

國立政治大學法律學研究所碩士論文

指導教授：詹鎮榮博士

論公私協力行為之國家擔保責任—以促參法為中心



研究生：游璧瑜 撰

中華民國 101 年 7 月

謝辭

這本論文的完成，要感謝很多老師以及親朋好友的協助與鼓勵，讓我在寫作的過程中心無旁騖、勇往直前。

首先要感謝我的指導教授－詹鎮榮老師，粗心又懶惰的我在寫作的過程中時常遭遇瓶頸，有時是格式問題、有時是實質內容的問題、更常發生的是頻頻想要放棄的心理。詹老師除了對我的實質內容給予我建議、引領我一步步走出困境外，在最後口試前更是一頁頁指出我的錯誤，令我獲益良多。

在研讀英美法時，感謝廖元豪老師熱心撥冗指點我的疑問，儘管最後英美法部分並未引用，但廖老師熱情的回應卻成為我寫作時的一劑強心針；此外還要感謝教授法學德文的林佳和老師，認真有趣的教學使我在閱讀德文文獻的速度加快許多。

感謝同門的軍志，在我不知從何搜尋德文文獻時給予我指點，免除我在德文汪洋裡載浮載沉的苦痛，更不吝提供我寫作的格式與實質內容的建議；小林薰乃 word 小魔女，親自製作的「word2007 目錄·完全制霸」秘笈拯救了我，還應付我突如其來的論文內容問題，有求必應，真是不勝感激；畢業的瑋華學姊更是在工作忙碌之餘，撥空跟我討論實例的檢索方法，並提供我相關資料與心理調適的方法；刑法組的士淳，在我怠惰的時候給我鼓勵，並且不厭其煩為我修訂格式上的錯誤；光倫熱心提供我諸多文獻，讓我省去資料蒐集的困擾，得以專注在資料的消化與吸收；貼心的力力排解我寫作的無聊與煩惱；可愛的咪羊曾經與我一起並肩學習德文；曾經一起在研究室奮鬥的葉子與大師、口試時前來為我打氣的同門學弟妹…，這一切，我都記在心裡。

最後要感謝我親愛的爸爸媽媽，給予我無後顧之憂的生活；溫柔的兩個姊姊，總是傾聽我所有的煩惱。

謝謝你們。

摘要

因沉重的國家任務負擔和龐大的財政支出，國家對公共任務不再親力親為，而是將焦點置於公共任務順遂履行的擔保。國家角色搖身一變，從「提供者」(providing)轉而成為「使實現者」(enabling)；國家此時退居二線，由私人活動者提供服務，以公私協力的形式，一同為實現公益做努力，國家並負起擔保公益實現之責任。

這種擔保國家模型，以責任分擔和責任階層兩要素作為核心；前者係指國家與私人參與履行公共任務之角色分配，後者則係層級化後之國家責任。擔保國家毋寧標誌著國家責任的位移：從自行從事公共任務履行之「履行責任」逐漸轉移至積極實現公益之「擔保責任」與備位之「網羅責任」。

是故，本文乃聚焦於我國發生之 BOT 案件中，發生經營不善之案例，試圖探討採用 BOT 模式後，國家應扮演何種角色？我國法令對營運發生困難的案例是否已有完善的規畫或回應？又應採用何種手段始能確保公益的履行？試圖為我國遭遇之諸多實例提出解決的方針。



簡目

第一章 緒論	1
第一節 問題意識與研究目的	1
第二節 研究方法與研究範圍	3
第三節 論文架構	4
第二章 擔保國家的相關概念界定	6
第一節 國家社會二元論	6
第二節 ERNST FORSTHOFF 之生存照顧理論之評價與重塑	9
第三節 行政任務的概念	13
第四節 國家責任	20
第三章 從合作國家到擔保國家	33
第一節 國家性的變遷	33
第二節 解除管制的呼聲	34
第三節 擔保國家之深拓	60
第四節 德國基本法對立法者之委託	80
第四章 擔保國家責任之實踐	83
第一節 擔保行政	83
第二節 擔保行政法	100
第五章 我國案例分析	112
第一節 我國近年促參案例運作情形	112
第二節 依時間之進程檢視實例	119
第三節 小結	171
第六章 結論	174
參考書目	177

附錄.....	186
民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法.....	191



詳目

第一章 緒論	1
第一節 問題意識與研究目的	1
第二節 研究方法與研究範圍	3
第三節 論文架構	4
第二章 擔保國家的相關概念界定	6
第一節 國家社會二元論	6
第一款 理論之演進	6
第二款 國家與社會在功能角色上之差異	8
第二節 ERNST FORSTHOFF 之生存照顧理論之評價與重塑	9
第一款 生存照顧概念	9
第二款 對生存照顧之批判	12
第三節 行政任務的概念	13
第一款 公益與公共任務	14
第二款 國家任務	15
第一目 絕對與相對之國家任務	17
第二目 非排他性之國家任務與排他性之國家任務	18
第三目 任務私人化概述	19
第四節 國家責任	20
第一款 概念與區辨	21
第一目 責任之意義	21
第二目 國家責任的意義	22
第二款 法學上的運用與功能	23
第一目 理論運用之界限	23
第二目 國家最後責任之提出	24
第三款 責任分擔與責任階段	27
第一目 責任分擔與責任階段之歷史簡介	27
第二目 小結	30
第三章 從合作國家到擔保國家	33
第一節 國家性的變遷	33

第二節 解除管制的呼聲.....	34
第一款 民營化浪潮.....	36
第二款 公私協力行為之意義與類型.....	37
第三款 合作國家中國家與私人之責任分配.....	41
第四款 行政合作法之倡議.....	44
第一目 行政合作法之任務及其特徵.....	45
第二目 建構行政合作法之必要.....	46
第三目 德國聯邦行政程序法之改革.....	49
第一項 Schuppert 之鑑定意見書內容.....	51
第二項 Ziekow 之鑑定意見書內容.....	53
第三項 2001 年聯邦內政部行政程序法諮詢委員會之最終建議.....	55
第四項 2004 年聯邦內政部行政程序法諮詢委員會修正草案.....	56
第四目 國家擔保責任在行政合作法上之具體化.....	57
第三節 擔保國家之深拓.....	60
第一款 擔保國家乃國家角色變化下所提出的國家模型.....	60
第一目 擔保國家的特色—介於最小國家和最大國家.....	62
第二目 擔保一詞在德國基本法上之考察.....	63
第三目 擔保國家之經緯—責任分配與責任階層.....	64
第一項 責任分配的國家.....	64
第二項 責任階層作為運作腳本.....	66
第四目 擔保國家之核心概念—國家擔保責任.....	67
第二款 擔保國家與合作國家之區分.....	69
第三款 擔保國家在德國憲法上之基礎.....	72
第一目 社會國原則.....	72
第二目 基本權保護義務.....	75
第三目 擔保國家與民主原則、法治國原則之關連性.....	77
第四款 小結.....	79
第四節 德國基本法對立法者之委託.....	80
第四章 擔保國家責任之實踐.....	83
第一節 擔保行政.....	83
第一款 擔保行政作為新行政類型.....	83
第一目 擔保行政在德國基本法中之定位.....	84
第二目 適用領域.....	85
第三目 行為手段.....	88

第四目 以基礎建設為例說明擔保行政之內涵.....	89
第一項 基礎建設之基本概念.....	89
第二項 基礎建設與國家擔保責任之鍊結.....	91
第二款 擔保責任.....	92
第三款 擔保義務.....	95
第一目 學界間之爭論.....	95
第二目 擔保義務之內涵.....	96
第四款 擔保行政的基本原則.....	98
第二節 擔保行政法.....	100
第一款 特性.....	101
第一目 以管制之自我管制為概念的框架立法.....	101
第一項 框架立法.....	101
第二項 管制之自我管制.....	102
第二目 公法與私法交織形構的擔保行政法.....	104
第三目 階段性之管制.....	105
第四目 具有公法意義的擔保義務.....	106
第二款 形塑目標.....	107
第三款 基本結構.....	110
第五章 我國案例分析.....	112
第一節 我國近年促參案例運作情形.....	112
第一款 促參法簡介.....	113
第一目 立法沿革.....	113
第二目 基本架構.....	114
第三目 促參法與政府採購法之適用順位.....	115
第四目 投資契約之定性.....	117
第二款 促參法暨施行細則關於監督管理的規範.....	119
第二節 依時間之進程檢視實例.....	119
第一款 興建階段.....	121
第一目 政府承諾事項之履行.....	121
第一項 用地交付—中崙市場改建.....	121
第二項 聯外道路之興建—台北港貨櫃儲運中心案.....	127
第二目 政府協助事項之踐行—用電取得.....	133
第二款 營運階段.....	136
第一目 營運不善.....	136

第一項 挹注資金—高捷	136
第二項 分析以及本文見解.....	140
第二目 確保營運計畫之實行	144
第三目 強制接管	152
第一項 高鐵	153
第二項 森鐵	166
第三節 小結	171
第六章 結論	174
參考書目.....	177
附錄.....	186
民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法.....	191



縮語對照表

a. a. O.	am angegebenen Ort	同前註
Aufl.	Auflage	版次
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung	公共行政
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt	德國行政期刊
f.		以下頁
ff.	folgende	以下多頁
Fn.	Fußnote	註腳
Hrsg.	Herausgeben	主編
JZ	Juristenzeitung	法學時報
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht	新行政法雜誌
Rn.	Randnummer	邊碼
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer	德國國家法學者年會

第一章 緒論

第一節 問題意識與研究目的

近年來，藉由民間投資興建公共建設，已蔚為一股風潮。依據行政院公共工程委員會網站的資訊，自 89 年實施推動迄今（100 年 4 月底止），累計已簽約促參案件共 833 件，民間投資金額逾 6,600 億，節省政府逾 6,000 億元財政支出，增加逾 3,600 億政府財政收入，並創造逾 10 萬名就業機會。若從此角度觀之，以 BOT 模式進行公共建設，一方面可以減省政府的支出，另一方面又可利用民間的專業，完成公共建設，似乎不失為一個好方法。

然而，最近發生數起 BOT 案經營不善、營收不如預期的案例，卻讓人省思採行 BOT 模式後，國家是否可理所當然的退居幕後，抑或是仍應扮演在興建及營運階段持續關注、監督的角色？國家在 BOT 案件中，借重民間的力量履行公共任務時，應以何種形式，盡何種努力，以確保公益的履行？此外，是否在法律的範疇內，我國已有現行的法規足供遵循，抑或存在規範不足的狀態，而需要借鏡外國法的理論，以此供作我國處理案件的解決辦法？以高捷為例，由於事前評估運量過於樂觀，導致營收不如預期，便引起公眾是否挹注資金協助高捷的討論；又如高鐵連年負債，又引發雲林一帶地層下陷的危機，如果國家應接管，又應如何接管，始能平息爭議？便成為本文寫作的動機。

由於 BOT 案中，民間廠商承受高風險，投資鉅額資金，並以 B（興建）與 T（移轉）換取 O（營運），必然存有追求利潤的動機以及其他企業目的；相對的國家則可以享受民間參與公共任務履行後所減省的財務支出以及民間廠商擁有的專業與能力，相當程度地減少任務負擔。此種私部門參與履行公共任務已屬廣義民營化之範疇。事實上，民營化表彰的是國家角色的改變。原本國

家扮演的角色是警察權消極的維護公共安全和社會秩序，後來轉至與人民生活密切相關之生存照顧上，並且由於生存照顧的範圍日益擴及所有經濟、社會、文化領域中，以及與人民生活具有一定意義之服務與財貨上。此負擔過重的結果產生了反思：透過市場機制或是公益團體，也就是所謂的第三部門來提供公共服務，國家不再負擔任務的執行，轉而就任務的確實執行做擔保，而決定由行政機關或是民間團體來履行公共任務的依據乃「效率」的考量。此種國家與人民的角色改變以及責任的位移可以十年前產生的國家模型－擔保國家來描述。

擔保國家除了作為一種國家模型，其亦引動了民營化後的相關討論。詳言之，行政任務民營化為現代給付國家縮減國家任務，精簡人事、節省國家財政支出，以及增加行政效率所最常採取之行政革新手段。但近年來民營化已不再停留於單純政策討論與可行性評估之層面，毋寧從「前民營化」階段之民營化概念，轉而聚焦至「後民營化」之相關問題上¹。申言之，民營化僅為解除管制之一種展現，其描述一種私部門參與行政任務的現象，利用民間資源及能力履行行政任務；但是不論是功能民營化或是實質民營化，均非指國家可以從任務中脫身、全面放手或撤退。國家開放民營化後的問題，也就是國家是否仍負有擔保公益、使任務順遂執行的擔保責任，亦是本文欲討論的重點之一。值得一提的是，民營化與公私協力兩概念，雖然均在描述私部門參與公行政任務的狀態，但是兩者的興起的源頭不同，所著重的切面亦不同，接續的討論範疇亦有所差異，關此，本文擬於第三章第二節第二款中，特別加以論述。

若將焦點放諸國際，德國近年來亦有倡議擔保責任之呼聲，蓋擔保行政或擔保行政法最基本的內容就是國家之「監督責任」和「指導責任」。即創設私人參與公共任務履行時的法律框架秩序，此依法律框架的具體內容，依德國迄今為

¹ 詹鎮榮，論民營化類型中之「公私協力」，收錄於氏著，民營化法與管制革新，2005年9月，

止的發展，仍屬開放性之體系，不過，五大基本內容的完備化，亦即：確保私人提供給付之品質及結果、選擇私人合作夥伴之程序、保護競爭第三人及使用者及消費者、建立必要的評估及相互學習機制、設計國家有效的接管或撤回選擇權²。然若回顧我國的促進民間參與公共建設法，德國的擔保行政內容中，其確保私人提供給付之品質及結果以及保護競爭第三人及使用者及消費者的部分，乃值得肯定，但在我國的促參實務上，這類的擔保內容、規範是否已然足夠，而足以使 BOT 案件順利進行，順利完成公益目標，仍有研究餘地。

故以下本文之研究客體即以公法學之角度，試圖從傳統行政任務的角度出發，論及國家角色的改變，並介紹德國「擔保國家」的國家圖像及相關概念、制度。再將焦點轉回至我國實際發生的案例，舉出數個具有代表性的案例，就其事實以及所涉及之法律爭議，作一分析，以此延伸出我國法制是否完備、以及是否有採酌德國擔保責任的可能性之討論。

第二節 研究方法與研究範圍

本文擬採文獻分析法以及個案分析法。就現有的專書、期刊論文、研討會報告、政府出版品等等，作一系統性的整理。研究範圍以我國發生的實例為主，首先就其案例事實及所遭遇的困境作一簡介，介紹我國目前對問題的處理模式為何，再對此加以評析，並提出本文見解。並於第五章所附案例之本文評析部分，以德國法制上的擔保責任之運用為藥引，並探討我國背景及處理模式，論述其優劣，並提出本文見解，最後於第五章第三節提出小結，試圖為我國遭遇的困境另闢蹊徑。

² 林明鏞，擔保國家與擔保行政法－從 2008 年金融風暴與毒奶粉事件談國家的角色，收錄於政治思潮與國家法學，吳庚教授七秩華誕祝壽論文集，2010 年 1 月，頁 595。

第三節 論文架構

第一章為緒論，就本文寫作的問題意識與研究目的、採取的研究方法與研究範圍、論文架構作一簡短說明。

第二章為擔保國家的相關概念界定。筆者於第二章處理其相關概念，而不直接提出擔保國家模型的用意，乃為清楚描繪國家模型的轉變。故針對其形成的背景以及相牽連之概念，先置於前加以介紹。詳言之，國家擔保責任的概念思惟，最早可遠溯十八世紀以降之國家社會二元分立之概念。詳言之，擔保國家乃植基於國家與社會之二元分立與功能區分，其在國家與社會之重新定位與理解下，界定國家角色與國家任務，且在國家責任存續下，透過國家責任理論來進一步詮釋國家任務。故首先於第一、二節介紹擔保國家形成的原因：第一節介紹國家社會二元論，說明理論之演進以及二者之區別有何不同。又因擔保國家概念的形成與 Ernst Forsthoff 之生存照顧理論密不可分，故將之置於第二節。而擔保國家概念下，國家應盡的行政任務以及責任與傳統見解相比已有所轉變，為求完整介紹，故將行政任務置於第三節，第四節則為國家責任的意義以及提出影響擔保責任至關重大的責任分擔與責任階段概念。

第三章討論國家擔保責任作為任務私人化後管制義務之法理論基礎。由於擔保國家之思維乃因廣泛民營化後，於大量公共任務交託私部門後，所產生國家仍應擔負監督責任之想法。故筆者擬先行處理擔保國家形成的原因，即國家性的變遷，並說明國家模型遞嬗的原因及順序。又，合作國家概念傳達的是國家不再獨自定義與實踐公共利益，而是與私人一同合作。因此，有必要另闢一章節，闡明合作國家與擔保國家之差異何在；並且，公私協力行為乃合作國家下，國家與私人合作的態樣，故一併於第二節第三款，說明合作國家模型及公私協力行為。此外，談到公私協力行為即不能不提及德國目前已在進行的行政

合作法芻議，故置於第二節第四款。處理完相關議題後，於第三節進入擔保國家之核心，闡述其特色、內涵及運作的兩大齒輪：責任階層與責任分配。另外，擔保國家概念在德國法上之基礎亦為一討論的重點所在，筆者乃置於第三節第三款加以介紹。最後於第四節處理德國基本法對立法者之委託部分。

處理完憲法層面之相關問題後，接下來則進入行政法的層次，筆者於第四章闡明擔保行政與擔保行政法的概念，其中包括擔保責任與擔保義務以及擔保行政的基本原則、以及擔保法基本的框架結構。

第五章為我國案例檢討。筆者以 BOT 案件之時間進程為軸線，區分興建以及營運階段，提出數則在我國實務上引發爭議的案例。並就其案例事實作一簡短介紹後，提出案件遭遇的困難、目前實務採取的作法以及本文見解，並於本章之末，作一總結，就我國實務上對 BOT 促參案件發生民間經營困難致營收未如預期或有強制接管時所採取之模式，並加以評析。

第六章總結前五章擔保國家的核心概念—責任分擔與責任階層後以及擔保國家的基本框架結構後，提出筆者在研究本土案例搜集資料的過程中，認為我國僅管實定法上缺乏擔保責任的明文，但卻可從法院零星的判決得到法院已有粗淺的「擔保責任」概念。並於文末提出相關建議。

第二章 擔保國家的相關概念界定

十八世紀初以來，國家與社會處於分立的狀況，至十九世紀後葉，此種態勢愈加明顯：國家掌有制定法律、確保社會和諧之權，而在社會場域，只要不違反法律規定，私人則享有自由，得自行追求自己或他人之利益。如從管制的角度以觀，國家以法律作為管制工具時，已無法因應變動快速的社會現實，因此，產生所謂的「國家失靈」，擔保國家便是這樣應運而生，國家不再獨自履行公共任務，而是將任務交由私人執行，並退居第二線，轉而扮演確保公益被履行的擔保角色。

以下行文脈絡，便先以介紹國家社會二元論作為起始，並論述在擔保國家中，具有舉足輕重地位的「生存照顧」一詞—蓋其並不能直接導出國家必須自為給付的概念，此正是擔保國家中，允許由私人擔任公任務的履行原因。此外，擔保國家並涉及：何種行政任務得由私人履行，以及國家將任務交託私人後應負擔之責任原由，故行政任務的種類、責任之內涵、與公益的意義亦一併於本章加以論述。

第一節 國家社會二元論

第一款 理論之演進

國家學理論上，國家與社會二元論毋寧有舉足輕重之地位。一般咸認為，國家與社會的分立，具有歐洲十八世紀以來社會解放運動（*Emanzipationsbewegung*）的一種表徵。於十八世紀初期，「社會」（*societas*）與「市民」（*civitas*）仍屬於同一之概念，只是因君主專制與官僚體系之國家型

態之成形，一種新的「市民」社會逐漸形成，結果是造成「市民社會」³（*societas civilis*）與「國家事務」（*res publica*）之分離。在這種遞嬗轉變的過程中，也產生了一些足以撼動後代的關鍵改變：一開始發生在宗教的「去國家化」與「私營化」，接下來則是學術與教育逐步脫離國家的掌控，最後則是經濟的去國家化。1776年，英國經濟學者亞當·史密斯（Adam Smith）出版著名的「國富論」，提出在自由經濟市場中存有一隻「看不見的手」（*invisible hand*）的觀點，指出自由社會秩序的基本特徵必須是：在國家以及由國家所型構的政治秩序之外，逐漸發展出一個帶有獨立結構的生活領域，此一領域可以理解為一種「社會」的概念。

國家與社會的分離背景可以從歐洲的歷史發展中觀察：中世紀的政治秩序以及近代封建領主的統治體制，存有各種分散且相互獨立、不具廣泛終局效力的政治支配權力，但隨著時間流逝，產生了一種現象：原本分散的政治支配權力從各種分散、相互獨立的型態，轉而集中至某特定人或特定層級身上，國家的權力逐漸落入封建領主或專制君主手中。結果是，造成原本結合社會與國家高權的中世紀社會型態之瓦解，取而代之的是趨於統一而掌有廣泛之國家權力；另一方面，人民逐漸臣服於此種國家權力，形成所謂之「非屬國家權力的市民社會」。

然而，隨著君主立憲制度的瓦解，以民主原則為基礎建構的政治制度代之而起，自此國家與社會的二元結構自此改變，產生是否保留此種模型的疑問⁴。

³ 馬克斯認為，市民社會的產生，是階級利益的結果，而國家與社會二元對立乃人類社會的一個特定發展階段。這個階段也就是「由個人利益發展到階級利益」，當社會生產力發展到一定階段以後，社會利益開始分化，特殊的個人利益與普遍公共利益相對立，此種對立，進一步促成市民社會與資產階級法治國家產生。葛克昌，國家學與國家法，月旦，1996年4月，頁18-19。

⁴ 有謂：二元論已過時，其理由為：英美法政治體系終將國家視為社會的一部分，無須依靠二元論；大陸法學者亦有認為國家社會二元論產生於君主專制時期，係為避免君主極權之設計，

但二元對立結構之改變並非意味社會與國家之區分無意義。蓋國家與社會區分的旨趣，乃在建構一種組織型態，使個人保有自由活動的空間，不受國家機制與公共領域的箝制，藉以獲得真正的自由。

第二款 國家與社會在功能角色上之差異

如同前所述，國家與社會之區分仍具有必要性。國家之主要功能，即為制定法律，對個別利益擁有裁決權，具有維護社會安寧和諧之目的。換言之，國家之任務在正確地調節各種利益。反之，在社會領域，私人之行為得自由為之。蓋私人身處於不受國家領域支配之場域，只要在法律未予明文限制範圍，得自行追求自己或他人利益，此受法律所保障⁵。

如以管制的角度觀之，在近代國家成立之前，帝王專制政體對人民的管制範圍可說相當龐大，及至自由放任主義（laissez faire）興起，認為：「最少干涉之政府即為最佳之政府」，並將國家之機能嚴格限制在國防、治安及租稅作用三個領域⁶。惟，國家科層體制之運作面對今日複雜多變的社會現實，已逐漸不敷使用而受到侷限，國家在以法律為管制工具時，面對一功能分化之社會系統中，法律對社會調控能力可謂具有有限性，甚至產生所謂的「國家失靈」情形。因此，擔保國家乃以新的行為策略為目的建構新的國家圖像，以國家與社會分立的關係為立論，但國家改變原有自己作為提供者之角色，並在公共領域部分退

而在民主憲政國家，由於主權在民，政府之正當性取決於定期選舉，國家社會二元論之存在基礎已消失。甚至德國學者認為，國家社會二元論在威瑪憲法中雖有依據，但在基本法中國家與社會應視為整體。亦有主張二元論係夜警國家時期之觀念，在現代福利國家，國家與社會區分界線已模糊，不如加以放棄此理論。但同時有不少有力學者，主張二元論在今日仍有其必要性。但其認二元論雖應予維持，但仍主張國家與社會二者之間可能交叉重疊，不應再理解為互相割裂與孤立領域。二元論之基本意義，在於社會自身無法自行規整調節，而需賴國家作為有組織之工具，用以保障具體或一般之個人自由。葛克昌，前揭文（註 3），頁 10-12。

⁵ 葛克昌，前揭文（註 3），頁 32。

⁶ 蔡茂寅，淺論 BOT 的幾個相關公法問題，萬國法律，第 102 期，1998 年 12 月，頁 14。

縮，同時讓社會領域之私人來解決問題，而國家集中在備置法定框架和必要規定。所以，國家與社會不再是僵化之分立，而以彼此之功能特性做關聯性運作，此時國家之角色，主要在補充或調控社會部門運作不足或缺失，且國家或公行政部門如何與私人間進行角色重新分配，如何劃定兩者各自之任務範圍與關聯，期能達成原來國家擔任執行角色之功能與效果。

第二節 Ernst Forsthoff 之生存照顧理論之評價與重塑

第一款 生存照顧概念

生存照顧概念之濫觴，始自公法學者 Ernst Forsthoff。氏於 1938 年發表廣被傳誦之經典名著《行政作為給付主體》（“Die Verwaltung als Leistungsträger”），該書之貢獻，便是將生存照顧衍伸成國家行政任務之理論建構⁷。析述之，Forsthoff 之生存照顧概念，係由社會學產生的現象作分析、公法釋義學及政治目標理念相互融鑄塑造而成。面對 19 世紀後葉以降，工業都市化造成之大眾社會（Massengesellschaft），氏先是區分個人得自主支配之生活空間以及個人實際有效之生活空間，在前者日漸減縮而後者日漸擴張之態勢下，應運而生對社會之依賴與需求。除基本之自來水、電力、瓦斯之供應以外，此等新興之社會需求尚包括大眾運輸、郵政電信、公衛醫療、老年失業等，以及「更多其他」之生存必要給付⁸。準此，無疑地係屬生存照顧概念之社會學基礎層面。

⁷ 劉淑範，行政任務之變遷與「公私合營事業」之發展脈絡，中研院法學期刊第二期，2008 年 3 月，頁 46。

⁸ 詳細言之，由於社會型態之改變，工業社會中之人民已無法再像往昔農業社會般，藉由己力即可度日；毋寧需大量依靠社會團體所提供之公共服務，從中取用生活所需之物資與服務，始得以生存。為滿足人民之此等取用需求所採取之一切給付與措施，Forsthoff 即以「生存照顧」概念予以統稱之。詹鎮榮，生存照顧，收錄於氏著民營化法與管制革新，元照，2005 年 9 月，頁 275-276。劉淑範，前揭文（註 7），頁 47。

並且，Forsthoff 進一步認為，現實社會環境更要求，國家（甚至黨）應肩負政治上之生存照顧責任。其衡量辨認當時人民強烈依賴國家照顧之政治社會環境，故將生存照顧援引成為行政學之概念，並簡單化繁為簡為：所有由公行政提供民眾享用之有益（*nützlich*）給付，即是生存照顧，反面言之，則是所有生存照顧之給付，係屬公行政⁹。此種將生存照顧等同於給付行政之推演，正是 Forsthoff 生存照顧理念之基本命題，其後並發展成行政法體系之概念基礎。

前述 Forsthoff 之生存照顧理論最值得吾人關注之處，乃在於其將生存照顧與國家任務兩者概念作一不可分割之連結。氏在論及生存照顧應由何人擔負，亦即所謂的「生存責任」（*Daseinsverantwortung*）之歸屬時，依序將其區分為「個人責任」、「集體責任」，以及「政治責任」三個階段¹⁰。而有鑒於現代社會之都市型生活型態，Forsthoff 承繼法國二十世紀著名法學家狄驥（Leon Duguit）所發展之共和國家理念以及社會連帶之公共服務（*service public*）理論的基本思想，力主生存照顧應作為現代社會法治國家之必要行政任務。質言之，Forsthoff 將生存照顧概念奠基於三個假設前提之上：第一、現代人民對於生存上不可或缺之財貨與服務的提供，具有特別的依賴性；第二、對於以市場自由交易方式，是否能夠，並且以符合社會期待之方式提供生存必要之給付，具有強烈之不信任感；以及第三，國家應透過自為給付之方式，確保必要之給付得以符合社會期待地獲得提供。據此，Forsthoff 乃有意將「生存照顧」從單純之社會學上用語

⁹ 劉淑範，前揭文(註 7)，頁 47。

¹⁰ 陳新民教授將 *Daseinsverantwortung* 譯為「生存負責」。申言之，生存負責之前提是：個人可以於自己能掌握的生存空間內，獲得生存的保障或具有有效取用生活資源之可能性。值得注意的是，這個前提在十九世紀中葉嚴重的社會磨擦後便不復存在。由此可知，「個人生存負責」制度早已無實行可能。惟有依靠社會團體的力量(即集體負責)，始足以為之。此後，國家社會主義因發現以集體負責的方式，保障個人生存成效不張的情形，故把個人生存負責的責任交由政治權力擁有者手上。故吾人可謂生存照顧的發展係由「個人負責」轉至「集體負責」，最後轉入「政治負責」之中。陳新民，「服務行政」及「生存照顧」概念，收錄於氏著，公法學筭記，頁 61-62。

強化密度而成為一法律概念，並使其嘗試從中導出國家應從事給付行政之行政法上作為義務。亦即，從國家之面向而言，其應扮演「給付者」角色，自行擔負起生存照顧之給付行政責任。相對地，從人民之面向而言，其則因此而享有分享請求權，得向國家要求提供特定形式之生存照顧給付¹¹。

此外，Forsthoff 亦特別主張「責任」的重要。一個極權的國家，作為權威的政治單一體，也同樣應該身負完全的責任，同時，並非只是國家才有責任，個人的完全奉獻於民族與國家，亦是此責任的另一面向，而此責任的承擔，亦正確的改變了個人生存的私本質。換言之，每位社會的成員，因為其責任，而根本的改變了自我的本質；他不再只是為自己而存在，不論是任何的公共行為或活動，即使在家庭或其他同居的共同體關係中，每個人都無從避免對於民族命運的責任。而此責任的具體化，依照 Forsthoff 的說法，最顯著的即為二十世紀以來，為照顧社會弱勢者所形成之公共的生存照顧義務¹²。

俟二次大戰結束，在《基本法》之架構下，德國重返自由民主之社會法治國家正軌。Forsthoff 生存照顧理論所由生之國家觀念，自難見容於以保障人民基本權利為依歸之憲法秩序。伴隨著戰後學說激烈爭論，其亦不斷嘗試修正先前之生存照顧理論。依氏見解，面對社會挑戰，自由基本權利係不敷因應解決，毋寧應置重於社會國家原則，以之詮釋《基本法》¹³。至屬關鍵性之修正立場，應是 Forsthoff 坦承，私經濟已證實具備自己擔負重要給付之能力，故生存照顧

¹¹ 詹鎮榮，前揭文(註 8)，頁 276-277。

¹² 林佳和，國家行政法與意識型態—Ernst Forsthoff 的《極權國家論》與國家社會主義，輔仁法學第二十六期，2003 年 12 月，頁 28。

¹³ 劉淑範，前揭文(註 7)，頁 48。

之責任不再是國家一手獨挑，而係由國家和社會共同分擔，是則，國家之生存照顧行政爰僅屬「補充之功能」（Komplementärfunktion）¹⁴。

第二款 對生存照顧之批判

戰後德國之公法學界，產生了對生存照顧的評判：生存照顧將易淪為國家統治人民之政治權力工具，假借社會國家名義，致使人民完全依附在國家權力之下，不啻為中央集權主義（國家主義）粉飾太平等云云。此乃歸因於 Forsthoff 之國家哲學背景所致。惟德國現代行政法學體系建立以行政任務為樞紐之行政類型學說，進而行政法釋義學亦自強烈規範取向轉趨為制度性及目的性之概念形成，即是拜 Forsthoff 生存照顧概念之賜¹⁵。然而生存照顧所繫諸之生存必要或生活有益之給付，實欠缺輪廓而係內容寬廣空泛之社會學描述。

Forsthoff 提出踐行生存照顧行政目的之給付行政概念後，在行政法學理建構上最大的貢獻，乃為傳統行政法體系既有之「干預行政」外，又增添一種新的「給付行政」類型，並以此與干預行政作一體系上之對稱。然其所提出之古典生存照顧概念，亦產生爭議：是否可從生存照顧概念的意涵中，導出國家應自為給付之必然結論¹⁶？蓋生存照顧所繫乎之生存必要或生活有益之給付，實係欠缺輪廓而內容寬廣空泛之社會學描述，絕大多數通說則係根本否定法律概念之性質，毋寧是一種描述性之集合概念¹⁷。

¹⁴ 詳言之，Forsthoff 援引社會法治國家之「補充性原則」作為論理基礎，認為相對於個人以及社會團體而言，國家自我給付應僅居於「備位」立場。惟有當市場失靈，而無法以符合社會期待之方式提供人民生存所需之財貨與服務時，國家始有自行介入，以給付行政手段實現人民生存照顧之法律上義務。參詹鎮榮，前揭文(註 8)，頁 278。相同見解，劉淑範，前揭文(註 7)，頁 49。

¹⁵ 劉淑範，前揭文(註 7)，頁 49-50。

¹⁶ 詹鎮榮，前揭文(註 8)，頁 277。

¹⁷ 劉淑範，前揭文(註 7)，頁 50-51。

基此，生存照顧與國家給付行政兩者間並不具備必然之因果關係。蓋除國家之外，生存照顧亦可能由私人企業所提供。除非法律另有明文規定，否則就事物本質以觀，並非當然屬於國家任務，毋寧應僅具「公共任務」之屬性¹⁸。關於國家任務與公共任務之概念區分，將於下述第三節作探討。

第三節 行政任務的概念

傳統的行政法學，目前正面臨根本性地變化與改革呼聲。行政任務的負擔加劇乃是其中一大原因。國家任務之承擔過重可說是眾所皆知之事¹⁹，因而有「解除管制」與「民營化」之呼聲產生。在「合作國家」與公行政任務「民營化」的議論下，公行政執行的主體不再僅限於私人。公行政任務的遂行不但可由企業，同時也可由私人承擔²⁰。但何謂行政任務？其與公共任務、國家任務又有何不同？而本章所欲探討的民營化後國家之管制義務，正與此三個概念之釐清息息相關²¹。故以下本文擬先從名詞意義之澄清後，由於隨著國家任務責任釋出之程度，任務私人化又可再區分為「任務部分私人化」與「任務完全私人化」，其中在後者的類型中，國家必須負起擔保私人與社會執行任務之合法性，尤其是積極促進其符合一定公益與實現公共福祉之責任²²，故於本章之最末，討論國家保障責任作為任務私人化後管制義務。

¹⁸ 詹鎮榮，前揭文(註 8)，頁 278。

¹⁹ 程明修，行政行為形式選擇自由，收錄於氏著，行政法之行為與法律關係理論，第二版，2006 年 9 月，頁 273。

²⁰ 程明修，公私協力之行政行為，收錄於氏著，行政法之行為與法律關係理論，第二版，2006 年 9 月，頁 241、244。

²¹ 這三個概念之所以不明確，其原因在於「完成」(Wahrnehmung)、「履行」(Erfüllung)等概念並非指涉單一行為形式，而是包含各種作用方式，其涵蓋國家主體提供廣泛的給付。基本上，這三個概念不是明確可界定的部門，而是不同程度相互交錯的行政責任領域。

²² 詹鎮榮，民營化後國家影響與管制義務之理論與實踐，收錄於氏著，民營化法與管制革新，2005 年 9 月，頁 125。

第一款 公益與公共任務

在憲法理論中，只要吾人以國家權力行使行為做為對象而探討其正當性時，即無可避免地必須提到公益（*Gemeinwohl*）的概念²³。但是在企圖掌握公益概念的內涵時，必須面對其內涵極度不確定，隨變動中的社會、政治及意識型態而形成其內容的特殊困難²⁴。公益在原初、古典的描述下，被理解為生活共同體（*Gemeinwesen*）的完善，以及共同體成員可以按照其人性尊嚴（*Menschenwürde*）自由繁榮發展的狀態²⁵。共同體的良善生活（*gute Leben*），首先應該歸屬於組成該共同體的個人與次級團體（*Verbänden*）負責；然而國家組織並不參與此一共同體的生活，毋寧是為共同體服務，但是，國家組織對此不能作廣泛的保證²⁶。除此之外，為確保國家與社會的劃分，亦不容國家權力機關廣泛介入，國家為維持此一良善生活所必要的制度、經濟、甚至是氛圍等條件，其應負責的毋寧是確保團體與個人易於充分實現自我的社會整體條件，即「公益的工具概念」（*instrumentaler Begriff des Gemeinwohls*）。就算在此等被有限理解的、不可或缺的公益的範圍內，國家也不是唯一的負責人，為維護基本權利人的自由，應盡可能由社會提供符合公益的給付—此種確保私部門活動空間的補充性原則（*Subsidiaritätsprinzip*），乃屬於自由之憲政國家作為社會國的公益構想²⁷。

²³ *J. Isensee, Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat*, in: *J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band I*, 1998, § 57 Rn.

²⁴ 陳新民，公共利益的概念，收錄於氏著，憲法基本權利之基本理論(上)，第四版，1996年，元照，頁136。

²⁵ *J. Isensee, a. a. O. (Fn.23)*, § 57 Rn. 134.

²⁶ *J. Isensee, a. a. O. (Fn.23)*, § 57 Rn. 78.

²⁷ *J. Isensee, a. a. O. (Fn. 23)*, § 57 Rn. 26、79。

學理上通常將「實現與公益目標相符合的活動領域」稱為公共任務²⁸，在概念理解上，國家任務毋寧為公共任務之下位概念。詹鎮榮教授引用 Hans Peters 的說法指出，「凡是攸關公眾或公眾對其實現存有利益之事務，吾人皆可稱為公共任務」；公共任務之執行，並非以公權力主體為限，自然人或私法人亦可為適當之主體²⁹。是以，私人得以基本權利主體之身分從事公共任務，公共任務係屬基本權利之保護範圍，國家並不具有「公共」之獨佔。例如水、電、瓦斯的供應，因對於人民生存照顧具有重要性，一方面屬於公共任務，另一方面則又為憲法營業自由之保護範圍，原則上可由任何人行使之。

第二款 國家任務

國家任務係指在合憲秩序下，透過「實定法規範」賦予國家執行權限之公共任務。準此，國家任務之概念實較公共任務為狹，僅有那些透過法規賦予國家執行權限之特定活動領域，始具國家任務之特性³⁰。雖然只有國家需要透過公共福祉之委託取得其正當性基礎，在此範圍內，國家以一種特殊方式對於所有公共任務領域之履行負有義務。但有若干重要的公共任務是由私人來履行。其他公共任務則由國家與私人共同來完成³¹。再者，若吾人從權力分立之角度思考，則國家任務之下又可細分為立法任務，行政任務與司法任務。

關於國家任務，在古典的國家學理論中乃集中於所謂之「國家目的理論」，其關注之問題點在於國家之存在目的，亦即國家正當性問題。不過，除了無政府主義之外，國家之存在並未真正被質疑，因此國家目的理論關注的問題點便不侷限在「國家應否存在」之問題，而擴張到「國家活動範圍」，亦即國家任務範

²⁸ J. Isensee, a. a. O. (Fn.23), § 57 Rn. 136.

²⁹ 詹鎮榮，國家任務，收錄於氏著，*民營化法與管制革新*，2005年9月，頁267。

³⁰ 詹鎮榮，前揭文(註29)，頁267。

³¹ Schmidt-Abmann 著，孫迺翔譯，*行政任務及行政法各論應扮演之角色*，載於*行政法總論作為秩序理念—行政法體系建構的基礎與任務*，元照，2009年10月，頁170。

圍之問題，國家目的成為決定國家活動範圍之基本思考點。進一步分析相關之問題意識可以發現，將國家目的與國家任務連結所試圖解決之問題乃是：國家「應該」擔負之任務為何？亦即乃是一個應然層面之問題，而非對國家任務之實際層面之分析。在這個應然層面之國家任務理論林林總總，大致上可以歸納為兩個方向：

1.擴張國家任務取向

此一理論取向強調應儘量擴張國家之任務領域以追求福祉與公益之實現。古典的絕對國家、開明專制或警察國家等等，乃是其較具體的理論模型，在追求福祉的名義之下國家得以毫無界限地介入私人領域。現代之社會或福利國家雖然並不允許國家毫無界限地介入私人領域，但單就國家任務來看，仍屬擴張國家任務之國家模型。

2.限縮國家任務取向

此一理論模型強調國家之活動領域應侷限在其必要之範圍內，而所謂國家任務之必要範圍主要係指「安全」或「自由」等法益，也就是法秩序的維持，同時也因此維護了經濟秩序。在這種理論模型中，「國家與社會」或「國家與市場」之區分成為核心概念，「只有在市場失靈時國家才能介入」乃是典型的命題。「公共福祉」之概念雖然並未被拋棄，但強調公共福祉的實現原則上應由「市場」或「社會」之自由形成與運作來達成³²。

關於國家任務的確定，向為一般國家學所探討之課題。國家之立法者，原則上享有一般且空白之授權，得決定將哪些特定之公共任務透過實定法之規範予以國家化；反之，立法者亦享有將一現存之國家任務予以私人化之形成權

³² 張桐銳，合作國家，收錄於當代公法新論(中)，翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，2002年7月，頁562-563。

限。此處所理解的實定法，包含現行憲法及其下位法規範，主要存在於無計數之法律及其所授權之法規命令中。尤其，憲法實屬現代國家國家任務之最主要法規範基礎。德國學者 Hans Peter Bull 亦指出：「一部沒有國家任務規定之憲法，將是一部不完整之憲法。」以憲法為例，國家任務主要體現在權限規定中，如我國憲法第十章「中央與地方之權限」，文義上雖然主要在於規範垂直權力分立，區分何等權限屬於中央，何等權限屬於地方。然除此之外，亦揭示了憲法國家最根本之任務。

除憲法以外，國家任務之確定，最主要還是存在於無計其數之法律以及法律所授權之法規命令中。在憲法之框架下，法規範制定者一方面將憲法中所例示之基本國家任務加以細膩化與具體化，另一方面則因應國家發展與社會需要，主動形成各領域之其他國家任務。舉其犖犖大者，例如國家負有電信管制與計畫性發展電信之任務（電信法第三條第三項）、維護公共秩序與保護社會安全之任務（警察法第二條與社會秩序維護法第一條）、維持交通秩序與安全之任務（道路交通管理處罰條例第一條），以及食品衛生安全與品質管理之任務（食品衛生管理法第一條）等，種類繁多，不一而足。

惟應注意的是，現代國家原則上並不存有一封閉性、窮盡性之國家任務譜系；毋寧是開放性的，由立法者享有廣泛之國家任務確定權限³³。對於國家任務，吾人得依不同區分基準做下列之分類：

第一目 絕對與相對之國家任務

如將國家任務以得否「私人化」為觀點作區分，可得絕對與相對的國家任務兩種分類。儘管立法者原則上具有確定與解除國家任務之形成權限，但是，是否存在有不能私人化之國家任務？是否某些公共任務依其事務的本質（Natur

³³ 詹鎮榮，前揭文(註 29)，頁 268-269。

der Sache)，乃當然的國家任務，而不容許國家轉嫁由私人承擔？所謂絕對之國家任務必須恆受「國家保留」（Staatsvorbehalt）之支配，立法者不得將其私人化。從國家發展史之角度以觀，屬於此類型之國家任務，計有：國家內部與外部安全、租稅高權以及司法處遇。此等任務率皆以物理上強制力之行使作為後盾，本於「國家權力獨占」（staatliches Gewaltmonopol）之原則，應恆置於國家「自己行政」之下。除此之外，其他不涉及物理上強制力行使之任務，即屬於相對之國家任務，非以國家保留為必要，原則上存在有私人化之可能³⁴。

但也有認為不存在不能私有化之國家任務者。如 Wilfried Lange 就曾明確指出，甚至軍隊、法院、甚至警察等典型的國家任務，在歷史上都曾經由私人「經營」過³⁵；Roman Herzog 並認為，假如更精確地觀察實務上的案例，可知今天幾乎沒有哪一個領域可以稱得上是國家獨占的事務領域³⁶；王文宇教授也指出，美國有將「犯罪矯正民營化」的事例³⁷。

第二目 非排他性之國家任務與排他性之國家任務

此乃國家任務一經法規設定後，是否即排除私人可同時從事相同任務作為區分基準。原則上，一公共任務經實定法規設定為國家任務後，尚不排除私人從事之可能性。換言之，法規設定國家任務之目的，僅在賦與國家對某特定事務領域具有管轄權，使該特定任務成為國家權限之範圍。此時，針對同一事務，即產生國家與私人皆可從事之競合情形。例如一方面根據教育基本法第九條第一項第五款規定，設立並監督國立學校及其他教育機構為中央政府之教育權限；另一方面，私立學校法第二條又容許私人申請設立軍警院校以外之各

³⁴ 詹鎮榮，前揭文（註 29），頁 269。

³⁵ W. Lange, Rechtsprobleme der Privatisierung öffentlicher Unternehmen, JZ 1981, S. 699.

³⁶ R. Herzog, § 58 Ziele, Vorbehalte und Grenzen der Staatstätigkeit, in: J. Isensee / P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band III, 1988, Rn. 37.

³⁷ 王文宇，政府民間與法律－論公營事業民營化的幾個基本問題，月旦法學雜誌，第 36 期，，1998 年 4 月，頁 26。

級各類學校。是以，興辦學校雖屬國家任務，但同時亦屬私人得以從事之公共任務，除居於行政受託人地位執行教育高權行政外，係受憲法第十五條工作權之保障。

然而，若國家欲排除私人或社會在特定公共事務領域之活動可能性者，則尚須提升規範密度，在法規範中明文賦予國家「獨占」權限。例如上述私立學校法第二條所稱軍警校院之設立，以及甫修正通過之郵政法第六條規定：「除中華郵政公司及受其委託者外，無論何人，不得以遞送信函、明信片或其他具有通信性質之文件為營業。」準此，國營中華郵政公司具有遞送信函等具通信性質文件之郵政服務獨占權。從基本權利角度以觀，此法定獨占之規範即成為人民從事此類型郵政服務之「職業選擇客觀許可要件」，需存在有極重要之社會法益，始具有基本權利限制之憲法上正當性。國家在行使設定國家任務之權限時，即應受法治國家人權保障之拘束。

第三目 任務私人化概述

關於「私人化」，國內通常使用「民營化」一詞。學者表示，民營化一詞一開始使用於描述公營事業的釋股於民間，但今日此一詞彙實已逸脫出此狹義範疇，而擴張適用到一切由民間或是私人、私部門參與履行行政任務的現象，如從國家的角度觀察，民營化指涉的是國家利用或結合民間資源履行行政任務的現象³⁸。然而，「民營化」的概念過於具體，不易涵蓋所有相關類型³⁹，如考量到其應足以指稱「由公部門處理之事務移轉到私領域」的各種不同現象，顯示「國家與社會間關係的重大轉變」，「私部門化」一詞或許是較為適當的用語⁴⁰。

³⁸ 許宗力，論行政任務的民營化，收錄於當代公法新論(中)，翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，2002年7月，頁582。

³⁹ 張桐銳，前揭文(註32)，頁575。

⁴⁰ 私部門化若依據 G.F.Schuppert 之分類，共可分為以下幾類：1.組織私部門化：公部門並未解除其原本的任務，而是以私法組織之形式執行，故僅涉及法律組織形式之變動，適例為電信

私人化概念之型態可粗分成兩種：「組織的私人化」與「任務的私人化」。所謂「任務的私人化」係指國家、地方自治團體或其他公法人將原屬自己職權範圍內之行政任務向私人與社會釋出，其自身不但不再扮演生產者、給付者、分配者或執行者之角色，所釋出之任務性質亦產生改變，不再是法令所規範、將其權限劃歸國家之國家任務，毋寧回歸到一般社會大眾對其實現感到興趣之公共任務，得本於憲法所保障之工作與營業自由權而加以行使。且隨著國家任務責任釋出之程度，任務私人化又可再區分為「任務部分私人化」與「任務完全私人化」。前者係指國家與人民協力共同負起任務責任，人民此時並非僅立於國家任務履行上之助手或工具而已，毋寧是與國家共同分擔任務之執行責任。倘若國家或地方自治團體進一步將所有股份或資產釋出，完全移轉於私人，放棄自行執行之責任，則屬後者之任務完全私人化⁴¹。

任務私人化後常引發新的管制需求與國家應擔負責任型態的改變。換句話說，一個原先由國家履行的公共任務轉由私人履行，國家固然可因此免除其履行責任，然而，國家對於該任務是否適切地被履行本身，卻無法擺脫其責任，國家的履行責任因此轉變為擔保責任⁴²。

第四節 國家責任

局改制為中華電信公司。2.實質私部門化：又稱為任務的私部門化，即國家將其所負擔之任務移轉給私人履行，國家僅負擔確保該任務被履行之責任，此類型又被稱為去國家化。3.功能的私部門化：國家仍承擔該任務，惟該任務之執行則交由私人或私部門為之，國家僅對其負擔監督管理之責。依此脈絡，接續產生了所謂的公私協力。4.財務的私部門化：由私人或私部門來負擔實現公共任務之財政，BOT 即屬適例。5.程序私部門化：原由國家機關負責之部分程序交由私人負責。6.財產私有化：單純指國家或地方自治團體將財產轉移至私人。胡博硯，以 BOT 之方式設立遊艇基地之合法性研究，軍法專刊，第 57 卷第 1 期，2011 年 2 月，頁 163、陳愛娥，國家角色變遷下的行政任務，月旦法學教室，第 3 期，2003 年 1 月，頁 105。

⁴¹ 詹鎮榮，前揭文(註 22)，頁 124。

⁴² G. F. Schuppert, Vom produzierenden zum gewährleistenden Staat: Privatisierung als Veränderung staatlicher Handlungsformen, in: Klaus König/Angelika Benz (Hrsg.), Privatisierung und staatliche Regulierung, 1997, S. 559.轉引自張桐銳，前揭文(註 32)，頁 576。

第一款 概念與區辨

第一目 責任之意義

要分析闡述國家的擔保責任為何前，應先對國家責任之意涵作一了解。而在了解國家責任前，又非對責任的涵義釐清不可。蓋責任此一概念足以作為描繪和分析國家和私人為了公共利益履行公共任務時，如何進行責任分配⁴³。吾人必須理解，責任的意義要在不同的領域中一望即知，具有相當的困難性。儘管在法規範中，責任無疑地具有關鍵概念（*Schlüsselbegriff*）的地位，但是卻難以精確地定義，它反而常被劃歸為道德或哲學的領域。無法清楚地定義的結果是，加深了使用上的困難性⁴⁴。儘管如此，仍不減責任在擔保國家模型中之重要性⁴⁵。

吾人可以從以下六個元素來理解責任之內涵，分別是行為主體、客體、歸責、判斷餘地、標準和責任的最後認定機關—法院⁴⁶。

責任構成的共同要素，首要就是行為主體，包含自然人與法人。當我們說某人負有責任，意謂著責任的標的和客體因為行為或是不行為，因此產生了結果或某種狀態的實現。若謂某人負有責任，還需在責任主體與責任客體間作歸責。歸責並非可以單獨從責任的意義裡被建立，而是一種立法者在法體系中優

⁴³ H. H. Trute, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisse von öffentlichen und Privatem Sektor, in: Schuppert(Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und schlankem Staat*, 1999, S. 13f.

