

—導論—

## 民營化時代的行政法新思維

李建良\*

### 目 次

- 壹、民營化的緣起與意義
- 貳、民營化的概念與行政法的發展動向
- 參、民營化的類型與行政法的結構變遷
- 肆、民營化的理念與法框架秩序
- 伍、民營化的實踐與法制度工具
- 陸、民營化的趨勢與法治新課題
- 柒、民營化的退潮與隱憂

---

\* 中央研究院法律學研究所研究員。

## 壹、民營化的緣起與意義

民營化是國家任務的相對觀念，表徵公部門的任務朝向私部門遞移的諸般現象，展現公共領域與私人領域之間相互滲透、官民相倚的動態關係，並標記出國家社會改革需求與公私任務重組的典範變遷。國家任務的民營化，其來有自，實際發展的歷史，遠早於民營化概念的提出。不過，民營化成為時興用語，並蔚為風潮，則是上世紀後半葉的事。在國家瘦身、行政革新、組織改造、管制鬆綁、公私夥伴、官民合作等政策理念之下，連帶開啟新世代的民營化運動，形成一股排山倒海、不可抑擋的世界潮流與國際趨勢。從地方到中央，從區域到全球，處處可見。劃時代的民營化歷程，演替推進及至今日，已使21世紀成為「民營化時代」。

從時間的視角來看，當前民營化浪潮的肇端，約莫於1980年代即可見端倪，續經醞釀進展之後，自1990年代起，全速推進，逐漸盛行，蔚然成風。造成政府任務民營化的原因多端<sup>1</sup>，國家預算收支出現赤字、財政穩定性亮起紅燈，公部門必須設法減少負債，甚至從任務抽身，以減輕國家的重負等因素，殆為全球性的共通現象。在民營化的高峰時期，電信郵政、交通建設的改革與改組、地方生存照顧部門的民營化措施，皆為主要著例。

除了來自外在的壓力及客觀的情勢外，民營化的思維主軸，在於建立以市場機能與自由公平競爭為導向的新行政秩序，進而在傳統社會國家型態與政府體制之外，形構公私部門相互攻錯、彼此抗衡之場域。因此，民營化下的政府機能，是一種彈性的組織型態。

---

<sup>1</sup> 民營化雖然是時代潮流和全球現象，但帶動這波潮流的原因與背景，各國仍有不同。例如民營化在德國的開展，即與1990年德國統一密切相關。另一方面，歐洲各國推動民營化的過程，則受到歐體法及歐盟法之拘束，且必須符合基本自由及歐洲救助法及採購法之要求及指令。詳見 *Bauer* 教授的主題演說：Neue Tendenzen des Verwaltungsrechts im Zeitalter der Privatisierung，本書頁31-32。

與動態的行政結構，為了因應各種不同的任務需求，組建各類的運作組合，裨以革故鼎新，遂行國家目的。

假定「公部門」與「私部門」是二種分立的部門<sup>2</sup>，民營化的（合理）動機，厥為汲取、吸收私部門的專業、創意、潛能、資金、管理模式、決策機制等要素，納為公部門所用，以充實福國利民之資產。也因此，現代意義的民營化，乃是在特定的時代背景下，基於政府組織精簡、自由化思維、提高競爭力、解除管制需求、去國家化理念等多重因素交錯影響及觀念激盪下，時起時落、斷續進行的行政改革運動<sup>3</sup>。

## 貳、民營化的概念與行政法的發展動向

民營化初為經濟與政治性的公共議題，由經濟學與公共政策領銜主導，並且是政治場域常見的語言或口號。1990年代之後，民營化議題開始延伸至法學領域，繼而躍登成為法學研究的熱門焦點，並掀起討論著述的熱潮，行政法學領域，尤其然也。民營化的風潮不僅促使行政法制與組織型態的更張與變革，行政法學也順勢隨之開展。從新觀念或新學說的引進，以迄新制度的研議與採行，無不需要行政法學的理論支援，以及行政法制的相應配合，「民營化法學」焉然而生，且大有蔚為顯學之勢，所謂「BOT」等公私合作模式廣受運用，以及「公私夥伴關係（或稱公私協力關係）」<sup>4</sup>成為

---

2 「公部門」與「私部門」的區分，只能是觀念上的一種假定，而非必然之實態。就如同憲法理論上長期在「國家」與「社會」的區分下探討相關問題，亦只是觀念上的分野，實際上界限未必如此嚴明。

3 理論上，立法部門及司法部門亦有民營化問題，實務上亦見其例，如法院的全面電腦化或司法博物館的委外經營。然嚴格而言，其皆屬「實質行政」的範疇，而非「立法」與「審判」的核心領域。

4 「公私夥伴關係」一詞，係英文 Public Private Partnership (PPP)、德文 öffentlich-private Partnerschaft (ÖPP)的直譯；國內另有「公私協力關係」一詞的使用，則是採意譯之方式。

耳熟能詳的時尚語彙，即是一眼即知的徵象。身處民營化的大時代環境，行政法的新趨勢與新動向，自有關注與探討之必要。

民營化不單只是政治術語，也是法制用詞<sup>5</sup>，更是法學概念。在觀念上，「民營化」泛指公部門將公共任務移轉到私人領域的種

---

5 以「民營」為法規名稱者，例如民營公用事業監督條例、公營事業移轉民營條例、行政院公營事業民營化基金提撥運用辦法；法規中有「民營化」者，例如中央政府機關總員額法第7條第2項、中華郵政股份有限公司設置條例第12條第4項、中華電信股份有限公司條例第12條之1、公營事業移轉民營條例第6條第3項、第8條第8項、第15條第2項第1款、交通部郵電事業人員退休撫卹條例第30條、勞工退休金條例第11條第4項等；法規中有「民營」者，例如土地徵收條例第44條第3項、工業技術研究院設置條例第6條第1項第3款、工業團體法第13條第1項、工廠管理輔導法第10條第2項、中小企業發展條例第10條第1項第3款、第24條、第31條、中央信託局條例第4條第1款、第2款、第4款、中央銀行法第25條第1項第5款、中華電信股份有限公司條例第12條第3項、公務人員退休法第27條第2項、公務人員陞遷法第12條第1項第8款、公路法第36條、第62條之1第1項、第2項、第77條第4項、公營事業移轉民營條例第1條、第2條、第5條、第6條第1項、第6條第1項第3款、第4款、第6條第2項、第7條、第8條第1項、第2項、第3項、第4項、第8項、第9條、第11條第1項、第2項、第12條、第13條、第15條第1項、第2項第2款、第3款、第16條第1項、第17條第1項、文化創意產業發展法第10條第3項、加工出口區設置管理條例第11條第1項、第11條之3第1項第3款、第3項、平均地權條例第55條之2第2項、民用航空法第28條第2項、第29條之1、第47條之1第3項、第47條之2第3項、第5項、第112條之4第1項、第2項、第116條、第117條、民防法第4條第1項第2款、第5條第1項第2款、第9條第6項、民營公用事業監督條例第1條、第2條、第2條第9款、第3條至第7條、第8條第1項、第9條至第10條、第11條第1項、第12條第1項、第13條至第18條、第19條第1項、第3項、第20條第1項、第21條第1項、第22條、交通部公路總局各區監理所組織通則第2條第3款、交通部基隆港務局船舶管理所組織條例第2條第3款、交通部組織法第5條第4款、第7條第2款、全民健康保險法第8條第1項第2款第2目、第10條第1項第2款第2目、自來水法第4條第4款、第5條第5款、第7條、第9條、第18條、第25條第2項、第38條第1項、第2項、第39條第1項、第40條第1項、第2項、國民年金法第53條第1項第1款、國際機場園區發展條例第29條第3項、第4項、國營事業管理法第6條、無線電視事業公股處理條例第1條、第2條第1項、發展大眾運輸條例第2條第2項、電信法第12條第8項、電業法第7條第1項第2款、第12條第1項第1款、第15條第1項、廣播電視法第5條第1項、第4項、第5項、第7項、獎勵民間參與交通建設條例第8條第4項、鐵路法第2條第4款、第3條第2項、第4條、第28條、第29條、第31條至第34條、第34條之1第1項、第35條至第37條、第38條第1項、第39條第1項、第40條至第43條、第45條、第66條第1項、第67條第1項、第3項、第67條之1至第67條之2等。

