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 下

文／林慶郎

（文接上期）

我國學者就此有不同論述，主張「私法契約」說者，主要論據在於促參法第12條已明文將投資契約之權利義務關係，依民事契約原則規範[22]，並有學者認為促參法準用採購法之立法意圖，顯係將建置營運契約前之甄審行為獨立視為另一個法律行為，同時將之與後續之契約關係切割，顯然有意將整體法律關係作雙階關係之預設，而非視為單一之法律行為，從而認為臺北高等行政法院之見解似乎無視立法者對於雙階關係中個別法律行性質已作之政策安排[23]；或認為投資契約雖然關係公共利益，但標的往往無涉公權力，而屬私經濟行為之公共建設興建與營運[24]；或認為採私法契約說較能使民間發揮活力，因為BOT之目的就是要提高效能增進社會福利，過多高權介入將會妨害市場機能運作[25]。亦有認為係「公私混合契約」者[26]，認為BOT法律關係錯綜複雜，投資契約內容常兼具私經濟行為約定及公權力介入之特許權，故必須區分各條款具體內容而分別評價[27]。但國內多數行政法學者贊同「行政契約」說，認為ETC契約涉及經營特許權，被評選為最優申請人之民間機構，藉由該契約會取得特別、獨佔之經營地位，其性質顯為公法上權利，殊難想像得透過私法契約即加以設定及變更，且契約履行中充滿高度公權力介入及公益色彩，更是行政契約之重要佐證[28]。亦有學者認為，投資契約係多階段、全面向之公、私協力興辦公共建設之方式，與一般政府採購契約有別，而屬行政契約[29]；或認為高速公路通行費之徵收，本屬典型之公權力行為，僅有國家得以公權力主體行使徵收之權限，為國家保留事項，個案屬性為行政契約[30]。至於促參法第12條之解讀，行政法學界有認為係因當時法制行政程序法尚未有行政契約專章，故適用民事法律關係僅係當時法制不得不然之結果[31]；亦有認為僅係揭示投資契約發生爭執時「法的適用順序」而已，並非對於投資契約為定性[32]。

關於甄審決定公告及建置營運契約之性質，在我國之所以引起爭議，乃因我國政府採購法採取雙階理論，致生促參法是否也應比照援引之問題，其主要爭執實益，乃在於後續之審判權歸屬，若促參法亦採雙階理論，將前階段的甄審決定公告定性為行政處分，後階段之建置營運契約定性為私法契約，則前後階段將分別隸屬於兩個不同審判權，此為我國政府採購法採雙階理論後，無可迴避之問題。

但若借用法國之經驗，不論是政府採購契約或投資契約，關於甄審決定公告之行為，屬於行政契約前階段之締約決定，理論上係透過前述拆離行為理論加以處理，且不論前階段締約決定之拆離行為，或後階段之行政契約，都是公法事件，均隸屬行政法院審理，在審判權劃分上較為明確，亦不致生前後判決矛盾之後遺症，似可採取。而我國ETC案實務最後認定之結果，將前階段甄審決定公告認定為行政處分，後階段之建置營運契約定性為行政契約，頗類似法國經驗，亦可讚許。

以下茲將法國模式與我國模式作一簡單區別（附表三）如下：

（附表三）

法國模式：

類型	訴訟種類	原告	訴訟標的	標的之性質
A	越權之訴	第三人	撤銷契約前「準備行為」或「命令條款」	單方行為
B	完全之訴	落選者	契約效力	雙方行為

我國模式：就甄審決定之救濟方式

類型	訴訟種類	原告	訴訟標的	標的之性質
C	撤銷之訴	落選者	請求撤銷「甄審決定」及「異議駁回處分」（行政訴訟法§4）	單方行為
D	課與義務之訴	落選者	請求作為由「落選者」得標之行政處分，並進而簽訂契約（行政訴訟法§5）	單方行為

以ETC案為例，我國模式與法國模式之比較

		法國	我國	備註
甄審決定	性質	拆離行為	多數採行政處分說。	若採行政處分說，則與法國相同，均為單方行為
	訴訟類型	越權之訴	多數認撤銷之訴（行政爭訟法§4）	相同，法國越權之訴即屬於撤銷之訴之一種。
建置營運契約	性質	行政契約	學說有爭議，實務採行政契約說	若採行政契約說則相同。
	訴訟類型	完全之訴	視請求內容而定	

