

## 第八章 德國公法人之研究\*

### 壹、前言

### 貳、德國「公法人」的意義與要素

- 一、「公法」上之「法人」
- 二、偏離「行政一體性」，須有設置之正當性理由
- 三、旨在免於國家之過度干涉
- 四、屬於集合式的概念，得區分為三種類型，並得有下位的類型

### 參、公法上之社團法人

- 一、概念特徵：同質的一群人的自治，有「自治事項」之決定權
- 二、就組織與決定之合於自由民主之要求
- 三、必須適度服膺公法之要求
- 四、同業公會類之公法人：強制入會與強制收費
- 五、邦立大學類之公法上社團法人

### 肆、公法上之財團法人

- 一、主要特色：由資金所構成，而非人之組合
- 二、德國法之舉例
- 三、我國之省思
- 四、附帶說明：政府捐資成立之私法組織之基金會

### 伍、公法上之公營造物法人

- 一、公營造物概念的歧異性與晚近的釐清：公營造物係一種特殊的行政組織類型，旨在履行特殊的任務
- 二、公法上公營造物法人的特色

---

\* 本文原發表於第二屆「台灣公共行政與公共事務系所聯合會」(TASPAA)年會「多元環境下公共治理的新定位」，台灣公共行政與公共事務系所聯合會主辦，國立政治大學公共行政學系承辦，時間：2004年6月26日。謹以本文，紀念政治大學法學院法治斌教授。

三、舉例

四、我國之省思

陸、德國公法人作為我國政府組織的一個選項的特色與選用考量

一、德國公法人模式的特徵

二、選用的考量

三、運用舉例

柒、結論

壹、前言

「公法人」係德國公法學上常見的一個行政組織類型，指稱公法上之社團法人、公法上之公營造物法人、公法上之財團法人。我國較為熟悉者，為地方自治團體作為公法上之地域性社團法人之類型，另外被明白定性者為農田水利會。

我國行政組織的設計討論上，德國公法人的三種類型不乏被提及為可能的選項者，例如有關健康保險局未來改制之規劃，再如有關公立大學之未來定性的討論；我國金融監理委員會或中央選舉委員會等機關的定位討論上，向來被強調獨立性，這於如何程度內接近德國之「公法上公營造物法人」，也有研究的餘地；我國醫師、會計師、律師等自由業之同業公會，儘管相關法律上並未明白賦予公法人之地位，但所承辦者在相當程度內具有公共利益的成分，而其卻無須受到公法之拘束，究竟得失如何？而其他進一步的民間團體（例如農會或漁會），有無納為公法人之必要？

本文的目的，在於介紹德國「公法人」制度，又可區分為憲法面與行政法面，旨在探討其特徵與主要類型，以作為我國政府組織改造的一個政策選項。儘管國內已有若干引介，但並未觸及細膩的法制規定，留下討論的空間<sup>1</sup>。

<sup>1</sup> 中文資料約見：李建良，「論公法人在行政組織建制上的地位與功能—以德國公法人概念與法制為借鏡」，月旦法學雜誌，第 84 期，頁 43 以下（2002）；李建良，「公立大學公法人化之問題探析」，台大法學論叢，第 29 卷第 4 期，頁 15 以下（1999）；石真瑛，「政府機關（構）公法人化員工權益問題與對策之探討」，人事月刊，第 33 卷第 1 期，頁 191 以下（2001）；林騰鶴，「公法上社團法人」，東海大學法學研究，第 18 期，頁 1 以下（2003）；黃銘輝，「公法人概念之學理

法治斌教授對於憲法基本人權的保障有根本且卓越的研究，為典型的先期開拓者，具有無比的定向價值意涵<sup>2</sup>。法教授並關懷台北市里長延選所引發的地方自治團體的保障與公立大學的定位與組織再造<sup>3</sup>，並將相關議題自憲法學與釋字第 499 號解釋等加以討論，開啓行政組織法與憲法的接軌，指引出行政組織法的中長程發展方向。法教授就行政程序法、訴願法、行政爭訟法之諸多議題展開精湛的釋義與論述，留予後人尋思與演繹的豐富素材<sup>4</sup>。

本文所關注的憲法面係針對，公法人以其所被賦予公共任務與行使公權力之特性，有無超出行政體系建制原則「行政一體性」以及行政整體對議會負責之「民主正當性」的要求，以及超出時之如何經由相關制度設計而予以調控？憲法面並討論，德國自由業之同業公會採強制入會與強制收費制度，對當事人（指被強行納入公法上社團法人之成員）之基本權利構成限制（主要指人格權或不參與集會結社之自由，詳下述），因而引發法律保留與比例原則之討論。此外，公法上之社團法人之組織，也應盡量合於民主原則吧！本文所關注的行政法面，約有兩方面：公法人作為公法上之行政主體，其組織與決行等應適用行政組織法、行政程序法與行政訴訟法等；其次，各公法人之專業法律也得是需要，而自為進一步的設計，從而也是充滿政策意涵。

德國公法人，如下所述，區分為公法上的社團法人、公法上的財團法人與公法上的公營造物法人，三者並各有各自細膩的下位案型。由於三者間有一定的構

---

與實務」，憲政時代，第 24 卷第 2 期，頁 72 以下（1998）；董保城，「我國大學現今運作困境與未來公法人化之整備」，教育研究資訊，第 8 卷第 4 期，頁 33 以下（2000）；陳正美整理，「明確農田水利會公法人屬性之探討—農田水利會務革新座談會特別報導之三」，農田水利雜誌，第 47 卷第 10 期，頁 8 以下（2001）；邱淑娟，「戰後台灣農田水利組織變遷歷程之研究（1945-1995）」，台灣大學政治學研究所碩士論文（1995）。

<sup>2</sup> 關於法教授的學風，見李建良，「補追法治斌老師的學術腳印與風範」，台灣本土法學雜誌，第 49 期，頁 1（2003）；法治斌著，《憲法專論（一）》，三民經銷（1985 初版）；法治斌著，《憲法專論（二）》，人權保障與司法審查，月旦出版（1994 初版）；法治斌著，《憲法專論（三），法治國家與表意自由》，正典出版（2003）。

<sup>3</sup> 法治斌，「以『大』為尊或同舟共濟？--由臺北市里長延選談起」，政大法學評論，第 71 期，頁 1-26（2002）；法治斌，「公立大學之組織再造：美國法制的另類思考」，法令月刊，第 51 卷第 10 期，頁 719-729（2000）。

<sup>4</sup> 約如，法治斌著，「資訊公開與司法審查」，收錄於《行政法專論》，正典出版（2003）；法治斌，「司法審查在大陸：以行政訴訟為例」，政大法學評論，第 61 期，頁 143-158（1999）。

造與適用領域上的差異，為求與我國相關制度與問題為一併直接對照，本文乃於第二節介紹公法人制度之一般情形，以德國法為主，並於第三、四、五節分別介紹公法上的社團法人、公法上的財團法人與公法上的社團法人與我國之比較（實則為對我國的現況的檢討）。第六節對於我國政府改造方案當中引進德國公法人模式之主要考量，加以論述，並比較我國政府改造方案當中所被提出的另一個制度「行政法人」。

## 貳、德國「公法人」的意義與要素

### 一、「公法」上之「法人」

「公法人」是一個典型德國公法學上的制度。其係指稱「公法上」之「法人」。法人指其具有獨立的法人格，從而為權利義務歸屬的主體，脫離原先的母體機關，而且也與個別的成員不同；法人對自己的業務享有決行權，但應依法律所規定的方式產生決議機關與監督機關。公法上一詞，係指其係被定性為公法領域上之主體，在公法領域為行動，其本身的性質或所為的行動均具有公益屬性，而與私人之競逐自我利益不同。

### 二、偏離「行政一體性」，須有設置之正當性理由

「公法人」從而係公法上之人格體，而且係被創設而產生。在國家體制之下，其係由憲法與法律所創設，亦即被賦予一定的領域，並經由被規定的架構，而完成組織並為行為。原先由國家「直接行政」(unmittelbare Staatsverwaltung)的科層式行政組織體制之下的行政機關組織與權責因而脫落，並移轉到該公法人。「公法人」從而係在其被創設並被授權的領域內，享有管轄權，得為相關的決定，並負起行為責任。「公法人」從而為「行政一體性」原則的破壞。「行政一體性」原則係指行政機關組成一個上下相互連接的整體，上級行政機關對下級行政機關有監督與指揮的權利，整體對於議會負責。換言之，行政權正當性的基礎，在當今民主法治國家體制之下，在於對議會負責；而為完成此項要求，行政權組織的最

妥善方式，在於行政一體性。公法人以其獨立性而僭越之，而必須另尋正當性的理由。

### 三、旨在免於國家之過度干涉

公法人在憲法與法律所賦予的架構下，就一定的事務，為以自己的名義並為自己的責任歸屬而為決行。其一方面取代了國家經由設立行政官署之自為辦理，另方面也限制國家之干涉（也可謂監督）之權利，國家就該公法人所承辦之業務的領域原則上只能為合法性之監督權）。從而，簡而言之，公法人之設置，在於免於國家之過度入侵，並由該領域之經由憲法與法律所創設的機制之自為決行。至於設立公法人的理由，得有多重或多種，但不外為：就近有效決行、避免政治力之不當入侵、有效促成該區域內之相關民眾或標的團體之共同參與，相關民眾之就近自發有效組成之直接或屬於外溢性之民主社會助長之功能等。

總之，德國公法人制度的緣起，在於將機關內部單位（指公法上之財團法人與公營造物）或民間團體（指公法上之社團法人）「獨立」而出，被賦予法律上之人格，並就該獨立而出之目的業務領域享有自主的決行權，原母體機關之監督權只限於合法性之範圍，並就屬於人事、組織之領域一併享有一定的自主空間。

公法人從而係自由的觀念，在上述項目上，享有免於國家的過度干預的自由。其原始意義，在於專業、避免威權、有效利用民間社會力並促其發展，而不在於狹隘之效率考量。

### 四、屬於集合式的概念，得區分為三種類型，並得有下列的類型

「公法人」係指某一單位被賦予公法之人格，從而獨立成為權利義務的主體。本處所稱「獨立」，非指其與國家或原母體機關間完全斷裂，而成為化外之地，而係指其較諸原先內部單位或民間單位地位或屬性，獲得進一步的保障。

一「單位」改制為公法人，乃取得法人格，已經成為權利義務的主體，得經由其機關而作成意思表示，也因而成為公法上責任歸屬的主體（例如於要件該當

時必須承擔國家賠償責任)。公法人須受國家監督，常見的監督機關為原父母體機關，監督的手段與程度得依各該公法人之類型不同而有差別，惟整體而言得區分為合法性與合目的性之監督，前者係針對公法人經法律賦予所享有的自主決定領域事項，後者則針對國家所委託辦理之事項<sup>5</sup>。

公法人的類型有三大類，亦即公法上的社團法人、公法上的財團法人、公法上的公營造物法人。公法上的公營造物法人係一十分寬廣的概念，凡公法上特殊的行政機關而旨在結合人與物以提供服務者，例如研究性的公營造物、供民眾參觀閱覽的公營造物類型，或特殊無法以傳統行政機關指稱的類型者，均屬之。公法上的社團法人也有很多類型。整體而言，公法人本身，以及公法上公營造物法人、公法上社團法人，均可謂為集合式之概念，下得有不同的類型。於此也意味著，將公法人統一規定，易發生「削足適履」的情形，而這是本文的核心關懷。以下逐一介紹。

## 參、公法上之社團法人

### 一、概念特徵：同質的一群人的自治，有「自治事項」之決定權

公法上的社團法人特徵為，以「人」--同性質之一群人--為結合之基礎。常見者為同業公會、大學、水利會、地方自治團體、諸地方自治團體針對特殊目的成立之目的事業公法人（如區域計畫之目的事業公法人、解決都會區各種問題而成立的目的事業公法人、跨個別地方自治團體轄區針對某特定項目而共同興建乃至經營管理之目的事業公法人等）；德國手工業同業公會、檢察官同業公會、以及社會保險之承辦的主體，亦均被定性為公法上社團法人<sup>6</sup>。