種現象及各該階段。蔽之一言，即公、私部門之間交手連動、並朝向私部門傾斜的任務重分配過程。在此意義下理解的民營化概念極具開放性，投射而出的問題至少包括：

- 民營化模式問題：私法組織型態（例如股份有限公司）、公私合營組織……
- 民營化程度問題：公權力委託、行政履行輔助、全盤私化……
- 民營化容許問題：國家保留、憲法保留、備位性原則……
- 民營化的國家圖像：合作國家、管制國家、擔保國家、服務國家……

除國家圖樣及政府角色的變遷外，這些環繞在「行政任務之民營化」、「私人參與公共任務與國家責任」、「行政任務之私人履行」等基本主題之行政法議題，涵蓋行政組織、行政作用、行政程序、行政爭訟等多重面向，構成當前行政法研究的主軸及核心議題之一<sup>6</sup>。不僅如此，由於民營化的涵蓋領域既廣且深，問題爭點多

---

6 單以「民營化」或「民營」為關鍵字進行搜尋，即可列出如下的文獻（依發表之先後順序）：陳愛娥，公營事業民營化之合法性與合理性，月旦法學雜誌，36期，頁39-46（1998年）；徐筱菁，民營化之法律概念，公營事業評論，1卷4期，頁132-133（1999年）；詹鎮榮，論民營化類型中之公私協力，月旦法學雜誌，102期，頁10-12（2003年）；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，收於：江大樹等編，公法學與政治理論——吳庚大法官榮退論文集，頁475-519（2004年）；朱潤康，論英國公營民營化的經驗，人事月刊，41卷4期，頁5-11（2005年）；林淑馨，公營事業民營化在國家經濟開發中的意義——臺灣經驗之回顧，亞太經濟合作評論，13期，頁77-90（2005年）；洪玉章，公營事業員工對民營化權益保障措施認知態度之研究——以中華電信中區分公司為例，商學學報，13期，頁159-182（2005年）；詹鎮榮，從民營化觀點論公民合資公司之基本權能力，高大法學論叢，1卷1期，頁77-137（2005年）；吳政勳，公立中小學之民營化之趨勢與探討，臺灣經濟研究月刊，29卷9期，頁46-52（2006年）；李貴英，論美國關於補貼及平衡稅之認定、方法與實踐——WTO 歐體民營化補貼案之啟示，經社法制論叢，38期，頁1-48（2006年）；林淑馨，民營化與組織變革——日本國鐵的個案分析，政治科學論叢，27期，頁147-184（2006年）；張家銘，公立博物館繼往開來轉型之契機——以博

端，合縱連橫而成的新興法領域，逐步增加，諸如「基礎建設行政法」、「民營化後續處理法」、「行政公司法」、「行政合作法」、「擔保行政法」、「招標行政法」、「管制行政法」、「服務行政法」等，名目繁多，不一而足，為民營化下新時代的立法機關、實務家及法學者應有的認知與思想準備。

### 參、民營化的類型與行政法的結構變遷

民營化作為一種「法律概念」，嚴格而言，屬於典型的集合概念，涵意甚廣，無所不包<sup>7</sup>。面對法律概念的不確定性，法學上無

---

物館公辦民營到行政法人營運變革為例，社教雙月刊，133期，頁38-47（2006年）；黃默夫，臺灣民營化案例初探，行政試訊，17期，頁88-104（2006年）；林淑馨，民營化、解除管制與政府職能——我國公營交通事業改革之過程分析，公共事務評論，8卷2期，頁21-52（2007年）；許宗力，論行政任務的民營化，收於：法與國家權力（二），頁425-459（2007年）；葉仲任，公營事業民營化之研究——以中華電信民營化為例，華人前瞻研究，3卷2期，頁41-59（2007年）；董建宏，由臺灣高鐵 BOT 案談公共工程民營化的招標模式改革，經濟前瞻，109期，頁24-29（2007年）；歐瑞恩、邱必洙，全球基礎建設的民營化浪潮，營建知訊，297期，頁60-64（2007年）；鄭王燦，論我國公營銀行民營化之發展與趨勢，人事行政，161期，頁3-15（2007年）；鄭國泰，管制型國家之治理：以英國國鐵民營化為個案分析，師大學報，人文與社會科學類，52卷，頁59-86（2007年）；謝如媛，美、日民營矯正機構之最新發展狀況與綜合評價，中正法學集刊，23期，頁65-114（2007年）；林雍昇，民營化下刑法公務員範圍變動的理論初探——以德國法制為借鏡，台灣本土法學雜誌，103期，頁179-208（2008年）；鄭溫清，國營事業民營化的回顧與前瞻，策略評論，1卷9期，頁39-45（2009年）；王凱立，公立學校體育館委外民營時意外事件之法律責任，學校體育，20卷6期，頁50-53（2010年）；孫迺翊，社會福利服務契約法制初探——從我國社會福利機構「公設民營」之經驗談起，月旦法學雜誌，177期，頁241-261（2010年）；李麒、許裕鑫，矯正機構民營化研究——以美國成人監獄為中心，環球法學論壇，9期，頁42-57（2011年）；李訓民，回歸行政契約的必要性——美國社會福利計畫民營化爭議談起，軍法專刊，58卷2期，頁67-84（2012年）。

至於，未以「民營化」為題，但探討民營化問題的文獻，其數亦夥，自不待言。

<sup>7</sup> 截至目前為止，學理、法制上尚乏統一固定的概念意涵。公營事業移轉民營條例第6條第1項規定：「公營事業移轉民營，由事業主管機關採下列方式辦理：一、出售股份。二、標售資產。三、以資產作價與人民合資成立民營公司。」

