

國立臺灣大學法律學院法律學研究所

碩士論文

Graduate Institute of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

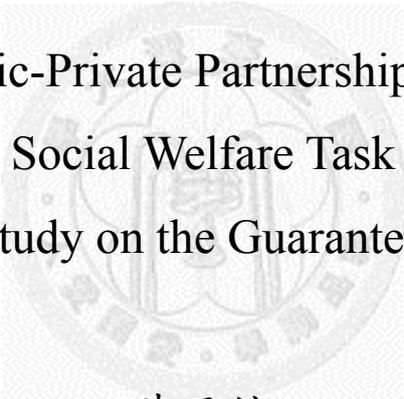
論公私協力履行社會福利任務

—兼論國家擔保責任之理論與實踐

A Study on Public-Private Partnership in Fulfilling the

Social Welfare Task

—Also Study on the Guarantee of State



陳品榕

Pin-Jung Chen

指導教授：林明鏘 博士

Advisor: Ming-Chiang Lin, Dr. jur.

中華民國 102 年 2 月

February, 2013

## 謝誌

癸巳年正月初四，台北的空氣又冷又濕，萬才館猶如一座空城，春節年假是我與碩士論文奮鬥的最後時光。七年半的台大生涯，終須一別，校園裡的杜鵑花等待著春天，而我正望向下一段旅程的起點。

這篇論文得以付梓，承蒙指導教授林明鏘老師細心與耐心的指導。大二上修習林老師教授的行政法，老師有條不紊、層次分明、風趣幽默的講課方式，使我萌生對公法研究的興趣。研究所期間有幸師承林老師門下，萬分幸運。林老師學養深厚，幾句話就能精確地指出我在研究上的缺失與不足。每每看著老師批改後、滿是紅字的論文初稿，不免有些挫折，卻又成為督促自己進步的動力。在準備出國交換的過程中，更得到老師許多指點與協助，銘感於心。

感謝口試委員孫迺翊老師與詹鎮榮老師，兩位口試委員十分用心地給予寶貴的意見。孫老師治學嚴謹，提出許多社會法研究的重要問題，拓展論文研究的角度與豐富度；詹老師條理分明地指出我寫作與思考上的盲點，使這本論文在架構與內容皆有所進展。兩位老師的指正與評論皆使我獲益良多，不勝感激。

研究之路漫長且孤單，同儕間真誠的情誼更顯珍貴。當了七年同學的老田，出國前已達成目標的你，激勵著我向前；同時完成論文的清凱，謝謝你一路上義無反顧的支持；在台灣與德國都義氣相挺的孫婷，總在關鍵時刻救援我；優秀又認真的文正與佳妙，與你們一起工作非常愉快，能變成相互支持的朋友，非常幸運；一同在德國奮發向上的皓文，在廚房談論文題目的時光，仍歷歷在目；謝謝貼心又細心的薇儒在研討會上幫了我大忙。公法組夥伴小拉、老時、文咨、映如、承燁、小飽、老胡、怡蓁，懷念歡樂研究室一起奮鬥時光。謝謝特地論文研討會捧場的心雅，以及給予我許多建議的家如、浩泓、雅竹、家瑩、雅筠、仕成、士茗、容好，你們讓這本論文更前進了一步。

無論走多遠，朋友是會一直在身邊的人。小櫻花永遠體貼地聽我訴說生活中的大小事；佩紋與光嵐的聰明與幽默，三言兩語就能排解寫論文的沉悶；十年老友阿龍和宜萱，相聚時光雖短暫，卻維持著真摯的情誼；貼心的麗維與詩翊，三不五時從遠方捎來關心；忙碌的丁丁大律師仍抽空關心我的論文進度；早一步畢業的本立，讓我相信現實世界僅存的浪漫，你的鼓勵加深我前進的信心；謝謝鉅勝常想盡辦法讓我暫時脫離論文的包圍；岳錚寄來遠渡重洋的 Advents Kalender，讓我又憶起歐洲生活的美好。謝謝所有真心相待的朋友們，紙短情長，難免遺漏，但我充滿感激的心情，絲毫不減。

家人永遠是重要的依靠，有你們滿滿的愛，是如此幸運與幸福。即將成為家人的新格，謝謝你的責任感，願意在我出國時做出重要改變，謝謝有你相互成長與依賴，為了彼此成為更好的人。姊姊總是貼心相助，提供許多社會福利文獻資料，同時也是我人生道路上的指引；弟弟溫暖的關心與鼓勵，在研討會和口試的重要時刻伸出援手，使我安心完成每個階段的目標。無論是精神上或物質上，爸爸、媽媽永遠毫無條件地付出、毫不猶豫地支持，我才能順利完成學業、實現出國交換的夢想，願自己有朝一日能成為你們的驕傲。

感謝台大星雨與星星的孩子豐富了我的生命，這本論文對我而言，不僅是研究所學業的總結，也是人生中某些信念的展現。面對少數者，我們要做的，從來就不是「同情」，而是「同理」。

台大法研所公法組 陳品榕

2013.2.13

## 摘要

民國 70 年代以降，國內開啟以公私合作模式履行社會福利任務，主要有「社會福利方案委託」與「社會福利設施委外經營」兩種模式，然相關法制並不完備，私人選任程序、契約內容擬定、履約管理等階段，皆存有諸多問題。民國 89 年公布施行促進民間參與公共建設法（以下簡稱「促參法」）後，將社福設施委外經營納入促參法的適用範圍，使公私協力的程序與實體規範之密度有所提升。然而，實務上仍然面臨許多困境，包含：競爭市場不健全、難以達成自負盈虧、服務對象保障不足、契約內容不明確、監督機制功能不彰、未落實國家擔保責任。

按社會福利任務之目的為滿足服務對象法定上權利，以及經濟或身心上需求，以實現生存照顧、保障弱勢、社會正義的社會國理念，非以追求利潤為主要目標。然促參法無法考量社會福利的特殊性，使得社會福利與促參法之精神有所扞格，因而產生適用上之困境，且公私協力履行社會福利任務原本所存在之問題，亦未得到相應解決方式，因而社會福利任務是否應適用促參法，仍有商榷餘地。

本篇論文透過比較法之研究，藉由德國國家擔保理論之指引，形塑國家角色與責任，維繫國家確保公益之責任。並分析德國社會救助法上相關規範，作為公私合作契約之借鏡。針對我國公私協力履行社會福利任務之本土問題，提出國家對公私協力的兩層次調控機制——法律規範層次與契約規範層次，以期建立一個合乎國家擔保責任與社會福利特性的公私協力制度。

關鍵字：促進民間參與公共建設法、公私協力、擔保國家、社會國、社會福利任務、社福設施委外經營

## Abstracts

Since 1980s, the social welfare tasks in Taiwan began to fulfill in Public-private Partnership (PPP), including “contracting out” and “outsourcing”. In 2000, “Act for Promotion of Private Participation in Infrastructure Projects” was enacted and promulgated, which promote the law system of PPP, but the social welfare tasks still face many difficulties. For example, the lack of sound competitive market, hard to make profit, lack of protection for the recipients, ineffective supervision, indefinite contract clauses, and incompleteness of the guarantee of state.

To follow the principle of social state, the main purpose of social welfare is satisfying the rights and requirements of recipients, not the pursuit of profit. However, “Act for Promotion of Private Participation in Infrastructure Projects” emphasizes economic benefits, which conflicts to the purpose of social welfare.

The theory of the guarantee of state guides the role and responsibilities of state to ensure the public welfare. In addition, this thesis studies “Social Code of Germany”, and makes the suggestion for the regulations and contracts of PPP. The state governs PPP with two levels, one is enactment of law, and the other is management of contract performance. In conclusion, the law system of PPP in social welfare tasks shall accomplish the guarantee of state and comply with the purpose of social welfare.

Keywords: Act for Promotion of Private Participation in Infrastructure Projects, Public-private Partnership (PPP), Guarantee of State, Social State, Social Welfare, Outsourcing Social welfare Facilities

## 名詞縮寫與中德文對照表

縮寫	原文	中譯
a.a.O.	am angegebenen Ort	前揭註
Abs.	Absatz	項
Art.	Artikel	條
Aufl.	Auflage	版次
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung	公共行政期刊
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt	德國行政期刊
GG	Grundgesetz für Bundesrepublik Deutschland	德國基本法
Hrsg.	Herausgaben	主編
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht	新行政法雜誌
Rn.	Randnummer	編碼
SGB I	Sozialgesetzbuch- Erstes Buch- Allgemeiner Teil	社會法典第一編 「總則」
SGB XII	Sozialgesetzbuch- Zwölftes Buch- Sozialhilfe	社會法典第十二編 「社會救助法」
VerwArch	Verwaltungsarchiv	行政檔案叢刊
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer	德國國家法教授協會 年會論文彙編

# 簡目

<b>第一章</b>	<b>緒論</b> .....	1
第一節	研究動機與目的.....	1
第二節	研究範圍.....	4
第三節	研究架構與章節安排.....	6
第四節	文獻回顧.....	7
<b>第二章</b>	<b>公私協力履行社會福利任務之基礎概念</b> .....	11
第一節	公私協力之概念.....	11
壹、	私人參與履行公共任務.....	11
貳、	公私協力與民營化之概念.....	14
第二節	公私協力履行社會福利任務.....	20
壹、	社會福利之定義.....	20
貳、	公私協力履行社會福利任務之模式.....	26
參、	公私協力履行社會福利任務之利弊分析.....	34
第三節	我國公私協力履行社會福利任務之發展.....	38
壹、	發展歷程.....	38
貳、	法源依據.....	39
第四節	小結.....	41
<b>第三章</b>	<b>我國公私協力履行社會福利任務之問題與困境</b> .....	43
第一節	公私協力履行社會福利任務之法學上問題.....	43
壹、	憲法上容許性與合憲性.....	43
貳、	行政法上問題—契約定性爭議.....	48
第二節	公私協力履行社會福利任務之困境—OT 模式.....	50
壹、	與促參法精神矛盾.....	51
貳、	欠缺服務對象之保障.....	55
參、	監督機制功能不彰.....	56
肆、	未落實國家擔保責任.....	58
第三節	公私協力履行社會福利任務之困境—BOT 模式.....	59
壹、	案例說明—廣慈博愛院 BOT 案.....	59
貳、	風險控管與分擔.....	62
參、	國家擔保責任之相關問題.....	63
第四節	小結.....	66
<b>第四章</b>	<b>國家擔保理論與公私協力履行社會福利任務</b> .....	69
第一節	德國國家擔保理論.....	69
壹、	公私協力與國家擔保責任.....	69
貳、	擔保國家理論之憲法上規範基礎.....	78
參、	擔保責任於行政法上之落實.....	85

肆、	擔保國家對公私協力之調控.....	95
第二節	德國社會救助法上之公私協力.....	98
壹、	公私協力履行社會救助任務.....	98
貳、	公私協力契約之具體規範內容.....	106
第三節	小結.....	116
壹、	國家擔保責任於我國之適用.....	116
貳、	德國社會救助法作為我國之借鏡.....	117
<b>第五章</b>	<b>我國社會福利設施委外經營之檢視與建議</b> .....	<b>121</b>
第一節	擔保國家的調控機制—「法律」與「契約」兩個規範層次.....	121
壹、	以法律框架與契約作為調控機制.....	121
貳、	擔保國家建立法律秩序框架的必要性.....	122
參、	契約監督管理作為調控方法.....	123
第二節	法律規範層次.....	123
壹、	私人夥伴資格之限制—營利團體作為私人夥伴？.....	124
貳、	選擇私人夥伴之程序.....	126
參、	以服務對象為中心之第三人保護機制.....	137
肆、	確保私人提供服務之品質及結果.....	141
伍、	有效的監督機制.....	144
陸、	國家接管機制.....	146
第三節	契約規範層次.....	149
壹、	契約內容之形成.....	149
貳、	擔保國家之履約監督.....	155
參、	現行 OT 契約檢視—內政部宜蘭教養院委託營運管理契約.....	165
<b>第六章</b>	<b>結論</b> .....	<b>177</b>
第一節	本文發現與建議.....	177
第二節	我國法制之未來展望.....	179
附件：	內政部宜蘭教養院委託營運管理契約.....	181
參考文獻	.....	199

# 詳目

第一章	緒論.....	1
第一節	研究動機與目的.....	1
第二節	研究範圍.....	4
第三節	研究架構與章節安排.....	6
第四節	文獻回顧.....	7
第二章	公私協力履行社會福利任務之基礎概念.....	11
第一節	公私協力之概念.....	11
壹、	私人參與履行公共任務.....	11
一、	公共任務與國家任務之區辨.....	12
二、	國家保留？.....	13
貳、	公私協力與民營化之概念.....	14
一、	公私協力之定義.....	15
二、	民營化之類型.....	17
(一)	組織民營化.....	18
(二)	任務民營化.....	18
(三)	功能民營化.....	19
三、	公私協力與民營化之交錯.....	19
第二節	公私協力履行社會福利任務.....	20
壹、	社會福利之定義.....	20
一、	我國社會福利類型.....	21
二、	德國社會法與社會給付之體系.....	21
三、	小結.....	23
貳、	公私協力履行社會福利任務之模式.....	26
一、	社會福利部門.....	27
(一)	非形式部門.....	27
(二)	市場部門.....	27
(三)	國家部門.....	27
(四)	第三部門.....	28
二、	合作對象.....	29
三、	合作型態.....	30
(一)	補助.....	30
(二)	委託.....	30
參、	公私協力履行社會福利任務之利弊分析.....	34
一、	公私協力履行社會福利任務之優點.....	34
(一)	減少政府財政負擔.....	34
(二)	增加服務資源與效率.....	34

	(三)	民間機構地位提升.....	35
	二、	公私協力給付社會福利之缺失.....	35
	(一)	未達成預期之成本效益.....	35
	(二)	服務商品化.....	36
	(三)	民間機構與行政機關間形成依賴關係.....	36
	(四)	民主正當性不足.....	37
第三節		我國公私協力履行社會福利任務之發展.....	38
壹、		發展歷程.....	38
貳、		法源依據.....	39
第四節		小結.....	41
<b>第三章</b>		<b>我國公私協力履行社會福利任務之問題與困境</b> .....	<b>43</b>
<b>第一節</b>		<b>公私協力履行社會福利任務之法學上問題</b> .....	<b>43</b>
壹、		憲法上容許性與合憲性.....	43
一、		我國憲法上規定.....	43
二、		社會國原則.....	44
三、		法律保留原則.....	45
四、		民主正當性.....	47
貳、		行政法上問題—契約定性爭議.....	48
<b>第二節</b>		<b>公私協力履行社會福利任務之困境—OT 模式</b> .....	<b>50</b>
壹、		與促參法精神矛盾.....	51
一、		不健全的競爭市場.....	51
二、		無法自負盈虧.....	52
貳、		欠缺服務對象之保障.....	55
參、		監督機制功能不彰.....	56
肆、		未落實國家擔保責任.....	58
<b>第三節</b>		<b>公私協力履行社會福利任務之困境—BOT 模式</b> .....	<b>59</b>
壹、		案例說明—廣慈博愛院 BOT 案.....	59
一、		背景介紹.....	59
二、		法律關係.....	60
三、		民間參與模式之爭議.....	61
貳、		風險控管與分擔.....	62
參、		國家擔保責任之相關問題.....	63
(一)		監督機制之效力.....	64
(二)		合理價格之擔保.....	65
<b>第四節</b>		<b>小結</b> .....	<b>66</b>
<b>第四章</b>		<b>國家擔保理論與公私協力履行社會福利任務</b> .....	<b>69</b>
<b>第一節</b>		<b>德國國家擔保理論</b> .....	<b>69</b>
壹、		公私協力與國家擔保責任.....	69

一、	擔保國家之形成.....	69
(一)	國家模型理論變遷—從給付國家到擔保國家.....	69
(二)	擔保國家理論之興起.....	72
(三)	「責任」之概念.....	73
二、	擔保國家之內涵.....	74
(一)	責任階層.....	75
(二)	責任分配.....	77
貳、	擔保國家理論之憲法上規範基礎.....	78
一、	德國基本法.....	78
二、	憲法上原則作為規範基礎.....	79
(一)	民主原則.....	79
(二)	法治國原則.....	80
(三)	社會國原則.....	81
(四)	基本權保護義務.....	83
參、	擔保責任於行政法上之落實.....	85
一、	擔保國家的立法責任.....	85
二、	擔保國家管制方法.....	86
三、	擔保行政法之建構.....	88
(一)	擔保行政與擔保行政法.....	88
(二)	擔保行政法之特徵.....	89
肆、	擔保國家對公私協力之調控.....	95
一、	法律規範層次.....	95
二、	契約規範層次.....	96
第二節	德國社會救助法上之公私協力.....	98
壹、	公私協力履行社會救助任務.....	98
一、	公私協力模式.....	98
二、	補充性原則.....	99
三、	公私協力之合作對象.....	100
(一)	民間福利聯合會.....	101
(二)	營利團體.....	103
四、	三面法律關係.....	104
五、	國家擔保責任.....	105
貳、	公私協力契約之具體規範內容.....	106
一、	契約之締結.....	106
二、	民間機構之資格與選擇.....	108
(一)	民間機構資格之設定.....	108
(二)	採購法制之適用？.....	109
三、	契約內容規範.....	110

	(一)	服務內容協議.....	110
	(二)	服務報酬協議.....	112
	(三)	評鑑機制協議.....	114
	四、	例外之解約程序.....	115
第三節		小結.....	116
	壹、	國家擔保責任於我國之適用.....	116
	貳、	德國社會救助法作為我國之借鏡.....	117
<b>第五章</b>		<b>我國社會福利設施委外經營之檢視與建議</b> .....	<b>121</b>
第一節		擔保國家的調控機制—「法律」與「契約」兩個規範層次.....	121
	壹、	以法律框架與契約作為調控機制.....	121
	貳、	擔保國家建立法律秩序框架的必要性.....	122
	參、	契約監督管理作為調控方法.....	123
第二節		法律規範層次.....	123
	壹、	私人夥伴資格之限制—營利團體作為私人夥伴？.....	124
	貳、	選擇私人夥伴之程序.....	126
	一、	甄審程序.....	126
	(一)	我國促參法上甄審程序.....	126
	(二)	競爭性對話機制的引進.....	128
	二、	甄審決定與投資契約.....	130
	(一)	甄審決定之定性.....	130
	(二)	投資契約之定性.....	131
	(三)	兩階段之關聯性—雙階理論之適用.....	133
	(四)	契約瑕疵法律效果之相對化.....	135
	參、	以服務對象為中心之第三人保護機制.....	137
	一、	建立三面法律關係.....	137
	二、	行政程序法第 140 條第 1 項之適用？.....	138
	三、	服務對象之程序上權利.....	139
	肆、	確保私人提供服務之品質及結果.....	141
	一、	法律對契約內容之規範.....	142
	(一)	提高法律規範密度之必要性.....	142
	(二)	契約內容之法律規範框架.....	143
	二、	私人提供服務之原則.....	143
	伍、	有效的監督機制.....	144
	一、	促參法上之監督機制.....	144
	二、	實務困境與解決.....	145
	陸、	國家接管機制.....	146
	一、	國家強制接管權.....	146
	二、	有效的接管機制.....	148

第三節	契約規範層次.....	149
壹、	契約內容之形成.....	149
一、	保留行政機關之影響力.....	150
二、	契約應記載事項.....	151
	(一) 重要給付事項之約定.....	151
	(二) 合理的服務價格.....	152
	(三) 評鑑機制.....	154
	(四) 其他應記載事項.....	154
貳、	擔保國家之履約監督.....	155
一、	委託期限.....	155
二、	監督機制.....	157
	(一) 定期評估.....	157
	(二) 獨立第三人之監督.....	158
	(三) 資訊公開義務.....	161
	(四) 服務對象之監督.....	161
	(五) 私人自我監督.....	162
三、	風險控管與分擔.....	163
參、	現行 OT 契約檢視—內政部宜蘭教養院委託營運管理契約	165
一、	案件事實概說.....	165
二、	契約內容評析.....	166
	(一) 委託營運管理範圍.....	166
	(二) 民間機構應負擔事項.....	168
	(三) 營運費率之訂定及調整.....	169
	(四) 履約保證金.....	170
	(五) 權利金.....	170
	(六) 營運績效評估.....	171
	(七) 仲裁與管轄權之約定.....	172
	(八) 國家撤回選擇權.....	173
三、	小結.....	174
<b>第六章</b>	<b>結論</b> .....	<b>177</b>
第一節	本文發現與建議.....	177
第二節	我國法制之未來展望.....	179
附件：	內政部宜蘭教養院委託營運管理契約.....	181
參考文獻	.....	199

## 圖目錄

圖 1：BOT 興建階段法律關係.....	61
圖 2：社福 BOT 案營運階段法律關係.....	61
圖 3：促參法甄審程序細部流程.....	127
圖 4：社福設施委外經營之三面法律關係示意圖.....	138

## 表目錄

表 1：德國社會給付體系.....	22
表 2：我國與德國社會福利體系之對照表.....	25
表 3：宜蘭教養院委託營運管理契約條款之架構.....	166



# 第一章 緒論

## 第一節 研究動機與目的

民國 100 年 8 月，台灣第一件社會福利設施 BOT 案—台北市廣慈博愛院開發案，因主辦機關（台北市政府）以特許廠商（柏德公司）無履約能力為由，單方終止契約。廣慈博愛院 BOT 案宣告失敗，再度引起社會大眾對於政府辦理 BOT 案件的關注與質疑<sup>1</sup>。台北市政府與特許廠商柏德公司於民國 98 年締結之 BOT 投資契約，由民間機構負責建造與營運社福設施與附屬商業設施。然而，民間機構無法於履約期間內通過樹木保育計劃、環境影響評估、都市設計審議等審查程序，致未能取得建照執照，無法依約定期限開工。故主辦機關於民國 100 年 8 月以契約他方無履約能力為由單方終止契約，我國第一個社會福利設施 BOT 案未竟成功。廣慈博愛院開發案的特殊之處在於：(1) 廣慈博愛院之特許廠商為以營利為目標之公司組織，過去社福設施委外經營之民間機構以非營利之社福團體為主；(2) 廣慈博愛院為第一件社福設施 BOT 案，即民間參與興建與營運，並於特許期限屆至後，將社福設施之所有權移轉予行政機關。過去適用促參法之社福設施委外經營案例，以 OT 模式為主，民間機構未參與興建階段。廣慈博愛院開發案雖因行政機關終止契約而未能成功，然而，其揭示了我國社會福利政策的趨勢—擴大民間參與、引進營利團體之資金與資源。

自民國 70 年代以來，我國開啟公私合作執行社會行政任務之模式<sup>2</sup>，其主要方式為「社會福利方案委託」與「社福設施委外經營」，合作之私人夥伴為社福團體，然公私協力之相關法制並不完備<sup>3</sup>。民國 80 年以後，公私協

---

<sup>1</sup> 中國時報(8/24/2011)，廣慈 BOT 案解約，柏德斥市府，C1；中國時報(8/24/2011)，BOT 非萬靈丹，官民合作最重要，C1。

<sup>2</sup> 學者認為，1980 年台灣省政府委託台北家扶中心辦理兒童寄養業務，為我國公、私部門合作履行社會福利之先例。林萬億(2006)，《台灣的社會福利：歷史經驗與制度分析》，頁 133，台北：五南。

<sup>3</sup> 1999 年政府採購法與 2000 年促進民間參與公共建設法公布實施以前，社會福利民營化僅有內政部所發布之行政命令，或各地方自治團體所發布之自治規則作為主要法令依據。

力在各個公共任務領域蔚為盛行，我國於民國 87 年政府採購法（以下簡稱採購法）公布施行，提升政府採購程序之公平性與公開性。然而，採購法施行以來，社福界時有「採購法是惡法」之聲音，其質疑包含<sup>4</sup>：一、委託期間短，契約期間屆至需重新開啟招標程序，民間機構與服務對象所建立之服務關係不穩定；二、價格之考量凌駕於社工專業，不利於服務品質；三、政府採購法程序繁瑣，且各地方政府執行方式不一，核撥經費過程複雜，造成服務經費出現斷層；四、行政機關「球員兼裁判」，無法平等協商、締約。

為因應公私協力之國際潮流，並促使公私協力之法律規範更為完善，民國 89 年公布施行促進民間參與公共建設法（以下簡稱「促參法」），作為我國公私協力之基本法制，促參法第 3 條第 1 項第 5 款，將「社會及勞工福利設施」納入適用範圍。公私協力履行社會福利任務在適用促參法前，即存在諸多問題，例如缺乏健全的競爭市場、欠缺公平、公開的私人選任程序、契約內容不明確、政府與大型民間機構形成相互依賴關係、監督效力不彰。適用促參法後，社福設施委外經營之程序與實體規範之密度皆有大幅提升，例如促參法上的甄審程序提高了私人選任程序的公平性。

然而，社福設施是否宜適用促參法程序甄選民間機構，社福界仍提出質疑<sup>5</sup>：一、國內的社會福利事業原本即缺乏競爭市場，促參法之甄審程序係以健全競爭市場為前提，然社福設施委外案件時常僅有一家廠商參與甄審，無競爭者；二、促參法強調民間機構對於公共建設之營運需自負盈虧，且民間機構需繳納履約保證金與權利金，不符合社會福利之「非營利」、「獲利性低」之性質；三、適用促參法後，政府補助之比例降低，影響社福團體之收入；四、促參法重視成本效益、財務效益、財產管理使用，而較忽略服務品質、服務對象之需求與權利。

<sup>4</sup> 郭登聰(2005)，〈推動社會福利民營化相關法制的析論〉，《社區發展季刊》，108 期，頁 47。

<sup>5</sup> 劉淑瓊(2011)，〈理想與現實：論臺灣社會服務契約委託的變遷及課題〉，《社區發展季刊》，133 期，頁 455-471；吳宜恬(2008)，〈以代理人理論探討社會福利公設民營之契約管理—以內政部宜蘭教養院為例〉，國立政治大學公共行政研究所碩士論文，頁 58；郭登聰，〈推動社會福利民營化相關法制的析論〉，《社區發展季刊》，108 期，頁 47-48。

在 1997 年亞洲金融風暴、2008 年金融海嘯、2011 年歐債危機發生後，世界各國面臨經濟衰退危機，龐大的社會福利支出對政府財政形成沉重的負擔，我國政府亦面臨財務捉襟見肘與社會福利給付不斷膨脹的兩難問題。為安定社會秩序，實現社會正義之理念，建構完善的社會福利制度、持續提供福利服務，有其必要性。然為減輕政府財政負擔，擴大民間資金與資源參與社會福利任務，已成為無法抵擋之趨勢。私人承接社會福利任務，國家雖不再扮演「給付者」的角色，然不等同於國家免除責任或管制義務，否則公私協力、民營化易淪為國家卸責之辭。德國發展出擔保國家理論，擔保國家對公共任務之履行由「給付者」轉變為「擔保者」與「監督者」。國家應如何進行公私協力之規範與管制，以確保國家之基本權利保護義務或維護公益之責任，成為法學上應面對的重大問題。

按社會福利之本旨在於滿足服務對象之需求，且服務對象可能多為社會上弱勢族群，如身心障礙者、老人、受虐兒童等，由於身心狀態或經濟環境限制，有依賴社會福利設施或給付來補足其經濟或身心健康之需求，對於使用社福設施，因自身財力及需求無法完全獨立自主決定。由於服務對象以弱勢族群為主，其對社會福利的「依賴性」較強，使用密度與頻率亦較高，其受到權利損害的可能性亦提高<sup>6</sup>。舉例言之，安置於公設民營安養中心之老人，接受該中心之照顧、日常生活安排、醫療等行為，皆仰賴該中心人員指引與服務，老人個人獨立自主之行動能力，以及自我決定其權利之可能性較低。國家對於私人履行社會福利任務之擔保責任，更應著重在「服務品質確保」與「服務對象權益」之面向。我國近年盛行私人參與履行社會福利任務，然國家是否已形塑相應之制度，踐行其擔保責任？從前述社福界所提出之疑慮來看，我國公私協力法制對於「服務品質確保」與「服務對象權益」之重視，仍有值得省思之處。

---

<sup>6</sup> 相同見解：簡敬軒(2010)，〈社會福利收容機構委託私人經營之國家賠償責任—以教養院為中心〉，國立中正大學法律學研究所碩士論文，頁 2-3。

綜上所述，促參法施行後，提升了公私協力之程序與實體規範密度，是否已解決社福設施委外經營之困境，或者又衍生何種新興問題？國家是否已然踐行其擔保責任？另一個層次是，國家應如何形塑合乎國家擔保責任之法律制度或履約監督機制，以確保私人履行社會福利任務之成效與品質？為本文研究問題與動機。

## 第二節 研究範圍

我國現行公私協力履行社會福利任務主要可分成社福設施委外經營(或稱「公設民營」)與方案委託兩種主要類型。我國有許多社福設施委外經營<sup>7</sup>案件，相關研究亦以之為重心<sup>8</sup>，相較於方案委託，社福設施委外經營之法律關係較為複雜，同時涉及設施、設備之管理使用，以及向服務對象給付服務，尤其部分社福設施提供居住式的照護服務，對於長期居住之服務對象而言，其權益直接受到社福設施經營管理模式之影響。

按社福設施委外經營適用採購法或促參法，行政院公共工程委員會曾作成相關決議<sup>9</sup>，主要意旨如下：「1.由政府提供經費，民間機構未向服務對象

---

<sup>7</sup>依台北市社會局 2012 年統計，台北市公設民營社福設施共 67 家，包含身心障礙福利、老人福利、婦女福利、兒童福利等設施，而公辦公營社福設施僅有市立陽明教養院與浩然敬老院兩家，可見公立社會福利設施委託私人經營之數量甚多。台北市社會局網頁，[http://www.bosa.tcg.gov.tw/i/i0100.asp?i1\\_code=40](http://www.bosa.tcg.gov.tw/i/i0100.asp?i1_code=40)（最後瀏覽日：2012/12/27）。

<sup>8</sup>對公私協力履行社會福利任務的法學研究文獻較少，僅：孫迺翊(2010)，〈社會福利服務契約法制初探——從我國社會福利機構「公設民營」之經驗談起〉，《月旦法學雜誌》，177 期，頁 241-261；李玉君(2003)，〈社會福利民營化法律觀點之探討〉，《月旦法學雜誌》，102 期，頁 74-93；雷文玫(2002)，〈發包福利國？—政府委託民間辦理福利服務責任架構之研究〉，《兒童福利期刊》，2 期，頁 147-176。社會工作領域則有許多相關研究，例如：林萬億(1997)，〈社會福利公設民營模式與法制之研究〉，內政部委託研究；林萬億(2001)，〈社會福利民營化——停看聽〉，《台灣社會福利的發展——回顧與展望》，頁 243-278，台北：五南；郭登聰(1998)，〈政府與民間的關係再造：促進民間參與公共建設法（草案）與社會福利民營化實施要點的比較論述〉，思與言，36 卷 4 期，頁 147-193；劉淑瓊(1998)，〈社會福利「民營化」之研究——以台北市政府契約委託社會福利機構為例〉，台灣大學三民主義研究所博士論文；劉淑瓊(2005)，〈績效、品質與消費者權益保障：論社會服務契約委託的責任課題〉，社會政策與社會工作學刊，9 卷 2 期，頁 31-93；劉淑瓊(2011)，〈理想與現實：論臺灣社會服務契約委託的變遷及課題〉，社區發展季刊，133 期，頁 455-471。

<sup>9</sup>參行政院公共工程委員會 90 年 5 月 30 日決議，以及內政部社會司 96 年 11 月 8 日發佈之「政府委託民間單位辦理社會福利業務作業流程及規範」。

收取費用之安置庇護機構，應適用採購法；2.委託民間營運並向服務對象收取費用之社會福利機構（如老人公寓），應依促參法之規定辦理；3.委託民間辦理服務型態機構、收容機構之服務設施，如民間機構有財務與營運空間，應適用促參法，如由政府提供經費，有對價取得服務之旨意，則適用採購法。」由此可知，相較於由政府提供經費之勞務採購，社福設施委外經營適用促參法之案件，必須更重視財務規劃、人員配置、設備管理、營運能力等問題，來確保民間機構能自負盈虧。在此同時，民間機構如何兼顧服務品質與服務對象之權益，成為更值得重視與觀察之問題。

又，社會福利事業旨在滿足服務對象之需求，具有「非營利」或「獲利性低」之性質，且提供福利服務需具備一定專業知識與能力，因此，參與社會福利任務履行之民間機構，多為具有福利服務經驗之社福團體。另一方面，由於社福團體屬非營利組織，缺乏參與興建社福設施之龐大資金，故多以 OT 模式承接社福設施之營運，即由非營利團體承接已由國家興建完成之社福設施。然而，台灣近年出現第一件由營利團體承接之社福設施 BOT 案—廣慈博愛院開發案，該開發工程雖未竟成功，卻也顯現出我國社福設施委外經營之型態有所轉變，由於政府財政負擔過重，引進營利團體之資金與資源，應屬未來公私協力履行社會福利任務之不可避免趨勢。營利團體與非營利團體之競爭，引發社福界諸多懷疑，成為社會福利任務適用促參法後的重要議題之一。

綜上所述，促參法之適用，對於以志願性服務為使命的社福團體而言，除了提供服務外，更產生新的挑戰，例如：為自負盈虧必須致力於控制成本與創造盈餘；與營利團體相互競爭。對行政機關而言，如何建立公平的競爭制度、如何兼顧財務與服務品質之監督，亦形成重要課題。「社福設施委外經營之促參案件」在公私協力的研究上饒富法學價值，亦為本文研究核心，故本文擬以社福機構委外經營之促參案件為主要研究範圍。

### 第三節 研究架構與章節安排

本文擬先討論公私協力理論基礎，其次整理社會福利之體系與內涵，並探討我國社福設施委外經營之型態，以及委外經營在現行法制底下所面臨的困境。私人承接公共任務所衍生的問題之一，乃國家與私人如何分配責任，面臨公私協力後國家角色與責任所發生之變遷，德國發展出國家擔保理論，探討國家應承擔之責任內涵，以建構更健全的公私協力制度。本文藉由國家擔保理論之研究，作為解決現行實務困境之指引。此外，因德國社會救助法之公私協力已行之有年，國家與私人共同承擔福利服務之規範相對完整，對於服務對象之權利保障、契約內容規範等事項，皆較我國法制更為縝密，有值得觀察之處。因此，本文觀察與比較德國社會救助法相關規定，以社會福利之特性—重視服務對象之需求與權利—為核心，檢視我國社會福利設施委外經營之法制，針對我國現行法制下之困境提出建議。

本文第二章先討論「公私協力」之理論基礎，辨析公私協力與民營化之用語，進而闡述公私協力履行社會福利任務之態樣。先釐清本文所討論之「社會福利」範疇，次則整理與分析公私協力履行社會福利任務之型態，以及我國公私協力履行社會福利任務之歷史發展。

第三章先分析私人參與社會福利任務履行之合憲性問題，並具體分析現行法制下之困境與問題，因 OT 與 BOT 模式所發生之法律關係不同，故分別討論其特殊問題。本章節主要討論的問題是：社福設施委外經營在實務上面臨了哪些困境？適用促參法後，是否能解決社福設施委外經營原有之問題？或者因促參法之適用，而衍生新的困境？

第四章為比較法之研究。從前一章之內容可知我國實務運作所面臨之困境，這些困境實因國家與私人責任分配不明確所引起，國家在公私協力關係中未釐清其責任之具體內涵。本章藉由源於德國之國家擔保理論，探討公、私部門各自承擔之責任與角色，闡述擔保責任在憲法上之基礎與要求，以及

擔保行政法之具體內涵。另一方面，因德國社會法第十二編社會救助法中，以公私協力模式提供救助服務，已行之有年，對於契約之控制，法律上有較為詳盡之規範。第四章探討德國國家擔保理論與德國社會救助法，作為我國形塑公私協力制度之借鏡與基礎。

第五章針對我國公私協力履行社會福利任務之本土問題，藉由德國國家擔保責任之架構，提出對我國法制之回應與建議。即本章所處理的問題是：國家應如何在法制與契約具體管理層面落實國家擔保責任，以解決實務所發生之困境？

#### 第四節 文獻回顧

國內法學界探討公私協力之文獻，已累積相當數量，然以社會福利任務為核心者，則屈指可數。法學文獻討論公私協力履行社會福利任務之濫觴，為學者雷文攻於2002年發表之〈發包福利國？—政府委託民間辦理福利服務責任架構之研究〉<sup>10</sup>，該文以交易成本經濟分析理論，檢討影響行政機關與民間機構行為邏輯的各種「規則」，包含正式的法規命令，與非正式的組織文化、組織經營理念。雷文攻指出，國家除了確保委外的行政效能，亦須確保「民主責任」與「法律責任」，建立委外之責任(accountability)<sup>11</sup>架構，並提出數項建議：(1) 國家應擴大民間參與，避免特定民間機構壟斷競爭，並確保「民主責任<sup>12</sup>」。(2) 應保留部分業務自行辦理，以確保政府監督之能力及承接經營不善民間機構之能力。(3) 立法者應釐清國家對於哪些福利服務有提供義務，以確定人民在何種要件下具備請求權，深具啟發性。

學者李玉君於2003年發表〈社會福利民營化法律觀點之探討〉<sup>13</sup>，基

<sup>10</sup> 雷文攻(2002)，〈發包福利國？—政府委託民間辦理福利服務責任架構之研究〉，《兒童福利期刊》，2期，頁147-176。

<sup>11</sup> 「責任(accountability)」為公共行政學用語，係指一個組織能對另一個更高權威負責任得令或機制。雷文攻(2002)，同前註，頁149。

<sup>12</sup> 雷文攻教授所稱之「民主責任」，係指「民主正當性」的相關問題。

<sup>13</sup> 李玉君(2003)，〈社會福利民營化法律觀點之探討〉，《月旦法學雜誌》，102期，頁74-93。

於我國憲法上民生福利國家原則與社會基本權<sup>14</sup>，肯認社會福利民營化之合憲性。並釐清社會福利民營化後國家的角色與法律責任，主張建立「人民參與」之監督機制強化國家履約監督之能力。立法者或行政機關選擇民營化之形式與組織時，其基準與界限在於考量社會福利與民營化之本質，即社會福利之本質在於使照顧弱勢族群、平衡社會差距，而民營化係政府功能、角色與權責之調，非卸免國家責任，此觀點與本文主張相類似。

學者張桐銳於 2005 年發表〈行政法與合作國家〉一文<sup>15</sup>，探討「合作國家」之模型與衍生之行政法體系的調整需求。該文說明社會行政採取合作策略之理由，以及社會行政之合作型態。合作的行政手段有「社會補貼」、「經由私人履行其給付義務」兩種型態。前者指直接國家為促進私人實現特定公益目的，而給予財產上利益；後者又分為「費用補助模式<sup>16</sup>」與「實物給付模式<sup>17</sup>」。分析私人參與社會行政之類型與其法律關係，並進一步提出「合作夥伴身分」概念，即合作夥伴以公共任務主體地位參與履行，拓展國內對於合作國家模型之研究。

陸敏清於 2009 年台北大學法律研究所博士論文以《國家擔保責任於長期照護之實現》<sup>18</sup>為題，首將國家擔保責任理論運用於社會福利任務中，探討公私合作提供長期照護的國家責任與調控變遷。該文認為，我國長期照護之問題主要為：受委託對象之定位、補助措施之成本計算、服務供給之監督。該論文連結我國憲法上之指引規範，並形塑法制與調控機制，引介日本介護保險法，作為我國長期照護委外契約範本之借鏡。最後提出調控之若干建議：

(1)建立標準化公式化的成本估算；(2)評選私人之審查委員會由政府代表、

<sup>14</sup> 李玉君教授認為，我國憲法第 15 條保障「社會基本權」，要求國家積極介入私人之自由領域，以矯正社會之不正義。李玉君(2003)，〈社會福利民營化法律觀點之探討〉，《月旦法學雜誌》，102 期，頁 80。

<sup>15</sup> 張桐銳(2005)，〈行政法與合作國家〉，《月旦法學雜誌》，121 期，頁 25-53。

<sup>16</sup> 以德國兒童與青少年救助法上之合作模式為例，如救助權人選擇私立救助機構或設施，社會給付主體之給付義務仍存在，但轉為費用補助義務。

<sup>17</sup> 實物給付在我國有數種方式，包含：公立社福設施委託民間經營、由私立社福設施提供實物給付、全民健保法之醫療給付關係。

<sup>18</sup> 陸敏清(2009)，《國家擔保責任長期照護之實現》，國立台北大學法律研究所博士論文。

專家學者、市民代表共同組成；(3)以團體協約方式擬定契約條款；(4)規範契約之絕對與相對應記載事項；(5)依不同服務類型與設施設置目的設計監督機制；(6)評估指標至少包含「績效評估」與「價格監察」。該文自國家擔保責任出發，探討國家調控公私合作之機制，相關建議可作為未來國內建構長期照護制度之參考。

2010年學者孫迺翊於「公私協力法制國際學術研討會」發表《社會福利服務契約法制初探—從我國社會福利機構「公設民營」之經驗談起》<sup>19</sup>，孫迺翊提出社福實務上之困境，包含：是否存在競爭市場、契約內容之協商與規範密度、自負盈虧之疑慮、服務對象社會給付請求權之保障、爭議協商解決機制，並引介德國社會救助法之公私協力相關規範，德國社會救助法之三面法律關係與契約之具體規範，可作為我國未來法制化之借鏡。孫迺翊指出，公私協力履行社會福利任務之主要精神並非自負盈虧，應以人民法定權利無欠缺地獲得滿足為主要目標，並提出服務內涵應加以「類型化」，依據服務類型發展服務報酬之計算公式。該篇論文提出國內實務之困境，復從比較法觀點提出建議，結合社會福利實務與法學研究，深具學術研究重要價值。

---

<sup>19</sup> 孫迺翊(2010)〈社會福利服務契約法制初探—從我國社會福利機構「公設民營」之經驗談起〉，《月旦法學雜誌》，177期，頁241-261。



## 第二章 公私協力履行社會福利任務之基礎概念

隨著近代工商業社會的發展，國家功能與角色產生劇烈變遷，從夜警國家、干預國家，發展成為福利國家、給付國家<sup>20</sup>。工業革命後，為因應勞動條件惡劣所產生的社會問題，國家成為履行社會給付義務之主體，19世紀末，德國制定了社會保險制度，乃福利國家之濫觴，福利國家提供公共衛生、水電瓦斯等公共服務。1930年代發生全球性經濟大恐慌，更顯現了個人無法解決現代社會的經濟問題，國家必須扮演更積極的保護角色，例如美國於1935年制定社會安全法，試圖降低經濟衰退所致之社會動盪與不安。

然而，1970年至1980年代發生石油危機，工業國家面臨經濟大恐慌以來最嚴重的經濟衰退，各國政府出現財政危機，為減少政府財政負擔與提升行政效率，遂產生公私協力履行公共任務之浪潮。由於福利國家負擔龐大的社會福利支出，為降低財政負擔，國家引進民間資源參與履行社會福利任務，形成公私合作型態。本章先界定公私協力之概念，進而討論公私協力履行社會福利任務之模式，以及國內實務發展與法源依據。

### 第一節 公私協力之概念

#### 壹、私人參與履行公共任務

傳統行政法上的私人參與之型態—委託行使公權力與行政助手，其所履行之任務，屬於國家任務範疇，即實定法賦予國家執行權限與義務，國家將自身權限委託私人行使，或者透過行政助手完成任務，公共任務概念在此重要性降低<sup>21</sup>。然而，現代公私協力型態樣貌多元，私人亦參

<sup>20</sup> 君主專制時期，社會秩序、目的、社會目標皆受國家權力干涉與分配，人民自主空間有限，此種國家角色被稱為夜警國家或干預國家。19世紀末，為因應工業社會所產生的貧富差距等社會問題，國家不僅具有維持社會秩序之功能，必須積極給付人民生存照顧、提供公共設施，轉變為給付國家、福利國家。請參見：李建良(1998)，〈環境議題的形成與國家任務的變遷—「環境國家」理念的初步研究〉，《憲法體制與法治行政—城仲模教授六秩華誕祝壽論文集(一)》，頁288-289，台北：三民。

<sup>21</sup> Weiß, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche

與履行公共任務，公共任務之概念較廣，不等同於國家任務，國家不必然有實定法上之履行責任，然基於公共任務本質上具有公益性，國家是否承擔責任、如何承擔責任，成為公私協力之重要問題。

### 一、公共任務與國家任務之區辨

國家任務(staatliche Aufgaben)與公共任務(öffentliche Aufgaben)之概念須加以釐清。「公共任務」一詞描述合乎公共利益的公眾事務，無論其由國家或社會所履行<sup>22</sup>。其內涵具開放性，隨著時空而演變，係「涉乎公共福祉之任務」<sup>23</sup>。

國家任務則由國家或隸屬於國家之公權力主體執行，雖然國家需有公共福祉之委託作為正當性基礎，然非所有公共任務皆屬國家任務，實則國家任務屬公共任務之下位概念。國家任務與公共任務之劃分方式，繫諸實定法之規範，即國家任務係於合憲秩序下，經由實定法賦予國家執行權限之公共任務。立法者須具體化、細緻化憲法中的國家任務，並因應國家發展需要，主動制訂法規賦予國家其他任務<sup>24</sup>。因此，現代國家之國家任務內容具有開放性，立法者有廣泛形成權限。又，國家任務衍生行政任務(Verwaltungsaufgaben)概念，指行政主體依據法律執行之國家任務。行政機關就行政任務之履行方式，以及是否全部親自履行，有其選擇自由，不必然採取公法的行為形式或組織型態履行之<sup>25</sup>。

---

Verantwortung, DVBL 2002, S.1169.

<sup>22</sup> Weiß, a.a.O.(Fn. 21), S. 1169.

