

發文字號：臺北市政府法規委員會 90.11.26 簽見

發文日期：民國 90 年 11 月 26 日

要 旨：有關本案投資興建契約，實務上行政法院就開發契約有認定為私法契約之見解，且本案事實發生於八十五年，行政程序法尚未施行，又該契約第 19 條已臺灣臺北地方法院為管轄法院，故有約定以私法為準據法之意思

本件有關本府與○○建設股份有限公司（以下簡稱甲公司）簽訂之「臺北市政府核准投資興建○○超級市場契約書」（以下簡稱投資興建契約）乙案，本會意見如下：

一、本件○○市場預定地因都市計畫業經本市都委會審議及內政部都委會決議修正通過，並於九十年九月十四日公告實施，○○市場確定不予興建。故本件投資興建契約似已因都市計畫之變更而陷於無法履行之狀態。

二、查本件契約究應依民法第二百二十六條、第二百五十六條關於給付不能之規定，由不可歸責之一方當事人行使解除權或雙方合意解除，以消滅原來之契約關係，後續則為損害賠償事宜；抑或應依行政程序法第一百四十六條、第一百四十七條關於行政契約之規定，得由行政機關以防止、除去對公益重大危害或情事變更為要件行使終止權，以消滅原來之契約關係，而生損失補償問題，首須辨明本件契約係屬私法契約或行政（公法）契約，合先敘明。

三、關於行政契約與私法契約之區別標準，依通說及司法院大法官會議議決釋字第五三三號解釋協同意見書意旨（附件），可歸納如下：

（一）客觀原則：一契約之性質為行政契約或私法契約，原則上應就契約本身客觀決定，當事人之主觀見解並非標準。

（二）契約標的理論：所謂契約標的者，乃契約所設定之法律效果，或當事人用以與該契約相結合之法律效果。以行政法之法律效果為標的之契約，為行政契約；反之，以私法之法律效果為標的之契約，則為私法契約。若因給付內容為「中性」，並非必然為公法或私法之性質，即無法單純據以判斷契約之為行政契約或私法契約。此際須就「契約整體目的（性質）」及「給付之目的」為認定。

四、本件投資興建契約之契約標的，係以行政機關移轉公有設施用地予私人使用並予以一定獎勵，私人則負擔興建公共設施之義務，興建完成後並有經營權委託移轉之內容，由此一契約標的兼有公法及私法性質以觀，究屬公法或私法性質，學說上較傾向認定其為行政契約，惟實務上行政法院就開發契約則有認定為私法契約之見解，且本件事實發生於八十五年，其時尚未有行政程序法之施行，又本件契約第十九條已約定以臺灣臺北地方法院為第一審管轄法院，就當事人真意及契約自由原則而言，似有約定以私法為準據法之意思。然若採學者及司法院大法官會議議決釋字第五三三號解釋吳庚大法官之協同意見書見解，則似可解為行政契約。

五、本件若認定為行政契約，而主張依行政程序法第一百四十六條「防止或除去對公益之重大危害」而逕行終止契約，似尚不相當於「對公益之重大危害」之終止要件。而應依行政程序法第一百四十七條「情事重大變更，非當時所得預料，而依原約定顯失公平者」行使終止權，惟仍須經「請求他方適當調整契約內容」之程序始可為之，則本件似應由貴局（處）依行政程序法第一百四十七條之規定，發函向甲公司表示，本件契約因情事變更應予調整但顯不能調整，故終止雙方之契約關係，較為適法。

六、另查本府前就甲公司投資興建○○超級市場曾以八十四年五月五日府建字第八三〇二五五五八號函為核准之處分，故於本件契約終止之同時，依投資興建契約第四條之意旨，似宜依行政程序法第一百二十三條第四款規定將該處分一併廢止，俾免爭議。至於受益人因善意信賴該處分而遭受之損失，似可能有同法第一百二十六條規定之損失補償問題。