租金之雙務財產租賃契約法律關係而言⁶³。以臺北市市有財產管理自治條例為例，該法第五章第一節（第 52 條至第 63 條）即針對非公用財產之出租部分，定有相關之規定。

其次，設定地上權模式通常則是屬於市有財產「出租」中之一種特殊類型。根據民法第 422-1 條規定：「租用基地建築房屋者，承租人於契約成立後，得請求出租人為地上權之登記。」準此，倘市有財產出租與民間係供其「建築房屋之用」者，則雙方除簽訂不動產租賃契約外，市政府尚可將出租之土地設定地上權予承租人，使其取得在市有土地上以興建建築物或其他工作物為目的而得以使用該公有財產之物權⁶⁴。

再者，根據臺北市市有財產管理自治條例規定，市有財產除可「出租」民間外，尚可採取「提供利用」方式，使民間取得市有財產之使用權（第 64 條至第 66 條）。若從體系解釋以觀，臺北市市有財產管理自治條例刻意將市有財產區分「出租」及「提供使用」，似乎有意界分其為不同之財產利用方式。首先，可供思考之區分點，或為市有財產提供使用之有償性或無償性。然而，市有財產「提供利用」僅限於無償，不僅不符臺北市市有財產管理自治條例之體系架構，亦有違行政作業實務。此觀之臺北市市有財產管理自治條例將「利用」一節置於第五章「收益」之下即可得知，市有財產提供民間利用，旨在增加財產收益，自當以有償為主要方式。而在行政作業實務上，固然偶見有臺北市基於公益目的，將市有財產無償提供民間利用之例（公益提供），但多數之案件仍屬有償提供使用。若吾人回歸臺北市市有財產管理自治條例之體系及文義觀察，該自治條例意義下所

⁶³ 參見民法第 421 條規定：「稱租賃者，謂當事人約定，一方以物租與他方使用收益，他方支付租金之契約。」

⁶⁴ 參見民法第 832 條規定：「稱普通地上權者，謂以在他人土地之上下有建築物或其他工作物為目的而使用其土地之權。」同法第 833-2 條規定：「以公共建設為目的而成立之地上權，未定有期限者，以該建設使用目的完畢時，視為地上權之存續期限。」

稱之「出租」乃限於「非公用財產」，而「利用」則包含非公用財產（第 64 條及第 65 條）及公用財產（第 66 條）兩者在內。準此，至少在臺北市市有財產管理自治條例之規範體系下，市有財產出租及提供利用概念之區分，似乎在於財產標的之公用或非公用。換言之，非公用市有財產有償提供民間使用者，採「出租」用語；而非公用市有財產無償提供民間使用，或是公用市有財產有償或無償提供民間使用者，則採「利用」用語。實則，就提供使用之實質法律關係以觀，此等名稱之形式上界分實不具意義；兩者事實上容有重疊之可能。

至於委託經營管理，則是現代公私協力模式興起後所發展出之市有財產提供民間使用的一種方式。就現行法而言，對於財產委託經營管理定有立法定義者，例如國有非公用財產委託經營實施要點第 2 點規定：「本要點所稱委託經營，指委託機關將國有非公用財產委託受託人經營，由受託人支付委託機關訂約權利金及經營權利金，並自負經營盈虧。」又如臺北市市有財產委託經營管理自治條例第 2 條第 1 項則規定：「本自治條例所稱委託經營管理，係指市政府委託機關（以下簡稱委託機關）將市有財產以現況委託受託人營運，受託人應負市有財產保管維護責任，並得依產品消費或服務內容對外收取相關費用。」除此之外，一般見解認為促參法第 8 條第 1 項第 5 款之規定：「由政府投資新建完成後，委託民間機構營運；營運期間屆滿後，營運權歸還政府。」亦屬公共建設（公有財產）委託經營管理（OT）之規定。綜合上述法令規定，公有財產之委託經營除法規另有規定者外，原則上係指行政機關作為委託機關，將公用或非公用之公有財產限期委託民間營運之一種財產提供使用態樣。受託人雖得依產品消費或服務內容對第三人收取相關費用，但卻自負經營管理盈虧及公有財產保管維護之責；在多數之情形下，尚須支付委託機關相關權利金。在此理解下，市有財產委託經營管理通常所著重者，與其說是「財產面向」之委託經營管理，不如為利用該財產所營運之「業務」。例如臺北市政府將公立

醫院之土地、建築物及設施設備委託民間經營管理，使民間機構得利用該等財產對市民提供疾病照顧之醫療服務業務。在此理解下，市產「委託經營」與上述之「提供使用」在概念上亦有所區別。前者除市產提供使用外，尚一併將與該市產經營管理所連結之「行政業務」委託予民間辦理；而後者則僅市有財產之純粹提供使用，亦即單純具財產價值標的之給付，並無行政業務委託之連結。此等區分架構，亦可與下述第三項依財產提供使用目的之分類相呼應：市有財產提供使用者，原則上目的在於活化利用及基此所市庫帶來一定之收益。而市有財產委託經營，則屬任務減量目的，旨在隨市有財產之委託經營，併同將相關行政任務亦委託民間辦理。

第二項 依財產用途分類

如同其他公有財產一般，臺北市市有財產依其使用性質，略可大別為「公用財產」及「非公用財產」二類。前者係指設定為供公部門或公共使用之公有財產，而後者則是使用人非設定為公部門或公共之公有財產而言。根據臺北市市有財產管理自治條例第4條第1款規定，公用財產復可再行區分為三類：「公務用財產」、「公共用財產」及「事業用財產」⁶⁵。首先，公務用財產係指市政府所屬機關、學校、醫院、救濟院等供辦公作業及宿舍等使用之財產。其次，公共用財產則指直接供公共使用之財產。最後，事業用財產為市營事業機構使用之財產。但市營事業為公司組織者，僅指其股份而言。須說明者，公用財產與非公用財產之定性，並非一旦設定後即恆互不變。毋寧，行政機關視實際情形，於符合法定要件下，得以

⁶⁵ 類似規定亦可參見國有財產法第4條規定：「(第1項)國有財產區分為公用財產與非公用財產兩類。(第2項)左列各種財產稱為公用財產：一、公務用財產：各機關、部隊、學校、辦公、作業及宿舍使用之國有財產均屬之。二、公共用財產：國家直接供公共使用之國有財產均屬之。三、事業用財產：國營事業機關使用之財產均屬之。但國營事業為公司組織者，僅指其股份而言。(第3項)非公用財產，係指公用財產以外可供收益或處分之一切國有財產。」有學者亦將國有財產法該條所區分之財產，用「財政財產」、「行政財產」及「公共用財產」稱之。參見吳志光，行政法，6版，2014年9月，頁132。

對財產作用途變更，使公用財產變更為非公用財產；反之亦然。此觀之臺北市市有財產管理自治條例第 32 條規定：「公用財產因用途廢止或基於事實需要，得報經市政府核准後，變更為非公用財產。非公用財產經核准指撥為公用財產者，應變更為公用財產。」自明⁶⁶。除此之外，財產之公用或非公用定性，雖然必須依照行政機關「指定」之意思表示判斷。然而，行政機關之財產用途指定行為，並不得恣意行使，毋寧應與事實需要相符。倘財產用途之指定與該財產之實際使用狀況不相一致者，則行政機關應負有變更財產用途之作為義務。例如上述自治條例第 34 條規定：「各機關經營之市有土地及建築物，應以實際作為公用者為限，用途廢止時，應即清理完善後交財政局收回接管依法處理。」同理，同自治條例第 35 條前半段亦明定：「各機關經營之公用財產，如不需使用或機關撤銷者，應變更為非公用財產，移交財政局接管。」

公有財產區分為「公用」及「非公用」之類型，對於提供民間使用之法容許性及合法性而言，尤其富具意義。蓋根據臺北市市有財產管理自治條例之立法例，其基本上正是建構在「公用」及「非公用」之二分架構上，各自形塑不同之收益容許性及要件。首先，從體例觀之，該自治條例第五章以「收益」作為章名。其下復區分為「非公用財產之出租」（第 52 條至第 63 條）及「利用」（第 64 條至 66 條）二節。準此，立法者似有意將可出租予民間之市有財產，限縮在「非公用」之範疇。反之，市有財產提供民間「利用」，則不以「非公用」為限；即使是「公用」市有財產，亦不排除有為增加收益之利用的可能性。次之，若再細究個別規範條文，則此等立法意圖亦可由該自治條例一方面於第 64 條及第 65 條規定非公用財產之不動產的增加收益之利用，另一方面復於第 66 條規定「公有土地、道路或建物」之利用獲得證明。蓋該條所稱之「公有土地、道路或建物」，

⁶⁶ 國有財產法第 34 條第 2 項規定：「公用財產與非公用財產得互易其財產類別，經財政部與主管機關協議，報經行政院核定為之。」亦可參照。

顯然地並不限於「非公用」財產而已，更包括「公用」財產在內。至少在公有道路部分，性質上多以公用為常態，非公用為例外⁶⁷。

縱然如此，上述臺北市市有財產管理自治條例對於公用及非公用財產提供民間使用之規定，並非毫無例外。首先，根據該法第 1 條第 2 項規定：「市有財產之管理，除其他法令另有規定外，依法自治條例之規定。」準此，若有其他法令對於公用及非公用市有財產作特別規定者，理當優先適用。以不動產市有財產出租為例，亦不乏有公用市有建物房舍出租民間使用之例，例如行政機關或市立學校之禮堂或活動中心出租供里民辦理集會或其他活動之用⁶⁸。即使未存在有法令另為規定情形，臺北市市有財產管理自治條例自身亦於第 21 條但書賦予公用市有財產得為同法第 66 條所規定情形以外之其他為增加收益而提供民間使用的可能性：「管理機關對於公用財產不得為任何處分、設定負擔或擅為收益。但收益不違背其事業目的、原定用途或經法定程序辦理，報經市政府核准有案者，不在此限。」職是之故，就整體規範秩序以觀，市有財產無論公用或非公用，除非法令有特別規定，否則原則上皆存有以不同方式提供民間使用之可能性。

市有財產提供民間使用，雖然公用及非公用皆有可能，已如上述。然而，對於本研究計畫特別具有意義者，乃是臺北市政府於認定因公有財產提供民間使用所簽訂之公私協力契約的法律屬性時，實務作法上似乎特別看重「公用——非公用」之區分，並以之作為判斷基準之一。例如臺北市市有公用房地提供使用辦法第 4 條第 1 項規定：「公用房地提供使用，應由管理機關檢附使用行政契約草案及其他相關資料，詳述提供使用緣由、期間、使用費及適用法規，循行政程序專案簽報核准後辦理。」若反面解

⁶⁷ 市有非公用道路之可想像事例，似乎僅存在於市有非公用土地內，為方便管理機關管理需要所闢設之非對一般公共開放使用的道路而已。

⁶⁸ 參見臺北市里民活動場所租金補助辦法第 3 條第 1 項第 2 款規定：「本辦法所稱之里民活動場所之種類如下：二、臨時場所：租用行政區所轄之區民活動中心、機關學校或合於消防、建築法規之集會活動場所。」

釋，則臺北市市有「非公用房舍」提供使用，則似乎應簽訂「使用民事契約」。事實上，此項反面解釋，確實可從《臺北市政府常用契約範例》中之獲得證實。其將臺北市市有非公用基地及房舍租賃契約定性為私法契約。就此，下文將有進一步之介紹分析⁶⁹。

第三項 依財產提供使用目的分類

市有財產提供民間使用，依其藉此擬欲達成目的作為基準，主要可區分為下列二種類型：

其一，旨在減輕國家之財政及財產營運負擔。換言之，即積極推動獎勵民間參與公共建設，由民間出資興建、修繕並（或）營運公共建設，以有效調和市府財政拮据及公共服務不中斷兩者間之衝突現象。此種方式可謂由民間為市府分擔公共建設營運行政任務執行之一種「功能民營化」現象，屬於「任務減量型」之公私協力方案。臺北市政府將市立國民中小學校舍、市立醫院、市立社會福利機構、運動中心及設備器材等委託民間經營管理等，因其目的乃在於納入私人之力，協助市政府執行本應由其自己履行之教育、醫療、社福、國家健康之事務，故皆屬此等類型公私協力之適例。

其二，則是增加市有財產之收益。亦即為活化既有市有財產之目的，將其出租或提供民間使用，導入民間需求及經營效率，使市有財產之利用及營運更具效益，發揮最大價值。並且，藉由權利金或租金之收取，同時亦可增加市庫收入，改善市府財政狀況。是以，此種方式可謂為一種「公產收益型」之公私協力開源方案。例如臺北市市有財產管理自治條例第 52 條以下非公用財產之出租，以及第 64 條以下規定之市有財產提供利用，即屬此等類型之公私協力。

上述兩種市有財產提供民間使用，前者為晚近公私協力興起之主要目

⁶⁹ 參見第三章第一節第一項及第三項及第六章第二節第二項第二款第一目。

的。協力需求者通常為「公部門」，而協力提供者則為「私部門」；亦即屬於公部門透過市有財產之提供，向私部門尋求協助，委請其辦理與該財產之營運有關之業務。而後者，則主要是被規制在地方公有財產管理自治法規中。協力需求者多數為私部門，公部門反而為協力之提供者。換言之，係屬於私部門透過市有財產之利用，以滿足其自己職業（營業）自由行使所需之相關土地、房舍或其他設施需求。有鑑於此兩種類型之市有財產提供民間使用目的各異，故因此所簽訂之公私協力契約，就契約目的而言，當亦自屬有別。在契約形式選擇及定性上，原則上自應予以區分思考，分別賦予不同之法理基礎及區分基準，不宜混為一談。當然，在部分之公有財產提供民間使用情形，亦不排除上述兩種目的可能同時兼具。換言之，公部門將市有財產委託民間經營管理，一方面旨在減輕自己提供公共服務之任務負擔，但另一方面卻也同時對於受託人收取權利金，以增加公庫之收入。例如臺北市政府財政局 97 年 6 月 3 日北府財金字第 09731078600 號函即曉諭臺北市政府各機關學校依促進民間參與公共建設法辦理之市有財產委託民間經營管理（OT）案件，其權利金之設定，應參採行政院公共工程委員會 96 年 4 月 12 日工程技字第 09600144180 號函頒「促參案件權利金及調整原則」辦理，宜採固定金額為原則⁷⁰。對於此等收取有權利金之公有財產委託民間經營管理案件類型，本研究認為在類型劃歸上仍應以上述「任務減量型」之公私協力視之。蓋公部門委託民間經營管理公有財產之主要目的，仍在於透過民間之參與，使與該公有財產之經營具緊密關聯性之行政任務得更具效率與效能地獲得執行。權利金之收取，毋寧應視為行政任務由民間為更有效執行之添附式次要目的而已。

⁷⁰ 參見 <http://www.dof.taipei.gov.tw/public/Data/482516401371.pdf>（瀏覽日期：2014 年 10 月 17 日）。

第三章 臺北市市有財產提供民間使用 之契約形式選擇現況

在行政作業實務上，臺北市將其所有或管理之市有財產提供予民間使用，絕大多數係透過「契約」之行政行為形式，與使用人間形塑公有財產使用、管理及經營之相關權利義務關係。在此等領域內採行契約形式以形成提供者及使用者間之法律關係，原則上亦契合行政行為形式選擇之行政法理。蓋公有財產出租、提供使用以及委託經營管理之範疇，鮮少涉及到必須採取強制性之單方國家公權力措施始得以踐行任務之干預行政。從而，在公產提供使用以及與其具有緊密關聯性之業務執行的行政範疇內，除非法律有明文禁止採行契約之行為形式（Vertragsformverbot）以建構公產利用領域內之公私協力法律關係⁷¹，否則，行政機關原則上當可選擇以「契約」之形式，執行公私協力行政⁷²。至於行政機關在可採採契約形式以形塑市有財產提供民間使用之法律關係的前提下，此等公私協力契約之法律性質究屬行政契約或是私法契約，則屬另一層次之問題。本研究以下即擬在行政機關具締結公私協力契約之法容許性前提下，分從臺北市自治法規、公私協力行政作業實務、法院相關裁判，以及我國學說見解等面向出發，觀察我國公私協力契約公、私法定性區分或選擇基準之現況。

第一節 自治法規及行政作業實務

第一項 規範明定契約屬性

⁷¹ Vgl. E. Gurlit, *Verwaltungsvertrag und Gesetz. Eine vergleichende Untersuchung zum Verhältnis von vertraglicher Bindung und staatlicher Normsetzungsautorität*, 2000, S. 251 ff.

⁷² 即使是行政任務之執行必須涉及到以單方高權公權力措施方式為之者，根據學說及我國現行行政程序法第 135 條以下之相關規定，原則上亦不排除行政機關得採取締結行政契約之雙方行政行為形式，以替代作成行政處分之單方行政行為。

臺北市針對為市有財產出租、提供使用及委託經營之目的，而與民間所簽訂之契約，為明確化其法律性質，俾使主管機關（單位）、承辦人員及作為契約一方當事人之人民有所遵循，在作業實務上往往透過「立法」之方式，於若干自治法規中直接明定特定事務領域內公私協力契約之公、私法定性。

截至 2014 年 8 月 15 日為止仍有效施行之臺北市自治法規及行政規則中，經以「行政契約」為關鍵字查詢，搜尋結果得出計有 2 項自治條例，以及 9 項自治規則及行政規則⁷³，包含有將契約明定為行政契約之條款。茲表列如下：

表 1：臺北市自治法規關於契約定性規定彙整

	法規名稱	條文內容
自治條例	臺北市市立學校委託私人辦理自治條例 (103. 06. 30)	第 3 條 本自治條例所稱委辦學校，指由教育局委託私人辦理教育事務之市立國民中學或國民小學（以下簡稱市立國民中小學）。(第 1 項) 前項委託，指教育局基於發展學校辦學特色，鼓勵教育實驗，提供受託人學校用地、校舍設備，編列經費，針對學校課程教學、評量、招生、人員進用等事項，與受託人簽訂 <u>行政契約</u> ，將市立國民中小學委託其辦理。(第 2 項)
	臺北市下水道橋樑隧道附掛纜線管理自治	第 3 條 業者於本市下水道、橋樑或隧道暫掛、附設纜線，應向主管機關申請許可，並繳納使用費及履約保證金。

⁷³ 臺北市市有不動產參與都市更新處理原則（101. 06. 13）第八點規定：「本府主導辦理之都市更新事業案，於徵得實施者，並簽訂都市更新事業實施契約書後，市有不動產已出租或提供使用者，得由管理機關敘明理由通知承租人終止租賃契約，或通知使用人逕行終止使用行政契約。契約終止後，原符合臺北市市有土地出租租金計收基準第二點規定者，其使用補償金得參照該點優惠規定計收；市有眷舍合法現住人則依臺北市市有眷舍房地處理自治條例規定辦理。」條文中雖有「行政契約」用語之出現，然並非指涉都市更新事業實施契約書之法律定性，毋寧為擬參與都更之市有不動產現出租或提供使用之「租賃或提供使用契約」而言。因此條文旨不在於對特定公私協力契約作定性（此由條文「…終止租賃契約，或…終止使用行政契約」並列可能之市有財產提供使用契約類型自明），故本研究不將其予以歸入，特予敘明。

	條例	(第 1 項) 前項使用費及履約保證金，業者應於簽約或續約前一次繳清。 主管機關為第一項許可時，應一併通知第一項應繳費用之數額，業者應於接獲許可之日起三十日內與主管機關簽訂<u>行政契約</u>；未依期限簽約者，視為撤回申請。 (第 3 項)
自治規則	臺北市市有公用房地提供使用辦法 (101.07.10)	第 4 條 公用房地提供使用，應由管理機關檢附使用<u>行政契約</u>草案及其他相關資料，詳述提供使用緣由、期間、使用費及適用法規，循行政程序專案簽報核准後辦理。 (第 1 項) 契約期間以不超過三年，並以管理機關名義簽訂契約為原則。(第 2 項) 第一項專案簽報，以簽會本府財政局及法規委員會，陳請市長核准後辦理為原則。但有下列情形之一，且無政策法令特殊考量者，由本府各一級主管機關首長（各區公所陳報民政局）核准後逕予辦理，無須加會本府財政局及法規委員會：(第 3 項) 一、使用期限未逾一年，且無續約約定者。 二、提供自來水、電力、天然氣、電信、郵政或其他公用事業使用者。 三、提供本市機關學校員工(生)消費合作社使用者。 四、設置自動櫃員機、自動販賣機、快照站或其他簡易便民服務設施者。 五、申請續約條件未變更，且使用期間累計未超過九年者。 六、續辦招標者。 第 10 條 公用房地提供使用，於簽訂使用<u>行政契約</u>後，管理機關應妥善保存契約、釐正財產管理系統土地、房屋使用現況資料，並將核准函簽及契約書影本，函送本府財政局錄案列管。 第 11 條 公用房地提供使用<u>行政契約</u>，應載明有下列情形之，管理機關得隨時終止契約，停止其使用之意旨： 一、政府因舉辦公共事業需要、公務需要或依法變更使用者。 二、政府因開發利用、實施國家政策或都市計畫，必須收回者。 三、經本府依法出售者。 四、使用人使用房地違反法令者。 五、使用人未經同意，擅自將使用房地出租、分租或

	以其他方式將使用權轉讓他人者。 六、使用人積欠使用費達二個月之金額，經定期催告仍不繳納者。 七、使用人受破產宣告或解散者。 八、使用人未經同意，擅自增設地上物、變更使用房地或約定用途者。 九、因可歸責於使用人之事由，致使用物或其他設備毀損，而不修復者。 十、使用人違反契約約定者。 十一、其他依法令規定得終止契約者。
臺北市特定會展產業設施運用辦法 (101.02.10)	第4條 特定會展產業設施之運用，由該設施之財產管理機關（以下簡稱管理機關）採下列方式之一，經本府專案核准後辦理：（第1項） 一、由管理機關自行運用或管理。 二、提供本府所屬機關（構）、學校運用。 三、指定由設立時本府捐助之金額占其設立基金總額百分之五十以上之財團法人運用。 四、依促進民間參與公共建設法規定委託民間營運管理。 五、依臺北市市有財產委託經營管理自治條例規定，委託經營管理。 六、依臺北市市有公用房地提供使用辦法規定，提供使用。 特定會展產業設施之運用，除前項第一款至第三款運用方式外，管理機關應優先評估適用前項第四款運用方式辦理之可行性。（第2項） 依第一項第三款之運用方式者，於專案簽報核准時，應檢附<u>行政契約</u>草稿及其他相關資料，詳述相關運用用途、方式及期間。（第3項） 第3條 本辦法所稱特定會展產業設施，指本市會展產業設施具有下列各款情形之一，經本府指定者： 一、委託民間經營管理，其經營收入顯無法支應有關支出。 二、委託民間經營管理，於契約存續期間內解除或終止契約。 三、基於執行重要會展產業政策或實現重大公益目

	的。
臺北市建國假日玉市市集輔導管理辦法 (96.11.23)	第4條 展售場地及展售會員之管理事宜，得委託以推廣玉類器物之交流為目的之社團法人辦理。(第1項) 前項委託應與主管機關簽訂<u>使用管理行政契約</u>，於例假日使用管理展售場地，並提供其展售會員使用。(第2項) 前項契約期間每次以三年為原則，期滿得重新續訂契約。(第3項) 第5條 展售場地使用展售時間為每星期六上午九時起至下午八時止，星期日上午九時起至下午六時止；星期日展售時間結束後，應即於下午八時前將展售場地回復原狀。(第1項) 前項展售時間，主管機關得視實際需要調整之。(第2項) 前條與主管機關簽訂<u>使用管理行政契約</u>之社團法人(以下簡稱使用人)或其展售會員不得於規定展售時間外進場展售或進行與展售有關事項。(第3項) 第8條 前條第二項前段之展售場地及展售會員之管理規定，應包括下列事項： 一、查對展售會員之資格，其不符合資格者禁止入場。 二、禁止展售會員擁有二個以上展售攤位。 三、禁止公有市場攤商、有證攤販及列管攤販臨時集中場之攤販入場展售。 四、禁止經除名後未滿三年之會員入場展售。 五、禁止曾受竊盜、搶奪、強盜、海盜、侵占、詐欺、背信、重利、恐嚇、擄人勒贖、贓物罪刑事判決確定者入場展售。 六、收取及繳交使用費，並禁止積欠使用費二個月以上經通知仍未繳納之展售會員入場展售。 七、受理展售會員之請假，並禁止一年內(曆法計算)累積請假達三十二個展售日之展售會員入場展

售。

八、規範展售會員進場、出場時間。

九、查報展售會員販售玉類器物及其附屬品以外之貨品，並督導展售會員配戴使用人所製發之證件。

十、禁止販賣違禁品、膺品或有其他違法損及消費者權益之行為者入場展售。

十一、維護場地營業秩序、環境衛生、公共設備設施及違規展售之取締。

十二、指派一名以上交通疏導人員，協助維持展售場地周圍交通或秩序，並接受主管機關之指導。

十三、約束展售會員接受主管機關派員抽查。

十四、約束展售會員應遵守本辦法之規定及違反本辦法規定之罰則。

十五、辦理展售會員展售攤位之公開抽籤。

十六、禁止展售會員於使用期間屆滿或行政契約解除、終止後入場展售。

第 9 條

使用人有下列情事之一者，經主管機關書面限期改善，逾期未改善者，除主管機關得終止使用管理行政契約外，並加收相當於一個月使用費之違約金：

一、展售會員逾越展售場地規定營業時間、擅自進場或延後離場。

二、展售會員販售非玉類器物及其附屬品。

三、未依第八條之規定管理展售場地或展售會員者。

四、將展售場地提供非展售會員使用。

第 10 條

使用人或展售場地使用有下列情事之一者，主管機關得終止使用管理行政契約，使用人於主管機關通知終止契約後，應要求其展售會員停止進入場地展售，並不得提出任何異議或要求任何補償。但如係因下列第一款至第三款之情事而提前終止契約者，主管機關應協同使用人另覓場地輔導展售會員繼續營業：

一、展售場地因舉辦公共事業或公務使用需要而依法變更使用者。

		二、主管機關實施各項政策或都市計畫必須收回展售場地者。 三、主管機關政策變更，展售場地不作玉類器物及其附屬品之展售使用者。 四、使用人因故無法繼續展售業務者。 五、使用人有應改善事項，經主管機關通知限期改善而不改善或經改善仍不符合要求者。 六、其他依法令規定，得終止使用管理行政契約者。
自治規則	臺北市共同管道管理辦法	第 44 條第 1 項 主管機關依前二條規定將管道預留空間及備用空間提供使用，應採公開方式辦理，如同一管道空間有二以上管線事業機關（構）申請使用時，以其投標金額扣除依前二條規定計算之金額最高者為得標，並由主管機關通知申請單位簽訂<u>使用行政契約</u>。
	臺北市市區道路纜線管路設置管理辦法	第 7 條 參與前條投標之得標者，應於決標日起三十日內完成簽訂使用纜線管路之<u>行政契約</u>（以下簡稱使用契約），並依使用契約繳納使用費及保證金。
	臺北市公有土地設置簡易運動、綠美化設施認養暨命名試辦要點（98.06.08）	六、（簽訂契約） 認養人申請認養公有土地，應檢附申請書向受理機關提出申請，經審核同意後，簽訂<u>行政契約</u>。
	臺北市各級學校員生消費合作社設置管理要點（103.01.29）	十一、學校得提供員生社適中之營業場所，並與員生社簽訂<u>場地使用行政契約</u>，本要點列為契約附件，契約時間以一年為期，其營業場所應維持整潔與衛生，並接受學校監督。
	臺北市立動物園園外服務中心鋪位使用管理要點（96.01.24）	六、使用服務中心鋪位應向動物園申請，經核准並訂立<u>使用行政契約</u>（以下簡稱契約）後，始得進入經營。
	臺北市政府產業發展局補助財團法人臺北市會展產業發展基金會補助款申請須知（102.02.26）	十七、會展基金會直接運用花博公園行政契約標的（包括土地、建物、設備及設施）所產生之收入，應全數匯入產業局指定之帳戶並每月結算，同時接受產業局查核。

（資料來源：本研究自製）

綜上所述，在臺北市現行自治法規及行政規則中，臺北市政府或財產管理機關因市有財產出租、提供使用及委託民間經營管理維護，而與私人所簽訂之契約，法令明文定性為「行政契約」者，計有下列 11 種：

1. 市立國中小學委託私人辦理（委辦學校）契約
2. 市立學校提供場地供員生消費合作社使用契約
3. 市有公用房地使用契約
4. 公有土地設置簡易運動、綠美化設施認養契約
5. 市立動物園園外服務中心鋪位使用契約
6. 特定會展產業設施委託公設財團法人經營管理契約
7. 建國假日玉市委託法人使用管理契約
8. 花博公園提供臺北市會展產業發展基金會使用契約
9. 共同管道空間使用契約
10. 使用市區道路設置纜線管路契約
11. 市有下水道、橋樑或隧道附掛纜線使用契約

在上述 11 種法定之行政契約中，依契約標的所涉及市有財產之特定性，尚可區分為三類：第一類為契約標的所涉市有財產特定且明確，市立動物園園外服務中心鋪位、建國假日玉市及花博公園屬之。第二類為契約標的所涉市有財產雖非特定，但至少依其特性可得確定之，例如市立國中小學、市立學校、特定會展產業設施、市區道路、共同管道及下水道、橋樑或隧道。第三類則是契約標的所涉市有財產不特定，亦無可得確定之特徵，市有公用房地屬之。上述將臺北市自治法規及行政規則明定為行政契約之契約標的所涉及之市有財產予以類型化，對於立法者行使契約定性立

法形成自由之妥適性判斷，具有關鍵重要性。蓋對於上述第一類及第二類之特定或至少可得確定之公有財產，財產特性及使用關係之同質性較高，吾人相對地較能精準掌握其出租、提供使用或委託不特定或特定人經營管理之「公私協力契約」契約標的內容及契約目的。從而，一方面臺北市透過自治法規明定方式，對此等類型公有財產提供使用契約予以定性，立法技術上較屬可行⁷⁴。另一方面，若吾人欲從學理角度檢視立法者對此類公有財產提供使用契約所為法律定性是否妥適時，亦能根基在較為明確之法律關係及使用目的而為判斷；論據之肯切性及結論之可支持度理論上亦可相對提高。反之，上述第三類公有公用財產因標的廣泛，性質各異，提供使用之範圍、方式及目的亦可能各不相同。對此，立法者若欲不加區分而通案性地對其因提供使用所簽訂之「公私協力契約」一律作單一定性，根據現今區分公、私法契約之一般學理，以及行政機關之行為形式選擇自由原則，幾是緣木求魚。縱使立法者依舊為之，例如上揭所整理出之相關臺北市自治法規所規定一般，單一契約定性之正確性及妥適性恐因未顧及公有財產性質及提供使用目的之差異性，而容有高度商榷之餘地。

相對地，若以「民事契約」及「私法契約」為關鍵字搜尋臺北市自治法規及行政規則，則在「私法契約」關鍵字部分，僅在「臺北市政府所屬各機關法制作業應注意事項」及「行政契約判斷基準」兩部一般性之行政規則中出現⁷⁵。而進一步觀其規範內容，皆與特定公私協力契約權利義務關係之定性無關。毋寧僅在規範市政府訂定私法契約時，是否應向法院「辦理公證」⁷⁶，以及私法契約與行政契約之「區分標準」而已。至於以「民事契約」關鍵字搜尋，則呈現「無搜尋結果」。須說明者，此等搜尋結果，

⁷⁴ 據此對於臺北市公有財產提供民間使用相關規範未來修法或立法所啟發之建議，詳參見本研究第七章部份。

⁷⁵ 此部分係參酌本研究計畫期中審查會時黃明輝委員所提之意見所增補之搜尋條件，特此敘明。

⁷⁶ 臺北市政府所屬各機關法制作業應注意事項第 22 點：「訂定私法契約時，如法令有強行規定或契約約定必須公證時，得約定不履行契約時，逕付強制執行，並於法院公證處或民間公證人事務所辦理公證，另註明公證費用及印花稅由何方負擔。」

並不意味著臺北市自治法規針對市政府辦理公私協力行政，率皆否定其訂定私法契約之可能性。毋寧，本研究認為應是與我國中央及地方法向來之立法例傳統有關。按有鑑於我國行政契約法制之發展相對於私法契約為晚，故早期（至少是行政程序法施行前）之立法，涉及到契約者，若無特別強調，通常指涉私法契約。而法條條文之呈現，則多直接根據契約內容揭示出「租賃契約」、「借貸契約」等具體之契約種類。即使是行政程序法施行後之立法，基於公法關係之特別性，故在立法例上，若立法者有意識地欲選擇行政契約作為法律關係形塑之手段者，通常會在法條中明揭，予以強調。反之，若無特別契約形式之選擇意識，或是主觀上定性為私法契約者，則通常反倒不會於法條中特別揭示「私法契約」或是「民事契約」之法律性質，毋寧精簡地單純以「契約」字眼表述。若較為精細之立法，充其量則是進一步揭示訂定何種具體態樣之契約，例如租賃契約、承攬契約等而已。是以，本研究上述針對涉及公私協力之臺北市自治法規，分別以「行政契約」及「私法契約」關鍵字進行搜尋所呈現出之結果，應僅是上揭立法例上傳統之反應而已，非謂立法者全然排除私法性質公私協力契約存在之可能性。依此理路，當可進一步得出下列二項結論：其一，屬行政契約性質之公私協力契約，並非以上述自治法規有明定者為限。其二，自治法規中僅單純揭示公私協力法律關係以契約形塑者，該契約之定性，依內容可能為行政契約抑或私法契約。本章節將臺北市自治法規及行政規則中對公私協力契約有明文定性者予以臚列，其目的僅在於檢視並掌握臺北市自治法規制定者主觀上業已決定（選擇）行政契約形式之公私協力契約涉及之事務領域為何，以資嘗試探求其選擇契約形式時有無一定之基準、脈絡或模式。

第二項 自治法規解釋推導

臺北市現行自治法規除上述直接明定公私協力契約之法律定性外，尚

有部份可從法條文義及整體規範架構中，透過法解釋論之操作，間接推導出立法者對於特定種類公私協力契約之法律性質，所抱持之「傾向」。

在此所指涉者，首先為作為市有財產委託經營管理之優先適用法規範——臺北市市有財產委託經營管理自治條例第 16 條規定：「（第 1 項）委託期滿不再續約或終止、解除契約時，受託人應將受託財產與委託經營期間增加之所有財產、資料及全部經營權返還及點交委託機關，不得要求任何補償。但委託機關於許可增、改建或添購時，同意受託人取回者，不在此限。（第 2 項）前項情形經委託機關通知限期點交返還，逾期末點交返還者，委託機關得依行政執行法規定強制執行。」據此，本自治條例明定市有財產受託人於委託經營契約期滿不續約、終止或解除契約，不自動點交返還市有財產者，委託機關被授權得依「行政執行法」規定強制執行，以再次取得受委託民間經營管理之市有財產標的之占有權。

此條項之規定，文義上係直接涉及到委託經營契約終止或解除後之「財產點交」如何強制實現之問題，而非委託經營契約本身。是以，在法解釋論上，可能之解讀為立法者乃根植在將委託機關「命受託人點交返還財產」之通知定位為具單方高權作用之「行政處分」的前提上。蓋在此基礎上，受託人因該行政處分而負有點交委託市有財產之公法上義務。此行為義務若逾期仍不履行者，即有行政執行法適用之餘地。易言之，委託機關即可根據行政執行法第 27 條以下規定，依間接強制或直接強制方法執行之。縱然如此，此等規範仍可引發與契約定性間關聯性之下列問題思考：亦即倘市有財產點交返還確實如上述臺北市市有財產委託經營管理自治條例第 16 條第 2 項所規定，得透過行政處分方式被創設為一「公法上之行為義務」者⁷⁷，則此命題是否在法理上必須建構在作為處分原因行

⁷⁷ 針對此命題之存在可能性，臺北高等行政法院 96 年度訴字第 3539 號判決基本上持否定之見解。本案涉及臺北市小巨蛋點交接管之爭議，臺北高等行政法院於判決中認為臺北市體育處要求東森巨蛋經營管理股份有限公司點交返還小巨蛋體育館，係本於委託經營管理標的管理機關，對占有人為「物上請求權」之意思表示。

為之「契約」，亦必須是行政契約之前提之上？抑或縱使為私法契約，亦無損於作為契約一方當事人之委託機關，得將原本於私法契約所為之市有財產占有移轉，透過行政處分方式，將同一移轉占有之標的點交返還，質變為公法上之義務？質言之，在法制及學理上是否容許行政機關將同一市有財產標的本於私法契約移轉占有與受託人，但受託人卻是本於公法上義務，點交返還與委託人？

針對上述臺北市市有財產委託經營管理自治條例第 16 條第 2 項規定所衍生出之委託經營契約法律性質問題，臺北市政府財政局於 2007 年 12 月所編印之《臺北市市有財產委託經營管理作業手冊》⁷⁸「參、委託經營執行步驟」項下之「步驟八：簽訂委託契約」似有所回應。其明白揭示：「為符合行政程序法相關內容，委託經營行政契約應另記載『因本契約有關事項涉訟時，以行政法院為管轄法院。』及『乙方如有違反本契約之約定者，自願接受甲方依行政程序法第 148 條規定，以本契約為強制執行之名義。本契約業經臺北市市長依行政程序法第 148 條第 2 項認可。』……」據此，在行政作業實務上，臺北市政府應是認為其根據臺北市市有財產委託經營管理自治條例規定所簽訂之市有財產委託民間經營管理契約，性質上乃一律為「行政契約」。在此理解下，臺北市市有財產委託經營管理自治條例第 16 條第 2 項規定可謂採取「行政契約與行政處分併用」之立法例⁷⁹。即使市有財產委託經營契約中根據該自治條例第 12 條規定，明文載有契約終止或解除後受託人應點交返還委託財產與委託機關之約定，委託機關仍得基於臺北市市有財產委託經營管理自治條例第 16 條第 2 項之明文授權，以「行政處分」命受託人履行點交返還市有財產之公法上義務；並且於逾期不履行時逕為行政執行，而無庸向行政法院提起一般給付訴訟

⁷⁸ 參見 <http://www.dof.taipei.gov.tw/ct.asp?xItem=46145071&ctNode=64160&mp=10300B>（最後瀏覽日期：2014 年 8 月 10 日）。

⁷⁹ 關於在行政契約之基礎上，行政機關以行政處分方式實現契約約款內容之合法性要件，可參見最高行政法院 95 年 7 月份庭長法官聯席會議（二）決議及 98 年 7 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議。

或是聲請強制執行（在有依據行政程序法第 148 條規定約定自願接受強制執行之情形下），以實現其對委託財產再度占有之權利。此觀之臺北市政府 94 年 12 月 6 日府財四字第 09423186900 號函說明（二）之內容，更臻確立此等立法目的：

「前開自治條例第 16 條第 2 項條文『前項情形經委託機關通知限期點交返還，逾期未點交返還者，委託機關得依行政執行法規定強制執行。』之處理方式如下：

- i. 本條新增第 2 項條文，主要目的是就行政契約書條文約定強制執行外，另依據公法上的公物返還義務，由委託機關以書面限定相當期間令受託人返還委託財產，逾期未返還，依行政執行法第 27 條以下規定，由行政機關自行強制執行，和依行政契約書約定（自願接受依行政程序法第 148 條規定強制執行）向高等行政法院聲請強制執行之程序不同。
- ii. 委託機關除應於行政契約書約定強制執行事項外，必要時委託機關仍可依本市市有財產委託經營管理自治條例第 16 條第 2 項條文來辦理強制執行。」

類似情形，在臺北市部分涉及市有財產提供民間使用之自治法規中，亦可發現若干條文雖就契約之定性未有明文，然卻包含有「契約應經法院公證」之相關字詞，課予行政機關應將契約送「法院公證」之行為義務。舉其犖犖大者，如上述臺北市市有財產委託經營管理自治條例第 11 條即明定：「市有財產委託經營管理時，委託機關應與受託人簽訂委託契約，該契約應報請市政府核准並經法院公證。」又如臺北市產業發展自治條例第 9 條第 2 項第 1 款第 1 目規定市有房地出租與投資人供投資案使用所簽訂之市有房地租賃契約，「租期逾五年者，其租賃契約應經公證，公證費用由承租人負擔。」等。此等法規雖然在文義上並未直接指出依其規定所訂

定之契約屬性為何，然從「經法院公證」之文義以觀，應可推知規範制定者有將契約定性為「私法契約」之意圖⁸⁰。蓋根據公證法第 2 條第 1 項規定：「公證人因當事人或其他關係人之請求，就法律行為及其他關於私權之事實，有作成公證書或對於私文書予以認證之權限。」基此，得經法院公證之契約，應限於「關於私權」之私法契約，而不及於行政契約。臺灣臺北地方法院公證處 103 年度北院字第 6170 號公證人處分書拒絕公證「臺北市立萬芳醫院第三期委託經營契約」亦皆斯旨，其於理由一中明白揭示：「公證事件，依公證法第二條第一項規定：『公證人因當事人或其他關係人之請求，就法律行為及其他關於私權之事實，有作成公證書或對於私文書予以認證之權限。』公證制度乃在確定與私權有關之法律行為及私權事實，公法上之法律行為不在公認證之範圍。」

第三項 行政作業實務

臺北市執行公私協力行政所締結契約之法律性質，除可從上述自治法規明定或是透過解釋自治法規相關規定得出外，行政作業實務亦是一可觀察之面向。在此，復可區分公私協力契約定性之「一般性抽象論述」及「案例類型判斷」兩部分理解：

第一款 行政函釋

首先，臺北市政府對於公私協力契約法律性質應如何認定，前臺北市政府法規委員會（現已合併前臺北市政府訴願審議委員會而改制為法務局）95 年 7 月 18 日北市法一字第 09531835200 號函說明中有如下詳盡之表述：

「說明：

二、關於委託經營契約之定性問題，以其是否涉及公權力的行使，

⁸⁰ 參見陳愛娥、陳淑芳，行政程序法施行後現行臺北市法規之衝擊與因應，臺北市政府法規委員會編印，2003 年 7 月，頁 176。

可大別分為管制類與非管制類，其區別實益在於委託機關與受託之民間團體間所訂立之委託經營契約之法律性質，究屬行政契約或私法契約。是本會編印之常用契約範例，乃供各機關推動業務訂定契約之參考，期能減少因契約訂立之疏漏而徒增訟源，以維市府權益。然委託經營管理契約，在法制上仍無法作統一的規範，蓋契約所涉及之標的，有可能只單純提供人民具有財產價值之給付；亦有可能涉及公權力之委託。是故，委託經營管理契約，究應以行政契約或私法契約之類型訂定，仍應就契約主體（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（大法官釋字第 348 號解釋吳庚及楊建華大法官共同提出之協同意見書可供參考）。非謂委託經營管理契約，可劃一全部歸類為行政契約或私法契約。

三、目前學界普遍認為在給付行政的領域內，行政機關有行為類型（行政契約或私法契約）的選擇自由。且國內通說對行政契約與私法契約之區別標準，以『契約標的理論』為主，但如仍無法判斷其法律性質時，則兼採『契約目的』理論判斷之。依此，貴處現有委託經營案應依契約實質內容條款，為契約類型之選擇，而非以契約名稱或合意選擇之管轄法院為判斷契約類型之標準。參照吳庚大法官於釋字第 533 號解釋之協同意見書略以：『……。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。』

基此，臺北市政府對於法律或自治法規未明文定性之公私協力契約法律性質的歸屬，所抱持之態度乃為個案認定，非可將全部歸類為行政契約

或私法契約之單一劃定。至於認定標準，則是依循司法院釋字第 533 號解釋及國內行政法學界通說之見解，以「契約標的」輔以「契約目的」為客觀上之判斷；當事人間之主觀願望、合意及契約形式上用語，並不能作為識別公私協力契約屬性之依據。此外，在連結吳庚大法官於司法院釋字第 533 號解釋所提協同意見書之情形下，似乎亦肯定行政機關有行政契約或私法契約之選擇自由，但態度並不十分明確。

第二款 臺北市政府常用契約範例

臺北市政府對於公私協力契約屬性之判斷雖有上述之一般性認知，然其亦自承欲正確判斷誠非易事。為協助各機關從事行政任務而有締結契約之必要時，有相關範本可資參考，前臺北市政府法規委員會遂編印《臺北市政府常用契約範例》一書，收錄常用之各類型契約範例。就現行版本——亦即 2009 年 9 月所編印之第三版⁸¹——而言，與市有財產出租、提供使用或委託民間經營有關之契約，被分別置於第五章至第九章。其中，第九章之章名為「行政契約」。據此，吾人若本於「明示其一，排除其他」原則之操作，應可合理推測其餘被置於第五章「委託經營」、第六章「租賃」、第七章「國民住宅租賃、買賣及貸款」及第八章「聯合開發」下之公私協力契約，法律性質上應是被臺北市政府劃歸為「私法契約」。

若上述之推論無誤，則就臺北市政府在上述《常用契約範例》中所擇錄之行政作業實務案例而言，被定性為行政契約性質之公私協力契約計有臺北市市有公用土地使用行政契約、臺北市市有公用房地使用行政契約及臺北市市有公用房地架設行動電話基地臺使用行政契約三種。而其餘屬於「私法契約」性質之涉及市有財產出租、提供使用或委託經營管理的公私協力契約，計有：臺北市社會福利服務設施委託經營管理契約、臺北市公有路外停車場委託民間經營管理契約、臺北市政府辦理民間參與臺北市○

⁸¹ 另可於 <http://www.legalaffairs.taipei.gov.tw/ct.asp?xItem=32505480&ctNode=55933&mp=120034> 下載電子檔（瀏覽日期：2014 年 8 月 11 日）。

○運動中心營運移轉（OT）計畫案委託營運管理契約、臺北市市有非公用基地租賃契約、臺北市市有非公用房地租賃契約、臺北市政府__地下街店鋪出租經營契約、臺北市政府__地下街廣場出租設置自動櫃員機及無人銀行契約、臺北市國民住宅租賃契約及臺北市都會區大眾捷運系統土地開發投資契約。

茲將上述各行政事務領域公私協力契約之公、私法定性表列如下：

表 2：《臺北市政府常用契約範例》所載公私協力契約之定性

行政契約	私法契約
■ 臺北市市有公用土地使用行政契約 ■ 臺北市市有公用房地使用行政契約 ■ 臺北市市有公用房地架設行動電話基地臺使用行政契約	〈委託經營〉 ■ 臺北市社會福利服務設施委託經營管理契約 ■ 臺北市公有路外停車場委託民間經營管理契約 ■ 臺北市政府辦理民間參與臺北市○○運動中心營運移轉（OT）計畫案委託營運管理契約 〈租賃〉 ■ 臺北市市有非公用基地租賃契約 ■ 臺北市市有非公用房地租賃契約 ■ 臺北市政府__地下街店鋪出租經營契約 ■ 臺北市政府__地下街廣場出租設置自動櫃員機及無人銀行契約 〈國民住宅租賃〉 ■ 臺北市國民住宅租賃契約 〈聯合開發〉 ■ 臺北市都會區大眾捷運系統土地開發投資契約

（資料來源：本研究自製）

基上臺北市政府對於各契約案件類型所作之定性可知，臺北市政府似

將公有房屋土地租賃契約究屬私法契約抑或行政契約之一般性判斷基準，取決於該出租之公有財產標的之「原設定使用目的」，亦即公用或非公用。倘為市有公用房地之出租，則所簽訂之租賃契約即屬行政契約。反之，若是市有非公用房地出租，則因而所締結之租賃契約即屬私法契約。

第三款 個別之公私協力契約

欲瞭解臺北市政府行政作業實務對於公私協力契約定性之態度，除上述之行政函釋及《臺北市政府常用契約範例》一書外，尚可從公私協力個案所締結之契約加以觀察。以下茲列舉若干具體之公私協力契約，說明臺北市政府主觀上對契約定性之認知情形：

首先，以現屬有效之臺北市立萬芳醫院第三期委託經營契約書⁸²為例，第 32 條規定：「本委託案服務內容係為衛生醫療服務為宗旨所訂事項，以達成甲方之行政目的，並維護公共利益，性質上為民事契約，如有未盡事宜，甲乙雙方應秉持上揭宗旨與維護公共利益之立場協商議定，依中華民國相關法令規定辦理。其未能達成協議者，得以下列方式處理之：一、提起民事訴訟，以臺灣臺北地方法院為第一審管轄法院。」據此，臺北市政府乃將市立萬芳醫院委託民間經營所締結之契約定性為「民事契約」。

類似之定性，似乎亦為第一期委託經營契約書（89 年 8 月 21 日至 94 年 8 月 20 日）所採。蓋其中雖未明言契約之定性，然從第 23 條之規定：「有關本契約所涉訴訟，甲乙雙方同意以台灣台北地方法院為第一審管轄法院。」似可推導出採取「民事契約」之立場。

縱然如此，臺北市政府對於市立萬芳醫院委託經營契約之屬性，立場並非始終一貫。蓋根據第二期委託經營契約書（94 年 8 月 21 日至 103 年 8 月 20 日）第 21 條規定：「（第 1 項）本委託案服務內容係為衛生醫療服

⁸² 委託經營期間自民國 103 年 8 月 21 日起至 112 年 8 月 20 日，計 9 年（契約第 3 條參照）。

務為宗旨所訂事項，以達成甲方之行政目的，並維護公共利益，性質上為行政程序法之行政契約，如有未盡事宜，甲乙雙方應秉持上揭宗旨與維護公共利益之立場協商議定，依行政程序法及其他法令規定辦理。（第2項）因本契約有關事項涉訟時，以行政法院為管轄法院。」臺北市政府卻轉而採取「行政契約」之委託經營法律關係。

綜上所述，為臺北市立萬芳醫院委託經營所簽訂之契約，臺北市政府從第一期所選擇之「民事契約」，到第二期改變為「行政契約」，迄至目前之第三期復再次選擇回歸「民事契約」。三期委託經營契約之標的及契約目的皆大致相同之情形下，臺北市政府卻作前後非具一貫性之契約屬性選擇。若從本研究之標的觀之，臺北市政府對於臺北市立萬芳醫院委託民間經營管理事件，究係有無契約形式之選擇自由？又若為肯定，其中間變換契約形式之選擇決定，在法制上又應作何評價？對此問題，本研究於稍後之章節將予詳為探究⁸³。

其次，同由文化局所簽訂，標的皆涉及名人故居委託民間經營之「錢穆故居委託經營管理契約」及「市定古蹟張群故居委託管理維護契約」，卻發生管理機關認定兩契約屬性不同之情形。前者契約書草稿第36條第1項規定：「本契約雙方應依誠實信用原則履行，如有涉訟，其標的之金額或價格在新臺幣四十萬元以下者，以臺灣臺北地方法院行政訴訟庭為第一審管轄法院，餘以臺北高等行政法院為管轄法院。」由此，該契約似被文化局定性為「行政契約」。反之，後者契約書草稿第35條第1項則規定：「本契約雙方應依誠實信用原則履行，如有涉訟，以臺灣臺北地方法院為第一審管轄法院。」又似將該契約定性為「私法契約」。兩契約委託經營之法源雖有不同，前者依臺北市市有財產委託經營管理自治條例第10條第1項第2款，後者則依文化資產保存法第18條第2項⁸⁴，但標的之同質

⁸³ 參見本研究第六章第三節。

⁸⁴ 其規定：「公有古蹟必要時得委任、委辦其所屬機關（構）或委託其他機關（構）、登記有案之團體或個人管理維護。」可資參照。

性卻甚高，皆屬市有公用財產委託民間經營管理，受託人除應管理委託之土地及建物外，亦皆負有推動文教（藝）發展之公益實現義務。臺北市政府文化局對於兩標的極為相似之契約，卻作不同之法律性質歸屬。其理由何在，同樣令人好奇。倘其原因僅係在於契約訂定之規範依據不同，並且依本研究上述所言⁸⁵，依循臺北市政府目前行政作業實務之見解，凡依照臺北市市有財產委託經營管理自治條例所簽訂之契約率皆認定為行政契約者，則此作法是否符合我國現行關於公、私法契約區分之學理及司法實務，恐有進一步探究之必要。對此現象，臺北市政府法務局曾表示意見，認為錢穆故居委託經營管理契約係依據臺北市市有財產委託經營管理自治條例第 10 條第 1 項第 2 款所簽訂，而依同自治條例第 11 條規定，依本條例所簽訂之契約應屬「私法契約」為是，故而要求文化局變更契約草案相關不符之條款。然值得吾人關注者，臺北市政府法務局之見解單從臺北市市有財產委託經營管理自治條例第 11 條規定以觀，固可肯定。然若與同自治條例第 16 條第 2 項一併觀察，其見解是否會有所不同，則引人好奇。而此正是《臺北市政府常用契約範例》與法務局觀察法條不同而得出不同結論之關鍵所在。

相似之情形，亦可見諸於「市定歷史建築臺北市中正區金山南路一段 30 巷 12 號日式宿舍提供使用行政契約書」及「市定古蹟『齊東街日式宿舍』委託管理維護契約書」兩者間法律定性之不同。前者係根據臺北市市有公用房地提供使用辦法所訂定，而後者則是依文化資產保存法第 18 條第 2 項規定委外簽約。臺北市市有公用房地提供使用辦法將市有公用財產提供使用契約明定為「行政契約」，故文化局依此辦法所簽訂之契約，自所當然地會被定性為行政契約，應可理解。反之，文化資產保存法本身並未對於文化資產委託民間保存經營契約自為規定。基此，吾人可引發類似上述所提之問題，亦即針對具高度標的同質性之兩契約，法律定性卻不一

⁸⁵ 參見本研究第三章第一節第二項。

致，究係文化局在後者的契約形式選擇自由權之行使上背離前者之「旨趣」？抑或臺北市市有公用房地提供使用辦法對契約所作之定性，根本上出了問題？

綜上所擇選之臺北市公私協力契約三組具體個案，一則（前一組）為雖屬同一契約，但前後期屬性不一致；另一則（後兩組）則是標的相近之兩委託經營契約，但各契約對於法律屬性之自我定性卻不相同。凡此，基本上乃顯示出臺北市政府公私協力行政作業實務上對於契約形式之選擇相當紊亂，且似難有一致性之基準。或是縱使略可探知其區分基準，但為何正好可以此為據，又似難有合理之說明。

第四項 小結

綜上從臺北市自治法規及行政作業實務觀察臺北市政府所屬機關與人民所簽訂之公私協力契約，其法律屬性除於少數之自治條例中有明文規定外，多由行政機關透過自治規則、行政函釋、契約範例以及具體個案中予以認定或選擇。至於契約定性之區分基準，原則上乃依循司法院釋字第533號解釋吳庚大法官協同意見書所提出之法則，以「契約標的理論」為主，輔以「契約目的」及「契約之整體性質」為客觀之認定。契約之法律屬性既不以契約名稱為識別，亦非取決於當事人之主觀認知，或是合意管轄法院為何。

至於行政機關是否享有契約形式選擇自由，臺北市政府之態度並不明確。基此，凡行政機關與人民所簽訂之契約，內容係行政機關之一方負有作成行政處分或高權事實行為之義務，或是用以替代行政處分之作成、涉及人民公法上權利義務關係，或是列有顯然偏袒行政機關一方之條款者，則屬行政契約。反之，若契約涉及政府採購或是營利行政之範疇，則屬私法契約。

在以市有財產提供民間使用作為標的之契約類型部分，本研究可較為

確定地歸納出下列兩項臺北市所採取之兩項通案性契約屬性判斷基準：其一，以提供使用之財產標的是否為「公用」，區分契約屬性：凡契約標的涉及「公用房地」者，則為行政契約；反之，凡涉及「非公用房地」者，則屬私法契約。其二，則是以市有財產提供使用所依據之法規範，作為契約屬性之區分標準：若市有財產係根據「臺北市市有財產委託經營管理自治條例」委託民間經營管理，並簽訂委託經營契約者，則該契約在性質上則被評價為行政契約。反之，若以「促參法」或是「政府採購法」作為市有財產委託民間經營管理之法規範依據者，則所簽訂之委託經營契約則為私法契約。

第二節 法院裁判

就司法實務以觀，與中央或地方公有財產出租、提供使用，或是委託民間經營管理相關之訴訟案件，近年來在各審級之民事及行政審判權法院已累積有為數不少之裁判。在行政機關之作業實務上，法院見解通常具有強烈之事實上影響力，甚至是拘束力。行政機關為避免訴訟案件之發生，或是至少將敗訴風險降至最低，實務上往往會參酌法院相關案件之見解；甚至在欲採取背離其見解之立場，但卻無充分法正當性把握之情形下，多會選擇遵循法院見解之穩固保守態度。有鑑於此，探知我國法院對於行政機關為公有財產提供民間使用目的所締結之公私協力契約，採取如何之判斷基準以歸屬其法律性質，在行政作業實務上顯然甚具重要性。除此之外，從法制及學說之角度以觀，正確勾勒出法院對於公私協力契約定性所採取之立場，乃屬解析裁判見解是否具法正確性之必要前提要件。是以，以下茲就涉及公有財產出租、提供使用，或是委託民間經營管理爭議事件之法院相關裁判，作一搜尋及整理，以期獲致司法對於公私協力契約法律形式選擇之整體樣貌。又有鑑於公有財產出租、提供使用，或是委託民間經營管理，非臺北市政府所獨採，毋寧亦為其他地方自治團體，甚至是中

中央政府所樂於應用；其在司法實務上，亦產生不少之訴訟案件。是以，本於此類訴訟案件具有高度同質性，本研究擇選之法院裁判，並不以臺北市市有財產提供使用所生之訴訟案件為限，毋寧亦擴及於其他直轄市、縣（市）或是中央政府公有財產提供民間使用所生之訴訟案件，合先敘明。

第一項 行政契約

一、臺北車站特定區 D1 用地長途客運臨時轉運站投資開發契約

臺北市政府為改善臺北車站週邊及承德路之交通狀況，乃闢設長途客運臨時轉運站，作為都市計畫轉運站臺北轉運站興建營運前之臨時轉運站使用。為此，臺北市政府遂將「臺北車站特定區 D1 用地」交由建明汽車客運股份有限公司使用及開發經營，雙方簽訂「臺北車站特定區 D1 用地長途客運臨時轉運站投資開發契約」。臺北高等行政法院 99 年度訴字第 82 號判決認定該契約法律性質上屬於「行政契約」，主要之論據理由略以：

1. 被告與原告簽訂系爭契約係為臺北轉運站興建營運前，開發經營及使用長途客運臨時轉運站（契約標的），改善臺北車站週邊及承德路交通狀況之公益目的（契約目的）；系爭契約又約定被告開發經營應符合臺北市政府 92 年 7 月 1 日府交二字第 09202220400 號函核定之「臺北車站特定區 D1 用地長途客運臨時轉運站投資開發計畫書」，被告必須經營原告同意進駐之路線，在經核定之設站管制區內上下乘客，亦涉及業者設立停車站公法上之權利及臺北市政府交通局准許設站之公權力措施；參以系爭 98 年契約第 27、29 條約定系爭契約為行政契約，適用行政程序法規定，如有爭議由行政法院裁判，因執行需要須前往臺北市議會列席說明時，被告不得拒絕，綜上，系爭 93、98 契約為公法契約。
2. 促參法所稱公共建設須經促參法規定申請及審核，系爭契約標的為臨時轉運站，為供都市計畫交九轉運站興建營運前使用，並非促參

法所稱經主辦機關評估得由民間參與政府規劃之公共建設，且未依促參法規定申請及審核，是被告僅以系爭標的為交通建設足以促進公共利益，認應依促參法規定定性為私法契約，核無足取。

案經上訴，最高行政法院 101 年度判字第 716 號判決維持原審判決之見解，並補充理由如下：

1. 簽訂本契約具有改善交通之公共目的，係臺北市政府交通局為履行其改善交通之公共任務所訂，與一般私法的土地租賃契約無特定之公益目的不同。另約款第 30 條特別約明：「本契約為行政契約，適用行政程序法規定；如有爭議由行政法院裁判。」足徵系爭契約應為行政契約。
2. 另參諸臺北市公共汽車客運業營運管理辦法第 6 條規定：「公共汽車客運業應將營運路線、停車站、班次、時刻及收費分段點(緩衝區)報請主管機關核備並公告之；變更時亦同。」、同辦法第 10 條規定：「主管機關得視實際需要，調整公共汽車客運業之營運路線及停車站位置。」由上揭管理辦法之規定可知，客運業者停車站之設立地點應受管制，故本契約除前揭公共目的外，其內容尚涉及業者設立停車站公法上之權利及臺北市政府交通局准許設站之公權力措施。上訴人主張本契約為單純之私法契約，原審法院對此事件無審判權限云云，顯屬誤會。

由上行政法院之判決理由可以得知，最高行基於系爭契約之標的涉及業者設立停車站之公法上權利，以及行政機關准允設站之行政處分的作成兩項理由，認定系爭契約標的涉及公法上權利義務關係，故應為行政契約。是以，行政法院對於系爭契約係本於客觀基準為審查，並據而加以定性。至於判決理由中揭示原、被告雙方契約書中亦約定為行政契約，應僅是確認其約定與法院見解一致無悖而已，似乎尊重原、被告主觀上契約形

式選擇之意思。

二、臺北市大眾捷運系統土地聯合開發契約

針對地方自治團體根據大眾捷運法第 7 條辦理聯合開發所簽訂公私協力契約之法律性質為何，司法裁判之見解前後並不一致。以臺北市政府針對臺北大眾捷運系統新店線公館站十一基地聯合開發一案所簽訂之聯合開發契約書為例，臺北高等行政法院 92 年度訴字第 401 號裁定認為：「相對人係依大眾捷運法第 7 條及大眾捷運系統土地聯合開發辦法規定，與原告訂立前開聯合開發契約，約定由原告提供土地與相對人合作興建聯合開發建築物，並依該契約第 5 條所定之比例分配兩造取得可建樓地板面積及其土地所有權之應有部分，核其契約內容並非執行公權力或達成一定之行政目的，自不具行政契約之性質，應屬私法上之債權契約，兩造如因前開私權關係發生爭執，自應向普通法院訴請裁判，行政法院並無審判權。」

然而，原裁定卻遭最高行政法院 94 年度裁字第 1512 號裁定廢棄，蓋最高行政法院認為系爭之大眾捷運系統土地聯合開發契約性質上應屬「行政契約」為是。其理由略以：

1. 按行為時大眾捷運法第 7 條規定：「為有效利用土地資源，促進地區發展，地方主管機關得自行開發或與私人、團體聯合開發大眾捷運系統場、站與路線之土地及毗鄰地區之土地。聯合開發用地作多目標使用者，得調整當地之土地使用分區管制或區域土地使用管制。聯合開發用地得以市區徵收方式取得。協議不成者，得徵收之。聯合開發辦法，由交通部會同內政部定之。」交通部乃會同內政部於 79 年 2 月 15 日頒訂「大眾捷運系統土地聯合開發辦法」，……上開「大眾捷運法」及「大眾捷運系統土地聯合開發辦法」涉及國家經營之公用事業，聯合開發計畫須經主管機關審核，並由執行機關按審定條件與私人簽訂聯合開發契約，其中更包含行政機關之給

付或行政協助，如都市計畫或區域計畫變更、區段徵收、公有土地之撥用等，非行政機關無由為之，另有關獎勵措施及興建後營運之監督管理規定，應屬公法性質。

2. 本件抗告人與相對人臺北市政府於 80 年 6 月 10 日簽訂之「聯合開發契約書」即載明：……。足見系爭聯合開發契約係相對人依行為時「大眾捷運法」及「大眾捷運系統土地聯合開發辦法」之授權與抗告人訂定，作為履行公共任務之手段，其契約之內容均受上開「大眾捷運法」及「大眾捷運系統土地聯合開發辦法」所規範，行政機關之契約形成自由已受到限縮，契約當事人之公法上權利義務，係經由契約予以形成。依訂約整體目的及約定之給付內容與效力綜合判斷，系爭「聯合開發契約書」應屬公法契約（行政契約）。原裁定認屬私法契約，即有違誤，抗告意旨指摘原裁定不當，求予廢棄，為有理由。

嗣大眾捷運法第 7 條於 2004 年修正，變更開發用地之取得方式。縱然如此，行政法院對於修法後大眾捷運系統路線、場、站土地開發公私協力契約之定性，見解仍予維持，依舊認為「行政契約」。臺北高等行政法院 98 年度訴字第 2223 號判決針對適用現行大眾捷運法第 7 條規定之臺北車站特定專用區 C1、D1 聯合開發案相關訴訟事件，亦明白揭示大眾捷運開發用地之聯合開發投資契約，屬「行政契約」性質。此見解亦受最高行政法院 100 年度判字第 1091 號判決所肯定：「原判決以甄選投資人須知及相關甄選文件，均係被上訴人用以提供有意申請投資之投資人，評估是否投資申請，並進而提出具體開發建議書之用，故認甄選投資人須知性質，尚難謂為締結行政契約之要約意思表示，充其量僅係要約之引誘等語。茲因開發用地如由行政主體與私人締結聯合開發投資契約，因其據以執行之大眾捷運法、捷運土地開發辦法均為公法法規，且約定內容亦涉及行政機關公權力之發動，則就契約標的及契約整體目的綜合判斷，應定性

為行政契約。而本件上訴人所爭執者乃系爭土地聯合開發投資人甄選程序有無違法，乃屬行政契約締結前之程序，尚未至訂定行政契約之階段。是原判決以此觀點論述甄選投資人須知之性質，難謂為締結行政契約之意思表示，充其量係要約引誘，亦無不合。」

