論第三人於行政契約爭訟中之原告適格
—法國實務新發展對我國之啟發 上

文／林慶郎

關於以公法人為主體所簽訂之契約，是否與雙方均為人民之契約，為不同處理？在世界各國立法例中，有不同的觀點。英美法系並無獨立的「行政契約」或「公法契約」之概念，僅統稱「政府契約」(Governance Agreement)，雖然偶有針對「政府契約」若干因契約標的、利益異於一般雙方均為人民之契約，而為相異處理，例如招標、決標之當事人審議，或締約過程導入正當法律程序及公開競爭等需求，但基本上在履約階段，仍然將「政府契約」與「私法契約」作相同或類似之處理。

但在歐陸法系國家，一般會在私法契約以外，另外承認有獨立之「行政契約」或「公法契約」之概念，訴訟上通常亦會有相應之處理程序，如我國與法國、德國等皆然，將私法契約之爭執，由普通法院審理，行政契約之爭執，則由行政法院審理。

惟不論何種立法例，在傳統「契約相對性」原則底下，僅有契約當事人得爭執契約之效力，私法契約如此，在行政契約亦被視為理所當然。

然而，隨著國家職能擴大，越來越多行政行為以「行政契約」的形式出現[1]，而行政契約與私法契約，雖然均為雙方行為，但兩者間有諸多不同。行政契約不僅僅涉及契約當事人之權利義務，也包括國家財政資源之合理分配，亦涉及公平競爭秩序之維持；而行政契約之履行，又往往係為了實現特定之行政目的，從而，行政契約本身承載越來越多之公益功能。是以，行政契約應當逐漸脫離私法契約，轉而重視行政契約與整體國家法律秩序之合法性，從而在公共利益的考量底下，究竟「契約相對性原則」是否應有所退讓？是否應考量某程度讓「第三人」得爭執行政契約之效力？而該「第三人」之範圍應如何劃定？誠然皆屬行政契約法上不得不重視之議題。

本文擬以法國行政法學界及實務界之最新發展，作為反省此議題的基礎，希冀拋磚引玉，使此問題能獲得更多迴響。

關於此問題在法國行政法之發展，與法國行政訴訟類型有關。是以，以下先介紹當代法國行政訴訟之類型（一、法國行政訴訟當代之類型）；再就法國傳統行政法學界，針對行政契約爭執中，第三人究竟有何種權利可以主張？加以介紹（二、法國行政法傳統見解）。其次，同時以我國發生之ETC案為對照組，以凸顯我國與法國在這個問題上處理之不同（三、與我國ETC案之比較）。再者，法國最高行政法院在2014年4月4日的塔爾尼卡歐恩省「Département de Tarn-et-Garonne」案（下稱塔爾省）中，開啟了法國行政契約法學界的另一個重要里程碑，宣示了法國行政契約法，走向客觀化的方向。（四、法國Tarn-et-Garonne案的開展）。最後，思考我國行政契約未來之走向。（五、行政契約走向之思考）

壹 法國行政訴訟當代之類型

原則上，行政機關之單方行為大多係針對特定人為之，例如使用執照與建築執照之核發。此在我國即為行政處分之領域，其定義與概念，並無不同。

但行政機關亦得訂定行政命令（administrative regulations[2]），以針對不特定之多數人發生抽象之效力。此亦與我國對行政命令之概念相同。

對於實體法上行政行為之不同態樣，在法國行政訴訟上便對應出不同的訴訟類型，析之如下。

一、傳統分類：客觀訴訟與主觀訴訟

法國之行政訴訟之分類，大別來說有二種不同的分類。第一大類係傳統的分類方法，將行政訴訟依據其訴訟標的、目的，分成「客觀訴訟」與「主觀訴訟」[3]。

這種分類方法，為法國行政法學者雷翁-狄驥（Léon Duguit）所創立，狄驥認為，行政訴訟的分類取決於「法院想解決什麼問題？」而定。如果行政機關之行政行為所產生的「法律關係」，是主觀的、個別的（individual）、只有相對效力，只存在於行政機關與特定人間，那麼解決此種紛爭之行政訴訟只具有主觀性，即為主觀訴訟。反之，若行政機關之行政行為所產生的法律關係，係客觀、不特定、有對世效力，該紛爭的行政訴訟，就具有客觀性，即為客觀訴訟。簡單來說，是種對事不對人的訴訟。

