

發文字號：法務部 95.09.22 法律字第 0950033954 號函

發文日期：民國 95 年 09 月 22 日

要 旨：關於水土保持申請書件委託相關機關、機構或團體代為審查之法律適用疑義

主 旨：關於「水土保持計畫審核監督辦法」第 18 條第 1 項所定水土保持申請書件委託相關機關、機構或團體代為審查之法律適用疑義乙案，本部謹就涉及行政程序部分，提供意見如說明二至四。請 查照參考。

說 明：一、復 貴會 95 年 8 月 28 日農授水保字第 0951843764 號函。

二、按本件前經本部於 94 年 8 月 23 日以法律字第 0940031085 號函復 貴會略以：「…本件依來函所述…觀之，似未涉及對外行使公權力事項之權限移轉，自無行政程序法第 15 條、第 16 條規定之適用。…有關依水土保持計畫審核監督辦法第 18 條第 3 項規定所訂定之委託審查契約究為行政契約或私法契約，應由貴會先予釐清。…如為行政契約，自有行政程序法之適用（但無同法第 15 條、第 16 條之適用）」在案，有關本件是否適用行政程序法第 15 條第 16 條之規定疑義部分，仍請參酌上揭說明審酌之。

三、次按水土保持計畫審核監督辦法第 18 條第 3 項規定：「主管機關辦理委託審查，應與受託單位訂定委託契約。」又通說認為，對行政主體與人民間行政契約之判斷基準，首須契約之一造為代表行政主體之機關，其認，其約定內容即所謂契約標的，有下列情形之一者，即得作為認定其為行政契約之參考：（一）作為實施公法法規之手段者，質言之，因執行公法法規，行政機關本應作成行政處分，而以契約代替，（二）約定之內容係行政機關負有作成行政處分或其他公權力措施之義務者，（三）約定內容涉及人民公法上權益或義務者，（四）約定事項中列有顯然偏袒行政機關一方或使其取得較人民一方優勢之地位者。若因給付內容屬於「中性」，無從據此判斷契約之屬性時，則應就契約整體目的及給付之目的為斷，例如行政機關所負之給付義務，目的在執行其法定職權，或人民之提供給付目的在於促使他造之行政機關承諾依法作成特定之職務上行為者，均屬之。至於締約雙方主觀願望，並不能作為識別契約屬性之依據（司法院釋字第 533 號解釋中吳大法官庚之協同意見書參照）。準此，行政契約與私法契約之區別，原則上應以契約標的為準，如仍無法解進其法律性質時，則兼採契約目的加以衡量（吳庚著「行政法之理論與實用」，增訂 9 版，頁 429 431）。本件主管機關與受託單位訂定之委託審查契約，

究為行政契約或私法契約，仍請 貴會參照上開說明予以釐清。

四、末按行政程序法第 138 條規定：「行政契約當事人之一方為人民，依法應以甄選或其他競爭方式決定該當事人時，行政機關應先公告應具之資格及決定之程序。決定前，並應予參與競爭者表示意見之機會。」上開規定所稱之「依法」，就中央法規而言，包括法律、法律具體授權之法規命令、法律概括授權之法規命令及行政規則（如承認職權命令亦包括之），但「行政規則」部分以有明文規定者為限（本部行政程序法諮詢小組第 16 次會議紀錄及 90 年 12 月 28 日法律字第 044456 號函參照）。準此，本件委託審查契約如認為行政契約，有關委外審查之受託審查單位擇定、程序及相關委託事項，參照前開說明，貴會得以法規命令或行政規則定之。又不論該委託審查契約屬性為何，貴會如以法規命令或行政規則訂定有關委外審查受託單位之擇定，依政府採購法所定程序辦理，亦無不可（參考商品檢驗業務委託辦法第 4 條立法例），併予敘明。

正 本：行政院農業委員會

副 本：本部法律事務司（4 份）