

論行政合同與私法合同的區分標準

鄭錦耀

摘 要：在大陸法系的國家或地區中，行政機關與私人實體之間除了可以根據民事法律訂立私法合同外，還可以訂立行政合同。澳門特區亦屬大陸法系地區，在澳門的行政法中同樣存在行政合同制度，但是行政合同和私法合同之間應如何區分，澳門的成文法並沒有清晰明確的標準，不同的行政法學者之間各有不同的觀點，本文因此研究分析了學理和法院判例對兩種合同之間區分標準的觀點，在綜合各派學理和法院判例的觀點後，嘗試提出較簡易明瞭的區分標準。

關鍵詞：行政合同 私法合同 行政法律關係 行政機關 私人實體

On the Distinguishing Standards between Administrative Contracts and Private Contracts

CHEANG Kam Yiu

(Faculty of Law, University of Macau)

Abstract: In countries or regions with the civil law system, in addition to entering into private contracts based on civil law, administrative contracts can also be entered into between administrative authorities and private entities. The Macao SAR is also a region with the civil law system, and the system of administrative contracts exists in Macao's administrative law. However, how to distinguish between administrative contracts and private contracts is not clearly defined in the written laws in the Macao SAR, and there are different views among different administrative law scholars. Therefore, this article analyzes the opinions of academic theory and court precedents on the distinguishing standards between the two types of contracts, and attempts to propose a clearer and simpler standard after considering various views from different schools of thought and court precedents.

Keywords: administrative contracts, private contracts, administrative legal relationships, administrative authorities, private entities

收稿日期：2023年11月14日

作者簡介：鄭錦耀，澳門大學憲法、基本法與行政法學哲學博士

一、兩者為何容易混淆

行政機關與私人實體訂立合同是很常見的事，但是澳門法律制度中除了私法合同¹外還存在行政合同，行政機關可以根據《民法典》的規定與其他實體簽訂私法合同自不待言，同時也可以簽訂行政合同，然而行政機關簽訂的合同在外觀上與私法合同可以沒有區別，然後行政合同與民事合同因為民事合同與行政合同是互有關聯所以存在一定的共通性：行政合同有行政性，同時也有其與民事合同的共性，凸顯着其合同性。民事合同與行政合同在意思自治、誠實信用以及合同神聖原則上存在共通性。於是行政機關與私人實體之間簽訂的合同可能是行政合同也可能是私法合同，簽訂有關合同的公職人員也可能不清楚簽訂的合同是行政合同還是私法合同。這是因為有關公職人員關注的重點往往是合同內容是否符合澳門特區需要、性價比是否良好、交貨期或施工期是否足夠短，這些因素與合同屬行政合同還是私法合同無甚關係，人員因此未必意識到合同的性質和屬性分辨的重要性和一旦分辨錯誤可帶來甚麼後果，對合同的屬性抱持着是甚麼性質都無所謂的態度，甚至有個別合同同時出現僅行政合同才可以存在的行政罰款條款以及僅私法合同才可以存在的民事仲裁條款。以上種種緣故令行政機關對外簽訂的合同性質上應屬行政合同還是私法合同顯得不易區分；然而行政合同的法律制度和司法救濟渠道與私法合同偏又大為不同，如果簽訂合同時定性錯誤會有影響合同效力的危險，例如在只應簽訂行政合同的情況下錯用了私法合同會無法做到行政合同才能達成的效果，只應簽訂私法合同的情況下錯用了行政合同，會令行政合同中規定行政機關具優勢地位的條款因抵觸《民法典》的合同地位平等原則而淪為非有效條款。考慮到行政合同和私法合同的區分不易，而且一直是澳門法學界的難題，本文嘗試從法律條文、法理及司法判例三方面進行分析和歸納，以期可提出簡明清晰且具可操作性的區分標準，俾使澳門各法律工作者及法學界同仁此後面對區分合同屬行政性還是私法性的問題時能有具價值的參考。在分析本問題前，需要先了解行政合同是甚麼。本文從法律條文、法理及司法判例三方面進行分析歸納，以釐清行政合同的概念。