此外，ETC案中，雖未發生但吾人認為值得探討，即：宇通公司得否直接起訴爭執建置營運契約之效力？換句話說，直接跨過針對甄審決定公告之爭執，逕以契約外第三人之身分為原告，爭執建置營運契約之效力？頗富研究趣味。法國2014年Tarn-et-Garonne案[33]對我國法制深具參考價值，下分析之。

肆 法國Tarn-et-Garonne案的開展

以下就法國塔爾省案，本文將先介紹該案判決要旨（（一）、判決要旨），再分析該案在法國行政契約法上之重要性（（二）、判決評釋）。

一、判決要旨

該案涉及塔爾省議會(conseil général)關於公務車的長期租賃契約，在2006年11月20日的評選結果(une délibération)中，招標委員會 (la commission d'appel d'offres)評定一家搜特哈勒公司 (la société Sotral) 為得標人 (attributaire)，基於該評選結果，省議會的常委會 (la commission permanente) 便授權地方議會議長 (le président de l'assemblée départementale) 與搜特哈勒公司締約。

後來在2007年1月18日，塔爾省的參議員(conseiller général) François Bonhomme先生向土魯斯地方行政法院 (le tribunal administratif de Toulouse) 提起越權之訴，請求法院撤銷2006年11月20日的評議結果（即評選決定）。

後來土魯斯地方行政法院認為原告之訴有理由，在2010年7月20日撤銷了2006年11月20日之評議結果，並課與締約當事人，在尚得尋求透過對契約較為和諧的微調、補救措施下，盡可能先加以調整契約內容，若無法調整，則必須另行起訴請求契約法官加以宣告契約無效。

嗣塔爾省議會不服該判決，乃向波爾多高等行政法院（la cour administrative d'appel de Bordeaux）提起上訴，波爾多高等行政法院維持原判，塔爾省議會再向法國最高行政法院提起上訴。

這個案子有一個值得吾人關注之點，在於雖然本案原告所提的訴訟類型是越權之訴，而其所爭執的也是行政契約締約前的評選決定。但是，在2014年3月21日下午2時開始，由法國最高行政法院底下的訴訟部總會（Assemblée du contentieux）所主辦，在法國最高行政法院舉行的公聽會（Séance publique）中，該案的公開報告人便事先在一個星期前（2014年3月14日），於法國最高行政法院的官網[34]中，公告本案所涉及到的二個重要行政法議題，分別是：

問題一、（最高行政法院）是否適合將（訴訟權能）開放給全部的第三人，當該第三人具有足夠的利益，得爭執行政契約之效力？因為之前依據2007年7月16日Tropic案的標準（只有開放給行政契約締結的落選者）始得為之？倘此答案為肯定，根據何種理由（賦與該第三人訴訟權能）[35]？

