

論經濟行政法上之競爭者訴訟

詹 鎮 榮*

要 目

- | | |
|--------------------------|--------------------------|
| 壹、問題之提出 | (一)保護規範理論之內涵及應用困境 |
| 貳、競爭者訴訟之概念及類型 | (二)行政法院裁判之操作模式 |
| 一、概念說明 | 三、保護規範理論在多邊衝突關係下之操作新模型 |
| (一)競爭關係之存在 | (一)基本權解釋取向之保護規範理論 |
| (二)行政權之介入 | (二)衝突調和公式 |
| (三)競爭者權利救濟之手段 | (三)啟示及導入我國之思考 |
| 二、類 型 | 四、基本權作為競爭者訴訟原告訴訟權能之直接來源？ |
| (一)傳統三分法 | (一)主觀公權利之雙重依賴性 |
| (二)其他分類方式 | (二)競爭自由作為競爭者之基本權 |
| (三)小 結 | 肆、不服國家經濟活動之競爭者訴訟 |
| 參、競爭者訴訟「訴訟權能」認定基準之檢討及發展 | 一、國家自為經濟活動本身作為競爭自由之「侵害」？ |
| 一、第三人訴訟之訴訟權能概述 | |
| 二、保護規範理論在行政法院競爭者訴訟中之應用現況 | |

DOI : 10.3966/102398202013040132006

* 政治大學法律學系教授，德國科隆大學法學博士。作者由衷感謝匿名審稿人惠賜寶貴意見，惟文責仍由作者自負，理所當然。

投稿日期：一〇一年二月三日；接受刊登日期：一〇一年五月十七日

責任校對：林綠貞

二、德國各邦地方自治法上之「限制三支柱」規定	(一)二〇〇二年以前之法院見解	(二)二〇〇二年以後之法院見解
		三、對我國之啟示
		伍、結 論

摘 要

競爭者訴訟係指「一種藉助於法院之權利救濟途徑，以達影響行政機關所為分配決定或歷程之法律制度」，在體系上被劃歸為「第三人訴訟」之一種次類型。在行政任務私人化、解除管制、開放市場、引進競爭機制等現代行政革新風潮推波助瀾下，競爭者訴訟在經濟行政法領域之應用有日益擴張之趨勢。我國行政法院裁判實務及行政法學說向來雖以「保護規範理論」作為第三人是否具有訴訟權能之判準，然將此等以「個人—國家」垂直對立雙邊行政法律關係為建構基礎之理論，適用在經濟行政法「私人—私人—國家」水平及垂直交錯之多邊衝突行政法律關係架構上，顯然格格不入、難以操作。就此，德國學界晚近針對多邊衝突行政法律關係特別發展出之保護規範理論操作公式，於判斷原告有無競爭者訴訟之訴訟權能時，即頗值我國行政法理論及實務借鏡。

人民得否提起國庫防禦訴訟，請求法院判令國家終止具競爭影響性之經濟活動，亦屬研究經濟行政法上競爭者訴訟之重要課題。對此問題，德國聯邦行政法院裁判基本上乃呈現出由否定轉至肯定之發展趨勢。我國截至目前為止之訴訟實務雖尚無國庫防禦訴訟裁判之作成，但在公營事業紛紛導入企業化經營模式，並日趨以追求營利為事業目的之現今發展脈絡下，德國法院填補私人競爭者權利救濟缺漏之積極作法，對我國深具啟發性，值供行政法學理及實務參酌。

關鍵字：競爭者訴訟、第三人訴訟、訴訟權能、主觀公權利、保護規範理論、衝突調和公式、競爭自由、公營事業、公經濟活動限制三支柱

壹、問題之提出

國家資源之爭取，幾為現代人民均須面對之生活現實。尤其，在國家基於組織本質或是透過法令，獨占性地掌握特定資源之情形下，人民欲獲致該資源，更是除向國家申請授予或發放外，別無二途。倘若國家資源充分，且無排除發放給人民之其他政策因素考量時，則人民一旦提出符合要件之申請，通常即可獲得行政機關之授益許可。反之，當需求過於供給時，國家囿於資源有限性之現實因素，抑或基於落實特定政策之考量，往往不得不採取「分配決定」（*Verteilungsbescheid*）之管制手段，以選擇授予利益之對象¹。此際，複數之資源爭取者彼此間即立於一利益衝突之競爭地位，並與作成分配決定之行政機關間形成一多邊之行政法律關係。此等私人利益衝突之現象，理論上可存在於任何以「競爭」（*Wettbewerb*）為規範結構要素之行政專法領域中。例如公務員法、媒體法、教育法、稅捐法、政府採購法以及經濟行政法等，皆有此等根植於規範對象間競爭關係之相關分配規定。倘若資源競爭者因行政機關之分配決定而遭受到權利侵害者，其在行政爭訟法制上即有所謂的「競爭者訴訟」（*Konkurrentenklagen*）機制可資利用，以排除不法侵害或是積極實現其權利。其中，在我國行政爭訟實務上，競爭者訴訟最廣受應用者，又以公務員法與經濟行政法兩領域居首。前者所涉及者，乃為國家公務人員有限員額之人事資源爭取及分配問

¹ Vgl. Kupfer, Die Verteilung knapper Ressourcen im Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2005, S. 117 ff.; Wollenschläger, Verteilungsverfahren. Die staatliche Verteilung knapper Güter: verfassungs- und unionsrechtlicher Rahmen, Verfahren im Fachrecht, bereichsspezifische verwaltungsrechtliche Typen- und Systembildung, 2010.

題²。至於後者，通常則是牽涉到「市場進入權」（Marktzugangsrecht）及「經濟輔助」（Subvention）等經濟行政上資源爭取及分配所衍生之爭議問題。例如競爭同業因不服主管機關對於特定頻率廣播電臺設立執照所為之分配決定而提起之行政訴訟³，或是不服行政機關對於其他同業競爭者發放補助金導致其遭受競爭不利益所提起之行政訴訟等。

有鑑於競爭者訴訟之提起乃以競爭關係之存在為前提，故在現代行政任務私人化及管制革新風潮的推波助瀾下，競爭者訴訟於經濟行政法領域之適用可能性乃大幅擴張。蓋若干傳統立於國家行政獨占下之公共服務，近年來紛紛去獨占化，甚而完全私人化，任務屬性隨之由給付行政質變為私經濟活動。從而，自由市場經濟體制下之競爭機制被導入此等經濟活動領域。私經濟主體間於該特定市場內立於營業上之競爭關係，遂成為可能。例如電信服務之私部門化及非通訊性質郵件與包裹遞送之去獨占化，即創設了具競爭性質之電信服務市場及郵遞市場。國家對於此等甫導入競爭機制之私經濟領域所進行之管制措施，若涉及競爭同業間之有限資源分配、義務負擔不對稱，或是利益分配不平均等，即可能導致受不利益或未獲利益之競爭同業減損在市場上之競爭地位，進而經濟上之競爭自由遭受到公權力行為之侵害。在此情形下，經濟行政法上之競爭者

² 有鑑於公務員法上之「職務安定原則」（Prinzip der Ämterstabilität），故在公務員法上之競爭者訴訟部分，向來存有競爭者權益保障與已取得職位公務員之職務安定間如何權衡之特殊爭議問題。參見劉建宏，公務員法上之競爭訴訟與訴訟參加——兼論暫時權利保護程序中之法律救濟途徑，載：基本人權保障與行政救濟途徑，頁210以下，2007年；程明修，職務安定原則，月旦法學教室，39期，頁32-33，2006年1月；關於德國聯邦行政法院裁判上之最新發展，可參見Schenke, Neuestes zur Konkurrentenklage, NVwZ 2011, S. 321 ff.

³ 參見臺北高等行政法院91年度訴字第498號判決（廣播電臺籌設許可案）。

訴訟即為競爭同業捍衛或爭取經濟基本權之重要法律工具。行政法院先前所作成之一系列所謂的「高速公路電子收費系統BOT案裁判」，即屬適例⁴。在此脈絡下，「競爭者訴訟」可謂為民營化結果法在行政爭訟面向上之映像。

競爭者訴訟於經濟行政法領域之意義及運用，雖如上述，有日益擴增之趨勢。然由於競爭者訴訟多由經濟上授益行政處分相對人以外之其他競爭同業所提起，涉及所謂「第三人訴訟」（Drittklage）類型。是以，競爭者應選擇何種正確訴訟類型（Klageart），及其是否具有訴訟權能（Klagebefugnis），厥為競爭者訴訟最具關鍵之爭議問題⁵。對此，目前學界及實務見解仍未盡一致。我國行政法院向來之裁判，更是趨向於保守之立場。例如改制前行政法院七十五年判字第三六二號判例雖肯定撤銷訴訟之原告「包括利害關係人而非專以受處分人為限」，但「所謂利害關係乃指法律上之利害關係而言，不包括事實上之利害關係而言。」準此，若僅為經濟上、情感上或其他之關係，則不在其列。「故競爭同業身分或消費者，其關係乃經濟上之利害關係，不具有提起爭訟之權能」⁶。此等見解作為通案性法則是否妥適，從憲法保障人民競爭自由以及保護規範理論之觀點，非無商榷之餘地。基此，本文擬盱衡經濟行政法之法領域特殊性，以及國家與私經濟主體間「多邊而複雜競爭及管制關係」之基礎上，嘗試體系化與類型化競爭者訴訟在經濟行政法領域之適用性。尤其在訴訟權能之實體裁判要件

⁴ 參見臺北高等行政法院93年度訴字第2157號判決、94年度停字第122號裁定、94年度訴字第752號判決，以及最高行政法院95年度判字第1239號判決。

⁵ 參見林明昕，論ETC案中之行政爭訟問題——以暫時權利保護為中心，台灣本土法學雜誌，82期，頁227，2006年5月。

⁶ 相同見解，臺中高等行政法院94年度訴字第592號判決及最高行政法院96年度判字第1904號判決亦可參照。

有無具備之判斷上，嘗試細膩化保護規範理論之操作，並且思考以憲法所保障之競爭自由作為人民主觀公權利直接法源依據之法理正當性及實務操作可行性，俾使競爭者之訴訟基本權得以獲得極大化之保障，同時亦使競爭者訴訟制度得以妥適回應現代民營化與公私協力行政革新風潮，不致於使人民因市場開放及自由競爭機制之導入，反而遭受到「有權利、無救濟」之權利救濟上風險。

貳、競爭者訴訟之概念及類型

一、概念說明

競爭者訴訟非如同撤銷訴訟及課予義務訴訟般，為行政訴訟法上所明文列舉之法定訴訟類型。其毋寧僅為一學說上之用語，旨在作為描述原告本於競爭者之身分而認為權利或法律上之利益遭受到國家公權力侵害時，向行政法院提起訴訟之一種法律救濟機制。根據學說之一般見解，競爭者訴訟係指「根植在多數人彼此間受行政權影響之競爭狀態基礎上所形成之司法爭訟事件」⁷。基此，競爭者訴訟之概念內涵，至少應包含有下列三項要素：

(一)競爭關係之存在

首先，須有競爭關係之存在：所謂競爭（Wettbewerb），在概念上最廣義者，係指「多數人針對非所有人皆可達成之同一目標加以追求之狀態」而言。就經濟行政法領域而言，即指經濟活動上之競爭。換言之，二個以上之私經濟主體為爭取進入特定市場，或是業已進入特定市場，但為爭取更多客戶，或是更佳之市場地位及營收，彼此間所立處之營業競爭狀態。例如在我國現行法秩序下，對

⁷ Vgl. Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 15. Aufl., 2007, § 42 Rn. 45.

於特定之電信服務、公路客運路線、包裹遞送、旅館經營及手工業產品製造銷售等，原則上係採取開放市場自由競爭之機制。是以，提供相關服務之電信業者、公路客運業者及包裹郵遞業者在從事相同營業活動之範疇內，彼此即存在同業競爭關係。

須說明者，此處所稱立於競爭狀態之「私經濟主體」，並不以真正之自然人或私法人為限。倘若法規不明文禁止公部門進入該市場者，則國家或地方自治團體原則上亦得自為經濟主體，從事產品製造銷售或服務給付之營利性經濟活動，而與人民立於經濟上之競爭關係⁸。例如在石油煉製、輸出入及汽、柴油銷售與石化原料生產供應市場上，由經濟部設立之台灣中油股份有限公司即與私人同業間立於競爭之關係；或是在菸酒產製市場上，屬於國營事業的臺灣菸酒股份有限公司⁹亦與民間菸酒製造商處於營業競爭之狀態¹⁰。反之，倘若特定市場依法立於國家獨占之下，則因在該市場內提供產品或服務者，唯有國家單一經濟主體，故即無多數私經濟主體彼此存在競爭狀態之可能。例如根據郵政法第六條第一項規定：「除中華郵政公司及受其委託者外，無論何人，不得以遞送信

⁸ Vgl. Badura, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung*, 2. Aufl., 2005, Rn. 143 ff.; Storr, *Der Staat als Unternehmer, Öffentliche Unternehmen in der Freiheits- und Gleichheitsdogmatik des nationalen Rechts und des Gemeinschaftsrechts*, 2001, S. 159 f.; 林子儀，國家從事公營事業之憲法基礎及界限，臺灣大學法律研究所碩士論文，1982年。

⁹ 參見臺灣菸酒股份有限公司法第2條：「本公司以經營國內及國際菸酒事業為目的，並得投資或經營菸酒相關之業務，及其他經財政部核准之業務。」及第4條第2項規定：「本公司公股股東得由財政部指派自然人為代表，代表有數人時，分別當選為董事、監察人。」

¹⁰ 菸酒管理法第10條第1項：「已成立之公司、合夥或獨資事業及其他依法設立之農業組織申請菸酒製造業者之設立，應檢附下列文件，向中央主管機關申請許可，經許可並領得許可執照者，始得產製及營業；……」可資參照。

函、明信片或其他具有通信性質之文件為營業。」準此，在我國現行法秩序下，通信文件遞送之市場並不存在有經濟上之競爭關係，毋寧僅有交通部所設立之中華郵政公司一家國營事業獨占經營¹¹。

縱然如此，倘若法令容許具經營獨占權之國家或地方自治團體得委託民間經營，或是規定在特定市場上僅容許唯一之私經濟主體經營者，而行政機關對於委託對象及該單一經營者之選擇，又是採取「公開甄選」之方式辦理時，則此甄選程序即是根植在競爭結構之基礎上，故該階段仍有可能存在申請人彼此間競爭之狀態。例如根據促進民間參與公共建設法第四十二條第一項：「經主辦機關評估得由民間參與政府規劃之公共建設，主辦機關應將該建設之興建、營運規劃內容及申請人之資格條件等相關事項，公告徵求民間參與。」及第四十五條第一項規定：「經評定為最優申請案件申請人，應自接獲主辦機關通知之日起，按評定規定時間籌辦，並與主辦機關完成投資契約之簽約手續，依法興建、營運。」在公共建設BOT案件中，雖然僅有最優申請人始取得與主辦機關締結BOT契約之權利，進而成為特定公共建設唯一之興建及營運廠商。但在最優申請人甄選階段中，提出申請之廠商就爭取最優申請人資格部分，彼此仍處於競爭之關係。同理，在進入市場或是提供服務資格取得階段同採競爭結構者，亦見諸於政府採購法中之公開招標及決標程序¹²。類似之競爭結構，亦存在於公益彩券及運動彩券發行機構之

¹¹ 至於郵政法第6條第1項賦予中華郵政通訊文件遞送獨占權，是否具有憲法上之正當性，尤其是否與憲法第15條所保障人民之職業自由相契合，則屬另一層次之問題。關此，詳可參見詹鎮榮，憲法框架下之國家獨占，載：全球化下之管制行政法，頁163以下，2011年。

¹² 參見政府採購法第48條第1項：「機關依本法規定辦理招標，除有下列情形之一不予開標決標外，有三家以上合格廠商投標，即應依招標文件所定時間開標決標：」及第2項規定：「第一次開標，因未滿三家而流標者，第二次招標

公開甄（遴）選程序¹³。

(二)行政權之介入

其次，上述立於競爭關係之私經濟主體間，須因行政機關公權力行為之介入，致使彼此間之現有競爭狀態，抑或使競爭者在特定事物、行為或身分領域中之現有競爭地位發生改變之效果，致使僅有單一或部分之競爭者獲得利益，而其餘競爭者相對地遭受到競爭上之不利益¹⁴。準此，經濟行政法上之競爭者訴訟，其程序標的乃是行政機關之經濟干預措施（staatliche Wirtschaftsinterventionen），而非競爭同業之競爭行為。換言之，經濟行政法上之競爭者訴訟制度，目的既不在於給予私經濟主體一項抵抗因市場自由競爭機制正常運作下所遭受到自然上競爭不利益之工具，亦不在於使私經濟主體用以排除競爭同業違法之不正競爭行為。毋寧，其作為行政訴訟類型之一，旨在使私經濟主體得以向法院指摘行政機關所採取之經濟干預措施，侵害其競爭自由或一般經濟權，並藉由訴訟之提起以排除行政機關不法之侵害措施，或是實現自己之經濟上權利。

之等標期間得予縮短，並得不受前項三家廠商之限制。」關於政府採購法上之競爭者訴訟，可參見林家祺，政府採購競爭者訴訟之利益之研究，中正大學法律研究所博士論文，2007年。

¹³ 參見公益彩券發行條例第4條第1項：「公益彩券之發行，由主管機關指定銀行（以下簡稱發行機構）辦理之，其發行、銷售、促銷、開兌獎作業、管理及其他相關事宜之辦法，由主管機關定之。」財政部公益彩券發行機構甄選委員會設置要點第3點：「本會任務如下：(二)辦理發行機構之甄選。」運動彩券發行條例第4條第1項：「運動彩券之發行應由彩券專業發行機構辦理，由主管機關設置，或以公開遴選方式擇定之。」以及運動彩券發行機構遴選會設置要點第3點第1項：「遴選會任務如下：(二)各該運動彩券發行機構申請人送達資料評分作業。」

¹⁴ 參見蔡志方，行政救濟法新論，頁211，2007年3版。

至於國家對於私經濟活動之干預措施，視擬達成之公益目的不同而有不同之類型，並無窮盡之清單。舉凡經濟引導（*Wirtschaftslenkung*）、經濟促進（*Wirtschaftsförderung*）、經濟監督（*Wirtschaftsaufsicht*）及經濟管制（*Wirtschaftsregulierung*）等手段，原則上皆屬可能影響私經濟活動及其歷程之行政措施¹⁵。其中，可能涉及競爭同業競爭關係改變者，傳統上又以經濟促進領域中之經濟輔助措施為典範。所謂經濟輔助，一般係指國家為達特定之經濟政策目的，對於私經濟主體所為不具交易性對待給付之金錢或實物給付而言¹⁶。行政機關透過津貼發放、貸款、融資、保證等金錢給付¹⁷（直接之財政資助）、稅捐減免（間接之財政資助），或是提供設廠用地等手段之採取，使受輔助者取得額外資金或是摺節支出，進而得以升級軟硬體設備、增僱員工，以及投注更多研發等，以強化自己在市場上之競爭能力與地位。相形之下，未獲輔助之競爭同業的競爭地位則可能因此而遭到相對弱化¹⁸。在我國現行經濟行政專法中，規範國家應或得透過輔助方式，以促進特定公共

¹⁵ Vgl. Ziekow, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2. Aufl., 2010, S. 59 ff.

