

行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

國家擔保責任之理論與實踐——以民間參與公共建設為中心(第2年) 研究成果報告(完整版)

計畫類別：個別型
計畫編號：NSC 99-2410-H-004-143-MY2
執行期間：100年08月01日至101年07月31日
執行單位：國立政治大學法律學系

計畫主持人：詹鎮榮

計畫參與人員：碩士班研究生-兼任助理人員：陳以璇
碩士班研究生-兼任助理人員：黃世樺

公開資訊：本計畫涉及專利或其他智慧財產權，1年後可公開查詢

中華民國 101 年 10 月 31 日

中文摘要：「國家擔保責任」(Gewärleistungungsverantwortung des Staates) 為現代國家角色與任務變遷下，在國家學與行政法學領域中漸受重視之一種新興責任態樣。其理論基礎乃源自於「擔保國家」理念，並與全球化、私人化、公私協力等行政革新議題息息相關。質言之，其所指涉之內涵，乃為國家在行政任務之實踐上，由「給付者」之角色，變遷到「擔保者」之地位；國家所擔負者，不再是自為供給與履行人民生存照顧所需服務，毋寧透過法規框架之建制以及行政管制手段之投入，形塑私人執行公共任務時，服務品質、消費者保障，以及公共福祉等法益，亦得如同國家自為給付時獲得相同水準，甚至更高效能之保障。基此，在我國大量推展公私協力方案之現今，對於國家擔保責任之理論內涵與實踐，應屬須受正視之重要公法學議題。

由擔保國家理念可進一步具體化發展出擔保行政法，作為國家實現其擔保責任之行政專業領域。民國 89 年制定之促進民間參與公共建設法，在定性上即屬典型之擔保行政法。惟其中所規範之擔保措施，如要求定期改善、中止參與行為（興建或營運）、接管、終止投資契約等，對於國家擔保責任之實踐尚不具有規範充分性。對此，未來促參法修法時，宜強化此部分之規範，俾落實擔保國家理念。

中文關鍵詞：BOT、擔保國家、合作國家、給付國家、國家擔保責任、公私協力、行政管制、民間參與公共建設、強制接管、責任分

英文摘要：

英文關鍵詞：

國家擔保責任之理論與實踐
——以民間參與公共建設為中心

計畫類別： 個別型計畫 整合型計畫
計畫編號：NSC 99-2410-H-004-143-MY2
執行期間：2010年8月1日至2012年7月31日

執行機構及系所：政治大學法學院

計畫主持人：詹鎮榮
共同主持人：
計畫參與人員：陳以璇、黃世樺助理

成果報告類型(依經費核定清單規定繳交)： 精簡報告 完整報告

本計畫除繳交成果報告外，另須繳交以下出國心得報告：

- 赴國外出差或研習心得報告
- 赴大陸地區出差或研習心得報告
- 出席國際學術會議心得報告
- 國際合作研究計畫國外研究報告

處理方式：除列管計畫及下列情形者外，得立即公開查詢

- 涉及專利或其他智慧財產權， 一年 二年後可公開查詢

中華民國 101 年 10 月 31 日

摘要

「國家擔保責任」(Gewährleistungsverantwortung des Staates)為現代國家角色與任務變遷下，在國家學與行政法學領域中漸受重視之一種新興責任態樣。其理論基礎乃源自於「擔保國家」理念，並與全球化、私人化、公私協力等行政革新議題息息相關。質言之，其所指涉之內涵，乃為國家在行政任務之實踐上，由「給付者」之角色，變遷到「擔保者」之地位；國家所擔負者，不再是自為供給與履行人民生存照顧所需服務，毋寧透過法規框架之建制以及行政管制手段之投入，形塑私人執行公共任務時，服務品質、消費者保障，以及公共福祉等法益，亦得如同國家自為給付時獲得相同水準，甚至更高效能之保障。換言之，在現代合作國家圖像下，國家對於公共服務提供應負擔之責任，即由「履行責任」變遷至「擔保責任」。基此，在我國大量推展公私協力方案之現今，國家擔保責任之理論內涵與實踐檢討，應屬當前公法學之重要議題，亦是公私協力法制不可或缺之要素。

我國憲法中雖未有明文揭示擔保國家之國家性，但卻無損於其具有憲法位階之定性。國家應負擔保責任之法理基礎，應可從社會國原則及國家之基本權保護義務支撐。基此，在公私協力中國家應負起擔保責任，不僅只是一種立法政策之決定而已，更是一項憲法上之義務。

