

行政契約與履行行政契約之行政處分

江嘉琪*

目次

- 壹、前言
- 貳、履約處分的概念與合法性
 - 一、履約處分概說
 - 二、義務契約與履約處分之容許性
 - 三、義務契約與履約處分約定之理由與背景
 - 四、義務契約之合法要件 特別是第三人之同意問題
- 參、行政契約對於履約處分之拘束
 - 一、行政契約作為法律依據
 - 二、行政契約之拘束力與履約處分之獨立性
 - 三、違背契約之履約處分
 - 四、履約處分之廢止
- 肆、瑕疵行政契約對履約處分之影響
 - 一、行政契約之瑕疵及其法律效果
 - 二、無效行政契約對履約處分之影響
 - 三、違法但有效之行政契約對行政處分之影響
- 伍、行政程序法關於行政處分程序與形式規定對於履約處分之適用
 - 一、陳述意見與聽證
 - 二、教示義務
 - 三、附理由之義務
- 陸、結論

投稿日期：九十四年六月二十一日；接受刊登日期：九十四年七月四日

*德國哥廷根大學法學博士，現任中原大學財經法律系專任助理教授。本文承蒙兩位匿名審查委員惠賜許多寶貴修正意見，受惠良多，謹此致謝。惟文中若有疏漏錯誤之處，仍應由作者自負文責。

壹、前言

行政契約與行政處分均是我國行政程序法明文承認並加以規範的形式化行政行為，是行政機關為達成行政目的可採行的法律行為方式。但行政契約法制，不僅是在行政程序法中所佔篇幅與規範縝密程度，遠不及行政處分章節；在我國學說與實務討論的廣度與深度上，亦遠遠落後於行政處分法制。在以單方、下命為主軸的行政傳統中，行政處分依舊是行政機關所最熟習與慣用的行為方式；以平等、協商精神出發的行政契約法制因歷史發展較晚，目前仍屬於我國有待強化的法學領域。

行政處分與行政契約各有其制度特點，行政實務操作上亦有其適用的行政領域，二者原可以是分別獨立的行為方式，但因二者同樣涉及對於具體、個別事件的規制，在個案中除了可能衍生區分困難的問題之外，¹ 行政處分與行政契約二者的替代、排除關係或結合、併用的可能性，亦是有待進一步討論的議題。在行政契約法制，尤其是隸屬性的法律關係中，行政契約與行政處分常處於「競爭與取代」關係；二者係等價（gleichwertig）但必須擇一（alternativ）的行為方式。換句話說，行政機關一旦選擇用夥伴性的契約形式形塑與人民之間的權利義務關係，嗣後就同一權利義務關係的變更、請求權的貫徹、契約關係的消滅等等問題，便不能再回到下命者的地位，以作成行政處分的方式為之。關於此一「行政契約與行政處分不得併用」原則，學說

¹ 例如行政契約與須當事人同意之行政處分或添加附款之行政處分之區別，在具體個案中未必是清楚容易的。請參考陳敏，行政法總論，頁 572 以下，自版，四版（2004）。

上已經有若干討論。² 行政契約與行政處分此一面向的法律問題，本文於此不再深論。但若行政契約的契約標的，是要求行政機關應作成特定的行政處分，則透過此種契約義務與履行契約義務行為的連結，將使行政契約與行政處分彼此的關係，展現另一層次的面貌。³

行政契約中若以行政機關將來作成特定行政處分為契約內容，則此種約定是否合法可行？其與「行政契約與行政處分不得併用原則」的關聯為何？若行政契約中，行政機關得「承諾作成特定行政處分」作為契約義務，則此一「履行行政契約」的行政處分（以下簡稱：履約處分）作成後，行政處分的合法性是以「純粹」的行政處分法理判斷，抑或以負擔義務的行政契約作為其法律依據？履約處分，即使違背契約個別規定，是否仍有其存續力？義務契約與履約處分之依存性如何？履約處分是否因其行政處分的性質而有其獨立性？而在行政契約有瑕疵的情形，是否將必然影響履約處分的效力？為了履行無效的義務契約而作成的行政處分，是否當然違法或無效？又，行政程序中關於聽證、陳述意見、教示義務等規定，對於履約處分是否亦有適用？

² 相關討論，可參考：林明鏘，行政契約與行政處分 評最高法院八十八年度判字第三八三七號判決，台大法學論叢第三十三卷第一期，頁 102 以下（2004）；江嘉琪，論行政契約自願接受執行之約定，中原財經法學第十二期，頁 29 以下（2004）；江嘉琪，行政契約關係與行政處分之容許性，律師雜誌第三三期，頁 62 以下（2004）。

³ 林明鏘，「行政契約與行政處分 評最高法院八十八年度判字第三八三七號判決」一文雖未對此問題進行討論，但已點出此問題與一般所謂行政處分與行政契約「競爭與取代」關係問題層次之不同，前揭註2，頁 103 註 17。

行政契約與行政處分的相互關聯中，因義務契約與履約處分的結合所衍生的問題，國內文獻或未有此問題意識，或僅為簡短探討，⁴ 尚未有足以解決上述問題的文獻資料。有鑑於我國行政契約法制取法德國法制處甚多，因此本文將以引介德國學說與實務的探討為主，針對行政契約與履約處分此一議題，就前述的提問嘗試作初步的整理與分析。首先，將對履行行政契約的行政處分的概念作簡單的介紹，並探討義務契約與履約處分結合的容許性，以及契約當事人為何做此類型約定的背景、理由。其次，將討論行政契約對履約處分的拘束力與彼此之間的關聯。而在行政契約罹有瑕疵而無效時，是否及如何影響履約處分的命運，也是本文將處理的課題。最末，行政程序法中對於行政處分之聽證、陳述意見、教示義務與附理由等等規定，對於履約處分如何適用，亦即履約處分的程序要求是否不同於通常的行政處分的問題，也在本文討論之列。

相應於本文處理的實體問題，履約處分衍生的行政爭訟問題，亦屬於行政訴訟法上具有高度爭議性的議題之一，限於篇幅，暫不列入本文討論範圍。

⁴ 我國文獻上對此問題之探討不多，少數觸及此議題者篇幅均十分有限，例如：陳敏，前揭註 1，頁 580、頁 602；林錫堯，行政法要義，頁 407-08，自版，二版（1999）。

貳、履約處分的概念與合法性

一、履約處分概說

(一)義務契約與處分契約的概念

行政契約，依其契約標的是否直接發生權利變動的效果，可分為義務契約（*Verpflichtungsvertrag*）與處分契約（*Verfügungsvertrag*）。所謂義務契約，或稱負擔契約，⁵係指當事人之一方或雙方負有特定給付義務，而他方相應地則有履行給付義務請求權之契約。⁶相反地，若契約直接發生行政法上權利義務創設、變更或消滅效果，則為處分契約。此種分類方式雖未見於行政程序法，但為學說上所普遍承認。⁷

⁵ 將之譯為「義務契約」者，有陳敏，前揭註 1，頁 580；盛子龍，當事人對訴訟標的之處分權作為行政訴訟上和解之容許性要件——以稅務訴訟之事實和解為中心，台灣本土法學雜誌，第七十七期，頁 58（2005）；李惠宗，行政法要義，頁 427（同頁亦出現「課予義務契約」之用語），五南圖書出版公司，增訂二版（2002）等。譯為「負擔契約」者，有林明鏘，前揭註 2，頁 643，自版，二版，（2000）；李震山，行政法導論，頁 312，三民書局，再修訂初版（1999）；陳新民，行政法學總論，頁 361，自版，修訂七版（1990）；王師凱，租稅行政契約之研究，頁 42，政治大學法律研究所碩士論文（2004）等。自觀察角度不同，課（義務人）予義務或（使義務人）負有義務，實最能表達 *Verpflichtung* 之精神，但為用語簡便之故，本文暫從「義務契約」之譯法。

⁶ 陳敏，前揭註 1，頁 580；李惠宗，前揭註 5，頁 427；李震山，前揭註 5，頁 312。

⁷ 我國與德國行政程序法皆將此種分類方法明文納入，但此種源自民法的契約分類方式，在德國學說上普遍承認對於行政契約亦有適用，vgl. Fluck, S. 16f., 45ff.; Tschaschnig, S. 31f.; Meyer, in: Meyer/ Borgs, § 54, Rdnr. 52

具體個案中的義務契約，行政機關因此負擔的義務內容可能是給付一定數額的金錢、可能是必須作成行政處分，也有可能是其他行政行為。⁸ 經由行政契約，使行政機關首先負有作成行政處分或作成特定內容的行政處分的義務，而嗣後行政機關作成相應的行政處分，則是在契約義務的履行；在此情形，契約是所謂的義務行為，而該行政處分則成為履行行為。⁹

