

# 和為貴

## ——由「合作行政」的概念論行政調解 的法制改革\*

陳 新 民\*\*

### 要 目

- |                                    |                |
|------------------------------------|----------------|
| 壹、楔子——以NCC最近兩則處理人<br>民申請案件的「承諾書」談起 | 貳、合作行政與行政調解的概念 |
| 一、案例一：趙少康申請中廣變更<br>董事長案            | 一、合作行政的概念興起    |
| 二、案例二：有線電視業者申請換<br>照的承諾            | 二、行政調解的概念      |
|                                    | 參、行政程序調解之法制    |
|                                    | 一、事前協商         |
|                                    | (一)理論的探討       |

\* 「美國律師協會」(American Bar Association, ABA)爲了推廣發展中國家的法治，特別開展了一個「全球法治推廣計畫」(Program of Rule of Law Initiative)。該協會並在中國北京成立一個中國代表處，並在2007年4月13日至15日假蘇州大學召開一個「行政訴訟協調國際學術研討會」(International Forum on Mediation in Administrative Litigation)，本文作者應邀參加並且發表本論文，會後再大幅度的加以修正。

另，作者亦感謝兩位匿名評審的指教，使本文有重新修飾與增補的機會，特此感謝。

\*\* 司法院大法官，德國慕尼黑大學法學博士。

投稿日期：九十七年五月二十日；接受刊登日期：九十八年三月十一日

責任校對：吳珮蓓

(二)我國行政實務上的「協談制度」	二、行政訴訟「事實上之和解」—— 行政程序協調與行政訴訟協調 的一致性必要性
(三)德國稅務行政實務的協談問題	
二、行政承諾	伍、認罪協商制度的衝擊
三、行政契約	陸、行政罰的適用?
四、行政指導	柒、替代性爭議解決方式
肆、行政訴訟的協調	捌、結 論
一、陳義過高的「行政訴訟不得調 解」的原則	

## 摘 要

本論文是由行政合作的概念談起，以NCC最近產生的兩個案例作為討論的楔子，來討論這一個較新的行政法學概念，也是檢討行政協調制度的法制改革問題。

行政調解是解決行政爭議的一種機制，它可以產生在行政程序之中，也可以產生在行政訴訟的過程。在行政法學上，是將重點擺在後者——也就是「行政訴訟的和解」。但是受到了「公權不可處分」的理論影響，傳統行政法學也對於「行政訴訟和解」頗為排斥，我國直到二〇〇〇年七月實施新的行政訴訟制度，才引進了行政訴訟和解的制度。中國大陸行政訴訟法第五十條仍維持禁止行政訴訟和解的態度。

在行政程序中忽視調解的現象，可由目前行政法上四個可能解決爭議的制度，即：一、行政約定；二、行政承諾；三、行政契約；四、行政指導，來檢驗其功能。結果顯示，這四個制度，不論是在法律的承認，或是制度的設計上，都顯然不能充分解決行政的爭議。

我國雖然在刑法上引進認罪協商制度，但是在行政罰法上卻未引進此類似的制度，惟有在稅務違章案件有引進此制但卻還是以行政命令作為其基礎，因此，我國應該考慮在行政罰的領域實施此制。

我國近年來也開始研究美國的替代性爭議解決辦法（ADR），但學說上對於此制度的了解僅限於具有行政指導色彩的解決民事爭議，對此制度來說，不無誤解之處，然而這些制度並未有太大的可行性。同樣的，我國政府採購法也引進了履約爭議的調解制度，也仍是以處理民事爭議為對象，仍非行政調解。

故行政調解制度在我國現今立法例上，似仍未獲得應有的重視，因此，我國行政程序法應當儘量的鬆開束縛，讓當事人與行政機關能夠彈性的解決彼此的爭議。

關鍵詞：合作行政、行政協調、行政程序法、認罪協商、行政契約、替代性爭議解決辦法、行政罰、行政約定

和為貴，訟則凶。

——孔子

## 壹、楔子——以NCC最近兩則處理人民申請案件的「承諾書」談起

國家通訊傳播委員會（簡稱NCC），在最近處理並且公布了兩則新聞，受到媒體與業者普遍的重視。雖然這兩則攸關傳播媒體權益甚鉅的案件，事涉行政法學的探討，不過卻尚未引發學界太大的興趣，值得加以重視。

### 一、案例一：趙少康申請中廣變更董事長案

NCC為了落實黨政軍退出媒體的政府政策（二〇〇四年十二月），而要求國民黨將黨營事業的「三中」（中廣、中影、中視）股權出售。而中廣的股份則先後由余建新轉讓到趙少康手中，因而涉及中廣公司股權轉讓及負責人變更案，中廣公司前後任負責人雙方於二〇〇七年六月二十五日至國家通訊傳播委員會確認承諾九項辦理事項<sup>1</sup>後，NCC於二〇〇七年六月二十六日許可本案。

這幾項承諾，中廣大都依約進行，唯一出現問題的是，趙少康當時同意股權轉移案後六個月內，亦即二〇〇七年十二月二十六日

---

<sup>1</sup> 中廣為了申請變更趙少康擔任董事長，向NCC承諾九事項，包括一個月內將華夏投資董事會、股東會通過出售中廣持股案會議紀錄及好聽、悅悅等四家公司董事會、股東會通過購買華夏投資中廣持股案會議紀錄，函請NCC備查；中廣股權轉移後，中廣重新召開新股東大會，選任新董事、監察人、董事長等。其他承諾還有，配合廣播電臺開放，中廣音樂網及寶島網，一旦行政院指配他人後，即無條件繳回；中廣公司承諾資本大眾化，兩年內辦理股票上櫃上市；中廣提高節目自製率，流行網達到三分之二以上，音樂網維持百分之百自製率；中廣保證無外資、港資及中資投資。

前，將妻子梁蕾在飛碟電臺持股，從34%降至10%以下，但趙少康遲遲未釋出持股，由於此為NCC重大事項，所以二度給予趙少康陳述意見，NCC於審查中廣趙少康變更董事長案，會中通過趙少康妻子梁蕾必須在十五個工作天內（即三月二十日之前），釋出飛碟股份到10%以下，否則原許可趙少康變更為中廣董事長處分撤銷，全案回到原點，中廣董事長仍為余建新。

在NCC這種強勢的要求之下，趙少康終於屈服，將妻子的持股占至10%以下，因此NCC在二〇〇八年四月三日通過了中廣董事長的人選不變動的決議。

NCC這個要求，趙少康履行九項承諾，此項承諾所造成的風波雖在當事人的屈服之下落幕，但在行政法上值得討論的卻是行政機關與人民之間的「承諾」，到底在行政法上是否許可，以及雙方有無遵守的準則？這也是涉及到「行政承諾」的問題。特別是NCC這九項的要求變成人民的「承諾」，並沒有法律上的依據，毋寧是行政機關執行政策的裁量，那就更有論究此類行政行為模式的價值。

## 二、案例二：有線電視業者申請換照的承諾

我國自一九九三年八月十一日公布「有線電視法」，開放民間經營有線電視，形成臺灣電視傳播事業的主流，相對於以往只靠著五個無線電視臺壟斷國內電視資訊與娛樂節目來源，為數六十餘家的有線電視業者給予國人不論是知識或娛樂層面上的多樣選擇性，見證了臺灣步向更開放社會的發展。「有線廣播電視法」（一九九九年二月三日更改為此名稱）第三十五條規定，系統經營業者之營業許可有效期間為九年。於營運許可期限屆滿，仍欲繼續經營者，應於營運許可期限屆滿八年後，六個月內，向主管機關申請換發。二〇〇七年上半年為止，已有數家系統業者執照到期，申請換發執照。

然而，在這些換照的過程中，發生了業者在與主管機關面談、陳述意見，會簽下「如果政府日後擬訂確定的數位化政策，並公告實施時程，業者將承諾全力配合」的同意書。這種同意書是否具有法律的拘束力？同時，這種同意書的法律性質為何？是否為一種行政契約？抑或是「附附款之行政處分」？此種同意書的合法性為何，都和第一個案例頗為接近。

和第一個案例較為不同之處，在於第二個案例還在繼續進行當中，且不只一個。而第一個案例發展的情形，也頗多可以作為「預測」第二個案例的過程與結果，例如：NCC將會以「附廢止保留」之行政處分，來作為許可續照的處分，因此，業者在申請換照的面談所簽下的同意書，將會被轉換為換照的「合法性保留」之條件。最後，個別的業者也都會面臨NCC的執照廢止的壓力，而履行各項的承諾。

由上述兩個案子可以看出行政機關在作出行政處分前，會與申請人民進行事前的協商行為，而這種「行政協商」，可能被轉換成為日後的行政處分。

本論文不在深入探討NCC上述兩個案例的合法性問題，以及是否涉及相關的公法原則<sup>2</sup>。而是在於由這兩個案例引發出對於行

---

<sup>2</sup> 例如：是否涉及到不當聯結禁止的問題？例如：最高行政法院90年度判字第1704號判決：行政法所謂「不當聯結禁止」原則，乃行政行為對人民課以一定之義務或負擔，或造成人民其他之不利益時，其所採取之手段，與行政機關所追求之目的間，必須有合理之聯結關係存在，若欠缺此聯結關係，此項行政行為即非適法。而汽車行車執照須在一定期限內換發，主要目的在於掌握汽車狀況，以確保汽車行駛品質，進而維護人民生命、身體、財產法益；而罰鍰不繳納涉及者為行政秩序罰之執行問題，故換發汽車行車執照，與汽車所有人違規罰鍰未清繳，欠缺實質上之關聯，故兩者不得相互聯結，前開道路交通安全規則第8條有關罰鍰繳清後始得發給行車執照之規定，亦有悖「不當聯結禁止」原則。便可作為探究的主要依據。

政機關與人民在產生爭議、如何利用一個妥善的行政程序（不論是否已是我國行政程序法所規範的行為模式），來解決彼此的爭議。這種行政雙方獲得共識的行為模式，也可歸入「行政調解」概念的一環。而這正是我國及德國傳統行政法學至今所未進行太多探討的標的。

本論文將由合作行政的概念，探討行政協調的理論，並分析目前各種行政協調法制的內容及其具體的功效，與可改進之處。本論文由於是在中國大陸舉行的國際學術研討會上發表，故必須有若干內容論及大陸的相關法制，因此，也將之作為比較法討論的標的。

## 貳、合作行政與行政調解的概念

### 一、合作行政的概念興起

德國傳統行政法學是重結果而輕程序。因此，行政法學強調的是行政行為的結果，例如：行政處分的合法性要件，以及人民權利的救濟。但是在行政機關內部完成行政決定的過程，則不太寄予關心。而行政程序法雖然大幅度的改善了這種輕視行政程序的現象，例如：加進了人民可調閱卷宗的權利，使得行政機關有義務將作成決定的重要判斷依據與過程行諸明文，並加以保存；行政機關須接受人民陳述及舉辦公聽會之義務……，但是實際上，對於行政機關的決定，仍然由行政機關自行決定其作成之程序，是為行政處分的手段自由原則。

然而，受到民主思想的影響，所謂「合作式」的行政行為（Kooperativer Verwaltungshandel）觀念開始流行。著眼於環境法的申請執照過程。自從環保概念流行後，任何大型工業設施的興建、設備的更新，都要經過主管及環保機關的許可。而這類型的事



業投資，都是一筆鉅額的花費；同時，設備投產後的銷售方向、物料來源、勞工數量……，都必須支出一筆花費，且都應在事前已精算完畢。然而，在申請許可執照的過程，往往有許多不可預料的因素，使得設廠的過程橫生困阻。<sup>3</sup>

因此，申請許可的業者，必須與主管機關進行協商，而這種協商早已有之，但是多半是視為沒有法律效果的官民之間的溝通。但，這個過程的重要性，逐漸顯示出來。德國在八〇年代時期，有一位新銳學者Eberhard Bohne所撰寫的「非形式的法治國」<sup>4</sup>中，開始提倡在法治國家應當將法治的原則，延伸到這一個行政的事實程序之中。Bohne認為，在四分之三的德國公司都要經過事前雙方的溝通，才能獲得許可，且協議的時間經常長達一年之久。因此，如何善用此制度，並且引進法拘束力的問題，引發了德國學界對此理論的重視。<sup>5</sup>

這種理念是希望行政機關與人民應當共同合作來建設行政合法性的國家行政秩序。易言之，傳統行政法學誕生時代的威權統治，是將國家的行政法秩序建立在單方面由國家機關依法行政的努力之上，與人民無涉。新型的民主理念，認為國家應當是由人民作主，自然應當也負擔維護國家合法行政秩序的義務。

這種新的行政法理念，同時也結合了民主的概念，所謂「審議

---

<sup>3</sup> Schulte, Wandel der Handlungsformen der Verwaltung und der Handlungsformenlehre in der Informationsgesellschaft, im: Hoffmann/Schmidt (Hrsg.), Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, 2000, S. 338.