¹⁶ Vgl. Oberrath, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2005, S. 381 f.; Rodi, *Die Subventionsrechtsordnung. Die Subvention als Instrument öffentlicher Zweckverwirklichung nach Völkerrecht, Europarecht und deutschem innerstaatlichem Recht*, 2000, S. 32 ff.; 中文文獻可參見陳櫻琴，補貼金之法律問題，載：行政法爭議問題研究（下），頁1372-1374，2000年。

¹⁷ 關於各類型經濟補助之詳細介紹，可參見廖義男，經濟補助之主要類型及補助行為之法基礎——經濟補助之法律問題研究(二)，載：企業與經濟法，頁215以下，1980年；林明鏘，德國行政補助政策及其制度——兼論我國行政補助政策與制度，載：中西社會福利政策與制度，頁176以下，1995年。至於行政機關進行補貼所可能採行之行為形式，則可參見張錕盛，行政行為之法律形式在補貼法上的地位，月旦法學雜誌，75期，頁198以下，2001年8月。

¹⁸ 關於不同性質之經濟補助措施在公法學上之意義，詳可參見陳新民大法官於大法官釋字第661號解釋所提出之協同及部分不同意見書。

目的達成之法令，所在多有。舉其犖犖大者，例如產業創新條例規定中央目的事業主管機關應輔助艱困產業、瀕臨艱困產業、傳統產業及中小企業，提升生產力及產品品質（第七條）；並得以輔助方式，促進產業創新或研究發展、技術升級、設立創新或研究發展機構、產學合作、充裕產業人才資源（第九條第一項）、增僱員工（第十一條第一項）、參與國際會展、拓銷或品牌發展（第十六條第一項）；永續發展（第二十六條）。又如中小企業發展條例規定主管機關為充裕中小企業資金，得給予融資、保證（第十三條以下），以及稅捐減免之優惠（第三十三條以下）等¹⁹。此外，在經濟監督及管制領域，對於私經濟主體進入市場所採取之限額執照發放措施，亦屬典型可能改變進入市場申請人彼此間競爭關係之經濟干預手段。例如公路法第四十一條針對同一路線之公路汽車客運業及市區汽車客運業之經營家數，即採「公開競爭、限額開放」之模式²⁰。相同之立法例，亦見諸於電信法。根據該法第十二條第一項規定，第一類電信事業之營業，係採特許制。至於開放家數，同條第六項則授權由行政院公告之²¹。抑有進者，上述之政府採購法及民間參與公共建設法，本於事件性質，雖容許數申請人自由競爭，

¹⁹ 關於我國經濟補助金發放之法令整理，另可參見陳櫻琴，同註16，頁1392以下。

²⁰ 公路法第41條規定：「（第1項）公路之同一路線，以由公路汽車客運業一家經營為原則。但其營業車輛、設備均不能適應大眾運輸需要，或其他公路汽車客運業之車輛必須通行其中部分路段始能連貫其兩端之營運路線時，公路主管機關得核准二家以上公路汽車客運業經營之。（第2項）市區汽車客運業，應配合市區人口之比例及大眾運輸需要之營業車輛、設備，由公路主管機關視實際情形核准一家或二家以上共同經營之。」

²¹ 以3G寬頻執照為例，行政院公告開放五家。2002年競標時，共計有中華電信、遠致電信、台灣大哥大、聯邦電信、亞太行動與世界全通六家廠商參與。競標結果，由前五家廠商得標，取得執照。

但最終僅能有單一申請人得標或取得最優申請人資格，獲得與主辦機關簽訂採購及投資契約之權。此等排他性（締約）特許權之管制手段，亦可劃歸為影響競爭者競爭關係之經濟行政法上措施²²。

此外，國家對於經濟活動之影響與介入，不僅只是以立於引導者、促進者、監督者，或是管制者之地位，進行市場外部之調控而已。毋寧，如上所述，國家原則上亦不排除自行扮演「企業者」（Unternehmer）之角色，進入市場，自行提供產品與服務。國家以公營事業（öffentliche Unternehmen）形態參與經濟活動，在法制上因須具備實現特定公共目的之正當性基礎，故在經濟行政法體系上，亦被劃歸為經濟干預措施之一種態樣。然而，在有公營事業參與之市場上，國家卻不免與從事相同經濟活動之人民產生事實上之競爭關係。以我國為例，目前之汽、柴油供應市場及包裹郵遞市場，皆是呈現出此等公、私部門相互競爭之狀態。此際，市場上之競爭關係，不同於採取上述外部干預措施時之多邊結構，係屬較為單純之「國家—人民」雙邊結構。換言之，行政機關作為「干預者」與「競爭者」之身分乃合而為一。在此情形下，人民得否提起競爭者訴訟，以及應選擇何種正確訴訟類型，請求排除國家自為私經濟活動之經濟干預措施，在德國學說及實務上見解分歧，且出現前後期變更立場之現象。我國截至目前為止，雖然行政法院尚未出現有相關之裁判，但對於經濟行政法上競爭者訴訟之研究而言，此乃一重要之議題，對我國學說及實務之發展應可開啟前瞻性之視野。就此問題，下文將有較為詳盡之探討。

²² 參見江嘉琪，行政契約關係中之競爭者權利保護，輔仁法學，37期，頁83-84，2009年6月。

(三)競爭者權利救濟之手段

最後，競爭者訴訟之提起，乃未獲利益之競爭者為排除其他競爭者所已獲致之權利、資格或法律上利益，抑或為取代已獲利益競爭者之地位，使自己成為新的受益人之一種訴訟上工具。是以，競爭者訴訟係由遭受競爭上不利益之競爭者以原告身分所提起，並以行政機關所為影響同業競爭者既存競爭狀態之行政措施為程序標的之一種行政訴訟法上的法律救濟途徑。在經濟行政法領域，因國家之經濟干預措施，致使實體法上之經濟自由與權利遭受到損害之同業競爭者，如何透過訴訟權之行使，以為權利之救濟，即是競爭者訴訟概念提出之主要任務。

綜上所述，經濟行政法意義下之競爭既然涉及到經濟資源之分配問題，則經濟行政法上之競爭者訴訟，整體而言即可理解為是「一種藉助於法院之權利救濟途徑，以達影響行政機關所為分配決定或歷程之法律制度」²³。

二、類 型

有鑑於經濟行政法所包含之法律關係複雜且多元，故從多數同業競爭者以及採取經濟影響措施之行政機關所共同形塑出之實體行政法律關係中，可預見地將因個案而呈現出極大之差異性。再者，遭受到行政機關不利益處置之競爭同業所欲追尋之權利救濟目的（*Rechtsschutzziel*）亦可能未盡一致。是以，競爭者訴訟乃有進一步類型化之必要。

²³ Vgl. Huber, *Besondere Klagearten und Zulässigkeitsvoraussetzungen*, in: Stober (Hrsg.), *Rechtsschutz im Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht*, 1993, § 5, S. 52.

(一)傳統三分法

在學說上，傳統乃依循由德國學者R. Scholz所提出之分類²⁴，將競爭者訴訟區分為「防禦性之競爭者訴訟」（defensive Konkurrentenklage）與「攻擊性之競爭者訴訟」（positive Konkurrentenklage）兩種類型。前者旨在抵抗國家之經濟干預措施，以捍衛自己現存之競爭狀況。為達此權利救濟目的，競爭者乃向行政法院起訴，請求撤銷或排除行政機關違法給予第三人競爭同業利益之訴訟類型。學界亦有將此等類型，稱之為「消極競爭者訴訟」（negative Konkurrentenklage）²⁵。例如競爭者請求撤銷行政機關違法對於第三人競爭同業所為之補助金發放決定、營業許可或是得標決議等。在此種競爭者訴訟類型下，原告自身並無意願獲得相同之利益，而僅是希望其競爭同業所已獲得之利益得以被排除而已。至於對應到行政訴訟法之規定，原告究應提起何種具體之行政訴訟類型，則端視行政機關賦予競爭同業利益之類型及所採取之行政行為形式而定。倘若行政機關係以「行政處分」授予競爭同業利益者，

²⁴ Vgl. Scholz, Die öffentlich-rechtliche Konkurrentenklage in der Rechtsprechung der Verwaltungs- und Zivilgerichte, in: Wirtschaftsrecht I, 1972, S. 37 f.

²⁵ 事實上，若根據R. Scholz前揭原著，防禦性及攻擊性競爭者訴訟之分類，主要係從原告之「權利救濟目的」角度出發所為之區分；而消極性及積極性競爭者訴訟之分類，則是以「訴訟類型選擇」為基準。兩組分類在概念上並非截然互斥，毋寧容有重疊之處。在現今行政法學說及實務上，多半亦不將兩者作嚴格區分，而概括地將「防禦性競爭者訴訟」與「消極競爭者訴訟」，以及「攻擊性競爭者訴訟」與「積極競爭者訴訟」視為同義詞使用。縱此，若吾人從現今行政行為形式及行政訴訟類型多元之角度出發，則為抵抗國家侵害現存競爭狀態之經濟干預措施，所應選擇之正確訴訟類型，恐非恆為撤銷訴訟一種，毋寧應視國家干預措施之法律性質而定。職是之故，以「權利救濟目的」作為競爭者訴訟種類之觀察基準，似較能彰顯國家經濟干預措施對於現有競爭關係之影響，以及競爭者擬對抗此等影響之實體內涵。

例如營業許可或是同意發放補助金決定²⁶，則原告即應提起行政訴訟法第四條之撤銷訴訟，請求行政法院撤銷行政機關對其競爭同業所作成之授益行政處分²⁷。反之，倘若行政機關係以行政契約方式，賦予原告之競爭同業利益者，則原告可考慮提起之行政訴訟類型，為行政訴訟法第六條之確認訴訟，或是第八條之預防性不作為訴訟（*vorbeugende Unterlassungsklage*）²⁸或單純之不作為訴訟²⁹。此尤其適用在行政機關採取以締結行政契約方式與競爭同業形塑「單階補助金發放法律關係」（*einstufige Subventionsgewährung*）時，訴請行政機關不得對其競爭同業發放補助金，以及主張立於競爭關係之國家不得為特定私經濟活動之情形。準此，防禦性競爭者訴訟在經濟行政法上之應用，就原告所可能選擇之訴訟類型而言，遠較之於其於公務員法領域之適用為複雜且多元³⁰。

至於攻擊性競爭者訴訟，或被稱之為「積極競爭者訴訟」

²⁶ 此即典型雙階理論下補助金發放法律關係之第一階段，亦即以「行政處分」之方式，產生發放補助金之規制效力。參見程明修，雙階理論之虛擬與實際，載：行政法之行為與法律關係理論，頁58-63，2005年。

²⁷ 參見臺北高等行政法院96年度訴字第3699號判決：「本件標案之目的，在以最有利標之方式選取廠商與被告訂立承造光華六號飛彈快艇之承攬契約，故決標結果如因違法而被撤銷，即使得標廠商即本件參加人喪失與被告訂立契約之資格，本件公開招標程序應重新踐行，原告即有再參與評審並獲得決標之機會……。原告於系爭採購案之履約程序中，以撤銷之訴之訴訟類型提出權利救濟，自屬適法。被告及參加人抗辯參加人已部分履約，本件已無可回復之利益，原告提起撤銷訴訟乃錯誤之訴訟類型云云，自不可採。」

²⁸ Vgl. Ziekow, aaO. (Fn. 15), § 6 Rn. 129.

²⁹ Vgl. Lehre, Wirtschaftliche Agenda der Gemeinden und Klagerecht Privater, JurA 1970, S. 862 ff.

³⁰ 有鑑於公務員之任命行為性質上為行政處分無疑，故原告提起公務員法上之防禦性競爭者訴訟時，正確之訴訟類型毫無疑義地應該僅有「撤銷訴訟」一種。參見劉建宏，同註2，頁213。

(positive Konkurrentenklage)，則是指競爭者向行政法院起訴，請求行政機關對自己亦應給予如同競爭同業所已獲致之利益。例如請求行政機關應對自己作成相同之補助金發放許可，或是核發營業執照。於此，原告所應選擇之行政訴訟種類，視行政機關授予利益之內容及形式不同，而可能為行政訴訟法第五條之課予義務訴訟，或是同法第八條之一般給付訴訟。此等攻擊性競爭者訴訟之提起，必以行政機關所擬釋出之資源或是賦予之權利並未定有限額，抑或雖有限額，然尚未額滿，而仍有授予之可能性為前提。基此，原告提起攻擊性競爭者訴訟之原因，並非在於經濟行政上之資源分配已罄，而原告未獲利益；毋寧乃在於其申請遭行政機關否准，或是行政機關對其申請逾期怠於作為。在此觀點下，原告與其他同業之間雖存在有從事同種類經濟活動之市場經濟意義下之競爭關係，然就行政資源或權利之爭取而言，卻不存在有法律上僅有部分業者可達成目標之競爭關係。是以，攻擊性競爭者訴訟乃為「不真正之競爭者訴訟」。蓋嚴格言之，其並不涉及到私經濟主體彼此間之現有競爭關係，因行政機關之分配決定而直接受到影響之問題。

除上述兩種類型外，傳統學說尚有所謂「排擠性競爭者訴訟」(ausschließende Konkurrentenklage)第三種類型之提出。此種訴訟類型，實為上述防禦性競爭者訴訟及攻擊性競爭者訴訟之組合。析言之，競爭者一方面請求剝奪行政機關違法對其競爭同業所授予(與)之利益，另一方面則主張自己應取而代之，行政機關應合法地將該原本違法授予(與)其競爭同業之利益轉給自己。此等訴訟之提起，通常適用在行政機關擬釋出之行政法上資源或權利係存有「限額」(Kontingent)，而申請人數量多過於釋出額度上限，亦即「求過於供」之情形。基此，有學者將此類之競爭者訴訟亦稱之

為「競逐申請人之訴訟」(Mitbewerberklage)³¹。上述3G寬頻電信執照之釋出，以及特定路線公路客運服務營運許可發放等，即屬適例。當資源或是權利業已分配盡空，且無增加之可能性時，未獲利益分配之競爭者若欲取代其競爭同業之地位而取得利益時，其競爭同業所已獲致之利益勢必須先行收回，俾挪出利益餘額，而後原先未獲利益分配之競爭者始有可能在重新分配程序中，取得其所請求之利益。

在訴訟類型之選擇上，根據我國及德國學說與行政法院裁判實務之多數見解，若利益之給予係以「行政處分」方式作成者，則原告應同時提起撤銷訴訟及課予義務訴訟，始有實現其權利救濟目的之可能性³²。例如在上述高速公路電子收費系統BOT爭訟案件中，未獲甄選為最優申請人之廠商即是提起排他性之競爭者訴訟，一方面請求法院撤銷被告高公局對第三人競爭者所為之最優申請人決

³¹ 陳敏，課予義務訴訟之制度功能及適用可能性，載：行政救濟·行政處罰·地方立法，頁38，2000年。

³² 參見彭鳳至，行政訴訟種類理論與適用問題之研究，載：行政命令、行政處罰及行政爭訟之比較研究，頁292，2001年。氏明白指出：「當事人將依據行政處分提供予他人之優惠請求移轉給自己，應同時提起撤銷訴訟與課予義務訴訟，如果單獨提起撤銷訴訟或課予義務訴訟，皆可能因欠缺權利保護必要而不合法。」德國部分，可參見BVerwGE 64, 70; OVG Lüneburg, NJW 1992, 1979 (980); Fromm, Zur Konkurrentenklage im Personenbeförderungs- und Güterkraftverkehrsrecht, WiVerw 1989, S. 26 f. 不同意見者，Schenke, Rechtsprobleme des Konkurrentenrechtsschutzes im Wirtschaftsverwaltungsrecht, NVwZ 1993, S. 721 ff. 氏認為在此情形下，未獲利益之競爭者只要單獨提起課予義務訴訟(isolierte Verpflichtungsklage)即可充分地滿足其權利救濟之目的，而無庸再合併提起撤銷訴訟。德國聯邦行政法院在受許可者為多數之事件中，亦例外地肯定未獲利益之競爭者單獨提起課予義務訴訟即為已足，蓋原告事實上難以知悉全部之授益行政處分相對人，進而對其一提起撤銷訴訟。Vgl. dazu BVerwGE 80, 270 (272).

定，另一方面則一併提起課予義務訴訟，請求法院判命被告對已作成遞補為本案最優申請人之授益處分。就此，臺北高等行政法院在肯定最優申請人決定為行政處分之前提下，認為原告為達撤銷第三人競爭者所獲得之最優申請人決定目的而提起撤銷訴訟，以及為請求被告對其作成遞補為最優申請人處分之目的而提起課予義務訴訟，就訴訟類型選擇之形式要件而言，係屬適法³³。反之，倘若行政機關給予第三人競爭者利益之方式，非採行政處分之行為形式者，則原告應視該利益給予之性質而為訴訟類型之正確選擇。例如倘行政機關以締結行政契約之單一階段方式，給予第三人競爭者補助金或是與其形塑BOT法律關係者³⁴，則未獲利益之競爭者為充分達成權利救濟之目的，應一併提起確認被告與第三人競爭者間行政契約法律關係不存在訴訟，以及一般給付訴訟，請求法院判命被告應為與自己締結相關行政契約之積極作為。

(二)其他分類方式

除上述向來為行政法學界所廣為採用之傳統三分法外，亦不乏有學者嘗試從其他觀點切入，將競爭者訴訟作各式之功能取向分類；或是雖如同上述，亦從權利救濟目的出發，但卻導出不同之區分結果。例如W. Brohm依訴訟目的區分為防禦性競爭者訴訟及

³³ 參見臺北高等行政法院94年度訴字第752號判決。關於本案訴訟類型選擇之相關評析，可參見程明修，行政訴訟類型之適用——有關雙階理論、行政處分是否消滅的爭議，台灣本土法學雜誌，81期，頁116以下，2006年4月。

³⁴ 例如我國有部分學者即是認為主辦機關根據促參法規定所為之最優申請人決定並非行政處分，而僅為締約前之準備事實行為而已。參見陳愛娥，促進民間參與公共建設事件中的行為形式與權力劃分——評臺北高等行政法院九十四年度訴字第752號判決、九十四年度停字第一二二號裁定，月旦法學雜誌，134期，頁38，2006年7月。

排擠性競爭者訴訟³⁵。若就救濟目的涵蓋之廣度及處理之細膩度而言，本文認為似可以J. Scherer所初步體系化形塑³⁶，並由P. M. Huber教授在其教授資格取得論文（Habilitation）中加以承繼及精緻化之分類方式作為代表。

J. Scherer在消極競爭者訴訟及積極競爭者訴訟之二元基礎上，更進一步細分出子類型。就前者而言，氏復區分防止新企業進入市場參與競爭之「競爭者防禦訴訟」（Konkurrentenabwehrklage），以及排除競爭者所受利益之「利益防禦訴訟」（Begünstigungsabwehrklage）兩種類型。其中，競爭者防禦訴訟又可因原告所欲排除之新競爭者身分究為「私企業」或是「公企業」，而再進一步細膩區分³⁷。至於在積極競爭者訴訟之類型下，可區分為使自己「亦可」獲得競爭同業所取得利益而提起之「競爭者平等地位訴訟」（Konkurrentengleichstellungsklage），以及為使自己「取代」受益競爭同業之地位，成為「唯一」受益者所提起之「競爭者排擠訴訟」（Konkurrentenverdrängungsklage）兩種次類型³⁸。

在前揭之體系基礎上，P. M. Huber教授根據競爭者之請求目標，將行政法上之競爭者保護請求權彙整歸納為「競爭者防禦請求權」（Konkurrentenabwehransprüche）、「國庫防禦請求權」（Fiskusabwehransprüche）、「利益防禦請求權」（Begünstigungsabwehransprüche）、「競爭者平等地位請求權」（Konkurren-

³⁵ Vgl. Brohm, Die Konkurrentenklage, in: Erichsen (Hrsg.), System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Festschrift für Christian-Friedrich Menger, 1985, S. 235 ff.