為便利理解，得將上述公法上社團法人區分為三大類，一為大學<sup>7</sup>，二為地

---

<sup>5</sup> 中文約請參看蔡震榮，「公法人概念的探討」，收錄於氏著，《行政法理論與基本人權之保障》，五南圖書出版公司，頁 167 以下（1999）。許宗力主持，「國家機關組織法人化之研究—以港務局法人化為中心」，行政院經濟建設委員會委託（1999）。

<sup>6</sup> Wolff/Bachof/Stober, *Verwaltungsrecht II*, 5. Aufl., S.27ff. (1987)。

<sup>7</sup> 台灣向來將公立大學定性為行政機關，德國因歷史傳統而界定為雙重屬性，亦即社團法人與公營造物法人。

方自治團體，三為職業團體。

公法上社團法人，係指經由國家授權，而促使原先為民間團體屬性者，取得公法上的地位的一個「行政」（指廣義而泛指扮演公共任務角色之部門）組織之模式。這個「地位」，包括法人格的取得（從而得以團體的形式對外決行），並被賦予一定的自治的任務（亦即原先且典型為這些團體所關懷者，亦即自身事項）；國家就此類自治事項，只進行合法性之監督。除此之外，公法上社團法人取得組織與人事上的必要自主權，得制頒規章。

## 二、就組織與決定之合於自由民主之要求

公法上社團法人從而為政府對社會人民團體的一項地位授與，但並非使其成為脫韁野馬或國中有國，而係在使其夠發揮功能的範圍內，國家予以授權自治，並保留監督的權利。自治與監督乃是一組必然連結在一起的用詞；有自治必有監督，沒有監督的自治已經成為自決。

最重要且第一線的監督，乃是透過立法。究竟一公法上社團法人應享有如何的自主性，須由立法者考量該領域之歷史與現今的政經社文結構，妥善決定。

在組織與人事上，為使這些原本屬於社會體系的團體能有效運作，並合於德國基本法之「自由民主的基本秩序」，各公法上社團法人之法律乃要求其依民主體制循級而上建立決議機關（例如成員們選出董事，組成董事會；會員代表大會仍為最高決議機關；建立內部監察機制），必要時並得有分級管理之設計（例如大學除了學校整體之外，尚有各學院，學院在體制下也有一定之自主決定權限）。

社員總數須適當足以代表該領域之各種利益；席次分配應足以反應該自治體之內部不同屬性成員之比重。理事的產生從而一般均能反映內部之不同團體之比重。這可見諸健康保險之理事會由雇主集團、勞工集團之代表們分別出任，以及大學之最高決議機構由教員、研究人員、職員、工友、學生依一定比重而加以分配席次。

至於投票的方式，在地方自治團體選舉固然為居民「每人一票、票票等值」，

在一般的同業公會自治法人之選舉亦然。

總之，公法上社團法人係以人爲組成的單位，必須以民主程序產生具代表性之決議的機關，在此意義內，國家或母體機關想要操控的空間較小<sup>8</sup>。

### 三、必須適度服膺公法之要求

設立公法上社團法人的法律或基本的行政法律（例如聯邦行政程序法第 1 條第 1 項）規定，公法上社團法人的預算、會計、審計等必須合乎公部門之法制之要求，而受到國家的監督；公法上社團法人之機關之行政行爲，須遵守行政程序法，並有行政爭訟與國家賠償法制之適用。

上述法制之拘束，非指全盤、滴水不漏、毫無空間地將之等同於一般行政機關，而須不妨礙各公法上社團法人之需要與發展，公法人之「自治事項」之自由應得到尊重，預算、會計、審計法規之法規在解釋適用上尤然<sup>9</sup>—但這部分的細膩規定與實務，具專業性與細膩性，我國缺乏專門介紹，筆者一時也難掌握，我國的法規並未承認公立大學之學術性之支出之會計與審計之特殊應予尊重，實務情形則有待探討。

國家對於公法上社團法人之組織與重要制度，應妥爲規定；這是國會保留事項，而不得委諸公法上社團法人本身（之機關）<sup>10</sup>。

公法上社團法人爲公法上之行政主體，其行政部門之組織爲行政機關；其行政行爲應適用行政程序法之規定，參考德國聯邦行政程序法第 1 條第 1 項第 1 目；其員工應爲公務員，但因非謂所有職位均須由公務員出任（德國基本法第 33 條第 4 項只規定高權性質之權限之行始須由公務員承擔），所以有不少職缺屬

---

<sup>8</sup> 但在台灣的威權時代，國民黨的滲透力無所不在，當然也控制了民間的主要團體，例如農會、農田水利會等。約請參看，邱淑娟撰，「戰後台灣農田水利組織變遷歷程之研究（1945-1995）」，台大政研所碩士論文（1995）。

<sup>9</sup> Vgl. etwa Ferdinand Kirchhof, *Rechtliche Grundsätze der Universitätsfinanzierung*, JZ 1998, S. 275ff.; 在大學組織之改革上，Christof Goerisch, *Wissenschaftsfreiheit und Hochschulmanagement*, DOEV 2003, S.583ff.

<sup>10</sup> BVerfGE, 33,125: vgl. Michael Kloepfer, *Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel*, JZ 1984, S.685(690).

於雇員、工友性質，而且也得有非全職之工作者（Teilzeitbeschäftigte）。

#### 四、同業公會類之公法人：強制入會與強制收費

德國對同業公會採強制入會與強制收費。業者不論以自然人或法人方式出現，若未加入為會員，便無法開業。強制入會與強制收費的規定是否牴觸人民憲法上之集會結社權（此處係指不加入之自由），是否過當以致侵害當事人之職業自由與意見表達自由乃至一般的人格權中的行動自主？聯邦憲法法院自 1962 年以來的判決一概採否定說，亦即完全肯定強制入會與強制收費的機制，蓋非之無法確保相關公法上社團法人的功能的發揮與相關公共利益的實現<sup>11</sup>。就工商會（Industrie und Handelskammer）的同業公會的強制入會規定，聯邦憲法法院於 2001 年 12 月 7 日再度重申強制入會與強制收費的規定的合憲性，詳下述<sup>12</sup>。

##### （一）、舉例

有關德國公法上社團法人之立法，吾人得以律師、建築師、會計師、工程師、醫師等公會公法人為例，加以說明。這些屬於各邦之立法權，以下以柏林邦加以說明。

柏林邦係將建築師、建築工程技師合併，而制定「柏林邦建築師公會暨建築工程技師公會法」（Berliner Architekten-und Baukammengesetz；ABKG；1994 年 7 月 19 日版）。此二公會係各自成立，亦即就建築師與建築工程技師係分別設置不同的同業公會。就建築師公會而言，其係由登錄有案的建築師與都市規劃師等（亦即廣義的建築師）所共同組成，名稱為「柏林邦建築師公會」（該法第 8 條第 1 項）。該公會為公法上之社團法人；並享有官章（Dienstsigel），該圖章上並有邦之小國旗圖樣（同條第 2 項）。該公法人之所在地為柏林（同條 3 項）。

建築師公會的任務有如下幾項：1. 建築藝術、文化、建築、都市的興建與景

<sup>11</sup> 約請參看 Ralf Jahn, Zur Verfassungsmaessigkeit der Pflichtmitgliedschaft der oeffentlich-rechtlichen Koerperchaften, JuS 2000, 129 (129ff.).

<sup>12</sup> Ralf Jahn, Wirtschaftskammer statt Staat: Zur Verfassungsmaessigkeit der IHK-Pflichtmitgliedschaft, JuS 2002, 434ff.

觀等之維護；2.就公會內成員之職業義務與職業規範加以確定，並監督成員們確定履行義務；3.對成員們的整體職業利益，加以照顧；4.輔助成員們之職業教育與後續教育（亦可稱為在職教育）；5.協助官署與法院與所有有關該行業的問題，包括作成鑑定與提出專業的意見，也包括就有關法律草案或法規命令草案提出意見；6.就建築師有關的報酬、規費與契約的條款等的原則問題，提出意見；7.就建築師公會成員間的職業行使有關的爭議，或就成員與第三人間之職業行使爭議，致力於妥善解決之；8.就競爭有關的事項，以及就競爭的管理規定之制頒與後續之執行，加以協力；9.就建築師與都市規劃師業務領域有關的專業鑑定（亦即此類人士充當法院或行政部門的專業鑑定人），提出人選，並監督宣誓；10.促成而且維護全國（亦即全聯邦）與國際間建築師公會們之合作（第9條第1項）。同條第2項並規定，技師公會的任務尚且包括建築師名冊、都市規劃師名冊、在國外任職的建築師名冊與建築師事務所或公司之名冊等之登錄，與持續的修正補充，以及核發職業行使上所必要之有關證明。同條第3項規定，建築師公會得就同業間的救濟或生活照顧的設施（亦可稱為機制），加以建立，而且包括建立一個包括成員及家屬們之共同機制（尤其指退休後的生活照顧基金等）。同條第4項規定，成員中屬於公務員者，其執行公務的行為不受建築師公會的監督。

至於建築師公會的機關，有兩種：首先，會員代表大會（Die Vertreterversammlung）；其次，理事會（Der Vorstand）。建築師公會的成員，始有被選舉為會員代表的資格。會員代表大會的成員有資格被選為理事會的成員。一旦退會，機關成員們將喪失其資格（第10條第1、2、3項）。同業公會公法人之下將組成若干委員會；委員會之成員為公會之成員；委員會之任務，在於履行公會公法人的任務。（第10條第4項）。公會機關們與委員會們的成員，均為榮譽職，但得請求因時間與經費支出的適當補償。業務較為繁重之登錄委員會與仲裁委員會之主席們，與其各自之代理人，得請求適當的報酬（同條第5項）。該會的代表係每三年選舉一次，以普通、無記名與直接之方式選舉，而整個選舉係由同業公會的組織規程與據之所制頒的選舉規程中規定。會員代表大會共有41位

成員，其中至少 21 位應是執行自由職業者（亦即非受雇於建築師公司）；而由於建築師公會係由一般建築師、內部建築師、景觀建築師、都市規劃師四大類所共同組成，從而會員代表中至少必須每一類型有兩位代表。選舉必須由會員們親自投票，進一步則由選舉規程加以規範（第 11 條）。

會員代表大會的職掌為如下幾項：1.制頒章程；2.制頒職業規範；3.制頒選舉規範；4.制頒會費規範；5.制頒出任專業鑑定人之規範；6.制頒會員代表大會的運作規範（*Geschaeftsordnung*）；7.審議該公法人之預算案；8.對於理事會的業務的運作規範之同意；9.對理事會成員的選舉、罷免與解職；10.就職業法庭（負責從事違反職業規範者之處置）與仲裁委員會與登錄委員會當中之名譽職成員之建議名單，予以同意；11.就諸工作委員會的組成；12.對機關成員與機關委員會以及專業鑑定者報酬標準之決定；13.就同業人員之救助與生活照顧的設施等之建立，其中包括設立生活照顧的機制。以上，見第 12 條第 1 項。同條第 2 項並規定代表大會的出席人數與表決權數。

第 13 條規定理事會由一位理事長、兩位副理事長與至少四位其他成員所組成。理事長與一位副理事長必須自自由職業的成員中選出；一位副理事長則需由公務體系之人士選出。理事長對外在法院及法院以外，代表該同業公會公法人（第 13 條）。該法第 10 條規定，仲裁委員會之設置，旨在解決同業業者間之爭執或業者與第三人間之爭執；此委員會屬於常設性質。委員會之成員由理事會任命任期四年，得連選連任。同法第 15 條規定，建築師公會公法人得經由章程而建立旨在服務其成員、成員配偶或同居人與小孩之一項照顧的設施