綜上，行政法院對於系爭契約係本於客觀基準自為審理判斷，並認為契約內容因涉及（1）公法規範之執行，以及（2）行政機關負有公權力發動之契約上給付義務，故屬行政契約。

三、臺北攝影館委託管理維護契約

臺北市政府文化局與社團法人中華民國世界公民文化協會於民國 101 年 11 月 16 日簽訂「臺北攝影館委託管理維護」契約書，約定委託社團法人中華民國世界公民文化協會辦理該館管理維護相關事宜，委託期間自 101 年 11 月 16 日起至 105 年 11 月 15 日止。臺北市政府文化局於撥付 101 年度補助款新台幣 300 萬元予協會後，辦理核銷審查時，僅同意核銷 431,620 元。臺北市政府文化局幾經函請協會繳回剩餘款未果，遂於 102 年 4 月 16 日函知協會，依契約第 26 條第 2 項及行政程序法第 149 條準用民法第 203 條規定，自 102 年 3 月 19 日起加計懲罰性違約金及年息百分之五之利息。協會仍未自動繳納，臺北市政府文化局遂向臺北高等行政法院提起一般給付訴訟，請求協會繳回剩餘補助款 2,568,380 元、法定遲延利息及懲罰性違約金。

原、被告於本件訴訟中，針對系爭契約為行政契約之屬性，並無爭執。被告毋寧主張本訴欠缺權利保護之必要性，應予駁回。蓋按系爭契約第 21 條第 1 項之約定、行政程序法第 148 條及行政執行法第 11 條第 1 項規定，原告本得自行移送行政強制執行，並無透過法院提起給付之訴之必要。有鑑於原、被告雙方對於系爭契約作為行政契約之屬性並無爭執，故而，臺北高等行政法院 102 年度訴字第 1607 號判決亦未對系爭契約之定

性多所著墨。毋寧，在肯定為行政契約之前提下，逕行審查原告提起本件一般給付訴訟有無權利保護之必要性。對此，法院乃持肯定之見解，主要理由略以：「按『行政契約約定自願接受執行時，債務人不為給付時，債權人得以該契約為強制執行之執行名義。』行政程序法第 148 條第 1 項固有明文。又系爭契約第 37 條約定『乙方依本契約所負擔之義務不履行時，同意接受甲方依行政程序法第 148 條規定，以本契約為強制執行名義逕為執行。前項約定，業經臺北市市長依行政程序法第 148 條第 2 項認可。』等語，是本件原告如以被告違反系爭契約，似得以該契約為強制執行之執行名義。惟鑑於此種執行名義並不具既判力，債務人於執行中非不得以實體事由，主張債務不存在而另行提起異議之訴，滋生困擾。此際，債權人若選擇起訴以確定其實體關係，俾終局取得判決既判力，杜絕將來之爭議，即難謂不具權利保護要件（最高行政法院 101 年度判字第 716 號判決參照）。尤以本件原告請求被告給付除核銷金額以外之剩餘款、法定遲延利息及懲罰性違約金，是原告所請求之金額，已非單純依系爭契約形式記載可得確定，則原告選擇起訴請求裁判，尚非無權利保護之必要，被告主張本件欠缺權利保護要件云云，難以採認。」

綜上所述，法院根植在本件臺北攝影館委託管理維護契約屬性為行政契約之前提上，審議原告提起訴訟有無權利保護之必要，究係是單純尊重原、被告雙方於系爭契約書中所選擇之契約形式，而未予客觀審查，抑或是業經職權認定後，認系爭契約並無定性錯誤所導致之結果，由判決中實難探知。

四、臺北市立動物園園外服務中心鋪位使用契約

緣臺北市政府於民國 76 年設置臺北市立動物園園外服務中心（ZOO MALL），規畫零售營業場所，提供鋪位由動物園用地內拆遷戶優先使用營業，並於原拆遷戶申請經核准後簽訂「臺北市立動物園園外服務中心鋪位

使用契約」。其間，雖歷經合委託經營方式，然於 94 年 5 月 1 日起仍回復續訂舖位使用契約方式，由原拆遷戶或其繼承人承租舖位使用，迄至 97 年 11 月 20 日臺北市政府終止契約並收回舖位使用權為止。

在由舖位承租人所提起請求臺北市政府給付紅利收益之一般給付訴訟中，臺北高等行政法院於 99 年訴字第 806 號判決中針對該舖位使用契約之法律定性有所著墨，並認定為行政契約。其主要理由略以：

1. 行政契約是二以上的法律主體，以設定、變更或消滅行政法法律關係為目的，互為意思表示而合致成立的法律行為。關於行政契約之容許，除法律有排除締結行政契約的規定外，行政機關可以選擇行政契約作為行政作用的方式。行政程序法第 135 條前段即規定：「公法上法律關係得以契約設定、變更或消滅之。」又公行政可以作成公法及私法的行為，行政機關代表行政主體與其他法律主體締結契約時，因該契約之性質為行政契約或私法契約之不同，在締約自由、內容形成自由、生效要件、責任要件及爭訟途徑皆有重大的差異。契約性質究竟是行政契約或私法契約，原則上應就契約本身客觀決定，當事人之主觀見解並非標準，二者的區別以其契約標的是否涉及公法上權利義務關係為斷，而契約之標的，則應由契約內容決定，所謂契約之標的或內容，是指個別契約基礎事實內容及契約所追求的目的。倘契約的給付內容，在公法及私法皆可能發生，非必然為公法或私法之性質而無法單純據以判斷性質時，須就「給付義務之目的」及「契約之整體性質」認定。
2. 被告臺北市政府為興建動物園工程需用臺北市木柵區頭廷里土地，68 年 3 月 20 日報奉核准徵收土地及地上物。因考慮土地被徵收者有關居住及轉業問題，於法定的徵收補償之外，被告臺北市政府決定再採取特殊的優惠措施，以配合安遷，包括……於動物園設服務中心規劃足夠零售營業場所，由拆遷戶優先承租營業……。嗣

設置園外服務中心後，即規劃零售營業場所，提供鋪位予原拆遷戶申請優先使用營業，故有或被告臺北市政府與被告臺北市立動物園，或被告臺北市政府，或被告臺北市立動物園與原拆遷戶或其繼承人簽訂之鋪位使用契約。

3. 96 年 1 月 24 日修訂之鋪位使用管理要點第 6 條則規定：「使用服務中心鋪位應向動物園申請，經核准並訂立使用『行政契約』後，始得進入經營。」……參以原告與被告臺北市立動物園間之 92 年 11 月 26 日至 95 年 11 月 25 日、95 年 11 月 26 日至 96 年 5 月 25 日、96 年 5 月 26 日至 98 年 11 月 25 日等契約，均載明係「鋪位使用行政契約」，……益見，至少自 92 年 11 月 26 日以後，為延續 68 年徵收案法定補償以外的優惠措施，針對原拆遷戶優先使用園外服務中心鋪位的問題，被告臺北市立動物園是選擇以公法方式為給付，而 96 年 1 月 24 日鋪位使用管理要點第 6 條更明確規定應訂立使用行政契約，是就本件鋪位使用契約之爭執，自為公法上之爭議。

綜上，行政法院對於系爭契約屬性所持之態度，乃認為鋪位提供使用及租金給付之契約標的，非必然為公法或私法之性質，毋寧在公法及私法領域皆可能發生。並且在此前提下，尊重被告臺北市政府為履行其對原告實施特殊優惠措施之給付行政任務，選擇採取行政契約形式之決定。質言之，在本號判決中，吾人得以清晰地觀察到行政法院尊重行政機關為履行給付行政任務，行使契約形式選擇自由之立場。其雖認為非必然為公法或私法性質之契約，須就「給付義務之目的」及「契約之整體性質」認定屬性，但即使在確認系爭契約存有「給予原告特殊優惠措施」公法上目的之基礎上，亦不依職權逕行依此而客觀地認定屬性，毋寧尊重行政機關之契約形式選擇自由。

五、臺北市市有土地有償供私人出入通道使用契約

億○汽車股份有限公司於 99 年 10 月 28 日向臺北市政府工務局公園路燈工程管理處（以下稱工管處）申請使用系爭臺北市有土地，工管處會勘後以申請人申請使用系爭土地尚無妨礙原訂用途、公務使用、水土保持、環境景觀及系爭土地內之公共安全，且申請人坐落系爭土地無鄰接道路等理由，核准將系爭土地有償提供申請人作為修護廠車輛進出使用。雙方遂簽立「臺北市市有公有土地使用行政契約」，其中約定使用費按「臺北市市有土地出租租金計收基準」計收，契約期間自 99 年 11 月 1 日起至 102 年 10 月 31 日止計 3 年，使用費每年 25,850 元。

嗣承租人億○汽車股份有限公司主張系爭契約應為私法契約，並依此向臺灣臺北地方法院民事庭提起確認訴訟，請求確認系爭契約中有關行政契約之管轄、執行、法令適用與準用之條款無效。臺灣臺北地方法院 100 年度訴字第 4228 號民事判決認為原告主張無理由，系爭契約確屬行政契約無誤。其主要理由略以：「依系爭契約約定，原告應依臺北市市有公用房地使用費收費基準表核定，每年支付被告 25,850 元之土地使用費，被告則提供系爭土地供原告為出入通道使用，且該土地使用費逕依上開基準表使用費率之調整而為變動，復觀諸系爭契約有關兩造權利義務關係之約定，均係原告所應負之使用土地注意義務（契約第 6 條）、不得影響環境（契約第 7 條）、增建改建所應履行之程序（契約第 9 條）、不得自行使用（契約第 10 條）、質押禁止（契約第 11 條），以及原告若有違反之相應損害賠償責任等約定，被告除提供系爭土地予原告使用外，並無何其他義務或相應之違約賠償約定，再針對提前終止系爭契約之權限上，原告須經被告同意始得期前終止，且須於 1 個月前以書面提出申請（契約第 13 條），被告則有於符合因政府舉辦公共事業需要或公務需要或依法變更使用、或因實施國家政策、都市計劃、開發利用必須收回、或經被告依法標售、或原告有違反其上開契約義務約定或使用土地違反法令等情形之一時，即得

隨時終止契約之權利，無須對原告為任何賠償或補償，甚且若係可歸責原告而致終止時，原告尚應另行賠償被告懲罰性違約金及負損害賠償責任（契約第 14 條），乃至於契約屆滿或終止、解除而消滅，原告將系爭土地回復原狀交還被告時，原告就其於該土地上增建改建之部分，亦應一併無償移交被告，放棄任何補償請求權利，且若契約消滅後，原告仍繼續占用者，除不當得利責任外，亦應給付被告懲罰性賠償金（契約第 15 條）等情，……。可見自系爭契約當事人之一為行政機關即被告、訂立契約所依據之法規性質，以及於因無礙於行政機關就系爭土地原訂用途、公務使用、水土保持、環境景觀及公共安全，而訂立系爭契約之整體目的，復以該契約約定事項中列有上開顯然偏袒行政機關一方即被告、使其享有特權或優勢之約定等因素，為綜合判斷，揆諸前揭說明，應認系爭契約係屬行政契約。」

六、嘉義縣馬稠後工業園區第一期開發、租售及管理委託契約

嘉義縣政府為辦理「嘉義縣馬稠後工業園區第一期開發、租售及管理案」公開甄選，於 98 年 1 月 8 日公告，經系爭甄選案開發商甄選會議於 98 年 3 月 20 日甄選中國美食家股份有限公司為優勝廠商。嗣嘉義縣政府於 98 年 5 月 15 日函文通知中國美食家股份有限公司無法取得優勝廠商資格。該公司不服，經異議、申訴未果後，提起行政訴訟，請求嘉義縣政府應與已辦理「嘉義縣馬稠後工業園區第一期開發、租售及管理案」之簽約作業。本案管轄之高雄高等行政法院以 98 年度訴字第 600 號裁定認為：「揆諸行政訴訟法第 2 條及第 12 條之 2 第 2 項規定，與司法院釋字第 540 號解釋及理由書意旨，關於優勝廠商資格爭執，應屬公法爭議，惟訂約及訂約後之履約爭議部分屬私權爭執。則抗告人上述聲明（二）請求相對人應與抗告人辦理系爭甄選案之簽約作業部分，自屬私權爭議，尚非行政爭訟範圍，爰將此部分移送於管轄之臺灣嘉義地方法院。」原審原告不服，提

起抗告。最高行政法院 100 年度裁字第 2376 號裁定廢棄原裁定，認為系爭開發案簽約請求，係屬公法上之爭議。主要理由略以：

1. 按「國家為達成行政上之任務，得選擇以公法上行為或私法上行為作為實施之手段。其因各該行為所生爭執之審理，屬於公法性質者歸行政法院，私法性質者歸普通法院。」司法院釋字第 540 號著有解釋。是本件抗告人請求相對人應與其辦理系爭甄選案之簽約作業，其請求究屬私權爭議，或係行政爭訟範圍，乃應視其所請求締結契約究係公法上之行政契約或私法契約為斷；若其請求締結之系爭契約為行政契約，自屬公法爭議，反之亦然。而國家與人民所締結之契約性質，究係公法上之行政契約抑或私法契約，原則上應以其契約標的是否涉及公法上權利義務關係為判斷基準，亦即不得作私法契約標的之事項，而以契約形態作成時，自應視之為行政契約；倘契約內容在性質上非私法契約或行政契約所獨有，則應參酌契約目的之所在及契約整體之特性，綜合判斷其屬性。
2. 復依行為時促進產業升級條例第 25 條、第 27 條第 1 項、第 29 條第 1 項、第 34 條第 1 項、第 50 條、第 51 條第 1 項、第 54 條第 1 項、第 55 條第 1 項、第 63 條第 2 項、第 64 條第 1 項、第 67 條規定：……，可見工業主管機關適用促進產業升級條例為工業區之開發，係基於公權力主體地位執行其職務，而非處於與私人相當之法律地位，於受私法支配下所為。
3. 再查，系爭甄選案乃相對人為因應國內產業投資之需求，促進產業升級，健全經濟發展之目的（促進產業升級條例第 1 條第 1 項規定參照），甄選公民營事業（即受託單位），受託辦理上開工業區之開發、租售及管理業務，以達成其基於法定職權應為之公法上行政任務，前已述及。且觀諸抗告人於原審提出而為相對人所不爭之系爭契約書草案第 4 條工作及權責劃分規定：……，復得見其契約標

的涉及公法上權利義務關係；又受託者在資金之籌措、運用與管理應受委託之相對人查核，有關受託執行土地租售事項，並應先經相對人核定，享有優勢地位，以確保其上揭任務之順利達成。足見本件抗告人所請求相對人締結之系爭契約係屬行政契約，是抗告人為系爭締約之請求，自應屬公法上之爭議。」

基上，行政法院認為系爭契約一方面旨在執行促進產業升級條例之公法法規，另一方面內容又偏袒行政機關，使其享有優勢地位，故契約標的涉及公法上權利義務關係，自應屬行政契約。若與其在判決理由中所揭之公、私法契約區分基準見解相互參照，本件系爭契約之內容應屬行政法院所稱「不得作私法契約標的」之事項，而非性質上私法契約或行政契約皆有可能者。

七、桃園縣民營學校經營契約

桃園縣政府為鼓勵民間興學，根據桃園縣公立學校委託民間經營自治條例規定，於民國 92 年間無償提供土地，辦理委託私人委建學校。93 年 5 月 17 日桃園縣政府與林○瑋等六人簽訂「委託經營契約」，林○瑋等六人並於 94 年 7 月 22 日依委託經營契約，根據私立學校法規定設立財團法人桃園縣民營諾瓦國民小學，辦理該小學之經營。嗣諾瓦國小因不服桃園縣政府依據「山坡地開發利用回饋金繳交辦法」相關規定，所為之命繳交山坡地開發利用回饋金行政處分，經訴願未果後，提起行政訴訟。原、被告間所簽訂之「桃園縣民營學校經營契約」法律性質雖非本案之爭議問題，然臺北高等行政法院 96 年度訴字第 3402 號判決中仍有如下之表述：

「按『行政機關得依法規將其權限之一部分，委託民間團體或個人辦理。』行政程序法第 16 條第 1 項定有明文。委託方式究應以行政契約或行政處分為之，由行政機關斟酌委託事項及相關法規規定而定，法務部 90 年 9 月 4 日法 90 律字第 029825 號函釋可資參照。……查甲○○等 6 人係依『桃

園縣公立學校委託民間經營自治條例』而簽訂『桃園縣民營學校經營契約』，係依行政契約之方式而為行政委託，並依約設立財團法人桃園縣民營諾瓦國民小學，以受託經營諾瓦小學。」

據此，臺北高等行政法院認為桃園縣政府委託原告興建及經營諾瓦國小，屬於行政程序法第 16 條所稱之「委託行使公權力」。是以，雙方所簽訂之委託經營契約內容既涉及公權力之行使，定性上應屬行政契約。

第二項 私法契約

一、臺北市青年公園付費使用設施委託經營管理維護契約

臺北市政府工務局公園路燈工程管理處就坐落臺北市○○區○○段 1 小段 79 號土地內青年公園游泳池、綜合大樓、網球場等土地、建築物及各項設施（下稱青年公園付費使用設施），於民國 91 年 5 月 1 日至 96 年 4 月 30 日之經營、管理、維護等事項公開招標。經溢登體育事業有限公司得標後，於 91 年 04 月 16 日與臺北市政府工務局公園路燈工程管理處簽訂「委託經營管理維護契約書」。受託人嗣因與委託人發生契約上之爭議，向台北高等行政法院提起訴訟。

臺北高等行政法院就本訴訟案件是否具有審判權，作出 96 年度訴字第 1132 號裁定，認定系爭契約屬私法契約，理由略有兩點：首先，法院乃就公、私法契約之一般區分標準，表達見解如下：「『公法上法律關係得以契約設定、變更或消滅之。但依其性質或法規規定不得締約者，不在此限』行政程序法第 135 條定有明文。而行政機關與私人締約，約定之內容有下列四者之一時，可認定為行政契約：①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。②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。③約定內容涉及人民公法上權益或義務者。④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。若給付內容屬於「中性」，無從據此判斷契約之屬性時，則應就

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，則屬於行政契約（參見司法院釋字第 533 號吳庚大法官協同意見書及其著「行政法之理論與實用」增訂 8 版，第 424 頁）。足見區別公法契約及私法契約之標準係採『契約標的理論』；惟如何判別契約標的之法律性質，依司法院釋字第 533 號解釋意旨就健保特約醫事服務機構合約，認係以達成促進國民健康，增進公共利益之『行政目的』，而認定係公法契約，更見我國實務係採『契約目的說』；惟契約目的，不能僅憑模糊之『公益目的』或『私益目的』即遽斷契約之屬性，否則行政機關所締結之契約，經擴大目的或任務，皆會被歸類為『公法契約』，以致於行政機關任何訂立之『私法契約』，均無存在空間。故所謂『契約目的』係指個別或特定之行政目的而言，法院於判斷是否『公法契約』時自應調查行政機關所訂立之契約其背後『公益上任務』及所追求之特定之『公益上目的』；如此也符合原告所提出最高行政法院 92 年度判字第 84 號判決之意旨。」

基此，法院就本事件系爭契約定性之個案判斷，進一步認為：「系爭契約原告主張為行政契約者，是以『被告為藉助民間資源參與公共事務，以增進市產營運效益，並提供良好休閒運動品質之前提下，與原告簽訂系爭契約書，委託原告辦理青年公園付費使用設施之經營、管理及維護有關事宜；而被告就系爭契約之標的物本有經營管理之權限，將之委託原告經營管理及維護，屬於行政程序法第 135 條所稱之行政契約；且系爭契約第 41 條亦約定為行政契約⁸⁶』等為依據。惟系爭契約，係由被告提供臺北市○○區○○段 1 小段 79 號土地內青年公園游泳池、綜合大樓、網球場等土地及建築物與各項設施交由原告使用，相關設施及土地所有權仍屬臺北

⁸⁶ 該條文內容為：「本契約為行政契約，因本契約有關事項涉訟時，甲、乙雙方合意以臺北高等行政法院為其第一審管轄法院。」

市，但由原告負責經營、管理及維護；其約定之內容，自與執行公法法規或偏袒行政機關之優勢地位無關，且不涉及人民之公法上之權利義務，亦無行政機關依法應作成行政處分或高權的事實行為的情事存在；何況系爭契約之約定事項，亦無原告應為如何履行公行政之義務及有何涉及公權力之委託行使等等之相關約定，故系爭契約無關於公法上目的，自屬私法契約應可足認。再依行政訴訟法第 107 條第 1 項第 1 款之規定觀之，法院就訴訟事件有無審判權，自屬法院應依職權判斷之事項，非屬當事人可自行約定。而系爭契約究屬公法契約或私法契約，既涉及法院審判權之有無，自應由法院依職權認定之，不受系爭契約第四一條約定之拘束。因而原告以系爭契約第四一條之約定，主張為行政契約者，亦無足採。」⁸⁷

基上，行政法院認定系爭契約為私法契約，而不採被告所主張及契約書中所約定之行政契約見解，顯然認為系爭契約在「本質上」僅可為私法契約，而無成立行政契約之可能性。至於主要論據，法院似乎採取司法院釋字第 533 號解釋所提出行政契約判斷基準之「反面解釋」操作方法。換言之，其認為系爭契約因「與執行公法法規或偏袒行政機關之優勢地位無關，且不涉及人民之公法上之權利義務，亦無行政機關依法應作成行政處分或高權的事實行為的情事存在」，故為「私法契約」。惟市立公園內運動休閒設施提供人民有償使用，究係僅單純之公產管理及收益目的，抑或蘊含有運動休憩給付行政之目的，法院雖在裁定理由書中特別指出契約目的說之目的係指個別、特定之目的，而非一般之行政任務公益，然在系爭契約定性審理上卻未予論究。倘若市立公園運動設備提供人民使用果屬給付行政一環者，則行政機關是否享有契約形式選擇自由，並應受法院所尊重，行政法院於本事件中對此似無相關之問題意識。

⁸⁷ 類似見解亦參見臺北高等行政法院 92 年訴字第 721 號裁定，略以：「系爭契約所涉及之標的，只是單純提供人民練習高爾夫球之用，且被告對於受託業務須獨立設帳並自負盈虧，原告並未給予任何經費補助，顯未涉及公權力之委託行使。……系爭契約之性質為私法契約。」

二、臺北市立動物園園外服務中心聯合委託經營契約

不同於上述臺北市立動物園園外服務中心舖位使用契約被行政法院認定為行政契約，與其具事實關聯性之「臺北市立動物園園外服務中心聯合委託經營契約」則被行政法院認定為「私法契約」。緣在動物園用地內拆遷戶多數同意下，擬將其原從臺北市政府處租用之舖位，聯合委託第三人經營管理。案經臺北市政府核准，並辦理招商甄選。於 89 年 1 月 10 日與翰甫國際股份有限公司簽訂「臺北市立動物園園外服務中心聯合委託經營契約書」。

為確認翰甫國際股份有限公司因契約糾紛所提起之行政訴訟，臺北高等行政法院是否具審判權，其於 94 年度訴字第 1616 號裁定中表示如下之見解：

1. 查本件原告經甄選於 89 年 1 月 10 日與被告間簽訂「臺北市立動物園園外服務中心聯合委託經營契約書」，由被告臺北市政府提供園外服務中心之土地、建築物及水電等既有基本設施與原告租用，所有權屬臺北市；原告享有經營及管理之權利並負經營及管理所生之責任，此觀系爭契約之約定內容即明，其並不涉及人民之公法上權利或義務，又無行政機關依法應作成行政處分或高權的事實行為的情事存在，其屬私法契約應可足認。
2. 原告雖主張依兩造系爭契約第 18 條、第 7 條等約定，該契約應屬行政契約云云，惟其主張為被告所否認。經查，系爭契約第 18 條雖約定，乙方經營期間應接受甲方指定監督單位之督導，並應指派專人負責與甲方為業務上之聯繫。惟按被告既為系爭委託經營契約之委託者，於契約履行期間派員督導原告之經營管理，以確保原告之經營管理，與契約之締約目的及約定之權利義務情形相符，核其約定與私法自治之精神，並無相違；且依行政程序法第 144 條規

定：「行政契約當事人之一方為人民者，行政機關得就相對人契約之履行，書面約定之方式，為必要之指導或協助」，而觀之系爭契約第 18 條之約定，並非使行政機關居於優勢而享有行政指導權之類型；而依行政程序法第 144 條亦規定，行政機關之指導需以書面為之，此亦與系爭契約第 18 條並未約定應以書面為之情形不符。又行政程序法第 146 條第 1 項規定：「行政契約當事人之一方為人民者，行政機關為防止或除去對公益之重大危害，得於必要範圍內調整契約內容或終止契約」，行政機關為防止或除去對公益之重大危害，得單方調整契約內容或終止契約；系爭契約第 7 條雖約定，原告於得被告同意後，得新建、增建、改建園外服務中心之建物，並應自行負擔工程費用，而新建、增建、改建部分之所有權則屬於被告臺北市所有，故就此事項之約定，系爭約定並未賦予被告有單方調整、終止雙方契約之權限，核非屬行政程序法第 146 條第 1 項之行政契約之類型。由上以觀，原告主張上情，認為系爭契約為行政契約云云，核屬誤會，並非可採。

3. 原告又稱被告臺北市立動物園對於與原委託者訴外人翰甫國際股份有限公司 94 年 1 月 23 日前簽約於園外服務中心合法設櫃廠商，被告與之簽約，明確表明為「行政契約」，而與原告之系爭契約，則為不同之處理方式，認為非屬行政契約，同一事件為不同處理，有違行政程序之平等原則云云；惟查，被告臺北市立動物園因與原告有系爭契約之糾紛，於終止契約之後，乃與前開廠商簽訂暫管期間舖位臨時使用行政契約，有該契約範本影本附卷可稽，而依該契約內容觀之，被告簽訂該契約之目的，在於直接規範原來各個設櫃廠商，諸如使用之範圍及限制、營業內容、營業時間、應繳費用等細節，核屬具有管制性之公法關係，與其名稱之臨時使用「行政契約」，並無不符，此與原告與被告簽訂之系爭契約，其目的在大範

園的概括委任，即授權由原告經營管理整體園外服務中心（包含由原來 135 個改為 50 餘個舖位之設櫃廠商）之情形，並不相同，其二份契約所規範之權利義務內容，亦有顯著差異，且簽訂之當事人及契約內容各異，自不宜比附援引。

4. 兩造就系爭契約之履行所涉之紛爭，已向中華民國仲裁協會聲請仲裁（案號 94 年仲聲仁字第 116 號），並於 95 年 2 月 14 日進行第一次詢問會，原告於該次詢問會中表示，其並非爭執仲裁的合法性，還是可以仲裁等語，有該仲裁事件詢問會會議紀錄影本附卷可稽；原告既於仲裁程序承認系爭契約第 19 條仲裁協議條款之合法性，更足表徵系爭契約之私法性質，其應屬私法契約，而非行政契約。

三、民間參與高雄市生日公園整建暨營運契約

高雄市政府工務局養護工程處於民國 94 年 4 月 8 日依促進民間參與公共建設法及「徵求民間參與整建暨營運生日公園案申請須知」之規定，公告徵求民間參與整建暨營運生日公園案。經甄審委員會審核評定後，意生國際股份有限公司獲選為最優申請人，並與高雄市政府工務局養護工程處人簽訂「民間參與生日公園整建暨營運契約」，而為生日公園之整建及營運。

針對該契約之法律上定性，高雄高等行政法院 99 年度訴字第 142 號裁定明白指出為私法契約，略以：「查本件兩造契約依促參法第 12 條第 1 項規定及其立法理由，透過文義解釋已足認立法者將之定性為私法契約，自無再依體系解釋為公法行政契約之餘地。是抗告人所舉臺北高等行政法院 94 年度訴字第 752 號判決理由尚難採據，且上開判決僅為個案，亦無拘束原審法院之效力。」原審裁定之此等見解，亦獲得最高行政法院之支持。其於 99 年度裁字第 2563 號裁定中進一步補充論述如下：

1. 查依照系爭契約名稱及其內容，可知抗告人與相對人間主要之權利

義務是抗告人提供生日公園之土地及其上建物、公共設施，由相對人整建後營運（供第三人使用公園而收費），並支付抗告人一定之金錢（權利金），並不涉及任何公權力之行使，其他契約約定亦與公權力之行使無關，甚至相對人係自行依法取得與整建工作相關之各項執照及許可（見系爭契約書 6.5.1），抗告人並未因該契約負有作成公權力行為之義務。而行政主體或行政機關提供公園供人民使用，以增進人民福祉，係屬給付行政之一環，其可選擇以公法方式或私法方式為之。本件抗告人既與相對人簽訂系爭契約，由相對人營運生日公園，顯然抗告人係選擇以私法方式實施此項給付行政，則其為達成私法方式之給付行政目的，而將生日公園之土地及其上建物、公共設施，有償交予相對人整建後營運，亦屬私法契約，其主要契約內容性質上應類於屬私法性質之行政機關代表國庫出租公有財產（司法院釋字第 448 號解釋參照）。

2. 促參法第 12 條第 1 項：「主辦機關與民間機構之權利義務，除本法另有規定外，依投資契約之約定；契約無約定者，適用民事法相關之規定。」其立法理由尚謂：「本條明定投資契約屬民事契約之性質」。是以不能以促參法第 52 條及第 53 條與行政程序法第 146 條及第 147 條之契約調整機制相當，認依促參法訂定之投資契約為行政契約。抗告人於原審主張主辦機關依促參法辦理招商及甄審並選出最優申請人後，與之簽訂之投資契約，乃屬行政契約之性質云云，並不可採。

基上，行政法院認定系爭契約為私法契約之主要理由有二：其一，系爭契約係根據促參法所簽訂，而該法第 12 條第 1 項之文義明揭契約約定適用民事法規定，立法者顯然有意將促參投資契約定性為私法契約。其二，行政機關提供公園供人民使用，係屬給付行政之一環。對此，行政機關享有行為形式選擇自由。抗告人既然選擇以私法契約形式將系爭土地及

其上建物、公共設施，有償交予相對人整建後營運，自應予以尊重。

四、台南市立醫院委託秀傳紀念醫院經營契約

原告自民國 76 年起與被告臺南市政府簽立「台南市立醫院委託秀傳紀念醫院經營契約書」，由被告委託原告經營台南市立醫院，其間經數次續約。迄至促參法公布施行後，被告擬依該法辦理公開甄選，改與最優申請人簽訂委託經營契約。原告不服，認被告違約，並侵害其優先續約權，遂於 2007 年 3 月向臺北地院民事庭提起訴訟，請求被告續約，並確認自己優先續約權之存在。此外，原告雖認系爭契約屬私法契約，然有鑑於被告為相反之主張，為避免未來遭受到行政訴訟上之期限不利益，遂亦向高雄高等行政法院提起訴訟⁸⁸。

高雄高等行政法院 96 年度訴字第 359 號裁定認定系爭契約屬「私法契約」，遂將本件移送台灣台南地方法院。其主要理由略以：「按私經濟行政亦可稱為國庫行政，指國家並非居於公權力主體地位行使其統治權，而係處於與私人相當之法律地位，並在私法支配下所為之各種行為。私經濟行政可分為 4 類：（一）為達成行政上之任務，所採取之私法型態的行為：例如對清寒學生給予助學貸款、對於民眾提供住宅貸款或出售國民住宅、在景氣低迷時對廠商紓困貸款或提供補助，由隸屬於各級政府之自來水廠、醫院、療養院、鐵路局、公共汽車管理處等機構對大眾提供生活上之服務等均屬之。……本件兩造爭執之所在，厥為原告對被告就台南市立醫

⁸⁸ 參見高雄高等行政法院 96 年度訴字第 359 號裁定中所載之原告陳述：「原告雖於前揭民事訴訟程序上，另檢民事法院判決為例，陳明本件優先續約權之爭議係屬民事案件，惟鑑於我國法院審判實務，無論民事法院或行政法院，對於因類如本件兩造間之委託經營契約所生爭議究屬公、私法爭議迄未有明確界定與判例，故本件爭議究為公法或私法爭議，進而應由行政法院抑或普通法院審理，仍應由鈞院本於職權依心證而定，實非原告所得擅專。另一方面，兩造間之繼續委託經營契約於 96 年 5 月 7 日屆滿，倘原告不及時於合約屆滿前向鈞院起訴，恐日後民事法院認定系爭事件非屬私權爭議而裁定駁回原告之訴訟，則原告恐將再遭其指摘未及時向法院為救濟之請求，而遭期限之不利益。」

院委託經營管理是否享有優先續約權。惟由隸屬於各級政府之醫院對大眾提供生活上之服務，揆諸前揭說明，屬於私經濟行政之事項，應適用私法之規定，則各級政府將所屬醫院委託他人經營，在委任人與受託人間，仍屬私法上之契約關係，由此所生之一切爭執應循民事訴訟途徑處理。故本件被告將台南市立醫院委由原告經營管理，則在委任人即被告與受託人即原告間之法律關係，仍屬私法上委任契約之範疇；與行政程序法第 135 條所定行政契約之內容為『公法上之法律關係』者不同，是原告就兩造所訂之繼續委託經營契約，請求續約及確認優先續約權存在所生爭議，為屬私權紛爭，審判權歸屬普通法院。又觀諸兩造訂立之台南市立醫院繼續委託秀傳紀念醫院經營契約書第 14 條約定因該契約所涉訴訟，雙方同意由台灣台南地方法院為第一審管轄法院，是本件自應由台灣台南地方法院管轄。從而，原告提起之本件行政訴訟，非屬行政法院之權限。」

綜上所述，高雄高等行政法院一方面從市府提供民眾醫療照顧服務係屬「私經濟行政」之定性出發，認為將該私經濟行政委託私人執行，自當亦屬私法上之契約關係。另一方面，系爭契約當事人既然定有「因契約所涉訴訟同意由台灣台南地方法院為第一審管轄法院」之契約條款，行政法院自無審判權限。或許因為行政法院對系爭契約屬性業已本於職權進行審查，且其結論與系爭契約當事人所約定之審判權相符，故針對原、被告間就法院審判權所為合意是否適法，於裁定中即無多所著墨。基此，行政法院究係是單純地尊重原、被告間之司法審判權歸屬合意，抑或是其合意與其見解不相衝突而予採納，則不得而知。本事件行政法院本於審判權之行使，將行政機關設立醫院，對大眾提供醫療上之服務，逕自認定為是「私經濟行政」事項，是否中肯，誠有商榷之餘地。蓋醫病關係通說雖認為是私權關係，然否因此即可逕自反推行政機關對人民提供醫療服務為「私經濟行政」（行政私法行為）？行政機關對人民所實施，或委託私人從事之醫療服務有無可能為給付行政之一環，從而容有選擇以公法關係形塑之空

間？對此，行政法院似未有所討論。

五、辛亥路高架橋下平面停車場委託經營管理契約

按臺北市殯葬管理處與山○物業股份有限公司於民國 100 年 4 月 20 日訂立辛亥路高架橋下平面停車場委託經營管理契約（下稱系爭契約），委託經營管理辛亥路高架橋下平面停車場，期間自同年 5 月 1 日起至 103 年 4 月 30 日止。嗣嗣因山○物業股份有限公司嚴重虧損，遂於 100 年 12 月 7 日通知臺北市殯葬管理處自 101 年 2 月 14 日起終止系爭契約。契約雙方當事人於 100 年 12 月 23 日協調會議中達成系爭契約至 101 年 2 月 14 日終止之協議。山○物業股份有限公司因臺北市殯葬管理處拒絕返還履約保證金，遂向普通法院提起民事訴訟。

兩造及受訴法院對此爭議案件之審判權歸普通法院，皆無爭執。最高法院 103 年度台上字第 145 號民事判決雖就上訴人山○物業股份有限公司所提起之上訴作出「原判決廢棄，發回台灣高等法院」之判決，但並非質疑原判決將系爭契約認定為私法契約之定性，毋寧在於原審法院未將系爭契約認定為委任契約之心證曉喻兩造，導致其無法就此重要之點進行攻擊防禦：「查上訴人於第一審固主張兩造間契約關係為委任契約，系爭契約第二十四條違反受任人得隨時終止契約之強行規定而無效，惟兩造經原審審判長於一〇一年十二月二十五日言詞辯論期日要求就契約及履約保證金之定性以書面說明後，均陳稱系爭契約為租賃契約，履約保證金類似租賃契約之押租金，並以之為基礎進行攻防，而原審自一〇二年一月十七日再開準備程序迄言詞辯論終結日止，均未公開表明其將系爭契約定性為委任契約之心證，使兩造就系爭契約是否屬委任關係而為攻防，遽為判決，踐行程序已難謂當。」

基上，針對臺北市政府殯葬處將其所管理之辛亥路高架橋下平面空間之市有財產出租予民間供作開設公共停車場使用，其與承租人間所簽訂之

委託經營管理契約，普通法院民事庭認定屬「私法契約」之性質。而主要之定性依據，乃根植在契約雙方當事人於言詞辯論期日所出具之一致性書面說明。質言之，法院採納契約雙方當事人對市有財產委託經營契約定性之「主觀認知」。

第三項 因公有財產提供民間使用所生之非契約法律關係

在我國司法實務上，與公有財產提供民間使用相關之裁判，系爭標的並非恆為「契約」。毋寧，亦有若干訴訟案件，因所涉及之公有財產提供民間使用基礎法律關係非根植在契約之上，故所爭執者乃為公有財產提供民間使用「事件本身」之定性問題。有鑑於契約之公、私法性質判斷首要者亦為契約之「標的」——亦即公有財產提供民間使用，故即使公有財產提供民間使用並非透過契約之行為形式建構，法院對於此類事件本身法律定性所採取之見解，實已足以作為吾人推定該使用關係若以契約形式形塑時，法院對該契約定性所持態度傾向之判斷準據。職是之故，因公有財產提供民間使用所生非契約上爭議之訴訟案件的探討，對本研究標的而言，亦具重要關聯性。

一、依國有財產法申租國有非公用土地之法律性質

針對財政部國有財產局臺灣北區辦事處臺東分處否准原告申請回復以淘○山公司為系爭國有耕地及林地租賃契約租約對象之爭議事件，臺北高等行政法院 101 年度訴字第 1414 號判決認為本案非屬因申租國有財產所生之私法關係爭執，毋寧為一「公法」之爭議事件：「人民依相關行政法規向主管機關申請訂約，因其請求之權源並非基於私法上之規定，且主管機關得就該申請案件審查是否具備規定之要件，而為同意與否之決定，亦係本於公法上所賦予之權限，自屬公權力行政範疇。故主管機關倘認人民之申請與規定要件不符，予以拒絕時，因人民與行政機關間尚無私法契約之法律關係存在，核非屬私法上之爭議事件，人民自無從循民事訴訟途徑以救濟，且因主管機關就具體申請案件所為否准決定，已直接對外發生

法律效果，應認該當於訴願法第 3 條第 1 項及行政程序法第 92 條第 1 項規定所稱之行政處分，申請人如有不服，自得提起行政爭訟，方符『有權利斯有救濟』之法理（司法院釋字第 540 號及第 695 號解釋意旨參照）。觀諸本件原告據以申請之國有財產法及其授權訂定之國有非公用不動產出租管理辦法及國有耕地放租實施辦法等相關規定，足見財政部頒行上開管理辦法，使一般人民具備一定要件者，得就國有非公用土地之林地或國有耕地向主管機關申請承租，明顯係為執行國有財產法，以達成國有非公用土地之管理目的所訂定之行政規則，基於行政自我拘束原則及平等原則之作用，已對外產生法效性，一般人民自得本於管理辦法之相關規定，請求被告就其申請為准駁之決定，而有提起課予義務訴訟之公法上請求權基礎（最高行政法院 99 年度判字第 212 號判決意旨參照）。是以本件被告財政部國有財產局下屬臺東分處經依分層負責授權規定就原告提出之本件申請案件，依規定予以審查，認定原告之申請與規定要件不符，而否准所請，核屬基於國家行政機關之地位，就人民之申請事件，行使公權力所為之公法上決定，並對外發生一定之法律效果，足認具行政處分之性質。」

基上，臺北高等行政法院之論證邏輯似從國有財產法子法及其相關行政規則作為「行政法規」之觀察點出發，認為人民申請承租國有土地，乃係根據行政法規提出，而非私法規定。是以，此等「行政法規」賦予人民在符合一定條件下得申請承租國有財產，人民對應地即取得申請承租之公法上請求權；而國有財產主管機關為同意與否之決定，則是本於公法所賦予之權限，自屬「公權力行政」範疇。換言之，基於國有財產法及其相關法子法所發生之國有財產承租申請法律關係，根據臺北高等行政法院之見解，係屬公權力行政範疇下之公法關係，而非國庫行政下之私法關係。

二、市有土地提供埋設管線之法律關係

（一）最高行政法院 91 年 7 月份庭長法官聯席會議決議

地方自治團體將其所有之公有道路下方提供私人埋設管線，在行政法總論之架構下屬於「公共用公物之例外使用」(Ausnahmenutzungen öffentlicher Sachen im Gemeingebrauch)⁸⁹。而在本研究之體系脈絡下，則可劃歸為私部門尋求公部門協力之公私協力行政態樣。根據行政法一般學說見解，公物之特別使用須經主管機關之同意。經由同意，申請人被賦予對特定公物之合法特別使用權。然而，主管機關許可申請人對公物為特別使用，所形塑出之利用法律關係究係是本於公權力作用所發生之公法關係，抑或基於雙方意思合致所為之具私經濟活動性質的私法關係，在我國稍早之司法實務上並非毫無爭議。最為著稱者，厥為高雄高等行政法院在高雄市政府向中國石油公司徵收埋設石油管線土地使用費訴訟案件中，各庭間見解曾呈現出不一致之現象。嗣案經最高行政法院 91 年 7 月份庭長法官聯席會議作成決議如下：

「本件應屬公法爭議事件，受訴法院應為實體判決。」

按市有道路屬於公有土地，甲公司使用該道路埋設管線，與公眾依一般方式使用該市有道路（例如道路通行）之情形不同，而應屬『特許使用』，惟公物使用關係之性質，縱有收取費用之情事，亦非必然屬私經濟關係；凡地方政府機關核准公營事業使用公有土地，其核准行為究係基於公權力作用所為之行政行為，抑

⁸⁹ 按我國行政法學者對於公物種類之用語並不一致，特予敘明。例如就本研究此處所指涉之對公共用公物逸出一般使用以外之「例外使用」，陳敏大法官稱之為「特別利用」(Sondernutzungen)，參見氏著，前揭（註 22）書，頁 1033。同樣使用「特別利用」用語者，亦參見李惠宗，公物法，載於：翁岳生編，行政法（上），3 版，2006 年 10 月，頁 352。與超出公物一般使用以外之特別使（利）用不同者，尚有「特別使用公物」（參見陳敏，前揭書，頁 1038），或有稱之為「公物之特許利用」（如李惠宗，前揭書，頁 354）。其係指特定人因獲行政機關之許可，而對公物取得排他性之利用權而言。在德國法上，通常所指涉者為水資源之利用情形而言。無論是「公共用公物之例外使用（特別利用）」或是「特別用公物之特許利用」雖皆須取得主管機關之許可或同意，始得為之。然而，兩者在公物法之體系上卻定位不同。挖掘市有道路埋設管線究係涉及上揭何種之公物使用，國內學者見解亦未盡一致。例如本研究主張屬於前者，亦即公共用公物（市有道路）之例外使用，惟李惠宗教授則將其置於後者之類型下理解。參見氏著，前揭書，頁 354，尤其註 53 處所舉之最高行政法院 91 年度裁字第 334 號裁定。

係本於雙方意思合致所為之私經濟行為，應視個案內容及所依據之法令而定。本件高雄市政府前訂有『高雄巿市有財產管理規則』，該規則第六十三條規定：『凡利用公有土地，道路……裝置油管、瓦斯管、電纜、電訊……，除法令另有規定外，應計收使用費。前項使用費應比照租金標準並解繳市庫。』惟高雄市政府當時係依首揭行政院函釋予以免收甲公司土地使用費，是高雄市政府核准甲公司挖掘公路埋設管線之許可行為，性質上顯非基於與甲公司意思合致之私法上行為，而係本於行政主體之公權力，就具體事件所為對外直接發生法律效果之單方行政行為，自屬行政處分。則高雄市政府嗣於八十六年間依前揭管理規則第六十三條之規定，另訂頒『高雄巿市有地裝置埋設管線計收使用費作業原則』，並據以發函向甲公司徵收自八十七年一月一日起之土地使用費，亦為單方之意思決定，而未容許相對人任何意思之參與，自屬就本件具體事實為另一對外發生法律效果之行政行為，性質上即為訴願法第三條第一項之行政處分。甲公司對上揭處分如有不服，自得對之提起訴願及行政訴訟，以謀救濟，受訴法院即應為實體上審理（最高行政法院九十一年度裁字第三三四號裁定參照）。另基於對道路之公共用物，依公物之性質開放通行，固為行政程序法第九十二條第二項之一般處分；如屬應經主管機關許可，人民得作特殊使用者，則為同法條第一項之普通行政處分，亦即公物管理機關以特許方式核准特殊使用，其間之公物利用關係，應歸於公法關係。再者公物利用關係與營造物利用關係間，有頗多相似之處，參酌屬營造物之公有市場，有關機關原以租賃方式，出租與民眾使用，改制前行政法院五十五年判字第十號判例，即認其利用關係純屬私法上之權利義務關係，嗣有關機關於六十九年間將營造物利用規則即市場管理規則，予以修改以核准使用代替承租，以核准許可書代替租約，不收租金而徵收年費，採撤銷使用許可，而非解除契約作為終止利用關係，則公有市場與利用人間變更為公法關係，改制前行政法院七十年度判字第八

五五號判決，亦認可此項利用關係為公法關係，因而如有爭執自可依法提起行政訴訟。

綜上，本件事實應認為屬公法關係，較符合行政法之理論與實務。」

(二) 法院現行裁判見解

自上揭最高行政法院 91 年 7 月份庭長法官聯席會議決議作成以降，因同意公有土地提供私人挖掘埋設管線所形成之公物利用關係，行政法院率皆採「公法關係」之見解。從而，因此利用關係若須繳納土地使用費者，該使用費之性質為規費。且行政機關若以單方高權方式核定繳納金額者，該意思表示為一行政處分。利用人據此所生之金錢繳納義務，則屬公法上之金錢給付義務。行政機關若透過契約形式規範公有土地埋設管線之利用關係者，該契約則屬行政契約；作為契約一方當事人之公物利用人所應繳納之費用，則屬本於行政契約所生之公法金錢給付義務。以下茲舉涉及高雄市政府向中華電信股份有限公司徵收於市有道路下埋設電信管線土地使用費訴訟事件之最高行政法院 99 年度判字第 728 號判為例，說明行政法院對於使用公有土地埋設管線所生法律關係定性之立場：

1. 原審判決以被上訴人為配合地方制度法施行，在 88 年 12 月 10 日將上開「財產管理規則」修正發布為「財產管理自治條例」。茲依該條例第 63 條第 1 項明定：「利用公有土地、道路、建物設置停車場、堆積場、貨場或裝置油管、瓦斯管、電纜、電訊、灌溉設備或敷設軌道、裝設廣告物而使用者，除法令另有規定或政府機關使用經本府同意者外，應計收使用費。」可認為是一授權上訴人制訂使用費計收基準之依據，是以被上訴人據此訂定系爭「使用費作業原則」係本於自治條例之授權，及「使用者付費原則」、「各管線利用機構公平競爭」之立法精神，其為執行該財產管理自治條例所賦予之職權，核屬地方制度法第 18 條第 2 款、第 10 款自治事項與第

27 條第 1 項規定所訂定之自治規則無誤，且上開系爭使用費作業原則係被上訴人為執行上揭財產管理自治條例所訂定的技術性及細節性作業規範，被上訴人收取本件管線土地使用費係依據當時有效之自治法規為之，與法律保留原則並無違背，且未逾越上開系爭自治條例明定計收使用費之範疇，亦無違反法律授權明確性原則，經核並無不合。

2. 查規費法係於 91 年 12 月 11 日公布施行，該法第 4 條規定直轄市之主管機關為市政府，另同法第 10 條規定業務主管機關，對使用規費依興建、購置、營運、維護、改良、管理及其他相關成本，並考量市場因素訂定收費基準，並附成本資料，洽商該級政府規費主管機關同意，並送該級民意機關備查後公告。本件被上訴人業於規費法施行前，就執行財產管理自治條例第 63 條第 1 項所賦予收費事項，於 86 年 9 月 5 日訂頒「使用費作業原則」，依據財產管理自治條例第 63 條第 2 項就「使用費計收基準」所定：「前項使用費應比照租金標準……。」之原則。與該使用費業作業原則第 3 條規定：「計收標準：(1) 計算式：使用費金額＝使用土地面積×土地申報地價×租金率。……。」符合上揭財產管理自治條例之意旨。又被上訴人有關市有土地使用租金率之計算，依照土地申報地價年息百分之五計收，於 88 年地方制度法公布施行前係由被上訴人報請行政院核准後辦理。而 88 年地方制度法公布實施後自 89 年 6 月 20 日起有關市有基地之租金率計收標準則依高雄市議會決議一律按申報地價年息百分之五計算，被上訴人收費標準除道路土地徵收購置成本外，並參酌國內有關國有土地及市有土地之租金情形，亦與上揭規費法規定之精神並無違背。

基上，最高行政法院確認因於市有道路下埋設管線所生之有償土地利用關係係屬「公法關係」。因此所生之土地使用費，性質上屬規費法意義

下之規費。利用人因利用市有土地埋設管線所生之土地使用費繳納義務，為公法上之金錢給付義務⁹⁰。

第四項 小結

綜上所述，我國行政法院及普通法院對於行政機關與人民所簽訂之各種公私協力契約屬性認定，大體上雖遵循司法院釋字第 533 號解釋所揭示之「契約標的說」輔以「契約目的說」作為判斷基準。然而，在個案操作上，對於本質上應歸屬於行政契約或是私法契約之各該要件的認定，卻是呈現甚大之差異，細膩度亦各有不同。甚至雖套用司法院釋字第 533 號解釋理由書所採用之個別行政契約判斷基準，但適用之正確性，於若干裁判中則顯有疑義（例如將國有財產法認定為公法）。針對原、被告所主張之契約性質，法院有明白採尊重之見解者，亦有經依職權審理後，加以肯認或否定者。至於明白揭示將契約當事人之契約形式選擇自由與給付行政作連結，進而尊重契約當事人選擇結果之裁判，雖有所見，但為數卻不多。

除此之外，尚值得吾人注意者，為我國法院裁判實務及決議對於公私協力契約定性所採取之判斷基準，原則上皆依循司法院釋字第 533 號解釋所提出之理論，而呈現出單一套契約屬性區分標準適用於各種類公私協力契約之現象。從而，無論契約標的涉及有公有財產經營不可切割之業務委託經營、公有財產之出租或提供使用，或是公物之特許利用，法院裁判中一旦處理到契約定性，或是權利義務關係之公、私法性質，率皆顯示同一套相對抽象之判斷基準，未見有區分思考，或是因契約標的不同而有更為細膩判準之提出者。

第三節 學說討論

學說上關於公私協力行政之契約形式選擇自由之討論多端，不過聚焦

⁹⁰ 類似裁判見解亦可參見最高行政法院 99 年度判字第 905 號判決。

於臺北市甚或其他地方自治團體所有財產之出租、提供使用及委託經營者相對少見。因此本部分將先針對一般性之行政行為形式選擇自由進行整理，再對公私協力之契約形式選擇之學說討論部分進行分析。然於進入契約形式選擇之學說討論分析前，仍先對國內學說對於公私協力之界定，進入正題前簡略的概述，以完整本部分之討論。

公私協力概念之興起，無疑與國家角色的轉變有關。當國家有別於以往地被期待承擔越來越多之任務，而國家自主財政無法單獨支應時，國家尋求「外援」幾乎成為必然。依據我國多數留德學者之說明，國家責任已經轉化為「擔保國家」，因此必須與承接部份責任的社會部門進行新的分工⁹¹，而此一新分工之方式，係大量仰賴公私協力（public-private partnership）⁹²之模式。但何謂公私協力，除了不同學理背景學者所持之定義不同外⁹³，縱使在法律學者部分，不論是我國或是其他國家，在定義上都有寬嚴、範圍不同之差異。最廣義的公私協力定義，為不區分公私協力之目標或性質，不論事務性質是高權行政或給付行政，亦不考慮公部門與私部門是否「雙贏」，只要是公部門與私部門共同處理事務之情形即屬之，學者黃錦堂⁹⁴與程明修⁹⁵都曾提出類似的界定方式，雖然其他學者也嘗試依

⁹¹ 參見陳愛娥，國家角色變遷下的行政組織法，月旦法學教室，創刊號，2002年11月，頁102；詹鎮榮，前揭（註27）文頁18-20；許登科，德國擔保國家理論為基礎之公私協力（ÖPP）法制——對我國促參法之啟示，台灣大學法律系博士論文，2008年，頁40-41；蔡宗珍，從給付國家到擔保國家——以國家對電信基礎需求之責任為中心，台灣法學雜誌，2009年，122期，頁33；林明鏘，擔保國家與擔保行政法——從2008年金融風暴與毒奶粉事件談國家的角色，收錄於：政治思潮與國家法學——吳庚教授七秩華誕祝壽論文集，2010年，頁579。

⁹² 參見盛子龍，公私協力興起下行政契約法制面臨之挑戰與回應，收錄於：台灣行政法學會編，全球化/福利國家/特別權力關係/公私協力，2012年12月，頁344。

⁹³ 政治學者，尤其是公共行政領域之學者，其對於公私協力的概念定義遠廣於法律學者所為之定義，偏向以治理理論之角度進行定義，參見陳敦源、張世杰，公私協力夥伴關係之弔詭，文官制度季刊，第2卷第3期，2011年，頁22，其中定義公私協力為「公私部門之間透過正式契約或跨組織之間所建立的一種合作關係」。這樣廣泛的定義方式似乎目前在我國實務界接受度較高，也似乎是委託機關採取於本研究案所採取之的定義立場，不過本研究案仍聚焦於法學者之定義與討論。

⁹⁴ 參見黃錦堂，前揭（註11）文，頁45。

⁹⁵ 參見程明修，行政行為形式選擇自由——以公私協力行為為例，收錄於：氏著，行

據公私協力的目標、事務性質、公私部門之利益評估等而各有不同、些微差距之定義方式，但基本上都認為採取單一的定義方式十分困難。是以，最廣義的界定方式，並非為我國學者之最終定義；事實上，一方面由於不同的德國或日本學者所提出之公私協力定義不同，我國學者進行引介時因而有各自不同的取向⁹⁶，另方面針對不同研究範圍，學者採取的定義方式也常有變異⁹⁷。尤其由於德國學說公私協力的脈絡與民營化有著相當關連性，因此也有不少學者採取廣義民營化定義，並與公私協力概念進行連結⁹⁸。綜言之，公私協力的定義與概念事實上目前仍呈現相當的變異性，無法一概而論，而不同定義所指向之問題意識與範圍也有所不同。不過由於本研究案所設定之定義與研究範圍，係以臺北市市有財產出租、提供使用及委託經營為對象，並不區分考量出租、提供使用與委託經營可能蘊含之不同目的；在行政行為性質上，也一併包括給付行政與高權行政；而在公私部分可能獲得利益部分，似無特別進行區辨。因此，研究案之重點，無疑置重於只要是公私部門共同處理事務，就有探究其契約形式選擇自由之必要。故與最廣義的定義方式相符，故以下之學說研究也將以此最廣義之定義為討論軸心，不再區分或使用其他的定義方式。

進入公私協力之形式選擇自由之討論前，首先必須先確認的是，行政機關是否擁有行為形式選擇自由？若然，則須進一步探究公私協力之形式選擇自由是否與一般行為形式選擇自由不同？不論相同與不同，公私協力之形式選擇自由的範圍是否僅限於私法契約與行政契約？或是有其他形式的可能性？此等問題之討論，事實上長期以來一直受到學說討論所關注。

政法之行為與法律關係理論，2006年，頁308。

⁹⁶ 參見盛子龍，前揭（註92）文，頁262以下；米丸恒治著，劉宗德譯，公私協力與私人行使權力—私人行使行政權限及其法之統制，收錄於：政治大學法學院公法中心編，全球化下之管制行政法，2011年5月，頁353-364；詹鎮榮，前揭（註27）文，頁3以下。

⁹⁷ 參見詹鎮榮，前揭（註27）文；同作者，前揭（註29）文，頁10。

⁹⁸ 參見許宗力，前揭（註24），頁606。

第一項 行政機關之行為形式選擇自由與限制

國內學說對於行政機關之行為形式選擇自由之討論，可謂源自對行政或行政活動種類之區分。亦即，在採取公私二元制之架構下，行政機關可以選擇以優越公權力的地位進行行政活動，也可以選擇代表國庫與人民進行民事行為，則屬於國庫行政或私經濟行政。若再進一步分類，行政機關於其所得選擇的公權力行為與私經濟行為大類型下，又有不同的公權力行為與私經濟行為之區別。不論行政機關選擇的只是大類型下的公法行為或私法行為，或是大類型底下之次分類行為，行政權從事行政活動之方式都並不限於單一類型之高權行政。採取適用私法之行為類型，只要是不違反行為之授權，亦即不違反憲法之界限與法律之拘束，原則上並不牴觸國家行政活動之性質，而在理論上與實務判決上皆獲得肯定⁹⁹。詳言之，只要法律並未明確規定行政機關應採取特定形式的行為，行政機關得適當地選擇適合的行為類型¹⁰⁰。

但國家之行政機關在公權力行為與私經濟行為之間如何進行選擇，國內學者有自憲法的高度進行第一步之探究，亦即從憲法的規範面討論國家（不論是行政權或立法權）為私經濟行為之界限。因為憲法對於國家得以活動之領域得指引一定的範圍與方向，不論是從組織機構權限與任務之設定或是直接指定行為之方式，都將對國家行為產生規制效力，以進一步確保人民之基本權利，因此從憲法的高度探討國家為私經濟行為之界限，在憲法條文有相關明文規定的情況下，自然有助於釐清疑義，也就是探究憲法對於行為選擇自由容許性的問題¹⁰¹。然我國憲法條文事實上不論在機構權限與任務之設定或是行為性質上都沒有任何明確規定，亦即並未進行直

⁹⁹ 如最高行政法院在 97 年度判字第 8 號判決中曾表示：「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』」。

¹⁰⁰ 參見程明修，前揭（註 95）文，頁 290。

¹⁰¹ 參見許宗力，前揭（註 24）文，頁 581；林明鏞，公營事業民營化之合憲性問題，月旦法學雜誌，15 期，1996 年，頁 78。

接的限制，因此初步可推知，在憲法並無反面規定、亦無明確正面表列之情況下，行政機關基本上應享有任務執行方式與手段之自由¹⁰²。除了憲法條文的明確規定外，學者亦有從憲法之民主國原則¹⁰³、法治國原則¹⁰⁴、基本權保護¹⁰⁵與財政憲法¹⁰⁶之要求等憲法原則又進一步進行論究。

主要以為，縱然初步肯定行政機關基本上應享有任務執行方式與手段之自由，此等自由並非完全不受限制，因為國家為私經濟行為仍應遵守一定之界限（或謂容許性）。亦即肯定行政機關之行為形式選擇自由之際，為了避免公法遁入私法之脫法風險，學者主張，涵蓋於法治國原則之下的依法行政之原則與概念，只要在行政機關採取私法行為時，具有行政目的，而非基於與行政無關之私目的，仍應受到適用與規範；此即與純私經濟行為並不相同之行政私法行為。是以，行政機關在為行政私法行為時，如同為公法行為時，都相同地必須受到法律與相關法規之拘束。而憲法所揭櫫的基本權利保障，具有上位規範之位階，一樣可以拘束行政機關所從事的私法行為¹⁰⁷。

換言之，儘管從我國憲法的角度肯定行政機關擁有行政行為選擇自由，但行政機關之選擇自由並非毫無限制，仍然受到立法者所為法令之限制。而依據目前我國學者之見解，行政機關所受限制之範圍與方式又與其選擇之行政行為類型相關：例如行政機關委託私人行使公權力，因為涉及權限移轉，必須符合法律保留原則之要求；涉及公共事業與獨佔性企業之活動領域，由於為憲法第 144 條特別規定者，因此必須遵守憲法規定之憲法委託精神，遵守法律保留原則；與本研究主題密切相關之公私協力合作

¹⁰² 參見詹鎮榮，前揭（註 29）文，頁 23。

¹⁰³ 參見詹鎮榮，前揭（註 29）文，頁 24。

¹⁰⁴ 參見許宗力，前揭（註 24）文，頁 598；詹鎮榮，前揭（註 29）文，頁 27。

¹⁰⁵ 參見程明修，前揭（註 95）文，頁 247。

¹⁰⁶ 參見葛克昌，憲法國體---租稅國，收錄於氏著，國家學與國家法，1996 年，頁 137 以下。

¹⁰⁷ 參見吳庚，行政法之理論與實用，增訂第 12 版，2012 年，頁 28、33；陳新民，行政法學總論，修訂 8 版，2005 年，頁 40；吳志光，前揭（註 65）書，頁 5。

關係之夥伴資格設定、甄選、法定關係之形成，由於涉及人民之職業自由與營業自由¹⁰⁸，依據大法官於釋字 443 號解釋理由書所建立之層級化法律保留原則，亦應遵守法律保留原則。在不同的行為類型有各自之容許性與適用不同限制之前提要件下，對於本研究中，地方自治團體之行政機關大量進行非與公權力相關之活動或任務，其行為形式之選擇部分，自然無法單純從憲法條文與憲法原則直接推導得知。換言之，儘管學理上承認行政機關之行政行為形式選擇自由，但其限制與容許性依據行政行為類型而有差異，並不存在單一的適用標準。

第二項 公私協力形式選擇自由之可能與限制

誠如本研究初始所設定，公私協力は透過協力、合作或是夥伴方式共同達成行政任務之履行，類型上最常使用的自然是協力雙方以合意方式規範相互之權利義務關係，而非單方以高權或優勢地位要求對方配合，在概念與現行實務上，締結「契約」方式因此成為最主要的行為形式。因此以下之分析主要以行政機關透過契約此一行為形式為公私協力行政類型時，究竟是否擁有自行選擇設定為行政契約或私法契約之自由。對於此一問題之解決，首先遭遇到的難題，在於是否仍須探究私法契約與行政契約之區分標準。因為如果肯定行政有行政形式選擇自由，其本得自行選擇行政契約或私法契約，則契約屬性界分之問題應無關宏旨。但考量到契約屬性界分向為我國實務與學說討論爭議之一，以下仍先進行概略的學說整理。

第一款 行政契約與私法契約區分基準概述

由於我國行政契約之法定定義採取德國法制，因此行政程序法第 135 條規定之「公法上法律關係得以契約設定、變更或消滅」形成最多數學者

¹⁰⁸ 參見張桐銳，行政法與合作國家，月旦法學，121 期，2005 年 6 月，頁 30。

採取「契約標的」說為主要區別標準之依據。此說以契約屬性應由契約標的客觀進行判斷，契約標的乃契約所設定之法律效果，或當事人用以與該契約相結合之法律效果¹⁰⁹。但因為契約標的說仍無法釐清所有具有爭議個案，學者因而酌採契約目的進行衡量。即大致等同於吳庚大法官於大法官釋字第 533 號解釋所提出之協同意見書，所說明之標準：「辨別此類行政契約，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。」個別學者之標準基本上幾近大同小異。¹¹⁰

有力說係採取「契約主體說」者，如許宗力教授曾明確指出「乾脆透過立法途徑，或直接採行政主體說」¹¹¹。留日的學者如：蔡茂寅教授表示

¹⁰⁹ 陳敏，前揭（註 22）書，頁 559。

¹¹⁰ 參見黃錦堂，前揭（註 11）文，頁 51-52；林明鏘，行政契約與私法契約——以全民健保契約關係為例，收錄於：台灣行政法學會編，行政契約與新行政法，2002 年，頁 211；同著者，行政契約與私法契約之比較研究，法學叢刊，191 期，2003 年，頁 132；江嘉琪，公私混合契約初探——德國法之觀察，中原財經法學，9 期，2002 年，頁 68。

¹¹¹ 參見許宗力，雙方行政行為——以非正式協商、協定與行政契約為中心，收錄於：

主體說「至少可作為辨別行政契約不存在的消極判準」¹¹²；學者蔡秀卿亦採相近見解¹¹³；學者林明鏘則提出應兼採「契約主體推定說」¹¹⁴，林明昕綜合上述學者之論點，適度修正契約主體說，提出更精細的「契約主體推定說」¹¹⁵。但誠如學者李建良之主張，「採取主體說判別契約的屬性，當事人的主觀意思已無關宏旨，毋寧取決於『客觀』（誰是當事人）的事實，同時也否定行政機關的行為形式選擇自由」¹¹⁶。除了上述兩說外，尚有其他學者採較為不同之分類標準。如學者陳愛娥提出「應遵循判斷其他行政行為法律歸屬的方式」，亦即其所採之「特別法說中的『實質主體說』」¹¹⁷；學者張文郁採類似看法¹¹⁸。

儘管學者間並未完全統一對於公、私契約間之區辨標準，但考量契約之行為主體（主體契約），探究契約所形成之法律關係（契約標的）與客觀的契約締結目的（契約目的），並敦促行政機關盡可能適用並遵守行政程序法之相關規定，避免公法遁入私法，應為一致之主張。