<sup>23</sup> 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 51。

<sup>24</sup> 詹鎮榮(2003)，〈國家任務〉，《月旦法學教室》，3期，頁 35。

<sup>25</sup> Schmidt-Aßmann 著，孫迺翊譯(2009)，〈行政任務及行政法各論應扮演之角色〉，林明鏘等譯，《行政法總論作為秩序理念—行政法體系建構的基礎與任務》，頁 170，台北：元照。

## 二、國家保留？

國家能否將實定法所賦予之國家任務，與私人共同履行，或委由私人履行？德國學界曾提出「絕對性國家任務」與「相對性國家任務」<sup>26</sup>，前者屬國家保留(Staatsvorbehalt)範疇，由國家親自履行，後者則有私人參與履行之可能。絕對性國家任務係自「事物本質」觀點，具有物理上強制力行使之國家任務，例如國家內部或外部安全、司法、強制執行等；以及必須由國家統一決定之事務，例如貨幣、度量衡等，不得由私人參與履行<sup>27</sup>。

然而，此見解受到諸多質疑，私人得否參與履行國家任務，應解釋憲法與合憲性規範，按憲政國家之民主國原則、法治國原則、社會國原則、基本權保護義務等憲法上原則，皆不排除私人參與履行。德國學者 Stober 認為德國基本法上並無「公權力行使壟斷(Gewaltausübungsmonopol)」之要求，基本法第 33 條第 4 項<sup>28</sup>係涉及權限行使，無法證力行政保留。即使是具有公共秩序維護與危險預防功能之治安任務，亦有民營化可能性<sup>29</sup>。此條文係涉及權限行使<sup>30</sup>，進一步言，國家任務得否由私人履行，並非依事務本質決定，應自功能性觀點，例如治安任務不涉及高權措施之部分或非核心範圍，可能由私人參與<sup>31</sup>。

我國憲法第 144 條規定：「公用事業及其他獨佔性之企業以公營為原則。」本條文之「公用事業及其他有獨佔性之企業」，指供人民日常生活所必需的物品或服務之事業，且具有「自然獨佔」或

<sup>26</sup> 詹鎮榮(2003)，前揭註 24，頁 35。

<sup>27</sup> 黃錦堂(2005)，〈行政任務民營化之研究〉，吳庚大法官榮退論文集編輯委員會編，《公法學與政治理論—吳庚大法官榮退論文集》，頁 492，台北：元照。

<sup>28</sup> 基本法第 33 條第 4 項：「持續性任務之公權力行使時，原則上應由具公法上職務且有忠誠關係之公務員執行。」

<sup>29</sup> 林明鏘(2012)，〈民營化的基本法律問題—兼論治安任務民營化的可能性〉，《第十二屆行政法實務與理論學術研討會論文集》，頁 64。

<sup>30</sup> 陳愛娥(2003)，〈國家角色變遷下的行政任務〉，《月旦法學教室》，3 期，頁 110。

<sup>31</sup> 林明鏘(2012)，前揭註 29，頁 64。

「公共財」的特性，例如水、電、瓦斯、天然氣。我國憲法揭示其以公營為原則，目的在於課與國家規制市場義務，以防止公用事業遭私人壟斷、受到獨占，不利於人民生存。除採公營方式外，國家仍可採取其他管制手段，來達成規制之目的，例如租稅管制。且學者指出，憲法第 144 條係課與國家規制獨占性事業之義務，至於該事業應交由公營或民營，屬立法裁量空間，即使交由民營，國家基於民生原則，仍有保護、監督義務<sup>32</sup>。即該條文無禁止民營化之意旨，係公用事業與獨佔性企業之民營化需適用法律保留原則。

另憲法第 108 條至 110 條所規定之中央與地方權限，涉及權限劃分問題，並未禁止公私部門共同執行國家任務，復以我國憲法無類似德國基本法第 33 條第 4 項公權力壟斷由公務員行使之條款。因此，我國憲法並未無明文限制民營化，給付行政與干預行政皆有民營化的空間<sup>33</sup>。惟需注意者，對人民基本權利產生重大影響之高權措施，必須有更高的民主正當性要求，須適用法律保留原則，且應設計更高密度的法律規範內容，國家應進行更有效的監督與控制，或者保留由國家履行之<sup>34</sup>。

## 貳、公私協力與民營化之概念

私人參與公共任務執行並非新興概念，傳統行政法上「委託行使公權力」、「行政助手」概念，即為私人參與公共任務之典型。委託行使公權力涉及國家權限移轉，適用法律保留原則，而受託行使公權力之私人與行政主體間成立公法上委託關係，該私人應受行政機關監督，並對事物之執行有忠誠義務。行政助手則非以自己名義獨立行使公權力，須受

<sup>32</sup> 林明鏘(1996)，〈公營事業民營化之合憲性問題〉，《月旦法學雜誌》，15 期，頁 80。

<sup>33</sup> 林明鏘(2012)，前揭註 29，頁 66。

<sup>34</sup> 黃錦堂教授以德國 Hessen 邦的監獄為例，監獄委由私人經營之前提，乃私人對囚犯不享有干預權限(Eingriffsbefugnisse)，不得執行刑罰或影響人犯身分之事項；但得從事如飲食等服務性勞務。黃錦堂(2005)，前揭註 27，頁 497-499。

行政機關指揮監督，不與第三人直接發生法律關係。

然 1970 至 1980 年代發生石油危機，致工業國家經濟衰退，歐美國家興起私人參與執行公共任務模式—民營化(Privatisierung; privatization)與公私協力(öffentlich-private Partnerschaft; Public Private Partnership)，使得私人參與公共任務執行之法律關係愈形複雜。且民營化與公私協力包含多種態樣與類型，產生不同的運作模式與結果，使傳統行政法面臨挑戰，例如：行政機關與私人夥伴間之契約屬公法契約或私法契約？私人夥伴與第三人產生何種法律關係？在不同的公私協力類型下，將有不同的理解。

接近代國家功能與角色產生劇烈變遷，國家由單純的高權管制者，轉變為行政給付主體，負擔人民生存照顧<sup>35</sup>責任。然而，1930 與 1960 年代的數次世界性經濟恐慌，使各國政府面臨財政危機，為減少財政負擔，並增加公共任務之效率與彈性，英國與美國興起新保守主義，福利國家解構，國家不再親自承擔執行公共任務的責任，民營化、公私協力概念因應而生。由私部門執行公共任務，以降低公部門財政支出，民營化與公私協力成為現代國家行政革新之手段。

### 一、公私協力之定義

「公私協力」或稱為「公私夥伴關係」，並無法學上明確定義，誠如德國學者 Schuppert 所言：「為公私協力定義，如同將布釘釘在牆上一般。」法律學者嘗試定義公私協力，仍無法得到清楚、明確內涵。公私協力被理解為一集合概念，廣義下泛指所有公、私部門共同合作執行公共任務之情形，進一步言，公私協力關係必須有隸屬公、私不同部門之主體存在，且以分工方式共同參與執行任務，

---

<sup>35</sup> Ernst Forsthoff 於 1983 年提出生存照顧理論，指滿足人民生活所需物資、服務之一切給付與措施。詹鎮榮(2005)，〈生存照顧〉，《月旦法學教室》，29 期，頁 44-45。

強調公、私部門共同執行任務之分工。而公、私部門之判別基準，係該主體之原始身分，因此，受託行使公權力之私人雖擬制為行政機關，然在公私協力概念下，仍應劃歸為私部門<sup>36</sup>。

由於「公私協力」內涵並不明確，歐盟執委會與德國學者 Ziekow 皆嘗試提出公私協力的幾項特徵，藉以建構公私協力概念內涵。歐盟執委會於 2004 年發布「公私夥伴關係綠皮書(Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften)」，提出數項構成公協力之要素如下<sup>37</sup>：

1. 公私夥伴間多面向合作，其計畫關係長期存續。
2. 計畫財務一部分來自私人夥伴。有多數參與者時，具複雜之結構。然而，公共資源有時可作為私人財物之補充。
3. 私人夥伴參與計畫的各個階段（設計、履行、執行、財務），公部門須確立：合乎公共利益之目標、服務品質、價格政策、並且監督私人夥伴遵循目標。
4. 傳統上由公部門承擔之風險，移轉予私人夥伴。然公私協力非必然意味著私人夥伴全部或大部分承擔計畫中的不同風險。詳細之風險分配方式，依個案而有不同，視雙方各自對風險的評估、控制、處理能力予以決定。

德國學者 Ziekow 則提出下列幾項參數，作為觀察公私協力之指標<sup>38</sup>：

<sup>36</sup> 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 10。

<sup>37</sup> Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzession, 2004, Nr.2, S.3

<sup>38</sup> Jan Ziekow 著，詹鎮榮譯(2010)，〈從德國憲法與行政法觀點論公私協力(Öffentlich-private

1. 公、私部門合作，雙方立於平等地位、對等關係。
2. 雙方之共同目標具有一致性、個別目標具有互補性，以達成雙贏之結果。
3. 公、私部門共同執行任務、進行分工。
4. 長期、程序取向之持續性合作。
5. 結果取向或產出取向，必須達成一定之目標與品質。
6. 公、私夥伴責任分擔、責任共同體，即私人承擔執行責任，國家承擔擔保責任。
7. 適當、合理地分配風險。
8. 型式化之協議，即簽訂有拘束力之契約。

觀察上開敘述，可歸結出公私協力之核心議題在於：「責任分配」與「風險分配」。此議題與傳統行政法上之委託行使公權力、行政助手等型態，迥然相異。責任與風險之分配方式，往往必須依個案決定，可能因特定公共任務本質、雙方控制風險能力等因素而有不同判斷。然責任與風險既是公私協力之核心議題，往往也是爭端所在。法規範雖無法鉅細靡遺針對個案進行規制，仍可能採行框架式立法，規範責任與風險之分配方式，減少公私協力所產生的爭端。

## 二、民營化之類型

與「公私協力」一詞相似的是，「民營化」亦非法學上概念，且無固定、統一內涵，難以給予具有法學意義上之定義，故德國以

---

Partnerschaften im deutschen Verfassungs-und Verwaltungsrecht—Herausforderungen und Entwicklungen)》，政大法學院公法中心編，《全球化下之管制行政法》，台北：元照，頁 238-240。劉淑範(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〉，《台大法學論叢》，40 卷 2 期，頁 520-523。

「私人參與之程度」作為觀察標準，藉由民營化內涵與類型之描述，勾勒出「民營化」一詞之內涵。

### (一) 組織民營化

組織民營化(Organisationsprivatisierung)亦稱為「形式民營化」，顧名思義，即行政主體於組織、形式上採行私法制度，國家於一般行政組織體系之外，另行設立、繼承或將原本的公法組織改為私法組織，但未改變國家任務屬性，以及該組織執行任務之責任與職權<sup>39</sup>。組織民營化係行政主體以私法組織型態繼續執行原本之公共任務，僅改變組織之法律形式，實際上缺少真正私人和私人資源的投入，國家未減輕任務負擔，故被認為是「不真正的民營化(unechte Privatisierung)」。<sup>40</sup>我國自 1990 年代以降，推動電信、郵政、鐵路等公營事業民營化，即屬組織民營化，國家將公營事業機構改制為私法型態之公司，僅組織型態上變更，該組織執行任務之責任與職權並未改變。我國實務上對組織民營化採狹義之形式認定，凡政府持有之股份未滿 50% 者，即屬組織民營化<sup>40</sup>。

### (二) 任務民營化

任務民營化(Aufgabenprivatisierung)又稱為「實質民營化」(materielle Privatisierung)，被認為與「組織民營化」分別立於民營化類型的光譜兩端。任務民營化指國家全部撤離特定公共任務之執行<sup>41</sup>，該任務劃歸為私人與社會之活動範疇，除

<sup>39</sup> 劉淑範(2011)，同前註，頁 509。

<sup>40</sup> 林明鏘(2012)，前揭註 29，頁 42。不同見解：詹鎮榮(2003)，前揭註 36，頁 16。

<sup>41</sup> 林明鏘(2012)，前揭註 29，頁 43。

去國家任務屬性<sup>42</sup>，例如德國電信公司全部民營化，國家退出經營電信事業任務，即為任務民營化之例。然而，特定任務雖除去國家任務屬性，仍為合乎公共福祉之公共任務，因此，國家雖脫離執行責任，但對於該公共任務之執行仍有監督與擔保責任。國家應以立法或行政手段加以管制，擔保私人執行公共任務之品質，並使人民得以合理之價格獲得公共服務。任務民營化將公共任務完全交由私人執行，乃私人參與程度最高的民營化類型，故被認為是「真正民營化(echte Privatisierung)」。

### (三) 功能民營化

功能民營化(funktionelle Privatisierung)為民營化歷程中較晚出現的型態，介於組織民營化與任務民營化間。功能民營化，但任務之「功能」或執行轉至私人身上，國家未放棄自身履行責任，國家的職權與責任皆未改變，僅是透過私人執行該任務，公共任務執行主體並未移轉。今日功能民營化類型趨於複雜，行政輔助的概念已不敷使用<sup>43</sup>，公私部門共同承擔執行公共任務之責任，並非國家「全有或全無」地負擔履行責任<sup>44</sup>，毋寧形成「公私協力」之型態，雙方有責任分配、風險分擔協議。

## 三、公私協力與民營化之交錯

公私協力與民營化之概念有相互無法涵蓋之處，例如組織民營化與公私協力無關；兩者亦有相互交集處，德國學界認為，功能民營化乃公私協力之典範，因功能民營化具有公私部門共

<sup>42</sup> 劉淑範(2011)，前揭註 38，頁 510。學者許宗力有不同見解，其認為氏認為實質民營化指特定行政任務之國家任務屬性不變，僅國家本身不再負責執行，轉由民間負責或提供。許宗力(2007)，〈論行政任務的民營化〉，《法與國家權力(二)》，頁 431，台北：元照。

<sup>43</sup> 劉淑範(2011)，前揭註 38，頁 511。

<sup>44</sup> 林明鏘(2012)，前揭註 29，頁 45。

同合作履行公共任務特徵<sup>45</sup>。然而，兩者仍有差異，功能民營化著重於任務主體（公、私部門）對立與轉換過程，公私協力則強調利益衝突之調和與相互合作。又就「持續性」而言，則難以一概而論，民營化係一種過程，但何時終結，則非概念內涵；而公私協力可能為短期、一次性之任務，亦可能需經歷長期與繁複程序。

綜合以言，民營化之特徵為公共任務之移轉，乃從國家角度描述私人參與之現象；而公私協力著重的面向，則為公私夥伴間之合作關係<sup>46</sup>，將雙方立於對等地位，分擔責任與分配風險，較符合現代國家公、私部門合作之現象，故本文以「公私協力」作為公、私部門合作之統稱。

## 第二節 公私協力履行社會福利任務

### 壹、社會福利之定義

從歷史脈絡來看，社會福利乃工業革命後，國家為預防或解決個人因社會風險遭受經濟或健康問題，所提供之公共措施或公共給付，以協助人民滿足其社會、經濟、教育與健康需求<sup>47</sup>。然而，此定義在法學討論上並不明確。我國憲法增修條文的 10 條第 8 項明列國家應重視社會福利事項，其分類為社福實務界所採用，我國法律學者進行社會法研究時，因用語與概念皆受德國法體系影響甚深，甚少援用憲法上之概念，多沿用德國之社會給付體系，且社會安全體制係源於德國<sup>48</sup>，有值得參

<sup>45</sup> 劉淑範(2011)，前揭註 38，頁 524-525；詹鎮榮(2003)，前揭註 36，頁 11。

<sup>46</sup> 詹鎮榮(2003)，前揭註 36，頁 11。

<sup>47</sup> 李玉君(2003)，前揭註 13，頁 76。行政院研究發展考核委員會之研究報告則指出：「我國社會福利係以傳統文化之仁愛思想及民生主義思想為基礎，針對社會現實與未來變遷，並配合社會資源之運用，所推行的各種政策與措施；其目的在於預防、減輕、或解決社會問題，進而增進個人、家庭、團體、及社區的福利，以提升民眾生活品質，並促進國家建設的整體發展。」參見：行政院研究發展考核委員會(1988)，〈我國社會福利定義與範圍之研究〉，頁 61。

<sup>48</sup> 郭明政(1997)，〈社會法之概念、範疇與體系—以德國法制為例之比較研究〉，《社會安全制度與

考之處。故本文擬對照我國憲法增修條文之社會福利類型與德國社會給付體系，相互比較異同，作為釐清社會福利定義與跨領域對話之始點。

## 一、我國社會福利類型

我國社會福利體系，法律學者與社會工作學者間有不同分類。我國憲法增修條文界定社會福利範圍<sup>49</sup>：社會救助、福利服務、國民就業、社會保險與醫療保健，此乃社福界依照社會福利之給付方式，所作成分類。民國 90 年行政院第 2752 次院會通過之「社會福利基本法草案」，亦沿用此五種類型為社會福利之範疇，該草案並明定各類型社會福利之定義與範圍。國內研究社會法之法學者則多沿用德國社會給付體系之三分法或四分法<sup>50</sup>，即認為狹義社會法包含社會預護、社會補償、社會救助、社會促進四種類型。

## 二、德國社會法與社會給付之體系

過去德國對於社會法範疇之界定不一致，1953 年德國設立社會法院後，受法院管轄權影響，並且經歷學界數十年討論，社會法逐漸與社會安全法劃上等號，社會法係「與社會安全有關之法律或社會給付法」。德國學者 Zacher 認為社會給付指「為解決因社會風險所引發生活短缺現象，經由外化手段，由國家、地方自治團體或社會保險機構所提供之公共給付」。Zacher 並將德國社會給付體系分為三大支柱，包括：社會預護（或稱「具有先行給付原因之社會給付」）、社會補償、社會救助以及其他社會性促進措施。德國學者

---

社會法》，頁 131，台北：自刊。

<sup>49</sup> 憲法增修條文第 10 條第 8 項規定：「國家應重視社會救助、福利服務、國民就業、社會保險及醫療保健等社會福利工作，對於社會救助和國民就業等救濟性支出應優先編列。」

<sup>50</sup> 郭明政(1997)，前揭註 48，頁 115-133；鍾秉正(2010)，〈社會福利之憲法保障—兼論相關憲法解釋〉，《社會法與基本權保障》，頁 1-67，台北：元照；蔡維音(2001)，〈社會福利法制之基礎架構〉，《社會國之法理基礎》，頁 99-112，台南：正典；李玉君(2003)，前揭註 13，頁 74-93。

Schlin 則將第三支柱再區分為社會救助與社會促進，形成社會給付的四大類型。德國法學上乃依據給付目的、要件、給付原因作為區分標準，將社會給付類型化與體系化，其體系整理如下表：

類型	目的	給付原因/要件
社會預護(社會保險)	事前預防社會風險	有一定之先行給付，例如保險費之給付
社會補償	特別犧牲所構成之補償	有因給付，例如戰爭或犯罪致損害
社會救助 <sup>51</sup>	保障人民生存之最低基準 <sup>52</sup>	無因給付，判斷標準：是否有保障需求
社會促進	降低人民個體間生活差異、促進個體發展「機會均等」 <sup>53</sup> ，達成社會平衡與福祉最大化。	立法者對給付要件有較大形成自由

表 1：德國社會給付體系  
製表：作者自製

具體而言，德國社會法將給付方式分為服務、實物與金錢給付(Dienst-, Sach-, und Geldleistungen, §11 SGB I)，其中服務型給付(Dienstleistungen)包含諮詢(Beratung)、照護(Betreuung)、支持(Unterstützung)等金錢與實物以外之給付<sup>54</sup>。上開社會給付類型與社會給付手段，形成相互交錯的情形，即前述之社會給付類型並不限於單一給付方式。舉例言之，德國社會救助法涵蓋不限於以金錢給

<sup>51</sup> 或譯為「社會扶助」。郭明政(1997)，前揭註 48，頁 130，台北：自刊。

<sup>52</sup> 蔡維音(2001)，前揭註 50，頁 108。

<sup>53</sup> 鍾秉正(2008)，前揭註 50，頁 99。

<sup>54</sup> Streichsbier, in: Grube/Wahrendorf(Hrsg.), SGB XII: Sozialhilfe mit Asylbewerberleistungsgesetz Kommentar, 4. Aufl., 2012, §10, Rn. 2.

付為救助手段，而是涵蓋服務、實物、金錢等三種給付方式(§10 Abs.1 SGB XII)。

此外，德國學者 Schmidt-Aßmann 針對私人提供之社會給付分為兩種類型，一為國家本負有給付責任，例如法定健康保險，雖由私人履行，國家仍保有支付費用之給付責任，並負有擔保責任，確保私人之給付充分且合乎品質要求。另一種類型為行政機關就該社會福利任務不負給付責任，私人將之視為自身之任務，有時基於補充性原則，優先由私人承擔，國家的首要責任在於提供資訊，協助人民接觸民間機構，或者機構間相互協助<sup>55</sup>。

### 三、小結

我國憲法上社會福利類型，係根據社會福利實務上給付方式所成分類，又社福界多以社會政策作為界定社會福利範疇之依據<sup>56</sup>，因此隨國際潮流、時間嬗遞與執政者更迭，我國各社會福利類型與範疇將有所不同<sup>57</sup>，可能產生治絲益棼、朝令夕改之疑慮，是否適宜作為法學研究分類，不無斟酌餘地。

對照我國憲法上社會福利類型與德國社會法體系，可發現兩者有相互交錯之處，我國憲法上之社會救助與社會保險，與德國之社會救助、社會預護概念相當，而我國憲法增修條文多了福利服務、國民就業、醫療保健三種分類。事實上我國憲法增修條文上社會福利分類與德國社會法體系並不扞格，多為給付方式之差異。舉例言之，台灣現以福利服務或社會救助方式提供長期照護，而德國則主

<sup>55</sup> Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2 Aufl., 2004, §3, Rn.31-32.

<sup>56</sup> 社會工作界認為，依社會福利政策界定社會福利範圍是國際慣例。林萬億(2006)，前揭註1，頁25。

<sup>57</sup> 林萬億學者即言，我國憲法社會福利預算編列的五項，非一開始就以此五項為界分，而是受到世界潮流，以及國內政治、經濟、社會變遷的影響，迭有變革。林萬億(2006)，前揭註1，頁16。

要以社會保險制度實施長期照護，社會救助機制為最後手段。復以莫拉克颱風災後重建特別條例為例，該條例第9條規定：「中央政府應於各災區（鄉、鎮、市）設立生活重建服務中心，提供生活心理就學就業及各項福利服務。」本條中的福利服務，係以社會救助為前提所給付之社會福利，國家對遭受急難者有救助必要性，社會救助之給付方式不以金錢給付為限，亦得給付實物或勞務。此條文亦涵蓋國民就業之福利措施，因而憲法上之國民就業與社會救助亦不相衝突<sup>58</sup>。且該條文旨在促進受災弱勢群體之發展機會平等，與德國社會法體系中「社會促進」有相似之處，皆有促進個體發展機會均等之目的。

綜合以言，我國憲法增修條文中的社會福利體系與德國社會給付體系四分法，並非完全扞格，有相互交疊之處，兩者分類相互對照，整理如下表：



---

<sup>58</sup> 我國社會救助法中亦有就業輔導之措施，國民就業乃一種社會救助之給付措施。社會救助法第15條第1、2項：「直轄市、縣（市）主管機關應依需求提供或轉介低收入戶及中低收入戶中有工作能力者相關就業服務、職業訓練或以工代賑。直轄市、縣（市）主管機關得視需要提供低收入戶及中低收入戶創業輔導、創業貸款利息補貼、求職交通補助、求職或職業訓練期間之臨時托育及日間照顧津貼等其他就業服務與補助。」

我國社會福利類型(憲法增修條文第 10 條第 8 項)	社會福利基本法草案中相關定義	德國社會法體系之對照
社會救助	社會救助旨在對於低收入戶或遭受緊急危難或災害而無力生活之人民，予以救助，並協助其自立。(第 4 條)	社會救助
福利服務	福利服務旨在對於需要生活照顧或服務之人民給予支持、保護或其他服務，或從事於預防人民陷入生活困境之相關福利措施，並建構以家庭為中心之綜合性服務。(第 5 條)	社會救助、社會促進、社會預護(社會保險)
國民就業	國民就業旨在提供國民職業訓練、促進就業及增進失業者再就業之服務，以維護國民就業安全，策進人力資源之有效運用及發展。(第 6 條)	社會救助、社會促進
社會保險	社會保險旨在採用強制性納費互助、危險分擔原則，對於人民所發生之保險事故，提供保險給付，以保障其基本經濟生活及醫療照顧。(第 7 條)	社會預護(社會保險)
醫療保健	醫療保健旨在強化衛生醫療體系，提供人民便利及優質之健康照護，以增進全民健康。(第 8 條)	社會救助、社會促進、社會預護(社會保險)

表 2：我國與德國社會福利體系之對照表

製表：作者自製

按本文所討論之公私協力履行社會福利任務之型態，主要針對社福設施委外經營相關問題。社福設施乃國家提供福利服務的方式之一<sup>59</sup>，而福利服務為一種社會給付手段<sup>60</sup>，用以達成社會救助、

<sup>59</sup> 福利服務之定義，可參見行政院社會福利基本法草案第 5 條：「福利服務旨在對於需要生活照顧或服務之人民給予支持、保護或其他服務，或從事於預防人民陷入生活困境之相關福利措施，並建構以家庭為中心之綜合性服務。」

<sup>60</sup> 郭明政(1997)，《福利服務與社會救助現況分析暨其法制整合之研究》，行政院研發考核委員會

社會保險或社會促進等目的。福利服務係由國家提供諮詢、設置機構、租稅減免等勞務或實物給付<sup>61</sup>，因而社會福利設施即為給付方式之一，因此，本文所稱之社會福利設施，係指提供憲法增修條文第 10 條第 8 項「福利服務」之機構，例如老人安養中心、老人住宅、身心障礙者療養院、兒童緊急安置中心等社會福利設施。

「社會福利部門」指履行社會福利任務之主體。社福界稱為「社會服務輸送體系」，指服務提供者將社會服務送達使用者的組織安排，服務提供機制包含家庭、社區、政府、市場（指營利組織）、宗教、互助組織（指非營利的志願組織），可能以單一或者混合多種機制，向有需求之人提供服務<sup>62</sup>。學者張桐銳將給付社會福利之部門區分為：非形式部門、市場部門、國家部門、第三部門<sup>63</sup>，與上述「社會服務輸送體系」相互對應。由於各部門之運作目的、運作規則、行為邏輯不相同，因此由不同部門給付社會福利時，影響給付主體與接受給付者所形成之關係，產生不同的運作結果，亦各有優、缺點。本文先分析各個社會福利部門運作目的與方式，次分析公私合作給付社會福利之運作模式。

## 貳、公私協力履行社會福利任務之模式

我國自 1980 年代起，出現公私合作給付社會福利模式，1990 年代後，國內社會福利需求擴張，政府結合民間資源提供社會福利之情形大幅增加，一時蔚為風潮。下文先分析公私合作對象與合作模式，復提出公私合作之優劣與國內實務發展歷程。

---

委託研究，頁 15。

<sup>61</sup> 鍾秉正(2008)，〈從敬老福利生活津貼看「社會促進」制度〉，《社會福利之法制化》，頁 91。

<sup>62</sup> 林萬億(2006)，前揭註 1，頁 87、129。

<sup>63</sup> 張桐銳(2005)，前揭註 15，頁 33-35。

## 一、社會福利部門

### (一) 非形式部門

非形式部門指家庭、親屬、朋友、鄰居等共同體所組成的原始社會福利部門，部門成員之間以「信賴」建立關係，且為核心價值。我國傳統文化中的家庭功能，如養兒防老、世代互惠、性別分工，提供部門成員經濟安全與相互照顧之服務<sup>64</sup>。非形式部門成員間的給付與對待給付往往不存有對價關係，而是基於道德責任或文化所為，且非形式部門無一定組成期限，對外界有封閉性，提供社會福利之對象範圍甚為狹窄<sup>65</sup>。

### (二) 市場部門

市場部門由財物或勞務之供需雙方組成，交易雙方只在交易過程中發生關係，雙方不以過往互動經驗或信賴關係為必要，因此能實現「自由」之價值。然而，市場必須以金錢為交易媒介，因此，無法價格化的需求將無法由市場獲得滿足<sup>66</sup>，而經濟匱乏者對於社會福利的取得亦可能發生困難。此外，市場部門提供社會福利所產生的疑慮，係市場部門可能引進標準化作業程序、服務對象顧客化、組織成本考量等企業經營方式，而忽略了服務品質與個別服務對象需求<sup>67</sup>。

### (三) 國家部門

國家部門的行動受到法律規範的拘束，法律賦予人民給付請求權，法規範為普遍性的準則，因此國家部門較能實現平等

<sup>64</sup> 林萬億(2006)，前揭註1，頁87。

<sup>65</sup> 張桐銳(2002)，〈補充原則與社會政策〉，《黃宗樂教授六秩祝賀—公法學篇(一)》，頁228-232，台北：新學林。

<sup>66</sup> 張桐銳(2005)，前揭註15，頁34。

<sup>67</sup> 林萬億(2006)，前揭註1，頁88，台北：五南。

之價值，且人民可預見社會福利給付內容，然而，以普遍性準則為依據，可能產生缺失是：忽略少數者需求<sup>68</sup>。復以國家的行政部門基於行政一體由行政首長指揮，並基於民主正當性必須向立法部門負責，首長決策過程可能納入選舉或政治上考量，較傾向一般平均選民的需求<sup>69</sup>，而忽略少數人民。此外，因法規限制，國家執行任務的程序較為冗長、繁瑣，被認為缺乏效率。

#### (四) 第三部門

第三部門指非屬市場、亦非屬國家之部門，或稱為「非營利部門」、「非營利組織」，係由人民基於某種理念自願集結而成，具有公共服務的使命，以「不分配盈餘」為原則，即非以營利為目的。其運作邏輯依個別組織之性質、發展而有不同，可能混合前三種部門之行為邏輯<sup>70</sup>。第三部門除了受自身組織章程拘束，捐款人或會員得以透過輿論、捐款、會員大會拘束第三部門的行動。與國家部門相異者，係第三部門以「利他」為目的，且不需獲得多數民意的支持，因而傾向滿足能吸引資源或捐款的弱勢族群或少數者需求。由於第三部門的運作不需受國會監督或要求公開透明，在不同個案間並非嚴守平等原則<sup>71</sup>，但也因此增加社會福利之彈性與效率。

---

<sup>68</sup> 張桐銳(2002)，前揭註 65，頁 230。

<sup>69</sup> 雷文攻(2002)，前揭註 10，頁 158。

<sup>70</sup> 張桐銳(2002)，前揭註 65，頁 230-232。

<sup>71</sup> 雷文攻(2002)，前揭註 10，頁 160-161。

## 二、合作對象

合作對象（即民間機構），理論上包含非形式部門、市場與第三部門。由於非形式部門未具備組織形式，且國家大量給付社會福利時，將弱化非形式部門，人民期待、依賴國家之照護，積極經營家庭、親友等共同體的意願降低，因此難以成為國家正式的合作夥伴。又自實務層面觀察，社會福利之服務對象主要為經濟弱勢者，例如失業者、貧困之人等，其往往無法以市場價格取得對價相當之服務，社會福利被認為缺少商機，難以從中獲利，故強調盈利收入之市場部門，往昔亦甚少成為合作夥伴。而第三部門以從事非營利之志願服務為宗旨，具有提供服務之專業人員與經驗，乃國家主要合作夥伴。

市場部門（即營利組織）是否適合成為履行社會福利之合作夥伴，在社福界曾引起討論。反對者認為，由營利組織提供服務，將使服務價格升高，對於服務需求甚殷之弱勢者，如無法負擔高漲的服務價格，將造成「服務對象階級化」、「服務對象階級排擠」，削弱社會福利功能。支持者則認為，「獲取合理利潤作為存續條件」，對於營利與非營利組織而言，並無不同，非營利組織在財源不足的情形下，反將導致服務品質的下降；而營利組織亦應符合社會責任約束<sup>72</sup>。我國促參法制訂後，不再限制民間機構類型，營利團體與非營利團體皆得參與社會福利任務，提高社會福利「市場」的競爭性，亦有服務價格上漲的疑慮，國家「是否」以及「如何」維持服務價格的合理性，下文將作相關探討。

---

<sup>72</sup> 李玉君(2003)，前揭註 13，頁 86-87；郭登聰(1999)，〈福利與營利—社會福利民營化的另類思考〉，《社區發展季刊》，85 期，頁 145-147。

### 三、合作型態

#### (一) 補助

「補助」係國家為達成特定公共目的，對私人所為有財產價值之給與<sup>73</sup>。國家就該特定任務並無履行義務，而是私人應自行承擔的事務，其責任歸屬於私人本身，國家基於公共目的促進或幫助受給付者履行任務，此種給付僅為手段，而非目的本身<sup>74</sup>。

我國社會福利法規常有「補助」一詞，然所指涉意涵不盡相同。例如老人福利法第 15 條第 1 項規定，地方自治團體應對有接受長期照顧服務必要之失能老人，依老人與其家庭經濟狀況及老人失能程度提供經費補助。此處所稱之「補助」，並非促進私人履行特定任務，其目的係直接給予失能老人經濟上利益，其給付本身即為目的<sup>75</sup>，屬於一種「社會給付」，不屬於公私合作型態。又以老人福利法第 8 條之規定為例，主管機關對老人提供服務及照顧，得結合民間資源，以補助、委託或其他方式為之。該條文中的「補助」，係國家為促進民間機構提供老人照顧服務，給予具財產價值之「補助」，屬於公私部門合作的型態之一，然民間機構係執行其自身任務，非受託履行公共任務。

#### (二) 委託

行政事務之委託，係行政機關將其職權範圍內事務委由私人履行，我國實務上稱為「政府業務委外辦理」。依委託之事

<sup>73</sup> 陳敏(2011)，《行政法總論》，七版，頁 662，台北：新學林。

<sup>74</sup> 學者張桐銳稱之為「社會補貼」。張桐銳(2005)，前揭註 15，頁 35。

<sup>75</sup> 張桐銳(2005)，前揭註 15，頁 35。

務是否涉及公權力，可分為兩種型態：委託行使公權力（或稱「行政委託<sup>76</sup>」）與單純的行政事務委託。委託行使公權力依行政程序法第 16 條需有法律依據，並應公告之，受託行使公權力之私人係以自己之名義，獨立完成任務。不涉及公權力之單純行政事務之委託，私人之地位可能為行政助手，須受行政機關直接指揮監督，且受行政機關詳細之指令拘束；或者行政機關與私人之間締結私法契約，私人在受託範圍內，得獨立從事不具公權力之行為，被稱為根據私法契約羅致之私人<sup>77</sup>，其具有獨立性，非受託行使公權力之人，亦非行政助手。此外，實務上另依據委託之事務種類，區分「業務項目委外」與「機關委外<sup>78</sup>」，前者指特定之公共任務委由私人履行，在社會福利領域稱為「方案委託」後者則指公共建設委由私人經營或管理，即社福設施委外經營，又稱為「公設民營」或「公辦民營」。

#### 1. 方案委託

行政機關將社會福利方案委託民間機構執行，社福實務上稱為「方案委託<sup>79</sup>」或「簽約外包<sup>80</sup>」。委託之事務內容涉及公權力行使，需踐行行政程序法第 16 條之相關規定。如方案委託無公權力之行使，例如台北市政府委託家扶中心提供高風險家庭關懷輔導處遇方案，雙方締結社福方案委託契約，約定由家扶中心提供家庭訪視、托育、兒少課業輔導、親職教育等服務，由台北市政府承擔其服務費用。行政主體與民間機構適用政府採購

<sup>76</sup> 林明鏞(1993)，〈論行政委託私人〉，《憲政時代》，19 期 2 卷，頁 4 以下。

<sup>77</sup> 陳敏(2011)，前揭註 73，頁 988。

<sup>78</sup> 行政院人事局(2006)，《政府業務委託民間辦理遭遇困難案例參考手冊》，頁 15-16。

<sup>79</sup> 林萬億(2006)，前揭註 1，頁 132。

<sup>80</sup> 李玉君 (2003)，前揭註 13，頁 78。

法之勞務採購，民間機構為行政機關之履行輔助人<sup>81</sup>，未與服務對象發生外部法律關係。

## 2. 委託私人經營社福設施

國家建置社會福利設施以提供實物給付，然國家限於人力與物力資源，常將社福設施委託民間機構經營，即社福設施委外經營。行政機關提供土地、建物、設備等既有基本設施，雙方約定民間機構有經營管理社福設施之權限，且應提供一定之福利服務。民間機構承擔公共服務之功能及效率；政府擁有土地與硬體之所有權，且對民間機構營運設施、提供服務負有監督責任<sup>82</sup>。

受委託之私人法律上地位為何？民間機構是否獨立對外從事法律行為？有學者指出，社福設施委託經營之業務，通常有收容、安置、監督權等公權力行使<sup>83</sup>行為。相反見解則認為，社福設施委外經營辦理托育、寄養、緊急安置皆不涉及公權力行使<sup>84</sup>。實則社福設施是否有委託行使公權力，難以一概而論。舉例言之，行政機關委託民間機構提供老人照護、醫療、復健等福利服務，或提供兒童托育、課後輔導等服務，未涉及公權力行為。然而，如行政機關依兒童及少年福利與權益保障法第 62 條、兒童及少年福利與權益保障法施行細則第 10 條，委託民間機構安置兒童及青少年；或依兒童及少年性交易防制條例第 15 條、兒童及少年性交易防制條例施行細則第 17 條，委託

<sup>81</sup> 張桐銳(2005)，前揭註 15，頁 40。

<sup>82</sup> 行政院人事行政局(2001)，《推動政府業務委託民間辦理宣導手冊》，頁 10。

<sup>83</sup> 陳清秀(2002)，〈委託經營法制及實務問題之探討〉，編輯委員會《當代公法新論(中)——翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》，頁 649，台北：元照。

<sup>84</sup> 許宗力(2007)，前揭註 42，頁 450。

民間機構緊急安置、收容從事性交易或有從事性交易之兒童及青少年，則委託內容涉及兒童及青少年之人身自由，涉及公權力行使<sup>85</sup>。有學者認為，縱有公權力之授與，然並非始於契約締結時，而是具體個案發生時，方有委託行使公權力<sup>86</sup>。因此，社會福利任之給付內容與方式多樣，全然肯定或否定具有公權力行使，可能有以偏概全之失。

另有學者提出「國家是否居於權力主體之地位參與市場」判斷標準，用以認定提供服務者與服務對象之法律關係<sup>87</sup>。如行政主體以市場參與者參與市場競爭，原則上不涉及公權力行使受託人對外以自己名義為法律行為，民間機構係從事私經濟活動，提供服務者與服務對象之給付關係為私法關係，民間機構執行社會福利任務有獨立性，且履行責任由民間機構承擔，國家則保有監督與擔保私人執行任務之責任。倘行政主體以「國家權力主體」地位提供給付，例如台北市制定了「台北市陽明教養院入出院自治條例」，規定身心障礙者申請入院之要件<sup>88</sup>，且需評估身心障礙程度與家庭照顧能力，經試養、試訓合格後，方能正式入院。服務對象欲入住教養院，必須合乎一定條件與程序，國家係以「權力主體」地位提供照顧，並非市場競

---

<sup>85</sup> 吳志光(2008)〈公私協力行為之公法化趨勢—以委託經營管理與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17-18。

<sup>86</sup> 張桐銳(2005)，前揭註15，頁35。

<sup>87</sup> 陳愛娥(2003)，〈台北市市有社會福利與文化設施委託經營管理之法律問題〉，《委託經營管理法制、行政法規影響評估—地方法制研討會選輯》，頁65以下；張桐銳(2005)，前揭註15，頁41。

<sup>88</sup> 台北市陽明教養院入出院自治條例第2條：「教養院設教保組、養護組，分別收容安置三歲以上之下列身心障礙市民，但三歲以上未滿十五歲者以走失或受保護之個案為限：一 教保組：安置中度、重度、極重度智障或合併智障之多重障礙者。二 養護組：安置合併智障及重度肢障之重障礙者。前項所稱多重障礙者，不包括以視覺、聽覺、語言、精神病為主之障礙者。身心障礙程度，依身心障礙等級認定之。」第3條：「未滿六十歲具備下列條件者，得申請入院。但經衛生主管機關基於傳染病防治需要限制者，不在此限。一 符合前條第一項各款要件之一。二 本人及法定代理人設籍並實際居住臺北市六個月以上。」

爭者，國家與服務對象間形成公法關係。

## 參、公私協力履行社會福利任務之利弊分析

### 一、公私協力履行社會福利任務之優點

#### (一) 減少政府財政負擔

公私協力為浪潮興起的原因之一，為減少政府財政支出，近年歷經數次世界性經濟衰退後，經濟成長步伐漸緩，國家財政負擔日趨嚴重。社會福利更成為政府財政上的龐大負擔。公私協力引進民間機構資源，降低國家履行社會福利任務之成本，減少人事費用與設備修繕費用。又如近年政府為解決社會高齡化所產生的老人福利問題，推行民間參與建設老人住宅<sup>89</sup>，引進民間資金興建社會福利設施，進而減少政府興建公共建設的財政負擔。

#### (二) 增加服務資源與效率

民間機構人員的引進，使更多人力投入福利服務，擴大服務範圍與領域，促使服務項目多元化。另一方面，藉由民間機構已有之服務經驗與專業，增加服務資源、提升服務之效率與程序之彈性。如國家獨占社會福利給付，不利於服務品質與效率，因服務對象無從選擇品質較佳的服務，而民間參與社會給付有開放競爭之效果，得提升服務品質。再者，對於福利國家的一項批評是，如國家為福利服務唯一的提供者，將剝奪服務對象選擇自由，而民間參與得以突破此困境，提供更多元與彈性的選擇<sup>90</sup>。

<sup>89</sup> 促進民間參與老人住宅建設推動方案，內政部97年1月16日內授中社字第0970000293號函。

<sup>90</sup> 侯文森(2008)，《台北市社會福利民營化之研究：地方治理的實踐與限制分析》，台灣大學

### (三) 民間機構地位提升

自民間機構角度言，與政府部門合作得以獲得財務上的支援，例如委外經營之社福設施，即由政府提供場地、建物、硬體設備等資源。民間機構在合作過程中，得以累積服務經驗、強化專業服務能力，且有利於民間機構提升形象與地位，國家委託民間機構需經一定甄選程序，在社會福利市場不透明的情形下，人民所獲取的資訊不對等，獲選為私人夥伴之民間機構，被認為有政府的「背書」或一定程度的「品質保證」，因此得以提升其專業形象與地位。

## 二、公私協力給付社會福利之缺失

### (一) 未達成預期之成本效益

公私協力是否確有降低政府財政之功能？意即，由私人履行社會福利任務之成本，是否確實較國家自行給付更低？研究指出，如方案委託或社福設施委外之委託經費由國家提供，行政機關以「專業服務費用」支應民間受託單位雇用的專業人力，其數目相當可觀，部分縣市支應民間機構專業人力總數，幾乎等於社會局約聘社工人數<sup>91</sup>。公私協力預期的精簡人事成本之效益，似僅降低「帳面上」成本。縱使社福設施由民間機構自負盈虧，國家無需提供委託經費，然而，行政機關執行監督與評鑑時，需耗費更多時間與人力成本，因行政機關未自行提供服務，不必然有相關之專業與技術，或行政機關為維持中立性，

---

政治學研究所碩士論文，頁 81。

<sup>91</sup> 劉淑瓊(2011)，前揭 4，頁 469，註 1。

聘請獨立第三人實施監督，而產生更多支出。因此，公私協力是否能確實達成預期的成本效益，仍有爭論<sup>92</sup>。

## (二) 服務商品化

公私協力履行社會福利的疑慮之一，乃福利服務的商品化。福利服務本質上非以追求利潤為目標，不具「價格化」之特性。然而，公私協力與民營化意味著某程度的市場開放，「服務」成了市場上待價而沽的商品，尤其在開放私人營利組織參與給付後，為追求利潤，服務價格可能節節升高。服務商品化的缺失在於，一旦服務價格化，甚至是升高價格，則亟需接受服務的經濟弱勢者，僅能取得較便宜的次級服務，產生社會福利的階層化、服務階級化<sup>93</sup>的現象。如此一來，社會福利制度的基本理念—照顧弱勢者、財富重分配，將難以實現。

## (三) 民間機構與行政機關間形成依賴關係

承接社會福利任務之民間機構多為社福團體，為非營利之志願性組織，其收入來源有限，接受政府委託提供服務時，除能取得服務報酬作為收入，也往往能因此獲得補助。因此，對於自營收入或募款收入較少的民間機構而言，其財務來源較依賴政府之補助，更加深了政府的主導地位。民間機構對政府的依賴關係，使得民間機構喪失獨立性與自主性<sup>94</sup>，弱化了民間機構締約協商地位。公、私部門締結委託契約時，理論上締約

<sup>92</sup> 劉淑瓊(2001)，〈社會服務「民營化」再探：迷思與現實〉，《社會政策與社會工作學刊》，5卷2期，頁29-32。江亮濱、應福國(2005)，〈社會福利與公設民營化制度之探討〉，《社區發展季刊》，108期，頁60。

<sup>93</sup> 江亮濱、應福國(2005)，同前註，頁64。

<sup>94</sup> 劉淑瓊(1997)，〈依賴與對抗—論福利服務契約委託下政府與民間受託單位的關係〉，《社區發展季刊》，80期，頁115以下。

雙方應立於平等之地位，然現實上，因行政機關擁有較多的資源與經費，主導契約條款之擬定，而限制了民間機構平等協商與選擇能力。另一方面，國內社福市場存在大型機構壟斷的現象，又或者在某些特定社會福利領域，有能力提供服務委託之民間機構可能為數甚少。因此，行政機關必須仰賴少數民間機構提供服務，受託團體一旦拒絕承接，政府可能面臨找不到受託者的窘境，產生「一日委託、終身委託」的現象，行政機關與民間機構間形成相互依賴關係，使得行政機關的履約監督管理功能減損，甚至徒具形式<sup>95</sup>。

#### (四) 民主正當性不足

基於民主國原則之要求，所有國家權力之行使，皆須有民主正當性，立法權係由人民選舉產生，而行政與司法權可透過人事任命或國會監督的方式，產生民主正當性連結。現代國家將國家任務移轉於人民行使，然而，該私人夥伴非由人民選舉產生或國會任命，人事產生過程未連結民主正當性，執行任務與財務事項亦無須受到國會監督，產生民主正當性不足的問題，或稱為「民主赤字」，形成責任政治的漏洞。學者認為，傳統公私二元對立的基礎，當行政主體將某項業務以「契約」方式交由私部門辦理，私人履行公共任務無需踐行正當程序，公民與民選政治機關亦難以進行監督、參與決策。另一方面，政府將特定任務交由私部門執行，往往形成寡占市場，市場制衡機制亦失靈<sup>96</sup>。公共任務之執行與公益密切相關，卻脫逸國會監督與人民監督，一旦發生人民權利受損之情事，應如何釐清責

<sup>95</sup> 劉淑瓊(2001)，前揭註 92，頁 40-42。

<sup>96</sup> 廖元豪(2010)，〈政府業務外包後的公共責任問題研究〉，《月旦法學雜誌》，178 期，頁 148。

任，多所爭議，此乃公私協力經常受到之質疑。

### 第三節 我國公私協力履行社會福利任務之發展

#### 壹、發展歷程

我國近代社會福利給付模式受西方國家影響<sup>97</sup>，1980年代以前，我國社會福利之給付模式，乃政府與民間社福機構各自提供社會福利，公部門與私部門呈現平行發展，政府雖有補助民間機構，然皆屬小規模，且未有「合作」之概念與相應權利義務關係，應屬前述「補貼」型態。1980年代以降，歐美國家發展出社會福利「契約外包(contracting out)」的公私合作模式，我國亦受其影響，開啟「社會福利方案委託」的公私合作模式。台灣省政府將兒童寄養業務委託中華兒童福利基金會及其各地家庭扶助中心，開啟我國方案委託之先河。除了降低政府人員編制不足之困境，並藉由委託扶植與監督民間福利機構，亦擴大服務範圍與資源，產生社會資源的再分配<sup>98</sup>。

1987年台灣解嚴，此時期前後，社會運動風起雲湧，人民產生更強烈的意識爭取自身權利，社會福利的需求隨之擴張。然而，在社會福利需求擴張的同時，政府的人力與財務亦為增加，面對政府資源短絀，「結合民間資源」在我國各地蔚為風潮，政府將社會福利設施委由民間福利機構經營，由政府提供建物、場地，並補助一定人事與業務費用，即「公設民營」模式。2000年後，我國政府擬推動「照顧服務產業」，引進民間營利機構作為給付主體，鼓勵非營利組織與民間企業（營利組織）共同投入照顧服務產業，以期達成提升照顧服務品質、選擇多元化、價格合理化等目標。然社福界對此方案仍抱有諸多疑慮，認為「照顧產

<sup>97</sup> 此處指國民政府遷台以後，在台灣所施行的社會福利制度。

<sup>98</sup> 林萬億(2006)，前揭註1，頁134。

業營利化」將使服務價格提高，徒增服務對象之經濟負擔<sup>99</sup>。在社福界的反對下，照顧產業營利化一度漸緩，仍以「方案委託」與「公設民營」為主要合作型態。近年出現第一件由行政機關、民間企業、非營利組織三方共同參與的社福設施 BOT 案—廣慈博愛院開發案<sup>100</sup>，該案雖未竟成功，然而，2012 年底又再度興起照護產業營利化之芻議，行政院與金管會有意鬆綁老人福利法與保險業投資法規，開放保險業者開發安養中心、老人社區，或以被投資公司實收資本的 35% 為上限，投資入股安養中心，有意以 PFI 模式(Private Finance Initiative, 民間融資提案制度)引進民間資金參與長照產業<sup>101</sup>，即由民間機構投資公共建設，政府於營運期間向民間機構購買合於約定品質之公共服務，公共建設所有權歸民間所有，特許期間屆至後，所有權不必然移轉予行政機關，此為與 BOT 模式不同之處。由此可知，營利團體投入長期照護產業，儼然形成國內社會福利事業的新趨勢。

## 貳、法源依據

我國公私協力履行社會福利任務之法律規範，散見於個別社會福利法規中，例如老人福利法第 34 條第 1 項規定：「主管機關應依老人需要自行或結合民間資源辦理下列老人福利機構：一、長期照顧機構。二、安養機構。三、其他老人福利機構。」又如身心障礙者權益保障法第 62 條規定：直轄市、縣（市）主管機關應按轄區內身心障礙者人口特性及需求，推動或結合民間資源設立身心障礙福利機構，提供生活照顧、生活重建、福利諮詢等服務。」又如兒童及少年福利與權益保障法第 75 條第 2 項：「第一項兒童及少年福利機構<sup>102</sup>，各級主管機關應鼓

<sup>99</sup> 林萬億(2006)，前揭註 1，頁 143。

<sup>100</sup> 該案件之進一步分析，請見本章第四節。

<sup>101</sup> 聯合報(01/06/2013)，壽險 4 千億 搶 PFI 長照商機，A2。

<sup>102</sup> 兒童及少年福利與權益保障法第 75 條第 1 項：「兒童及少年福利機構分類如下：一、托嬰中

勵、委託民間或自行創辦；其所屬公立兒童及少年福利機構之業務，必要時，並得委託民間辦理。」。按上述個別社福法規中，雖肯認主管機關得結合民間資源設立福利機構，或鼓勵、委託民間創辦福利機構，然而，公私協力的程序與實體規範，例如民間機構之甄審程序、委託契約之監督與管理，皆付之闕如。

內政部於 1983 年開始，陸續發佈行政機關委託民間共同履行社會福利之行政命令<sup>103</sup>，集大成者，乃 1997 年發佈之「推動社會福利民營化實施要點」。然學者對於該要點提出諸多批評，例如：委託對象與類型受到限制、政府承擔之責任不清、雙方地位不平等、偏重有經驗之受託者導致壟斷現象<sup>104</sup>，且該要點為行政命令，有法律位階較低之疑慮。2000 年促參法制定後，將社福設施納入適用範圍，提高了社福設施委外經營之程序與實體規範密度，使公私協力之法制更為完備。例如促參法的甄審程序，提升了競爭機制的公平性，改善社福實務上有「行政機關私相授受」<sup>105</sup>或事先「內定」私人夥伴之現象<sup>106</sup>。然而，促參法涵蓋多種類型公共建設，無法一一針對其所連結之公共任務，就個別之特殊性質與需求作出相應規範<sup>107</sup>。例如，因適用促參法，經營社福設施之民間機構除需自負盈虧外，更需繳納一定數額的權利金。自負盈虧與權利金是否適合非營利性的社會福利任務，仍有討論餘地。

---

心。二、早期療育機構。三、安置及教養機構。四、心理輔導與家庭諮詢機構。五、其他兒童及少年福利機構。」

<sup>103</sup>內政部於 1983 年發布「加強結合民間力量推展社會福利實施要點」，1996 年發布「政府鼓勵民間辦理社會福利服務實施要點與委託契約書範本」。

<sup>104</sup>郭登聰(1998)，〈政府與民間的關係再造：促進民間參與公共建設法(草案)與社會福利民營化實施要點的比較論述〉，《思與言》，36 卷 4 期，頁 172-173

<sup>105</sup>劉淑瓊(2011)，前揭註 4，頁 459。

<sup>106</sup>劉淑瓊教授指出，龍山啟能中心於民國 84 年辦理、公告甄審，但台北市社會局早於民國 78 年已與光仁基金會密切接觸，雙方均有「共識」，即由特定福利團體營運該設施。劉淑瓊(1998)，〈社會福利「民營化」之研究—以台北市政府契約委託社會福利機構為例〉，頁 105，台灣大學三民主義研究所博士論文。

<sup>107</sup>朱瑋華(2011)，〈從擔保國家理論探討我國促參案件監督管理之規範架構〉，頁 101，國立政治大學法律研究所碩士論文。

#### 第四節 小結

公私協力在法學上未有統一定義，然可歸納出數項判斷標準，主要判斷標準有：公私部門間的長期合作關係、目標取向與程序取向、公私部門間的責任分配與風險分擔、有型式化之協議。近年來，政府亟欲減輕財政與任務膨脹的負擔，以及精簡人事之推力下，亦持續推展民間參與，引進民間資金與資源參與各項公共任務，致力朝「苗條型國家(schlanker Staat)」發展。因公私協力被認為有減少政府財政負擔、提升公共任務效率、促進市場競爭等效益。此外，就社福團體而言，承接履行社會福利任務，能與公部門合作有利於其累積經驗、取得公部門資源、提升機構形象。

本文主要討論社福設施委外經營相關問題。社福設施為提供福利服務之機構，福利服務為一種社會給付手段<sup>108</sup>，用以達成社會救助、社會保險或社會促進等目的。我國社福設施委外經營可能適用政府採購法或促參法，主要區別標準為營運費用承擔者為行政機關或民間機構，如由行政機關給付社福設施之服務費用，則適用政府採購法之勞務採購規定；如由民間機構自負盈虧，則適用促參法相關規定。

然而，社會福利任務是否適合以「公私協力」的方式履行，仍有疑慮。社會福利任務由私人履行是否確實能降低成本，仍有待研究與評估。而社會福利開放市場競爭有「服務商品化」之疑慮，以滿足服務對象需求為宗旨之福利服務，成為市場上待價而沽的商品，經濟弱勢之服務對象可能因無法支付服務費用，而受到排擠。另一方面，因社福團體仰賴國家補助，形成社福團體行政機關之間的依賴關係，使監督難以發揮功效。又私人選任與監督機制欠缺民主正當性，產生「民主赤字」之問題。

---

<sup>108</sup> 郭明政(1997)，前揭註 60，頁 15。

整體來說，公私合作已成為不可逆的趨勢，檢視現行的公私協力法制與現行法制運作下之問題，是進一步形塑更完善制度之前提。第三章將提出實務上待解決之重要問題，並於後文回應。



### 第三章 我國公私協力履行社會福利任務之問題與困境

促參法第3條第1項第5款將「社會及勞工福利設施」納入適用範圍。適用促參法後，社福設施委外經營之程序與實體規範之密度皆有大幅提升，例如促參法上的甄審程序提高了私人選任程序的公平性。然而，公私協力履行社會福利任務在適用促參法前，原先所存在的諸多問題，例如：缺乏健全的競爭市場、欠缺公平、公開的私人選任程序、契約內容不明確、政府與大型民間機構形成相互依賴關係、監督效力不彰……等問題，未因適用促參法得到解決，而又衍生新的困境。本章先分析公私協力履行社會福利任務之憲法上與行政法層次問題，復提出實務上所面臨之困境。

#### 第一節 公私協力履行社會福利任務之法學上問題

##### 壹、憲法上容許性與合憲性

公私協力履行社會福利任務在憲法層次所面臨的課題，為憲法上容許性與合憲性問題，即我國憲法是否排除國家以外之主體履行社會福利任務，以及公私協力履行社會福利任務是否合乎社會國、法律保留原則、民主正當性等憲法所要求之原則。

##### 一、我國憲法上規定

我國憲法第1條：「中華民國基於三民主義，為民有民治民享之民主共和國。」其中「民享」為「民生原則」之一般、抽象性規定，民生原則要求國家積極地達成人民生存照顧、保護、預防、社會重分配等任務，揭示社會福利國之發展方向。國家應保護經濟上弱者，使其生活達人性尊嚴最低標準<sup>109</sup>。大法官釋字第485號解釋謂：「本此原則（民生福祉原則）國家應提供各種給付，以保障人

