

歐盟法對法國行政契約法制之 影響---附論對國內相關契約領 域之可能借鏡*

吳秦雯**

目 次

壹、歐盟法對於法國行政契約法制之影響	貳、我國相關契約法制可能之借鏡
一、法國行政契約法制與歐盟法之關聯性	一、行政契約法制之引進
(一) 歐盟整合促進行政契約之運用	(一) 行政契約之時代性
(二) 歐盟法為行政契約之法源之一	(二) 行政契約建制之法源
二、法國行政契約法制之歐盟法化	二、行政契約實質之可能發展方向
(一) 對於行政契約本身之影響	(一) 行政契約之再界定與強化程序規定之可能性
	(二) 行政契約之救濟途徑—暫時權利保護措施增修之可能

* 本文初稿發表於 2008 年 6 月 4 日中興大學科技法律所舉辦之「法國法律發展與台灣借鏡」研討會，作者感謝留法先進提供後輩發表園地，並多方督促與鼓勵。特別感謝兩位匿名審稿人給予之寶貴指導與修正意見。

** 法國艾克斯馬賽第三大學 (Université Aix-Marseille III) 司法科學博士院公法博士，世新大學法律系助理教授。

投稿日期：97 年 10 月 15 日；審查通過日期：97 年 12 月 15 日。

(二)行政契約救濟程序之調 參、結論
整—新型態之暫時權利
保護措施

中文關鍵詞：行政契約、歐盟、政府採購契約、公共服務
委託契約、夥伴契約、暫時權利保護措施

Key Words : contract administrative, European Union,
march public, contract partenaire

中文摘要

歐盟經由實施單一市場及2002年起實施之單一貨幣制度後，各會員國之國內法均不免受到歐盟法之影響，尤其在人員、服務、貨物及財務自由流通的四大基本原則要求下，各會員國之法律政策及法律制度均不可能「靜止不動」，不受歐盟法之影響；法國行政契約法亦受此風潮之影響，不僅原有之行政契約類型調整，也新增夥伴契約之類型，在行政契約救濟部分，亦新增專為處理契約爭議之暫時權利保護措施。我國向以對外貿易與經濟發展為重點取向，在全球化之潮流下，受到法國行政契約法制影響之我國行政契約法制，在契約類型與救濟方面，法國法近年來受到歐盟法影響而進行之調整，容或有我國值得借鏡之處。

Abstract

After adopting policy of single market and single currency since 2002, to match European Union

guidelines, member states of EU have to modify their statute significantly to be in accordance with EU Law. Due to the requirement of four major basic principles of “free personnel”, “free service”, “free trade” and “free finance”, both legal policy and legal system can not “stay still” while not being influenced by EU Law. This research proposal is based on how one of EU’s most important member state, France, is influenced in the field of Administrative Contract Law. Our Administrative contract Law, being influenced by French Administrative Law theory, might be inspired with new perspectives.

儘管歐洲整合與歐洲聯盟（以下簡稱歐盟）的發展，從最初1951年以巴黎條約成立歐洲煤鋼共同體，歷經1957年的羅馬條約、1992年的馬斯垂克條約到近期2007年的里斯本條約，很明顯地偏重在商業貿易的經濟整合層面¹，但由於構成歐盟法規範之共同體法（以下簡稱歐盟法）並未採取公私二元論，亦即不在歐盟法之層次區分一國之公法與私法，且歐盟制定之初始目的乃希望破除歐盟會員國間之工商服務領域的障礙，主張人員、服務與資金自由流通

¹ 若論及歐洲整體之統合，實質上並非僅及於經濟層面，更有其複雜之歷史因素，尤其兩次世界大戰對於歐洲產生之各層面影響，都造成歐洲走向整合之路。中文文獻可參見，李孟玢，歐洲聯盟之統合政策與法制分析(I)，研究成果報告，行政院國家科學委員會專題研究計畫，2007年10月，頁1。

(la libre circulation des personnes, des services et des capitaux) 開放競爭²，對於採取公私二元制，習慣以法律或公部門的經濟手段補貼照顧民生經濟，甚至某程度主導影響市場機制之歐盟會員國國家，歐盟法之影響層面，因而不可能僅限於經濟層面之私法領域，必然同樣廣及內國其他法領域。這也是為什麼，法國中央行政法院（Conseil d'Etat）在1992年之報告中表示：「歐洲是一個法律的建構。無疑地是一個政治性的計畫，更是一個『大市場』，但首先是複雜規範之整合：共同體圍繞著法律而被建造、被運作。原生法不僅是一個章節，更是外交官、法官與議會的結晶，不僅在國際法之條件下談判，也涉及內國法，並以其必要性，不區分優劣性地使用了內國的傳統概念。」³

甚且，歐盟本身僅設置少數直接執行機構，因而，各種不同性質之法規範，大都有賴各該會員國之機關加以履行。儘管在此概念下，各會員國之行政機關成為功能上的共同體機關，但當各該行政機關實際落實並執行歐盟相關法規範時，仍然是依據原本內國法之行政法規範。當間接執行歐盟法規範之會員國行為，侵害到人民的權利時，係

² 此衝擊至少具有兩面向：一方面對於提供公共服務的公部門，另一方面則是接受公共服務之人民；蓋將競爭邏輯套用於公共服務之領域，使得以往只能單方面接受公共服務之人民，轉變為具有選擇餘地之使用者，公部門與人民之間之關係，自然產生改變。關於人民關係之層面將於之後討論。另可參見，L. Dubouis, *Le service public et la construction communautaire*, RFDA 1995, p. 291.

³ Conseil d'Etat, *Rapport public 1992, extrait des Considérations générales, Sur le droit communautaire*, La Documentation française, 1993.

向各該會員國之內國法院提起訴訟，不論內國法院於具體案件係適用已經內國法化之歐盟相關法規範，或是直接適用歐盟法，適用行為本身明顯地已然受到歐盟法規範之影響，並且，內國法院進行審查之方式與推論，也很難避免地歐盟法規範之直接或間接的影響。故不論是行政機關或是法院本身，或云不同之法領域，皆難脫歐盟法之影響。儘管2004年歐盟理事會中之政府與國家領袖會議達成共識之歐洲憲法⁴，在法國與荷蘭進行公民投票時遭到否決，似乎歐盟在政治的整合上遭遇相當挫敗，但就法律層面而言，歐盟仍不間斷地對各會員會之內國法產生直接或間接規範效力與影響。

尤其，法國自二十世紀初期開始，為達到保護並促進公共利益之目的，大量透過國家補貼以提供最大限度的服務（les activités de plus grand service）⁵，將眾多民生產業特許給公營或國營企業，透過對於該等市場進行獨占（monopole）⁶，以實現其預設之公共服務目的；並且，相對於單方行政行為⁷，在行政領域隨著國家行政任務日益

⁴ 關於歐洲憲法條約相關中文資料之討論，可參閱，陳耀祥，論歐洲整合對德國行政法總論發展之影響，月旦法學雜誌第121期，2005年6月，頁9-10；洪德欽，歐盟憲法之法理分析，歐美研究第37卷第2期，2007年6月，頁255-321。

⁵ 亦即公共服務不以營利為主要目的，而以提供最多的服務為目的，譬如：提供電力之工商服務國營企業不能以偏遠地區供電成本過高、不符效益而拒絕供電。

⁶ 1946年憲法前言第九項提供國家公共服務之憲法基礎，並間接地承認國營化之憲法地位，亦即，所有企業具備國家公共服務或是具有事實上的獨占地位者，都為公有的財產。

⁷ 法國法上之單方行政行為(acte administratif unilatéral)，又有譯為單方具體行政行為，其意義依學者定義，乃指：由行政官署為實

多樣化而擴張之情況下，越來越多行政行為之目標對象，尤其是經濟領域，越來越不適合採取直接下命方式加以履行⁸，法國因而越來越頻繁地採取行政契約之方式，將越來越多領域之國家或公任務賦予他人（不論是另一個公法人或私人）加以履行，但基於公益之考量，得以行政契約方式將國家或公任務移轉予他人之範圍，並非全無限制，像是所謂的「高權領域」（les matières régaliennes）⁹，即非得透過契約方式加以執行。然而，法國本國認定不得透過契約方式執行之領域，並不盡然與其他歐盟國家相符，甚至其他國家可能認定為可透過市場競爭機制進行，此等差異性因此可能實質影響到市場競爭機制，而與歐盟法所倡導之自由流通原則相違背。因此，身為歐盟創始會員國之一的法國，為避免觸犯歐盟獨占相關禁令，除了逐步將從事工商公共服務之國營或公營事業私有化¹⁰，如：電力瓦斯能源¹¹、空運、電訊等等。同時，為避免違反歐盟法

現行政職能，就具體事項所採取之公權力措施，而該措施必須具有規制效果，而且可以由行政法院所審查之行為。與我國行政法概念下之行政處分，有極高的類似性。參見，陳淳文，法國公法上單方具體行政行為之研究，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，2006年12月，頁1。

⁸ 亦即行政行為作為之目標對象並非僅侷限於適合下命之行政領域，蓋法國行政契約行為之出現與大量運用，實與國家任務擴大、介入經濟領域具有相當關聯性。Ch. Guettier, *Droit des contrats administratifs*, PUF, 2004, p.1.

⁹ 像是國防、警察此類具有國家高權性之領域即屬之。V. Ch. Guettier, *supra*, p. 137 et s.

¹⁰ 然而必須理解，法國重要民生經濟事業的民營化，並非單純受到歐盟整合之影響，尚有其他國內經濟壓力與政策決定的種種考量。

¹¹ 法國電力工商公務機構乃於2002年受到歐盟指委會之要求，在2004年改制為電力企業公司與瓦斯企業公司(*la loi du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux*

公開競爭之原則，最大量被用在規制經濟或民生領域之行政行為手段：行政契約，其類型、範圍與締結履程序等規定，近年來也大幅進行修正或新增。

當然，歐盟法對於法國行政法之影響，絕不僅止於上述所提及之行政組織與行政行為層面，在行政與人民之間的法律關係、行政程序、行政爭訟等層面，甚且在個別的行政法各論領域，影響同樣深遠。然而，一方面，目前法國學界，雖然對於歐盟與內國行政法之影響，與德國相同，不時進行各種不同角度的討論¹²，但並未如德國學者般很早開始即倡議歐洲行政法¹³，多數學者仍習慣零散地在個案或行政法個論當中探討歐盟法與行政法之關係，相關文獻相當龐雜，倘廣泛地針對法國行政法總論與歐盟法之關聯進行全盤式探討，工程浩大，實非短期內能夠完成；另一方面，慮及國內對於法國行政法了解有限，法國法對我國行政法制較具影響力者係在行政契約之領域，本文因此僅擇行政契約此單一領域，作為歐盟法對於法國行政法影響之探討客體。另外，由於法國法上行政契約之概念，實際上較我國目前實務所採行之行政契約範圍為廣，因此本文企圖自法國行政契約變化之角度，提供國內相關

entreprises électriques et gazières)，並於 2007 年逐步開始公開上市股票。

¹² 如 1996 年 AJDA 的特刊即以歐盟法與行政法之關係為主題，進行探討。

¹³ Jürgen Schwarze, *Europäisches Verwaltungsrecht [Droit administratif européen]*, 2. erweiterte Auflage, 2005. 此本德文著作 1988 年已出版第一版，1994 年法文版問世，2005 年本書又改版。在本書已經問世二十年之此時，法國才出現第一本相關著作，J.-B. Auby, J. Dutheil de la Rochère, *Droit administratif européen*, Bruylant, 2008.

