

## 私營化的法之界限\*

林依仁\*\*

### 目 次

壹、問題意識	伍、組織私化的容許性規範因素
貳、私營化決定之特性	一、組織裁量權之規制
一、關於任務與權限的決定	二、權限規範下的法定評估義務
二、特殊的法律概念	陸、功能私化的容許性規範因素
三、特殊的方式選擇	一、可選擇類型
參、容許性規範	二、評估任務的可移轉性
一、私營化決定的憲法原則	三、評估私人的承接能力
二、任務規範之容許性	柒、結語與展望
三、權限規範之容許性	一、私營化的本質意義
肆、任務私化的容許性規範因素	二、法釋義學的重整
一、「審酌情勢」條款與「任務批判」條款	三、法典化的期待可能性
二、解除任務獨占與開放競爭	
三、限制國家私經濟活動	

\* 投稿日：2012年4月3日；接受刊登日：2012年11月15日。〔責任校對：陳榕、簡蔓婷〕。

本文撰寫於中央研究院法律學研究所博士後研究期間，若無李建良與劉淑範二位研究員引領，卒難成就。作者因二位評審意見，使得架構與內容方能清晰與完整。另對研討會主持人許宗力教授、評論人王碧芳法官、提問人許登科教授的看法，激發修訂靈感；以及陳佳鴻先生的多方協助，併此申謝。

\*\* 銘傳大學法律學院法律學系助理教授。

## 摘 要

財政緊縮與去管制化造成國家任務本質的更動。私營化的複雜表現形態，對於行政總論與各論修訂構成急迫挑戰。本文在於從容許性的角度探討形式與實質私營化，以作為決斷的依據。作者試圖其中建立幾項標準與限制。本質上，私營化是一種極為特殊的法律概念與。就任務私化須先經任務批判、進行組織私化時須與同等之公法組織相互參照，形式選擇自由並非自明之理。組織私化既將履行移轉於私人，能否成功端視招標程序的進行。

綜言之，私營化介於法制定與法適用之間，係變更任務主體與履行方式。基於重要性原則，立法者須就能否、在何種情況、至何等程度制定容許性規範。為避免過於干涉行政自主性，自我評估義務不失為一可行途徑。

關鍵詞：民營化、國家任務、容許性、任務批判、履行責任、擔保責任、可移轉性。

## On the Legal Boundaries of Privatization

*Yi-Ren Lin*\*

### **Abstract**

The fiscal crisis and the deregulation have caused a reduction of state activities in several areas of the public sector. But, the privatization phenomenon is much more complex and has an impact on current challenges to the structure of general and specific administrative law.

The paper examines the judicial admissibility of privatization in the formal and material regards that control decision-making. On the basis of the general part of the theory of constitutional law, it works out the basic criteria for admissibility and the limits of privatization. In its nature, privatization is an unusual, indefinite legal concept and discretion. The concept of full privatization must be critically assessed (task review) and carefully scrutinized. Any decision on corporatization should be compared with public law institutions. Also, the so-called choice of legal form is not self-evident. Functional privatization refers to delegation of state tasks to private law. Whether it will be successful depends on the delicate procedure.

Generally speaking, privatization is between rulemaking and policy making that aims to change the authority or the legal form. To observe the principles of materiality, the legislators must determine whether, under what conditions and to which degree the decision of privatization is admissible. With respect to the independence of administration, the obligation of self-evaluation is suitable.

---

\* Assistant Professor, Department of Law, School of Law, Ming Chuan University.

KEYWORDS: privatization, task review, admissibility, choice of legal form, corporatization, full and functional privatization, economic activities, tender procedure.

## 壹、問題意識

自1980年代在英國掀起、進而席捲全球的民營化浪潮，無可避免地引發如何從法制整備與理論重構，適時地回應大規模公任務的改變事實。回顧民營化的進程，既徘徊解除管制與市場開放的期盼，以及財政減負與效能提昇之間，因而在檢討個別任務能否去國家化，若發現答案為非或不全然是，則在繼續保留於國家前提下，再引進民間參與機制。就此觀之，民營化非自我目的，而是調適國家與社會的功能性區分的可能選項。國家與社會既非二元對立，則公共任務之承擔主體與履行方式的決定，本無可能先期預設，而有待於從憲法規範秩序出發，使公任務在國家與社會間合理依序轉讓、或者共同承擔。

關於私營化議題之文獻極夥，自然本文的設題與立論，須自證確有存在價值。作者所關切者，係從無數事例與文獻中，尋求憲法、行政法總論與各論間的協調性，復在發現國家任務與其履行間——以私營化為例，而非以私營化為主——的動態秩序，進而提出一整體性方案。一任務是否適於私營化，須經判斷；判斷主體究應為誰？若從主動且向未來性質形成，行政權須隨時審視、為所當為；但任務實現事關公益與社會公開性討論，當有國會參與的必要<sup>1</sup>。私營化決定處於憲法秩序、行政自主性<sup>2</sup>與國會重要性保留間之三面關係<sup>3</sup>。在以下的探討，略有諸項問題須待澄清：

- 憲法究竟是以何等原則與規範架構國家與公共任務間之關係？任務本身具有何等特性而須以特定主體承擔為佳？

---

1 *Hans-Peter Bull*, Bürokratieabbau, DV 2005, S. 285 (288).

2 *Horst Dreier*, Zur „Eigenständigkeit“ der Verwaltung, DV 1992, S. 137 (137 ff.).

3 *Günter Püttner*, Privatisierung, LKV 1994, S. 193 (194).

- 為尋找妥適履行方式，所謂承擔，是否表示自己履行？
- 在現行任務主體未能或不應繼續承擔時，在何等條件下，始能釋放於另一主體？
- 所謂妥適履行方式，有無可能在組織與契約、公法或私法間，形成一定選擇秩序？此與傳統所謂形式選擇自由有無整合可能？

在貳的部分，將「民營化」一詞改為「私營化」。按民營化的用語與現今描述的現象實不相符。如指涉國營事業所擔負之任務向社會轉移，則應稱為「私有化」，反倒是民營化與 BOT 指涉者相符。若說用語辨正事小，則私營化所反映之任務與履行的變動秩序，就不能一筆帶過。它不單是經濟行政法的範疇，而是在理論與實踐上，無法不使人向上從憲法原則、民主調控、以及依法行政與審判等，作出全面修訂的工作。此乃法律人面臨私營化複雜現象的挑戰，也正是職責所在。

職是之故，作者試圖跨越各種類型，整理國家在私營化決定所須遵循的法則。為此提出容許性條件與其程度，以為行動指示與邊界的判準。由是須先確定各種私營化態樣的賦性，私營化與國家任務、行政法總論中「行政法之適用」發生何等關聯。就此，須專注於任務與權限的議題，再將之納入行政判斷與裁量的體系。由此所生立法規範必要性、行政獨特性與司法審查之問題，較為清晰可辨。

在參的部分，作者試以「容許性」概念，作為融貫規範對行動指示與私營化議題的總說明。容許性是法秩序對特定行動之預先評價與其保留程度之宣示，以期指引行動之特定方向。容許性概念在法秩序中實屬常見，亦非必以規範條文出現。例如權利為法律賦予並保護個人有享受特定利益之力，權利主體因此得向特定人請求一定作為，或對不特定世人皆可主張。又容許的反義為無禁止、不要

求特定行為之實現，故只要未違反刑法禁止與要求規定者，自屬容許之列。容許性更有其規範效力的強弱，此如強行法與任意法的差異。對於法制定者，容許性是規範應然層面的當如是設計；對於法適用者，容許性是規範實然層面的理解後行動。故問題顯然超越法律適用，亦非止於立法裁量，而更寓有憲法效力優位與憲法適用優先的深意。為此，須從現行憲法原則對於任務歸屬與權限秩序設有何等行動指示。基於憲法委託，立法者負有形成任務分配與權限授予之規範任務。行政須在此間進行當為之判斷與裁量，按法秩序所容許者，唯有合義務性之決定。關於私營化議題的活動空間。任務規範旨在任務與主體間產生如何的聯繫關係，不同的聯繫關係決定任務的可私化性與否之程度；而權限規範旨在說明為特定具體決定時，須受何等情況之拘束。此一概論分涉三種私營化的容許性方案。我國在私營化的議題上，略有三項條文可資說明規範者的容許性意圖：一是憲法第144條規定「公用事業及其他有獨佔性之企業，以公營為原則，其經法律許可者，得由國民經營之。」；二是公營事業移轉民營條例第5條規定「公營事業經事業主管機關審視情勢，認已無公營之必要者，得報由行政院核定後，移轉民營。」；三是促進民間參與公共建設法第42條規定「經主辦機關評估得由民間參與政府規劃之公共建設……」。此等條文究竟賦予被規範者有如何的行動空間，宜從憲法與法律解釋、立法政策和參酌外國法制，就法制定與法適用分別調整。

在肆的部分，主要處理任務私化的容許性規範。作者首先參照國內外的一般性規範條款，復就任務私化的積極性要件與消極性要件，論述其容許性。在伍的部分，為形式私化下的組織選擇。傳統上以形式選擇自由為重，作者參酌德國法例與新近行政法人法，以說明組織裁量須經評估後方得行使，此亦對司法審查有重要意義。在陸的部分，作者著墨於功能私化的方式。其重點在於任務私化與功能私化分處不同的競爭模式。就其選擇尚有組織與契約的可能，

但不能不注意近年來有回歸地方化的呼聲。由於功能私化為部分私化，就其可移轉部分之任務與私人承接能力的有無，均須按照容許性規範下進行。

最後，作者呼籲以私營化為重要契機，藉此省察憲法與國家任務，以及行政法學總論、各論間的關聯性，並從法釋義學與規範可能性上，說明此一議題引發調整行政自主、民主調控與司法審查間關係之效應。

## 貳、私營化決定之特性

國家履行其任務時受法秩序之拘束，但也享有相當寬廣的形成裁量<sup>4</sup>，藉由組織權與財政權之行使，自主決定組織結構與任何可能的運作方式。私營化決定，係指國家就其任務存續與任務履行方式，以廣義的私形式經營與運作的公權力決定。欲以一個私營化概念統攝現行論述，實屬困難。最為簡易的定義，似為以私法形式實踐國家任務；再依據個別特徵，構成不同的私營化類型。

依本文之意，「私營化」的概念範圍較「民營化」範圍要廣。民營化如重在民間經營，應指公私協力；若為任務移轉形態，宜稱私有化。由此可見歧義叢生。而民營化論述向不包括組織私化與國家私經濟活動，而私營化則涵蓋上述各端。私營化決定之是否、如何，介於憲法保留、立法與行政權限之間。它指涉任務存續、履行方式、選擇自由、預測與後果取向等。簡言之，為特殊的公權力判斷與裁量。

---

4 *Nikolaus Müller, Rechtsformwahl bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben*, 1993, S. 218.



## 一、關於任務與權限的決定

私營化決定觸及國家任務與其實現的二道程序。憲法就國家得以活動的領域預示規範性方向，而現代憲法以保障個人與公益實現為國家目標。國家目的使得國家活動受到相當指引，不再是漫無節制之隨意。然其實現，需要法規範調控國家活動。任務規範(Aufgabennorm)係源於國家目的，型塑特定應擔負之責任，為進一步界定國家活動之容許範疇。此一歸屬性界定帶有相當創設意義，如此方能從人權與公益內容之不確定性，以選取特定事務作為具體待定的工作，且能劃定國家與社會各自活動範圍。但現代國家職能龐雜，為求取更有效率之實踐，須規制國家任務之分配過程。此一功能性配屬決定，以管轄規範(Kompetenznorm)行之，如中央與地方權限劃分以及權力分立原則。至若權限規範(Befugnisnorm)則為求任務實現而容許任務主體得為之行動方式，旨在講求積極或消極的行動可能性，包括各式抽象具體、組織程序與措施等<sup>5</sup>。任務與權限的區辨顯示目的與方法的關聯性，為處理下述種類式法律概念的根本前提<sup>6</sup>。

## 二、特殊的法律概念

### (一) 種類式法律概念

私營化不單是啟示性概念(heuristischer Begriff)<sup>7</sup>，而是一概括規範國家任務以及履行方式之集合性概念。它在規範現實與規範可能性上，均可以因憲法規定、解釋或立法裁量成為構成要件中的不

---

<sup>5</sup> Paul Kirchhof, Staatlichen Handelns, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 2. Aufl., 1996, § 59 Rn. 29.

<sup>6</sup> Karl-Peter Sommermann, Staatsziele und Staatszielbestimmung, 1997, S. 364 ff.

<sup>7</sup> Hartmut Bauer, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 243 (251); Christoph Gramm, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, 2001, S. 27.

確定法律概念<sup>8</sup>，有待行政適用與解釋。立法例略有憲法與一般法律的層次<sup>9</sup>，例如稱「民營」<sup>10</sup>或「民營化」<sup>11</sup>「民間經營」<sup>12</sup>。在此種同屬不確定法律概念的範疇內，因其指涉任務或權限的差別，容有異質性的可能。傳統上遂從種類概念(Gattungsbegriff)方法定義，衍生出不同的規範要求。一般多從任務存續與社會參與程度<sup>13</sup>作為區分起點，劃分為實質與形式私營化。實質私營化為國家釋出原有特定之任務，轉變為私人經濟自由之行使，又稱任務私化(Aufgabenprivatisierung)。形式私營化則指任務仍保留於國家，所改變者僅為履行方式，可能性有下列數端：

- 組織私化：行政主體在公行政組織體系之外，另行設立私法形式之組織，以履行行政任務為其功能目的，行政任務之屬性維持不變<sup>14</sup>。
- 功能私化：又稱公私協力，係引進私人參與履行行政任務，或泛指公、私部門合作實現行政任務之所有現象。申言之，國家（高權主體）與私人（私經濟主體）本於自由意願，透過（公法或私法）雙方法律行為，或者非正式之行政行為型塑合作關係。並且彼此為風險與責任分擔之行政任務執行模式<sup>15</sup>。

---

8 Udo Di Fabio, Privatisierung und Staatsvorbehalt, JZ 1999, 585 (585 ff.); Axel Jörn Kämmerer, Privatisierung. Typologie – Determinanten – Rechtspraxis – Folgen, 2001, S. 8.

9 立法例如德國基本法第87條之4第1項規範組織私營化：「空運行政屬聯邦直接行政。關於實行公法或私法之組織形式，由聯邦法律定之。」德國預算法第7條；巴伐利亞州地方制度法第61條2項亦同。

10 公營事業移轉民營條例、民營公用事業監督條例。

11 中央機關總員額法第8條第2項。

12 國防法第22條第3項。

13 許宗力，論行政任務民營化，收於：當代公法新論（中）——翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，頁582（2002年）。

14 黃錦堂，行政任務民營化之研究，收於：公法學與政治理論——吳庚大法官榮退論文集，頁479（2004年）。

15 詹鎮榮，行政合作法之建制與開展——以民間參與公共建設為中心，收於：台

- 財產私有化：國家財產出售行為與國家參股投資行為。
- 私經濟方式：國家採取以營利取向之方式履行行政任務。

此一法律概念的特殊性顯現於法制定與法適用的判斷層次。私營化為立法裁量與行政判斷的特殊形態，是否因此享有形成權限與判斷餘地，起碼須先有判斷授權存在。立法者基於憲法委託與重要性原則，須根據規範事實之特性，在構成要件中採取不確定法律概念的方式，而賦予行政在法適用時有一定決定空間的規範意圖<sup>16</sup>。

## (二) 高度評價性判斷

國家任務是否存續與如何履行，每每引發抉擇生存照顧與市場經濟等兩難爭執，須經評價性判斷。此係國家就目的間衝突，採取特定判準、對於任務歸屬性的重新調整，以及可能措施給予優劣的評判後，方能得出保留或何以採行特定方案之理由。此又因為評價客體的特性與複雜程度，評價主體須祛除日常的經驗直覺、放棄既定的情感性成見，方能求得特定作為之正當性<sup>17</sup>。私營化決定為高度價值判斷，而決定做成易受各種之政治、經濟與公共利益因素交互影響，法制定者與法適用者須各自從其權限範圍出發，就同位階之目的綱領，進行實踐和諧的整體評價決定。但須注意到是，憲法在此採取了兩種不同取向的評價基準。就生存照顧任務，最佳解釋法則應是：須儘可能使私人自承生存照顧之經營，同時也須儘可能維持國家責任者；就高權執行任務，則應以國家權力獨占為原則，委託情況為例外。在一般法律層面，如我國公營事業移轉民營條例所稱行政在決定民營化前，須「審酌情勢」。對於立法與行政，在

---

灣行政法學會編，行政契約之法理——各國行政法學發展方向，頁101-160（2009年）。

16 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）。

17 *Martin Ibler*, *Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht*, 1999, S. 19; *Friedrich Schoch*, *Privatisierung von Verwaltungsaufgaben*, DVBl. 1994, S. 962 (970).

仰仗特定原則作為決定根據時，不能無視於相對立原則的要求，否則即構成權衡瑕疵。

### (三) 高度預測性判斷

從未來面向觀察，私營化判斷為預測性判斷。是國家為公共任務最適實現，所為事前之設計與規劃。預測結果伴隨之決定，事關公益甚鉅<sup>18</sup>。此間須判斷私營化對象本身是否存有可私化性，尤其是大型公共建設的經濟效益、社會利益、與技術能力<sup>19</sup>。因任務主體與任務履行方式的改變，是否確能較佳地實現任務，帶有高度不確定性。此處衍生三項要求：

第一、預測性決定須合乎法律保留原則。此時法律概括條款扮演極重要的角色。立法者至少須就任務、組織與措施為一般性規範，以調和法安定性與行政效率。

第二、須提前預估其決定所可能衍生的後果，稱為後果取向決定(Folgenabschätzung)。除預算法要求成本效益分析外<sup>20</sup>，這點在目前尚乏一致性的法律框架，而多散見於個別行政規則<sup>21</sup>。評估方向為履行主體間的國家與私人、給付能力與財務能力、各式給付安全、就現行與將來方式的比較、以及大型規模與涵蓋面廣的任務<sup>22</sup>。

---

18 Rainer Schröder, *Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel*, S. 152. 個別私營化決定如德國1961年福斯(Volkswagen)汽車廠，BVerfGE 12, 354；近例如柴契爾政府推動公營事業民營化政策，我國亦採取「組織性計劃方式」設立跨部會之專案推動指導委員會，進行「修訂民營化相關法令」、「研擬解決民營化問題途徑」、「審議民營化執行方案」三項工作方向。

19 Bauer (Fn. 7), S. 254.

20 預算法第34條與德國預算法第7條。

21 參見中央政府總預算編製辦法；中央政府總預算附屬單位預算編列編製辦法。遂有學者主張應將後果取向決定納入行政程序規範決策程序。Jan Ziekow/Alexander Windoffer, *Public Private Partnership*, 2008, S. 71 ff.

22 Kämmerer (Fn. 8), S. 90.

第三、凸顯民營化後續法(Privatisierungsfolgenrecht)議題的重要性<sup>23</sup>。國家就任務移轉或任務履行方式改變後的發展，是否與同前期預判大致相符，負有規制性的保證責任，此際須維持功能合適的競爭秩序、依賴私人供應的保護義務；在必要時，尚須果斷召回已移轉任務<sup>24</sup>。

### 三、特殊的方式選擇

國家為實現其任務，得積極、形成性的選擇必要之組織或方式。私營化為國家任務履行方式之一，係在滿足一定構成要件下，進一步為數個法律效果的選擇，具有裁量之意義。而選擇的本質在於須先條陳可供選擇的諸種方案後，以備作成「衝突決定」(Kollisionsentscheidung)<sup>25</sup>，就此應從法政策與法規範調控模式著手。

#### (一) 任務主體或履行主體之選擇

私營化決定係改變過去將任務主體與履行主體視為同一而不可分的思維。這點首先見於任務私化與功能私化的情形。此係因重整國家與社會間之公任務承擔議題，決定轉換任務主體或履行主體，從而發生任務繼受或履行繼受的法律效果。選擇之前，自須斟酌繼受後之主體是否確有預設之承載能力與履行能力，以避免履行缺損之狀態發生。任務私化為變更現有專屬國家之履行責任為擔保責任之計畫，自須思考國家與社會何者應承擔此等公共任務為宜。形式私化中（司法院釋字第540號解釋）<sup>26</sup>，組織裁量權行使不當，或

23 *Bauer* (Fn. 7), S. 277.

24 *Matthias Ruffert*, *Regulierung im System des Verwaltungsrechts – Grundstrukturen des Privatisierungsfolgerechts der Post und Telekommunikation –*, AöR 124 (1999), S. 237 (239).

25 *Christian Pestalozza*, „Formenmissbrauch“ des Staates, S. 170 (170 ff.); *Manfred Zuleeg*, *Anwendungsbereich des öffentlichen Rechts und des Privatrechts*, *VerwArch* 73 (1982), S. 384 (395).

26 *Hans Peter Bull*, *Über Formenwahl, Formwahrheit und Verantwortungsklarheit in der*

將導致任務履行與實現結果之間的縫隙，甚至背離任務設定的初衷。因此所謂選擇自由應解為為達到私營化目的，所採取當為方式之形成裁量<sup>27</sup>。

## (二) 類似計劃裁量

一般行政裁量是以「點狀式」的法律執行，著重於涵攝法則下的法律效果之選擇。私營化決定則與計劃形成極相類似，係以積極形成特定社會生活秩序，它需要以目的間權衡，就個案特殊情狀審酌為必要，具備向將來形成的特性<sup>28</sup>。此處非專指行政程序法中行政計畫之意義，計劃行為亦可以以法律、法令與處分多種形態出現，甚且非必冠以「計劃」名稱為必要。就任務私化而言，即在於公共任務的架構下，為承擔主體重分配的調整，符合計劃本質。又觀察各國民營化進程中，在組織改制、業務分割、釋股作業、普及服務等，均與計劃思維高度相關。尤其是促進民間參與公共建設法中規範之公私協力，本身就結合了履行計劃與民間規劃二者；甚且在功能私化下，究竟採取組織式之合資企業、抑或 BOT 方式，皆須經權衡思量，而享有高度形成權限。因此，任務之割捨、組織形態的選用、多種與私人協力方式的抉擇等，無非規劃處理國家任務所擬採之構想、步驟與方法。

## 參、容許性規範

容許性，為規範者對受規範者之行動預先表示認可與認可範圍，為私營化決定的前提<sup>29</sup>，處於各種不同憲法原則交互作用的領

---

Verwaltungsorganisation, FS Maurer, 2001, S. 545 (545 ff.).

27 *Hermann Hill*, *Verfahrensermessen der Verwaltung*, NVwZ 1985, 449 (449 ff.).

28 *Winfried Brohm*, *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts*, VVDStRL 30 (1972), S. 245 (274).