（*Versorgungswerk*）。為避免該設施規模太小，柏林邦建築師公會公法人亦得決議與其他邦之相關設施加以連接（約指共組或以成員的身份加入）；也得接納其他邦之公會的成員（第 15 條第 2 項）。凡公務員為同業公會之成員者，得經由申請而免於參加該生活照顧之設施（第 15 條第 3 項）。建築師之公會章程並規定，有關該生活照顧設施的財產與經營，其係與該同業公會公法人者相區別而且互相獨立。該生活照顧設施對外係由其監督機關的主席為代理，而非以同業公會之理

事長爲之；此項制度在於保障該生活照顧設施之獨立經營而不受干擾（第 15 條第 5 項）。同業公會公法人之章程必須進一步就照顧設施的各種事項加以規定，例如參加的始期與終期，入會費用的高低，應參加該照顧設施的成員（亦即義務加入人），該照顧設施所能提供的種類與金額高低該生活照顧機關的任期與任務等（第 15 條第 6 項）。此類章程須得到監督機關（主要爲邦之建築主管部會）之許可。

建築師公會公法人必須制定一項基本章程，其中規定：成員的義務與權利，會員代表大會的召集，會員代表大會的營運有關的基本事項，理事會的選舉組成與任期、該公法人之營業經營的事項與行政設施，該公法人之仲裁委員會的組成與有關的程序，以及其他有關的委員會的組成與程序，有關公法人的機關與委員會成員們的罷免，有關會員代表大會決議之公佈相關的種類與形式，有關少數票（Minderheitenvoten）的處理與進一步的傳遞到有關的單位。

第 17 條規定財政收支。建築師公會公法人之各種行爲的成本負擔，若無法經由其他方式加以補足，係由成員繳納會費加以承擔，會費之標準係依照有關的章程加以處理；公務體系的成員應繳納較低的費用；此外，該同業公會公法人得針對不同的會員權設定不同高低的費用。費用的高低亦得取向於成員們的收入狀況（第 17 條第 1 項）；成員們若使用公會的有關設施或爲登錄等，得被收取規費。該公法人有權就規費或會費等的收取強制執行制頒必要的章程（第 17 條第 3 項）。第 18 條規定建築師公會與登錄委員會得登錄一定的資料，而且得就此類計畫進一步加以加工。第 19 條規定過渡時期條款。

德國公法上職業團體社團法人的另一項特色，在於建立職業懲戒法庭。職業懲戒法庭二級二審，第一審之法院稱爲「職業法院」（Berufsgricht）；設在邦之法院內；第二級稱爲「邦職業法院」（Landesberufsggericht）。就第一審之法院，其係由一位職業法官擔任主席，並由兩位同業公會之成員作爲榮譽職法官，共同組成之。邦職業法院則係由兩位職業法官，並由三位該公法人之成員作爲榮譽職法官，共同審理。但就言辭辯論以外的有關的決議，則只有職業法官有權爲之，榮

譽職者不得參與（該法第 23 條第 1、2 項）。邦司法部長任命第一、二審職業懲戒法院之法官，一任五年。至於以榮譽職身份參與審判之成員，係由該公法人提出建議名單（該法第 24 條）<sup>13</sup>。

由以上可知，同業公會公法人乃公法上之社團法人，必須以民主程序選出決議機關；其財政主要係以會費與各種規費的收取加以滿足；該公法人得制頒各種章程與各種業務有關的章程；該公法人享有一定的任務，也可稱為自治事項；該公法人就其任務的履行必須受到主管機關的監督，而因該法並沒有特別規定，所以一般為合法性的監督，亦即其營業行為不得違反本法與國家一般法律（例如聯邦之刑法）之規定；該公法人係採強制入會方式。

此外，值得注意者有如下幾項：該法第 62 條規定，該公法人所為的決定的撤銷訴訟，應向柏林行政法院提起，而且不必經過異議程序（類似我國之訴願程序）。第 63 條規定，對該公法人的監督係由柏林邦之建築主管部會負責（第 1 項）。該監督機關得隨時要求該公會提供就個案必要的資訊；其並得被邀請出席

---

<sup>13</sup> 就我國而言，得以會計師法與律師法中的規定，加以說明。會計師法第 42 條以下，設立會計師懲戒委員會、會計師懲戒複審委員會；其組織及程序由中央主管機關訂定，報請行政院核定之。行政院乃制頒「會計師懲戒委員會暨懲戒複審委員會組織規程」（民國 85 年 4 月 16 日版）。依之，會計師懲戒委員會置委員 13 至 15 人，由財政部就該條所列各款人員派監或聘監之，並指定一人為主任委員（同條第 2 項）。成員當中會計師代表只有二人，財政部代表五人，行政院主計處、審計部、法務部、經濟部商業司各有一人代表；整體而言，官方代表具有優勢地位。會計師懲戒複審委員會，則置委員 9 人至 11 人，也係財政部就所列的各款的人員派監或聘監之，並指定一人為主任委員（第 4 條）。成員中財政部代表三人，最高法院代表一人，最高檢察署代表一人，行政院主計處、審計部各有一名代表，會計師代表只有一人。懲戒委員會應有委員三分之二以上方得開會，其決議應有出席委員過半數同意方得通過（第 11 條）。懲戒委員會議對外不公開，與會人員對於討論事項應嚴守秘密（第 12 條）。至於律師的懲戒，律師法第 41 條以下設置律師懲戒委員會、律師懲戒覆審委員會。前者由高等法院法官三人、高等法院檢察署檢察官一人及律師五人組織之；委員長由委員互選之（該法第 41 條）。律師懲戒複審委員會由最高法院法官四人、最高法院檢察署檢察官二人、律師五人及學者二人組織之，委員長由委員互選之（該法第 43 條）。我國有關的司法院大法官解釋，首推釋字第 378 號。依之，依律師法第 41 條及第 43 條所設之律師懲戒委員會及律師懲戒複審委員會，性質上相當於設在高等法院與最高法院之初審與終審職業懲戒法庭，而與會計師懲戒委員會等其他專門職業人員懲戒組織係隸屬於行政機關者不同。律師懲戒複審委員會之決議即屬法院之終審裁判，並非行政處分或訴願決定，從而不得再行提起行政爭訟。整體而言，懲戒制度的法治化，應強調組織的合理性與程序的周延性（亦即對被懲戒人之訴訟權利保障）；只有當組織與程序已經達到法院水平，始具有替代法院之功能。前述釋字將會計師有關的懲戒程序單純列為行政決定，非無商榷餘地，蓋其客觀上非全然未保障被懲戒人的權利。其次，為釋字第 432 號解釋。依之，有關懲戒的事由固然必須以法律加以決定，但立法者所使用的抽象概念只要該部法律整體關聯得加以確定，非難以理解，也非受規範者所不能預見，並可經由司法審查加以確認，從而不得謂與構成要件明確性原則相違反。

參與會員代表大會；此外，基於其要求，其亦得被邀請出席其他機關與各種委員會的會議；該監督機關並得要求在該公法人的議事程序中納入有關理事會的召開或會員代表大會的召開，亦得要求納入某些事項於議程當中；就該同業公會所設立對同業及業者及其家屬們的照顧的設施（機制），其監督機關為邦之主管部會（第 63 條）。該法第 64 條規定就有關民眾或機關或法院援引該公法人之設施所應繳納的規費或其他費用等由邦主管部會與邦財政部協調制頒有關的法規命令（第 1 項）。邦建築主管部會得制頒有關登錄之程序，以及就登錄所須繳交的證明（第 2 項）。邦建築主管部會得經由法規命令，而將某一部份屬於但未經明文列舉之前述第 9 條之任務，劃歸該公法人辦理（第 3 項），亦即接近地方自治法所稱之委辦事項。

由以上可知，國家（邦）有監督權。邦主管部會依據相關法律行使監督權，包括有關的法規命令的制頒以及個別的會議或決議等的監督，此外並得享有為達成此目的之廣泛的資訊請求權與出席各機關或委員會會議的權利。

該法並未明白規定該公法人之所有行政人員必須為公務員，其係留諸公法人之章程加以決定，以章程未（詳細）規定時則由有關機關（例如會員代表大會或理事會）加以決定。其次，就有關的會計預算、會計審計等，其預算案係由會員代表大會加以審議通過，已經可發揮一定的監督功能。

## （二）、強制入會與強制收費之合憲性爭議

### 1、公法上社團法人之設置之正當性

公法人係行使國家權力的組織，而所有行使國家權力的機關依民主原則必須對人民直接或對代表民意的議會機關間接負責。民主正當性從而為德國基本法對公法人的第一項要求<sup>14</sup>。本處的正當性要求，係指一種源自啓蒙時期以來歷經君主專制而到民主法治時代而在西方先進國家所建立起來的標準，指統治權的行使的部門最後能夠回溯到人民的監督。

---

<sup>14</sup> 民主正當性之要求與正當性之信仰不同，後者係出於個人對於統治權之正當性之一種主觀的評價或想像，例如得對統治者之魅力人格、統治者之來自血緣或宗教等之正當性之信服，第三種則是晚近之民主與法治之正當性。

民主正當性一般而言得表現於不同的面向，整體構成完整的內容：功能－制度上之正當性；組織－人事上之正當性；事務－內容上之正當性。

首先得檢討這類公法人之功能－制度面之正當性。經由建立公法人之方式以承辦公共任務，其優點在於，這種方式能夠免除國家之不當干涉，這種優點得見諸所有公法人類型。而就公法上之社團法人而言，其更能促成該領域內之同質性的人們之共同的參與，而能就近、快速有效完成該領域相關公共事項的決定，從而具有「合於功能之承擔」的優點（*funktionsgerechte Wahrnehmung*）<sup>15</sup>。

公法人之設置，畢竟屬於行政一體性功能之破壞，而且也不乏涉及重要的事項，而且於公法上之社團法人更涉及相關人民之被強制納入會員並被迫課與繳納會費之義務，而有基本權之干涉之法律保留與比例原則問題。凡此，立法者得為必要的規制，並且已經如此，一般不外從組織、權限、行為監督（事後一般之監督，以及特殊情形下之事前監督）等面向切入，而在各公法人的設置法律中妥為規範，尤其公法上社團法人之決議機關必須經由民主體制產生，而且只能依法律與章程而為決議，詳見下述德國立法例之介紹。公法人之機關之執行必須合於行政程序法之規定，並有事後之行政爭訟法與相關爭訟法律之適用的餘地。此外，公法人之成員中具有屬於執行公權力經常性執行高權性行為性質之行為者必須保留由公務員資格者出任等。凡此，均屬於組織、人事上之民主正當性之要求。

於此，擬引介在晚近頗受推崇的德國聯邦憲法法院第一庭 2001 年 12 月 7 日之工商促進會（*Industrie-und Handelskammer*，性質上為公法上之社團法人）之強制納為會員與強制收費之相關法律之合憲性決議，加以說明<sup>16</sup>。

本件係一保險業之仲介者所提起之憲法訴願，旨在針對工商促進法（*Gesetz zur vorläufigen Leglung des Rechts der Industrie-und Handlskammern vom 18.12.1956, Zuletzt geändert durch gesetz von 23.7.1998*）中有關強制納為會員與

---

<sup>15</sup> 公法上之公營造物法人與公法上之財團法人之設置，則有一種引進專業或甚至以組成合議體制之決議體制模式，阻絕政治力的入侵。這是從功能－制度面而為之立論。

<sup>16</sup> NVwZ 2002, S.335ff.; Winfried Kluth, IHK-Pflichtmitgliedschaft weiterhin mit dem Grundgesetz vereinbar, NVwZ 2002, S.298ff..