二、行政合同的概念

澳門《行政程序法典》第165條第1款規定了行政合同的概念：“行政合同為一合意，基於此合意而設定、變更或消滅一行政法律關係”。法律條文的規定僅寥寥數語，法學界對行政合同的概念的理解則詳細得多，且各有說法。葡萄牙學者Diogo Freitas do Amaral認為，在某些情況下行政機關可以通過與私人實體通過雙邊合同進行合作這種與行政行為不同的方式實現法律要求的公共利益。在這些情況下行政機關必須與私人雙方達成協議來設定、變更或消滅行政法律關係，而不是行政機關單方面確定其意圖，這種根據行政法所規定的法律體系訂立的合同就是行政合同。² 原澳門特區法官、葡萄牙學者Lino José Baptista Rodrigues Ribeiro（李年龍）和José Cândido de Pinho（簡德道）則主張如果行政機關是進行私人管理活動，合同為民事、商事或勞動合同，如果是進行公共管理活動，

¹ 亦有文獻會將之稱為民事合同，然而澳門因為《商法典》之故有商事合同的概念，因此本文認為行政機關與私人實體簽訂的合同統稱為私法合同為佳。

² do Amaral, D. F., *Curso de Direito Administrativo (Vol. II)*, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 443-450.

則使用的合同為行政合同。³ 再觀澳門，澳門本地學者朱林提出“行政合同是指行政機關為履行行政職責而與他人訂立的由他及在一定期間內給付物或提供勞務的合同，行政法院保留對該合同有效、解釋、合同條款執行方面產生糾紛的審判權。”⁴ 學理各有各的見解，澳門終審法院曾在判例中對行政合同作以下定義：“行政合同是公共行政當局本身作為的一種程序，並且按照行政主體的特殊規定設定、變更或消滅行政當局的法人之間或行政當局和私人之間訂定的法律關係。”⁵ 綜合學理以及司法見解，可以發現其主張的行政合同的概念仍不脫《行政程序法典》第165條第1款的“行政合同為一合意，基於此合意而設定、變更或消滅一行政法律關係”的窠臼，至於行政法律關係，澳門目前沒有成文法對此作出定義，然而澳門終審法院曾在前述判例中作出以下闡述：“那種通過法律授予行政當局之決定權或規定行政當局針對私方的行政相對人因公共利益而受的限制，或者授予行政相對人權利或規定私方的行政相對人必須對行政當局履行的公共義務。”⁶ 從這個陳述可以知道，行政法律關係就是行政機關在行使法定的行政管理權之下與其他實體發生的法律關係。結合終審法院判例對行政法律關係的闡述，我們可以用以下簡單淺白的陳述定義行政合同：行政機關與其他實體之間設立、變更、終止行政法律關係的協議。

三、大陸法系主流國家常見的劃分標準

英美法系國家或地區沒有嚴格的公法與私法之區分，不存在獨立的行政合同概念，而在大陸法系國家或地區，行政合同的發展狀況也存在差異。其中，法國和德國兩國的行政合同制度最具代表意義。德國行政法學和司法見解流行的觀點是以合同的客體為劃分標準⁷，如果仍不能劃分，就用“合同目的”和“合同總體特徵”進行劃分。這觀點認為，合同的客體應根據合同的內容確定，這取決於是否針對根據公法判斷的事件，特別是合同約定的義務或者履行合同的處置是否具有公法性質。具備下列情況之一的，行政合同成立：（1）目的是執行公法規範；（2）包含有作出行政行為或者其他主權性職務行為的義務；（3）針對公民的公法上的權利義務。⁸ 但如果用這標準仍未能確定合同是行政合同還是私法合同，就會用“合同目的”和“合同總體特徵”作為判別標準：“如果公民履行金錢支付義務的目的是為了使行政機關作出期望的職務行為，就是行政合同；也就是說，不僅包括以合同方式許諾或者採取職務行為的情形，而且包括：職務行為私人沒有明示約定，但構成合

³ Ribeiro, L. J. B. R. & de Pinho, J. C., *Código do Procedimento Administrativo de Macau: Anotado e Comentado*, Macau: Fundação Macau, 1998, p. 903.