(二)履約處分之概念

公行政與人民所締結的行政契約，若為須經履行的義務契約，而行政機關所負擔的義務是單方規制措施 通常是特定行政處分 的作成，便是本文所欲討論的履行契約的行政處分的情形。此種約定，在義務契約中並不罕見，此種使行政機關負有作成行政處分之義務的契約，在德國文獻上亦有將之稱為「行政處分契約」(Verwaltungsaktsvertrag)者。¹⁰ 行政契約中使行政機關負有義務，將來作成特定行政處分，亦即以行政處分的作為契約的履行內容者，並不少見，例如：由人民支付一定金額，以代替設置停車空間的義務，而行政機關則核發建築許可；¹¹ 建築主管機關與起造人協議發給建築執照，或與起造人的相鄰人協議，不免除起造人應採取保護相鄰人利益的措施；¹² 租稅義務人與稽徵機關約定，租稅義務人提供一

m.w.N.；我國學者亦多承認此二類型，前揭註 6 所引文獻資料。

⁸ Bonk, in: Stelktens/ Bonk/ Sachs, VwVfG, § 54, Rdnr. 116; Maurer, Allg. VerwR, § 14, Rdnr. 14.

⁹ Butterwege, Verwaltungsvertrag und Verwaltungsakt, S. 18.

¹⁰ Meyer, in: Meyer/ Borgs, VwVfG, § 54, Rdnr. 53.

¹¹ 陳敏，前揭註 1，頁 580；李惠宗，前揭註 5，頁 426。

¹² 陳敏，前揭註 1，頁 578。

定擔保後，稽徵機關應作成行政處分，延展租稅之清償期；¹³ 融資契約中行政機關負有義務作成核准之裁決；¹⁴ 經由訴訟上和解契約，行政機關有義務作成授與相對人國籍之行政處分¹⁵ 等等。

(三)義務契約與承諾之概念區別

功能上與義務契約有異曲同工之妙者為承諾。承諾 (Zusage) 者，乃行政機關對於某一特定行政措施之作成或不作成，所為之具有拘束力之允諾。保證 (Zusicherung) 則為承諾之一種，亦即作成或不作成一個行政處分之承諾。¹⁶ 就行政機關使自己負有特定之作為、不作為或容忍義務而言，義務契約與承諾有類似性存在，其差別在於前者是雙方行為，後者是行政機關單方行為。¹⁷ 履約行政處分固然是契約締結過程中雙方協議之結果，但因基於保證所為之行政處分實際上也可能經行政機關與人民之協商，人民對該行政處分之作成，可能也有多樣性之參與。¹⁸ 因此，抽象而言，義務契約與保證一為雙方行為，一為單方行為，性質自是明顯不同，但在個案中，行政機關所負作成行

¹³ 見王師凱，前揭註 5，頁 119。我國行政契約法制深受德國影響，租稅之核定亦認為屬於須以行政處分為之之事項，見陳敏，前揭註 1，頁 588。但德國學說所以認為不得以行政契約代替課稅處分，與其法制有相當關係，在我國是否當然適用，猶有探討空間，對此問題之深入探討，見盛子龍，前揭註 5，頁 64 以下。若採與德國法制不同之見解，則將可於行政契約中直接約定應納稅額及方式，以代替課稅處分。

¹⁴ BVerwG, Urt. v. 21.3.1984, NVwZ 1986, 554.

¹⁵ BVerwG, Urt. v. 4.11.1987, NJW 1988, 662.

¹⁶ 陳敏，前揭註 1，頁 350 以下。

¹⁷ Maurer, Allg. VerwR, §14, Rdnr. 20.

¹⁸ Fluck, S. 63.

政處分之義務，究竟基於（雙方之）契約或基於（單方之）保證，極可能產生判斷上之爭議。¹⁹

二、義務契約與履約處分之容許性

對於得否將行政處分作為行政契約之履行行為，德國學說上一般雖採肯定之見解，但此問題並非完全沒有爭議。其爭議主要來自於德國行政程序法第五十四條第二句「以代替行政處分之作成」(anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen)之行文方式。有少數學者²⁰以此條文的文義出發，配合行政程序法第三十五條對於行政處分之定義中所要求的規制性質(Regelungsnatur)，而導出行政程序法第五十四條僅容許處分契約，而不容許義務契約的結論。又依照行政程序法第五十九條第二項²¹之規定，「與其內容相同之行政處分」無效者，代替行政處分之行政契約亦無效。所謂「內容相同」，表示行政處分的處分性格(das verfügende Charakteristikum)必須已經內化在契約本身，因此行政程序法容許者，應僅有處分契約。²²

¹⁹ Schlette, S. 193ff.

²⁰ Bleckmann, VerwArch 62(1972), S. 425; Schimpf, S. 75; Tschaschig, S. 30f.

²¹ 相當於我國行政程序法第一百四十二條之內容。

²² 另有與此見解完全相反的意見認為：法律所容許之行政契約應僅限於義務契約。其理由在於，處分契約代替行政處分，直接設定、變更、廢止法律關係，仍屬行政機關之高權行為，與以雙方平等行為為前提之契約特性不符；行政機關僅能在行政契約中使自己負有作成行政處分之義務，至於行政處分高權行為，仍不得以契約之方式逕為之。見 Obermayer, BayVBl. 1977, 548; Püttner, DVBl. 1982, 124; Redeker, DÖV 1966, 543f. 但 Obermayer 早期採此見解，但在其新版之行政程序法註釋書中，已修正原來之見解而改從多數學者之意見。見 Obermayer, VwVfG, §54, Rdnr. 19.

但前述見解為學說的多數意見所不採。通說之見解認為，行政程序法規定，行政機關得作成行政契約，以代替行政處分，表示行政機關得逕以契約取代行政處分，使契約成為行政處分之替代行為（Surrogat des Verwaltungsaktes）；但此一規定並不隱含任何支持或否定行政處分作為行政契約的履行行為的可能性。而自行政程序法關於行政處分之相關規定觀察，亦無法得知立法者對此問題之態度。義務契約與履約處分之結合方式，毋寧是行政程序法立法者所未預見，亦未加以規制之部分。就行政程序法第五十四條第二句之文義觀察，立法者應只是要確立從屬關係中，行政機關作成代替行政處分之行政契約的可能性。因此，行政機關可以在行政契約本身就完成義務的履行，例如：逕以契約核發許可，使契約成為處分契約或履行契約；但行政機關亦可允諾使自己負有作成行政處分之義務，例如：允諾嗣後核發許可，而使契約成為義務契約。二者皆是行政程序法所容許之方式。²³

我國學者對此問題並未表達特別之疑慮，²⁴ 又其中有將契約中約定行政機關作成行政處分（行政處分之準備行為）與以契約代替行政處分（行政處分之替代行為）並列，認為屬於隸屬關係契約與行政處分關係之可能性者，²⁵ 應可認為並不質疑以行政處分之作成作為義務契約內容之容許性。

²³ Vgl. Meyer, in: Meyer/ Borgs, VwVfG, §54, Rdnr. 52; Ule/ Laubinger, VwVfR, §62, Rdnr. 15; Stelkens/ Bonk/ Sachs, VwVfG, §54, Rdnr, 115ff.; Heberlein, DVBl. 1982, 766; Preuß, 67 ff.

²⁴ 註 5 論及義務契約與處分契約之文獻中，均未提及此問題。

²⁵ 參閱陳敏，前揭註 1，頁 578。

又，德國行政程序法第三十八條明文規定行政機關得保證嗣後特定行政處分之作成或不作成；而行政機關既得以保證的方式，允諾特定行政處分之作成，則此種行政機關使自己受有拘束的情形，自然亦可能透過契約為之。²⁶ 我國行政程序法雖未明文對承諾或保證加以規範，但學說上並不反對此一制度之採行。²⁷ 此亦是支持行政契約中行政機關可使自己負有義務作成特定行政處分的論據之一。

行政機關與人民間之法律關係，無論依法律明文規定，或依法律關係之性質，如認為必須以行政處分作成行政行為時，即不得締結行政契約。例如公務員之任用、租稅之核定，皆須以行政處分為之。又如我國有關建築、工商及專門職業管理之法規，皆規定應辦理登記或申請許可，並由主管機關發給登記證或執照。例如：依建築法第二十五條第一項之規定，建築物應經主管機關之審查許可並發給執照，另依同法第三十三條，經審查合格者即發給執照，其許可即以發給執照方式為之。因此，有關之登記或發照，應不得以行政契約代之。²⁸ 但是此種「契約形式之禁止」(Vertragsformverbot)應僅限於所謂之處分契約，而不及於義務契約。²⁹ 作成行政處分之義務契約，於處分契約無法達到雙方所意欲的法律效果時，不僅具有容許性，有時甚或是必要的。例如公務員之任命，依法須以行政處分之方式為之，因此直接以行政契約不可能任命公務員，但行政機關可以使自己在契約中負有作成任命公務員的行政處分的義務。³⁰ 換句話說，依法須以行政處分

²⁶ Maurer, Allg. VerwR, §14, Rdnr. 28.