強制收費之規定。聯邦憲法法院主要以該憲法訴願不具有憲法上之原則性的意義而不為接納，而於理由書中指出：「建立具有強制入會機制上之公法上之社團法人之要件，為該公法上之社團法人履行正當的公共利益（*legitime oeffentliche Aufgaben*），與此係指就其履行存有一較高的共同體的利益的任務；該利益不能單獨經由各種私人的主動提案或活動而有效的承擔，此外其也非屬於狹義而得由國家自行經由建立官署而加以承辦的任務的類型。就此設立要件之是否存在，立法者享有廣泛的裁量餘地<sup>17</sup>。經濟與社會的周邊條件之變化，例如自組成工商促進會之成員的企業結構的改變以及工商促進會在所負責的領域的活動表現，儘管得要求立法者必須持續性檢視前述要件是否成立；但聯邦立法者在 1998 年上開法律的最新一次的修正中，就此已加以檢視並採取肯定的見解。德國基本法並未有任何明文反對設置公法上社團法人以為承辦之規定。而由公法上之社團法人作為承辦的機構，以其係由產業界所自己組成的緣故，得使有關的決定達到相當的事理接近性與正確性，而且不論係就該公法人所承辦之對外代表整個自治體的利益或對內之承擔自治領域之行政任務的承擔等。將經濟的主體們經由公法上之社團法人之組織體的方式加以組織，將可連結專業性與各種有關的利益，並得將有關的利益以一種結構化與平衡化的方式，在意見的形成過程中加以展現，從而得免於國家在經濟行政方面過重的負荷<sup>18</sup>。」

聯邦憲法法院進一步指出，儘管該公法人作為同業中個別業者的個別利益的代表一事，也得由經由以私法組織方式的各種專業協會（*Fachverbaende*）加以辦理，而德國事實上也有各種私法性質工商團體的協進會或聯誼會並且不斷茁壯發展當中，但就屬於工商產業之「整體利益」（*Gesamtinteresse*）的代言功能，尤其就其中之對政府相關機關建言而言，工商促進會的地位尚無可取代。

德國聯邦憲法法院並指出，立法者必須持續性檢視有無必要繼續設立的義務。

---

<sup>17</sup> NVwZ 2002, S.336.

<sup>18</sup> NVwZ 2002, S.336.

上述見解，係強調強制入會的公法上之社團法人的民主組織性、整體利益的代表性（可謂高度之公共性），而證成公法上社團法人之難以被私法協會取代！

筆者認為，同業公會的公法上社團法人為德國的一個傳統，以之作為承擔相關私部門之整體利益並對外發聲，而且採取強制入會並強制收費的機制。長久以來，各主要公法上社團法人不免形成龐大且相當公務體系化的人事與運作機制，其固然有整體性、合於公務性、公益性的優點，但也不免有壟斷化以及行政組織與運作上之龐大化與僵化<sup>19</sup>，而在一個快速變遷乃至全球化、國際經貿競爭激烈化與個人與個別廠商與業者行動化有更大開展的自主活動性需求的今天，私法上的協會未必較無效率。至於各種多元分殊而分立的私法協會之個自運作是否將造成該領域相關業者之整體利益之欠缺代言，也非無討論空間，蓋經由多元的社會的各種網絡、媒體的有效報導、政治與行政部門的主動負責能力、資本主義之靈活形成的可能，個別且分歧的私法組織的協會的競爭與合縱連橫，也許更能夠保障業者的權益。

德國學者也有如下的詮釋：德國聯邦憲法法院的判決已經顯示，在不斷自由化與全球化乃至私部門不斷興起的時代中，以強制入會與強制收費的方式所建構的公法上之社團法人儘管仍有其必要性與正當性，但立法者必須在各該領域中不斷檢討公法上之社團法人建立的持續性與必要性。而這也意味者，現存之公法上之社團法人應該以前述的德國聯邦憲法法院的裁定，應該謹記前述的精義，而相應調整自己工作的重點；此外，為避免對個別會員的權利的過度限制並有效引進參與以便真正達成公法上之社團法人接近事務與確保自由的功能，而這也是其在不斷有私法上的協會不斷成立的今天仍仍被正當化存在的理由之一，應不斷的設法引入會員有效參與該社團法人之決議過程。第三，公法上之社團法人，尤其在經濟領域或社會領域所設立者，也應不斷的思考在歐洲聯盟不斷整合中所可能造成的區域性分權的治理的發展中，自己如何發揮功能的問題<sup>20</sup>。

---

<sup>19</sup> 在開發中國家則尚有政治力入侵的問題；此外，該公法人組織內部也有可能發生派系化爭議。

<sup>20</sup> Kluth, aaO., S.301.

我國是否以及何種領域、於何種程度宜引入強制入會與強制收費之公法上之社團法人以作為對外代言與對內照顧者，由於憲法未有明文，前述德國聯邦憲法法院的一切意見，均有參考價值。

## 2、強制入會與強制收費所構成之人權限制，相較於公共利益，仍合於比例原則

公法上社團法人常引發的另一個問題，為強制入會與強制繳費的合憲性的爭議。德國在各自由業的同業公會，例如律師公會、醫師公會、建築師公會等，均採強制入會與強制繳費之規定，違者將受到處罰，其中並包括最嚴厲之開除會籍並因而導致喪失執業資格。

於此乃涉及德國基本法所保障之人民之人格權之自由（但德國說不認為這涉及結社自由中之「消極不結社的自由」，蓋結社自由係涉及勞工之團結權而與本處之自由業之個別業者之加入同業公會者有別），乃引發相關規定是否有法律依據以及有無逾越必要程度的討論。

德國聯邦憲法法院於前述裁定中指出，強制入會與強制繳費的機制，即使在今日仍然具有合憲性。首先，二者係適合的手段，以便達成立法者所欲追求的目標：經濟的促進助長與相關業者的整體利益的保障。在勞動市場法、社會法與經濟法之領域，立法者享有一特別廣泛的推估領域與特別裁量的空間；立法者植基於對經濟政策與社會政策的理念與具體目標以及基於相關領域的事理性而決定採行的措施，釋憲者應予以適度的尊重<sup>21</sup>。以公法上社團法人作為經濟輔助的手段，具有更貼近事理以及確保自由（尤其相較於由國家設立之機關自為辦理）的功能；純粹私法上的協會並不能以相同程度來取向並照顧業者的整體利益與公共

---

<sup>21</sup> 美國憲法上得區分為嚴格審查基準、中度審查基準、合理關聯性審查基準。第一項係最為嚴格者，立法必須出於迫切的公共利益（*compelling governmental interest*），而且所採取的限制基本權利的措施必須係必要且最小侵害，適用於「基本性權利」（*fundamental right*）。就人格權之侵害，美國係採取嚴格審查基準，相關理論約請參看林子儀，「言論自由的限制與雙軌理論」，收錄於李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集，但本處所討論的案型似乎不是典型之人格權之侵害。至於德國法向來的見解，依家師 Guenter Puettner 教授的分析，並不區分不同的基本權利而為不同的評價，蓋德國基本法係以所有基本權利均屬於相同位階為出發點，見氏著，黃錦堂譯，「德國與歐洲的憲法訴訟問題」，收錄於《當代公法新論（上）》，翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，頁 976，989（2002）。

福祉，若工商業的促進的業務只是單純區分為行政機關所應辦理與私法上的協會兩大類型，將無法達成由公法上之社團法人所能夠合法追求的目標，從而也不是一個適當的手段。以上係有關於手段適當性的論述。

就手段的必要性或所謂最小侵害性而言，其係指就同一目標之達成有其他的同等有效的方案，而該方案對於系爭基本權的干涉較為輕微。於此，首先必須立法者所採取的手段(本處係指公法上之社團法人而且採強制入會與強制收費之規定)與其他替代方案之間之對於目標具有同等的有效性，其次才是系爭的基本權利的干涉的輕重。德國聯邦憲法法院於此指出，純私法方式的協會因欠缺對於共同利益的拘束性而未能承辦類如工商促進會之公法上社團法人之所能承辦者。工商協進會之公法上社團法人團體對該領域之事務具有特別的接近性

(*Sachnaehe*)，而且也具有專業的能力(*Kompetenz*)，國家將有關的任務與權限賦予此類的公法上社團法人，將有助於國家對於國民經濟上具有意義的諸多周邊條件的開展。其次，對個別會員的強制入會與強制收費的要求，係對於該公法上社團法人對於事理之承辦任務有其必要性。由於該公法上社團法人之共同公共福祉的任務以及諸經濟行政之各種多重性，使得一個跨越相關的部門以及不論企業的大中小均予以納入的規定，有其必要性。

最後，強制入會與強制收費的規定，也係符合狹義的比例原則。建立該工商促進會之公法上社團法人，具有重要的價值，而這也是立法的目的所在。而就所採的強制入會與強制收費的規定而言，其對個別業者所造成的侵害畢竟有限，尤其其並不要求課與個別業者有積極參與會務的責任(換言之，頂多不過是繳費而已)，從而對於當事人而言並不構成重大的企業自由的限制。此外，該公法上之社團法人只限於其所被賦予的任務的領域內的活動具有行動力，超越任務範圍內的決議，得由個別提起撤銷訴訟而為防衛，從而並不發生該公法上社團法人業務與執行無限擴大而致壓抑個別參與業者的基本權利<sup>22</sup>。

必須強調者為，公法上社團法人只得就其法律所賦予的任務的範圍內而為決

---

<sup>22</sup> 以上為德國聯邦憲法法院裁定的內容，NVwZ 2002, S.337.

行，若有逾越，將構成違法，並得由會員提起爭訟而加以撤銷。這項制度，一方面旨在保障會員之行動自由，另一方面也是該公法上社團法人的業務範圍的限制，尤其值得台灣借鏡。申言之，我國各種自由業的同業公會之總會或地區的分會，不乏於 2004 年的總統大選中決議表態挺某一組的總統副總統候選人，而這顯然與其任務－業務沒有相關性，從而應已構成違法的決議，就此部分的「嚴格界定」，以督促公法上之社團法人之回復原本的寧靜以及專注於自己的業務，換言之，不隨政治力起舞從而也不被政治力所入侵，應是一項值得追求的制度價值。於此，也得特別指出，我國農會漁會乃至各種經濟團體，向來便係人脈、票倉之所在，容易為政治力所拉攏或入侵，而這在解嚴以來並沒有明顯的改善<sup>23</sup>。

另外值得介紹並納入討論者為，在歐洲聯盟經濟不斷整合發展中，德國式之公法上之社團法人之設置，有無根本性抵觸歐洲聯盟之有關企業體之分支機構設置自由（Niederlassungsfreiheit）--該自由強調歐盟之會員國的公司或企業體得在其他各國自由設置分支機構，而德國強制有關工商促進會之強制入會與強制收費的規定，是否抵觸之？迄今為止，歐盟法院並沒有任何的判決；德國學者認為上述規定並不構成抵觸歐盟法，蓋德國前述法律不排斥外國企業之加入成為會員；而企業除了被課以繳費義務之外，並無其他之責任或要求；而以該公法上社團法人所能達成的公共福祉目的而論，繳費並不構成過當的限制；甚至，公法上之社團法人不僅不構成歐洲共同體所揭櫫之四大自由的限制，反而應被視為係有效的民間社會力被賦予公權力承辦公共任務的一項有效利器<sup>24</sup>。

## 五、邦立大學類之公法上社團法人

德國各邦大學為公法上之社團法人，但也是公營造物法人。其第一個屬性，強調其依民主程序經由內部成員之選舉而完成自治；而公營造物法人之屬性，強調其係國家的設施，國家擁有一定的介入權。其中局部已經於前節略作介紹。

<sup>23</sup> 關於威權時期以來的發展，見邱淑娟撰，「戰後台灣農田水利組織變遷歷程之研究（1945-1995）」，台大政研所碩士論文（1995）。

<sup>24</sup> Kluth, aaO., S.301.