⁴⁴ M. Knauff, *Der Gewährleistungstaat: Reform der Daseinsvorsorge*, 2004, S. 266.

⁴⁵ M. Knauff, a. a. O. (Fn. 44), S. 265.

⁴⁶ A. Voßkuhle, Gesetzgeberische Regelungsstrategien der Verantwortungsteilung zwischen öffentlichem und Privatem Sektor, in: Schuppert(Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und schlankem Staat*, 1999, S. 53.

先作成的價值決定。此外，吾人還需一個精確的判準以供判斷：什麼是被禁止的，以及什麼是被允許的⁴⁷。

責任概念特別是在任務履行可能性的問題上，具有相當的影響力。然而何者當為之思想（*Sollen*）受限於義務是否清楚地定義。責任與義務不同的是，前者無精確的行為指示（*Handlungsanweisungen*）居間。所謂「義務的組成元素」仍然找不到。就這點而言，責任與義務正與國家整體目的之範疇息息相關。國家目的在憲法的層級就已規定，責任也隨之而來—從憲法條文或是其他的任務規定可以得出。此外，需要注意的是，責任意義並非由國家享有獨自定義的權利⁴⁸。

第二目 國家責任的意義

因為國家擔保責任涉及私人公共任務之履行，此時國家退居二線，不再負擔履行責任，而僅就公益的實現負擔保責任。儘管責任的意義也是具有相當之重要性，但在國家與私人共同合作以實現公益的結構中，兩者之不同在於，國家責任較責任而言，更多了以下的發展情節：私人履行公共任務的結果，增加了分割國家任務和私人任務得困難度，也使傳統國家的角色益發模糊⁴⁹。因此，有必要在論述完責任的概念後，再就國家責任的內涵作一介紹。

若以國家責任為題，將會涉及以下諸多問題：是否以及應如何履行立法者所規制的責任、如何以其他形式代替法律直接介入、或是經由其他媒介，諸如：經由財政或是私人的調控。國家責任討論的核心在於，當私人為了公共利益而

⁴⁷ A. Voßkuhle, a. a. O. (Fn. 46), S. 54-55.

⁴⁸ M. Knauff, a. a. O. (Fn. 44), S. 269.

⁴⁹ A. Voßkuhle, a. a. O. (Fn. 46), S. 58.

為活動時，公法組織架構（*Öffentlich-rechtlichen Organisationsrahmen*）應該如何設計⁵⁰？

從德國基本法的角度來看，儘管曾多次使用責任的概念，惟對國家責任的態度並不明朗。問題在於：什麼是國家責任的意義和為何國家負有責任⁵¹。談到國家責任，大多與國家統治權的行使以及預先確定的國家任務範圍密切相關。而任務範圍的大小自然取決於國家擔保義務之履行。就第一層次而言，國家的責任來源，乃來自於立法者之責任、統治、行政，以及司法機關依法所為的有效的履行行為。關此，責任的實現乃履行其預先被確定的任務矣；並且任務履行與否的標準是：面對日益擴張的生活領域，國家是否已就該生活範圍履行其擔保義務⁵²。因此我們可以說，國家責任內涵並非如同真理般固定，毋寧是依據反覆變動的現實需求與不同的生活領域而定，並且與法制相符⁵³。在這樣的脈絡下，尋求可能的任務履行方法和工具，毋寧成了最重要的課題⁵⁴。

總言之，私人和國家均得作為實現公益之責任主體，國家並不享有公益的獨佔；國家有責任實現公益，但並非意謂著國家即有義務自己作為實現公益之主體。如同擔保國家中的重要概念：國家可以藉由私人來履行公共任務，蓋公益的實現並非由國家所獨佔；擔保國家可以理解為國家與私人間擔負責任的型態之改變，國家不再自行履行國家任務，而轉為擔保任務的確實實現。

第二款 法學上的運用與功能

第一目 理論運用之界限

⁵⁰ A. Voßkuhle, a. a. O. (Fn. 46), S. 57.

⁵¹ C. Gramm, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, 1999, S. 290.

⁵² C. Gramm, a. a. O. (Fn. 51), S. 290f.

⁵³ C. Gramm, a. a. O. (Fn. 51), S. 291.

⁵⁴ C. Gramm, a. a. O. (Fn. 51), S. 292f.

如前所述，擔保國家標示著國家責任的位移，在國家與社會之重新定位與理解下，國家角色與國家任務已有所改變，吾人可透過國家責任理論來進一步詮釋國家任務⁵⁵。擔保國家中，國家究扮演如何的角色、負擔何種責任，乃根據現實不同生活領域之需求來塑造。履行立法者預定的目的是責任很重要的中介功能（Mittel-Zweck-Relation）。此時，標準的國家責任的內涵意指：國家被允許在最後責任（Letztverantwortung）的界限下，進行任務的委託⁵⁶。吾人運用責任概念此種中介功能，將討論的重心由責任轉到任務，目的就是建立國家責任理論來詮釋擔保國家之國家任務⁵⁷。

在德國國家學理論上，將責任概念作為全面的憲法原則，始於 Peter Saladin。他指出，法律上對於責任並無統一的內涵。普遍來說，對責任的理解是可歸責的情狀或是相當的行為。簡言之，責任的中心要素是責任條件（Zurechenbarkeit）和義務歸責效力（pflichtenbegründende Wirkung）⁵⁸。值得一提的是，責任概念本身並非法律概念，並不具規範性效果。而權限、任務之規範基礎及法律效果，均依法律規範而定。換言之，吾人無法逕行自國家責任導出國家任務，毋寧是說，國家責任概念具有解讀國家任務之效用矣。

第二目 國家最後責任之提出

國家將確定的任務履行任務轉移到社會領域，因此擺脫了龐大的任務履行責任，但是憲法原則仍對任務的執行為一定的指示。換句話說，國家必須確保：在任務移轉後，已確立的規制目標能由其他的程序塑造來確保。這留下來的責

⁵⁵ C. Gramm, a. a. O. (Fn. 51), S. 292.

⁵⁶ C. Gramm, a. a. O. (Fn. 51), S. 292.

⁵⁷ 許登科，德國擔保國家理論為基礎之公私協力(ÖPP)法制—對我國促參法的啟示，國立台灣大學博士論文，2008年6月，頁68。

⁵⁸ W. Weiß, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, DVBI 2002, S. 1169f.

任就是國家最後責任⁵⁹。必須說明的是，要履行國家最後責任的先決條件是先創造適合的法律架構。國家最後責任的假設，當然非謂國家面對其事實上可能面對的所有工業和全球化的生活領域產生的危險，均應加以控管並且負起責任，毋寧是說，國家應該負擔至少是監控結局的責任⁶⁰。

就擔保國家而言，國家責任理論之建立，有助於確認國家任務、行政任務，並設定實現國家任務所私之程序與條件。此外，透過國家責任概念之運用，是一種負面表列，相對地表示出私人參與執行公共任務之責任與地位。申言之，並非所有與公共利益有關之事項，均應由國家壟斷或由國家親自執行，私人仍然可以從事有益於公共利益之活動，且儘管私人責任並非必然是一種義務，但是強調國家對私人活動之國家責任，不僅表示國家對私人地位之尊重，也是強調國家對社會領域之私人自由與公共利益之守護。關於國家責任理論詮釋國家任務的功能，正如 Trute 所述，國家責任之存在，是不同國家任務的範圍與方式之符碼。依此符碼指出國家在不同功能下，國家之行為方式、標準、程序與組織。申言之，傳統上在探討和運用國家任務理論時，涉及的問題在於國家是否對特定公共任務應承擔其責任以及如何辦理，例如，國家應直接干預、或代之以其他法律形式，諸如補助、組織建置、人事安排等不同手段來調控社會。然而，國家概念並無法進一步說明，私人執行公共任務或公私面向共同作用時，國家對公共任務承擔的種類與方式，因而此時，乃須借助國家責任理論之詮釋與運用⁶¹。

⁵⁹ E.-H. Ritter, Organisationswandel durch Expertifizierung und Privatisierung im Ordnungs- und Planungsrecht, in: Schmidt-Aßmann, Eberhard/ders. (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S. 232.

⁶⁰ E.-H. Ritter, a. a. O. (Fn. 59), S. 248.

⁶¹ 許登科，前揭文(註 57)，頁 73。

因擔保國家之運作，國家決定將公共任務之相關領域放手民間社會，行使國家權力，而此行使國家權力之正當性，如同國家任務之理解與界定，均屬國家理論之課題。而針對民營化或民間參與等私人作為公共任務之執行主體，強調國家責任之概念及其存在，乃以國家最後責任表達國家權力之行使具有民主正當性之連結功能與意義。易言之，依據民主原則，一切國家行為均需與國民意志具有不可割裂的連結關係。國家最後責任，則要求國家一切職務上決定形式，仍需經由具有民主正當性之國家機關所裁定，以確保國家權力之民主正當性連結⁶²。

質言之，國家最後責任概念在私人執行公共任務時非常重要。蓋私人作為公共任務之執行主體，國家只是將任務交由私人履行，並未放棄其國家任務，國家甚至應確保私人履行公共任務時，需依照法律並合於公益。基此，強調國家最後責任乃是表示，不同私人執行公共任務之不同程度與方式的同時，國家對於其決定仍要負責。因此，國家最後責任也表達出，為達公共任務實現，國家仍保有介入義務，並須採取相關管制措施，以俾公益之確保。如此，使得國家責任理論可以運用在私人作為公共任務之執行主體的討論中，並意味著私人作為公共任務之執行主體，國家並非自公共任務領域中退縮，應有規範上的界限，此是最後責任之法律上界限論證功能；另一方面，透過最後責任概念，也同時意味著國家仍有法政策上的形成空間，則最後責任也具有法政策上補充建議的功能⁶³。

⁶² 許登科，前揭文(註 57)，頁 75。

⁶³ 民營化破除了各種服務皆由國家提供的情景。例如郵政、電信、能源、交通服務等，已完全或部分移轉至民間，其後健康與文化任務亦逐步跟進。因此形成了複雜的統治結構網，在其中滿足公共利益，Schuppert 就認為這種結果是「國家共同製造」；此外亦未見有人對 Luhmann 定義之最高統治體系之最終責任，也就是所謂的「國家最後責任」提出質疑。國家最後責任可以理解為，由非國家機關提供給付需求時，因為私人僅需遵守競爭法規範，但是依據過往經驗可知，當私人取得市場上壟斷之地位時，僅依憑競爭法規範之一般性事後控制機制尚屬不

第三款 責任分擔與責任階段

第一目 責任分擔與責任階段之歷史簡介

如前所述，擔保國家可以被描繪成一個利用民營化提供公共服務，同時並保留國家介入可能性的國家模型，該模型顯示出國家可將任務委託私人執行，卻非意謂著任務的移轉⁶⁴，毋寧是說公共任務履行的方式已轉由國家和私人共同合作⁶⁵。而責任分擔就是在分析國家和私人履行公共任務時所為的角色分配。

換言之，若以民營化的概念來闡明這樣的合作關係，顯然無法精準的描述責任分擔概念。其中，國家與人民責任如何切割，有賴責任分擔與責任階段的概念來加以說明。並且，擔保國家的概念切分任務責任與任務履行，易言之，國家不再均由自己履行任務，反而是擔保任務的履行。

責任分擔的歷史可以追溯到 Schmidt-Aßmann，其在 1993 年「行政法總論的改革」一文中所推動的：行政法必須被校準成更清晰的模型，該模型的架構即一種介於國家和私人間，責任履行的合作光譜。Schmidt-Aßmann 把合作的光譜和倡議作連結，國家的合作塑造了責任類型。該責任類型劃分了：責任履行、行政協議、行政監督、責任組織和代位責任（Einstandsverantwortung）。一年後，Schuppert 把這些類型又補充了促進責任（Förderungsverantwortung）和社會緩衝責任（soziale Abfederungsverantwortung），此外暫時沒有改變⁶⁶。其後

足；應藉由新穎且有別於其他之控制程序，諸如特殊專業機關之管制措施，以衡平壟斷地位與公共利益。儘管形式上，國家積極從事去國家化，但國家仍須擔保人民，於未來適當條件下，仍得享有各種公共利益。F. J. Säcker，德國與歐盟經濟政策與憲法訴訟，謝榮堂譯，載於司法周刊，司法文選別冊，第 1531 期，2011 年 2 月 24 日，頁 8。相同見解另可參，許登科，前揭文（註 57），頁 76。

⁶⁴ M. Knauff, a. a. O. (Fn. 44), S. 66.

⁶⁵ A. Voßkuhle, a. a. O. (Fn. 46), S. 58.

⁶⁶ J. H. Klement, Verantwortung: Funktion und Legitimation eines Begriffs im Öffentlichen Recht, 2006, S. 57.

Schuppert 在 1998 年第一次使用責任分擔的概念，目的在區別 Hans-Heinrich Trute 提出的四個國家責任領域之不同密度：（1）國家對合作成果的最後責任、（2）藉由私人提供給付的國家擔保責任、（3）國家對經濟和基礎建設範圍中的規制和協調責任和（4）國家對獨立的利益均衡的框架責任⁶⁷。

Trute 不使用責任分擔的概念，他僅說明，它恰恰就是在類型學中，重塑的「介於國家和特定的任務領域的社會活動者之責任分擔」。Trute 認為應以 Schmidt-Aßmann 的概念作為責任類型的後續發展，並立即指點該後續發展應開始實行。Schuppert 則反之，其嘗試去得出一開始相對於責任階層的固定角色之責任分擔的概念，即嘗試區分責任分擔與責任階段。此外，Schuppert 也認為責任分擔概念的必要組成乃責任階層，其與國家私人的合作繼續傳動。

責任分擔的概念乃一定程度地將成階梯形的行政責任轉化成「從公部門和私部門處理的行政的緊密齧合範圍」。但是，行政責任階層與責任分擔的並列，自然被提出疑問。也因為責任階層的模型，國家的貢獻乃走向了與私人的合作關係，人們認為在開頭所援引的 Schmidt-Aßmanns 的要求，介於國家和私人任務履行中的合作光譜，必須被賦予合法的組織。因此他非常關心的責任分擔的模型並非不同於責任階層；它更名符其實地關心這些事情⁶⁸。

Jan Henrik Klement 指出責任階層的赤字在於，它並非直接塑造國家和私人參與的交錯領域，而只塑造國家獨自參與部分，即合作關係的一方矣。反之責任分擔的計畫要求，也注意到了補充私人參與部分⁶⁹。同時，責任分擔的名稱也完全地適合—因為分擔至少預先確定兩個活動者（Akteure）。Schuppert 所使用的責任階段作為責任分擔的下位概念並沒有進一步的發展演申，因此，如

⁶⁷ J. H. Klement, a. a. O. (Fn. 66), S. 57.

⁶⁸ J. H. Klement, a. a. O. (Fn. 66), S. 58.

⁶⁹ J. H. Klement, a. a. O. (Fn. 66), S. 59.

嘗試用責任階段的觀念建構在責任分擔論之上且用來具體化責任應如何分擔，事實上將導致兩個概念成為同意詞。蓋涉及國家的責任分擔這個部分，私人參與在責任分擔中也僅作為可以被補充考慮進去的對應矣。在責任分擔論的背後，也再一次顯現對責任階段的質疑。就這點而言，Trute 認為：在「已知的責任類型學中」，私人的責任分擔概念被引入。而事實上，類型學中私人參與，乃始終以相同的方式存在：不論在類型的前後均一直存在，均作為補充的地位，只是表面上看不見而已⁷⁰。

所以 Wolfgang Hoffmann-Riem 在文章中提出「責任分擔作為現代國家的關鍵概念」的說法⁷¹，以「責任履行」、「擔保國家」和「承接（接收）責任」，正好每一類型在關於責任分擔的討論中服務，他自己也在若干年前在「責任階層」的標題下發展責任分擔。因 Schuppert 堅守的責任階層和責任分擔的差別，使得 Hoffmann-Riem 沒有理由略過。這也是符合事理（sachgerecht）的結果。Hoffmann-Riem 得以實現對三分配（Dreiteilung）的貫徹，即履行責任、擔保責任和廣泛的承接責任。Schuppert 也明確地接受「再度仔細考慮」和替換他之前緊接 Schmidt-Aßmann 所發展的責任階層模型⁷²。

Schuppert 對責任分擔的演化內容已經在 1998 年由 Trute 的責任階層模型所接收，接收的模型嚴格說來不再與發動者的現實的術語相應。1996 年德國公法教授協會第五十六屆會議的附隨論文中，Trute 想發表新概念來取代他最初的見解。其指出，公益得以透過國家調控與私人自主管制間不同的形式來成就，其乃描摹介於「國家履行」和「私人自主管制」光譜中之「單純公益導向的框架責

⁷⁰ J. H. Klement, a. a. O. (Fn. 66), S. 59.

⁷¹ W. Hoffmann-Riem, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff moderner Staatlichkeit, in: Kirchhof/Lehner/Raupach/Rodi (Hrsg.), Staat und Steuern. Festschrift für Klaus Vogel zum 70. Geburtstag, 2000, S. 47.

⁷² J. H. Klement, a. a. O. (Fn. 66), S. 59f.

任」。(而框架責任依德國民法所表明，也加入了擔保責任，擔保責任也可以在研究的範圍內看見)。對 Trute 來說，責任分化如同他晚些之見解：「其為主題化的空間，該空間變成核心—介於階層的行政責任和社會自我組織之間—在共同法規範框架下」。在國家自力履行和私人自主管制之範圍內，國家單純的公益取向框架責任的光譜中，刻劃的責任型態可類型化為：(1) 國家決定責任框架下之私人行動與決定、(2) 私人支配國家工具達成公益確保、(3) 私人任務履行時之國家擔保責任、(4) 國家針對社會自主管制所為的規制和監督、(5) 受國家推動的、影響的自我規制⁷³。

在責任分擔的架構裡，公益具體化的過程是開放的，屬於立法者的形成空間。Andreas Voßkuhle 的責任類型論就認為，可以藉由不同責任的概念，將公私部門具體化福祉的實現階段切割，並獲得一適合於不同公共任務的量尺⁷⁴。換言之，Voßkuhle 著手於「實行階段的公益具體化 (Verwirklichungsphasen arbeitsteiliger Gemeinwohlkonkretisierung)」，其憑藉著責任概念的協助去分配，所以按照這樣的陳述，使每一公共任務有合適的模式應對：「標準責任 (Maßstabsverantwortung)」、「準備責任 (Vorbereitungsverantwortung)」、「程序責任 (Verfahrensverantwortung)」、「執行責任 (Implementationsverantwortung)」、「監督責任 (Kontrollverantwortung)」、「實現責任 (Realisationsverantwortung)」與「結果責任 (Folgenverantwortung)」。這樣的處理可以讓人了解任務間的時間次序，但卻沒有標誌出在各別時間階段中，合作參與的程度究竟為何⁷⁵。

第二目 小結

⁷³ J. H. Klement, a. a. O. (Fn. 66), S. 61f.

⁷⁴ A. Voßkuhle, a. a. O. (Fn. 46), S. 69. 陳軍志，公私協力法制下之社會自主管制，國立政治大學碩士論文，2011年7月，頁110。

⁷⁵ A. Voßkuhle, a. a. O. (Fn. 46), S. 69ff.

責任分擔與責任階層兩項要素，乃作為多元的、分工的踐行公益的組織安排，且共同組成擔保國家構想的核心。首先責任階層的概念在實現國家目標的向度下，作為國家任務履行標示其強烈程度的符碼。如從行政領域裡行動者的觀點觀之，可以把行政責任分成三個類型，分別是履行責任、擔保責任和承接責任⁷⁶。責任分配則意謂著在國家、半國家和私人行動者間，以行動者的角度，以分工（*Arbeitsteilung*）和合作（*Kooperation*）的形式，提供公共任務履行的另一種行為模式⁷⁷。

困難之處在於，如將擔保國家比喻為一個履行公共任務之劇場，其成功與否則取決於責任的意義是否清晰和責任如何進行分配⁷⁸；吾人固然應該減少責任含義模糊帶來的危險，但更為重要的是從責任領域所為的劃分。申言之，國家、半國家及私人行動者間，於從事公益任務時之角色分配，乃為責任分擔要素之任務。需要注意的是，責任分擔並不導致國家得從任務履行中抽身，毋寧是一種「國家權力行使形式改變」，亦即轉而採取以「合作、社會自我管制及政策調控結合」之方式⁷⁹。此外，在擔保國家中，國家與私人，應如何扮演各自之角色，則是根據責任層級化要素而產生，亦即將國家之責任區分為履行責任、擔保責任及承接責任三個「責任層級」⁸⁰。

在此，吾人可以作一總結：責任分擔理念可以與以下認知作一連結：由基本法所建構之國家，為了履行應完成之任務，係與社會共同立於一整體責

⁷⁶ G. F. Schuppert, *Der Gewährleistungsstaat: zum Wandel der Staatlichkeit im Spiegel sich wandelnder Staatsbilder*, vorgänge Heft 2/2008, S. 19.

⁷⁷ G. F. Schuppert, a. a. O. (Fn. 76), S. 20.

⁷⁸ M. Knauff, a. a. O. (Fn. 44), S. 269.

⁷⁹ J. Ziekow 著，詹鎮榮譯，從德國憲法與行政法觀點論公私協力—挑戰與發展，月旦法學雜誌第 180 期，2010 年 5 月，頁 226。

⁸⁰ J. Ziekow 著，詹鎮榮譯，前揭文(註 79)，頁 226。

任。對此，吾人可稱為國家與人民之責任共同體⁸¹。責任分擔包括兩個面向：第一，國家、半國家及私人行動者間於執行公益任務時之分工；第二，為實現此等分工所建構之合作性組織⁸²。準此，責任分擔並非靜態地進行任務之單次性分配，毋寧是動態地協調因各種行為合理性所表徵出之角色⁸³。



⁸¹ J. Ziekow 著，詹鎮榮譯，前揭文(註 79)，頁 225。

⁸² W. Hoffmann-Riem, a. a. O. (Fn. 71), S.47ff.

⁸³ J. Ziekow 著，詹鎮榮譯，前揭文(註 79)，頁 226。

第三章 從合作國家到擔保國家

第一節 國家性的變遷

我們首先可以從履行責任和內涵漸廣之公共任務中，觀察到國家性的變遷（Wandel von Staatlichkeit）。換言之，國家將焦點集中於公共任務履行的擔保；此時國家首應在「控制」（Steuerung）的想法下，尋求其應扮演的角色，而非公共任務的提供（Erbringung）。國家角色的轉變於焉產生：從提供（providing）到使能夠（enabling）⁸⁴。國家不再負擔履行公共任務的責任，轉而負擔擔保的責任，兩者間以國家的監督（Gewährleistungsaufsicht）作為鍊結⁸⁵。

憲法中社會國原則的確立，賦予國家具有積極實現社會正義與社會安全的使命，其並需照顧種種人民生存所需，包括民生基本需求（如水、電、能源、交通等）以及強制性社會保險等之國家給付任務，因此我們可以說，「給付國家」的發展正是憲法社會國原則所標示的國家圖像。

國家若要能提供人民生存所需之各類給付，即必須成為有如私營企業般之給付主體，甚至必須進入市場中，以便利取得或提供生存需求，準此，國家也可能從事民生經濟活動，公營事業的肯認與發展正是一例。在此等發展潮流下，國家與社會兩者間之對立面日趨模糊，且社會對國家的依賴程度自然日益加深。與此同時，在國家大舉擴展其任務與「勢力範圍」之際，卻也產生國家負擔過重的情形，舉凡財力負荷日益吃緊，或是面對各種新興問題與周邊條件之需求時，原本習用的法令與行政手段也逐漸不敷所需。生活關係日趨複雜化的

⁸⁴ G. F. Schuupert, Zur notwendigen Neubestimmung der Staatsaufsicht im verantwortungsteilenden Verwaltungsstaat, in: ders. (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und "schlankem" Staat: Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor*, 1999, S. 313.

⁸⁵ G. F. Schuupert, a. a. O. (Fn. 84), S. 314.

結果，也影響了國家給付任務履行上的困難。並且，因為行政法的規範對象是國家與國民，因此，只要是涉及社會環境事實條件的變遷，或是憲法中國家觀的改變，行政法體系就會隨之變異。因此，因國家觀不同而導致行政任務變遷時，行政法總論即必須有相應的變革；明確指出此點，正是 E. Forsthoff 的貢獻⁸⁶。

在此一方興未艾的發展趨勢下，國家龐大的給付負擔固然得以逐步卸除，然而緊隨著的問題卻是：國家可以完全由原來的給付任務中全盤撤退嗎？原由國家承擔的給付任務可以完全委諸市場機制承接運作嗎？如果答案不是全是或全非，那麼究竟如何識別國家在不同的給付任務所應承擔的責任屬性的差異呢？

第二節 解除管制的呼聲

因過度沉重的國家任務負擔而形成財政危機以及對國家的過度要求，產生了「解除管制」與「民營化」的呼聲。解除管制主要在有利於市民的面向上，透過了權限集中、期限設定、程序民營化、程序加速條款、申請的協商等等手段，來限制行政的高權。在此同時包含了程序經濟（Verfahrensökonomie）的思考在內。解除管制的思考主要基於經濟市場對於不滿行政實務所造成的法律上反動。例如制定加速行政程序進行法即為明例。事實上，經濟市民的經濟自由中是應該包括「即時性的要求」。這樣的基本權要求因此可以導出課予國家積極解除管制的保護義務⁸⁷。

⁸⁶ 陳愛娥，行政行為形式－行政任務－行政調控－德國行政法總論改革的軌跡，月旦法學雜誌第 120 期，2005 年 5 月，頁 16。

⁸⁷ 程明修，前揭文（註 20），頁 241。

而在「風險社會 (Risikogesellschaft)⁸⁸」、「資訊社會 (Informationsgesellschaft)⁸⁹」、「預防國家 (Präventionsstaat)⁹⁰」、「合作國家 (Kooperativer Staat)」、「民營化」的議題上，因應行政現狀的轉變，帶動了傳統行政法總論改革的呼聲。在行政法改革範圍命題之下，一個一般性的問題是「手段議論 (Instrumentendiskussion)」與「非型式化之行政行為 (informales Verwaltungshandeln)」的關係。

近年來，行政的行為形式論深受「手段議論」的刺激。只是此議論的發端並非始於行政法學，毋寧是偏向實務或行政學上的問題。特別在涉及特定行政行為之效果條件與其動機結構上。在此意義之下，可以區分規制的與合意的行政行為、直接的與間接的行政行為、影響行動的與資訊提供的行政行為。依此，

⁸⁸ 風險社會，意指現代社會中存在一種不明朗的知識領域，例如科技或生態發展。關於這種特殊的領域的決定，往往是在經驗知識並不完全充足的前就得作成(例如預測成分多於具體認識)。傳統上使用的因果關聯與概觀預測上之法律規制手段對此已無法掌握。在此等領域中，其固有的生命力正拓展並力求掙脫國家之決定結構。其結果將使人民感覺到被交付這種無法支配的力量。只有當新的「風險議論(Risikodiskurses)」形式被發現時，風險社會的種種問題才得以得到解決。風險法律(Risikorecht)要求的是高度的柔軟性與應變能力。程明修，前揭文(註 20)，頁 241、242。

⁸⁹ 資訊社會描述現代社會特徵：社會中存在著廣泛而超過吾人可支配的資訊。新的資訊科技雖是幫助，但同時也是負擔。它不但改變了民間溝通結構，同時也導致市民與行政間關係的改變。因此，資訊的流通與資訊的選擇也成為一個法律上的重要課題。程明修，前揭文(註 20)，頁 242。

⁹⁰ 預防國家關心的重點並非藉由給付的提供劃分國家和私人的管轄範圍，其目的毋寧在於認識已經存在的危險，並且加以克服。對未知的風險而言，預防措施成為法律調控上應先處理的課題。預防國家的概念表現出國家的新任務與新的行為形式。除了危險防衛外，國家並負有「預防的責任(Vorsorgeverantwortung)」。申言之，傳統警察法上實質意義警察之任務，乃是涵蓋所有的危害防止(Gefahrenabwehr)與滋擾排除(Störungsbeseitigung)，但是隨著危害態樣的多樣化與具體化程度，今日警察任務的目標設定，甚至有可能從危害防止提升至危害預防(Gefahrenvorsorge)，甚至風險預防(Risikovorsorge)。法律已無法令人滿足地規定，國家該在哪一個危害果真發生的階段即時地介入。因此除了個別的措施之外，也有可能透過一些計畫方案完成預防的任務。預防的特色在於此一國家任務並不設有內在的界限。當危險排除之後，危險防衛之任務亦即終了；但是預防的行動卻是持續而永無時日的。法律不僅應規範應預防之任務範圍，同時也應規定預防之法律界限。*M. Knauff*, a.a.O. (Fn. 44), S. 70f.程明修，前揭文(註 19)，頁 280-281。

行政的法律行為形式問題中，可以觀察到許多不同於傳統理論的行政行為形式。而且其運用結果也大受歡迎。除了行為形式論的靜態觀察之外，行政手段更重視其效果關係（*Wirkungszusammenhang*）。申言之，除法律上的種種手段外，組織、人員、及財政也已明確地成為行政的規制因素。另外，市場、價格與公共性（*Öffentlichkeit*）也已被加入作為規制的手段。社會學的手段議論即成為法學理上行為形式論（*die rechtsdogmatische Rechtsformenlehre*）之最重要補充⁹¹。

第一款 民營化浪潮

自一九七零年代末期以來，行政法學上興起一股民營化風潮，打破了馬克斯·韋伯所描繪的圖象——一個囊括所有事務且皆由國家自己執行的國家圖像⁹²。以簡單的理解為：公領域的任務，逐漸走向私領域執行。更精確地言之，原屬於公領域範疇之任務，以不同形式由私人參與，毋寧可說是公私協力發展的前提⁹³。

推動民營化的目的在減輕行政在人力與財政上之負擔，交由民間依市場法則經營，並利用民間技術與管理能力。但是，民營化迄今仍無一精確的定義。民營化的類型依不同的分類方式可以得到不同的類型：如依民間參與履行行政任務的強度，可區分為實質民營化與功能民營化兩種類型。前者係最典型且民間參與程度最強之民營化類型。申言之，實質民營化下，特定行政任務的國家任務屬性不變，僅國家不再負責執行，轉由民間提供⁹⁴。而功能民營化則指，

⁹¹ 程明修，前揭文(註 20)，頁 243-244。

⁹² *I. F. J. Säcker*，謝榮堂譯，前揭文(註 63)，頁 8。

⁹³ 林佳和，公私協立在勞動法上的理論與實踐，月旦法學，第 176 期，2010 年 1 月，頁 198。

⁹⁴ 實質民營化有兩點值得注意：1. 實質民營化不會改變國家任務之屬性，國家對民間提供之給付，仍須負起一定之監督責任。2. 並非國家把任務「委託」或「移轉」給私人，而係私人有能力

某特定事物的履行，不僅國家任務的屬性不變，同時國家也並未放棄自身執行的責任，只是在執行時借重私人之力量來完成任務。此時國家與私人間存有委託或其他類似契約關係存在，一般稱為「委託外包」。早期常見於干涉行政領域，近年來則擴張到提供公共服務為目的之給付行政領域⁹⁵。

此外，民營化還可就私人參與履行行政任務之範圍區分為全民營化與部分民營化。析言之，全部或部分乃由行政任務的「量」做觀察。當然亦可從行政任務的「流程」作區分。以前文所提及之行政助手與專家參與為例，乃為典型之部分民營化。又例如我國目前盛行之 BOT，乃利用民間力量興建並營運公共設施，即屬部分民營化之類型⁹⁶。最後一種區分標準則是以民間參與執行是否出於自由意志而劃分：第一類是國家課予人民參與執行國家任務之義務。第二種則是國家並未強制，獲得私人同意而以契約方式將行政任務委託私人執行；或是單純開放，允許人民主動參與國家任務或與國家任務相當之業務。強迫性民營化之例子可舉傳統上屬於國家負責執行之廢棄物清運，但現今依廢棄物清理法第十條之一，經國家公告之具不易清除、不易腐化、含有害物質之成份，或具回收再利用價值之一般廢棄物，改由製造、輸入與販賣業者負責回收清除處理，國家僅保留監督之責任。自願性民營化則為例甚多，如開放民營電信者是⁹⁷。

第二款 公私協力行為之意義與類型

足以提供相同給付，國家轉而放棄自行給付，解除管制，改由私人參與經營。許宗力，前揭文(註 38)，頁 586。

⁹⁵ 詳言之，功能民營化尚可區分為民間扮演受行政指揮監督角色之行政助手、國家將某特定事務全權委託民間專家獨立執行，再依專家之決定以國家名義作成最後決定之專家參與，以及行政程序法第十六條所規範之行政委託。行政委託時，私人受託行使公權力，並以自己之名義執行，私人因此取得行政機關地位。許宗力，前揭文(註 38)，頁 587-589。

⁹⁶ 許宗力，前揭文(註 38)，頁 590。

⁹⁷ 許宗力，前揭文(註 38)，頁 592-593。

由於公私協力涉及私部門協助履行行政任務之問題，因此有必要與先前所提及之民營化概念作一區分。民營化概念的起源早於公私協力，泛指行政任務之執行主體由國家變更到私人之過程⁹⁸，並且，民營化一詞並非純屬法律專業用語，而係一公共行政與法律間共通的詞彙；反觀公私協力則不然，其在法律學門具有標誌擔保國家的特性：所謂擔保國家乃描述國家將執行公任務的責任由公部門轉移至私部門履行，而國家得以解除履行責任，僅負擔確保公益履行的擔保責任。吾人可謂公私協力一詞，係表彰國家角色改變的符碼⁹⁹。

儘管公私協力此種行為形式的確與民營化具有相同的優點：減少財政支出、利用私人專業、以及效率的考量，且均與民營化後面對相同的難題：國家與社會責任如何分配¹⁰⁰？但若以公私協力欲達成之目的角度觀之，則可以清楚辨別兩者之異同：公私協力更著重於公行政與私經濟合作時，應如何確保與私部門一同致力於公益實現的目標，由此並衍伸出行政契約法制上合作契約建置之相關討論，包含如何透過當事人合意來規範契約關係、如何尋找合作夥伴、如何達成長時間的合作關係與確保高品質的給付等等¹⁰¹。此外，民營化乃利用民間資源履行行政任務的現象，其泛指行政任務之執行主體由國家變更到私人之狀態。儘管公私協力與民營化就行政任務非由國家單獨履行之觀點而言，並

⁹⁸ 詹鎮榮，論民營化類型中之「公私協力」，月旦法學雜誌，第 102 期，2003 年 11 月，頁 11。

⁹⁹ I. F. J. Säcker，謝榮堂譯，前揭文(註 63)，頁 8。

¹⁰⁰ 民營化的結果是，國家不再自負執行責任，而是以適當之調控手段，擔負起確保私部門能確實實現公益之擔保責任。並且國家需在有危害目標完成之情形時，適時介入。陳愛娥，行政法學的方法－傳統行政法釋義學的續造，月旦法學教室，第 100 期，2011 年 2 月，頁 88。

¹⁰¹ 陳愛娥，BOT 投資契約的監督與審核－德國法制的啟發，政府審計季刊，第 29 卷第 3 期，2009 年 4 月，頁 29；陳愛娥，前揭文(註 100)，頁 88。

無二致，但是若欲強調國家與私人間之「合作狀態」，則須借助公私協力之概念¹⁰²。

在「合作的行政國家（Der kooperative Verwaltungsstaat）」中，公私協力是一種概括描述公部門與私部門為了能夠比較經濟地實現公共任務的一種合作夥伴關係。它可以涵蓋純粹以高權形式實現公共任務以及公共任務的完全民營化這兩種光譜間的所有型態。不過，至今對其仍欠缺完整的定義，德國法學者 Jan Ziekow 即表示，公私協力作為一操作概念，乃被描述為來自於公、私部門之行動者間所為之持續性，且具有壽命週期取向性的合作¹⁰³。我們只能大體理解它是公部門與私經濟力量在原本需由國家公部門提供的給付中，於計畫、營造、財務取得、營運與管理等不同階段上的合作¹⁰⁴。儘管無法精確定義公私協力行為，我們仍然可以舉出公私協力行為必備的特徵：公私協力行為扮演的乃是當公行政任務履行時，角色交織分配的功能。此時並非將私人納入國家預算體系，亦非將國家角色予以私營化。毋寧是藉由協力而各自獲取充分的公益實現與私益滿足¹⁰⁵。

公私協力的行為形式可說是一種社會與政治的操控，以及行政實現任務的特殊形式。公私協力的行為形式事實上已經是多年來國際上行政改革討論的中心課題。公私協力的行為形式的經驗最早應可回溯到美國 40 年代。它至少具有下列意義：其一、它是一種公部門的手與私部門成員的相互作用；其二、其焦點置重於互補目的之追求；其三、具有合作上的協力潛能

¹⁰² 詹鎮榮，前揭文(註 1)，頁 8。

¹⁰³ J. Ziekow, 公私協立在德國憲法與行政法上之挑戰與發展，詹鎮榮譯，「公私協力(PPP)法制」國際學術研討會，國立政治大學主辦，2009 年 5 月 14、15 日，頁 1。

¹⁰⁴ 程明修，前揭文(註 19)，頁 308。

¹⁰⁵ 程明修，前揭文(註 20)，頁 261。

(Synergiepotentiale)；其四、具有程序指引(Prozeßorientierung)的功能；其五、合作夥伴的責任與同一性保持不變；其六、合作關係是透過契約加以約定，這種「合作契約(Kooperationsverträgen)」雖然也有可能是私法契約，但通常是屬於行政契約的類型¹⁰⁶。

此外，公私協力行為形式的模型類型並非固定，Peter J. Tettinger 提出八種模型如次：1.營運領導者模型；2.營運者模型；3.營運委託模型；4.短期營運者模型；5.管理模型；6.諮商模型；7.發展模型；8.合作模型¹⁰⁷。由於本文所欲探討的主題乃 BOT 案件類型中，國家應負的擔保責任內涵為何，故舉上開八種公私協力類型之中，與此最相仿之營運者模型(das Betreibermodell)，加以簡單論述。所謂「營運者模型」乃營運者在遂行公行政任務的範圍內，首先須自己負責，但與行政主體合作時，提供對新設施的計畫營建或既存設施的整頓，並且營運者擁有營業權以及承擔經濟上之風險。在設施由私人第三人完成後，其日後營運可以由公行政主體再接收。此模型常見於高科技設施之使用，相對地有營建費用高昂之缺點¹⁰⁸。本文第五章所舉之我國案例，率皆屬於此種類型。

上開所列之八種公私協力模型，實屬於實務發展後，運用歸納統整後所得之模型，儘管能夠說明公私部門以合作的方式履行任務時，不同的合作密度，但仍不免欠缺一般客觀的標準，對於公私協力體系之建構恐尚有不足之處¹⁰⁹。我國學者則一般以公部門作為觀察出發點，將公私協力區分為行政機關基於行

¹⁰⁶ 程明修，前揭文(註 20)，頁 262。

¹⁰⁷ 詳細的介紹可參程明修，前揭文(註 20)，頁 263-265。相同論述另可參劉淑範，公私夥伴關係(PPP)於歐盟法制下發展之初探：兼論德國公私合營事業(組織型之公私夥伴關係)適用政府採購法之爭議，台大法學論叢，第 40 卷，第 2 期，2011 年 6 月，頁 526。

¹⁰⁸ 劉淑範，前揭文(註 107)，頁 526。

¹⁰⁹ 詹鎮榮，前揭文(註 98)，頁 14。

政契約授與私人行使公權力、行政助手、業務委託、公司合資事業之設立與經營、民間參與公共建設、以及受國家管制之社會自我管制等類型¹¹⁰。以下本文於第五章討論我國案例分析時，亦採用此種分類。

第三款 合作國家中國家與私人之責任分配

「合作國家」首由 Ernst-Hasso Ritter 提出，乃一種因應行政現狀改變而生的國家模型¹¹¹。就如同「法治國」所要表達的乃是一種國家圖像，合作國家可被理解為對國家活動的一種描述。經由此一模型，可從其主體、管制模式、法律理性、行政行為形式及國家任務等方面，來說明現代國家所面臨之課題、相應之國家活動及國家與社會關係之轉變：合作國家在主體的討論上，不再強調國家之中心地位，而是分散、多中心的任務實現結構；換句話說，任務的實現已由國家和私人共同為之。其管制模式不再拘泥於國家之高權或中心地位，而是考慮如何利用或搭配不同任務實現邏輯之「分散的脈絡管制」或「工具化之社會自我規制」；行政行為形式更從高權式的行政行為到合作式的行政行為，國家和私人以分工、合作的方式來履行公共任務¹¹²。

¹¹⁰ 詹鎮榮，行政合作法之建制與開展，收錄於行政契約之法理－各國行政法學發展方向，2009年7月，頁111。

¹¹¹ 合作國家如同福斯朵夫之生存照顧概念一樣，均引起學術界廣大的討論。合作國家的圖像乃經由國家和私人兩個緊密齧合元素來描繪；並且國家和私人兩者相互滲透、交疊。政治和行政扮演協調者和尋找解答的角色。合作國家為國家和私人合作執行職務一事承擔責任。合作國家裡的法律一方面因漸增的私人參與影響、限制了立法工作；另一方面，不同於法律上已經規定的行為型式而與非正式的行為形式有關，且可以以任務委託作為聯繫點加以描繪。合作國的法律並無明確的意義，間接的指示工具(Lenkungsmittel)為國家所慣用。申言之，合作國家的法律喪失其安排明確的行為指示的能力和執行餘地(Ausfüllungsspielräume)，總結來看，合作國家的法律上描述為：存在著雙方或多方的具協調性的軟法(„weichen”Rechts)，以代替法律完全的控制。M. Knauff, a.a.O.(Fn. 44), S. 72f.

¹¹² 張桐銳，行政法與合作國家，月旦法學雜誌第121期，2005年6月，頁30。

「合作國家」乃位於公行政任務「民營化」之議論脈絡下，就如同先前所提到的，公行政任務之遂行不但可由企業，同時也可由私人承擔。在「合作國家」中，國家機關與諸社會勢力間之距離已逐漸消弭，國家機關不再自己單方定義公共福祉與實現公共福祉，毋寧是透過社會上之團體與個人合作，共同實現公共利益。「合作國家」誠摯地要求「參與（Partizipation）」。因為，透過合作將可以激發出社會的資訊來源與潛能。只是合作雖有其正面評價，但仍有其缺點。舉例來說，國家、社會與個人間之距離乃是法治國與民主的價值，但合作有可能會導致此一距離消失、造成個人特權（Privilegierung）、官商勾結（Kollusion）甚至於腐化（Korruption）。因此，合作國家的規制優越性只有在此一必要的距離被維持或重新設定時方得受到保障。至於合作的型態與方式，其多樣性難以勝數。「非形式化之行政行為」因此而有其根據¹¹³。總言之，在合作國家中的管制模式亦從高權轉為合作的模式，且其中所表現出來的行政行為形式，乃合意式的行政行為，包括已形式化及尚未形式化的合意行為。且合作國家中的國家任務不再侷限於履行責任，而是有各種可能的責任型態，如建議責任、組織責任以及擔保責任等等。

承上述，吾人可以理解，合作國家乃依描述公部門與私人合作履行公益的國家模型，但二者間的責任分配，應如何處理，始為適當，誠為一重要的課題¹¹⁴。換句話說，民營化後，同時也造成國家與社會間責任板塊的移動，國家固然可以從自己的給付責任中解放；但是代之而承擔的通常是監督的責任，同時也有可能是保證的責任（Einstandsverantwortung）或組織化的責任（Organisationsverantwortung）。因此，毋寧謂行政法應發展出適當之形式。而

¹¹³ M. Knauff, a.a.O.(Fn. 44), S. 72f. 程明修，前揭文(註 20)，頁 244。

¹¹⁴ Knauff 就表示，合作國家討論的重點毋寧在於其內部不明確的責任分配問題和忽略民主原則、法治國原則的危險。M. Knauff, a.a.O.(Fn. 44), S. 73.

公法與私法在民營化領域中正處於緊密交錯的狀況。公法與私法同時也成為彼此互相「網羅」的法規範（gegenseitig nutzbare“*Auffangrechtsordnungen*”）¹¹⁵。

總言之，在合作國家中，行政與私人共同分擔，透過與私人之合作，以實現公益作為目的，在此等關係上，行政行為必須受到憲法規範的要求相對地被弱化。因此國家受到公益要求的拘束性以及私法自治的觀念便有模糊的趨勢。由於國家無可避免地利用私人專家遂行其公任務，想要保持國家的最後責任以及在行政最後決定上考慮行政的公益拘束性，事實上並不容易。可是即使如此，也不能因為知識以及資訊能力的不均衡，便要求行政只負擔形式決定上的責任，卻不負決定內容上的責任。在民主原則與法治國原則的折衝之下，國家與私人間監督法律關係（*das Überwachungsrechtsverhältnis*）的形成乃勢所難免¹¹⁶。

而在基本權的觀察中，因為合作國家的形成，最易發現責任與私法自治原則的模糊，以及因為合作關係致生私人或其他第三人基本權侵害時，對國家或私人歸責的困難。在基本權侵害的學理探討上，合作國家中人民的自由意思與國家的強制、行政行為的直接效果與間接效果大量地混合。因此除了古典的基本權侵害之外，為了防範國家「向間接的管制逃遁」，因此承認有目的性的間接、事實上侵害，以及行政的重大非目的性作用也與基本權相關¹¹⁷。但是在承

¹¹⁵ 程明修，前揭文(註 20)，頁 245。

¹¹⁶ 程明修，前揭文(註 20)，頁 246。

¹¹⁷ 簡言之，合作國家也造成國家和私人受到拘束：國家方面因法律上的限制和政治的責任而受到拘束；私人的合作參與者也有面臨「強迫的合作」的可能。因此為了防範國家以間接的行為侵害人民的權利，因此有必要認為：目的性的間接、事實上侵害，以及行政的重大非目的性作用均與基本權的侵害相關。M. Knauff, a. a. O. (Fn. 44), S. 73.

認基本權附隨效果的同時，也不能不考量國家決定前階段私人自由意思加入，卻將侵害僅歸責國家而擴張基本權保護效果所帶來的危機¹¹⁸。

總言之，合作國家僅是一種國家模型，不可能描述所有的國家活動，也不代表可以取代其他的國家模型，毋寧是說，試圖以合作國家的模型來表達人民與國家經由合作所形成的法律關係，特別是在所謂「多邊的法律關係」已非以行政行為形式為主軸的行政法學所能充分掌握，故對行政法律關係之研究可說是合作國家下所必要的「典範變遷」¹¹⁹。

第四款 行政合作法之倡議

行政合作法故名思義，可以很粗淺的理解為行政主體彼此間的相互合作¹²⁰。行政合作法也與國家和私人行動者間的責任分配有關，亦即，從合作的角度，由國家和私人的活動者共同進行任務的履行。此等合作的組織類型和行為形式，已廣泛的引起討論。因此，行政合作法的重點在於國家和私人一同以合作的方式進行任務之履行，準此，該法本質上應為國家和私人進行責任分配，以履行任務¹²¹。

以公私合作進行任務履行並非嶄新的想法，在致力於民營化的領域早已可見其蹤跡。簡單言之，行政合作法之發展重點並非在於國家撤退或是行政任務的委託，而是在於國家以觀察、控制、促進和規制，並且以制度化的形式來進

¹¹⁸ 程明修，前揭文(註 20)，頁 246-247。

¹¹⁹ 張桐銳，前揭文(註 32)，頁 578-580。

¹²⁰ H. Bauer, Zur notwendigen Entwicklung eines Verwaltungskooperationsrechts – Statement, in: Schuppert, Gunnar Folke (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat: Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor*, 1999, S. 251.

