

發文字號：法務部 91.07.31 法律字第 0910700386 號書函

發文日期：民國 91 年 07 月 31 日

要 旨：地方政府未辦理市地重劃前，經土地所有權人立具同意書，同意政府得先行使用，並不列入徵收或日後要求任何補償，該同意書之性質及對繼受取得所有權人之效力拘束疑義

全文內容：法務部「行政程序法諮詢小組」第二十九次會議紀錄

法務部九十一年七月三十一日

法律字第○九一○七○○三八六號書函

時間：九十一年七月十日（星期三）上午九時三十分

地點：本部二樓會議室

主席：林常務次長錫堯

壹、討論事項：

一、背景說明：

為興建東西向快速道路之需要，臺中市政府於未辦理市地重劃前，經土地所有權人某甲立具同意書略以，同意該府先行使用該土地，俟將來列入重劃時再參加土地分配，且不列入徵收或日後要求任何補償，復經臺中市政府函復查照在案。茲因該土地經法院拍賣移轉登記為某乙所有，某乙主張渠不受上開同意書之拘束，請該府依法辦理土地徵收補償。

二、問題爭點：

（一）該同意書性質為何？

1. 臺中市政府意見：為代替行政處分之行政契約。

原土地所有人所出具之提供土地使用同意書，其前提必有公共工程之需要所為之承諾，故屬行政契約，上開同意書難以單純視為單方意思表示。惟由於當時行政程序法（以下簡稱本法）尚未施行，故未遵循行政契約的法定方式，此一如稅法上之承諾書。此即本法第一百三十七條所定：「行政機關與人民締結行政契約，互負給付義務者」之雙務契約，而此種雙務契約雙方皆負有義務，可以替代行政處分，並經本法第一百四十二條第四款表明。

2. 法律事務司初步研究意見：

關於行為方式屬性的劃分，學理上均以法律行為與事實行為，單方與雙方法律行為的劃分作為建構其法律效果的標準。以下試擬本件同意書可能之屬性。

甲說—行政契約：按本法第一百三十五條規定：「公法上法律關係得以契約設定、變更或消滅之。但依其性質或法律規定不得締約者，不在此限。」本件立書人同意先行提供土地供臺中市政府興建道路使用，不列入土地徵收案，已涉及人民公法上之權利義務關係，臺中市政府復承諾日後將納入市地重劃之土地分配，此一協議內容亦包含行政機關本應為行政處分或其他高權措施之義務，稽其性質，應屬本法所稱行政契約（參照林明鏘「行政契約與私法契約—以全民健保契約關係為例」，收錄於台灣行政法學會主編「行政契約與新行政法」，第 210 頁；吳庚著「行政法之理論與實用」增訂七版，第 400 頁）。

乙說—事實行為

- (1) 按行政契約與協議應有區別，協議是一種「非正式的行政行為」，並非傳統行政法上所承認的行政行為，通常是在行政機關作成行政決定之前，與當事人達成某種共識，以準備作成「正式行政行為」（行政處分或行政契約），甚至可代替「正式行政行為」。本件同意書並未直接設定、變更或消滅公法上法律關係，僅係將人民願意提供或保證之事項予以具體化，法律上無拘束雙方之效力，應歸類為事實行為之一種，非屬行政契約（參照林錫堯著「行政法要義」，第二次增修版，第 379 頁）。
- (2) 次按本法第一百三十九條本文規定：「行政契約之締結，應以書面為之。」本件係由人民出具同意書，同意承擔一定公法上之義務，該書面僅有單方之意思表示，不符上開要件，非本法所稱之行政契約。

(二) 繼受取得所有權人（即某乙）是否受該同意書拘束？

1. 臺中市政府意見：肯定說。
 - (1) 原土地所有權人提供之土地同意書為替代行政處分之行政契約，依本法第一百十條第三項規定，行政契約在未撤銷前，對繼受人亦有拘束力。
 - (2) 本法第一百四十九條規定：「行政契約，本法未規定者，準用民法相關之規定。」行政契約對繼受取得的後手是否具有拘束力，行政程序法並未明文規定，故應準用民法規定。此種行政契約乃當事人使其土地忍受行政機關先行使用，此為公法上之

負擔，類似租賃關係，而比租賃關係更強烈，包括排除其他非公益性質的使用。民法第四百二十五條「買賣不破租賃」原則，於此可以準用。再者，基於從權利不優於主權利的法理，原所有權人尚受此種限制，繼受取得之人，焉有不受拘束之理。