契約法制之借鏡，並非僅限於現行國內已然採行之行政契約類型，合先敘明。

壹、歐盟法對於法國行政契約法制之影響

進入探討此一主題之前，有必要先對於歐盟法與法國行政契約發展之脈絡進行初步的相互對照，獲得一個總體之概念輪廓後，接著再進一步細緻地討論個別行政契約與歐盟法之互動關係。

一、法國行政契約法制與歐盟法之關聯性

法國法上行政契約之歷史可遠溯至舊王政時期（l'ancien régime）¹⁴，然而，此等行政行為方式之運用與發展，在本世紀初，並不被當時的學者所看重，如Léon Duguit（里昂·狄驥）當時曾認為：「現代社會中契約的角色明顯縮減，尤其在統治者與被統治者之間，因為社會團結概念日益明顯，因此單方性的統治意志越來越能夠被接受……」¹⁵。然而，L. Duguit之觀察並未實現。從六十年代開始¹⁶，行政機關儘管仍然頻繁使用單方行政行為，

¹⁴ 城市之間的自治協定當時即已經出現。M.H. Bernard-Douchez, *Recherche sur la coopération entre personnes publiques*, th. Toulouse, 1979, p. 231.

¹⁵ Léon Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901, p.381, rééd. Dalloz, 2003.

¹⁶ V. A. de Laubadère, *Administration et contrat*, Mélanges Brethe de la Gressaye, p. 453; A. Holleaux, *Vers un ordre juridique conventionnel*, Bulletin de l'IIAP octobre-décembre 1974, n° 32, p. 9; M. Vasseur, *Un nouvel essor du concept contractuel*, RTD

但反而較以往更大量地使用契約此一行政行為推動行政，行政契約甚至漸漸地被學者描述，係一個時尚的、流行的（à la mode）行政行為¹⁷。

這樣轉變的成因當然並非基於單一的理由，但不能否認，與歐洲共同體之成立運行息息相關，首先，歐盟整合促進行政契約此一行為形式之運用，其次，歐盟法規（不論是原生法或派生法¹⁸）成為法國行政契約越來越重要之法源。

（一）歐盟整合促進行政契約之運用

歐盟整合之所以對於行政契約此一行政行為形式形成促進之效果，或許可經由兩方面加以解釋：一方面，行政契約與單方行政行為具有本質上之差異。最大的差別之一，在於進行契約行政行為之行為人與行為相對人之間，必然存在一定的對價關係：契約一方支付價金，契約相對人提供服務；或契約一方提供財產（不論是動產或不動產），契約相對人支付對價而利用。亦即，行政契約與經濟活動的密切程度，在本質上高於單方行政行為與經濟活動之關聯性。歐盟之成立既然以自由經濟開放市場為其宗旨，與經濟活動關聯性較高之行政契約，受到歐盟法與內國法採用機率自然提高。另一方面，以契約當事人之意思合致為成立之基礎，相較於單方性的行政行為，具有較多之彈性空間，適合於具有變動性之經濟與新興領域，尤其與

comm. 1964, p. 5.

¹⁷ J-M Pontier, *Coopération contractuelle et coopération institutionnelle*, Rev. adm., 1994, n° 278, p. 162.

¹⁸ 陳耀祥，同前註4，頁10。

歐盟運作之自由邏輯、開放競爭規範相符¹⁹。

倘若肯認行政契約自六十年代之後的蓬勃發展，與歐盟之建制具有密切關聯，進一步應探討的，乃在確認何以歐盟法對於行政契約產生規範效力？

(二) 歐盟法為行政契約之法源之一

儘管目前歐盟法對於內國法之法規範效力幾乎已經是一個塵埃落定的問題，但基於國家主權原則，不能否認歐盟法仍是一個超越國家之法規範，若欲產生對內國之效力，必須獲得內國國家機關之肯定承認與適用。就法國而言，1946年之憲法第26條與第28條首度承認國際條約之法律效力，在此之後，中央行政法院也開始在判決中具體承認條約或國際協定之內國規範效力²⁰。目前的1958年法國憲法，不但承繼了1946年憲法之脈絡，更在多次的修憲過程中，一次又一次地強化歐盟法之適用效力，譬如憲法第88-1條文後段當中直接明文表示：「法國同意移轉必要的權力以建立歐洲貨幣與經濟聯盟」²¹，又如2008年年初之修憲，係因應2007年里斯本協定之簽訂，所進行之修憲活動²²。

¹⁹ P. Terneyre, L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats administratifs, AJDA 1996, n° spécial «Droit administratif et droit communautaire», p. 84.

²⁰ CE Ass. 30 mai 1952, Dme. Kirkwood, p.291, RDP 1952, p.781, concl. M. Letournur, note M. Waline.

²¹ <http://www.legifrance.gouv.fr/html/constitution/constitution2.htm#titre13>

²² Loi constitutionnelle n° 2008-103 du 4 février 2008 modifiant le titre XV de la Constitution, JORF, n° 0030 du 5 février 2008 p. 2202.

然而，就人民之權利保護角度而言，條約、國際協定或歐盟法規範，儘管在憲法當中肯認其效力，但並不因此立刻產生對人民之法規範拘束力。依據法國法之見解²³，必須在條約、國際協定或歐盟法對於人民之權利義務具體發生「直接效力」（*effet direct*）之際，亦即，具體直接地建構有利於人民之權利，或課與人民義務時，人民才有可能直接援引條約、國際協定或歐盟法做為訴訟中之請求權基礎。而哪些情況下承認直接效力之存在，傳統上，主要係由承審法院於個案中加以認定²⁴，或是透過立法權之行使，將條約、國際協定內國法化，成為內國之法律或命令。然而，在諸此對人民產生直接效力的國際規範當中，歐洲共同體之法規範，具有相當之特別性。蓋1957年3月25日建構歐洲共同體之羅馬條約（*le traité de Rome*），以及其後更進一步擴大歐盟組織與權限之1992年的馬斯垂克條約（*le traité de Maastricht*）、1997年的阿姆斯特丹條約（*le traité d'Amsterdam*）等等歐盟法規定，以條例（*les règlements*）和指令（*les directives*）產生在內國直接適用之效力，亦即歐盟法之相關法規無須透過內國之批准或認可，就取得如同內國法般之被遵守的義務地位。然，條例只要經過歐體法政府公報之公告即生效，而指令則是設定目標，要求會員國在給予之期限內，透過「置換」（*transposition*）加以實現²⁵。因此，共同體法構成

²³ R. Chapus, *Droit administratif général*, t.1, 15^e éd., Montchrestien, 2001, p. 128.

²⁴ 譬如聯合國憲章，中央行政法院針對不同憲章條文賦予不同之法效力。

²⁵ R. Chapus, *op. cit.*, p. 134 et s.

內國行政機關與法院可得執行之行為指示，亦得創設歐盟人民個人之權利與義務。在此架構之下，一方面透過法國法院大量地適用，二方面法國逐步修改內國相關法律以期與歐盟法規定相符合，使得歐盟法規相較於其他國際規範，在行政契約法制當中扮演著日益重要的法源角色。

二、法國行政契約法制之歐盟法化

誠如前述，六十年代起，行政契約開始被行政機關大量地使用，傳統以來，法國行政契約之主要四種類型：政府採購契約（*marché public*）²⁶、公共服務委託契約（*la convention de délégation de service public*，簡稱為 DSP）²⁷、公用公產占用契約（*la convention d'occupation du domaine public*）、公法上僱傭契約（*le*

²⁶ *Marché* 一詞直譯為市場、交易，延伸意義為契約。故本詞 *marché public* 直譯為公共契約，但此翻譯恐與另一更廣泛之概念：公法人訂定之契約（不論公法契約或私法契約，*contrat public*）混淆；因此，儘管本詞概念上較我國之政府採購為廣，但為銜接國內法制之理解便利性，暫採譯名為政府採購契約。

²⁷ 蓋公務委託之源，乃中世紀之「特許」（*concession*）制度。然需提請注意者，乃中世紀以來之特許制度，並不完全等同於目前法定之公共服務委託契約概念，且特許之標的，並不一定只指涉服務，尚可能包括其他事項內容。如 M. Hauriou 於 1907 年之判決評釋中所云：「受特許人與負責該服務之行政機關... 在一段長時間內互相連結... 強制一個共同的生活，且受共同管理之公共服務考量所支配，如同配偶兩方，被其共同成立並培育之家庭所支配一般」，此際之特許，較偏向夥伴關係之概念。M. Hauriou, note sous CE, 14 févr. 1902, *Blanleuil et Vernaudeau c/ Ville d'Angoulême, Botes d'arrêts*, 1929, rééd. *La Mémoire du droit*, 2000, t.3, p. 437.

contrat de recrutement d'agents publics) ²⁸，不但繼續存在，且其重要性並未受到任何減損。並且，基於當代社會經濟環境之需要，一方面，契約標的依涉及領域之不同而有更細緻之規範，在各論領域當中並分殊形成新的類型，如目前主要運用在都市計畫領域之規劃特許 (la concession d'aménagement)；另一方面，為因應歐洲整合、全球經濟之趨勢，法國行政契約開始大幅提升行政契約相對人地位，以鼓勵私人參與公共事務，並引進私部門人才與財源以彌補公部門之不足，不但整體行政契約之程序要件日趨透明，也另外新增夥伴契約 (le contrat de partenariat) 之新行政契約類型。

此等研議行政契約之新類型、調整行政契約內容定義、修正締結契約程序要件之透明化、嚴格化之過程與其新修增定相關法規之結果，實係法國大量地落實歐盟法相關規範之成果。只是，做為相對於私法契約之公法上雙方行為，凡被認定係行政契約，相關之爭訟仍歸行政法院管轄²⁹，並不因行政契約類型增加而改變爭訟救濟之途徑。但以往法國行政救濟制度當中，欠缺暫時權利保護之完善規定，影響行政契約預先設定之彈性與效能。所幸，在內國改革聲浪與共同體法之要求下，2000年法國行政訴訟制度新增暫時權利保護之相關規定，並增設對於契約之暫時

²⁸ 陳淳文，論行政契約法上之單方變更權---以德、法法制之比較為中心，台大法學論叢第34卷第2期，2005年3月，頁233-236。

²⁹ 至於行政契約與私法契約之區別，陳淳文師已然進行過詳盡之分析，請參見陳淳文，公法契約與私法契約之劃分：法國法制概述，台灣行政法學會主編，行政契約與新行政法，2002年6月，元照出版，頁131以下。

性保護措施。

(一)對於行政契約本身之影響

法國行政契約法制，依其界定方式之不同，得區分為至少五種以上之相異類型，本文之主軸設定在歐盟法對於行政契約法制之影響，因此，僅挑選對於我國之契約制度參考杜較高，受到歐盟法影響顯著並具有長遠歷史之契約類型：政府採購契約、公共服務委託契約，以及因應新時代之需求而產生，近年來受到廣泛注意之新類型行政契約：夥伴契約，為以下討論對象。

1、原有行政契約之調整

在法國諸多行政契約類型當中，存在已經超過二百年之政府採購契約與公共服務委託契約，均受到歐盟法之影響，而進行許多的調整與置換。

(1)政府採購契約的調整

政府採購契約乃是法國行政契約當中，最早成文化³⁰且法規密度最高者³¹，但早成文化並非即當然表示其意涵

³⁰ 法國大革命後，即出現規建造慈善機構或思主醫院之工程，必須以招標方式進行之命令(un décret du 10 brumaire an XIV)。L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 5^e édition, 2006, p. 346.

