

名師啟試錄 ①

披上雙階理論外衣的私經濟行政 —以釋字第 772 號解釋為中心

編目：行政法

主筆人：葛台大

一、前言

在行政法總論之領域中，首先需要予以辨明的是行政權所為之行為究竟屬於公法行為，抑或私法行為。此關乎該行政權之行為究竟應適用公法或者私法之規範。如該行為為公法行為，如警察對違規超速之人民 A 裁處行政罰，則如 A 對該處罰有不服，則應向行政法院提起撤銷訴訟；而警察在執行拖吊業務的過程中，因故意或過失刮傷 A 車，造成其車的烤漆受損，則為警察執行公權力故意過失而造成人民權利之損害，此時應允許 A 提起國賠訴訟。反之，若行政機關與 A 簽訂買賣辦公櫥櫃之契約，則兩者間所成立之契約為私法契約，應適用私法自治原則。其間如有債務不履行之情事，A 應向普通法院提起民事訴訟以為救濟；如行政機關於此契約中有侵害 A 之權利，則 A 應向普通法院提起民事上損害賠償之訴，以為救濟。

是以，區分行政機關之行為是否具有公權力性質，涉及行政及普通法院之二元訴訟制度及行政機關為達成公共任務，是否有選擇自由之問題。而此區分是否有一定之標準，即為學理及實務持續在探討之議題。以下所介紹之最新大法官解釋，即與上述公私法區分理論之操作有關。

二、行政行為形式選擇自由

(一) 定義

而現代行政法學面臨的問題，係面對國家行政任務之擴張，多元化社會風險應如何適當地調控，科技高度發展與社會生活事實之快速變遷，致使傳統的行政處分、行政契約、行政命令或事實行為等「高權性」手段已無法順利管制新興之社會事實。行政機關藉由各式各樣之行政行為用以達成行政目的，已為常見。

足證行政基於特殊的需求，為達公共行政之目的，得在法律形式的行

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

政行為與單純的行政行為間選取作為適當的行政手段。甚至可以在公法與私法體系中分別選擇適當的手段。這種除非法律明確地規定行政機關應採取特定形式的行為，否則行政機關為了適當地履行公行政之任務，達成公共行政目的，得以選取適當的「行政」行為(例如：行政處分或替代行政處分之行政契約、法律形式與非法律形式之行為等)，甚至於也可以在法所容許的範圍內選擇不同法律屬性的行為(公法或私法行為)，學說上特別以行政的行為「形式選擇自由」(Formwahlfreiheit)稱之^{註1}。

(二)行政行為形式選擇自由之界限

行政行為行使選擇自由之理論，既然允許行政機關採取私法之手段為之，則當行政機關選擇以私法行為履行行政任務時，即不須受到強烈的依法行政原則之支配，有可能造成「公法遁入私法」而造成行政行為不受約束造成人民權利侵害之問題及規避既有行政行為應有之監督。是以行政機關並非針對所有事項皆有行為形式選擇自由，特別是針對採取私法之手段，認為應有一定之界限存在。

吳庚教授認為，行政機關選擇其行為方式時，於「不違背法律規定之情形」下，行政機關非無選擇之自由^{註2}。亦即其認為，如法律有強制規定行政機關必須採取公權利措施，則行政機關別無選擇，只能作成一定之行政行為，其並無自由採取私法行為或其他行政行為之空間。如警察取締反交通規則之騎士，依道路交通管理處罰條例，僅能透過裁處行政罰(即開罰單)之方式為之，則此時警察不得以其他手段，如與該騎士簽訂行政契約之方式，取代罰單之作成。

而許宗力教授則認為，在給付行政領域，原則上雖然不採強制手段，然而迄今有一大部分之給付行政已由公法規定加以規範。「若無相關之公法規定存在」，則依德國學界之通說及當前實務界之做法，國家欲採用公法形式或私法形式來提供給付，有選擇之自由，且該選擇自由包括給付主體組織方式之選擇自由以及給付或利用關係法律方式之選擇自由兩者^{註3}。其所採之見解針對給付行政上，若公法對行政機關無對

