發佈：2016-10-13, 週四 10:00
點擊數：10754

壹、 前言及問題之提出

行政契約此一概念，自
從行政程序法於民國九十年一月一日公布施行
後，
即有明文規定，而做
為我國主要行政行為手段之一種。而行政
契約於我國較
為廣泛討論之議題，
主要聚焦在公、私法契約之區分，以及行政處分及行政契約之「雙行為併用禁止」之問題。

而觀我國行政程序法中有關行政契約之條文，亦有適用上較為罕見、而
對其有發展討論空間者，如行政程序法第 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，依書面約定
之方式，為必
要之指導或協助。」
，該條規定賦予行政機關得就契約為一定
指導協助之義
務及權力，此之規定
即未受學者廣泛討論；有學者認其原因係
該條文來自法國行政法，且我國較常附加此類指導條款之政府採購契約，往往受實務判決
認定為私法契約，致使無本條規定用武之處之結果而致[1]。

而本文之所以認為上述條文有探討之必要，其關鍵在於我國行政法參考
日本行政法之概念，引進行政指導之相關規範[2]，明文於行政程序法第 165 至第 167
條中並設有專章，而行政指導亦已成為我國常見之行政行為；惟行
政指導既言「指導」，其和前述使行政機關負有為行政行為之一定義務、或
以公權力介入契約效果之行政程序法第 144 條之「必要之指導或協助」之規
定，即應生有得否重覆、重疊適用，亦或發生競合效力之疑問。

換言之，於締結有行政契約之法律關係中，行政機關所為之「指導」， 究係行政程序法第 144
條之「必要之指導或協助」？或係政程序法第 165
條之行政指導？其間
是否可能發生「雙行為並用禁止」此一過
往認為僅存在
於行政契約與行政處分
間之問題？於此應容許或是禁止？依其立法理
由及實務運作、救濟途徑之差異，倘未明確區分，則可能生有侵害人民權利之結
果，故本文即認有探討之必要[3]。

為解決此一問題，本文欲先從行政契約之基本原理原則為切入之方向， 討論行政程序法第 144
條之效果及目標為何？再就行政指導之概念與之做
為比對，最後提出其區分實益及解決之模式，並做出結論。

貳、 行政契約及行政程序法第 144 條之簡述

Phoca PDF

發佈：2016-10-13, 週四 10:00
點擊數：10754

一、 契約之基本概念

債之發生除基於法律規定外，
原則上應係由當事人間之契約約定所
產生，此即為契約原則，目的在於強調當事人意思自主決定之重要性，
並建構出權利義務之往來之規範效力
，以彰顯私法自治原則[4]。而契約
之另一重要任務，即在
於增進經濟效率、強化市場機制之公平競爭及
信用[5]
。透過契約之訂定，契約當
事人得以透過自己之意願爭取最大利益，
契約應同時具有保障當事
人訂約之自由以及履行契約之自由之效果，使
之並得透過彼此於經濟學上之「賽局理論」下之策略思考，而尋求效益
最大化之途徑[6]，此即契約自由原則。

但契約自由原則並非使當事人
得以隨意約定內容，而生有使當事人
一方陷於完全不對等之地位之效果，契約自由原則毋寧彰顯一種「實質
平等」的效果，此即契約正義原則[7]
。透過相關法律的限制，得以在不
過度干預契約自由之狀況
下，化解當事人間不平等之關係，以合理分配
危險負擔、達成契約效力之和諧穩定，使契約自由及契約正義此二原則
獲得最大的調和與真正的實現[8]。

二、 行政契約之概念

惟上述私法關係中之契約之概念
及原則是否直接適用於行政契約
此之公法上契約，應有得
廣泛探討之餘地及爭議。按行政契約之意義，
係指兩個或以上得為公法法律關係之主體之當事人，就公法上之權利與
義務為取得、設定、變更或廢止而訂立之契約[9]；行政契約為達其促進
行政效率、妥適完成行政任務之效果，依其性質應具有濃厚的公益色彩，其和私法契約之區分，
學者提出諸多判斷標準可茲參考[10]，此判準正恰
恰表現出行政契約相較於私法契約，具有為求有效推行行政目標而設之規定。

行政程序法中已有諸多明文行政機關於行政契約中具有較為優勢 地位（參見行政程序法
146、147、148 條之規定）及公益參與（同法 138、140
條）性質之條文，並限制行政契約做成之類型、內容（同法 135、136、137
條），及設有較民法更趨嚴格之效力規定（同法 139、141、 142、143 條）。

Phoca PDF

綜上所述，在已嚴格要求區分行政契約及私法契約、並針對行政契
約設有諸多限制，僅於未有規定時得準用民法之規定（同法 149 條）之
法律設計下，應可初步肯認私法契約之概念及原則並無全面適用於行政契約之餘地。