⁴ 朱林：《澳門行政程序法典——釋義、比較與分析》，澳門：澳門基金會，1996年，第181頁。

⁵ 見終審法院第4/2004號裁判，第32-33頁。該見解將各行政部門之間簽訂的合同亦歸類為行政合同，然而由於各行政部門仍需接受其共同上級的領導，倘有爭議尚可在行政機關內容解決，而且這種合同實務上很少見，研究的意義有限，因此本文的研究對象僅限於行政機關與私人實體之間的合同。

⁶ 見終審法院第4/2004號裁判，第32頁。有系統地闡述行政合同的概念和與私法合同之間的分別的判例在澳門僅是鳳毛麟角，此判例是迄今為止唯一成體系地闡述行政合同的概念和與私法合同之間區分標準的判例。

⁷ 值得注意的是有學者將“客體”稱為“標的”，用語雖不同但其實是同一回事。見陳新民：《中國行政法原理》，北京：中國政法大學出版社，2002年，第176頁。

⁸ [德]哈特穆特·毛雷爾：《行政法總論》，高家偉譯，北京：法律出版社，2000年，第351頁。

同的行為根據。”⁹ 這觀點還認為即使合同可以分為公法部份和私法部份，即“混合合同”，只要合同包含有或涉及一個（並非不重要）公法義務，且合同約定的給付義務相互關聯，合同就可歸類為行政合同。¹⁰

法國行政法認為區分合同到底是行政合同還是私法合同，可以從兩個方面予以判斷：一是合同當事方，一般來說，必須至少有一方是代表國家或地方行政部門，或者公法人。二是法律規定的標準或者法官所確立的判例標準。這兩個標準，具體言之：（1）法律規定標準：關於合同的性質，若法律明文規定一種合同為行政合同或私法合同的，則依其規定。（2）當法律沒有關於一合同是行政合同還是私法合同的規定時，則依行政法官確立的相關標準判斷合同的性質。司法判例確立了兩個標準，並不加區別地適用。一是1910年確立的超越普通法範疇條款。只要合同裏有一個條款超越普通法範疇，則該合同為行政合同。相對於兩個私人而言如果某條款是一種不正常條款（相對於普通法的規定），就是超越普通法的條款。例如巴黎上訴行政法院第99PA00690號訴訟案（案情是國家租賃一塊土地與一所學校）行政法院基於合同規定了“國家有單方取消合同的權利”和“國家對學校的教學和財務享有監督權”，認為這兩個條款是超出了普通法規定的條款，超出了平等性，因而屬行政合同。二是公共服務標準。這一標準是由法國國家行政法院在1956年貝爾丹夫婦及農業部長訴共同利害關係人格里穆瓦爾案中所確立的。在該案中，國家行政法院認為，只要某項合同中確定了公共服務的目的，即使沒有超越普通法的條款，該合同也屬於行政合同。¹¹

澳門特區的行政管理制度也是圍繞行政管理權而展開，德國和法國的行政合同制度對澳門特區不無借鑑意義。

四、澳門成文法未有明確的區分標準，僅舉例列舉

在了解行政合同的概念後，現在可以開始探討行政合同和私法合同的區分標準。澳門現行的成文法未有訂下明確的區分標準，僅在《行政程序法典》第165條第2款以舉例列舉的方式，規定了六種合同為行政合同：

第一，公共工程承攬合同：是指由私人承擔不動產的建設、重建、恢復、修理、保護或改造等公共工程，並由行政機關支付報酬的合同。例如第74/99/M號法令《核准公共工程承攬合同之法律制度》規定的公共工程承攬合同。

第二，公共工程特許合同：是由受公法管轄的法人（授予人）將建造供公眾使用的建築物或設施的權力轉讓給另一人（特許人），並由特許人自行承擔風險，以換取使用者直接支付使用費的合同。例如第3/90/M號法律《公共工程及公共服務批給制度的基礎》第2條a項規定的公共工程的批給的合同。