<sup>4</sup> Bohne, Der informale Rechtsstaat, 1981.

<sup>5</sup> Bohne, aaO., S. 50.; Rabe, Der Rechtsgedanke der Kompensation als Legitimationsgrundlage für die regelungsersetzende Verwaltungsabsprache, 1996, S. 9. 提到德國十五年來討論這個議題的論文，已有數百篇之多，堪稱德國行政法的顯學。

民主」(又稱「協商民主」, *Consultative Democracy*) ,這也是基於民主原則要求政府所為的行政決定,甚至立法決定的過程,必須公開透明及尊重民主原則。<sup>6</sup>這反映在行政程序法的立法中,便特別的明顯,要求召開公聽會等制度。同樣的,也表現在個別的行政決定,例如:行政許可制度的增加人民與行政機關的協商程序等。這些也可以稱為是「對話式的行政行為」(*Dialogisches Verwaltungshandeln*) ,現在行政法學裡都已經把其視為單純的事實行為,提到依法行政的概念內來討論。<sup>7</sup>

## 二、行政調解的概念

合作行政的目的,在消除歧見,減少雙方的爭議。所以行政爭議自始至終,便是行政法學要解決的議題。

按照傳統德國行政法學的制度設計,是將解決行政爭議交由行政救濟的制度,特別是以「行政訴訟」來加以解決。行政訴訟是法治國家糾正行政濫權,保護人民權益及國家法治原則的一個重要機制。在一個國家邁向法治國的漫長過程中,人民追求的第一個階段當是建立完善的行政爭訟程序,追求並信賴此制度的公正與妥善性;第二個階段也當然要希望能獲得迅速的訴訟利益。為達到這個目的,便需要解決訴訟程序的冗長,以及因此導出的不公正裁判後果。這正是法治國家追求行政訴訟「速、簡」的最高指導原則。

行政爭議如在提出訴訟前未獲解決,便可能依法進入行政爭訟程序。前者為後者之因,解決行政爭訟最有效的辦法是——「正本

---

<sup>6</sup> Schulte, *Schlichtes Verwaltungshandeln*, 1995, S. 158.

<sup>7</sup> Wimmer/Arnold, *Dialogisches Verwaltungshandeln im Lichte des Legalitätsprinzips*, im: Hill (Hrsg.), *Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen*, 1990, S. 56.

清源」的建立——有效的且在行政程序過程中，即能解決雙方爭議的協調制度。一旦進入訴訟程序，還有可以延續這種協調精神的機制，則為訴訟和解制度的方式，才是「治本」而非「治標」的解決模式。

在人民民主與法治意識高漲的今日，人民愈不堪忍受官方單方的意志及法令解釋，全面的行政爭議愈會發生在各種行政機關之職務行為之中。如果在一般行政事件處理，甚至達到訴訟時，雙方仍然能夠獲得理解的共識，進而終止爭議，這才符合「合作行政」的理念，同時也是「訴訟經濟」的表現，此時建立一套有效的行政調解的制度，便可發揮一定的功能。

首先，可以討論行政調解（Administrative Mediation）的概念。行政調解的概念甚廣，可以分成最廣義、廣義及狹義的行政調解。

最廣義的概念是指只要一方有行政機關在內所進行的調解行為，即屬之。至於調解的對方，可以是行政機關，或是人民，都無所謂。前者如兩個政府機關之間的調解，例如：商訂簽署一個行政契約、要求提供某種協助（屬於行政協力）或是溝通某種見解。這可稱為「行政機關協調」（Administrative Coordination）。但這種存在於兩個政府機關間的調解，不在本文的討論範圍內，也不是學界討論合作行政的目的。

廣義的行政調解，則是指行政機關與人民之間所進行的調解行為，例如：為了制定某一種法規、推行某一個政策或大型公共建設（行政計畫）、行政機關召開公聽會來聽取人民的意見，並列為制定或修正行政決定的依據。這種意義的行政調解，則屬於<sup>8</sup>上述所

---

<sup>8</sup> 例如：我國行政程序法第155條規定行政機關在訂定抽象的法規命令，可以依職權決定是否召開聽證會，所以尚非強制性的義務。也因此行政機關為省麻

提到的「合作行政」或者是「審議式民主」的理念落實在行政程序法當中的表徵。

狹義的行政調解，乃是屬於個案性質的調解，又可分為在行政程序中的調解，稱為「行政程序調解」；以及在行政訴訟過程之調解，可以稱為「行政訴訟調解」兩種。

行政程序之調解是指行政機關與人民在相關人民權利義務方面所進行的協商與溝通。這種為了消除雙方歧見、瞭解事實真相所建立的機制，有些已經納入在行政法的制度之內，也是屬於強制性的制度，最明顯的是行政聽證的制度（例如：臺灣行政罰法第四十二條及中國大陸行政處罰法第三十二條的聽證制度），便是透過當事人的陳述，申辯及聽證來讓事實更加清楚，增加行政行為的合法性。此外，如果人民與行政機關間進行協商，取得合意的共識，這種任意式、非強制性的行政調解，在今日國家任務的種類與行政法律的數目日益龐大的現狀下，愈來愈具重要性。

行政程序調解由於牽涉到個案人民與行政機關間的權利義務，也因此會伴隨行使公權力的具體行政行為，以及進行的行政救濟程序，故在行政法學上已經逐漸的形成一個嚴肅的探究個題。因為傳統的行政法學從未將這種人民與行政機關的無法律強制規範的行為列入探討，也因此，我們可以重新以大格局的方式，宏觀的思考行政協調法制的整建問題。

行政訴訟的調解，也可以稱為行政訴訟的和解，目的也是在終結行政爭議，而以獲得協定的方式終止訴訟。因此，解決行政爭議便有兩個階段的協調制度：亦即行政程序的調解及行政訴訟的調

---

煩，自2001年本法實施以來鮮少聞及有運用此機制者，本條文便形同具文。同法第164條也規定重大的行政計畫、公共設施，應當舉行公開的聽證程式。不過因為本條文的細則尚未公布，本條同樣有形成具文的現象。

解，以下分別討論之。

## 參、行政程序調解之法制

行政機關與人民在個案產生爭議時，在行政機關作出具體的行政行為前，行政機關基於依法行政原則，本即負有調查證據、闡明事實、正確運用法律，以及妥善行使裁量權的義務。這些要求行政機關作出最終正確決定的義務，在行政機關每日的實際運作的個案，絕對是無法完全毫無折扣的遵守之，留下可以協商的空間。

為了解決爭議，特別在事實的確定，無法完全由一方掌控，雙方必須各有讓步時，現實有效的行政法上之制度，能否提供行政爭議雙方消除爭議的方法？我們可以逐一來探討。

### 一、事前協商

#### (一)理論的探討

所謂行政約定，又稱為行政法學上的君子協定（*Gentlemen's Agreement*），是一個人民與行政機關所簽訂沒有拘束力的協約。這種在行政法上被稱為「非正式之行政協商」（*informale Verwaltungsabsprache*），是沒有強制性，可由行政機關自由與人民簽訂，至於日後雙方是否反悔，都無所謂，同時對於法院，也無任何法律上的拘束力。因此是被視為一種「事實行為」。<sup>9</sup>

行政約定是雙方在協商後的成果，而這個過程，便是「事前協商」（*Vorverhandlungen*），是指人民與行政機關事先在行政機關作出行政決定前所進行的接觸、商談並獲得共識的行為。這種行為主要是發生在申請許可的案件為主，而在涉及處罰的案件為輔，因

---

<sup>9</sup> Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2004, § 15 Rdnr. 14.

此，這是一種在程序上及實體上的一種獲得共識的行為。在行政法學上，有分為「準備的協議」，以及「避免或替代式的協議」。在前者的協商，是指申請人為了使行政機關在日後的作為，能夠免除事實與法律上的窒礙之處，而與行政機關來協商、澄清及聲明保證等行為，都是為日後的行政決定所為之準備工作；而後者避免（*Vermeidung*）或替代（*Ersatz*）的協商，可以稱為是「消毒式」的協商。是希望日後行政機關不要為積極的行為，也就是消除日後不利的行政處分所為的協商，例如：承諾改進、澄清事實等，也因此，是屬於新型的行政行為。

而這種新型的事前協商，也和制式的行政行為不同，例如：行政承諾或是行政契約。而這種正式的行政行為都是具有法律拘束力。所以，事前協商都是以沒有具有法律的拘束力為其特色。

事前協商的好處，依學界的分析有三大優點：

1. 風險的避免。許可證的申請人在與政府機關進行事前協商，可以溝通雙方的看法獲得共識，避免日後遭到麻煩的風險。

2. 加速行政程序，避免花費不必要的時間與金錢。

3. 提供有用的資訊來澄清事實。這些都是有助於行政機關在用法論事時，可以妥善的解釋法律規定正確的行使裁量權，而不至於濫用法律不確定的概念。<sup>10</sup>

因此，事前協商主要產生的案例，以德國為例，是在環保案件，由工廠業者申請執照，而與主管機關面談，是標準的事前協商制度。其目的乃為業者避免風險、加速申請執照的程序，以及提供有利的事實來澄清主管機關對滿足申請執照條件所為的疑慮。

事前協商，可以獲得一定的共識，且以獲得一定的共識為其目

---

<sup>10</sup> Song, *Kooperatives Verwaltungshandeln durch Absprachen und Verträge beim Vollzug, des Immissionschutzrechts*, 2000, S. 88.

的。雖然對於行政協商的法律後果，過去，德國學界始終沒有給予太多的關注，視為沒有拘束力的事實行為，直到（前述）「非正式法治國」的理念興起，認為這種協商應當有一定的憲法界限<sup>11</sup>。這界限可以提升到憲法層次的法治國原則。基本上，是以依法行政為其指導原則。德國學界也指出這種事前協商，既然多半是人民有求於政府機關者，其曾獲共識的獲得，來自人民的付出比來自政府者多得多，因此，必須擔心公權力的濫用。也因此必須給予一定的限制。

此限制包括了以下五點：

#### 1. 實質法律目的的遵守

這是要求行政機關與人民作成這種共識時，必須要遵守法律優越的原則，因此，不能夠藉著頒布許可的協商而破壞法律的規定，而違背法律的目的。所以，在協商的內容上，必須對其空間作嚴格的限制，來維護實質的合法性。

#### 2. 程序透明的原則

基於法律安定性的原則，也必須讓人民能夠瞭解行政機關作出行政決定的合法依據為何，而使得其程序的過程能夠透明。所以，人民得以閱覽卷宗，同時，人民的意見也應註記在作成行政決定程序的文書之上。

#### 3. 行政程序的公平原則

行政程序的公開化，也會促使行政程序應當要符合平等原則。故在行政協商的過程，也應當讓其他類似案件的申請人知悉，而使行政機關在為行政許可時，會有一定的判斷標準，而不至於會濫用行政裁量權。

---

<sup>11</sup> Schulte, aaO. (Fn. 3), S. 339.