³⁶ Vgl. Scherer, Öffentlich-rechtliche Konkurrentenklage im Wirtschafts- und Beamtenrecht, Jura 1985, S. 11 ff.

³⁷ Vgl. Scherer, aaO., S. 12 ff.

³⁸ Vgl. Scherer, aaO. (Fn. 36), S. 16.

tengleichstellungsansprüche)，以及「競爭者排擠請求權」(Konkurrentenverdrängungsansprüche)五種類型³⁹。而競爭者為實現各該實體法上請求權所提起之行政訴訟，對應到訴訟法上則分別形成競爭者防禦訴訟、國庫防禦訴訟、利益防禦訴訟、競爭者平等地位訴訟，以及競爭者排擠訴訟。其與J. Scherer分類之最大差異，乃在於將以排除公企業參與競爭為目的之競爭者防禦訴訟，在概念上以「國庫防禦訴訟」稱之，而將競爭者防禦訴訟限縮適用於僅針對私企業加入競爭之情形。以下茲分別詳述之：

1. 競爭者防禦訴訟

競爭者防禦訴訟之目的，主要在於使競爭者得以請求法院撤銷行政機關所為違法之經濟干預措施，俾使其因之而與其他競爭者間被迫所形成之不利於己的新競爭關係得以消滅。此等訴訟類型通常適用於因行政機關發放營業許可，使相關市場上產生了「新進業者」，而迫使原已進入該市場之舊有業者的競爭地位受到不利影響之情形。例如某風景區內因行政機關之許可，而增設了一家旅館業者，致使現有業者之生意受到明顯波及，客戶遭到新進業者之瓜分。此際，有鑑於在營業許可法中，營業許可或其他類似之職業執照，性質上多為行政處分，故舊有業者在訴訟法上即可能提起撤銷訴訟，請求法院撤銷行政機關對新進業者所發放之營業許可⁴⁰。

³⁹ Vgl. Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, Schutzanspruch und Rechtsschutz bei Lenkungs- und Verteilungsentscheidungen der öffentlichen Verwaltung, 1991, S. 81 ff. 此分類法亦為我國部分學者所採納，參見蔡志方，同註14，頁212。

⁴⁰ Vgl. Huber, aaO., S. 310 f. 縱然在訴訟法上，舊有業者可能可考慮提起競爭者防禦訴訟，請求法院撤銷行政機關核發予新進業者之營業許可。然而，原告是否具有訴訟權能，在德國法上則不無疑義。蓋一般而言，行政法上之營業許可規定，並非屬保護規範。亦即其通常僅是單純基於經濟管制或監督目的所由生，並不兼具有保護競爭同業，尤其是市場上既有業者免於受到競爭之

2. 國庫防禦訴訟

其次，國庫防禦訴訟則是競爭者不服國家自立於私經濟主體地位，進入市場從事私經濟活動之一種權利救濟方式。在此理解下，國庫防禦訴訟可謂上述競爭者防禦訴訟之一種特殊類型。但之所以從中獨立出成為一單獨之競爭者訴訟類型，主要乃是考量到由公營事業參與經濟活動所引發之競爭法律關係，有別於傳統之行政法上競爭關係。蓋此際，國家係透過國庫行為，與人民發生雙方之競爭法律關係，與國家透過高權行政行為影響私人間現有競爭狀態之多邊法律關係有別。準此，國庫防禦訴訟之形式及實體要件，原則上即應立基在「人民－國家」之傳統雙方法律關係上加以思考。換言之，不同於典型之競爭者訴訟，在國庫防禦訴訟類型上，並不會涉及到「第三人訴訟」之問題。

3. 利益防禦訴訟

再者，利益防禦訴訟則是屬於未獲利益之競爭者訴請法院撤銷或是除去行政機關給予第三人競爭者利益之一種權利救濟途徑。不同於上述之競爭者防禦訴訟，獲得利益之私經濟主體與未獲利益之私經濟主體間，在行政機關之經濟干預措施介入前，業已存有競爭關係。然而，此時之競爭狀態通常只是市場經濟運行下之一種當然現象而已。原告透過利益防禦訴訟所指摘者，應是行政機關經濟干預措施之介入，導致其與其他競爭同業間之現存競爭關係被迫改變，並且是對自己競爭權益有所損害之改變。是以，原告透過利益防禦訴訟所請求者，僅是除去損害自己競爭上地位之特定經濟行政干預措施而已，而非排除其與其他競爭同業間之整體競爭關係。而

自由。據此，在德國之行政訴訟實務上，除非是行政機關給予市場新進業者「額外之競爭優勢」，否則，若僅是單純許可其進入市場，則原告提起此類競爭者防禦訴訟通常係無理由。在我國之情形，原則上亦復如此。對此，下文參、二、(二)處將詳細論述。

在上述之競爭者防禦訴訟，情形正好相反。原告所請求者，乃是撤銷行政機關對於新進業者之營業許可，亦即排除因行政機關之營業許可所創設出之新競爭狀態全部。

4. 競爭者平等地位訴訟

若從字面意義理解，競爭者平等地位訴訟似為賦予競爭者一種訴訟上之權利救濟手段，藉此請求行政機關應對己如同對其他競爭同業般之對待。例如當行政機關對於競爭同業間為不對等之投資資訊提供、不公平之分配程序對待，甚至是立基在不平等之指標上進行營業許可或是補助金核發之審查及決定時，認為遭受到行政機關不公平對待或是未受到與其他競爭同業相同顧及程度之競爭者，即可提起競爭者平等地位訴訟，訴請法院命行政機關應對原告為如同其他競爭者般之平等對待或相同顧及。然而，P. M. Huber教授則是對於此等競爭者平等地位訴訟概念之理解表示質疑。氏一方面有鑑於競爭者平等地位請求權係屬給付權之性質⁴¹，且另一方面此等給付權又應與行政法上之其他類型給付請求權有所區隔，而呈現出經濟行政法領域之特殊性。是以，氏乃主張競爭者平等地位訴訟本質上應作為一種給付訴訟類型，旨非如同其他一般給付請求權般，要求行政機關應對原告如同對其他競爭同業般，為相同之顧及（*gleichmäßige Berücksichtigung*）或給付相同利益。毋寧正好相反，其目的應在於訴請法院命行政機關應積極採取相關之干預措施，俾消弭原告與其競爭者間原已存在之不平等⁴²。換言之，平等對待請求權之內涵，乃是請求國家採取消弭競爭者彼此間既存不平

⁴¹ 參見詹鎮榮，競爭者「無歧視程序形成請求權」之保障——評最高行政法院九十五年度判字第一二三九號判決，月旦法學雜誌，138期，頁48-50，2006年11月。

⁴² Vgl. Huber, aaO. (Fn. 39), S. 87 f.

等之積極作為，而非對原告為一「補償性之給付」（*Kompensationsleistung*），給予其與其他競爭同業相同之利益。例如在公平交易法領域，某企業採取不正競爭手段，致使其競爭同業與其處於競爭上不公平狀態。此際，競爭同業即可提起競爭者平等地位訴訟，請求行政機關作成適當之干預措施，以消弭該不平等之競爭狀態。有鑑於此類干預措施通常係以下命處分方式作成，故正確之訴訟類型應是課予義務訴訟⁴³。

5. 競爭者排擠訴訟

最後一種競爭者訴訟種類，為競爭者排擠訴訟。此等訴訟類型，相當於上述傳統分類下之排擠性競爭者訴訟，旨在使未獲分配利益之競爭者得以藉此請求法院命行政機關將原先已給予第三人競爭者之利益，移轉予自己，使自己取而代之成為相同利益之新受益人。有鑑於此類訴訟係適用於有限性資源之分配行政領域，故通說認為在分配決定係屬行政處分之前提下，原告提起競爭者排擠訴訟之正確訴訟種類選擇，除課予義務訴訟之外，尚須合併提起撤銷訴訟，始得以使已被分配之利益再度騰空，創造出可轉而分配予原告之空間。對此，於上述排擠性競爭者訴訟處業已說明⁴⁴，於此不再贅述。

(三) 小 結

綜上所述，若吾人將此五種競爭者訴訟與上述之傳統三分法相互參照，則約略可得出以下結論：亦即競爭者防禦訴訟、國庫防禦訴訟及利益防禦訴訟性質上皆屬於防禦性（消極）競爭者訴訟，旨在撤銷或除去損害原告競爭地位或經濟權益之行政機關經濟干預措

⁴³ Vgl. Huber, aaO. (Fn. 23), § 5, S. 66.

⁴⁴ 參見上文貳、二、(一)。

施。而競爭者平等地位訴訟雖屬於要求行政機關為積極作為之競爭者訴訟類型，然其權利救濟目的卻與典型之攻擊性競爭者訴訟不同。換言之，原告提起訴訟之目的，並非在於請求行政機關給予其所主張之經濟上利益，而係應採取足以消弭其與競爭同業間現存不平等之妥適干預措施。至於競爭者排擠訴訟則與排擠性競爭者訴訟之目的，旨在由已取代業已獲致利益之競爭同業地位，使行政機關先前所分配予競爭同業之利益轉而改以自己為受益人。是以，性質上屬於攻擊性競爭者訴訟。從而，上述兩種競爭者訴訟之分類，在內涵上既有重疊部分，亦有彼此未交錯之部分。就前者而言，僅是所針對之權利救濟目的範圍及細膩度有所區別而已；而對於後者，細膩之分類或可發揮互相補充之功能。

參、競爭者訴訟「訴訟權能」認定基準之檢討及發展

按競爭者訴訟僅為學說上用以表徵經濟上權利受到行政機關不利影響之競爭者向法院尋求權利救濟之一種集合性用語，已如前述。其在實際應用上，仍須視權利救濟目的之不同，從行政訴訟法上所規定之撤銷訴訟、課予義務訴訟、確認訴訟及一般給付訴訟中選擇正確之訴訟類型起訴。從而，競爭者提起競爭者訴訟時，所選擇訴訟類型之一般及特別實體裁判要件（*allgemeine und besondere Sachentscheidungsvoraussetzungen*）仍應全數具備，訴之提起始屬合法；系爭案件始有可能由法院為實體上之審理，並作出本案判決，以解決當事人間之紛爭⁴⁵。就真正競爭者訴訟而言，有鑑於其性質上屬於「第三人訴訟」類型，提起訴訟之原告並非行政機關授

⁴⁵ 關於行政訴訟上實體裁判要件之進一步說明，可參見林明昕，淺論行政訴訟法上之實體裁判要件，載：公法學的開拓線——理論、實務與體系之建構，頁319以下，2006年。

益行政處分之相對人，毋寧為競爭權益因該行政處分而遭受到損害之利害關係人。是以，在實體裁判要件審查上，原告是否具備「訴訟權能」？判斷標準何在？向來即為學說及實務爭辯之核心問題所在，且迄今仍未有終局性之共識。職是之故，下文之討論即聚焦於「訴訟權能」此一實體裁判要件上，分析其在競爭者訴訟上之認定基準及其適用之領域特殊性等相關問題。

一、第三人訴訟之訴訟權能概述

根據學說及實務之一般見解，訴訟權能係指得以自己名義在具體訴訟事件中，實施訴訟之權能而言⁴⁶。而訴訟權能之具備，則以權利或法律上利益受到損害為必要。準此，在行政訴訟上，原告須主張其權利或法律上利益遭受到行政機關公法行為之損害，始具備訴訟權能要件；否則，其所提起之行政訴訟將因訴訟權能之欠缺，而起訴不合法。我國行政訴訟法第四條及第五條皆規定，人民「因中央或地方機關之違法行政處分，認為損害其權利或法律上之利益」，以及「因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法令所定期間內應作為而不作為，或予以駁回，認為其權利或法律上利益受損害者」，得提起撤銷訴訟及課予義務訴訟，即是訴訟權能要件之明文。至於第六條之確認訴訟及第八條一般給付訴訟，雖於法條中未有相關字句之揭示，然根據學說及實務一般見解，其作為主觀訴訟之類型，人民權益受有損害亦應屬於實體裁判要件之一⁴⁷。

⁴⁶ 參見吳庚，行政爭訟法論，頁61，2011年5版。

⁴⁷ 參見李建良，公法上權利的概念、理論與運用，月旦法學教室，99期，頁26、30，2011年1月；最高行政法院99年度第1次庭長法官聯席會議：「國家之侵害行為如屬行政事實行為，此項侵害事實即屬行政訴訟法第8條第1項所稱之『公法上原因』，受害人民得主張該行政事實行為違法，損害其權益，依行政訴訟法第8條第1項規定提起一般給付訴訟，……。」德國通說見解亦同，

人民提起行政訴訟須具備訴訟權能，攸關立法者對於行政訴訟制度之功能設定。在行政訴訟旨在保障人民權利之功能設定下，唯有人民「有權利，斯有救濟」。換言之，唯有人民「自己」之權利遭受公權力之侵害，始得以利用法院，以為權利保護。反之，倘人民自己無權利，或是雖有權利但未受損害，或是單純僅為他人主張權利者，即無提起行政訴訟、利用法院之必要。在此等行政訴訟作為「主觀訴訟」及「利己訴訟」之前提下，訴訟權能即成為排除「客觀訴訟」、「利他訴訟」、「民眾訴訟」之過濾閥⁴⁸。我國二〇〇〇年七月一日施行之行政訴訟法修正規定（學界一般稱之為行政訴訟新制），於第九條雖導入屬於客觀訴訟性質之「民眾訴訟」類型，然終究屬於例外規定，條件設定亦屬嚴格。除此之外，行政訴訟原則上仍是採主觀訴訟性質之「權利被害人訴訟」（Verletztenklage）模式⁴⁹。

在權利被害人訴訟之架構下，就撤銷訴訟而言，由非授益行政處分之相對人所提起之「相對人訴訟」固屬撤銷訴訟實務上之常態與大宗；而在此情形下，本於「相對人理論」（Adressatentheorie），原告之訴訟權能通常殆無疑義⁵⁰。然而，若從行政處分釋義學角度出發，因行政處分之作成而權利或法律上之利益遭受損害者，並不以相對人為限。毋寧，在附第三人負擔效力之授益行政處分情形，非行政處分相對人之第三人為權利被害人，進而為保障自己之權益，亦可能作為原告提起行政訴訟；此即學說上所稱之「第

可參見Voßkuhle/Kaiser, Das subjektiv-öffentliche Recht, JuS 2009, S. 17.

48 參見林昱梅，行政訴訟上「訴訟權能」要件之探討，載：行政訴訟制度相關論文彙編第4輯，頁8，2005年。

49 參見盛子龍，撤銷訴訟之訴訟權能，中原財經法學，7期，頁3，2001年12月。

50 BVerfGE 6, 32 ff.

三人訴訟」。根據學說及行政法院裁判之多數見解，第三人提起撤銷訴訟時，其訴訟權能有無之判斷乃取決於「利害關係人理論」。換言之，唯有當第三人居於利害關係人之身分所提起之撤銷訴訟，始具備訴訟權能⁵¹。所謂利害關係，根據行政法院裁判之一貫見解，乃指「法律上之利害關係」而言，不包括事實上之利害關係而言。至於如何判斷第三人是否具有法律上之利害關係，進而具備訴訟權能，我國及德國行政法學說及行政法院裁判實務，一致性地係以「保護規範理論」(Schutznormtheorie)為基準⁵²。其中就我國部分，例如臺北高等行政法院九十六年度訴字第二一二七號判決即明白揭示：「行政處分受處分人以外之第三人有無得以主張自己的權利受違法損害之『訴訟權能』，則需就有無以保護該第三人利益為目的之『保護規範』存在定之，……第三人如僅屬所謂的『反射利益』受損害時，即不足以作為得於行政訴訟主張自己的權利受違法損害之『訴訟權能』⁵³。」

相同判準，亦適用於課予義務訴訟。在課予義務訴訟中，原告對於中央或地方機關依法申請之案件，是否因行政機關怠於作為或遭否准，致使權利或法律上利益受損害，亦同樣以「保護規範理論」作為判準。倘原告所據以請求行政機關作成授益行政處分之法令係屬保護規範，則原告即可能享有向行政機關請求為特定作為之

51 行政訴訟法第4條第3項規定：「訴願人以外之利害關係人，認為第一項訴願決定，損害其權利或法律上之利益者，得向高等行政法院提起撤銷訴訟。」可資參照。

52 參見Wolfgang Kahl著，林明鏘譯，德國與歐盟行政法上主觀公法上權利之現況、演變及其展望，國立臺灣大學法學論叢，40卷2期，頁878-880，2011年6月。

53 相同見解亦可參見臺北高等行政法院91年度訴字第4907號判決及91年度訴字第2794號判決。

公法上權利；行政機關怠於作為或是否准所請，即不排除有侵害其請求權之可能性。反之，倘法令上根本無原告所主張之權利（亦即非保護規範），則縱使原告主張權利受侵害，其訴訟權能亦應予以否定⁵⁴。

綜上所述，在涉及撤銷訴訟及課予義務訴訟類型之第三人訴訟情形下，第三人是否具有提起訴訟之訴訟權能，目前學說及實務之通說見解，率皆以「保護規範理論」作為判斷基準。準此，競爭者訴訟作為第三人訴訟之形態，而撤銷訴訟及課予義務訴訟又是在行政實務上最常運用之落實競爭者訴訟目的之訴訟類型。是以，「保護規範理論」在判斷競爭者訴訟之訴訟權能時，具有關鍵性之地位。

二、保護規範理論在行政法院競爭者訴訟中之應用現況

（一）保護規範理論之內涵及應用困境

保護規範理論作為主觀公權利有無之判準，發軔於德國十九世紀後葉之君主立憲時期。歷經百年之發展，業已從傳統以O. Bühler為代表，著重於探求「立法者主觀意旨」之舊保護規範理論⁵⁵，進展到現今學說及實務普遍採行，以「客觀規範目的」為解釋取向之新保護規範理論⁵⁶。在我國公法學說及法院裁判實務上，保護規範理論亦是與時俱進，而非停滯不前。最為關鍵之轉捩點，應屬大法

⁵⁴ 參見陳敏，同註31，頁16。

⁵⁵ Vgl. Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914, 43 ff.

