

※有關委託經營契約應屬公法或私法之定性問題疑義乙案

發文機關：臺北市政府法規委員會

發文字號：臺北市政府法規委員會95.07.18.北市法一字第09531835200號函

發文日期：民國95年7月18日

主旨：有關 貴處委託經營契約應屬公法或私法之定性問題疑義，復如說明，請 查照。

說明：

一、復 貴處95年7月7日北市工公秘字第09562484700號函。

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，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（行政契約或公法契約）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。」

四、查 貴處與○○育樂事業股份有限公司因91年青年公園高爾夫球練習場委託經營管理涉訟乙案，依臺北高等行政法院92年訴字第721號裁定略以：「……公證人就系爭契約性質之判斷，不具有拘束法院之效力，故公證人縱以系爭契約為公法契約為由，拒絕辦理公證，並不當然使該契約之性質被定性為公法契約，……法院於審理時，仍應就契約之內容予以判斷。……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。」等語。倘

貴處其他委託經營契約類此性質，臺北高等行政法院裁判之見解應予尊重。至於依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。」在委託經營契約屬於私法契約的情形，據來函所述法院公證處就委託經營契約拒絕受理公證，此乃司法實務上之難題。為解決此一問題，除可於契約中增列「約定免供擔保聲請假處分或假執行」之契約條款外，並請約定受託人同意遵守臺北市市有財產委託經營管理自治條例第16條之規定：「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。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。」以維本府權益。

- 五、另公私法領域之劃分，向為行政法學上之難題。又訴訟事件之審判權歸屬，在採民事訴訟與行政訴訟分離之國家，恆屬難題，各國法制多設有解決衝突之機制。查我國行政訴訟法第 178 條規定：「行政法院就其受理訴訟之權限，如與普通法院確定裁判之見解有異時，應以裁定停止訴訟程序，並聲請司法院大法官解釋。」又於民事訴訟法第 182—1 條規定：「普通法院就其受理訴訟之權限，如與行政法院確定裁判之見解有異時，應以裁定停止訴訟程序，聲請司法院大法官解釋。但當事人合意願由普通法院為裁判者，由普通法院裁判之。前項合意，應以文書證之。」是關於來函所詢，貴處委託經營契約應屬公法或私法之定性問題，建請本於契約內容、目的之意旨，並參酌行政法院之見解再予衡酌。倘就具體個案該委託經營契約性質定性為公法契約有疑義時，參照上開民事訴訟法規定或以選擇私法契約為宜。