第三，公共事業特許合同：是指由公共法人（授予者）向另一人（特許經營者）轉讓權力，由

⁹ 見終審法院第4/2004號裁判，第32-33頁。

¹⁰ 見終審法院第4/2004號裁判，第32-33頁。

¹¹ 以上內容詳見M. L. Richer（羅朗·里歇），《法國的行政合同及其法律適用規則》，發表於法國行政合同系列講座，法國國立行政學院於2003年9月15日至24日在巴黎主辦，載於楊解君編：《法國行政合同》，上海：復旦大學出版社，2009年，第9-10頁。

其自行承擔風險，專門設立和利用適當的手段來滿足個人感受到的公共需要，以換取直接向使用者收取使用費。例如前述的第3/90/M號法律第2條b項規定的公共服務的批給的合同。現今的流動電話服務的判給即屬此類。

第四，博彩經營特許合同：是指由私人受託設立和經營賭場，並從博彩收入中獲取利潤。例如第16/2001號法律《娛樂場幸運博彩經營法律制度》規定的批給合同。

第五，繼續供應合同：是指由個人承諾在一定期間內定期向行政機關提供公共服務正常運作所需的某些物品。例如根據第122/84/M號法令進行採購物品的合同。需注意僅是一次性的採購，或採購的物品與公共服務運作無關，都不屬繼續供應合同。

第六，直接公益提供勞務之合同：是指私人承諾向行政機關提供某些服務，以直接惠及公眾。例如第12/2015號法律《公共部門勞動合同制度》中規定的行政任用合同和個人勞動合同。

當中值得注意的是，根據該法第25條的規定繼續受合同原有條款規範的個人勞動合同，以及根據第122/84/M號法令訂立的提供勞務合同不屬為直接公益提供勞務之合同，包工合同更是僅屬私法合同。¹²

五、學理提出的區分標準

然而，學者們對區分標準卻各有見解。葡萄牙學者Diogo Freitas do Amaral提出以下的區分標準：“如果合同的目的和行政功能相關，那麼它就是行政合同。原則上這體現在與公共部門運作、公共活動的實施、公共財產的管理、公務員的任命或公共資金的利用有關的利益提供上。相反如果目的不屬上述任何類別，那麼只有當合同旨在實現公共利益時，該合同才被認為是行政合同。”¹³ 同時Lino José Baptista Rodrigues Ribeiro 和 José Cândido de Pinho提出相當詳細的六項區分標準，只要符合其中之一即為行政合同：

1. 如果合同只在行政法中被提及（如服務特許合同、開發合同），其行政合同性質是無可爭議的；
2. 如果約定的效力與雙方權利中已知的合同一致（如提供服務、供應物品），且法律並不自動將其視為行政合同（如工程合同），則必須使用追求直接公共利益目的這一附加標準；
3. 如果法律沒有規定合同的形式，但協議的效力在行政法的法律規範中已有規定（例如，許可一個有義務建造一所學校的建築項目），該合同為行政合同，因為它有一個可以受行政行為約束的客體，即受行政專門規章的約束；
4. 如果協議的法律效力在法律規範中沒有規定，但只有在一方當事人是公法人的情況下才可以設立（沒有再現行政法原則或規範，但顯示出行政印記的苛刻條款，如不能納入私人合同的公共權力特權），所確立的法律效力抽象地只能由行政機關作為持有人，則該合同是行政合同，不管合同

¹² 該等行政合同類型的概念參閱自Ribeiro, L. J. B. R. & de Pinho, J. C., *Código do Procedimento Administrativo de Macau: Anotado e Comentado*, pp. 916-917.

¹³ do Amaral, D. F., *Curso de Direito Administrativo (Vol. II)*, p. 462.