三、 行政程序法第 144 條之指導及協助之意義

(一) 行政程序法第 144 條之概念

行政程序法第 144 條之立法意義，由其立法理由觀之，同時具有確保行政任務之順利履行、公共利益之事前規範保護，以及締約相對人之人民權利保障之意旨。

於此援引行政程序法立法當時陳婉
真委員之提案，以供參考：
「行政契約之締結，就行政權
而言，均出自公益考慮，為求公益之
維護，本期待契約履行之完全
，事前防範遠甚於事後救濟，故本條
參考法國行政契約法，規定行政機關得就人民履行契約義務為監督（controler）或指導（diriger）。惟行政機關如濫行監督、指導，恐□傷人民初為契約締結之本意，致失契約惟當事人合意之實；故條
文規定行政機關僅能以當事
人書面約定之方式為限，為監督、指導，
而其行使尤不得逾越必要之範圍。至於其他法律另有行使監督、指導方式之規定者，理應遵循則故不待言。」[11]。
而行政院案並提供一個具體的結論
：「行政機關與人民締結行
政契約，具有實現公益之目的
，為使人民能依約順利履行，達成公
益之要求，允宜規定行政機關
得為必要之指導或協助。又為防止行
政機關濫行指導或協助，爰規定其僅的依書面約定之方式為之。」[12]。

(二) 行政程序法第 144 條之效果區分

由上述立法理由觀之，行政程序法第 144 條之效果，應可有如 下之要件及效力：

1. 締約之一方須為人民、另一方須為行政機關：

本條既已明文「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」之要件，故本條應已排除「私人
間締結行政契約[13]」此之態樣，並亦無不同行政主體間締結行 政契約時之適用餘地。

蓋行政契約既於形式上具有雙方當事人
平等之意義，即不

Phoca PDF

會於行政契約關係中生有「行政機關立於如同人民之地位發生法律關係」之情形，且本條既係用於平衡人民於資源、資訊及技術不對等之情形而設，應可認不適用於同具國家優勢之他行政機關。

2. 須有書面依據方得為之：

於本條已明文「依書面約定之方式」之要件下，倘行政機關未於契約中明文約定其具有此之指導或協助權限，則不得為之；此亦係立法理由所要求之限制，避免行政機關濫行指導而致侵害人民權利及契約效力；又其方法亦須遵循契約之約定，乃屬當然。

另外有學者認為，此書面約定並不限於明定於同一份行政契約之附帶條款中，縱於另一份行政契約中為約定，亦無不可[14]；承其意旨，亦應不限於「單一性文件」之概念，自不待言。
惟亦有反對說學者認為須限於單一書面文件，始得為本條之指導協助[15]，但其並未敘明理由、且單一性文件之相關概念及要件現已為我國實務見解所揚棄[16]，此說應係較為老舊之見解，於今應不可採。

3. 不得逾越必要之範圍：

條文既言「必要之指導或協助」，則行政機關之指導應不得逾越必要之範圍，此亦為立法理由中有所要求者。

4. 非為強制事項並具普通法效力：
法條文意以「得」字設計之，表明人民及行政機關應無締結相關條款之義務，縱有締結，行政機關亦具有究否為指導之選擇自由；而立法理由既註明倘其他法律另有規定則應遵循，應可認本條為普通法之效力，受其他特別法之拘束。

(三) 行政程序法第 144 條之比較法探討

承前所述，行政程序法第 144 條既係參考法國行政法而設，參考法國之行政契約制度，應可有效探討該條文於我國適用上之問題 及改進之方法。

Phoca PDF

1. 法國行政法和我國行政程序法之差異：

法國行政契約制度之設計，主要目標並
非基於使人民立於
和行政機關相當之平等地位，僅係
用於有效、長久安定地達成
行政目的，並用於促進公益。故法
國行政契約法制即設有諸多
使行政機關得單方面控管契約之規
定，諸如控制權（包含業務
指導權、措施決定權）、制裁
權（和控制權同係為確保契約之履行）、單方終止權及單方變更權（此二權力為其契約調整權）[17]，時至今日仍為法國行政法院實務之主要見解。

而我國之行政契約制度則和法國立法例
大相逕庭，我國行
政契約法制之所以於行政程序法中
明文規定，其目標係欲透過
此之契約關係，建立政府與人民平
等合作之橋梁；因而行政程序法雖設有諸多明顯優惠行政機關之規定，但仍具有盡量使當
事人地位平等之效果[18]
。在此中心思想之下，引入相反方向之
法國行政法，即使相關條文之適用滋生疑義，有體系混淆、無法發揮明顯效果之弊[19]。

2. 法國行政契約法制上「控制權」之規定：

因行政契約具有高度公益之色彩，故和一般私法契約僅於債務不履行時得請求相關損害賠償、
要求結果之品質[20]不同，
為確保最大公益之符合，其具有履
行契約之方式為選擇、規劃

[21]；控制權之子原則包含以下二者[22]：

(1). 業務指導權：

即指行政機關之經常性指揮命令權，諸如得
自由觀察
契約相對人執行任務之環境、製造物品
質，甚至是對於雇
員之變更請求權。實務上為求明確，常
於契約中設有明文規定；惟行政法院仍承認未有明確約訂時，行政機關仍得 享有此指導權。

(2). 措施決定權：

為更細緻之業務指導權，行政機關得以書
面職權命令，

Phoca PDF

要求契約當事人按照契約內容之需要而
為對應之措施；倘相對人不符指示，即視為違反契約條款，而成為行政機關 開啟制裁權之入口。
綜上所述，為考慮行政契約之公益性，
法國行政契約法制
使行政機關享有高度介入契約之權
力，且即使此類條款未於契約中所明文，學說及實務均認上述原則已具有習慣法之效力，
亦可解釋為默示承認之條款[23]。[24]

3. 行政程序法第 144 條之批評：

行政程序法第 144 條之效果，學者即認和上述法國行政法
上之控制權極為相近[25]
；惟考其立法理由，既明言係為了事前
防範遠甚於事後救濟之效果、同時為不致漠視人民權利而限於
書面約定者方得為之[26]
，此之立意和其根源之法國行政法法理
比對之下，究係偏向公益追求之意義、或是注重於人民保護之 理想，於概念上即混淆不清。

