

## 第二章 外國政府業務委託民間辦理之比較研究

### 第一節 日本法制概要

#### 第一項 政府業務委託民間辦理之現況

##### 一、「民間委託」之概念與沿革

所謂民間委託，係指將過去由政府所供應，與人民生活息息相關之物品或服務，委由民間企業或團體提供之方式<sup>1</sup>；亦即國家或地方公共團體之事業或事務，不由國家或地方公共團體直接處理，基於達成行政任務之要求，由行政機關在保留必要監督權限之前提下，透過單方授權或契約等形式，將之委託予民間企業、團體或私人代為處理之情形<sup>2</sup>。於變更上述物品或服務之供應主體這一點上，與民營化相同；惟民間委託未如同民營化般轉換實施事業事務之責任主體，其僅在於將特定事業或業務，個別或概括地以契約方式委由民間（私人或團體）實施、辦理，此時政府作為該項物品或服務之購入者，藉由籌措該項物品或服務之機制，間接達成其政策目的<sup>3</sup>。諸如行政機關內部辦公室自動化業務之推動、圖書館夜間業務、學校夜間管理或廢棄物處理等業務之委託民間辦理即是。惟因民間委託在運用民間活力<sup>4</sup>以縮減行政事務規模之努力上，與民營化之間具有相同之目的；從而在日本第二次臨調<sup>5</sup>以來之行政改革中，一般在不易直接民營化或逕予實施民營化

---

<sup>1</sup> 參照林倬如『政府運用民間活力之研究』（國防管理學院法律學研究所碩士論文，民國八十七年），第六十四頁。

<sup>2</sup> 參照石井昇『現代行政法略全集 1 行政法午私法』（允斤丹六中，1998年），第二二三頁。

<sup>3</sup> 參照田彼嶺昭「淺採化、民間委託、規制緩和」收於西尾勝、村松岐夫編『講座行政法略第5卷業務及執行』（有斐閣，1994年），第八十三頁。

<sup>4</sup> 關於日本自第二次臨調以來活用民間活力政策之實態與相關法問題之介紹，詳見林倬如，前揭註1書，第三十八頁以下。

<sup>5</sup> 係為行政改革之調查立案，而以昭和五十五年（1980年）經國會通過之「臨時行政調

顯不妥當之情形，民間委託之方式通常即被作為替代民營化之備位對策<sup>6</sup>。

關於將行政事務委由民間辦理之民間委託方式，早在第二次臨調之前，基於財政上之必要即被援用<sup>7</sup>，其作為國家或地方自治體履踐行政任務模式之一種<sup>8</sup>，通常在行政法學上被解為行政主體與私人間之委託

---

查會設置法」為依據，設置於總理府下之附屬機關，為日本總理大臣鈴木善幸於昭和五十六年（1981年）三月所設置，然為與昭和四十一年所設臨時行政調查會（第一次臨調）相區別，一般將之稱為「第二次臨調」，屬於諮詢機關之一種。其設置目的在於推動以「不增稅之財政重建」為口號之行財政改革，主張在所謂「自立自助」原則之下，以創造「有活力之福祉社會」為目標，積極推動（日本專賣公社、日本電話電信公社及日本國有鐵道公社）三公社之民營化、特殊法人之改革（即國公營事業之民營化），以及許認可等行政事務之精簡、合理化（公規制之緩和）。關於日本歷來行政改革之經過，詳見田中一昭編『現代行政法略全集 10 行政改革』（允斤丹六中，1996年），第八頁以下[松田隆利執筆]；增島俊之「日本及行政改革及動向」收於同著『行政改革及視點』（良書普及會，1996年），第二至五頁；野上修市『「行政改革」及開幕午行方』（新日本法規，1997年），第一至一七三頁。

<sup>6</sup> 參照紙野健二「民採化---公共性論及無視尺」法律時報，第七十卷第三號（1998年三月），第五十二頁；重森曉「行政及民間委託卞勾中化」島恭彥等編『行政改革』（青木書店，1982年），第一四二頁。

<sup>7</sup> 參照舛川清「民間委託」法略本立瓜≡，第386號（1987年2月），第九十四頁。實際上，關於民間委託議論之開端，係肇始於一九六〇年代地方公營企業之經營惡化，而在作為自治大臣諮詢機關之「地方公營企業制度調查會」所提出之「改善地方公營事業相關諮議報告」（1965.10.12）中，首度被論及。詳見宮崎伸光「公共扔≡申且及民間委託」今村都南雄編著『公共扔≡申且午民間委託』（敬文堂，1997年），第四十九頁以下；小島重喜「外部委託---議論及推移午現況」斥互伉且玄，第814號（1984年六月），第三十四頁以下。

<sup>8</sup> 有基於受委託對象不限於民間企業或個人，尚有其他地方公共團體或由官民共同合資成立之第三部門，故而採取較為廣泛之概念，將之稱為「外部委託」，參照石井昇，前揭註2文，第二二三頁；小島重喜，前揭註7文，第三十四頁；佐藤英善「外部委託契約毛戶什月法的問題」斥互伉且玄，第814號（1984年六月），第二十六頁以下。惟亦有論者認為「公、民之區別」不易，所謂外部為何，難以就具體事例確切判斷；復因地方自治體多係與商法法人（民間）訂定委託契約之現實，而認稱為「民間委託」為宜；參照宮崎伸光，前揭註7文，第七十頁。此外，所謂官民合資之第三部門，實

契約；此外，為適切提供人民生活必需物品或服務而賦予私人獨占、排他性企業經營權抑或包括性地位之公企業「特許」( *Beleihung oder Verleihung von öffentlicher Unternehmung* )以及將權力性行為等行政權限委由私人行使之「行政委託」( *Beleihung* )<sup>9</sup>，在事務處理主體轉變為私人，但行政機關仍對該事務之遂行保有一定責任之情況下，亦屬於民間委託類型之一種<sup>10</sup>，向來一併被納為行政作用法上之問題加以處理<sup>11</sup>。

## 二、民間委託之實態

早在一九六〇年代，在日本，因地方公營企業（諸如醫院、自來水、交通運輸等事業）經營惡化，赤字持續累積，終造成地方財政之沉重負擔，從而為強化地方公營事業經營之合理化，促使地方經費之有效運用，即有將「自來水費徵收事務、醫院之清理打掃或伙食供應、交通事業直營之餐廳」、「各種會館等公共用設施之營運管理、家庭廢棄物之收集處理、托兒所之經營、學校伙食之供應、行政廳舍之清掃管

---

實際上多係依民商法所設立之中間法人，一般係以股份有限公司組織形態出現，且在引進民間資金及其經營管理能力之意義上，亦有擴大民間事業活動之意思；故在此援用後者之說法，在排除委託其他地方自治體之類型下，暫將所有行政事務委由民間辦理之情況，均統稱之為民間委託。

<sup>9</sup> 亦有將兩者併稱為「特許」，視為「私人遂行行政」之典型制度者；參照米丸恒治『私人卞方月行政』論及一考察—玉奶汁行政法咯卞云竹月私人尺及行政腺限委任』名大法學論集，第一二九號（1990年），第一一八頁以及第一四三頁之註一、二，收於同著『私人卞方月行政』（有斐閣，1998年）。

<sup>10</sup> 參照妣川清，前揭註7文，第九十四頁。

<sup>11</sup> 然已有在行政組織法上，將行政事務委由私人執行之情形，依其事務內容是否涉及公權力之行使而區分為（權限）委任以及委託；並在排除行政機關相互間權限委任之情形下，將行政機關以行政權限（公權力行為）委由行政主體以外之個人或法人行使之情形，稱為「委任行政」；另將非屬公權力行使之事務（諸如廳舍、停車場之管理清潔工作、廢棄物處理、學校餐點之供應等）委由外部業者實施之情形，稱之為「委託」；並進而檢討其容許性、界限以及行政上法律關係者；參照梅野宏『行政法 III』（有斐閣，1995年），第八十四頁以及第八十五頁註一。

理」等諸項事務，全部或一部委由民間處理，以精減必要費用支出之作法<sup>12</sup>。而第二次臨調以來之行政改革，為徹底排除國家以及地方行政上之僵硬化，並為縮小行政需求與財政收支間之大幅落差，在提出以行政精簡、效率為目標之活用民間活力政策之運作之下，作為公務員定額合理化對策之一環，將一般行政事務委由民間處理之事例，擴及「社會福利設施、社會教育設施等公共用設施之管理營運」、「技能勞務職員所處理之事務，以及資訊處理、統計等」適於委託民間辦理之事務<sup>13</sup>，並分別在中央以及地方行政上陸續展開。

關於日本民間委託實態之變遷，自二次戰後至昭和時代（1945-1989年）結束，約可區分為下述四個時期<sup>14</sup>：

第一期，係二次戰後至昭和三十年代初，亦即一九五〇年代左右。當時之民間委託係以住民或住民團體受行政機關請求而提供協助之形態出現，而委託內容主要係垃圾收集運送、宣傳廣告之分派、健康檢查等事務。

第二期，係以昭和三十年代地方財政危機為背景，追求地方自治體行政事務之效率化、合理化、降低成本為目的之時期。當時基於經濟合理性之觀點，將行政機關廳舍之清潔打掃、稅額之計算、水肥垃圾收集費用之徵收等較簡易事務委託民間處理。

第三期，即昭和四十年代。主要始於昭和四十一年第十一次地方制度調查會「關於地方稅財政當前措施諮詢報告」中有關「地方經費效率化」部分建議，地方自治團體之事務事業中，未必須由地方自治團體親自實施者，如各種會館等公共設施之營運管理、水肥之收集處理、保育所（托兒所、幼稚園）之經營、學校營養午餐之供應、機關廳舍之清潔打掃等，得因應地方實際需要，在地方自治團體充分監督之下，

---

<sup>12</sup> 參照宮崎伸光，前揭註7文，第四十九頁以下；小島重喜，前揭註7文，第三十四頁。

<sup>13</sup> 參照小島重喜，前揭註7文，第三十五頁。

<sup>14</sup> 參照重森曉，前揭註6文，第一四三至一四五頁。

積極將之委託予民間辦理或間接經營。而自此以後，除將行政事務委託予私人、民間團體之一般民間委託迅速被推動外，以活用地方公社<sup>15</sup>等公私混合企業體（第三部門<sup>16</sup>）之間接經營方式，亦積極展開。

第四期，即昭和四十年代末期至昭和年代結束為止。此時，有鑑於人事費用負擔沈重，為精簡經費支出，除打掃事務委託民間辦理之傳統類型外，尚發展出將各種民生設施、體育設施、社會教育設施、會館、公園、社區設施等委託住民或住民團體（自治會、町內會、各種協力組織等），使之自主管理之住民管理模式；以及以行政需求之多樣化、高度技術化為由，而將老人或身體障礙者家庭服務活動委託民間辦理之新興類型。

進入平成時代（1989年）以來，日本國家行政機關將事務委託民間辦理之現況，依總務廳之調查，除建築工程外，以調查研究、設計、計算等專門技術性事務以及出版物之編輯印刷、統計資料之蒐集計算等一般性事務最多；其次，係與行政機關廳舍之清掃或警備等相關之

---

<sup>15</sup> 係指由地方自治體為遂行公共用地之收買、農地開發、收費道路之經營、都市設施之整備等事業，依出資、補助、債務保證等方式所設立之法人，除基於特別法律規定以公社為名之地方三公社（地方住宅供給公社、地方道路公社以及土地開發公社外，亦有以民商法上之財團法人、社團法人、有限公司或股份有限公司等形式出現者；參照竹內昭夫、松尾浩也、梅野宏編『新法律學撫典（第三版）』（有斐閣，1988年），第九六六頁。

<sup>16</sup> 最廣義之定義，係指「國家、地方公共團體、政府關係機關等行政部門（第一部門）與民間（第二部門）共同出資、經營之事業」；亦即無論其組織形態為何，僅著眼於其是否屬於政府（國家或地方自治團體等）與民間共同出資所設立之企業體。惟第二次臨調以來，在地方財政拮据背景下，基於排除國家補助金交付之限制、吸收開發利益以及接受國家融資與特別租稅優惠之理由，而有設置第三部門之傾向；但礙於日本活用民間活力政策下特殊法人（即國公營事業）應予以民營化方向之限制，基於行政精簡、效率化之要求，須採納盈虧自負原則之故，其所設置者多屬於最狹義之第三部門，亦即係指「由公共團體與民間企業共同出資，以地域開發為目的而被設立之股份有限公司」。關於日本公私混合企業體---第三部門現況之介紹，詳見林倖如，前揭註1書，第六十六頁以下。

事務；其餘則為，關於電腦資料輸入等與事務機器操作相關之事務，公共用設施之管理營運等<sup>17</sup>。而地方行政上之一般委託，與中央之狀況相去不遠；目前以行政機關廳舍之打掃、警備等一般內部管理事務最多，另外，在公有公共設施中諸如集會所等處之電腦設施之委託處理，在科學技術發達、經濟社會快速進步之背景下，亦急遽增加<sup>18</sup>。

此外，日本第二次臨時調查會於最終諮議報告書（1983年3月）中，建議日本政府應盡量委託民間團體辦理政府業務，靈活運用民間指定檢查機關，亦即「指定法人制度」之推動。所謂指定法人，係指主管大臣或代替國家為機關委任事務之都道府縣知事等，於執行行政事務之際，基於特定事業法或個別規制法令之規定（包括公告、函示等），指定法人或事業從事一定事務，或獎勵、推薦其從事一定事務者；亦即基於特別法律執行特定業務，並受主管機關指定之民法上公益法人<sup>19</sup>。因受指定業務內容之不同，指定法人尚可細分為「將行政事務交由民間執行之「行政事務代行型指定法人」（日本輸出檢查法第三章之指定檢查機關）、「為圓滑達成特定行政目的而受指定實施啓發活動等之「行政事務補助型指定法人」（如日本道路交通法第一一四條之八第一項規定之都道府縣道路使用適正化中心）、以及「為圓滑推動特定民間公益活動而受指定之「民間活動助成型指定法人」三種<sup>20</sup>。截至1988年為止，日本行政事務代行型指