²⁷ 參閱陳敏，前揭註 1，頁 350。

²⁸ 參閱陳敏，前揭註 1，頁 588 以下。

²⁹ Fluck, S. 41f.; Tschaschnig, S. 35f.

³⁰ Meyer, in: Meyer/ Borgs, VwVfG, § 54, Rdnr.53; Rdnr.70.

為之者，並不排除以此行政處分為契約義務內容而締結行政契約。例如行政機關與已經任命之公務員締結契約，約定在任命後一定期間內予以升遷。又如建築主管機關於行政契約內為核發建築執照之承諾，並另行作成核發建築執照之行政處分，並非法所不許。³¹

三、義務契約與履約處分約定之理由與背景

承上所述，義務契約與履約處分之結合形式本身，原則上並無法理上之疑慮；惟行政處分之作成，原則上並不以一個義務行為為基礎，將義務行為（契約）與履行行為（行政處分）加以結合，其之所以有意義或有必要性，主要在於下列幾方面的原因：

（一）時間與事實之階段性掌握

將行為分為義務契約與履約處分，一方面是繫於時間與客觀事實之因素。若終局、細節且完整的決定是在契約締結後的時點方有可能確定，在行政法制上可能利用保證或多階段行政處分的方式為之，亦即利用時間差，階段性地具體化並解決當事人間之整體問題，以契約為此種約定，亦可收相同之效果。³² 此時，義務契約相當於保證；而履約處分則等同允諾作成之行政處分。

（二）降低契約風險

行政契約與行政處分之結合，可以降低或避免「契約風險」。因行政契約無效之事由多於行政處分之無效事由，將契約欲達成之內容以

³¹ Fluck, S. 44ff.

³² Fluck, S. 37.

履約處分為之，對於締約的人民而言，契約無效的法律後果的威脅，無疑因此減輕，亦使人民居於較安全之法律地位。³³

而對行政機關而言，行政契約與行政處分之結合，可能與行政機關對於行政契約之運用仍有所保留有關。行政機關選擇契約形式，但為「安全起見」，仍希望將之與單方、下命之行為方式（行政處分）相結合。撤銷一行政契約，或法律上不可能，或較於行政處分之撤銷所受之限制為大，以履約處分之方式為之，行政機關可能保有更大的彈性空間。³⁴

(三)契約形式之禁止

如前所述，公務員之任命或證照之發給等特定事項，須以行政處分為之，不得以行政契約代替。若行政機關與人民對此類事項欲進行協商，則法律上唯一之可能性便是將此行政處分之作成，約定為契約義務。³⁵

而在德國的實務經驗顯示，從屬契約關係中，締結義務契約的比例亦遠高於處分契約。³⁶

四、義務契約之合法要件 特別是第三人之同意問題

(一)第三人之同意

義務契約之合法要件，原則上與一般之行政契約並無二致。就形式合法要件而言，締約之機關須有權限、須依法定方式、並不得違背

³³ Fluck, S. 39.

³⁴ Fluck, S. 43.

³⁵ Fluck, S. 40.

³⁶ Preuß, S. 70.

法定程序；就實質合法要件而言，除不得違背一般契約原則與行政法一般原理原則外，在和解契約與雙務契約尚須符合行政程序法第一百三十六條與第一百三十七條之要件，在此不再贅述。³⁷ 在此將特別就義務契約與履約處分所涉及之特殊問題，特別是學說上爭議性很高，關於履約處分將侵害第三人權益，該第三人的同意是否為義務契約的合法要件的問題加以探討。

侵害第三人權利之行政契約，依行政程序法第一百四十四條第一項之規定，須經該第三人書面同意始生效力。在處分契約，因直接引起權利之變動，其因而侵害第三人之權利者，須有第三人之同意始生效力，並無疑問。³⁸ 在此較容易產生爭議者在於：在義務契約中約定作成行政處分，而該行政處分若作成，將損及第三人之權益的情形，契約是否須經第三人同意，始生效力？義務契約中約定之給付義務須經履行，始能實現契約內容，原則上契約本身並不直接侵害第三人之權利，是否須第三人之同意，始能生效，並不無疑問。本文所探討之履約處分，若係行政機關承諾作成附第三人效力之行政處分，例如：建築主管機關與起造人締結行政契約，承諾對起造人某項保護相鄰人之建築法上義務作成免除處分，此時，行政機關經由行政契約使自己負有義務核發一違背保護鄰人規定之建築許可，是否須第三人之同意？德國行政程序法第五十八條第一項規定：「公法契約干涉第三人權利者，經第三人之書面同意始生效力。」，與我國規定有類似之處。須第

³⁷ 參閱陳敏，前揭註 1，頁 581 以下；李惠宗，前揭註 5，頁 429 以下；吳庚，行政法之理論與實用，頁 429 以下，自版，增訂八版（2003）。

³⁸ 參閱陳敏，前揭註 1，頁 584。

三人同意之公法契約，是否包含義務契約之問題，德國學界向有爭議，可做為我國探討此一問題之參考。

認為須第三人同意之契約，限於直接發生權利義務變動之處分契約，而不包含義務契約者，³⁹ 其主要論點在於，行政機關因行政契約而負有作成侵害第三人權益之行政處分之義務者，契約本身尚未侵害第三人利益，僅是侵害之準備，真正侵害第三人權利者，是基於契約而作成的行政處分。行政機關為履行義務契約而作成附第三人效力之行政處分時，第三人仍得對該行政處分提起訴願、行政訴訟以防禦自己之權利，行政契約之存在，不能成為妨礙第三人主張其權利之理由，若履約處分違法侵害第三人權利，其瑕疵不能因其是履行行政契約而作成之行政處分而被治癒。此外，是否有第三人之權益因履約處分而受侵害，往往並非自始清楚明確，此時，若將契約之效力繫於第三人之同意，將使法律關係長期處於不確定的狀態，對於法安定性亦有不良之影響。因此，須第三人同意之契約類型，僅限於契約本身已直接對第三人權利侵害之情形，原則上為處分契約，而不及於義務契約。在義務契約之情況，若契約之履行毋須行政機關的執行行為，始例外地須第三人同意。⁴⁰

認為須第三人同意之契約，包含義務契約類型者，似為德國學界之多數見解。⁴¹ 其理由在於：行政程序法明文規定契約內容干涉第三

³⁹ Ule/ Laubinger, VwVfR, § 69, Rdnr. 15 ; Redeker, DÖV 1966, S. 545; Bullinger, DÖV 1877, 812.

⁴⁰ 例如：違反保護鄰人規定的違章建築，建築主管與房屋所有權人締結契約，承諾不對此違章建築採取任何命其拆除或改建之措施。Vgl. Ule/ Laubinger, VwVfR, § 69, Rdnr. 15.

⁴¹ Vgl. Bonk, in: Stelkens/ Bonk/ Sachs, §58, Rdnr. 15; Kopp/ Ramsauer, §58,

人權利者，須經該第三人之書面同意，應解釋為對於第三人加重保護的立法政策。權利受侵害之第三人，固然得在行政處分作成後，依行政救濟程序維護自己之權益，但須若待行政處分作成後，第三人始得依行政處分之救濟程序以除去該處分，則第三人同意之前保護功能盡失矣。履約處分之作成，將侵害第三人權利之義務契約，會具體化對於第三人不利益的危險狀態，特別是在契約相對人對此契約有履行請求權的情況。因此德國行政程序法第五十八條第一項之規定，應是要強迫行政機關，對於將不利於第三人的後果，及早在契約協商、規劃階段便尋求法律關係的明確性，使不同的利益狀態，在程序的前階段，便得到有效的考量與衡平。⁴² 除此之外，有效的行政契約與行政處分或承諾相同，會個別化 (individualisiert) 與具體化 (konkretisiert) 權利基礎，而成為給付請求權與給付義務的理由，也形成因履行給付義務而制頒之行政處分的合法性判斷標準，以及干預第三人權利的法律基礎。第三人經由對履約處分之撤銷，並無法排除此義務契約，因此義務契約若創設干涉第三人權利之義務，亦須第三人之同意。⁴³ 而第三人若已同意該義務契約，則應認為其喪失嗣後撤銷履約處分之權利，因第三人亦須受自己同意義務契約之意思表示所拘束。⁴⁴ 因此，不直接對第三人權利造成影響之義務契約，若因履約處分之作成，將侵害第三人之權利者，亦應得第三人之同意。

Rdnr. 6; Meyer, in: Meyer/ Borgs, VwVfG, § 58, Rdnr. 9f.; Henneke, in Knack, VwVfG, § 58, Rn. 6.; Fluck, S. 57f.; Preuß, S. 70.; Knuth, JuS 1986, 524.

