



元照出版提供 請勿公開散布

促參案締約前政策變更 之補償與賠償

——以三則最高行政法院相關判決
為中心*

The Compensation and Damage Due to Pre-Contract Termination of Private Participation in Infrastructure Projects in Case of Public Policy Changing: Focus on Three Related Judgements of Supreme Administrative Court

許登科**

Teng-Ko Hsu

DOI : 10.3966/168067192021060041002

投稿日期：2021年3月26日；接受刊登日期：2021年5月27日

* 本文曾發表於「109年度直轄市法制及行政救濟業務研討會」，作者由衷感謝當時與談人賴恆盈副教授和葉張基律師之意見，本文再思修改投稿後，更特別感謝匿名審查人提供之寶貴審查意見，促使本文更深入補充和具可讀性，同時感謝編輯委員會之肯定，惟所有文責當由作者自負。另感謝成功大學法律系研究生陳昱璇、施元明、林雋晏於文字校對協助。

** 國立臺灣大學法學博士；國立成功大學法律系副教授。

要 目

壹、前 言

- 一、問題提出
- 二、研究目的與架構說明

貳、司法實務見解之分析與綜整
——以三則最高行政法院相關判決為中心

- 一、最高行政法院相關判決之見解分析
 - (一)臺中交七轉運站促參案——最高行政法院一〇四年度判字第一〇二號判決
 - (二)新北三峽生命園區促參案——最高行政法院一〇七年度判字第三〇八號判決
 - (三)新竹縣竹北車站促參案——最高行政法院一〇八年度判字第三十八號判決
- 二、綜合歸納與整理
 - (一)最優申請人於促參案締約前之地位與權利保護課題
 - (二)主辦機關以政策變更不續辦促參案時最優申請人之請求權與救濟課題
 - (三)雙階理論於促參案締約前法律關係之意涵待釐清

參、本文見解

- 一、最優申請人在促參案締約前之地位與權利保護
 - (一)促參案乃以私人為公共任務執行主體之政策決定
 - (二)最優申請人於促參案締約前之權利保護地位
 - (三)最優申請人作為促參案之政策推行之適格執行者
- 二、主辦機關以政策變更不續辦促參案與最優申請人之補償或賠償
 - (一)損失補償責任和締約過失之賠償責任之關連
 - (二)政策變更之區分觀察與最優申請人之保護
 - (三)其他可能之進路
- 三、分別或統一的促參案締約前爭議救濟途徑——促參法第四十七條規定之解析
 - (一)當事人之紛爭救濟程序選擇權？
 - (二)促參法第四十七條規範促參案締約前爭議之救濟途徑



四、運用雙階理論之界分或法律關係理論為基礎之法制建構

(一)對雙階理論看法之統整

(二)雙階理論作為法律關係理論之一環

(三)促參法締約前法律關係為雙階理論運用之再省思

肆、總結

摘 要

本文探討促參案件中政府機關於作成甄選決定後及締約前，以政策變更為由不締約或不續辦促參案之爭議，並贊同本文中三個最高行政法院判決見解，亦即在主辦機關於促參案締約前以政策變更為由不締約時，需區分觀察：究個案係涉及行政程序法第一二三條第四款之適用和第一二六條之損失補償，或涉及民法第二四五條之一締約過失之損害賠償。在促參法整體制度下，此二項補償與賠償責任，得以兼顧主辦機關之政策推行與責任，以及最優申請人之保護。惟就該實務見解中，將損失補償或損害賠償之救濟方式區分為二種不同救濟途徑，而本文則認為在促參法第四十七條規範下可採統一救濟途徑。同時本文附帶反思雙階理論，認為雙階理論本屬以法律關係理論為基礎之運用，故在促參法本已對促參案締約前法律關係設有整體規範之情形下，則促參法即應足以展現以法律關係理論為基礎之法制建構，實毋庸拘泥或困擾於雙階理論之運用。

促參法施行二十年來累積不少經驗與理論探討、法院見解，本文所提淺見，希能促進促參法之認識與促參案之順利推行，期能創造出政府、民間參與私人和人民之三贏。

關鍵詞：促參案、政策變更、損失補償、締約過失、雙階理論、法律關係理論



Abstract

This article discusses the controversies of not constituting contract and not continuously conducting the private participation in infrastructure projects cases at the timing that authorities in charge have elected the best applicant but have not constituted the contract with it. This article approve the perspective of the three judgements of Supreme Administrative Court hold, which is, that the authorities in charge have to determinate whether the individual private participation in infrastructure project is applicable to compensations ruled by article 123 section 4 of and article 126 of Administrative Procedure Law, or damages of culpa in contrahendo ruled by article 245-1 of Civil Law while deciding not to constitute contracts due to public policies changing before constituting the contract, the compensation and damage remedy systems can give consideration to both the policy promoting and responsibilities, the authorities in charge should take and the protection of the best applicant at the same time. However, the judgements' opinion described above separates the remedies in to compensation and damage two different ways, on the other hand, this article think there can be united in to one remedy under the norm of article 47 of Act for Promotion of Private Participation in Infrastructure Projects. At the same time, this article re-think the two stage Theory additionally, arguing that the two stage theory essentially is the theory applicated by using legal relationship theory as basis, therefore, in the circumstance that Act for Promotion of Private Participation in Infrastructure Projects has made a complete regulation about the pre-contract legal relationship of promotion of



private participation in infrastructure projects, Act for Promotion of Private Participation in Infrastructure Projects should be enough to perform the legal constructure based on legal relationship theory, and there should be no need to be limited or bother the use of two stage theory.

There have been accumulated many experiences, theory discusses and court opinions in the past 20 years of practicing Act for Promotion of Private Participation in Infrastructure Projects, and this article submit its own opinion, hoping to promote the understanding of Act for Promotion of Private Participation in Infrastructure Projects and the implement of promotion of private participation in infrastructure projects cases and create the triple wins between government, civil participation and people.

Keywords : Private Participation in Infrastructure Projects, change of public policy, compensation, culpa in contrahendo, two stage theory, theory of legal relationship



壹、前言

一、問題提出

促進民間參與公共建設法（下稱促參法）於二〇〇〇年立法施行，以作為行政機關推動民間參與公共建設案（下稱促參案）之特別法，乃民間私人參與公共建設時行政機關與參與私人間之基本規範¹。又依促參法推動促參案，均由主辦機關與民間機構簽訂投資契約後由民間機構依據促參法等相關規定依法、依約執行。且促參案不論由政府規劃或由民間私人自行提出，依促參法第四十二條至第四十六條等相關規定，均由主辦機關先確定該促參案之政策需求、可行與規劃內容，再公告後依公開、公正程序對申請人為甄選並作成最優申請人之評定，再由主辦機關與最優申請人籌辦之民間機構為簽訂投資契約後依法依約興建、營運。

但主辦機關在評定最優申請人後簽約前，如以政策變更為由不簽約並不續辦該促參案，則不僅影響促參案推動和參與之民間私人意願與權益，且是否合於促參法？當事人間法律關係如何？在促參法施行迄今二十年，早期於實務上即曾發生此類爭議案例，並引發相關學說為相關探討²。對此，促參法本身固並無明文禁止。但是，

¹ 詹鎮榮，行政合作法之建制與開展，收錄於：公私協力與行政合作法，2014年，頁36-37。

² 如本文所探討之三個最高行政法院判決外，最先發生之爭議案件應為新北三鶯污水下水道促參案，該案經臺北高等行政法院95年度訴字第2710號判決、最高行政法院98年度判字第635號判決。但由於該案於此二判決之原告主張所涉爭議和理由，並未涉及最優申請人依據行政程序法第123條和第126條適用下之損失補償和民法第245條之1適用下之締約過失損害賠償，故不列入本文探討。該案判決評析詳見，林明鏘，政策中止促參程序之法律爭議——評臺北高行95訴2710號判決、最高行98判635號判決，東吳法律學報，第25卷第1期，2013年7月，頁49以下。

就促參法並結合行政法總論之整體觀察，是否就容許之？蓋依促參法之行政法制體系，於依法行政面向，主辦機關是否有法律依據？就申請人之權益保護面向，最優申請人享有之請求權基礎以及權利保護救濟之途徑為何？申言之，最優申請人可否請求主辦機關簽約，進而主張主辦機關不得以政策變更為由不續辦促參案？若採否定，也就是，促參法本身並無法推導出最優申請人具有請求主辦機關簽約之請求權下，但主辦機關以政策變更為由不續辦促參案時，最優申請人得請求主辦機關就促參案之申請所投入之費用或相關不利益為補償或賠償？若採肯定，其法理和所依據之法律關係何在？為此，學說於案例初期之實務判決出現後固略有探討³，實務見解發展如何即值進一步觀察。

今查，近年陸續出現本文所欲探討之三個最高行政法院判決，業聚焦在行政程序法第一二三條第四款規定適用下所生損失補償和民法第二四五條之一締約過失為請求權基礎之損害賠償，以及其對應之救濟程序⁴。然而，此兩個請求權基礎，是否獨立存在而互斥？或者階段性取代？在政策變更此一事由，於具體促參案如何判斷，又是否因此須加以區分？若是，又如何區分？此外，該二請求權爭議，既均發生在締約前，則應循如何救濟程序？申言之，除上述實

³ 陳錦芳，淺談政策變更對促參案之影響，營建知訊，第415期，2017年8月，頁13以下；吳馥好，促參法招商文件之研究——以幾則實務案例為啟示之檢討與建議，成功大學法律學系研究所碩士論文，2016年，頁116以下；許登科、許照生，促參法之締約程序法律關係中申請人的地位與權利保障，東吳法律學報，第27卷第1期，2015年7月，頁72-74；蔡宜靜，論行政契約上締約過失，中正大學法律學研究所碩士論文，2012年，頁2以下。

⁴ 詹鎮榮，論促參案件之退場機制——以主辦機關因政策變更不簽約為中心，財稅研究，第47卷第3期，2018年5月，頁28-29；陳佳宜，促參案之爭議類型與解決機制，財稅研究，第47卷第3期，2018年5月，頁48-49。



體請求權面向之課題外，於救濟程序面向，依促參法第四十七條規定，有關促參案於申請與審核之爭議，其異議和申訴準用政府採購法處理招標審標決標爭議之規定。學說實務上有以此規定為促參案採取所謂雙階理論之依據，也就是依照此規定，主辦機關作成之最優申請人評定為行政處分，與後續投資契約之簽訂，構成行政處分和契約之兩個階段法律關係。果爾，如上所述政策變更所生損失補償與締約過失之損害賠償，是屬何階段之法律關係？是否已非促參法第四十七條規定之爭議範圍？且雙階理論運用下因此界定出處分和契約之階段性法律關係，是只有救濟面向之意義？抑或進而產生實體法效力，以致在議約階段，將產生取代處分之效力？從而影響議約所生爭議之實體與救濟法律關係？就此，即涉及雙階理論運用之意義為何？抑或者，促參法第四十七條有意將促參案締約前之爭議，均統一納入特殊救濟程序，從而形成締約前爭議與履約後爭議之兩個不同階段之爭議救濟法律關係，進而政策變更所生損失補償或者不續辦促參案之締約過失損害賠償，均屬該條適用之締約前爭議。而如此，雙階理論與促參法針對促參案締約前法律關係形成之法制建構，應做如何之理解？或是否當事人享有爭議救濟程序選擇權？⁵等均引發本文好奇。要之，值此實務發展所引發探討促參法對締約前法律關係之契機，本文擬先解讀分析該實務見解，並續就所涉實體與救濟問題加以深入探討，同時釐清所涉及行政法上雙階理論與相關法理運用之理解，期能有助於促參案締約前當事人間法律關係與促參行政法制之推行。

二、研究目的與架構說明

主辦機關於締約前以政策變更為由不續辦促參案所生實體與救

⁵ 詹鎮榮，同註1，頁28-29。

濟程序爭議，當涉及促參案之制度與相關行政法理，實際上則攸關促參案是否符合主辦機關之政策推行，兼及最優申請人權益之確保，理論和實務自均有其價值。而由於對實務上最高行政法院判決見解之觀察與綜整分析，本有其代表性與重要意義，故本文架構上，首先解讀最高行政法院此三判決見解，且於初步綜整該等判決相同與差異之內容，歸納出其見解重點與待釐清之處。其次，乃就待釐清探討之處，本文嘗試自促參法規範促參案之特性、法理分析最優申請人於締約前之地位與權利保護，也就是最優申請人相對於主辦機關之法律關係和其法理切入，再分析主辦機關於締約前以政策變更為由不續辦促參案時，於最優申請人請求補償或賠償之實體和救濟程序面向之法律關係，並於文末自法律關係理論省思雙階理論之運用，和促參法對促參案締約前法律關係之建構為相關探討，最後總結全文。

貳、司法實務見解之分析與綜整 ——以三則最高行政法院相關判決為中心

一、最高行政法院相關判決之見解分析

(一)臺中交七轉運站促參案

——最高行政法院一〇四年度判字第一〇二號判決

1. 案件事實與爭點

上訴人亦即原告參與被上訴人即被告臺中市政府辦理以「交七用地」作為計畫用地之「臺中市交通用地轉運中心委託民間參與建設與營運計畫」（下稱臺中交七轉運站促參案），並經臺中市政府於九十六年十月二十九日評選上訴人為最優申請人（下稱系爭甄選決定）。被告並分別於九十六年十二月二十四日、九十七年三月二十日與九十七年六月六日召開議約會議，雙方已完成系爭促參案投



資契約及設定地上權契約草案條文之修訂、新增與刪減作業。惟兩造未及締約，臺中市政府即於九十七年十月十七日函知上訴人，因為九十六年十一月十四日臺中市都市計畫發布，原以「交七用地」作為計畫用地，現在改為「交六用地」，亦即將以「交六用地」取代原計畫而作為臺中市西側交通運轉中心，故政策變更不續辦系爭促參案。上訴人於起訴時乃向臺中高等行政法院主張臺中市政府九十七年十月十七日函性質為系爭甄選決定之廢止，且上訴人鄉林公司因信賴被告所為之系爭甄審決定被廢止，而受有財產上損失，包括因本案所投入之規劃、設計、勞務、人事、管理等費用之損失，應依行政程序法第一二六條第一項規定補償原告即上訴人52,991,500元。臺中高等行政法院（即原審法院）九十九年度訴字第三八四號判決（即原判決）臺中市政府應補償原告23,346,950元，上訴人就其不利部分提起上訴，經最高行政法院作成一〇四年度判字第一〇二號判決認定，原判決尚有判決違法之處而廢棄原判決並發回臺中高等行政法院。

本件於最高行政法院審理之爭點主要為：本件被上訴人以政策變更為由不續辦促參案而廢止系爭甄選決定，法律依據是否符合行政程序法第一二三條第四款之適用範圍？又若依行政程序法第一二六條應補償上訴人，其補償金額為何？本件上訴人即原告支出之必要費用範圍及應受補償之比例如何認定⁶？

2. 本案判決理由

最高行政法院一〇四年度判字第一〇二號判決針對本案爭執點之判決理由，主要有下列幾點：

(1)按「（第1項）授予利益之違法行政處分經撤銷後，如受益人

⁶ 摘錄整理自臺中高等行政法院99年度訴字第384號、104年度訴更一字第9號判決、最高行政法院104年度判字第102號判決。

無前條所列信賴不值得保護之情形，其因信賴該處分致遭受財產上之損失者，為撤銷之機關應給予合理之補償。（第2項）前項補償額度不得超過受益人因該處分存續可得之利益。（第3項）關於補償之爭議及補償之金額，相對人有不服者，得向行政法院提起給付訴訟。」「授予利益之合法行政處分，有下列各款情形之一者，得由原處分機關依職權為全部或一部之廢止：……四、行政處分所依據之法規或事實事後發生變更，致不廢止該處分對公益將有危害者。……」」（第1項）原處分機關依第123條第4款、第5款規定廢止授予利益之合法行政處分者，對受益人因信賴該處分致遭受財產上之損失，應給予合理之補償。（第2項）第120條第2項、第3項及第121條第2項之規定，於前項補償準用之。」行政程序法第一二〇條、第一二三條第四款、第一二六條分別定有明文。基此，當事人對合法行政處分之存在，具有值得保護之信賴，並因廢止受有損失，自應給予補償。惟補償之範圍，一則必須限定於該損失係因信賴授益處分之存在而發生者，亦即，損失與信賴必須有相當因果關係存在，而非漫無邊際之「公法危險責任」。二則，廢止授益處分之補償，為「徵收補償」或「犧牲補償」之性質，在弭平當事人為公共福祉而受之特別犧牲，並非損害賠償性質，如無特別規定，關於所失利益，不予補償；至於所受損害，原則上全部補償，但不得超過受益人因該處分存續可得之利益（行政程序法第一二六條第二項準用同法第一二〇條第二項）。此外，當事人對損害之發生如與有過失，則有民法第二一七條規定過失相抵規定之類推適用，得免除或減輕其補償。而因上開補償請求權是否存在，以及範圍內容之訴訟，當然屬公法之爭議，而為行政法院所管轄，合先敘明。