依照狄驥的說法，客觀訴訟最典型的就是「越權之訴[4]」(excès de pouvoir)。越權之訴是一種針對行為所作的訴訟（un « procès fait à un acte »），其最原始的概念是「沒有當事人的訴訟」(il n'y pas de parties)。所使用的當事人稱謂，不是原告（un demandeur），也不是被告（un défendeur），而是對於違法行為的聲請人（un requérant qui attaque），而該聲請人，既非行政機關，也不限特定行政行為之相對人。

原始的越權之訴，是聲請人請求行政法院法官，審酌具體行政行為（包括具體、個別的單方行政行為un acte administratif unilatéral individuel，或是抽象、一般性的單方行政行為un acte administratif unilatéral réglementaire）的合法性，即該行為是否確實遵守法律規範的階層性（la hiérarchie des normes）。假如評斷的結果認為違法，則法官將撤銷該行為，使該行為之效力，被評定為自始從未發生（ne jamais avoir existé）。

換言之，依照狄驥的定義，客觀之訴，雖然也有聲請人，但聲請人的身分與資格，並不是行政法院法官最在乎之事，行政法院法官最應在乎者，毋寧是：行政行為是否合法。

而在狄驥的定義底下，主觀訴訟的目的在於主觀公權利之承認及保護（la reconnaissance d'un droit subjectif）。因此，狄驥認為行政契約的爭訟是主觀之訴，因為行政契約的爭訟，是行政機關的相對人（一般通常是人民），起訴請求行政法院法官，指摘行政機關未遵行行政契約之義務（obligations contractuelles），或請求行政機關應賠償其損害（réclamer les rémunérations）。

二、當代分類：以法官之權限範圍為分類標準

嗣後法國行政法學者Edouard Laferrière則認為，區別行政訴訟應以法官之權限範圍加以區分。因此，依照Laferrière之分法，將行政訴訟分為四大類[5]：

（一）解釋之訴（contentieux de l'interprétation）：行政法院法官針對爭訟行為所涉及相關法律問題之解釋及詮釋。

（二）制裁之訴（Contentieux de la Répression）：此類型為我國行政訴訟所無。即行政法院法官居於「制裁者」之角色，針對人民違反政府公物（例如道路、河川或港口）利用之相關規定，經主管行政機關舉發後，將案件移交由行政法院法官加以裁罰。

（三）撤銷之訴（Contentieux de l'Annulation）：行政法院法官撤銷訟爭之行政行為。

（四）完全之訴（Contentieux de la Pleine Juridiction）：詳後述。

其中，行政法院法官權力最大者，即為第四項之完全之訴；其「完全」（pleine）兩字表達出行政法院法官擁有最大、最完整之權力（le juge possède la plénitude des pouvoirs）。換言之，在完全之訴中，行政法院法官除了得撤銷被告行政機關之違法單方行為（即為我國學說上之行政處分）外，尚可變更行政行為內容；甚至若撤銷行政行為，將造成公共利益有重大危害時，得衡量公共利益之危害程度與原告私益之大小，作出「原行政行為效力持續，但命令國家機關給與補償或賠償」之判決。從而，「完全之訴」之承審法官，法國行政法學界便稱之為「契約法官」(juge du contrat)。

是以，完全之訴，以我國行政訴訟法角度觀之，最大的特點在於行政法院法官，並不受處分權主義之拘束，行政法院法官在合法性及公共利益之考量，並兼顧原告權益之保護下，其判決內容得不受當事人聲明及主張之拘束，得作出最適切之判決，為我國行政訴訟法所無。

法國行政訴訟法學界針對行政訴訟之新、舊分類，彼此間並不衝突，反而是相輔相成，使法國行政訴訟類型發展更加精緻。至於行政契約所生之紛爭，究應歸類於何種訴訟？則必須視當事人所爭執之標的為何，以適用不同之程序。