⁴² Preuß, S. 70.

⁴³ Erichsen, Jura 1994, S. 48 m.w.N.

⁴⁴ Fluck, S. 57f; Henneke, in Knack, VwVfG, § 58, Rdnr. 6.

基於對第三人權益保障之觀點，義務契約須經第三人同意之通說見解值得贊同，但應僅限於行政機關基於義務契約將侵害第三人權利，或行政機關對義務契約之履行行為將導致對第三人權利之侵害，而第三人因契約形成法律基礎，無法再對此侵害進行防禦與救濟之情形。⁴⁵ 而第三人是否無法再對侵害進行防禦，其實繫於瑕疵行政契約之法律效果，而此問題又是德國行政契約法制中尚未釐清的重大爭議問題之一。⁴⁶ 例如，行政機關與人民締結契約，使自己負有義務核發依違背保護鄰人法規之建築執照。是否須得第三人同意、契約始生效力之關鍵在於：此種契約究竟是（違法而）有效或無效。肯定此契約之效力，則據此作成的行政處分為合法，此時勢必將義務契約的效力繫於鄰人的同意，否則將使鄰人陷入欠缺權利保護可能的狀態。採此見解，則當然所有以侵害第三人權利的行政處分作為契約標的的義務契約，都必須經第三人之同意，始生效力。但若認為此契約違法而無效，則該義務契約對行政處分不生任何效果，契約亦不能作為履約處分的法律基礎，自然毋須第三人之同意。⁴⁷

就我國行政程序法第一百四十四條第一項規定之文義觀之，「行政契約依約定內容『履行』『將』侵害第三人之權利者……」，既言及對契約約定內容將來之履行，似乎可以認為其適用範圍已包含義務契約。而就對第三人之保護目的而言，亦應認為履約處分將損及第三人權益之義務契約，應經第三人同意，始生效力。但此問題之判斷，如前段所述，實與瑕疵行政契約之效果及義務契約與履約處分之依存性

⁴⁵ Maurer, Allg. VerwR, §14, Rdnr. 30.

⁴⁶ 關於瑕疵行政契約及其法律效果之簡單介紹，見以下肆、一、。

⁴⁷ Maurer, Allg. VerwR, §14, Rdnr. 30.

有密不可分之關聯，待後續參、肆部分之討論後，回顧此問題，應會更清晰。至於第三人同意之時點，可在契約締結之前，亦可能在契約締結之後；第三人確定同意或拒絕同意之前，屬效力未定狀態。⁴⁸

(二)其他機關之同意

依我國行政程序法第一百四十條第二項之規定，行政處分之作成，依法規之規定應經其他行政機關之核准、同意或會同辦理者，代替該行政處分而締結之行政契約，亦應經該行政機關之核准、同意或會同辦理，始生效力。此項機關同意之規定，不僅對處分契約有適用，其適用範圍亦包含義務契約。若義務契約中約定之履約處分須經其他機關之協力者，則該契約未經其他機關之同意前，亦不生效力。⁴⁹

參、行政契約對於履約處分之拘束

一、行政契約作為法律依據

依照德國學說多數的見解，行政契約是履行行為獨立的法律依據(Rechtsgrund)，契約當事人有依約履行之義務。契約在此情形「疊加」(“überlagert”)於法律之上，遮蔽履行行為對法規的直接適用。⁵⁰ 合法

⁴⁸ Preuß, S. 128.

⁴⁹ 此為德國學說與實務之多數見解，見 Bonk, in: Stelkens/ Bonk/ Sachs, VwVfG, §58, Rdnr. 17f.; Kopp/ Ramsauer, §58, Rdnr. 10; Meyer, in: Meyer/ Borgs, VwVfG, § 58, Rdnr. 16.; Preuß, S. 130。但並非沒有爭議，不同見解，見 Ule/ Laubinger, VwVfR, 69 VI。其理由在於，在保證之情形，應經而未經其他機關同意者，其法律效果僅是違法，但並非無效。情況類似之義務契約，應做相同之處理。

⁵⁰ Fluck, S.66; Meyer, in: Meyer/ Borgs, VwVfG, § 54, Rdnr.76; Henneke, in: Knack, VwVfG, § 54, Rdnr. 27 m.w.N.

有效的行政契約，契約當事人須依約定履行其契約義務，固不待言；即便是違法的行政契約，只要其並非無效，則為履行契約所作成的行政處分，將被認為合法。換句話說，在行政契約有效的情形，履行行為的合法性判斷，就不再追溯到其所依據的法律，而是以行政契約作為履行行為合法性的判準。若以行政處分為契約之履行行為，而該行政處分亦符合有效的契約義務約定，則該行政處分因欠缺違法性，相對人、利害關係人、行政機關或法院便不能加以撤銷；即使行政機關在履行之前發現行政契約違法，行政機關亦必須履行。行政機關不能無視於行政程序中關於契約調整與終止之要件，主張法律原因之不存在，而拒絕履行。⁵¹

反對此意見者則認為，為履行行政契約所作成之行政處分，其合法性判斷完全取決於行政契約，而不再取決於法律之見解並不可採。行政契約不應是履約處分唯一的合法性判準；違背法律規定之行政處分仍是違法，其瑕疵不因其為履約處分而被治癒，該行政處分仍得被撤銷。⁵²

二、行政契約之拘束力與履約處分之獨立性

(一)行政契約與履約處分之依存性

若行政契約約定之給付義務內容合法，人民因此取得具體之契約給付請求權，而行政機關負有義務依約定作成行政處分。若行政機關

⁵¹ Fluck, S. 65f.; Scherzberg, JuS 1992, 215; Schmidt-Aßmann/ Krebs, S.133.

⁵² Vgl. Ule/ Laubinger, VwVfR, 69 V; Bullinger DÖV 1977, 816; Redeker, DÖV 1966, 545. 因與多數見解之不同，即影響前述貳、四、(一)關於第三人之同意是否為義務契約之要件問題，權利受侵害之第三人對於行政處分是否仍有救濟可能性之判斷。

亦依約履行其契約義務，作成行政處分，則在此情形，並不產生任何爭議。合法有效之行政契約，依其實體法上之功能，將成為所允諾之行政處分之基礎；而合於契約約定內容所作成之履約處分亦具有合法性。

較有爭議的問題在於，為履行有效的行政契約所作成的行政處分，是否因其為履約處分而有阻礙其依法律規定被撤銷的效力？附第三人效力之行政處分，決定第三人是否得加以撤銷時，是否必須考慮該處分是為履行行政契約所為？若採前述有效的行政契約作為履約處分之法律依據的見解，則履行契約之行政處分之撤銷，相對於「通常」之行政處分，便受到限縮，使義務契約與履約處分有較大之相互依存性。若採否定態度，則契約與履約處分之依賴程度較低，而後續引發的便是相對於契約之履行義務的損害賠償的問題。⁵³

除此之外，行政機關作成的行政處分，若偏離或違背契約義務，則該行政處分是否因違背契約（*vertragswidrig*）即構成違法（*rechtswidrig*）？人民在偏離契約義務之行政處分已有存續力（*bestandskräftig*）後，是否能再貫徹其契約請求權？與此無法完全區分問題尚有履行無效之義務契約所作成之行政處分，是否有效，或者會與契約之無效同一命運的問題。⁵⁴

(二)履約處分之獨立性

履約處分之獨立性，與前述其對契約之依存性關係，其實是一體兩面的問題。私法中的無因性原則（*Abstraktionsprinzip*）對於履約處

⁵³ Fluck, S. 24.