可免俗的進行類型建構與概念分解。透過民營化概念的類型化，一方面有助於對民營化的理解與掌握，另一方面則可據之針對民營化的決定與運作，建立法律框架與規範要求。

民營化「概念」的出現晚於民營化的「現象」，民營化的「類型」同樣也必須先從現象出發，將既有實然的民營化歸類編整為民營化的基本類型。但凡法學上的類型構成，並非盲目取樣，而須先有「問題取向」及「分類準據」，始能建構有意義、具規範性的法類型。可資考量者，概有「法律工具取向」（例如契約或非契約之公私夥伴關係）、「目的取向」（公益或其他，類繁不及備載）、「內涵取向」（例如制度化或非制度化的公私夥伴關係）、「時間序列取向」（依演進過程區分）、「標的取向」（財產、組織、人員、技術、器物……）等，曷勝枚舉。

當前最為流行的分類方法，大抵綜合發展階段、表現方式、時間序列、標的、目的等要素，區分為「財產民營化」、「組織民營化」、「任務民營化」及「功能民營化」四種基本類型<sup>8</sup>：

一、**財產民營化**，指將公部門的財產（動產與不動產）轉移予私人，公營事業之公有股份，釋放出讓予人民，即為要例，亦稱「財產私有化」。

二、**組織民營化**，指將傳統行政組織改制為私法型態之組織，或任務主體為處理其各自的任務，成立私法組織，作為自營公司，又稱為「形式民營化」或「組織私法化」。行政實務上常見的法律形式，主要是有限公司及股份有限公司，在民生供應上（如水、電）向以組織民營化模式為之。

---

四、公司合併，且存續事業屬民營公司。五、辦理現金增資。」只是民營化的幾種態樣。

<sup>8</sup> 在德國學說上另有9種、10種的類型區分，也有不下13種之多者，但亦有縮減為3種（去除「財產民營化」）。

三、**任務民營化**，指將行政任務轉由私人承擔，亦稱「**任務私部門化**」，又以電信為要例，電信任務的脫國家化與電信市場的自由化，幾已成為全球性的通例。由於國家完全退出任務的履行，並將該任務交給私部門依照競爭法則及市場機制從事，故又稱「**實質民營化**」。

四、**功能民營化**，指將私部門引入公部門行政任務的履行，由行政與私人共同合作執行行政任務。傳統的公權力委託<sup>9</sup>與新型態的 BOT 模式，皆屬之。功能民營化是一種「履行方式」的私營化，又稱「**功能私營化**」或「**部分民營化**」，也就是只是把私人納為一種任務履行的特定方式，故在行政實務上廣為運用的「**行政助手**」或「(行政)履行輔助人」，亦可視為功能民營化的一種態樣。

以上民營化的基本類型，有助掌握繁雜多樣的民營化，目前已成為學說討論民營化問題的基本前提。暫且不論以上四種基本類型是否完整或表述準確，也不問民營化的實務運作是否多半以混合形式出現或運作<sup>10</sup>，民營化的類型建構本身並非目的，而是作為觀察、討論民營化問題的起點<sup>11</sup>，真正有待開掘深探的是，民營化的樣貌與行政法的結構之間的相互聯動。

就從末者「**功能民營化**」談起，「**行政助手**」屬於行政法學上的古典概念，於行政實務上亦素有傳統，尚可見於相關法律規定，儘管法制中雖未見其用語<sup>12</sup>。「**行政助手**」過往被行政法學與實務侷限在依命行事、從事輔助性活動、不具獨立性的附屬角色，從而

---

9 公權力委託之情形，也就是國家將部分任務委託私人執行並授予一定公權力的案例，早已存在，且可追溯至19世紀。

10 在現代多元複雜的行政任務下，民營化以混合的方式出現，毋寧是常態，純屬單獨特定之類型者，反而少見。

11 學說上常見對此四種類型「用語」或「概念」進行考究，或在如何歸納實際情形的問題上爭辯，雖未至本末倒置之程度，至少無法切中問題之肯綮。

12 行政實務上，「**行政助手**」之常例，殆為民間業者協助警察處理違規車輛之拖吊。

始終處於行政延攬私人從事行政任務的邊陲位置。今之行政法學不再將「行政助手」的制度內涵定於一尊，只取決於「輔助」的實際功能，至於獨立與否，則非所問，爰有所謂「獨立之行政助手」概念的提出與運用。由於所謂「功能民營化」的類型建構，旨在強調行政任務仍掌握在公部門手中，僅「任務履行方法」的選用上注入民力（「公權力為體，私民力為用」），加上履行方式多變、性質不一（公私形式皆可），行政助手爰成為活用民力的絕佳手段，為民營化運用模式開創出無限可能，現階段的 BOO、BOT 等模式，皆為著例<sup>13</sup>，連帶也觸發行政委託法制與理論的結構變遷，原本只充配角的「行政助手」異軍崛起，大有躍登為當綱主角的態勢。

其次，組織民營化基本上著眼於以私法型態作為行政任務遂行的模式，於行政實務上淵源流長，在行政法學的領域中，大體屬於行政組織法的課題。於現實上，電力公司、自來水公司、大眾捷運公司，其例甚多，不勝枚舉。在傳統行政法教科書中，此類公司型態的行政組織，慣常稱為「公營事業」，以之與「行政機關」之組織型態相區隔。晚近的行政法總論，則多在「私法行政」或「私經濟行政」類目下討論，與「公權力行政」相對稱，並區分出「營利性行政」與所謂的「行政私法」等概念。僅就此而言，組織民營化似乎只為傳統或通常行政組織法增添新的案例。實則，民營化時代下的組織私法化不惟是行政組織改造的動能，且更進一步地連結新的組織模型而形成另一種新的行政作用模式。因此，在行政革新與

13 促進民間參與公共建設法第8條第1項列有：「由民間機構投資興建並為營運；營運期間屆滿後，移轉該建設之所有權予政府」、「由民間機構投資新建完成後，政府無償取得所有權，並委託該民間機構營運；營運期間屆滿後，營運權歸還政府」、「由民間機構投資新建完成後，政府一次或分期給付建設經費以取得所有權，並委託該民間機構營運；營運期間屆滿後，營運權歸還政府」、「由政府委託民間機構，或由民間機構向政府租賃現有設施，予以擴建、整建後並為營運；營運期間屆滿後，營運權歸還政府」、「由政府投資新建完成後，委託民間機構營運；營運期間屆滿後，營運權歸還政府」、「為配合國家政策，由民間機構投資新建，擁有所有權，並自為營運或委託第三人營運」等6種民間機構參與公共建設之方式，基本上皆可歸入「功能民營化」。

組織改造的呼聲下，明顯可辨的往往是行政機關的民營化（私法組織化）<sup>14</sup>，郵政股份有限公司及菸酒股份有限公司的設立，即是眾所熟知的二例。透過「機關的公司化」所帶動的行政革新，理想的狀態是活絡組織的內部關節，增加人事運用的彈性，提高國家整體的競爭力。此外，尚有另一種組織民營化的模型，其並非只是單向的機關體質轉換，而是多方的合體重組，一般謂之「公私合營事業」<sup>15</sup>。此種新型態官民合作模式的主要特色在於，一方面避免因行政組織的全盤私化，以致行政任務落入私人手中；另一方面則開創以任務取向的持續性合作模式，不再僅侷限於單一特定任務的委託辦理。設想中的例子是由公私部門共同出資成立所謂「都市更新公司」，持續推動都市更新的行政任務。此種合作模式的基本構想來自於「組織模型」，然其根本性的思維則是，民間負責行政任務的實際推動，行政機關負責規劃及法治把關，從而此種思維的實踐方式，即不必執著於成立「有形的」公私合營事業，而是組構出由民間推動、政府把關的「實質性」公私合營。當前都市更新條例規定由民間推動的都市更新，即是一例。在此趨勢下，行政組織法實已迥異於曩昔，得有全新的面貌與內涵，而行政組織法與行政作用法之間的界線趨於泯滅，亦將是預料之事。