(2) 甄審決定即評定最優申請人之實體法性質，促參法條文本雖無明白揭示，然觀諸同法第四十七條規定以及政府採購法第七十四條應可得知，立法者有意將甄審決定與促參投資契約履約之法律



關係割裂評價，並將前者之爭議處理採公法救濟途徑解決。析言之，在促參法將甄審決定爭議定性為公法爭議之規範架構下，可推測出立法者併含有將甄審決定在實體法上定性為一獨立之公法行政行為的動機。又有鑑於政府採購法第八十三條將申訴審議判斷視為訴願，故依促參法第四十七條準用政府採購法第八十三條規定之結果，促參法意義下之甄審決定乃為一行政處分，核屬法解釋論正確操作之結果。據此，主辦機關規劃由民間參與公共建設此類促參投資契約簽訂事件如何為法律關係之評價，基本上應以「雙階理論」為思考出發點；亦即，前階段之甄審決定為一行政處分，而後階段投資契約簽訂與履行，則是另一獨立、具雙方法律行為屬性的契約法律關係。此種法律關係切割之結果，可簡化生活事實認定上之複雜性，各階段之區隔亦不致造成辨識上之明顯困難，有助於法律關係之釐清。

(3)主辦機關所為之甄選決定既經定性為行政處分，則甄選決定如因事實變更而經廢止，而受益人就此受有損害，且具有值得保護之信賴，依行政程序法第一二〇條及第一二六條規定，自非不得請求損失補償。當然，在雙階理論下，如促參案政策所設定之投資契約為私法契約，則甄選決定處分後，投資契約未簽訂前，促參主辦機關違反誠信有締約上過失，亦應適用民法第二四五條之一第一項規定⁷，而對經甄選決定之最優申請人負有損害賠償責任。惟基於行政程序法對於甄選決定廢止之損失補償，與基於民法對於締約上過

⁷ 民法第245條之1第1項規定：「契約未成立時，當事人為準備或商議訂立契約而有左列情形之一者，對於非因過失而信契約能成立致受損害之他方當事人，負賠償責任：一、就訂約有重要關係之事項，對他方之詢問，惡意隱匿或為不實之說明者。二、知悉或持有他方之秘密，經他方明示應予保密，而因故意或重大過失洩漏之者。三、其他顯然違反誠實及信用方法者。」

失之損害賠償，不僅分屬公、私法領域而有管轄法院之差異，其要件及補償、賠償之範圍亦不相同。原則上，合法處分廢止之補償，不以機關主觀責任為條件，但締約上過失之賠償，則以機關之「惡意」、「故意或重大過失」或「顯然違反誠實及信用」為其責任條件；至於補償與賠償，前者限於信賴合法處分所生之損失，後者則以機關違反誠信原則行為所肇致之損害為範圍；於訴訟之具體個案上，當應視當事人所主張者，定其管轄，釐清其要件及範疇，不容混淆或相互援引。上訴人就甄選決定遭廢止主張信賴利益補償，提起本件行政訴訟，行政法院自有管轄權，至於應否補償及其範圍，當必須依前述廢止合法處分補償之相關法文及說明以判斷之，而非以所謂締約上過失為論據。

(4) 原判決依卷證資料，認系爭促參案為由政府提供部分土地及設施之「民間自行規劃申請參與公共建設」，系爭甄選決定乃上訴人臺中市政府對上訴人鄉林公司所為授益處分，嗣因政策變更而中止系爭促參案之續辦，其定性無異於以事實變更為由而廢止甄選決定，合於行政程序法第一二三條第四款因事實變更而廢止合法處分要件，上訴人鄉林公司苟因此所受之財產上損失，非不得依同法第一二六條第一項規定請求補償，既經請求而為上訴人臺中市政府拒絕，即得提起行政訴訟爭議等論證，與卷證資料相符，揆諸前揭法文及說明，亦屬的論。惟就上訴人鄉林公司請求甄選決定經廢止之損失補償，未釐清其因信賴該甄選決定而為相關籌辦、議約支出內容，泛以上訴人鄉林公司自甄選決定至廢止間因系爭促參案之投資所支出費用，為其補償範圍，自有適用法規不當之違法。

(5) 又，何以「政策變更」，卷內並無資料可循，原判決雖謂臺中高等行政法院九十九年度訴字第二五二號卷第二七八頁顯示：「被告（即上訴人臺中市政府）於97年10月3日邀集系爭促進民間參與公共建設案援甄選委員或委員與相關學者專家召開『研商臺中都



會區轉運區未來定位及發展策略』相關事宜會議」會議決議略以：(一)『交六用地』確為臺中市都會區西側地區國道客運與市區客運間轉運之最佳區域；(二)臺中市都會區轉運中心之設置應從資源最有效利用角度集中設置，『交六轉用中心』最高可提供80席之月臺需求，不需於鄰近地區在設置類似功能之運轉中心」（原判決第八十七頁、第八十八頁）；惟此會議之記錄及相關資料，均未見諸原審卷證資料內。且參諸原判決所載本件促參案始末，兩造前於九十三年五月十二日簽訂臺中會展BOT案，上訴人鄉林公司復就臺中會展BOT案基地緊臨東北角「交七用地」作為轉運中心，多次提出促參案申請，終於九十五年十二月十八日所提出者，為上訴人臺中市政府所審核通過，於九十六年十月二十九日作成甄選決定，足見「交七用地」作為臺中市西側交通運轉中心，並以促參案形式規劃，為上訴人鄉林公司所推動且提出，並與臺中會展BOT案之實現緊密連結，此亦為上訴人鄉林公司所一再主張者。而臺中會展BOT案工程延宕，上訴人臺中市政府先於九十七年七月十七日以工程嚴重延宕為由，終止契約，旋於九十七年十月十七日以系爭處分告知上訴人鄉林公司政策變更，不續辦系爭促參案。職是，臺中市西側交通運轉中心，既早已選用「交六用地」，何以於系爭促參案甄選決定後，兩造議約期間，上訴人臺中市政府猶改定以「交七用地」代之，此政策變更是否肇因於上訴人鄉林公司「交六用地」旁之臺中會展BOT案工程嚴重延宕，該區域確定無法成為臺中新市政中心，故而，其旁之「交七用地」也無與之連結成為轉運中心之實益，始轉為以地理位置取勝之「交六用地」瓜代，實不無疑慮。而此未經原審調查，事證未明，惟涉及上訴人鄉林公司就政策變更，系爭促參案不與續辦，是否與有過失及過失比例之認定，當然也影響補償之有無與範圍。原判決對此應依職權調查之事實，亦未依行政訴訟法第一二五條第一項規定予以調查認定，即有不適用法規之違法。

3. 對該判決之初步分析

(1) 就雙階理論之適用

本案於行政程序法第一二三條第四款之適用前提，須界定最優申請人之甄審決定為行政處分。最高行政法院為認為，依據促參法第四十七條主辦機關作成最優申請人之甄審決定可界定為行政處分，因而在主辦機關和民間機構締約前有行政處分之存在，締約後則有投資契約之行為形式，形成「前處分+後契約」之雙階段結果，此乃以雙階理論之思考。對此，亦為學理上所肯認⁸。此外，學理上甚且認為，在促參法規範下之投資契約應為公法契約，不同於雙階理論係運用在私法契約之背景，所以，在此雙階理論之運用應為新雙階理論或修正式雙階理論⁹。

(2) 政策變更不續辦促參案之補償或賠償

在接續該雙階理論之適用下，最高行政法院該判決進而認為，於促參案締約前，若行政機關不締約，最優申請人可請求行政處分廢止時之損失補償，或締約過失之損害賠償。而請求損失補償或締約過失之損害賠償於要件與填補範圍不同外，且分屬公法和私法爭議，救濟途徑也不同。另就本案是否構成政策變更之事由，以及該政策變更是否上訴人與有過失，影響補償範圍，應由原審法院依職權為事實之調查。

⁸ 陳敏，行政法總論，九版，2016年，頁678以下；程明修，行政訴訟類型之適用——有關雙階理論、行政處分是否消滅的爭議，台灣本土法學雜誌，第81期，2006年4月，頁117-119。

⁹ 林明鏘，ETC判決與公益原則——評台北高等行政法院94訴字第752號判決及94停字第122號裁定，月旦法學雜誌，第134期，2006年7月，頁5以下；同作者，行政私法與雙階理論之檢討——從最高行政法院102年10月第2次庭長法官決議談起，臺北大學法學論叢，第112期，2019年12月，頁111以下。



(二) 新北三峽生命園區促參案

——最高行政法院一〇七年度判字第三〇八號判決

1. 案件事實與爭點

本案乃上訴人即原告於九十九年二月依促參法第四十六條規定以自備土地之方式，向被告即被上訴人提送「新北市三峽生命園區興建營運BOO投資計畫」案（下稱新北三峽生命園區促參案，即系爭計畫案）之投資計畫書，經被告於一〇〇年一月二十五日審核通過，並於一〇〇年三月七日函（下稱審核通過處分）通知原告，且兩造於一〇〇年四月十一日完成投資契約之議約程序。嗣被告又以一〇一年七月五日函（下稱原處分）通知原告：因原告未能於一〇一年五月十七日前完成疏處，且新北市殯葬政策有所改變，依行為時機關辦理促進民間參與公共建設案件作業注意事項（業於一〇四年五月十五日停止適用，下稱促參案件注意事項）第六十九點準用第十六點及第五十九點規定，不繼續辦理系爭計畫案後續事宜。原告對原處分不服，向被告提出異議，經被告駁回原告異議。原告猶有不服，提起申訴復經審議判斷駁回，遂提起行政訴訟。臺北高等行政法院審理作成一〇二年度訴字第三四六號判決後，經當事人上訴並由最高行政法院兩次廢棄發回更審，再次上訴最高行政法院，且上訴人於訴之聲明中先位聲明：廢棄原判決，並撤銷原處分、異議處理結果與申訴審議判斷，或發回原審法院。被上訴人應與上訴人訂定系爭計畫案投資契約之本約，或發回原審法院。備位聲明：廢棄原判決，且被上訴人應補償上訴人14,481,405元，及自起訴狀繕本送達被上訴人之翌日起至清償之日止依法定週年利率百分之五計算之利息，或發回原審法院。而對此，由最高行政法院作成本件一〇七年度判字第三〇八號判決。

本件於最高行政法院審理之爭點主要為：本件被上訴人以政策變更為由不續辦促參案而廢止系爭審核通過處分，法律依據為何？



若依行政程序法第一二三條第四款之適用，是否被上訴人所稱之政策變更符合行政程序法第一二三條第四款規定之要件事實？又若依行政程序法第一二六條應補償上訴人，其補償金額為何？本件上訴人即原告支出之必要費用範圍及應受補償之比例如何認定¹⁰？

2. 本案判決理由

最高行政法院一〇七年度判字第三〇八號判決針對本案爭執點之判決理由，主要有下列幾點：

(1)依司法院釋字第四四三號解釋理由所揭示的層級化法律保留之意旨，行政機關欲以政策變更作成剝奪或限制人民自由權利之行政處分，自應遵守法律保留原則，於符合法律或其授權訂定之法規命令所規定之要件時，始得為之。行為時促參案件注意事項，僅係主管機關工程會依其職權所訂定規範機關內部秩序及運作之行政規則，細繹其中第五十九點規定：「促參案件議約及簽約階段，如有下列情形者，應啟動退場機制：……(二)主辦機關因政策變更，不續辦促參案件；……」只是說明主辦機關因政策變更而不續辦促參案件時，應啟動退場機制，無論從規範位階或規範內容而論，該促參案件注意事項第五十九點均無從作為廢止本件原審核通過處分之依據。

(2)至於原審核通過處分是否得因政策變更而不繼續辦理，亦即廢止原審核通過處分，則須回歸行政程序法第一二三條之規定予以判斷，於具有該條各款情形之一時，始得依職權為全部或一部之廢止。又依行政程序法第四條、第七條、第八條及第九條規定，行政行為應受法律及一般法律原則之拘束，無論於構成要件之解釋涵攝或法律效果的裁量選擇都應遵守誠實信用及比例原則，並於該管行

¹⁰ 摘錄整理自臺北高等行政法院103年度訴更一字第41號、105年度訴更二字第76號判決、最高行政法院107年度判字第308號判決。



政程序，就當事人有利及不利之情形，一律注意。而行政程序法第一二三條第四款所謂「行政處分所依據之事實事後發生變更」，係指作成行政處分之基礎事實，於行政處分作成後，有所改變者而言，不包括行政機關對於事件狀況為不同於原先之評估。所謂有害公益，係指廢止行政處分之公益超過維持行政處分之利益。惟其有害公益之程度，尚不及於對公共福祉之重大不利益，否則當屬同條第5款之廢止原因。一般而言，有事實狀況變更後，不得作成該行政處分，或作成該行政處分至少有裁量瑕疵時，即為有害公益。

(3)次按行政訴訟法第一三三條規定，行政法院於撤銷訴訟，或於其他訴訟，為維護公益者，應依職權調查證據。且依同法第一二五條、第一八九條規定，行政法院應依職權調查事實關係，不受當事人主張之拘束，並應行使闡明權，使當事人得為事實上及法律上適當完全之辯論，及令其陳述事實、聲明證據，或為其他必要之聲明及陳述；其所聲明或陳述有不明瞭或不完足者，應令其敘明或補充之。為裁判時，應斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依論理及經驗法則判斷事實之真偽，並將得心證之理由，記明於判決。……關於上訴人之先位聲明部分：上訴人於原審提出被上訴人所屬民政局網頁公告之「火化爐使用查詢」資料，顯示火化爐使用時段仍維持原一·五小時一時段之設計，整體火化人數明顯未有提升等情，主張被上訴人所稱火化時間提升，僅為「燃燒時間」之變動，「全程火化時間」並未能縮短，故其網頁公告之「火化爐使用查詢」顯示之每日得安排火化時段仍照舊維持一·五小時一具大體，並無整體火化人數提升之事實，從而行政處分所依據之事實，於事後並未發生變更，自亦不符行政程序法第一二三條第四款廢止要件等語，並質疑何以被上訴人於一〇五年底「更新殯葬資訊管理系統」後，仍會有網頁公告資料與實際火化爐利用情形不吻合之情事，攸關增設火化場需求於原審核通過處分作成後是否已有緩解之事實，被上

訴人以事實變更為由廢止原審核通過處分是否有理由，原審未予調查釐清，遽予採信被上訴人辯稱網頁資料未因應火化爐具更新及改善而更動，其已與實際火化爐利用情形並不吻合等語，已有未洽。且被上訴人於一〇一年五月十一日完成之「新北市殯葬政策規劃報告」係記載：「本市目前有12具火化爐，考量爐具之維養需求，每日可火化量為60具」，迨一〇三年四月二十八日「新北市議會第1屆第7次定期會主席裁定事項答覆表」之附表「新北市死亡人口數及禮廳、火化爐、冰櫃使用數推估表」，其內容始記載「12座火化爐，每具大體火化時間約1小時，一天8小時可處理96具」；被上訴人則稱其早已於一〇一年十月辦理第二及第三火化區共六座火化爐體更新，使用最新型火化爐具，並同時辦理火化爐具供給燃料更換工程，將燃料系統由「柴油」更換為「天然瓦斯」，火化時間由原本的一百~一百二十分鐘縮短為六十~七十分鐘，以提升整體火化數量，目前三峽火化場淡日開放三爐進行作業，旺日亦僅開放十爐進行作業，即可消化完畢當日待火化人數云云，以上火化效率的提高縱令屬實，亦屬原處分於一〇一年七月五日作成以後的事情，如何能謂增設火化場需求於原審核通過處分作成後，原處分作成前已有緩解之事實？又依照被上訴人所屬民政局對「環保自然葬法」之介紹，無論係聯合海葬、骨灰植存或環保樹花葬等自然葬法，甚或被上訴人強調之「三芝櫻花生命園區」，皆需先將遺體火化為骨灰後方能續行上開儀式。因此，火化需求似非因自然葬法之推廣而有所緩解，反而將更為加劇，此亦經上訴人於更二審審理時一再主張。何況被上訴人於一〇六年一月二十三日提出之行政訴訟更二審答辯(一)狀已自承：「……並且亦推廣如植存或海葬等方式之環保葬，自95年起辦理免費海葬、96年成立金山環保生命園區、102年啟用三芝櫻花生命園區，迄至104年底，已共計有1,007人採用環保葬法等政策，以上被告種種作為，均可證明被告確實已變更並實行變更後之



殯葬政策」，由此得見，環保葬法似非原審核通過處分作成後所為之政策變更，而係被上訴人自九十五年即起即持續推廣之政策。原審未予調查釐清，猶據此認定被上訴人於原處分作成時已無增設火化場之需求云云，顯係對上訴人有利的事實及證據恣置不論，其理由自欠完備。