⁵⁴ Fluck, S. 25；關於此等問題，學說上見解並不一致，亦是義務契約與履約處分之相互關係中最難以解決之問題，詳見以下參、肆部分之敘述。

分是否有適用？行政法中是否有「無因的行政處分」(abstrakter Verwaltungsakt)的概念？行政程序法中並直接提供關於履約處分與義務契約的關聯性的線索。學說中普遍認為無效之義務契約不影響行政處分之存續力的見解，⁵⁵ 應可認為是無因性原則在行政法領域的展現。

三、違背契約之履約處分

(一)概念

基於合法行政契約應作成之行政處分，若有行政機關拒絕作成行政處分或不依契約約定之內容作成行政處分之情形，是此處欲探討之問題。⁵⁶

在行政機關單純不履行其所允諾之行政處分之情形，問題較為簡單。契約既賦予人民要求行政機關為特定行政措施之請求權，則在行政機關不履行時，人民可透過訴訟途徑，請求作成行政處分。⁵⁷ 因此產生之損害，亦可請求因遲延所生之損害賠償。⁵⁸

較有問題者在於違背契約之行政處分 („vertragswidriger“ Verwaltungsakt)。在此情形，行政機關固然作成行政處分，但此行政處分並不符合契約中之約定，或悖離契約約定，或

⁵⁵ Fluck, S. 38 m.w.N, 此外詳見下述肆、二、。

⁵⁶ 此處僅先討論合法有效的行政契約的情形。違法但有效的行政契約，見下述肆、三、之討論。

⁵⁷ 此時應提起一般給付之訴或課予義務之訴，德國學說上爭議很大。我國學界就此問題並未做深入討論，但初步之探討可參考王師凱，前揭註 5，頁 119 以下，政治大學法律研究所碩士論文(2004)。

⁵⁸ Schlette, S. 594.

根本反於契約約定，甚或違背法律規定。違背契約之行政處分並未達到履行契約之效果，人民基於契約請求權，仍可請求行政機關作成合於契約之行政處分。⁵⁹ 但對於已作成之違背契約之履約處分，效力應如何判斷，則是學說上具爭議性之問題。

(二)效力

履行契約之行政處分，若悖離契約之約定，則其是否當然無效？其合法性如何判斷？

契約之規制將一般法律規定加以具體化，並創造拘束性的權利義務，因此可認為是行政處分法源之一。違背契約之行政處分因此可認為具有違法性。⁶⁰ 違法之行政契約，其法律效果可能為無效或得撤銷。行政處分無效之情形規定於行政程序法第一百一十一條，違反行政契約並不屬於第一至六款所列之事由，但其有可能構成第七款所謂重大明顯之瑕疵。固然有學者以為違背契約之行政處分一律均構成明顯重大之瑕疵，而使其法律效果歸於無效，⁶¹ 但此見解法理上並無依據，因履約處分違背契約之情節差異性可能很大，若僅是些微的契約偏離，便使其歸於無效，亦不適當。⁶²

違背契約之履約處分，是否構成明顯重大之瑕疵而無效，毋寧應依個案中之情形加以判斷，若瑕疵並非明顯重大，則履約處分仍應有效。違背契約但非無效之行政處分原則上仍會產生拘束力與存續力。契約規制的存在，並不當然使瑕疵之履約處分自動對人民不生效力。

⁵⁹ Schlette, S. 595.

⁶⁰ Schlette, S. 595. m.w.N.

⁶¹ Fluck, S. 95f.

⁶² Schlette, S. 596.

因此無論如何不得忽視違背契約之行政處分，或任由其救濟期間經過。人民為保障自己權益起見，對於已做成之履約處分，如有違背契約之情事，仍以提起撤銷之訴為妥。⁶³

四、履約處分之廢止

(一)契約中明文之廢止約定

行政契約當事人得在契約中明訂履約處分得廢止之情形。當事人可指示法律中關於行政處分廢棄之規定作為廢止之理由，亦可自行設定得廢止履約處分之條件。如前所述，行政契約既可以是作成具體行政處分之法律依據，則契約中之約定亦可作為廢止的法律上原因。⁶⁴

(二)契約中未約定廢止之情形

若契約中對於履約處分之廢止未為約定者，則一般法律中關於行政處分廢止之規定對於履約處分如何適用，便不無疑問。

行政程序法中關於合法授益行政處分之廢止規定於第一百二十三條，其中第四款關於法規或事實變更，不廢止該處分對公益將有危害，以及第五款為防止或除去對公益之重大危害之情形，在行政契約法制中已透過契約之調整與終止之相關規定加以衡平；而關於當事人所負之負擔，應屬於契約中給付與對待給付之一部分，不宜再透過行政處分加以貫徹。⁶⁵ 尤須注意者在於，行政處分之廢止本身，亦為一行政處分，在契約中未明訂得廢止之情形，易形成行政機關以行政處分單方變更契約權利義務關係之情況，違背行政契約關係中不得併用行政

⁶³ Schlette, S. 596

⁶⁴ Fluck, S. 67.

⁶⁵ Fluck, S. 69 ff.

處分之原則，故行政契約未約定廢止時，原則上應排除行政機關對履約處分之廢止權。

肆、瑕疵行政契約對履約處分之影響

如前所述，行政契約具有法源之功能，則當行政契約本身罹有瑕疵時，其效力如何？對基於契約義務作成之行政處分有何影響？行政機關能否在契約中約定，使自己負有義務作成違法行政處分？又若作成此種約定時，自己是否受此約定所拘束？凡此種種問題，是此處探討之重心。

一、行政契約之瑕疵及其法律效果

瑕疵行政契約的法律效果問題，不論在德國或在我國，均堪稱行政契約法爭議性最大的問題之一。本文在此限於篇幅無法對次問題為深入之探討，僅能就學說之見解進行簡單之整理，作為後續討論之基礎。

(一)概說

我國行政程序法對行政契約瑕疵法律效果之規範，原則上與德國行政程序法之規範精神相同，有瑕疵之行政契約，限於有我國行政程序法第一百四十一條及第一百四十二條所規定之情形，始為無效。依德國學說與實務普遍之見解，行政契約除此無效情形之外，縱有瑕疵，亦仍屬有效，而除此無效或有效之選擇外，制度上並無第三種可能性。

⁶⁶ 我國有學者贊同此一見解，亦認為違法而有效之行政契約仍有拘束

⁶⁶ Maurer; Allg. VerwR, § 14, Rdnr. 37 ff.; Bonk, in: Stelkens/ Bonk/ Sachs, VwVfG, §59, Rdnr. 9 ff. m.w.N.

力，得據以主張權利義務，不容許以職權撤銷、訴請撤銷或解除等其他方式使行政契約效力消滅。⁶⁷

違法但非無效之行政契約既為有效，則將形成行政契約違法，但卻無任何法律後果（sanktionslos）之情況。此點固然在學說上多以契約之作成不易，基於契約應予遵守原則，行政契約既經當事人合意而成立，應盡量維持其效力，且當事人已受充分程序保障，應忍受違法等理由，加以正當化，但仍不乏其他解決方案之提出者，例如德國 Schleswig-Holstein 邦行政法典第一百二十六條便在行政契約之「無效」（Nichtigkeit）之外，另有「不生效力」（Unwirksamkeit）之規定，使當事人於契約締結後一個月內得主張。⁶⁸ 如此一來，便具有期限內解除權或撤銷權之效果。⁶⁹ 我國學者亦有主張我國行政程序法雖取法德國，但在瑕疵行政契約之法律效果之解釋上，不必亦步亦趨，而認為違法行政契約之法律效果應不只有無效或違法但繼續有效兩種，應可認為有違法而得撤銷之行政契約存在。⁷⁰

⁶⁷ 陳敏，前揭註 1，頁 595 以下；林錫堯，前揭註 4，頁 404。

⁶⁸ 條文內容詳參吳庚，前揭註 37，頁 433 註 37。惟該條文翻譯中「並且規定：『公法契約有下列情形之一者，不生效力：（一）如作成內容相同之行政處分，將因程序或方式瑕疵而違法者……』」一處，似有誤解。其應指「無§122 或 §123 之條件存在，而契約中承諾之行政處分確有不僅止於§ 115 程序或方式之瑕疵者」（die Voraussetzungen des §122 oder §123 LVwGSH（相當於和解契約與雙務契約之規定） nicht vorliegen und ein VA, der die im Vertrag übernommene Verpflichtung zum Inhalt hätte, nicht nur wegen eines Verfahrens- oder Formfehlers i.S. des § 115 LVwGSH（行政處分程序與方式瑕疵之法律效果規定） rechtswidrig wäre ）。

