

## 從德國修法歷程論公私協力運用契約調控的發展

### The Contractual Governance in Public Private Partnership

陸敏清\*

Ming-Chin Lu

#### 摘 要

現代法治國家在面對內外環境的衝擊，為能於財政負擔及任務履行間達成平衡，往往需要借助甚多的調整，民營化、公私協力均是在此一脈絡下所生的產物。所謂的公私協力，泛指國家與私人之間所進行的合作或相互作用，當國家試圖尋求與私人共同承擔公共任務時，如何兼顧民主正當性及合法性控制，自然需要探究，易言之，縱使公私協力成為國家履行任務的常態，但國家如何運用不同調控手段以確保成效，無疑是一大關鍵。而考量任務履行之實效及兼顧協力對象的參與意願，反映在現實上會出現「契約化」(contracting)的調控趨勢，循此「如何形塑適當的契約體制？」毋寧會成為法學與實務關注的焦點。鑒於行政法學的發展與公共任務的不斷轉化密切相關，因而我們該如何掌握此一轉變趨勢並與時俱進地建構其內涵？相當值得探究，為此本文嘗試探討如何從國家調控的角度建構起適合公私協力之契約體制，並參酌德國對此議題所進行的修法歷程以供我國借鑒。

**關鍵字：**公私協力、公私合夥關係、擔保國家、公私協力契約

---

接受刊登日：102 年 1 月 31 日

\*興國管理學院財經法律學系專任助理教授

感謝隱名審查委員惠賜寶貴意見，惟一切文責仍應由作者自責。



## Abstract

Global trend pushes governments to make dramatically reform to response peoples' demands. To sum up, governments- the public sector- use different ways to cooperate with private sector, by means of Contracting- out, Privatization, Public- Private Partnership (PPP) and so on. In fact, public sector cooperates with the private sector is not uncommon, however, in comparison to the means of administration action, it has been adjusted by means of contractual control, but cooperation between different sectors still have several problems, for example, how to resolve the conflicts between efficiency and effectiveness? In addition, the regulation should be extent or not? how should we supervise contracts' provisions? Such problems still need to pay continuous attentions on.

**Keyword :** Public- Private Partnership (PPP), Contracting- Out, contract regime, Cooperation contract.



## 壹、前言

隨著時代的演變，現代國家不斷地吸納公共任務的範疇，藉此回應各種多變的需求（E S. Savas, 2000: 21），然，隨著全球化、國際競爭等發展，持續擴張且日趨複雜的「國家任務」思維漸受質疑，加上財政負擔等的壓力（Miranda, 1994: 356），為免陷入「政府失靈」（government failure）的困境，於行政管理或公共政策領域遂有提出新自由主義（Neo liberalism）、新公共經營（New Public Management）<sup>1</sup>等論調，重新評價國家應承載之任務本質（陳愛娥，2003：106-107）；在這波趨勢下造就了民營化（privatization）、解除管制（deregulation）等的新發展（程明修，2005：248-），連帶地適度接納市場、第三部門（the third sector）<sup>2</sup>等國家以外的力量蔚為主流，而公私協力（Private Public Partnership, PPP），<sup>3</sup>也反映著當今國家與民間共同參與合作的走向。事實上，我國在「行政院及所屬各機關推動業務委託民間辦理實施要點」中也言及冀望積極推動建立政府與民間夥伴關係，並藉此帶動社會競爭力，共創公私協力新環境，無疑也反映著我國政府採取肯定的態度。

儘管公私協力的發展容有質疑（陳敦源、張世杰，2010：41-），但其發展益趨多樣甚至普遍卻是不爭的事實，但誠如學者所言：國家在履行任務上被賦予甚多拘束，一旦今日轉為強調與民間協力，很難避免國家會在加強管理與兼顧參與者的意願間出現拉扯，甚至需要在確保任務如實執行與調整彈性上陷入掙扎（赤坂正浩、2006：19），為避免此等發展變成新的災難，反映在現實上會出現「契約化」（contracting）的調控趨勢，進而在此一趨勢下也意味著契約體制（contract regime）的形塑會成為協調不同參與者利害的主要媒介。我國於政府採購法（以下簡稱「採購法」）或促進民間參與公共建設法（以下簡稱「促參法」）中亦運用契約手段作為形塑政府（主辦機關）與民間業者（廠商）權利義務關係的依據，然而，此等契約定性屢致生爭執，<sup>4</sup>加上我國行政程序法對於契約之規範仍屬有限，致使我國就公私協力的調控發展受到限制，然若從國家調控的立場出發，若肯定上述見解，則契約化調控是否堪供選用？其該如何設定適當的監督、管制以確保其效？毋寧更屬關鍵，因此也構成本文論述的主軸。

事實上，綜觀各國在面對公私協力所引發的爭議，包括鄰近的日本，<sup>5</sup>抑或是一同屬公民法二元區分為法制背景的一德國，無疑均苦思解決之道。德國凸顯「合作國家」（Der Kooperative Staat）（張

<sup>1</sup> 新公共管理主要源自於美國對於行政活動的觀察與評價，藉由引進企業管理之評鑑等制度，希望能在行政成果或目的上獲得控制，事實上此等探討在不同國家有多樣的實踐面貌，對此德國稱「新調控模式」（neues Steuerungsmodell，NSM，或譯為「新管制模型」）。相關介紹，Andreas Voßkuhle, neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/ Schmidt-Aßmann/ Voßkuhle(Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2006, §1 Rdnr. 50ff. 至於中文文獻，參見陳愛娥，行政任務取向的行政組織法，月旦法學教室，第5期，頁72-73，民國93年5月。

<sup>2</sup> 第三部門係指在國家與市場外的第三領域，其主要關切弱勢群體或福利議題，按性質可區分為「非政府組織」（Non-Government Organizations, NGO）及「非營利組織」（Non-Profit Organizations, NPO）。後者常用來指國內非以營利為目的、強調志願性的組織，亦有稱為「志願部門」（voluntary sector）。相關說明，林淑馨，民營化、解除管制與政府職能，公共事務評論，第8卷第2期，頁23以下。

<sup>3</sup> 對於公私協力一詞，有稱為公私合夥、官民合作或「行政合作」（Verwaltungskooperation）。儘管用語有別，但均呈現出國家尋求與民間共同參與的態勢。由於我國在「行政院及所屬各機關推動業務委託民間辦理實施要點」已使用「公私協力」一詞，故本文採之。

<sup>4</sup> 受制於傳統公／私法二元區分的框架，以同屬公私協力適例的ETC案為例，針對ETC建置營運契約的屬性，即可見學理與實務見解上的分歧。實務（台北高等行政法院94年停字第122號裁定）與部份學者認屬行政契約。參見林明鏘，ETC判決與公益原則一評台北高等行政法院94年訴字第752號判決及94年度停字第122號裁定，月旦法學雜誌，第134期，頁19以下，民國95年7月。至於反對意見，亦請參見陳愛娥，促進民間參與公共建設事件中的行為形式與權力劃分一評台北高等行政法院94年度訴字第752號判決、94年度停字第122號裁定，月旦法學雜誌，第134期，頁38以下，民國95年7月。

<sup>5</sup> 該國的變革發展，參見山本隆司，日本における公私協働の動向と課題、新世代法政策学研究，第2号、頁277以下、2009年7月。



桐銳，2002：575-)

的積極意義，其透過型塑「現代國家與行政」(Modern State - Modern Administration)<sup>6</sup>的改革機會，重新國家調控的具體作為。該國認為今日的挑戰徒靠「命令—強制」型的手段未必能妥善地解決，倘若要運用公私協力作為當前解決之道，無疑相關制度均須隨之調整。為符合行政實務運作上所需，該國除了嘗試納入不同法秩序—如採購法(BGBI. 1, 2005, S. 2676) —的關注外，亦試圖修正聯邦行政程序法因應之(吳志光，2006：14-)。事實上在德國探討公私協力的契約化調控，往往多以聯邦行政程序法中對於公法契約的規範作為範本並提供制度化的協力平台，但公私協力下所訂定的契約畢竟有別於一般契約，進而如何在國家調控的思維下建立起完備的契約體制以應現實所需？自成為當前矚目的議題。<sup>7</sup>鑒於我國法制受德國法影響甚深，故德國於修法上的歷程與思考課題，自然有助於我國在處理此類議題的參酌，循此，本文試圖先就生成公私協力的上位概念—「擔保國家」模型加以闡述(貳)，並在此脈絡下導出公私協力的正當性評價(參)，並思考契約化調控的容許性，進而對照我國規定是否足以有效規制公私協力關係？最後則借助比較法的觀察(肆)，從德國修法歷程提出若干供我國啟發的建議。

## 貳、擔保國家與公私協力

國家以實現公益為取向，過去藉著國家本身所具備的資源自力實踐其任務的模式，近來往往廣泛運用公私協力的模式處理，舉凡各種公共服務業務，抑或是涉及人民生存照顧等方面，均帶有不等公私部門共同參與、執行的色彩，其不僅常見於各國行政實務上，亦成為法學界熱烈討論的課題。隨著公私協力藉由各種形式的相互作用(jede Form des Zusammenwirkens)，連帶地也牽動著國家模型的轉變，如何與時俱進地詮釋公私協力的發展，實有探討之必要。以下茲就此主題敘述之。

### 一、擔保國家之概念生成

約莫自十幾年前—甚至更早—，針對國家模型的探討已出現所謂「擔保國家」(Gewährleistungsstaat)的概念(大西有二、2009: 223-239)，無疑地，擔保國家概念的提出是對傳統國家任務論的反動。過去國家任務論的探討是建立在「給付國家」的預設基礎上。由於Ernst Fortsthooff所建構起「行政為給付的擔當主體」的命題(Jan Ziekow, 1997: 386ff)，課予國家積極實現社會正義的使命，促使國家獨占地履行公共任務，然而面對越來越多待解的難題，國家卻受制於所掌資源的有限，進而不是思考如何「瘦身」、變革，便是開始運用與民間業者共同合作(Kooperativ)的方式來體現公共任務，至此開啓了國家與民間業者協力的嘗試，此時如欲從傳統國家任務論去釐清責任歸屬，或先驗地—從憲法位階上—導出國家任務的完整體系無疑緣木求魚。鑒於國家所面對的挑戰日新月異，因此面對公共任務的遂行，在今日儼然已非如往昔一般僅單純地執行憲法所付託，毋寧可說其承載著更多的附加要求，此時為因應現實環境所需，在執行手段上會出現變異，易言之，國家所肩負的任務並未改變，而是達成任務的形式從國家自行擔當轉由民間業者—不論係營利企業、非營利組織或私人—執行之，而國家所肩負的責任，在上述命題下建立於國家對於遂行公共任務的保證之中(Einstehenmüssen des Staates)，<sup>8</sup>因而即便肯定國家得善用民間力量以履行任務，國家仍不容擺脫其身為「保證人」的最終責任，據此也應運而生擔保國家論。<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Die Bundesregierung, *Moderner Staat- Moderne Verwaltung* (Das Programm der Bundesregierung), S. 7ff, 1999 at <http://www.staat-modern.de/Anlage/original-550397/Moderner-Staat-Moderne-Verwaltung-Das-Programm-der-Bundes-regierung.pdf>. (到訪日期：2009年5月5日)

<sup>7</sup> Vgl. Hartmut Bauer, *Verwaltungsrechtliche und Verwaltungswissenschaftliche Aspekte der Gestaltung von Kooperationsverträgen bei PPP*, *DÖV*, S. 89ff, 1998.