第二款 公私協力形式選擇自由之建構

以下先對我國公私協力形式選擇自由相關學說討論進行概略摘要整理，再從學說討論中尋找學說中可能的共識標準。

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，2002年，頁279-280。

¹¹² 參見蔡茂寅，行政契約相關問題之研究——以公私法契約的判準為中心，收錄於：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，2002年，頁306。

¹¹³ 參見蔡秀卿，行政契約，收錄於：台灣行政法學會，行政法爭議問題研究（上），2000年，頁524。

¹¹⁴ 參見林明鏘，前揭註文，頁114。

¹¹⁵ 參見林明昕，行政契約法上實務問題之回顧——兼論公、私法契約之區別，國立中正大學法學集刊，18期，2005年，頁283。

¹¹⁶ 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，月旦法學雜誌，157期，2008年，頁322。

¹¹⁷ 參見陳愛娥，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年，頁130。

¹¹⁸ 參見張文郁，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為中心，收錄於：台灣行政法學會編，行政契約與新行政法，2002年，頁409以下。

第一目 學說意見

直接針對此一議題進行耙梳者，為學者程明修所撰寫之「行政行為形式選擇自由－以公私協力行為為例」一文，儘管該文並未將公私協力限制在契約此單一類型之下，但因為已經對此種類型進行分析，是以對本研究有直接的參考價值。該文以行政形式形式選擇自由為討論重心，詳細地介紹德國釋義學上關於形式選擇自由之各方論辯後，其主張「當法律完全沒有規制或者甚至容許時，行政運用私法行為形式的空間仍然是存在的。不過行政必須對於它之所以選用私法的原因，符合事理地詳加說明。特別是在例外時要選擇私法的行為形式，一定要能明確地指出，私法形式比較能有效率地實現任務。」¹¹⁹，亦即，其認為行政的選擇受制於裁量的界限，行政必須為合義務的裁量。依循著相同的脈絡，其進一步指出「除非法律禁止或已經明定特定的法律形式，否則行政基於合義務的裁量，原則上可以決定採取公法或者私法的契約法律形式形成公私協力的合作關係。」¹²⁰。最後並提出結論首先主張「行政的所謂行為形式選擇自由，更精確地描述應該是行政行為的選擇裁量，行政應該沒有所謂一般性的行為形式選擇自由。而這種選擇裁量如同一般行政之裁量般，有其裁量之界限。」¹²¹；接著認為應依行政任務進行區別：在干預行政領域內，行政的所謂選擇自由因為原則上只能採用公法關係，因而將會萎縮；行政參與經濟交易活動時，應謂已經如同私人，只能在私法的架構下進行選擇。

學者李建良則是從行政契約與私法契約的區分問題引伸認為：集中在所謂「中性」行為或事項上，問題的真正關鍵在契約的性質能否取決於當事人的「主觀意思」？即主觀說與客觀說的擇取¹²²。並進一步說明：「取決於客觀標準」的說法只能適用於「較不具爭議的案型」，至若涉及「中

¹¹⁹ 參見程明修，前揭（註 95）文，頁 303。

¹²⁰ 參見程明修，前揭（註 95）文，頁 323。

¹²¹ 參見程明修，前揭（註 95）文，頁 325。

¹²² 參見李建良，同前（註 116）文，頁 317-318。

性」行為的契約標的，則契約性質應可決諸當事人的主觀意思。且在肯定行政機關「形式選擇自由」之前提下，行政機關得依己意決定契約的性質。

「過分強調契約屬性的客觀性，只會流於法官或學者對於契約屬性的『主觀』認定。」¹²³「主觀說的運用，以可探知當事人的主觀意思為前提，當事人主觀意思不明，又欠缺客觀的標準時，不得已的做法是承認『有疑問，推定為公法契約』的推定原則。」¹²⁴。因此，李教授認為：「不如揚棄『契約屬性客觀說』的僵硬觀點，直接取決於當事人的主觀意思，據以判斷契約的屬性。...為避免爭議，締結契約的官民雙方，...逕於契約中明定契約的屬性。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。」並進一步指出「吾人所應關懷者，非僅法律形式『選擇』之問題，而是行政機關之『契約行為』應如何受到法之歸制的問題，也就是『依法行政』之基本性問題。」¹²⁵

學者林依仁則是進一步連結擔保國家之理論，主張當國家選擇以私法方式履行公任務，尤其是公私協力之方式，乃是將原本國家自行履行之任務，轉換任務主體或履行主體，使原本專屬國家的履行責任轉變為擔保責任，自應考量國家與社會對於任務承擔轉換之關係。選擇自由於此應解為一種當為方式之形成裁量¹²⁶。其並提醒「選擇之前，應考慮私人是否擁有預設之承擔能力與履行能力，以避免履行缺損。」¹²⁷，且認為我國立法者對於公私協力形式選擇自由之判斷上，基本上採取寬鬆的法定評估方式¹²⁸；立法者應制定公共福祉能力條款，以要求國家確保承擔者、提供服務者是否確實擁有履行公共福祉所需之服務能力。林氏於文章中雖然著重在

¹²³ 參見李建良，同前（註 116）文，頁 320。

¹²⁴ 參見李建良，同前（註 116）文，頁 320。

¹²⁵ 參見李建良，前揭（註 116）文，頁 323。

¹²⁶ 參見林依仁，私營化的法之界限，收錄於：李建良編，2011 行政管制與行政爭訟——民營化時代的行政法新趨勢，頁 212。

¹²⁷ 參見林依仁，同前（註 126）文，頁 211。

¹²⁸ 參見林依仁，同前（註 126）文，頁 258。

關於行政任務得否採取私營化，但其中所提出的標準，事實上也能適用於判斷行政為公私協力時之選擇自由。其表示「任務得否私營化，應檢視任務與其主體間的關係，須先為適於私化之判斷」，並提出以下標準：首先，如果任務與主體間存在專屬性，像是憲法要求特定任務只能保留給國家之專屬性任務，或是分配於個國家機關的核心任務，儘管並非全然不得採取私法模式，若該任務與國家具有可分性，在社會自立承擔的成熟性足夠時，自得合理採取不同型態的私法形式¹²⁹。其次，區分當為性義務與選擇義務，即自國家應否主動或伺機承擔任務進行觀察。其並以為我國憲法設有大量的任務規範，在此架構下，不論中央與地方均不得為任務私化之決定，但是功能的私化，在保證履行的前提下應可允許，其並提出「水陸交通運輸」與「河道」兩種類型之例。

其他學者則多半於文章中附帶地提及見解。如許宗力教授主張「民營化契約公、私法契約之判斷，在促參法與政府採購法是否可以適用的判斷上，並不具意義，毋寧，只要是法定公共建設的興建與營運，或屬政府採購行為，就有各該法律之適用，根本就不論所訂之契約究竟是公法抑或私法¹³⁰。」蔡茂寅教授認為，行政機關權限之行使或業務辦理原本之公私法性質所屬，不得因移轉或與委由民間辦理及變更其法律性質¹³¹。由此立場似可推知，行政機關不得在公私協力契約中任意變更或選擇事務之法律性質。

學者陳清秀主張「如果委託經營屬於促進民間參與公共建設法的適用範圍，並選擇依據該法規規定辦理委託經營時，則屬於民事契約，...如果委託經營涉及公權力的行使或其他公法事項，則具有公法契約性質，應約定適用行政程序法關於行政契約的規定。」¹³²，係以公私協力一開始選擇

¹²⁹ 參見林依仁，同前（註 126）文，頁 220。

¹³⁰ 參見許宗力，前揭（註 24）文，頁 604。

¹³¹ 蔡茂寅，前揭（註 112）文，頁 324。

¹³² 陳清秀，委託經營法制及實務問題之探討，收錄於：當代公法新論（中），頁 652。

適用之法律條文作為行政機關形式選擇自由之依據。

學者陳愛娥認為公法上之爭議應採取一定步驟加以處理：「一、行政機關為法律行為時，如依其外觀形式觀察，明確顯示其係依據公法或私法而為時，則無論行政機關得否選擇此依法律形式，則應憑此決定具體事件的法律歸屬。...二、法院應考量所有與請求權基礎有關的法規範，對請求植基之法律關係的法律性質做整體評價，並據此決定公法爭議的存否，而非取決於直接之請求權基礎的法律定性。...三、如相關法律關係的發生根據為特定法規範，則應確定該當規範的屬性，據此決定具體事件的法律歸屬。...『法律規定』係指作用法是的法規範。...法院...應依法自行判斷請求的真正法律性質，當事人對此之評價並不重要。」¹³³因此，應依循下列步驟思考判斷行政機關締結契約之法律歸屬：「假定締結契約是為執行特定法律規定，則應客觀界定該當法律規定的性質，據以確定該當契約的法律歸屬，在此範圍內，當事人的意思，乃至於契約名稱均非決定標準。」倘若假定欠缺前述條件，則「在給付行政的範疇內，依行政法學界的多數見解，行政機關有『法律形式的選擇自由』，應依一般解釋意思表示的原則，掌握行政機關所締結之契約的法律性質。具體事件如屬需求、經營、採產行政，則應歸屬私法範疇，並無法律形式選擇自由之問題。」¹³⁴

學者吳志光於「公私協力行為之公法化趨勢——以委託經營管理及促進民間參與公共建設法之實務見解為核心」中，儘管並未直接針對形式選擇自由進行論述，但其提出公私協力之類型廣泛，若屬典型的公法事件（例如授權、行使公權力之行政委託行為）或典型的私法事件（例如行政輔助行為），事實上關於其公私法區別之爭議尚屬有限¹³⁵。但倘若對契約判斷產生爭議，「契約當事人對契約屬性之合意，若與行政契約之判斷基準有

¹³³ 陳愛娥，行政法院與民事法院審判權的劃分，收錄於：義薄雲天、誠貫金石——論權利保護之理論與實踐，曾華松大法官古稀祝壽論文集，2006年，頁586-587。

¹³⁴ 陳愛娥，同前註文，頁589-590。

¹³⁵ 吳志光，前揭（註6）文，頁4。

違時，不足以拘束司法機關。」¹³⁶，而行政契約之判斷基準即為國內學者之一般通說，綜合契約標的及契約目的而定。

第二目 學說標準之整理

從上述學者論著之討論分析，本研究初步將我國學說討論對於公私協力形式選擇自由之意見整理如下：

一、肯定行政機關在立法者選擇之框架下擁有形式選擇自由

於法治國之架構下，行政權之行為必須受法之規制，加上多數學者主張契約屬性之決定應採取契約標的理論，係以公私協力契約所適用之法律判斷其契約性質。因此，如果立法者明確地於法律條文中指定事務之作用法法律性質（不論是以正面規範或是反面禁止之規定方式），則行政機關不得透過任何方式，締結違反法律指定性質之契約，亦即此時行政機關並不擁有契約形式之選擇自由。倘法律並未明確指定，但容許行政機關的選擇空間，或未表示禁止，則在此範圍內，行政機關應擁有公私協力契約形式選擇自由。

二、形式選擇自由必須依據行政活動本質為合目的、合義務之裁量

在立法者肯定行政機關擁有形式選擇自由之框架下，行政機關之形式選擇自由並非毫無限制。首先行政機關先受到事務本質之限制，像是具體事件如屬需求、經營、財產行政，因為具備私經濟之明顯本質特徵，本質上必然為私法事件；又或是專屬於高權行政之事項，像是必須以行政處分進行規制之公權力法律事務，必定屬於公法事件。此時，行政機關必須依據行政活動之本質為行為形式之選擇，不得為違反事務本質之行為類型。但倘若事務本質並非絕對、明確地為私法或公法事務，則行政機關自擁有

¹³⁶ 吳志光，前揭（註 6）文，頁 15。

行為形式之選擇自由，不過依然受到裁量理論之拘束。

三、於肯定行政機關擁有形式選擇自由之前提下，法院不宜以自己之主觀替代行政機關之主觀選擇

當契約形式認定產生疑義，必須透過法院進行紛爭解決時，在行政機關擁有並遵守形式選擇自由之法規制框架下，應肯定行政機關所進行之選擇，亦即應自客觀條件探知當事人之主觀意思，但非以紛爭解決程序中之當事人主觀意思為斷，不能以法官之主觀認定取代契約當事人之前已經表明之主觀意思。但倘行政機關違反立法之指定、不符行政活動本質、或未為合義務、合目的之裁量，則法院自無需受行政機關違法選擇形式之主觀所限制。

第三項 小結

縱然依據我國目前學說之討論，大體上學說都承認行政機關的形式選擇自由，但誠如學者所提醒，行政行為形式固然為國內實務最在乎者，但該行為是否具有契約品質之前提問題¹³⁷，或是契約與「依法行政」間之關連性，卻似乎始終非為實務探討之重心，甚至僅於起步階段¹³⁸。且「台灣私人企業社會責任倫理相對低落，對公私協力所期待的往往是超額的利潤，而非政府規劃時所預期之合理利潤，雙方合作往往是因誤會而結合。」，並且，政府管制經常失靈，往往缺乏足夠能力確保國家擔保責任落實。因此公私協力之合作模式必須仰賴政府與企業之高度信賴與合作¹³⁹。不論是國家或地方自治團體所為之公私協力行為。

地方自治團體公私協力之形式選擇自由，除必須遵守國家法律框架之規定外，當地方自治原則使地方就其地域範圍內共同生活事項，富有自我

¹³⁷ 林明昕，前揭（註 115）文，頁 265-267。

¹³⁸ 李建良，前揭（註 116）文，頁 324。

¹³⁹ 盛子龍，前揭（註 92）文，頁 361。

承擔與實現之任務時，地方自治原則應構成地方自治團體形式選擇自由之界限，亦即禁止地方藉公私協力之方式，實際自我削弱應履行之任務，且國家應扮演自治任務的守護者¹⁴⁰。而地方自治團體在公私協力行政之形式選擇自由部分，除非國家法令與許地方法規自行規範地方事務之性質並透過地方法規限定性質，否則應與一般公私協力行政相同，僅擁有有限度的形式選擇自由。

¹⁴⁰ 林依仁，前揭（註 126）文，頁 216。

第四章 德國公私協力契約之形式選擇

德國行政實務上對於公私協力機制之運用雖未必較之於我國為早，平均規模亦不如我國龐大且廣泛。然而，一則因其內國法學研究發達，二則復受歐盟法之強烈影響，近年來法學者對公私協力法制已累積有相當豐碩之研究成果，而且在相關法制之建構上，聯邦及若干邦亦皆有所進展。個別行政專業領域及一般通案性之公私協力框架規範，已陸續公布施行；而相關立法草案之提出及討論，更是未曾間斷。綜觀德國現行法秩序，公私協力不管具體態樣如何，普遍皆存在一共通性：亦即公、私部門間率皆以「契約」之法律形式，形塑具體之公私協力法律關係。職是之故，「公私協力契約」（PPP-Projektvertrag）——在學說上多以「行政合作契約」（Verwaltungskooperationsvertrag）稱之——乃為德國公私協力法制最重要之核心。有鑑於我國民事契約法及行政契約法之立法及學說皆大量參酌，甚至繼受德國之立法例及學理，兩國基礎法制構造及理論具有高度之相似性，故瞭解德國法如何選擇契約形式，以踐行公私協力行政，不僅對於我國具有理解德國法制狀況之比較法上資訊獲致價值，甚或可提供更為細膩或是不同之思考觀點、理路及選擇基準，以為我國借鏡。

第一節 德國公私協力法體系定位概述

第一項 公私協力之概念

如同我國一般，「公私協力」（öffentlich-private Partnerschaft: ÖPP）在德國之學界及行政作業實務上，一般亦被理解為一集合概念，泛指公部門與私部門共同處理事務之所有情形¹⁴¹。事實上，國家與私人共同執行行政任

¹⁴¹ Vgl. P. J. Tettinger, a.a.O. (Fn. 12), 764 ff.; F. Schoch, Public Private Partnership, in: Erichsen (Hrsg.), Kommunale Verwaltung im Wandel, 1999, S. 103.

務並非行政法學上之新興課題。例如 *Fritz Ossenbühl* 早在 1971 年「第二十九屆德國國家法學者協會年會」中所發表之〈私人履行行政任務〉(Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private) 一文中，即以私人參與密度為基準，將私人履行行政任務之型態區分為六種類型，亦即：一、私法組織形式之國家；二、行政任務移轉私人；三、以法律課予私人公法上義務；四、受國家監督之私人減輕國家負擔行為；五、受國家鼓勵與促進之私人行為；六、國家與私人之合作，已如上述¹⁴²。然而，*F. Ossenbühl* 教授所提出之此等私人參與行政任務執行類型，並非全然與當代德國法上所理解之公私協力概念相契合。按德國當代所理解之公私協力概念，並非僅是存在於公、私部門共同處理公共任務之外觀形式即為已足，毋寧必須與行政革新之思維連結，亦即係屬新公共管理理念下之產物，為一種新治理模式 (new governance)¹⁴³。公私協力概念之提出，旨在解決國家任務肥大症及財政拮据之病灶。透過私部門資金之挹注或是人力之投入，使原本應由國家透過預算編列，自為財政支應以興建與營運之公共建設，抑或應由行政機關及其公務人員執行行政任務之傳統，獲得既可從財政負擔責任及行政任務執行責任「脫身」之可能性，又可確保基礎建設建制與行政任務達成之公益目標的實現。就此而言，德國學者遂將公私協力稱之為國家自為任務履行及行政任務民營化外之第三路徑 (dritter Weg)。而就私部門而言，亦可透過參與公共任務之執行獲得一定之經濟上利潤。是以，當代德國學說普遍所理解之公私協力概念，乃是立基在雙贏之目標性思維上所建構出之一種具「自願合作」(freiwillige Kooperation) 特徵的公共任務執行機制。

縱使公私協力具有上述之概念緣起背景及特徵，但德國公法學者對於公私協力概念在法釋義學上是否具有可定義性，見解則甚為分歧。例如曾

¹⁴² 參見第二章第二節第二項。

¹⁴³ Vgl. *Budäus/Grüning*, Formenvielfalt und Probleme der Kooperation privater und öffentlicher Akteure aus Sicht der Public Choice-Theorie, in: *Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft* 9, 1996, S. 109 ff.

受德國聯邦內政部委託，提出行政合作法相關議題鑑定報告書學者之一的 *Gunnar Folke Schuppert* 教授即對定義公私協力概念之成功率不表樂觀，並作出甚為經典，並廣受德國公私協力相關著作援引之形容：欲嘗試對公私協力概念作出精確定義者，即猶如嘗試「以針將布丁縫合於牆面上」(einen Pudding an die Wand zu nageln) 一般¹⁴⁴。縱然如此，部份學者對公私協力定義可能性之疑慮，並不影響到德國公私協力法制、實務及學說之發展。蓋即使吾人無法精確地對公私協力作出規範性之立法定義，然有鑑於歐盟、聯邦政府及學說對此概念之基本內涵及特徵共識度甚高，故截至目前為止在德國之法制及作業實務上，尚不至於產生令人困擾之概念認知問題。根據一般見解，最為廣義之公私協力乃被理解為一集合概念，泛指所有公、私部門合作履行公行政任務之現象。基此，凡是行政任務之執行非由公部門所獨攬，而係有私部門之參與或協助者，即可涵蓋於公私協力概念之中。至於公、私部門間之合作是否須目標一致或至少具互補性、動機上是否出於雙方自願、合作關係之形塑與維繫有無法拘束力、合作標的是否限於公權力、合作過程中公部門是否居於主導地位等因素，則非在必要之概念要素之列。

第二項 行政合作法與行政合作契約

德國對於公私協力法制之建構，從公法學角度以觀，主要係在「行政合作法」(Verwaltungskooperationsrecht) 之脈絡下處理。按「行政合作法」之用語，乃德國行政法學界所慣用之一種概念，旨在與傳統由單一公權力主體以下命、禁止方式之單方高權行為為核心所形塑的「行政高權法」(Verwaltungsobrigkeitsrecht) 相對稱。在行政法學上，行政合作之概念極為寬廣。就合作主體角度以觀，舉凡同一行政主體下無隸屬關係行政機關間

¹⁴⁴ Vgl. G. F. Schuppert, Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungskooperationsrechts. Regelungsbedarf und Handlungsoptionen eines Rechtsrahmens für Public Private Partnership. Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern, Juni 2001, S. 4.

的行政協助¹⁴⁵、不同或相同政府層級行政主體間之事務合作¹⁴⁶、國際間行政組織之合作¹⁴⁷，以及國家與私經濟主體間就公共事務執行上之合作等，皆可涵蓋在內。然而，一般學說上所指稱之行政合作法，大都係指狹義之概念，亦即指所有涉及公、私部門因合作執行行政任務所生權利義務關係之法規範與法理論的總稱。晚近由於公私協力與功能民營化議題受到行政法學界之熱烈討論，合作行政法關係躍上主流。是以，在德國行政合作法幾可視為是公私協力法制化之代名詞¹⁴⁸。

第一款 合作之行政行為

行政合作法概念之提出，旨在凸顯公、私部門雙方法律關係之形塑，應根植於「合作原則」(Kooperationsprinzip)之上，始符制度旨趣。按合作原則除在個別之行政專法中已被明文採納外¹⁴⁹，德國學者尚有承認其可作為一般法律原則¹⁵⁰。該原則適用於公共建設領域之行政合作法時，則內涵乃在於要求公、私部門應儘可能立於對等之地位，自願性地共同針對公共建設之參與事件為意見交換，並以雙方意思合意方式，共同決定合作之內容。再者，在由行政機關規劃之民間參與公共建設計畫案情形，主辦機關往往已單方面先行設定特定目標，再透過招商公告尋求民間參與。從民間角度以觀，某程度上應可稱為「受目標拘束之合作」(Die zielgebundene

¹⁴⁵ 例如我國行政程序法第 19 條可資參照。參見李震山，行政法導論，7 版，2007 年 10 月，頁 98 以下。

¹⁴⁶ 例如中央與地方自治團體間之夥伴關係以及地方自治團體彼此間之跨域合作，皆為適例。參見黃錦堂，地方化——政府改造聲中之中央與地方關係，行政組織法論，2005 年 5 月，頁 137-138；同氏著，論地方自治團體間之合作，內政部編印，地方自治論述專輯（第三輯），2007 年 12 月，頁 341 以下。

¹⁴⁷ Vgl. G. Sydow, Verwaltungskooperationsrecht in der Europäischen Union. Zur horizontalen und vertikalen Zusammenarbeit der europäischen Verwaltungen am Beispiel des Produktzulassungsrechts, 2004.

¹⁴⁸ Vgl. J. Ziekow, a.a.O. (Fn. 15), S. 84.

¹⁴⁹ 環境基本法第 4 條第 1 項：「國民、事業及各級政府應共負環境保護之義務與責任。」可資參照；另參見陳慈陽，環境法總論，2 版，2003 年 1 月，頁 244 以下。

¹⁵⁰ Vgl. U. Di Fabio, Das Kooperationsprinzip – ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Umweltrechts, NVwZ 1999, S. 1157.

Kooperation) ¹⁵¹。析言之，民間合作夥伴對於行政機關預設之目標負有達成義務，然至於達成之方式與細部內容，則可由公、私部門進一步透過協商形塑之。

行政合作法雖以探討公、私部門協力執行公共任務為概念特徵，並且必須是根植在合作原則之基礎上開展，已如上述。然而，基於不同之觀察面向，其所關懷之議題可能將隨之而有異。吾人若從一般行政法之角度以觀，則行政合作法在體系上自可視為是「行政行為法」在公私協力領域內之一種特別應用。在行政行為類型區分中，除由行政機關自己以下命、禁止、形成等高權方式作成之傳統單方行政行為外，尚有由行政機關與人民立於原則上平等之地位，透過溝通、協商等意見交換過程，以達成意思合意之雙方行政行為¹⁵²。由於行政行為之內涵係強調由公、私部門雙方所共同合作形成，而非由行政機關自己單方決定，故學理上亦稱之為「合作之行政行為」(kooperatives Verwaltungshandeln) ¹⁵³。再者，又有鑑於公、私部門得以協商決議之事項通常僅限於無涉公權力行使之給付行政領域，故行政機關在此範疇內行使行為形式選擇自由權限之下，合作行政行為除屬於公法形式之外，亦不排除有以私法形式形塑之可能性。最典型者，為行政機關與人民以締結私法契約之方式，以滿足其對財貨或勞務之需求行政。最後，在學說上又有依合作行政行為是否以法之形式加以呈現，而區分為「正式之合作行政行為」以及「非正式之行政行為」(informelles kooperatives Verwaltungshandeln)。前者主要為行政程序法所規範之行政契約，而後者則如協商(Absprachen)或事實上之協定等¹⁵⁴。綜上所述，從

¹⁵¹ 此等合作類型首先由德國聯邦憲法法院於【地方包裝容器稅】判決(BVerfGE 98, 106)中所提出，屬於環境法中之一種間接行為管制手段。判決中譯文可參見李建良譯，包裝容器稅判決，司法院編，德國聯邦憲法法院裁判選輯(九)，2000年12月，頁85以下。

¹⁵² 參見許宗力，前揭(註111)文，頁255以下。

¹⁵³ Vgl. M. Bulling, Kooperatives Verwaltungshandeln (Vorverhandlungen, Arrangements, Agreements und Verträge) in der Verwaltungspraxis, DÖV 1989, S. 277 ff.

¹⁵⁴ 參見陳春生，行政法學上之非正式行政行為與行政指導，行政法之學理與體系(一)——行政行為形式論，1996年8月，頁246以下；J. Burmeister, Verträge und Absprachen

行政行為形式論面向出發，德國行政合作法所關注者，乃較趨向於公法與私法形式，以及正式與非正式雙方行政行為在行政程序法以及行政法一般學理上規範與釋義學之探討。

第二款 行政合作契約

在合作原則支配下，公、私部門間合作法律關係之形塑，在德國自當為「契約」之行為形式莫屬。蓋契約係立基於締約雙方當事人意思表示一致所形成之雙方法律行為，為現行行政行為類型中唯一契合當事人地位對等下形塑合作關係旨趣之形式。至於合作契約就應以公法形式抑或私法形式形塑，基本上應取決於公、私部門所合作之公共建設屬性而定，尚無法逕從合作原則中導出特定結論。或有論者認為在顧及民間投資意願以及契約雙方當事人最大議約彈性之因素下，應以私法契約為宜。固然，行政契約較之於民事契約更強調公益性，且在契約調整與終止時行政機關具有優勢地位¹⁵⁵。然除此之外，行政契約亦如同私法契約一般，原則上雙方當事人對於契約內容仍享有廣泛之形成空間，故仍屬合作契約之可行法律形式。是以，屬於行政合作法內容一部分之行政合作契約，其作為公私協力契約之另一種概念表述，在德國現行法制下究應如何認定其法領域之歸屬，尚應細究其具體約定之權利義務關係，始得知悉。

第三項 契約態樣

德國公私協力具體法律關係之形塑，多以契約方式為之，已如上述。從而，不同之公私協力模式所呈現出之公私協力契約態樣，亦各不相同。有鑑於公私協力概念在德國法上並無單一旦窮盡之內涵，已如上述。是以，為公私協力之目的而締結之契約，原則上自當亦具內涵之多樣性。德國學

zwischen der Verwaltung und Privaten, VVDStRL 52 (1993), S. 203.

¹⁵⁵ 行政程序法第 146 條參照。

者歸納行政作業實務常用之模式，相應地亦整理出類型眾多之公私協力契約模式。例如 *Peter J. Tettinger* 教授即提出經營管理模式（Betriebsführungsmodell）、營運者模式（Betreibermodell）、經營權委託模式（Betriebsüberlassungsmodell）、短期營運者模式（Kurzzeit-Betreibermodell）、管理模式（Managementmodell）、諮詢模式（Beratungsmodell）、發展模式（Entwicklungsmodell），以及合作模式（Kooperationsmodell）等八種基本模型之分類¹⁵⁶。茲將各種契約模式之內涵，簡述如下：

一、經營管理模式（Betriebsführungsmodell）：經營管理人在契約基礎之上，以公行政主體之名義與費用，經營國家之設施。經營管理人僅從行政主體處獲取相當之報酬，經營風險由行政主體自行承擔。在外部關係上，經營管理人係為行政主體提供公共服務，其自身並不與設施利用人間產生直接之法律關係。

二、經營者模式（Betreibermodelle）：此模式賦予私部門更大之參與空間，亦即經營者在市場競爭之條件下，自行出資規劃及興建公共建設，並且承接之後的經營與管理。至於「經營者——國家——設施利用人」間之法律關係，原則上與前述經營管理模式相同。亦即經營者對外並非一獨立之權利主體，毋寧僅為公共委託人之「行政助手」而已。經營者因興建及營運公共建設所應得之報酬，係由公共委託人給付。從而，營運風險原則上亦非由經營者承擔，毋寧仍在公共委託人身上¹⁵⁷。在行政實務上，此種模式在德國屬最被廣為採用者。

三、經營委託模式（Betriebsüberlassungsmodell）：此係介於上述兩種模式間之中間型態。較之於第一種之經營管理模式而言，本模式在經常性之

¹⁵⁶ Vgl. *P. J. Tettinger*, a.a.O. (Fn. 12), S. 765 f. 關於各模式內涵之介紹，參見詹鎮榮，前揭（註 27）文，頁 12-13，以及程明修，公私協力之行政行為，收錄於：氏著，行政法之行為與法律關係理論，2005 年 10 月，頁 263 以下。

¹⁵⁷ Vgl. *M. Dreher*, Public Private Partnerships und Kartellvergaberecht - Gemischtwirtschaftliche Gesellschaften, Inhouse-Vergabe, Betreibermodell und Beleihung Privater, NZBau 2002, 254.

經營時享有較多之形成空間，且有較多之個別外部效力行為之授權。

四、短期經營者模式（Kurzzzeit-Betreibermodell）：此為第二種經營者模式之修正，係指相關設施由經營者興建完成，並且在營運初期階段承接經營業務。一般所稱之 BOT（Build, Operate, Transfer），即指此模式。

五、經理模式（Managementmodelle）：指僅將總體計畫中之特定功能移轉於他人。換言之，整體經營事項被區分為數個部分，而分別委託外包。

六、諮詢模式（Beratungsmodelle）：指在設施之規畫、興建與營運的決定與控制階段中，私人之參與僅限於提供具體之建議與諮詢。

七、發展模式（Entwicklungsmodelle）：此並非涉及特定之部分任務，毋寧係指都市建設及建築法意義下之具體區域的整合性開發，從而為大型計畫提供廣泛地、且個案化之特殊解決方案。

八、合作模式（Kooperationsmodelle）：此與上述經營者模式相似，惟公部門此時係與私經濟主體共組一公民合資公司，再由該公司扮演經營者之角色。

除此之外，2003 年 9 月提出之《公共建築興建之公私協力》鑑定意見書中，另行對公私協力契約作七種類型之分類¹⁵⁸。其名稱與上述分類未盡相同，然實質法律關係及內涵卻容有高度一致性之態樣分類¹⁵⁹。以下茲分別說明之：

一、購取人模式（Erwerbermodell）

此契約模式之基本法律關係為：受託人負責興建公共建設及其他之計畫標的，並且於營運期間內，維繫此等設施之可用性，進行營運及管理。

¹⁵⁸ Vgl. PPP im öffentlichen Hochbau, Band II: Rechtliche Rahmenbedingungen, 2003, S. 3 ff.

¹⁵⁹ Vgl. H. Horn/A. Peters, Vertragsgestaltung bei Public Private Partnership (PPP)-Projekten, BB 2005, S. 2421 f.; M. Weber/M. Schäfer/F. L. Hausmann, Praxishandbuch Public Private Partnership, 2006, § 3, S. 104 ff.

在此法律關係下，受託人為計畫標的之起造人及設施管理人（Facility Management）。縱此，計畫標的於營運期間內則提供委託人使用之；委託人在此期間內取得計畫標的之使用權。

計畫標的興建及營運之費用，雖由受託人先為自行出資負擔。然而，委託人依契約約定，於營運期間內負有按月或年分期給付予受託人一定費用之義務，俾使受託人於整體計畫執行階段所支出之費用得以獲得填補。

計畫標的從興建時起迄至營運期間屆滿，歸屬於私人所有。營運期間（通常為 20 年至 30 年）屆滿後，受託人應將計畫標的移轉予委託人。是以，委託人最終獲致該計畫標的之所有權，成為取得人。此等受託人應於營運期滿後將計畫標的之所有權應移轉予委託人之義務，係於契約締結時雙方當事人所為具拘束力之約定。

二、持有人模式（Inhabermodell）

此契約模式之基本法律關係與上述購取人模式略同，受託人之契約上給付範圍亦及於計畫標的之整體設計、興建及營運等各階段。然而，關鍵之差異者，首先在建築計畫之營運階段，受託人並無契約上之給付義務，將新建或修繕之建築物提供予委託人使用。蓋委託人作為建築物所座落土地之土地所有權人或是計畫標的之所有權人，對土地上或建物中予以添附之建物部份，依法本亦屬所有權人（民法第 946 條）。是以，其基於所有權人地位，對該等建物或設施本具有使用權限（民法第 903 條）。

反之，若計畫內容屬動產之設置者，則受託人依約乃負有提供該動產予委託人使用之義務，並且於移交時，委託人取得該標的之所有權。委託人於獲得計畫標的之所有權後，再以設定用益物權或是簽訂債法上契約之方式，賦予受託人於營運期間內，享有對該計畫標的之使用權或占有權（Nutzungs- oder Besitzrecht）。受託人所受託之標的管理內容，包含其合於使用功能狀態之維繫與建制。

此模式下，委託人對受託人所支付之每月金額，原則上目的乃在於資助受託人因規劃、興建、修繕及營運所生之費用。

三、融資租賃模式（FMLeasingmodell）

此契約模式之基本架構乃為受託人以不動產租賃之方式，在契約期間內（通常最長為 30 年）提供委託人計畫標的之使用權。與上述之購取人模式不同者，此模式之公私協力契約中，並未將計畫規劃及標的之興建或設置本身約定為受託人之契約上給付義務。毋寧，契約僅約定受託人負有義務，將計畫標的以特定規格，於一定期間內提供予委託人使用，並容由其營運之。是以，契約條款中所明定者，為（在未來）建物應依計畫及建築與設備說明書而設置。

計畫標的之設置之規劃、興建及營運所生之費用，應由受託人以自己或他人之資金負擔之。然而，此等建設及營運費用之負擔義務，僅屬事實層面，而未於契約中明定。在委託人方面，其對受託人負有每月或每年繳納同額費用之義務，以填補受託人因建設、營運，甚至是承擔風險所為之支出，並且更可作為受託人營利所得之一部分。與購取人模式不同者，在融資租賃契約模式下，委託人對受託人所給付之費用，並不完全與受託人所支出之建設金額相符，毋寧僅有其中之一部份而已（部份償還原則）。在此情形下，受託人並無法從委託人所繳納之費用中完全填補其已支出之投資費用。

計畫標的之所有權，於契約期間內歸屬於受託人。而且，契約期間屆至時，受託人亦無契約上之義務，須將標的之所有權移轉予委託人。然而，契約中得約定賦予委託人延長契約，或是以合理之剩餘價格購得標的所有權之選擇權（Kaufoption）。倘委託人未行使此等選擇權，則負有清空標的，並將其返還予受託人之義務。

四、出租模式（Vermietungsmodell）

受託人在此契約模式下之給付義務範圍，與上述之融資租賃契約相同。換言之，受託人負有義務於契約期間內提供計畫標的予委託人使用，並使其取得該標的之經營管理權。

然而，與融資租賃契約模式不同者，本契約模式下委託人對計畫標的之設施管理權，並不包含建物或設施功能狀態之維持或設立，蓋此業已包含在受託人依約所負擔之標的移轉使用義務（*Verpflichtung zur Nutzungsüberlassung*）在內。是以，受託人負有提供合乎契約約定狀態之計畫標的予委託人使用之義務。倘計畫標的於營運期間不（再）具此等狀態者，則委託人作為計畫標的之出租人，依出租契約之規範結構，應負有以自己之費用予以修繕或維持之義務。

此外，在財政方面，委託人應繳納使用費之估算，並非如同融資租賃契約模式一般，以部份償還受託人投資費用為立基，毋寧係依市場一般租金行情及營收多寡而為計算。

在某些情形下，原則上亦不排除契約雙方當事人可約定租賃期間屆滿後，公部門享有購買選擇權，選擇買下該標的。

五、契約委外模式（Contractingmodell）

此契約模式在德國之應用，通常係指將建築物內電力、暖氣供給之技術性業務，或是其他科技設備之營運委託受託人為之。在此意義下，此模式與上述之持有人模式不同者，公私協力之標的並非為建物本身，毋寧為其內部之科技設備。簽訂契約之目的，則主要在於使建物內之能源管理達到最經濟化之最佳程度。為達此目的，受託人應以自己或他人之資金，裝設必要之科技設備。受託人因規劃、裝置設備、營運等所支出之費用，原則上係從委託人對其所繳納之約定費用中獲得收支衡平。然而，委託人所應繳納之費用，估算基準首要者並非為受託人之投資金額，毋寧為其截至目前為止每年所支付之能源費用，或是能源耗量。

不同於上述之公私協力契約模式，在契約委外模式下，受託人之契約上給付義務並不包括將計畫標的提供予委託人使用。蓋根據契約之目的，正好要求受託人於營運期間內應自為使用由其自行出資或以他人之資金所設置之設備。有鑑於受託人於安裝設備後，即如同持有人模式一般，其所有權將於設置完成時即移轉予作為土地所有權人之委託人，故雙方於契約中將約定受託人於營運期間內具有設備之專屬使用權。有鑑於能源設備之一般使用期限，此模式之契約期間通常最長為 15 年，而較之於上述其他契約模式為短。

六、特許權模式（Konzessionsmodell）

本契約模式之基本架構為作為委託人之公部門將計畫標的之規劃、興建、修繕、營運及資助等事項，於契約期間內移轉予作為受託人之私經濟主體執行之。受託人之契約上給付義務範圍，則視具體個案而異。有僅涉及既有設施之營運者，亦有包含新設施之興建及營運，不一而足。尤其在交通建設及涉及建物或地底工程興建之公共工程部份，公私協力特許契約通常尚可進一步區分為涉及工程興建之「建築特許」（Baukonzession），以及為特定服務及營運之「服務特許」（Dienstleistungskonzession）兩種類型。

與上述諸契約模式（不包含契約委外模式）不同者，委託人在此契約關係下並非受託人所提供之計畫標的或是給付的使用人（Nutzer），其毋寧為廣大之非屬於契約當事人的第三人。是以，特許契約中必須訂有委託人授權受託人得向使用人收取使用費，用以填補所投資經費之約款。至於使用費之收取方式，原則上有由受託人直接向使用人徵收者，亦有由委託人向使用人收取後，再行轉交予受託人等多種模式可供選擇¹⁶⁰。在此意義下，

¹⁶⁰ 作為此等特許權模式之一種子類型，晚近在德國公私協力法制發展上最為著稱者，毋寧為所謂的「A 模式」（A-Modell）。透過 2004 年 12 月 2 日新修正公布之「重型車輛高速公路使用費條例」（Autobahnmautgesetz für schwere Nutzfahrzeuge - ABMG），立法者賦予該模式實施之法源依據。據此，A 模式契約之基本法律關係為作為受託人之私人負有契約上之義務以自己之資金來源（加上委託人所給予之「動工費」（Anschubfinanzierung））擴建一定路段之聯邦高速公路，並且在特許期間內負

特許模式亦可稱之為由第三使用人資助（Drittnutzerfinanzierung）之一種公私協力態樣。

七、公司模式（Gesellschaftsmodell）

此契約模式之應用，旨在設立一以承接公私協力案件為主要業務項目之私法組織形式的公、私合營公司。此際，公部門所扮演之角色不僅只是委託人，委託私人或民間機構協助執行公共任務而已。抑有進者，其更進一步以公司股東身分，透過其與民間所共組之公司，取得受託人之地位，參與公私協力之計畫案。是以，不同於上述之契約模式，此等模式旨在透過公司契約之締結，建構一「組織型」（Organisations-PPP）或是「制度型之公私協力」（Institutionelle PPP）¹⁶¹。

上揭公私協力契約之分類，在德國現行法秩序下，已可尋得邦法上之實證規定。所言者，為 Schleswig-Holstein 邦於 2007 年 6 月 19 日所制定之「公私協力簡化法」（Gesetz zur Erleichterung Öffentlich Privater Partnerschaften des Landes Schleswig-Holstein）¹⁶²。該法為德國首部針對公私協力契約所為之框架規範，意義重大。根據第 3 條規定：「下列事項，尤可作為公行政主體與私人間契約上合作之標的：1. 由私人承擔規畫、興建、出資及營運不動產，並交由公行政主體使用。公行政主體為使用該不動產，應依規定繳納使用費。而且，a. 契約期滿後，為所有權之移轉（購取人模式）；b. 契約期滿後，可選擇取得不動產之所有權（租賃模式）；c. 契約期滿後，無不動產所有權取得之選擇權（承租模式）。2. 由私人承擔對公行政

責營運及養護。而作為委託人之聯邦則為該擴建部分之所有權人，且維持唯一得徵收高速公路使用費之權限主體。委託人向高速公路使用人徵收使用費後，每月應給付總收入之一定比例予受託人，以作為對其所支出投資金額之部分填補。特許期間屆至後，受託人依約負有交付具一定狀態之特許標的予委託人之義務。Vgl. Bundesministerium für Finanz, Öffentlich Private Partnerschaften (ÖPP) - Ertragsteuerliche Behandlung im Zusammenhang mit A-Modellen, Schreiben IV B 2 - S 2134a - 37/05 BB 2005, S. 2809 f.

¹⁶¹ Vgl. M. Herbold, Institutionelle Public Private Partnerships: Grundsachverhalte und empirische Analysen, 2012, S. 9 ff.

¹⁶² GVBl Schl.-H. S. 328.

主體所有之不動產進行規畫、新建、擴建、改造或修繕、出資及營運，公行政主體對其則支付使用費（持有人模式）。3. 由私人承擔特定全部及一部技術設備之建置工作與營運上之最佳措施，公行政主體則支付合作之初即已確定之使用費（契約委外模式）。4. 公行政主體之任務移轉予自主執行任務、除公行政主體之外至少有一私人為公司法上參與之公司（公司模式）。5. 公行政主體之任務移轉予私人，由其自負責任地執行，並同時移轉或授予該私人徵收私法上之費用或公法上規費之權限（特許權模式）。6. 前揭第1至5款所稱模式之混合形式。¹⁶³」

綜上所述，德國現今實務上透過行政合作契約所形塑出之公私協力法律關係，誠富具多樣性，較之於我國之應用為廣。質言之，民間機構基於行政合作契約，通常雖負有計畫標的之規劃、興建、修繕及營運之義務，然由其所設置或營運之計畫標的，使用人並非僅以不特定之民眾為限。毋寧，委託民間機構參與公私協力計畫之行政機關本身，更不排除自為計畫標的之使用人，並且應對受託之民間機構給付費用，俾使民間機構所挹注之投資支出得以全部或一部獲得填補。若以上揭之計畫型公私協力契約模

¹⁶³ 德文原文如下：“Gegenstände der vertraglichen Zusammenarbeit zwischen den Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten können insbesondere sein: 1. Übernahme der Planung, des Baus, der Finanzierung und des Betriebs einer dem Träger der öffentlichen Verwaltung gegen regelmäßiges Nutzungsentgelt zur Nutzung zu überlassenden Immobilie durch den Privaten, a) verbunden mit dem Eigentumsübergang zum Ende der Vertragslaufzeit (Erwerbermodell), b) verbunden mit der Option zum Erwerb der Immobilie zum Ende der Vertragslaufzeit (Leasingmodell), c) ohne Erwerbsoption zum Ende der Vertragslaufzeit (Mietmodell); 2. Übernahme der Planung, des Neu-, Aus- oder Umbaus oder der Sanierung, der Finanzierung und des Betriebs einer im Eigentum des Trägers der öffentlichen Verwaltung stehenden Immobilie durch den Privaten gegen regelmäßiges Nutzungsentgelt (Inhabermodell); 3. Übernahme von Bauarbeiten und betriebswirtschaftlichen Optimierungsmaßnahmen von bestimmten technischen Anlagen und Anlagenteilen durch den Privaten gegen ein regelmäßiges, zu Beginn der Zusammenarbeit festzulegendes Entgelt (Contractingmodell); 4. Übertragung von Aufgaben eines Trägers der öffentlichen Verwaltung auf eine Gesellschaft zur eigenverantwortlichen Erledigung, an der neben dem Träger der öffentlichen Verwaltung mindestens ein Privater gesellschaftsrechtlich beteiligt ist (Gesellschaftsmodell); 5. Übertragung von Aufgaben eines Trägers der öffentlichen Verwaltung auf einen Privaten zur eigenverantwortlichen Erledigung, verbunden mit der Übertragung oder Einräumung der Befugnis zur Erhebung von zivilrechtlichen Entgelten oder öffentlichrechtlichen Gebühren (Konzessionsmodell); 6. Mischformen der in Nummer 1 bis 5 genannten Modelle.“

式而言，除特許權模式以外之其餘契約類型——亦即購取人模式、持有人模式、融資租賃模式及出租模式，甚至率皆屬於此類由私人負責設施之興建及營運管理，但設施之實際使用人仍為行政機關之「需求行政型」公私協力關係。職是之故，德國實務上所運用之公私協力模式，主要多僅聚焦於公、私部門兩者間之內部權利義務關係形塑而已，較少涉及到對第三人產生外部法影響效果之公共任務移轉類型。由此觀點，相較於我國公私協力機制多運用在將公共任務移轉由民間機構直接對民眾執行之「人民生活照料」面向上，德國目前實務上透過公私協力契約所產生之合作法律關係，則多側重於行政機關為滿足執行行政任務所需硬體設備等之需求行政範疇。此外，德國實務上所運用之契約委外公私協力模式，通常僅侷限於建物內之能源相關設備經營及管理而已，與我國「公辦民營」或「委外」機制往往涉及設施及其合功能運作之業務的「對外營運」，亦容有甚大差異。此等契約標的及權利義務關係之差異性，自對契約法律性質之認定具有支配性之影響力。

第二節 行政合作契約之法律形式選擇

採行大陸法系之德國，法規範原則上亦區分為公法與私法二元架構。在此體系下，契約法亦可區分為屬於私法性質之「民事契約法」以及屬於公法性質之「行政契約法」兩大類。除法律別有特別規定外，前者主要係以民法作為一般之規範基礎，而後者則可在聯邦行政程序法，以及規範架構及內容與聯邦行政程序法幾乎相同之各邦行政程序法中覓得一般性之規範依據。

就「行政機關」為一方當事人之契約而言，在學說及實務上率皆肯認原則上並非僅存在公法契約或是私法契約之唯一契約形式可能性。毋寧，視具體個案中契約標的及目的之不同，容有定性為私法契約或是公法契約之空間或是選擇契約形式之自由。換言之，以行政機關為一方當事人之契

約——德國學界慣以「行政契約」(Verwaltungsverträge)作為集合概念稱之¹⁶⁴，除本質上應劃歸公法或私法屬性，應依其客觀內容認定 (objektive Kriterien)，而無背離空間之契約外，尚存有非當然必為公法契約或是私法契約之中性契約範疇。就此類契約而言，若旨在踐行給付行政者，則行政機關即享有契約形式之選擇自由。對於行政機關所行使之選擇自由，其他公權力作用（尤其是司法機關）應予尊重。至於應如何選擇或定性，則端視個案具體形塑之契約權利義務關係而定。

同理，在公私協力模式之採行上，縱若公、私部門間簽訂有公私協力契約抑或行政合作契約，根據德國學說之一般見解，該契約之法律性質除具特定內容而本質上必須屬行政契約或是民事契約外，其餘者原則上亦非必然是行政契約或是民事契約。毋寧，仍須視契約之標的及目的而定之¹⁶⁵；對於給付行政範疇內之行政合作契約，行政機關更享有契約形式之選擇自由。抑有進者，有鑑於若干公私協力計畫案之內容極為複雜，以此為標的之契約欲全然劃歸於公法領域抑或是私法領域，幾乎不可能。職是之故，所謂的「公私混合契約」(Der gemischte Vertrag)類型，在公私協力領域中尤為常見¹⁶⁶。以下茲分就行政機關所簽訂之一般性契約以及公私協力契約兩面向，介紹德國區分公、私法定性及選擇契約形式之相關法制及學說。

第一項 行政契約與私法契約區分基準概述

對於行政機關所締結之契約，法律性質上應歸屬於公法契約抑或私法

¹⁶⁴ 準此，德國法上一般所理解之「行政契約」及「公法契約」之概念，正好與我國法制及學說相反。德國法上之行政契約為一上位之集合概念，泛指行政機關所締結之契約。其中，若其內容在於形塑、變更或消滅公法上權利義務關係者，則屬公法契約。反之，若內容在於形塑、變更或消滅私法上權利義務關係者，則屬私法契約。是以，德國聯邦行政程序法針對行政機關之雙方行政法律行為，乃採取「公法契約」之狹義用語，而非行政契約。

¹⁶⁵ Vgl. H. J. Bonk, Fortentwicklung des öffentlich-rechtlichen Vertrags unter besonderer Berücksichtigung der Public Private Partnerships, DVBl. 2004, 141, 143.

¹⁶⁶ 關於此類契約之介紹，中文文獻可參見江嘉琪，公私法混合契約初探——德國法之觀察，中原財經法學，第9期，2002年12月，頁63以下。

契約之問題，德國學界向來存有應否正視之態度上分歧現象。蓋有部分學者主張，基於行政有行政形式選擇自由之考量，其在特定行政任務範疇內，本得選擇採取以公法契約或是私法契約之形式以履行行政任務，故實無須過度看重契約屬性界分之問題。甚至，部分學者採取更為極端之見解，認為行政原則上並不享有選擇私法契約形式之可能性，從而否定行政有行政行為法律形式選擇之自由¹⁶⁷。縱然如此，德國當今較具優勢之學說見解仍認為對於行政機關作為契約一方當事人所締結之契約加以定性，在現行法秩序下仍具學理及實務上之相當重要意義，縱使不宜過度被強調（überbetont），但也不應完全遭受到漠視，甚至否定區分之必要性¹⁶⁸。

第一款 以「契約標的」為取向之客觀基準

在行政機關作為一方當事人之契約尚有法律屬性區分必要性之前提下，德國學界及司法實務對於行政機關與人民所簽訂之契約，應定性為行政契約或是私法契約，通說乃採取「契約標的理論」（Vertragsgegenstand），就契約之內容，客觀判斷之。倘透過契約所形成、變更或消滅之權利義務歸屬於公法者，則該契約亦具有公法之性質¹⁶⁹。至於作為契約標的之權利義務是否歸屬於公法，德國聯邦行政程序法第 54 條本身並未設立基準，毋寧須從該契約權利義務所涉及之法規範加以理解。其結果是，通說上作為公、私法判斷一般法則之「特別法說」（Sonderrechtstheorie）同時亦將是契約公、私法屬性之關鍵判準¹⁷⁰。採取此等契約標的理論，在邏輯上勢必導出對契約屬性之判斷，乃取決於對契約內容之客觀認知，亦即依「客觀基準」（objektive Kriterien）為斷，而非行政機關等契約當事人對契約屬性之

¹⁶⁷ Z. B. vgl. W. Krebs, Konsensuales Verwaltungshandeln im Städtebaurecht, DÖV 1989, S. 969; J. Burmeister, a.a.O. (Fn. 154), S. 213 ff.; B. Kempen, Die Formenwahlfreiheit der Verwaltung, 1989, S. 37 f.

¹⁶⁸ 相關討論詳參見 E. Gurlit, Bestimmung der Rechtsnatur von Verwaltungsverträgen, in: H.-U. Erichsen/D. Ehlers (Hrsg), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., 2000, § 30 Rn. 1; Ders., a.a.O. (Fn. 71), S. 640 ff.

¹⁶⁹ BVerwGE 22, 138; 42, 331; 92, 56.

¹⁷⁰ BVerwGE 129, 11; E. Gurlit, a.a.O. (Fn. 71), S. 24 f.

主觀認知¹⁷¹。換言之，行政機關作為一方當事人之契約，其屬性之認定，乃繫於契約標的之客觀基準，而非當事人之主觀認定。

從以特別法說為判斷基準之契約標的理論出發，德國學說及實務進一步嘗試將公法契約標的予以具體化。*H. Maurer* 教授即指出，契約之內容在有下列情形之一者，則屬於行政契約¹⁷²：

1. 契約之內容在於「執行公法規範」者。例如為履行建設法典（BauGB）第 110 條所規定徵收程序中行政機關與人民間之合意（Einigung）。該等契約可謂「執行公法規範之行政契約」（normvollziehender Verwaltungsvertrag）。
2. 契約係以作成行政處分或其他高權措施作為行政機關之給付義務內容者。例如行政機關依契約負有對相對人核發建築執照之作為義務。又如行政機關以提供市有道路特別使用為內容，與使用人締結契約，因行政機關依據該契約負有對人民發放特別使用許可之行政法上義務，故該市有道路特別使用契約應屬公法契約¹⁷³。
3. 契約內容涉及人民公法上權利或義務者。例如行政機關與起造人簽約，約定起造人負有設置停車位之義務；而該義務係建築法明定起造人應負擔者。

須注意者，根據德國通說見解，公法法規所規定之給付並不以於契約中明定為必要。即使其並未直接成為契約標的，然根據契約整體之理解，可認知到其乃是作為契約另一方當事人之人民承諾為契約上給付義務之目的或條件者，亦即所謂的「跛腳的雙務契約」（hinkende Austauschverträge），則因契約標的與公法法規所規定之給付具有緊密之事務關聯性（enger

¹⁷¹ BVerwGE 96, 71; OVG NRW NVerwZ-RR 2004, 776.

¹⁷² Vgl. *H. Maurer*, a.a.O. (Fn. 38), § 14 Rn. 11.

¹⁷³ BayVGfH BayVBl. 2009, 661. 詳參見本研究第四章第四節之進一步說明。

Sachzusammenhang)，故亦不失其為公法契約之定性¹⁷⁴。反之，倘契約之內容主要涉及到行政任務執行所需財務及服務之需求滿足（亦即行政輔助行為），或是單純之財產移轉與管理行為者，則屬私法契約。蓋此等契約之內容，一般人皆可約定之；而契約上權利義務關係之形成，並非行政機關非立基於公權力主體之特別地位不可，毋寧其係如同一般人般，透過私法交易過程而取得契約相對人所提供之財物或勞務。

縱然如此，在複雜之現代生活關係中，並非所有行政機關與人民所簽訂之契約，標的皆於法規範中加以明定。事實上，有鑑於當代國家立法功能之現實瓶頸，任何契約標的欲對應地皆有法規範予以明定，亦不可能。基此，倘行政機關與人民所簽訂之契約，其標的根本未於法規範中予以規定（gesetzesfreie Verträge），或是雖有依據，然該法規範之公、私法定性模糊（indifferent），甚至標的本身係屬中性（neutral）（例如金錢或勞務給付義務，以及不動產移轉義務）者，則此際上述之「契約標的論」助益即為有限。從而，在此情形下，德國學說乃提出各種輔助性基準，試圖對於該類契約加以定性。例如有部分學者一反上述傳統上普遍被採行之「認定說」（Qualifikationstheorie），另闢蹊徑提出「推定說」（Vermutungsregel），主張當欠缺明確可作為公、私法契約定性之證據時，則任何與公共任務及權限執行有關之公行政行為，應以公法為判斷。從而行政機關所簽訂之契約標的不明確時，亦應推定為公法契約為妥¹⁷⁵。甚至有學者倡議採取更簡約地「主體說」，主張凡契約之一方當事人為行政主體或行政機關者，該契約即應評價為公法契約¹⁷⁶。縱然如此，多數見解依舊仍根植在契約標的理論之

¹⁷⁴ 關於「事務關聯理論」之區分基準，詳可參見 *Wolff/Bachof/Stober*, a.a.O. (Fn. 8), § 54 Rn. 17.

¹⁷⁵ Vgl. *M. Zuleeg*, Die Anwendungsbereiche des öffentlichen Rechts und des Privatrechts, *VerwArch* 73 (1982), S. 397; *K. Lang*, Die Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen Vertrages vom privatrechtlichen Vertrag, *NVwZ* 1983, S. 318; *H.-U. Erichsen*, Die Zulässigkeit einer Klage vor dem Verwaltungsgericht, *Jura* 1994, S. 421; OLG Naumburg *NVwZ* 2001, S. 353 f.

¹⁷⁶ Vgl. *Chr. Pestalozza*, Formenmißbrauch des Staates, 1973, S. 181; *Ders.*, Kollisionrechtliche Aspekte der Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht, *DÖV* 1974, S.

上，就契約之內容客觀認定其公、私法性質。惟因在此情形下契約標的本身定性難辨，或屬中性，故乃輔以「契約目的」及「契約整體特徵」（Gesamtcharakter）基準，以斷定契約法律性質之歸屬¹⁷⁷。例如人民依契約負有向行政機關給付金額之義務，倘該金錢給付義務之目的旨在免除其根據建築法規定本應履行之停車位設置義務者，則因契約具有免除作為契約當事人之人民公法上義務之目的，故應評價為行政契約。

第二款 契約形式選擇自由之爭辯

根據行政法總論之傳統釋義學，行政機關在法律無特別規定之情形下，對於給付性行政任務之執行原則上享有組織、行為及法律形式之選擇自由。此等被德國行政法學界概括稱之為行政「形式選擇自由」（Formenwahlfreiheit）之理論，在公、私法契約區分之議題上面臨到適用上之難題。蓋一方面契約定性繫於標的面向上之客觀基準認定，然另一方面，行為形式選擇自由又賦予行政機關享有形式選擇權，並尊重其主觀上之決定。兩者間在適用上是否存有齟齬之可能性？又倘行政機關未明白揭露其選擇之結果，則契約形式又應如何探知？凡此，在德國學說及實務上長久以來引發持續性之論戰，茲歸納說明如下：

第一目 通說見解

德國學說及實務多數見解縱然認為，區分行政機關所簽訂之契約究屬行政契約或私法契約確有其必要性，且應依契約標的之客觀基準判斷之。然另一方面亦主張，在法律無明文規定或禁止之情形下，行政原則上享有行為形式之選擇自由，得選擇對於行政任務執行最為適宜之形式¹⁷⁸。倘行

192.

¹⁷⁷ Vgl. H. Maurer, a.a.O. (Fn. 38), § 14 Rn. 11.

¹⁷⁸ BVerwGE 13, 47 (54); 92, 56 (64); D. Ehlers, in: a.a.O. (Fn. 168), § 3 Rn. 35 ff.; H. J. Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 6. Aufl., 2001, § 54 Rn. 15; E. Gurlit, a.a.O. (Fn. 71), S. 23 f.

政機關已行使其選擇權，並選擇以行政契約或是私法契約形式履行行政任務者，則其選擇應受到尊重。準此，德國學說一般認為「行政之行為形式選擇自由」與「契約屬性之客觀認定」兩者之間，並非立於互斥之擇一關係，毋寧在一定條件滿足下，彼此間可兼容並蓄，同存於行政機關所簽訂之契約法制中。此從聯邦行政程序法第 54 條以下關於公法契約之相關規定中，亦可得出相同結論。該條以下雖針對行政機關所締結之公法契約進行規制，然並不因此蘊含有排除行政機關採取私法契約以執行行政任務之可能性。

至於契約屬性依其標的而為客觀認定與行政形式選擇自由兩者彼此間應如何調和，始得併行不悖，歸納德國學說及實務後應可得出下列之層次性結論：

1. 首先，行政行為形式選擇自由之適用時機，應僅限於行政機關執行「直接行政任務」(unmittelbare Verwaltungsaufgaben) 之情形¹⁷⁹。若行政僅在處理間接履行行政任務之相關周邊事項者，例如從事需求行政之政府採購，則並無行為形式及法律形式之選擇自由。蓋行政為滿足行政任務執行之工程建設、財物及勞務需求，乃基於如同一般人之地位，於經濟市場上與私經濟主體從事私法上交易。就此範疇，行政在本質上僅有採採私法行為形式之可能性。從而，其與人民所訂定之採購契約，客觀上理應只可能為私法契約，而無選擇行政契約之餘地。其結果是，在此範疇內所簽訂契約之屬性為何，率皆依其標的而為客觀認定；行政機關之主觀認定權 (subjektives Bestimmungsrecht der Verwaltung) 於此並不存在。
2. 其次，即使在行政機關「直接」執行行政任務之情形，亦不意味其當然享有行政組織、行為及法律形式之選擇自由。毋寧，尚須取決於所執行「行政任務」之種類而定。根據德國學說及實務之見解，

¹⁷⁹ Vgl. D. Ehlers, in: a.a.O. (Fn. 168), § 3 Rn. 36.

有主張僅有在涉及「給付行政」(Leistungsverwaltung)之領域，行政始享有法律形式之選擇自由，得選擇以公法形式或私法形式執行給付行政任務¹⁸⁰。此外，亦有學說採取較為寬容之立場，認為只要是非涉及狹義「干預行政」之其他所有行政任務領域，皆有行為形式選擇自由之適用¹⁸¹。就此，例如在基礎建設行政、公營造物供給行政、社會文化促進(助長)行政、經濟引導行政等領域，行政原則上皆可選擇公、私法之行政行為形式履行任務。就契約之行為形式而言，在此範疇內行政即有主觀上之意思決定空間，得選擇採行政契約抑或私法契約，以履行給付行政任務。而且其選擇結果，其他國家權力作用應予以尊重。反之，倘涉及干預行政者，因會對人民權益構成侵害，行政唯有立基於公權力主體之特別地位始得為之。於此，公法形式之行政行為成為唯一可能之形式。

3. 一旦行政機關針對涉及給付行政任務執行之特定標的的契約一般化地選擇了採取特定之法律形式，則原則上負有遵循自己所選擇之契約形式的自我拘束義務¹⁸²。行政機關在無正當事由之情形下，不得於相類似之嗣後個案中恣意背離自己先前已選擇之契約形式，造成契約形式之不安定。
4. 又本於法治國家法律優位原則之適用，倘法律對於給付行政之執行已定有應採行特定組織、行為或法律形式之明文者，則行政即不享有選擇自由；立法者之意志應優先於行政之態度而被遵守。換言之，縱使是在直接執行給付行政之範疇內，行政亦唯有在無法律明定之前提下，始享有選擇締結行政契約或是私法契約之形成自由。
5. 最後，當行政機關於行為形式選擇自由射程範圍內之具體個案中締

¹⁸⁰ Vgl. H. Maurer, a.a.O. (Fn. 38), § 14 Rn. 9.

¹⁸¹ Vgl. V. Schlette, Die Verwaltung als Vertragspartner. Empirie und Dogmatik verwaltungsrechtlicher Vereinbarungen zwischen Behörde und Bürger, 2000, S. 122.

¹⁸² Vgl. H. Maurer, a.a.O. (Fn. 38), § 14 Rn. 9.

結契約，但既未於契約書中明揭其契約形式選擇之結果，亦難以從相關間接資料中探求行政機關之主觀意志者，此時應如何確認該契約之屬性，德國學說見解則不一致。有部份學者主張採行上述之「推定說」者，推定該契約為公法契約。亦有學者主張此際在形式上再過度執著屬性之界定已無意義，蓋無論行政機關選擇公法契約抑或私法契約之行政行為形式，皆無法避難至私法，完全擺脫公法框架規範之拘束。是以，即使在認定或推定上，行政機關選擇了私法契約以執行行政任務，該契約亦應受到公法規範之制約，難有私法自治無限度適用之餘地。對於公權力主體所應適用之「特別私法」（Sonderprivatrecht für Hoheitsträger），亦有學說將其稱之為「行政私法」（Verwaltungsprivatrecht），應受到契約雙方當事人，以及若產生紛爭時之紛爭解決機關之關照及遵循¹⁸³。

第二目 行為形式選擇自由之質疑

縱然目前德國學說及實務上通說仍支持行政行為形式選擇自由，並認為其在契約形式上亦有適用之餘地。然而，卻不乏有學者質言不諱地指出，行政之契約形式選擇自由將使本已不甚明確且穩固之公、私法契約區分基準更加動搖而難以操作¹⁸⁴。例如 *Dirk Ehlers* 教授認為行政任務之執行，原則上應作「公法」之評價（öffentlichrechtliche Qualifizierung）。除非，法規範本身包含有行政得採取私法行為形式之「啟動條款」（Öffnungsklausel）¹⁸⁵。準此，依氏之見解，縱使可承認行政行為形式選擇自由之存在，該自由之享有者應歸屬於「立法者」，而非行政機關自身。

此外，*Joachim Burmeister* 教授更從憲法之觀點出發，提出更具批判性之見解。氏主張國家並不享有基本法第 1 條第 3 項、第 20 條第 2 項及第 3

¹⁸³ Vgl. *V. Schlette*, a.a.O. (Fn. 181), S. 124; *F. Ossenbühl*, JuS 1979, S. 686.

¹⁸⁴ Vgl. *V. Schlette*, a.a.O. (Fn. 181), S. 122.

¹⁸⁵ Vgl. *D. Ehlers*, a.a.O. (Fn. 50), S. 201 ff.