<sup>109</sup> 林明鏞(1996)，前揭註32，頁78。

民得維持合乎人性尊嚴之基本生活需求，扶助並照顧經濟上弱勢之人民，推行社會安全等民生福利措施。」亦有相同意旨。另憲法本文第 152 條至 157 條制定了社會安全之相關基本國策，憲法增修條文第 10 條第 8 項則要求國家應重視社會福利工作。因此，社會福利乃我國憲法所設定之國家任務。

憲法既將社會福利任務設定為國家任務，然是否意味著國家有親自履行之義務？或得由國家與私人合作共同履行？我國憲法本文與修正條文皆未見相關規定，按我國憲法第 144 條僅明文規定公用事業以公營為原則，並未要求國家須透過公法組織之公法行為履行社會福利任務<sup>110</sup>。此外，憲法第 108 條規定社會立法事項由中央立法與執行，而憲法第 109、110 條規定，地方慈善及公益事項由地方自治團體立法並執行之。然而，上開條文係涉及中央與地方權限劃分，並無排除公私協力之意旨，國家得將社會福利任務委由私人履行。

## 二、社會國原則

社會國原則要求國家提供人民最低限度之生存保障，且國家應確保充足的基礎設施，例如交通、水電、郵政、醫療設施等<sup>111</sup>。社會國原則主要內涵為：確保經濟弱者生存條件，以及追求合乎公平正義之社會秩序。即國家應積極形成正當的社會秩序，至於正當的社會秩序內涵為何，與各國社會、經濟發展程度具有相互連動關係，因此社會國原則之內涵具開放性與動態性<sup>112</sup>。社會國對國家有法律拘束效力，係制度性保障或憲法委託。按制度性保障係強調立法者

<sup>110</sup> 孫迺翊(2010)，前揭註 19，頁 248。

<sup>111</sup> 陳愛娥(2003)，〈「政府業務委託民間辦理」的法律規制—公私部門合做法制的建構〉，《月旦法學教室》，8 期，頁 63。

<sup>112</sup> 詹鎮榮(2006)，〈社會國原則—起源、內涵及規範效力〉，《月旦法學教室》，41 期，頁 33；陳愛娥(1997)，〈自由-平等-博愛—社會國原則與法治國原則的交互作用〉，《台大法學論叢》，頁 127。

需確保社會安全之實質內涵，憲法委託則更具體的課與立法者義務，即憲法賦予立法者對社會平衡、弱者保護與生存照顧義務<sup>113</sup>。

然而，社會國原則並未要求由國家親自履行社會福利國家任務，首先，私人提供福利服務措施，無悖於保護弱勢者、生存照顧、社會正義等社會國要求<sup>114</sup>。另一方面，國家履行社會福利任務之具體給付條件、內容與手段，立法者享有廣泛的形成空間，得根據國家財政分配、經濟與社會發展，衡酌落實社會國原則之手段<sup>115</sup>。

### 三、法律保留原則

公私協力是否適用法律保留原則，應依公私協力類型加以區分。首先，公私協力涉及民生資源之公用事業、獨占性事業者，依憲法第 144 條，公用事業民營化應適用法律保留。學者許宗力認為，公用事業涉及民生所必需事務，且有獨占性，依功能最適理論公共事務重要性標準，應適用法律保留原則<sup>116</sup>。

針對「委託私人行使公權力」此一公私合作型態，學說上一致肯認適用法律保留原則，然構成理由不同。有自人民基本權角度出發，認為因公權力行使影響相對人權利，依功能最適理論基本權重要性標準，有法律保留原則適用<sup>117</sup>。有學者更進一步區分受託人與第三人之權利，即委託行使公權力係對受託之人課與義務，而第三人需忍受非國家行政主體之人行使公權力，故有法律保留原則之適用<sup>118</sup>。另有學者持制度性保留之見解，認為委託公權力涉及高權移

<sup>113</sup> 李玉君(2003)，前揭註 13，頁 79。

<sup>114</sup> 孫迺翊(2010)，前揭註 19，頁 248。

<sup>115</sup> 李玉君(2003)，前揭註 13，頁 80。

<sup>116</sup> 許宗力(2007)，前揭註 42，頁 444-445。

<sup>117</sup> 許宗力(2007)，前揭註 42，頁 444。

<sup>118</sup> 詹鎮榮(2003)，前揭註 36，頁 22。

轉，須有法律規定或法律授權，始合乎法治國家制度法律保留<sup>119</sup>。

公有財產委託私人經營或其他業務委託行為，是否適用法律保留原則，則較有爭議。肯定見解主張，為避免私人藉財產從事利益輸送或公器私用之行為，對受託之私人產生經濟上優勢，影響其他民間機構權益，故應有法規依據。然反對意見則指出，此類公私協力行為通常不涉及公權力行使，涉給付行政領域之專業性、技術性經營與管理。如堅持有法規依據，可能不利於行政效率、彈性與品質之提升，悖於公私協力目的。折衷的想法是，此類行政委託不涉及行使公權利，對相對人基本權影響有限，因此有概括授權法律已足<sup>120</sup>。

觀察我國社會福利相關法制，多已加入「結合民間資源」條款，作為公私協力之法律依據<sup>121</sup>，尚符合法律保留原則之形式要求。然而，結合民間資源之私人夥伴之資格、甄選程序、契約內容、契約監督等，皆未於社會福利法制中明文規範，係概括授權由主管機關訂定行政命令，法律保留密度是否有過低之疑慮？按福利服務雖不必然涉及行使公權力，理論上非直接影響第三人權利義務，然而，如前文所述，服務對象對於服務之需求與依賴度甚高<sup>122</sup>，宜提高法律保留密度，增加程序與實質內容之框架規範，以確保服務品質與服務對象權利保障。

---

<sup>119</sup> 陳敏(2011)，前揭註 73，頁 989。

<sup>120</sup> 許宗力(2007)，前揭註 42，頁 445。

<sup>121</sup> 例如兒童及少年福利與權益保障法第 46 條規定，行政機關應鼓勵、委託民間或自行創辦兒童及少年安置及教養等福利機構。或老人福利法第 17 條規定，行政機關應自行或結合民間資源，提供失能之居家老人得到連續性照顧。

<sup>122</sup> 請參閱第一章、第一節之相關論述。

#### 四、民主正當性

民主國原則要求國家所有權力的行使，皆需具有民主正當性，國家行使權力包含干預性的單方高權行為與事實上給付行為，且無論是公法或私法行為，皆需溯及全體國民意志<sup>123</sup>(Willen)。因此，公私協力仍需合乎民主國原則之要求。

民主正當性包含組織人事與事務內容。人事的民主正當性展現於人事任用程序，需有直接或間接民主正當性連結。事務內容的民主正當性展現在受法律拘束與受上級機關指揮監督兩方面。私人承接執行公共任務，遵守現行法秩序，且行政機關仍保有監督權限，則具有一定「正當性水準」，不悖於民主國原則<sup>124</sup>。公私協力履行社會福利的民主正當性是否充分，引人質疑。私人夥伴之任用缺少民主正當性連結，人民與民意機關是否能進行有效監督？仍有疑慮。

在公私協力型態下，應具備何種程度之「民主正當性水準」，德國學者提出數個不同面向，包含：行政機關對法律賦予之行政權限需保有最終決定權；設計法制時必須確保國會控制之可能性；責任劃分之重大事項應屬法律保留事項，且具民主正當性機關應依照個別行政任務之重要性，進行適當控制<sup>125</sup>。即使強調面向各有不同，然而，皆指引出國家行政權或立法權，必須保有對私人承接公共任務「監督」之權限，方能維繫民主國原則。「民主正當化水準」在公私協力履行社會福利任務亦應加以實踐。

<sup>123</sup> 詹鎮榮(2003)，前揭註 36，頁 20。

<sup>124</sup> 詹鎮榮(2003)，前揭註 36，頁 20。

<sup>125</sup> 陳愛娥(2003)，前揭註 111，頁 63。

## 貳、行政法上問題—契約定性爭議

公私協力履行社會福利任務所締結之契約，應定性為公法契約或私法契約，涉及契約支配原則、契約調整機制與救濟途徑等問題，係設計契約控制與管理方式的先決問題。實務上，最高法院針對契約內容與契約目的加以判斷，認為身心障礙社福設施委外經營契約屬行政契約。最高法院 93 年台抗第 620 號裁定謂：「再抗告人與相對人財團法人台南市私立紀念沈有德方懷正社會福利慈善事業基金會締結之系爭管理契約，約定該相對人應於受委託期間，依再抗告人核備之工作計畫書，提供身心障礙者醫療復健收容、就養、就學、就業等福利服務（第 2 條），非經再抗告人專案核准，僅得依再抗告人核定之收費標準收費，不得另立名目加收任何費用，且有關經費之收支，應開立專戶專款專用，並接受再抗告人之查核，如有盈餘，應提撥百分之三十繳交再抗告人作為推展社會福利之經費（第 9 條），如受補助，應辦理核銷手續（第 10 條），另須報陳再抗告人核備（第 13 條）及接受再抗告人之審核、督導（第 11 條第 1 項、第 14 條）。衡諸各該約定，既係以相對人提供身心障礙者之個別化專業服務為其主要內容，使身心障礙者獲得最適當之輔導及安置，以達成政府維護身心障礙者合法權益及生活、保障其公平參與社會生活機會之給付行政目的，即具有行政契約之性質，締約雙方如對契約內容發生爭議，應屬公法上爭訟事件。」該裁定依個別契約條款之內容與目的加以判斷，認定該身心障礙者社福設施委託經營契約，應屬公法契約。

又，社福設施以納入促參法之適用範圍，我國促參法上投資契約之定性，素來在我國實務與學界多所爭議，行政法院針對 ETC 案判決作成後<sup>126</sup>，學界討論更達巔峰，卻未有定論。行政法院與公法學者多數見

<sup>126</sup> 相關判決請參見：台北高等行政法院 94 年度停字第 122 號裁定、台北高等行政法院 94 年度訴字第 752 號判決、最高行政法院 95 判字 1239 號判決。

解，認為應定性為行政契約，然構成理由各自不同。適用促參法之社福設施委外經營契約，是否應作成同一解釋？學者指出，縱我國行政法院原則上肯認投資契約屬行政契約，仍應依個案之契約標的與目的論斷契約定性，而非一律將所有投資契約定型為行政契約<sup>127</sup>。

本文認為，依促參法締結之社福設施委外經營契約，亦應定性為行政契約。依照我國學說與大法官釋字第 533 號解釋，區別公、私法契約定性標準，應綜合判斷契約標的與整體契約目的。以德國法為例，德國學說與實務界均認為，公私協力履行福利服務之契約，應定性為公法契約，因契約標的涉及人民公法上權利義務，國家為遵守對社會救助請求權人之公法上義務，與民間機構締結履行服務之契約<sup>128</sup>。依照我國通說，區別公、私法契約定性標準，應綜合判斷契約標的與整體契約目的。無法明確判斷契約標的與目的，而產生爭議時，學者李建良認為，應考慮行政機關行政選擇自由與其界限。如行政機關以契約直接履行公共任務，或契約內容以於公法中詳為規定者，係屬公法契約<sup>129</sup>。

按社福設施委託經營契約之標的，係經營、管理社會福利設施，似無涉及公權力行使，或公法權利義務關係。然而，倘法律賦予國家有提供特定福利服務之義務，契約標的係履行國家之公法上給付義務，則應定性為公法契約。如雙方約定之福利服務並非國家法定給付義務，惟探究設置社會福利設施本旨，在於給付福利服務以滿足服務對象經濟上或健康上需求，有追求社會正義、實現社會國原則之功能，具有強烈的公益目的，國家對於社福設施委外經營負有擔保責任，有履約監督或以公權力介入之必要。因此，社福設施委託經營之契約，應定性為公法契約，雙方締結契約之程序與實體內容，應遵循行政法上原理原則及行政契約

<sup>127</sup> 吳志光(2008)，前揭註 85，頁 33。

<sup>128</sup> Flint, in: Grube/Wahrendorf(Hrsg.), SGB XII: Sozialhilfe mit Asylbewerberleistungsgesetz Kommentar, 3. Aufl., 2010, Rn. 30. 中文相關文獻：孫迺翊(2010)，前揭註 19，頁 255。

<sup>129</sup> 李建良(2002)，〈公法契約與私法契約之區別問題〉，台灣行政法學會編，《行政契約與新行政法》，頁 188，台北：元照。

相關規定，避免行政機關藉私法自治為由，脫免行政法對契約的管理與控制。

誠然，將促參法之投資契約定性為行政契約，仍引起諸多疑慮。蓋依我國行政程序法規定，行政機關得以除去對公益重大危害為由，調整或終止契約（行政程序法第 146 條）。然而，「公益」之內涵不明確，行政機關何時發動其終止權，人民一方無法預見，將增加民間機構投資風險，降低民間參與意願<sup>130</sup>。且依行政程序法第 141 條準用民法第 71 條之結果，行政契約違反公法上強制規定者，契約全部無效，此種極端的法律效力，亦值得商榷<sup>131</sup>。因此，將投資契約定性為行政契約，在我國現行法制下，賦予行政機關一方過高的「特權」，造成契約雙方地位不對等。2008 年行政院公共工程委員會提出促參法第 12 條修正草案，擬將投資契約履約所生之爭訟由普通法院管轄，有將投資契約統一定性為私法契約之意旨。然而，此見解忽略了民間參與公共建設的公權力性質，且有行政機關藉由私法自治原則，擺脫行政法上原理原則支配的疑慮。

## 第二節 公私協力履行社會福利任務之困境—OT 模式

傳統上認為社會福利非營利事業，難以獲利，民間參與社福設施的經營型態，多由非營利之社福機構以 OT 模式承接，即政府將已興建完成社會福利設施，依促參法規定，委由民間營運，政府仍保有所有權，民間機構於約定期間內有營運權。約定期限屆至，須將營運權移轉予政府。民間機構在興建過程中無需參與規劃與投入資金，而在營運期，以自負盈虧為原則。

<sup>130</sup> 古嘉諱、李元德等（2009），《促參法 Q & A—100 個有關辦理 BOT、OT 等案件的重要問題》，台北：元照，頁 133。

<sup>131</sup> 林明鏞（2006），〈促進民間參與公共建設事件法律性質之分析〉，《營建法學研究》，頁 124，台北：元照。

## 壹、與促參法精神矛盾

### 一、不健全的競爭市場

按公私協力之功能除減少政府財政負擔外，更有減少政府的經濟干預、促進經濟發展等目的<sup>132</sup>，實現此目標的前提是：自由競爭市場的存在。一個競爭市場中，理論上應有複數的供應者，使採購者得從中選出最專業，且以最低價格提供最高品質者。「競爭」：(1)市場上有複數且足夠的供應者，得以相互制衡；(2)行政機關得從中選出提供高品質、低成本的專業服務者<sup>133</sup>。由此可知，一個完全的競爭市場，應有多數「實力相當」的供應者，在競爭機制運作下，得以降低服務價格、提高服務品質、提升服務效率。且競爭者間相互制衡，單一供應者無法完全影響、控制市場價格。另一方面，由於有複數選擇，行政機關與服務對象得選擇合乎自身需求的服務，且在服務品質不理想的情形下，行政機關有選擇其他服務供應者的可能性，提高行政機關選擇民間機構的自主性<sup>134</sup>。由於競爭機制具有上述效益，有論者即指出，市場競爭程度越大、技術進步越快的產業，由民間經營、開放市場競爭機制，將更有利於產業發展<sup>135</sup>。我國促參法上的甄審程序，即以提供公平的競爭機會與環境為目的，建立一個健全的競爭市場。

然而，社會福利領域是否存在健全的競爭市場<sup>136</sup>？我國相關研究指出，我國公私協力履行社會福利任務明顯有「托辣斯現象」，

<sup>132</sup> E.S. Savas 著，黃煜文編譯(2005)，《民營化歷程—公部門、非營利、企業的夥伴雙贏之道》，頁 180-181，台北：五觀藝術。

<sup>133</sup> 劉淑瓊、彭淑惠(2007)，《社會福利引進民間資源與競爭機制之研究》，行政院研究發展考核委員會研究計畫，頁 10。

<sup>134</sup> 劉淑瓊、彭淑惠(2007)，前揭註 133，頁 14-15。

<sup>135</sup> 詹中原(1994)，《民營化政策—公共行政理論與實務之分析》，頁 72，台北：五南。

<sup>136</sup> 公私協力給付社會福利模式中的私人，可能為非營利組織或營利組織，我國促參法並未明文限制組織型態。然由於履行社會福利之獲利可能性較低，且非營利組織對於營利團體參與社會福利給付尚存諸多疑慮，實務上多由非營利組織受託履行社會福利任務。因此本段所謂「不完全競爭市場」，主要是存在於非營利組織、社福機構之活動領域。

我國民間社福機構雖數量持續增加，然各個組織的規模落差甚大，社福資源多集中在某些連鎖型民間機構，而這些機構明顯有較多的能力與資源<sup>137</sup>，一般小型機構難與之競爭、抗衡。且因大型或連鎖型的社福機構有較多的資源從事社會福利工作，經驗與專業能力的累積較為豐富，更容易得到行政機關的青睞與信任，而獲選為承接社會福利任務之民間機構。

大型機構受託經營社福設施後，獲得更多的行政資源與協助，並汲取從事服務的經驗，使機構的專業、資訊、技術與人力皆有所提升，逐漸壟斷社福資源。「托辣斯化」造就獲得政府委託的機構強者愈強<sup>138</sup>；而未獲得委託的機構，因長期無法取得豐沛的資源，形成弱者愈弱的循環。因此，我國社會福利任務，實難成為一個健全的競爭市場。以內政部宜蘭教養院OT案為例，該案於招商期間，僅有財團法人伊甸社會福利基金會參與投標，無其他競爭者。

綜上所述，由於競爭市場的不健全，有能力承接促參法社福設施經營之社福團體甚為少數。因此，行政機關與有能力接受委託之少數機構形成共生依賴關係，意即民間機構須仰賴政府資源，使其喪失獨立性與自主性；行政機關則倚賴少數民間機構提供服務，造成品質監督機制難以發揮功能<sup>139</sup>，亦喪失選擇的自主性。

## 二、無法自負盈虧

公私協力源自於減輕政府財政負擔之理念，因此，我國促參法所設計的制度，原則上由民間機構對公共建設的營運自負盈虧，且依促參法第 11 條規定，投資契約中應記載權利金，由公私夥伴共

<sup>137</sup> 學者稱之為「資源集中化」與「組織連鎖化」。劉淑瓊(1998)，前揭註 106，頁 94。

<sup>138</sup> 雷文攻(2002)，前揭註 10，頁 165。

<sup>139</sup> 孫迺翊(2010)，前揭註 19，頁 244。

同分享開發或經營所得之利潤。

如公共建設不具有完全自償能力，行政機關得予以財務上支持。依促參法第 29 條第 1 項之規定：「公共建設經甄審委員會評定其投資依本法其他獎勵仍未具完全自償能力者，得就其非自償部分，由主辦機關補貼其所需貸款利息或投資其建設之一部。」所謂「自償能力」係指「營運評估年期內各年現金淨流入現值總額」除以「公共建設計畫工程興建年期內所有工程建設經費各年現金流出現值總額」之比例（促參法施行細則第 32 條）。由行政機關補貼或投資自償率偏低的促參案件，係公、私部門分配財務責任，以實現公私「夥伴關係」之精神，並提高民間參與意願。經營社福設施原則上以提供福利服務為宗旨，與追求利潤的商業行為相異，能否達成自負盈虧的要求，有其疑慮。行政機關可否依促參法第 29 條就非自償部分補貼或投資建設？依公共工程委員會見解，促參法上 OT 案件乃行政機關將已興建完成之公共建設交由民間機構營運，無需計算自償率，亦無行政機關投資非自償部分的問題<sup>140</sup>。又，OT 案件著重引進民間經營技術與效率，非要求投入資本 OT 興建設施，因而無自償率之計算。然民間社福團體承接 OT 案件雖無需投資興建，於營運前可能需投入購置設備或修繕建物的費用<sup>141</sup>，行政機關仍得依據其他法規，在招商文件中訂定適當補貼金額<sup>142</sup>，以合乎促參法上提高民間參與意願、實現公私夥伴關係之本旨。

一般社福團體的財源可分為三部分：自營收入、政府補助收入、募款。並非每個福利團體皆有自營收入<sup>143</sup>，因此，募款不足時，政府補助成為重要財政來源。社福團體承接經營社會福利設施，雖可

<sup>140</sup> 行政院公共工程委員會 98 年 2 月 9 日工程促字第 09800034020 號函。

<sup>141</sup> 古嘉諄、李元德等(2009)，前揭註 130，頁 92。

<sup>142</sup> 行政院公共工程委員會 98 年 2 月 9 日工程促字第 09800034020 號函。

<sup>143</sup> 黃琢嵩、吳淑芬、劉寶娟(2005)，〈社會福利團體承接政府公設民營服務之省思〉，《社區發展季刊》108 期，頁 150。

取得一定數額服務費用，然往往不足以達到收支平衡，國家的補助或採購往往才是收支平衡之關鍵因素<sup>144</sup>。民間機構承接社福設施營運後，提供服務的主要考量應是滿足服務對象，本質上非商業行為，非以追求高利潤、盈餘分配為目的。社福團體認為，適用促參法之結果，行政機關要求民間機構繳納一定數額的權利金，對於仰賴募款或政府補助的社福團體而言，形成財務上負擔<sup>145</sup>。

以台北市公設民營的實務經驗為例，學者指出，台北市社會局應秉持機構「自負盈虧」原則，然為確保福利服務永續經營，避免社福設施因民間機構變更時需重新裝修及購買設備，並促進民間參與意願，社會局依照福利服務性質、委外階段與時期，提供硬體設施或經費，例如：辦理委託服務所需土地、建築物或設施設備；委託方案之執行或服務費；專業人事費；固定設備之修繕費；其他委託服務所需費用<sup>146</sup>。顯見實務上由行政機關提供補助以平衡社福設施支出，仍屬常態。由於社福團體必須仰賴政府補助，形成民間機構對政府的依賴，其自主性、獨立性以及協商之對等地位，皆受到減損<sup>147</sup>。另一方面，社福設施無法自負盈虧所引發的疑慮，係民間機構可能採降低成本策略，例如僱用臨時勞工、無照醫護人員、非專業人事，或拒絕困難、高成本的案例<sup>148</sup>，造成服務品質與服務對象的權益有所減損。

---

<sup>144</sup> 孫迺翊(2010)，前揭註 19，頁 245。

<sup>145</sup> 吳宜恬(2008)，前揭註 4，頁 58。

<sup>146</sup> 薛承泰、黃文鳳(2005)，〈台北市社會局推動公設民營二十年〉，《社區發展季刊》，108 期，頁 25。

<sup>147</sup> 江亮濱、應福國(2005)，前揭註 92，頁 67。

<sup>148</sup> 劉淑瓊(1998)，前揭註 106，頁 119。

## 貳、欠缺服務對象之保障

按社會福利之本旨在於滿足服務對象需求，且服務對象多為社會上弱勢族群，如身心障礙者、老人、受虐兒童等，由於身心狀態或經濟環境限制，有依賴社會福利設施或給付來補足其經濟或身心健康需求，對於使用社福設施之決定，無法完全獨立自主地思考與行動。由於以弱勢族群為主之服務對象，對社會福利給付「依賴性」較強，使用密度與頻率較高，其受到權利損害的可能性亦相對提高。舉例言之，安置於安養中心之老人，接受該中心照顧、日常生活安排、醫療等行為，仰賴該中心人員指引與服務，個人獨立自主之行動能力較低，自我實現其權利的可能性亦低。因此，必須重視服務對象權利保障，避免服務對象在社會福利給付過程中受到權利侵害。

促參法強調民間機構間公平競爭、工程品質、財務規劃等事項，規範重心乃政府與民間機構之法律關係，除競爭者外，甚少將契約外第三人納入考量。然社會福利是一種社會安全制度，以保障少數弱勢者權利為目的，應重視契約外第三人——服務對象權利保障，以合乎社會福利之本旨，此為促參法未納入考量之處。實務上我國社福設施委外經營契約，對於財產之重視更甚於對服務對象權利保障。以內政部宜蘭教養院委託營運管理契約為例，該委託營運管理契約共十四章，與財務、權利金、資產使用與返還等事項，然對於私人提供服務時應達成何種程度之效率、服務品質，或是照護人員資格，契約中未有具體、明確規定，未重視服務品質及滿足服務對象需求。

另一方面，現行法制忽略了服務對象之程序上權利。由於選任民間機構缺乏民主正當性連結，而具直接民主正當性之國會、人民或服務對象，事後無法監督民間機構給付結果，而有民主赤字疑慮<sup>149</sup>。如賦予服

---

<sup>149</sup> 廖元豪(2010)，前揭註 96，頁 148 以下。

務對象程序參與權或資訊取得權，得以填補民主正當性，促使行政部門作成甄審決定或民間機構從事營運行為時，將服務對象之意見或利益納入考量，提升決策的正確性。然現行法制下，服務對象之程序權未獲適當保障，舉例言之，地方主管機關將公費老人安養中心委由民間機構營運，因低收入戶老人因無能力選擇其它自費機構，多僅能接受被安置於公費安養機構中，然行政機關選擇民間機構時，服務對象無參與程序之權利，甄審決定作成後，如該民間機構提供之服務品質不當，或因不當行為造成服務對象權利受有損害，服務對象多囿於經濟因素無從選擇其他服務提供者<sup>150</sup>。在事前欠缺程序參與權，事後缺乏選擇權的情形下，不利於服務對象權利保障。

#### 參、監督機制功能不彰

實務上監督社福機構委外經營之機制，包含促參法上的營運績效評估、各地方主管機關訂定績效評鑑機制、外聘督導、聯繫會報。營運績效評估規定於促參法第 54 條，績效良好之民間機構，有優先取得續約之權利。地方主管機關所制定之評鑑機制，係依照社福設施類別，制定不同評鑑指標<sup>151</sup>，作為行政機關評鑑基準。外聘督導則由行政機關聘請外部專家學者，以督導身份提供民間機構諮詢與輔導，基於專業性與中立性之角色，作為行政部門與民間機構的溝通、對話橋樑<sup>152</sup>。此外，地方主管機關定期舉行聯繫會報，則集結了提供同質服務的社福團體，定期討論、交流營運社福設施之經驗，透過同儕的相互激勵或競爭<sup>153</sup>，使

<sup>150</sup> 學者孫迺翊認為，地方政府剝奪公費安置老人安置機構之選擇權，又因行政怠惰監督不周，使接受安置之低收入戶老人遭遇較公設民營前更不利之處境，已掏空最為弱勢的公費安養老人之法定權利。孫迺翊(2010)，前揭註 19，頁 246-247。

<sup>151</sup> 例如台北市社會局設有身障福利機構評鑑指標、老人福利機構評鑑指標、婦女福利機構評鑑指標、托育機構評鑑指標、兒少福利機構評鑑指標、社工專業服務機構評鑑指標。

<sup>152</sup> 劉淑瓊(2005)，〈績效、品質與消費者權益保障〉，《社會政策與社會工作學刊》，9 卷 2 期，頁 62。

<sup>153</sup> 劉淑瓊(2005)，同前註，頁 63。

社福團體進行自我評估，進而提升服務品質。

促參法與社福實務上，皆有設計社福設施委外經營之監督機制，然而，現行監督機制所面臨的困境主要有二：一為委託契約內容不明確，致行政機關無法確實監督是否違反契約上給付義務；其二，監督的法律效果薄弱，降低了監督之效力<sup>154</sup>。

按我國促參法雖規定了投資契約依個案特性之應記載事項<sup>155</sup>，然以工程與財務相關事項為主，而社會福利所重視之服務對象權利保障，則無法納入考量，其他社會福利個別法規亦未見明文，有規範密度不足之問題。因此，法律規範密度不足衍生實務上的問題是，契約中對於其給付內容與應達成之結果與效益，甚少具體、明確地記載於契約中<sup>156</sup>，例如嘉義市政府之委託嘉義家庭扶助中心經營婦青中心，契約中約定家扶中心須提供「婦女保護工作」，然雙方於履約階段針對此條款是否包含「提供婦女緊急庇護」，產生解釋上之爭議<sup>157</sup>，如民間機構未提供婦女緊急庇護，行政機關無法依照契約條款判斷民間機構是否違反契約之給付義務，降低了行政機關履約監督管理能力。由於委託契約未明確約定服務項目範圍、服務對象人數、服務績效評估基準等重要事項，導致主管機關難以依契約條款監督民間機構是否有違約事由發生<sup>158</sup>，此乃現行法制對於契約密度規範不足之缺失。

促參法上主要的定期評估機制為營運績效評估，依促參法第 54 條第 2 項規定：「經主辦機關評定為營運績效良好之民間機構，主辦機關

<sup>154</sup> 相同見解：劉淑瓊(2005)，前揭註 152，頁 57。

<sup>155</sup> 促參法第 11 條：「主辦機關與民間機構簽訂投資契約，應依個案特性，記載下列事項：一、公共建設之規劃、興建、營運及移轉。二、權利金及費用之負擔。三、費率及費率變更。四、營運期間屆滿之續約。五、風險分擔。六、施工或經營不善之處置及關係人介入。七、稽核及工程控管。八、爭議處理及仲裁條款。九、其他約定事項。」

<sup>156</sup> 劉淑瓊(2005)，前揭註 152，9 卷 2 期，頁 57。

<sup>157</sup> 沈明彥(2005)，〈「公設民營」對非營利組織的影響與因應之道—以 CFF 嘉義家庭扶助中心為例〉，《社區發展季刊》，108 期，頁 160。

<sup>158</sup> 孫迺翊(2010)，前揭註 19，頁 245。

得於營運期限屆滿時與該民間機構優先定約，委託其繼續營運。」此一定期評估機制之法律效果薄弱，以致於獎優汰劣的成效不彰。如有部分項目評估不合格產生何種法律效果，行政機關可否令民間機構限期改善，或施以適當之處罰，以控制民間機構給付之品質與成效，未見規定。更甚者，如民間機構無續約之意，營運績效評估機制形同具文<sup>159</sup>。

#### 肆、未落實國家擔保責任

國家擔保責任係指公私協力關係中國家應承擔之責任，即國家將公共任務委由私人履行，不再扮演給付者的角色，然「公私協力」並非國家卸責之辭，給付主體的移轉、變更，並非意味國家從公共任務場域完全撤退，否則「公私協力」、「民營化」將變成國家卸責的手段<sup>160</sup>。因此，公私協力履行行政任務時，國家必須承擔一定的責任，在私人履行任務的過程中，國家應善盡監督責任，確保人民之權利不因私人給付受到侵害，並取得適當品質與合理價格之服務。此外，當私人無法繼續履行任務時，國家在一定要件下，有承接公共建設之責任。

國家擔保公益之責任，係基於社會國維繫社會正義與基本權保護義務之要求。就社會福利領域而言，社會福利任務涉及社會安全制度，有實現社會正義之意旨存在，且服務對象為社會上弱勢群體，一旦因接受服務造成損害，除經濟上無法負荷訴訟之費用，對社會正義的負面印象亦減低其訴訟意願<sup>161</sup>，無法有效實現其憲法與法律上所賦予之權利。因此，國家監督與擔保私人履行社會福利之責任，應當備受重視。自前述之實務問題來看，公私協力履行社會福利任務的各個階段中，國家對於踐行其擔保責任仍力有未逮，例如事前的私人選任程序無法形成健全的

---

<sup>159</sup> 朱瑋華(2011)，前揭註 107，頁 123。

<sup>160</sup> 陸敏清(2009)，前揭註 18，頁 36。

<sup>161</sup> 劉淑瓊(2005)，前揭註 152，頁 41。

競爭機制、事中擬定契約內容不夠明確，以及事後履約監督效力不足等階段，無法確保私人給付品質與成效，不利於服務對象權益，存有國家擔保責任未落實之問題。

### 第三節 公私協力履行社會福利任務之困境—BOT 模式

#### 壹、案例說明—廣慈博愛院 BOT 案

##### 一、背景介紹

廣慈博愛院開發案係台灣第一個社福設施 BOT 案例，台北市政府與民間機構柏德公司（以下稱特許廠商）於民國 98 年 6 月 15 日締結契約，將信義區約 6.5 公頃土地，交由特許廠商進行 BOT 開發工程。該開發案主要設施為社會福利設施—即廣慈博愛院區，預計設置面積約 2.9 公頃之老人住宅、老人照護中心、老人服務中心、身心障礙者養護中心、重建中心等社會福利設施。附屬設施包括商業設施、停車場、公園休閒設施。本開發案許可期限為 50 年，依契約約定，如營運績效良好，可再延長 20 年。

然而，雙方締約後，卻衍生許多風波，致開發工程一再延宕。先是柏德公司與分包廠商產生爭議，未能順利締約，進而主張更換分包廠商。且民眾抗爭持續不斷，一方面因開發案可能對當地原有自然生態產生影響，另一方面，養護中心、老人住宅與社會住宅共佔地 2.9 公頃，旅館、商店、集合住宅等商業設施佔 1.6 公頃，公園用地佔 1.6 公頃。其中提供福利服務之身心障礙照護中心、長期照護中心、福利服務區（福利服務中心與社區住宅）的樓地板面積僅佔 3 萬 6 千平方公尺，而商業設施樓地板面積佔 6 萬 7 千平方公尺，因而有「假社福之名炒地皮」的批評<sup>162</sup>，質疑聲浪四起。行政

<sup>162</sup>台灣立報(12/13/2010)，廣慈社福開發案 弱勢住不起，

機關與特許廠商數度召開里民說明會，尋求當地居民支持。

風波不斷的廣慈博愛院開發案，於民國 100 年 8 月終止契約，再度引起社會大眾對於政府辦理 BOT 案件的關注與質疑<sup>163</sup>。該開發案的失敗原因，係特許廠商未能於履約期間內通過樹木保育計劃、環境影響評估、都市設計審議之審查，致無法取得建照執照，以致開工日期一再延宕，台北市政府認為特許廠商有重大違約事由，特許廠商無履約能力為由單方終止契約。

## 二、法律關係

BOT 案件在興建與營運階段，皆涉及多方法律關係，其權利義務關係相較於 OT 案件，更顯複雜。以本件 BOT 案為例，在興建階段，BOT 特許廠商與行政機關、社福分包廠商、興建者（例如水電、土木公司）、銀行團、投資人、保險公司等建立法律關係；在社福設施營運階段，增加了與使用者（社福設施之服務對象或附屬商業設施的消費者）的權利義務關係。

---

<http://www.lhpao.com/?action-viewnews-itemid-102635>。(最後瀏覽日：2012/9/24)

<sup>163</sup> 中國時報(8/24/2011)，廣慈 BOT 案解約 柏德斥市府，C1；中國時報(8/24/2011)，BOT 非萬靈丹，官民合作最重要，C1。

〔興建階段〕

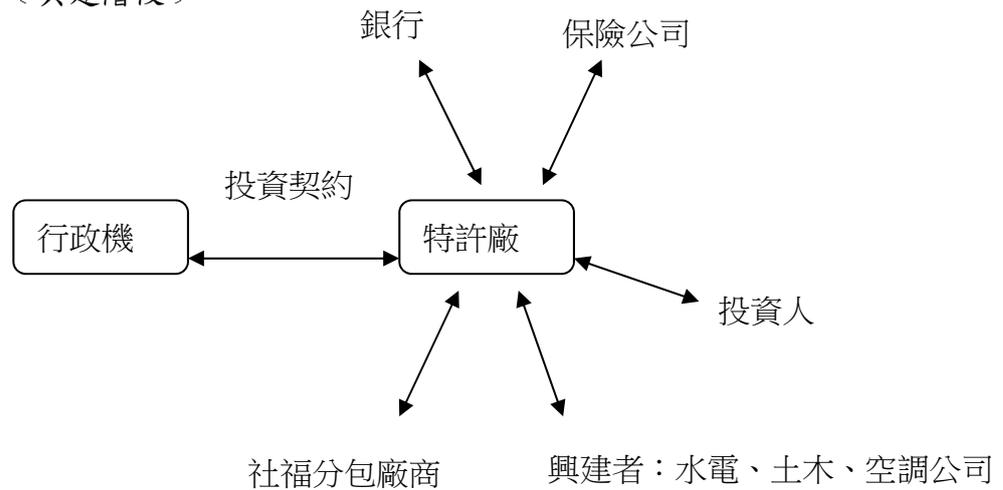


圖 1：BOT 興建階段法律關係

改編自：林明鏞，〈論 BOT 之法律關係〉<sup>164</sup>

〔營運階段〕

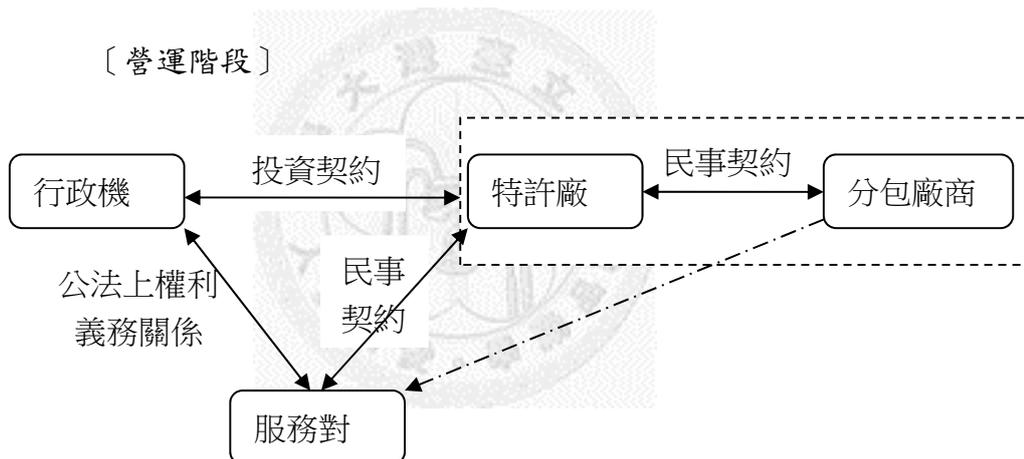


圖 2：社福 BOT 案營運階段法律關係

製表：作者自製

### 三、民間參與模式之爭議

廣慈博愛院開發案所引起的爭議之一，係社福設施採取 BOT 模式，由營利團體投資參與興建與營運設施，是否適宜？按營利團體參與社福設施 BOT 開發案，需投入龐大資金興建成本、購置服務或醫療設備、聘請專業人力，以維持社福設施之營運。而營利團

<sup>164</sup> 林明鏞(2006)，〈論 BOT 之法律關係〉，《營建法學研究》，頁 92，台北：元照。

體投資開發案有「獲取利潤」的目的存在，非僅以志願服務為首要目標。為回收投資成本，如收取高額服務費用，將違反社會福利本質；如收取低廉服務費用，則難以產生合理的利潤。因此，特許廠商規劃經營附屬商業事業、興建價格較高的社會住宅，藉以獲取利潤。

設置社福設施係為提供服務對象品質適當之福利服務，滿足其法定上權利，進一步而言，係達成弱勢者生存照顧、實現社會正義的社會國理念。履行社會福利任務不必然無法產生盈餘，例如設置身心障礙者庇護工場，以適當方式開源，提供服務對象職業訓練的同時，亦發揮其經濟效益。然而，以追求利潤為導向的 BOT 模式，抬高服務價格、經營大規模的附屬事業，忽略社福設施設置主要目的，減損社會福利之功能，似非允洽。如無法確實平衡社會福利與追求利潤，則採取 BOT 模式是否適宜，仍有衡酌之餘地。。

## 貳、風險控管與分擔

風險指實際結果與預期結果之間的變異程度 (Variability)，亦即其損失幅度 (Loss Severity) 或損失頻率 (Loss Frequency) 具有不確定性<sup>165</sup>。工程興建中可能面臨許多風險，例如國際物價漲跌、政府重大政策變更、未通過行政許可之審查程序、民眾抗爭等各種不確定因素，導致成本提高或工期延宕。

我國實務上曾發生 BOT 興建階段控管風險之爭議。例如，阿里山森林鐵路與森林遊樂區 BOT 一案，因觀光旅館預定興建於原住民「國土復育策略方案暨行動計畫」區域內，原住民屢次表達抗議。北投纜車

---

<sup>165</sup> 郭斯傑等(2006)，《促參案件履約階段執行經驗調查與建議》，行政院公共工程委員會委託研究，頁 21。

BOT 案，則因未通過環境影響評估審查，數次修正興建計畫書，施工進度因而停擺<sup>166</sup>。廣慈博愛院開發案亦有類似問題，除持續有民眾抗爭外，因特許廠商興建社福設施需申請建造執照。而建造執照之核發，又以通過環境影響評估為要件之一。本案之特許廠商因未於履約期間內通過樹木保育計畫、環境影響評估、都市設計審議之審查，致未能取得建照執照，無法開工，行政機關認為有重大違約事由，而終止契約。

BOT 案件強調公私部門相互協調與合作，行政機關應在合法範圍內協助民間機構履行公共任務。為使興建工程順利完工，主辦機關是否應協助通過各項行政審查（例如：環境影響評估、水土保持審查、樹木保育計畫等）？或有無義務擔保其通過審查？為提高投資意願與減少爭議，政府承諾與協助事項宜先行釐清，並於契約中加以約定。

相較於 OT 案件，BOT 案件多了興建階段，興建工程所面臨的風險具有不確定性，BOT 案件應加強管控風險。在締約前，雙方應有妥善的風險評估，詳列潛在的風險，預防風險發生，並於契約中明定雙方分擔風險之條款，例如因風險發生延宕工期所造成的額外成本，應由何者負擔？以及何者有排除風險義務？公、私部門雙方應妥善控管風險，方能確保公共任務之履行。

#### 參、國家擔保責任之相關問題

私人承接履行公共任務後，國家承擔了擔保私人給付合乎公益的責任，廣慈博愛院 BOT 案與國家擔保責任相關問題在於：監督機制與服務價格，即國家是否有責任設計監督機制？以及國家是否責任有確保私人以合理價格提供服務？下文分述之。

---

<sup>166</sup> 朱瑋華(2011)，前揭註 107，頁 89。

### (一) 監督機制之效力

廣慈博愛院一案中，台北市政府與特許廠商約定由分包廠商—恆安老人養護中心承接營運社福設施，分包廠商係給付福利服務之主體。且於投資契約中明訂，除有特殊情形外，不可更換分包廠商<sup>167</sup>。因此，分包廠商承接社福設施經營之年限與特許年限相同，長達五十年。過去台灣數個 BOT 案，例如台灣高速鐵路、台北車站交九用地開發案，其特許期限亦長達 50 年以上。按 BOT 模式中，民間機構投入大量資金、成本以興建公共設施，倘若特許營運期間過短，可能導致民間機構無法回收成本，BOT 無異於一項虧本生意，將降低民間投資意願。因此，本案以五十年為特許期限，並非特例。

為修正長期合作可能會產生的瑕疵，國家必須建立定期評估方法與適當的法律效果，以控制私人給付之品質與成效。現行促參法有營運績效評估機制，行政院公共工程委員會的研究報告提出「共同性績效評估指標」<sup>168</sup>，可知績效評估項目主要與財務相關，例如：成本效益、財務管理、財務績效、財產維護管理等。與「服務品質」有關之評估項目甚少，僅「公共服務品質」一項，其評估標準包含：人員服務專業性、安全性、便利性、整體舒適性，係針對一般公共建設制定一般性標準。然服務是否滿足不同服務類型或個別服務對象之需求，需有更細緻與專業的判斷標準。

此外，依促參法第 54 條規定，主辦機關得與評估營運績效優良之民間機構優先續約，然合作期限已長達五十年，優先續約權對於民間機構而言，是否對於私人提供適當服務品質有充分誘因？誠

<sup>167</sup> 自由電子報(4/16/2011)，廣慈 BOT 案延宕 議員批官商掛勾，  
<http://www.libertytimes.com.tw/2011/new/apr/16/today-taipei4-2.htm> (最後瀏覽日：2012/9/27)

<sup>168</sup> 張世佳等(2012)，《促參案件營運績效評估機制建構》，行政院公共工程委員會委託研究報告，頁 7 以下。

然，行政機關依促參法第 52 條第 1 項得要求定期改善、中止興建或營運、行使強制接管權，然而，該條文之構成要件嚴格，須民間機構於興建或營運期間，有施工進度嚴重落後、工程品質重大違失、經營不善或其他重大情事發生，行政機關方得介入營運公共設施。針對營運績效不良項目，如未構成經營不善或重大情事，行政機關似無要求其改善或介入之法律依據。綜上所述，現行評估與監督制度可能有法律效果不足的問題，由於公私合作期間長達五十年，國家基於擔保者的角色，應形塑更完善的監督機制，以確保、控制福利服務品質。

## (二) 合理價格之擔保

社會福利係為實現社會國原則的社會正義理念，滿足服務對象需求，非以追求利潤、營利為目的，因此，國家選擇公私協力的夥伴時，多以從事志願服務的非營利團體為主要合作夥伴。然而，隨著經濟面臨衰退的困境，政府財政問題亦日趨嚴重，引進民間資金參與公共任務已成為重要政策目標<sup>169</sup>。廣慈博愛院 BOT 案獲選為最優申請人之民間機構為營利團體，因營利團體以經營營利事業、追求更大利潤為目標，是否適合履行社會福利任務，國內仍有許多爭論。社福界質疑，該 BOT 案的社福設施比例過低，且服務價格上漲，例如廣慈博愛院老人住宅預計可容納 570 人，房租上限為 3 萬 5 千元，經濟弱勢者根本無法負擔如此高額的房租<sup>170</sup>。水漲船高的服務價格可能形成「服務階級化」的現象，對福利服務需求甚殷的經濟上弱勢者，僅能以較低廉的價格取得福利服務，削弱了社會

<sup>169</sup> 引進民間資金參與公共建設已成為重要政策，據報載，因保險業者有充足之資金，我國政府擬開放保險業者參與 BOT 案或長期照護制度。請參閱：工商時報(10/23/2012)，保險業投資長照產業 鬆綁，A4；工商時報(10/15/2012)，金管會目標：保險投資公建 四年增 2500 億，A14。

<sup>170</sup> 台灣立報(12/13/2010)，廣慈社福開發案 弱勢住不起，

<http://www.lihpao.com/?action-viewnews-itemid-102635>。(最後瀏覽日：2012/9/24)

福利之功能—滿足服務對象權利。

民間機構雖為營利團體，然私人履行公共任務並非以追求極大利潤為唯一目標，私人除了承擔履行責任，更與國家共同分擔確保公益之責任，而促參法的權利金制度，即存有分享利潤、避免私人不當獲利之意旨<sup>171</sup>。另一方面，國家實現社會國理念與確保公益之責任，亦不因公私協力而卸責，國家是否有責任確保服務對象以合理價格取得服務，方合乎擔保責任之旨？為廣慈博案院 BOT 案所衍生的問題之一。

#### 第四節 小結

我國依促參法委外經營社福設施，主要有 OT 與 BOT 兩種模式。其中又以 OT 模式為主要委外方式，與行政機關合作之民間機構主要為社福團體，因社會福利任務獲利性低，以志願服務為宗旨，且有專業服務能力與經驗之社福團體，較有承接意願。然長期以來，社福市場為一個不健全的競爭市場，由少數的大型社福團體壟斷，降低了公私協力的競爭機制的公平性，且形成國家與少數社福團體間相互依賴。其次，因社會福利任務獲利性低，社福團體的財務來源主要為募款與政府補助，促參法要求民間機構自負盈虧，且需繳一定數額的權利金，是否合乎社會福利之性質，亦引發疑慮。再者，社福設施委外營運契約內容不明確，且較重視財產權之相關約定，在適用促參法之後，仍無法解決此問題，甚至更加重了財務監督，而忽略服務品質約定。此問題亦引發監督功能不彰，行政機關無法確實依照契約內容履約監督，無法確保服務品質之達成，易引發爭議。

BOT 模式仍存在上述問題，與 OT 模式相異之處主要為：一、BOT 模式由民間參與興建公共建設，因此，雙方應如何分配興建階段的風險，形成

---

<sup>171</sup> 行政院公共工程委員會(2007)，《促參案件權利金設定方式之探討》，行政院公共工程委員會研究報告，頁 2。

問題。二、BOT 案往往長達數十年之久，國家應如何形塑完善的評估、監督機制，以控制私人給付品質與結果。三、因營利團體有較充足的資金參與興建公共建設，然追求利潤與服務對象權利間應如何取得平衡，國家有無確保服務對象以合理價格取得服務之責任。

公私協力並非國家並非因私人承接公共任務之履行而脫免責任，國家必須承擔監督與擔保責任。自前述實務問題來看，國家的擔保責任尚未落實於公私協力的各個階段—即事前私人選任程序、事中擬定契約內容、事後履約監督等階段，而產生無法確保私人給付品質與成效之疑慮。國家應如何在法制與契約管理層面落實擔保責任，以解決實務所發生之困境？第四章探討德國國家擔保理論，作為我國形塑公私協力制度之借鏡與基礎。





## 第四章 國家擔保理論與公私協力履行社會福利任務

源自於德國之國家擔保理論，用以詮釋國家角色的變遷，國家與私人在公私合作關係下，應如何分配責任、各自承擔何種責任，以確保公共任務之履行合乎公益。擔保國家理論雖於德國基本法未見明文，然可自憲法上原則尋繹其規範基礎，德國學界並進一步提出「擔保行政法」之概念與內涵，建構國家擔保理論在行政法層面的具體落實。本章第二節探討德國社會法第十二編社會救助法，德國以公私協力模式提供救助服務，已行之有年，對於提供服務契約之內容、服務提供原則、民間機構之義務等，有較為完整之規範。另一方面過去非營利團體具有優先參與之地位，近年社會法修正後，引進營利團體參與提供服務與競爭，我國近年公私協力履行社會福利任務亦有相同趨勢，值得參考與借鏡。

### 第一節 德國國家擔保理論

#### 壹、公私協力與國家擔保責任

##### 一、擔保國家之形成

##### (一) 國家模型理論變遷—從給付國家到擔保國家

國家模型理論係描述國家的角色與定位，18 世紀以降，西歐國家發生重大社會變遷，為對抗君主專制的體制，盛行自由主義，並建立國家與社會二元論等理論，一時之間，強調個人自由與市場自由開放的風氣蔚為盛行，進而促成民主自由的革命浪潮。此時期的國家被定位為「自由法治國家(liberaler Rechtsstaat)<sup>172</sup>」，國家秉持消極、不干預主義，被禁止干涉非屬國家事務的私經濟領域，僅在市場無法依其規則處理事務時介入。此時期國家的主要任務為確保社會安全、公共秩序，又

<sup>172</sup> 許育典(2003)，〈社會國〉，《月旦法學教室》，12 期，頁 38。

被稱為「夜警國家」<sup>173</sup>。

然而，極端的自由終有其困境，工業革命所帶來的資本主義造就了貧富不均、勞動條件惡化、勞工遭受剝削、壟斷獨占等社會問題。勞工受困於經濟因素，無法以一己之力對抗資本家，而自由國家的不干預主義，形同放任社會問題蔓延。因此，對「自由國家」的理論有所修正。「給付國家」即是在自由、法治國家的基礎上，修正國家的不干預。給付國家仍重視個人自由與基本權利，然國家得基於社會正義之理念，干預私經濟領域，調節經濟秩序。因此，法治國原則形成了社會國的界限，稱為「社會法治國(sozialer Rechtsstaat)<sup>174</sup>」。

給付國家扮演更積極的角色，負擔起生存照顧責任，提供人民最低限度的生存保障與公共服務，而非僅消極不干預人民的基本權利。因給付國家主動、積極地給付社會福利，又被稱為「福利國家」或「社會國」，國家有責任為人民謀最大的福利。給付國家不僅以維護社會秩序為目的，更重要是實現「社會正義」，為達成此任務，國家介入、干預私經濟領域，可能採取強制規定、財政目的以外租稅社會給付、特別公課、管制性規費等作為管制手段<sup>175</sup>。給付國家仍受到憲法上原則之限制，因此，國家以公權力介入社會有其界限，例如，國家的管制行為對基本權有所限制時，應有公共利益作為合理目的，且需遵守比例原則、補充性原則<sup>176</sup>。

由於給付國家承擔生存照顧與社會給付的功能，促使國家

---

<sup>173</sup> 林明鏞(2010)，〈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角色〉，《政治思潮與國家法學—吳庚教授七秩華誕祝壽論文集》，頁 579，台北：元照。

<sup>174</sup> 許育典(2003)，前揭註 172，頁 39。

<sup>175</sup> 葛克昌(1997)，〈給付國家公權力行使及其界限—給付國家之自由主義傳統〉，《現代國家與憲法—李鴻禧教授祝賀論文集》，頁 1326，台北：元照。

<sup>176</sup> 葛克昌(1997)，同前註，頁 1341 以下。

任務快速膨脹，持續加重國家的財政負擔。復以科技使社會生活的發展日新月異，新興國家任務往往涉及高度專業性與複雜性，一方面國家缺少專業人力與物力資源，另一方面，傳統的法令與行政手段亦不敷使用。因此，給付國家負荷過重，面臨財政與行政效能的危機。為解決給付國家的危機，1980 年代以後，歐美國家盛行柴契爾主義，推動國家與其他行為主體、私部門共同合作履行公共任務，各國出現各種公私協力、民營化的型態，促成開放市場競爭、解除管制，並促進經濟發展。

然從公法學的觀點來看，必須提出之問題是：國退出給付地位，其原本承擔的給付功能與責任，是否由市場機制完全承接？國家與市場的互動關係受到公私協力影響，擺脫傳統國家與社會二元對立關係，國家私人之間的任務移轉，不必然是全有或全無的合作模式，公、私部門所承擔的責任，亦無法以全有、全無的方式加以劃分。在公私協力關係中，國家與私人各自扮演何種角色、雙方如何劃分責任，以及各自承擔之責任內涵，德國學界提出「擔保國家理論」，用以詮釋國家角色的變遷<sup>177</sup>。

國家的角色從「給付國家」轉變為「擔保國家」，擔保國家作為一個引導理念(Leitbild)<sup>178</sup>，描述與詮釋國家角色的變遷。國家從給付的第一線撤退，不再親自獨力履行公共任務，公共任務由公、私部門共同履行、或私人獨力履行，形成「國家撤退(Rückzug des Staates)」的現象。然而，國家撤退不等同於完全排除國家對公共任務的責任，毋寧是責任的轉變，即國家從執行者，轉變為「擔保者」或「監督者」，國家有擔保私人履

---

<sup>177</sup> 蔡宗珍(2009)，〈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 33-34。

<sup>178</sup> Franzius, Der Gewährleistungsstaat, VerwArch 2008, S.351.

