

公法判解

行政任務民營化與擔保國家

最高行政法院103年判字第694號判決

【實務選擇題】

下列何者不屬於公私協力執行行政任務之表現？

- (A) 公營事業由公法組織形式改制為私法組織形式
- (B) 公營事業部分釋股，由人民認購
- (C) 公共建設採BOT模式進行
- (D) 行政業務委託民間辦理

答案：A

【裁判要旨】

上訴人辦理系爭開發案，依促參法規定辦理招商，乃學說上所謂屬「計畫型之公私協力模式」，亦即由公部門即主辦單位將公共任務委由民間機關執行，自己則由第一線之給付者或執行者之角色，退居為輔助性之促進者及擔保者（參照促參法第14條、第16條、第19條、第22條、第24條等為國家擔保責任具體化規定；同法第5章管制及監督規定則彰顯主辦機關與民間機構公私益對立之利害關係），故主辦單位在此情況下並不具有與民間機構共同執行公共任務之「共同開發人」地位。法院非得以此為由，認主辦單位即係開發人而與環評主管機關有利益衝突，逕而剝奪主辦單位為目的事業主管機關事務管轄之權限。至於上訴人因現行法規而身兼系爭開發案主辦單位、目的事業主管機關及環評主管機關，不無機關制衡欠缺及利益衝突之疑義，環評法第3條第2項後段規定：「目的事業主管機關為開發單位時，目的事業主管機關委員應迴避表決。」設有解決機制。雖此立法例是否妥適，是否可有效維持環評審查之客觀公正，於法政策上可質疑檢討，然於該規定未修正前，仍屬有效適用之實定規範，環評主管機關應遵守此等迴避規定而審查，法院則應據予審判。於環評相關規範未修正前，除藉由行政程序嚴格遵守之要求外，並無另於法外自行創設標準而求為環評審查客觀公正之可能。

【爭點說明】

(一)行政任務之意義與民營化

「行政任務」乃是「國家任務」的下位類型，而「國家任務」又係「公共任務」的下位概念，其係指在合憲秩序下，立法者透過實定法而賦予國家執行權限的公共任務，其中由行政權依據法規範所承擔之「國家任務」者，即為行政任務。行政任務原則上具有公益性質，其可能藉由行政主體或行政機關等行政部分自力履行之，亦可能藉由與私部門之合作（例如：促進民間參與公共建設或者政府採購）來完成，抑或是釋出權限給私部門來履行（委託行使公權力）。當公部門與私部門共同履行行政任務時，即可能涉及「民營化」之概念。

而「民營化」常常與「公私協力」此一概念相互混淆。所謂的「民營化」，其泛指了行政任務之執行主體由國家變更到私人的轉移歷程，此概念所描述者乃係一種「過程」。而所謂的「公私協力」則係在「合作的行政國家（Der Kooperative Verwaltungsstaat）」的概念發展下，公部門與私部門基於經濟性之考量而採取合作夥伴關係，以更有效率地完成公共任務，此種公、私部門的合作形態即以「公私協力」稱之，其乃係在描述一種「狀態」。兩者概念間並不完全相互涵蓋，民營化的過程中，可能透過公私協力之方式達成行政任務執行主體的變更，然而並非所有的民營化皆與公私協力有關，公私協力毋寧應係其中的一種民營化的手段，而此種方式確保了國家對於該國家任務仍享有一定的影響能力，一方面能將私人力量納入，更有效率地完成國家任務，並減輕國家財政之負擔，另一方面也避免了國家對於國家任務的全面棄守。

(二)擔保國家之概念

而時常與前開兩組概念一併討論者，即為所謂「擔保國家」之概念。擔保國家概念之提出，乃係隨著政府的角色圖像改變，國家從承擔所有為人民謀福利的生存照顧責任的「福利國家（Wohlfahrtsaat）」，逐漸轉變成為確保公共任務「完成」的「擔保國家（Gewährleistungsstaat）」，意即國家不再親力親為，可借助私人的力量來完成或執行公共任務，但相對的國家必須擔保該公共任務能夠適正且平等地繼續提供。擔保國家的形成與公共任務（特別是生存照顧領域）之民營化（或稱私人化、私部門化）息息相關，甚可謂民營化乃係擔保國家存在的前提要件。

在此必須釐清的是，前開所指國家應擔保任務完成的「公共任務」應係指私

人化的國家任務之謂，蓋「公共任務」與「國家任務」的概念區分有時並非如此清晰，在此本文採用前開學者詹鎮榮之見解，「國家任務」係「公共任務」的下位概念，其係指在合憲秩序下，立法者透過實定法而賦予國家執行權限的公共任務；換言之，制憲者與立法者享有決定何種公共任務為「國家任務」的形成空間。基於立法者對於國家任務範圍的形成權限，立法者原則上亦可將某些「絕對之國家任務」以外之「相對之國家任務」予以「私人化」，使其不再由國家完全承擔該任務，而可透過民間力量來完成，此時國家僅須「擔保」該任務的結果能被實現。是以，所謂擔保國家之概念，重點乃係在於國家對於行政任務之履行是否應承擔最後之「擔保責任」。

(三) 行政任務民營化所應遵守之規範要求

1. 公用事業公營原則與法律保留原則

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。」本條揭示了公用事業及其他獨佔性之事業，原則上應以公營為之，惟該條後段仍肯認在法律許可下，得由國民經營之。是以制憲者，並不禁止公用事業或其他獨佔性企業之「民營化」，其僅係揭示了在涉及公益重大的企業，應以公營為原則，私營為例外之「原則-例外」關係，並強調私營應有「法律」之特許，亦即嚴格的法律保留要求。

2. 民營化與擔保國家

擔保國家之概念，其發展自「私人履行行政任務」，其乃係因國家自人民的生存照顧領域中逐步撤退，進而衍伸出的問題，當私人參與執行公共任務時，如該私人無法完成或完成有極度困難時，國家是否有義務確保該結果之完全履行；換言之，當人民無法完成其任務時，國家究應將該任務「回歸國家化」或者再尋找其他更有競爭力之私人？學說上見解分歧，惟若肯認國家具有擔保責任時，則前者見解應較可採，蓋倘若市場機制已無法完成任務，則回歸國家則為不可迴避之選項。

【相關法條】

行政程序法第2、16、41、102、138條

憲法第144條

【同和律專班】

版權所有，重製必究！