³¹ 儘管法國行政法院對於法國行政法之發展貢獻甚鉅，但並不表示法國行政法乃是立基於法院判例累積不成文法之上而建立。事實上，法國行政法之法條化密度甚高，幾乎各種行政事項都有明文之法律或命令規範，絕大部分的行政契約類型均來自於法律或命令之授權與明定。

與規範內容之穩定性最高，相反地，因為其契約內容，指涉之對象係行政機關透過契約之方式，以獲得設備或服務，或是支付價金，以完成工程，十分近似一般私人之間所得締結之契約，長久以來，因而並沒有一個統一的定義，乃依賴中央行政法院於個別之爭議案件中予以認定。不僅如此，由於法國第五共和憲法對於法律保留事項係採取列舉方式規範，未明定係保留給立法者之事項即歸行政權。在此背景之下，長期以來，國家與地方自治團體之政府採購契約的規範權限，乃分別由行政立法權與國會立法權各自分享³²。詳言之，國家締結政府採購契約所需遵循之義務規範係由行政機關以命令訂定³³，而地方自治團體締結政府採購契約時，必須遵守之義務規範則來自於國會所通過之法律，造成國家與地方自治團體適用之法規範雙頭馬車的現象，對於國家政體屬於單一國之法國，此等現象不無怪異。由此也可看出，不同締約主體、不同締約內容，都將影響政府採購契約之適用，法規範之疊層架屋，可見一般。倘法國始終不對此等類似現象進行適度修正，在歐洲整合、越來越多歐洲共同體法對內國發生直接效力之當代，適用規範之紊亂不一致，無疑將降低政府採購法典之規範效力，並可能因此增加訟源。

³² Y. Gaudemet, *Le contrat administratif, un contrat hors la loi*, Cahier du Conseil constitutionnel, n° 16/2004, p. 147.

³³ 依據憲法委員會之見解，國家有權以行政命令之方式規範由國家簽訂之政府採購契約，CE ass. 5 mars 2003, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris*, Rec. 90, concl. Piveteau. 地方自治團體所簽訂之政府採購契約相關規定，1938年之前，與國家簽訂之政府採購契約相同，均屬行政規範制定權限，但自1938年11月12日總統令之後，須以法律予以規制，成為立法機關之權限。

進一步說明歐盟法與法國政府採購契約間的關係之前，首先必須說明，歐盟法並不對內國政府採購契約之性質加以界定。亦即，不論內國政府採購契約被定性為公法或私法，都無礙於歐盟法對於程序要件要求之遵守，以及內容實質正當性之要求。其次，基於適用之廣泛性，歐盟法對於政府採購契約之定義，向來大於內國法對於政府採購之定義，因此，即便於內國法當中不被認定為係一種政府採購契約，仍有適用歐盟法政府採購相關程序或實質規範之可能性。

歐盟法採用政府採購一辭，首見於馬斯垂克條約（le *Traité de Maastricht*）對於研究與科技發展領域，在第130F條第二段提及：「開放國內的政府採購」。然而，歐盟法對於內國政府採購之實質規範效力，自1961年共同體成立之初，即以服務提供自由原則（le *principe de libre prestation de service*）以及禁止進口數額限制原則（le *principe d'interdiction de restrictions quantitatives à l'importation*）而開始，其後並逐漸具體化為共同體指令，對內國產生直接效力。像是1969年12月17日的70/32指令（*Dir. 70/32 du 17 décembre 1969*），以及1971年7月26日71/304指令（*Dir. 71/304 du 26 juillet 1971*），分別禁止會員國對於設備與工程之採購，針對國別而為差別對待，而所謂設備與工程之採購，若係國家或地方自治團體為採購人，於法國法之體系下，即為政府採購契約，自然就受到歐盟法之規範效力所及。1985年，共同體委員會（la *Commission*）出版內國市場白皮書（*Livre blanc sur le marché intérieur*），對於建構單一市場之障礙提出

具體改革建議，並接續發佈一連串之相關指令，以達成單一市場之目標³⁴，此指令亦對法國政府採購契約產生影響。

共同體發展之初，與政府採購契約相關的指令，概念與法國法對於政府採購之規定十分相近，因此法國法並未因應指令而調整內國法之相關規定。然而，自1985年之後，一方面，共同體法要求開放競爭之範圍擴大，像是一開始保留給各會員國家決定的水、電信、能源、運輸等等領域，都不能繼續任由國家或特定企業壟斷；另一方面，共同體法開始要求各種服務必須開放競爭，與法國向來由國家提供若干服務予地方自治團體之傳統不相符合³⁵，法國因此被迫展開長期性的法規調整。就形式面觀察，法國第一部政府採購法法典制定於1946年，此法典第二次修正為1966年，接著則分別是2001年、2004年與2006年，後三次的頻繁調整，完全係導因於歐盟之要求。儘管如此，2006年的政府採購法法典，仍然未能百分之百符合歐盟法之要求³⁶。

實質面而言，得探討之變化與影響甚多，僅先單純觀察政府採購契約之定義變化，即可知法國政府採購契約受歐盟法影響之鉅。目前最新之定義來自於2006年之政府採購契約法典，該法典第一條將政府採購契約定義為：「政

³⁴ L. Richer, *op. cit.* note 30, p. 364.

³⁵ 蓋國家向地方自治團體提供服務，乃公法人間之契約，依據中央行政法院判決，公法人間之契約不適用政府採購契約法典，此即與歐盟法不區分契約當事者之法律屬性之規定不同。CE. 20 mai 1998, Communauté de communes du Piémont de Barr, RFDA 1998, p.593, concl. Savoie.

³⁶ L. Richer, *op. cit.* note 30, p. 369.

府採購契約乃定義於第二條之招標權人與公或私之經濟運作者之間，為提供前者於工程、設備或服務之需，而締結之有償契約」³⁷；而第二條定義之招標權人為：「1.國家與國家非工商性質之公務機構，2.地方自治團體與地方公務機構」³⁸。此定義不論在締約主體，或對於契約本質之界定，顯然與1964年以來之政府採購契約法典第一條所規範之定義不同：以往之定義為：「政府採購契約乃根據本法之條件，由公共團體為了實現工程、設備與服務所簽訂之契約」³⁹，而2001年與2004年法典之定義則為：「政府採購契約乃公法或私法上之人與第二條定義之公法人之間，為提供後者於工程、設備或服務之需，而締結之有償契約」⁴⁰。由定義之變化可發現，2006年新的定義不但與

³⁷ «Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services».

³⁸ «Les pouvoirs adjudicateurs soumis au présent code sont:
1 L'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial; 2° Les collectivités territoriales et les établissements publics locaux.
Sauf dispositions contraires, les règles applicables à l'Etat le sont également à ceux de ses établissements publics auxquels s'appliquent les dispositions du présent code. De même, sauf dispositions contraires, les règles applicables aux collectivités territoriales le sont également aux établissements publics locaux.»

³⁹ «Les marchés publics sont des contrats passés, dans les conditions prévues au présent code, par les collectivités publiques en vue de la réalisation de travaux, fournitures et services.», 參考 http://www.ucanss.fr/services/textes_documents/base_serem/Document/CMP/CMP_somm.htm

⁴⁰ « Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par les personnes

1964年以來之定義不同，更進一步地直接吸納適用歐盟法 97/52指令之定義⁴¹。

詳言之，從1964年到2006年之定義演變，首先可發現：契約主體，或曰政府採購契約之組織要件，因為歐盟法之介入而進行多次修正。法國法捨棄慣用之法定名詞，而直接使用歐盟指令之用詞，即以「招標權人」取代公共團體（collectivités publiques）或公法人，不但名詞較為中性，並且具有較濃厚的「買方」（l'acheteur）意味，且依據歐盟法之界定，所謂招標權人，不僅指國家、地方自治團體、附屬於國家或地方自治團體之公營機構，尚包含所有的「公法組織」；而此「公法組織」之概念，較法國法上公法人之概念範圍為廣，只要是一個與國家或地方自治團體有關聯（所謂有關聯，係指該組織之財源半數以上來自國家或地方自治團體，或該組織與國家或地方自治團體之間，具有監督關係，或國家或地方自治團體於該組織設置代表），具有滿足一般利益目的之法人，皆為歐盟法政府採購規範所指涉之招標權人⁴²。至於締約相對人，則由公法人或私人，改為「公或私的經濟運作者」，此名詞之調整，使得公法人間締結之契約，也有政府採購規範之適用，並且使得參與政府採購契約者，不限於內國法所認

morales de droit public mentionnées à l'article 2, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services ».

⁴¹ 此指令修正了 93/36、93/37 與 92/50 以來的政府採購契約定義：「乃以本指令之面向，以書面方式，於一位或複數經濟運作者與一位或複數招標權人之間，為了履行工程、供應產品或提供服務之目的，所締結之有償契約」。

⁴² L'article 1^{er} -9 de la directive 2004/18.

定之私法人定義之限制。此等定義之調整，自然擴大政府採購契約之適用範圍，同時也意味著法國政府採購契約的逐步歐洲化。

其次，政府採購契約之契約標的，儘管字面上始終保留在「工程、設備或服務」之範圍內，但實質上之意義並非維持不變。概究竟哪些「工程、設備或服務」受到政府採購契約之規範，必須根據法令進一步明定。以「服務」受政府採購契約規範之範圍為例，歐盟法92/50指令之附錄I-A與2004年指令之附錄II-A分別提出「優先」服務與「非優先」服務之清單⁴³，法國2006年新政府採購契約法典第29條與第30條，幾乎全數地將歐盟指令列表之服務清單列入，擴大了政府採購契約法之適用範圍，也造成內國法進一步調整的必要性，尤其對於傳統上並非適用政府採購法典之領域，相關行政機關與從業私人如何快速銜接法令規範之變化，是否因此造成適用上之困難，仍有待時間之觀察。舉例而言，歐盟指令列表中，將「文化服務」列入政府採購契約法適用之範圍，但法國長期以來，乃以公權力單方介入保護並推展文化活動，各類文化團體不但習慣接受國家或地方自治團體之補助，私人也少有捐助文化活動之習慣，將文化服務納入政府採購契約之適用範圍，使得文化團體必須納入競爭法之適用範圍內，不僅國內各文化團體必須相互競爭以獲得公共財源之挹注，甚至還需與外國文化團體競爭，是否將造成強者恆強之排擠效應，因此對長期依賴國家或地方扶助文化團體之保護構成負面

⁴³ L. Richer, *op. cit.* note 30, p. 402.