茲引學者之見解27，由以下說明之：

(1). 條文以「得」自而非「應」字，表示此之指導協助並非行 政機關之義務，其應有選擇之空間，就效力強度上自不及於以法定控制權為立場出發之法國法制。

(2). 既限於「書面」，反面觀之，可認具有允許人民約定行政
機關不得進行指導協助之作用；換言之
，人民得以特約排
除行政機關介入指導之可能，具有預先
防止行政機關濫權之效果；而此之意義與法國法制不得約定排除之法定條件迥異。

(3).「必要」之用語可認有比例原則操作之必要，除認行政機關不得藉故干預外，其究為何所指，學者未進一步闡釋；
本文認應可代表我國行政契約有「基本
權利」概念之完整運用，而注重人民之抵抗、防禦權，此和法國行政契約法
具有高度「王之行為」效果之原則不同。

(4). 人民因受書面之保護，得免於遭受行政機關突襲之危險，有效保護人民權利；行政機關以其優秀之行政資源做為指導之本錢，並在不逾越契約之範圍下進行參與，以有效達成行政目標。

4. 小結：

綜上所述，學者認行政程序法第 144
條之立法精神
雖係參考法國法而來，但隨
著我國行政程序法立法係為追求保護人民
權利之目標，此之於法國主要用以確保公益達成之控制權，已產生質變而為具較高保護人民利益色彩之規定[28]。而行政程序

Phoca PDF

[29]，應可觀察到此理論思考演進之過程。

另有學者認此之規定無疑係架空、挑戰
了我國使人民和國家近趨於平等而締結契約之中心思想，應重新檢討；並認行政 程序法
146、148 等條文規定已可確保公益之強力地位，而以
此之論述反駁其他學者反對修正、刪除行政程序法 144
條之意見[30]
。惟其應係誤解此之規定仍具有法國行
政法之高權性，而忽略了其已在立法程序中揉合我國兼顧人民權利保障作用也。

(四) 小結

法國法制下之行政契約，因其主要
目的係單純希望以契約之方
式完成行政目標，並無給予相對人平等地位之意旨；從而私法契約強調之契約自由、契約正義原則，並不能完全適用[31]，是故法國有關控制權之相關條款，亦無待明示書面即有適用。

但我國之行政契約，因行政程序法
之立法要求，有注重人民權
利保護之崇高理想，故力求當
事人間地位之平等，於行政契約中之
行政權力即有限縮。行政機關
以其優秀之行政資源指導人民確實履
行契約義務，亦可契合現代行政法下「擔保國家」之福利國概念，應值高度肯認[32]。

四、 行政程序法第 144 條於行政契約體系上之爭議

按契約中之指導條款，於私法契約中即有存在[33]，是故概念上僅得
觀察一個行政契約是否設有指導條款，並無法反面推論而藉由是否具有
指導條款以判斷一個契約是否為行政契約。

指導條款常用於工程承攬契
約上，而工程承攬契約倘一方為國家者，
即生有究為行政契約或係
私法契約之爭議；而在我國實務將政府採購契
約定義為私法契約之前提下，具有指導條款之契約則多因之而被認定為私法契約，而無行政程序法第 144
條適用餘地[34]
；蓋法國行政法中之政府採購契約被認定為典型之行政契約，而得為體系一貫之適用。促進民間參與公共建設契約則須視個案判斷是否為行政契約[35]，亦生有法條涵攝不易之情形。

Phoca PDF

值得討論者係，倘政府採購契約於我國可認定為行政契約，則關於行政程序法 144 條之實務運作是否可有新的發展？觀我國政府採購法之規定，並無任何使用「指導」用語之條文，而多為用以規範行政機關避免其賤售公權力或違反平等原則之規定，並鮮少有可得拘束行政契約相對人之效果；於第四章之履約管理以及第五章之驗收之規定，亦僅係如同民法有關承攬章節之規定、規範單純債務不履行相關效果也，並無記載任何針對契約特別條款之法律效果。

承上，而於實務判決中，無論係民事或是行政法院判決，就政府採購之契約或是相關函釋，皆已直接解釋為行政指導之性質[36]，故除非實務針對契約性質就本質上性質之重新探討，原則上應無行政程序法 144 條之適用餘地[37]。

由以上論證可知，我國行政法繼受自不同國家，雖形式上得妥善適用並具備我國之立法特色，但因體系不一貫之結果，使得此之條文之適 用日趨罕見。

五、 我國實務判決之適用情形

我國最高行政法院判決，僅有一例於判決理由中提及此一規定，即 95 年判字第 2109 號判決，茲引其內容如下：「……從而行政契約所未明定者，行政機關不得介入他造當事人履行契約之方式。本件系爭契約書第 3 條明定：『（乙方即上訴人）其採取料由乙方自行處理』，原審認定行政契約之締約機關對締約人民並無協助義務，洵無違誤。」。

於上述判決中，最高行政法院以契約中並未有指導條款之記載，甚至明訂由人民自行處理、即使行政機關不得介入之約款，故而否認行政機關於本案有契約上之指導權限。

另值得注意者係，本判決系爭之契約類型，觀其性質應為一定型化契約[38]；於此得以討論者在於，行政機關得否以概括條款之制定、或完全複述法律條文使之條款化之方式[39]，而於契約條款曖昧模糊之情形下，據以主張其有指導權限，或人民得否以之主張行政機關有指導義務？