是否合法¹⁴；

5. 如果合同或合同產生的效力本身屬民事法律關係的一部分，合同包含只有在行政機關作為一方當事人的法律關係中才可能出現的附加條款（例如，行政機關通過行政行為實施合同制裁），則該合同屬於行政合同；

6. 如果合同效力有屬於民事合同效力，但也有屬行政合同的效力，而且當事人沒有將其標明為行政合同，則有理由推定當事人已提及適用行政法的一般原則，因為行政法不是與私法相關的特別法，而是屬於行政機關的原始成文法¹⁵。

從以上可知，不同的學理之間對行政合同與私法合同的區分標準理解頗不相同，從寥寥數語至六大標準不等，但始終都是圍繞着合同是否具有“行政性質”這個主軸進行。然而上述學理可能有過於擴大行政合同的範圍之嫌，例如“如果法律沒有規定合同的形式，但協議的效力在行政法的法律規範中已有規定，該合同為行政合同”這項標準的合理性成疑，因為一部法規往往不是整部都是行政法，同一法規內同時並存行政性法律規範和民事性法律規範的情況並不罕見，法規的某一條文同時基於行政性法律規範和民事性法律規範而來的情況亦不罕見，因此實務操作上要識別“協議的效力是否在行政法的法律規範中已有規定”不是易事，且不同的人之間容易因各有不同的觀點分歧造成爭議，這項由學理提出的標準是否仍在《行政程序法典》第165條第1款規定的“行政合同為一合意，基於此合意而設定、變更或消滅一行政法律關係”範圍之內，不無疑問。純用此等學理的主張作為區分標準，不是一個理想的選擇。

六、司法見解提出的區分標準

法院擁有對法律的解釋權，而且法院判決對法律的理解有一錘定音的效果，故法院判決對這問題的見解雖然沒有如成文法般的法定效力，但其實質影響力和對法律解釋的指導性仍然是無可比擬。在了解學理對行政合同與私法合同的區分標準的主張後，現在可以看看司法見解的觀點。終審法院曾在第4/2004號裁判中，對標的既可成為行政合同也可成為私法合同的合同應如何定性，作出以下的區分標準：“為了確定我們現在所關心的行政合同，標的可成為私法合同之合同獲得行政性質，除非因為出現某些特定前提的法律規定、或者是因為補充條款當事人各方設定的行政當局的章程制度的相關規定……合同的定性和對其適用的法律制度就取決於訂立合同雙方所達成協議的效力。應由起碼一方為行政當局並以該資格參與的法律關係中制定的補充條款的各當事方的附加規定來區別私法合同和標的可成為私法上合同之標的之行政合同。”¹⁶ 若以淺白的文字表述，終審法院是認為行政合同與私法合同的區分標準在於合同是否存在“行政性質”，行政性質可以是來自法律有相關的直接規定、或者通過雙方在合同條款中設立了行政合同才可能出現的條款而獲得行政性質，同時合同至少其中一方須是行政機關。

¹⁴ 兩位法官對此項標準的陳述誠為過於艱澀，本文認為可將之簡稱為“行政條款標準”。

¹⁵ Ribeiro, L. J. B. R. & de Pinho, J. C., *Código do Procedimento Administrativo de Macau: Anotado e Comentado*, pp. 914-916.

¹⁶ 見終審法院第4/2004號裁判，第33頁。

七、本文建議的四項區分標準

在了解終審法院的判例和各學者提出的學理後，可以發現他們的內容都比《行政程序法典》第165條第1款規定的“行政合同為一合意，基於此合意而設定、變更或消滅一行政法律關係”要詳細，也可以知道行政合同的關鍵在於合同是否建立了一個“行政法律關係”已是各方的共同認知。行政法律關係在澳門的成文法中雖然沒有定義，但終審法院曾在第4/2004號裁判中對行政法律關係作出過以下論述：“行政法律關係是指‘那種通過法律授予行政當局之決定權或規定行政當局針對私方的行政相對人因公共利益而受的限制，或者授予行政相對人權利或規定私方的行政相對人必須對行政當局履行的公共義務’”¹⁷，從中可以知道終審法院的司法見解就是以行政法律關係為區分標準。終審法院的判例和各學者提出的學理都對“行政合同與私法合同的區分標準”作出精闢的論述，然而內容略嫌艱澀，專研行政法的法學家或行政法工作經驗豐富的法律工作者固是沒有理解上的障礙，但對其他人來說仍難免有因內容艱澀導致難以理解和操作之虞。本文以法律的明文規定和終審法院的判例為主、並綜以前述各法學理論觀點後，除了合同締約方至少一方必須為行政機關這項必須條件外，擬提出以下四項標準，以冀能有較易理解和操作的區分標準：