一般來說，關於行政契約所生之紛爭，通常會涉及到「越權之訴」(性質上為撤銷之訴之一種）及「完全之訴」(la pleine juridiction）兩種。

貳 法國行政法傳統見解

首先，原則上法國行政契約所生紛爭，一般被歸類在適用「完全之訴」之範疇中，且依法國最高行政法院於1982年10月8日Aldana Barrena案所表示之見解，完全之訴之目的，並非在於判斷行政行為之合法性（la légalité de la décision），而在於宣告所涉權利之範圍（se prononcer sur l'étendue des droits des intéressés[6]），換言之，其性質屬「主觀之訴」。因此，關於行政契約所涉之訴訟，在傳統上便被歸類於「完全之訴」、「主觀訴訟」之類型中。

然而，行政契約既然屬於「雙方行為」，那麼原本以「單方行為」為適用基礎之「越權之訴」能不能適用於解決行政契約的爭議？便不無疑問。

就此問題，法國行政法學說及實務的主要突破點，就是透過嘗試在行政契約約款中，具有「命令條款」性質之契約條款，以及契約締結前之「準備行為」，讓「越權之訴」可以進到「契約行為」的範疇中，來解決與行政契約有關之爭議。其中，關於契約締結前之「準備行為」，與我國ETC案爭執類似，容後詳述，在此先討論「命令條款」之問題。

首先，因行政契約之條款，係經行政契約當事人合意所作成，是以，理論上效力僅及於當事人間，第三人不受拘束。這也是導致行政契約爭議，被歸為「主觀之訴」之理由。

但是，在法國學說上，卻有所謂「命令條款[7]」(les clauses réglementaires)，其係指在行政契約中，以制式化、定型化方式所作協約，實際上具有類似「行政命令」之抽象、對世法律效果之契約條款，或是行政機關將行政命令內容直接內化到契約中成為條款。換言之，在作成方式上，有如民事上之定型化契約，但在法律效果上，則發生有如行政法上法規命令之

（文轉三版）

註釋

1. 關於法國法上行為形式選擇自由原則，請參見陳淳文（2005），〈論行政契約法上之單方變更權－以德、法法制之比較為中心〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第34卷第2期，2005年3月，第232頁。
2. 在字面上，les réglementaires administratives係為行政規則，但其意義，係指行政機關所訂定、發布而具有對不特定多數人產生效力之行為，在概念上與我國向來所稱行政規則並不相同，因此譯為行政命令，與我國學說法規命令類似。
3. 關於法國行政訴訟主、客觀訴訟之分類，可參閱陳淳文（2005），〈行政契約與撤銷訴訟－以法國行政訴訟實務為中心〉，收於：司法院行政訴訟及懲戒廳（編），《行政訴訟制度相關論文彙編》第四輯，頁508。
4. 關於法國行政訴訟法上越權之訴之客體及特徵，可參閱王必芳（2012），〈行政命令的抽象審查－以法國法為中心〉，《中研院法學期刊》，第11期，2012年9月，頁142。
5. 關於Laferrière教授上揭四大分類，參見陳淳文（2005），前揭註3，第507頁。
6. CE. Sect., 8 octobre 1982, Aldana Barrena, Lebon,p.9.
7. 此也可以看出我國（及德國）與法國之間之異同，我國及德國法針對特許合約，往往透過「雙階理論」加以處理，但法國即將此類契約直接定性為行政契約，而不將該行為割裂為二，再針對該行政契約內容中，有些具真正主觀性質，由當事人合意的契約條款，及另一些具抽象性質之「命令條款」，讓第三人可對命令條款提起撤銷訴訟，參見陳淳文（2002），〈論公法上之單方行政行為與行政契約〉，收於：《當代公法新論－翁岳生教授七秩誕辰祝壽論

植根法律資訊網 劃撥帳號：07929998 戶名：植根雜誌社有限公司 TEL:(02)2707-2848 FAX:(02)2708-4428
第二章 信託之稅捐義務 第四章 稅捐法規之司法審查各論 共825
訂購未滿 請自付郵
植根法律書
JUDICIAL 司法 訂閱 辦法
本刊每 全年
費用新臺
如蒙 請郵政 帳 5005 帳 司法院