影響，不無疑問⁴⁴。

： 僅由政府採購之定義變化，即可發現，歐盟法盡可能地將所有公共採購置於自己之規範範圍內，除了促使個會員國家的公部門受歐體法規範之密度增高，也擴大歐盟會員國國境間的競爭，使外國或跨國企業亦得進入內國提供各項公共服務。就正面觀點而言，擴大競爭得以降低國家之公共支出；依據2004年歐盟委員會出版的政府採購報告，目前已經達到使整體公部門於採購財產與服務上，降低大約百分三十的支出成本之成果⁴⁵。對內國法規修訂與實務面之配合方面而言，法國之政府採購契約法制，近年可謂遭逢「大地震」，頻繁地進行修訂；而各公、私部門也必須相應法制之變動而對應配合，在經營管理成本上之效益究竟如何，尚未見法國進一步之分析。

(2)公共服務委託契約

當代公共服務委託契約之概念，源於以往的特許契約（concession），並與予許私人經營或參與公共服務之狀態相連結，十九世紀末開始，在鐵路、自來水、瓦斯與電力等領域即被廣泛運用⁴⁶，但始終欠缺立法者之明文定義，而主要由中央行政法院之判決中彙整出其法定概念，如1916年，中央行政法院著名之波爾多瓦斯（Gaz de

⁴⁴ J-F. Auby, Services publics culturels et concurrence, AJDA 2000 p. 22

⁴⁵ http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/studies_fr.htm

⁴⁶ 例如鐵路交通之公共服務，自其創立始，即由國家委託給商業公司以「特許契約」之方式使該等公司負責，包括建造必要之設施與確保其通行。Loi du 11 juin 1842 第一個規範鐵路交通服務之法律。

Bordeaux) 案件中，政府委員Chardenet曾對特許契約為以下定義：「乃是一個賦予私人或公司，以自其費用，不論有無政府津貼，不論有無保證利益，執行公共工程或確保公共服務之契約，同時授權該私人或公司，開發公共工程或執行公共服務，並以使用人繳交之規費或使用費之收取權，作為報酬。」⁴⁷。

以功能性的角度言，特許契約在經濟基礎現代化之領域中，由於公部門無須自己事必躬親，又無須自己負擔建造成本，具有相當之便利性，故廣為行政機關所使用。然而，當公共服務委託契約只是一個判例法的概念時，行政機關使用此等契約時，不但蘊含著相對的不確定性，且為數甚多的判決判例所形成之傳統見解，認為公共服務委託性質上與政府採購不同，一方面因為由受託者自行負擔財務，不致影響政府財政，另方面既然經濟因素並非公共服務委託契約考量之重點，負責公共服務之有權公法人，選擇締約相對人之主要考量是該相對人之品質，尤其是與締約相對人之信賴關係⁴⁸，因而，政府採購契約之公開競爭等嚴格之程序規定，於公共服務委託並不直接適用，亦即若一行為被認定為公共服務委託，需要遵守之程序規定不但相對寬鬆，委託權人也有較大的締約相對人選擇權。於此背景下，負責公共服務之有權公法人，得較輕易地自行將公共服務委任給自己選定之私人，在地方自治團體於

⁴⁷ CE, 13 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, RDP, 1916, p. 213, cité par Ch. Guettier, *Droit des contrats administratifs*, PUF, 2004, p. 9.

⁴⁸ F. Gartner, *Des rapports entre contrats administratifs et intérêt général*, RFDA 2006 p. 25.

1982年獲得較多的地方權限後，地方民意首長，大量地將本來應由地方自治團體自己負責之公共服務「黑箱作業」地委託給與自己有利益關係之私人，造成相當程度公庫挹助私人財富之貪污問題。

此等運用公共服務委託契約之弊端，不但影響人民對政府之信賴，也與共同體法倡議之透明化原則不符，因此，1991年開始的一連串立法修正與確認過程⁴⁹，係回應內國與共同體法之共同要求。

1993年1月29日第93-122號關於貪污防治、經濟生活及公共程序透明化法（la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques（通稱 loi Spain 或反貪污法 loi anti-corruption）），正式釐清法律對於公共服務委託契約之概念，在該法第38條第一項中首次以法律對公共服務委託契約加以描述：「公法上之法人的公共服務委託，在遵守中央行政法院所頒訂之規則下，透過委託機關，經由公開之程序，允許多數競爭投標人參與」⁵⁰，儘管並非一個明確的定義，但同條第二項以下更進一步為一個較完整之程序規制⁵¹，舉例而言，該法第二項規定：「公共團體查驗參

⁴⁹ 主要有三個法律涉及其中：la loi 91-3 du 3 janvier 1991, la loi 92-125 du 6 février 1992, la loi 93-122 du 29 janvier 1993.

⁵⁰ « Les délégations de service public des personnes morales de droit public sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat. »

⁵¹ 在立法者使用該「公共服務委託契約」名詞之前，於行政機關之通

與標案之候選人之專業與財力保證，並查驗該候選人具備確保公共服務持續與所有公共服務使用人之公平的能力，其後方列出合格清單。」⁵²，如此之程序規定，甚至有學者認為乃創設了新的行政契約類型⁵³；儘管有較為詳細的程序規定，但法律仍未直接對公共服務委託契約進行完整定義，而一直遲至2001年12月11日經濟財政緊急改革措施法（la loi du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et

函、學說與行政法院判決中，可以找到類似之概念與名詞，如：La circulaire interministérielle du 7 août 1987 relative à la gestion déléguée des services publics locaux (JO, 20 déc. 1987, p. 14863). G. Hubrecht, Les contrats de service public, th, Bordeaux, 1980, dactyl., p.611; J.-C. Douence, La dévolution contractuelle du service public local, Rép. coll. loc. Dalloz, fasc. 6156 ; T. confl. 6 juin 1989, SAEDE c/ SA Lyonnaise des eaux et ville de Pamiers, Lebon, p. 293; RFDA 1989.457, concl. Stirn. 另外，對於公共服務委託契約受此法律規範之討論文章甚多，可參見C. Chenuaud Frazier, La notion de délégation de service public, RDP 1995, p. 175 ; J-B Auby et Ch Maugüé, La notion et le régime de la délégation de service public, quelques précisions du Conseil d'Etat, JCP 1996, 3941; P. Terneyre, La notion de convention de délégation, AJDA 1996, p. 588 ; L. Rapp, M. Guibal, Contrats des collectivités locales, Francis Lefebvre, 2e éd. 1995, p. 329; V. Haïm, Une délégation de service est-elle assimilable à un marché public, Petites Affiches 26 juillet 1995, p. 38; P. Terneyre et Ch. Maugüé, Les délégations de service public en question, CJEG 1997, p. 131.

⁵² «La collectivité publique dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public.»

⁵³ J-C Douence, Les contrats de délégation de service public, RFDA 1993, p. 936; G. Marcou, La notion de délégation de service public après la loi du 29 janvier 1993, RFDA 1994 p. 691.

financier) 第三條⁵⁴方進行補充界定⁵⁵，即：「公法人將自己負責之公共服務之管理，賦予給公或私的受託人，其報酬充分地被連結於服務開發之成果。受託人能被授權進行工程建造或取得服務必要的財產物資」^{56 57}。從1993年「loi Spain」之後，所有被認定為公共服務委託契約之行政行為，均強制適用該法公告之程序規定（la procédure de publicité）：當公法人藉由締結公共服務委託契約，將原本自己負責之公共服務委託給他人（不論是私人或公法人），至少須遵守開放投標（une offre de candidatures）與應標（une offre de prestations）兩個程序。依法，首先要求受委託人必須能夠「透過專業與財政上之保證，確保服務之持續與公共服務使用人之公平」，符合此資格之

⁵⁴ 此條通稱為 loi «MURCEF»، 目前編列法典化於地方自治團體法典第 1411-1 條 (L'article L. 1411-1 du Code Générale des Collectivités Territoriales).

⁵⁵ 此定義係於「隆河口中央行政長官案」(Préfet des Bouches-du-Rhône) 所建立，CE, 15 avr. 1996, préfet Bouches-du-Rhône : Juris-Data n° 1996-050185 ; Rec. CE 1996, p. 137; RFD adm. 1996, p. 715, concl. Ch. Chantepy, note Ph. Terneyre, p. 718; AJDA 1996, p. 806, chron. D. Chauvaux et T. Girardot, p. 727; Dr. adm. 1996, comm. 355, note J.-B. Auby.

⁵⁶ «par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service»

⁵⁷ 法國有學者以為，立法者所界定之公共服務委託契約概念與英國之 BOT 概念相去不遠。X. Bezsanson, Rétrospective sur la gestion déléguée du service public en France, RFDA 1997, n° spécial; B. du Marais, Droit public de la régulation économique, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 418.

投標人，進入與委託公法人「自由談判」之階段⁵⁸，之後委託公法人再由投標人於談判過程中提出之經營管理條件，挑選受託人。此等自由談判之過程，倘若委託之公法人係地方自治團體或其附屬之公務機構，則需要遵守更嚴格之程序要件：例如必須在獲得地方議會之同意後，地方首長方得依據議會同意之授權進行談判⁵⁹。

同時，1991年開始的立法改革，事實上亦與歐盟法之發展軌跡符合，蓋歐洲法院越來越常在個案中宣示，身為委託人之國家或地方自治團體，將一個服務（不論此服務之性質為何）委託給第三者時（不論此第三人之身分為何，即便是在公法人將服務委託給另一個公法人時亦然⁶⁰），應當將委託程序公開並讓有興趣者皆參與競爭⁶¹，方符合歐盟之公示原則；甚至，只要是公法人將自己負責之公共服務委託出去，不論是採取契約方式或是單方行為，都應該適用歐盟指令所揭示之透明原則（le principe de transparence）⁶²。

不論是公法人支出對價購買設備、服務或工程之政府採購契約，或是公法人將公共服務之提供權利委託給第三人，而自己不支付費用之公共服務委託契約，公法人選任締約相對人之程序，都越來越廣泛地受到歐盟法之規制，

⁵⁸ 此過程類似德國法上之「競爭對話」，參見詹震榮，行政合作之建制與開展—以民間參與公共建設為中心，行政契約與民間參與公共建設適用之行政法理學術研討會論文集，2007年7月，頁20以下。

⁵⁹ L'article L. 1411-5 CGCT.

⁶⁰ CJCE, 11 janvier 2005, Stadt Halle, C-26/03.

⁶¹ CJCE, 7 décembre 2000, Télaustria Verglas GmbH, C-324/98.

⁶² JOCE 2000/C 121/02 du 29 avril 2000.

而至少必須遵守公示 (publicité) 與開放競爭 (mise en concurrence) 之程序，以達到程序內容實質正當之要求。此等公法人不自己完成自身義務，委由私人提供之現象，不但因為有助於降低公支出，逐漸成為常態，同時，也因為私人在公領域之地位，逐漸由公部門之依附者轉變為協力之夥伴關係，全由公部門出資，或全由受委託者出資之契約型態，已不能完全符合現代社會之實際需求，新型態之行政契約：夥伴契約於焉產生。

2、新型態行政契約之出現：夥伴契約 (contrat partenariat public-privé, 通稱 PPP)

相較於政府採購契約或是公共服務委託契約，夥伴契約無疑是法國行政契約類型當中，最為新穎並且為法國法上少數繼受自外國法之概念。發軔於經濟領域之「夥伴」一詞，在法國，初始使用於減低國家與地方自治團體之間傳統上下階層關係⁶³，或使用於多數人（公法人或私人）以夥伴方式共同進行計畫之情形⁶⁴。由2004年6月17日由總理發布的夥伴契約命令 (l'ordonnance du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariat)⁶⁵開始，在實定法層

⁶³ J.-M. Pontier, La décentralisation et le temps, RD publ. 1991. 1217 et s., spéc. p. 1225.

⁶⁴ 如 1990 年 5 月 31 日之住宅法第 15 條關於社會財產佔用議定書。

⁶⁵ 本命令乃根據於 2003 年 7 月 2 日第 2003-591 號法第 6 條，授權政府透過命令設定必要規定簡化法律，以改變 1985 年 7 月 12 日 85-704 號法律，關於公共設施主以及其與私人設施主之關係，建立擔負公共服務責任之公法人或私人之間，為公共設施之構思、實現、轉化、經營與投資或服務之經營與投資，或不同任務之結合，之新契約形式。

面承認此一新類型行政契約，歷經兩年之施行，於2008年7月28日再經由國會立法通過夥伴契約法（loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat），以修正前述之2004年6月17日夥伴契約命令。

依據最新夥伴契約法之定義：「夥伴契約係一個行政契約，國家或國家之公務機構，透過此契約，於投資償還期限或資金回收方式加以計算出之確定期間內，賦與第三人，公共服務必須之工程、設備或無形資產之投資、建造、改良、保養、維持、開發或管理之整體任務」。由其定義，可輕易發現，此型態行政契約，就其規範之契約內容，與上述之政府採購契約所規範之設備、工程有重疊之處；就其契約履行之方式具有移轉性而言，則與公共服務委託契約相近。然而，夥伴契約並未非是一個單純由公法人出資之有償契約，亦未明確要求受委託人自負成本，並具備收取公共服務使用費之權利，因而又與此二典型之契約類型不同。因此，一般以為，夥伴契約係行政權有意識地創造一個新類型的行政契約⁶⁶，因為該契約具備其他契約未有之整體性特徵，亦即公法人授權由締約之私夥伴負責公共服務之一部或全部，該契約期間不限制在公共服務委託契約之期間通常不超過三年，而是依據投資償還期限或資金回收方式加以計算出之確定期間⁶⁷，並由委託人與受委託人依據一定比例風險分擔（風險分擔之計算方式，

⁶⁶ A. Ménéménis, L'ordonnance sur les contrats de partenariat: heureuse innovation ou occasion manquée?, AJDA 2004 p. 1737.