行公共任務之責任。另一方面，國家基於維護公益，以及憲法上原則要求，並未卸除國家管制責任，僅管制手段產生變革。

## (二) 擔保國家理論之興起

德國興起擔保國家理論之原因，主要有二<sup>179</sup>：一為民營化(Privatisierung)的興起，次則為內國法秩序的歐盟化(die Europäisierung der innerstaatlichen Rechtsordnung)。

### 1. 民營化

按德國的許多行政任務領域皆有民營化的現象，起因為給付國家的國家任務範圍快速膨脹，致國家負荷超載、國家財政過度負擔，且官僚體制的僵化與國家汲取新資訊、知識能力的落後。透過私部門的參與，引進資本、專業知識，以及創新性、彈性，被期待用以解決上述問題。民間參與的興起，促使給付國家轉變為擔保國家。伴隨民營化與擔保國家而來的，是新的管制型態，防止國家以其退出第一線履行責任作為卸責之辭。

### 2. 內國法秩序的歐盟化

受歐盟蓬勃發展的影響，公共服務與基礎設施的供給模式發生轉變。過去公共服務與基礎設施由國家提供，國家在市場上具獨占性與壟斷性。然而，歐盟本身無執行機構，必須藉由會員國或私人履行其法令與決策，且歐盟強調「開放內部市場」、「自由化」的理念，與國家壟斷公共服務之現象有所扞格。開放市場與自由化推動民營化的發

---

<sup>179</sup> Schoch, Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft?, NVwZ 2008, S. 243. 國內文獻請參見：林明鏞(2010)，前揭註 173，頁 581。

展，擴大人民的參與，公共服務的供給模式轉變為市場競爭模式。國家從「給付者」轉變為「擔保者」的角色。歐盟、會員國、參與之私人形成階層性的責任，成為一擔保共同體(Gewährleistungsgemeinschaft)<sup>180</sup>，階層間存在互為「擔保」的關係。

### (三) 「責任」之概念

擔保國家理論指涉國家與私人所承擔的責任類型與責任分配。為理解擔保國家運作方式，有必要先釐清「責任」概念。

「責任」一詞在法學上並無統一定義，整體來說，責任有兩個核心要素，一為具有可歸責性，二則為責任確定之效果，透過判斷可歸責性與責任效果，確保合乎法規範之狀態與適當之行為<sup>181</sup>。責任主體對於責任的影響可能性（可歸責性），以及基於該責任所產生之效果（責任確定效果），形成了國家權限(Kompetenzen)與職權(Befugnisse)<sup>182</sup>，即國家承擔任務的範圍與義務。

由於國家行為必須合乎來自於民主原則的要求，國家責任必須建立法規範之上，不得超出合法的正當性連結之外。民主正當性的要求建立了國家機關的有責性，國家高權必須是「有責的權力(verantwortete Macht)」，能對全體人民負責，方具有正當性<sup>183</sup>。然責任雖詮釋了國家的權限，卻無法直接推導出國

<sup>180</sup> Schoch, a.a.O.(Fn. 179), S. 243ff.

<sup>181</sup> Weiß, a.a.O.(Fn. 21), S.1169-1170.

<sup>182</sup> Weiß, a.a.O.(Fn. 21), S.1170. 需辨明者，係權限與職權之意涵不同，前者行政機關為達成其法定任務，得採取公權力措施之範圍與界限；後者則為行政機關為達成其法定任務，得採取公權力之具體措施。行政組織法中規定具有抽象、概括、訓示性質之「權限」，行政作用法則規定具有實踐性質之「職權」。又，行政機關制定干預人民權利之法規命令時，需有行政作用法之授權，不得依行政組織法制定。請參見：李震山(2002)，〈行政組織法與行政作用法之區別及其實益〉，《月旦法學雜誌》，85期，頁17。

<sup>183</sup> Weiß, a.a.O.(Fn. 21), S.1171.

家權限，國家的權限與義務仍建立於法規範之上。

因此，國家承擔任務的範圍，即為一種「國家責任」(Staatsverantwortung)，「責任」之概念在公法意義上有三種關聯性：①國家任務履行與社會任務承擔的關係；②國家承擔不同功能的機關間的關係；③多數參與行政任務履行之行政單位的內部關係。在擔保國家與私人承擔公共任務的脈絡下，國家責任的概念指向第一種關聯性<sup>184</sup>。

因國內法學界所討論之「國家責任」，多指「國家賠償責任」，然在擔保國家脈絡下，國家責任應與國家賠償責任作不同之理解。從德文原文更可以看出兩者的不同：國家責任為「Staatsverantwortung」，國家賠償（或補償）責任則為「Staatshaftung」。從兩者的意涵而言，國家責任乃國家承擔的任務範圍與義務；國家賠償（或補償）責任指國家在一定要件下，有賠償或補償責任。兩者所指涉之範疇雖不相同，但在國家賠償責任領域仍會發生關聯，即國家是否負擔賠償責任，需以國家是否有承擔該義務為先決條件<sup>185</sup>，國家責任為國家賠償（或補償）責任之上位概念。

## 二、擔保國家之內涵

擔保國家理論詮釋國家在私人承擔公共任務履行時的責任，擔保國家的運作，係以「責任階層(Verantwortungsstufe)」與「責任分配(Verantwortungsteilung)」為基礎，前者係責任類型的區別，後者為國家與私部門間責任劃分的問題。

<sup>184</sup> Schmidt-Aßmann, a.a.O.(Fn. 55), §3 Rn.109. 中譯本請見：Schmidt-Aßmann 著，孫迺翊譯(2009)，前揭註 25，頁 187。

<sup>185</sup> 許登科(2008)，《德國擔保國家理論為基礎之公私協力法制—對我國促參法之啟示》，頁 166，台灣大學法律學研究所博士論文。

### (一) 責任階層

關於國家對公共任務履行的責任類型，德國學界提出「三階段國家責任模型」<sup>186</sup>，依照國家對公共任務參與的程度，將國家責任分為三種類型：履行責任、擔保責任、補充責任。

#### 1. 履行責任(Erfüllungsverantwortung)

履行責任指國家親自、獨力履行行政任務，國家必須自行承擔組織設置、人事、預算之責任，國家雖得借助私人之力執行任務，然私人僅是擬制為行政機關，或受行政機關指揮監督之助手，私人並不承擔履行責任。

#### 2. 擔保責任(Gewährleistungsverantwortung)

擔保責任係基於國家的基本權利保護義務，與憲法上的社會國理念，國家雖不親自承擔履行責任，然仍應立於「擔保者」之地位，促進、監督、確保私人合法地履行公共任務，保障參與之私人及第三人之權利，以維護公益及實現公共福祉。

#### 3. 補充責任(Auffangsverantwortung)

與履行責任相對的是國家的補充責任，是一種「國家保留功能(staatliche Reservefunktion)。在私人無法繼續給付，或給付結果不佳、無法提供品質適當之服務時，國家為確保人民能獲得不中斷之給付，有接收或接管權限。

---

<sup>186</sup> Schoch, a.a.O.(Fn. 179), S. 244.

另一種責任階層的模式，則根據公共利益具體化的實現階段(Verwirklichungsphasen)加以區別，分為：規範責任、準備責任、程序責任、執行責任、控制責任、實現責任與結果責任。此模型建構垂直的責任階層來描述公共任務的合作履行，吾人可從中推導出實現任務各個階段的差異性，並且帶來以不同階段作為觀察公共任務的履行的視野，但無法彰顯出國家責任範圍所扮演的角色<sup>187</sup>。

在三階段國家責任模型的基礎上，德國學者 Schmidt-Aßmann 進一步指出，國家在公私協力領域扮演規制與整合的角色，有責任確保不同利益的實際調和，在多元與多面向的利益領域實現。國家責任層級猶如一到光譜，光譜兩端是履行責任與補充責任，兩者中間存在擔保責任。跨越此光譜之上的，是國家對於公共利益與平衡私人間利益的基本責任，稱為國家的「框架責任」(Rahmenverantwortung)。除了上述三種主要責任以及框架責任外，光譜中尚有許多不同責任，例如：監督責任、觀察責任、促進或財務責任、諮詢責任、組織責任。以觀察責任為例，國家有責任觀察市場結構的轉變，並補足過渡時期的供給、照顧不足<sup>188</sup>。德國學界所整理出來的國家責任類型尚有：國家管制責任、協調責任、利益平衡的框架責任、民營化結果責任、控制責任、保證責任等<sup>189</sup>。

上述責任類型龐雜，可簡化成三階段國家責任模型中的責任類型：履行責任、擔保責任、補充責任三種責任。履行責任

---

<sup>187</sup> Schoch, a.a.O.(Fn. 179), S. 244.

<sup>188</sup> Schmidt-Aßmann, a.a.O.(Fn. 55), §3, Rn.113. 中譯本請見：Schmidt-Aßmann 著，孫迺翊譯(2009)，前揭註 25，頁 189。

<sup>189</sup> Weiß, a.a.O.(Fn. 21), S.1174.

乃國家就其親自履行任務所承擔之責任，無涉國家擔保私人活動。而國家將公共任務交由私人履行，以促進公共利益，即有擔保責任之發生，擔保責任指引國家應確保私人合法、合公益地履行任務。補充責任則居於備位性、補充性地位，於私人無法繼續履行公共任務時，國家所承擔的最後責任，是國家對於私人給付不中斷的「擔保」，屬擔保責任的下位概念。且上述國家對私人活動的控制、觀察、促進與諮詢，皆為實現擔保責任的手段<sup>190</sup>。因此，擔保責任應理解為上位概念，擔保國家係以擔保責任為核心概念。

## (二) 責任分配

公私合作的型態多樣、複雜，國家履行公共任務的責任，不必然以全有或全無的方式移轉予私人身上，可能是一種合作協力的關係<sup>191</sup>。擔保國家下「責任分配(Verantwortungsteilung)」的運作，有助於確定國家與私人各自承擔任務的範圍與義務。按國家與私人間的責任分配，顯示雙方有「共同責任」，即一種實現公益的共同責任<sup>192</sup>，進而根據國家與私人不同的功能、行為理性、運作邏輯，分配公、私部門之責任。

國家承擔「擔保責任」，擔保公共任務之達成，意味著國家不因其脫離履行責任，而免除維護公益的責任。相對地，國家應扮演更積極的角色，調合不同基本權主體之間的權益，且國家雖不再以高權地位進行管制，仍對於私人活動有管制、調控的責任，作為國家與私人合作的正當性基礎。基於基本權保

<sup>190</sup> Weiß, a.a.O.(Fn. 21), S.1175.

<sup>191</sup> 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》，頁577，台北：元照。

<sup>192</sup> Weiß, a.a.O.(Fn. 21), S.1179.

護義務的要求，國家應形成適當的框架規範。另一方面，承擔公共任務履行責任之私人，非單純地從事私人活動或行使自身基本權利，對於公益的實現與國家有共同責任，在國家形塑的規範架構下，受到一定的拘束，例如私人有自我保護、自我監督、事實調查、資訊公開等義務。

當行政主體在法律框架下，將公共任務交由私人承擔，以利於促進公共利益，擔保責任即發生作用。國家對於公共利益有最初始的責任，而履行公共任務之私人仍是基本權主體，享有憲法上基本權利，並不當然地承接確保公共利益之義務。因此，國家僅能透過法律規定或契約約定，將其對公共利益的責任移轉予私人<sup>193</sup>。私人承擔的公益責任屬第二線責任，意即國家確保公益的責任，並不因私人承擔公共任務而完全排除。由於責任分配對於實現公益有重大意義，且課予私人一定義務，有干涉其基本權之虞，應有法律具體化與明文化，即適用法律保留原則<sup>194</sup>。

## 貳、擔保國家理論之憲法上規範基礎

### 一、德國基本法

德國基本法中並未直接出現「擔保國家」、「擔保責任」等用語，但有諸多揭示國家「擔保」地位的規範<sup>195</sup>。以基本法第5條第1項第2句為例，該條文規定新聞自由與出版自由應受到擔保。然該條文之「擔保」，似可理解為人民基本權利應受到保障，其與擔保國家脈絡下的擔保責任非屬一致，無公私合作背景，而擔保國家則

<sup>193</sup> Schmidt-Aßmann, a.a.O.(Fn. 55), §3, Rn.114. 中譯本請見：Schmidt-Aßmann 著，孫迺翊譯(2009)，前揭註25，頁190。

<sup>194</sup> Weiß, a.a.O.(Fn. 21), S.1179.

<sup>195</sup> 德國基本法中，出現18次「擔保」一詞(Art. 4, 5, 7, 9, 13, 14, 16a, 23, 28, 29, 115, 142 GG)。

源自於公私合作所產生的國家角色與責任問題。

基本法修正後，制訂了飛航安全民營化(Art.87d GG)、鐵路民營化(Art.87e Abs.3 u.4 GG)、郵政與電信民營化(Art.87f GG)等民營化條款，是憲法對於擔保國家有指引效力(Direktionskraft)的證明<sup>196</sup>，因民營化是擔保國家形成的主要原因之一，更是國家有擔保責任的前提要件<sup>197</sup>。德國學者 Franzius 認為，基本法第 87f 條第 1 項即為反映擔保國家理念的最佳例子。該條文宣示了聯邦必須擔保郵政系統與電信通訊有適當且充分的服務，且同條第 2 項將郵政與電信服務歸為私人經濟活動。本項規定顯示國家不再是服務的給付者，而是居於確保私人提供服務的擔保者地位，修憲者設置了國家對郵政與電信市場的「擔保義務(Gewährleistungspflicht)」<sup>198</sup>。

## 二、憲法上原則作為規範基礎

如同上文所言，基本法雖未賦予擔保國家直接的規範基礎，然基本法中的民營化條款，透露出國家擔保責任的意旨。復以自憲法上各項原則的要求，包含：民主原則、法治國原則、社會國原則、基本權保護義務，可間接導出擔保國家在憲法上的規範基礎。

### (一) 民主原則

民主原則(Demokratieprinzip)要求國家的權力來自於全體國民，國家的所有行為皆需受到「控制」，維持一定的正當性水準。公私協力雖使國家卸除執行責任，然亦建立了私人特殊的權力地位。國家應擔保私人履行公共任務的合法性與民主正當性。負有監督私人之責任，使公共任務的履行仍受到民主原

<sup>196</sup> Schoch, a.a.O.(Fn. 179), S.243.

<sup>197</sup> 林明鏞(2010)，前揭註 173，頁 582。

<sup>198</sup> Franzius, a.a.O.(Fn. 178), S.351.

則控制。國家對私人執行公共任務有「最後責任」，無論私人以參與公共任務之程度與方式為何，都必須由具民主正當性的國家對其決定負責。國家可由組織與程序面向進行調控，例如設置監督方式及程序，並確實進行有效的監督；或者課予私人提供營業資訊之義務。

民主原則一方面要求國家權力的行使，形式上需有民主正當性，即國會得直接或間接加以控制。另一方面，權力行使的內容亦需有實質正當性，即實質民主原則。為實現實質民主，強調人民對公共事務的參與，避免僅由少數決定政策，並提升人民在決策過程的主體性地位，以及決策內容的實質正當性。

社會福利任務涉及服務對象的權利與自我決定權，且社會給付之主要目的，係滿足服務對象需求，故服務對象不應被視為被動的接受者。在實質民主原則的要求下，國家應設置人民參與之機制，例如舉辦公聽會、賦予陳述意見的機會，擴大服務對象的參與，有助於建立其主體性地位<sup>199</sup>，以確保服務對象的需求能藉由受領社會給付獲得滿足。

## (二) 法治國原則

擔保國家模型的根基—新公共管理模式，被認為可能與法治國原則(Rechtsstaatsprinzip)、民主國原則產生衝突<sup>200</sup>。然而，擔保國家的法治國形式仍然必須具有合憲性。因此，法治國原則與國家模型的變遷並非相互矛盾<sup>201</sup>。

<sup>199</sup> 陸敏清(2010)，前揭註 18，頁 75-76。

<sup>200</sup> 「新公共管理模式」指在公共行政領域中，引入企業管理之理念、方法與技術，以服務及顧客為導向，並強調市場競爭，藉以提高公共服務的品質與效能。企業管理模式原以追求經濟效益為主要目標，憲政國家要求的民主正當性、依法行政、正當法律程序等原則，係追求國家權利的正當性與實現人民基本權，兩者可能相互扞格，是謂與憲法上原則有所衝突。

<sup>201</sup> Knauff, Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge, 2004, §3 S.215.

權力分立要求法治國家對於任一權力或利益團體「保持距離」，維持國家的中立性<sup>202</sup>。公私協力模式下，傳統國家與私人的雙面關係，轉變為三方或多方關係。以公私協力履行社會福利任務為例，至少涵蓋「國家—提供服務之私人—服務對象」三面法律關係。因而立法者制定規範時，必須注意平衡公益與私益，以及調和不同的私益，避免法律規範或政策傾向特定一方利益，產生利益輸送或官商勾結的疑慮。法治國家應設計相應之公開、透明制度，例如設計公開透明的私人夥伴甄選程序，並在甄選程序中維持中立性，保障所有競爭者以平等的地位參與甄選；又或者賦與國家資訊公開義務，揭露公私合作的程序與內容，以消弭國家圖利特定私人之疑慮。

另一方面，由於私人作為基本權利主體地位，不應承擔公共任務有所變更，國家如干預私人履行任務之行為，應有法律保留原則之適用。此外，基於法治國家「有權利，即有救濟」之要求，應設置有有效、合乎正當程序的權利救濟途徑，使履行任務之私人、競爭者或受領服務者認為其權利受到侵害時，皆有提起權利救濟之可能性。

### (三) 社會國原則

社會國原則(Sozialstaatsprinzip)作為國家目標規範(Staatszielbestimmung)，指引一個公共福祉導向的國家體系，課與國家有形成與實現社會國目標之總體保障責任(Gesamtgewährleistungsverantwortung)，以實現社會安全、社會衡平、社會正義等目標。社會國原則有其不可侵犯的核心領域：

---

<sup>202</sup>許登科(2008)，前揭註 185，頁 129，。

維持人性尊嚴的最低限度<sup>203</sup>。然而，社會國原則並未賦予國家獨力、親自履行公共任務之義務，除憲法上有明文規定，國家有自行選擇給付手段與方式的自由。

社會國原則具體內涵因各國社經情況而異，難以一概而論，相同的是，社會國原則主要理念在於：維持公平正義的社會秩序。私人承擔公共任務的履行，國家仍有責任維持公平正義的社會秩序<sup>204</sup>，私人履行公共任務雖不必然具公權力行使地位，然可能藉由公共任務的履行享有特殊地位或特權，例如經營某項交通事業的特許權。基於社會國原則的要求，國家應調和公共利益與私人利益的平衡，以達成社會的公平正義。又，德國基本法上有「法治社會國」一詞，德國學者 Zacher 指出，社會國乃在法治國程序、形式及範疇下所實現，同時也是追求社會目標的法治國<sup>205</sup>。法治國與社會國是手段與目的間的關聯，社會國理念需在法治國的界限與框架內實現。公私協力履行公共任務應同此意旨，即在法治國原則的要求下，實現社會國的任務。因此，縱使公共任務由私人履行，國家仍應確保公共任務的提供維持一定功能與品質，以符合社會國原則下，提供最低生存條件與社會公平正義的要求。

國家將社會福利設施委由私人經營時，更應注意社會國原則之要求，因服務對象對於社福設施有緊密的依賴性，使用社福設施之頻率較一般人更高，以接受居住式照護的服務對象為例，療養院的身心障礙者、老人安養中心的老人，其日常生活與醫療復健活動，皆由社福設施安排與執行。又例如安置於收

---

<sup>203</sup> Knaufl, a.a.O.(Fn. 201), §3 S.192-193.

<sup>204</sup> 詹鎮榮(2006)，〈社會國原則—責任主體、類型及界限〉，《月旦法學教室》，42期，頁45-48。

<sup>205</sup> 郭明政(1997)，〈法律在社會福利中之角色與任務〉，《社會安全制度與社會法》，頁94，台北：自刊。

容機構之兒童，如由安置機構行使父母對子女之權利義務<sup>206</sup>，其身心發展與權益皆與安置機構所提供之服務，有直接、密切之關連。社福設施營運之品質與功能，直接影響服務對象的權利與利益，國家應負有更高的擔保責任，來確保服務對象的需求或得滿足。

#### (四) 基本權保護義務

給付國家由國家親自履行公共任務，基本權利的侵害來自於國家公權力，因而發展出基本權之防禦功能。擔保國家脈絡下，私人承擔公共任務的履行，形成「國家—給付者—受給付者」的三面關係，受給付者一方的基本權利侵害非來自於國家，而是來自於他方人民，即給付服務之私人。因此，擔保國家的基本權防禦功能，轉變為基本權保護義務(Schutzpflicht)<sup>207</sup>，國家有積極作為義務，保護人民的基本權不受到其他基本權主體的干預。當人民基本權利受到第三人侵害，國家有排除侵害之義務，以保護基本權利得以實現，更有積極形成法律或制度之義務，以實現保護意旨。然需注意者，係參與履行公共任務之私人亦為基本權主體，其基本權利受憲法保障，與服務對象之間形成基本權衝突的問題，國家必須適當地平衡利害關係人間的利益。

擔保國家必須建立適當的法秩序，以調和、平衡不同私人之間的基本權利，此項要求不僅來自於重要性理論

---

<sup>206</sup> 兒童及少年權益與福利保障法第 60 條第 1 項：「安置期間，直轄市、縣（市）主管機關或其交付安置之機構或寄養家庭在保護安置兒童及少年之範圍內，行使、負擔父母對於未成年子女之權利義務。」

<sup>207</sup> Knaufl, a.a.O.(Fn. 201), §3 S.189.

(Wesentlichkeitstheorie)，亦來自於基本權保護義務<sup>208</sup>。基本權保護義務非使人民的基本權「絕對地」不受侵害，其有兩原則：「不足禁止原則(Untermaßverbot)」與「過度保護禁止原則Übermaßverbot」，要求國家必須依照侵害的種類與程度，採取不同的保護措施<sup>209</sup>。

基本權利保護義務對於擔保國家之要求，一方面需考量履行任務之私人的職業自由權，另一方面需保障受給付者的基本權利行使。對履行公共務之私人而言，「是否參與履行公共任務」以及「如何履行公共任務」，涉及其職業自由、財產自由與一般行動自由等憲法上基本權利。例如法規中限制參與履行公共任務私人資格，可能對私人的職業自由形成干預。除此類明顯的限制措施外，學者認為，在公私協力的社會自我管制脈絡下，試圖影響私人自我決定的不利措施或有利誘因，該私人的自我管制已非出於完全的自我決定，意影響私經濟主體的基本權利<sup>210</sup>。

另一方面，國家對於第三人亦有基本權利保護義務，第三人可能包含：競爭者、使用者、消費者，服務對象等利害關係人。私人履行公共任務的過程中，可能影響第三人的生存權或財產權，國家應保護其第三人之基本權利免受損害。例如制定法規以管制私人執行公共任務之行為；或於公私協力的契約中訂定監督條款；又或者賦予利害關係人法律上權利，使其得積極排除侵害、請求給付。對於第三人之基本權保護措施，可能同時限制履行公共任務私人之基本權，仍需合乎憲法上限制

<sup>208</sup> Knaufl, a.a.O.(Fn. 201), §3 S.190

<sup>209</sup> 李建良(1997)〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，《人文及社會科學集刊》，9卷1期，頁49-50。

<sup>210</sup> 詹鎮榮(2003)，前揭註36，頁21。

基本權的界限，例如遵守比例原則。

### 參、擔保責任於行政法上之落實

#### 一、擔保國家的立法責任

擔保國家履行公共任務模的特色，乃私人力量的活化 (Aktivierung privater Kräfte)，以及備置確保公益的規則結構 (Bereitstellung gemeinwohlsichernder Regelungsstrukturen)<sup>211</sup>。意即國家有責任建立一個法律框架，加強私人力量對公共任務的參與，同時確保公益的維護。擔保國家優先透過立法權的行使，來實現其擔保責任，立法者有建立合乎國家擔保責任之法規範的立法責任 (Rechtsetzungsverantwortung)<sup>212</sup>。然而，立法責任並非擔保國家實現擔保責任的唯一方式，現代法治國家的權力運作方式分為行政權、立法權與司法權，擔保國家行使權力時，每一種國家權力都有實現擔保責任之義務。然從德國機關功能最適理論的角度分析，立法機關最能回應民主原則、法治國原則以及基本權保護義務對擔保國家的要求，設置一個確保公益的法律框架。

按德國實務與學界提出功能適當(funktionsgerecht)機關結構理論，依據機關的內部結構、組成方式、配備、決策方式與程序等條件，判斷何機關對於重要事務的種類與性質，能夠「盡可能正確 (möglichst richtig)」地做決定<sup>213</sup>。相較於行政機關，立法機關具直接民主正當性之基礎，且立法院議事須經公開透明的言詞辯論、多數決程序，擔保國家基於法治國原則所要求的中立性，透過公開、透明的議事程序更能達成。復以私人承擔公共任務的履行責任，涉

<sup>211</sup> Schoch, a.a.O.(Fn. 179), S. 242.

<sup>212</sup> Franzius, a.a.O.(Fn. 178), S.355.

<sup>213</sup> 許宗力(2007)，〈迎接立法國的到來？！—評釋字第五二〇號解釋〉，《法與國家權力(二)》，頁393，台北：元照。

及該私人夥伴與第三人之基本權利，依據重要性理論，限制人民生命與身體自由以外的自由權利時，需有法律之規定，或由法律具體明確授權予行政機關規定。且立法機關的民意代表具有多元性，對於不同利益之間的調和與平衡，得以有更加完整的考量。在機關功能最適理論下，立法權較行政權更能回應憲法上的要求，因此，立法者制定法規以具體化擔保責任，乃國家實現其擔保責任的優先方式。

承前所述，擔保國家對於確保公益之規則，有一種「備置責任(Bereitstellungsverantwortung)」，即國家有責任備置法律框架，擔保國家的立法者不僅制定實體法，亦有備置程序法與組織法的責任。擔保國家強調組織法作為「治理資源(Governance-Ressource)」的重要性，以達成公益為標準，引導私人組織的形成與運作。另一方面，立法者應設置正當程序，例如公平的競爭程序私人或協商程序。透過正當程序的設置，得以確保決定的正確性<sup>214</sup>。

## 二、擔保國家管制方法

管制(Regulierung)一詞在傳統法律學上，被認為與「法律」、「統治高權」幾為同義詞<sup>215</sup>。傳統上國家以高權命令(下命式管制)或設置法規作為管制手段，可能涉及社會各個活動領域，例如在經濟法領域，國家以高權地位介入私經濟活動，影響市場的運作，藉以限制或調整市場機能。

現代給付國家的國家任務快速膨脹，傳統的國家任務—維持公共秩序與社會安全，已無法滿足人民的需求，國家任務擴張至生活各個領域，例如：通訊傳播、金融市場、食品安全、

<sup>214</sup> Franzius, a.a.O.(Fn. 178), S.355-356.

<sup>215</sup> 詹鎮榮(2004)，〈德國法中「社會自我管制」機制初探〉，《政大法學評論》，78期，頁81。

環境資源等活動，皆成為國家任務的一環。然而，現代社會之專業與技術日新月異，國家未必對於各個領域皆具備專業知識與管制能力，無法制定完善的管制法律；或資源不足無法有效執行管制命令。因而產生「管制失靈」的現象<sup>216</sup>。另一方面，公營企業民營化促成市場的開放，市場自由競爭，「解除管制」之說法。

在擔保國家的脈絡下，國家雖從給付的第一線地位退出，有國家撤退的現象，並不意味著國家完全擺脫管制的責任，（或者喪失管制的權力），否則公私協力易淪為國家卸責之辭。國家的責任從履行責任轉變成擔保責任，「監督」與「管制」乃是不可或缺的關鍵<sup>217</sup>，擔保國家進行管制與監督，以擔保私人執行公共任務合乎公益性。因此，擔保國家無解除管制之意涵，毋寧是管制形式與手段產生變遷。由於公私協力結合了公、私部門的運作理性，單純高權式的命令或禁止管制措施已不敷使用，應考量更有助於達成效率與彈性的管制手段。

由於新興行政任務往往涉及高度專業性與複雜性，私人對於該領域相關活動，具備較充分的專業知識與經驗，有較佳的能力預測未來發展。運用社會自我管制，由私人自主訂定相關規範或其他管制、約束方法，能夠維持私人組織的運作邏輯與彈性，設計符合私部門需求與未來發展之規範，且能減少國家管制負擔。例如，擔保國家的管制方法之一為「社會自我管制」，係由非國家部門之「社會」作為管制主體，以自身行為方式與規範確保自身利益，創造社會共同利益的平衡狀態<sup>218</sup>。

擔保國家立法者制定公私合作的管制法律時，應考量的是，

---

<sup>216</sup> 詹鎮榮(2004)，同前註，頁 82。

<sup>217</sup> Weiß, a.a.O.(Fn. 21), S.1180.

<sup>218</sup> 許登科(2008)，前揭註 185，頁 139。

基於公、私部門之目標與運作方式各自不同，在公私合作模式中，強調的是維護社會各系統的自我運作方式，並結合不同部門與不同運作模式，來達成更高的任務執行效率與效益。因而公私合作的過程中，為使公益與私益平行發展，仍應維持國家與社會各自的運作邏輯與特性<sup>219</sup>。為此，擔保國家立法者應採取「框架式立法」規範公私合作之法律關係，無須制定細節性事項，避免法律規範過度僵化<sup>220</sup>，一方面管制公私合作關係以確保公益維護，另一方面保留公私合作之彈性與效率。

### 三、擔保行政法之建構

#### (一) 擔保行政與擔保行政法

擔保責任得作為一種單獨的行政類型，即「擔保行政(Gewährleistungsverwaltung)」。擔保行政的面向涵蓋：多元利益結構、基本權同時兼有防禦與保護功能、第三人保護、綜合的行政決定<sup>221</sup>。然其關鍵在於：國家與私人共同實現公共福祉。由於國家與私人所追求的目標與利益不同，進而影響兩個系統的運作邏輯。為使公益與私益達到平衡，應維持國家與社會的運作能力，以及兩個系統各自的特性<sup>222</sup>。實現公益是國家行為具有實質正當性之基礎，私人從事私經濟活動並無實現公益之義務，然私人承擔公共任務的履行責任，國家承擔擔保責任，各自的責任分配，意味著私人與國家實則共同承擔「公益」的責任，因此擔保行政以「國家與私人共同實現公共福祉」為關

<sup>219</sup> Voßkuhle, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL, Bd. 62 (2003), S. 307; Schoch, a.a.O.(Fn. 179), S245.

<sup>220</sup> 許登科(2008)，前揭註 185，頁 140。

<sup>221</sup> Schmidt-Aßmann, a.a.O.(Fn. 55), §3, Rn.116. 中譯本請見：Schmidt-Aßmann 著，孫迺翊譯(2009)，前揭註 25，頁 191。

<sup>222</sup> Voßkuhle, a.a.O.(Fn. 219), S.307.

鍵之概念。

Schmidt-Aßmann 指出，擔保行政有四項基本原則<sup>223</sup>：

1. 保有國家與社會兩個系統各自的理性，即維持國家的中立性與社會的彈性。
2. 合作後仍維持彈性。
3. 兩個體系皆需有持續自我檢驗機制，得公開為之。
4. 建立一個國家法規範協助的架構，提供目標與框架，但不僵化的法律內容。

「擔保行政」所處理問題，是擔保國家的概念在行政上如何具體被落實，促使擔保國家理論能夠細緻、具體地實現於行政中。「擔保行政法」則是在一個整體政策考量下，設計、規範必要的組織、程序和行為，作為規範擔保行政之法律。私人參與的興起，形塑出擔保國家模型，伴隨而生的是，建立確保公共利益的法律框架。

## (二) 擔保行政法之特徵

### 1. 涵蓋公法與私法的行為形式

擔保行政法涵蓋公法與私法的行為形式，兩者具有相互補充之關係<sup>224</sup>。一來因擔保國家基於公益，以公法手段介入私法領域，而私人的行為非僅遵循私法自治即為已足，私人有與國家共同實現公益之義務，以社會自我管制為主要管制手段，單純的公法或私法行為形式已不敷使用。另

<sup>223</sup> Schmidt-Aßmann, a.a.O.(Fn. 55), §3, Rn.116.

<sup>224</sup> Schmidt-Aßmann, a.a.O.(Fn. 219), §6, Rn.28-30. 中譯本請見：Schmidt-Aßmann 著，張錕盛 譯(2009)，〈行政行為體系〉，林明鏘等譯，《行政法總論作為秩序理念—行政法體系建構的基礎與任務》，頁 320-321，台北：元照。中文相關文獻：許登科(2006)，〈「民間參與」之法制分析—以評論高雄高等法院 92 年度訴字第 569 號、最高行政法院 94 年度判字第 1177 號裁判為中心〉，《法學叢刊》，204 期，頁 138 以下。

一方面，擔保行政法尊重國家與社會（經濟領域）各自的運作邏輯，保留公、私部門不同的功能與個別理性 (Eigenrationalität)<sup>225</sup>，使國家與社會皆能發揮其特性，調合公益與私益，以達成公私合作的最佳結果。

## 2. 以「管制」為核心

「管制」為擔保責任的核心概念，意味著國家對社會與經濟活動的影響，追求超越個案的秩序目標。擔保國家以法律為管制的核心媒介，透過法律來劃分具拘束力的界線。因此，擔保行政法是管制法的第一道防線，其不僅限制自由權之行使，更保護並實現自由權<sup>226</sup>。擔保行政法雖以社會自我管制主要管制方式，保有私部門的行為規則與特性。擔保行政法採取「框架立法」，立法者設定目標與責任分配之履行任務的選項，具體細節則給予參與者決定及裁量空間<sup>227</sup>。然社會自我管制無法取代國家的管制，國家保有最後責任，國家在市場失靈導致公益有所損害時，國家仍有介入必要性。

## 3. 建立擔保架構

不同於秩序法，擔保行政法的目標，並非作為個別行為具體法律關係的指引規則。擔保行政法之目的是實現「總體概念(Gesamtkonzept)」，設定公、私部門責任分配的法律框架。另一方面，擔保責任建立長期有效的擔保架

<sup>225</sup> Voßkuhle, a.a.O.(Fn. 219), S.307.

<sup>226</sup> Schoch, a.a.O.(Fn. 179), S.245.

<sup>227</sup> H. Bauer 著，李建良譯(2012)，〈民營化時代的行政法新趨勢(Neue Tendenzen des Verwaltungsrechts im Zeitalter der Privatisierung)〉，《台灣法學雜誌》，203 期，頁 66。

構(Gewährleistungsstruktur)。擔保架構透過程序法上要求、組織要素、內容目標，進一步與國家與私人之任務分配相互連結<sup>228</sup>。擔保行政法至少在程序、組織、目標三個面向，以擔保手段（例如：契約管理、財務監督、資訊公開等監督機制。）對公私合作關係進行適當的調控。

#### 4. 公私部門間的相互學習

「知識問題(Wissensproblem)」是擔保國家的一項挑戰。相較於國家，履行任務之私人在專業領域擁有更多的知識與經驗，雙方的知識資訊可能處於不對等地位。知識乃國家形成規則框架、判斷結果的基礎，且私人無法繼續給付時，國家接手承擔公共任務的可能性在於：有相關知識。因此，擔保行政法有必要建構適當的資訊與溝通規則(Informations-und Kommunikationsregeln)，促使公私部門持續相互交流知識，並將相互學習的程序加以制度化<sup>229</sup>。

#### (三) 擔保行政法之內涵<sup>230</sup>

擔保行政法將憲法上各項原則對擔保國家的要求，進一步在行政法領域具體化。德國學者指出<sup>231</sup>，擔保行政法所應具備之內涵，至少包含：品質與結果的確保、私人資格與甄選程序、第三人保護、指引與控制、評估與學習、有效的國家接管權。

<sup>228</sup> Voßkuhle, a.a.O.(Fn. 219), S. 307-308.

<sup>229</sup> Voßkuhle, a.a.O.(Fn. 219), S. 308.

<sup>230</sup> 擔保行政法之重要原則由德國學者 Voßkuhle 發展而出。Voßkuhle, a.a.O.(Fn. 219), S. 311ff. 中文相關文獻，請參見：林明鏞(2010)，前揭註 173，頁 589-591。

<sup>231</sup> Voßkuhle, a.a.O.(Fn. 219), S. 310-326; Schoch, a.a.O.(Fn. 179), S.245.

## 1. 私人給付品質與給付結果的確保

提供一定數量與品質的服務，係私人夥伴的主要義務，私人給付品質必須與國家所給付者相同或更佳。擔保國家有確保此義務的「結果責任(Ergebnisverantwortung)」。<sup>232</sup>立法者與行政主體應依據事務領域，採取不同方式履行結果責任。例如以法律規定私人的公法上給付義務；或在契約中約定特定給付義務；或設立以提供特定公共服務為企業目的的公私合資企業。至於私人給付品質與數量的標準，應由私人參與決定，因私人對於自身給付能力能進行較佳的評估<sup>232</sup>。

## 2. 私人夥伴資格與甄選程序

公共任務是否能達成給付標準，與私人夥伴之資格與能力密切相關，即履行任務的關鍵在於：私人的專業能力、可靠度與給付能力。因此，擔保行政法應設定私人資格的基本條件，以提升私人履行公共任務之品質。且為持續確保品質合於一定標準，可設計產品安全的認證程序或專業人員認證制度<sup>233</sup>。

至於選擇私人夥伴的程序，攸關國家能否正確地選出具有適當給付能力之私人夥伴，擔保行政法應建立透明、公平、競爭導向的甄選私人程序<sup>234</sup>。競爭導向的甄選程序，可適當地促進私人間良性競爭，減少私人壟斷情形。而公開透明的程序有助於確保中立性與公平性，依法治國之要求，行政機關維持行政中立，使所有競爭者立於公平競爭

<sup>232</sup> Voßkuhle, a.a.O.(Fn. 219), S. 311-312.

<sup>233</sup> Voßkuhle, a.a.O.(Fn. 219), S.134.

<sup>234</sup> Voßkuhle, a.a.O.(Fn. 219), S.316.

地位，避免國家圖利特定廠商或利益輸送之情形。

### 3. 第三人權利保護機制

私人履行公共任務時，往往涉及私人履行公共任務之競爭者、使用者或消費者等第三人權利義務，形成多方法律關係<sup>235</sup>。然而，國家已退出第一線給付的地位，使用者或消費者等第三人如受到權利侵害，係來自於履行任務之私人。由於基本權的防禦功能所對抗之對象為公權力主體，個人無法直接援引基本權對抗私人，國家的基本權保護義務更有其重要意義。

因此，國家基於基本權保護義務，應積極形成於擔保行政法中，積極形成第三人保護機制，例如：課與私人保證第三人有接近權之義務；在特定條件下強制締約；遵守法治國的程序標準<sup>236</sup>；賦予第三人於一定期間內陳述意見之機會。由於私人夥伴亦受憲法基本權利之保障，可能與第三人的權利形成衝突，擔保國家應調和不同權利主體之利益，確保公益與私益平衡發展。

### 4. 指引與控制

為確保私人履行公共任務合於公益與法律規定，國家應擔負指引與控制的責任，加強對私人組織、程序與給付內容的控制。指引與控制的主要措施包含私人自我監督、外部監督與公開資訊義務<sup>237</sup>。德國學者 Voßkuhle 具體提出擔保國家指引與控制方法，並且指出，各種引導與控制

<sup>235</sup> Schoch, a.a.O.(Fn. 179), S.245

<sup>236</sup> Voßkuhle, a.a.O.(Fn. 219), S.319.

<sup>237</sup> Schoch, a.a.O.(Fn. 179), S.245.

的措施，仍須結合前述私人資格與甄選的程序，以達成適當的控制水平(angemessenes Kontrollniveau)<sup>238</sup>。

- (1) 加強預防性監督，例如：要求私人設置諮詢委員會或專門顧問。
- (2) 建立企業自我監督制度，例如：審計程序、企業諮詢、品質管理系統、各部門特殊的最佳實務準則(codes of best practice)。
- (3) 擴大資訊公開、檔案公開與報告義務。
- (4) 建立平行的私人控制結構，例如課予私人夥伴締結責任保險的義務。
- (5) 利害關係人得透過資訊請求權進行監督。
- (6) 由組織獨立的行政單位進行監督，例如設置具獨立性與專業性的管制機關；或委託專業第三人監督。

## 5. 評估與學習

私人履行公共任務可能持續一段長時間，為修補私人履行期間可能出現的缺點，以及擔保整體的運作功能，因而有必要進行定期評估(periodische Evaluierung)。在公私合作的初期，所有參與公共任務履行之私人必須共同確立評估方法與標準。進一步言，於評估完成後，必須有依照評估結果進行修正的可能性，例如於契約中訂立合作期限或事後協商條款<sup>239</sup>，以提高評估機制的有效性。

<sup>238</sup> Voßkuhle, a.a.O.(Fn. 219), S.322-324.

<sup>239</sup> Voßkuhle, a.a.O.(Fn. 219), S.325.

## 6. 有效的國家接管或撤回選擇權

擔保國家必須擔保私人的給付不中斷，因此，如出現私人給付有重大瑕疵、私人無法繼續給付，或市場失靈 (Marktversagen) 之情形，基於國家的補充責任與最後責任，擔保行政法應設計國家撤回選擇權 (staatliche Rückholoptionen)<sup>240</sup>，國家保留契約解除權，或終止契約後取回公共任務。使公共任務之履行維持不墜，減緩私人給付瑕疵或給付中斷所造成的不利益，並確保使用者或服務對象之權利。

國家貿然接手公共任務不必然合於現實，因國家可能缺乏人力、物力資源或專業知識，因此，擔保行政法中應建立公私部門相互間的資訊與溝通機制，使雙方有交換與學習知識的管道，確保國家能有效行使接管權<sup>241</sup>。國家可透過法律規定或契約約定，在終止或解除契約後，課予私人「過渡義務」，強制私人在特定期間繼續經營，或課予私人將資產與專業知識移轉予國家之義務<sup>242</sup>。

## 肆、擔保國家對公私協力之調控

### 一、法律規範層次

擔保國家在法律規範層次對公私協力的調控，由立法者建制法律框架，設定公私協力的目標、責任分配之履行任務的選項，或以其他方式為相對嚴格的法律上指示。立法者僅為框架性的決定，留

<sup>240</sup> Schmidt-Aßmann, a.a.O.(Fn. 55), §3, Rn.117. 中譯本請見：Schmidt-Aßmann 著，孫迺翊譯(2009)，前揭註 25，頁 192。中文相關文獻：林明鏘(2010)，前揭註 173，頁 591。

<sup>241</sup> 見本章節、參、三、(二)、4「公私部門間相互學習」。

<sup>242</sup> Voßkuhle, a.a.O.(Fn. 219), S.326.

與公私合作之當事人一定的行為與決定的裁量空間<sup>243</sup>。公私合作的階段，履行公共任務前的調控是：是否得以公私協力為履行方法？在法律規範層次相應的問題是：公私協力是否須有法律保留原則的適用？可否由法律授權行政機關以行政命令定之？應以層級化法律保留為基礎，依照不同事務性質決定是否有法律保留原則的適用<sup>244</sup>。決定以公私協力為履行任務的方式後，後階段的調控重點則在於國家責任的延續，例如：建立合乎民主原則、法治國原則要求的程序法；將國家對私人給付之品質的擔保義務具體化；以及保有國家的最後責任。

## 二、契約規範層次

公私協力之當事人締結契約作為合作之法律關係基礎，擔保國家的立法者僅建立法律框架，因個案所涉及的事務領域、性質不同，雙方具體的權利義務關係多在契約中聲明。契約乃公私協力過程中具體化之行政行為，由當事人基於平等地位進行協商，為自主性的規範，具體地設定當事人權利義務的內容。

當事人事前擬訂契約條款時，應盡可能地制定詳細且具體的約款，例如在契約中確保行政機關的影響力，並明確列出私人給付內容、品質、價格、風險分配等條款，作為行政機關履約監督基礎，並預防紛爭發生。事後的履約監督、契約調整機制，則得以確保當事人履行契約上義務，且在當事人未違反契約義務時，分配雙方的應承擔之責任。另一特殊之處，係行政機關的「撤回選擇權」係締約的基本內容<sup>245</sup>，使國家保有運作能力，在私人無法繼續給付時，

<sup>243</sup> H. Bauer 著，李建良譯(2012)，前揭註 227，頁 66。

<sup>244</sup> 公私協力履行社會福利任務是否適用法律保留原則，請參見本文第二章、第二節、壹、二、「憲法上原則與界限」。

<sup>245</sup> H. Bauer 著，李建良譯(2012)，〈德國行政法上行政契約發展面面觀(Entwicklungsperspektiven

有效行使其補充責任，擔保服務對象受領服務之權利。

關於契約管理與監督不善所衍生之爭議，以德國德勒斯登公有住宅民營化一案為例，德勒斯登市於 2006 年將其所持有的德勒斯登不動產有限公司的股份售予一家投資公司“Gagfah”，市政府與投資公司締結社會約款(Dresdner Sozialcharta)<sup>246</sup>，試圖藉社會約款保障原公有住宅中承租人的權益，例如：六十歲以上以及重度身障的承租人，有終身居住權；五至十年內租賃費用不調漲等規定。然而，學者批評，社會約款中對於提高租金、奢侈設備現代化、民營化等條款，在時間與實質方面皆十分限縮，契約中模糊的文本與界限，使社會約款無法發揮功能，反而給予投資公司廣泛的形成空間作成契約解釋<sup>247</sup>。民營化後的德勒斯登不動產公司未遵守契約中「承租人優先購買權」的規定，且未透過與第三人的買賣契約將社會約款的義務轉移於買受人，德勒斯登市因此向德勒斯登不動產公司提出高達十億元的違約金訴訟<sup>248</sup>，社會約款保障承租人之良意，似乎失去作用。

契約的形成儼然已公私協力順利運作的支軸與樞紐，更是公私協力成功的條件<sup>249</sup>。近年德國學界與實務界出現「行政合作法」倡議，其中不乏透過契約形成的規範，以進行調控。例如，學者 Schuppert 在其所擬定的行政程序法修正草案中提出：「契約中應以適當方式確保行政機關在履行任務上有充分的影響力」學者 Ziekow 所提出之草案則主張，合作契約應確定行政機關對私人的

---

des Verwaltungsvertrags im deutschen Verwaltungsrecht)》，《台灣法學雜誌》，203 期，頁 94。

<sup>246</sup> H. Bauer 著，李建良譯(2012)，前揭註 227，頁 58。

<sup>247</sup> Stefan Kofner, kommunale Wohnungspolitik, Wohnungswirtschaft und Mietrecht, S.20-24.

<sup>248</sup> „Sozialcharta-Klage gegen Gagfah Dresden fordert 1 Milliarde Euro“, 01. Apr. 2011,

<http://www.n-tv.de/wirtschaft/Dresden-fordert-1-Milliarde-Euro-article2997076.html>

<sup>249</sup> H. Bauer 著，前揭註 227，頁 67。

資訊權、監督權與指令權<sup>250</sup>。2007年德國 Schleswig-Holstein 邦公布促進公私夥伴關係法<sup>251</sup>，其中第7條第1項規定：「公私合作所締結的契約，應以適當的方式確保行政主體對於私人履行其給付義務，有充分的影響力。」該條文彰顯了國家調控機制的兩個層次：在法律規範層次，以法律明文規定「契約中必須保留行政主體的影響力」；在契約規範層次，則擬訂適當的契約條款，確保行政機關有充分的影響力，行政機關透過契約條款影響私人履行義務的行為，係對於契約的管理或監督。因此，無論是學者提出的法律修正草案或已公布之法律，皆顯現出行政機關契約的監督與管理，為國家調控公私協力的重要方式，並發揮其功能。

## 第二節 德國社會救助法上之公私協力

### 壹、公私協力履行社會救助任務

#### 一、公私協力模式

德國學者 Schmidt-Abmann 指出私人提供社會給付有兩種類型，一為國家本負有給付責任，例如法定健康保險，雖由私人履行，國家仍保有支付費用之給付責任，並負有擔保責任，確保私人之給付充分且合乎品質要求。另一種類型為行政機關就該社會福利任務不負給付責任，私人將之視為自身之任務，有時基於補充性原則，優先由私人承擔<sup>252</sup>。德國社會救助法所設定的社會福利任務，國家原本即有給付義務，雖由私人代為履行，國家仍有擔保責任，確保私人順利履行任務。德國社會法第12編社會救助法(SGB XII)第5條第1項規定：「教會、公法上宗教團體、民間福利聯合會本身的社

<sup>250</sup> 程明修(2010)，〈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》，7期，頁124-125。

<sup>251</sup> Gesetzes zur Erleichterung Öffentlich Privater Partnerschaften vom 19.06.2007

<sup>252</sup> Schmidt-Abmann, a.a.O.(Fn. 55), §3, Rn.31-32.