29 許宗力（註13），頁581；林明鏘，公營事業民營化之合憲性問題，月旦法學雜

域。但從憲法原則無法推導出特定的容許性規範，而是立法者適用憲法之積極作為。此一回應是否與憲法本意合致，必待立法作為出現後始能判斷；就司法審查，容許性規範使得法院審查行政活動確有一定範圍可資判斷。此處涉及三項議題：

- 容許主體是否為有權決定者（修憲者、立法者或行政主體）；
- 所同意之內容，在本質上是否得以被容許（可私化性）；
- 在何等條件與環境下，始得因允許而行動（容許性要件）。

這三種因素雖構成私營化決定之基礎，但目前欠缺統合性論述。理由在於如何從各種私營化類型求取其共同性與差異性。這點從憲法第144條規範「公用事業及其他有獨佔性之企業，以公營為原則，其經法律許可者，得由國民經營之。」，所僅有個別領域的例示性規定可以得到印證。作者以為，探討焦點應先提出憲法對於任務歸屬與權限行使設有何等規範原則（下述一）；其次，就這兩個議題，容許性對任務主體與其權限行使產生何等程度拘束作用（下述二、三）。

### 一、私營化決定的憲法原則

私營化決定既係價值判斷，則處於介於政治性之利益妥協，以及法治原則拘束二者間的交互決定過程。就其容許性有無與其程度觀察，受到多種憲法原則的型塑。大致而言，為規範任務歸屬與權限行使二類原則。

---

誌，15期，頁78（1996年）；*Franz-Josef Peine, Grenzen der Privatisierung, DÖV 1997, S. 353 (353 ff).*

### (一) 任務歸屬原則

任務私化為反思國家任務轉讓承擔主體的可能，係重新判讀何等事項應屬於何等任務主體所有。從面向任務私化或保留的角度，可為「促進」與「節制」兩種，彼此間形成必要的緊張關係。相較於其他國家，我國在基本國策章中列有大量國家任務條款，在調整國家任務與社會自主間關係時，提供相當厚實的規範基礎。

#### 1. 促進私營化原則

促進私營化原則是基於自由法治國與輔助性原則推導而出，意在從消極面界定國家活動之邊界。前者從市場經濟原則、競爭原則與效能原則推導而出。為基本權主體依據主、客觀工作權與經濟憲法，請求國家不得干預、或僅有法制建構義務，以利於各人透過工作權與財產權自行實現生存。亦即，向國家主張有自主滿足公私益間的交換能力，國家至多負有開放競爭下的框架下，間接促成個人與社會間交換關係，不應再自身經營與提供服務活動。為維持競爭秩序，憲法以市場調控機制規範私人企業。例如：對於特定經濟活動主體與經濟形態<sup>30</sup>，須採行鼓勵與扶持措施；貨物自由流通（第148條）。租稅國原則要求國家以向社會課徵租稅方式，作為為財政收入主要來源等，則相當程度限縮自營牟利的活動<sup>31</sup>。

輔助性原則與自由法治國原則息息相關，它要求國家只有在私人無力自我滿足，才能積極介入。憲法第23條必要性的意義，在今日亦不僅限於最小侵害的防禦權意義，而更寓有最小介入社會生活的意義；國家必須盱衡社會自行承擔能力究竟屬於充份或缺損的狀

30 國民間平等互助之合作事業（第145條第2項）、生產事業、外貿與中小企業（第145條第3項；增修條文第10條第3項）、產業升級（增修條文第10條第1項）。

31 陳愛娥，行政組織法——第二講國家角色變遷下的行政任務，月旦法學教室，3期，頁104-111（2003年）。



態，以作為重新審定任務主體應為國家或社會。因此為待時而動的標準，具備相當的浮動性，須隨著社會脈動調整，而出現任務私化或形式私化的現象。

## 2. 節制私營化原則

節制私營化原則可基於社會法治國理念，重在積極面要求國家承擔特定工作。從民生均足原則（第1條、第142條）、保障生存權（第15條）、和平秩序（第23條）、謀求社會福利（第155條）、滿足國民生存照顧與保護社會與經濟上弱者等，均可推導而出。惟社會國原則之不確定性，除憲法所明定者（如社會保險制度與公醫制度）外，尚無法推導出必定或不得採取特定制度，由此即生任務主體與履行主體分立的可能<sup>32</sup>。換言之，只要能保證社會性公益需求果能實現，不要求國家須自為履行。所謂國家的履行責任(Erfüllungsverantwortung)轉變到擔保責任(Gewährleistungsverantwortung)<sup>33</sup>，實為變換看待實踐社會國原則的眼光，從給付權主體的雙方關係思考轉換為三方關係：就國家與需求供應主體間，為防禦權性質的經濟自由行使；它與需求滿足的國民間，可能發生私人間不對稱的需求依賴，國家自應善盡其保護義務<sup>34</sup>。甚至，倘社會無法提供充分的生活照顧，國家亦須隨時注意而承擔最終給付責任。

## 3. 任務分配原則

憲法就國家任務與其內部主體間之歸屬關係，復定有團體管轄

---

32 Hans Herbert von Arnim, *Rechtsfragen der Privatisierung*, 1995, S. 26; Martin Burgi, *Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe*, 1999, S. 199.

33 詹鎮榮，論民營化類型中之「公私協力」，*月旦法學雜誌*，102期，頁8-29（2003年）；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，*臺灣大學法律研究所博士論文*，頁91（2007年）；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33（2009年）。

34 *Kämmerer* (Fn. 8), S. 449.

(Verbandszuständigkeit, Verbandskompetenz)之秩序。為憲法將一定公任務界定為國有後，再行分配於國家或地方為擔當主體。不分何等任務內容，有團體管轄者，方得行使私營化決定。此見我國憲法就中央或地方權限之劃分。如國有鐵路、航政、郵政、電政與國營經濟事業（憲法第107條第1項第5款與第108條），屬中央事項，自屬中央方能行使組織權。至若行政與立法權限間的分工，則屬於下述權限秩序之議題。簡言之，設若我國憲法無基本國策規範，則此舉既劃分國家相對於社會的任務範圍，又確定任務主體之權責。

又中央與地方分權須與地方自治原則相互參照。本質上屬於地方自治事項者，構成任務分配之秩序<sup>35</sup>。地方自治原則使地方就其地域範圍內共同生活事項，負有自我承擔與實現所之任務，自構成私營化決定的「界限與要求」。此一雙重誡命，是從國家或地方的角度分別出發。倘從國家的角度進行「他治私營化」(heteronome Privatisierung)<sup>36</sup>，係國家法律決定將特定自治任務釋放於社會，地方就此一任務私化決定處於利害者角色。自得行使自治保障所衍生的防禦權，以對抗立法作為，此時地方自治構成任務私化的容許性。

相反的，自治私營化(autonome Privatisierung)是從地方的立場出發。地方就其自治任務承擔與否享有自主權限，國家則扮演自治任務的守護者角色，須避免地方藉私營化名義，實際自我削弱應履行之任務<sup>37</sup>。若國家就地方自治事務開放功能私化時，立法者應判斷是否在部分任務履行移轉之後，是否因為私人參與履行，地方還留有充分的組織權行使空間。自須探究所應能干預的程度，以阻止地方隨意放棄應履行任務。此時，自治法律規範構成地方決定的容許性。

---

35 理論上亦應包括功能性自治行政，以下論理同地方自治。

36 v. Arnim (Fn. 32), S. 48-53.

37 Burgi (Fn. 32), S. 306.

## (二) 權限秩序原則

除任務規範外，私營化決定受憲法所定權限秩序之拘束，此由民主原則、法治原則共同構成。秩序性原則旨在規範權限行使所應遵循目標、要件與程序。

民主原則係確保國家權力之行使，須受國民意志調控，以證立決定之正當性，為建構國家、而非社會的基礎原則。故公共任務在納為國有之前與解除之後、本為基本權行為，自無民主原則適用。與本文有關者，包括公共任務應否由國家承擔與解除、以及履行方法等重要決定。就形式私化，調控主體為獲得直接民主正當性之國會，獲得間接正當性之政府與行政，須就其履行負起政治、合法與合目的性之責任。為能有效調控，須藉由組織、人事與事理等要素，確保正當性的輸送通暢。調控機制之設計須能回溯於民意，滿足責任政治的原理。其中訣竅，應使國家對於任務最終實現者仍有影響可能性<sup>38</sup>，此不因形式選擇自由而改變。在傳統的層級式行政之外，為肆應組織選擇、公私協力與合資企業等方式，產生相當特殊化的調控制度<sup>39</sup>。

法治國原則要求重要決定之做成、採行特定組織形態，須符合法律保留原則。所應保留者，為組織重要性與基本權法益重要性。除各種私營化類型之外，包括其決定任務解除、整體履行過程、與私營化後續法的規制。最為明確者，憲法第144針對「國民經營公用事業及其他有獨佔性之企業」為規範，對於下述公私協力的特許制度有重要意義。此外，何種事項應以法律直接規範，司法院釋字第443號解釋特別指出：與規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理差異。此一意旨亦適用於

---

38 Püttner (Fn. 17), S. 353 ff.

39 林依仁，民主正當性成份與其程度，政大法學評論，129期，頁62以下（2012年）。

私營化的所有議題。再就基本權重要性的觀點，諸多基本權法益均可能因任務決定而構成基本權侵害，以及形成社會不對稱力量存在的三方關係，此如生存權與經濟自由間之調適。

民主原則與法治原則的實質意義為重要性保留。任務私化決定事關重大、自不待言。就形式私化而言，不可概認為行政組織權的固有範圍。固然局部性、涉及範圍小的委外經營與行政助手，基於行政程序的非形式性，行政機關有其裁量權<sup>40</sup>。倘業已根本變更任務履行方式，影響任務最終實現的良窳，本質上實屬重要。何等理據構成重要性保留，須從功能與組織私化的分別探討：

- 一 功能私化與行政助手、受委託行使公權力的差異性在於，當行政「富有計劃意圖與一般抽象，進而系統地且長期依賴私人」<sup>41</sup>時，或者；「若得以涵蓋各式類型任務」全面性確立功能私化措施，以至於改變責任結構的行動（例如空氣檢測<sup>42</sup>），則事屬法律保留範圍。<sup>43</sup>而功能私化中委託經營，形同國家以消費者身份賦予受託人市場機會，為維持市場自由平等競爭秩序起見，自屬重要事項<sup>44</sup>。

---

40 德國行政程序法第10條參照。Markus Heintzen, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), S. 220 (254).

41 Wilfried Erbugth, Die Zulässigkeit der funktionalen Privatisierung im Genehmigungsrecht UPR 1995, S. 369 (377); Michael Reinhardt, Die Überwachung durch Private im Umwelt und Technikrecht, AöR 118 (1993), S. 617 (631).

42 此如空氣污染防治法第22條規定緣由。若行政頒布命令規範引進私人檢測有關空氣制度時，應認定為環境品質調查之任務；則此處所有關於環境監測任務因引進私人參與而有改變國家環境任務履行的責任結構時，則不僅不應限定於個別事項的執行委託，而應認定具有環境法上防治任務履行的意義，應受法律保留之拘束。

43 Burgi (Fn. 32), S. 290.

44 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，15卷8期，頁285-402（1999年）。

- 組織私化的形式選擇權限：「形式選擇自由」雖說明行政自主性的本質，但形式選擇應為規範性概念<sup>45</sup>，屬於制度性法律保留之範疇，並不存在類同自由權之情形。其次，國家從事私經濟活動以實現特定任務，一方面勢必面臨市場競爭的肇致國庫虧損風險；二方面所謂侵害概念不以帶有目的之強制成分為必要，事實侵害說明國家特定作為對於人民生活的不利效果。國家私經濟作為在事實上抑制與削弱人民職業自由，自應有法律保留適用<sup>46</sup>。

## 二、任務規範之容許性

一任務得否私營化，應檢視任務與其主體間的關係，須先為適於私化之判斷<sup>47</sup>。此為可私營化(Privatisierungsbarkeit)或能私營化(Privatisierungsfähigkeit)<sup>48</sup>，關涉是否與其程度的問題<sup>49</sup>。此繫乎任務規範就配屬任務於承擔主體關係緊密性若何，以明瞭其拘束強弱。簡言之，任務私化既使任務歸屬關係為之中斷，則當一任務愈是緊密附著於其主體者，愈發不能容許其脫離。惟任務規範之特性尚不顯明，須配合理論見解方能解釋其密接程度如何。

### (一) 專屬性與競合性任務

從任務是否與主體間存在專屬性關係來看，憲法要求特定任務只能保留給國家者，為專屬性任務(Ausschließliche Staatsaufgabe)<sup>50</sup>。

45 Dirk Ehlers, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rn. 43.

46 Peter Badura, Die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand und die neue Sicht des Gesetzesvorbehalts, Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag, 1990, S. 835 (847).

47 Burgi (Fn. 32), S. 20, 179 ff.

48 Hans Peter Bull, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, VerwArch 86 (1995), S. 621 (625); Bauer (Fn. 7), S. 255.

49 Martin Burgi, Privatisierung, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts (HStR), Bd. IV, § 75 Rn. 3.

50 此一類係 G. Jellinek 所創，Isensee 又重新界定。Josef Isensee, § 73 Staatsaufgabe,

例如權力獨占始終只能由國家擔綱作為任務主體<sup>51</sup>，以及本此所分配於各國家機關的核心任務<sup>52</sup>，屬於專屬性任務。

專屬性任務的可私化性，須從兩個層面觀察。第一、專屬性不啻意味著國家任務有其不可讓渡之核心領域，此係架構於國家與社會二元論之上。但國家與社會係相互交集而非截然劃分，此種區分是功能性觀點所必要，為憲法建構國家、社會與彼此間關係之前提與公理，與可否私營化尚無關聯。第二、在專屬性之判斷標準上卻發生爭議。雖有認為專屬性任務可以實質確定者（*Aufgabentheorie*，任務理論）<sup>53</sup>，但各人對認定對象往往產生相當歧義。反之，有主張任務無從先驗確定，而始終處於動態變化者，但國家對於何者屬於自身掌有，享有最終決定權（*Befugnistheorie*，權限理論）<sup>54</sup>。權限理論的危險在於判斷上有相當的隨意性，可能輕易侵入社會領域或放棄應作為者。

合理的判斷應以辯證方法相互進行。易言之，應基於下列數點判斷：

- 任務屬性為高權任務或給付任務；
- 基於任務屬性，進而判斷任務本身與任務履行是否具備相當可分性；
- 如具備可分性，國家與社會關係變化與社會自力承擔的成熟性，須判斷交付對象是否具有承接能力。此為公、私法組織選擇、與功能私化問題；
- 合理採取各種不同的私營化形態。

---

in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts (HStR)*, Bd. IV, 3. Aufl., 2006, Rn. 27.

51 *Peine* (Fn. 29), S. 355; *Di Fabio*, (Fn. 7), S. 592.

52 *Kämmerer* (Fn. 8), S. 165.

53 *Kämmerer* (Fn. 8), S. 158.

54 *Hans Peter Bull*, *Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz*, 1977, S. 99.

競合性任務(Konkurrierende Staatsaufgabe)為國家與社會對於特定公益實現有競相存在的可能，其實現非必一方所應占有，甚至有交換可能性。其差別在於者須為國家以行政權行使，後者為經濟自由與財產權行使達成公益目的。

專屬性任務之私化，意味著變更任務主體由國家獨占轉向私人。然而專屬性任務不存在能移轉私化問題。因此，須先從憲法解釋是否要求一公任務只能保留給國家作為任務主體，若認為存在任務主體保留條款；或者經由憲法解釋推知，則構成禁止或授權任務私化的基礎。只有在極為例外情況下，才能由私人承擔，例如調解制度或法律轉介私人自訂技術規範標準。否則只適合於形式私化與功能私化實現任務履行<sup>55</sup>。

## (二) 當為性義務與選擇性義務

就國家應否主動或伺機承擔任務觀察，區分為當為性(obligatorisch)義務和選擇性(fakultativ)義務。當為性任務與前述專屬性任務不同之處，在於專屬性表明任務主體只能是國家，但當為性任務是國家在諸多任務間，就其特定者所不容猶豫、毫無暫緩的可能<sup>56</sup>；選擇性任務則欠缺此一強度。憲法就當為性任務可定有「任務先行」條款，依據為憲法第十章關於中央地方權限秩序規範（憲法第107至109條）所載與權限分配相關之任務；與第十三章基本國策、增修條文第10條整體所構成的「國家任務目錄」。凡此憲法任務配屬規定(Aufgabenzuweisungsnorm)已經以例示方式預設任務的當為性。惟須注意的是，憲法成文規範僅為判斷當為性之徵兆(Indiz)。我國憲法既設有大量的任務規範，則除非修憲，中央與地方均不得為任務私化之決定。然在保證履行的前提下，允許組織私化與功能私化，尤其是交通基礎建設（第108條第9項「水陸交通運輸」；第10項「河道」）。

55 Rupert Scholz, Verkehrsüberwachung durch Private?, NJW 1997, S. 14 (16).

56 Isensee (Fn. 50), Rn. 29.

當為性任務條款尚見於地方執行中央法律與委辦事項。就地方角度來看，只要是中央直屬行政以外者，原則上地方有執行中央法律之義務，以履行委辦事項為例外。地方在前者為任務主體，在後者為履行主體；然不論何等情況，均禁止其任務私化。

### (三) 義務性與自願性任務

就自治任務而言，立法者宜就諸多地方待履行任務之間，設定相對應優先實現者，其法律效果影響地方決定空間，構成裁量自主性程度，而分為自願性(freiwillig)與義務性(pflichtig)任務<sup>57</sup>。義務性任務，係立法者認為特定任務之實踐為生活中不可或缺、具有優先性者，得就其決定是否以及如何履行為規範。立法者藉由地方制度法第2條的轉介條款連結特別法規定，而表明特定任務之屬性。自願性任務是指允許任務主體就此等任務，基於政治衡量，保留自願承擔與自主履行權限<sup>58</sup>。通常立法者未如義務性任務規範明確訂定其任務內容，而只是抽象的描述如社會、文化、休憩等事項。原則上，地方並無義務履行，除非在裁量縮減至零的情況下。此一區分如地方制度法第2條第2款規範自治事項為「依憲法或本法規定，得自為立法並執行」與「法律規定應由該團體辦理之事務」兩類情況。同法第19條具體釋明自治事項的內容<sup>59</sup>。

此一區辨如同前述當為性與選擇性，但其義務屬性不同。前者旨在從憲法位階判別，而拘束所有國家權力之行使，具有憲法保留性質。此處為立法者對自治行政的任務課予；至於決定義務強度若

57 黃錦堂，地方自治法法治化問題之研究，頁127（1995年）。

58 *Alfons Gern, Deutsches Kommunalrecht*, 3. Aufl., 2003, Rn. 232.

59 包括：1. 關於組織及行政管理事項；2. 關於財政事項；3. 關於社會服務事項；4. 關於教育文化及體育事項；5. 關於勞工行政事項；6. 關於都市計劃及營建事項；7. 關於經濟服務事項；8. 關於水利事項；9. 關於衛生及環境保護事項；10. 關於交通及觀光事項；11. 關於公共安全事項；12. 關於事業之經營及管理事項；13. 其他依法律賦予之事項。同法第19條與第20條就前述規定再度細分與具體化。我國現制雖規定應與得；但「應」為任務實際包含執行中央法律與地方自治義務。



何之立法裁量，須不違背權限劃分、自治保障與生存照顧之精神之下。立法者本此應為差別的容許性設計<sup>60</sup>。對於行政主體而言，不僅受履行時之拘束程度不同，而且其私營化決定所受自治監督之範圍亦有差別。就義務性任務，除非合憲修法，行政主體不得為任務私化之決定；但不排除以形式或功能私化方式實踐。義務性任務只有在特別法明文授權下，才能為任務私化的決定<sup>61</sup>。自願性任務則原則上允許任務私化。如以成立機構方式或以公物形式提供公用，並非不許其廢止或限制公用的範圍，此處的替代性方案即是功能私化。倘地方基於給付能力欠缺<sup>62</sup>而無力承擔時，自可為功能私化。以下試以簡表義務性與自願性任務說明。

	義務性任務	自願性任務
社會服務	兒少年福利措施、社會救助任務	人民團體輔導；宗教輔導、殯葬設施之設置管理、經營管理
教育文化體育	各級學校教育	學前教育與社會教育任務
安全	勞工衛生安全法、營建管理	
計畫	都市計畫與住宅計畫	
生存照顧	下水道建設與管理、廢棄物清理、水電、道路	特色住宅獎勵
經濟	住宅市場、農林漁牧業管理	農林漁牧業輔導
休閒	自然保育	公園與綠地設施 觀光事業

60 *Thomas Mayen*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Rechtliche Grenzen und rechtliche Möglichkeiten, DÖV 2001, S. 110 (113).

61 § 18a IIa WHG 規定在何種前提要件下，方得將廢水治理的任務一部或全部移轉於私人。*Diana Zacharias*, Privatisierung der Abwasserbeseitigung, DÖV 2001, S. 454 (454 ff.).

62 *Gern* (Fn. 58), Rn. 533.

### 三、權限規範之容許性

權限規範旨在規範得否做成具體決定的容許性。故任務雖已判斷適合私化，但應如何依序轉讓特定任務，屬於權限規範所規制；而形式私化事涉形式選擇之權限行使<sup>63</sup>。以下將規範對權限行使的拘束程度，分別從授權、優先與權衡三種方式說明。

#### (一) 授權規範

若對被規範者行動範圍作相當程度的保留，授權規範與除外規範顯示彼此相反方向的容許性程度。授權規範許可任務主體選取特定形式；而除外規範係預先排除特定形式。因任務與形式私化影響公益程度不同，就任務私化應採取授權規範：許可任務主體不再繼續承擔者，以憲法或法律有明文規定者為限；若欠缺授權者，不得為任務拋棄之決定<sup>64</sup>。在得否私經濟活動決定上，亦可採取此等規範模式。基於立法裁量，更可進一步規範授權要件，規範行政判斷與裁量的準據，形成「若……則」之程式規範態樣。

#### (二) 優先性規範

任務履行為形式選擇權限行使，規制途徑有二。立法者得經裁量而傾向特定形式，以「原則上」的規範語句顯示其立法意圖。此種原則—例外規範，使得行政在選取例外方式時，須擔負理由之證立。例如：

- 任務私化：汽車運輸業主體以民間經營為原則（公路法第36條）。
- 功能私化：公用與獨佔事業之公營原則，以國民經營為例外（憲法第144條）；

---

<sup>63</sup> Gunnar Folker Schuppert, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Staat, kommunale Gebietskörperschaften und Private, in: Ipsen (Hrsg.), Privatisierung öffentlicher Aufgaben, 1994, S. 17 (17 ff.); Müller (Fn. 4), S. 283 ff.