⁶⁷ 2008年7月28日夥伴契約法第1條參照。

必須依據契約標的與期間等因素，進行評估計算）⁶⁸，甚至由委託人支付部分價金。

值得注意的是，此等契約之出現，亦即國內也熟悉的BOT契約，主要並非源於歐盟法，而是以英國為首的歐洲各國家各自主動並越來越多國家採取的契約方式，歐盟法當中並不特設夥伴契約的法制。目前歐盟法對於公共採購之法制，僅有政府採購契約與特許契約兩種類型，不過，歐盟對於政府採購與特許契約之各項規制，都會直接或類推適用至各會員國自行頒定之夥伴契約。詳言之，各會員在進行夥伴契約之制定或履行時，儘管各國相類似之契約概念不盡一致，與歐盟之政府採購或特許契約概念亦未必完全相同，但由於歐盟法之直接效力，使得歐盟會員國人民得直接訴諸歐盟法規範而向會員國內國法院請求實踐權利⁶⁹，各歐盟會員在新設夥伴契約此一契約類型時，不可避免地必須將歐盟法對於公共採購制度相關之規範都納入考量。

以2004年之歐盟綠皮書⁷⁰為例，該綠皮書揭示各會員國之夥伴契約必須遵守透明原則、平等對待原則、比例原則與對等承認原則（les principes de transparence, d'égalité de traitement, de proportionnalité et de

⁶⁸ 2008年7月28日夥伴契約法第2條、第11條參照

⁶⁹ D. Simon 著，王玉芳、李濱、趙海峰譯，歐盟法律系，北京大學出版社，2007年4月，頁342以下。

⁷⁰ COM/2004/0327, 30 avr. 2004: n° CELEX: 52004DC0327；請參考網站 http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=fr&type_doc=COMfinal&an_doc=2004&nu_doc=327

reconnaissance mutuelle))，儘管此綠皮書乃歐盟之政策方向宣示，並不具備對於各歐盟會員之直接拘束效力，但卻指引了之後歐盟立法與通過指令之方向，因而間接地發生對於各會員國內國法制之影響力。更進一步言，法國新設夥伴契約於內國行政契約法制中，乃是歐洲各國契約類型歐洲化之同步過程，但並非來自歐盟法的強制要求或歐盟指令的直接效力。換言之，尤其在跨歐洲網絡 (Réseaux transeuropéens)⁷¹ 的建構下，夥伴契約的歐洲化，以及歐盟指令規範的一致要求，使得跨國境之歐洲夥伴契約不但成為可能，使用頻率也日益增多，符合歐盟朝單一市場努力之目標。

依據目前中央行政法院之見解，夥伴契約應遵守歐盟法政府採購之相關規定⁷²，但由於法國法與歐盟法對於特許定義之不同，所以也不全然排除夥伴契約適用歐盟特許概念之可能性。亦即，在歐盟法尚未創設第三種契約類型之前，法國之夥伴契約，必須依據契約內容，分別適用歐盟關於政府採購或特許契約之規範，並不如法國政府一開始在創設夥伴契約時所言，乃是一個全新的契約類型，蓋倘若夥伴契約之簽訂程序、內容違犯歐盟法政府採購或特許契約之規定，中央行政法院仍然得直接適用歐盟指令宣判無效或被撤銷⁷³。

由夥伴契約之出現與所受規範可初步獲知以下兩個小結：首先，內國法之發展並不僅僅受到歐盟明文規範之影

⁷¹ 主要是運輸，電訊與能源三大領域。

⁷² CE, avis n° 370095, 3 juin 2004.

⁷³ CE, 29 oct. 2004, Sueur et a..

響，整體歐洲國家之間的法制發展，同樣會對內國造成影響；其次，歐盟法之規範效力，並非拘泥於歐盟指令是否設定相同於內國法之規範用語，即使抽象之用語不同，仍得由內國有管轄權之法院實質地加以認定並直接適用。

然而，歐盟法對於內國行政契約之影響，不僅僅在上述之行政契約之內容、締結程序與類型，更擴及行政契約之救濟途徑。

(二)行政契約救濟程序之調整—新型態之暫時權利保護措施

進入行政契約救濟程序之敘述之前，有必要先對於法國行政訴訟制度做一個非常簡短的介紹。法國行政訴訟制度，源於法國共和8年霜月22日之憲法⁷⁴（le 22 frimaire an VIII；亦即1799年12月15日）第52條⁷⁵，並依據1806年6月11日令（le décret du 11 juin 1806）所創設的中央行政法院行政訴訟程序規則與1806年7月22日中央行政法院管轄事件令（le décret du 22 juillet 1806 «concernant règlement des affaires contentieuses portées au Conseil d'Etat»）⁷⁶，確立中央行政法院（le Conseil d'Etat）⁷⁷之

⁷⁴ 拿破崙當政時期，創立另一套曆法系統，因此與一般習用之西元紀年的月份名稱不同。

⁷⁵ «Un Conseil d'Etat est chargé de rédiger les projets de lois et de règlements d'administration public et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative».

⁷⁶ 甚至法國學界亦有主張該規則係源於1738年之Aguessau諮議會。若然，法國行政法之發軔始自君主專制時期。V. B. Pacteau, *Dualité de juridictions et dualité de procédures*, RFDA 1990 p. 752; not.: de Cormenin, *Droit administratif*, 5e éd., 1840, t. 1, p. 43. 相關歷史背景，中文文獻可參見，城仲模，二十一世紀行政法發展之新趨勢，法令月刊第52卷第12期，2001年12月，頁

設置與管轄範圍。在此漫長之行政訴訟發展過程中，儘管法國行政訴訟法之傳統概念，與我國熟悉的德國法不盡相同處頗多，舉凡訴願制度之任意性、訴訟類型之劃分等等，但與德國行政訴訟法相同，法國行政訴訟始終認為行政行為於行政訴訟撤銷前皆推定其為合法，並保持其完整全面之法律效力⁷⁸。此概念不但明文揭示於行政訴訟法典第四條，並被中央行政法院認定為「公法之基礎原則」（*règle fondamentale du droit public*）⁷⁹：依據1945年7月31日之條例（*l'ordonnance du 31 juillet 1945*）以及1953年9月30日命令（*le décret du 39 septembre 1953*）之規定，行政行為原則上不因訴訟而中斷其效力，僅於存

6；教授文中表示：「王室顧問性質之閣議（*Conseil du roi*）於王政舊制時早經設置，並依法律受理人民因行政機關違法或不當侵害權利之訴訟案件，這是法國行政訴訟制度的濫觴，亦是後來行政法院（*Conseil d'Etat*）之先驅」。

⁷⁷ 法文「*le Conseil d'État*」一詞，在國內文獻的翻譯並不統一：就其負責行政訴訟之終審任務之角度言，譯為「中央行政法院」，有助於國內了解上之便利，如陳淳文，由新近判例趨勢論法國公法上的「政府行為」概念，人文及社會科學集刊第9卷第4期，1999年12月，頁112。然而，該機關除司法行政審判任務外，並兼具諮詢之任務，M. Long, *Le Conseil d'Etat et la fonction consultative: de la consultation à la décision*, RFD 1992 p. 787，因此，亦有學者取其審判與諮詢雙重功能，翻譯為「諮政院」，如陳世民，中法行政裁量權之比較研究—從實務之觀點，憲政時代第22卷第1期，1996年7月，頁72；或「平政院」，如李鐸激，法國律師制度，法學叢刊第186期，2002年4月，頁109、127。

⁷⁸ 乃 M. Hauriou 所稱之公權力之「事前之特權」（*privilège du préalable*），CE 30 mai 1913, Préfet de l'Eure, S 1915. 3.9, note M. Hauriou; G. Dupuis, M-J Guédon, P. Chrétien, *Droit administratif*, 5^e éd., Armand Colin, p. 428; R. Chapus, *op. cit.*, n° 1021.

⁷⁹ L'arrêt CE Ass., Huglo et autres du 2 juillet 1982.

在特別法⁸⁰，或法院以特例宣判之規定下，原告方能例外獲得延緩執行（*sursis à exécution*）之效力。

換言之，法國行政訴訟法上，以往並不存在完整且全面之暫時權利保護措施，只有零星或特別之例外存在。然而，此等現象，在2001年1月1日新行政訴訟法公布實施後，產生變化。由2000年6月30日第597號法（*la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000*）共計三十條之條文，並於同年11月22日再以第1115號命令（*le décret n° 2000-1115 du 22 novembre 2000*）予以補充，將暫時權利保護制度增列於新行政訴訟法第五編，而其中更針對行政契約此單一類型，特別增設了契約預備期間之緊急措施（*référé précontractuel*）。

法國之所以需要在新行政訴法典當中，增設針對契約之暫時權利保護措施，一方面係法國本身之檢討：行政契約進入真正締約程序前，即使發生契約瑕疵相關爭議，向來，提起訴訟之可能性受到重重限制，對於行政契約提起之暫時權利保護措施往往需時冗長，欲對契約提起撤銷訴訟，又有訴訟要件不一致等等缺失⁸¹；二方面，係回應歐盟法之要求。首先，依據1989年12月21日89/665/CEE關於工程與物資之政府採購契約締結之指令，歐盟指委會表示，各會員國在與此相關之行政規章與立法條文當中，應制定「有效並快速之爭議解決途徑」；且指令第一條明確

⁸⁰ 像是將外國人帶離國境之行政決定，只要一提起訴訟，則相反地具有原則上中斷執行效力之法律效果。V. *Le loi du 10 janvier 1990*.

⁸¹ T. Philippe, *L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats administratifs*, AJDA n° spéc., 1996, p. 91.

要求各會員國：「確保招標權力者之違法決定，成為有效且盡可能快速之救濟客體」⁸²。其次，歐盟法院之判決也同樣影響2000年之新立法。譬如1990年之判決，歐盟法院承認內國法官有權依據歐盟法之規定，針對相對人之請求，進行或准許採取緊急措施，即便相對人之內國法為相反之規定⁸³。據此，倘內國法未為規定，但歐盟法已經為相當之規範，內國人民仍得直接援引歐盟法之規定，請求法院裁定暫時權利保護措施。契約預備期間之緊急措施，即是一個歐盟法先進行規範，法國法再內國化之過程。

歐盟規範契約預備期間之暫時權利保護措施，主要為1989年12月21日與1992年2月25日之兩則關於政府採購契約爭訟之指令（les directives Recours dans les marchés publics des 21 décembre 1989 et 25 février 1992）⁸⁴，因應此二指令，法國並無多做遲延，於1993年就已經將相關制度增列於地方行政法院與高等行政法院法典第22條（Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel）當中。2000年之修法，更進一步重新架構合目的性之效能，將此制度規定於新行政訴訟法典第L.551-1與L.551-2條。其主要內容在於賦予法官指示權，授權行政法官修正政府採購契約或公共服務委託契約締約前，可能產生之適用競爭規則之違法情狀，尤其是

⁸² CJCE, 12 décembre 2002, Universale-Bau AG aff. C-470/99 Rec., p. I-11617, pt. 74.

⁸³ CJCE, 19 juin 1990, Factortame, aff. C-213/89: Rec., p. I-2433, pt 23.