⁵⁶ Vgl. Bauer, Altes und Neues zur Schutznormtheorie, AöR 113 (1998), S. 582 ff. 關於德國保護規範理論之演進，中文文獻詳可參見李建良，保護規範理論之思維與應用——行政法院裁判若干問題舉隅，載：2010行政管制與行政爭訟，頁257以下，2011年。

官釋字第四六九號解釋。本號解釋堪稱是帶領我國行政實務正式進行「新保護規範理論」時代之里程碑。其解釋理由書略以：「法律之種類繁多，其規範之目的亦各有不同，有僅屬賦予主管機關推行公共事務之權限者，亦有賦予主管機關作為或不作為之裁量權限者，對於上述各類法律之規定，該管機關之公務員縱有怠於執行職務之行為，或尚難認為人民之權利因而遭受直接之損害，或性質上仍屬適當與否之行政裁量問題，……倘法律規範之目的係為保障人民生命、身體及財產等法益，且對主管機關應執行職務行使公權力之事項規定明確，該管機關公務員依此規定對可得特定之人負有作為義務已無不作為之裁量空間，猶因故意或過失怠於執行職務或拒不為職務上應為之行為，致特定人之自由或權利遭受損害，被害人自得向國家請求損害賠償。」據此，課以行政機關客觀作為義務之法律，尚不必然對應地賦予人民主觀公權利。毋寧，唯有當法律規範目的具有保障特定人個人權益時，人民始享有請求行政機關為一定作為之公法上請求權。至於法律規範目的應如何探求，本號解釋理由書進一步揭示：「應就具體個案而定，如法律明確規定特定人得享有權利，或對符合法定條件而可得特定之人，授予向行政主體或國家機關為一定作為之請求權者，其規範目的在於保障個人權益，固無疑義；如法律雖係為公共利益或一般國民福祉而設之規定，但就法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，可得知亦有保障特定人之意旨時，則個人主張其權益因公務員怠於執行職務而受損害者，即應許其依法請求救濟。」

綜上大法官釋字第四六九號解釋意旨，若法律明文規定特定人得請求行政機關為一定作為，則人民據此享有公法上權利，殆無疑義。然倘若法律未有人民請求權之明定，則尚不可率然逕予否定，毋寧應進一步探求該課以行政機關作為義務之法規範所欲達成之

「客觀目的」。若除公益維繫外，尚兼具有保障特定人私益時，則該法規範即屬保護個人權益之規範，據此仍可導出人民享有要求行政機關為一定作為之公法上請求權。從人權保障之角度以觀，大法官採取新保護規範理論以作為人民實體法上主觀公權利存否，以及訴訟法上有無訴訟權能之判斷基準，跳脫舊保護規範理論之法條文義形式操作，擴大承認人民主觀公權利之可能性，固值肯定。然而，由於其將法律規範目的之探求，繫於「法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷」，故使保護規範理論之操作，終究仍不脫是一「法律解釋」之問題⁵⁷。職是之故，保護規範理論雖然兼具有實體法及訴訟法上之雙重功能，而作為人民有無主觀公權利及是否具備訴訟權能之認定工具⁵⁸，但其本身卻由於內涵之不明確性，故實屬一種在適用上尚須進行法律解釋之工具。此等本身尚待解釋予以填補之工具，在適用上所可能面臨到之困境，不難想像。

(二) 行政法院裁判之操作模式

在競爭者訴訟之範疇內，我國行政法院歷來裁判不乏有應用到保護規範理論之例。以下茲舉數例說明，俾嘗試尋覓出行政法院在經濟行政法規下操作保護規範理論之理路。

1. 競爭者檢舉同業不正競爭行為案件

在行政法院之裁判中，不少案件係涉及競爭者檢舉其同業有違反公平交易法第十八條至第二十四條所規定之不正競爭行為，因不服公平會之檢舉不成立函覆，遂提起競爭者訴訟，請求排除其競爭

⁵⁷ Vgl. Schmidt-Abmann, Art. 19 Abs. IV, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Kommentar, Lfg. 24, Rn. 128.

⁵⁸ 陳愛娥，「訴訟權能」與「訴訟利益」——從兩件行政法院裁判出發，觀察兩種訴訟要件的意義與功能，律師雜誌，254期，頁64以下，2000年11月。

同業已造成競爭不平等之不正競爭行為，或是請求命公平會對競爭同業之不正競爭行為課以裁罰性行政處分之事件。就上述競爭者訴訟之分類而言，此等事件應可劃歸於競爭者平等地位訴訟之類型。

行政法院於個案中探求公平交易法第十八條至第二十四條對不正競爭行為所為之禁止規定是否屬於保護規範時，呈現出前後見解不一致之現象。在早期裁判中，例如臺北高等行政法院九十年度訴字第六四七三號判決指出：「本院則認為，如果檢舉人之檢舉事由是『不正競爭』行為，而非『限制競爭』行為，且檢舉人主張：『被檢舉人不正競爭行為之競爭或打擊對象正是檢舉人』時，則從外觀上觀察，檢舉事由與檢舉人之損害間具有直接因果關係，應承認檢舉人之權利，會因被告機關拒絕處置或處置太輕，而受到侵犯，得提起行政訴訟。」據此，法院似肯定公平交易法第十八條至第二十四條之不正競爭行為禁止規定具有保護行為人之競爭同業的私人競爭權益，而屬保護規範⁵⁹。

上述臺北高等行政法院之見解，日前卻遭到最高行政法院九十九年度庭長法官聯席會議(四)決議之明白否定：「行為時公平交易法第19條、第22條及第24條規定，縱有保護人民生命、身體及財產等法益之目的，惟各該法律對主管機關應執行職務行使公權力之事項，並未明確規定，難謂該管機關依此規定對人民負有特定作為義

⁵⁹ 相同見解亦可參見臺北高等行政法院90年度訴字第6189號判決及90年度訴字第4508號判決。不同見解者，參見蘇永欽，檢舉人就公平會未為處分的函覆得否提起訴願，公平交易季刊，5卷4期，頁11，1997年12月。氏援引德國聯邦最高普通法院所提出之「公法上第三人保護補充性原則」，主張檢舉人即使是競爭同業不正競爭行為之受害對象，亦應優先尋求民事救濟途徑，以為民事紛爭之解決。惟此等「公法補充性原則」卻普遍受到德國及我國公法學者之質疑，而基於公、私法救濟途徑本質上及功能上未盡一致之立場，認為在行政爭訟途徑上應無適用之餘地。參見林昱梅，同註48，頁30-31。

務而無不作為之裁量餘地。是檢舉人以第三人違反公平交易法第19條、第22條及第24條規定，而依同法第26條規定向公平會檢舉者，本非主管機關應依檢舉、以檢舉人與被檢舉人為處分對象、作成有個案規制效力之行政處分以及作成如何內容之行政處分之規定，又縱依前開司法院釋字第469號解釋意旨（「保護規範理論」），亦難認定該檢舉人得請求主管機關為特定有利於自己而不利於第三人之行政處分。是檢舉人如依行政訴訟法第5條之規定，向高等行政法院提起請求主管機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟，其起訴亦不備訴訟之要件，應裁定駁回其訴。」自此，行政法院目前之一致見解，率皆認為人民根據公平交易法第二十六條向公平會檢舉業者有不正競爭行為者，無論檢舉人與被檢舉人間是否存在同業競爭關係，檢舉人皆無向主管機關請求為特定有利於自己而不利於第三人之行政處分⁶⁰。

從競爭者訴訟及保護規範理論角度以觀，上述行政法院之前後期見解，似皆未切中問題之核心。早期見解在結論上雖可予支持，然卻以「因果關係」證立競爭同業之檢舉人享有請求公平會對被檢舉人採取制裁措施之主觀公法上權利，在論理支撐點上似與向來之行政法學說及大法官釋字第四六九號解釋意旨大異其趣。至於目前所採取之保守見解，似又錯置觀察重心。蓋公平交易法中之不正競爭行為規定是否為保護規範，應從其規範本身出發，以探求是否蘊含有保護為不正競爭行為之競爭同業的競爭上權利。然行政法院則是從第二十六條之「檢舉條款」出發，以其所規制之對象「非特定人」，不符保護規範理論之要件，而排除具競爭同業身分之檢舉人的主觀公權利。行政法院將保護規範理論作如是之操作，是否契合

⁶⁰ 較新之裁判可參見最高行政法院100年度判字第112號判決、100年度判字第803號判決及100年度判字第1152號判決。

該理論之本旨，恐具有商權之餘地。

2. 競爭者請求撤銷競爭同業之註冊登記及旅行業執照案件

本件係屬典型之消極競爭者訴訟、防禦性競爭者訴訟，以及競爭者防禦訴訟。主要爭點在於，行政機關核准某旅行業為註冊登記並發給旅行業執照，其他之競爭同業是否為利害關係人，得提起撤銷訴訟請求撤銷競爭同業所獲致之利益？臺北高等行政法院九十四年度判字第三四七四號判決指出：「原告並非舉發人，亦非上開通知函之相對人，尚難認其與該函有何法律上利害關係，自不能對該行政爭訟事件為任何主張或訴訟行為，揆之首揭說明，其有當事人不適格之程序上不合法，甚為灼然。」本件經原告提起上訴，最高行政法院九十七年度判字第一〇四七號判決認原判決並無違法情事，而駁回上訴。

在本件中，行政法院完全未涉及到旅行業管理規則中關於經營旅行業應申請註冊之相關規定（現行條文為第六條至第八條），是否兼具有保護現有市場旅行業業者之營業權利，而屬保護規範。取而代之者，法院判斷具競爭同業身分之原告是否為法律上利害關係人，僅從其是否為舉發人，或是通知函之相對人觀點出發。就此而言，行政法院既未意識到本案具競爭者訴訟之特性，且在是否涉及到「第三人訴訟」之定性上，認知亦屬模糊。此由其一方面認定原告是否為利害關係人，另一方面又判斷原告是否為舉發人或通知函之相對人，即可探知。

3. 遊艇業競爭者請求撤銷同業營利事業登記案件

本件與上述裁判之基礎事實相似，皆屬同業競爭者請求撤銷給予「市場新進者」營業許可之消極競爭者訴訟，或是競爭者防禦訴訟類型。臺中高等行政法院九十四年度訴字第五九二號判決指出：「按一般所謂第三人效力處分，係指行政處分不但對相對人發生效力，同時亦對第三人發生效果而言。上訴人主張原處分有損害上訴

人等之權益，核屬同業競爭所生之利益衝突，如欲藉第三人效力處分尋求救濟，首須具有利害關係人之身分，而利害關係人含義之界定，必須現已存在之權利或法律上利益受影響，始為相當，若僅為經濟上、情感上或其他之關係則不在其列，故競爭同業身分或消費者，其關係乃經濟上之利害關係，不具有提起爭訟之權能。即單純之競爭同業僅屬利益受影響而不能證明權利受損害者，即未必有訴之利益存在。經查，原告並非本件處分之相對人，原告提起本件訴願，自須具利害關係人之身分。原告與原處分之相對人日○潭公司及湛○○蓮公司乃單純競爭同業關係，雖具有經濟利益關係，……並不因被告核發日○潭公司及湛○○蓮公司之營利事業登記證及准許變更登記，而生具體權利或受法律保護利益之直接損害，自不具法律上利害關係，要無請求撤銷該處分之法律上利益。」

在本件中，行政法院對於同業競爭關係所生之利益衝突，及其在訴訟權能上之評價，不僅有所意識，且亦作相當細膩之說明。雖然未有使用保護規範或是保護規範理論之字眼，然論述脈絡實質上業已本其旨趣而為操作，本文給予肯定。

4. 競爭者請求撤銷對第三人競爭者授益之最優申請人資格甄審決定案件

本件即上述所稱，在我國競爭者訴訟實務上深具指標性之高速公路電子收費系統BOT案爭訟事件。在性質上，應可劃歸於上述競爭者訴訟類型中之排擠性競爭者訴訟，或是競爭者排擠訴訟。針對未獲最優申請人資格之申請廠商，得否提起撤銷訴訟，請求撤銷主辦機關高公局對其他競爭廠商所為最優申請人甄審決定之爭點部分，最高行政法院九十五年度判字第一二三九號判決明確指出：「足見申請參與政府規劃之公共建設，只有被評定為最優申請人者，始取得與主辦機關簽訂投資契約及依法興建、營運之權利，……。故上開『評定最優申請人』的決定，對其他參與競爭之

申請人產生排斥的效果，亦即其他申請人將因而失去與政府簽訂特許投資興建及營運契約之機會，形同未獲准授予簽約之權利，乃對於權利及法律上之利益的消極損害，其雖非該『評定最優申請人』決定之相對人，但為該決定（行政處分）效力所及，自得依行政訴訟法第4條第1項規定，對之提起撤銷訴訟以資救濟。」準此，行政法院乃肯定促參法上之最優申請人決定係屬一具第三人效力之行政處分。

此號判決應屬行政法院近年來對於經濟行政法規是否屬於保護規範，論述上較為詳盡之代表。換言之，行政法院從促參法之排斥性競爭規範架構出發，認為最優申請人甄審決定乃具有保護參與競爭申請人營業自由之私益。故未獲利益之參與競爭申請人與最優申請人決定具有法律上之利害關係，為其效力所及；倘提起撤銷訴訟者，訴訟權能要件之具備應無疑義。

綜上對於行政法院四則涉及各類型競爭者訴訟之裁判所進行之檢視，吾人初步發現行政法院對於系爭法規是否具備經濟上競爭結構之意識，個案差異性甚大。而且，由於對法規結構認知之差異，亦不可避免地影響其判斷系爭法規是否為保護規範，進而確認其在訴訟法上效力之正確性與細膩度。行政法院雖然在若干零星裁判中，對於競爭者訴訟及其所涉及之實體法上競爭關係已有正確之出發點，但整體而言，問題意識普遍仍屬不足。

三、保護規範理論在多邊衝突關係下之操作新模型

保護規範理論作為人民主觀公權利及第三人訴訟訴訟權能有無之探尋工具，由於須涉及法規詮釋及諸多因素之綜合判斷，故截至目前為止，在我國行政作業及裁判實務上之操作，仍存在諸多難題，已如上述。相同情形亦見諸於德國之行政法學理及實務，並且仍屬彼邦當前行政法學重要爭議問題之一。有鑑於此，德國若干學

者則嘗試提出各種可能之解決方案，或是更為細膩之思路⁶¹。其中，最引人注目者，應歸屬於P. M. Huber以及M. Schmidt-Preuß二位教授。而兩者學說共通之處，乃皆在於戮力找尋或形塑保護規範理論於多邊行政法律關係下應如何適用之新模型。此與本文所關懷之競爭者權利救濟議題，涉及相同之問題層面，應有諸多值供借鏡或引發啟示之處。以下茲分別介紹之：

(一)基本權解釋取向之保護規範理論

此說以P. M. Huber教授為代表。氏認為法治國家下之法律，主要功能乃在於滿足憲法對於人民基本權限制之正當性要求。從而，欲嚴格區分出其係屬單純之客觀法規範，或是具第三人保護目的之保護規範，在現實上幾乎不可能。縱此，若果真欲探求客觀法是否被主觀化，而包含有人民之主觀公權利，則有鑑於在現代憲法國家下，客觀法所代表之意義多為憲法基本權之具體化規範，故應嚴格從「基本權解釋」之觀點出發⁶²：凡是客觀法規範包含有限制人民基本權、調和不同基本權間之衝突，或是形塑特定基本權具體內容等相關規定時，皆可被評價為一「潛在」(potentiell)之保護規範。在此脈絡下，當一足以減損第三人法律地位之行政決定，可一般性地(generell)從某客觀法規範中獲得支撐依據者，則吾人即可認定該規範至少含有潛在之主觀公權利要素，而潛在地保護第三人。至於在具體個案中，倘根據某一法規範所作成之行政決定，事實上確對第三人之基本權保護範圍造成具體之侵害者，則該法規範即可被確認為一「具體的」(konkret)保護規範⁶³。

⁶¹ Vgl. Scherzberg, Subjektiv-öffentliche Recht, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., 2010, § 12 Rn. 10 f.

⁶² Vgl. Huber, aaO. (Fn. 39), S. 281.

⁶³ Vgl. Huber, aaO. (Fn. 39), S. 282 ff.

上述P. M. Huber教授所提出之保護規範認定基準，遭到部分學者批評過於強調基本權之拘束性，而嚴重地低估，甚至是漠視了立法者在憲法權力分立架構下所享有之廣泛的立法形成自由⁶⁴。

(二)衝突調和公式

此為M. Schmidt-Preuß教授針對保護規範理論適用於私人衝突之多邊行政法律關係時，所提出之操作模型。氏首先將行政法律關係區分為「國家—個人」垂直對立架構，以及「私人—私人—國家」水平及垂直交錯多邊衝突架構。就前者而言，傳統上以「公益—私益」分支化為基礎之保護規範理論，顯然地即是對應此等「國家—個人」二元（bipolar）垂直行政法律關係所建構出之主觀公權利判定基準。在此結構下，人民主觀公權利乃被理解為「人民受公法規範所承認或賦予，得向國家請求為特定作為、不作為或是容忍，以實現自己利益之法律上力量」⁶⁵。至於後者，多邊衝突尚可類型化為「反向模式」（Kehrseitiges Modell）之利益衝突狀況及「取代模式」（Wechselbezügliches Modell）之利益衝突狀況兩種。例如第三人為維護其在市場上之既有競爭地位，請求主管機關廢棄其已核發與他人之營業許可的「第三人防禦」（Drittabwehr）類型，即屬典型之反向模式利益衝突。而因資源有限性，競爭同業請求主管機關廢棄核發予他競爭者之分配決定，並且改以自己作為授益處分相對人之「請求作成分配」（Verteilungsvornahmebegehren）類型，則為取代模式利益衝突現象。在私人衝突之多邊行政法律關係中，主觀公權利行使時所涉及之權利主體，不可能僅有國家而已。毋寧，不可避免地亦應會波及到與權利行使人利益相衝突

⁶⁴ Vgl. Wahl, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, 20. Ergänzungslieferung, 2010, § 42 Rn. 100.