<sup>8</sup> Rainer Pitschas, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren*, S. 254, 1999.

<sup>9</sup> 至於德國就擔保國家概念的生成與相關探討，參見許登科，德國擔保國家理論為基礎之公私協力





誠如上述，擔保國家意味著國家仍負有最終確保公共任務得以遂行的責任，但隨著不同任務在執行上的多樣性，我們不禁要問的是：國家本身以及參與的民間業者，在面對執行公共任務上應擔負起有何等責任？事實上，擔保國家概念的預期目標，從「擔保」一詞觀察可見其本身與民主正當性的連結，同時也藉此帶有連結民間業者與國家的作用（Manfred Röber, 2005: 88ff），在此等脈絡下，國家有義務在憲法秩序所設定的規範框架條件下重新界定其責任，同時若現實上仰賴民間業者的共同參與，毋寧更須致力於促進社會自我調節以及為其創造有利的自主空間始有實益（Stephan von Bandemer/ Josef Hilbert, 2005: 30），無形中也會促使國家調控手段的轉變。以我國委託民間辦理的發展為例，實也是循此等脈絡而開展「善用民間活力」的討論，只是結合民間業者共同參與公共任務畢竟有別於傳統做法，其需要在不同部門間形成相互合作、互補等關係，為免過度樂觀地渲染其成效而忽視基本權以及民主正當性等的拘束，除有必要重新釐清遂行公共任務之際的責任分配外，現實上國家亦須借助各種「工具」加以調控，此舉也意味著國家在調控上勢必會形成多面向、多脈絡的責任網絡，只是個別的內涵該如何掌握？又該如何具體安排？此等問題仍須回到不同的參與形態始能釐清。<sup>10</sup>

## 二、擔保國家脈絡下的公私協力

事實上，隨著國家面臨各種挑戰日益複雜，今日欲由國家獨力解決顯得越來越不切實際，取而代之是與私人或民間業者所進行的共同參與，<sup>11</sup>一般所謂的「公私協力」，無疑是國家為達其政策目標，透過民間業者於不同階段的參與、合作，將原屬國家—自行運用其資金、人力等資源—所承擔者，轉由與民間業者共同承擔之，<sup>12</sup>其有可能表現在如財務融資方案（Private Finance Initiation, PFI）的財政面上，亦可能透過委託經營管理或促進民間參與公共建設的 BOT 等制度呈現，而隨著其日益普遍也造就了「全球性的革命」（worldwide revolution）。<sup>13</sup>

一般公私協力若依據民間業者參與比例的不同，可略分為：諮詢模式（Beratungsmodelle）、經營者模式（Betreibermodelle）以及合作模式（Kooperationsmodelle）三種。<sup>14</sup>所謂「諮詢模式」，係指在協力過程中針對規劃、執行與經營等決定，諮詢私人或由其參與提供具體之建議，例如我國的專家參與制度；而「經營者模式」則主要讓私人承接現有設施設備並負責規劃、經營管理，或供給必要的服務，如醫院或社會福利機構的委外經營管理。至於「合作模式」則強調公私部門合組公司，再由該公司扮演經營者的角色進行經營管理。事實上若運用不同模式會導致公、私部門在履行任務上會呈現彼此交織配當的現象。有鑑於國家與民間業者在參與公共任務上有甚大的差異，因此為回應公共任務本身的公益性，國家除了須開發不同手段以回應擔保責任之訴求，以往習慣用的管制措施為例，在

---

法制—對我國促參法之啟示，台灣大學法律學系博士論文，頁 27 以下，民國 97 年。

<sup>10</sup> 針對擔保國家以及行政法學相對應的重構，參見林明鏘，擔保國家與擔保行政法，吳庚教授七十華誕祝壽論文集，元照，頁 577 以下，民國 98 年。

<sup>11</sup> 此等思維已於個別領域獲得證實，參見陸敏清，國家擔保責任於長期照護之實現，臺北大學法律學系博士論文，頁 13 以下，民國 98 年。Also see Lynne Moulton & Helmut K. Anheier, Public-private partnerships in the United States, in Stephen P. Osborne (ed.), *Public-Private Partnerships*, p. 105, 2000.

<sup>12</sup> 對此，曾有學者質疑「公私協力」的概念無法與「民營化」區隔，故無須另行提出此一概念徒增困擾。本文並不否認兩者間的重疊性，惟，鑑於本文要探討的是**促成與私人合作所採取的契約化調控，因而如何在契約中設定公私部門在合作上所分攤的權責**自屬關鍵。本文將公私合作視為一個集合性的概念，並採取較廣義的看法來涵蓋國家與民間合作的現況，特此敘明。前者可參見，Peter Arnold, *Kooperatives Handeln der nichtsozialen Verwaltung*, in: Nikolai Dose/ Rüdiger Voigt (Hrsg.), *Kooperatives Recht*, S. 211ff, 1995.

<sup>13</sup> See Darrin Grimsey/ Mervyn K. Lewis, *Public Private Partnerships: The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Private Finance*, pp. 19-40, 2004.

<sup>14</sup> 學者依據不同的觀察會有不同的分類，不過多半僅於民間業者的參與程度與自主形成空間有所差異。參照詹鎮榮，論民營化類型中之「公私協力」，民營化法與管制革新，元照，頁 12-13，民國 94 年。



公私協力上施加管制的強度，基本上取決於對應任務的責任要求，但由於公私協力的期間往往具有持續性，因此當管制措施隱匿在持續的、複雜的協力關係中，是否會導致國家漸失控制力道甚至出現依賴民間業者的危險？此時，觀察的重點無疑要跳脫具體個案的時間、空間軸距，而擴及至整體社會上（Jan Ziekow/ Alexander Windoffer, 2008: 81ff, 120ff）。

此外，公私協力並非將公共任務委由民間業者即可，事實上其僅將國家擔負的「履行責任」轉由民間業者承擔，因此國家與民間業者間並不會只有利益輸送或彼此背書而已，相反地，基於公共任務的特性，民間業者本身亦須擔負一定的責任，此時國家與民間業者間會呈現出所謂的「責任共同體」（network of responsibility），因此對於國家調控上，不僅應反映在不同法秩序的規範外，國家面對事務處理、組織型態等的思維也需要一併調整。

### 三、公私協力的概念特色：責任的共有與分攤

國家與民間業者透過協力共同參與公共任務，除了可發揮私人的專業、創意或活力等優勢外，妥善運用下亦能適度轉移國家所承載的若干「重擔」，但對於國家而言，公私協力並非將任務委由私人即可，因此反映在國家調控上自須納入「責任的共有與分攤」的觀察，藉此除可勾勒出國家與民間業者在協力關係中各自所扮演之角色外，亦可作為連接民間業者與國家的結點。

責任的共有與分攤亦有助於釐清相近概念。儘管從廣義觀察，表現在民法或公司法領域的協力關係，甚至是委託行政（參見我國行政程序法第 16 條）均可視為公私協力的一環，但現實上彼此間仍有差異（岸本太樹、2005: 132-133），例如：公私協力不若私法領域僅單純規範交易物品或服務的商務關係，故即便其亦帶有協力外觀，但由於未有責任的共有與分攤，故兩者仍有差異；其次，公私協力的操作亦可能賦予協力對象一定的高權權能，但為免賤賣國家高權，通常在委託行政下會將受託對象納入國家組織的一環（參見我國行政程序法第 2 條第 3 項），但公私協力所強調的非如委託行政一般而逕將協力對象納入國家組織之中，<sup>15</sup>毋寧係由國家與民間業者在各自的立場上，藉著彼此的共同參與來實現預期的目標，因此在解讀上自然也不該將協力對象單純視為國家的「手足」。

簡言之，在責任共有與分攤的脈絡下，不容國家「擺脫」其所擔負的責任，相反地在「行政為給付的擔當主體」的思考下，國家負有保證人的地位。但是此等要求毋寧受到不同協力態樣而有別，加上在遂行公共任務的過程中容有民間業者的參與，兩者之間要如何協調、分配責任？目前學理上普遍認同的看法，除了傳統一定要由國家擔當而為的「履行責任」外，尚有「保證責任」與「彌補責任」兩種。<sup>16</sup>「保證責任」代表著國家由原先獨立履行任務的立場轉換，藉由私人的共同參與承接公共任務，此時國家須透過一定措施確保該當任務履行的適當性，一般國家主要透過兩個工具因應之（Gunnar Folke Schuppert, 2000: 406f）：其一是「監督責任」。由於履行任務的重擔轉由與私人協力為之，為回應公共任務的屬性，須將各種遂行任務的活動置於國家監督之下，除了透過立法設定調控框架外，尚可利用建議、提供經濟補助或租稅優惠等的助長措施，促使民間業者能朝向公益目的行事；其二是「管制責任」，包括由國家逕為管制，抑或是一在國家的引導或指示下—透過「社會自我管制」來承擔該任務，<sup>17</sup>國家僅就自我管制的結果間接地進行審查，例如：包裝容器或廢棄物品的

<sup>15</sup> 以我國的醫療院所委外為例，主管機關曾表示：「…公立醫院屬於政府機關為醫療業務所設立之醫療組織，…且其實際從事部份與公共衛生行政有關之業務，可能屬公權力之行使。準此，…台北市各公立醫院委託民間辦理或公設民營之機（關）構，不論係受託行使公權力，抑或較低層次的事務委託，其外部關係仍由公立醫院對外負責…」（法務部(90)法律字第 045620 號函），即反映出將私人納入行政組織的思維。

<sup>16</sup> 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*, S.13(22), 1999.

<sup>17</sup> Wolfgang Hoffmann-Riem, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff moderner Staatlichkeit, in: Paul Kirchhof/ Lechner/ Raupach/ Rodi(Hrsg.): *Staaten und Steuern: Festschrift für Klaus Vogel zum 70. Geburtstag*, S. 47(53), 2000.; Jan Ziekow, Inwieweit veranlasst das Neue Steuerungsmodell zu Änderungen des Verwaltungsverfahrens und des Verwaltungsverfahrensgesetzes?, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Aßmann(Hrsg.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, S.349(366ff), 2002.