<sup>64</sup> 參見本文肆、一與二，頁228、231。

- 公法組織為優先<sup>65</sup>：如德國大學法第58條第1條。
- 以非私經濟活動為優先：如對於經濟活動的輔助性條款<sup>66</sup>。
- 經由不同規範間相互對照得出。對於一行為設有容許性要件；而有可比性的他種方式卻未受規範者，則前者所受限制自然較後者為多，自為例外規範，例如在私經濟活動之規範。此處立法者可基於自由國或社會國思想，而採取不同取向的規範思維：若限制國家經濟活動而有利於國民經濟者，應為國家經濟活動容許性規範；反之，倘為限制國民經濟而有利於國家計劃經濟者，自當就私營化決定設定要件。

### (三) 權衡規範與評估程序規範

相較於優先性規範，立法者亦可不預設特定立場，但採行重力公式規範。行政須按照立法所定諸多相衝突理由間，如專業認知、政治期待、經濟理性等，進行權衡性判斷。以利益權衡作為調控行政判斷之方法，如我國促進民間參與公共建設法第42條規定<sup>67</sup>。惟權衡規範未必能得到妥善適用。立法者尚可採行程序性要件，要求行政判斷須經「權衡程序」。基於私營化決定向將來形成的特性，宜採程序性之評估規定<sup>68</sup>。評估程序的內涵包括必要性判斷、理由義務與定期審視。

#### 1. 必要性判斷

必要性原則原用於審查基本權侵犯課題。要求公權力之行使，

---

65 參見本文伍、一，頁247。

66 詳見頁本文肆、三、(二)、4，頁243。

67 公營事業移轉民營條例第5條亦有類似規定。立法例參照德國國道法第15條規定：「在不違反公共利益與特殊企業理由下，國道附屬設施經營得移轉第三人」。

68 參見本文肆、一，頁228、231。

須選擇能達到目的之諸種手段中影響最小者。比較遂構成必要性判斷的核心，為權衡過程之前提。它亦可作為複雜性決定中的控制選擇活動之用<sup>69</sup>。從必要性可導出替代性評估(Alternativenprüfung)之義務<sup>70</sup>。行政須先戮力蒐集與臚列各種方案，再就各種方案間為相互參照評估。由於判斷限於比較範圍內，故所選者非真正最適，而是相對最適方法。儘管如此，必要性為引導理性決斷的程式控制規範，而多見於環境法與計劃法<sup>71</sup>，與本議題有關者厥為方案替代性(Konzeptalternativen)評估，係指不同解決方案之考慮。鑒於私營化議題涵蓋面異常廣泛，諸如財政預算、給付品質、工作保障等，完善的評估義務自有其存在必要。必要性所涉及之問題，略有：

第一、任務私化是否為達到公任務實現的最佳方式？此處應判斷國家對公共任務是否仍須繼續承擔，以決定形式或實質私化。

第二、若決定任務保留，又生二階段的評估。第一階段在私經濟活動、組織私化、功能私化的各自範疇內，尋求最佳方案（即下述肆、伍）。第二階段為在這三種可能方案間，因其任務主體仍為國家，所改變者為履行主體，具有相當可交換性。例如原國營公用事業改以公私合營事業（功能私化），或者改以行政法人經營、或地域合作（不採行組織私化）。此時自須跳脫各自範疇、相互參照，尋求真正最佳方式。

## 2. 附理由義務與定期檢驗

容許性要件尚有法定理由的規制意義。立法者課予行政自評是否確有存在著事理上的原因，而採取私營化方式。同時亦為國會與審計權行使監督的判準。此又可搭配理由公開性義務予以保證，避免單方率斷或無心之失，以達到實質正義。透過理由做成得以記載

69 Ekkehard Hofmann, Abwägung im Recht, 2007, S. 170, 196.

70 BVerwGE 104, 144 (149); Hofmann (Fn. 69), S. 196.

71 環境影響評估法第10條、第14條3項；§ 3 I BauGB.

並且保存，理由記錄即可成為目的監督與法律監督的控制對象<sup>72</sup>。它有提高論證負擔功能，在下述私經濟活動（備位性條款）或重大性功能私化的容許性要件中，立法者得使行政自我評估可行性時，必須提出更具說服力的論據<sup>73</sup>。

就過去實施經驗與未來發展，容許性之解釋可轉換為定期檢驗履行方式的義務。例如國家從事經濟活動的公共利益考量與備位性要求，隨著時代變化而有不同解釋，一旦正當理由消失，則形同構成實質私營化義務<sup>74</sup>。而組織私化的部分，在過去不存在新型的公法組織形式，如此一條件克服，則不再有適用組織私化的可能。

#### （四）禁止規定

容許性意義的反面為禁止規定。此從憲法水平與垂直的任務與權限劃分所推導出的憲法保留，且限制立法裁量空間。再就國會保留而論，除明文禁止規定<sup>75</sup>外，亦可從法定任務規範推導，倘立法者未為任何任務解除決定之前，行政不得自行卸除（任務私化）。再者，法定任務有責任與履行可分性意義，可分性的標準係用以確定核心任務本質，從而構成功能私化的範圍與界限。故功能私化委由私人承擔者，僅限於履行方式，而非任務本身，因此禁止根本無法實現調控的公私協力。例如以組織性公私協力方式者，如何設計公股應保有決策影響力的程度，以免遭到私股架空的風險，厥為民主正當性的重要課題。

---

72 Uwe Kischel, Die Begründung, 2003, S. 39 ff.

73 有批評欠缺實際意義，或者只是高度政治象徵意義。Günter Püttner/Thomas Mann, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. II, Kommunale Wirtschaft, § 41 Rn. 41.

74 Wolfgang Weiß, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 206; Peter Badura, Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde zur Erledigung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze, DÖV 1998, S. 818 (821).

75 例如德國北威州地方自治法第107條第6項禁止地方設立銀行。

## 肆、任務私化的容許性規範因素

任務私化係國家決定中止原任務與主體間之從屬關係，而向社會開放、允許私人自行承擔與自我滿足。從法制發展上觀察，架構此決定的容許性要件從三個不同面向進行：一是從國家任務整體層面進行保留或私化的總評估（下述一）；二是個別觀察、積極解除國家就特定公任務本為獨占地位之決定；若經判斷須保有任務獨占的情況，則私營化只有組織私化或功能私化的可能（下述二）；另一則是以規範國家私經濟活動之消極條件著手（下述三）。

### 一、「審酌情勢」條款與「任務批判」條款

我國「公營事業移轉民營條例」第5條規定賦予行政判斷任務私化的授權規定，係採取積極正面方式表述容許性規範。該條規定在實質要件上，政府「審視情勢，認已無公營之必要者」進行總體評價，在程序上經「行政院核定」的兩項要件。政府須以何等標準判斷，無法從規範語句中得知。若為解除法令束縛、或籌措財源、或提升經營效率等，皆可從修法、成立公私合營事業或選擇行政法人，不必然得出任務私化的結論。

立法例上的參考，見諸德國「任務批判」(Aufgabenkritik)條款。任務批判的理念源起於上世紀1970年代，要求省思公任務不斷增加所導致任務狀態的膨大化，是否國家還有相當的承擔能力<sup>76</sup>。思考方向即是著重「目的批判」，以有效適度縮減應承擔之公任務。據此，國家社會的二元劃分是否過於機械，以致於不應有釋出任務之作為；各種不同減少任務的理據究竟是充份還是必要；思考任務放棄應兼顧是否與如何之問題。因此，所謂批判，意即「系統性與批判性評估」<sup>77</sup>。此是從經濟性原則發展出來，而規定於預算

<sup>76</sup> Rudolf Dieckmann, Aufgabenkritik in einer Großstadtverwaltung, 1976, S. 44 ff.

<sup>77</sup> 德國聯邦內政部網站，[http://www.orghandbuch.de/nn\\_412626/Organisations](http://www.orghandbuch.de/nn_412626/Organisations)

法與各邦行政革新法<sup>78</sup>。德國預算法第7條第1項規定：「提出與制定預算計劃時，應注意經濟與節用原則。基於本原則，應檢視國家任務或有利於公益之經濟活動，如何以分割、去國家化或私營化實現。」

此條款採取三種簡潔、但不同之用語：分割、去國家化與私營化。分割(*Ausgliederung*)係改變原有組織結構，將原有組織體之一部分分離並使其獨立化，為組織私化之授權<sup>79</sup>。去國家化(*Entstaatlichung*)應與私營化(*Privatisierung*)一併觀察<sup>80</sup>。去國家化的結果可為完全的基本權行使，而私營化則專指私人承擔公共任務。此一立法意圖可從法條名稱與立法理由推知<sup>81</sup>。該條款既名為「經濟與節用」(*Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit*)，可知要求行政須出於國庫目的，在財政因素下為可行性判斷。任務私化不過為眾多選項之一。即便是選擇任務私化，必須是經過性價比(*Preis-Leistung-Vergleich*)的結果。也就是基於同等國庫支出條件下，比較國家與民間效能，所採取最適合者<sup>82</sup>。故「只要能實現經濟與節用原則」的條件下，此條規範意在授權行政找尋包括私營化在內的諸種合理方案。故無要求國家必為私營化的義務，反而是包括私營化方案的檢驗義務(*Privatisierungsprüfungspflicht*)<sup>83</sup>。此即課予國家有其經濟評估義

---

Handbuch/DE/3\_Aufgabenkritik/31\_Grundlagen/grundlagen-node.html?\_\_nnn=true (最後瀏覽日：2012年9月22日)。

78 例如德國基本法第114條第2項規定審計局「審查帳目及預算執行與資產管理之經濟性」。惟此一條文旨在賦予聯邦審計局的權限以及審查標準，對於不經濟的執行或管理尚無憲法上的制裁。故若將此條文視為國家私營化決定的理由義務尚屬牽強。

79 *Bruno Kropff*, Über die Ausgliederung, FS Gessler 1971, S. 111 (111 ff.).

80 有主張去國家化即為實質上私營化，如 *v. Arnim* (Fn. 32), S. 17; *Di Fabio* (Fn. 8), S. 585.

81 BT-Drs. 12/6720, S. 3.

82 *Jörn Axel Kämmerer*, Verfassungsstaat auf Diät?, JZ 1996, S. 1042 (1043); *Burgi*, (Fn. 32), S. 238 ff.

83 *v. Arnim* (Fn. 32), S. 95 ff.; *Joachim Sanden*, Die Privatisierungsprüfungspflicht als Einstieg in die Verwaltungsprivatisierung, Die Verwaltung 2005 (38), S. 367 (367 ff.).

務(Wirtschaftlichkeitsprüfung)，以尋求最划算的解決方案，如相對於國營化決定顯得不經濟時，即不得採行。檢討結果當有可能繼續維持任務保留。換言之，不存在私營化優先的立法決定，私營化是國家財政減負下的可能結果<sup>84</sup>。

在邦法層次，例如薩克森·安哈特邦在2003年公布「行政現代化原則法」<sup>85</sup>第2條第1項規定：「邦政府至2003年6月30日，承擔邦機關、邦事業、受委託行使公權力機構與交由地方承擔任務，以及繼續維持」。第2項規定：「應評估每一任務是否可被放棄或私營化。若其競爭是可能的，且公行政較無效率、或較不經濟地實現時，應致力於私營化」。立法理由為行政應定期檢驗是否仍有其必要履行現存任務。只有因法律原因或不存在競爭可能時，才由國家繼續承擔。同年，布蘭登堡邦也通過「行政現代化原則法」，且立法理由指出：「任務批評的理念是儘可能減少國家任務之範圍到維持核心領域；於此應檢驗以確認哪些任務在未來（實際性）、以何種方式實現（效率性）。<sup>86</sup>」。而布蘭登堡邦行政組織法<sup>87</sup>第6條將私營化條款規定為：

— 「第1項 任務私營化

依任務批判結論而不應實踐一任務者，應出讓或必要時移轉於自然人或私法人以私法行為方式實現，若

1. 任務得由私法方式實現；
2. 能確保一項任務履行至少經濟或持續適當的實現；
3. 與一個重要的公益不相違背。

依法以直接行政承擔任務者，其私營化需要法律基

84 Klaus Grupp, Rechtsprobleme der Privatfinanzierung von Verkehrsprojekten, DVBl. 1994, S. 140 (146).

85 Verwaltungsmodernisierungsgrundsatzgesetz vom 27. Feb. 2003.

86 7 LT-Dr 5/1892, S. 2.

87 Gesetz über die Organisation der Landesverwaltung (Landesorganisationsgesetz - LOG) v. 20. 12. 2010.



礎。」

— 「第2項 功能私化

若依本條第1項第1句編號1或3之私營化違反同項第1句，應在維持公管轄與確保任務履行下，將其執行全部或一部移轉於私人。」

— 「第3項 公私協力

若按照第1項或第2項無法為私營化，得考慮其他合作方式。」

此一立法例將任務批判劃分為目的批判與執行批判。目的批判要求進行系統性與批評性評價<sup>88</sup>，應檢驗各該任務是否仍有存續必要，是否應履行或應由誰履行。執行批判要求應更張履行方式，應檢驗任務是否正確地執行，須注意人事與物質需求，包括加速決策程序與引入電子政府、計算合適人事物資費用。依照布蘭登堡邦的「關於邦行政現代化目的與架構法」<sup>89</sup>第2條第6項規定，尚且須向議會遞交任務評估結果報告書。與我國僅以跨部會方式整合，若從民主正當性的調控觀點檢視，顯有不同。

## 二、解除任務獨占與開放競爭

私營化思潮發軔之初所遭遇到的質疑，係任務與履行是否得以相互分離。彼時有主張國家任務應由自身擔當實現的載體，其結果等同於國家獨占；而獨占地位也符合國民對於國家增進公共利益的期待。任務私化不啻使得國民所仰賴者有落空的危險。此須從憲法保留、任務屬性與後續法思維，探討解除獨占決定的容許性問題。

### （一）解除國家任務事屬憲法保留

任務私化既為任務去國家化，應先辨明是否存在任務保留。憲

<sup>88</sup> 7 LT-Dr 5/1892, S. 4.

<sup>89</sup> Gesetz über Ziele und Vorgaben zur Modernisierung der Landesverwaltung (VerwModG) v. 10. 07. 2003, GVBl. 2003 I, S. 194.

法就任務保留規範或為明示、或從解釋可得推知。原則上，按照任務之性質為高權或給付而有差別。我國憲法規定中不乏規範國家履行責任的實例。在高權規制性部分，憲法規定國家交通任務為「航空、國道、國有鐵路、航政、郵政及電政」（憲法第107條第1項第5款）。在給付服務性部分，憲法規範有「國營事業」與「國家銀行」<sup>90</sup>與「公營事業」<sup>91</sup>、「公用事業」<sup>92</sup>。在過去任務獨占的思維下，規制任務本屬為高權性質而由國家承擔，自不待言；關於運輸、通訊等給付任務亦認為專屬國家。再觀察私部門因憲法第144條規定，公用事業未經法律許可者，不得由國民經營。所以憲法規範國家任務獨占的態勢，至為顯然<sup>93</sup>。就此等任務存續規範意義，自當以修憲方式更動任務承擔與其後續安排，但在我國四次修憲過程中，均未嘗見其容許性的討論與規範。

## （二）權力獨占

國家為保障基本權而履行安全任務時，就行使行政執行、刑罰與保安處分等物理強制權，享有獨占地位。權力獨占之用意在維護社會秩序，禁止自力救濟。從此又衍生兩項要點：實現權力獨占須遵守法治原則，國家須在自身、社會與人民間以法律制度維持和平、解決爭端，故權力獨占為法之獨占<sup>94</sup>。又國家負有法制定與法適用之獨占任務。再者，國家實力的行使，只能付託於與國家發生職務與忠誠關係之公務員，是以權力獨占在執行層次上又有權限保留之意<sup>95</sup>。憲法雖非完全禁止私人也得行使此等公權力，或者非經

90 憲法第107條第1項第8、9款。

91 憲法第108條第1項第7款。另外增修條文特別規範公營金融機構（增修條文第10條第4項）。

92 第109條第1項第4款與第144條。

93 關於獨占的說明請參照 *Peter Badura, Das Verwaltungsmonopol*, 1963, S. 1 ff, 111 ff.; *Thomas Langer, Monopole als Handlungsinstrumente der öffentlichen Hand*, 1998, S. 119 ff.

94 *Christoph Möllers, Staat als Argument*, 2000, S. 276, 283.

95 *Di Fabio* (Fn. 8), S. 585 ff. 詹鎮榮，論公營事業人員之強制資遣——以台北高等行政法院 94 年度訴字第 1764 號判決出發，收於：黃舒芃編，2007行政管制

職業文官而以公職契約人員執行，但設有原則例外之規範；無論受委託行使公權力或所謂「警民夥伴關係」(Police-Public-Kooperation)，均不能反客為主。權力獨占下的可私化性程度甚低，僅限於少量與任務邊緣，具有高度的固定性，構成修憲界限。

### (三) 生存照顧任務

任務私化較多見諸於生存照顧任務，如郵政、電信、鐵公路與能源。在此係開放私人許其向他人提供服務與勞務之競爭機會，顯示可私化性在此處相當具有浮動性質。國家決定脫離給付行政之履行責任，而轉為就給付實現負起擔保責任。

任務私化決定是否屬於憲法保留而須經修憲程序，在我國未經討論。在德國關於鐵路與郵電方面曾有廣泛討論，多數見解主張須經修憲決定<sup>96</sup>。在個別任務領域間有以明確方式規範，立法例如德國基本法第87條之5規範鐵路私營化之立法，其中第3項規定：「聯邦鐵路以私法形式之經濟企業營運。」又第87條之6規範郵電私營化之立法例。第1項規定為：「聯邦應依需經聯邦參議院同意之聯邦法律，保障郵政與電訊服務之適當與充分。」第2項規定：「郵政與電訊服務為私經濟活動者，應由以德國聯邦郵政之特別財產成立之企業實施。」搭配同法第143條之2第1句：「德國聯邦郵政之特別財產依聯邦法律之規定改組為私企業之法律形式。」等可知，憲法誠命必為特定形式與內容的立法委託<sup>97</sup>。

在決定任務私化之時，須先辨明任務私化之前與後續的體系轉型，包括判斷轉型後的體系是否能承接原先任務，以及所應保留者

---

與行政爭訟，頁219-283（2008年）。多以功能保留稱呼，實則應正名權限保留為洽。

96 Helmut Lecheler, Der Verpflichtungsgehalt des Art. 87 I 1 GG - Fessel oder Richtschnur für die bundesunmittelbare Verwaltung, NVwZ 1989, S. 834 (836).

97 此種須為特定作為之國家任務條款為最強烈的要求。參見 BMI/BMJ (Hrsg.), Staatszielbestimmungen/Gesetzgebungsaufträge, 1983, Rn. 8.

為何。證諸規範、理論與實際須先區分給付任務與給付管制之任務<sup>98</sup>，給付任務轉型為職業自由選擇與行使，所保留者為擔保其實現的管制任務。

### 1. 論證必要性

任務私化決定的效果，不僅為市場開放，亦寓有禁止國家繼續以間接行政方式提供服務<sup>99</sup>。任務獨占的原因多與社會國原則的形成背景有關。往昔個人生活滿足有高度社會依賴性，此類需求如水電、大眾運輸、郵電通訊、公衛醫療與社會救濟。社會國作為憲法原則之一，為課負國家將國民生存照顧為己任，必須積極承擔一切必要基礎建設與服務供應。在19、20世紀初為避免重複與平行投入基礎建設、服務供應的不安定性，主張給付主體只能為國家扮演的角色<sup>100</sup>。這在上世紀1980年代時受到了相當質疑，諸如中央集權而使人民完全依附國家的實際經驗，以及重新詮釋任務主體下，認為存有公共任務之時，只要社會有能力自我滿足，不當然以國家為唯一任務主體<sup>101</sup>。然而，是否存在著自我實現公共任務的能力，需要論證。論證的理由多為：

- 自由權論證：任何國家給付任務的實現，均符合經濟活動方式本質，從而實際上限制私人的經濟自由之行使；
- 效率論證：為追求公共利益的滿足，市場經濟的競爭壓力下，較國家給付方式能優化經營效率；
- 國際經驗論證：證諸各國實際情況發展，多有去獨占化的傾向。

98 *Georg Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1998, S. 182.

99 *Kay Windthorst*, in: *Sachs (Hrsg.), Art. 87e*, 6. Aufl., 2011, Rn. 33.

100 陳新民，「服務行政」及「生存照顧」概念的原始面貌——談福斯多夫的「當作服務主體的行政」，收於：《公法學劄記》，頁55-108（1995年）。

101 *Hans Peters, Öffentliche und staatliche Aufgaben*, in: *Dietz/Hübner (Hrsg.), Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag*, Bd. II, 1965, S. 877 (877 ff.).

## 2. 須存在市場競爭的可能

前述效率論證含有公私承擔能力之比較，且認為由私人競爭下的履行任務，得以取代國家任務獨占。惟解除任務獨占本身，不必然立即發生市場競爭之結果。就實際經驗與學界論述，尚有存在競爭機制選擇的可能<sup>102</sup>。真正符合任務私化的競爭機制，應為市場中的競爭(Wettbewerb im Markt)，故須先判讀是否存在有市場競爭的可能，此與下述功能私化中的進入市場的競爭，為兩組不同的競爭類型。此種競爭強度與自由化程度最高，又稱消費者競爭。是指決定對多數供應者之市場開放，由消費者憑藉其經濟理性選擇必需之服務<sup>103</sup>，而以取消地區獨占即可形成相當市場規模，且採取公用管路模式(common carriage, Durchleitung)，給予供應者近用現有網絡<sup>104</sup>，以達成為消費者提供服務之直接競爭。此如電信與電力市場之開放。

## 3. 確保最適價格下的財產私化

給付任務私化的過程結合組織私化與財產私化。組織私化為任務私化之前提<sup>105</sup>，財產私化為任務私化的必要手段與程序，使國家終止對於財產所有權之主張，且移轉於純粹之私人（私有化）。任務私化既以市場競爭為前提，在財產出售過程中，須避免導致私人

---

102 關於「市場進入的競爭模式」，參見參見本文陸、一、(一)，頁254。

103 Christoph Gusy, Privatisierung als Herausforderung an Rechtspolitik und Rechtsdogmatik, in: Gusy (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben, 1998, S. 330 (341).

104 網絡的可共用性在市場競爭模式至關重要，故又名公用管路之競爭(Durchleitungswettbewerb)。電信、電力供應本身即有普及性網絡存在、且較不生品質參差不齊的問題；但自來水業不僅因輸送成本因距離而增加、且因各家供水的相互混雜，致使衛生與環境品質難以確定，而形成所謂自然壟斷。

105 尤其是給付行政下採取公營造物之組織形態者，基於組織保留，須先依法改制。例如由郵政總局改制為股份有限公司，和德國在1994年的郵政二度改革。

獨占的情況<sup>106</sup>。不當的出售過程，不僅無法求得最適價格，尚有圖利特定對象的批評<sup>107</sup>。在歐盟尚且引發因國家補助而違反競爭法的疑慮。蓋此舉使得特定企業取得在一般市場條件下所不能獲得的經濟利益。若要避免，則私有化過程須開放、透明與競爭，期能使出售價格與市場價格相符。

故除須獲得國會基於預算法上之同意外，我國在公營事業移轉民營條例第6條中，雖就財產私化的方式，賦予任務主體五種方式以供選用：(1)出售股份；(2)標售資產<sup>108</sup>；(3)公私合營事業；(4)經公司合併而成為民營公司；(5)辦理現金增資<sup>109</sup>。惟其財產私化程序，因現行規範密度過低、或因選法過程缺失，未能顧及公民法交錯適用，而多受訾議<sup>110</sup>。調整方向，首先應從手段比較著手，以發現最適者，方符合必要性原則<sup>111</sup>。其次須就個別方式，形成特殊私化程序。例如標售資產自須合理訂定等標期、合理公告與資訊透明化、事前資格審查以防止同業持股、必要時採取中立性鑑價程序，以發現待出售財產的市場最適價格<sup>112</sup>。

#### 4. 確保規制與監督任務之前提

國家既從履行主體轉變為擔保私經濟秩序與穩定的角色，基於

106 此與下述公私合營事業的情況不同。參見頁34、36。

107 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，36期，頁26-39（1998年）。

108 即競價拍賣程序(Bietverfahren)。競價拍賣程序適合於發現侷限於特定市場的潛在競爭者，以最大程度競爭尋求利潤最大化為要旨。固然多用於頻譜分配，但也可適用於土地、建物與其他附屬物。Christian Koenig, Funktionen des Bietverfahrens im EG-Beihilfenrecht, EuZW 2001, S. 741 (742).