#### 4. 官署的程序責任性

這是指行政官署在作成行政處分的過程，雖然可和當事人進行協商，但無論如何，官署對最終作成一個合法的行政處分，仍然具有責任來要求在程序面與實體面上的合法。易言之，行政機關不能夠將最後一個有合法性欠缺的許可處分，推給協議的申請人，或推卸責任給協議人，因為其等不願意進行事前協商或讓步等。

#### 5. 比例原則

如同所有公權力的行使，都不可過度。因此，行政機關在許可案件的事前協商，都必須以儘量少侵犯到申請人的利益、加重其負擔，為前提要件。這也是法治國家對行政權力應予以節制的要求。<sup>12</sup>

儘管學術界對於事前協商的重要性，而提出了上述的限制，然而，這種見解仍然存於學術的訴求而已。事前協商是以雙方不受法律效果之拘束為前提，所以一旦雙方不履行約定，即不產生救濟及法律後果。人民不履行約定，行政機關自可以逕行為高權行政行為；人民即使履行協商的內容時，行政機關如果為不同的行政決定，人民也無得要求國家賠償或是損害賠償及補償等。這種「無制裁性」（Sanktionlosigkeit）正是事前協商的特徵，也是其作為「非正式行政行為」的理由。<sup>13</sup>

德國學界同樣的也檢討了，當行政機關拒絕履行當初的事前協商之結論，對方能否援用「行政自制」（Selbstbindungen der Verwaltung）的原則，來要求行政機關自我約束？然而，答案卻是否定的。按，行政自制的原則，涉及到限制行政機關的裁量權行使。而，此原則多半涉及的平等權的保障，制止行政恣意。但，在行政

---

<sup>12</sup> Song, aaO. (Fn. 10), S. 118.

<sup>13</sup> Rabe, aaO. (Fn. 5), S. 31.



協商的案例，行政機關本來仍然保有完整的「選擇裁量」（Wahlmessen）——行政機關可以決定採行正式的行政處分或行政契約手段，或是先採行非正式的行政協商，或是採用附款的行政處分的形式，來達到行政任務。所以，也無法用行政自制的理念來迫使行政機關的履行約定。<sup>14</sup>

所以依德國的學理，似乎已經沒有太大的武器來攻擊行政協商的拘束力。殘餘的一線希望，似乎就只有誠信原則。由於我國行政程序法第八條有規定：「行政行為應以誠實信用之方法為之，並應保護人民正當合理之信賴。」而本條所規範的行政行為，當採廣義解釋，所以及於非正式之行政行為。這也是國內學界的通說。<sup>15</sup>因此，行政機關及人民雙方受此原則的拘束。也因此，不能夠有違反約定的言行。但是，這個立論，也是出自於援引民事法的「任何人不得出爾反爾」（venire contra factum proprium）的拉丁法諺。<sup>16</sup>但，這也是比擬為契約的雙方當事人，才有此義務。儘管這個原則也在行政法適用，但用在行政契約可，用在事前協商則否，再度顯示出誠信原則的拘束，無法有實效之後果。<sup>17</sup>

## （二）我國行政實務上的「協談制度」

行政事前協商，也可稱為「協談」（Besprechung）。我國行政實務上的協商，最主要的是1.稅務實務的協談制度；以及2.廣電執照許可申請案的協談，可以分別討論。

### 1. 稅務實務的協談制度

我國在一九八九年開始針對稅務爭議實施「協談」的制度，讓

<sup>14</sup> Rabe, aaO. (Fn. 5), S. 37.

<sup>15</sup> 參見蔡茂寅等，行政程序法實用，頁16以下，2006年10月3版。

<sup>16</sup> 原意為：任何人不得為抵觸先前作為之行為。

<sup>17</sup> Rabe, aaO. (Fn. 5), S. 31.

人民與稅捐機關進行協談。依我國財政部於一九九二年九月公布「稅捐稽徵機關稅務案件協談作業要點」第二點之規定：

有下面四款情形者，稽徵機關得與納稅義務人協談：

(1)稽徵機關於審查階段中，就課稅事實之認定或證據之採認，有協談必要者。

(2)復查或經行政救濟撤銷重核案件，對課稅事實之認定或證據之採認，徵納雙方見解歧異者。

(3)申請復查之程序或理由，顯與有關法令規定不符者。

(4)納稅義務人對稅務案件適用法令發生誤解，有協談之必要者。

由上述四款協談的理由，其中第(1)款及第(2)款乃是客觀存於雙方的見解不一致，而有待澄清者；第(3)款及第(4)款乃是納稅義務人一方的錯誤見解，而由稽徵機關來告知。易言之，這兩種情形是屬於「行政指導」或是行政給予資訊的事實行為。行政機關本無須教導人民，可以直接以不利益之行政處分來回應之。所以最後兩種情形，是發揮行政機關「服務人民精神」的妥當例子。所以四種情形，都可以劃歸在「消弭雙方歧見」的大範圍之內。

此協談應當記錄詳細的過程及內容，並簽報核定。因此，是採納了民事訴訟法及刑事訴訟法的筆錄制度，堪稱嚴肅。但是本要點第十三點規定，協談的結果，除了有下列兩點的情形：

(1)協談之成立，係以詐術或其他不正當方法達成者。

(2)協談成立後，發現新事實或新證據，影響課稅之增減者。

之外，稽徵機關應當儘量遵照協談結果辦理。但對雙方沒有任何拘束力。這是明白規定協談沒有法律拘束力。這個看法也獲得了法院的認可。最高行政法院也認為即使有書面的協談結論，也不構

成行政契約。<sup>18</sup>

按行政行為應當受到誠信原則的拘束，已成為行政法的基本原則。我國的行政程序法第八條也規定行政行為應以誠實信用方法為之，並應保護人民正當合理之信賴。這裡指出的「行政行為」，也應指所有行政機關所為的行為，包括不具有法律拘束力的事實行為在內。因此，如果類似「行政協談」都可以不遵守誠實信用原則，協談行為將演變為相互欺騙的騙局，豈是一個法治國家的常態？因此，行政約定應當至少受到誠實信用原則的拘束，雙方不得以惡意的方式，隱瞞或誤導對方，同時也不可構成侵權的後果。否則所謂的「君子協定」必定淪為「雙方詐欺」的同義詞<sup>19</sup>。

相對財政部制定的稅捐稽徵機關稅務案件協談作業要點，未賦予協談的法律效力。但在下級機關即臺灣省北區國稅局也有公布一個協談要點<sup>20</sup>，在內容上雖然和財政部要點大同小異，但確有兩點不同的地方值得注意：

第一、在協談的範圍部分，規定在第三點，則有五種情形，第一種及第二種情形，和財政部要點一樣，除了增加第五種的概括條款（其他稅務案件有協談必要者）外，第三種及第四種情形則顯然不同：

第三種情形是：復查或經行政救濟撤銷重核案件，對課稅事實之認定或證據之採認，徵納雙方見解歧異者。

第四種情形是：納稅義務人申請復查之程序或理由，與有關法令見解不同，或於適用法令發生爭議者。

<sup>18</sup> 最高行政法院89年度判字第2810號。見張文郁，行政法上之和解契約，載：法治與現代行政法學：法治斌教授紀念論文集，頁597，2004年5月。

<sup>19</sup> 對協談制度的探討與批評，見張嫻安，公法問題研究，頁167，1991年6月。

<sup>20</sup> 財政部臺灣省北區國稅局於2007年4月11日修正財政部臺灣省北區國稅局處理稅務案件協談作業要點。

上述這兩款便是純粹的爭議，而非如「財政部」要點的是為行政指導之性質。也因此，體制上趨向一致。

第二、在第八點第四款，關於協談的效果，並沒有提到無拘束力的問題，而是規定了在下面兩種情形：「一、協談之成立，係以詐術或其他不正當方法達成者；二、協談成立後，發現新事實或新證據，影響課稅之增減者。」（和財政部所訂之要點第十三點一樣）時，沒有拘束力以外，但卻多了一句「應秉持誠信原則，遵照協談結果辦理」。易言之，承認了協談結果應有拘束力。這一句話，也可以畫龍點睛的點出了上級機關財政部所訂要點中協談無拘束力的窘境<sup>21</sup>！

## 2. 廣電執照許可申請案的協談

在本文「壹、楔子」所引述的NCC處理兩則人民申請案件，已經顯現出人民與主管機關NCC就申請電信業的執照或換照時，人民可以被要求簽下一定內容的「承諾書」。此承諾書，到底依行政法理或雙方的認知，有無法律上的拘束力？並未在NCC的相關規定中提及，唯依行政法學的見解，此承諾書並無行政法上的拘束力。

然而，由NCC在日後作成的行政處分（最明顯者係趙少康案），卻將上述的承諾書列入行政處分的附款，從而取得了法律上的拘束力；同樣的，在另外一類申請換照的業者，也會將此承諾書的內容作為日後換照的準據，宜形同有法律上的拘束力。所以，人民與主管機關的協談，所簽訂的「行政約定」卻產生了拘束力。

NCC這種處理協談約定之方式，只見得承諾負擔為義務者為人民一方，而行政機關卻沒有為相對的承諾？這固然是不牴觸我國行政程序法所謂承認的「行政承諾」（見下述），也規避了與人民

<sup>21</sup> 另臺北市稅捐稽徵處查核違章與行政救濟案件協談作業要點（2005年3月8日修正）之第6點第13款亦有相同規定。

締結「行政契約」，從而擺脫了「對待給付」的責任。

當然NCC擁有這種「選擇裁量」，也是德國行政法學所許可，也並非少見，但也看的出來對於人民負擔的不可預料性！

所以，這種意義的行政協談，只能算是初步的溝通雙方見解，更精確的說，是讓官方預先告知相對人民日後承擔義務的內容，行政機關沒有任何讓步的徵兆，甚至連法律責任及相對義務都不願意承擔。這種「行政協談」，因為沒有行政一方的意思表示（沒有簽訂「協談結果」，只是人民簽了「承諾書」），從而也沒有援引誠信原則的可能，只是傳統單方高權行政披上一件協商與溝通的外衣而已。對於合作行政理念的達成，並無太大的助益。

### （三）德國稅務行政實務的協談問題

同樣的問題，其實早在德國就進行了許多的探討。關於租稅案件是否許可納稅義務人與稅捐稽徵機關進行協商，就課稅的基礎事實、減免稅捐或應納稅額等，與行政機關取得協議？德國學術界的看法多半採取否定的立場。這是基於租稅法定主義、法律保留及公平交稅的原則。因為，納稅是人民最重要的義務，且明白規範在憲法的層次，所以應當嚴格适用法律保留的原則。除非法律有明白規定許可人民就稅捐權利義務和行政機關協商外，不得許可之，免得破壞了法律保留的原則。其次，公平納稅也是平等權的顯現。如果許可個別人民在個案與稅捐機關協商，則其繳納的稅額，就會和其他未協商的納稅人不同，成為「稅捐不正義」。另外，稅捐行為是拘束處分，而非裁量處分，所以行政機關無許可權作出稅額差異的裁量。<sup>22</sup>在國內的學術界也是持類似見解為多。<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Eich, Die tatsächliche Verständigung im Steuerverfahren und Steuerstrafverfahren, 1992, S. 17.