⁶⁹ 陳敏，前揭註 1，頁 595 以下；吳庚，前揭註 37，頁 432。

⁷⁰ 李惠宗，前揭註 5，頁 432；吳庚，前揭註 37，頁 432。

契約瑕疵及其法律效果之問題，是否在無效與違法但有效之選項外，另承認得撤銷之類型。⁷¹ 本文認為就現行行政程序法第一百四十一條以下關於行政契約無效之規範，能否單純地透過法律解釋，即創設得撤銷之瑕疵行政契約類型，實不無疑問。蓋欠缺法律之明文規定，則撤銷之條件、期限、方式等問題，是否準用民法規定，抑或類推適用行政處分之撤銷規定，均存在不確定性。又就立法政策而言，是否承認得撤銷之行政契約，與行政契約存續力之維繫、行政契約與行政處分性質異同之認定等問題有密切關聯，亦需考量撤銷權之創設，是否將帶來更大的不確定性等問題。本文在此暫時持保留見解，而認為瑕疵行政契約之法律效果僅限於無效或違法但有效兩種。

(二)無效之行政契約

綜合行政程序法第一百四十一條第二項及第一百四十二條之規定，有以下列舉情形之一者，行政契約無效：

行政契約依性質或法規之規定不得締約卻締約者；

締約前未履行公告及表示意見之程序者；

內容相同之行政處分為無效者；

內容相同之行政處分有得撤銷之事由，且為雙方當事人所明知者；

和解契約未符合第一百三十六條之法定要件者；

雙務契約不具備第一百三十七條之法定要件者。

除上述六款事由外，依行政程序法第一百四十一條第一項之規定：「行政契約準用民法規定為無效者，無效。」是所謂行政契約一般

⁷¹ 此問題雖與本文後續處理違法但有效之行政契約與履約處分之討論息息相關，但如前所述，限於篇幅，就此問題無法在此更為深入探討，以下僅簡短表達本文對此問題之立場。

無效之事由。準用民法之規定而致行政契約無效之情形規定，包括違反公序良俗（民法第七十二條）、不依法定方式（民法第七十三條）、當事人無行為能力（民法第七十五條）、心中保留（民法第八十六條）或通謀虛偽意思表示（民法第八十七條）、代理人無代理權（民法第一百零三條、第一百一十條）以及以自始客觀給付不能（民法第二百四十六條）等等情形。又若契約當事人以錯誤、傳達錯誤、詐欺、脅迫等理由，撤銷意思表示者（民法第八十八條、第八十九條、第九十二條），該行政契約亦屬無效。⁷²

在適用行政程序法第一百四十一條第一項之規定時，民法第七十一條是否亦在準用之列，使「違反法律之強制或禁止規定」之行政契約歸於無效，是極具爭議性之問題。⁷³ 就行政程序法第一百四十一條第一項之規定觀之，並無排除民法第七十一條揭示之法原則的理由。若準用民法第七十一條，基於依法行政原則之要求，行政機關不得作成違法行為，則所有違法之行政契約皆屬無效。但如此一來，將使行政程序法第一百四十二條列舉之無效原因，形同具文，有違立法者就個別情形加以規定之意旨。惟若完全排除民法第七十一條之準用，則亦可能產生明顯重大違法，但卻仍有效而有拘束力之情形，亦非妥適。因此，民法第七十一條，原則上仍應在準用之列，惟並非任何行政契

⁷² 參閱陳敏，前揭註 1，頁 596 以下；李惠宗，前揭註 5，頁 431；林錫堯，前揭註 4，頁 404 以下。

⁷³ 我國行政程序法第一百四十一條第一項之規定，乃是參考德國聯邦行政程序法第五十九條第一項之規定而來。該條是德國行政契約法中爭議性最高的條文之一。參林明鏘，行政契約法論，台大法學論叢，第二十四卷第一期，頁 175 以下（1994）。

約之違法，皆認為係違反禁止規定，僅在「嚴重之違法」時，始構成契約之無效，「普通之違法」，則不影響契約之效力。⁷⁴

(三)違法但有效之行政契約

違法之行政契約，除有如前所述無效之情形外，即使違法，但仍然有效，契約當事人不得要求撤銷或解除契約。契約雖然違法，但只要有效，契約義務仍必須履行，而仍可以作為履約處分之法律依據，也成為履約處分之合法性判準。

違法行政契約得予撤銷之見解，本文暫且不採，但即便採取違法行政契約得予撤銷之觀點，以下契約無效或違法有效之討論，仍有適用。所須注意者，在於基於違法但有效之契約所為之履約處分，嗣後契約遭撤銷。此時，因契約為履約處分之法律依據，此種情形，對於行政處分而言，有類於法令之變更或廢止，應可類推適用相關法理解決。

二、無效行政契約對履約處分之影響

(一)無效行政契約之效果

無效之行政契約不能產生任何當事人所意欲的法律效果。無效之義務契約不能設定當事人之給付義務與請求權⁷⁵ 行政機關與人民均得主張其無效。⁷⁶

⁷⁴ 陳敏，前揭註 1，頁 597 以下；林錫堯，民法規定如何準用於行政契約，當代法學名家論文集，頁 126 以下。惟「嚴重違法」、「普通違法」之區分界限，仍是難解的爭議。

⁷⁵ 陳敏，前揭註 1，頁 601。

⁷⁶ 林錫堯，前揭註 4，頁 407。

(二)履約處分之無效與廢棄

基於履行無效之行政契約所為之行政處分，其效力如何，是否當然分享無效契約之命運，學說上有不同之見解。

履約處分受其法律依據 無效之行政契約 之拘束而當然無效之見解，為多數學說所不採。⁷⁷ 德國有部分學說見解認為為履行無效之行政契約而作成之行政處分原則上並非無效，而僅是違法。⁷⁸ 我國學者亦有採此見解者，認為基於無效行政契約所作成之行政處分，其本身亦屬違法，應依違法行政處分有關規定決定其效力，亦即原則上得訴請撤銷及職權撤銷；在特定原因下，該行政處分始為無效。⁷⁹ 但採此見解者並未說明何以此時履約處分原則上具有違法性。

德國學說與實務普遍的見解認為，契約的無效不僅並不當然同時即構成行政處分無效的原因，甚至未必一定構成行政處分的違法。⁸⁰ 無效之行政契約不生任何法律上之義務。履行行為亦不能被認為有義務的違反。因此判斷履行契約之行政處分合法性之依據，首先便是法律，亦僅有法律規定。履行無效行政契約之行政處分，其是否違法之事由，因此應回歸行政程序法關於行政處分是否違法而無效或得撤銷之規定做判斷。⁸¹ 履約處分若符合實體法之相關規定，便屬合法。若行政機關是基於履約之理由而依契約約定之方式與內容作成行政處

⁷⁷ Butterwege, S. 90, m.w.N.

⁷⁸ Henneke, in: Knack, VwVfG, § 54, Rdnr. 27

⁷⁹ 陳敏，前揭註 1，頁 602；林錫堯，前揭註 4，頁 407。

⁸⁰ Schlette, S. 577. m.w.N.

⁸¹ Skouris/ Tschaschnig, Jura 1982, 501.

分，而契約無效，在此情形便可能存在裁量之瑕疵，而使履約行政處分違法。⁸²

行政機關無效的義務約定不能發生像有效契約一般的阻擋效果（Sperrwirkung）。例如，行政機關發現其所承諾的契約義務與人民的給付義務之間，因為違反不當聯結之禁止原則而無效，並不因此當然喪失作成許可的權限。更加明顯的則是違背契約形式容許性的例子，若法律明文禁止以締結行政契約之方式，而行政機關與人民仍然締結，則構成一無效契約，而行政機關所餘留的行為可能性自然是行政處分。⁸³ 行政處分不必然分享義務契約之無效命運，應屬當然之理。

如通說之見解，行政契約的無效並不當然延伸到行政處分。在此一前提下，契約中的給付與對待給付若出自契約雙方的讓步，例如在和解契約的例子，在契約無效後，行政處分是否可以作為雙方的給付的法律上原因，不無疑問。在此情形，人民通常會因為契約關係之存在而錯過訴願期間，因為人民認為自己受契約義務所拘束，而義務之一便是捨棄對該履約處分的訴願和行政訴訟。若是如此，行政契約之無效性不影響履約處分的話，行政機關將因此獲得不當的優勢。透過履行（無效）契約的行政處分，將使行政處分事實上產生治療無效行政契約之效果。人民的利益在此情形最多只能透過締約過失制度加以保護。行政契約之無效若不及於行政處分，則在雙務契約之情形，人民已提供之給付因契約無效得以公法上不當得利之為由，請求返還；行政機關已作成之行政處分，則必須符合撤銷之要件，或基於信賴損害之衡平加以撤銷。在此情形，相對之給付給予不同的處遇，亦即行

⁸² Butterwege, S. 91f.

⁸³ Fluck, S. 100.