(4)又上訴人主張系爭計畫於通過審查當時，即係因符合法律、興建、營運等政策需求，且將禮廳、火化、納骨均集合於園區內完成，不致衍生外部環境問題，又上訴人已承諾開發行為必須符合各類興建、營運法規，以及環境影響評估等需求，故於上訴人尚未辦理環境影響評估之情況下，被上訴人仍執此而空言稱興建、營運有環境污染之虞，故廢止較符合公益云云，已有認定事實不憑證據之違誤；況且系爭計畫案提升整體殯葬環境「質」與「量」之措施，並非不能帶來環境改善與興利之結果等語，是否可採，攸關廢止原審核通過處分之公益是否超過續予維持之利益，原審未予調查釐清，徒憑臆測開發興建過程將有污染為由，認定維持原審核通過處分對公益將有危害，而就系爭計畫案完成後對整體社會帶來之益處隻字未論，核與行政程序法第九條有利不利一體注意原則相悖，其判決理由亦屬不備。

(5)再者，被上訴人既認關於禮廳，市立殯儀館有十間，使用達百分之九十以上，推估一〇五年恐有一廳難求情形，其所屬民政局將依殯葬管理條例第十四條規定，朝向單獨設置禮廳及靈堂方式處理，解決需求，則上訴人主張原審核通過系爭計畫案，其興建及營運範圍並非僅指火化場，尚包含禮廳及其他提升殯葬品質之設施，且係現代化之殯葬設施，不但設施先進，且符合環保要求，何以僅得因火化爐將可使用至一一四年云云，即遽認維持系爭處分難調合於公益，進而應全面廢止原審核通過處分？甚且依兩造一〇〇年四月十一日完成議約版本之本案投資契約，其中第十四・一・一修約

之前提即揭明：「本契約如有下列情形之一者，甲乙雙方得協議辦理修約：…… 2.基於公共利益考量，依本契約繼續履行或處置有礙公共利益者。…… 4.其他為履行本契約之必要或經雙方合意者。」是依前開約定，契約內容尚有調整之餘地，故就本契約繼續履行或處置無礙或有益公共利益之處（即如禮廳及其他提升殯葬品質之設施等部分），則得透過修約方式繼續履行，被上訴人卻逕採全部廢止原審核通過處分之方式，已侵害上訴人之權益甚鉅，實不符合比例原則中之必要性原則等語，尚非全然無據，原審未予調查釐清，遽予維持原處分，容有未洽。

3. 對該判決之初步分析

(1)以行政程序法第一二三條第四款為不續辦促參案之合法依據

首先，依據該最高行政法院判決見解，促參案注意事項第五十九點並非廢止最優申請人審核決定處分之合法依據，而只得依行政程序法第一二三條第四款規定「行政處分所依據之事實事後發生變更」為判斷。且此廢止處分，尚應依行政程序法第四條規定遵守法律及一般法律原則為之。

(2)依法不續辦促參案之正當事由和審查

次者，關於以政策變更而於締約前不續辦促參案所生廢止最優申請人處分事由，僅指作成行政處分之基礎事實，於行政處分作成後，有所改變者而言，而不包括行政機關對於事件狀況為不同於原先之評估¹¹。對此，行政法院應加以職權調查。進而最高行政法院指摘被上訴人以審核處分作成後事實變更為由廢止原審核通過處分是否有理由，原審有諸多未予調查釐清，而廢棄發回臺北高等行政法院。

¹¹ 同此見解，陳敏，同註8，頁476以下。



(三)新竹縣竹北車站促參案

——最高行政法院一〇八年度判字第三十八號判決

1. 案件事實與爭點

本案係被告即被上訴人新竹縣政府於一〇二年七月九日公告辦理「新竹縣竹北市縣華段140地號（車站用地，下稱系爭基地）委託民間參與興建營運案」（下稱新竹縣竹北車站促參案，即系爭促參案）第三次招商程序（前二次招商均無廠商投標），原告即上訴人鴻裕開發實業股份有限公司（下稱鴻裕公司）參與該招商程序，經被告於一〇二年十一月二十二日函通知其具備成為最優申請人資格，雙方並於一〇三年一月十五日完成議約程序，被告則以一〇三年二月十九日函通知原告鴻裕公司應自接獲通知之日起三十日內與被告完成投資契約之簽約手續，同時應完成民間機構之設立、履約保證金之繳付及依據議約結果、甄審委員會意見修正投資計畫書等。原告鴻裕公司旋依系爭促參案申請須知（下稱申請須知）第八・二條規定，籌組成立原告上禾開發股份有限公司（下稱上禾公司），並於一〇三年四月七日以鴻裕函通知被告，將由原告上禾公司代表其與被告簽訂投資契約。嗣原告上禾公司於一〇三年四月八日、四月十七日繳交開發權利金及履約保證金，被告則以一〇三年四月十六日函通知原告鴻裕公司，將於一〇三年四月十八日召開投資執行計畫書審查會（下稱審查會），請原告鴻裕公司依歷次審查意見修正投資執行計畫書後送被告審查。然被告該次審查會結論為：「(一)主辦機關配合都市發展需要，重新檢討系爭促參案基地土地使用計畫，係屬政策變更，依機關辦理促進民間參與公共建設案件作業注意事項（下稱促參注意事項）第59點第2款規定，不續辦本案。(二)最優申請人繳交之申請保證金及履約保證金，全數無息退還。」被告並以一〇三年四月二十三日函（下稱一〇三年四月二十三日函）將該會議紀錄檢送原告鴻裕公司及上禾公司。原告不服，



於一〇三年五月十六日向被告提出異議，被告作成異議處理結果維持原決定，原告鴻裕等二公司仍不服，提起申訴審議亦遭駁回，遂提起行政訴訟。經臺北高等行政法院一〇四年度訴字第三〇五號判決被告應給付原告上禾公司新臺幣（下同）67,430元及利息，並駁回原告鴻裕等二公司其餘之訴。兩造對各自敗訴部分不服，遂分別提起上訴，經最高行政法院作成本件一〇八年度判字第第三十八號判決。

本案於最高行政法院審理之爭點主要為：本件被上訴人新竹縣政府以政策變更為由不續辦促參案而廢止最優申請人之處分，法律依據為何？若依行政程序法第一二三條第四款之適用，是否被上訴人所稱之政策變更符合行政程序法第一二三條第四款規定之要件事實？¹²

2. 本案判決理由

最高行政法院一〇八年度判字第第三十八號針對本案爭執點之判決理由，主要有下列幾點：

(1)按行政程序法第一二三條第一款規定：「授予利益之合法行政處分，有下列各款情形之一者，得由原處分機關依職權為全部或一部之廢止：一、法規准許廢止者。……」，其所謂「法規」，係指法律及各機關依其法定職權或基於法律授權訂定之命令，亦即法律、職權命令及法規命令，而不包括行政規則，此觀中央法規標準法第二條、第三條、第四條、第七條、行政程序法第一五〇條第一項、第一五九條、第一六一條規定自明。蓋「法規」必須係對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定，如果係上級機關對下級機關，或長官對屬官，依其權限或職權為規範機

¹² 摘錄整理自臺北高等行政法院104年度訴字第305號判決、最高行政法院108年度判字第38號判決。



關內部秩序及運作，所為非直接對外發生法規效力之一般、抽象之規定（即行政規則），因僅具有拘束訂定機關、其下級機關及屬官之效力，自難直接作為廢止對於人民授予利益之合法行政處分之依據。工程會於九十七年十二月三十日修正發布之行為時促參注意事項（已於一〇四年五月十五日廢止），乃「為確保主辦機關依公平、公開之程序及符合公共利益、公平合理之原則，辦理促進民間參與公共建設案件，以提升公共服務品質」所訂定（該注意事項第一點），並無法律授權依據，雖係工程會依其法定職權所訂定，但其性質為規範主辦機關辦理促進民間參與公共建設案件之作業注意事項，尚非對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定，自非屬法規命令或職權命令，而係行政規則。故行為時促參注意事項第五十九點規定：「促參案件議約及簽約階段，如有下列情形者，應啟動退場機制：……(二)主辦機關因政策變更，不續辦促參案件；或為符合公共利益及公平合理原則，致須重新辦理公告。」尚難直接作為行政程序法第一二三條第一款所謂「准許廢止」授予利益之合法行政處分之「法規」，僅能於符合行政程序法第一二三條第四款「行政處分所依據之法規或事實事後發生變更，致不廢止該處分對公益將有危害者」、第五款「其他為防止或除去對公益之重大危害者」規定範圍內有其適用，亦即政策變更必須係基於行政處分所依據之法規或事實事後發生變更，致不廢止該處分對公益將有危害，或其他為防止或除去對公益之重大危害者，始得據以廢止授予利益之合法行政處分。至於依行為時促參法施行細則第二十二條之四規定，於投資契約訂明「因政策變更，民間機構依契約繼續履行反不符公共利益者，主辦機關得終止或解除一部或全部契約，並補償民間機構因此所生之損失」者，乃民間機構與主辦機關雙方基於契約自由原則所訂立，自應受契約效力之拘束，此與未簽約之前，主辦機關因政策變更，片面作成不續辦促參案件（廢

止甄審決定），有違誠實信用原則之情形，不可同日而語。原判決謂：「參上開促參法施行細則第三十二條（應更正為第二十二條之四）規定，即使簽訂投資契約之後，該約仍得訂明因政策變更，依約繼續履行反不符公共利益時，主辦機關得據以終止或解除一部或全部契約；相對而言，在未簽約之前，主辦機關因政策變更，並認簽約反不符公共利益時，舉重以明輕，自無禁止其決定不續辦促參案之理」云云，容有誤解。

(2)查新竹縣政府因政策變更不續辦系爭促參案，雖以竹北交通壅塞問題、竹北生活圈機能之改變（高鐵新竹車站特定區因景氣回春，都市空間結構軸線轉移），及整體都市發展需要（整個發展軸線均轉向高鐵地區）等全盤性考量，且基於本案BOT年限為五十年，長期公共利益之考量，必須重新檢討系爭促參案所在基地土地使用計畫等情為由。惟……竹北交通壅塞問題、竹北生活圈機能之改變，及整體都市發展需要，在新竹縣政府於系爭甄審決定通知上訴人即原告公司具備成為最優申請人資格之前，似均已存在，並為渠等所知悉，則新竹縣政府以系爭甄審決定所依據之事實或政策於事後已發生變更，且不廢止系爭甄審決定對公益將有危害為由，作成不續辦系爭促參案之決定（廢止系爭甄審決定），容有疑義，原審未詳加調查釐清，遽予維持，尚嫌速斷。

(3)再新竹縣政府不續辦系爭促參案之理由包括「近期重大開發案幾已確定皆朝向高鐵特定區，整個發展軸線均轉向高鐵地區，未來竹北生活圈機能勢必有所調整，都市發展及交通流向亦隨之改變」，似認竹北生活圈之人口及交通流向均遷往高鐵區，卻又謂「系爭促參案特許期間長達五十年，其附屬事業所產生之交通容量將加劇基地鄰近路段整體交通之壅塞情形，轉運功能無從發揮」，似認為竹北生活圈之交通亦將流向系爭促參案所在基地周遭，系爭促參案之附屬事業會加劇其交通壅塞之情，前後論述似有矛盾，原



審未經調查釐清，即予採信，亦有未洽。且如果後者之論述屬實，是否可以修正系爭促參案，使其不會加劇系爭促參案所在基地周遭交通壅塞問題，反能解決其因持續開發、人口移入衍生之需求，而不必斷然廢止系爭甄審決定？此攸關新竹縣政府不續辦系爭促參案是否符合比例原則，原判決未予論究，理由亦屬不備。

3. 對該判決之初步分析

(1) 行政程序法第一二三條第四款、第五款為不續辦促參案之合法依據

首先，一則，該判決先以促參案注意事項並非法律也非法律授權之法規命令，故不適用行政程序法第一二三條第一款依法規准予廢止行政處分之要件，乃認為該注意事項不得作為廢止最優申請人處分之依據。且認為針對行政程序法第一二三條第四款規定「行政處分所依據之事實事後發生變更」之判斷，只指行政處分作成所依據之事實事後發生變更，若於行政處分作成前，均已知悉或存在，事後主張政策變更，即容有疑義。

(2) 依法不續辦促參案之正當事由和審查

其次，該判決同樣闡釋出，主辦機關依據行政程序法第一二三條第四款規定以政策變更為由不續辦促參案，應就具體政策變更之事由嚴格檢視是否符合「行政處分所依據之事實事後發生變更」要件。對此涉及促參案原評估政策所涉條件變更之檢視外，縱使促參案原評估政策所涉條件變更，是否即得廢止原最優申請人之甄審決定進而不續辦促參案，尚應有比例原則之考量。

二、綜合歸納與整理

在個別分析上揭最高行政法院判決見解後，若綜合該三個判決見解，就其共通和差異處可歸納為以下幾個仍待探討之重點：

(一)最優申請人於促參案締約前之地位與權利保護課題

第一，主辦機關作成最優申請人之甄選決定後，如要廢止該甄選決定，須有法律或法律授權之法規命令為依據。蓋依最高行政法院針對新北三峽生命園區促參案之判決理由中引用司法院釋字第四四三號解釋之推論，本文認為，係建立在主辦機關作成最優申請人之甄選決定後，最優申請人法律上應有權利保護地位，甚且此乃基於基本權保障下之地位，從而基於法律保留原則，需有法律或授權命令之依據始可限制或剝奪最優申請人之權利。是故，在該案中，促參案注意事項第五十九點規定，屬行政規則，既非法律或授權命令，即不得為主辦機關廢止最優申請人甄選處分之適法依據。然而，對於最優申請人具有基於基本權所保障之法律地位，乃至於最優申請人在締約前所享有之權利保障，該最高行政法院判決理由中則似未推導論述。

(二)主辦機關以政策變更不續辦促參案時最優申請人之請求權與救濟課題

其次，該三個最高行政法院判決均肯定，依據行政程序法第一二三條第四款規定，主辦機關得以政策變更為由為廢止最優申請人之甄選決定。臺中交七轉運站促參案之最高行政法院判決雖未明確指稱如何依該條款適用，但其他兩個最高行政法院判決均表明行政程序法第一二三條第四款之適用，僅限於行政處分作成時基礎事實之變更，若是處分作成後作不同之評估，即非該款適用範圍。值得一提的有二：其一在於，在審查廢止甄選決定之政策變更時，尚應考慮比例原則，為此則應考量是否有其他調整可能下較小之侵害，例如調整雙方於該促參案可議定之契約內容；其二則在於審理主辦機關以政策變更為由是否符合行政程序法第一二三條第四款規定時，該二最高行政法院判決相較於原審和之前其他案件之審查態



度，似乎轉趨嚴格，進而除指摘續審查之內容外，基此強調原審法院應盡闡明權並盡調查證據、認定事實和詳細說理之能事。就此，從行政法院之角度，則應就主辦機關所稱政策變更為審查是否合於行政程序法第一二三條之要件。而就最優申請人之角度，除得請求法院為要件審查外，在符合該條款規定時，最優申請人得依據行政程序法第一二六條請求損失補償。

此外，在臺中交七轉運站促參案之最高行政法院判決中提及，於促參案締約前，若行政機關不締約，最優申請人可請求行政處分廢止時之信賴損失補償，或締約過失之損害賠償。而信賴損失補償或締約過失之損害賠償之要件與填補範圍不同外，且如契約性質為私法契約，則分屬公法和私法爭議，救濟途徑也不同。在此，則待吾人思考的是，若主辦機關於締約前以政策變更為由不續辦促參案，在不符合行政程序法第一二三條規定廢止行政處分之要件時，又無其他法律依據，則主辦機關堅不締約下，是否即應負締約過失之損害賠償責任？此其一。次者，在促參法規範下締約前之爭議救濟途徑，特別是依促參法第四十七條規定，是否如最高行政法院判決所言，締約過失之損害賠償責任乃依契約性質為私法契約，則屬私法爭議，救濟途徑和損失補償責任並不相同？總而言之，主辦機關以政策變更不續辦促參案時，將涉及最優申請人之補償或賠償請求權，乃至於各該請求權之救濟途徑為何。

(三) 雙階理論於促參案締約前法律關係之意涵待釐清

第三，雖然另二最高行政法院判決並未提及雙階理論，而僅直接界定甄選最優申請人之決定為行政處分，但在臺中交七轉運站促參案之最高行政法院判決中則肯認促參投資契約簽訂事件如何為法律關係之評價，應以「雙階理論」為思考出發點，故雙階理論運用促參案締約前之時可界定甄選決定為行政處分性質，而後階段投資

契約簽訂與履行，則是另一獨立、具雙方法律行為屬性的契約法律關係。然而，促參案締約前之投資契約簽訂事件如何為法律關係之評價，何以在促參法之規範下應以「雙階理論」為思考出發點？促參法第四十七條等相關規定應如何解釋？促參法規範下針對締約前主辦機關與申請人間之法律關係評價，其理論基礎究竟為何？是否最優申請人甄選決定界定為行政處分，而有此行政處分之存在又另有投資契約之簽訂，就是雙階理論之運用？容尚有釐清必要。