109 第4、5點自包括與民營公司進行購併，或者因發行新股引進民間資金，最終成為公私合營事業。關於公私合營事業問題，參見頁34、36。

110 例如交通部於91年標售中華電信普通股13億，遭監察院提出第139號糾正案。

111 例如就上市公司，固宜公開釋股，方不至於特定投資人取得過多控制權；但是釋股方式由於承購者為全體國民，未必能提升經營效率。

112 Entscheidung 2000/513/EG der Kommission, Abl. EG 2000, Nr. L 206, 6 Rn. 63 (Stardust Marine); Entscheidung 2001/120/EG der Kommission, Abl. EG 2001, Nr. L 44, 39 Rn. 19 (Kali und Salz).

後續法的理念，須為預先規制與監督之決定。其理由在於私人以職業自由行使實現公共任務，這種自益性方式未必確能實現公共福祉，而存有調控供應與需求間關係的必要。此一立法委託多以確立任務公共化之目的調控，後綴個別法領域的規範措施以資程式調控。質言之，擔保任務須包括下列四項：

(1) 擔保普及服務的實現：國家因社會國原則而更易為擔保主體，只是因私化而免除履行責任<sup>113</sup>。例如我國電信法第20條規範事業應依主管機關之制定，提供電信普及服務<sup>114</sup>。

(2) 建立競爭秩序：此一目的程式係以競爭導向的產業管制為主，包括費率管制、投資管制、品質管制與濫用市場力之管制。此處競爭法制厥為管制關鍵之處<sup>115</sup>。

(3) 危險防止：任務私化之後續法之一為營業法，重點在於危險防止之規制<sup>116</sup>。相較於德國立法例<sup>117</sup>，在法律保留層次，我國在電信法方面規範較為周全。

(4) 繼受企業(Nachfolgeunternehmen)的規制：舉凡財產轉換、與曾為公營事業之員工的權益保障，均為必要規範對象<sup>118</sup>。

---

113 *Hermes* (Fn. 98), S. 336; *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Tendenzen in der Verwaltungsentwicklung, DÖV 1997, S. 433 (441).

114 其他如郵政法第19條、電業法第37條。值得注意的是，立法例上如德國基本法，係以修憲方式規定，如第87條之6「聯邦應依需經聯邦參議院同意之聯邦法律，保障郵政與電訊服務之適當與充分。」

115 如德國電信法、郵政法第1條、第2條第2項第2款。

116 如電信法中保守秘密義務的要求（電信法第6、7、28、56條之1）。*Bernd Grzeszick*, Versteigerung knapper Telekommunikationslizenzen, DVBl. 1997, S. 878 (880).

117 電信法第2條第2項第6款；郵政法第2條第2項第4款：「維護公共安全利益」。

118 在德國郵政與鐵路私營化議題上，採取不同的作法。鐵路方面為分派模式（Zuweisungsmodell），繼受之德國鐵路公司為聯邦之公營企業。郵政方面為勤務主能力模式（Diensthermfähigkeitsmodell），繼受之德國郵政公司逐漸轉向私私人為主體的方向進行釋股。但基本法第143條第3項特別規定：「在德國聯邦郵政服務之聯邦公務員，應保障其法律地位與雇主之責任而於私企業繼續工作。此企業實施職務主體權限。細節以聯邦法律定之。」張桐銳，民營化與公務人員之身分保障——以榮工處民營化為例，收於：黃舒芃編，2007年行政

### 5. 不存在保留可能性

任務私化之前應評估是否有重整(Sanierung, Rekonstituierung)可能<sup>119</sup>。倘國營事業財務困難或有破產危險時，認為該企業尚有存在必要與復甦可能之前提下，予以調整體質（減少冗員、改善資本結構與所營事業項目）、強化競爭能力，和避免急促轉換所有權關係而降低私人承接意願，實際無法有效實現任務私化目的<sup>120</sup>。

### 三、限制國家私經濟活動

較為棘手的議題是如何說明國家經濟活動與任務私化間的關聯性<sup>121</sup>。國家經濟活動是指國家或地方自行生產與供應私經濟產品與服務，人民得以對價方式在市場上取得與交換。方式略有設立私法形式之企業或投資持股於特定私企業。經濟活動之特徵因此為「價值創造」與「按照商業模式經營企業」<sup>122</sup>。國家私經濟活動所需的投資支出為財政權行使，又往往結合組織權行使成立企業方式經營，而獨立於一般組織行政之外<sup>123</sup>。故仍為公權力之行使，只不過為高權行使以外的另類模式。

---

管制與行政爭訟，頁171-217（2008年）。郵政人員法第4條第1項規定(§ 4 I PostPersRG)。

119 Püttner (Fn. 3), S. 193.

120 此如德國於兩德統一之初所成立的國有資產託管局(Treuhandsanstalt)，依國有財產私營化與組織再造法(Gesetz zur Privatisierung und Reorganisation des volkseigenen Vermögens [Treuhandgesetz])第2條第6項規定「託管局應促進經濟的結構適應性以應市場需要，特別是以能重整事業轉為能競爭企業與其私營化方式影響經濟……」。

121 此處或有採取私經濟活動，何以不是置於形式私營化下討論的批評。若從公共任務經國家承擔而國有化後，勢將思索以何種方式實現。首先應選擇能否以營利活動方式，次而選取何等公、私法組織形式。循此脈絡，則經濟活動自然應為形式私營化的選項之一。本文著重在實質民營化下，須檢討經濟活動繼續存在的理由。

122 Franz-Ludwig Knemeyer, Kommunale Wirtschaftstätigkeit, in: Achterberg/Püttner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. II, 1992, Rn. 147.

123 Winfried Kluth, Grenzen der kommunaler Wettbewerbsteilnahme, 1988, S. 47 f.



然而，國家往往託言民生原則，而以營利方式經營其服務供應，此時從市場經濟的裁判者更替為參賽者的角色。限制或開放國家私經濟活動，適足有利於或妨害市場經濟的運行。規範條件愈是嚴格，則國家經濟活動愈受到抑制，自是愈有利於任務私化的終極目標——即社會有能力以市場機制自我滿足生存照顧<sup>124</sup>。就其容許性可從二個時間點上判斷，從向將來的角度，一事務如經判斷事屬國家任務者，非意味得採行任何形式履行；反之，若檢視過去已實施之經濟活動，若不能繼續該當容許性要件時，國家因不得為經濟活動實現任務私化之效果。

#### （一）我國法制之檢討

由於行政組織態樣的多元，規範經濟活動可透過預算法、地方制度法，甚至其他特別組織法規範<sup>125</sup>進行。我國法制在中央與地方層面分別規範經濟活動。就中央而言，若以經濟行為且設立公司經營者，係以目的條款調控設立決定（國營事業管理法第2條），或成立各種隱藏式預算（Nebenshaushalt，預算法第4條）之基金進行投資決定<sup>126</sup>。在地方部分，地方制度法第73條定有公共造產。依該條文「應致力於」的規範語句，可知立法者採取鼓勵態度。理由有主張地方財政自主性<sup>127</sup>；或認為鄉鎮自有財源比例甚低，不足以支撐地方履行任務。

#### （二）宜規範容許性要件

我國對國家經濟活動的規範，採取相當寬鬆、甚至促進的立

---

124 Erwin Adolf Piduch, *Bundeshaushaltsrecht*, Bd. I, Art. 114 Rn. 2.; Weiß (Fn. 74), S. 206.

125 除公共電視法、大學法外，尚有農業法（農業金融法第27條成立農會信用部辦理金融業務）以及國防事務（例如國防部下轄福利中心、副食品供應站衍生問題，參見馬祖通訊周刊，軍方與民爭利，商店關門大吉，2002年8月2日，[http://www.matsu.idv.tw/board/board\\_view.php?board=25&pid=5581&link=16352&start=0](http://www.matsu.idv.tw/board/board_view.php?board=25&pid=5581&link=16352&start=0)）。

126 例如國家發展基金進行投資決定（產業創新條例第30條第1項第1款）。

127 Albert von Mutius, *Kommunalrecht*, 2004, Rn. 163 ff.

場。是否符合憲法市場經濟與競爭原則，不無疑義。即便是基於民生原則，亦欠缺必要的論證程序。為今之計，應思考在何等條件下始得允許國家經濟活動。適當的規範法制，應為預算法與地方制度法。此處參照德國立法例簡述如下。

### 1. 法定排除條款

經濟活動得用於所有可以想像之生產、消費與分配過程，則亦包括生存照顧，例如醫療服務。立法例上有自始將此種、或附屬性任務免除於容許性判斷。著例如北萊茵邦地方制度法就法定機構、社會與文化扶助機構、街道清掃、經濟與旅遊服務或房屋供應、環境保護、特別是廢棄物清理與廢水處理，與地方專為自身需要的輔助性機構等，以目錄條款的方式，明確認列為非屬經濟活動<sup>128</sup>。

### 2. 須存在一公共目的

經濟活動的容許性要件須確定所追求者，為一正當目的。此係要求經濟活動與特定任務實現緊密相連<sup>129</sup>，確保任務主體能專注於其生存照顧任務<sup>130</sup>。如只是增加財政收入或單純創造就業機會，非屬公共目的。故德國釋憲者在 *Sasbach* 判決中稱：

「公營事業必須直接由給付，而非單只是間接從其盈利與收益

128 第107條第1項規範能源與供水、公共交通與通訊。第1項第2款就社會與文化機構，明確規範為三類：1. 教育、或文化（學校、社區學校、孩童日間托育機構與青少年扶助機構、圖書館、博物館、展覽、歌劇院與戲院、樂團、活動中心、休閒聚會所）；2. 運動與休閒（體育場、動物園與植物園、森林、公園與花園設施、青年旅館、療養院、浴場、與舉辦民俗節慶活動之機構）；3. 健康與社會事項（醫院、殯儀館、療養院、溫泉浴場、養老與殘障院、婦女之家、社會與醫療問訊處）。目前曾出現的案例如：補習課程非屬地方之國民教育課程 OLG Düsseldorf NVwZ-RR 1997, 1470 ff.- Nachhilfe.；廢車回收業 OLG Düsseldorf, NVwZ 2000, 111 ff.-Autorecycling.

129 此見我國就投資決定設有極為明確目的規範，例如產業創新條例第29條規定為「加速產業創新加值，促進經濟轉型及國家發展」。

130 *Ulrich Hösch*, Öffentlicher Zweck und wirtschaftliche Betätigung von Kommunen, DÖV 2000, S. 393 (393 ff.).

服務地方居民；純粹國庫營利之公營事業在地方是禁止的<sup>131</sup>。」

可視為公共目的者，為民生需要卻又不存在市場供應者；或者基於政策目的，如確保總體經濟結構的完善、原物料來源穩定。目的條款之調控較為寬鬆，地方解釋此等不確定法律概念，享有相當寬廣的判斷餘地<sup>132</sup>，法院退縮為寬鬆的明顯性審查。通說承認只要地方能證明不僅單純營利，尚且滿足特定公共目的者，即可滿足要件；例如所提供之產品或給付屬於地方任務範圍內、確能滿足當地居民需求。一般而言，如基礎建設的種類與內容、住宅政策、都市建築的發展與更新政策、經濟輔助等。

### 3. 必要性

#### (1) 預算法的經濟性條款

經濟性條款要求行政擔負經濟性調查之義務<sup>133</sup>。行政應在經濟性標準上尋找替代性方案、蒐集相關重要資料以資比較，就重大投資案所生財政上與其他影響層面的後果發展，為前置化估量。經濟性條款不單指成本效益分析計算<sup>134</sup>。固然我國預算法第34條也有「重要公共工程建設及重大施政計畫，應先行製作選擇方案及替代方案之成本效益分析報告。……」之規定<sup>135</sup>。成本效益分析是從企

131 BVerfGE 61, 82 (107).

132 Dirk Ehlers, Rechtsprobleme der Kommunalwirtschaft, DVBl. 1998, S. 497 (498); BVerfGE 39, 329 (334).

133 德國預算法第7條第2項；巴符州地方預算法(GemHVO BW)第10條第2項。

134 Susanne Tiemann, Die staatsrechtliche Stellung der Finanzkontrolle des Bundes, 1974, S. 132.

135 中華民國一百零二年度中央政府總預算編製辦法第11條第2、3項：「前項屬奉行政院核定之新興重大施政計畫及公共工程建設計畫，應將其所作備選方案之成本效益分析，以及相關財源籌措與資金運用說明，依預算法第三十四條規定送立法院備查。前項成本效益分析，應確實評估未來營運及維修成本支出等財源籌措之可行性。」；以及中央政府中程計畫預算編製辦法第25條亦明定：「有關政府公共建設、科技發展及社會發展個案計畫之擬編，應加強財務規劃，對於具自償性者，須列明自償比率；並對所需經費及其成本效益詳加評估。其中屬重要公共工程建設應先徵詢民間投資意願，並製作替代方案，俾供選擇。」

業經濟面分析待實現任務的可行性，它有助於在方案選擇間排列出相對優先順序。但若應用在政府決策層面，則或有不足之處。例如只能從量化方式考慮時，其他非經濟因素如公平性、生態維護或社會性價值的影響即無從得知。而公共投資本身就是面臨多重目標的選擇，彼此間產生抉擇衝突。又大多數公共投資會發生長遠效果，尤其成本和效益的判斷會發生在不同時點上。再者公共投資所產生的預期結果在給付安全上帶有不確定性與風險。凡此成本效益分析侷限性，均須審慎估計<sup>136</sup>。此外，尚要考量經濟活動之政策目標，以符合憲法所定總體經濟均衡的狀態<sup>137</sup>。尤其是總體經濟發展為一不確定法律概念，應隨時空情況做出不同解釋<sup>138</sup>。

## (2) 給付能力條款

私經濟活動需要特殊商業知識與經營管理能力。由是，給付能力條款要求任務主體須就其「行政與財政」給付能力<sup>139</sup>和現實需求相適應，要求所欲者與所能者間進行相稱性判斷，屬於特別的經濟性與節用性原則<sup>140</sup>。故旨在保護地方財力，不因此承受過份負擔、或供應原本不存在的市場需求，而排擠現存任務履行能力。給付能

136 張四明，成本效益分析在政府決策上的應用與限制，行政暨政策學報，3期，頁45-80（2001年）。

137 *Wolfgang Däubler*, Privatisierung als Rechtsproblem, 1980, S. 107, 111; *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980, S. 436. 此亦為關於德國預算法之行政規則所要求。

138 例如第一階段的「進口替代時期」（1950-1961年）物資不足、基礎建設尚未成熟。國營事業扮演振興農業、重建經濟的角色。第二階段「出口導向」（1962-1972年）此為經濟發展階段萌芽期，國營事業負責調節市場，扶植民間企業的興盛。第三階段為「進口替代導向」（1973-1980年），朝向奠定國內基礎工業的產業體系，穩定支援國防民生所需，追求量的充分供應以滿足市場需求。第四階段「擴大內需」（1981年以降），由於民營企業成長，且成為經濟骨幹後，國營企業已經不需主宰供應民生機能的角色。

139 *Peter Badura/Peter M. Huber*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Aufl., 2005, Rn. 124.

140 *Bernhard Stürer/Uwe Schmalenbach*, Rechtsgrundlagen der Kommunalwirtschaft, NWVBl. 2006, S. 161 (166).

力之判斷，應從地方的預算狀況、或其他具有可比性的地方以及需求預測著手<sup>141</sup>。若涉及地方自治事項，則地域性原則(Örtlichkeitsprinzip)尚且要求不得有跨越地方的考慮<sup>142</sup>。此種「地方保護條款」<sup>143</sup>對於承擔自願性任務時，尤其有促使量力而為的警示功能；就已經承擔而營運成本增加、形成財政負擔之際，具有減負的調控功能。給付能力之判斷，應從地方的預算狀況、或其他具有可比性的地方以及需求預測著手<sup>144</sup>。此處建議條文為：「依其性質、範圍與其地方之給付能力與預計需求應相當」。

#### 4. 輔助性條款

輔助性條款係保護私經濟體制而免於國家爭利之侵害，具有「功能閉鎖條款」(Funktionssperre)之意義，以排除經濟活動的運行<sup>145</sup>。若已為國家或地方經營者，此規定還賦予任務主體定期與市場經濟相比較之評估，決定可否解除經營方式，真正落實優先保護市場經濟活動。立法例如要求地方：「除該公共目的無法由其他企

141 Peter J. Tettinger/Wilfried Erbguth/Thomas Mann, *Besonderes Verwaltungsrecht*, 10 Aufl., 2009, Rn. 299.

142 依照德國聯邦憲法法院的見解，「所謂地方團體的事項為，根源於地方團體的或者與其有特別關聯的需求，也就是居民全體本身之需求而涉及人類共同生活者。」BVerfGE 79, 127 ff. 惟此一原則並非沒有例外，在能源、交通領域的跨區域合作即屬一例。故立法者可規定就此領域無須得地方之同意。

143 我國亦有類似規定，如社會教育法第5條：各級政府視其財力與社會需要，得設立或依權責核准設立左列各社會教育機構：1. 圖書館或圖書室。2. 博物館或文物陳列室。3. 科學館。4. 藝術館。5. 音樂廳。6. 戲院。7. 紀念館。8. 體育場所。9. 兒童及青少年育樂設施。10. 動物園。11. 其他有關社會教育機構。

144 Tettinger/Erbguth/Mann (Fn. 141), Rn. 299.

145 Edzard Schmidt-Jortzig, *Die Zulässigkeit kommunaler wirtschaftlicher Unternehmen im einzelnen*, in: Günter Püttner (Hrsg.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, 2. Aufl., Bd. V, 1984, § 93 B, S. 54 (62 ff.). 自2005年起德國各邦地方制度法均規範一般性與加重性輔助性條款。一般性的規範模式是「若該給付由私人能更好或更經濟的方式提供」。加重性的規範模式是「若該給付也能由私人同等良好或經濟的方式提供」、「若較第三人更佳與更經濟的履行地方任務」(68 I Nr.3 mvKV)。就上述立法例觀察，略有布蘭登堡州與MV的規定真正起到私營化檢驗義務的作用。

業更好的、或更經濟的方式實現者外，不得進行經濟活動」。

為真正落實輔助性原則、消除判斷的困難，以及強化議會的調控效能，尚可運用程序調查與報告義務，要求其進行自評。此一程序規定不存在違反權力分立或干涉自治核心領域，因為調查或報告結果不強制行政應採取如何的任務履行方式。此一規範對於司法審查行政判斷亦有莫大助益。而自評與報告義務略有兩項：

(1) 預算法上市場調查義務 (Markterkundungsverfahren，或稱利益調查程序 *Interessenbekundungsverfahren*)，此如德國預算法第7條2項，或相關地方制度法，使國家或地方須自負證立經濟活動之合理性，確實保護私競爭者不必要的競爭<sup>146</sup>。

(2) 地方制度法之報告義務：在地方制度法層次可有兩種設計，均本於程序化與透明化的思考。一為萊法邦的企業報告義務 (§ 90 II 3 Nr. 4 GORP)。它要求地方行政應向地方議會在提出預算草案時，應同時附加超過5%以上的參股報告書 (*Beteiligungsbericht*)，包括自營企業與行政法人。又為定期審查，地方議會應公開討論，且以合適方式向居民公告。二為如黑森邦與北萊茵邦地方制度法規定，地方議會應聽取經濟活動對於手工業與中小企業的影響報告；並得調取工商協會之意見，使俾能知悉「全部關於經濟活動的機會與風險」 (§ 121 VI HGO; § 107 V GO NW)。市場調查程序僅具有程序意義，並不使得地方必須接受調查結果。雖然如此，仍有使國家或地方自證合理的公開性調控功能<sup>147</sup>。

### (三) 實務發展

在實務爭議方面，雖因德國各地地方制度法要求寬嚴不一，但

---

<sup>146</sup> Rolf Grawert, *Zuständigkeitsgrenzen der Kommunalwirtschaft*, in: FS Blümel, 1999, S. 119 (134).

<sup>147</sup> Dirk Ehlers, *Das neue Kommunalwirtschaftsrecht in Nordrhein-Westfalen*, NWVBl. 2000, S. 1 (2).

整體上仍不脫此三項要件之限制。就要件審查、判斷餘地之有無、關涉自治機關監督、市場經濟的自主性與個人工作權的實踐程度。就公共目的之存在，德國聯邦行政法院就一則地方殯葬業務是否侵害個人經營葬儀社之經濟自由，認為：固然合目的性與否，須從任務主體角度確定，而存在相當的判斷餘地。「只要不是專為營利為唯一目的者，而是為考量精神上特殊需求、費用收取不存在競爭法上疑慮、與相關社會利益者」，即符合公共目的。就第1項公益拘束性要件，例如以出售汽車牌照方式無法促進居民的福祉，亦不足以保護免於偽造車牌，只不過有利於地方財政收入<sup>148</sup>。至於給付能力條款的衡量標準為任務主體的財政狀況、居民數量、獲利可能等標準。雖然尚乏指標性案件，但不宜遽下判斷餘地之結論，而應從有無錯誤判斷、調查缺失與權衡錯誤作為審查標準，尤其是各邦已紛紛設有市場調查程序之規範，自應依照調查程序與預測結論間是否合致為審查標準。

輔助性條款旨在要求品質與經濟角度較私人提供為優者。值得注意者，在此三要素中，只有輔助性條款有第三人利益保護目的。惟迄今行政法院尚否認競爭私人得請求不作為<sup>149</sup>。除非競爭者之經濟活動因此受「無法忍受程度的限制」、完全「不能」實施，或地方成為「不允許的獨占地位」<sup>150</sup>。換言之，私人無法主張享有免於競爭之自由，只有在其企業存續受到威脅或競爭已造成嚴重影響，方得承認競爭者之訴權。值得關注的是，萊法邦在1998年因修改輔助性條款，緊縮地方實行經濟活動空間，而引起地方聲請抽象規範審查的案件中<sup>151</sup>。邦憲法法院認為輔助性條款有保護第三人之意義，企業所有人應得請求地方遵守相關法令。只要私人也能同等實

---

148 BVerwGE 39, 329 (333).

149 BVerwGE 39, 329 (333); BverwG, NJW 1995, 2538.

150 BVerwGE 30, 191 (198); BVerwGE 39, 329 (337). BverwG, NJW 1995, 2538 (2939).

151 RPVerfGH DVBl. 2000, 992.

現公共目的，該條規定本身就具有障蔽地方經濟活動之效力，競爭者自具備訴訟權能。

## 伍、組織私化的容許性規範因素

在判斷任務仍須繼續保留於國家或地方者，才有形式私化的可能。此又有兩種決定的可能：一是組織私化，二是功能私化（下述陸）。組織私化的容許性議題，主張本於行政形式選擇自由者，除地方自治的組織高權論據外<sup>152</sup>，尚有傳統上之習慣作為<sup>153</sup>以及無關高權行使事項之論點。但過去公法形式種類貧乏，未能有如現成而多樣的私法形式可供選擇。贊成者雖無意於使其受私法之主宰，但論據多以擺脫公務員法或預算法之拘束為主<sup>154</sup>。且私法組織形式可滿足任務需求，但無法說明公法形式不足以採行；倘公法組織形式能經由合理設計，則選擇自由的立論即受到動搖。甫通過之行政法人法即是一例。

作者以為，組織私化為組織裁量權行使，以求任務之實現，二者間既為方法目的之關係，復為事權合一原則。其規範應從任務規範與權限規範分別探討。對特定任務享有管轄權者，本於任務自我負責性，就其實現自享有組織權（下述一）。復次，從組織的措施性功能出發，探討組織私化是否宜為實現任務之方式，選擇權限應否與如何受到規制（下述二）。

---

152 *Werner Hauser*, Die Wahl der Organisationsform kommunaler Einrichtungen, 1987, S. 4; *Gunnar Folke Schuppert*, Institutional Choice im öffentlichen Sektor, in: Dieter Grimm (Hrsg.), Staatsaufgaben, 1994, S. 647 (647 ff.).