國家擔保責任具體化於行政法制，即有「擔保行政法」及「管制行政法」之興起。我國於2000年所制定之「促進民間參與公共建設法」，在定性上即屬擔保行政法之一環。惟其中所規範之擔保措施，如要求定期民間廠商改善、中止參與行為（興建或營運）、終止投資契約，以及公部門強制接管等，對於國家擔保責任之充分實踐尚不具充分性。此觀之我國民間參與公共建設實務案件破局比例頗高，或是履約不順情形層出不窮，足以為證。是以，國家擔保責任履行之規範框架增補及細膩化，實有其必要性及急迫性。至於擔保責任法制之建置，應以「維繫公私協力關係續存」為優先形塑取向。唯有在民間參與對於公共服務之高質量提供不再可能，或是不再具有期待可能性之情形下，國家始得考量採取破壞合作性之擔保手段。

關鍵詞：BOT、擔保國家、合作國家、給付國家、國家擔保責任、公私協力、行政管制、民間參與公共建設、強制接管、責任分工

目 錄

- 壹、前言
- 貳、「擔保國家」理念之興起及概念內涵
- 參、擔保國家之法理支撐
- 肆、擔保國家下之責任層級及分擔
- 伍、從擔保國家到擔保行政法
 - 一、擔保行政法之建構思考
 - 二、德國擔保行政法之法制化嘗試及成果
 - 三、我國情況分析及困境
- 陸、結論及展望

壹、前言

在全球化與行政革新理念促使下，現代國家任務之執行主體與方式遭遇到典範之變遷。私部門已不再僅是國家公權力行使之對象而已，其作為行政任務協力執行者之可能性，亦日益寬廣。此等近年來所興起之公、私部門合作執行行政任務之議題，雖被學者認為是現代國家行政權行使之必然選擇，也是一種共通現象；然在國家理論及國家法學上，卻根本性地改變了「國家—社會」二元對立之基本命題，並隨之對於我國傳統之行政法制形成結構性之挑戰。合作行政行為形式及合作法律關係形塑等議題，在行政法學之研究上成為新興且熱門之領域。在德國以及台灣行政法學界，建制「行政合作法」(Verwaltungskooperationsrecht)之呼籲，遂而日益強烈。公、私部門合作(Public Private Partnership)執行行政任務之模式，乃應運而生。然而，在公私協力之餘，國家定位是否有所轉變？國家責任是否可完全由「市場責任」所取代？對此問題，在國家法學以及行政法學上尤其受到學界之重視。以台灣高鐵為例，其營運後因產生龐大的人事費及設備維護費，日前終傳出因負債過多而造成營運危機。為此，政府部門乃透過所謂的形式上不改變台灣高鐵民間公司外觀，實質上卻「增席公股董事」，並更換具有官方色彩之董事長的方式，以達「經營權實質接管」之目的。公部門之此等作法，雖遭外界質疑已使BOT之制度精神蕩然無存，但從另一角度思考，此等國家取得民間廠商經營主導權之作法，是否屬於國家為確保乘客快速運輸給付不中斷之公共利益所不得不負起之「擔保責任」的一種實踐，即有探究之必要。又如在我國民間參與公共建設實務上，作為投資契約一方當事人之公部門於民間廠商履約失靈情形下經常使用之「終止投資契約」手段，似亦屬國家為避免公共服務陷於給付不能或品質減損所為之「擔保措施」。惟此等破壞式之擔保措施，是否與公私協力機制旨趣契合，不無疑義。基此，本研究擬釐清擔保國家之內涵與意義，並且檢視我國目前涉及國家行使擔保責任之相關民間參與公共建設案例，探討國家在理論、法制及行政作業上是否業已善盡擔保責任。

抑有進者，「擔保行政法」(Gewährleistungsverwaltungsrecht)為晚近在德國行政法學界受到熱烈討論之新興議題，其緣起與民營化與公私協力的發展具有密不可分之關連性。對此，國內部分學者雖已提出若干研究心得¹，但對於體系介紹及理論建構，仍屬缺乏。事實上，「擔保國家」(Gewährleistungsstaat)乃在國

¹ 參見許登科，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——，台大法律學研究所博士論文，2008年6月；胡博硯，保障國家的概念在德國的發展，玄奘法律學報第11期，2009年6月，頁87以下；林明鏘，擔保國家與擔保行政法——從2008年金融風暴與毒奶粉事件談國家的角色，收錄於：政治思潮與國家法學，吳庚教授七秩華誕祝壽論文集，元照出版，頁577以下。

