

# 法國行政法上的公益概念

王必芳\*

## 目次

- 壹、前言
- 貳、公益概念的界定
  - 一、系譜和功能
  - 二、定義的方法
- 參、法國行政法的公益蘊涵
  - 一、從私人利益的超越……
  - 二、……到多元利益的調和
- 肆、法國行政訴訟中的公益標準
  - 一、公益作為審查基準
  - 二、公益作為策略工具
- 伍、代結論：初探我國學說和實務有關公益之見解

關鍵字：公共利益（公益）、私人利益（私益）、法國行政法

---

投稿日期：一〇一年二月二十一日；接受刊登日期：一〇一年十一月十五日。

\*中央研究院法律學研究所副研究員；法國巴黎第五大學（Université Paris V - René Descartes）法學博士。

## 壹、前言

公共利益（簡稱公益）是行政法上的重要觀念。其除經常出現在實證法上<sup>1</sup>，更是行政的依據，吳庚教授即指出：「行政機關之作為受兩大因素支配：一係法律，二係公益。蓋行政作用須遵守法律之規定，於例外情形（如裁量行為）或可不受法律之拘束，但無法免於公益之考量」<sup>2</sup>。我國學說對於公益原則是否屬於行政程序法第四條所稱之一般法律原則，或有不同意見，但行政法院經常基於公益的理由、甚或以「公益優於私益」之原則作為裁判的依據。對於此一概念或原則的適用，學界多有批評，或指其「未就其內容進一步具體化，致其內容過於抽象、概括」<sup>3</sup>，或質疑公益的優越性以及其與私益間的對立關係<sup>4</sup>。

近年來，隨著重大法律的修正和制定，公公益間、甚至不同公益間之利益衡量的理念不時浮現在條文中，例如行政訴訟法第一一六條之行政訴訟不停止執行之原則與例外、訴願法第八十三條第一

---

<sup>1</sup> 我國法規中，除公共利益、公益外，還有許多相關用語，如人民福利、公共福利、共同利益、社會福利、社會公共利益、國家利益、社會安全、公共安全、公共秩序、公眾之利益、社會公益等等。參閱李建良，從公法之觀點論公益之概念與原則，頁 55-57，中興大學法商學院法律研究所碩士論文（1986）。

<sup>2</sup> 吳庚，行政法之理論與實用，頁 68，自版，增訂十版（2007）。

<sup>3</sup> 李建良，前揭註 1，頁 97。

<sup>4</sup> 如吳庚，前揭註 2，頁 68-69；李惠宗，行政法要義，頁 127，元照出版社，三版（2007）。

項和行政訴訟法第一九八條第一項之情況決定和情況判決、行政程序法第一一七條和第一一八條對於違法行政處分之撤銷和撤銷效力之限制等，均是立法者對於公益之適用的明確指引。另一方面，行政法院在一些案件中，亦於理由中參酌學說對於公益的新見解，甚至在原告未以公益原則主張違法的情況下，以之審查行政機關的決定並作出違法的結論。姑且不論實務界對公益概念之實際理解和操作如何，透過上述的立法和裁判，仍可窺見此一概念在我國行政法上的發展趨向。

這些演進或許受到德國法和學說的啟迪，但相似的動向也在法國行政法上觀察得到。自法國大革命以來，公益即位居於法國法政思想的中心：作為政治行動的終極目的，其召喚個人超越其自身的歸屬和利益，以共同形成一個政治社會<sup>5</sup>。此一理念深深地烙印在其法制度上，行政法被呈現為一個特別的和自治的法，而其所具有的特別的法則、理論和手段，可歸結為一根本的想法，亦即，私益應向公益屈服<sup>6</sup>。顯然地，法國傳統所推崇的是一個超越單純仲裁私人利益的公共利益，然而，在一個國家正當性以及其形成和實現公益之能力受到懷疑的時代，此種對於公益的看法不禁受到質疑，而法國最高行政法院（Conseil d'Etat）亦在其以「論公益」為專題的一九九九年報告中，提問此一概念是否遭逢危機<sup>7</sup>。惟分析法國行政法的新近發展可知，公益概念在嚴峻的挑戰下仍保有其地位，

---

<sup>5</sup> Conseil d'Etat, *Rapport public 1999 L'intérêt général*, La documentation française, 1999, p. 353.

<sup>6</sup> G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, tome II, Giard, 1930, p. 3.

<sup>7</sup> Conseil d'Etat, *op. cit.*, p. 313 et s.

且其本來的超越性並未喪失，只是不再能事先包裹著正當性的外衣。

公益概念是行政法上一個太令人熟悉的概念，以致於我們習於快速和虔誠地肯定或引用之，而不再去檢視。有鑑於此一概念的重要性以及我國法學界就此問題深入研究者不多（其中又以德國法和理論為主<sup>8</sup>），本文擬打開另一扇窗，期能透過法國學理以及判例和實證法的演進來豐富視野。以下將依次就公益概念的界定、法國行政法所蘊涵的公益理念、以及公益在行政訴訟上所扮演的角色，予以探究，最後並藉以反思我國學說和實務有關公益之見解。惟應先敘明者，囿於個人能力，本文並不企圖對法國的相關理論和法制進行原創性的分析和批判，而是引介法國學說的討論以為拋磚引玉，也因此必須借重該國學者既有的歸納、分析和觀察。除政治學者 Rangeon 的「公益之意識形態」是本文界定公益概念的依據外<sup>9</sup>，前引法國最高行政法院一九九九年報告，更是重要的參考資料。法國最高行政法院對於法國行政法的發展，向來扮演著核心角色，其就此主題所為之探討和表達之意見，具有不容忽視的價值<sup>10</sup>。惟此一

<sup>8</sup> 特別值得推薦的兩篇大作，李建良，前揭註 1；陳新民，公共利益的觀念，收錄於憲法基本權利之基本理論（上），頁 129-180，三民書局（1990）。

<sup>9</sup> 參閱 F. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, Economica, 1986. 本書由法國公法大師 Georges Vedel 作序，廣為學者引用。

<sup>10</sup> 此報告（Conseil d'Etat, *op. cit.*）對於公益的反思可區分為二，一是最高行政法院本身對公益的評論（頁 239-357）一是受邀學者圍繞著公益主題所撰寫的文章（共 7 篇，頁 359-442）。最高行政法院對公益的評論，分為三大部分：第一部分的標題是「公益作為社會和國家之奠基概念」（論及「公益的起源和定義」、「公益與國家和法的關係」）；第二部分是「公益作為公行動的目的性和限制」（論及「公益作為公法的證立」、「公益作為行政行動的參考規範」），第三部分是「公益的變動和更新」（論及

報告及其所附之學者所撰寫的文章，雖對各界深具引領作用，但出版已有時日，如欲掌握新近之學理和法制的傳承或演進，後續出版的一些法學論著（特別是「憲法委員會判例中之公益」<sup>11</sup>、「公益與競爭」<sup>12</sup>、「公益與契約」<sup>13</sup>……等），另有更進一步或較為多元的呈現，均是啟發本文架構和內容的來源。最後，還應說明的是，本文稱為「公共利益」或「公益」的法文，在法國學界和裁判的通行用語是 *intérêt général*<sup>14</sup>，若直譯，或可譯為「一般利益」，但為便於理解，原則上將其譯為公共利益或公益。

---

「公益在形成方式上的變動」、「公益在履行方式上的變動」）。其內容相當豐富，處理或突顯諸多有關公益的重要議題，是欲了解法國學界對於公益之見解以及公益在法國行政法上發展的一手資料。惟限於篇幅以及個人論述的偏好和安排，本文只能於適處援引其精華，無法詳加介紹，力薦讀者參閱。

<sup>11</sup> 參閱 G. Merland, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2004.

<sup>12</sup> 參閱 G. Clamour, *Intérêt général et concurrence*, Dalloz, 2006.

<sup>13</sup> 參閱 M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à l'étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004.

<sup>14</sup> 在由 1789 年人權宣言、1946 年憲法序言、1958 年憲法所組成的「合憲性之整體審查基準」中，並未出現 *intérêt général* 之用語。最高行政法院自 19 世紀開始接受此一用語，但似乎未與一些鄰近觀念，如 *intérêt public*、*intérêt commun*、*intérêt national*、*utilité publique*、*nécessité publique* 等作明確區分。至於憲法委員會（*Conseil constitutionnel*）是否嚴格區分 *intérêt général* 與其他鄰近觀念，學界則有不同的觀察。參閱 J.-E. Schoettl, « *Intérêt général et Constitution* », in *Conseil d'Etat, Rapport public 1999 L'intérêt général*, 1999, pp. 375-376; G. Merland, *op. cit.*, pp. 5-6.

## 貳、公益概念的界定

公益是法國人所承認之政治價值的一部分，此概念不僅引領國家以及行政機關的決定，也用來正當化對於私益的侵害。依據J.-M. Pontier教授的分析，公益附著於法國文化之上，即便對此概念的領會可能隨著歷史進程而改變，因而難以賦予其任何明確的定義，但法國長久以來仍受到公益論述的形塑，並以之作為某種神聖的目的——一代傳給一代<sup>15</sup>。然應注意者，公益思想並非僅與特定的文化傳統有關，事實上，其回應一些更為深層的普遍要求，因此，如欲研究法國的公益觀點及其對該國行政法制所產生的影響，不能不先探究此概念的來源和功能、尋找可能予以定義的取徑，而這些問題都超出狹義的公法研究，觸及到政治哲學和思想史的範疇。

### 一、系譜和功能

公益思想並非僅與某一社經背景有關，或是某些文化傳統的結果。事實上，其具有跨越文化的特徵，可以在各種社會和政治的組織型式中找到此一思想。

#### (一) 相近的觀念

政治學者F. Rangeon分析那些致力於將公益理念予以概念化的學說，發現存在著許多相近卻富多重意含的相關觀念<sup>16</sup>。有些觀念的淵源深遠：這是「公共利益」(*to koinon tès poléos ; intérêt public*)、「共同利益」(*to koiné sumphéron ; intérêt commun*)、「共同效用」

---

<sup>15</sup> J.-M. Pontier, « L'intérêt général existe-t-il encore ? », *D.*, 1998, pp. 332-333.

<sup>16</sup> 以下相近觀念的系譜，參閱 F. Rangeon, *op. cit.*, p. 31 et s., spéc. p. 39 et s.

(*utilitas communis* ; *utilité commune*)、「公共效用」(*utilitas publica* ; *utilité publique*)、「共同福祉」(*bonum commune* ; *bien commun*)等觀念。從系譜學(*généalogie*)來看，這些始祖可以區分為三大概念上的派別。第一大派別是由柏拉圖和亞里斯多德所建立，前者可稱為公共利益派別，後者是共同利益派別，二者對於特別利益的分析有所分歧，但都不將之設想為純然的個人利益。第二大派別是由伊比鳩魯和斯多葛學派、以及西塞羅和羅馬法學家所形成，分別被冠上共同效用和公共效用兩種名稱。效用觀念傳達出對集體利益較為務實和具體的觀點，經由斯多葛學派予以普及化，而在羅馬時期變成主流。第三大派別呈現相當強的統一性，是聖托瑪斯觀點的共同福祉派別，深受基督教的啟發。這些古典的觀念雖然各有不同的內涵，但具相同的基底，亦即，均認為政治集體追求其成員的共同利益是屬於自然、天性。

此種公益理念，從十六世紀開始受到爭議。在此一時代，自此稱之為「國家」的政治結構形成、鞏固而產生新秩序，於是出現了其他相近的觀念：「公共福祉」(*bien public*)、「一般意志」(*volonté générale*)以及「一般利益」(*intérêt général*)。首先出現的是公共福祉，此一家族派生自古老的譜系，要等到十七世紀霍布斯的著作問世，始與傳統的思想告別。第二派別是在十八世紀隨著盧梭筆下之一般意志之概念所產生，是一個不同於先前的、且一直持續到當代的概念上家族。而在盧梭建立其學說的同一時代，出現民族國家的概念：若國家是人類意志的建構，此國家是建立在一個藉由思想、歷史、意志之共同體所結合的人類群體之上，於是，一般利益之派別與民族國家的主題相聯結而起飛。上述三個派別與傳統的公益理念之間有重大的決裂，因為在這些平凡的用語下，其實潛藏著合理

化的企圖，亦即，公益的存在並非理所當然，政治集體追求其成員的利益並非是先驗的，必須對此目的提出合理的基礎和說明<sup>17</sup>。

區別自然和理性觀點的意義，容後再述，於此僅先指出，這些系譜上的相近觀念呈現出公益思想在時間上擴充和分歧的現象。然應注意者，公益思想並不是一個偶然的體系，我們可以在所有現代社會和政治的組織型式中發現它。其一方面是跨國的：可以在西方國家、開發中國家、社會主義國家的學說和理論中找到；另一方面其既可以被視為是國家的利益，也可以被看作是所有旨在集合和提昇其成員個別利益之組織的利益，例如，政黨的、企業的或公會的利益。不論如何稱之，這些相近觀念其實具有跨越文化的特徵，並非偶然形成的<sup>18</sup>。

## （二）概念的功能

依Rangeon的分析，雖然公益的語彙如此豐富而令人迷失，但仍可由多重的語義中推得出其融貫性。首先可以指出的是，公益理念在其所有使用的場合中履行一個相同的功能<sup>19</sup>：其總是意含著尋求社會團結、共識，以及超越衝突、對立、本位主義。任何社會，不論其規模大小，都是建立在一個同時以勸阻和強制為前提的最低整合上。公益概念正顯示出此種雙重性：透過永恆的衝突來尋求共

---

<sup>17</sup> 以上參閱 F. Rangeon, *op. cit.*, p. 85 et s.

<sup>18</sup> 有關公益思想在時間上和空間上的擴充，參閱 F. Rangeon, *op. cit.*, p. 8; J. Chevallier, « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », in CURAPP, *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, 1978, pp. 11-12.

<sup>19</sup> 有關公益概念的功能，參閱 F. Rangeon, *op. cit.*, p. 8 et s; J. Chevallier, *article cit.*, p. 12.

識。由此可以說明此一概念固有的矛盾特徵，其在傳統上被定義為私人利益之「合意的總和」(somme consensuelle)，以及這些私人利益之「辯證的超越」(dépassement dialectique)。前者強調該觀念之具體的、可捉摸的特徵：公益不應被看作是一場夢、一個烏托邦；後者則傳達出超越衝突以及調和私益的必要性。這兩種定義看似無法和解，卻又無法分離，因為所有的社會都是建立在共識和衝突的辯證之上。

然而，旨在超越敵對和產生共識的公益論述，卻是意識形態上一個激烈論戰的爭點，於此，自由主義和馬克斯主義的論述互相抗衡，各方皆打著捍衛公益的旗幟，揭發對手的不是<sup>20</sup>。公益概念之所以構成政治辯論的利器，理由在於任何社會都有超越敵對以確認自身認同的實際需要，公益概念作為凝聚和減低對立的表達，容許機構的成員呈現其統一性或至少克服其分裂，這說明了公益概念的普遍性。另一方面，在理論上，公益概念隱含著強大的召喚力量，召喚長久以來與此概念結合在一起的全體情感和理念，而正是透過此，每個組織得以呈現其存在的理由和正當性。因此，不論涉及何

---

<sup>20</sup> 自由主義者認為個人的利益在根本上與社會的利益相吻合、看不見的手會引導私益去滿足公益。馬克斯主義者則批判自由主義者所主張之利益的天然和諧、國家和官僚會超越利益的衝突、公益是國家的利益等。對馬克斯主義者而言，資產階級社會正是利益之衝突所在、官僚總是偏好其同業之利益、國家僅是外在於個人的現實、在此所謂的公益背後躲藏的是資產階級的特別經濟利益。馬克斯認為只有在一個沒有階級和國家的社會中才會有公益，而無產階級鬥爭將容許此一社會的到來。面對此等質疑，自由主義者逐漸領悟到古典自由主義之公益觀點的不足和可爭議之處，但駁斥階級鬥爭之理論，並在其後重組自由主義的公益觀點。參閱 F. Rangeon, *op. cit.*, p. 155 et s., spéc. pp. 188-189.