^{註1}程明修，〈行政行為形式選擇自由—以公私協力行為為例〉，《月旦法學雜誌》，2005年5月，第120期，頁46-47。

^{註2}吳庚，《行政法之理論與實用》，三民書局，2012年9月，增訂12版，頁14。

^{註3}許宗力，〈基本權利對國庫行為之限制〉，《法與國家權力》，元照出版，1994年10月，2版，頁7。

於其手段之選擇加以規制，則行政機關自得依個案自由選擇依公法或私法之手段達成給付行政之目的，其中包括組織上及個案法律手段之選擇自由。

陳敏教授則認為，秩序行政及課稅行政需依賴公權力之強制手段，自不得以私法形式執行之。惟公行政對於是否採取干涉手段有裁量餘地時，則得例外選用私法方式為之。例如：以私法之買賣取得公共建設用地，而不進行公用徵收^{註4}。其認為秩序行政(如警察行政)及課稅行政此種強烈要求依法行政之行政任務，行政機關並不得採取私法之手段，除前述兩項行政任務以外，如法律賦予行政機關有手段之裁量餘地，或根本未予規定時，則行政機關自有行政行為形式選擇自由之空間。

本文認為，以上數學者所提出之界限大多雷同，皆以「法律有無規定」行政機關應採取特定行為形式而決定行政機關在個案中有無行為形式之選擇自由。而在採用私法手段選擇自由之界限上，以陳敏教授所提出之界限較為明確，其劃定「本質上」禁止採用私法形式之行政類型，包括秩序行政領域、租稅行政領域。至於給付行政領域，則原則上無需強制，法律別無其他規定時，公行政得自由決定，依法公或私法之形式而為給付^{註5}。

三、公私法交錯所形成之雙階理論與實務

(一)雙階理論之概念

承前所述，學理一致認為在「給付行政」之情形，行政機關在法律無特別限制之情形下，得自由選擇採用公法或私法之手段以履行給付行政之任務。甚至在同一給付行政之事項中，可以併用「公法」及「私法」之手段，此即傳統「雙階理論」之概念，其理論基礎為上述之「行政行為形式選擇自由」。

而雙階理論，主要運用於經濟補助之給付之行政事項，該理論將整個經濟補助過程割裂為前後兩個不同階段。首先國家必須決定是否給予私人補助，該決定，無論是允許或拒絕之決定，均視為公法行為，亦即行政處分，因此必須受公法一般原理原則，尤其是基本權利之拘束。固然，若國家決定拒絕補助，則法律關係就此結束，但若係允許補助

^{註4}陳敏，《行政法總論》，新學林，2016年9月，9版，頁670。

^{註5}陳敏，前揭註4，頁670。

之決定，則繼續履行補助之第二階段，在此階段，介於國家與受補助人間之法律關係，仍保持私法之性質不變，例如：在低利貸款之場合，為私法之借貸關係；於補貼，為私法之贈與關係；若國家提供保證，則為私法上之保證契約關係。由於第二階段法律關係之私法性質保持不變，故仍無基本權利介入之餘地^{註6}。是以，雙階理論之目的，在於替國庫行政純私法之關係中，尋繹出公法得以介入之階段，以使該階段有基本權利之適用，從而使人民得向行政法院提起救濟。

(二)雙階理論之大法官解釋

而我國就雙階理論之司法實務見解，除最高行政法院肯認之^{註7}外，主要指標乃司法院大法官釋字第 540 號及第 695 號解釋。

1.釋字第 540 號解釋

本號解釋對於政府興建國宅出租、出售或獎勵民間投資興建，分析出 2 階段：

(1)申請承租、承購或貸款經主管依法規裁量之准否：公法關係

本號解釋認為，主管機關對於申請承租或承購之准否決定，具增進國民生活及社會福祉之行政目的，故該行為具有公法性質，為公權力行政，其性質屬行政處分：「國民住宅條例係為統籌興建及管理國民住宅，以安定國民生活及增進社會福祉之目的而制定（該條例第 1 條），並由政府機關取得土地興建及分配住宅，以解決收入較低家庭之居住問題（同條例第 2 條、第 6 條），其具體之方法係由政府主管機關取得土地、籌措資金並興建住宅，以收入較低家庭為對象辦理出售、出租、貸款自行建築或獎勵民間投資興建。至於申請承購、承租或貸款者，經主管機關認為依相關法規或行使裁量權之結果（參照國民住宅出售、出租及商業服務設施暨其他建築物標售標租辦法第 4 條）不符合該當要件，而未能進入訂約程序之情形，既未成立任何私法關係，此等申請人如有不服，