¹²¹ H. Bauer, a. a. O. (Fn. 120), S. 252.

行任務之履行。這樣的進程可以常用的口號來描述，諸如「從履行責任到擔保責任」或是「使得一個單純的補充責任（*Auffangverantwortung*）可以經由立法者和行政的規制來實現」，這正是民營化結果法（*Privatisierungsfolgenrechts*）所要處理的課題。準此，為合作的任務履行設置標準和進行具體內容的塑造，就有了特殊的意義¹²²。

第一目 行政合作法之任務及其特徵

觀諸行政合作法，首先映入眼簾的便是活動者的結構（*Konstitution der Akteure*），經由法律的預先規定，私人應對公共利益的實現負有責任。因為這樣活動者的結構所產生的問題是：在這樣的情況下，應該對私人活動者及其選擇做出如何的規範¹²³？

行政合作法的目的乃為了以合作的方式進行任務履行時，塑造法律框架。首先重要的工作是一如同行政法總論所重視的一其秩序理念（*Ordnungsidee*）和秩序框架（*Ordnungsrahmen*）為何？同時上述二者也提供了貢獻：以責任分配的方式進行任務履行，經由比較分析個別的合作領域裡的上下層調整（*Über- oder Unterregulierungen*）模式，抱持開放的態度，且可能以補正或者敦促的方式為之。如此，行政合作法最後可以藉由控制的方法，取得選擇之權利，來闡明公益的實現。公益的實現承擔起結算法律準備功能的角色，以及減輕行政任務之履行¹²⁴。準此，產生了兩個出發點¹²⁵：

¹²² *H. Bauer*, a. a. O. (Fn. 120), S. 253.

¹²³ *W. Weiß*, a. a. O. (Fn. 58), S. 1181.

¹²⁴ *H. Bauer*, a. a. O. (Fn. 120), S. 254.

¹²⁵ *H. Bauer*, a. a. O. (Fn. 120), S. 255f.

第一個是，責任分配下，立法者控制的開始（*gesetzgeberische Steuerungsansätze*）。蓋行政合作法的重點可以集中在立法者劃定的架構及對合作者所為的標準指示，因此責任分配中立法者所為的控制又被提及了。繼續延伸下去的重點乃是行政合作法的制度，從傳統上使用受委託人和行政助手到現代衝突工具（*Konfliktmittlern*）的干涉。

第二個是，為了公益實現，行政所為控制的開端。詳言之，前述所提及的立法控制，只是其中一個面向。從學理上來看，行政合作法的準備工作仍然不足，因為行政實務上只致力於因此出現的反應及適用的問題。行政和私人合作的成果常見於諸多民營化的領域，其一方面著手於標準的預先規定（*Vorgaben*）；另一方面經由被委託的活動者所為之自我規制，開始為了與秩序相合的任務提供而努力。

第二目 建構行政合作法之必要

本文在前面段落已述及行政合作法之來由，乃因合作概念本身即指涉行政與私人以分工、合作的方式履行公益的目標，其中如何進行國家與私人責任的分配部分，正與本文所要探討的擔保國家中借重私人力量履行公共任務時，必要的元素之一——責任分配不謀而合，因此特闡章節加以闡述。

德國目前面對新興的公私協力¹²⁶之行政型態，和處理法律上規範不足的現象，官方和學者已著手草擬行政合作法。申言之，在合作關係中，公部門的角

¹²⁶ 公私協力是一種概括描述公部門與私部門為了能夠比較經濟地實現公共任務而採取的一種合作夥伴關係。他的內涵可以涵蓋純粹以高權形式實現公共任務，以及公共任務完全交付私人執行(即所謂完全民營化)這兩種極端光譜間的所有其他型態。它不只可以是運用在典型的公共任務的履行，也可以使用於國庫行政領域。Hartmut Bauer 即認為，公私協力係公部門與私經濟一同協力完成原本應由國家提供的公共給付，諸如：計劃、生產、財務以及管理等事項。需要說明的是，即使將公共任務交由私人履行，僅代表風險的轉嫁，並不代表公部門得推卻責任。程明修，公私協力與行政合作法，興大法學第 7 期，2010 年 6 月，頁 74。

色為勞務給付的需求者，而私人作為透過契約方式合意之給付者。而且由於公私協力的型態多元，即便這種契約型態屬於公法契約，若依行政程序法上有關替代行政處分的和解契約以及雙務契約的簡略規定，以及尚須輔助民法規範（以及進一步討論準用的範圍）的情況來看，此些法律規定並無法充分地、完整地適用於今日盛行的公私協力。因此，為因應目前公私協力的合作行政型態，以及填補法律規範上的闕漏，德國乃嘗試將涉及不同專業法領域的規範素材，設法融入例如行政程序法的成文體系之中，使之成為一般性的條文，以提供行政作為行為形式（*Handlungsformen*）與行為基準（*Handlungsmaßstäben*）之用，此即目前德國官方與學界嘗試建構所為行政合作法（*Verwaltungskooperationsrecht*）的努力重心¹²⁷。德國學者並不斷開展公私夥伴關係之合作契約內容之討論，此外均一致指出原則上，應有法律作為依據與指引¹²⁸。

申言之，行政合作法之重心是，公私權力主體在責任分配的架構下，以共同合作的方式履行任務，這也是民營化饒富趣味且實務上最重要的部分¹²⁹。行政合作法的預期目標是，為各該公私合作的領域，以概括方式，進行法秩序的各別形塑，並且建構、分析及整頓之。據此目標，公行政與私人在契約上的相互合作，為行政合作法的核心領域。因此，行政合作法主要在處理公私夥伴關係的問題，在今日行政契約法與時俱進之時點，其作為建構現代、有功能的行政契約法學一事，乃當之無愧。

¹²⁷ 程明修，前揭文(註 126)，頁 74。

¹²⁸ 黃錦堂，行政任務民營化之研究－德國法的觀察與我國的省思，收錄於公法學與政治理論－吳庚大法官榮退論文集，元照，2004 年 10 月，頁 501。

¹²⁹ *H. Bauer* 著，李建良譯，*Neue Tendenzen des Verwaltungsrechts im Zeitalter der Privatisierung*，收於 2011 行政管制與行政爭訟學術研討會論文集，2011 年 11 月 19 日，頁 16。

Bauer 認為，由立法者以及行政的角度，來觀察行政合作法的法律時，可以得到以下兩種重要觀點：第一，法律上的規範層次。第二，契約的層次，於第二層次，契約當事人可以透過自我調控的途徑，自主地確定彼此間的權利義務，也就是決定相互之間何者為是¹³⁰。

深入言之，所謂法律上規範層次，顯示著立法者對於合作關係的內容多半不為終局性地規定，反而通常只規定目標，並臚列出在責任分配下，應如何進行任務履行之選項；或者以其他方式，為公私合作之法律關係設定相對嚴格的法律上指示。除此之外，立法者亦賦予參與者行動及決定的裁量空間。舉例來說，一般認為運用私人履行公共任務之時，若無法律明文授權，亦得為之，或謂立法者僅需規定，行政得「使用私人履行其義務」即可，此為立法者對於將任務移轉給私人，賦予相當大的空間的事例。立法者賦予私人廣大裁量空間的重要領域是民生供應及廢棄物清除以及污水處理。在此可以透過公私夥伴關係移轉予私人者，計有污水處理設施的計畫、整修、擴建、裝備、融資及長期營運等，不一而足。於實務上之看法，這種「移轉」意味的是：整個污水處理設施，包括下水道系統，以及其他所有的物力、人力等等，全數「移轉」到私人身上。不過，地方自治團體不能經由此種部分民營化而解除其處理污水的最後責任。因此，吾人可認為，對於契約之終結一事，將會產生高度複雜的契約形成問題。蓋地方自治團體必須確保幾乎在「分秒之間」毫無間斷的污水處理安全，從而必須能夠重新自己處理該項任務¹³¹。

第二種就是所謂契約的規範層次。在此規範層次，行政法學上的關注焦點毋寧被移轉到契約的形成，也就是「行政契約法上之契約形成法學」

¹³⁰ H. Bauer 著，前揭文(註 129)，頁 17。

¹³¹ H. Bauer 著，前揭文(註 129)，頁 17。

(*verwaltungsvertragliche Kautelarjurisprudenz*)。舉德國與民間 Toll Collect 公司所簽訂的卡車收費特許契約為例，其所成立的公私夥伴關係，可能是德國最大的公私夥伴關係，蓋其契約書即不下 1 萬 7 千頁。即使想將當事人間的所有法律關係以契約的方式悉數規定，還是無法避免目前發生在 Toll Collect 公司身上的爭訟案件。此外，即使是較不著名的公私夥伴關係上，契約的約款也常引起爭議。例如前述提及的污水處理，為確保地方的履行與擔保責任，在簽定契約時，有多種約款作成的可能性，例如強制性或任意性約款。這些約款可以使行政部門在重新自己處理事務保持「韁繩在手」，亦即仍然保有相當程度的操控能力。特別值得說明的是，有效的契約上收回權 (*vertragliche Rückholoptionen*) 是締約的基本內涵，這種約款可以使行政機關在與私人經營者議約時，仍保有自身的運作能力，例如約定 (非技術性意義之)「回歸條款」，包括人員、設施、配備、電子系統等¹³²。

至於行政合作法的落點為何，亦引發不少爭論。最後選擇置於行政程序法之中。此種選擇具有正當性，因為德國聯邦行政程序法自制定之始，即被視作是一部 (聯邦)「行政基本法 (*Grundgesetz der Verwaltung*)」來看待。同時，在行政程序法中亦非僅具程序規範，毋寧其仍有相當多的行政行為形式之規定存在其中。再加上公私協力的態樣大多依附在契約型態的基礎，因此建構行政合作法時，首先想到行政程序法上契約章節的修正，應該也是順理成章之事¹³³。

第三目 德國聯邦行政程序法之改革

前面述及諸多倡議行政合作法的緣由、立法必要及其特徵與希冀能達成的任務後，以下將介紹德國對行政合作法的修法芻議，包括休培特以及齊科夫所

¹³² H. Bauer, 前揭文(註 129), 頁 18-19。

¹³³ 程明修, 前揭文(註 126), 頁 75。

作成的鑑定意見書、2001 年行政程序法諮詢委員會作成之最終建議、2004 年作成的修正草案、及 2007 年北德 Schleswig-Holstein 邦制定之「公行政主體與私人合作法」（Gesetz über die Zusammenarbeit zwischen Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten，簡稱 Ö ffPrivZusG）¹³⁴。為使讀者能迅速了解，關於德國對行政程序法所為之修正或變動，以下將以圖表表示之。

時間	採取的行動	說明
1999	1.德國聯邦政府提出「現代化國家－現代化行政」的施政計畫，表明今後修正聯邦行政程序法規制公法契約之規定時，應將重心放在重新創設以公共任務之共同遂行作為目的而締結契約之條文上（即針對公私協力之法律規制）。	1.因為行政程序法中有關公法契約之規定主要還是適用在傳統型態的行政與私人合作型態上，但是對於所謂「積極國家 ¹³⁵ （der aktivierende Staat）」與「形成新的責任分攤（Gestaltung einer neuen Verantwortungsteilung）」意義下的新興合作型態，現有的條文規定容量已不足運用。因此有必要在行政程序法中針對合作關係的形成納入適當的契約類型與契約條款 ¹³⁶ 。

¹³⁴ 2007 年制定之「公行政主體與私人合作法」，已具備公私夥伴關係之基本形貌，並將組織型之公私夥伴關係納入。劉淑範，法律之秩序框架與契約之自我調控：擔保國家多層面規範結構之探析，收錄於「2012 行政管制與行政爭訟」學術研討會議論文集，2012 年 11 月 24 日，頁 6。

¹³⁵ 積極國家的觀點為，除強調國家與官僚體制的失靈，也將注意力放在國家調控的社會前提要件與限制。其認為，不只國家應該職司社會問題的解決，國家毋寧應該將問題交還社會，或者說，至少與市民社會的行動者共同協力。吾人可謂主動國家的目標是在設定綱領的同時，重新確定國家、市場與市民社會的關係。陳軍志，前揭文（註 74），頁 115。

¹³⁶ 程明修，前揭文（註 126），頁 76。

	2. 嗣後「行政程序法諮詢委員會」，主張現行行政程序法第五十四條以下有關行政契約的規定，因應行政與私人合作關係的快速與多元發展，有必要進一步修正調整。並委託 Schuppert 教授與 Ziekow 教授分別作成兩份鑑定意見書。	2. 參考兩份鑑定意見書後，聯邦內政部行政程序法諮詢委員會即向內政部提出最終建議，指出接下來應該進行條文修正之具體方向。
2004	行政程序法諮詢委員會也提出聯邦行政程序法公法契約條文之具體修正草案。	
2007	北德 Schleswig-Holstein 邦制定之「公行政主體與私人合作法」(ÖffPrivZusG)。	

第一項 SCHUPPERT 之鑑定意見書內容

Schuppert 教授建議能起草一部「行政合作法」，可以涵蓋所有重要的合作形式，而不限縮在極少被運用的公法契約之上。他更強調吾人實際上需要的是一部擷取責任分攤原則、擔保國家理念與合作原則作為重要核心之操控原則，並且原則上可以框限與涵納所有契約形式的行政合作法¹³⁷。

¹³⁷ 申言之，Schuppert 教授自認採取了一個折衷的方案，他一方面不極端要求建構一部「行政公司法 (Verwaltungsgesellschaftsrecht)」，以涵蓋行政所設置之公法性質公司 (Verwaltungsgesellschaft)、私法性質公司與合作公司。但是他另一方面也不想僅現代化既有公法性質之契約類型而供給其合作層面的設計。從而，Schuppert 教授選擇在「行政私法 (Verwaltungsprivatrecht)」的基本構想下擬具他的行政契約篇章。換言之，在公行政於履行其任務時借助私人之力，並與其建立合作協力關係之所有案例中，解讀公法上的擔保義務 (Ausbuchstabieren öffentlichrechtlicher Gewährleistungspflichten)，不多不少而恰如其份地符合在此所稱之行政合作法的意涵。程明修，前揭文(註 126)，頁 78。

如細深究 Schuppert 教授的鑑定意見書，可知其欲起草一部可以涵蓋所有合作形式的行政合作法。申言之，若欲回應新興的公私合作行為形式，欲於行政程序法中新增公私合作或協力契約之規定之時，則其適用領域應擴大範圍，不以公法上之合作或協力契約為限，毋寧亦應適用於純粹私法性質之合作契約上。蓋他認為，若是在既有的行政程序法的框架下，第五十四條以下的條文是在「公法契約（Öffentlich-rechtlicher Vertrag）」的章名下所設計之規範，因此，如果真要受限在這個框架下修改條文時，也僅能作一些枝末的調整，無法做完整細緻的整頓。因為第五十四條以下的條文，大多擷取於從屬契約模型的菁華（Geist des subordinationsrechtlichen Vertragsmodells），以致於看似只能作一二條文之增補，以保持現行規範結構的完整。但若如此，即使做了修正後，行政程序法的規範也僅能夠提供實務上態樣繁多之公私協例類型中的某一小部分之規制使用；因為如同吾人所知悉：極大多數的公私協力型態是以公司法的型態或以民法的契約型態呈現。因此 Schuppert 教授建議能起草一部可以涵蓋所有重要的合作形式之行政合作法。

Schuppert 所提出的鑑定意見，因其已不再維持現有框架，而採取大規模之調整，與下揭 Ziekow 之鑑定意見被稱為所謂「大解決方案（die sog. große Lösung）」，用以對照聯邦內政部「行政程序法諮詢委員會」所提出的「小解決方案（die sog. kleine Lösung）」。¹³⁸但自 2007 年北德 Schleswig-Holstein 邦制定之「公行政主體與私人合作法」後，習稱之「大解決方案」一詞由 2007 年制頒之新法取而代之；原本之「大解決方案」改為「中解決方案」¹³⁸。總言之，休培特教授的主要具體構想，乃是在目前行政程序法中，除了現有雙務契約與和解契約之規定外，另外明文規定第四章有關行政「與私人之合作（Zusammenarbeit mit Privaten）」，作為行政合作法的基本規範；同時不論它的行為屬性是公法或私

¹³⁸ 劉淑範，前揭文(註 134)，頁 6。

法，均有行政程序法之適用。至於原來第四章有關「公法契約」之規定則移至第五章¹³⁹。

第二項 ZIEKOW 之鑑定意見書內容

簡單言之，Ziekow 的鑑定意見為：在現有公法契約的條款外，另外加入有關行政與私人合作的一般規範。所以在行政程序法中增訂「公共任務履行的合作完成一章（第四章）。現行第五十四條有關「公法契約」的規定構造則保留。並且草案第六十二 a 條定義「合作契約」之內涵為何，解釋上涵蓋了包括公法與私法形式在內的合作契約¹⁴⁰。

Ziekow 所為之鑑定意見書，試圖將行動國家的理念（*Leitbild des aktivierenden Staates*）於行政程序法中，有計畫性地實現。申言之，其將重心放在行政程序法中行政合作關係之落實。同時其所為之鑑定意見書主要是著眼於「行政合作（公私協力）（*Verwaltungskooperation*）」之內涵，乃是公私部門為了共同履行公共任務而一起投入的行為理性。並且此類的合作，往往存在於公法與私法行為的交錯領域之中。儘管現行行政程序法有關契約章節之規定，是以公法契約所發展出的基準作為根據，但若其中果真只有一種被歸類為公法之行政合作形式之規範，必然會有所疏漏，無法切合實務，也無法符合行政合作法應有的功能作用。因此，其認為，若要在行政程序法中制定行政合作法，即不適合將行政合作法的適用領域作如此限縮。同時如吾人若言，考量到行政程序法是行政之行為法，對行政合作（公私協力）中的行政機關而言，重

¹³⁹ 程明修，前揭文(註 126)，頁 78。

¹⁴⁰ 程明修，前揭文(註 126)，頁 83-84。

點應在於：給予其行政程序法之規制，而不非去考量合作之法律關係被歸類為公法或私法才是¹⁴¹。

申言之，當行政合作契約屬公法性質時，則「另外」仍適用行政程序法第五十四條以下有關公法契約之規定；相對地，於合作契約屬私法性質之時，則另有民法規定之適用。所以行政合作法應該也僅具有補充之功能而已。

如前所述，由於行政合作法的重要構成元素乃國家和私人活動者，以責任分配的方式進行任務履行，因此 Ziekow 教授所擬之草案重要內容，也針對何謂「合作完成」、與私人合作態樣的容許形式、以及對合作契約加以定義。簡單介紹如下：

1.草案第五十三條 a，規範何謂「合作完成」：

規定「行政機關為履行其任務，得與自然人、私法人或不具權利能力之私法團體以及其他行政機關合作完成。」

2.草案第五十三條 b 第二項：新增私人合作態樣的容許形式。

包括行政處分、公法契約、行政合作契約以及其他不具法律拘束力合意以外的各種合作形式。現行法第五十四條有關公法契約的規定原則上保留。

3.草案第六十二條 a 第一項則將所謂「行政合作契約」加以定義。

「行政機關得於履行公共任務時，透過契約與私人為下列之合意（行政合作）而共同協力完成：（一）將公共任務的履行責任轉嫁於私人，行政機關則必須採取實際上履行任務的措施；（二）將從事公共任務的工作全部或部分移轉給私人，行政機關則保留任務履行的責任；（三）不以成立公私混合的私法

¹⁴¹ 程明修，前揭文(註 126)，頁 83。

人型態而與私人以夥伴的合作形式共同完成公共任務。若以締結合作契約進行的合作關係有本法第五十三條 a 與第五十三條 b 規定之適用。若以公法契約形式締結之行政合作契約則應另外適用本法第五十四條至第六十二條之規定。¹⁴²

總而言之，Ziekow 教授之鑑定書所提出之建議不同於 Schuppert 教授之鑑定意見書：其一方面調整了既有行政程序法中公法契約一章中的條文內容（第四章第二節），同時在新增第一節中草擬行政與私人協力之一般規定，新增第三節中規範特定之「行政合作契約」¹⁴³。

第三項 2001 年聯邦內政部行政程序法諮詢委員會之最終建議

於二份學者鑑定意見書出爐後，聯邦內政部行政程序法諮詢委員會接著也向內政部提出最終建議書，指出今後應進行條文修正之具體方向與內容。相較於學者鑑定意見書為大調整（即所謂大解決方案），最終建議書僅採取局部調整之「小解決方案」。行政程序法諮詢委員會認為大解決方案試圖在行政程序法中訂定詳細之規範以適用於所有行政之契約，而不論該契約是私法性質、公法性質、採購法性質或者公司法型態，仍持開放的態度。例如 Schuppert 教授即主張：在目前的雙務契約與和解契約外，在立法上明確地承認一種新的合作契約形式之基本規範。至於進一步針對合作契約，不論其法律性質可以規定公法上之各種要求，對此，鑑定書尚保持開放之態度。這種大規模的調整結果，諮詢委員會認為會產生幾種不力的後果：

1. 使得本法與採購法（Vergaberecht）之間的關係模糊不清

¹⁴² 程明修，前揭文（註 126），頁 84。

¹⁴³ 程明修，前揭文（註 126），頁 85。

舉例來說，特別是在採購法領域中，以私法或公司法型態所締結的契約中，就會產生無法明瞭國家以公法的單方手段介入契約的可能性究竟如何。

2.可能造成行政法院審判權及於私法契約的危險

觀諸草案過份詳細之規範，顯然有將行政程序法適用的領域蔓延擴大至行政機關的私法活動之上。這樣的結果，也可能產生將私法或公司法型態之行政上契約的司法審判權，由民事法院全面移至行政法院，造成行政法院審判權擴及於私法契約的危險，而這卻是目前司法審判體系中尚無法接受之事。

因此諮詢委員會最終決定放棄大刀闊斧的大解決方案，轉而採取維持現行法章節架構下，較為保守的小解決方案¹⁴⁴。

第四項 2004 年聯邦內政部行政程序法諮詢委員會修正草案

行政程序法諮詢委員會至二 00 四年又提出聯邦行政程序法有關公法契約規定之具體修正草案，但是仍維持二 00 一年最終建議中主張小解決方案的立場¹⁴⁵。其後於二 00 四年在慕尼黑召開聯邦與各邦行政程序法專門會議（Konferenz der Verfahrensrechtsreferenten des Bundes und der Länder），會中則在諮詢委員會草案的基礎上，提出了一份行政程序法修正的範例草案

¹⁴⁴ 程明修，前揭文(註 126)，頁 95-96。

¹⁴⁵ 時任諮詢委員會主席之前聯邦行政法院法官邦克教授(Heinz Joachim Bonk)於第九屆行政法會議演講時即指出，諮詢委員會雖主張在行政程序法中納入一種新的(第三種)一般性契約模式，並以「合作契約」名之(草案第五十六條 a)。但是仍無意如前揭兩份學術鑑定書意見一般，將行政程序法的規定擴及於私法或公司法領域，並為詳盡規範。因此諮詢委員會仍然維持行政程序法一開始的基本構想(限於規範公法領域之契約、公法行政行為之行使)，並且因為對於合作契約而言，吾人對於實務上僅具有相當有限的經驗，故僅在條文上建議作精簡、一般與靈活性的界定，並僅針對核心內容採取最低限度的實體規範模式。程明修，前揭文(註 126)，頁 99-100。

(Bund/Länder – Musterentwurf)¹⁴⁶。至於範例草案之內容，基本上仍維持了諮詢委員會於二 00 四年所提出的草案版本文字內容，主要的修正部分還是在於增加第五十四條第三項、插入第五十六條 a，以及修正第五十九條等條文¹⁴⁷。

第四目 國家擔保責任在行政合作法上之具體化

介紹完德國的行政合作法修法相關重大事件進程後，應該將焦點轉回本文所欲探討的核心：國家所應負的擔保責任的內涵以及具體型塑。以下便以此角度出發，觀察德國法目前所研擬的行政合作法內容中，相關的內容。其中，在德國研擬的條文中，已有擔保責任具體化的文字出現，誠值我國關注。

德國希望以行政程序法作為建構行政合作法的基本規範，為了妥善處理新興的公私合作關係，不管採取大解決方案或是小解決方案，至少在框架結構上必須具備以下的內容：一、規範公法性質或私法性質之合作契約¹⁴⁸。二、公私協力或合作契約之容許性。三、契約相對人之選任。四、第三人權利之保護。五、擔保責任之具體化。六、契約監督與爭議之委員會設置。七、行政合作契約之存續力。

¹⁴⁶ 但是截至目前為止，其間聯邦行政程序法雖已分別於二 00 六年(加速計畫程序)、二 00 八年與二 00 九年(歐盟勞務指令之轉換)經歷幾次修正，但是在修法順位上，因應歐盟發展的修法重要性一再強過契約章節之調整。至今，範例草案似乎也還沒有被採納為聯邦政府有關行政契約章節的修正草案。程明修，前揭文(註 126)，頁 102。

¹⁴⁷ 程明修，前揭文(註 126)，頁 99。

¹⁴⁸ 僅管草案採取將私法性質的合作契約排除於行政程序法之規範範圍外，但若希望建構一部能夠規範行政與私人締結協力或合作契約之行政合作法，僅以行政程序法自始就想規範公法行為的說詞作為理由，無法令人完全信服。因為，將公私合作之契約，進一步判定為公法或私法性質之合作契約的區別實益，依學者之見解，似乎也僅剩下據此而區分不同之救濟管道之意義而已。因此吾人可以說，對於某一些契約形式的特殊規範要求，應該是取決於適用各論領域的特殊性，而非僅取決於公私法之法律形式。因此在建構行政合作法體系時，完全捨棄私法性質之合作契約究竟是否恰當，仍有疑問，應該在行政程序法之定位與立法技術做更深層的思考。程明修，前揭文(註 126)，頁 104-105。

由於本文擬在處理德國擔保責任之相關議題，故其他行政合作法上之重要議題，在此不擬深論，而僅就擔保責任之具體化部份，加以詳述。在公私協力或行政合作型態之運用時，涉及國家責任之減輕以及責任之分擔或共同承擔。換句話說，私人於參與合作關係後，原本由行政單獨履行之公共任務，即改由私人全部或與行政共同承擔履行之責任。而行政在此範圍內，免除或減輕其原先應承擔之履行責任。但如同先前所提及的重要概念：這種履行責任之移動，並不代表行政可以全面地卸除有關公共任務之所有責任，毋寧是說，行政轉而應該承擔另一項擔保責任（Gewährleistungsverantwortung）¹⁴⁹或承接責任（Auffangverantwortung）。簡單言之，前者是指國家仍應於私人履行公共任務時，擔保私人履行公共任務之合法性與合乎公益，尤其是應該積極促進此一目的之實現。其往往透過監督、管制、補助與調整等具有影響力之手段為之。至於後者，則僅具有備位性，如同候補球員的地位，於私人履行公共任務發生重大瑕疵或營運困境，以致於有損害公益之結果時，才輪到國家上場，此時此項潛在的國家責任始浮出檯面¹⁵⁰。

在行政合作法的建置上，如何將國家之擔保責任或承接責任具體化，也是極重要的思考。以下本文擬就「影響力之確保」條文、責任分配表的建制，以及承接責任的安排三部分，加以論述。

1. 影響力確保（Einflußsicherung）條文

¹⁴⁹ 公共任務由私人參與履行後，國家之所以仍應承擔擔保責任，主要還是基於憲法上之基本權保護義務要求。由於私人參與公共任務之履行後，國家與人民之間的雙邊基本權關係，便改變成國家、公共任務而提供給付之私人與受領給付之私人間的三邊基本權關係。國家在提供給付之私人與受領給付之私人間，必須以保護基本權作為目的，影響私人間的法律關係，以一個基本權的保證人(Garant der Grundrechte)角色登場。關於基本權保護義務要求部分，本文擬於其後第三節加以討論。程明修，前揭文(註 126)，頁 122-123。

¹⁵⁰ 程明修，前揭文(註 126)，頁 123。

此乃 Schuppert 教授所提出，故名思義，條文內容即是在國家應擔負擔保責任的前提下，確保行政機關在履行任務的方式上保有影響力。詳細言之，在 Schuppert 教授的建議草案第五十六條即設計有關「影響力之確保」之條文。其第一項規定，行政機關締結合作契約時，於契約中應以適當之方法確保行政機關在履行任務的方式上保有充分之影響力。另外，第二項、第三項規定同樣基於擔保責任而賦予行政於合作關係中之影響力。若合作關係為公司法的形式時，應透過公司契約、章程或其他方法，確保行政機關在公司之監事會或其他類似之監督機關中擁有適當之影響力。對於其個別之監督機關所提出公司業務執行報告，不僅應包括業務執行之經濟性（Wirtschaftlichkeit），同時也應該包括公共任務履行之方式與方法。若私法上或公法上之合作關係不具有公司法之性質時，於契約中應規定行政機關擁有充分之資訊權（Informationsrechte），使之得運用其充分之影響力¹⁵¹。

2. 責任分配的細部規定

因為在公私合作的關係中，責任分配也占有舉足輕重的地位。關此，Ziekow 教授的鑑定草案也對責任分配的部分提出了修正見解。其建議行政機關於締結行政合作契約前必須提出責任分配表，其中應評估行政機關在與私人合作夥伴之關係中，對於公共任務之履行應承擔之責任。此評價應及於行政合作契約應以何種方式建構，而使行政機關踐履其責任。此外，合作契約應約定「處理或交換那些達成合作目標或改善合作關係具重要性資訊之義務」，並應「確定行政機關對於私人之資訊權、監督權與指令權」，其中包括向私人請求所有對於履行公共任務時必要資訊之權力；進入與監視私人空間、土地、設施或設備，以

¹⁵¹ 程明修，前揭文(註 126)，頁 123-124。

及實施其他監督措施之權利；或針對公共任務之履行而向私人或由該私人配制之人員下達指令之權利。

3.國家之承接責任

至於國家之承接責任於兩位教授之建議草案中均有安排。

(1) Schuppert 教授鑑定草案

第五十六條第四項規定，若以第三項之契約方式委託非國家之主體或私人履行公共任務時，該非國家之主體或私人應自我負責地執行之。若被委託之任務經第五十八條第三項之爭議調解委員會（Schiedsstelle）確認無法符合規定履行時，行政機關得要求回復該任務之委託（Rückübertragung）。

(2) Ziekow 教授建議草案也有類似之設計。

他建議的草案第六十二條 c 第一項第六款。其規定，合作契約應強制約定，於行政合作下，若私人無法履行任務時，行政機關自為履行或再委託其他第三人之權利。其次在第六十二條 d 第一項第五款中規定，合作契約得合意約定有關行政合作契約之調整或終止，以及有關契約結束時之權利與義務內容，包括行政機關以對價補償而承接私人為了履行公共任務之必要人力與物力之權利，或自己提供私人至今已提供給付之後的給付，或使第三人提供之權利¹⁵²。

第三節 擔保國家之深拓

第一款 擔保國家乃國家角色變化下所提出的國家模型

¹⁵² 程明修，前揭文(註 126)，頁 124-125。

擔保國家的產生，毋寧標誌著國家模型的轉變。申言之，早期國家的角色乃是「夜警國家」，國家責任在消極保護人民不受他人干預與侵害；嗣後國家角色又進入「福利國家」，此時國家不以消極保護人民不受侵害為已足，更須進一步地為人民「謀最大福利」，換言之，一切有關人民之生存照顧，均由國家承擔¹⁵³。但現代國家，過多的公共任務，又囿於人力、經費之限制，實無法親自提供予人民給付，且現代社會已有財務和專業能力來承擔原本由國家執行的公共任務，故此時，履行公共任務的角色已可由社會負責¹⁵⁴。這樣的轉變毋寧意謂著：國家不必要也不應該自行實踐該任務；其應該負擔的工作是確保該任務被執行¹⁵⁵。在國家的任務從親自履行原來的公共任務，轉變為確保其被執行，當此同時，執行該公共任務之責任則由私人為之¹⁵⁶。須注意的是，如同本文之前一再強調的，這樣的轉變並非指國家從公益責任中撤退，而係僅涉及任務執行方式的變動¹⁵⁷。另外，附帶一提的是，受到歐盟快速整合之影響，歐盟基本權利憲章第 41 條明文規定人民有「好行政請求權」（*Recht auf gute Verwaltung*），所謂好行政請求權的內涵包括行政能充分履行其法定公共任務，故「好行政請求權」的成文化或入憲化，能與擔保國家的概念相銜接，亦助長了擔保國家概念之具體成型¹⁵⁸。

¹⁵³ 林明鏘，前揭文(註 2)，頁 579。

¹⁵⁴ 林明鏘，前揭文(註 2)，頁 580-581。

¹⁵⁵ C. Reichard, Das Konzept des Gewährleistungsstaates, Referat auf der Jahrtagung 2003 des Wissenschaftlichen Beirats der GÖ V, S. 1.轉引自胡博硯，自由化的電信市場中國家所應該扮演的角色－以德國為例，致理法學，第三期，2008 年 3 月，頁 41。

¹⁵⁶ 胡博硯，前揭文(註 155)，頁 41。

¹⁵⁷ G. F. Schuppert, Der Gewährleistungsstaat-modisches Label oder Leitbild sich wandelnder Staatlichkeit, in: ders.(Hrsg.), Der Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfungsstand, 1. Aufl., 2005, S. 15.

¹⁵⁸ 林明鏘，前揭文(註 2)，頁 581。

準此，國家在擔保國家的概念下，最重要的任務並非由自己去履行公共任務，而是由私人擔任履行公共任務的角色；國家在此同時，須負起確保私人履行公共任務時，其提供給付之「機會」及「地位」，以確保公益的實現¹⁵⁹。綜合言之，擔保國家之概念係指私人參與公共任務履行時，國家對公共任務之確實完成，所應負擔之保證責任。

第一目 擔保國家的特色—介於最小國家和最大國家

擔保國家乃是從社會福利國家到限縮至承擔核心任務的新自由主義國家，也就是國家角色之極大化到最小國家、簡樸國家的轉移。此概念毋寧是開放的：是否「擔保國家」的意圖應該視為國家繼續與市民立於相對的地位。明顯可見的是，國家參與（Staatsanteil）在合作完成任務時，不是簡單地透過減法方法可以被確定。擔保國家的重點毋寧在思想的管制上，在靜態的區別裡，私人提供給付會更強調公益要求，公益要求乃在「特有的」責任和擔當主體中被實踐。社會國原則在擔保國家具體鑄造的形象中扮演了強化的角色，此外也特別強調國家為了集體公益所負的責任。

雖然擔保責任此觀念的使用也被清楚、自然地牽引至：國家必須對「實質私人」要求公益之實踐。但是，私人的行為沒有國家的給付是不夠的。但是一如同所批評的—擔保國家乃一個假設，其面對廣大豐富的全球化和社會的新地位，經由「網路自治的系統」，不再由國家做總結（zusammenfassen）矣¹⁶⁰。

¹⁵⁹ C. Franzius, Der Gewährleistungsstaat: ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat? Der Staat 42 (2003), S. 494.

¹⁶⁰ C. Franzius, a. a. O. (Fn. 159), S. 495ff.

總言之，擔保國家乃是介於「最小國家」—即自由主義下所認「最好的國家就是最小的國家」，與提供人民最大的生存照顧之「最大國家」間，中間的折衷國家角色類型¹⁶¹。

第二目 擔保一詞在德國基本法上之考察

Weiß 透過相對於國家自己提供給付之理解和擔保概念之探求，其表示在基本法中並無「擔保責任」或「執行責任」之用語，但是「擔保」一詞卻在基本法中不同地方多次出現。申言之，在基本權的相關規定中，總計在德國基本法上出現十八次¹⁶²。申言之，基本法並沒有「擔保國家」或「擔保行政」之用語，甚至對於「擔保」之詞都沒有加以解釋其意義¹⁶³，只是不斷宣示國家應該「擔保」人民的種種基本權利¹⁶⁴。

自由—如同宗教自由（基本法第四條第二項）或是廣播自由（基本法第五條第一項第二款）—被擔保。這裡人們可以說，「擔保」首先是意義上的擔保功能，也就是優先權（*Vorhandenes*）在其存續中是被擔保的。當然在學院擔保的框架裡的概念看來—財產自由（基本法第十四條第一項第一款）—從表現中帶來了較強的組織需要性。從國家的立場，給付以規制為自由的擔保之先決條件。另一方面其他的理解表示，擔保的意義接近憲法的基礎建設任務範圍。從全面保護照料的擔保以生存照顧的方式，我們談論的是，認為此在規定裡同樣是擔保（*Sicherstellung*）。這些從擔保（*Gewährleistung*）的理解做為「保證」

¹⁶¹ C. Franzius, a. a. O. (Fn. 159), S. 495.

¹⁶² 例如(例如基本法第 4 條第 2 項、第 5 條第 1 項、第 7 條第 4 項第 1 句、第 9 條第 3 項、第 13 條第 6 項第 3 句、第 14 條第 1 項第 1 句、第 16a 條等)，Vgl. C. Franzius, a. a. O. (Fn. 159), S. 496.

¹⁶³ C. Franzius, (Fn. 159), S. 496.

¹⁶⁴ 林明鏘，前揭文(註 2)，頁 582。

(*Sicherstellung*)，至少概念的應用可在基本法第八十七條第一項看到—近來對標準的「擔保國家」的關鍵規範 (*Schlüsselnorm*) 也增加了。然後聯邦的「擔保」在郵政的範疇和對電信完整、適當的保護以及足夠的生存照顧。協商對 1994 年基本法的改革，有根據地被吸收於基本法中郵政民營化的規定，應該被認為是擔保 (*Gewährleistung*) 而非其他作為保證 (*Sicherstellung*)¹⁶⁵。

第三目 擔保國家之經緯—責任分配與責任階層

第一項 責任分配的國家

一、概述

如前所述，擔保國家之思惟基礎建立在國家責任理論對國家任務之詮釋。此種詮釋運用責任概念，探求國家相對於私人之責任範圍與類型。是以，擔保國家責任的確定，其實透過兩步驟來運作：責任分配 (*Verantwortungsteilung*)，以及責任階層 (*Verantwortungsstufung*)。責任分配與責任階層均屬擔保國家運作時之關鍵概念，並作為擔保國家之運作腳本。簡單的說，擔保國家就是一個整合國家與社會，並在兩者間作責任分配的國家。

Trute 曾謂，調整國家和社會間關係與重新界定角色，是社會學、行政學和法學共同關注的領域。責任概念不僅是跨學門間討論此一共同領域的中介概念，而且可進一步運用「責任分配」的概念。蓋並非所有公共利益均必須由國家來實現，乃社會學、行政學與法學上之共同理解。且若由國家對社會的責任來看，得由民間部門承擔對公共利益的責任，但同時國家承擔不同責任。但要注意的是，在此並非抹滅國家和私人間原有的公、私二元區分的基礎，毋寧是站在兩個特性與功能差異之基礎來達成公益目的，並有效利用國家和私人彼此不同約束、行為取向與理性。是故，責任分配顯示出國家和私人間對公益有實現

¹⁶⁵ C. Franzius, a. a. O. (Fn. 159), S. 496.

的共同責任，並將私人納入，強調國家和私人各自責任分配後的角色和責任，進一步透過責任階層區分，來顯示國家不同責任下之任務、功能、行為方式與標準¹⁶⁶。

二、責任分配對國家角色的促進功能

在責任分配的運用下，不僅界定國家與私人之角色，且須整合二者。據此，國家尤應扮演積極之角色。Ziekow 認為，責任分配乃指涉在履行公益性質之任務時，介於國家與私人行動者間所為之角色分配。此並不會導致國家退居任務執行之外，毋寧其為一種「國家權力行使之形式變遷」。變遷之形式則為「合作、社會自我管制與政治調控之組合」¹⁶⁷。

質言之，擔保國家以責任分配之思惟運作，表現出國家和私人間關係的重新理解與界定，此外，除了私人承擔公共任務之展現外，責任分配概念對於國家角色尚有兩層面意涵：一方面，強調國家單獨承擔保護其國民的自由、財產與安全之義務；而另一方面，在某種相當程度的領域中，且屬公共任務的性質者，不一定要由國家親自執行，但絕對由國家擔保該任務之達成。換言之，責任在此作為一個基本概念：國家責任具有擔保和保障社會及個人自主決定的開展之意涵。準此，方能使此種國家與私人間合作執行公共任務的內在連結正當化。

是故，國家和私人間運用責任分配並強調國家責任，正蘊含著國家承擔一定之任務功能，應積極調控與管理；同時，可以進一步具體化成為公行政部門之行政責任，意指公行政機關有一定權限和考量空間來作成行政決定，但應依法律和政策目的之考量並負其責任。基此，責任分配是國家和私人間為達成共

¹⁶⁶ 許登科，前揭文(註 57)，頁 78-79。

¹⁶⁷ J. Ziekow 著，詹鎮榮譯，前揭文(註 103)，頁 3。

同目的下之分工合作，故非國家撤退，只是國家權力行使應轉換方式，一方面既用高權又講求合作；另一方面則是動態地依據不同主體條件、個案任務特性與需求等因素，將國家與私人整合起來¹⁶⁸。

第二項 責任階層作為運作腳本

如前所述，擔保國家透過國家責任以詮釋國家任務與正當化國家權力之行使。此時，運用責任理論所蘊含之「責任分配」與「責任階層」：除了以責任分配作為擔保國家之運作腳本以外，同時以不同責任類型來詮釋國家之角色、任務與功能，並藉以表現國家權力行使之正當化。此等概念便稱之為「責任階層」¹⁶⁹。

責任階層之建立與功能，主要有兩方面：第一，在特定事務領域，為實現公共目的，如同規範密度與審查密度之想法，以不同國家責任來表現不同國家任務之方式與密度；第二，為了描述國家和社會間在特定任務領域可能進行之任務分配。責任階層模式將國家責任以階層化方式類型化為執行責任、監督責任、財務責任、組織責任、程序責任、諮詢責任與介入截堵責任等不同類型，而構成一個整體關聯之責任結構。亦即，責任階層探求國家承擔不同任務的密度、可能性或者提供的程度，且進一步依據不同個別主體相互間在特定事務領域進行的合作與分工執行公共任務的情形，做調整或分配。也就是說，公共利益之實現，不必均由國家自己為之。因此吾人可以將責任階層之功能看作是在特定政策、特定事務的任務執行，具體地界定和分配各個角色，以俾於公共任務之達成或公共目的之實現¹⁷⁰。據此，國家有承擔不同責任類型（分階）之必

¹⁶⁸ 許登科，前揭文(註 57)，頁 80-81。

¹⁶⁹ 許登科，前揭文(註 57)，頁 82。

¹⁷⁰ 然而須注意的是，所有國家行為均應具備正當化理由，行政對於公共福祉所負之責任乃第一線，而私人在承擔公共任務時也享有其基本法保障之自由，而非負有公共義務；對私人而言，公私責任分配下之責任必須透過契約或法律規定才能移轉到私人，而且是居於第二線地位。E. Schmidt-Aßmann 著，孫迺翊譯，前揭文(註 31)，頁 190。

要，並依個案以及個別主體相互間之所需與分配結果，具體確定國家任務之程度與方式¹⁷¹。

第四目 擔保國家之核心概念－國家擔保責任

如同前述所提及的，國家擔保責任於公共任務交由私人履行時，並非意謂著國家可從國家任務的領域中撤退，此時國家的責任以一種擔保的姿態出現，但並非指任何人均可以被強迫放棄自由的需求，即使是國家的法律也沒有機會去迫使人民。國家的擔保責任旨在為了個人和公益的保護，對社會自我規制的領域的照顧。在此，吾人可以見到國家繼續地在預先規定的規定裡引導著行動的私人（以規制或是監督的手段）；或是國家繼續地提供給付（例如社會法的領域）；此外也可以從現存的領域中見到國家的履行責任。以下特別提出的是三個針對擔保國家而刻畫的責任的範圍：備置責任、接收責任和剷除責任¹⁷²。

申言之，國家擔保責任可以細分成兩種主要之次類型，即管制與監督責任。如同吾人所理解的，監督係指傳統之國家控制手段，例如事前許可或報備；管制則屬新型態國家任務高權性質，當然，其內涵不只包括提供框架責任（*Ramensverantwortung*），而且同時包含對私人行為之審查、建議、諮詢、觀察、促進以及出資或經濟上之支助等等措施¹⁷³。

一、備置責任

國家的備置責任最屬重要。申言之，法律的備置功能與責任有關，也就是說，為了要社會解決問題，國家需要一套合適的法律架構、行為形式、衝突解

¹⁷¹ 許登科，前揭文(註 57)，頁 83。

¹⁷² *W. Hoffmann-Riem, Das Recht des Gewährleistungsstaates, in: Schuppert (Hrsg.), Der Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfstand, 2005, S. 95.*

¹⁷³ 許登科，前揭文(註 57)，頁 87。

決之道。若細部分析備置功能的內涵，計有 1.法律的架構。2.在特定規範裡的內部行為拘束（例如：程序法）。3.針對特定類型創造需要的組織（例如：公司、合作社）。4.為了合法行為而選擇不同路徑（例如：以繳納租金的形式獲得物之使用）。5.說明行為容許的界限（例如：限制有害環境的物質發射）。其中，最重要的部分即是創造一套能夠促進公益的架構。此種架構關懷的是一種前端的擔保公益的模式。此種現存且具有功能的關懷在社會自我規制中，是可以被信賴的。換句話說，備置功能是一種受到現今趨勢影響而生的精細創作，提供了行為選擇的可能性。此種功能也描繪了擔保國家也是一種主動國家的輪廓。總言之，為擔保公共任務之遂行，國家應備置適合的法律框架外，也包含正當程序、組織以及行為形式¹⁷⁴。

二、接收責任

接收責任在國家關於擔保責任的計畫中是屬於補充的地位。此種責任可以以國家的「保留功能」（Reservefunktion）作為理解。詳言之，雖然國家擔保責任係針對私人執行任務，所提供之框架與標準，並由國家監督，但此並無法完全確保私人可以順利且無困難地完成任務。因此，以下介紹的接收責任與剷除責任，是兩個在擔保國家中具補充性質的責任面向。對於擔保責任而言，此兩種責任雖係備位責任，亦屬必要。

所謂接收責任，係指針對私人重大經營不善或缺失，國家有加以糾正甚至取代等補充性之行為責任。接收責任之要求，在於私人自我運作或控管嚴重失靈之狀況產生時，國家依預先設定好的規範，跳進活動的場域，取代私人之經營地位或中止其營運。這裡所涉及的乃是國家之「板凳功能」。Schuppert 便舉足球比賽為例，只要比賽進行順利，國家就一直坐在板凳區。但如發生球迷暴動

¹⁷⁴ W. Hoffmann-Riem, a. a. O.(Fn. 172), S. 96.