⁸⁴ 原則上，基於歐盟之補充原則，歐盟法對於各國之訴訟制度僅具備補充之效力與地位，因此，該緊急審理程序，目的不在取代原來內國之爭訟程序或是提供唯一的爭訟手段，而是擴大爭訟之可能性。

違反公告與開放競爭規定之違法行為，進行緊急處理之程序⁸⁵，如直接要求未履行該義務之契約權人暫緩契約之締結，並補正其欠缺之義務。而最重要之暫時權利保護措施，無疑係賦予行政法官推遲契約簽署之日程，最長可延遲二十天；甚至法官得裁定減輕行政機關締約前之應為義務，以矯正契約預備階段之重大程序缺陷，加速契約之被履行。

由上述簡略討論之脈絡可知，歐盟法對於法國行政契約法制影響之深，可謂史無前例，從契約之界定、程序與救濟，無一不受波及。首先，歐盟法設定公開透明與開放競爭之程序要件與內容的要求，其次，透過擴大政府採購與特許之定義範圍，將法國內國政府採購契約、公共服務委託契約與新興的夥伴契約都盡可能置入歐盟法之規範範圍內，促使大多數的公共採購、委外與公私協力，均須遵守歐盟法公開透明與公平競爭之要求。最後，並要求在工程、設備、服務相關之公契約當中，設置有效的爭議解決途徑，避免運用契約方式所預期達成之效能受損。儘管內國法因為各種複雜因素，不見得能夠快速地完全配合歐盟法之修正，尤其，對於存在歷史越是悠久之法制度，社會已經存在相當之使用習慣，遽然變更，非但不可能，反而容易引起適用上之困難與衝突，這或許提供了法國政府採購契約寧可透過多次修正，逐漸調整與歐盟法一致，也不採取一次到位快速方式之解釋理由；當然，歐盟法之建構，不但因為涉及歐盟會員國相互間之協調與折衝，更因

⁸⁵ S. Lagumina et Ed. Philippe, Le référé précontractuel: bilan et perspectives, AJDA 2000, p. 283.

為必須給予各會員國進行內國修法之時間，因此也是漸進發展，而非速成。歐盟法與法國法這樣漸進式的歷程或可成為我國引進外國法制時，得採取之態度。

貳、我國相關契約法制可能之借鏡

我國向來由於外交處境困難，非屬許多國際組織之會員國，故而，以往因為直接加入國際組織或區域整合組織而必須配合修改相關法令規章之情形，並不多見。儘管如此，一方面，我國之自然資源並不充沛，對外發展貿易無疑為謀生存求發展之必要，各類型企業也大多向全球佈局，因此，與國際貿易制度相互配合，乃現實之不得不然；另一方面，全球化風潮席捲，當世界變平⁸⁶，想要繼續在現今全球經濟體制下持續扮演舉足輕重之角色，與國際經濟規範之接軌不但必要，更具有相當急迫性。尤其，我國自2002年起加入WTO，並成為幾個區域性經濟組織之會員國（如：亞太經合會議）後，國內法令，不僅是經濟貿易之民商領域，各類涉及經濟與民生活動管制之行政法令也明顯發現，因應國際組織要求或貿易之需，而進行的相關配合修正。例如：為配合人員流動自由，2003年大幅修正台灣地區與大陸地區人民關係條例、就業服務法自2002年後迄今頻繁修正六次、2002年修正勞動基準法七條條文等等；為配合資金流動自由，在金融管制法令領域進行大量修法與頒布新法，如：證券交易法、銀行法、金融控股

⁸⁶ 相關探討可參閱 Thomas Friedman 著，楊振富、潘勳譯，世界是平的，雅言文化出版，2005年。

公司法等等；為配合國家公共建設或服務之民營化與引進私人財力，2003年修正公營事業移轉民營條例、獎勵民間參與交通建設投資條例、促進產業升級條例等等。

由此等因應國際化與全球貿易需求，而進行之配合修法的簡述歷程可知，各種國際法，尤其是國際貿易法，即使並未透過正式外交途徑締結條約，但對我國內國法制仍然造成具體並深遠之影響。儘管與歐盟法對各會員國內國影響之方式不盡相同，但就整體脈絡觀之，都是一個以經濟貿易影響內國法制之過程。但本文之主題：行政契約法制之引進與發展，是否與全球化或國際交流之影響有關？且國際法、外國法是否合適成為我國之法源？乃是第一個歐盟法對法國行政契約法制產生影響，而對我國可能產生之啟發。

其次，誠如前述，法國行政契約法制發展迄今已超過五世紀，而歐盟法之發展不過半世紀，卻對法國行政契約產生劇烈之影響，甚至逐漸「歐盟法化」，倘言此趨勢對我國行政法制之發展有值得借鏡之處，究竟，應引進我國法者，係法國法或是歐盟法？如何取捨？如何引進？亦非無討論空間。

一、行政契約法制之引進

我國承認並運用行政契約法制之歷史，相對於法國，期間甚短。但既然以往我國並未使用行政契約此一法工具，何以現今我國需要行政契約法制？且行政契約之建制，何以需要外國或國際法之援用參考？

(一)行政契約之時代性

依據學者之見解，我國行政契約不發達之主要原因在於以往行政契約缺乏救濟管道⁸⁷，在1998年訴願法與行政訴訟法修正前，以及行政程序法於1999年制定公布之前，實務上除少數案例之外⁸⁸，幾乎一律將可能定性為行政契約之契約，認定為私法契約。對於這樣未予積極關心，亦未因應時代變化而再賦予重視之司法實務，一直到大法官於1993年的釋字324號，與1994年的釋字348號，積極地作出二號與行政契約相關之解釋後，方逐漸開展除了學界「課堂舉例」之外的實務適用與關注⁸⁹。這樣的演變過程，由於欠缺實證之研究與大規模相關案例的分析，因此，或可認為我國行政司法實務工作者，似乎不若法國行政法官一般，勇於任事並與時俱進；但也可能解讀為，在當時的時代背景下，將具有公法性質之契約認定為民事契約，即足以解決當時所發生之問題。換言之，行政契約法制之所以在得以在1999年被納入行政程序法條文當中，應與國家任務複雜化、行政手段多元化，尤其是逐漸從單方決定轉向為雙務，強化人民之參與有關。

詳言之，正如前述論及之歐盟整合促進行政契約之運

⁸⁷ 林明鏞，行政契約法論——以德國行政契約為中心試評法務部行政程序法民國八十三年四月草案，行政契約法研究，翰蘆圖書出版有限公司，2006年4月，頁3。

⁸⁸ 如：最高法院61年台上字第1672號判例與行政法院51年判字第367號判例。

⁸⁹ 像是最高法院87年台上第245號判決，對於公費學生保送合約之性質，即直接適用大法官釋字348號之行政契約；最高行政法院也在87年判字第1110號、88年判字第449號等判決中，使用行政契約之概念。

用的邏輯相當，行政契約相較於單方性之行政處分，本質上與經濟活動關係較為密切，當我國國家任務從威權的內國管制走向強調促進全球化的自由經濟交流，行政契約之運用，表現了行政與經濟活動之密切性；而我國從1980年代起，逐步從威權大政府，轉變成為強調民間社會參與以及夥伴關係的小而美的政府⁹⁰，透過雙方性之契約模式推展行政任務，自然比單方性之行政處分適切。亦即，儘管轉型的時間快慢不同：法國的行政契約從早期的穩健發展到六十年代的蓬勃發展，我國則是二十世紀末期方開始逐步使用行政契約，但現代國家的行政機關，越來越頻繁透過雙方性行政行為方式，來處理行政事務之趨勢，似乎可謂為一個全球化的現象。

倘肯認行政契約之時代性使得採取公私二元論之現代國家越來越頻繁使用此種行政行為形式，那行政契約之要件、內容、類型等等延伸問題，是否也應當或將依循著全球化之潮流，引用外國或國際法之規範，誠為具有研究價值之議題。

(二)行政契約建制之法源

我國現代化行政法之發展，毋寧必須自革除封建體制後起算，至今不過九十餘年之時程；倘進一步從民國早期之實體行政法觀察⁹¹，則行政法現代化之歷史和歐洲國家

⁹⁰ 葉俊榮，全球脈落下的行政法人，台灣行政法學會，行政法人與組織改造、聽證制度評析，元照出版，2005年1月，頁5。

⁹¹ 民國4年所制訂之土地徵收法，可謂當年甚早制訂並實施之成文行政法。

相較，實無悠久的發展歷程與嚴密的行政法理論思辯，更由於早年建設現代化國家具有時間上之急迫性，並未循序漸進逐步醞釀現代行政法之成形，因此，各種行政法理論與行政行為形式的概念多直接自國外引進，而並未完整進行內國法需求之論辯與研悉。而影響我國行政契約法制發展之重要行政法令，不外乎訴願法、行政訴訟法與行政程序法，此三法從立法過程中即可明顯發現，係以德國法為主要借鏡對象：行政訴訟法係以一九六〇年之德國現行行政法院法為藍本而起草，行政程序法則大量援引德國一九七六年之行政手續法⁹²，只是在行政程序法起草過程中，因為引用日文文獻而在行政契約法制中加入法國法行政契約之概念⁹³。亦即，行政契約的外國法法源出現法國法，並未經過嚴密之研討。

事實上，移植外國法制，是法治發展較遲緩的國家所不得不為的必要之惡，但未能適當地考量我國國情（特殊的政治、經濟、文化層面），將外國法去蕪存菁，內化為適應本國的本國法，反而可能造成內國法適應不良、執行困難等之嚴重缺失⁹⁴。此外，即便行政法發展之初，我國以援引外國法制作為快速現代化之法制手段，但時至今

⁹² 詳細內容可參照各該法典的草案與立法說明，如立法院法制委員會編，行政程序法草案（一），立法院公報處印行，2000年7月印，頁4及行政程序法草案（四），頁1747。

⁹³ 參閱許宗力，行政契約法概要，翁岳生主持，行政程序法之研究---行政程序法草案，行政院經濟建設委員會研究報告，國立台灣大學法律學研究所執行，1990年，頁296。

⁹⁴ 黃錦堂，行政程序法對行政機關之衝擊，全國律師雜誌第3卷第4期，1999年4月，頁24，其以德國當年引進行政契約制度之情形為例，批評我國制定行政程序法之欠缺實證基礎。

日，是否仍適宜繼續維持這樣的態度習慣，不無疑義。

以法國行政契約配合歐盟法規定而進行調整為例，法國不但明確地於憲法當中，肯認歐盟法之適用效力，甚至配合歐盟法之發展而進行修憲，而且，行政機構與法院亦得在具體個案當中，直接適用歐盟法之相關法規。換言之，歐盟法之所以成為法國行政契約法制之法源之一，乃是在憲法明文授權之基礎下，行政、立法、司法三權直接地適用。

我國憲法對於外國法作為我國法制之法源，並未直接進行規定，僅在憲法第63條賦予立法院議決條約案及國家其他重要事項之權，以及憲法第141條尊重條約及聯合國憲章之外交義務。換言之，憲法並未提供國內法援引外國法作為我國內法法源之明文基礎。不過，依據憲法第63條，立法院得議決法律案，而立法院審理法案之過程中，並未有排除援用或參照外國法之限制，因此，立法委員得自由地決定是否要將外國法之法規範引進國內。但是行政機關與法院，基於依法行政與依法審判之原則，應不得任意引用或適用外國法進行行政作為與作成判決，若有引用或適用外國法之需要，雖不見得真的造成違法濫權之結果，但實應於經過明確說理推論後，再行引進，甚至，也不妨在外國法或國際法之基礎下，配合我國之國情民意，進行我國特色之法制創設與說理。進言之，我國法在行政契約法制之使用與訂定，似乎採取光譜兩端之極端作法：不是全面性地援用（學界與立法機關），就是全面性地排拒（行政機關與法院）。或許，在當時的時代背景下，我國法制尚未臻成熟，逕行或排拒使用國外法制均各有其立