再者，從民營化類型的事例可以窺見，民營化是一種複雜、接續的「行政過程」，而非只是單一或點狀的行政作為，儘管目的多端，皆指向一個共通的支點，也就是民營化過程的契約設計、契約形成及必要備置。在制度功能上，行政契約與行政處分有所不同。契約旨在建構未來的可能性，行政契約的制度機能在於建立未來取向的權利義務，形成以給付為核心構造的法律關係。相對而言，行政處分則是以直接發生法律變動為導向，故行政處分多半具有片面

---

<sup>14</sup> 組織民營化經常是當政者推動組織改造最好訴求及呈現的「政績」。

<sup>15</sup> 參見劉淑範，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，2期，頁74-78（2008年）。

的「獨斷」性格。因此，行政處分通常較不易組構具有未來性、相互性、對等性的義務群與法律關係。就制度目的以論，行政契約足以建立合理且適時作成合法行政決定的可能性。透過契約的運用，可以適切的分割各種不同行政行為的運用時點。是以，民營化帶動行政法的結構變遷，必然是行政契約法學的勃興與深化，其重要性未必超越行政處分，至少也將與行政處分等量齊觀。

民營化是一種線性的發展關係與生命週期，民營化的規範體系架構不能脫離程序的思維。此種程序的構想將規範眼界從「能否」民營化的適格問題擴展到「如何」民營化的過程調控，從預備、決策、實施運作，以迄民營化終結及其後續清算等個個階段，皆為規範效力輻射所及。在「從搖籃到墳墓」的民營化架構秩序下，「行政法律關係」勢將取代「行政行為態樣」的思維模式，在依法行政原則的基礎下，不再只是探求、審視行政行為的合法性，而是建立以行政法律關係為基礎的「行政法上之請求權體系」<sup>16</sup>。

至於所謂的「任務民營化」，牽涉的既非組織改造的問題，亦非程序的線性思考，也非法律關係的多重樣型，而是行政任務的根本性「板塊移動」，乃至於「國家圖像」的幡然變貌。國家卸除了任務執行的責任，取而代之的是，國家退居為監督者及擔保者的地位，透過管制立法與行政措施，肩負起擔保公共任務的責任。此種「既退出、又介入」、「事主變公親」的全新局面，背後潛藏著國家與人民之間主客地位的曖昧問題，連帶引動的行政法結構變遷力

---

16 行政行為合法性的審查及違法行政行為的排除，為行政法的基本問題，觀察角度主要是以行政機關為對象。這種問題模式的設定，多少受到過去高權行政觀念的影響，將行政法律關係建立在行政與人民「上對下」的隸屬關係。時移勢易，在今日民主法治國家中，人民應是行政法關係的主體，行政則為法律規範的對象，行政法問題的思考取向，也應以人民為權利主體，構成以行政法上請求權基礎的思考模式。況且，人民享有對國家之行政法上請求權者，在過去亦不陌生。例如在行政活動中，人民因行政行為遭致損害或蒙受損失，而請求國家損害賠償或損失補償，即是人民本於行政法上請求權有所主張的適例。

道，其巨大之程度，謂之「地殼變動」仍不足以形容，勢將成為未來行政法學最為重要、也最為棘手的課題。

## 肆、民營化的理念與法框架秩序

當民營化遇上法律，迸發而生的民營化「法律問題」，首當其衝者，乃民營化有無界限？也就是，民營化的法之界限何在<sup>17</sup>？

從憲法的高度出發，在國家任務的視角之下，是否存有某一種行政任務領域（核心任務），完全不得進行民營化？於此牽涉民營化的「憲法框架」問題，也就是民營化與「憲法秩序」之關係，直捷的說，就是：憲法如何看待民營化這件事<sup>18</sup>？

全景式的探照問題，可以有多個切入點或索解路徑。直接之道，係從憲法條文進行檢視，或透過憲法解釋探求之；另則，反其道從法律的規定回頭詮釋憲法的界限。憲法界限的相對面，為立法者的形成自由。如果憲法把特定的「國家任務」保留給國家（**國家保留**），則又牽涉到如何理解、界定「國家任務」概念，二者間乃形成一種互為條件的關係。

以上思索路徑是一種規範面的考究或詮釋，實際面的觀察與評斷，則又是另一種反思方式，諸如：

- 軍隊可以民營化嗎？徵召「天龍特攻隊」？
- 警察可以民營化嗎？由保全公司負責攻堅？
- 監獄行刑可以民營化嗎？委託民間業者執行死刑？

---

<sup>17</sup> 參見林依仁，私營化的法之界限，本書頁199-295。

<sup>18</sup> 在德國，憲法對此保持「開放」的態度，參見Bauer教授的主題演說，本書頁36-37、49-50。

- 金融財政可以民營化嗎？公開徵求印鈔公司？舉辦國幣的「設計比圖」大獎？

……

這些問題可以無限提列，答案從有何不可、到終須一定之界限，乃至於如何界定等等，公法學界無休無止的論辯，隨著時代變遷及社會需求，仍將持續下去。不過，無論如何，至少不能以界限難定搪塞，因為界限模糊，不表示沒有界限，如何為劃下紅線提供足夠的法律論述及證立理據，為民營化時代的法治新課題。

憲法上「本質容許性」縱使百無禁忌，不表示沒有任何的憲法界限，也不等於法律的真空。更確切的說，憲法上容許性不等於民主控制的式微，更不是法律規制的弱化。除開上述「特別敏感」的民營化選項，與社會治安、民生需求、公共安全密切相關的領域，就算不能全稱性的剔除，並不表示行政部門可以放手一搏，隨意操作，而須依各該相關規範作不同的詮釋，由此乃又帶出另一個憲法界限，也就是「**法律保留**」的課題，可下分為兩個層次：

- 民營化是否須有法律依據？
- 法律如何規範民營化？

此二問題互有關聯，至少有兩種思考方向與重點：

- 從民營化的標的為考量，越是具有公權力性質的民營化（例如法規制定權或行政處分權的授予），越是需要有法律的依據；反之，越是屬庶務性事務（尤其單純人力物力的獲取），民營化越較不需要有法律依據。
- 從民營化類型及影響層面為考量，越是涉及組織變革或大幅財產的轉移（例如組織民營化），越是需要有法律的依據；反之，若僅涉及「履行的方式」（例如行政助手），民營化越較不需要有法律依據。