項所規定執行權、立法權與司法權之國家權力(Staats“gewalt“)以外的權限。而行政作為執行權之一環，僅能以公法之形式從事行政任務，其並不具備以私法主體之地位，參與私法上交易之能力¹⁸⁶。是以，倘若行政機關欲採取契約之行政行為形式者，僅能締結公法契約；其並不享有契約形式之選擇自由¹⁸⁷。即使法規範例外地明文容許行政得採取私法形式之行為，例如締結私法契約，則其僅具形式上之意義而已，仍無法因之使行政機關變成私法上主體。該契約所受到之公法上拘束，亦不因之受到絲毫減緩。經由此等「私法契約」之形式所形塑之法律關係，實屬「受授權所羈束之公法契約」(ermächtigungsgebundener öffentlich-rechtlicher Vertrag)¹⁸⁸。

第三款 小結

綜上所述，德國學說及實務多數見解認為，行政機關與人民所簽訂契約之公、私法性質判斷，主要應從契約標的著眼。在依此可明確認定契約標的受公、私法規範之範疇內，契約之公、私法性質應屬「客觀本質論」之問題。反之，倘契約標的係屬中性，或是未有法規範依據者，則可輔以契約目的及契約整體特徵作為判斷基準。

倘契約標的涉及給付行政或是干預行政以外之其他行政任務之直接執行者，縱然有部分學者持質疑，甚至否定之見解，但法院裁判及多數學說則肯定行政機關享有契約形式之選擇自由，得選擇採取行政契約或是私法契約以執行給付行政任務。在此範圍內，行政機關之契約形式選擇自由應予尊重；契約之公、私法性質歸屬，即非客觀本質論之認定問題，毋寧為行政選擇論之尊重問題。

¹⁸⁶ Vgl. J. Burmeister, a.a.O. (Fn. 154), S. 216 ff.

¹⁸⁷ 類似見解之早期文獻，可參見 K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, 1986, S. 180 ff.; B. Kempen, Die Formenwahlfreiheit der Verwaltung. Die öffentliche Verwaltung zwischen öffentlichem und privatem Recht, 1989, S. 37 f.

¹⁸⁸ J. Burmeister, a.a.O. (Fn. 103), S. 220.

第二項 行政合作契約締結之程序規範框架

在德國現行法秩序下，公私協力之運用雖於社會福利行政、都市建設行政、教育行政、文化行政、環境行政及交通行政等各領域皆有之。然而，截至目前為止並無類同我國促參法或是地方法性質之公有財產委託經營自治條例一般，針對各領域之公私協力行政制定有彙整型且統一適用之專法，以為公私協力法律關係形塑之主要準據。毋寧，在德國，公私協力案件視其計畫目的及金額多寡，規範上有依據政府採購法規定而締約者，亦有根據預算法之相關規定辦理簽約，甚至是根據其他行政法規或是民法而締結行政合作契約者，不一而足。由於各法規之規範架構未盡相同，據而形塑之契約法律關係亦可能容有差異，故欲理解德國公私協力契約之法律性質為何，須分別就其締結之基礎規範框架而探究之，實難一概而論。以下僅就德國實務上作為多數公私協力契約締結規範基礎之政府採購法及預算法，分別說明之：

第一款 依政府採購法締結之行政合作契約

德國政府採購法係由一連串不同位階法規所組成之規範集合。其中，在內國法層級居於最高位階，且最主要者為限制競爭防止法（Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; GWB）第 97 條以下之規定。當然，德國作為歐盟成員國一員，歐盟政府採購相關法令之規定，尤其是歐盟政府採購指令（EU-Vergaberichtlinien）¹⁸⁹，德國亦責無旁貸地應加以轉換至內國法中，並與之相契合，自不待言。在此理解下，德國之政府採購法係由依序具體化之四個層級的法規範所組成（層級原則）：歐盟指令、限制競爭防止法

¹⁸⁹ 最主要者尤為下列三項指令：公共委託指令（Richtlinie über die Vergabe öffentlicher Aufträge Richtlinie: RL 2014/24/EU）、領域指令（Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste; Sektoren-Richtlinie: RL 2014/25/EU）以及新特許指令（Richtlinie über die Konzessionsvergabe; neue Konzessions-Richtlinie: RL 2014/23/EU）。

第 97 條以下規定、限制競爭防止法第 97 條第 6 項及第 126 條授權聯邦政府所制頒之政府採購辦法（Vergabeordnung; VgV i.d.F. vom 7. 6. 2010），以及針對不同採購類型所下達之作業規則（Verdingungsordnungen）¹⁹⁰。

第一目 政府採購法之適用要件

綜觀德國政府採購法之規定，在滿足下列兩項條件下，行政機關負有遵循政府採購程序義務而與人民簽訂契約，亦即政府採購法之適用要件：其一，行政機關必須是為採購目的而為公共委託。其二，委託之金額必須達到一定門檻以上。以下茲分別說明之：

首先，根據限制競爭防止法第 99 條第 1 項規定，凡公共委託人為採購履行行政任務所需之物資及服務之目的（Beschaffungszweck）¹⁹¹，與企業間擬簽訂工程、勞務或財物給付（Bau-, Dienst- oder Lieferleistungen）——亦即公共委託（öffentlicher Auftrag）——之有償契約者，皆應適用本法之招標程序¹⁹²。反之，與土地、地上建築物，或是其他不動產之取得、承租或權利設定之不動產行為（Immobilienengeschäfte），根據限制競爭防止法第 100 條第 2 項第 h 款規定，因不屬於為達採購目的所進行之公共委託，故可排除限制競爭防止法之適用。

就公私協力計畫而言，其內容通常涉及到私人參與公共建設或設施之興建及營運，且在多數之合作模式下，公部門為此須支付全部或一部私人所支出之投資費用，已如上述¹⁹³。是以在此意義下，公私協力計畫通常符合限制競爭防止法第 99 條所定之「公共委託」概念。公部門欲尋求私人提

¹⁹⁰ 計有服務採購規則（Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen; VOL）、工程工程規則（Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen; VOB），以及自由業服務採購規則（Vergabesordnung für freiberufliche Leistungen; VOF）。此等作業規則性質上屬行政規則，不具直接對外之規範效力。

¹⁹¹ Vgl. z. B. BayOLG, VergabeR 2003, 329 (331); OLG Düsseldorf, VergabeR 2004, 619 (621); OLG Frankfurt a.M., VergabeR 2005, 80 (85).

¹⁹² Vgl. J. Ziekow, in: Ders./Völlink (Hrsg.), Vergaberecht, Kommentar, 2011, § 99 Rn. 9 ff.

¹⁹³ 參見本研究第四章第一節第三項處。

供工程、財務及勞務等給付，並在契約基礎上與其形塑參與公共建設或設施之興建、擴建、修繕及營運之法律關係者，即負有依循政府採購法之相關程序選商之法律上義務。至於公私協力計畫通常因內容甚為複雜，故往往具工程、財務及勞務給付之綜合採購特性，並不影響其仍屬一種公共委託之本質。此外，尚應注意者，就上述之公私協力契約類型以觀，其中部份態樣之公私協力法律關係中不乏有涉及私人將其所興建之建築物提供行政機關有償使用，或是於計畫期限屆至後，行政機關可選擇購取私人所興建之不動產設施。此部份雖亦涉及不動產之行為，但並非如此即可使整體之公私協力計畫，排除在政府採購法適用範圍之外。若其本為公共委託之整體規畫內容之一部分，則仍應視為是公共委託項目，而回歸到限制競爭防止法第 98 條之原則適用上。除非，若該不動產行為可與原公私協力計畫中之公共委託分離，則當行政機關行使選擇權，欲購取該計畫不動產時，該行為始可單獨本身例外地被排除在政府採購法適用之外¹⁹⁴。

再者，公共委託契約之簽訂是否有德國政府採購法之適用，現行法係採取所謂的「二分模式」(Zweiteilungsmodell)¹⁹⁵。此係由歐盟公共委託指令所建構出之「門檻值法則」(Schwellenwerte)轉換而來，唯有金額超過一定門檻值之公共委託案，始有政府採購法之適用。反之，低於門檻值之公共委託，原則上適用預算法等相關規定予以發包即可。據此，唯有金額超過法定門檻值之大型的公私協力計畫(Großprojekte)，始須根據政府採購法所規定之招標程序，甄選締約之對象。就目前之規定而言，聯邦最高及次級機關所提出之財物與勞務委託案，須達 125,000 歐元，其他機關所提出之財物與勞務委託案則須達 193,000 歐元，始有政府採購法之適用。至於工程委託案，門檻值則設定在 4,845,000 歐元。

至於受政府採購法拘束之對象，亦即限制競爭防止法第 98 條所稱之「公

¹⁹⁴ Vgl. M. Weber/M. Schäfer/F. L. Hausmann, a.a.O. (Fn. 159), § 6, S. 244.

¹⁹⁵ Vgl. H. Maurer, a.a.O. (Fn 38), § 17 Rn. 32 ff.

共委託人」(öffentlicher Auftraggeber)，除傳統之聯邦、邦及地方自治團體(第 1 款)之外，尚包含功能意義之委託人概念(Der funktionale Auftraggeberbegriff)在內。其所指涉者，為就所執行之任務、財政等面向而言，功能上可被劃歸為國家之機構而言。被納入此概念範疇者，例如由地方自治團體為過半出資，或是受地方自治團體監督，為特定目的所成立，執行具公益性質之非商業任務之公法人或私法人(限制競爭防止法第 98 條第 2 款)。此外，在特定之建築計畫案範疇內，受政府補助之私人亦應被視為是委託人(同條第 5 款)，而有適用政府採購法之義務。

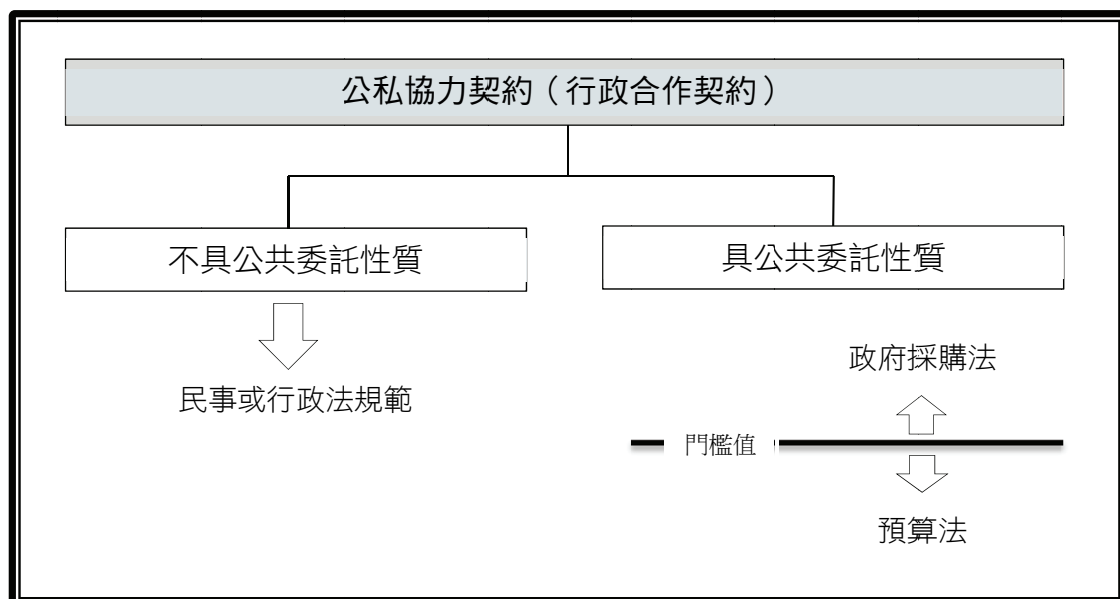
就公私協力計畫案而言，通常進行與實現計畫相關之整體委託，或是發放委託興建經營特許權，或是徵求合作之民間廠商者，為限制競爭防止法第 98 條第 1 款之聯邦、邦及地方自治團體，以及同條第 3 款所規定之地方自治團體聯盟。至於獲甄選之合作民間廠商欲將其受到之委託或特許權分包或分配予其他企業，則其可能因此而該當同條第 2 款等其他款所規定之委託人地位，從而亦應遵守本法所規定之政府採購程序。適用此情形之最典型案例，乃發生在上述所謂的「組織型或制度型之公私協力」類型上¹⁹⁶。蓋在此類型之公私協力，公、私部門共同出資合組一公私協力公司，專門承接政府之公私協力計畫案。就此而言，其為參與該計畫案公共委託程序之投標者。倘該公司順利得標而受託執行公私協力計畫，復欲將部份計畫項目或特許事項分包予其他廠商時，則其立居之角色則為限制競爭防止法第 98 條第 2 款規定下之功能意義的委託人，必須根據政府採購法之程序尋覓合作廠商，委託其執行公私協力計畫之部份¹⁹⁷。

綜上所述，若以政府採購法是否適用為思考軸心，則德國簽訂公私協力契約所依據之規範框架略可圖示如下：

¹⁹⁶ 參見本研究第四章第一節第三項七處。

¹⁹⁷ Vgl. H. König, Der Public Private Partnership-Infrastrukturträger als öffentlicher Auftraggeber (§ 98 GWB), ZfBR 2005, S. 442 ff.; N. Kaltenborn, Der vergabe- und beihilfe-rechtliche Regelungsrahmen für Public Private Partnerships in der Entwicklungszusammenarbeit, NZBau 2008, S. 681 ff.

圖 2：德國行政合作契約簽訂之規範框架



（資料來源：本研究自製）

第二目 政府採購契約之性質

德國之公私協力計畫——如同我國一般——因通常涉及私人提供建物興建工程、設施裝設及維護營運等給付內容，符合限制競爭防止法第 99 條第 1 項之公共委託概念，從而，計畫金額超過規定門檻以上之公私協力案件，應適用政府採購法招標，並進行選商程序，以甄選出締結政府採購契約之對象，已如前述。就規範客體而言，德國之政府採購法主要雖僅涉及公共委託契約締結對象選擇之程序規定而已——亦即「選商程序」（Auswahlverfahren der privaten Vertragspartner）。然而，不可諱言地，在制度設計上政府採購契約之締結正是政府採購程序進行之終極目標。是以，德國學說及行政作業實務向來將「政府採購程序」及「政府採購契約」一併觀察及討論，兩者間具有密不可分之關聯性。

首先，若單純從上述限制競爭防止法第 98 條及第 99 條之規定觀之，凡是公共委託人為採購之目的，擬與私人企業簽訂工程、勞務或財物給付之有償契約者，即屬公共委託，從而應有政府採購法之適用。準此，會落

入德國限制競爭防止法架構下之政府採購契約，判斷基準並不在於其形式上之法律性質為何，毋寧為其實質上是否因公共委託而簽訂。在此思考脈絡下，政府採購契約之法律性質原則上為私法契約或是為行政契約，皆有可能之。歐洲法院（EuGH）之裁判¹⁹⁸及德國多數採購爭議審議機關（Nachprüfungsinstanzen）¹⁹⁹，基本上亦持此見解，認為公法契約原則上並不排除被納入政府採購法上所稱委託概念範疇之內²⁰⁰。

縱然理論上，透過政府採購程序所締結之契約不排除為行政契約²⁰¹。然而在實際情形，有鑑於公共委託人透過政府採購程序希望向私人或私經濟市場採購之工程、勞務或財物給付，目的通常在於滿足其執行公共任務之軟、硬體周邊需求，故在行政法總論釋義學上，其向來被劃歸為「需求滿足行政」（Bedarfsdeckungsverwaltung）之範疇。此等行政類型之典型特徵，乃在於行政行為本身並非直接在於執行行政任務，毋寧為備置執行行政任務所需之房地、建物、設施、器具，以及服務等。因此，行政機關從事此等需求滿足行政時，通常無涉於公權力之行使，毋寧係居於如同私人一般之地位，向民間企業購買財物、定作工程、承租房舍，或是委託業務執行之「國庫性質的輔助行為」（fiskalische Hilfesgeschäfte）而已。換言之，行政機關與政府採購得標廠商所簽訂之採購契約，就其實質內容以觀，與一般私人（jedermann）間法律交易經常會締結之買賣契約、租賃契約、承攬契約、委任契約等無異。職是之故，德國實務及學說傳統以來之多數見解率

¹⁹⁸ EuGH, Urteil vom 12. 7. 2001 – Rs. C-399/98, Slg. 2001, I-5409 (5462) Rn. 73.

¹⁹⁹ Vgl. z. B. VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 20. 6. 2001 – 1 VK 27/02; OLG Düsseldorf, VergabeR 2002, 410; BayObLG, VergabeR 2003, 564.

²⁰⁰ Vgl. M. Weber/M. Schäfer/F. L. Hausmann, a.a.O. (Fn. 159), § 6, S. 237; E. Gurlit, a.a.O. (Fn. 168), § 30 Rn. 7.

²⁰¹ 例如當政府採購之目的並不在於滿足行政機關執行行政任務所需之工程建築、財物或勞務（需求滿足），毋寧其本身即是以「公共任務之直接執行」（unmittelbare Erfüllung öffentlicher Aufgaben）作為標的者，諸如垃圾清運（Abfallentsorgung）、動物屍體焚化（Tierkörperbeseitigung），或是病患緊急救護及運送勤務（Rettungsdiensten）之執行等，則此際政府採購契約定性上即屬行政契約，而非私法契約。Vgl. E. Gurlit, a.a.O. (Fn. 168), § 30 Rn. 7.

皆認為政府採購契約之法律性質屬「私法契約」²⁰²。

在此定性下，採購程序中行政機關所為之決標決定（Zuschlag），性質上即屬德國民法第 145 條以下所規定對於得標者要約之承諾（*zivilrechtliche Annahme*）。縱使在學說上有主張將雙階理論（*Zwei-Stufen-Theorie*）適用於政府採購之法律關係者，亦無損於政府採購契約作為私法契約之定性。蓋雙階理論所欲處理者，主要是涉及到政府採購契約締結前之決標定性，而非採購契約本身。換言之，有無導入雙階理論，受影響者毋寧為公共委託人之決標決定究係僅為私法契約締結前之準備行為（選擇締約對象），而應與契約締結共同視為一單一行為，抑或為對一公法事件具法規制力之行政處分，屬採購契約以外另一具公法性質的獨立行政行為（*öffentlich-rechtlicher Zuschlag durch Verwaltungsakt*）而已。政府採購契約作為私法契約之屬性，始終未受改變。由此私法契約之觀點出發，德國行政法總論釋義學亦將政府採購劃歸為「國庫行政」（*Fiskusverwaltung*）之一環，屬於輔助行政任務執行之私法形式行政行為。

基上，德國公私協力計畫既然作為公部門需求行政之一環，透過政府採購程序所締結之行政合作契約，行政作業實務及優勢之學說見解皆亦將其法律性質與傳統之政府採購契約同視，定性為私法契約。縱然在學理上，「需求行政」與「國庫行為」兩者間非必然同義。例如 *Dirk Ehlers* 教授即指出：「倘若契約之主要目的顯然地正好是向作為契約當事人一方之人民履行特定行政任務時，則此際因需求行政之執行所締結之契約，將會涉及到公法契約²⁰³。」換言之，在需求行政之範疇內，行政機關與私人企業所簽訂之工程、勞務或財物給付委託契約並不必然恆為私法契約；在特殊情形下，亦不排除是行政契約。然而，此等學理上之可能性，在德國之行政作

²⁰² Vgl. BGHZ 97, 312 ff.; *H. Maurer*, a.a.O. (Fn. 195), § 3 Rn. 20; *D. Ehlers*, a.a.O. (Fn. 50), S. 189; *Wolff/Bachof/Stober*, *Verwaltungsrecht*, Bd. I, 10. Aufl., 1994, § 23 Rn. 18 f. 不同見解者，可參見 *M. Wallerath*, *Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht. Beschaffung und Leistungserstellung im Staat der Gegenwart*, 1988, S. 81 ff.

²⁰³ Vgl. *D. Ehlers*, a.a.O. (Fn. 50), S. 203.

業實務上，卻不曾發生過。故透過政府採購程序所締結之契約——亦包含公私協力下之行政合作契約在內，被評價為行政契約者，在當今德國之行政作業實務上，幾乎不具任何現實上之意義；私法契約仍是絕對優勢之主流見解。此即便在實務上，政府採購通常不可避免地蘊含有經濟引導之目的，或是勞動市場上之政策考量，但仍尚不足以據此導出政府採購契約締結之主要目的即是對締約相對人直接履行特定行政任務之結論。

第二款 依預算法締結之行政合作契約

公私協力契約之標的，雖屬為達採購之目的所為之公共委託，但計畫金額卻未達歐盟法所定之門檻值者，根據上述之德國現行法制，其僅須依據聯邦或邦預算法之規定簽訂即可。

公私協力契約依據預算法之規範框架而簽訂者，法律性質上是否容有與上述依政府採購法而簽訂者不同，不無疑義。就此，德國著名之行政法學者 *Hartmut Maurer* 不諱言地首先指出，公共委託制度究係應依循私法抑或公法法則為之，晚近在德國亦掀起討論熱潮，而且具爭議性。門檻值以上之公共委託因有適用限制競爭防止法第 97 條以下規定之特別規範，且向來絕對優勢見解復認為依此程序所締結者為私法契約，故在法制上問題不大。反之，對於金額在門檻值以下之公共委託案，公、私法之定性問題顯然就具有實務上之意義。晚近越來越多學說主張採雙階理論，甚至有提出行政契約說者。根據目前之發展情形，倘透過招標，並作成甄選決定是有必要時，則雙階理論之見解顯然較具優勢。至於採購制度下之其餘日常行為，則可維持在私法之路徑解決之²⁰⁴。職是之故，即使是依循預算法所規定之框架而締結公私協力契約，德國現今之通說見解亦認為該契約應被定性為私法契約。

依預算法規定所簽訂之公私協力契約被通說見解定性為私法契約，在

²⁰⁴ Vgl. *H. Maurer*, a.a.O. (Fn. 38), § 3 Rn. 23.

結論上與上述依政府採購法簽訂之公私協力契約亦被定性為私法契約相一致，應屬合理。蓋此兩類公私協力契約之標的同涉及公共委託，並無本質上之不同。其間之差異，僅在於因計畫案金額有無逾越法定門檻值，而分別適用不同之程序規定而已。兩者之契約標的及目的既無不同，法律性質認定之結論相同，應是契合契約定性法理之操作。

第三款 小結

綜上所述，針對民間參與行政任務執行之公私協力類型，在德國無論是計畫金額逾越法定門檻值須適用政府採購法甄選民間廠商，抑或在法定門檻值以下，適用預算法規定進行招商，公、私部門間所簽訂之行政合作契約，學說多數見解以及行政與司法實務之實踐經驗，率皆定性為私法契約。就此，*H. Maurer* 教授曾表達出甚為肯切之總結式註解：國家透過私人企業執行公共建設興建、營運、維護、管理及財政資助之行政任務，「私人企業乃為『行政助手』。國家與私人企業間之關係為私法性質，其原則上乃建構在委任契約或是承攬契約（民法第 611 條以下及第 631 條以下）基礎之上²⁰⁵。」

若吾人與上述德國學說及實務對於行政機關所簽訂契約公、私法歸屬之一般見解相連結作綜合性之思考²⁰⁶，則針對行政合作契約應如何作形式選擇之問題，在現行德國法上略有下列法則可資遵循：

1. 行政合作契約之標的涉及「公共委託」（需求滿足）者，則本質上應定性為私法契約。
2. 行政合作契約之標的涉及「行政任務之直接執行」者，則原則上應視其內容而客觀決定契約之法律屬性。
3. 在上述 2 之框架下，行政合作契約之標的所欲執行之行政任務係屬

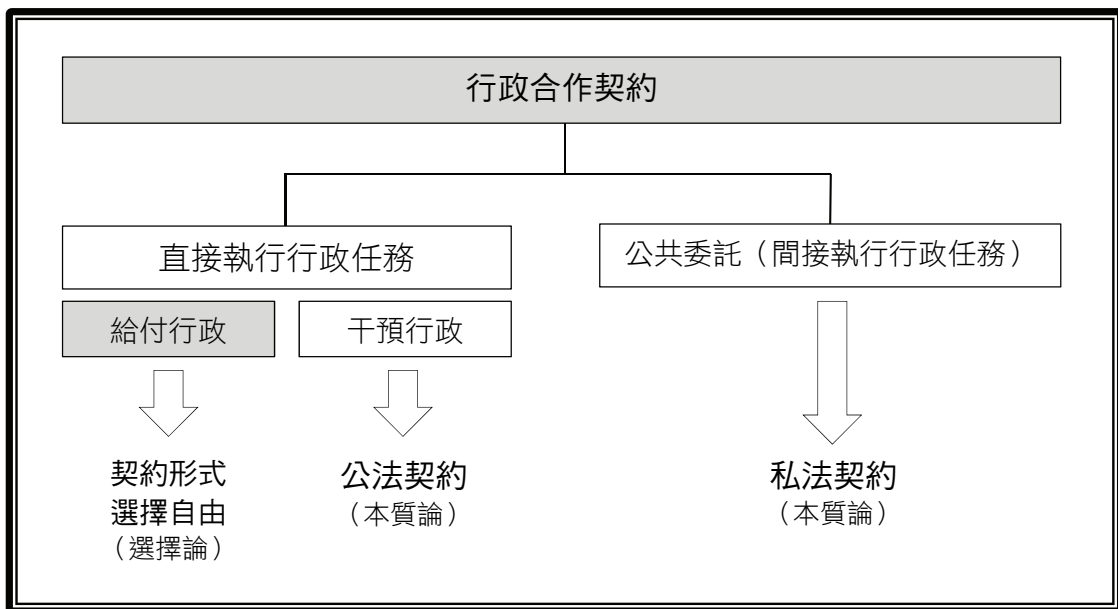
²⁰⁵ Vgl. *H. Maurer*, a.a.O. (Fn. 38), § 23 Rn. 62.

²⁰⁶ 參見本研究第四章第二節第一項。

「給付行政」者，則行政乃享有採取公法契約抑或私法契約之契約形式選擇自由。在此範圍內，行政合作契約之法律形式認定，取決於行政機關所行使之主觀決定權內容。反之，倘行政任務涉及干預或管制行政領域者，則本於特別法說，行政機關係基於公權力主體之地位與人民簽訂公私協力契約。從而，契約應被定性為公法契約。

茲將德國法上行政合作契約形式定性及選擇架構圖示如下：

圖 3：德國行政合作契約形式定性及選擇體系圖



（資料來源：本研究自製）

第三項 行政法總論改革對行政合作契約定性之衝擊

德國現代行政法總論之體系內涵及其釋義學，主要係由 *Otto Mayer* 參酌法國行政法建構而來。經後世立法者、學界及法院裁判之努力，規範及學理之綿密度及細膩性雖獲大幅之提升，然整體上仍難跳脫出 *O. Mayer* 所建構，以上下隸屬關係為軸心之「行政高權法」架構。在此框架下，最具單方高權作用之行政處分，即為最主要之行政行為形式，亦是形塑行政法律關係最典型之行為基礎。國家與人民透過協商方式以達行政目的之可能

性，原則上受到排除²⁰⁷。「契約」之行政行為形式的採行，更須在法有明文之前提下始例外被容許。

此等以國家單方高權行為作為至高指導準則所建構出之「隸屬（服從）關係行政法」，在當代國家社會角色逐漸融合且混淆之社會事實發展趨勢下，漸失其有效之法規制功能及時代契合性。從而，與全球化趨勢及新公共管理理論興起同波逐流，而反映在行政法領域者，即為行政法總論改革運動之開啟。在諸多議題中，德國政府及行政法學界最為關注者，乃為公私協力法制框架建構工程中最核心要素——亦即「行政合作契約」之提出及設計。*Peter Josef Tettinger* 教授甚早曾先知卓見地提出警告：「由於公私協力類型之多樣性，致使行政法學面臨到全新的挑戰。而且，此等挑戰幾乎難以組織法——例如行政受託人與行政助手——以及作用法上之傳統理論加以克服²⁰⁸。」

第一款 公私協力與政府採購行為之異質性

從公部門之角度以觀，行政合作契約之內容通常因具有向民間採購工程、勞務及財務給付之公共委託性質，故在德國向來皆比照政府採購契約，適用相同之締約相對人選擇程序規範，並且將兩者同定性為私法契約，已如上述。縱然如此，行政合作契約與傳統之政府採購契約兩者在實質內涵上是否具同質性，晚近不少學者提出質疑。尤其在當代「功能民營化」或「公私協力」概念理解脈絡下，兩者間究係僅屬用語上之形式差異而已，抑或具本質上之實質差異性，更是引發學界之熱烈爭辯。

對此問題之論述，最具代表性者應屬 *Martin Burgi* 教授。氏從「任務」觀點出發，認為「功能民營化」脈絡下之私人協助行政任務執行與傳統之

²⁰⁷ Vgl. *O. Mayer*, Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag, AöR 3 (1888), S. 1 ff. 氏在文中乃明白確立「國家不與民協商」（Der Staat paktiert nicht mit Privaten）原則。

²⁰⁸ Vgl. *P. J. Tettinger*, a.a.O. (Fn. 12), S. 766.

「需求滿足行政」本質上並不相同，兩者間具有異質性。按公私協力在德國學說上亦有將其置於民營化之脈絡下理解者，並且因其非真正涉及行政任務之民營化，毋寧僅屬行政任務「執行」之民營化，故係屬功能民營化之一種態樣，已如上述。在此理解下，參與行政任務執行之私人，其法律地位通常被視為是「行政助手」，協助行政機關為行政任務之執行。然而，公私協力下私人所協助之行為，與行政法上之傳統行政助手不同。其並非受行政機關之指揮與命令，直接執行行政任務，毋寧為興建或管理行政任務執行時所需之建物設備，並提供行政機關使用。此外，縱然公私協力亦呈現出一種「需求滿足行政」之外觀，但私人所為工程、勞務或是財務給付之協力行為，並非僅是一種單純滿足行政機關需求之「工具性任務」（instrumentale Aufgabe）而已，毋寧更具有參與執行「最終任務」（finale Aufgabe）之功能性意義，亦即直接參與需求滿足或是藉此所欲達成之最終行政任務的直接執行²⁰⁹。氏進一步舉例說明兩者間之此等差異性：例如就一為公部門興建公共道路之私人建設公司而言，若其不僅只是為滿足國家之工程建設需求（Bedarf nach Bauleistungen）而已，同時亦在於執行國家提供人民道路通行之基礎建設照料行政任務（Infrastrukturverwaltung）者，則其此際之地位即非政府工程採購之供應者，而係行政任務本身執行之參與者²¹⁰。

在此基本思考架構下，*M. Burgi* 教授進一步指出，公、私部門間本於合作目的以私人提供興建、營運或服務給付為標的所簽訂之契約，性質上即未必如通說見解一般，必然屬於私法契約。毋寧，其仍須視私人為執行行政任務所採取行為（契約標的）所賴以為據之實體法規範的法律性質而定。倘該行為顯然地源自於公法規範，則以其為標的所簽訂之行政合作契約即屬聯邦行政程序法第 54 條以下所規定之行政契約。縱使契約之簽訂同時亦

²⁰⁹ Vgl. *M. Burgi*, a.a.O. (Fn.35), S. 148 f. 類似見解亦參見 *M. Wallerath*, a.a.O. (Fn. 202), S. 83 f.

²¹⁰ Vgl. *M. Burgi*, a.a.O. (Fn.35), S. 150.

蘊含有滿足國家需求之採購目的，亦不影響其屬行政契約之定性。例如規範應由國家負責清理之設施廢棄物相關法令、規範執行道路興建負擔相關措施之法令、涉及長途道路法第 15 條所規定之聯邦高速公路周邊設施營運，以及建設法典第 123 條以下所規定之開發行為等，皆屬公法規範。基此所簽訂之行政合作契約，性質上應為行政契約，而非私法契約²¹¹。

本於與上述 *M. Burgi* 教授類似之以「任務」為核心的思考脈絡，*Volker Schlette* 亦認為當法規範授權行政機關得將其行政任務之「執行」委由私人，且行政機關於個案中確實亦與私人透過締結契約之方式，委託執行特定之行政任務時，則此等「行政助手契約」(Verwaltungshelfervertrag) 無論如何應納入公法之範疇。蓋「在傳統之行政助手類型，行政機關依舊自為執行行政任務，聽從指令之第三人僅是被利用來為內部且零星工作點上支援而已。對於行政機關及協助之第三人而言，行政任務之執行方式並無本質性之改變。反之，私人參與行政任務之執行，係全面性地就受委託之事項獨自為之，而且大部份之情形使用自己之名義，並以自己之費用。藉此，行政之公法上義務顯然地已遭受到修正。行政機關原來必須以自己之經費、人事及物品設備直接履行行政任務，卻透過契約之締結，使自己從此等義務中釋放。……其原本應負擔之任務自我執行義務，轉變為單純之擔保義務。此不再僅是行政機關與締約之私人間的內部關係而已，更涉及到第三人及其他機關之外部關係。對於以此為標的之契約，不可能是單純之採購事件而已；其應被視為是在公法領域內所作成之協議²¹²。」更甚者，從法規範性質之角度以觀，「此等契約所賴以為據之規定，因容許行政機關得將其應履行之任務移轉予私人執行、唯獨賦予公權力主體此等權限，而且直接涉及公共任務，故係屬公法規範無疑。為執行此等公法規範所締結之契約，……多數應被評價為『公共委託』，因此通常應屬公法性質²¹³。」基此，

²¹¹ Vgl. *M. Burgi*, a.a.O. (Fn.35), S. 168 f.

²¹² Vgl. *V. Schlette*, a.a.O. (Fn. 181), 161 f.

²¹³ Vgl. *V. Schlette*, a.a.O. (Fn. 181), S. 163.

依氏之見解，公私協力契約本質上與以單純採購為目的之公共委託契約不同，應屬公法契約。

第二款 行政合作契約框架秩序之建構

姑不論行政合作契約之法律性質究係為私法契約抑或公法契約，德國學界及實務之多數見解雖將公私協力計畫案之招標與傳統之政府採購案同視，並依循相同締約程序及權利救濟。然而，不容否認者，即使行政合作契約定性上為私法契約，但其動機、種類、責任與風險分配，以及法律關係等，在在與傳統之政府採購容有差異，且複雜甚多。公私協力往往涉及重大公益，且係屬行政任務「直接執行」之範疇。是以，將其置於政府採購法之規範架構下乃日益受到學界質疑，正當性嚴重受到挑戰。政府採購法及預算法是否能為行政合作契約之締結提供充分且妥適之程序及實質規範框架，不無疑義。

事實上，即便是聯邦政府、邦政府，甚至是地方自治團體自身，亦認為德國現行之政府採購法及預算法，並無法充分提供公私協力計畫推行所需之法制框架，甚至會造成公私協力促進的法制上之障礙。再加上德國 1976 年所制定聯邦行政程序法中之行政契約規定，幾乎保留生效時之原貌，並對於此等公、私部門雙方立於對等地位，以共同執行行政任務為契約標的，新型責任分擔模式之契約類型極為陌生，難以因應²¹⁴。準此，聯邦政府乃於 1999 年 12 月 1 日內閣會議中提出「現代國家—現代行政：聯邦政府之指標與方針」(Moderner Staat – Moderne Verwaltung. Leitbild und Programm der Bundesregierung)，其中 II. 2b 處乃揭示聯邦政府應致力於合作契約法規範之建構，尤其應於行政程序法中規範適宜公私協力發展之契約類型與條

²¹⁴ 德國行政程序法第 54 條以下所規定之行政契約類型，仍以代替行政處分之隸屬契約 (subordinationsrechtliche Verträge) 為主軸。Vgl. H. J. Bonk, in: Stekens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 6. Aufl., 2001, § 54 Rn. 61; Ders., Fortentwicklung des öffentlich-rechtlichen Vertrags unter besonderer Berücksichtigung der Public Private Partnerships, DVBl. 2004, S. 141 ff.

款之意旨²¹⁵。

綜上所述，無論是德國政府或是學界，率皆存在一共識，認為德國實有迫切必要為公私協力儘速建構出有別於適用傳統政府採購案件之專屬規範框架。

第一目 公私協力加速法

德國制定公私協力契約規範框架之戮力，最顯著之成果，乃為 2005 年 9 月 7 日開始實施生效之「公私協力加速法」(ÖPP-Beschleunigungsgesetz)²¹⁶。本法具有兩項特色：其一，乃由聯邦眾議院自行提案立法；其二，在法規型態上屬於包裹立法，係針對若干涉及公私協力關係之重要法規範予以修改與增補。

本法共計 10 條，廣及不正競爭限制防止法、政府採購法、長途道路興建資助法、聯邦預算法、營業稅法、土地稅法、投資法等法律之綜合修改²¹⁷。其中，最富具通案意義者，有下列兩項變革：

一、為考量民間參與公共建設所涉及標的以及規劃、興建、營運等階段之複雜性，首先明定民間參與公共建設之政府採購類型。易言之，凡政府採購案同時涉及物品以及勞務採購，且當勞務之價格高於物品時，則以勞務採購行之。倘若除勞務之外尚涉及建築工程，且該建築工程係屬勞務提供之附屬工作者，則仍視為勞務採購。

二、針對超過一定金額以上之運送、興建，以及勞務之政府採購案，所適用之程序除原本既有之公開程序、非公開程序，以及協商程序外，更

²¹⁵ Vgl. H. Schmitz, „Die Verträge sollen sicherer werden“ – Zur Novellierung der Vorschriften über den öffentlich-rechtlichen Vertrag. DVBl. 2005, S. 18.

²¹⁶ BGBl. I, S. 2676. 法律名稱之德文全文為：Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften。

²¹⁷ 關於規範內容之詳細說明，請參見 M. Bürsch/K. Funken (Hrsg.), Kommentar zum ÖPP-Beschleunigungsgesetz, 2007.

增列所謂的「競爭對話」(Wettbewerblicher Dialog)之第四種程序類型。此等程序之導入，旨在解決事實及法律關係特別複雜之政府採購案(Vergabe besonders komplexer Aufträge)²¹⁸。尤其當採購機關本身在客觀上無法於招標公告時即明確且詳細地說明其需求，以及達成目標所需要之技術方法(Die technischen Mittel)，或是無法說明採購計畫之法律與財政上之條件(Die rechtlichen oder finanziellen Bedingungen)時，則可藉由競爭對話程序之進行，以尋求參與之民間廠商協助。準此，當採購機關已找尋到滿足需求之解決方法，抑或已知悉並無解決方法時，則應終結對話。競爭對話程序之進行，基本上要求採購機關應就採購案之所有細節事項加以參與，並且進而與參與對話之廠商協商(§ 101 V GWB)。倘若採購機關要求參與對話之廠商擬定草案、計畫、圖稿、估計單，抑或其他文件者，則採購機關應對所有參與之民間廠商「一視同仁」(einheitlich)地要求適時其提出相關文件。

競爭對話程序之導入，乃轉換前揭歐盟政府採購與公私協力綠皮書之替代性方案²¹⁹，並係針對公私協力採購案所特別設計。蓋民間參與公共建設計畫案之特性具有高度目標取向性，主辦機關往往只設定特定公共建設應予興建之目標，然對於應如何達成目標之技術、經濟，以及財政層面相關資訊，卻無從知悉。在此等資訊極度欠缺之情形下，欲甄選出能達成目標之最優申請人，誠屬不易。職是之故，競爭對話程序得以使採購機關與民間廠商彼此間，就計畫實現之所有細部事項交換意見與協商，德國學者普遍認為應屬一允當之制度，且亦契合公私協力創造「雙贏」之旨趣²²⁰。

綜上所述，在不變更行政合作契約依舊為「私法契約」之通說見解下，德國透過公私協力促進法之公布施行，增修限制競爭防止法中有關政府採

²¹⁸ 對此機制之詳細介紹，中文資料可參見程明修，德國加速公私協力法上「競爭對話」(Wettbewerblicher Dialog)制度於政府採購上之運用，發表於：東吳大學法學院主辦，第一屆東吳工程法律學術研討會——政府採購法制之省思與開展，2014年6月6日，東吳大學城區校區。

²¹⁹ Vgl. M. Fleckenstein, Abbau von Hemmnissen für Public Private Partnership: Das ÖPP-Beschleunigungsgesetz, DVBl. 2006, S. 78.

²²⁰ Vgl. M. Fleckenstein, a.a.O. (Fn. 219), S. 79.

購篇章之若干規定，賦予行政機關依此程序為行政合作契約締約前準備行為時，更能契合公私協力制度之本旨與特殊需求。

第二目 Schleswig-Holstein 邦公私協力簡化法

為落實邦政府對公私協力法制框架條件建構之殷切期盼，Schleswig-Holstein 邦於 2007 年 6 月 19 日制定了「公私協力簡化法」(Gesetz zur Erleichterung Öffentlich Privater Partnerschaften des Landes Schleswig-Holstein)²²¹，作為該邦推行公私協力之普通法規範依據 (Allgemeines PPP-Gesetz)。本法之施行，在行政合作契約法制框架建置上，速度不僅遠遠超前聯邦，甚至在邦之層級上，亦居牛耳之地位。

該法共計 11 個條文，規範客體涵蓋公私協力之容許性、行政合作契約之標的、公共任務執行主體及品質之檢討、經濟性評估、締約當事人之選擇、影響力確保及監督、最低限度內容條款，以及契約無效等規定。其中，第 1 條第 1 項第 2 款即明文揭示：「本法之目的，旨在定義公行政主體與私人間以契約進行合作之要件與內容要求。」同條第 2 項：「本法以下規定所稱之契約上合作 (Vertragliche Zusammenarbeit)，係指邦行政組織法第 2 條第 1 項及第 2 項所稱之公行政主體與私人間，就應履行任務之執行，協議為多年期合作而言。」是以，本法之制定雖為行政合作契約之形塑賦予一專屬之規範框架，但仍未對行政合作契約之法律性質予以定性。在適用上，公、私部門為共同分擔行政任務執行之責任所簽訂之行政合作契約，無論其係屬私法契約，抑或行政契約，皆受本法之規制，而應適用其關於合作標的、合作要件、契約必要條款，以及契約效力等所有規定。

第三款 聯邦行政程序法修正草案之轉向趨勢？

為將聯邦政府於 1999 年 12 月 1 日內閣會議中所提出之「現代國家—

²²¹ 參見本研究第四章第一節第二項第三款處。

現代行政：聯邦政府之指標與方針」落實於公私協力上，聯邦除已有上述之公私協力加速法特別立法外，更冀盼建構一般性、永續性之行政合作法制。而努力之重心，即在於修正作為行政法總論一般性規範基礎之聯邦行政程序法。此等意圖實非偶然，毋寧民間參與公共建設公私合作法律關係乃形塑於契約之上，而依德國現行法制設計，乃將民間參與公共建設視為是政府滿足需求行政之一環，屬於大量勞務採購型態，主要係以政府採購法為規範依據；主辦機關與民間機關所簽訂之合作契約，在定性上屬於民事契約。然而，由於此等公私協力往往涉及重大公益，且係屬行政任務「直接執行」之範疇，故將其置於政府採購法之規範架構下乃日益受到學界質疑，正當性嚴重受到挑戰。再加上德國 1976 年所制定聯邦行政程序法中之行政契約規定，幾乎保留生效時之原貌，並對於此等公、私部門雙方立於對等地位，以共同執行行政任務為契約標的，新型責任分擔模式之契約類型極為陌生，難以因應²²²。

雖然截至目前為止，此終局目標仍未竟其功。但聯邦政府其間所作之相關努力，仍頗具研究價值。尤其藉此或可探知德國對於行政合作契約之法律性質，是否有透過立法方式定於一尊之意向及其解決方案。聯邦政府為修正聯邦行政程序法，乃採取先行委託學者撰擬「專家版本」之鑑定意見書，嗣再由聯邦內政部行提出「官方版本」之策略。以下茲在本研究之關聯性下，分別就其內容梗概予以介紹之：

第一目 專家版本之鑑定意見書

聯邦內政部委託 *Gunnar Folke Schuppert* 以及 *Jan Ziekow* 兩位教授，針對行政合作契約如何納入現行之聯邦行政程序法中予以規範問題，提出鑑

²²² 德國行政程序法第 54 條以下所規定之行政契約類型，仍以代替行政處分之隸屬契約（subordinationsrechtliche Verträge）為主軸。Vgl. *H. J. Bonk*, in: *Stekens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 6. Aufl., 2001, § 54 Rn. 61; *Ders.*, *Fortentwicklung des öffentlich-rechtlichen Vertrags unter besonderer Berücksichtigung der Public Private Partnerships*, DVBl. 2004, S. 141 ff.

定報告。兩位鑑定人於 2001 年 6 月提出鑑定報告²²³，一致認為現行聯邦行政程序法中關於行政契約之規定不足以因應公私協力之法制需求，建議作「大幅度」之修正。

首先，*G. F. Schuppert* 教授在體系架構上建議將現行行政程序法第四章「公法契約」調整為「與私人之合作」(*Zusammenarbeit mit Privaten*)，而將原先公法契約順移至第五章。在新增之第四章中共計有五個條文，依序為第 54 條至第 58 條，分別規定與私人合作之容許性、合作夥伴之選擇、影響性之確保、給付契約中之品質確保，以及合作契約之無效。內容略有如下：一、公、私部門合作關係之形塑受一般性之容許，並肯定為此目的雙方得締結合作契約。二、就合作契約締約當事人之選擇而言，規定私部門必須能夠以適當之方式被證明是具有專業知識與可信賴性。三、合作契約中應以適當方式確保行政機關保留有任務執行方式之充分影響性。倘合作關係係以公司法之方式建構者，則應透過公司契約、章程，或是其他方式，確保行政機關在公司監事會或相當之監督機關中具有適當之影響力。倘合作關係根植於非公司法性質之民事或公法契約時，則契約中應規定行政機關享有充分之資訊取得權，必得以行使妥適之影響力。私人應自負責任，本於契約執行受委託之任務。倘經仲裁單位認定其未依規定執行任務者，行政機關得撤銷委託。四、給付契約中應就民間所提供給付之品質評定以及其所收費用之估算基準予以約定，公、私部門雙方並得共組合作小組，以審查該基準。五、當合作契約形塑所應具備之影響力確保以及品質確保之最低要求未受到注意時，則合作契約無效。契約締結後基礎關係有重大變更致無法期待契約當事人遵守原約定者，該契約當事人得請求調整契約內容或並變更關係。調整不可能，或無法期待契約當事人接受者，得終止契約²²⁴。

²²³ Vgl. *G. F. Schuppert*, a.a.O. (Fn. 144); *J. Ziekow*, a.a.O. (Fn. 15), S. 1ff.

²²⁴ 參見詹鎮榮，前揭（註 29）文，頁 31。

綜上，*G. F. Schuppert* 教授所著重之修法重點，雖在於行政合合作契約之容許性、必要約款及行政機關之影響力保留等面向。然而，其於建議修正條文中，卻也透露出對於行政契約法律性質所持之態度：亦即因公私協力所簽訂之合作契約，其法律性質上並不以行政契約為限，亦有可能為私法契約、公司契約等各種屬性。氏所提出之解決方案，係擬將合作契約作為一種「介面」，打破公、私法對契約法制為不同管制設計之藩籬。取而代之者，因公、私合作執行行政任務所簽訂之契約，無論其法律性質為何，其形成、內容框架、責任分擔，以及無效事由等，應作通案性之一致規定，並且規範落點應在於聯邦行政程序法中。

與上述 *G. F. Schuppert* 教授富具新義且大膽的修法方案不相上下者，*J. Ziekow* 教授同樣提出令人印象深刻的行政程序法修正草案建議。氏在體系架構上，將現行聯邦行政程序法第四章「公法契約」之標題變更為較廣義之「公共任務執行時之合作」(*Zusammenwirken bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben*)，然後於其之下則增列第一節「與私人之合作」、第二節「公法契約」，以及第三節「行政合作契約」。其重要建議修正之內容略述如下：一、為行政機關於執行其任務時，得與私人共同合作明文賦予法律上之容許性。二、明定合作關係之形塑，除根植於行政處分、公法契約、合作契約外，尚可以簽訂不具法拘束力協定之方式為之。三、為合作之形成規定若干準則。諸如雙方當事人應充分就合作目標、標的、範圍、程序等為討論；應建立在彼此信賴之基礎上；行政機關應審查形塑合作關係之行為形式等。四、明文承認行政機關為執行行政任務，得與人民簽訂行政合作契約。若行政合作契約係於公法領域締結者，則行政程序法公法契約相關規定將有其適用。五、合作契約締結前，行政機關應提出責任清單，並評估其與人民間分配之關係²²⁵。

J. Ziekow 教授所建構之行政合作法，基本上如同 *G. F. Schuppert* 教授

²²⁵ 參見詹鎮榮，前揭（註 29）文，頁 32。

般，同樣關懷公私協力之法容許性、合作關係形塑之程序與方式、合作契約之法律性質，以及責任分配等問題。至於行政合作契約之法律性質就應為何，*J. Ziekow* 教授與 *G. F. Schuppert* 教授之見解一致，認為未可一概而論²²⁶；其有可能為私法契約者，但亦不排除性質上屬於公法契約之可能性。其間應如何界分，則應回歸公、私法契約區分基準上為思考。惟無論如何，合作契約雖法律形式容有不同，但其以公、私合作執行行政任務作為基本標的卻是相同。基此，兩者應存在有若干共同之規範框架，不宜僅因公、私法定性之差異而漠視其間之本質共通性。

第二目 官方版修正草案

上述兩位教授之基本出發點，乃是希望透過行政程序法之大幅翻修，將政府採購法、公司法、民法等涉及因公、私部門合作所簽訂之契約，在行政程序法中作一統合性之規整，使公私協力法制化工程得以「一步到位」。換言之，其擬將聯邦行政程序法之定位調整為公、私法性質行政合作契約之共通性一般框架規範；德國學界一般將此稱之為「大解決方案」(*große Lösung*)。然而，此等修法建議因涉及行政程序法適用範圍之過度擴張，致使聯邦內政部行政程序法研修小組對其持保留之態度。取而代之者，該研修小組乃另行於 2004 年 1 月 23 日提出定稿版之「小解決方案」(*kleine Lösung*)。亦即在維持現行行政程序法僅以「公法契約」為規範客體之前提下，作必要之小幅度修改，而不擴及私法性質合作契約之規制。此版本大致上為同年 4 月 21、22 日於慕尼黑所舉行之「聯邦與邦行政程序法修改聯席會議」所採納，僅作些微調整後定案，而成為德國聯邦行政程序法修改草案之官方正式版本。

官方版之聯邦行政程序法修正草案主要內容略有：一、增列行政機關

²²⁶ 持相同見解者，亦可參見 *H. Bauer*, *Verwaltungsverträge*, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 2. Aufl., 2012, § 36 Rn. 45.

與人民訂定以執行任務為標的之公法契約（合作契約）的容許性，並規定高權權限移轉於私人之要件。二、規定合作契約之簽訂，必須以行政機關得以確保其對公共任務之合秩序地執行保留有充分影響力為前提。而且，締約相對人之選擇，以具有專業知識、給付能力，以及可信賴性者為限。三、將行政機關之充分影響力無法獲得確保明定為合作契約無效之特別事由，並且鬆動合作契約無效之結果，賦予契約當事人此時得請求調整契約，以代替回復原狀²²⁷。由此草案吾人得以明確探知德國聯邦政府對於公私協力下所簽訂之合作契約法律性質之態度：即德國聯邦政府原則上亦不排除行政合作契約容有定性為行政契約之可能性。行政合作契約若屬公法契約者，則應將其納入聯邦行政程序法中予以規制，賦予其一般之法容許性及內容限制。

第三目 小結

綜上所述，德國政府就近年來風靡全球各國之公私協力趨勢對傳統行政法制所帶來之衝擊及挑戰，存有問題及危機意識，並戮力尋求立法解決途徑，嘗試修正聯邦行政程序法，擬就行政合作契約締結之一般法容許性、契約之必要條款內容，以及行政機關擔保責任實踐強度對契約效力之影響等問題，進行框架規定。無論是委託鑑定之專家意見書，抑或聯邦政府自行提出之官方版本聯邦行政程序法修正草案，雖未明定行政合作契約之法律定性，或是若作更強烈之表達，似可說是放棄對合作契約作單一法律屬性之界定。然而，其至少皆拋出一共同之訊息，亦即不採納上述之現行學說及實務認為行政合作契約係一律屬於私法契約之通說見解。取而代之者，毋寧認為在理論上亦容有存在「公法契約」性質之行政合作契約的可

²²⁷ Vgl. H. Schmitz, „Die Verträge sollen sicherer werden“ – Zur Novellierung der Vorschriften über den öffentlich-rechtlichen Vertrag. DVBl. 2005, S. 21 ff. 關於草案內容之介紹，另亦可參見林明鏘，歐盟行政法——德國行政法總論之變革，2009年12月，頁109以下。

能性。是以，德國晚近所進行之連串行政法總論改革，雖未對行政合作契約之法律性質，從往昔通說之私法契約轉向於公法契約，而呈現出有公法契約化之趨勢。然而，其至少破除了將公私協力置於「需求行政」脈絡下，而僅視為是一種行政輔助行為之傳統思維窠臼。取而代之者，則是肯定了行政合作契約在公法領域存在之可能性。並且，為此可能性之存在，在法規範上必須即時回應，建構起公法性質公私協力契約之基礎規範框架。

第三節 為財產收益目的所締結之公私協力契約

類似臺北市市有財產管理自治條例第五章（第 52 條以下）所規定之為增加市府收益目的而將市有財產出租或提供使用之公私協力類型，德國行政作業實務上亦有所謂之「財產增值行為」（Vermögensverwertungsgeschäfte）。其概念係指行政機關居於貨物及服務市場上供給者（Anbieter）之角色，將多餘或閒置之公有財產為出售、出租、出借、設定權利，或是有條件贈與等增加國庫收益之利用或處分。例如出租市有公車外部車體供刊登廣告之用、出租市政廳地下室空間供民間開設餐廳、出售已被汰換之除役公務車等，以及在公有土地上設定地上權供建築使用等。

在體系歸屬上，一般而言德國學說並不將此等公有財產之收益增值行為劃歸於公私協力行政之脈絡下思考。縱然如此，有鑑於公私協力概念之非固定性，若吾人單純從行為實施參與主體之角度以觀，市有財產移轉、出租及提供使用之行為確實亦呈現出公、私部門間形塑有契約法律關係。在此理解下，德國法上之公有財產增值行為亦值本研究予以關注，並進行比較法上之研究，合先敘明。況且，在法制上，對於此等公有財產之增值行為，德國通常亦於地方自治法（鄉鎮市法）（Gemeindeordnung）中予以規範。此等法規範之落點，與我國多定於地方自治條例中之立法例若合符節

228。

²²⁸ 例如地方制度法第 18 條規定：「下列各款為直轄市自治事項：二、（四）直轄市財產

關於因從事此等公有財產增值行為所簽訂之契約，性質上究係行政契約抑或私法契約，德國學說多主張未可通案性地一概而論，毋寧仍須視個案情形而為區分判斷。對此，部份學說指出判斷基準如下：倘公有財產出租或提供使用之行為，主要之目的明顯地（*eindeutig*）正是在於對契約相對人履行行政任務時，則雙方所簽訂之公有財產租賃或使用契約應被評價為「行政契約」²²⁹。反之，公有財產之收益增值行為若主要目的非明顯地在於直接對契約相對人履行行政任務者，則雙方所簽訂之契約即應優先定性為私法契約。蓋在此乃涉及到公有不動產處分及利用之單純私財產法上問題。至於何種情形該當行政任務之履行，何種情形又屬財產之增值行為，*D. Ehlers* 教授認為或可從契約相對人「應為之對待給付」（*Die zu erbringende Gegenleistung*）中尋得判斷之支撐點。例如根據預算法及地方自治法規定，公有財產僅得以其全額價值（*zu seinem vollen Wert*）而為轉讓²³⁰。公有財產提供使用時，亦同。倘若某地方自治團體將其市有土地無償提供某當地之私人企業使用，則此將可被理解為其主要目的乃在於對該私人企業直接採取經濟促進措施，而非財產之增值行為。此際，雙方所簽訂之公有財產使用契約即屬受公法規制之行政契約²³¹。

茲將財產收益型公私協力契約在德國法上定性之基準，圖示如下：

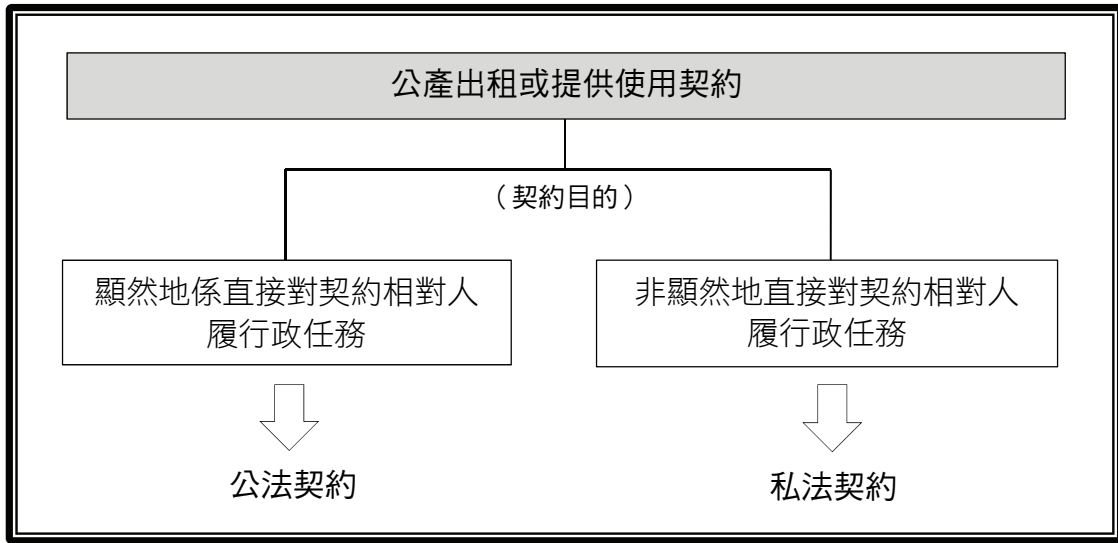
之經營及處分。」第 35 條：「直轄市議會之職權如下：四、議決直轄市財產之處分。」

²²⁹ Vgl. *D. Ehlers*, a.a.O. (Fn. 50), S. 205; siehe auch *W. Nassauer*, Verwaltung und Privatrechtsform, Diss. Marburg 1980, S. 143.

²³⁰ 德國北萊茵邦鄉鎮市法（GO NRW）第 90 條第 3 項規定：「鄉鎮市可轉讓在可預見之將來對於其任務之執行不再需要之財產。財產原則上僅得以其全額價值而為轉讓」（*Die Gemeinde darf Vermögensgegenstände, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben in absehbarer Zeit nicht braucht, veräußern. Vermögensgegenstände dürfen in der Regel nur zu ihrem vollen Wert veräußert werden.*）可資參照。

²³¹ Vgl. *D. Ehlers*, a.a.O. (Fn. 50), S. 205.

圖 4：德國公產收益契約定性架構圖



（資料來源：本研究自製）

第四節 公有道路特許使用契約

公有道路之特別使用（Sondernutzung an öffentlichen Straßen），為公有財產提供私人使用之一種特殊態樣。在德國，一般理論體系雖從公物法所從出，但在規範上，聯邦及各邦道路法卻往往定有特別規定。從而，人民對公有道路為特別使用所衍生出之法律關係，首要者應優先從道路法之實定規範中找尋答案。

德國早期道路法針對道路之特別使用，乃是置於「公法」之架構下予以規制，並區分為「單純」（schlicht）以及「強化」（gesteigert）兩種特別使用方式。所謂強化之特別使用，係指行政機關賦予申請人得持續性地干預公物本體之公法上權利而言。此等公法關係下二元特別使用立法例，已為現行聯邦及邦道路法所揚棄。取而代之者，根據現行之道路法規定，當超出一般使用以外之特別使用「同時影響到道路之一般使用」（zugleich den Gemeingebrauch beeinträchtigt）時，則須取得道路主管機關之特別使用許可²³²。此種特別使用，應受公法之規制。道路主管機關之許可，為行政處分；

²³² Vgl. § 8 FStrG; § 19 Abs. 1 Hamburgisches WegeG.

若因此而負有繳納使用費之義務者，該使用費屬公法性質之規範（Sondernutzungsgebühren）。倘若行政機關欲以契約方式以代替道路特別使用之許可處分者（代替行政處分之契約），則根據行政程序法總論釋義學，原則上亦無不可。在此情形下，以同意相對人對道路為特別使用之契約——亦即所謂的「特許使用契約」（Sondernutzungsverträge），定性上即應屬公法契約²³³。

反之，倘對道路之特別使用不影響到一般使用者，則因在此情形下並不觸及到道路主管機關之公法上物之支配地位（öffentlich-rechtlicher Sachherrschaftsstatus），亦即無涉於公物之一般使用及設定目的。故此種特別使用僅能徵得物之所有權人——亦即該公有道路所有權人聯邦、邦，或是地方自治團體——同意，並且在「私法契約」之基礎上行之²³⁴。換言之，在不影響道路一般使用狀況下之特別使用關係，乃屬私法上之財產利用關係。公有道路所歸屬之聯邦、邦或地方自治團體，得本於民法所賦予之物之所有權人的所有權能，決定是否同意第三人為特別使用。本此意旨，德國聯邦長途道路法第 8 條第 10 項即規定：「在不影響聯邦長途道路一般使用之情形下，賦予使用該道路財產之權利，依民法之規定。為公共照料之目的所造成之短暫影響，亦同。²³⁵」

綜上所述，道路法上之特別使用法律關係究係為公法上之使用許可，抑或立基在民法上所有權人所賦予之使用權，判斷基準乃在於其對道路一般使用之「效果」（Wirkung auf den Gemeingebrauch）：若一般使用受影響者，則屬公法關係；反之，則屬私法關係。除非，基於特別使用與公物之特殊

²³³ Vgl. R. Bartsperger, Die Werbenutzungsverträge der Gemeinden, 1975, S. 1 ff.; V. Schlette, a.a.O. (Fn. 181), S. 316.

²³⁴ Vgl. H.-J. Papier, Recht der öffentlichen Sachen, 2. Aufl., 1984, S. 103.

²³⁵ 條文原文如下：Die Einräumung von Rechten zur Benutzung des Eigentums der Bundesfernstraßen richtet sich nach bürgerlichem Recht, wenn sie den Gemeingebrauch nicht beeinträchtigt, wobei eine Beeinträchtigung von nur kurzer Dauer für Zwecke der öffentlichen Versorgung außer Betracht bleibt. 相似規定亦見諸於§ 23 Abs. 1 StrWG NW; Art. 22 Abs. 1 BayStrWG; § 23 Abs. 1 StrG BW; § 23 Abs. 1 ndsStrWG; § 45 Abs. 1 rpLSrG; § 28 Abs. 1 shStrWG; § 22 saStrWG.

關聯性，透過公法法規明定不影響公物一般使用之特別使用以公法關係形塑者，則可例外地認定為公法關係；據此所簽訂之契約，則為行政契約²³⁶。

至於是否對道路之一般使用造成影響，一般而言復可區分以下情形論斷之：

首先，倘特別使用涉及到道路提供交通往來之路面部份者，則原則上可一般性地認定對一般使用會有造成影響之可能性。至於用路人對於道路之一般使用在具體個案中是否確實受到危及，則非判斷之所在。是以，「路面上方之特別使用」(Oberflächensondernutzungen)通常屬於公法關係，須道路主管機關許可始得為之²³⁷。路面上之特別使用唯有在極小例外之情形下，始會欠缺影響一般使用之「抽象特徵」(abstrakte Eignung)。例如特別使用僅涉及到對道路路緣所種植之果樹及草地的利用，或是對道路上空空間為不影響人車通行或交通標號誌閱讀之使用。

至於對於「公有道路路體下方」(in der Tiefe des Straßenkörpers)之特別使用，原則上並不影響該道路之公法上目的設定——亦即道路之通行功能(Verkehrsfunktion)²³⁸。準此，根據各邦道路法之規定，其使用權唯有透過與道路所有權人簽訂私法性質之同意契約(privatrechtliche Gestattungsverträge)始得被賦予。又若因公共照料之目的，須對公有道路進行暫時性影響之特別使用者，例如於道路下方鋪設管線，則根據道路法之規範架構，此等「暫時性影響」係與「不影響」等同視之。故而，公用事業為於公有道路下方埋設管線而須對道路為特別使用者，根據德國聯邦及各邦道路法之規定，須與道路所有權人簽訂私法契約，始得取得使用權²³⁹。若因此而須負擔道路使用費者，該費用之繳納性質上亦屬私法上之金錢債務。

²³⁶ 參見林錫堯，行政法要義，3版，2006年9月，頁563-564。

²³⁷ Vgl. H.-J. Papier, a.a.O. (Fn. 234), S. 104.

²³⁸ Vgl. H.-J. Papier, a.a.O. (Fn. 234), S. 104.

²³⁹ Vgl. z. B. § 8 Abs. 10 FStrG und § 23 Abs. 1 StrWG NW.