^{註6}許宗力，前揭註 3，頁 34。

^{註7}最高行政法院 95 年裁字第 372 號判決（節錄）：「再者，兩階段理論係德國學者因應行政機關基於公權力，為公共利益而執行給付行政（補貼貸款）所面臨之法律困境，亦即當行政機關否准補貼貸款時，一方面依當時之法律見解，補貼貸款屬國家之私法行為，人民不得對之提起行政訴訟，另一方面，基於契約自由原則，人民亦不得對之提起民事訴訟，以致無法律救濟途徑，乃在貸款給付之前，分析出具行政處分性質之准否補貼貸款決定，形成前公法後私法之兩階段法律關係，將其准否補貼貸款之決定歸入公法約束，尤其是平等原則之遵守，並受司法審查，所建構之理論。」

須依法提起行政爭訟，係另一問題。」

(2)簽訂承租或承購契約之性質：私法關係

本號解釋理由書認為，准為承租或承購後之簽訂租約或買賣契約，係屬私法契約關係：「主管機關直接興建及分配之住宅，先由有承購、承租或貸款需求者，向主管機關提出申請，經主管機關認定其申請合於法定要件，再由主管機關與申請人訂立私法上之買賣、租賃或借貸契約。此等契約係為推行社會福利並照顧收入較低國民生活之行政目的，所採之私經濟措施，並無任何之權力服從關係。性質上相當於各級政府之主管機關代表國家或地方自治團體與人民發生私法上各該法律關係，尚難逕謂政府機關直接興建國民住宅並參與分配及管理，即為公權力之行使。」

2.釋字第 695 號解釋

本號解釋則認為，行政院農業委員會林務局所屬各林區管理處對於人民依據國有林地濫墾地補辦清理作業要點申請訂立租地契約未為准許之決定，具行政處分之性質。至後續簽訂租地契約，則為私法上租賃契約之性質。

解釋理由書並認為，行政機關否准出租之行為，具解決國有林地遭濫墾之行政目的，從而為行政處分：「按補辦清理之目的在於解決國有林地遭人民濫墾之問題，涉及國土保安長遠利益（森林法第 5 條規定參照）。故林區管理處於審查時，縱已確認占用事實及占用人身分與系爭要點及有關規定相符，如其訂約有違林地永續經營或國土保安等重大公益時，仍得不予出租。是林區管理處之決定，為是否與人民訂立國有林地租賃契約之前，基於公權力行使職權之行為，仍屬公法性質，如有不服，自應提起行政爭訟以為救濟，其訴訟應由行政法院審判。」

本號解釋實已背離釋字第 448 號認為國家租售國有地係立於私人地位所採取之私經濟行政，從而拒絕出租亦只是私法上拒絕締結民事契約之意思表示之見解，本號解釋陳新民大法官不同意見書有加以批評：「林地管理機關拒絕締約的意思，並不可定性為『給予人民不利之行政處分』。整個租地契約都應當視為民事契約，從而全程適用民事法規及循民事救濟途徑。林地管理機關拒絕與人民簽締結租地契約，既然已經受到了甚多公法法規與原則之拘束，其濫用締約自

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

由的危險性，已經大幅下降。」^{註8}「大法官如認為有引入『強制締約』的需要，以維護憲法位階的法益時，自可要求立法者在相關法律（如：森林法等）中納入強制締約之制度。正如同其他私法中有出現『優先承購權』的法例一般。」^{註9}其認為，拒絕與人民締約，不論出於何種動機或公益之考量，是否都可以論定為行政處分，容有斟酌之餘地，且雙階理論係例外類型，不可貿然在國庫行政中隨意套用，不宜隨意將國庫行政之純私法關係，硬生切割成前階段為公法之行政處分，後階段為私法契約之關係。如大法官欲保護申請人締約之法益，應課予立法者修法訂定如優先承買權規定之義務，如此方才能真正解決問題。

四、司法實務有關人民申請讓售國有財產之見解

(一)釋字第448號解釋

解釋文：「行政機關代表國庫出售或出租公有財產，並非行使公權力對外發生法律上效果之單方行政行為，即非行政處分，而屬私法上契約行為，當事人若對之爭執，自應循民事訴訟程序解決。行政法院五十八年判字第二七〇號判例及六十一年裁字第一五九號判例，均旨在說明行政機關代表國庫出售或出租公有財產所發生之爭議，應由普通法院審判，符合現行法律劃分審判權之規定，無損於人民訴訟權之行使，與憲法並無牴觸。」