由此延伸，進一步思考的問題是，法律如何設定民營化的基本框架秩序：

- 是否存在民營化的法律上義務？
- 民營化的啟動時機？民營化的實質正當性？

從國家角色定位及人民基本權保障為考量，越是涉及民生重大事務，國家越有介入之必要，則民營化的正當性越低；反之，越是不需要由國家介入的事項，越是需要解除管制的事項，則民營化的空間及正當性就越高。法律若要發揮調控作用，立法者可以主動規定，指示特定之任務範圍應為如何程度之民營化，同時設定「備位性原則」，以作為調控民營化過程的樞紐。

以上法框架秩序的規範重點，在於民營化的「決策」階段。另一重要的規範重點則在於啟動民營化之後的「實施」階段。在此階段中，依民營化類型的不同，國家對於行政任務履行仍負有程度不等的責任，此部分法框架秩序的重要性往往遠甚於決策階段的法框架秩序，尤其是「程序控制機制」的建立。蓋不問民營化的程度如何，縱使是最極端的「任務民營化」，國家仍非完全的退出任務領域。基於憲法上之社會國原則及國家對基本權利的保護義務，還有新興的「擔保國家」指導理念<sup>19</sup>，國家必須維持人民基本權行使的基本條件，尤其對於民生重要需求的提供，國家負有擔保的責任，必須確保人民持續獲得平價且品質穩定之服務，電信設施的普及服務<sup>20</sup>，即是一例<sup>21</sup>。此外，國家尚且必須運用管制工具，建立公平的市場機制與競爭秩序，確保公共任務及行政任務的有效履行。凡此擔保國家原則的具體化與實踐，允為民營化實施階段的法制建構

---

19 參見蔡宗珍，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，122期，頁13-19（2009年）。

20 參見電信法第20條。

21 參見王必芳，「公共服務」或「普及服務」？——以法國學說的反思和法制的演進為中心，本書頁113-197。

之首要課題。

除上述基本原則外，民營化實施階段法框架秩序的建構有多種可能方向，且不以傳統行政法為限，舉凡確保私人參與者的品質、汰選機制、第三人權利的保護、國家的引導、控制、評估及收回權等，皆屬建立「民營化法體系」的基礎要素，從而採購法、契約法、公司法等，亦應納入民營化的基本法框架，或至少是周邊框架。究實以論，略舉三端：

- 民營化「民主控制機制」的建立：基於民主原則之要求，在形成具體之民營化條款時，必須確保行政決定具有一定程度的民主正當性或民主控制的可能性。
- 民營化「實踐工具機制」的建立：民營化實踐機制以「契約」居多<sup>22</sup>，其又以「行政契約」為要。德國目前擬議在行政程序法中增訂規範公私夥伴關係之「合作契約」(Kooperationsverträge)，即屬此類，為民營化「工具性」、「局部性」的法框架秩序。
- 民營化「全套調控機制」的建立：針對民營化的過程為量身定作式的法律規範，建立綜攬民營化全局的秩序框架。德國 Schleswig-Holstein 邦2007年6月19日公布之「Schleswig-Holstein 邦加速公私夥伴關係法」，就契約形成設有詳細規定，特別是確保公部門影響力的契約條款，即是一例。我國之促進民間參與公共建設法，亦屬之。

---

22 參後述「伍、民營化的實踐與法制度工具」。

## 伍、民營化的實踐與法制度工具

民營化對行政法的挑戰，與其說是理念的如何理解，不如說是如何實踐的面向，理念與實踐之間，才是行政法學的革新動力和反思支點。民營化類型化的努力，某種意義上來說，是對民營化實作面向的觀察與歸納，屬於民營化理念落實的起點，鑑往知來之道，亦存乎於此。

法制度的認識、建構與延展，基本上，有以下幾個切入點與界分觀念：

- 學理上的法制度形成（學理概念），自行建構、比較引介，方法不一。
- 立法上的法制度形成（法制概念），法律明文、授權規定，性質各異。
- 實務上的法制度形成（實作概念），依法執行、主動形成，種類繁多。

民營化的法框架秩序與法制度工具的形構，只是觀察角度不同，實則互為表裡，允為一體兩面。儘管法制面未臻健全<sup>23</sup>，學理及實務的開展與形構，仍具引領及帶頭作用。所謂「行政合作法」觀念的倡議，即是其中一例，此一觀念又以「公私合作契約」<sup>24</sup>為核心概念及行為典範，為民營化的法制度工具，打開一條嶄新的開展方向，進而建構出現代化的行政契約法學。

若將前述民營化的四種基本類型納入考量，則可窺知「法律」

---

23 德國目前僅少數邦定有民營化的綱要性法律，聯邦層次尚乏此類法律。2005年訂頒的「公私夥伴關係加速推動法」，僅作零星點狀的規定，而非全盤嚴整的民營化立法。反觀我國，2000年公布、行之有年的「促進民間參與公共建設法」，屬於民營化的基本法框架。單就此以言，台灣似較德國進步。

24 或稱「公私協力契約」。

與「契約」二種規範方式之間存有一種頗為微妙的關係。法律屬於一種「他律性」、「單向式」、「框限式」的操控模式；相對於此，契約則是一種「自律性」、「雙向性」、「自我調整」的建構工具。站在民營化的驅動性格與國家擔保責任必須兼顧的前提下，行政契約「法律」的規範取向在於為高度複雜的契約形成問題定出基本規範與防弊條款，並確保公權力可以毫無間斷（直接或間接）的控制行政任務的完善履行。至於契約的形成與類型的拓展，則屬行政「契約」法學與實務的規範層次，例如德國最大的公私夥伴關係契約，要推「高速公路卡車收費特許契約」，即是行政「契約」實務的傑作，而非來自行政契約「法律」。

論及行政契約的類型，現行行政程序法僅明定「和解契約」<sup>25</sup>、「雙務契約」<sup>26</sup>及「代替行政處分之行政契約」<sup>27</sup>三類。若再對照行政程序法第136條及行政程序法第137條第2項規定，「代替行政處分之行政契約」分別是「和解契約」<sup>28</sup>與「雙務契約」的一種下位契約，「和解契約」與「雙務契約」可謂是行政程序法至今為止唯二的有名契約。儘管如此，行政實務基於行政特性及任務需求發展出獨立的類型，在相關專業法律的基礎或框架下，逐漸發展出諸多獨立的無名契約，其中又以依促進民間參與公共建設法所締結的 BOT、BOO 等合作契約，最為普遍，於行政契約法制與實務之發展，益趨重要，運用日廣，爭議漸增，高速公路電子收費系統 (ETC)案的訟爭，可為例證<sup>29</sup>。此等行政契約類型，隨著行政任務

25 行政程序法第136條、第142條第3款。

26 行政程序法第137條、第142條第4款。

27 行政程序法第142條。

28 條文內容為：「行政機關對於行政處分所依據之事實或法律關係，經依職權調查仍不能確定者，為有效達成行政目的，並解決爭執，得與人民和解，締結行政契約，以代替行政處分。」

29 例如：王文宇，行政判斷與BOT法制——以ETC案及京站案為例，月旦法學雜誌，142期，頁5-36（2007年）；江嘉琪，ETC契約之公、私法性質爭議——以臺北高等行政法院九四年停字第一二二號裁定與九四年訴字第七五二號判決為中心，台灣本土法學雜誌，81期，頁112-115（2006年）；吳志光，ETC裁判與