問題二，假如第一個問題是肯定的，那麼向來針對行政契約簽訂之前的準備行為，即依現行實務見解，認定為拆離

（文轉三版）

註釋

22. 立法院公報第89卷第9期院會記錄，轉引自顏玉明，〈我國促參法BOT契約法律性質初探〉，《臺灣本土法學》，第82期，2006年5月，第169頁，註9。
23. 程明修，〈行政訴訟類型之適用－有關雙階理論、行政處分是否消滅的爭議〉，《臺灣本土法學》，第81期，2006年4月，第119、120頁。
24. 劉紹樑，〈論BOT基本法〉，《月旦法學雜誌》，第33期，1998年2月，第25頁。
25. 王文宇，〈行政判斷與BOT法制－以ETC案及京站案為例〉，《月旦法學雜誌》第142期，2007年3月， 第36頁； 及2013年5月31日「公私合作與法律治理」研討會會議之發言，月旦法學雜誌，第224期，2014年1月，第277頁。
26. 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， 第89-94頁，該文介紹了關於德國法上公私法混合契約之類型，而該等類型實質內涵與我國促參法之投資契約極為類似，可供參考。
27. 陳清秀，〈特許合約與公權力行為〉，《月旦法學雜誌》， 第34期，1998年3月，57頁。
28. 江嘉琪，〈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114頁。
29. 李惠宗，前揭註18，第190頁。
30. 詹鎮榮，〈促進民間參與公共建設法之現實與理論－評台北高等行政法院之ETC相關裁判〉，《月旦法學雜誌》，第134期，2006年7月，第58頁。
31. 林明鏘，〈促進民間參與公共建設法事件法律性質之分析〉，《臺灣本土法學》，第82期，2006年5月，第222頁。
32. 詹鎮榮，前揭註30，第59頁。
33. 行政程序法諮詢委員會2001年最終建議中，即已提出對於第三人如何介入及透過何種方式介入影響契約當事人之法律關係，要求檢討回應，以利日後面對多邊法律關係當事人時，能強化法律關係內人民權利保護，及第三人表示意見前契約效力可能因此處於效力未定之不明確狀態，參閱程明修，〈公私協力契約與行政合作法〉，《興大法學》，第7期，2010年6月，第119頁。
34. http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Role-en-ligne-principales-affaires/Seance-publique-du-21-mars-2014-a-14-h-00，最後瀏覽日期：2014年11月7日。
35. 該問題之全文為：「Convient-il d'étendre à l'ensemble des tiers justifiant d'un intérêt suffisant le recours en contestation de la

（文接二版）

行為，所為的越權之訴，是否還有必要維持[36]？

而最後法國最高行政法院也採用了該次報告人（前稱為「政府諮詢委員」[37]，雖名為「政府〇〇委員」，但本質上卻不是政府官員，而是法國最高行政法院法官）所提出來的研究報告，並撰入判決中。由此案亦可印證法國最高行政法院公開報告人的報告，往往為法國最高行政法院帶來新的思想，也使法國最高行政法院的見解，在法國行政法學的發展當中，扮演非常重要的角色[38]。

法國最高行政法院的判決中，除了針對上訴理由的分析外，主要就是在判決第一大段，花了相當篇幅，論述了是否要開放給第三人對於契約效力加以爭執的直接訴權。法國最高行政法院認為，應該開放給所有「因契約之簽訂，而受害或可能受害之第三人」均可以提起請求「契約法官」，以爭執契約的效力。

首先，最高行政法院先解釋了法國行政契約法上，契約當事人得享有彼此獨立的救濟途徑（indépendamment）。共有三個，分別為：（一）、以「完全之訴」之方式，起訴請求「契約法官」以爭執契約之效力；（二）、以「越權之訴」之方式，起訴請求「越權法官」以爭執契約中的命令性條款（clauses réglementaires）及「拆離行為」;（三）、以「緊急程序」之方式，起訴請求「契約緊急程序法官」（le juge deu référé contractuel），依行政組織法第551-13條以下之規定，提起緊急程序。

其次，法院認為，舉凡契約的簽訂（passation）或契約的約款（clause）有可能侵害的「所有第三人」（tout tiers），都可以針對契約的效力（la validité du contrat）或契約中可分（divisibles）且同時不具命令性質之條款（les clauses non réglemeentaires）加以爭執。

至於第三人利益受侵害之方式，最高行政法院也認為，係指利益會被契約的簽訂或約款，以「充分直接且確定之方式」（de façon suffisamment directe et certaine）加以侵害者。

至於為了避免這樣的訴權開放，將導致契約關係的不安定，最高行政法院也同時提到，這個訴權的行使，必須是從完成「適當之公告措施」（accomplissement des mesures de publicité appropriées）之後二個月內為之。至於何謂「適當之公告措施」？最高行政法院認為必須該公告同時提到「契約之締結」及若干遵守法律所保障之秘密下，所作的「諮詢條件限制」（les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi）。簡言之，後者是在避免已締結的行政契約，遭有心人士藉此「以起訴之名，行窺知秘密之實」，畢竟行政契約之履行，背後有公共利益存在，若允許第三人藉此干擾契約之履行，恐非此訴訟權能開放之目的。

如果符合了上揭要件，最高行政法院認為該訴訟，是由「契約法官」來審理，而契約法官必須要審酌「違法性的重大程度」（importance des irrégularités）及「造成的結果」（conséquences）。