<sup>17</sup> 參照田彼嶺昭，前揭註3文，第九十四至九十五頁。

<sup>18</sup> 參照小島重喜，前揭註7文，第三十六至三十九頁。關於日本地方自治體運用民間委託之近況，另詳見公共扔≡申且研究萃「民間委託及現況（調查報告）」今村都南雄編著『公共扔≡申且午民間委託』（敬文堂，1997年），第二七九頁以下。

<sup>19</sup> 參照錫抗耀行政監察局編『行政代行型法人及透明化・適性化及凶戶卞ㄗㄗ指定法人等及指導監督卞楮允月行政監察』（大藏省印刷局、1998年）2頁。

<sup>20</sup> 無論上述何種指定法人，均係依民法規定設置之民法上公益法人，故無討論行政組織法上行政主體性之餘地；而「行政事務補助型指定法人」與「民間活動助成型指定法人」可逕予整合為民間活動活用型，且其業務本身與行政並無直接關聯；從而得為行政組織法理論之討論課題者，僅有「行政事務代行型指定法人」。參照梅野宏，前揭註11書，第七十八頁，註三。另詳見梅野宏「指定法人卞勾中化」□陽一、高橋和之編『現代立憲主義及展開(下)假部信喜先生古稀祝賀論文集』（有斐閣，1993年），

定法人之總數約有 720 個，其中，受國家指定者有 587 個，受地方政府指定者有 183 個；另就指定法人受指定之業務內容觀之，實施關於檢查、判斷製品等品質、性能之「檢查、檢定」業務之指定法人所占比率最多，約為 18.4 %<sup>21</sup>。

## 第二項 政府業務委託民間辦理之理論分析

### 一、民間委託之類型化分析

一般論及行政事務之民間委託時，因其係起源於地方行政改革，即為消弭地方公營企業經營赤字、減輕地方財政負擔之措施，並在地方行政精簡、效率化目標下，隨著第二次臨調「活用民間活力政策」之積極推進，成為近來地方行政活動之特色；故以下之敘述，多集中於地方行政事務委託民間辦理。另鑑於日本地方自治法分別以第二四四條之二第三項以及第二五二條之十四之規定，對於地方政府所屬公有公共設施管理之委託以及一般事務之委託，設有一定之要件以及程序規定；因而在分類上，對於民間委託之事務內容多採取將之二分為「事務事業之委託」以及「設施管理之委託」<sup>22</sup>之體系，如以下之圖示<sup>23</sup>：

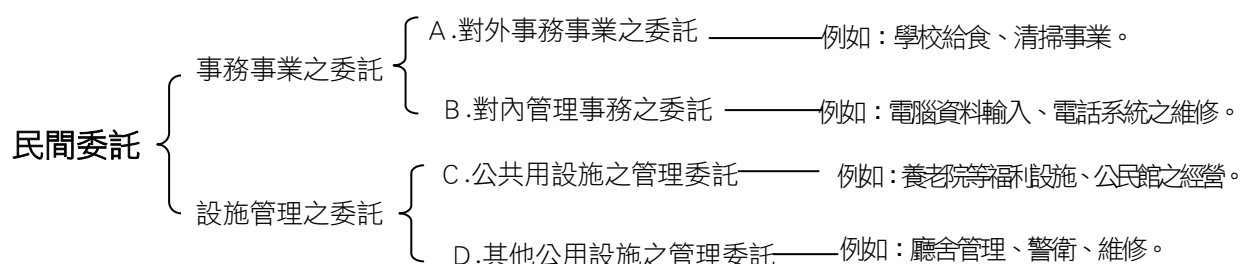
---

第四八五頁以下。

<sup>21</sup> 參照錫抗耀行政監察局編，前揭註19書，8頁表9。

<sup>22</sup> 所謂公辦民營，係指由國家或地方公共團體僅進行公共設施之建築，另將該設施之營運委由民間執行之情形；而公共用設施之委託私人或民間法人經營管理之模式，即屬公辦民營方式之典型；諸如市民會館、醫院、托兒所等公共用設施委託給地方公共團體出資之（民間）財團法人經營、管理之事例；惟在飯店、休閒設施、振興產業設施等委由民間企業主導之第三部門經營之情況，因其組織形態為股份有限公司，依日本現行地方自治法之規定，非屬受託管理公共設施之對象，從而不得不採取個別事務、業務委託之方式。參照井上源三「民間活力及活用」收於園部逸夫編『擔務地方自治法講座第10卷新灰中自治蟲活動午地方自治法』（元斤丹六中，1990年），第二四一頁。

<sup>23</sup> 參照佐藤英善，前揭註8文，第二十七頁；小島重喜，前揭註7文，第三十六頁；藤原淳一郎「行政受託者及法的責任」成田賴明編『斥互仇且玄增刊行政法及爭鯨（新版）』



其中，所謂事務事業之委託，係指由私人或民間團體單純提供勞務之情形，包括專業服務、技術服務、研究發展等行政事務；且依該等勞務之提供係以一般國民為給付對象，抑或作為滿足行政機關內部行政運作需求之行爲，進而可區分為A.對外事務事業之委託以及B.對內管理事務之委託。另設施管理之委託，除提供一定之服務外，一般多涉及國公有財產之管理行爲，主要係指公物之營運與管理；通常更因該公物係屬對外提供一般國民使用之公共用物，抑或屬於行政機關內部遂行行政時專用之公用物（行政用物），進而可區分為C.公共用設施之管理委託以及D.其他公用設施之管理委託。

上揭分類，係針對行政實務運作之實態所為之歸納。又，若自行政法學法律保留之觀點切入，一般則係依委託事務之內容是否具有公權力行使之性質<sup>24</sup>，將民間委託之類型劃分為委託私人或民間團體行使公權力行爲之「**行政委託**」以及處理非公權力性事務之「**一般行政事務之民間委託**」<sup>25</sup>。

---

（有斐閣，1990年），第一八四至一八五頁。

<sup>24</sup> 蓋以委託事務之內容是否具有公權力行使性質所為之區分，在對於委託行為之法律關係之判斷，行政上行爲形式之選擇，法律依據（根據規範）之要求與否，以及事後之行政救濟制度等法律效果之確定上，有其一定之功能。

<sup>25</sup> 參照梅野宏，前揭註11書，第八十四頁以及第八十五頁註一；米丸恆治，前揭註9文，



惟於實例中，上述 B.對內管理事務之委託及 D.其他公用設施之管理委託等民間委託<sup>26</sup>類型，一般係以警備、清掃、印刷、垃圾收集、電腦資料輸入等各種非公權力性事實行為為其委託事務之主要內容，多未涉及行政機關權限移轉之問題。但亦有單純將行政權限委由私人代為實施之事例，諸如日本律師公會依律師法第六條規定所為之律師登錄<sup>27</sup>，或目前廣泛被利用之指定法人制度，將各種國家檢定、檢查、資格考試等屬於公權力行使性質之行政事務，由主管大臣依特定事業法或規制法之規定，指定民法上之公益法人，實施特定公共性、公益性事業，並取得行使特定規制性事務處理權限之情形即是<sup>28</sup>。故在一般事務或設施管理之民間委託上，即有意味同時委以行使公權力權限之可能；且事實上，在將公共用設施之經營、管理事務委由私人或法人處理之場合，同時將使用許可權限委託於外部行使之情形，亦有不少<sup>29</sup>。從而，在行政事務外部委託上，行政機關對於該委託事項之相關權限未必一併隨同移轉，但亦未完全排除委託私人行使公權力之類型，故常有曖昧、不易明確界定之情形，須依個別委託事例之具體內容加以分析，不宜一概論之。

## 二、民間委託之界限

---

第一四四頁，註二。惟行政組織法上與此相似者，尚有「委任」與「委託」概念之區別，有關其在實務上混用之情形，詳見藤原淳一郎，前揭註23文，第一八四頁。

<sup>26</sup> 亦有稱之為事務委託者，參照藤原淳一郎，前揭註23文，第一八五頁。

<sup>27</sup> 即被解為是限制營業自由之規制作用之委任；參照梅野宏，前揭註11書，第八十五頁。

<sup>28</sup> 諸如日本火藥取締法第三十一條之二第一項、瓦斯事業法第三十九條之三等規定，將實驗或檢查之事實行為委由行政機關以外之民間法人執行之情形。因上述實驗或檢查一旦為合格之認定，通常即與法律上資格之賦與（如火藥類製造保安責任者執照之核發）、或禁止之解除（如輸出禁止之解除—日本輸出檢查法第三條）等法律效果相結合，故於制定法上多承認其處分性，而明定其行政爭訟途徑，此為行政權限委由私人執行之明顯事例。又此在指定法人制度之分類上，屬於行政事務代行型指定法人之情形。另詳見梅野宏，前揭註19文，第四九〇至四九一頁。

<sup>29</sup> 參照佐藤英善，前揭註8文，第二十七頁；藤原淳一郎，前揭註23文，第一八五頁。

關於民間委託之容許性，在向來承認行政機關具有行政手段選擇自由之當然結果之下，通常不生違憲性及違法性之問題<sup>30</sup>。一般認為在（1）精簡行政經費支出，（2）提升行政事務處理之迅速化、效率化，（3）靈活運用民間專門技術及知識，（4）提升行政服務品質等考量下<sup>31</sup>，應廣泛承認民間委託之可能性。然此並不代表行政機關得毫無限制地進行民間委託，亦即推動民間委託之行政事務內容，仍有其本質上之界限；例如作為基本國家任務之外交權限之行使、國土防衛、幣制高權等統治行為，涉及國家公權力行使之事項（如許認可處分之作成、稅金之賦課處分等），與行政主體存續直接相關之事務（如組織管理、人事制度等），以及有關預算編列等財政權限事務等攸關國家存立意義之基本事項，原則上不允許進行民間委託<sup>32</sup>。

又某項公共任務，一經由立法者囑託予國家等行政主體時，基於法律優位原則，行政部門自不得違反法律之規定，將該項行政任務讓諸私人處理。且在不違反法律之範圍內，行政部門亦非當然即有自主決定之裁量空間，如規制個人行為或財產為內容之事項，於法治國家原則下，當然受到「依法行政」原理之支配，以一般法律保留為必要，故在法律未設有將行政權限委任與私人行使之規定下，亦不容許透過契約之方式將之委託予民間行使；此乃因行政處分等權限若委由行政機關自由移轉給民間，將與民主主義下法治國家原則背道而馳之故<sup>33</sup>。另無論係何種類型之民間委託，該委託事務之內容必須屬於委託機關

---

<sup>30</sup> 關於民間委託之容許性與界限之討論，詳見林倬如，前揭註1書，第九十一頁以下。

<sup>31</sup> 日本行政實務上進行民間委託之理由，參照石井昇，前揭註2書，第二二四頁；重森曉，前揭註6文，第一四六頁。

<sup>32</sup> 參照石井昇，前揭註2書，第二二三頁；參照村上博「書評『Sibylle von Heimburg Verwaltungsaufgaben und Private, Duncker & Humboldt, Berlin, 1982, 263S.』」長谷川正安編『現代嶄家午參加』（法律文化社，1984年），第三五九頁；成田賴明「行政扔≡申且及淺採化毛戶什月諸問題」斥互仇且玄，第六六一號（1978年4月），第五十一頁。

<sup>33</sup> 參照成田賴明，前揭註32文，第四十八頁。

之權限職掌範圍，亦即至少須有組織法上之依據，自為當然之理。

### 三、民間委託之行為形式與法律關係

關於民間委託之法律關係，除少數以法律直接規定或以行政處分方式指定公益法人並形成公法關係之指定法人制度外；在有關電腦資料輸入、電話設備維修之「對內管理事務委託」以及行政機關廳舍警備等之「公用設施之管理委託」，一般採取民法上承攬契約或委任契約之形式，雖為組織法上之行政契約<sup>34</sup>，但在作用法上僅形成委託機關與受託者間之私法關係，屬於國家或地方公共團體私經濟活動之一種，而歸類為國庫行政下之行政輔助行為。

另在與一般國民生活相關之「對外事務、事業之委託」上，以廢棄物清理之民間委託為例，在實際提供廢棄物清理服務之供應主體變換後，原有之地方公共團體提供物品或服務予一般住民之兩面關係，即因受委託執行廢棄物清理事務之受託者（包括企業及個人）之介入，轉變為地方公共團體----受託者----以及作為其相對人之一般住民間之三面關係；在養老院、公民館等「公共用設施之管理委託」場合亦同。其中，地方公共團體與受託者之間，未必以契約方式形成私法關係，亦有依制定法規定以許可為之者，諸如一般廢棄物事業之許可，形成公法關係之情形<sup>35</sup>；惟受託者與一般住民間關係，是否應作一般私法關係加以處理，又在民間委託之場合，國家與一般國民之法律關係是否產生變化等三面關係所引發之法律問題，在民間委託事例逐漸增加後，已引發一定之議論。特別是在國民接受給付權利之承認與否、行政爭訟途徑、以及國家在此民間委託場合中之國家賠償責任等議題均是。

---

<sup>34</sup> 參照原田尚彥『行政法要論（全訂三版）』（學陽書房，1994年），第一八三頁。

<sup>35</sup> 惟有認為行政事務代行型指定法人制度中，行政機關對於該公益法人之指定行為，具有權限委任之性質，故其間之法律關係應類推關於權限委任之行政機關法理，視為行政組織法上之委任關係者；參照梅野宏，前揭註19文，第四九三至四九六頁。