觀判決之意旨，應仍以有無明文之條款為首要判斷標準，倘有任何具有使契約之一方保有專屬決定權之條款者，雙方即無任何指導相關之效力可為主張[40]；又以行政程序法 144 條之法條文字用語之設計觀之，綜將此條文抄錄於契約書中使之條款化，亦無法由文義解釋之方式認為使契約具有已做有指導條款之效果也。

綜上所述，雖我國最高行政法院實務僅於此一判決表示見解，惟其解釋及適用均合於本文上述討論之規範目的，應值贊同，並得為本文於 實證法上之依據。

Phoca PDF

參、 行政指導之簡述

行政指導之概念則係來自
於日本，其具有不具法律效果、即係屬於事實
行為之特性，從而其
並不具有強制力，雖係公權力之措施，但
非屬於高權行
為；其作用係作為為達成一定行政目標之手段，故倘不具有行政上之目的，僅為單純政策性之宣示，即非行政指導[41]。

就
方式
而言，行
政指導須對特定人
為之，並應明示行政指導之目的、內容、即負責指導之單位[42]。依行政程序法第 167 條第 2 項前

[43]。而依同法第 166 條第 2 項之規定，倘相對人明確拒絕行政機關為行政指導，其應即停止之，並不得據此為不利益之處分；惟倘係因其他法
律規
定而有不利益措施者，尚不因此而免除其相關責任，蓋此時行政指導和法律規定係屬二事也[44]。

肆、 區分實益、救濟與雙行為併用禁止之探討

本文藉由以上之篇幅，概略地介紹行政契約法之概念及行政程序法 144
條之意義、比較法
探討和於我國之實踐情形，並簡略的
定義行政指導之概念；
而本章節將運用前述之資料切入主題：行政契約指導條款與行政指導間「雙行為併用禁止」問題之解決。

一、 區分之實益

(一) 行政程序法 144 條之指導條款和行政執行之區辨

行政指導依行政程序法第 165 條之規定，其具有「不具強制力」 之意義，而行政程序法第 144 條之行政契約指導條款是否具有強制
力？於此應認其有強制力之效果，蓋倘不具此一效力，則書面約定
之規定即毫無意義[45]，單以「契約嚴守原則」之角度出發，亦可得
到相同結論；且依法國行政契
約法制控制權概念觀之，其當然具備
有強制力，蓋倘未遵守者，常伴隨制裁權及單方調控權之發生。我
國雖無此類概念，但應有契約上之救濟途徑得為主張，故仍具備有強制力之色彩。

Phoca PDF

而倘認行政指導及行政程序法第 144
條之指導條款無區分實益、而實為相同之概念，將產生完全毀敗該條效果之結果；蓋倘依
該條規定而簽訂之指導條款，得依照同法第 166 條第 2 項而為明確 拒絕，144
條之立法則毫無意義可言[46]。反面觀之，亦可再次得出 本條規定具有強制力之結論。

(二) 針對學者意見之檢討

有學者認行政程序法第 144 條之指導，其效果實和行政程序法 第 165
條之行政指導相同，皆係不具強
制效果之促請之方法；並復認為行政契約指導條款僅具有君子承諾之作用，且此條款將破壞契
約具有完整效力之本質[47]。

惟其似有誤解行政程序法第 144 條及行政指導之概念，癥結點亦係行政程序法第 166 條第 2 項之效果之適用。又我國行政契約之指導條款，和法國行政契約法制下之控制權已有不同之效果，具有
契約效力之性質，並非係不具強制效果之約定而已。故行政契約中之指導條款，應實不宜和行政指導相提並論，應無可議[48]。

(三) 兩者區別之實益

承上所述，此二法律概念之第一個
區分實益，即為有無強制力
之不同；而隨之可導出第二個
區分實益，即救濟途徑之不同。強制
力之論述已如上述，以下將以救濟途徑之區分做概略性的介紹，並以之探討究否有雙行為併用禁止原則之適用。

二、 行政契約指導條款之救濟

(一) 人民提起救濟之前提

1. 法國行政契約法制：

就法國行政法而言，此指導既為控制權
力之展現，毋寧表
彰著行政機關為求公益而享有之優
勢地位、而非係為人民之利
益而設，指導條款尚可認得以習慣
法之立場存在；是故其中心
思想在於人民違反控制權時將受有制裁或係單方契約調整，概念上並不以給予人民救濟機會為出發。

惟依「有權利必有救濟」之法理，雖就
法國如何於實務上
進行救濟程序，文獻上之資訊並不明確，但應可認仍有救濟之空間，茲分以下三點闡述：

Phoca PDF

(1). 行政機關消極不為控制權行使：

控制權既係為求公益而設，應具有「義務」
之性質，
從而行政機關於應為指導時，並無選擇裁量之空間；契約相對人倘認有受指導協助之必要，應得提起救濟。

(2). 針對行政機關之控制權為救濟：

行政機關之控制權無論有無書面明文、或係
以習慣法
之形式出現，皆為契約內為確保履行而為之行為；其並非行政處分，至多僅有可能係其他單方面之事實行為。

文獻並未
就得否針對控制權
為救濟有所著墨，僅說明倘不遵從指
導將生有制裁權之發生[49]，故將重點放在針對制裁權之救濟[50]。

(3). 針對違法控制權為救濟：

控制權雖為行政機關之權力，惟終究僅具輔
助功能，
故於違法行使而侵害人民權利時，行政機關應負過失損害賠償責任。契約相對人於此即有救濟之可能性[51]。

2. 我國行政程序法 144 條：

我國行政契約指導條款雖繼受自法國行
政契約控制權，惟
既已成為保護人民私益色彩較為濃
厚之規定，其概念上則應由
使人民得為救濟之概念延伸，而非如同法國行政法以保護行政機關完成行政目的為前提。