各邦立大學之教授區分為終身職、附期限聘僱制及屬於約聘人員 (Angestellter) 性質三種，(見黑森邦大學法第 39 條第 3 項、第 4 項)，從而並非恆為終身職。而所謂以約聘方式成立雇傭關係的教授，主要係指其並未滿足一般公務員任用要件或其授課鐘點數不足。這類的教授從而近似於我國所稱兼任教授；至於附期限 (一般為六年一任) 之教授，我國則未有之。大學之助教，係以三年為期，必要時得延長三年，從而只是屬於限期任用的公務員 (約請參看黑森邦大學法第 41 條第 5 項)。我國之國立大學之學系 (目前採系所合一制度) 只有一位組員為公務員，其餘為約聘性質之助教。德國另有所謂首席助教 (Oberassistenten) 之制度，但也是四年一聘，而非終身職 (見黑森邦大學法第 41A 條)。德國各邦公立大學或獨立學院中的講師係六年為期的公務員，從而也為一種有期限的聘任 (見黑森邦大學法第 41B 條第三項)。

德國另有所謂「受委託而行使教師職權者」(Lehrbeauftragter)，約近似於特別兼任之老師，其考選資格不若教授或首席助教等嚴格 (見黑森邦大學法第 47 條)。就語言、音樂與體育方面的課程，得聘請無須享有教授資格的人出任，而且屬於為全職 (黑森邦大學法第 48 條)。

除此之外，德國大學常有所謂「學術工作人員」(Wissenschaftliche Mitarbeiter)，約為我國助理研究員等，而不具有教職；其得以公務員關係或約聘關係加以任用 (黑森邦大學法第 45 條)。德國各邦大學有所謂導師制度 (Tutoren)，其得由較高年級的學生以兼任方式擔任；此外大學也設有學術的輔助人員 (Wissenschaftliche Hilfskrafte)，職等頗低，得設置於前述學術工作人員之下 (有關導師與學術輔助人員，見黑森邦大學法第 49 條)。

由以上可之，德國大學固然為公法人，但其非每一個職缺均為終身職之公務員性質。大學的主要制度的妥當內容，以及主管機關的合理監督權限，立法者應妥為決定。這種決定為一種立法裁量，必須隨國家社會的發展以及學生的需要而不斷找出可行的制度；只要不過份以致於危害大學的自治，則立法者的決定便具有決定性。

## 肆、公法上之財團法人

### 一、主要特色：由資金所構成，而非人之組合

公法上之財團法人也可稱為公法上之基金法人，由公部門捐助財產而成立，就所屬公共領域為一定政策規劃與執行。

相較於公法上社團法人之「人的組合」，亦即由同性質人組成，並依德國基本法民主原則而以民主程序選舉產生決議機關，公法上之財團法人係另一個極端：其係由政府為主要出資，並由出資者經由章程決定服務或經營的方向與項目，並指派董事與監事。公法上財團法人從而具有封閉性，可完全遂行母體機關之捐贈（出資）的政策目標，但無論如何，其仍具有相當之獨立性，尤其較諸科層式機關內之單位之受到指令等的層層拘束，其母體機關只能經由董監事之指派而介入。

公法上的財團法人係由政府為主要的捐資者而成立，政府因而掌有章程之制訂權與董監事成員之指派權；公法上的財團法人從而係由政府掌控，具有封閉性。另一方面而言，公法上的財團法人也具有一定的便捷性，蓋政府只要出資，便可立即成立。第三，公法上財團法人與公法上的財團（指公法上不具有人格者）之差別，在於前者係由法律加以規範，立法者得明訂該財團法人之目的、組織、成員、董監事的人數/選任/職權，主要的職權以及國家所得行使的監督權。正是這個「公法上的人格一經由法律之制定而授與」之特色，使得公法上的財團法人的公共性以及因而所需的「任務—組織—權限—一定的獨立性—國家之必要監督」之諸環節，成為立法時的核心議題。立法者得針對具體所擬設立的公法上的財團法人的特色與規範的需要，而妥為立法，而將公法上的財團法人所應表現的公共性發展到一個極致，而免去單純為公法上財團（亦即不具獨立法律人格，從而屬於部會之下之行政機關或內部單位）之缺失。

### 二、德國法之舉例

就法源而言，邦大多制定涵蓋公法上與私法上財團法人之管理法（*Stiftungsgesetz*），但其畢竟只為一般的監督，各公法上基金法人之設立的法律，於必要範圍內得為專業之規定。聯邦並無一般性之法制，而是針對聯邦所欲設立之公法上財團法人逐一立法，規定其職掌與權限，以及聯邦主管機關之監督權限<sup>25</sup>。

#### （一）、一般之法制

就各邦之內之公法上財團法人之管理，係各邦之權限。各邦大體制定財團法人管理法（*Stiftungsgesetz*）。以下舉黑森邦基金管理法（*Stiftungsgesetz*）加以說明。其區分私法上、公法上、特殊種類、先前歷史所留下之基金會等四大類，分別規定成立要件、行為與主管機關之監督。

該法係規定該邦所有的財團法人，包括依民法所設立與依公法所設立者（見該法第 1 條）。所謂公法上的基金，係指其專門或絕大部分係在追求公共目的，而且在組織上係與邦、縣、鄉鎮或其他公法人或公法上營造物法人相關聯。公法上的基金必須經由主管機關發給許可，在許可中必須明白標示名稱（見該法第 2 條）。許可的要件，為該基金所追求的目的的實現將持續獲得確保（第 3 條）。每個基金，不分公法上或民法上者，必須制訂設立章程，其中應包括名字、場所、目的、財產、機關等等（第 4 條）。基金應設立管理機關（第 5 條），而且應妥善管理基金財產（第 6 條）。基金的管理單位，應就機關的組成改變以及於每年營業年度結束後作成年度審計報告，並且隨同財產的概況及基金滿足原追求目的等事項，向主管機關提出報告。基金的管理機關的成員應妥善管理基金的財產，於有顧慮或重大過失時應負擔責任（第 8 條）。就基金成立後的變更情形，及監督機關所享的權限，該法並詳為規定，例如廣泛要求業者提供各種資訊或資料，到場檢查，指責、要求限期改善、代為執行、撤換基金管理機關之成員、撤銷、接管等（見該法 11 條至 17 條）。

該法並未明白規定基金管理機關的組織情形及所應任用的公務員數目與職

---

<sup>25</sup> 這也適用於聯邦政府所捐資成立之私法上財團法人。

缺，而係委諸章程加以規範。主管機關於核定基金所提設立章程時，應考量能否達到該基金的設立目的。

## (二)、「聯邦東德共黨獨裁統治後續事宜處理基金會」

就聯邦層級而言，得以「聯邦東德共黨獨裁統治後續事宜處理基金會」為例加以說明。聯邦就之制定「東德共黨獨裁後續處理基金會法」(Gesetz ueber die Errichtung einer Stiftung zur Aularbeitung der SED-Diktatur, 1998年5月4日版)。該法第1條規定，該基金會為公法上之基金，而且自本法公佈日施行。第2條規定基金的目的。

基金的財產主要係由聯邦政府所出資者，以及由第三人所為的捐贈，此外尚有聯邦政府自東德就本事項所取得的動產與不動產而移轉到本基金會名下者(第3條)。

基金會應制頒章程，而且應取得聯邦內政部長의同意(第4條)。

基金會的機關為基金委員會(der Stiftungsrat)與基金理事會(der Vorstand)。除此之外，基金為了完成任務，得設置各種專業諮詢委員會(Fachbeiraete)。

基金委員會之委員，係依眾議院內之政黨黨團的成員數而任命，其中每一黨團至少應得建議一位成員。委員任期五年，任滿得續任之。

基金委員會成員們互選出主席與副主席。基金委員會的任務在於決議所有具有原則性意義的問題，此外也監督理事會有關業務的執行。基金委員會之表決係由每一成員均有一投票權。

基金理事會則由至少三人最多五人所組成。任期五年，由基金委員會以多數決行使職權。基金理事會屬於行政機關，旨在執行基金委員會的決議，並辦理日常事務，對外並代理該基金。詳細情形由章程加以規定。

就基金的監督，首先，主管機關為聯邦內政部(第9條第1項)。值得注意的是，此處法條明白使用合法性監督(Rechtsaufsicht)，而不包括合目的性之監督。

就基金之預算、會計與審計事項，完全準用一般聯邦行政機關有關的規定(同

條第 2 項)。

該法第 10 條規定，基金的業務一般係由聘僱的人員加以承擔；聘僱人員的薪水依一般德國的集體談判有關的標準 (Tarifvertraege) 加以決定。基金得經由章程規定，享有被賦予任用公務人員之權利。基金會擁有自己的公務的圖章 (Diensesiegel)，見同法第 12 條。

由以上可知，本基金會具有重要的政治任務，旨在處理共黨獨裁統治結束後的後續事宜處理，從而基金的委員會之委員係依聯邦眾議院內的政黨席次比例而為分配，成員係由每一黨團至少建議一位人選，而排除聯邦內閣總理 (相當於我國之行政院長) 之操縱的空間。其次，委員會的主席與副主席是由基金委員會之成員們互選產生，而非由內閣總理指派，而這也與我國各種委員會率由行政院長或部長直接任命有別。當然，因為基金委員會的委員係依聯邦眾議院內的政黨席次而分配，從而委員會之主席很可能係由親執政黨人士所出任，但委員會的主席與副主席畢竟是由委員會之成員們互選產生，從而正當性的基礎仍然在於諸委員們。

此外，基金的從業人員原則上為約聘僱人員，少部分且須經章程指定者始為公務員之職缺，從而人事費用不致於高漲，而且有相當的靈活性。至於基金會之行政行為，仍應適用聯邦政程序法，見該法第 1 條第 1 項。

### 3、俾斯麥基金會設置法 (Gesetz ueber die Errichtung einer Otto-von-Bismarck-Stiftung, vom. 23.Oktober 1997; BGBl., I, S.2582)

本基金會係用以紀念德國早先內閣總理俾斯麥先生而設置。第 1 條明訂該基金會為公法上之具有法律人格的基金會；該基金會自本法生效日起成立，以及該基金會之所在地。

第 2 條規定基金會的目的，在於收集前任內閣總理俾斯麥先生有關的文物事蹟以及加以經營管理，並且用以提供一般民眾之文化、學術、教育、政治有關的參觀使用等；為了完成基金會的設置目的而得採行如下的措施：1、建立並維護一開放於公眾使用之紀念館；2、繼受 (亦即從其他部門接受而來)、維持並興建

俾斯麥圖書館與俾斯麥之檔案；3、建立並維持一個研究與資料建立的單位，並且設立於該紀念館之所在地；4、對於所存檔案的以及曾經完成的各種學術性的調查研究等之開放；5、在基金會的設立目的內舉辦各種活動。

該法第 3 條規定基金會的財產。其首先明確規定，聯邦（應指內閣總理或部會）所掌有之原先不具有獨立性地位之俾斯麥基金的有關財產，將移轉於本基金會，以及其他各種相關的進一步的財產移轉事項。本基金會得接受來自第三人之捐款。為履行基金會的目的，聯邦每年依每年的預算的金額而對基金會為一定的補助。基金會財產所為的孳息以及其他的收入，只能為基金會的設置目的內為使用。

第 4 條規定，基金會章程由基金委員會（Kuratorium）以五分之四的多數決而制定，而且應得到聯邦內政部長的許可；章程之修改亦同。於此顯示，章程具有高度重要性，以及其所應受到的監督。第六條並規定，基金委員會委員們互選產生基金委員會的主席—如此可避免直接官派指定的弊病。基金委員會決議有關該基金會的原則性的問題，而且監督董事會的有關的決定；至於詳細情形，係由章程加以決定。

第 5 條基金會的機關為基金委員會與董事會。基金委員會係由五位成員所組成，並由聯邦總統所任命，任期五年—地位從而可謂崇高。其中有兩位成員係由聯邦政府所任命，而另兩位係由俾斯麥的遺族所建議，第五位則由聯邦總統自行選任。委員得連選連任--於此顯示，本法對於基金委員會成員選任的高度重視；並得提供省思：我國有關公法上的財團（不具獨立法律人格）或公法上的財團法人之董監事人選選任的法規與實務的相對簡陋性，而不無權謀考量的意涵。

該法第 7 條決定基金董事會，由三位成員所組成，係由基金委員會成員以五分之四的多數決通過而任命，其中並且有一位係基於聯邦內政部長的建議而任命（亦即聯邦內政部長至少有一位人選的任命權，但該人選也必須是來自該基金委員會成員）。基金董事會執行基金委員會的決議，而且經常性處理基金會的事務，其並在對外以及司法訴訟上代表基金會。