家任務轉變中，支撐國家依舊扮演特定角色，以及上述擔保行政法形成之關鍵理論基礎。是以，本研究即旨在深拓研究層次，對於截至目前為止，國內僅有鮮少學者作體系性介紹之公私協力法制重要議題——「國家擔保責任」，進行深入且細膩之探討，期能為我國法制及實務上皆已存在並運作之公私協力制度，賦予理論基礎，進而在此基礎上更行反思我國現行公私協力法制可能存在之缺失及漏洞，並提出立法政策上之對應解決建議。

貳、「擔保國家」理念之興起及概念內涵

「擔保國家」理念乃源自於德國，與晚近成為世界各國爭相效尤的民營化潮流及公私協力趨勢具有密切之關聯性。自從德國行政法大師福斯多夫（Ernst Forsthoff）在 1938 年的「行政作為給付主體」（Verwaltung als Leistungsträger）鴻文中提出「生存照顧」（Daseinsvorsorge）概念後，遂開啟「給付國家」時期，國家自行扮演給付者之角色，擔負起人民生存照顧之給付行政責任。惟歷經不到五十年之光景，國家為推展給付行政任務，財政逐漸困窘。再加上人類科技進步，若干之前建構在經濟學上自然獨占理論之服務領域，逐漸發生由國家自為給付未必是最為低廉且是最高品質之服務。是以，行政任務民營化（Privatisierung）乃隨之興起，成為近來政府改造、行政革新中普遍被視為得以提昇行政效率、紓解國家財政困境，甚而使國家得以從現行過重之任務負擔中加以解脫之最有效機制。透過民營化歷程，國家原本所扮演的生產者、給付者、分配者或執行者角色逐漸弱化，取而代之者則為私部門。然而，從國家確保公益之立場而言，民營化或是私部門之參與行政任務執行，雖可減輕國家自為供給之負擔，但卻絕非是足以使國家完全退縮，完全放任市場機制自行運作之正當性事由。毋寧，社會國家下國家對於人民生存照顧之供給仍具有擔保由私人無虞給付之責任。是以，國家對人民生存照顧所擔負之主要責任，遂從「給付責任」轉變為「擔保責任」。故在自由化與民營化趨勢下，國家理念即從往昔之「給付國家」變遷到現今之「擔保國家」²。

基上，「擔保國家」概念之興起，其實是國家理念及任務變遷之一種表徵，其意謂著國家角色扮演及定位的改變。取代於給付者之角色，在擔保國家下，人民生存照顧乃為一種透過市場自由競爭方式而提供之「私經濟活動」。而國家則是對於私經濟主體所從事涉及人民生存照顧之私經濟活動，透過引導、管制，以及監督等各式擔保措施，以確保人民生存所需之相關物資與服務得以如同由自己提供一般，亦能夠由私人為普及、無差別待遇、價格合理，且質與量兼顧地提供，

² 參見蔡宗珍，從給付國家到擔保國家——以國家對電信基礎需求之責任為中心，台灣法學雜誌，第 122 期，2009 年 2 月，頁 33 以下。

甚至在價格及品質上較之於自為提供更為優渥。在此意義下，林明鏘教授即中肯地將擔保國家之概念理解為「私人參與公共任務之履行時，國家對該公共任務（非國家任務）之確實完成，所應負擔之保證責任」³。若吾人再從國家角色之整個變遷史觀察，擔保國家雖在時程上最為契合現代之時空背景，但理念上卻是——如同德國教授 *Gunnar Folke Schuppert* 所言——介於自由主義下「最小國家」（Minimalstaat）以及「社會福祉國」（Wohlfahrtsstaat）之間的一種國家性⁴。

參、擔保國家之法理支撐

擔保國家概念之提出若僅是用以描述國家理念及職能變遷之一種現象，則固屬貼切且充分。然而，若欲進一步將其應用於法學上，成為法學上具有較充實且明確內涵之概念，則勢必尚須填充更為精確之法理基礎。單純以公益確保而推導出擔保國家理念，正當性顯然過於薄弱。蓋現代國家不論角色扮演為何，皆應以公益為取向；此在其作為給付者或擔保者，皆然。

根據一般學說見解，擔保國家在憲法層級上，可從社會國原則及基本權保護義務給以法理上支撐。從而，我國憲法中雖未有明文揭示擔保國家之國家性，但卻無損於其具有憲法位階之定性。

首先，就社會國原則而言，其所包含之概念內涵僅為國家應戮力達成「具有拘束力之目標」（verbindliche Ziele）；至於應以何種手段達成該等目標，原則上屬於立法者自由形成之空間。換言之，憲法中之社會國理念本身具有手段上之開放性（Offenheit），其作為國家目標規定僅要求國家應對於建立一合理之社會秩序嚴正以對，負起「關注」之責任（für eine gerechte Sozialordnung „sorgen“）。是以，本於社會國理念，國家非必要對於人民生存照顧事項一定自行扮演生產者、給付者或支配者之角色，但卻有義務始終對於人民基本照顧事項之（私人）供給，負起具有一定水準之「擔保」之責⁵。