法律網
訊的最佳平台
稅法解釋與司法審查（稅法總論第二冊增訂三版）
2015年12月（增訂三版）
著作人 黃茂榮 定價800
第一章 稅捐法之解釋
第二章 稅捐法規之司法審查
總論
頁
1000元者
資 65 元
書城熱賣中
WEEKLY
周刊
周出刊
訂閱
訂 閱
劃撥
號
4377
戶
司法周刊
幣400元

（文接二版）

對世效果。是以，在法國學說上，被稱為「有命令效果之協議」（une convention à effets réglementaires）[8]。

上述命令條款，既係「條款」，又具有「命令」之效力，得否適用越權之訴，以主張其無效？此問題之產生，乃因越權之訴之審理標的，法國最高行政法院在1988年4月22日Labit案[9]中已明白表示，越權之訴僅適用於行政機關違法之單方行為，而不得據以爭執行政機關之雙方行為。是以，這樣的命令條款應被評價為「單方行為」而得適用越權之訴？或評價為「雙方行為」而被越權之訴拒於門外？在法國行政法上，便成為爭點。

法國學者Laurent Richer認為，雖然就文義而言，使用「命令」（réglementaire）乙詞，但此並不意味著渠等即為單方行為，毋寧其僅係「法律效果」上接近於命令而已！（指：對第三人發生效力），本質上仍然是雙方合意下所為行政契約中之「條款」，故命令條款仍屬契約行為，其訴訟就不能以越權之訴為之，而必須以完全之訴為之。其主要區別實益，即為承審法官之權力，究係僅得為准駁（越權之訴）或享有完全之權力（完全之訴）。

是以，命令條款向來被拒絕於越權之訴之外。然而，在1996年7月10日之Cayzeele案（卡伊斯勒案）中，法國最高行政法院[10]允許越權之訴得適用於解決行政契約中之命令條款，並於原告請求有理由之情況下，法官得宣告撤銷該等違法之命令條款[11]。

情勢發展至此，行政契約中具有制式化、定型化的「命令條款」，若有違法，法國最高行政法院承認人民得適用「越權之訴」來請求法官撤銷該違法之「命令條款」！

至於行政契約締約前，為締約決定所作的「準備行為」（例如招標、決標、審標之決定，不予續約之決定等等），法國行政法則透過一系列判決先例，創設出「拆離行為理論」（acte détachable），讓該等行為，從行政契約中「拆離」出來，而獨立以單方行為方式加以評價，而適用越權之訴[12]。

簡單作個結論：依循向來法國最高行政法院傳統見解，行政契約外之第三人，只有在二種情況，可以享有訴訟權能，得以自己名義為原告，針對行政契約之瑕疵主張無效。第一種係透過越權訴訟，針對契約成立前之「準備行為」或前述的契約中「命令條款」，爭執其效力（參本文前述，下稱A型），此種情形得起訴之原告適格，法國行政法實務一向認定非常寬鬆，而到了接近「民眾訴訟」之程度[13]。第二種情形係透過完全之訴，所爭執的對象，是直接針對行政契約效力，但是訴訟權能，限於落選者始得提起（下稱B型）。

以下茲以（附表一）簡析之。

針對前述法國最高行政法院傳統見解，我們可以跟我國發生的ETC案作個簡單比較。

參 與我國ETC案之比較

我國ETC案中，原告宇通公司所提之訴，為行政訴訟法第4條之撤銷訴訟及第5條的課予義務之訴，而主張違法應撤銷之行政處分，係針對被告國道高速公路局公告遠東聯盟為最優申請人的「甄審公告處分」及後來的「異議決定」，並進而請求被告應作成「由宇通公司遞補為本件最優申請人」之處分，總括地說，爭執的是行政契約前階段「不利原告的締約決定」及進一步作成「利於原告之遞補決定」。其中，「不利原告之締約決定」在法國行政契約法上，即屬於契約締結前之準備行為，屬於前述「拆離行為」之一種。

至於原ETC契約之效力，原告宇通公司在訴之聲明中並未主張，但在理由欄中曾主張被告前階段的甄審公告處分與後階段建置營運契約間，呈現因果關係，後階段的行政契約，是前階段甄審公告處分所發展出來的結果。從而在理由欄中，原告宇通公司便主張「被告甄審公告（行政處分）不具合法性，則基於此一違法行政處分（甄審公告）後續發展之建置營運契約亦為無效。」[14]