種政治制度，公益都構成一個正當化的原則，用以強化被統治者對於統治者行動的支持。

## 二、定義的方法

公益是一個不確定的概念且其出現的領域相當廣泛，也因此各個研究者對於此一概念所提出的判斷方法和所賦予的內容，可謂相當分歧，很難予以體系化。即便如此，M. Mekki針對各家所提出的定義進行分析，認為可將定義公益的方法大略區分成兩大類，一是以量為主的定義方法，一是以質為主的定義方法<sup>21</sup>。

### （一）量的定義方法

以量來定義公益概念，是以所涉及之利益的數目為中心。由此角度來看，公益可以被定義為多數人的利益，或是所有人的利益（亦即一致的利益）。然可以提問的是，公益可以在量的層面上被化約為私益的總和嗎？有些作者主張公益是私益之單純的和簡單的加總，如J. J. Bentham認為，個人效用的數量愈多，愈能滿足公益。但此一論點是可受批評的，因為利益彼此間是如此地不同，如何認為個別的和總可以產生一個一般性的同質利益；此外，以孤立的和個別單元的方式來看待私益，亦受到指責。其餘作者，在持公益不能僅是私益之總和的理念下，進一步在量的方法上加上目的論的標準，亦即主張公益是朝向相同目的之私益的總和。

---

<sup>21</sup> 有許多學者合併使用兩種方法，但有的以質的方法、有的以量的方法為優先。例如盧梭就結合量的方法（公益僅能是一致的利益）和質的方法（公益不同於私益的總和）。參閱 M. Mekki, *op. cit.*, p. 42 et s.

此一改良式的理念仍不無疑義，因為無論如何，一旦接受公私益間關係之目的論觀點後，仍必須決定自多少開始，此數目可以正當地代表公益。在政治和經濟上強勢的少數人若為某一共同目的而行動，可以被視為是為公益而行動嗎？又公益是多數或一致的利益呢？基於正當性的考量，公益應是所有人的利益；不過為求務實，公益只能是多數人的利益。雖然多數決比一致通過的法則更貼近現實，但其對公益之掌握，仍是局部的和相對的，所以只能算是一種權宜之計、一種姑息的辦法，似不足以掌握此概念的錯綜複雜<sup>22</sup>。

## （二）質的定義方法

質的定義方法有兩種分析角度，首先是依公益是否立基於理性而可區分為自然的觀點和理性的觀點。而另一種分析角度是依私益在形成公益中所扮演的角色而區分為超越的觀點(*conception transcendante*)和內在的觀點(*conception immanente*)。

### 1. 自然的觀點和理性的觀點

如前已提及的，公益的相近觀念，可依所採的是自然或理性的觀點，分成兩大觀念群。此一區別與「利益」(*intérêt*)觀念的出現相關。雖然在日常中，效用、福祉、利益等用語經常被當作同義詞，但後一觀念是在十七世紀初才出現。自此，公益是建立在一個共通的哲學基礎上，亦即是以人的理性為出發點來定義社會，個人因此成為建構社會的中心<sup>23</sup>。

<sup>22</sup> 有關量的標準，*Ibid.*, p. 51 et s.

<sup>23</sup> 以下有關福祉和利益觀念之出現和發展，參閱 Conseil d'Etat, *op. cit.*, pp. 247-253; G. Clamour, *op. cit.*, p. 163 et s.; E. Zoller, *Introduction au droit public*, Dalloz, 2006, pp. 5-9.

其實，在古希臘時代，個人從未被依其所以而是被當作共同體的成員來看待。作為個人所追求的目的與作為公民所追求的目的之間，並非截然區分，但人們不在世俗和屬靈的目的之間拉扯。到了中世紀，基督教推翻了這個安排，而憂心於尋找人世間以外的救贖目的。福祉（*bien*）因此優於效用（*utilité*），因為後者被認為是主觀的和物質的，而福祉則是客觀的和屬靈的，可將人引向一個超越自己、只在其容許範圍內才有價值的目標。共同福祉因此同時是一個道德法則、宗教命令和政治原則。依據托馬斯學派，共同福祉的觀念泛指共同體在物質和精神上的良好生活。然而，雖然屬靈和世俗的權力是分開的，但是區別這兩個秩序卻是一個難以實現的理想，共同福祉的觀念並不足以平息雙重歸屬所帶來的衝突。

到了十七世紀，對於公益的反思，加入了人類理性的要素，導向以利益作為出發點。蓋人固然是生物，自然傾向於求生存、優先尋求滿自身需要和利益，但人也有理性，有能力計算和平的好處以及發現獲得這些好處的方法，所以得以偏好共同利益多於自身利益，於是個人利益和共同利益可以相符。此論點是由霍布斯和史賓諾沙所發展，依此，個人成為現代意義之公益的中心，後者不再反映自然秩序，而是人類意志的創作<sup>24</sup>。利益觀念的出現賦予權力一個全新的概念：公益的追求是所有人結合的唯一目的，並透過此建立國家的權力，而被統治者只在所有人利益的要求下才遵從此一權力。此一新邏輯與共同福祉觀念決裂，然而未決的問題在於：在這個以政教分離、個人主義和理性主義為前提的現代觀點中，公益如何從私益中導出？利益的相關學說發展出不同的公益觀點。

---

<sup>24</sup> G. Clamour, *op. cit.*, p. 167.

## 2. 超越的觀點和內在的觀點

定義公益概念的方法，還可以依私益在形成公益中所占的地位和扮演的角色，區分為超越的觀點和內在的觀點<sup>25</sup>。依前者，公益傳遞出進而領導全體私益之上位利益的理念。以超越的方法來定義公益，是將此利益看作是優於、並在本質上不同於私益的利益。相反地，內在的觀點則認為在私益和公益之間不存在本質上的差異，公益只是私益之交互作用下的結果。依此觀點，公益是內在於私益的共同利益。

這兩種理解方式，在各個時代都獲得青睞，可分別追溯到柏拉圖和亞里斯多德的思想中。首先，對柏拉圖而言，公益當然是公民的共同利益，但其亦是且特別是城邦作為如是的利益。因此，公益不但是一個容許集合和凝結私益的結盟原則，亦是一個全體的原則：公益是所有人的利益，而不僅是多數人的利益。基此，拒絕將其利益加入到共同體利益的個人，應被驅逐於外；公益作為全體的利益，應為所有人來追求，且為了對抗詭辯學派，柏拉圖提出私益絕對臣服於公益之原則。惟若柏拉圖的城邦是全體的，其減少差異、排除對立，亞里斯多德的城邦則承認差異且將其和諧建立在一個被構思為平衡原則的「共同利益」之上。亞里斯多德以共同體之概念取代統一之概念，但共同體不意含著私益絕對臣服於公益，而是建立在利益的交互作用之上。簡言之，對於柏拉圖所提倡的公共的、統一的和超越的利益，亞里斯多德對比一個多元的和立即的共同利益；前一取徑導致私益的貶值，後一取徑則承認私益的正當性。

---

<sup>25</sup> 有關超越和內在觀點，參閱 F. Rangeon, *op. cit.*, p. 43 et s; G. Clamour, *op. cit.*, p. 169 et s; M. Mekki, *op. cit.*, p. 43 et s.

古希臘思想對後世有深遠的啟發。法國最高行政法院一九九九年報告中所提出的兩種對立取徑：功利主義取徑（*approche utilitariste*）和唯意志論取徑（*approche volontariste*）<sup>26</sup>，即是立基於內在和超越觀點的區別來探究公益的意涵。依前一取徑，利益間是天然和諧且私益會自然地帶來公益的滿足，因而，如能在現實中放任個人自由地從事工作以滿足其自私的利益，公益便能獲得最佳的實現，這是由亞當·史密斯所提出。對史密斯而言，基於才能的多樣和互補，人類是相互依賴且每個人對所有人而言都是有效用的，個人雖未意識到，卻在無意間實現此集體效用。此種取徑是將利益問題優先訴諸於經濟的解決方法：社會關係真正的管制者是市場，透過看不見的手和私益的自由競賽，公益自發地實現。至於意志論取徑，則否定利益間之天然和先定的和諧並認為利益的對立會危害到社會秩序，因此，為求社會之續存，其成員需要的是超越私益的共同利益。此種取徑主要是建立在盧梭對「一般意志」的構思上。對盧梭而言，相信理性會帶領人們透過自身利益的視角而促成共同利益，這是虛幻的。為了結合人類，個別意志必須轉變成一般意志、私人利益必須超脫為共同利益。而結盟的工具就是社會契約。

雖然這兩種取徑的公設都是以利益作為人類行動以及社會進步的動力，但其對於應留給國家的位子，立場並不一致。前者原則上不信任國家，後者則承認國家有定義和實施公益的至高職權。最高行政法院的報告中特別指出，法國政治傳統中的公益觀點，主要即

---

<sup>26</sup> Conseil d'Etat, *op. cit.*, pp. 253-261. 相似區分，參閱 E. Zoller, *op. cit.*, p. 9 et s. 而有關意志論取徑和功利主義取徑之區分與公益之超越和內在觀點的連結，參閱 G. Clamour, *op. cit.*, pp. 169-175.

位於將單一國家構思為公益之保證人的意志論取徑中。惟應注意者，如同此一報告所提醒的，不論是透過私益而正巧實現公益，或是有意地消除私益以達成公益，其實均屬於理想層面，因為在現實中，公益之實現從來不是自發的，且公益與私益之間也並非總是可清楚劃分的<sup>27</sup>。

公益概念具有跨越文化的特徵且其援引具有相同的功能，不過公益是不確定的概念，其詞義和界定取決於各個研究者的背景、所追求的目的及所採取的學說，因此，存在著相當大的歧異性。作為得使城邦維持成一個社會團體的「看不見的守護神」<sup>28</sup>，法國傳統所推崇的公益觀點，應是貼近質之定義方法中的超越觀點，亦即，其將公益看作是優於且在本質上不同於私益的上位利益，惟此一觀點已遭到質疑和挑戰，容待下述。

### 參、法國行政法的公益蘊涵

國家與社會之間的區隔是主宰法國十八世紀末的理念，並由此導出國家相對於社會的外在性和優越性、公益相對於私益的優越性，而公法和私法的區別即是以此為出發點：一方面，在環繞著公益光暈的公領域中，是適用富含特權和束縛的特殊法則；另一方面，在個人利益與團體利益共存的私領域中，是適用普通法的法則。然而，近幾十年間，隨著國家觀念的演進，引發了對於公領域／私

---

<sup>27</sup> Conseil d'Etat, *op. cit.*, p. 261 et p. 265.

<sup>28</sup> J.-M. Pontier, *op. cit.*, p. 333.

領域、公益／私益之間嚴密區隔的質疑<sup>29</sup>。公益概念的重要性雖未消失，但其抽象性和單一性退卻，在以超越私益為目的的傳統行政法中，遂逐漸納入尊重多元利益的內涵。

### 一、從私人利益的超越……

如同Nicolet和Agulhon兩位歷史學家所觀察到的，法蘭西共和國不僅是一個公權力組織的中性形式，還含蓋著一種價值體系、一種信念、以及一種理想、一種政治和社會的內容<sup>30</sup>。法國共和傳統因此是其共和價值和實踐的總體，透過一些可以立即聚集國族全體成員之共同原則而表現出來，包括以消除特殊性作為組成民族國家的前提、藉由公民資格來超越本位主義、以主權作為政治正當性的唯一來源、認可法律作為人民一般意志的表達、把國家構思成社會的設立者和全國統一的保證人、共和的普世主義、國家透過行政團隊和全國性公共服務而扮演推動現代化的角色等等<sup>31</sup>。這些信仰與其所採取的公益觀點有著密切關係，並影響到國家所扮演的角色以及古典行政法的建構。

#### （一）共和主義觀點的支配

前述公益的功利主義取徑和意志論取徑，闡明了兩種對於民主政治的看法：一是以公共空間作為社會不同組成分子之利益得以並存的保證；另一是召喚個人超越其自身歸屬和利益，以共同形成一

<sup>29</sup> G. Merland, *op. cit.*, pp. 237-238.

<sup>30</sup> Cité par C. Vimbert, *La tradition républicaine en droit public français*, LGDJ, 1992, p. 18 et s.

<sup>31</sup> B. Denis, « Avant-propos », *L'intérêt général à l'épreuve du pluralisme, Problèmes politiques et sociaux*, 2008, n° 946, pp. 6-7.

政治社會。後者構成法國共和模式的核心，其基本理念是：組成國族之全體，形成一個必然是為了公共事務的聯盟，因此存在一個不同於私益的公益；此公益並非所有私益的總和，而是人類透過自由意志行為，決定放在一起的所有利益的總和<sup>32</sup>。

此一超越私益的公益形象，其發展始自法國大革命時對於國家權威的肯定。一七八九年人權宣言第 6 條將盧梭主義之箴言「法律是一般意志的表達」予以成文化，並於第 3 條明定「主權在於國族（Nation）」，顯示出法國人將公益構思為國族的利益，而有別於組成國族之成員的特別利益，且將「發現公益」的關切，囑託給國族的代表人，由其透過立法，確保公益和私益之間清楚的劃分。而正因為公益表達的是國族的利益，其不但優於個人的利益，也優於「某類人的利益」（*intérêts catégoriels*）<sup>33</sup>。從 Sieyès 到 Marat 的大革命人士雖對國族意志的表達方式未達成合意，但都在「國族」中看到新的政治正當性的基礎，且同意此一理念召喚設立一個強大的中央權力、一個被構思為人民權力的國家權力<sup>34</sup>。法國共和主義模式於是對於利益問題，回應以一個政治性的解決方法：國家基於其相對於市民社會的獨立性以及其所享有的權威和法律手段，擁有定義公益

<sup>32</sup> Cf. Conseil d'Etat, *op. cit.*, p. 257 et s; E. Zoller, *op. cit.*, pp. 11-12.

<sup>33</sup> 法國大革命時期曾試圖消滅位於個人和國族間的行會利益。1791 年敕令（*décret d'Allarde du 2 mars 1791*）廢除手工藝之行會管事會、行會師傅和共同體。同年，國民大會通過一法律（*loi dite Le Chapelier*），廢除所有中間團體，且宣告工人或行會的結盟是非法的。如同 *Le Chapelier* 指出的，「國家中不再有行會，僅有每個個人的特別利益和公共利益」。參閱 G. Merland, *op. cit.*, p. 238.

<sup>34</sup> F. Rangeon, *op. cit.*, p. 143.