⁶⁵ Vgl. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl., 2009, § 8 Rn. 2.

之第三人。在此多邊利益衝突情形下，M. Schmidt-Preuß教授將主觀公權利理解為「可犧牲與自己利益相衝突之其他私人，成就自己之個人利益，並且透過向作為實質上義務主體之國家請求方式，而獲得實現之一種法律上之力（*rechtliche Fähigkeit*）」⁶⁶。

在此等主觀公權利概念理解下，傳統上以「國家一個人」二元垂直行政法律關係所建構之保護規範理論，顯然地自非當然地亦可適合於多數私人間利益處於相衝突狀態之多邊衝突行政法律關係上。對此，M. Schmidt-Preuß教授特別提出所謂的「多邊衝突調和公式」（*multipolare Konfliktschlichtungsformel*），以取代新保護規範理論所採行之「推定公式」（*Vermutungsformel*），亦即凡法規範目的兼具有保護私益者，即推定人民存有主觀公權利。根據衝突調和公式，在多邊行政法律關係下欲肯定主觀公權利之存在，理路上應再行區分為「權利授予」（*Rechtszuweisung*）以及「請求權行使」（*Anspruchsrichtung*）兩層次：

1. 權利授予層次

根據M. Schmidt-Preuß教授之見解，衝突調和公式如同保護規範理論下之推定公式一般，亦要求必須先存在有一公法規範。法律、法規命令，甚至是歐盟法皆可，但行政規則不與焉⁶⁷。此等秩

⁶⁶ Vgl. Schmidt-Preuß, *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht. Das subjektive öffentliche Recht im multipolaren Verwaltungsverhältnis*, 1992, S. 187.

⁶⁷ 然此在學說及實務上並非毫無爭議，且在我國之情形亦然。根據行政程序法第159條規定，行政規則並不具有直接對外效力，原則上非在法規範之列，殆無疑義。然最高行政法院99年度判字第212號判決指出：「人民於依法申請之案件所謂『法規』固指法律或法律授權之法規命令、自治規章等，各行政機關所訂之行政規則並不當然賦予人民『依法』申請之公法上請求權，行政規則係借助於行政實踐及平等原則，產生行政自我約束之效力，而發生對外效力，此即為平等原則對行政機關效力次原則之行政自我拘束原則，蓋行政機關在裁量範圍內，所為之行政處分，在事實及法律上均相同之情形，所為之

序規範（*Ordnungsnorm*）必須具備一定之特性，亦即針對立於水平關係中私人之衝突利益，存有評價、限制及衡量之規定，並且將此相關規定作為「規範上的衝突調和方案」（*normatives Konfliktschlichtungsprogramm*）之一環，使得某一私人利益之實現，得以犧牲他人利益之方式而達成之⁶⁸。準此，倘若一秩序規範中之私人利益衝突調和方案，賦予私人彼此間「自由可為」（*freies Dürfen*）之基礎及範圍，則其將也同時賦予了多元行政法律關係下人民主觀公權利之基礎。換言之，該秩序規範之第三人保護（*Drittschutz*）特性，即可受到肯定。至於客觀法規範中是否包含有私人利益之衝突調和方案，則仍須回歸各該專業行政法律，透過解釋方法探求之。

2. 請求權行使層次

至於在主觀公權利之行使層面上，欲實現自身利益之私人依法雖可透過犧牲他人之方式以滿足自己之權利，但卻非直接針對利益衝突之他人為權利之主張；主張之對象毋寧為國家。析言之，落實秩序規範中所規定衝突調和方案之義務主體（*Pflichtsubjekt*），乃

裁量亦應相同，是以行政機關頒行之行政規則，基於行政自我拘束原則，於個案中自應受拘束，則行政機關基於該裁量行政規則，既已對於合於相同條件之人予以給付，則其他合於該條件之人民自得經由平等原則而基於該裁量行政規則請求行政機關為特定行政行為之公權利，亦即得為提起課予義務訴訟之公法上請求權基礎，利害關係人主張行政機關未依其所定規則為準駁者，亦應依違反平等原則而為主張該核准之行政處分為違法而得循序提起撤銷訴訟。」據此，人民在主觀上經由平等原則或是行政自我拘束原則之主張，行政規則客觀上亦不排除得作為人民主觀公權利之法規依據。行政法院之此等見解賦予人民有較為寬廣之主觀公權利請求基礎，從人民權益保障角度以觀，應值肯定。

⁶⁸ Vgl. Schmidt-Preuß, aaO. (Fn. 66), S. 248.

為國家。此與民事法律關係中之私人衝突調和模式迥異⁶⁹。

綜上所述，M. Schmidt-Preuß教授所提出之衝突調和公式，其正當性乃源自於利益衝突之所有敵對私人，皆享有「相同自由」（gleiche Freiheit）之基本權思維上。若客觀法規範對於私人間相衝突之利益定有應作如何評價、限制及衡平之規定，並且在此基礎上進一步定有衝突調和之解決方案，建構調和秩序者，則在認知上吾人即可肯定處於利益衝突狀態下之每一私人，皆受到立法者賦予或承認享有主觀公權利。尤其是在衝突調和方案中被法規範賦予得以犧牲他人利益以成就自己利益之私人，其客觀上被立法者賦予擁有實現自己權益之主觀公權利的屬性，更是至為明顯。而且，在基本權衝突解決之立法形塑上，受到立法者利益衡量後之青睞，而賦予其享有確保自己權益之法律上力量。蓋在邏輯上，倘若某一方私人之主觀公權利不被立法者肯定，則立法者實大可放任該私人受到「反射不利益」之事實問題不予置喙，而無庸特別提出具有規範效力之衝突調和方案，以具體實現憲法對其所課予之基本權衝突調和委託。是以，法規範上存有私人利益衝突調和方案，即是以肯定立於利益衝突狀態之私人皆享有主觀公權利為結構上之前提要件。在此脈絡下，判斷客觀法規範是否為一保護規範，思考重心即從傳統之探求法規範是否具有保障特定人「個人利益」之目的，移轉至找尋法規範是否包含有「私人利益衝突之調和方案」上。

（三）啟示及導入我國之思考

針對上述德國學說上晚近所發展出在多邊行政法律關係下保護規範理論應用新模式，雖操作基準有所不同，但不約而同地皆以水平關係為思考之出發點。換言之，在涉及「私人—私人—國家」之

⁶⁹ Vgl. Schmidt-Preuß, aaO. (Fn. 66), S. 249 f.

多邊行政法律關係時，上述德國學說率皆將第三人主觀公權利存在與否之原因（Grund），置於私人與私人間是否存在有權利或利益之水平衝突現象，而非「私人與國家間」利益之垂直衝突問題上。蓋如M. Schmidt-Preuß教授肯切地指出，國家僅為人民實現其主觀公權利時之請求權行使對象而已，但「國家－第三人」間之垂直關係卻不宜成為第三人主觀公權利是否存在之觀察脈絡。此等以釐清具體事件究為垂直關係抑或水平關係作為判斷主觀公權利步驟之出發點，實益乃在於確認應採取何種保護規範理論操作模型，俾有助於對客觀法規範進行較為適切之解釋。

其次，在客觀法規範存在之前提下，該規範是否可被認定為具第三人保護目的之保護規範，上述德國學說之新發展趨勢所給予之啟示，乃是摒棄傳統上由二元垂直法律關係所源出之「特定人私益」的探求。取而代之者，法規範是否具有調和私人間基本權衝突狀況之相關規定，成為判斷其是否賦予第三人主觀公權利之關鍵要素⁷⁰。此判準雖尚難謂為一毫無漏洞且缺失之完美模型，蓋只要涉及到法規範之解釋，往往不可避免地容有若干猶豫及立場取向之空間。但探求客觀法規範是否包含有私人利益衝突調和方案，顯然較之於探求是否兼具有保護特定人私益，來得更為具體且較易掌握。基此，本文認為此等關注多邊衝突調和關係之保護規範理論操作模式，因與多數之經濟行政法規具有高度之結構相容性，故至少可考慮導入經濟行政法領域優先適用，以提供行政法院於判斷提起訴訟之競爭者是否具備訴訟權能時，有較為明確且可行之審查基準。

在肯定上述保護規範理論新操作模式可導入我國經濟行政法領

⁷⁰ 參見盛子龍，同註49，頁10-11。氏亦提出在判斷第三人公權利時，應特別考量私人間之水平關係，以及公行政在此所扮演之角色。縱此，在操作保護規範理論時，盛教授仍維持傳統垂直關係下所建構之思考步驟及判準。

域之命題下，本文擬以前揭所舉行政法院裁判所涉及之法規為例，嘗試檢視是否為保護規範，使原告之主觀公權利有遭受行政機關公權力行為侵害之可能性，而具備訴訟權能：

首先，就公平交易法第十八條至第二十四條所規定之不公平競爭行為而言，立法者透過事業不得為不公平競爭行為之規定，乃一方面限制事業之營業自由，另一方面則是保障其競爭同業在市場上之公平競爭自由。再者，透過同法第三十五條以下之罰則規定，立法者對於施以不正競爭行為之事業課以行政罰，乃蘊含有制裁破壞競爭公平之業者，保障其競爭同業在市場上競爭地位之調和作用。基此，本文認為公平交易法上之不正競爭行為禁止規定實屬保護規範。是以，從事不正競爭行為業者之競爭同業因競爭者之不正競爭行為即有可能使自己之公平競爭自由受到損害。其提起競爭者平等地位訴訟，請求行政機關應依法採取相關之制止或處罰措施，其訴訟權能應受肯定。

同理，促參法中之最優申請人甄審決定規定，亦屬立法者所設計之一種衝突調和方案。蓋一方面，透過公開招商，雖使廠商得以提出申請，給予行使競爭自由之機會，得與其他申請人形成競爭狀態。但另一方面，透過甄審決定，評價申請人行使競爭自由後之結果，並以最優申請人決定之形式，產生對唯一申請人之營業自由保障，對其他申請人之營業自由（投資契約締約權）加以排擠之競爭者利益衝突選擇結果。準此，促參法中之最優申請人決定規定亦屬於保護規範，申請人據此享有請求行政機關於作成最優申請人決定時，應「維持競爭公平性」之主觀公權利⁷¹。未獲最優申請人資格

⁷¹ 須說明者，立法上之衝突調和方案與基本權限制兩者，在概念上應有所區分。最優申請人甄審決定本身，因具有排斥其他競爭者進入市場之效果，故可構成私人間競爭衝突狀態之一種制度性調和。然而，具排斥效果之最優申

之申請人若認為行政機關之最優申請人決定損害其競爭自由之公平行使，而提起消極競爭者訴訟者，應肯定具有訴訟權能。

反之，旅行業管理規則中關於經營旅行業應辦理註冊之規定，其雖限制擬進入市場業者之營業自由，但卻無涉於舊業者競爭自由之限制或保障問題，更遑論包含有調和市場進入者及市場上現有業者間競爭自由衝突之方案。蓋競爭自由之保障範圍並不及於基本權主體有「免於競爭」之自由，毋寧正好相反，競爭自由乃保障人民得與他人公平競爭之自由。是以，旅行業管理規則中之註冊規定，性質上並不屬於保護規範。現有之旅行業者由此並無法導出請求主管機關不核准新業者註冊，或是撤銷註冊之主觀公權利。職是之故，現有旅行業者不服主管機關准予新業者註冊而提起競爭者防禦訴訟，其訴訟權能應有所欠缺。相同之規範架構，亦見諸於營利事業登記規定。

四、基本權作為競爭者訴訟原告訴訟權能之直接來源？

本於第三人訴訟之特性，競爭者提起競爭者訴訟，必須是本於法律上利害關係人之身分，主張自己之權利或法律上利益受到損害，始具有訴訟權能，已如上述。而根據行政法學說及實務之一般見解，判斷第三人有無訴訟權能，復以保護規範理論為定。在此關聯性下，尚有一問題有待釐清：亦即得以推導出人民主觀公權利之保護「規範」，除法律、法規命令及地方自治法規外，是否尚包含憲法所保障之基本權？換言之，當競爭者向行政法院提起撤銷訴訟或是課予義務訴訟，並主張其憲法上所保障之「經濟基本權」遭受

請人甄審決定本身，並不必然即意味著對其他落選之競爭者的競爭自由構成限制。此尚須待國家有扭曲競爭，或是造成競爭之非自然性不公平行為介入時，始足當之。參見詹鎮榮，同註41，頁48。

到行政機關不法侵害時，則吾人是否應肯定其訴訟權能，不無疑義。此問題尤其在現行法秩序下，欠缺課予行政機關特定作為義務之客觀法規範時，更具意義。

(一)主觀公權利之雙重依賴性

基本權得否作為主觀公權利之直接法源依據，在我國及保護規範理論發軔之德國，皆屬高度爭議之問題，且迄今仍未有優勢之見解出現。就我國而言，行政法院之裁判有提及此問題者，至為鮮少。而且，基本上係採否定見解，並不認為基本權可作為人民主觀公權利之直接法源依據。例如臺北高等行政法院九十七年度訴更一字第四十三號判決在面對原告援引憲法第二十二條概括基本權條款，作為請求被告臺北市政府環保局對噪音侵擾者作出負擔行政處分之請求權基礎時，明確地指出：「原告上開請求權之依據，其中憲法第22條規定係屬保障一般國民基本權中之其他基本權利而設之規定，特定人則無法律上之請求權；……職是，原告請求被告對第三人……發聲音源器械等拆除，尚乏公法上請求權之依據。」類似見解，亦見諸於德國之學說與實務。究其原因，主要乃是深受彼國基本權理論形成之歷史因素所影響⁷²，認為憲法基本權並未賦予人民得以直接實踐之公法上權利，毋寧尚須待立法者透過法律始得形塑。從而，主觀公權利在德國早期學說及實務見解，普遍被認為僅屬一種「法律位階上」（gesetzlich）之利益，而無由從基本權直接導出。

縱然如此，在學說上亦非全然無支持基本權可作為人民主觀公權利之直接法源依據者。以討論甚為熱絡之德國而言，若干學者提出主觀公權利「雙重依賴性」（Die doppelte Abhängigkeit）之見

⁷² 詳細介紹可參見李建良，同註56，頁262-263。

解，認為主觀公權利一方面乃是根植於「法律」之上，並且其具有形塑主觀公權利之「適用優先性」(Anwendungsvorrang)。但另一方面，主觀公權利亦可能以類似之法則而對憲法位階之「基本權」產生依賴性。在此層次上，基本權甚至可能作為主觀公權利之直接法源依據，進而作為行政訴訟上原告訴訟權能之規範基礎⁷³。蓋本於基本權之「規範外部效力」(normexterne Wirkung)，自得由此而直接產生一主觀公法上之防禦權，透過現行既有之權利救濟途徑，請求排除國家之侵害措施⁷⁴。立法者固然享有立法形成自由，決定是否以及如何法律中賦予人民主觀公權利。然此等形成自由並非毫無界限，尤其是不得藉由消極之立法不作為，架空基本權之直接規範效力，剝奪人民由此所直接享有之主觀公權利。是以，當欠缺客觀法規範以解決具基本權重要性之權利或利益衝突狀況時，應肯定法院可直接適用憲法上之基本權條款作為原告訴訟權能之權利來源，並且以之作為裁判之實體法依據。

對於學說之見解，在德國晚近之司法實務上，已可偶見給予正面回應之裁判。其中，最具代表性之案例，即屬北萊茵邦高等行政法院(OVG NRW)二〇〇八年十月七日所作成之裁定⁷⁵。本案系爭事實涉及原告身為為平面及網路媒體撰文之自由記者，由於先前採訪德國聯邦國防軍駐外部隊時有未與軍方充分配合之「不良紀錄」，遂遭被告德國駐外部隊於二〇〇一年九月三日發布不再與其合作，且禁止進入營區之禁令。基此，德國外交部長及國防部長於禁令發布後之次日起在該駐外部隊所舉行之記者會，原告即成為唯

⁷³ 參見Wolfgang Kahl著，林明鏞譯，同註52，頁884-886；Maurer, aaO. (Fn. 65), § 8 Rn. 11; Huber, aaO. (Fn. 23), S. 284. 不同意見者，可參見Wahl, Die doppelte Abhängigkeit des subjektiven öffentlichen Rechts, DVBl. 1996, S. 641 ff.

⁷⁴ Vgl. BVerwGE 30, 191 (198); 32, 173 (179); 96, 293 (294); 102, 12 (15).

⁷⁵ Oberverwaltungsgericht NRW, Beschluss vom 07. 10. 2008 – 5 A 1602/05.