等與公眾相關的失控狀況時，國家就進場加以控制和干預，這就是國家接收責任之表現。準此，接收責任在法律上和實際上具有反覆出現的可能性，因此也是不能放棄的，因為即使符合期望的公益目標可以由自我規制來達成，但是國家仍有此等補充責任。並且，接收之管制乃屬秩序法之一環，不需私人之同意。例如在環境法的領域，由於深受任務履行方式的改變：約有百分之八十的法律屬於秩序法的領域。國家自我履行的撤退也是可能的—當然缺乏撤退選擇權實在不能稱作是成功。總而言之，法律上和實務上進行接收管制，仍屬必要之機制。蓋有此種規定，方能給提供給付之私人壓力，以促使私人自制地遵守規定並實現公益¹⁷⁵。

三、剷除責任

接下來，另一個應予注意之類型責任，稱為剷除責任（*Abfederungsverantwortung*）。這也是一種補充性的責任，國家所負責的是，當私人行為，特別是在經濟領域未能達成符合期望的成果，而私人又未能做出適當相應的反應時，由國家進行補救的責任。如以足球術語來比擬，可將國家看作足球比賽場上之急救員（*Sanitäter*），因此國家自己不參加比賽，但若有球員受傷時，在不影響比賽之進行下對受傷球員為治療或醫護行為。如此，方可使比賽順利進行下去¹⁷⁶。

第二款 擔保國家與合作國家之區分

本文曾於第三節第一款介紹過，擔保國家出現於九十年代中後期，為一因應國家角色變化後所產生的國家模型，由於國家任務負擔過重，此時不再由國

¹⁷⁵ *W. Hoffmann-Riem, a. a. O. (Fn. 172), S. 97.*

¹⁷⁶ *W. Hoffmann-Riem, a. a. O. (Fn. 172), S. 97-98.*

家獨自履行，而係轉由私人活動者提供服務，國家此時則退居二線，負起擔保該任務被執行之責¹⁷⁷。擔保國家中有一項很重要的關鍵概念，就是國家和私人進行責任分配，共同負起確保公益被履行之責。關於此點，則與前述之合作國家中，行政與私人共同分擔，透過與私人之合作，以實現公益作為目的，並無不同。

如從公共任務的執行的角度來說，國家不再獨占其執行的權限。國家一方面可自行實現公共任務，一方面亦可透過市場機制、公益團體或個人為之，而決定由誰執行公共任務的最重要依據在於「效率」¹⁷⁸。這樣的改變，不僅發生在德國或歐洲大陸上，毋寧是一個始於英美國家的全球趨勢¹⁷⁹。準此，公共任務的執行可由國家親自為之，或是由私人執行之，此種合作的態樣，毋寧係前述的「合作國家」模型的展現。若如此，合作國家之概念毋寧可謂被擔保國家的概念所包含，那麼接下來的問題便是：擔保國家與合作國家兩者間又有何區別呢？

申言之，兩者之關係與區別，並不容易說明。蓋合作國家之基本思惟與原則，例如責任分配與責任階層，與擔保國家之論述可說是一致的。但若進一步比較兩者之概念與立論，仍可發現其不同之處，蓋合作國家之「合作」概念用語，並不能看出國家與社會角色關係，以及國家何時、如何與社會部門以合作方式及其責任。也就是說，「合作」是個待具體化的概念。或者更適切地說，只能說是國家與社會為公共任務之承辦而形成之制度。此一制度，以不同責任類

¹⁷⁷ C. Franzius, a. a. O. (Fn. 159), S. 493; 黃錦堂，德國獨立機關獨立性之研究－以通訊傳播領域為中心並評論我國釋字第 613 號解釋，中央研究院法學期刊第三期，2008 年 9 月，頁 62。

¹⁷⁸ 李東穎，行政任務委託民間的憲法界限－以警察機關危害防止任務作為觀察對象，國立台北大學碩士論文，2004 年 6 月，頁 44 以下。

¹⁷⁹ C. Reichard, Umdenken im Rathaus. Neue Steuerungsmodell in der deutschen Kommunalverwaltung, 1994, S. 42.轉引自胡博碩，保障國家的概念在德國的發展，玄奘法律學報第十一期，2009 年 6 月，頁 91-92。

型在國家與私人間作分配為展現。然而，就擔保國家而言，係強調在私人執行公共任務時，國家負有擔保責任，國家是個擔保者，國家任務在於「擔保」私人所執行公共任務可以基於公益合法地完成。相對於私人，擔保國家之責任與任務在於「擔保」。而「擔保」並非「給付」或任務之「執行」。國家之擔保責任成為界定國家任務之框架，並且伴隨民營化、民間參與公共任務等模式運作之過程來調控。於私人參與或承辦公共任務之同時，擔保國家強調來自國家面向的調控和促進。此時之調控理論，在於利用私人自我管制之潛能與優點，甚至加以幫助及刺激。國家仍保有界定行政目的之決定權或影響權¹⁸⁰。

合作國家與擔保國家的相同之處為國家與私人共同履行公共任務，一同為了公益的確實實現而努力¹⁸¹。但若深入研究，則可以發現，合作國家較之擔保國家模型，呈現出國家和私人緊密齶合的合作狀況；一種國家和社會互相滲透融合的情狀。此外，合作國家的法律並未對其組織安排及執行餘地（*Ausfüllungsspielräume*）做明確的指示，屬於一種「軟法」（„*weichen*”*Rechts*），換句話說，即使合作國家與擔保國家均是根源於國家任務過重產生的反思，但是擔保國家預先區分了國家和私人的領域，形同以「硬法」（„*hartem*”*Recht*）作規畫；相對地，合作國家的組成元素就不是完全封閉的。因此吾人可以說，擔保國家的諸多基本原則在合作國家中已不再作為基礎¹⁸²。

是以，擔保國家與合作國家，均植基於國家並非任單獨履行公共任務的角色，毋寧是以公私合作的方式，以公益的踐履為目標，分工地與私人進行合作。因此，二者同樣均具有責任上之難題，即責任不明確以及責任分配的問題。此

¹⁸⁰ 許登科，前揭文（註 57），頁 50。

¹⁸¹ *M. Knauff*, a. a. O. (Fn. 44), 2004, S. 72.

¹⁸² *M. Knauff*, a. a. O. (Fn. 44), 2004, S. 71ff.

外，二者的共通之處尚有強調法律對社會調控之有限性，準此，國家更扮演「調控者」並和民間社會為「協商」等角色與活動。值得一提的是，合作國家尚指出了私人之一方作為「合作夥伴」，此一身分在規範中之特殊意涵。總而言之，擔保國家之概念可謂涵括了合作國家之內涵，相對於合作國家，作為一種上位概念而存在¹⁸³。

第三款 擔保國家在德國憲法上之基礎

第一目 社會國原則

擔保國家、擔保責任與擔保行政等概念的發源可追溯到德國 1990 年代。此些概念均與行政責任階段與責任分配具有密切相關性。如何可以從憲法上找尋並導出責任之要求，便成為法學上的重要目標。吾人可以從社會國原則和國家之基本權利保護義務中導出責任要求，而具有憲法上之位階¹⁸⁴。

「社會國」理念的發想本是針對於對工業化與資本主義化後之負面後果的修正，立意在於對社會現實中的弱勢群體提供平衡性措施，彌補其不利的立足點，以增進其充分發揮自我的機會。然而，這個粗略的敘述中已經包含許多受到文化影響的價值判斷因素在內。蓋社會國此一概念既係指涉國家應積極介入以形成正當之社會秩序，但所謂正當社會秩序一事，又常受時空、文化背景不同而有相異之內涵¹⁸⁵。此種開放的特質毋寧是最開放的憲法原則，在解釋上，

¹⁸³ 許登科，前揭文(註 57)，頁 51。

¹⁸⁴ 詹鎮榮，前揭文(註 22)，頁 126。

¹⁸⁵ 陳愛娥，自由—平等—博愛，社會國原則與法治國原則的交互作用，台大法學論叢第二十六卷第二期，1997 年 1 月，頁 7。

可將貧民扶助、社會保險、勞工保護立法外，亦可將廣泛的生存照顧給付涵蓋進來¹⁸⁶。

社會國原則乃作為具有法拘束力之客觀憲法原則，目的在追求社會正義與社會安全，並以此作為國家目標及任務；國家以調節姿態介入人民之經濟生活解決眾多社經問題，目的係在「回復社會之常態」，並不欲破壞社會自律的功能，亦不願否定社會獨立存在之意義，可謂修正了國家與社會間之依存關係。國家對維護人民之自由與權利、保護社會上弱勢，負有積極作為使其實現之義務。申言之，國家對於實現公平正義之社會秩序之責無法推卸；惟立法者對目標實現之手段及方式，享有廣泛之形成空間¹⁸⁷。反映在立法政策上，立法者可選擇在「國家」或「社會」中，擇一作為實際執行追求社會正義與社會安全目標之責任主體，此即德國在社會政策上所稱之「福利二元體系」¹⁸⁸。

根據德國學者 Zacher 的觀察，在「社會國」建置之初其制度建構的基本預設是：一個成年人經由工作收入滿足其個人與家屬的需求乃是此社會福利制度所設定的「常態」，從而個人對其生計的自我責任也站在第一順位，相對地，國家的照顧責任則只是備位性的，只有在個人的生計「常態」發生欠缺時才介入，其目的也只限於使個人回復能夠自助的狀態¹⁸⁹。換句話說，國家對生存照顧提供

¹⁸⁶ Andreas Voßkuhle 就曾強調，社會國原則除了要求最低限度的生存保障外，並擴及於廣義的生存照顧和確保足夠的社會基本建設，例如電信、交通、郵政與水電、醫療設施的供給。陳愛娥，前揭文(註 185)，頁 6。相同見解亦可參，陳愛娥，「政府業務委託民間辦理」的法律規制—公私部門合作法制的建構，月旦法學教室，第 8 期，2003 年 6 月，頁 63。

¹⁸⁷ 詹鎮榮，社會國原則—責任主體、類型及界限，月旦法學教室，第 42 期，2006 年 4 月，頁 45、46。

¹⁸⁸ 詹鎮榮，前揭文(註 187)，頁 46。

¹⁸⁹ 蔡維音，社會國之法理基礎，2001 年 7 月，頁 62-63。

給付，毋寧只有在市場失靈或是市場無法滿足人民需求時，始進場提供協助，屬於一種備位的性質¹⁹⁰。

國家任務私人化後國家所應擔負之保障責任，首先可從憲法中所揭示之社會國原則加以導出。我國憲法雖未如民主國與共和國般，在文義上明定我國為一社會國家（Sozialstaat），惟從體系解釋方法中，將分散於憲法各篇章中之相關條文予以歸納分析，例如憲法前言、基本國策中之國民經濟、社會安全與教育文化各節，以及憲法增修條文第十條第三、五、六、七、八等各款之規定，可知憲法中肯認我國應為一民生福利國之意旨，並無疑義¹⁹¹。司法院大法官會議於釋字第四八五號解釋文中亦揭斯旨：「促進民生福祉乃憲法基本原則之一，此關憲法前言、第一條、基本國策及憲法增修條文第十條之規定自明。」根據社會國理念，現代國家應擔負起建構一合理社會秩序之義務，其中包含對於社會上弱勢群體之保護、社會安全之維繫，以及尤其是對於人民符合人性尊嚴之最低生活條件的保障¹⁹²。

惟須說明的是，社會國理念之落實與國家自為給付兩者間尚屬有間。憲法中社會國理念所揭示者僅為國家應戮力達成之「具有拘束力之目標」（verbindliche Ziele），至於應以何種手段達成該等目標，原則上屬於立法者自由形成之空間。換言之，憲法中之社會國理念本身具有手段上之開放性（Offenheit），僅容許社會參與、協助分擔國家之責任，但並不容許國家自社會國責任中全盤退出，國家仍應負起「關注」之責任（für eine gerechte

¹⁹⁰ 林家暘，擔保國家概念下的電信普及服務，國立台北大學碩士論文，2010年6月，頁18。

¹⁹¹ 李惠宗，憲法要義，2001年，第三版，頁672以下；葛克昌，社會福利給付與租稅正義，收錄於氏著，國家學與國家法，1996年4月，頁49以下。

¹⁹² 詹鎮榮，前揭文(註22)，頁126-127。

Sozialordnung „sorgen”) ¹⁹³。是以社會國理念，國家並非必要對於人民生存照顧事項一定自行扮演生產者、給付者或支配者之角色，但必須始終對於人民基本照顧事項之供應得以維繫最低標準負起「保障」之責¹⁹⁴。

第二目 基本權保護義務

以下本文將簡單介紹德國保護義務的概念，然後再將焦點轉回基本權保護義務作為擔保責任基礎之推論過程。

二次世界大戰後，德國憲法學說與實務對基本權功能的觀察，從傳統的主觀權利面向擴及「客觀規範面向」。主觀權利面向包括防禦功能及給付功能；客觀規範面向則包含基本權作為一種價值決定，旨在要求國家機關必須盡到保護人民基本權的義務，使人民之權利免於遭受公權力或第三人的侵害。若依德國學說及實務之發展理論，其具體內涵約可區分為基本權的「對第三人效力」與「保護義務」二大要項¹⁹⁵。

德國聯邦憲法法院對於保護義務¹⁹⁶概念的具體成型，最初是涉及生命權保護的問題，換言之，聯邦憲法法院上開保護義務零散觀點的首度集成，要屬 1975

¹⁹³ 詹鎮榮，前揭文(註 187)，頁 47。

¹⁹⁴ 此即德國法上所討論之「補充性原則(Subsidiaritätsprinzip)」。該原則所型構之社會秩序乃有「由下而上」、「由小至大」、「由個人經社會而至國家」之行為順序；在公共事務之處理順位上，強調若由較低位階之社會團體即可妥適完成時，較高位階之國家即不具介入之正當性，甚至國家負有先行選擇「備位」之憲法上義務。惟有私人無法有效維繫人民生存基本照顧事項時，國家始有介入之憲法上正當性。詳細的論述可參，詹鎮榮，前揭文(註 185)，頁 48-49。

¹⁹⁵ 李建良，德國基本權理論攬要—兼談對台灣的影響，月旦法學教室，第 100 期，2011 年 2 月，頁 44。

¹⁹⁶ 德國基本權利保護義務的緣起，主要是由該國聯邦憲法法院所建構。最早聯邦憲法法院於一則有關「生活照料」的裁判中提及，國家有從事保護性作為的義務。其謂：國家應保護者，非僅免於物質上的急迫，而是防止來自第三人對於人性尊嚴的侵犯，例如貶損、公開譴責、迫害等。其後，法院在一則有關《助產士裁定》(Hebammen-Beschluß)中亦指出，國家負有某種義務，即立法者負有某種義務，必須做成廣泛且有效的預防措施，以防制因喪失職業上的

年的《第一次墮胎判決》（*Abtreibung-Urteil I*），法院明確指出所有國家權力負有廣泛保護人類生命（包括未出生生命）的義務，其謂：「在基本法的價值秩序中，系爭法益的位階愈高，則國家的保護義務愈應嚴肅看待。人類生命，無庸進一步論證，在基本法的秩序中，乃是最高的價值；其屬人性尊嚴的生命基礎，並且是所有其他基本權的前提要件。」¹⁹⁷「國家的保護義務是廣泛的。此項義務不僅—當然—禁止國家直接侵害正在成長中的生命，同時要求國家保護並助長此種生命，特別是要保護此種生命免於受到來自他人的違法侵害。法秩序的個別領域，依其特定的任務，均須以此項要求為取向。」此一觀點在「*Schleyer* 判決」又再次重申。其後，在「*Kalkar* 判決」與「*Mülheim-Kärlich* 裁定」二案中，針對利用核能而具有潛在危險性的設施，認定國家的保護義務。在前一案件中，法院表示，於系爭事實中存有「憲法上保護義務」的可能性，據此國家必須形成一定的法律規範，以排除侵害基本權利的危險。而基於憲法，（立法者）是否必須為此種規範，何時必須為此種規範，其內容又須如何，則繫於可能發生危險的種類、接近程度、範圍，憲法所保護法益的種類與位階，以及現有規範情形等因素。

一九九三年的「第二次墮胎判決」，法院直接明白的援引第一次墮胎判決的意旨謂：基本法課予國家保護人類生命的義務。屬於人類生命者，亦包括未出生生命在內，故國家亦應加以保護。憲法不僅要禁絕國家直接侵犯未出生生命，同時要求國家必須採取保護性與助長性的措施，避免胎兒受到來自他人的違法侵害¹⁹⁷。

工作能力所可能發生的危險。法院的論證雖然主要是針對基本法第十二條有關職業自由規定的解釋，但同時亦包含建構相關保護義務的點與初步想法。整體而言，在該法院歷年的裁判中，對於保護義務理論的建構具有「開創性格」者，要屬前後兩次的《墮胎判決》。李建良，基本權利與國家保護義務，收錄於氏著，憲法理論與實踐(二)，頁 5-6。

¹⁹⁷ 李建良，前揭文(註 195)，頁 46-47。

W.Weiß 指出，學理近來傾向，以基本權的保護義務作為國家在公私合作時應承擔之擔保責任的憲法依據。尤其在國家賦予私人行使公權力的地位時，基本權保護義務要求國家應形塑適當的法秩序，以確保私人不致濫用其被賦予的公權力地位，藉此保護第三人的法益¹⁹⁸。此外，他同樣認定，法治國與民主國原則要求，國家應採取必要的行動來確保公私合作範圍內的決定具有足夠的民主正當性，應提供適合公共任務的行為與組織形式，以及對公私合作本身做適當的安排¹⁹⁹。

質言之，國家在任務私人化後所應負起之保障責任，尚可從基本權利之保護義務（grundrechtliche Schutzpflichten）加以導出。本於基本權利之客觀作用，亦即作為憲法上所揭示之具有價值決定之客觀法規範，不僅直接拘束國家公權利之行使，更進一步要求國家應為積極作為，尤其是透過制訂法律之方式，保障個人基本權利免於受到其他私人之侵犯²⁰⁰。準此，在民營化實現過程中，立法者除透過法規範制定或修正之方式賦予任務民營化之法律基礎外，從民營化結果法之角度以觀，更應形成能「充分」保障人民基本權利之監督與管制規範，以避免人民之基本權利隨著任務私人化由原本受國家侵害轉變為受第三人侵害之潛在可能性²⁰¹。

第三目 擔保國家與民主原則、法治國原則之關連性

¹⁹⁸ 類此：A. Voßkuhle, *Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben und staatliche Verantwortung*, VVDStRL 62/2003, S. 292-298.轉引自陳愛娥，公私合作對行政契約法制的影響－以德國法的引介為中心，發表於，高雄大學政法系舉辦，政治與法律之對話：合作國家與新治理研討會，2007年6月8日。

¹⁹⁹ W. Weiß, a. a. O. (Fn. 58), S. 1176, 1179.

²⁰⁰ 李建良，前揭文（註 195），頁 59 以下；張嘉尹，基本權理論、基本權功能與基本權客觀面向，收錄於當代公法新論（上）－翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，2002 年 7 月，頁 29 以下。

²⁰¹ 詹鎮榮，前揭文（註 22），頁 128-129。

擔保國家之理論來由乃因國家任務負擔過重，原有的行政手段及法令已逐漸不敷使用，加上財政吃緊，影響國家給付任務履行上的難易度。此時國家將焦點集中於公共任務履行的擔保，國家以調控代替原本自行履行公共任務的方式，來扮演國家的角色，此時即產生了國家角色的變遷。在這樣的進程裡，私人也加入，以分工、合作的方式，與國家一同完成公共任務的履行。在此，涉及國家與私人任務應如何分配的問題，也就是所謂的責任分配，成為擔保國家中重要的關鍵概念。此種國家理念與思維運作，使得政策與任務執行更有空間與選擇性，亦展現了擔保國家所具有之分析與政策功能²⁰²。

換言之，擔保國家之重點在於國家在將公共任務交由私人履行後，退居二線，轉而負擔確保公益履行的擔保責任，因此，如何適當地進行國家與私人間之責任分配，便成為關注的焦點。由於擔保國家之運作首先須界定公共任務，並且，縱然決定由私人作為公共任務之主體，但此亦屬於界定國家任務之結果。不論在界定公共任務或者界定與安排國家任務，此思惟與運作結果都是國家為政策決定，並且透過民主程序之過程所作成。申言之，國家活動以及權力之行使，係基於民主與法治國原則之規範基礎，且應有其正當與合法性。因此，若在擔保國家為政策決定後，以國家與私人間責任分配模式作為政策機制安排——也就是所謂擔保與執行分離之模式，俾便日後之管理與監督，此等政策機制之安排，毋寧亦屬政策之一環，依舊屬民主程序運作與法治國適用之範疇²⁰³。

是故，擔保國家運作之憲法上規範基礎，固然可依據德國基本法第 87e 條或第 87f 條等規定，於電信鐵路等事項民營化時，國家負有擔保義務。但一般而言，此種特別規定，並無法一般化憲法對民營化之要求。毋寧需要進一步探

²⁰² G. F. Schuppert, a. a. O. (Fn. 157), S. 12ff.。

²⁰³ K. Schedler, Gewährleistungsstaat – eine Konzeption für den Staat, 2000, S.8f. 轉引自許登科，前揭文(註 57)，頁 116。

求憲法的規範基礎與基準何在²⁰⁴。基本上，首先依民主原則要求，國家應確保轉由私人承辦任務的重要部分，仍受國家民主正當性監督。如此具有三方面之意義：第一，符合民主原則之正當性與責任結構之連結；第二，國家機關對於任務內容仍有決定影響空間，而另一方面，也避免因為私人執行任務的組織和決定結構，導致民主之意志形成和控制機制之失靈²⁰⁵；最後，依據法治國原則之要求，有關組織與程序架構設計，必須依據有效達成法律所定之目的來加以形塑，並且須具有一定之專業與標準，以確保達成公共任務的執行。要言之，民主與法治國原則乃憲法上對擔保國家於制度設計之基本要求。

第四款 小結

在傳統的國家與社會分立的基本結構中，國家就國家任務之履行負其責任；而私人就其社會領域內之一切作為，亦單獨負其責任。但是在擔保國家的概念下，私人參與了公共任務，形成國家與私人共同合作履行公共任務的情狀。如此一來，如何釐清國家與私人責任之界限，即成為一個熱門及困難的議題²⁰⁶，因為不能再因為該公共任務之履行係由私人執行，所以國家即得以完全置身度外，不聞不問，不管其成敗，也不必負擔任何責任，毋寧是說，國家最終仍應負起擔保公益確實履行之擔保責任。

從德國基本法第 20 條及第 28 條第 1 項第一句所揭櫫之「民主原則」、「法治國原則」及「社會國原則」，雖不能由此等國家結構特徵條款直接導引出「擔保

²⁰⁴ E.-H. Ritter, Organisationswandel durch Expertifizierung und Privatisierung im Ordnungs- und Planungsrecht (unter besonderer Berücksichtigung der Aufgabenverlagerungen auf private Sachverständige), in: E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S. 227.

²⁰⁵ E.-H. Ritter, a. a. O. (Fn. 204), S. 227-230.

²⁰⁶ 林明鏘，前揭文(註 2)，頁 582。

國家」之概念，但是觀諸基本法最近的明文修法，例如：基本法第 87 條之 6 第 2 項第一句之郵政民營化；基本法第 87 條之 6 的電信民營化；基本法第 87 條之 4 的飛航安全資金民營化；基本法第 87 條之 5 第 3 項及第 4 項之鐵路民營化等可知，這些都是具體而微的「擔保國家」概念，蓋由私人去履行公共任務，已由新的立憲者加以明文；而國家負有一個擔保義務為前提的要件就是公共任務的民營化！擔保國家已成為現今基本法的引導理念（Leitbild）²⁰⁷。其指引著國家在公共任務民營化以後，其角色、功能與責任。

綜合言之，擔保國家的概念雖然不能由德國基本法中直接導引出來，但是隨著基本法中，增訂新公共任務民營化的條款後，再參酌民主原則、法治國原則及社會國原則（德國基本法第 20 條及第 28 條第 1 項第一句規定參照），可以間接推論認為：擔保國家得由德國基本法上導引而出，並具有指引性之拘束效力（Direktionskraft）²⁰⁸。

準此以言，「擔保國家」概念既然係間接由基本法導出的指引概念，並為德國公法學說所承認²⁰⁹，接下來本文即進一步討論擔保行政的概念、適用領域以及基本原則為何，此外，擔保責任以及擔保義務的概念內涵也是接下來第四節所要探討的重點。

第四節 德國基本法對立法者之委託

²⁰⁷ F. Schoch, Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft? NVwz 2008, S. 243.

²⁰⁸ F. Schoch, a. a. O. (Fn. 207), S. 243; Franzius, a. a. O. (Fn. 159), S. 495ff.

²⁰⁹ C. Franzius, a. a. O. (Fn. 159), S. 493.

當擔保國家成為功能性的引導圖像時，我們要問的是，是否以及使用何種模式去型塑，使國家行為做出相應的改變？吾人現在應該做的是，在國家位居中心的三個功能領域中，也就是法律制定、行政以及提供權利保護（*Rechtsschutzgewährung*），為了尋找可能改變的擔保國家圖像，提供一個大致的樣品。蓋談到擔保國家的圖像，吾人習慣上首先常與履行公共任務的相關討論作連結－國家並非總是獨自地履行與公益相關的任務，而是處於「擔保」的地位，即以確定的標準經由非國家的行動者來滿足履行國家任務的需求。因此，如何利用立法制定的結果來形塑國家擔保責任，也就成了接下來重要的當務之急。因此吾人可以說，擔保國家並非不是獨自設置所有法律，而是透過立法制訂具有公益拘束力的法律，並且立於擔保的角色，透過第三人來履行公共任務²¹⁰。

申言之，擔保國家之立法者，係受憲法委託而應具體化國家擔保責任。對此，可以基本法第 87 條 f 規定對國家之「擔保」委託為例，透過憲法對此「擔保」概念之規定與適用，產生拘束立法、行政與司法機關的作用。且因為國家依據憲法負有此擔保義務，並不容許國家完全地從郵政電信服務之提供中退出，並任由市場運作。相反地，此時依據憲法與聯邦之地位，由原來的給付主體變為一個管制機關。並且，立法者應承擔起該擔保責任，適度形成法律制度，以實現憲法之委託²¹¹。其次，不僅依據前述之基本法特別規定之擔保委託，而且依據民主原則、重要性理論、基本權之保護義務，乃至機關功能結構之觀點，原則上，有關擔保國家以擔保責任為核心概念和責任分配之運作，立法者均優先且應承擔國家擔保責任，制定適當的法律框架，來實現擔保國家之憲法規範基礎與內涵。蓋從基本權的保護義務面向以觀，首先要求國家應立法來形塑國

²¹⁰ *G. F. Schuppert, a. a. O.(Fn. 157), S. 35.*

²¹¹ 許登科，前揭文(註 57)，頁 133。

家之擔保責任。立法者所依循之國會立法程序，以及代表的多元性，較諸行政權之運作，更能處理和考量基本權之間的危害和利益平衡。國會立法，可說是基本權的程序保障機制。再者，基本權保護義務功能，一方面應尊重私人之財產權、營業自由或工作權；另一方面，則須確保另一方作為基本權主體之私人於基本權行使之條件。兩方面之權衡，對基本權之實現更屬重要，均應有法律或法律之授權為國家權力與任務行使之依據²¹²。要言之，擔保國家並不免除國會之主要責任²¹³。

是以，在觀察管制法具體化擔保責任之思惟過程，應區分兩層次：第一，須針對法規範秩序，特別是憲法上是否存有具有規範性概念之擔保責任。或更確切的說，是否立法者依據憲法具有擔保責任，從而應在管制立法時，直接由法律加以規定；第二，管制立法除憲法直接具體化擔保責任之內涵之外，可以運用擔保責任此一概念作為管制立法之要素，在管制立法中賦予行政機關來達成擔保義務。此時，擔保責任只是法政策之結果。所以，管制可以直接透過立法在法律位階加以規定，也可以法律規定授權行政機關來達成。因此，就擔保責任之實現與運用而言，管制法內涵可以說有上述兩個層次之運用。亦且，為實現國家擔保責任—確保公益之擔保任務與國家管制義務，管制法之兩層次運用有三個功能：第一，將國家之管制任務，交由國家機關，特別是行政機關來承擔；第二，管制目的之界定；第三，以備置適當管制手段，來實現國家擔保責任²¹⁴。

²¹² A. Voßkuhle, a. a. O.(Fn. 46), S. 66-67.

²¹³ 許登科，前揭文(註 57)，頁 133-134。

²¹⁴ 許登科，前揭文(註 57)，頁 138-139。

第四章 擔保國家責任之實踐

第一節 擔保行政

第一款 擔保行政作為新行政類型

從所謂生存照顧概念退縮的國家撤退（Rückzug）一詞，已經引導著擔保行政的發展。是否因此造成更強的私人元素的連繫，仍屬一個開放性的問題。換句話說，擔保行政是否意味著私法社會的加強，仍值得商榷。

憑著擔保行政的意義和私法社會這樣的概念，吾人可以將此與現代國家性的轉變作一連結。自 1990 年代出現的擔保國家圖像反映出來的潮流是顯著的公共任務履行方式的轉變。申言之，國家的生存照顧範圍日漸擴大的同時，國家並不考慮繼續地獨自公共任務，而是在立法者預先訂定的法律架構裡尋找可能的私人來履行任務，意即國家採取由經由私人提供給付的方式來實現公益。故擔保國家此一概念位處於傳統上福利國家與干預國家的中間類型，其在諸多相關領域（諸如電信、郵政），保護著私人主動的可能性與仍然重要的公益，例如供養擔保（Versorgungssicherheit）、需求保護（Verbraucherschutz）和環境保護（Umweltschutz）²¹⁵。

如前所述，因國家由人民的生存照顧領域中逐步撤退，被德國學界所建立的「擔保國家」之概念，如何進一步在行政上具體細緻落實，即成為法學研究上第二個重要任務。詳言之，最明顯的退縮領域包含有：1. 人民生活必需物品之生存照顧，例如：水電之提供。2. 廢棄物之處理（含廢水及垃圾之處理）。3. 具安全高敏感性之任務，例如：飛航安全、監獄行政、軍事設施之經營管理及

²¹⁵ F. Schoch, a. a. O. (Fn. 207), S. 241-242.

商品之安全檢驗。4.國家設施之移轉私人經營，例如：電信設施、郵政設施及高速公路設施移轉由私人去經營管理者是²¹⁶。

第一目 擔保行政在德國基本法中之定位

在討論擔保行政在德國基本法中定位前，吾人應先理解，擔保行政此一概念，其是否為「給付行政」（*Leistungsverwaltung*）及「干預行政」（*Eingriffsverwaltung*）外，第三種特殊類型之行政？德國學者 Schoch 認為：「擔保行政」並沒有特定明確的概念及指涉範疇，它只是古典的秩序行政領域以及給付行政隨著時間進程而得出的成果。換句話說，擔保行政與新的控制工具息息相關，且該執行工具被證明是古典行政法的執行工具的演化產物（*Evolution*），而非作為革命（*Revolution*）後的產物。申言之，其體現的不過是現今已存在的公私合作關係中的一種演化矣。因此吾人可謂，擔保行政並非與給付行政或干預行政分別獨立存在；而係干預行政或給付行政領域中均有可能與擔保行政併存。為了學術上的研究以及實用的需求，擔保國家的圖像必須在現存的法律架構裡找到落腳處並且以適當的法律內涵加以填充，當然，它在法律適用上的基礎也是相當重要的²¹⁷。準此，可謂擔保行政建立的目的是呈現行政主體於私人活動者履行公共任務時，行政所應扮演的角色。

詳言之，擔保行政之定位，毋寧在於具體化的國家擔保責任。即非以公行政部門本身為給付主體，而毋寧是採用管制、影響與監督手段確保公益的行政，就此點而言，與調控行政（*Lenkende Verwaltung*）極為類似。擔保行政乃成為獨立的行政類型，與干預、給付行政相對且並存。又因為擔保行政乃以公私合作的方式履行公共任務，因此也涉及責任分配，故擔保行政亦要求在一定

²¹⁶ 林明鏘，前揭文（註 2），頁 583。

²¹⁷ *F. Schoch, a. a. O. (Fn. 207), S. 243f.*

範圍與限度內，行政仍需承擔責任。換言之，擔保行政下之私人即使加入了公私合作的場域，其仍保有自主理性與彈性，蓋私人在合作關係中所採取的行動以及相關的理性計算，並非單憑行政所認定的公益為唯一依據，毋寧是說，私人仍保有自主的彈性²¹⁸。

擔保行政乃公私協力共同實現公益，私人仍保持自主彈性的的情況下，私益的保護需與公益同時並進，因而，針對這個特色，擔保行政之運作方針與特性經規整後計有以下四點²¹⁹：

一、國家和社會兩系統各自保有功能性（*Funktionsfähigkeit*）和自主理性（*Eigenrationalität*），亦即，維持兩個次系統各自的理性：國家之中立性和社會的機動性。

二、對共同所關涉的事項安排保持彈性。

三、在國家和社會兩系統中均有必要繼續自我觀察，亦即建立持續性的自我監督機制且配合公開透明之要求。

四、藉由國家法律的結構性型塑，將關聯的法規以目的預設和框架設計方式為之，但不僵化法規之適用。

第二目 適用領域

既然擔保行政的目的在於具體化國家的擔保責任，並且以適當的法律架構來形塑國家的責任，那麼接下來，吾人應關注的焦點不啻為在擔保行政中，不可放棄的國家調整（*staatlichen Regulierung*），作為擔保行政的工具以及國家的監督責任內涵。申言之，調整乃作為擔保行政的基本要素。蓋擔保行政法並

²¹⁸ E. Schmidt-Aßmann 著，前揭文(註 31)，頁 184、191。

²¹⁹ E. Schmidt-Aßmann 著，前揭文(註 31)，頁 191。

非限制了自由，毋寧是說保護或使自由成為可能。擔保國家的重點可謂表現在以下兩種形式：首先經由立法，其次則是經由個別情況下顯現的規則²²⁰。

為釐清行政或行政主體的具體權利與義務前，先得確定得適用擔保行政的行政領域究竟為何？亦即哪些人由私人履行之法定公共任務，得適用擔保行政之權利義務關係？依德國學者 Schoch 的分析認為，擔保行政得適用於下述五大領域之中²²¹：

1.功能性的「民營化」（Funktionale Privatisierung）義務

民營化係指多面性地將公部門任務移轉到私部門的程序（Umverteilungsprozeß）。功能性之民營化在法律體系上乃介於任務民營化和組織民營化，所謂功能民營化係指任務仍留在職權範圍內，因此任務的責任仍由高權承擔；任務的履行則交由私人。此時私人的功能非僅是單純的技術執行補助者角色，而是去履行法定之公共任務，包含私人準備及執行業務。此時，擔保行政即有適用此種任務民營化之餘地，例如：執行環境監測業務、行政程序上之計畫經理人（Projektmanager）、警察的安全伙伴（保全業務等）²²²。

2.一般服務類型（Universaldienstmodell）業務

此亦可稱為普及服務模式。藉由任務民營化，生存照顧給付的提供也移轉到私人身上，此種基礎照顧可以經由所謂的一般服務義務（Universaldienstleistungsverpflichtungen）而被保證²²³。所謂一般服務類型係

²²⁰ F. Schoch, a. a. O. (Fn. 207), S. 245.

²²¹ F. Schoch, a. a. O. (Fn. 207), S. 246f.

²²² 林明鏘，前揭文(註 2)，頁 584。同此見解者尚有許宗力，前揭文(註 38)，頁 589 以下。

²²³ F. Schoch, a. a. O. (Fn. 207), S. 246f.

指提供之服務，不具有專門特殊知識、技能或具市場壟斷性質之服務者。例如：郵政所提供之信件或包裹遞送業務和電信的相關給付，即屬通常服務類型，而得適用擔保行政。

3. 衡平性給付業務（Ausgleichsleistung）

因為在特定領域中，不存在著可獲利的市場而無法提供給付，因此在職權範圍內與特定的條件下，允許生存照顧給付的提供可以委託給私人；並且所謂衡平性給付業務係指衡平「城鄉差距」或「生產者與消費者」彼此間之過大差距所提供之給付。例如：城市與近郊之短程定期交通巴士服務、對偏遠地區的醫藥照顧等²²⁴。

4. 政府採購法上（Vergaberecht）業務

歐盟以及德國公務委託法（限制競爭防止法），規定在一定的採購金額內，尤其是指二十萬歐元至五十萬歐元間的小額勞務採購業務，進行採購或公務委託時必須使用已經規畫的程序，優點在於競標程序公開透明，可確保公平競爭²²⁵。此種勞務提供，雖由私人為給付，但仍屬擔保行政適用之範疇，例如：市區更新設計案之政府採購；博物館擴大改建設計案之勞務提供業務……等等。

5. 認證及授證業務（Akkreditierung und Zertifizierung）

為了實現社會自我管制，國家以私部門提供檢驗合格證明的方式為之，國家則退縮至對這些認證機構加以認證，換句話說，國家仍保持有監督的權限²²⁶。所謂認證及授證業務，係由國家認證專業人士，從事食品安全或生產設備

²²⁴ F. Schoch, a. a. O. (Fn. 207), S. 246f.

²²⁵ 林家暘，前揭文（註 190），頁 55。

²²⁶ F. Schoch, a. a. O. (Fn. 207), S. 247.

環境檢測工作之監督及控制業務，受監測者若自願由認證之專業機構進行檢測，且通過檢測者，即得享有免受公權力機關檢測之特權²²⁷。例如在青少年媒體保護法(Jugendmedienschutzrecht)中，自願的自我控制乃一種被認可的安排，此種安排尚須遵循青少年保護法相關規定作為補充的審查²²⁸。

在上述五種領域範圍內之業務，即有擔保行政適用之餘地。申言之：擔保行政的概念及責任在上述功能民營化，一般性服務業務、衡平給付業務、政府採購業務及認證、授證業務中，國家雖將公共任務交由私人去履行，但國家及行政仍不免除其擔保責任。

第三目 行為手段

誠如本文先前所述，國家擔保責任係指國家或地方自治團體為了確保公共任務能夠由私部門順遂執行，或是特定公共福祉得由私部門實現之公法上義務。而國家擔保責任之憲法上基礎，乃源自於社會國理念以及人民基本權之保障。若深入探究，可知公共建設依其性質，往往與人民之生活基本照料密切相關。即使公共建設有民間參與，但國家基於提供符合人性尊嚴之生存照顧義務，以及基本權之保護義務，仍應確保民間興建或管理之公共建設，能夠維持一定水準、持續不中斷之服務、公平合理之利用對價，以及保護人民之自由權利不至於因民間參與而遭受到恣意之侵害。

國家為實現擔保責任，可採取之手段方法可謂具有多層級性與多樣性。舉例來說，可以透過法規範來設定抽象框架規定，或者是採行具體管制措施，甚至於透過投資契約、特許契約，抑或委託經營契約之簽定，將保障設施利用人與第三人權益，以及滿足人民基本生活照料之具體實現內容，約定為民間機構

²²⁷ 林明鏘，前揭文(註 2)，頁 585。

²²⁸ F. Schoch, a. a. O. (Fn. 207), S. 247.

之契約債務，皆屬可行之舉。惟無論採取何等擔保責任之實現方法或手段，皆具有「框架設定」、「管制」、「引導」，以及「監督」之共同特性。觀諸促參法第四十九條關於公用事業性質公共建設營運資費標準、調整時機，以及方式之擬定基準、第五十一條關於投資契約權利與營運資產、設備之轉讓、出租與設定負擔之限制，以及第五十二條關於民間機構公共建設興建或營運不善之要求定期改善等規定，即屬實現國家擔保責任之法規範框架²²⁹。

第四目 以基礎建設為例說明擔保行政之內涵

第一項 基礎建設之基本概念

擔保國家的模型乃晚近八零、九零年代興起，在德國，特別是郵政、電信、鐵路的基礎改革，引起了在國家和私人活動者之間新的任務分配結構和行為形式的改變。若從國家學的角度觀之，基礎建設亦涉及國家撤退這樣的一個重要概念。換句話說，國家可以被允許在其任務領域裡退縮，但是只是責任履行的形式有所改變矣²³⁰。

首先，應對國家基礎建設責任作一簡陋之認識：若沒有先對基礎建設的基本塑造，就無法使社會、經濟、文化以及政治的團體產生和繼續存在。因此儘管基礎建設責任並不充分，但卻是現代國家性重要的存在條件。國家組織的生活共同體，旨在融合領域內所有居民，原則上至少要使每一個人均享有接近團體生活的可能性。申言之，無論是基礎照顧的確保或是普及服務，任何的商品買賣或是任何執行職務之範疇，均需使居民立於相同的地位。

²²⁹ 詹鎮榮，民間參與公共建設之國家賠償責任，憲政時代，第 34 卷第 4 期，頁 428。

²³⁰ G. Hermes, Gewährleistungsverantwortung als Infrastrukturverantwortung, in: Schuppert (Hrsg.), Der Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfstand, 2005, S. 111f.

接下來吾人要面對的問題是，第一，是否重要的基礎建設需由國家的組織來建立和經營；第二，基礎建設若在市場機制之下，交由私人運作是否能夠運作得比較良善？經濟學上的相關研究可以提供上述這兩個問題本質上的幫助，因此在這樣的關連下，逐漸將討論延伸到了自然的獨占²³¹。儘管自然的獨占並非恆常，並且也很難從經驗上去證明，但在理論上它在討論上仍然是具有決定性地位。舉例來說，瓦斯、水、廢水等均屬於自然獨占的範疇。

正因為基礎建設屬於自然獨占的範疇，因此競爭的控制、監督力量在此並不管用。在此，國家的義務被強迫要求，且這些國家的影響力並非可以經由法律架構（如民營法、環境標準法）所限制。申言之，哪裡有自然的獨占，就顯示了具決定性的法律規定的貧乏、對預防（調整）工具作為市場規制的需求，以及持續運作的確保²³²。

國家的影響力在基礎建設的領域也是相當被要求的，國家的影響力超越準備提供的功能、一般法律的實施與特別的一般競爭秩序，所以接下來的問題是，當自然獨占事業處於私人企業手中，因高昂的價格或是運作產生其他缺失之時，國家應該在基礎建設中以什麼樣的方式來確保持續經營。若然，履行國家基礎建設責任只有三個基本模式：第一，國家自行從事基礎建設；第二，國家也能夠經由招標程序利用私人活動者所為之提供來履行基礎建設，在此種類型之中，當不同的提供者為了有期限的任務競賽之時，競爭能夠有效地被限制。最後一種則是，機械性控制在競爭中被大量使用，也就是國家以適當的調整來區分職務的提供與企業的網路；申言之，第三種模型乃從這樣的理解出

²³¹ 所謂自然的獨占係指，一個企業在重要的市場中，較兩個或更多的企業可以提供更低的價格的情況。G. *Hermes*, a. a. O. (Fn. 230), S. 114.

²³² G. *Hermes*, a. a. O. (Fn. 230), S. 114f.

發：自然獨占只有在基礎建設的網路中出現，而非列入執行職務的範疇中。因此，國家的經營獨占或是嚴格的控制私人活動者是不可缺少的²³³。

第二項 基礎建設與國家擔保責任之鍊結

一直以來有個錯誤的觀念，即國家須自行履行基礎建設責任，但是晚近的在郵政以及電信領域的發展，卻說明了在規制國家中存在著可支配控制工具的光譜，這樣的光譜一端是國家的任務履行由機關或機構獨自完成；另一端則是在一般性法律架構的限制內交由私人參與者為之。於光譜兩端存在一套不同的國家規制工具，該工具具有可以確保每一個人可以全面性地獲得基礎建設保障的功能。須要說明的是，憲法並未決定，國家的影響力應該具有什麼樣的形式，而是由政治意志程序來形成，因此國家基礎建設責任毋寧具有開放性。由於不同的國家規制工具的輔助，國家基礎建設責任因此可以被履行，由此正可以反映出擔保責任的意義。

承上述，這些概念也重新思索傳統上生存照顧的內涵，晚近也不言而喻地自此作為出發點，個體依賴要求社會國作為給付的提供者。現今之生存照顧可謂重要的給付亦可以在競爭控制之下由私人企業來提供。國家的擔保責任之內涵則與此相反，不僅作為給付同時也蘊含著限制的概念，蓋於私人企業的給付發生障礙時，國家的擔保責任即有必要存在²³⁴。

因國家對於公共建設居於國家任務之擔保地位（*Garantenstellung*）。此種責任要求國家確保公共建設之提供，能維持在必要且相當之水準，在德國學說和實務上多數並未加以質疑²³⁵。以德國基本法第 87 條 e 第 4 項和第 87 條 f 第

²³³ *G. Hermes*, a. a. O. (Fn. 230), S. 115.

²³⁴ *G. Hermes*, a. a. O. (Fn. 230), S. 116.

²³⁵ 許登科，前揭文(註 57)，頁 196。

1 項之明文規定為例，可以得知國家對電信和郵政之提供是居於擔保（責任）地位²³⁶。儘管國家對於電信或郵政服務可以經由私人以私經濟活動方式為之，但是國家仍要對功能領域的控制架構加以安排。這些法律上的控制架構必須具有足以引導私人提供服務的規定和給與每一個人接近使用基礎建設的功能。因此吾人可以認為，公共建設之領域成為國家擔保行政適用領域。換句話說，國家對公共建設責任之承擔，涉及的是具體化國家對公共建設的擔保責任²³⁷。

第二款 擔保責任

在擔保國家概念中，擔保責任的內涵毋寧居重要地位。申言之，在擔保行政之領域範圍，私人分擔、並且參與執行法定公共任務時，若因為特定情事，致無法完成或極度困難完成時，國家是否有義務確保該結果之完全履行？亦即，國家於此時是否負有一種「結果確保義務」？在德國行政法學上即產生歧見。主要原因固然是「擔保責任」一詞，迄今尚非法律用語，致無法產生一定的共識；另外一個原因是對於不同階段的國家責任（即履行責任、擔保責任及補充責任），各有不同之理解。

擔保責任如從責任角度以觀，近來屢有公法學者嘗試提出法學上之責任理論（*Verantwortungslehre*），依不同基準將國家責任—尤其是行政責任—予以類型化與光譜化。其中與民營化後國家責任變遷理論最具緊密關係者，為德國學者 G. F. Schuppert 所極力倡議之責任階段論。其從國家執行行政任務密度之觀點，由強至弱依序將行政責任區分為履行責任（*Erfüllungsverantwortung*）、保障責任（*Gewährleistungsverantwortung*）與網羅責任（*Auffangverantwortung*）

²³⁶ G. Hermes, a. a. O. (Fn. 230), S. 118.

²³⁷ 許登科，前揭文(註 57)，頁 196。

三種基本類型²³⁸。「履行責任」係指國家或其他公法人自行從事特定任務之責任；亦即，特定任務之執行置於國家自己支配力之下，也就是國家必須要自行履行該任務，透過其所屬機關或其他公法人機構自行達成該任務，該任務不得委託第三人為之。這些任務通常存於傳統的行政任務領域，如內政、外交及司法等等²³⁹。

相對於履行責任，「保障責任」則指特定任務雖可由國家或其他公法人以外之私人與社會執行之，但國家或其他公法人必須負起擔保私人與社會執行任務之合法性，尤其是積極促其符合一定公益與實現公共福祉之責任。**Heinrich Reinermann** 以為，公部門在此專注的應是保障長久以來均被大眾所認可的公共任務的實施；此時公部門的角色為調控者，而非該公共任務實行者。而在這樣的角色轉變下，國家的行為形式也有所改變。國家應該致力於在與非國家機構的合作網絡或者是夥伴關係中，扮演作為導引者、活動範圍設定者、財政上的支持者的角色²⁴⁰。質言之，國家雖然承擔人民生存需求之滿足的責任，但並不親力親為地提供各該給付，而是交由私人履行，國家則對人民承擔其得享有合於法治國與社會國標準之相關給付的擔保責任，並基於此等擔保責任，對具體提供給付的私人進行擔保監督²⁴¹。

而 **Wolfgang Hoffmann-Riem** 更指出，通常國家對於社會的運作並非以自行產生其所期待的結果，來加以干涉；國家是設定一個範圍，在此一範圍內社會

²³⁸ 詹鎮榮，*民營化後國家影響與管制義務之理論與實踐—以組織私法化與任務私人化之基本型為中心*。東吳大學法律學報第 15 卷第 1 期，2003 年 8 月，頁 19-20。

²³⁹ 胡博硯，前揭文(註 179)，頁 93。

²⁴⁰ 胡博硯，前揭文(註 179)，頁 94。

²⁴¹ 蔡宗珍，*從給付國家到擔保國家以國家對電信基礎需求之責任為中心*，台灣法學雜誌第 122 期，2009 年 2 月，頁 34。

部門以其可能的方式，自我負責的完成該事務。而國家在此特定意義下承擔責任，即在法律所設定的結構幫助下尋找適當的社會問題解決方式。國家嘗試讓被保障的任務在社會領域中被解決。私法的規範，如民法即是純粹框架責任的原始案例。更確切地說，國家在諸多案例中應專注於其作為對第三部門行為調控者的角色，即對於私人或者是私人所組成的團體或負有國家任務的「追隨者」（*Trabanten*），特別透過框架的設置跟結構性的計畫，以及設定特定活動的目的而達成調控。國家並不保證特定的任務以特定方式被達成，但國家的調控行為應追求以公益為導向的目的及該目的達成的可能性²⁴²。

至於「網羅責任」，則著重在備位功能，**Gunnar Folke Schuppert** 將其比喻為足球比賽中的板凳球員，倘若球賽進行順利其則無用武之地，但倘有公共利益缺乏調控的情況時，則國家在此應負起責任。申言之，其僅於具公益性之管制目的無法由私人與社會達成或管制失靈時，此項潛在之國家履行責任始被予顯性化。據此，網羅責任為具有結果取向之國家責任²⁴³，**Wolfgang Hoffmann-Riem** 即指出，此一責任可以視為國家負擔一最終的執行責任，國家藉此取得一個對結果調控的可能²⁴⁴。

基於上述國家與社會責任分配之觀點，行政任務完全私人化僅意味著國家責任由原本之「履行責任」轉變為「保障責任」與「網羅責任」而已²⁴⁵，國家並非從相關之任務領域中完全撤離²⁴⁶。

²⁴² 胡博硯，前揭文(註 179)，頁 94。

²⁴³ 詹鎮榮，前揭文(註 1)，頁 20。

²⁴⁴ 胡博硯，前揭文(註 179)，頁 93。

²⁴⁵ *G. F. Schuppert, Staatsaufsicht im Wandel, DÖ V 1998, S. 831 (834f.)*.

²⁴⁶ 詹鎮榮，前揭文(註 1)，頁 20。

第三款 擔保義務

第一目 學界間之爭論

儘管缺乏法律的控制，國家停留在擔保責任的是否作為擔保義務的討論之中。義務總是產生在相關的行政法律裡（此處先不提憲法的簡略規定）。國家在事務領域裡自行—並非與履行責任有關—而是為了經由私人活動者秩序化地完成任務所為之照顧。國家的擔保責任作為結果保證，所呈現出來的就是擔保義務²⁴⁷。只是針對「結果擔保責任」之存否，牽涉到的是國家對於私人活動者無法進一步履行之公共任務時，國家是否有進行「收拾善後」之義務，尚無統一之見解。

對此，德國學界大致可分為肯定與否定兩種。持肯定見解者就認為²⁴⁸：國家既然在人民生存照顧領域中退縮，如基於市場的競爭法則，自然應交由最具競爭優勢的私人去執行。但若私人顯然無法完成任務時，即不得再盲目追求所謂的「市場競爭法則」，而應該由國家發動其補充責任（*Auffangverantwortung*），由國家承擔起其確保結果完成的最終責任。此種見解乃以私人履行之公共任務，並非屬於純粹的競爭市場，而國家仍負有實踐公益之義務，故國家仍須負起責任。況且，舉政府採購法中的所謂「市場競爭法則」為例，根本是人工創設，並非實質存在，準此，不得堅持市場競爭法則，任其自行運作，而放任公共任務無法達成。

但否定說者²⁴⁹則認為：國家將公共任務交由私人履行之時，若私人無法履行其法定任務時，即應再交由其他具有競爭能力之私人承擔，而非由國家啟動

²⁴⁷ F. Schoch, a. a. O. (Fn. 207), S. 245.