2. 法律事務司初步研究意見：

甲說—否定說：

- (1) 行政契約原則上如同所有的契約具有相對性，只在當事人間發生效力，對於非契約當事人之第三人不會產生拘束力，同樣地，當事人以外之第三人亦不得基於該契約向當事人主張任何權利。惟基於行政契約的特殊性，法國立法例承認在某些例外情形下，契約條款對契約外之第三人亦產生相當之法效力（參照吳秦雯「行政契約之效力與履行：以法國法制為中心」，政大碩士論文，第 103~105 頁）。本件上開爭點一如採甲說（行政契約）時，基於契約之相對性，似無法拘束某乙。
- (2) 再者，在行政機關與人民訂立行政契約後，如人民不履行義務時，行政機關雖立於高權地位，仍應向行政法院提起給付訴訟，於取得執行名義後，再依法聲請強制執行，除非法律特別規定，否則應不許行政機關以行政處分之方式貫徹其因契約所生之請求權（參照吳庚，前揭書第 412 頁；張文郁，行政契約與私法契約之區別—以最高行政法院僱傭契約之裁判為中心，收錄於台灣行政法學會主編前揭書頁 435。）。前開肯定說見解理由之一係引用本法第一百十條第三項有關行政處分效力之規定，參照上開說明，似有誤認。
- (3) 復查前開肯定說見解認為本件得準用民法第四百二十五條「買賣不破租賃」原則，按上開原則係指租賃關係存續中，承租人對於取得租賃物所有權或其他物權之人，基於其經濟上之弱勢地位，亦得向繼受取得所有權人主張其租賃權。惟本件性質上為行政機關無償使用他人土地，應屬使用借貸關係，學說上多認為其不具此等社會性，不得類推適用該原則。
- (4) 本件上開爭點二如採乙說（事實行為）時，該行為非屬本法所稱行政契約，對於雙方當事人並無法律拘束力，更奢言繼受取得所有權人應受其拘束。

乙說—折衷說：繼受人如明知或可得而知該土地已設有公法上之

負擔時，該同意書自得以拘束繼受人。

按不動產經法院拍賣取得，學說及實務均認其係繼受取得，原土地所有權人既已同意臺中市政府先行使用該土地，基於後手權利不得優於前手之法理，繼受取得所有權人（即某乙）自應受其拘束，惟某乙經法院拍賣取得該土地時，如無從知悉該不動產上已存有其他債權或負擔，即令其承受原土地所有權人之地位，似有不公，故應修正為繼受取得土地所有權人如明知或可得而知該土地已設有公法上之負擔時，該同意書自得以拘束繼受取得所有權人，以符事理之平。

貳、發言要旨：

林次長錫堯：

本件係因臺中市政府來函詢問，所詢事項與行政程序法之適用有關，並同時涉及內政部職權，雖為個案，但本小組主要係處理通案解釋問題，本次委員發言意見僅提供該府參考，至於具體個案仍待該府本於職權具體判斷。而有關爭點一之部分，為求簡化問題，在此僅先區分行政契約、事實行為或其他行為分類，至於究竟屬於行政契約中之雙務契約或其他契約類型，則暫不討論。

陳司長美伶：

本件問題背景係因地方政府進行公共建設、都市更新前，皆須人民事先提供土地利用，但受限於地方財政困窘，無法以徵收補償之方式為之。本件爭點之一在於此同意書之性質為何，按過去實務上皆將土地法第二十五條之同意書視為處分行為，惟其性質與此處之先行使用同意書尚非一致。又本件雖為個案，但各地方政府皆會面臨同樣問題，故在此作為通案學理之討論。

臺中市政府代表：

臺中市政府在民國七十八年至八十七年間，有關公共道路工程進行時，皆以同意書之方式取得人民土地，本件則因法院拍賣同意本府使用之土地，致所有權移轉至第三人所有，而該第三人主張本府應徵收並給予地價補償，故臺中市政府認為原所有權人提供之同意書，為替代行政處分之行政契約，依行政程序法第一百十條第三項規定，行政契約在未撤銷前對繼受人有拘束力。此外，臺中市議會也通過決議，將以公告現值約一千五百萬元價購該土地，而繼受人當初則係以約七百萬取得該筆土地。