之解決方法的能力<sup>35</sup>。

其實，在法國的法律文化中，國家一直占有獨特的地位。對法國人而言，國家毋寧是國族之永久利益的共同體，而較不是在其他法律體系中所可能代表的支配和控制的工具。此種觀點可追溯到大革命前的舊制時期，法國君主專制政體將公共事物以及其法律制度—國家，銘刻在法蘭西民族的心中，國家等同於公共事物，其所獲得的尊重和敬愛一直延伸到現在<sup>36</sup>。也因此，雖然在大革命後，自由主義在十九世紀逐漸樹立威望，而正當化對國家任務的嚴格限制，但國家角色在此階段仍是曖昧不清的，在公共干預和私人自發之間很難劃出嚴格的界線。而自一次大戰末期起，法國內政更進一步籠罩在干預主義之中。受到當時社政經條件的影響，國家一方面介入市場和社會關係，以支持重要部門並平息緊張關係。另一方面，其毫不遲疑地取代私人，以設置生產和交換所必需的基礎建設（鐵路、公路網、集體設備）或是確保教育、社會或經濟方面之公共服務的管理（水、電、瓦斯的特許經營、市鎮之地方服務）。國家干預主義成為打造社會共識的手段<sup>37</sup>。

## （二）傳統行政法的公益目的

共和理論區分國家和社會，並捍衛公法的自治，其不相信國家可以被那些規範市民社會之法則所規範，因為兩個領域的目的並不相同。舉凡牽連到國家以及公性質之機構的法律關係，原則上要求適用特殊法則。國家之所以擁有公法以及特別的法院，其所傳達出

---

<sup>35</sup> Conseil d'Etat, *op. cit.*, p. 263.

<sup>36</sup> E. Zoller, *op. cit.*, p. 27 et s.

<sup>37</sup> H.-G. Hubrecht, *Droit public économique*, Dalloz, 1997, p. 14 et s.

的信念即是：即便有些私法手段可能與公益吻合，公益也不能完全由私法來效勞。不同於普通法的行政法以及有別於普通法院的行政法院之存在本身，即見證了公益的特殊功能，亦即，其不能被化約為私益之間簡單的妥協<sup>38</sup>。

惟應指出的，由於在法國，行政法並未如同民法般地法典化，且並無法律明定其基本觀念和重要原則，主要是由最高行政法院來擔任「造法」的工作。在建構行政法中，最高行政法院或是以公益作為直接的來源，用以定義行政法的基本觀念，如公共服務（*service public*）、公共財產（*domaine public*）、公共建物（*ouvrage public*）、公共工程（*travail public*）等觀念，都僅能參酌公益才能加以定義，且於此概念中找到其存在的理由。或者是以公益作為潛藏的基礎，而發展出特殊的行政法制度，這特別展現在單方行政行為的理論中：一方面，是公益證立和容許了不經相對人同意而賦予其權利和課予其義務的單方行為，以及伴隨此行為的效力先定、強制執行、行為之既決力等諸多特權；另一方面，任何以公益之名所承認的特權都有其從屬條件作為對價，例如，若行政機關可以依變動性原則而在任何時刻修改或廢除一行政命令，其亦負有因應情況變遷而變更命令的義務。對於單方行為的分析，在某種意義上，也可適用於行政契約或國家責任等制度<sup>39</sup>。

公益是如此重要，因而對公法學者而言，「公共利益位於公法的中心，正如同意思自主是私法的基礎」，其不但是公法的「起源觀念」、

---

<sup>38</sup> Conseil d'Etat, *op. cit.*, p. 266; G. Clamour, *op. cit.*, p. 427 et s.

<sup>39</sup> 有關公益作為基礎觀念和制度的來源，參閱 Conseil d'Etat, *op. cit.*, pp. 272-281; J.-M. Pontier, *op. cit.*, p. 327.

「脊柱」、「靈魂」，也是「公行動之基石」，並構成「行政法之始末」，是一個「無法取代」的觀念<sup>40</sup>。且有學者，如Marcel Waline，更進一步以之作為界定現代行政法的中心標準，但學界很快指出此一理論的限制：首先，若公益觀念確實指揮所有的行政活動，正因為其指揮之而不論此行動是透過何種法律過程來進行，因此不能用來描繪行政法的特點；其次，若此觀念實際上賜予整個行政法活力，其內涵太過於一般性，無法作為劃定行政法適用和行政法院權限的明確標準；最後，對於公益的判斷，正如同對行政行動之合目的性的判斷一樣，比較是屬於政治而不是法律的範疇<sup>41</sup>。

此一理論雖未成功，公益概念始終構成區別公法和私法的重要依據。即使不斷有人批評此一區別的基礎，亦即認為將法秩序區分成以國家或以個人間關係為中心的兩個領域，純屬意識形態作祟且難以適用，但每當發生重大的法律變動，與公公益連結的公私法區別問題，就又躍然於前。依J.-B. Auby教授的分析，這無疑是因為此區別容許法學者得用知性的方式來包裹某些很重要、卻難以另外予以定性的「極性」(polarités)：在公法這邊，有國家，在私法那邊，有市場；公法是公益的世界，私法是私益的世界；公法是權力之法，私法是社會之法；公法是執政者之事務，私法是被治理者之事務；公法支配公共服務，私法支配私人活動等等。總之，此種區別反映出對於世界的某種政治上和道德上的分派，當法跨越兩個領域的現實時，此區別即被動搖，必須重新掌握<sup>42</sup>。

<sup>40</sup> 以上用辭是 G. Clamour 綜合多位學者所言而指出 G. Clamour, *op. cit.*, p. 16.

<sup>41</sup> A. de Laubadère, J.-C. Venezia et Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, tome I, LGDJ, 2004, p. 43; G. Merland, *op. cit.*, pp. 1-2.

<sup>42</sup> J.-B. Auby, « Le rôle de la distinction du droit public et du droit privé dans le droit français », in J.-B. Auby et M. Freedland (dir.), *La distinction du droit*

如前所述，與私法的源遠流長不同，現代行政法的建制是一項創舉，是透過判例的努力以及學說的體系化，始於二十世紀初脫離私法而獲得自治。然自此開始，公私法之間的關係產生了大逆轉。接連兩次的世界大戰與大戰之間發生的經濟危機，再加上有關國家角色之思潮的遞嬗，打破了原有的法平衡狀態以及此平衡所據以建立的觀點。公法的特殊觀念—公益，逐漸進入到私法當中，而使私法與公法接近。公法滲入私法一開始是隱晦的，之後變成明顯的事實：國有化使得公益取代利潤，作為企業精神的引擎；指導經濟或計畫經濟之規制，是使私益服從公益需求的公權力指令；社會法、職業法、經濟法等新法的創設，都是私法之重要部分移轉到公法領域的表現。此外，隨著福利國家的發展，不但私法愈來愈受到公法的影響，以前受到私法規範的領域進一步直接臣服於公法法則。而國家任務以及其介入方法的轉變、行政機關因干預主義而制定數不清的法則，這些因素都攪亂了公私法間的界線。行政法和行政法院在社經活動中不斷征服新領地，有學者甚至將福利國家比喻為某種慢速革命，於此，所有的都變成公法的<sup>43</sup>。

## 二、……到多元利益的調和

福利國家的神話是建立在「國家絕對可靠」以及「公管理優於私管理」的信條上。但其侷限在一九七〇年代出現，國家不但無力解救經濟困境，且社會保護機制亦瀕臨崩潰<sup>44</sup>。此正當性的赤字說

---

*public et du droit privé : regards français et britanniques*, 2004, pp. 20-21.

<sup>43</sup> 有關公私法發展的關連，參閱 R. Odent, *Contentieux administratif*, tome I, Dalloz, 2007, p. 10 et s.; H.-G. Hubrecht, *op. cit.*, p. 14.

<sup>44</sup> J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, LGDJ, 2004, p. 24 et s.

明了為何一些有關於遏制、甚至驅逐國家的理論，在西方國家獲得熱烈回響，而在法國，更連帶地動搖到與公行動以及與國家相互依存的公益觀點。公益的重要性雖未因此喪失，但原所承繼的觀點不得不被檢視，並影響到行政法的後續發展。

### （一）共和主義觀點的修正

不乏學者指出，法國學說經常以壁壘分明的方式來呈現公益的不同觀點，並透過此一方式，將共和主義的公益觀點提昇到其政治傳統的典範之列<sup>45</sup>。惟審視各種公益觀點在考據學上的匯聚（*convergences heuristiques*），可發現公益並非當然的產物：在其形成的基礎上，必然可以找到個人和群體的特殊利益；基此，公益和私益不再是在本質上徹底不同，二者的對立趨於模糊。且如果現代觀點的公益只有在與個人發生關聯時才具意義，為何不能承認私益對於實現公益的助力呢？這是私法的邏輯所在，私法是在遵守法之集體目的性中，推崇主觀權利和意思自主；而此邏輯亦非與公法無關，因為現今社會不再簡單到可以將兩種利益視為是相互排斥，公益活動可以由私人履行、公共服務的使命可以託付私人完成。私益有其正當的代表方式，而行政組織習得如何與社會利益妥協。如果我們可以就此論及「私益之公益化」，應補充的是，私團體和個人愈來愈參與定義和形成一個或可稱之為部分「私益化」之公益<sup>46</sup>。因此，不但應承認私益和公益不必然在先驗上對立，還應認為二者間存在著真正的連帶關係，除非有反證推翻，否則應推定私益有助於公益的實現<sup>47</sup>。

<sup>45</sup> G. Clamour, *op. cit.*, p. 193.

<sup>46</sup> 如在環境和消費者保護上針對刑責部分提起之集體或個人訴訟。

<sup>47</sup> 以上有關公益和私益的關係，參閱 G. Clamour, *op. cit.*, pp. 226-227.

然應注意者，在新一波的公益思潮中，推翻公私益間鮮明的對立，並不意味著公益即應失去原有的超越性。相反地，如果私益成為公益的一部分，公行動之意志論在此複雜的架構下仍保有其意義。事實上，共同體上層的和共有的利益，例如環境保護、公共健康、生物科學之發展、未來世代之利益等等，無法僅靠特別意見或利益的加總而得出。在缺乏私益的自動調節下，公益的超越性仍應續存。因此，私益在形成和實現公益上僅應扮演著「功能上補助性」(subsidiarité fonctionnelle)之角色，亦即，相對其他正當利益而言，公益仍居於有條件的優勢地位，私益的新角色在於使公益之實施必須經過合理化。公益被置於效率和評估的要求中，其應論證反對私益的理由。其不再可以被推定，而應說明手段具備合理的必要性。超越性因而應服從於必要性、合比例性<sup>48</sup>。

公益依舊構成公行動的基礎、目標和限制，但在擴大賦予私人利益和權利重要性的同時，公益的一元論取徑轉向多元主義取徑。此一新取徑意味著公益不再由國家獨占，而是由不同利益間最廣泛的交互碰撞(confrontation)中導出<sup>49</sup>。公益變成「分歧的、碎裂的」(diversifié, éclaté)、區分為「大批散落之利益」(une multitude d'intérêts éparpillés)、甚至「被相對立之公益的增生所稀釋」<sup>50</sup>。基於目的之歧異、所容許之獨特性、不協調和矛盾等併存之要素，當代公益之形成引發嚴重的協調問題。如何妥善安排這些目標而不將其化約為單一，成為一大挑戰，方法上的考量於是構成決定公益的前

---

<sup>48</sup> 有關私益之功能上補助性角色以及公益之有條件優位性，參閱 *Ibid.*, p. 225 et s.

<sup>49</sup> Cf. J. Chevallier, *ouvrage cit.*, p. 63.

<sup>50</sup> G. Clamour, *op. cit.*, pp. 716-717.

提<sup>51</sup>：亦即，定義公益，不應是劃定其先驗上的內容或特徵，而應優先提問，公益透過什麼方法被定義？誰來擔負？如何被定義？<sup>52</sup>。

## （二）當代行政法中的利益調和

古典行政法是立基於「權威」的邏輯上，且根本上是「完全主義的」（holiste），優先在於提昇社會集體而損及個人<sup>53</sup>。但時至今日，國家超越私人、公益超越私益的信仰慢慢退卻，自一九八〇年代起掀起了一股爭議行政法的風潮。不但國家所適用之法則的特殊性，被認為違反自私部門中所汲取的教訓（亦即效率之要求），新自由主義亦重提古典自由主義的批判，指責行政法是國家監視社會的工具、在本質上是不對等和特權的法，法國行政法遭逢到前所未有的挑戰<sup>54</sup>。

為因應新思潮和新情勢，法國行政法朝向更關注個人權益的方向發展。依最高行政法院公益報告的觀察和分析，相關演進主要表現在公益之形成和實現方式兩方面上<sup>55</sup>。一方面，為鞏固其正當性，行政法中納入分享公益之形成權的改革。透過新行為人的加入，作成決定之機制成為以多元為中心，以廣納私益和複數的公益。在此脈絡下，可再歸納出組織面的更新、程序和手段面的更新兩個改革

<sup>51</sup> *Ibid.*, pp. 193-194 et p. 715 et s.

<sup>52</sup> M. Mekki, *op. cit.*, pp. 55-56.

<sup>53</sup> F. Melleray, «L'exorbitance du droit administratif en question(s)», *AJDA*, 2003, p. 1962.

<sup>54</sup> J. Chevallier, *ouvrage cit.*, p. 67 et s.

<sup>55</sup> Conseil d'Etat, *op. cit.*, pp. 313-352. 而 J.-M. Pontier 教授亦提出類似觀察（J.-M. Pontier, *op. cit.*, p. 331），以下以此二文為依據，重新歸整說明之，另輔之以其他文獻並補充法制的新發展。

方向。首先，針對中央集權主義的缺失，可觀察到地方自治的發展和新型機構的增設。法國傳統的公益觀念原則是與國家、全國利益相重疊。主流觀點隱含著不可能有國家以外的其他人能定義和實施公益，且只存唯一一個真正的公益，就是全國利益，至於其他公益，即便是公法人所追求的，也被懷疑可能對全國利益造成危害。然而，透過國土的重新規劃，地方自治團體的層級增加並衍生許多合作架構，原來作為仲裁者的國家，在作成決定時，不能不考量到地方利益，也因此改變了形成公益的傳統方式<sup>56</sup>。另一演進是新型機構的增生，這是歐洲國家的共同趨勢，但在法國特別顯著。對法國而言，這些機構的創設在某種意義上見證了國家退位的意圖，而其中最重要的要屬「獨立行政機關」( *autorités administratives indépendantes* ) 的設立<sup>57</sup>。這些機構之所以出現在保護自由權利和社經管制的領域中，有人認為是國家因其介入之正當性履受批評，故選擇消失在具技術專業之獨立干預者背後。也有人將此等機關看作是國家為了力保其在某些活動之地位所採的障眼法。無論是放棄的信號或再征服的工具，獨立行政機關都彰顯公益形成方式的變動。

---

<sup>56</sup> 地方分權運動是自 80 年代開始蓬勃開展，相關政策由 1982 年 3 月 2 日法律啟動。而 2003 年修憲則於新憲法第 1 條中明定共和國之組織是「分權的」；第 12 章則在輔助原則之架構下規定地方自治團體負有使命去執行那些「得以最佳實施於其層級」之權限，且給予足夠的財政擔保。

<sup>57</sup> 1978 年 1 月 6 日法律所設立之「全國信息暨自由委員會」( CNIL ) 是首先出現的機關，之後類似機構如雨後春筍般成立。這些機構經常執行管制的使命，如「電信管制局」( ART )、「電力管制委員會」( CRE )。歐洲市場整合無疑有利於獨立機關之設立，但其引入法國是受到瑞典的 *ombudsman* 和美國的 *independent agencies* 的影響。

其次，行政權的分享還包括開放人民參與。其中諮詢程序是重要機制，主要有兩種工具。一是諮議性的地方公投。依據一九九二年地方行政法<sup>58</sup>，市鎮選民得對市鎮合併以及對市鎮當局為處理該市鎮之事務所欲採取之決定表示意見，而一九九五年法律更增訂公投得由人民發起<sup>59</sup>；此外，二〇〇三年修憲除規定立法者得就創設具特殊地位之地方自治團體或修改其組織向相關選民徵詢意見外，還規定地方自治團體可以將地方議會或執行機關權限範圍之決定提交公民複決<sup>60</sup>。而另一種諮詢程序是針對重大整治計畫的公共辯論（*débat public*）。依一九九五年強化環境保護法<sup>61</sup>以及二〇〇二年鄰近地區民主法<sup>62</sup>，公眾除得取得與環境有關的資訊外，另得參與對環境或土地整治有嚴重影響之計畫的制定過程。這些管道與傳統上由國家機關單方形成公益之方式大相逕庭，被認為是朝向「半直接民主」邁進。然而，即便私益之考量因此可在公益的形成中發聲，但諮詢程序之目標在於相互理解而非形成義務，因此，最終決定權仍掌握在國家手中。對此，契約化（*contractualisation*）運動，或更一般而言，夥伴關係的發展，是一大突破。這些強調建立在對話和協商之上的公共管理型態，容許國家、地方、社團、企業或人民，得以在各個領域中，透過對目標和手段之協商而進行多重關係的合

<sup>58</sup> Loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République.