而臺北高等行政法院在該案中，係以行政程序法第141條第1項規定準用民法第71條規定，導出行政契約倘違反強制或禁止規定亦為無效。再以促進民間參與公共建設法（下稱促參法）第45條第1項規定，佐以行政程序法第141條第2項規定，導出：「促參法規定，僅有經評定為最優申請人方得與主辦機關完成投資契約之簽約手續並依法興建、營運。此為強制規定，違反者，建置營運契約自屬無效。此為行政程序法關於行政契約之解釋所當然之理」。

簡單來說，我國的ETC案，原告為落選者（B型），其主張撤銷之訴（這部分似A型），而在理由欄中一併爭執契約效力（這部分又像B型），這樣的安排，對照法國最高行政法院傳統見解的兩者，等於兼採A、B型而一起主張（附表二）。

至於甄選決定公告之性質，在我國行政法學界，引起很大的爭論。有論者認為甄審決定並非行政處分，僅屬政府採購機關與人民間訂定契約整體行為中的一個階段，僅是締結契約過程中決定要締約及與誰締約之意思表示而已，不符合行政處分之要件[15]。亦有認為「私法行為」說，其認為採購法上甄選締約對象之決定，難以評價為具有行使公權力之特徵，其與一般契約締約前基於一定條件或要約而選定締約相對人之私法上意思表示間，很難看出差別，且立法者對於紛爭解決方式的規定，亦不必然等同於行為之性質，例如立法者將國家賠償事件納歸於民事法院審理乙節，並不代表國家賠償事件就是民事事件，因此促參法準用政府採購法，只是立法機關合義務裁量下的最適當功能考量[16]。但實務見解多數傾向擬制為「行政處分」[17]。我國學說多數說亦支持「行政處分」說，認為不論依行政程序法第92條第1項及訴願法第3條對行政處分之定義，甄審決定及公告均符合具體事件對外所為發生特定法律效果之單方行政行為[18]，且從促參法準用政府採購法第83條之結果，也可推知立法者有意將甄審決定及公告定性為行政處分，否則促參法第47條及政府採購法第83條將成為具文[19]。或認為促參法將甄審決定定性為公法爭議之規範架構下，可推知立法者亦有將甄審決定在實體法上亦定性為獨立之公法行政行為之潛在動機[20]。

至於建置營運契約之性質，臺北高等行政法院及最高行政法院在ETC案中均認為係行政契約。然而，最高行政法院在104年判字第102號判決中，則認為：「……甄審決定（即評定最優申請人）之實體法性質，促參法條文本身雖無明白揭示，然觀諸同法第47條規定：『參與公共建設之申請人與主辦機關於申請及審核程序之爭議，其異議及申訴，準用政府採購法處理招標、審標或決標爭議之規定』以及政府採購法第74條：『廠商與機關間關於招標、審標、決標之爭議，得依本章規定提出異議及申訴。』應可得知，立法者有意將甄審決定與促參投資契約履約之法律關係割裂評價，並將前者之爭議處理採公法救濟途徑解決。析言之，在促參法將甄審決定爭議定性為公法爭議之規範架構下，可推測出立法者併含有將甄審決定在實體法上定性為一獨立之公法行政行為的動機。又有鑑於政府採購法第83條將申訴審議判斷視為訴願，故依促參法第47條準用政府採購法第83條規定之結果，促參法意義下之甄審決定乃為一行政處分，核屬法解釋論正確操作之結果。據此，『主辦機關規劃由民間參與公共建設』此類促參投資契約簽訂事件如何為法律關係之評價，基本上應以『雙階理論』為思考出發點；亦即，前階段之甄審決定為一行政處分，而後階段投資契約簽訂與履行，則是另一獨立、具雙方法律行為屬性的契約法律關係。此種法律關係切割之結果，可簡化生活事實認定上之複雜性，各階段之區隔亦不致造成辨識上之明顯困難，有助於法律關係之釐清。」可知，雖然最高行政法院在該案中未明白指明「建置營運契約」為「私法契約」，但由其理由中提及「基本上應以『雙階理論』為思考出發點」等文字，「似可推知」最高行政法院將「甄審決定」定位為「行政處分」，「建置營運契約」為「私法契約」[21]。