一被拒於門外，無法進入採訪之記者。原告認為德國駐外部隊對其所為之採訪禁令侵害其受基本法第三條第一項及第五條第一項第二句所保障之平等權及媒體自由，遂訴請法院撤銷該違法禁令。北萊茵邦高等行政法院於裁定中，不僅肯定原告之訴合法，且為有理由。在裁定理由中，法院乃直接適用基本法第三條第一項平等權連結同法第五條第一項第二句之媒體自由，認為媒體自由乃保障人民有從政府資訊獲致到資訊處理及報導等整體歷程不受不法干預之自由。而無障礙地接近資訊，更是媒體自由行使之必要先決條件。政府雖得因場地或是資訊提供類型等因素限制採訪人數，然在本案中，被告禁止原告採訪之原因並非基於此等客觀正當事由，毋寧僅因原告之前行為「素行不良」而已。法院最終認定被告限制原告採訪之理由不具正當性，違法侵害原告之媒體自由。是以，確認被告拒絕原告參與記者會之措施係屬違法。本裁定最具意義者，乃是在欠缺法令位階之實定規範，規定部隊應以何種標準邀請參加記者之媒體，以及如何篩選擬參與記者會記者之情形下，法院毫不猶豫地直接以憲法所保障之基本權，作為判斷原告訴訟權能及實體法律關係之法律依據。除此之外，在其他基本權部分，德國聯邦行政法院則是在涉及人民財產權保障之關聯性下，向來亦肯定當人民之財產權遭受到公權力「重大且難以承受」（*schwer und unerträglich*）之侵害時，可直接援引基本法第十四條所保障之財產權，作為其主觀公權利之法源依據。

在上述基本權具有主觀防禦功能之體系脈絡下，肯定基本權可直接作為人民主觀公權利（至少是防禦權）之法律依據，本文認為不僅在理論上無可質疑，而且建議司法實務更應勇於適用，以填補實定法律規範密度之不足。就此，李建良教授亦正確指出：「按憲法保障之基本權利，屬於一種公法上權利，殆無疑問，且具有直接之規範效力。基本權利具有『防禦』的功能，旨在保護人民免於受

到國家的干預，則人民的基本權利如因國家的行為而遭受到侵害或限制者，本於基本權利的防禦作用，應可循一定的法律途徑予以排除，始合乎憲法保障人民基本權利的意旨。……循此理路，於涉及人民受國家公權力侵害之情形，即須注意到基本權利的防禦功能，不應以無法律的依據為由，而根本否定人民公法上權利存在的可能性⁷⁶。」相同見解，晚近亦由林錫堯大法官在其針對大法官釋字第691號解釋所提之協同意見書中，作出明確之肯定回應：「關於人民是否享有公權利之判斷，依『保障規範說』之理論，在個案之法規適用上，應先從『法律及其他效力在法律之下之法規』探討是否以保障個人利益為目的，而判斷有無公權利之存在；如從『法律及其他效力在法律之下之法規』無法發現公權利之依據，始直接從基本權探討有無公權利之存在。」

在經濟行政法領域，有鑑於國家之經濟干預措施類型繁多，所觸及之行政法律關係亦未盡一致，故人民主張基本權受侵害，甚至以此作為所提起訴訟之訴訟權能基礎時，適用之時機亦有所不同。首先，當國家自居於促進者、監督者及管制者等第三人角色，對市場上之私人經濟活動進行外部干預措施，例如補助金之發放等，甚至是自為私經濟主體，參與市場之經濟活動時，則此際倘若針對國家之經濟干預措施及自為市場參與活動未有客觀法之明文規範者，遭受不利益之競爭同業，應可主張其基本權（競爭平等權、營業自由等）遭受到侵害，提起防禦性競爭者訴訟，請求撤銷經濟干預措施，或是不得再為經濟參與活動⁷⁷。至於在排擠性競爭者訴訟及競爭者平等地位訴訟等積極競爭者訴訟類型上，競爭者原告在法無明文課予行政機關為特定（經濟干預措施）作為義務之前提下，

⁷⁶ 參見李建良，同註47，頁36。

⁷⁷ 參見李建良，同註47，頁37。

應亦不排除主張行政機關之怠於作為或否准申請侵害其經濟基本權，而提起課予義務訴訟，請求行政機關採取對己權益具保護作用之經濟干預措施（*drittschützende Wirtschaftsinterventionen*）⁷⁸，或是將已核發予競爭同業之利益移轉於己。

（二）競爭自由作為競爭者之基本權

在我國憲法之基本權清單中，不乏涉及到經濟活動本身及其結果之保障。諸如第七條之經濟平等權、第十一條言論自由所涵蓋之商業言論⁷⁹、第十四條結社自由所包括之工商團體組成及參與之自由⁸⁰、第十五條工作權所包含之職業選擇及從事自由⁸¹、財產權⁸²、由工作權及財產權保障所導出之營業自由⁸³，以及包含在第二十二條概括基本權中之契約自由⁸⁴及商業資訊自主權⁸⁵等。此外，雖未在憲法基本權清單中明列，或尚未被大法官解釋所提及，然學說上亦有主張同屬經濟基本權之一環者，尚有「競爭自由」（*Wettbewerbsfreiheit*）⁸⁶。在本文所討論之競爭者訴訟議題下，競爭自由更是競爭者尋求權利救濟最重要之實體基本權。尤其在經濟行政法領域，國家透過經濟干預措施以實現特定經濟政策時，損害

⁷⁸ Vgl. Hecker, *Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht, Öffentlich-rechtliche Probleme staatlicher Wirtschaftsinterventionen zur Steigerung der Funktionsfähigkeit des Marktes*, 2007, S. 82 ff.

⁷⁹ 參見大法官釋字第414、577、617、623號解釋。

⁸⁰ 大法官釋字第479號解釋參照。

⁸¹ 參見大法官釋字第404、510、584、612、634、637、649、682號解釋。

⁸² 較新者可參見大法官釋字第602、643、676、685、688號解釋。

⁸³ 參見大法官釋字第514、538、688號解釋。

⁸⁴ 參見大法官釋字第576、580、643號解釋。

⁸⁵ 大法官釋字第586號解釋參照。

⁸⁶ 參見詹鎮榮，同註41，頁47。

到競爭者之權利者，多半即為競爭自由。是以，競爭自由在競爭者權利救濟上，厥為扮演最為重要之角色。而在基本權得作為主觀公權利直接法源依據之前提下，競爭自由往往亦是推導出競爭者主觀公權利之基本權類型。

根據學說之一般見解，經濟活動領域內之競爭自由乃屬職業自由及工作自由保障內涵之一部分。其具體之客觀保護範圍乃在於賦予私經濟主體有不受國家干預，依自己意志選擇進入特定市場，並積極參與營業競爭之自由。準此，競爭自由所保障者，正是人民享有在市場上「參與公平競爭之自由」（*Freiheit zur Teilnahme am gleichen Wettbewerb*），得與其他私經濟主體就產品或服務之品質、價格、銷售策略、顧客爭取等面向，進行營業競爭行為，而不是有「免於競爭之自由」（*Freiheit vor Konkurrenz*）⁸⁷，得防止他人加入競爭，維持既有之業務範圍及競爭地位⁸⁸。在此意義下，人民因參與競爭，而產生市場法則運作下之自然不利益結果者，例如來客率始終未有起色、產品品質無法與競爭者媲美等，乃屬競爭自由基本權行使下必須承擔之事實上風險。此等風險雖可能存在，但卻不屬於競爭自由之保障範圍。是以，吾人無法從競爭自由推導出人民恆受「競爭必贏」（*Erfolg im Wettbewerb*）之憲法保障。在此理解下，吾人亦可導出：並非所有涉及人民競爭地位變動之公權力措施，皆可被視為是對競爭自由之侵害（*Eingriff*）。毋寧，唯有國家投入足以影響或干預人民彼此間自然競爭狀態之「外部因素」，導致競爭嚴重扭曲時，該公權力措施始足以被評價為對競爭自由之一種侵害行為。例如國家參酌法令所定之評審標準以外因

⁸⁷ Vgl. Bäcker, Wettbewerbsfreiheit als normgeprägtes Grundrecht: Eine dogmatische Neubestimmung am Beispiel des Abwehrrechts des Konkurrenten gegen eine Subvention 2007, S. 83 f.

⁸⁸ BVerwGE 39, 329 (336 f.); 71, 183 (193); BVerfGE 24, 236 (251).

素，發放補助金或是核發營業許可。此際，此等經濟干預措施由於造成受益人之競爭者與受益人間之自然競爭狀態扭曲，故對於未獲利益之競爭者構成競爭自由之侵害。或是在作成具有排擠性效果之分配決定時，甄審程序違反平等原則，未公平對待各申請人，則對於受歧視之申請人而言，亦對其競爭自由構成侵害⁸⁹。反之，倘若行政機關依法評選，則不予發放補助金、營業許可或是其他經濟上利益之決定，即不得被評價為對未獲利益競爭者之競爭自由構成侵害，此毋寧仍在自然競爭下獲致事實上不利競爭結果之風險範疇內。此際，倘受不利益之競爭者提起撤銷訴訟，請求撤銷行政機關對其競爭同業所核發之授益行政處分時，則若僅從競爭自由之角度出發，原告即不具有訴訟權能。蓋其僅受單純事實上之經濟不利益而已，而顯無權利受到侵害之可能，亦即非為法律上之利害關係人⁹⁰。

肆、不服國家經濟活動之競爭者訴訟

國家為達成特定之經濟政策目標所採取之經濟干預措施，除居於競爭關係外之第三人地位，而為經濟促進、監督或管制外，在經濟行政法上更不排除其可自為私經濟主體，透過公營事業之組織，進入市場參與競爭，已如前述。然而，私人企業從事經濟活動、參與競爭，乃為行使憲法所保障營業自由及競爭自由之體現。而公營

⁸⁹ 參見詹鎮榮，同註41，頁49-50；李建良，經濟管制的平等思維——兼評大法官有關職業暨營業自由之憲法解釋，政大法學評論，102期，頁71以下，2008年4月；蕭文生，平等原則與國家經濟輔助措施，月旦法學雜誌，172期，頁24以下，2009年9月。

⁹⁰ 至於可否主張財產權或營業自由遭受侵害，而具有訴訟權能，相關討論可參見盛子龍，同註49，頁17註27。

事業無論為何種之組織形態，其事業活動之從事，在行政法上乃被定性為國庫行政行為，性質上仍屬實質意義之行政⁹¹。是以，與公營事業立於競爭狀態之私人企業，得否主張國家從事經濟活動本身損害其權利，而提起國庫防禦訴訟，請求終止競爭性之經濟活動，在德國學說及法院裁判實務上向來為一極具爭議性之問題，亦為探討經濟行政法上競爭者訴訟時，不可忽視之議題。我國法院裁判實務雖然截至目前為止，尚未浮現此等問題，或是雖有相關爭議，但在實務及學說上尚未受到重視，故鮮少有相關文獻探討。縱然如此，回顧我國公營事業近年來之發展，或為將來私人化作準備，不乏有增資及擴大業務範圍之調整；或為改善體質、增加營收，而有引進企業化經營之模式，轉型如同私人企業一般，積極參與競爭。此等發展趨勢，對於其競爭同業之私人而言，不可謂毫無影響。吾人亦難保證，私人企業將永遠忍受國家「與民爭利」之事實狀況，而不透過法院請求權利救濟。職是之故，本文以下擬介紹國庫防禦訴訟在德國法上之發展，以為我國參考及借鏡。

德國對於國庫防禦訴訟之討論，原則上可區分為兩個層次思考：其一，為憲法層次。主要討論重心在於國家從事經濟活動、參與競爭是否對於私經濟主體受憲法保障之競爭自由構成侵害，進而得直接援引基本權作為請求權基礎，訴請法院禁止國家自為經濟活動。其二，則屬法律層次。主要問題乃在於存於各邦地方自治法內之地方政府經濟活動限制規定，性質上是否為保護規範，致使私經濟主體得據以為請求權基礎，訴請法院排除地方公營事業續為違法之競爭性經濟活動。以下茲就此兩層次之問題分述之：

⁹¹ 關於公營事業所執行業務之法律上定性，參見詹鎮榮，從民營化觀點論公民合資公司之基本權能力，載：民營化法與管制革新，頁43以下，2005年。

一、國家自為經濟活動本身作為競爭自由之「侵害」？

首先，在憲法層次應思考者，為國家自為經濟活動、參與市場競爭之行為本身（als solche），是否即可毫不猶豫地被評價為是對人民競爭自由之「侵害」？換言之，憲法所保障之人民競爭自由，是否因國家之單純競爭行為即遭受到侵害（Eingriff durch Konkurrenz）？對此問題，德國聯邦行政法院及邦行政法院明確採否定之見解⁹²。其主要理由，仍是根植在上述對於人民競爭自由保障內涵之理解基礎上。換言之，基本法保障人民之競爭自由，並不包含有免於競爭之自由。此不僅意謂著不保障免於受到來自於其他「私經濟主體」之競爭，同時也不保障免於受到來自於「公部門」之競爭。蓋從人民競爭自由保障之觀點而言，此兩類之競爭主體之競爭活動並無不同，皆僅僅只是單純地對於其他同業之「市場經濟上自然競爭壓力」為「體系潛在性之強化」（systemimmanente Verschärfung）而已。對此，聯邦行政法院在「禮儀師案」（Bestattungsordner-Fall）中有如下明確之揭示：「基本法第十二條第一項並不保障免於競爭，也不保障免於公部門之競爭；基本法並不保障私經濟享有經濟活動之排他性⁹³。」在此基礎上，聯邦行政法院在嗣後之相關裁判中，更進一步明白指出：「競爭自由並不因公部門參與競爭而受到侵害，蓋其作為任何競爭之自然上結果，僅僅是減損了其他企業獲利機會而已。……原則上，國家加入作為競爭者，僅是在體系內潛在性地增加了市場經濟上之競爭壓力而已，但此並

⁹² Vgl. z. B. BVerwG DBVl. 1983, 1251; BVerwGE 39, 329; BVerwG DVBl. 1996, S. 152; VGH Mannheim, Beschluss vom 21. 7. 1982 – 1 S 746/82 = NJW 1984, 253.

⁹³ BVerwGE 39, 336.

非基本法第十二條第一項所欲防禦者⁹⁴。」除非是國家經濟活動之從事業已造成競爭扭曲，導致事實上之獨占化趨勢（*Monopolisierungstendenzen*），或是使人民「競爭不能」（*Wettbewerb unmöglich machen*）者，則此際由於已使人民喪失「競爭機會」，故始可例外地承認對人民之競爭自由構成侵害，而須具備憲法上之正當性。否則，國家經濟活動之單純從事，即因根本未觸及到人民競爭自由之保障範圍，更遑論有基本權侵害之進一步問題⁹⁵。

上述德國行政法院之見解，並未獲得學界之一致支持。毋寧，提出批判者，所在多有；且見解分歧，莫衷一是。其中，採最嚴格觀點者，例如著名之經濟行政法學者R. Schmidt教授即認為，行政法院將私經濟主體及公營事業之經濟活動同視，並在人民競爭自由之脈絡下作相同之評價，乃是體系之錯亂。蓋從事經濟活動之公營事業並非基本權主體，自不應與作為基本權主體之私人競爭者作相同之體系思維。準此，不在人民競爭自由保障範圍內之免於他人之競爭，應僅限於理解為免於「其他基本權主體」之競爭而已，而並不包括免於「公營事業」之競爭在內。本於人民競爭自由之保障，公營事業之競爭活動正是應該被正當化之標的⁹⁶。此外，亦有學者

⁹⁴ BVerwGE 71, 183; BVerwG, DVBl. 1996, 152 f.

⁹⁵ 贊同此等實務見解者，可參見例如Pieroth/Hartmann, Grundrechtsschutz gegen wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, DVBl. 2002, S. 423; Huber, Öffentliches Wirtschaftsrecht, in: Schmidt-Aßmann/Schoch (Hrsg.), Besonders Verwaltungsrecht, 14. Aufl., 2008, 3. Kap., Rn. 259 ff.

⁹⁶ Vgl. Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allgemeiner Teil, 1990, § 11, S. 524. 相同見解似可參見Kluth, Öffentlich-rechtliche Zulässigkeit gewinnorientierter staatlicher und kommunaler Tätigkeit, in: Stober/Vogel (Hrsg.), Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand. Staat und Kommunen als Konkurrent der Privatwirtschaft, 2000, S. 28 f.; Kluth, Eingriff durch Konkurrenz: Zur grundrechtsdogmatischen Verortung kommunaler Teilnahme am wirtschaftlichen

雖然支持行政法院所主張國家經濟活動本身不涉及人民競爭自由保護範圍之見解，但卻認為行政法院所提出可構成競爭自由侵害之「例外事由」，則是過於嚴苛。例如H.-U. Erichsen教授即主張倘公營事業之經濟活動「以排除私經濟主體之經濟活動為取向」者，即足以構成基本法第十二條所保障人民職業自由之違反，或是「以消滅已獲利益（Vernichtung des Erworbenen）為取向」者，即可認定為侵害基本法第十四條第一項所保障之人民財產權，而無須等待國家獨占形成，或是私經濟主體競爭不能之結果發生，始得以認定有基本權侵害之事實⁹⁷。又如D. Ehlers教授認為基本法第十二條第一項職業自由所保障之範圍，不限於僅有「職業選擇」之自由而已，尚包括職業「執行」自由（Freiheit der Berufsausübung）在內。行政法院將侵害競爭自由之要件限縮於國家獨占及私人競爭不能兩種情形，毋寧忽視了職業執行自由亦有可能受到侵害之可能性，故在見解上顯然過狹，對私經濟主體職業自由之保障亦顯不周⁹⁸。

綜上所述，國家從事經濟活動本身是否構成對其私競爭同業競爭自由之侵害，行政法院裁判實務及多數學說持原則否定之見解，僅於導致國家獨占及競爭扭曲致私人事實上競爭不能之情形下，始例外地予以肯定。準此，私經濟主體即不得以國家單純參與市場經濟，與其形成競爭狀態之事實，即主張競爭自由受侵害，向法院提起國庫防禦訴訟之競爭者訴訟類型。縱然如此，上述部分學者對此實務見解所為之批判，從基本權理論及釋義學角度觀之，更具見地。此等批判性意見，晚近業已透過若干邦之高等行政法院間接地

Wettbewerb, WiVerw 2000, S. 184 ff.; Storr, aaO. (Fn. 8), S. 161 ff.

⁹⁷ Vgl. Erichsen, Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb, 1987, S. 31.

⁹⁸ Vgl. Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 102; Ehlers, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand in der Bundesrepublik Deutschland, JZ 1990, S. 1096.

落實在具體個案之裁判見解上。該裁判雖非直接以侵害私人競爭同業受憲法保障之競爭自由為理由，質疑地方自治團體自為經濟活動之合法性，但就結論而言，對於國家從事經濟活動之正當性要求——例如必須存在有公共目的等，已較之於上述聯邦行政院所揭示之例外事由更為嚴格。對此，下文將接續說明之。

二、德國各邦地方自治法上之「限制三支柱」規定

德國公營事業多半為地方自治團體所設立，蓋事業所從事之業務通常涉及人民生存照顧事項，而人民生存照顧，又屬最典型之地方自治團體自治事項。準此，德國幾乎各地方自治團體皆設立有自來水供應、廢棄物清理、能源供給及市區大眾運輸之公營事業。不同於我國法制針對國營事業之管理定有國營事業管理法專法規範，德國各邦並未對地方公營事業定有專法規範，毋寧傳統上皆於邦立法層級之鄉（鎮、市）自治法（*Gemeindeordnung*）及縣自治法（*Kreisordnung*）中加以規範。

在各邦之地方自治法中，普遍定有公營事業設立容許要件之相似性規定⁹⁹。例如巴伐利亞邦鄉鎮市自治法第八十七條第一項規定：「鄉鎮市僅得於下列條件滿足時，設立、承受或大規模擴張本法第八十六條意義下之事業：1. 因公共目的之需要者。尤其是鄉鎮市欲藉此以履行其法定義務、憲法第八十三條第一項及本法第五十七條所規定之任務；2. 事業依其類型及規模，與鄉鎮市之給付能力及預定需求間成適當比例者；3. 委由事業執行之任務，適宜由一般行政以外之單位執行者；4. 在從事地方生存照顧事項以外活動時，透過他人之履行無法同樣良好及同樣經濟地達到目的者。」有如北

⁹⁹ Vgl. z. B. Art. 87 I 1 BayGO; § 107 I 1 GO NW; § 102 I GO BW; § 85 I GO RP; § 101 I GO SH; § 91 II BbgKVerf; § 71 I ThürKO.