²⁴⁸ 林明鏘，前揭文（註 2），頁 586。

²⁴⁹ 林明鏘，前揭文（註 2），頁 586。

其補充責任。此種見解乃著眼於若由國家負補充責任，將破壞市場競爭法則，且破毀私人與國家的基本「合作關係」。

因擔保行政之態樣十分複雜，且擔保行政之手段及制度亦具有多樣性，因此，於自由競爭市場失靈時或私人無法繼續履行其公共任務時，是否應該由國家啟動其補充責任，應視個別公共任務之特性而定，始為允當。一味肯定國家有「結果確保」（*Ergebnissicherung*）義務之見解雖非完全無理由；但是，若完全否定國家仍應自己履行其法定任務的見解，亦非適合。總言之，擔保責任乃作為國家與私人共同具體化公共利益的責任分配（*Verantwortungsteilung*），私人活動者無法確實完成公共任務的情形也有可能屢次發生，因此國家當然不得置身事外，任憑公共利益受侵害，放棄接收責任；另外一方面，國家亦不得無視合作關係而取代私人，國家親自上場執行公共任務。兩者間應如何達成平衡並兼顧競爭法則與公益，誠具有相當困難。因此，擔保責任是否能夠視為結果確保的義務，在德國公法學界並未有絕對定論，須考量的重點是特殊的「接管選擇權」（*Rückholoption*）的使用與設計²⁵⁰。

第二目 擔保義務之內涵

擔保國家仍以自由主義法治國作為秩序模型，並且強調社會自我管制，但國家同時仍必須維護使個人自由發展的狀態，因此國家必須去塑造、型塑法律之框架規範，使個人得以自我實現及維護公益²⁵¹。

人們可以從兩個角度觀察擔保義務的意義。一方面來說，藉由決定的重要性，它在法律裡缺少責任的意義，也就是從法律的責任裡得出義務。另一方面，國家擔保責任可以從基本權保護義務導出，因為它作為「基本權義務的反面」被

²⁵⁰ *W. Hoffmann-Riem*, a. a. O. (Fn. 172), S. 97ff.

²⁵¹ 林家暘，前揭文（註 190），頁 47。

理解。因為擔保責任的意義迄今只有並不精確的描述，使得基本權的保護義務極可能提供理論的基礎。擔保責任涉及的是，基本權保護的內部確定的行為場域。雖然基本權基本的功能（*die grundsätzliche Funktion*）在於保護市民免於受國家行為（防禦功能）侵害，但是「擔保國家」基本的想法不是侵害防禦法的強化功能，而是國家在保護義務的基礎上履行擔保責任²⁵²。

基本權的防禦功能不再藉由所謂的執行職務所緊握，即不再涉及國家侵害，而是涉及私人力量。此並不容易去掌握，蓋介於給付提供者和市民的法律關係乃受私法所規範。儘管民法原則上是對市民的保護優先於私人力量，為此國家是被賦予義務的，「強制締約」是一個典型的情況，因為這樣的契約乃作為基礎建設的入口，如同電信法第三十五條的立場。此外，國家基於基本法對擔保負有義務，公益可以經由私人被實現。這樣的國家責任處於緊張的關係中，蓋一方面存在著私人給付提供者的基本權保護；另一方面又存在著給付相對人的保護。擔保國家的想法是：國家在基本法上，針對保證私人的給付提供公益導向的連結，作規制結構的塑造²⁵³。

國家作為第三人，既非給付提供者又不是給付受領者，其在這樣的給付關係裡，更確切地說，國家應作為保護者以行使職權。國家的保護不僅存在於投資的擔保（如同給付提供者）裡，而且也存在於照顧擔保裡（如同給付受領者）。換句話說，新採納的與服務有關的框架，不再是從國家，而是從市民開始，故基本法的防禦功能在這裡不是扮演相對於國家侵犯的角色。實際上基本法不是國家活動的限制，而必須被稱為相對於私人妨礙的保護委託。相應的「擔保義務」應該經由權衡與衝突均衡。儘管如此，它在備置的標誌之意圖想法裡應該

²⁵² Chia-Yu Chou, *Public Private Partnership im Koordinatensystem von Privatisierung und Staatsaufgabenlehre*, 2009, S. 46.

²⁵³ Chia-Yu Chou, a. a. O. (Fn. 252), S. 47.

與理性的決定做搭配。說得更具體化一點，它只有得出兩者在基本法上的地位乃同樣重要、不分優先的保護。藉由擔保國家涉及到防衛和保護面向的權衡。一個決定性的問題是，給付提供者的防禦權總是很難去建立。因為涉及到國家把干涉往前挪，蓋保護義務在具體的給付內容中應該被遵循。

故「擔保國家」應該首先被理解為「權衡國家」，正因如此，基本法上地位的權衡在準備階段從危害往前挪了，即如後所述的，首先介於國家和市民的合作關係被採納，且此後國家必須賦予市民在法定幣制工具的範圍內的私人給付關係。

接下來遇到的問題是，擔保義務在擔保國家中究竟如何運作？此乃表徵著核心問題和意義重大的不同意見。然而擔保義務它堅持著，藉由保護義務客觀法的角度，在法律裡只有少量乃具體但困難的操作程序的看法可以產生，為了擬定私人給付提供的組織。當然問題是，立法者對擔保義務內容的具體化不負有義務²⁵⁴。此外，可以確定的是，擔保義務在錯縱複雜的憲法保護構造裡，缺乏對「公益指向的利益平衡的擔保」²⁵⁵。

第四款 擔保行政的基本原則

由於擔保國家乃從生存照顧領域中撤退，顯現在擔保行政上又會產生哪些基本原則，就成了接下來要處理的重要課題。簡單的來說，至少國家的規制、擔保行政的工具性以及國家的監督責任，均是不可放棄的重點²⁵⁶。簡言之，規制乃作為擔保行政的基本要素。如前所述，擔保行政雖與干預行政及給付行政

²⁵⁴ Chia-Yu Chou, a. a. O. (Fn. 252), S. 47.

²⁵⁵ Chia-Yu Chou, a. a. O. (Fn. 252), S. 48.

²⁵⁶ F. Schoch, a. a. O. (Fn. 207), S. 245.

三足鼎立，成為一種新型態的行政類型，但因為在官民合作、公私合夥的特質下，其尚有異於給付行政及干預行政，而具下列諸特殊基本原則（Grundlinie）²⁵⁷。

1.保留雙軌原則

在德國，基本法仍區分國家與社會，國家的中立性與社會的自主性乃各自運行。儘管在擔保行政之中，國家與社會構成合作關係，但是仍保留二者以雙軌並行的方式為之，並非僅有單一之國家中立性或社會自主性。

2.保留彈性原則

由於擔保行政常面對複雜的變化，因此必須保留行政之彈性，而非一次性地作決定。這樣的優點是先處理部分事項後，再循序漸進地由其他行政決定處理其他事項，能兼顧並調和多面利益而不至於僵化。

3.兩個管控（制）手段之搭配

在擔保行政領域內，於私人執行公共任務時，原則上會使用私人自行進行「自我管制」（Selbstregulierung）的方式為之。但是，自我管制常造成利己傾向，甚至與背於公共利益。因此，為避免此種情況發生，在擔保行政下，經常必須搭配「公開」的管制，藉以消除自我管制的弊病。蓋公開後，得以利用大眾廣泛之監督，亦可以減少官商互相勾結之機會。

4.國家法律不僵化固定

國家在擔保行政之領域之中，為了確保公共利益的踐行，以法律作為規範的框架時，通常僅設定目標、基本程序以及組織框架矣。亦即立法者僅作框架

²⁵⁷ E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee, §3 Rdnr. 116.

之規範，但關於細部的內容，則交由行政具體化。如此一來，行政得保有彈性，並且私人也能保有自主性及理性，不受法律及行政主體詮釋公共利益框架之限制²⁵⁸。

第二節 擔保行政法

擔保國家面臨的下一個需求是，在法律體系裡建立一個公共的擔保法。這些規制結構乃為了合作任務的處理而存在²⁵⁹。申言之，擔保國家的角色乃作為「擔保者」，並以責任分配方式，與私人活動者作責任分擔。擔保國家在憲法上之基礎可以從社會國原則以及基本權保護義務來導出。此外，立法者基於憲法委託為框架式之立法，而行政則擔任具體化擔保責任之任務，來實踐擔保國家之理念。

擔保行政法，既非傳統之秩序行政法體系，亦非因人民生存照顧任務所建立之給付行政法制，而是國家著眼於私人活動者投入公共領域，與國家一同分工合作地履行公共任務，確保公益之實現，所發展出來的行政法制。申言之，擔保行政法必須更加強調以合作的方式進行任務履行，此外還需以控制理論的觀點視之。因為國家即使經由私人履行公共任務，仍必須維護公益。深入言之，擔保行政法之建構，並非依據單一管制策略，而是依據國家與私人間在特定任務領域，所相關聯之政策決定以及依此所形成之管制機制，即依不同任務模式來進行管制，乃所謂的脈絡性管制（*Kontextsteuerung*）²⁶⁰。不僅如此，針對公益實現過程的每一個階段任務，也儘可能由國家與私人以分工方式完成，並伴

²⁵⁸ E. Schmidt-Aßmann, a. a. O. (Fn. 257), §3 Rdnr. 116.

²⁵⁹ Chia-Yu Chou, a. a. O. (Fn. 252), S. 48。

²⁶⁰ 許登科，前揭文(註 57)，頁 151。

隨國家加以調控²⁶¹。因此吾人可以說，擔保行政法之建構，對於公私合作方案或民間參與型態，提供方向指引和準據²⁶²。

第一款 特性

如上所述，建立擔保行政法有其功能與必要，若加以統整歸納，擔保行政法基本上有四個特性：其一，為以管制之自我管制為概念的框架立法；其二，乃公法與私法依其功能與機制，交織成擔保行政法之整體法律關係，且互相補充；其三，擔保行政法在功能與機制運用上，涉及階段性之管制；其四，有關國家展現其擔保義務所進行之管制，涉及公法之運用，故非「民法」性質之瑕疵擔保概念，而是具有公法性質的擔保概念，且此擔保之概念意涵不限於「瑕疵擔保」，而是在憲法規範基礎上，依據擔保國家之理念和國家責任來詮釋「擔保」之規範意涵。以下分述之：

第一目 以管制之自我管制為概念的框架立法

第一項 框架立法

如同 Georg Müller 在「擔保國中之立法制定」一文中所述，擔保國家並非自行制定所有相關法律，毋寧是在利用私人履行公共任務的特定領域中，擔任推動或是促進的角色，特別是私人團體、專業社團或相類似之組織之中。國家以不同的形式或是強度來調控這樣的自我規制。此時法律可以確定或是預先計畫目標和自我規制的限制²⁶³。申言之，擔保國家中，立法者均居於優先地位且應

²⁶¹ G. F. Schuupert, a. a. O.(Fn. 84), S. 315.

²⁶² 許登科，前揭文(註 57)，頁 151。

²⁶³ G. Müller, Rechtsetzung im Gewährleistungsstaat, in: M.-E. Geis/D. Lorenz (Hrsg.), Staat-Kirche-Verwaltung, Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag, 2001, S. 227ff., 234f.

承擔國家擔保責任，制定適當的法律框架，並且以框架立法的形式，來實現擔保國家之憲法規範基礎與內涵。

框架立法具有下列特性：1.就中央與地方關係而言，框架立法是在兩個不同立法者間作分配的機制；2.框架立法乃法律層次，但不要求詳盡規定，而僅要求相關原則性與必要規定；3.相對於詳盡之立法方式，框架立法以所謂規範密度方式表現之，因此需要相應的執行或補充規定。此外，框架立法是在立法與行政間作權限與任務分配之立法，因此，框架立法需要透過行政命令等行政行為來加以補充和具體化²⁶⁴。

第二項 管制之自我管制

在擔保國家的法律中，自我規制乃居於中心地位的重要基石。工業革命後，國家任務大幅擴張的結果，對管制法律需求愈顯迫切，以及行政資源的有限性，國家已無法因應新興生活領域所必需的專業知識。為因應此等管制失靈的現象，現代國家乃放棄傳統單方高權性之管制手段，轉而採取「合作管制」（*kooperative Regulierung*）的思惟，將部分國家管制之責任分配於私人，令其自我管制²⁶⁵。並且因為國家的任務負擔過重，國家的角色已然轉變：從任務的提供（*providing*）轉移到使能夠（*enabling*）；從履行（*Erfüllung*）到擔保（*Gewährleistung*）。藉由私人提供公共任務的履行，而國家則負有確保公益實現的擔保責任。申言之，擔保責任可由規制和監督兩個角度來觀察²⁶⁶。

²⁶⁴ 許登科，前揭文（註 57），頁 159-160。

²⁶⁵ 詹鎮榮，德國法中「社會自我管制」機制初探，收錄於氏著，*民營化法與管制革新*，頁 145-147。

²⁶⁶ *G. F. Schuppert, a. a. O. (Fn. 84), S. 314.*

所謂的「擔保」，在擔保責任的作用為，其不僅表彰了國家角色的轉變，同時也重新確定了公共和私人所扮演的角色內涵。國家角色改變的意義使國家對新的行為形式抱持著開放的態度：導引、框架設定、節制、財政支持與非國家的夥伴在網絡裡的合作。此外，角色意義的改變也建立了國家與非國家活動者參與的責任分配角色安排，亦涉及國家規制的方式與風格。關於國家規制的中心討論議題便是國家規制與自我管制²⁶⁷。需要注意的是，自我管制本身並非完全地處於孤立無援的狀態，而是經由立法者的預先規定和法律上的秩序架構，來確保公益²⁶⁸。

自我管制的意義目前並無清楚的定義可資遵循，但若依照德國學者通常之見解，則可認自我管制為「個人或團體本於基本權主體之地位，在行使自由權、追求私益之同時，亦志願性地肩負起實現公共目的之責任」²⁶⁹。關於自我管制的類型若依Wolfgang Hofmann-Riem所為之分類，則可以分為四種類型：國家命令式管制、納入自我管制要素的國家管制、受規制的自我管制以及純粹的社會自我管制²⁷⁰。申言之，國家命令式管制可以對應到高權的干預行政，例如下命處分、附許可保留之禁止；納入自我管制要素的國家管制則係指，國家賦予受管制者自主形成空間、利用社會的專業知識的同時，也希望國家預先訂定的目標能夠比較容易達成，故有此謂；若國家持續在責任承擔上持續退讓，同時促進私人參與管制任務，並且原則上信賴自我管制之私人時，則為受規制的自我管制²⁷¹。最後，純粹的社會自我管制則係指，參與的行動者合意決定共同標準，

²⁶⁷ G. F. Schuppert, a. a. O. (Fn. 84), S. 315f.

²⁶⁸ G. F. Schuppert, a. a. O. (Fn. 157), S. 36.

²⁶⁹ 詹鎮榮，前揭文(註 265)，頁 148。

²⁷⁰ G. F. Schuppert, a. a. O. (Fn. 84), S. 316.

²⁷¹ 陳軍志，前揭文(註 74)，頁 59。

並且出於自己責任監督有無遵循（管理權限）。此時目標是確保當事人自己的行為準則（Verhaltensmaßstäbe）並形成集體秩序模範。此種類型可以藉由私人制定規範，來實踐對公益福祉的要求²⁷²。

總言之，在擔保國家的法律中，可以透過框架立法，賦予私人一定的自主空間，運用私人自我管制來確保公益的實現。

第二目 公法與私法交織形構的擔保行政法

傳統行政法體系建立在公法、私法二元區分的體系上，二元區分的基礎建立在國家與社會之二元分立。但是這種區分已日趨模糊：例如：在行政實務上運用之契約，其契約類型常常不能很明確地劃歸於公法或私法契約。又德國學者 Gusy 就曾指出：公法和私法區分問題之討論，並非理論的結果，毋寧是應用上的合目的性²⁷³。

如前所述，在擔保國家的法律中，自我管制無疑扮演了一個很重要的角色。透過公法與私法之交互功能補充，將公法與私法看成一整體法秩序下兩個相對結構但互相補充之次體系，能夠對法秩序不足之規制需求，依各自功能特性，交互補充運用，能收順利解決問題的功效。在此可以提供幾個例子：如新近環保法上損害責任法之立法；或是消保（產品責任）法中，公法上許可制或物品標示之設計。另外，在建築法領域，也有民法上鄰人關係之保障²⁷⁴。

總言之，在此所論述的公法和私法交織形構，意謂著不再以傳統上基於公法和私法區分之歷史為基礎，反而將公法和私法理解為功能上兩個相對結構，

²⁷² 陳軍志，前揭文(註 74)，頁 60。

²⁷³ 許登科，前揭文(註 57)，頁 163。

²⁷⁴ 許登科，前揭文(註 57)，頁 164、165。

但為整體一法秩序下相互補充之次體系來看待。這樣的優點是，公法和私法構成了整體法秩序體系的一環，也提升了整體法秩序對問題解決能力。假使公行政部門必須在私法中貫徹其傳統公法上保護需求，且此時是公行政利用私法來規劃，則在交織成的網羅秩序中，必須確保公法和私法各自的規制特性，以達到提升整體法秩序解決問題之功能²⁷⁵。

第三目 階段性之管制

擔保國家是以私人活動者和國家共同分工、合作履行公共任務的方式，來確保公益的實現。既然涉及分工合作，因此責任分配的計畫無疑是擔保國家的重點所在。若對法律現實上可能發展加以有意義地分析，可以得到三個基準點：公益具體化、責任的分配模型以及行動者。這樣形式化思考方法的優點相對於類型學，具有特定標準的困難性，責任層級模式（*Verantwortungsstufenmodell*）足以引出每一個公任務適合的模版，且能夠強調的典型危害情況²⁷⁶。

因此，公益具體化的過程基本上在每一個責任分配的規範架構裡是開放的，同時存在立法者的形成空間。如從不同的管制觀點來看，可以區分為設定標準責任、準備責任、程序引導責任、執行（決定）責任、管理責任、實現和結果責任等²⁷⁷。這樣的區分可以說是實踐公益過程中，垂直的責任階層²⁷⁸。

申言之，管制階段之區分，可分為規劃階段、執行階段、和結果階段。**Kämmerer** 於民營化之國家管制立法時，就曾論述民營化通常並非一次性或個

²⁷⁵ 許登科，前揭文(註 57)，頁 165。

²⁷⁶ A. Voßkuhle, a. a. O.(Fn. 46), S. 68.

²⁷⁷ A. Voßkuhle, a. a. O.(Fn. 46), S. 69.

²⁷⁸ 許登科，前揭文(註 57)，頁 166。

案性即告完成，而毋寧是包括各發展階段，並且伴隨著結構性的立法和行政行為。換句話說，民營化的形成自由，自法律管制的觀點，不只限於民營化是否容許、民營化決定作成之程序有何要求，更包括執行民營化之決定以及民營化後相關憲法或法律之要求。例如，在規劃階段，涉及的層面乃民營化的方式與範圍。此時，不只是否容許民營化或要求民營化的類型與其相關，更需要進一步評估民營化後相關規定與要求，如此才符合法律之規定與目的。當然，國家在此規劃階段只能做某種程度之推測，蓋如同環保法或科技法領域，規劃階段存在著不確定性。準此，除了經由適當評估予以降低不確定性外，還要在民營化決定後建立控制與預警制度。

在執行階段，主要就是民營化之決定及其相關措施之處置。由於民營化的類型不同，所以並沒有一致的標準可一體適用。國家在此階段，重要的是不斷針對民營化後相關問題進行必要的管制，包含法律制定、管制機關之設立並依事實和法律上需求調整管制要求²⁷⁹。

第四目 具有公法意義的擔保義務

擔保在民事法體系，表現在瑕疵責任規定中的瑕疵「擔保」。準此，出賣人就其出賣物品有無瑕疵之擔保責任，可見諸於德國民法第 459 條之規定。然而，在公法領域中，若談到國家擔保，表徵著國家負有擔保義務，亦即對私人行為之擔保和對公企業的擔保，以及對法律上瑕疵之行為做預防性的行為。換句話說，不同於民事法之擔保概念，強調國家擔保義務具有其特殊意義：國家必須提供完整且適當之公私法交錯適用所形成之規範架構，目的在使得國家設定之公益目的，能透過私人的行為而實現。

²⁷⁹ 許登科，前揭文(註 57)，頁 167。

此外，擔保國家的責任範圍，在民營化或由私人參與公共任務時，基於憲法規範之要求，侷限在「擔保」。申言之，公共任務之執行，原則上是私人本於基本權主體所為之自主決定，國家角色被限定在立法框架之形塑、行政上監督與促進，以確保私人之給付符合公益之要求。準此，擔保描述了國家任務與私人間責任的界限，在此理解下，擔保既是義務，也是界限。蓋私人參與公共任務，並非參與決定（*Mitwirkung*）國家任務之執行，而是嚴格與國家任務之執行分立²⁸⁰。

Badura 對此亦有相關之論述：其以電信郵政領域為例，國家為確保基本建設或公共服務之提供，於聯邦層次，立法者及聯邦政府受憲法之擔保委託，包括對私人企業提供者。易言之，此時首先固應區分（郵政電信民營化後）國家領域之行政與私人企業的活動，且同時運用市場（企業）效益之原則。但是，私人企業自主決定其給付之方式和財務運作，在法律並未禁止。從而，憲法對立法者之（基本建設）擔保委託，要求國家以適度管制機制，確保私人企業活動不會有濫用市場地位或不當競爭之情形發生。簡言之，實現憲法對立法者之擔保委託，須透過國家高權管制行為來擔保（基本法第 87 條第 2 項第 2 句）²⁸¹。

第二款 形塑目標

擔保行政法（總論）之體系形成，必須有許多的實定法的分析研究為基礎，才能夠有效且成功地架構出來²⁸²。既然國家已將部分任務交由私人，予以「功能私部門化」，國家即應承擔所謂「正當化責任」（*vor- und nachwirkende Staatliche Legitimationsverantwortung*），並負責「創見結構上的義務」（*staatliche*

²⁸⁰ 許登科，前揭文（註 57），頁 168。

²⁸¹ 許登科，前揭文（註 57），頁 169。

²⁸² *E. Schmidt-Aßmann, a, a, O. (Fn. 257), §3 Rdnr. 117.*

Strukturschaffungspflicht)，亦即藉由相關之擔保措施來彌補未實質決定支配所生之損失²⁸³。

綜合德國現行許多擔保行政之法律內容，包含有程序法與實體法，以及公法與私法之內容，依德國學者 Voßkuhle 的見解認為擔保行政法由下列五個最重要的原則，加以形成發展之。

1. 確保私人提供給付之品質及結果

既然擔保行政是由私人參與履行公共任務而提供給付，但並不意謂著國家從此撒手不管，此時國家毋寧是處於擔保公益確實履行的角色：國家必須確保該私人所提供之給付，即其給付之品質及結果均應達成與國家自己執行相同或更佳之內容。因此，擔保行政法又被稱為「確保公共利益的規範結構」（Gemeinwohlsichernder Regelungsstrukturen）²⁸⁴引導原則。

2. 選擇私人合作夥伴之程序

在合作的程序中，首先遇到的就是如何在藉由私人履行公共任務時，妥善地選擇私人活動者。蓋公行政必須確保任務能夠確實履行，因此，關鍵就在於該私人的給付能力是否充分適當²⁸⁵。因此，行政主體如何選擇其合作夥伴，即具有決定性之成效影響。準此以言，擔保行政法必須設計出一套完備可用之選擇夥伴程序。以公開、合理、正當的程序，選定具充分履行公共任務能力的合作對象（夥伴）。

²⁸³ 陳愛娥，行政契約之研究—以代替行政處分之行政契約與委託行使公權力之行政契約為探討對象，法務部九十二年度委託研究計畫（計畫主持人：陳愛娥），法務部編印，2003年12月，頁104。

²⁸⁴ F. Schoch, a. a. O. (Fn. 207), S. 245.

²⁸⁵ Chia-Yu Chou, a. a. O. (Fn. 252), S. 37.

3.保護競爭第三人、使用人及消費者

私人藉由履行公共任務，成為給付提供者的角色。值得說明的是，於私人履行公共任務，與由國家親自履行之情況，在本質上並不相同。申言之：凡由私人提供給付之法律關係，原則上屬於一種私法法律關係，而非公法上之法律關係。故，在私人履行時之其他第三人，除非直接受到履行任務私人之侵害，否則無法藉由原限制行政主體之「保護規範」而獲得保障²⁸⁶。擔保行政法存在一套解決、保護與其相互競爭之第三人、使用人及消費者之機制，以免造成第三人保護上之漏洞問題。在此還產生了另一個問題：即私人如何在私法形式裡履行公共任務？蓋作為給付提供者之私人極有可能被視為高權主體，在此，並無憲法義務之直接的適用。因此，若涉及法律上對第三人的保護，國家應該採取直接以履行公共任務的方式，來對提供給付之私人產生影響²⁸⁷。

4.建立必要之評估方法及相互學習機制

由於國家以私人履行公共任務，可能為期甚長且無相關可供參酌之案例。準此，在程序進行中為確保公共任務之持續履行，行政主體尚必須肩負起「指導」、「促進」及「監督」之義務。所以，建立必要的評估方法，除了能有效督促合作夥伴，確實執行公共任務、避免產生公共任務之品質降低之結果、防免達不到公共任務之基本要求內容。此外，建立官民相互學習機制也是重要的一環，除有助於解消雙方執行運作之誤會外，更可以積極地促使公私部門於共同具體化公共利益時，具有更高服務品質與給付²⁸⁸。

5.有效的國家接管或撤回選擇權（Effective staatliche Rückholoption）

²⁸⁶ 林明鏘，前揭文（註 2），頁 590。

²⁸⁷ Chia-Yu Chou, a. a. O. (Fn. 252), S. 37.

²⁸⁸ 林明鏘，前揭文（註 2），頁 590。

所謂有效的國家撤回選擇產生的理由係著眼於防患未然的想法；在任何公私合作關係之中，除順利進行外，在法體系上必須有作最壞的打算，目的在於若合作夥伴顯然無法履行其公共任務，或是履行的成效極差之時，行政主體應如何處理之後續問題²⁸⁹。行政主體取（撤）回交由私人履行之原屬國家之公共任務，而交由其他私人或由國家自身加以履行，以確保公共任務得以持續履行。當然，國家能夠取回公共任務的前提要件是：有一個長期性的資訊及相互溝通機制，使行政主體得有管道取得必要之知識（Wissen），以便判斷是否取回或接管²⁹⁰。

第三款 基本結構

擔保行政法總論的基本結構內容，主要係由下列三種所構成：²⁹¹

1. 國家之管制

如前所述，擔保國家不再使用傳統的管制手段擔保行政法中，最為重要的結構就是一種國家的管制體系。申言之：當國家為確保公共利益不受損害的目標下，對於確定發生之市場失靈，應行使其管制手段，藉以排除市場失靈之狀況，避免公共利益受損。而這種管制行為主要又分成「個案管制」與「通案」的法令管制兩種。透過點或面的干預介入，來解決市場失靈之問題。因此，在擔保行政領域內，國家高權並不當然由市場競爭法則完全取代之²⁹²。

2. 擔保之手段（Instrumenten der Gewährleistungsverwaltung）

²⁸⁹ Chia-Yu Chou, a. a. O. (Fn. 252), S. 37.

²⁹⁰ 林明鏘，前揭文（註 2），頁 590-591。

²⁹¹ F. Schoch, a. a. O. (Fn. 207), S. 245f.

²⁹² F. Schoch, a. a. O. (Fn. 207), S. 242.

擔保行政的手段形式，乃構成擔保行政法總論中的第二個結構內容。但是，由於擔保行政內容之複雜性甚高並且案型多樣，故其管制之手段，亦具備多樣性。因此，即應視個別特殊領域之不同，而備置不同之手段。例如：行政主體得使用許可手段，或從事進入市場之管制、經濟監督（*Eigenüberwachung*）、行政契約或其他空間、課予公眾相關之資訊義務（*Publizitäts-und Informationspflichten*）等方式為之²⁹³，確保公共利益之實現。

3.補充責任

擔保行政法總論最後一個基本結構內容即是國家之補充責任。此又稱承接責任或是網羅責任。申言之，於市場失靈或萬一私人無法履行其法定公共任務時，國家基於「補充責任」之法理要求，須確保結果上，公共任務仍被持續履行，所以國家即有接管、取回或撤回之選擇權利，以確保「彈性」（*Flexibilität*）²⁹⁴之處理權限。換言之，此責任著重在備位功能，僅於私人無法達成具公益性之管制目的或是管制失靈時，此種潛在的國家履行責任才被凸顯²⁹⁵。國家對於這種未來難以預料的演變，所為事先預防性的法令措施，也是現代國家要求風險預防（*Rechtsgebot zur Risikovorsorge*）或風險管理（*Risikogovernance*）的標準措施²⁹⁶。

²⁹³ *F. Schoch*, a. a. O. (Fn. 207), S. 245.

²⁹⁴ *W. Hoffmann-Riem*, Rechtsformen, Handlungsformen, Bewirkungsformen, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle*, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II 2008, § 33 Rdnr. 88.

²⁹⁵ 詹鎮榮，前揭文（註 22），頁 125-126。

²⁹⁶ 林明鏘，前揭文（註 2），頁 591。

第五章 我國案例分析

第一節 我國近年促參案例運作情形

近年來，藉由民間投資興建公共建設，引進企業經營理念以改善公共服務品質，已成為國際趨勢。而國內為減緩政府財政負擔，擴大公共建設投資以提振景氣，政府於民國 89 年 2 月公布施行「促進民間參與公共建設法」（以下簡稱「促參法」），行政院公共工程委員會（以下簡稱「工程會」）歷經兩年建置法令制度等基礎環境，各主辦機關陸續進行民間參與公共建設之可行性評估及先期規劃作業，逐漸帶動民間投資熱潮²⁹⁷

以促參案件之生命週期而言，於投資契約簽訂之後，短則 10 到 15 年、長則 30 到 50 年之投資契約期限內，促參案件該如何完成預期的興建、營運工作，並且如期如質的提供該項公共建設服務，是促參案件成功的重要課題。依行政院公共工程委員會所統計，常見 BOT 案件遭遇的難題有：政府未能完成協助事項，例如審查程序延宕、未協助取得證照、用電或如期交付用地、營運不善導致收入未如預期等等。

關於案例選擇的方式，由於促參案件遭遇困難的態樣繁多，可能是民間廠商藉故拖延，或是政府未盡承諾事項中應為的行為，更有可能是興建後才發生營運不善的窘況等等，不一而足。故本文擬就投資契約簽訂後，BOT 案件在興建以及營運期中所遭遇到的困難態樣做一整理，依據時間進程，舉其中值得檢討分析的案例，先簡介案例事實以及所遭遇的困難，最後再提出本文見解。

²⁹⁷ 自 89 年實施推動迄今（100 年 4 月底止），累計已簽約促參案件共 833 件，民間投資金額逾 6,600 億，節省政府逾 6,000 億元財政支出，增加逾 3,600 億政府財政收入，並創造逾 10 萬名就業機會。資料來源：<http://ppp.pcc.gov.tw/ppp.website/Refers/Refer/View6.aspx>。最後瀏覽日期：2012 年 2 月 20 日。

第一款 促參法簡介

由於本文討論的主軸乃在探討私人以 BOT 方式參與重大公共建設時，國家所負之擔保責任，因此，在進一步進入有關擔保責任相關討論之前，即有必要先行就我國現有且相關之法規範作一簡單的認識。

第一目 立法沿革

政府鑒於交通建設與交通事業發展正面臨關鍵性轉型時期，同時為配合六年國建計劃中交通建設與交通發展之迫切需要，為解決所需龐大資金短絀問題，行政院轄下交通部遂於民國 82 年擬具「獎勵民間參與交通建設條例」²⁹⁸（以下簡稱獎參條例）草案送立法院審議，以突破當前困境，並於民國 85 年 12 月 5 日公布施行，以作為規範政府與民間在交通建設之興建營運範疇內合作之專屬法規範。相對於其他相關法律，獎參條例乃作為交通建設領域公私協力之特別法，應優先適用²⁹⁹。惟需注意的是，獎參條例之獎勵，卻僅限於「重大交通建設之興建、營運」之範圍，為使公私協力行為在交通建設以外之其他公共建設亦有適用之餘地，故參照獎參條例之立法體例，採通案立法之方式，制定「促進民間參與公共建設法」，並於民國 89 年 2 月 9 日公布施行。由於促參法適用

²⁹⁸ 獎參條例乃獎勵民間參與交通建設條例之簡稱，其制定之立法源由，依獎參條例草案總說明：「由於國建交通設施計畫投資金額龐大，單獨仰賴政府預算來支應之傳統建設方式，勢已無法因應需要，因此必須仿效先進國家，藉由政府及民間共同參與之合作模式（如日本公、私部門相互合作之所謂『第三部門』；或如美國政府與民間所發展之『合夥關係』；或者如歐洲及東南亞所推行之政府許可『興建、營運後產權移轉政府方式』），有效動員及運用民間資源，突破政府財力之限制，以加速交通設施之推動，解決交通服務供不應求之問題。」參見立法院秘書處編印，《獎勵民間參與交通建設條例案》，立法院公報，法律案專輯，第一百九十七輯(上)，交通(十三)，1997 年 6 月，頁 2-7。

²⁹⁹ 觀諸獎參條例第二條規定：「獎勵民間參與交通建設，依本條例之規定。本條例未規定者，適用其他有關法律之規定。」即知。詹鎮榮，前揭文(註 110)，頁 135。

之公共建設類型相當廣泛，可謂包含所有生存基本照顧所需之基礎設施，因此，促參法具有我國現行法規範公共建設領域公私協力行為之基本法地位³⁰⁰。

第二目 基本架構

政府為擴大民間參與公共建設之範圍，本著「民間最大參與」及「政府最大審慎」兩大原則，採「促進」之意，對公共建設採取廣義的定義。其所適用之公共建設尚包括交通建設及共同管道、環境污染防治措施、汙水下水道、自來水及水利設施、衛生醫療設施、社會及勞工福利設施、文教設施、觀光遊憩重大設施、電業設施及公用氣體燃料設施、運動設施、公園綠地設施、重大工業、商業及科技設施、新市鎮開發及農業設施等計 13 項³⁰¹。

促參法全部條文共計 57 條，共六章：第一章總則（第 1 條至第 12 條）、第二章用地取得及開發（第 13 條至第 28 條）、第三章融資及租稅優惠（第 29 條至第 41 條）、第四章申請及審核（第 42 條至第 48 條）、第五章監督及管理（第 49 條至第 54 條）、第六章附則（第 55 條至第 57 條）³⁰²。細觀促參法之內涵，可知促參法主要著重在適用之公共建設範圍、民間合作夥伴之資格及甄選程序、民間參與公共建設方式、政府提出之誘因類型及協力範圍、以及確

³⁰⁰ 詹鎮榮，前揭文（註 110），頁 136。

³⁰¹ 參見促參法第三條第一項。

³⁰² 申言之，第一章包含立法意旨以及重要概念規定，如公共建設之意義（第三條）、民間機構之定義（第四條），以及主管機關為何、及主管機關之執掌（第六條）、其相關業務之授權、委託事宜（第五條）等等。而第二章至第四章則為前階段辦理程序之事前籌畫、進行之規範，如公共建設用地取得之方法（第十三條）、私有土地撥用之程序及要件（第十六條）、地上權之取得（第十九條）等等。第三章融資及租稅優惠以及第四章申請及審核，均僅涉及事前準備、規畫的部分，而關於後階段，即簽約後政府應進行之監督、管理範疇，則僅依賴寥寥數條文以為規制，而將監督案件進行的重責大任交託予契約為之，雖然交由契約為之有彈性、可因地制宜、依個案做有效的管理，但是相對地，針對重大交通建設，所涉金額龐大，亦影響民生至關重大，不宜僅由契約規範，而應就促進、督促案件進行的責任，擇其重大者，置於法規範中，方為正辦。

保投資契約之履行與公益維繫等。須要說明的是，促參法主要聚焦於公私部門間「內部合作法律關係」之形成與實現，重視公部門確保私部門所提供給付之品質，以及設施利用人權利之維繫；尚不及於參與公共建設之民間廠商、銀行團、投資人、設施利用者或其他第三人之「外部法律關係」。蓋從前述行政合作法之觀點出發，國家如何透過私部門之合作，利用其資金與人力，誠屬關懷之重心，故促參法此種規範架構應可獲得認同³⁰³。

第三目 促參法與政府採購法之適用順位

由於促參法涉及公共建設之興建與營運，常有主辦機關徵求民間廠商參與建設興建的情事，關此，促參法第 42 條³⁰⁴及政府採購法第 99 條(下簡稱採購法)³⁰⁵均有規定。此時在適用順序上，何者優先，不無疑問。

關於這個問題，可以從制度性質以及立法旨趣兩個切入點觀察之：

1. 制度性質觀點：

政府採購程序通常針對一次性的財物或勞務採購，以完成特殊之採購目的；但是 BOT 的公開甄審程序，另外涉及關於「特許權契約」衍生之相關問題，且在政府與投資者之甄審過程中，需要「不斷地協商」³⁰⁶。此外，行政院公共工程委員會於 2007 年 5 月 4 日修正之「民間參與公共建設案件適用『促進民間參

³⁰³ 詹鎮榮，前揭文(註 110)，頁 140。

³⁰⁴ 促參法第 42 條：「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，向主辦機關申請相關規劃資料。」

³⁰⁵ 政府採購法第 99 條：「機關辦理政府規畫或核准之交通、能源、環保、旅遊等建設，經目的事業主管機關核准開放廠商投資興建、營運者，其甄選投資廠商之程序，除其他法律另有規定者外，適用本法之規定。」

³⁰⁶ 李惠宗，行政法院對 BOT 最優申請人決定程序的審查—兼評台北高等行政法院九四年訴字第七五二號(ETC)判決，台灣本土法學，第 82 期，2006 年 5 月，頁 179。

與公共建設法』與『政府採購法』之比較」文件中³⁰⁷，亦指出促參法之「委託經營」概念，著重在民間資金之投入且自負盈虧，亦即引進企業經營之理念；而採購法則重在勞務採購，由政府負經營盈虧之責，以委任或僱傭方式支付費用委託民間機構代為營運管理，二者性質不同。

2.立法旨趣：

制定採購法之目的在建立公平、公開之採購程序，以提升採購效率與功能，並確保採購品質³⁰⁸，屬於典型國庫行政中之行政輔助行為；此外，採購法屬於單純民事上之對待給付關係，並無助於減少國家財政支出；反觀促參法規範民間參與公共建設事項，涉及民間與國家共同分擔行政任務的執行或代替國家支付興建公共建設所需費用，與採購法單純處理國家財務與勞務需求不同³⁰⁹。

由上述論述可知，促參法與採購法的確有制度本質與立法目的的差異³¹⁰，因此，應認為採購法第 99 條規定於民間廠商投資興建與營運特定公共建設之甄選程序時，特別明文有採購法之適用，足資作為「截網式規範」(Auffansnorm)，避免產生選擇民間合作夥伴實之規範上漏洞³¹¹。於促參法施行後，應認於主辦機關辦理民間參與公共建設之作業時，應優先依促參法辦理³¹²。

³⁰⁷ 行政院公共工程委員會民間參與公共建設網站：http://ppp.pcc.gov.tw/pcc_site/.../1302_促參法與採購法之比較_960504_修訂.doc，最後瀏覽日期：2012 年 6 月 7 日。

³⁰⁸ 政府採購法第 1 條：「為建立政府採購制度，依公平、公開之採購程序，提升採購效率與功能，確保採購品質，爰制定本法。」

³⁰⁹ 詹鎮榮，前揭文(註 110)，頁 138-139。

³¹⁰ 林明鏘，工程與法律教學研究之科際整合：以台大小巨蛋判決為例，台大法學論叢，第 38 卷第 3 期，2009 年 9 月，頁 126。

³¹¹ 詹鎮榮，前揭文(註 110)，頁 139。

³¹² 黃立，政府作為消費者－台灣與德國採購法制之比較，政大法學評論，第 92 期，2006 年 8 月，頁 34。

第四目 投資契約之定性

在促參法之投資案中，契約無疑地扮演了一個重要的角色。蓋投資案的標的金額動輒上億，風險甚高且責任重大，有賴各種契約來分擔，諸如投資契約（或可稱為特許權契約、興建營運契約）、融資契約、聯合授信契約等等不一而足。在上述眾多契約之中，與本文密切相關者實為投資契約。

投資契約係政府賦予民間特許機構經營的權利，其規範了基本的權利義務關係，內容上包含了契約期限、融資方式、政府承諾事項以及風險之調整與分擔等等³¹³。細繹投資契約，可知其立基於政府管制公共建設之態度，在契約條項中可謂由具備私法性質之契約條款以及公法監督構築而成³¹⁴。此種雙重特性，涉及權利之救濟途徑與契約調整機制，故經常引起應定性為私法或公法契約之爭辯。若從權利金之支付以及當事人間具備雙務、對價關係之角度而言，似應定性為私法契約；但若從特許權授與及公權力的角度觀之，定性為行政契約似亦言之成理³¹⁵。

以下簡單就投資契約定性為私法契約的論點臚列如下：採私法契約說者所執理由不外為：促參法第十二條立法者已經規定為民事契約³¹⁶。採公法契約說

³¹³ 王文字，BOT 主要契約內容解析(上)，全國律師，第 3 卷，第 11 期，1999 年 11 月，頁 59。對於投資契約之相關介紹亦可參見劉紹樑，論 BOT 基本法，月旦法學雜誌，第 33 期，1998 年 2 月，頁 25、王文字，行政判斷與 BOT 法制—以 ETC 案及京站案為例，月旦法學，第 142 期，2007 年 3 月，頁 11。

³¹⁴ 顏玉明，我國促參法 BOT 契約法律性質初探，台灣本土法學，第 82 期，2006 年 5 月，頁 168。

³¹⁵ 詹鎮榮，促進民間參與公共建設法之現實與理論—評台北高等行政法院之 ETC 相關裁判，月旦法學雜誌，第 134 期，2006 年 7 月，頁 55。

³¹⁶ 促參法第十二條規定：「主辦機關與民間機構之權利義務，除本法另有規定外，依投資契約之約定；契約無約定者，適用民事法相關之規定。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。」且該條立法例由亦載明：「一、本條明定投資契約屬民事契約之性質，與其訂定之原則及履行之方法。…」

之學者則謂：1.主辦機關允許民間機構參與經營公共建設，此種授與特許權為公法性質。2.基於契約目的理論，投資契約之目的在於興辦公共建設，與公共利益密不可分。3.強制接管及契約調整機制係屬公權力高度介入³¹⁷。

儘管立法者的確在促參法第十二條明文謂投資契約應定性為民事契約，但在先前眾所矚目的 ETC 判決³¹⁸中，已將建置營運契約定性為行政契約而非私法契約，其所採之理由可歸納為：1.即使促參法第十二條第一項規定，投資契約無規定時，「適用」民事法之相關規定，但因促參法公布施行於 2000 年 2 月 9 日，行政程序法中之行政契約章相關規定尚未施行，故立法者所為之規定實乃不得不然之結果。2.促參法之明文規定屬於文義解釋，僅法律解釋方法之一，仍應參酌契約之標的及目的綜合判斷之。3.觀諸 ETC 之建置及營運契約，具有強烈之公權力性質及特許之內容，若依立法理由作定性，顯非適當³¹⁹。

除定性為私法或公法契約之論者外，亦有採取公私混合契約者。其所持之理由為，BOT 法律關係複雜，常有具私經濟行為之權利金給付和資產之移轉，亦有涉及公權力介入之特許權給予與土地徵收³²⁰。

本文則認為，投資契約之定性不宜一概而論，宜區分民間參與公共建設之類形而定。例如純屬觀光遊憩性質之大鵬灣遊樂區³²¹，並無所謂公共利益的考

³¹⁷ 顏玉明，前揭文(註 314)，頁 169、170。

³¹⁸ 民國 95 年 2 月 24 日台北高等行政法院作出九四年訴字第七五二號判決，對 ETC 建設產生巨大的影響，也引起了學者專家後續的一連串討論，例如：本件是否有投資契約適用餘地？ETC 投資契約係行政抑或私法契約？ETC 停止執行是否影響公共利益？誠屬一項具有指標意義之判決。

³¹⁹ 林明鏘，促進民間參與公共建設法事件法律性質之分析，台灣本土法學，第 82 期，2006 年 5 月，頁 221-222。

³²⁰ 陳清秀，特許合約與公權力之行使，月旦法學，第 34 期，1998 年 3 月，頁 57。

量或是必須維持營運不中斷的思考，在契約中也無太多公權力之介入，此時則可定性為私法契約。但若係涉及重大公共建設之類型，如本文以下將要討論之高鐵、高捷，則考量公權利介入和效率的問題；換句話說，定性為公法契約後，一個行政處分就可以強制接管，可避免定性為私法契約後產生訴訟拖延、繳納巨額執行費和裁判費的結果。

第二款 促參法暨施行細則關於監督管理的規範

誠如前所述，促參法乃作為促進民間參與公共建設之法，本著「民間最大的參與」及「政府最大的審慎」兩大原則，採通案立法之方式，並參照「獎參條例」之規定，建立政府部門有效配合之機制，兼顧維護公共利益與落實民間推動之機制，並合理規範政府與民間機構投資契約之權利義務，放寬目前其他法令限制，提供融資、減免稅等誘因，並明確規範甄審及監督程序。準此在進行我國案例討論前，先對我國法令規定有一定了解後，再進入我國實例，針對發生的困難或阻礙，討論我國的法令是否有規範不足之處。本文將促參法令之相關規定依準則性規定、確保興建營運及承接責任做區分並表格化之，並整理於附錄，供讀者參閱之。

第二節 依時間之進程檢視實例

擔保責任乃是介於國家直接自行履行的履行責任以及備位的承接責任之中間責任類型。質言之，這是一種公私部門共同合作的過程，其中擁有相當豐

³²¹ 大鵬灣國際休閒特區為全國最大遊憩區 BOT 開發案，由隸屬東方休閒集團之大鵬灣國際開發股份有限公司，於 2004 年正式取得「民間參與大鵬灣國家風景區建設 BOT 案」特許經營權，專職大鵬灣的整體開發規劃與經營，開發團隊專職經營開發水上休閒育樂、賽車運動經營、觀光飯店管理等。(資料來源：<http://www.thepenbay.com.tw/brief.php>，最後瀏覽日期：2013 年 1 月 9 日。)

富的行為選項，不過就擔保責任而言，其中至少應包含管制與監督之責任。更正確地說，擔保國家乃介於國家履行責任與單純規範私人行為之框架責任之「剩餘責任（Restverantwortung）」，國家既不應該再被視做獨自的行為者，同時也不僅只是被理解為框架的設置者。這種中間性質使得擔保責任應該被理解為一種上位責任，因為擔保責任本身並未透露出任何應該要加以實現的任何內容，其對於各種不同的任務履行模式，皆保持開放的立場，這也將使得擔保責任之國家趨向於開放的、競爭取向的型態³²²。

準此，本文為具體化國家擔保責任之意涵，乃為以下嘗試：為集中凸顯擔保責任之意義在於將任務交託私人後，國家盡監督、控管之責任，甚至在私人經營不善時，國家為了公益乃出面加以承接之內涵，故以下採擇案例之範圍係限於國家與私人簽訂契約後，私人興建階段與興建完成後之營運階段，尚不及於簽約前之範疇。其次，本文討論的案例來源係筆者就目前我國所生之實例，大量閱讀後加以檢選，整理並歸納其共同特徵，並配合擔保國家著重之價值：確保私人提供給付的品質、建立必要的評估機制以及設計國家有效的接管等，作為類型化的標準，而試圖將國家擔保責任之概念予以類型化³²³。

每個類型分別代表了國家與私部門簽訂契約後，應負起擔保責任。需要說明的是，以下行文的順序乃依據時間的進程，首先就締約後之興建階段，以及營運階段常見的 BOT 缺失案例加以簡介，並提出案件遭遇之困難，其後檢視

³²² 林家暘，前揭文(註 190)，頁 45。

³²³ 本文所採取之體系化形成方式乃利用類型模組：法律體系的形成以概念為基礎，以價值為導向，其間以歸納或具體化而得之類型或原則為其連結上的鈕帶。類型可分別為歸納或具體化之結果。當處理或觀察之對象接近於具體的生活，利用歸納認識其共同特徵將之類型化，以進一步認識其間更根本的道理。當處理或思考之對象接近於價值，利用解析體認其具體內涵，使之接近於實際之生活。黃茂榮，法學方法與現代民法，增訂六版，2009 年 8 月，頁 855。

我國現有的法令（含法規命令、行政規則以及行政函釋）或契約條款是否足以改善或解決爭議：若可，則提出是否足夠之本文見解；若對爭議的處理付之闕如，則討論應如何加以改進與修正。而關於行文之脈絡，以時間的進程為依歸，原因是：如此方能深刻地觀察我國在處理 BOT 案件時，遭遇的盲點以及亟須處理的課題。

第一款 興建階段

在促參案件的興建階段，監督之重點在於建立內部完整之工程品質控管與財務查核機制及流程、掌握民間機構如期提出或交付各項文件等，並在工程驗收時要求民間機構提交相關圖說及相關證明文件等，交由主辦機關備查，倘涉及政府投資其建設之一部者，應確實辦理勘驗³²⁴。