的增升，種類繁多，且有無限擴展之可能。然嚴格而言，這些契約稱語儘管繽紛炫目，卻仍只停留在「描述性」概念的層次，其認識意義往往大於規範意義。因此，如何發展出具有規範性之契約類型，並由此推演出具有規範意義之法律效果，例如發展出所謂「合作特許契約」(“Cooperative Concession Contract” [CCC])<sup>30</sup>，允當是行政「法學」必須致力以赴的研究課題。

## 陸、民營化的趨勢與法治新課題

民營化是一種時代趨勢、全球現象，牽動各方，法律及法學為其一端。在新思潮的帶動下，蔚為一股「新行政法學」的學術氣象，於德國尤為明顯。嚴格而言，德國「新行政法學」或所謂「行政法革新」的肇端，並非出於民營化，而是「行政圖像」的轉變，從傳統的執法機器，進階升級為政策形成、追求公益的任務團隊，傳統強調行政合法控制與權利保障取向的行政法學，並以司法裁判

---

行政契約——兼論德國行政契約法制之變革方向，月旦法學雜誌，135期，頁14-28（2006年）；李惠宗，行政法院對BOT最優申請人決定程序的審查，台灣本土法學雜誌，82期，頁177-190（2006年）；林明昕，論ETC案中之行政爭訟問題，台灣本土法學雜誌，82期，頁226-261（2006年）；林明鏘，促進民間參與公共建設法事件法律性質之分析，台灣本土法學雜誌，82期，頁218-225（2006年）；林明鏘，ETC判決與公益原則——評台北高等行政法院94年度訴字第752號判決及94年度停字第122號裁定，月旦法學雜誌，134期，頁5-25（2006年）；陳愛娥，促進民間參與公共建設事件中的行為形式與權力劃分——評臺北高等行政法院九十四年度訴字第七五二號判決、九十四年度停字第一二二號裁定，月旦法學雜誌，134期，頁26-45（2006年）；程明修，公私協力行為對建構「行政合作法」之影響——以臺北高等行政法院ETC案為契機，月旦法學雜誌，135期，頁5-13（2006年）；詹鎮榮，促進民間參與公共建設法之現實與理論——評臺北高等行政法院之ETC相關裁判，月旦法學雜誌，134期，頁46-67（2006年）；黃錦堂，行政判斷與司法審查——最高行政法院高速公路電子收費系統(ETC)案判決評論，收於：湯德宗、李建良編，2006行政管制與行政爭訟，頁311-373（2007年）。

30 「合作特許契約」(CCC)為作者創用之名詞，藉此表徵「合作」與「特許」二種契約要素，並用以觀察詮釋公私協力關係的法律實踐工具。

為後盾的法釋義學，已不敷時代需求與行政目的，爰有以規範科學為重心、吸收治理與調控觀念的新行政法學的發跡與竄起。這兩股發展潮流在時代推進中，因緣際會、匯流交鋒，蔚為一種相乘相加、互倚互動的新法學氣勢。

德國行政法學界對於所謂「新行政法學」之所謂「新」，持質疑者，不在少數，新行政法學者提出的新概念及發展方向，亦頗受批判，特別是新行政法學過於強調「操控」觀點，輕忽或偏廢行政法學的核心規範課題及新興的公法理論（如行政法律關係理論）。儘管「舊瓶新酒」或「新瓶舊酒」之爭，仍然持續進行之中，但「新行政法學」發展至今，已成氣候，殆屬不爭的事實，不管同意與否，概莫能予漠視與忽略。

台灣作為一個行政法的繼受國，受到此波新行政法學的影響，為文闡發、拷貝覆誦或拾人牙慧者，如過江之鯽，自不令人意外。台灣行政法學界緊跟世界潮流、攫取德國新知，與時俱進，固值欣喜；然盲目追隨、囫圇吞棗、一味驚新，漸致邯鄲學步，則令人憂心。法律及法學的成长與厚實，並非一蹴可及，需要逐步累積、拾級而上，既無簡捷的變法之道，法學思維水平也不可能在短時間內有大躍進。德國行政法學表面上飆進新行政法學之新階段，實則奠基於傳統規範法學及嚴整法釋義學的礎石上。反觀台灣是否已具備堅實的法學根基與完備的法制配套，尤其行政合法控制與人民權利保障的行政法釋義學<sup>31</sup>及行政訴訟制度是否已然建立，本身恐怕就是一個有待研究的法學新課題。

面對當前民營化的趨勢所啟發的行政法發展契機，台灣行政法若要朝量廣質精的方向邁進，至少必須先回頭省思既有的法治狀態。且從行政法制與行政法學兩方面，試舉數例，略作分說：

---

31 國內批評法釋義學者，多半不解或誤解法釋義學，亦有學藝不精者；反觀德國倡議新行政法學之健將，絕大部分具備法釋義學的深厚根基。

在法制整備方面，民營化時代的行政法，觀念若要擴而廣之，政策若要行之有效，必賴「契約」機制，尤其是行政契約。如前所述，契約是一種自律性的規範形成工具，其內容宜儘可能由契約當事人自由形成，法律則僅作框架性規範，並確保國家擔保義務的履行。除此之外，至少尚有兩項與契約密切相關的周邊制度，一是事前的公證制度；另一是事後的仲裁制度。前者旨在作事前的契約內容管控，並確保契約的共識性及其法效力，防患於未然；後者則可提供事後紛爭的解決機制，彌補法院專業的不足，有濟於事後。然而，現行公證法第2條第1項規定：「公證人因當事人或其他關係人之請求，就法律行為及其他關於私權之事實，有作成公證書或對於私文書予以認證之權限。」所謂「法律行為及其他關於私權之事實」，是否包括行政契約不無疑問。又，仲裁法第1條第1項規定：「有關現在或將來之爭議，當事人得訂立仲裁協議，約定由仲裁人一人或單數之數人成立仲裁庭仲裁之。」同條第2項規定：「前項爭議，以依法得和解者為限。」其中所稱「有關現在或將來之爭議」，是否包括行政契約所生之爭議，解釋上亦有疑義；若對照同法第40條第1項規定：「有下列各款情形之一者，當事人得對於他方提起撤銷仲裁判斷之訴：……」第41條第1項規定：「撤銷仲裁判斷之訴，得由仲裁地之地方法院管轄。」可知仲裁所生之爭議係由民事法院處理，則行政契約當事人得否訂立仲裁協議，約定由仲裁人成立仲裁庭仲裁之<sup>32</sup>，其所生之爭議究應由民事法院或行政法院處理，不同法院間裁判之歧異如何統一，均是當前民營化時代之台灣行政法發展的基本法治課題之一。

在法學發展方面，「立即而明顯」的課題是行政契約法學的發展與深化。行政程序法第三章第135條至149條對行政契約設有專章規範，施行迄今已逾十載。新法上路初時，於適用上最具爭議者，