第 9 條規定基金會受到聯邦內政部長之監督。在履行該基金會之任務時其並得受到聯邦檔案管理局以及聯邦普魯士文化資產基金會（具有公法上之獨立人格）之協助；至於詳細之協助之種類與範圍由聯邦內政部長取得該基金管理委員會之同意而加以制訂。

同條第 2 項並規定有關預算、會計與審計之事項以及有關該基金會之會計帳冊等之提出，準用聯邦行政機關之規定。

該法第 10 條規定，該基金會之業務原則上係由聘僱人員與工友，加以承辦。而且就此類人員之薪資待遇比照聯邦勞資協議有關之費率與相關之規定。此外，該基金會也得經由章程而規定，而被賦予任用公務員之權利（亦即本法授權該基金會經由章程而任命公務員）。第 11 條規定，本基金會爲了填補所爲之行政支出，得依章程之進一步規定而對於使用基金會之設施者收取一定的規費。第 12 條規定本基金會得有自己的徽章。第 13 條規定本法自公佈日起施行。

以上顯示，該法並未特別規定監事會，而是由基金委員會自行爲之，細膩之處並由基金委員會以章程爲規定。本法也規定基金會原則上係任用約聘僱的人員，具有人事成本的節約性與人員任用管理上之彈性。

### 三、我國之省思

#### （一）、鮮少定性爲公法上之財團法人，無須任用任何公務員

我國相關法律所成立的基金，鮮少被界定爲法人地位，而且管理委員會成員的獨立性不足。我國也沒有公法上財團法人法之制定<sup>26</sup>。以下略作分析。

---

<sup>26</sup> 我國法務部已經草擬「財團法人管理法草案」，並舉辦座談會當中（民國 91 年 8 月 8 日下午爲第三次之座談會）。但該草案並不及於公法上財團法人：該法所規範的對象，包括政府法人與民間法人。前者固然指政府捐助財產總額（亦即創立基金）50% 以上者，但只及於政府出資成立之私法上財團法人。該法所稱民間法人係指由民間捐助成立或政府捐助財產總額（亦即創立基金）未達 50% 者（該草案第 3 條）。本草案從而與德國各邦之基金管理法（Stiftungsgesetz）不同。至於內容上，該草案主要規定：財團法人的設立應訂立捐助章程，但以遺囑捐助設立者不在此限（草案第 7 條），並明訂捐助章程應記載之事項。第 9 條規定設立財團法人之財產總額需足以達成其設立目的，其最低總額標準依主管機關依所掌業務性質定之，但不得逾新台幣三千萬元。第 10 條規定申請許可之程序，第 11 條規定主管機關之准駁要件與裁量。第 13 條以下規定財團法人之執行機關亦即董事與董事會；其中並就政府法人之董事與監察人等有特別的規定。草案第 27 條以下，亦即第四章，規定財團法人之財產之運用。第 31 條規定係有關政府法人之規定，值得注

財團法人二二八事件紀念基金會係依據「二二八事件處理及補償條例」而設立，但該法未將之界定為公法屬性。現今實務為，其所有員工不必具有公務員身份；這是否過當，相關人事的任用乃是否成為特權關說的場域，非無探究的餘地。

國家文藝基金會領導階層人員的選任以及所為補助的項目/比重/個案決定的合理性，也非無爭議。初不論這些基金會究竟為公法或私法的屬性，也不論其是否具有公法上獨立的法人格，總不免引發政治力入侵而欠缺專業的聯想。

我國工業技術研究院、財團法人台灣經濟研究院、財團法人中華經濟研究院等，甚至晚近之財團法人台灣綜合研究院等，其設立之初多半出於避免公務體系的諸多限制因素，包括人事選任與人事待遇的自由，以及避免行政層級之層級節制與立法部門的過度監督，此外也因為私法屬性而有國際交往上的便利性。

於此得附帶一提者，為我國之公法上的基金。其並非政府捐資成立，從而並非公法上之財團法人，而係另一種的組織類型。其實踐上仍呈現經費被濫用以及管理委員會功能不彰的問題，其中擁有龐大經費者尤然。環保署的空氣污染防治費基金係依空氣污染防治法第 16 條「各級主管機關得對排放空氣污染物之固定污染源及移動污染源徵收空氣污染防制費」而成立，曾經因支出浮濫而引發環保團體經由立委連署而聲請釋憲，並產生釋字第 426 號解釋。另一個例子，為交通部的汽車燃料使用費與通行費所成立的基金（公路法第 28 條）。

## （二）、公法屬性非唯一的關鍵，但公共性之要求必須得到確保

就此類機關而言，重點不在於其究竟為公法或私法上的屬性以及因而所受到的公法或私法的制約，而在於其實質的表現；更精確言之，在於政府部門之指派董監事或執行長人選之出於專業考量或政黨之私。

此類機構的私法組織屬性之能夠確保自由性與市場性與因而之效率性，但如

---

意。依之，政府法人之會計年度應與政府會計年度一致。關於預算、決算之編審，依下列程序辦理：1.會計年度開始前應訂定工作計畫，編列預算提經董事會通過後報請主管機關循預算程序辦理。2.會計年度終了時應將工作成果與收支決算提經監事會通過後報請主管機關循決算程序辦理（第 1 項）。前項所列工作計畫、預算、決算及報告，每年應由主管機關轉送立法院（第 2 項）。第 32 條以下亦即第五章，規範法人之資訊公開以便透過公眾加以監督。草案第 34 條以下，亦即第六章，規定財團法人的合併。草案第 39 條以下，亦即第七章，規定主管機關的監督權。草案第 43 條以下，規定解散清算與剩餘財產之歸屬。

何確保來自公共性之需求，亦即從國家作為授權者與經費提供者的角度而為規範或交由慣例之形成，仍然值得關注。

### （三）、以中央健保局的改制討論為例

我國中央健康保險局之未來改制方向，若擬改制為基金會的方式，筆者認為，以該局所承辦之業務具有重大的公共利益性，宜改制為公法上之財團法人模式為宜，由立法者確立其自治事項（也可稱為典型的業務職掌與因而之自主權）、權限以及組織、人事、財務的設計，以及國家所得為的監督。就健保局員工所關懷的未來基金會體制之下之公務員屬性與否，宜從專業的角度加以討論，亦即該公法上的財團法人的業務需求，並得於該法直接或授權由該基金會於章程中自為規定，從而得非完全為約聘人員，也得非完全為公務人員。至於該公法上的財團法人之內部績效控管與績效獎金的设计等，得於該法中直接或授權基金會經由章程而為規定。

為確保該基金會之圓滿運作，在成員與董監事的設置方面，宜規定基金會成員應有來自政府、醫療院所、醫生、藥士、人民等的代表。其次，為使該基金會能順利有效運作，就其自治事項，宜相應降低相關的行政、預算、會計、審計的監督，立法院之監督亦然；該基金會成為公法上的財團法人之後，政府應移轉必要的財產，並且得視需要而為逐年的補助，亦即非指一經獨立成為公法上的財團法人之後便不能享有任何來自公部門的財源挹注。政府也得與該公法上財團法人經由契約或協議，以逐年遞減一定比例財源挹注的方式，要求該基金會逐步達到自負盈虧。

當然，更進一步的組織設計模式的討論，在於健保局之改制究竟以公法上的財團法人或公法上的社團法人之模式？

### （四）、公法上財團法人也得進行績效管理而對所屬的一級單位採行行政法人管理模式

不論未來改制為公法上社團法人或公法上財團法人，新的中央健保機構也應採行績效管理，尤其進行新公共管理所稱的分權化績效管理：局本部得對於個業

務單位為一定的業務執行權的授予（亦即往下授權），同時將相關的人事、組織與預算上的決定權的一併下授，以成就該局內之各部門之自我績效的營運。

附帶言之，若該局仍然維持為現今之公法上行政機關，則衛生署與該局之間仍得進行分權化之績效管理的措施，由該局仍承擔更大的業務執行與相關的預算、人事、組織上的自主權，此即英國式之「Agency」或日本之「行政法人」模式。

#### 四、附帶說明：政府捐資成立之私法組織之基金會

值得一併介紹者，為德國之私法上財團法人而由政府捐資設立者。這得以聯邦環保基金加以說明。

聯邦就之制定「聯邦環保基金設置法」（Gesetz zur Errichtung einer Stiftung “Deutsche Bundesstiftung Umwelt”（1990年7月18日版）。該法只有五條，其中第4條柏林條款因為兩德統一後已經加以刪除，而第5條係規定生效日期。實質的規定從而只有三條。第1條規定建立該基金並指明該基金名稱並明白界定為私法上之財團法人。第2條規定該基金的任務。第3條規定，該基金行使之有關預算與經濟性的要求事項，受到聯邦審計院(Bundesrechnungshof)的監督。

公法上財團法人因有組織、行政程序（指廣義者，亦即事情之處理程序與方法）、預算、國際交往上之一定限制，私法上之基金會乃成為另一種選項。

#### 伍、公法上之公營造物法人

一、公營造物概念的歧異性與晚近的釐清：公營造物係一種特殊的行政組織類型，旨在履行特殊的任務

「公營造物」（oeffentliche Anstalt），或具有公法上法人地位之「公法上公營造物法人」，係典型的德國用詞，而為國內非修習德國行政法學者難以理解<sup>27</sup>。

---

<sup>27</sup> 這是筆者在許多專門議案的討論會或學術性的座談會或研討會當中深刻的體認。國內一位留學美國的著名公共行政學者也曾埋怨這個概念難以理解。

公營造物一詞，自德國行政法學奠基者 Otto Mayer 的著作以來，大致被指稱兩個不同的概念，而產生混淆，直到 1986 年公法學者年會的討論後才會得大致的穩定性。以下略作說明。

Otto Mayer 在其 1886 年所著作的《法蘭西行政法理論》一書中，將法文的「service public」翻譯為公營造物，而且將該公營造物的概念事後於其 1895/96 年所出版的《德意志行政法》略作變更，而且係朝一個經常性的設施的方向加以界定：公營造物係指「人與事務的作為手段的結合，而且該結合體系在公共行政的主體的手中，旨在持續性的提供一個特定的公共目的」。於此明顯指向組織上的特色，而且強調與母體機關之間有一定的區隔。但 Otto Mayer 本身在這方面並沒有繼續著墨，反而係轉到另一個面向，而側重於公營造物的使用者與該公營造物之間的法律關係，並將之界定為「特別權力關係」的一種，公營造物的經營者在實質內容上享有一定的秩序規範的權限，其所為的行政個案決定並非行政處分，使用人不得提起行政爭訟<sup>28</sup>。

二次世界大戰之後，德國行政法的理論發展為，就公務員有關的公法上的特別權力關係理論改為「公法上的勤務關係」，而公營造物的使用者與該公營造物之間的向來的法律關係，也由特別權力關係也改為「公法上之特別拘束關係」，法治國理念中之法律保留原則、當事人之基本人權保障與比例原則，以及相關個案行政行為被定性為行政處分與行政爭訟管道之開啓等，被全面確立。「公營造物」概念宜被捨棄向來所強調之公營造物利用關係面向，而側重其作為組織之一種之行政法組織法上的有關面向。

進一步的發展為，前述 Otto Mayer 所界定下的公營造物，儘管有組織法上的意涵，但仍然過於簡單，必須更為精確。Wolfgang Riefner 教授乃提出如下的主張：公營造物係經由法條所創設或支持，而在組織上為具有一定獨立性且擁有人員與物質的一個單位，並在設計上有意識地與母體機關加以區隔，使其能合於

---

<sup>28</sup> 就以上的介紹，見 Wolfgang Riefner, Zur Lehre von der oeffentlichen Anstalt, DOEV1985, S.605 (606)