是以，本號解釋認為，行政機關代表國庫出租或出售公有財產，屬於「國庫行政」，亦即私經濟行政行為，行政機關所為出租或出售國有財產之決定及買賣或承租契約之簽署，均非屬行政處分，如有爭議，自應提起民事訴訟救濟。

(二)最高行政法院104年6月份庭長法官聯席會議決議

本號決議乃針對甲主張某地號非公用國有土地，於民國35年12月31日以前已供其建築、居住使用至今，其為直接使用人，乃依國有財產法第52條之2規定，檢具有關證明文件，向財政部國有財產署申請讓售系爭國有土地。惟國有財產署認為甲之情形與上述規定不合，以函文將甲之申購案予以註銷。甲不服，究應提起行政爭訟或民事訴訟救濟之爭議。

^{註8}司法院大法官釋字第695號陳新民大法官不同意見書，頁8-9。

^{註9}司法院大法官釋字第695號陳新民大法官不同意見書，頁9。

本號決議最後採乙說之見解，認為「行政機關代表國庫出售公有財產，並非行使公權力對外發生法律上效果之單方行政行為，即非行政處分，而屬私法上契約行為，當事人若對之爭執，自應循民事訴訟程序解決，業經司法院釋字第 448 號解釋在案。另因申請讓售非公用國有土地事件，係行政機關在不妨礙非公用國有土地依法保管、使用、收益及處分原則下，基於私法契約自由，讓售非公用國有土地予特定人，其乃純屬私法關係，因其並非行政機關基於公權力，為公共利益所執行之給付行政，自無從分析出公法關係。

是以，行政機關代表國庫讓售非公用國有土地，係基於準私人之地位所為之國庫行為，屬於私法行為，並非行使公權力對外發生法律上效果之單方行政行為，即非行政處分。人民與行政機關因讓售非公用國有土地所發生之爭執，因屬私法關係所發生之爭執，係屬民事訴訟範圍，非屬行政爭訟範疇，人民應提起民事訴訟救濟。……是以甲應提起民事訴訟救濟。」

本決議係維持釋字第 448 號解釋之見解，認為國有財產署拒絕讓售國有地給申請之人民之行為，為私經濟行政下之私法行為，故為拒絕締結契約之意思表示，而非行政處分，故甲與國有財產署如有爭議，自應提起民事訴訟以為救濟。

(三)釋字第 772 號解釋

1.解釋爭點

本號之解釋爭點，幾乎與上述決議相同。亦即人民依國有財產法第 52 條之 2^{註10}規定，申請讓售國有非公用財產類之不動產經否准所生爭議，其訴訟應由普通法院或行政法院審判？

2.解釋文及解釋理由書之見解

解釋文認為，國有財產署對於依國有財產法第 52 條之 2 項申請讓售國有地人民所為之准駁決定，認為具有公法性質，係行政處分：「財政部國有財產局(於中華民國 102 年 1 月 1 日起更名為財政部國有財產署)或所屬分支機構，就人民依國有財產法第 52 條之 2 規定，申

^{註10}國有財產法第 52 條之 2(直接使用人申請讓售之方式)：「非公用財產類之不動產，於民國 35 年 12 月 31 日以前已供建築、居住使用至今者，其直接使用人得於民國 104 年 1 月 13 日前，檢具有關證明文件，向財政部國有財產局或所屬分支機構申請讓售。經核准者，其土地面積在五百平方公尺以內部分，得按第一次公告土地現值計價。」