#### 四、民間委託之紛爭解決途徑

首先，關於電腦資料輸入、電話設備維修等對內管理事務委託以及行政機關廳舍警備等公用設施管理委託，因係行政機關內部之行政補助行爲，並不對一般國民產生（外部）法律關係，且一般係採取私法契約之形式，僅於委託機關與受託者間形成私法上債之關係，故其間所產生之紛爭，當循一般民事訴訟途徑解決。

而與一般國民生活密切相關之對外事務事業委託以及公共設施管理委託，因委託機關與受託者間之委託關係，未必以契約方式形成私法關係，亦有依法令規定以許可爲之而形成公法關係者，此時若受託者對於許可與否之行政處分有所爭執時，自可依法提起行政不服審查或撤銷訴訟以爲救濟；而受託者與一般國民（第三人）間，除委託事項涉及公權力之行使，得將受託者行使公權力之行爲視爲處分，並以之作爲行政爭訟之對造而提起行政爭訟外，於無關公權力行使之對外事務事業委託以及公共設施管理委託中，因其間之法律關係仍屬私法上債之關係，不具行政爭訟之處分性，僅可依一般民事訴訟途徑處理。

此外，於有關國家賠償責任之認定上，因對內管理事務委託以及公用設施管理委託，屬於行政機關內部行爲，作爲行政機關之私經濟行爲，非屬公權力之行使，亦非執行職務之行爲，當無國家賠償責任之問題。而對外事務事業委託中，若委託事項與公權力行使無涉時，因物品或服務之提供，對於一般國民而言，僅屬一般私法上債之關係，故亦無國家賠償法之適用。惟若委託業務屬於委託行使公權力之行政委託時，則因受委託行使公權力之團體或個人之行爲被視爲委託機關公務員之行爲，於故意或過失侵害人民權利時，委託機關自須對權益受侵害之人民負國家賠償責任。另於公共設施管理委託之情況下，縱受託者之經營管理行爲無關公權力之行使，但基於日本國家賠償法第二條第一項有關公有公共設施設置或管理之國家賠償責任規定，若受

託者於經營管理上之疏失，導致該公共設施於設置、管理上有瑕疵，進而造成人民權益之侵害時，作為設置該公共設施之委託機關亦應負起國家賠償責任。

### 第三項 政府業務委託民間辦理之典型案例

#### 一、事務事業委託之典型案例

於日本各地方政府推動民間委託之實例中，關於事務事業委託之實施率，以機關廳舍走廊之打掃、廳舍廁所之清潔等內部管理事務、以及主要公共設施之設計等民間委託所占比率最高；而道路測量或地籍圖之製作、課稅之計算、福利金之計算、自來水費用之徵收、宣傳廣告之分派、水肥之收集處理等行政事務之民間委託則佔次位<sup>36</sup>。

#### 二、設施管理委託之典型案例

另於設施管理委託中，將設施之管理營運全部委託者中，以養老院此類機構最多，其次為國民宿舍、老人福利中心之委託民間經營管理；而部分設施委託管理者，以警備（警衛保全）與清潔打掃最多<sup>37</sup>。

### 第四項 小結

於日本法上，所謂民間委託，係指國家或地方公共團體之事業或事務，不由國家或地方公共團體直接處理，基於達成行政任務之要求，由行政機關在保留必要監督權限之前提下，透過單方授權或契約等形式，將之委託予民間企業、團體或私人代為處理之謂；相當於國內「政府業務委託民間辦理」之概念。

於沿革上，民間委託方式之援用，早於一九六〇年代即於日本地方政府間開始；惟遲至一九八〇年代第二次臨調後，結合「活用民間

---

<sup>36</sup> 參照重森曉，前揭註6文，第一四五頁。

<sup>37</sup> 參照重森曉，前揭註6文，第一四五至一四六頁。

活力政策」之推動，始由日本中央政府主導，有系統地推展至全國各地。其委託內容，除建築工程外，以調查研究、設計、計算等專門技術性事務以及出版物之編輯印刷、統計資料之蒐集計算等一般性事務最多；其次依序為，與行政機關廳舍之清掃或警備等相關之事務，關於電腦資料輸入等與事務機器操作相關之事務，公共用設施之管理營運等。其類型，一般係依其委託實態，循日本地方自治法第二四四條之二第三項及第二五二條之十四之規定，區分為「事務事業之委託」以及「設施管理之委託」；復依其委託內容，前者尚可區分為A.對外事務事業之委託以及B.對內管理事務之委託；而後者亦可再分為C.公共用設施之管理委託以及D.其他公用設施之管理委託。

而民間委託之容許性，在向來承認行政機關具有行政手段選擇自由之當然結果之下，通常廣泛承認民間委託之可能性；惟攸關國家統治行為，涉及國家公權力行使之事項，與行政主體存續直接相關之事務（如組織管理、人事制度等）以及有關預算編列等財政權限事務，原則上不允許行政機關任意進行民間委託；且應受「依法行政」原理之嚴格規範；又無論係何種類型之民間委託，其委託事務之內容必須屬於委託機關之權限職掌範圍，亦即至少須有組織法上之依據，自為當然之理。

行政機關進行民間委託時，除少數以法律直接規定或以行政處分方式指定公益法人並形成公法關係之指定法人制度外，一般係採取締結契約之行為形式，於法令另有規定之情形下，亦有以許可為之實例。其間之法律關係與糾紛解決途徑，一般因僅於委託機關與受託者間形成私法上債之關係，故其間所產生之紛爭，當循一般民事訴訟途徑解決；惟若依法令規定以許可為之而形成公法關係者，其間之爭執，亦自可依法提起行政救濟。而受託者與一般國民（第三人）間，除委託事項涉及公權力之行使，得對之提起行政救濟外，於無關公權力行使之民間委託中，因其間之法律關係屬於私法上債之關係，僅可依一般民事訴訟途徑處理。另於國家賠償責任之認定上，僅該民間委託之性

質屬於委託行使公權力之行政委託時，受託機關須對權益受侵害之人民（第三人）負國家賠償責任外；於公共設施管理委託之情況下，基於日本國家賠償法第二條第一項有關公有公共設施設置或管理之國家賠償責任規定，作為設置該公共設施之委託機關亦應負起國家賠償責任。

承上所述，日本關於民間委託之推動，起步相當早，始於地方，後隨政策推動，擴及全國，現已大量分擔行政機關一般性事務及部分公共設施之管理事務；比較上，其委託事務之性質多屬無關公權力行使之一般事務；運作上，係以縮減行政規模為導向，以健全財政支出、提供專業技術協助為由，大量推動一般事務及設施管理之民間委託。於類型化上，其學理已依其民間委託之實態，發展出固有類型，並據以進行行政法學之考察，意圖在法治國家原理以及民主主義之要求下架構其法理論體系，以供法制化之參考。惟自比較法之觀察而言，其現所論及之法理論，仍不脫大陸法系國家傳統行政法之窠臼，多僅強調依法行政原理，而將議題侷限於民間委託之容許性與界限、行為形式、救濟途徑等法律問題上，不若英美法制較側重程序正義之要求，比較上，除少數論及契約之締約程序外，一般多未關注民間委託程序之進行。此外，特定公共性、公益性事業事務之實行，由主管大臣依特定事業法或規制法規定指定（行政處分）特定（民法上）公益法人代為處理，並使其取得行使特定規制性事務處理權限之「指定法人制度」之積極運用，亦為其法制之特色。

## 第二節 德國法制概要

### 第一項 政府業務委託民間辦理之概念與沿革

於德國若論及行政任務之履行由私人爲之此一問題，通常會觸及所謂「beliehene Unternehmer」（經（國家）授權之企業者）概念之意涵。不過，此一概念於德國行政法學領域，迄今尙乏清楚輪廓，特別是學者在論及此一概念時，其所舉之例多不盡相同，其見解亦相當歧異。例如早期學者Walter Jellinek甚至將「大學兼任講師」（Privatdozent）及漢堡港口之「漁市場」及「船塢」當作是「經授權之企業者」<sup>38</sup>。甚至，有學者認爲，「經授權之企業者」概念源自專制時代，迄今仍然殘留<sup>39</sup>。儘管如此，此一概念目前在德國行政法學界仍受到普遍適用，蓋藉由此一概念，一方面可以解釋若干行政活動之法律性質及法律效果；他方面，此一概念得以「收納」私人參與國家任務之各種現象，諸如公證人、私立學校、政黨、勞工團體協約之當事人、雇主、肉類檢查員、狩獵巡守員、學生、糾察隊等。由於此一概念於德國學界過於廣泛適用，因此逐漸失去其形塑概念內涵之作用。於此情形下，在探討德國委託私人從事國家任務問題時，最好能脫離此一概念，而從私人在從事國家任務時之「地位」、「方式」及其「容許性」與「界限」等觀點出發，或許較能得到清楚輪廓。於此前提下，至少以下兩個問題要特別關注：

1. 國家除將公行政任務中之「法律權限」（rechtliche Macht）移轉給

---

<sup>38</sup> Walter Jellinek, *Verwaltungsrecht*, 3. Aufl., 1931, S. 528.

<sup>39</sup> Vgl. Konrad Wiegand, *Die Übertragung Hoheitlicher Befugnisse auf Privatrechtssubjekte*, Diss. Mainz, 1954, passim. 事實上，「beliehene Unternehmer」一詞，可以追溯到Otto Mayer，氏於所著行政法教科書中所稱「經國家授權之企業者」，係指移轉部分國家公行政權力（Machte）給予非隸屬於國家之法律主體，並以自己名義行使。Vgl. Otto Mayer, *Verwaltungsrecht*, Bd. II, 3. Aufl., 1924, S. 243 ff.



私人外，尚有「其他」委託私人從事行政任務之可能性，例如國家得將此項任務變成人民之「公法上義務」(Öffentlich-rechtliche Bürgerpflichten)，例如住戶有掃除住家附近街道之義務。

2. 由私人從事行政任務，乃是給付行政及輔助行政擴大的現象之一。

於進入相關問題討論之前，應先將所謂「私人」及「行政任務」概念予以界定。所謂「私人」者，從實質意義以觀，乃指「非國家之主體」(Nicht-staatliches Subjekt)，亦即非屬國家公務員之人員均屬之。積極而言，乃指與國家相對，而受憲法基本權利保障之人民及民間團體。另一方面，所謂「私人」者，亦可理解為「私法之權利主體」(Privatrechtssubjekt)，就此而言，則國或其他公權力主體以私法方式所組織之團體，其亦得為受委託行使公權力之主體。其次，所謂「行政任務」者，通常係指公法人，如「國家」及地方自治團體之行政任務，而不包括所謂「公共」任務。

## 第二項 政府業務委託民間辦理之理論分析

### 一、 行政委託之類型化分析

若謂行政委託之類型並不僅侷限於公權力移轉，則行政委託之態樣約有如下數種情形：

1. 國家或其他公權力主體以私法組織型態，例如股份有限公司或合作社，直接遂行行政任務此種方式，一般以「行政私法」(Verwaltungsprivatrecht)之概念討論。值得注意者，於德國行政實務上，以私法組織形態履行行政任務，並非僅限於經濟引導或企業之領域，尚且及於傳統屬於國家機關自行處理之事務，例如針對大學校舍之興建而成立「營建有限公司」為之。

2. 國家將行政任務移轉給私人或團體為之，此種情形於德國傳統行政法學之領域中，主要集中於警察法之危險防免(Gefahrenabwehr)任務上，例如航空器之警察權、船長、鐵路警察、狩獵巡守員，以及於稅捐法領域，例如雇主、保險業、銀行、企業等；特別是在經濟輔助行政領域，利用私人從事行政任務之情形日增。其主要原因在於借重私人專業能力及行政潛力，以及私人對於個別具體情況掌握之靈活性。
3. 國家將某些特定行政任務直接變成人民之公法上義務，而成為人民「自己」之事務。例如前述之街道清掃義務。
4. 另外於私人從事與公共任務有關之活動時，國家以監督者之身分，對於私人活動加以管理，於德國學界亦有將之歸類為民間履行行政任務之類型，例如私立之幼稚園或托兒所。
5. 國家除扮演監督者角色外，尚可鼓勵、促進私人活動(活用民力)，例如防災或防蟲活動。
6. 最後一種方式，則是由國家與私人合作，共同履行行政任務，例如國家對於業者所為之資金補助，事實上是一種國家與私人(金融機構)合作之典型案例。

## 二、 行政委託之容許性與界限

德國學說中對於行政委託之容許性，主要是從憲法觀點出發，以下論述係以基本法公布後之學說見解為基礎。

於基本法公布生效後，多數行政法學者認為國家得委託私人從事行政任務，其主要根據為基本法第八十三條，而認為行政委託為基本法所許。惟有學者基於基本法第三十三條第四項之規定，認為行政委託並非當然得以為之，其存有憲法上之界限。

按基本法第三十三條第四項規定：「經常性高權職務

(hoheitsrechtliche Befugnisse)之行使，原則上(in der Regel)應交由處於公法上職務與忠誠關係之內部公職務之成員為之」。有學者認為，此項規定允許民間委託，蓋其僅規定經常性高權行政「原則上」由公務員為之，自此一規定之反面解釋，於例外情形自為基本法之所許。一般而言，基本法第三十三條第四、五項規定，乃是「公職務」概念之核心規定，一般稱為「功能保留」原則。基本法之立憲者欲藉此項規定建立一個具備專業、切實之效能，能忠實履行行政任務之穩定公務員制度，並確保行政之合法性與中立性。是以，本項所揭示之「功能保留」原則主要是為了建立職業公務員制度，其所考量之目的僅及於國家官署之行政組織，並不及於私人，故本項之規範效力僅及於國家行政官署領域，不能執以作為否定國家委託民間之論據。