<sup>59</sup> Loi du 4 février 1995 portant diverses dispositions d'ordre social.

<sup>60</sup> La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République.

<sup>61</sup> Loi du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement.

<sup>62</sup> Loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité.

作<sup>63</sup>。行政活動變得較不權威、較為商議式，且因加入私益或不同公益的考量而更具正當性。

另一方面，實現公益之方法或管道的變革，亦是發展的主軸。傳統行政法的正當性來自公共服務所實現之集中化的公益<sup>64</sup>，而市場在行政法中只是沉溺於有些墮落之私益遊戲的平庸現實，因此，國家是以由上而下、屈尊和懷疑的方式來看待市場，並以公益之名，致力於建立市場的秩序和美德<sup>65</sup>。然而，在福利國家危機的威脅以及歐體市場法則的推波助瀾下，競爭的地位在法國上揚，並逐步對國家的行動以及其所依據的法，產生不小的衝擊。在一九八六年十二月一日價格和競爭自由法<sup>66</sup>制定之初，法國通說是將此一歐體政策引導下的產物視為私法，且最高行政法院在此法頒布後的十年間，亦拒絕將之置於麾下。但是到了一九九〇年代中期，最高行政法院則推翻先前的立場，而將競爭法則歸併到其審查基準中<sup>67</sup>。自此，不僅公法人以企業經營者身分從事經濟活動應遵守競爭法，甚至屬於公權力行使範圍內之規範性活動也受到競爭法的約束。換言之，任何行政行為，包括警察措施在內，都不應導致一企業必然違

---

<sup>63</sup> 有關契約化之發展階段，參閱 L. Richer, « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », *AJDA*, 2003, pp. 973-974.

<sup>64</sup> B. Geneste, « Service public et concurrence : publicisation du droit français et droit communautaire », *D. Aff.*, 1997, n° 44, p. 1446.

<sup>65</sup> J. Caillosse, « Le droit administratif français saisi par la concurrence ? », *AJDA*, 2000, p. 101.

<sup>66</sup> Ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence. 相當我國的公平交易法。

<sup>67</sup> Cf. CE Sect. 8 novembre 1996, *Féd. fr. des Stés d'assurances*; CE Sect. 3 novembre 1997, *Sté Million et Marais*.

背競爭法則。於是，經由判例的建構，原屬於私法領域的競爭法則，融入到行政法中，形成一個有別於競爭私法的競爭公法，且帶動了競爭法「入侵」、「干涉」或「滲透」到公法的新議題<sup>68</sup>。另應注意，在將競爭法納入行政合法性之法源的同時，最高行政法院亦明白承認競爭是一項公益的要求<sup>69</sup>。依學者的分析，此一承認並不在於消除或相對化其他的要求，競爭加入公益未損及最傳統或最當代的各種公益的價值，其僅體現出：原先單一、抽象的公益，分裂、具體化為可能相互矛盾的多元公益，而為實現一個理性的、適於個案的、經過評估的調和，必須對全體的不同利益進行通盤的衡量<sup>70</sup>。

在法國，國家被視為是超越私益之公益的保證人，公益和國家之間存在著決定性的關聯，而正是此一關聯的強度構成公益概念變動的起源。伴隨著國家危機，傳統的公益觀點亦遭遇挑戰：公益的抽象性和先驗性受到質疑、公公益間的劃分和對立變得模糊，公益成為不同公益間或公私利益間調和的產物。導因於對於國家作為負責篩選和執行公益目的之角色的質疑，在當代行政法上可觀察到許多相對應的改革，例如，重新界定公權力的使命範圍、開展使其行動較具效率和正當性的手段、尋求市場效率和傳統公益要求之間的平衡……等。在現今的法國行政法上，公益的超越性不能再是抽象既定，且公益的考量不能再流於獨斷。

---

<sup>68</sup> G. Clamour, *op. cit.*, p. 5.

<sup>69</sup> CE 10 avril 2002, SARL Somatour; CE 21 février 2005, Féd. nat. UFC Que Choisir.

<sup>70</sup> Cf. G. Clamour, *op. cit.*, pp. 44-45; S. Nickinski, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, 2005, pp. 200-201.

### 肆、法國行政訴訟中的公益標準

在法國，立法者和行政機關在定義公益上各自扮演何種角色？部分學者認為，行政當局可以判斷何謂公益。但憲法委員會則切遵意志論及共和主義的政治傳統，宣示只有立法者擁有必要的正當性來形成公益之目的，而行政機關的權限在於實施此等方針。藉由否定行政當局自行判斷公益之權力，憲法委員會將確保法律所定義之公益受到遵守的使命，託付給司法機關，特別是審理越權之訴的行政法院法官<sup>71</sup>。因此，行政法院在審查行政機關之行為是否合於公益時，其任務首先在於依其所應適用的法條，檢視用以支持系爭行政行為所援引之公益的存在。當法律本身明示公益目的時，法官滿足於以條文所宣示的利益目的，來判斷行為的合法性。然而當文本並未明訂審查可得依據的理由時，可發現在實務上，行政法院藉由闡明那些默示的意思而自行「推得出」(suscité) 公益標準 (critère d'intérêt général)。依 D. Truchet 教授的分析，若不是直接源於法律，公益對法官而言，或是法律的補充，或是法律的替代<sup>72</sup>。不論是由法律規定或由法官發現，公益都是行政法院判斷行政行為是否合法的依據，且分析相關裁判可知，最高行政法院經常運用此一審查基準作為調節其審查的某種

---

<sup>71</sup> 在審查 1983 年 7 月 26 日有關公部門民主化之法律時，憲法委員會首次清楚指出，「在遵守具憲法效力之法則和原則之下，公共利益之判斷歸屬於立法者」(CC n° 83-162 DC des 19 et 20 juillet 1983)。憲法委員會因此將公益之定義交給立法者作成主觀判斷。參閱 G. Merland, *op. cit.*, pp. 114-117 et p. 248 et s.

<sup>72</sup> D. Truchet, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, LGDJ, 1977, cité par Conseil d'Etat, *op. cit.*, p. 306.

策略工具。

### 一、公益作為審查基準

依古典的分類，行政行為的違法態樣有四種：無權限（*incompétence*）、形式瑕疵（*vice de forme*）、濫用權力（*détournement de pouvoir*）、違反法律（*violation de la loi*）。前二者屬於外部合法性問題；後二者為內部合法性問題，其中濫用權力涉及的是目的瑕疵，而違反法律則包括行為之內容違法（未遵守規範位階）<sup>73</sup>、法律根據（*motifs de droit*）違法（欠缺法基礎、法錯誤）以及事實根據（*motifs de fait*）違法<sup>74</sup>。事實根據違法則又包括立基於不正確之事實、事實之法定性（*qualification juridique des faits*）違法（應可理解為「法律要件涵攝不正確」）<sup>75</sup>、行為之內容與法律要件不相當、不合比例（*inadéquation, disproportion*）（應可理解為「法律效果之裁量瑕疵」）<sup>76</sup>。其中無權限、形式瑕疵、濫用權力、行為之內容違法、法

---

<sup>73</sup> 指行為之內容本身與一般法秩序的安排相矛盾，基本上涉及未遵守規範之位階。

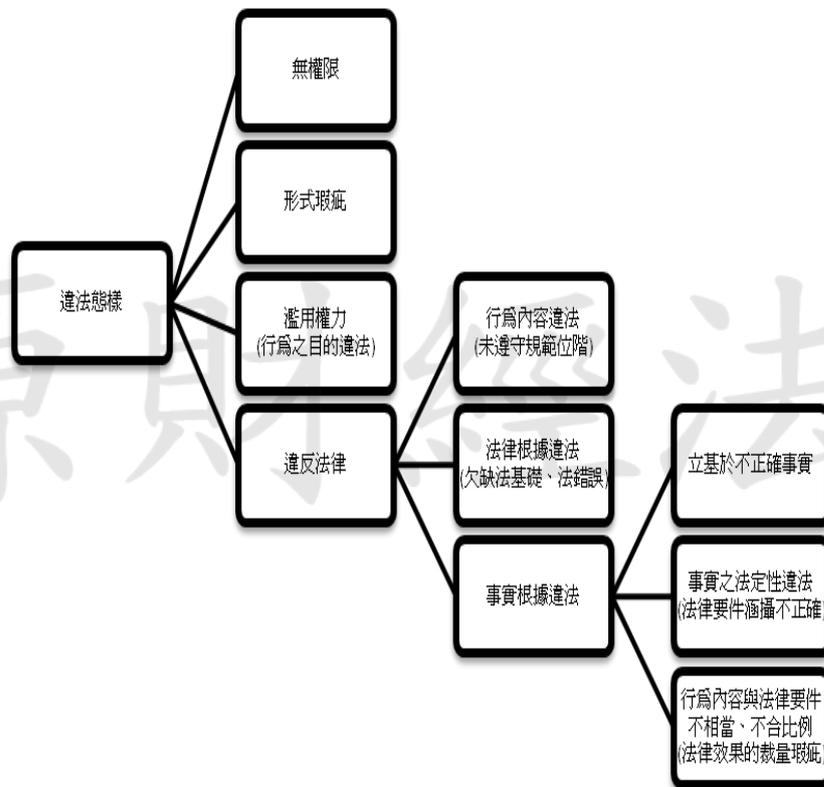
<sup>74</sup> 與行為之根據（*motifs*）有關的違法，包括行政機關基於違法的法律或事實考量而行事。其中法律根據違法，可再區分為法基礎之欠缺（如尚未生效，或因廢止、過期或被確認違法而不再有效）以及法錯誤（如對於行使權力之條件的不良解釋，或對於所適用之法條的法律要件有錯誤理解等）。

<sup>75</sup> 事實之法定性在於將情況的已知條件、被顯示的事實，與法所樹立的條件相關聯起來。事實若符合行為之根據，則容許在諸多可能的決定中作成某一決定。

<sup>76</sup> 行為之內容是否與法律要件相當，涉及的是所作成之決定，依法律要件來看，是否令人滿意、是否與情況成比例，亦即關係到決定的選擇。

律根據違法以及事實根據違法中的事實不正確，是法官總是得以審查的對象；至於事實根據之審查中的定性審查及相當性（或合比例性）審查，則依領域、事項等考量而有是否審查以及審查強度的變化<sup>77</sup>。為方便理解，本文將違法態樣繪圖如下：

圖：行政行為的違法態樣



<sup>77</sup> 以上構成審查理由的違法態樣，參閱 P.-L. Frier, et J. Petit, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 2006, p. 455 et s; J. Rivero et J. Waline, *Droit administratif*, Dalloz, 1998, p. 239 et s.

綜觀審查方法，有關行政行為是否合乎公益之審查，應與濫用權力之審查的關係最為密切，但當同時存在著包括濫用權力在內的數個撤銷理由時，法官逐漸傾向於以違反法律之審查取代之。至於涉及到以公益之名限制基本權利和原則之行政行為，在屬於合比例性審查的「本益分析方法」( *technique du bilan coûts-avantages* ) 出現後，相關審查有長足的進展。

### (一) 合目的性審查

公益概念很早便被用來限制行政機關的裁量權。自一八六四年放寬提起越權之訴的條件起，法官透過濫用權力之審查，來檢視行政機關所追求之目的是否確為公益，如前所述，此一理由是法官無論如何都得以檢視的對象之一<sup>78</sup>。行政行為所追求的目的有問題，即便其呈現出合法性的所有外貌，基於行政機關之「有罪」的意圖，應被撤銷。此種審查是最入微的，因其容許法官進入到行政機關的深層意圖。相關的違法性有兩種。首先，行政機關應表現為公益的僕人，不應以其擁有的權力來追求與公益全然無關的目的，如基於個人報復或利害關係之理由，或政治、公會或信仰之考量，而滿足自己、圖利或不利他人、或保護特殊經濟利益。其次，若所追求的目的本身屬於公益，但此目的卻不符合立法者對系爭情況所訂定之目的，亦不在容許之列，如社會救助局之救

---

<sup>78</sup> 以下有關濫用權力之審查，參閱 P.-L. Frier, *op. cit.*, pp. 459-461; C. Ballandras-Rozet, « Réflexions sur la dimension morale du détournement de pouvoir », *AJDA*, 2007, pp. 2236-2242; M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 1999, p. 26 et s; G. Merland, *op. cit.*, pp. 240-241.

濟分配是對弱勢者帶來個別化的幫助，而非為減輕某類別納稅人的增稅負擔，又警察權是用來維持社會秩序，不能為了解決私人爭紛或為財務目的而行使之。惟應注意，倘若行政行為追求財政甚或私人利益，但如其根本目的仍是追求公益，則不構成濫用權力<sup>79</sup>。

將濫用權力放置到訴訟救濟的架構下，容許法官立基於公益以揭露行政行為所沾染的瑕疵而撤銷該行為，此種審查令人聯想到道德性的問題，亦即濫用權力像是在合法性審查之外，參酌某種行政倫理所行使的「道德性審查」(contrôle de moralité)的手段。不論濫用權力與道德性間的關係如何<sup>80</sup>，由於目的具有主觀的特徵，為了證明濫用權力，審查必然位於主觀的領域；於是，探求行政機關的意圖、其心理動機，構成此一違法類型的獨特之處。此一目的性審查既然引導法官去解釋行政機關的意思，且依據某個建立在公益之上的行政道德來判斷合法性，因此，承認某一行為構成權力濫用，實具有象徵性意義。在一些案件中，即使仍存在其他撤銷理由，法官有意識地透過濫用權力來處罰不被容許的行為<sup>81</sup>。

然在多數的情形下，正因為濫用權力的審查重心是心理狀態，其所意含的主觀性反過來勸阻法官運用此一撤銷理由。在實務上，

---

<sup>79</sup> Cf. CE Sect. 5 mai 1972, Ferdinand ; CE 14 janvier 1955, Bessinger.

<sup>80</sup> Hauriou 認為目的之審查是針對行政行為的道德性，超出了合法性範圍；反之，Rivero 和 Waline 認為此種觀點過於狹隘。Cf. J. Rivero et J. Waline, *op. cit.*, p. 245.

