

發文字號：法務部 99.12.30 法律字第 0999055890 號函

發文日期：民國 99 年 12 月 30 日

要 旨：行政契約依目前學界多數見解認為，應以「契約標的」判斷契約之公法或私法性質，而契約之標的，則應由契約內容決定之，例如契約之內容具有下列情形之一者，應屬公法契約：一者以執行公法法規為目的者，二者為含有作成行政處分或其他公權力行為之義務者，三為與人民之公法上權利義務有關者；倘契約之給付義務本身具有中立性而較難以判斷時，應由給付義務之目的及契約之全體特性判斷之。

主 旨：關於 鈞院交議：監察院函，為據許○元君等陳訴，63 年間南投縣仁愛鄉公所及仁○國中前為興建仁○國中，需使用其世居之原住民保留地，雙方達成「以地易地」之協議，惟迄今仍未履行承諾等情案之辦理情形，業據教育部會商相關機關函報後續處理結果一案，本部研提意見如說明二。請 查照參考。

說 明：一、復 鈞院 99 年 12 月 13 日院臺內議字第 0990070184 號交議案件通知單。

二、本部意見如下：

（一）按行政程序法（下稱本法）第 135 條規定：「公法上法律關係得以契約設定、變更或消滅之。但依其性質或法規規定不得締約者，不在此限。」惟何謂行政契約，其與私法契約之區別為何，該法並無明文，目前學界之多數見解認為，應以「契約標的」判斷契約之公法或私法性質，而契約之標的，則應由契約內容決定之，例如契約之內容具有下列情形之一者，應屬公法契約：（一）以執行公法法規為目的者，（二）含有作成行政處分或其他公權力行為之義務者，（三）與人民之公法上權利義務有關者；倘契約之給付義務本身具有中立性而較難以判斷時，應由給付義務之目的及契約之全體特性判斷之。

（二）次按本法第 136 條規定：「行政機關對於行政處分所依據之事實或法律關係，經依職權調查仍不能確定者，為有效達成行政目的，並解決爭執，得與人民和解，締結行政契約，以代替行政處分。」其立法目的係為兼顧行政效能與人民權益，容許行政機關於不牴觸法規及已盡職權調查能事之前提下，與人民就尚不能確定之事項互相讓步而達成約定，並締結行政契約，以代替行政處分。所代替之行政處分，並不排除授益處分，惟於具體個案，應符合法定要件，始得締結，否則依同法第 142 條第 3 款規定，構成契約無效。

之原因。和解契約，一般認為應具備下列要件始得為之：

1. 須事實或法律關係不確定。兼指在主觀及客觀上不明。
2. 須該不確定狀況無法經由職權調查排除。不明之狀況經行政機關依職權調查，仍不能確定時，始得締結和解契約。
3. 締結和解契約符合行政目的，並解決爭執。
4. 須雙方當事人互相退讓。所謂和解者，本質上即必須雙方當事人互相退讓妥協，如僅當事人一方向他方全面屈服，即非和解。

（林錫堯著「行政法要義」2006 年 9 月 3 版，第 426 頁－第 428 頁、陳敏著「行政法總論」98 年 9 月 6 版，第 582 頁－第 583 頁，吳志光著「行政法」2010 年 9 月 4 版，第 265 頁等參照）

（三）又雖具備和解契約之要件，行政機關是否與人民締結和解契約，仍應依法妥為裁量，並將如不締結和解契約可能有的訴訟上風險、迅速作成決定對公益或私益之影響等因素納入考量。締結和解契約寓有修正依法行政原則之意，故必須限於特殊情況，不得濫用，且應受行政裁量一般法則之拘束。本案性質上是否屬公法上之法律關係以及得否締結和解契約，宜請教育部參照上開說明審認之。

（四）至關於本件教育部函報說明二（三），建議南投縣仁愛鄉公所邀集南投縣政府、仁○國中、地政事務所等相關單位及陳訴人召開調解會，以達成和解乙節，如該調解會並非屬鄉鎮市調解條例規定之調解，僅係一般當事人間之自行調解者，本部尚無意見。

正 本：行政院秘書處

副 本：本部資訊處（第 1 類）、本部法律事務司（4 份）