至於基本權利之保護義務（grundrechtliche Schutzpflichten），則是本於基本權利之客觀作用所導出。換言之，其作為憲法上所揭示之具有價值決定之客觀法規範，不僅直接拘束國家公權力之行使，更進一步要求國家應為積極作為，尤其是透過制訂法律之方式，保障個人基本權利免於受到其他私人之侵犯。是以，為保障人民之基本權受到參與公共任務之民間廠商或私部門侵害，例如人民之行動

³ 林明鏘，前揭文（註1），頁580。

⁴ Vgl. G. F. Schuppert, Der Gewährleistungsstaat – modisches Label oder Leitbild sich wandelnder Staatlichkeit? in: Ders. (Hrsg.), Der Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfstand, 2005, S. 18 ff.

⁵ 參見詹鎮榮，*民營化後國家影響與管制義務之理論與實踐——以組織私法化與任務私人化之基本型為中心*，*民營化法與管制革新*，2005年9月，頁129。

自由受到台灣高鐵公司之限制，或是人民之身體健康權受到公辦民營之醫療院侵害等時，國家即有義務制定相當之擔保規範，以及採取必要之擔保行政措施，以確保人民之基本權。

肆、擔保國家下之責任層級及分擔

有鑑於擔保國家與行政任務民營化或是公、私部門合作執行行政任務之公私協力具有緊密關聯性，故探討擔保國家下之行政責任問題，亦難僅從公部門之角度思考，而忽略參與公共任務執行之私部門的責任分配不顧。德國學者 Jan Ziekow 即肯切地指出：「國家為了履行應完成之任務，係與社會共同立於一『整體責任』之地位。對此，吾人可稱為國家與人民之責任共同體⁶。」事實上，若從責任角度以觀，擔保國家理念之提出，即是國家與社會責任重新分配之狀態描述。根據德國學者 G. F. Schuppert 所提出的「責任層級論」，國家執行行政任務之責任密度由強至弱，依序至少可區分為「執行責任」(Erfüllungsverantwortung)、
「擔保責任」(Gewährleistungsverantwortung) 及「承接責任」(Auffangverantwortung) 三種基本類型⁷。其中，「執行責任」係指國家或其他公法人自行從事特定任務之責任；質言之，特定任務之執行置於國家自己支配力(in eigener Regie) 之下。相對於執行責任，「擔保責任」則指特定任務雖由國家或其他公法人以外之私人與社會執行之，但國家或其他公法人必須負起擔保私人與社會執行任務之合法性，尤其是透過管制措施之採取，以積極促其符合一定公益與實現公共福祉之責任。至於「承接責任」，則著重在備位功能，僅於具公益性之管制目的無法由私人與社會達成，或是管制失靈時，此項「備位的國家執行責任」始被顯性化。在學界，亦有部分學者對於「擔保責任」係採取廣義之理解，而吸納上述「承接責任」在內，而形成「執行責任——擔保責任」之二元區分結構⁸。

至於在擔保國家下之責任分配法則，原則上公共任務之執行責任，乃落在私部門身上。而且，私部門通常係透過自由市場之競爭機制，以私經濟活動型態履行。至於擔保責任，則是由公部門所承擔。而擔保責任之實現手段，則是取決於特定結果確保之有效性。在實務上，為落實擔保責任所採取之行政措施，最典型者即是管制行政措施(Regulierung)。在此，尤須注意者，責任分配並非是靜態地著眼於任務之單次性分配，毋寧是動態地協調因各種行為合理性所表徵出的角

⁶ 參見 J. Ziekow 著，詹鎮榮譯，從德國憲法與行政法觀點論公私協力——挑戰與發展，月旦法學雜誌，第 180 期，2010 年 5 月，頁 225。

⁷ G. F. Schuppert, Die öffentliche Verwaltung im Kooerationsspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung: Zum Denken in Verantwortungsstufen, Die Verwaltung 31 (1998), S. 415 ff. (423).