第一目 政府承諾事項之履行

第一項 用地交付—中崙市場改建

一、簡要事實

近年傳統市場受社會環境變遷影響，競爭力不足，因此政府選擇部分市場進行改建，中崙市場就是其中的一個例子。但中崙市場因營運至今已 46 年，硬體設施老舊，無法與現代化的超市、賣場競爭，因此人潮不多。當地里長亦希望藉由 BOT 案以改善當地環境，提供全新購物環境，活絡地區發展。北市

³²⁴ 古嘉諄、李元德、黃俊凱、陳俐宇主編，促參法 Q&A—100 個有關辦理 BOT、OT 等案件的重要問題，2009 年 7 月，頁 279。

府於是依促參法第 42 條³²⁵公告徵求民間參與，由樺福公司得標，但最後由馥霖股份有限公司簽訂投資契約，並擁有中崙市場 52 年經營權。

中崙市場改建案主要涉及釘子戶搬遷、如何選擇私人合作夥伴以及保護第三人的問題。中崙市場改建案原預定 2011 年完成攤商臨時安置後即可動工，但因一戶違建的釘子戶，延宕整個改建工程³²⁶。為方便理解，將中崙市場改建案之重要期程以下表表示³²⁷：

中崙市場改建 BOT 案重要期程

日期	辦理事項	意義
2006.3.22	北市府核定以 BOT 方式為之，並辦理可行性評估。	
2007.6.12	開發權利金 1000 萬元、營運權利金為簽約後為簽約後第 4~52 年每年 309 萬元 ³²⁸ 。	
2007.6.28	核定辦理招商。	
2009.2.5	與馥霖股份有限公司簽訂投資契約，依投資執行企劃書預定最遲開工日期為 99 年 2 月間 ³²⁹ 。	
2010.12.10	完成攤商臨時安置。	
2010.12.28	動工拆除原中崙市場建物。	

³²⁵ 促參法第四十二條：「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。」

³²⁶ 莊琇閔，「中崙市場改建，釘子戶不搬，議員要市府硬起來」，聯合報，2011 年 6 月 16 日，B1 版。

³²⁷ 施春美，「中崙市場改建 1 樓『無壁體』」，蘋果日報，2008 年 10 月 26 日。

³²⁸ 第 11 屆第 1 次定期大會財政建設部門質詢產業發展局書面答覆，台北市議會公報，第 84 卷第 5 期，頁 2071。

³²⁹ 第 10 屆第 5 次定期大會議員質詢書面，台北市議會公報，第 78 卷第 20 期，頁 6376。

2014 年底	預計完成	實際上拆除時程延宕，嚴重影響攤商權益。
---------	------	---------------------

資料來源：台北市市場處（網址：http://www.tcma.taipei.gov.tw/MP_105021.html）、台北市議會公報。

二、問題意識

在中崙市場改建案中，主要涉及三方關係：即北市府、馥霖公司以及中崙市場攤商。在此改建案中發生了下列問題：第一：馥霖公司得進行安置攤商的作業之後，加以改建市場，其法律地位為何？第二，若釘子戶執意不搬遷，現有的制度是否能妥善處理？第三，最後簽約者為馥霖公司而非由最優申請人樺福建設為之，是否妥適？

三、本文見解

（一）法律關係分析

1. 馥霖公司法律地位

今北市府依促參法第 42 條³³⁰公告徵求民間參與，後由樺福公司另成立之馥霖股份有限公司得標，與馥霖股份有限公司簽訂投資契約，馥霖公司擁有中崙市場 52 年經營權。馥霖公司得進行安置原本攤商的作業後，加以改建。析研之，根據前述民間參與履行行政任務的強度之分類，由於北市府與馥霖公司對於中崙市場的改建，其屬於公共任務之屬性仍然不變，國家亦未放棄自身之執行責任，僅是借重私人之力量完成任務，並且彼此間有投資契約作為執行之依據，誠屬功能民營化之類型。

³³⁰ 相關條文可參見註 325。

且因功能民營化本身還可分為：行政助手³³¹、專家參與以及行政委託³³²三種類型。因為馥霖公司在進行攤商安置行為時，並未享有名義上以及執行上之獨立性³³³，其僅負責拆除以及安置攤商作業，馥霖公司仍須依照北市府指示作業，故屬行政助手。

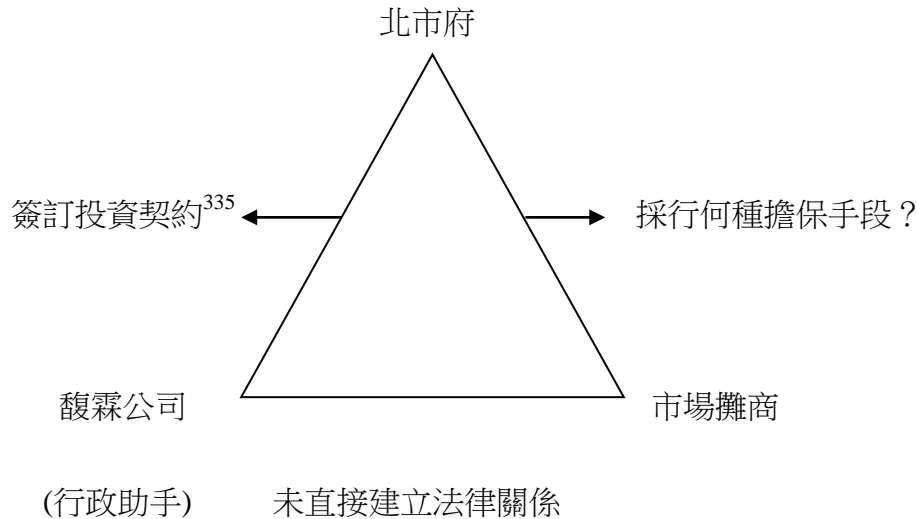
2.三方法律關係圖³³⁴

³³¹ 行政助手係指私人並未獨立從事行政任務的執行，毋寧是在行政機關的委託下從事輔助行為(Hilfstätigkeiten)，並依照行政機關的指示來履行行政任務。其與行政委託不同之處在於，其僅是行政機關執行行政任務的「工具」，對於是否行使公權力並不能自主決定，而完全取決於行政機關的指示；此外，其亦不得以自己的名義對外為行政行為，其所為的行為仍歸屬於行政機關。陳敏，行政法總論，自版，2011年9月，第7版，頁989。

³³² 行政委託係指行政機關將其權限之一部委託民間團體或個人，並以其名義獨立對外執行特定行政任務，學理上咸認行政程序法第16條第1項為行政委託之依據，且行政委託應具備以自己名義作成決定的「名義上獨立性」，以及不受指揮以執行義務的「執行上獨立性」兩項要素。陳敏，前揭文(註331)，頁985。

³³³ 「承攬改建中崙市場的建商去年發現並經鑑界後，認定基地旁的違建佔用約28平方公尺約7坪大小，並不是向市府依法承租市有土地的合法承租戶，而是既存多年的違建，市府即應飭令佔用戶拆屋還地，讓改建工程計劃依期進行……」可知馥霖公司未享有獨立性，為行政助手之性質。相關資料參第11屆第1次定期大會財政建設部門質詢產業發展局書面答覆，王鴻薇議員質詢稿，前揭文(註328)，頁1547-1548。

³³⁴ 本圖係參考劉淑範，前揭文(註107)，頁534所附之圖表，本文並加以修改設計。



(二) 現有法規範之適用

中崙市場改建涉及徵收需用土地及徵收需配合合約期程部分，主要是運用徵收之方式處理。依促參法第十六條第一項³³⁶規定，若公共建設所需用地為私有土地者，應協議以一般買賣價格價購，如價購不成則依法辦理徵收。另辦理徵收之時程應配合合約期程進行一事，亦有促參法第十一條³³⁷、促參法施行細則第二十二之一條³³⁸、第二十二條之二³³⁹之規範，可依此掌控工程進度及控

³³⁵ 在此北市府具有「雙重身份」：即同時具備「簽約主體(主辦機關)」和「管理當局(主管機關)」兩個身份。依據我國促參法體系，簽約主體應為投資契約之主辦機關；但監督機關則宜由主管機關為之，避免雙重身份之衝突。顏玉明，前揭文(註 314)，頁 172-173。

³³⁶ 促參法第十六條第一項：「公共建設所需用地為私有土地者，由主辦機關或民間機構與所有權人協議以一般買賣價格價購。價購不成，且該土地係為舉辦政府規劃之重大公共建設所必需者，得由主辦機關依法辦理徵收。」

³³⁷ 促參法第十一條：「主辦機關與民間機構簽訂投資契約，應依個案特性，記載下列事項：一、公共建設之規劃、興建、營運及移轉。二、權利金及費用之負擔。三、費率及費率變更。四、營運期間屆滿之續約。五、風險分擔。六、施工或經營不善之處置及關係人介入。七、稽核及工程控管。八、爭議處理及仲裁條款。九、其他約定事項。」

³³⁸ 促參法施行細則第二十二條之一：「主辦機關為辦理本法第十一條第七款之稽核，應於投資契約訂定重點稽核之項目、程序及基準。」

管，其目的乃在確保工程如期進行。另施行細則第二十二條之三³⁴⁰則規定投資契約得約定用地與設施取得、交付之範圍及方式，亦可為準據。

上述徵收及掌握工程進度之法規範，可視為擔保國家在將公共任務之履行交託於私人後，仍應依法律規範之內容，切實踐行，以負擔起確保公益之擔保責任。

（三）擔保手段採取之必要性

本文認為，僅管馥霖公司本應依約完成攤商安置，但因其僅係行政助手，為國家手足之延伸，須受北市府之指揮與監督，北市府仍保有執行責任中之領導責任（*Leitungsverantwortung*）³⁴¹；況且佔地之釘子戶並非合法承租人，本於基本權之保護義務以及生存照顧義務，北市府負有積極督促馥霖公司盡速完成攤商安置的擔保責任，以維繫公益，並無疑問。

在實現擔保責任之手段選擇上，北市府可以選擇採取具有「監督」、「管制」特性之擔保手段：如隨時監督馥霖之工程進度，於必要時即時進行強制拆除作業，避免延誤改建工程之進行。

總言之，雖然促參法令對土地之徵收已有相關規定，可視為國家為實現擔保責任已採取設定抽象之框架規定，但是擔保手段毋寧具有多樣性，如以抽象法規範尚不足以實踐擔保責任，國家此時即應站在主動、積極的立場，以具體

³³⁹ 促參法施行細則第二十二條之二：「本法第十一條第七款所稱工程控管事項，指民間機構執行工程之進度、環境保護、施工安全衛生及工程品質管理事項。主辦機關為辦理前項工程控管，應於投資契約訂定工程進度及品質控管機制。」

³⁴⁰ 促參法施行細則第二十二條之三：「本法第十一條第九款所定其他約定事項，得包括下列事項：一、雙方聲明及承諾事項。二、用地與設施取得、交付之範圍及方式。三、財務事項。四、營運品質管理事項。五、履約保證。六、契約變更。」

³⁴¹ 詹鎮榮，前揭文(註 98)，頁 15。

的管制措施，採取監督之擔保手段，依預定時程進行相關拆除作業，以確保公益的履行。本例恰恰回應了擔保國家概念中，任務履行模式的轉換、國家扮演的積極角色以及公益確保之重要性。

（四）擔保行政內涵之思考

北市府非與得標之樺福公司簽約，轉而與新成立之馥霖公司簽約，實需負擔相當大的風險。蓋最優申請人的評定需經公開招標及綜合評選才能決定，更何況新設立的馥霖公司並未經過綜合評選程序及可行性評估³⁴²，無法得知其是否具有順利營運之能力；儘管樺福公司對馥霖公司仍有百分之五十以上之股權，惟股份轉讓並非難事，馥霖之償債能力及財務狀況均令人質疑，此外其還要承擔至民國 150 年之營運期，風險不可謂不大。故本文認為，北市府應選定經綜合評選之樺福公司作為合作夥伴，並與之簽約，才能避免產生公共任務品質降低的結果，確保公共任務之順遂履行。

第二項 聯外道路之興建－台北港貨櫃儲運中心案

一、案例事實

臺北港貨櫃儲運中心BOT案，是國內港埠建設中第一個以BOT方式辦理的案件。由於台灣北部地區目前貨櫃海運仍仰賴基隆港進出口，其定位以服務亞太區域內航線為主要發展目標，但北部仍有許多跨洲際之遠洋貨櫃運量，

³⁴² 中審市場BOT案曾於2006年3月22日進行可行性評估等相關作業，相關論述可參第11屆第1次定期大會財政建設部門質詢產業發展局書面答覆，台北市議會公報，第84卷第8期。我國促參法上之可行性評估相較於德國較不完善，原因是我國以民間角度進行可行性評估、評估之時程過短，較之於壽命周期長之公共建設，顯然無法妥善反映考量因素，再加諸可行性評估之適用範圍過小，導致我國的促參實例迭生爭議，更深入的討論，可參詹鎮榮，行政效率效能作為選擇公私協力模式之基準－對促參法上「可行性評估」之檢討，收錄於：依法行政考核與風險治理/行政效能與組織變革/國境管制與行政法上之舉發，台灣行政法學會研討會論文集【2011】，2012年8月，頁154以下。

因基隆港本身受天然水深、地形與內陸運輸系統限制以及碼頭後線不足，致使原屬北部地區貨源轉移至台中港及高雄港卸載再以陸運運回北部地區，產生了北櫃南運的不經濟現象，故台北港貨櫃儲運中心開發之中央目標，為闢建深水貨櫃碼頭吸引遠洋貨櫃母船灣靠，並分擔北部地區成長之貨櫃運量，以及減少中山高速公路之負荷。故本案主管機關依促參法第八條第一項第一款辦理，徵求民間機構投資興建暨營運貨櫃儲運中心碼頭、後線倉儲區等營運設施，營運期間（五十年）屆滿後移轉該建設之所有權與政府³⁴³。

而與本案相關之部分乃貨櫃儲運中心之聯外道路興建部分。蓋聯外道路之興建與貨運儲運中心之順利發展，息息相關。查聯外道路興建，已明列於契約§19.1.1³⁴⁴，屬於政府承諾事項。但是，本案在營運時，卻遇到了困難：原訂 97 年 4 月兩座碼頭開始營運，但聯外道路至前揭日期為止，仍有 6 標延遲，國道新建工程局之工程施工期程檢討報告中預計於 97 年年底通車，台北港貨櫃碼頭股份有限公司估計聯外道路完工期程延後九個月期間將損失 3 億多元。

惟整體而言，台北港既為國家重大港埠建設之一，民間機構依據政府規劃內容參與長達 50 年之投資，不論政治環境如何變動，雙方簽訂契約時之政府承諾事項，均為主辦機關甚或執政當局所應重視者。倘若因政局轉變、主政者

³⁴³ 金擘獎成果專輯內文，行政院公共工程委員會，網址：<http://ppp.pcc.gov.tw/ppp.website/Search/View.aspx?cx=013295927763613867797:gagudpojxvy&cof=FORID:9&ie=UTF-8&q=%E5%8F%B0%E5%8C%97%E6%B8%AF%E8%B2%A8%E9%81%8B%E7%A2%BC%E9%A0%AD>。最後瀏覽日期：2010 年 12 月 28 日。

³⁴⁴ 該約定政府須完成的道路計有：1.完成東西向快速道路（八里—五股段），並以民國 97 年 3 月底完工通車為目標。2.依工程辦理單位之計畫或經主管機關核准之時程，完成台北港 50m 臨港道路銜接西濱快速道路之路段。3.依工程辦理單位之計畫或經主管機關核准之時程，完成西濱快速道路八里至林口段拓寬工程。參行政院公共工程委員會研究報告，促參案件履約階段執行經驗調查與建議，2005 年，頁 97。

替換，導致政府承諾事項之延後或不履行，補進造成民間機構經營之困難，也有損於政府與民間的長期夥伴關係，進而降低政府之公信力³⁴⁵。

台北港貨運碼頭重要期程

日期	事件	意義
2001.2.7	行政院核定本案採依「促進民間參與公共建設法」辦理。	
2001.4.12	交通部授權基隆港務局辦理後續事項。	
2003.8.8	完成簽約。	
2009.3.9	台北港貨運碼頭啟用 ³⁴⁶ 。	
2009.7.28	經過國產實業與亞泥長達五年的爭奪戰，最後確定由國產取得最優申請人資格 ³⁴⁷ 。	
2010.4.10	自去年啟用以來，使用率、營運量還不到原設計裝卸量的 50% ，業者們，呼籲政府協助紓困 ³⁴⁸ 。	營運未達預期成果，政府應採取適當之擔保手段
2011.11.9	長榮、萬海、陽明合資的「台北港貨櫃碼頭」營運近三年，一路虧損。萬海航運表示，由於大環境不佳、貨量不足，業者希望原訂於本月啟動的台北港第三、四座貨櫃碼頭能夠延後啟用，避免業者虧損擴大 ³⁴⁹ 。	

³⁴⁵ 參行政院公共工程委員會研究報告，促參案件履約階段執行經驗調查與建議，2005年，頁100。

³⁴⁶ 邱瓊平，「遇水則發，台北港碼頭啟用」，聯合晚報，2009年3月9日，A1版。

³⁴⁷ 邱馨儀、謝柏宏，「國產砸40億，兩岸建碼頭」，經濟日報，2009年7月28日，A13版。

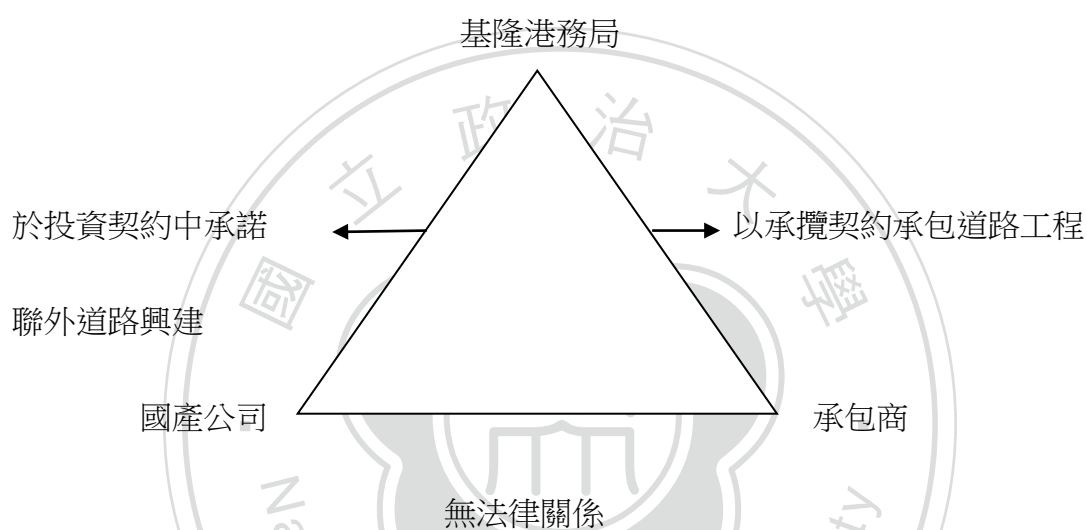
³⁴⁸ 林昭彰，「台北港貨櫃碼頭冷清，業者盼紓困」，聯合報，2010年4月10日，B1版。

³⁴⁹ 丁威，「台北港二碼頭 應延後啟用」，經濟日報，2011年11月9日，A2版。

資料來源：行政院公共工程委員會，網址：
<http://ppp.pcc.gov.tw/ppp.website/Default.aspx>。

二、法律關係圖與問題意識

本案涉及基隆港務局與國產實業公司(下稱國產)簽訂投資契約，約定由國產取得最優申請人資格，在投資契約中約定基隆港務局須負責聯外道路之興建。因此本案之法律關係以下圖表示之：



在三方法律關係中，本文擬欲探討兩個問題：第一，基隆港務局對國產所為承諾之法律性質；第二，於本案例是由第三人提供給付遲延，導至基隆港務局無法於碼頭開始營運前完成聯外道路，此時基隆港務局是否也應擔保私人給付之品質及結果？

三、本文見解

(一) 台北港貨運中心屬重要基礎建設

基礎建設係指涉及基礎照顧的公共建設，國家對此等建設，負有使每一人民能平等接近使用的權利，以及確保提供之建設能夠維持相當水準。台北港貨

運中心具有吸引遠洋漁船靠岸並分擔北部地區之貨櫃運量，及減少中山高速公路之負荷，實屬基礎建設之一環。

（二）承諾作為提供協助的法律性質

基隆港務局於投資契約中，承諾國產提供聯外道路以便利碼頭設施營運。此種承諾給付聯外道路之性質，究為給付義務中之主給付義務³⁵⁰或是從給付義務³⁵¹，或者是附隨義務³⁵²，將影響因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付時，債權人得否因不完全給付債務不履行之規定，請求損害賠償的問題。

細究港務局與國產的投資契約內容，主要係約定國產投資興建貨櫃儲運中心碼頭以及相關營運設施，並於營運期間（五十年）屆滿後移轉該建設之所有權與政府，而聯外道路之興建條款乃基於雙方當事人之約定，目的在使貨櫃儲運中心順利發展，使國產公司的給付利益獲得最大可能的滿足，即具有所謂的「輔助功能」³⁵³，應屬附隨義務，而非從給付義務³⁵⁴。因承包商延遲完工，屬於可

³⁵⁰ 主給付義務指債之關係上，固有、必備，用以決定債之關係類型的基本義務，例如買賣契約中，物之出賣人負交付其物並移轉所有權的義務；而買受人負支付價金及受領標的物之義務。王澤鑑，債法原理(一)基本理論債之發生，2006年9月，二版，頁39。

³⁵¹ 從給付義務則係基於法律明文規定、當事人的約定或是基於誠實信用原則及補充的契約解釋而生，目的在補助主給付義務的功能，不在決定債之類型，以確保債權人利益獲最大滿足為依歸。例如購買名馬，非交付血統證書不能達成轉售或參加比賽目的者是。例如購買名馬，非交付血統證書不能達成轉售或參加比賽目的者是。王澤鑑，前揭文(註350)，頁40。

³⁵² 附隨義務乃債之關係法展過程中應運而生。除前述給付義務類型外，尚會發生其他義務。例如出賣人於標的物交付前應妥為保管，或電腦工程師不得洩漏僱用人開發新產品的機密。比較有疑問的是如何區別從給付義務與附隨義務：德國通說以能否獨立以訴請求履行為準，如能獨立以訴請求則為從給付義務；不得以訴請求者則為附隨義務。例如甲賣車給乙，提供必要文件為從給付義務；告知該車的特殊危險則為附隨義務。王澤鑑，前揭文(註350)，頁42-44。

³⁵³ 王澤鑑，前揭文(註350)，頁44。

歸責於債務人(港務局)之事由，致為不完全給付，債權人(國產公司)得依給付遲延之規定，行使權利³⁵⁵。

(三) 基隆港務局之責任內涵

本案儲運中心之聯外道路興建，實已明列於契約§19.1.1。政府若能依所訂契約，確實履行，實不致發生爭議。惟從本案例可知，此種攸關民生、經濟重大之公共建設，若將足以影響案件順利營運與否之重大因素，一概交由契約來規範，除有可能發生涵蓋不足的情況外，更有可能造成無法依約履行的狀況。觀諸我國促參法第 11 條³⁵⁶、第 12 條³⁵⁷，以及施行細則第 22-3 條第一款³⁵⁸可知，關於雙方承諾事項，實已有法令明文規範之。

今政府與民間廠商簽訂 BOT 案，約定民間廠商須依約負起興建碼頭的公共任務，惟此並不表示政府可在確保公共任務順遂履行的角色中缺席，其仍負有義務擔負起確保公共建設順利營運的責任。申言之，確保順利營運的手段繁

³⁵⁴ 德國通說對於如何區別附隨義務與從給付義務，乃以得否獨立以訴請求履行為準：得獨立以訴請求者，為從給付義務；不得獨力以訴請求者，則為附隨義務。王澤鑑，前揭文(註 350)，頁 44。

³⁵⁵ 儘管民法第 227 條所謂之不完全給付，解釋上除主給付義務外，尚包含從給付義務，若係附隨義務之違反，則可運用擴張解釋不完全給付，使其涵蓋，或加以類推適用。王澤鑑，前揭文(註 350)，頁 46-48。

³⁵⁶ 促參法第 11 條：「主辦機關與民間機構簽訂投資契約，**應依個案特性，記載下列事項**：一、公共建設之規劃、興建、營運及移轉。二、權利金及費用之負擔。三、費率及費率變更。四、營運期間屆滿之續約。五、風險分擔。六、施工或經營不善之處置及關係人介入。七、稽核及工程控管。八、爭議處理及仲裁條款。**九、其他約定事項。**」

³⁵⁷ 促參法第 12 條：「主辦機關與民間機構之權利義務，除本法另有規定外，依投資契約之約定；契約無約定者，適用民事法相關之規定。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。」

³⁵⁸ 促參法施行細則第 22-3 條：「本法第十一條第九款所定**其他約定事項**，得包括下列事項：一、雙方聲明及承諾事項。二、用地與設施取得、交付之範圍及方式。三、財務事項。四、營運品質管理事項。五、履約保證。六、契約變更」

多，訂定規範周全的契約內容是一種手段，或是框架立法的設計均為選項之一。只是，框架立法的設計較諸任意之契約約定，更能強調影響促參案件順利營運的重要因素；此外，明文化後，更能夠強化並確保重大公共建設之執行。

擔保國家以私部門來實現公共任務，國家擔任調控者與引導者之角色，在越來越多的情況下，國家擔任法律框架之設計即能滿足公益的需求，但是，在意義上擔保國家仍是一個積極的國家，伴隨著框架責任而來的對私部門之監督與管制責任皆宣示了：擔保國家並非是縮減國家主動性的象徵，相反地，可能是具有更集中的主動性與責任，以提高服務社會的功能³⁵⁹。本文認為，基隆港務局利用國產公司之參與以實現公共任務，儘管並非國產公司而係承包道路工程之承包商給付遲延，導致基隆港務局無法履行其對國產公司之承諾事項－聯外道路之興建；但基於擔保責任具有主動、積極的特質，故基隆港務局針對承包商施作道路遲延部分，仍可認定為可歸責於己之事由；準此，基隆港務局對於國產公司除應負起給付遲延之責任外，基隆港務局對於承包商提供之道路品質與結果，仍應負起擔保責任，確保其符合公益，方為允當。

第二目 政府協助事項之踐行－用電取得

一、簡要事實：

台北港貨櫃儲運中心除涉及政府承諾事項之履行外，亦與協助事項之踐行有關。其斥資 203 億元興建，是國內總投資金額最大的港埠建設 BOT 案，由長榮、陽明、萬海 3 家航商聯合成立公司投資興建，號稱全台灣最現代化貨櫃碼頭。自 2009 年啟用以來，**使用率、營運量還不到原設計裝卸量的 50%**，業者們呼籲政府協助紓困。台北港貨櫃碼頭公司指出，台灣產業外移導致進出口貨載量年年下滑，建議兩岸協商放寬現行轉口貨運限制，開放國際航商承攬貨

³⁵⁹ 林家暘，前揭文(註 190)，頁 46。

物，才有助於台灣各港口提升貨載。此外，海關也應盡速修訂不合時宜及影響物流產業發展的相關規定，例如開放轉口櫃經陸路拖轉至其他港區出口，增加海空聯運即時通關辦法等。政府並應暫緩興建新碼頭，並提升既有碼頭營運條件或輔導轉型，以免供過於求，並應區隔各港口功能定位，才能分工合作，互利共生而非競爭³⁶⁰。

二、所涉爭點

基隆港務局對台北港貨運碼頭公司以用電取得作為協助民間機構參與公共建設之事項，有疑問的是，此類協助事項究會產生何種法律效果，政府對此事項又應負起何種責任？

三、本文見解

(一)本案政府協助事項之現狀

1.協助事項已於投資契約約定

政府協助事項係指民間機構本應自行辦理，但主辦機關可在法令範圍內提供協助之事項，且主辦機關就協助事項，並不保證其必然成就之謂也。今用電取得於本計畫屬協助事項（投資契約§19.2.3），台北港港區以特高壓電源系統供電，所需增設之特高壓用物自備變電站，其建築物、相關變配電設施、及電力管線，由基港局協調台電公司共同施設。民間機構與基港局原協調台電公司於民國 97 年完成西濱變電站未果，後經民間機構與台電公司協調興建臨時變電站，所提供之電力，以供應初期營運兩座碼頭使用。但是，民間機構與基港局，對投資契約政府協助事項之認知不同，港務局於投資契約協助事項之認知為提供聯繫、並不保證。且因民間機構與政府機關在政府協助事項的協助程

³⁶⁰ 林昭彰，「台北港貨櫃碼頭冷清，業者盼紓困」，聯合報，2010 年 4 月 10 日，B1 版。

度的認知不同，因而導致在諸如用電取得等方面，耗費更多時間與金錢於溝通協調，影響案件之進度。

2.政府協助事項之法規範

關此，已有促參法第 11 條第 9 款與施行細則第 22-3 條以為規範。惟上開條文僅空泛規定，主辦機關與民間機構簽訂投資契約，「得」包雙方聲明及承諾事項，此種規範強度，對於公共建設之促進，能有多少幫助，誠有疑問。又因協助事項不若承諾事項之不履行，將生違約或給付遲延之效果，但此是否意味著：關於協助事項，國家僅係空泛地給予民間廠商美好的想像，而完全不具實質上的效果？

(二)政府協助事項與擔保責任之連結

由於政府協助事項乃民間機構應自行辦理，而政府於法令範圍內提供協助，惟並不保證其必然成就之事項。而擔保國家著重於任務履行模式之轉換，而非任務的放棄與轉讓³⁶¹；且 K. Gretschnann 亦將擔保國家描述為一個積極主動的國家、以及對於提供人民生存照顧服務的協助國家（flankierender Staat），同時也是強調公私協力、協商、共同參與決策的合作國家³⁶²。擔保國家即使國家捐棄了直接的任務履行方式，而將任務交付給私部門，但國家仍保留推動良好社會關係或狀態的社會塑造資格，亦即負有最終責任，也就是公益狀態的最終實現³⁶³。

³⁶¹ 林家暘，前揭文(註 190)，頁 38-39。

³⁶² 林家暘，前揭文(註 190)，頁 38。

³⁶³ 林家暘，前揭文(註 190)，頁 37。

準此，即使屬於政府協助事項，並不需保證其必然成就，主辦機關未履行或延誤，無須負違約責任。惟本文認為，擔保國家就公益實現給予擔保，並不應區分承諾事項或協助事項，均應負起所謂的最終責任；國家在此均須負起擔保責任，僅強度不同而已。申言之，承諾事項強度最強，國家應積極負起促進公益之擔保責任，並致力於承諾事項之實現；而協助事項則強度較弱，但國家仍應進行調控與監督，以使行政任務順遂進行。因此，本文乃認為即使屬於政府協助之事項，國家仍負有促進、監督的責任。

第二款 營運階段

在營運階段，監督之重點在於依其他法令規定或個案需要，要求民間機構於正式營運前進行測試或試營運，落實評估民間機構營運績效，正式營運之後掌握民間機構如期提出或交付各項文件，檢查民間機構之營運情形，以確保符合契約或營運執行計畫書所載之服務項目及品質要求等³⁶⁴。

第一目 營運不善

第一項 挹注資金—高捷

一、事實簡介

高雄捷運以 BOT 方式興建，其中中鋼即持有 33% 股權。自 97 年通車後，無論運轉、穩定度及安全性皆受到高雄市民肯定，僅有運量部分未達預期。高捷公司公共事務處表示，高捷紅、橘線通車後，每年都有 20 億（捷運平準基金提撥後）至 30 億元的虧損，目前高捷正尋求債務重整的方式解決財務困境。

³⁶⁴ 古嘉諄、李元德、黃俊凱、陳俐宇主編，前揭文（註 324），頁 279。

高捷董事長希望市府能將高捷平準基金³⁶⁵六十餘億元「一次到位」。但高雄市長卻在議會明確指出，不同意平準基金一次到位。市議會多數議員也反對³⁶⁶。據報導指出，高雄捷運公司資本額 130 億元，開始營運後，當年即虧損 32.4 億元，目前高捷正尋求債務重整的方式解決財務困境。為求方便理解，將興建高捷之重要期程，表列如下：

興建高捷重要期程

日期	重要里程碑	意義
1995.8	行政院核定「高雄都會區大眾捷運系統紅橘線路網設計畫財務計畫」。	
1998.6	行政院函示高雄捷運建設儘量以 BOT 方式辦理。	
2000.5	評定「高雄捷運股份有限公司籌備處」為最優申請人，「港都捷運股份有限公司籌備處」為次優申請人。	
2001.1	簽約並於同年 10 月動工。	
2008.3	紅線通車營運。	
2008.9	橘線亦加入營運行列。	
2011.6.16	高市府同意動撥平準基金 9.54 億元，挹注高捷公司 99 年度營運虧損 ³⁶⁷ 。	民間經營不善，挹注資金之合法性？

³⁶⁵ 高捷平準基金，指依據市府與高雄捷運公司於興建營運合約中設立的專戶，基金來自於市府支付捷運公司工程款的百分之六，足額提撥是六十五點六四億元。至於動支基金須經市府核准，捷運公司才能提領，基金動支的原則包括營運虧損、營運意外等，每次動支金額以不超過帳戶的百分之二十為上限。王淑芬，「營運差，高捷要求提撥平準基金彌補虧損」，中央社，2008 年 7 月 10 日。

³⁶⁶ 謝梅芬，「若挹注 200 億，高捷『可撐過 107 年』」，聯合報，2009 年 9 月 25 日，A10 版。

³⁶⁷ 高雄市政府捷運局網站，網址：http://mtbu.kcg.gov.tw/cht/news_content.php?sn=2011061601。最後瀏覽日期:2010 年 12 月 30 日。

2011.8.18	高捷利用供給免費使用自行車的方式，鼓勵民眾騎車轉乘捷運 ³⁶⁸ 。	擔保手段多樣性之展現。
2012.2.14	高捷首度出現單月盈餘，但利息和折舊支出一直是很大的負擔，高捷希望向交通部要求展延經營特許年限 ³⁶⁹ 。	
2012.5.17	高捷昨天發行全國首張「捷運萬行卡」，希望提升房市買氣及高捷運量 ³⁷⁰ 。	
2012.7.2	資產淨值明年將轉負，高捷瀕破產 ³⁷¹ 。	
2012.7.4	陳菊表示高市府持續與高捷公司討論如何改善營運，但「捷運絕對沒有破產問題」 ³⁷² 。	

³⁶⁸ 據評估只要在捷運紅、橘線車站周邊設置公共自行車站 300 處，供給約 1 萬 5000 輛自行車，預計每天可增加運量約 1 萬人次。中央社，「高捷拚運量，接辦公共自行車」，Upaper，2011 年 8 月 18 日，2 版。

³⁶⁹ 謝梅芬，「營運以來首見：高捷一月，盈餘兩百萬」，聯合報，2012 年 2 月 14 日，A6 版。

³⁷⁰ 民眾只要購買合作建商的住宅，住戶一家四口可獲 1 張萬行卡，在有效期內，不限次數及里程搭乘高捷。徐如宜，「高捷房產業結盟，發行萬行卡」，聯合報，2012 年 5 月 17 日，B1 版。

³⁷¹ 儘管高雄捷運公司運量已隨著高捷大量發行學生卡和企業卡攀升，不過虧損未減，仍以每月約新台幣 2 億多元的速度增加。高捷公司預估到明年 4 月資產淨值會從正轉負，面臨破產處境。高市府協助高捷向銀行團協商降低貸款利率、依約提撥高雄捷運平準基金給高捷公司，同時研擬修改合約的可行性。王淑芬，「資產淨值明年轉負，高捷瀕破產」，中央社，2012 年 7 月 2 日。

³⁷² 陳菊指出，市府正與高捷公司股東及中鋼溝通，研擬增資以改善財務結構，目前中鋼內部有兩派看法，一派認為應該積極增資以支持捷運，另一派則認為不會賺錢、態度保留。市府則認為發展大眾運輸的出發點是社會責任，並非以營利為目標。據報導指出，中央補助高捷南岡山站六點七八億元，占五十八%額度。侯承旭，「陳菊：高捷沒有破產問題」，自由電子報，網址：<http://www.libertytimes.com.tw/2012/new/jul/4/today-south8.htm>，最後瀏覽日期：2013 年 1 月 28 日、張啟芳，「高捷南岡山站，中央補助 6.78 億元」，中時電子報，網址：<http://news.chinatimes.com/domestic/11050612/112012122500350.html>，最後瀏覽日期：2013 年 1 月 28 日。

2012.7.6	高捷遭假扣押，市府解危 ³⁷³ 。	
2012.10.25	為提升捷運運量，高捷南北機場開發案簽約 ³⁷⁴ 。	
2012.12.23	高捷南岡山站通車 ³⁷⁵ 。	
2013.1.2	高捷也爭取高市府辦理修改捷運興建營運合約，助高捷永續經營 ³⁷⁶ 。	

³⁷³ 高捷於今年四月十八日因還不出一點九億元工程款，一度遭股東申請假扣押，高捷帳戶被凍結，差點付不出員工薪水，還好市府緊急撥付平準基金支應，總算驚險過關，但也突顯高捷財務窘困，急待市府正視解決。有高市議員認為，股東應依約進行首次三十億元增資；高市交通局前局長則建議：建議市府從民眾使用大眾運輸最有利的角度來釐清，究竟要讓高捷維持現狀還是收歸公有，之後才能修改合約或給予營運補貼。周昭平，「高捷遭假扣押，市府解危」，蘋果日報網站，網址：<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20120706/34348718/>，最後瀏覽日期：2013年1月28日。

³⁷⁴ 由高雄市政府、高雄捷運公司、及大魯閣股份有限公司共同簽署南機廠土地租賃及開發契約。大魯閣公司預計投資約 40 億元，以三年的時間籌備興建，預計於 105 年第一季開幕營運。除在南高雄的努力外，高捷公司亦相當重視北高雄的開發。位於即將通車的南岡山站站前的北機廠商業服務區，除原有的和春紀念醫院外，日前高雄捷運公司與本地開發商完成開發案簽約，預計於約 5 公頃的用地進行開發。高雄捷運網站，網址：http://www.krtco.com.tw/news/flourishing-1_detail.aspx?ID=0a2e6823-6fa5-45ee-a72d-bed2046efa5b，最後瀏覽日期：2013年1月10日。

³⁷⁵ 高雄市長陳菊今天宣布，高雄捷運 R24 南岡山站 23 日通車，通車 3 個月內，持一卡通可免費搭乘南岡山站到橋頭糖廠站間路段。陳菊說，高捷紅橘兩線民國 97 年 9 月全線通車以來，紅線向北延伸至岡山設站，一直是市府的目標，也一直為岡山民眾引頸期盼；她說，南岡山站完工，除開啟高捷公司北機廠開發契機，捷運站並設有公車轉運站，民眾轉乘更便利。程啟峰，「陳菊：高捷南岡山站 23 日通車」，中央社網站，網址：<http://www.cna.com.tw/News/aHEL/201212190139-1.aspx>，最後瀏覽日期：2013年1月10日。

³⁷⁶ 高捷公司每月虧損近 2 億元，預計於 2013 年 4 月時資產淨值將轉為負數，高市府評估移轉接手時間應為 4 月，將委託專業單位對高捷鑑價。高捷公司內部評估只要日運量達到 17 萬人次，高捷公司有機會讓營運帳面損益平衡，不過前提是要扣除折舊和約新台幣 170 億元長期貸款的利息支出，每年共約 18 億元。王淑芬，「修約救高捷，高市府將鑑價接手」，中央社，2013 年 1 月 2 日。

2013.1.16	高捷為挽救營運，高捷辦理增資並開放員工認股 ³⁷⁷ 。	
-----------	--	--

資料來源：作者自行整理。

二、問題意識

(一)因高捷公司營運收入未如預期，而由高市府挹注資金，是否合法？

(二)高市府能否放棄接管高捷，任其破產，俟他人購買並經營？

第二項 分析以及本文見解

(一) 挹注資金之討論

1. 挹注資金之依據及目的

高雄市政府與高雄捷運公司為避免營運初期可能會出現的營運虧損問題，已於雙方所簽訂之興建營運合約依據興建營運合約第 14.2 及相關條款作規定。其模式如下：捷運公司（下稱乙方）同意高雄市政府（下稱甲方）於每次付款中，逕行提撥付款總額百分之六轉存平準基金專戶。而平準基金的用途，依照合約規定，只能用在以下三種情事，且必須經雙方同意才行：1. 發生不可抗力、除外情事所致之損失。2. 營運期間，乙方已將開發及經營附屬事業之盈餘挹注後，仍呈現經會計師簽證之年度虧損。3. 乙方因平準基金所產生之稅負。當然，如果沒有不可抗力、除外情事發生必須運用平準基金，該基金的用途就是只能用在支付營運虧損，而且必須是捷運公司已將該公司開發及經營附屬事業之盈餘挹後仍呈現之虧損才行³⁷⁸。

³⁷⁷ 王淑芬，「高捷虧損，員工認股幾成壁紙」，中央社，2013 年 1 月 16 日。

³⁷⁸ 高雄捷運公司所發行之捷運高雄簡訊，網址：<http://w3.krtco.com.tw/news/bi-monthly/9605/index.htm>。最後瀏覽日期：2011 年 12 月 30 日。

2. 挹注資金之性質

事實上，高市府曾於 97 及 98 年度撥付平準基金與高捷，以彌補營運虧損，即引起各界相當關注。此度再次挹注資金，專款的流向亦為關注的焦點³⁷⁹。

析言之，高捷公司之全名為高雄捷運股份有限公司，其主要的股東計有：中鋼、東南水泥、榮民工程股份有限公司等等。其中，行政院國家發展基金管理會亦為股東之一³⁸⁰。換言之，高捷公司屬於公民合資公司³⁸¹。今高雄市政府挹注資金乃授與高捷公司利益，乃給付行政³⁸²之一環。並且，BOT 契約民間所需資金相當龐大，若興建的工程又屬重大基礎建設，落於生存照顧的範疇時，有賴政府之直接介入或提供協助，BOT 才有成功之可能。由此，可見行政協助在 BOT 案件具有特殊重要性，亦提供民間「行政誘因」。只是，此種行政協助是否存有界限，仍不無疑問³⁸³。

今高市府挹注資金，是否具有補助之性質，不可一概而論，析言之，補助乃國家或其他公行政主體，為達成特定之公共目的，對私人所為有財產價值之

³⁷⁹ 高雄市政府捷運局網站，網址：http://mtbu.kcg.gov.tw/cht/news_content.php?sn=2011061601，最後瀏覽日期：2011 年 12 月 30 日。

³⁸⁰ 資料來源：http://w3.krtco.com.tw/answer/ans_5.htm。最後瀏覽日期：2011 年 12 月 30 日。

³⁸¹ 最廣義之公民合資公司，泛指所有由公部門與私部門共同出資設立之具有獨立法人格的私法上經濟性事業。此種描述方法乃從公司之「資本來源」角度著眼，並且從結果上觀察，公司資金源自於公部門與私部門，而不區分直接或輾轉而來。德國法則普遍將此類型事業慣稱為「混和之經濟事業」(gemischtwirtschaftliche Unternehmen)，以強調事業資金來源之公、私混和特性。此用語係由德國學者 Friedrich Freund 於 1911 年首度提出，後為學界與實務所廣為採納。詹鎮榮，從民營化觀點論公民合資公司之基本權能力，收錄於民營化法與管制革新，元照，2005 年 9 月，頁 47-48。

³⁸² 給付行政可以對個人或公眾為之，對個人之給付行政，係對特定個人給與扶助(例如發給獎學金或救濟金)；對公眾之給付行政，則係提供公共設施(交通事業、供應事業、學校等)。陳敏，前揭文(註 331)，頁 14。

³⁸³ 蔡茂寅，前揭文(註 6)，頁 17。

給與³⁸⁴。其要件為：1.補助係使相對人財產有所增益之「有財產價值之給與」。因此，公行政為獎勵人民從事特定符合政策之行為，而對其為技術指導、提供資訊或其他行政服務，相對人雖因之受有利益，亦非補助。2.補助係由國家或其他公行政主體對司法主體為之，補助人為國家或其他公行政主體，而受補助人則為司法主體，例如私人企業、私立學校等。但是需注意的是，平準基金之操作則非補助³⁸⁵。3.補助係用以達成公共之目的。

依上開要件檢視後，高捷乃為一私人企業，以 BOT 模式參與公共建設，雖高雄市政府的確對其為金錢之補助，惟金錢之來源乃平準基金，並不符合要件，故對高捷挹注資金非為補助之性質。

3.挹注資金之合法性：

高雄捷運乃採 BOT 方式進行之重大公共建設，而 BOT 顧名思義即係由民間機構投資興建公共設施，並於興建完成後由政府給予民間機構一段特許營運期間，由其負責該公共建設之營運及管理；特許營運期間屆滿後，民間機構移轉該公共建設之所有權予政府。並且政府是否投入資金挹注建設，需按各公共建設類型之不同而個案考量，如公共建設之公益性大、自償率不足時，政府得視其財力情況，酌於出資挹注該公共建設之一部（即非自償部分）³⁸⁶。然需補充說明的是，高捷雖名為 BOT，但政府出資已高達百分之八十三，實有違 BOT 的精神³⁸⁷。

³⁸⁴ 陳敏，前揭文(註 331)，頁 662-664。

³⁸⁵ 陳敏，前揭文(註 331)，頁 664。

³⁸⁶ 洪國欽，促進民間參與公共建設法逐條釋義，元照，2008 年 1 月，頁 58。

³⁸⁷ 詳言之，高捷案原奉行政院核定之「自償率」為 11%，屬於獎參條例第 25 條所稱「未具完全之自償能力者」之重大交通建設，故「得就非自償部分由政府補貼所需利息或投資其建設之一部」。經招商競標後，本建設案總建設經費為 1,813.8 億元，分為自償部分 (304.9 億

但是，擔保國家乃利用私部門之參與，運用各種不同的擔保手段，以實現公益。又國家擔保責任之憲法上基礎，乃源於社會國理念以及人民基本權之保障。而公共建設與人民之生活基本照料息息相關，國家基於維繫人民符合人性尊嚴之生存照顧義務，以及基本權之保護義務，仍應確保民間興建或管理之公共建設，品質維持一定水準、服務持續不中斷、利用對價公平合理，以及人民之自由權利不至於因民間之參與而遭受到恣意之侵害。準此，高捷既屬基礎建設之範疇，國家為實現擔保責任，乃享有不同的擔保手段以確保公益。故挹注資金予高捷尚屬合法。

4.其他擔保手段的思考

國家擔保責任係為了確保公共任務能夠順遂被私部門執行，以及公共福祉能夠被確實實現之公法上義務。國家為了能夠實現擔保責任，可以採行多樣化的擔保手段，從設定抽象的法律框架到採行具體的管制措施均為可行。本文認為，高捷可採之擔保手段計有：構築綿密的公車接駁系統、鼓勵大眾搭乘高捷、於捷運站周邊舉辦大型活動以吸引人潮、市府督促及協助高捷公司積極從事土地開發附屬事業以及挹注資金等等。詳言之，政府出資已過高，若因營運不佳再由政府挹注資金，則風險過份集中在政府，而有利投資廠商，並無助於 BOT 目的在減輕政府負擔的考量。本文當然肯定高捷作為重大公共建設而政府基於確保公益的履行，必須提供人民一定給付之品質與結果，只是在比例原則考量下，應在所有能夠達成協助高捷營運的手段中，選擇對人民侵害最小者。準此，

元)及非自償部分(1,508.9億元)；其中「自償部分」由民間投資及辦理，包括電聯車、號誌、供電、通訊、月臺門、自動收費系統、軌道工程及機廠設備；「非自償部分」則包含「政府投資部分」(1,047.7億元)及「政府辦理事項」(461.2億元)。政府投資部分交由民間辦理，包含細部設計、土建工程與民間投資範圍以外之機電系統(如環控系統、水電設施、電梯及電扶梯)，政府辦理事項則由政府編列預算辦理，包含用地取得、工務行政、三鐵共站 R16 車站結構體、與高雄火車站共構 R11 車站結構體、顧問服務等。

本文認為，高市府應優先考量其他同樣有效行政手段，而非逕自選擇挹注資金一項。總言之，高捷作為重大公共建設，實屬國家生存照顧的內涵之一部，即使交由民間以 BOT 方式進行，國家仍應對公共任務之確實完成，負起擔保責任，只是所採取的手段仍有比例原則之適用。

(二)高市府得否放棄接管高捷，任其破產後，俟有能力之第三人購買高捷並經營？

有論者謂關涉重大交通建設者不宜採行 BOT 模式，但台北捷運就是一個很好的反例。今日高捷營運狀況不佳，僅係未達成讓營運帳面損益平衡的人數而已，但據統計，2012 年的日均運量也有 15 萬 4300 人次，儘管未如預期，但也確實地達成了便利交通的成果。且此種重大交通建設不應將目標放在眼前，如能將眼光放遠，高捷日後若能達成日運量 17 萬人次之目標，並解決折舊與長期貸款利息支出的問題，的確有可能永續經營。只是，在每月虧損近 2 億元的事實之下，如何在緊迫的時間壓力下，研擬出妥善對策，已是刻不容緩之事。