首先，必須考量「瑕疵之性質」（la nature de ces vices），看契約存續是否仍屬可能（la poursuite de l'exécution du contrat est possible），或是要求當事人在固定期限內採取調節措施（prendre des mesures de régularisation），盡可能避免直接解除或終止契約之履行。

若瑕疵的性質重大，則契約法官必須衡量，若契約之解除或終止，對於公共利益不會造成過大的傷害，契約法官得宣告契約解除或終止，或針對違法的契約條款，是否與其他條款間可分，而分別宣告一部或全部無效。當然，上述的所有方法，都可以搭配課予當事人賠償他方損害。

二、判決評釋

「塔爾省案」推翻了向來法國最高行政法院的傳統。原本依照法國行政法傳統，只有「契約當事人」得直接請求「契約法官」，以爭執行政契約之效力。至於契約外的第三人，原則上不得請求。例外只有在所謂的「拆離行為」即契約締結之前的準備行為，法國最高行政法院才在1905年透過Martin案開放此種途徑。再者，一個不合法的拆離行為被撤銷之後，亦僅於例外情況下，始導致接下來的契約隨之無效。以此作概念上之區別，其目的係為了要兼顧「契約關係安定性」，以避免第三人，在契約執行之過程中，動輒去爭執契約效力，而妨礙公共利益之實現。

然而，上述傳統見解所建構出根據「不同的原告」而有「不同的救濟方式」的模式，普遍被認為是不夠周延的。

法國行政法學界，乃嘗試從二個主要的方向，使傳統架構產生弱化，以突破此困境。

第一個方向：創設一種「特別的第三人」概念：

即在契約締結過程的「落選者」，承認其有直接挑戰契約效力之機會。這個開放是法國最高行政法院既成的事實，在2007年的Tropic案中，最高行政法院同意「落選者」可以請求契約法官，宣告契約無效，此即為前述表格中之「B型」。

第二個方向：廣泛承認「契約效力之多樣性」：

除了創設一個「特別的第三人」概念外，實務界也給契約法官一個新的工具，讓契約法官得除了系統性、體系性地宣告「回溯廢止」之法律效果外，尚有其他的方法可以懲罰契約上之違法行為。例如，在2009年的Brezier I案[39]中，法國最高行政法院便認為，契約法官可以宣告契約終止（向後失效），或是契約維持有效，而賦與利害關係人損害賠償請求權。

上述兩種開放，第二個方向的開放明顯可以看得出來，更符合契約關係的安定性的要求。

而最高行政法院「塔爾省案」，同時將上述二個方向整合起來，將直接訴權，開放給那些因為「契約之締結或條文之內容」（所以，不只是前階段關於當事人的選任，還包括契約內容本身）可能受侵害之第三人。是以，這些所謂可能受侵害的第三人，既然可以在契約法官面前，爭執整個契約或契約中某些條款之效力，如此一來，在「塔爾省案」創設之見解下，原先法國行政法就「拆離行為」之救濟管道，就變得沒有實益了，從今以後「第三人」會直接請求「契約法官」來爭執契約效力，而不用再迂迴以「越權之訴」打「拆離行為」之訴訟。

是以，往後此新的救濟方式，在適用上，會有幾個現象。

第一，該案所建構之第三人，必須要證明他們的利益「被侵害或可能被侵害」，同時被侵害的方式，必須係「以足夠直接及確定之方式」。

從而，在這個基礎之上，這些第三人必須主張，其「利益侵害」來自於「最具有直接關係之契約上瑕疵」所致，或是請求契約法官將重大瑕疵認定成是具有直接關係。簡言之，「利益侵害」與「契約瑕疵」間，必須有很直接重要之因果關係。

第二，在判斷完瑕疵的重要、直接的特性之後，審理的法官便進一步需要評估：瑕疵的重要性，及對於原告（第三人）之後果，並在兩者間加以權衡。

針對個案的情況，法官可以決定說，如果契約持續進行「仍屬可能」的話，就邀請或責令雙方進一步去調整給付內容；如契約持續進行「已不可能」，法官則決定「向後失效」之日期，但此種情形僅限於：契約內容違法，或是雙方意思表示合致存在瑕疵，或契約存在其他特別重大的瑕疵，且法官在審酌將契約宣告無效，並不會對公共利益造成重大的傷害，才可以宣告整個契約是無效的。