---

<sup>32</sup> 於實務上，行政契約交付仲裁者，不乏其例。例如雲林縣政府焚化廠BOO契約爭議，即是經由仲裁解決。

要屬行政契約與私法契約的區別界分，學界與實務在此問題上投入的時間和心力，不知凡幾，積累的法學文獻與司法判解，為數亦夥<sup>33</sup>。行政機關與人民締結契約的屬性判定，實則並不複雜，較為棘手的難題多半集中在所謂「中性」契約標的少數之例。於行政實務運作上，締結契約的官民雙方可以在契約中明定契約的屬性，以杜爭議<sup>34</sup>。不同於行政處分的單方規制效力，行政契約作為一種審議式的行政治理工具和規範模式，除應辨明「行政」契約的屬性外，真正值得探討且待開拓的課題，毋寧是行政法之契約類型及其內涵的形構，以及行政契約效力及履行的後續相關問題。唯有究明行政契約的類型與效力之間的關係，並進一步理析契約（不）履行的各種問題，行政契約法學的遞建與延展，方有所憑。

行政法學的發展，「立即但不明顯」的新課題是「行政法上意思表示」觀念及理論的認識與開展<sup>35</sup>。在私法的領域中，民法的編

---

33 以司法院解釋為例，除早期司法院釋字第348號解釋外，與公、私法契約的區別問題有關者，即有司法院釋字第533號、第540號、第695號解釋。文獻資料，多不勝舉，舉其要者，如：蔡茂寅，行政契約相關問題之研究——以公、私法契約的判準為中心，收於：廖義男教授六秩誕辰祝壽論文集編輯委員會編，新世紀經濟法制之建構與挑戰，廖義男教授六秩誕辰祝壽論文集，頁295-324（2002年）；林明昕，行政契約法上實務問題之回顧——兼論公、私法契約之區別，中正法學集刊，18期，頁253-296（2005年）；林明鏞，行政契約與私法契約之比較研究——從戒嚴時期不當審判事件之和解契約論起，行政契約法研究，頁101以下（2006年）；林明鏞，行政契約與私法契約——以全民健保契約關係為例，收於：社團法人台灣行政法學會編，行政契約與新行政法，頁205-230（2002年）；黃錦堂，行政契約法主要適用問題之研究，收於：社團法人台灣行政法學會編，行政契約與新行政法，頁3-75（2002年）；陳愛娥，行政上所運用契約之法律歸屬，收於：社團法人台灣行政法學會編，行政契約與新行政法，頁77-130（2002年）；陳淳文，公法契約與私法契約之劃分，收於：社團法人台灣行政法學會編，行政契約與新行政法，頁131-164（2002年）。

34 除契約標的涉及明顯的公權力措施（例如行政處分）而只能歸屬為行政契約者外，契約的性質非不能由契約當事人自行決定。李建良，行政契約與私法契約區分的新思維——從「青年公園設施委託經營管理維護契約」定性問題談起，月旦法學雜誌，157期，頁304-324（2008年）。

35 李建良，論行政法上之意思表示，臺北大學法學論叢，50期，頁25-66（2002年）。

制體系，係以權利（請求權）為中心而構成，並以「法律行為」作為貫穿其間的核心概念，其基礎要素厥為「意思表示」。意思表示以不同的方式表達於外，可謂是形成私法秩序的通常手段。由於民法上各種態樣的法律行為與行為方式，皆以意思表示為中心，故在民法學理上乃逐漸發展出意思表示的一般理論；另一方面在實定法上則設有明文，針對意思表示詳予規範，顯示意思表示在民法領域中所具有的基石地位。反觀行政法的發展，長期以來，始終停留在學說所建構的行政行為態樣上（行為形式），特別是以「行政處分」作為理論架構的中心概念，致使「意思表示」的概念及其問題，在行政法的領域一直受到忽略。行政法的文獻對此不是略而未論，就是附帶提及，鮮有以行政法上意思表示作為主題而專章處理者。考察意思表示在行政法學上未受重視的原因，行政法學說與法制的發展歷程落後於民法，或為主因之一，近代行政法的研究，主要著眼於行政受法的拘束性，以落實依法行政原則，此二領域有本質上的差異，以「私法自治」為尚的意思表示，似難融入行政法體系之中，允為關鍵所在。加上，曩昔受到專制思想的影響，行政法理論的鑽研，偏重行政機關對人民的下命關係，故研究焦點主要集中在行政機關的規制行為上，較未從人民的立場思考問題，人民在行政程序上所為意思表示，未受關注，行政法上意思表示理論自難全面開展。審視上述因素，可知其中或有囿於似是而非之觀念者，或有因時空背景的改變而不復存在者，或有因法制興革而應有所更張者。

民營化時代的行政法律關係，意味著人民已從過去屬於國家統治的客體或臣民地位，轉變成為國家的「主體」地位，同時也彰顯出人民與行政之間係處於「對等關係」。過去側重行政機關行為的研究取向，自應有所轉變，進而延伸到人民所為的公法行為上。不僅如此，向來行政行為態樣的思考方法，亦無法套用在人民的公法行為上，由此益顯研究意思表示的必要性。例如行政實務上經常運

用的「切結書」、「具結書」、「申請書」、「同意書」或「保證書」等，其法律性質的判定，無法僅著眼於行政行為論，而須轉而從人民所為公法上意思表示的角度予以觀察、定性。

公法與私法的發展歷程及規範取向，雖有不同，公法領域自身有其獨立的理論體系，亦毋庸置疑。惟民法中所蘊含的原理原則，非不得準用或類推適用於公法領域。公法與私法之間存有性質或結構上的差異，僅是「如何」類推適用民法規定的問題，非能以此否定意思表示在行政法領域所應具有的功能。次就行政法理論體系而言，當前建立在行政行為態樣的主流行政法體論體系，在行政法問題的處理上有其侷限性。尤其隨著社會的發展與科技的進步，行政職能隨之擴張，行政任務龐雜而繁複，加以社會現象複雜多變，若要以向來行為形式來框套無窮的社會事實與行政活動，殆無可能。因此，如何跳脫行政態樣的思考模式，轉而以「行政法律關係」作為行政法的理論架構，已成為當前行政法理論研究的主要潮流之一<sup>36</sup>。行政法上意思表示儼然可以成為橫貫行政法律關係的核心概念。

由上延伸，「不明顯且未必立即」的行政法學新課題，則是「行政法律關係理論」的建構，尤其是「行政法上債之關係」理論的開展。儘管在行政法的領域，基於依法行政的原則，行政行為僅能在法律的範圍內享有某種程度的決定空間。惟透過契約的運用，行政的「形成自由」隨之擴大，加上「非制式行政行為」日益頻繁，行政法律關係的研究刻不容緩。然仍言之「未必立即」，係因法律關係的建構、理論開展，乃至於實際運用，屬於長期性的研究課題，為行政法學恆久的學科任務。不管社會如何變遷，時代如何更替，此一行政法課題永遠不會過時，隨著時代需求一再推陳出新，嶄新的行政法律關係亦將應運蛻生而出，源源不絕。