⁸ 參見林明鏘，前揭文(註 1)，頁 591-592。

色⁹。

伍、從擔保國家到擔保行政法

擔保國家旨在課予立法及行政部門確保參與公共任務執行之私人一定給付品質之責任。為落實此等擔保責任所涉及之相關立法及行政措施，在學說上即可將之稱為「擔保行政法」。惟須說明者，截至目前為止在行政法體系中，擔保行政法之概念雖已不陌生，但具體內涵究係為何，則尚未有定論；且未如傳統行政法學之干預行政及給付行政一般，已建構出一套相對穩定之體系。根據一般學說見解，擔保行政法充其量只是一種特別彙整出所有涉及國家擔保責任實現之規範及理論的標記而已。

一、擔保行政法之建構思考

「擔保行政法」之概念於德國被提出後，即刻獲得學界之熱烈討論及迴響。*Andreas Voßkuhle* 甚至將其視為是行政法上除秩序行政法及給付行政法外的「第三支柱」(*dritte Säule*)¹⁰。其不同於傳統秩序行政及給付行政者，主要乃具有保留「國家與社會二元分殊」、「行政彈性」、「國家他律及社會自律並行」，以及「管制規範開放性及填補性」之特色¹¹。擔保行政法之體系建構，雖然目前尚在進行中，其內涵亦尚不穩定，但業已有學者嘗試梳理出一定之關鍵要素。例如根據 *F. Schoch* 之見解，擔保行政法之重要內容，至少應包括擔保措施之法律形式選擇、擔保手段之種類及選擇、參與之民間機構之選擇，以及同業競爭者及消費者之保護等¹²。至於其體系建構之指導原則，最重要者略有下列五項：確保私人提供服務或給付之品質、私人合作夥伴選擇之正當程序、第三人及消費者權益保障、私人服務評估及相互學習機制之建立，以及國家有效接管或撤回選擇權之設計¹³。

二、德國擔保行政法之法制化嘗試及成果

德國作為擔保行政法概念之首創國，對其體系建構、指導原則，以及法制化向來不遺餘力。尤其在晚近的「行政合作法」建置工程中，更竭盡所能地欲將國家擔保責任予以納入，成為具有實定法依據之規範條文。尤其，最著稱者，乃是

⁹ 參見 *J. Ziekow* 著，詹鎮榮譯，前揭文（註 6），頁 226。

¹⁰ *Vgl. A. Voßkuhle, Die Beteiligung Privater an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), S. 304 ff.*

¹¹ *Vgl. E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., 2004, § 3 Rn. 116.*

¹² *Vgl. F. Schoch, Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft?, NVwZ 2008, S. 245.*

¹³ 參見林明鏘，前揭文（註 1），頁 589-590。

Gunnar Folke Schuppert 以及 Jan Ziekow 兩位教授為執行聯邦內政部委託計畫案於 2001 年 6 月所提出有關行政合作法相關議題之鑑定意見書。兩位教授在所建議之聯邦行政程序法修正條文草案中，不約而同地皆有確保國家擔保責任之明文化建議。例如 G. F. Schuppert 教授建議修正條文第 56 條第 1 項規定：「行政機關締結第五十四條第二項契約（合作契約）時，於契約中應以適當方式確保行政機關在履行任務之方式上保有充分之影響力。」若合作契約中未載有行政機關之充分影響力者，根據建議條文第 58 條第 1 項規定，將足使合作契約發生「無效」之法律效果。類似規定亦見諸於 J. Ziekow 教授之建議修正條文中¹⁴。本於相同思維，德國聯邦內政部行政程序法諮詢委員會於 2004 年所提出之聯邦行政程序法修正條文草案第 56a 條關於合作契約條文即規定：「第五十四條第三項之公法契約，僅得於確保行政機關得充分行使其影響力，而使公共任務得以依約定內容履行時，始得締結之。」

上述聯邦法層級之國家擔保責任法制化努力，迄今仍未完成立法。縱然如此，在邦法層級，Schleswig-Holstein 邦在其公私協力促進法中，業已於第 8 條中將上述之國家影響力確保意旨予以納入，並明文化¹⁵。此等法制化發展，對於國家擔保責任之落實，甚具意義。

三、我國情況分析及困境

就我國公私協力領域而言，截至目前為止能夠被評價為具「擔保行政法」特性者，首要者厥為促進民間參與公共建設法。蓋其規範內涵包含民間機構之甄選（第 42 條至第 48 條）、營運費率之管制（第 49 條）、公共建設之處分管制（第 51 條）、興建或營運失靈時之命令改善或接管（第 52 條及第 53 條）等。至於在