是故學
者將重點放在
行政機關之權力行使與公益
保護，雖亦具高度實益，但方向似有混淆[52]
。蓋本條規定之存在，既具保護人民之目標，實已係救濟之先決條件。

(二) 應就整體行政契約為救濟

承前所述，倘行政機關消極不為控
制權行使，於有書面明文約
定之狀況下，應得以契約條款
債務不履行之方式救濟。而針對行政

Phoca PDF

機關不合目的性或已達違法程度之指導，亦應係以契約條款債務不 履行之方式救濟之。

而我國行政程序法第 174 條既有「程序行為」不得額外救濟之概念，應可比附援引其立法目的，認其得為指導條款應同整體契約救濟之依據。

(三) 訴訟類型

指導條款既應同整體行政契約為救濟，則其訴訟類型和行政契約涉訟時相同；即於條款成立與否之爭議，以行政訴訟法第 6 條第 1 項之「確認公法上法律關係成立或不成立之訴訟」為之，生效與否之爭議、行政機關消極不為履行條款約定時亦同；針對條款內容適用之爭議，則以同法第 8 條第 1 項之一般給付之訴為之，違法指導之契約損害賠償亦同，並可依同法第 7 條合併提起國家賠償[53]。

三、 行政指導之救濟

因行政指導本質上並非行政處分，且行政程序法第 166 條第 2 項既已有得隨時拒絕之規定，原則上即無救濟之必要與可能性。但對於行業導正之狀況或行政機關不為停止者，人民應得提起行政訴訟法第 8 條第 1 項之一般給付之訴，請求行政法院命行政機關停止[54]；而亦有論者認得以預防性不作為之訴之形式為之[55]，並可請求暫時性權利保護[56]。

另於行政指導中倘有申請做成其他行政行為而受駁回者，理論上亦可提起行政訴訟法第 5 條第 2 項課予義務之訴[57]。最後，確認訴訟與撤銷訴訟本質上即不可能適用於行政指導，而無此等訴之類型可供選擇[58]。而倘有信賴保護之情形可資主張時，可能有國家賠償之必要，但法律基礎不明[59]。

日本有關行政指導之救濟，雖有諸多日本學者針對此一議題進行討論，惟其結論大多和我國適用情形相同，並無太多相異之處[60]。

四、 本文核心 - 雙行為併用禁止之探討

(一) 行政契約和行政處分之雙行為併用禁止

行政契約因相較於私法契約具有高度公權力性質，故其和行政處分之關係，學者提出諸多討論，其中最為廣泛探討者應係二者間因具有「競爭及取代關係」[61]，而生有「雙行為併用禁止」之概念，其內涵在於倘行政機關已以行政契約之方式形成公法上法律關係，便不得在無法律明文許可之情形下[62]，擅自再以行政處分之方式，企圖完成同一行政目標、侵入已由行政契約約定之公法法律關係、進而干涉行政契約之效果[63]。其概念來源除可由「禁反言原則」推導而得之外，尚可認來自於諸如法安定性、信賴保護原則、誠實信用原則等要求[64]，蓋此時

Phoca PDF

行政機關和締約之他方已透過
行政契約而立於平等之地位，便不得
容許再以行政處分此之上命下從性質之行為破
壞之[65]，否則將生使行政契約之制度完全崩盤之結果[66]。

(二) 雙行為併用禁止應適用行政契約指導條款及行政指導

承前所述，行政程序法 144 條之行政契約指導條款，和行政指導係為完全不相同之概念，從而行政機關倘於行政契約關係之中對人民為指導之行為，即有區分其究係行政程序法 144
條之指導、或係
行政指導之必要，蓋其前提要件
、救濟途徑皆有不同。倘行政機
關同時併用此二行為，除生有究何者為合法之問題外，並有造成法
律效果複雜化、救濟途徑混亂，而影響人民權利之後果。

此之後果和前述行政處分與行政契約併用之情形相同，故應有探討究否得為雙行為併用之必要。

1. 行政契約已書面約定指導條款，卻另為行政指導：

(1). 法國法下之思考：

因控制權之作用係為求契約完滿履行，為行
政權力之
展現；雖法國行政法無日本行政指導之
概念，惟倘行政機
關僅以超然於契約外之立場以單純行政
行為為指導，則違
背其追求契約公益性之義務。此情形形同消極不行使控制權，契約相對人得提起行政契約上之救濟。

(2). 我國之應用 - 不得允許：

契約指導條款具有協助人民履行契約之效用
，行政機
關行使相關指導權，應就契約約定之
內容和當事人為磋商、
討論指導之內容及權限範圍；倘行政機關以行政指導之方式為之，則無異於故意由契約之拘束中脫逃。