<sup>23</sup> 張文郁，同註18，頁601。

如果，撇開對法律爭議部分，因為涉及到租稅的嚴格法律保留及拘束處分的僵硬性，將焦點集中在課稅事實澄清的部分，也就是所謂的「事實共識」（Die tatsächliche Verständigung）方面，能否許可之？

德國在威瑪共和時代的一九二五年十月二十六日，帝國財務法院曾經作出一個判決，認為稅務官署誠然有必要和納稅人就課稅事實達成共識。不過法院也認定，納稅人有興趣和官署就事實達成共識之目的，便是在對日後繳稅的義務和日後不必打官司，所以，不應該許可官署和人民簽訂此部分有拘束力的協定。但是，這個威瑪共和時代的判例，認為人民與稅務機關就事實部分的協定，一定就是「全案決定式的協議」？難道沒有類似「中間判決」，針對事實中的部分有爭議處先與協議取得共識，而後雙方可以各自針對其他部分進行訴訟攻防？學界也指責這個判例忽視了這個在稅務爭議中經常產生的現象。<sup>24</sup>

在一九四九年基本法公布後，在追求實現法治國家的過程，學術界對於納稅人與稅務機關簽訂協定，還是始終持著反對的見解為主。但對確定事實的協議，則認為若無拘束力的話，無妨許可之。因為稅捐機關本來就有盡一切辦法來確定事實的義務。如果能透過協定的方式取得當事人的認可來確定課稅的事實，亦非法所不許。但是，雙方在簽訂這個協議後，能否隨意反悔？如果強調此協議無拘束力，豈非鼓勵雙方視協議為兒戲？又豈能保障法律秩序的安定？

德國聯邦財務法院（與聯邦行政法院平行的審判租稅案件，為最後審之法院）在一九五六年九月二十五日的一個判決中，首先檢討了傳統協議沒有拘束力的見解。在這一個案件中，義務人與官署

---

<sup>24</sup> Eich, aaO. (Fn. 22), S. 13.

就垃圾處理與修繕費用的協定，法院認為根據傳統見解，這個協定誠然沒有拘束力，但是雙方還是必須「儘量」適用「誠信原則」，使此課稅事實協議能具有實質的拘束力。<sup>25</sup>在一九六三年一月十一日，聯邦財務法院針對一個一次性給付給離婚配偶的贍養費，納稅人與官署協議視為「五年性的給付」。法院也認為這個協定是「實體事件的協定」（*Sachbehandlung*），應受誠信原則的拘束。學術界批評本案針對兩點：第一、本案不是事實的爭議，而是法律解釋的爭議。因為一次給予的金額，可否算是五年的分期付款，必須就法條來解釋，所以不能用協定的方式來解決法律解釋的問題。第二、稅務機關僅能就當年份應繳稅的事實部分和義務人協商，但超過此年份以外，則不可為之。這視為五年分期繳納的協議，時間已跨越到未來幾年，已侵犯到後來稅務機關的許可權。所以，本案例也在合法性上有不少問題。

比較具有開創性的見解，是在一九八四年十二月十一日所判決的一個案例。納稅義務人對於課稅義務所系的債務額度，是記載在一個公司的「內帳」上，但有數頁已喪失。稅務機關願意用減少退稅額的方式，讓公司獲利額減少，從而可減輕交稅額度。雙方協議後，稅務機關食言，發給新的課稅通知中，有三分之二不符原協定。財務法院支持官署的見解，認為協議無拘束力。但是，聯邦財務法院駁回了財務法院的見解，聯邦財務法院認為將協定內容視為系爭案件實體的認定，因此，協定不只是從誠信原則的立場，最主要是基於「租稅的效率」（*Effektivität der Besteuerung*），以及「法安定的必要性」（*Erfordernissen des Rechtsfriedens*）才具有拘

---

<sup>25</sup> 這個「儘量」遵守誠信原則的規定，和臺灣省北區國稅局處理稅務案件協談作業要點第8點第4款的規定似乎極為接近。

束力。<sup>26</sup>

聯邦財務法院認為，除非有新的事實以外，法院基本上是採取肯認的立場，對協議不另作審查。聯邦財務法院也認為，依據傳統的見解，基於租稅法定原則及公平交稅，不許可人民與政府私下決定繳稅額。但是，繳稅額的協議，和課稅事實的協定是不同的。後者，有助於租稅機關的「確認事實」（Tatsachenfeststellung）。因此，這種見解也不牴觸傳統的學說。

一九九一年二月六日，聯邦財務法院在一個判決中，且把這種協議認為是「確定雙方法律關係的出發點基礎」，也必須依據誠信原則來拘束之。因此，在本判決似乎又回到強調在誠信原則的重視。

由上述對於行政機關與人民簽訂即使是沒有法律拘束力的協定，德國的實務界及學說，已經從最起碼的尊重誠信原則，進一步推展到考慮租稅的效率及法律安定性的原則，而承認行政協議的有效性。尤其是援引了法律安定性原則，這是法治國家各原則中最重要的一個子原則，看來行政協議的效力問題，已可提升到憲法討論的位階了。<sup>27</sup>

然而，各個國家的行政程序法中，尚沒有任何一個國家或地區採納這種見解，明白承認即使是行政的事實行為，仍然應當明白適

---

<sup>26</sup> Eich, aaO. (Fn. 22), S. 16, 51.

<sup>27</sup> 在這裡之所以認為應該提到憲法的位階理由是：既然行政協定的內容可以拘束行政機關，也受到財務法院或行政法院的尊重。但是對於刑事法院有無拘束力？答案便是否定。按，義務人如果利用與稅捐機關簽訂認定課稅事實的協定，來逃避稅捐義務時，仍不免刑責。因此，協定內容對刑事法院沒有任何的拘束力，甚至簽訂協定的行為更可以給義務人、甚至所有受益人，作為刑事責任產生的理由。學界也就認為，唯有在消除有任何會引起刑事程序的疑慮後，才進行行政協議為宜。Eich, aaO. (Fn. 22), S. 134.



用誠信原則。

## 二、行政承諾

如果，行政機關願意將上述「行政約定」提高到單方面願意承諾為一定的行為，包括確認某一種事實，日後要實行或不實行一定的行為，或是忍受某種狀況，而作出的一種「承諾」，便是所謂的「行政承諾」（Die Verwaltungszusicherung）。

這是行政機關所作出具有法律拘束力的意思表示。也可以算是一種行政處分，運用得宜，當能消弭許多行政爭議。德國行政程序法第三十八條第一項明白規定了這個制度。德國的行政承諾受到兩個原則的拘束，第一個是「書面原則」，行政承諾必須以書面的方式為之，這是為了防止「口說無憑」，也有維護法確定性原則的用意；第二個「情勢變遷的原則」，行政承諾如果遇到日後事實或法律有變更，而行政機關此時即不可有該承諾，則此行政承諾為無效。這也是情勢變遷原則普遍在各種行政行為中，例如：對於行政處分的撤回，另一個適用的例子。

行政承諾的法制化，彌補了空泛之行政約定的缺憾，有助於依法行政及信賴利益的實現，也使得誠信原則進一步的加強。不過，德國這個進步的制度，並沒有被我國、日本及南韓的行政程序法所採納。大陸日後在研擬行政程序法時，不妨可以更大膽的考慮制定之。

## 三、行政契約

比起「行政承諾」是單方面由行政機關立下承諾，如果推及到行政雙方時，便是所謂的行政契約。作為建立、形成公法關係的契約，行政契約可以有效的達成雙方化解歧異、確定事實並由雙方承

諾為一定行為或不為一定行為之義務。

行政契約作為解決行政爭議，是所謂的「行政和解契約」（Der *Verwaltungsvergleichungsvertrag*）。這個由德國行政程序法第五十四條所規定的制度，在德國的行政法是具有相當積極的意義。德國行政法學在二次世界大戰後，積極想消除行政權力單方的高權性質，希望引進民主協商制度，以行政契約方式取代具體的行政行為。本條文便強調了這個民主性質的立法期待。

我國行政程序法採納德國的立法例，但在種類上則只規定兩種性質的行政契約：雙務契約（第一三七條）及和解契約（第一三六條）。依第一三六條的規定：「和解契約是指行政機關對於行政處分所依據之事實或法律關係，經依職權調查，仍不能確定者，為有效達成行政目的，並解決爭執，得與人民和解，訂定行政契約以代替行政處分。」但和德國的行政和解契約相異的是，我國比德國的行政契約還加上了「不明狀態、不能排除或需耗費甚巨始能排除，以及雙方互相讓步等」兩個條件。這種差別，可以導出甚多不同的差異。

比較起德國及我國對於行政和解契約的差異，可知德國是希望盡可能「以契約代替處分」，而我國則是有限度的「以契約救濟處分」。想借著契約來消弭不確定的法律及事實狀態。也因此是一個有限度的適用。<sup>28</sup>

我國這種有限度的和解契約，一方面仍然規定了行政機關必須依職權調查，仍不能澄清法律或事實的關係後，才能簽訂行政契約。所以，簽訂契約是「附屬手段」。這雖然符合行政程序法第三

---

<sup>28</sup> 當然在學術界，也有認為行政契約應當和德國一樣，不只是替代行政處分的行政契約為限。見林明鏘，行政契約，載：行政法（上），頁641，2000年3月；陳愛娥，行政契約之研究，載：法務部委託研究計畫，頁15，2003年。

十六條以下：機關依職權調查證據之義務，而行政機關必須正確的調查事實與證據後，憑論理及經驗法則，才可以作出合法的行政決定。問題便在這裡：如果行政機關未經仔細調查，便不可簽訂和解契約，因此，行政和解契約的制度不能省卻行政機關可能必須花下甚多時間與精力的耗費；一旦行政機關窮盡調查後，仍無法獲得事實與法律的確認，此時所作的處分，其不合法性便極為明顯，當事人整暇以待，又何須與行政機關簽訂和解契約？因此，行政和解契約在我國行政實務上鮮少出現，且快要成為具文，便是基於這種制度上的不理性。

因此，如果要妥善利用行政和解契約的制度，我國的立法例在相當程度上，應當加以修正。行政機關固然應當儘量擔負起調查證據、澄清事實並獲得法律上的明確依據，才可以為行政具體行為。但是，如此一來便無達到「行政經濟」的目的。故，應當在行政調查義務方面，酌予放寬。似乎只要明訂行政機關為避免耗費巨大時間或金錢，便可以與人民協商。這也是德國行政契約的要件之一。

此外，還要有妥當的規定許可權問題。究竟締約的許可權何在？首先，面臨的問題是，是否僅有裁量行為可以改為簽訂行政契約，亦或是拘束行為亦可為之？

學術界的通稱，除拘束行為外，任何裁量行為，只要行政機關有形成的自由，便可締結和解契約<sup>29</sup>。因此，任何行政機關可以擁有締約與否的極大決定空間。

第二個問題在於，契約的有權簽訂機關為何？按，行政和解契約的簽訂如果涉及到法律解釋的問題，例如：待澄清的法律見解不明，可否由該行政機關自行決定？以一般行政機關會有監督機關，故必須由上級的機關來決定。如此一來，終究沒有原擁有決定為處

---

<sup>29</sup> 張文郁，同註18，頁603。

分的機關能簽訂行政契約。因為上級之上，還有上級；每個機關的內部法規，如有疑問，也非要請求上級機關解釋不可。更何況，內部法規也可能昨是而今非。因此，只要原處分機關在可為行政處分的當時法規見解下，也就是可以自行為決定的許可權下，就應許可該機關取得自由簽訂行政和解契約的許可權。也因此，上級機關的監督及撤銷權，必須受到嚴格的限制，以保障人民的信賴利益。

最後，第三個問題，是對於「相互讓步」的條件，當否作為行政和解契約的要件，以解決行政爭議？以德國的立法目的而言，是希望行政和解契約不會變成「以契約逼迫人民」的制度。所以，這個雙方讓步的重心，多半在行政讓步一方。所以，在解決行政爭議方面，是否仍然要強調這種「雙面性」？好的方面固然可以迅速達成協定，反之，也可能造成和稀泥、討價還價、與發現真實背道而馳的後果。因此，真理有時只會完全偏向一方，行政和解契約似乎不應僅限於「相互讓步」的協議為限。