其次，德國學者多數認為，行政委託屬於法律保留之範圍，其必須基於法律或基於法律之授權，始得為之。其理由一方面是，經由行政委託將使私人「享有實行高權行為，並對一般人民產生法律效果之權限」，對於人民而言，其將受到該「受委託人」實行高權之限制，故須有法律依據。另一理由則為所謂「制度性法律保留」，蓋行政委託係將部分國家高權移轉給私人行使，該私人具有行政主體之資格，故從行政組織觀點，此種涉及國家組織事項，自須有法律依據。

### 三、 行政委託之行為形式

依德國通說，行政委託方式約有如下數種：

#### (一) 直接依法律規定

此種方式係由法律直接規定國家權限之移轉，而私人具備該移轉規定之要件時，即成立行政委託，例如海商法中所定船長之警察權。

#### (二) 基於法律規定之授權

此種方式又可分為「行政處分」與「行政契約」二種。如行政委託

得以單方之表示而形成者，即是以行政處分為委託之情形，惟通常須經當事人之同意，始生效力，故又屬「須當事人同意之行政處分」。至於行政委託是否得以行政契約為之，學說見解不一，依德國聯邦行政程序法第五十四條規定：「公法上之法律關係，得以契約設定、變更或廢棄之（公法契約）。但法規另有不同規定者，不在此限。行政機關尤其得與欲對之為行政處分之相對人訂定公法契約，以代替行政處分」，由此規定可知，行政程序法並無禁止以行政契約作為行政委託之方式。

### 第三項 政府業務委託民間辦理之典型案例

關於委託私人從事國家任務所生問題之討論，德國學說及實務通常將私人從事國家任務分為三大類型，以作為論述分析之基礎。此三種類型，一係「經授權行使國家高權之私人」(Beliehener)；二係「行政助手」(Verwaltungshelfer)；三係行政機關與私人間訂定私法上契約，如承攬契約，將國家任務委由私人處理或執行，而該私人則基於契約，本於自己權利從事國家任務之執行者。按私人從事國家任務之態樣，在德國學說上之分類，除了上述三種類型外，尚有其他三種態樣：一是以法律直接課以人民一定之行爲或給付義務者，例如，住於道路兩旁之住民負有掃除道路之義務者（尤其是雪季時）；二是依法律規定，營業主負有設置所謂「公害防治專員」(Immissionsschutz-Beauftragte)之義務者；三是民眾或民間團體主動參與公共事務者(freie Initiative Privater)，例如，興建私人醫院，或組成公益團體者<sup>40</sup>。茲將上述前三種類型分述如下：

#### 一、 經授權行使國家高權之私人 (Beliehener)

關於私人從事國家任務之態樣，於德國經常被提出來討論之類型係所謂「Beliehener」<sup>41</sup>。依字面意思，Beliehener 意指「被授權之人」，

<sup>40</sup> Vgl. etwa Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl., 1998, § 23 Rn. 62 ff.

<sup>41</sup> 在德國亦有學者使用「die beliehenen Unternehmer」一詞，惟其涵蓋範圍較小，一般多以「Beliehener」稱之。

而其法律上之意涵，依德國學界一般通說，係指國家依法律，或基於法律之授權，以行政處分或公法契約將國家高權(hoheitliche Aufgabe oder Hoheitsgewalt)授與私人以自己名義行使之，此種現象一般稱之為「Beliehung」(授權)<sup>42</sup>。此種類型之特點在於，國家所授與之事項係「國家權限」(hoheitliche Kompetenzen)，而經授權執行職務之私人係以自己之名義(im eigenen Namen)<sup>43</sup>，對外獨立行使國家高權，而完成一定之國家任務，其法律地位相當於行政主體，具有實質行政機關之性質。該等私人於授權範圍內所為個別決定即為行政處分，直接發生公法上之效力<sup>44</sup>，其類型約有如下數種：

1. 船長<sup>45</sup>、機長<sup>46</sup>。
2. 狩獵巡守員(Jagdaufseher)<sup>47</sup>。
3. 肉類檢驗員(Fleischbeschauer)<sup>48</sup>。

---

<sup>42</sup> Vgl. etwa W. Martens, Öffentlichkeit als Rechtsbegriff, 1969, S. 133 ff.; H. J. Wolff/O. Bachof/R. Stober, Verwaltungsrecht II, 5. Aufl., 1987, § 104 Rn. 1 ff.; H.-U. Erichsen, in: ders.(Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 12 Rn. 14; N. Achterberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 1986, § 20 Rn. 53 ff.; R. Loeser, System des Verwaltungsrechts I, 1994, § 9 R. 37; s. auch schon Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht II, 3. Aufl., 1924, Neudruck 1969, S. 95.

<sup>43</sup> 此為德國學界一般之通說，惟有部分學者認為，Beliehener 亦可以他人之名義(im fremden Namen)行使職權。Vgl. etwa U. Steiner, Öffentliche Verwaltung durch Private, 1975, S. 222 ff.; Erichsen, in: ders. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 12 Rn. 14.

<sup>44</sup> Vgl. U. Steiner, Der "beliehene Unternehmer", JuS 1969, 69 ff.; Wolff/Bachof/Stober, § 104 Rn. 10; Maurer, § 23 Rn. 56 ff. (59); Kreissl, NVwZ 1994, 350; VG Münster, NJW 1967, 171 (172); VG München, BayVBl. 1984, 410 (411 f.).

<sup>45</sup> Vgl. BVerwG, DÖV 1984, 1025.

<sup>46</sup> Vgl. BGH, NJW 1983, 448 f.

<sup>47</sup> 見德國聯邦狩獵法(Bundesjagdgesetz)第二十五條第二項之規定。

4. 食品衛生檢查專員 (Lebensmittelsachverständige)。
5. 測量工程師 (Vermessungsingenieure)。
6. 建築力學監建工程師 (Prüfingenieur für Baustatik)<sup>49</sup>。
7. 車輛排放物檢驗人員、技術監督社團 (technische Überwachungsvereine, sog. TÜV) 及其檢查人員<sup>50</sup>。
8. 經授權授與學位之私立學校<sup>51</sup>。

根據上述之特徵，吾人得稱此一類型為「經授權行使國家高權之私人」<sup>52</sup>。於 *Beliehener* 情形，由於國家將原本應由其行使之「高權」

---

<sup>48</sup> Vgl. BVerwGE 29, 166.

<sup>49</sup> Vgl. BVerwG, DÖV 1972, 500; BVerwGE 57, 55 (58).

<sup>50</sup> Vgl. Steiner, JuS 1969, 69 ff.

<sup>51</sup> Vgl. BVerwG, DÖV 1984, 384; Wolff/Bachof/Stober, § 101 Rn. 84 ff.

<sup>52</sup> 關於 *Beliehener* 之中譯名稱，國內學者有稱之為「委託私人行使公權力中之受託者」（見吳庚『行政法之理論與實用[增訂四版]』（自刊，民國八十七年七月），第一六二頁），「受委託行使公權力之私人」（見林錫堯『行政法要義[一版]』（法務通訊雜誌社，民國八十年一月）第六十九頁以下），「行政委託私人」（見林明鏘，「論行政委託私人—其基本概念、法律關係及限制監督」，憲政時代，第十九期第二卷，第四頁以下），或「行政委託」者（見許宗力「行政機關若干基本問題之研究」『行政程序法之研究』（經社法規研究報告1007，民國七十九年十二月）第二四八頁；陳敏主持『委託契約之研究』（行政院大陸委員會委託研究，民國八十年十二月）第六頁）。另有學者稱之為「公權力之授權或授與」（見蔡志方「公權力之委託及其救濟」，法學叢刊，第三十八卷第三期（第一五一期），第五十二頁；「論公權力之授與、委託及其行政救濟（上）（下）」，植根雜誌，第九卷第二，三期，第二十五、十一頁以下）。惟「公權力」一詞，其範圍除包括傳統國家「統治高權行為」及所謂「單純權限行為」(schlicht-hoheitliche Kompetenzen)外，尚應包括不發生外部法律效果之「行政事實行為」(Realakt)，例如，修築道路、垃圾之清運等。而從德國學者及實務判決所舉之案例可知，*Beliehener* 一詞在德國學說及實務上之使用，多係指行使「發生一定法律效果」之高權行為者，而不及於所謂「單純事實行為」或技術性工作，故以「公權力」一詞來表達 *Beliehener* 所行使之公務行為，恐有未恰；再者，

轉移給私人，故必須有法律依據始得為之，自不待言<sup>53</sup>，一般稱之為「制度上之法律保留」(institutioneller Gesetzesvorbehalt)<sup>54</sup>。此等經授權行使國家高權之私人，因具有行政主體之地位，故於執行職務時，倘因故意或過失不法侵害人民自由或權利者，國家應負損害賠償之責，而其賠償義務機關通常為授權之行政主體，此點於德國學界及實務界，向無爭議<sup>55</sup>。

## 二、行政助手(Verwaltungshelfer)

私人從事國家任務之第二種類型為「行政助手」(Verwaltungshelfer)<sup>56</sup>，係指行政機關於行使公權力時所使用之幫手，其與「經授權行使國家高權之私人」不同之處，在於該等人員非獨立以自己名義行使公權力，而是直接受國家機關之指揮命令從事活動<sup>57</sup>，有如國家機關「延長之手」(verlängerter Arm)，具有補充國家機關人員不足之功能。例如，公立學校之老師上體操課使用跳箱等器具時，請若干學生在旁協助<sup>58</sup>；或公立學校之老師指定某學生於老師不在課堂期間或下課休息時間，負責班上之風紀<sup>59</sup>；或由學校派出，於學校附近十字

---

Beliehung 係指「權限之授與」，以「授權」稱之，較之「委託」為妥。基於以上兩項理由，本文將 Beliehener 一詞譯為「經授權行使國家高權之私人」，以求精確達意。

<sup>53</sup> Vgl. etwa W. Rudolf, Verwaltungsorganisation, in: Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 53 Rn. 26; OVG Münster, NJW 1980, 1406.

<sup>54</sup> So Wolff/Bachof/Stober, § 104 Rn. 6.

<sup>55</sup> Vgl. etwa Steiner, JuS 1969, 75; Papier, in: Münchner Kommentar, 2. Aufl., 1986, § 839 Rn. 81; BGHZ 39, 358; 49, 108; 122, 85 (87 ff.).

<sup>56</sup> 國內亦有學者將 Verwaltungshelfer 譯為「行政輔助人」(見吳庚，前揭註52書，第一七〇頁；林明鏘，前揭註52文，第五頁)，或「行政協助者」(見陳新民『行政法總論』，第一一七頁)。

<sup>57</sup> Vgl. F. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 17; Maurer, § 23 Rn. 60.

<sup>58</sup> BGH, VersR 1958, 705 ff.

<sup>59</sup> LG Rottweil, NJW 1970, 474.

路口指揮交通之學生糾察隊(Schülerlotse)<sup>60</sup>；或於交通事故發生時，交通警察請在場之某計程車司機協助其為車輛改道之指揮是。

按行政助手之特色在於非獨立以自己名義行使公權力，而係依國家機關之指令執行職務，其行為僅為行政主體自己行為之「延伸」，與公務員自為公權力之行使無異，故若因行政助手故意或過失而侵害人民之自由或權利者，其效果直接歸屬於國家，國家應負損害賠償之責，殆無疑義<sup>61</sup>。此外，倘公務員於選任助手時未盡其應盡之注意義務，或為錯誤之指揮，因而造成人民自由或權利受損者，該公務員「本身之行為」即已構成國家賠償責任之要件，人民得直接請求國家賠償，併予說明<sup>62</sup>。

### 三、基於私法契約而獨立從事公務之私人

除以上兩種類型外，國家機關尚得透過締結私法契約(通常為承攬契約)之方式，將一定之行政任務委託民間業者處理或執行，例如，私人營造廠受國家之委託，修築高速公路，或建造捷運系統是<sup>63</sup>。依德國學界之通說，此種類型之特色在於，因國家與受委託之私人間係屬私法關係，故受委託之民間業者執行國家任務之行為非屬高權行為(nicht hoheitlich)，與「經授權行使國家高權之私人」不同；而另一方面，因

---

<sup>60</sup> OLG Köln, NJW 1968, 655.

<sup>61</sup> Vgl. Maurer, § 25 Rn. 13; Ossenbühl, S. 18 f.; OLG Köln, NJW 1968, 655; LG Rottweil, NJW 1970, 474; BGH, VersR 1958, 705 ff.; P. Schimikowski, Ersatzvornahme und Amtshaftung, VersR 1984, 316.

<sup>62</sup> Vgl. Ossenbühl, S. 19. 我國學者中有謂，因行政助手之協助不良而致人民權利受有損害者，須視公務員能否選任行政助手，以及指揮時有無過失；或者選任及指揮助手，有無盡其應盡之注意義務，以決定國家應否負損害賠償責任；參照廖義男『國家賠償法[增補版]』（自刊），第二七頁。該項見解，似有斟酌之餘地，蓋國家對於因公務員「自身之行為」而致人民權利受有損害，本應負賠償之責，似無必要藉「行政助手」之概念作為國家賠償責任之基礎。

<sup>63</sup> 國內有學者將此類型稱之為「技術上之履行助手」，見陳敏，前揭註52書，第六頁。按此一用語與「行政助手」易生混淆，且無法明確表達其內涵，故本文不採之。



該民間業者係本於自己之權利獨立從事公務，故亦與「行政助手」非獨立從事公務有別<sup>64</sup>。

#### 第四項 小結

綜上所述，德國民間委託之概念頗為廣泛，除傳統公權力之授與外，尚包括行政業務之委託及課予人民公法上義務等。於容許性上，學者多數認為民間委託為憲法所許，惟於公權力授與方面，應受法律保留原則之拘束。於委託方式上，則包括以法律直接授與或以行政處分、行政契約及私法契約等多種方式。

---

<sup>64</sup> Vgl. etwa Maurer, § 23 Rn. 64.