論；但未來，倘有進一步修正行政契約法制之必要，於法理適用之說理，以及國內實證之探究，實有更深入建構與探討之必要。

二、行政契約實質之可能發展方向

我國行政契約法制，於訴願法、行政訴訟法與行政程序法陸續修定公布後，排除了以往實務疑慮之障礙，開始迅速發展，以ETC案所引發之相關討論殆為目前之高潮⁹⁵。儘管ETC案已經塵埃落定，然行政契約法制尚未因此案，而在實務或法規上獲得更明確的適用或規範之修正或確定⁹⁶。亦即，雖然已經肯認行政契約之使用，但行政契約之要件、內容、履行、救濟等等問題，仍有許多不確定或不完備之處，需要更進一步地研析與建構。即便是發展

⁹⁵ 相關的討論概有程明修，公私協力契約相對人之選任爭議——以最高行政法院九十五年判字第一二三九號判決（ETC案）之若干爭點為中心，月旦法學雜誌第138期，2006年11月，頁28以下；詹震榮，競爭者「無歧視程序形成請求權」之保障——評最高行政法院九十五年度判字第一二三九號判決，月旦法學雜誌第138期，2006年11月，頁38以下；陳英鈴，誰毀了ETC？，月旦法學雜誌第138期，2006年11月，頁17以下；許登科，「民間參與」之法制解析——以評論高雄高等行政法院92年度訴字569號、最高行政法院94年度判字第1177號裁判為中心，法學叢刊第51卷第4期，2006年10月，頁127以下；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九十四年度訴字第七五二號判決、九十四年度停字第一二二號裁定，月旦法學雜誌第134期，2006年7月，頁26以下。

⁹⁶ 就筆者私下了解，律師界對於ETC案之後，法院與行政機關開始大量以行政契約界定行政實務上的契約關係，在現今行政法院之審案能量尚無法與普通法院相較，且行政契約法制亦不若普通民事契約完備之狀況下，疑慮頗多。

超過五世紀的法國行政契約法制，迄今也在歐盟法之影響下蛻變，法制度與時鉅進，乃是法律發展之必要現象。因此，法國行政契約法制受歐盟法影響之歷程與成果，儘管並非金科玉律，也未必全然適合我國，但至少我們可以從法國法與歐盟法互動的發展中，觀察行政契約法制未來可能之演進趨勢，預先進行準備。以下僅區分行政契約本身與行政契約之救濟兩方面分析：

(一)行政契約之再界定與強化程序規定之可能性

承前所述，歐盟法並不區分內國契約之性質，而一體要求受歐盟法規範效力所及之採購或特許契約，遵守公開透明、自由競爭、不得為不正當之差別待遇等等的程序與實質要件。法國法轉換歐盟法規範之方式，係一方面擴大內國政府採購法、公共服務委託契約之定義，並相對應新增設夥伴契約類型，另一方面則遵照歐盟法之相關實體規範進行內國法之修正。法國行政契約如此之演變過程，至少得給予我國在行政契約界定與程序此兩方面之啟示：

1、行政契約之再界定

所謂行政契約之再界定，不外乎一般性界定與具體類型界定兩個層次之問題。就一般性界定之層面而言，目前我國行政程序法的定義，主要參酌之前德國通說而來⁹⁷，規定於行政程序法第一百三十五條：「公法上法律關係得以契約設定、變更或消滅之。」。辨別行政契約之主要方

⁹⁷ 本文此處之所以特別標注「之前」德國通說，乃因筆者並不了解近年來，德國行政契約法制，是否也在歐盟法之影響下，產生變化。

式，不論採取契約標的說或契約目的說，都必須連結到公私法區別理論，而區別一個契約是民事契約或行政契約後，在我國法之架構下，似乎偏向認為，行政機關因而得遵受之契約締結要件、履行之權利義務與救濟程序都相有所不同。也正因為如此，界定一個契約究竟是不是行政契約往往成為考量之重心。這似乎是採取公私二元論國家之法制應用的必然結果

但，現今歐盟法對於歐盟會員國國家、地方自治團體或其他類型之公法人所進行之契約，不區分該契約在各該會員國中係何種性質之契約，均一律要求該等契約必須遵守歐盟法之相關規範。換言之，契約性質究係公法或私法，並非歐盟法規範考量之重點，反而主要在規範契約所應遵行之程序。面對此現象，就法國而言，依據法國行政契約之辨別標準，當締結契約一方主體為公法人時，將優先認定該契約為行政契約，換言之，法國多數之行政契約在締結、履行、救濟各階段都受到歐盟法之規制，即使歐盟法這樣的規制，對於其他歐盟會員國而言，是一個對於民事契約之規制。詳言之，歐盟法與其會員國目前之法制現象，似乎反應出當公行政支出一定數額以上之價金時，不論該契約之性質在各該國家中被認定為是何種性質的契約，該契約之締結、履行、救濟各階段，都應受到相同之規制。

基於這樣的思考脈落，我國之契約法制，是否也可能考慮往這樣的趨勢邁進？亦即，只要是公部門負擔一定數額之支出必要的狀態下，無須拘泥於契約之性質，而是在契約之締結、履行、救濟各階段，盡可能地使契約達到締

約雙方與人民利益之三贏局面，既然我國肯認行政契約的重要目的之一，在於建立夥伴與參與之關係，制度之設計，不也應該以互相獲利為其重心？倘真能如此，則之後不論一個公行政出資一定數額之契約被認定為行政契約或民事契約，締約相對人與人民，都毋庸因為契約性質之不同而感到疑慮或排拒；也就是說，我國未來當努力之方向，在於建立整體契約法制（不論此契約是民事契約或行政契約）之完整性，尤其是契約之履行與救濟階段。

接著討論具體之行政契約類型部分。對應上述法國法三種重要行政契約類型，我國法上相似的類型，係政府採購契約所規定之採購契約與促進民間參與公共建設法（以下簡稱促參法）中之公共建設特許契約二種類型。

我國與法國之政府採購契約類似，皆為一次性採購，採購之內容亦均包含工程、設備與服務⁹⁸，但對於契約當事人之界定方式不同。依據我國之政府採購法第四條，非以法人或團體成立之方式或內部組織為是否適用政府採購法之依據，而以法人或團體辦理之個案採購，所受之補助金額為判斷標準。換言之，倘機關以一次性金額的方式成立私人法人或團體，再由該私人進行採購，並由該私人支付採購內容之價金，因為該私人無須適用政府採購法，故這樣經由輾轉方式實際支出採購金額之「幕後」行政機關，即可規避政府採購法之適用。相較於此，法國政府採購契約之契約當事人，乃是「招標權人」，此招標權人包括國家、地方自治團體、附屬於國家或地方自治團體之公

⁹⁸ 只是依據我國政府採購法第 7 條之規定，用語係工程、財物、勞務。

法組織，而在歐盟法指令之界定下，所謂「附屬於國家或地方自治團體之公法組織」，包括：該組織之財源半數以上來自於國家或地方自治團體，或與國家或地方自治團體具有監督之關係，或國家或地方自治團體於該組織設置代表。倘此標準適用於我國，則公法人以一次性金額另行設置之私人法人或團體，也無法迴避政府採購法之適用，而可避免公努之任意支出，此方式或許對我國目前大量由國家或地方自治團體設置不同類型之基金會之「亂象」，有加以修正之可能。

促參法則涉及公共建設之特許經營，就制度性質本身言，與法國公共服務委託契約和夥伴契約均接近，但契約內容顯然較狹小，僅限於公共建設。儘管促參法第3條所言之公共建設⁹⁹，性質殊異、範圍龐雜，但仍顯然小於法國公共服務委託契約與夥伴契約之範圍，換言之，我國關

⁹⁹ 「本法所稱公共建設，指下列供公眾使用或促進公共利益之建設：

- 一、交通建設及共同管道。
- 二、環境污染防治設施。
- 三、污水下水道、自來水及水利設施。
- 四、衛生醫療設施。
- 五、社會及勞工福利設施。
- 六、文教設施。
- 七、觀光遊憩重大設施。
- 八、電業設施及公用氣體燃料設施。
- 九、運動設施。
- 十、公園綠地設施。
- 十一、重大工業、商業及科技設施。
- 十二、新市鎮開發。
- 十三、農業設施。

本法所稱重大公共建設，指性質重要且在一定規模以上之公共建設；其範圍，由主管機關會商內政部、財政部及中央目的事業主管機關定之。」

於私人參與特許經營之範疇，若依文意解釋，僅限於實體之建設，對於服務或是無形資產之領域，則無適用，而應適用政府採購之規範。當然，就制度設計之角度言，何種事項應以何種法律規制，並無絕對，法國法之模式不見得就當然適合我國。不過，以法國法之模式而言，政府採購與公共服務委託契約、夥伴契約最大的差異在於，公行政在採取後兩者之契約類型時，毋須自己一次負擔全部之契約標的價金，公共服務委託契約是公行政不出錢，或是僅出小數額之價金，而夥伴契約則是基於風險分配之評估，計算公行政與締約私人應當分配之價金比例。而依據我國法之現狀，服務或無形資產之領域，僅得適用政府採購法，無法適用促參法將價金風險移轉或分擔予契約相對人，當政府支出越來越不限於實體之公共建設範圍時，此等契約內容之限制，是否有修正之必要，不無討論空間。亦即，不論是以政府採購之一次性程序，或是採取促參之特許經營，既然均為公部門經營管理之行為形式之一，只要遵守程序要件，且在不違反公益之情形下，賦予公部門依其專業性判斷，自由地裁量選擇最為適合之行為形式，而無需由立法機關設定契約內容範圍，亦非無可能。

2、強化程序規定之可能性

由法國經驗可知，不論是何種類型的行政契約，著重點均係以程序之透明公正保障行政契約所欲達成的公共服務良善運作。就此程序性之要求而言，我國政府採購法第6條揭示應維護公共利益，並遵守公平合理之原則，並在第二章以下，詳訂招標程序，程序性之要求甚為詳盡；反

觀促參法，僅於第44條簡要規定設置甄審委員會，並依公平、公正原則，於評審期限內，擇優評定之。但公平、公正之具體原則為何，甄審過程如何判斷以擇優，相關規定則付之闕如，似有進一步規範之必要。尤其，二法之程序規定落差甚劇，或許與法國初始對於公共服務委託契約規範不嚴密之理由相當，即公部門對於特許契約無須立即支付全額價金，故不影響公部門財政。但從法國經驗可知，以不影響公部門財政為由，對於特許契約因而寬鬆規範，反而容易導致嚴重的貪污、評定不公正、圖利私人等等複雜問題。以我國目前發展BOT法制迄今，初始標案之內容或許政府之出資比例很低甚或為零，但契約開始履行後，得標主因為主客觀因素要求國家進行一定資金之「紓困」或擔保之例，屢見不鮮。而ETC案件，更反應出促參法規範之不全面與鬆散，實有必要在促參法當中進行強化甄審程序規定之修定。

另外，我國向以資訊通訊發展迅速見長，但對於政府採購程序之無紙化或網絡化，儘管已見相關當為電於電子招標相關制度之研究，儘管已有政府採購法第93條之1的明文規定，但迄今仍未見長足發展，反觀法國，為迎接新通訊方式之世紀來臨，並實踐歐盟積極推動之i2010計畫¹⁰⁰，法國2006年新政府採購契約法典第56Ⅲ2°條規定：從2010年1月1日起，招標權人得藉由網路電訊方式通知標案候選人與進行公開招標。為了預備2010年之新制，法國並設定政府採購契約簽定程序去紙化之實驗緩衝期間與程序