此時倘侵害人民權利，則生有究應以行政指
導救濟、
或以行政契約救濟之問題；質言之，人
民僅得消極拒絕、

Phoca PDF

或於法律基礎不明之狀況下，思尋請求
國家賠償之途徑；而針對契約效力則僅得提起確認條款存在之訴，喪失原得
提起一般給付之訴及有法律依據之國家賠償之可能性。

綜上所述，為求人民得以正常行政契約管道提起救濟，妥善保護人民權利，應不得允許於有行政程序法 144 條之條款下，另行以行政指導之方式指導契約之運作。

而實務運作上，應可由將所有指導行質之行為解釋為 契約指導條款之方式，以達保障人民之效。

2. 行政契約未書面約定指導條款，並另為行政指導：

(1). 法國法下之思考：

因控制權之行使無待於書面約定，此係行政
機關之權力及義務，故其適用上效果相同於以書面約定者，於此不再重複贅述。

(2). 我國之應用 - 亦不得允許：

按行政程序法 144
條之規
定既係欲以書
面限制行政機關之權力，以
妥善達成兼顧人民私益與行政契約公益性
之追求；故倘未有書面之約定，而行政機關以行政指導之
方式介入契約，雖相對人得依行政程序法第 166 條第 2
項拒絕，但倘行政機關為違法之指導、
或藉故以行政程序法其他調控契約之規定積極要脅人民履行，則生人民救助無門之窘境。

故為完整達成行政程序法 144
條以書面限制行政
機關濫權之中心思想，於實務運作上
，倘已確認未有書面之
指導約定，則應可認具有排除行政機關
再行一切形式之指導之效力、或者應盡量往有利於人民之方向解釋該行政行為之效果。

此之論述，亦和最高行政法院 95 年判字第 2109
號判決之判決理由相合，應可酌供
參考。惟倘人民認有指導之
必要、或行政機關不為相關指導有損契
約權利者，則應可
認其得以於法律要件滿足時，請求為行政指導、或修改契約而約訂指導條款，乃屬當然。

綜上所述，於我國之運用上，不論行政契約有無行政程序法 144 條之指導條款之書面約定，應皆須禁止行政機關未經人民同意而另為行政指導，以滿足立法理由之崇高理想。

(三) 不同行政機關所為之行政指導介入之情形[67]

Phoca PDF

於法國行政契約法法制下，因行政機關之控制權得不須書面之依據、而僅依習慣法效益即可為之。故概念上，只要一旦產生有須行政機關為指導協助之情形，縱非締約之行政機關，亦得直接針對該行政契約提出指導；惟此時之指導即非契約效力下之控制權範疇，而為一般之單方行政行為[68]。

按行政指導既係日本行政法發展出之特色概念，雖德國有「書面指導」之使用，惟其性質和日本法之行政指導究有不同[69]，法國行政法上亦無相同概念。是故學者所謂之一般單方行政行為，概念是否可等同於我國繼受日本法之行政指導，即有討論空間。

而無論如何，於我國行政實務運作之下，行政機關所為之指導性質之行為，如非純粹政策宣導，在我國已有行政指導明文立法下，應可肯認皆係行政程序法中之行政指導；於其他角度觀之，倘非行政指導，則不會有討論其性質為何此之先決問題，故此之行為為行政指導，並無疑義。此時即又生得否容許雙行為併用之爭議。

惟以本文之立場理解下，雙行為併用禁止之意義，應係避免同一行政主體濫權破壞契約效果及相關法律規定而樹立之原則；故倘一行政主體自始未受契約拘束，則根本不可能有「雙行為」之產生，因而無須檢視是否有雙行為併用禁止之問題。

縱可能因其他行政主體之行政指導生有侵害人民權利之虞，一來人民得以行政指導之救濟途徑對該行政機關為主張，二來人民並不因之喪失對原簽訂行政契約之行政機關所得主張之權利、亦不改變其訴訟救濟途徑，應得認無前述嚴重後果發生之可能。

綜上所述，非契約當事人之行政機關，既未曾就契約為意思表示，自不應受契約拘束，其依法律規定應為或得為行政指導時，自得不受「雙行為併用禁止」之限制而為之，乃屬當然之理。此雖與法國行政法之體系不同，但具有相同之結論、且不致侵害人民權利而違反我國行政程序法之要求，應係可採之見解。

Phoca PDF

五、 小結

綜上所述，由行政程序法 144
條之立法意義及整體法律整體解釋之
下，可得知其效果已和行
政指導之意義有明顯不同，不論是體系區分、
效果或是救濟途徑，皆已
係兩個完全獨立的架構。惟其所欲達成之目標
及行為對象有高度相似性
，因而於行政行為之選擇上，將產生雙行為併
用禁止原則產生適用之結
果，而限制行政機關之方式選擇自由。而此限
制則回應了行政程序法之立法誡命，即人民權利保護、力求於行政契約 中之對等關係之內涵。

故不論行政契約中是否已有書
面約定指導條款，為避免行政機關以
任何形式介入契約關係而侵害人民權利，故皆應認為不得和行政指導有雙行為併用之可能，此結論同時亦確保了人民訴訟權的有效運作。

至於不同行政主體間之情形，
因行政契約具有契約相對性之原則，
且他行政主體之行政指導並不干涉原行政契約之救濟；故除於體系上無
討論雙行為併用禁止之必要外，於實質面觀之亦不須有此限制。

伍、 結論

鳥瞰我國行政契約之法制
，參考大量外國法之規定，其中於契約調控之
方面則主要參考法國立法例，惟於控制權之部分，為呼應行政程序法之立法目標、搭上人權保護思想之潮流，而於行政程序法第 144
條設有書面要式之規定，用以真正的保護人民的權利，不再受到行政機關恣意侵害。