（下期待續）

（作者為臺中地院法官，
法國巴黎高等政治學院法學博士）

（附表一）

情形	訴訟類型	訴訟標的	原告適格	法官權力
A	越權之訴	契約成立前之「準備行為」或契約中之「命令條款」	從寬認定，幾近「民眾訴訟」（較寬）	僅得撤銷
B	完全之訴	契約內容	落選者（較嚴）	不受當事人聲明之拘束

（附表二）

類型	訴訟種類	原告	訴訟標的	標的之性質
A	越權之訴（撤銷之訴）	第三人	撤銷契約前「準備行為」或「命令條款」（甄審決定）	單方行為
B	完全之訴	落選者（宇通公司）	契約效力（契約失其附麗）	雙方行為

註釋

文集》中冊，第106頁，元照。

8. André De Laubadère, Franck Moderne & Pierre Delvolvé (1983), *Traité Des Contrats Administratifs*, (2nd éd.). Paris : LGDJ.p. 108.
9. CE, 22 April 1988, Labit, Revue du droit public (RDP) 1988, 1457.
10. 有趣的是，在嗣後法國最高行政法院1997年3月14日Cie d'aménagement des coteaux de Gascogne案，法國最高行政法院再次強調越權之訴僅得適用於單方行為，不得適用於契約行為，參見CE, 14 March 1997, Cie d'aménagement des coteaux de Gascogne, Revue française de droit administratif（RFDA）1997,349, note Delvolvé.
11. Jean Rivero & Jean Waline (2004), *Droit Administratif*, (20th éd.) Paris :Dalloz.p. 459.
12. 陳淳文（2005），〈行政契約與撤銷訴訟－以法國行政訴訟實務為中心〉，收於：司法院行政訴訟及懲戒廳（編），《行政訴訟制度相關論文彙編》第四輯，頁505-543。
13. 參照王必芳，前揭註4，第144頁。
14. 參照臺北高等行政法院94年度訴字第752號判決。另參見陳思宏（2012），《雙階關係中前階行為效力對後階行為之影響－以政府採購為中心》，東吳大學法律學系碩士論文（未出版）。
15. 陳愛娥，〈促進民間參與公共建設事件中的行為形式與權力劃分－評台北高等行政法院94年度訴字第752號判決、94年度停字第122號裁定〉，《月旦法學雜誌》，第134期，2006年7月，第37、38頁。江嘉琪，2013年5月31日「公私合作與法律治理」研討會會議綜述，月旦法學雜誌，第224期，2014年1月，第282頁。
16. 程明修，〈公私協力契約相對人之選任爭議－以最高行政法院95年度判字第1239號判決（ETC案）之若干爭點為中心〉，《月旦法學雜誌》，第138期，2006年11月，第30-32頁。
17. 參照臺北高等行政法院93年度訴字第2157號判決、臺北高等行政法院94年度停字第122號裁定。
18. 參見李惠宗，〈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94年訴字第752號（ETC）判決〉，《臺灣本土法學》，第82期，2006年5月，第182頁。
19. 林明鏘，〈ETC 判決與公益原則〉，《月旦法學雜誌》，第134期，2006年7月，第10頁。
20. 詹鎮榮，〈促進民間參與公共建設法之現實與理論－評臺北高等行政法院之ETC相關裁判〉，《月旦法學雜誌》，第134期，2006年7月，第51頁。
21. 然而，我國行政法學界亦有見解指出，「雙階理論」並不一定就導出建置營運契約就是私法契約，毋寧雙階理論只是一種思考模式，它只是提醒我們面對一個生活事實的關係中，可能存在複數、不同的法律屬性之法律關係，吾人對於雙階理論之理解，不應先入為主產生「雙階」一定是「公法性質之前階段行為加私法性質之後階段行為」，這種安排只是可能性之一，並不能排除「公法性質之前階段行為加公法性質之後階段行為」。參見程明修，雙階理論之虛擬與實際，《東吳法律學報》，2004年2月，第15卷第2期，第165-204頁。倘若採此見解，則雙階理論就可能與法國法上「單方行為」加「行政契約」的模式相同。是以，最高行政法院使用「雙階理論」但卻未將後行為講明「私法契約」，是不是有意採取此種模式？尚不得而知。