### 第三節 英國法制概要

#### 第一項 政府業務委託民間辦理之現況

##### 一、委託之概念與沿革

###### (一)概念

英國政府業務委託民間辦理之歷史由來已久，中央與地方政府為解決政治與經濟上問題，經考量效率、成本與公共利益等因素，自然形成行政管理之民營化策略，從國營事業之試驗逐漸廣泛運用於各部門<sup>65</sup>。

柴契爾夫人執政時期民營化運動達到頂峰。一九七九年柴契爾夫人初任閣揆，為降低行政成本，提昇行政效能，即倡議「埋葬社會主義，縮減政府疆界」，嘗試引進市場機能，對行政部門進行革新與重整，並推行民營化政策。

何謂民營化？於英國相關文獻之討論中，可將民營化之定義細分為廣義與狹義二種。廣義之民營化包括三部分：

一為將政府組織之部分所有權出售，由買受之人民成為經營主體，又稱狹義民營化。英國政府民營化運動，係以狹義民營化為主流<sup>66</sup>。

二為放寬管制，將部分執照核發業務（許認可業務）授權特定民間機構行使。

三為民間委託，將政府業務以契約方式外包委託民間或其他公法人辦理之方式，即稱為「契約外包（contracting out）」<sup>67</sup>。執行業務者雖

---

<sup>65</sup> V.V. Ramanadham, 1994, *Privatization and After: monitoring and Regulation*, p.237.

<sup>66</sup> Kenneth Wiltshire, *Privatisation—The British Experience*, p.4-11.

<sup>67</sup> John Kay/ Colin Mayer/ David Thompson, 1986. *Privatization and regulation : the UK experience*. New York ; Oxford : Oxford University Press, p.2.

為私人公司之受雇人，但政府仍繼續負責供給事務之安排規劃及經費資金之提供，故對供給之安排與服務品質仍負有直接責任。

前二者係依據 *Deregulation and Contracting Out Act 1994* 所規定之程序辦理。

該受委託者有私人（例如私人警衛公司<sup>68</sup>），也有其他法人型態。受委託者辦理政府事務時，受政府資金補助，在政府監督下獨立執行受委託之公共業務。此等機構，學者有稱之為「quango」<sup>69</sup>。quango 是縮寫詞，並非法定用語，其概念與範圍，學者意見頗為分歧，有強調其為具有獨立地位之非政府機關（quasi non governmental organization），也有將之詮釋為獨立之準官方機構（quasi-autonomous national governmental organization）。英國政府為解決行政管理財政問題，改革文官體制，乃提出「續階計畫 Next Steps program」，在政府機關外設置公益性法人機構quango，其組織成員大多來自政府裁員之公務員，政府以契約方式將大部分業務委託此等機構辦理。透過政府資金援助此種特殊法人，使其獨立執行公共業務之機構，並在該機構內部引進企業經營理念，著重效率要求。執行業務者雖是私人機構之受雇人，但政府仍繼續負責規劃業務目標並提供經費資金，故對供給之安排與服務品質仍負有監督責任。

英國政府業務委託民間辦理之範圍，係採「市場檢測（Market Testing）」法，審核該業務之性質是否有由政府自行提供之必要，如否，

---

<sup>68</sup> Les Johnston, *The Rebirth of Private Policing*, 1992, p.19.

<sup>69</sup> 嚴格說來，Quango 此種組織，早在十九世紀即頗為興盛，當時中央政府中有部分編制較小之機關，以及較為貧弱之地方政府，經費人力不足，於是另外成立非官方性質之委員會（board），以執行專門性事務，例如，社會救助、衛生行政、教育行政及其他地方政府公共事務等。在二次世界大戰以前，非社會主義政府以基金會方式或社團方式成立之例子亦不少，例如倫敦港及安格魯波斯石油公司、中央發電委員會、英國廣播公司及帝國航空等，Eric Newbigging / Christopher Moore, *In Search of The Quango ---Britain's various "quasi- non - governmental " bodies"*, *Journal of General Management*, no.6, Summer 1981. p.50- 62.

則可外包。其次，其將政府中具有商業性之機構（如運輸、電信），及業務性質得以契約限定範圍之機構劃出，進而逐項委外辦理。續階計畫實施近二十年來，成功減少英國四分之三之公務員<sup>70</sup>。

## (二)沿革

根據文獻記載<sup>71</sup>，英國公共事務民營化之歷史頗早，以人犯收容業務為例，十八世紀即有一半以上的監獄屬於私人所有，當時控制刑罰權之王族與教士將監獄轉包給全時之商人管理，亦有自組公司剝削受刑人而從中獲取暴利者，直至一七九〇年代將人犯流放至澳洲後方告歇止。

至二十世紀末葉，英國經濟遭逢考驗，民營化運動捲土重來甚囂塵上，成為柴契爾政府施政代表作之一，無論是將國營事業資產出售給人民，或以契約方式將政府業務委託民間機構辦理，或以另設立法人之方式，將政府業務部份移轉由法人辦理，方式不一而足。惟其成果最明顯者為國有資產之民營化，與美國民營化政策著重於公共事務之簽約外包有明顯不同。

國有資產民營化之成果極為豐碩，至一九八七年柴契爾首相三連任時，將國營事業生產毛額占全英國生產毛額比率，由一九七九年之11.5%降至7.5%。約有三分之一之公營事業移轉民營，例如英國石油、航太、糖業、廣播電視、運輸、電信、銀行、瓦斯、機場、港口、汽車等國有資產陸續於一九七九年起出售移轉民營，其出售總額達一百九十億美元，高居全世界第一位，至一九九三年七月，為國庫淨賺五百億英鎊收入<sup>72</sup>。

---

<sup>70</sup> Privatization Watch. No.249, September 1997, p.7.

<sup>71</sup> Richard W. Harding, *Private Prisons and Public Accountability*, 1997, Buckingham: Open University Press. p.8.

<sup>72</sup> V.V. Ramanadham, *Privatization and After: monitoring and Regulation*, p.189.

英國電信為第一個完成民營化之公共服務事業（一九八四年），為英國大眾化資本主義奠下堅實基礎，由於民營化股票出售，該公司必須提供翔實營運數據資料給股東，即須建立會計與管理制度，進而使公司財務透明，降低無效率支出與浪費，增加其競爭能力；且配合電信自由化，其他私人公司亦得加入競爭，其市場壟斷優勢地位不再，該公司必須伸展觸角，增加投資與營運項目，使得公共電話之質與量有明顯改善。由於英國電信成功經驗，民營化運動乃繼續推展至其他公共事業（瓦斯、電力、水），甚至影響其他國家起而效尤，如美國即是一例。

而在各領域中設立非官方之法人機構承接政府業務，係依據一九八〇年實施之「財務管理改革-----續階計畫（the Financial Management Initiative---the Next Step Programme）<sup>73</sup>，續階計畫是種簡單但能巧妙地提供各種必要服務之最經濟方法<sup>74</sup>，脫離政府組織系統，但具有獨立地位，得接受政府資金委託而獨立執行公共事務。運用此種機構執行公共事務，使政府機關人員精簡，根據統計，從一九八〇至一九九〇年政府支出省下百分之三<sup>75</sup>。

表 英國一般政府支出占國民生產總額 GDP 之比率

年度	政府支出占國民生產總額之比率	
1970	20.93 %	通貨膨脹，第一波不景氣影響勞工。
1980	21.85 %	高度通貨膨脹，第二波不景氣開始。
1989/90	18.88 %	通膨緩和，循環形態。

部分行政機構，例如隸屬貿易工業部之各個國家實驗室，亦漸次民營化。而政府業務委託民間辦理之比重，於工黨與保守黨執政時期互

<sup>73</sup> John F. McEldowney, Public Law, 1994, p.286-289.

<sup>74</sup> Privatization Watch. No.249, September 1997, p.1.

<sup>75</sup> V.V. Ramanadham, Privatization and After: monitoring and Regulation, p.190. How to Control Quangos , Economist. 8/6/94, Vol. 332 p.45.

有起落，其發展以地方政府較為積極。保守黨政府認為二十世紀地方政府之服務範圍應從以住屋為主之道路、用水、排水，擴大至以人為主之教育、圖書館、社會服務。雖然服務範圍擴大，但政府職責並非事必躬親，自擁產業與民營企業競爭，而是追求低支出與高效率，開放市場擴大競爭，適度管理。如國民保健服務領域，自一九七九年亦展開民營化運動，一九八一年英格蘭所有地區採取特約醫療制度，一九九〇年國民保健及社區照顧法全面引進新制。地方政府衛生局兼具醫療保健服務之購買者與提供者，其須評估轄區居民之醫療保健需求，進而以市場法則選擇最物美價廉之私人醫療機構，與之簽約購買特定醫療服務，再供應給民眾。一九八八年地方政府法即規定，垃圾之收集、街道與大樓之清潔、路面之維護、公車之維修、學校之營養午餐等應經公開招標程序。此外民營化之範圍項目，有更多樣化之趨勢，甚而擴及違規停車之拖吊及保管等服務。

## 二、委託之實態

英國政府業務委託民間辦理之範圍，包括：建築物維護、資料處理、車輛維護、醫院、保健及緊急救助、會議廳及休閒娛樂場地、廢棄物清運及處理、街道橋樑維護、交通號誌、水電提供、車輛違規拖吊等項目。

此外，例如警察約談筆錄之錄音謄錄工作、噪音公害之取締、高速公路或多線車道重型車輛之拖吊、流浪動物之保護管理、野戰遊戲爆裂物之許可執照核發、賭博執照之核發、失蹤人口之通報系統、被告或證人傳喚工作等，均為實務上已被採納為委託項目之具體事例。

## 第二項 政府業務委託民間辦理之理論分析

### 一、委託之類型化分析

就前揭英國政府業務委託民間辦理之項目，按其性質為分析時，可歸納為下列二大類：

(一)外部業務之委託

1.委託行使公權力

屬於外部業務之委託者，如委託會計師執行金融業務檢查、廢水處理、違規車輛拖吊、運囚監護、收容人犯。

2.委託提供服務

屬於服務者，有廢棄物清運及處理、保健與緊急救助、運輸服務。

(二)內部業務之委託

1.委託辦理內部業務

屬於行政部門內部事務者，有研究發展、研訂法令契約草案、民意調查、行政（收費、傳遞、傳票等）、建築物維護、資料處理、車輛維護等。

2.委託管理內部設施

屬於設施之性質者，如會議廳及休閒娛樂場地、街道橋樑維護、交通號誌設置。

## 二、委託之容許性與界限

於英國憲法文獻中，並未有規定政府事務委託民間辦理之明文，然而長久以來，國王及行政部門均具有締結契約之能力與法律地位。柴契爾夫人推動民營化政策，以政府名義和私人簽訂契約，人民並未質疑或否定其效力。因此柴契爾夫人大刀闊斧推動改革。雖有學者憂心政府具有自由締約權利，將使政府權力擴充，而脫離國會監督、司法

審查、與法律限制，尤其傳統憲法與行政法規範無法契合此股行政重整浪潮，一旦失控，將對人民自由權利與公共資源之分配形成威脅，而持較保守立場<sup>76</sup>。也有學者建議發展一套公法規範，以約束政府締約權，例如明文列舉禁止委託事項，使掌握公共資源或公權力之人無法恣意專斷<sup>77</sup>。府無論是採契約化或法人化方式，其規範原來行政機關與受委辦之私人之間權利義務關係者，仍以契約文件為主。

不過也有學者根據過去英國政府民營化經驗，認為英國政府之所以將政府事務外放至非政府機關或機關外之獨立機構，其主要理由為：一、避免政府活動受政治干預；二、規避傳統行政機關官僚習氣、行政程序僵化之缺點；三、利用民間的專門知識與才能；四、分散行政權力，避免權力過於集中；五、新興事務，難以劃歸現有政府部門執掌範圍內；六、將較具爭議或敏感性事務之規制權限委外辦理，可避免機關首長直接遭受批評<sup>78</sup>。論理由為何，民營化已成沛然莫之能禦之趨勢，考量之重心毋寧置於如何妥為規範此等機構，就此學者亦提出一套規範架構表。

英國在一九八〇年之後推動的、政府貿易法 *Government Trading Act 1990*<sup>79</sup>及文官法 *Civil Service Act 1992*，都是中央機關設立私法人機構或授權地方政府締結服務外包契約之根據。該等法律明定供給服務品質之標準及對使用者侵權之責任歸屬與賠償標準，以限制政府濫行委託之裁量，確保公共利益。其中包含對外包廠商雇用勞工之勞動條件保障條款<sup>80</sup>。

---

<sup>76</sup> Freedland

<sup>77</sup> 參照林子儀等『行政檢查業務委託民間辦理法制之研究』（行政院研考會）第一一〇至一一二頁。

<sup>78</sup> 參照王名揚『英國行政法』（一九八七）第八十七頁。

<sup>79</sup> 此法係綜合一九七三年政府貿易基金法(*Government Trading Funds Act*)、一九二一年財政及會計審查法第五節(*the Exchequer and Audit Department Act 1921*)及一九四六年借貸法(*the Borrowing (Control and Guarantees) Act*)等規定而來。<http://www.Hmso.gov.uk/acts/summary/01990030.htm>

<sup>80</sup> Harris, Donald / Tallon, Denis, *Contract law today: Anglo-French comparisons* Oxford Univ Pr (LC 88-7572), 1989 ; Frank Seutcliffe, *Contracting Out Public Services: UK Policy v. EC*



### 三、委託之行為形式

政府將生產或供應財貨與服務之工作，部分或全部委託給私人辦理，政府僅擔任監督責任，其方式得包括：

1. 簽約外包：政府通常以契約委託私人或其他法人團體提供物品或服務。以地方政府購買服務契約為例，其契約型態可大別為三種<sup>81</sup>：

包裹式契約（**block contracts**）：於契約中載明一定之價格購買定量之服務。交易雙方可預知彼此對價給付之內容。

論量計酬式契約（**cost and volume contract**）：於契約中保證以固定價格提供所指定之最低限量之服務，但購買者亦可選擇依約定價格購買額外服務。

論件計酬式契約（**price-pre-case contract**）：於居家照護服務領域最常運用此類型契約模式。契約中依個案約定價格購買特定服務。

2. 提供特許經營權：政府提供民間水電、瓦斯、交通運輸之經營權，但保留價格費率之核定權，且政府不提供經費，由使用者付費。

3. 提供補助：政府透過免稅、低利貸款、經費補助，形成誘因操作，鼓勵私人從事公共服務。茲舉一九九七年四月起實施於整個英國地區之「幼兒教育券」制度為例。英國幼

---

law.(1993),22 Anglo-American Law Review

<sup>81</sup> Browning, D (1992) Purchasetr/Provider Split: Passing Fashionor or Permanent Fixture? In I Allen,(ed). Purchasing and Providing Social Services in the 1990s: Drawing the Line,London: PSI.p.7-17.