---

36 李建良，行政法基本十講，3版，頁169以下（2012年）。

## 柒、民營化的退潮與隱憂

民營化的現象捕捉？容許界限？優劣功過？無法一概而論，需要縝密的比較分析及個案取向的實證研究，大勢趨向的洞察和肌理脈絡的微觀，尤不可少。

如果說，民營化是國家任務的相對觀念，表徵公部門朝向私部門遞移的過程，以及行政任務重組的諸般現象，其來有自，自古有之，那麼民營化的發展趨勢與時代潮流，一如奔騰而去、勢道十足的海浪，不會只是兀自向前，在衝刺一段時間之後，力道終究有時而竭。民營化的發展，放在歷史的長鏡頭下來看，始終是去而復返、返而復去的來回擺盪。近年來，德國有若干計劃中的民營化方案喊卡或停擺，部分地方政府把原先已經委外民營的業務（尤其民生基礎建設）收回自辦，政策上或學說上「再地方化」或「再國家化」的呼聲，高唱入雲，僅此德國一例，即可窺見民營化趨勢轉向或減緩的跡象。

民營化運動起於國家任務的量增與質變，帶動或加速民營化的原因自是多端而複雜。毫無疑問，這些因素往往也會是民營化漸緩或停滯的要因。專業、創意、資金、策略、經營，……，這些都是民營化的動因，但民「營」本質上無可避免、甚至是必要的「營利」基因，在運用上若稍有不慎，極有可能反噬民營化的功能與目的。所謂的「民」營，指的當然不是普羅大眾，而是具有經營、企劃、理財、運作能力的組織或企業體（俗稱「業者」），政府促進民間參與公共建設，能否創造普羅大眾的公共利益，尚未可知，但對於參與公共建設的業者來說，若無任何利機，則必裹足不前，甚或棄之而去。缺乏利潤的民營化，斷不可行。民營化的基本哲學與本質內涵，一言以蔽之，**政府取利於民，業者從中獲利**。問題是：誰來買單？利從何來？民營化是否真的「取之於民、用之於民」？

過去，民營化被認為是減輕地方財政負擔的「生財之道」，但運作上是否皆能兌現預期的目標，本身即是一項弔詭的問題。私部門在私法自治的大原則下，比之受制於法治原則的公部門，固然較為彈性、機動。然在獲利考量下，是否必然比公部門更有效率、品質良善且較省錢，徵諸實際，似非必然。尤其私部門並非皆是「公益福利機構」，通常有盈虧之壓力，如何在兼顧品質及利潤的情況下，提供行政任務履行之掖助，令人擔心。

以保全充任警衛為例，當前機關或機構的安全維護事項，多半委由保全公司代理，其中又以公立學校或研究機構居多，中央研究院法律學研究所便是一例。此種結合公權力委託（德國學者譽之為「浴火鳳凰」）的「功能民營化」類型運用，已是當前普遍現象。此舉無疑可以解決正規警衛的人力配置及人事任用上的法律問題，卻未必可以擲節行政支出，亦不保證服務的品質。主管機關（構）除仍須編列預算支應必要之費用外，「業者」為圖利潤，其所提供的警衛人員是否足堪勝任「安全」任務，主管機關（構）如何控制品質，法律上無從保證，僅能憑「契約」規範及約束。一旦因保全管理不周而生損害，國家責任如何計較，即是一項棘手的法律問題。猶有甚者，保全「業者」為求盈虧平衡，遇有物價波動、經濟萎縮，為維持服務品質而提高價格時，主管機關（構）必然面臨兩難情境：不是想方設法內增預算、外求金援，以資因應；就是降格以求，選擇其他價格較低但品質可能較差的「廠商」。選擇「增資」的作法不但無法達到擲節經費的目的，外求之道亦可能轉嫁到人民身上，部分公立學校的公共設施維護或人力需求的經費，由學生家長分攤者，絕非僅有，足為例證。

國家「瘦身」的目的，旨在冀望行政能有身輕如燕般的敏捷與效率，民營化「運動」的結果若反而造成「人員的肥胖症」（約僱人員數倍於編制人員），「瘦身而不減重」，是否反而讓國家動彈不得、事事受到掣肘，值得檢視與省思。從「國家圖像」的角度來

看，「去國家化」與「(再)國家化」之間，某種程度也是一種流動去回的關係，如同拍岸的潮汐，隨著主客觀因素及內外條件的變換，來回起落，在一定的改革基準點上，兩者都有可能是一種「未來趨勢」。也因此，「傳統國家」與「現代國家」外殼與內裡的識別與辨分，端視側重因素與價值標準而有差異。

所謂的「公私協力」，只是一種外觀表象，實則意在「共謀互利」，公私協力一眼可辨，利益互謀卻隱而未現，不易察覺。公私夥伴或官商同謀，往往只是一線之隔。「市場機制」及「經濟誘因」是民營化的基因，同時也是民營化的病灶。推動民營化，善者，公私兩利，弊者，謀私害公。所謂「利之所趨，弊之所在」。在利益的驅動之下，業者勢必以追求最大利潤為目標，而作為「合作夥伴」關係之一方的政府部門，將如何對應？參與其間的政府官員是否值得信賴？從人性的角度來看，其實不難想像。即以近日社會矚目的「美麗灣渡假村環評案」為例，這則起因於美麗灣渡假村股份有限公司（美麗灣公司）與台東縣政府簽訂「徵求民間參與杉原海水浴場經營案興建暨營運契約」（BOT 契約）的開發爭議，正是典型民營化運動下的產物（功能民營化），先不問其中所牽涉的環評法律問題<sup>37</sup>，單從規劃、興建、爭訟的過程來看，先有刻意切割土地以圖規避環評，次有未經環評而搶先動工興建，再有快速通關之環評審查，後有環評審查撤銷後的重啟程序……。業者近利急工，無可厚非，但若無台東縣政府的授意、放任、協助、迴護，能有可能？從法治行政的角度來看，殊難想像，站在「合作夥伴」的立場，卻不足為奇！

民營化是否已經過了頂峰？接近了臨界點？值得關注，也有待

---

<sup>37</sup> 參見李建良，環評審查的迴避問題：美麗灣環評案——最高行政法院101年度判字第55號判決的解析與商榷，台灣法學雜誌，210期，頁68-86（2012年）；李建良，環境公民訴訟的訴訟類型與程序要件——美麗灣渡假村環評公民訴訟裁判綜合評析，台灣法學雜誌，211期，頁25-43（2012年）。

觀察，但民營化到底有無「核心價值」？又是什麼？民主法治、公共安全、食品衛生、國民健康、環境保護與經濟發展，在民營化的大轟下，如何取捨？

如果把民營化比作一台「轉換器」，它要轉換加速的是什麼？民營化如果是足以帶動萬物前進的水力，那它可以載浮，難道不會傾覆？從民營化轉向國家化，或者回頭「再國家化」？時代發展、典範轉移，誰要粉墨登場？何者將行退場？政策趨向轉變的兩極論辯，勢將持續進行，只要國家繼續存在！

民營化不是動人心魄的平地一聲雷，毋寧是行政現代化與行政法革新的理念要素，民營化趨勢為行政及行政法帶來了現代化的推動力，過去如此，於今尤甚。標榜「治理」的新行政法學，方興未艾，竭力訴求「好」、「良善」、「有效率」、「具競爭力」、「邁向頂尖」、「追求卓越」……的現代行政，主張雖新，理念如故，重要的還是在法治國家的框架秩序之下，建立一個節然有度、保障人權的有限政府！