專業、自主的方式，履行被交付的行政任務。公營造物，不論為公法上的一個行政機關或具有公法上法人地位者－後者係比前者更具獨立性，而且必須得到法律的依據，自不待言－，其與社團法人的差別在於，後者係同性質的人之自治，前者則係經由「專業人士」(Fachleute)來擔保相關的任務的確實履行<sup>29</sup>。

不論公營造物機關或法人，與向來、傳統、典型的行政機關之區別，有一定的困難性，蓋任何行政機關也是擁有自己的人員與物質，而且也在完成特定的行政任務，Otto Mayer 甚至曾稱每一個機關都是一個公營造物。但若採上述 Wolfgang Ruefner 教授所建議的定義，則任何一個屬於典型的國家科層式體制下的行政機關皆非公營造物。

總之，自 1985 年以後，公營造物一詞在德國法得到大致穩定的發展，強調其係行政組織的一個類型，而且側重人與物之結合，旨在提供特定的服務，而捨棄向來之公營造物強調利用關係的面向。

公營造物得區分為三大類型，第一種係民生服務之「行政機關」，亦即以人與物之結合為特色而提供服務，例如公立學校、游泳池、美術館、圖書館、郵局、醫院、療養院。第二種為研究性的單位。第三類則係超越前二種之外，而廣泛指稱特殊目的之行政機關，只要其不能納入公法上社團、公法上財團，例如機場機關、港口機關；本類也得包括德國各邦廣電法中所設置用以管理各廣電媒體之行政機關「邦媒體署」(Landesanstalt fuer Medien)與「聯邦勞動工作署」

(Bundesanstalt fuer Arbeit)，二者具高度專業性，而且有規劃、執行之權限等，詳下述。

總之，公營造物非傳統科層式體制下的行政單位(最明顯則為我國各個部會之下的司、處)，而係旨在完成各種特殊專業化而獨立而出的必要的行政任務，在組織方式/公務員職位名稱/工作性質/組織文化等，與科層式行政機關不同，但畢竟其仍然為承辦公務的機關，在此意義上也是一種行政機關<sup>30</sup>。

<sup>29</sup> Ruefner,aaO., S.609.

<sup>30</sup> 拙著，「行政組織法之基本問題」，收錄於翁岳生主編，《行政法》上冊，第六章(2000)。

## 二、公法上公營造物法人的特色

以上有關公營造物的界定，完全適用於公法上之公營造物法人，但後者經由公法人地位之賦予，而享有更大的自主性：立法者經由法律而賦予其自治事項與相應於業務需要之人事、組織的基本架構，而將其餘部分委由該公法人之機關之自主決定，以及主管機關所得享有的監督權；立法者於決定公法上公營造物法人的自治事項以及組織/人事體制與權限時，宜針對各不同類型，妥為決定。

## 三、舉例

以下舉若干立法例加以說明。

### （一）、德國各邦之邦立廣播電台

德國各邦之公立的廣播電視台為例，由於肩負消息性的與娛樂性的新聞報導與各種節目的提供，而且旨在私營電台營利性考量之下而對公共性的需求之不足性，從而兼具公共的任務<sup>31</sup>。以下以德國黑森邦之廣電法為例。德國公立的廣電媒體在組織上大致上設有廣電委員會（Rundfunkrat）、行政委員會

（Verwaltungsrat）與經理（Intendant）。該法第 5 條第 1 項規定，廣電委員會旨在代表廣電領域的一般公共利益，其成員不得為某一政黨、某一教派、某一階級或某一組織的成員；成員均不受到任何委託或指令的拘束。同條第二項規定廣電委員會成員的選任，計有 25 款，每一款均為一個集團，由之經由內部民主程序而選出一名代表，主要的集團為：邦政府、邦之公立大學聯盟、邦之基督教聯盟、邦之天主教聯盟、邦之猶太教聯盟、邦之教育與學術公會、邦之公務員聯盟之教師團體聯盟、邦之工會聯盟、邦之雇主聯盟、邦之社區大學聯盟、邦之運動聯盟、邦之公務員聯盟、邦之家長委員會（聯盟）、邦之農夫聯盟、邦之外國人諮詢委員會聯盟、邦之婦女諮議委員會、邦之音樂委員會、邦之博物館聯盟、邦之工商

---

<sup>31</sup> 約請參看黑森邦廣電法（Gesetz ueber den Hessischen Rundfunk, vom 2.10.1948, GVBl. S.123）第二條。

會聯盟、邦之手工業聯盟、邦之自由業聯盟---。

廣電委員會的任務與功能定位，在於作為該廣電的最高的決議機關，有權自訂章程並審議有關的變更，及有關廣電總經理的任命與解職等，並得對該廣電的預算以及年度的會計以及結算報告等由有關的審議。

至於負責營運的「行政委員會」，係由九位成員組成。其中四位以及另外三位係由前述廣電委員會所選任，另外二位係由該廣電內的員工所選任。行政委員會的成員依合義務性裁量而為決定，不受任何指令的拘束（見該法第 11 條第 1 項與第 4 項）。

以上顯示，公營造物法人之內部組織體制的決定，如前述德國黑森邦公立電台的組織所示，係屬於重要的事項，由立法者決定；立法者必須考量該領域的特色與需求。在公共廣播電台的有關組織設計上，為確保不被任何政黨或企業所控制，乃以來自各代表方所選任的人士為主所組成的廣電委員會作為最高的決議機關，而在經營上則係以不受指令拘束而且係由廣電委員會為主而以員工選任為輔所選任產生的行政委員會作為機關。

## （二）、德國各邦媒體管制署（Landesmedienanstalt）：美國通訊委員會之德國模式

關於公立的媒體的監督，德國各邦大體係於邦媒體法中加以規範，而且基本上係採行設立邦媒體管制署之方式，性質上為具有公法人地位之公營造物，而且有相當的多元民主的色彩。以下以薩克森－安哈爾邦（Sachsen-Anhalt）為例，加以說明<sup>32</sup>。

該法第 45 條首先界定該署組織性質上為公法上之公營造物法人，在該法授權的範圍內以自己的責任而為各種行為而完成本法所交付的任務；其享有依該法所賦予的自治權限，得制頒章程，其中並且包括一個主要的章程，但該主要章程須得到邦內閣總理府（約為我國之行政院秘書處）之許可。

---

<sup>32</sup> 見該邦媒體法（Mediengesetz des Landes Sachsen-Anhalt, vom. 07.08. 2000, GVBl. LSA Nr. 29/2000）。

該公營造物之機關為會員大會（Versammlung）與理事會（Vorstand）。會員大會係由二十四個成員所組成，其中邦議會係由政黨比例而派遣五位成員，其餘則由邦之基督教會聯盟、邦之天主教聯盟、邦之猶太教聯盟、邦之勞會聯盟、邦之雇主聯盟、邦之農夫聯盟、邦之手工業聯盟....派遣。每位成員任期六年。會員大會並且得為了有關決議的需要而設立各種專業的委員會。

至於理事會，係由會員大會從自己成員中選任一位為主席，一位第一代理人、一位第二代理人，旨在執行會員大會所為的決議以及有關各公立的廣播電台許可有關的決定（第 15 條以下）

總之，德國各邦為確保公立廣電媒體的自主性，乃設立具有各方代表性的廣電委員會作為最高決議機關，並經由該委員會與員工而選出負責實際經營的行政委員會，廣電委員會本身對於行政委員會的營運加以監督，並且經由章程與決議等而設立大致的運作的體制；邦所設立的邦媒體管制署性質上係公法上之公營造物法人，在組織上係由主要政經社文集團選任派遣代表加以組成會員大會，然後由會員大會選出理事會。

邦媒體監督署對邦立之廣電媒體（而非私人所經營者），祇能行使有限的監督，蓋後者如前所述為公法上的公營造物法人，內部已經有民主與監督的機制，邦媒體監督署只是次要並且有明顯違法情形時始得介入。

邦媒體監督署作為公法人，享有高度的自主性，邦主管部會只能依該設立媒體監督署有關的法律的授權而進行極為有限的監督<sup>33</sup>。

總之，公營造物法人享有自治地位，經由法律而被賦予自治事項，法律並規定組織、人事體制與所得行使權限以及主管機關的監督權。在組織體制上尤其得針對各種類型的需要，而有不同的設計。

此外，一如前述其他兩種公法人類型，公法上營造物法人為公法上之行政主體，其行政部門之組織為行政機關；其行政行為應適用行政程序法之規定，參考

---

<sup>33</sup> Vgl. Matthias Knothe/Endress Wanckel, Rechtsaufsicht und Staatsfreiheit des Rundfunks-ein Widerspruch ? DOEV1995, S.365ff.

德國聯邦行政程序法第 1 條第 1 項第 1 目，其員工應為公務員，凡此請見前述。

#### 四、我國之省思

##### (一)、我國也有公營造物的概念

我國公營造物依吳庚教授之歸納，得分為五類：1、服務性營造物，指郵局、電信局、港口等；2、文教性營造物，指公立學校、博物館、圖書館、紀念堂、文化中心等；3、保育性營造物，指公立醫院、療養院、榮民之家、勒戒所等；4、民俗性營造物，指孔廟、忠烈祠、公立殯儀館等；5、營業性營造物，指公有果菜市場、魚市場等<sup>34</sup>。依筆者所見，另可加上如下幾類：1、研究性之公營造物，例如交通部運輸研究所、內政部營建署建築研究所，其目的是在協助研究，於有必要時並得接受首長之委託而針對個案提供鑑定意見；2、廣電或傳播性公營造物，例如中央電台。依吳庚大法官之見解，我國學校、郵局、監獄、勒戒所、榮民之家等公營造物之使用關係為公法關係，電信、公立醫院、博物館、文化中心等則為私法關係。

##### (二)、我國相關組織法律鮮少賦予必要的獨立性，遑論賦予公法上的法人地位以及細膩的組織體制設計

我國相關的組織法律並未明白賦予公營造物的必要的獨立性，例如內政部營建署組織條例（民國 70 年 1 月 21 日公發布）係依據內政部組織法第 6 條而制定，其係分組辦事（設有綜合計畫組、都市計畫組、國民住宅組、國家公園組、建築管理組、公共工程組）。該條例第 11 條規定，「本署對外公文以內政部名義行之，但關於左列事項得由署行文：1、依照部定辦法督導進行事項；2、曾經報部核准事項」，並不享有太多的自主性；該條例第 12 條規定，「本署辦事細則，由署擬定，報請內政部核定之」，亦然。其他例如台北市立美術館，其組織規程（民國 88 年 8 月 18 日修正發布）第 1 條規定，本規程依台北市政府文化局

<sup>34</sup> 吳庚著，《行政法之理論與實用》，作者自刊，增定六版，頁 172（2000）。

組織規程第九條規定訂定之；第 2 條規定，台北市立美術館置館長，承文化局局長之命，綜理館務，並指揮監督所屬員工；凡此，並未明訂如何的獨立性。

除此之外，我國鮮少有公法上公營造物法人的設置，前述兩單位的規模已經不小，但並沒有公法人地位。我國規模最大而且舉世著名的故宮博物院，其組織條例(民國 75 年 12 月 31 日 公發布)第 1 條規定，「為整理、保管、展出原國立北平故宮博物院及國立中央博物院籌備處所藏之歷代古文物及藝術品，並加強對中國古代文物藝術品之徵集、研究、闡揚，以擴大社教功能，特設國立故宮博物院，隸屬於行政院」，並未明訂其法人的地位。其第 10 條規定，「本院辦事細則，由本院擬訂，報請行政院核定」，亦然。