儘管如此，如果主管機關不願花功夫，進行調查或與人民和解，寧可運用行政處分附款來取代簽訂行政和解契約，如同本文「壹」所提及的NCC案件，對行政機關反而更為方便，當然人民的不便與不利益，也不在話下。行政和解契約的制度，就更無用處了。

由上述的討論可知，行政契約的制度，是一個並不完善的制度<sup>30</sup>。我國僅部分移植之，效果似乎極為不彰；日本及南韓目前似乎仍興趣缺缺，沒引進的打算。即使對行政契約功能抱以厚望的德國行政法學界，也沒有能讓行政契約的制度產生更突破的靈活性，也沒有解決上述授權原則的問題，也沒有能在制度上突破此限

---

<sup>30</sup> 關於行政契約不發達的原因，學界也頗有批評，例如吳庚，行政法之理論與實用，頁446以下，2005年8月9版。

制。<sup>31</sup>例如：德國公法權威教授毛樂（H. Maurer），便一針見血的指出：行政契約的制度雖然獲得學界支持，但是長年來卻是馬上站在角落邊、獨自忍耐、很少受到尊重。法院的實務看法，也往往不願承認一個事實為行政契約，反而視為須當事人參與的行政處分，或是視為私法契約，或是視為沒有拘束力的事前協議。顯示出對行政契約制度沒有光明正大的肯定。<sup>32</sup>

因此，要利用行政契約的制度，來有效解決行政爭議，必須在制度上超越了德國的立法例，而對於中國大陸日後研議行政程序法，當是一個新的，且極為艱巨的挑戰。

#### 四、行政指導

另一個可能作為行政協調的是行政指導的制度。作為行政機關給予人民勸告、建議及資訊的行政指導制度，雖然以沒有拘束力為特徵，但是在此給予行政指導的過程中，已經表明了行政機關對事實及法律層面的理解，也當可以表示初期已採納或不採納人民所提出的申辯或建議。如果行政機關透過給予行政指導的方法，可以達到相互理解的共識，從而指導人民為一定的行為或不行為時，則此行政指導的制度當有效化解爭議。例如：行政機關給予人民一個行政指導，告知其若有一定的行為，例如：修改建築的某些地方，當可以符合法規要求以取得建築執照<sup>33</sup>；或放棄起訴的話，改採某些措施，當符合行政機關另作決定條件等，都是適例。我國目前關於稅捐的協談，也就包含有行政指導的目的在內。

<sup>31</sup> 見黃錦堂，行政契約法上主要適用問題之研究，載：行政契約及新行政法，頁38，2002年。

<sup>32</sup> Maurer, Der Verwaltungsvertrag – Probleme und Möglichkeiten, im: Hill (Hrsg.), Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen, 1990, S. 22.

<sup>33</sup> 參見陳敏，行政法總論，頁630，2007年5版。

這些行政指導如能扮演和解的功能，其前提也必須在此行政指導必須具有法律的拘束力，否則如同行政約定一樣。但這也正是違反了行政指導制度的本意。行政指導仍然必須服膺誠信原則，信賴利益保護，以及行政公信力。因此，這些基於法治國原則必須拘束行政指導。使行政指導的制度，能夠與行政承諾相掛勾，如欠缺此種聯結，行政指導的制度將無法有助於爭議的解決。我國行政程序法仿效日本<sup>34</sup>，也有此種制度（南韓亦然），但仍然不能在無拘束力上增加更多的限制，中國大陸日後要否採納此制度，似宜值斟酌。

## 肆、行政訴訟的協調

### 一、陳義過高的「行政訴訟不得調解」的原則

行政訴訟中，人民與行政機關如果不欲續行訴訟，可否採取調解的方式？依中國大陸行政訴訟法第五十條之規定：「人民法院審理行政案件，不適用調解。」只有在涉及到機關侵權引發了損害賠償，方可以適用調解（第六十七條第三款）。這一個制度的立論，主要是基於：「公權不可處分」的原則。

所謂的「公權不可處分」，乃是基於嚴格依法行政的原則，認為行政機關必須依據法律行使職權，對於職權範圍內之行為，不像民事行為一樣擁有自行處分的許可權，因此，不能許可行政機關與人民私相調解。在德國聯邦財務法院審查人民繳稅的額度時，就已

---

<sup>34</sup> 日本在1993年之行政手續法第四章已就行政指導為明文規定，我國行政程序法第六章亦參考日本立法例，於第六章設置有關條文，關於行政指導的制度，可參見劉宗德，試論日本之行政指導，政大法學評論，40期，頁75-86，1989年12月。

經禁止行政機關可以裁量決定應納稅稅額的判決。同樣的，也是基於人民繳稅的義務是受到法律嚴格的限制，是拘束行政而非裁量行政，所以這個「租稅公權力」是不得任由行政機關來裁量行使（處分）。

同時，在案件進行到訴訟程序時，這個「公權不可處分」原則，也有防止人民與行政機關可以利用私下協議來終止訴訟，將可能會使行政機關壓迫人民，或誘惑人民於不正當的利益，也可能促成法院推諉、踢皮球，要求當事人和解的不良風氣。

「公權不可處分」的立論，不能不說沒有相當的說服力，影響所及，說明了在行政訴訟以實施撤銷訴訟為主的日本、以及實施舊的行政訴訟制度的我國（二〇〇〇年五月一日前），都未建立行政訴訟的和解制度的理由所在。

然而，目前中國大陸行政訴訟法仍不許可調解，但如同臺灣一樣，並不反對人民可以撤訴，也因此大陸在行政訴訟中，如果當事人雙方達成合意而撤訴，亦非法所不允。依據中國大陸最高人民法院公報（二〇〇四年第四期、二〇〇三年第二期），二〇〇二年全國法院行政案件一審結案84,943件，其中撤訴26,052件，約占30.7%；二〇〇三年一審結案88,050件，撤訴27,811件，占31.6%。如此高的撤訴率，其中絕對有一大部分是案外和解的因素<sup>35</sup>。

同樣的，我國在二〇〇〇年七月以後實施新的行政訴訟制度，許可當事人以和解方式終止訴訟。依現行新的「行政訴訟法」第二一九條第一項規定：當事人就訴訟標的具有處分權，並不違反公益者，行政法院不問訴訟程度如何，得隨時試行和解，受命法官或受託法官亦同。因此，依本條文行政訴訟的和解有幾個要件：

---

<sup>35</sup> 參見朱新力、高春燕，行政訴訟應該確定調解原則嗎？，行政法學研究，4期，頁79，2004年12月。

第一、當事人必須對訴訟標的具有處分權。這也涉及到了傳統反對行政訴訟有和解制度所支撐的「公權不可處分」理論。這在行政機關一方比較具有重要性。在通說上認為只要行政機關可以作出行政處分，且不違反法律所課予應作為或不作為的義務，也就是沒有違反職務義務時，便是可以認為具有處分權。

第二、不違反公益。這是指萬一行政機關退讓，是否會侵犯到行政機關的職務義務，以及對公共利益造成損害，這不一定以牽涉到公務員可能的違法失職而負擔刑事或懲戒責任為要件。在人民退讓一方，則要注意到是否當事人雙方有不當的交易，以及人民是否因此遭到不正當的脅迫，也包括違反公平在內。

第三、訴訟的和解，是不論進行的程度如何。易言之，也包括到言詞辯論結束，法院作出裁判之前，都可為之。這也是行政訴訟法採取了和民事訴訟法幾乎完全一樣用語（第三七七條以下）的訴訟和解制度。另外，行政訴訟的和解除了雙方主動進行外，法院還有義務必須「隨時試行和解」。但法院沒有進行和解，或無認真進行和解，都不妨礙判決的合法性，因此，這條看似強行命令的規定，實際上仍是一個訓示規定，「提醒」法官要隨時嘗試勸告雙方和解。

所以，我國的行政訴訟已經作了重大的方向轉變，連法官都不斤斤論究於行政機關有無嚴格依法行政、人民有無受到行政濫權的侵害，反而是要求「和為貴」，雙方退讓、息訟了事。

由下列的統計數字，可知道我國每年產生的和解案件：



表1 我國行政訴訟第一審終結及和解件數 (單位：件)

年別	勝訴	敗訴	和解	合計(全年總數)
2000年(7月1日以後)	934	307	25	2,327
2001年	204	2,992	263	8,313
2002年	730	4,261	280	8,934
2003年	918	5,050	330	9,892
2004年	648	5,056	339	9,179
2005年	543	5,518	207	9,205
2006年	651	5,419	210	8,911
2007年	741	5,140	308	8,921
2008年10月底	393	3,888	163	6,442

表2 我國行政訴訟上訴事件終結總數 (單位：件)

年別	不合法	無理由	廢棄原判	和解	合計
2001年	18	50	3	—	109
2002年	309	801	108	—	1,240
2003年	636	1,331	321	—	2,311
2004年	672	1,234	341	—	2,275
2005年	1,069	1,708	291	1	3,094
2006年	1,163	1,179	311	1	3,293
2007年	2,432	1,700	273	—	4,448
2008年10月底	2,503	673	155	1	3,366

以上的統計資料有三點可以一述：

第一、表1的行政訴訟第一審和解件數，比例都不是太高，多半是在2%上下，比起中國大陸的撤訟三成上下，相差甚多，這可以看出我國一審法官並無積極試行和解。反之，中國大陸雖無和解制度，但事實上和解度很高。

第二、中國大陸和解比例高，可能因素之一是，中國大陸行政訴訟是要收費，我國過去雖然是免費，人民較不懼起訴。雖然行政訴訟法在二〇〇七年八月十五日修正行政訴訟法第九十八條增定訴訟費用。然依第九十八條第二項，起訴增收裁判費，每件也僅為新臺幣4,000元，以臺灣的物價而言，此4,000元對人民根本不構成任何負擔，所以，人民恐當不會省卻區區4,000元而放棄起訴。

第三、我國行政訴訟在第二審的終級審，則令人驚訝歷年來只有兩個案件。這當是因為第二審為法律審及書面審（第二五三條），法官便無藉出庭審理之便，調解雙方和解。且「最高行政法院」應以「高等行政法院」判決確定之事實為判決基礎（第二五四條第一項）。所以，在一審過後，事實已經沒有爭議之餘地時，雙方和解的動因便無由產生。

## 二、行政訴訟「事實上之和解」——行政程序協調與行政訴訟協調的一致性必要性

不過，在行政訴訟實務上，還有一種所謂的「事實上之和解」，這是不依行政訴訟法的要件進行訴訟和解，而是雙方當事人私下和解，由被告行政機關依職權撤銷原決定，而由原告撤回起訴。這是妥善解決行政爭議的一個辦法。這便是中國大陸高比例撤訴的主因，也在日本經常發生的案例。學界也多認為此制度足以為行政法院法官所實行。也就是法官儘量勸告雙方為事實上和解，被告機關願意收回成命，滿足人民的需求。這有待法官耐心的協助雙

方澄清歧見，而終結訴訟。<sup>36</sup>

這種事實上之和解，雖然不是行政訴訟之和解，但也是屬於行政和解契約，且是一個典型的雙務契約，只不過是在訴訟過程中，他使一方負起撤訴的義務罷了。但，在行政機關仍有另為一定內容之處分的義務。這也說明了，行政和解契約，不僅在行政程序中可以簽訂，也可以在行政訴訟中簽訂；它既可在行政過程擔負起澄清事實爭議之任務，也可以在行政救濟過程中，承擔終結訴訟的功能。也因此，在法律上對於行政訴訟的「事實上和解」之行政契約，若沒有任何太多的限制，反而如行政程序法一樣，對行政和解契約給予甚多的限制，造成了兩種行政調解制度的不一致性。