而正因此規定之訂定，使
我國行政契約指導條款跳脫於法國行政契約之
控制權，誕生有嶄新的意義；但也因為繼受上忽略了法國行政契約法制之整體性，故於適用上產生矛盾之情形[70]
；且此之規定和我國行政契約認定之體系有所
扞格[71]，致使此之條文於我國實務判決上極為罕見，甚至似已被人們所遺忘。

尤其我國行政程序法參考
日本立法例，加入行政指導之章節，而行政機
關得以行政指導之運作完成大部分之行政任務之指導，亦和行政程序法第 144
條於法國法上之意義有所重複。

但正因我國行政程序法揉
合有法國行政契約法制、及日本行政法上發揚

Phoca PDF

光大之行政指導，故
在體系上明確的、有效的區分二者之異同
，應為研究我
國行政程序法之目標
之一；且為求達成保護人民權利此之誡命
，將雙行為併
用禁止之概念重新用不同的角度為思考，並做出結論，亦係行政法學者先進所值得考究之處。

雖行政程序法第 144 條於我國適用上罕見，但為避免行政實務之瞬息萬
變、而於問題發生時再行解決可能緩不濟急之後果，本文即先行討論行政程 序法第 144
條與行政指導之雙行為併用禁止之問題，並列舉三種主要態樣做
具體涵攝，以供理論
操作上之參考，並得出結論。本文經由上
述討論，認為於我國行政實務上，無論如何，應不得允許以行政指導之方式介入行政契約
之法律關係；縱有允許，亦須係人民有所請求、允許之狀況下方得為之。

而行政實務之運作將以何種形式開展、並發生何種效果，礙於篇幅及行政行為之多變性，無法在此有更多討論，於此整理其他得探討之問題：

1. 指導條款究須如何訂定，即須達到何種程度之明確性，方可毫無疑 問的認定為指導條款？

2. 倘將來實務見解變更，將政府採購契約全面認定為行政契約，則政
府採購契約之指導條款之運作要件及限制為何？

3. 指導條款與定型化契約之相關爭議，是否有準用民法之可能？

上述相關之問題，尚待實務針對行政契約之解釋能有所突破，並於行政 程序法第 144 條能有更大空間之運作下，觀察實務判決之新見解、並期待能帶動學說上更多的討論，而於理論與實務之激盪下，得到真正能全面妥適保護人民之結論。

註解：

1 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 33~34

2 吳志光，行政法，2014 年 9 月，頁 310

3 本文靈感即來自於林明鏘，同註 1，特摘錄其內容於此：「.....如何合理預防並解決行政契約
運用上所衍生之實際問題，有待來日集思廣益後，形成共識與通說：.....八、解決併用行政處分、 行政契約與行政指導之問題；」

4 王澤鑑，債法原理，2006 年 9 月，頁 77

5 王澤鑑，同註 4，頁 78

6 林誠二，債法總論新解 - 體系化解說（上），2010 年 9 月，頁 50

Phoca PDF

7 林誠二，同註 6，頁 53

8 王澤鑑，同註 4，頁 81~83

9 吳庚，行政法之理論與實用，民國 99 年 10 月，頁 409

10 司法院大法官釋字 533 號解釋吳庚大法官之協同意見書提供五點判別標準：「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。」；相同見解者可參林明鏘，行政契約法研究，2006 年，頁 234、272，轉引自吳庚，同註 9，頁 417

11 立法院公報 88 卷 6 期 3006 號一冊，頁 517~518

12 立法院公報 88 卷 6 期 3006 號一冊，頁 518

13 吳庚，同註 9，頁 409

14 陳敏，行政法總論，中華民國 88 年 12 月二版，頁 553；此章節於新版著作中似已刪除。

15 林明鏘，同註 1，頁 33~34；其引用最高行政法院 95 年判字第 2109 號判決而得出此結論，惟觀判決內容，未有此之論述。

16 吳庚，行政法之理論與實用，2012 年 9 月，頁 416

17 吳秦雯，行政契約之效力與履行--以法國法制為中心--，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2001 年 7 月，頁 131~153；同作者尚有相似主題之另一著作：行政機關於行政契約履行階段之「權力」-以法國法制為中心評析我國現行行政程序法之規定-，台灣本土法學雜誌 41 期，2002 年 12 月；此二著作有諸多完全相同之段落，本文引註時除有新見解外，以引註前著作為原則、不再同時引註後著作，若有不周，懇請海涵。

18 立法院公報 88 卷 6 期 3006 號一冊，頁 299

19 吳秦雯，同註 17，頁 183

20 惟於勞務關係中因具有屬人性之特色，則以有此類控制條款為常見。

21 吳秦雯，行政機關於行政契約履行階段之「權力」-以法國法制為中心評析我國現行行政程序法之規定-，台灣本土法學雜誌 41 期，2002 年 12 月，頁 81

22 此段落之內容，皆整理自吳秦雯，同註 17，頁 133~135；氏認於控制權中尚有「契約當事人本人履行契約義務」之類型，惟本文認此為勞務性質契約之當然法理，並非用於控制契約內容之方式、而應係一種前提，故不於此段落臚列。