內政部代表：

- 一、各縣市政府對於公共建設用地之取得，在都市計畫說明書中皆可規定其取得方式，依都市計畫法第四十八條規定，地方政府可以採用徵收、區段徵收或市地重劃等三種方式完成，至於究竟以何種方式為宜，則取決於地主意願。而以區段徵收或市地重劃之方式進行，係考慮國家資源有限，如果全部用徵收方式進行，國家財政顯然難以負擔，而原地主以使用價值較低、面積較大的土地變更成使用價值較高、面積較小的土地，付出所謂公共社會成本，也就是一般所謂抵費地的觀念。
- 二、次按土地徵收條例係在八十九年二月二日公布施行，依照現行徵收程序，如果都市計畫說明書已規範採整體開發方式進行，不論採市地重劃、區段徵收或其他方式皆可，惟不能以一般徵收方式進行。但本件係在八十一年間所發生之個案，臺中市政府在都市計畫執行面可有彈性，其說明書通常規定原則上以市地重劃方式進行，原地主不同意時，則改以一般徵收方式進行，故本件應無現行土地徵收條例第四十九條規定撤銷徵收之問題。

李教授惠宗：

- 一、本件並非個案而是各縣市政府皆存在之類型，主要是因為地方政府需要進行公共建設，但又受限於預算，無法馬上徵收，只好以較優惠的市地重劃方式處理，與既成道路之徵收補償問題類似。這個同意書的性質當然是個人的意思表示，至於是否為行政契約，因其性質接近實務上運用之稅務協談，且有關書面之形式要件不一定要雙方共同簽署，故個人認為其應屬行政契約。本件法院在進行拍賣時，因為上開行政契約之締結並非法定登記事項，故並未註記該事項，此種情形當事人亦非善意，基於從權利不得優先於主權利，此種公法上負擔即對於後手產生拘束，如果認為後手不受拘束，恐將有違誠信原則。
- 二、這種類型其實也可以考慮其為跛足契約，當事人一方之權利義務十分清楚，也就是人民必須立即提供土地無償使用，至於另一方應負擔之義務，即臺中市政府必須於何時進行市地重劃則不明確。契約對繼受之善意第三人亦會產生拘束力，肯定說見解應屬可採。本件如果我們藉用所謂屬物性之法律關係可以繼受之法理，差別僅在於是否仍待明文規定，依行政程序法第四條規定，行政

行為應受法律及一般法律原則之拘束，上開繼受法理亦可成為一般法律原則而得以拘束第三人。

劉委員宗德：

- 一、本件案例在民國八十一年時純粹係因當時背景造成，並經內政部函釋同意以此方式進行，惟基於土地徵收係一高權行為，依現行法制則不應同意此種方式。對於爭點一同意書之性質，應認為非具法律行為之效力。至於所謂自願負擔或者行政契約之書面形式不須雙方共同簽署等理由，皆無法支持該同意書為行政契約之性質，所以該土地使用同意書僅係代表人民之善意，即便當事人未變更，亦不受其拘束，行政機關應以徵收方式取得該土地為正辦。
- 二、如果將上開同意書解為行政契約，就會產生今天臺中市政府所引用自由時報九十年六月六日報載內政部、行政院主計處所謂「以競標方式，每年提撥一定金額，供急於取得既成道路補償費的地主，以較低徵收標準優先申領」這種錯誤處理方式，因為不論徵收或補償都有一定方式和標準，也就是依法行政原則，上開處理方式明顯違反法律保留、法律優位原則。
- 三、綜上所述，本件應解為事實行為，因為根據該同意書上所載，當初人民只同意將來列入重劃再參加土地分配，為了解決政府公共建設，所以人民善意地同意無償先行提供土地。而人民提出土地後，政府卻沒有馬上進行後續市地重劃等工作，故當事人應該可以隨時撤回意思表示。再者，對於臺中市擬具解決方案係以上開內政部、行政院主計處建議模式為基準，再研擬自治條例送請議會審議之方式，個人期期以為不可，站在人民財產權保障之立場，雖然其以自治條例之形式執行，但在法治主義優先民主主義之原則下，該方案實有斟酌之必要。

湯委員德宗：

- 一、關於爭點一部分，因為該事項屬於公法之法律關係，所以該同意書應屬於行政契約之類型，至於是否發生行政契約之效果，則是另一個問題，因為該行政契約之內容如此不明確，只有同意土地先行使用，至於何時應進行市地重劃、土地分配比例等必要合意之點皆未載明，其合意是否明確存在，尚待討論。
- 二、關於爭點二部分，本人則採取折衷說。如果買受人某乙在事先不