<sup>81</sup> 如在 CE 14 mars 1934, Dlle Rault 判決中以違反平等原則、在 CE 26 novembre 1875, Pariset 判決中以涉及法錯誤為由。

法官在面對濫用權力之主張時，基於證明濫用權力的困難，經常是予以駁回而非接受。且當行政機關追求一個不符合其所得追尋之公益目的時，法官偏好置於較為客觀的、與行為之根據有關的違法領域，亦即以違反法律為由來撤銷之，而非指出其構成有損名譽的濫用權力<sup>82</sup>。基於判斷濫用權力所包含的主觀性，此一撤銷理由在歷經一九一〇至一九四〇年的茁壯期後，逐漸淪為輔助的地位。然而，公益目的之審查所遭遇的阻礙，其實還來自於法律本身，因為立法者並非總是明確化行政當局所應遵循的公益考量。當然，立法者的沉默並不妨礙法官從文本出發，自行闡明一個暗含的觀念而重新樹立起合乎公益的條件。政府專員Léonard即指出，「即使立法者省略未將其明確化，尋求基於什麼目的而將某個權力賦予行政機關，總是屬於法官的職責」<sup>83</sup>。在某些情形下，法官的確毫無遲疑地自行推導出此一目的，但隨著福利國家的發展，由法官自行去察覺所應課予行政機關之公益考量，顯得愈來愈棘手。一方面，許多私人雖然並不負有公共服務的使命，亦被號召去參與公益；另一方面，滿足私益也可能符合公益。公益和私益的混淆經常出現。在*CE 20 juillet 1971 Ville de Sochaux*判決中，最高行政法院認為，基於Peugeot公司在地區經濟中扮演的重要角色，為了建造一條對該企業有直接

<sup>82</sup> CE 3 avril 1987, Consorts Métayer et Epoux Lacour; CE Ass. 9 juillet 1943, Tabouret et Laroche et Ass. 28 juillet 1944, Dame Constantin.

<sup>83</sup> Concl. sur CE Ass. 9 juillet 1943, Tabouret et Laroche. 應說明者，在法國行政法院中，政府專員（*commissaire du gouvernement*）是負責於庭上就請求人所提出之問題以及其自己所提議之解決方法，公開、獨立且公正地陳述意見的法院成員之一。其所提出的結論經常有助於法院解決爭端，甚至創設新法則。為避免被誤認為是政府機關的代表，政府專員於2009年更名為「報告人」（*rapporteur public*）。

和確定好處的繞行道路所進行的徵收，是符合公益的；同樣地，在 *CE 26 juin 1974, Sieurs Robert-Léon Weyl et Léon Weyl et Delle Mathilde Schneider* 判決中，為了私人企業的設廠和擴充所進行的徵收，考量到其對整個地區所可能帶來的經濟和社會效益，亦被認為符合公益。區別公益和私益所產生的困難，連帶地促成權力濫用之審查的落沒。

不過，即便濫用權力之審查因功效不彰而趨於式微，但必須注意到，在某類案中，其仍具有不可忽略的價值。如在 *CE 5 mars 1954, Delle Soulier* 判決中，涉及的是替特定人士謀職而特別創設一個行政職位，由於設立職位之行為是由有權的行政當局、依合法的形式所作成，且屬於其裁量權的範圍，此時，只能透過濫用權力才能宣告其違法。因此，這是一個無法被完全取代的審查方法。

## （二）合比例性審查

行政機關的行為是否合乎比例，並非總是法官審查的對象。有時法官容許行政機關在滿足相關法律要件時，依適當性來決定是否行動或如何行動。有時法官僅審查行政機關所作的選擇是否明顯地不合比例。但當涉及到對基本自由和權利的侵害時，法官則經常要求行為的內容與法律要件之間應具有「真實的相當性」或「正確的合比例性」<sup>84</sup>。此種高強度審查主要是適用於警察措施。在一九三

---

<sup>84</sup> 依 Frier 教授的分析，審查強度的變化首先是依文本所希望留給行政機關的裁量權而變化；然而，文本只是個起點，審查還依據法官希望留給行政機關的裁量餘地而變化。在實務上，法官有時即超出文本之要求，依是否涉及特別敏感的領域、系爭事項的技術性、是否涉及基本自由或權利等等因素，而弱化或強化其審查。參閱 P.-L. Frier et J. Petit, *op. cit.*, pp.

三年Benjamin判決<sup>85</sup>中，針對基於公序要求而禁止集會之措施，法官不僅檢視在該個案的情況中是否存在著對於公序的威脅，且此措施，就其性質和嚴重性而言，是否與威脅之重要性間是相當的。此判例提醒兩件事，一是應具體檢視情況的存在，一是應審查措施之必要性。

若自一九三〇年代以來，合比例性審查就置於確保自由權利之相關審查的核心，一九七〇年代出現的「本益分析方法」更是此種審查的卓越展現。透過此一方法，法官得依據由不同利益之比較中所推導出的公益，判斷行政活動的合法性。此一方法發軔於徵收問題。依據源自於一八一〇年的法律，在徵收之前須經過符合「公共效用」(utilité publique)之宣告<sup>86</sup>。對此，行政法院長久以來未擁有有力的對抗方法，其主要是圍繞在徵收者所追求之目的作審查。若以公共效用之名，行政當局追求無關公益之目的，其決定即具違法瑕疵而應被撤銷。在六〇年代，濫用權力是阻止為「純粹私人」目的而利用徵收程序的「絕對武器」<sup>87</sup>，然而因為公共效用之觀念

---

470-471.

<sup>85</sup> CE 19 mars 1933, Benjamin.

<sup>86</sup> 徵收法位於公共利益和私人財產間的會合處，此一特點說明了相關訴訟之二元制的設計：與徵收之前的準備活動有關的行政程序，置於行政法院的控制，由其擔保計畫之公共效用；作為私人財產守護者的普通法院，則處理財產權的移轉以及在缺乏合意時有關徵收補償之程序。M. Gheza, « L'expropriation à l'épreuve de ses juges », *Semaines Juridiques-Administrations et Collectivités territoriales*, 14 septembre, 2009, n° 38, pp. 45-48.

<sup>87</sup> R. Hostiou, « Nature et portée du contrôle exercé par le juge administratif sur la légalité des décisions administratives complexes », *Petites affiches*, 27 juin, 2001, n° 127, p. 8 et s.

被以愈來愈廣泛的方式來理解，即使與公益僅有些微關聯的活動，都被視為具公共效用，因而此一審查方法導致行政法院的職權大減。隨著徵收容貌的改變，此一情形更是飽受批評，因為徵收經常關係到數百個財產權的大規模計畫，且在徵收者和被徵收者背後經常有不同的公益對峙。在此新背景下，傳統上對於公共效用的抽象的、寬容的審查不再足夠，於是最高行政法院在一九七一年 *Ville Nouvelle Est* 判決中，發展出較有效率的審查方式<sup>88</sup>。

此案涉及的是要在 Lille 市的東方，設置接待數萬名學生和居民的大學區和新城鎮。該計畫包含了徵收和拆除 250 間住屋，面對激烈的抗爭，當局雖修改計畫，但不接受將規畫中的南北公路軸線移置以再減低拆除數目。此計畫最後被宣告具公共效用。針對防衛團體提起的訴訟，政府專員 G. Braibant 指出，「不再僅是一邊是公強權和公共利益，而另一邊是私人財產；在徵收者和被徵收者後面，愈來愈經常有分歧的公共利益相對峙；且由活動中將獲益的私人利益甚至可能比（該活動）可能損及的公共利益，在決定的過程中影響更為沉重。因此不可能侷限於知道活動本身是否呈現出公共效用的問題。應該還要權衡比較其不便與其益處、其成本與其收益、其反效用與其效用」。最高行政法院接受 Braibant 的提議而宣示以下原則：「一活動只能在其所包含之對私有財產的侵害、財務成本、以及可能之社會層面的不便，就其所呈現之利益而言不是過度的，才能被合法地宣告具公共效用」，但認為在該案中，「考量到整體計畫的重要性，百來個住屋消失

<sup>88</sup> CE Ass. 28 mai 1971, Min. de l'Équipement et du logement c/ Féd. de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville nouvelle Est ». 本案之分析，參閱 M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, *op. cit.*, p. 639 et s.

的情況不能否定該活動之公共效用的特徵」，因而駁回請求。

從*Ville nouvelle Est*判決開始，法官在判斷公共效用上，應衡量徵收活動的標的（以非常具體的方式理解之：打造新市鎮、建造公路或飛機場等等）與所有層面之實際不利（侵害某些數目之私有財產、數字化之財務成本、妥善定義之社會成本，如侵害環境、製造危害等等），以進行所有要素的完整分析，並由檢視事實狀況導出徵收計畫之合法與否。而在稍後針對建造尼斯北部高速公路所作成的一九七二年*Société Civile Sainte-Marie-l'Assomption*判決中<sup>89</sup>，最高行政法院更明白地將「對其他公益之侵害」納入評估項目中，此案涉及的是公共健康，而其後的判決還納入人口之安全、安寧、環境和生態之保護、古蹟之維護等。

本益分析之審查的目的在於「處罰恣意的、不合理的或未好好研究的決定」<sup>90</sup>。其適用範圍逐漸自實現重要基礎工程所需之徵收領域向外擴充<sup>91</sup>。第一波是在七〇年代，此一審查方法很快地運用

<sup>89</sup> CE Ass. 20 octobre 1972, *Société Civile Sainte-Marie de l'Assomption*. 在此案中，為了建造尼斯北部高速公路以及通往此公路的轉接站和聯接道而徵收一由私人經營之精神病醫院的土地，此醫院是該地區唯一職司相關治療的重要機構。針對高速公路之公共效用，最高行政法院認為，此工程雖導致拆除一棟建築，但特別是基於此公路有部分是地道的方式建造，對醫院並未造成過度的不利。相反地，聯接道延伸向醫院而阻礙醫院進行任何的擴充計畫，且轉接站將導致食堂的摧毀和停車場及綠地的剝奪，最高行政法院認為，「即便系爭二工程呈現出道路交通之利益，請求人有理由主張（工程之）存在和運作對於該地區心理病患之治療所引發之嚴重干擾，會對於公共利益造成侵害」，最後撤銷轉接站和聯接道之公共效用的宣告。

<sup>90</sup> Concl. Braibant sur CE Ass. 28 mai 1971, *Ville nouvelle Est*.

<sup>91</sup> 本益分析方法之發展，參閱 G. Clamour, *op. cit.*, p. 776 et s; A. Van Lang, « De

在判斷都市計畫之例外、電纜之設立以及為纜線之經過設立地役權之決定、在景點周圍設立保護區之措施、或是開除受雇人之許可等等的合法性。到了九〇年代，更擴張於檢視都市計畫法典所稱之「公益方案」(projets d'intérêt général) 或航空地役計畫之許可措施，以及依歐洲人權公約第 8 條來判斷某些對外國人所作成之警察措施。此外，在緊急審理程序 (référé administratifs：類如我國所稱之暫時權利保護程序) 中，也可發現。

自二〇〇三年起，本益分析方法的適用，更跨進到裁判的執行階段，亦即，法官衡量不執行裁判所生的不利與執行所引發的不利，以避免對公共利益造成不成比例的侵害<sup>92</sup>。此一新類型的本益分析首先出現在廢除或移置非法設置之公共建物的案件中。針對「公共建物之不可觸犯性」此一古典原則，*Commune de Clans* 判決指出：「當行政法官受理執行裁判之請求……，由其考量到，一方面，建物之存在對於相對峙之分歧的公或私益，於必要時，特別是對於建物基地之財產權人，所造成之不利，另一方面，拆除對於公共利益所造成之後果，以及將此二因素相比較，判斷拆除是否不會對公共利益

---

l'usage du bilan dans l'après-jugement », in *Mélanges en l'honneur de Jean- François Lachaume, Le droit administratif : permanences et convergences*, 2007, p. 1053 et s.

<sup>92</sup> 如前言已指出的，法國行政法院通常多使用 *intérêt général* 之用辭，且原則上不特別區別 *intérêt public* 和 *intérêt général*。但在此類判決中，兩種用詞同時出現。細讀判決內容，*intérêt public* 指稱的應是個案中可能面對的各種具體的公益，而 *intérêt général* 是該案中所涉及之原則或法則原所欲保護的公益。下引 *Commune de Clans* 判決中，「分歧的公或私益」之相關法文為 *intérêt public*；「拆除對於公共利益所造成之後果」和「以判斷拆除是否不會對公共利益造成過度之侵害」中相關法文為 *intérêt général*。

造成過度之侵害」<sup>93</sup>。自此，僅有以理性方式妥善論證所得出的公共利益，始得正當化不拆除非法設置之建物。相似的方式亦用來為先買決定違法的後果<sup>94</sup>、可分解行為之撤銷對契約效力的效果<sup>95</sup>等棘手問題解套，其中值得一提的是，*Assoc. AC ! et autres*判決透過調整撤銷在時間上的效力，為越權訴訟中駁回和撤銷間的選擇提供折衷的辦法：法官在比較溯及既往對於所面對之不同公、私益所造成之不利，以及限制溯及既往對於合法性原則和當事人訴訟權造成之不利後，決定是否容許違反之<sup>96</sup>。

本益分析呈現出具體化公益概念的特殊性，C. Lavalie在評論*Commune de Clans*判決時即指出，「公益之抽象觀點被拋棄而有利於一個較為經驗論的取徑，以組合相對立之利益」<sup>97</sup>。以客觀審查為名，本益分析對具體情況之考量，因此是透過相關利益的總體評估，而不化約為公益和私益、公益和公益之間過於簡單的對立。因為這是一個形成公益的方法本身，所以並不意含利益之事先的區分和階層化，涉及的是以「沒有公益之推定」為前提的調和<sup>98</sup>。

## 二、公益作為策略工具

行政法院從未解釋公益，不過透過公益，法院總是可以正當化其所欲達到的結果。不論是在何種類型的訴訟中，法官是以相同的

<sup>93</sup> CE Sect. 29 janvier 2003, Commune de Clans.

<sup>94</sup> CE Sect. 26 février 2003, M. et Mme Bour.

<sup>95</sup> CE 10 décembre 2003, Institut de recherche pour le développement.

<sup>96</sup> CE Ass. 11 mai 2004, Assoc. AC ! et autres.

<sup>97</sup> C. Lavalie, « Note CE Sect. 29 janvier 2003, Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Cne de Clans », *RFDA*, 2003, p. 484.

<sup>98</sup> G. Clamour, *op. cit.*, p. 776.