政機關之契約義務（作成行政處分）必須透過另一行政處分（撤銷原處分之處分）加以確定。德國審判實務上採取另一種方式衡平此種困境。他們類推適用民法上的原理，基於誠信原則對人民之不當得利請求權加以限制。也就是說，當行政機關之給付已不能回復原狀時，人民之不當得利返還請求權亦受到限制。例如行政機關所負義務是變更都市計畫，而此變更都市計畫之龐大費用由契約相對人——人民負擔。行政處分已不能再被廢棄，而人民亦已利用都市計畫變更的利益，又因此處行政機關之給付涉及未參與契約的第三人之利益保護，更不能被撤銷。⁸⁴

此外，履約處分雖基於無效行政契約而作成，但若處分本身合法，甚或原係人民對之有給付請求權之羈束處分，亦即行政機關作成行政處分本無裁量權，而是依法有作成某一授益處分之義務，而人民對之有請求權時，自不容許行政機關任意締結雙物契約，使人民增加負擔。行政機關若違背行政程序法第一百三十七條第二項之規定與人民締結行政契約，由人民承諾一定金額之給付，以換取行政機關作成授益處分者，則該行政契約雖無效，但履約處分合法有效。⁸⁵

三、違法但有效之行政契約對行政處分之影響

（一）違法但有效之行政契約之效力

若認為違法之義務契約並非無效，則後續必須處理的問題是：契約義務之存在是否即表彰其可履行性？換句話說，行政機關有無作成約定之行政處分之義務？

⁸⁴ Ule/ Laubinger, VwVfR, §70, Rdnr. 56 ff. m.w.N.

⁸⁵ 參閱陳敏，前揭註1，頁602，註26；李震山，前揭註5，頁315。

德國學說上有部分見解認為，行政機關在此情形，若未履行，得拒絕行政處分之履行；若已履行，得撤銷之。⁸⁶ 其主張之理由，在於行政機關為履行契約所為行政處分儘管義務契約有效，履約處分仍是違法；而其根本前提在於否定行政契約違法時，仍以契約為履約處分之法律依據。行政機關基於有效之行政契約，其所負之義務在於義務之履行，亦即作成行政處分。但契約之有效性並不同時剝奪行政機關一行政程序法撤銷行政處分之可能性，因此行政機關仍得拒絕作成行政處分，或在作成後撤銷之。契約之有效性所創設者，僅是人民做為契約夥伴之損害賠償請求權。⁸⁷

學說上之多數見解認為即便違法之行政契約，本身對於承諾的行政處分而言，亦是獨立有效的法律基礎。基於違法義務契約之有效性而產生之給付義務，行政機關仍須作成契約中允諾之行政處分。⁸⁸ 若行政機關違背法律優越原則，使自己負有義務作成一違法之行政處分，原則上仍須履行，因為行政處分本質上之特性，就在於行政機關可以有效地作成違法的行政處分。而將要求作成違法行政處分之行政契約之履行，一律認為是行政機關之法律上不能之見解亦未必可採，因為公的契約伙伴可以透過法令的變更，使契約具備可履行性。例如地方自治團體可改變都市計畫，而使其執照之核發成為可能。⁸⁹

依本文之見解，若主張違法之行政契約均無效或得經由撤銷使其效力歸於無效，則可拒絕履約處分之履行，因其已不再有作成處分之義務；而已履行者，得視處分之違法情況，決定得否撤銷之。若仍贊

⁸⁶ Tschaschnig, S. 37ff.; Bullinger, DÖV 1977, S. 816ff.

⁸⁷ Tschaschnig, S. 38.

⁸⁸ Henneke, in: Knack, VwVfG, § 59, Rdnr. 4f.

⁸⁹ Butterwege, S.20.

同（非無效之）違法行政契約仍屬有效之見解，則法理上實難找到行政機關得據以拒絕履行契約義務之依據。

（二）履約處分之效力

承上所述，有效之契約，既然應被履行，則違背法律優越原則所創設的契約義務，對於契約之履行行為，會有何後果？也就是說，行政機關因此作成之行政處分，是否違法？

德國學說多數見解認為即便違法之行政契約，本身對於承諾的行政處分而言，亦是獨立有效的法律基礎。而因此作成之行政處分，其合法性如何判斷？在此情形，若認為行政處分是否有得撤銷之情事，係依行政程序法關於通常行政處分得撤銷之規定判斷，則會產生以下的結果：違法但有效之行政契約，仍須加以履行；行政機關之契約義務因履行行為（作成行政處分）而消滅，而嗣後行政機關得撤銷該行政處分。若行政機關在作成履約處分後，馬上要撤銷該處分，則承認違法有效之行政契約之拘束力將完全失卻意義。⁹⁰ 因此，就履約處分合法性之判斷，應認為有效之義務契約，如同有存續力之行政處分一般，個別化及具體化一個法律基礎，則契約將成為履行契約之行政處分合法性判斷的唯一判準。⁹¹ 基於違法，但並非無效之行政契約所為之行政處分，不得依行政程序法關於撤銷違法行政處分之規定加以撤銷。⁹²

⁹⁰ Fluck, S. 54f.

⁹¹ Fluck, S. 64ff.; Schmidt-Aßmann/ Krebs, S. 204f, 213 ff.

⁹² Henneke, in: Knack, VwVfG, § 54, Rdnr. 27

伍、行政程序法關於行政處分程序與形式規定對於履約處分之適用

最後尚要討論的問題在於，行政程序法中為「普通」(normal)行政處分所設的程序與形式規定，對於履約處分是否有適用。此處將主要針對行政程序法第一百零二條以下陳述意見及聽證之規定、第九十六條第一項第二款附理由之規定與第六款之教示義務為探討。

一、陳述意見與聽證

行政程序法第一百零二條原則上僅對侵益處分有適用。履約處分就其內容單獨觀察，或許可能被認為是侵益處分，但若將之與契約中交換之對待給付合併考量，則未必具有侵益性質。即便認為確為侵益處分，在行政契約締結過程中，通常皆經歷協商、協議之階段，人民意見之陳述與表達應可認為已在此階段給予保障。因此履約處分應毋須再給予人民聽證與陳述意見之機會。⁹³

二、教示義務

行政程序法第九十六條第一項第六款之規定，行政處分需表明其為行政處分之意旨及不服行政處分之救濟方法、期間及其受理機關。如前所述，履約處分因與義務契約之相互影響，可能發生履約處分違法但不得撤銷之情形。德國學者 Fluck 認為，法律上既無撤銷之可能性，則此時救濟方法之告知，毋寧是多餘之舉，應可免除。⁹⁴ 救濟方

⁹³ Fluck, S.116f.

⁹⁴ Fluck, S.117.

式之告知並不表彰實體的權利，僅是教示人民法律救濟途徑而已，尤其義務契約與履約處分違法性之相互影響效果，在我國仍未有定論，履約處分能否撤銷，尚繫於許多不確定因素，貿然免除行政機關之教示義務，似有未妥。尤其在行政契約無效，但履約處分仍有效，其得否撤銷依通常行政處分違法性之判斷處理時，行政機關應仍須盡教示義務。

三、附理由之義務

依行政程序法第九十六條第一項第二款之規定，行政處分應記載主旨、事實、理由，但依行政程序法第九十七條第一項第二款之規定，處分相對人或利害關係人無待處分機關之說明已知悉或可知悉作成處分之理由者，得不記明理由。履約處分既是經協商過程始於行政契約中約定之契約義務，則當事人應可認為已知悉處分作成之理由，故履約處分得不記明理由。

陸、結論

行政契約與行政處分原屬不同之行政行為，現行行政程序法亦未對此二種行為方式之結合多作思考，因此在個案中，二者效力如何相互影響，各自之法律規制方式如何適用與調整，均在考驗行政契約法制與行政處分法制之可能性與界限。

行政機關於行政契約中使自己負有作成特定行政處分之義務，原則上並無合法性上之疑慮。問題之產生毋寧來自義務契約與履約處分彼此相互間之效力拉扯或與法律秩序的偏離。行政契約基於其在個案中經當事人協商，將抽象法規範具體化、個別化之特性，對當事人間之權利義務而言，為最直接重要之法源。行政契約，不論其是否有違法情事，只要其仍有效，便因其有效性而對履約之行政處分有拘束力。

在此情形，履約行政處分之合法性與效力，便受義務契約之直接影響。履約處分不得違背契約之約定，行政機關亦不得因契約之違法性而拒絕作成行政處分，或在作成處分後撤銷之。但行政契約若無效，則不生任何法律效果，此時之履約處分回復其獨立性，是否合法或違法而無效或得撤銷之判斷，依行政處分法制為之，不因其為履行無效行政契約而當然無效或違法。至於履約處分之作成，是否仍須踐行行政程序法中之程序與形式要求，例如聽證、陳述意見、附理由等等，因其已經契約之協商過程，行政機關之此等義務，似可免除；但教示義務涉及履約處分係於履約處分得否撤銷之問題，學說對此問題未釐清並形成共識前，似不宜貿然免除。