我們可以設想一個情形：行政爭議雙方在起訴之前，無法進行簽訂一個行政和解契約（可能是行政機關不願意，或是無法花費若干經費進行繁雜的行政調查），所以就進行行政訴訟。在起訴後，雙方便以簽訂事實上和解契約，一方面由於人民撤訴，行政機關省了應訴之累，而也可避免了再行行政調查之累，法院也不必審判，三方皆大歡喜。但也看出行政和解契約的制度，不能發揮最好的功能。

因此，行政調解必須在行政程序及行政訴訟程序中，能有一個一貫性的機制。不能造成內科、外科互相推諉「鋸箭式」的兩段、彼此不能銜接的行政協調機制。行政和解契約必須給予新的自由行使空間。

---

<sup>36</sup> 見徐瑞晃，行政訴訟撤銷之訴在訴訟上之和解，載：行政契約及新行政法，頁337，2002年。

## 伍、認罪協商制度的衝擊

挑戰行政訴訟不得調解最重要的依據——「公權不得處分」的另一個制度是所謂的「認罪協商制度」(Guilty Pleas)，中國大陸則稱為「辯訴交易」，即辯方與起訴一方的交易行為。我國在二〇〇四年四月九日開始實施新的刑事訴訟法，增訂了認罪協商制度。許可科刑在兩年以下有期徒刑、拘役或罰金，或可宣告緩刑之案件，由被告與檢察官進行協商。這是必要的協商，由檢察官向法院聲請改依協商程序為判決，法院必須訊問被告並告知權利後，如認定符合法定要件，即得不經言詞辯論，於當事人合意範圍內為判決。對於此判決，當事人原則上不得上訴。萬一上訴，也是書面與法律審。

這是我國實行有限度的認罪協商制度，也是屬於輕度犯罪的認罪協商制度。比起美國較為廣泛的制度，准許檢察官能夠在重罪與輕罪、一罪與數罪等範圍享有極大的裁量空間，造成司法正義的喪失，現行的有限度援引，當是一種試行性質。<sup>37</sup>

然而，就此認罪協商制度能夠發揮最大的功效，當在於能夠積極促使司法正義的實現。在許多重大的犯罪，檢察機關需要的證據困難度更高，也需要更大的精確性。例如：污點證人或當事人的配合。也因此，重罪更需要認罪協商。然而，我國自然只是保守的採行，限於輕罪才能協商，反而失去了此制度的功能。

如果一旦引進了認罪協商制度，表明了理應最應堅守法律規定的刑事司法案件，檢察官與法官都能退讓，那麼，一般行政訴訟中，就沒有理由讓法院為何不能許可雙方進行協調和解？這個問題在尚未引進認罪協商制度的中國大陸，似乎尚未獲得應有的重視，

---

<sup>37</sup> 王兆鵬，新刑訴·新思維，頁172，2004年10月。

但司法實務上已經出現過第一個案例<sup>38</sup>，學術界也已經注意到了這一個問題<sup>39</sup>，因此，行政訴訟的可和解，當是中國大陸刑事政策採納認罪協商制度的先行制度。中國大陸似應該從速研究採行此制的可能性。

### 陸、行政罰的適用？

認罪協商制度引進，衝擊另一個行政法制最重者當為「行政罰」。按行政罰與刑事罰都是公權力給予人民不利益的處罰。現代行政法已經將兩者由「質」的不同，演變成「量」的不同。<sup>40</sup>

行政罰有聽證，以及讓當事人陳述與申辯機會的制度（第四十二條第一款、第三十一條、第三十二條），已經將行政機關與人民相互溝通的機制納入。但是，仍沒有協商的機制。

由於刑事罰是重罰，都可以適用認罪協商，何況較輕罰則的行政罰？因此，行政罰如未能適用認罪協商，而刑事罰卻可適用，違反了憲法的比例原則。

我國對於逃避稅捐，如果在協談過程承認違章事實，並願意繳清稅款及罰鍰者，可以獲得較輕的罰鍰處置。依財政部一九九二年十一月二十三日公布的「稅務違章案件裁罰金額或倍數參考表（二〇〇四年三月二十九日修正）」，對於所有稅捐案件的罰鍰，統一規定了處罰標準，但是對於若干稅則則有特別強調：於裁罰處分核

---

<sup>38</sup> 2002年4月11日黑龍江省牡丹江市鐵路運輸法院刑事庭判決。

<sup>39</sup> 參見朱新力、高春燕，同註35，頁76。

<sup>40</sup> 關於行政罰的本質和刑事罰已由傳統行政法學之「質」的不同轉為「量」的不同，可參見陳新民，行政罰的適用原則，載：公法學劄記，頁229以下，2005年10月。

定前，於書面或談話筆錄中承認違章事實，並願意繳清稅款及罰鍰，都可以受到少罰大約是10%至20%的優惠。

這個「認罪少罰」的精神，已和刑事的認罪協商相去不遠。但是，此「認罪少罰」的制度卻是以行政命令，也就是行政規則的「裁量基準」方式來制定之。依行政程序法第一六〇條第二項的規定，此類的行政規則雖然屬於內部法規，對於法院及人民，並無直接的拘束力。但是行政機關必須「自我節制」，因此，行政機關不能夠否認這些裁量標準的拘束力。也因此，這個行政罰上的「認罪少罰」，並沒有在法律層次的位元階上，獲得強制效力的基礎。

其次，這個認罪少罰的制度，並非適用在所有的稅務違章案件。因為，此制度並非法律所規定，只是稅務機關願意限制自己的處罰裁量權，來獎勵違章人承認不法。所以，適用的範圍，全由稅務主管機關決定之。例如：針對個人納稅的綜合所得稅，便沒有如同營利事業所得稅般的設有這種「認罪少罰」的制度。其他如，房屋稅、土地稅、印花稅、菸酒稅、期貨交易稅等，也欠缺此制度。因此，造成法制上的極度混亂。稅務主管機關獨鍾營利事業所得稅等少數稅種，是否有有侵犯平等權的「行政恣意」？

所以，以我國的經驗而論，隨著刑事認罪協商制度的引進，稅務行政已經在實務上實施此類似的制度，效果亦佳。也應該全盤檢討行政罰法引進協商制度，不僅稅務、行政，也應及於環保、治安等一切公權力行政之上。

## 柒、替代性爭議解決方式

為了解決各級法院龐大的案件壓力，以及冗長的法律訴訟程序，造成訴訟雙方及法院極大的負擔，美國在上個世紀七〇年代以後，便致力解決此一問題，而有產生所謂的「替代性爭議解決方

式」(Alternative Dispute Resolution, 簡稱ADR)制度。而也是針對當時每年高達一千八百萬個民事案件,所思考出來的解決方案<sup>41</sup>。加州在二十年的實施ADR制度中,已經發展出幾種類型,例如:談判(Negotiation)、調解(Mediation)、早期中立評價機制(Early Neutral Evaluation)、中立事實發現機制(Neutral Fact-Finding)、紛爭解決會議(Settlement Conference)、迷你審判(Minitrial)、簡速陪審團審判(Summary Jury Trial)、仲裁(Arbitration)、私人法官(Private Judging),似乎都獲得很好的績效。<sup>42</sup>

我國對於解決民事訟累,本早就有法庭外的解決模式。我國自一九六一年開始公布「商務仲裁條例」(一九九八年改為「仲裁法」),引進了仲裁制度。起先將仲裁的範圍只限於商務,而後及於其他民事案件。仲裁制度減輕了民事法院的重擔,當是不爭的事實。不過,只是美國ADR制度的簡易版而已。

另外,自一九五五年開始,公布了「鄉鎮市調解條例」,各鄉鎮市公所都設有調解委員會,辦理民事事件及告訴乃論之刑事事件的調解。申請調解雖以當事人的自由意志為原則(第十一條),但第一審法院也可以依法律規定裁定移付調解(第十二條),調解書基本上可獲法院的核定而具有既判力或與確定判決相同之效力(第二十六條至第二十八條)。由仲裁法及鄉鎮市調解條例的制度,可以看出仲裁與調解的案件範圍仍有加大的空間,特別是鄉鎮市調解條例將調解的事務擴張至刑法,雖然只限於告訴乃論之罪,但是既

---

<sup>41</sup> 吳志豪,淺介美國ADR制度之意義與模式——以美國加州為例(上),司法週刊,1324期,2007年2月1日,註3。

<sup>42</sup> 吳志豪,淺介美國ADR制度之意義與模式——以美國加州為例(下),司法週刊,1325期,2007年2月8日,五、結語。

然可以及於公權力力道最重的刑事事件，似乎依「舉重以明輕」之原則，至少行政事件，也就容有討論可無實行調解或仲裁的空間。

對於美國蓬勃興起的ADR制度，我國司法實務界與學界也在近年加以重視，但是，大多強調了這個ADR制度仍是以解決民事爭議為主，沒有辦法及於其他刑事訴訟及行政訴訟之上<sup>43</sup>。刑事訴訟除了引進認罪協商制度已經初步的採取協商的精神外，似乎尚未有主張大幅度引用ADR制度者。而行政訴訟可否引用ADR的問題，學界已經分析到了我國目前行政實務上已有行政調解的制度，並且分析其法律效果及有無適用行政程序法的問題<sup>44</sup>。但是對於行政調解的制度認知，依學界目前的見解，雖認為是一種行政行為，且屬於行政指導的性質，但是卻是在協調處理屬於「私權爭議」，易言之，乃解決民事糾紛以疏解訟源，而非屬於公法事務及涉及公權力的爭議事件，而後者仍為傳統行政訴訟的領域<sup>45</sup>。這種仍然如同民事和解是基於私法自治及契約自由之原則，行政調解之制度也是基於契約自由的理論為基礎，只不過是行政調解乃公權力必須適度「介入」避免受到契約自由流弊的影響。這是我國學界對於行政

---

<sup>43</sup> 例如：行政法院法官吳志豪在上文結語也提及美國ADR制度不一定可以完全適用於我國法律體制，但是本制度可採之處乃在美國法院在面對案件激增之情況，採取正面迎擊的態度，是為可採，見註41，上文也沒有提到ADR制度當可引進至我國行政與刑事訴訟之中。

<sup>44</sup> 劉宗德，公害糾紛處理政策與法制之研究，載：行政院研考會委託計畫，頁195，1995年11月；黃茂榮，行政機關介入私權爭議之研究，載：行政院研考會委託計畫，頁129，2000年8月；廖義男，行政法之基本建制，頁84，2003年6月。

<sup>45</sup> 黃明陽，我國行政機關ADR理論之理論探討——以行政調解制度為中心（上），政大法學評論，89期，頁23、47，2006年2月；黃明陽，我國行政機關ADR理論之理論探討——以行政調解制度為中心（下），政大法學評論，90期，頁41以下，2006年4月。



調解制度仍然環繞在民事和解思維的理論<sup>46</sup>。

我國立法實務上，僅有政府採購法採納了調解制度。政府採購法在二〇〇二年二月六日公布之修正條文中，增訂了第八十五條之一至第八十五條之四的條文，建立了調解的機制。依第八十五條之一第一項的規定：「機關與廠商因履約爭議，未能達成協議者，得以下列方式之一處理：一、向採購申訴委員會申請調解；二、向仲裁機構提付仲裁。」同條第二項規定：「前項調解屬廠商聲請者，機關不得拒絕。」

政府採購法這種調解的制度，是否屬於行政調解的機制？由第八十五條之一第一項的規定，聲請調解的主因是「履約爭議」，因此，以政府採購法係適用「雙階理論」的立法例，易言之，在政府採購制度兼採行政訴訟與民事救濟的體制——關於採購的異議處理不服得提出申訴委員會的審議判斷，是為「行政訴願決定」（本法第七十六條、第八十三條），至於履約的管理則屬於民事的訴訟程序。