¹⁴ 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，2010 年 6 月，頁 92 以下。

¹⁵ § 8 Einflussssicherung und Aufsicht

- (1) In den mit den Privaten zu schließenden Verträgen über die Zusammenarbeit nach § 2 Abs. 1 ist in geeigneter Weise sicherzustellen, dass den Trägern der öffentlichen Verwaltung ein hinreichender Einfluss auf die Erfüllung der den Privaten obliegenden Leistungspflichten eingeräumt wird, soweit dies zur Sicherstellung der von den Trägern der öffentlichen Verwaltung wahrgenommenen Aufgaben erforderlich ist.
- (2) Werden die Privaten in die Erfüllung der den Trägern der öffentlichen Verwaltung gegenüber Dritten obliegenden Aufgaben unmittelbar einbezogen oder werden ihnen diese Aufgaben ganz oder teilweise übertragen, müssen den Trägern der öffentlichen Verwaltung vertragliche Einwirkungs- und Kontrollmöglichkeiten eingeräumt werden, die eine jederzeitige Sicherstellung der von den Privaten zu erfüllenden Leistungspflichten gewährleisten, insbesondere Auskunfts-, Selbsteintritts-, Übernahme- oder Vetorechte, Genehmigungs- oder Abstimmungsvorbehalte oder das Recht zur außerordentlichen Kündigung des Vertrages im Falle einer schwerwiegenden Störung des Vertragsverhältnisses. Bei gesellschaftsrechtlicher Ausgestaltung der Vertragsbeziehung ist durch Gesellschaftsvertrag, Satzung oder in anderer Weise außerdem sicherzustellen, dass den Trägern der öffentlichen Verwaltung insbesondere im Aufsichtsrat oder einem entsprechenden Kontrollorgan der Gesellschaft ein angemessener Einfluss eingeräumt wird.

德國法上所熱烈討論是否有必要建構一跨各該行政專業領域之通則性管制行政法或擔保行政法議題¹⁶，本文認為依我國現行公私協力運作實務幾乎皆集中在 BOT 相關類型之情形，故暫時似無此必要。

縱然如此，我國現行之促參法在規範上並非業已臻於完善，毋寧仍存在諸多缺失，而亟待增補。舉其犖犖大者，諸如（1）最優申請人甄審決定性及其救濟途徑之歧見；（2）投資契約法律性質容有解釋空間；（3）投資契約簽約障礙規範之欠缺；（4）甄審決定與投資契約間關係之規範鬆散以及（5）國家擔保責任之內涵模糊及措施種類之有限性等。

至於在促參作業實務上，行政機關亦未體察公私協力及國家擔保責任之本旨，在民間廠商失靈或是履約不順之情形下，往往採行最強烈之「終止投資契約」擔保手段，使公私協力終局破局，使國家之履行責任再度復活，復成為「給付者」。此等形式上似乎業已踐行國家擔保責任之作法，在實質上是否確能達到保障人民權益及公共建設推行之公益，不無商榷之餘地。基此，當務之急應是優先檢討促參法中是否對於國家擔保責任之規範業已充分，而不至於造成「國家擔保失靈」。若觀之現行授權制定之接管辦法，其規範內容過度聚焦在程序面向之問題，以及過度受民事法律關係之影響。國家是否具有接管之能力及接管後之複雜法律關係，則付之闕如。對此，現行促參法具有擔保漏洞，誠可確認。導入更多元化之擔保手段，並且儘量避免動用到破局式的接管措施，應該才是雙贏模式之真正精神。

陸、結論及展望

在我國近年來大力推行公私協力，頻繁適用促參法之現實下，雖在外觀上有亮麗的雙贏績效，並似乎亦為國家節省若干預算。然而，從 ETC 及台灣高鐵等若干 BOT 案之執行未必盡如人意之實務面向觀察，我國現行促參法對於「公私協力失靈」之預防及補救立法確實過於粗略。民間參與公共建設作為公私協力行為，乃強調國家藉由私部門力量，以遂行公共建設興建與營運之行政任務，與行政任務全然移轉於私人之任務私人化尚屬有間。申言之，國家尚保留有行政任務之執行責任。準此，當私部門參與失靈時，行政合作法中應有國家接手之相關機制設計，以確保公共建設得以順利興建與營運。至於是否應更進一步將國家接手自為或委託他人續為興建或營運提升為法律義務，則應視相關之公共建設是否涉及到人民生存照顧所不可或缺或對其具有重要性者而定。又有鑑於民間參與公共建設之階段多重性，故在設計國家接手機制時，應考量興建、營運、移轉各階段屬性之不同，而為對應之妥適形塑。

¹⁶ J. Masing, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, Gutachten D zum 66. Deutschen Juristentag, 2006.