請讓售國有非公用財產類不動產之准駁決定，屬公法性質，人民如有不服，應依法提起行政爭訟以為救濟，其訴訟應由行政法院審判。」解釋理由書進而認為：「……究其立法旨意，係鑑於政府辦理土地總登記時，因當時資訊不發達，人民未必熟悉法律，以致甚多人民世代居住之土地被登記為國有，而形成占用國有土地之情形，為解決該等人民之問題，才增訂上開規定，讓人民得以申請讓售其已長期居住使用而經登記為國有之土地（立法院第5屆第2會期第17次會議議案關係文書討86頁參照）。國家實施土地總登記，將上開土地登記為國有，為國家統治權之行使。系爭規定許人民向國家申請讓售已登記為國有之土地，具有強烈之政策色彩，國有財產署審查確認是否合於系爭規定，以決定是否准駁，為公權力之行使。再佐以申請讓售國有土地事件之雙方當事人，必然係國家與一般人民之關係，一般人民間不可能成為該法律關係之權利義務主體；另一方面，申請人暨所申請讓售之不動產若均符合規定，主管機關即應准許其申請，並以法律規定之計估方法決定讓售價格，並不適用私法上契約自由原則。足徵國有財產署依系爭規定為准駁與否之決定，核係對外直接發生法律效果之單方行政行為，為行政處分，而非國庫行為，具有公法性質。綜上，國有財產署或所屬分支機構就人民依系爭規定申請讓售國有非公用財產類不動產之准駁決定，屬公法性質，人民如有不服，應依法提起行政爭訟以為救濟，其訴訟應由行政法院審判。」

上述見解，實已推翻最高行政法院104年6月份庭長法官聯席會議決議之見解，係將人民國有財產法申購國有地之事件，披上雙階理論之外衣，將法律關係切割成前後階段。前階段准駁申購之決定為行政處分，有爭議須向行政法院提起行政訴訟；後階段締結買賣契約係屬民事契約，有爭議須向普通法院提起民事訴訟。而本號解釋係遠離釋字第448號解釋之見解，而往釋字第695號解釋之論述脈絡靠攏。

3. 大法官之意見

諸位大法官對於本號解釋亦有不同意見，值得參考者，如黃大法官虹霞提出，蔡大法官明誠加入之不同意見書：「而查：還地於民，係物上請求權之作用；取得時效係民法之規定，俱係私法性質，且與

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

國有財產法第49條之有租賃關係之讓售，性質相同；後者所生爭議由普通法院管轄既無異見，本件爭議何獨應不然？……按不論是成立了買賣契約或國有財產署有承諾義務，其性質均為契約相關，均非屬行政處分。又本件爭議也不過係因特定申請人是否符合國有財產法第52條之2規定，所致生其與國有財產署間就特定非公用不動產，已否成立買賣契約或國有財產署是否應承諾而不承諾之買賣爭議（履約爭議）而已，何來公權力之單方行使？」^{註11}其認依國有財產法第52條之2之規定，係物上請求權之作用，使人民時效取得已登記之國有非公用不動產，為單純私法性質。且當人民符合該條之讓售條件時，主管機關即應依該條予以承諾讓售，並與之簽訂契約，並無公權力行使之情形。如主管機關不承諾予以讓售，僅係私法契約締結之爭議，應項普通法院提起民事訴訟為是。

另詹森林大法官則於協同意見書認為國有財產屬准駁申購之決定，具有「權力服從關係」，而為行政處分：「國有財產署於人民依系爭規定申請讓售時，應審查申請人及申請讓售之不動產，與系爭規定、國有財產法施行細則、系爭注意事項及系爭補充規定等相關條文，係屬相符，始得核准讓售之申請。系爭申購事件即必須經過國有財產局之准許，始有可能與國家締結買賣契約。反之，國有財產局若依相關法令之規定，認不符合要件而註銷申購案，申請人即無從進入訂定讓售契約之程序。在否准申購案之判斷上，申請人無從介入，與國有財產局並非處於對等之權利義務關係；而國有財產局毋寧係居於有權力之一方，且以單方作成有拘束力之決定。依權力說之觀點，此准駁之決定應屬公法性質。」^{註12}

五、公私法區分標準之探求—公權力行使之有無？

依上述大法官解釋可知，在給付行政中，行政機關也許有行為形式選擇自由，甚至可以選擇私法之手段來完成行政任務。惟區辦公權力行政與私經濟行政最核心的判準究竟為何？也許我們可以從上述解釋中得知，個案中「公權力行使之有無」或許才是最重要的判準。然公權力行使之判斷標準，往往又虛無縹緲，縱使繫諸於法律背後的行政目的或立法目的，似乎只要大法官想得出該行政機關之行為「有公權力行使之特徵」，方可將該