153 BVerwGE 94, 299 (231).

154 *Zuleeg* (Fn. 28), S. 386.



### 一、組織裁量權之規制

就組織形式之裁量，憲法雖規範有「機關」、「機構」、「事業」三種，但應解為例示規定。就機關而言，除憲法明文規定外，尚涵蓋立法委託方式（增修第3條第3項）。則除非有憲法上極為特殊事由，應不許以私法形式成立。較有疑義者為機構與事業。解釋上類同德國基本法第86條明定為中央間接行政。

然我國憲法未預設公私法形式之規範。按組織選擇帶有相當預測性質，須依制度性法律保留原則形成。單從行政組織權，尤其是主張本於地方自治的組織高權，逕自認定行政享有「最終決定權」的看法，過於片面<sup>155</sup>。故立法者須針對任務特殊性，認有必要以特定組織形態為最適者，而擇定公法與私法組織。一般以高權行使才能實現的任務（例如高度政治性或管制下命之外交、治安等），均與郵電服務提供者，究屬有間。因此，已由中央行政機關組織基準法<sup>156</sup>規範層級式行政，排除間接行政的規範結果，自然更無組織私化之可能<sup>157</sup>。反之，有以憲法明確規範公用事業與獨佔性企業（憲法第144條<sup>158</sup>）或國營事業管理法規範間接行政者，自有選擇私法組織的可能。是以，直接或間接行政秩序，為組織私化的前置性問題。

另一規範任務配屬秩序者，為地方執行中央法律與委辦事項之規定。就地方而言，就執行中央法律任務是否得以組織或功能私化

155 此亦如 Otto Mayer 所曾經警示。Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, Nachdruck der 3. Aufl. von 1924, 1969, S. 117.

156 立法例參見德國基本法第87條第1項第1句：「外交事務、聯邦財政及本基本法第89條所定之聯邦水路與航運行政，屬聯邦直接行政事務，由聯邦政府下級行政機關執行」。第87條之1第1項第1句：「聯邦國防行政，由聯邦行政有從屬行政機關掌管。」；第89條第2項第1句：「聯邦由其自設機關管理聯邦水路」。

157 Lecheler (Fn. 96), S. 836; Müller (Fn. 4), S. 247.

158 此如德國基本法第87條之6第2項劃分直接與間接行政：「前項所定之勤務（按：指郵政與電訊）為私經濟活動者，應由以德國聯邦郵政之特別財產成立之企業實施。郵政與電訊領域內之高權任務，應由聯邦直接行政履行。」

之決定，依該法律規定（如選舉與戶籍登記）。而憲法所定委辦事項（第108、109條）係本於中央地方權限秩序內，劃分任務主體與履行主體，規範中央在例外情況下，得將、也只能將任務履行委託地方公法人執行，而地方就委辦事項的組織形式選擇與功能私化決定，受委辦事項所依據法律與委辦機關之指令拘束。

## 二、權限規範下的法定評估義務

憲法之秩序原則，對於組織私化決定具有高度的指導意義。蓋經濟節用或人事鬆綁的論證理由中，只是組織私化的一個啟動因素，是否得以支撐私法組織形式的決定，尚待與其他因素為合理權衡。私法組織形式相較於同等之公法形式，更不受設立主體基於民主正當性節制。地方亦可能因此形同控股單位，不符合憲法對自治行政的期待。德國聯邦憲法法院曾在著名的 *Rastedt* 判決中指出：「關於履行一項任務時，維持地方自治中政治與民主的功能，優先於單純經濟性質的考量。<sup>159</sup>」

組織形式的選用行為，為合義務之裁量。在判斷私法組織是否最適於實現特定任務時，須先臚列相對應的公法組織進可替代性比較。

### （一）組織形式的規制

就行使組織形式之權限，立法例有賦予行政擇一或優先選擇之規定（下述1）；亦有要求選擇前，須說明二者間究竟有何優劣之處（下述2）。

#### 1. 同位性或備位性規範

同位性或備位性規範顯示立法對組織裁量的可能規制。略有幾

---

159 BVerfGE 79, 127 (153).

種形態<sup>160</sup>：

- 行政須相互比較公、私法組織形式<sup>161</sup>；
- 基於調控因素，可傾向選擇特定公法組織形態為優先，如行政法人或公法自營事業。除非能證明私法組織較公法組織為佳者<sup>162</sup>；甚至明定選擇特定私法組織（如上市公司）而非其他形式時，須舉出存在特定優點之事實<sup>163</sup>；
- 或從待履行任務所欲實現的特定公共利益判斷，以一般性<sup>164</sup>或加重性<sup>165</sup>公共利益決定。

## 2. 相稱性原則的具體化

立法者雖因地方自治與行政組織權，不能過度干涉其組織選擇裁量，但在程序上要求行政進行自我評估，卻不失為可行辦法。此一義務使得選擇判斷過程透明化，自不能託言享有判斷餘地；而且自治監督能因此確實可行。評估義務為相稱性原則的具體化，立法例如萊法邦地方制度法第92條規定<sup>166</sup>：

「若地方欲設立第85條第4項第1句私法形式之經濟事業或機構，須提出公、私法組織形式之優缺點個案性分析。分析中須就組織、人事經濟、共決與平權法制、經濟、財務與稅收差異性及其對

160 *Johannes Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung*, 2000, S. 237. 此處備位性條款與前述經濟活動不同。

161 例如德國下薩克森州或石荷州(§ 108 IV S. 2 Halbs. 2 GO Nds; § 102 I 1 Nr. 1 GO SH)。

162 例如東德地區的梅前州、薩安州、圖林根州(§ 69 I Nr. 1 KVerf M-V, § 117 I Nr. 1 GO LSA, § 73 I 1 Nr. 2 ThüGO)。

163 例如巴符州、北威州、與萊法州(§ 103 II GO BaWü; § 108 III GO NW; § 87 II RhPf)。

164 例如萊法州、石荷州(§ 87 I 1 GO RhPf, § 102 I Nr. 1 GO SH)「公共目的能證明此法律形式為正當者」。

165 石荷州(§ 102 I 1 Nr. 1 GO SH)「重要利益」。

166 其他尚有下薩克森州(§ 109 I Nr. 1 nds.GO、石荷州(§ 102 I Nr. 1 sh.GO)、薩安州(§ 123 I LSA SA)。

地方預算、資費相對照。前二句亦適用於地方以私法形式承接一企業、就其直接或間接入股、欲從自營事業或獨立性公法事業轉換為私法形式以及第86之1條第5項之情形。分析報告須無遲延向監督機關、至遲決定六週前提出。」

相稱性原則運用在組織形式選擇上，若改寫 Alexy 的衡量法則，可為：「若愈不選擇公法組織形式，則私法組織形式的重要性必須隨之愈高」。故其立法目的在於要求行政自我評估，逐案中發現私法組織確實存在可以採行的理由。

### 3. 設置與裁撤

承上2，贊成組織私化的理由，除了較為次要的設置與撤廢的便利性以外，觀察前述立法例之意旨，主要基於下述4、5點，此亦為評估重心。

主張私法組織之成立或裁撤較為簡易者<sup>167</sup>，認為私法已經提供各式組織類型，且實現特定任務需有法律能力，故如依民法第22與88條或公司法第7條登記時較為簡速易行<sup>168</sup>。相較之下，公法組織形式在未制定行政法人法或真正的行政組織法時，欠缺一般性規範，其成立有賴於特別法，依經驗顯示相對漫長。

惟單憑此點似有誇大私法形式的優點：按成立時程與手續便捷只能顯示其一次性與短期性優點，卻不一定保證該組織的給付安全與監督實效<sup>169</sup>。且若已有基礎性法律存在時，則行政主體亦可設置

---

167 Folker Gunnar Schuppert, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verselbständigte Verwaltungseinheiten, 1981, S. 125 (125 f.); Dirk Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 293.

168 依民法第30、59條與公司法第6條之許可與登記。

169 Wilfried Erbguth/Frank Stollmann, Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch private Rechtssubjekte? – Zu den Kriterien bei der Wahl der Rechtsform –, DÖV 1993, S. 798 (804).

公法形式組織<sup>170</sup>。在裁撤時，倘依公法形式成立，自亦應依特別法規定廢止。

#### 4. 內部組織結構與人事制度

批評公法組織形式，係著眼於科層式行政的繁複流程、經營績效低下，不如私法形式能快速反應，積極調動成員的自我負責性、縮短作業與決策程序<sup>171</sup>。尤其進用人員與管理須適用公務員法制<sup>172</sup>。而考銓與晉升制度、身分保障與俸給制被認為阻撓人力運用的活絡，亦不足以吸引特殊專才<sup>173</sup>。是以私法勞動契約方能因應任務需求。

此說在過去或有理由，但法制中本已導入經濟管理原則與新式調控機制（憲法增修條文第10條第4項）<sup>174</sup>。在過去經驗中低估公法組織的可塑性<sup>175</sup>。若將現有組織予以適當改造，也可達到私法組織所能應付的狀況。例如以不同程度獨立性組織與行政法人制度的設計。再者人事措施也可藉特別法方式排除公務員法適用，改以聘用方式實現，未必較勞動契約屈居人才的劣勢地位<sup>176</sup>。

---

170 *Erbguth/Stollmann* (Fn. 169), S. 804.

171 *Otto Bachof*, *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*, VVDStRL 30 (1972), S. 193 (233).

172 如交通事業人員任用條例。

173 *Wolfgang Graf Vitzthum*, *Gemeindliche Grenze der Privatisierung kommunaler Wirtschaftsunternehmen*, AöR 104 (1979), S. 580 (590); *Schuppert* (Fn. 167), S. 126.

174 其他如國營事業管理法第4條經營方式：「國營事業應依照企業方式經營，以事業養事業，以事業發展事業，並力求有盈無虧，增加國庫收入。」同法第16條會計制度：「國營事業之會計制度，由主計部依照企業方式，會商事業主管機關訂定之。」

175 *Ehlers* (Fn. 167), S. 301.

176 國營事業管理法第31條對於考試用人原則已作適度調整：「國營事業用人，除特殊技術及重要管理人員外，應以公開考試方法行之……。」*Rolf Stober*, *Die Privatrechtlich organisierte öffentliche Verwaltung*, NJW 1984, S. 449 (452).

### 5. 預算、財務結構與有限責任

力主私法組織形式者，多訴諸擺脫國家預算與審計制度的調控<sup>177</sup>，以便提高信貸能力、應付資金需求量大之任務。或者因私法組織而受有限責任的保護，只有在出資額範圍內為清償。

就前者而言，可經由修正預算法制，例如強化施政計畫導向的預算控制<sup>178</sup>。且為國家管理財產、經營事業以實現民生或政策目的者，本應受到相當規範。後者誤解公法組織形式財務的流動性(Liquidität)<sup>179</sup>，忽略設立之行政主體本身並無破產能力，而且不應忽視公法組織在取得資金時的便利性<sup>180</sup>。尤其若以不具獨立性事業機構者，不能自己獨立決定訂定契約承擔義務，須經其設立主體<sup>181</sup>。且依我國法制，公營事業已因修法得經政府核准發行公司債<sup>182</sup>。最後，如僅依公司法成立之公營事業仍然具有破產能力。惟公營事業成立之目的本在於滿足特定政策或民生原則，於財務危機時仍居於保證地位。故得事先以立法方式排除破產能力或者事後承擔責任<sup>183</sup>。

### 6. 稅捐

若採取私法形式，未必在稅捐上有利於公法組織形態。固然以公司形態成立者，在投資階段可在增值稅申報中相互結算計為輸入增值稅(Vorsteuerabzug)，可以在應交稅款中扣除，此在廢水或廢棄物處理需要眾多設備時，似具吸引力。惟就長期營運觀察，所負擔

177 *Erbguth/Stollmann* (Fn. 169), S. 803. 黃錦堂，行政組織法，頁263（2005年）。

178 *Erbguth/Stollmann* (Fn. 169), S. 803；黃錦堂（註177），頁263。

179 *Thomas Mann*, *Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft*, 2002, S. 159.

180 *Hauser* (Fn. 152), S. 165; *Müller* (Fn. 4), S. 331.

181 §§ 18, 26 BHO/LHO, § 87, 96 III BWGO.

182 國營事業管理法第15條。

183 防止破產義務(Konkursabwendungspflicht)，見 *Mann* (Fn. 179), S. 160. 關於責任法的保證義務(Einstandspflicht)，見 *Stober* (Fn. 176), S. 457.

營業稅將轉嫁於提高消費者費用上<sup>184</sup>。此點與公法組織形態相較，不具有優勢。

## (二) 實務發展

經作者細察，迄今尚未有評估公私法組織形式的指標性判決。按理應有自治監督之空間。從行政實踐來看，類似行政法人之德制公法形式之地方事業(Kommunalunternehmen)，已在超過半數邦地方制度法中確立，有為數不少的事業（醫院、劇院）已因此成立或者轉型。就評估義務來看，作者試舉一例：1997年德勒斯登市以自營事業經營市立醫院，2011年議會建議將三家醫院轉型為公司形態，在本件提交報告與委外鑑定書中，從二個層面探討：評估是否對市場經濟發生不利性影響；是否得選擇私法形式<sup>185</sup>。

## 陸、功能私化的容許性規範因素

形式選擇自由包括選擇私人履行國家任務的權限。所謂功能私化，實則處於形式與實質私化之間。故前揭憲法的任務歸屬與權限秩序原則，於此均有適用。此際國家仍為任務主體，但履行過程之全部或一部移轉於私人，私人因委託成為履行主體<sup>186</sup>。此處容許性

184 OVG NW, NVwZ 1995, 1238 ff.; *Friedrich Schoch*, Rechtsfragen der Privatisierung von Abwasserbeseitigung und Abfallentsorgung, DVBl. 1994, S. 1 (9).

185 自評報告與鑑定書請分別參見：Landeshauptstadt Dresden, Vorlage Nr.: V1295/11, unter: [http://xn--bndnis-fr-krankenhuser-i5b27cha.de/wp-content/uploads/2011/10/V1295\\_1\\_1\\_Vorlage\\_Gremien.pdf](http://xn--bndnis-fr-krankenhuser-i5b27cha.de/wp-content/uploads/2011/10/V1295_1_1_Vorlage_Gremien.pdf). S. 7 ff.; Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Abwägungsgutachten zur Überführung der Eigenbetriebe Dresden-Friedrichstadt, Städtisches Klinikum, und Städtisches Krankenhaus Dresden-Neustadt in eine Eigengesellschaft der Landeshauptstadt Dresden, unter: [http://xn--bndnis-fr-krankenhuser-i5b27cha.de/wp-content/uploads/2011/10/V1295\\_11\\_Anlage\\_1\\_zur\\_V1295\\_11\\_Variantenvergleich.pdf](http://xn--bndnis-fr-krankenhuser-i5b27cha.de/wp-content/uploads/2011/10/V1295_11_Anlage_1_zur_V1295_11_Variantenvergleich.pdf). S. 8, 19-41.

186 *Helmut Schulze-Fielitz*, Grundomdi der Aufgabenwahrnehmung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR, Bd. I, 2006, § 12, Rn. 110; *Weiß* (Fn. 74), S. 36.

要件的内涵，繫於委由私人履行而仍能期待任務合理實現，故履行之持續穩定構成容許性重點。

為功能私化決定時，應分兩階段次第進行：從任務主體角度觀察，是任務履行有其可分性，須判斷可移轉性（下述一至三）；另從承接的私人觀察，為可實踐性，須判斷私人是否有能力擔負（下述四）。因此容許性要件本質為「可移轉性審查」（Übertragkeitsprüfung；或者可剔除性(Ausgliedbarkeit)）審查義務；以及私人可承接性審查。此由促進民間參與公共建設法第42條與第44條分別規範。且須按照任務特性連結各該特別法為實質性判斷，此在解釋促進民間參與公共建設法第3條須合併參照。

### 一、可選擇類型

功能私化所應用的任務屬性、範圍與程度（規劃、建設、營運、金額、時間）不一，馴至原任務主體對於履行責任的保證難度發生變化，立法者應提出可能類型以供運用，並針對個別類型設計其不同的容許條件。在此應先定位競爭模式（下述一）、其次方為委託形態與範圍（下述二、三）。

#### （一）市場進入的競爭模式

憲法第144條規範「公用事業及其他有獨佔性之企業，以公營為原則，其經法律許可者，得由國民經營之。」解釋此一規範涉及競爭機制的選擇。前述任務私化後，不必然造成的市場競爭的態勢。此際可供思考的選項，為憲法例外允許「國民經營獨佔性企業」模式。按功能私化的特性在於引入市場競爭機制於履行責任之中，進入市場的競爭(Wettbewerb um den Markt)遂為選項之一。倘無法期待市場競爭的出現，則市場進入之競爭可為替代方案。這是指，雖存在著因政治決定或經評估無法期待直接競爭的情況，但認為利用私人服務更能符合經濟性原則<sup>187</sup>。此種競爭模式中，仍然存

187 Johannes Masing, Regulierungsverantwortung und Erfüllungsverantwortung,



在著地區獨占性質，所提供服務之私人為能取得該地區唯一滿足公任務而競爭；所競爭者，為獨占經營。著例為自來水供應<sup>188</sup>與我國高鐵。此種情況中，直接競爭僅僅存在於甄審前之階段，而不及於服務供應階段。此時為實現公共利益，原任務主體僅能在制定甄審標準與契約合意上著墨，蓋取得事實獨占後的經濟理性的完全不可得。

### (二) 組織模式

功能私化的任務履行方式，可為契約型與組織型<sup>189</sup>。組織型結合組織私化與部分私化所形成的公私合營事業(Gemischtwirtschaftliche Unternehmen)，國家就其出資範圍內決定仍為公權力行使，而事業行為本身不屬之。此種公私夥伴關係因建立於組織基礎上而益形穩固，對利用者可直接發生法律關係。惟其持股比例應作如何設計，事涉任務主體之認定甚鉅。換言之，倘國家無意或不應任務私化，卻因出資組建過程中遭財團架空，最終喪失對其調控效能時，即不能認為合法。故判斷重點在於公股所佔比例是否必為50%，以及如何設計其調控模式<sup>190</sup>。

### (三) 契約模式

契約模式為任務主體以合約方式，將特定任務作為契約內容，私人因而成為履行主體。我國就契約模式特專法以資規範，然其規範重點置於民間機構與政府間關係、營運權與所有權問題，並在第

---

VerwArch 95 (2004), S. 151 (158).

188 *Walter Frenz*, Liberalisierung und Privatisierung der Wasserwirtschaft, ZHR 166 (2002), S. 307 (307 ff.).

189 請參閱歐盟綠皮書的定義(Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen vom 30.4.2004 KOM [2004] 327 endg.); 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, 臺灣大學法學論叢, 40卷2期, 頁505-568 (2011年)。

190 參見下述二、(二)「量的判斷標準」, 頁260。

8條明定六種方式。其癥結除參與程度（多階段、時間久暫、金額龐大、建設營運）不等之外，最重要者是如何解釋「營運」<sup>191</sup>概念。此處應作如下解釋：第一、營運係預設任務主體仍然保有擔保任務；第二、營運概念應視是否與給付對象或與委託主體發生法律上關係而作區辨。

### 1. 委託經營

契約型若不與給付對象直接發生法律關係，就其與參與程度可大致分為：公辦民營的單純經營模式(Betriebsführungsmodell)，第三人係受委任經營企業，須受任務主體指令拘束；以及經營者模式(Betreibermodell)：經營者承擔所有規劃、財物籌措、興建和維修，及完工後的經營。經營者的報償仍從任務主體獲得，非以自己名義之獨立法律主體出現。縱然私人在經營者模式中的執行權限與自主程度極高，任務主體仍然保留有高度的任務履行保障責任，此種情況仍屬行政助手<sup>192</sup>。

### 2. 特許制

傳統行政助手概念限於非以自己名義協助機關處理事務，民眾與行政助手間不發生行政法外部關係。但隨著行為形式多樣化，參與任務實現之私人不僅有相當自主決定空間，甚至自承經濟風險、以自己名義向民眾收取資費，發生私法關係；與任務主體間的關係也一變為信託關係。受託之特許所有人(Konzessionär)與其間須有託付行為(Betrauungsakt)，不僅有權、也有義務維持生存照顧關係。此種有別於行政助手之制度，稱為「特許模式」(Konzessions-

191 大眾捷運法第4章，促進民間參與公共建設法第8條。

192 *Martin Burgi, Die Vergabe von Dienstleistungskonzession: Verfahren, Vergabekriterien, Rechtsschutz, NZBau 2005, S. 610 (610)*；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77（2008年）。

modell)。其特性在於，特許所有人既未從委託主體獲得相對報酬，自無預算法與招標法之適用，以規制預算使用之問題。

這種結構性轉變使得規制策略轉向公平競爭機制<sup>193</sup>。然而，經濟性原則的要求仍然存在，只是不再以規制預算支出為出發點。如何估量資費的經濟性，構成特許制度的重心。再者，特許所有人非行政助手，不受行政組織法機制之調控<sup>194</sup>。申言之，特許制就其內容為履行行為或任務繼受，有下述兩種模式<sup>195</sup>：

1. 一等特許制(Konzession ersten Grades)類似於經營者模式。差別在於特許經營者以自己名義，與給付對象直接建立法律關係，而任務主體免去資費收取。若促進民間參與公共建設法第8條所稱「營運」視為獨立營運，則應屬於一等特許制。特許經營者為履行替代(Erfüllungssubstitution)。與行政助手的情況一樣，國家對特許所有人透過行政組織法的監督機制，須仍保有影響可能性<sup>196</sup>。

2. 二等特許制(Konzession zweiten Grades)為狹義的特許。是指法定任務，而非只是任務履行，在一定期間內、保留撤回權的方式，完全移轉於特許經營者，期滿後任務應回歸國有化<sup>197</sup>。移轉期間內使得原先任務主體暫時性解除其義務，為限定時期內的任務私有化。與促進民間參與公共建設法重在民營機構在營運期間內，就建設得主張所有權與營運權；在營運期間經過後，移轉於國家的情況，顯然有別。此種情況，特許經營者不僅是獨立發生給付經營關係，而根本上取代行政主體之任務歸屬關係，故又稱行政替代

---

193 *Burgi* (Fn. 192), S. 610.

194 *Martin Burgi*, Die Dienstleistungskonzession ersten Grades, 2004, S. 29.

195 此處採取 *Martin Burgi* 的二分法。特許，與經濟行政法上之許可保留本為同義詞，但在公私協力情況中的使用，已經逐漸脫離它的原始意義，而有別於任務私有化後的管制作為（如電信）。

196 *Burgi* (Fn. 194), S. 19 ff. SächsOVG, ZNER 2004, 379 (380); *Rainer Kühne*, Das Konzessionsmodell in der Abwasserbeseitigung, LKV 2006, S. 489 (489).

197 *Bettina Ruhland*, Die Dienstleistungskonzession, 2006, S. 113.