¹⁰⁰ 主要目標有：百分百之公共契約上網公告，百之五十之公共契約透過網路簽定。

(une expérimentation de dématérialisation des procédures de passation des marchés publics) ; 亦即，根據政府採購契約法典第56Ⅲ1°條，發布2007年3月12日命令，授權招標權人得課標案候選人以網路途徑回覆招標公告之義務，使得目前與未來有意參與政府招標案者，得預先開始進行準備，並於「實驗試行」過程中再進行契約標案之修改，此等程序規制之強化與其緩衝期間設計之法令規制，有助於政府於緩衝期間內進行宣導與配套措施之安排，實值得我國之借鏡。

(二)行政契約之救濟途徑——暫時權利保護措施增修之可能

儘管目前之訴願法與行政訴訟法皆設置暫時權利保護措施，但在我國行政契約實踐與規範之過程中，暫時權利保護措施幾乎形同虛設¹⁰¹。以ETC案件為例，93年2月27日交通部高速公路局（以下簡稱高公局）做出最優決定後，未獲選之宇通資訊公司在93年3月25日即向高公局提出異議，但93年4月27日高公局仍與最優申請人遠通電收簽訂「民間參與高速公路電子收費系統建置及營運案」契約。經過冗長之程序，95年2月24日台北高等地方法院方以94年度停字第122號裁定駁回申請，不但比94年度第752號實體判決做出時間還遲，甚至完全沒有達到宇通資訊公司申請停止執行以推遲契約簽署日程之目的，我國暫時權利保護措施所蘊含之權利保護性於此案完全付之闕如。

¹⁰¹ 盛子龍，行政契約違法之法律效果—兼論 ETC 建制及營運契約違法之效果，行政契約與民間參與公共建設適用之行政法理學術研討會論文集，2007年7月，頁13。

倘我國設有如同法國之契約預備期間之暫時權利保護措施，則於契約簽定之前，當事人得直接向行政法院提出請求，要求法院命令欠缺契約法定義務者補正其義務，並暫緩契約簽訂或所有決定之執行，甚至法院得直接撤銷不合乎法定義務之契約條款。如此，將可暫時凍結簽約之所有程序，而不致產生我國ETC案之甄審決定在契約簽定後，方被撤銷，致使建置及營運契約效力產生問題之重大爭議。

當然，一方面，我國法律實務界對於行政契約法制仍不甚熟悉，甚至存有相當之排斥，因此對於締約與履行階段如何為適切之設計與安排仍存有爭議，此刻即引進專門針對契約階段而進行之暫時權利保護措施恐失之躁進；另一方面，究竟暫時權利保護措施在我國之法實踐下，應被賦予如何之功能內容，是否與法國法之規範目的具有若干同質性，仍待專文更細緻之分析。

參、結論

對歐洲各國而言，歐盟之整合，不僅在經濟、社會、政治與文化上，對歐洲人民造成影響，就各內國之法學研究而言，法領域的歐洲化，亦逐漸形成新學習科目，以行政法之領域言，歐洲行政法之崛起，無疑將對內國行政法產生莫大之影響。尤其，歐盟法以直接適用與間接適用兩種方式，全面性地影響內國行政法之制定、實施與救濟，使得內國行政法無法固守於傳統之內國法概念，而必須進行各方面之調整。本文以法國行政契約三種類型之定義、

程序與暫時權利保護措施為主題，介紹法國行政契約法制受歐盟法影響，目前為止所為之變遷，並試圖對照與摘錄出我國行政契約法制現今與未來可能得採取之走向，但本文受限於本國實證資料之不完整，因而國內法的對照研究僅停留於初步拋磚引玉之淺薄思索與介紹，但期待以此為基礎，日後對於法國行政契約法制與歐盟法互動更細緻之內容，甚至未來歐洲行政契約法制之走向，以及對我國法制可能的發展走向，提出更進一步之發現與補充。

參考文獻

一、中文部份

1. D. Simon 著，王玉芳、李濱、趙海峰譯，歐盟法律系，北京大學出版社，2007年4月。
2. 李孟玢，歐洲聯盟之統合政策與法制分析(I)，研究成果報告，行政院國家科學委員會專題研究計畫，2007年10月。
3. 李鐸激，法國律師制度，法學叢刊第186期，2002年4月，頁107-130。
4. 林明鏘，行政契約法研究，翰蘆圖書出版有限公司，2006年4月。
5. 城仲模，二十一世紀行政法發展之新趨勢，法令月刊第52卷第12期，2001年12月，頁3-50。
6. 洪德欽，歐盟憲法之法理分析，歐美研究第37卷第2期，2007年6月，頁255-321。
7. 盛子龍，行政契約違法之法律效果—兼論 ETC 建制及營運契約違法之效果，行政契約與民間參與公共建設適用之行政法理學術研討會論文集，2007年7月，頁13。
8. 許宗力，行政契約法概要，翁岳生主持，行政程序法之研究---行政程序法草案，行政院經濟建設委員會研究報告，國立台灣大學法律學研究所執行，1990年，頁295-320。
9. 許登科，「民間參與」之法制解析——以評論高雄高等行政法院92年度訴字569號、最高行政法院94年度判字第1177號裁判為中心，法學叢刊第51卷第4期，2006年10月，頁127-145。
10. 陳世民，中法行政裁量權之比較研究—從實務之觀點，憲政時代第22卷第1期，1996年7月，頁70-87。
11. 陳英鈴，誰毀了 ETC？，月旦法學雜誌第138期，

- 2006年11月，頁17-27。
12. 陳淳文，由新近判例趨勢論法國公法上的「政府行為」概念，人文及社會科學集刊第9卷第4期，1997年12月，頁111-142。
 13. 陳淳文，公法契約與私法契約之劃分：法國法制概述，台灣行政法學會主編，行政契約與新行政法，2002年6月，頁131-164。
 14. 陳淳文，論行政契約法上之單方變更權---以德、法法制之比較為中心，台大法學論叢第34卷第2期，2005年3月，頁215-253。
 15. 陳淳文，法國公法上單方具體行政行為之研究，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，2006年12月。
 16. 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九十四年度訴字第七五二號判決、九十四年度停字第一二二號裁定，月旦法學雜誌第134期，2006年7月，頁26-45。
 17. 陳耀祥，論歐洲整合對德國行政法總論發展之影響，月旦法學雜誌第121期，2005年6月，頁9-24。
 18. 程明修，公私協力契約相對人之選任爭議——以最高行政法院九十五年判字第一二三九號判決（ETC案）之若干爭點為中心，月旦法學雜誌第138期，2006年11月，頁28-37。
 19. 黃錦堂，行政程序法對行政機關之衝擊，全國律師雜誌第3卷第4期，1999年4月，頁22-32。
 20. Thomas Friedman 著，楊振富、潘勳譯，世界是平的，雅言文化出版，2005年。
 21. 葉俊榮，全球脈落下的行政法人，台灣行政法學會，行政法人與組織改造、聽證制度評析，元照出版，2005年1月。
 22. 詹震榮，競爭者「無歧視程序形成請求權」之保障——評最高行政法院九十五年度判字第一二三九號判決，月

旦法學雜誌第 138 期，2006 年 11 月，頁 38-54。

23. 詹震榮，行政合作之建制與開展－以民間參與公共建設為中心，行政契約與民間參與公共建設適用之行政法理學術研討會論文集，2007 年 7 月。

二、外文部分

1. Auby, J-B et Maugüé, Ch Maugüé, La notion et le régime de la délégation de service public, quelques précisions du Conseil d'Etat, JCP 1996, 3941.
2. Auby, J-B., Dutheil de la Rochère, J. Dutheil de la Rochère, Droit administratif européen, Bruylant, 2008.
3. Auby, J-F., Services publics culturels et concurrence, AJDA 2000, p. 22 et s.
4. Bernard-Douchez, M. H., Recherche sur la coopération entre personnes publiques, th. Toulouse, 1979.
5. Bezsançon, X., Rétrospective sur la gestion déléguée du service public en France, RFDA 1997.
6. Chapus, R., Droit administratif général, t.1, 15^e éd., Montchrstien, 2001.
7. Chenuaud Frazier, La notion de délégation de service public, RDP 1995, p. 175 et s.
8. Conseil d'Etat, Rapport public 1992.
9. De Laubadère, V. A., Administration et contrat, Mélanges Brethe de la Gressaye, p. 453 et s.
10. Douence, J.-C., La dévolution contractuelle du service public local, Rép. coll. loc. Dalloz, fasc.
11. Douence, J-C, Les contrats de délégation de service public, RFDA 1993, p. 936.
12. Du Marais, B., Droit public de la régulation économique, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 418 et s.
13. Dubouis, L., Le service public et la construction

- communautaire, RFDA 1995, p. 291 et s.
14. Duguit, Léon, L'Etat, le droit objectif et la loi positive, 1901, p.381, rééd. Dalloz, 2003.
 15. Dupuis, G., M-J Guédon, P. Chrétien, Droit administratif, 5^e éd., Armand Colin.
 16. Gartner, F., Des rapports entre contrats administratifs et intérêt général, RFDA 2006 p.19-25.
 17. Gaudemet, Y., Le contrat administratif, un contrat hors la loi, Cahier du Conseil constitutionnel, n° 16/2004, p. 142-147.
 18. L. Rapp, Guibal, M., Contrats des collectivités locales, Francis Lefebvre, 2^e éd. 1995.
 19. Guettier, Ch., Droit des contrats administratifs, PUF, 2004.
 20. Haïm, V., Une délégation de service est-elle assimilable à un marché public, Petites Affiches 26 juillet 1995, p. 38-40.
 21. Holleaux, A., Vers un ordre juridique conventionnel, Bulletin de l'IIAP octobre-décembre 1974, n° 32, p. 9 et s
 22. Hubrecht, G., Les contrats de service public, th, Bordeaux, 1980, dactyl.
 23. Lagumina, S. et Philippe, Ed., Le référé précontractuel: bilan et perspectives, AJDA 2000, p. 283 et s.
 24. Long, M., Le Conseil d'Etat et la fonction consultative: de la consultation à la décision, RFDA 1992 p. 787 et s.
 25. Marcou, G., La notion de délégation de service public après la loi du 29 janvier 1993, RFDA 1994 p. 691.
 27. Ménéménis, A., L'ordonnance sur les contrats de partenariat: heureuse innovation ou occasion manquée?, AJDA 2004 p. 1737 et s.
 26. Pacteau, V. B., Dualité de juridictions et dualité de procédures, RFDA 1990 p. 752 et s.; not.: de

- Cormenin, Droit administratif, 5e éd., 1840, t. 1.
28. Philippe, T., L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats administratifs, AJDA n° spéc., 1996, p. 91 et s.
 29. Pontier, J.-M., La décentralisation et le temps, RD publ. 1991, p.1217 -1225.
 30. Pontier, J.-M., Coopération contractuelle et coopération institutionnelle, Rev. adm., 1994, n° 278, p. 162 et s.
 31. Richer, L., Droit des contrats administratifs, LGDJ, 5^e édition, 2006.
 32. Schwarze, Jürgen, Europäisches Verwaltungsrecht [Droit administratif européen], 2. erweiterte Auflage, 2005.
 33. Terneyre, P., La notion de convention de délégation, AJDA 1996, p. 588 et s.
 34. Terneyre, P., L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats administratifs, AJDA 1996, n° spécial «Droit administratif et droit communautaire», p. 84 et s.
 35. Terneyre, P. et Maugué, Ch., Les délégations de service public en question, CJEG 1997, p. 131 et s.
 36. Vasseur, M., Un nouvel essor du concept contractuel, RTD comm. 1964, p. 5 et s.