因此，由履約管理的事項已屬於私權爭議，故本法第八十五條之一既然將調解作為處理「履約爭議」，則本法的調解仍不免具有解決民事爭議，也因此，關於調解的程序與效力，準用民事訴訟法有關調解之規定。本法的調解，如同國家賠償法第十條所規定的「協議先行」制度，人民請求國家賠償之時，賠償義務機關應當先與人民協議。這個機關的「協議義務」，在本法第八十五條之一第二項，也已有引進——亦即廠商聲請的調解，機關不得加以拒絕。本法在二〇〇七年七月四日最新修正時，且在第八十五條之一第二項增加了一款規定：「工程採購經採購申訴審議委員會提出調解建議或調解方案，因機關不同意致調解不成立者，廠商提付仲裁，機

<sup>46</sup> 黃明陽，我國行政機關ADR理論之理論探討（下），同前註，頁41。

關不得拒絕。」這是更進一步，用民事的仲裁程序，來解決這種履約的爭議。

不過是這個調解，也披著一個容易令人產生錯覺的外衣！因為這種調解，是由「採購申訴審議委員會」來提出調解方案。而此委員會在處理採購申訴事件時，是具有公權力；且其審議結果為行政處分（訴願處分，本法第八十三條），容易使人認為這種履約協調也帶有公權力的行政協調色彩。因為採購申訴審議委員會所提出之協調方案，仍必須由雙方當事人合意接受，否則視為調解不成立（本法第八十五條之四）。所以，又偏向我國學界所提到：具有行政指導色彩的處理民事爭議之機制。

綜上所述，政府採購法所樹立的調解制度，仍屬於民事爭議的處理途徑，與我國學界上述所認為的協調處理機制，乃是減少民事爭訟的替代措施，出發點並無不同。

誠然，如本文在前「參、四」就曾提到行政指導可以作行政協調的制度之一，但並非表明所有的行政協調都具有行政指導的性質。如我國學界所認為行政協調視為解決人民私權爭議的行政指導，則行政指導等於解決人民私權爭議，顯然誤解了行政指導之具有公法的性質，而非基於民事的契約自由原則。至於行政指導並沒有嚴格的法律拘束力，且受指導者願否接受指導為其個人自由意志所決定，是因為行政指導乃給付行政（服務行政）的思潮之產物，並非源於民事契約自由。也因此，行政指導制度的主要實施之事項仍為公法關係，而非私權爭議的問題。

另外，美國ADR制度有許多解決的機制，例如：仲裁、談判、迷你審判等，似乎仍未為我國學界所研究是否有採行之可能。

在我國初步瞭解美國的ADR制度，且似乎對解決行政爭議及行政爭訟的重擔，並無積極意義外，這便涉及到了我國採行大陸法制的「罩門」。由於英美法系並沒有嚴密的公私法之分，而行政訴

訟的案件也是由普通法院審理，沒有特別的行政訴訟之理論與制度，使得行政機關與人民之間的關係相對的簡單得多。行政機關與人民可以就許多事項進行協商及簽訂契約，也因此，未同民事契約般的能夠取得拘束力。因此，行政協調的制度並不存在於太多的法制障礙。和我國一樣，但作為大陸法系中堅的德國法制，能否引進充滿了英美民事契約概念色彩的ADR制度？值得我們重視。

德國也和其他民主國一樣面臨了訴訟案件激增的困境，德國人稱為「訴訟洪水」。為了解決其問題，德國也儘量擴大了和解的範圍，引進了所謂的律師和解（Anwaltsvergleich），在一九九〇年以後實施的制度乃是讓雙方律師在法庭外進行和解來解決爭議，然而，仍限於民事的案件<sup>47</sup>。

對於行政事件的爭議能否ADR制度的問題，最權威的討論，莫如德國學者史同甫博士（Christoph A. Stumpf）在二〇〇六年出版了一本取得教授資格的論文（Die Habilitationsschrift），正是以「行政法中的替代爭議之解決方式」（Alternative Streitbeilegung im Verwaltungsrecht），將ADR引進德國的可行性進行縝密的分析。史同甫博士的著作，有值得一述的價值。

首先，傳統的行政爭議最終是在法院來解決之。人民與行政機關利用一種新的「法庭以外的解決模式」，是否合憲？涉及到憲法對司法制度的認知。誠然，法院是負責訴訟的唯一機構，也是德國基本法第九十二條所說的「訴訟獨占」制度，由國家所獨占訴訟制度。同時，憲法也保障人民有訴訟權利。但是這兩個司法權的規定，並不妨礙國家可以利用其他的機制，來避免訴訟的進行，例如：仲裁制度、調解制度等。因此，只要充分保障人民得進行訴

---

<sup>47</sup> 沈冠伶，「律師之和解」作為裁判外紛爭處理制度——從德國經驗論引進我國之可能性，政大法學評論，88期，頁263以下，2005年12月。

訟，來保障其權利時，則ADR並不當然違憲。<sup>48</sup>

史同甫博士也分析了幾種可能的ADR制度，例如：

建立民事的仲裁制度，在行政訴訟中引進了仲裁的體制，成立一個正式的仲裁法庭，雙方得在行政爭訟前協議進行仲裁，仲裁結果視同行政法院判決，將仲裁制度作為替代行政訴訟的一個輔助制度，稱為「純粹的行政法院之仲裁權」（Echte verwaltungsgerichtliche Schiedsgerichtsbarkeit）。

成立「非純粹的行政仲裁體制」，這是指設立各種屬於行政官署性質的仲裁機關。這種行政仲裁官署，既然是屬於行政機關的體系內，作為專業的機構，可以仲裁行政機關與人民的爭議。<sup>49</sup>

建立仲裁專業鑑定人的制度（Die Schiedsgutachten）。所謂仲裁專業鑑定人是當爭議標的會涉及到專業、需要進行公正的鑑識、評價，以及可能耗費相當時日，可由雙方當事人、關係第三人，委由專業鑑定人提出鑑定報告，作為釐清事實真相的依據。這在涉及環保的爭議上，在美國許多州的州法中都有類似的制度。鑑定的結果應當具有拘束雙方當事人的效力，基本上不能否認之。

建立行政調解人（Mediation）的制度，行政調解人則是雙方當事人外客觀的第三人，且並非法院或官方人士。這是負責協調雙方，也可以扮演著雙方協議「催化劑」的角色。行政調解人的特色是，作雙方和事佬，自己不作決定而由雙方最後自行達成決議，所以，是一個穿針引線的工作者。至於，調解人與雙方的關係，是以契約訂定，其許可權限亦同。

經過了詳細的分析後，史同甫博士也承認，目前德國沒有任何

---

<sup>48</sup> Stumpf, *Alternative Streitbeilegung im Verwaltungsrecht*, 2006, S. 40；同樣見解，黃明陽，我國行政機關ADR理論之理論探討（下），同註45，頁37以下。

<sup>49</sup> Stumpf, aa.O., S. 275.

一個類似ADR的制度，不過他也認為依德國的憲法，是有引進此制度的空間。而以ADR所具有的靈活性，避免人民與政府的爭訟會被僵硬的法院訴訟規定、被冗長的審判期間所拖累，也因此，有引進德國的必要。然而，顯然德國的政府，以及行政法學界似乎沒有太大的興趣來引進美國ADR制度。儘管史同甫博士認為此制度有可取之處，但制度的產生必須依據法律的規定<sup>50</sup>，但是，這一切都必須有賴德國立法者的肯認，只要立法者有這個覺悟，就可以大膽的引進之，包括規定：調解的強制原則，規定提起行政訴訟，特別是異議之訴前，應提付仲裁或調解，以減少司法的負擔。不過，史同甫博士也同樣的承認，絕不要幻想ADR有太大的功能，想取代正常的行政訴訟程式，畢竟ADR的「A」（Alternative）便是「輔助」的特徵<sup>51</sup>。

史同甫博士的見解，頗值得發人省思，似乎在可預見的將來，德國並無積極採行ADR制度的可能性。ADR制度顯然是只能夠在民事爭議的領域一展長才。

## 捌、結 論

法治國家的原則，已經必須儘量的延伸到傳統行政法學所重視的法律行為之外的行政事實行為（非正式行為）之上，已經是逐漸的獲得了學界的重視，由最早的援引誠信原則，一步步而擴大，應使用其他拘束公權力的公法原則來拘束所有公權力與人民之間的溝通與調解行為，以成就「非正式的法治國家」。

行政爭議源出於行政程序過程之中，雙方產生歧見，也通常會

---

<sup>50</sup> 黃明陽，我國行政機關ADR理論之理論探討（下），同註45，頁34。

<sup>51</sup> Stumpf, aa.O. (Fn. 48), S. 328；黃明陽，我國行政機關ADR理論之理論探討（下），同註45，頁34。

延續到行政訴訟。因此，為了遵循現代民主理念所推行的合作行政（對話行政）及審議民主，應當儘量拋棄過去、強調單方高權決定的決策模式，由雙方在行政過程充分溝通，取得共識來解決此爭議。這便是行政協調制度的重要性。

本文分析了幾種行政協調機制，包括事前協商、行政約定、行政承諾、行政契約、行政指導等，都可以扮演著解決爭議的角色。不過，由討論的結果也顯示出，儘管目前在法制上有部分已承認、採用這些機制，但卻給予這些制度不少不必要的束縛。最明顯的例子，莫如行政事前協商的重要性，已逐漸受到行政法學上的重視，也強調了應當促使雙方接受協議的理念，但仍然無法形成得使行政機關履行協商結論的法制理由；同樣的，對於行政承諾處分的存在仍然不被普遍承認為法定行政行為種類之一；行政指導未有法律拘束力，一樣形成此行政指導，未能成為行政協調有利制度的主要理由。

凡此種種，都是已有行政程序法立法國家的行政協調法制不周延所顯現出的現象。他山之石可以攻錯，在尚未制定行政程序法的中國大陸，這都是值得加以宏觀思考的議題。

另外，美國ADR制度也是一個新興的解決爭議之制度，雖然在我國及德國目前似乎還沒有被大力引進的必要性共識。但誠如史同甫博士的分析，可以引用到大陸法系的行政法制中的若干機制，例如：成立仲裁專職的行政機關及行政官署、靈活運用調解人、建立公正、公立、有效率之鑑定人制度，都是可以嘗試進行的「制度試驗」。不過，效果當然還有待深入的探討。

至於作為解決行政爭訟最終手段的法院，是為解決人民與政府爭議的機關，固然是法治國家的最基本之分權結構。作為「定紛止爭」的機關，法院獲得人民的信賴，敢將自身權利託付給法院來進行行政訴訟，也是法治國家可喜的現象。然而，這種信任也不可過

度的擴張，一遇爭議，不尋求合意解決，便動輒提訟法院。如此一來，法院的辦案負擔將如雪球的翻滾，愈來愈大。在行政機關一方，本著依法行政及合理行使裁量權的義務，本也有不苛刻執法，也不作放水、和稀泥的執勤義務。動輒對人民「法院見」，也是行政恣意的濫權及違反民主的官僚行徑。因此，行政爭議雙方「以和為貴」的進行協商，當是一個既符合法治國家理念及正確依法行政的制度。

行政爭議最重要的是事實的澄清。拉丁法諺有一句名言：「你們給我事實，我給你們法律（*da mihi factum, dabo tibi jus*）。」一個賢明的法官必須有賴清楚的事實，才能作出正確的裁決，如果事實不清，法官亦無法依職權調查清楚，此時當事人雙方的合意來確定事實，甚至進一步來止爭息訟，也不失為司法正義。德國聯邦憲法法院在上個世紀五〇年代成立初期，便指出法治國家的法律秩序，其任務之一就是避免產生訴訟，也因此會導引出法律授權明確、可預見性等原則。<sup>52</sup>

而在行政訴訟也應當拋棄舊有「公權不可處分」的思維，因為認罪協商機制，也將逐漸的成為世界各國刑事制度的主流，逐漸的也會衝擊行政罰等制度。而法制上禁止行政訴訟的調解，但卻無法阻擋雙方當事人在法庭外私下的和解與撤訟，這種所謂的「事實上和解」，已是行政訴訟的常態，也必須和行政契約、行政承諾等制度相互搭配，因此，行政爭議的解決可以分為行政程序與行政訴訟兩個階段，也有必要在概念與功能的一致性方面加以整合。綜上所論，要將「趨異求同」，獲得共識，是「求和」的必要手段。這是現代民主國家要將傳統行政機關的思維及行使職權的方式，作幾乎是整體結構式的改變，讓人民在與行政機關有任何來往的案件（由

---

<sup>52</sup> BVerfGE 3, 225/237; Eich, aaO. (Fn. 22), S. 12.