會任務，以及履行該任務的活動，不受本法影響。」同條文第 2 項規定：「社會救助主體（行政主體）履行本法所定之任務，應與教會、公法上宗教團體、民間福利聯合會共同合作。行政主體應尊重上開團體設定目標與履行任務的獨立性。」上開規定顯示，教會、公法上宗教團體、民間福利聯合會各自有社會任務，然學者指出，民間公益團體雖有給付社會福利之行為，僅是行使其憲法上基本權利（例如：職業自由、行為自由、宗教自由），民間公益團體並不負擔給付義務，社會法上所設定的社會福利任務，僅由國家部門負擔給付義務<sup>253</sup>德國社會救助法即以地方自治團體為給付主體 (§3 SGB XII)。

德國社會救助法上有兩種公私協力模式，其一規定於該法第 5 條，即行政主體應與教會、公法上宗教團體、民間福利聯合會合作，並給予適當的支持 (§5 Abs.3 SGB XII)，實務上以財務支持為多數<sup>254</sup>。其二則為該法第十章的公私協力模式，行政主體 (Träger der Sozialhilfe) 與民間機構 (Einrichtung) 締結服務提供契約，由民間機構向服務對象 (即給付請求權人，Leistungsberechtigte) 給付社會救助服務，行政主體基於公法上給付義務，應承擔服務費用 (§75 Abs.3 SGB XII)。

## 二、補充性原則

補充性原則 (Subsidiaritätsprinzip) 為社會給付的重要原則之一，源於自由主義的國家社會二元論，其所指涉者，係個人、團體及不同層級團體間的權限分配原則，揭示了國家立於協助或補充的地位，

<sup>253</sup> 張桐銳，(2002)，前揭註 65，頁 235。

<sup>254</sup> Münder, in: Münder u.a., SGB XII, Lehr-und Praxiskommentar, 8. Aufl., 2008, §5 Rn.28

個人或小團體在整體社會、國家結構中，有「行為優先權」<sup>255</sup>。補充性原則之典範描述，乃天主教教宗 Pius 於 1931 年發表之社會通諭(Sozialenzyklika)，其主張：「個人基於己力即可勝任之事項，不應將其剝奪，而成社會活動，小團體或下位團體能勝任且完成之事，如由大團體或上位團體行使，係違反正義。」當時歐洲飽受極權主義（國家社會主義、法西斯主義、共產主義）的摧殘與破壞，補充性原則係對於國家尊重個人自由權之呼籲<sup>256</sup>；並確立社會階層結構中，使各種社會團體作為國家與個人間的中間者，擔負社會整合功能<sup>257</sup>。

德國社會法典的個別法展現了補充性原則，社會救助法有數項具體規定，揭示了補充性原則之意旨。社會救助法第 5 條第 4 項即顯示了民間公益團體的優先地位，該條文規定，實物給付之社會救助服務，如民間公益團體能提供服務，行政主體應避免親自履行。同法第 11 條第 5 項第 1 句則規定了民間福利聯合會、法律諮詢專業人員與其他民間團體應優先提供諮詢與支持服務對象。又同法第 75 條第 2 項第 1 句有區分給付主體(Leistungsträger，即行政主體)與給付者(Leistungserbringer)之意<sup>258</sup>，該條文規定：若已有其他主體能提供適當的機構，或能擴建、創辦新機構，行政主體不應設立新的機構設施。因此，基於上開條文規定所揭示的補充性原則，民間團體（包含民間公益團體與營利團體）有優先給付社會福利之地位。

### 三、公私協力之合作對象

<sup>255</sup> 詹鎮榮(2003)，〈補充性原則〉，《月旦法學教室》，12 期，頁 35。

<sup>256</sup> 詹鎮榮(2003)，同前註，頁 34-35。

<sup>257</sup> 張桐銳(2002)，前揭註 65，頁 227。

<sup>258</sup> Münder, a.a.O.(Fn. 254), §75 Rn.8.

## (一) 民間福利聯合會

觀察德國社會給付的發展歷程，民間福利聯合會 (Verbände der freien Wohlfahrtspflege) 一直具有特殊的優勢地位，國家與民間福利聯合會合作關係密切，過去更排除營利團體參與給付。民間福利聯合會係由許多民間福利團體所組成的聯盟 (Verband)<sup>259</sup>。「Wohlfahrtspflege」指對社會弱勢者的照顧非以獲利為目的，而是以公共利益為目的。「frei」一字則指社會福利的提供非來自於地方行政主體或其他公法人<sup>260</sup>，存有「獨立性」意涵。民間福利聯合會在社會給付領域有重要的影響力，依據 2008 年的統計，民間福利聯合會共經營了 102,393 家福利服務機構，提供 3699,025 個床位與空間，總計雇用了 1541,829 名員工<sup>261</sup>。又例如在青少年扶助領域，民間福利聯合會於 2006 年所經營之機構，占全體機構總數的 76%，雇用人數達全體非營利團體受雇人數的 86%<sup>262</sup>。過去尚有許多統計資料，皆可見民間福利聯合會的重要性<sup>263</sup>。現行德國社會救助法雖以將營利團體納入合作給付之主體，然仍有行政主體與民間福利聯合會合作原則之相關規範，長久以來所形成的習慣與傳統，使民間福利聯合會在社會給付領域上，繼續發揮其重要性。

---

<sup>259</sup> 民間福利聯合會有六個主要的福利總會 (Spitzenverbände der freien Wohlfahrtspflege)：勞工福利 (Arbeitwohlfahrt)、德國天主教會福利團體 (Deutscher Caritasverband)、平等福利聯盟 (Der Paritätische Gesamtverband)、德國紅十字會 (Deutsches Rotes Kreuz)、基督教會福利團體 (Diakonisches Werk der Evangelischen Kirche in Deutschland)、猶太中央福利機構 (Zentralwohlfahrtsstelle der Juden in Deutschland)。相關中文文獻請參閱：張桐銳 (2002)，前揭註 65，頁 234 以下；孫迺翊 (2010)，前揭註 19，頁 36。

<sup>260</sup> Münder, a.a.O. (Fn. 254), §5 Rn.6.

<sup>261</sup> Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege, Einrichtungen und Dienste der Freien Wohlfahrtspflege: Gesamtstatistik, 2008, S. 14.

<sup>262</sup> Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege, a.a.O. (Fn. 261), S. 12.

<sup>263</sup> 例如根據 1997 年的統計，民間福利聯合會經營的老人與照護機構占總數 65%，身心障礙扶助機構占機構總數 80%。Vgl. Münder, in: Münder u.a., a.a.O. (Fn. 254), §5 Rn.11. 孫迺翊 (2010)，前揭註 19，頁 252，註 36。

按社會救助法第 5 條第 2 項規定，行政主體履行社會救助法上的任務時，應與教會、公法上宗教團體以及民間福利聯合會合作，且行政主體應尊重上述公益團體設定目標與履行任務的獨立性(Selbständigkeit)。行政主體與公益團體合作時，應以滿足服務對象利益為導向。行政主體對於民間公益團體在其任務領域的活動，應給予適當的支持(§5 Abs.3 SGB XII)。行政主體對於民間公益團體的支持，通常採取金錢上的補助，此時亦須遵守同條文第 2 項的原則，即行政主體應尊重民間公益團體獨立性<sup>264</sup>。又，行政主體對於民間公益團體的支持，非以財務為唯一手段，亦得透過諮詢、促進、實物給付等方式加以實現。行政主體支持民間公益團體的形式究應採取實物給付、金錢給付或其他形式，由行政主體為合義務裁量。行政主體非對於民間公益團體的所有活動皆絕對予以支持，僅針對有必要且合適者為之，呼應了社會法典總則第 17 條所賦予行政主體之義務，即行政主體必須擔保民間機構能提供及時且充分的服務(§17 Abs.1 Nr.2 SGB I)。民間公益團體無請求國家予以補助的權利，且不可請求國家給予特定形式或一定程度之支持。僅在行政主體的補助違反平等原則、行政主體未遵循社會法總則第 17 條的擔保義務，或未依照行政法上原則與規定行使裁量權時，民間福利聯合會方例外有請求權。

又，經民間公益團體同意，行政主體得將履行責任移轉(übertragen)於民間公益團體，或使其參與(beteiligen)履行，行政主體仍對於社會給付權利人負有責任(§5 Abs.5 SGB XII)。如前文所述，依社會救助法第 5 條第 4 項，民間公益團體有優先

---

<sup>264</sup> Schellhorn, in: Schellhorn u.a., SGB XII, Kommentar zum Sozialgesetzbuch, 18. Aufl., 2011, §5 Rn.13.

提供社會救助服務之地位，國家僅具補充性地位，則為何同條文第 5 項又有「移轉」、「參與」的相關規定？德國學界認為，第 5 項的「移轉」與「參與」，僅發生在無第 4 項優先性的情形下，即民間公益團體無從提供適當服務時，國家承擔履行責任，而國家可進一步將該任務移轉於民間福利聯合會，或使其參與任務<sup>265</sup>。行政主體對於私人參與履行社會福利任務，有裁量權限，先決條件係民間公益團體同意任務的參與或移轉，雙方合作的任務內容，例如：共同提供諮詢、由私人進行個別部門的家庭訪問等。又第 5 條第 5 項條文非委託行使公權力的法源依據，行政主體不可依據該條文將公權力委託於私人行使，雙方締結公法上契約<sup>266</sup>，民間公益團體無作成行政處分之權限，其行為亦不產生行政法上效果。第 5 項的「移轉」與「參與」僅在行政主體與民間福利聯合會之間發生內部關係，行政主體與仍保留其對於社會給付權利人之責任 (§5 Abs.5 S.2 SGB XII)。此外，受領給付者的法律地位不因民間公益團體的參與而有所變動，例如受領給付者仍保有向社會法院提起救濟之法律途徑<sup>267</sup>。

## (二) 營利團體

1996 年德國社會法典修正前，公私協力模式履行社會救助任務的合作對象為民間福利聯合會，其有優先提供社會救助服務之地位。社會法典修正後，公部門的合作對象已不再限於非營利團體，現行社會救助法第 75 條第 2 項第 1 句以「其他

<sup>265</sup> Wahrendorf, in: Grube/Wahrendorf(Hrsg.), SGB XII: Sozialhilfe mit Asylbewerberleistungsgesetz Kommentar, 3 Aufl., 2010, §5 Rn. 17.

<sup>266</sup> Münder, a.a.O.(Fn. 254), §5 Rn. 53 ; Schellhorn, a.a.O.(Fn. 264), §5 Rn. 38

<sup>267</sup> Schellhorn, a.a.O.(Fn. 264), §5 Rn. 37-40

主體」作為服務之給付主體，不同於舊法—德國聯邦社會救助法第 93 條，該條文以「民間福利聯合會」為給付主體，顯見立法者有意將營利團體亦納入合作對象範圍。因此，德國社會法典修正後，獨立福利服務聯盟不再居於優先承擔社會福利給付之地位，公益團體與營利團體立於平等競爭地位，以擴大民間參與、促進市場競爭，形成更自由的市場(freier Markt)<sup>268</sup>，公私協力履行社會福利任務由國家與民間福利聯盟的「合作模式」，走向開放營利團體與非營利團體共同參與之「市場競爭模式」<sup>269</sup>。為確保服務對象仍能以合理之價格取得服務，在服務具備相同內容與品質的前提下，行政主體應選擇服務價格未高於其他競爭者的私人夥伴(§75 Abs.2 SGB XII)。

#### 四、三面法律關係<sup>270</sup>

德國社會救助法上，由「行政主體—民間機構—服務對象」所構成法律關係，稱為「三面關係(Dreiecksverhältnis)」，描述三方主體相互間的權利義務關係，以釐清三方主體在法律上之地位。

三面法律關係的第一面向，乃服務對象與行政主體的法律關係。行政主體為社會救助法上之社會救助主體(Sozialhilfeträger)，服務對象為社會救助法上的給付請求權人(Leistungsberechtigte)。依德國社會救助法第一編總則第 17 條第 1 項第 1 款，行政主體有義務使每個合乎法定要件之服務對象能夠獲得適當、全面、迅速的社會給付。針對此一法定義務，服務對象有主觀的社會救助請求權。需注意者，在三面關係下，行政主體不親自提供服務，故服務對象基於社會救助請求權，並非請求行政主體為實物給付，而是請求國家承

<sup>268</sup> Schellhorn, a.a.O.(Fn. 264), §5 Rn. 6.

<sup>269</sup> Münder, a.a.O.(Fn. 254), §5 Rn. 53; 中文文獻請參閱：孫迺翊(2010)，前揭註 19，頁 252。

<sup>270</sup> Flint, a.a.O.(Fn. 128), §75 Rn. 5-6.

擔私人提供服務所產生之費用。

第二面向的三面法律關係存在行政主體與民間機構間，民間機構為服務給付者(Leistungserbringer)，雙方締結服務契約，約定由私人履行社會福利任務，國家有承擔服務報酬之義務，並負有監督責任，確保私人提供服務的合法性與合乎公益。此外，行政主體與民間機構間的法律關係，影響行政主體與服務對象之間的法律關係，因僅行政主體與民間機構依照社會法救助法第 75 條第 3 項成立契約關係時，服務對象方有向行政主體有請求費用承擔之權利。

第三面向為服務對象與民間機構間的法律關係，雙方締結私法契約，互負有給付義務，即民間機構有義務提供照顧、救助、促進等服務，而服務對象有給付服務費用之義務。服務對象得依社會救助請求權，向行政主體請求承擔費用。

綜上所言，「行政主體—民間機構—服務對象」形成三方關係的要件有二：其一為行政主體與民間機構必須存有契約關係；其二，需服務對象合乎法定要件，對行政主體有社會救助請求權。

## 五、國家擔保責任

社會救助任務得由行政主體以自己設立之設施，或由其他行政主體、社福團體、營利團體所設立、經營之設施提供服務。然而，依社會救助法第 75 條第 2 項，行政主體原則上不自行經營社會福利設施，由民間團體（包含公益團體與營利團體）優先提供服務。國家係社會救助給付義務的主體，雖不親自履行任務，國家仍負有「最後責任(letzte Verantwortung)」與「總體責任(Gesamtverantwortung)<sup>271</sup>」，擔保私人給付一定品質之社會救助服務。

<sup>271</sup> Schellhorn, a.a.O.(Fn. 264), §5 Rn. Rn.33.

按德國社會法典第一編第 17 條第 1 項第 2 款即規定，行政主體有義務確保民間機構能夠提供及時(rechtzeitig)且充分(ausreichend)的服務。該規定即行政主體於私人提供服務時，所承擔之總體責任與擔保義務(Gewährleistungspflicht)。而行政主體擔保義務僅有客觀法功能，無法推導出服務對象的主觀公權利，即服務對象不可請求行政主體創設特定社福設施<sup>272</sup>。

擔保義務的具體規定之一，展現於社會救助法第 76 條第 1 項，該條文規定，在契約所約定的服務與報酬範圍內的服務對象，民間機構有義務接受、照顧該服務對象。為具體化此義務，應於服務契約中確定機構容納人數，且雙方無法約定拋棄此義務<sup>273</sup>，避免民間機構拒絕接受「困難個案」<sup>274</sup>，不僅降低民間機構工作密度，更違反社會救助之本旨。此規定具有實現擔保義務之意旨<sup>275</sup>，確保民間機構提供充分且即時之服務。

## 貳、公私協力契約之具體規範內容

### 一、契約之締結

行政主體承擔民間機構提供服務所產生之費用，僅在雙方依據社會救助法第 75 條第 3 項之規定締結協議時，方產生此一費用承擔之義務。該規定稱為合意原則(Vereinbarungsprinzip)，即以雙方締結協議作為行政主體承擔費用之前提要件。而同法第 77 條第 1 項規定，行政主體與民間機構協議由行政主體承擔服務報酬，應約定在未來一段時間內發生效力，排除有溯及既往效力之契約。意即行政主體與民間機構約定提供服務之契約，其效力係在未來發生，

<sup>272</sup> Schellhorn, a.a.O.(Fn. 264), §75 Rn. 10; Flint, a.a.O.(Fn. 128), §75 Rn.12.

<sup>273</sup> Schellhorn, a.a.O.(Fn. 264), §76 Rn. 10.

<sup>274</sup> Flint, a.a.O.(Fn. 128), §76 Rn.15.

<sup>275</sup> Münder, a.a.O.(Fn. 254), §76 Rn. 13.

不得溯及既往，私人於締約前所給付之服務，行政主體無承擔費用之義務。該規定亦為合意原則之體現<sup>276</sup>。又，契約內容之規範，社會救助法第 75 條第 3 項第 1 句並規範雙方應進行協議之事項，包含：服務內容與品質、服務報酬，以及監督機制。同法第 76 條則進一步制定詳細規範內容。

社會救助法亦指引公私協力契約應遵守之原則，即同法第 75 條第 3 項後段規定，契約必須合乎效益(Wirtschaftlichkeit)原則、節約(Sparsamkeit)原則、給付能力(Leistungsfähigkeit)等三項原則，無論是民間機構為公益福利團體或營利團體皆適用之。效益原則指涉目的與手段之間的關係，即民間機構應以最少的資源；或者將現有的資源發揮最大功能，來達成服務之給付。節約原則意味著盡可能運用最少的資源履行任務，可透過內部與外部進行檢驗。一方面計算機構內部營運之成本，另一方面對照服務報酬是否為高於其他可資比較的機構。給付能力指機構以現有人力、物力資源以及組織發展條件所履行任務的可能性，例如，給付能力的其中一項重要指標乃營運許可，一旦機構喪失營運許可，即無營運能力。此外，同條文尚規定，行政主體得評鑑服務效益與服務品質。為落實評鑑機制，必須先設置效益與品質的評鑑標準，因而雙方應於契約中約定評鑑標準。評鑑機制得以確保民間機構提供與約定相同之服務品質，以及約定適當的服務報酬。

至於雙方所締結之契約，應如何定性？德國實務與學說均認為，行政主體與民間機構所締結之服務契約，應定性為公法契約，因契約標的涉及人民公法上權利義務，乃國家為實現對社會救助請求權人之公法上義務，與民間機構締結提供服務之契約<sup>277</sup>。

<sup>276</sup> Flint, in: a.a.O.(Fn. 128), §75 Rn. 16.

<sup>277</sup> Flint, a.a.O.(Fn. 128), §75 Rn. 30.

## 二、民間機構之資格與選擇

### (一) 民間機構資格之設定

德國社會救助法第 75 條第 2 項規定，行政主體與民間機構締結服務契約時，行政主體必須考量民間機構的給付能力，與私人提供之服務是否合於同法第 9 條第 1 項之規定。按給付能力之判斷，包含服務內容的給付能力(inhaltliche Leistungsfähigkeit)，與有效益的給付能力(wirtschaftliche Leistungsfähigkeit)兩個面向。服務內容的給付能力指私人有專業資源與品質，且能確保其所提供之服務合乎專業標準。有效益的給付能力係在經濟觀點下，私人有足夠的財務資源得以提供適當的服務<sup>278</sup>。又，該條文明定私人提供之服務必須合於同法第 9 條第 1 項之規定，因此，私人提供之服務需滿足個案特殊需求、因地制宜、協助個人以自己力量維持生活等原則。

又，同條文亦規定，在可資比較的服務內容、範圍與品質下，行政主體應選擇服務價格未高於其他競爭者之私人給付者。按 1996 年德國社會法典修正前，公私協力模式履行社會救助任務的合作對象為獨立福利服務聯盟，其有優先提供社會救助服務之地位。社會法典修正後，公部門的合作對象不再限非營利團體，社會救助法第 75 條第 2 項第 1 句以「其他主體」作為服務之給付主體，不同於舊法—德國聯邦社會救助法第 93 條以民間福利聯合會為給付主體，顯見立法者有意將營利團體亦納入合作對象之範圍。因此，德國社會法典修正後，民間福利聯合會不再居於優先承擔社會福利給付之地位，公益團體與營利團體立於平等競爭之地位，以擴大民間參與、促進競爭，

<sup>278</sup> Münder, a.a.O.(Fn. 254), §75 Rn.11.

形成更自由的市場(freier Markt)<sup>279</sup>。為維持合理的服務價格，並確保私人提供服務合乎效益原則，因而增加此一規定。在服務具備相同內容與品質的前提下，服務價格未高於其他競爭者之私人，被認為能提供較具有效益的服務。

## (二) 採購法制之適用？

社會法典修正後，將營利團體納入公私協力之合作對象，有開放市場競爭之意旨，已如前述，競爭法制在社會法領域的重要性因而增加。當立法者有意擴大開放市場，競爭法規範的必要性亦更顯重要。然社會救助法第十章的公私協力模式是否適用採購法制，例如是否適用限制競爭防止法(GWB)之相關規定？則有所疑義。

按適用限制競爭防止法第 97 條以下規定的前提，係公共採購人(öffentliche Auftraggeber)以「需求者」的角色，在市場中與私人締結有償的採購契約<sup>280</sup>。而社會救助法第 9 條尊重服務對象意願並賦予其選擇權(Wunsch- und Wahlrecht)，故在同法第 75 條的框架下，合乎法定要件之服務對象有自我決定權，得自行選擇特定民間機構。依第 75 條第 3 項所締結之契約，其目的並非給付服務報酬來採購服務，而是在社會救助法三方關係下建立執行服務的條件。向個別私人給付主體採購服務，構成三面法律關係模式的基礎，然並非直接透過行政主體所發生。意即，行政主體對民間機構的報酬給付義務雖以雙方締結契約為前提，然非謂契約一旦成立，行政主體即對於民間機構有給付義務。尚需有服務對象選擇該民間機構受領服務，服務

<sup>279</sup> Schellhorn, a.a.O.(Fn. 264), §5 Rn. 6.

<sup>280</sup> Flint, a.a.O.(Fn. 128), §75 Rn.20.

費用方移轉於行政主體承擔，而服務對象有請求行政主體承擔服務費用之主觀公權利。因此，德國學界認為，行政主體與民間機構所締結之契約，並非採購服務契約，不適用採購法制的程序規定<sup>281</sup>。

### 三、契約內容規範<sup>282</sup>

公私協力履行社會救助任務時，依德國社會救助法第 75 條第 3 項，雙方須約定並於契約中載明下列事項：服務內容協議 (Leistungsvereinbarung)、服務價格協議 (Vergütungsvereinbarung) 與評鑑機制協議 (Prüfungsvereinbarung)。關於各應記載事項之詳細規範，則訂於同法第 76 條。

#### (一) 服務內容協議

社會救助法第 75 條第 3 項第 1 款行政主體與民間機構必須針對服務內容、服務範圍與服務品質達成協議。社會救助法第 76 條第 1 項規定，服務契約應確立重要給付事項 (wesentliche Leistungsmerkmale)，並列舉出契約「至少應包含之項目」 (Mindestinhalte)。

##### 1. 服務對象類別與必要營運設施

契約應確定服務對象類別 (betreuende Personenkreis) 與營運機構所必要之設施。依照不同服務對象的需求，提供必要之設施，例如老人使用的衛浴設備應有防滑設計；而乘坐輪椅的身障者，則需要空間較大的房間與衛浴設備。德國實務上將服務加以類型化，以服務類型

<sup>281</sup> Münder, a.a.O.(Fn. 254), §75 Rn.22; Flint, in: a.a.O.(Fn. 128), §75 Rn.20.

<sup>282</sup> 相關中文文獻：孫迺翊(2010)，前揭註 19，頁 255 以下。

(Leistungstypen)為行政主體與私人約定服務內容與服務價格之基礎<sup>283</sup>。

## 2. 服務方式、目的、品質

其次，契約中並應約定服務方式(Art)、服務目的(Ziel)與品質(Qualität)。服務方式至少有三種主要型態：門診服務(ambulante Leistungen)、半住院式照護服務(teilstationäre Leistungen)、全日式住院照護服務(vollstationäre Leistungen)。而服務品質可分為結構、程序與結果品質三個面向。結構品質(Strukturqualität)與人力、物力、財務資源有關，例如：機構位置與大小、建造標準、服務人員的資與訓練、與照護系統及公共利益的整合。程序品質(Prozessqualität)則涉及服務的執行，例如：救助計畫的監督與更新、支持並促進自我救助、程序參與的諮詢、跨領域的團隊合作<sup>284</sup>。結果品質(Ergebnisqualität)則用以說明評鑑之結果，檢驗整體服務是否達成契約所約定的內容與目標。從而契約中記載服務目的有其必要性，以利於評鑑服務結果。

## 3. 服務人員資格

契約中亦應約定服務人員之資格，因其與服務品質有直接關聯<sup>285</sup>，服務人員應具備何種資格，依照機構具體提供之服務加以決定。且必要的人力與物力資源，亦應加以約定。

<sup>283</sup> Schellhorn, a.a.O.(Fn. 264), §76 Rn. 6.

<sup>284</sup> Flint, a.a.O.(Fn. 128), §76 Rn.10.

<sup>285</sup> Schellhorn, a.a.O.(Fn. 264), §76 Rn. 8.

除應記載事項之規定外，同條文亦確立了私人提供服務所應遵循之原則，即：私人提供之服務內容，必須充分(ausreichend)、合乎目的(zweckmäßig)、具有效益(wirtschaftlich)，且不得逾越必要性(Maß des Notwendigen)。「充分的」服務係指服務對象得需求能獲得全然的滿足。而「合目的性」係判斷具體服務內容是否合乎社會救助的任務與目標。至於服務有無逾越「必要性」，則考量；倘若無該私人提供服務，或者無數量與品質可資比較的服務，社會救助之任務與目標即無法達成，則該服務有「必要性」。當私人提供之服務符合上述原則：充分、合目的且有必要性，則進一步判斷：服務是否有「效益」？意即約定的品質與報酬之間是否存在適當與平衡的關係。按上述概念皆為不確定法律概念，意味著行政主體無裁量權限；且這些概念對服務契約甚為重要，不存有判斷餘地，法院得對行政主體的決定加以審查<sup>286</sup>。

## (二) 服務報酬協議

行政主體與私人必須約定服務報酬之計算，針對個別服務領域，制定總價與數量。社會救助法第 76 條第 2 項規定，服務報酬分為基本費用(Grundpauschale)、服務措施費用(Maßnahmepauschale)與投資數額(Investitionsbetrag)。

### 1. 基本費用

基本費用係機構的日常生活支出，如住宿、飲食、水電等費用，需考量機構使用者的特殊性，例如在飲食支出方面，適當考量年齡層與營養均衡。

<sup>286</sup> Münder, a.a.O.(Fn. 254), §76 Rn. 12.

## 2. 服務措施費用

服務措施費用係針對私人提供服務所給付之報酬，包含人事與物品的支出。依本條文規定，個別費用得依據服務對象類別與其需求加以計算。德國實務上運用「服務類型」計算個別服務項目的總額。服務類型化(Typisierung)有兩層意涵：一方面可避免個別服務費用的數額毫無限制；另一方面可滿足不同服務對象的特殊需求<sup>287</sup>。

行政主體判斷服務類型的結果，其性質應屬行政處分。此處的法律問題是：該結果影響了何人的法律上權利義務？以及何人可透過何種權利救濟途徑，保障其法律上權利？按將服務劃分為個別服務類型，決定了機構提供服務的方法與密度。服務類型的判斷結果，乃民間機構向行政主體請求服務報酬的依據，效力似僅存於契約當事人雙方之間。然而，服務類型的判斷結果，直接影響服務對象的法律地位，因與其受給付之救助服務有密切關聯。德國學界認為，應賦予服務對象權利救濟途徑，使其有主張不服判斷結果的可能性，以保障其社會救助請求權<sup>288</sup>。

## 3. 投資數額

投資數額係指營運所必要的設施及其設備之總額。何種設施與設備屬於「營運所必要」，需視機構所提供的服務與行政主體所定之財務標準，而有不同。投資數額包含：  
(1)購買、維修、維護機構營運必要之建築物，及其他可

<sup>287</sup> Flint, in: a.a.O.(Fn. 128), §76 Rn. 29

<sup>288</sup> Schellhorn, a.a.O.(Fn. 264), §76 Rn. 32.

折舊財產；(2)建築物與其他設備的租金、使用、共同使用等支出；(3)不動產的購買與開發費用。在行政主體事前同意投資措施的情形下，民間機構經行政主體同意，得以投資為由提高服務報酬。

需注意者，為補助與服務報酬之區別。如前文所述，行政主體依社會救助法第 5 條相關規定，得給予民間福利聯合會金錢補助等支持。然新法修正後，國家對非營利團體的支持，可能造成營利團體與非營利團體之間不公平競爭的現象，因此，行政主體對民間福利聯合會的補助，必須計入服務報酬 (§76 Abs.2 S.2 SGB XII)，且國家不得以補助的方式，向民間機構給付服務報酬，以促進競爭公平性。

### (三) 評鑑機制協議

社會救助法第 75 條第 3 項第 3 款規定，行政主體與民間機構應針對效益與服務品質的評鑑進行協議。為落實有效的評鑑機制，同法第 76 條第 3 項進一步規定，雙方應約定服務效益與服務品質確保的原則，以及應達成何種程度的效益與品質；且應約定評鑑的內容與執行程序。按「效益」一詞描述了目的與手段間的關係，即服務給付與服務報酬之間應具適當性與衡平性，且將其他服務提供者納入考量，判斷可資比較的其他機構提供服務之品質，與該個案所約定之服務報酬，是否可合乎效益性。而品質確保的評鑑，目的在於監督私人提供之服務是否合於契約中所約定之品質，因此，契約中必須約定服務品質所應達成的程度，方能有效、確實進行評鑑。

評鑑程序亦應事先確定，例如雙方宜事先約定評鑑執行者係行政主體、獨立委員會或者外部專家評鑑，並約定由行政主體或私人承擔評鑑費用。最後，評鑑結果(Ergebnis der Prüfung)應以書面記載，並以適當方式使機構之服務對象得以知悉評鑑結果。例如：在機構內發布評鑑報告或評鑑結果；在安養院的集會中向院民做簡報<sup>289</sup>。

#### 四、例外之解約程序

行政主體與民間機構間所締結之契約，依照社會救助法第 78 條規定，有例外於解約期限外解除契約之可能性。該條文第 1 句規定：「民間機構對服務對象與行政主體<sup>290</sup>，有法律上或契約上義務的重大違反，如繼續維持契約已非合理，行政主體得例外於解約期限外解除契約。」

按「重大的義務違反(grobe Verpflichtungsverletzung)」一詞為不確定法律概念，第 78 條第 2 句列舉數個「重大的義務違反」之例，包含：重大義務違反對服務對象造成損害、提供服務有嚴重瑕疵、營運許可被撤銷、依據療養院法(Heimrechtlich Vorschriften)禁止營運、未依受給付之報酬提供服務。本條文並非窮盡列舉，尚有其他重大義務違反的情形，例如：民間機構拒絕接受或照顧服務對象<sup>291</sup>，違反同法第 76 條第 1 項之法定義務。

行政主體於解約期限外解除契約，干涉了提供服務之私人的基本權利，私人受憲法保障之職業自由權受到影響，因此，行政主體例外解除契約的行為，必須受到比例原則限制，在採取此一較為激

<sup>289</sup> Schellhorn, a.a.O.(Fn. 264), §76 Rn.24.

<sup>290</sup> 學者 Mündler 認為，參考同條文第 2 句之列舉，此處之語意應為：對服務對象「或」行政主體有重大義務之違反。Mündler, a.a.O.(Fn. 254), §78 Rn. 1.

<sup>291</sup> Schellhorn, a.a.O.(Fn. 264), § 78 Rn.4.

烈、對人民基本權利產生重大影響的手段之前，宜嘗試尋求雙方合意解決管道<sup>292</sup>，以符合比例原則下的狹義比例原則。

又行政主體於解約期限外解除契約，需以書面為之(§78 S.3 SGB XII)，解約通知送達民間機構時發生效力，報酬給付義務亦於送達之日起終止。該解約通知係公法上意思表示，非屬行政處分，因此，當事人如有不服，無須以訴願為訴訟先行程序，應向社會法院提起確認訴訟，確認契約之解除是否有其效力<sup>293</sup>。

行政主體有照顧服務對象之法定義務，縱然與民間機構解除契約，仍需確保服務對象受社會給付之權利，為實現行政主體之照護義務，將任務移轉於新的給付主體，例如遷移至其他合適的民間機構，或以其他形式提供適當的照顧<sup>294</sup>。

### 第三節 小結

#### 壹、國家擔保責任於我國之適用

國家擔保責任源於德國，然我國憲法並未有明文規定，我國應如何運用國家擔保責任，能否找到我國憲法上之依據？可自社會國原則尋繹之，按國家委由私人履行公共任務，仍有實現社會安全與社會正義等社會國目標之責任。因社會國原則為一規範性之國家目標，課與國家有實現社會國目標的總體保障責任<sup>295</sup>。我國憲法上雖無社會國(Sozialstaat)之用語，然可自「民享」與「民生」主義推導出「民生福利國<sup>296</sup>」概念。大法官釋字第 485 號解釋謂：「促進民生福祉乃憲法基本原則之一，此觀憲法前言、第一條、基本國策及憲法增修條文第十條之規定自明。本

<sup>292</sup> Flint, a.a.O.(Fn. 128), §78 Rn.6; Schellhorn, a.a.O.(Fn. 128), §78 Rn.4

<sup>293</sup> Münder, a.a.O.(Fn. 254), §78 Rn. 3-4; Flint, a.a.O.(Fn. 128), §78 Rn.11-12.

<sup>294</sup> Schellhorn, a.a.O.(Fn. 264), §78 Rn. 6.

<sup>295</sup> 詹鎮榮(2006)，前揭註 204，頁 47-48。

<sup>296</sup> 林明鏞(1996)，前揭註 32，頁 78；許育典(2003)，前揭註 172，頁 38。大法官釋字第 485 號解釋則稱之為民生福祉原則。

此原則（民生福祉原則）國家應提供各種給付，以保障人民得維持合乎人性尊嚴之基本生活需求，扶助並照顧經濟上弱勢之人民，推行社會安全等民生福利措施。」我國憲法第 1 條：「中華民國基於三民主義，為民有民治民享之民主共和國。」其中「民享」為「民生主義」之一般、抽象性規定，民生福利國要求國家積極地達成人民生存照顧、保護、預防、社會重分配等任務，國家應保護經濟上弱者，使其生活達人性尊嚴之最低標準<sup>297</sup>，與社會國之內涵相近。我國憲法未有禁止民營化之規定，學者指出，憲法第 144 條係課與國家規制獨占性事業之義務，至於該事業應交由公營或民營，乃立法裁量空間，即使採取民營化，國家基於民生福利國原則，仍有保護、監督之義務<sup>298</sup>。由此可知，在民生福利國原則的要求下，國家必須擔保與監督私人承接履行公共任務，與德國國家擔保責任理論不謀而合，至於國家擔保責任具體內涵之建構，則需進一步尋求憲法規範與憲法上原則。

## 貳、德國社會救助法作為我國之借鏡

德國社會救助法的公私合作之模式有二，一為國家支持非營利組織履行自身任務，二為國家與民間機構締結費用移轉承擔之協議。第一種模式以金錢上補貼為主，促進民間非營利組織履行其自身任務，其法律關係較為單純。第二種模式則涉及三方法律關係，內部關係為國家與民間機構締結契約，外部關係則發生在國家與服務對象、民間機構與服務對象之間。與我國公私協力履行社會任務的模式相對照，德國的費用移轉承擔模式，與我國促參法上的 OT 或 BOT 不同，即缺乏（由國家或私人興建的）社福設施交由私人經營後移轉的階段。而費用移轉之協議，與我國社會福利「方案委託」模式有相似之處，即民間機構向服務對象

<sup>297</sup> 林明鏞(1996)，前揭註 32，頁 78。

<sup>298</sup> 林明鏞(1996)，前揭註 32，頁 80。

提供約定之服務，由國家給付一定之服務報酬。「方案委託」在我國適用政府採購法上的勞務採購，然費用移轉模式依德國學界見解<sup>299</sup>，並非政府向民間「採購服務」的雙務契約。

由此可知，我國公私協力給付社會福利與德國社會救助法的公私合作模式非全然一致，兩種模式所衍生的法律關係，自不相同。然觀察德國社會救助法，仍值得關注。首先，乃社會法第一編確立了具體的行政主體「擔保義務」，賦予行政主體應擔保私人能適時且充分的提供服務，明確地指出國家的最終責任不可因任務移轉而卸除。再者，德國社會救助法針對公私協力締結之契約內容，有清楚的規範，亦值得留意，因具體、明確的契約條款，係預防日後發生紛爭的最佳方法。德國社會救助法中規定，國家與民間機構契約必須約定並記載：給付內容、服務報酬、評鑑機制，給付內容的確定是國家有效監督的基礎。服務報酬總額的約定，得以作為選擇私人之資格，避免營利團體為追求利潤而提高服務價格，具體服務措施的報酬約定，則可避免未來雙方就報酬之計算與給付產生爭議。而評鑑機制乃確保國家踐行其擔保責任，確保服務品質的重要方法。此外，德國社會救助法賦予民間機構在約定之服務內容與報酬範圍內，不可拒絕接受或照顧服務對象之義務。由於義務的違反可能構成他方解除契約事由，全面性、通案性的重大義務宜以法律加以規範，以減少因解約所致之紛爭；另一方面，賦予民間機構不可拒絕之義務，確保服務對象受領社會給付之權利，不因社會福利任務履行責任的移轉受到剝奪，而悖於社會福利本旨。

我國促參法與政府採購法已建制公私合作各個階段的相應規範，如：民間參與方式（採購類型）、合作對象甄審程序（招標程序）、契約管理監督、國家接管等規範，然係全面性、通案性的公私協力法制，不必然切合社會福利事務之本質。德國社會救助法的公私協力模式，涉及「國

---

<sup>299</sup> Münder, a.a.O.(Fn. 254), §75 Rn. 22; T. Flint, a.a.O.(Fn. 128), §75 Rn. 20.

家—民間機構—服務對象」三方權利義務關係之規範，我國促參法則未將服務對象權利納入公私協力關係，德國社會救助法有更切合社會福利本質與社會救助給付權之思考，值得留意。





## 第五章 我國社會福利設施委外經營之檢視與建議

### 第一節 擔保國家的調控機制—「法律」與「契約」兩個規範層次

我國社福設施委外經營所面臨的困境與問題，已於本文第三章有所闡述<sup>300</sup>，而透過第四章德國法學理論與制度的研究，對於我國公私協力法制有何啟發？下文擬藉由「法律規範」與「契約規範」兩個層次的思考，提出若干國家調控公私協力制度之方式。

#### 壹、以法律框架與契約作為調控機制

自 1980 年代起，全球興起公私協力浪潮，時至今日，公私協力雖仍存有法學定義上的困難，然公私協同在歐盟、德國我國，皆已邁向「制度化」與「型式化」。非型式化之行政行為雖有簡化行政程序、提升效率、增加靈活性等優點，然可能同時產生：削弱了法律拘束性、缺乏程序法保障致忽略第三人利益<sup>301</sup>等缺失。歐盟執委會 2004 年所發布「公私夥伴關係綠皮書(Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften)」中，將公私夥伴關係分為「契約型」與「組織型」兩大類型，綠皮書的概念範疇中不存在非型式化的公私夥伴關係<sup>302</sup>。德國學者 J. Ziekow 指出，「型式化」為公私協力的要素之一，公、私部門應簽訂具法拘束力之協議，排除非型式協議<sup>303</sup>。我國於 2000 年公布施行促參法，將公私協力履行公共任務之行為予以制度化，主辦機關與民間機構需締結投資契約，在契約中具體規範及確立雙方的權利義務關係。

締結契約已成為公私協力不可或缺的要素，契約條款的內容涉及雙方權利義務關係、風險分配、責任分擔等問題，為公私協力運作順利與

<sup>300</sup> 關於我國公私協力履行社會福利任務的困境，請參見本文第三章之第三節與第四節。

<sup>301</sup> 程明修(2005)，〈行政行為形式選擇自由—以公私協力行為為例〉，《月旦法學雜誌》，頁 63。

<sup>302</sup> 劉淑範(2011)，前揭註 38，頁 519-520。

<sup>303</sup> Ziekow 教授稱之為「以握手方式敲定之公私協力(Handschlag-PPP)」，請參閱：Jan Ziekow 著，詹鎮榮譯(2010)，前揭註 38，頁 239。

否的關鍵之一，德國學者 H. Bauer 認為契約為公私協力運作的樞紐<sup>304</sup>。因此，契約在公私協力中扮演不可或缺且關鍵性的角色，擔保國家對於公私協力的調控，主要為針對「契約」所進行的管制，其可分為兩個層次<sup>305</sup>：一為法規提供契約形成之框架與基準，另一層次為契約義務的形成與監督管理。

## 貳、擔保國家建立法律秩序框架的必要性

擔保國家的立法者有立法責任，基於機關功能最適理論，立法權較行政權更能回應憲法對於擔保國家得要求，因此立法者建立合乎國家擔保責任的法律框架，作為國家實現擔保責任的優先方式。國家建構法律框架的必要性，同時來自於法律保留原則要求，自重要性理論的觀點，國家的重要性事項，例如與重大公益、基本權利保護有關之事項，應由國會以法律定之。行政主體受依法行政原則拘束，不適用契約自由原則，國家建立法律框架有調控行政權之功能<sup>306</sup>，避免行政機關濫用公權力或出賣公權力。

國家調控公私協力的法律規範，為框架式法律。非鉅細靡遺地規定具體與細節事項。以德國 Schleswig-Holstein 邦的促進公私夥伴關係法為例，該法律全文僅 11 條，作為公私協力契約內容與程序的一般性、框架性規定。公私協力履行公共任務之目的，除引進私人資金以減輕政府財政負擔，亦借重民間機構較有效率與彈性的運作方式，提升履行公共任務的效率與彈性，且新型態的公共任務多具有高度複雜性與專業性，立法者僅以框架式立法形成公私協力的一般性規範。至於具體、細節事

<sup>304</sup> H. Bauer 著，李建良譯(2012)，前揭註 227，頁 67。

<sup>305</sup> H. Bauer, *Verwaltungsrechtliche und verwaltungswissenschaftliche Aspekte der Gestaltung von Kooperationsverträgen bei Public Private Partnership*, DÖV, 1998, S. 92 ff. 劉淑範,(2012)，〈法律之秩序框架與契約之自我調控：擔保國家多層面規範結構之探析〉，2012 行政管制與行政爭訟學術研討會會議論文，頁 4。H. Bauer 著，李建良譯(2012)，前揭註 227，頁 66-67。

<sup>306</sup> 劉淑範,(2012)，同前註，頁 5。

項則透過契約的形成與監督管理作為調控機制。值得留意者，除了實體規定外，公私協力法律框架亦建構組織與程序的相關規範，引導私人組織的形成與運作合乎公益，程序法的建構則是對於行政權的調控，以正當程序來確保決定的正確性。

#### 參、契約監督管理作為調控方法

契約為公私協力運作的樞紐<sup>307</sup>，已成為擔保國家管制與擔保手段。公私協力契約將雙方當事人的權利義務關係具體化，並有分配風險與責任的功能，契約條款內容與履約之監督管理，對公私協力的品質與結果皆直接造成影響。明確的契約內容可預防紛爭的發生，有效的履約監督則可確保私人給付合於契約約定之內容與品質，因而在公私合作關係中，有「契約為王(Contract is king)<sup>308</sup>」的說法。且契約係雙方當事人訂定，對締約者自身產生拘束力之規範，有自我調控(Selbststeuerung)功能<sup>309</sup>。因此，國家作為公私協力契約一方，於事前擬定明確的契約條款、事後進行有效的履約管理，來控制私人給付品質與結果。

## 第二節 法律規範層次

本節所提出之法律規範層次，係開展自德國國家擔保理論，以擔保行政法之內涵作為規範架構，嘗試形塑切合國家擔保責任之法律規範，作為公私協力調控機制。

---

<sup>307</sup> H. Bauer 著，李建良譯(2012)，前揭註 227，頁 67。

<sup>308</sup> 劉憶如、王文宇、黃玉霖(2000)，《BOT 三贏策略》，頁 74，台北：商鼎財經。

<sup>309</sup> H. Bauer 著，李建良譯(2012)，前揭註 227，頁 67。

## 壹、私人夥伴資格之限制—營利團體作為私人夥伴？

社會福利任務是否能順利達成，與私人夥伴的給付能力與有密切之關聯，是公私協力成功的關鍵要素之一。因此，給付能力為行政機關選擇私人夥伴時的重要選擇標準。在前文所論及的擔保行政法架構下，擔保行政法中應制定私人夥伴的資格條件。

如本文第四章所述，德國社會救助法修正後，引進營利團體作為公私協力履行社會福利任務之私人夥伴。我國社會福利之給付，是否引進由營利團體共同參與，此問題在促參法制定後，在法規上似已有定論，即促參法並不排除營利團體興建、經營社福設施。然而，在社福實務界，仍有諸多質疑的聲浪。主要的質疑有幾項：其一，社會福利本質為服務弱勢群體，如以營利為目的，可能會提高服務價格，其二，一旦服務價格抬升，將使經濟弱勢者無法負擔，且成本高、獲益低的困難案件，可能被排拒在外，社會福利的本旨儼然落空。其三，參與 BOT 案件的營利團體多財力雄厚，非營利團體的財務能力與之有懸殊的差距，促參法既以財務規劃為審查的必要項目之一，如非營利團體共同參與競爭機制，顯然處於不平等的地位。

以德國社會救助法為例，救助服務採費用移轉模式，行政主體應選擇品質適當、但服務價格不高於其他主體之民間機構，作為優先締約之民間機構，達成提供服務之效益性，並提升競爭機制的公平性。我國適用促參法之委外社福設施，並非費用移轉模式，原則上由民間機構自負盈虧，國家應透過制定法律或擬定契約條款，控制服務價格的合理範圍，以確保服務對象得以合理的服務價格取得福利服務，以落實國家擔保責任，維護社會福利之功能將與滿足服務對象之權利與需求。另一方面，營利團體與非營利團體的財務能

力差距懸殊，應從資格限制與評審標準提升競爭的公平性。

參與公共建設的民間機構應具備之資格，多於招商文件中規定。依據民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法(以下簡稱為評審辦法)，由甄審委員會(以下簡稱甄審會)參照招商文件所訂定之資格，選出合格之申請人，即進行「資格審查」(評審辦法第17條)。評審作業的第二階段為「綜合評審」，即甄審會自己通過資格甄選之合格申請人中，依招商文件所規定之甄審項目、標準及評定方式，選出最優申請人(評審辦法第18條第1項)。甄審會進行綜合評審查時的必要甄審項目，評審辦法唯一作成具體規定的是：財務計畫，且甄審委員會得予以適當權重(評審辦法第18條第3項)。由此可知，依評審辦法規定，衡量民間機構是否具有給付能力的重要標準為「財務能力」。

再者，依評審辦法第19條規定：「主辦機關得視個案性質，於招商文件載明綜合評審採分段或分組方式辦理。前項分段方式，甄審會得於綜合評審時就合格申請人所提出之投資計畫書及相關文件，擇優選出三家以下為入圍申請人，就權利金最高、政府負擔最少或其他公共利益因素選出最優申請人，必要時得增選次優申請人。」甄審會選擇最優申請人以權利金最高、政府負擔最少，以及其他公共利益等因素，作為甄審標準。

綜上所述，公私協力履行社會福利任務之案件中，欲判斷私人的給付能力，除考量私人是否有足夠的財務能力，得以持續不輟地履行給付，或者能否繳納高額權利金。更重要的是，私人是否有充分的專業能力，提供合乎個案需求與品質適當之服務。為客觀檢驗民間機構是否具有給付服務之能力，應制定一定之標準與原則，例如：民間機構能否提供滿足個案需求之服務？民間機構提供的服務

是否能以較低廉的價格提供適當的服務品質(即較具有「效益」)? 服務人員是否具備相關證照或服務經驗?。因此,行政機選擇社福設施委外經營之委託人時,不但要判斷民間機構的財務能力,更應將民間機構服務的經驗與專業能力納入考量,不宜以權利金最高或政府負擔最低為最優申請人之判斷標準。按成本效益為公私協力的預期目標之一,然社會福利任務應重視服務內容、服務品質,非以權利金為主要衡量標準。建立一個以「服務品質」與「服務對象」為中心的公私合作模式。

## 貳、選擇私人夥伴之程序

### 一、甄審程序

#### (一) 我國促參法上甄審程序

我國促參法與政府採購法公布施行之前,社會福利任務委託私人經營之案件,不乏有「行政機關私相授受」、「行政機關主動聯繫特定福利團體」等情形<sup>310</sup>,行政機關事先「內定」私人夥伴之現象,更時有所聞<sup>311</sup>。促參法公布施行後,強調公正、公平的甄審程序,且需事前決定並公告甄審標準,因而大幅提升了競爭機制的公平性與透明性。

按我國促參法第 44 條第 1 項規定:「主辦機關為審核申請案件,應設甄審委員會,案公共建設之目的,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。」甄審程序之相關規定,散見於促參法、促參法

<sup>310</sup> 劉淑瓊(2011),前揭註 4,頁 459。

<sup>311</sup> 劉淑瓊教授指出,龍山啟能中心於民國 84 年辦理、公告甄審,但台北市社會局早於民國 78 年已與光仁基金會密切接觸,雙方均有「共識」,即由特定福利團體營運該設施。劉淑瓊(1998),前揭註 106,頁 105。

施行細則與評審辦法中，甄審程序的細部流程整理如下圖<sup>312</sup>：

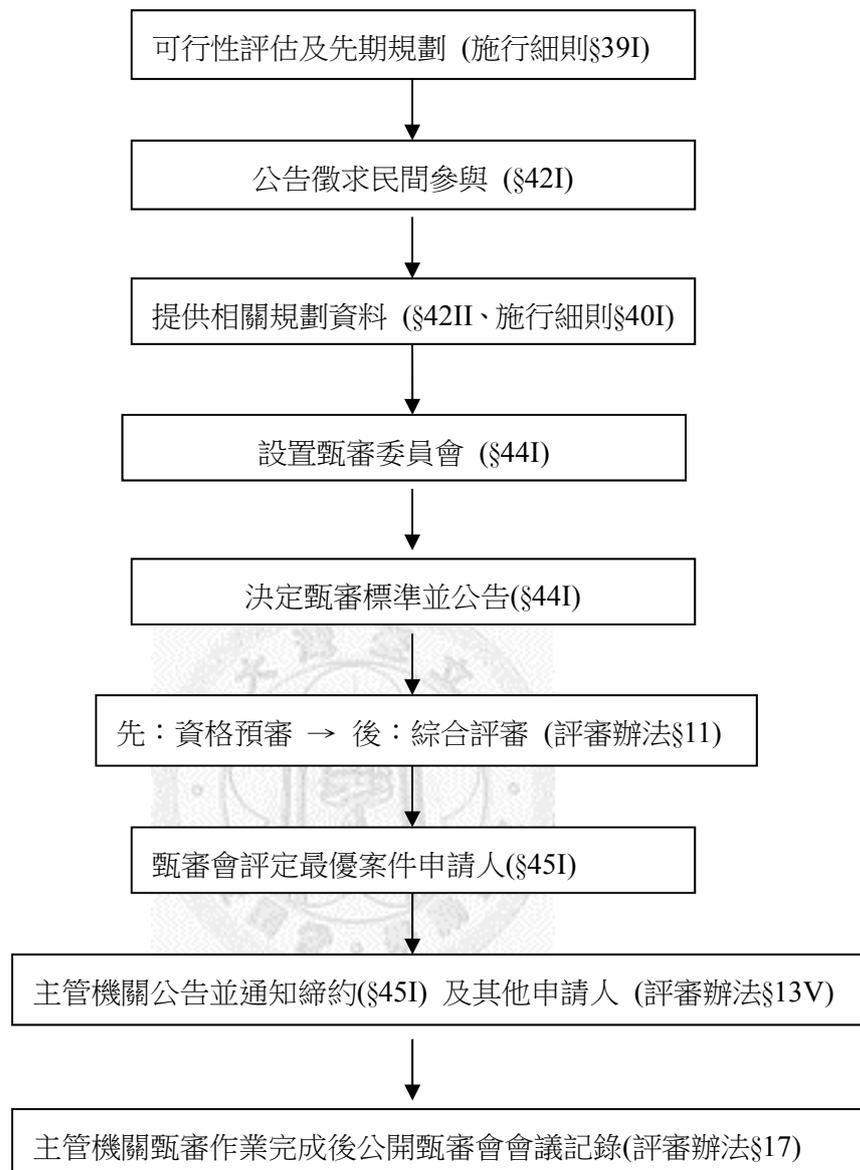


圖 3：促參法甄審程序細部流程

資料來源：林明鏞(2006)，〈ETC 判決與公益原則〉<sup>313</sup>

<sup>312</sup> 圖中未註明法律名稱者，指「促進民間參與公共建設法」；施行細則指「促進民間參與公共建設施行細則」；甄審辦法指「民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法」。本流程圖參照：林明鏞(2006)，〈ETC 判決與公益原則〉，《營建法學研究》，頁 137，台北：元照。

<sup>313</sup> 林明鏞(2006)，同前註，頁 137

學者詹鎮榮指出，促參法是一個「競爭架構規範」<sup>314</sup>，不僅以提供競爭程序即為已足，更要建立公平的競爭程序，保障競爭者「平等競爭」權利。又，基於擔保國家理論，國家選擇私人夥伴時，應建立一個「競爭者平等」的程序，且國家必須維持其中立性，與個別利益團體保持「距離」。我國促參法的甄審程序以公正、公平為原則，與維繫國家中立性、平等競爭之理念相符。

## (二) 競爭性對話機制的引進

我國促參法關於甄審程序的規定，實有提升了競爭程序公平性的功能。按甄審程序之功能，除設計公平的競爭機制、保障競爭者的平等權外，對行政部門而言，係透過甄審程序選出最佳私人夥伴，使公共任務以合乎效益與公益的方式順利履行。然而，行政機關能否透過現行法制下的甄審程序，選出最適合履行社會福利任務的私人夥伴與最佳的履行方案，仍有疑慮。學者指出，為滿足多元福利的要求，社會行政部門往往提出實驗性、創新性的社會福利任務交由民間團體承接，新設立的社福設施常面臨籌設困難、成本回收不易，且民間團體需投入長時間摸索經營方式，因而產生營運成本過高之困境<sup>315</sup>。探究具創新性、實驗性社福設施陷入營運困境之原因，主要為行政部門與私人夥伴皆無法確實掌握社會福利任務之目標與需求，導致私人夥伴無法確定何種經營方式有助於目標之達成。本文認為，如行政部門藉由甄審程序，對於最佳私人夥伴與解決方案的選擇作成更正確的決定，將可改善上述營運困境。

<sup>314</sup> 詹鎮榮(2009)，〈行政合作法之建制與開展〉，台灣行政法學會編《行政契約之法理—各國法學發展方向》，頁 149，台北：元照。

<sup>315</sup> 薛承泰、黃文鳳(2005)，前揭註 146，頁 27。

德國於 2005 年制定公私協力加速推動法 (ÖPP-Beschleunigungsgesetz)<sup>316</sup>，於招商程序中設計「競爭性對話機制」，透過行政部門與參與競爭者的溝通與對話，使行政部門選擇私人夥伴與履行任務之方案時，能作成更正確的決定。按競爭性對話機制<sup>317</sup>係主辦機關與競爭廠商進行對話協商，並在相互競爭的過程中，釐清主辦機關之需求，並使參與者能具體提出解決方案。競爭對話機制適用之主體為政府委託機關，客觀上則以「技術複雜性」、「法律或財務複雜性」作為適用要件。意即在案件高度複雜或法律不明確的情形下，更有透過競爭性對話來排除公私協力運作障礙的需求。競爭性對話機制乃獨立的程序，非決標前的前置作業，其可分為四個階段：公開招商及計畫說明、參與競爭、競爭對話階段<sup>318</sup>、評審階段和締約。競爭對話階段目的在於發現、確定如何實現主辦機關的最佳需求。而被選出參與競爭程序之競爭者，則可針對所有申請面向討論。此階段可能有複數個參與對話的競爭者，主辦機關必須平等對待、排除歧視，對所有競爭者揭露相同的資訊<sup>319</sup>。主辦機關嚴守機密，例如，主辦機關不可向 X 競爭者洩漏 Y 競爭者所提出之方案內容。且基於平等、公開的要求，賦予所有競爭者修改方案之機會。綜合言之，競爭性對話程序係透過主辦機關與（多數）參與競爭者相互問答與對話，尋求最符合效益與需求的解決方案。

德國的競爭性對話機制，實對我國公私協力履行社會任務帶來啟發。針對具有創新性、實驗性困難案件，遇有目標、需

<sup>316</sup> Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen der Öffentlich Privaten Partnerschaften.