本文認為，高捷作為國家的基礎建設，本有維繫服務品質、維持服務不中斷、確保營運之擔保義務。若高捷遲遲無法達成目標運量，高市府即應承擔起確保結果完成之最終責任，不能放棄接管高捷，任憑其走向破產一途。儘管有批評者謂高捷既然採取 BOT 模式經營，營運風險自應由高捷公司承擔，但，採取 BOT 方式即是著眼於其民間部門之資金以及效率、事前也經過可行性評估，斷不可以事後經營不善而以事後諸葛之論，謂早知如此何必 BOT 云云。即使在客觀上來說，放任高捷破產以待第三人價購並經營，似乎可以減省一大筆金錢的花費，可是，在未有第三人出面價購前，原本建立的交通路網，難道要荒廢嗎？若無人願意出面購買高捷，除了無法使居民享受便利的交通服務外，原本興建好的運輸網路，又豈是浪費二字可以涵蓋？

第二目 確保營運計畫之實行

在 BOT 案的營運階段中，最重要的莫過於定期履勘以確保工程如期進行。故筆者採擇街道家具 BOT 案（簡稱案例一）以及台中會展中心案（簡稱案例二）作為討論中心，以方便說明，先簡要說明事實後，再提出本文見解。

一、街道家具 BOT 案簡要事實

所謂街道家具案為展現全市整體意象，並維持街道家具之品質，北市推動由民間投資設置及營運管理街道家具設施，藉助民間之投資及營運管理能力，妝點都市景觀豐富本市街道特色。亦為展現全市整體意象與景觀風貌，並維持街道家具之品質，故將公車候車亭、座椅、垃圾桶、腳踏車架、文化海報筒、觀光導覽地圖牌等街道家具，透過鼓勵民間投資興建與管理維護的方式，由廠商整體設計、設置、維修與清潔維護管理，以達到確保本市的街道家具品質、精簡政府支出，在廠商的合理利潤獲取下，達到本府、市民與投資廠商三贏的目標³⁸⁸。街道家具設置在忠孝、仁愛、和平、民權、重慶、中山、復興、敦化及基隆路、承德路、大業路、興隆路、羅斯福路等 13 條市區幹道。街道家具之內容包括候車亭、文化海報筒、觀光導覽地圖、緊急影像電話、腳踏車架與垃圾桶等。惟在興建過程中屢生爭議：廠商得標後未能依約履行，自 96 年五條公車專用道啟用後，即多次違反契約規定，包括未繳交權利金、違約罰款等等。以下將重大事件以下表表示：

街道家具 BOT 辦理期程

日期	辦理事項
2005.9.9	完成第一階段招商作業

³⁸⁸ 台北市政府新聞稿，<http://tcgwww.taipei.gov.tw/ct.asp?xItem=1665452&ctNode=17950&mp=124051>，最後瀏覽日期：2012 年 1 月 18 日。

2006.8.31	時程延宕：柏泓指稱因有施工不易的問題。
2007.3.26	柏泓宣布達成第一階段目標—進度為 85.7%，暫時化解解約壓力。
2007.8.16	工程遲未通過驗收，柏泓要求減價收受，發展局仍堅持須依合約規定，等全部驗收通過再行營運。
2007.9.22	仁愛路日前通過驗收，成為第一條正式營運的街道家具道路。
2009.4.18	北市府曾多次發函柏泓，要求其改善缺失，但柏泓毫無回應，決定與柏泓解約。柏泓則認為案子仍在仲裁中，市府提解約並不合理，並表示進度落後，主要係台電公司接電問題，他們也很無奈 ³⁸⁹ 。
2009.10.1	北市府對柏泓發出解約函，並要求 30 天內交回，由市府接管。針對市府解約接管動作，柏泓回覆市府希望等仲裁結果出來後再做定論
2009.10.31	於該月一日終止契約，後全面移交接管 ³⁹⁰ 。

³⁸⁹ 本案亦涉及台北高等行政法院 99 年訴字第 1975 號裁定。本裁定肇始於作為原告的柏泓公司主張系爭契約乃行政契約，而被告北市府終止契約不合法，其恣意廢止原許可處分，屬於契約有效期間拒絕履行之提供，並要求依最高法院 89 年度台上字第 1871 號判決意旨，自應依「給付遲延」規定，賠償原告所受之損害。此外，並謂被告不待中華民國仲裁協會作出前案仲裁判斷，即片面終止系爭契約，除不符系爭契約第 37 條，更違反行政程序法第 7 條「比例原則」及由行政程序法第 6 條「平等原則」導出之「禁止恣意原則」而無效。

而法院認為，本件契約目的在於由被告代為設置街道家具（公物），並加以營運管理，職故，被告所執行者乃街道家具設計、施作及管理維修處理，此種事務之執行，毋寧為原告（行政主體）行為之『延伸』，且被告本身需受原告指揮監督；又，被告亦不能以自己之名義對外行之，至多僅係間接影響人民權利義務，亦難謂原告係公權力之受託人，只能稱之為『行政協助者』或『行政助手』，故本件乃原告與被告因訂立契約辦理純粹事務性或技術性之工作履行而生之爭訟，並未直接對外影響人民權利義務，亦即僅係屬私經濟行為之私法契約權利義務履行上所生之爭議，殆無疑義。而認依兩造間系爭契約之約定或依系爭契約之目的、內容及效力觀之，均屬私法契約，而非行政契約。

法院最後認定，原告之先位聲明及備位聲明所示之損害賠償金額及法定遲延利息，顯係屬履約爭議，自屬私權爭執，而應適用民事訴訟法之規定，由民事法院審判，行政法院並無受理訴訟權限。又兩造所簽訂之系爭契約第 44 條第 4 項約定：「雙方同意，以訴訟解決本契約而生之糾紛或爭議者，以臺灣臺北地方法院為管轄法院。」，爰依首揭規定，依職權將本件訴訟移送於有受理訴訟權限即兩造合意之管轄法院即臺灣臺北地方法院。

³⁹⁰ 台北市政府新聞稿，<http://tcgwww.taipei.gov.tw/ct.asp?xItem=1665452&ctNode=17950&mp=124051>，最後瀏覽日期：2011 年 2 月 11 日。

資料來源：作者自行整理。

二、台中會展中心簡要事實

台中國際會議及展覽中心開發興建 BOT 案屬於重大商業設施，台中市政府於民國 93 年與鄉林建設簽約，開發經營期間自簽訂契約日起 60 年（包括興建期及營運期），經營至會展中心許可權存續期間屆滿或終止之日。計畫規模大小為新台幣 29 億 6,540 萬元，開發期程為鄉林建設與台中市政府簽約日起 30 個月內必須完成會展中心之興建工作，並開始營運³⁹¹。

惟自鄉林建設得標、簽訂營運契約後，因工程進度嚴重落後，市府多次要求改善未果，只好終止 BOT 案契約。鄉林主張工程進度落後原因乃簽約時尚有 18 筆交通轉運站用地未整合，而市府表示將配合辦理徵收，並要求提出兩基地整體開發計畫，後來鄉林完成土地整合後提出交七轉運站 BOT 案，但市府審查延宕多年，兩案聯合開發計畫被打回票，導致細部設計難以定案，才無法如期完工³⁹²。法官審理則認為，契約明訂標的僅限台中會展中心開發，不及鄰近的交七轉運站，為個別獨立的公告招商開發案³⁹³，雙方約定應在前年 2 月

³⁹¹ 行政院公共工程委員會研究報告，促參案件履約階段執行經驗調查與建議，2005 年，頁 107。

³⁹² 詳言之，鄉林主張的理由如下：1. 執第六次甄選委員會曾決議，鄰近所剩約 1.4 公頃私有地之交通轉運站部份，因台中市府將配合預算辦理土地協議價購或徵收，未來將可進入實質開發建設之訊息。2. 市府於 93 年 3 月 2 日召開會展中心案甄審委員會議進行綜合評選時，甄審委員要求原告應就緊鄰之交通轉運站用地，就未來整體開發提出計畫書等二理由，為由，主張轉運站應與會展案聯合開發。參台中高等行政法院 97 訴字第 124 號判決。

³⁹³ 理由可參見，台中高等行政法院 97 訴字第 124 號判決。此判決中，法官認為，被告乃依據促參法之規定，就其所有約 3 公頃土地部分，公告徵求民間機構參與會展中心案之興建營運，原告參加甄選，獲選為最優申請人，其後並獲審查通過，與被告簽訂會展中心案開發興建暨營運契約。至於其餘約 1.4 公頃部分，因當時仍屬民間人士所有，被告未便併入歸劃，保留作交通轉運站用地，迨原告取得該 18 筆土地所有權，於 95 年 9 月 29 日向被告提出民間自提 BOT 之審查申請，被告始於 96 年 10 月 29 日評審原告為最優申請人，足證被告辦理會展中心案與交通轉運案，係分屬 2 案進行。再如原告所言，交通轉運案之申請須知係針對所有可能參與之民間申請人，當然不能將已經由原告得標之會展中心案納入工作

底前完工，但當時進度還不到 40%，未在期限內完工已違約，因此裁定鄉林敗訴³⁹⁴。法官嗣後且認定雙方契約約定土石歸鄉林，市府要求歸還土石 1 億 6000 餘萬元沒理由；至於未改善完工，判處鄉林建設應賠償懲罰性違約金 2502 萬元³⁹⁵。

台中會展中心重要期程

日期	辦理事項
90.6.27	經濟部函復台中市政府依促參法第三條及細則第十七條之規定進行開發。
92.6.27	經本市重劃委員會討論決定將設定年限由原三十年延長至六十年，惟取消期滿優先承租權。
93.1.16	評議結果：原則有條件通過由鄉林建設事業股份有限公司為最優申請人。
93.3.17	雙方於 93.4.8 議約後，預計九十六年元旦興建完成。

範圍，否則即有妨礙競爭甚或綁標之嫌。則被告於選定原告為交通轉運案之最優申請人後，亦不能將已經由原告得標之會展中心案納入交通轉運案範圍，否則亦有妨礙競爭甚或綁標之嫌。...查被告就交通轉運案於評審原告為最優申請人後，以政策改變為由，通知原告取消該案，是否合法，因該部分並非本件之訴訟標的，不在本件審酌之列，惟系爭交通轉運案既已由被告取消，則原告請求被告審查交通轉運案時與鄰近會展中心案整合整體聯合開發計畫書，已屬給付不能，無從准許，亦應予以駁回。

³⁹⁴ 李奕昕、喻文玟、趙容萱，「會展 BOT 案，鄉林敗訴決上訴」，聯合報，2010 年 8 月 31 日，B2 版。

³⁹⁵ 鄉林集團指出，本案最大爭議在工期計算問題。市府向法院主張，92 年底將西屯區惠民段土地公開招標辦理民間投資「台中會展中心」，由鄉林得標，雙方契約約定開發經營期間自 93 年起至 153 年止，依開發計畫書所載完成台中會展中心的興建，並開始營運。未料至 96 年底實際工作進度僅 39.5%，較預定進度 95% 相差甚遠，業者卻一再推拖，市府 97 年 7 月終止契約。市府並發現，業者已將施工挖基地的土方販售，因此雙方再訂補充契約，市府委託專家測量核計後，業者開挖的土方數量為 63 萬 2616 立方公尺，扣除先前歸還的 6 萬 8985 立方公尺，尚有 56 萬 3631 立方公尺土石未歸還，遂要求業者給付 1 億 6514 萬餘元，以及懲罰性違約金 4170 萬元。法官認為，業者依約開發基地、興建地上物而開挖土方，不負回復原狀的義務，市府要求業者歸還土石價值的 1 億 6514 萬餘元，無理由；懲罰性違約金每日以 30 萬元計，共 139 日，總計 4170 萬元，尚屬過高，酌減為 2502 萬元。白錫鏗、張明慧、蔡佳好，「會展案，鄉林賠 2502 萬」，聯合報，2011 年 2 月 17 日，B2 版。

93.5.12	與鄉林簽約。
97.7	台中市政府以未如期完工為由，終止國際會展中心 BOT 案。
97.9.18	台中市政府接管。
98.7.3	重新招商，並更名「台中大都會地標廣場」，鄉林揚言提告。
98.9.3	最後由台開公司與德昌營造競標。
98.9.9	第一階段資格審查結果，台開與德昌營造同時成為合格申請人。
100.2.17	鄉林建設公司承包台中會展中心，未如期完工及侵吞土石，經台中市政府請求賠償 2 億餘元。

資料來源：作者自行整理。

三、爭點提出

案例一與案例二都有廠商延宕致進度緩慢，最後導致接管的情形。因此本文在此欲探討的是，第一，促參法的現有規定是否足以控管工程之進行、是否足已確保公共任務的持續履行？答案若屬否定，應如何確保私人所提出之給付符合公益？第二，擔保責任於私人履行公共任務不善時，具有何種地位與功能？

申言之，街道家具案為廠商履行遲延；而台中會展中心案，依其原訂計畫，本應於 97 年 2 月完工，鄉林卻主張台中市府決議轉運站與會展案兩基地應進行整體開發計畫，而花費大量時間成本，完成土地整合後提出交七轉運站 BOT 案，孰料兩案聯合開發計畫被打回票，導致細部設計難以定案，致無法於預定期日完工。最後，市府於 97 年 7 月終止契約。其中 93 至 97 年漫長期間，任由建設牛步化，並且因無法如期完工，最後仍然走到接管一途，導致市府仍須重新招商，其間喪失之勞力、時間、費用，影響公益甚鉅。即使嗣後法院判決鄉林應予以賠償，但若其聲請破產，台中市政府一樣無法彌補其損害。

四、相關法規探求暨本文見解

(一)現有促參法規面對廠商延宕似束手無策

需要說明的是，案例一之街道家具 BOT 案，乃由台北市政府許可民間機構設置營運及管理街道家具，雖規劃準用政府採購法之規定，經由公開徵選程序，與民間機構訂立設置營運及管理街道家具之投資契約³⁹⁶，但解釋上將之定位為街道公物之特許利用關係，因並未將市有財產以「現況委託」受託人營運，因此不在台北市市有財產委託經營管理辦法的適用範圍，而另外訂定「台北市促進民間參與街道家具設置營運管理辦法」，以為公法上管理之依據。準此，因北市府並非將財產現況委託經營，而是許可由民間機構建設公共設施並營運，乃屬於特許經營之範圍³⁹⁷。

促參法第十一條第七款³⁹⁸及促參法施行細則第 22-2 條³⁹⁹規定，可知法律已明文規定投資契約中應依個案特性，記載稽核及工程控管，作為立法者規範上

³⁹⁶ 關於此種街道家具之特許經營契約，學者林三欽認為，其契約含有「公物特別使用」的特許，已創設了特定廠商的公法上權利，另一方面廠商負擔有維護街道家具的義務，也就是被課予維護「公物」的義務，因此該契約屬於行政契約。林三欽，交通設施委託民間經營管理法制及實務問題之研討，收於地方法制研討會選輯 2003，頁 58。但台北市政府為使該契約得有仲裁條款，配合國際化需求，而參考促進民間參與公共建設法第 12 條之規定，選擇定位為民事契約。

³⁹⁷ 詳言之，機關委託民間提供服務，依其情形分別具有委託經營或特許經營的意義。委託經營係指，公有公共財產提供受託機構營運，並由委託行政機關將行政業務受託機構對於第三人提供服務之謂。委託機關有財產設備可提供受託機構以為營運之基礎。反之，在特許經營，其特徵不在於委託機關有財產或設備可提供，毋寧是基於公權力，可特許受託機構經營非經特許不得經營之業務。關於委託經營法制更進一步的討論請參，陳清秀，委託經營法制及實務問題之探討，收錄於當代公法新論(中)，翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，元照，2002 年 7 月，頁 634 以下。黃茂榮、張志銘，政府業務委託民間辦理相關法制之研究，植根雜誌第 15 卷第 8 期，1999 年 8 月，頁 35。

³⁹⁸ 促參法第十一條：「主辦機關與民間機構簽訂投資契約，應依個案特性，記載下列事項：一、公共建設之規劃、興建、營運及移轉。二、權利金及費用之負擔。三、費率及費率變更。四、營運期間屆滿之續約。五、風險分擔。六、施工或經營不善之處置及關係人介入。七、稽核及工程控管。八、爭議處理及仲裁條款。九、其他約定事項。」

的調控，賦予當事人相當大的自主空間⁴⁰⁰；而所謂工程控管事項，包含民間機構執行工程之進度及工程品質管理事項。惟若執此規定與本案交相比較將發現，若民間廠商無視政府多次發函請求改善之函文，則在延宕拖沓後，勢將走向解約的命運，而政府先前所為的一切努力，所有在議約磋商、興建時期所支付的時間、勞力以及費用，皆付諸流水。若此，則有必要檢討政府採取的擔保手段對於公共建設的完成以及公益的實現是否不足。

(二)本文見解

擔保國家除彰顯國家從自行執行公共任務的角色中退出外，更重要的是擔保公共任務的順利執行，並扮演一個擔保的角色。詳言之，私人自願性地承擔給付與服務的責任，國家仍負有最終責任，並且在擔保手段的選擇上國家享有多樣性。除了設定民間參與公共建設之抽象框架規定，或具體化的管制措施之外，更常見的是，透過契約來實現人民基本生活照料之內容。且無論何種擔保責任之實現手段，皆具有「框架設定」、「管制」、「引導」，以及「監督」之共同特性。擔保行政的基本框架內涵之一便是確保私人提供給付之品質及結果和建立必要督促合作夥伴的評估方法，以切實執行公共任務。準此，本文認為，政府已於促參法第十一條第七款和施行細則第 22-2 條備置工程控管事項的設計，可認為是為確保公共任務的持續履行所為之評估方法之建立，只可惜實際運作上仍生工程進度拖延的問題。因此，接下來討論的乃是具體管制措施施行不力時、國家應負擔起主動積極角色並採取適合的擔保手段的問題。

³⁹⁹ 促參法施行細則第 22-2 條：「本法第十一條第七款所稱工程控管事項，指民間機構執行工程之進度、環境保護、施工安全衛生及工程品質管理事項。主辦機關為辦理前項工程控管，應於投資契約訂定工程進度及品質控管機制。」

⁴⁰⁰ H. Bauer 著，李建良譯，德國行政法上行政契約發展面面觀，台灣法學雜誌，第 203 期，2012 年 7 月，頁 93。

是故，於廠商遲延給付之情形，固然可依契約規定，依債務不履行處理之。但對於重大工程建設的完成，因其涉及公益，擔保責任在此即可以提供另一種視角觀察。換言之，主辦機關於面對民間廠商拖延工程進度時，應本於依法行政，主動積極地負起監督的角色，並採行適當之擔保手段。蓋在合作夥伴履行公共任務之時，國家仍負有擔保責任，行政主體尚須負起促進與監督之義務，不得退居二線。

此外，因在 BOT 投資契約中，契約被稱為「王」(contract is king)，整個投資契約的風險與責任多係透過各種契約來分擔⁴⁰¹。且因契約乃依個案之特性擬定，最能反映出案例之特徵與需求，故應在契約擬訂時，妥適規定廠商遲延時的法律效果，能預先達成服務品質以及給付之共識，亦有助於消弭紛爭之發生。如民間廠商發生廠商延宕進度時，即構成違約，且不論此契約是定性為公法、私法、甚至是公私混合契約，都是從先前已經雙方磋商討論的契約條款中加以處理。況 BOT 案內容常具有高度複雜之特性，一旦簽約或是已經開始營運，其所面臨的風險又往往不是事前就可以加以預測而有契約條款可適用，此時具有彈性調整性質的擔保責任，適足以發揮調整以及引導的功能⁴⁰²。

第三目 強制接管

強制接管乃民間參與重大公共建設出現經營不善時，民間機構的退場機制。目前我國實務上已出現數則相關案例，如高鐵、高捷、森鐵以及 ETC 等。惟接管需要建立相關完備的法律制度、所需專業的能力以及資金需求，在在皆不可或缺。另外 ETC 案是否接管一事，由於電子收費的裝機用戶數，一直無法

⁴⁰¹ 王文宇，論高鐵投資契約中之強制收買條款，收於民商法理論與經濟分析，元照，2000 年 5 月，頁 306。

⁴⁰² 詹鎮榮，行政合作契約瑕疵效果之檢討與續造，收錄於「2012 行政管制與行政爭訟」學術研討會論文集，2012 年 11 月 24 日，頁 30。

達到合約的使用門檻，已因利用率不足進入違約狀態，遠通於是提出零元 eTag 方案以提高 ETC 使用率。但政府是否接管，則因交通部考量到接手經營後，發現系統交接至少須停擺一年，而延後計程收費時程⁴⁰³。因此，在尚未得知 eTag 方案是否對營運有幫助前，似仍不生強制接管的急迫性，因此，本文在此不擬討論 ETC 案。以下本文擬就高鐵、森鐵為例，說明強制接管適用的條文為何、適用後法律關係的變化、以及強制接管是否為擔保內涵中的結果確保義務數項，加以討論，並提出自己的看法。此外，由於強制接管的案例類型多樣，並不單獨發生於重大交通建設一項，若以現行的促參法作為通案式的立法規範，是否已足已妥善規定強制接管相關事項，仍有疑慮，關此，亦將在以下行文中加以討論。

第一項 高鐵

一、事實簡介

高鐵全線通車以來，因營業收入未如預期，過重的利息及龐大折舊費用，造成鉅額虧損及嚴重資金缺口，台灣高鐵 98 年 2 月向政府提議擬依興建營運合約規定合意終止興建營運合約⁴⁰⁴。總資本額約 1053 億元的高鐵，另向銀行借貸融資 3700 多億元，但從 2007 年 1 月通車至今，累計虧損即達 675 億元，交通部因此成立專業小組針對高鐵財務進行評估，並著手訂定《強制接管營運辦法》，做為未來政府接管 B O T 案的作業依據。

依相關合約，無論政府強制接管或買回高鐵，全民恐要花數千億元買單。交通部官員表示，訂定該辦法只是預防國內 B O T 案（如高鐵或高捷）出現重大問題、經營不善等情況，危及民眾乘車品質或安危時才會啟動。

⁴⁰³ 曾懿晴，「反交通部護航遠通 ETC，網友凱道怒吼」，聯合報，2011 年 8 月 21 日，A6 版。

⁴⁰⁴ 林建甫，「台灣高鐵的再生之計」，經濟日報，2010 年 1 月 12 日。

高鐵局強調，若是政府想收回BOT案營運權，須依合約鑑價強制買回；若BOT案出現工程品管、經營不善或其他重大情事，對公共利益或交通安全造成重大損害時，政府可依《獎勵民間參與交通建設條例》規定接管營運，如該狀況是不可抗力因素如天災所造成，政府可能須提供補償金給經營者，如為經營者自身問題導致接管，則政府不一定要補償，相關細節與規範未來都須進一步研議⁴⁰⁵。

高鐵重要期程⁴⁰⁶

日期	重要里程碑	意義
79.07	交通部成立高鐵處。	
81.06	行政院核定高速鐵路路線。	
84.04	立法院通過高鐵計畫。	
86.01	台灣高速鐵路企業聯盟及中華高鐵聯盟申請參與資格審查。	
86.09	台灣高速鐵路企業聯盟獲甄審委員會評定為最優申請案件申請人。	
87.05	台灣高速鐵路股份有限公司正式成立。	
87.07	交通部與台灣高鐵簽訂興建營運合約及站區開發合約，以及「合約執行備忘錄」與「政府應辦事項備忘錄」。	
96.3	開始正式營運（台北站至左營站）。	
97.11	推出「高鐵雙色優惠」。	營運未如預期，推出搭乘優惠乃擔保手段之一。

⁴⁰⁵ 李姿慧、栗筱雯、劉永祥，「高鐵慘賠，政府訂接管辦法」，蘋果日報，2009年5月28日。

⁴⁰⁶ 台灣高鐵公司網站，網址：http://www.thsrc.com.tw/tc/about/ab_intro_yearbook.asp。最後瀏覽日期：2010年12月31日。

98.3	因應景氣衰退，高階主管停止支薪或減薪。	
98.9.21	行政院擬逐步爭取公股主導台灣高鐵的經營權：1.先由公股代表出任董事長。2.爭取增加公股董事席次。3.說服台灣高鐵和銀行團談新融資案。4.則由台灣高鐵改善營運績效、調整折舊等。此外行政院同步成立專案小組，研議解決高鐵路務問題 ⁴⁰⁷ 。	儘管興建營運合約有強制收買條款之約定，但實際以 提高官股 方式作為擔保責任實現之方式。
99.6.24	預計於7月1日增班調整班表，並推出定期票與回数票行銷策略，高鐵預期應可增載客量，提高營收 ⁴⁰⁸ 。	
100.9.5	營運邁入第五年的台灣高鐵公司，終於轉虧為盈，上半年獲利近20億元 ⁴⁰⁹ 。	整體而言仍屬虧損狀態，產生是否接管的疑問。
100.10.28	檢方將高鐵路背信案簽結 ⁴¹⁰ 。	
102.1.12	台灣高鐵雲林站1月15日動工 ⁴¹¹ 。	

資料來源：作者自行整理。

⁴⁰⁷ 蘇秀慧，「政院四步驟，搶救台灣高鐵」，經濟日報，2009年9月21日，A4版。

⁴⁰⁸ 楊文琪，「虧掉資本額68%暫不減資。高鐵：三年後會賺錢」，經濟日報，2010年6月24日，C4版。

⁴⁰⁹ 謝蕙蓮，「歐晉德疾呼：延長高鐵特許期」，聯合晚報，2011年9月5日，A4版。

⁴¹⁰ 檢方於98年另分案偵查，98年9月大動作向台灣高鐵公司、高速鐵路局及交通部等公、民營公司調閱卷證偵蒐，將外界質疑台灣高鐵營運不善的疑點釐清。99年12月8日檢方傳訊前台灣高鐵董事長殷琪，從「簽約投標」、「原始股東土木工程」、「釋特別股洽購事宜」、「沿線炒地皮」四大疑似不法區塊要求殷琪說明，結案前並過濾相關公務員帳戶。最後偵查心證認為，高鐵總投資額為數千億元，是國內首宗BOT案，會出現資金缺口，是受限於法令不齊和政策要求限時完工等因素，並無人員涉及刑事犯罪，經2年多調查上午將全案簽結。王聖藜，「高鐵路背信案，北檢偵查2年簽結」，聯合晚報，2011年10月28日，A16版。

⁴¹¹ 台灣高鐵公司網站，網址：
http://www.thsrc.com.tw/tc/about/ab_news_detail.asp?type=1&PKey={1B9A2568-B279-445D-AA85-5F1D7EB65520}。最後瀏覽日期：2013年1月13日。

二、問題意識

高鐵從通車至 2011 上半年為止，累計虧損六百餘億元，因此交通部成立專業小組針對其財務進行評估，並著手訂定《強制接管營運辦法》，做為未來政府接管 BOT 案的作業依據。因此，高鐵如持續無法彌補其營運虧損，如何面對即將而來的強制接管便成為一個重要的課題。在此我們要問的是：國家真的有「收拾善後」的結果確保義務嗎？此外，何謂強制接管、其性質如何、又高鐵強制收買條款是否適宜作為接管之依據等等，均有疑義。本文以下擬就上開數點，加以討論。

三、評析

本文擬於以下行文中，先行介紹強制接管的性質、制度的設計以及應適用的條文。又由於高鐵的興建營運契約中曾有強制收買的約定，故本文亦一併處理其內涵及與強制接管的關係如何，最後再提出本文見解。

（一）強制接管制度研析

由於促參法之立法目的在於引進民間資源提供公共服務，民間機構得取得獨占經營特定業務之地位，相對地，民間機構應自負興建、營運之盈虧。準此，吾人必須正視民間機構無法順利執行投資計畫之風險，即有令民間機構在契約屆滿前退場之必要。詳言之，令民間機構退場，主要可分為融資機構、保證人之介入權，以及主辦機關之強制接管。本文所欲討論之標的，即為後者。

1. 強制接管之性質

依行政程序法第 92 條第 1 項之規定：「本法所稱行政處分，係指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權利措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。」申言之，行政處分具有六大要素：（1）需為行政機關之行為；

(2) 需為行政機關之公法行為；(3) 須針對具體事件之行政行為，也就是規範「具體事件」及「特定相對人」之行政行為。(4) 需為行政機關之單方行為，即行政機關基於公權力之發動基於單方之意思而對具體事件為發生法律效果之行為。(5) 須對外直接發生法律效果；(6) 需為行政機關之決定或公權利措施⁴¹²。

申言之，因強制接管必要時由主辦機關為之，故符合第一要件；又強制接管之行為依通說之「新主體說」，以國家或其他公權力主體為主要規範對象之法規為公法，反之若可適用於任何人之法規為私法之觀點觀之，儘管促參法的屬性為何仍有爭議，但是，台北高等行政法院 94 年度訴字第 752 號判決認定為公法的角度觀之，強制接管亦符合第二要件。又，強制接管乃主辦機關依個案認定，所為之接管決定，亦符合「具體事件」與「特定相對人」之要件。且強制接管乃基於國家高權所為之單方強制行為，並且強制地收回民間機構之任務執行。準此，強制接管乃為一強制處分。

2. 強制接管制度設計模式

當民間機構於興建或營運期間，如有施工進度嚴重落後、工程品質重大違失、經營不善或其他重大情事發生時，主辦機關得依契約約定要求民間機構定期改善，期間屆滿民間機構仍不改善時，或者改善無效果時，且融資機構、保證人未實施介入權時，依促參法第 52 條第 1 項第 2 款規定，主辦機關依投資契約得終止其興建、營運一部或全部，故終止權須契約已明文約定時，始得為之。如主辦機關發動中止權係在營運期間，主辦機關得依促參法第 53 條採取適當措施，必要時得強制接管營運。關於強制接管制度之設計，計有下列 3 種：

(1) 強制租賃

⁴¹² 陳敏，前揭文(註 331)，頁 299-300。

即主辦機關作成強制接管處分，於所定之接管日起使得接管人與民間機構形成租賃關係。申言之，民間機構為出租人，接管人為承租人，接管人得占有、使用、收益資產設備，而須支付租金給民間機構。因此，接管期間係以接管人名義對外經營，盈虧及風險歸於接管人。

而民國 86 年版獎參條例之「政府接管民間機構營運交通建設辦法草案」之相關規定類似民法租賃關係，例如：接管人得使用收益設備資產並支付租金（第 6 條）、設備資產原則由民間機構修繕（第 9 條），如民間機構不為修繕，接管人得自行修繕而請求民間機構償還其費用或自租金中扣除之（第 10 條第 2 項），與民法第 421 條、第 429 條、第 430 條相對照甚為類似⁴¹³。

（2）強制委任

第二種設計是強制委任說。即主辦機關作成強制接管處分，於所定之接管日起使得接管人與民間機構形成委任關係。民間機構為委任人，接管人為受任人，接管人得向民間機構請求接管之費用與報酬，接管期間係以民間機構名義對外經營，盈虧及風險歸於民間機構。

民國 86 年版獎參條例之「政府機關接管民間機構營運交通建設辦法草案」之相關規定除有類似租賃關係外，也有類似民法委任關係。例如：民間機構負擔接管費用（第 9 條）、接管人得向民間機構請求報酬（第 9-1 條）、接管人以民間機構名義為之，所取得之金錢、物品、孳息及一切權利直接歸屬民間機構所有（第 10 條第 2 項），與民法第 546 條、第 547 條、第 541 條相對照甚

⁴¹³ 王文字，論 BOT 特許合約中的幾個基本問題，全國律師，第 2 卷第 1 期，1998 年 1 月，頁 65。

為類似⁴¹⁴。準此，強制接管後之法律關係似又有委任關係之色彩。而促參法現行相關規定係採取強制委任說。

(3) 經營管理權概括承受

惟王文字教授指出，強制接管之法律關係既非租賃關係，亦非委任關係，而係「概括承受民間機構之經營管理權」⁴¹⁵。其認為 BOT 強調的是繼續營運的概念，而非單純著眼於「物」的使用收益接管。並且，接管的概念應該是動態的、全面的、整體的，而非僅是靜態的、片面的、零星的占有與使用資產設備。從而，主辦機關強制接管時，民間機構之公司董監事職權應該停止，由政府概括經營承受⁴¹⁶。本說批評租賃說，認為租賃說對於接管時人員之僱用、供應合約之讓與請求權、強制接管財物之處理等問題之解釋實顯牽強，且如何規範對第三人之效力，亦不無疑義。倘導入概括承受之概念，由接管人承受先前民間機構之一切經營管理權利義務，則上述問題均可迎刃而解⁴¹⁷。

本文則認為，強制接管不僅及於物的使用收益，且原來董監事的職權亦應停止，由政府概括承受。並且，強制接管的目的是在維持公益，使重大公共建設能繼續營運不輟；同時，若從效率以及經濟的觀點考量，強制接管的法律關係宜以經營管理權概括承受之說法為佳。

3. 強制接管適用條文討論

⁴¹⁴ 王文字，前揭文(註 413)，頁 65。

⁴¹⁵ 王文字，前揭文(註 413)，頁 65。

⁴¹⁶ 王文字，前揭文(註 413)，頁 65；同作者，關於獎參條例與促參法草案的十點修訂建議，月旦法學，第 34 期，1998 年 3 月，頁 47；同作者，評促進民間參與公共建設法草案，萬國法律，第 101 期，1998 年 10 月，頁 71。

⁴¹⁷ 王文字，前揭文(註 413)，頁 65。

(1) 接管辦法之適用

問題是，如高鐵要由政府接管，則應適用何條文？詳言之，促參法依公共設施主管機關的不同，計有十個接管營運辦法：全民參與衛生醫療設施建設接管營運辦法、民間參與經建設施公共建設接管營運辦法、民間參與社會福利設施及營建相關公共建設強制接管營運辦法、民間參與交通設施及觀光遊憩重大設施接管營運辦法、民間參與農業設施公共建設接管營運辦法、民間參與運動設施接管營運辦法、民間參與教育設施接管營運辦法、民間參與文化設施接管營運辦法、民間參與環境汙染防治設施公共建設接管營運辦法、民間參與勞工福利設施接管營運辦法等十種。

由於高鐵屬於台灣高鐵公司興建重大交通設施，故應適用民間參與交通設施及觀光遊憩重大設施接管營運辦法，應無疑問。

(2) 促參法與獎參條例之適用討論

詳言之，獎參條例於民國 83 年公布施行，促參法則於民國 89 年依獎參條例之立法體例公布施行，且擴大了公共建設之適用範圍。且高鐵 BOT 案亦是依據獎參條例辦理，在獎參條例未被廢止前，其如同與促參法形成雙軌制。法務部曾於 90 年 11 月 29 日就促參法之性質問題作出函釋⁴¹⁸，其區分投資契約之簽訂時期而有不同適用。申言之，在促參法公布施行前已依獎參條例規定，與民間機構簽訂定公共建設投資契約者，或已依獎參條例規定公告徵求民間參與，且於公告載明該建設適用獎參條例相關投資法令，而於促參法施行後簽訂投資契約，並將應適用之法令於投資契約訂明者。其權利義務，仍繼續適用獎參條例之規定。但依促參法規定，較有利於民間機構者，得適用促參法之規定。

⁴¹⁸ 參法務部 90 年 11 月 29 日(90)法律字第 042525 號函。該號函釋謂促參法性質乃特別法，應優先商港法而適用之。

但若於促參法公布施行後，各主辦機關辦理民間參與公共建設之作業，應依促參法之規定辦理，不再適用獎參條例之規定。即，促參法公布施行後，獎參條例固仍然繼續有效適用，但只適用於原有適用獎參條例獎勵之投資案，新的投資案，主辦機關應適用促參法之規定辦理。

準此，高鐵之投資契約乃依獎參條例而簽訂，似應繼續適用獎參條例之規定。惟，促參法乃依照獎參條例之體例而訂定，且其立法目的在促進民間參與公共建設，並對公共建設採取廣大的定義並擴大其適用範圍，相較於獎參條例，可得促參法乃具有特別法之性質，而應優先於其他法律而適用。故高鐵之接管，應優先適用促參法，而非獎參條例。

（二）高鐵強制收買條款之分析

高鐵有關政府強制收買的條文規定在契約的第十一章「特許期限屆滿前之移轉」，第十六章「缺失及違約責任」，及第十七章「合約終止」等處⁴¹⁹。由於本文欲處理高鐵強制接管相關問題，故針對高鐵興建營運合約中之強制收買約款加以討論。

1. 對強制收買的正确理解

依學者之見，對於政府「強制收買」的正确理解，應是當政府依法定原因接收公共工程時，政府按不同原因而決定是否給予金錢補償和補償範圍而已⁴²⁰。

2. 收買條款的內涵

⁴¹⁹ 簡言之，第十一章係規範特許期限屆滿前，民間機構（不論何種原因）將高鐵工程及營運資產移轉給政府時，所應移轉的標的與其計價方式。第十六章係界定民間機構的違約事由及違約處理方式。其中最具爭議者就是「甲方應報請主管機關強制收買之」的條款。至於第十七章則規範合約終止事由與效力等，如履約保證金、收買價金的計算、損害賠償的範圍等。王文字，前揭文（註 401），頁 307-308。

⁴²⁰ 王文字，前揭文（註 401），頁 310。

收買條款規定於高鐵興建營運合約第十六條，該條規定違約之成立要件包括「可歸責」於乙方(指高鐵)之事由而有施工進度嚴重落後、工程品管重大違失、經營不善或有其他重大情節時，可依第十六章十六、一、二、二、(二)的規定，甲方(交通部)在乙方違約後，得撤銷興建或營運許可，此時對必要且堪用之營運資產及興建中之工程，甲方「應」報請「主管機關」強制收買之⁴²¹。

換言之，該契約所規定的政府收買事由可謂無所不包，但其中僅有可歸責於乙方(或乙方違約)的補償稱為「強制收買」。至於因其他情況(如不可抗力等)的補償則並未貼上這個標籤，雙方僅約定仍應「辦理資產之移轉」，因此雖無「收買」之名卻有「收買」之實⁴²²。不過就政府收買的約款來看，重要的不是有無冠上「強制收買」這個標籤，重要的毋寧是該條款是否具有政府收買的實質內容。申言之，本約的收買條款之適用範圍無所不包，甚至對於可歸責於民間機構的事由，或是原應由民間機構自行承擔的風險原因，均可啟動此收買機制，是故，本約的收買機制具有自願理賠或政府保證的實質內容⁴²³。

3.收買條款的依據

儘管依獎參條例第四十四條⁴²⁴規定，民間機構經費指興建或營運許可者，其必要且堪用之營運資產及興建中之工程，主管機關得強制收買之。但此並非

⁴²¹ 王文宇，前揭文(註 401)，頁 309。

⁴²² 為何本約刻意就法律效果相似的概念在名稱上加以區分，原因並不清楚。或許雙方欲強調這種收買係民間機構過失所致，因此乙方對這種收買「不得拒絕」。參王文宇，前揭文(註 401)，頁 310。

⁴²³ 王文宇，前揭文(註 401)，頁 311。

⁴²⁴ 獎參條例第四十四條：「本條例所獎勵之民間機構，經撤銷興建或營運許可者，其因本條例規定取得之土地地上權及租約應予終止；其必要且堪用之營運資產及興建中之工程，主管機關得強制收買之。主管機關依前項規定強制收買之營運資產或興建中之工程，得移轉其他依法核准之民間機構繼續興建或營運，或由指定之政府專責機構興建、營運。」

謂主管機關即可在合約中使政府承擔三千億元以上的債務。申言之，凡有關公眾及個人之基本及重要之決定，應由立法者為之並負其責任，係屬國會保留事項。認定之標準以「規範密度⁴²⁵」為準。簡言之，對基本權力之干涉或影響越長久，對公眾之效果越大，如在社會中爭議愈多者，愈需立法者詳為規定。若然，今主管機關僅憑獎參條例第四十四條「主辦機關得強制收買」寥寥數字，即得做為法律依據，除有規範密度不足之虞外，該條例第四十四條雖有「主管機關得強制收買之」之字樣，惟文義是否可擴張解釋至使政府承擔三千億元以上之債務，仍有疑問。又以獎參條例第二十五條⁴²⁶所規定之政府得採利息補貼或部分投資的措施部份為例，立法者對其條件與程序等，均有詳細明文規定。故，舉輕以明重，政府收買機制之依據顯有不足⁴²⁷。另外，需要說明的是，由於政府收買應以增進公共利益為目的，故強制收買的客體僅以其「必要」且「堪用」之資產及興建中之工程為限。其次，該條文僅謂「得」收買，乃賦予行政機關行政裁量權限並希求其審慎考量。

在解釋收買條件之寬嚴時，由於強制收買的意義為：當政府依法定原因接收公共工程時，當事人對於應否補償與補償數額等要件，雙方在合約中預先加以約定。故主管機關在決定這些要件時，應考量 BOT 風險分擔之本質，以及

⁴²⁵ 參大法官解釋第 443 號之解釋理由書，節錄如下：「至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關：諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬於執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許。」

⁴²⁶ 獎參條例第二十五條：「本條例所獎勵之交通建設，經甄審委員會評定其建設投資依本條例其他獎勵仍未具完全之自償能力者，得就其非自償部分由政府補貼其所需貸款利息或投資其建設之一部。前項補貼利息或投資建設辦法，由交通部會同財政部擬訂，報請行政院核定之。第一項補貼利息及投資建設，由主管機關編列預算為之。」

⁴²⁷ 王文宇，前揭文(註 401)，頁 317。

公共利益、比例原則等。依此，收買條件宜限縮而非擴張，否則如不當擴張適用政府收買機制，將有濫用行政裁量之可能。

4.收買機制可能產生的弊端

(1) 權益與風險不對稱

誠然，本契約所定的政府收買條款，乃政府與民間透過「協商」，劃分彼此權利義務，進而共同分擔風險的協議。但是，BOT 講求的是市場化，並藉由靈活的協商來將風險分擔。然而，BOT 非僅意味著民間出錢做事而已，它更強調公共建設從興建到營運，均要納入市場機制的有效檢驗及盈虧自負的企業法則。若協商時未能謹慎考量權益與風險是否對稱時，這個收買機制就會產生弊端⁴²⁸。

(2) 未事先揭露重要事項

詳言之，主管機關未事先揭露收買機制的內容，影響投標者力於平等競爭地位的機會，有違平等對待的原則。

(3) 收買充滿不確定性

如前所述，由於此條款的法源依據並不明確，固然從政府的立場而言，多希望能保留行政裁量權，而傾向解為「得」收買；然就民間機構而言，缺乏可預測性將使其無法釐清權利義務關係與風險歸屬，將令其裹足不前⁴²⁹。

(三) 結果確保義務

⁴²⁸ 王文字，前揭文(註 401)，頁 317。

⁴²⁹ 王文字，前揭文(註 401)，頁 318。

討論完高鐵的強制收買條款以及強制接管之性質及相關制度後，與本文國家擔保責任為題，最為相關的標題，莫過於結果確保義務。換言之，政府於高鐵經營不善時，國家是否具有「收拾善後」的結果確保義務？

儘管德國學界對於是否存有擔保義務一事見解不一：肯定者認為私人履行之公共任務並非屬於純粹的競爭市場，國家仍應負起補充責任，承擔確保結果完成的最終責任；否定者則執國家若負起補充責任，將與市場競爭法則有違，並破壞合作關係。今建設高鐵的目的在促進台灣南北向的交通，誠屬基礎建設之範疇。基於國家負有生存照顧以及賦予每一居民平等接近使用基礎建設權利的觀點觀之，應肯認國家負有擔保義務。

目前交通部依據「獎勵民間參與交通建設條例」第四十三條，擬定了「民間參與交通建設接管營運辦法」草案，其中草案總說明謂：「依據獎勵民間參與交通建設條例第四十三條規定，民間機構於興建或營運期間，如有施工進度嚴重落後，工程品質重大違失、經營不善或其他重大情事發生，主管機關得限令民間機構定期改善；民間機構逾期不改善或改善無效者，主管機關得停止其興建或營運一部或全部；如受停止興建或營運處分六個月以上仍未改善者，主管機關得廢止其營運許可。上述處理，如係情況緊急、遲延即有損害重大公共利益或交通安全之虞者，主管機關得直接令其停止興建或營運之一部或全部。主管機關令民間機構停止營運之一部或全部或廢止其營運許可時，應採取適當措施，繼續維持運輸服務，不使中斷；必要時，並得予以強制接管營運，……」之文字；雖然，國家是否具有「收拾善後」之「結果擔保責任」仍有爭論已如前述，惟本文仍認為，國家雖然將任務之執行交由具有競爭優勢之私人，但原則上國家仍負有確保公共利益之義務。

但需注意的是，政府曾與高鐵簽下強制收買條款，若深入探究將發現，政府究「應」或「得」收買充滿不確定性。又因契約對於風險的合理分擔應有完善的

安排，亦即，風險應由有能力可以負擔風險的單位負擔：政府應該負擔公權力範疇的風險；而民間則應該承擔經驗或建設瑕疵之風險⁴³⁰。但若依本約約定，即使高鐵失敗係可歸責民間機構之原因（如營運不善、重大缺失等），政府仍需承擔依興建價格收買之義務，將造成民間機構利用此條款規避經營過失和設計失敗等責任，不當之處顯然可見。

值得注意的是自 2009 年 9 月 21 日起，行政院以爭取公股的方式主導台灣高鐵的經營權，而非以強制收買條款來收買高鐵：首先由公股代表出任董事長，再爭取增加公股董事席次。本文認為，高鐵連接台灣南北兩端，誠為重大的基礎建設，基於人民生存照顧之需求及賦予每一人民平等接近使用權利的想法下，對此，國家實負有結果確保義務。行政院以爭取公股的方式逐步取得對高鐵的經營權，以解決高鐵棘手的折舊問題，不失為國家履行其擔保義務的作法。

第二項 森鐵

一、簡要事實

阿里山森林鐵路大事紀

時間	重大事件	意義
2001.12.23	列車行經祝山線時發生出軌傾斜，造成 8 傷。	國家經營不善，迭有改由民間經營之呼聲。
2003.3.1	阿里山森林鐵路因為人為疏失，火車出軌翻覆，導致 17 人死亡、百餘人受傷的不幸事故，因此埋下了改由民間接手的導火線。	

⁴³⁰ 參 BOT 專案進度與品質管理手冊，行政院公共委員會編印，2004 年 7 月，頁 148。

2006.6.18	政府以 BOT 方式，將阿里山森林鐵路沿線，以 9 億元權利金、34 年（至 2042 年）的代價，「租讓」給由建設公司轉投資的宏都阿里山國際開發公司 ⁴³¹ 。	
2006.9.	森鐵因颱風而中斷。依照合約應由政府出資 80%、宏都出資 20%。但宏都不願出資修復。最後委由台灣省大地工程技師公會進行災害原因鑑定，認定屬於天然災害。林務局隨即發包施工，並打算未來將向宏都求償。	
2008.6.19	正式由林務局移交給民間的宏都阿里山公司經營管理。	民間參與重大公共建設的起點(促參法§3 I 之觀光遊憩重大設施)。
2008.7	阿里山森鐵在卡玫基颱風來襲時受創，至於全線何時通車尚無法確定。	產生是否接管的疑問。
2009.2.17	監察院正式提出糾正，以決策草率為由，對農委會、工程會、原民會、交通部等 4 機關依法提案糾正。	
2010.3.24	林務局依契約於 99 年 3 月 22 日發文終止委託宏都阿里山公司辦理森林鐵路營運維護及北門車站暨阿里山森林遊樂區內觀光旅館興建營運之全部契約，並依災損情形分階段全力進行森林鐵路復建，以維社會公益 ⁴³² 。	

⁴³¹ 宏都公司曾提出一份「阿里山鐵路的經營遠景與未來」之文件，內含有六大願景，成為取得經營權的利器之一，此份文件可參蘇昭旭，世界山岳鐵道－美亞澳篇，2006 年 9 月，頁 186-188。

⁴³² 林務局表示，當初招商之契約，係包含 3 個工作項目，森林鐵路營運、興建觀光旅館及北門車站綜合開發。因莫拉克風災侵襲，森林鐵路遭受重大損害，依契約，宏都阿里山公司本應儘速提出全線勘災報告及復建方案，然風災發生後，該公司仍僅針對有收益之支線提出復建方案，對全線之復建則不提出計畫，甚至在雙方依契約協商之過程中，竟然提出中止進而片面終止營運維護森林鐵路契約，致整體復建工作遲遲無法順利展開，違約情事甚為明確。至於觀光旅館部分，依照契約約定應於 98 年 9 月 14 日完成，宏都阿里山公司一再延宕，已構成違約。嘉義縣林管處，網址：

2011.4.30	阿里山森鐵已定調交由台鐵經營，台鐵接手的時間表最遲 2011 年底出爐 ⁴³³ 。	
2012.10.3	林務局和台鐵日前進行數次會議與會勘，但因正式移交時間和養護範圍談不攏，目前仍在協商 ⁴³⁴ 。	
2012.12.15	森鐵目前仍有兩處要興建隧道，預估民國 103 年 6 月完工，才能全線通車 ⁴³⁵ 。	

資料來源：作者自行整理。

二、爭點

阿里山森鐵於營運期間，受颱風重創影響，屬促參法第 52 條之重大情事，是否及如何加以接管？

三、深入討論及本文見解

(一) 以 BOT 模式經營究係續命丹抑或飲鴆止渴

自 2003 年 3 月發生火車出軌翻覆事件後，即開啟了森鐵以 BOT 模式經營的契機。嗣後宏都公司從林務局手中，取得了 30 年的經營權。自此維護費用

<http://chiayi.forest.gov.tw/ct.asp?xItem=51094&ctNode=2175&mp=340>，最後瀏覽日期：2013 年 1 月 14 日。