回收制度，或有機食品的認證機制，不過須提醒的是：此等設計勢必要搭配諸如特定結果的監督標準，以及其他替代手段例如管制程序的透明化等，否則一旦欠缺合理的管制勢將有害公益。<sup>18</sup>

儘管保證責任與受容許之「遊戲規則」有關，但當民間業者無法達到任務所要求之目的，甚至可能出現失控時，國家本於其保證人的地位自有必要介入調整，甚至是擔負起「補破網」之責，否則不啻讓國家擺脫其責，對此亦有學者稱為「潛在的履行責任」（詹鎮榮，2005：35）。為免出現此等狀況，國家自須於事前先就各種可能衍生之爭議或危險預為安排，並透過不等的補救措施以降低其對履行任務之衝擊（Jan Ziekow, 2001: 180），包括應否收回自行執行抑或另覓合適對象，此外若造成第三人權益受損，亦應按情況分別給予補償或救助。誠如上述，倘若發生此等狀況再由國家亡羊補牢地彌補無疑過於消極，因此或許國家應思考：如何形塑適當的協力關係並促使協力對象能夠發揮其特長，不過，採取公私協力模式而將國家與協力對象視為「責任共同體」，某種程度上仍待檢驗，畢竟其有別於傳統手法，因此本文以下將從憲法秩序的評價加以闡述，並推導公私協力的正當性基礎。

## 參、公私協力的正當性評價

事實上，國家採取公私協力的方式履行任務時，亦可能讓第三人與協力對象間對立，此時，基於憲法秩序的客觀價值，國家有義務採取積極作為調和同屬基本權主體間所衍生的衝突；其次，現代國家仍以法治國家為依歸，特別是國家在面對任務日趨多樣與各種利害的折衝，法律規範的必要性與重要性仍不在話下，特別是當公私協力可能會引發國家過度滲入社會領域之嫌，為避免公私協力致使國家與社會間「混同」的疑慮，如何劃定界限或區隔出「中間領域」（Sibylle Roggencamp, 1999: 32ff）有其必要。當然，規範訂立的具體化仍建立在對「國家」履行任務的前提上，為此民主正當性的運用有其必要，惟，傳統民主正當性的指涉，面臨今日轉由民間業者擔當或共同參與，其正當性來源及如何對其加諸民主控制？均待釐清，下文將循此一脈絡依序說明之。

### 一、以基本權主體為媒介實現國家義務

如前述，面對內外環境的變遷，透過私人的力量實現公共任務被視為是必然的趨勢，連帶地公私協力的發展自屬可以預期。然而，國家一直以來被認為有義務確保人民的基本權利，不論是從主觀權利或客觀價值面向出發，無非都要求國家積極作為，當今日國家將原先由自身實施的特定活動委與私人—同時具備基本權主體地位—合作時，連帶地，傳統在國家與私人之間的二元關係，會轉變為多元或三方關係，國家如何調和受委託履行任務的私人（民間業者）與可能受此影響的第三人（利用者、服務對象、顧客）間的對立？如何斟酌彼此的利害關係並為公正地調整？自然成為國家在思考保護人民基本權利上的新課題（大橋洋一、1998: 154）。

由於基本權主要以對抗國家侵害作為預設，當國家採取公私協力的模式來履行公共任務，對協力對象而言，如何排除國家—身兼締約者與監督者角色—「球員兼裁判」的糾葛？自須斟酌；其次，原先侵害個人權利的國家，當轉化為透過公私協力的模式履行其任務時，無疑地會將侵害的可能性轉到協力對象（民間業者）與第三人（服務對象）之間，此時循傳統防禦—排除干預的思考恐怕無法妥善處理。有鑑於公私協力所牽動的對象包括協力對象與第三人，因此如何擔保任務的持續性並兼顧第三人的利益？如何創造並助長協力對象的發展空間？甚至是導正偏差的合作狀況？等，相關配置會成為決定公私協力是否有效的關鍵，為此今日的重點擺在要求立法者應積極實踐其保護義務上。以下便從國家與協力對象、國家與受影響的第三人的兩個面向加以觀察。

#### （一）國家與協力對象之間

<sup>18</sup> 學者視其為「後民營化的國家管制義務」。參見許宗力，從政府再造看民營化的法律問題，政府業務委託民間辦理相關法制問題學術研討會論文集，行政院人事行政局主辦，頁 20-22，民國 91 年 4 月。至於比較法的觀察與分析，Andreas Voßkuhle, Schlüsselbegriffe der Verwaltungsreform, *Verw.-Arch* 92, S. 184(206), 2001.





從國家的角度觀察，若要使公私協力能穩定地發揮功效，自然需要確保該過程的一致性與可預測性，為此，影響或干預的強度越強，或將所受合法性控制轉嫁私人，均有助於實現任務，事實上，傳統的委託行政便是基於此一立場，將私人視為國家的延伸或「手足」，然，在今日環境變遷下，相較於高權手段，透過與私人協力並倚賴其能力或優勢更有助於達成公共任務之目的，此時在實現公共任務上自須尊重協力對象的自主性，畢竟私人並無履行公共任務的義務，因此能否形成協力關係？無法單純取決於國家高權或強制的作為，相反地，私人的允諾或自主決定更屬關鍵（詹鎮榮，2005：頁 34 註 85），易言之，國家雖可藉由私人－基本權主體－為媒介來履行公共任務，但私人的行動力與自主性仍是現代法治國家的基礎，因此國家若欲藉由公私協力來履行公任務，仍然要在尊重私人自主性下進行權衡，否則此等合作將不被允許，從這層意義出發，國家在尋求與私人合作上，必須破除傳統委託行政所慣用的內部關係思維。

其次，相較於全面管制與全面開放的光譜之間，國家對於公私協力仍有必要適度監督，以免出現學者所憂心的脫序現象（Martha Minow, 2003: 1237），不過若對協力對象課予等同官僚組織的控制，卻又可能癱瘓私人的活動空間，進而如何將不利的弊害抑制在最小限度內，以減輕侵害基本權的可能性，有其必要，易言之，在形成公私協力關係上須逐步審酌（山本隆司、2003: 155）：合作過程是否過度制約私人的意思自主？是否有違私人活動的合理判斷？等，舉例來說，國家為確保任務履行所為之監督，若形式要求或檢查過於廣泛，將可能癱瘓私人活動，無形中會限縮協力對象之自主空間、彈性等優點，而難以成就其創新與多樣等目標，此時國家的監督要如何在公益與私人自主性之間拿捏？自是影響公私協力的關鍵。

無疑地，國家如何設計讓協力對象得以發揮所長或激勵其得以自我管制的空間，有助於減輕對於私人自主性的侵害，為此會促使國家改採用各種正面的誘因，包括：獎勵、經費補助等誘導取代管制；同時，透過諸如終止契約、違約金或賠償等的負面誘因，藉以影響有意參與協力對象，甚至是潛在競爭者，均是在兼顧協力對象自主性的基礎上，間接地「馴服」協力對象以達公私協力之目的。當然，國家亦得本於此等思考，在與私人合作上開啓共同形成一定組織或創設程序的監督空間，例如將監督之責委由值得信任的民間團體或機構實施，或透過專業團體間的相互節制及自我進行評量，國家僅進行「監督的監督」，<sup>19</sup>除可避免出現「球員兼裁判」的情形外，亦能讓國家與社會間繼續保有一定的距離感。

## （二）國家與第三人之間

公私協立在現實上會使得原先由國家遂行之任務轉由與私人合作或共同參與，此時「私人」會從基本權主體的立場，轉而與其它服務對象－亦為基本權利主體－相互對立，亦即原先國家與人民的「雙方」基本權利關係，會因為公私協力而轉變為國家、承接任務的私人（民間業者）與接受該當服務之人（服務對象）的「三方」關係，在此等場合，往昔國家履行責任下的給付相對（私）人，轉變為國家委託業者履行任務而影響其利害關係的「第三人」，進而從傳統的基本權理論出發無法導出對抗第三人之基本權防禦作用，往往過去藉由參加等機制規範國家活動的憲法拘束，會隨著履行主體的移轉而受到影響，然而儘管如此，國家負有維持公法規定並保護人民利益的義務並未因為公私協力而有別，可能有差別的僅在於過去要求避免來自於國家的直接侵害，而如今則是透過基本權第三人效力理論（許宗力，2002：606），要求國家基於「保證人」的立場，間接排除來自於第三人的侵害；此外，國家有目的性卻間接或事實上的侵害也必須納入保護範圍內，亦即國家有義務以適當的介入擔保一般人民的基本權免遭受經國家許可委託執行或共同合作執行的私人侵害，為此，反映在現實上，國家應確保協力對象持續、不中斷地履行任務，此時如何創造並助長協力對象的發展空間，同時避免危及第三人利益？相關調控之配置將成為決定公私協力是否有效的關鍵，<sup>20</sup>包括規範

<sup>19</sup> 此種監督亦有稱為「專業的自我管制」或「社會自我管制」，除了環境法、經濟法外，尚運用於社會法領域，如我國全民健康保險制度中對於醫事服務機構的要求，即屬之。至於經濟法領域的具體實踐，程明修，行政法之行為與法律關係理論，新學林，頁 228 以下，民國 94 年二版。

<sup>20</sup> 比較法的觀察與探討，亘理格、フランスの P F I の手法—「公役務の委任」(Delegation de service





訂立、個別手段及相應的控制面向。

## 二、法治國家下的立法調控框架

### (一) 利害關係之衝突

傳統公法的假設建立在國家－社會二元論的觀點上。由於在傳統自由主義的脈絡下，尊重社會中個人的主體性，因此強調個人自治，乃至於會有私法（或契約）自治的要求，其提供了社會獨立於國家以外的正當性基礎（張桐銳，2002：574），在二元論的架構下可劃出不受國家支配的空間，同時對於社會而言，與國家之間的「距離感」足以避免其遭受國家侵犯，惟儘管此等設定有其正當性，但卻無法充分掌握當今公私協力的現況，在當今公私協力的趨勢下可能出現公益要求的拘束與私法自治觀念漸趨模糊的狀況。<sup>21</sup>如何透過規範訂立調和公益之間的「拉扯」，實具有其正當性。

由於國家存在之正當性，其一便是實現「公益」，<sup>22</sup>故當國家陸續採行公私協力的方式履行其責時，如何使實現公益的過程穩定並在過程中保有預見性及一貫性？自須加以檢視，當然這會面臨到幾個不同型態的挑戰，例如：國家可視任務屬性而採取全面「開放」私人競爭，或透過一定程序予以公共化，甚至是保留部分任務或補充性職能等；其次，若國家有意識地以私人為媒介或替代時，自須避免過去繫屬於國家受公益拘束因而「解構」兩者間的串連，畢竟私人之所以會與國家形成協力關係，對照公共任務的公益考量，毋寧更在意對自身利益的算計（岸本太樹、2005：97），亦即如何藉著公私協力拓展其活動領域或利用國家所具備的優勢，取得所必要的形象與聲譽，此時如何讓公私不同部門得於預設立場迥異的前提下合作？自屬立法上的一大挑戰。

不諱言地，公私協力本身帶有一定的預期目標，進而在調和公益上，一旦須考量協力對象的貢獻度，其公益性勢必要有所「退讓」，不過，此一結論並不同於國家放棄固有之責任，相對地，國家仍可透過立法設定調控依據，促使協力對象受到拘束。<sup>23</sup>有鑑於公私協力可能導致具有緊密關係的私益結合，為免其左右法律的平等執行，在程序上可藉由程序公開、透明的要求，一方面提昇公私協力的透明度，以降低私相授受的危險；相對地亦能藉此滿足公益要求。<sup>24</sup>

### (二) 具體的調控規範設定

對於公益之貫徹，首要任務仍繫屬於立法者所設定的調控框架，事實上，法治國本身並不關切公共任務是否盡由國家自行履行，其重點往往置於如何透過法律控制國家作為，惟今日公私協力的發展，面臨當國家將部分任務分配由私人履行時，一旦發生侵害他人自由權利或影響其法律地位，自然亦須通過法治國家的檢驗。惟相較於傳統法治國家面對國家－人民之間的單向關係，隨著公私協力所出現的多向關係，勢難循傳統的侵害－防禦模式獲致保護，取而代之的是由立法的規範義務出發，易言之，著眼於國家活動－不論自行為之或採取公私協力的方式－若會對基本權帶來重大或本質性的影響時，自須由具有民主基礎的國會以立法方式規範。而針對立法者於實現或保護人民基本權上的特色，反映在公私協力上，其須獲斟酌者除了：私人是否會因公私協力而出現一類似國家－侵害他人自由的狀況？倘若肯定之，則應該要反映在立法上。