(Verwaltungs substitution)。特許發給與特許經營者行為受私法規制；自亦無行政私法或國家賠償問題<sup>198</sup>。立法例上如德國「循環經濟與廢棄物法」(Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz)第16條第2項<sup>199</sup>。特許經營者取得使用民眾利用權之對價給付，而自負經濟風險。所有具有市場價值的業務均可移轉於私人，可謂高度趨近任務私化。此制由於任務主體與給付內容的更迭，對於民眾給付安全存有極大風險，若要採取此等模式，應採取最嚴格規制之設計。

## 二、評估任務的可移轉性

功能私化為部分任務私化<sup>200</sup>。就適合移轉於私人之任務部分或履行方式，立法者須課予行政審慎評估之義務。此如促進民間參與公共建設法第42條採取簡潔，但甚為明確之規定：「經主辦機關評估得由民間參與政府規劃之公共建設」。

我國立法者從寬鬆的法定評估程序出發，雖授權行政為評估決定。惟實際行政判斷過程如何，外界難以窺知。按得由民間參與實難得出「應」由民間參與的結論，若任務主體評估確有替代方案存在，則須列為選項可能（下述一）；其次方為決定移轉履行之範圍（下述二）。

### （一）須評估區域合作方案

此處所謂替代方案為公法上合作關係<sup>201</sup>。地方自治合作於今倍受重視，它處於任務保留與委託私人間的第三條道路。由於功能私化的起因為經濟節用原則要求，行政自承給付能力不足而引入民間

---

198 Ehlers (Fn. 45), § 1 Rn. 22.

199 惟應注意者，在今年3月30日最新德國新修訂草案中第22條已經不再沿用「義務轉移」(Pflichtenübertragung)一詞，已經移轉之任務按新規定至期限屆滿為止。

200 Püttner (Fn. 3), S. 194.

201 Thorsten Ingo Schmidt, Kommunale Kooperation, 2005, S. 10；黃錦堂，論地方自治團體間之合作，月旦法學雜誌，93期，頁8-22（2003年）。

力量協助，此一問題未嘗不能由地方自治合作獲得解決。尤其是未能出現有意願參與之民間機構與成熟市場、或者避免二階特許制下的長期性壟斷。再就實際經驗來看，未能符合預期中的經濟性所在多有，受託私人無須考慮生存照顧的公共性與地區性的就業問題，因此重新檢討電力、煤氣等任務而回歸地方的呼聲無時或已。公公協力(Public-Public Partnership)遂成為公私協力的另類方案<sup>202</sup>。

此際自治任務移轉於公法上合作主體，可經由行政契約的訂立、地方工作團體(Kommunale Arbeitsgemeinschaft)或目的協會(Zweckverband)方式實現<sup>203</sup>。我國地方制度法第24條已經就合作基礎賦予法源。以下就替代方案的可能類型，再為進一步說明：

1. 地方工作團體：立法例如德國各邦地方工作團體法第2條規定，賦予各該參與之地方團體簽訂對等行政契約之權限。前提是地方工作團體法須就其所能承擔之任務明確界定。按該法，地方工作團體共同討論涉及其成員之事務、協調彼此間之計劃與各該成員下屬機構。地方工作團體設立之宗旨在於，藉由行政契約導入各該履行任務之前期工作，它欠缺獨立的任務履行<sup>204</sup>；也並不賦予工作團體具有議決權限<sup>205</sup>。故此一制度之特徵在於富有靈活機動性之優點；同時又有不具拘束力的特質。

2. 目的協會(Zweckverband)：又稱「地方目的事業公法人」。係為實現以特定任務，藉由既有人力與勞務的相互支援，在不增加財政負擔的情況下，達成行政任務的最佳化。但區域合作也存在某些缺陷：第一、不同大小的地方自治團體間合作，可能導致利益考

---

202 Rolf Stober, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, NJW 2008, S. 2301 (2301 ff.).

203 §§ 2f ThGkG; Dirk Ehlers, Interkommunale Zusammenarbeit in Gesellschaftsform, DVBl. 1997, S. 137 (145).

204 Heinz Köhler, in: Held (Hrsg.), Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen, 2011, GKG NW, Einf. Erl. 6.1.1.3.

205 § 3 I 1 GKG NW.

慮傾向於較大面積的自治團體；而損害較小面積的地方自治團體。第二、將任務移轉至目的協會的做法，就移轉任務履行的地方而言，可能更加遠離其所屬居民的利益。第三、地方立法機關因此降低所移轉之任務的調控能力。

3. 注意縣的輔助地位：一般而言，縣的任務範圍為承擔跨領域（鄉鎮市）地方自治任務，具有備位屬性。倘鄉鎮市作為任務主體而又該任務履行超越其給付能力時，只要別無其他規定，縣對之方有承擔之任務。換言之，倘若地方得以以其他組織形式或以區域合作方式以及其他功能性私營化方式解決時，自無縣介入之餘地。

### （二）量的判斷標準

功能私化的特性在於部分任務私化，難題在如何適切劃分移轉範圍與程度；反言之，國家保留多少自己履行任務的成份，以及釋放何等任務於私人<sup>206</sup>。若未經此判斷、毫無保留，即生「形式濫用」的危險。例如我國憲法第十章「中央與地方之權限」所規範之事項，構成憲法上任務保障條款與權限保障條款，自然禁止為全部私化<sup>207</sup>。功能私化的可移轉性重點為「核心任務保留」原則，要求行政主體必將任務的根本內容保留於自己手中<sup>208</sup>。這可從量與質兩點分別觀察。

從「量」的角度來看，所移轉任務限於可以剔除的部分，而不及於行政任務的整體<sup>209</sup>。此一標準為原則——例外的準則<sup>210</sup>。量化標準並非單純的學理討論，現實之例為行使財政權限而實現組織型

---

206 Heintzen (Fn. 40) S. 238; Gunnar Folke Schuppert, Rückzug des Staates?, DÖV 1995, S. 761 (765).

207 Peter Lerche, Neue Entwicklungen zum Begriff der Bundeseigenverwaltung, in: FS für Franz Klein, 1994, S. 527 (534).

208 Kämmerer (Fn. 82), S. 1046.

209 Willi Blümel, Verwaltungszuständigkeit, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts (HStR), Bd. IV, 2. Aufl., 1999, § 101, Rn. 89.

210 Dreier (Fn. 2), S. 137 ff.; Ehlers (Fn. 167), S. 117.

功能私化，例如從國營事業轉換為公私合營事業或者投資於新成立之事業<sup>211</sup>。國家既移轉其財產予私人，移轉形態為出售公股、土地或與簽訂租賃契約，其決定應按預算法與國有財產法等進行<sup>212</sup>。

國家若仍應維持任務主體而採行公私合營事業，則出售股份之後的結果不能達到與任務私化同一狀態，否則為公共任務目的不達。公營事業持股是否高於50%固為標準之一，但更重要的是能否實際控制的標準<sup>213</sup>，如此則最低應不得少於25%的標準。公私合營事業為公部門與私人合資持有經營具有私法形式之事業組織，實現公私協力以實現特定經營任務之目的<sup>214</sup>，它兼具有組織、財產、功能與任務私化的多工特徵。而其進程亦可以國家出資成立一新組織；或有自前述公法上自營事業轉變為組織私法化，再透過釋股於私人<sup>215</sup>。

公私合營事業既為部分私化，然與一般任務私化向公眾釋股最具差別之處，在於前者釋股係向具有經營能力的特定私人招標，此處即有適用公告義務與否的疑義。此處容許性條件並不直接規範可否設立的組織裁量，而是基於透明性原則的規制成立前的公股出售。此一爭議為歐盟2001年的 *Mödling* 案<sup>216</sup>。對於我國公營事業移

---

211 *Torsten Franz*, *Gewinnerzielung durch kommunale Daseinvorsorge*, 2005, S. 113. 若欠缺此一目的則只是單純國庫處分行為。

212 此如預算法第60條（市價高於預算者，應依市價出售）；國有財產法第56條1項（有價證券，得經行政院核准予以出售）；地方制度法第18至20條（財產之經營處分）、第37條第1項第4款（須經代表會同意）。立法例參見德國預算法第63條以下。

213 實例如瑞士國鐵公司依瑞士國鐵公司法第7條第3項，國家應持有股份多數或席位多數。

214 *Mathias Habersack*, *Private public partnership*, ZGR 25 (1996), S. 544 (549); *Fritz Ossenbühl*, *Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private*, VVDStRL 29 (1971), S. 137 (149): „staatlich-privates Kondominium“.

215 此如我國電信事業的軌跡，自交通部電信總局，另行成立中華電信股份有限公司，目前則為公私合營事業。而停留於組織上私化者，為中華郵政股份有限公司。

216 奧地利 *Mödling* 市於1999年6月16日成立垃圾經濟公司，該市持有全部股份。

轉民營條例第6條中，與私人合資成立民營公司前，「公開徵求對象，以協議方式為之」之解釋極具意義。在本案中判斷股份出售目的是否意圖規避招標法，提出若干標準：

1. 時間關聯性：該市在授予新成立公司獨家清運權後立即售出持股；

2. 股份出賣後進行內部協調工作：該特定私人廠商取得股東身份後立即進行內部協調工作。至多允許先有經營委託之後，才出售公股；

3. 包含多階段的人為構建(künstliche Konstruktion)：歐盟法院強調整體觀察角度。若委託業務顯示為數階段的人為意圖加工過程時——亦即在移轉任務於新成立公司時，就已經計劃為稍後的出售公股——，為法所不許。

本案判決認定股份出售若與任務委託有關者，則視為應招標之公共建設。蓋直接出售股份於私人廠商而轉為公私合營事業者，形同架空競爭法規制勞務提供之原意<sup>217</sup>。

### (三) 質的判斷標準

從「質」的角度確定核心領域，可從經營給付或干涉監督二項任務性質，分別判斷任務的核心成分。此一區分的理據在於前者著

---

同年9月15日依清運協議市府將收集與處理垃圾專屬權移轉於該公司。清運協議為無限期且溯及自7月1日生效。然就在該公司成立九日後，即6月16日，議會決議，市府應與對參與垃圾清運公司有興趣之協力廠商接觸，其中包括 Saubermacher 公司。10月6日，市府更改設立清運公司章程為：股東會得就大多數決議以簡單多數決議決，決議能力為按出資51%計算。同時在對內與對外關係上更換股東代表，即兩名經理人各由一名股東指定，共同行使簽署權。10月13日 Mödling 市將49%的垃圾清運公司股份出售 Saubermacher 公司。自12月1日起進行內部協調工作並至翌年3月31日負責整個 Mödling 市，其後也向第三人提供服務。

217 此案亦與德國實務發展脈絡相同。Vergabekammer Düsseldorf, Beschl. v. 7. 7. 2000, NZBau 2001, 46 (47).



重於維持給付安全與穩定，後者須確保公權力行使的干涉與規制得到合適控制。

### 1. 給付任務之準備與實現

給付任務的過程可從給付決定做成、準備階段的基礎建設、給付提供與經營管理分別觀察。階段劃分在進行可行性評估時，有其側重點的實益。促進民間參與公共建設法第8條就功能私化過程劃分為興建與營運，亦即基礎建設決定與服務提供決定。重要性標準如促進民間參與公共建設法第3條第2項可著眼於給付對象廣泛性與高度依賴、時間持續性、與規模程度劃分為「一般公共建設」與「重大公共建設」。區分的結果有二：重大公共建設的範圍，需有特定機關參與決定；重大公共建設適用簡速程序<sup>218</sup>；參與私人享有特定優惠<sup>219</sup>或國家協力義務<sup>220</sup>。

基礎建設係為土地、設備、資金與技術的綜合性準備，作為下一階段實施給付內容的前提。其可分性的出發點，在於減輕國家財政負擔和快速因應投資環境的需要<sup>221</sup>。其具體面向為交通、通訊與其他生存照顧所必需者。由此衍生民間外來資金籌措，即生財政私營化的問題。比較法上案例為買斷模式(Forfaiting)與租售模式：前者是民間機構向國家輸出基礎建設後，得憑國家開具並經其往來銀行之保證獲得支付，國家向買斷者身份之銀行分期償還。租售模式為民間機構在契約所定期限內提供國家基礎建設之利用，期間內或期滿後，國家得選擇以購買方式取得所有權，即促進民間參與公共

218 1. 協議不成之徵收（促進民間參與公共建設法第16條第1項）；2. 機關協助（同法第17條第1項）。

219 1. 解除銀行法授信額度限制（促進民間參與公共建設法第31條）；2. 免納一定期間的所得稅與其他稅種（同法第36條、第39條）；3. 支出抵減所得稅額（同法第37條、第40條）；4. 免徵進口關稅（同法第38條）。

220 公告禁止事項（促進民間參與公共建設法第21條、第22條）。

221 Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 1990/91, BT-Drs. 11/8472, S. 251 ff.

建設法第8條第1項第3款所指。

這兩種財政私營化方式與預算法原則容有調適的必要。蓋國家將其財政負擔向後推遲，加上利息支出與通貨膨脹因素，壓縮未來國會的預算規劃空間。而以契約方式使國家負擔特定支出，不僅不能屬於行政經常性支出，更有逃遁預算控制的疑慮，必須得到國會授權的支持，俾確保預算明確性要求<sup>222</sup>。

在實現給付任務方面，我國特別制定促進民間參與公共建設法以為規範。其重點在於要求行政主體「篩選適合委託經營的項目」，該法第10條第1項規定：「主辦機關依第八條第一項第三款方式興建公共建設者，應於實施前將建設及財務計畫，報請行政院核定或由各該地方政府自行核定，並循預算程序編列賒借及建設計畫相關預算，據以辦理。」宜認定核定機關負有法定審查義務。就比較法的觀點，前述德制二等特許制中關於廢棄物清理有特別嚴格的要求：除（1）待廢棄物清運任務主體同意；（2）不違反重要的公共利益；（3）特別的可移轉性之評估程序外。（4）已確保所移轉義務制履行，此處要求須在個案中判斷待移轉義務之特性<sup>223</sup>。

## 2. 秩序任務之準備與實現

秩序任務係本於為維持社會秩序、防止危險，避免社會成員之自由與生活遭受不法侵害，而多採取干涉性質的公權力行使。此時分割可能性係以須以高權性質決定為標準<sup>224</sup>。除刑罰執行與保安處

222 RhPfVerfGH, NVwZ-RR 1998, 145.

223 Philip Kunig/Stefan Paetow/Ludger-Anselm Verstejl, Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, 2. Aufl., 2003, § 16 Rn. 39.

224 Ehlers (Fn. 167), S. 117; Wilfried Erbguth, Die Zulässigkeit der funktionalen Privatisierung im Genehmigungsrecht UPR 1995, S. 369 (372). 較無問題的是將輔助性行政行為分割出去。在行政助手的情況（例如違規車輛拖吊業務、路邊停車場收費業務）；或者如機關內部業務委外（機關清潔工作、訓練服務、餐廳、福利社或資訊維修與服務、車輛維護等）行政出於經濟原則、或出於專業技術因素，無需再自為辦理或經營。

分<sup>225</sup>外；尚有程序準備與最終決定，以及危險防止任務之監督與檢測。此時功能私化的風險在於是否能保證受託者果能正確輔助任務主體，是以其容許性基礎在於能否確保「控制的控制」(Kontrolle der Kontrolle)機制<sup>226</sup>。

(1) 程序準備：專案經理與技師簽證

行政程序本身亦有私營化的可能。程序私化(Verfahrensprivatisierung)的可分性是區隔決定本身與決定準備(例如諮詢鑑定)<sup>227</sup>，參與私人雖非任務主體，但其意見有事實上影響決定之作用。此處應使管轄權與決定權完全保留在行政機關手中<sup>228</sup>，這點由管轄規定作為任務保留的構成要件要素<sup>229</sup>。

因計畫法、建築法與環境法上的大型計畫許可程序的繁雜與冗長，在行政程序進行之前與開始後，為使申請人、其他當事人與其他機關明瞭申請案之過程，得特別設立具有專門知識的專案經理(Projektmanager)制度，統籌程序進行、諮詢、協調當事人、說明並提供資料與指導，並且匯整所有的資訊與異議，期望最終加速程序進行<sup>230</sup>，或事先平息可能爭議。除此之外，或有將管制中的審查階段分割出去為「技師簽證」<sup>231</sup>制度，使許可申請人向相關計畫書圖

---

225 OLGR Schleswig 2005, 787-793.

226 Matthias Schmidt-Preuß, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), S. 160 (173).

227 Paul Kirchhof, § 59 Mittel staatlichen Handelns, in: Isensee/Kirchhof, (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 2. Aufl., 1996, § 59. Rn. 1 ff.; Schoch (Fn. 17), S. 974.

228 Peine (Fn. 29), S. 355; Jost Pietzcker, Verfahrensprivatisierung und staatliche Verfahrensverantwortung, in: Hoffmann-Riem/Schneider (Hrsg.), Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht, 1996, S. 284 (304).

229 Peine (Fn. 29), S. 355; Pietzcker (Fn. 228), S. 304.

230 傅玲靜，由行政之參與論於許可程序中迅速原則之實現——以德國聯邦行政程序法為中心，中原財經法學，13期，頁47-108（2004年）。

231 林子儀，行政檢查業務委託民間辦政法制之研究，頁161（1998年）。

送請專業技師以自己名義判斷是否可行<sup>232</sup>。

是否專案經理得委由私人出任，立法上雖不乏其例<sup>233</sup>，但也引起不少爭議。程序進行中如聽證進行、資料蒐集，本身即屬高權決定，且將影響最終決定的做成。專案經理與行政機關間的權限劃分如不明確，將肇致原定位為行政助手而竟擔負應有法律授權之行政受託之任務。其次，程序進行攸關決定正確性，而非單以效率為衡量標準。行政程序法第24條尚且規定行政機關有調查事實與證據的程序主導任務，應自行確定調查之方向、種類與範圍，以確保判斷基礎之完整性與真實性。

## (2) 任務執行：監督與檢測

國家為達安全與秩序任務，將確認執行職業必要能力、確認特定危險存在與其程度的部分，移轉由具有專門技術能力之私人承擔。前者諸如檢驗測定機構（環境法<sup>234</sup>、消費保護法<sup>235</sup>）或實驗室（健康法：如防治毒品<sup>236</sup>、勞工<sup>237</sup>）。此類私人已非單純提供諮詢之鑑定人角色，甚至可以賦予其調查、取樣任務，此一運用亦可發生於程序進行中，行政機關做成決定之前。此時受託檢測之意見

232 建築法第34條「建築物工程圖樣及說明書簽證制度」；第77條「供公眾使用建築物之定期安全簽證」；水污染防治法第17條「水污染防治措施計畫簽證」；空氣污染防治法第26條「空氣污染防治計畫簽證」。

233 § 2 II 3 Ziff. 5 9. BimSchVO. 惟該規定已由 das Gesetz zur Beschleunigung und Vereinfachung immisionsschutzrechtlicher Genehmigungsverfahren vom 9. 10. 1996 (BGBl. I, S. 1498) 改為「第三人」之稱呼。德國建築法第4b 條亦規定，地方得因加速土地主要計畫，將依本法第2a 至4a 條之計畫準備與執行階段交付於第三人。

234 1. 「環境檢驗測定機構」：水污染防治法第23條第2項；空氣污染防治法第22條第1項、土壤及地下水污染整治法第10條第1項、第2項。2. 「機動車輛排放空氣污染物及噪音檢驗測定機構」：空氣污染防制法第44條第2項及噪音管制法第20條第2項。Hans-Joachim Koch/Silke Ruth Laskowski, Verfassungsrechtliche Grenzen einer Privatisierung der Anlagenüberwachung, ZUR 1997, S. 182 (182 ff.).

235 「商品檢驗指定試驗室」：商品檢驗法第13條第2項。

236 「濫用藥物尿液檢驗實驗室」：毒品危害防制條例第33條之1第2項。

237 「勞工作業環境實驗室」：勞工安全衛生法第7條第2項。

足以影響受監測者之職業選擇自由；若已為經營，則涉及其職業行使自由。換言之，其認知與評價匯入原任務主體的決定中，是以專門技術的評量事關重要，自應有法律保留原則適用。

### （三）公私合營事業

公私合營事業的容許性，除前述必須在財產私化問題上，不能少於實際所能掌握的程度外，因其以私法組織之公司形態，以及國家從事經濟活動的兩種容許性要件，一樣適用於公私合營事業的成立。為加強對於設立「孫公司」決定的管制，應使公股代表因轉投資設立新公司時，將法定應受審計與報告事項訂定於新成立公司之章程中<sup>238</sup>。

### 三、評估私人的承接能力

功能私化的決定不應僅停留在授權行政層次<sup>239</sup>。任務與其履行之間即便具有可分性，還須規制任務主體評定受託者之履踐能力與其服務內容。這與傳統行政助手有異者，在於任務本質的特殊複雜性因素，例如涵蓋各種異質性之工程、財物、勞務等於單一任務之中；或者任務主體僅有基本意圖或需求，欠缺實際規劃與調控能力、市場競爭之下採取特許制的風險以及長時間的生命週期，使得任務主體判斷承接能力的困難為之加重。在規範法制的選擇上，傳統視採購法為規範預算支出的內部法，單純考慮技術性的性能要求，自須在此基礎上改以公共服務導向之外部法為調控目的。現行促進民間參與公共建設法類同政府採購法，就待委託之任務履行定有競爭程序以資規範<sup>240</sup>。就私人承接能力之行政判斷，促進民間參

238 此如2004年德國薩克森州新修訂地方制度法第96條第2項。

239 立法例見德國北威州公共醫療服務法（Gesetz über den öffentlichen Gesundheitsdienst (ÖGDG)）於1998年在第5條第3項規定。

240 就此而言，促進民間參與公共建設法與政府採購法之規範意旨並無不同，原本即得適用採購法之程序規定。所謂促進民間參與公共建設法第48條雖規定：「依本法核准民間機構興建、營運之公共建設，不適用政府採購法之規定。」係指同法第8條第1項第1、2、3種情況。

與公共建設法第44條第1項設有特別規定：「主辦機關為審核申請案件，應設甄審委員會，按公共建設之目的，決定甄審標準，並就申請人提出之資料，依公平、公正原則，於評審期限內，擇優評定之。」

#### (一) 應有提供公共福祉之能力

基於國家就公共福祉的保證地位，此一要求在功能私化中隨同移轉於受託者，立法者自須制定公共福祉能力(Gemeinwohlfähigkeit)條款<sup>241</sup>、<sup>242</sup>，要求國家必須評估承擔者是否確有實現公共福祉所需之服務能力。換言之，能力條款隱含公私協力是否存有給付風險不確定性的疑慮；尤其當採行特許模式時，市場風險更容易導致給付安全的不穩定性<sup>243</sup>。此處試擬一般性條款為：「可合理期待其具備提供公眾所必需服務之能力。」

#### 1. 特定公共建設的要求

公共建設攸關全方位生存照顧議題，具體為何，各有其不同側重點。服務能力之內容與其程度，取決於待移轉任務之特定給付品質的要求。此見促進民間參與公共建設法第3條所列各項任務，胥視各相關特別法的本質而定，對此同法施行細則第2條至19條之1規範各項公共建設之具體內容。行政在移轉任務履行時，應視各該任務受有何等基本權利客觀作用之拘束，以實現基本權行使必要的條件。舉例言之，本法第3條關於交通建設（第1款）、能源（第8款）、工商科技設施（第11款）等經濟性基礎建設，事關經濟生活中生產、投資、加工與運輸等階段，目的在於克服地域性障礙而得

241 *Peine* (Fn. 29), S. 357; *Hans-Heinrich Trute*, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, in: Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat*, 1999, S. 13 (13 ff.).

242 有稱為合作能力(Kooperationsfähigkeit)，*Christoph Gusy*, Kooperation als staatlicher Steuerungsmodus, *ZUR*, 2001, S. 1 (2).