<sup>317</sup> 本段「競爭性對話機制」之介紹，整理自：許登科(2008)，前揭註 185，頁 256-268。

<sup>318</sup> 自前一階段選出參與競爭對話之申請人，方能參與競爭對話。

<sup>319</sup> 歐盟要求一個公平、透明、無歧視的程序，許登科(2008)，前揭註 185，頁 257。

求、營運方式不明確之情形，可於甄審程序中引進競爭對話機制，透過主辦機關與各個競爭者間反覆的提問與答覆，使行政部門與各個競爭者確認社會福利任務之目標與需求。由各個競爭者提出解決方案，再從中挑選出最切合目標，且具有效益的營運方案，降低新設立社福設施的營運困難，以更有效益的方式，達成社會福利任務之目標。

## 二、甄審決定與投資契約

依促參法及相關子法之規定，促參案件之甄審委員會應依公正、公平原則選出最優申請人。甄審決定作成後，應公告並通知參與競爭者，由最優申請人與主辦機關締結投資契約。因唯有最優申請人方能取得與主辦機關締約之權利，因此，甄審決定實為投資契約之「前提」。然而，如次優申請人對於甄審決定有所不服，向法院提起訴訟，一旦法院認為甄審決定有瑕疵而予以撤銷，則投資契約之效力是否受其影響？我國實務上曾因高速公路電子化收費系統(ETC)之案件發生上述爭議，行政法院作成相關判決後<sup>320</sup>，引起一連串的討論。主要問題在於：甄審決定與投資契約之定性，以及兩者之間的關聯性。

### (一) 甄審決定之定性

首先應辨明者，係甄審決定之性質，應屬於行政處分，或單純為締約的「準備行為」？甄審決定性質之認定，涉及其效力消滅時點，與人民權利救濟問題。我國行政法院維持一貫見解，認定甄審決定屬行政處分，學界多數見解亦持相同見解<sup>321</sup>。

<sup>320</sup> 法院相關判決請參見：台北高等行政法院 94 年度停字第 122 號裁定、台北高等行政法院 94 年度訴字第 752 號判決、最高行政法院 95 判字 1239 號判決。

<sup>321</sup> 林明鏞(2006)，前揭註 312，頁 135。學界有不同見解，認為立法者僅是在法定救濟程序上將

按促參法第 47 條第 1 項<sup>322</sup>準用政府採購法第 74 條<sup>323</sup>之結果，可知立法者有意將甄審決定之爭議，定性為公法爭議；且同條文準用政府採購法第 83 條<sup>324</sup>，將審議決定「視為訴願決定」，而訴願決定乃行政機關針對行政處分所為之自我省察，從而可推溯得知，甄審決定為行政處分。復就本質而言，甄審決定之公告由行政機關單方對外發布，賦予最優申請人締約權，同時對其他申請人（包含次優申請人）產生法拘束力，限制了其他申請人的締約權。因此，甄審決定係對外直接發生法律效果之單方行政行為，屬行政程序法第 92 條第 1 項之行政處分。

## (二) 投資契約之定性

最優申請人與行政機關所締結之投資契約，應定性為公法契約或私法契約，我國行政法院將促參法之投資契約定性為公法契約，台北高等行政法院 94 年度停字 122 號裁定針對 ETC 案件之投資契約為判斷，認為系爭投資契約應定性為公法契約。該裁定所持之理由如下：(1)按依促參法成立之 BOT 案件，不論在招商、興建、營運、以迄營運期間屆滿由民間將建設移轉予政府前，政府均有高度參與與監督，係有公權力介入，促參法第 52 條及第 53 條更規定主辦機關有中止營運與強制接管權，與行政契約之契約調整之機制（行政程序法第 146、147 條）相當，若促參 BOT 案件屬私法契約，殊難想像此一單方變更契約內容之機制。(2)本案公告之申請須知與招商文件所列建

---

甄審決定視為行政處分，不能因此推斷其為實體法上的行政處分。請參見：陳愛娥(2006)，〈促進民間參與公共建設事件中的行為形式與權力劃分〉，《月旦法學雜誌》，134 期，頁 35-38。

<sup>322</sup> 促參法第 47 條第 1 項：「申請人關於申請及審核程序之爭議，其異議及申訴，準用政府採購法處理招標、審標或決標爭議之規定。」

<sup>323</sup> 政府採購法第 74 條：「廠商與機關間關於招標、審標、決標之爭議，得依本章規定提出異議及申訴。」

<sup>324</sup> 政府採購法第 83 條：「審議之結果視同訴願決定。」

置營運契約條款，皆明顯可見公權力之介入，例如委辦方式與期間、建置與營運監督管理、期限屆至之設施移轉、通行費之收取、違規處理等，本件高速公路電子收費系統建置及營運契約，應係行政契約。(3)促參法第 12 條投資契約適用民事法規，參照本條之立法理由，無法解釋投資契約為私法契約，因促參法民國 89 年公布施行時，行政程序法尚未施行，因而無從準用行政程序法（促參法誤規定為適用）。又該條之立法理由揭示投資契約為民事契約，然僅係解釋法律方法之一，但依促參法成立之投資契約具有強烈公權力與特許之內容與本質，立法理由率斷為民事契約，顯非妥適，(4)投資契約在政府管理監督及調整契約內容機制上，具公權力行使之性質，此一見解，應不能退讓，否則攸關全民利益之公共建設，只要依促參法決標後，其後之建置營運階段，即依民事法「契約自由」原則，猶如脫韁不受政府管控，殊非全民之福。

台北高等行政法院 95 年度訴字第 2710 號判決亦持相同見解，認為汙水下水道之 BOT 契約應定性為行政契約。最高行政法院 98 年度判字第 635 號判決亦肯認此見解：「原判決（即台北高等行政法院 95 年度訴字第 2710 號判決）依促參法成立之投資契約為公法上契約而非私法上契約，應適用行政程序法等公法規定，是基於公益之考量，保障人民之權利，不應適用民事法規。」

學者指出，縱我國行政法院原則上肯認投資契約屬行政契約，仍應依個案之契約標的與目的論斷契約定性，而非一律將所有投資契約定型為行政契約<sup>325</sup>。依照我國學說與大法官釋字

---

<sup>325</sup> 吳志光(2008)，前揭註 85，36 期，頁 33。學者林明鏞亦指出，行政法院如引用行政程序法第 135 條之定義性規定，以及大法官釋字第 533 號中行政契約判斷標準之產述，更能清楚區別公法

第 533 號解釋，區別公、私法契約定性，應綜合判斷契約標的與整體契約目的。社福設施委託經營契約之標的，係經營、管理社會福利設施，似無涉及公權力行使或公法上法律關係。然而，倘法律賦予國家有提供特定福利服務之義務，國家與私人締結契約之標的，係履行國家之公法上給付義務，則應定性為公法契約。縱雙方所約定之福利服務非屬國家法定給付義務範疇，惟探究設置社會福利設施之本旨，在於給付福利服務以滿足服務對象之經濟上或健康上需求，有追求社會正義、實現社會國原則之功能，具有強烈的公益目的。國家對於社福設施委外經營負有擔保責任，有履約監督或以公權力介入之必要。因此，社福設施委託經營契約亦應定性為公法契約，使契約受到依法行政與其他公法上原則之控制，以確保公益、實現服務對象權益。

### (三) 兩階段之關聯性—雙階理論之適用

促參法設計「甄審程序」與「締約程序」兩個階段，此二階段之行政行為（即甄審決定與締結投資契約）是否適用德國法之雙階理論，來解釋兩階段程序關連性？按德國法之雙階理論適用於行政機關的補助貸款之行政行為，如：農業補助、自用住宅興建補助、移民歸化補助，將補助貸款程序分割為兩階段：前階段為「是否補助」之決定，屬行政處分；後階段「如何補助」之貸款契約，則定性為私法契約<sup>326</sup>。我國大法官釋字第 540 號解釋套用雙階理論，認為人民申請國民住宅的程序中，

---

契約與私法契約之劃分。林明鏞(2006)，前揭註 312，頁 136。

<sup>326</sup> 林明鏞(2006)，前揭註 312，頁 130-131。陳敏(2011)，前揭註 73，頁 665。Vgl. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18.Aufl., 2011, §17 Rn. 11ff.

行政機關所作之申請決定為行政處分，行政機關與申請人所訂立之買賣、租賃或借貸契約，則為私法契約，應依私法救濟途徑提起爭訟。

然而，雙階理論同一事件中緊密相連階段之行政行為加以割裂，使單一法律關係分別適用公法與私法體系，造成法律管制矛盾，以及人民提起救濟與法院審理之困擾<sup>327</sup>。因此，有「修正式雙階理論」提出，即前階段之甄審決定為「行政處分」，後階段之投資契約則定性為「行政契約」。修正式雙階理論使單一法律關係不致分裂，皆受公法規範之管制。修正式雙階理論的適用，可避免促參法上兩階段程序產生法規體系矛盾的情形，且國家在公私協力關係中，無卸除確保公共利益之責任，我國促參法所設計之程序亦涵蓋公權力監督與介入機制，並有追求公益目的之旨意<sup>328</sup>，如將投資契約定性為私法契約，則產生公法遁入私法之疑慮。因此，我國促參法上的兩階段程序係適用修正式雙階理論，由「行政處分」與「行政契約」構成兩階段行政程序。

前階段之行政處分（甄審決定）如因違法被撤銷，則後階段之行政契約（投資契約）效力是否受到影響？台北高等行政法院 94 年度訴字 752 號判決認為，締約是甄審決定之續执行程序，甄審決定不因雙方締結投資契約而消滅，如甄審決定因違法被撤銷，最優申請人喪失締約資格，因促參法第 45 條為強制規定，依行政程序法第 141 條準用民法第 71 條之規定，投資契約因違反強制規定而無效<sup>329</sup>。

<sup>327</sup> 林明鏘(2006)，前揭註 327，頁 116。陳敏(2011)，前揭註 73，頁 666-668。

<sup>328</sup> 林明鏘(2006)，前揭註 327，頁 123。

<sup>329</sup> 投資契約之無效事由，有不同之見解，學者詹鎮榮認為，該投資契約違反行政程序法第 138 條，依同法第 142 條第 2 項無效。氏認為甄審程序為競爭規範架構，規範之適用範圍除甄審公告、

德國學者 Maurer 指出，行政處分係契約生效要件，如行政處分不存在，契約亦隨之失效，如此方能將前階段與後階段之法律行為緊密相連，一體處理<sup>330</sup>。前階段之行政處分與後階段之行政契約的關聯性，應採「有因性」較為合理。

#### (四) 契約瑕疵法律效果之相對化

按促參法上投資契約有瑕疵時，其法律效果應作何解釋，首應探究者，係契約瑕疵之法律效果應適用民法或行政程序法之問題，意即投資契約之法律定性問題。如前文所述，投資契約應定性為行政契約，適用行政程序法關於行政契約之規定。因此，投資契約有行政程序法第 141、142 條之事由時，其法律結果為無效。現行行政程序法所規定的行政契約的無效事由如下：(1)準用民法規定之結果為無效者；(2)違反行政程序法第 135 條但書或第 138 條規定者；(3)代替行政處分之行政契約，與其內容相同知行政處分無效；(4)代替行政處分之行政契約，雙方明知與其內容相同知行政處分有得撤銷之違法原因；(5)和解契約未符合第 136 條之規定；(6)雙務契約未符合第 137 條之規定。

嚴格的契約瑕疵效果雖確保行政契約的合法性，卻同時減損了行政契約的實用性。「無效」為契約瑕疵之法律效果，是否過於極端與僵化，有思考之空間。蓋「無效」在法律上係自始、當然無效，雙方負有回復原狀義務。然而，促參案件具有長時間生命週期，歷經招商、甄審、締約、興建、營運等階段，

---

給予陳述意見機會，更涵蓋公平競爭程序的維護。因此，甄審決定違反公平競爭程序而違法撤銷者，據此所締結之投資契約為無效。請參閱：詹鎮榮(2009)，前揭註 314，頁 91 以下。

<sup>330</sup> 林明鏞(2006)，前揭註 312，頁 147。

在各階段雙方皆須投入一定的成本，尤其興建階段一旦開始，當事人投入龐大的人力與資金，回復原狀將使當事人承受鉅額損失；如社福設施已開始營運，停止營運將影響服務對象受領服務之權利，應如何回復原狀？因此，學者指出，或可參酌政府採購法第 50 條第 2 項，撤銷甄審決定後，採終止或解除契約之法律效果，並得向相對人請求損害賠償<sup>331</sup>，調整契約瑕疵之法律效果，避免契約無效使雙方蒙受巨大損失。

觀察德國行政程序法修正草案，增加新的行政契約類型—「合作契約」，並修正了原本行政程序法中，僵化、嚴格的契約瑕疵效果，以調和依法行政原則與雙方當事人之利益<sup>332</sup>。合作契約如有下列情形之一：(1)未確保行政機關充份影響力；(2)行政機關承諾違反第 56 條之對待給付，依修正草案第 59 條第 4 項，如無效事由得以適當有效的條款取代者，契約當事人得請求契約之調整，取代回復締約前狀態<sup>333</sup>。延續德國行政程序法修正草案中之理念，國內學者提出區分「絕對無效事由」與「相對無效事由」<sup>334</sup>，契約違反絕對無效事由者，為自始、當然無效，雙方負有回復原狀之義務；契約違反相對無效事由者，則以調整契約內容修復瑕疵，如雙方無法達成調整之合意，調整後仍無法修復瑕疵，則當事人應互負回復原狀義務。如維持公共建設營運更有利於公益的維繫，應使雙方當事人有調整契約的空間<sup>335</sup>。

<sup>331</sup> 林明鏞(2006)，前揭註 327，頁 124。

<sup>332</sup> 林明鏞(2009)，《歐盟行政法—德國行政法總論之變革》，頁 114，台北：元照。

<sup>333</sup> 德國行政程序法修正草案條文之中譯版，請參閱：程明修(2010)，前揭註 250，頁 100-101。

<sup>334</sup> 詹鎮榮(2012)，〈行政合作契約瑕疵效果之檢討與續造〉，中央研究院法律學研究所主辦《2012 行政管制與行政爭訟學術研討會會議論文》，頁 26 以下。

<sup>335</sup> 林明鏞(2009)，前揭註 332，頁 114；詹鎮榮(2009)，前揭註 314，頁 131；程明修(2010)，前揭註 250，頁 128-129。

### 參、以服務對象為中心之第三人保護機制

擔保國家理念的植基於國家的基本權保護義務，為確保第三人權利免於因私人履行公共任務受到侵害，擔保國家有形成保護第三人制度之責任。社福設施委外經營之利害關係第三人，主要為參與甄審程序的競爭者與服務對象，

#### 一、建立三面法律關係

公私協力履行社會福利任務所形成之法律關係，不僅存在行政部門與民間機構間，由民間機構係向服務對象給付福利服務，形成了「國家—民間機構—服務對象」三面法律關係。第一個面向為國家與民間機構締結公法契約，在德國為費用移轉協議，國家有給付服務費用之義務。在我國則為社福設施委託經營管理契約，民間機構有提供服務之給付義務，國家有履約監督之責任。次者，民間機構與服務對象間形成私法契約關係，民間機構有提供服務之給付義務，服務對象則有給付報酬義務。第三面向乃國家與服務對象間之公法上權利義務關係，服務對象對國家有社會給付請求權。服務對象之給付請求權內容，在德國社會救助法上為費用承擔請求權，即由服務對象選擇已與行政主體締結費用移轉協議之民間機構，受領救助服務，服務對象請求國家承擔服務費用之權利。我國社福設施委外經營模式非費用移轉模式，服務對象對國家之社會給付請求權乃「提供服務請求權」，請求國家提供福利服務。

縱我國與德國之公私協力模式不相同，值得注意的是，建立三面法律關係的意義在於，將服務對象納入公私協力履行社會福利任務之程序主體。為調控公私協力關係，國家形塑公私協力法制或與

民間機構締結契約，非僅考量財務可行性、資產與建物的管理，必須重視服務對象的權利保障<sup>336</sup>。

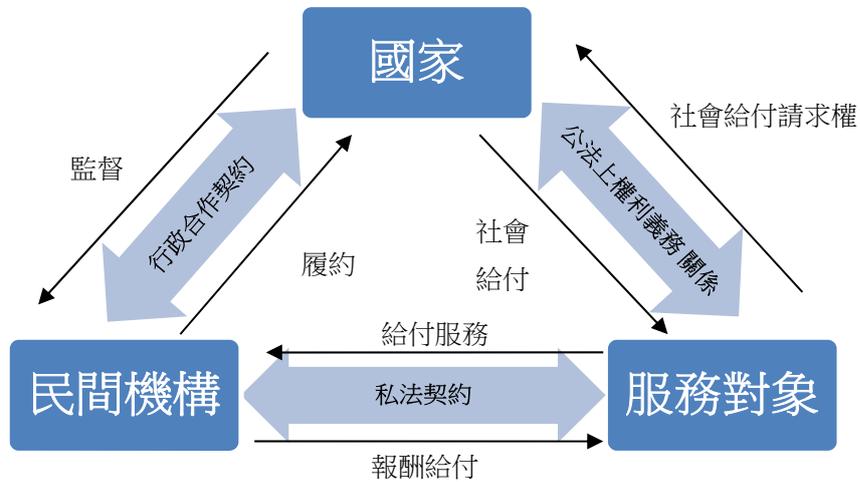


圖 4：社福設施委外經營之三面法律關係示意圖

製圖：作者自製

## 二、行政程序法第 140 條第 1 項之適用？

行政契約之第三人權利保護，行政程序法已有所規定，行政程序法第 140 條第 1 項：「行政契約依約定內容履行將侵害第三人之權利者，應經該第三人書面之同意，始生效力。」競爭者與服務對象得否援引本條文，主張投資契約須經其書面同意？該條文規定首先，本條文之立法目的，係避免行政機關利用行政契約「濫用公權力」或「賤售公權力」，而「保護第三人」僅是附隨效果<sup>337</sup>。其次，行政程序法第 140 條第 1 項的適用範圍，應予以限縮，僅適用於直接侵害第三人權利之「處分契約」，與課與第三人義務之「第三人負擔契約」<sup>338</sup>，避免行政契約涉及第三人而動輒失其效力。

<sup>336</sup> 學者孫迺翊指出，公私協力履行社會福利任務之核心精神不在於「自負盈虧」，而是人民法定權利無欠缺地獲得滿足。孫迺翊(2010)，前揭註 19，頁 260。

<sup>337</sup> 林明鏘(2006)，〈行政契約對第三人效力之研究〉，《行政契約法研究》，頁 284-285。

<sup>338</sup> 林明鏘(2006)，〈行政契約對第三人效力之研究〉，《行政契約法研究》，頁 288-289；江嘉琪(2009)，〈行政契約關係中之競爭者權利保護〉，《輔仁法學》，頁 97。

服務對象是否得援引行政程序法第 140 條第 1 項，主張其對於行政機關與民間機構所締結之委託經營契約或投資契約有同意權？如前文所述，該條文僅適用於直接侵害第三人權利之「處分契約」，與課與第三人義務之「第三人負擔契約」<sup>339</sup>。行政機關與民間機構締結委託經營契約，係約定民間機構向服務對象給付服務，並不直接侵害服務對象權利，而是其後營運行為方對服務對象權利義務產生影響，且委託經營契約通常未課與服務對象負擔。此外，部分社福設施的服務對象人數較多，且委託經營時可能尚未存在特定範圍之服務對象，而本條文又未設定同意期間，如服務對象可隨時表示同意與否，不啻於使行政契約效力長期處於效力未定的狀態。因此，行政程序法第 140 條第 1 項無法提供服務對象權利保障，本文認為，應擴大服務對象程序上權利，使其權利受到更縝密之保護。

### 三、服務對象之程序上權利

憲法對基本權的保障，應是「有效的權利保護(effektiver Rechtsschutz)」<sup>340</sup>，國家應建制適當、合理的程序與制度，確保人民基本權利能有效實現。因而每項基本權皆有程序的功能與需求，即基本權之程序功能，為基本權客觀面向功能。至於是否有主觀面向的「程序基本權」，學者李震山指出，為實現個人自由、維護人格發展與尊嚴，將個別基本權的程序功能一般化與主觀化，從憲法第 22 條導出具有主觀公權利的程序基本權<sup>341</sup>。程序基本權是一種

<sup>339</sup> 林明鏞(2006)，〈行政契約對第三人效力之研究〉，《行政契約法研究》，頁 288-289；江嘉琪(2009)，〈行政契約關係中之競爭者權利保護〉，《輔仁法學》，頁 97。

<sup>340</sup> 許宗力(2007)，〈基本權程序保障功能的最新發展〉，《法與國家權力(二)》，頁 251，台北：元照。

<sup>341</sup> 李震山(2007)，〈程序基本權〉，《多元、寬容與人權保障—以憲法未列舉權之保障為中心》，頁 263-265，台北：元照。

「以程序為內容的權利<sup>342</sup>」，保護領域涵蓋訴訟程序與行政程序，人民有請求一個正當法律程序的權利。

服務對象為直接受領社會給付之人，且對於社福設施的使用有密集使用性與高度依賴性。在社福設施委外經營的程序中，為法律上利害關係人。然而，服務對象往往基於經濟弱勢、健康不佳或是資訊不足等因素，對於選擇社福設施，往往缺乏自主決定之可能性<sup>343</sup>，僅能被動地選擇價格較低廉或區域性的服務供應者，非以服務對象的需求為優先考量之因素。本文認為，應賦予服務對象事前的程序參與之權利，以滿足服務對象需求；另一方面，因承擔社會福利任務的私人之選任被認為欠缺民主正當性，人民與民意機關皆難以進行監督，尤其社福設施以特許模式經營時，更無從藉由市場競爭機制加以制衡。因而利害關係人的程序參與，亦能彌補民主正當性之不足。

因此，如服務對象之範圍可得特定，應於公私協力的各個階段中，賦予服務對象或潛在服務對象程序上權利。此外，應考量的是，部分服務對象基於身心因素，法律上或事實上無法自行為意思表示，須由監護人或家屬代其為之，此時應將程序上權利主體之範圍擴大，即於監護人、家屬等利害關係人。

公私協力的前階段，應於甄審民間機構的程序中，舉行公聽會或聽證程序，使服務對象（或潛在服務對象）有陳述意見之機會與管道。且行政機關應適時地揭露相關資訊，例如公開委外經營計畫書、行政機關與民間機構所締結之委託經營契約。此外，私人履行社會福利任務的過程中，服務對象亦應有資訊請求權，請求行政機

<sup>342</sup> 李建良(2004)，〈論基本權利之程序功能與程序基本權—德國理論的借鏡與反思〉，《憲政時代》，29卷4期，頁524。

<sup>343</sup> 社會工作學者指出，部分大型社福團體有「地區壟斷優勢」，服務對象基於經濟、資訊不足等因素，僅能選擇距離住家較近的服務供應者。請參見：劉淑瓊、彭淑華(2007)，前揭註133，頁185；劉淑瓊(2011)，前揭註4，頁468。

關公開社福設施的評鑑報告結果。至於委託期限屆滿後，行政機關依法應重新辦理甄審程序，由於更換私人夥伴可能增加服務品質的不確定性，應舉行聽證程序或公聽會，使利害關係人—即該社福設施原有之服務對象得參與程序、陳述意見，以確保服務對象之權利與需求獲得滿足。

現行機關辦理促進民間參與公共建設案件作業注意事項第 16 點謂：「主辦機關辦理促參案件之規劃時，應徵詢相關民眾及團體之意見，並應將前揭意見納入規劃考量。」該規定有民眾參與規劃、陳述意見之意旨存在，該規定然該作業注意事項應屬行政程序法第 159 條之行政規則，係機關業務處理方式的一般性規定。如本文所述，服務對象的權利與社福設施的營運有密切關聯性，僅以行政規則作為人民程序權保障的依據，有保障密度不足之疑慮<sup>344</sup>。本文認為，宜提升法規位階，以法律賦予服務對象的程序參與權、請求資訊權，使服務對象獲得更充分的權利保障。

#### 肆、確保私人提供服務之品質及結果

擔保國家必須確保私人給付品質與結果，與國家自己所給付者相同或更佳。明確的給付內容為評估私人給付品質與結果之基準。意即，如私人給付義務內容不明確，國家難以評估私人之給付是否確實合乎契約給付義務。因此，擔保國家得立法明文規定私人給付義務，或者於契約中約定私人給付內容。

---

<sup>344</sup> 相同見解，請參見：朱瑋華(2011)，前揭註 107，頁 124。

## 一、法律對契約內容之規範

### (一) 提高法律規範密度之必要性

福利服務的服務對象類型與需求相當複雜與多樣，立法者是否有能力將所有的服務內容「一網打盡」？舉例言之，服務對象可能包含：老人、身心障礙者、青少年、兒童、婦女、外籍配偶、高風險家庭……等。且不僅各類型服務對象之間的服務需求差異甚大，甚至同類型服務對象亦有不同的需求，例如老人福利法第 17 條規定，地方自治團體主管機關應自行或結合民間資源，對服務失能之居家老人提供居家式，其服務項目多達十款，最末一款更以概括條款呈現，即前九款以外之「其他相關之居家式服務」。顯見立法者囿於福利服務的多樣性、複雜性與專業性，實際上無法作成鉅細靡遺的規範。且從擔保國家的觀點來看，立法者的立法責任係建立一個法律秩序框架，作為國家管制公私協力關係的基礎。至於具體與詳細的規範，則有待公部門的契約管理監督，或私部門的社會自我管制進行調控，保留公私協力運作的彈性空間。

然而，從實務運作來看，社福設施委外經營契約對於財產管理、財務監督的重視，更甚於對服務對象權利保障<sup>345</sup>。行政部門無法能透過契約管理與監督，確保服務品質，以保障服務對象權利<sup>346</sup>。再者，框架式立法並非意味著國家放棄其以法律作為管制方法，而是強調：立法者應形塑具有國家擔保責任內涵的法律框架。

因此，為改善我國實務運作缺失，並基於國家擔保責任理念，立法者有必要提高對於契約內容規範之密度，於法律中規

<sup>345</sup> 請參見本文第三章、第三節、貳、「欠缺服務對象之保障」之案例與論述。

<sup>346</sup> 關於行政部門對契約管理能力不足的問題，請參見：侯文森(2008)，前揭註 90，頁 133。

範公私協力契約應協議與記載事項，使行政機關得以依據雙方約定之內容進行監督，確保私人提供福利服務合於一定品質。

## (二) 契約內容之法律規範框架

依促參法第 11 條規定，契約應記載下列事項：(1)公共建設之規劃、興建、營運及移轉；(2)權利金及費用之負擔；(3)費率及費率變更；(4)營運期間屆滿之續約；(5)風險分擔；(6)施工或經營不善之處置及關係人介入；(7)稽核及工程控管；(8)爭議處理及仲裁條款；(9)其他約定事項。

由於促參法為總則性、基本性的公私協力法制，無法全然合乎個案所連結的事務領域與性質。基於社會福利任務滿足服務對象權利、保障服務品質之特性，參酌德國社會救助法中公私協力之規範與擔保責任之指引，除上列規範外，法律對於委託經營契約內容之調控，除促參法所規定外，應著重之面向包含：(1)明確、具體的重要給付事項；(2)合理的服務費用；(3)評鑑機制之約定；(4)擴大資訊公開之義務。

## 二、私人提供服務之原則

除了規範契約內容之應記載事項，法律得制定民間機構提供服務之一般原則，來指引民間機構履行社會福利任務時，應遵循之原則與標準。例如，制定「需求滿足原則」，即私人提供之服務應滿足個別服務對象的特殊需求，強調社會福利任務係以「服務對象之需求」為核心，提供個別化服務。又公私協力所期待的目標是：降低政府財政負擔，且提高行政效率，可確立「效益原則」，促使民間機構注意服務品質與成本之間的衡平性。然而，效益原則強調「以

低成本達成高品質」之服務，因而可能產生的問題是：為降低服務成本，民間機構挑選低成本、難度低、獲利較高的案例<sup>347</sup>，導致較困難、高成本的個案無法受領服務。為避免民間機構為降低成本而犧牲服務對象權益，可參酌社會救助法之規定，課與民間機構在約定的條件下，有接受與照顧服務對象的義務。社會福利滿足服務對象需求、保障服務對象權利之目的，不應因公私協力而受到破壞。

綜上所言，本文係結合社會福利與公私協力之特性，提出需求滿足、效益性、有接受服務對象之義務等原則，然指引私人履行社會福利任務之原則，不必然僅有上開數項原則。此處欲指出的是，擔保國家得透過法律指引提供福利服務之一般性原則，作為公私協力調控手段。

#### 伍、有效的監督機制

國家採取外部監督、私人自我監督、課與私人資訊公開義務等監督措施，作為指引與控制私人履行公共任務之方法，評估私人給付是否合乎一定品質，以實現國家擔保責任。

##### 一、促參法上之監督機制

營運績效評估為現行促參法上主要監督機制，促參法第 54 條第 2 項：「經主辦機關評定為營運績效良好之民間機構，主辦機關得於營運期限屆滿時與該民間機構優先定約，委託其繼續營運。」主辦機關應於營運期間內，每年至少辦理一次營運績效評估，以評估民間機構有無優先續約權。成立評估委員會辦理評估（施行細則第 61 條第 1 項）。是否成立以及如何組成評估委員會，主辦機關有

<sup>347</sup> 劉淑瓊(1998)，前揭註 106，頁 119。

主導權<sup>348</sup>。主辦機關可能選任內部公務員，或聘請外部專業、公正人士擔任評估委員，由於外部委員平日未參與公共建設之營運，主辦機關應蒐集並提供相關資料予外部委員，協助其評分<sup>349</sup>。促參法第 54 條第 3 項規定，營運績效評估辦法應載明於契約中，且評估辦法之內容應包含：營運績效評估方法及項目、營運績效評估程序及標準、其他績效評估事項（施行細則第 62 條第 1 項）。另外，依促參法施行細則第 62 條第 2 項規定，主辦機關應將營運績效評估結果，以書面通知民間機構。

綜上所述，促參法第 54 條及施行細則第 62 條規定，主辦機關與民間機構應於契約中記載評估辦法相關內容。按約定營運績效程序與方法，使雙方得以預測績效評估所需的人力、時間、費用成本；而事前確定評估項目與標準，則得以提高評估的客觀性，避免評估委員的判斷流於恣意。如能妥善運作，實有助於國家監督與控制私人給付品質與結果。然而，國家對社福設施委外經營之監督，仍存有問題，促參法的營運績效評估機制，顯未完全解決實務上困境。

## 二、實務困境與解決

監督機制在社會福利實務上的困境有二，其一為契約的內容不明確，行政機關無法評估私人是否已履行契約上義務，尤其服務是否具有一定品質，易產生爭議。此問題之解決方式如同前文所述，應提高法律對契約內容的規範密度<sup>350</sup>。

另一個困境，係監督機制的法律效果薄弱，以致於獎優汰劣的成效不彰。按營運績效評估之法律效果，促參法上僅規定營運績效

<sup>348</sup> 古嘉諄、李元德等(2009)，前揭註 130，頁 141-142，。

<sup>349</sup> 朱瑋華(2011)，前揭註 107，頁 123。

<sup>350</sup> 見本章節之「肆、一、法律對契約內容之規範」。

評估結果優良之民間機構，主辦機關得優先與之續約（促參法第 54 條第 2 項）。如有部分項目評估不合格產生何種法律效果，行政機關可否令民間機構限期改善，或施以適當處罰，以控制民間機構給付品質與成效，未見規定。更甚者，如民間機構無續約之意，營運績效評估機制形同具文<sup>351</sup>。

本文認為，宜立法強化營運績效評估不合格之法律效果，使行政監督更具有實效性。在現行促參法運作下，或可透過第 52 條的解釋，該條文規定，有施工進度嚴重落後、工程品質重大違失、經營不善或其他重大情事發生，主辦機關依投資契約得要求定期改善，屆期不改善或改善無效者，中止其興建、營運一部或全部。在現行法制下，或可藉由概括條款「其他重大情事發生」之解釋，將「評估結果重大不合格」納入本條文之射程範圍。然而，對於僅部分項目不合格者，無法依本條文令期改善。根本解決之道，係增加不合格之法律效果，加強法律拘束效力，提高監督機制實效性。

## 陸、國家接管機制

國家基於補充責任與最後責任，在私人給付有重大瑕疵、私人無法繼續給付，或市場失靈的情形下，為擔保公共建設的使用者或服務對象的權利不因給付中斷而受到損害，公私協力法制上應設計國家取回公共任務之制度，使行政機關得自行承接公共建設的營運，或交由其他私人經營，使公共任務回歸由國家執行，確保公共任務的給付不中斷。

### 一、國家強制接管權

我國促參法已確立了國家強制接管權，為擔保國家補充責任的

---

<sup>351</sup> 朱瑋華(2011)，前揭註 107，頁 123。

具體展現。在促參法制中，國家行使強制接管權的前提，係營運中止權或契約終止權的行使。私人之給付有重大瑕疵，或無法繼續給付時，國家得依契約或法律，中止公共建設之一部或全部。促參法第 52 條第 1 項規定，於興建或營運期間，有施工進度嚴重落後、工程品質重大違失、經營不善或其他重大情事發生，主辦機關依投資契約得為下列處理：一、要求定期改善。二、屆期不改善或改善無效者，中止其興建、營運一部或全部。三、因前款中止興建或營運，或經融資機構、保證人或其指定之其他機構接管後，持續相當期間仍未改善者，終止投資契約。依上開條文，國家有中止權與契約終止權之前提，為契約有明文約定，國家係「依契約」中止營運或終止契約。另外，促參法賦予國家緊急處分權，則無需經由契約約定，於情況緊急，遲延即有損害重大公共利益或造成緊急危難之虞，中央目的事業主管機關得令民間機構停止興建或營運之一部或全部（第 53 條第 1 項）。

國家中止公共建設之營運或契約終止後，為維持公共建設繼續營運，持續提供服務，促參法設計了國家強制接管權。促參法第 53 條第 2 項謂：「依前條第一項中止及前項停止其營運一部、全部或終止投資契約時，主辦機關得採取適當措施，繼續維持該公共建設之營運。必要時，並得予以強制接管營運。」強制接管處分係主辦機關以公權力排除民間機構之營運權、財產使用與管理權，係單方對外之公權力行為，其法律性質屬行政處分，如有不服，得依法提起訴願<sup>352</sup>。

私人無法繼續履行公共任務時，國家是否即有自行承擔之義務？具體來說，國家可否僅中止公共建設之興建或營運，但不強制接管

---

<sup>352</sup> 民間參與社會福利設施及營建相關公共建設強制接管營運辦法第 3 條第 7 款。

營運？此為國家有無「結果確保義務(Pflicht zur Ergebnissicherung)」之問題，於德國學界尚有爭議，學者認為，國家的結果確保義務應視個別公共任務之特殊性，採取不同作法<sup>353</sup>。我國促參法則賦予國家強制接管公共建設之裁量權限，主辦機關於必要時，得強制接管營運公共建設。在社會福利領域，由於服務對象對社福設施多有高度依賴性，例如身心障礙者可能仰賴療養院提供之醫療服務，改善其身體上、心智上之功能或能力，如無該等社會福利設施之提供，將對服務對象造成直接影響，主辦機關行使強制接管之裁量權時，應考量服務對象之權益，如社福設施停止營運是否會造成服務對象重大不利益，宜啟動補充責任之機制，承擔社福設施之經營。

## 二、有效的接管機制

主辦機關行使強制接管權時，依民間參與社會福利設施及營建相關公共建設強制接管營運辦法(以下簡稱社福設施強制接管辦法)第2條：「主辦機關為強制接管營運，得自任為接管人，或委任其所屬機關(構)、或委託其他機關(構)、團體為接管人。」如主辦機關欲委託其他民間機構為接管人，應透過公平的競爭程序<sup>354</sup>，選出有給付能力之接管人，保障競爭者公平競爭之權利，並確保國家補充責任得以實現。

主辦機關雖有監督社福設施營運之責任，然未實際參與經營管理，對於細節性、技術性事項並不熟悉，遑論其他平日對社福設施無監督責任之接管人(包含主辦機關所屬機關、或其他機關、團體)，應更難掌握社福設施營運情形。如由主辦機關或其他機關(機構)

<sup>353</sup> Schoch, Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft?; NVwZ 2008, S.245. 中文文獻：林明鏞(2010)，前揭註173，頁585-586。

<sup>354</sup> 學者黃茂榮認為，接管人之選任應依照當初甄選該民間機構參與之程序。請參閱：黃茂榮(1998)，〈BOT契約〉，《植根雜誌》，14卷7期，頁44。

貿然承接營運，反而不利於社會福利任務的履行。社福設施強制接管辦法第 4 條第 3 項規定，民間機構應將受強制接管營運之項目及範圍內所使用之設備、人事資料、財務報表及其他主辦機關認為必要之文件製作清單，提供接管人強制接管查核。同辦法第 6 條則課與民間機構對接管人執行職務有配合義務，其董監事及經理人應據實答覆接管人之詢問；受僱人員應受接管人之指揮。上開條文係課與私人將資產與專業知識移轉予接管人之義務，使接管人得有效行使接管權，以俾於公共建設營運的維持。

另外，為了有效實現撤回或接管選擇權，國家平時應建立取得資訊或相互溝通的管道，獲取相關專業知識與能力。政府可保留部分社會福利設施公辦公營，由國家自行承擔執行責任與管理權，藉以培養、維持行政機關經營社福設施之能力，並汲取品質維持與成本計算之資訊<sup>355</sup>。除了提升政府對委外經營社福機構的監督能力，並使得政府在委外經營機構出現經營不善或重大情事，致無法繼續營運時，有足夠能力接管該機構，確保社會福利給付不中斷。

### 第三節 契約規範層次

#### 壹、契約內容之形成

如前文所述，公私協力之調控核心乃對契約之調控，行政機關應於事前擬定明確的契約條款、事後進行有效的履約管理，以控制私人給付之品質與結果。德國學者 H. Bauer 具體指出，契約中應留意兩種類型之契約條款：其一，將法律賦予私人之義務納入契約條款中，提醒私人注意該義務。行政機關透過資訊取得、控制與制裁可能性，以確保私人履行義務，並以契約解除權作為未履行契約義務之法律效果。其二，制

---

<sup>355</sup> 雷文政(2002)，前揭註 10，頁 171。

定足以擔保私人能持續、穩定地履行任務之營運義務(Betriebspflichten)，例如賦予私人對設備有管理、修復、排除瑕疵等義務，以確保可利用性與營運安全<sup>356</sup>。本文認為，針對契約內容之形成，一方面應保留行政機關介入與管制之影響力，另一方面得於契約範本中列出契約應記載事項，以控制契約之形成。下文分別作更詳盡之說明。

### 一、保留行政機關之影響力

國家在公私協力履行任務中扮演「擔保者」的角色，為具體化國家擔保責任，德國行政程序法修正草案與 Schleswig-Holstein 邦的促進公私夥伴關係法皆規定，公私協力所締結之契約中，應以適當方式確保行政機關對公共任務的履行，有充分的影響力。所謂的「充分影響力」，係指在契約中保有國家收回公共任務之選擇權，例如保留契約解除權或終止契約後之接管權；又或者契約中保留行政機關有其他管制可能性(Steuerungsmöglichkeiten)<sup>357</sup>。

契約中應約定國家接管或撤回選擇權條款，具體化國家補充責任，在私人無法繼續履行公共任務時，確保國家有介入之權限，國家得自行或以他人為接管人，承接公共任務之履行。行政機關有「管制可能性」則涵蓋範圍較廣，例如，雙方約定如民間機構變更重要給付內容，或調漲服務價格時，需經主辦機關同意；又如在營運不善或服務品質不適當，且不為改善或改善無效的情形下，主辦機關有營運中止權或契約終止權。保留主管機關對契約的影響力，以調控私人給付品質與結果。

可能產生的矛盾是，行政部門在公私協力模式中，作為私部門的「夥伴」，理論上公、私部門應立於平等地位，然在擔保國家的

<sup>356</sup> H. Bauer, a.a.O.(Fn. 305), S. 93-94.