再者，故宮博物院地位崇高且具有高度的文化與政治意涵，其並沒有採行類如德國公立廣播電台或媒體管制署等的多元民主的組織方式，院長由行政院長任命，非無討論餘地。

陸、德國公法人作為我國政府組織的一個選項的特色與選用考量

於析論德國公法人基本構造與各類型特色並檢討我國相關概念/制度之後，以下擬針對我國政府組織設計，討論德國公法人模式之選用可能。

#### 一、德國公法人模式的特徵

公法人地位的賦予，使得該單位取得法人格，從而得獨立決行。公法上法人格的取得，為一種榮耀，也是權利與責任，更是國家的一項政策手段。法人化非謂獨立而成為一個國家，而是受到國家的憲法與行政法制的限制，立法者應妥為規定。德國式公法人的地位取得的原始目的，在於專業、避免威權、有效利用民間社會力並促其發展，而不在於狹隘之效率考量。設立公法人之法律得針對該公法人之組織體制加以規定，例如前述德國的同業公會、基金會、公營造物法人之例子，細膩部分則留給公法人的決策機關自主決定。在人事方面，設立公法人的法律一般並未規定其公務人員的職缺配置，而係留給公法人之機關加以決定，從

而並未要求公法人之機關之所有工作人員均須為公務員<sup>35</sup>。

至於預算、會計、審計，則須進一步加以檢討。德國各邦有關公法人地位賦予的法律（例如各邦大學法），並未排除預算、會計、審計法規之適用，但通說認為在自治事項應適度調降此等法規在立法上與法律解釋適用上之密度，蓋以大學為例，大學享有學術自由之制度性保障，其中一項意涵即為「防禦(權)」。

## 二、選用的考量

一行政領域的承辦機關的設置，約有如下幾種模式，而且得各有不同的下位細膩模式：1、完全由科層式行政機關加以承辦。2、固然科層式行政機關承辦，但於業務量大或應有獨立承辦的需要而於機關之下設立不具獨立法律人格之公營造物或公法上的基金，性質上為行政機關。3、於行政機關之外，成立具有法人人格之公營造物、公法上的社團法人或公法上的財團法人，而且將此類業務劃交公法人，行政機關不再執行而只改為依法律而為監督；有較高獨立必要者——判準不外以該機關的政治、經濟、社會、文化上的重要性與獨立性，始得考慮採用本類型<sup>36</sup>。4、私營化，又可分為組織、功能與實質之私營化，前者指行政機關出資成立私法組織；功能私營化指援引私人而為公權力行使之委託或為行政之助手以及 BOT、BOO 等<sup>37</sup>。5、行政法人化：這是我國於陳水扁總統/游錫 院長所推

---

<sup>35</sup> 德國聯邦基本法第 33 條第 4 項規定，有關高權行使的權限，才須由公務員承辦；反之，則不然。公法人之行政機關從而得自行決定公務員之職缺配置情形。就德國各邦之鄉鎮而言，原則上只有對公共安全或公共福祉相關的高等職位，才由公務員出任，其餘均為約聘僱人員，甚至的聘用半天班之就業者<sup>35</sup>。以下資料略可補充說明。有關德國公務員與約聘公務員的比例及在各級政府的配置情形，約為如下情形：德國公務員區分為四個等級，分別為簡單職務級、中等職務級、高等職務級、更高等職務級。依 1982 年的統計，公務員在這四個官等內的比重分別為 0.32；15.95；64.06；19.67。雇員本身在這四個等級內所佔的比例分別為 6.18；68.02；19.33；6.47；至於工友一職，則 100%係佔據簡單官等。值得注意的是，聘僱人員（Angestellter）在地方政府中占相當高的比重。由公務員出任的職缺，佔比例最多的部分係各邦政府的行政機關；其中，為數最多的依序分別為教師、警察與財政官員。另外值得注意的是，德國聯邦鐵路局與德國聯邦郵局係服務性質的單位，但出於歷史因素而絕大部分為公務員之職缺；若將這兩單位的公務員去除，則德國聯邦公務員職缺的數目將下降許多以上見 Werner Thieme, *Verwaltungslehre*, 4. Aufl., Rd.543ff. (1984)。

<sup>36</sup> 一個簡單的對照舉例：我國環保署之環境檢驗所係一公營造物，其與環保署間的指揮監督關係，規定於環境檢驗所組織條例當中。

<sup>37</sup> 本處尚且包括行政機關於審查證照時援引專業技師作成簽證，而由行政機關審查並最後決定發照。

動的政府再造的一個行政組織選擇模式，源自日本法。德國相應的概念為「機關分權化之整體課責」，將達一定規模以上之行政機關從原先的科層體制加以鬆綁，由機關首長賦予該被分權化而出的機關一定的決行/組織/人事/預算之權利，整體係經由績效加以控管，視該被分權化而出的機關的表現，而予以獎懲，其中包括「盈餘」的留用等<sup>38</sup>。日本將被分權而出的機關稱為「行政法人」，強調其獨立性，但容易與向來的公法人概念混淆，後者係出於免於國家控制之自由考量，前者則強調分權、績效管理、效率。理論上，每一個行政機關都有行政法人化的可能；任何一個德國公法人也得對內部（亦即該公法人最高機關與下屬單位間）進行行政法人的分權/績效管理/效率改革。日本式行政法人迄今運用於研究機構、博物館、美術館等，得否進一步往外擴張，以及迄今為止之實施成效，尚有待檢討。

就成立公法人與否，以及公法人之最適類型之選用，從而宜先區分兩個層次：首先，是否維持科層式組織，或改採德國公法人模式？其次，究竟選用何種類型的德國公法人？

就第一問題，德國基本法並未設下明確限制。基本法第 33 條第 4 項規定高權經常行使之任務，應交由公務員為之；科層式組織與公法人均應任用一定數額或甚至職等之公務員，難謂有所違反。基本法第 83 條以下有關聯邦執行權與有關行政組織之設計，則常係將科層式組織與公法人並提（例如第 86 條），並未明白區隔，立法者從而有選擇的自由。

惟無論如何，行政部門終究不得以公法人為典型、主要的機制，而跳過傳統部之科層式設計，蓋後者經由上下級機關間的監督而能成就效率的擔保，並整體對於議會負責；其次，一般而言，而這是筆者讀完前述立法例之後的感想，應以一機關或單位之重要性到達相當程度，並因而可能引發政治力或經濟力的入侵，或為擔保其多元與民主的參與構造，始有必要予以公法人化。

---

<sup>38</sup> 拙著，「德國機關『分權化整體責任』改革之研究－兼論我國行政法人的設計」，論文發表於「行政法人與組織再造學術研討會」，主辦單位：行政院組織改造推動委員會、社團法人台灣行政法學會，時間：2003 年 10 月 4 日，地點：政大公企中心演講廳。

就第二問題，宜注意上述諸公法人類型各有特色。選用之決定，首先，不得牴觸憲法。惟無論如何，憲法上之原理原則，例如民主原則、權力分立原則等，基本上屬於法學操作上所稱之「原則」，並未鉅細靡遺，而係留下具體形成之空間，立法者從而擁有相當的形成權。但德國就公立廣播電台、邦媒體管制署係採民主多元的公營造物法人方式；德國就公法上的財團法人也視性質而強調董監事任命的政治比例性與專業性，詳見前述。

其次，則為效率與效能之考量，亦即以經濟且有效方式，達成該組織所被賦予的目標。效率要求國家支出及國家的照料義務等之最適當性，惟無論如何，其也非唯一，傳統、公共福祉（尤其對貧困、弱勢的照顧，以及生活中的寧靜舒適，以及環境生態的保護）等，也是現代國家施政應考量的價值。在上述價值衡量間難以取捨時，新的改革方案必須有政治上的可行性，並且應為廣大的民眾所能接受。

### 三、運用舉例

#### （一）、公立大學

我國公立大學未來究竟採行具有民主色彩之公法上社團法人模式，或改採公法上基金模式，或甚至採行私法上之基金模式（以便於公部門出資之外尚得由私人捐資），宜注意效率並非唯一決定性因素，校園之自由民主發展，有其重要意義。公立大學校務會議為學校最高決策機構係符合德國式公法上社團法人的一個組織模式，符合學術自由的精神，而這為憲法講學自由等之制度保障之意涵之一；若謂現制有無效率性，則可考慮縮減校務會議代表的總額，並將權限進一步下放到行政會議或其他校級委員會，也得進一步下放到各個學院或甚至學系。若謂學校之校務會議治理模式有封閉性，則可針對所需而擬定各種諮詢或演講或合作的模式，無須改由董事會統治，後者甚且將引入外力而異化公立大學。

#### （二）、民生需求類之公營造物之改革

台灣民生需求服務類之公營造物鮮少享有法人地位，台北市立美術館、國立

美術館（原為省立美術館，精省後改制），均受制於相關政府之單位（例如台北市政府教育局）。

國內目前有公辦民營的呼聲，但非無反對意見。據聯合報 2002/05/23 第 14 版報導，國立歷史博物館館長黃光男認為「公辦民營」不適用於文化事業，理由為博物館涉及「終身學習」等社會功能，不宜商業化、政治化和例行公事化；儘管企業化經營博物館已是博物館界的共識，但企業化不等於商業化，而是強調有效管理、有成本概念和對品質的要求；站在「永續經營」的觀點，若長期委外，其間衍生的問題複雜度更高，則須深入評估。氏認為，在國內現行的環境下，比較可行之計為行政法人化、以董事會為運作機制、以專業化的理念達成企業化的營運成效；若博物館擬轉變為行政法人組織，則必須先行立法規範，尤其應效法先進國家在長遠的文化政策下所擬訂的整套方案，其中固然有在政府的監督，但並不過當，博物館享有民間企業的活潑性和機動性的功能。

筆者認為，歷史博物館為我國最重要的博物館之一，具有高度的公共性，可考慮以德國公法人模式加以改革，以避免國家之過度控制--在德國公法人模式之下，國家所得的監督，包括預算、會計、審計等，得適度降低，而且公法人的機關得決議而對於組織、人事為一定的調控。公法人化之後，也得於該公法人內部分權/績效管理/效率的改革。

## 柒、結論

德國式公法人係自由的觀念，享有免於國家的過度干預的自由，而不在於狹隘之效率考量。其分為三種，各得有細膩的類型。

對我國的啟發為，首先，「公法人」強調自治/免於國家過度干涉，有其重要意義。其次，公法上社團法人強調民主選出機關，為社會部門之「人」的自治組合，為社會力之積極發展之一項制度；公法上財團法人—至少以所舉之例--旨在完成重要之文藝、補償暨後續處理事項等之施政，且經由法律之綿密資格與任命規定而強調機關與人員之公平與專業性；公法上公營造物法人有廣泛運用可能，

以所舉之例而言，得當作美國法上之聯邦通訊委員會與公立媒體之組織方式。公法人既然為龐雜的概念，有種類與下位類型，以單一之一部法典加以規範，並不妥當。我國迄今鮮少採用德國式公法人之制度。

第三，一機關或單位須否改為德國公法人，取決於其重要性與因而之免於政治力或社會力入侵之需要或為了確保其民主與多元的參與架構。我國各部會所享有的基金常出現嚴重虧損，管理委員會只是橡皮圖章；這些基金常被譏笑為各部會首長的私房錢，已經成為改革的一項議題。至於我國公立大學，宜針對問題而不是胡亂投醫：我國公立大學向來雖未被賦予公法上社團法人地位，但畢竟內部畢竟以民主之校務會議為決意機關，為自由學風的制度基礎之一，不宜輕率改由十來人之董事會統治（尤其當外派董事會達半數左右時）；至於大學的無效率性或自絕於時代脈動，原因複雜，宜細膩思考，因限於篇幅，難以討論。

第四，公法人的引進也意味，向來預算、會計、審計的制度於之必須相應鬆綁，而由於我國相關法規綿密且觀念已深，改造工程不小。德國公法人並非每一個職缺均保留予公務員，我國公立大學既有職員數目眾多，如何為必要的資遣或安置，乃成為問題。

第五，德國公法人制度與日本行政法人（我國正引進之）無涉，前者針對重要之機關之免於政治力或經濟力之入侵或為確保多元與民主的參與構造—簡而言之，為了避免國家之干涉，或甚至促成同質之當事人之自治。與此不同，行政法人特色在於往下授權/績效管理/獎懲，追求縮短決策流程與積效，而不是政經社文意義之自治。任何一個公法人均得視需要而（在內部機關/下屬單位之間）進行分權化整體課責之改革。因中文文獻有限，這個區隔尚有待學術界之努力。