至於，反映在規範密度上，其具體設計仍須視對基本權的影響程度是否「重大」，而決定法律

public) を素材に一、會計検査研究、第 25 号、頁 119 以下。

<sup>21</sup> 事實上對此議題更深層的問題是：在國家角色消褪(shrinking the state)的現實下，國家如何重新定位？國家權力於當代社會中面臨變遷的範圍為何？不僅會影響公私協力外，亦牽動著國家與社會各領域的重整與聯繫。陳春生、李建良、陳愛娥等，行政法入門，元照，頁 244 以下，民國 94 年三版。

<sup>22</sup> 至於公益在適用上與其他原則的搭配，李建良，論公益概念具體化在立法及法律適用上之原則，憲政時代，第 12 卷第 3 期，頁 75 以下，民國 76 年 1 月。

<sup>23</sup> 比較法的觀察，參見山本隆司、ドイツにおける行政法と行政法学の発展（上）、自治研究、第 75 卷第 2 号、頁 3-11、1999 年 2 月。

<sup>24</sup> 以社會給付行政為例，其越來越仰賴與「非營利組織」間的合作，或是適度修正市場機制而朝「準市場化」(Quasi-market)而調整，均屬適例。相關探討，參見李玉君，社會福利民營化法律觀點之探討，月旦法學雜誌，第 102 期，頁 86，民國 92 年 11 月。



控制的形式與程度（陳清秀，2002：636），事實上從比較法的實證已知（Matthias Knauff, 2004: 62）：單以減輕國家財政負擔為由，並不足以正當化公私協力之發展；因而為促使公私協力能發揮一定功效，立法者在嘗試設定規範上，可以設定框架的形式因應，並思索如何在組織與程序構造中納入私人自主管理、控制的精神，畢竟私人若能發揮自我管制的機能，除了可達履行任務的公益目的外，亦有助於減輕規範的管制力道。<sup>25</sup>據此，立法者於設定具體調控規範上，學者認為應關注下列幾點（原田大樹、2007: 277-278）：

首先，在考量私人自主性之際，有必要賦予私人得發揮創意、彈性的空間，因此立法者可採取框架式立法，藉以獲致合法性；其次，為掌握協力對象能朝向公益所企求，立法者可設定得以發展的誘導措施，此時，如何設定具可行性的具體誘因，立法者勢必要充分理解私人活動的動機與模式；<sup>26</sup>此外，相較於傳統國家逕為管制的作法，立法者面對公私協力關係亦須避免第三人出現額外負擔的缺陷，尤其是當履行任務出現「失靈」時，如何預先規劃改由國家介入的安排，實有助於規避公私協力所可能衍生的缺失。據此，也唯有透過立法者積極調和利益對立，始足以讓公私協力具有正當性。

## 二、民主正當性下的控制

### （一）民主正當性的關注

在傳統民主法治國的要求下，國家受憲法託付須自行作成最終的決定，在此等思考下所強調的是國家作為的「民主正當性」。所謂的民主正當性訴求，係指國家活動必須回溯到國民的總體意志上，而非單僅與某些特定對象或族群的「連結」，在此等要求下，會衍生出各種民主控制的手段用來**確認國民對於公共任務的履行所享有的充分影響力**，包括：適當的程序要求或藉著行政在組織上、人事或財源上的手段等，均須直接或間接地推導出不見斷的鍊結，惟此等設計思路，係為拘束國家行使支配權力所發展出的要求，相較於今日公私協力的發展趨勢，當開放私人參與原屬於國家擔當之任務時，自會引發憲法預設的民主正當性的適用疑慮。

一般來說，與國家合作的私人所具備的基本權主體地位，本身便是民主正當性的泉源，似無探討民主正當性的必要，惟之所以往昔課予國家各該作為須具備民主正當性，無非是冀望控制國家作為，此一立場即使在今日的公私協力上亦同，特別是公私協力往往會伴隨著公私部門的「交錯」，為免私益凌駕公益或出現分配不均等缺失，自然仍應以民主正當性為依歸，<sup>27</sup>並重在民主正當性命題下的各種控制機制。有鑒於傳統的控制得否逕運用在協力對象身上？會引發質疑，進而在思考上須另闢途徑，此時發展出的是循民主正當性的精神與上述法治國原則結合的合法性責任。

### （二）調控思維下的民主控制

由於在公私協力上，將公共任務交由私人擔當，有可能會因為協力對象本身的封閉性而影響任務的履行，嚴重的會影響第三人的利益，因此在思考上首要斟酌的是：如何避免公私協力偏向特定利益而出現「民主赤字」，此時，**同等地考量各種利益**便相當關鍵，其中除了競爭對象的利益，也包括服務對象的利益，由於社會實力的差異，若未能確保協力關係的中立性，仍無法免除與特殊利益「掛鉤」的疑慮，為克服此等缺陷，自須確保協力關係與特定利益保持一定距離，特別是涉及協力對象可能受到利害關係人「關切」之部分。此時，或許可類推行政程序中涉及迴避的制度，一旦擔

<sup>25</sup> 晚近有嘗試與契約加以結合並發展出不同的契約體制，包括框架契約或指示協約等，此等發展在長期照護或醫療領域已有相當的發展，張道義，德國健保聯邦醫療服務基本協定的法律規範分析，台北大學法學論叢，第 51 期，頁 35 以下，民國 91 年 12 月。

<sup>26</sup> 由於在公私協力的實踐過程中難免出現嘗試或實驗的情況，此時，透過比較法的觀察探究他國的研究歷程，有助於降低嘗試錯誤的機會，但，各國的研究成果仍受制歷史背景、意識形態等的差異，因而要求國家擔負起一定設定框架與監督義務自然更有正當性。

<sup>27</sup> 同樣的思維亦反映在不同領域，例如德國於新調控模式下所進行的政府組織再造。此部分的討論，參見荒木修、ドイツにおける NSM 改革と行政法、法律時報、第 78 卷第 9 号、頁 63-68、2006 年 8 月。



負任務的協力對象有違合作目標之虞或在個案上具有特定的利害關係時，仍須比照公務員迴避之，只是過度強調「對等」的利益考量，勢必會提高公私協力的難度，因此在兩相權衡之下，中立性的要求恐怕會較為「緩和」。

此外，由於公私協力的擔當主體有別傳統由國家獨立為之，當改由私人擔當時，恕難比照官僚所受之拘束強度，否則會削弱公私協力的預期目標，然而，相對地卻會牽動第三人的利益，包括有意參與合作的潛在競爭者及其他第三人，因此，反映在民主控制上，會轉為側重透過程序的要求以提高可信度，藉以提昇公私協力的正確性（程明修，2005：50），<sup>28</sup>反映在行政實務上，無疑可善用資訊公開制度或要求協力對象揭露在履行公共任務上的重大訊息、定期報告等，藉此凸顯民主控制功能；又，由於牽涉到私人間的利益衝突，因此公私協力必須思考讓利害關係人有參與的機會（陳愛娥，2005：249），進而在此等脈絡下，民主控制可轉為將民眾「參與」納入其中的機制，例如：讓不同利害關係的代表得以參與形成合議制，或賦予利害關係人陳述意見的機會等，除了回應前述的正當性要求外，亦能兼顧不具有充分代表性的少數者利益，除能擴大由社會大眾參與並發揮監督與制衡的功能外，亦能同時回應法治國所要求預見可能性等各該要求。

#### 四、小結

承上述，為求達到公私協力的目標，同時減少公私協力所可能引發的弊端？國家的作為自然要以各該憲法要求為基礎，在各該憲法評價下，除了提供國家採行公私協力上的一定空間外，相對地也設定了一定的界限，其中尤其又以公私協力可能牽動的利害關係最為重要。由於公私協力的相對人除擔當履行任務的主體，其本身亦受基本權的保護，倘若國家在協力上過度地要求致使其「工具化」，自然會引發「侵害」自由的危險；相對地，國家採取公私協力的方式亦可能讓第三人原先對抗的對象出現變化，因而如何避免公私協力模糊公／私領域的界線？從國家保護義務切入有助於調和因公私協力所衍生的衝突，而具體落實於法規範中分配國家與私人因合作所生之權責？無疑也需要納入民主正當性與法治國等的觀察。

惟，伴隨公私協力的發展趨勢，反映了國家調控能力的弱化外，在某種程度上也意味著單靠高權或單方管制的侷限性，進而國家往往改採與私人對話、協商的方式來維繫彼此的關係，連帶地國家調控模式會趨向「契約化」發展，然而有鑑於在公私協力下，參與合作的私人利益會與公共任務相互連結，當國家有意識地以私人為媒介或作為替代時，如何有效掌控公私協力的成效？端視國家能否有效調控該當契約，這其中除了包括立法者在規劃公私協力的任務安排與責任分配之際，如何將重要的任務納入並分配給不同主體？以及如何搭配必要的配套或工具？同時，行政機關於具體運作如何與私人形成合作予以評價，並反映在責任分配上？等，具體的責任配置也反映著國家的判斷與選擇。為達成公私協力之目的，德國法制發展出「公私協力契約」概念，藉由不同的調控方式，回應擔保國家及公私協力的正當性要求。有鑑於我國法制受德國影響甚深，故下文將從德國法制的學理議論與行政實務發展進行探究，期望能提供我國若干啟發。

### 肆、公私協力的調控發展：以德國法為例

公私協力除了反映國家自力履行任務的困難，在某種程度上也顯示單靠高權管制有所侷限。由於今日公私協力的發展，會使得國家與私人之間—或公法與私法秩序間—的交織更形頻繁，無疑會衝擊公法二元區分的預設。由於德國法制在因應公私協力上尚不足以回應現實所需，為期能有效調控，也反映在德國欲修正聯邦行政程序法的動向上，循此德國透過「公私協力契約」以掌握實務上所進行的公私協力關係。有鑒於公私協力所締結的契約有別於一般契約，因此自有必要另行安排，只是其安排如何回應前述說明？自有必要進一步觀察；又，在形成公私協力關係上，契約內容的具

<sup>28</sup> 惟有學者認為提高人民可接受度不見得會與民主正當性劃上等號。Vgl. Eberhard Schmidt-Aßmann, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2. Aufl., §2 Rdnr. 103, 2004.