而針對上述三點，本文於下述參本文見解之提出，將區分為四個層次分別論述：1. 最優申請人在促參案締約前之地位與權利保護。相對於此，2. 主辦機關若於締約前以政策變更為由不簽約而不續辦促參案，最優申請人得否請求補償或賠償？此實體上法律關係先為釐清。進而3. 在促參法規範下，最優申請人若請求損失補償或締約過失之損害賠償之救濟途徑為何？另外則是，4. 上述促參法針對促參案締約前主辦機關和最優申請人間法律關係之形塑，是雙階理論運用後界分之結果，或是以法律關係理論為基礎針對促參案締約前當事人間法律關係之法制建構。此四方面，此均涉及促參法制特性與相關行政法基礎法理解析，以下逐次分析以提出本文淺見。

參、本文見解

一、最優申請人在促參案締約前之地位與權利保護

(一) 促參案乃以私人為公共任務執行主體之政策決定

一般而言，主管機關依據促參法推行促參案，乃所謂民營化或公私協力之行政，而針對私人分擔公共任務領域之責任並作為執行主體所建構之行政法制，採取所謂民營化或公私協力之行政模



式¹³。就此類行政模式，依新近司法院釋字第七六四號解釋針對憲法第一四四條公用事業民營化法制於解釋理由闡述略以：「按我國憲法第13章基本國策條款，乃指導國家政策及整體國家發展之方針。憲法第144條規定：『公用事業及其他有獨佔性之企業，以公營為原則，其經法律許可者，得由國民經營之。』可見公用事業及其他有獨佔性之企業，雖以公營為原則，惟並不自始禁止國民經營。至於何時、以何條件由國民經營之，國家得盱衡財政經濟時空環境之不同，而以法律為適當之調整。查公營事業移轉民營，可以藉由事業經營自主權之提昇，減少法規之限制，以發揮市場自由競爭機能，提高事業經營績效；籌措公共建設財源，加速公共投資，提昇國人生活品質；吸收市場過剩游資，紓解通貨膨脹壓力；擴大資本市場規模，以健全資本市場之發展。……公營事業中之公用事業及其他有獨佔性之企業民營化之後，國家仍負有監督義務，擔保公共服務之履行與品質，並不致影響公共利益之維護，符合憲法第144條之意旨。」等語，可知公用事業得以民營之方式推行，乃憲法容許國家考量政治經濟環境、促進社會經濟發展等政策評估而由私人經營公用事業之政策決定，進而法律許可以私人為執行主體之規範意涵，展現出民營化之新興行政與國家相對應為監督和擔保之法制建構。

今促參法規範各種公共建設以不同民間參與方式推行之促參案，如同上述司法院大法官對公共事業民營化之法制與推行所闡

¹³ 許宗力，論行政任務的民營化，收錄於：翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集編輯委員會主編，當代公法新論——翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集（中），2002年，頁582以下；詹鎮榮，國家擔保責任之實踐與檢討——以我國公私協力之行政法院相關裁判為中心，收錄於：台灣行政法學會主編，現代行政之正當法律程序／公私協力與行政合作法制，2015年，頁151以下。



述，即係在法律規範下許可由私人為公共建設任務執行主體之政策決定，且同時須在促參法之規範下由國家為管制、監督和擔保公共建設任務之遂行。為此，如最高法院一〇一年度台上字第三三八五號刑事判決略以：「民間參與公共建設制度，係利用特許權競標方式，將公共建設交由民間機構興建、營運，以彌補政府財政、人力、管理及效率之不足。現行獎勵民間參與交通建設條例所形塑之BOT模式，民間機構係依法律取得特許權，在政府監督、管理及擔保下，以自己名義，利用自有資金、專業技術及經營理念，從事興建、營運等履行投資契約（特許權契約）之行為，而非政府委託或移轉其興建及營運權之結果。故民間機構為實現交通建設之興建、營運所需之採購行為，乃居於私人地位之私經濟活動，並非受託從事公共事務，其承辦採購事務之人員即非刑法所定之公務員。」等語在案，即闡釋出，依促參法推動之促參案，應評價為一種法律所許可而由居於私人地位之民間機構以自己名義，利用自有資金、專業技術及經營理念下之私經濟活動，且此從事興建、營運公共建設等履行投資契約之特殊行政方式，並非形成政府與民間機構（在此為高捷公司）間承攬或委託之法律關係。易言之，在私人為公共建設執行主體之促參案推行與政策下，不同於傳統上國家自己享有執行權限和責任之模式，且不同於政府採購法之行政模式與法律關係，係依據個別促參案之規劃而形成新的國家和民間私人間風險分配、責任分配下之行政方式與法律關係。

(二)最優申請人於促參案締約前之權利保護地位

次者，促參案之推動，固如上述，係履約期間以私人作為公共建設執行主體下特殊行政法制與政策決定。從而政府在政策決定上，不再採行自己作為任務執行主體之行政模式，而選擇透過促參案之推行，由簽訂契約之民間機構在促參法規範下，以其私人自己



名義基於營業自由等基本權之地位來執行公共建設之興建、營運任務。但是，一則由於並非任何私人均足以堪任促參案中公共建設規劃評估後之執行主體，或者積極地來說，由於促參法規範下國家對公共建設之管制與擔保責任，必須確保促參案由適合之民間私人作為執行公共建設之執行主體；另則，公共建設之投資營運，涉及經濟行政領域中私人從事經濟活動時國家對有限資源之公平合理分配，故而國家也需透過公平公開競爭之程序為資源分配上之遴選。是促參法規範促參案由私人申請及其締約前之促參程序，固得由申請之私人基於其基本權提出申請，惟需配套地由主辦機關以公開公平自由競爭之甄選方式選出適格之促參案執行主體¹⁴。

抑且，上述最優申請人參與程序甄選與取得促參案之履約和執行地位，如同臺北高等行政法院一〇五年度訴字第一四二六號判決理由略以：「按『為提升公共服務水準，加速社會經濟發展，促進民間參與公共建設，特制定本法。』『民間機構參與公共建設之方式如下：……四、民間機構投資增建、改建及修建政府現有建設並為營運；營運期間屆滿後，營運權歸還政府。』『經主辦機關評估得由民間參與政府規劃之公共建設，主辦機關應將該建設之興建、營運規劃內容及申請人之資格條件等相關事項，公告徵求民間參與。前項申請人應於公告期限屆滿前，向主辦機關申購相關規劃資料。』『依前條規定參與公共建設之申請人，應於公告所定期限屆滿前，備妥資格文件、相關土地使用計畫、興建計畫、營運計畫、財務計畫、金融機構融資意願書及其他公告規定資料，向主辦機關提出申請。』『主辦機關為審核申請案件，應設甄審委員會，按公共建設之目的，決定甄審標準，並就申請人提出之資料，依公平、公正原則，於評審期限內，擇優評定之。前項甄審標準，應於公告

¹⁴ 許宗力，同註13，頁600-602。

徵求民間參與之時一併公告；評審期限，依個案決定之，並應通知申請人。第1項甄審委員會之組織及評審辦法，由主管機關定之。甄審委員會委員應有2分之1以上為專家、學者，甄審過程應公開為之。」促參法第1條、第8條第1項第4款、第42條、第43條、第44條分別有明文規定。」、「復按現代國家行政任務及目的多元且複雜，從而，行政機關為履行行政任務及目的所為之行政決定，在功能及作用上亦呈現出多樣性。在資源有限性之行政範疇內，行政機關往往透過遴選及分配程序，以使有限資源作最佳或最有效之利用。在此關連性下，遴選及分配程序之特徵，乃是有複數申請人競逐有限資源或利益之一種競爭性程序架構。換言之，此等行政程序開啟之基礎背景與特性，乃在於『求過於供』。當申請人之數量超過國家事實上或政策上所欲或所能釋出利益之上限時，則行政機關僅能在一競爭性之遴選程序中，依據法定之評選標準，作出甄選及分配決定，從眾多申請人中選擇出一定數量之最優申請人分配予利益。經由甄選及分配程序所作成之行政決定，性質上係屬行政機關透過一定之評選機制，就申請人所提之資料擇優選擇之一種行政評價行為。」等語所闡述，促參法所規範由申請之私人參與公告甄選之選商程序，具有經濟行政決定之競爭和遴選程序性質，抑且放在促參法最終為實現公共建設由民間參與之整體架構與目的下，並要求政府須以公開公平方式辦理公共建設由民間機構參與興建營運，經甄審會評定為最優申請人者，則取得與主辦機關議訂投資契約之資格¹⁵。對此進一步正如陳愛娥正確地指出，促參法之公告招商及甄審程序不僅僅是主辦機關使民間申請人能公開公平自由地參與和

¹⁵ 另參促參法第45條：「經評定為最優申請案件申請人，應自接獲主辦機關通知之日起，按評定規定時間籌辦，並與主辦機關完成投資契約之簽約手續，依法興建、營運。」



競爭，而且申請人也在於最後能透過此正當程序取得該促參案之履約¹⁶。

申言之，促參法對促參案締約前程序之規範有兩方面意義：一方面，在確保主辦機關這一方能正當合法地選出具有執行公共建設的專業、有能力且可靠的民間參與者（所謂最優申請人），並與其簽約，以確保該簽約者（即所謂民間機構）日後有能力持續執行公共建設之行政目的。而且，另一方面，也須合法正當地保障參與促參案之申請人，在該競爭程序中取得之地位，能依其基本權關連享有權利保障與應有救濟。此等權利保障與救濟，可謂導源於申請人基於工作權所包含之營業自由，以及財產權、平等權等基本權，進而在程序上享有之正當程序參與外¹⁷，也享有基本權防禦面向避免國家不當侵害，乃至於應建立起包含排除侵害之第一次權利保護與填補損害之第二次權利保護之有效權利救濟機制¹⁸。易言之，就此基於基本權所具體化在促參法中申請人之權利保護，如同基本權若受侵害，例如因公益特別犧牲或信賴保護之損失，當得請求損失補償¹⁹；至另若受到公權力之違法侵害，則另應有相對之損害賠償以資填補。準此，促參法對促參程序之規範，不僅在於規範行政機關權限行使之法律依據與公益性質，而且兼具有對申請人之保護規範意涵。換言之，促參法對促參案締約前之相關規定對於申請人具有主觀公權利之規範意涵。而此等促參程序規範對於申請人所具有主

¹⁶ 陳愛城，經濟行政領域中的程序保障——以分配程序（Verteilungsverfahren）為觀察重心，憲政時代，第38卷第1期，2012年7月，頁1-27。

¹⁷ 詹鎮榮，競爭者無歧視程序形成請求權之保障——評最高法院95年判字第1239號判決，收錄於：公私協力與行政合作法，2014年，頁180-185。

¹⁸ 許登科、許照生，同註3，頁48-51。

¹⁹ 例如司法院大法官釋字第400號、第440號、第589號解釋之闡釋。

觀公權利之理解，對於最優申請人作為申請人而言，除同等適用外，甚至格外有意義則在於，最優申請人不僅意在參與甄選，且更在於有資格獲取促參案之履約。此依促參法第四十五條合併前揭促參程序規範，以及促參法第四十七條規定在整體規範關連結構以觀，最優申請人其促參程序參與與實體上權利保護地位，並於此法律地位受侵害時得為異議申訴，申訴被駁回時得向行政法院提出訴訟救濟，甚且就其實體權益受侵害時有請求排除，或填補損害、損失之權利保護救濟請求權²⁰。

(三)最優申請人作為促參案之政策推行之適格執行者

承上理解，促參案之推行，乃政府機關基於政策評估規劃後所為以私人參與來推動公共建設之政策決定，並於民間私人提出投資計畫申請後依法定程序甄選最優申請人，其更意味者最優申請人為主辦機關政策決定下之適格執行者。此觀臺中交七轉運站促參案之最高行政法院判決理由中略以：「促參法關於主辦機關就民間自行規劃申請公共建設案件之審核，其立法設計係就『民間所規劃政策是否適當』與『提出者是否適當為此政策執行』雙重考量，必也合於上開二者要求之申請案，始能為核准，而其核准，也不以對民間公告徵求為必要（第46條第1項、第2項）。蓋，以應然面而言，提出申請而經核准者業經評價為適當之政策執行者；就實然面言，也難想像民間有其他較諸原申請者對該政策更熟稔，更有效率之執行者。僅於民間所規劃之政策合於公共利益，但提出申請者並不適當或無能為該政策執行時，始有主辦機關『循主辦機關規劃由民間參與公共建設模式』甄選最優申請人以執行政策之餘地（第46條第4項參照）。」即闡釋出，不論是民間自行規劃或政府規劃來推行促參案，均屬主辦機關經評估之政策決定，且在此評估基礎下由甄選出

²⁰ 許登科、許照生，同註3，頁67-71。



之最優申請人作為該政策之執行者，應值贊同。

是以，基此若承上最優申請人於促參案締約前所具有法律上權利保護地位，則最優申請人甄選決定之作成，不僅確立主辦機關於促參案評估基礎下以最優申請人作為推動促參案政策決定之適格執行者，並兼具有法律應予保護最優申請人與主辦機關締約之權利保障之雙重意義。因此，最優申請人不僅為促參案締約前獲取與主辦機關之締約資格與機會者，而且此等最優申請人於甄選決定後之權利保護與請求主辦機關締約之法律上進一步內涵當甚具意義。亦即，最優申請人是否享有請求主辦機關簽約之權利，或者主辦機關有締約之義務？對此，在促參法固未明文。惟按，在促參法無明文依據下，固然並無強制主辦機關對最優申請人有締約義務，同時也無法推導出最優申請人有請求主辦機關締約之權利，從而可謂主辦機關享有是否締約之形成權。但是，此等締約之形成權仍非可由主辦機關依主觀或其首長等個人意志為之，而毋寧應在促參法之整體規範依個別促參案合義務和合目的地客觀為裁量。蓋就行政法理與促參法之整體規範觀之，一則，主辦機關此等締約之形成權並非如私人般享有契約自由，主辦機關無非仍居於行政機關地位，締約與否，均是在行政，並非依機關首長或承辦人之個人主觀意思，與私人居於基本權而享有意思自主不同，故行政機關締結契約與否本應為合目的與合義務之裁量，且此不論行政機關所締結之契約為民事契約或行政契約，均應相同²¹；二則，主辦機關既應依促參法辦理公告招商並甄選，進而簽訂投資契約以推動公共建設，即均屬依促參法規範下推動促參行政與公益目的下之決定。故主辦機關締約與否，乃受促參法之程序規定及個別促參案評估基礎下所公告條件、目的指引下之契約訂定與內容形成。是故，主辦機關之締約與否，

²¹ Volker Schlette, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 444-445.

本應依個別促參案之基礎接續為進行，始符誠信和依法行政。且雖有締約之裁量權，但相對而言，除仍應遵守相關法規外，最優申請人應對主辦機關締約與否享有在促參法規範下個別促參案之無瑕疵裁量請求權。對此，如促參法第十二條第二項²²、第四十四條²³、第四十五條等規定所揭示²⁴，最優申請人得請求主辦機關，不僅應本於個別促參案目的所訂公告招商條件、程序、籌辦期間內為議約簽約，亦應本於誠信原則，並在公平、合理、無歧視下決定與最優申請人締約。上述最優申請人於締約中地位得請求主辦機關之權利內涵若受侵害，並得妨害排除請求與救濟。以最優申請人依法享有權利保護下之籌辦期間為例，主辦機關依據促參法於締約前，不得任意裁量變更，對之，若主辦機關違法裁量，最優申請人即得請求排除侵害²⁵。又在法律層次，促參法未規定最優申請人之請求締約權

²² 促參法第12條第2項規定：「投資契約之訂定，應以維護公共利益及公平合理為原則；其履行，應依誠實及信用之方法。」

²³ 促參法第42條第1項規定：「經主辦機關評估得由民間參與政府規劃之公共建設，主辦機關應將該建設之興建、營運規劃內容及申請人之資格條件等相關事項，公告徵求民間參與。」

²⁴ 促參法第45條第1項規定：「經評定為最優申請案件申請人，應自接獲主辦機關通知之日起，按評定規定時間籌辦，並與主辦機關完成投資契約之簽約手續，依法興建、營運。」

²⁵ 對此，有最高行政法院100年度判字第1181號判決略以：「按，經評定為最優申請案件申請人，應自接獲主辦機關通知之日起，按評定規定時間籌辦，並與主辦機關完成投資契約之簽約手續，依法興建、營運為促參法第45條定有明文。次按，主辦機關應視公共建設性質，訂定合理之議約及簽約期限（第1項）。但簽約前依本法第45條及第46條規定之籌辦時間，不予計算（第2項）。促參法施行細則第41條之2第1項、第2項亦有明文。依上開促參法第45條第1項及其施行細則第41條之2第1項規定，並參酌該法條立法說明，主辦機關雖得依職權訂定合理之議約及簽約期限，惟該等期限不得計入上述籌辦時間，乃法所明定，不容主辦機關裁量變更。」等語可參。



利，但不排除在個別促參案進行，主辦機關已經明確將所有契約內容明白表示，只要最優申請人一方承諾就締結契約，最優申請人也業已承諾，或依據裁量收縮理論，在個案所有事實與法律因素綜合判斷主辦機關已無是否締約之裁量空間，最優申請人應得請求主辦機關簽訂投資契約²⁶。乃至於個案中主辦機關與最優申請人業已成立預約下，亦得基於該預約請求締約²⁷。至於若主辦機關締約前不續辦促參案，此乃對最優申請人依法所享有之議約和締約地位之權利侵害，則基於法律保留原則，最優申請人自得請求主辦機關說明法律依據並舉證說明改變而不續行促參案基礎之事由。至於若主辦機關基於政策變更而於締約前不續辦促參案時，所牽涉最優申請人因此所生營業或財產上損失之補償或賠償請求權之進一步演繹，則於下述接續為分析探討之。