243 此亦為公私協力移轉任務程序無法與採購法相提並論之處。

以整合區域內社會生活，因此與安全性與穩定性、高額投資、與人員物資運輸能力預測等判斷密切聯繫<sup>244</sup>。在廣義的基礎建設意義下，一般性的要求係基於生命權與健康權的保護義務；在交通建設關涉基遷徙自由實際可行使範圍；而能源建設關係到生存發展權與經濟自由。

## 2. 健康、社會與文化性：信賴資產的重要性

基礎設施興建與服務提供有其各自階段性的意義。促進民間參與公共建設法第3條關於衛生醫療（第7款）、社會與勞工（第8款）、文教設施（第10款）、觀光設施（第11款）、運動與公園綠地（第9、10款）等，此與前述基礎建設在硬體設備尚無不同，須按照特定使用目的設置。但此類設施委由民間提供服務內容，則問題在於判斷給付內容欠缺或難有一般性標準可循。<sup>245</sup>按服務提供的價值創造在於信賴資產(Vertrauensgüter)。信賴資產在郵電能源供應方面，不同於醫療性、社會性、文化性服務等，後者具有高度個人化與感受理解屬性，給付享用者事前通常欠缺必要資訊與能力評估，在享用給付時如為獨家提供則欠缺平行比較機會，而必須等待使用之後才能——甚至無法——判斷。由於事前資訊取得困難與不對稱性，更仰賴專業性質的判斷，這點即便是專家易常感鑒別的不易<sup>246</sup>。簡言之，信賴資產的重要性反映在下列數端，任務主體尤應特別注意：

- 如有聚集不同給付內容時，更需要充份資訊說明；而這正是有助於消費者決定是否享受給付；

<sup>244</sup> *Hermes* (Fn. 98), S. 170.

<sup>245</sup> *Dietrich Budäus/Birgit Grüb*, Public Private Partnership: Theoretische Bezüge und praktische Strukturierung, *ZögU* 2007, S. 245 (263).

<sup>246</sup> *Lucia A. Reisch*, Verbraucherpolitik auf Vertrauensgütermärkten, in: *Jahrbuch Normative und institutionelle Grundfragen der Ökonomik* (Hrsg.), Martin Held/Gisela Kubon-Gilke/Richard Strun, 2005, S. 185 (189).

- 一般性的品牌與價格往往不是決定性因素，除非民間經營者具有特定公眾形象（例如雲門舞集）；
- 民間經營者為降低給付使用者與行政的要求，而試圖轉移核心服務於附帶服務上。

## （二）給付說明之公告義務

任務主體應規劃待履行任務內容，而以採購法之給付說明(Leistungsbeschreibung)向外界公告。給付說明係促進民間參與公共建設法程序的開端，作用除引導申請人能正確掌握與提出要約；尚能使任務主體就在申請案間為比較之基礎。給付說明見諸現行本法第42、43條規定。第42條規範「建設之興建、營運規劃內容」與「申請人之資格條件」；第43條為補充前條規定「應行申請書的內容」。按法定給付說明須能調控任務主體之判斷過程，前述規定似稍顯模糊。質言之，此應涵蓋確定待委託任務的標準、參與形態與參與能力、委託週期與委託地區、企業經濟因素、財務結構、價格形成因素、服務安全等數項。

另須特別指出者，給付說明可有兩種方式表述規劃案內容：**建構性(konstruktiv)**給付說明係任務主體已有自始特定規劃、而條陳敘明所期待之給付；**功能性(funktional)**給付說明係指任務主體僅有委託意願與目的，但未能或無法確切說明實現過程，只能從功能上指明一定方向的要求<sup>247</sup>。建構性與功能性的區辨，體現任務主體對其待移轉任務履行方式的認識與經驗，與委託案件的調控可能性。倘主辦機關就履行方法所掌握的經驗資料越多，自然運用建構性內容成份也就越重，其調控將來任務履行能力也就越強；相對於申請人而言，其待履行之義務內容會更趨明晰、價格形成更易確定。此處顯現出功能私化的特性：不以公部門須全盤主導任務履行的實質

---

<sup>247</sup> Thomas Ax/Mattias Schneider/Sascha Häfner, Die Wertung von Angeboten durch den öffentlichen Auftraggeber, 2005, S. 196 (196 ff.).



內容為必要，甚至私人提供出創新超越公部門所能想像者。因此，本法雖有採購程序的性格，但在此更強調「申請計劃之可行性與合理性」，此亦為本法第46條國家高度期待民間參與的正面意義。在此規劃案的功能性內容係從目的調控出發，希求申請人積極提出特殊性或完整性方案，此一要點亦成為價格以外須考量的實質性甄審標準。

### (三) 目的導向之甄審標準

制定甄審標準有引導功能私化決定的意義。委託主體就標準制定雖享有廣泛的判斷空間，但須依據公共任務目的、按照資格審查與綜合審查程序，審慎援引次級標準，必要時進行協商，最終確定委託對象。

#### 1. 目的程式的調控意義

功能私化遍及生存照顧的各個領域，形式上須建立一選取標準，即甄審標準；實質上按關涉的特定任務特性與預算法意旨決定，故為最有利與最經濟原則。由此看來，似乎促進民間參與公共建設法與政府採購法間有高度同質性，然政府採購法規範目的在於獲取行政所必需之物品與服務之後，尚待合理運用投入於任務履行，採購決定本身還不能直接與特定任務實現發生聯繫；而規範功能私化目的為引入民間力量直接作為履行內容，其實現可能性如何尚屬未定。為調整此等未來不確定性，須從程序上適度調整。

促進民間參與公共建設法第44條規定「按公共建設之目的」決定甄審標準，立法意圖在於以特定規範目的調控行政制定甄審標準的活動。按法律調控的目的程式不同於條件程式的「若……則」形態，不以建構確切的構成要件與規範特定法律效果為內容；毋寧是描述尚待滿足與實現的理想狀態。目的程式的表現形態為各該特別法領域之首條「引導規定」(Leitvorschrift)或立法目的，故所謂按公共建設之目的，實為按「各該規範公共建設法律之目的」。目的導

向的調控方式，究竟如何影響甄審標準的制定，可從幾個方面觀察：

- 轉換規範形態以放寬行政的活動空間：目的規範不以已發生事實規範對象；而是從待實現的結果導出進行調控，賦予行政極大的活動空間。以期望值作為行動前導下，要求行政積極形成政策、授權尋找多種可能方法；自有法學方法論的設證與溯因的意義。
- 適度緩和特定制式標準：功能私化固有一般性標準，例如就醫療照顧與檢測監督，此處無意降低各該公益的必要標準，而是甄審標準的經濟性、專業性、多元性等要求，容有在個案整合彼此衝突的標準，而不能預設特定立場。
- 目的程式的落實：功能私化的特性在於短時期的評審結果，影響未來、長程的公共福祉實現。若單由目的程式引導行政，其理據稍嫌薄弱。而且目的程式亦非僅專注於探求立法目的，反而因其高度抽象性，須在組織法與程序法上落實與補足。

## 2. 甄審標準：界分或重疊資格預審與綜合評審

任務主體所為甄審標準的判斷決定，應根據平等原則與經濟性原則要求，須在價格最低與對公益最有利間相互權衡，並不享有自由決定權。值得探討問題略有下列二項：

評審作業分兩階段進行<sup>248</sup>，分受平等權原則與比例原則規範。資格預審階段係審查申請人主觀資格，如專業性、服務能力（財務、規劃、興建與營運能力）、與可信賴性。資格預審目的僅在競爭者範圍內，作出評鑒決定。綜合評審事涉委託案之內容要求，受

---

<sup>248</sup> 民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法第16條。

價格最低或最經濟原則要求，須能鑒別出申請人提供滿足最經濟性原則（或稱「最有利」）例如以品質、價格、技術質量、生命週期、美觀、營運費用、供應時點等次項目綜合<sup>249</sup>。兩種階段審查客體不同，在何等情況下能否相混；例如在綜合評審階段是否再行考慮申請人的經驗與能力，對於待履行任務的實現（如設施使用管理或專業複雜服務）影響頗大<sup>250</sup>。歐洲法院 *Lianakis* 案中，採取「非此即彼」(Entweder-Oder)模式：若一標準「本質上」或「首先」用以判斷申請人的主觀能力，就不能再用於綜合評審階段。<sup>251</sup>然此一判決飽受批評。在德國通說認為倘資格審查中的特定項目若足以影響委託案成敗時，可予例外在綜合審查中作為鑒別標準，例如申請人過去累積經驗能說明提供更好的服務品質時<sup>252</sup>；使得任務主體更容易判斷服務能力，或使完成相同委託案時更為迅速。

### 3. 甄審標準：特許模式的經濟性標準

綜合評審的最經濟原則要求任務主體，應在諸多可能方案間，抉選出性價比最適者<sup>253</sup>或者目的追求與方法採行間最適關係。惟特許模式中使提供服務的廠商自消費者取得資費的權利，非如過去自任務主體取得費用，如何按傳統採購法的最低標或最經濟標計算，不無疑問。資費額度是否構成甄審標準的次項目之一，即以使用者最經濟原則為綜合評審的要點<sup>254</sup>；或者主張價格形成受諸多因素影

249 *Alexander Egger, Einige Vorgaben für das Vergabeverfahren aus europarechtlicher Sicht, NZBau 2004, S. 582 (586).*

250 例如我國「民間參與公共建設甄審作業參考手冊」規定「(五) 那些投資團隊具備比較充分之計畫組織、整合及管理能力的，能夠勝任簽約後所面臨之籌辦、建造、營運等各項工作？」。

251 本案涉及希臘一地區的「地籍、城市規劃與執行措施」。歐洲法院認為：1. 該專案中的專家在過去3年的經驗；2. 公司的人力資源與設備；3. 在最後期限內完成規劃案的能力以及公司的承諾與專業能力，在綜合評審階段不能予以考量。

252 *OLG Düsseldorf, WuW 2004, 125 (127).*

253 見德國採購法修法說明：BT Drs. 13/9340, S. 14.

254 *Ruhland (Fn. 197), S. 244.*

響，而認為無須納入標準而容許申請人自由定價；或者折衷方式，其計算須參酌公共事業所需繳納的費用。

如何就綜合評審時的消費者價格因素適切定位，容有探討空間。至少任務主體就將來資費浮動性只能作出有限性判斷，尤其是有生命週期的情況下，不可預測性更為顯明。況且特許經營者自與任務主體簽訂合約後，取得市場獨占或寡占地位，規制私人定價轉為公平交易秩序所規範<sup>255</sup>，這點在促進民間參與公共建設法第49、50條設有類似規定。德國最高法院雖指出，應考量「公共財政管理原則」<sup>256</sup>，但是否能完全轉換到規制私人間定價，尚待論述辯證。

#### 4. 權重與慎選次級標準

綜合審查的評定方法主要為價格最低或最經濟兩種。彼此關係如何，在歐洲法院 *Sintesi* 案中，否定了意大利法律只許任務主體採行價格最低標準，認為係不當限制行政形式選擇權限，形同排除個案考量委託案性質，而無從依競爭原則求得最適服務廠商<sup>257</sup>。我國在綜合評審方式並無法律明文規定，辦法以「權利金最高、政府負擔最少或其他公共利益因素」之標準<sup>258</sup>，自較為公允。任務主體就權重機制設計，以具體化「最經濟」原則時享有相當廣泛的判斷餘地。只要權重方法「足以將諸種標準的總體判斷而得出最經濟之要約者」<sup>259</sup>，則點數計算、價格遞減與品質層升的比較不失為達成評鑒之方法。

任務主體是否因不當連結禁止而不得有與事物無關的考量，未可一概而論。原則上除非有法律明文規定，不得有摻雜其他額外標

255 或如德國民法第315條規定契約當事人一方決定給付者，於疑義時，應依公平衡量確定之。

256 BGHZ 115, 311.

257 EuGH, Slg. 2004, I-9215 - „Sintesi“.

258 民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法第19條。

259 EuGH, Rs. C-448/01, Slg. 2003, I-14527, Rn.39-Wienstrom.

準，此種在招標時選取政治性或社會性因素者，稱為與發包無關 (vergabefremd) 標準或稱次級目標 (Sekundärzweck)，例如經濟性、社會性與科技創新性因素。就實例而言，申請人本身特性、曾進行職業教育訓練、在地因素等均非所許。關於此一標準的運用，在歐洲法院 *Beentjes* 案中，要求只能採取事實上足以導致最經濟報價之標準<sup>260</sup>。隨後歐盟認為引入額外標準只能是在委託案執行過程中。接下來的 *Concordia Bus* 案則一反過去的嚴格標準，允許環保標準的考量<sup>261</sup>。

但此項標準 (1) 須與委託項目間具有關聯性。關聯性存在與否，產品製造過程是一個判準。(2) 如同前述甄審標準，額外標準應能客觀確定；(3) 主要與次級標準間應妥適分配權重。歐洲法院在前案中要求以公益取向的經濟性，而非單是企業成本的計算。價格最低雖為一階標準，須為採購機關重要決標標準；但作為次級標準如果得以構成價格形成因素，足以影響採購標的之整體價值者，得以調整一階標準之用<sup>262</sup>。以環境利益為例，則以其不同委託任務特性，有著不同程度的權重。此如廢棄物處理或水、電供應對應於環保品質的要求。此時委託機關須注意促進民間參與公共建設法第3條規定多樣態的公共建設的本質，以訂定委託標的技術規格方式，將環境有益性因素納入考量<sup>263</sup>。其次，制定選擇廠商資格標準時，亦可置入前述要求<sup>264</sup>。例如若委託標的為第3條所稱「環境污染防治設施」、「污水下水道、自來水及水利設施」、「電業設施及公

---

260 EuGH, Urt. v. 20. 9. 1988, Rs. 31/87, Slg. 1988, 4635, Rdnr. 19 f., 28 f.

261 EuGH, Urt. v. 17. 9. 2002, Rs. C-513/99, Slg. 2002, I-7213 Rdnr. 57. Gründbuch, KOM (2004) 327, S. 11 ff.

262 *Jens-Peter Schneider*, EG-Vergaberecht zwischen Ökonomisierung und umweltpolitischer Instrumentalisierung, DVBl. 2003, S. 1186 (1189).

263 *Marc Opitz*, Das Legislativpaket: Die neuen Regelungen zur Berücksichtigung umwelt- und sozialpolitischer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, VergabeR, 2004, S. 421 (423).

264 OLG Saarbrücken, NZBau 2003, 625 (Zertifizierung).

用氣體燃料設施」等已經構成相當重要標準，甚至應從委託任務本質目的直接導出，而不再是屬於所謂「與發包無關」。以歐洲法院的 *Wienstrom* 案為例，綠能所占評審標準已達45%。至於「重大工業、商業及科技設施」、「農業設施」等，環保因素構成委託標的本身的重要內容；而在「文教設施」、「觀光遊憩重大設施」等僅為一項附帶考量因素。

#### (四) 競爭對話機制

功能私化期待民間主動參與公共事務，本不限定於任務主體預設範圍。惟任務本身帶有高度技術、龐大資金與規模的複雜性時<sup>265</sup>，任務主體難以掌握實現途徑，或只能運用功能性給付說明時，此時參與方案是否與任務主體的期待達成合致等因素，為提高公私協力的結果可預測性，須引入制度性商談機制，以澄清雙方供需的意圖與條件。此如我國採納歐盟法上的「競爭對話」(Wettbewerbliche Dialog)機制<sup>266</sup>，從程序上消除主觀認知差距的客觀化努力，彌補任務主體獲取訣竅(know-how)以避免法律上承擔最終責任，事實上卻出現調控不能的窘況<sup>267</sup>。

惟競爭對話機制，究屬例外<sup>268</sup>。在何等時機下可運用協商機制，或者規劃案是否具有「可協商」性，為競爭對話的先決問題。

265 Philip Steinberg, Die Entwicklung des Europäischen Vergaberechts seit 2004 - Teil 1, NZBau 2007, S. 150 (153).

266 民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法第20條第1項：「主辦機關得視個案需要，於招商文件中載明綜合評審必要時得進行協商。」

267 德國已於2005年以「公私協力加速推動法」(Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen der Öffentlich Privaten Partnerschaften)的包裹立法方式，在限制不正當競爭法第101條第5項與採購法第6a 條增訂競爭對話機制。請參見許登科（註35），頁18、200。關於協商的爭執，請參見最高行政法院95年度判字第1239號判決，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：2006行政管制與行政爭訟，頁311、322（2006年）。

268 以2009年為例，當年德國共計23起採行對話機制，占歐盟1%。

依民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法第20條第1項規定：「……得視個案需要，……必要時得進行協商。」此處個案特性究指為何，若從比較法觀察，宜從規劃案是否存有高度複雜性（如整合性交通建設方案、大型電腦網路設備、資金結構龐雜、多層次生命週期導向之給付<sup>269</sup>）<sup>270</sup>，或者以特許模式實現為判準<sup>271</sup>。就此德國採購法第6a 條作出一般性規範：倘客觀上無法1. 說明滿足其需求與目的技術方法；或2. 說明規劃案的法律與財政條件，即可運用對話機制。

## 柒、結語與展望

私營化決定係國家是否得為任務卸除與履行方式轉換之決定。立法者須本於憲法各種促進、節制與秩序性原則，規範是否、何等條件下容許行政為私營化決定。簡言之，為任務是否宜於以私法方式履行之判斷與裁量。容許性規範的前提，在於存有何等特定任務與其屬性之認定。任務作為決定因素的區辨，可從下述幾個方面觀察：

因其可選擇形式與其法律關係多樣化，為確能實現其預期目標，須藉由強化程式性之調控機制。此須再輔以重要性標準：任務履行方式越是關係重大，則評估義務與評估標準也就越複雜，若將外包之清潔維護與電信私營化等量齊觀，係無法想像之事。評估義務之內容，以其程序性與時間性的角度觀察，可略分為下述四點：

---

269 Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, PPP im öffentlichen Hochbau, Bd. I: Leitfaden, 2003, S. 5; Bd. II: Rechtliche Rahmenbedingungen, S. 42.

270 見德國反限制競爭法之立法理由，BT Drs. 15/5668, S. 11.

271 Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen vom 30.4.2004 KOM (2004) 327 endg.

- 保留性判斷：須判斷原為國家任務者，是否有繼續保留之必要，有無可能釋放於社會之中而能合理期待自行承擔；
- 可分性判斷：就特定任務之實現，是否得與任務主體相互分割，進而判斷履行組織或履行方式不僅可以可以獨立存在，而且較原有方式為更佳；
- 可承接性判斷：判斷所欲採取之履行方式，能否承接原先任務履行之水準；
- 附隨監督義務與附隨判斷：判斷任務交付於新組織或新任務主體後，是否確能續行原先設想之組織分離或任務分離之目的。

### 一、私營化的本質意義

私營化的發展導致國家與社會的界限日趨模糊，由此衍生重行分配公共任務主體與踐行方式的議題、重新審視國家與社會間的關係定位。在此之間，法律保留承擔民主國、法治國與社會國原則的各自不同實踐要求，須以重要性原則將私營化議題納入立法計劃。其理由在於：

- 私營化涵蓋層面的廣泛已為普遍化趨勢；其類型與實現方式複雜多樣，遠超過去點狀式的爭議案件。
- 超越受委託行使公權力與行政助手的傳統態樣，而觸及看待任務本質與任務履行的總體眼光；
- 超越傳統行政法秩序與給付行政的簡單類型，著重實踐過程與結果的預測調控，亟需協調鄰近社會科學的調查方法，立法者須調整既有規範模式。

而就個別私營化議題，作者提出幾點應再思考之方向：

1. 就任務私化而言，始自上個世紀末的行政革新運動中似已



告一段落。然而此一實踐層面，自始至終並未認真回應國家任務變動的秩序性要求。在何等條件下，國家可以承擔或放棄特定任務的問題，始終未獲嚴肅對待。需要法律人再就任務歸屬與權限履行二點，配合制定真正的行政組織法，作出整體性方案。再者，就規範國家私經濟活動的必要性，未隨著公營事業大規模民營化告終，代之而起的是以附帶預算方式投資入股的決定。尤其鑑於中央地方財政惡化的今日，地方制度法似應配合修正。

2. 就組織私化而言，我國行政組織法設計偏向調控行政機關與公營事業。目前雖有行政法人法，但不同的組織獨立性問題與其建構，往往訴諸私法組織為首選的直覺反應。目前缺乏整體性組織法規範，未來似可整合為一組織法律<sup>272</sup>。國會雖可就形式選擇權限為粗放式授權，但宜使行政權仍應為必要之證立<sup>273</sup>。

3. 就功能私化而言，我國為此專門規範有促參法制。現行法就任務的可分性與私人的承接能力已為粗淺規範，但在甄審程序之資格審查與綜合評審，乃至於協商程序與原則，均以法規命令規範，與重要性原則相悖。再者，公私協力的特殊性在於：究竟是公部門或私部門承擔經濟風險而衍生的經營或特許模式，各自有其本質上差異影響委託任務的妥適實現，宜再作探討。

## 二、法釋義學的重整

從見證與經歷私營化發展之後，須再重新省思法釋義學的任務。此種大規模探索與重整國家任務本質與履行方式的活動，對於憲法、行政法學總論與各論的認識，究竟是構成干擾因素、或是增

---

272 立法例上如德國布蘭登堡邦「關於州行政組織法」(Gesetz über die Organisation der Landesverwaltung, Vom 24. Mai 2004)。其他尚有北威邦、石荷邦可資借鑒。

273 Dirk Ehlers, Die Entscheidung der Kommunen für eine öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Organisation ihrer Einrichtung und Unternehmen, DÖV 1986, S. 897 (897 ff.).