^{註11}參見黃大法官虹霞提出，蔡大法官明誠加入之不同意見書，頁4-5。

^{註12}詹大法官森林提出之協同意見書，頁3。

行為納入公法之體系，而得適用行政爭訟。如本號解釋的「為國家統治權行使，……，具有強烈政策色彩」，即可將該拒絕申購案之決定視為具公權力行使之特徵，而將之認為係行政處分，但卻不在乎本件被後之法律關係本質，只是在處理人民「時效取得」國家之土地之私權行使問題而已。難怪乎吳庚前大法官會於其書上說明：「判斷一種事項為公權力行使，抑私經濟活動之際，難有絕對周延之準則。仍須按個別之情況，就行政作用之內容即外觀加以推求，藉以確定行政機關主觀上究欲採取公法或私法行為作為手段。」^{註13}此幾乎沒有標準而須個案探求之結論，亦不足為奇矣。

六、結論

今日的是會是個國家高度介入的社會，在不同形式的新興產業^{註14}逐漸崛起之時，往往考驗的是國家管控行政風險之智慧。而對國家選擇公私法型態之行為用以達成行政任務，係能提高行政之彈性及效率，固無疑義。惟在本文之論述主軸即雙階理論之操作下，特意將一個整體的法律關係切割成前、後階段，分別適用不同之法院救濟體系，則裁判上是否有歧異之風險？又雙階理論因為要在一個法律關係中區分公私法行為，但依上所述，公私法區分理論本來即難有一定之判准，兩階段事實往往無法一刀兩斷地切割，從而產生雙階區分之困難。例如：一個補助行為往往也會有利息計算、給付與清償方式等內涵^{註15}。從而有學者批評，雙階理論對此貢獻有限。雙階理論的面罩之下，其實正罩著法律救濟途徑的未知^{註16}。當事人的權利救濟，也只能寄託在訴訟途徑選擇的賭盤之上^{註17}。故雙階理論的妥當性，也

^{註13}吳庚，前揭註2，頁14-15。

^{註14}如近日交通部對Uber修法強制納入公路法「計程車業」中之抗爭活動。參見大限將至，Uber、小客車租賃呼籲延長103-1諮商期撤銷修法，<https://www.inside.com.tw/article/16078-UBER-Taiwan-crisis-news>，(最後瀏覽日:2019年4月26日)。

^{註15}程明修，〈雙階理論之虛擬與實際〉，《東吳大學法律學報》，第15卷，第2期，2004年2月，頁22。

^{註16}Hebert Bethge, Abschied von der Zweistufenthroie, JR 1972, 142 f, 轉引自程明修，前揭註15，頁22。

^{註17}Wolfgang Rübner, From öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, 1967, S. 375 ff.; Wolfgang Bosse, Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag als Handlungsform öffentlicher Verwaltung unter besonderer Berücksichtigung der Subventionsverhältnisse, 1974, S. 99, 轉引自程明修，前揭註15，頁22。

早已在德國面臨質疑^{註18}。

是以，本文認為，雖然承認行政機關在個案有一定程度之行政行為形式選擇自由，得自由採取公法或私法之手段達成行政任務。惟在某一法律關係中，套用雙階理論以區分適用之法律體系及救濟法院，則應須謹慎使用。畢竟依前學者所述，雙階理論僅是法制上之「例外」，而且會有可能造成救濟割裂及前後階段公私法屬性難以切割之問題。

是以，本文在此提出對釋字第 772 號解釋一點不同意見，認為國有財產署拒絕人民申購之決定，應係行使私經濟行政之行為，故整體法律關係應視為私法關係即可，即行政機關該拒絕申購之行為為私法上拒絕締約之意思表示，如有爭議，應項普通法院提起民事訴訟就即為已足。如此，才不會使得雙階理論套用下，造成原本私經濟行為適用私法之原則創造更多例外。

而依釋字第 772 號解釋之見解，國有財產署對於人民依國有財產法第 52 條之 2 規定申請讓售國有非公用財產類不動產之准駁決定，已認定其性質為行政處分，已變更上述 104 年 6 月份決議認為為國庫行為而行政契約為私法契約上意思表示之見解。基於考試主義，在此務必要清楚認知，依國有財產法第 52 條之 2 申請讓售國有不動產被行政機關准駁，係行政處分；後續簽訂買賣契約，為私法關係，已正式披上傳統雙階理論之外衣，是宜注意。

^{註18}參見吳庚，前揭註 2，頁 435，註 71。