目前所專注的集中在「申請許可」或涉及「行政罰」，逐步擴張到盡可能所有案件，都可以把這種「求和」的精神納入，這是行政協調法制最重要的推動力，幾乎衝擊了現有行政程序法的結構，當然也是一個工程浩大的行政法制改革。不過，民主理念推動的時代巨輪，總是一步步的挑戰現有的法制，尤其是對行政程序法還只有極簡單立法的國家（如：南韓、日本），以及正在積極立法的國家（如：中國大陸）<sup>53</sup>，如要建立這種符合新時代精神的法制，就有更少的阻礙，可以放開韁繩，來把這些理念付諸實現。

---

<sup>53</sup> 特別針對中國大陸而言，在政治上更是需要這種機制。同時，更沒有必要遽然否定協調的必要性。我們不妨從較高的視野，來認定「溝通」的重要性。可以將大陸的「政治協商制度」來作為一個例證。面對著國家有廣大的領土、眾多人民及國家發展的多方面因素考量，中國也變成一個最難治理的大國家。如何能夠把執政當局的施政構想，與在野的人士相互溝通，取得一致的立場，從而使國家政策能夠最無阻礙的發展，中國大陸「政治協商」的制度，從中央到地方（直到縣的一級），全國共有三千餘個這種「政協組織」。這是世界上各國所沒有的「政治協商」的機關與制度。顯示「協商」制度在中國大陸政治體制上的重要性。縱不論大陸之政治協商會議之制度有否流於形式或是僵化，但是此制度之本意乃是盡可能破除國家上與下的隔閡，讓民情能上聽、下情可上達，故中國大陸更應該比世界各國更重視人民與行政機關「協商」的重要性。政治事務如此，行政事務亦然。各個行政機關本著「為人民服務」的宗旨，儘量與人民進行協商，也符合現代國家「服務行政」的理念。本於此，中國大陸也應該要有比德國、臺灣，甚至美國，更大的思想動力，來大幅度的引進國外先進，有效率、有可行性的各種行政協調的機制。關於大陸政協的制度，可參照王士如主編，中國憲法學，頁167，1993年4月。



## 參考文獻

### 一、中文

1. 王士如主編，中國憲法學，1993。  
Wang, Shih-Zu (ed.), Chinese Constitutional Law, 1993.
2. 王兆鵬，新刑訴·新思維，2004。  
Wang, Chow-Pong, New Criminal Procedure and New Thinking, 2004.
3. 朱新力、高春燕，行政訴訟應該確定調解原則嗎？，行政法學研究，4期，頁75-81，2004。  
Chu, Shin-Li & Gau, Chun-Yen, Should the Administrative Litigation Assure the Principal of Negotiation?, Administrative Law, vol. 4, pp. 75-81, 2004.
4. 沈冠伶，「律師之和解」作為裁判外紛爭處理制度——從德國經驗論引進我國之可能性，政大法學評論，88期，頁259-296，2005。  
Shen, Guan-Lin, “The Negotiation by the Lawyers” as the Way to Solve the Dispute Outside the Court?: Talking the Possibility of Adopting the German Experience, Chengchi Law Review, no. 88, pp. 259-296, 2005.
5. 林明鏘，行政契約，載：行政法（上），2000。  
Lin, Min-Jiang, The Administrative Contract, in Administrative Law ( I ), 2000.
6. 吳庚，行政法之理論與實用，9版，2005。  
Wu, Gan, The Theory and Practice of the Administrative Law, 9th ed., 2005.
7. 吳志豪，淺介美國ADR制度之意義與模式——以美國加州為例（上），司法週刊，1324期，2007。  
Wu, Chih-How, About the Meaning & Model of American ADR-for Example of Californian ( I ), Judicial Weekly, no. 1324, 2007.
8. 吳志豪，淺介美國ADR制度之意義與模式——以美國加州為例（下），司法週刊，1325期，2007。  
Wu, Chih-How, About the Meaning & Model of American ADR-for Example of Californian ( II ), Judicial Weekly, no. 1325, 2007.

9. 徐瑞晃，行政訴訟撤銷之訴在訴訟上之和解，載：行政契約及新行政法，頁319-343，2002。  
Hsu, Zui-Huan, About the Appeal of Cancel in the Administrative Litigation and the Administrative Negotiation, in *The Administrative Contract & the New Administrative Law*, pp. 319-343, 2002.
10. 陳新民，行政罰的適用原則，載：公法學叢記，頁229-253，2005。  
Chen, Shin-Min, The Principal of the Administrative Punishment, in *Miscellany on Public Laws*, pp. 229-253, 2005.
11. 陳敏，行政法總論，5版，2007。  
Chen, Ming, *The Administrative Law*, 5th ed., 2007.
12. 陳愛娥，行政契約之研究，載：法務部委託研究計畫，2003。  
Chen, Ai-Ao, The Study of Administrative Contract, in *Project of Ministry of Justice*, 2003.
13. 黃茂榮，行政機關介入私權爭議之研究，載：行政院研考會委託計畫，2000。  
Huang, Mau-Zun, Study on the Interfering Role of Administrative Agency in the Private Litigation, in *Project of the Commission of Policy, Administrative Yuan*, 2000.
14. 黃明陽，我國行政機關ADR理論之理論探討——以行政調解制度為中心（上），政大法學評論，89期，頁1-53，2006。  
Huang, Ming-Yang, Study on the Theory of ADR Among the Administrative Agency of the ROC-In the View of the System of Administrative Negotiation ( I ), *Chengchi Law Review*, no. 89, pp. 1-53, 2006.
15. 黃明陽，我國行政機關ADR理論之理論探討——以行政調解制度為中心（下），政大法學評論，90期，頁119-170，2006。  
Huang, Ming-Yang, Study on the Theory of ADR Among the Administrative Agency of the ROC-In the View of the System of Administrative Negotiation ( II ), *Chengchi Law Review*, no. 90, pp. 119-170, 2006.
16. 黃錦堂，行政契約法上主要適用問題之研究，載：行政契約及新行政法，頁3-75，2002。

Huang, Jin-Tang, Study on Some Major Problems About Administrative Contract, in *The Administrative Contract & the New Administrative Law*, pp. 3-75, 2002.

17. 廖義男，行政法之基本建制，2003。

Liao, Yih-Nan, *The Basic Structure of Administrative Law*, 2003.

18. 張文郁，行政法上之和解契約，載：法治與現代行政法學：法治斌教授紀念論文集，頁597-618，2004。

Chang, Wen-Yu, The Administrative Contract of Negotiation, in *Rule of Law and Modern Administrative Law: A Festschrift for Professor Fa J.P.*, pp. 597-618, 2004.

19. 張嫻安，公法問題研究，1991。

Chang, Chen-An, *The Study of Public Law*, 1991.

20. 蔡茂寅等，行政程序法實用，3版，2006。

Tsai, Mau-Yang eds., *The Practice of Administrative Procedural Law*, 3d ed., 2006.

21. 劉宗德，試論日本之行政指導，政大法學評論，40期，頁75-85，1989。

Liu, Chung-Teh, Talks on the Japanese Administrative Direction, *Chengchi Law Review*, no. 40, pp. 75-85, 1989.

22. 劉宗德，公害糾紛處理政策與法制之研究，載：行政院研考會委託計畫，1995。

Liu, Chung-Teh, Study on the Policy & Laws of the Environmental Litigation, in *Project of the Commission of Policy*, Administrative Yuan, 1995.

## 二、外 文

1. Bohne, E., *Der informale Rechtsstaat*, 1981.

2. Eich, A., *Die tatsächliche Verständigung im Steuerverfahren und Steuerstrafverfahren*, 1992.

3. Maurer, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15. Aufl., 2004.

4. Maurer, H., *Der Verwaltungsvertrag – Probleme und Möglichkeiten*, im: Hill, H. (Hrsg.), *Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen*, 1990, S. 15-38.

5. Rabe, S. F., Der Rechtsgedanke der Kompensation als Legitimationsgrundlage für die regelungsersetzende Verwaltungsabsprache, 1996.
6. Schulte, M., Schlichtes Verwaltungshandeln, 1995.
7. Schulte, M., Wandel der Handlungsformen der Verwaltung und der Handlungsformenlehre in der Informationsgesellschaft, im: Hoffmann, W. Rien/Schmidt, E. Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, 2000, S. 333-348.
8. Song, D., Kooperatives Verwaltungshandeln durch Absprachen und Verträge beim Vollzug, des Immissionschutzrechts, 2000.
9. Stumpf, C. A., Alternative Streitbeilegung im Verwaltungsrecht, 2006.
10. Wimmer, N./Arnold, K., Dialogisches Verwaltungshandeln im Lichte des Legalitätsprinzips, im: Hill, H. (Hrsg.), Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen, 1990, S. 39-50.

# The Legal Reform of Administrative Mediation: A Study on the Concept of Cooperative Administration

Shin-Min Chen\*

## Abstract

Administrative Mediation (A.M) is a mechanism for solving conflicts which might occur during an administrative procedure or in the process of administrative litigation. Under the influence of the traditional principle: “No abandonment of public authority,” A.M was not widely grasped by scholars, including those in Taiwan. The Administrative Litigation Act did not provide for A.M until July 2000. The China Act for Administrative Litigation still maintains a negative attitude toward A.M to the present.

The general ignorance of the importance of A.M in Taiwan can be demonstrated by considering four possible institutions of the Administrative Procedure Act which might be effective for solving administrative conflicts, namely, the systems of 1) Administrative Agreement, 2) Authority’s Promise, 3) Administrative Contract, and 4) Administrative Direction. In themselves, these four institutions are not sufficiently ca-

---

\* The Honorable Justice; Ph.D. in Law Science, (Dr. jur.), University of Munich, Germany.

Received: May 20, 2008; accepted: March 11, 2009

pable of solving administrative conflicts both in terms of the recognition of law and the design of systematic administrative conflicts.

The plea-guilty system was adopted into Taiwan's Criminal Procedure Law in 2004, and a similar system also was adopted for the field of tax-violations in 1992. However, the new Administrative Penalty Law still does not provide for such an institution. The tax practice's adoption of such a plea-guilty system was not authorized by law but merely by ad hoc regulation of the Tax Authority.

The ADR (Alternative Dispute Resolution), which was enacted in the USA, has been discussed recently in Taiwan. A leading scholar contends that this system—carrying the feature of the Administrative Direction—aims to solve conflicts pertaining to private rights. This is a misunderstanding of the ADR, but it has been transferred into the Governmental Purchase Act. This act allows the parties of a purchasing contract to apply for mediation when a conflict has occurred over contract duties. Therefore, the mediation system of this act should not be considered a system of A.M.

In conclusion, the importance of A.M has not been recognized in the legislation enacted in Taiwan. It is here argued that the Administrative Procedure Act should deregulate and lift unnecessary restraints in order to give the people and the Administration more flexible ways to solve their problems.

**Keywords:** Cooperative Administration, Administrative Coordination, Administrative Procedure Act, Guilty Pleas, Administrative Contracts, Alternative Dispute Resolution ADR, Administrative Penalty, Administrative Agreement