方式來評斷公益：若有公益存在，則證立單方行為、契約行為或賠償之請求；若缺乏或違背公益，則導致撤銷或定責。因此，對法官而言，公益是十分珍貴的工具，依Truchet教授的分析，特別是當機械式地適用現行法則或訴訟審理技術，不能為其帶來樂見的解決方式時，公益的功能益發顯著<sup>99</sup>。

### （一）補充或制衡現行法則

如果公權力應當都是為了公益目的而行動，為何公益僅明白出現在一些判決中？這在法律本身已樹立公益要件的情況下並無疑問，因為法官是依法檢視其是否獲得良好的適用。但在其他情況，公益是否出現則取決於其功能：如果公益對其裁判或其論證並無幫助，法官不

<sup>99</sup> 分析最高行政法院裁判中之公益觀念的專論並不多見，Truchet 教授在1977年出版的論文「最高行政法院判例中公益觀念之功能」( *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, cit.* )，是重要著作。惟其年代略遠且取得不易，本文以其受邀在最高行政法院1999年報告中所發表的「最高行政法院判例中之公益：返回源頭與平衡」( D. Truchet, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat : retour aux sources et équilibre », in Conseil d'Etat, *Rapport public 1999 L'intérêt général*, 1999, pp. 361-374 )一文，作為以下分析的主要的參考資料。惟應說明者，此作者認為公益在最高行政法院判例中扮演三重角色：一是度量的規範 ( *norme de mesure* )，用以平衡或補充其他現行法則；二是審查的規範 ( *norme de contrôle* )，用以對行政機關的選擇作整體的判斷或是用以區分合法性和適當性；三是理性的規範 ( *norme de raison* )，用以促使法之演進以及特別是回應民意的期待。相關論點十分精闢，但此分析架構稍顯繁複，本文採其結語中所指出的，公益容許最高行政法院「證立其所欲達到的結果，特別是當機械式地適用現行法則和訴訟審查的技術可能造成不同的解決方式」，並參酌其他文獻，重新歸整為二來討論。

會援引公益；相反地，當法官缺乏作成和說明裁判的法律要素時，公益成為求助的對象<sup>100</sup>。

首先，公益可謂是法官用來正當化其判斷的一個「理性的規範」。最高行政法院從未解釋公益，總是以扼要和幾乎是唸咒的方式宣告之，給人一種理所當然、合乎事物本質的印象。此種謹慎或可被理解為其不願承認自己取代行政機關、甚至是立法者的看法<sup>101</sup>。此一立場雖稱方便，卻不免使公益遭受「空泛」的批評<sup>102</sup>。我們無法藉由闡明相關裁判而獲得一個整體的公益定義，若經濟政策或環境保護符合公益，並不能因此決定應依附於此觀念上的內容。而公法學界一般也認為公益是一個無法定義、純然功能上的觀念<sup>103</sup>。然而，正因為公益在本質上就是一個不明確的觀念，只能依據具體情況來闡明，因此對法官而言，訴諸公益概念，反而蘊含著無限可能性。如同最高行政法院一九九九年報告所指出的，「此觀念的生命力正來自於我們無法賦予其一個嚴格和先定的定義。彈性是與公益這個觀念共存的，(公益)因而得依社會需求和社會所遭遇的新課題而演進」<sup>104</sup>。依Truchet教授之分析，正是此種不確定的、柔軟的、甚至籠統的特質，容許法官可以返回源頭，立基於此一公行動的傳統基礎，「倒退以求跳躍得更遠」；特別是在其面對其不習慣的事務而欠缺足夠的法律規範下，必須援引公益，否則只得放棄所有的審

---

<sup>100</sup> D. Truchet, *art. cit.*, p. 362 et pp. 364-365.

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 370.

<sup>102</sup> J.-M. Pontier, *op. cit.*, p. 333.

<sup>103</sup> Conseil d'Etat, *op. cit.*, pp. 305-306.

<sup>104</sup> *Ibid.*, p. 310.

查<sup>105</sup>。公益除了在傳統行政法的建構中扮演要角外，在與行政法交界的領域中，最高行政法院亦是透過公益而發展出調和行政法與競爭法、消費法、甚或勞動法的新判例<sup>106</sup>。

其次，對最高行政法院而言，公益還構成「度量的規範」，用以求取人民私益和社會公益之間的平衡。其實，行政法院很早即以公益作為行政行為違法的條件，如前所述，當行政行為追求與公益無關之目的時，構成濫用權力；惟其後，法官逐漸中止將公益優先視為是行政行為違法的原因，而使之主要成為行政行為合法的積極條件。因此，公益概念之運用，或為阻止行政機關的行動，或為了容許其介入，亦即，其功能可以是單純限制性的，也可以兼具誘導性的特質<sup>107</sup>。當現行法對法官而言太過薄弱或太過嚴格以致於無法回應現代社會之需求時，法官即不吝於援引公益。裁判中時常出現之「屬於行政機關所考慮之公益考量...」等用語即意味著，有權機關應依據公益來調整其評斷，其不能逾越之，但得在公益要求的範圍內盡情行動。在相關裁判中，公益經常與其他考量成雙成對，有些是事實上的，最常見的則是法律上的，主要涉及到基本自由和權利、或是一些已穩固建立的原則或法則<sup>108</sup>。例如，最高行政法院容許以此觀念限制表達自由的行使，即使某影片已經獲得主管部長之放映許可，負責市鎮秩序之市鎮長仍得基於公序而禁止其放映<sup>109</sup>，或在「投擲侏儒」的案件中，即便侏儒本身同意，但被授與警察權之機

---

<sup>105</sup> D. Truchet, *art. cit.*, p. 362, 374.

<sup>106</sup> A. Van Lang, *op. cit.*, pp. 1068-1069.

<sup>107</sup> G. Merland, *op. cit.*, pp. 8-9 et p. 75.

<sup>108</sup> D. Truchet, *art. cit.*, p. 363 et pp. 370-372.

<sup>109</sup> CE Sect. 18 décembre 1959, Société les Films Lutétia.

關，得禁止一個侵害人身尊嚴的節目<sup>110</sup>。在有關工商自由權方面，一開始也是由法官來調和其與公益間的關係，於此涉及到的是在社會需求不能藉由私人發起和單純市場法則獲得滿足時，承認公權力可以介入工業或商業性質之活動<sup>111</sup>。此外，在罷工權方面，法官在立法者的緘默下，在服務之繼續性（即公益要求）和罷工權之間進行調和<sup>112</sup>。另，判例長久以來承認得以公益為名而違反平等原則，亦即以公益作為不同法則適用於相似情況的依據<sup>113</sup>。

## （二）跨越審查類型和範圍

行政機關的行動餘地在相當程度內取決於法官實施的審查方式和範圍。但在實務上，公益容許法官超越精細區分的審查類別，以對行政機關的行為進行整體的判斷。如前所述，內部合法性的審查十分複雜，雖可歸納為濫用權力和違反法律兩種類型，但後者又區分為對於行為之內容、法律根據以及事實根據的審查，而事實根據的審查，除檢視行為是否立基於不正確之事實外，在一些情況下，法官還進一步檢視行為依案件之事實來看，是否被證立，亦即進行「定性」和「相當性」審查。其中相當性（即合比例性）審查前已詳述，至於本文肆之一已略為提及的定性問題，原先亦被認為是屬於行政裁量權的範圍，但自一九六〇年代最高行政法院發展出「明顯判斷錯誤」（*erreur manifeste d'appréciation*）之理論而深化實體審

---

<sup>110</sup> CE Ass. 27 octobre 1995, Ville de Morsang-sur-Orge et CE Ass. même jour, Ville d'Aix-en-Provence.

<sup>111</sup> CE Sect. 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers.

<sup>112</sup> CE Ass. 7 juillet 1950, Dehaene.

<sup>113</sup> 以上例子，參閱 Conseil d'Etat, *op. cit.*, pp. 290-305.

查後<sup>114</sup>，行政機關在判斷事實和法律要件之間的關係時，不得違犯嚴重的和顯著的錯誤。目前，除極少數完全缺乏定性審查的情形外<sup>115</sup>，定性審查還可區分為定性之有限審查（僅處罰明顯錯誤）<sup>116</sup>以及定性之完全審查（審查所有的錯誤）<sup>117</sup>。

面對如此繁瑣的審查方法和強度，公益容許法官超越這些審查類型以利於一個整體的判斷。除本文肆之一中已提及的權力濫用和違反法律之間部分的替代關係外，在違反法律的撤銷理由中，公益其實超越了事實根據和法律根據、明顯判斷錯誤和較嚴格意義的事實之法定性等精細的區分：決定某行為在個案的情況下是否符合公益，既屬於事實也屬於法律的範疇。因此，可發現法官在判定公益時，曾依附於事實之法定性、法錯誤、或是明顯判斷錯誤，且更經常自限於指出，行政機關所援引之公益考量是否「能夠合法地證立」系爭行為，就再也沒有說明了。而作為廢棄審法官，最高行政法院在審查事實審法官在公益方面所作的判斷時，雖不欲放棄其監督，但因為這些判斷太過整體，很難予以仔細分析，也只能在法錯誤、事實之法定性、或是快速認定上訴行政法院「已能合法地審理…」

<sup>114</sup> CE Sect. 15 février 1961, Lagrange.

<sup>115</sup> 完全缺乏定性審查，稱為「超低審查」（*contrôle minimorum*），在 1970 年代後失其重要性。在今天，考試和競試的評分仍屬此（CE 20 mars 1987, Gambus）。

<sup>116</sup> 有限審查適用於因威脅公序而驅逐外國人、由外部任命高級公務員、對公務員的考績評比、高度保安措施、技術領域中所作成之措施等。

<sup>117</sup> 例如，依據法律所訂之拒絕條件（損害古蹟之景色）而拒發建築許可，法官檢視地點是否構成古蹟景象且建物是否會對其造成損害。又公務員之行為是否構成過失、影片是否被定性為色情，亦屬於此類型。以上定性審查，參閱 P.-L. Frier et J. Petit, *op. cit.*, pp. 463-465.

之間擺盪。依Truchet 教授的分析，公益傳達出行政機關的選擇，判斷行政機關是否為公益行事，是來自於對行政機關選擇的整體肯定，法官不容易也沒必要延伸其分析。因此，即使法官表面上仍忠於繁瑣的審查類型，但在實際上，公益為其提供「一個珍貴的資源以平衡因過度造作而在該案中變得無用之……訴訟技術：當榔頭很好用時，為何要用解剖刀呢？」<sup>118</sup>

公益除容許法官跨越審查類型外，當法官認為有必要超越嚴格之合法性審查的範疇時，公益的援引亦可成為其擴權的依據。在本益分析所發源的經濟事務上，行政法院向來認為有關經濟事實的判斷，是屬於適當性的領域，故遲疑、甚至拒絕介入。前引*Ville nouvelle Est*判決的重要性即在於引進了功利主義式的論證，亦即，倘若活動容許補償其所引發的損失，將被視為是「最適的」(optimale)。因此，當某行政決定所產生之集體福利的盈餘足以補償損失，法官將肯定其合法性。自此，在經濟訴訟上，法官不再躲避在抽象的公益背後推定行為的合法性，而得參酌財務成本的經濟論據，對事實判斷進行具體的審查。此一取徑在法國是一大創新，但適用於行政法上，本益分析自然不能僅參酌經濟理性，還應納入公法固有的邏輯，亦即應計算活動所引發的「對社會層面之不利或對其他公益之侵害」的社會成本。由於社會成本比經濟成本難以量化，本益分析方法因此留給法官重要的判斷餘地，對此，學界不無批評，認為司法審查的觸手延伸到適當性領域中<sup>119</sup>。

---

<sup>118</sup> 以上分析，參閱 D. Truchet, *art. cit.*, pp. 366-367.

<sup>119</sup> J.-F. Calmette, « L'évolution de la prise en compte de l'analyse économique par le juge administratif », *Droit administratif*, juillet, 2006, n° 7, pp. 13-18.

此種質疑，在檢視行政機關是否為了某項公益而是侵害到另一項公益時，特別具正當性。前引一九七二年 *Société Civile Sainte-Marie-l'Assomption* 判決所開啟的衡量兩種公益的可能性，即倍受爭議，因為法官介入到行政行動的核心領域，至高地在數個公益間作選擇、在各個公益間建立優先順序。而二〇〇三年啟動的新類型判決，亦引發相同的反思。例如，當其確定某公共建物的摧毀不會對公共利益造成過度侵害時，法官其實是在不同公益間建立起位階（公共秩序、公共服務之基礎vs. 裁判之遵守），以判斷摧毀之適當性。於是在科學和客觀的外表下，公益之衡量或參酌，實容許法官跨越嚴格之合法性審查的阻礙<sup>120</sup>。惟應注意者，援引公益雖成為某種法官擴權的依據，卻不一定對行政機關造成不利影響。如果古典的本益分析是對行政行為之根據進行較嚴格的審查而使行政機關處於受威脅的狀態，第二類本益分析之運用則可減輕法則的制裁力，如不拆除違法的公共建物、拒絕消滅違法行為過去的效力等，亦即，透過公益之援引，得赦免或事後挽回原本違法的行為，由此

---

<sup>120</sup> Cf. C. Lavalie, *op. cit.*; A. Van Lang, *op. cit.*, pp. 1066-1068. 不過有學者認為法官介入到「後審判」階段並不令人訝異，因為行政法院職能的擴充，是以法律為後盾之整體演進中的一環，例如 1995 年 2 月 8 日法律賦予發布強制令之權力（*pouvoir d'injonction*）、2000 年 6 月 30 日法律明定緊急狀態下暫時措施等等。最高行政法院只是依循法律所意含的目的，力求其裁判容易被執行、避免其對法狀態有過度的動搖、並調和法院之效率和公益。但仍有學者認為法官自我賦予漫無限制的行動範圍、逕行將公益據為己有。F. Brenet, « Les réserves d'intérêt général », in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume, Le droit administratif: permanences et convergences*, 2007, p. 156.

來看，行政機關反而獲益良多<sup>121</sup>。

如同最高行政法院一九九九年報告所指出的，「公益是一個足茲運行的法律標準，即使不作為審查的規範，至少也是解釋的原則，可使法官依應有的目的來判斷行政機關的決定」<sup>122</sup>。作為判斷、衡量公法人行動的尺度，公益不但提供法官一項橫跨的原則來全面檢視行政行動，還容許其基於此一概念的靈活性以促成法的演進。雖然不乏學者質疑法官透過公益而擴大操作空間，但其職能的擴充其實只是在法律引導下整體演進中的一環。特別是為因應公益思潮演變下多元利益的並存以及其相互間可能發生的衝突，抽象地檢視行政行動是否符合公益，已不再足夠，必須針對組成該觀念之不同要求，決定何為特定情況下最適的解決方法。

### 伍、代結論：初探我國學說和實務有關公益之見解

公益和私益的對立是法國行政法建構的起點，然而國家的轉型、法秩序的多元化、新民主正當性的出現、市場的崛起等，都與起初的構思相衝突。在歐體法的推波助瀾下，公益和市場、公共服務和自由化之間不再對立，此外，國家管制而不統制，逐漸形成一個圍繞在多元和協商、比較屬於程序面而不是實質面的秩序。在此一新架構下，公益的功能並未改變，改變的是其形成和實現的方式。如果私益自此被視為輔助地參與公益，後者的超越性在合理的必要下續存，只是原先的抽象觀點被一個理性、具體、經評估、對話性

---

<sup>121</sup> A. Van Lang, *op. cit.*, p. 1068.

<sup>122</sup> Conseil d'Etat, *op. cit.*, p. 310.