此外，基於民間參與公共建設往往挾有技術獨占與特殊專業知識之優勢，一旦發生民間參與之主動或被動失靈情事時，即便在法律上課予行政機關負有接手之義務，亦往往不切實際，難以解決工程或營運停擺之困境。基此，在行政合作法之建制上，恐難以「民間退場、國家接手」之過於單純化模式使國家擔負起執行責任。毋寧，在相當期限或特定情事下，課予原民間參與者之「續行義務」恐是較為適切之法制設計。至於具體之實現方式，諸如透過投資契約之調整與終止，抑或限制契約無效事由，使其不致於因原因行為遭撤銷而當然無效等，似皆為可行之舉。期待藉由本研究對於擔保國家及擔保責任之闡釋，得以對於未來擔保立法有所指引及助益之價值。

參考文獻

一、中文部分

江嘉琪 (2002)，公私法混合契約初探——德國法之觀察，中原財經法學，第九期，頁 63 以下。

- (2006)，ETC 契約之公、私法性質爭議——以台北高等行政法院九四年停字第一二二號裁定與九四年訴字第七五二號判決為中心——，台灣本土法學雜誌，81 期，頁 114。

何愛文 (1997)，公共工程採 BOT 模式所衍生法律問題之研究，植根雜誌，213 期，60 頁。

吳志光 (2006)，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，135 期，頁 14-28。

- (2008)，公私協力行為之公法化趨勢——以委託經營管理及促進民間參與公共建設法之實務見解為核心，輔仁法學，36 期，頁 1 以下。

林明鏘 (2006)，促進民間參與公共建設法事件法律性質之分析，台灣本土法學雜誌，82 期，頁 225。

- (2006)，ETC 判決與公益原則——評台北高等行政法院九十四年度訴字第七五二號判決及九十四年度停字第一二二號裁定，月旦法學雜誌，134 期，頁 10-11。

- (2007)，BOT 契約與給付拒絕——評台北高等行政法院九五年訴字第二七一〇號判決——，台灣法學雜誌，95 期，頁 229 以下。

張桐銳 (2002)，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，台北：元照出版。

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——，台大法律學研究所博士論文，2008 年 6 月。

胡博硯，保障國家的概念在德國的發展，玄奘法律學報第 11 期，2009 年 6 月，頁 87-113。

二、德文部分

Knauff, Matthias, Der Gewährleistungsstaat. Reform der Daseinsvorsorge, 2004.

Lackner, Hendrik, Gewährleistungsverwaltung und Verkehrsverwaltung, 2004.

Schoch, Friedrich (1999), Public Private Partnership, in: Erichsen (Hrsg.), Kommunale Verwaltung im Wandel, S. 101ff., Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns.

Schuppert, Gunnar Folke (2001), Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungskooperationsrechts. Regelungsbedarf und Handlungsoptionen eines Rechtsrahmens für Public Private Partnership. Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern.

Schuppert, Gunnar Folke, Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfstand, 2005.

Voßkuhle, Andreas (2003), Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62, Berlin: de Gruyter.

Ziekow, Jan (2001), Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) im Verwaltungsverfahrensgesetz, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern.

國科會補助計畫衍生研發成果推廣資料表

日期:2012/10/31

國科會補助計畫	計畫名稱: 國家擔保責任之理論與實踐——以民間參與公共建設為中心
	計畫主持人: 詹鎮榮
	計畫編號: 99-2410-H-004-143-MY2 學門領域: 行政法
無研發成果推廣資料	

99 年度專題研究計畫研究成果彙整表

計畫主持人：詹鎮榮		計畫編號：99-2410-H-004-143-MY2				計畫名稱：國家擔保責任之理論與實踐——以民間參與公共建設為中心	
成果項目		量化			單位	備註（質化說明：如數個計畫共同成果、成果列為該期刊之封面故事...等）	
		實際已達成數（被接受或已發表）	預期總達成數（含實際已達成數）	本計畫實際貢獻百分比			
國內	論文著作	期刊論文	0	1	100%	篇	
		研究報告/技術報告	0	0	100%		
		研討會論文	0	0	100%		
		專書	0	0	100%		
	專利	申請中件數	0	0	100%	件	
		已獲得件數	0	0	100%		
	技術移轉	件數	0	0	100%	件	
		權利金	0	0	100%	千元	
	參與計畫人力 （本國籍）	碩士生	0	0	100%	人次	
		博士生	0	0	100%		
		博士後研究員	0	0	100%		
		專任助理	0	0	100%		
國外	論文著作	期刊論文	0	0	100%	篇	
		研究報告/技術報告	0	0	100%		
		研討會論文	0	0	100%		
		專書	0	0	100%		章/本
	專利	申請中件數	0	0	100%	件	
		已獲得件數	0	0	100%		
	技術移轉	件數	0	0	100%	件	
		權利金	0	0	100%	千元	
	參與計畫人力 （外國籍）	碩士生	0	0	100%	人次	
		博士生	0	0	100%		
		博士後研究員	0	0	100%		
		專任助理	0	0	100%		