1. 《行政程序法典》明文規定為行政合同，即為行政合同。合同屬於《行政程序法典》第165條第2款規定的六種合同之一者，即可判定為行政合同。

2. 如有合同條款可以令人能識別該合同具有行政性質，合同即為行政合同。例如第63/85/M號法令《規定購置物品及取得服務之程序》第64條第1款規定，經由該法令規定的招標程序訂定的合同如有爭議，案件由行政法院管轄。由於行政法院無權管轄私法合同的訴訟只能管轄行政合同之訴，所以這規定實際上是將合同定性為具有行政性，屬行政合同；又例如第10/2013號法律《土地法》第104條第3款規定行政機關有權在合同中訂立罰款條款，藉以對違反合同所定利用期間的事實對承批人科處罰款，由於罰款明顯有行政性質，所以根據該法訂立的土地批給合同是行政合同。

3. 雖然沒有成文法規定合同是否帶有行政性質，但合同內容是涉及行政機關一方的法定職權、職務或其他法定行政義務，合同即為行政合同。行政合同制度的初衷，本來就是行政機關透過尋求私人實體作為合作伙伴來擴大行政參與和發揮私人實體的積極性和創造性，以達至善治。既然透過行政合同履行本身行政職權來施政是當初行政合同制度建立的主因之一，合同內容若涉及作為簽訂方的行政機關的職責等法定行政義務，合同雙方的關係是行政法律關係，屬於行政合同。

4. 即使不符合以上三項標準，但如合同本身意定了行政合同才可能出現的行政機關地位優越條款（例如有雙方合意制訂的意定條款規定行政機關一方有權對另一方作出罰款），則該合同屬於行政合同。這標準是源於終審法院在司法見解中闡述的區分標準“起碼一方為行政當局並以該資格參與的法律關係中制定的補充條款的各當事方的附加規定來區別私法合同和標的可成為私法上合同之標的之行政合同”¹⁸，這也彰顯了行政合同的雙方地位不平等，與私法合同是由平等主體之間訂立的性質迥然不同。

合同只要符合上述四項標準的其中一項，就可判別為行政合同。當中需要注意第四項標準並不

¹⁷ 見終審法院第4/2004號裁判，第32-33頁。

¹⁸ 見終審法院第4/2004號裁判，第33頁。

是意味着行政機關在簽訂合同時可以單憑雙方合意將私法合同訂為行政合同，行政合同受《行政程序法典》的約束，所以仍需遵守《行政程序法典》第5條規定的適度性原則，需要透過說明理由的方式闡述：第一、為甚麼以行政合同方式訂立合同是存在公共利益，並且該利益會因採用行政合同方式得以達成；第二、以行政合同方式制訂不會令行政相對人面臨更大的不利益；第三、以及行政合同對合同另一方當事人的約束（例如罰款的規模和可適用條件的條款、行政機關對該合同的履行給付的指揮權條款等）與該合同擬達成的利益相比，是否處於合理範圍內。¹⁹

八、結語

行文至此，可以得出行政合同的概念以及與私法合同之間的區分標準如下：

從法律條文、法理及司法判例三方面進行分析和歸納，行政合同是指行政機關與其他實體之間設立、變更、終止行政法律關係的協議。

只要符合以下四項標準之一，合同屬行政合同而不是私法合同：

1. 被《行政程序法典》明文規定為行政合同；
2. 有合同條款可以令人識別該合同具有行政性質；
3. 雖然沒有成文法規定合同是否帶有行政性質，但合同內容是涉及行政機關一方的法定職權、職務或其他法定行政義務；
4. 即使不符合以上三項標準，但合同本身意定了行政合同才可能出現的行政機關地位優越條款。

〔編輯 梁淑雯〕

¹⁹ 即適度性原則（又稱：比例原則）的三項子原則：適當性原則、最小侵害原則和損益平衡原則。