的觀點所取代。而公益既成為複數利益間某種結合的結果，如何調和這些利益成為關鍵所在。對此，法國行政法院在憲法和法律的指引下，扮演著積極的角色。

如同本文貳所指出的，公益概念具有時間和空間上跨越文化的特徵。法國式公益觀點以及其對該國行政法的影響，雖有其歷史脈絡而無法作為放諸四海而皆準的標竿，卻無礙於我們反思時代演進下可能的交匯。惟如標題所示，本文是以法國法為對象，非旨在進行法我兩國的比較研究，故僅在最後承接前面的研究和思索，嘗試就有關公益的幾個一般性問題，對於我國學說和實務之見解<sup>123</sup>，提出初淺的描述和意見，深知仍有諸多錯漏或未能充分論證之處，盼有機會在來文再作補強。

### 一、判斷公益的標準

在法國，行政法學者多將公益的判斷標準建立在質的面向上。我國實務和學說向來的立場則有所不同。在我國行政法院裁判中，對於公益概念的詮釋，通常係以不特定多數人或社會一般人之利益為主軸（如最高行政法院七十年度判字第三五九號判決）。類此觀點，近來仍然維持，如在優惠存款案件中，法院在論述相關規則之法律保留密度時，是以「僅適用於特定族群」作為排除公益之認定（最高行政法院九十八年度判字第一〇七四號判決）<sup>124</sup>。依陳新民教授的分析，早期對於公益概念的見解是針對公益受益人的「數目

<sup>123</sup> 以下選取的裁判是以國內著作所援引和討論者為依據，再重新予以定位和評價，其中新近裁判特別是參閱臺中高等行政法院編印，行政法實務研究（第一冊），臺中高等行政法院（2010）。

<sup>124</sup> 就此觀察，參閱前揭註，頁 567-568。

（優勢）論」，然時過境遷，在今天，已轉由公益所追求之價值判斷的「質量論」所取代，換言之，公益的成立變成一斟酌、評判，是由不同方面考量產生之價值判斷後形成「最優先」的價值標準。而因為公益內容的價值是以憲法理念作為最高指導原則，只要是基於憲法或法律所承認之價值標準，即使受益人是少數，亦不失為公益<sup>125</sup>。國內公法學者不乏以德國學說為本，改以「社會成員利益交互影響後的理想狀態」來理解公益。如吳庚教授即將公益定義為「並非抽象的屬於統治團體或其中某一群人之利益，更非執政者、立法者或官僚體系本身之利益，亦非政治社會中各個成員利益之總和，而係各個成員之事實上利益，經由複雜交互影響過程所形成理想整合之狀態」<sup>126</sup>。此一見解與法國新近對公益的理解相仿。法國傳統上是以質的標準中的意志論取徑占優勢，至今未接受私益加總的公益概念，但強調以多元和程序取徑來形成公益。

我國學者所提出的新理念雖未全面扭轉、但已開始影響到實務對於公益的界定，ETC案即是例證。臺北高等行政法院九十四年度訴字第七五二號判決率先指出：所謂公益，「係指組成政治社會各分子事實上利益，經比較交互影響過程所形成之理想狀態總合而言（…）是以適用公益原則，必定經過利益比較及事件中各利益交互影響過程之探討」，最高行政法院九十五年度判字第一二三九號判決亦肯定此一見解。

---

<sup>125</sup> 陳新民，憲法學釋論，頁173，自版，修正六版（2008）；陳新民，前揭註8，頁134以下。

<sup>126</sup> 吳庚，前揭註2，頁68-69。

## 二、公益與私益的關係

在我國，不乏學者將公私益間的對立聯結到公益的數量論上，而認為公益的數量論也是公益和私益的對應論（衝突論）<sup>127</sup>。中高行在其大作中亦表示，「早期學界以公益及私益相對衝突的觀點，將公益以數量論，因而甚至出現『公益優於私益』的論點，惟此種古羅馬時代的思維，在民主法治的環境中不斷變遷的今日已遭駁斥」<sup>128</sup>。依本文貳之分析，公私益間的關係似乎與質之標準更為相關。惟無論如何，公私益間的對立是我國早期學界和實務界的普遍見解，而新近裁判亦流露出此意涵，如最高行政法院九十七年度裁字二七〇五號裁定指出，「公益性職權性事項，非與私益直接相關」。

如前所述，當代法國學說傾向於將公益呈現為公益和／或私益間某種結合的結果。我國學界現亦採相似的立場，如翁岳生教授即指出，「公共利益與私人利益並非完全處於對立的關係，有時兩者可以相得益彰，互蒙其利。不過，公益與私益有時也是相互對立，而無法彼此兼顧」<sup>129</sup>，因而否定公私益間之絕對衝突矛盾。陳新民教授則提出公益和私益的「併合論」，認為二者不會恆處於對立的衝突，並舉德國聯邦憲法法院所發展的公益的「相互效果理論」，主張公益考量並不排除對個人權利的充分保障<sup>130</sup>。最近實務中亦出現併合論的論點，如作成ETC判決的北高行第七庭，在針對有關電子遊

<sup>127</sup> 陳新民，前揭註 125，頁 173。

<sup>128</sup> 臺中高等行政法院編印，前揭註 123，頁 571。

<sup>129</sup> 翁岳生，行政的概念與種類，收錄於行政法（上），頁 11，元照出版公司，三版（2006）。

<sup>130</sup> 陳新民，前揭註 125，頁 173-175。

戲場業商業登記的案件中，再次援引吳庚教授的著作而指出：「又公益或可能與私益衝突，但亦有可能在維護公益之前提下同時保障私益。……公益與私益並非全然對立之命題，保障私益亦屬維護公益之一部分……」（台北高等行政法院九十四年度訴字第2977號判決）。

### 三、公益優於私益之思維

公益和私益非絕對對立，但當二者發生衝突時，應如何處理？最高行政法院八十三年度判字二〇三七號判決稱：「……當私益與公益有所牴觸時，應以保護公益為優先，原告在私有土地為私益之利用，……苟造成大多數人之不便或妨害，其私益即應有所節制」。最高行政法院八十九年度判字第三二六五號判決亦以公益優於私益作為審查的論據：「惟按諸行政法理，公益應優於私益之原則，授益處分……受益人……若因保有其既得權益，致現有法律秩序將因而遭受破壞…，即屬具有公益上之理由，有予撤銷之必要。」而新近裁判亦多有宣示公益優先原則者，如最高行政法院九十七年度判字第三三九號判決：「……財產權之……存續保障祇有在因公用或其他公益目的之必要，基於公益優先原則，由國家依法徵收而給予相當補償時，始由價值保障所取代。」

有關公益優於私益、團體優越於個體之主張，吳庚教授認為，這是我國傳統文化的特徵，要拋棄「犧牲小我完成大我」這類觀念，並不容易<sup>131</sup>。然如李建良教授於二十餘年前分析德國判例時即指出的，私益逐漸獲得重要地位，昔日被認為當然之公益優越性，已喪

---

<sup>131</sup> 吳庚，前揭註2，頁69-70。

失基礎，公益與私益究竟孰者為先，須經利益權衡方能論斷。因此，在多數情形下公益固然仍具較高位階，但法院在個案中應作規範性的理由說明，而非形式斷言或以假定代替理由<sup>132</sup>。法國法的發展與此觀察相符：公益雖未失去原有的優勢地位，但不能再事先包裹著正當性的外衣，而應論證反對其他正當利益的理由。我國新近裁判中亦流露此新思維，如前引臺北高等行政法院九十四年度訴字第二九九七七號判決即指出，「……公權力措施須符合公益，……在概念結構上係指公益關聯性，其真正意涵在於：強調行政機關之行為應為公益而服務，而非謂公益優先於私益」。而臺北高等行政法院九十八年度訴字第二〇五一號判決雖強調公益優先原則，但是在權衡法益下作成結論：對原告作成撤銷入出境許可，「係本於公益優於私益之原則，就國家安全及原告之實際情況等各種應考量之因素，予以綜合考量……」<sup>133</sup>。

#### 四、公益概念的司法審查

法國憲法委員會明確表示，立法者擁有必要之正當性來形成公益目的，行政機關的權限在於實施此等方針。我國學者亦認為立法者在形成公益上具有優先權。陳愛娥教授引述德國學說指出，公益的界定涉及的是誰有權依何種程序決定何謂公益的問題，而在具體化公益內涵的過程中，既須考量事件涉及的諸多因素且權衡其背後

<sup>132</sup> 李建良，前揭註 1，頁 172-174。

<sup>133</sup> 中高行指出，此判決理由係立於狹義比例原則之衡量觀點，因此，公益優先於私益原則並非審查之工具，故無涉公權力至上之觀點。參閱臺中高等行政法院編印，前揭註 123，頁 603。

不同利益的輕重，應認為立法者就此享有具體化的優先權<sup>134</sup>。換言之，先由立法者為公公益調和，行政部門再依法行政<sup>135</sup>。不過有問題的是，法律中經常直接使用「公益」等不確定概念，立法者是否透過此種用語而賦予行政機關決定公益的權限？依現行通說，公益為一法律概念，非行政機關所得恣意判斷，須受司法制約<sup>136</sup>。

有關不確定法律概念之判斷，我國學界認為此判斷係屬大前提涵攝是否正確的問題，原則上應受司法審查；惟當涉及行政機關專業之認知和能力時，除非其判斷明顯有悖於經驗法則或其使用明顯不正確的工具或方法，否則法院應予以尊重而限縮其審查，謂之「不確定法律概念之判斷餘地」<sup>137</sup>。我國行政法院現已接受此一思維，並發展出一套論證模式<sup>138</sup>。而就公益概念而言，較早期的裁判似乎經常將此概念的審查與裁量權之行使相混淆，而有拒予審查的情形<sup>139</sup>。較近的最高行政法院九〇年度判字第 2264 號判決較清楚地說明不確定法律概念，但認為其解釋和適用優先屬於行政機關的權限：漁業法第二十九條第一項第八款之「『公共利益』為不確定法律概念，行政機關將抽象之不確定概念經由解釋而具體化的適用於特定事實關係，應認為行政機關有相當之判斷餘地。」而臺北高等行政法院九十四年度訴字第 2977 號判決，雖仍未清楚界定判斷

<sup>134</sup> 陳愛娥，法律原則的具體化與權限分配秩序－評最高行政法院九十五年年度判字第一二三九號判決，月旦法學雜誌，第一三八期，頁 15（2006）。

<sup>135</sup> 翁岳生，前揭註 129，頁 11。

<sup>136</sup> 參閱李建良，前揭註 1，頁 226 以下。

<sup>137</sup> 參閱李惠宗，前揭註 4，頁 145 以下。

<sup>138</sup> 最高行政法院 99 年度判字第 30 號判決參照。

<sup>139</sup> 行政法院 81 年度判字第 2506 號判決參照。

餘地和行政裁量，但就何種事態屬於公益，是否涵攝正確，則進行詳實的審查：「以本件而論，諸如業者將來採取之營業規模、動線規劃、營業時間、機臺種類等等可能與顧客人數、秩序、娛樂效果有所影響……。又本件申請案經被告會請其他相關單位表示意見……是否仍有影響於公共利益之慮，均應於作成處分前予以調查及審酌。原處分就上開各節未予調查，……自難認其逕為否准處分為合法。」此一立場，值得肯定。在法國，即使是最低審查，法院可得檢視之範圍亦包括事實之定性是否有明顯的判斷錯誤，與我國學說和實務所接受之有判斷餘地可資審查的範圍似乎相當。

### 五、公益原則的拘束力

在法國，公益對法官而言，構成法律的補充或替代，法院經常藉由闡明文本中默示的意思而自行「引發」公益標準、甚至容許以公益所代表的上位目的來證立對於權利和自由的限制。我國行政程序法中並未明定公益原則，但多數學者似傾向於將其納入行政法的一般原則<sup>140</sup>。學界對於此一原則，較少論述且有所保留，但實務在「於法無據」下，言及公益或直指公益原則者甚多。例如，在有關違法授益處分之撤銷與否的問題上，最高行政法院於七十一年度判字第三二三號判決即曾指出「應權衡公益上之必要，第有無此必要」。而最高行政法院八十三年度判字第二〇三七號則明示：「公益原則為行政法上之重要原則」。此外，依趨於統一之見解，行政法院在採較低的審查密度時，其可資審查之情形包括「行政機關之判斷，是否違反相關法治國家應遵守之原理原則，

<sup>140</sup> 如李惠宗，前揭註 4，頁 126；吳庚，前揭註 2，頁 68；陳愛娥，前揭註 134，頁 13-14；陳清秀，行政法的法源，收錄於行政法（上），頁 138，元照出版公司，三版（2006）；李建良，前揭註 1，頁 94 以下。

如平等原則、公益原則等」<sup>141</sup>，依此，公益原則不但是行政機關判斷（不確定法律概念）時應遵守的原則，且是法治國家應遵守的原理原則。

其實，我國行政判例很早即承認行政機關在法無明文時，得依據「公益」來發動行政權<sup>142</sup>。行政既是追求公益的國家作用，若非屬法律保留之事項，行政機關本有相當的自由性，稱為「廣義之行政裁量」，涉此，司法權當予以尊重。至於「狹義的行政裁量」，是指行政經法律之授權，於法律之構成要件實現時，得決定是否發生或發生何種法律效果<sup>143</sup>。對於此權限之行使，我國實務通常並不審查其是否合於公益。如最高行政法院三十一年判字第六十二號判例謂，「主管行政機關為謀公共利益起見，於不違背現行法規範圍以內，當然有自由裁量之權。其裁量縱有錯誤亦僅為公益上之不當，不發生違法損害權利問題……」。而學者亦有認為「公益原則可直接作為『行政裁量』之依據，且其判斷係行政機關之裁量範圍，不在行政法院審查範圍之內」<sup>144</sup>。

行政裁量是否合於公益原則不受法院審查嗎？此一問題與行政裁量本身是否受司法審查、其審查範圍如何，直接相關。對此，早年學說曾有爭論，目前則公認行政裁量並非完全自由，須受到「法」

<sup>141</sup> 最高行政法院 99 年度判字第 30 號判決參照。

<sup>142</sup> 如行政法院 22 年判字第 3 號判例：「關於公共河川水利之規劃工作之設施，主管行政機關為增進公共利益起見，於不違反現行法規範圍以內，自得為適當之處置」；最高行政法院 31 年判字第 48 號判例：「行政官署為維持人民公共利益，對於特定事件在其職權範圍內，自可為一定之處置。」轉引自李建良，前揭註 1，頁 203 以下。

<sup>143</sup> 有關廣義和狹義的行政裁量，參閱吳庚，前揭註 2，頁 127。

<sup>144</sup> 李惠宗，前揭註 4，頁 127。

與「法律」的拘束。依行政程序法第十條和行政訴訟法第四條第二項之規定，裁量除不能逾越法律規定之範圍，內部之動機亦受限制，亦即不得以與立法目的無涉之要素作為裁量的基礎，且違背一般原則（如平等原則、比例原則等），通常亦認為屬裁量之濫用<sup>145</sup>。基此，若接受公益原則屬於行政法之一般原則、甚至是法治國家的原理原則，理當認為行政裁量亦受公益原則之拘束，因此，當行政機關之裁量不符合公益，涉及的是「違法」而非「不當」的問題，行政法院自得介入<sup>146</sup>。此一見解體現在新近的裁判中，例如在ETC案中法院即是依職權援引公益原則作為違法的論據。

## 六、公益原則的適用

作為行政法之一般原則，公益原則具備一般原則的特性。首先涉及的是抽象性、富價值判斷之色彩，故在運用上應力求具體化、系統化，勿使其因內容之不確定而流於浮濫、空洞；其次涉及的是補充性，其應於成文法發生齟齬、不足或闕漏時，始有發揮餘地。總之，援引公益原則必須謹慎，才不會破壞法秩序。在實務上，公益原則是判解中引用頻率最高的原則之一，但過去行政法院於適用

---

<sup>145</sup> 參閱李惠宗，前揭註 4，頁 135-136；吳庚，前揭註 2，頁 121-122；陳敏，行政法總論，頁 186 以下，自版，五版（2007）。