萊茵邦鄉鎮市自治法第一〇七條第一項前半段規定：「鄉鎮市於下列情形下，始得從事經濟性之事務：1. 有急迫公共目的之需求者；2. 活動依其類型及規模，與鄉鎮市之給付能力成適當比例者；3. 在從事能源供應、自來水供給、公共交通運輸及包含電信服務在內之電信服務網路營運以外之活動時，透過其他企業之履行無法同樣良好及同樣經濟地達成急迫之公共目的者。」據此，地方自治團體唯有為實現公共目的、在自己之給付能力範圍內，以及私人企業無法提供相同或是更佳之服務時，始得設立、承受、大幅擴張或參與經濟事業。此等目的條款（Zweckklausel）、給付能力條款（Leistungsfähigkeitsklausel），以及補充性條款（Subsidiaritätsklausel），學說上通稱為設立地方公企業或是地方自治團體自為經濟活動之「限制三支柱」（Schrankentrias）¹⁰⁰。

對於競爭者訴訟而言，上述各邦地方自治法中經濟活動限制三支柱規定之意義為：私經濟主體得否主張地方政府之經濟活動違反「限制三支柱」規定而向法院提起國庫防禦訴訟？對此，德國法院裁判見解呈現出前後不同之現象。此等見解上之變遷，可以聯邦最高普通法院（BGH）二〇〇二年四月二十五日之判決作為切割點，而區分前、後兩時期加以觀察¹⁰¹：

（一）二〇〇二年以前之法院見解

在此時期，德國行政法院根本上否定人民享有對抗公部門進入

¹⁰⁰ Vgl. Jungkamp, Rechtsschutz privater Konkurrenz gegen die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde: Eine Untersuchung des Drittschutzes der Schrankentrias in den verschiedenen Bundesländern, NVwZ 2010, S. 546 ff.

¹⁰¹ Vgl. Wendt, Rechtsschutz privater Konkurrenten gegen wirtschaftliche Betätigungen der Gemeinden, in: Mann/Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 2, 3. Aufl., 2011, § 42.

市場、參與競爭之公法上不作為請求權。即使人民因不服地方公營事業違反地方自治法上之「限制三支柱」規定設立，而提起公法上競爭者訴訟，各行政法院之一致見解率皆認為該規定旨僅在於公益之維繫，而不具有保障私人免於受到公營事業競爭之私益在內，故非屬保護規範¹⁰²。

反之，以「競爭法」（Wettbewerbsrecht）為基礎所提起之競爭者訴訟，向來則是受到民事法院之肯認。然而有鑑於不正競爭防止法（UWG）第三條之規範旨趣，僅在於規定業者應「如何」實施競爭行為，而不在於規定其根本上「是否」可實施競爭行為，故私人競爭者提起競爭者訴訟所得指摘者，充其量亦僅限於公營事業之經濟活動造成毀滅性之競爭扭曲，或是挾公法人之勢濫用市場地位等足資導致自身競爭地位遭受到重大損害之不正營業行為而已¹⁰³。

至於各邦地方自治法上之地方自治團體進入市場限制三支柱規定，在不正競爭防止法上之意義如何，邦高等法院之普遍立場則是認為，當公營事業之經濟活動違反地方自治法上之「公共目的條款」規定時——亦即不存在有公共目的，肯定同時該當不正競爭防止法第三條所規定之「違反善良風俗行為」（sittenwidriges Verhalten）。據此，即可推導出競爭者享有不作為請求權，要求地方自治團體停止為不具公共目的之經濟活動。在此意義下，地方自治法上所規定之公營事業進入市場限制要件性質上乃屬保護私人競爭者

¹⁰² BVerwGE 39, 329 (336).

¹⁰³ Vgl. Karlin, Konkurrentenschutz vor wirtschaftlichem Handeln der öffentlichen Verwaltung, 1997; Tettinger, Rechtsschutz gegen kommunale Wettbewerbsteilnahme, NJW 1998, S. 3473 f. 關於在德國法上國家經濟活動受不正競爭防止法規制之中文介紹，可參見蕭文生，國家經濟行為與公平交易法，載：國家·經濟監督·財政秩序，頁30-32，2012年。

權益之規範¹⁰⁴。

(二)二〇〇二年以後之法院見解

上述德國各法院對於不服地方自治團體參與經濟活動所提起競爭者訴訟之態度，自從聯邦最高普通法院二〇〇二年四月二十五日所謂的「電工判決」(„Elektroarbeiten“-Entscheidung)¹⁰⁵作出後，開始發生改變。本判決之事實略以：原審被告為慕尼黑市獨資設立之公營公司，主要業務為提供市民水、電、瓦斯、交通等基本生活照料服務。然自轉型成有限公司形態後，遂開始接受私人委託，提供電線裝配方面之相關服務。例如在十月啤酒節慶典中，為私人所臨時搭建之會場帳棚裝設及拆除配電箱與插座。在短暫時間內，被告已吸收眾多之私人客戶。原審原告為在慕尼黑市從事電線裝配之電匠，專門承接慶典及商展等活動會場之配電業務。因被告之前揭營業行為，致使其原有客戶明顯流失，轉向與被告做生意。原告主張被告所為之電線線路裝配營業活動違反巴伐利亞邦地方自治法第八十七條所定之地方自治團體進入市場限制規範，並侵害自己之競爭權益，遂向法院提起訴訟，要求法院判令被告不得再為系爭之營業活動。經慕尼黑地方法院判決原審原告勝訴後¹⁰⁶，原審被告向慕尼黑高等法院提起事實審上訴，遭法院駁回後¹⁰⁷遂續向聯邦最高普通法院提起法律審上訴。

在本判決中，聯邦最高普通法院推翻邦高等法院長年來所持之見解，認為地方公營事業違反公法性質之巴伐利亞邦鄉鎮市自治法第八十七條規定所從事之經濟活動，不應被評價為不正競爭防止法

¹⁰⁴ Vgl. z. B. OLG Hamm NJW 1998, 3504; OLG München NVwZ 2000, 836.

¹⁰⁵ BGH Urteil vom 25. 4. 2002 - I ZR 250/00 = NVwZ 2002, 1141 ff.

¹⁰⁶ LG München I, GewArch 1999, 413.

¹⁰⁷ OLG München, Urteil vom 20. 4. 2000 - 6 U 4072/99 = NVwZ 2000, 835.

第三條（裁判時規定為第一條）意義下之「違反善良風俗行為」。公法性質之限制三支柱規定並不具有保護私人競爭者營業之功能，甚至連「兼具」（*sekundär*）之內涵亦不與焉。是以，私人競爭者不得援引不正競爭防止法第三條作為請求權依據，對於違反地方自治法限制三支柱規定之公營事業提起競爭法上之競爭者不作為訴訟¹⁰⁸。

聯邦最高普通法院上述判決作出後，向來扮演填補行政法院訴訟漏洞角色之民事法院，反而自廢支撐私人競爭者提起國庫防禦訴訟之法律基礎。為解決此部分之權利救濟缺漏（*Rechtsschutzdefizit*）情形，北萊茵邦的明斯特高等行政法院（*OVG Münster*）乃一反之前見解，率先開啟行政訴訟途徑，原則上肯定人民得以提起公法上之競爭者訴訟，行使不作為及結果除去請求權¹⁰⁹。其主要之論據在於肯定北萊茵邦鄉鎮市自治法第一〇七條第一項第一款第一目規定地方自治團體從事經濟活動須具有「公共目的」（*öffentlicher Zweck*），性質上乃屬授予私人競爭同業主觀公權利之條款。換言之，公共目的條款係屬具有「第三人保護」之規範¹¹⁰。此等裁判見解，嗣為德國多數邦之行政法院所採納。自此以降，私人競爭者不服地方自治團體不具公共目的而從事經濟活動時，現今德國大多數邦之行政法院率皆肯定存有提起公法上競爭者

¹⁰⁸ Vgl. Scharpf, Drittschutz für die Privatwirtschaft? - Die Folgen der „Elektroarbeiten“-Entscheidung des BGH und der UWG-Novelle 2004 -, *GewA* 2004, S. 317 f.

¹⁰⁹ *OVG Münster NVwZ* 2003, 1520 ff.

¹¹⁰ 此等裁判見解，與歐洲法院認定法規範是否蘊含有賦予人民主觀公權利所採取之寬鬆基準頗為近似。參見 Wolfgang Kahl 著，林明鏘譯，同註 52，頁 895-896。

訴訟之實體裁判要件¹¹¹。

至於限制三支柱中之「補充性條款」，是否亦如同上述之公共目的條款一般，具有第三人保護之作用，各邦鄉鎮市自治法之立法目的差異甚大¹¹²，致使各邦行政法院之相關裁判亦隨之而呈現出見解不一之狀態¹¹³。其中，在立法者未於立法說明中明白揭示補充性誠命僅單純具公益目的之邦部分，除邦行政法院業已在相關裁判中表示實務見解外，部分學者則是透過合憲性解釋之操作，導出肯定補充性誠命具有主觀公權利屬性之結果¹¹⁴。

¹¹¹ 例外者例如布蘭登堡邦地方自治法（Kommunalverfassung des Landes Brandenburg: BbgKVerf）第91條第1項第2句明定，本法有關鄉（鎮、市）從事經濟活動限制條件之相關規定，目的「僅在於確保鄉鎮市之給付能力」（ausschließlich dem Schutz der Leistungsfähigkeit der Gemeindendiensten）而已。藉此，明確排除限制三支柱被解釋為具保護第三人之功能。基此規範，該邦行政法院在正確適用法規之情形下，自不可能承認私企業之原告因不服公企業之經濟活動不具備公共目的所提起之競爭者訴訟具有訴訟權能。

¹¹² 在立法說明中，明文揭示地方自治法中關於鄉鎮市經濟活動應符合補充性原則規定僅具公益目的，而不兼具有保障私人競爭同業之個人利益者，例如有巴伐利亞邦鄉鎮市自治法第87條第1項第1句第1款第2句（§ 87 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 2 BayGO, LT-Drs. 13/10828, S. 19）、萊茵法茲邦鄉鎮市自治法第85條第1項第3款（§ 85 Abs. 1 Nr. 3 GO Rheinl.-Pf., LT-Drs. 13/2306, S. 36），以及薩克森安漢邦鄉鎮市自治法第116條第1項第1句第3款（§ 116 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GO LSA, LT-Drs. 4/610, S. 22）。

¹¹³ Vgl. Ziekow, aaO. (Fn. 15), S. 138 f.; Mann, Die drittschützende Wirkung der kommunalrechtlichen Subsidiaritätsregelungen unter Berücksichtigung aktueller Fallbeispiele aus der Rechtsprechung, DVBl. 2009, 817 ff. 其中，採肯定見解者，如OVG Koblenz, GewArch 2006, 288; VGH Mannheim, NVwZ-RR 2006, 715; VGH Kassel, NVwZ-RR 2009, 853. 反之，採否定見解者，如OVG Magdeburg, NVwZ-RR 2009, 347 ff. 至於未置可否者，如OVG Lüneburg, NVwZ 2009, 259 f.

¹¹⁴ Vgl. Berger, Das kommunalrechtliche Subsidiaritätsgebot als subjektives öffentliches Recht, DÖV 2010, S. 118 ff.

三、對我國之啟示

上述德國行政法院及普通法院對於國庫防禦訴訟前後見解之近似戲劇性轉變，令人不禁要回到訴訟權保障之原點，重新思考競爭者訴訟制度之建置目的。蓋德國法院裁判實務所呈現出之外在表徵，似乎是權利保護漏洞之填補，遠較之於主觀權利認定基準之一貫性及保護規範理論操作之正確性來得重要。當然，德國行政法院亦非一味地背離客觀法規範目的，強以法官個人主觀認知，或是特定之既定目標為圭臬。毋寧，保護規範理論之適用，本屬於規範詮釋層面之任務，須就法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規制效果及社會發展因素等，作「動態」之綜合判斷。保護規範理論之此等特性，或許正好給予德國法院在本事件上採取「司法上因應」較大之空間，也為其見解之改變找尋到正當性基礎。此等充分回應社會經濟發展現況之「與時俱進」司法裁判，頗值我國效法。

其次，回歸訴訟法上之釋義學思考，在我國是否如同德國現行法制般，亦可肯定公營事業之私人競爭者於不服國家所從事之經濟活動不具公共目的時，得向行政法院提起競爭者訴訟¹¹⁵，請求行政機關終止特定經濟活動之繼續從事？對此問題，本文原則上乃持肯定之見解。蓋根據行政法之一般原則，現代民主法治國家下之公行政，恆須受「公益原則」之拘束。此不僅在高權形式之公權力行為如此，即使是國庫行政行為，亦然。在具體規範上，我國憲法第一四四條揭示「公用事業公營原則」；國營事業管理法第二條規定：「國營事業以發展國家資本，促進經濟建設，便利人民生活為

¹¹⁵ 至於在民事訴訟領域，因公營事業之經濟活動違反公平交易法規定所提起之私法性質競爭者訴訟，向為我國法制、學說及實務所肯認，並無疑義。關於國家經濟活動可能違反公平交易法之類型，詳參見蕭文生，同註103，頁43以下。

目的。」其中，公用事業、促進經濟建設、便利人民生活，皆具體地表徵出公營事業之公共目的性。若吾人再連結憲法基本權保障而作體系性思考，則「發展國家資本」之事業目的，亦不應被過大膨脹解讀，毋寧仍須在人民營業自由及競爭自由之憲法基本權框架下，始有存立且追求之空間。由此等規範出發，本文認為我國對於國營事業設立目的要件之規範落點及結構或與德國有所不同，然強調國家經濟活動須具公共目的性之規範旨趣，應屬一致。公營事業之存在若不再有公共目的，從上述規範條款中，甚至可導出應予民營化之退場義務¹¹⁶。若吾人再盱衡全球化下公企業之發展趨勢，以及我國目前公營事業營利化¹¹⁷傾向之經濟結構發展因素，則肯定此等公共目的具有保護第三人之「保護規範」特性，將可賦予競爭者提起競爭者訴訟之訴訟權能，使公營事業之業務執行是否確具公益性，有機會受到獨立司法之檢驗。此對於競爭者權利救濟及公營事業續存之正當性，似皆具有正面促進之功效。

伍、結 論

在憲法之民生經濟體制下，縱使以自由市場、公平競爭為經濟活動進行之基礎結構，但國家之經濟介入措施，本於現代民主法治國家之公益要求，或是特定經濟政策之追求，制度及現實上仍屬必要。由於國家經濟干預措施之介入市場，致使私人間之水平競爭關

¹¹⁶ 參見詹鎮榮，經濟憲法，月旦法學教室，80期，頁78-79，2009年5月。

¹¹⁷ 在概念及內涵上，「企業化經營」與「營利追求」未必等同，不可不辨。前者主要指涉業務經營之「手段」，而後者則為企業「目的」之設定。兩者雖關係緊密，但卻也非不可分。就公營事業而言，本於服務效率之考量，企業化經營方式之導入，乃為行政革新方案之一，應予肯定。然而，是否以營利追求為主要事業目的，本於上述規範旨趣，恐有高度商榷之餘地。

係產生變數，而形成複數經濟競爭者與國家間之多邊行政法律關係。在此情形下，競爭者訴訟即是行政訴訟法提供競爭者對抗國家不法經濟干預措施，或是主張其經濟上請求權之一種法律救濟手段。在我國行政法院歷來之裁判實務上，競爭者訴訟之提起及審理雖不乏先例，但法院之類型意識仍不夠敏感且精確，致使在訴訟種類之選擇及實體裁判要件之合法性審查上，往往未能正確地掌握問題關鍵。就此，本文提出競爭者訴訟應具備「競爭關係存在」、「行政權之介入」及「競爭權保護」三項概念內涵，以釐清行政訴訟法上競爭者訴訟之概念，並促使行政法院在未來審判工作上能對競爭者訴訟更具問題意識及敏感度，進而正確認知原、被告間之多邊法律關係。

競爭者訴訟作為一種藉助於法院之權利救濟途徑，以達影響行政機關所為分配決定或歷程之法律制度，視原告起訴之權利救濟目的不同，其類型除傳統之「防禦性」、「攻擊性」及「排擠性」三分法外，尚可併同參酌競爭者之身分及行政經濟干預措施形態等因素，將競爭者訴訟更細膩地區分為競爭者防禦訴訟、國庫防禦訴訟、利益防禦訴訟、競爭者平等地位訴訟及競爭者排擠訴訟等類型。此等細膩分類，有助於吾人判斷應提起之正確訴訟種類及對應之形式及實質合法要件為何，在行政法學上富有實益。

再者，競爭者訴訟本質上屬於「第三人訴訟」類型之一，原告是否具備訴訟權能，我國學說及實務上向來率以「保護規範理論」為判斷基準。惟此等判準，實難彰顯因行政權介入私人競爭關係所導致之權利義務變動狀態，更難使同業競爭者受憲法基本權保障之競爭自由獲得有效之重視。本文有鑑於競爭者訴訟涉及私人利益衝突之多邊行政法律關係特性，參酌德國學說見解，提出以「水平關係」為思考出發點之保護規範理論操作模型。質言之，在競爭者行政法律關係下，本文建議應摒棄傳統垂直關係下所形塑出「公益一

私益」之主觀公權利及訴訟權能找尋路徑。取而代之者，宜改而從競爭關係中尋求法規範有無蘊含「衝突調和方案」，以判斷法規範是否具有保護第三人之立法目的。若法規範本身就同業競爭者間之競爭衝突狀況已有若干立法安排及解決方案者，則該秩序規範之第三人保護特性，即可受到肯定。此模型之優點有二：其一，可規避因公、私益概念不明確所生之界分困境；其二，亦可正視國家經濟干預措施對於私人間之競爭關係所產生之影響與改變。就行政訴訟上之訴訟權能認定而言，本文認為此等思考路徑之轉變，具有本質意義。抑有進者，在行政作業實務上，國家未有客觀法規範依據卻從事經濟介入措施（例如補助金之發放）之情形，實務上亦不在少數。在此等欠缺法律位階層級之法規範作為訴訟權能權源判斷基礎之前提下，本文認為有鑑於基本權作為防禦權之直接規範效力，本質上應不排除受不利益影響之競爭者得直接主張基本權——尤其是競爭自由——受侵害，而提起競爭者訴訟之可能性。以基本權作為競爭者訴訟訴訟權能之直接來源，本文乃持肯定之立場。

最後，屬於競爭者訴訟中特殊問題之國庫防禦訴訟，在德國若干邦行政法院裁判實務上，近年來由否定轉向肯定地方自治法上所規定地方自治團體自為經濟活動應具有公共目的之「公益條款」亦屬保護規範之趨勢，雖極具戲劇性，但方向上應可支持。我國截至目前為止之訴訟實務，對於私經濟主體可否提起競爭者訴訟以排除國家經濟活動之問題雖然尚屬陌生，但在公營事業導入企業化經營模式，並日益以追求營利為事業目的之發展趨勢下，德國各邦行政法院填補公營事業競爭同業權利救濟缺漏之積極作法，本文認為頗具前瞻性，深值我國學界及實務深思及仿效。

參考文獻

一、中 文

1. Wolfgang Kahl著，林明鏘譯，德國與歐盟行政法上主觀公法上權利之現況、演變及其展望，國立臺灣大學法學論叢，40卷2期，頁877-906，2011。
Kahl, Wolfgang, Lin, Ming-Chiang (trans.), Status, Development and Perspective of Germany and European Union's Administrative Law in Subjective Right of Public Law, National Taiwan University Law Journal, vol. 40, no. 2, pp. 877-906, 2011.
2. 江嘉琪，行政契約關係中之競爭者權利保護，輔仁法學，37期，頁77-109，2009。
Chiang, Chia-Chi, Legal Protection for the Competitors in Administrative Contracts, Fu Jen Law Review, no. 37, pp. 77-109, 2009.
3. 吳庚，行政爭訟法論，5版，2011。
Wu, Geng, Administrative Appeal and Litigation Law, 5th ed., 2011.
4. 李建良，經濟管制的平等思維——兼評大法官有關職業暨營業自由之憲法解釋，政大法學評論，102期，頁71-157，2008。
Lee, Chien-Liang, Equal Protection in Economic Regulation: An Analysis of the Interpretations of the Grand Justices Related to the Freedom of Occupation and Enterprise, Chengchi Law Review, no. 102, pp. 71-157, 2008.
5. 李建良，公法上權利的概念、理論與運用，月旦法學教室，99期，頁20-40，2011。
Lee, Chien-Liang, The Concept, Theory and Application of Rights in Public Law, Taiwan Jurist, no. 99, pp. 20-40, 2011.
6. 李建良，保護規範理論之思維與應用——行政法院裁判若干問題舉隅，載：2010行政管制與行政爭訟，頁249-320，2011。
Lee, Chien-Liang, Thought and Application of Theory of Protective Norms: Some Questions in Judgments of Administrative Court, in Administrative Regulation and Judicial Remedies 2010, pp. 249-320, 2011.