23 吳秦雯，同註 17，頁 135~136

24 另須注意控制權和單方變更權，性質上有類似之處，惟後者之效果將變更行政契約最初之設定，前者則為變更契約預設之本質。參見吳秦雯，註 21，頁 86

25 吳秦雯，同註 17，頁 184

26 許宗力，行政契約法概述，行政程序法之研究：行政程序法草案 / 翁岳生計劃主持，1990 年，頁 314

Phoca PDF

27 此段落之內容，皆整理自吳秦雯，同註 17，頁 185

28 吳秦雯，同註 17，頁 185

29 立法院公報 88 卷 6 期 3006 號一冊，頁 518

30 林明鏘，行政契約，翁岳生編行政法（上），2006 年 10 月，頁 586

31 吳秦雯，同註 21，頁 78

32 惟我國主要使用之行政法教科書，如吳庚、陳敏之著作，最新版本皆已刪除前期版本中有關 行政程序法 144 條規定之介紹，或可認係因本條規定在我國實務著實不常見之故，係可惜之處。

33 吳秦雯，同註 17，頁 81、82、92

34 林明鏘，同註 1，頁 34

35 吳志光，同註 2，頁 277、286

36 行政法院判決可參：最高行政法院100年判字第2173號判決、最高行政法院100年判字第1305 號判決，最高行政法院 95 年判字第 892 號判決；民事法院判決可參：臺灣高等法院 97 年建上 字第 117 號判決，臺灣高等法院 101 年建上字第 103 號判決。

37 政府採購法及政府採購契約之實務，於我國多有學說爭議及專文探討；相關之問題龐雜，且 註 36 所援引之判決也多有探討空間，愚意以為已非本文得以及欲討論之重點，期待得以他文再 為更詳細之論述。

38 台中高等行政法院 93 年訴字第 683 號判決，本號判決為 95 年判字第 2109 號判決之前一審級 之判決。

39 林明鏘，同註 1，頁 31

40 茲援引本號判決之內容如下：「本件系爭契約書第 3 條明定：『（乙方即上訴人）其採取料由乙方自行處理』，原審認定行政契約之締約機關對締約人民並無協助義務，洵無違誤。」，此段論述 應可呼應本文之見解。

41 吳志光，同註 2，頁 310

42 吳庚，同註 9，頁 618

43 吳志光，同註 2，頁 312

44 吳志光，同註 2，頁 312

45 吳秦雯，同註 21，頁 91

46 吳秦雯，同註 21，頁 91

47 林明鏘，全民健保特約醫事合約問題之研究 - 以行政程序法為中心，第三屆行政法實務與理 論學術研討會論文集，民國 92 年 12 月 27 日，頁 211；轉引自陳雅憶，論行政任務委託民間辦 理 - 以法國公共服務委託契約為中心，國立台北大學法學系碩士班碩士論文，民國九十三年七月，頁 132 註 65 處

48 陳雅憶，論行政任務委託民間辦理 - 以法國公共服務委託契約為中心，國立台北大學法學系 碩士班碩士論文，民國九十三年七月，頁 132

Phoca PDF

49 吳秦雯，同註 21，頁 82

50 法國法至中之制裁權，於金錢制裁情形，其形式雖和我國「行政執行」中「間接強制」相同，
但於其概念思考下，皆認為係行政罰，蓋法國並無針對行政罰單獨立法，亦不生我國對於「怠金」與行政罰區分之爭議。參見吳秦雯，同註 21，頁 84 註 39 處。

51 吳秦雯，同註 21，頁 86

52 學者認我國制裁權實已付之闕如，蓋行政程序法繼無制裁權之規定，且於同法 148 條「自願
接受強制執行」此強力條款之作用下，反面解釋觀之，行政機關實已喪失所有在契約中以高權立 場為行政介入之機會。參見吳秦雯，同註 21，頁 91~92。惟重點應在於制裁權於繼受時即根本 未有引入，此為我國法制定上之疏漏。

53 林明鏘，同註 1，頁 35~37

54 吳志光，同註 2，頁 312~313

55 蔡馥宇，論行政指導之救濟，國立台北大學法學系碩士論文，中華民國九十二年七月，頁 122

56 蔡馥宇，同註 55，頁 128~129

57 蔡馥宇，同註 55，頁 125~126

58 蔡馥宇，同註 55，頁 122~127

59 吳志光，同註 2，頁 313

60 蔡馥宇，同註 55，頁 46~48

61 林明鏘，行政契約與行政處分-評最高行政法院八十八年度判字第三八七號判決，臺大法學論 叢第三十三卷第一期，頁 103；

62 江嘉琪，行政契約關係與行政處分之容許性，律師雜誌 2004 年 12 月號/第 303 期，頁 64

63 林明鏘，同註 61，頁 103；江嘉琪，同註 62，頁 64

64 林明鏘，同註 61，頁 104

65 江嘉琪，同註 62，頁 62~63

66 江嘉琪，同註 62，頁 65

67 此之段落於指導老師之建議下，認為應可刪除。惟於修改之際幾經思考，認此段落得以解釋
法國行政契約法和我國於書面要式要件之不同下，可能產生的相關爭議；雖此之討論單以我國行

68 吳秦雯，同註 21，頁 82 之註 28 處

69 吳庚，同註 9，頁 448

70 即無從以制裁權、單方調控權完整其運作。

Phoca PDF

71 按欲使用指導條款之契約常被認定為私法契約，而反而無行政程序法之適用。

作者 徐明豪 為私立天主教輔仁大學法律學系碩士班公法組一年級

Phoca PDF