體形塑，攸關國家與私人在合作過程中所具有的權利義務，尤其是責任分攤，實牽動著任務履行的成效，因此如何加以設計？德國法的思考亦值得我們觀察。以下將循此論述脈絡依序探討之。

## 一、公私協力的調控發展

### （一）公私協力於現行法秩序下的課題

德國與我國相同，在公／私法二分秩序下，因此要透過何種法秩序設定調控規範？首先要解決公私協力法律定位的問題。由於其會牽動後續諸如：損害賠償、強制執行及爭議解決的裁判管轄等的判斷，因此有必要先行探討。由於今日越來越強調國家與私人間的相互依存，因而針對公共任務的履行強調運用公私協力的模式，而為維繫協力關係，國家往往改採合意、協商、非正式手段來解決爭議（桂木隆夫、1990: 107）。其中由於契約所具的拘束力與靈活度可以讓國家在協力過程中適度調和利害衝突，並作為國家監督、管理之準據，故其成為各國當今在公私協力上最常運用之調控形式，然而該手段之運用仍須受到法律規範的拘束，此時首先會面臨的是「應循何種法律秩序予以規範？」的問題。<sup>29</sup>

由於今日在公私協力的發展中，會使得國家與社會或私人間，甚至是公法與私法秩序間的交織更為頻繁，進而要循何種法秩序回應公私協力的現實發展？可能會呈現不同的發展脈絡。考量公共任務的公益性以及國家所受到的公法拘束等，在調控上或許應適用行政程序法或類此的公法規範為宜，惟考量公私協力之標的與對相對人自主意願，此時完全以公法規範作為適用依據仍會致生爭議，畢竟適用公法規範的前提在於：該事件具有「公法」性質，考量現行多數的公私協力帶有民法或商事法的色彩，恐怕均難以納入適用範圍，無疑會減損規範之成效。對此我們無須一廂情願地認為僅靠公法規範即可實現其目的，相反地或許可將私法秩序納入斟酌，例如：民法、公司法或採購法。<sup>30</sup>只是私法規範亦有其侷限，畢竟此等規範建立於私法自治的基礎上，若過度涵蓋公益要求毋寧亦會動搖該規範的基礎，進而在面對公私協力的發展須賴個別法秩序的配合。不過，若考量公共任務的公益性以及公法拘束程度較高的特色，或許須循公法秩序切入較為合宜，若肯定此一見解，此時可將行政程序法轉化為行政機關的行為法，並透過「行政契約」一章中的一般性規定作為形塑公私協力關係的依據（程明修，2005：324）。儘管如此詮釋雖可避免選定法秩序的爭議，但在適用相關規定上仍會因為公私協力本身的特色而產生一有別於傳統行政契約的一困擾。

### （二）公私協力契約有別於行政契約的特色

誠如上述，儘管行政契約的一般性規定可作為依據，但是在現實的運用上仍面臨著若干的困擾。首先，公私協力契約未必侷限於具有「公法」性質，往往多數的協力關係是帶著商事法或民法契約的特色，甚至是出現公、私法交錯的特性，因此要將所有的協力關係均納入行政程序法規範，自會引發規範領域「肥大化」的爭執，相對地亦可能弱化規範效力；其次，從傳統的行政法學角度觀察，有關行政契約的規劃係以行政在有裁量權的狀況下，以「取代行政處分」的思維，由國家與私人締結「隸屬行政契約」（Subordinationsrechtliche Verträge），加上行政契約的發展較晚，因此甚多規定不像「行政處分」相關規定已獲長足的發展，進而立於平等互信的公私協力契約因未獲規範，致使其甚難依現行規定適用之。<sup>31</sup>

此外，公私協力所形成之關係往往會影響當事人以外的第三人而造就多向關係，此點亦有別於過往聯邦行政程序法所規範的行政契約。於聯邦行政程序法下所規範的行政契約，若契約內容有侵害契約當事人以外的第三人時，契約的有效性取決於該當第三人的書面同意，一旦第三人未參加契

<sup>29</sup> 比較法之觀察與探討，see Vincent Gooden, Contracting and Negotiation: Effective Practices of Successful Human Services Contract Managers, *Public Administration Review*, 58(6), p. 499, 1998.

<sup>30</sup> 以我國採購法的部份規定觀察（同法第 74 及 83 條、第 85 條之 1）即可看出私法所具「公法化」之傾向。至於不同比較法上的探討及分析，山本隆司、私法と公法の（協働）の様相、法社会学、第 66 号、頁 20 以下、2007 年 3 月。

<sup>31</sup> 相同見解，vgl. Heinz Joachim Bonk, Die Fortentwicklung des öffentlichrechtlichen Vertrages unter besonderer Berücksichtigung der public private partnership, *DVBf*, S. 141ff, 2004.



約，則不受契約效力所及（同參見我國行政程序法第 140 條第 1 項），該規範的原始考量源自於傳統民法上禁止契約成爲第三人負擔的假設，姑且先不論將民法契約法理原封不動地套用於行政契約是否妥當，<sup>32</sup>既然聯邦行政程序法對行政契約之建構係以規範契約當事人「雙方」間的法律關係爲前提，一旦契約內容例外出現侵害其他第三人之權利時，爲保護該當第三人，契約的效力自須仰賴該當第三人的書面同意（吳志光，2006：24），惟鑑於公私協力契約往往會牽動第三人的利益，當涉及締結契約的利害關係變得複雜時，如何在提昇效率與兼顧第三人利益間取得平衡？實會出現若干的「掙扎」，進而當國家原本以發動處分權限爲背景轉換爲試圖與民間業者形成協力關係時，國家勢必要擺脫傳統的框架而爲重新思考，據此要求修改行政契約相關規定的呼聲日增（Heinz Schmitz, 2005: 17ff）。

### （三）公私協力契約納入現行行政程序法的容許性

德國聯邦行政程序法中所規範的契約類型涉及公私協力的規範，主要見諸「行政契約」一章的規定。針對公私協力要透過契約予以調控，如何將協力關係中重要且必要的項目納入實有必要，除可回應公私協力的現實發展，更有助於釐清國家與協力對象間的權利義務關係（大脇成昭，1999: 313-314）。目前探討因公私協力所締結之契約，若著眼於其「公益」拘束的特徵，在調控上或許要加強公法拘束，不過有學者認爲（岸本太樹，2005: 137-138）：法規範所承認的行政契約類型，在現今公私協力的轉變下，於締約過程便帶有著探尋承諾、形成共識的發展，此等轉變已足以讓國家與私人間形成交流，因而即使在傳統的程序中也會產生合作的效果，但頂多只需隨著個別的狀況延伸至締約前或締約後的效果即可，實無必要另行創設此一新類型，惟，誠如上述，傳統形式的行政契約在面對動態的任務履行與形塑責任分攤下，已難充分因應現實上的需求，修法除了可減少實務操作上的困擾外，亦冀望藉此引導或形塑協力關係。

然而，事實上在建立公私協力契約概念上，首要克服的是：此一契約類型的容許性問題。若其屬於法律明文禁止或依其性質不獲容許時，自不會衍生後續該如何具體形塑的討論。儘管聯邦行政程序法立法之初受到 Otto Mayer 影響，在「國家不得協議」（Der Staat paktiert nicht）的限制下，限制著國家採行契約形式的可能性，藉以避免國家規避依法行政的要求，雖然此等思考有其正當性，但雖著公私協力日益普遍，今日多將公私協力契約視爲一種特殊型態的行政契約，因此採取如同行政契約於「不違反法律規定的限度內」容許之或許較爲可行，毋寧論爭的重點或許不在容許性上，而在於如何透過法律具體規範攸關公私協立在程序上或實體上的規定，故以下僅就德國針對公私協力契約的修法歷程以及相關討論進行探討。

## 二、德國聯邦行政程序法的修法動向

德國聯邦行政程序法自 1977 年施行以來雖有幾次的修正，但對於行政契約一章卻未曾修正過。惟由於現行法令規定不符實態，故爲求符合實務運作所需，德國擬增加公私協力契約的類型因應之。<sup>33</sup>而誠如前言所述，德國爲了彰顯合作國家的積極意義，同時塑造新的責任分配模式，其聯邦政府於 1999 年 12 月的內閣會議明確決定，「今後應修正聯邦行政程序法規範行政契約之規定，創設以共同遂行行政任務爲目的之新形態的契約類型與契約條款」（吳志光，2006：41），據此，聯邦內政部於 1997 年組成行政程序法審議委員會（Beirat Verwaltungsverfahrensgesetz beim Bundesministerium des Innern，以下簡稱「委員會」），自 1999 年經歷了數次的會議跟討論後，於 2000 年向內政部提出期末報告，建議修正聯邦行政程序法有關行政契約之規定，同時建請專家學者提出鑑定意見。<sup>34</sup>嗣後，聯

<sup>32</sup> 我國在行政程序法中亦有相同規定（參見同法第 140 條第 1 項）。而對該規定的闡述與批評，參見林明鏘，行政契約法論，翰蘆，頁 282-283，民國 95 年。

<sup>33</sup> 有關德國聯邦行政程序法的演進歷史與修正脈絡，vgl. Kopp/ Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl., 2008. Einführung Rdnr. 25ff. 中文文獻，參見傅玲靜，德國聯邦行政程序法之改革，中原財經法學，第 12 期，頁 67 以下，民國 93 年 6 月。

<sup>34</sup> Beirat Verwaltungsverfahrensgesetz beim Bundesministerium des Innern, S. 834ff, 2002. 中文文獻，參見程明修，公私協力行爲對建構「公私合作法」之影響，月旦法學雜誌，第 135 期，頁 9-13，民國 95 年 6 月。



邦內政部依此報告，邀請兩位學者做成鑑定意見，其一是 Gunnar Folke Schuppert 教授；另一位係 Jan Ziekow 教授。<sup>35</sup>

學者的鑑定意見認為，為有效調控公私協力關係，現行行政契約的規定有必要藉此進行大幅度的修正(Große Lösung)，為此應於聯邦行政程序法中創設可適用於所有公私協力—不論其屬性為何—的詳細規定，對此，Schuppert 提議創設「與私人合作」一章，以規範有關公私協力契約的規定，而原先行政契約一章則後移為第五章（以下略稱「Schuppert 版本」）；至於 Ziekow 則試圖在現有的行政契約外，另行創設公私協力契約類型。為此，Ziekow 將原第四章的「行政契約」標題調整為「履行公共任務之共同作用」(Zusammenwirken bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben)，並增設「與私人合作」(zusammenarbeit mit Privaten)的共通規定（第一節），藉以納入各種協力形式，同時將行政契約的規範改列為第二節，並隨後於第三節增訂公私協力契約的規定，但也因為如此，其版本的變動幅度堪稱最大（以下略稱「Ziekow 版本」）。

而聯邦內政部的委員會參酌兩位學者所提出的鑑定報告後，除了向內政部提出期末報告外，在經過數年修法研議的進程後，於 2004 年提出一份聯邦與各邦行政程序法修正範例草案 (Bund/ Länder Musterentwurf 2004，以下略稱為「範例草案」)。<sup>36</sup>對此，身為該委員會主席的 Heinz Joachim Bonk 於 2003 年召開第九次律師公會年度大會提出演講時 (Heinz Joachim Bonk, 2004: 141ff)，除肯定聯邦行政程序法有修正之必要性，同時也對其修正提出具體方向。其認為既要納入聯邦行政程序法加以規範，所規範者仍須著眼於具有公法性格的協力關係。倘若能將所有公私協力關係均予以類型化甚具有價值，但鑑於公私協力關係仍在發展中，若納入過於詳細的規定將使得該法難以負荷，同時也會影響法院審判權的分配，為免牽動過鉅，描繪公私協力的各種態樣尚非本次修法的重點，毋寧仍應將重點置於如何於現行法中設定公私協力契約的規範框架，至於適合各領域的具體協力關係，則留待未來實務發展，反映在修法上則僅採取修正或補充現行規定不合宜之處的小幅度變動(Kleine Lösung)。<sup>37</sup>

儘管在專家鑑定意見與範例草案之間，對於「如何於聯邦行政程序法中具體納入公私協力？」仍有歧見，不過在規範公私協力契約上，學者與實務界均未予否認有明文規範之必要性，除了可讓目前實務廣泛採用卻無法適用的公私協力獲致依據；藉由修法所設定的規範框架亦可發揮引導其發展的功効 (Heinz Joachim Bonk, 2004: 148)。由於委員會採取留待實務具體發展的態度，因此在範例草案中側重建立起一般、共通的調控框架，至於具體細節的安排，則僅要求國家保有「足夠的影響力」(hinreichende Einfluss) 即可；反過來說，由於學者的鑑定報告試圖將不同的協力關係類型化，因此對於協力關係的具體設計有所不同，不過一般所強調者無非在於協力對象（人的要素）以及事務內容（物的要素）兩方面，考量此兩個要素攸關公私協力成敗甚鉅，故以下將以學者的鑑定報告為主，分就這兩個最為關鍵的主題進行討論。

<sup>35</sup> Gunnar Folke Schuppert, Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungskooperationsrechts-Regelungsbedarf und Handlungsoptionen eines Rechtsrahmens für Public Private Partnership, in: Bundesministerium des Innern(Hrsg.), *Verwaltungskooperationsrecht (Public Private Partnership)-Gutachten im Auftrag des Bundesministerium des Innern-*, Juni 2001([http://www.staat-modern.de/Anlage/original\\_548354/Gutachten-Prof.-Dr.-Schuppert.pdf](http://www.staat-modern.de/Anlage/original_548354/Gutachten-Prof.-Dr.-Schuppert.pdf)); Jan Ziekow, Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) im Verwaltungsverfahrensgesetz, in: Bundesministerium des Innern(Hrsg.), *Verwaltungskooperationsrecht (Public Private Partnership)- Gutachten im Auftrag des Bundesministerium des Innern-*, Juni 2001 ([http://www.staat-modern.de/Anlage/original\\_548355/Gutachten-Prof.-Dr.-Ziekow.pdf](http://www.staat-modern.de/Anlage/original_548355/Gutachten-Prof.-Dr.-Ziekow.pdf)). 至於各該版本的中文介紹，參見程明修，公私協力契約與行政合作法—以德國聯邦行政程序法之改革構想為中心，興大法學，第 7 期，頁 69-143，民國 98 年 6 月。

<sup>36</sup> Heinz Joachim Bonk/ Heribert Schmitz, in: Paul Stelkens/Heinz Joachim Bonk/Michael Sachs(Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 7. Aufl., §54 Rn. 276, 2008.