7. 林子儀，國家從事公營事業之憲法基礎及界限，臺灣大學法律研究所碩士論文，1982。
Lin, Zi-Yi, Constitutional Basis and Limitation of Government-Owned Enterprises, Master's Thesis, Department of Law, National Taiwan University, 1982.
8. 林明昕，淺論行政訴訟法上之實體裁判要件，載：公法學的開拓線——理論、實務與體系之建構，頁319-337，2006。
Lin, Ming-Hsin, A Study on Requirements for Adjudicating on the Merits in Administrative Litigation Law, in Development of Public Law, pp. 319-337, 2006.
9. 林明昕，論ETC案中之行政爭訟問題——以暫時權利保護為中心，台灣本土法學雜誌，82期，頁225-233，2006。
Lin, Ming-Hsin, Issues of Administrative Litigation in ETC Case: Focus on the Temporary Right Protection, Taiwan Law Journal, no. 82, pp. 225-233, 2006.
10. 林明鏘，德國行政補助政策及其制度——兼論我國行政補助政策與制度，載：中西社會福利政策與制度，頁175-252，1995。
Lin, Ming-Chiang, On the Policy and System of Administrative Subsidy in Germany: Concurrently Discussing the Policy and Systems of Administrative Subsidy in Taiwan, in Chinese and Western Social Welfare Policy and System, pp. 175-252, 1995.
11. 林昱梅，行政訴訟上「訴訟權能」要件之探討，載：行政訴訟制度相關論文彙編第4輯，頁1-49，2005。
Lin, Yuh-May, A Study on the Standing in Administrative Litigation, in the Collection of Dissertations of Administrative Litigation IV, pp. 1-49, 2005.
12. 林家祺，政府採購競爭者訴訟之利益之研究，中正大學法律研究所博士論文，2007。
Lin, Chia-Chi, A Study on Standing and Interest in Litigation of Government Procurement Competitive Tender, Doctor's Thesis, Department of Law, National Chung Cheng University, 2007.
13. 張錕盛，行政行為之法律形式在補貼法上的地位，月旦法學雜誌，75期，頁

- 198-209, 2001。
- Chang, Kun-Shung, The Status of Legal Form of Administrative Action in Subsidy Law, *The Taiwan Law Review*, no. 75, pp. 198-209, 2001.
14. 盛子龍，撤銷訴訟之訴訟權能，*中原財經法學*，7期，頁1-45，2001。
- Sheng, Tzu-Lung, The Standing of Litigation to Vacate an Administrative Decision, *Chung Yuan Financial and Economic Law Review*, no. 7, pp. 1-45, 2001.
15. 陳敏，課予義務訴訟之制度功能及適用可能性，載：行政救濟·行政處罰·地方立法，頁3-47，2000。
- Chen, Min, The System Function and Applicative Possibility of Duties Imposing Lawsuit, in *Administrative Remedy, Administrative Penalty, Local Legislation*, pp. 3-47, 2000.
16. 陳愛娥，「訴訟權能」與「訴訟利益」——從兩件行政法院裁判出發，觀察兩種訴訟要件的意義與功能，*律師雜誌*，254期，頁64-77，2000。
- Chen, Ai-Er, Standing and Interest of Litigation: Observating the Meanings and Functions of the Two Litigation Requirements from Two Judgments of Administrative Court, *Taipei Bar Journal*, no. 254, pp. 64-77, 2000.
17. 陳愛娥，促進民間參與公共建設事件中的行為形式與權力劃分——評台北高等行政法院九十四年度訴字第七五二號判決、九十四年度停字第一二二號裁定，*月旦法學雜誌*，134期，頁26-45，2006。
- Chen, Ai-Er, Forms and Power Separation in Promotion of Private Participation in Infrastructure Projects: A Comment on Taipei High Administrative Court Judgment 94 Su No. 752 and Ruling 94 Ting No. 122, *The Taiwan Law Review*, no. 134, pp. 26-45, 2006.
18. 陳櫻琴，補貼金之法律問題，載：行政法爭議問題研究（下），頁1369-1398，2000。
- Chen, Yin-Chin, Legal Problems of Subsidy, in *A Study on Disputed Issues of Administrative Law (II)*, pp. 1369-1398, 2000.
19. 彭鳳至，行政訴訟種類理論與適用問題之研究，載：行政命令、行政處罰及

- 行政爭訟之比較研究，頁279-318，2001。
- Pong, Phong-Jie, A Study on the Theory and Application of Administrative Litigation Types, in *Comparative Study on Administrative Order, Administrative Penalty and Administrative Litigation*, pp. 279-318, 2001.
20. 程明修，雙階理論之虛擬與實際，載：行政法之行為與法律關係理論，頁43-82，2005。
- Cherng, Ming-Shiou, Fictitious and Reality of Two-Steps-Theory, in *Actions of Administrative Law and the Theory of Legal Relationship*, pp. 43-82, 2005.
21. 程明修，行政訴訟類型之適用——有關雙階理論、行政處分是否消滅的爭議，台灣本土法學雜誌，81期，頁116-121，2006。
- Cherng, Ming-Shiou, The Application of Administrative Litigation Types: Issues of Two-Steps-Theory and Eliminating of Administrative Adjudication, *Taiwan Law Journal*, no. 81, pp. 116-121, 2006.
22. 程明修，職務安定原則，月旦法學教室，39期，頁32-33，2006。
- Cherng, Ming-Shiou, The Principle of Duties Stability, *Taiwan Jurist*, no. 39, pp. 32-33, 2006.
23. 詹鎮榮，從民營化觀點論公民合資公司之基本權能力，載：民營化法與管制革新，頁43-101，2005。
- Chan, Chen-Jung, A Study on the Semi-Public Undertakings' Legal Capacity for the Fundamental Rights from the Perspective of Privatization, in *Privatization Law and Regulation Reform*, pp. 43-101, 2005.
24. 詹鎮榮，競爭者「無歧視程序形成請求權」之保障——評最高行政法院九十五年度判字第一二三九號判決，月旦法學雜誌，138期，頁38-54，2006。
- Chan, Chen-Jung, Competitor's Protection on Claim of Non-Discrimination Forming Procedure: A Comment on Supreme Administrative Court Judgment 95-Pan-1239, *The Taiwan Law Review*, no. 138, pp. 38-54, 2006.
25. 詹鎮榮，經濟憲法，月旦法學教室，80期，頁65-74，2009。
- Chan, Chen-Jung, Economical Constitutional Law, *Taiwan Jurist*, no. 80, pp. 65-

- 74, 2009.
26. 詹鎮榮，憲法框架下之國家獨占，載：全球化下之管制行政法，頁163-197，2011。
- Chan, Chen-Jung, *State Monopolies in the Constitutional Framework*, in *Administrative Law and Regulatory Policy in the Global Era*, pp. 163-197, 2011.
27. 廖義男，經濟輔助之主要類型及補助行為之法基礎——經濟輔助之法律問題研究(二)，載：企業與經濟法，頁215-238，1980。
- Liao, Yih-Nan, *Primary Types of Subsidy and Legal Basis of Subsidy Behaviors: Legal Issue Research of Subsidy II*, in *Enterprise and Economical Law*, pp. 215-238, 1980.
28. 劉建宏，公務員法上之競爭訴訟與訴訟參加——兼論暫時權利保護程序中之法律救濟途徑，載：基本人權保障與行政救濟途徑，頁210-231，2007。
- Liu, Chien-Hung, *Competition Litigation and Intervention in Public Official Law: Concurrently Discussing the Remedy for Procedure of Temporary Right Protection*, in *Fundamental Rights Protection and the Administrative Remedy*, pp. 210-231, 2007.
29. 蔡志方，行政救濟法新論，3版，2007。
- Tsai, Chih-Fang, *Administrative Litigation Law*, 3d ed., 2007.
30. 蕭文生，平等原則與國家經濟輔助措施，月旦法學雜誌，172期，頁24-39，2009。
- Hsiao, Wen-Sheng, *The Equality Principle and Measures of State Subsidy*, *The Taiwan Law Review*, no. 172, pp. 24-39, 2009.
31. 蕭文生，國家經濟行為與公平交易法，載：國家·經濟監督·財政秩序，頁3-62，2012。
- Hsiao, Wen-Sheng, *State Economic Behavior and Fair Trade Act*, in *State, Economic Supervision, Financial Order*, pp. 3-62, 2012.
32. 蘇永欽，檢舉人就公平會未為處分的函覆得否提起訴願，公平交易季刊，5卷4期，頁1-28，1997。

Su, Yung-Chin, Can the Complaint Board Review the No-Intervention Decision Made by the Fair Trade Commission, Fair Trade Quarterly, vol. 5, no. 4, pp. 1-28, 1997.

二、外 文

1. Bäcker, Matthias, Wettbewerbsfreiheit als normgeprägtes Grundrecht: Eine dogmatische Neubestimmung am Beispiel des Abwehrrechts des Konkurrenten gegen eine Subvention, 2007.
2. Badura, Peter, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, 2. Aufl., 2005.
3. Bauer, Hartmut, Altes und Neues zur Schutznormtheorie, AöR 113 (1998), S. 582-631.
4. Berger, Ariane, Das kommunalrechtliche Subsidiaritätsgebot als subjektives öffentliches Recht, DÖV 2010, S. 118-127.
5. Brohm, Winfried, Die Konkurrentenklage, in: Erichsen, Hans-Uwe (Hrsg.), System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Festschrift für Christian-Friedrich Menger, 1985, S. 235-255.
6. Bühler, Otmar, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914.
7. Ehlers, Dirk, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984.
8. Ehlers, Dirk, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand in der Bundesrepublik Deutschland, JZ 1990, S. 1089-1099.
9. Erichsen, Hans-Uwe, Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb, 1987.
10. Fromm, Günter, Zur Konkurrentenklage im Personenbeförderungs- und Güterkraftverkehrsrecht, WiVerw 1989, S. 26-34.
11. Hecker, Jan, Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht, Öffentlich-rechtliche Probleme staatlicher Wirtschaftsinterventionen zur Steigerung der Funktionsfähigkeit des Marktes, 2007.
12. Huber, Peter Michael, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, Schutzanspruch

und Rechtsschutz bei Lenkungs- und Verteilungsentscheidungen der öffentlichen Verwaltung, 1991.

13. Huber, Peter Michael, § 5 Besondere Klagearten und Zulässigkeitsvoraussetzungen, in: Stober, Rolf (Hrsg.), Rechtsschutz im Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht, 1993.
14. Huber, Peter Michael, Öffentliches Wirtschaftsrecht, in: Schmidt-Aßmann, Eberhard/Schoch, Friedrich (Hrsg.), Besonders Verwaltungsrecht, 14. Aufl., 2008.
15. Jungkamp, Thomas, Rechtsschutz privater Konkurrenz gegen die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde: Eine Untersuchung des Drittschutzes der Schrankentrias in den verschiedenen Bundesländern, NVwZ 2010, S. 546-549.
16. Karlin, Klaus, Konkurrentenschutz vor wirtschaftlichem Handeln der öffentlichen Verwaltung, 1997.
17. Kluth, Winfried, Öffentlich-rechtliche Zulässigkeit gewinnorientierter staatlicher und kommunaler Tätigkeit, in: Stober, Rolf/Vogel, Hans Peter (Hrsg.), Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand. Staat und Kommunen als Konkurrent der Privatwirtschaft, 2000, S. 23-40.
18. Kluth, Winfried, Eingriff durch Konkurrenz: Zur grundrechtsdogmatischen Verortung kommunaler Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb, WiVerw 2000, S. 184-207.
19. Kopp, Ferdinand O./Schenke, Wolf-Rüdiger, VwGO, Kommentar, 15. Aufl., 2007.
20. Kupfer, Dominik, Die Verteilung knapper Ressourcen im Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2005.
21. Lehre, Peter, Wirtschaftliche Agenda der Gemeinden und Klagerecht Privater, JurA 1970, S. 821-866.
22. Mann, Rüdiger, Die drittschützende Wirkung der kommunalrechtlichen Subsidiaritätsregelungen unter Berücksichtigung aktueller Fallbeispiele aus der Rechtsprechung, DVBl. 2009, S. 817-823.
23. Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl., 2009.
24. Oberrath, Jörg-Dieter, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2005.

25. Pieroth, Bodo/Hartmann, Bernd J., Grundrechtsschutz gegen wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, DVBl. 2002, S. 421-428.
26. Rodi, Michael, Die Subventionsrechtsordnung. Die Subvention als Instrument öffentlicher Zweckverwirklichung nach Völkerrecht, Europarecht und deutschem innerstaatlichem Recht, 2000.
27. Scharpf, Ch., Drittschutz für die Privatwirtschaft? - Die Folgen der „Elektroarbeiten“-Entscheidung des BGH und der UWG-Novelle 2004 -, GewA 2004, S. 317-321.
28. Schenke, Wolf-Rüdiger, Rechtsprobleme des Konkurrentenrechtsschutzes im Wirtschaftsverwaltungsrechts, NVwZ 1993, S. 718-729.
29. Schenke, Wolf-Rüdiger, Neuestes zur Konkurrentenklage, NVwZ 2011, S. 321-327.
30. Scherer, Joachim, Öffentlich-rechtliche Konkurrentenklage im Wirtschafts- und Beamtenrecht, Jura 1985.
31. Scherzberg, Arno, § 12 Subjektiv-öffentliche Recht, in: Erichsen, Hans-Uwe/Ehlers, Dirk (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., 2010.
32. Schmidt, Reiner, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allgemeiner Teil, 1990.
33. Schmidt-Aßmann, Eberhard, Art. 19 Abs. IV, in: Maunz, Thoder/Dürig, Günter (Hrsg.), GG, Kommentar, Lfg. 24.
34. Schmidt-Preuß, Matthias, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, Das subjektive öffentliche Recht im multipolaren Verwaltungsverhältnis, 1992.
35. Scholz, Rupert, Die öffentlich-rechtliche Konkurrentenklage in der Rechtsprechung der Verwaltungs- und Zivilgerichte, in: Wirtschaftsrecht I, 1972, S. 35-66.
36. Storr, Stefan, Der Staat als Unternehmer, Öffentliche Unternehmen in der Freiheits- und Gleichheitsdogmatik des nationalen Rechts und des Gemeinschaftsrechts, 2001.
37. Tettinger, Peter, J., Rechtsschutz gegen kommunale Wettbewerbsteilnahme, NJW 1998, S. 3473-3474.
38. Voßkuhle, Andreas/Kaiser, Anna-Bettina, Das subjektiv-öffentliche Recht, JuS

2009, S. 16-18.

39. Wahl, Rainer, Die doppelte Abhängigkeit des subjektiven öffentlichen Rechts, DVBl. 1996, S. 641-651.
40. Wahl, Rainer, in: Schoch, Friedrich/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Pietzner, Rainer (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, 20. Ergänzungslieferung, 2010, § 42.
41. Wendt, Rudolf, § 42 Rechtsschutz privater Konkurrenten gegen wirtschaftliche Betätigungen der Gemeinden, in: Mann, The./Püttner, G. (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 2, 3. Aufl., 2011.
42. Wollenschläger, Ferdinand, Verteilungsverfahren. Die staatliche Verteilung knapper Güter: verfassungs- und unionsrechtlicher Rahmen, Verfahren im Fachrecht, bereichsspezifische verwaltungsrechtliche Typen- und Systembildung, 2010.
43. Ziekow, Jan, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., 2010.

Competitor Litigation in Economic Administrative Law

Chen-Jung Chan^{*}

Abstract

Competitor litigation is a legal method used to assist the court's decision on resources distribution or progress by administrative organizations. It is categorized under third-party actions. In response to modern administrative innovations such as privatizing administrative tasks, dissolving control, opening markets, and introducing competition mechanisms, competitor litigation has been spreading at an ever increasing rate. Taiwanese administrative courts and administrative law scholars consider the doctrine of the protective scope of the norm as the criterion whether a third-party has a standing or not. The doctrine of the protective scope of the norm is based upon the administrative law relationship between the higher status state and the disadvantaged individual. Nevertheless, when applying the theory to the concept of economic administrative law, multiple conflict legal relationships between private-private and private-state entities, seems unwieldy and difficult to operate. Recently, several German scholars came up with an operational formula for the doctrine of the protective scope of the norm. The formula focuses on facing multiple conflict administrative law relation-

^{*} Professor of Public Law, College of Law, National Chengchi University, Taiwan; Dr. jur., University of Cologne, Germany.

Received: February 3, 2012; accepted: May 17, 2012

ships. The formula is especially worthwhile for our administrative law theories and practices to refer to when judging if the plaintiff of a competitor has a standing or not.

The possibility for the people to file a suit to terminate the state's competing economic activities is also an important issue to study on the competitor litigation in economic administrative law. According to recent judgments of the German Federal Administrative Court, it is possible for the people to file suit against the state's competing economic activities. The freedom of competition in German Basic Law or the public purpose clause for public economic activities in communal law is now considering being the basis of standing for the plaintiff. So far, Taiwan has no made judgment related to such litigation. However, numerous public enterprises have started to use business management as a method to run it themselves, and consider profiting as its final goal. The positive actions made by the German court in order to protect private competitors' rights are well worth studying. It could be useful and inspiring to our administrative law theories and practices.

Keywords: Competitor Litigation, Third-party Actions, Standing (Locus Standi), Subjective Public Rights, The Doctrine of the Protective Scope of the Norm, The Formula for Conflict Reconciliation, Freedom of Competition, Government Enterprise, The Three Foundations to Restrict Public Economic Activities