知道有該同意書存在，又豈能因為該土地係由法院拍賣而當然拘束某乙，此處即產生民法上權利瑕疵擔保之問題。

廖委員義男：

- 一、公共設施用地之取得方式可分成一般徵收、區段徵收及市地重劃等三種方式。採區段徵收之方式，人民享有優先承買權；至於市地重劃之方式則是對人民最有利，因為土地重劃後可以取回原來等值之土地。本件依同意書內容所載，可以視為代替行政處分之行政契約之要約，臺中市之回函亦可視為承諾，基於該契約之標的帶有公共性質，視為行政契約殆無疑義。
- 二、關於爭點二部分則應採取折衷說。因為行政契約是否當然拘束繼受人，應視情形而定。如果是屬於法定義務，則應隨同移轉至繼受人，自得採肯定說。惟本件係意定義務，基於契約相對性，原則上應採否定說，只有在例外情形，也就是折衷說認為在繼受人明知或可得而知該土地已設有公法上之負擔或契約內容時，自應受其拘束。再者，當一個所有權人處分其物權時而產生對抗第三人之效力，現行制度是採用登記及公示原則處理，例如法院拍賣公告應予記載等方式處理，否則無法逕論以該行為即得以拘束第三人。至於本件系爭土地目前雖為公共建設使用中，並不當然表示某乙事先知情，此乃事實認定之問題。

許委員宗力：

- 一、本件爭點一尚難遽以判斷，依行政程序法第一百三十九條規定，行政契約之締結，應以書面為之。本件同意書雖有書面，但雙方當事人並沒有共同簽署在同一份文件上互負義務，對人民而言，此處之同意書絕非單純事實行為，當然也不是跛足契約，而應回歸行政程序法之行政契約類型判斷，但困難處就在於我們是否要放寬書面之要件，不再限於單一書面，包括數個書面的文件亦可綜合判斷之，如果我們採肯定見解，亦可以作為日後判斷實務上運用之切結書屬性。
- 二、如果我們以同意書屬於行政契約之基礎上看爭點二，也就是公法上之權利義務可否移轉之問題，屬物的法律關係，即可以移轉，例如對物課予稅捐，但如果是屬人性或一身專屬性之關係時，則無法拘束後手，與繼受人是否明知或可得而知無涉。本件同意書應不屬於屬物性之關係，所以無法拘束後手。

陳委員愛娥：

- 一、依照都市計畫法第四十八條規定，公共設施保留地之取得應以市地重劃之方式取得土地。本件會造成爭議之原因，係因臺中市未依法辦理市地重劃即將人民土地先行使用，根本解決之道即應立刻辦理市地重劃。
- 二、本件爭點一是否為行政契約應先釐清何謂契約及有效契約之概念，只要雙方意思表示合致契約即成立，至於行政程序法規定書面等形式要件，係屬有效性之判斷。本件同意書為八十一年間簽署成立，行政程序法當時尚未施行，並無行政程序法第一百三十九條規定：「行政契約之締結，應以書面為之…」之適用，故當然屬於行政契約。
- 三、有關法院拍賣之效力問題，原則上只要拍賣公告上沒有記載之權利義務，在法院拍賣點交當事人後，即應一律除去。而這裡折衷說所謂明知或可得而知什麼？如果係指該土地須提供公用負擔似非爭執重點，即便日後未發放補償費，其公法上之公用負擔亦不會被挑戰，其重點應在於繼受人要求發放補償費，也就是同意書所載日後參與土地分配而不得請求補償一節，鑑於該內容並未納入拍賣公告，並非繼受人明知或可得而知，故繼受人當然不受該同意書之拘束。

董委員保城：

本件同意書係在行政程序法施行前簽署，所以應從實質意義判斷，而無庸依目前文義嚴格解釋書面要件，故應屬於行政契約。按人民的基本權利固應保障，尤其是人身自由、言論自由應受到絕對保障，但在財產權之保障則應兼顧其行使之社會性。本件契約內容係由人民先行提供土地供政府使用，惟行政機關卻遲遲未履行義務，進行市地重劃，因此可以考慮適用行政程序法第一百四十七條情事變更之調整或終止契約規定，給予人民損失補償，使得配合政策之人民得到平衡，方利於國家政務之推動。至於是否得以拘束繼受人，如果站在德國學說上承認行政契約可以在私人間成立的理論，亦可認為前手與後手成立行政契約，原則上應採折衷說，但在本件案例事實則應採肯定說。

林委員明鏘：

- 一、依行政程序法第一百四十九條準用民法第一百五十三條規定，雙方對於必要之點互相表示意思一致時，契約即為成立。從同意書

所載之內容再加上臺中市政府的回函，並參考目前行政法院實務見解，公文往返亦可成立契約，不以出現同一書面為必要，而且該契約之標的及目的係市地重劃、補償協議等內容，屬於公法上之法律關係，故關於本件同意書的性質，本人同意多數見解認其屬於行政契約。至契約是否生效則同意陳委員愛娥意見，係屬另一層次之問題。