<sup>37</sup> 範例草案的修正從聯邦行政程序法第 54 條著手，除了將原先的第一、第二「句」分列為第一、第二「項」，並增列第三項作為公私協力契約的依據，其規定為：「**行政機關為促使私人參與公共任務之履行，得與其締結協力契約。高權權限限於法律明定時，始得委託給私人。**」關於範例草案的中文說明，參見程明修，同前註 35 文，頁 95 以下。





### 三、公私協力契約的協力對象

針對公私協力的過程能否順遂？首要的關鍵實取決於協力對象的挑選。有鑒於協力對象的良窳，牽動著後續的履行成效，為求達到調控之目的，國家在掌握協力對象上的斟酌，往往會反映在其所應具備的一定資格上；此外，針對公私協力契約影響所及可能不僅止於國家與協力對象之間，相反地更可能涉及第三人的利益，包括潛在的競爭者、利用者甚至是消費者，因此在挑選協力對象上可能要斟酌其利害關係，惟，若加強對第三人利益的關注，相對地卻可能影響公私協力的實效與效率，此時該如何斟酌兩者間的對立？亦有必要探究，故以下將循此一脈絡說明之。

#### （一）協力對象應具備的資格

如前述，由於在法規變動幅度上有差異，連帶地對於協力對象的資格亦有不同見解。由於委員會希望公私協力契約侷限在「公法上」契約進行小規模的變動，因此對於協力對象的挑選，無疑將其視同「行政機關」在履行任務，不過其畢竟有別於傳統委託行政（Beleihung），因此範例草案第 54 條第 3 項係採用「參與」（beteiligen）用語予以區隔（Heinz Joachim Bonk, 2004: 148），只是民間業者參與的畢竟是公共任務的履行，進而範例草案第 56a 條仍要求國家須具備**得以充分掌握或對相對人行使足夠影響力的空間**；<sup>38</sup>相對地，由於學者的鑑定報告嘗試於聯邦行政程序法中納入不同的協力類型，因此對於相對人的選擇較為寬鬆（Schuppert 版本第 56 條第 1 項、Ziekow 版本第 53c 條第 1 項），不過即便如此，不同版本間對於協力對象的資格均要求：**在締結公私協力契約上，協力對象須證明其具備一定條件足堪擔當該任務**。在對照德國反限制競爭法（Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB）中對於政府採購的要求，反映在個別版本中均要求：協力對象是否具備專業知識（Fachkunde）？該要求尚須視協力標的而有別；其次協力對象是否具有合適的給付能力（Leistungsfähigkeit）足以履行任務或經營管理？考量管理以及後續的風險，實務上尤其重視資力與財務穩定度；此外，協力對象是否足堪信任（Zuverlässigkeit）？往往多以是否遵守所有法律義務之要求作為判斷（範例草案第 56a 條後段；Schuppert 版本第 55 條）。

為確保任務履行的順遂，行政須先將協力對象的資格、條件等加以公告。同時，為提高協力過程的公開透明，通常是比照政府採購的方式，採取公開招標或以各種影響性措施誘使私人參與競爭的方式進行，而除了一般公開招標外，亦可能藉由限制性招標或任意委託的方式達成目的，不過為求公平，國家須避免以優惠或採取差別對待之方式影響競爭的公平性；此外，斟酌對隱私保護之要求，國家自不得洩漏參與者的營業秘密與相關資訊；又，有鑑於公共任務即便是交由私人履行，仍須符合儉約的要求，故反映在挑選協力對象上，自須將減少財政負擔或提升效率納入考量（Supper 版本第 57 條第 3 項）。此外，協力對象是否具備適當的給付能力？可能會以其所運用之技術、設備或選用適當人才等作為判斷之參考（Ziekow 版本第 62d 條第 1 項第 1 款）（Jan Ziekow, 2001: 208ff）。

#### （二）第三人利益應否納入斟酌？

由於公私協力不僅影響當事人，亦會牽動其他第三人之利益，包括參與協力的潛在競爭者、利用者甚至是消費者，因此，相較於傳統契約觀僅斟酌當事人的利益，於公私協力上須適度考量第三人的利益，進而讓第三人得以參加契約交涉的程序，從保障其利益的角度而言有其意義，一方面得以及早調查或確認因締約而可能受到影響的所有利害，亦有助於減少行政負擔；其次，積極管理的意義在於盡可能及早知悉第三人因締約所受到之影響，藉著及時探知而納入程序中，亦得降低事後爭執的風險，為此，學者認為於**進行審議之際，應考量權益受該當協力影響之第三人利益**（Ziekow 版本第 53c 條第 3 項）。然要採取何種形式兼顧「利益受影響的第三人」？容有爭議，因為一旦肯定第三人的地位而賦予其參加之機會，是否會因為人數眾多而遲誤締結公私協力契約的時程？儘管讓第三人參加有助於降低對於公私協力正當性的質疑，但相對地卻可能出現拖累效率、增加行政或財政負擔等之弊，此時是否會因此致使再度回到檯面下的非正式交涉？恐怕會再引發另一波對正當性

<sup>38</sup> 範例草案第 56a 條規定為：「第 54 條第 3 項之行政契約，僅於得確保行政機關充分行使影響力，並使公共任務依約定內容履行時，始得締結。行政機關應選擇具專業知識與給付能力，同時可堪信任者作為契約相對人。」



的質疑，有鑑於此，為免個別事例於形塑公私協力契約上造成不必要的阻礙，目前傾向於偏重程序面的控制，至於實體法的嚴格規定則較為退讓，這也反映出公私協力的在實效與正當性之間的取捨兩難，惟，此舉是否會導致偏重法安定性而忽略法治國的實質規範要求？特別是事涉第三人利益的議題，則尚待持續觀察。

對照今日德國於行政實務上肯定讓第三人參加的例子，一般多視為進入正式程序前的協商，至於第三人能否參與交涉、協商，則猶待「契約當事人同意」，契約當事人對其並不具有法律上義務（如：聯邦行政程序法第 71c 條第 2 項第 2 句、環境影響評估法第 5 條第 2 句等），換言之，現行相關法制未不強制第三人在程序上參加；其次，第三人就公私協力契約的交涉得否拘束雙方當事人，在法律用語上僅止於「得」（kann），而非「應」（soll），進而表現在公私協力契約上，雖如同學者肯定第三人得以參加，但其空間也僅限於以概括規定承認得以適當方式讓受影響的第三人參加該當協力關係而已（Ziekow 版本§53c IV），惟如前述，公私協力所涉往往也牽動第三人的利益，今若認為第三人利益無法於形成公私協力的過程中取得參加或進行利益調整的空間，如何兼顧第三人利益？國家勢必要借助資訊公開或其他有助於擴大社會監督的機制，以維繫對第三人利益之保護。

#### 四、公私協力契約的事務內容

由於原本由國家擔當的履行責任在公私協力下轉由私人擔當，因此要按傳統從事務領域的屬性觀察國家責任的方式，自然難以掌握，取而代之的是從責任面著手，換言之，為確保國家責任得以落實，不論是學者的鑑定報告與委員會意見均認為從契約內容的具體規範著手，可作為有效控制公私協力的手段。至於公私協力的內容應如何具體化？一般仍須藉由雙方合意確定之。然為免出現私相授受或影響第三人利益，透過法規範具體化實有必要。只是，法律規範的幅度應如同範例草案僅止於「確保行使足夠的影響力」的基本要求即可，還是應就契約內容的不同要求而予以程度不等、性質不同的設計（Ziekow 版本第 62c 條各款）？現實上仍有歧見，不過縱使如此，從學者的鑑定報告觀察，其就形塑共通的契約內容仍具有一定的價值，例如：Ziekow 認為在規範上可依其性質區分為強行或任意規定，前者除了劃定應明定於公私協力契約中的強制要求—如：行政應踐行固有責任之重要事項—外，亦就個別契約中應解決特定問題給予指示，至於具體解決則待當事人自行形成；或甚至是僅止於設定可供協力雙方個別、具體形成內容的任意性「框架」，為此，本於國家調控的思考，反映在事務內容上的安排，可從締約前後加以觀察：

##### （一）締約前的前置準備

由於國家負有擔保責任，因此國家須要確保其對於公私協力具有足夠的影響力，一旦行政機關在締結公私協力契約上無法確保充分行使影響力時，將導致該契約「無效」（Vgl. Heinz Schmitz, 2005: 23），<sup>39</sup>為此，反映在締約上，國家有義務在締約前進行若干準備，包括：國家須先審查法律及事實的前提條件，並審酌締結公私協力契約是否符合目的（Ziekow 版本第 53c 條第 5 項），為此，國家需要針對協力標的、範圍、程序或其他重要的事項應謹慎審議之（Ziekow 版本第 53c 條第 2、3 項），同時為落實此目的，應在契約書面中明定協力對象所應遵守的義務，藉以確保公私協力契約的進展，<sup>40</sup>對此學者認為應依照協力標的之不同，分別設定絕對必要記載事項（強制約款）、相對必要記載事項（框架約款），或甚至任意記載事項（任意約款），藉以因應不同公私協力所需，不過由於此等作法過於細緻，為免遲誤公私協力的時程與實效，此等設計顯然未獲青睞，不過學者冀望類型化不同條款的苦心，應可提供實務個別發展之參酌。

<sup>39</sup> 為此範例草案增訂的第 59 條第 2a 項規定：「第 54 條第 3 項之公法契約，有下列情形之一者，無效。即雖無法確保行政機關充分行使影響力，使公共任務依約定內容履行，卻仍締結之」。惟為避免因契約無效而致公私協力的努力「前功盡棄」，同條亦增訂第 4 項允許「得以適當有效之規範取代時，契約當事人得請求調整契約以取代回復原狀」，藉此等轉換減緩無效所造成的衝擊，毋寧甚具啟發性。