二、主辦機關以政策變更不續辦促參案與最優申請人之補償或賠償

(一) 損失補償責任和締約過失之賠償責任之關連

首先，針對主辦機關於締約前以政策變更不續辦促參案，如前臺中交七案促參案之最高行政法院判決所述，最優申請人得依政策變更之情事，是否構成行政處分廢止後之損失補償而請求損失補償，或依民法第二四五條之一締約過失請求損害賠償。惟有認為，促參法之規範結構上，針對主辦機關辦理促參案之公告招商、甄選以迄簽約投資契約之規定，形成「甄選決定→議約→簽約」之階段性程序設計，再者，主辦機關所為甄選決定乃一行政處分，具有創

²⁶ 關於最優申請人得否請求主辦機關訂約之探討，參許登科、許照生，同註3，頁70-72。

²⁷ 關於最優申請人與主辦機關成立預約並得基於該預約請求訂約，參臺北高等行政法院107年度訴更3字第63號判決。

設出最優申請人地位之形成效力，且使最優申請人享有請求主辦機關為議約的主觀公權利。又，因雙方進行議約程序，最優申請人之甄審決定所具有行政處分上規制力即獲得實現，且該行政處分因議約之履行而消滅，不具實質存續力。也就是，最優申請人與主辦機關就議約形成之法律關係，即與前階段之行政處分單方公法關係全然脫鉤，而進入投資契約雙方法律關係形成之前置預備階段。如此以解，符合促參法針對促參案之進行採行行政處分和契約之雙階理論適用下之法律關係，將甄選決定所形成之行政處分界定為一個階段，而議約後就進入契約前置階段且屬契約法律關係之階段，有締約過失之損害賠償法律關係可資適用²⁸。但是，吾人思考的是，促參法之規範結構上，具有議約取代行政處分效力之意旨，是否有據？法理乃至法律依據為何？更值得思考的是，在促參案締約前，對最優申請人所生締約過失之損害賠償，是否能取代廢止行政處分所生損失補償之法律關係？或者，毋寧主辦機關所為最優申請人之甄選決定，並不因為議約而消滅？或者更確切地說，締約過失之損害賠償，和廢止行政處分所生損失補償之法律關係，乃不同且各自獨立之法律關係，並均屬締約前法律關係，係為保護最優申請人而須建構之不同作用與內容之法律關係？以下進一步探討之。

針對上述論點和省思，或許可以贊同的基礎點是，主辦機關作成甄選最優申請人之決定，是主辦機關為了確立可依促參法規定簽訂投資契約的資格和對象，乃至於依照該最優申請人提出之申請（例如：投資計畫）與公告之投資契約草案形成投資契約的內容。而為了簽訂投資契約，主辦機關和最優申請人也有必要透過要約、承諾來訂定投資契約。但是，訂定投資契約之前程序，也就是有關議約之要約和承諾，從申請人提出申請就已經開始，選出最優申請

²⁸ 詹鎮榮，同註4，頁30-33。



人則在確立促參法規範下有資格者之要約。具體個案也未必進行所謂議約程序，可能在選出最優申請人後已無待議約事項即簽訂投資契約。又在締約前要約或要約之引誘，並不生拘束雙方法律效果之效力，只有待另一方承諾，始產生契約效力，才能發生法律效果。是以，如何產生議約程序具有消滅或取代甄選決定之處分效力？此其一。再者，促參法似乎並無明文規定主辦機關於議約進行即取代甄選決定之效力與法律關係，縱以促參法第四十五條規定為例，仍無法看出法律上有對議約之法律關係之形成，並因此產生和甄選決定之法律關係產生脫鉤之效果。此其二。此外，按行政程序法第一一〇條第三項，行政處分未經撤銷、廢止或未因其他事由失效，其效力繼續存在。同條第四項則規定，無效之行政處分自始不生效力。是以，行政處分若非無效，在被撤銷、廢止或其他法定事由失效前，其效力繼續存在。此時行政處分效力之存續，既生行政處分作成本身之法律效果，而且對作成行政處分之行政機關與相對人間均產生拘束力，並對行政機關欲依職權廢棄該行政處分產生限制性²⁹。今主辦機關作成甄選出最優申請人決定之處分，創設最優申請人之地位，該處分既未經合法撤銷或廢止，也無任何法律規定其因最優申請人與主辦機關議約而該處分失效，則因甄選決定處分之作成與效力存續下，不僅具有形成最優申請人具議約資格與請求議約地位之法律效果，且拘束主辦機關應與最優申請人議約，反不應因進入議約程序而使最優申請人之處分失其效力，此其三。再者，更重要的是，如果產生議約取代甄選決定法律關係之效果，是否議約程序中，主辦機關依政策變更為由不續議約，或議約完成不續辦促參案，則主辦機關即不能以政策變更為由合法廢止最優申請人之甄選決定，最優申請人也不能依行政處分為媒介，請求廢止行政處

²⁹ 陳敏，同註8，頁444-447；林錫堯，行政法要義，2006年，頁301以下。

分之損失補償？此時，只剩下最優申請人主張或請求主辦機關之締約過失損害賠償。如此，是否符合損失補償和損害賠償之要件與效果，也就是是否符合此二不同規範之作用與法律關係，容非無疑。此其四。誠然，若促參案個案從甄選決定進入到議約之程序，乃至議約完成，最優申請人對簽約的信賴將愈來愈強。如果主辦機關在進入議約程序，或甚至完成議約，卻可由主辦機關之代表於簽約前再推翻議約基礎或者反悔不願簽約，即有違反誠信而構成締約過失。畢竟，主辦機關辦理促參案之公告招商前本已有一定可行性評估或先期規劃，公告後也透過招商和甄選之競爭程序對最優申請人之投資計畫與提案由甄審委員會為一定評估審核後，再由主辦機關作成甄選決定，嗣進而由雙方議約。故若非原促參案之政策評估基礎於甄選決定後簽約前有重大變更，而同時動搖最優申請人為原定政策執行者之基礎，實難想像主辦機關還有以「政策變更」為正當理由不續行議約或議約完不簽約。從而，如果主辦機關再以「政策變更」為由，實顯屬違反誠實及信用之方法而不締約，最優申請人即得就其損害，主張主辦機關應負締約上過失之賠償責任³⁰。惟按，若將「政策變更」與議約之進程連結而進而限縮政策變更之正當性，固有論據，但是否應將所有政策變更不區分地界定為違反誠實信用之評價？或者，相對而言，其實是應區分「原促參案之政策評估基礎事後確有政策變更之正當理由」和「原促參案之政策評估基礎以外主辦機關不續辦之政策變更」呢？對此也值得一提的是，在具體個案和事實上，判別政策變更之正當性或許有其困難，就司法者角度，要介入審查主辦機關之政策決定，也需有其拿捏。從而，可能產生司法者（即法院）在面對「政策變更」採取寬鬆認

³⁰ 詹鎮榮，同註4，頁32-33。



定³¹。但是，我們是否就因此肯定司法者此一寬鬆態度，或者為避免司法者在認定上的困難，將「政策變更」不區分地均屬違反誠實信用？也就是在議約後縱使有動搖原有促參案基礎之政策變更，一律仍屬締約過失之賠償責任範疇？如此是否未正視政策變更之主辦機關之考量與主張為何？是否因此否定政策變更之不同存在事由，從而也模糊了損失補償和締約過失之損害賠償間兩者之界線和範圍？此其四。綜言之，針對主辦機關於締約前以政策變更不續辦促參案，基於對最優申請人之保護而得請求損失補償或賠償，應有區分探討主辦機關所主張政策變更之必要。

(二)政策變更之區分觀察與最優申請人之保護

按促參法之立法得作為促參案之基本法，如前所述，容應代表著憲法規範下以私人執行公共建設之國家政策，已由立法者在此憲法基礎與相關原則下形成，且促參法之內容也同時展現出促參案之立法政策。進而在促參法之立法下，容許中央或地方機關於個別公共建設選擇促參案之辦理方式，更進一步意味著，中央或地方之主辦機關得經由政策評估以民間私人為公共建設之執行主體的政策決定。抑且，在主辦機關就該促參案經評估後依促參法之公告招商及甄選程序作成最優申請人之甄審決定，則意味著最優申請人乃主辦機關辦理促參案之政策的適格執行者，且同時最優申請人對該促參案之申請有基於其營業自由等基本權之法律上權利保護地位。若主辦機關在選出最優申請人後，維持原促參案之政策決定並和最優申請人簽約，則主辦機關對促參案規劃評估政策將進一步付諸執行，與最優申請人之保護一致，可謂兼顧公益與私益。

然按，主辦機關既基於一定政策評估而推行原促參案，該促參

³¹ 例如新北三峡生命園區促參案臺北高等行政法院105年度訴更二字第76號判決。

案之推行不僅是主辦機關之政策決定且建立在政策評估可行之規劃條件基礎上。為此，就促參法而言，固然並未規定主辦機關之締約義務，從而並無賦予最優申請人強制請求主辦機關應續行原促參案之政策決定而與之簽約。但查，在選出最優申請人且無待議約事項或完成議約後，此促參案政策評估規劃條件之主觀和客觀內容更加確立，最優申請人不僅作為原促參案之政策適格執行者，且依促參法第四十五條規定不僅有籌辦民間機構和簽約之義務，並得合理信賴主辦機關將以該促參案於此所形成之政策評估基礎與之簽約，而將進入履約關係之政策執行，進而得以回收其投資成本和追求獲利。然而此時若主辦機關在簽約前不維持原促參案之政策決定，而不續辦促參案，此不續辦促參案則也屬政策決定，並屬對原促參案推行之政策變更，主辦機關因此不想和最優申請人簽約，不僅與最優申請人所享有之政策適格執行地位處於衝突，且對最優申請人之法律上權利保護而言，即構成權利侵害。就此，主辦機關在締約前以政策變更而不續辦促參案，就主辦機關而言或因享有政策決定之權責和公益之考量，但就最優申請人而言，究屬權利受侵害，縱然在促參法之法律層次，無法律依據得請求主辦機關締約而得排除此侵害，惟促參法同樣無明文主辦機關得於此時以政策變更不續辦促參案且不用填補最優申請人所受侵害。是就最優申請人所受權利侵害而言，一則主辦機關之政策變更仍需探討其緣由與正當依據，退一步言之，則應區分主辦機關為政策變更是否有據，而分別應就最優申請人之權利侵害為賠償或補償。

對此本文認為，應區分為「原促參案之政策評估基礎事後確有變更所致之政策變更」和「原促參案之政策評估基礎以外主辦機關不續辦之政策變更」，蓋前者，原促參案之政策評估基礎事後確有變更所致之政策變更，主辦機關本應重新考量原促參案之推動之政策與變更後之政策可行與效益下之公益衡量，且此變更是否足以動



搖最優申請人作為原促參案之適格執行者，和其私益之保護之比例性。易言之，類此原促參案之政策評估基礎事後確有變更，原非主辦機關所得預期，如今發生之變更若列入原促參案之評估，可能不再推動促參案，乃至不會維持最優申請人之甄選決定。今最高行政法院於新北三峽生命園區和新竹縣竹北車站促參案兩案之見解中，所持以行政程序法第一二三條第四款規定對行政處分作成後事實或法律變更之廢止要件，限於原最優申請人甄選決定作成之基礎事實事後變更，若為事後另作政策評估，則不屬得合法廢止甄審決定之政策變更。就行政程序法第一二三條第四款規定要件之解釋，當屬有據。蓋按行政程序法第一二三條第四款規定，本為情事變更原則之體現³²。且按，情事變更原則並非僅屬民事或訴訟法上原則³³，亦為行政法上一般原則³⁴，並可為行政程序法第四條規定之一般法律原則³⁵，應由行政機關所遵守，並為行政法院所審查。申言之，在行政處分作成後因所依據之客觀要件事實改變，致原來依法行政作成處分之妥當性有待商榷，尤其是若不廢止原處分，將對公益產生危害，則此時即為行政處分作成後之情事變更³⁶，行政機關並在此

³² 陳新民，行政法學總論，新九版，2015年，頁326；李惠宗，論因情事變更之行政處分廢止，台灣本土法學雜誌，第24期，2001年7月，頁48以下。

³³ 例如民法第227條之2規定：「契約成立後，情事變更，非當時所得預料，而依其原有效果顯失公平者，當事人得聲請法院增、減其給付或變更其他原有之效果。」；民事訴訟法第397條規定：「確定判決之內容如尚未實現，而因言詞辯論終結後之情事變更，依其情形顯失公平者，當事人得更行起訴，請求變更原判決之給付或其他原有效果。但以不得依其他法定程序請求救濟者為限。前項規定，於和解、調解或其他與確定判決有同一效力者準用之。」

³⁴ 彭鳳至，情事變更原則之研究，1986年，頁25以下。

³⁵ 李惠宗，行政法要義，七版，2016年，頁144-145。

³⁶ 翁岳生，論行政處分，收錄於：法治國之行政法與司法，1994年，頁23。

時享有合義務之裁量，依行政程序法第一二三條第四款規定為合於公益和比例原則之考量得為行政處分之廢止³⁷。相對言之，非屬行政處分之基礎事實改變，而僅係日後客觀事實之變更，則不屬之³⁸。蓋若行政機關動輒以抽象公益考量廢止合法處分，將不符法治國依法行政及法安定性原則之保障³⁹。是故，今在促參案作成甄選最優申請人決定之處分後，最高行政法院在該二促參案件，針對主辦機關於締約前欲以政策變更不續辦促參案，認應以該政策變更是否屬該促參案之政策評估基礎之變更，始可依據行政程序法第一二三條第四款規定合法為之，即為嚴守該規定本身內含情事變更原則之適法適用情形，當稱的論。且針對促參案之推行，既有其政策決定和相關評估為基礎，並在此基礎上已經評定出適格之最優申請人作為促參案之執行者，在評估基礎並未有根本性之變更下，執行促參案之政策並無應予推翻之正當和合法性。抑且，更如同該二判決裡有進一步之闡述，以政策變更廢止該甄選決定時，尚應考慮是否符合比例原則，亦即比較衡量廢止而完全不續辦和維持續辦但調整內容之兩方案間，若在公益達成之適當性，尚有可以調整內容之範圍內，即屬較小侵害和同時兼顧達成促參案目的之方法時，應不得以廢止甄選決定而不續辦促參案之方式。本文亦表贊同。蓋此乃闡釋出，若屬「原促參案之政策評估基礎事後確有變更所致之政策變更」，在變更後之適當衡量和比例原則適用下，主辦機關即得以行政程序法第一二三條第四款規定為據，於該促參案締約前以政策變更為由不續辦促參案。但查，若屬「原促參案之政策評估基礎以外主辦機關不續辦之政策變更」，一則本難以動搖原促參案之政策

³⁷ 李惠宗，同註35，頁50。

³⁸ 林明鏞，行政法講義，修訂六版，2021年，頁240。

³⁹ 陳新民，同註32，頁326-327。



評估基礎，以及最優申請人作為原促參案之適格執行者；二則，促參法本身或其他規定，未明文主辦機關此時仍享有此政策變更之單方決定權；三則，原促參案既經公告招商和進行甄選出最優申請人之程序，且無待議約事項或完成議約後，此促參案政策評估規劃條件之主觀和客觀內容業確立，最優申請人不僅作為原促參案之政策適格執行者，且依促參法第四十五條規定不僅有籌辦民間機構和簽約之義務，當形成得合理信賴主辦機關將與之簽約。此時主辦機關若仍不簽約，既欠缺法律依據，且對之，有違原促參案推動之公信和誠信，對最優申請人即應負締約過失之損害賠償責任。

要言之，促參案締約前主辦機關以政策變更為由不續辦促參案，可以區分為涉及原促參案作成甄選最優申請人決定為政策評估基礎事後之變更下之政策變更，和不涉及原促參案政策評估基礎之變更。前者依行政程序法第一二三條第四款規定為適用後另依行政程序法第一二六條為補償；後者則依民法第二四五條之一負締約過失之損害賠償責任。從而，吾人基本上亦贊同據此擴大締約過失責任適用在促參案締約程序之法律關係，相對而言，則僅例外地容許政策變更之正當事由存在時，適用損失補償。如果對於政策變更之損失補償與締約過失之損害賠償之比較下，締約過失在主辦機關之主觀條件較嚴苛，而損失補償之成立認定上較寬鬆，即有檢討空間。蓋理論上，進入議約程序，原促參案政策推行之明確與程度愈加肯定，最優申請人信賴主辦機關將依誠信與之協議締約之基礎愈強烈，主辦機關如果不續辦簽約，理應負較高注意義務之違反和較高之責任。抑且，政策風險本屬主辦機關得以掌控者，由得掌控之主辦機關負擔政策決定之責任，對最優申請人和主辦機關間之風險、責任承擔，以及考量最優申請人之權利保護等應較稱公平合理⁴⁰。