兒教育券計畫，係續階計畫之一部份<sup>82</sup>，以「一九九六年幼兒教育與中央直接補助學校法」為依據。由政府發給四歲幼兒之家長一張約值 1100 英鎊之教育券，由家長自行從政府核定有案之公、私立學校、兒童教育機構中選擇適合其需求之學校或機構，以教育券折抵該幼兒之學費，至少能使幼兒接受共三學期每週五日之高品質幼兒教育。該學校或機構須具備一定條件通過政府審核，方能加入該計畫取得兌換教育券之資格。

對政府與民間所簽訂之契約，英國法並未訂有一套特別規則，而是與其他私人間契約一樣適用普通法<sup>83</sup>。

#### 四、委託之程序要求

英國公共契約法制，強調公共利益之保護。政府為保障採購之效率、經濟，並確保公平對待未來之契約相對人，以增進公共利益，常透過法律、命令或行政指示，對於契約相對人之選擇及簽約方式，定有特別規定。財政部「中央採購小組」(Central Unit on Purchasing) 並頒定「採購指南」(Guidance) 提供中央政府各部會採購單位參考。為提昇政府各部門採購人員之採購技術與專業能力，英國政府特別委由「文官訓練學院 (Civil Service College)」編排相關訓練課程舉辦採購人員在職訓練。

配合採購標的之不同，契約內容與作業程序有所差異。就專業採購而言，其重點為：

---

<sup>82</sup> 該計畫全名為「Nursery Education Voucher Scheme: The Next Steps」.DFEE, 1997, <http://www.open.gov.uk/dfee/nursery/>

<sup>83</sup> Sir William Wade / Christopher Forsyth. 1994. Administrative Law. 7th ed. Oxford: Clarendon Press.

- (一) 締約之目標在於確保有效率之商業關係並簽訂符合本單位政策目標之合約；
- (二) 締約時，應注意合約之要素，包括要約、承諾、行為能力等事項，合約之訂定、要約與承諾之傳遞、取消、郵政法規、報價時效、長期合約、開口合約、履約保證、終止合約、履約期限、違約責任及付款方式等問題。
- (三) 採購標的之合理規格：依標的之性質與預算額度確認合理之規格內容，包括件號、型號、品牌之評估，與藍圖、樣品、樣式之選定。
- (四) 尋找評估締約對象：蒐集供應商之資訊，包括網路資料庫、貿易商名錄；評估供應商之財務、技術、商譽及商業核可名錄（Approved List）。
- (五) 競標、開標、決標程序，依採購標的而異。一九九一年公共工程契約規則及一九九一年公共供給契約規則，規定選擇契約相對人之程序有三套：公開競標、選擇性競標、議價（Negotiation）<sup>84</sup>。有些高科技設備，則可能是獨家廠商採購（Single Tender）或優先考慮廠商制度。開標由開標委員會（Tender Board）依一定程序進行。

就勞務採購而言，締結勞務合約應注意下列事項：

- (一) 訂定勞務合約需求書、評估應徵者之報價、對應徵者績效之考核、訂約後之管制措施、擬定品質監督計畫，以確保勞務品質。
- (二) 契約內容除一般合約之要素，包括要約、承諾、行為能力等

---

<sup>84</sup> Susan Singleton, Fair Tendering: Public Procurement and New Regulations. Solicitors Journal.no.21.1992.8.p.842.

事項外，合約期限、固定或議定價格、長期合約之定價、獎勵合約條款（Incentive Contracting），尚需注意履約風險，例如勞工及物料指數、變動條款與合約價格之調整（adjustment/escalation clause）等。

此外，地方政府亦制定有採購之程序要求，授權各部門以裁量訂定採購程序或方式。例如建築及土木工程契約及物品採購供給契約，即以一九六三年改組成立之採購政策委員會訂定之標準條款為範本。但若契約官基於公共利益之目的，亦得依個案為更適當之變更。契約官（簽約官員）依裁量作成之決定，應受內部之監督控制，並須接受財政部門與議會之事後監督，如有錯誤判斷將受糾正。即使契約官違反政府所定之程序規則，並不當然構成契約無效<sup>85</sup>。

## 五、委託之法律關係

英美法系不存在如同德國法制中體系分明之公法規範，政府簽約外包通常係以買賣或租賃契約委請私人提供物品或服務。該委託契約雖稱為公共契約，但性質上仍為私法契約，政府同私人般接受私法之規範。但委託機關與第三者間之法律關係，則應視該服務之提供依據為判斷準據。例如英國政府依據一九八八年之電力照明法對人民有供電之義務，當政府委託私人電力公司提供特定區域之電力服務時，如因歸責於電力公司之疏失，導致使用人財產之損失，法院認為，供電之行為非對使用人要約之承諾，而是履行法定供電義務，故原告不應提起違約之訴，而應提起侵權訴訟，主張依電力照明法之規定向被告請求每日二英鎊之賠償（Willmore and Willmore v. South Eastern Electricity[1957]2 Lloyd's Rep. 375）。

## 六、委託之紛爭解決途徑

於契約履行過程中，承包商對政府互有請求時，如請求調整契約、

---

<sup>85</sup> David Foulkes, 1986.Administrative Law.p.365..(43)

變更設計、請求付款等相關紛爭之解決，於英國通常依據契約中雙方約定之非正式談判方式解決，英國民事法院對英王及其他公共機構之訴訟有管轄權。

### 第三項 政府業務委託民間辦理之典型案例

#### 一、外部業務之委託

##### (一)委託行使公權力

屬於外部業務之委託者，如委託會計師執行金融業務檢查、廢棄物清運及處理、廢水處理、違規車輛拖吊、收容人犯。

以委託會計師執行金融業務檢查為例，英國英格蘭銀行（相當於我國中央銀行）係英國唯一金融主管機關，其編制內檢查小組規模極小，人員精簡，檢查重點僅止於各銀行管理階層良莠之評估，故其金融監理工作，係委託會計師事務所負責。由各金融機構每年自行從會計師公會登錄之會計師事務所選擇會計師，報經主管機關核可後聘請之，並支付其費用。會計師之工作為針對金融機構之一般財務、業務進行查核簽證，並查核定期填報資料之正確性，及重大事項之通報；主管機關認為必要時亦得要求會計師辦理專案查核<sup>86</sup>。

一九九一年國際信貸銀行（BCCI）發生舞弊事件<sup>87</sup>，顯現委託代檢制度之弊端。檢討其原因，一為BCCI委請二個會計師事務所實施外部稽核，將查核工作分為二部份，使查核人員無法掌握全部業務資料，BCCI遂得以從中進行詐欺活動；二為擔任查核之會計師收受BCCI之餽贈，影響其超然公正立場；三為該會計師事務所與BCCI有長久合作關係，影響其專業立場與獨立判斷。導致其早於一九八七年即發現BCCI

---

<sup>86</sup> " Bank of England Banking Supervision Division, Authorised Under the Banking Act 1987" , No. BSD / 1994/ 1, Date of Issue: March 1994.

<sup>87</sup> 該事件被形容為本世紀規模最大的金融弊案。Senator John Kerry/ Senator Hank Brown , "The BCCI Affair", December 1992.

有資料不實情形，卻未能斷然揭發，終於釀成無法收拾之金融風暴。

之後歐盟會議提出「BCCI 指令」修正金融監理標準，課予受主管機關委任金融檢查之會計師法定義務：「於查帳或檢查時發現不正常之情事，將損及存款人、投資人、及顧客之利益，或金融機構之健全經營，應向主管機關作充分、完整及明白之報告，不得隱瞞」。違反者，將負民、刑事責任。

## (二)委託提供服務

屬於服務者，有保健與緊急救助、運輸服務。

## 二、 內部業務之委託

### (一)委託辦理內部業務

屬於行政部門內部事務者，有研究發展、研訂法令契約草案、民意調查、行政（收費、傳遞、傳票等）、建築物維護、資料處理、車輛維護等。

### (二)委託管理內部設施

屬於設施之性質者，如會議廳及休閒娛樂場地、街道橋樑維護、交通號誌設置。

## 第四項 小結

英國中央與地方政府爲了解決政治與經濟上問題，本於追求效率、價格與利益等因素之考量，自然形成將政府業務委託民間辦理之行政管理策略，在柴契爾內閣時代達到頂峰，直至目前仍有廣泛運用之趨勢。

一九七九年柴契爾夫人任閣揆後，除了將許多政府業務以契約方式補助或委託私人辦理外，並推動國營事業民營化，提出「續階計畫 Next

Steps program」改革文官體制，在政府機關外設置公益性法人機構 quango，其組織成員大多來自政府裁員之公務員，政府以契約方式將大部分業務委託此等機構辦理。執行業務者雖是私人機構之受雇人，但政府仍繼續負責規劃業務目標並提供經費資金，故對供給之安排與服務品質仍負有監督責任。

英國政府業務委託民間辦理之範圍，係採「市場檢測（Market Testing）」法，審核該業務之性質是否有由政府自行提供之必要，如否，則可外包。其次，其將政府中具有商業性之機構（如運輸、電信），及業務性質得以契約限定範圍之機構劃出，進而逐項委外辦理。目前已實施之項目包括：建築物維護、資料處理、車輛維護、醫院、保健與緊急救助、監獄收容矯治、廢棄物清運及處理、街道橋樑維護、交通號誌、水電提供、委託會計師執行金融業務檢查、賭博執照之核發、流浪動物之保護管理、失蹤人口的通報系統規劃、車輛違規拖吊、警察約談筆錄之錄音謄錄工作、被告或證人傳喚工作等項目。

英國政府簽約外包方式通常係以委任、承攬、買賣或租賃契約委請私人提供物品或服務。該委託契約雖稱為公共契約，但性質上仍為私法契約，政府同私人般接受私法之規範。但委託機關與第三者間之法律關係，則應視該服務之提供依據為判斷準據。於契約履行過程中，承包商對政府互有請求時，如請求調整契約、變更設計、請求付款等相關紛爭之解決，於英國通常依據契約中雙方約定之非正式談判方式解決，英國民事法院對英王及其他公共機構之訴訟有管轄權。

## 第四節 美國法制概要

### 第一項 政府業務委託民間辦理之現況

#### 一、委託之概念與沿革

##### (一)概念

於美國探討政府業務委託民間辦理之問題，係納入民營化（privatization）概念中討論。雖然何謂民營化，學界尚無統一定義，依學者Savas之定義，民營化係指政府在資產與活動上，增加社會私有機制之功能，以減少政府支出，滿足人民需求<sup>88</sup>。另一學者Kent則謂：「民營化係將政府所承擔之功能以低於或接近成本價格轉移給民間，由民間以市場或完全價格進行生產或提供服務」<sup>89</sup>。民營化之方式有多種，例如，出售公營企業（sale of government enterprises）、簽約外包（contracting out）、使用者付費（private payment）、公共基金補助私人服務（public funding of private services）。其中「簽約外包」，與本研究之概念範圍較為相符，乃指政府將某些公共事務或服務以契約方式外包（contracting for public services），由民間來經營、辦理或執行。

此外，學者Savas則將民營化分為撤資（divestment）、委託（delegation）及替代（displacement）三種類型<sup>90</sup>。其中「委託」係指政府將生產或供應財貨與服務之工作，部分或全部委託給私人辦理，政府僅擔任監督責任。其方式得包括：簽約外包、提供特許經營權（franchise）、提供補助（grant）、核發抵用券（voucher）、強制（mandate）。易言之，「委託」之概念範圍又比「簽約外包」來得廣。

---

<sup>88</sup> Emanuel S. Savas, 1992, Privatization, In Mary Hawkesworth and Maurie Kogan eds., Encyclopedia of Government and Politics, Vol. 2, New York:Routledge.

<sup>89</sup> Calvin Kent, 1987. Entrepreneurship and the Privatizing of Government, New York: Ouorum Books. P. 2.

<sup>90</sup> Emanuel S. Savas, 1992. Privatization. N.Y.: Routledge. p. 822.