須注意者，上述之法律屬性區分並不限於僅適用於傳統之「平面公有道路」而已。除此之外，在現代立體式之道路設計構造下，供公眾一般使用之公有道路意義更有可能擴及至「地下街道」或「空中走廊」等不同空間之型態。只要是其在性質設定上係屬供公眾通行之一般使用公物，則管理機關將其提供他人特別使用，亦當全然適用上揭特別使用法律屬性判斷之基準。例如行政機關提供捷運地下行人通道供私人設置活動式或是固定式攤鋪，販售飲食商品，則此等公有財產（公眾用公物）之利用若影響到用路人之一般使用，自應建構在公法關係上。若以契約形式約定該特別使用所生之權利義務關係者，則其屬性應屬行政契約。反之，則屬私法契約。

第五節 研究發現

德國公私協力之概念具多義性，法制及學說迄今尚未有一致性之見解。從狹義至廣義者，皆有主張之。縱然如此，由於受歐盟法之影響，多數所理解者，仍是以「瘦身國家」理念之實踐為出發點，指透過私人自願參與行政任務之執行，使國家得以從原應自己負擔之履行責任中釋放，退至僅負責確保私人合宜執行行政任務之擔保責任而已。

至於公、私部門雙方合作法律關係之形塑，絕大多數皆係透過契約為之。有鑑於公私協力種類繁多，因此所締結之行政合作契約，當事人間之權利義務關係亦各不相同。整體觀之，德國經常運用之公私協力模式，參與計畫標的之興建、修繕、營運及投資之私人通常並不直接與第三人發生外部法律關係，毋寧僅提供公部門執行行政任務所需之相關房舍設施，並維持其合於營運之狀態而已；而公部門作為該私人所出資興建及營運之「直接使用人」，通常會對參與公私協力之私人分期給付使用費或其他對價。公、私部門間之協力關係，僅存在於兩者間之內部關係，並不及於公部門利用協力設備所提供行政業務之相對人。換言之，我國常用之「設備連結業務」一併委託民間經營之模式，在德國之公私協力實務上反而鮮少受採

用。唯一例外者，為「特許權模式」。在此模式之契約關係下，特許權人與利用設施之一般民眾直接發生設施利用法律關係；其設施興建及營運等相關支出費用，原則上亦由民眾所繳納之使用費獲得支應，而非公部門以預算分期攤平。

有鑑於德國所採行之公私協力模式多與第三人不直接發生法律關係，故此等為公私協力目的所締結之行政合作契約，根據目前多數學說及行政實務見解，多被定性為「私法契約」，蓋其亦屬行政機關為滿足行政任務執行所需財物之「需求滿足行政」之一環。從而，締約當事人遴選程序規範，視計畫金額而分別適用政府採購法抑或預算法。若有因履約所生之法律爭議，則應尋求民事審判權歸屬法院提起訴訟解決之。然而，此等學界通說及實務見解，晚近屢遭學者之質疑及挑戰。主要之著眼點在於公私協力關係中之私人行為不應與行政機關藉此設施所執行之最終任務區隔視之，而僅被單獨地評價為需求行政而已。毋寧，私人之設施興建及營運行為實亦屬於行政機關所執行「最終任務」不可或缺之一部分。故而，行政合作契約應定性為「公法契約」。

介於上述一律為私法契約說或是公法契約說之間的緩和見解，則認為公私協力「制度本身」並無法作為契約定性之基準。其毋寧仍須回歸契約標的或是所適用法規範之公、私法性質而定。此等行政合作契約原則上可能是私法契約，亦可能是公法契約之見解，已獲晚近參與德國聯邦行政程序法改革之學者一致肯認。即便是聯邦內政部本身，此等立論亦持支持之態度，並且於其所提之官方版本的聯邦行政程序法修正草案中作出回應。

結合行政合作契約特性與公、私法契約之一般區分基準，則除行政合作契約依其標的可顯然無疑地界定為公法上權利義務關係，而歸屬於公法契約，或是私法上權利義務關係，而歸屬於私法契約之「本質論」外，其餘則應再更為細膩地就契約標的為分析。析言之，倘行政合作契約涉及公共委託者，無論其簽約所適用之法規範究係政府採購法抑或預算法，因屬

滿足行政需求之市場採購行為，故應認定為私法契約。反之，若行政合作契約之標的涉及行政機關委託民間執行直接行政任務者，則視該行政任務種類不同，可影響行政合作契約之法律性質：在委託民間從事干預行政任務之領域，應評價為公法契約；反之，委託民間執行給付行政任務者，行政則有決定採行公法契約或是私法契約之選擇自由。此等見解對於慣採與公有財產管理具不可分割性之公共任務一併隨同公產委託民間經營（設備暨業務委託經營）模式之我國公私協力法制及實務而言，甚具意義。蓋在我國，將公有財產委託民間經營，較少僅是涉及單純之勞務採購而已，毋寧多半將對人民應直接執行之公共任務一併委託民間辦理。在此情形下，我國為公有財產委託民間經營目的所締結之公私協力契約，多數即會落入德國法所稱標的涉及「人民執行直接行政任務」之契約類型。從而，在我國即較少存在有該等契約在本質上必然應歸屬於私法契約之情形。

至於為增加公有財產收益目的所締結之公私協力契約，其原則上因僅屬行政主體之財產增值行為而已，與一般私人所有權人行使其民法所賦予之所有權能無異，故原則上屬於「私法契約」。除非，公有財產出租或提供使用之行為，主要之目的明顯地正是在於對契約相對人履行行政任務時，則雙方所簽訂之公有財產租賃或使用契約應例外地被評價為「行政契約」。在此類型之公私協力契約，其法律屬性之判斷主要落在「契約目的」基準上。

類似之邏輯，亦適用於公有道路特別使用契約之公、私法性質判斷上。根據德國聯邦及各邦道路法之規定，公有道路提供私人挖掘埋設管線，或是作其他之特許使用者，原則上法律關係依民法為斷。換言之，若雙方有簽訂使用契約者，則該契約應屬私法契約。除非，他人之特許使用有影響公有道路一般使用狀況之虞時，則此際若以契約形塑特別使用關係，該契約即應屬公法契約。是以，在提供公眾用公物特別使用之公私協力契約類型上，契約屬性之判斷及形式選擇，主要基準乃在於「特別使用對一般使

用所生影響」上。

綜上所述，德國法對於上述三類公私協力契約之公、私法定性，各有不同之判斷基準。而且，此等判斷基準都較之於行政法總論所採行之契約標的結合契約目的的通案性標準細膩甚多，能契合個別公私協力事件特性，頗有值得我國借鏡之處。

第五章 法國公私協力契約之形式選擇

如果將公私協力之概念等同於私人參與公部門行政業務之執行，則法國早自中世紀舊王政時期起，就因為生活方式逐漸多元、生活需求隨之多樣化，已經有私人開始參與公部門行政業務之執行，儘管多數的公共建設由國家負擔。當時係以君主王權之高權地位與私人建構法律關係，並非也不可能基於平等地位，故並非真正等同於當代以合作行政角度下定義之公私協力，但不僅已經透過詳細的契約條款規範相互的權利義務關係，並且已然論斷契約係公法契約²⁴⁰。因此，法國早在中世紀已然展開公部門與私部門共同完成公共事務或服務之行政契約法律關係。同時，採取招標、競價方式吸引私人參與公共工程（諸如橋樑、道路等），以降低價格並避免徇私，接著締結契約以規範雙方權利義務內容，更是法國一直以來採用的方式。如法國大革命之後，有越來越多的法規針對不同類型、不同行政層級的公共工程規範，像是 1793 年 12 月 6 日全國性的修復橋樑與道路命令，或是帝國 4 年針對市鎮內工程、醫院與慈善機構規定適用招標程序之命令。

不論是王權時期或是進入共和時間，國家在此等契約當中，由於並非以相當於私人之地位與相對人締結契約，因此都在契約條款中規定保留相當的高權地位，如單方終止契約、對於遲延給付或瑕疵給付課以嚴厲的處罰等不同於私法契約之規定²⁴¹。此類以公共服務之特許（*les concessions de services publics*）為主要任務，於契約條款當中規定種種維持行政權特殊權力，認定與私法契約晉渭分明的行政契約，長久以來構成法國私人參與公部門行政任務的主要型態。不過，嚴格與私法契約相區別的行政契約概念與有限類型，在經過兩次世界大戰與全球經濟危機後的二十世紀中期後開

²⁴⁰ 例如 1593 年為亨利四世慶典而訂製 Chartres 大教堂內部的木工作品，該訂製契約對於契約內容變更而得減少契約價金都已明確進行規範。K. Weidenfeld, *Histoire du droit administratif*, Economica, 2010, p.295.

²⁴¹ K. Weidenfeld, *op.cit.*, p.303.

始明顯產生轉變。如今，不但行政機關更頻繁地透過私人協助履行行政任務，為了促進公法人所有之公有財產活化運用，傳統的公物領域已不再嚴守公物公用原則，大量的法令變更，使得公有財產之使用、利用與經營大舉跨越公私法區別標準²⁴²，使公私部門間之法律關係不再以單一行政契約的方式進行規範。

詳言之，在法國法的架構下，以往論及私人參與行政業務或任務，只要私人不是單方面受到行政高權之強制，而是透過自願、並締結規範兩方權利義務之文件，則納入行政契約之範疇，並以有限的行政契約類型進行規範；如今，在公共採購（la commande publique）範圍擴大、行政任務越益多元繁雜的情況下，不但行政契約的類型增加，私人參與公部門行政業務之執行也已不再受限於行政契約之範疇，也可能透過私法法律關係進行規範，行為態樣也呈現相當高度的歧異性。這樣的現象，實際上無異於我國自德國援引而來，並由學者進行定義的「公私協力行政」概念²⁴³。然而，法國法儘管陸續因應歐盟法之要求，開始編輯、修正相關公共工程契約（marchés publics）與公共服務委託（Délégation de Service Public）法令，並在 2004 年訂定新法增加公私協力契約（Contrats de partenariat）此一新型態的行政契約，近期則以公共採購契約（contrats de la commande publique）之上位概念企圖包括所有公法人為了滿足其需要所締結的所有契約態樣。不但未採用公私協力的語彙描述此等現象，也不像德國行政法學界掀起「行政合作法」的討論風潮，仍然以法國長期以來建構的行政法理論因應公私協力行政的現象。因此，對照於德國開始建立「行政合作法」概念，並討論修訂行政程序法相關條文以完整建構體系²⁴⁴，法國不但相關的討論與修

²⁴² O. de David Beauregard-Berthier, *Droit administratif des biens*, 4^e édit., 2006, p. 48.

²⁴³ 相關定義討論可參詹鎮榮，前揭（註 29）文，頁 8-11。

²⁴⁴ 參閱程明修，公私協力行為對建構「行政合作法」之影響——以台北高等法院 ETC 案為契機，月旦法學雜誌，第 135 期，2006 年，頁 9；吳志光，公私協力行為之公法化趨勢——以委託經營管理及促進民間參與公共工程法為核心，輔仁法學，第 36 期，2008 年，頁 43。

法顯得較為分散，也無法找出完全對應的概念。是以，在概念上，必須以回溯法國對於私人參與公部門行政事務之性質認定與傳統契約類型建構，接著再論述法國當代公私協力之發展狀況，以及現行採取之契約形式。

第一節 法國私人參與公部門行政事務之性質認定—— 行政契約與私法契約之區別

法國於建構行政行為之歷史過程中，向來主張行使行政權之公法人係為了追求公共利益而代表公共職能、提供公共服務，與只是追求私人利益之私人顯不相同。同時，公法人以追求社會整體利益為目的履行行政任務、提供公共服務時，除非法律明文予以限制，否則得自由選擇自己履行或尋求私人參與協力；在選擇尋求私人參與協力時，若採取契約方式進行，必須進一步區分係適用私法關係或公法關係。倘若選擇與私人締結行政契約，即表示該契約受公法規制，原則上不適用民法，並由行政法院擁有管轄權；公法人為了維護與確保整體利益、履行行政事務內公共任務，在行政契約中仍保留高權行政之若干特權，如單方契約解除權（le pouvoir de résiliation unilatérale）²⁴⁵，此不但為法國行政契約之一般原則與特徵，也顯現出行政契約當中，公法人、行政機關與私人非立於平等之地位。反之，若選擇與私人締結私法契約，則當事人之間地位平等，公法人不得以追求公共利益之理由保留高權行政權力。因此法國私人參與公部門行政事務之性質認定關鍵之一在於，如何區辨私法契約與行政契約。目前法國區辨此二類契約之標準主要源於法院判決之建立，但也有少數由立法者所創設。

第一項 判例建立的一般性標準

以往判例所建立的一般性標準可概分為組織性標準與本質性標準²⁴⁶。

²⁴⁵ Agnès Roblot—Troizier, Retour sur le pouvoir de contrôle de l'administration sur son co-contractant, RFDA, 2007, p.990.

²⁴⁶ 學者陳淳文則區分為形式要件與實質要件，見陳淳文，公法契約與私法契約之劃分—

組織性標準即指契約中有一方為公法人或行政機關，但目前此一標準已越來越常被突破（例如私人之間所締結之契約亦可能被認定為行政契約）而逐漸喪失其判斷的重要性²⁴⁷，因此以下只針對本質性標準進行介紹，亦即判斷契約是否為了達到確保公共服務之目的（*ayant pour but d'assurer un service public*），以及是否包含當事人地位不對等之契約條款，學者一般稱之「普通法外條款」（*la clause exorbitante du droit commun*）。

第一款 以公共服務之確保為目的

公共服務（*service public*）的概念，發展於 19 世紀末到 20 世紀初，狄驥（Léon Dugit）為首，葉慈（Gaston Jèze）、波納（Roger Bonnard）與何隆（Louis Rolland）承繼為代表，透過觀察行政法之實務運作以及行政法院之判決累積，建構公共服務之概念，用以作為判定適用行政法與受行政法院管轄之標準。狄驥曾定義：凡必須透過政府的力量加以規範、監督與負責方能完成之活動，即為公共服務²⁴⁸。亦即，所有由行政機關確保之整體利益之服務，該當公共服務²⁴⁹。但因為這個引領法國行政法核心的概念名詞，一方面從未有任何法律條文進行明確定義，二方面其概念範圍的變動頻繁，因而只能透過學者觀察整理行政法院實務案例的方式歸納出組織內涵與業務內涵兩方面的要件。組織內涵的公共服務指行政活動或任務的執行主體，業務內涵則是行政機關所進行的所有活動。由於此處討論公共服務概念是為了據此判斷契約性質，因此以公共服務的業務內涵為重心。公共服務因而可被定義為：公法人為了公共利益而確保或承擔之活動。

如此開放的公共服務概念，顯然大舉擴張公法人行政事務之範疇，但在行政契約的認定連結上，主要涉及是否該項行政行為是以公共服務之確

法國法制概述，收錄於行政契約與新行政法，台灣行政法學會主編，2002 年，頁 144。

²⁴⁷ 學者認為其仍為判斷的重要依據，但已經並非必要要件。M. Gros, *Droit administratif*, 4^e éd. 2012, p.180.

²⁴⁸ L. Dugit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1928, t. II, p.61.

²⁴⁹ J Waline, *Droit administratif*, Dalloz, 24^e éd., P.370.

保為目的。法院判例主要承認三種類型：

一、契約內容係授與契約相對人執行公共服務

亦即契約相對人所為之行為就是在執行公共服務本身。最著名的案件為 1956 年的 *Epoux Bertin*²⁵⁰，中央行政法院認為 *Bertin* 夫妻與遣返中心透過口頭契約，承諾提供蘇聯難民一日食宿，並約定一天一人 30 法郎的費用，提供食宿之行為即為執行公共服務，因此該夫妻與遣返中心之口頭契約該當行政契約。

二、契約構成履行公共服務之方式

亦即，契約本身即公共服務之執行手段或方式。在這種契約類型當中，行政機關本即有履行公共服務之職務，其可選擇透過締結契約的方式或使用單方行政行為的方式履行，也因此此類契約一定是行政性²⁵¹。如與國家財政紓困對象簽訂財政協助契約。

三、使契約相對人參與公共服務之履行

如行政機關招聘人員，一方面使受聘人員參與公共服務，另方面使行政機關獲得實施公共服務之人員。但如果受聘人員所為之行為與公共服務並無關連，則該聘僱契約非屬行政契約。不過，由於個案情況差別很大，權限爭議法院又進一步區分該項業務所涉及係「行政公共服務」或「工商性公共服務」：行政性公共服務與人民產生之法規範係公法，而工商性公共服務則是私法。而行政性與工商性之公共服務的概念界分，主要以中央行政法院 1956 年 *Union Syndicale des Industries Aéronautiques* 一案建立標準：以公共服務之目的、履行職務之方式與財務來源進行區分。原則上，當私人參與公部門事務時，倘若該公法人進行該項行政事務之目的主要在生

²⁵⁰ CE sect., 20 avr. 1956, *Epoux Bertin*, GAJA, Dalloz, 14e éd., 2003, n 75;
<http://www.conseil-etat.fr/fr/presentation-des-grands-arrets/20-avril-1956-epoux-bertin-et-ministre-de.html>

²⁵¹ *Ch. Guettier*, *Droit des contra administratifs*, puf, 2004, p.91.

產、經營或提供某項服務，且服務提供者適用勞動基準法、以私人會計方式進行帳務管理、透過商業方式提供服務等，再加上提供服務之資金主要係服務之對價，該項公共服務即較可能被認定為工商性公共服務，反之即為行政公共服務。是以，公法人於規劃階段對於公部門事務所進行之內容確認或安排，將影響之後的契約定性。

第二款 當事人地位之對等性

判斷契約當事人地位是否對等，最主要以契約條款中是否存在「超出條款」(la clause exorbitante)或「普通法外條款」(la clause exorbitante du droit common)為依據。而所謂的「普通法外條款」，目前並未存在統一的定義，甚至也有學者質疑其作為判斷契約性質的重要性與必要性，但仍為當前法國法院援引的重要要件。最高行政法院曾經的定義：「條款具有賦予當事人一種權利或責任，該權利或責任例外於一般民商法條款當中，當事人所得自由同意的範圍。」權限爭議法院則表示：「締約當事人互相約束之條件並非如同普通法，係以締約時的合意為基礎。」學者有認為：「私人關係中不可能存在（顯然與當事人平等原則不符）或是不常用的條款。被排除於契約關係以外的條款，則該當於普通法外條款」像是單方解約權的存在，常常被認為是一種典型的普通法外契約。

綜言之，在普通法契約當中不會也不可能出現的契約條款，即所謂普通法外條款，但認定的標準並非個別契約條款或內容，而是觀察公法人所為契約之整體，倘若該契約就如同私人在契約關係內的所有行為，則該契約為私法契約。例如中央行政法院於 1912 年的 la société des Granits porphyroïdes des Vosges 判決中認為，Vosges 花崗岩公司與 Lille 市簽約運送花崗岩攤鋪機，Vosges 公司運送遲延，Lille 市因此要求該公司給付遲延的罰款，該罰款規定係基於該市與該公司所締結之採購契約 (marché)，該契約是一個完全由公司提供物資，基於私人間設定條件與規則的契約所規

範，並未使當事人承受不可能在普通法內出現之契約條款之拘束，因而為私法契約。

因此，當公法人以締結契約方式與私人進行合作時，必須整體觀察契約條款，是否存在有一般私法契約中不可能存在或不常用的條款，且該條款並非基於當事人之意志而締結，若然，該契約即包含普通法外契約而可能被認定為行政契約。

第二項 立法者法定的區別標準

由於契約的法律性質直接影響契約之審判權所屬以及適用之法規範，屬於重要事項，因而倘若以法令一般性地予以規範，必須由立法權機關進行立法，而非屬行政命令之範疇²⁵²。不過，由立法者在法律中指名、認定契約性質的法律在法國並不多見，絕大部分採用前述法院判決所建立的標準進行判斷，發生爭議時再由法院予以確認。也因此，法國學者認為，倘若立法者有意地在法律中認定契約性質，通常是為了確保該等契約由行政法院進行審理，並適用行政法，以避免被認定為私法契約，並由普通法院進行審理²⁵³。

立法者透過法定方式認定契約性質的方式有二：一為間接認定，即不直接規範契約性質，只是指定由行政法院為管轄法院；另一則是直接認定，即直接以法律條文明確指出契約的性質。前者的認定方法又區分為兩者方式：一個是直接法令條文中直接指定管轄法院，像是 1806 年 7 月 11 日國家設施提供契約第 14 條之規定「中央行政法院確認…」；另一種則是契約的部份內容指定由行政法院審理，也可能被認定為是行政契約。而後者目前僅出現於政府採購契約與公私協力契約。政府採購契約當中之所以明確規範契約性質，是因為在 2001 年透過法律明確認定之前，法國最高法院與

²⁵² Ch. Guettier, op. cit., p.72.

²⁵³ Ch. Guettier, op. cit., p.72.

權限爭議法院多次認定適用政府採購法典（Code des marchés publics）締結之契約不具備行政性而被定性為私法契約²⁵⁴。這樣的爭執不但使得契約相對人承擔契約性質不確定，甚至可能在契約爭議解決多年後再以管轄權錯誤而另為興訟，為了解決此一爭議，2001 年 12 月 11 日的經濟與財政性質改革緊急措施法（簡稱為 MURCEF 法）第 2 條明文規定：「適用政府採購法典而締結之採購具備行政性」，使得地方所締結的該等採購都必須受到中央派駐地方代表之合法性監督²⁵⁵。

從以上論述可知，縱然立法者透過立法方式界定契約性質，仍可能因為只是針對契約部分進行認定，繼續在認定上產生爭議，並非是一個無缺漏的認定方式。

第二節 法國當代公私協力可能採取之契約形式

儘管法國早已建立一套私人參與公部門行政業務之體系，但 70 年代以降，伴隨著能源危機引發的經濟結構調整，國家財政負擔擴大，越演越烈的全球化與歐洲化趨勢，公部門競爭力之強調以及人民與國家互動關係之轉變，國家功能外部化（l'externalisation des fonctions de l'Etat）日益顯著，國家功能角色調整之主張甚囂塵上，不但公部門與私部門共同完成公共事務的類型與法律關係展開新的討論與發展，以往審判實務與學理所建構的契約類型是否仍足夠包括涵蓋目前所有發生的合作模式，也日益獲得重視並有增列新法之倡議。前已述及，法國私人參與公部門行政事務之法律態樣與行為形式多端，若採取契約模式，將以締約公法人所認定之契約目的與締結之契約條款作為區分私法契約與行政契約之主要依據。由於私法契約之類型並未因私人參與公部門行政事務而有所變動，以下先介紹法國傳統以來行政契約之基本類型與近年來之發展，再說明法國新進類型的行政

²⁵⁴ Cass. 1re civ., 17 déc. 1996, Société Locunivers, Dr. Adm., 1997, n. 122, note L. Richer; TC, 5 juill. 1999, Commune de Sauve c/ Société Gestetner, AJDA, 1999, p. 554.

²⁵⁵ S. Pignon, La réforme de la commande publique, AJDA, 2002, p.34.

契約與契約概念的變化。

第一項 法國傳統行政契約之基本類型與發展

法國傳統以來之行政契約，依據實務判決與學者整理，得以契約標的、期間、價金給付方式等標準，區分為以下五種類型：政府採購契約（marché public）、公共服務委託契約（la convention de délégation de service public）、公物管領契約（la convention d'occupation du domaine public）、規劃特許契約（Les concession d'aménagement）以及公法上聘僱契約（le contrat de recrutement d'agents publics）。

第一款 政府採購契約

政府採購契約一般而言係指行政機關透過契約之方式，以獲得設備或服務，或是支付價金，以完成工程。由於契約內容十分近似一般私人之間所締結之私法契約，長久以來，不但並沒有一個統一的定義，國家與地方自治團體之政府採購契約係分別由行政立法權與國會立法權各自分享，換言之，國家締結政府採購契約所需遵循之義務規範來自於行政機關所訂定之命令，而地方自治團體締結公共採購契約所必須遵守之義務規範則來自於國會所通過之法律，造成國家與地方自治團體適用法規雙頭馬車的現象²⁵⁶。

不過，在歐盟推動自由流通之推波助瀾下，法國政府採購法典 2001 年、2004 年與 2006 年分別進行大幅修正，並確定政府採購契約之法定定義為：「政府採購契約乃定義於第 2 條之招標權人與公或私之經濟運作者之間，為提供前者於工程、設備或服務之需，而締結之有償契約。」第 2 條所定義之招標權人為：「1. 國家與國家所設立之非具備工商性質之公務機構；2.

²⁵⁶ 吳秦雯，歐盟法對法國行政契約法制之影響，東海大學法學研究，29 期，2008 年 12 月，頁 15。

地方自治團體與地方公務機構。」然法國政府採購契約儘管基本上必須遵守公開招標或制式程序之規定，但並非完全不能適用其他程序者。如 2008 年 12 月 19 日之總理命令，修改不適用公開招標契約之最低額度從 4000 歐元調高為 20000 歐元。

第二款 公共服務委託契約

公共服務委託之源，乃中世紀之「特許」(concession) 制度。乃和予許私人經營或參與公共服務之狀態相連結，十九世紀末開始，在鐵路、自來水、瓦斯與電力等領域即被廣泛運用²⁵⁷，但始終欠缺立法者之明文定義，係由中央行政法院之判決中彙整出概念。如 1916 年，中央行政法院波爾多瓦斯 (Gaz de Bordeaux) 案件中，政府委員 Chardenet 曾對特許契約為以下定義：「乃是一個賦予私人或公司，以自其費用，不論有無政府津貼，不論有無保證利益，執行公共工程或確保公共服務之契約，同時授權該私人或公司，開發公共工程或執行公共服務，並對於使用人繳交規費或使用費之收取權，以作為報酬。」²⁵⁸。正式完整的法律定義，也是在八〇年代後，公私部門彼此關係急遽變動後，立法者才開始在個別法律中表示意見，並終於 2001 年 12 月 11 日經濟財政緊急改革措施法 (la loi du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier) 第 3 條²⁵⁹進行界定²⁶⁰：「公法人將自己負責之公共服務之管理，賦予給公或私的

²⁵⁷ 例如鐵路交通之公共服務，自其創立始，即由國家委託給商業公司以「特許契約」之方式使該等公司負責，包括建造必要之設施與確保其通行。Loi du 11 juin 1842 第一個規範鐵路交通服務之法律。

²⁵⁸ CE, 13 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, RDP, 1916, p. 213, cité par Ch. Guettier, *Droit des contrats administratifs*, PUF, 2004, p. 9.

²⁵⁹ 此條通稱為 loi « MURCEF », 目前編列法典化於地方自治團體法典第 1411-1 條 (L'article L. 1411-1 du Code Générale des Collectivités Territoriales).

²⁶⁰ 此定義係於「隆河口中央行政長官案」(*Préfet des Bouches-du-Rhône*)所建立，CE, 15 avr. 1996, préfet Bouches-du-Rhône : Juris-Data n° 1996-050185 ; Rec. CE 1996, p. 137 ; RFD adm. 1996, p. 715, concl. Ch. Chantepy, note Ph. Terneyre, p. 718 ; AJDA 1996, p. 806, chron. D. Chauvaux et T. Girardot, p. 727 ; Dr. adm. 1996, comm. 355, note J.-B. Auby.

受託人，其報酬充分地被連結於服務開發之成果。為服務之需，受託人能被授權進行或取得服務之建造」²⁶¹。

第三款 公物管領契約

對於公法人所建造、擁有、管理之公物，提供給公法人以外之人使用，若非以行政處分方式進行授權，則係以締結契約方式規範公物使用人與公法人間之權利義務，後者即為公物管領契約。公物管領契約在地方自治團體之經濟活動中扮演即為重要的角色，諸如公共運輸、能源、電訊服務等都不可避免地涉及公物之直接或間接使用。此類契約並沒有法律的明文定義，而是由學者整理法院判決而來之類型，只要與公物管領有關，不論是基於私益、公益或是建立夥伴關係之目的，都屬於此種類型，必須在符合公物使用目的之架構下進行²⁶²。

第四款 規劃特許契約

主要適用於都市計畫領域，初始由 1959 年之都市計畫法典（Code de l'urbanisme）第 78-1 條定義，歷經 1967 年、2000 年、2005 年之修改，目前之定義確立於 2006 年，規定於都市計畫法典法律第 300-4 條：「國家、地方自治團體與其公物機構，得將本法典規定之規劃運作授與被賦予任務之任何人。授與者授與規劃運作必須遵守中央行政法院訂定公告之公示程序以提供多數競爭。被賦予規劃者應確保工程與配備之主辦者符合此特許契約之運作，同時應實現所有綠約必要之任務與研究。必要時得由授與者授權取得完成運作之必要財產，包括使用徵收之手段。被賦予規劃者得將規劃特許區域邊緣之不動產加以出售、出租或是再為轉規劃。」

²⁶¹ 法國有學者以為，立法者所界定之公共服務委託契約概念與英國之 BOT 概念相去不遠。X. Bezsançon, « Rétrospective sur la gestion déléguée du service public en France », *RFDA* 1997, n° spécial ; B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 418.

²⁶² L. Richer, *op. cit.*, p.628 et s..

第五款 公法上聘僱契約

法國公務員法制中，存在透過契約進行聘用之契約公務員，與一般透過考選任用之公務員不同，此類契約公務員與公法人間之法律關係，即透過公法上聘僱契約加以規範。

第二項 新興的契約類型

在歐盟大量採用公共採購契約規範公私協力行政行為之影響下，法國近年來也產生新興的契約類型，一為正式立法設定的夥伴契約，另一則是停留在學說討論階段的公共採購。

第一款 夥伴契約

夥伴契約（*contrat partenariat public-privé*，通稱 PPP，但實定法之正式用語為 *contrat de partenariat*）是法國行政契約類型當中，2008 年方通過立法，為行政契約類型中最為新穎並且為法國法上少數繼受自外國法之概念²⁶³。

發軔於經濟領域之「夥伴」一詞，在法國，初始使用於降低國家與地方自治團體間傳統之下階層關係，或使用於多數人（公法人或私人）以夥伴方式共同進行計畫之情形。2004 年 6 月 17 日由總理發布的夥伴契約命令（*l'ordonnance du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariat*），係首次於實定法層面承認此一新類型行政契約，歷經兩年之施行，於 2008 年 7 月 28 日再經由國會立法通過夥伴契約法（*loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat*），以修正前述之 2004 年 6 月 17 日夥伴契約命令。依據最終定案之法律，夥伴契約為：「夥伴契約係一個行政契約，國家或國家之公務機構，透過此契約，於投資償還期限或資金回收方式加

²⁶³ 主要來自世界銀行等國際貨幣機構之影響，參見 *L. Richer, op. cit.*, p.683.

以計算出之確定期間內，賦與第三人，公共服務必須之工程、設備或無形資產之投資、建造、改良、保養、維持、開發或管理之整體任務。」乃由立法者明文定性契約的行政性質。

而由其定義，即可初步發現，此型態行政契約，就其規範之契約內容，與法國傳統之政府採購契約所規範之設備、工程內容重複；就其契約履行之方式具有移轉性而言，則與公共服務委託契約相近。然而，夥伴契約並未明確界定係一個公法人出資之有償契約，亦未表明受委託人自負成本並得收取公共服務使用費之情況，因而又與此二契約類型不同。因此，一般以為，夥伴契約係行政權有意識地創造一個新類型的行政契約，因為該契約具備其他契約未有之整體性特徵，亦即公法人授權由締約之私夥伴負責公共服務之一部或全部，該契約期間不限制在公共服務委託契約之期間通常不超過三年，而是於投資償還期限或資金回收方式加以計算，界定期間，並由委託人與受委託人依據一定比例風險分擔（風險分擔之計算方式，必須依據契約標的與期間等因素，進行評估計算），甚至由委託人支付部分價金。

但哪些公共服務得使用此等夥伴契約以規範雙方當事人之權利義務，並且與以往的契約類型進行區別，目前尚欠缺抽象性的操作標準。另外，此等新興契約與前述傳統契約類型相同地收到歐盟法的影響。以 2004 年之歐盟綠皮書²⁶⁴為例，該綠皮書揭示各會員國之夥伴契約必須遵守透明原則、平等對待原則、比例原則與互惠承認原則（les principes de transparence, d'égalité de traitement, de proportionnalité et de reconnaissance mutuelle），儘管此綠皮書乃歐盟之政策方向宣示，並不具備對於各歐盟會員之直接拘束效力，但卻指引了之後歐盟立法與通過指令之方向，因而間接地發生對於各會員國內國法制之影響力。法國新設夥伴契約於內國行政契約法制中，雖

²⁶⁴ COM/2004/0327, 30 avr. 2004 : n° CELEX : 52004DC0327; 請參考網站
http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=fr&type_doc=COMfinal&an_doc=2004&nu_doc=327（瀏覽日期：2014 年 8 月 21 日）

然並非來自歐盟法的強制要求或歐盟指令的直接效力，但可謂歐洲各國契約類型在實質歐洲化影響下之同步過程。

依據目前中央行政法院之見解，夥伴契約應遵守歐盟法政府採購之相關規定²⁶⁵，但由於法國法與歐盟法對於特許定義之不同，所以也不全然排除夥伴契約適用歐盟特許概念之可能性。目前法國之夥伴契約，必須依據契約內容，分別適用歐盟關於政府採購或特許契約之規範，並不如法國政府一開始在創設夥伴契約時所言，乃是一個全新的契約類型。蓋倘若夥伴契約之簽訂程序、內容違犯歐盟法政府採購或特許契約之規定，中央行政法院仍然得直接適用歐盟指令宣判無效或撤銷²⁶⁶。也就是說，儘管法國創設夥伴契約此一契約類型，但其並未為此類型契約創設新的締約與履約相關規定，反而因為契約內容較傳統契約廣泛，使得地方自治團體在預算限制之情況下，不易運用此類契約達到公私協力之預期效果。

第二款 公共採購

由於法國長期以來有許多種公私協力行政的契約類型與相關法典，為了規整此一龐雜的領域，目前學界與經濟部會興起整編「公共採購法典」（code de la commande publique），並預計於 2015 年完成彙編。此一概念將所有公法人為了滿足其需求而締結的契約都納入公共採購的範疇，包括現行的政府採購、公共服務委託契約與夥伴契約，但納入公共採購的契約類型未必適用現行的政府採購契約法典。此一上位契約類型目前已然受到中央行政法院的承認，並且認為行政訴訟必須監督公共採購契約兩大方向：一方面為進入公共採購的自由、所有公共採購候選者之公平對待、程序的透明；另方面則為契約關係的穩定²⁶⁷。其並指出，此等契約事實上與私法契約並不相同，一方面公法人簽訂此等契約不但是為了履行或管理公共服

²⁶⁵ CE, avis n° 370095, 3 juin 2004.

²⁶⁶ CE, 29 oct. 2004, Sueur et a..

²⁶⁷ *Rapport de Conseil d'Etat, Le juge administratif et la commande publique*, 2014, p. 2.

務，另方面，此等契約當中都包含著命令性的契約條款。換言之，此等公共採購契約性質仍為行政契約。

第三節 研究發現

儘管目前學說整理實務見解依據長期以來的公私協力行政態樣建構五種類型的行政契約，而且每一種契約類型都有其各自契約相關規定，使得法國傳統的契約類型看似區隔嚴明。但事實上除了法定的契約類型外，每個學者的整理方式不盡相同，加上契約類型影響契約爭議之認定與解決，要以契約類型來認定契約性質，事實上並不容易。目前契約類型的定性，雖有法定的契約類型，但個案產生爭議時，仍由行政法院依據判例所建立之標準進行個案認定。就公私協力行政的現行發展觀之，法國目前似乎有意以公共採購的上位概念進行整併架構，此一概念將所有公法人為了滿足其需求而締結的契約都納入公共採購的範疇，包括現行最重要的政府採購、公共服務委託契約與夥伴契約。目前對於公共採購的強調，非在於定性其為行政契約，而在監督公共採購契約的兩大方向：一方面為進入公共採購的自由、所有公共採購候選者之公平對待、程序的透明；另方面則為契約關係的穩定。綜言之，對法國來說，對於公私協力行政的契約定性仍主要委諸行政法院判定，立法者所設定的各種標準只是參考的基準，在公私協力行政中最重要的，是締約前的公平透明與締約後的履行確保。

第六章 公私協力契約形式選擇體系建構之嘗試

第一節 契約屬性「本質論」與「選擇論」之區分

綜合本研究上述對我國、德國及法國學說之介紹及分析，其乃普遍呈現出一共通特徵，亦即行政機關與人民所簽訂契約之屬性認定，有本質上應歸屬於行政契約或是私法契約，不容契約當事人之主觀選擇或是作不同解讀者，但亦存有一定領域，契約當事人對其享有選擇以行政契約或是私法契約形成、變更或消滅權利義務關係之自由。質言之，行政機關與人民所簽訂契約之法律形式，法理上有存在屬於「本質論」之部分，但亦不排除有屬於「選擇論」之部分。兩者在個案中雖為互斥，無法同時並存。但在法理上，絕非意謂契約屬性之判斷，毫無例外地僅單一取決於客觀基準，或是完全聽任行政機關之選擇自由。本研究認為此等契約屬性本質論與選擇論皆有之之見解，原則上具可支持性，而予採納之。以下茲彙整上述所探討之行政機關所締結契約屬性之「一般性判準」，以及針對公私協力契約所發展出之「特殊區分或選擇基準」，嘗試建構出本研究認為合理、可行之公私協力契約形式選擇體系。

第一項 以「契約標的」作為界分基準

就「行政機關」為一方當事人之契約而言，自上述於學說之討論分析可知，目前德國法已然肯認原則上並非僅存在公法契約或是私法契約之唯一契約形式可能性。法國法雖然尚未明確承認此等混合性質之契約，但逐漸朝向不論認定為私法契約或行政契約，都有相同必須遵守的一定契約原則。我國法雖然目前實務態度尚不明確亦未見統一，但學者確實有逐漸朝向相同於德國法之傾向，並強調不論是何種契約類型，依法行政應為行政

機關必須遵守之基本原則。在此前提之下，不論是我國、德國或法國，以「行政機關」為一方當事人之契約，儘管可能先推定為行政契約（若依據主體說或主體推定說之論點），但都仍需視具體個案中契約標的，配合其契約目的之不同，容有定性為私法契約或是公法契約之空間，並且擁有一定限度內之選擇契約形式之自由，儘管存有細微差異，但似乎為相近之最大公約數之共識。因此，在具體操作上，當行政機關為一方當事人之契約，行政機關在締約之前，甚至在決定使用何種行為形式前，只要是不以單方高權之行政處分方式進行，都必須先判斷其「契約標的」為何；亦即，先判斷「契約當事人使用該契約所設定之法律效果，或當事人用以與該契約相結合之法律效果所屬」，以確認、辨別其契約之性質與該契約應適用、遵守之相關法規範。倘若契約標的經判斷具有本質上應屬行政性質或屬私法性質者，此時並無容任契約當事人自行選擇契約性質之空間；若非本質上已然特定，則應有選擇之可能與自由。以下即依據本研究目前之結果，嘗試提出以下區辨標準。

第二項 公私協力契約形式本質論之範疇

儘管為公私協力行政而締結之契約並未限定於單一類型的契約性質，但誠如本章第一項所言，仍得判定其中的契約性質所屬。首先必須指出，儘管公私區別在現代社會已高度的相對化，但考量到公法人（不論是國家、地方團體或其他）仍然擁有與一般私人不同之公共利益價值追求必要、公共服務提供義務與高權單方決定權利義務之權利主體性，因此公私二元論仍有其存在必要，並成為從契約標的區辨契約本質首應考量之因素。其次，由於公私二元論導源於國家與社會二元區別的基本假設，在國家與社會逐漸日益接近、糾葛之際，在公法人透過行政機關與私人締結公私協力契約之際，得以明確認定屬於公法事項，幾乎只剩下典型國家獨佔之專屬事項，亦即典型干預行政的範疇；相對地，明顯屬於公法人得介入

之私法性質事務，應限於公法人等同於私人所進行之財產收益處分範疇。基此，本研究依據事務本質之特性，參酌公私二元理論之界分標準，初步整理並分析以下幾種本質上應屬行政契約或私法契約之類型。

第一款 行政契約

受公法規制事項之一般特徵為涉及公權力之高權行使並具備公共利益事務者；為完成此類事務，行政機關若選擇不採取單方行為而以契約方式完成，往往有下列幾種類型：

第一目 根據公法規範而簽訂之契約

所謂公法規範，並非指「整部」法律皆屬於公法之法規範，而是「個別作用條文」的法律性質²⁶⁸，並應注意該條文必須為作用法，而非僅單純之組織法²⁶⁹。且對於公法規範之判斷，仍須配合整部法律，客觀予以判定。由於依據本質認定為行政契約應以明顯得予以區辨為原則，故若對於契約所適用之法規範究竟性質是否屬於公法有疑義，即應排除以本質進行認定，而依據選擇論進行性質探究。

此等基準之操作實際契約，可舉上述之臺北市大眾捷運系統土地聯合開發契約例。最高行政法院 100 年度判字第 1091 號判決即謂：「茲因開發用地如由行政主體與私人締結聯合開發投資契約，因其據以執行之大眾捷運法、捷運土地開發辦法均為公法法規，且約定內容亦涉及行政機關公權力之發動，則就契約標的及契約整體目的綜合判斷，應定性為行政契約。」本號判決即明白揭示依據大眾捷運法及捷運土地開發辦法之公法規範所簽訂之大眾捷運系統土地聯合開發契約，涉及行政機關僅能以「公權力主體」地位實現契約內容，故本質上應屬行政契約。縱此，目前臺北市政府

²⁶⁸ 參見李建良，公法與私法的區別，收錄於：氏著，行政法基本十講，2011 年，頁 58。

²⁶⁹ 參見陳愛娥，前揭（註 133）文，頁 559。

之作業實務，則傾向於將此等契約定性為私法契約。對臺北市政府之此等實務見解，本研究認為似有商榷之餘地。

第二目 涉及公權力之委託

行政機關之權限為行政機關行使公權力之權源並以之為範圍界限，依據管轄恆定原則，除非以法規為依據，否則不得任意設定變更。換言之，公權力事項以行政機關自為履行為原則，以法令委託民間團體或私人辦理為例外。受委託行使公權力者，獲得行政機關公權力之傳導而在委託範圍內，視為行政機關，係屬行政行為法之範疇。亦即，若進一步依據契約標的說進行判斷，契約當事人使用該契約所設定之法律效果，是使契約相對人代替行政機關行使公權力，不論我國、德國或法國，皆相同地認定為行政契約。

本研究前揭所舉之「桃園縣民營學校經營契約」案例²⁷⁰，臺北高等行政法院 96 年度訴字第 3402 號判決認定「原告係依行政契約之方式而為行政委託，並依約設立財團法人桃園縣民營諾瓦國民小學，以受託經營諾瓦小學」，即是認為系爭契約涉及公權力之委託，故定性上應屬行政契約。根據本研究之見解，行政法院之此等裁判應可支持。同理，臺北市事例學校委託私人辦理自治條例第 3 條明定委託契約為「行政契約」，應屬正確之立法。

第三目 實現人民之公法上請求權

人民公法上請求權之存在一般而言必須該當以下要件：首先：法律課予行政一定的行為義務；其次，法律必須有助於人民個人利益之滿足；最後，法律必須賦予人民得以向義務人貫徹其法律所賦予之利益之法律定位。因此，行政機關通常而言採單方行為之方式直接實現人民公法上請求

²⁷⁰ 參見本研究第三章第二節第一項。

權，但若是基於人民之請求後始發動，並不排除透過締結契約的方式予以實踐。此時之契約，由於契約當事人使用該契約所設定之法律效果為實現人民公法上請求權，雖未必然為干預行政範圍內之事項，但僅生公法上權利義務變動之關係與結果，自該當行政契約之本質。

本研究上述所舉法院裁判案例中，關於臺北車站特定區 D1 用地長途客運臨時轉運站投資開發契約，臺北高等行政法院及最高行政法院判決皆認為屬行政契約。其主要理由之一，即是認為「系爭契約約定被告必須經營原告同意進駐之路線，在經核定之設站管制區內上下乘客」，故「涉及業者設立停車站公法上之權利及臺北市政府交通局准許設站之公權力措施」。若以本研究此處所主張之以涉及人民公法上請求權作為行政契約之客觀歸屬事由以觀，本案是否得以此為理由而本質上定性為行政契約，恐有疑義。蓋系爭契約雖約定業者應依核准設站之管制區內上下乘客，然該約定並非契約之主要標的，僅屬契約上之附屬義務而已。主要之契約標的，毋寧是委託開發經營及使用長途客運臨時轉運站。從此主要之契約標的以觀，長途客運轉運站之經營及使用並非屬可從臺北市公共汽車客運業營運管理辦法等相關規範推導而出之業者的公法上權利。基此，行政法院以本件系爭契約涉及人民公法上權利之實現為由，作為認定其屬性為行政契約之事由之一，恐有商榷之餘地。

第四目 公物之特別使用（公共用物之特殊使用）？

對於公眾用公物（公共用物）提供影響一般使用之特別使用，因為影響一般公眾，對於原本性質供通常使用之公物的正常利用，因原本應以涉及到特別使用許可之單方高權法律發放形式進行，屬於涉及到以行政處分作成之公權力措施，倘例外透過以契約形塑許可與被許可的法律關係，亦即替代原由高權行政形塑之使用關係，並不因此使得公物特別使用之高權性質轉變，故可認定為仍涉及公權力行使之典型替代行政處分之契約，本

質上應屬行政契約。不過，允許公物之特別使用可能基於不同目的，並非純然與公共利益相關，在為私益而提供公物之特殊使用時，是否能依據本質認定為行政契約，不無疑義。而且，公眾用公物之特別使用，是否會涉及到一般使用之公益，亦應視個案個案而定，故公物之特別使用本身即非屬區辨行政契約與私法契約之本質性基準。

第二款 私法契約

當行政機關締結契約所形塑之法律效果，與一般私人無異，在性質上即應「例外」地認定為具備私法契約之本質。之所以係屬「例外」，乃因為行政機關縱然形塑之法律效果與一般私人無異，但考量行政機關所擁有之公共事務與公共利益影響力，無論如何仍與一般私人不同，透過本質將行政機關締結之契約類型認定為私法性質，應特別謹慎，而認定係屬例外。此亦為法國法在以下兩種類型之事務內，均未採與我國法、德國法相同立場之原因。

第一目 需求行政（狹義國庫行為）

以取得執行行政任務所必須之為滿足行政任務執行之工程建設、財物及勞務需求，除涉及公務員之任用，因與公權力之執行及干預行政相關，非得認定為該當私法性質外，當行政機關之目的僅為了滿足行政任務履行所必要，而未具備任何其他之公共目的時，乃基於如同一般人之地位，於經濟市場上與私經濟主體從事私法上交易，故本質上應屬私法性質。

第二目 財產收益行為

行政機關為維持、利用、處分公部門所有或所支配之財產之財產收益行為，如其主要目的係獲得收入與利益，不論該收入與利益使用用途為

何，都與一般私人進行財產收益行為並無差異²⁷¹，故本質上應屬私法性質。

根據上述本質論與選擇論之區分架構，兩者間基本上係彼此立於排斥之擇一關係。換言之，若是契約本質上屬行政契約或私法契約，行政機關即無空間再行行使形式選擇權。但在實際個案上，有時非如此明確。例如選擇論中，行政機關從事給付行政時亦可能涉及到公權力的行使。如教育行政之執行，通說認為係屬教育領域內之給付行政。然而，在實施時，亦不排除會有公權力之實施，例如學位授予及學生獎懲。就此，在判斷上即會進入本質論之射程範圍。本於相同的邏輯，涉及人民生存照顧事項，可採行政契約，亦可選擇私法契約，故屬選擇論之範疇。然而，若法規範——例如社會救助法、老人福利法等——本身將該給付提升密度為法律明定的人民公法上請求權，則若該請求權及行政機關的給付義務以契約方式落實，此際亦會使契約定性之判斷從選擇論轉換成本質論。基此，本研究所提出之契約形式選擇架構在思考順序上，宜先區分任務之類型，再區分在該任務類型內有無該當本質論之要件。

第三項 契約形式選擇論之範疇

從前述關於契約本質論之初步建構可知，在依據契約標的進行判斷後，若發現契約標的並非該當本質論中已然特定之契約性質，或是歸類於行政契約或私法契約都無不可時，又或是非屬干預行政之領域，即可能落入契約形式選擇自由之框架下，在此二種次類型之下，如果立法者並無於法令中指定行政機關選擇契約之形式，得由行政機關基於合義務之裁量進行選擇。在此一範疇中，可概別為以下兩類型：

²⁷¹ 參見陳愛娥，臺北市市有社會福利與文化設施委託經營管理之法律問題——以委託經營管理契約的法律歸屬為主軸，收錄於：臺北市府法規會編，臺北市市有財產委託經營管理法制及實務問題研討會，2003年，頁70。

第一款 契約標的中性或不明

所謂契約標的中性或不明，係指依據本質論無法確定其本質究竟屬於哪一種特質，或是契約標的非必然屬於行政契約或私法契約之情況。

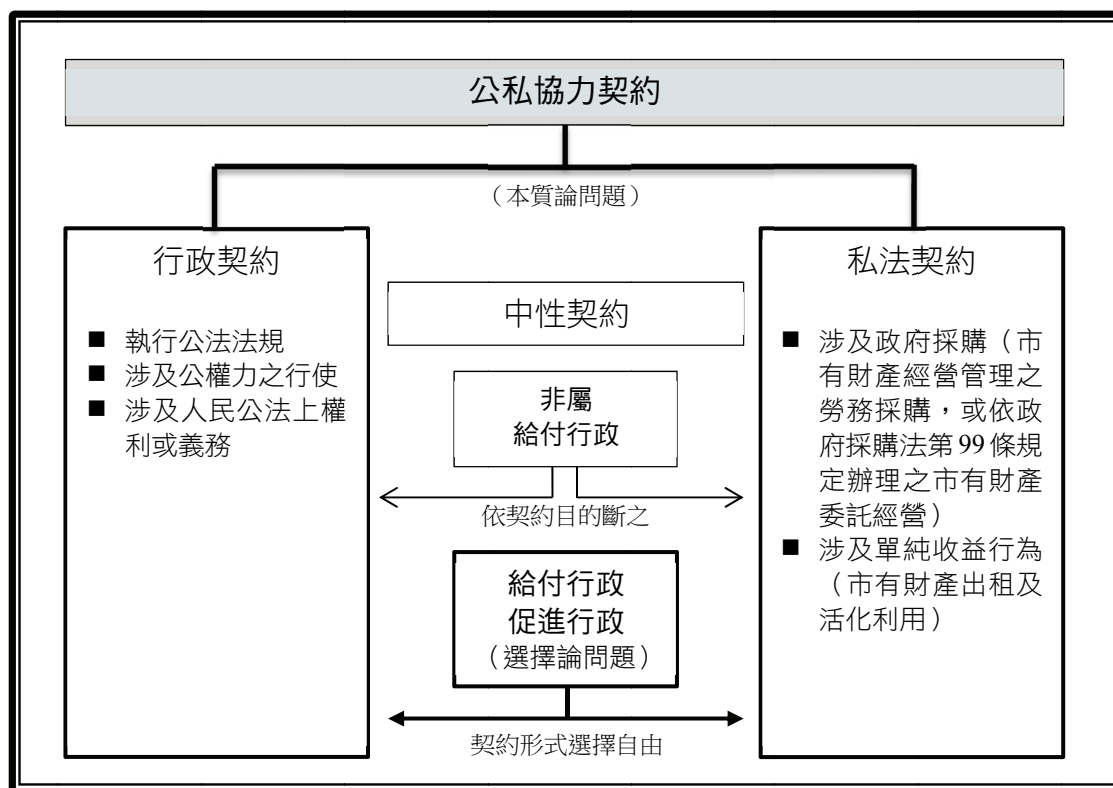
第二款 為履行給付行政而簽訂之契約

契約簽訂之目的，並非傳統、典型之干預行政類型之下，而屬於為了履行給付行政而簽訂之契約，但此等給付行政又未必全然非與國家傳統保護任務無關之私經濟行政範疇，可得本質性地歸類於私法契約，則此時可類別於「為履行給付行政而簽訂之契約」。

除傳統以人民生存照顧為旨趣之給付行政外，本研究認為亦可適度地將適用契約形式選擇自由之契約標的或目的，擴及於以促進特定行政任務執行或行政目的實踐之「促進（助長）行政」（Förderungsverwaltung）領域。換言之，促進行政之任務內容非直接涉及人民生存照顧之必要事項，例如水、電、瓦斯、交通、醫療等設備或服務之供給，而是透過特定目標之事先設定，並藉由各式行政手段與資源，引導並助長人民積極從事特定活動，俾使所設定之目標得以實現。就市有財產之提供使用而言，如市政府與人民簽訂市有公用財產提供使用契約，其目的除活化市有財產、增加市庫收入外，尚蘊含有「鼓勵」藝文發展之文化行政促進或助長用意者，則此類契約之簽訂即屬促進行政之一種方式，應亦可納入行政之契約形式選擇自由的範疇內。臺北市政府文化局所簽訂之臺北市中山堂沙龍委託經營管理契約及永安藝文館——表演 36 房委託經營管理契約，即屬適例。

茲將上述本研究所提出之公私協力契約形式選擇架構芻議彙整圖式如下：

圖 5：公私協力契約形式選擇架構



（資料來源：本研究自製）

第二節 契約形式選擇自由之行使

第一項 行使主體

第一款 以行政權為妥適

公私協力契約之標的非本質上必然歸屬於行政契約或是私法契約，且屬於給付行政之一環者，行政機關原則上乃享有契約形式選擇自由，得選擇將契約定性為行政契約或是私法契約，從而建構公法上之公私協力法律關係，抑或私法上之公私協力權利義務關係，已如上述。此等契約形式選擇自由，原則上歸屬於行政機關享有。蓋在行政法總論之體系下，「契約形式」之選擇乃包含在「行政行為形式」選擇概念之內。而行政行為形式選

擇自由之歸屬主體，原則上為行政機關。蓋在學說上之所以承認行政行為形式選擇自由，旨在使給付行政任務得以透過最為妥適（效率）之手段達成最高之實踐效能。而本於權力分立功能最適觀點，對於特定給付行政任務之履行，在具體個案中應採取何等形式之手段為最佳，原則上應是主管之行政機關最為熟稔。從而，將行政行為形式選擇自由分配予行政權享有，原則上應是較為符合現代憲法國家權力分立原則之設計。

第二款 立法優先原則

縱然如此，倘立法者對於特定標的之公私協力契約，自行透過法律明定其屬性，或是明文禁止採行特定形式之契約者，則本於法律優位原則之適用，該立法者之意志應優先受到尊重；行政機關於具體個案中簽訂法定之公私協力契約時，即應受到法定契約屬性之拘束，並無背離之空間。否則，則屬違法之行政。在採取有條件承認私法形式選擇自由之學說，甚至主張行政欲選擇私法契約形式執行行政任務者，須以有法規範有明文規定為前提²⁷²。在此意義下，以法律明定契約形式不僅是立法優先，更是「立法保留」。

作為規定契約形式之法律，可以包含中央法²⁷³及地方法律在內。尤其在地方自治團體層級，倘地方立法機關（直轄市議會、縣（市）議會、鄉（鎮、市）民代表會）透過地方自治條例將特定標的之公私協力契約的法律屬性予以明定者，則在該受規範之公私協力契約本質上容有契約形式選擇空間之範疇內，自應拘束地方行政機關之締約行為。不過在此部份，由於法國

²⁷² 參見本研究第四章第二節第二款第二目。

²⁷³ 例如促進民間參與公共建設法第 12 條第 1 項規定：「主辦機關與民間機構之權利義務，除本法另有規定外，依投資契約之約定；契約無約定者，適用民事法相關之規定。」據此，立法者主觀上顯然對於促參投資契約之法律性質，有意設計為「私法契約」。至於此等立法上契約形式之安排是否妥適？適用上有無另為解釋之空間？則屬另一問題。

法認為此屬重要事項，非屬行政命令置喙之範圍²⁷⁴，而地方法規在法國法規範體系中相當於中央行政命令之層級，是以，法國地方自治團體之立法機關並無透過地方法規將公私協力契約的法律屬性予以明定之權力。

縱使立法者一旦自為契約定性之決定者，本於法律優位原則，行政機關之契約形式選擇自由即受到壓縮，而不復存在行使之空間。然而，在學理及立法政策上尚值探討之問題者，為立法者是否必須具備特別之正當性事由，始得於法律或自治條例中對於契約定性自為規定？對此，在我國學界及法院裁判幾乎未有著墨，若有者，大多充其量亦僅僅是簡略地認為契約法律屬性之選擇係屬立法形塑空間（gesetzgeberische Gestaltungsspielräume）之範疇而已。在法國，彼邦學者則有主張，若立法者有意地在法律中自行認定契約之屬性，通常是為了確保該等契約由「行政法院」進行審理。從而，實務上多會就契約作「行政契約」之定性。反之，倘立法者不欲排除契約遭到行政機關定性為「私法契約」之可能性，進而發生爭議時由普通法院進行審理者，則通常即不會亦不須在法律中明定契約屬性為私法契約。至於在德國，學界則有較為細膩之討論。多數見解認為既然肯定行政為達成行政上之任務，原則上本於職權即享有選擇以公法行為或私法行為作為實施手段之自由，立法者較之於行政機關具有更為直接之民主正當性基礎，其透過立法規定契約屬性，同屬行使職權之行為。況且，契約形式選擇自由並非憲法上之行政保留事項，故立法者以法律抽象地對於特定契約進行定性，並不侵害到憲法權力分立原則對行政權核心領域之安排。退步言之，若謂立法者自行明定契約屬性須有任何正當事由存在，則應是如同行政機關行使選擇自由時一般，應是基於行政任務最適達成之要求。此等效率效能要求若可承認具有憲法上一般原則之位階地位者，則不僅行政權應予遵守，立法權亦當不應被排除在外。立法者以法律明定契約屬性若旨在促進（助長）行政任務之最佳實踐者，則當已具備正當性。

²⁷⁴ 參見本研究第五章第一節第二項。

本研究認為，國家對於行政任務之履行究係有無存在形式選擇自由，從比較法角度以觀，固然在德國學界存有質疑之聲浪。然而，即便如此，主張行政任務之執行僅具有有限度之形式選擇自由，甚至是否認有法律形式選擇自由之德國學者，亦不全然排除立法者得以法律規定為執行行政任務而締結之契約為「私法契約」之可能性。回歸我國法制，根據司法院釋字第 540 號解釋：「國家為達成行政上之任務，得選擇以公法上行為或私法上行為作為實施之手段。」準此，在我國，國家執行行政任務享有法律形式選擇自由係受到大法官之明確肯認。立法者本於憲法或是法律賦予其制定法律之職權，其立法形塑自由之範疇不僅限於行政任務之認定及主管機關之指定而已，更及於安排執行行政任務所採取行政行為之公、私法性質。其行使立法上之對契約形式選擇，原則上並不須具備額外之作用法上正當事由。至於其選擇之結果在訴訟上應被法院做如何之評價，則屬司法審查權行使之問題，應予區辨²⁷⁵。

第三款 臺北市實務狀況評析

就本研究第三章第一節第一項出所整理出明定有公私協力契約屬性之臺北市現行自治法規而言，屬自治條例位階者，僅有「臺北市立學校委託私人辦理自治條例」第 3 條第 2 項及「臺北市下水道橋樑隧道附掛纜線管理自治條例」第 3 條第 3 項規定而已，且率皆將市立中小學委託經營契約及許可下水道橋樑隧道附掛纜線契約定性為「行政契約」。根據本研究上述所建構之公私協力契約形式選擇體系以觀，臺北市此兩項明定有公私協力契約屬性之自治條例，前者所規範之市立中小學委託經營契約因標的涉及國民教育行政之公權力委託行使，其歸屬於行政契約應屬「本質論」之問題。從而，臺北市立學校委託私人辦理自治條例第 3 條第 2 項之規定，應可理解為對於契約屬性之立法上「確認」性質，而非「選擇權行使之結果」。

²⁷⁵ 參見本研究第六章第三節。

至於後者之契約標的，乃涉及臺北市下水道、橋樑及隧道公眾用公物提供民眾特許使用。對於公眾用公物提供特許使用，若根據我國最高行政法院見解，因涉及到特別使用許可之發放，涉及到行政處分作成之公權力措施，倘以契約形塑使用關係，應屬本質上之行政契約。相同之定性，亦為法國法所採²⁷⁶。反之，根據德國法制，市有下水道、橋樑及隧道提供附掛纜線，倘影響到公物一般使用者，則性質上應屬行政契約；倘不影響者，則屬私法契約²⁷⁷。惟無論是採行我國行政法院及法國法見解，抑或德國公有道路法制之立法例，對於此類標的契約之屬性，根據本研究上述所建構之體系，應同屬本質論之問題，而非屬得選擇之範疇。是以，臺北市下水道橋樑隧道附掛纜線管理自治條例第3條第3項之規定應亦屬對於該等契約屬性之立法上確認性質，而非立法者行使契約屬性選擇權之結果。職是之故，就臺北市現行自治條例以觀，似乎未見立法者有透過自治條例行使公私協力契約形式選擇權之現象存在；契約形式選擇自由毋寧皆落在行政機關身上。至於其行使之結果，有表現在自治規則之法條中者，亦有在個別契約書之約款者。

第二項 公私協力契約形式選擇基準之細膩化思考嘗試

根據本研究上述所提出之公私協力契約形式選擇體系，固然一方面承認在公私協力契約於不涉及本質上應歸屬於行政契約或是私法契約之範疇內，行政機關對契約之法律形式原則上應享有選擇自由。然而另一方面，本研究並不支持行政契約形式選擇自由之行使可完全取決於行政機關之主觀意識，而無任何之限制。毋寧，本研究認為縱使承認行政機關原則上享有行政契約或私法契約之選擇自由，然其選擇權限之行使不應流於主觀之恣意、漫無方針，而是應有若干通案性之基準或方向引導，可供行政機關

²⁷⁶ 參見本研究第五章第二節第一項第三款。

²⁷⁷ 參見本研究第四章第四節。

參酌或依循。若吾人將行政契約與私法契約比擬為光譜之兩端點，則行政機關對於標的涉及給付行政或是促進（助長）行政之契約原則上雖可選擇行政契約或私法契約，但在選擇時應視分布於光譜軸線上各基準點，以思考朝向行政契約或是私法契約端點靠攏。以下茲在先前研究成果之基礎上，首先嘗試提出若干或可更為細膩化之契約形式選擇基準，以供參考。除此之外，更進一步對於臺北市政府目前公私協力行政實務上所運用，以及我國通說見解所支持之若干可疑區分基準，加一併以檢討。

第一款 本研究建議之選擇基準

在契約標的涉及中性或是給付行政之情形下（此在市產提供使用之情形尤然），行政機關或可依循下列之基準，作為究宜選擇行政契約形式，抑或私法契約形式之思考：

第一目 市有財產提供使用是否作為行政機關對契約相對人履行行政任務之實現手段

根據上述研究德國法上為財產收益目的所締結公私協力契約之屬性歸屬所引發之啟示，本研究認為可供我國行政機關進一步思考應如何選擇契約形式之指標。換言之，一個以有償提供公有財產與民間使用之契約（財產增值行為），根據德國行政實務及學說見解，若主要目的非明顯地在於直接對契約相對人履行行政任務者，則雙方所簽訂之契約即應優先定性為私法契約。反之，契約之主要目的明顯地正好是對於契約相對人直接履行行政任務時，則雙方所簽訂之公有財產租賃或使用契約應被評價為「行政契約」，已如上述²⁷⁸。此等市產提供使用契約之形式選擇基準，有助於吾人於判斷契約目的時，更精準地框限出「行政目的」之認知標準，避免以抽象之公益目的為斷，導致只要是對一般不特定公眾具有公益實現目的之契

²⁷⁸ 參見本研究第四章第三節。

約，幾乎皆被認定為行政契約之「泛行政契約化」現象發生，而使行政機關自己壓縮了選擇之空間。

據此基準，市有財產提供使用，倘對契約另一方當事人之使用人、承租人或是受託人無行政任務之直接執行目的，則縱使該使用人利用公有財產之行為，對一般公眾將產生公共利益者（例如餐飲之平價供應、便利商店之經營等），該契約依舊屬單純「財產收益型」之公私協力契約，本質上應劃歸私法契約。反之，倘具有直接行使行政任務（例如社會法或是行政補償法上之安置），則契約之目的將產生質變，進而朝行政契約方向位移。

第二目 公眾用公物性質之市有財產是否因契約相對人之特別使用致使一般使用受到妨礙

另外一項可導入之細膩化契約選擇基準，則為德國街道法上所規定之公、私法法律關係認定標準。亦即，公眾用公物提供人民特別使用，依其是否妨礙一般使用，而區分法律關係之性質。若套用到契約法律關係上，則公物之特別使用若影響到一般使用者，為行政契約；若無礙於一般使用者，則容有為私法契約之空間。

此等細膩之區分基準固然與我國行政法院之一貫見解不符，亦與法國法制容有差異。然而，在公物提供使用契約無涉本質論之基本命題下，如何容任予行政機關若干之契約形式選擇權，亦是吾人應認真面對且提出可能解決方案之問題。基此，本研究建議應可參酌德國公共街道法制之立法例，以作為區分公物提供人民特別使用所簽訂契約之公、私法屬性選擇思考取向。

第二款 臺北市現有選擇（區分）基準之檢討

以下茲再度回顧臺北市現行所採取之契約形式選擇基準，並從本研究

上述所提供之公私協力契約形式選擇（區分）體系出發，檢討其有無調整或揚棄之必要性：

第一目 市有財產預設用途之「公用—非公用」

根據本研究第三章之分析，從臺北市現行自治法規及《臺北市政府常用契約範例》綜合觀察似可得知一項結論，亦即臺北市政府乃以市有土地及房地是否為「公用」，作為區分其提供使用契約之法律屬性。析言之，市有公用土地房地提供使用所簽訂之契約，則為「行政契約」；反之，市有非公用土地及房地提供使用所簽訂之契約，則屬「私法契約」²⁷⁹。從而，在契約範例上，前者通常以「臺北市市有公用土地使用行政契約」及「臺北市市有公用房地使用行政契約」稱之，而後者則稱為「臺北市市有非公用基地租賃契約」及「臺北市市有非公用房地租賃契約」。