<sup>40</sup> 範例草案第 57 條規定：「締結公法契約應以書面為之，但法律另有規定者，不在此限。書面要式於交換合意之書面表示時，視為已具備書面。」





形成責任分配秩序是公私協力成功與否的核心課題，故在此課題上如何將責任與風險進行有系統、多層次的分攤，自屬關鍵（Jan Ziekow/ Alexander Windoffer, 2008: 53ff），為此在促成具有實效的公私協力的上，國家自須就其結果進行整體評估，包括在締約前的準備階段，除了就價格或成本進行預評估外，國家亦須斟酌影響經濟性的各種狀況進行成效面評估，畢竟私人與國家締結公私協力契約，仍以追求利潤為主要目標，一旦利潤成數未盡理想，恐怕會面臨須調整服務對價的議題，因此有必要透過規格標準、費用效果、可理解度等可茲量化的指標，轉化為審視各種執行成效之用，並藉此探知因協力本身所可能帶來的成果分析。

此外，面對不可預期的風險亦可能造成協力對象須追加「成本」，而此等增加或多付出的成本要否誰承擔？如何承擔？甚至是因公私協力衍生的賠償問題應如何釐清責任歸屬？國家亦有必要對此預為規範，因此表現在公私協力契約中，應就危險負擔、損益分配以及額外費用支出等預為擬定。<sup>41</sup>由於國家將私人意思納入公共任務的履行過程中，為免權責分配不均，公私協力契約自應將賠償責任納入並作成責任分配表（Ziekow 版本第 62b 條），惟各種狀況有別，為求具體適用，可能需要針對各種情狀予以類型化，並按可歸責程度的差異設定不等的分攤比例，將有助於降低日後發生爭議的可能性。不過學者也提醒：釐清彼此責任及風險分攤上勢必會增加交易成本，因此如何克服此處所面臨效率與實效性的兩難？自然是未來努力解決的課題。

## （二）締約後的監督管理

在進入協力關係後，為維護品質，行政機關得以契約與相對人約定在履行任務上所應負的注意義務程度與維護給付品質的義務（Schuppert, 2001: 125ff）。倘若協力對象所履行之任務牽涉對第三人之給付時，反映在履約後的監督管理，學者認為至少應著重在協力對象之給付內容、其得主張的報酬以及服務品質三個面向（Schuppert 版本第 57 條第 1、2 項）。而為維護或提昇品質，公私協力契約的內容應要求協力對象負起一定的附隨義務，包括：建造、擴增必要設施之整頓維護義務，保守個人資料、營業秘密或投保責任險等，無疑均是為落實擔保責任之要求。為確保執行成效，對照學者見解反映在兩個面向上（詹鎮榮，2005：129-132）：

首先，對於協力對象，在履約執行上課予其應自我負責地履行公共任務之義務，為此反映具體安排上，包括：若協力採取公司形態進行，其應於章程內明定紀錄報告、進行風險評估、提供執行業務報告或相關資訊之義務，藉此回應前述國家所具有的充分影響力（Schuppert 版本第 56 條第 2、3 項；Ziekow 版本第 62d 條第 1 項第 3 款）。相較於被動等待協力對象的作法，國家亦得主動蒐集相關資料，或就協力對象給予建議、指示，甚至是透過書面檢查或實地檢查的方式進行監督（Ziekow 版本第 62d 條第 1 項第 4 款）。

其次，由於公私協力的效力會波及當事人以外的第三人，然其於參加契約之協商空間有限，故為求保護第三人利益，Ziekow 認為有必要在形成契約內容之際，斟酌考量其可能因此所受到的影響，其中針對涉及確定收費「價格」的重要事項有可能影響甚鉅，因此當國家在與協力對象達成合意前須經過核定（Ziekow 版本第 62 條第 1 項第 7 款）；此外，為有助於履約執行的後續發展，在協力關係中可設置中介機構以調停紛爭，此時在兼顧第三人利益的討論脈絡下，自應一併斟酌將第三人參與納入考量的可能性（Ziekow 版本第 62e 條第 1 項第 3 款後段）。

## （三）履約執行的調整機制

此外，履約執行的過程中可能會發生意想不到的狀況，為免其影響公私協力的成效，國家自須對履約執行設計一定的調整機制，但倘若協力過程發生重大瑕疵，或協力對象經營出現困境致影響第三人利益時，國家本於保護義務之要求，自有必要出面「收拾殘局」。以社會給付為例，由於其可能影響利用者權益甚大，故當協力對象無法提供符合一定品質的給付時，國家得要求其限期改善。若協力對象有能力改善卻未處理，或雖經改善卻仍不符合要求者，此時國家基於最後彌補責任，須採取收回自為履行或另覓適當的第三人處理（Ziekow 版本第 62c 條第 1 項第 6 款），藉此避免牴觸公益

<sup>41</sup> 針對各種契約模式下的風險分攤，vgl. Christian Schede/ Markus Pohlmann, *Vertragsrechtliche Grundlagen*, § 3, 2006.





要求。其次，除了因上述原因結束協力關係外，一旦因契約期滿或其他理由結束協力關係時，勢必會引發後續該如何適當承接任務履行的問題，此部分無疑地亦須納入規範<sup>42</sup>。倘若行政機關採取另覓第三人履行任務的作法，此時為促使其迅速承接，契約中亦須規範，如何以對價補償相對承受履行該任務之必要措施與組織（取得設施權），並要求前協力對象應負起提供另行承接業者必要技術、資訊等義務（Ziekow 版本第 62d 條第 1 項第 5 款）。不過倘若我們肯定此一立場，相較於消極地處理後續的「爛攤子」，對國家而言，更重要的工作可能在於：如何積極輔導或培植具有承接能力的協力對象群，唯有如此始能再次避免出現類似狀況而危害公私協力的進展。

## 伍、結論——兼論對我國的借鏡

各國在面臨公部門財政危機與國際競爭的雙重壓力下，亟欲透過各種改革擺脫之，我國自 90 以來除大量自行政管理或公共政策領域引進不同理論外，在公共任務的履行上亦多所嘗試，而公私協力正是在此一脈絡下所進行的發展，甚至當今行政實務也試以**推動建立政府與民間夥伴關係，共創公私協力新環境**作為政策目標。儘管其發展仍有質疑，但綜觀各國的發展趨勢，公私協力顯然是行政革新的主流。只是公私協力畢竟意味著私人共同參與公共任務，因此為回應民主正當性及法治國之訴求，善用各種手段調控之，無疑也正是各國亟欲克服的課題。

循上文討論可知，公私協力的發展會使國家與私人間—或公法與私法秩序間—的交織更形頻繁，進而若思考究竟要循何種法秩序調控較有助於回應現實的發展？各國或許會因不同考量而有別。對照德國修法議論，其認為若強調協力對象的自主及對等，透過私法秩序予以調控未嘗不可，進而對我國而言，此時採購法或促參法實可納入考慮（許登科，2008：250），然審酌國家在履行任務上所加諸的各該拘束，仍不免使私法趨於「公法化」控制，進而在斟酌公共任務的公益性，或許可循德國模式，以行政程序法作為調控依據，較能擔保公私協力的實效性與公益，至於不同部分則依其性質另準用民法（我國行政程序法第 149 條），如此安排也許較屬穩健。

其次，觀察德國修法歷程，可見學者再鑑定報告中試圖納入所有領域的協力形態，但由於大規模的變動幅度過鉅，致使最後呈現在範例草案上僅止於進行小幅度的調整。儘管其最終發展為何仍在未定之數，但透過修法過程所生的各種討論均可提供我國借鏡。例如針對聯邦行政程序法中納入公私協力契約化調控的容許性問題，本文以為或許可將其視為特殊形態的行政契約而寬認其容許性，儘管容許性的爭執有其意義，但相較之下毋寧善用程序或實體上的規範施以調控更能確保公私協力的成效，而其中又以協力對象的挑選、事務約定及後續如何監督管理最為關鍵。有鑑於協力對象的良莠影響公私協力成敗甚鉅，故該部分之重要性無須言喻。相較於德國最終形諸於文字的專業知識、給付能力以及具信賴性，我國行政程序法設有「當契約的一方當事人為人民時，依法應以甄選或其他競爭方式決定該當事人時，行政機關應事先公告應具之資格及決定之程序。決定前，並應予參與競爭者表示意見之機會」，同時該要求業已透過採購法落實，不過未來若要以行政程序法作為調控依據，或許應將採購法中涉及甄選締約對象的共通規定納入行政程序法，勢必更具有意義。

針對公私協力的事務內容，除牽涉彼此當事人的權利義務外，也攸關後續的風險及責任分攤。以德國修法歷程來看，學者的鑑定報告甚至細膩地類型化不同程度的契約條款甚具價值，惟由於此等設計過於繁瑣，因此現階段甚難援引之，加上想要充分釐清責任與風險分攤，勢必會增加交易成本，如何克服效率與效能的兩難？則尚待學界與實務界持續關注與努力。而由於協力對象執行的攸關公益的公共任務，因此國家有必要施以監督管理以確保具有「足夠的影響力」。而針對管制措施，在兼顧協力對象自主性上，德國發展出「社會自我管制」類型，此等作法在我國尚在起步階段（黃一峰，2003：56 以下），故其成效尚待觀察，惟此種類型勢須搭配對特定結果的管制標準及程序透明化等配套，避免因欠缺合理管制而有害公私協力之實效。最後當協力對象因重大瑕疵或經營出現困

<sup>42</sup> 就介入權以及任務收回權之探討，參見陳愛娥，行政任務取向的行政組織法，月旦法學教室，第 5 期，頁 62-63, 67，民國 93 年 5 月。



境致影響任務之履行時，國家仍有必要出面「收拾殘局」，對此自須設有介入或其他收回機制。儘管我國行政程序法亦設有一定機制，但如何深化討論而為細緻的設計，德國學者的鑑定報告實甚具價值。

綜上所述，本文嘗試就公私協力為題進行探討，而隨著其適用領域日廣，相關法律若未一併檢討修正甚難建構起完整的調控體制，因而如何有效取徑他國經驗以挹注我國本土的實踐並深化學理內涵，無疑會是法學界不可迴避的課題，也唯有如此，始足以俾利讓公私協力在我國發揮更具實效的革新效果。



## 參考書目

### 一、中文書籍

1. 林明鏘，行政契約法論，翰蘆，民國 95 年。
2. 翁岳生編，行政法（上），元照，民國 95 年 三版。
3. 黃一峰，建立政府業務委託民間辦理監督機制之研究，行政院人事行政局委託研究，民國 92 年。
4. 陸敏清，國家擔保責任於長期照護之實現，臺北大學法律學系博士論文，民國 98 年。
5. 許登科，德國擔保國家理論為基礎之公私協力法制－對我國促參法之啓示，台灣大學法律學系博士論文，民國 97 年。
6. 陳春生、李建良、陳愛娥等，行政法入門，元照，民國 94 年三版。
7. 程明修，行政法之行為與法律關係理論，新學林，民國 94 年二版。
8. 詹鎮榮，民營化與管制革新，元照，民國 94 年。