⁴⁰ 詹鎮榮，同註4，頁34-35。

(三)其他可能之進路

在上述分析後，是否有其他進路？在思考其他可能的進路前，如果我們嘗試整理前述主辦機關就辦理之促參案於締約前以政策變更為由而不續辦時，最優申請人相對之請求，可以確立為：在促參法規範下最優申請人乃經甄選為促參案之適格執行者和享有與主辦機關締約之機會和資格者，此地位為法律上所保護，欲變動此地位，必須有法律上依據，且應符合比例原則。對之，主辦機關以政策變更為由，得以行政程序法第一二三條第四款規定為適法依據，但必須該政策變更是涉及原促參案甄選最優申請人之基礎事實之變更，如果不是，即不得以該條款為依據主張廢止最優申請人之決定，基此，則最優申請人之法律地位仍存在。然而，如果符合，且此廢止符合比例原則，則主辦機關依行政程序法第一二六條規定應補償最優申請人之損失。此外，如果主辦機關不得依行政程序法第一二三條第四款規定來廢止最優申請人之甄選決定，而主辦機關仍堅持以政策變更為由而不續辦促參案，由於一則促參案之辦理本為政策決定，法律上並不強制主辦機關辦理促參案在甄選最優申請人後應續辦（不中斷）；但另一則促參法也沒有規定主辦機關可以原促參案以外之政策變更理由而不續辦；進而促參案之推行既屬政策決定，且已為一定評估和公告、招商、甄選程序為基礎，有其公信和誠信為基礎，且若議約完成，更有成立預約之可能；又在甄選最優申請人之決定作成，若已無契約重要之點待議事項，最優申請人依據促參法第四十五條尚有於法定期間內完成籌辦民間機關與主辦機關簽約之義務，若未完成而違反之，最優申請人之資格喪失，甚且所繳保證金尚可為主辦機關不予發還。況促參案之推行，也在保護締約雙方公平、合理與誠信原則之基礎上。故最優申請人在促參法規範下，在促參案之基礎並未被動搖下，本得合法信賴主辦機關將依誠信締約。此時主辦機關如不欲推行促參案，乃有違誠信，可



構成民法第二四五條之一第三款之締約過失並應對最優申請人負信賴利益之損害賠償責任。據上理解，乃所謂最優申請人之議約與締約請求權、義務，和主辦機關之締約請求權和義務的理解基礎。在此理解基礎，雙方都無強制締約之請求權，有者，則是義務不履行之補償或賠償責任，或申請人保證金不得請求返還。

在以上歸納整理後，源頭在於促參法本身並未明確規範，而須從促參法之規範意旨，並連結行政程序法和民法之相關規定，聚焦分析主辦機關之政策變更是否有據。是可能的進路，或在於主辦機關有無其他政策變更之依據。為此，乃有認為，可釜底抽薪地從立法上修法增訂促參法第四十五條第三項：「主辦機關於最優申請案件申請人評定後，因政策變更不予議約、中止議約，或議約完成後不簽約者，應啟動退場機制，儘速通知申請人，並補償申請人所生之損失。」及第四項：「關於前項補償之爭議及補償之金額，申請人有不服者，得向行政法院提起給付訴訟。」同時修訂第四十五條第一項之文義為：「經評定為最優申請案件申請人，應自接獲主辦機關通知之日起，按評定規定時間籌辦，並與主辦機關完成投資契約之議約及簽約手續，依法興建、營運。」如此得填補主辦機關於締約前因政策變更而不議約或簽約所致最優申請人之損失，且藉此不區分不續辦之通知時間是在評定或議約或議約完成時點，均在法律上明文，建立在信賴保護之理論基礎上的損失補償請求權，更不需適用行政程序法或民法為法源，且統一由行政法院為審理⁴¹。

此一修法立論，在實體上解決最優申請人在損失或損害之填補之明文，訴訟上也統一地明確規範法院之管轄，有其立法政策正當與正面作用。尤其是主辦機關負擔政策決定責任之考量下，在締約前保有政策決定之單方與再一次考量決定權，或有其需要。然按，

⁴¹ 詹鎮榮，同註4，頁36。

此修法建議，一方面，是否包含前述最優申請人對主辦機關締約過失所生損害賠償？若是，將不區分主辦機關之政策變更態樣，效果是否適當？蓋損失補償或僅限於甄選決定做成後締約前之信賴損失；締約過失則涉及信賴契約將有效成立之信賴利益，亦即雖不包括履約積極利益，但仍不限於準備履約支出之備約費用，而及於準備申請促參案所需投資計畫書之備標費用，因此與損失補償之範圍不同⁴²。其次，如此修法，在立法政策上，由於政策變更將是一概括概念，主辦機關似乎即得以政策變更為由不續辦促參案？如此，是否影響申請人投資意願而不利促參案之推動和最優申請人之保護？換句話說，一方面最優申請人考量主辦機關似乎可主觀地以政策變更而中止促參案之議約或不簽約，又考慮已繳之保證金，卻只能於促參案不續辦下只獲得相當之補償，如此促參法制下促參案之運作將一律向主辦機關傾斜，恐將減低申請人參與申請促參案之意願。是以，雖透過促參法之明文，宣示促參案推動之政策也明確列明最優申請人之保護範圍，但容有再評估之處。至於另有修法建議認為：「主辦機關因政策變更，於簽約完成前，得中止促參程序，立即通知民間機構，並補償民間機構因此所生之損失。」⁴³則此若將損失填補為明文，對於締約過失部分並未包括在內，締約過失部分，即尚得依民法第二四五條之一規定請求，仍有將損失補償和損害賠償兩者區分，本文贊同之。

此外。若未修法，在原促參案之甄選決定為基礎以外之政策變更，是否有據？對此，可能的依據是行政程序法第一二三條第五款和第一二三條第一款。若無法構成行政程序法第一二三條第四款而

⁴² 實務上對締約過失之損害賠償範圍為信賴利益且包括備標費用之見解，參臺灣高等法院高雄分院97年度重上字第33號民事判決。

⁴³ 林明鏘，同註2，頁72。



要尋求第五款，恐更困難。但若是第一二三條第一款，則須有法律為據。為此，或可透過招商公告（即申請須知）文件中訂明主辦機關關於甄選決定至締約前可能以政策變更為由不續辦促參案之事由、以及考量期間，但同時訂明補償最優申請人之項目與相當數額。申言之，招商公告乃依促參法授權主辦機關所為公告且乃針對各別公共建設以促參案所為一般性具法律效力之計畫公告，應具法律授權下實質法規命令性質，解釋上即得為限制申請人乃至最優申請人之法規依據。抑且，透過招商公告作為促參案締約前之一般性規定，顯現主辦機關辦理該促參案之政策決定和條件。然另一方面，基於促參案之公平合理和最優申請人所享有之法律保護地位，此招商文件之規定，仍應有比例原則和對最優申請人所投入費用範圍為合理相當補償。且如此，一則並非通案式由主辦機關以政策變更而決定不續辦促參案，另一則可使各別促參案事先明確給最優申請人預期投入之費用和政策變更之事由，以及行使之期間，兼顧明確和合理性。

三、分別或統一的促參案締約前爭議救濟途徑 ——促參法第四十七條規定之解析

(一)當事人之紛爭救濟程序選擇權？

對於主辦機關與最優申請人議約後，主辦機關不締約或不續辦該促參案，最優申請人如何為救濟，臺中交七車站促參案之最高行政法院一〇四年度判字第一〇二號判決略以：「基於行政程序法對甄選決定廢止之損失補償，與基於民法對於締約上過失之損害賠償，不僅分屬公、私法領域而有管轄法院之差異，其要件、補償、賠償範圍亦不相同；……至於補償與賠償，前者限於信賴合法處分所生之損失，後者則以機關違反誠信原則行為所肇致之損害為範圍；於訴訟之具體個案上，應視當事人所主張者，定其管轄，釐清

其要件及範疇，不容混淆或相互援引。」等語在案。此涉及促參案締約前程序法律關係之爭議救濟途徑方面，首先就該判決理由中所謂「應視當事人所主張者，定其管轄」，是否最優申請人針對主辦機關不締約或不續辦而請求補償或賠償之爭議，具有訴訟（紛爭）程序選擇權？⁴⁴若無，則其次，因主辦機關廢止行政處分而最優申請人請求損失補償，應循公法之行政訴訟救濟；但是否針對個案依締約過失之損害賠償請求，則屬契約爭議，而在該契約被定性為私法契約時，應循私法契約之民事訴訟救濟途徑呢？從而該促參案締約前補償與賠償之爭議，形成分別之紛爭救濟途徑。亦即，促參案締約前程序法律關係中之爭議，乃至於締約前損失補償或締約過失之賠償爭議，究應循如何救濟途徑？

首先，依前揭最高行政法院判決理由中，所謂於訴訟之具體個案上，「視當事人所主張定其管轄」，應非意謂當事人有訴訟程序選擇權。毋寧，在該最高行政法院之判決理由脈絡整體觀之，應在於強調，損失補償係依行政程序法第一二六條⁴⁵所生之實體法上補償請求權，故屬公法領域爭議，應循行政訴訟並由行政法院審判；而締約過失之損害賠償係依民法第二四五條之一所生實體法上賠償請求權，且基此所生之訴訟屬私法爭議時即為民事訴訟，即應由普通法院（民事庭）管轄審判之。是最高行政法院該判決之論理係建立在實體法為其基礎，以及公法和私法爭議之司法二元審判權之制度區分，並在法院限於以當事人起訴之請求權基礎和訴訟主張為審理範圍之原則下，自當依當事人起訴之訴訟標的為損失補償之公法

⁴⁴ 詹鎮榮，同註4，頁28-29。

⁴⁵ 行政程序法第126條：「（第1項）原處分機關依第一百二十三條第四款、第五款規定廢止授予利益之合法行政處分者，對受益人因信賴該處分致遭受財產上之損失，應給予合理之補償。（第2項）第一百二十條第二項、第三項及第一百二十一條第二項之規定，於前項補償準用之。」



請求權或締約過失賠償之私法請求權而異其審判和管轄法院。故此時法院管轄是當事人起訴主張實體法請求權之結果，而非依當事人之程序選擇權而定。且此時所涉及損失補償或損害賠償之爭議，依該最高行政法院判決所認，有各自法院審判權，尚不生法院審判權之衝突，故也與民事訴訟法第一八二條之一第一項但書規定⁴⁶，賦予當事人於法院審判權消極衝突時有合意審判法院之程序選擇權並不相同。因此，有關此時之補償或賠償爭議，自不能同樣適用或準用該但書規定，最高行政法院該判決理由本意亦非依此審判權衝突存在而推論，應先辨明。

或許此時之補償或賠償爭議，形成公法和私法爭議之不同管轄法院，看似有法院審判之衝突，但一則，有關廢止行政處分之損失補償爭議，應無疑問為公法爭議，故本無依民事訴訟法第一八二條之一第一項但書規定由當事人合意由普通法院民事庭管轄之可能；次者，此時之補償或賠償爭議，分屬不同訴訟標的，也與民事訴訟法第一八二條之一規定所涉及同一訴訟標的而有關審判權消極衝突爭議之處理，有所不同。要之，基於司法權於訴訟上不告不理，告即應理之原則下，法院本受當事人所主張之請求權定其訴訟標的和審判權、管轄權，並顧及行政訴訟和民事訴訟之法院管轄區分，最高行政法院該判決所謂應視當事人所主張之請求權，而定其管轄法院，本意在此，應屬的論。此與當事人之訴訟程序選擇權之法理與推論，仍屬二事。

⁴⁶ 民事訴訟法第182條之1：「（第1項）普通法院就其受理訴訟之權限，如與行政法院確定裁判之見解有異時，應以裁定停止訴訟程序，並聲請司法法院大法官解釋。但當事人合意願由普通法院為裁判者，由普通法院裁判之。」

(二)促參法第四十七條規範促參案締約前爭議之救濟途徑

其次，較值得進一步探究者，則是前述所提到，針對主辦機關不續辦促參案而不再議約或不簽約時，最優申請人主張損失補償或損害賠償請求權之救濟途徑？而按促參案自公告招商以迄締約前之爭議，可想像有非常多不同之爭議類型，例如主辦機關在招商程序中針對申請人違反規定而拒絕申請人之申請，或不予發還申請人之申請保證金之爭議，或主辦機關已經依公告程序甄選出最優申請人，然最優申請人不締約，而產生主辦機關不退還最優申請人申請保證金之爭議，抑或最優申請人以外之次優申請人或其他申請人質疑主辦機關甄選最優申請人之決定有違法，乃針對主辦機關之甄選決定提出爭議救濟，抑或主辦機關與最優申請人議約後不締約，或不續辦該促參案，而最優申請人提出賠償或補償或請求締約之爭議，凡此所生爭議，均屬促參案締約前程序法律關係中之爭議。是故，於促參案締約前之爭議，並不限於最優申請人與主辦機關間所生廢止處分之補償或締約過失之賠償爭議，或者化約的說，並非只有行政處分和契約性質之爭議。

又，原則上，除有特別規定外，一般行政法上爭議之救濟途徑，均區分公法或私法爭議而應循其在司法二元主義下法院審判權區分的救濟途徑為之。是以，如果說，在促參法對促參案締約前程序法律關係所生爭議並無特別規定下，最高行政法院前揭公法和私法爭議之管轄法院二元區分的看法，應屬有據。但按，促參法第四十七條第一項規定⁴⁷，促參案於申請及審核程序之爭議，準用政府採購法處理招標、審標或決標爭議之規定。是以，在該法律特別規

⁴⁷ 促參法第47條：「（第1項）參與公共建設之申請人與主辦機關於申請及審核程序之爭議，其異議及申訴，準用政府採購法處理招標、審標或決標爭議之規定。」、政府採購法第74條規定：「廠商與機關間關於招標、審標、決標之爭議，得依本章規定提出異議及申訴。」



定下，促參案之申請人與主辦機關於申請審核程序之爭議，應循異議、申訴為處理，且於申訴被駁回後，申訴審議判斷視為訴願決定下，即應循行政訴訟而由行政法院管轄。因此，本文所探討最優申請人主張主辦機關之政策變更所生損失補償請求權，或締約過失之損害賠償請求權，是否即屬促參案申請及審核程序之爭議，從而，促參法第四十七條第一項規定有意統一促參案締約前之爭議均屬公法爭議之救濟途徑，即攸關促參法前揭第四十七條規範下所設特別救濟制度之範圍。對此，本文認為應採肯定見解，以下申述之。

首查，促參法第四十七條第一項規定既準用政府採購法處理招標、審標或決標爭議規定之意旨，容寓有針對促參案締約前和履約後爭議之區分，亦即如同政府採購之決標前和履約之不同爭議處理，屬特別為紛爭解決機制和訴訟救濟途徑之制度設計。易言之，促參法第四十七條第一項規定乃有關促參案締約前法律關係中爭議之特殊救濟規定，因此，在該特別規定下，包括促參案於締約前所生損失補償或締約過失之損害賠償之請求爭議，既均在締約前，則當均不區分地應依促參法第四十七條第一項特別規定，循異議、申訴以及後續行政訴訟為之，此其一。次者，依促參法第四十七條第二項⁴⁸授權主管機關所訂定之民間參與公共建設申請及審核程序爭議處理規則第二條第一項第三款⁴⁹規定，針對甄審結果後，申請人

⁴⁸ 促參法第47條：「（第2項）前項爭議處理規則，由主管機關定之。」

⁴⁹ 民間參與公共建設申請及審核程序爭議處理規則第2條：「（第1項）參與公共建設之申請人（以下簡稱申請人）對於主辦機關辦理由政府規劃公告徵求民間參與或由民間自行規劃申請參與公共建設案件之申請及審核程序，認為違反本法及有關法令，致損害其權利或利益者，得於下列期限內，以書面向主辦機關提出異議：（第3款）對甄審結果後，簽訂投資契約前之相關決定提出異議者，為接獲主辦機關通知或公告之次日起三十日。」

就「簽訂投資契約前之相關決定」提出異議，依同規則第七條⁵⁰，則於不服異議結果須續向主管機關所設促參申訴審議會提出申訴。因此可知，主辦機關於簽訂投資契約前，廢止最優申請人之甄選決定，乃至於投資契約簽訂前不締約之相關決定，縱屬涉及主辦機關不予補償或不予賠償最優申請人之損失或損害，當亦可包含於該簽訂投資契約前之相關決定在內，因而均屬異議申訴和行政訴訟途徑之爭議救濟範疇，此其二。或許就締約上過失之損害賠償請求權發生，係與契約有密切關連，且又以民法第二四五條之一⁵¹規定為依據，並在投資契約又可被定性為民事契約之情形下，締約過失之損害賠償訴訟，乃為民事訴訟並應由普通法院管轄，係有其相關論理。然按，就促參法針對促參案之爭議及法律關係處理，以投資契約之簽訂為區分，業如前述。且締約上過失之損害賠償請求權，非民事法之特有請求，而毋寧屬公法和私法之共通性請求權基礎。是以，此時毋庸以契約性質為聯結，而將締約過失之賠償爭議界定為公法爭議，亦非不可，此其三。再參以促參法第四十八條之一規定⁵²為佐，促參法本有意將促參案之履約爭議和締約前爭議區分，