添新穎面貌，殊值斟酌。調和需求在於滿足法釋義學的諸般功能：概念功能有助於穩固法安定性的操作可能；有其簡化意指功能，足以調適原則、規範與個案間的可能縫隙，給予或否證特定規範思維的支撐理由，最終營造出一個有意義的內在關聯性<sup>274</sup>。因此，探討私營化的真正意涵，略有下列數點：

1. 對於國家與社會功能化區分的影響：繼自治行政之後，私營化議題再度印證國家與社會間並非截然對立的事例。在調整任何關於國家任務與其履行之轉移時，不能不重新省思與簡化二者間日趨複雜的互涉關係。

2. 行政法總論與各論的相互聯繫：私營化問題所引動者，不單是行政法各論自主應付現實問題，從而彰顯各論存在的獨特與價值。更要追問的是，行政法總論的架構，是否還有能力駕馭各論日益分殊化的趨勢。在總論與各論間的往復觀察與協調，始終為行政法釋義學的任務<sup>275</sup>。從特殊領域所獲致者究竟能否公理化，方為後私營化的學術議題。法釋義學探索不止於歸納、更不在於演繹，而是溯因推理(Abduktion)積極從事法學上的發現<sup>276</sup>，厥為學術與實務間對話的主軸。

3. 中間原則的歸納必要性：個別議題諸如過去的電信、郵政與新近的公私合營下的文化行政，在在顯示即便是在私營化領域下，個別議題不斷分化與相互脫離的現象。即便是遭遇建立與總論性關聯發生困難時，仍有求取共性的必要。這或許進行後設認知前，在總論與各論之間，所亟待處理的現實問題。因此，Wahl 主張在一般與特殊之間，容有「中間性」存在的可能與必要，例如對

---

274 Claus-Wilhelm Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 3. Aufl., 1983, S. 84.

275 Christoph Möllers, Methoden, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. I, 2006, § 3 Rn. 53.

276 Joachim Lege, Pragmatismus und Jurisprudenz, 1999, S. 454.

於後續法的理解。中間性的思維，試圖提出簡易可行的若干基本原則，就如同在環境法立法過程中的努力<sup>277</sup>。

4. 基於評估後的私營化決定：行政固有其自主理性，試圖自我規制任何的私營化決定，此見促進民間參與公共建設法施行細則與甄審委員會組織及評審辦法的詳盡可知。然細察規範條文，多有屬於法律保留層次而以授權立法方式出現；而私營化的方式不過為改變任務履行方式，不論其何種面貌均有其共同性，如何反映與整合入行政組織法與行政程序法中，更為必要。

5. 公、私法交錯秩序作為調控之法：總論中區分公、私法而定公法為規範行政之特別法，是基於規範必要而定選法準據，而非僅止於判斷法律關係與其爭訟途徑之劃分。公、私法均為國家法秩序下的部門法(Teilrechtsordnung)，私營化作為法秩序之調控對象，本即包含私法作為調控手段之一。公、私法各自秉承公益負擔與私法自治之調控原則，這從早期的雙階理論到今日促參程序，足以說明針對行政過程之行為鎖鏈(Handlungskette)間的交互調控現象。任務私化的釋股作業程序、後續法中公平交易秩序、維持功能私化下的特許制、以及可替代公司的行政法人等，無一不是說明公、私法交錯適用之必要。

6. 形式選擇理論的重構：為實現國家任務，向有主張形式選擇自由，只要不存在特別法之規定，行政得選擇公、私法形式。然組織與行為形式之選擇，為權限與裁量之行使。形式選擇權限涉及權力分立議題，就何等形式為實現任務之妥適性議題，不僅過於輕忽，亦常囿於慣性思維或消極防免因素，未能認真看待制度設計的可能。再就私經濟活動方式，預算法未置一詞，而國營事業法側重

---

<sup>277</sup> Rainer Wahl, Die Aufgabenabhängigkeit von Verwaltung und und Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert (Hrsg.), Reform des allgemeinen Verwaltungsrecht, 1993, S. 177 (189).

於「經營」規範、而非「設立」規範；甚至地方制度法鼓勵地方經營公共造產，是否妨害市場經濟、脫離民主監督之調控，宜細細思量。以傳統上行政助手為例，行政權自享有相當廣泛的裁量權，合目的性之裁量即是合義務性裁量。然觀照今日發展，此說自應適度修正。目前形式私化下，所涵蓋的地方合作、公私合營事業，均為獨立於契約型合作以外的選項，故如何統合行政組織法制與強化，與鑑別各類形式在功能上所能圓滿達成任務的可能，厥為思考重點。

### 三、法典化的期待可能性

法釋義學的工作可為法典化奠定前期基礎。鑒於私營化的諸多問題已經取得基本共識，有學者建議進一步法典化<sup>278</sup>。目前我國已有促進民間參與公共建設法、公營事業移轉民營條例的典範，可謂跨出制度規範的第一步。法典化的優點在於確立功能私化的基礎，調和個別法律條款的功能合致性、提高法安定性、安排原則與特殊情況。惟此項建議限於總則範圍內，此有助於連結與認識個別法律的共通性，促使法律人省思與協調行政法總論與各論間的獨立性與關聯性，它不在於型塑一部放諸四海皆準的原則，而是根據不同行政法各論容許不同處理，並試圖推進整體行政法理論的完備<sup>279</sup>。

---

278 *Martin Burgi*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf, NJW 2008, Beilage, S. 18 (18 ff.).

279 *Möllers* (Fn. 275), Rn. 53.

## 參考文獻

### 1. 中文部分

- 王文宇（1998），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，36期，頁26-70。
- （2007），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。
- 林子儀（1998），行政檢查業務委託民間辦理法制之研究，台北：行政院研究考核發展委員會。
- 林依仁（2012），民主正當性程度與其成份，政大法學評論，129期，頁1-92。
- 張四明（2001），成本效益分析在政府決策上的應用與限制，行政暨政策學報，3期，頁45-80。
- 張桐銳（2007），民營化與公務人員之身分保障——以榮工處民營化為例，收於：黃舒芃編，2007年行政管制與行政爭訟，頁171-217，台北：中央研究院法律學研究所籌備處。
- 許宗力（2002），論行政任務民營化，收於：翁岳生教授祝壽論文集編輯委員會編，當代公法新論（中）——翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，頁581-610，台北：元照。
- （2007），論行政任務民營化，收於：法與國家權力（二），頁427-459，台北：元照。
- 許登科（2008），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，臺灣大學法律學研究所博士論文。
- 陳愛娥（2003），行政組織法——第二講國家角色變遷下的行政任務，月旦法學教室，3期，頁104-111。
- 陳新民（1995），「服務行政」及「生存照顧」概念的原始面貌——

- 談福斯多夫的「當作服務主體的行政」，收於：公法學劄記，頁55-108，台北：自版。
- 傅玲靜（2004），由行政之參與論於許可程序中迅速原則之實現——以德國聯邦行政程序法為中心，中原財經法學，13期，頁47-108。
- 黃茂榮、張志銘（1999），政府業務委託民間辦理相關法制之研究，植根雜誌，15卷8期，頁285-402
- 黃錦堂（1995），地方自治法治化問題之研究，台北：月旦。
- （2003），論地方自治團體間之合作，月旦法學雜誌，93期，頁8-22。
- （2004），行政任務民營化之研究，收於：公法學與政治理論——吳庚大法官榮退論文集，頁475-519，台北：元照。
- （2005），行政組織法論，台北：翰蘆。
- （2006），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，台北：中央研究院法律學研究所籌備處。
- 詹鎮榮（2003），論民營化類型中之「公私協力」，月旦法學雜誌，102期，頁8-29。
- （2007），論公營事業人員之強制資遣，收於：黃舒芃編，2007行政管制與行政爭訟，頁219-283，台北：中央研究院法律學研究所籌備處。
- （2009），行政合作法之建制與開展——以民間參與公共建設為中心，收於：台灣行政法學會編，行政契約之法理——各國行政法學發展方向，頁101-159，台北：元照。
- 劉淑範（2008），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1-108。
- （2011），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，臺灣大學法學論叢，40卷2期，頁505-568。  
蔡宗珍（2009年），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。

## 2. 外文部分

Ax, Thomas/Mattias Schneider/Sascha Häfner (2005), Die Wertung von Angeboten durch den öffentlichen Auftraggeber, Berlin: Lexxion.

Bachof, Otto (1972), Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30, S. 193-244.

Badura, Peter (1963), Das Verwaltungsmonopol, Berlin: Duncker & Humblot.

—— (1990), Die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand und die neue Sicht des Gesetzesvorbehalts, in: Baur (Hrsg.), Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag, Berlin: Walter de Gruyter, S. 835-855.

—— (1998), Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde zur Erledigung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze, DÖV, S. 818-823.

Badura, Peter & Peter M. Huber (2005), Öffentliches Wirtschaftsrecht, in: Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Aufl., Berlin: de Gruyter, S. 277-406.

Bauer, Hartmut (1995), Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54, S. 243-286.

Blümel, Willi (1999), Verwaltungszuständigkeit, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts (HStR), Bd. IV, 2. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller, § 101.

Bundesministerium des Innern/Bundesministerium für Justiz (Hrsg.) (1983), Bericht der Sachverständigenkommission „Staatszielbestimmungen/Gesetzungsaufträge“, Bonn: BMI/BMJ.

- Brohm, Winfried (1972), Die Dogmatik des Verwaltungsrechts, VVDStRL 30, S. 245-292.
- Budäus, Dietrich/Birgit Grüb (2007), Public Private Partnership: Theoretische Bezüge und praktische Strukturierung, ZögU, S. 245-272.
- Bull, Hans Peter (1977), Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Aufl., Frankfurt: Athenäum.
- (1995), Privatisierung öffentlicher Aufgaben, VerwArch 86, S. 621-631.
- (2001), Über Formenwahl, Formwahrheit und Verantwortungsklarheit in der Verwaltungsorganisation, in: Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag, München: C.H. Beck, S. 545-563.
- (2005), Bürokratieabbau, Die Verwaltung, S. 285-314.
- Bundesministerium für Verkehr (2003), PPP im öffentlichen Hochbau, Bd. I: Leitfaden, Berlin: Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung.
- Bundesministerium für Verkehr (2003), PPP im öffentlichen Hochbau, Bd. II: Rechtliche Rahmenbedingungen, Berlin: Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung.
- Burgi, Martin (1999), Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, Tübingen: Mohr Siebeck.
- (2004), Die Dienstleistungskonzession ersten Grades, Baden-Baden: Nomos.
- (2005), Die Vergabe von Dienstleistungskonzession: Verfahren, Vergabekriterien, Rechtsschutz, NZBau, S. 610-617.
- (2006), Privatisierung, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV, Aufgaben des Staates, Heidelberg: C.F. Müller, § 75.
- (2008), Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Gestaltungs-



- möglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf, NJW, Beilage.
- Canaris, Claus-Wilhelm (1983), Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 3. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot.
- Däubler, Wolfgang (1980), Privatisierung als Rechtsproblem, München: Luchterhand Literaturverlag.
- Di Fabio, Udo (1999), Privatisierung und Staatsvorbehalt, JZ, S. 585-592.
- Dieckmann, Rudolf (1976), Aufgabenkritik in einer Großstadtverwaltung, Berlin: Duncker & Humblot.
- Dreier, Horst (1992), Zur „Eigenständigkeit“ der Verwaltung, Die Verwaltung 25, S. 137-156.
- Egger, Alexander (2004), Einige Vorgaben für das Vergabeverfahren aus europarechtlicher Sicht, NZBau, S. 582-587.
- Ehlers, Dirk (1984), Verwaltung in Privatrechtsform, Berlin: Duncker & Humblot.
- (1986), Die Entscheidung der Kommunen für eine öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Organisation ihrer Einrichtung und Unternehmen, DÖV, S. 897-905.
- (1997), Interkommunale Zusammenarbeit in Gesellschaftsform, DVBl., S. 137-145.
- (1998), Rechtsprobleme der Kommunalwirtschaft, DVBl., S. 497-508.
- (2000), Das neue Kommunalwirtschaftsrecht in Nordrhein-Westfalen, NWVBl, S. 1-7.
- Erbguth, Wilfried (1995), Die Zulässigkeit der funktionalen Privatisierung im Genehmigungsrecht, UPR, S. 369-378.
- Erbguth, Wilfried/Frank Stollmann (1993), Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch private Rechtssubjekte? – Zu den Kriterien bei der Wahl der Rechtsform, DÖV, S. 798-809.

- Franz, Thorsten (2005), Gewinnerzielung durch kommunale Daseinsvorsorge, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Frenz, Walter (2002), Liberalisierung und Privatisierung der Wasserwirtschaft, ZHR 166, S. 307-334.
- Gern, Alfons (2003), Deutsches Kommunalrecht, 3. Aufl., Baden-Baden: Nomos.
- Vitzthum, Wolfgang Graf (1979), Gemeindliche Grenze der Privatisierung kommunaler Wirtschaftsunternehmen, AöR 104, S. 580-634.
- Gramm, Christoph (2001), Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, Berlin: Duncker & Humblot.
- Grawert, Rolf (1999), Zuständigkeitsgrenzen der Kommunalwirtschaft, in: Planung - Recht - Rechtsschutz. Festschrift für Willi Blümel zum 70. Geburtstag, Berlin: Duncker & Humblot, S. 119-138.
- Grzeszick, Bernd (1997), Versteigerung knapper Telekommunikationslizenzen, DVBl., S. 878-885.
- Grupp, Klaus (1994), Rechtsprobleme der Privatfinanzierung von Verkehrsprojekten, DVBl., S. 140-147.
- Gusy, Christoph (1998), Privatisierung als Herausforderung an Rechtspolitik und Rechtsdogmatik, in: Gusy (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben, Baden-Baden: Nomos, S. 330-351.
- (2001), Kooperation als staatlicher Steuerungsmodus, ZUR, S. 1-7.
- Habersack, Mathias (1996), Private public partnership: Gemeinschaftsunternehmen zwischen Privaten und der öffentlichen Hand – Gesellschaftsrechtliche Analyse, ZGR 25, S. 544-563.
- Hauser, Werner (1987), Die Wahl der Organisationsform kommunaler Einrichtungen, Stuttgart: Deutscher Gemeindeverlag.
- Heintzen, Markus (2003), Beteiligung Privater an der Wahrnehmung

- öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62, S. 220-265.
- Hellermann, Johannes (2000), *Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Hermes, Georg (1998), *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Hill, Hermann (1985), *Verfahrensermessen der Verwaltung*, NVwZ, S. 449-456.
- (2004), *Aufgabenkritik, Privatisierung und neue Verwaltungssteuerung*, Baden-Baden: Nomos.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang (1997), *Tendenzen in der Verwaltungsentwicklung*, DÖV, S. 433-442.
- Hofmann, Ekkehard (2007), *Abwägung im Recht*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Hösch, Ulrich (2000), *Öffentlicher Zweck und wirtschaftliche Betätigung von Kommunen*, DÖV, S. 393-406.
- Ibler, Martin (1999), *Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Ipsen, Jörn (1998), *Grundfragen der kommunalen Verwaltungsreform*, DVBl., S. 801-808.
- Isensee, Josef (2006), in: Isensee/Kirchhof Paul (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts (HStR)*, Bd. IV, 3. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller, § 73.
- Jessen, Stephanie (2001), *Die Privatisierung der Abwasserbeseitigung aus gebührenrechtlicher Sicht*, Berlin: Erich Schmidt.
- Kämmerer, Jörn Axel (1996), *Verfassungsstaat auf Diät?* JZ, S. 1042-1050.
- (2001), *Privatisierung. Typologie – Determinanten – Rechtspraxis – Folgen*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Kirchhof, Paul (1996), *Mittel staatlichen Handelns*, in: Isensee/Kirchhof,

- (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts (HStR), Bd. III, 2. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller, § 59.
- Kischel, Uwe (2003), Die Begründung, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Kluth, Winfried (1988), Grenzen der kommunaler Wettbewerbsbeteiligung, Rhineland-Palatinate: Heymanns.
- Koch, Hans-Joachim/Laskowski, Silke Ruth (1997), Verfassungsrechtliche Grenzen einer Privatisierung der Anlagenüberwachung, ZUR, S. 182-188.
- Koenig, Christian (2001), Funktionen des Bietverfahrens im EG-Beihilfenrecht, EuZW, S. 741-747.
- Knemeyer, Franz-Ludwig (1992), Kommunale Wirtschaftstätigkeit, in: Achterberg/Püttner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. II, Heidelberg: C. F. Müller.
- Köhler, Heinz (2011), in: Held (Hrsg.), Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen, Herne: Neue Wirtschafts-Briefe, §5.
- Krebs, Walter (2007), Verwaltungsorganisation, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts (HStR), Bd. V, 3. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller, § 108.
- Kropff, Bruno (1971), Über die Ausgliederung, in: Ballerstedt/Hefermehl (Hrsg.), Festschrift für Ernst Gessler zum 65. Geburtstag, München: F. Vahlen, S. 111-126.
- Kunig, Philip/Stefan Paetow/Ludger-Anselm Versteyl (2003), Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz: KrW-/AbfG, 2. Aufl., München: C.H. Beck.
- Kühne, Rainer (2006), Das Konzessionsmodell in der Abwasserbeseitigung, LKV, S. 489-492.
- Langer, Thomas (1998), Monopole als Handlungsinstrumente der öffentlichen Hand, Berlin: Duncker & Humblot.
- Lecheler, Helmut (1989), Der Verpflichtungsgehalt des Art. 87 I 1 GG -

- Fessel oder Richtschnur für die bundesunmittelbare Verwaltung?  
NVwZ, S. 834-837.
- Lege, Joachim (1999), Pragmatismus und Jurisprudenz, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Lerche, Peter (1994), Neue Entwicklungen zum Begriff der Bundeseigenverwaltung, in: Kirchhof/Offerhaus/Schröberle (Hrsg.), Festschrift für Franz Klein, Köln: Otto Schmidt, S. 527-539.
- Mann, Thomas (2002), Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Maurer, Hartmut (2004), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., München: C.H. Beck.
- Masing, Johannes (2004), Regulierungsverantwortung und Erfüllungsverantwortung – Alternativen der Verantwortungsübertragung am Beispiel der Privatisierungsdiskussion zur Wasserversorgung, VerwArch, S. 151-171.
- Mayen, Thomas (2001), Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Rechtliche Grenzen und rechtliche Möglichkeiten, DÖV, S. 110-118.
- Mayer, Otto (1924), Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 3. Aufl., Nachdruck 1969, Berlin: Duncker und Humblot.
- Möllers, Christoph (2000), Staat als Argument, Tübingen: Mohr Siebeck.  
——— (2006), Methoden, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, München: C.H. Beck., § 3.
- Müller, Nikolaus (1993), Rechtsformwahl bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, Köln: Carl Heymanns.
- Opitz, Marc (2004), Das Legislativpaket: Die neuen Regelungen zur Berücksichtigung umwelt- und sozialpolitischer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, VergabeR, S. 421-430.

- Ossenbühl, Fritz (1971), Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29, S. 137-209.
- Peters, Hans (1965), Öffentliche und staatliche Aufgaben, in: Dietz/Hübner (Hrsg.), Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, Bd. II, München: C.H. Beck, S. 877-895.
- Peine, Franz-Josef (1997), Grenzen der Privatisierung – verwaltungsrechtliche Aspekte, DÖV, S. 353-365.
- Pestalozza, Christian (1973), „Formenmißbrauch“ des Staates, München: C.H. Beck.
- Piduch, Erwin Adolf (1989) Bundeshaushaltsrecht, Bd. I, München: C.H. Beck.
- Pietzcker, Jost (1996), Verfahrensprivatisierung und staatliche Verfahrensverantwortung, in: Hoffmann-Riem/Schneider (Hrsg.), Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht, Baden-Baden: Nomos, S. 284-308.
- Püttner, Günter (1975), Die Einwirkungspflicht - Zur Problematik öffentlicher Einrichtungen im Privatrechtsform, DVBl., S. 353-357.
- (1994), Privatisierung, LKV, S. 193-196.
- Püttner, Günter/Thomas Mann (2011), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 2: Kommunale Wirtschaft, Heidelberg: Springer.
- Reinhardt, Michael (1993), Die Überwachung durch Private im Umwelt und Technikrecht, AöR 118, S. 617-663.
- Reisch, Lucia A. (2005), Verbraucherpolitik auf Vertrauensgütermärkten, in: Held/Kubon-Gilke/Strun (Hrsg.), Jahrbuch Normative und institutionelle Grundfragen der Ökonomik, Bd. 4, Marburg: Metropolis, S. 185-206.
- Ruffert, Matthias (1999), Regulierung im System des Verwaltungsrechts – Grundstrukturen des Privatisierungsfolgerechts der Post

- und Telekommunikation, AöR 124, S. 237-281.
- Ruhland, Bettina (2006), Die Dienstleistungskonzession. Begriff, Standort und Rechtsrahmen der Vergabe, Baden-Baden: Nomos.
- Sanden, Joachim (2005), Die Privatisierungsprüfpflicht als Einstieg in die Verwaltungsprivatisierung, Die Verwaltung 38, S. 367-398.
- Schmidt, Thorsten Ingo (2005), Kommunale Kooperation: der Zweckverband als Nukleus des öffentlich-rechtlichen Gesellschafts, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Schmidt-Jortzig, Edzard (1984), Die Zulässigkeit kommunaler wirtschaftlicher Unternehmen im einzelnen, in: Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. V, 2. Aufl., Heidelberg: Springer, S. 50-70.
- Schmidt-Preuß, Matthias (1997), Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56, S. 173-234.
- Schneider, Jens-Peter (2003), EG-Vergaberecht zwischen Ökonomisierung und umweltpolitischer Instrumentalisierung, DVBl., S. 1186-1191.
- Schoch, Friedrich (1994), Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl., S. 962-977.
- (1994), Rechtsfragen der Privatisierung von Abwasserbeseitigung und Abfallentsorgung, DVBl., S. 1-12.
- Scholz, Rupert (1997), Verkehrsüberwachung durch Private? NJW, S.14-18.
- Schröder, Rainer (2007), Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Schulze-Fielitz, Helmut (2006), Grundomdi der Aufgabenwahrnehmung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts (GVwR), Bd. I, München: C.H. Beck, § 12.

- Schuppert, Gunnar Folke (1994), Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Staat, kommunale Gebietskörperschaften und Private, in: Ipsen (Hrsg.), Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Rheinland-Palatinat: Carl Heymanns, S. 17-37.
- (1981), Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verselbständigte Verwaltungseinheiten, Berlin: Klaus Schwarz.
- (1994), Institutional Choice im öffentlichen Sektor, in: Grimm (Hrsg.), Staatsaufgaben, Baden-Baden: Nomos, S. 647-684.
- (1995), Rückzug des Staates? – Zur Rolle des Staates zwischen Legitimationskrise und politischer Neubestimmung – DÖV, S. 761-770.
- Sommermann, Karl-Peter (1995), Staatsziele und Staatszielbestimmung, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Steinberg, Philip (2007), Die Entwicklung des Europäischen Vergaberechts seit 2004 - Teil 1, NZBau, S. 150-159.
- Stern, Klaus (1980), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, München: C.H. Beck.
- Stober, Rolf (1984), Die Privatrechtlich organisierte öffentliche Verwaltung, NJW, S. 449-457.
- Stober, Rolf (2008), Privatisierung öffentlicher Aufgaben, NJW, S. 2301-2308.
- Stür, Bernhard/Uwe Schmalenbach (2006), Rechtsgrundlagen der Kommunalwirtschaft, NWVBl., S. 161-170.
- Tettinger, Peter J./Wilfried Erbguth/Thomas Mann (2009), Besonderes Verwaltungsrecht, 10. Aufl., Heidelberg: Hüthig-Jehle-Rehm.
- Tiemann, Susanne (1974), Die staatsrechtliche Stellung der Finanzkontrolle des Bundes, Berlin: Duncker & Humblot.
- Trute, Hans-Heinrich (1999), Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und



- privatem Sektor, in: Schuppert (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat*, Baden-Baden: Nomos, S. 13-45.
- von Arnim, Hans Herbert (1995), *Rechtsfragen der Privatisierung*, Berlin: Karl-Bräuer-Institut.
- von Mutius, Albert (2004), *Kommunalrecht*, München: C.H. Beck.
- Windthorst, Kay (2011), in: Michael Sachs (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, 6. Aufl., München: C.H. Beck, § 87 c-f und 91.
- Wahl, Rainer (1993), *Die Aufgabenabhängigkeit von Verwaltung und Verwaltungsrecht*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann Schuppert (Hrsg.), *Reform des allgemeinen Verwaltungsrecht*, Baden-Baden: Nomos, S. 177-218.
- Wolfers, Benedikt/Kaufmann, Marcel (2002), *Private als Anstaltsträger*, DVBl., S. 507-514.
- Weiß, Wolfgang (2002), *Privatisierung und Staatsaufgaben*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Zacharias, Diana (2001), *Privatisierung der Abwasserbeseitigung*, DÖV, S. 454-461.
- Ziekow, Jan/Alexander Windoffer (2008), *Public Private Partnership – Struktur und Erfolgsbedingungen von Kooperationsarenen*, Baden-Baden: Nomos.
- Zuleeg, Manfred (1982), *Anwendungsbereich des öffentlichen Rechts und des Privatrechts*, VerwArch 73, S. 384-404.