若吾人以契約標的理論對此「公用—非公用」之判斷基準加以檢視，則首先可以確認者，無論是公用房地使用契約抑或非公用房地租賃契約，在公產提供之標的範圍內皆屬同一，亦即「建築物」及（或）「土地」此類市有財產之提供利用或出租。至於提供使用標的之市有房地究係是公用或非公用，與契約內容無涉。在此理解上，公有房地提供使用應屬標的中性之契約類型。蓋公用或非公用，係屬公產管理制度上對於公有財產用途的一種預設狀態而已，無法成為標的之一環。換言之，市有房地有償提供人民使用者，無論該公產為公用或公用，在契約標的上皆為行政機關方之契約當事人負有提供市有建築物或土地供契約他方當事人使用之義務，而人民方之契約當事人則有給付使用對價予行政機關之契約上價金給付義務。

至於提供使用之房地屬公用或非公用，在契約屬性判斷上，本研究認為應歸屬於「契約目的」之層次思考。縱然如此，作為契約屬性認定基準之「契約目的」，所指者為實際契約所追求之個別行政目的而言，非指契約

²⁷⁹ 參見本研究第三章第一節第一項及第三項第二款。

標的在公產管理上所預設之用途。「實際追求之行政目的」與「預設之用途」係屬兩不同層次之問題，不可不辨。準此，公用財產雖受法規或行政機關預設用途為供公務或公共使用，然實際提供使用時是否依舊遵循此用途，則須視個案而定，前後未必恆為一致。倘財產用途之指定與該財產之實際使用狀況不相一致者，行政機關更負有變更財產用途之作為義務。此觀之臺北市市有財產管理自治條例第 32 條規定：「公用財產因用途廢止或基於事實需要，得報經市政府核准後，變更為非公用財產。非公用財產經核准指撥為公用財產者，應變更為公用財產。」第 34 條：「各機關經營之市有土地及建築物，應以實際作為公用者為限，用途廢止時，應即清理完善後交財政局收回接管依法處理。」及第 35 條前半段：「各機關經營之公用財產，如不需使用或機關撤銷者，應變更為非公用財產，移交財政局接管。」等規定自明。

基上所述，市有公用房地提供使用，倘契約中所訂定之實際用途對於作為契約另一方當事人之使用者不具行政目的者，則此際實難仍將該使用契約定性為行政契約。反之，市有非公用房地提供人民使用，倘具有直接執行行政任務（例如社會救助行政）或是行政目的者，則因此所簽訂之提供使用契約，亦難因提供之市有財產為非公用房地，而形式上仍劃歸為私法契約。例如根據臺北市市有公用房地提供使用辦法第 3 條第 1 項規定：「公用房地提供使用，應以公開招標方式辦理。但有下列情形之一，管理機關得採申請使用之方式辦理：一、使用期限未逾一年，且無續約約定者。二、申請之用途具公益性、公共性或供自來水、電力、天然氣、電信、郵政等公用事業使用，管理機關基於政策或法令規定，應予輔導或配合者。三、提供本市機關學校員工（生）消費合作社使用、設置自動販賣機、快照站或其他簡易便民服務設施者。四、經公開招標無人投標，依招標底價申請使用者。」其中，第三款甚至明定公用房地可提供臺北市機關學校員工（生）消費合作社使用、設置自動販賣機、快照站或其他簡易便民服務設施。就

此，提供使用之房舍雖為公用財產，但實際上之使用目的卻非在於追求公益，或是直接行政任務，毋寧為容任契約相對人從事私經濟活動。在此情形下，本研究認為因此所締結之公用房地提供使用契約顯然地應屬私法契約。

從上述所作法理及列舉之案例，可突顯出目前臺北市政府以市有財產之「公用—非公用」作為契約形式認定之一般性基準實欠缺妥適性。從而，本研究建議此等契約形式區分及選擇基準實可揚棄，不宜再繼續使用。

第二目 依契約簽訂之規範依據

根據本研究之觀察，在臺北市政府公私協力契約簽訂之作業實務上，似乎有依據契約簽訂所依據之法規範，作為判斷公私協力契約屬性之基準。例如凡根據政府採購法所簽訂以經營管理市有財產所標的之勞務採購契約，則認定為私法契約²⁸⁰；根據臺北市市有公用房地提供使用辦法簽訂之使用契約，則定性為行政契約²⁸¹；根據臺北市市有財產委託經營管理自治條例所簽訂之委託經營管理契約，性質上早期有認為是行政契約²⁸²，晚近則有認為應是私法契約²⁸³。

本於法律優位原則，當法規範對於契約形式定有明文時，行政機關理應予以遵守，不得再行使契約形式選擇自由，為背離法規範所明定之契約形式選擇。然而，此項契約形式選擇之「法規優先原則」未必恆為正確。在此並非否定立法者具有契約定性之優先決定權，毋寧是指倘若法規所規範之行政任務領域過廣，或是公私協力之態樣多元，則在「單一」之一部

²⁸⁰ 例如大龍老人住宅委託經營管理契約、臺北市兆如老人安養護中心委託經營管理契約、至善老人安養護中心委託經營管理契約、陽明老人公寓委託經營管理契約等。

²⁸¹ 例如市定歷史建築臺北市金山南路一段 30 巷 12 號日式宿舍提供使用契約、老房子文化運動計畫：臺北市公有房地提供使用行政契約。

²⁸² 例如臺北市立萬芳醫院委託經營第二期契約。

²⁸³ 例如臺北市立萬芳醫院委託經營第一期契約、臺北市政府文化局錢穆故居委託經營管理契約、

法規中實不可能就不同標的及目的之契約為「統一性」之性質。從而，依據一部規範標的涉及不同行政事務領域，且性質上各不相同之法規範，單一性地認定據而簽訂之契約的法律性質，自亦難達到絕對之正確性。例如臺北市市有公用房地提供使用辦法係就市有公用建築物及基地，或是市有公用土地提供使用為一般性之框架規定。固然，公用財產管理行政機關提供使用時通常會對用途予以積極指定，或是就不得使用在某些用途上為消極之表列，但公用財產提供使用後之實際用途及所追求之目的仍具多樣性。準此，市有公用房地提供使用契約實難透過一自治規則，作統一之形式認定，已如上述。同理，「委託經營」之公私協力，並非指涉據此所簽訂之所有委託經營契約，皆具單一契約形式。根據臺北市市有財產委託經營管理自治條例將市有財產委託民間經營，因得經營管理之業務領域甚廣²⁸⁴，特徵亦各異，故欲以臺北市市有財產委託經營管理自治條例單一法規範將所有規範範圍內所涉及之契約作統一性之法領域歸屬，實不可能。

綜上所述，立法者欲以法律明定公私協力契約之屬性，俾使行政機關為有拘束力地遵循，應取決於該法律所規範之契約標的究係具「同質性」或是「異質性」而定。若為前者，原則上始適宜對契約形式予以規範。從而，行政機關以此等法規範所為契約形式決定之基準，始屬妥適。屬於此類法規者，中央法例如有政府採購法，而地方法例如臺北市公有路外停車場委託經營自治條例及臺北市市立學校委託私人辦理自治條例。反之，規範標的過於廣泛龐雜之法規，無論是契約本質之確認，或是選擇自由權之行使，皆不適宜作統一之契約定性，自亦不適宜作為契約形式之判斷基準。

²⁸⁴ 臺北市市有財產委託經營管理自治條例第4條規定：「市有財產得提供委託經營管理之項目如下：一、教育文化：幼稚園、兒童遊戲場、博物館、動物園、運動體育設施、社會教育機構。二、農、林、漁、牧產：農、林、漁、牧產製造、展示、批發場、休閒農場。三、社會福利：社會福利服務設施、殯葬設施。四、衛生醫療設施。五、公害防治：廢棄物回收處理場、污水處理廠、垃圾處理場、焚化廠、垃圾掩埋場封閉後再利用。六、道路交通：公路及市區客運路權或相關設施（含公車調度站及修理廠）。七、休閒遊憩：觀光夜市、遊憩設施、公園、民俗技藝表演等場所。八、其他市有財產經市政府指定供特定目的使用者。」

例如促進民間參與公共建設法、臺北市市有財產委託經營管理自治條例及臺北市市有公用房地提供使用辦法，即屬此類之規範。

第三目 合意之審判法院

針對公私協力契約定性之區分，臺北市政府往往雖未於契約書中明揭屬性，但通常則會訂有契約發生爭議時，應向何法院訴訟之「訴訟審判權合意條款」。有鑑於在我國審判權二元分立制度下，一般而言公法事件歸屬於行政法院審判，而私法事件則歸屬於普通法院審判，故在實務上，往往以此訴訟審判權合意之契約約款作為「間接證據」，以探求契約雙方當事人主觀上對系爭契約定性所採行之態度²⁸⁵。在若干法院裁判中吾人亦觀察到，在法院認同當事人所合意之內容時，則通常亦會由此約款間接地論證出系爭契約之定性。

按我國關於民事訴訟與行政訴訟之審判，依現行法律之規定，分由不同性質之法院審理。除法律別有規定外，關於因私法關係所生之爭執，由普通法院審判；因公法關係所生之爭議，則由行政法院審判之。此不僅為民事訴訟法及行政訴訟法規定審判權之基本架構，更是司法院大法官解釋之一貫見解²⁸⁶。據此，從契約書中關於審判權合意約款中探求契約屬性，本研究認為原則上應是一在我國現行法制下可以支持之判斷基準。

縱然如此，本研究認為，審判權歸屬之合意充其量僅能作為契約屬性判斷上之一項「佐證」而已，無法以此作為唯一且絕對之論據。蓋在法制上，審判權歸屬並不排除得為原則背離之設計。司法院釋字第 540 號解釋亦揭斯旨：「惟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

²⁸⁵ 在行政作業實務上，亦偶可觀察到契約當事人一方面於契約書中約定契約應經公證，但另一方面於紛爭處理條款中，卻採行「如有涉訟，以臺灣臺北地方法院或臺北高等行政法院為管轄法院」約定之有趣現象。例如可參見臺北市敦化超級市場地上第一層投資經營契約書第 16 條及第 18 條。

²⁸⁶ 司法院釋字第 695、540、466、448 號解釋參照。

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。此種情形一經定為法律，即有拘束全國機關及人民之效力，各級審判機關自亦有遵循之義務。」準此，倘立法者對審判權作不同於常軌之安排，法律上亦無不可²⁸⁷。

至於行政機關是否享有審判權安排之權限，大法官解釋雖未著墨。然本於法律優位原則之思考，在法律所容許之範圍內，行政機關應亦可享有有條件之審判權選擇自由。職是之故，在契約法上，行政機關之審判權選擇權限即反映在契約書中的當事人約款。在契約形式認定及選擇之關聯性下，契約之法院審判權合意約款可進一步區分下列兩種情形，而各有不同之意義：

一、在契約標的涉及本質歸屬之情形，倘契約當事人作與契約屬性背離之法院審判權合意，例如系爭契約客觀上應歸屬為行政契約，惟當事人卻合意紛爭由普通法院審判者，則此際當事人間於契約書中所為之法院審判權合意自當無法作為反推契約屬性之佐證。至於其得否作如此之「不同合意」，亦即契約當事人間是否享有程序選擇權，以及其在訴訟法上之效果為何，則端視相關訴訟法之規範而定，而屬另一問題層面²⁸⁸。

二、在契約標的涉及秩序行政以外之行政事項之情形，則本於本研究之立場，此際契約當事人間對契約形式本享有選擇自由。其於契約書中所為之法院審判權合意，即可作為探求其所選擇契約形式之重要判斷資訊。若合意由行政法院審判者，則應可推定雙方當事人選擇

²⁸⁷ 類似見解亦可參見司法院釋字第 466 號解釋：「憲法第十六條規定人民有訴訟之權，旨在確保人民得依法定程序提起訴訟及受公平之審判。至於訴訟救濟究應循普通訴訟程序抑或依行政訴訟程序為之，則由立法機關依職權衡酌訴訟案件之性質及既有訴訟制度之功能等而為設計。」

²⁸⁸ 就此，林明鏘教授於本研究案所舉辦之專家學者焦點座談會上，明確表達肯定之立場，主張依法人民甚至可就公法爭議事件，合意由普通法院審判。若此，則區分行政契約與私法契約在現行法制上之實益，將不再如此重要。詳參見本研究【附錄四：專家學者焦點座談會紀錄】林教授之發言紀錄。

採取行政契約之形式。反之，若合意由普通法院審判者，則所選擇者應可推定為私法契約之形式。

第三款 其他行政契約判斷基準妥適性之檢討

除了現行台北市政府現有已經運作的選擇（區分）基準已經檢討如上述外，我國學說與法院實務，受到大法官解釋第 533 號吳庚大法官協同意見書所提出標準之影響，採用了四項判斷基準。此等區辨契約性質之判斷基準，是否仍有繼續使用或須調整之必要，有待釐清。以下嘗試從本研究上述所提供之公私協力契約形式選擇（區分）體系出發，針對本研究認為其中較具疑義或內容不明確，可能導致誤解之區分標準，進行檢討：

第一目 執行公法規範

吳大法官所提的第一個標準為：「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」，此標準不但經其他學者廣為認同，實務也多所引用，如臺北高等行政法院 96 年度訴字第 1132 號裁定也曾表示：「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。」據此，執行公法規範之所以能作為行政契約認定基準之一，真正之原因實為以契約之締結旨在代替行政處分之作成，亦即所締結之契約性質上為「代替行政處分之契約」。從而，該契約之標的必然與作成行政處分之原因事件相同，為「公法事件」，契約之屬性自因之在本質上應屬行政契約。

然而，執行公法本身，並不等於獲得行政高權，也未必因為執行公法而獲得高權的法律效果，反而應該是因公法之授權而行使高權。亦即，必須當契約當事人使用該契約所設定之法律效果，使得契約相對人獲得行使公權力之高權，方在本質上該當為行政契約。

第二目 明顯偏袒行政機關一方

另一個標準則為：「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。」此一標準或許受到法國法之「普通法外條款」之影響，但法國法使用此一標準，有長期大量的法院案例精細累積，我國法遽然引用，卻未一併將細膩之操作標準予以界定；一方面，何謂偏袒行政機關一方或取得較人民一方優勢之地位有著高度主觀詮釋上的空間，難以精確定義，另一方面，此等偏袒性或優勢地位之規定，未必僅出現在公法領域，在私法自治之框架下，私法契約亦可見此等條款，是以作為判斷基準恐有再精細之必要。

第三目 公益之契約目的

以契約目的是否具備公益作為判斷契約形式之標準，為行政機關實務界所慣採之標準，但如何以公益目的界定契約類型，容有疑義。蓋所有行政皆有其公益目的，只是公益性質與類型不同，且私法行為亦與公益相關，否則當今熱門之販賣油品事件，純為私人間之買賣交易，何以私人企業被課以高度的公共道德性？是以，以契約之目的是否具備公益性作為契約類型之標準，並不可採。

第三節 公私協力契約屬性認定與司法審查

公私協力契約屬性之認定，不僅涉及到行政權有無選擇自由之問題，在對於契約屬性發生爭執，進而尋求司法途徑解決時，更將進一步涉及到司法審查之可否及其密度問題。故而，在探討契約形式選擇自由議題之際，亦不能忽視行政權與司法權間之關聯性。

若將本研究上述所提出之公私協力契約形式選擇體系，延伸思考至司法審查之紛爭解決層次，則本於司法之功能在於合法性控制之思考脈絡，

法院對於行政機關所簽訂之契約在本質上究應定性為行政契約抑或私法契約，應享有全面之審查權。蓋契約形式之本質論問題，在公、私法二元區分架構下同時也意味著屬於「合法性」之問題。倘行政機關在契約屬性認定上有背離其本質者，法院自當予以糾正，並依職權為正確之認定。若因此涉及審判權錯誤者，法院更應依法作出相關之裁定。

反之，倘若契約標的涉及給付行政，抑或契約具有促進（助長）行政之目的者，則根據本研究之見解，行政機關在此範圍內享有契約形式之選擇自由。縱使因該契約發生爭議而有訴訟案（事）件之提起，法院於此範圍內，應尊重行政之契約形式選擇自由，並在此基礎上認定審判權之歸屬；不得逕自越俎代庖，以自己之見解取代行政機關之選擇決定。換言之，在權力分立原則之思維下，法院之司法審查權在行政機關之契約形式選擇自由時，將遭受到界限。例如上述所探討之臺北市青年公園付費使用設施委託經營管理維護契約，臺北高等行政法院 96 年度訴字第 1132 號裁定認定系爭契約應為私法契約²⁸⁹，而不採被告所主張及契約書中所約定之行政契約見解，顯然認為系爭契約在「本質上」僅可為私法契約，而無成立行政契約之可能性。實則，市立公園內運動休閒設施提供人民有償使用，究係僅單純之公產管理及收益目的，抑或蘊含有提供運動休憩場所設備之給付行政目的，法院應進一步審查為是。若可得出縱使非屬給付行政之範疇，但至少具有運動休閒之國民體育行政促進目的者，則法院恐無法如此理所當然地依職權自為認定。毋寧，實應尊重契約當事人之形式選擇權。

第四節 臺北市公私協力契約個案分析舉隅

公私協力契約形式選擇體系架構之提出，除具有學術研究上之一般理論價值外，更貴在行政作業實務上之可實踐性。法學作為實踐科學，理論必須與實務緊密扣連，始得發揮其規制及引導之功能。以下茲以本研究上

²⁸⁹ 參見本研究第三章第二節第二項。

述所建構之公私協力契約形式定性及選擇體系觀點出發，反饋臺北市政府所簽訂之公私協力契約具體案件，進行個案分析，檢視理論與實務兩者間之見解契合度。甚而，在有必要之情形下，更嘗試提出本研究之立場及對臺北市相關行政作業實務未來進行調整之方向建議。

第一項 萬芳醫院委託經營契約

截至目前為止，臺北市立萬芳醫院委託經營契約共有三期之簽訂。第一期選擇採取私法契約形式，第二期變更為行政契約，第三期原本設定為行政契約，惟遭法院拒絕公證，為遷就現實，復回歸私法契約，相關歷程交代已如上述²⁹⁰。此等針對同一契約標的，但前後期所選擇之契約形式卻呈現不一致之現象，主要原因可歸咎於作為本契約簽訂依據之臺北市市有財產委託經營管理自治條例本身條文出現內在矛盾之情形，致使視所適用之法條不同，即會對委託經營契約之性質作不同理解之結果。若姑且不論臺北市市有財產委託經營管理自治條例本身規範上之不妥，而僅從上述本研究所提出之契約形式選擇體系出發，思考臺北市立萬芳醫院委託經營契約應然之法律定性，則根據該契約第三期合約書第三條規定：「萬芳醫院之經營以配合甲方衛生醫療保健服務及保障病患權益為宗旨，乙方經營業務與 103 年 8 月 21 日起開業，不得無故停歇業。」第 4 條規定：「乙方接受委託經營辦理項目如下：一、急性醫療服務。二、收治亞急性、復健或長期照護病患。三、傳染病防治。四、非傳染病疾病防治。五、職業病防治。六、提供公共衛生服務。七、社區醫療相關支援服務。八、低收入戶、路倒病人醫療服務。九、其他配合機關推行醫療保健及社會福利工作所增加服務項目。」基此，萬芳醫院委託經營契約之主要標的為衛生醫療保健服務之提供，而主要目的乃在於為委託之行政機關推行公衛醫療社福等相關領域之行政目的。就此觀之，萬芳醫院委託經營契約標的所涉及者，為行

²⁹⁰ 參見本研究第三章第一節第三項第二款。

政機關對人民所為在醫療、保健及衛生領域之給付行政任務，行政機關原則上對此委託經營契約之形式享有選擇自由。

職是之故，臺北市政府衛生局對於萬芳醫院委託經營契約，原則上選擇以行政契約，或是私法契約方式形塑，本研究認為皆無不可。然而，基於「契約形式安定性要求」，衛生局在無正當事由之情形下，針對相同標的之契約負有遵循自己先前所選擇契約形式之自我拘束義務²⁹¹。是故，萬芳醫院委託經營契約從第一期至目前之第三期，原則上應選擇相同之契約形式，而不宜各自為陣。截至目前為止之作業實務，第二期顯然背離第一期及第三期所採取之私法契約形式，容有檢討之空間。為該契約業已消滅，往者已已。值得臺北市政府衛生局注意者，毋寧若萬芳醫院委託經營契約後續有第四期等，在契約標的無重大變動之前提下，其雖享有形式選擇自由，然卻應遵守行政自我拘束原則，無正當事由者，僅能選擇採取私法契約之形式。

第二項 臺北市立動物園園外服務中心舖位使用契約及臺北市立動物園園外服務中心聯合委託契約

在臺北市之公私協力契約訴訟中，同涉及臺北市立動物園園外服務中心舖位之市有財產提供使用，但公協力型態及對象卻不同所簽訂之兩相對照契約，乃屬臺北市立動物園園外服務中心舖位使用契約及臺北市立動物園園外服務中心聯合委託契約。前者係將財產標的「個別」提供與「特定店家」使用，而後者則將「所有」財產標的聯合委託予「單一第三人」經營管理，再由其分別出租與個別店家²⁹²。

若從契約標的理論出發，上述兩契約涉及同一之有財產權標的之給付，縱然一則採提供使用模式，另一則採委託經營模式，且前者之契約一

²⁹¹ 參見本研究第四章第二節第一項第二款第一目。

²⁹² 參見本研究第三章第二節第一項四及第二項二。

方當事人為個別承租人，而後者之契約一方當事人則為單一受託人。然而，有鑑於「公私協力之種類」以及「契約之當事人單複數」兩者皆非契約屬性認定之基準，故原則上兩契約書之法律性質理應相同為是。亦即，臺北市立動物園園外服務中心舖位提供使用或委託經營，縱使有方便動物園遊客購買紀念品、飲食等公共目的，仍就契約本身之主要目的以觀，似乎在於市有財產之有效利用及收益。若此，根據本研究上述所提出之契約形式區分體系，應屬營利行為性質之私法契約。然而，法院對於兩契約之屬性認定卻各不相同：臺北市立動物園園外服務中心舖位使用契約屬「行政契約」，而臺北市立動物園園外服務中心聯合委託契約則屬「私法契約」。觀之法院裁判之最主要理由，兩者契約屬性作不同定任性之最主要原因，乃在於前者除財產收益目的外，更蘊含有「拆遷戶安置」之目的：「因考慮土地被徵收者有關居住及轉業問題，於法定的徵收補償之外，被告臺北市政府決定再採取特殊的優惠措施，以配合安遷，包括……於動物園設服務中心規劃足夠零售營業場所，由拆遷戶優先承租營業……。」換言之，公有財產提供與使用人營業之用，主要乃是將此視為是對土地被徵收人的一種額外「特別優惠措施」，藉此以彌補徵收補償費過低之情形。

行政法院本於契約具有對契約另一方當事人之人民準行政損失補償性質的「安置」目的，從而認定為行政契約，與本研究上述所建議參酌德國財產增值行為所提出之「是否對契約之當事人直接執行行政任務」的判斷基準，可謂精神相符，有異曲同工之效。行政法院雖未抽象性地建構出一套判斷基準，但在此個案中的契約定性操作，顯然與本研究所建議之細膩判準一致，係以「契約之另一方當事人」，而非「不特定之公眾」為對象，判斷市有財產提供使用對其有無涉及行政任務之直接執行。

第七章 結論與建議

第一節 結論

本研究從公私協力行政之角度，耙梳臺北市市有財產提供民間使用之規範框架與種類為始，接著分析臺北市市有財產提供民間使用之契約形式選擇現況，從自治法規、行政作業之函釋與台北市政府常用契約範例切入，並分析相關法院裁判與整理我國學說論點；然後再從比較法的角度，觀察對我國行政契約法治影響較深的德國與法國在公私協力契約形式選擇之情況，最後再總整所有研究資料後，提出委託機關未來在公私協力契約形式選擇體系之可能建構。茲條列結論如下：

- 一、從臺北市自治法規及行政作業實務觀察臺北市政府所屬機關與人民所簽訂之公私協力契約，其法律屬性除於少數之自治條例中有明文規定外，多由行政機關透過自治規則、行政函釋、契約範例以及具體個案中予以認定或選擇。而不論是台北市政府所屬機關，或是我國行政法院及普通法院，關於契約定性之區分基準，原則上乃依循司法院釋字第 533 號解釋吳庚大法官協同意見書所提出之法則，以「契約標的理論」為主，輔以「契約目的」及「契約之整體性質」為客觀之認定。同時，這也是我國學說的多數見解。
- 二、具體認定契約之法律屬性部分，台北市政府所屬機關對於契約之法律屬性是內容係行政機關之一方負有作成行政處分或高權事實行為之義務，或是用以替代行政處分之作成、涉及人民公法上權利義務關係，或是列有顯然偏袒行政機關一方之條款者，則屬行政契約。反之，若契約涉及政府採購或是營利行政之範疇，則屬私法契約。法院部分，雖套用司法院釋字第 533 號解釋理由書所採用之個別行政契約判斷基

準，在個案操作上，對於本質上應歸屬於行政契約或是私法契約之各該要件的認定，呈現甚大之差異，細膩度亦各有不同。甚至適用之正確性，於若干裁判中則顯有疑義。學說基本上也大體接受司法院釋字第 533 號解釋理由書所採用之個別行政契約判斷基準，但仍有學者考量實務操作的紛亂性，嘗試提出不同的判別方法，試圖降低判斷的不確定性。

三、行政機關是否享有契約形式選擇自由，臺北市政府之態度並不明確，法院的態度則搖擺不定，學說則是相當高度一致地肯定契約當事人之給付行政領域中之契約形式選擇自由。另外，法院採取單一套契約屬性區分標準適用於各種類公私協力契約之現象，與學者多半肯定公私協力契約可採公私性質混合契約之論述不同。學者多半關心者毋寧強調契約品質、成效、以及契約與依法行政間之關連。

四、德國行政契約法制及學說為我國主要之繼受來源，彼邦基於行政法發展之歷史背景提出行政行為形式選擇自由理論，長久成為行政法總論釋義學之基本內容。在契約行為形式之影響，法院裁判實務及多數學者據此肯定行政為執行給付行政任務，得選擇以締結公法契約或是私法契約方式貫徹之。除非，契約標的得明確地界分出為公法上或是私法上權利義務關係，從而依客觀基準區分出契約屬性。此法則適用到公私協力領域，有鑑於德國實務上多從公共委託之需求行政面向思考，故所簽訂之公私協力契約，多屬私法契約。至於在財產提供人民使用之增值契約上，原則上固然為行政營利行為，本質上應屬私法契約，但若旨在對契約當事人直接履行行政任務者，則可評價為行政契約。在公共街道的特別使用契約上，則是以一般使用是否受到影響，而判斷契約屬性。整體言之，在傳統公、私法契約區分架構下，德國法就不同契約類型，發展出類型特殊性之更細膩的契約形式區分基準。因此，學界有不再立基在契約形式選擇自由理論之上的主體說、

推定說等之提出，頗具啟發性。

五、法國由於行政契約有著長久的發展歷史，因此對於公私協力行政的概念，大體上依循傳統以來已經發展的行政契約類型進行框架，目前各種契約類型都有各自的契約相關規定，看似區隔嚴明，但事實上不僅仍有個案操作上之爭議與困難，也因為各有類型規範，行政機關之選擇自由因此也受到相當限制，原則上以行政機關為契約主體一方之契約被推定為行政契約。就公私協力行政的現行發展觀之，法國目前有意更大規模地將所有公法人為了滿足其需求而締結的契約都納入公共採購的範疇，但其重點已不再是定性其為行政契約，而在監督公共採購契約的兩大方向：一方面為開放競爭、競爭公平與透明；另一方面則為契約關係的穩定。另外，儘管立法者在個別法規法條內設定契約定性標準，但往往只是確認行政實務不樂見契約被定性為私法契約之見解，公私協力行政的契約定性爭議仍主要委諸行政法院判定。

六、本研究最後提出台北市公私協力契約形式選擇體系建構之嘗試建議：本研究基本認為，行政機關與人民所簽訂契約之屬性認定，應以契約標的作為界分基準，接著由本質上判斷是否應歸屬於行政契約或是私法契約，不容契約當事人之主觀選擇或是作不同解讀者；除此範圍外，契約當事人，即行政機關享有合於義務裁量選擇以行政契約或是私法契約形成、變更或消滅權利義務關係之自由，且以立法明定契約形式，不但只是立法優先，更是立法保留。最後，在法理上，契約屬性之判斷，絕非例外地僅單一取決於客觀基準，或是完全聽任行政機關之選擇自由，並肯認公私協力契約非僅得以單一契約性質進行規範。

綜上，本研究檢視我國學說、法院裁判及行政作業實務有關公私協力契約屬性區分之相關討論與見解，整體印象為深受司法院釋字第 533 號解釋所影響，幾難有跳脫其所建構之區分基準，而另闢蹊徑之突破。更遑論就公私協力態樣不同（任務減量或是財產收益），區分契約種類建構不同之

更為細膩地契約形式選擇基準。縱有少數不同於通說之前瞻性學說觀點，現階段亦不被法院裁判所接受。反之，在德國及法國，除傳統之契約形式區分基準外，有鑑於標準難以周延、操作無法精確等缺點，晚近呼籲回歸簡化區分基準，甚至是將關懷重點移至建構所有契約形式共同框架規範之聲浪逐漸崛起，並有壯大之趨勢。

第二節 建議

本研究綜合前揭之各項研究成果及心得，茲擇選臺北市公私協力契約形式選擇現行相關法制及作業實務之若干未盡之處，提出改善建議。又有鑑於建議事項涉及修法、行政作業之調整，乃至於新制度之建構等深度各異之議題，影響層面從市府行政權、議會立法權，以迄法院裁判見解接受度等亦廣狹不一，委託機關若欲採納，政策規劃及目標實踐所需時程恐將會存在甚大差距。是以，本研究以下將區分「短期目標」及「中長期目標」兩階段，分別提出具體之建議，俾增加實踐之可行性。

第一項 短程目標及作法建議

第一款 目標設定

對於短期目標設定之思考，本研究原則上乃根植在不變動我國學說及法院裁判實務所採行契約形式選擇基本架構之前提上，針對臺北市現行公私協力行政契約形式立法及行政作業所存在之若干缺失，提出改善建議。蓋關於行政機關所締結契約之形式判斷及選擇基準，我國現行學說及實務雖在細部問題上普遍存在理解及適用上之模糊現象，然大體上仍主要是依循司法院釋字第 533 號解釋所建構出之法則，亦即以契約標的為主，輔以契約目的及整體特徵觀察的區分基準。此等通說見解自司法院釋字第 533 號解釋作成及行政程序法公布施行以降，迄今業已運行逾 10 年；在一定程

度上業已形成相對穩定之體系。無論是法院裁判，抑或是行政機關之作業實務，原則上亦是以此判斷基準作為區分及選擇行政契約或是私法契約之思考理路。縱使本研究認為現行之契約形式選擇基本架構容有更具突破性之革新空間，但基於行政作業及司法裁判之穩定性考量，仍建議在短期目標的設定上，以不變動通說所採取之判斷及選擇架構為基本取向，以避免對行政及法院造成過大之衝擊及挑戰。在此目標框架下，以本研究上揭第六章所提出之較細膩契約形式選擇架構為經緯，對臺北市現行公私協力行政相關規範進行檢驗，並就尚有精進空間之部份提供具體修正建議。

第二款 具體建議

第一目 修正「臺北市市有財產委託經營管理自治條例」

臺北市市有財產委託經營管理自治條例並未對委託經營管理契約之屬性，作出統一性之規定。其中涉及委託經營契約形式選擇之條文者，主要為第 11 條及第 16 條兩條，已如上述。而在臺北市政府公私協力行政作業實務及法院對相關系爭契約書審理之審判實務上，引發適用困擾及法院裁判見解爭議的引爆點，往往亦是此兩項條文。從而，對此兩條文之修正，當是刻不容緩之事，本研究以其為首要之建議改善事項。

一、修正臺北市市有財產委託經營管理自治條例第 11 條

首先，臺北市市有財產委託經營管理自治條例第 11 條規定：「市有財產委託經營管理時，委託機關應與受託人簽訂委託契約，該契約應報請市政府核准並經法院公證。」其中，條文中採取未區分委託契約之屬性，一律課予委託機關將契約送法院公證之義務。正因如此，在法院公證實務上，曾發生臺灣臺北地方法院公證處拒絕公證「臺北市立萬芳醫院第三期委託經營契約」之情事²⁹³，即不難理解。法院公證處對於系爭契約屬性之認定

²⁹³ 臺灣臺北地方法院公證處 103 年度北院字第 6170 號公證人處分書。

是否正確，固可討論及爭執，但現行臺北市市有財產委託經營管理自治條例第 11 條規定確實在文義上包含有「行政契約」性質之委託契約應須送經法院公證之規範內容。倘法院主觀認知上請求公證之契約為行政契約，自當發生該條適用上之困擾。

關於本條所引發之一體適用疑慮問題，本研究認為有兩條解決途徑：其一，透過法律體系解釋方法之操作，以公證法第 2 條第 1 項規定為據，將該條之「經法院公證」限縮解釋僅適用於「私法契約屬性之委託契約」部份。至於行政契約屬性之委託契約，則不在該條適用範圍之內。此在臺北市政府最新之行政作業實務上，已可看到作如此限縮解釋之操作。例如臺北市政府法務局 103 年 5 月 30 日回覆文化局辦理「錢穆故居委託民間經營管理」乙案之便簽三、(十六)處有如下之陳述：「本件之辦理依據，……應係委託經營自治條例。依委託經營管理自治條例第 11 條之規定，委託機關應與受託人簽訂委託契約，該契約應報請市政府核准並經法院公證；且就契約應經公證之規定觀之，上開條文所稱之契約，應係指私法契約而非行政契約。」

其二，為求文字之明確，避免解釋所可能發生之歧見，則是透過修法方法，將該條之文義直接予以修正。修正文字建議如下：

「市有財產委託經營管理時，委託機關應與受託人簽訂委託契約，該契約應報請市政府核准；委託契約如屬私法性質，並經法院公證。」

針對上述兩項解決方案，前者僅須市政府所屬各機關內部對於該條文義解釋調整認知，或是充其量發布一解釋性之行政規則，使各機關得以遵循，即可達成目的，屬於最為迅速簡便，且節省行政成本之方式，本研究建議可優先考慮採用。至於後者，優點為自治條例本身之法條文義即屬明確，可排除適用上理解誤失或忽略關照到解釋基準所生之問題。缺點則是

須經議會修法程序，時程較長、變數較多，本研究建議或可作為第二順位之考慮方案。

在此關聯性下，本研究亦建議臺北市政府或可對現行自治法規中所有涉及明定契約應經公證之條款進行清查²⁹⁴，檢視相關契約之屬性，一併評估有無修正之必要。

二、刪除臺北市市有財產委託經營管理自治條例第 16 條第 2 項

此外，臺北市市有財產委託經營管理自治條例在適用上頗具爭議性者，尚有第 16 條。其規定：「(第 1 項) 委託期滿不再續約或終止、解除契約時，受託人應將受託財產與委託經營期間增加之所有財產、資料及全部經營權返還及點交委託機關，不得要求任何補償。但委託機關於許可增、改建或添購時，同意受託人取回者，不在此限。(第 2 項) 前項情形經委託機關通知限期點交返還，逾期末點交返還者，委託機關得依行政執行法規定強制執行。」在行政實務上，有基於本條第 2 項所規定之「依行政執行法規定強制執行」文義，將根據本自治條例所簽訂之委託經營契約解讀為行政契約者。對此等見解，實係基於對法條規範誤解所致，已如上述²⁹⁵。實則，本條第 2 項之規定，僅涉及到受託人於契約法律關係終止時不自願將市有財產點交返還於委託機關時之「如何執行層面」問題而已；應與契約之屬性無涉。換言之，臺北市市有財產委託經營管理自治條例第 16 條第 2 項乃明文授權與委託機關，得以「行政處分」命受託人履行點交返還市有財產之公法上義務；並且於逾期不履行時逕為行政執行。蓋若非如此解釋，則勢將發生規範錯誤之結論：契約非屬行政執行法之執行名義！本條項之

²⁹⁴ 例如本研究第三章第一節第二項處尚舉出臺北市產業發展自治條例第 9 條第 2 項第 1 款第 1 目亦有「租賃契約應經公證」之相同立法例。本研究認為，該契約之標的為市有房地出租投資人供投資案使用，屬於產業投資促進之引導行政範疇。根據本研究提出之判斷架構，選擇行政契約或私法契約皆可。倘臺北市政府選擇私法契約，則該公證條款之規範應無不妥，而無修正之必要性。

²⁹⁵ 參見本研究第三章第一節第二項。

規定，不僅在文義上易使人滋生疑義，在法理上更不無存有疑義之處。蓋行政機關與受託人間以「契約」形塑市有財產經營委託法律關係，於契約關係終結後，契約一方當事人之行政機關得否享有權限，以單方高權之行政處分方式，命另一方當事人點交返還契約標的，甚至為後續之行政執行，容有疑義。此等「契約＋行政處分」之規範構造，有無違反在同一行政法律關係下「契約＋行政處分」併用禁止原則，更是不無疑問。抑有甚者，倘委託經營契約係屬私法契約，行政機關作為契約之一方當事人可否一方面立於私法上權利主體之地位，與受託人簽訂委託契約；另一方面復轉變成公權力主體地位，以作成強制下命之行政處分命受託人返還契約標的，並於不履行時逕為行政執行？對此，本研究持高度質疑之立場，認為該條規定業已違反行政行為形式濫用禁止原則。

關於解決方案，本研究認為本條無法透過法律解釋以彌補立法缺失，建議應以修法方式改善。而具體之建議，則是將臺北市市有財產委託經營管理自治條例第 16 條第 2 項予以「刪除」。惟為確保市有財產於委託契約終止後得以取回，本研究建議於同自治條例第 12 條所規定之委託經營契約應記載事項中，增列「委託期滿不再續約或終止、解除契約時，受託人應將受託財產與委託經營期間增加之所有財產、資料及全部經營權返還及點交予委託人之規定」。蓋藉此將受託人之市有財產點交返還義務轉換成契約義務，於受託人不依約履行時，若為私法契約，則根據同自治條例第 11 條已經法院公證，若為行政契約，則輔以行政程序法第 148 條「自願接受執行機制」之導入，亦可達逕為強制執行，收回委託之市有財產的同一目的。

第二目 修正臺北市市有公用房地提供使用辦法暨一併檢討以之為立基之相關自治法規命令及行政規則

現行臺北市市有公用房地提供使用辦法第 4 條第 1 項、第 10 條及第 11 條皆有針對公用房地提供私人使用之契約，明文採行「使用行政契約」之

用語，揭示屬「行政契約」之性質。然而，此等以市有財產預設用途之「公用性」作為行政契約之一般性認定基準，並不契合我國現行學說及法院裁判通說所採行之契約標的理論。蓋公用房地提供使用契約，根據本研究之見解，其性質除行政契約外，在具體個案中亦容有為「私法契約」之可能。換言之，市有公用房地提供使用，除非限縮提供使用在同質性之範圍，否則在法制上不可能作統一之契約定性。準此，本研究建議現行臺北市市有公用房地提供使用辦法第4條第1項、第10條及第11條規定中之「使用行政契約」文字，宜刪除「行政」二字，而修正為「使用契約」即可，俾納入公用房地提供使用契約亦不排除屬私法契約性質之可能性²⁹⁶。蓋本於法規優先原則，臺北市市有公用房地提供使用辦法若未作此修正，則各行政機關依此規定將管理之公用房地提供民間使用時，與使用人間所簽訂之使用契約即難有背離行政契約形式，而改採私法契約之合法空間。

本研究上述建議，亦契合臺北市市有財產管理自治條例針對市有財產提供使用所預設之規範架構。蓋根據該自治條例之體系，市有財產之「利用」一節被安排在第五章「收益」之下。由此應可推論，立法者對於市有財產之利用，原則上目的即在於增加市庫收入。臺北市市有財產管理自治條例第21條雖規定：「管理機關對於公用財產不得為任何處分、設定負擔或擅為收益。但收益不違背其事業目的、原定用途或經法定程序辦理，報經市政府核准有案者，不在此限。」然而，事實上，同自治條例容許收益目的之追求者，不僅限於市有「非公用」財產而已；即使是市有「公用」財產，若有提供使用之情形，亦然（第66條參照）²⁹⁷。退步言之，即使市

²⁹⁶ 尚有疑義者，在刪除公用房地提供使用契約僅限於「行政契約」之相關條文文字後，須注意者，同辦法第14條後半段中所使用之「收費標準應依規費法第十條規定」是否須一併修正？就此，本研究認為應可保留現行文義，無須併同修正。蓋此僅規定使用費「收費標準如何訂定」而已，亦即依規費法第10條所規定之計算基準訂定本於契約所生之使用費給付義務。由此，既不推導出使用費在定性上屬於公法性質之規費的結論，亦不意味著本於公用房地使用雙務契約所生之使用費，可直接適用根植在以「准許物之使用」之單方行政行為為基礎的規費法。

²⁹⁷ 參見本研究第二章第三節第一項。

有公用財產在實際上確實皆符合原定用途，而僅提供公用。但公用與行政契約兩者並非恆為一致且相生相形之概念。市有財產為公用所簽訂之契約，非必然為行政契約。根據本研究第六章所述，倘若提供公用財產予民間適用涉及給付行政者，行政機關仍有契約形式選擇自由。本條例一律規定公有房舍提供使用為行政契約，或可解讀為是立法者對契約形式之選擇決定。然而，連結上述所言公用財產未必確實作為公用使用之命題，則因涉及本質論問題，更無由會涉及立法者之選擇決定問題。若此等推論可被支持，則在公用財產有償提供使用之情形下，「活化財產利用、增加使用費收入」即不可排除地亦屬重要之行政目的。據此所簽訂之契約，即不根本性地排除屬於私法契約之可能性。

抑有進者，在認同本研究主張市有公用財產提供使用契約不必然屬行政契約之見解，並且支持修正臺北市市有公用房地提供使用辦法之前提下，則不可不面對的是一連串立基在現行臺北市市有公用房地提供使用辦法架構上的相關自治規則之一併檢討。例如本研究第三章所整理出之現行臺北市自治法規命令及行政規則中包含有契約定性條款之清單中²⁹⁸，臺北市建國假日玉市市集輔導管理辦法、臺北市公有土地設置簡易運動、綠美化設施認養暨命名試辦要點、臺北市各級學校員生消費合作社設置管理要點、臺北市立動物園園外服務中心鋪位使用管理要點等，皆涉及市有公用財產之提供使用。是否上述各自治規則所規範之公用財產種類因提供使用所簽訂之契約皆屬行政契約，宜逐一進行檢視。

舉例言之，臺北市各級學校員生消費合作社設置管理要點第 11 點規定：「學校得提供員生社適中之營業場所，並與員生社簽訂場地使用行政契約，本要點列為契約附件，契約時間以一年為期，其營業場所應維持整潔與衛生，並接受學校監督。」據此，臺北市各級學校提供員生消費合作社場所供其營業所簽訂之契約，被本要點認定為「行政契約」。若以本研究所

²⁹⁸ 參見本研究第三章第一節第一項。

提出之契約形式選擇體系檢驗，本契約之標的主要為學校提供場所供員生消費合作社從事營業之行為。雖然營業之對象為學校之員生，且因是合作社屬性，販售商品之價格或許低於一般之市價。然而，員生社之營業行為終究難以評價為對學校員工學生從事給付行政，毋寧為一單純之私經濟活動，且與校外之商店經營無異，係以營利為取向。是以，本研究認為公用財產提供私人從事營利行為之用所簽訂之使用契約，除非是蘊含有對使用人直接執行行政任務之目的，否則性質上僅存在「私法契約」之唯一可能性。該要點之所以將其明文定性為行政契約，合理之推論應是立基在上述所言之所提供之財產標的為「公用財產」之唯一理由上。

第三目 修正行政契約判斷基準

臺北市政府於 2007 年 9 月 5 日訂頒「行政契約判斷基準」，以供所屬各機關簽訂契約時，判斷屬性是否為行政契約之參考。惟根據現行條文，僅有三條，分別就「行政契約與私法契約的區分」、「行政契約認定基準」及「個案判斷步驟」予以規範。此行政契約判斷基準固然就行政契約與私法契約應如何區分，已為大原則之規定，且與我國目前學說及實務通說見解亦若符合節。然而，若能考慮將本研究第六章所提出之更為細膩區分及選擇基準予以納入，似可為臺北市政府各行政機關於簽訂公私協力契約，選擇或認定屬性時，提供更為具體且可操作之標準²⁹⁹。

有鑑於現行之規範係以「一般行政契約」如何判斷作為出發點，故著重點皆在於揭示行政契約判斷之基準為何及順序。從其內容以觀，似乎較強調在本研究第六章所提出之「本質論」部分。至於行政之契約形式選擇自由方面，該判斷基準中則未有置喙。基此，本研究建議至少可於〈行政契約判斷基準〉中增列一個條文，揭示行政機關是否以及在何等情形下享

²⁹⁹ 林明鏘教授於本研究計畫所舉辦之學者專家焦點座談會中，亦提議本研究團隊可考慮將臺北市政府行政契約判斷基準之修正列入建議事項中。詳參見本研究附錄四之發言紀錄。

有契約形式選擇自由。具體之條文建議，試擬如下：

「四、契約標的涉及給付行政、促進行政，或是公共設施之利用，且非上列所揭應判別為行政契約之列舉事由者，在法令無特別規定之情形下，行政機關享有契約形式選擇自由，得選擇以行政契約或是私法契約之方式執行行政任務。」

除此之外，為避免臺北市政府往後有可能再次發生例如本研究上述所揭萬芳醫院委託經營管理契約「同一契約標的，但前後期屬性不一」之行政作業實務發生³⁰⁰，故本研究建議可進一步將德國學說所主張「契約形式選擇之行政自我拘束」意旨，於行政契約判斷基準中增列。具體條文建議如下：

「五、行政機關行使前點之契約形式選擇自由後，就同一標的訂定第二期以後之契約者，非有正當事由，不得背離原先所選擇之契約形式。」

至於現有條文部分，若依循本研究上述對「顯然偏袒行政機關一方」之行政契約判斷基準所提出之批判，則建議現行條文〈三、5. 約定事項中列有顯然偏袒行政機關一方之條款者（如將行政程序法第 144 條或第 146 條之一指明訂於契約之中）〉可於修正時考慮一併刪除之。

第二項 中長程目標及作法建議

第一款 目標設定

不同於上述短程目標著重在維持現有公、私法契約區分之主流見解架

³⁰⁰ 參見本研究第六章第四節第一項。

構下，提出較為務實之調整或修正建議，本研究則是以如何建構一符合學說發展潮流，之理想公私協力契約形式選擇制度為出發點，思考中長程目標之設定。換言之，中長程目標之設定，旨在於跳脫我國現行優勢學說與法院裁判見解，也摒棄相關特別法規範之既有規範架構及內容，以制度設計為唯一思考，嘗試提出行政機關所簽訂之公私協力契約未來可行走向之藍圖。透過此等前瞻性之擘畫，本研究亦希望能對行政部門提供另一條思考路徑，以作為未來擬定公私協力政策及立法時之參考。有鑑於擬提出之方案與現行契約形式區分及選擇之釋義學主流見解及法院裁判之一貫態度有一定程度之背離，恐須一段時日瞭解、磨合與接受，故本研究將其置於中長程目標，特予敘明。

第二款 具體建議

本研究針對中長程目標提出兩項具體建議：其一，為建議建構公私協力契約之共同框架規範，其二，則是建議揚棄契約形式選擇自由理論。茲詳細說明如下：

第一目 建構公私協力契約之共同框架規範

在公、私法二元區分之大陸法系下，契約亦對應地區分為行政契約與私法契約，並且從實體法規範到權利救濟之訴訟法規範，原則上亦各有應適用之法規，而呈現出公法及私法兩套契約法制：行政契約法因屬行政法之範疇，故受憲法之直接拘束；而且因具有強烈之行政任務執行公益性，故契約得為確保公益而調整並繼續履行。反之，私法契約法所著重者為私法自治、契約自由，高度尊重契約雙方當事人之約定，並且一旦締約後，若非再有不同之協議，原則上應嚴遵原約定之內容。

縱然如此，在行政之契約形式選擇自由理論適用之前提下，行政機關為執行行政任務，除採取行政契約之公法行為形式外，亦不排除可選擇以

私法契約方式，以直接執行給付行政任務，亦即德國法上所稱的「行政私法」行為（Verwaltungsprivatrecht）；法國法亦相同肯定行政機關為執行行政任務得例外採取私法行為。縱然如此，無論是採行行政契約，抑或私法契約，由於目的皆在於直接執行行政任務，故學說及實務一致性之見解乃認為即使行政機關選擇締結私法契約者，亦不能避難至私法，主張契約自由、私法自治。毋寧，公法規範（尤其是憲法）之拘束性以及公益取向性仍支配著該私法契約之締結與內容。在此意義下，形式上雖有行政契約及私法契約之別，然實質上卻適用同一法則，受公法之高密度規制。

若以此作為思考之立基點，則在中期目標上，或許吾人可將視野置於建構一行政契約及私法契約皆適用之共通契約框架規範的努力上。此方案之優點，乃在於無論行政機關選擇採取行政契約，抑或私法契約以執行其給付性或促進性之公私協力行政，契約法律關係之基礎框架內容皆屬一致。而且，不僅就行政機關之締約實務，而且亦及於契約涉訟時之法院審理實務，皆有一套契約內容基礎框架可資遵循。公私協力契約基礎內容之「最低限度一致性擔保」（minimale Einheitsgarantie），即可獲得落實。藉此建議方案之實踐，將可有效舒緩因契約形式之選擇，造成不同形式契約間內容差異過鉅之體系不正義問題。行政契約與私法契約區分在法制上之必要性，因此將可大幅減弱。

本研究所提出之此等建議方案，在我國學說，以及德、法兩國之公私協力契約法發展趨勢上，亦可覓得支持之基礎。例如吳志光教授即指出，在公私協力法制上，如何對締約所依據之法規範進行改善，有效確保公益，始為正鵠。否則，縱令促參投資契約定性為行政契約，亦非解決問題的萬靈丹³⁰¹。而上述德國專家學者對於聯邦行政程序法修正所提出之大解決方案，擬建構出普遍適用於公、私法性質行政合作契約之規範框架³⁰²，亦是

³⁰¹ 吳志光，前揭（註6）文，頁50-51。

³⁰² 參見本研究第四章第二節第三項第三款。

本於相同之旨趣所設計。至於在法國，因法國法在行政契約的認定概念上遠廣於我國法與德國法，在我國或德國以私法契約方式執行給付性或促進行公私協力行政之類型，在法國仍將被歸類於行政契約。目前法國係廣泛地針對行政機關為契約一方當事人之契約類型，不論契約標的或目的，相同地進行統整性、認定為行政契約之方式進行規制，亦即要求所有行政機關簽訂之契約都必須遵守公平競爭與程序透明等之程序規定，並盡可能維持契約關係之穩定。是以，法國法與德國法之發展方向相同，都以公私協力行政之契約基礎內容受到一致性擔保為其中心理念。

再觀察我國目前行政作業及法院裁判實務，除非是涉及到本研究第六章所指稱之契約本質性問題，則行政契約與私法契約之標的將因屬性不同而有所差異外，其餘契約無論是選擇或定性為何種形式之契約，契約標的及其他約款內容，並不明顯地呈現出巨大差異。由此可證，針對同一標的，無論是選擇行政契約或是私法契約，契約之約定事項、內容及架構，事實上皆可具有高度之相同性。就臺北市而言，市政府所簽訂之公私協力契約書上，市有財產提供使用之使用費繳納、權利金給付、違約懲罰金、契約調整、責任保險等，內容不乏幾近一致地呈現在行政契約及私法契約中之條款。

綜上所述，在中期目標上，本研究建議臺北市政府或可針對公私協力契約擬定一基礎規範框架或是基礎契約範本，整理出公私協力行政之必要規範事項（例如公益確保條款、委託機關監督權、契約之調整等），要求於各種形式之個別契約書中皆應予以明定之。

第二目 告別契約形式選擇自由理論

在非涉及秩序行政之範疇內行政原則上享有行為形式選擇自由，固為德國行政法總論釋義學傳統以來所肯認之法則。此亦為我國行政法學界多數見解，甚至為司法院大法官解釋所繼受與肯定，已如上述。然而，不可

諱言地，行政機關之行為形式選擇自由應用在雙方行為之契約上，勢必在一定程度上與以契約標的作為客觀基準之公、私法契約二元制產生難解之齟齬。蓋取決於契約標的之行政契約與私法契約「客觀」區分基準，與行政之契約形式「主觀」決定權兩者間，並不存在絕對清晰之各自適用領域界限。李建良教授即曾一針見血地指出：「問題的真正關鍵不在『區分標準』，而在契約的性質能否取決於當事人的『主觀意思』？換言之，必須嚴肅思考的問題是，『主觀說』或『客觀說』的何擇何取。³⁰³」固然，德國法上有部分學者嘗試提出「推定說」，就定性上模糊或難辨之契約，推定為行政契約³⁰⁴。然而，此正足以突顯出行政之行為形式選擇自由理論本身存在有制度上缺失，始有必要再行藉由輔助機制予以填補。

基上背景，提出行政之行為形式選擇自由理論之肇始國——德國，晚近不斷有學者開始進行反省，思考行政之契約形式選擇自由理論的續存必要性。其中，學者們不約而同地多從法制史角度出發，追本溯源地嘗試探求行政之行為形式選擇自由理論興起之原因。一般見解認為，行政之行為形式選擇自由理論普遍受到傳統行政法總論釋義學之肯認，並且幾乎已成為其「標準內容」，主要與早期德國公法學較為低度發展（Unterentwicklung des öffentlichen Rechts）、行為組織及形式缺乏多樣性（Formenarmut），以及行政救濟制度未臻周延（lückenhafter Verwaltungsschutz）有著極密切之關係³⁰⁵。換言之，在行政法學發展初期，囿於行政機關為執行行政任務、達成行政目的所能支配之行政行為多環繞在單方高權之行政處分上，其餘例如雙方行政行為之契約，甚至受到一般性之否定。是以，在學說上即提出行政享有行為形式選擇自由，俾使行政機關於執行行政任務時有空間得以採行私法之組織形式及行為形式，透過私法相對較為發達之體系及規

³⁰³ 參見李建良，前揭（註 116）文，頁 318。

³⁰⁴ Vgl. z.B. E. Schmidt-Aßmann/W. Krebs, Rechtsfragen städtebaulicher Verträge – Vertragstypen und Vertragsrechtslehren, 2. Aufl., 1992, S. 170.

³⁰⁵ Vgl. V. Schlette, a.a.O. (Fn. 181), S. 124.

範，藉以彌補公法學實定法化及學理之不足。同時，當行政機關採行私法組織及行為形式時，行為之相對人若不服者，亦可透過相對縝密且周延之私權紛爭解決途徑，以獲致較為多元之權利保護制度的保障，彌補當時尚未健全建置之行政訴訟制度³⁰⁶。

此等有其濃厚法制發展上歷史因素之制度，在當今之行政法學上是否依舊有存續之必要性，較具批判性之學者不無質疑之聲浪。以下茲以晚近提出體系性探討之 *Volker Schlette* 教授見解為代表，說明行政之行為形式選擇自由理論在德國受到挑戰之主要原因及論辯之所在，氏主張，自從行政之行為形式選擇自由理論提出以降，德國行政法學說蓬勃發展，行政行為形式之多樣性逐步擴展，且普遍受到學說及實務之肯定。甚至，更透過實定法化，予以成文規範，建構相對細膩且周延之行政行為論。就行政契約之行為形式而言，從 *Otto Mayer* 建構當代行政法總論體系之初所採行之「官不民協商」的否定立場，過渡到例外承認，一直到目前之聯邦行政程序法已採取一般承認之立法例，行政機關原則上得採取公法契約以執行行政任務。而且，聯邦行政程序法中關於公法契約之規定，從類型、生效要件、合法要件、契約效力、契約調整及終止，乃至於準用民事契約法規定等，皆已明文。公法契約基本結構法制化程度，已不亞於私法契約。抑有進者，在權利救濟方面，自從行政法院法第 40 條導入概括條款後，凡非具憲法位階之公法上爭議，原則上皆可透過行政訴訟途徑，以為紛爭之解決。往昔所顧忌之權利保障制度不周因素，在現行行政訴訟制度下已不復存在。是以，「當行政之行為形式選擇自由的原始正當性消失，而又未見有新的正當性時，則私法形式之行政行為及形式選擇自由所帶來之缺點，勢將日益擴大」³⁰⁷。綜上思考，氏在結論上乃明確地指出，「行政於執行其公共任務時，

³⁰⁶ 德國學說上另有「主體說」之提出，主張凡契約之一方當事人為行政機關者，應優先就其所簽訂之契約認定為行政契約。主體說之基本內涵與此處所討論之否定形式選擇自由極為相似，目的皆在於解決因契約定性判斷基準不確定所帶來的「形式不安定」缺點。

³⁰⁷ Vgl. *V. Schlette*, a.a.O. (Fn. 181), S. 125 f..

得依其所好地選擇私法組織及行為形式的廣泛行政選擇自由，不應再受到肯定」³⁰⁸。其不僅會帶來諸多弊端，更已不再有其需要性。

就法國法部分，對於行政形式選擇自由之討論不如德國熱烈，因為長期以來，基本上涉及行政機關為契約一方當事人者，都先推定為行政契約；目前甚至採取擴大主觀說的認定範圍，使得不論在本質上是否屬於原本依據判例標準應判斷為行政契約者，都一致都受到公共採購契約相關原則之拘束。由於法國不論學說或實務，對於行政契約之操作皆相當熟悉，行政訴訟體系亦完善，加上對於國家擴大與負責公共服務任務之履行，又有強烈的共識感，即使在歐盟法不強調契約公私性質之影響下，許多在其他國家不認定為行政契約類型之契約，法國仍在保護公共利益的概念下，盡量以行政契約之框架進行涵蓋。

回歸我國法制，德國學者之上述討論及見解給予本研究之啟示乃為，在 21 世紀之我國現行法秩序下，應嚴正面對且思考行政之行為形式選擇自由理論在我國的行政法總論釋義學上，是否依舊有繼續予以肯定並適用之必要性相關問題。按有鑑於我國行政法總論之理論及釋義學乃大量繼受自德國法，德國法之相關討論及新發展趨勢，對於法制理論及架構具高度相似性的我國，通常亦有高度之可能性會面臨到相同之思考。所剩餘之問題，僅為來臨之時間早晚而已。若吾人依循德國學者上述之思考脈絡，檢視我國現行行政程序法對於行政契約規定之細膩度，以及行政訴訟法對於以行政處分以外之行政行為為程序標的的訴訟可能性，則本研究認為，我國現行行政程序法及行政訴訟法之規定，對於行政契約此種行政行為形式的存在及採行，至少在「法規範面」基本上業已提供了一友善之基礎框架。換言之，我國行政程序法第 135 條以下行政契約篇章，當初參酌德國及法國

³⁰⁸ Vgl. V. Schlette, a.a.O. (Fn. 181), S. 129. 類似見解亦可參見 Chr. Pestalozza, Formenmißbrauch des Staates, 1973, S. 167 ff.; F. Ossenbühl, Die Handlungsformen der Verwaltung, JuS 1979, S. 687; Th. v. Danwitz, Die Benutzung kommunaler öffentlicher Einrichtungen – Rechtsformenwahl und gerichtliche Kontrolle, JuS 1995, 1 ff.;

行政契約相關立法例，在架構及內容上與高度相似之處。對於行政契約之法容許性、生效及合法要件、無效事由、契約調整及終止等，皆有基礎性之框架規定。此等規定，若再結合行政專法中之更細膩規定，則透過行政契約方式執行行政任務，在法制上應不至於面臨到過大之阻力。抑有進者，行政程序法為彌補其本身對於行政契約之規範密度過低，恐有掛一漏萬，特別仿效德國聯邦行政程序法之立法例，於第 149 條明定行政契約於本法未規定者，準用民法相關規定之準用條款，將民法契約法之細膩體系準用至行政契約法制內。此外，我國行政訴訟法新制實行後，擴大訴訟類型，增訂課予義務訴訟、確認訴訟及一般給付訴訟。而此等訴訟種類在行政契約爭議上，正好視各按情形而定，皆具為原告用以為權利救濟之可能性。固然，就我國現階段行政契約法總則規範之完善性以觀，與德國法制尚有一段距離，而容有精緻化之空間（例如行政契約瑕疵效力、定型化行政契約之規制、行政契約之第三人同意要件等）。欲直斷其已足以支撐且解決我國目前行政契約及行政契約性質之公私協力契約所可能面臨到之所有法律問題，言之尚早。然而，本研究提出之長程建議既非以我國當前之行政契約法制環境為評估基礎，亦非認為可一蹴即成。毋寧，契約形式選擇自由理論之揚棄必須隨時關注我國行政契約法制完善化之進程與程度。至於此等長程目標何時得以實踐，非本研究在此所得主觀憑空斷言，而是應取決於我國行政契約法立法、學說及司法裁判之整體發展狀況而定³⁰⁹。縱然如此，本研究認為我國當前對於行政契約行政行為採取之法制環境，雖尚有精進之空間，但 *V. Schlette* 教授所言行政之形式選擇自由理論存在的「原始正當性」，在我國應亦可評價為逐步瓦解之中。

基上思考，則我國是否現階段即可告別擾人之契約形式選擇自由理論，而改採行政任務之執行以採取行政契約為原則，僅例外於法有明文，或是私法行政組織執行行政任務時，始採取私法契約方式之新行政法釋義

³⁰⁹ 詳可參見林明鏘，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，第 230 期，2013 年 4 月，頁 1 以下。

學，本研究則持保留之態度。蓋典範之轉換適用，所涉及到的並不僅僅是法規範框架之健全而已。除此之外，「法規適用面向」上之衝擊亦是重要之考量因素。按我國行政程序法施行迄今雖逾 12 年，行政契約之一般法制化亦復如此。然而，在行政作業實務上，行政機關對於行政契約之熟稔度仍屬有限；其在個案上受到運用者，亦非普及。而在法院審判實務上，對於行政機關為一方當事人所簽訂之契約，法院一貫見解仍採取客觀基準，對契約進行公、私法定性。是以，有鑑於我國在法規適用之實務面向上，對於行政契約行為形式之熟悉度仍有強化之空間，故本研究將行政之契約形式選擇自由理論的揚棄設定為長期目標，作為未來我國行政契約法發展之規劃藍圖。而且，此長期目標之達成，非行政權所可獨自為之。毋寧，法院之立場及動向，更是關鍵。蓋即使行政機關揚棄自己在給付行政領域內之契約形式主觀決定權，改以「行政契約」為原則形式，若法院不支持此方案，仍以現行通說之契約區分基準對契約作公、私法之定性，則行政機關自當難以長久堅持。縱然如此，本研究認為告別行政之契約形式選擇自由，改以行政契約作為優先形式之變革，對於長久以來契約定性區分基準不穩定之難題，應有突破性之改善，故仍建議委託機關仍可考量以之作為公私協力契約法制精進之長期目標³¹⁰。

³¹⁰ 關於全盤否定行政機關形式選擇自由在我國之可行性，我國有學者基本上亦明白表達或可貫徹之立場。參見李建良，前揭（註 116）文，頁 321-322。氏在評析主體說時，認為「此說等於是將行政機關締結私法契約的可能性一筆抹煞，從而使行政上的契約，大至公共建設，小至紙張文具購買，悉數歸入公法範疇。此種結果，乍觀之下，頗難思議，但從解決問題的角度來說，未嘗不可，實無反對之理。」

參考文獻

一、中文

王毓正，論市立醫院委託經營契約於公、私法屬性判斷上之爭議——以高雄高等行政法院九十六年度訴字第三五九號裁定為中心，月旦法學雜誌，第 155 期，2008 年 4 月，頁 229-238。

江嘉琪，公私法混合契約初探——德國法之觀察，中原財經法學，第 9 期，2002 年 12 月，頁 63-112。

米丸恒治著，劉宗德譯，公私協力與私人行使權力—私人行使行政權限及其法之統制，收錄於：政治大學法學院公法中心編，全球化下之管制行政法，2011 年 5 月，頁 351-372。

吳志光，公私協力行為之公法化趨勢——以委託經營管理及促進民間參與公共建設法之實務見解為核心，輔仁法學，第 36 期，2008 年 12 月，頁 1-55。

吳志光，行政法，6 版，2014 年 9 月，新學林出版公司。

吳庚，行政法之理論與實用，增訂第 12 版，2012 年。

吳秦雯，歐盟法對法國行政契約法制之影響，東海大學法學研究，29 期，2008 年 12 月，頁 1-56。

李建良，行政法基本十講，2011 年 3 月，元照出版公司。

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，月旦法學雜誌，第 157 期，2008 年 6 月，頁 304-324。

李建良譯，包裝容器稅判決，司法院編，德國聯邦憲法法院裁判選輯（九），2000 年 12 月，頁 85

李惠宗，公物法，載於：翁岳生編，行政法（上），3 版，2006 年 10 月

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，第 82 期，2006 年 5 月，頁 177-190。

李震山，以法律課予私人完成行政任務之法理思考，月旦法學雜誌，第 63 期，2000 年 8 月，頁 20-21。

李震山，行政法導論，7 版，2007 年 10 月，三民出版公司。

林依仁，私營化的法之界限，收錄於：李建良編，2011 行政管制與行政爭訟——民營化時代的行政法新趨勢，頁 199-295。

林明鏘，行政契約法研究，國立臺灣大學法學叢書（155），2006 年 4 月，翰蘆圖書出版公司。

林明鏘，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，第 230 期，2013 年 4 月，頁 1-53。

林明鏘，歐盟行政法——德國行政法總論之變革，2009 年 12 月，新學林出版公司。

林明鏘，擔保國家與擔保行政法——從 2008 年金融風暴與毒奶粉事件談國家角色，收錄於：政治思潮與國家法學——吳庚教授七秩華誕祝壽論文集，2010 年月，頁 577-598。

林錫堯，行政法要義，3 版，2006 年 9 月，元照出版公司。

孫迺翊，社會福利服務契約法制初探——從我國社會福利機構「公辦民營」之經驗談起，收錄於：政大法學院公法中心編，全球化下之管制行政法，2011 年 5 月，頁 505-540。

徐筱菁，公營事業之法律概念，公營事業評論，第 1 卷第 3 期，1999 年 6 月，頁 123-143。

張文郁，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為中心，收錄於：台灣行政法學會編，行政契約與新行政法，2002 年，頁 231-274。

張桐銳，行政法與合作國家，月旦法學，121 期，2005 年 6 月，頁 25-53。

盛子龍，公私協力興起下行政契約法制面臨之挑戰與回應，收錄於：台灣行政法學會編，全球化/福利國家/特別權力關係/公私協力，2012 年 12 月，頁 343-362。

許宗力，論行政任務的民營化，收錄於：當代公法新論（中），翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，2002 年 7 月，頁 581-610。

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，收錄於：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，2002 年 9 月，頁 255-294。

許登科，德國擔保國家理論為基礎之公私協力（ÖPP）法制——對我國促參法之啟示，台灣大學法律系博士論文，2008 年

陳明燦、張蔚宏，我國促參法下 BOT 之法制分析：以公私協力觀點為基礎，公平交易季刊，第 13 卷 2 期，2005 年 4 月，頁 41-75。

陳春生，行政法之學理與體系（一）——行政行為形式論，1996 年 8 月，三民出版社。

陳敏，行政法總論，7 版，2011 年 9 月，自刊。

陳淳文，公法契約與私法契約之劃分——法國法制概述，收錄於行政契約與新行政法，2002 年 6 月，台灣行政法學會主編，頁 131-164。

陳清秀，委託經營法制及實務問題之探討，收錄於：當代公法新論（中）——翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，2002 年 7 月，頁 636-655。

陳敦源、張世杰，公私協力夥伴關係之弔詭，文官制度季刊，第 2 卷第 3 期，2011 年，頁 17-71。

- 陳愛娥，公私合作對行政契約法制的影響——以德國法的引介為中心，發表於：高雄大學政治法律學系主辦，政治與法律之對話——合作國家與新治理研討會，高雄，2007年6月8日。
- 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年6月，頁77-130。
- 陳愛娥，行政法院與民事法院審判權的劃分——以公私部門合作執行行政任務而締結之契約為觀察主軸，收錄於：論權利保護之理論與實踐，曾華松大法官古稀祝壽論文集，2006年6月，頁581-593。
- 陳愛娥，國家角色變遷下的行政任務，月旦法學教室，第3期，2003年3月，頁104-111。
- 陳愛娥，國家角色變遷下的行政組織法，月旦法學教室，創刊號，2002年11月，頁100-106。
- 陳愛娥，臺北市市有社會福利與文化設施委託經營管理之法律問題——以委託經營管理契約的法律歸屬為主軸，收錄於：臺北市政府法規會編，臺北市市有財產委託經營管理法制及實務問題研討會，2003年，頁65-84。
- 陳愛娥、陳淑芳，行政程序法施行後現行臺北市法規之衝擊與因應，臺北市政府法規委員會委託國立臺北大學法律學系研究，2003年7月。
- 陳慈陽，環境法總論，2版，2003年1月，元照出版社。
- 陳新民，「服務行政」及「生存照顧」概念的原始面貌——談福斯多夫的「當作服務主體的行政」，收錄於：氏著，公法學割記，1993年10月，頁55以下。
- 陳新民，行政法學總論，修訂8版，2005年9月，元照出版社。
- 程明修，公私協力行為對建構「行政合作法」之影響——以台北高等法院ETC案為契機，月旦法學雜誌，第135期，2006年，頁5-13。
- 程明修，行政法之行為與法律關係理論，二版，2006年9月，新學林出版公司。
- 程明修，德國加速公私協力法上「競爭對話（Wettbewerblicher Dialog）」制度於政府採購上之運用，發表於：東吳大學法學院主辦，第一屆東吳工程法律學術研討會——政府採購法制之省思與開展，2014年6月6日，東吳大學城區校區。
- 黃國鐘，BOT（興建/經營/移交）之法律架構與行政程序（下），萬國法律，第102期，1998年12月，頁29-30。
- 黃錦堂，行政契約法主要適用問題之研究，收錄於：氏著，行政契約與新行政法，台灣行政法學會學術研討會論文集，2002年6月，頁1-76。
- 黃錦堂，行政組織法論，2005年5月，翰蘆出版公司。
- 黃錦堂，論地方自治團體間之合作，內政部編印，地方自治論述專輯（第三輯），2007年12月，頁341以下。
- 葛克昌，國家學與國家法，1996年，元照出版公司。

詹鎮榮，公私協力與行政合作法，2014年3月，新學林出版公司。

詹鎮榮，民營化法與管制革新，二版，2011年10月，元照出版公司。

臺北市政府法規委員會編印，臺北市政府常用契約範例，三版，2009年9月。

劉紹樑，論BOT基本法，月旦法學雜誌，第33期，1998年1月，頁22以下。

蔡秀卿，行政契約，收錄於：台灣行政法學會，行政法爭議問題研究（上），2000年，頁523-528。

蔡宗珍，從給付國家到擔保國家——以國家對電信基礎需求之責任為中心，台灣法學雜誌，2009年，122期，頁13-19。

蔡茂寅，行政委託相關問題之研究，收錄於：當代公法新論（中）——翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，2002年7月，頁611-631。

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，收錄於：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，2002年9月，頁295-324。

蕭文生，自法律觀點論私人參與公共任務之執行——以受委託行使公權力之人為中心，收錄於：台灣行政法學會編，國家賠償與徵收補償·公共任務與行政組織，2007年7月，頁299-347。

鍾祖聲，政府採購法於公有公共設施委外經營案件所面臨之困境與改進之道，收錄於：司法官47期學員法學研究報告，2011年9月，頁380-410。

二、外文

（一）德文

Bartsperger, Richard, Die Werbenutzungsverträge der Gemeinden, Stuttgart Berlin Mainz Köln 1975.