<sup>146</sup> 相同意見，參閱李建良，前揭註 1，頁 219-224。該書並於頁 237 以下指出，在授與行政機關裁量權之法規中，有許多係以公益或相近觀念為其構成要件，此種法律條文中將公益概念與行政裁量權明文結合的情形，德國學說稱之為「聯結式規定」或「混合構成要件」。在此種情形下，公益概念與行政裁量之間的關係更加複雜，蓋行政機關在行使裁量權時，往往引用公益做為判斷的基礎，如今，法律之構成要件中多出了公益之要件，此二者是否為同一之公益或應做不同解釋，無法遽下判斷。

此一原則時，並未就其內容進一步具體化，有「避向概括條款」之嫌<sup>147</sup>。近年來，法制漸趨完備，凡事逕以公益之名來處理的情形似乎不再，另一方面，公益原則之具體化雖未竟全功，但法官在一些個案中傳達出其跳脫抽象審查的意圖。如最高行政法院八十三年度判字第一八八一號判決認為：「乃再審原告僅憑『為維護該校師生之健康與安全、及顧及社區公益』等空泛理由，而未具體指出……對公益帶來何等重大危害，致有予以防止或除去之必要……，是否悉符廢止合法授益處分之法理，非無研究之餘地。」

而在ETC案中，最高行政法院九十五年度判字第一二三九號判決除重採台北高等行政法院九十四年度訴字第七五二號判決所賦予公益之新意涵外，基本上亦依循其論理，具體指摘協商程序如何有違公益原則。行政法院在此案中所進行的具體審查，值得肯定。針對此案中公益原則的適用，學界已有充分討論，此處僅指出，本文基本上贊同陳英鈴教授的見解而認為：本案屬於構成要件上透過不確定法律概念（「最優申請人」、「次優申請人」）賦予招商機關判斷餘地，且於法律效果上賦予招商機關裁量空間的混合構成要件；但此項定性的爭議並不影響行政法院對於本案的審查密度，亦即，類此複雜決策程序，行政機關擁有判斷餘地與裁量權力，行政法院僅能做有限的審查，但其決定是否考量公益，仍屬行政法院審查的範圍<sup>148</sup>。在法國，特別是在經濟事務上，傳統的裁判方式是以形式審查優先於實質審查，且法官經常躲避在公益背後推定行政行為的合法性，但近來亦朝向較為積極而具體的審查方向發展。

---

<sup>147</sup> 李建良，前揭註1，頁97-98。

<sup>148</sup> 陳英鈴，行政法院作行政程序的守護神－評台北高等行政法院對ETC案裁判，月旦法學雜誌，第一三二期，頁159（2006）。

## 七、比例原則的適用

我國學界和實務界已逐漸肯認公益與私益並非絕對對立，且公益並非當然優於私益。為了平衡多元利益間可能的衝突，適用法律者在適用不確定概念或作成裁量決定時，應就公益與私益（或公益）作平衡考量。而此一衡量如涉及目的與手段關係時，實為比例原則的展現：行政機關欲以公益之名干涉人民之自由權利時，須確定其行為所欲保護之利益為公益，並判斷此一侵害能夠促成該公益的實現；其次應在多數可達成公益的手段中，選擇侵害最小者；最後，所侵害的利益與所欲保護的公益之間，要合乎一定比例<sup>149</sup>。

觀諸行政法院有關公益之裁判，有諸多明言利益權衡或比例原則者<sup>150</sup>，而在土地徵收問題上，比例原則的適用格外具有意義。蓋公益徵收是以犧牲私有財產，藉此達成一個具體的、急迫的「公益需求」，因此，唯有在最不得已的情況下，方許為之<sup>151</sup>。不但土地徵收條例第三條和土地法第二〇八條明定：「徵收之範圍，應以其事業所必需者為限」，土地法施行法第四十九條亦規定：「徵收土地於不妨礙徵收目的之範圍內，應就損失最少之地方為之……」。而司法院大法官釋字第四〇九號解釋文亦指出，「……並非謂合於上述（土地法第二〇八條）目的及用途者，即可任意實施徵收，仍應受土地

<sup>149</sup> 參閱臺中高等行政法院編印，前揭註 123，頁 583 以下。

<sup>150</sup> 最高行政法院 90 年度判字第 2264 號判決、91 年度判字第 1653 號判決參照。

<sup>151</sup> 陳新民，公益徵收的目的，收錄於憲法基本權利之基本理論（上），頁 384-385，三民書局（1990）；陳新民，前揭註 125，頁 313-314。

法相關規定及土地法施行法第四十九條比例原則之限制」，司法院大法官釋字第四二五號解釋再明示：「規定此項徵收及其程序之法律必須符合必要性原則」。因此，公益如得以其他方式達成，即無須徵收，而徵收範圍亦以必要者為限。無論是違反徵收計畫之公益必要性，或是違反徵收方式及範圍之必要性，均屬違法，得提起行政爭訟<sup>152</sup>

人民雖可以提起訴訟，但行政法院多以需地機關之使用目的屬於法條所列之公共事業所需，即認為符合徵收之條件，並未進一步審酌徵收目的是否確為該公共事業所需，以及該公共事業是否確實具備公共利益<sup>153</sup>。誠如陳新民教授所指出的，實務界迄今未見到否認徵收計畫之「公益性欠缺」的案例，可見要透過法院「制止」徵收計畫，委實不易。為求保障被徵收者的權利，法院轉而進行有無經過「認真的協議價購」程序、有無可予財產權人「較小之損害」的方式存在、徵收的補償是否公正等補救性審查<sup>154</sup>。司法審查成效不彰，或許是基於計畫的專業性及對行政裁量權的尊重，但徵收不僅剝奪人民的財產權，甚至影響其生存權與工作權，是以抽象的公益要求並不足夠。司法院大法官釋字第四〇九號解釋理由書中早已明指：「徵收土地對人民財產權發生嚴重影響，舉凡徵收土地之各項要件及應踐行之程序，法律規定應不厭其詳。有關徵收目的及用途之明確具體、衡量公益之標準以及徵收急迫性因素等，均應由法律予以明定，俾行政主管機關處理徵收事件及司法機關為適法性審查有所依據。」惟針對大法

<sup>152</sup> 陳敏，前揭註 145，頁 1194-1195。

<sup>153</sup> 參閱張嘉紋，我國土地徵收法制之探討－以行政法院裁判為中心，頁 42 以下，政治大學地政研究所碩士論文（2001）。

<sup>154</sup> 陳新民，前揭註 125，頁 313-314；陳新民，前揭註 151，頁 382-383。

官所要求的檢討修改，土地徵收條例的規定仍難謂已符合此意旨。

本文以為，在面對徵收浮濫而依舊缺乏明確立法、尚未建置充分的民主參與管道以形成公益之共識的情況下，行政法院作為司法權的一環，應有足夠的正當性不再滿足於公正補償的下游問題，而於個案中切實發揮權利救濟之功能，直接運用比例原則，對公益徵收之認定，進行實質的合法性審查，甚至超越必要性而進入到狹義比例原則的審查。在法國，行政法院即是在徵收問題上發展出審查強度最大的本益分析方法，且此審查不限於「利益」和「損害」的比較，更及於「成本」和「效益」的分析。雖然透過此一管道而被撤銷的案件不多，但極具勸阻和教示的作用，堪為借鏡<sup>155</sup>。

綜上，在學說影響下，我國行政法院相關裁判中似亦透露出一些彼此相關的訊息，包括：判斷公益的標準，從「數量論」朝向「質量論」；在公益與私益間的關係上，從「對立」到「併合」；在公益相對於私益的優越性上，從「理所當然」到「要求說理」；在公益概念的司法審查上，從「否定」到「肯定」；在行政裁量上，不僅不能免於公益之「考量」，且受到公益原則的「拘束」；作為的審查基準，公益原則的審查從「抽象」走向「具體」；最後，公益之援用受到比例原則的限制。這些發展跡象大致與法國學說的立場以及其實務和法制面的演進趨近，但不容否認，其中有些仍不免流於形式或僅在起步階段，日後是否普及和落實到整體裁判上，尚待觀察。

---

<sup>155</sup> M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, *op. cit.*, pp. 649-650.

## 參考文獻

### 書籍

- 吳庚，行政法之理論與實用，自版，增訂十版（2007）。
- 李建良，從公法之觀點論公益之概念與原則，中興大學法商學院法律研究所碩士論文（1986）。
- 李惠宗，行政法要義，元照出版社，三版（2007）。
- 陳敏，行政法總論，自版，五版（2007）。
- 陳新民，憲法學釋論，自版，修正六版（2008）。
- 張嘉紋，我國土地徵收法制之探討－以行政法院裁判為中心，政治大學地政研究所碩士論文（2001）。
- 臺中高等行政法院編印，行政法實務研究（第一冊），臺中高等行政法院（2010）。
- Chevallier (J.), *L'Etat post-moderne*, LGDJ, 2004.
- Clamour (G.), *Intérêt général et concurrence*, Dalloz, 2006.
- Conseil d'Etat, *Rapport public 1999 L'intérêt général*, La documentation française, 1999.
- De Laubadère (A.), Venezia (J.-C.) et Gaudemet (Y.), *Traité de droit administratif*, tome I, LGDJ, 2004.
- Frier (P.-L.) et Petit (J.), *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 2006.
- Hubrecht (H.-G.), *Droit public économique*, Dalloz, 1997.
- Jèze (G.), *Les principes généraux du droit administratif*, tome II, Giard, 1930.

- Long (M.), Weil (P.), Braibant (G.), Delvolvé (P.) et Genevois (B.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 1999.
- Mekki (M.), *L'intérêt général et le contrat. Contribution à l'étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004.
- Merland (G.), *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2004.
- Nickinski (S.), *Droit public de la concurrence*, LGDJ, 2005.
- Odent (R.), *Contentieux administratif*, tome I, Dalloz, 2007.
- Rangeon (F.), *L'idéologie de l'intérêt général*, Economica, 1986.
- Rivero (J.) et Waline (J.), *Droit administratif*, Dalloz, 1998.
- Truchet (D.), *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, LGDJ, 1977.
- Vimbert (C.), *La tradition républicaine en droit public français*, LGDJ, 1992.
- Zoller (E.), *Introduction au droit public*, Dalloz, 2006.

### 期刊文獻

- 陳英鈴，行政法院作行政程序的守護神－評台北高等行政法院對 ETC 案裁判，月旦法學雜誌，第一三二期，頁 151-164 (2006)。
- 陳愛娥，法律原則的具體化與權限分配秩序－評最高行政法院九十五年判字第一二二九號判決，月旦法學雜誌，第一三八期，頁 5-16 (2006)。
- Ballandras-Rozet (C.), « Réflexions sur la dimension morale du détournement de pouvoir », *AJDA*, 2007, pp. 2236-2242.
- Caillosse (J.), « Le droit administratif français saisi par la concurrence ? »,

*AJDA*, 2000, pp. 99-103.

Calmette (J.-F.), « L'évolution de la prise en compte de l'analyse économique par le juge administratif », *Droit administratif*, juillet 2006, n° 7, pp. 13-18.

Denis (B.), « Avant-propos », *L'intérêt général à l'épreuve du pluralisme, Problèmes politiques et sociaux*, 2008, n° 946, pp. 4-10.

Geneste (B.), « Service public et concurrence : publicisation du droit français et droit communautaire », *D. Aff.*, 1997, n° 44, p. 1446.

Gheza (M.), « L'expropriation à l'épreuve de ses juges », *Semaines Juridiques-Administrations et Collectivités territoriales*, 14 septembre, 2009, n° 38, pp. 45-48.

Hostiou (R.), « Nature et portée du contrôle exercé par le juge administratif sur la légalité des décisions administratives complexes », *Petites affiches*, 27 juin, 2001, n°127, p. 8-14.

Lavialle (C.), « Note CE Sect. 29 janvier 2003, Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Cne de Clans », *RFDA*, 2003, pp. 484-490.

Melleray (F.), « L'exorbitance du droit administratif en question(s) »,

*AJDA*, 2003, pp.1961-1965.

Pontier (J.-M.), « L'intérêt général existe-t-il encore ? », *D.*, 1998, pp. 327-333.

Richer (L.), « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », *AJDA*, 2003, pp. 973-975.

**專書論文**

翁岳生，行政的概念與種類，收錄於行政法（上），頁 1-29，元照出版公司，三版（2006）。

陳清秀，行政法的法源，收錄於行政法（上），頁 95-144，元照出版公司，三版（2006）。

陳新民，公共利益的概念，收錄於憲法基本權利之基本理論（上），頁 129-180，三民書局（1990）。

陳新民，公益徵收的目的，收錄於憲法基本權利之基本理論（上），頁 355-386，三民書局（1990）。

Auby (J.-B.), « Le rôle de la distinction du droit public et du droit privé dans le droit français », in Auby (J.-B.) et Freedland (M.) (dir.), *La distinction du droit public et du droit privé : regards français et britanniques*, 2004, pp. 19-27.

Brenet (F.), « Les réserves d'intérêt général », in Mélanges en l'honneur de Jean- François Lachaume, *Le droit administratif : permanences et convergences*, Dalloz, 2007, pp. 139-163.

Chevallier (J.), « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », in CURAPP, *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, 1978, pp. 11-45.

Schoettl (J.-E.), « Intérêt général et Constitution », in Conseil d'Etat, *Rapport public 1999 L'intérêt général*, 1999, pp. 375-386.

Truchet (D.), « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat : retour aux sources et équilibre », in Conseil d'Etat, *Rapport public 1999 L'intérêt général*, 1999, pp. 361-374.

Van Lang (A.), « De l'usage du bilan dans l'après-jugement », in Mélanges en l'honneur de Jean- François Lachaume, *Le droit administratif : permanences et convergences.*, Dalloz, 2007, pp. 1052-1081.

中原財經法學

## 摘要

公共利益是行政法上的重要觀念。在我國實務上，行政法院即經常援引公益之理由、甚或「公益優於私益」之原則作為判決的依據。對此一典型之不確定法律概念的適用，學界多有批評，而公益當然優先於私益之正當性更受到質疑。近些年來，公益概念在法國亦遭逢挑戰。法國行政法的建構是始自於公益和私益之間的對立，國家之所以擁有不同於普通法的行政法以及有別於普通法院的行政法院，其所傳達出的信念即是：即便有些私法手段可能與公益吻合，公益也不能完全由私法來效勞。公益與行政法的關係如此密切，伴隨著公益概念的危機，法國傳統行政法的基石亦隨之動搖，而不得不進行必要的改革。本研究旨在透過法國學說的討論以及其法制的演進來豐富視野，並藉以反思我國學說和實務有關公益之見解。

## **The Concept of Public Interest in French Administrative Law**

**Pi-Fang Wang**

### **Abstract**

The concept of the public interest is an essential notion in administrative law. In Taiwan, while the administrative courts constantly invoke the concept of public interest and the principle of public interest prevailing over private interest in the judgments, such an application of this general notion has long been subject to criticism from academics. Likewise in recent decades, the concept of public interest has also been questioned in France. The basic structure of French administrative law is premised on the distinction between public interest and private interest, which embodies a fundamental belief that the fulfillment of public interest should be achieved mainly by means of public law; private law means, even though it may serve some public interest, should not be relied on to protect the public interest. It is this belief that leads to the separation of administrative law from the law in general and of the administrative court from the ordinary court. In this light, the questioning of the concept of public interest may be considered a challenge to the fundamentals of French administrative law, which in turn has the potential of calling for the necessary reform of the

whole system. This study focuses on the evolution of the concept of the public interest in French administrative law, and in this light, serves to broaden our horizons in reviewing the relevant views on the concept of public interest expressed in the academic communities and by the administrative courts in Taiwan.

Keywords: public interest, private interest, French administrative law

中原財經法學