再者，政府業務委託民間辦理，通常以契約規範其運作或履行，若從契約之角度，簽約外包亦須透過契約，此種契約又稱爲「公共契約或政府契約」(public contract)，係政府作爲一方當事人與私人所締結之契約。其中由政府作爲買方，以預算撥款換取私人提供物品或服務之契約即爲「採購契約」(acquisition / procurement)。規範政府採購之授權依據與程序之法規，即爲「公共契約法」<sup>91</sup>。

## (二)沿革

美國建國初期，政府公共行政之範圍及內容，遠比目前狹隘許多<sup>92</sup>。今日吾人對公共行政所理解之公共功能與服務 (public functions and services)，於十九世紀大部分由私有營利性機構所提供。直至一九三〇年推行「新政」擴大公行政之角色，才建立現代福利國家規模之政府。然而，七〇年代發生之能源危機、全美反越戰之社會氣氛、水門案之政治醜聞，不斷促使社會民眾對政府部門集中性計畫與政策執行能力提出嚴肅反省；加上通貨膨脹及政府財政赤字不斷惡化，亦使政府部門認真評估民間參與政府事務與引進市場機能之政策效果<sup>93</sup>。一九六九年已有學者提出民營化 (privatization) 概念，但是直到雷根政府時代，民營化政策方成爲行政運作之特色。根據一九八八年出版之雷根政府民營化委員會報告：「民營化將被未來之歷史學者認爲是本世紀後期影響美國人民政治及經濟生活最重要之發展」<sup>94</sup>。

---

<sup>91</sup> 國內介紹美國公共契約法制較為詳細之文獻，有：湯德宗、簡資修等『美國公共契約法制之研究-----我國政府採購及委辦制度興革建議』（行政院研究發展考核委員會委託研究、民國八十二年）第七、十頁。

<sup>92</sup> 參見：Joseph (一) Ureges / Lawrence Keller, 1988. *The First One Hundred Years of American Public Administration: The Study and Practice of Public Management in American Life*, New York, N. Y.: St. Martin's Press. p. 29.

<sup>93</sup> 參照詹中原『民營化政策-----公共行政理論與實務之分析』（五南，民國八十二年）第六頁。

<sup>94</sup> Privatization --1988 Report of the President Commission on Privatization, Illine Books edition. p. 251。

以郵政包裹服務為例，以往郵政事業由美國郵政局（USPS）獨佔，一九七九年起部分被民營化，數家私人企業介入快遞與包裹市場之競爭，其中最著名者為聯邦快遞（Federal Express）與聯合包裹公司（United Parcel Service）。至一九八八年，私人快遞公司之市場占有率達百分之九十，聯合包裹公司市場占有率占了百分之九十五，而郵政局僅占百分之五。就服務品質而言，經聯合包裹公司送達之包裹破損率低，送達時間均依約定時刻到達。由於民間企業能時刻研發創新技術，以較低成本追求更高利潤、更好品質，藉由電腦科技結合航空運輸、卡車運輸，建立合理之郵遞系統；而郵政局安於獨占狀態，不斷將勞動成本之增加轉嫁在使用者身上，欠缺尋求改進之激勵因素。於是，包括政府郵件包裹之寄送，亦有委託私人企業辦理之趨勢。對政府而言，政府工作係在將資源作合理之分配，確定公共服務是否依據適當標準，恰如其分地提供給民眾，至於由誰提供並非問題所在<sup>95</sup>。

因此，經由評估認為適宜民營化之政府業務，便有越來越廣之趨勢。經研究統計，在一九八七年聯邦政府以契約向私人採購之金額即高達 1,973 億美元。採購項目包括：噴射引擎汽車之製造、太空技術發展系統之管理、醫學及教育研究、人犯之收容矯治、自動化資料之處理、機場之興建、鉛筆紙張之提供等物品、勞務或服務<sup>96</sup>。隨著電腦科技的進步，採購範圍更為擴大，甚至連掌管國家最機密情報之中央情報局 CIA 亦於一九九九年向國會申請二八五〇萬美元設立基金資助一股票上市公司（In-Q-It）<sup>97</sup>，並將網路瀏覽安全、建立更快速之搜尋引擎等資訊處理技術升級之業務委託民間公司辦理<sup>98</sup>。

---

<sup>95</sup> Emanuel S Savas. 1987. Privatization : the key to better government. Chatham, N. J. : Chatham House Publishers, p. 56-60.

<sup>96</sup> Privatization --1988 Report of the President Commission on Privatization, Illine Books edition. p. 129.

<sup>97</sup> 有關 In-Q-It 公司，In 指的是情報 intelligence，It 指的是資訊科技 information technology，Q 則是為了紀念英國 007 電影中發明家 Q 博士。

<sup>98</sup> 委託業務範圍包括：（一）將網路技術併入作業群組；（二）開發資訊安全產品；（三）

由政府作為買方，以預算撥款換取私人提供物品或服務之民營型態愈為普及後，相對應規範政府採購物品、勞務或服務之法律，亦有制定之必要。此種規範政府採購之授權依據與程序之法規，即為「公共契約法」。

由於聯邦與各州法制分立，係美國法制之特色，故研究美國公共契約法制亦應從聯邦與州法二部分分別討論。

聯邦法制部分，首件授權聯邦行政機關締結公共契約之立法為一九四七年之「軍事採購法」(Armed Services Procurement Act)，規範軍事、航太機關之採購事宜<sup>99</sup>。相關採購作業程序，另依行政命令「軍事採購規則」(Armed Services Procurement Regulations)及「國家航太採購規則」(National Aeronautics and Space Administration Procurement Regulations)辦理。

而聯邦一般行政機關之採購事宜<sup>100</sup>，則統一由聯邦總務署(General Service Administration, GSA)所屬聯邦採購局(Office of Federal Procurement)辦理<sup>101</sup>。依據一九四九年制定之「聯邦財產暨行政服務法」(Federal Property and Administrative Services Act)及散見各機關業務法律之授權條款，相關採購作業程序另依行政命令「聯邦採購規則」(Federal Procurement Regulations, FPR)辦理。有關契約之救濟或爭議之解決，則依據一九七八年制定之「契約爭議法」(Contract Dispute Act, 41 U.S.C.A § 601)辦理。直至一九八四年，針對該等法

---

設計工具協助 CIA 從龐大資料庫中搜尋資訊；(四)為 CIA 所屬機關更新電腦系統。  
以上參見：Teipei Times, (10. 1, 1999.)page 24.

<sup>99</sup>有關政府契約之研討，另見 Symposium on contract law [government contracting]. Military Law Review, 86 Fall 1979. p. 1-149.

<sup>100</sup>有關聯邦契約與採購問題之研討，另見 Contract law symposium [federal contracts and purchasing]. Military Law Review, 80: Spring 1978. P.51-256

<sup>101</sup> W. Noel Keyes, Government 1990. Contracts - in a Nutshell, west publishing co. p. 2-3.

令實施之檢討，國會提出改革法案，訂定「締約競爭法」(Competition in Contracting Act)及「聯邦採購政策局法」(Office of Federal Procurement Policy Act)實施迄今<sup>102</sup>。

而州法之發展沿革部分，各州不同。茲以加州為例，一九七七年美國法曹學會公法組(Public Law Section of American Bar Association)曾呼籲建立聯邦與各州政府間採購契約統一標準模式，訂定模範採購法(Model Procurement Code)。加州總務廳長(Director of the Department of General Services)乃組成十五人之委員會，就加州有關公共契約相關法令判決為全面性研究，最後提出兩份建議報告，成為加州公共契約法之重要參考資料。一九八一年加州公共契約法(Public Contract Code of 1981, PCC)通過，一九九一年修正。適用於營繕工程、物品、服務，以及資訊、通訊系統等採購事項，並詳細規定契約要項及相關採購作業程序<sup>103</sup>。

## 二、委託之實態

美國政府業務委託民間辦理之項目不一而足，依據美國國際城市管理(International City Management Association)與民營化協會理智基金會之報告(Reason Foundation, 1992)，歸納為下列十二項：行政(收費、傳遞、傳票等)、建築物維護、資料處理、車輛維護、人犯收容、醫院<sup>104</sup>、保健及緊急救助、殘障者職業訓練、會議廳及休閒娛樂場地、廢棄物清運及處理、街道橋樑維護、交通號誌、車輛違規拖吊等。

---

<sup>102</sup> 參照湯德宗等，前揭註91書，第八、二十二、二十三頁。

<sup>103</sup> <http://www.pd.dgs.ca.gov/>

<sup>104</sup> Capstone Pharmacy Services Inc., Prison contract, Drug Topics, 1/8/96, Vol. 140 Issue 1, p20, 1/9p Abstract: Reports on Capstone Pharmacy Services' contract with Correctional Medical Services to provide pharmacy services in Massachusetts' s correctional facilities.

## 第二項 政府業務委託民間辦理之理論分析

### 一、委託之類型化分析

就前揭美國政府業務委託民間辦理之項目，按其性質得大別為二類四項：

#### (一)外部業務之委託

##### 1.委託行使公權力

屬於外部業務之委託者，如廢棄物清運及處理<sup>105</sup>、廢水處理<sup>106</sup>、違規車輛拖吊、收容人犯。

以車輛違規拖吊為例，根據加州 Los Angeles 市運輸委員會（County Transportation Commission）與民間拖吊服務公司（Walnut Valley Towing）簽訂之合約書<sup>107</sup>，該條約包括三部分，前言、聲明、及服務範圍。其中聲明強調本契約業者應提供專業化服務、業者需具備執行業務之最佳資格、業者有能力亦同意遵照契約所定服務項目及條件履行契約。服務範圍是契約之核心，另依附件作詳細規定。其餘要項如下：執行期間、排除規定、基金、委託費用之計算標準、補償、費用給付爭議之解決<sup>108</sup>、會計檢查、績效保證金、技術管理、終止契約、受託者獨立地位（非屬市府員工或單位）、保險約定（一般責任、汽車責任、工作人員及雇主責任、拖吊責任、其他約定等）、服務範圍之修正、保密義務、通知、遵守法令、保護委託機關之利益、契約效力不得抵觸加州法律、本約具有完全效力等內容。

---

<sup>105</sup> Privatization Watch, 1994. 2. no. 206. p. 2-3.

<sup>106</sup> Privatization Watch, 1996. 1. no. 229.

<sup>107</sup> Los Angeles County Transportation Commission Contract No.: AT-003-21.

<sup>108</sup> 有關費用給付之爭議，由加州交通局（Caltrans）、洛城運輸委員會 LACTC 及受委託者於收到發票十日內解決。Id. Contract: 3.0 D.

## 2.委託提供服務

屬於服務者，有保健與緊急救助、運輸服務、殘障者職業訓練等，以殘障者職業訓練為例，。

### (二)內部業務之委託

#### 1.委託辦理內部業務

屬於行政部門內部事務者，有研究發展、研訂法令契約草案、民意調查、行政（收費、傳遞、傳票等）、建築物維護、資料處理、車輛維護等。

#### 2.委託管理內部設施

屬於設施之性質者，如會議廳及休閒娛樂場地、街道橋樑維護、交通號誌設置、醫院<sup>109</sup>。

## 二、委託之容許性與界限

對於政府業務可否委託民間辦理，美國政府業務委託民間辦理之項目眾多，委託之容許性與界限，通常受到下列因素影響：

其一，為機關基於職權裁量，即根據各機關業務法律之授權而進行採購。

其二，為法律規定，有的法律明定禁止外包之工作項目。例如一九八二年制定之退伍軍人補償、教育及就業法，即限制「凡直接關係病患醫療之活動，不得外包私人辦理」。除非「外包能節省百分之十五以上之開銷，且醫療品質維持不變甚至更佳」<sup>110</sup>

其三，為配合政策需要。美國於一九七九年前後，政府推出許多政

---

<sup>109</sup> Privatization Watch, 1996. 1. no. 229.