<sup>357</sup> 林明鏞(2009)，前揭註 332，頁 113。

要求下，行政部門必須承擔管制之義務，確保公益之實現。契約中確保行政機關影響力的措施，多為行政機關以公權力介入公共建設營運措施，可能產生雙方地位失衡之疑慮，限制了民間機構締約自由與從事經營行為之行動自由，從現實層面言，可能降低民間參與之誘因。因此，應設定公權力介入的界限，僅在行政機關之管制措施有助於擔保責任的實現，且合乎必要性之前提下，方得以公權力介入公共設施營運管理。

## 二、契約應記載事項

有鑒於社會福利任務的特殊性質，公私履行社會福利任務之契約應重視服務品質與服務對象權利保障的相關事項。除了促參法第11條應記載事項，得參酌德國社會救助法第75、76條之規範，以提升契約條款內容之具體、明確性與可預見性。即契約應記載事項宜增加：契約重要給付事項、合理的服務費用、約定評鑑機制，惟德國社會救與我國促參法公私協力模式下的法律關係不同，因而參酌德國法相關規定時，仍有必要在促參法的架構與法律關係下有所調整。

### (一) 重要給付事項之約定

契約給付內容的確定，係國家有效監督的基礎，尤其福利服務的品質與結果難以量化，應事先約定重要給付事項，事後方能確定私人是否已履行契約之義務，使監督機制能有效執行，因此，重要給付事項至少應包含：(1)服務對象類別；(2)提供服務之必要設備、(3)服務目的；(4)服務方式；(5)服務應達成之品質；(6)服務人員之資格等項目。

前四項係確定民間機構之給付內容，雙方應依照服務對象的需求，制定具體、明確的契約條款，以提供充分、合目的、需求滿足之服務為原則。第五項為確保給付內容合乎一定品質，事先約定有助於實施監督與評估。至於第六項，由於服務人員為直接向服務對象提供服務之人，其選任攸關服務品質與服務對象權益，契約應針對服務人員之資格詳加約定，即服務人員應具有合乎服務對象需求的專業知識與經驗。從擔保國家的觀點來看，約定服務人員資格亦有其必要性，擔保國家不僅控制私人履行公共任務的行為合法性，亦透過引導與調控私人組織的形成，實現國家擔保責任。

## (二) 合理的服務價格

國家有責任擔保私人以合理價格提供公共服務，尤其是壟斷性事業，例如高速鐵路或市區內捷運，因使用者無從選擇其他可替代之服務，國家必須確保人民能以合理之價格取得服務，使公共服務之目的不因私人給付而落空<sup>358</sup>。福利服務雖非壟斷性事業，然服務對象礙於經濟上因素，可能無法選擇服務供給者，如服務價格攀升，經濟上弱勢之服務對象將無法取得福利服務來滿足需求。且公私協力履行社會福利任務的隱憂之一乃服務商品化，可能導致服務價格升高，形成「服務階級化」的現象，對福利服務需求甚般的經濟上弱勢者，僅能以較低廉的價格取得福利服務，削弱了社會福利滿足服務對象需求之功能。

為保障服務對象之權益，並達成社會福利本旨，國家應擔

---

<sup>358</sup> 許宗力(2007)，前揭註42，頁456。

保服務對象能以合理價格取得服務，避免服務價格過高致服務對象無法負擔。行政機關應透過擬定契約條款，保留對於服務價格之影響力，例如限制服務價格之範圍、設定價格上限，或者保留費率變動之裁量權。我國促參法第 11 條將「費率與費率變更」列為契約應記載事項，使主辦機關與服務對象皆可預測、掌握服務價格之範圍。進一步言，契約中應約定「合理的」營運費率，可參考福利服務之市場行情或行政機關所制定之收費標準<sup>359</sup>。然市場與景氣時有波動，如限制營運費率不可變動，有礙於民間機構的財務收入，契約中得約定費率變更之要件與程序，且應保留主辦機關對費率變更之影響力，避免民間機構任意升高服務價格。

此外，德國社會救助法上的公私協力係費用移轉承擔模式，由行政主體給付服務報酬，因此事先約定服務報酬，可避免未來就報酬之計算與給付產生爭議。我國以促參法制委由民間經營社福設施之案件，係由民間機構就設施之營運自負盈虧，且須向行政機關給付權利金，雙方無給付服務報酬之約定。然而，以 OT 模式營運之社福設施，其財產權屬行政機關所有，民間機構使用設施、設備所生費用如何分擔，以及如民間機構因服務需要，變更建物原有之設計或購買新設備，其費用如何分擔、所有權由何人所有。為避免事後發生爭議，雙方宜於契約中記載費用分擔之約定。

---

<sup>359</sup> 例如：內政部訂有「身心障礙福利服務機構辦理身心障礙者托育及養護收費及補助標準一覽表」。

### (三) 評鑑機制

擔保國家應定期評估私人履行公共任務之成效，以確保在長期的合作關係中，能隨時發現與修補私人履行之缺失，維持公共建設之運作功能。雙方應於契約中約定評鑑機制，包含：評鑑方法、評鑑程序、評鑑項目與評鑑標準，提高評鑑制度的客觀性，避免流於主觀、恣意的判斷。另外，為增加評鑑之有效性，雙方應約定評鑑結果之效果，使民間機構得依照評鑑之結果加以修正。

### (四) 其他應記載事項

#### 1. 資訊公開義務

擴大民間機構的資訊公開義務，為擔保國家之監督措施。契約中應課與民間機構公開資訊之義務，例如評鑑結果報告、年度工作報告、財務報表等資訊，應使利害關係人（尤其是服務對象）得以取得相關資訊。平衡服務對象與服務提供者之間的資訊不對稱關係。

#### 2. 接受服務對象之義務

基於促參法制之精神，民間機構對於社福設施的營運需自負盈虧。可能發生個案受拒絕之疑慮，即民間機構降低提供服務之成本，拒絕接受困難度高、成本高之服務對象，使服務對象的需求無法獲得滿足，其受領服務之權利受到損害。自契約調控機制而言，應課與民間機構有接受服務對象之義務。如服務對象合乎契約所約定之服務對象類別，在社福設施之服務項目為該服務對象所需，且空間或床位足夠的前提下，民間機構不得拒絕接受合乎契約約

定之服務對象。前文提及此項義務可從法律層次加以規範<sup>360</sup>，在契約層次上，應約定具體要件，以及違反義務之法律效果，更為縝密地保護服務對象權利。

## 貳、擔保國家之履約監督

### 一、委託期限

社福設施委外經營管理契約應約定多久之委託期限，涉及服務提供之穩定性與履約監督有效性。現行 OT 營運契約以五至七年為委託期限，例如嘉義市身心障礙綜合園區一再耕園於民國 92 年委託財團法人基督教醫院營運，委託期間為五年。民國 96 年委託期間屆至時，基督教醫院再度獲選為最優申請人，續約之委託期間為六年。又如內政部宜蘭教養院於 2007 年委託財團法人伊甸社會福利基金會營運，委託期間為七年。實務上之 BOT 契約則以五十年為特許期間，例如廣慈博愛院開發案約定特許期間為五十年，如營運績效良好可延長二十年。

社福設施委外經營如與一般公共建設 BOT 契約相同，設定委託期限為五十年以上，在長期合作關係中，國家必須隨時修正私人履行社會福利任務可能產生之瑕疵，並加強其履約管理能力。因國家監督社福設施之營運，必須針對服務品質、服務對象需求，進行更細緻評估，因可量化之經濟效益、財務績效、財產使用管理等評估項目，無法呈現「服務品質是否適當」以及「是否滿足各類型服務對象之需求」等社會福利任務特殊性。再者，如前文所述，促參法上營運評估機制之效力不足，僅以「取得五十年後的優先續約權」督促民間機構提供適當服務品質，其誘因是否充足？且促參法上行

---

<sup>360</sup> 請參閱本章第二節、肆、二、私人提供服務之原則。

政機關中止營運與強制接管權之行使，構成要件嚴格，如行政機關發現部分評估項目不合格，似無行政機關介入之法律依據。在長時間的合作關係中，國家的履約管理必須強化監督功能與法律效果。

然而，如約定之委託期限過短，實則不符合福利服務之性質。因社福設施並非僅提供設備或建設予使用者，而是向服務對象提供服務，服務提供之人需瞭解個別服務對象之需求，且與服務對象之間建立長期與一定程度的信賴關係。如經常更換提供服務者，新的服務提供者對於服務對象的個別需求並不熟稔，需重新建立信賴關係與穩定性，不利於服務品質。例如以政府採購法所締結之委託營運契約，其委託期間多為三年<sup>361</sup>，引發社福實務界批評<sup>362</sup>，實務工作者認為，部分類型服務對象（例如心智障礙者）之個別需求與發展，必須經歷長時間評估，如委託期間過短，將影響服務對象權益。

綜上所述，現行 OT 契約之委託期間為五至七年，與政府採購契約相較，委託期間延長，避開委託期間過短之弊。而 BOT 案件由民間機構投入資金興建公共建設，長時間的營運期限較有利於成本回收，提高民間機構參與之誘因。如縮短 BOT 特許期間，可能降低民間機構參與之意願。然細究廣慈博愛院 BOT 一案，民間機構實則將福利服務分包由非營利團體給付，該分包契約期限與 BOT 年限相同，即長達五十年。如將分包契約期限縮短為十年，應不致影響民間機構之特許期限，且得以減少上述委託期間過長或過短之弊端。

<sup>361</sup> 依政府採購法委託民間機構經營之社福設施，其委託期間通常較促參案件更短，例如內政部於民國 92 年依政府採購法委託伊甸基金會經營宜蘭教養院，委託期間為三年；又如台北市政府依政府採購法委託民間機構營運台北市南港老人服務中心，委託期間亦為三年。契約範本請參閱：行政院人事行政局(2008)，《建構政府與民間夥伴關係推動實例暨契約參考手冊》，頁 395 以下。

<sup>362</sup> 黃琢嵩、吳淑芬、劉寶娟(2005)，前揭註 143，頁 151。

## 二、監督機制

我國促參法有營運績效評估制度，社福實務上則常見機構評鑑、外聘督導、聯繫會報等監督手段。下文從國家擔保責任觀點，並結合社會福利特性與實務，分析擔保國家的契約監督機制。

### (一) 定期評估

我國社會福利個別法規中，有主管機關應定期評鑑、輔導、獎勵社會福利機構之相關規定<sup>363</sup>，授權中央與地方主管機關訂定相關辦法。主管機構依評鑑辦法組成評鑑小組、制定評鑑指標，定期實施機構評鑑。評鑑結果優良者，發予獎勵金或優先接受補助或政府委託業務<sup>364</sup>。評鑑結果不合格者，應限期改善，並於一定期間內辦理複評。複評仍未通過者，將停止補助或停止業務委託<sup>365</sup>。另一個定期評估機制，為促參法上的營運績效評估，前文已提出現行法對於營運績效評估之相關規定<sup>366</sup>，現行法要求契約當事人於契約中記載績效評估之方法、程序、項目，標準等，確立營運績效評估實施辦法，如能加強評估結果之法律拘束力，營運績效評估制度實有助於國家監督與控制民間機構經營公共設施之成效。

自擔保國家觀點而言，社福設施委外經營所實施之機構評鑑與營運績效評估制度，值得思考之處有二：其一，評估結果報告除應以書面通知民間機構外，亦應以適當方式使服務對象

<sup>363</sup> 例如：老人福利法第 37 條、兒童及少年福利與權益保障法第 84 條、身心障礙者權益保障法第 64 條

<sup>364</sup> 例如，內政部發布之老人福利機構評鑑及獎勵辦法第 8 條第 1 項前段：「複評成績列為優等或甲等之老人福利機構，得優先接受政府補助或委託辦理業務。」

<sup>365</sup> 例如，內政部發布之老人福利機構評鑑及獎勵辦法第 8 條第 1 項後段：「列為丙等或丁等者，由主管機關依本法第四十八條規定處理，並限期改善。」同條第 2 項：前項複評成績列為丙等或丁等，經限期改善者，中央主管機關應於六個月內再次複評；再次複評成績未達乙等以上者，應停止政府補助或委託辦理業務，並由主管機關依本法規定處理。」

<sup>366</sup> 請參見本章第二節、伍、一、促參法之監督機制。

知悉評估結果，保障服務對象「知的權利」。其二，現行法制由主辦機關主導或親自進行評估，是否保留部分民間機構參與空間，例如，由雙方共同協商評估委員會設置辦法，擴大民間機構以「夥伴身份」參與程序，減少雙方對於評估過程與結果之爭議。

## (二) 獨立第三人之監督

在公私協力關係中，第三人基於獨立性與專業性，成為國家調控手段之一。擔保國家可要求私人設置諮詢委員會或專門顧問<sup>367</sup>，提前開啟控制服務品質之機制，加強預防性監督之功能。又，第三人除扮演諮詢、輔導的角色外，擔保國家亦可設計第三人監督機制，由具專業性與獨立性之第三人、專門委員會或獨立機關擔任監督者，以維持公共服務之品質。

我國社福實務上有外聘督導機制，即聘請外部專家學者提供專業諮詢、輔導，提供民間團體適當的支援，有助於提升服務之品質與效益。且外聘督導基於中立性與專業性，成為私人與行政部門的溝通與協商之橋樑，行政部門雖可透過督導提供諮詢與輔導的相關資訊中，瞭解與評估社福設施營運情形，然其監督缺乏明文之法律效果。

又，促參法的營運績效評估委員會，是否立於行政機關以外的獨立第三人地位扮演監督者角色，容有疑義。如前文所述，評估委員會是否成立以及如何組成評估委員會，主辦機關有主導權，以內政部宜蘭教養院 OT 案為例，委託營運管理契約第 8.2 條營運績效評估辦法中規定「有關乙方營運績效之評估，

---

<sup>367</sup> 請參見本文第四章、第一節、參、三、「擔保行政法之建構」

由甲方設置委員會（其設置辦法由甲方訂定）……」顯見行政機關對於評估委員會有實質上的影響力，民間機關不必然能參與評估委員之選任，理論上行政機關可選任公務員作為評估委員會的多數成員。因此，營運績效評估委員會是否立於獨立第三人地位進行監督，可能依個案情形有所不同。

至於中央或地方主管機關所進行之機構評鑑，以內政部發布之老人福利機構評鑑及獎勵辦法、身心障礙福利機構評鑑及獎勵辦法為例，該辦法中制定了評鑑委員會中行政機關代表之人數或比例<sup>368</sup>，避免評鑑委員之全部或多數由行政機關之公務員擔任，而失評鑑之獨立性與客觀性。然內政部兒童及少年福利機構評鑑及獎勵辦法則未有相似之規定，評鑑委員之選任由內政部遴選，僅有總人數之限制，無代表團體之比例限制<sup>369</sup>。因此，行政機關對於機構評鑑委員之選任是否有實質影響力，評鑑委員是否具有獨立第三人地位，因中央或地方主管機關所制定之個別評鑑辦法有所不同，無一致性規定。

觀察我國社福實務所衍生之問題，如由行政機關以外之專業第三人（或專門委員會）進行監督，似可降低民間機構對於公、私部門間地位不平等的疑慮。因國內社福團體一再強調，行政部門在公私協力關係中「球員兼裁判」，且行政機關在委

<sup>368</sup> 老人福利機構評鑑及獎勵辦法第4條第1項：「中央主管機關為辦理老人福利機構之評鑑，得設評鑑小組，置委員十九人至二十五人，其中一人為主任委員，由業務單位主管兼任，其餘委員由中央主管機關就下列人員聘兼組成之：一、中央主管機關及其他相關機關代表五人或六人。二、老人福利相關領域學者八人至十人。三、具有五年以上老人福利實務經驗之專家五人至八人。」身心障礙福利機構評鑑及獎勵辦法第5條：「評鑑諮詢小組置委員十三人至十九人，其中一人為召集人，由業務單位主管兼任，其餘委員由中央主管機關就下列人員聘兼任組成之：一、各級主管機關及其他相關機關代表。二、身心障礙福利相關領域學者或專家。三、身心障礙者團體及家屬團體代表。四、績優身心障礙福利機構代表。前項各款委員總額不得逾委員總人數三分之一，第三款、第四款代表之遴聘，得由相關團體或機構輪流擔任。」

<sup>369</sup> 內政部兒童及少年福利機構評鑑及獎勵辦法第4條：「評鑑小組應置委員七人至十一人，其中一人為召集人，由本部派員兼任，其餘委員，由本部就下列人員遴聘之：一、本部兒童局及相關目的事業主管機關代表。二、相關專家、學者三、兒童及少年福利團體代表。」

外的過程中，仍存有「上對下」的心態，社福團體為爭取合作機會，往往居於「配合」的地位，雙方並非立於「對等的夥伴關係」進行合作<sup>370</sup>。社福相關研究指出，行政機關與民間機構對於公私協力成果與效益之評價，有相當程度之落差，例如「政府福利服務因引進民間資源而提高服務品質」民間機構之同意者近八成，而行政部門同意者僅 54%；又例如「由民間團體提供服務比政府自己做來得更省錢」，行政部門之同意率僅 38%，而民間機構則高達 69.4%<sup>371</sup>。顯見雙方立場存有一定的「對立性」，由行政機關扮演「球員兼裁判」之角色，易生監督結果不客觀或不公正之疑慮。

因此，如由行政機關以外之專業第三人進行監督，一方面借重其獨立性與專業性，另一方面可緩和民間機構對行政機關主導或親自執行監督的質疑。我國促參法制上已有營運績效評估委員會之制度，或可改善其設置或委員選任之方式，擴大民間機構程序上之參與。使民間機構以「程序主體」的身分參與維持雙方的對等地位，並增加決定的正確性，有預防紛爭之功能。誠然，我國促參法制的設計充滿公權力監督的色彩，且在擔保國家的觀點下，國家必須善盡控制公私協力的責任，此為本文的核心論點。因此，此處提出由獨立第三人監督，並非意味著國家放棄監督責任，僅是由獨立第三人代替主辦機關擔任實際執行評鑑者的角色。國家仍有責任設計適當的評鑑制度或其他監督措施，作為調控公私協力關係之手段。

---

<sup>370</sup> 劉淑瓊、彭淑華(2007)，前揭註 133，頁 215。

<sup>371</sup> 我國公私部門對於公私協力履行社會福利任務之效益評價，詳細研究內容請參閱：劉淑瓊(2011)，前揭註 4，頁 460 以下。

### (三) 資訊公開義務

擔保國家可透過擴大資訊公開、檔案公開與報告義務，作為調控公私協力之手段。地方主管機關要求社福機構提出年度工作報告，說明社福機構營運之經驗與成效，或舉辦聯繫會報，集結提供同性質服務之民間機構，報告社福機構營運之成果或困難，民間團體得以相互學習知識與經驗，行政機關則從中獲取社福設施的經營資訊。民間機構之資訊公開義務，除了主動向行政機關揭露營運相關資訊，更有利害關係人監督之功能。

### (四) 服務對象之監督

公私協力履行社會福利任務不僅涉及行政機關與私人夥伴間之法律關係，私人履行任務之品質與結果，影響服務對象的權益，且履行社會福利任務之目的為滿足服務對象需求，因此，社福設施內部的服務對象對於社福設施的營運品質與成效，應有陳述意見與知的權利。

首先，為保障服務對象陳述意見權，社福設施內部應設置申訴程序，使服務對象得隨時反映其需求與意見。其次，私人有向服務對象公開資訊之義務，民間機構應以適當方式使服務對象知悉定期評估之結果與年度工作報告書，使服務對象瞭解並監督社福設施營運之情形。附帶一提，如同前文所述，在法規層次應賦予服務對象資訊請求權<sup>372</sup>，縱民間機構未踐行資訊公開義務，服務對象有主觀公權利，得請求知悉評鑑結果之報告，以落實服務對象對社福設施之監督。透過服務對象對公私協力的監督，確保民間機構提供之服務能切合服務對象需求，

---

<sup>372</sup> 請參閱本章、第二節、貳、二、(二) 服務對象之程序上權利。

達成社會福利之本旨。

除了社福設施內部的服務對象，其他利害關係人亦應有知悉定期評估結果與年度工作報告之權利，其他利害關係人指其他同類型之服務對象，但尚未受領該社福設施所提供之服務。向利害關係人公開營運之資訊，作為其選擇社福設施時之依據，使提供相同服務性質之民間機構存有相互競爭之關係，進而監督與提升服務品質與效率。

#### (五) 私人自我監督

在公私協力模式中，國家與私人應建立「合作」、「夥伴」關係，改變傳統「二元對立」或「上對下」的關係。因此，國家不再採取高權命令作為管制手段，管制主體亦不限於國家，社會部門亦得為管制主體。擔保國家得要求私人建立自我監督機制，不僅減輕國家管制負擔，同時使社會部門得以維持本身的運作邏輯與自主性。由於公私協力的管制目的，不僅是監督私人履行任務的合法性，因公私協力具有「目標導向」的特性<sup>373</sup>，監督手段有確保私人給付品質之功能，以達成公私協力的目標。因私人較熟稔營運現狀與問題，且本身具有專業知識與服務經驗，更容易「對症下藥」，彌補外部監督的不足。私人可透過專業諮詢、自行建立品質管理系統、自行設置最佳實務準則等方式，自行管理與監督社福設施的營運，以達成更好的服務品質與成效。

以內政部宜蘭教養院 OT 案為例，承接營運之民間機構為財團法人伊甸社會福利基金會（伊甸基金會），其內部組織之

---

<sup>373</sup> Jan Ziekow 著，詹鎮榮譯(2010)，前揭註 38，頁 239。

設置，有自我監督之功能，蓋伊甸基金會的董監事會下設有醫療委員會，管理照顧服務團隊，提供專業諮詢。此外，伊甸基金會經營之服務機構遍及全台，依地區進行分組管理，例如宜蘭教養院屬宜花東區，除了教養院內部的主管會議，每月需參加宜花東區舉行之區處會議，再由區處長向執行長報告營運狀況<sup>374</sup>。由於受委託經營之民間機構有長期提供福利服務之經驗，組織架構與自我管理制度相對完整，宜蘭教養院得以建立內部自我監督機制。至於組織規模較小的民間機構，國家可透過對私人組織形成的指引，例如要求設置專業諮詢委員會，促使私人設置自我監督與管理機制。

### 三、風險控管與分擔

公私協力的特色之一，為風險分擔與管理。國家將公共任務交由私人履行，有減輕行政部門負擔之意旨，履行公共任務之風險亦移轉於私人承擔。然而，並非意味著私人夥伴必須承擔全部或大部分的不同風險，雙方應針對個案公共任務特性，衡量哪一方對於某類型風險評估、控制與處理的能力較佳，風險分擔之原則，係以當事人承擔風險之能力作為判斷標準。又如前文所述，我國社福設施BOT案曾發生之風險問題，係民間機構因未能通過樹木保育計劃、環境影響評估、都市設計審議，因而無法取得建造執照。此類無法取得法令許可之風險，應由行政機關或民間機構承擔？具體來說，主辦機關是否有協力與確保民間機構通過各種行政審查之義務？按主辦機關之協力事項，可區分為「承諾事項」與「協助事項」。承諾事項為需由國家行使公權力，例如交付用地，主辦機關未履行

---

<sup>374</sup> 吳宜恬(2008)，前揭註4，頁83。

承諾事項時，係違反契約上真正義務，構成債務不履行事由；至於協助事項，主辦機關則不擔保其結果之成就，非構成債務不履行事由。依促參法施行細則第 22-3 條規定，契約中得約定雙方聲明與承諾事項。

環境影響評估、都市計畫審議等行政審查程序，不必然屬主辦機關權限範疇，不宜貿然約定為承諾事項。有學者認為，主辦機關將他機關之職權事項約定為契約標的，無異於買賣他人之物，且易發生無法履行之情事<sup>375</sup>。另有學者指出，其契約內容係以法律上不能之事項為標的<sup>376</sup>。就行政法的層面來說，主辦機關將其他機關之職權事項約定為義務，有逾越權限之虞，可能違反依法行政原則，且亦有違誠信原則或禁反言原則。因此，非主辦機關職權事項不宜列入協力義務。

實務運作上，行政部門為避遭受圖利廠商之質疑，對於承諾事項多採取保守態度，多僅約定不擔保結果成就之協助事項。常發生民間機關認為主辦機關不願盡力提供協助、行政部門規避責任之紛爭<sup>377</sup>。此情形下，主辦機關可設置單一對外窗口，協助民間機構辦理各項行政程序；或者適用計畫確定程序，由主辦機關直接上級機關，經聽證程序，向涉其職權之行政機關與利害關係人聽取意見，並調整利益後統一為裁決的程序<sup>378</sup>。

<sup>375</sup> 黃茂榮(1998)，前揭註 354，頁 10。

<sup>376</sup> 蔡茂寅(1998)，〈淺論 BOT 的幾個相關公法問題〉，《萬國法律》，102 期，頁 18。

<sup>377</sup> 朱瑋華(2011)，前揭註 107，頁 94-95。

<sup>378</sup> 鄭伯禹(2000)，〈BOT 實務與法制得探討—以高鐵案的甄選程序為中心〉，國立台灣大學法律學院研究所碩士論文。

### 參、現行 OT 契約檢視—內政部宜蘭教養院委託營運管理契約

#### 一、案件事實概說

宜蘭教養院由內政部設立，提供身心障礙者收容教養服務。2003 年內政部依政府採購法公開招標，評選結果由伊甸基金會與內政部締結「內政部委託民間辦理內政部宜蘭教養院院生收容教養服務契約」。其後，財政部建議本案應改依促參法辦理，內政部遂於 2007 年辦理招商程序，並於 2008 年與伊甸基金會締結「內政部宜蘭教養院委託營運管理契約」，由伊甸基金會以 OT 方式承接營運宜蘭教養院，委託期間為七年，提供身心障礙者之福利服務<sup>379</sup>。

宜蘭教養院委託營運管理契約共有十四章，契約之架構如下：

章次	名稱	主要內容
第一章	總則	契約範圍與名詞定義
第二章	委託營運管理權限及期間	(1)委託營運管理權限、標的物、期間、範圍 (2)權利處分之限制
第三章	財務條款	財務監督與重大財務事項
第四章	委託營運管理要求	(1)乙方應負擔事項 (2)營運之限制事項 (3)財物管理 (4)乙方組織 (5)營運費率之訂定與調整 (6)營運分包 (7)睦鄰責任 (8)保固契約
第五章	權利金	權利金計算、遲延給付、調整
第六章	履約保證金	履約保證金金額、返還、扣抵
第七章	保險	(1)保險範圍、客體、金額 (2)未依規定投保之責任
第八章	營運績效評估	營運績效評估之目的、方法、項目、標準、程序
第九章	爭議解決	(1)協商程序 (2)仲裁 (3)合意管轄
第十章	不可抗力與除外情事	(1)認定程序與效果 (2)補救措施
第十一章	違約之處理程序	(1)乙方未依契約履行之處理 (2)甲方之緊急處分權

<sup>379</sup> 有關內政部宜蘭教養院委託民間經營管理之詳細過程介紹，請參閱：吳宜恬(2008)，前揭註 4，頁 41 以下。

第十二章	契約終止	契約終止事由、程序、效力
第十三章	資產之返還	(1)返還時與返還後之權利義務 (2)未依期限返還之處理
第十四章	其他條款	(1)甲方之責任豁免 (2)契約修改

表 3：宜蘭教養院委託營運管理契約條款之架構

製表：作者自製

## 二、契約內容評析

本文以擔保國家的觀點，並自法律規範層次與契約規範層次，評析宜蘭教養院委託營運管理契約（以下稱營運管理契約）部分條款之妥適性。

### （一）委託營運管理範圍

營運管理契約第 2.4 條約定整體委託經營項目，其中第 2.4.2 條規定：「利用委託營運標的物辦理活動或提供身心障礙者福利之相關服務。乙方<sup>380</sup>得利用委託營運標的物辦理或提供身心障礙者托育、養護、職業訓練、庇護工場、醫療及心理復健等相關服務。」又第 2.4.3 條謂：「其他經甲方同意營運與促進身心障礙者福利直接或間接相關之項目。」此等條款有揭示服務對象與服務內容之意旨，以下分項討論之。

#### 1. 服務對象

由上開條款可知，本契約之服務對象為「身心障礙者」。然而，「身心障礙者」之範圍甚廣，各種類別的身心障礙者，欲達成之服務目的與所需要之服務方式不盡相同，提供服務所需之設施與設備亦不相同。契約中似有更詳細區分服務對象之必要。方能確定服務目的、方式與服務所必

<sup>380</sup> 宜蘭教養院委託營運管理契約中所稱之「甲方」為內政部，「乙方」為伊甸基金會。

要之設備。

## 2. 服務目的與方式

營運管理契約未約定服務目的與服務方式。服務目的為評估、控制服務結果的標準之一，民間機構所提供的服務應具有合目的性，故契約中應依服務對象類別約定服務目的。又，宜蘭教養院之服務方式，主要為提供住院式照顧服務，相較於日間式照顧服務，住院式服務需要床位、活動空間等相關設施。服務方式應明確記載於契約中，以進一步評估與約定教養院院生容納人數，以及服務所需設備、設施之標準，作為品質監督之依據。

## 3. 服務項目

又，契約中所列舉之服務項目，為民間機構應提供之服務項目，或僅為例示性之條款？如將第 2.4.2 與 2.4.3 條合併解釋，民間機構得提供契約中所列舉之服務，如欲提供其他服務項目，需經主辦機關之同意。契約中應區分：民間機構「有義務提供之服務項目」與「得提供之服務項目」，以確定民間機構的契約給付義務之範圍，落實有效的履約監督。至於經主辦機關同意得提供其他服務項目之條款，有保留行政機關對契約影響力之意旨，可資贊同。

公私協力履行社會福利任務契約主要給付內容，應係提供福利服務，本件營運管理契約對於民間機構營運管理標的物的權利義務規定詳盡，卻忽略了社會福利任務之本質與核心，本

文認為，契約中應更針對民間機構提供服務方式、服務項目等給付內容，有更明確之約定。

## (二) 民間機構應負擔事項

### 1. 服務品質

營運管理契約第 4.2.2 條：「乙方承諾依本契約自行負責本案之營運，並保證其服務品質。」又依照本契約第 11.1 條，乙方於委託營運管理期間，如有任何違反本契約之義務或應辦理之事項者，甲方得：(1)要求限期改善；或(2)要求乙方繳納懲罰性違約金或中止營運之一部或全部；(3)終止本契約。因此，如民間機構違反保證服務品質之義務，主辦機關得選擇上述三種法律效果之一，第 4.2.2 條有確保私人給付品質之意涵。然而，社福設施所提供之服務應達成何種品質，契約中未有清楚、明確的約定。主辦機關如何確認民間機構服務品質是否適當？主辦機關如何依照契約第 11.1 款確認其違反契約義務？契約中應直接約定服務應達成之品質，提高監督的有效性。服務品質的約定，基本上涵蓋硬體設施、執行服務、服務結果等面向，例如：服務設備之標準、人員訓練與進修、服務計畫更新、服務應達成之結果。

### 2. 服務人員之資格

營運管理契約第 4.3.4 條：「乙方應依據社會福利法規之規定，依服務性質任用相關科系專業人員以專責推廣辦理委託營運之服務項目。」本條文為服務人員資格規定，

有擔保國家指引私人組織形成之作用。然而，誠如前文所述，契約中關於服務對象類別、服務方式、服務目的等條款，其約定之內容不明確，如何解釋本條款所稱之服務性質與服務項目，產生疑義。本文認為，對於服務人員之資格，應直接規定：相關科系之範圍、相關服務經驗之年資或取得相關證照等具體條件。且可依據服務對象類別，約定服務人員與服務對象之比例，以提升服務品質。按契約雙方當事人有能力針對個案需求，制定更詳細、具體條款，契約為雙方當事人自我調控之規範，具體、明確的契約條款內容，方能落實契約規範層次的調控功能。

### (三) 營運費率之訂定及調整

營運管理契約第4.8.1條：「乙方應比照身心障礙福利服務機構辦理身心障礙者托育及養護收費及補助標準一覽表收費，非經甲方專案核准，不得另立名目收取任何費用。」第4.8.2條：「如因社經環境等重大變遷，致依照第 4.8.1條約定之營運費率上限之調漲時間、幅度顯與一般市場行情差距過大，乙方得擬具調整方案及理由請求甲方專案核定，甲方對之保留裁量之權限。」

上開條款除合乎促參法第11條應記載事項之規定，並將服務價格限制在「身心障礙福利服務機構辦理身心障礙者托育及養護收費及補助標準一覽表」的範圍內，確保人民以合理價格取得服務，為國家擔保責任之展現。而民間機構欲收取額外費用或調漲費用，需經過行政機關同意，保留了行政機關對於契約的影響力與管制可能性，使國家擔保合理價格之責任，不因

民間機構任意變動服務價格而落空。

#### (四) 履約保證金

第6.1條：「本案之履約保證金為新台幣貳佰伍拾萬元整。」

社福界對於社會福利任務適用促參法的疑慮之一，即是民間機構必須繳納履約保證金與權利金。事實上，依政府採購法委託經營之社福設施亦有相同問題，然採購法第30條第1項有例外規定：「勞務採購，得免收押標金、保證金。」因而民間機構依採購法承接社福設施，有免繳履約保證金之可能性，然促參法則未有相似之規定。按繳納履約保證金使民間機構的現金流量減少，而社會福利獲利性低，成本回收的時間較長，現金流量低的時間一旦拉長，可能有礙於社福設施之經營。

#### (五) 權利金

營運管理契約第5.1條：「權利金之計算乙方應於委託營運日至營運期限屆滿為止繳付權利金給甲方，包括(1)定額權利金：每年為155,000 元；(2)經營權利金：依其於「營運管理執行計畫書」所載之盈餘(營業收入減各項成本)比率所計算之金額。」依促參法第11條規定，權利金之約定應記載於投資契約中。權利金之設定方式，依促參案件權利金設定及調整原則第1點第2項：「權利金之計收，應基於主辦機關推動該案件之政策目標衡酌，並視個案財務可行性決定。」以及第3項：「權利金計收之額度，應依促參案件現金流量特性、民間合理的投資報酬率、公共建設對外收費之費率合理性以及公共建設資產價值及其機會成本試算或設定。」。實務上，有未設定權利金

之案例<sup>381</sup>，非所有促參案件皆須設定權利金，需考量租金負擔與個案財務可行性<sup>382</sup>。

社會福利旨在滿足服務對象之需求，並非以向服務對象收取高額報酬作為追求盈餘之手段，民間機構主要收入來源，實為募款與政府補助，部分社福設施可透過自營收入，例如義賣、庇護工場等增加財源。然而，上述收入來源皆不穩定，在獲利性低、財源不穩定的情形下，行政機關是否應向民間機構收取權利金，更應審慎衡量財務可行性，避免造成民間機構財務負擔過重，反而不利於服務品質。由於設定權利金目的之一係分享利潤，避免民間機構藉由營運公共設施不當獲利<sup>383</sup>，如民間機構並未有龐大或不當之獲利，似無設定權利金之必要。縱使社福設施之營運結果有盈餘，基於社會福利滿足服務對象需求之特殊性，可約定民間機構需將盈餘直接回饋於服務對象，例如增加服務對象生活所需物資、增聘專業人員、購買新設備、舉辦與福利服務有關之活動等，亦能合乎促參法「分享利潤」、「回饋社會」之精神，同時提升服務品質，更能呼應社福設施設立目的。

#### (六) 營運績效評估

營運績效評估為促參法上評鑑制度，營運管理契約第八章約定營運績效評估相關辦法。第 8.1 條揭示實施評估之目的：「為評估乙方是否得申請優先定約，由甲方依促參法第 54 條第 2 項之規定辦理營運績效評估。」依促參法規定，營運績效

<sup>381</sup> 例如：高雄楠梓汙水下水道 BOT 案未設定權利金。行政院公共工程委員會(2007)，前揭註 171，頁 4。

<sup>382</sup> 古嘉諱、李元德等 (2009)，前揭註 130，頁 104。

<sup>383</sup> 行政院公共工程委員會(2007)，前揭註 171，頁 2-3。

評估結果優良者，得優先續約，是為營運績效評估之法律效果。營運績效評估除了作為優先續約之依據外，根本之目的應為監督服務品質與營運成效，應將此目的列入本條款中，雙方訂定評估項目時，更能制定切合評估目的之項目。依第 8.3.1 條，營運績效評估應至少包含下列項目：「營運績效評估項目應包含作業效率、費用、財務、環保、衛生、院生家長滿意度或投訴率等……。」然契約中並未明確約定評估標準，評估標準可成為為民間機構提供服務時，所應遵循的原則。例如，約定以「服務具有效益性」作為評估標準，促使民間機構在提供服務時，能注意服務內容與成本之間的衡平性。

評估委員會於每年完成評分後，應將評分結果及建議改善事項以書面通知甲方及乙方，以作為乙方營運管理改進之參考以及委託營運管理期間屆滿，甲方是否與乙方優先定約之依據（第 8.4.4 條）。評分結果以書面通知雙方係符合促參法施行細則之規定，然而，利害關係人應有知悉評估結果之權利，契約中應課與民間機構將評估結果以適當方式通知服務對象（院生或院生家長）之義務，保有服務對象監督之可能性。

#### (七) 仲裁與管轄權之約定

本文認為，促參法之社福設施委外經營契約，應定性為行政契約<sup>384</sup>。然而，本件營運管理契約有仲裁與管轄權約定，似與行政契約之認定形成矛盾。第 9.3 條謂：「協商不能解決之爭議，就該法律關係，雙方同意以仲裁方式解決爭議，並依中華民國仲裁法規定之仲裁程序於中華民國台北市進行仲裁。仲

---

<sup>384</sup> 請參見本章第二節、貳、二、(二)、投資契約之定性。

裁判斷無須經法院裁定即得逕為強制執行。」第9.4條：「協調不成立、仲裁判斷未於法定期限內作成或提起撤銷仲裁判斷之訴等訴訟，雙方同意以中華民國台灣宜蘭地方法院為第一審管轄法院。」

行政契約得否協議仲裁，國內存有爭議，有認為行政契約具有公益性質，不宜由行政或司法機關以外之仲裁庭解決公法上爭議。肯定見解則認為，依行政訴訟法第219條第1項規定：「當事人就訴訟標的具有處分權且其和解無礙公益之維護者，行政法院不問訴訟程度如何，得隨時試行和解。」而仲裁法第1條第2項則規定，仲裁協議以依法得和解者為限。行政契約依行政訴訟法第8條，可成為一般給付之訴的訴訟標的，如當事人就行政契約之標的有處分權，且無礙於公益，應不排除行政契約得為仲裁之範圍<sup>385</sup>。又，管轄權合意並不影響契約之定性，因先有審判權，方有管轄權。行政契約屬公法上爭議，行政法院有審判權，如當事人合意以普通法院為管轄法院，普通法院並不因此取得審判權，法院應以無審判權為由，裁定駁回訴訟<sup>386</sup>。因此，本契約之仲裁協議與管轄權合意，皆不影響行政契約定性。

#### (八) 國家撤回選擇權

第11.2條：「乙方有經營不善或其他重大情事發生，於情況緊急，遲延即有損害重大公共利益或造成緊急危難之虞時，甲方得視情節令乙方停止營運之一部或全部，乙方不得拒絕。甲方得採適當措施繼續維持本院之營運，必要時並得依「民間

<sup>385</sup> 林明鏘(2006)，〈委託開發工業區之契約之定性與仲裁容許性〉，《行政契約法研究》，頁 274-277。台北：翰蘆。

<sup>386</sup> 江嘉琪(2008)，〈行政契約請求權的貫徹與行政契約的爭訟〉，《月旦法學教室》，67 期，頁 39。

參與社會福利設施及營建相關公共建設強制接管營運辦法自任為接管人，或委任其所屬機關(構)、或委託其他機關(構)、團體為接管人。」本條款為主辦機關的緊急處分權，促參法亦有明文之規定，為國家踐行補充責任之機制。可進一步約定的是，國家行使強制接管權後，民間機構有義務移轉相關人員、財務與知識，以確保接管人得有效地維持社福設施之營運。

### 三、 小結

本件營運管理契約富含有許多條款有國家擔保責任意旨，例如確保行政機關對價格調整的影響力、要求民間機構保證服務品質、行政機關保有撤回選擇權（強制接管）等條款。

然而，觀察本件營運管理契約內容，似忽略了社會福利任務之本質與核心。公私協力履行社會福利任務契約之主要給付內容，應係提供福利服務，本件契約對於民間機構營運管理標的物、資產、權利金與履約保證金等權利義務，皆有詳盡規定。與服務直接相關之條款，則有內容簡略或不明確之缺失，此乃促參法第 11 條一體適用於所有公共建設之弊端。因此，本件營運管理契約值得思考與改進補充之處有三：其一，提高對服務對象權利之重視，例如課與民間機構資訊公開義務，使服務對象知悉營運品質與成效；或設立服務對象申訴管道，賦予服務對象陳述意見權。其二為加強服務品質與結果之擔保責任，尤其是與福利服務有直接關聯的條款，例如服務項目、服務品質、提供服務之原則。其三，契約條款內容，例如服務對象、服務項目、服務人員資格、服務品質等條款，應有更具體、明確之內容。契約乃對雙方當事人的自我調控，應針對個案需求制定具體、詳細契約條款，以實現契約規範層次的調控功能。

我國公私履行社會福利任務所遭遇之困境，主要來自於法規範之不足，未考量社會福利之特性形塑相應之規範，進而衍生實務運作上的問題。此因促參法未考量社會福利任務的特殊性質，然促參法有公私協力基本法之功能，如僅針對社會福利特性加以修法，似不符合其他公共任務特性。倘若未來我國制訂「社會福利基本法」，或可增加公私協力相關規範，制定一致性、共同性的程序與實體規範，解決社福設施適用促參法所生之困境。





## 第六章 結論

### 第一節 本文發現與建議

我國公私履行社會福利任務所遭遇之困境，來自於法規範之不足，即未能考量社會福利之特性而形塑相對應之規範，進而衍生實務運作上的問題。

針對實務之困境與問題，本文認為：

1. 國家對於公私協力之調控，可分為法律規範與契約規範兩個層次加以管制，本文嘗試藉由德國學界所提出之擔保行政法內涵，建構一個規範合乎國家擔保責任的公私協力履行社會福利任務法制框架，並在契約規範層次提出契約形成與履約監督措施之具體建議。
2. 對於私人夥伴之選擇，不但要判斷民間機構的財務能力，更應將民間機構提供服務的經驗與專業能力納入考量，不宜僅以權利金最高或政府負擔最低為最優申請人之判斷標準。避免營利團體與非營利團體財務能力落差，形成不公平之競爭，且建立一個以服務品質、服務對象為中心的公私協力制度。
3. 有別於過去社福實務上有行政機關與民間機構「私相授受」之情形，促參法之甄審程序大幅提升了競爭機制的公平性與透明性。並可設計「競爭對話機制」，即經由行政主體與民間機構持續地溝通對話，反覆提問與答覆，尋求最符合效益與需求之解決方案。
4. 服務對象與利害關係人（如：監護人、家屬等）之程序上權利在公私協力的各階段應受到特別保障，即：甄審階段應適時揭露相關資訊，例如公開委託經營企劃書或委託經營契約。營運階段應賦予服務對象資訊請求權，得請求知悉社福設施評鑑報告之結果。委託期間屆滿後，如重新開啟甄審程序，應舉行公聽會或使服務對象有陳述意見機會，保障其參與程序之權利。
5. 為確保私人提供服務之品質與結果，法律中應規範契約應記載事項，

提高契約內容之具體、明確性，以利於行政機關監督私人之給付是否合乎契約義務。除了促參法第 11 條所規定之投資契約應記載事項外，斟酌社會福利任務之特殊性，為保障服務對象之權益與服務品質，契約之應記載事項至少包含：重要給付事項、服務價格範圍與調整方式、評鑑機制、資訊公開義務、接受服務對象之義務。

6. 促參法上有營運績效評估機制，應強化評估機制之法律效果，以達成監督之目的與實效性，且可適度提升評估委員會之獨立性，避免有行政機關「球員兼裁判」之爭議。其他的履約監督措施包含：(1) 擴大民間機構的資訊公開義務，使行政機關能適時掌握營運情形。(2) 以服務對象作為監督主體，賦予服務對象陳述意見與資訊請求之權利，服務對象得隨時向民間機構反映需求與意見，並知悉營運狀況。(3) 指引民間機構形成具有自我監督功能之組織。
7. 促參法上已設計國家強制接管權，為有效地實現國家接管機制，除了課與民間機構於強制接管時，有移轉資產、專業知識之義務，國家平時應保有相關專業知識與能力，例如可保留部分社福設施公辦公營，以確保國家接續或替補提供服務之能力。
8. 風險分擔之原則，係衡量當事人承擔風險之能力，即由對某類型風險評估、控制與處理之能力較佳的一方承擔風險。又 BOT 之興建工程常因許可風險之發生（即無法取得行政許可）而遲延，雙方應於事前管控風險，或設置專責對口機關，處理相關行政程序。
9. 契約中應保留行政機關的介入與管制可能性，以確保私人給付品質與結果，例如國家強制接管條款、約定行政機關對於服務價格之調整有裁量權。
10. 就制度的選擇而言，以 OT 模式營運社福設施尚具有可行性，然必須解決上述相關問題。而 BOT 模式則更悖離社會福利的非營利性，

以追求利潤為導向的 BOT 模式，抬高服務價格、經營大規模的附屬事業，忽略社福設施設置主要目的，減損社會福利之功能，似非允洽。如無法確實平衡社會福利與追求利潤，則採取 BOT 模式是否適宜，仍有衡酌餘地。

11. 促參法未考量社會福利任務之特性，然促參法如僅針對社會福利之特性加以全盤修法，似又不符合其他公共任務特性。倘若未來我國制訂「社會福利基本法」，或可增加公私協力之規範，制定一致性、共同性的程序與實體規範，移除適用促參法中相關規範，以解決社福設施適用促參法所衍生之困境與矛盾。

## 第二節 我國法制之未來展望

公私協力履行社會福利任務的許多問題，在國內學界仍未取得共識，例如：社會福利任務是否應適用促參法與採購法？由營利團體參與社會福利任務履行是否妥適？……等相關問題。然而，近日政府欲推動壽險業者參與社會福利設施與長期照護產業之芻議<sup>387</sup>，一波接著一波而來。行政院於 2012 年 10 月 22 日召開「長期照護之產業政策與法令鬆綁相關事宜」協商會議<sup>388</sup>，該會議中建議修正老人福利法第 36 條關於老人福利機構僅得由財團法人設立之限制，開放保險業者投資照護機構，以拓展長期照護市場，並提升照護之品質。金管會則有修正保險業資金辦理專案運用公共及社會福利事業投資管理辦法之議<sup>389</sup>，開放保險業者開發安養中心、老人社區，或以被投資公司實收資本的 35% 為上限，投資入股安養中心。營利團體是否適合參與社會福利事業，未來將單純投資長照產業，或參與實際經營管理，皆引起關注。

第一件由營利組織參與開發之廣慈博愛院 BOT 案雖未竟成功，然政府

<sup>387</sup> 工商時報(10/15/2012)，爭取公建案鬆綁 壽險本周會商，A8；經濟日報(12/07/2012)，壽險業本月加碼台股 500 億，A3。

<sup>388</sup> 工商時報(10/23/2012)，保險業投資長照產業 鬆綁，A4。

<sup>389</sup> 工商時報(12/26/2012)，保險業投資基地 金管會點頭，A17。

大力推動保險業者將資金投入社會福利事業，未來考慮以 PFI 模式（Private Finance Initiative，民間融資提案制度）引進民間資金參與長照產業<sup>390</sup>，即由民間機構投資公共建設，政府於營運期間向民間機構購買合於約定品質之公共服務，儼然形成社會福利事業的公私合作新趨勢。

近十年來，公私協力浪潮影響台灣甚深，在體會到公私協力具有減少政府財政支出、減輕政府執行公共任務之負擔等優點之後，政府是否有能力或有意願走回凡事親力親為的「福利國家」、「給付國家」之路？實際上期待可能性甚低。就如同著名電影海角七號的台詞：「山也 BOT，海也 BOT」，當社會福利任務遇上無所不在的 BOT，國家應如何形塑健全的法律框架與細膩的履約管理規範，加強公私協力制度之調控，以維繫國家照顧弱勢、實現社會正義之責任。社會福利設施的服務對象，通常可能基於經濟、家庭或身體機能衰退因素，成為社會上的弱勢族群，然而，服務對象不應僅是公私協力的「受領者」或「被動者」的角色，唯有將服務對象視為的「主體」，並且確實監督履行任務者，才能建構一個合乎國家擔保責任與社會福利本旨的公私協力制度，服務對象權益方得完整實現。

---

<sup>390</sup> 聯合報(01/06/2013)，壽險 4 千億 搶 PFI 長照商機，A2。

# 附件：內政部宜蘭教養院委託營運管理契約

## 第一章 總則

### 1.1 契約範圍及文件

#### 1.1.1 契約範圍

包括本案及其相關附屬設施等之經營及返還。

#### 1.1.2 契約文件

1. 本契約書及其附件。
2. 本案申請須知及所有書面澄清與補充文件等。
3. 營運管理執行計畫書。

#### 1.1.3 契約文件效力規定

本契約所有文件均為本契約之一部分，與本契約條款具有同等效力，並得互為補充、解釋。其適用之優先順序依本契約第 1.1.2 條各款之排列順序定之。

### 1.2 名詞定義與契約解釋

#### 1.2.1 本契約所用名詞或簡稱，其定義如下：

1. 政府：指中華民國各級政府機關。
2. 促參法：指「促進民間參與公共建設法」。
3. 本案：指「內政部宜蘭教養院委託營運管理案」。
4. 本院：指內政部宜蘭教養院。
5. 身心障礙者：指設籍台閩地區年滿十六歲至六十四歲以下領有身心障礙手冊之中度、重度、極重度智能暨兼具智障之多重障礙者。
6. 經營不善：指依促參法施行細則第四十八條規定，乙方營運期間於公共安全、服務品質或相關管理事項上違反法令或本契約文件及其附件之規定或約定之情形。
7. 投資計畫書：指投資申請人依申請須知規定所研擬之計畫內容。
8. 營運管理執行計畫書：指最優申請案件申請人於接獲評定通知後，依據投資計畫書、甄審委員會及甲方意見修正後，再經甲方核定之計畫書。
9. 智慧財產權：依專利法、商標法、著作權法、營業秘密法、積體電路電路布局保護法或其他國內外法令所保護之（包括但不限於）權利、圖說、標幟、技術、樣式、設計或其他資料等。

#### 1.2.2 契約之解釋

1. 本契約各條款之效力悉以其內容規定為準，各條款之標題不影響其內容之意義、解釋或規定。
2. 本條款所稱之“人”包括自然人、法人及其他事業團體。
3. 本契約及相關文件疑義之解釋應以中文為主。

4. 本契約所載之日期除另有註明者外，依日曆天計算。

## 第二章 委託營運管理權限及期間

### 2.1 委託營運管理權限

甲方依促參法第八條第一項第五款之規定，提供本契約第 2.2 條之土地、建築物、工作物、基地上之附屬設施及營運資產（以點交時之財產清冊為準）委託乙方營運，其所有權及其他與乙方使用目的不抵觸之限定物權仍屬於甲方所有，乙方僅享有營運之權利。

### 2.2 委託營運管理標的物

本契約所稱「委託營運管理標的物」為本院現有土地、建物、工作物、基地上之附屬設施及營運資產。基地坐落於宜蘭縣三星鄉大洲村大洲路 47-11 號，包括三星鄉大洲段 895、849、934、938 等四筆地號土地，土地面積 2.677 公頃，建築物樓地板面積 11,294 平方公尺。

### 2.3 委託營運管理期間

本契約之委託營運管理期間，自民國 年 月 日起（甲方將委託營運管理標的物交付乙方完成點交之日）至民國 年 月 日止 為期七年。乙方應於點交後七日內開始營運。營運管理期間得依本契約第 2.5 條約定展延之。

### 2.4 委託營運管理範圍

整體委託經營項目如下：

2.4.1 本契約第 2.2 條所述標的物之營運管理。

2.4.2 利用委託營運標的物辦理活動或提供身心障礙者福利之相關服務

乙方得利用委託營運標的物辦理或提供身心障礙者托育、養護、職業訓練、庇護工場、醫療及心理復健等相關服務。

2.4.3 其他經甲方同意營運與促進身心障礙者福利直接或間接相關之項目。

2.4.4 委託期間，乙方就甲方提供建物、設備得研訂租（借）用規約報請甲方同意後，依規約之規定將建物、設施、設備提供社會福利機構、公益團體辦理社會福利有關活動之臨時使用。

前項租（借）規約之收益，應用於本委託案。

2.4.5 委託經營範圍變更

甲方如因政策變更或重大原因必須變更乙方委託營運管理範圍時，雙方應就變更後之權利義務進行協商，協商完成後乙方應配合為之。如協議不成，則依本契約第九章「爭議解決」之規定處理。

### 2.5 權利處分之限制

2.5.1 乙方依本契約所取得之權利或其他權益，除為促參法第五十二條規定之改善計畫或第五十三條規定之適當措施所需，且經甲方書面同意者外，不得轉讓、出租、設定負擔或為民事執行之標的。

2.5.2 乙方因經營本院所取得之營運資產、設備，不論為甲方或乙方所有，非經甲方書面同意或本契約另有約定者外，不得轉讓、出租或設定負擔。

## 第三章 財務條款

### 3.1 財務監督

#### 3.1.1 資料報表提送

##### 1. 經營計畫

乙方於委託營運期間內，應於每年十月底前檢具下年度業務計畫書、年度預算書、工作人員名冊連同董事會議記錄等文件送甲方備查。

##### 2. 財務報表

(1) 乙方應就經營本院之收支，以獨立分支機構之方式設帳，並應依法令及中華民國一般公認會計原則編製財務報表，以正確表示本院財務狀況及經營績效。

(2) 乙方應於每年年度結束後六個月內提送經會計師事務所查核簽證之財務報表，提送甲方查核並作為計算權利金之基礎。乙方並同時提送上年度業務報告、人事概況、每月收容人數動態年報表、每月捐款目錄及徵信說明、董事會議記錄等文件，送甲方備查。

#### 3.1.2 財務檢查權

1. 甲方得每年定期以書面或實地等方式檢查乙方財務狀況，必要時並得執行不定期之財務檢查，乙方應提出相關文件供作查核。

2. 甲方為執行檢查，得通知乙方提供帳簿、表冊、傳票、財務報表及其他相關文件供甲方查核，並詢問乙方相關人員，乙方應全力配合。

3. 甲方得委託專業會計師對乙方之財務狀況進行查核。

4. 為利本案之營運，甲方得指派各種專業顧問執行查核工作，並得對乙方經營本

院之業務及人事提出改善建議。

5. 有關政府補助經費之收支，乙方應按一般會計公認原則及稅法規定，開立專戶專款專用，並接受甲方之查核。

6. 乙方財務如經會計師簽證證明者，其審計委任書應約定「政府審計人員得調閱其與委任或補助計畫有關之查核工作底稿，並得諮詢之。」

### 3.2 重大財務事項

#### 3.2.1 實收資本或捐助基金總額之維持

乙方於營運管理期間，實收資本總額或捐助基金總額不得低於新台幣壹仟萬元整。

#### 3.2.2 法人組織變動之通知

乙方於發生下列各款情事之一時，應依相關法令規定辦理後於五日內檢附相關文件通知甲方：

1. 公司登記或認許事項或（捐助）章程內容有變更；
2. 組織、代表人、董事、監察人有變動時；
3. 結束乙方之部分營業者。

## 第四章 委託營運管理要求

### 4.1 營運資產之點交

#### 4.1.1 營運設施使用權之交付

甲方列冊點交乙方代為管理之財產及物品(預計點交之財產及物品清冊詳參附件 但實際點交仍以點交時現況為準),由雙方於甲方指定之期限內依使用現況分批辦理點交,點交後,乙方應盡善良管理人之責任維護管理。於簽訂本契約後二個月內,甲方應將委託經營之標的物、營運資產及相關設施之操作手冊副本交付於乙方,並依使用現況分批辦理點交,乙方不得拒絕。乙方於甲方通知後應立即 配合辦理點交手續,由雙方確認點交之財產及物品,並於財產清單上註明實際點交時財產 及物品之現況及時點(參見附件一,點交之財產及物品清冊)。

4.1.2 甲乙雙方就委託經營之標的物及營運資產點交完成後,甲方應依據點交清單將點交乙方代為管理之財產及物品,製作成財產清冊(原則應載明名稱、規格、購買價格、購買日期、數量、保固期限、放置地點及折舊年限等相關資料,附註實際點交時財產及物品之現況及時點)交付乙方。前述依使用現況點交係指當時所見之現地狀況而言。設施、設備之隱藏部分,亦以點交當時之所見之實際狀態或功能為準。

4.1.3 甲方點交予乙方之財產及物品,區分為「必須返還」及「非必須返還」二類,其中「必須 返還」部分,指於委託營運管理期間屆滿、終止或解除本契約時,乙方應返還予甲方之財產及物品;而「非必須返還」部分,指於委託經營期間屆滿、終止或解除本契約時,該財產及物品已達使年限辦理報廢,乙方無須返還予甲方者。(相關報廢程序,乙方應配合甲方依行政院頒佈之事務管理規則規定辦理)。

### 4.2 乙方應負擔事項

4.2.1 乙方應自負盈虧負責管理及維護甲方所交付委託營運管理標的物,並應負擔受託營運衍生 之各項稅捐、人事、規費、維護、清潔、保養、修繕、保管、保險、水電、瓦斯、電話、保全、網路及其他所有費用、因違反法令所應繳納之罰鍰及依建築法、消防法或其他法令應申報之相關費用。委託營運管理期間不足一年者,依委託營運管理期間佔該年之比例計算。