義務契約與履約處分之結合，實務上並不罕見。但其中涉及之複雜法律問題，仍有待學說與實務進一步之探討。而義務契約與履約處分之效力，更涉及若干前置問題，例如對於違法行政契約法律效果之評價，亦增添討論之困難度。本文就義務契約與履約處分之若干爭議問題，引介德國法之討論，乃企圖拋磚引玉，期待引發對行政契約與行政處分此種形式之結合更廣泛而深入之學術討論。

參考文獻

書籍

- 王師凱，租稅行政契約之研究，國立政治大學法律學系碩士論文（2004）。
- 李惠宗，行政法要義，五南圖書出版公司，增訂二版（2002）。
- 李震山，行政法導論，三民書局，再修訂初版（1999）。
- 吳庚，行政法之理論與實用，自版，增訂八版（2003）。
- 林明鏘，行政契約，翁岳生編，行政法，二版（2000）。
- 林錫堯，行政法要義，自版，修訂二版（1999）。
- 林錫堯，民法規定如何準用於行政契約，收錄於當代法學名家論文集 慶祝法學叢刊創刊四十週年，頁 123-148，法學叢刊雜誌社（1986）。
- 陳敏，行政法總論，自版，四版（2004）。
- 陳新民，行政法學總論，自版，修訂七版（1990）。
- 蔡茂寅等合著，行政程序法實用，學林文化事業有限公司，二版（2001）。
- Butterwege, Georg, Verwaltungsvertrag und Verwaltungsakt: Probleme der Überschneidung von Verwaltungsakten und Verwaltungsverträgen unter besonderer Berücksichtigung des Verfügungsvertrages, Berlin 2001.
- Fluck, Jürgen, Die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Verpflichtungsvertrages durch Verwaltungsakt, Berlin, 1985, zugl. Diss. Mainz, 1984.
- Knack, Hans Joachim, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 7. Aufl., Köln/Berlin/ Bonn/ München 2000.
- Kopp, Ferdinand O/ Ramsauer, Ulrich, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 8. Aufl. München 2003.
- Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., München 2004.
- Meyer, Hans/ Borgs-Maciejewski, Hermann, Kommentar zum

Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl, Frankfurt a.M. 1982.

Obermayer, Klaus, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 1999.

Preuß, Mathias, Zu den Rechtsmäßigkeitvoraussetzungen

subordinationsrechtlicher Verwaltungsverträge unter besonderer

Berücksichtigung des Koppelungsverbots, Baden-Baden 2000, zugl.

Hamburg, Univ. Diss. 1999.

Schimpf, Christian, Der verwaltungsrechtliche Vertrag unter besonderer

Berücksichtigung seiner Rechtswidrigkeit, Diss. Berlin 1982.

Schlette, Volker, Die Verwaltung als Vertragspartner: Empirie und Dogmatik

verwaltungsrechtlicher Vereinbarungen zwischen Behörde und Bürger,

Tübingen 2000.

Schmidt-Aßmann, Eberhard/ Krebs, Walter, Rechtsfragen städtebauliche

Verträge – Vertragstypen und Vertragsrechtslehren --, 2. Aufl., Köln 1992.

Spannowsky, Willy, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und

Absprachen, Berlin 1994.

Stelkens, Paul/ Bonk, Heinz Joachim/ Sachs, Michael,

Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 6. Aufl., München 2001.

Tschaschnig, Ingo: Die Nichtigkeit subordinationsrechtlicher Verträge nach dem

Verwaltungsverfahrensgesetz. Die §§ 54ff. VwVfG im Spannungsfeld

von Vertragsfreiheit und Legalitätsprinzip, 1984.

Ule, Carl Hermann/ Laubinger Hans-Werner, Verwaltungsverfahrenrecht, 4.

Aufl., 1995.

期刊

江嘉琪,論行政契約自願接受執行之約定,中原財經法學,第十二期,頁 25-65
(2004)。

江嘉琪,行政契約關係與行政處分之容許性,律師雜誌,第三百零三期,頁
60-70 (2004)。

林明鏘,行政契約法論,台大法學論叢,第二十四卷第一期,頁 143-180(1994)。

林明鏘,行政契約與行政處分 評最高法院八十八年度判字第三八三七號判
決,台大法學論叢,第三十三卷第一期,頁 93-129 (2004)。

盛子龍,當事人對訴訟標的之處分權作為行政訴訟上和解之容許性要件 以
稅務訴訟之事實和解為中心,台灣本土法學雜誌,第七十七期,頁
52-81 (2005)。

Bleckmann, Albert, Subordinationsrechtlicher Vertrag und Gesetzmäßigkeit
der Verwaltung, VerwArch. 63(1972), S. 404 ff.

Bullinger, Martin, Leistungsstörungen beim öffentlich-rechtlichen Vertrag, DÖV
1977, S. 812 ff.

Erichsen, Hans-Uwe, Die Nichtigkeit und Unwirksamkeit verwaltungsrechtliche
Verträge, Jura 1994, S. 47ff.

Heberlein, Ingo, Wider den öffentlich-rechtlichen Vertrag?, DVBl. 1982, S. 763
ff.

Knuth, Andreas, Konkurrentenklage gegen einen öffentlichrechtlichen
Subventionsvertrag –OVG Münster, NJW 1984, 522 ff.

Obermayer, Klaus, Leistungsstörungen beim öffentlich-rechtlichen Vertrag,
BayVBl. 1977, S. 546 ff.

Redeker, Konrad, Die Regelung des öffentlich-rechtlichen Vertrages im
Musterentwurf, DÖV 1966, S.543 ff.

第十四期 行政契約與履行行政契約之行政處分

Scherzberg, Arno, Grundfrage des verwaltungsrechtlichen Vertrages, JuS 1992, S. 205 ff.

Skouris Wassilios/ Tschaschnig, Ingo, Probleme des öffentlich-rechtlichen Vertrages, Jura 1982, S.493 ff.

摘 要

本文以行政契約與履行行政契約之處分為中心，探討行政程序法體系中，置於不同法規範下的行政行為，因義務行為與履行行為之結合，所衍生之法律問題。

行政處分是單方、下命的，行政契約則有雙方、共識的性質，行政契約法似將二者認為係必須擇一之行為方式。本文除對義務器與履約處分之概念加以介紹外，首先要問的問題是，契約義務與履約處分之結合是否具備容許性，以及行政機關與人民為如此之約定的理由。其次，學理上具有爭議性，亦對後續討論具有決定性的關鍵問題，亦即行政契約作為履約處分之法律依據問題，亦是本文所欲探討者。此外，違背契約之行政處分之效力、瑕疵行政契約之法律效果及其對履約處分產生之影響，亦是本文嘗試釐清之問題。最末，將就行政程序法中對於行政處分之程序與形式規定對於履約處分是否適用之問題提出本文之看法。

Verwaltungsvertrag und vertragserfüllender Verwaltungsakt

Chia-Chi Chiang

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit den Problemen, die entstehen, wenn eine vertragliche Verpflichtung durch den Erlass eines Verwaltungsaktes erfüllt wird und die dadurch bedingt sind, daß Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft nach dem VwVfG unterschiedlichen Regeln unterliegen.

Nach der Regelungssystematik des VwVfG erscheinen Vertrag und Verwaltungsakt als strikt alternative Handlungsformen. Der Verwaltungsakt ist einseitig-imperativ, der Verwaltungsvertrag dagegen zweiseitig-konsensual. Bei der Kombination von vertraglicher Verpflichtung und Verwaltungsakt stellt es sich zunächst die Frage, ob diese Verknüpfung systemkonform ist. Anschließend wird die Problematik der viel diskutierten Rechtsgrundwirkung öffentlich-rechtlicher Verpflichtungsverträge eingegangen und dann werden die Folgeprobleme des vertragswidrigen Verwaltungsaktes behandelt. Schließlich wird die Folgen der Fehlerhaftigkeit des Verpflichtungsvertrages für den vertragserfüllenden Verwaltungsakt dargestellt. Als letzteres wird untersucht, ob die verwaltungsaktsspezifischen Verfahrens- und Formvorschriften ihre Anwendung auf den vertragserfüllenden Verwaltungsakt findet.

Key words: Verwaltungsvertrag, vertragserfüllender Verwaltungsakt,

Verpflichtungsvertrag, Verfügungsvertrag, Nichtigkeit des
Verwaltungsvertrages, Vertragswidriger Verwaltungsakt,
Zustimmung Dritter