⁴³³ 台鐵「抱持開放態度」，但是前提是造成台鐵虧損。農委會副主委指出，阿里山森鐵其實在去年已定調交由台鐵經營，但因農委會林務局過去委託宏都公司經營，期間碰上莫拉克風災，造成鐵道坍方等嚴重受創，無法如預期方式處理。林務局收回阿里山森鐵後，雙方還有法律權益問題，正進行訴訟。曾懿晴、李承宇、謝恩得，「專家團隊下周總體檢，台鐵接手森鐵時間表年底出爐」，聯合報，2011 年 4 月 30 日，A14 版。

⁴³⁴ 王瑄琪，「森鐵移交台鐵，協商無交集」，中時電子報，2012 年 10 月 3 日，網址：<http://news.chinatimes.com/domestic/11050611/112012100300497.html>，最後瀏覽日期：2013 年 1 月 22 日。

⁴³⁵ 江俊亮，「阿里山森鐵全通，還要等一年半」，中央社，2012 年 12 月 15 日，網址：<http://www.cna.com.tw/News/FirstNews/201212150050-1.aspx>，最後瀏覽日期：2013 年 1 月 22 日。

高昂、營收泰半靠阿里山森林遊樂區門票收入的森鐵，轉而寄望以 BOT 模式經營，能夠採酌民間企業具有效率無包袱的特點，使積弱不振的森鐵持續經營。

孰料交由民間經營後，卻僅完成日本大井川鐵路正式結盟為「姊妹鐵路」部分⁴³⁶。宏都公司與林務局曾約定之盡速提出全線復建計畫，卻未能履行；觀光旅館興建部分亦一再延宕，導致原先寄望能夠依靠 BOT 模式起死回生的森鐵，因民間廠商未能遵循合約負起修復鐵路的責任，導致登山本線中斷，特許契約也因而中止，森鐵 BOT 此時招致強烈的批評，交由林務局接管的呼聲亦隨之而起。

（二）強制接管的討論

2010 年 3 月，林務局終於重新取得森鐵的經營權，轉交由台鐵繼續經營。惟，眾所周知台鐵本身即已負債七、八百多億元，此外台鐵現有的鐵路規格與森鐵亦大相逕庭，因此如何接管森鐵，不啻成為一項難題。以下即就強制接管之法律適用、最新接管進度作一論述，並提出本文見解。

1. 強制接管時之法律適用

強制接管性質已如前述，乃具有行政處分之性質。誠然，高鐵與森鐵均為促參法第 3 條所指稱之公共建設：高鐵為該條第 1 項第 1 款之「交通建設及共同管道」，而森鐵則為該條第 7 款之「觀光遊憩重大設施」。但是就其建設之目的，卻截然不同。蓋高鐵確為國家重要之公共建設，而森鐵建造之主要目的卻是在促進觀光。森鐵由林務局於民國 95 年與宏都公司簽約，依據的乃是促參法，應適用促參法辦理強制接管。

⁴³⁶ 蘇昭旭老師的全球鐵道視野部落格，網址：
<http://tw.myblog.yahoo.com/professor-su/article?mid=4484&prev=4488&next=4475&l=f&fid=9>，
最後瀏覽日期：2013年2月7日。

2. 森鐵最新接管進度

森鐵於 2010 年即確定由台鐵經營，但遲遲未有進一步的動作，乃因委託宏都公司經營時，碰上莫拉克風災，造成鐵道坍方等嚴重受創，無法如預期時程處理。且林務局收回森鐵後，雙方還有法律權益問題，正進行訴訟。委辦時間點由林務局與台鐵研商，而鐵路經營部分交由台鐵，生態、林務等部分仍由林務局管理。台鐵對此表示，強制接管的前提是不能造成台鐵虧損，且在工程方面，至少要達到台鐵支線的標準。在此涉及的是有效的國家撤回選擇權，既然宏都公司顯然無法順利履行公共任務，行政主體當撤回交由其履行之公共任務，再交由其他私人或由國家自身加以履行，以維繫公益，並確保公共任務仍能被持續履行。

但截至 2013 年 1 月 14 日止，筆者搜尋森鐵的強制接管動向以及細部規畫如何，尚未有進一步的斬獲，森鐵接管之後續，且讓吾人拭目以待。

3. 本文見解

森鐵交由 BOT 模式經營，並未達成預期的成果。本文認為，不應把過錯盡數推至 BOT 制度上；應該檢討的是如何事前選擇一個有能力經營的民間公司以及政府此時是否應負起擔保責任。前者可以選擇有能力的特許廠商來參與，此有賴事前完善的準備與評估工作，諸如可行性評估、融資機構的貸款等等，惟此部分並非本文討論的對象，在此不擬深論。重點毋寧應置重於國家對於具有文化保存意涵的森鐵，是否應加以接管。如本文先前所述，國家的擔保責任實與基礎建設和人民的生存照顧結合，無法割裂觀察。準此，阿里山的交通既有阿里山公路可為聯絡，此時森鐵是否仍有接管之必要，不無疑問。本文認為，森鐵具有文化上之重要內涵並不容抹滅，惟似無所謂「維繫基本交通建設」的迫切需求、亦與所謂「生存照顧」內涵有所差別；況且阿里山每逢颱風季節，鐵

路交通必被迫中斷，若考量到維護森鐵的龐大支出，在政府能先就增加林務局人員維護森鐵順利營運以及運務、工務之相關問題後，再來談接管。

第三節 小結

擔保國家乃是一種國家模型，其描述國家不再作為公共任務的執行者，而係作為管制者與規畫者，以不同的擔保手段來促進公益的實現，例如透過法規範設定框架或具體管制措施之採行，均屬有效的手段。蓋國家擔保責任之憲法上基礎，乃社會國理念以及人民基本權之保障。以本章所提及之公共建設為例，無論是高捷抑或高鐵，其能否順利營運，均與人民之生活基本照料密切相關。

由於本文的目的在處理我國 BOT 案件是否能夠達成行政目的以及促進公益，因此，在檢視實例以前，即有必要對我國目前的促參法及其細則作一番瞭解。如本文附錄之表格，目前我國的促參法令依其內容約略可分為三大類型⁴³⁷，即準則性規定、確保公共建設興建營運規定以及承接責任之規範。但在適用至具體案例時，卻產生規範不明確以至無法確保公共建設順遂進行的窘境。以「中崙市場案」為例，北市府已與馥霖公司約定相關進行時程，但馥霖公司進行攤商安置作業時卻嚴重延遲進度，影響攤商的工作權甚鉅。準此，本文認為，北市府仍應積極、主動地負起監督責任；又關於合作夥伴之選定一事，目的在確保公共任務之提供具有一定之品質，故本文認為，仍應與得標之公司簽約，始符合公益要求。「中崙市場案」、「街道家具 BOT 案」以及「台中會展中心案」，三者同樣都以契約作為規範雙方權利義務之依據，僅管如此，在實行上卻生遲延之問題，此可歸咎於主管機關在督促、監督上明顯不足。申言之，街道家具

⁴³⁷ 請參見本文附錄部份：我國促參法令的分類。

案為廠商履行遲延；而台中會展中心案則為台中市府放任進度牛步化。本文認為，既促參法第十一條第七款已規定投資契約應依個案特性記載稽核及工程控管事項，政府即應本於人民基本權之保障，積極地督促民間廠商確實辦理，以促進公共利益之實現。

「台北港貨櫃儲運中心案」則顯現了契約的確為擔保公益實現的手段之一，但是本案之貨櫃儲運中心目的在發展亞太航運、吸引遠洋貨輪，誠屬重大經濟設施。儘管以契約規範 BOT 案施行之相關細節具有切合個案的優點，但是因為契約在先期就已擬定，至興建或營運之時仍會產生未能預料的因素，以致無法順利營運。準此，完善的法律架構在擔保公益的履行上便扮演了一個極為重大的角色。

換言之，制定法律框架乃擔保國家應負之責任之一，並且，所謂制定法律框架，仍係指足以確保公益實踐為基準。並且關於用電協助的部分，因為擔保國家運用調控與管制使私部門的任務履行能夠獲得實質的擔保。儘管此用電取得僅為協助事項，並非承諾事項，如主辦機關未履行或延誤，無須負違約責任。惟本文認為，擔保國家乃就公益實現給予擔保，且所謂擔保責任係指國家對攸關民生之公共服務不中斷之責任，儘管承諾事項之不履行國家負有違約責任，而協助事項則無；但是，影響民生至鉅的重大生存照顧給付卻不可須臾忘記。因此，本文認為並不應區分承諾事項或協助事項，均須負起擔保責任，僅強度不同而已。

因所謂國家擔保責任乃指國家在私人履行公共任務時，須負起之公益實現任務，且擔保手段具有多樣性，例如法規範的設定或是具體措施的採行，均屬之。擔保手段的多樣性以及採行的順序毋寧具有比例原則的適用。以「高捷挹注資金案」為例，由於挹注資金的目的是在於改善高捷營運，本文認為資金挹注乃擔保的手段之一，得以協助高鐵營運量提升；並且，高市府得採行之協助營

運的擔保手段不惟資金挹注一項，其他尚有構築綿密便利的接駁系統、舉辦大型活動以吸引大眾搭乘高捷或是協助興建附屬事業等等。故本文認為，高市府在決定挹注資金前，仍有比例原則之適用。

在強制接管的部分，則涉及國家是否有結果擔保責任之爭論。詳言之，國家若無法進一步履行之公共任務，是否有進行「收拾善後」之義務？準此，肯定者謂：基於市場經濟的競爭法則，自然應交由最具競爭優勢的私人去執行。但若私人顯然無法完成該任務時，即不得再盲目追求所謂的「市場競爭法則」，而應該由國家發動其補充責任，承擔起其確保結果完成的最終責任。本文則認為，接管與否要從合目的性來考量，不可一概而論。申言之，接管之目的在於保障人民之權利，以高鐵案來說，政府接管高鐵乃是盡其生活照顧義務，蓋為便利台灣南北交通迅速運輸以及節省時間的花費，高鐵的確扮演一個重要角色無疑；但是森鐵案接管與否則有衡量餘地，蓋森鐵旨在促進阿里山森林遊樂區之觀光遊憩功能，僅為便利觀光客遊覽方便矣，其與高鐵負有之重大交通建設角色，容有不同。並且，強制接管儘管具有最後手段性，故本文認為，森鐵之接管應先處理完迫切之運務及工務問題後，再來處理；高鐵則因目前處於慘澹經營、虧損嚴重的情況，接管乃勢在必行。

總言之，即使公共建設有民間參與，國家基於維繫人民符合人性尊嚴之生存照顧義務，以及基本權之保護義務，仍應確保民間興建或管理之公共建設，品質維持一定水準、服務持續不中斷、利用對價公平合理，以及人民之自由權利不至於因民間之參與而遭受到恣意之侵害。

第六章 結論

- 1、國家傳統上，習於使用命令、禁止之高權性管制手段，來履行其任務及管制目的。但工業革命以來，現代國家任務日益擴大，不僅包含傳統的公共安全、秩序維護，甚至是人民之生存照顧、國家的經濟發展以及環境保護等新興領域，亦皆納入其任務範圍。但是社會事務日趨複雜與專業化之結果，舊有的管制手段與法律已不敷使用。因此，產生管制失靈的現象。準此，激發了國家角色的變遷。
- 2、早期國家的角色乃夜警國家，國家的角色乃消極保護人民不受他人干預與侵害，但國家日益龐大的任務負擔，增加了國家給付上的困難性。80 年代以後柴契爾主義興起，各種民營化的態樣呈現風起雲湧的態勢。因應此種行政現狀的改變，不同於傳統理論的行政行為形式亦隨之產生，此時，公行政執行主體亦可由私人承擔，在合作國家中，國家與私人共同合作實現任務與實踐公益。而這種高權主體與私經濟主體間合作的形式，即為公私協力行為。更精確的說，公私協力行為難以被定義，該詞語毋寧是一種現象的描述。公私協力行為形式乃因應解除管制的趨勢而生，其在經濟行政法上被應用的廣度日益提高，如同本文所處理的 BOT 案件即為適例。
- 3、由於國家角色及能力的困限，伴隨著任務交託民營化，此時，有關人民之生存照顧任務乃不再由國家負擔，亦可由私人民間力量為之，擔保國概念乃因運而起。在擔保國家的概念下，明確區分基於公共利益之公共任務與只限於國家履行之國家任務；公共任務也可藉由民間力量執行。擔保國的核心概念在於：公共任務的有效履行，至於是否由私人為之，亦或是國家親自執行，並非其關注的重點；其關心的毋寧是國家應擔保該公共任務的結果實現。傳統上國家、社會二元分立的景況，在擔保國家的圖像下，由

於國家改變自己作為提供者之角色，其在公共領域退縮，國家反而著重在
框架的設立和相關法規範的備置，準此，國家與社會不再分立，毋寧是國
家與社會進行角色的分配，期能達成原來國家自任執行者之效果。

- 4、如前所述，民營化的產生乃基於解除管制的呼聲，但是，在國家龐大的給
付負擔逐步卸除的同時，卻引發了新的爭議：國家可否由原來的給付任務
中全盤撤退，亦或是國家仍應負擔剩餘責任？上述的爭議，乃成為本文寫
作的動機之一。這也就是所謂「民營化後的結果問題」，即任務私人化後的
國家管制義務。在今日盛行民營化的社會，更應為吾人所關注。本文認為，
民營化並不代表國家從此不再負有任何任務，亦不代表國家可以從任務中
完全撤退；更精確的說，基於社會國原則以及國家基本權利之保護義務，
國家更應負擔起擔保責任。
- 5、國家為實現擔保責任，可採取多種方法：除了透過法規範設定民間參與的
框架規定，甚至是行政機關採取之具體管制措施，更常見的當屬透過契約
規範，依據個案特性，擬訂適當之約款，以實現公益。惟不論採取何種方
法，均不脫「框架設定」、「管制」及「引導」之基本模式。
- 6、雖然我國目前實定法上尚欠缺擔保責任的明文，惟筆者研究後發現，在我
國的實例上，已可從行政機關與民間廠商簽訂的投資契約條文中，看出擔
保責任保護公益的基本想法，如高鐵的強制收買條款，儘管其合法性似有
不足、正當性仍然存疑，但是，此種約款隱含著國家對重大的交通建設，
負有擔保其順利營運之責任。此外，從高鐵的挹注資金案可知，平準基金
的設置乃為營運不善時進場提供資金，此種行為亦含有擔保順利經營的想
法。此外，我國的法院判決中，亦有擔保責任的影子，例如台北高等行政
法院 95 年訴字第 2710 號判決，其乃指出，依促參法成立之 BOT 案件，不
論在招商、興建、營運、以迄營運期間屆滿由民間將建設移轉予政府前，

政府均有高度參與與監督之權。準此，在在呈現出我國實務對政府之監督權之重視以及確實履行公益之態度。

7、另外，關於規範公私協力之行政合作法制部份，德國對此已為一連串之改革議論，雖然目前立法成效尚未明朗，但仍值得吾人持續觀察。我國國內則對行政合作法的增訂意見不一，但是，德國行政合作法制內國家執行責任確保原則部分，可以對應到我國促參法第 52、第 53 條對強制接管的規定；此外，促參法第 44、45 條以及第 3 條授權制訂的「民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法」亦對選擇民間合作夥伴的資格與程序作了規定；並且，行政合作法制中以公、私部門對等、自願地以合意方式形成合作之內容部分，亦可以見諸於我國促參法中第 45 條第 1 項之主辦機關與最優申請人簽訂投資契約之規定。準此，應可認為我國促參法之規定，已具備基本之行政合作法內涵要求，或能夠成為將來建構行政合作法時之基礎之一。

8、總言之，本文認為，我國實務上的案例，在實際操作上，不管是投資契約的擬定，或是目前現存的促參相關規範，都可以從其運作、適用的過程中，得到我國實際上已經有「擔保公益實踐」的概念存在。並且爬梳我國法院判決，亦可以得到主辦機關應在民間廠商興建及營運時，應盡監督責任的文字，亦可視為法院已有擔保責任的粗淺概念。準此，均可得出我國實已有擔保概念之運用。儘管擔保責任在我國憲法及法律中並無明文規定，但本文認為仍可從憲法的社會國原則及基本權保護義務來導出。因此，德國對攸關民生的重大公共建設之擔保責任概念，無疑體現在我國的實務操作以及促參法的相關條文中，我國接下來的工作便是累積更多的實務案例，並發展出一套適合我國國情之擔保責任，方屬正辦。

參考書目

一、中文參考文獻

(一)書籍論著

- Eberhard Schmidt-Aßmann 著，行政任務及行政法各論應扮演之角色，孫迺翊譯，收錄於行政法總論作為秩序理念－行政法體系建構的基礎與任務，2009年10月，頁123-195。
- 王文宇，論高鐵投資契約中之強制收買條款，載於民商法理論與經濟分析，2000年5月，頁301-326。
- 王澤鑑，債法原理(一)基本理論債之發生，2006年9月，第二版。
- 古嘉諄、李元德、黃俊凱、陳俐宇主編，促參法 Q&A－100 個有關辦理 BOT、OT 等案件的重要問題，2009年7月。
- 李惠宗，憲法要義，2001年，第三版。
- 李建良，基本權利與國家保護義務，載於氏著，憲法理論與實踐(二)，2000年12月，頁59-67。
- 林明鏘，擔保國家與擔保行政法－從 2008 年金融風暴與毒奶粉事件談國家的角色，載於政治思潮與國家法學，吳庚教授七秩華誕祝壽論文集，2010年1月，頁577-598。
- 林三欽，交通設施委託民間經營管理法制及實務問題之研討，載於地方法制研討會選輯 2003，2003年12月，頁45-64。
- 洪國欽，促進民間參與公共建設法逐條釋義，2008年1月。
- 許宗力，論行政任務的民營化，載於當代公法新論(中)，翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，2002年7月，頁581-610。
- 陳 敏，行政法總論，第7版，2011年9月。
- 陳新民，公共利益的概念，載於氏著，憲法基本權利之基本理論(上)，第四版，1996年，頁129-180。
- 陳新民，「服務行政」及「生存照顧」概念，載於氏著，公法學筭記，1993年10月，頁55-108。
- 陳清秀，委託經營法制及實務問題之探討，載於當代公法新論(中)，翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，元照，2002年7月，頁633-656。

- 黃錦堂，行政任務民營化之研究－德國法的觀察與我國的省思，載於公法學與政治理論－吳庚大法官榮退論文集，2004年10月，頁475-519。
- 黃茂榮，法學方法與現代民法，增訂六版，2009年8月。
- 程明修，行政行為形式選擇自由，載於氏著，行政法之行為與法律關係理論，第二版，2006年9月，頁271-325。
- 程明修，公私協力之行政行為，載於氏著，行政法之行為與法律關係理論，第二版，2006年9月，頁237-269。
- 張桐銳，合作國家，載於當代公法新論(中)，翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，2002年7月，頁562-563。
- 張嘉尹，基本權理論、基本權功能與基本權客觀面向，載於當代公法新論(上)－翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，2002年7月，頁29-70。
- 詹鎮榮，論民營化類型中之「公私協力」，載於氏著，民營化法與管制革新，2005年9月，頁1-40。
- 詹鎮榮，生存照顧，載於氏著，民營化法與管制革新，2005年9月，頁273-280。
- 詹鎮榮，民營化後國家影響與管制義務之理論與實踐，載於氏著，民營化法與管制革新，2005年9月，頁103-142。
- 詹鎮榮，國家任務，載於氏著，民營化法與管制革新，2005年9月，頁265-272。
- 詹鎮榮，從民營化觀點論公民合資公司之基本權能力，載於民營化法與管制革新，2005年9月，頁41-101。
- 詹鎮榮，德國法中「社會自我管制」機制初探，載於氏著，民營化法與管制革新，頁143-179。
- 詹鎮榮，行政合作法之建制與開展，載於行政契約之法理－各國行政法學發展方向，2009年7月，頁103-159。
- 詹鎮榮，行政效率效能作為選擇公私協力模式之基準－對促參法上「可行性評估」之檢討，載於依法行政考核與風險治理/行政效能與組織變革/國境管制與行政法上之舉發，台灣行政法學會研討會論文集【2011】，2012年8月，頁133-167。
- 葛克昌，國家學與國家法，1996年4月。
- 蔡維音，社會國之法理基礎，2001年7月。
- 蘇昭旭，世界山岳鐵道－美亞澳篇，2006年9月。

(二)期刊、會議論文

- Franz Jürgen Säcker，德國與歐盟經濟政策與憲法訴訟，謝榮堂譯，司法周刊，司法文選別冊，第 1531 期，2011 年 2 月，頁 1-15。
- Hartmut Bauer 著，李建良譯，Neue Tendenzen des Verwaltungsrechts im Zeitalter der Privatisierung，載於 2011 行政管制與行政爭訟學術研討會論文集，2011 年 11 月 19 日，頁 1-23。
- Hartmut Bauer 著，李建良譯，德國行政法上行政契約發展面面觀，台灣法學雜誌，第 203 期，2012 年 7 月，頁 86-95。
- J. Ziekow，詹鎮榮譯，從德國憲法與行政法觀點論公私協力－挑戰與發展，月旦法學雜誌，第 180 期，2010 年 5 月，頁 220-236。
- J. Ziekow，詹鎮榮譯，公私協立在德國憲法與行政法上之挑戰與發展，「公私協力(PPP)法制」國際學術研討會，國立政治大學主辦，2009 年 5 月 14、15 日，頁 1-8。
- 王文字，論 BOT 特許合約中的幾個基本問題，全國律師，第 2 卷第 1 期，1998 年 1 月，頁 57-69。
- 王文字，關於獎參條例與促參法草案的十點修訂建議，月旦法學，第 34 期，1998 年 3 月，頁 35-52。
- 王文字，評促進民間參與公共建設法草案，萬國法律，第 101 期，1998 年 10 月，頁 58-74。
- 王文字，政府民間與法律－論公營事業民營化的幾個基本問題，月旦法學雜誌，第 36 期，1998 年 4 月，頁 26-39。
- 王文字，BOT 主要契約內容解析（上），全國律師，第 3 卷，第 11 期，1999 年 11 月，頁 59-76。
- 王文字，行政判斷與 BOT 法制－以 ETC 案及京站案為例，月旦法學，第 142 期，2007 年 3 月，頁 5-36。
- 李建良，德國基本權理論攬要－兼談對台灣的影響，月旦法學教室，第 100 期，2011 年 2 月，頁 38-50。
- 李惠宗，行政法院對 BOT 最優申請人決定程序的審查－兼評台北高等行政法院九四年訴字第七五二號(ETC)判決，台灣本土法學，第 82 期，2006 年 5 月，頁 177-190。
- 林佳和，國家行政法與意識型態－Ernst Forsthoff 的《極權國家論》與國家社會主義，輔仁法學第二十六期，2003 年 12 月，頁 1-53。

- 林佳和，公私協力在勞動法上的理論與實踐，月旦法學，第 176 期，2010 年 1 月，頁 197-223。
- 林明鏘，工程與法律教學研究之科際整合：以台大小巨蛋判決為例，台大法學論叢，第 38 卷第 3 期，2009 年 9 月，頁 109-171。
- 林明鏘，促進民間參與公共建設法事件法律性質之分析，台灣本土法學，第 82 期，2006 年 5 月，頁 218-225。
- 胡博碩，自由化的電信市場中國家所應該扮演的角色－以德國為例，致理法學，第三期，2008 年 3 月，頁 31-58。
- 胡博碩，保障國家的概念在德國的發展，玄奘法律學報第十一期，2009 年 6 月，頁 87-113。
- 陳愛娥，國家角色變遷下的行政任務，月旦法學教室，第三期，2003 年 1 月，頁 100-106。
- 陳愛娥，行政行為形式－行政任務－行政調控－德國行政法總論改革的軌跡，月旦法學雜誌第 120 期，2005 年 5 月，頁 9-18。
- 陳愛娥，公私合作對行政契約法制的影響－以德國法的引介為中心，收錄於高雄大學政法系舉辦，政治與法律之對話：合作國家與新治理研討會，2007 年 6 月 8 日。
- 陳愛娥，行政法學的方法－傳統行政法釋義學的續造，月旦法學教室，第 100 期，2011 年 2 月，頁 78-91。
- 陳愛娥，BOT 投資契約的監督與審核－德國法制的啟發，政府審計季刊，第 29 卷第 3 期，2009 年 4 月，頁 23-30。
- 陳愛娥，自由－平等－博愛，社會國原則與法治國原則的交互作用，台大法學論叢第二十六卷第二期，1997 年 1 月，頁 121-141。
- 陳愛娥，「政府業務委託民間辦理」的法律規制－公私部門合作法制的建構，月旦法學教室，第 8 期，2003 年 6 月，頁 57-67。
- 陳清秀，特許合約與公權力之行使，月旦法學，第 34 期，1998 年 3 月，頁 52-60。
- 黃錦堂，德國獨立機關獨立性之研究－以通訊傳播領域為中心並評論我國釋字第 613 號解釋，中央研究院法學期刊第三期，2008 年 9 月，頁 1-54。
- 黃茂榮、張志銘，政府業務委託民間辦理相關法制之研究，植根雜誌，第 15 卷第 8 期，1999 年 8 月，頁 1-118。
- 黃立，政府作為消費者－台灣與德國採購法制之比較，政大法學評論，第 92 期，2006 年 8 月，頁 219-300。
- 程明修，公私協力與行政合作法，興大法學第七期，2010 年 6 月，頁 69-143。

- 程明修，公私協力行為對建構「行政合作法」之影響－以台北高等行政法院 ETC 案為契機，月旦法學，雜誌第 135 期，2006 年 8 月，頁 5-13。
- 張桐銳，行政法與合作國家，月旦法學雜誌，第 121 期，2005 年 6 月，頁 45-52。
- 詹鎮榮，民間參與公共建設之國家賠償責任，憲政時代，第 34 卷第 4 期，2009 年 4 月，頁 421-446。
- 詹鎮榮，民營化後國家影響與管制義務之理論與實踐－以組織私法化與任務私人化之基本型為中心，東吳大學法律學報，第 15 卷第 1 期，2003 年 8 月，頁 1-40。
- 詹鎮榮，論民營化類型中之「公私協力」，月旦法學雜誌，第 102 期，頁 8-29。
- 詹鎮榮，社會國原則－責任主體、類型及界限，月旦法學教室，第 42 期，2006 年 4 月，頁 45-55。
- 詹鎮榮，促進民間參與公共建設法之現實與理論－評台北高等行政法院之 ETC 相關裁判，月旦法學雜誌，第 134 期，2006 年 7 月，頁 46-67。
- 詹鎮榮，行政合作契約瑕疵效果之檢討與續造，收錄於「2012 行政管制與行政爭訟」學術研討會論文集，2012 年 11 月 24 日。
- 劉淑範，行政任務之變遷與「公私合營事業」之發展脈絡，中研院法學期刊第二期，2008 年 3 月，頁 46-48。
- 劉淑範，公私夥伴關係(PPP)於歐盟法制下發展之初探：兼論德國公私合營事業(組織型之公私夥伴關係)適用政府採購法之爭議，台大法學論叢，第 40 卷第 2 期，2011 年 6 月，頁 505-568。
- 劉淑範，法律之框架秩序與契約之自我調控－擔保國家多層面規範結構之探析，收錄於「2012 行政管制與行政爭訟」學術研討會，2012 年 11 月 24 日，頁 1-8。
- 劉紹樑，論 BOT 基本法，月旦法學雜誌，第 33 期，1998 年 2 月，頁 22-34。
- 蔡宗珍，從給付國家到擔保國家以國家對電信基礎需求之責任為中心，台灣法學雜誌，第 122 期，2009 年 2 月，頁 13-19。
- 蔡茂寅，淺論 BOT 的幾個相關公法問題，萬國法律，第 102 期，1998 年 12 月，頁 14。
- 顏玉明，我國促參法 BOT 契約法律性質初探，台灣本土法學，第 82 期，2006 年 5 月，頁 166-176。

(三)學位論文

朱瑋華，從擔保國家理論探討我國促參案件監督管理之規範架構，國立政治大學碩士論文，2011年1月。

李東穎，行政任務委託民間的憲法界限—以警察機關危害防止任務作為觀察對象，國立台北大學碩士論文，2004年6月。

林家暘，擔保國家概念下的電信普及服務，國立台北大學碩士論文，2010年6月。

許登科，德國擔保國家理論為基礎之公私協力(ÖPP)法制—對我國促參法之啟示，國立台灣大學博士論文，2008年6月。

陳軍志，公私協力法制下之社會自主管制，國立政治大學碩士論文，2011年7月。

(四)研究計畫與政府出版品

陳愛娥，行政契約之研究—以代替行政處分之行政契約與委託行使公權力之行政契約為探討對象，法務部九十二年度委託研究計畫，法務部編印，2003年12月。

BOT 專案進度與品質管理手冊，行政院公共委員會編印，2004年7月。

立法院秘書處編印，《獎勵民間參與交通建設條例案》，立法院公報，法律案專輯，第一百九十七輯(上)，交通(十三)，1997年6月，頁2-7。

行政院公共工程委員會，98年「促參案件招商文件及投資契約範本」專業服務後續擴充案，BOT招商文件及投資契約範本修正報告，建業法律事務所，2009年6月。

行政院公共工程委員會研究報告，促參案件履約階段執行經驗調查與建議，2005年。

二、德文參考文獻

Appel, Ivo, Privatverfahren, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlage des Verwaltungsrechts, Band II, München 2008, S.849-860.

Bauer, Hartmut, Zur notwendigen Entwicklung eines Verwaltungskooperationsrechts – Statement, in: Schuppert, Gunnar Folke (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und "schlankem" Staat: Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, Baden-Baden 1999, S. 251-271.

ders., Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1994), S. 243-280.

- Burgi, Martin, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, Tübingen 1999, S. 283 ff.
- Chou, Chia-Yu, Public Private Partnership im Koordinatensystem von Privatisierung und Staatsaufgabenlehre, Göttingen 2009.
- Franzius, Claudio, Der Gewährleistungsstaat: ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat? Der Staat 42 (2003), S. 495-515.
- Gramm, Christof, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, Berlin 2001, S. 289-299.
- Hermes, Georg, Gewährleistungsverantwortung als Infrastrukturverantwortung, in: Schuppert (Hrsg.), Der Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfstand, Baden-Baden 2005, S. 111-131.
- Herzog, Roman, § 58 Ziele, Vorbehalte und Grenzen der Staatstätigkeit, in: J. Isensee / P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band III, 2. Aufl., Heidelberg 1996, S. 99f.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang, Das Recht des Gewährleistungsstaates, in: Schuppert (Hrsg.), Der Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfstand, Baden-Baden 2005, S. 89-108.
- ders., Rechtsformen, Handlungsformen, Bewirkungsformen, in: Hoffmann-Riem/Schmit-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, München 2008, S. 886 ff.
- ders., Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff moderner Staatlichkeit, in: Kirchhof/Lehner/Raupach/Rodi(Hrsg.), Staat und Steuern. 2001, S. 47ff.
- ders., Justizdienstleistungen im kooperativen Staat – Verantwortungsteilung und Zusammenarbeit von Staat und Privaten im Bereich der Justiz, in: Schuppert(Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und "schlankem" Staat, Baden-Baden 1999, S. 159-193.
- Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, München 2008, S.1652 ff.
- Isensee, Josef, Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, in: Isensee, Josef/ Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band III, 2. Aufl., Heidelberg 1996, S. 35 ff.
- Kämmerer, Jörn Axel, Verfassungsstaat auf Diät? JZ 1996, S.1042-1050.
- Klement, Jan Henrik, Verantwortung: Funktion und Legitimation eines Begriffs im Öffentlichen Recht, Tübingen 2006, S.57-64 .

- Knauff, Matthias, Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge, Berlin 2004, S. 70ff.
- Lange, Wilfried, Rechtsprobleme der Privatisierung öffentlicher Unternehmen, JZ 1981, S.698-700.
- Müller, Gerog, Rechtsetzung im Gewährleistungsstaat, in: M.-E. Geis/D. Lorenz (Hrsg.), Staat-Kirche-Verwaltung, Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag, München 2001, S. 227ff.
- Ritter, Ernst-Hasso, Organisationswandel durch Expertifizierung und Privatisierung im Ordnungs- und Planungsrecht (unter besonderer Berücksichtigung der Aufgabenverlagerungen auf private Sachverständige), in: E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden 1997, S.207-248.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs-idee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl., Heidelberg 2006.
- Schoch, Friedrich, Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft? NVwZ 2008, S. 241-247.
- Schuppert, Gunnar Folke, Der Gewährleistungsstaat-modisches Label oder Leitbild sich wandelnder Staatlichkeit, in: ders.(Hrsg.), Der Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfungsstand, Baden-Baden 2005, S. 15.
- ders., Staatsaufsicht im Wandel, DÖ V 1998, S.831 (834 f.).
- ders., Der Gewährleistungsstaat: zum Wandel der Staatlichkeit im Spiegel sich wandelnder Staatsbilder, vorgänge Heft 2/2008, S. 14-25.
- ders., Zur notwendigen Neubestimmung der Staatsaufsicht, in: ders. (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und "schlankem" Staat : Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, Baden-Baden 1999, S.299-329.
- Trute, Hans-Heinrich, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, in: Schuppert(Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und "schlankem" Staat, Baden-Baden 1999, S.13-45.
- Voßkuhle, Andreas, Gesetzgeberische Regelungsstrategien der Verantwortungsteilung zwischen öffentlichem und Privatem Sektor, in: Schuppert(Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und "schlankem" Staat :

Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, Baden-Baden 1999, S. 47-90.

Weiß, Wolfgang, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und Staatliche Verantwortung, DVBl. 2002, S. 1167-1182.



附錄

準則性規定列表(表一)

(表格製作參考朱瑋華政大研究所碩士論文)

類型	關鍵字	條次	條文重點
準則性規定	契約應記載事項	促參法第11條	主辦機關與民間機構簽訂投資契約，應依個案特性，記載關於公共建設之規劃、興建、營運及移轉、權利金及費用之負擔、相關費率事項、續約與否、風險分擔事宜、施工或經營不善之處置、工程控管、爭議處理及仲裁條款。
	主辦機關與民間機構之權利義務	促參法第12條	主辦機關與民間機構之權利義務，除本法另有規定外，依投資契約之約定；契約無約定者，適用民事法相關之規定。
	投資契約不得違反原公告及招商文件內容	施行細則(以下簡稱係則)第22條	主辦機關與民間機構依本法第十一條規定簽訂之投資契約，不得違反原公告及招商文件內容。但招商文件內容載明得經協商後變更、情事變更、或招商文件不符公共利益或不合理時，不在此限。
	投資契約應訂定重點稽核項目、程序及基準	細則第22-1條	主辦機關為辦理本法第十一條第七款之稽核，應於投資契約訂定重點稽核之項目、程序及基準
	工程控管事項	細則第22-2條	指民間機構執行工程之進度、環境保護、施工安全衛生及工程品質管理事項。主辦機關為辦理前項工程控管，應於投資契約訂定工程進度及品質控管機制。
	其他約定事項	細則第22-3條	其他約定事項，得包括下列事項：雙方聲明及承諾事項、用地取得、交付之範圍及方式、財務事項、營運品質管理事項、契約變更等等。
	主辦機關之終止權	細則第22-4條	投資契約得訂明因政策變更，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。

確保公共建設興建營運列表(表二)

類型	關鍵字	條次	條文重點
確保公共建設興建營運規定	擬定營運費率標準、調整時機及方式	促參法第 49 條	民間機構參與之公共建設屬公用事業者，得參照下列因素，於投資申請案財務計畫內擬訂之：成本支出、附屬事業收入、營運年限、權利金之支付、物價指數水準等等。 民間機構擬訂之營運費率標準、調整時機及方式，應於主辦機關與民間機構簽訂投資契約前，經各該公用事業主管機關依法核定後，由主辦機關納入契約並公告之。於公共建設開始營運後如有修正必要，應經各該公用事業主管機關依法核定後，由主辦機關修正投資契約相關規定並公告之。
	減價之優惠須依法律為之	促參法第 50 條	依本法營運之公共建設，政府非依法律不得要求提供減價之優惠；其依法優惠部分，除投資契約另有約定者外，應由各該法律之主管機關編列預算補貼之。
	民間機構取得之權力除法律規定或經同意外，不得為轉讓、出資等行為	促參法第 51 條	民間機構依投資契約所取得之權利，除為第五十二條規定或第五十三條規定所需，且經主辦機關同意者外，不得轉讓、出租、設定負擔或為民事執行之標的。民間機構因興建、營運所取得之營運資產、設備，非經主辦機關同意，不得轉讓、出租或設定負擔。但民間機構以第八條第一項第六款方式參與公共建設者，不在此限。違反前二項規定者，其轉讓、出租或設定負擔之行為，無效。
	依個案特性命交付相關文件	施行細則第 23 條	主辦機關應依公共建設之特性及民間投資方式，於投資契約明定，民間機構應於一定期間內提出或交付工程品質管理計畫、工程進度報告等等相關文件，以供查核。
	必要之資產及設備，於營運期間內，例外可以轉讓、	施行細則第 47 條	本法第五十一條第二項所稱民間機構因興建、營運所取得之營運資產、設備，指民間機構於興建營運期間內，因興建營運公共建設所取得及為繼續經營公共建設所必要之資產及設備。前項營運資產、設備，於不影響公共建設之正常運作，並符合下列規定者，主辦機關得同意其轉讓、出租或設定負擔：一、依投資契約規定，無需移轉予政府者。二、依投資契約規定，需於營運期間屆滿後移轉予政府者，得依投資契約規

			定於移轉期限屆滿前，在不影響期滿移轉下，附條件准予轉讓；其出租或設定負擔之期間，以經營許可期限為限；其設定負擔，應訂有償債計畫或設立償債基金辦法。
--	--	--	---

承接責任列表(表三)

類型	條次	條文重點
承接責任之規範	促參法第 52 條	民間機構於興建或營運期間，如有 施工進度嚴重落後、工程品質重大違失、經營不善或其他重大情事 發生，主辦機關得為下列處理，並以書面通知民間機構：要求定期改善、屆期不改善或改善無效者，中止其興建、營運一部或全部。因前款中止興建或營運，或經融資機構、保證人或其指定之其他機構接管後，持續相當期間仍未改善者，終止投資契約。
	促參法第 53 條	公共建設之興建、營運如有 施工進度嚴重落後、工程品質重大違失、經營不善或其他重大情事 發生，於情況緊急，遲延即有損害重大公共利益或造成緊急危難之虞時，中央目的事業主管機關得令民間機構停止興建或營運之一部或全部，並通知政府有關機關。中止及停止其營運一部、全部或終止投資契約時，主辦機關得採取適當措施，繼續維持該公共建設之營運。必要時，並得予以強制接管營運；其接管營運辦法，由中央目的事業主管機關於本法公布後一年內訂定之。
	細則第 36 條	民間機構於營運期間屆滿前，經主辦機關依本法第五十二條或第五十三條終止投資契約、停止興建、營運之全部時、或強制接管營運者，其依本法取得之利息補貼權利，應自通知日起予以終止。
	細則第 37 條	民間機構就主辦機關補貼利息之貸款未依第三十五條規定使用者，主辦機關應就違反規定之貸款部分終止核付補貼利息，並要求民間機構償還自違反貸款用途規定之日起已核付之補貼利息及支付違約金。前項已補貼利息之償還方法及違約金金額，應於投資契約明定之。
	細則第 48 條	本法第五十二條第一項所稱 施工進度嚴重落後 ，指未於投資契約所定之期限內完成工程，或建設進行中，依客觀事實顯無法於投資契

條	約所訂期限內完成工程者；所稱 工程品質重大違失 ，指工程違反法令或違反投資契約之工程品質規定，或經主辦機關與民間機構雙方同意之獨立認證機構認定有損害公共品質之情形，且情節重大者；所稱 經營不善 ，指民間機構營運期間，於公共安全、服務品質或相關管理事項上違反法令或投資契約者。
細則第49條	主辦機關依本法第五十二條第一項第一款規定要求民間機構定期改善時，應以書面載明下列事項，通知民間機構：一、缺失之具體事實。二、改善缺失之期限。三、改善後應達到之標準。四、屆期未完成改善之處理。主辦機關應依所發生缺失對公共安全之影響程度及民間機構之改善能力，訂定改善期限。
細則第51條	民間機構未於第四十九條第一項第二款規定之期限內改善缺失時，主辦機關應以書面載明下列事項，通知融資機構或保證人：一、民間機構屆期不改善或改善無效之具體事實。二、融資機構、保證人得申報主辦機關同意暫時接管機構或繼續辦理機構之期限。三、暫時接管或繼續辦理時，應為改善之期限。四、應繼續改善之項目及標準。五、屆期未完成改善之處理。
細則第52條	融資機構、保證人或其指定之其他機構依本法第五十二條規定接管後，經主辦機關認定缺失確已改善者，除民間機構與融資機構、保證人或其指定之其他機構另有約定並經主辦機關同意者外，主辦機關應以書面通知融資機構、保證人或其指定之其他機構終止接管，並載明終止接管之日期。前項通知，並應通知民間機構及政府有關機關。融資機構、保證人或其指定之其他機構於改善期限屆滿前，已改善缺失者，得向主辦機關申請終止接管。
細則第53條	主辦機關依本法第五十二條第一項第一款規定要求民間機構定期改善者，應自通知要求改善日起至完成改善日止，中止核付補貼利息。但經民間機構完成改善或經融資機構、保證人或其指定之其他機構依規定接管並完成改善者，主辦機關得補付中止核付之補貼利息。主辦機關依前項規定中止核付補貼利息時，應通知融資機構、保證人及政府有關機關。
細則第54條	主辦機關依本法第五十二條第一項第二款規定中止民間機構興建或營運一部或全部時，應以書面載明下列事項，通知民間機構：一、

	<p>屆期不改善或改善無效之具體事實。二、中止興建或營運之日期。三、中止興建之工程範圍或中止營運之業務範圍。四、中止興建或營運後，應繼續改善之項目、標準及期限。五、屆期未完成改善之處理。前項第三款中止興建之工程範圍，得由主辦機關視該工程之缺失及與其他工程之相關性，於影響整體工程興建、品質及進度最少之範圍內決定之；中止營運之範圍，由主辦機關依客觀事實，在改善缺失必要之範圍內決定之。</p>
細則第55條	<p>主辦機關依本法第五十二條第一項第二款規定中止民間機構興建或營運一部或全部後，經主辦機關認定缺失確已改善者，應以書面限期令民間機構繼續興建或營運。民間機構於改善期限屆滿前，已改善缺失者，得向主辦機關申請繼續興建或營運。</p>
細則第56條	<p>主辦機關依本法第五十二條第一項第三款規定終止投資契約時，應以書面載明下列事項，通知民間機構：一、未改善缺失之具體事實。二、終止投資契約之表示及終止之日期。三、終止地上權及租賃契約之表示。四、主辦機關依本法第五十三條第二項規定擬採取之適當措施或強制接管營運有關事項。</p>
細則第57條	<p>有本法第五十三條第一項所定情事時，主辦機關應即通知中央目的事業主管機關為必要之處置或由中央目的事業主管機關逕為必要之處置。中央目的事業主管機關依本法第五十三條規定停止民間機構興建或營運之一部或全部時，應即以書面載明下列事項，通知民間機構：一、缺失之具體事實。二、停止興建或營運之日期。三、停止興建之工程範圍或停止營運之業務範圍。主辦機關依本法第五十三條第二項規定採取適當措施或強制接管營運時，應以書面通知民間機構。本法第五十三條第一項所定之情事經排除，且經主辦機關認定缺失確已改善者，除主辦機關採取之適當措施或強制接管營運辦法另有規定外，主辦機關應報請中央目的事業主管機關同意後，以書面限期令民間機構繼續興建或營運。</p>
細則第58條	<p>第四十九條、第五十一條及第五十四條至前條所定之書面通知，應同時副知融資機構、保證人及政府有關機關。</p>

民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法

第一條 本辦法依促進民間參與公共建設法(以下簡稱本法)第四十四條第三項規定訂定之。

第二條 民間參與公共建設之甄審作業，應依本辦法辦理；必要時，主辦機關得視其辦理公共建設之性質及規模，依照本辦法訂定實施規定。

第三條 主辦機關為審核政府規劃之民間參與公共建設申請案件，應設民間參與公共建設甄審委員會(以下簡稱甄審會)。

甄審會之任務如下：

- 一、訂定或審定申請案件之評審項目、甄審標準、評審時程及評定方法。
- 二、申請案件之評審。
- 三、協助主辦機關解釋與甄審標準、評審程序及評定結果有關之事項。
- 四、其他依本法規定應由甄審會辦理之事項。

甄審會應於公告徵求民間參與前成立，並於甄審作業完成且無待處理事項後解散。

第四條 甄審會置委員七人至十七人，由主辦機關首長就具有與申請案件相關專業知識或經驗之人員派兼或聘兼之，其中外聘專家、學者人數不得少於二分之一。

前項人員為無給職。但非由本機關人員兼任者，得依規定支給兼職酬勞。

第一項外聘專家、學者，應自主管機關建立之建議名單中遴選後，簽報主辦機關首長或其授權人員核定。未能自該名單覓得適當人選者，得敘明理由，另行遴選後簽報主辦機關首長或其授權人員核定。

前項建議名單，由主管機關公開於資訊網路。

第三項擬外聘之專家、學者，應經其同意後，由主辦機關首長聘兼之。

第五條 甄審會置召集人一人，綜理甄審事宜；副召集人一人，襄助召集人處理事宜；均由主辦機關首長或其授權人員指定委員擔任，或由委員互選產生之。

甄審會會議，由召集人召集之，並為主席；召集人因故不能出席時，由副召集人代理之。

第六條 甄審會委員應親自出席甄審會會議，並公正辦理評審。

甄審會會議之決議，應有委員總額三分之二以上出席，出席委員過半數之同意行之。

第七條 甄審會委員有下列情形之一者，應即迴避：

- 一、就申請案件涉及本人、配偶、三親等以內血親或姻親，或同財共居親屬之利益者。
- 二、本人或其配偶與申請案件之申請人或其負責人間現有僱傭、委任或代理關係者。
- 三、有其他情形足以使申請案件之申請人認其有不能公正執行職務之虞，經申請人以書面敘明理由，向主辦機關提出，經甄審會作成決定者。

主辦機關首長或其授權人員或甄審會召集人發現委員有前項應行迴避之情形而未迴避者，應令其迴避，並得另行遴選委員代之。

第八條 主辦機關為協助甄審會辦理與評審有關之作業，應成立工作小組。但案件性質單純者，得免成立。

工作小組成員由主辦機關首長或其授權人員指定機關人員或專業人士擔任；其與甄審事項有利害關係者，應自行迴避。

第九條 工作小組應依甄審需要，就申請案件研提工作計畫，經甄審會通過後，據以協助辦理甄審作業。

工作小組應依通過之工作計畫及甄審會指定之事項，就申請案件擬具評估報告送甄審會作為甄審會評審之參考。

前項評估報告就申請案件排有優先順序者，甄審會應以之為評審結果，或附記理由退回，由工作小組再行評估。

第十條 甄審會委員及參與評審工作之人員對於申請人提送之資料，除公務上使用或法令另有規定外，應保守秘密。評審作業完成後亦同。

第十一條 評審作業視民間參與公共建設之性質，分資格預審及綜合評審二階段，依序或合併辦理之。

第十二條 資格預審時，由甄審會就申請人所提資格文件及公告所定應檢附之資料進行審查，選出合格申請人。

第十三條 綜合評審時，由甄審會就前條資格預審所選出之合格申請人，依據其所遞送之投資計畫書及相關文件，評選出最優申請人，必要時得增選次優申請人。

前項綜合評審，必要時得進行協商。

綜合評審依前項進行協商者，由甄審會先進行初步評審工作，就合格申請人所提出之投資計畫書及相關文件，依據第三條所定之甄審標準，擇優選出三家以下為入圍申請人。於進行協商後，就入圍申請人評選出最優申請人，必要時得增選次優申請人。

合格或入圍申請人所遞送之投資計畫書及相關文件，經評審未達甄審標準或不符公共利益時，甄審會得不予選出最優申請人及次優申請人。

綜合評審結果由甄審會報請主辦機關公告之。

第十四條 資格預審時，甄審會如認申請人所提送之相關文件不符程式，或對所提送之資格文件有疑義，得通知申請人限期補正或澄清，逾期不予受理。

綜合評審時，甄審會如對申請人所提送之投資計畫書及相關文件有疑義，得通知申請人限期澄清，逾期不予受理。

第十五條 綜合評審需進行協商者，甄審會得授權工作小組進行協商，並依下列原則辦理：

- 一、協商時，應平等對待各入圍申請人。
- 二、協商內容涉及原公告內容之可變更者，該可變更事項均應以書面通知各入圍申請人。
- 三、協商內容涉及融資者，主要融資機構得參與協商。
- 四、協商結束後，應由各入圍申請人依據協商結果，於一定期限內重新遞送修改之投資計畫書。
- 五、協商之過程及內容均應保密。

第十六條 甄審會委員對於會議之決議有不同意見者，得要求將不同意見載入會議紀錄或將意見書附於會議紀錄，甄審會不得拒絕。

第十七條 甄審會會議紀錄，於甄審作業完成後公開之。

第十八條 本辦法自發布日施行。