50 民間參與公共建設申請及審核程序爭議處理規則第7條：「（第1項）異議人對於異議之處理結果不服，或主辦機關逾第五條所定期限不為處理者，應於收受異議處理結果或處理期限屆滿之次日起三十日內，以書面向本法主管機關所設促參申訴審議會（以下簡稱申訴會）提出申訴。（第2項）前項申訴會為處理申訴案件，應聘請具有法律或促參相關專門知識之公正人士擔任委員。」

51 民法第245條之1：「（第1項）契約未成立時，當事人為準備或商議訂立契約而有左列情形之一者，對於非因過失而信契約能成立致受損害之他方當事人，負賠償責任：一、就訂約有重要關係之事項，對他方之詢問，惡意隱匿或為不實之說明者。二、知悉或持有他方之秘密，經他方明示應予保密，而因故意或重大過失洩漏之者。三、其他顯然違反誠實及信用方法者。（第2項）前項損害賠償請求權，因二年間不行使而消滅。」

52 促參法第48條之1：「投資契約應明定組成協調委員會，以協調履約爭



而分別特別定其爭議處理途徑，促參案之締約過失損害賠償請求應非屬履約爭議，即應回歸到締約前程序法律關係之爭議救濟途徑，此其四。此外，若就此時促參案締約前損失補償和損害賠償之請求於訴訟種類之屬性以觀，均屬給付之請求而屬給付訴訟性質，一般於訴願階段固並無此類請求標的與訴願請求，且依行政程序法第一二六條和民法第二四五條之一規定，似可直接向行政法院或普通法院起訴請求而無須經訴願或先行程序。但查，若依前述促參法第四十七條合併第四十八條之一規定觀察下，促參法有針對締約前和履約後之爭議分別為特別規定，自應依該特別紛爭救濟與解決途徑為之。再者，主辦機關於具體促參個案作成甄選出最優申請人之決定，但主辦機關事後不議約、不簽約或欲以政策變更為由廢止甄選決定，可以想見的是，最優申請人不只會針對廢止甄選的決定為違法而提出異議申訴與行政救濟，而因此會同時在該個案中會提出損失補償或締約過失之損害賠償等各種請求之合併。畢竟甄選決定廢止之合法性、法律上是否符合政策變更，或者已經構成締約過失之賠償，都在同一事件之事實與證據下待認定，此時不論是一般客觀訴之合併、選擇合併或預備合併之訴，由於事件同一，或爭議之事實與證據資料具密切相關性，若能在同一救濟程序中統一處理，應有具制度設計上經濟性與審判受理之正當理由，亦得避免裁判矛盾和促進訴訟經濟。反之，如果締約過失之損害賠償應循民事救濟，則如最高行政法院該判決所示，將可能產生法院管轄不同，且不利當事人在同一程序中合併請求與救濟，此不利當事人請求救濟也有違訴訟經濟，並將生裁判的矛盾或歧異之可能。況若再觀察到投資契約在現行學說實務存有公法和私法契約性質之個案界定爭議⁵³，

議；並得明定協調不成時，提付仲裁。」

⁵³ 法院實務上對投資契約採取公法契約性質者，例如臺北高等行政法院95年度訴字第2710號判決、最高行政法院98年度判字第635號判決，採私法契

則將締約過失歸屬契約爭議下，有關締約前爭議救濟途徑更形複雜難斷。綜上，俱見立法者有意就促參案於簽訂投資契約前之爭議，有以促參法第四十七條規定為統一，可特別依事件性質而設計其紛爭解決和訴訟途徑，如此也符合司法院釋字第七七三號解釋中對於立法者得衡酌爭議案件之性質及既有訴訟制度之功能以法律規定訴訟救濟制度之意旨⁵⁴，此其五。

綜上所述，本文認為針對主辦機關於投資契約簽訂前不續辦促參案，最優申請人提出損失補償或損害賠償之救濟，均在促參法之特別規定下，循申訴與行政訴訟之公法爭議之行政救濟⁵⁵。

四、運用雙階理論之界分或法律關係理論為基礎之法制建構

(一)對雙階理論看法之統整

合先說明者，雙階理論（Zwei-Stufen-Theorie），又稱二階段理

約者，如最高法院99年裁字第2563號裁定。而有關投資契約性質之爭議與實務、學說之探討，參陳清秀，委託經營管理法制概說，台灣行政法學會2016年度學術研討會「委託經營契約法制與實務問題」，2016年，頁1-26；詹鎮榮，同註1，頁51-55；許登科，促參契約之爭議合意由普通法院審判與審理——最高法院105年度台抗字第2號民事裁定之評析與省思，裁判時報，第58期，2017年4月，頁26-41。

⁵⁴ 司法院釋字第773號解釋理由略以：按我國目前係採二元訴訟制度，關於民事訴訟與行政訴訟審判權之劃分，應由立法機關通盤衡酌爭議案件之性質及既有訴訟制度之功能（諸如法院組織及人員之配置、相關程序規定、及時有效之權利保護等）決定之。法律未有規定者，應依爭議之性質並考量既有訴訟制度之功能，定其救濟途徑。亦即，關於因私法關係所生之爭議，原則上由普通法院審判；因公法關係所生之爭議，原則上由行政法院審判（本院釋字第466號、第695號、第758號、第759號及第772號解釋參照）。

⁵⁵ 至於進一步可能之訴訟種類與相關規定依據分析，參陳佳宜，同註4，頁48-49。



論，與行政法之其他基礎理論，如行政行為理論、行政法之法律關係，均屬行政法總論之重要理論⁵⁶。若自行政法總論連結到行政法個別法制領域，以最高行政法院該判決將雙階理論運用到促參法領域為例，雙階理論與促參法所規範下行政機關於締約前和申請人間法律關係之形成，例如本案所生損失補償或損害賠償之爭議與救濟等問題，應如何界定理解之，可進一步看出雙階理論與行政法制建構與分析之互動關連。本文在此再探雙階理論之用意即在於，雙階理論乃行政法總論之重要理論之一，其理論價值之定位與貢獻當有其肯定之處，但也有被批評或誤解之處，需同時加以注意。如何適切掌握雙階理論在行政法總論之定位，並相對於各論行政法制對行政法律關係之建構，如本文聚焦之促參法，自有探究之重要意義。

按雙階理論，可謂由德國H. P. Ipsen教授針對國家對人民之行政補助所提出⁵⁷，係指行政機關在補助之行政法律關係形成時，行政機關對申請補助之私人在是否准予補助之決定時係屬公法關係，而決定後如何履行補助關係，則為私法關係⁵⁸。此理論後續運用在經濟行政領域之行政補助、給付行政領域⁵⁹。由於雙階理論運用下，將法律關係的形成區分為兩階段：也就是首先1. 決定是否准予給

⁵⁶ 陳敏，同註8，頁678以下；李惠宗，同註35，頁346以下。

⁵⁷ Hans Peter Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, DVBl 1956, S. 461 ff.; Dirk Ehlers, Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2015, § 3 Rn. 38; 程明修，雙階理論之虛擬與實際，收錄於：行政法之行為與法律關係理論，2005年，頁56以下。

⁵⁸ 陳敏，同註8，頁678。

⁵⁹ Peter Badura, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, 2005, S. 258; 陳耀祥，論促進民間參與公共建設法中甄審階段之法律關係與救濟，世新法學，第4卷第2號，2011年6月，頁1以下，張錕盛，行政行為之法律形式，月旦法學雜誌，第75期，2001年8月，頁200以下。

付：屬行政處分性質之公法行為。2.決定如何給付：行為方式則是私法契約。因此，申請人民對於所謂第一階段中行政機關是否核准之決定不服，得提起行政爭訟以請求權利保護⁶⁰。在我國之發展上，於司法院釋字第五四〇號解釋，肯認申請承購、承租國宅者，不服主管機關之駁回申請決定，得依法提起行政爭訟，此可謂運用雙階理論之代表性見解⁶¹。另外，司法院釋字第六九五號解釋，可謂闡釋出國有林地出租之私法契約關係，和雙階理論運用下出租前是否准予締約之公法關係。是依上述雙階理論的適用，針對行政機關締約前之決定界定為行政處分，固然開啟人民可行政救濟之機會，進而確保人民之權利，但也招致批評和運用上質疑。例如以行政機關申辦貸款補助事件，將同一行政事件拆成兩階段處理，同意之行政處分如對第二階段貸款契約的協議內容，已有明確的規制，則貸款契約將形同虛擬。又將給予貸款補助之單一生活事實，切割為公法及私法性質的兩種法律關係，分別適用不同的法律途徑，不僅造成審理上的困難，不同法院審理也將生裁判矛盾等問題⁶²。然對雙階理論之批評與質疑，要澄清的是，固然在行政法律關係中，若事實上以單一法律行為即可，卻要被雙階理論影響而拆成兩階段之複數行為，即有不當運用雙階理論；而有複數法律行為存在必要，卻要以單一的法律行為理論取代，可能也會發生過度解讀雙階理論造成的缺點⁶³。申言之，雙階理論的提出，正出自於行政法律關係中存在的行政行為並不一定是單一的，且即使在一個行政領域所面對生活事實關係中可能存在數個不同法律關係屬性，包括公法

⁶⁰ Ehlers, aaO. (Fn. 57), Rn. 41.

⁶¹ 陳敏，同註8，頁681-682；李惠宗，同註35，頁347。

⁶² 陳敏，同註8，頁683-684。

⁶³ 程明修，同註57，頁74。



與私法的法律關係。從而，就此而言，雙階理論的貢獻和運用範疇當予以肯定。總之，雙階理論並沒有告訴我們一定要無中生有地將所有的法律關係都區分成兩階段，也沒有主張，所有的雙階關係一定是「一個公法性質的前階段行為，結合一個私法性質的後階段行為」，前階段為行政處分之公法行為與後階段之私法契約，其實只是雙階關係的一種可能組合而已⁶⁴。

(二) 雙階理論作為法律關係理論之一環

針對行政機關締約前是否准許之決定屬行政處分，乃雙階理論之運用，對此，Schlette教授闡述，其實雙階理論之切入觀點，可從行政法制於法律關係整體處理時，法律上是否併用行政處分與契約行為（Kombinationen）之必要來觀察。亦即，法律對法律關係之形成時，對於行為形式之存在，有賦予該行為形式於法律關係內容形成之機制上規範意涵——也就是行政處分之存在必要。但當然，此同時即要解決行為形式併用時所產生在實體與訴訟上的效果⁶⁵。而其實，法律上對不同行政行為作為法律上機制而併用之，可說是依憲法、法律規範下多層次主體間決策之權限與責任賦予，以及人民權利保護必要考量的結果。只不過，行為機制之併用有其優點，但也有缺點。因而，一方面，雖依法得將不同行為機制之特性掌握為行政上運用；另一方面則同時須放在整體法制效果為合目的、不衝突地為運用⁶⁶。總而言之，行政行為作為法律上機制之並存（Instrumentenmix）在法律上仍是可行而必要的，但此行為機制間彼此之連結（Instrumentenmverbindung），同時須為法律上所規範處

⁶⁴ 程明修，同註57，頁76。

⁶⁵ Schlette, aaO. (Fn. 21), S. 290-291.

⁶⁶ Michael Rodi, Instrumentenvielfalt und Instrumentenverbund im Umweltrecht, ZG 2000, S. 235-241.

理⁶⁷。當然，此時行政行為並存既出自法律規範形成和控制法律關係之必要，若有行為定性以及複數行為間效力於法規範解釋與適用困難，自也仍應自法律整體為配套規定以解決問題。對此，一則應就法律規範下整體法律關係之內容與目的為解釋，而若解釋仍容易產生爭議，則應進一步以修法來明確化並做整體方案之解決（Paketlösung）⁶⁸。

承上，有兩點可先歸納如下：首先，對雙階理論運用之定位，主要應在針對行政機關締約前層次或者契約前程序法律關係之內容形成，也就是說，雙階理論指出了行政機關締約前有法律關係形成之必要。因此，締約後之行為定性與法律關係，本非雙階理論所欲處理的範疇。Schmidt-Aßmann對此即正確描述，若行政私法理論是探討私法形式行政行為於水平地針對行政機關契約形成行政法法律關係之應有內容，也就是針對私法契約履行之行政法法律關係，如何透過行政法之公法原理為優先修正或補充；雙階理論則不同行政私法理論在契約層次法律關係之形成，毋寧是就契約前之行政法法律關係為垂直性地探討，締約前法律關係形成之必要內容⁶⁹。實已闡釋出，雙階理論之運用與後階段之契約行為定性無關，此其一。就此吾人或可以說，雙階理論並無關於行政行為併存，乃著重某法律關係（締約前）層次之界定，並無意為階段區分。為此，如果修正雙階理論是在強調公法契約也有雙階理論之適用，那是符合雙階理論的思考，因為，雙階理論本來就不區分公法契約或私法契約之

⁶⁷ Eberhard Schmidt-Aßmann, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2. Aufl., 2006, § 6, Rn. 77.

⁶⁸ Hartmut Bauer, *Verwaltungsverträge*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 2. Aufl., 2012, § 36, Rn. 81, S. 1330.

⁶⁹ Schmidt-Aßmann, aaO. (Fn. 67), § 6, Rn. 24.



性質⁷⁰。當然，修正雙階理論強調出公法契約也有適用雙階理論，不將雙階理論侷限在私法契約，當有其重要實益。但是，如果從後續公法契約之存在，去推論出雙階理論有其新面向，則恐怕會誤解雙階理論。畢竟雙階理論不能也不在於推論契約性質，亦即不區分行政機關締結之契約為公法契約或私法契約。本質上以觀，雙階理論可以不要有新舊或修正雙階理論區分，蓋雙階理論本就可以運用在公法契約或私法契約締約前法律關係之行政法制，且為符合法律上行政機關於公法契約或私法契約締約前法律關係發生之必要，在法律並未規定申請人與行政機關間於締約前法律關係，雙階理論乃透過行政處分作為法律關係發生之原因而建構出締約前申請人與行政機關之法律關係。結果上，乃形成行政處分和行政機關契約之複數法律關係。此其二。就此，則進一步關連到法律關係理論，或者說，其實雙階理論是基於法律關係理論為基礎對法律關係之建構。以下續論述之。

首先針對法律關係理論中，行政行為和法律關係之關連而言，按行政處分、行政契約或私法契約等行政行為均是行政法領域具體個案之行政法上實體法律關係發生之原因。自訴訟救濟觀點，則也是行政法個案之訴訟標的與訴因。是故，自各該行政行為所生法律關係與訴訟上原因出發，來處理行政法中行政行為之訴訟救濟與其適法或違法性，相關法律效果，固然是行政法解題與思惟上之運用，惟正是探討行政法規範下當事人間法律關係是否發生及如何發生，其實也正是探討行政法中行政機關與人民之當事人間，乃至於其相關主體間權利義務之法律關係，此其一。再者，以訴訟上針對行政處分之撤銷或廢止或請求作成特定內容之行政處分為例，正是探討人民依據行政程序法與相關行政法規定，是否有請求行政機關

⁷⁰ 程明修，同註8，頁119；同作者，同註57，頁77以下。

撤銷或廢止或作成特定行政處分的地位與請求權，乃至於如果人民不能請求或排除行政處分之侵害，則人民是否可以請求賠償或補償，以及損害賠償或損失填補之範圍如何。從而，以針對行政處分之解題與行政法問題解析模式為例，既是行政行為定性為中心之思考，但其實也就是一種人民是否有權及如何請求行政機關作成或不作行政處分之權利，乃至於人民請求行政機關賠償或補償的法律關係之內容分析。此其二。此以行政行為定性之思維與解題模式進一步從憲法對人民權利保護與救濟之觀點，則是在憲法保障人民基本權與權利救濟完整性下，所建立行政法上第一次權利保護和第二次權利保護救濟之行政法法律關係，此其三。因此，行政法問題，固然看似乃就行政行為定性與其要件和效果之檢視，因而是一種以行政行為理論或行政行為法之思考為出發和行政法體系關連之理解。但與其說全然是行政行為理論為中心，不如說是在行政法原理下法律關係理論的關連下之分析，並彰顯人民在憲法保障下依據行政法原理在行政法制中所享有的主體地位和權利保障。蓋行政行為之要件與效果分析，最終核心回應，仍在行政法依據憲法原則下，依法律保留與法律優位原則之要求所建構當事人間法律關係之分析和回答，並且毋寧係在法律之基礎與框架下對行政行為之要件與效果分析。因此整體而言，終究是在法律所定當事人間一定行為所生法律關係內涵分析之範疇。

次按，所謂法律關係，係指兩個以上法律上主體間權利義務之內容、關連與效果。又法律關係理論強調，行為固然是法規範就法律關係形成之機制，但仍由法規範決定法律關係之內容與效果。是以，法律關係乃係以法規範為其核心要素，法規範提供法律關係的形成的前提與基礎，法律關係則為法規範之結果，而非限於行為之



結果⁷¹。所以，與行政行為理論不同之處在於，行政行為理論關注的是行為本身之特性、作用和法律效果，但法律關係理論從法規範針對所規範主體之事件過程到決定作整體觀察，依所關連之主體間形成其法律關係與內容，亦即，注重的不只是在行為形式的發生，更應包括法規範所欲形成法律關係的內容，例如法主體間的權利義務與其他可能確定法律關係內容所應有之法制與效果。且法律關係中之主體透過行為所形成法律關係的權利與義務，在法規範的行為規則中應找到對應的規範做為基礎。是以，針對法律關係的形成與內容，法規範應備置各主體間行為能依循的規則與法制度。而且為了讓法規範下之權利義務有效實現，例如義務規範，則應該備置可督促義務履行的相對權利規範與機制；而權利規範則應備置相對應之權利保護救濟機制⁷²。在上述理解為基礎，首先就概念上以觀，我們必需理解到，法律關係並非民法領域獨有之專有概念，不管是民法、國家法或行政法學，抑或法理學均使用法律關係之用語，且在傳統法學運用和建構法律問題之方法，法律關係是法律所規定之概念和需常關注之焦點。進一步來說，法律關係就行政法而言並不是新近名詞。德國學理上，將法律關係運用到行政法並以公法上債之關係建構，可回溯到一九二七年首次由Albert Hensel在國家法學年會之專題研究報告所提出⁷³。在行政法法制上，行政訴訟法第六條確認訴訟中規定：「確認行政處分無效及確認公法上法律關係成立或不成立之訴訟，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之。」及行政程序法第一三五條規定：「公法

⁷¹ Rolf Gröschner, von Nutzen des Verwaltungsrechtsverhältnisses, DV 1997, S. 320.