Budäus, Dietrich/Grüning, Gernod, Formenvielfalt und Probleme der Kooperation privater und öffentlicher Akteure aus Sicht der Public Choice-Theorie, in: Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft 9 (1996), S. 109 ff.

Ehlers, Dirk, Verwaltung in Privatrechtsform, Duncker & Humblot: Berlin 1984.

el-Barudi, Stefan, Die Anwendbarkeit des GWB-Vergaberechts auf Öffentlich-Private Partnerschaften. Zu Grundsatz und Grenzen einer funktionalen Sicht des Anwendungsbereichs des EG-Vergaberechts, Nomos: Baden-Baden 2009.

Gurlit, Elke, Verwaltungsvertrag und Gesetz: eine vergleichende Untersuchung zum Verhältnis von vertraglicher Bindung und staatlicher Normsetzungsautorität, Mohr Siebeck: Tübingen 2000.

Kaltenborn, Nobis, Der vergabe- und beihilferechtliche Regelungsrahmen für Public Private Partnerships in der Entwicklungszusammenarbeit, NZBau 2008, 681 ff.

- Kempen, Bernhard, Die Formenwahlfreiheit der Verwaltung: Die öffentliche Verwaltung zwischen öffentlichem und privatem Recht, F. Vahlen: Köln 1989.
- Koenig, Hentschel, Der Public Private Partnership-Infrastrukturträger als öffentlicher Auftraggeber (§ 98 GWB), ZfBR 2005, 442 ff.
- Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., C. H. Beck: München 2011.
- Papier, Hans-Jürgen, Recht der öffentlichen Sachen, 2. Aufl., Walter de Gruyter: Berlin 1984.
- Schlette, Volker, Die Verwaltung als Vertragspartner. Empirie und Dogmatik verwaltungsrechtlicher Vereinbarungen zwischen Behörde und Bürger, Mohr Siebeck: Tübingen 2000.
- Wallerath, Maximilian, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht. Beschaffung und Leistungserstellung im Staat der Gegenwart, Verlag Nomos: Baden-Baden 1988
- Weber, Martin/Schäfer, Michael/Hausmann, Friedrich Ludwig (Hrsg.), Praxishandbuch Public Private Partnership, C. H. Beck: München 2006.
- Ziekow, Jan/Siegel, Thorsten, Public Private Partnerships und Vergaberecht - Vergaberechtliche Sonderbehandlung der „In-State-Geschäfte“, VerwArch 2005, S. 119 ff.
- Ziekow, Jan/Völlink, Uwe-Carsten (Hrsg.), Vergaberecht, Kommentar, C. H. Beck: München 2011.

(二) 法文

- Bezsançon, Xavier, Rétrospective sur la gestion déléguée du service public en France, RFDA 1997, n° special.
- De David Beauregard-Berthier, Odile, Droit administratif des biens, 4^e éd., 2006
- Du Marais, Bertrand, Droit public de la régulation économique, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004.
- Dugit, Léon, Traité de droit constitutionnel, Paris, 1928, t. II.
- Gros, Manuel, Droit administratif, l'Earmattan, 4e éd. 2012.
- Guettier, Christophe, Droit des contrat administratifs, puf, 2004.
- Pignon, Sophie, La réforme de la commande publique, AJDA, 2002.
- Richer, Laurent, Droit des contra administratifs, LGDJ, 8e éd, 2012.
- Roblot, Agnès-Troizier, Retour sur le pouvoir de contrôle de l' administration sur son cocontractant, RFDA, 2007.
- Waline, Jean, Droit administratif, Dalloz, 24e éd., 2012.
- Weidenfeld, Katia, Histoire du droit administratif, Economica, 2010.

附錄一：

計畫評審會議紀錄

臺北市府法務局 103 年度委託研究案
「公私協力行政之契約形式選擇自由之研究——以臺北市市有財產
出租、提供使用及委託經營為中心」

計畫評審會議紀錄

時間：103 年 4 月 21 日上午 10 時 00 分

地點：本府法務局 9 樓東北區圖書室/會議室

主席：林召集人淑華

記錄：郭興漢

出席委員：吳委員志光、黃委員銘輝、戴委員智琪、郭委員惠雯

廠商代表：詹教授鎮榮、吳教授秦雯、楊計畫研究助理哲瑋

列席者：蔡科員春香

一、評定方式

評審符合需要廠商之廠商家數上限 3 家，採序位法，並輔以總平均數 80 分（含）以上決定，為符合需要廠商設定合格廠商之門檻標準，未達合格標準者，不得列為決標對象。亦即由評審小組委員所評分數高低排列參選者序位，採序位累加方式，以累加序位總數最少者為第 1 名；累加序位相同者，依投標須知約定辦理。

二、投標廠商名稱：國立政治大學

三、討論事項之案由及決議：

建議將市有財產（公物）之出租及提供使用，亦納入本研究計畫之研究範疇，以臻完善。

四、評審過程紀要：

（一）國立政治大學簡報。

（二）評審小組委員就各評審項目、受評廠商資料逐項進行討論。

（三）各委員辦理評分（比）作業。

五、評審結果：

本案參與評審廠商一家，經評審結果國立政治大學以序位第一，相關標價合理，且無浪費公帑等情形，經評審小組委員總平均數 80 分（含）以上決定為符合需要廠商。

六、散會。（11 時 35 分）

附錄二：

計畫期中審查會議紀錄

臺北市府法務局 103 年度委託研究案
「公私協力行政之契約形式選擇自由之研究——以臺北市市有財產
出租、提供使用及委託經營為中心」

期中審查會議紀錄

記錄：鄭研究助理姪好、楊研究助理哲瑋

- 壹、時間：民國 103 年 9 月 11 日（星期四）上午 10 時
貳、地點：市政大樓 9 樓東北區圖書室／會議室
參、主持人：戴副召集人智琪（代林召集人淑華）
肆、出席人員：如簽到表（註記：審查委員為林召集人淑華、戴副召集人智琪、吳委員志光、黃委員銘輝、郭委員惠雯）
伍、主席致詞：(略)
陸、報告事項：研究團隊報告（略）
柒、審查委員意見：（依發言順序）

一、吳委員志光意見：

- （一）報告書 23 頁：社會福利住宅難以用促參法，即以目前同樣是合宜住宅，也有可能採用各種模式，不只是 PFI？
- （二）私人參與契約過程時，當事人已經合意並將契約屬性明定於契約中，除非中央已有立法明定，否則該約定並不拘束契約定性之判斷。在比較法上是否也是如此之情形？
- （三）沿襲自德國法，因行政法院存在，讓公、私法區分有需求或實益。有無可能使法院回歸「主體說」，只要一方是行政機關，與人民所訂的契約就定性為公法契約，以回應公、私法混合性質越來越強烈之趨勢？
- （四）國內是否某程度上透過雙階理論確保了公平競爭的問題？立法者是否無形中透過雙階理論之設計，確保了私法契約前階段在甄選過程中的公平競爭，並且利用公法的手段加以確保？也許這是雙階理論仍有其存在之功能。

- (五) 金額的多寡會不會影響契約性質？例如污水下水道案，因計畫標的不小，行政法院因為怕公法遁入私法，因此認定為行政契約。但如果這麼邏輯能成立，則很多政府採購契約應該也都會被認定是行政契約才是。私法契約為何一定會被推定是不能維繫公益呢？最後整理分析判決時，也許可以探討行政機關將契約界定成私法契約，是否就是與公益有違？只有行政契約才能確保公益？

二、黃委員銘輝意見：

- (一) 第二章節規範框架其實就是在談中央和地方層級法規適用的邏輯，是否應該要先討論事實，再來討論規範框架？這樣也比較能多寫一些東西，也較能清楚掌握。
- (二) 第三章節開始整理了自治法規有無直接對契約屬性作為定性，而搜尋關鍵字直接用「行政契約」，第 36 頁也透過關鍵字間接推導出行政契約。這也許是德國法下公法會被認定為「特別法」的思考邏輯所使然，但本題目既然是討論契約「選擇自由」，那檢索上是否可以找到有一個自治法規可以明顯的找出立法者抉擇使用「私法契約」？例如，我曾用「契約」和「公證」，找到臺北市台北地下街出租管理暫行要點有提到公證，此或許不難解讀成是規範制定者有意循私法途徑。或是臺北市非公用閒置不動產提供使用作業要點，亦有類似情形。既然立法面可以從自治法規選擇契約形式，那只考量行政契約是否妥適，是不是還有其他的類型，例如私法契約類型可資比較？
- (三) 若本研究案承認行政機關有某程度的選擇自由，那也許可以建議行政機關該怎麼選擇才不太會出現錯誤。本研究計畫應該讓委託機關能夠避免因立法錯誤產生的狀況，提出應「如何正確選擇」之基準。
- (四) 若從德國、法國目前趨勢來看，德國其實對行政契約的運用沒有那麼廣泛，法國相對比較廣。但也正因如此，這兩個國家的比較法該怎麼調和？究竟法國和德國路徑有無統合可能？而兩者若是無法統合，則台灣應比較可能取法何者？
- (五) 對委託機關而言，應該是最想要知道能否用自治法規去選擇？如果法規沒有規定，那該怎麼辦？但行政法院如果沒有很明確表示該如何解決，在客觀曖昧不清的情況下，是否也要尊重「主觀」的解釋？司法院釋字 533 號解釋吳庚大法官意見書應該是說不應該在客觀清楚的情況下扭曲契約解釋。但是在客觀不明時，主觀意圖應該仍有介入之空間！因此本研究計

畫應該要作為委託機關之利器，提供委託機關如何選擇的建議，再細緻化標準或參數。

(六) 不管是哪種性質的契約，重點應該擺在要怎麼形塑出契約之共同框架。

三、郭委員惠雯意見：

- (一) 報告第 4 章、第 76 頁以下有關德國行政合作契約法制框架之介紹，似乎僅指出德國學說傳統多數見解及行政、司法實務均將適用政府採購法或預算法之行政合作契約定性為私法契約（此點我國法似乎亦同）。惟「不適用政府採購法之委託經營管理契約或 BOT 契約（亦即政府無庸給付費用、甚至得對民間機構收取權利金之情形）」，在德國學說或實務上如何定性，似未有所介紹。
- (二) 對委託機關而言，希望第七章可以針對現行自治條例及自治規則中不合理的地方，提出修法建議；或是有立法的需要時，也希望能提出建議。

附記：郭委員惠雯會後補充書面意見如下：

期中審查會上，研究團隊雖就此回應略以：「德國實務上係依歐盟之政府採購指令之要求，依「採購金額」之高低決定其應適用之法規及締結之程序規範框架。」

惟上開回應所適用之案件類型，概念上應係「政府編列預算（經費）向民間進行採購」之情形，而與前述所欲詢問之「政府無庸給付民間機構費用、甚至得對民間機構收取權利金」之「委託經營管理或 BOT 契約」迥異。

此外，因報告第 95 頁以下及第 96 頁以下所介紹之 2 種契約類型（為財產收益目的所締結之公私協力契約及公有道路特許使用契約），亦均非前述之「委託經營管理」契約之類型。

然因委託經營管理及 BOT 契約在本府各機關實務上運用頗為頻繁，惟不同案件彼此間又頗不一致（例如有以行政契約為之，亦有以私法契約為之者），甚至在部分案件類型中，更有與「公用房地提供使用行政契約」彼此相重疊或混淆之情形（士林官邸內之咖啡座、第二殯儀館內之便利商店、市有歷史建築活化再利用）。從而德國法上就此類案件如何操作，對本府實務運作甚有參考價值，盼研究團隊在此節能再予補充。

四、戴副召集人智琪意見：

- (一) 聯合醫院美食街的經營一般皆認為不會是聯合醫院之「既有業務」，所以似乎無法以委託經營方式辦理，但對業務機關而言，以委託經營方式辦理，似乎比較便利。另外二殯有部分房地規劃成便利商店使用，一開始殯葬處想要用委託經營，但主管機關認為經營便利商店不是殯葬處既有業務，因此無法以委託經營方式辦理。故委託經營是否必須限制在「既有業務」之範圍內？
- (二) 有關黃委員銘輝第二點意見部分，其實有些法規甚至連「契約」兩字都沒提到，例如臺北市立兒童新樂園營運管理辦法，該辦法中沒有提到要訂定契約，但實務上打算以訂定行政契約之方式辦理。
- (三) 書面 39 頁以下提到之常用契約範例部分，現在所有章節裡除了租賃契約外，就大概只剩下第九章還在用而已。委託經營執行到最後，像文化局大部分都是簽訂行政契約，社會局部分係以勞務採購契約方式，部分則依政府採購法第 99 條規定辦理，並簽訂私法契約，並未完全參照契約範例。
- (四) 90 頁以下問題，目前市府有部分契約，其內容不是對契約相對人的給付，而是著重在對「契約外第三人」之給付（例如明定特定用途以提供契約外之第三人使用，前述之便利商店即為一例）。若此，則該目的即不是報告書中所說的對契約相對人執行行政業務。則是否可以用「舉輕明重」法則，擴張認定市有財產著重在提供人民使用係具有公益性，而認定為此種類型係屬行政契約？

捌、研究團隊回應及討論：

一、回應吳委員志光意見：

- (一) 應視如何定義 PFI 而定。傳統的 PFI 應該只限於理解為民間融資提案而已，但日本的 PFI 其實等同於廣義的民營化，也包含我國的促參。
 吳委員：合宜住宅比較類似以往民間的合建模式，比較不像是典型促參類型。臺北市未來是否會訂定自治條例或其他辦法，可能要視情況而定。
 研究團隊：應視中央財政部政策規劃。財政部目前政策上是建議優先評估採用 PFI 模式的可行性。
- (二) 德、法國法院亦皆不受當事人主觀契約定性認知之拘束。
- (三) 學說上固然有這樣的討論，但就委託計劃本身，不建議做出這樣不切實際的建議，因市政府採納本計畫之後，還要看行政法院一貫的見解。因此，

本團隊反倒傾向建議將司法院釋字 553 號解釋之區分標準作更精細之區分建議。就像德國法上對於個案契約中相對人有無因為財產出租而使行政機關直接對其執行任務為斷，不是總體籠統地看契約有無公益之性質而已。更進一步的企圖是，希望未來行政法院會因為臺北市政府採行更細緻的契約定性區分標準，而隨之亦接受市府的作法。

- (四) 法國現在「主體說」雖不太重要，但在整理契約模式時，也許受到歐盟的影響，也有回歸到主體說之傾向。但重點不在於是哪一種契約，而是行政契約是否能確保公益、公平競爭，避免公私勾結並確保契約關係穩定。
- (五) 金額的多寡會不會影響契約性質？就目前之研究發現以觀，應該不是契約定性之判斷基準。蓋政府採購工程契約及民事契約，金額往往也是甚鉅，但通說見解卻不因此而將其定性為行政契約。

二、回應黃委員銘輝意見：

- (一) 本研究在此分類並不是要作抽象性之類型化，而是希望與實定法做連結。因此，第三節是第二節歸納後所做的學說上推演。如此順序安排，應該尚合邏輯，且是必要。
- (二) 提出期末報告時，第七章會提出短程和中長程目標，甚至會有例如期待透過行政權運作去帶領司法權之更突破性的建議。
- (三) 本團隊還是會嘗試去做。因為公益難以界定，所以會有解釋上的問題。道路下面埋設管線，短期來講受阻礙，但長期來說並不會影響路面行車，德國法就將之定性為私法契約。但如果有一個契約規範的框架之後，只要一方是公部門一方是私部門，意義上就不能純然從一般私法自治的角度去觀察，所以定性成何種契約形式並非重點，重點仍在於通案的契約規範框架如何建立。縱然是私法形式的契約，仍可在框架下受高密度的公法拘束。

三、回應郭委員惠雯意見：

德國視契約標的金額多寡，如果達到一定金額以上就會有政府採購法的適用，此乃是受到歐盟影響的結果。而契約定性，通說皆認為是私法契約。因他們認為這只是一種「需求行政」，我國的促參法，嚴格而言是「業務的委外」，不像德國較多的是單純「設備的委外」而已。例如國小校舍的公私協力方案，私人僅負責校舍之管理，但教育任務仍由政府自己執行，而非由私人直接辦理。

附記：針對郭委員惠雯會後所傳之書面意見，本團隊於 9 月 16 日以電子郵

件回覆如下：

回應郭委員惠雯會後補充書面疑義：

當日因時間緊迫，在回應上有誤解科長問題之處，尚祈見諒。

細看問題，科長所關切的應是不具公共委託性質之委託經營類型。在此範圍內，德國法之脈絡會納入期中報告第 95 頁所稱之契約類型。

關於科長在問題單中所提的例子，士林官邸內之咖啡座、第二殯儀館內之便利商店、市有歷史建築活化再利用等，與本研究期中報告所舉之抽象案例（例如出租市有公車外部車體供刊登廣告之用、出租市政廳地下室空間供民間開設餐廳）其實是一致的。就此，問題單中所言「因報告第 95 頁以下及第 96 頁以下所介紹之 2 種契約類型（為財產收益目的所締結之公私協力契約及公有道路特許使用契約），亦均非前述之「委託經營管理」契約之類型。」不知出發點為何？尚祈釋疑！

若以本研究之見解，科長所提之例，雖然使用「委託經營」，但其實就是在政府不支應費用之前提下，將財產提供給民間，收取租金及權利金之收益類型。若此命題可接受，則本研究報告確實業已處理德國法的情形，且原則上即是「私法契約」，除非該提供使用是為對「契約相對人」直接執行行政任務（如讓身障者開設士林官邸咖啡館，旨在扶植就業），則例外地會是行政契約。

四、回應戴副召集人智琪意見：

- （一）原則上學理對於業務委託之要件，只要是行政機關「得從事之行政任務」，皆有委外之空間，並不區分是「既有」或「非既有」業務。若市府可以接受這樣的見解，本研究計劃就會將其納進來，並以之作為委託及出租之方式區分因素考量。而且，出租與提供使用所締結的契約，即便是後者，也不排除是使用「租賃契約」之方式，在學理及實務上容有重疊之空間。這部分本團隊會嘗試提出建議，評估是否要去除既有或非既有業務之現有實務區隔，而是從公部門「任務本質」來看。
- （二）如果已經有立法的話，法院介入之空間較小。但如果是行政機關直接去認定，則司法權可介入的空間就變大了。
- （三）再行確認：依委員所揭目前臺北市政府之作業實務，意指第 40 頁左半部行政契約部分還符合目前實務，而右邊部分則須視情形做修正，目前實務

上則未必皆以私法契約為之。對此，本團隊將予調整修正表述。

- (四) 指定公益使用用途原本就是行政機關可以作的。本研究案不建議用這麼廣的面向去觀察，毋寧仍應要限縮僅從「契約相對人」角度作為判斷標準。

玖、決議事項：

- 一、 本件期中報告審查通過。
- 二、 請研究團隊依審查委員意見修正或是納入期末報告內容，並於履約期限前，依約繳交期末報告及契約所定之相關文件。

拾、臨時動議：無

拾壹、散會（上午 11 時 30 分）

附錄三：

學者專家座談會討論題綱

研究主題：公私協力行政之契約形式選擇自由之研究——以臺北市市有財產出租、提供使用及委託經營為中心

【研究背景說明】

臺北市政府將市有財產出租、提供使用或委託民間經營，行之有年，且已制定有諸多自治法規以為規範。就市有財產提供民間使用之現象以觀，外表上雖呈現出公、私部門共同合作經營管理一財產標的之公私協力模式，然目的卻是迥異。略可大別為「任務減量型」之公私協力，以及「財產收益型」之公私協力兩類。前者旨在透過市有財產之提供民間使用，將與該財產緊密連結之業務委託予民間辦理，達成市府業務執行責任減量之目的，例如市立醫院及設福機構之設備及業務委外。而後者，則旨在活化市有財產，促進效益，藉由提供民間使用，已達租金或是權利金收取之增加市庫收入目的，例如非公用土地出租民間興建私人停車場使用。針對此等適用行政領域如此廣泛及提供使用目的複雜之「公私協力契約」，市府如何於行政契約及私法契約之性質中作正確選擇或是定性，在我國現行法制架構下誠有探究之實益。為釐清公私協力契約形式選擇自由之相關問題，爰有本研究計畫之委託及執行。

【討論議題】

一、公私協力契約形式之決定主體為何？公私協力契約形式是「本質論」？或是「選擇論」？

1. 立法者有無「契約形式選擇之立法形塑自由」，於法律中自為公私協力契約法律性質之明定？若為肯定，該規範是否及於地方自治條例？又法院是否受此契約定性規範之拘束？

【說明】例如直接明文規定者有：臺北市市立學校委託私人辦理自治條例第 3 條明定市立國中小學委託經營契約為「行政契約」；臺北市下水道橋樑隧道附掛纜線管理自治條例第 3 條第 3 項規定臺北市下水道橋樑隧道附掛纜線契約為「行政契約」。間接條文推導者有：臺北市市有財產委託經營管理自治條例第 11 條規定：「市有財產委託經營管理時，委託機關應與受託人簽訂委託契約，該契約應報請市政府核准並經法院公證。」同自治條例第 16 條第 2 項復規定：「前項情形經委託機關通知限期點交返還，逾期未點交返還者，委託機關得依行

政執行法規定強制執行。」

- 其次，在立法所賦予之空間內，行政機關（尤其是地方行政機關）是否享有契約形式之選擇自由（呈現方式或為透過法規命令，或為個案之契約文件）？得選擇以行政契約或是私法契約之形式與人民建構公私協力法律關係？倘若予以肯定，則行政機關所行使之契約形式選擇自由與司法權間之關係又應如何？法院於個別契約爭議事件審理時，是否以及在何等範圍內受行政機關之契約形式選擇拘束？

【說明】例如大眾捷運聯合開發契約業經行政法院認定應屬行政契約性質，然臺北市政府目前之行政作業實務，仍傾向於將其認定為私法契約。類似情形，社會福利機構委託民間經營管理所簽訂之契約，臺北市政府社會局作業實務則傾向於採取私法契約之態度。

- 抑或，契約之定性率以其「實質內容」客觀為斷。無論是立法者、行政機關，以及人民，皆無契約形式選擇之自由？縱使選擇，亦屬其主觀認知，對法院無拘束力。法院應依契約內容客觀認定之？

【說明】吳庚大法官於釋字第 533 號解釋之協同意見書略以：「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。」

二、公私協力契約形式選擇之基準何在？

- 行政機關將公有財產出租、提供使用，或是委託民間經營管理，如何區辨其究係立於所有權人地位，僅是行使民法上所有權能之私權而已（單純國庫行政）？或是立於公權力主體地位，具有執行行政任務或實現公益之目的（公權力行政）？
- 是否公用財產提供民間使用所簽訂之公私協力契約可一律選擇行政契約形式？同理，非公用財產提供民間使用之租賃、使用、委託契約，則為私法契約？

三、外國法制及學說之借鏡

- 德國、法國、歐盟或是我國法制及學說，有無值供我國借鏡之明確且可操作的契約形式選擇基準？
- 助於本研究計畫執行之其他專業建言。

附錄四：
學者專家座談會實錄

一、會議日期：2014/9/25 10:00-12:00

二、會議地點：政治大學法學院第四研討室

三、出席人員：

詹鎮榮教授、吳秦雯教授、林明鏘教授、陳愛娥教授、陳清秀教授、程明修教授、孫迺翊教授、劉后安資深專員

四、會議紀錄：

詹鎮榮 台北市政府對市有財產之管理，第一基於任務減量，故大量提供給民間使用。也正因此有傳統任務的委外，這也是傳統公私協力的概念。但除此之外，活化公產的目的亦有透過出租公產，提供民間承租，進而收取權利金。這些都是透過契約形式來訂定的。不論是從法規面、實務面，或是台北市政府頒布的契約範本面，本研究團隊都嘗試去理出一套標準，希望各位老師可以透過這次機會，給予本研究團隊寶貴的建議。

陳清秀 我本來有一個想法，法規未有明確規定時，公物利用關係，行政機關應有裁量選擇自由。委託經營，過去需要公證，而公證的話以往行政法院因為屬於行政契約所以往往不願意公證。因此為克服這個問題，且行政程序法有規定，經過市長認可就可以強制執行，所以一方面學理上有根據，且公證花費不貲，且遇到困難，二方面希望達到強制執行的目的，用行政契約似乎比較好。但在實務運作上遇到一些困難，如果今天是許可利用，法律關係會比較清楚，若是用行政契約或是私法契約，財產提供利用有無任何公法上權利義務關係的得喪變更？那麼會變得比較沒有那麼清楚。所以現在我們在契約條款裡面約定我們是一個行政契約，有爭議的話要由行政法院來裁判，將此定為行政契約，但這種約定對於法院沒有拘束力，法院認為這是法律問題不是事實問題，也非契約自由選擇問題，所以會有不同看法，實際操作上就會有困難。

如果僅是單純的提供利用，當時的想法，就會希望朝向行政契約來處理，所以才會以行政契約的範例格式，想辦法加上公法上權利義務事項，增添公法上色彩。但因為公有零售市場的攤位出租，早年是用出租，收租金然後去公證，公有市場有行政目的非純粹私經濟活動，有提供社會大眾，市民民生需求的色彩，有點給付行政，所以我認為定行政契約是不是也可以，因為這也算公法目的，也算公物，有使用上得限制等等。但我後來聽說有些案例行政法院並沒有支持，其認為這是一個私法契約。但像委託經營，如促參條例，法律規定，是投資契約未規定則適用民事法規，意思就是將

他定位為民事契約，我記得就是聯合國還是什麼國際組織，當初的考量是求當事人之平等，提高投資誘因。其認為行政契約當事人地位不平等，可以單方終止或調整，認為會影響投資誘因。故當初立法草案，就參考國際間的此種說法，將之定為民事契約。但 ETC 行政法院卻將之認定為行政契約。雖是促參案，但如果涉及委託行使公權力，就可能被認定為是行政契約。到底是委託行使公權力還是履行輔助，其實也不是那麼明確。

所以最好的方式應該還是透過法規面的定位、定性清楚。把像是規費還是使用費寫明，在法規面寫清楚比較不會有爭議。但問題就在，到底立法者有沒有立法裁量空間？我要定位為公法關係還是民事關係是不是有立法裁量？因為自治法規的位階不是很高，如果是法律比較沒問題。但就像剛剛的例子。立法者都認為是民事契約了，法院還是可以認定是行政契約。如果說法規面無規定，在實際操作面做約定，因為公物許可利用或是公物提供使用，實際上就是財產提供人民利用或使用，機關保留監督權，收取對待給付，對待給付可以是使用費等等，如是以契約型態出現就容易出現爭議。而定性成公法契約時，在監督權的部份盡量寫明在契約裡面，使內容有公法的權利義務關係，避免不同法院審判而產生不同結果。因為有些法院尊重行政機關，有的法院傾向獨立審判的關係。

這問題有點兩難，契約的定性，與內容本身是中性時，欲回歸契約目的，以傳統市場利用為例，給付行政的目的，非純粹非公用財產出租，非公用財產理論上比較可以有私法契約訂立的空間，但公用財產有公共目的，如回歸契約目的思考是否可以定性為行政契約，而且當事人心中真意上亦偏向訂定行政契約，但法院還是把認定成是私法契約。

所以我自己也還在想辦法解決，目前覺得應該就是在法規面做清楚的界定，行政機關在依法行政之下，法院是否就要尊重行政機關所依據的法規設定。否則，這種案子可能就會看某甲法官或某乙法官而有不同的結果了。當然，也可以把它定性成民事契約，但就是要經過公證。

像大眾捷運系統，捷運局是用私法契約。因為捷運局喜歡仲裁，公法契約可否仲裁仍容有爭議，以往的行政慣例都會偏好使用仲裁，所以捷運局在選擇契約定性時就會選擇用民事契約。當然，仍有一些行政法院將之認定為行政契約。這部份算是我的推測啦，因為他們可能覺得仲裁較不費時，這種重大公共建設不適宜拖太久。

詹鎮榮 謝謝陳老師，陳老師提到了兩個點，其實也是我們執行計畫以來一直關切

的，第一個就是說，到底立法者，現在不是講說可不可以，而是講說，立法者的確已經表態了，在規範上去做契約的定性，但法院到底受怎樣的拘束？其程度為何？在中央法律的層次，原則上，如果不看幾個例外的案例的話，好像是比較有空間。但您提到就是說，在地方法規的層次，自治條例他至少是地方層次的法律，可能也會稍微好一點，但就是自治規則它恐怕，我們就會比較有疑慮了，因為台北市政府它現在其實是有滿多自治規則裡面，的確是有明文定性行政契約的屬性。可是我們收集到的資料，好像這些就也只有台北市政府自己去依循而已。所以第一個，可能得請等一下其他老師再給我們指導一下，你們認不認為，或者是建不建議，這個，還是說，定性其實也沒用，這個本來就不是一個立法決定的事項；契約定性到底適不適宜、可不可以、應不應該透過立法方式來解決這些問題？第二個是，我們在處理這個計畫案的時候所面臨到的一個困難，可能大家都知道，行政契約它有一個公的目的，但我們又會發現，我們之前在行政法總論跟較不精確的一些行政實務上，有時候會誤解說，只要有「公的目的」它就是一個「公益目的」，那標的加目的的話它就是行政契約。可是如果我們比較細膩去看各個事務領域，這個公目的本身，它還會分為是「公產對外利用的公目的」還是「市政府跟承租人彼此之間的公目的」。像我在資料上有個德國的公物的特別使用；或者是德國的市產的增值契約，跟台灣類似；它那個呢，原則上是私法契約，但是如果我跟你簽約，是為了契約之相對人的給付行政目的，不是一般公眾喔，那這個時候才是例外是行政契約。所以，以台北地下道的這個地下街的商店舖租賃為例的話，看起來是私法契約，即便你開的店是大家都可以用，若按照德國學說的話；但剛剛您也提到的，也就是說，它其實是開放利用；或者是說，市有財產租給人家當停車場，它停車場是公益呀，那這個我們就很困擾，就是所謂這個功能目的，到底是以不特定之第三人為基準？還是是以契約之相對人為基準？還是說都有可能應視個案而定？然後呢，剛剛您也提到說，公用財產它其實都有功能目的，就這一點無庸置疑，但是現在問題是，我們在台北市的狀況遇到一個情況，非公用財產租給民間，民間拿來做公用事業，例如說：非公用財產租給民間開停車場，而它是對外解決停車的問題。所以這個部分，如果是採那個廣義的第三人公益說、對不特定大眾第三人的公益說的話，那它可能就會是「即便是非公用財產的提供使用」，那就是行政契約。不曉得其他老師的想法是？

陳清秀 我們應該來把它定型化一下。剛剛講了捷運地下街，捷運地下街我相信那

是屬於「公用財產」而不是「非公用財產」，但是它提供的服務，好像是一個私經濟活動，開個店，那你剛好反過來又是一個「非公用財產」；那停車場它反而是有點公益、公共任務的那個性質，剛好又顛倒過來。

詹鎮榮 公用到底是以誰為對象？

陳清秀 那像我剛才講過的零售市場也是呀，你說它也是種買賣也是一種經濟活動呀，可是它在解決民生的問題，所以它這個地方，必須要有一些公有的零售市場在這裡，做零售的那種傳統市場，賣雞鴨魚肉，賣蔬菜那些等等。所以這就是說，到底要怎麼去區分？還有又像剛才你舉的例子，是社會局的老人安養院的那種委託經營的話，那老人安養院從給付行政來看也是在照顧老人呀…

詹鎮榮 這個台北市政府好像有位科長跟我說過，它其實有它行政作業上的考量。於文化局的市場委外時是用行政契約，社會局的，反而是用民法契約，因為他們好像是要對承租人，也就是說對委外的對象，比較能夠去控制。

劉后安 台北市的實務狀況非常複雜，比如說剛剛講的地下街，其實台北市大概有五、六個地下街，其中有部分地下街，是基於安置的目的提供給承租人有償使用。

詹鎮榮 動物園場外攤位也是。

劉后安 我記得是有一兩個市場處管理的地下街，就是在安置當時中華商場拆遷時所產生的拆遷戶，這是一種類型。但是有一些地下街，例如像龍山寺地下街有一層，則是經由公開標租方式出租出去，但是卻是以簽訂行政契約方式進行。

陳清秀 剛開始是有一部分，先把牠由地上搬到地下。原來的龍山寺旁邊那個公園，不是擺有一排商店攤位嗎？那後來就是說要取締之後，就把它整頓到地下街。

劉后安 另外還有一種地下街，像台北車站有一個叫做 K 區地下街，雖然也是供公眾通行的地下街，而且也是經由公開方式委託交給誠品去經營，但是性質上卻是由財政局所主管的非公用財產，因此是以簽訂租賃契約（並且容許轉租給第三人作攤鋪位使用）方式為之。

陳清秀 因為它是道路的地下，總不能說道路是公用設施。

劉后安 臺北市的市有不動產管理方式，跟國有財產法令很像，區分為「公用」和

「非公用」。在公用財產上，由各管理機關各自去主管；但是在非公用財產的話，原則上就是由財政局的非公用財產管理科去負責管理。

K 區地下街委託交給誠品去經營，除了有收益考量外，其實也希望那個地方能利用得更有效率，不要一個一個攤鋪位分別去招租，而是統一交給誠品去規劃，並且當二房東分租出去。如此可以提升了這塊地方的整體使用效率。

只不過讓我們感覺困擾的，一方面是應該私法性質的租賃契約跟行政契約性質的提供使用契約之間的關係，另一方面則是（容許轉租的）租賃跟委託經營之間的關係。

陳清秀 那這樣聽起來喔，好像國有財產法上關於公用財產和非公用財產，我的意思是說，非公用財產出租、出售好像是比較…，它那邊的遊戲規則好像是比較有這樣的一個味道。然後公用財產它好像是說，在不妨礙公用目的以外，它可以來提供使用收益。所以那個地方，還分成這兩類啦。但是實際上在操作上到底，契約的定性到要怎樣去選擇？有沒有選擇的自由？因為我看一般的教科書都說有選擇自由，但是實際操作上又好像沒有那麼好選擇。而且假設若都是契約的時候，到底是行政契約還是私法契約，大家好像就會覺得是見仁見智。

陳愛娥 那個，首先，由立法機關來制定法律是否就能解決問題？其實，促參是一個很好的例子，當初促參法是規定，簽訂的投資契約，若沒有相關明文規定，是適用民法的規定。主管機關是非常明確，就是要適用民法。我也聽當時的主政者說過，他當時負責的時候是工程會副主委。那至於是不是配合相關的國際方面的情形，倒是沒有聽他說起過。但是他們一些工程專業的，對於選擇公法契約私法契約，非常苦惱！所以它們就要明白定性，也就是就立法的過程來講，主政者就很明確地來講他要這樣子。這是第一個我說的。第二個，他表達得清不清楚？老實說，非常清楚，就是說沒有什麼解釋空間。我認為 ETC 的高等行政法院喔，說法是過分了一些！因為它認為那只是歷史解釋，好像是說歷史解釋，就可以隨便它扭曲，我認為這樣是不對的。另外我要提醒的是，行政法院雖然這麼說，而且高等法院的判決後來也被維持，可是最高行政法院維持它判決的理由，沒有再去論述是行政契約還是私法契約。因為那個案子本來也沒有必要去論述，那是多餘之論！像這樣的情況，工程會還曾經討論過說啊要不要再把它講清楚？想說這已經夠清楚了，純粹只是個別法院在法律操作上面的問題啊；不過

它立法清不清楚，我認為夠清楚，但它立法有沒有道理，我認為沒道理。為什麼呢？因為，如果去看可以適用促參的契約類型有那麼多，觀光旅館、汙水下水道、交通建設，等等的，像交通建設有很多不像 ETC 的，它很可能包括像是把一段高速公路整個交給你蓋，然後你可以去收錢，這種事情怎麼可能是私法契約啊？就是說有一些契約標的，你是沒辦法、根本沒必要去談什麼促參契約有沒有什麼公共目的什麼的，就是它當然就涉及到公權力；像汙水下水道它促參案原來的設計，也是當然涉及到公權力，因為它到時候建造完的時候，它可以強制接管、強制使用，這是把公權力移轉！很明確的！你怎麼可以去定一個…，其實它問題就是出在說，你的標的有那麼多，結果你竟然想要統一定性成私法契約，這就變得沒道理。另外不看契約標的，就說我可以任意選擇，我認為這是有問題的，就算是立法者來選擇也會很勉強。然後，只是我認為 ETC 那個案子，它其實沒有那個問題，因為 ETC 某一種程度上其實是一種特別的勞務採購，所以它沒有公權力移轉的疑慮，它只是用一個系統來取代幫忙收錢的人，所以才會那些收費員的情形。

我自己是認為，標的說是比較有道理的，我們其實因為 533 號解釋，目的那些放進去，所以我一直都不覺得那是很成功的解釋，講得太雜，有些我覺得沒道理，說這是不是有上下、看起來有高權的隸屬關係也來當作標的，那不對，那個部份其實你是依法可以有權去做的事情，你不可以把這個跟契約的屬性混為一談，所以其實我認為說從法的角度來講，而且比較「乾淨」的角度，是標的說啦。如果是從標的說的角度來講，我覺得不管是法律的層次，還是自治條例的層次，還是自治規則的層次，想要勉強地違反標的的性質然後來定性，我認為會有問題。雖然很抱歉喔，我們前主委，他說喜歡行政契約，他什麼都要把它定性成行政契約，但我就覺得有時候它標的就是不合，若變成私法契約，這個標的又不符合。法院為什麼會不穩定？因為我們學者的見解也不穩定啊。

所以我這邊所謂，究竟是本質論還是選擇論喔，其實我自己其實是認為說，其實是本質論，之後才有選擇論。如果本質上面，它其實沒有選擇的空間，其像像譬如說，如果真的單純出租的話，你怎麼把它叫做行政契約呢？就我的角度來講就是說，這個從行政事務的性質，它就是一種單純財產管理行為，然後這種單純財產管理行為的情況，它本來就是一種私法契約，只是說這個是公部門在做，這個相關的財產管理還是要依循一些特別的規

範，但是先前的內容提到說，只要國有財產法就把它當公法，這就會有問題，國有財產法是專門涉及到國有財產的管理，要有一些特別的途徑，但是這並不妨礙當契約只是單純出租、單純出售，其仍要按照國有財產法的相關規定及程序來處理，因為這是公眾的財產，所以你要依照一定的程序來確保它的公平性，可是你不能就把這個叫做是公法，其所訂定的契約就是公法契約；就像是政府採購，其實它也是專門針對政府機關的採購，可是你簽的契約不會因此就會變成是行政契約，它還是私法契約。而且基本上事實上沒有錯，它的程序很嚴，那個部分是為了要去確保公平公正公開的競爭，必須要有。之所以針對公部門的採購需要這樣特殊的程序，這也不是我們台灣所獨有的，全世界各國都一樣，然後但是沒有人懷疑，那些單純的勞務採購財務採購這些，雖然有專門針對政府機關的法制來要求，它還是私法契約，因為它依照事務的性質，它就是私法契約。

如果依照一些事務的性質很明確，就是私法契約，或者依照事務的性質很明確，就是行政契約的話，那部分你不可以想要透過選擇來改變它，如果你想要透過選擇來改變它的話，那法院當然就不理你，當然法院操作的方式是另外一回事啦，所以我自己是覺得說，如果要提供一個較乾淨的思考方式的話，還是應該要回到我們契約要規範的標的，至少不是那種附隨的，而是那種主要的部份。就促參而言，普遍認為是行政契約，我會認為說它之所以會得到認同，是因為認為它會有一些租稅的特權呀！然後一些土地特別的徵用等等，但是這些其實都是為了要支撐這主要部份，要讓促參可以運作的一些附隨的輔助性手段，那一些會去動到公法沒有錯，可是就這個契約本身，它的主要標的是什麼？還是可以認定的呀！但是促參這部分，不是我們討論的重點，而是我們就我們市有財產出租和提供使用委託經營這個部份，其實就剛才提到的說有多的動機呀，老實說我認為動機不能當作考量，動機乃是隱含在當時的時空背景裡面，就這部份，動機之所以會被列入考量，可能是因為認為說目的也應該納入考量，但我個人的見解一直都是認為說，公部門不管它採取什麼樣的法律形式，它都要追求公益呀，哪有公部門是單純追求利益的？不可以嘛！所以用公益當作考量，這部分是行不通的。

非公用財產它也是間接的，但是它間接的是取得財政收入，還是要間接的用來…。沒錯啦，所有的手段，這個部分其實都是手段，有時候就是這些措施，是直接就達成行政目的，有些是間接達成行政目的，但是它都要符

合公益的要求，這沒有人懷疑；所以我是覺得，假使能夠比較乾淨的用標的說來看，如果採的是標的說的話，基本上我認為跟我們行政程序法 135 條規定的意旨，其實也能夠契合，因為它讀起來就是「公法上的法律關係的設定變更消滅」才是它要規範的對象，那至於說是不是公法上的法律關係，那個部分基本上個案去判斷容有困難，但是這個我認為不應該混淆，如果它的事務性質上面它就是公法的法律關係，你不可以把它定性為私法契約，這不可以，因為這就逸脫了我們公法本來是特別法，然後要來去看這個事項的目的啦，我對於本質論與選擇論的說明，就是說如果本質確實清楚，它一定就是私法契約、它一定就是行政契約的話，我認為談不上選擇；即使立法來選擇，它也會變得很矛盾，譬如說我剛才說的像促參那樣的情況，我剛才說的，工程會曾經想要修法，我勸它們不要，因為修了也沒用，因為夠清楚了；這個問題是出在，這個列入促參的公共建設的類型太多，但事實上我們促參法，我都會跟他們講說，你們有一些是把促進經濟發展的，當作促參來辦，這是不對的嘛！

詹鎮榮 最近還有想把宿舍給放進去的，例如國防部的宿舍及土地。

陳愛娥 但是這部分喔，台大也出很多，台大的學生宿舍，它把它叫做文教設施

詹鎮榮 它現在跟台北市很像，要把中央級的促參，質變成財產活絡，已經不是任務的減縮。

陳愛娥 所以我才說，它是扭曲了啦，換言之，促進民間參與公共建設，它本來應該是參與公共建設的意味，但是它現在因為這些類型那麼多，所以你勉強用一種類型，真的會出問題，這是第一個。那第二個是，選擇論這個部分我覺得，是需要有選擇的空間，那當然就要尊重你的選擇，如果有選擇的空間的話，我認為說，不管是立法去選擇，自治條例去選擇，甚至像行政機關在個案當中去選擇，它都可以呀！只要它選擇並不違反事務的本質，在學理上面本來就在它的權限範圍裏面的話，法院有什麼立場要自己去取代人家的選擇？這沒道理呀！但是如果當它的事務的性質本來應該是行政契約，你硬把它定性成私法契約，那它當然就有理由可以不理你。這就是我覺得說，這兩者之間，這是我比較簡單的說法。那另外，剛剛提到公用財產跟非公用財產，我所認為的概念是，不是因為這塊地它被歸類到財政局來管，就叫做非公用財產；然後它被歸類到其他機關來管，就叫做公用財產；我認為，那基本上是登記的問題，理論上應該是說，如果它變成公用的話，那它的管轄權限就應該要移轉才對，不是反過來說，現在土地是

財政局管，叫做非公用財產。

劉后安 市有房地如果原來有一個公共任務在那邊，就是公用財產，有各別的管理機關（業務機關）去負責管理。如果原來的公務任務消失了，就該變更回非公用財產，然後再交由財政局統一管理或收益。

陳愛娥 沒錯，我就是這個邏輯呀，所以我才會講說，重要的是它實際怎麼用？這才是關鍵的點。這就是我為什麼認為說，不是去看公用、非公用，因為剛才提到地下街，那個地下街到底這樣的使用，到底是公用還是非公用，我覺得應該是要這樣來看，而不是說，這某一個原來是非公用財產或原來是公用財產，而是看現在的使用到底是怎麼樣的情況，我覺得這才是核心的想法。

陳清秀 妳那個應該是補充基準。實務的做法是，如果是公用財產的話，它託給各目的主管機關去做公用的管理；非公用的才會放在財政局，就好像我們非公用的才會放在國有財產局一樣。可能有少部分，是被國有財產局或是財政局拿出來做公用，自己可能就當作主管機關。但這只是少數例外情形而已。大部分情況是，如果歸到財政局去管，那等於就是「非公用」才歸它管。

陳愛娥 我了解。我只是說，你不能拿組織上的情況，來界定外部的法律關係。外部的法律關係該怎樣就怎樣，如果外部的法律關係已經變「公用」的話，那就應該把它理解成公用財產，我強調的是這一點。所以，背後的是背景。我還是嘗試著去定性，地下街到底是什麼意思？我覺得是這樣的情況。如果它不是地下街，它如果是平面道路的話，在上面設置攤販，這會認為是私法契約嗎？不會嘛！這是公物的特殊使用。我們在期中報告有討論的。因影響到公物的一般使用，而一般使用是公法的法律關係，這沒有問題。而特殊使用，例如在道路上面設置攤販，其實就是影響到一般使用。那個部分連結而來，當然就是公法上的法律關係。我覺得應該是由這種角度來想！所以，如果是同樣的使用，不可能切割，要嘛就是公用，要嘛就是非公用。不可以因為是不同機關，而有不同認定。這是我主要的想法。所以應該談的是說，所謂的「地下街」，它到底是什麼意思？老實說，如果它的功能性質如同地面的道路的話，因為現在道路等於是多樣化了嘛！它可以不再只是平面道路的天橋，也可以到地下去！所以，不妨礙它性質上也是一種道路。假使是可以這樣的理解的話，那可以將它理解成本來是供作通行使用，但設置地下街後，可能影響通行使用的情況，而被當作是一種行

政契約，這有可能的。

詹鎮榮 比如說，捷運兩站之間的地下街聯絡道，就是道路的性質。

陳愛娥 所以我覺得，這是一個比較乾淨的思考方式。我是站在同樣都是計畫主持人的立場來設想。所以，這個部分我長久以來都是這樣的主張。我是覺得司法院釋字第 533 號解釋所提的那個標準，等於是沒標準；而有些標準，更是不合理的標準。

陳清秀 它說一面倒的是偏袒，行政機關可以把它定成行政契約。這樣的見解可能真的有問題。私法上，也可能有顯失公平的契約，但不會因為是顯失公平，就變成是公法啊！

陳愛娥 而且它有些是法律賦予給行政機關的事權，不能被當作是契約定性的標準。這是兩碼子事！

陳清秀 其中那一項契約顯失公平，在民法則是無效，或者要怎樣調整的問題，但不是因此就導向是行政契約。

陳愛娥 對！而且這也影響到我們契約本來就是要平等的理解。所以如果能夠比較能夠乾淨的思考，我認為，目的不是不可以考量，而是用在「界定」。譬如說，具有一定重要性的契約標的，它是公法的屬性，那整個就應該認定是行政契約。但做這個判斷的時候，我覺得契約的目的可能可以用來輔助。但是不宜把它當作標準。這是我想要特別提出來的。基本上，我等於是把主要的想法包括本質論、選擇論、還有選擇標準整合，大概先初步這樣的說。

陳清秀 您講的看起來很清楚，可是我還是很模糊。到底是本質說還是選擇論？

陳愛娥 我來舉例來說，譬如說...

陳清秀 我剛才講公有零售市場那個例子，以那個例子來講，公有零售市場的攤位出租提供使用，到底可不可以定位為行政契約？

陳愛娥 這個基本上是取決於你對於市場的定位是什麼啊！了解嗎？這個部分其實就是市場的定位是什麼，市場基本上會不會認為說只是因為有公用目的，有公的目的，就認為當然私法，老實說個人不認同啦！市場本來就是一個商業活動的地方，我們當然可以為了有公共政策的目的去設置一個市場。

劉后安 老師我可不可以請教一個問題？我們最近遇到幾個例子。一個情況是市立聯合醫院有一個院區，它本來有一部分的樓層空間，是用來作為員工餐廳

使用。後來為了便利來醫院看病或者是探病的民眾用餐方便，打算把這半層空間提供給業者改裝成美食街方式提供民眾用餐，此時，到底應該以有償提供使用，還是委託經營方式進行？

陳愛娥 這一類的情況，以工程會的立場來講，關心的點會是要把它來當促參辦，還是要把它當政府採購來辦。

劉后安 但是我們不出錢，反而收權利金。

陳愛娥 是的，如果你把它當作「採購勞務」，那就會定性成是政府採購。不過，不可一概而論。因為工程會對政府採購的定性質疑，因他們之前企劃處跟技術處有一些拉鋸關係，他認為是「給付對價」。政府採購最重要的就是要政府給付對價，至於給付對價的形式，可以有多樣。不過，我比較傾向的是，應該回歸契約標的。如果整個經營權都在業者、整個承辦也都在他，基本上我就不傾向說那是政府採購。不管他有沒有從其它地方可獲得對價，那都太勉強了！那個部分我會認為是私法契約。

林明鏘 請問一下，那個美食街是受委託的醫院跟經營美食街的業者締約嗎？還是說雙方當事人都是私人？

劉后安 沒有，醫院是公醫院，市立醫院。

林明鏘 他是受委託嗎？

劉后安 沒有，就是我們自己市立的醫院。

陳愛娥 就是聯合醫院嘛！

林明鏘 那甲方呢？甲方是聯合醫院？

陳愛娥 甲方就是聯合醫院啊！

林明鏘 那代表人是郝龍斌？

陳愛娥 不是啊！院長！

劉后安 院長，應該是總院長。

林明鏘 所以另一邊是美食街經營者嗎？

劉后安 對！另外有一種契約是文化局按照文資法規定，對於古蹟、歷史建物維護、管理及活化、再利用時交由民間去做其他的用途，同時又要求民間必須負有維護、管理甚至修復古蹟、歷史建物的義務。

陳愛娥 我比你更清楚！那個台北市市長官邸，就在我家隔壁。然後我知道那整個合約，原來好像應該是富邦銀行，現在好像叫做瑞興銀行還什麼的。總之基本上就是，那個部分不一樣。他們當初就像你說的，它是 ROT，是用 ROT 辦理，因為可以辦理修復，不是單純的 OT。當初為了辦 ROT，要砍樹、要移樹，然後還開了公聽會，我還去聽過。基本上那個部分是很明確，這就是為什麼我強調「標的說」的原因。就那個部分來說，他其實不是只是把一個空間交給你這樣而已，他有公共任務，而且那個公共任務裡面還會再去，或者是說他有些應該講說「文化助長」的目的在裡面。他會要求說要提供一些什麼展覽啦等等，要辦一些活動之類的情況。這個我認為是給付行政的一個做法，跟私人合作，從事給付行政的做法。所以他要去強調，說此部分有公的性質，要去選擇行政契約，或者是說，就算是給付行政，我還是可以選擇私法契約，也無不可。了解我的意思嗎？這就是我們說給付行政裡面，有法律方式的選擇自由。在此範圍，我會認為有選擇的空間。

劉后安 或許我們以前的理解有誤，所謂以私法形式提供的給付行政，是否侷限於直接以私法方式提供給相對人，還是包括間接由第三人以私法方式提供給付？

陳愛娥 不見得！以前的樣態是那樣，現在的樣態則多種多樣。為什麼會只有在那種情形？應該講說法律方式的選擇，包括我怎麼樣設計組織。所以我自己覺得，在你說的那種案例，因為含有直接要達成給付行政的任務，這樣的情況，如果法無明文的話，本來就有選擇的空間；要選擇私法契約或要選擇公法契約，皆無不可。不過，因為它是 ROT，如果依照現在促參法意旨的話，它就是私法契約。

程明修 我以下列圖表說明之：

本質論	吳庚： 公／中性／私
如果本質明確，非公即私，則此時應認為沒有選擇自由。但現代這種涇渭分明的事物本質，已不容易見到，故此時立法者或行政機關有選擇之自由，此時由誰決	個人意見： 公／中性(此時立法者與行政機關應有選擇自由)／私
	在自由選擇空間中，若立法者誤判了，司法者應該沒有介入權限。 若行政機關自行界定了，司法者亦不能介

定，應回歸權力分立的思維。	入，應尊重契約當事人主觀意願。
若立法者選擇本質錯誤的指定時	釋字 553 所說不能自行約定，應限於絕對公法或絕對私法契約的領域。
→司法者、行政機關可否挑戰？	

聆聽剛剛兩位老師的說明，其實可以讓這個問題更活潑的討論，那也可以感受到在目前實務上所遇到的一些困境。其實我很開心能夠來參與鎮榮跟吳老師所做這個研究計畫的與談，或者是共同討論。我自己觀察這個問題，也有一段時間，我的思考方式，剛好看起來跟這個鎮榮這邊的思考，是從契約的本質或者是選擇這個角度來切入，有一點點類似。那其實這個問題可能還會涉及到規範制定層面，如果要扯遠一點的話涉及到比如說規費跟契約給付形態之分，或者是說在另外一些行政行為上面，比如說規費的徵收，特別是地方它必須要透過立法的形式來完成，或者是可以透過一般處分的方式來處理，這可能都還可以再延伸出去啦。那我自己觀察這個問題，也許容我在黑板上畫一個觀察的圖表，因為剛剛聽起來要判斷個別契約實在是太困難了啦，我自己的觀察方式是循著這個提綱，就是在本質論的部分，我覺得應該要先探討一個問題是說，在契約的形態上面，我們是相信只要是契約，要不是公要不就是私，這種模式；還是說它可能存在這種照吳庚大法官的說法是中性。那有中性的話就會出現像這樣子，如果照他的描述會有這種概念存在。那如果我們認為說只要是契約出現，只要是行政機關締結的契約，一定就是這樣子的話，那接下來我們才問說今天的報告當中有沒有所謂的「選的自由」？這個時候有沒有選的自由？我們再來考慮這個問題。我自己的觀察是認為，假如契約的本質論上要不就是公法要不就是私法的話，我認為不會有「選擇」的這個東西出來，不會有選擇自由的概念在這個地方跑出來。那當然實然面上有可能真的跑出來了，那跑出來了再看是誰出來選，立法者這時候指鹿為馬，就本質論上這個一定是公法契約，可是立法者就像我們促參，假如本質那個一定不存在有中性的形態的話，那立法者出來講說，這個你們看到是……但是我看到的是說這個就是完工。那這個時候該怎麼辦呢？當他做了這個選擇的時候，才會有下一個階段說，司法者有沒有這個功能，可以去處理它？立法者如果做了我們所說「本質錯誤的指定」的話，那行政法院這時候可不可以去挑戰立法

者？這當然是另一個問題。又或者是行政機關，立法者沒講，而行政機關自己，我去買了五個便當，今天我們開會，然後臺北市政府買了五個便當來，我跟便當店締了一個契約，做成書面了，上面就寫行政契約。那這個時候這個契約到底在定性上面如何處理？進入到法院裡面判斷的時候，法院能不能去挑戰行政機關的這個判斷？那我的想法是說，這個本質如果是不行的，沒有這個選擇自由，那行政法院對行政機關當然是比較沒有問題的，對行政機關這邊我認為是比較可以挑戰。他就有一個功能可以挑戰說，行政機關的認定是錯誤的，這本來就是私法契約，你們在那邊亂講是行政契約。這是第一種觀察模式，所以我覺得要討論這個問題的時候，我們要先設想對契約的本質形態我們理解是這個模型的話可能思考會是這樣子。那如果是這樣的話，這個地方也還會涉及到一個問題，我現在是把這個畫成三等份。另一種也是三等份的觀察，它可能是，這個私法契約的本質形態，假如這樣的話，那這個中性契約存在的是多還是少，這也會影響到說大部份行政機關締結的契約，以公法契約居多，那私法契約的空間、這個所謂中性契約的空間很小很小。我自己的判斷是，在今天這個行政職能的分配下面，本質應該絕對只有公法契約存在的那種形態，相對少。換句話講我自己的觀察模式會是這樣子，就是私法契約它有本質形態的存在空間，那本質一定得要用公法，絕對不可能用其他方式的，那個我認為很少很少。那這一塊呢，照吳庚大法官的說法，就是中性契約。這個情況下，我認為是有選擇自由的。那立法者對這個選擇自由有沒有判斷的可能性？或是這個地方可能涉及到權力分立，這個事物本質的分配上面，我認為就像 ETC 這種案子，因為促參有太多形態了，如果我們說促參的形態當中絕對只能用公法契約來建構的，我認為很少很少，所以這空間很大。那立法者在這邊，如果我們以促參法第 12 條來說，他也許太過絕對的去界定，但是我認為大部分促參的形態，會是私法形式。那當立法者做了這個認定的時候，一樣的問題，司法者在這邊對於立法者所做的判斷，你如果指摘他誤判了，他有沒有介入的可能性？特別是行政法院！我認為這個地方是沒有啦。特別是從我們今天的違憲審查或者是行政法院的功能角度來看。再者，行政跟立法這邊的權力分配，我認為應該是給予行政機關，行政機關如果自己在這個範圍裡面，他跟締約相對人自己做了一些約定，直接講說我們約定好在這個空間裡面我選了公法契約，這個時候行政法院，我認為不能介入，對這個契約屬性本身我認為不能介入。那換句話講，這個其實在 553 號大法官解釋，吳庚大法官不是講到說，這個不能透過私人之間的

約定去改變契約定性？我認為他那個前提是指說這一塊、這兩塊。但是這一塊呢，包括德國學者都講，在這個情況之下契約當事人主觀的意願，必須要予以尊重。如果他予以尊重，行政機關跟相對人約定不管是哪種形態，無論委託經營，或是財產利用，只要不涉及到本質的這一塊，被排除掉的，我自己跟他約定了公法契約或私法契約，選擇自由應該予以尊重。從這角度切入，此時，司法者就不能講說：「行政機關你跟私人所訂的契約不能用公法契約來做約定，或不能用私法契約約定，只能夠我行政法院自己認定」。如果行政法院這樣想的話，他只能在這邊談，就是你指鹿為馬的那一塊啦，指鹿為馬本質上錯誤的指定或錯誤的約定那一塊，我剛剛舉例嘛，買個便當，五個便當，結果我跟他締結的契約是公法契約；我現在受委託行使公權力但是我說我們之間締結了一個私法契約，民事法院審判，這個約定行政法院當然會予以挑戰。除此之外，行政機關得選擇自由空間應該非常大，行政機關的認定法院應該予以尊重，這是我對整個問題觀察的方式。但是困難點當然就在這邊，「這個本質如何界定」？這個地方可能是涉及到個案困難的認定，那以剛剛我們討論不管是研究計劃當中資料所提供出來，或者是我們剛才口頭上討論的這些案例，我都認為尚不涉及到本質非為公法或私法契約不可的態樣。換句話說，如果臺北市政府自己透過不管是自治條例或者是透過個別的契約的約定，我認為在行政法院的裁判上面，應該要適度地予以尊重。這是我對整個問題觀察的大的模型。但是這兩個是一個排斥的，如果我們存在有這個空間的話，那是有這樣子的情形。那如果我們承認有所謂的選擇自由，因為這個標題就寫著選擇自由嘛，那這個選擇自由所講的，我認為應該是這個模型啦。那在這個模型裡面的運作，我覺得可能是這樣的觀察方式。

詹鎮榮 所以如果依循這個脈絡的話，就是說我們剛剛講的地下街、或者是店鋪的租賃，它其實也未必本質是私法。買便當可能大概相對是明確的……

程明修 但如果說剛才 ETC，陳老師講的，他可能只是單純的代收規費，可能只有代收，但是這個代收我們要不要解釋說必須要是行使自己性的公權力的方式，如果有那個成分的話，那一定要公法性，那就屬於本質上叫公法；那如果只是一個像助手一樣的，跟 7-11 一樣收錢，那這個地方用私法契約有何不可呢？我認為這個空間比較大。

詹鎮榮 所以中性的話，剛剛程老師所說的設施實際的利用，就會決定具體的契約形式，縱然是給付行政，也不見得是定性為行政契約。

陳愛娥 沒錯。

程明修 是的。就是我們已經去觀察每一個契約條款，探究這個契約的標的內容有沒有涉及到公權力行使的成分，如果沒有那當然你的選項就很多啦！

詹鎮榮 太好了，謝謝程老師的寶貴意見，非常清楚。

陳清秀 程老師這套理論滿不錯的，有一個核心的價值，兼顧兩邊。

詹鎮榮 太棒了。那迺翊要不要給我們做些建議？

孫迺翊 我本來想說應該要最後講。我非常心虛，應該我應該是這裡面對行政法最不熟的，我真的也是受益良多。那我上個禮拜臨時被通知來討論的時候，主要是一些社福機構的利用有關的議題。在社會安全、社會法這個領域，談公私法契約的問題也是有，主要是談勞務提供的部分，倒也不一定是硬體。舉例來說，設定有一個設施情況來討論，這個部分其實之前陳老師也已經有寫過，就是陳愛娥老師，我自己現在的想法是這樣，如果是先從標的本身，而且承認有中性的可能性存在，那我滿贊同陳愛娥老師的講法，像兒少安置的部分，庇護的那一塊，因為那一塊它的確會有一定的公權力在裡面，它對於受庇護的小朋友，到底受庇護的小朋友可不可以有一些行動自由都還有很多爭議，這部份公權力色彩是強的，這是比較沒有問題的。另外，德國法上的社會救助也被認為是公法契約，因為社會救助有一些不是給現金給付，是安置在機構裡面，這個情況之下是被安置者、社會救助的接受者、低收入戶他對政府依法享有公法上的請求權，依照吳庚大法官的講法，受委託人去幫政府履行對第三人的請求權，在德國法上此種情形也是屬於公法契約。但在社福相關的硬體設施委託經營的現有情況之下，可能會直接指涉到政府對第三人負有履行的義務，相對人對政府享有公法上請求權，可能不是所有的情況，那這部分其實就會存在有一些解釋的空間，譬如說原來也是陳愛娥老師在講的，有一個是長期照護、日間照顧機構的委託，因為社福這部分的委託是非常多的，政府其實基本上都很難自己做，多委託給 NGO，這個地方他背後可能以現在的法制來講，是在走長照十年計劃，行政院長照十年計劃，依據一個行政計劃，而這個行政計劃裡面有明定，怎麼樣的人有怎麼樣的請求權。那當然我有照顧的需求的時候我去向政府申請，地方政府的長照中心就會做一個照護計劃，會跟你講說譬如你可以直接白天去日照中心就好。這樣的一個情況之下，就是他背後依據的是一個行政計劃，但是其實就整個過程來看，我覺得即使它不是一個法律，但已經形成了一個請求權，地方政府也因此做了一個行政處

分給你，一個給付內容是如何，那你現在可能因此跑去日照中心，日照中心可能由伊甸來做，在這個情況之下，就標的來講，也是可以解釋成公法契約。另外，比較模糊的點，有些我現在還不是那麼確定的，是常青園，老師的文章也有提過，就是那種陽明山的老人公寓、嘉義有那種常青園，還有很多是一棟然後給伊甸之類的，裡面有各式各樣的庇護工廠、商店、職業訓練這種的。這個情況之下，我們先講簡單一點的，像老人常青園那種，提供的服務是老人公寓，但那沒有一定得去住，那是自願的，你可以去住、或者有課程，讓老人有一個去處，他是給付行政，是履行公行政目的，非常清楚。但是它背後人民對政府公法上權利的那一塊，我覺得沒有像前面所講的那兩個例子這麼的明確。對我來說我有一點處於不是很確定的狀態。因為在陳愛娥老師的文章還有李建良老師的文章好像都有提到說，可能還是會從他是不是在履行一個公行政目的來判斷。可是如果是用公行政目的來看，那就幾乎都是。對不起我的疑惑沒有講出答案，可是我的疑惑好像就是會跟那個標的的判準，如果你按照標的那樣子來看，這樣算下來是非常清楚的。那如果是這樣的話，履行公行政目的這一塊要擺在哪裡去思考？在社福機構的利用上面，當它是具有一個很明確的公法上請求權，大部分是這個情況，或者是他有一些比較例外是讓那個機構可以對人有一定的管理，那我覺得它本質上當然是公法契約。可是以這種給付行政，他也是公行政任務，但沒有那麼強的公權力色彩的情形，這個是我目前覺得比較疑問，那當然如果說從程明修老師的講法來看，那就是完全尊重行政部門或立法部門這邊的選擇自由。大體上現在大概這個部分適用私法契約來走。

詹鎮榮 謝謝迺翊。其實迺翊給我一個啟發，如果在明修的這個架構底下，當你有選擇自由的時候，其實迺翊提到第二個層次的問題，我覺得是第二個層次的問題，就是說選擇自由下他其實是有一個選擇的取向，或者叫做往哪邊選，也就是說他其實不是全部的自由，行政權或者是立法權在選擇往公法靠或者是往私法靠的時候，可能我們或許可以更細膩的去處理，它可以有哪一些指標，建議他或者是我們認為較適宜往行政契約的方向去選，哪一些較適宜往私法契約方向去選。我不知道能不能做這樣子把兩個見解 match 在一起的話，就會變成第一個層次可能是本質上，那當然沒有問題；當落入有選擇的時候，其實我們在組織法也是這樣，不是說你隨便選，選私法組織或公法組織，他還是有一些指標。

程明修 不過但是你這樣子的建議，這就不見得是一個法的界限。譬如說我們希望行政部門在任務的履行形態上...