而不論在契約持續進行是否可能，契約法官均得要求一造透過給付損害賠償之方式，來填補他造的損害。

最後，要附帶一提的是，「塔爾省案」似乎有一個前提，是必須行政契約已經締結，才有賦與第三人直接訴權之必要！然而，若契約尚未締結，但締約決定已經不合法，則如何救濟？學者認為，同樣的救濟方法，也開放給與若干依法律規定，對於行政契約有利害關係的地方自治團體代表，及負責行政契約合法性控制的省長。因此，考量到他們的合法性審查及公共利益控制的義務，省長及地方自治團體代表，得於行政契約尚未簽定之時，請求撤銷契約締結前之拆離行為，以避免日後救濟之煩。

簡單作個結論，法國學說均認為這是法國最高行政法院創設了一個行政契約上第三人的直接訴權（une voie de recours direct），其目的乃為了兼顧「行政行為合法性」及「契約法律關係安定性」（l'impératif de sécurité juridique）的利益調和，第三人針對「特別重大的違法」或是「與利益侵害直接相關的事實」，得提起完全之訴爭執契約效力。

伍 結論：行政契約走向之思考

每個國家對行政契約之不同走向，會影響行政契約發展之良窳。在將行政契約視作只是純粹當事人間的「規範」之國家，行政契約產生的法律關係，會偏重在「契約相對性」原則之落實；對契約效力的評價，也會著重在「主觀面向」，當事人之意思表示，對於契約效力而言，居於較重要之地位。從而，不宜過度容許契約外之第三人挑戰行政契約之效力。

反之，在將行政契約視作不僅僅是當事人間的「規範」，甚至影響國家公共利益之實現，行政契約之作成，包括當事人之選定、契約內容之約定等，也往往涉及國家資源之分配與國家財政之劃分。如此一來，行政契約產生的法律關係，不僅僅只有相對性，對契約效力的評價，必須兼顧「合法性審查」的客觀面向，當事人之意思表示，對於契約效力而言，即有可能因為「合法性審查」及「公共利益」之考量下，受到若干修改或退位。從而，當事人在行政契約之地位，將不再是「堅不可撼」，契約效力也不再享有不可挑戰之絕對權威，反而因契約簽訂或契約內容可能侵害其利益之第三人，有必要賦與其起訴主張爭執契約效力之救濟途徑。

是以，在越來越多行政契約涉及廣大公共利益時，當行政契約內容，因合法性產生疑慮，而有危及公共利益之實現時，「行政行為合法性之維護」與「行政契約法律關係安定性」之衝突，應如何調和？是否考慮賦與第三人得請求法院「介入」行政契約，來進一步調整、修正甚至走到極端，逕予宣告行政契約無效，涉及行政契約在我國未來之走向與定位，亦將牽動我國未來行政契約法之演變，值得關注。

（作者為臺中地院法官，
法國巴黎高等政治學院法學博士）

註釋

validité du contrat ouvert par la décision Société Tropic Travaux du 16 juillet 2007 et, dans l'affirmative, selon quelles modalités ?」，參見法國最高行政法院公告，參前揭註34，最後瀏覽日期：2014年11月7日。括號內容為法國最高法院官網全文所無，乃為俾益讀者瞭解問題，而由筆者翻譯所加，附此敘明。

36. 該問題之全文為「En cas de réponse positive à la première question, le recours pour excès de pouvoir contre les actes préalables à la signature du contrat, regardés aujourd'hui par la jurisprudence comme détachables de celui-ci, doit-il être maintenu?」，參見法國最高行政法院公告，參前揭註34。
37. 我國學說亦有人譯為論告官，參見Jean-Marie Pontier（著），張惠東（譯），（2010），〈獨立行政機關〉，《東吳公法論叢》，第3卷，頁231-264。
38. 關於判例在法國行政法的地位，請參閱王必芳（2009），〈判例在法國行政法上的地位〉，《中研院法學期刊》，第5期，頁291-360。
39. 法國行政法上有二個著名的Brezier案，一般行政法教科書，針對2009年的案子，會稱為 Brezier I 案，2011年的案子，則稱為 Brezier II 案。