⁷² 張錕盛，行政法學另一種典範之期待：法律關係理論，月旦法學雜誌，第121期，2005年6月，頁77。

⁷³ Gröschner, aaO. (Fn. 71), S. 310-311.

上法律關係得以契約設定、變更或消滅之。」等為例，均可看出法律關係是行政法上肯認和運用之概念。次就行政法法律關係，則係指兩個以上權利主體，基於行政法規就具體行政法事件所發生之權利義務內涵。在行政法法律關係理論下，即在探究行政法規所決定法律關係內涵，也就是行政法事件中各權利主體間之權利義務內容與效果⁷⁴。從而，行政行為雖為法律上機制，以形成行政法上個權利主體間法律關係，但仍由行政法規提供法律關係之基礎與框架，行政法上法律關係仍須以法規為關鍵要素並以之為決定法律關係之結果。針對義務規範，則應該備置可督促義務履行的相對機制；而權利規範，則應備置相對應之權利保護救濟機制。

今在雙階理論之運用，與其聚焦在締約前行政機關所為決定是行政處分，或行政機關此時與申請的人民間存在公法爭議之性質，不如說，雙階理論之運用假設，正隱含著在行政法制整體規範下之法律關係，就行政機關和申請人間存有締約前行政法法律關係。蓋雙階理論運用之結果，所界定出行政機關和申請人間於締約前有行政處分之存在，也在將該行政處分理解為該締約前法律關係發生之原因或基礎之一。此外，此等締約前程序法律關係，其實不僅止給予申請人訴訟救濟或者只在於「程序」之保障或程序性質請求之法律關係，進一步當有基於此一權利地位所應受保障之實體請求權關連，也就是申請人與行政機關間在締約前存在實體法律關係之內涵，甚至於有其憲法基本權關連。是故，若能自法律關係理論觀察和評價雙階理論，應可得知雙階理論看似為行政行為理論，但其實雙階理論本質上毋寧仍為法律關係理論之思考，蓋雙階理論關注的是行政機關於締約前和申請人間存在有——行政法法律關係。因

⁷⁴ 有關行政法上法律關係理論之建構，賴恆盈，行政法律關係論之研究——行政法學方法論評析，政治大學法律學系博士論文，2002年，頁89以下。



此，一方面，雙階理論既並非在界定後階段之行為是私法契約或公法契約之屬性，因為雙階理論關心的是契約前即有存在——法律關係之必要，而與其後契約之法律關係之定性無關；再者，雙階理論也不是探討國家和人民間締約時為公法關係或私法關係之判準，也就是不能以雙階理論之存在——有前階段之行政處分或公法關係，而逕自推斷後階段是私法契約之性質，或後階段為公法契約關係。至於後階段為公法契約或私法契約關係，仍應獨立依各該行政法制規範下該行政機關所定契約之契約標的、內容與目的為判斷。另一方面，雙階理論當非僅止於行政處分之界定上所生行政行為面之思考，更在於行政機關和申請人間於締約前法律關係之內容形成。抑且，雙階理論界定出行政機關於締約前之拒絕或許可決定為行政處分，固然可謂乃符合一般行政法體系思維中以行政行為為中心之思考和解題模式。又，雙階理論在界定出行政機關於締約前對申請人之拒絕或許可決定為行政處分，雖係以行政行為定性為中心之思考，但其實仍是針對行政機關於締約前與申請人間行政法上法律關係之解析。然而，如果締約前申請人針對行政機關之決定為訴訟救濟已經由法律預先為規定，則是否仍需要以雙階理論來界定出行政處分，其實已非當然或必要。

要言之，對於上述雙階理論運用之前提——有複數法律關係存在之必要，以及在行政機關締約前是否准許之決定屬行政處分，乃雙階理論之本旨，對此之掌握和限定，使雙階理論在行政法總論有定位上正當性。惟按，在行政法上，法律關係之發生變動與消滅，原則來自法定，而行政機關之行政處分或契約等行政行為固產生法律關係，但仍屬法律關係發生之原因。是故，如果法律上針對法律關係之發生已經有所規定，不論是實體或訴訟救濟之法律關係已經由法律預先為規定，則是否仍需要以雙階理論來界定出行政處分，其實已非當然或必要。因此，雙階理論之運用，所關心的，既係行

政機關締約前法律關係之形成，尤其是申請人於與行政機關締約前之權利保護與救濟。就此，如果法律上已經對申請人之締約前之權利保護救濟為相關規定，實毋庸再以雙階理論為基礎去劃分出處分和契約之階段，乃至於產生對雙階理論運用下會有前公後私之推論上之誤解。

(三)促參法締約前法律關係為雙階理論運用之再省思

承上對雙階理論之探討，以及其在行政法上法律關係理論之關連上釐清，我們嘗試再省思促參法締約前法律關係是否僅為雙階理論之運用。

蓋如前臺中交七案之最高行政法院判決所述，促參案締約前最優申請人得請求主辦機關有關廢止甄選決定之損失補償，或締約過失之損害賠償責任之法律關係，似乎形成行政處分和契約之階段區分，進而可謂是雙階理論運用之結果。也就是在該判決中，最高行政法院對此，似乎一則運用促參法第四十七條來界定出行政處分，次者，針對此行政處分之界定後形成處分和契約之兩種法律關係，基於此二理由認為促參法締約前之法律關係是雙階理論運用之結果。然而，雙階理論既然強調的是，締約前行政機關和申請人民間存在行政法上法律關係，尤其是申請人可針對此法律關係為權利救濟。是故，在促參法第四十七條規定下，既然已經賦予申請人針對締約前之爭議得為權利救濟，是否仍須強調雙階理論？抑且，雙階理論似在無法律規定行政機關訂約前之准否決定具有處分性質時，才運用雙階理論創造出行政處分之概念，如今依據促參法第四十七條規定締約前之甄選決定就是行政處分，是否仍是雙階理論運用之結果？再其次，促參法第四十七條規定是否只在於界定甄選決定是行政處分？若如上述，依據促參法第四十七條可針對促參案締約前法律關係之爭議，業均納入統一之爭議救濟。而實則，促參案締約



前法律關係之爭議，自促參案公告招商後，申請人與主辦機關間之爭議，例如針對甄選程序或決定之爭議，退還保證金之爭議，最優申請人對主辦機關廢止甄選決定或不締約之爭議等，實涉及多方主體間多階段程序之法律關係與爭議，也可說不限於行政處分之爭議。此種多元與多層次之法律關係，是否足為簡單劃分為行政處分和契約之雙階段爭議？況且如果劃分為行政處分和契約爭議，不僅將產生如同該判決所述，締約過失之損害賠償將依據契約性質定其管轄法院。如此，在投資契約性質被界定為私法契約下，則其爭議由普通法院民事庭審判管轄，就爭議之處理是否將更形複雜。而且，若觀察到投資契約在現行學說實務存有公法和私法契約性質之個案界定爭議，則締約過失歸屬契約爭議下其爭議救濟途徑更形複雜難斷。對之，將促參法第四十七條規定理解為已就促參案締約前法律關係之爭議，均統一循異議申訴和行政救濟之程序為之，是否毋寧較稱適切。換言之，如果吾人對雙階理論之理解，回歸到法律關係理論為基礎之運用，也就是，並非以處分和契約之存在結果，就回推是雙階理論之運用，雙階理論之啟發性毋寧在於，行政機關於促參案締約前有各種法律關係形成之可能與必要，如今在促參法之整體規範下與促參法第四十七條針對此種締約前法律關係為爭議救濟之規定，已確保申請人權利保護必要並可有效處理爭議，其實乃以法律關係為中心之思考。也就是，或許看似仍有雙階理論之運用，但因此存在行政處分之形式，本為法律關係中之必要存在，也就是既有其法律關係之形成必要，並非在劃分階段，也就非必以雙階理論之運用下之界定為必要。

肆、總 結

現代國家面對日益嚴峻之財政負擔與行政效能不彰等困境，轉

而對公共服務或公共建設採行開放民間私人參與之政策與行政模式，促參法在民國八十九年之立法與據此促參案之推行，即顯出此開放民間私人作為公共建設之執行主體之政策決定與公私協力理念之行政新開展。然而，促參案本身在財務、各別公共建設專業技術、營運管理、市場條件、法律可行範圍等各方面須考量下，依個案之規劃與計畫性，有其不同之複雜性、公私部門間風險分配和責任承擔、配置安排等⁷⁵。故促參案之需求能否在契約條款妥善規範，固然重要，然締約後是否能順利推行，尚仰賴公私部門所具有之誠信、專業，亦即履約後不斷溝通、互信與合作為履約管理⁷⁶。又不僅止於此，促參案之生命週期，並非僅繫於促參案訂定之契約內容和履約管理，而毋寧起始於締約前主辦機關和申請人間建立之法律關係，甚且，由於此涉及此促參案履約法律關係之主客觀內容誕生，其實同樣是關鍵。畢竟沒有潛在適格得以執行促參案之民間私人願意參與申請，如何能想像促參案能順利繼續推動？促參案之政策決定又如何有實現可能？為此，如本主題所討論，即係為建立起主辦機關與申請人間於促參案締約前適當之法律關係，以利尋得適當之促參案政策執行者：最優申請人。而基本上，本文贊同文中三個最高行政法院判決見解，亦即在討論主辦機關於促參案締約前以政策變更為由不締約時，需區分觀察：究涉及行政程序法第一二二條第四款之適用和第一二六條之損失補償，或涉及民法第二四五條之一締約過失之損害賠償，惟本文嘗試分析其推論上所植基之促參法之行政法理論。據此所建立起主辦機關和最優申請人之法律關係，係在促參法制整體下兼顧主辦機關之政策推行與責任，與最優

⁷⁵ 例如，葉張基，民間參與公共建設證券化之研究，中正大學法律學研究所博士論文，2013年，頁2以下。

⁷⁶ 詹鎮榮，同註13，頁183以下。



申請人之保護，應有助於促參案之推動。另就該實務見解結論上所涉及損失補償或損害賠償之救濟途徑，本文則認，該不同爭議仍得在促參法第四十七條規範下之採統一救濟途徑。同時本文附帶反思雙階理論，認為雙階理論本屬法律關係理論為基礎之運用，而促參法本對促參案締約前法律關係已有整體規範，展現以法律關係理論為基礎之法制建構，實毋庸拘泥或困擾於雙階理論之運用⁷⁷。

促參法施行二十年來所推動之促參案，爭議不少，但也累積不少經驗與理論上探討、法院實務見解，本文所提淺見，謹希拋磚引玉，並期有助於更多正面思考產生和共識形成，而促進促參法之認識與促參案之順利推行，終能創造出政府、民間參與私人和人民之三贏。

⁷⁷ 類此論點與反思，參吳庚、盛子龍，*行政法之理論與實用*，十六版，2020年，頁436。

參考文獻

一、中 文

- 吳庚、盛子龍，行政法之理論與實用，十六版，2020年。
- 吳馥好，促參法招商文件之研究——以幾則實務案例為啟示之檢討與建議，成功大學法律學系研究所碩士論文，2016年。
- 李惠宗，論因情事變更之行政處分廢止，台灣本土法學雜誌，第24期，2001年7月，頁48-55。
- 李惠宗，行政法要義，七版，2016年。
- 林明鏘，ETC判決與公益原則——評台北高等行政法院94訴字第752號判決及94停字第122號裁定，月旦法學雜誌，第134期，2006年7月，頁5-25。
- 林明鏘，政策中止促參程序之法律爭議——評台北高行95訴2710號判決、最高行98判635號判決，東吳法律學報，第25卷第1期，2013年7月，頁49-73。
- 林明鏘，行政私法與雙階理論之檢討——從最高行政法院102年10月第2次庭長法官決議談起，臺北大學法學論叢，第112期，2019年12月，頁63-126。
- 林明鏘，行政法講義，修訂六版，2021年。
- 林錫堯，行政法要義，2006年。
- 翁岳生，論行政處分，收錄於：法治國之行政法與司法，1994年。
- 張錕盛，行政行為之法律形式，月旦法學雜誌，第75期，2001年8月，頁198-209。
- 張錕盛，行政法學另一種典範之期待：法律關係理論，月旦法學雜誌，第121期，2005年6月，頁54-87。



- 許宗力，論行政任務的民營化，收錄於：翁岳生教授七秩誕辰祝壽
論文集編輯委員會主編，當代公法新論——翁岳生教授七秩誕
辰祝壽論文集（中），2002年。
- 許登科，促參契約之爭議合意由普通法院審判與審理——最高法院
105年度台抗字第2號民事裁定之評析與省思，裁判時報，第58
期，2017年4月，頁26-41。
- 許登科、許照生，促參法之締約程序法律關係中申請人的地位與權
利保障，東吳法律學報，第27卷第1期，2015年7月，頁41-90。
- 陳佳宜，促參案之爭議類型與解決機制，財稅研究，第47卷第3期，
2018年5月，頁39-63。
- 陳敏，行政法總論，九版，2016年。
- 陳愛娥，經濟行政領域中的程序保障——以分配程序（Verteil-
lungsverfahren）為觀察重心，憲政時代，第38卷第1期，2012年
7月，頁1-28。
- 陳新民，行政法學總論，新九版，2015年。
- 陳錦芳，淺談政策變更對促參案之影響，營建知訊，第415期，2017
年8月，頁13-18。
- 陳耀祥，論促進民間參與公共建設法中甄審階段之法律關係與救
濟，世新法學，第4卷第2號，2011年6月，頁1-32。
- 彭鳳至，情事變更原則之研究，1986年。
- 程明修，雙階理論之虛擬與實際，收錄於：行政法之行為與法律關
係理論，2005年。
- 程明修，行政訴訟類型之適用——有關雙階理論、行政處分是否消
滅的爭議，台灣本土法學雜誌，第81期，2006年4月，頁116-
121。
- 葉張基，民間參與公共建設證券化之研究，中正大學法律學研究所
博士論文，2013年。



詹鎮榮，行政合作法之建制與開展，收錄於：公私協力與行政合作法，2014年。

詹鎮榮，競爭者無歧視程序形成請求權之保障——評最高行政法院95年判字第1239號判決，收錄於：公私協力與行政合作法，2014年。

詹鎮榮，國家擔保責任之實踐與檢討——以我國公私協力之行政法院相關裁判為中心，收錄於：台灣行政法學會主編，現代行政之正當法律程序／公私協力與行政合作法制，2015年。

詹鎮榮，論促參案件之退場機制——以主辦機關因政策變更不簽約為中心，財稅研究，第47卷第3期，2018年5月，頁1-38。

蔡宜靜，論行政契約上締約過失，中正大學法律學研究所碩士論文，2012年。

賴恆盈，行政法律關係論之研究——行政法學方法論評析，政治大學法律學系博士論文，2002年。

二、德 文

Badura, Peter, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung*, 2005.

Bauer, Hartmut, *Verwaltungsverträge*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 2. Aufl., 2012, § 36.

Ehlers, Dirk, *Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, in: *Erichsen/Ehlers* (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15. Aufl., 2015, § 3.

Gröschner, Rolf, *von Nutzen des Verwaltungsrechtsverhältnisses*, DV 1997, S. 301 ff.

Ipsen, Hans Peter, *Öffentliche Subventionierung Privater*, DVBl 1956, S. 461 ff.



Rodi, Michael, Instrumentenvielfalt und Instrumentenverbund im Umweltrecht, ZG 2000, S. 231 ff.

Schlette, Volker, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000.

Schmidt-Aßmann, Eberhard, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., 2006.