<p>其他成果 (無法以量化表達之成果如辦理學術活動、獲得獎項、重要國際合作、研究成果國際影響力及其他協助產業技術發展之具體效益事項等，請以文字敘述填列。)</p>	<p>經由本計畫之執行，將深化我國公私協力法制之細膩性及周延性。不僅在學理建構上得以更為完善，對於日益增多的促參案件，亦可促使行政機關重視「民間失靈」後國家所應承擔之「剩餘責任」，有助於公私協力之健全發展。</p>
--	---

	成果項目	量化	名稱或內容性質簡述
科 教 處 計 畫 加 填 項 目	測驗工具(含質性與量性)	0	
	課程/模組	0	
	電腦及網路系統或工具	0	
	教材	0	
	舉辦之活動/競賽	0	
	研討會/工作坊	0	
	電子報、網站	0	
	計畫成果推廣之參與(閱聽)人數	0	

國科會補助專題研究計畫成果報告自評表

請就研究內容與原計畫相符程度、達成預期目標情況、研究成果之學術或應用價值（簡要敘述成果所代表之意義、價值、影響或進一步發展之可能性）、是否適合在學術期刊發表或申請專利、主要發現或其他有關價值等，作一綜合評估。

1. 請就研究內容與原計畫相符程度、達成預期目標情況作一綜合評估

達成目標

未達成目標（請說明，以 100 字為限）

實驗失敗

因故實驗中斷

其他原因

說明：

2. 研究成果在學術期刊發表或申請專利等情形：

論文： 已發表 未發表之文稿 撰寫中 無

專利： 已獲得 申請中 無

技轉： 已技轉 洽談中 無

其他：（以 100 字為限）

3. 請依學術成就、技術創新、社會影響等方面，評估研究成果之學術或應用價值（簡要敘述成果所代表之意義、價值、影響或進一步發展之可能性）（以 500 字為限）

本研究計畫預期對學術、法制建制及行政作業實務，至少存有下列之貢獻：

（1）對學術研究而言，本研究計畫之執行，將可為公私協力與民營化法制之學說發展，穩固並填補最上位層次之法理基礎。尤其在學理上，確立國家任務移轉由私人執行後，國家在與私人為責任分配後，其自身所剩餘

擔保責任之內涵、理論依據、實踐方式，以及與其他責任類型間之關連性與界限。抑有進者，透過本研究計畫成果之產出，預期將可為學界提供更為明確之「國家擔保責任」概念內涵與理論依據，開啟「擔保行政法」之研究新領域。此外，對於以國家理念與模型作為研究客體之國家學與國家理論而言，預期亦可勾勒出擔保國家理念在現代國家模型發展中所扮演之角色與重要性。

（2）對公私協力法制建構而言，本研究計畫所確立之國家擔保責任內涵與手段，預期可作為立法者於規整與修正各該公私協力專法或是促參法時之重要參考資料。觀之我國現行促參法之規範內容，涉及國家擔保責任具體化之條文，占整部法典之比例顯然偏低，致使現行促參法在定性上明顯地較傾向於是「促進法」之性質。根據申請人長年來對於民營化、公私協力及行政合作法的研究心得，倘若欲將現行之促參法視為是我國民間參與公共建設之基本法規範，則其規制內容實不應僅侷限於民間參與廠商之遴選以及參與誘因之層面而已，毋寧更應大幅增訂落實國家擔保責任之相關條文。行政院公共工程委員會日前所提出之促參法修正草案，正符合此等修正方向，其中增列不少強化確保民間廠商服務品質、效率，以及消費者保障之國家擔保責任具體化條款。

(3) 對行政作業實務而言，本研究計畫第二年因將進行我國現今具代表性之民間參與公共建設案例分析與檢討，所篩選之案例皆屬在民間廠商經營上，因遭遇困境而無法無約履行之典範，如台灣高鐵負債過高、阿里山

小火車軌道修復工程嚴重延宕，以及台北小巨蛋經營欠妥等。透過本研究計畫之個案分析，剖析其間問題爭點，以及相關法律關係，尤其是國家擔保或介入措施之適宜性與密度，預期將可為我國主辦機關未來在辦理民間參與公共建設之作業實務上，提供作業上之參考，並能以為殷鑑，防止將來在類似民間參與公共建設案件處理上重蹈覆轍。