詹鎮榮 對，這邊就會是一個目的取向，或者是政策取向。

程明修 是，那也就是說選的結果你不見得能夠在行政法院這邊說，因為你沒有朝比較大的這邊走，他還是要尊重這一個判斷，你只能在政策部分做建議而已。

陳愛娥 我稍微回應一下孫老師，我覺得有不同的層次。如果涉及到的是社會救助的話，那個無疑義，那個一定有公法上請求權，無待法律明文，這是德國憲法上面的立場，就是人民無以自立，他無待法律有明文，我就是對國家有一個直接的憲法上請求權，它是一個公法上請求權，大概也不會有爭議。只是除此之外的給付，就算是變成是我們的政策，剛才提到說立法，或者剛才提到說可能是一個行政計劃，但是因為是給付行政的領域，就這個部分包括立法者，就算把它變成法律，立法者還是有很多的政策選擇可能性跟空間，他要怎麼樣來遂行完成長期照顧的目的，可以選擇用下處分的方式、用行政契約的方式、或者是跟私人合作的方式。其實我覺得最好的例子是地方自治團體，雖然地方住民依照地方自治的法律，他有一個對地方政府的請求權，這是一個公法上請求權，可是基本上就算有這樣子的請求權，這也還是不妨礙地方政府他可以跟私人合作，只是說他必須要因為有一個地方自治法制上的條件，就算是以私法契約跟私人合作他也必須要確保這個私人能夠滿足地方民眾對他提出來的要求，譬如說在契約裡面設置一個強制締約的義務等等，所以不會說有一個給付請求權，就當然地會推衍到說這個契約的屬性就是公法或私法契約，而這也正是給付行政的特色所在。我認為社會救助那反而是一個特殊的例子。

孫迺翊 不過因為在社會法領域，其實現在大部份都已經有立法，當然社會救助這一塊在憲法上面有他的生存權保障，不過即使是社會救助以外，其他已經立法賦予人民的給付請求權，包括社會保險的這些給付請求權，在大法官解釋也都會說他是受憲法保障的權利。如此看來，如果是只限定社會救助的請求權，其實會非常非常侷限，就是他的公法契約的可能性，當然也許可以用其他方式，不過它的可能性會非常非常少。

陳愛娥 沒有沒有，別誤會，我的意思是說，這個社會救助有他的特質，至於其他的社會給付，當然有可能透過立法，也已經把他定性成是公法的性質。那個部分既然立法已經把他定性成公法的性質，行政當然也無所謂選擇的空

間；我只是說，就算是要完成給付行政的任務，就是憲法賦予的，但是立法者其實還是有空間去做政策的選擇，他準備要用怎樣的決策方向來完成它社會給付的任務。如果透過法律來立法，整個法律的設計看起來就是用公法的性質來處理，那這個事情也已經是確定。就是這個意思而已。

陳清秀 這點我做個補充喔。就我了解像這種社會福利機構，有些是社會福利主管機關在委託經營的時候，可能有一部分還是有委託行使公權力，就是說有一些項目，一些社會福利法規裡的公權力事項必須要有些基準

詹鎮榮 那它的基準，現在實務上是誰來認定？

陳清秀 我有印象但是有點忘記了，就是說裡面有幾個條文，它可能會涉及到行使公權力這樣啦！阿不然的話委託經營，這邊的講義不曉得第幾頁因為沒有編頁數，這邊有提到說市有財產委託管理自治條例這個把它定位為行政契約，可能我覺得有點誤會，因為這邊有提到要公證，所以早年法院是把它定位為民事契約，是私法契約才要公證；那後來這個條例其實跟促參法的委託經營管理可能有點類似，所以那邊可能也會變成是私法契約為主，例外如果委託行使公權力才會定位為公法契約。那至於 16 條第 2 項那個是因為，我們就參考促參法的經營委託，雖然投資契約被定位為民事契約，但是萬一他期約屆滿了不搬呢，影響到我們整個公任務的達成，所以我們想要給他額外行使公權力，這是嗣後要處理的問題，我是想說要給他賦予一個強制收回的機制。因為這個是公共任務，雖然是私契約但是有公任務存在，所以促參法不是也有規定要強制接管？因為強制接管就是要考量到公共利益、公共任務，所以雖然是民事契約還是要有公權力介入啊！

陳愛娥 強制接管那是法律授權的當然可以啊！

陳清秀 有自治條例授權為什麼不行？這是地方性的法律啊！雖然可能體系不是很合但是實際上有它的必要性！假設是一個公共的設施，結果營運不善，那打官司要打三年才拿得回來……我們陽明山就有一個地方是這樣，廠商故意違約，名下都沒有任何財產，也是打官司打了大概七八年，結果廠商免費的在那邊使用，他名下全部都脫產！

陳愛娥 不過你還是可以透過民事契約的手段，去強制執行啊！

陳清秀 拖時間啦！這種慘痛的教訓，他很聰明，成立一個法人，名下都沒有財產，但是就在那邊違規營業，拿他一點辦法都沒有。

- 林明鏘 所以老師的意思是，他只要是私法契約的話，就遵照私法契約來公證嘛。
- 陳愛娥 你就去給他強制接管啊！
- 陳清秀 公證沒辦法，公證要期滿，因為他沒辦法給你認定有沒有違約，我們擔心中途有重大違約、提前終止，沒辦法處理。那個沒辦法給人強制執行。
- 陳愛娥 他說那個沒辦法納入民事的強制執行啦！
- 林明鏘 那這是民事法的缺陷的問題。
- 陳清秀 對啦！所以我說要用公法來補強。
- 詹鎮榮 好，所以我們請林老師來幫我們指導一下。
- 林明鏘 不敢不敢。你們有問三個問題，第一個問題是公私協力契約的形式決定主體為何，第二個問題是公私協力契約的定性標準為何，這大概前面的老師都已經有談到了啦，今天非常謝謝詹老師研究團隊邀請我來上課，覺得很榮幸。第三個問題是外國理論的借鏡，這大概很少人談到，前面兩個問題都已經解決了，那我就不用再講太多了。其實這個形式選擇自由理論，跟公私法的區別有很大的關係，為什麼呢，因為審判權的關係。這要回到訴訟法去了。現在審判權有很大的改變，民事訴訟法修改說審判權可以約定，這個是當事人程序選擇權的問題。我們都認為說審判權怎麼可以協議呢？這公共利益怎麼可以協議？現在又變了，行政契約可以約定跑到民事法院來做司法審判，都 ok 的，在民事訴訟法裡面，我忘記是民事訴訟法哪一條，要查一下條文，在新修正的民訴法裡有規定的。那行政訴訟法準用的話，程序選擇權，那審判權也可以約定啊！有什麼不可以呢？所以說行政法院為什麼會挑剔，那是他舊的觀念，他認為說審判權是個公共利益怎麼可以約定，這是我回應一下剛才明修的見解。他說不可以，他說要尊重，我才不尊重咧，這是我的審判權。所以這是涉及審判權的問題，那吳庚沒有看到程序選擇權的問題，他沒有看到邱老師的文章，沒有看到民事訴訟法都改變了啦！審判權不是絕對公共利益，他也可以約定。私法契約可以約定為行政契約，行政契約也可以約定為私法契約，都 ok！因為那個公法跟私法的審判權劃分，在歐盟要分三點。在歐盟裡面我有提到過，所謂的行政行為選擇自由，他是有限制的形式，在我書的 58 頁你們可以查一下。是有限制的，不是完全自由。什麼限制呢？剛剛明修有講，兩個要件法院可以介入，第一個違法、第二個濫用，你濫用或違法都可以拿回來，違法當然很清楚啦，譬如說我們台灣的例子，我們的促參法第 12 條、我們的地方制度

法裡面規定，地方自治團體跟地方自治團體之間共同合作的契約是行政契約，你把它約定為私法契約就是違法了。第二個比較麻煩就是濫用，什麼叫濫用？濫用回到比例原則，比例原則的操作是法律外的標準。什麼叫適當必要性？那都是法律外的東西，找不到一個具體的法律標準，所以那是很難操作的標準。不過這也還是他們歐盟裡面的通說，在我書的 58 頁裡面說，他們是不分公法跟私法的問題，所以沒有什麼爭執。不知道為什麼法國在這方面沒有影響力？法國在歐盟法裡面是有主導力量的喔，但在這裡面卻沒有主導力量，公私法的區別在歐盟法裡是不分的。

程明修 這在法國恐怕很少有爭議吧，他幾乎全面是公法，沒有任何私法的東西。

林明鏘 沒有我說那個法院的體系，分兩個，審判權的劃分，在義大利、在法國、在德國都有分，西班牙也有分啊，但為什麼在歐盟裡面就沒有分？就被英國統一了？所以公私法不區別的話就沒有公法契約私法契約下位的東西了嘛！就不用像我們現在討論的東西，我明天還要去討論一個世代契約，那是葉俊榮他們的，好大的世代契約，那是公法契約還是私法契約，他們那個更複雜。那華人社會裡面法院對契約的看法怎麼樣，他們會講得比別人大一點，不過那個會比較沒辦法聚焦。那我現在回到這個，德國是說原則上是立法優先，立法可以決定，可以決定契約的公私法屬性。你說本質論也好，選擇論也好，而且這兩個東西不是涇渭分明，是混在一起的。誰可以選擇？立法者可以選擇啊！地方自治的立法權也可以選擇啊！他們地方自治條例也可以選擇，如果有定成契約。所以這是所謂的立法優先，可以決定行政行為的形式跟他的屬性，為了確保法的安定性，才不會讓人家猜這是公法契約還是私法契約，我要用私法自治還是依法行政，那個風險太高了，那個風險就是危機。所以這是第一個，立法優先。那德國還有所謂的濫用禁止原則，說立法優先但如果立法濫用的話，司法機關還是可以糾正，所以司法機關是個糾正者、或者矯正者的角色。通常來講立法者應該就像李建良寫的文章，立法者沒有規定的時候，司法者應該尊重行政機關的選擇。我選擇私法你就尊重我選擇私法啊！你為什麼把我轉回來呢？除非我濫用，我有迴避很多公法上的強制規範，這是很抽象的，為什麼迴避呢？他有很多目的，因為那個東西是做不到的，這是德國的。那法國我是學到很多東西，法國倒是可以聽聽看吳秦雯老師，他說組織標準跟本質標準，他的本質標準跟德國的很像，就是有所謂的直接利益跟間接利益，那第三個是契約標的、契約期間跟價金給付方式。我覺得法國的契約標的跟

德國的契約標的可以用在一起，用標的說他講的很對，法院法官說我才不看什麼約定，我要看你契約的標的是什麼，拿到手上的契約才是他判斷的根據，他根本不唸書的啦！也不受什麼契約選擇自由理論，什麼有限性的契約選擇他大概也聽不懂，他說我就看契約啊！這吳東都跟我講的啊！他說你怎麼講都沒用啊，我就看契約嘛，看契約標的。他也不會有什麼濫用糾正的感覺、公權力行使、公共財產非公共財產，他根本不會想那麼複雜的東西，他腦袋很簡單的，就看契約內容。那我就回到下一個問題，這個在本質上有三個，有些東西是非常明顯是公法契約，譬如說地方自治團體跟地方自治團體之間的契約怎麼會是私法契約？這一定有的嘛！那這會不會有呢？有，中間這個反而很少，但因為公私合作的話這個會變很大，為什麼要有這個東西，因為本質上是三個啦，那是因為審判上的必要他分成兩個，不會有第三個，因為他沒辦法審判嘛！所以這是程序法的觀念跟實體法的觀念，回到程序法這裡就只有兩個。訴訟法上就只有兩個法院而已啊，沒有第三個中性法院啊，一定要分嘛，這不是實體法上的必然性，這是程序法上的必然性。這不同法院嘛！所以你說這多不多？這也很多，因為公私合作，這個非常多非常大，這個是中性的，但是中性的還是要判斷，雖然很困擾。今天的研究計劃，只是中性裡面小小的東西而已，公共財產出租出售啦等等，好小的東西，就只是這個非常促參的東西，促參可以在這上面，也可以合在一起。這時候就產生公私合作，這個東西的認定很困難，但你還是要給他一個標準，當然陳愛娥教授還有程明修講的都非常棒，可以供我們參考，所以這個應該在本質上可能發生私法上、也可能發生公法上的效果的一個契約存在，我是定性叫中性，那中性的判斷標準就是契約標的契約目的，那契約目的不能那麼寬認定啊，因為行政機關任何行為都有目的啊，絕對不會說我把公有市場的攤位出租給人家都沒有公共目的，騙人，都有啦！純粹為了賺錢嗎？也沒有啦！他多多少少有間接附帶一些公共目的，假設以目的說為主軸的話，所有的公私合作都會變成行政契約，變成沒有空間存在，所以一個有限度的形式行為選擇自由，現在德國行政程序法沒有辦法用嘛……發生私法效果的行政契約，跟發生公法效果的行政契約，這兩個都要進去啊！但我們的 135 條就是沒有包括發生私法效果的行政契約，所以這沒辦法解決問題啊，在德國這覺得很保守就把它幹掉，說我不要這樣……結果還是困擾，他們還是在罵，Bauer 一直寫文章，我昨天還在看……寫的東西，他說這個是德國的危機，也是德國的轉機，公私行為的分配是個很大的問題，他們在德國也是吵得不可開交，因

為這東西越來越多嘛！啊你要分在這個還是這個，因為他審判權的關係，一定要分的。那我說這個區分沒有那麼迫切需要，因為審判權如果可以合意的話，這個就沒有那麼重要。尊重當事人就變成主觀說，尊重當事人就變成主觀說，所以由使用契約的當事人選擇，除非他濫用，在這種極端的才需要矯正。我們讓當事人選擇啊，行政機關選擇，或者當事人可以選擇，這樣對契約的安定性、對法律的風險、對成本的減少是最有幫助的方式。所以明修這個是很棒的東西，應該實踐的東西。不是說涇渭分明，這個審判權的東西，我們也可以彈性化，讓當事人可以合意，不過這個理論在公法界好像沒有人接受，我們行政訴訟法好像沒有說公法爭議跑到民事法院去，怎麼可以呢？要讓他回來啊，以免濫用。

陳清秀 他有說含有委託行使公權力啦，他給他掛了一個帽子後就導入行政契約。

林明鏘 那就變成說他把契約標的的解釋擴大。

陳清秀 對對，他有點誤會。

林明鏘 因為這個是契約的內容，他把契約後面的那個法律關係加進來，所以契約標的的解釋也有兩種說法，一種是純粹那個契約上寫的，但是另一種是契約裡寫說「本契約未約定的，依其它相關法律規範」。我們都是開口性的行政契約啦，我們台灣的契約是全世界少見的，他只有兩三頁而已，但他包進來的法條有三千多條。你不知道那是什麼東西，所以對當事人來講風險很大，這是台灣的問題。這是因為行政機關不太懂契約應該窮盡裡面的規定。這是今天很好的一個討論收穫。不過這是我的個人看法啦，僅供參考，這是少數說。在公法界不一定審判權可以協議喔～很多法官不能接受，哪裡可以協議？

劉后安 我們實務上所遇到的問題，除了審判權跟管轄法院外，另一個就是執行的問題，這個部分是不是也可以透過民事訴訟法的審判權約定就可以解決……？

林明鏘 審判權的協議，就是程序選擇權的概念也包括執行的選擇。如果一貫的話，可以啊～怎麼不可以呢？可是現在法院都不接受，法院都不接受審判權可以合意這件事情，行政法院是不接受啦！在司法院我不曉得。

程明修 老師這並不是少數說！我舉現在德國的發展譬如說公私混合契約這種形態，過去德國行政法院的見解是認為，如果真的出現這種所謂的公私混合形的話，那還得要在這個契約當中剪裁，哪個部分是公法成分？那救濟往

公法。哪個部分是私法……

陳清秀 就把它切割！

程明修 對，這早期的見解。但是聯邦行政法院現在的見解，幾乎通說認為說，只要是混合契約，如果是公私混合契約的話，那還是可以整體契約定性為行政契約，然後在爭訟的處理上面呢，也沒有那種傳統上的審判權衝突，即使行政法院審判這個混合契約當中就其中的私法請求權，也可以裁判。那這個其實已經就不是我們傳統說，什麼剛剛老師提到的，這不是我的審判權，這是你的審判權，不能這樣合意，這個也沒有什麼法定。可是行政法院這時候又跳出來，他就說這整個整體契約，我全部要處理，其中即使是在主張私法請求權的部分在我這邊審判是 ok 的。

陳愛娥 契約不能割裂啦！

程明修 那這個部分在德國所遇到的問題就是找到一個可以解決的路徑，我覺得說如果從這個混合契約往回推的話，就算在這個情況之下人民自己選了、或自己約定了，那更不用講。

詹鎮榮 其實我是覺得說林老師給我們的，我的想法也是德國舉的方案，我在試想他為什麼會提出這個跟……這樣的想法，其實發展到終局，如果我們這邊，不管是這個模型或是那個模型，當這個無法完善的解決的話，到最後站在立法者和行政部門它能夠掌握做的一件事，其實不管是訂定私法契約或公法契約，這個契約框架其實出來了，你到民事法院去爭訟也是依循我這個框架，到行政法院去爭訟我這個框架你要去遵守，所以只要是工廠出租你就按照這個遊戲規則，我就不回到這個形式化的定性。我覺得這是有道理的，但是這個不在我的計劃範圍之內。

程明修 這個是啦！這個是避免他，因為我們現在擔心的是他會濫用，之所以會有濫用一定是行政機關自己在那邊找到他的出口，他覺得說我走這裡比較方便，只要是行政所締結的契約，他有一個整體框架，就都一樣的。這時就不會有你擔心它躲到哪裡去的問題。這個框架只要能夠建立出來，這個問題相對解決，我們今天說不管是立法還是行政在那邊選擇，你的擔心大概就是這樣嘛，行政法院擔心的也是如此嘛，你因為遁入了私法或者搞不好是遁入了公法也不一定，你可能會選擇對你有利的適用法規啊！那這個框架如果統一，無所遁形嘛。

林明鏘 大解決方案。

林明鏘 然後你就用那個公有財產提供的那個合作形態的契約來做，來看看可不可以用那個基準，那其實很多地方用起來會感覺格格不入，所以我說這個可以給你參考，因為你們的判斷，不是像陳愛娥教授講的，要用契約標的來做主軸，你不能用契約目的不然就完了。

詹鎮榮 主要用契約目的就等於沒有標準。

林明鏘 那第二個不能用公用跟非公用，因為他沒有目的，公用跟非公用雖然間接上有點目的，但是我們國有財產法裡面的分類是不太適合用作契約分類的屬性，在你的寫作上面還是要提到這一點，你還是要寫公用跟非公用。通常來講臺北市政府公用跟非公用的話，分別有行政契約跟私法契約的判斷標準，目前為止是這樣。你寫的很清楚，但是這個地方會有一個缺陷，因為非公用的財產有時候會轉公用。

詹鎮榮 就像剛才舉的那個停車場的例子。

林明鏘 對，公用財產他原則是行政契約，例外不是；那非公用財產原則是私法契約，但也有例外的，這裡面有例外有原則，通通不是涇渭分明的。那他們就覺得這不是很好的標準，因為例外太多的話那標準就變得無法建立。你說我們公法私法契約利益說、什麼舊主體說，那個都很多例外，很多被推翻掉了。這一樣道理，你現在用這種純粹，他們現在這樣純粹用是因為他們習慣國有財產法裡的公有財產跟非公有財產的分類，他們這樣很好操作。像我們今天講到好多財務局或財政局弄的委外契約還是行政契約，我們還是用契約的標的，標的不要太狹窄，譬如說第一條甲方什麼什麼，乙方什麼什麼，還要背後契約那個根據的法律目標。那這樣的話多多少少跟契約目的會連在一起，也很難分離，因為答案會變成說都是契約目的。但是要小心一點，就是不要回到像陳愛娥老師擔心的，你說契約目的化，那全部都會包進來了啦，幾乎沒有所謂行政行為選擇思考的自由存在。他沒有辦法選擇，沒有國庫行為，沒有什麼行政私法，根本沒有，都被消滅了嘛！因為行政目的不會為了私的目的存在。

詹鎮榮 他一定會有公的成分。

林明鏘 對，那這樣的話就太極端了。那怎麼樣做到這很難，我覺得這個「線」陳老師你看看有沒有什麼標準，有沒有提供一個標準說這線要切在哪裡？讓他還是可以選擇，但是你又有很多標準說什麼濫用、誠信原則、比例原則，又去控他，那其實就會又被拉回來。

陳愛娥 其實我自己覺得，假使是狹義的提供公用，這件事作為契約標的的話那會是行政契約，在德國法上也很清楚，道路的提供使用。但像剛剛提到的地下街，把它當作是道路嗎？這有些游移的地方，才會需要用目的來釐清，去確認屬性為何，今天如果標的很明確不需要再去追究目的。所以，典型的公法領域就不需要再去看目的，就是某些不明確的標的，又一定要定性的時候，這時候行政目的才要再納進來考量。

孫迺翊 福利機構的部份，如是以標的來說，因為是給付行政，會有委託行使公權力，這種情況不多，像剛剛提到兒少庇護是一種。那，如果有的話通常又會是另一種勞務委託，譬如訪視報告，會請 NGO 做，但訪視有時會來自法院囑託，會跟整個經營屬可以切割，屬於另一個契約，此時會有委託行使公權力會比較少。

如果要從公法標的去認定契約定性的話，大概就是從人民是否具有對政府之公法上請求權，如是這部分的履行，會比較有可能

詹鎮榮 實務上對安置資格的認定，還是由行政機關做？

孫迺翊 第一線還是由社會局認定，立刻決定安置。三天後由法院認定。這些都是公部門自己做的。

林明鏘 所以這些契約都很中性？

孫迺翊 其實有點爭議，例如被安置的小孩享有多少的行動自由？以往有例子，安置在一個 NGO 機構，怕小朋友亂跑，幾點以後，上學就一起帶出去，下課就一起帶回來。

詹鎮榮 所以像這樣有一定程度上的人身自由限制。

孫迺翊 但這個法源依據一直都未寫明，後來有小朋友溜出結果就意外身亡了，有這樣的一個狀況。

陳愛娥 那可能根本就不見得有這樣的一個公權力，是有點像是「協助」的狀況而已。

陳、詹 協助的狀況是沒有被授權行使公權力。

孫迺翊 本身有沒有公權力這點，其實都不清楚。

詹鎮榮 昨天去疾管署談傳染病防治，疾管署指定院所，隔離治療。但院所沒有公權力，萬一感染者跑掉，院所尚須回報機關，不能自己留置。這是很明確

的，因為院所並未被委託行使公權力。

陳清秀 應該要委託行使公權力。

娥、詹 一出來就散布了阿。

林明鏘 醫院不要，會麻煩。

陳愛娥 但依法應該是可以要求才對啦。醫院可能是怕執行困難，但你這樣就無法達到立法目的阿。

詹鎮榮 尤其傳染病防治是很急迫的。

詹鎮榮 台北市內部運作，規範架構是容有疑問。光是委託經營，有依據公產委託經營管理自治條例，亦有依促參 OT 委託經營。台北市政府將所有案件分成這兩類，並將之視為排斥關係。

陳愛娥 促參要達到一定金額才能用促參，才会有這種狀況。這邊提到的採購法第 99 條，某種程度就是要解決看起來性質其實是促參，但是他各個建設的金額沒有達到那個促參的金額，就沒有辦法適用促參。但是也沒有辦法適用政府採購法，因為他不是政府採購。所以就用政採法第 99 條選商的程序。但是，當然還有一種情形是說，如果有特別法，則第 99 條其實是一個「補充」的性質而已。如果有其他特別法，則應優先適用特別法。

詹鎮榮 現在台北市有一個例子，政採法第 99 條的例子，光纖電纜建置，是目前唯一適用第 99 條的。

陳愛娥 而且 99 條的意思很清楚，就只有提供給「選商」的程序而已。其後發生的爭議，則不讓它進入履約爭議調解程序。不過現在的發展是，其雖然本來只侷限在選商，但如果因為選商程序而發生爭議，申訴還是會受理。

程明修 第 99 條只是略式的規定，就是補充。兩邊都是落空的時候，要求在公平性上，要一個 minimum 的踐履。

陳愛娥 對，就是這個意思。不過最近的發展是，本來申訴不收，後來申訴也收了。

劉后安 就我了解，我們工務局實務上真正適用政府採購第 99 條的，應該不只是光纖那個案子而已。

詹鎮榮 目前還在契約期間內中的。

陳愛娥 其實採購法 99 條他還有一個功能，因為採購法 99 條是在促參法訂定以前，之前還無促參法時，就會用 99 條，但是當然促參法出來後，就比較少用了，

當然後會看合約怎麼談。

劉后安 我們現在的態度大概是，因為採購法的管理機關是工務局採購管理科，那他們比較符合政策性的把採購法 99 條的適用範圍放寬，認為是只要有編列預算、補助名義、給付對價如減免房地使用費，像委託經營的案件就常被 99 條涵蓋。

陳愛娥 前提是不適用促參也不適用其他法令。

劉后安 對對。

詹鎮榮 所以位階上，如果以台北市政府，而不是促參不是公產自治條例，或特別的自治條例，譬如說市有學校委託經營自治條例，這邊是有爭議的。

陳愛娥 這邊要看 99 條的所謂其他法律，理解到底是什麼程度。是不只就僅指「法律」？

劉后安 這個地方似乎是僅指法律？

陳愛娥 是，我認為僅指法律，因為我你不能用自治條例來排除 99 條。

劉后安 所以 99 條適用範圍很廣。因為沒有法律…

詹鎮榮 對阿，因為你不進促參的話都會進這邊。但其實當初 99 條的意旨應該不是這樣。

劉后安 對，因為這個如果我們說不適用 99 條，是否會有違法的問題？

詹鎮榮 可是這樣的話，99 條跟傳統政府採購如何區分？

陳愛娥 99 條是小促參，他的性質還是促參。

詹鎮榮 但現在是說，市府他的作業實務上，是只要有對價、給錢都算。

劉后安 甚至是減免。

詹鎮榮 如果是這樣那不就是一般的促參案件不是嗎？

陳愛娥 應該是說，政採法第 99 條除剛剛那個案例，還有一個比較有名的，就是海生館。

詹鎮榮 屏東那個嗎？

陳愛娥 對，我處理過那個案子。他們曾經來申請履約爭議調解，但我們沒辦法受理。雖然說是用第 99 條辦理，那時還沒有促參法，但因為第 99 條不在履約爭議的調解範圍，所以不能這樣就進來。第二個就是還有一個案例可以

說明，像商港法。有些港埠設施未達交通建設金額的部份，但是因為適用商港法，所以明白的說要用商港法的選商程序，這時就不用促參，也不用政採法第 99 條，因為他已經有特別法之規定。

陳清秀 如果是行政契約呢？那行政契約還會用到第 99 條嗎？

陳愛娥 不會！基本上，他認為這是「私法契約」。至於促參跟政採的劃分，剛剛詹老師提的，他主要的關鍵考量，其實就是「有無對價」。至於有無對價，為何會變成難點？不是國家有付錢就是政府採購嗎？但在政採施行細則第 6 條，對採購金額計算有規定，本來是要界定採購金額怎麼算，會去區分公告金額等等。但在裡面第 10 款，提到說對價不一定要國家付錢。國家給廠商一個特權，讓他可以去跟別人收使用費，也可能是對價。這造成一個難以分辨有無對價之情形。

詹鎮榮 像德國法的特許模式。

陳清秀 工程會要併到哪個單位去？

詹鎮榮 促參的案子到財政部促參司。

陳愛娥 政府採購如果依照組織法上的規定，他本來就是歸財政部。但是後來因為之前的前兩任主委，想讓權限到交通部，沒有去的原因就是交通部組織法沒過。組織法沒過，就是內政部擋住。內政部就是營建署不動，所以一關卡一關。

詹鎮榮 之前在大陸時有與陳老師您聊到，關於組織再造的問題。那個疑慮，最近幾天真的是兌現了。財政部部長這幾天出來說高鐵經營要以「營利」為目的，之後要把促參更擴張成宿舍管理、公產活絡。這跟我們原本促參的設計背道而馳，已經完全是在賺錢了。

陳愛娥 政府採購從組織法上講還是歸財政部，但是到現在為何還不過去，因為他用一個暫時條例把它凍結。之前還做了一個委託，打算要給交通部。所以為了給交通部，是用盡心思。其實，不用這樣權限委託，沒人這樣權限委託的。如果這樣弄，那組織改造就不用做了。

詹鎮榮 感謝各位老師給予本研究團隊甚具價值之專業意見，研究團隊將會嚴正參酌各位的建議，列入結案報告之結論與建議之中。

附錄五：
期末審查會議紀錄

臺北市政府法務局 103 年度委託研究案
「公私協力行政之契約形式選擇自由之研究——以臺北市市有財產
出租、提供使用及委託經營為中心」

期末審查會議紀錄

記錄：鄭研究助理姪好、楊研究助理哲瑋

- 壹、時間：民國 103 年 11 月 10 日（星期一）上午 10 時
貳、地點：市政大樓 9 樓東北區圖書室／會議室
參、主持人：林召集人淑華
肆、出席人員：如簽到表（註記：審查委員為林召集人淑華、戴副召集人智琪、吳委員志光、黃委員銘輝、郭委員惠雯）
伍、主席致詞：(略)
陸、報告事項：研究團隊報告（略）
柒、審查委員意見：（依發言順序）

一、吳委員志光

1. 針對「長期」建議：

我國行政契約法治搭配行政訴訟制度，就規範面的發展上，已經不太會有漏洞。不論德國或我國，行政契約法制還在發展。現階段還有許多可以討論的空間，例如：行政合作契約正式成為契約類型；或是無效範圍過於廣泛；得撤銷應該如何規範，或者理論上準用民法……等，都是現行行政契約法制制度上存在之問題。是故如果選擇論遭到揚棄，有點像法國一樣，基本上推定為行政契約，在實務上的可操作性到目前為止還有「摸著石頭過河」的問題。一定要在制度面成形後，慢慢磨合後才可行。所以結論上，有九成以上行政主體簽訂為行政契約，這點在制度面上還有很多路要走。而且這也需要中央立法，因地方是否有立法的空間也值得討論。舉例來說，多年前有自治條例被北高行拒絕適用，因為行政程序法內有關人民權利保障、課予人民義務等等，法院認為只有中央能立法。是以這是可以去思考一下地方與中央分權的問題。

在判準上，我同意研究團隊的意見，也許受釋字第 533 號解釋影響，「顯然偏袒一方」作為行政契約特徵，自然是值得保留。不過吳大法官也有反駁，私法契約如果有「顯然偏袒一方」，也會有民法第 247 條之 1 而無效的問題。但所謂「顯然偏袒一方」條款，還是要回到契約本質，因為在私法契約中只有定型化契約才会有第 247 條之 1 的問題，如雙方得自由約定，則不會有此問題。不過這也牽涉到，行政契約中定型化契約是主流，臺北市政府一旦選擇行政契約後，在現行法制上存有問題，例如行政程序法第 149 條說本法無規定就準用民法，但實務和學說究分歧，民法第 247 條之 1 不就讓行政契約白列了嗎？行政契約法制中當事人可以協商空間本來就不高，也是為了避免有圖利廠商的問題，除了 BOT、OT 以外，基本上都差不多。如果適用民法第 247 條之 1 就會矛盾。也就是，行政契約法制度如何面對民法契約準用範圍的問題，也就是行政契約與私法契約本質上的區別。可以參考林明鏘老師的文章，把行政契約十年來發展的問題都列出來。我個人認為對於「成熟而不致有漏洞」，是採取保留看法。

2. 就其他部分：

在第 186 至 187 頁中提到當事人合意契約屬性與審判權，是否能作為契約性質佐證，對於實務是很重要的。但是否正如林明鏘教授所說有這樣的情形。例如花蓮縣政府委託民間團體經營逃家中輟小孩、家暴婦女的中途之家，委託依據明寫為「行政程序法第 16 條」，但契約最後一條約定由花蓮地方法院審判，這只是對他們來說在花蓮進行訴訟比較便利而已。此種情形，在英美法上沒有問題是因為他們只有一種法院，但即便有法院等價原則，對老百姓及行政機關而言，也具有務實性。

二、黃委員銘輝

- (一) 第 170 頁以下就本質論的論述有三目。建議在討論的時候把「根據公法規範」變成第一目，因為依法行政是首要要求、公權力委託也是需要依照法規，所以順序上放在第一目可能比較適宜。
- (二) 我是比較傾向特殊使用需要行政處分界定為公法關係，法制上要如何調和，如第 181 頁中研究團隊採取德國路徑，即不會妨害一般使用者。但這邊也有提到這跟行政法院一般見解不符。或許有種折衷解套的方式。這部分可以私底下交換意見就好。
- (三) 第 184 頁中，問題其實是出在實務上怎麼操作法規優先恆定，即有一個

契約他涉及怎麼樣的一個法規，涉及同一法規的不同法條。有時候是因為實務操作太粗糙，把整部法規作為依據。其實我會認為，法規一直都是擺在前面，只是必須細緻操作。當不同的法規見解發生衝突時，或標的涉及多數法規時，此時不能單單執著單一的判斷。這時候可以搭配研究團隊所說的一些標準。這邊也許命題應該要修正一下，免得讀者會認為是在反對法規優先原則。

- (四) 剛剛吳委員提到當事人合意，我是贊成研究團隊的講法，基本上如果本質已經有歸屬，那就不因當事人合意而改變。但在不明時，就有合意的重要性。在本質的情形，是否應該尊重當事人程序選擇問題，因為行政訴訟法第 2 條有保留如此空間，規範體例是「得」，不是「應」。
- (五) 在第 187 頁以下，針對行政契約判斷基準妥適性的檢討，如果按照研究團隊在標題下所提檢討釋字第 533 號解釋吳庚大法官協同意見標準的話，似乎少檢討了「涉及人民公法上權利」。但如果是檢討多數意見的話就不會有這個問題。因此這邊到底要檢討哪個意見應寫清楚。
- (六) 這邊我有一個不一樣見解的問題：在我心目中一直覺得行政機關不要那麼愛用行政契約，而應該是一個補充的形式。如果行政契約是以定型化契約形式時，該契約其實都有法規（命令或機關內部的行政規則）作為後續程序基準，也就是這邊其實並沒有真正的當事人合意。所以我覺得行政上根本不應該有定型化契約，都是行政命令或行政規則的組合，他只是一個契約合意包裝但並沒有當事人合意。行政契約比起私法契約，彈性不夠、規範密度也不夠；比起行政處分，拘束力又不夠強；比起行政命令，影響力也沒有那麼廣泛。因此能盡量不用就不用。所以如果真的要揚棄選擇自由，行政機關跳下來要跟人民談合約，那就應該要以私法契約為原則；如果有需要行政法規規範的特殊需要，再回去用行政契約。而且行政契約相關規範、制度也都不足（如行政法院密度不足），如果需要大量準用民法規定時，那就乾脆回歸民法，反正基本權也可滲透進私法領域。行政機關盡量不要用行政契約，除非有特別需要，當成例外。
- (七) 第 187 頁「執行公法規範」，這邊是引用吳庚大法官的文章，如果這段敘述如果整段看，看起來就不會有問題了。
- (八) 最後研究團隊建議非常務實，但我想提出兩個疑問：

1. 如果本質性有公法和私法時，行政機關的選擇要受限，立法者是否可以做本質上的突破，我的立場會比較尊重立法裁量：因公、私法行為形式區分都只是技術性、人為建構的產物。立法者應該有優位的選擇權限，只是立法者必須用法條明確的統一明定。促參法只有在立法理由中說明，才會有契約性質的爭議。〈計畫主持人：工程會修正草案就是這樣修法的！〉
2. 就第 202 頁提到，對於臺北市市有公用房地提供使用辦法的建議，這邊如果行政機關會受到行政自我拘束原則的話，如果行政機關也認同此一原則，是否應該乾脆要明訂在法條中規定。畢竟不是所有承辦人員都有法律背景，使效力更明確。

三、戴委員智琪

- (一) 剛剛在簡報資料第 2 頁，有一個公私協力契約形式選擇架構提出，在私法契約的部分提及「涉及政府採購（市有財產委託經營管理是勞務採購）」，在實務部分市有財產委託經營管理不限於勞務採購，部分委託經營管理是依政府採購法第 99 條，擔心會有誤解市有財產委託經營管理一律為勞務採購。
- (二) 第 200 頁提到一些修法建議，〈計畫主持人：公用房地提供使用如果只是單純營利，就不會有選擇自由〉，但在註釋 295 中提到臺北市市有公用房地提供使用辦法第 14 條是否要一併修正，因該條文是針對經常提供使用之規定，市政府並另訂定「臺北市政府所屬各機關場地使用管理辦法」，本府所屬各機關並依據該辦法及規費法訂定收費基準，並送本府財政局同意後公告之。當事人依該辦法提出申請，本府無須訂定契約而是以行政處分的方式為之。而最近發生的爭議是在公用房地提供使用須訂定行政契約的案子，於訂約後，該契約之使用費究竟是不是規費性質。因為財政部有一個函釋，認為規費法的減徵免徵，如係依據規費法第 13 條，則該條所稱的公益性質必須具有全國一致性，這裡遇到一個難題，就是臺北市市有公用房地提供使用辦法第 5 條規定必須符合規費法第 12 條、第 13 條的情形始可免徵。以往機關都是用有公益考量而減徵或免徵使用費，財政部的函釋出來後，導致減徵免徵門檻變高，實務上就會疑惑這種使用費真的是規費性質嗎？所以，臺北市市有公用房地提供使用辦法如要修正，這部分似應配合做修正。反而是第 14 條應該維持，

因為依該條所收取的費用為規費應無疑義。

〈計畫主持人：因為這個條文有解釋空間，這個規定只是收費標準用規費法來計算，不代表這就是規費性質，而是契約給付、對待給付問題。不可能規費法這種以單方行政行為為立基的情形，如果沒有訂契約，那才會回歸到規費法〉

〈計畫主持人：例如候選人借禮堂，只有一個晚上，也很難想像要大費周章地去簽一個契約。〉

四、郭委員惠雯

- (一) 就中短程方案，想請教：實務上會希望契約就定為行政契約，因為他們只關心如果有糾紛時管轄上要怎麼去做，例如如何收回公產。所以老師長程的建議，也是實務人員所樂見，而有執行上的方便。
- (二) 對照回短程建議，有關臺北市市有公用房地提供使用辦法，本來就都會定成行政契約，如果回歸到行政機關可以選擇、或是本質上應該定成私法契約，則是否會與長程建議有所背道而馳。

五、林召集人淑華

- (一) 第 198 頁說要修正臺北市市有財產委託經營管理自治條例第 11 條，並刪除第 16 條第 2 項，這樣的刪除標準為？

〈計畫主持人：第 16 條第 2 項目前市府運作是有疑問的，因為契約之執行是不可能適用到行政執行法；契約非屬行政執行法所定之執行名義。若為如此規定，必然是雙階結構。法院也是這樣的見解，不會理會第 16 條第 2 項，因為這是法院的強制執行，而不是行政執行。〉

- (二) 臺北市市有公用房地提供使用辦法的由來是，因為臺北市市有財產管理自治條例中第 21 條規定，對於公用財產不得為任何處分、設定負擔或擅為收益。但收益不違背其事業目的、原定用途或經法定程序辦理，報經市政府核准有案者，不在此限。因此該辦法是這樣而來。如果按照老師的修正後，這樣會不會就無法用？
- (三) 第 201 頁有提到，本研究主張是有「公用財產提供使用契約不必然是行政契約」的見解。但我看其中自治規則只有一個「臺北市建國假日玉市市集輔導管理辦法」，其他都只是要點，他不是自治規則。在地方制度法內，自治法規只包含自治條例跟自治規則。這邊要點會跟自治規則混淆。

〈計畫主持人：地方制度法上、學理上，要點也都是包含在自治規則中。我們會把要點寫得更清楚一點〉〈吳委員：自治規則應該含行政規則〉

- (四) 依臺北市市有公用房地提供公用使用辦法規定，公用房地用途本來不應該給私人使用，但簡易的，如銀行提款機、按摩中心、影印，租個小塊的地，需要法源嗎？

〈計畫主持人：這只是規範層面，但這邊講的是本質論，也就是公用財產是否絕對都只能是行政契約。有特別在焦點座談時請陳主委來參加，陳主委的見解也受到在場其他學者之質疑。因為公用是「預設」的使用目的，不是「實際」的使用目的。〉

〈黃委員：行政機關也負有說服法院的義務，這也就是研究計畫的價值所在。〉

六、劉資深法務專員后安

- (一) 第一個補充說明的是，地方制度法 27 條第 3 項明文規定自治規則應函報中央備查。實務上，本府函送中央備查之所謂自治規則，僅限於以第 27 條第 2 項為名，且提經市政會議討論通過及發布之自治規則。至於各機關所訂定之行政規則並不會依此項規定送中央備查。因此實務上所理解的自治規則，僅係指需依第 27 條第 3 項送行政院備查的自治法規，行政規則不屬於我們所理解的「自治法規」範圍。
- (二) 其次，依據簡報第二頁的架構圖所示，「給付行政」領域屬於選擇論的範疇，亦即行政機關可以自由選擇以行政契約或私法契約為之。而本質論的範圍，則包括涉及公權力行使、人民公法上權利義務等事項，依其性質，行政機關必須訂定行政契約。就「涉及公權力行使」這個項目來說，所謂「公權力」，如果採取狹義的理解、涉及秩序行政、干預行政等國家高權行使的事項，固然很難想像可以以私法契約為之。在此之外，是否還有其他非屬高權行使的「公權力」領域，就值得討論。如果參照期末報告初稿第 171 頁以「公立學校委託民間經營」作為「公權力行使」之適例來看，研究團隊似乎認為「學校教育」等一般可能會被認為是屬於「給付行政」領域的事務，也屬於本質論的範疇。可是如此一來，選擇論中的「給付行政」與本質論中的「涉及公權力行使」兩者應如何精確予以區分？對於第一線的公務人員來說，可能會有所疑惑。此外，本質論中所謂「涉及人民公法上請求權」之範圍，其與選擇論裡的「給付行政」又該如何區分，也是似乎讓人產生困惑的地方，還請老師予以解惑。

捌、研究團隊回應及討論：

計畫主持人 首先針對吳委員長程計畫如何配合行政法制，這邊必須要兩相配合，但因為是長程，十年之內應該不會實現。

黃委員提到的公物使用欲言又止，我比較大膽的說是使用雙階理論，前面行政處分特別使用，後面不排除用行政契約或私法契約來簽。但這邊又牽涉很麻煩的問題，要不要採雙階法規範，很多適用範疇內就用同一個契約。例如下水道可以用立法。我所質疑的是類型很多的，例如委託經營，裡面包山包海，或者是公用房地產的那種。

郭科長提到中長程的衝突，的確是會有衝突。但這是因為行政法院的問題，我們擔心會造成行政法院都不買單，使實務人員困擾。所以短程才會在不撼動現有基準下，應該怎麼細膩化。所以我們就應該嚴正的面對契約標的的問題，這些自治法規恐怕就有檢討的空間。

接著劉資深法務專員提到本質論和選擇論，其實選擇論是比較大的範圍。給付行政與干預行政可以進入到選擇論，但選擇論裡面，在給付行政時，亦可能涉及公權力的行使。例如教育行政，可能是事實行為、給付。但當涉及公權力的實施，如學位發放、學生獎懲，那就會上去了（變成本質論）。本於相同的邏輯，請求權，生存照顧可以用私法，所以這是選擇論。但如果是法規範，例如社會扶助法、老人福利法，已經提昇為法律明定的公法上請求權，我們以契約的方式來落實請求權，這種狀況也會使契約定性從選擇論變成本質論。在思考脈絡下，先區分任務屬性，再區分該任務屬性有沒有本質論要件。

對於召集人臺北市市有財產管理自治條例第 21 條的問題，初步想法是不衝突，因為臺北市市有財產管理自治條例中僅說原則上不得收益，但在無礙主要公用目的時，其實是有空間可以作「非公用」之收益使用。

召集人 不管檢討的如何，只要你是公用財產，基本上是不能處分。

計畫主持人 如果只是純收益性質，會比較傾向認為這是私法契約。除了有些

涉及安置的。個人認為是個案契約問題，不會是規範問題。

戴委員提到政府採購法第 99 條的問題，不管何者都是私法契約。這點我們會再補充到圖表中，這也屬於需求行政的範疇。

召集人 公用財產到底可不可以用於短期的按摩中心，例如在市公所中闢一小塊地課用印章或是按摩；無礙面積需要多少？

計畫主持人 不會有問題！因為這無礙主要公用財產的使用目的，只是附屬使用而已。就跟公車賣廣告一樣。這並不需要法源。重點在於使用目的。面積多大，則很難說，須視個案而定。

劉資深法務專
員后安 補充提問一點，期末報告初稿第 175 頁所提到的「促進行政」概念，對於一般行政人員與甚至法制人員來說，是比較陌生的概念。雖然報告在第 175 頁有提供例子及簡短的定義，但是如果可能，可否請研究團隊再提供一些補充說明，增加本研究報告的參考價值。

計畫主持人 這個會再說明更細一點。例如本府文化局很多文化促進，但並非給付。

玖、決議事項：

- 一、 本件期末報告審查通過。
- 二、 請研究團隊依審查委員意見修正，並於履約期限前，依約繳交總結報告及契約所定之相關文件。

拾、臨時動議：無

拾壹、散會（上午 11 時 30 分）

附錄六：

結案報告修訂說明表

委託研究名稱		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			
提 議 單 位 人 員 及意見內容	報告初稿原內容	頁次	報告修正後內容	頁次	備註
吳委員志光： 我個人對於報告中長期建議所指的我國行政契約法制「成熟而不致有漏洞」，採取保留看法	職是之故，本研究認為我國當前對於行政契約行政行為採取之法制環境，基本上已成熟到不至於有規制漏洞之階段。	209	固然，就我國現階段行政契約法總則規範之完善性以觀，與德國法制尚有一段距離，而容有精緻化之空間（例如行政契約瑕疵效力、定型化行政契約之規制、行政契約之第三人同意要件等）。欲直斷其已足以支撐且解決我國目前行政契約及行政契約性質之公私協力契約所可能面臨到之所有法律問題，言之尚早。然而，本研究所提出之長程建議既非以我國當前之行政契約法制環境為評估基礎，亦非認為可一蹴即成。毋寧，契約形式選擇自由理論之揚棄必須隨時關注我國行政契約法制完善化之進程與程度。至於此等長程目標何時得以實踐，非本研究在此所得主觀憑空斷言，而是應取決於我國行政契約法立法、學說及司法裁判之整體發展狀況而定。縱然如此，本研究認為我國當前對於行政契約行政行為採取之法制環境，雖尚有精進之空間，但 V. Schlette 教授所言行政之形式選擇自由理論存在的「原始正當性」，在我國應亦可評價為逐步瓦解之中。	232	修正
黃委員銘輝： 第 170 頁以下就本質論的論述有三目。建議在討論的時候把「根據公法規範」變成第一目。	第一目 涉及公權力之委託 第二目 實現人民之公法上請求權 第三目 根據公法規範而簽訂之契約	170	已調整為： 第一目 根據公法規範而簽訂之契約 第二目 涉及公權力之委託 第三目 實現人民之公法上請求權	189	修正

黃委員銘輝： 頁 184 處或許命題可以修正一下，免得讀者會認為是在反對法規優先原則。	本於法律優位原則，當法規對於契約形式定有明文時，行政機關理應予以遵守，不得再行使契約形式選擇自由，為背離法規所明定之契約形式選擇。然而，此項契約形式選擇之「法規優先原則」未必恆為正確。	184	在此並非否定立法者具有契約定性之優先決定權，毋寧是倘若法規所規範之行政任務領域過廣，或是公私協力之態樣多元，則在「單一」之一部法規中實不可能就不同標的及目的之契約為「統一性」之性質。從而，依據一部規範標的涉及不同行政事務領域，且性質上各不相同之法規範，單一性地認定據而簽訂之契約的法律性質，自亦難達到絕對之正確性。	204 - 205	修正
黃委員銘輝： 在第 187 頁以下，針對行政契約判斷基準妥適性的檢討，如果按照研究團隊在標題下所提檢討釋字第 533 號解釋吳庚大法官協同意見標準的話，似乎少檢討了「涉及人民公法上權利」。但如果是檢討多數意見的話就不會有這個問題。因此這邊到底要檢討哪個意見應寫清楚。	我國學說與法院實務，受到大法官解釋第 533 號吳庚大法官協同意見書所提出標準之影響，採用若干判斷基準。此等區辨契約性質之判斷基準，是否仍有繼續使用或受調整之必要，以下嘗試從本研究上述所提供之公私協力契約形式選擇（區分）體系出發進行檢討：	187	我國學說與法院實務，受到大法官解釋第 533 號吳庚大法官協同意見書所提出標準之影響了四項判斷基準。此等區辨契約性質之判斷基準，是否仍有繼續使用或須調整之必要，有待釐清。以下嘗試從本研究上述所提供之公私協力契約形式選擇（區分）體系出發，針對本研究認為其中較具疑義或內容不明確，可能導致誤解之區分標準，進行檢討	208	修正
黃委員銘輝： 就第 202 頁提到，對於臺北市市有公用房地提供使用辦法的建議，這邊如果行政機關會受到行政自我拘束原則的話，如果行政機關也認同此一原則，是否應該乾脆要明訂在法條中規定。畢竟不是所有承辦人員都有法律背景，使效力更明確。		202	除此之外，為避免臺北市府往後有可能再次發生例如本研究上述所揭萬芳醫院委託經營管理契約「同一契約標的，但前後期屬性不一」之行政作業實務發生，故本研究建議可進一步將德國學說所主張「契約形式選擇之行政自我拘束」意旨，於行政契約判斷基準中增列。具體條文建議如下： 「五、行政機關行使前點之契約形式選擇自由後，就同一標的訂定第二期以後之契約者，非有正當事由，不得背離原先所選擇之契約形式。」	225-226	新增

戴委員智琪： 簡報資料第2頁，有一個公私協力契約形式選擇架構提出，在私法契約的部分提及「涉及政府採購（市有財產委託經營管理是勞務採購）」，在實務部分市有財產委託經營管理不限於勞務採購，部分委託經營管理其實是依政府採購法第99條辦理。	涉及政府採購（市有財產經營管理之勞務採購。）	175	依修正，將政府採購法第99條之委託經營列入。 涉及政府採購（市有財產經營管理之勞務採購，或依政府採購法第99條規定辦理之市有財產委託經營）	195	增補
戴委員智琪： 在公用房地提供使用須訂定行政契約的案子，於訂約後，該契約之使用費究竟是不是規費性質？臺北市市有公用房地提供使用辦法如要修正，這部分似應配合做修正。反而是第14條應該維持，因為依該條所收取的費用為規費應無疑義。	尚有疑義者，在刪除公用房地提供使用契約僅限於「行政契約」之相關條文文字後，須注意者，同辦法第14條後半段中所使用之「收費標準應依規費法第十條規定」是否須一併修正？就此，本研究認為應可保留現行文義，無須併同修正。蓋此僅規定使用費「收費標準如何訂定」而已，亦即依規費法第十條所規定之計算基準訂定本於契約所生之使用費給付義務。由此，既不推導出使用費在定性上屬於公法性質之規費的結論，亦不意味著本於公用房地使用雙務契約所生之使用費，可直接適用根植在「准許使用」單方行政行為為基礎之上的規費法。	200	尚有疑義者，在刪除公用房地提供使用契約僅限於「行政契約」之相關條文文字後，須注意者，同辦法第14條後半段中所使用之「收費標準應依規費法第十條規定」是否須一併修正？就此，本研究認為應可保留現行文義，無須併同修正。蓋此僅規定使用費「收費標準如何訂定」而已，亦即依規費法第10條所規定之計算基準訂定本於契約所生之使用費給付義務。由此，既不推導出使用費在定性上屬於公法性質之規費的結論，亦不意味著本於公用房地使用雙務契約所生之使用費，可直接適用根植在「准許物之使用」之單方行政行為為基礎的規費法。	223 註 296	修正
郭委員惠雯： 對照長程建議，短程建議有關臺北市市有公用房地提供使用辦法，本來就都會定成行政契約，如果回歸到行政機關可以	短程建議：肯定契約刑事選擇自由及本質歸屬 長期建議：揚棄契約形式選擇自由	197 以下	各目標中原已有明確之說明	218、 226	說明：在本研究第七章的「目標設定」上已有所揭示：短程是在不變更現行學說及法院裁判實務架構下

選擇、或是本質上應該定成私法契約，則是否會與長程建議有所背道而馳。					所提出。反之，長期則是單純從制度建構之完善性出發思考。兩者間確實會有一些矛盾，但似乎難以避免。
林召集人淑華： 第 198 頁說要修正臺北市市有財產委託經營管理自治條例第 11 條，並刪除第 16 條第 2 項，這樣的刪除標準為？		198	臺北市市有財產委託經營管理自治條例第 16 條第 2 項乃明文授權與委託機關，得以「行政處分」命受託人履行點交返還市有財產之公法上義務；並且於逾期不履行時逕為行政執行。蓋若非如此解釋，則勢將發生規範錯誤之結論：契約非屬行政執行法之執行名義！本條項之規定，不僅在文義上易使人滋生疑義，在法理上更不無存有疑義之處。	221-222	新增
林召集人淑華： 臺北市市有公用房地提供使用辦法的由來是，因為臺北市市有財產管理自治條例中第 21 條規定，對於公用財產不得為任何處分、設定負擔或擅為收益。但收益不違背其事業目的、原定用途或經法定程序辦理，報經市政府核准有案者，不在此限。因此該辦法是這樣而來。如果按照老師的修正後，這樣會不會就無法用？		200	退步言之，即使市有公用財產在實際上確實皆符合原定用途，而僅提供公用。但公用與行政契約兩者並非恆為一致且相生相形之概念。市有財產為公用所簽訂之契約，非必然為行政契約。根據本研究第六章所述，倘若提供公用財產予民間適用涉及給付行政者，行政機關仍有契約形式選擇自由。本條例一律規定公有房舍提供使用為行政契約，或可解讀為是立法者對契約形式之選擇決定。然而，連結上述所言公用財產未必確實作為公用使用之命題，則因涉及本質論問題，更無由會涉及立法者之選擇決定問題。	223-224	增補
林召集人淑華： 第 201 頁有提到，本研究主張是「公用財產提供使用契約不必然	在認同本研究主張市有公用財產提供使用契約不必然屬行政契約之見解，並且支持修正臺北市市有公用房地提供使用辦法之前提下，則不	201	（已更改表述方式為「地方自治規則及行政規則」，以符實務見解，並且本單元之標題增加「及行政規則」）	222	修正

是行政契約」的見解。但我看其中自治規則只有一個「臺北市建國假日玉市市集輔導管理辦法」，其他都只是要點，他不是自治規則。在地方制度法內，自治法規只包含自治條例跟自治規則。這邊要點會跟自治規則混淆。	可不面對的是一連串立基在現行臺北市市有公用房地提供使用辦法架構上的相關自治規則之一併檢討。例如本研究第三章所整理出之現行臺北市自治法規命令及行政規則中包含有契約定性條款之清單中，臺北市建國假日玉市市集輔導管理辦法、臺北市公有土地設置簡易運動、綠美化設施認養暨命名試辦要點、臺北市各級學校員生消費合作社設置管理要點、臺北市立動物園園外服務中心舖位使用管理要點等，皆涉及市有公用財產之提供使用。				
林召集人淑華： 依臺北市市有公用房地提供使用辦法規定，公用房地用途本來不應該給私人使用，但簡易的，如銀行提款機、按摩中心、影印，租個小塊的地，需要法源嗎？					補充說明： 這只是規範層面，但這邊講的是本質論，也就是公用財產是否絕對都只能是行政契約。有特別在焦點座談時請陳主委來參加，陳主委的見解也受到在場其他學者之質疑。因為公用是「預設」的使用目的，不是「實際」的使用目的。
劉資深法務專員后安： 期末報告初稿第171頁以「公立學校委託民間經營」作為「公權力行使」之適例來看，研究團隊似乎認	本研究前揭所舉之「桃園縣民營學校經營契約」案例，臺北高等行政法院 96 年度訴字第 3402 號判決認定「原告係依行政契約之方式而為行政委託，並依約設立財團法人桃園縣民營諾瓦國民小學，以受託	171	根據上述本質論與選擇論之區分架構，兩者間基本上係彼此立於排斥之擇一關係。換言之，若是契約本質上屬行政契約或私法契約，行政機關即無空間再行行使形式選擇權。但在實際個案上，有時非如此明確。例如選擇論中，行政機關從	193	增補

為「學校教育」等一般可能會被認為是屬於「給付行政」領域的事務，也屬於本質論的範疇。可是如此一來，選擇論中的「給付行政」與本質論中的「涉及公權力行使」兩者應如何精確予以區分？此外，本質論中所謂「涉及人民公法上請求權」之範圍，其與選擇論裡的「給付行政」又該如何區分？	經營諾瓦小學」，即是認為系爭契約涉及公權力之委託，故定性上應屬行政契約。根據本研究之見解，行政法院之此等裁判應可支持。同理，臺北市事例學校委託私人辦理自治條例第3條明定委託契約為「行政契約」，應屬正確之立法。		事給付行政時亦可能涉及到公權力的行使。如教育行政之執行，通說認為係屬教育領域內之給付行政。然而，在實施時，亦不排除會有公權力之實施，例如學位授予及學生獎懲。就此，在判斷上即會進入本質論之射程範圍。本於相同的邏輯，涉及人民生存照顧事項，可採行政契約，亦可選擇私法契約，故屬選擇論之範疇。然而，若法規範——例如社會救助法、老人福利法等——本身將該給付提升密度為法律明定的人民公法上請求權，則若該請求權及行政機關的給付義務以契約方式落實，此際亦會使契約定性之判斷從選擇論轉換成本質論。基此，本研究所提出之契約形式選擇架構在思考順序上，宜先區分任務之類型，再區分在該任務類型內有無該當本質論之要件。
劉資深法務專員后安： 期末報告初稿第175頁所提到的「促進行政」概念，對於一般行政人員與甚至法制人員來說，是比較陌生的概念。雖然報告在第175頁有提供例子及簡短的定義，但是如果可能，可否請研究團隊再提供一些補充說明，增加本研究報告的參考價值。	除傳統以人民生存照顧為旨趣之給付行政外，本研究認為亦可適度地將適用契約形式選擇自由之契約標的或目的，擴及於以促進特定行政任務執行或行政目的實踐之「促進（助長）行政」（Förderungsverwaltung）領域。	175 換言之，促進行政之任務內容非直接涉及人民生存照顧之必要事項，例如水、電、瓦斯、交通、醫療等設備或服務之供給，而是透過特定目標之事先設定，並藉由各式行政手段與資源，引導並助長人民積極從事特定活動，俾使所設定之目標得以實現。就市有財產之提供使用而言，如市政府與人民簽訂市有公用財產提供使用契約，其目的除活化市有財產、增加市庫收入外，尚蘊含有「鼓勵」藝文發展之文化行政促進或助長用意者，則此類契約之簽訂即屬促進行政之一種方式，應亦可納入行政之契約形式選擇自由的範疇內。	194 修正