- 二、本件行政契約之性質十分重要，依行政程序法第一百四十條第一項規定，依約定內容履行將侵害第三人之權利者，應經該第三人書面之同意，始生效力。本件行政契約約定以市地重劃之方式是否侵害第三人權利則屬涵攝過程，鑑於市地重劃之目的係以地易地，對當事人不一定不利，此時如採否定見解，則應回歸該法第一百四十九條規定準用民法規定討論。如將該契約定性為「公法物權或地上權設定契約」，依民法第四百二十五條「買賣不破租賃」之法理，雖契約具相對性，但在法律明文規定時，亦可對第三人產生效力，此時該行政契約可解為類似公法上租賃契約，故爭點二採修正折衷說。
- 三、抽象而言，行政法上之法律關係繼受，不因其行為種類為行政處分或行政契約而有所不同，所以個人認為行政契約將有物權化之傾向。

行政院法規會主任委員（王科長素雲代）：

- 一、本件係屬後期發展區，都市計畫說明書亦載明用市地重劃方式開發，如果依都市計畫法第五十二條規定，都市計畫範圍內，各級政府徵收私有土地不得妨礙當地都市計畫。又依現行土地徵收條例第四十九條第一項第二款規定，都市計畫已規定聯合開發、市地重劃或其他方式開發者，應辦理撤銷徵收。本件臺中市政府如採用一般徵收方式，其所有權人得否主張撤銷徵收，事涉都市計畫說明書之內容，宜請該府先予釐清。
- 二、依案內所附資料判斷，原土地所有權人出具同意書與臺中市政府回函，可視為當事人之要約與承諾。茲有疑義者在於該同意書等是否符合行政程序法第一百三十九條之書面要件。學說上對於所謂單一書面性有不同見解。本件既然在行政程序法施行前，參考司法院釋字第三百四十八號解釋意旨，應可認為本件成立行政契約且未違反書面之要式性規定。

三、至於爭點二，肯定說認為應適用行政程序法第一百十條規定。惟本件既經認定為行政契約之類型，似無適用行政處分相關規定之理，至於本件同意書是否為代替行政處分之行政契約亦有疑問。如果依行政程序法第一百四十九條準用民法第四百二十五條規定來思考，參考最高法院五十九年台上字第二四九〇號判例認為使用借貸關係係屬無償，與「買賣不破租賃」法律性質不同，似不宜準用該規定之法理。而折衷說所謂明知或可得而知，則係參考司法院釋字第三百四十九號解釋分管契約之意旨，其目的係增進物的最適利用，本件情形與該號解釋亦不相同，且參考民法物權編修正草案明定所有不動產物權上的債權約定應經登記並具公示性原則，方可對抗第三人，以保障交易安全。本件根本解決之道，似可參考許委員宗力見解，如將其界定為屬物性之法律關係則可以繼受，至於在行政行為之方式選擇，是否僅限於行政處分，對於行政契約有無不同解釋，學者間似無其他意見。本件臺中市政府所在意者係該系爭土地，對所有權人究竟為何人所屬尚非重點，而所謂屬物性之法律關係可以繼受之理，亦有學者建議似應取得法律依據為宜，鑑於此類案例眾多，建議日後修正行政程序法時納入規範。

陳委員明堂：

個人同意對行政程序法第一百三十九條採取較寬鬆之態度，也就是不限於同一張書面，例如公立學校教師之聘約。至於爭點二，個人採折衷說兼採否定說，因為本件第三人根本不知情，亦不應準用租賃關係。至於民法的登記主義、對抗原則在行政契約有無準用，例如法院拍賣時有無將該同意書或公法上之負擔記載於拍賣公告，否則應保護第三人，推定其為善意。

參、結論：

- 一、關於爭點一部份，絕大多數委員綜合觀察此處之同意書及臺中市政府公文等文件往返，可以將其解釋為行政契約。至於行政契約之內容為何？是否合法有效成立？則屬個案判斷及相關法規適用之問題。
- 二、關於爭點二部分，與會委員意見不一，採肯定說有二位（董委員保城、行政院法規會主任委員）、否定說者有一位（劉委員宗德）、折衷說及各種修正折衷說者則有五位（湯委員德宗、廖委員義男、陳委員愛娥、林委員明鏘、陳委員明堂）、保留者則有一位（許委員宗力）

。

三、現行行政程序法第一百三十九條所稱之「書面」，不限於單一書面文件，只要雙方書面往返達成合意者亦屬之。

主席：林錫堯

紀錄：郭宏榮