4.2.2 乙方承諾依本契約自行負責本案之營運,並保證其服務品質。

4.2.3 乙方同意於其合法使用智慧財產權之權利範圍內,提供甲方必要之協助與使用,以達成本 案後續營運之需求。

4.2.4 乙方承諾依本契約於委託經營期間內營運本案所使用、所有之智慧財產權及其他有形、無形財產均應以合法方式取得使用權或所有權。且於營運資產返還甲方後,須協助甲方取得 合法使用與營運本案相關之權利。如因上述智慧財產權之使用,涉及侵害第三人智慧財產權,致第三人對甲方或甲方授權使用之人提出索賠或追訴時,甲方因此所受之損害及所支出之費

用（包括但不限於訴訟、仲裁或相關協調、和解費用及律師酬金）均由乙方負責賠償。

- 4.2.5 除本契約另有約定或可歸責於甲方之事由外，乙方承諾乙方與其代理人、受僱人、受任人、協力廠商、承包商或任何第三人因本案所生之所有權利義務、債權債務等，應由乙方負責，與甲方無涉。乙方並應使甲方免於上述事項之任何追索、求償或涉訟，否則如因此致甲方受有損害者，乙方應負賠償責任。
- 4.2.6 乙方承諾於本契約存續期間內所有與本案相關之文件，包括但不限於契約、保單、融資文件、股東間之約定或與其他第三人間之約定，其內容不得違反本契約之規定。
- 4.2.7 乙方開始營運後，如有調整使用空間之需要，在符合原空間使用目的及相關法令，且無危害建築結構安全之虞者，得於報經甲方書面同意後為之。於施作完成後應提交修正後之竣工圖三份送甲方備查，並修改電腦圖檔。其涉及土地使用管制、消防、建築管理、環保等相關法令者，乙方應依規定自行完成相關申辦手續，其所衍生之費用悉由乙方負擔。
- 4.2.8 如甲方交付之建物、工作物、基地上之附屬設施及營運資產，有任何乙方認為設計不完善之處，乙方得提送改善計畫予甲方，經甲方書面同意後，依第4.2.7條辦理。
- 4.2.9 乙方應以書面明定其服務對象之權利義務關係，並報陳甲方備查，乙方如不法侵害服務對象或第三人時，乙方應負全部損害賠償責任，並應通知甲方。
- 4.2.10 乙方於委託期間所支用之經費如係為政府補助款者，應依政府會計程序有關規定，按時辦理核銷手續。
- 4.2.11 乙方應建立委託服務方案及個案資料檔案，並隨時更新持續記錄，並接受甲方督導。

### 4.3 營運之限制事項

- 4.3.1 乙方須配合甲方相關管理及推動本院業務之工作；乙方之營運管理行為不得違反法令之強制或禁止之規定，亦不得悖於公共秩序或善良風俗。
- 4.3.2 乙方之行銷、廣告行為或辦理之活動與甲方委託營運範圍有關時，應送甲方備查。
- 4.3.3 乙方應依其營運管理執行計畫書負責執行本案委託營運管理業務。
- 4.3.4 乙方應依據社會福利法規之規定，依服務性質任用相關科系專業人員以專責推廣辦理委託營運之服務項目。
- 4.3.5 為回饋教養院原用地(學產地)承租戶八戶配合教養院籌建，乙方應依八十五年七月三十日「省立宜蘭教養院與籌建教養院有償撥用省有學產地承租戶座談會紀錄」，依內政部訂頒「身心障礙福利服務機構設施標準」第八條所列工作人員任用資格，優先循序僱用有意願至教養院工作者，每位承租戶三親等(含)之血親及其配偶，最多以二人為限(含代耕者一戶亦比

照承租人辦理僱用)

4.3.6 乙方對其服務之個案資料有保密之義務，非經個案本人或其法定代理人或甲方同意，不得提供與第三人或對外公開。

#### 4.4 營運開始日及營業日

4.4.1 除經甲方書面同意外，乙方至遲應於點交完成後十日內營運，並至遲於營運開始日前五日，以書面通知甲方，違者應按日繳交甲方懲罰性違約金新台幣伍萬元，本條之懲罰性違約金上限為五十萬元。

#### 4.5 財產及物品之管理

4.5.1 自完成點交之日起，乙方應依國有財產法等相關規定及甲方要求之格式，將點交後尚未報廢之財產及物品，製作財產及物品清冊，於本契約有效期間內，每半年盤點後提供財產清冊供甲方備查。

4.5.2 委託營運管理期間內，甲方得就點交乙方代為管理之財產及物品實施每年一次盤點，乙方應予配合，不得拒絕盤點。

4.5.3 委託營運管理期間內，乙方代為管理之各項設施、財產或物品，乙方應善盡管理及保管之責，並隨時保持設備之正常運作，如有毀損、滅失或不堪使用者，乙方應於甲方要求之期限內修復或添購相同或不低於原有功能之新品替代；如得報廢者，應依第4.5.5條辦理。

4.5.4 委託營運管理期間內，甲方點交乙方代為管理之財產及物品達最低使用年限且不堪使用或依法得報廢者，乙方應通知甲方確認是否辦理報廢或繼續由乙方代為管理。經堪使用或依法得報廢者，乙方應通知甲方確認是否辦理報廢或繼續由乙方代為管理。經甲方書面同意報廢後，由乙方配合甲方依法令規定程序辦理，未奉核定前，乙方仍應負保管責任；報廢後，該財產及物品由甲方依行政院頒佈之事務管理規則處理，但如依原點交之財產及物品清冊屬「必須返還」部分者，乙方應於甲方要求之期限內添購相同或不低於報廢品原有功能之新品替代，其所有權歸屬甲方，並於十五日內更新財產及物品清冊送交甲方。

4.5.5 有關本院各項設施之設置或管理有欠缺，致人民生命、身體及財產受損害者，乙方應負一切賠償之責任，並與賠償請求權人達成協議。如經賠償請求權人依法向甲方請求國家賠償，甲方得向乙方請求所有損害及一切費用。

4.5.6 委託營運管理期間內，甲方如依雙方協議後增購各項財產及物品，乙方同意無條件依本契約約定辦理點交、保管及保險，並負責管理維護，不得要求甲方支付增加之保管維護或其他費用。乙方亦不得片面要求甲方辦理增購財產、物品或設備。

4.5.7 有關財產或物品管理如有未盡事項，悉依國有財產法及行政院頒佈之事務管理規則等相關規定辦理。

#### 4.6 乙方組織

乙方應於本契約簽約後十五日內，提供法人章程、組織章程以及經理人名冊

予甲方備查。

本契約有效期間內如有變更者，亦應於變更後十五日內通知甲方並檢附相關證明文件。

#### **4.7 安全監控及通報計畫**

- 4.7.1 乙方於簽訂本契約後二個月內，應就本院之外部及內部安全，進行詳細評估，並提出安全 監控改善計畫，自行負擔費用並負責執行。其後如有修正，亦應於修正後十五日內提送甲方備查。
- 4.7.2 乙方於簽訂本契約後二個月內，應研擬就緊急事故發生時，應採取之應變措施及通報甲方之系統與方式，提出通報計畫送甲方備查。其後如有修正，亦應於修正後十五日內提送甲方備查。
- 4.7.3 如發生緊急事故或意外，影響本院內外人員生命財產安全時，乙方得逕行採取搶救、復原、重建或甲方對第三人之賠償等適當措施，以防止生命財產之損失，乙方並應於事故發生後一小時內向甲方報告，如甲方有所指示時，乙方應立即遵照辦理。
- 4.7.4 乙方如有與保全公司簽約之必要，應於其與保全公司簽約後十五日內，將契約副本送交甲方備查。

#### **4.8 營運費率之訂定及調整**

- 4.8.1 乙方應比照身心障礙福利服務機構辦理身心障礙者托育及養護收費及補助標準一覽表收費，非經甲方專案核准，不得另立名目收取任何費用。
- 4.8.2 如因社經環境等重大變遷，致依照第 4.8.1 條約定之營運費率上限之調漲時間、幅度顯與一般市場行情差距過大，乙方得擬具調整方案及理由請求甲方專案核定，甲方對之保留裁量之權限。
- 4.8.3. 雙方相互配合辦理相關活動所提供之支援與服務，得依個案特性不同個別協商費用之分擔。

#### **4.9 營運之分包廠商**

乙方如經甲方書面同意，將甲方委託營運管理之事務範圍部分分包予第三人經營管理者，應與該經營管理之分包廠商於契約中明定應遵守甲方與乙方所定本契約乙方應履行之義務及應負擔之責任，且應與乙方對甲方負連帶責任。乙方並應於與分包廠商簽約後十五日內，將契約副本送交甲方備查，契約如有變更者，亦應於變更後十五日內，提送契約副本予甲方備查。

#### **4.10 睦鄰責任**

- 4.10.1 乙方應避免妨礙鄰近居住安全、交通、污染環境或妨礙民眾生活安寧，其有違反致甲方或第三人受有損害者，應由乙方負責賠償。
- 4.10.2 乙方於委託營運管理期間應負睦鄰之責，遇有民眾抗爭、第三人非法佔用土地、設施或類似損鄰事件者，應自行協調處理，並自負一切法律責任。必要時，得請求甲方協助，甲方 於職權範圍內，應盡力協助之。

#### **4.11 保固契約**

本院之建築物、工作物、營運資產或相關設備等之保固，如甲方當時仍與

該等廠商訂有保固契約，且屬該等廠商應負之保固責任者，甲方應依乙方之要求協調該等廠商提供保固維修，乙方並應協助甲方監督該等廠商之執行成效。

#### 4.12 監督

乙方之營運及維護管理應符合本契約文件中所有對於委託營運管理之要求，甲方得指定人員隨時瞭解乙方使用土地、建築物、工作物、基地上之附屬設施及營運資產之狀況，乙方不得拒絕。

### 第五章 權利金

#### 5.1 權利金之計算

乙方應於委託營運日至營運期限屆滿為止繳付權利金給甲方，包括

(1)定額權利金：每年為 155,000 元

(2)經營權利金：依其於「營運管理執行計畫書」所載之盈餘(營業收入減各項成本)比率所計算之金額。(營業收入係指年度內，依健全會計制度採應計基礎下計算所得之全部收入，包含所有因經營本院之所得，但不包括處分資產之利得及利息收入)。

#### 5.2 權利金之繳付時間

##### 5.2.1 定額權利金

乙方每年應繳付之定額權利金應一次繳清，於每年契約年初(月日)繳付當年度之定額權利金。

##### 5.2.2 經營權利金

乙方應於每一會計年度結束後之次年一月三十日前繳交經營權利金，並應於次年六月三十日前依會計師事務所查核簽證之年度財務報表所列之盈餘狀況核算差額，溢還缺補。

#### 5.3 繳納方式

乙方繳付權利金，應於期限內以甲方為受款人之即期金融機構簽發之本票、支票支付，或匯入甲方指定之帳戶內。

#### 5.4 權利金遲延給付

乙方未依本契約約定期限繳納權利金者，應按照實際交付日當時台灣銀行基本放款利率加計兩碼(0.5%)依逾期日期計算作為懲罰性違約金，給付甲方。倘乙方逾期六個月仍未給付，甲方除依第6.7條約定辦理外，並得不經催告，逕依第十二章之約定終止本契約。

#### 5.5 權利金之調整

委託經營期間，依我國行政院主計處所發布之消費者物價指數較訂約時或前次調整年度之指數上漲累計達百分之六以上時，按上漲程度調整之。調整金額以萬元為單位，未達萬元者，按千元數四捨五入。

## 第六章 履約保證金

### 6.1 履約保證金之金額

本案之履約保證金為新台幣貳佰伍拾萬元整。

### 6.2 履約保證金之繳納

6.2.1 繳納時間乙方應於與甲方完成本契約之簽約手續前，完成履約保證金之繳納，以確保本契約之履行。

### 6.2.2 繳納方式及格式

履約保證金之繳納方式為現金、金融機構簽發之本票或支票、保付支票、無記名政府公債、郵政匯票、設定質權之金融機構定期存款單、經甲方核可之履約保證人所出具之不可撤銷擔保信用狀或履約保證金保證書或其它甲方認可之方式。

### 6.3 履約保證金之返還

在履約期間屆滿或履約保證金有效期屆滿時，如乙方無待解決之違約事項者，甲方將於乙方完成資產返還及移轉後六個月內無息發還；但如有待解決之事項者，甲方得暫予扣留履約保證金，俟有關損失索賠圓滿解決後始予發還。

### 6.4 履約保證之期限

6.4.1 乙方履約保證之期限，應持續至本契約終止且乙方完成資產返還及移轉後六個月為止。

6.4.2 因本契約約定委託營運管理期間展延時，履約保證金之返還時間應同時展延之。

### 6.5 履約保證金之更換

6.5.1 乙方如以金融機構保兌之不可撤銷擔保信用狀、履約保證金保證書或其他有期限規定之保證金方式繳交履約保證金者，其有效期限應為二年以上，其保證期限屆滿時，乙方應於有效期限前繳交更新後之金融機構保兌之不可撤銷擔保信用狀、履約保證金保證書或其他保證金格式以替換。乙方未於有效期限十五日前更換保證金者，甲方得押提以其現金作保證金，至乙方提出新的保證金取代為止。

6.5.2 乙方之履約保證金期限，如有未能持續至本契約終止且資產返還及移轉後六個月之情事者，乙方亦應繳交更新後之履約保證金格式以替換之。

### 6.6 履約保證人之更換

甲方認為乙方所提供履約保證金保證書之履約保證人，有無法代負履行責任之虞者，乙方應於甲方指定之期間內完成更換。

### 6.7 履約保證金之扣抵

乙方履約有不實行為、未完全履約、遲延履約、委託經營維護標的物損壞或短缺、不符本契約約定或其他可歸責於乙方之事由，造成甲方損失或負擔費用或依本契約約定乙方應給付甲方懲罰性違約金、損害賠償或其他費用等情形時，甲方有權自乙方繳交之履約保證金中扣抵。扣抵後，乙方仍應於自甲

方通知之日起一個月內補足該履約保證金，否則甲方得逕依第十二章之規定終止契約。

## 第七章 保險

### 7.1 保險範圍

7.1.1 除法律規定之強制保險外，乙方另應分別於委託經營期間，由乙方投保並維持下列各項保險：

1. 雇主責任險
2. 依中華民國法規為其員工投保勞工保險及全民健康保險，其公務車輛則應投保汽機車第三人責任險。
3. 火險及火險附加險

甲方列冊點交乙方代為管理之所有資產或所有權歸屬甲方之增補替換之相關資產，乙方應投保火險及火險附加險（至少包括水漬、地震、颱風等險），並以甲方為被保險人即受益人或賠款受領人。

4. 公共意外責任險：以雙方為被保險人。每人保險金額不得低於新台幣貳佰萬元，每一事故體傷之保險金額不低於新台幣壹仟萬元，每一事故財物損害之保險金額不得低於新台幣貳佰萬元。事故無限制。保險範圍含甲方、第三者（含消費者）及包括財物險，並各以甲方、第三者（含消費者）為受益人或賠款受領人。

7.1.2 保險單記載之不保事項者，其風險及可能之賠償由乙方負擔。

### 7.2 保險客體及金額

有關第 7.1.1 條之3 乙方應投保火險及火險附加險之資產，應以資產總值為基礎，向一家或多家保險公司，投保足額財產保險，並以甲方為受益人，其保費則由乙方全額負擔。

### 7.3 保險單

乙方依第 7.1 條所載之投保各類保險之保險單及批單之副（影）本，應於簽訂後十五日內提送甲方備查。乙方並應逐年將保險單及繳費收據副本各一份送甲方收執。

### 7.4 保險理賠後有關回復原狀之負擔

7.4.1 如因可歸責於乙方之事由致保險事故發生者，甲方得請求乙方於保險金額之範圍內，為必要之修復。甲方同意於保險金額之範圍給付乙方所支出之修復費用；或自乙方應繳交予甲方之權利金中逐年扣還。

7.4.2 如因非可歸責於乙方之事由致保險事故發生者，則雙方同意依第10.2 條之程序，議定善後處理事宜。

### 7.5 乙方未依規定投保之責任

乙方未依本契約約定辦理保險、保險範圍不足、保險金額過低、保險期間不足或其他因素，致甲方或第三人未能自保險人獲得足以填補損害之理賠者，乙方應自行負擔所有損失及損害賠償。

## 第八章 營運績效評估

### 8.1 營運績效評估目的

為評估乙方是否得申請優先定約，由甲方依促參法第五十四條第二項之規定辦理營運績效評估。

### 8.2 營運績效評估方法

有關乙方營運績效之評估，由甲方設置評估委員會(其設置辦法由甲方訂定)，自營運開始日起，每年度辦理一次，乙方應於每年度屆滿後三個月內將該年度營運績效說明提送甲方，甲方於乙方提送相關資料後三個月完成評估作業。

### 8.3 營運績效評估項目及標準

8.3.1 營運績效評估項目應包含作業效率、費用、財務、環保、衛生、院生家長滿意度或投訴率等，各評估項目由評估委員賦予零至一百之評分，評分乘上權重所得分數總和以一百分計。

8.3.2 各項目評估準則分配詳附件三所示，甲方應於當年度評估一個月前告知乙方各項營運績效評估項目及權重。

### 8.4 營運績效評估程序

8.4.1 乙方應於甲方之評估委員會召開前十五日，提送相關資料及文件予各委員。

8.4.2 乙方應於評估委員會召開時，提出簡報，並答覆各委員之詢問。如各委員需查閱所提送相關資料及文件之原始紀錄，乙方應充分配合。

8.4.3 各委員認有調查或實地勘驗之必要時，得實施調查或勘驗，乙方應充分配合。

8.4.4 各委員充分瞭解乙方營運狀況後，應就各評估項目予以評分。分數總和平均七十分以上者，為及格。乙方營運之前七年未曾有二年低於七十分，始評定為「營運績效良好」。評估委員會於每年完成評分後，應將評分結果及建議改善事項以書面通知甲方及乙方，以作為乙方營運管理改進之參考以及委託營運管理期間屆滿，甲方是否與乙方優先定約之依據。

## 第九章 爭議解決

### 9.1 協商

因本契約有關之事項發生爭議時，雙方應本於誠信原則，先以協商方式解決之。如無法以協商方式解決，則得以9.2 至9.4 規定之方式解決之。

### 9.2 協調

9.2.1 協商無法解決之爭議，得經雙方同意後成立「協調委員會」解決。有關協調委員會之成立及協調辦法，如附件二。

9.2.2 任一方於收受協調委員會之決議後，如有不同意協調方案者，應於收到決議後十五日內向協調委員會以書面提出異議，則協調方案不生效力，否則

雙方均應依協調方案履行不得異議。一方若有未依協調方案履行者，對於他方組成協調委員會之費用及所生之一切損害，應負賠償責任。

### 9.3 仲裁

協商不能解決之爭議，就該法律關係，雙方同意以仲裁方式解決爭議，並依中華民國仲裁法規定之仲裁程序於中華民國台北市進行仲裁。仲裁判斷無須經法院裁定即得逕為強制執行。

### 9.4 合意管轄

協調不成立、仲裁判斷未於法定期限內作成或提起撤銷仲裁判斷之訴等訴訟，雙方同意以中華民國台灣宜蘭地方法院為第一審管轄法院。

### 9.5 爭議發生後之履約

9.5.1 本契約與爭議無關或不受爭議影響之部分，甲乙雙方應繼續履約，但經雙方同意暫停履約者，不在此限。

9.5.2 乙方因爭議而自行暫停履約，其經爭議處理結果被認定為無理由者，不得就暫停履約之部分要求延長履約期限或免除義務及責任。

## 第十章 不可抗力與除外情事

### 10.1 定義

10.1.1 本契約所稱不可抗力情事，係指天災、事變等非雙方得合理控制或縱加相當注意亦無法防止、避免或排除，且足以嚴重影響本契約之履行者。

10.1.2 本契約所稱除外情事，係指除不可抗力情事外，有下列二種情形，亦非可歸責於乙方之事件及狀態，且足以嚴重影響本契約之履行者：

1. 因法規變更、政府機關之行政命令、處分、作為或不作為或決策重大改變，致對乙方之營運或財務狀況發生重大不利影響。
2. 其他性質上不屬不可抗力，而經雙方或合意組成之協調委員會認定係除外情事者。

### 10.2 通知與認定程序

10.2.1 任何一方主張不可抗力或除外情事之發生而受重大影響時，應於事件發生，且客觀上能通知之日起十五日內，以書面通知他方。

10.2.2 任何一方於收到他方依第 10.2.1 條之通知後，雙方應即綜合當時情況加以認定。雙方同意遵守誠信原則履行本契約，任何不可抗力或除外情事發生時，儘量先行協議補救措施。若雙方就該事件或其起始日之認定無法於收受通知後二個月內達成協議者，應組成協調委員會處理之。

### 10.3 認定後之效果

經甲乙雙方或協調委員會認定之不可抗力或除外情事致本契約無法如期履行時，不生遲延責任。但雙方得協議延展特定行為之履行期間。

### 10.4 損害之補救

10.4.1 因不可抗力或除外情事，除法令另有規定外，雙方得協商選用下列一種或一種以上之補救措施。如雙方無法於二個月內協議達成補救措施者，

應組成協調委員會處理之，協調委員會亦得選用下列一種或一種以上之補救措施或為其他補救措施，由甲、乙雙方採行之：

1. 於一定期間緩繳、減繳或免繳權利金。
2. 請求協助或協調金融機構辦理復舊貸款、融資協助或其他紓困方案。
3. 停止計算或視情節適度延長「委託營運管理期間」。
4. 申請減免地價稅、房屋稅及其他稅捐等。
5. 其他雙方同意之補救措施。

## 第十一章 違約之處理程序

### 11.1 乙方未依本契約履行

乙方於委託營運管理期間，如有任何違反本契約之義務或應辦理之事項者，或甲方認為乙方有經營不善或其他重大情事發生，甲方得選擇下列任一方式處理，並以書面通知乙方：

1. 要求限期改善。
2. 要求乙方繳納懲罰性違約金或中止營運之一部或全部。
3. 終止本契約。

#### 11.1.1 要求乙方限期改善之程序

1. 甲方要求乙方限期改善時，應以書面載明下列事項，通知乙方：
  - (1) 缺失之具體事實。
  - (2) 改善缺失之期限。
  - (3) 改善後應達到之標準。
  - (4) 屆期未完成改善之處理。
2. 乙方於期限內未依改善標準完成改善者，甲方得代為執行改善，因此所生之費用由乙方負擔。
3. 乙方於接收甲方缺失改善書時應按改善前、後等各時期提出改善說明及圖像呈報甲方備查。

#### 11.1.2 要求乙方繳納懲罰性違約金之程序

1. 經甲方以書面通知限期改善而不改善，或經改善仍不符甲方要求者，除本契約另有約定外，甲方得視情節輕重要求乙方繳納懲罰性違約金每件每日新台幣貳萬元至壹拾萬元，有持續之情形者，得按日連續懲罰至改善為止。乙方不按時繳納懲罰性違約金者，甲方有權自乙方繳交之履約保證金中扣抵，經扣抵後乙方並應依甲方所訂限期補足差額。
2. 乙方於罰款期間，應繼續於甲方所定期限內改善缺失，如屆期未完成改善，甲方得代為執行改善或以違約處理，並以書面通知乙方。甲方代為執行改善時，所生費用由乙方負擔，甲方得自乙方繳交之履約保證金中扣抵。

#### 11.1.3 中止營運之一部或全部之程序

1. 乙方經甲方通知限期改善而不改善或雖改善而未達甲方要求之標準，

影響營運者，甲方得要求乙方中止營運之一部或全部。

2. 甲方要求乙方中止營運一部或全部時，應以書面載明下列事項，通知乙方：

- (1)得中止全部或一部營運之事由。
- (2)中止營運之日期。
- (3)中止營運之業務範圍。
- (4)中止營運後，應繼續改善之項目、標準及期限。
- (5)屆期未完成改善之處理。

3. 「中止營運之業務範圍」，由甲方依客觀事實，在改善缺失必要之範圍內決定之。

4. 乙方經甲方要求中止營運一部或全部後，經甲方認定缺失確已改善者，應以書面限期通知乙方繼續營運。乙方於改善期限屆滿前，已改善缺失者，得以書面向甲方申請繼續營運。

## 11.2 甲方之緊急處分權

乙方有經營不善或其他重大情事發生，於情況緊急，遲延即有損害重大公共利益或造成緊急危難之虞時，甲方得視情節令乙方停止營運之一部或全部，乙方不得拒絕。甲方得採適當措施繼續維持本院之營運，必要時並得依「民間參與社會福利設施及營建相關公共建設強制接管營運辦法」自任為接管人，或委任其所屬機關（構）、或委託其他機關（構）、團體為接管人。

11.2.1 甲方令乙方停止營運之一部或全部時，應以書面載明下列事項，通知乙方：

1. 缺失之具體事實。
2. 停止營運之日期。
3. 停止營運之業務範圍。

11.2.2 上述之情事經排除，且經甲方認定缺失確已改善者，除甲方採取之適當措施另有規定外，甲方應以書面限期令乙方繼續營運。

## 第十二章 契約終止

除依本契約或本章之約定外，任何一方片面終止本契約，不生效力。

### 12.1 契約終止之事由

12.1.1 雙方合意終止於本契約期間，雙方得以書面合意終止本契約。

12.1.2 可歸責於乙方之事由甲方得終止契約

1. 乙方有任何違反本契約之義務或應辦理之事項者，甲方得依據第十一章約定辦理，必要時並得逕行通知乙方終止本契約。
2. 因可歸責於乙方之事由，致延誤履約期限，情節重大者。
3. 乙方有破產或有其他重大財務困難情事，致無法繼續履約或履約顯有困難者。

4. 乙方有偽造、變造依本契約應提出之相關文件，經查明屬實者。
5. 乙方或其董事、監察人、經理人有重大喪失債信或違法情事，情節重大而影響營運者。
6. 其他經甲方認定嚴重影響本案營運且情節重大者。

#### 12.1.3 非可歸責於乙方之事由而終止契約

1. 因政府政策變更，甲方得終止一部或全部契約。
2. 因不可抗力或本契約第十章所指之除外情事，甲乙雙方自正式協商或協調之日起三個月後，仍無法就該事件及狀態之性質認定達成協議時，雙方得以書面合意終止本契約。
3. 不可抗力及除外情事業經認定，但補償方案於認定後三個月內無法取得協議，雙方得以書面合意終止本契約。

### 12.2 契約終止之程序

任一方終止本契約時，應以書面載明下列事項，通知他方：

1. 終止契約之事由。
2. 終止本契約之表示及終止之日期。
3. 任一方擬採取之適當措施。

### 12.3 契約終止之效力

#### 12.3.1 雙方合意終止契約之效力

雙方合意終止契約時，應就有關資產之返還、移轉及其他權利義務關係一併達成合意，該合意終止契約始生效力。

#### 12.3.2 可歸責於乙方而終止契約之效力

1. 甲方得押提乙方之履約保證金之一部或全部。
2. 雙方應依第十三章約定辦理資產之返還。
3. 甲方得依法向乙方請求損害賠償。

#### 12.3.3 政府基於政策終止契約之效力

1. 甲方應返還乙方之履約保證金之餘額。
2. 雙方應依第十三章之約定辦理資產之返還。
3. 乙方得依法向甲方請求損害賠償，但賠償總額不得超過履約保證金之餘額。

#### 12.3.4 因不可抗力或除外情事而終止契約之效力

1. 甲方應返還乙方之履約保證金之餘額。
2. 雙方應依第十三章之約定辦理資產之返還。
3. 依公平誠信原則，由雙方協議解決處理。

### 12.4 契約終止後之有效條款

本契約終止不影響雙方於終止前已產生之權利義務，本契約之下列條款於契約終止後仍繼續有效：

- 12.4.1 第五章有關權利金繳交之約定。
- 12.4.2 第六章履約保證金之約定。

- 12.4.3 第九章爭議解決之約定。
- 12.4.4 第十三章資產之返還之約定。
- 12.4.5 其他處理契約終止後權利義務關係之一切必要條款。

### 第十三章 資產之返還

#### 13.1 營運資產之返還

- 13.1.1 除本契約另為約定外，於委託營運管理期間屆滿、終止、解除時，乙方應依當時最新之財產及物品清冊，於十五日內將甲方依第具有所有權、「必須返還」部分及未達最低使用年限之「非必須返還」部分之所有之財產及物品(包括但不限於土地、建築物、設備及 相關營運資料等)，無條件返還予甲方。
- 13.1.2 乙方如於委託營運管理期間屆滿、終止或解除後三十日內未將所有權屬乙方之設備或物品遷離者，同意視為廢棄物，任由甲方處理，其所生費用由乙方負擔，並賠償甲方因此所受一切損害，此項賠償，甲方有權自乙方所繳交之履約保證金中扣抵之。
- 13.1.3 乙方應於契約屆滿前六個月或契約終止或解除前一個月，提送營運資產返還之交接計畫予甲方審查。甲方於必要時，得派員進駐現場預作交接準備事宜，乙方應予配合協助。契約屆滿、終止或解除生效日至完成返還或點交前，乙方仍應負擔本案之各項稅捐、規費、維修、行銷、人事、清潔、維護、保養、修繕、水電、瓦斯、電話、保全及其他所有相關費用。

#### 13.2 返還時與返還後之權利義務

- 13.2.1 乙方依本契約約定返還予甲方之資產，除雙方另為協議外，乙方應擔保該資產於返還予甲方時並無權利瑕疵或滅失或減少其通常效用或其所保證之品質。
- 13.2.2 所有資產除甲方於點交予乙方時，依財產及物品清冊註明有瑕疵或故障之情形外，乙方返還予甲方之所有資產，均須維持堪用之狀態。乙方若有對該資產製造商或出賣人之瑕疵擔保請求權利，並應將該權利讓與甲方或甲方指定之第三人。

#### 13.3 未依期限返還資產之處理

- 13.3.1 乙方未依本章約定返還、點交或撤離人員者，每逾一日處懲罰性違約金新台幣壹拾萬元整，至其依約履行完畢之日止，甲方如受有其他損害並得請求賠償。
- 13.3.2 乙方如逾期未依本章約定返還、點交、或撤離人員者，甲方得逕行收回土地、建築物、工作物及各項設備，乙方不得異議；甲方收回前，如乙方繼續營業者，乙方應賠償其每日營業總收入計算二倍之懲罰性違約金予甲方。
- 13.3.3 乙方添購資產之移轉 於委託營運管理期間屆滿或本契約終止、解除

後，為維持本院正常營運之必要，甲方得請求乙方將其自有資產有償移轉所有權予甲方，乙方不得拒絕。

## 第十四章 其他條款

### 14.1 責任之豁免

14.1.1 乙方承諾乙方與其代理人、受雇人、受任人、分包廠商或任何第三人因營運本院所生之所有權利義務、債權債務等，應由乙方完全負責，與甲方無涉。乙方並應使甲方免於上述事項之任何追索、求償或涉訟，甲方如因乙方而受損，乙方應對甲方負賠償責任，乙方或其代理人、受雇人、受任人、分包廠商在任何情況下，均不得就其與第三人間之債權債務相關事宜，向甲方提出任何請求或要求任何賠償。

14.1.2 乙方承諾不主張甲方未能達成申請須知和本契約之政府協助辦理事項，而向甲方提出任何索賠。

### 14.2 契約之修改

雙方得協議修訂或補充本契約。本契約之修訂或補充應以書面為之，並經雙方簽署始生效力，且視為本契約之一部分。

### 14.3 組織變動或管轄權變動

甲方如因組織變更或管轄權變動，致本契約之甲方名義有所變更時，乙方同意配合換約，不得為任何異議。

### 14.4 準據法

本契約未盡事宜，悉依相關法令辦理。本契約之訂立、修改、效力、履行與解釋，悉依中華民國法令為準據法。

### 14.5 契約條款之可分性

本契約任何條款依中華民國法令規定無效時，僅該條款之規定失其效力，並不影響本契約其他條款之效力。惟無效部份對本契約其他條款具有重大影響致不能履行，或雖履行亦不能達本契約原定目的者，不在此限。

### 14.6 通知與文件之送達

14.6.1 依本契約約定應給予他方之通知或文件、資料，均應以書面雙掛號信函或雙方同意之方式為之，並於他方收受時生效。除經事前通知地址變更者外，雙方之地址應以下列者為準：

甲方：○○○○○ 地址：○○○○○

乙方：○○○○○ 地址：○○○○○

14.6.2 任何一方變更地址時，應於變更前依第 14.6.1 條約定以書面通知他方，未通知變更地址，而致他方寄至原地址時，視為於寄發時業已合法送達他方。

### 14.7 契約份數

本契約正本兩份，甲乙雙方各執正本乙份，副本○份，甲方○份，乙方○份。



## 參考文獻

### 【中文文獻】

#### 一、專書

1. E.S. Savas 著，黃煜文編譯(2005)，《民營化歷程—公部門、非營利、企業的夥伴雙贏之道》，台北：五觀藝術。
2. Schmidt-Aßmann 著，林明鏘、陳英鈴、孫迺翊、陳耀祥、許春鎮、張錕盛、張桐銳譯(2009)。《行政法總論作為秩序理念》，台北：元照。
3. 古嘉諄、李元德等（2009），《促參法 Q & A—100 個有關辦理 BOT、OT 等案件的重要問題》，台北：元照。
4. 林明鏘(2009)，《歐盟行政法—德國行政法總論之變革》，台北：新學林。
5. 林萬億(2006)，《台灣的社會福利—歷史經驗與制度分析》，台北：五南。
6. 陳敏(2011)，《行政法總論》，七版，台北：新學林。
7. 詹中原(1994)，《民營化政策—公共行政理論與實務之分析》，台北：五南。
8. 蔡維音(2001)，《社會國之法理基礎》，台南：正典。
9. 劉憶如、王文宇、黃玉霖(2000)，《BOT 三贏策略》，台北：商鼎財經。

#### 二、專書論文

1. Jan Ziekow 著，詹鎮榮譯(2010)，〈從德國憲法與行政法觀點論公私協力〉，政大法學院公法中心編，《全球化下之管制行政法》，頁 235-261，台北：元照。
2. 李建良(1998)，〈環境議題的形成與國家任務的變遷—「環境國家」理念的初步研究〉，《憲法體制與法治行政—城仲模教授六秩華誕祝壽論文集（一）》，頁 275-342，台北：三民。

3. 李建良(2002),〈公法契約與私法契約之區別問題〉,台灣行政法學會編,《行政契約與新行政法》,頁 165-204,台北:元照。
4. 李震山(2007),〈程序基本權〉,《多元、寬容與人權保障—以憲法未列舉權之保障為中心》,頁 263-296,台北:元照。
5. 林明鏘(2006),〈委託開發工業區之契約之定性與仲裁容許性〉,《行政契約法研究》,頁 269-278,台北:翰蘆。
6. 林明鏘(2006),〈論行政契約侵害第三人權利之問題〉,《行政契約法研究》,頁 279-304,台北:翰蘆。
7. 林明鏘(2006),〈論 BOT 之法律關係—兼論其立法政策〉,《營建法學研究》,頁 87-100,台北:元照。
8. 林明鏘(2006),〈ETC 判決與公益原則〉,《營建法學研究》,頁 127-157,台北:元照。
9. 林明鏘(2006),〈促進民間參與公共建設法事件法律性質之分析〉,《營建法學研究》,頁 113-124,台北:元照。
10. 林明鏘(2010),〈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角色〉,《政治思潮與國家法學—吳庚教授七秩華誕祝壽論文集》,頁 577-598,台北:元照。
11. 林萬億(2001),〈社會福利民營化—停看聽〉,《台灣社會福利的發展—回顧與展望》,頁 243-278,台北:五南。
12. 許宗力(2007),〈基本權程序保障功能的最新發展—大法官釋字第四八八號解釋評析〉,《法與國家權力(二)》,頁 247-260,台北:元照。
13. 許宗力(2007),〈迎接立法國的到來?!—評釋字第五二〇號解釋〉,《法與國家權力(二)》,頁 385-401,台北:元照。
14. 許宗力(2007),〈論行政任務的民營化〉,《法與國家權力(二)》,頁 425-459,台北:元照。

15. 郭明政(1997),〈法律在社會福利中之角色與任務〉,《社會安全制度與社會法》,頁 93-114,台北:自刊。
16. 郭明政(1997),〈社會法之概念、範疇與體系—以德國法制為例之比較研究〉,《社會安全制度與社會法》,頁 115-133,台北:自刊。
17. 陳清秀(2002),〈委託經營法制及實務問題之探討〉,《當代公法新論(中)—翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》,頁 633-655,台北:元照。
18. 張桐銳(2002),〈補充性原則與社會政策〉,《黃宗樂教授六秩祝賀—公法學篇(一)》,頁 221-253,台北:新學林。
19. 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》,頁 549-580。台北:元照。
20. 葛克昌(1997),〈給付國家公權力行使及其界限—給付國家之自由主義傳統〉,《現代國家與憲法—李鴻禧教授祝賀論文集》,頁 1320-1347,台北:元照。
21. 黃錦堂(2005),〈行政任務民營化之研究〉,《公法學與政治理論—吳庚大法官榮退論文集》,頁 475-518。台北:元照。
22. 詹鎮榮(2005),〈民營化後國家影響與管制義務之理論與實踐〉,《民營化法與管制革新》,頁 105-142。台北:元照。
23. 詹鎮榮(2009),〈行政合作法之建制與開展—以民間參與公共建設為中心〉,台灣行政法學會主編,《行政契約之法理—各國行政法學發展方向》,頁 101-159。台北:元照。
24. 詹鎮榮(2010),〈民間參與公共建設之國家賠償責任〉,《政治思潮與國家法學—吳庚教授七秩華誕祝壽論文集》,頁 669-692。台北:元照。
25. 鍾秉正(2010),〈社會福利之憲法保障—兼論相關憲法解釋〉,《社會法與基本權保障》,頁 1-66。台北:元照。
26. 鍾秉正(2008),〈從敬老福利生活津貼看「社會促進」制度〉,《社會福利之法制化》,頁 93-163,台北:元照。

### 三、期刊論文

1. H. Bauer 著，李建良譯(2012)，〈民營化時代的行政法新趨勢〉，《台灣法學雜誌》，203 期，頁 21-71。
2. H. Bauer 著，李建良譯(2012)，〈德國行政法上行政契約發展面面觀〉，《台灣法學雜誌》，203 期，頁 72-95。
3. 江亮演、應福國(2005)，〈社會福利與公設民營化制度之探討〉，《社區發展季刊》，108 期，頁 54-71。
4. 江嘉琪(2008)，〈行政契約請求權的貫徹與行政契約的爭訟〉，《月旦法學教室》，67 期，頁 34-43。
5. 江嘉琪(2009)，〈行政契約關係中之競爭者權利保護〉，《輔仁法學》，37 期，頁 77-107。
6. 李玉君(2003)，〈社會福利民營化法律觀點之探討〉，《月旦法學雜誌》，102 期，頁 74-93。
7. 李建良(2004)，〈論基本權利之程序功能與程序基本權—德國理論的借鏡與反思〉，《憲政時代》，29 卷 4 期，頁 481-540。
8. 李建良(1997)，〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，《人文及社會科學集刊》，9 卷 1 期，頁 39-83。
9. 李震山(2002)，〈行政組織法與行政作用法之區別及其實益〉，《月旦法學雜誌》，85 期，頁 16-17。
10. 沈明彥(2005)，〈「公設民營」對非營利組織的影響與因應之道—以 CFF 嘉義家庭扶助中心為例〉，《社區發展季刊》，108 期，頁 154-163。
11. 林明鏘(1993)，〈論行政委託私人〉，《憲政時代》，19 期 2 卷，頁 4-17。
12. 林明鏘(1996)。〈公營事業民營化之合憲性問題〉，《月旦法學雜誌》，15 期，頁 78-80。
13. 吳志光(2008)，〈公私協力行為之公法化趨勢—以委託經營管理與促進民間參

- 與公共建設法之實務見解為核心》，《輔仁法學》，36期，頁1-55。
14. 許育典(2003)，〈社會國〉，《月旦法學教室》，12期，頁38-43。
  15. 許育典(2010)，〈以憲法架構檢討公務人員行政中立法〉，《台大法學論叢》，39卷4期，頁73-116。
  16. 許登科(2006)，〈「民間參與」之法制分析—以評論高雄高等法院92年度訴字第569號、最高行政法院94年度判字第1177號裁判為中心〉，《法學叢刊》，204期，頁127-145。
  17. 郭登聰(1998)，〈政府與民間的關係再造：促進民間參與公共建設法(草案)與社會福利民營化實施要點的比較論述〉，《思與言》，36卷4期，頁147-192。
  18. 郭登聰(2005)，〈推動社會福利民營化相關法制的析論〉，《社區發展季刊》，108期，頁38-53。
  19. 孫迺翊(2010)，〈社會福利服務契約法制初探—從我國社會福利機構「公設民營」之經驗談起〉，《月旦法學雜誌》，177期，頁241-261。
  20. 陳愛娥(1997)，〈自由—平等—博愛—社會國原則與法治國原則的交互作用〉，《台大法學論叢》，頁121-141。
  21. 陳愛娥(1998)，〈公營事業民營化之合法性與合理性〉，《月旦法學雜誌》，36期，頁39-46。
  22. 陳愛娥(2003)，〈「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〉，《月旦法學雜誌》，8期，頁57-67。
  23. 陳愛娥(2003)，〈國家角色變遷下的行政任務〉，《月旦法學教室》，3期，頁104-111。
  24. 陳愛娥(2006)，〈促進民間參與公共建設事件中的行為形式與權力劃分〉，《月旦法學雜誌》，134期，頁35-38。
  25. 程明修(2005)，〈行政行為形式選擇自由—以公私協力行為為例〉，《月旦法學雜誌》，頁37-65。

26. 程明修(2006),〈公私協力契約相對人之選任爭議—以最高法行政院九十五年度判字第一二三九號判決之若干爭點為中心〉,《月旦法學雜誌》,138期,頁28-37。
27. 程明修(2010),〈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》,7期,頁69-143。
28. 張桐銳(2005),〈行政法與合作國家〉,《月旦法學雜誌》,121期,頁25-53。
29. 黃琢嵩、吳淑芬、劉寶娟(2005),〈社會福利團體承接政府公設民營服務之省思〉,《社區發展季刊》,108期,頁147-153。
30. 黃茂榮(1998),〈BOT契約〉,《植根雜誌》,14卷7期,頁1-50。
31. 雷文玫(2002),〈發包福利國?—政府委託民間辦理福利服務責任架構之研究〉,《兒童福利期刊》,2期,頁147-177。
32. 詹鎮榮(2003),〈補充性原則〉,《月旦法學教室》,12期,頁34-37
33. 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。台北:元照。
34. 詹鎮榮(2004),〈德國法中「社會自我管制」機制初探〉,《政大法學評論》,78期,頁79-120。
35. 詹鎮榮(2005),〈生存照顧〉,《月旦法學教室》,29期,頁44-45。
36. 詹鎮榮(2006),〈社會國原則—起源、內涵及規範效力〉,《月旦法學教室》,41期,頁32-41。
37. 詹鎮榮(2006),〈社會國原則—責任主體、類型及界限〉,《月旦法學教室》,42期,頁45-55。
38. 詹鎮榮(2006),〈競爭者「無歧視程序形成請求權」之保障—評最高法行政院九十五年度判字第一二三九號判決〉,《月旦法學雜誌》,138期,頁38-55。
39. 詹鎮榮(2006),〈促進民間參與公共建設法之現實與理論—評台北高等行政法院之ETC相關裁判〉,《月旦法學雜誌》,134期,頁46-67。

40. 蔡宗珍(2009)，〈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33-36。
41. 蔡茂寅(1998)，〈淺論BOT的幾個相關公法問題〉，《萬國法律》，102期，頁14-28。
42. 廖元豪(2010)，〈政府業務外包後的公共責任問題研究—美國與我國的個案研究〉，《月旦法學雜誌》，178期，頁146-161。
43. 劉淑範(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〉，《台大法學論叢》，40卷2期，頁505-559。
44. 劉淑瓊(1997)，〈依賴與對抗—論福利服務契約委託下政府與民間受託單位的關係〉，《社區發展季刊》，80期，頁113-129。
45. 劉淑瓊(2001)，〈社會服務「民營化」再探：迷思與現實〉，《社會政策與社會工作學刊》，5卷2期，頁7-56。
46. 劉淑瓊(2005)，〈績效、品質與消費者權益保障：論社會服務契約委託的責任課題〉，《社會政策與社會工作學刊》，9卷2期，頁31-93。
47. 劉淑瓊(2011)，〈理想與現實：論臺灣社會服務契約委託的變遷及課題〉，《社區發展季刊》，133期，頁455-471。
48. 薛承泰、黃文鳳(2005)，〈台北市社會局推動公設民營二十年〉，《社區發展季刊》，108期，頁22-31。

#### 四、研討會論文

1. 林明鏘(2012)，〈民營化的基本法律問題—兼論治安任務民營化的可能性〉，《第十二屆行政法實務與理論學術研討會論文集》。
2. 劉淑範(2012)，〈法律之秩序框架與契約之自我調控：擔保國家多層面規範結構之探析〉，《2012行政管制與行政爭訟學術研討會會議論文》。

3. 詹鎮榮(2012)，〈行政合作契約瑕疵效果之檢討與續造〉，中央研究院法律學研究所，《2012 行政管制與行政爭訟學術研討會會議論文》。

#### 五、學位論文

1. 朱瑋華(2011)，《從擔保國家理論探討我國促參案件監督管理之規範架構》，國立政治大學法律研究所碩士論文。
2. 李翔宇(2010)，《行政法上自我管制之研究》，國立台北大學法律學系碩士論文。
3. 吳宜恬(2008)，《以代理人理論探討社會福利公設民營之契約管理—以內政部宜蘭教養院為例》，國立政治大學公共行政研究所碩士論文。
4. 侯文森(2008)，《台北市社會福利民營化之研究：地方治理的實踐與限制分析》，國立台灣大學政治學研究所碩士論文。
5. 許登科(2008)，《德國擔保國家理論為基礎之公私協力法制—對我國促參法之啟示》，國立台灣大學法律學研究所博士論文。
6. 陳軍志(2011)，〈公私協力法制下自主管制〉，國立政治大學法律學研究所碩士論文。
7. 陸敏清(2010)，《國家擔保責任於長期照護之實現》，國立台北大學法律學系博士論文。
8. 彭均媛(2008)，《政府與非營利組織互動關係之研究：以台北市社會福利服務為例》，國立臺灣大學政治學研究所碩士論文。
9. 鄭伯禹(2000)，〈BOT 實務與法制的探討：以高鐵案的甄選程序為中心〉，國立臺灣大學法律學院研究所碩士論文。
10. 劉淑瓊(1998)，《社會福利「民營化」之研究—以台北市政府契約委託社會福利機構為例》，國立台灣大學三民主義研究所博士論文。
11. 簡敬軒(2010)，《社會福利收容機構委託私人經營之國家賠償責任—以教養院為中心》，國立中正大學法律學研究所論文。

## 六、研究報告

1. 行政院研究發展考核委員會(1989)，《我國社會福利定義與範圍之研究》，行政院研究發展考核委員會研究報告。
2. 行政院公共工程委員會(2007)，《促參案件權利金設定方式之探討》，行政院公共工程委員會研究報告。
3. 林萬億(1997)，《社會福利公設民營模式與法制之研究》，內政部委託研究。
4. 郭明政(1998)，《福利服務與社會救助現況分析暨其法制整合之研究》，行政院研究發展考核委員會委託研究。
5. 郭斯傑等(2006)，《促參案件履約階段執行經驗調查與建議》，行政院公共工程委員會委託研究。
6. 張世佳等(2012)，《促參案件營運績效評估機制建構》，行政院公共工程委員會委託研究。
7. 劉淑瓊、彭淑惠(2007)，《社會福利引進民間資源與競爭機制之研究》，行政院研究發展考核委員會委託研究。

## 七、政府出版品

1. 行政院人事行政局(2001)，《推動政府業務委託民間辦理宣導手冊》。
2. 台北市政府法規委員會(2003)，《委託經營管理法制、行政法規影響評估—地方法制研討會選輯》
3. 行政院人事行政局(2006)。《政府業務委託民間辦理遭遇困難案例參考手冊》。
4. 行政院人事行政局(2008)，《建構政府與民間夥伴關係推動實例暨契約參考手冊》

#### 八、報紙資料

1. 工商時報(10/15/2012)，爭取公建案鬆綁 壽險本周會商，A8。
2. 工商時報(10/15/2012)，金管會目標：保險投資公建 四年增 2500 億，A14。
3. 工商時報(10/23/2012)，保險業投資長照產業 鬆綁，A4。
4. 工商時報(12/26/2012)，保險業投資基地 金管會點頭，A17。
5. 中國時報(8/24/2011)，廣慈 BOT 案解約 柏德斥市府，C1。
6. 中國時報(8/24/2011)，BOT 非萬靈丹，官民合作最重要，C1。
7. 台灣立報(12/13/2010)，廣慈社福開發案 弱勢住不起，  
<http://www.lihpao.com/?action-viewnews-itemid-102635>。
8. 自由電子報(4/16/2011)，廣慈 BOT 案延宕 議員批官商掛勾，  
<http://www.libertytimes.com.tw/2011/new/apr/16/today-taipei4-2.htm>。
9. 經濟日報(12/07/2012)，壽險業 本月加碼台股 500 億，A3。
10. 聯合報(01/06/2013)，壽險 4 千億 搶 PFI 長照商機，A2。



## 【德文文獻】

### 一、專書

1. Grube / Wahrendorf, SGB XII: Sozialhilfe mit Asylbewerberleistungsgesetz Kommentar, 3 Aufl., 2010.
2. Knauff, Matthias, Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge, 2004.
3. Münder u.a., SGB XII, Lehr-und Praxiskommentar, 8. Aufl., 2008.
4. Schellhorn u.a., SGB XII, Kommentar zum Sozialgesetzbuch, 18. Aufl., 2011.
5. Schmidt-Aßmann, Eberhard, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004.

### 二、期刊論文

1. Bauer, Harmut, Verwaltungsrechtliche und verwaltungswissenschaftliche Aspekte der Gestaltung von Kooperationsverträgen bei Public Private Partnership, DÖV 1998, S.89ff.
2. Franzius, Claudio, Der Gewährleistungsstaat, VerwArch 2008, S.351ff.
3. Kofner, Stefan, kommunale Wohnungspolitik, Wohnungswirtschaft und Mietrecht, S.20-24.
4. Schoch, Friedrich, Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft? NVwZ 2008, S. 241ff.
5. Voßkuhle, Andreas, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben staatliche Verantwortung, VVDStRL, Bd. 62 (2003), S.266ff.
6. Weiß, Wolfgang, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentliche Aufgaben und staatliche Verantwortung, DVBl 2002, S.1167ff.

### 三、網頁資料

1. Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege, Einrichtungen und Dienste der Freien Wohlfahrtspflege: Gesamtstatistik, 2008.  
[http://www.bagfw.de/uploads/media/GS\\_BAGFW\\_091221\\_web\\_01.pdf](http://www.bagfw.de/uploads/media/GS_BAGFW_091221_web_01.pdf)

2. Sozialcharta-Klage gegen Gagfah Dresden fordert 1 Milliarde Euro, 01. Apr. 2011,  
<http://www.n-tv.de/wirtschaft/Dresden-fordert-1-Milliarde-Euro-article2997076.html>