### 二、中文期刊

1. 李玉君，社會福利民營化法律觀點之探討，月旦法學雜誌，第 102 期，頁 74-93，民國 92 年 11 月。
2. 吳志光，ETC 裁判與行政契約—兼論德國行政契約法制之變革方向，月旦法學雜誌，第 135 期，頁 14-28，民國 95 年 8 月。
3. 李建良，論公益概念具體化在立法及法律適用上之原則，憲政時代，第 12 卷第 3 期，頁 72-92，民國 76 年 1 月。
4. 林明鏘，ETC 判決與公益原則—評台北高等行政法院 94 年訴字第 752 號判決及 94 年度停字第 122 號裁定，月旦法學雜誌，第 134 期，頁 5-25，民國 95 年 7 月。
5. 林淑馨，民營化、解除管制與政府職能，公共事務評論，第 8 卷第 2 期，頁 21-52，民國 96 年 12 月。
6. 許宗力，從政府再造看民營化的法律問題，政府業務委託民間辦理相關法制問題學術研討會論文集，行政院人事行政局主辦，民國 91 年 4 月。
7. 陳敦源、張世杰，公私協力夥伴關係的弔詭，文官制度季刊，第 2 卷第 3 期，頁 17-71，民國 99 年 7 月。
8. 陳愛娥，促進民間參與公共建設事件中的行為形式與權力劃分—評台北高等行政法院 94 年度訴字第 752 號判決、94 年度停字第 122 號裁定，月旦法學雜誌，第 134 期，頁 26-45，民國 95 年 7 月。
9. 陳愛娥，政府業務委託民間辦理的法律規制—公私部門合作法制的建構，月旦法學教室，第 8 期，頁 57-67，民國 93 年 6 月。
10. 陳愛娥，國家角色變遷下的行政任務，月旦法學教室，第 3 期，頁 104-111，民國 93 年 3 月。
11. 陳愛娥，行政任務取向的行政組織法，月旦法學教室，第 5 期，頁 63-73，民國 93 年 5 月。
12. 張桐銳，合作國家，當代公法新論（中）—翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，頁 544-580，元照，民國 91 年。
13. 張道義，德國健保聯邦醫療服務基本協定的法律規範分析，台北大學法學論叢，第 51 期，頁 35-70，民國 91 年 12 月。
14. 程明修，公私協力契約與行政合作法—以德國聯邦行政程序法之改革構想為中心，興大法學，第 7 期，頁 69-143，民國 98 年 6 月。
15. 程明修，公私協力行為對建構「公私合作法」之影響，月旦法學雜誌，第 135 期，頁 5-13，民國 95 年 6 月。
16. 程明修，經濟行政法中「公私協力」行為形式的發展，月旦法學雜誌，第 60 期，頁 174-182，民國 89 年 6 月。





17. 傅玲靜，德國聯邦行政程序法之改革－淺談行政程序迅速原則，中原財經法學，第 12 期，頁 67-120，民國 93 年 6 月。
18. 詹鎮榮，行政合作法之建置與開展－以民間參與公共建設為中心，臺灣行政法學會編，行政契約之法理／各國行政法學發展方向，頁 101-159，民國 88 年。

### 三、日文書籍

1. 桂木隆夫、自由社会の法哲学、(弘文堂、1990 年)。
2. 原田大樹、自主規制の公法学的研究、(有斐閣、2007 年)。
3. 山村恒年編、新公共管理システムと行政法、(信山社、2004 年)。
4. 山本隆司、行政上の主観法と法関係、(有斐閣、2000 年)。

### 四、日文期刊

1. 赤坂正浩、憲法学は「規制緩和」にどう向き合うか？－憲法からみる“公共サービスの民間委託”、法学セミナー、第 619 号、頁 17-21、2006 年 7 月。
2. 荒木修、ドイツにおける NSM 改革と行政法、法律時報、第 78 卷第 9 号、頁 63-68、2006 年 8 月。
3. 大西有二訳、保証国家思想は公私協働の根拠か、開発論集、第 83 号、頁 223-239、2009 年 3 月。
4. 大脇成昭、民営化法理の類型論的考察、法政研究、第 66 卷第 1 号、頁 285-335、1999 年 5 月。
5. 岸本太樹、公的任務の共同遂行（公私協働）と行政上の契約（四）、自治研究、第 82 卷第 4 号、頁 126-152、2006 年 4 月。
6. 岸本太樹、公的任務の共同遂行（公私協働）と行政上の契約（三）、自治研究、第 81 卷第 12 号、頁 111-131、2005 年 12 月。
7. 岸本太樹、公的任務の共同遂行（公私協働）と行政上の契約（二）、自治研究、第 81 卷第 6 号、頁 132-141、2005 年 6 月。
8. 岸本太樹、公的任務の共同遂行（公私協働）と行政上の契約（一）、自治研究、第 81 卷第 2 号、頁 91-109、2005 年 3 月。
9. 岸本太樹、行政契約の法理論（二）、北大法学論集、第 52 卷 5 号、頁 1573-1621、2001 年 1 月。
10. 山本敬三、現代社会におけるリベラリズムと私的自治（1）、法学論叢、第 133 卷第 4 号、頁 1-20、1993 年。
11. 山本隆司、日本における公私協働の動向と課題、新世代法政策学研究、第 2 号、頁 277-304、2009 年 7 月。
12. 山本隆司、私法と公法の（協働）の様相、法社会学、第 66 号、頁 16-36、2007 年 3 月。
13. 山本隆司、民間の営利・非営利、と行政協働、芝池義一ほか編、行政法の争点、頁 154-155、(有斐閣、2004 年、第三版)。
14. 山本隆司、公私協働の法構造、碓井光明ほか編、公法学の法と政策（下巻）、頁 531-568、(有斐閣、2000 年)。
15. 山本隆司訳、ドイツにおける行政法と行政法学の発展（上）、自治研究、第 75 卷第 2 号、頁 3-20、1999 年 2 月。
16. 亘理格、フランスの P F I 的手法—「公役務の委任」(Delegation de service public) を素材に—、会計検査研究、第 25 号、頁 119-139、2002 年 3 月。

### 五、西文文獻

1. Arnold, Peter, Kooperatives Handeln der nichthoheitlichen Verwaltung, in: Nikolai Dose/ Rüdiger Voigt(Hrsg.), *Kooperatives Recht*: 211-222, 1995.



2. Bandemer, Stephan von & Josef Hilbert, Vom expandierenden zum aktivierenden Staat, in: Blanke/ von Bandemer/ Nullmeier/ Wewer(Hrsg.), **Handbuch zur Verwaltungsreform**, 3. Aufl.: 26-35, 2005.
3. Bauer, Hartmut, Verwaltungsrechtliche und Verwaltungswissenschaftliche Aspekte der Gestaltung von Kooperationsverträgen bei PPP, **DÖV** :89-97, 1998.
4. Bonk, Heinz Joachim. Fortentwicklung des öffentlichrechtlichen Vertrags unter besonderer Berücksichtigung der Public Private Partnerships, **DVBl**: 141-149, 2004.
5. Gooden, Vincent. Contracting and Negotiation: Effective Practices of Successful Human Services Contract Managers, **Public Administration Review**, 58(6): 499-509, 1998.
6. Grimsey, Darrin & Mervyn K. Lewis. **Public Private Partnerships: The. Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Private Finance**: 19-40, 2004.
7. Hoffmann-Riem, Wolfgang. Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff moderner Staatlichkeit, in: Paul Kirchhof/ Lehner/ Raupach/ Rodi(Hrsg.): **Staaten und Steuern: Festschrift für Klaus Vogel zum 70. Geburtstag**: 47-63, 2000.
8. Knauff, Matthias. **Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge**. 2004.
9. Minow, Martha. Public and Private Partnerships: Accounting for the new Religion, symposium: Public Values in an Era of Privatization, **Harvard Law Review**, 116(5): 1229-1270, 2003.
10. Miranda, Rowan. Privatization and the budget- Maximizing Bureaucrat, **Public Productivity and Management Review**, 17(4): 355-369, 1994.
11. Moulton, Lynne & Helmut K. Anheier. Public- private partnerships in the United States, in Stephen P. Osborne (ed.), **Public- Private Partnerships**: 105-119, 2000.
12. Naschold, Frieder. Public Private Partnership in den internationalen Modernisierungsstrategien des Staates, in: Dietrich Budäus/ Peter Eichhorn(Hrsg.), **Public Private Partnership**: 67-86, 1997.
13. Reichard, Christoph. Das Konzept des Gewährleistungsstaates, in: Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft (Hrsg.), **Neue Institutionenökonomik, Public Private Partnership, Gewährleistungsstaat**: 48-60, 2004.
14. Röber, Manfred. Aufgabenkritik im Gewährleistungsstaat, in: Bernhard Blanke/ Stephan von Bandemer/ Frank Nullmeier(Hrsg.), **Handbuch zur Verwaltungsreform**, 3 Aufl, 84-94, 2005.
15. Roggencamp, Sibylle. **Public Private Partnership- Entstehung und Funktionsweise kooperativer Arrangements zwischen öffentlichem Sektor und Privatwirtschaft**. 1999.
16. Savas, Emanuel S. **Privatization and Public- Private Partnerships**. 2000.
17. Schede, Christian/Pohlmann, Markus, Rechtliche Rahmenbedingungen von PPP- Vertragsrechtliche Grundlagen, in: Martin Weber/ Michael Schäfer/ Ludwig Hausmann(Hrsg.), **Praxishandbuch Public Private Partnership**. 102-156, 2006.
18. Schily, Konrad. Vom entmündigten zum be-mündigten Bürger, in: Lothar Späth/ Günter Michels/ Konrad Schily(Hrsg.), **Das PPP-Prinzip**: 35-54, 1998.
19. Schmidt-Aßmann, Eberhard, **Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee**, 2. Aufl., 2004.
20. Schmitz, Heinz. "Die Verträge sollen sicherer werden"- Zur Novellierung der Vorschriften über den öffentlich- rechtlichen Vertrag, **DVBl**: 17-23, 2005.
21. Schuppert, Gunnar Folke. Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungskooperationsrechts- Regelungsbedarf und Handlungsoptionen eines Rechtsrahmens für Public Private Partnership, in: Bundesministerium des Innern (Hrsg.), **Verwaltungskooperationsrecht- Gutachten im Auftrag des Bundesministerium des Innern-**. 2001.
22. Schuppert, Gunnar Folke. **Verwaltungswissenschaft**. 2000.
23. Trute, Hans-Heinrich, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, in: Schuppert, Gunnar Folke (Hrsg.), **Jenseits von Privatisierung und "schlankem" Staat**: 13-46, 1999.
24. Voßkuhle, Andreas. neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/ Schmidt-Aßmann/ Voßkuhle (Hrsg.), **Grundlagen des Verwaltungsrechts**, Bd. I, 1-61, 2006.
25. Voßkuhle, Andreas. Schlüsselbegriffe der Verwaltungsreform **Verw.-Arch** 92: 184-215, 2001.
26. Weber, Martin/ Michael Schäfer/ Friedrich Ludwig Hausmann. **Praxishandbuch Public Private Partnership**. 2006.
27. Ziekow, Jan & Alexander Windoffer. **Public Private Partnership- Struktur und Erfolgsbedingungen**



- von Kooperationsarenen*. 2008.
28. Ziekow, Jan. Inwieweit veranlasst das Neue Steuerungsmodell zu Änderungen des Verwaltungsverfahrens und des Verwaltungsverfahrensgesetzes?, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann(Hrsg.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*: 349-385, 2002.
  29. Ziekow, Jan. Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse im Verwaltungsverfahrensgesetz, in: Bundesministerium des Innern (Hrsg.), *Verwaltungskooperationsrecht-Gutachten im Auftrag des Bundesministerium des Innern*-. 2001.
  30. Ziekow, Jan . *Über Freizügigkeit und Aufenthalt: Paradigmatische Überlegungen zum grundrechtlichen Freiheitsschutz in historischer und verfassungsrechtlicher Perspektive*. 1997.