<sup>110</sup> 參照湯德宗等，前揭註99書，第一〇七頁。

策，如小型企業扶持政策、勞工保護政策、環保及能源政策、國內外採購平衡政策（付款平衡計畫），對於採購契約之締約對象與內容，均造成實質影響<sup>111</sup>。有些政策至一九九〇年後陸續被法典化，例如勞工法與就業保障法、環保法、社區規劃法、都市更新法、核能電廠之設計評估法、扶持保障中小企業法、反托拉斯法、禁止回扣法（*Anti-Kickback Law of 1986*）、營造業利益團體資助競選政治獻金限制法等，於政府締結契約時，均被納入契約條款，如要求承包商應符合環保法令與勞工法令（例如加州公共契約法§§10231-10233）等是。

至於一般行政機關於何種情形下，方得委託民間執行業務，是否有一定標準，於前揭聯邦財產暨行政服務法、締約競爭法及聯邦採購政策局法中，傾向以「政府職能本質（*an inherently governmental function*）」作為判別標準，凡本質上屬於政府之職能者，概不得作為委託之項目。

聯邦採購政策局根據該等法規之授權，發布第九十二號政策令函，並詳細說明「政府職能本質」之意涵，謂：「政府之職能與公共利益密切相關，應由公務員自行執行者，即屬本質上屬於政府之職能。包括須行使裁量之公權力活動，及須使用價值判斷為政府作成決定之活動。例如刑事偵查、起訴及其他司法職能，皆為政府裁量權之行使；須使用價值判斷者，例如政府計畫之管理、國防指揮及軍隊管理、外交工作、各項施政計畫優先順序之決定、聯邦公務員之指揮管理、太空、海洋、航行水域及其他天然資源之管制、情報及反情報活動之指揮、工業及商業之管理（含食品及藥物管理）、貨幣交易及財稅之分配、國債之募集、貨幣供給之控制、公共信託基金之管理等。聯邦採購政策局另於一九九二年於第九十二之一號令函附件A中，以例示方式明確

---

<sup>111</sup> 參照賴秀蘭『中美兩國政府採購契約法制之比較研究』（中興大學法律研究所碩士論文，八十六年一月）第一四五頁至一四九頁。

載明不得委託之十九個項目，計有<sup>112</sup>：

1. 刑事偵查。
2. 公訴及其他司法職能之控制（但仲裁及其他替代糾紛解決途徑除外）。
3. 軍隊指揮。
4. 外交政策之決定及事務之執行。
5. 政府政策之決定（如管制項目與管制範圍之決定）。
6. 施政計畫優先順序之決定。
7. 聯邦公務員之指揮管理。
8. 情報及反情報活動之指揮及控制。
9. 選任公務員之決定。
10. 聯邦公務員之職位分類之職系說明及考績標準之核定。
11. 政府財產之處分與處分條件之決定。
12. 聯邦採購活動之重要決定。
13. 對政府機關應督察長、主計長、或其他聯邦稽查單位之請求提出說明之批准。
14. 對人民依資訊自由法提出閱覽申請之批准。
15. 重要權利或資格決定之聽證會之召開。
16. 聯邦執照之核發及檢查之批准。

---

<sup>112</sup>參照湯德宗等，前揭註91書，第八二頁以下。



17. 預算政策、方針及策略之決定。
18. 規費、使用費、關稅、罰鍰、賦稅及其他公共基金之徵收、控制及分配。
19. 公共信託基金之管理。

以上規定僅就聯邦之委託活動有拘束力，至於各州則不完全適用。例如有些州立法允許議員從事仲介抽成，但必須有合理上限，且須公開仲介過程資料。

### 三、委託之行為形式

政府將生產或供應財貨與服務之工作，全部或部分委託給私人辦理，政府僅擔任監督責任。其方式得包括：

1. 簽約外包：政府通常以買賣或租賃契約委請私人提供物品或服務。根據美國州政府委員會於一九九三年對五十個州政府五四九個重要部門問卷調查結果顯示，民營化之方式以簽約外包最為普遍，占百分之七十八<sup>113</sup>。簽約方式又可依採購標的之不同分為營繕工程、物品、服務及研究發展等四種。如以價金給付方式為區別標準，可分為固定價金契約、成本償還契約（cost-reimbursement contracts）、激勵獎金契約（incentive contracts）等三類<sup>114</sup>。
2. 提供特許經營權：政府提供民間水電、瓦斯、交通運輸之經營權，但保留價格費率之核定權，且政府不提供經費，由使用者付費。

---

<sup>113</sup> Privatization Watch, 1994.

<sup>114</sup> 參見聯邦採購規則系統，另於湯德宗等，前揭註91書，第七十八頁以下有進一步介紹。

- 3.提供補助：政府透過免稅、低利貸款、經費補助，形成誘因操作，鼓勵私人從事公共服務。
- 4.核發抵用券：政府社會局救濟貧戶，以特定合作社購物抵用券作為發放物資之替代。
- 5.強制：例如勞工職災保險，法令強制資方與政府共同為勞方投保。

#### 四、委託之程序要求

美國公共契約法制，強調公平競爭精神，對於採購之程序要求極為嚴謹，行政程序法之精神亦可適用。

有關聯邦軍事機關之採購作業程序，規定於行政命令「軍事採購規則」及「國家航太採購規則」之中。一般行政機關之採購作業程序則依行政命令「聯邦採購規則」辦理。其程序大致上分為招標、投（競）標、審標、決標等四階段進行<sup>115</sup>。

此外，由於採購標的不同，契約內容與作業程序亦有差異。美國法曹學會公法組（Public Law Section of American Bar Association）學者曾經致力於研究建立聯邦與各州政府間採購契約統一標準模式，最後仍告放棄，轉而尋求建立各種各具特色之類型化採購契約<sup>116</sup>。以加州州政府之公共契約法PCC為例，採購作業程序，計分為營繕工程、物品、服務，以及資訊暨通訊系統等四套採購程序。有關地方郡市政府再另以專章規範不同類型之契約要項、程序及爭議解決方式。其類型計有學校工程及物品之採購、城市工程及物品之採購、郡道路工程之採購三種。而以下茲舉加州州政府之公共契約法PCC與本研究直接相關之物品、服務，以及資訊暨通訊系統等三種採購類型之程序要求說明如下：

---

<sup>115</sup> 其細節及應注意事項，可參閱：David C. Moore. 1995. Government contracting : how to bid, administer, and get paid New York : Wiley.

<sup>116</sup> W. Noel Keyes, Government 1990. Contracts in a Nutshell, west publishing co. p. XX-XXI.

(一) 物品採購

1. 採購機關：原則上州政府各機關採購物資契約須經總務廳之批准，但特定範圍內之小額採購<sup>117</sup>無須批准。一百美元以上物資由總務廳統一採購，亦得授權由各機關自行採購。

2. 採購範圍：所謂物品，包括物料、供給及設備。各機關申請採購時，應將產品規格敘明。總務廳認為不符合全州統一標準規格者，得改變之，並通知原申請機關。有爭議，由州監督局裁定<sup>118</sup>。

3. 訂約對象：總務廳應建立廠商資料庫供各機關研議招標名單之參考，該資料庫項目應包括：申請廠商之營業執照、營業地區、履約信用記錄、經驗、存貨狀況、產品規格、售後服務等有關履約能力之證明事項。並隨時更新資料。締約廠商如有不依約履行情事，得從資料庫除名，九十日後，廠商得檢附改善證據，請求重新列名<sup>119</sup>。

4. 競標原則：以公開競爭、最低價格標為原則。但有緊急情況、為維護公眾健康、福利或安全所必要，或獨家符合採購規格，或經州監督局裁定者，得採規劃得標<sup>120</sup>。

5. 招標程序：採購機關應將產品規格、交貨時間、地點、方法等契約要項對外公告，並個別通知符合資格之廠商。

6. 決標程序：採購機關應於招標公告上載明之開標日公開開標，並以最低價格者得標。如有前揭緊急情況、為維護公眾健康、福利或安全所必要，或獨家符合採購規格，或經州監督局裁定等特殊情形，採規劃得標者，需於決標前二十四小時對外公告，並以電報通知該最低

---

<sup>117</sup> 例如州立大學十萬元以下採購案、交通廳州議會、保險法規定之特定採購、一百美元以下易腐物品之緊急採購。詳見 PCC 10319.

<sup>118</sup> PCC 10308.

<sup>119</sup> PCC. 10303.

<sup>120</sup> PCC. 10301, 10302.

標廠商。該廠商不服者，得立即向採購機關表示，並於十日內補足書面資料向州監督局異議。至州監督局裁定前，採購機關應停止決標程序之進行<sup>121</sup>。

## (二) 服務採購

1. 採購機關：原則上由州政府各機關自行採購，但須經總務廳之批准，才生效力。但經總務廳授權之特殊案件<sup>122</sup>或一定範圍內之小額採購<sup>123</sup>無須批准。

2. 採購範圍：服務契約之範圍，包括專業服務、技術服務（不包括建築工程）供給。

3. 訂約對象：總務廳應建立廠商資料庫供各機關研議招標名單之參考。

4. 競標原則：有價格標及企畫標二種方式，至少三家比價。但有下列情形不在此限<sup>124</sup>：

(1) 緊急情況，為維護公眾健康、福利、安全或保障州財產所必要；

(2) 招標期限屆滿未及三家投標；

(3) 締約者為政府機關、州立大學及社區學院附屬機構、贊助社區學院之基金會，或符合福利機構法之規定者；

(4) 其他總務廳認為適當之情形。

5. 招標程序：

---

<sup>121</sup> PCC. 10306.

<sup>122</sup> 依法定政策執行，有專責機構辦理，並定有嚴謹審核監督程序，且低於美金五萬元之服務契約。PCC. 10351, 10352.

<sup>123</sup> 例如按日計酬、支付車馬費等低於五千元之案件。詳見 PCC 10335.

<sup>124</sup> PCC. 10340.

(1) 採價格標之案件：招標公告應登載於州契約公報，並個別通知符合資格之廠商。

(2) 採企畫標之案件：招標公告應以明確用語說明服務範圍、應徵企劃書形式與內容要項、審標標準（應明示採競價法或計分法，如係後者，並須說明計分標準）、投標期限、及審查程序。該公告應登載於州契約公報，並個別通知符合資格之廠商。

6. 決標程序：採購機關應於招標公告上載明之開標日公開開標。

(1) 採價格標之案件：就招標公告上載明之開標日投標之標單競價，由最低價格者得標。所有標單應受公眾檢視<sup>125</sup>。

如有特殊考量，欲選擇非最低價格標者，須於決標前五個營業日，對外公告，並以電報通知該最低投標者。該最低投標者得向採購機關或總務廳表示不服，並於五日內補足書面資料。至總務廳裁定前，採購機關應停止決標程序之進行<sup>126</sup>。

(2) 採企畫標之案件：首先形式審查其企劃書是否具備招標公告內容要項。形式審查合格者，如係採競價法，則開啓密封價單，公開宣讀比價，由最低價格者得標。如係採計分法，則須由審標委員會評審給分後，由最高分得標。評審過程，均受公眾檢視。

流標：採購機關如認為標價不合理，得不予決標。

救濟：投標人認為決標程序有瑕疵，得於決標公告後五日內向採購機關或總務廳表示不服，並於五日內補足書面資料。至總

---

<sup>125</sup> PCC. 10341, 10342.

<sup>126</sup> PCC. 10343.

務廳裁定前，該決標不生效力<sup>127</sup>。

### （三）資訊通訊系統採購

1. 採購機關：由總務廳統一採購，以縮短採購期程，確保時效。但州立大學採購不在此限<sup>128</sup>。
2. 採購程序：總務廳應依財政廳擬定之採購政策訂定採購程序。該採購程序除應符合能應急且經濟有效之要求外，內容尚應包括競標原則、授權原則、排除不良記錄者、救濟規定等<sup>129</sup>。

州長亦得成立「資訊及通訊系統採購諮詢委員會」指導總務廳之採購程序。

## 五、委託之法律關係

英美法系不存在如同德國法制中體系分明之公法規範，政府簽約外包通常係以一般契約方式委請私人提供物品或服務。該委託契約雖稱為公共契約，但性質上仍為私法契約，政府同私人般接受私法之規範。

依美國法律整編契約法第二次彙編之定義，契約係指「一個允諾或一組允諾（a promise or set of promise），不遵守允諾，法律給予救濟；在某些情形下，法律視允諾之履行為一種義務」<sup>130</sup>。契約乃二以上當事人間具有法律拘束力之合意（binding agreement），或是一方當事人對他方表示願意承擔行為或不行為義務之允諾。負擔義務者，為承諾人（promisor），受領給付者為受諾人（promisee）。

契約有多種不同之分類：

---

<sup>127</sup> PCC. 10345.

<sup>128</sup> PCC. 12100.

<sup>129</sup> PCC. 12101.

<sup>130</sup> 見司法院及政大合編，美國法律整編契約法（1988），p. 12.

- (一) 依是否須按一定格式作成，得分爲要式契約與非要式契約。要式契約作成之方式，須以書面，由當事人簽字，且加蓋印章。美國法律沿襲往例規定，超過三年以上之土地租賃契約須以蓋印契約作成，傳統正式契約有於封面上書寫 seal或 L. S.( loco sigilli )，表示正式簽字並蠟封。現代公共契約雖不復如此嚴格講究，但大都以簽名蓋印之要式契約爲之<sup>131</sup>，且於契約方式上採定型化契約方式，以確保公共利益。
- (二) 依表意人之人數而分爲雙方契約 ( bilateral contract ) 與單方契約 ( unilateral contract )。政府採購服務或物品契約大都屬雙方契約。此外，如政府以懸賞方式委託不特定之大眾執行公共事務，亦有使用單方契約之可能。單方契約之表意人(政府)於意思表示後，即受其意思之拘束，而相對人民不須爲承諾，亦無須通知對方，而直接以作爲或不作爲完成或實現表意人之請求，契約即可成立，其典型代表爲懸賞廣告。至於行爲人爲行爲時，是否須知悉表意人要約之內容，則有不同看法。有主張行爲人既已完成指定行爲，雖其爲行爲時不知有懸賞要約存在，仍應給予懸賞給付<sup>132</sup>；亦有認爲當事人間仍應有合意 ( mutual assent ) 存在，此爲契約成立要件，行爲人於著手行爲之時，須知悉有懸賞之存在，並同意其內容<sup>133</sup>。然而，懸賞廣告亦有可能非基於契約關係，而係基於法令之規定。例如政府爲追捕要犯、緝毒、緝私或破獲販賣人口等重大犯罪，常以法令規定提供人民檢舉獎金或公開懸賞請求民眾協助，其著例爲一八六五年美國陸軍部依據國會

---

<sup>131</sup> David C. Moore, Government Contracting. 1995. N. Y. : John Wiley & Sons Inc. p 134-135.

<sup>132</sup> Arthur L. Corbin, Contracts, section 60.

<sup>133</sup> Broadnax v. Ledbetter (1907), 100 Tex. 375, 99 S. W. 1111.

通過之法案懸賞捉拿暗殺林肯總統之兇手<sup>134</sup>。此種情形即無須滿足合意之契約要件，直接根據法律規定成立法律關係而領取獎金<sup>135</sup>。

## 六、委託之紛爭解決途徑

委託契約在契約履行過程中發生紛爭之解決，聯邦政府作法與各州間不盡相同。

聯邦政府之委託契約，在契約履行過程中，承包商對政府互有請求時，如請求調整契約、變更設計、請求付款等相關紛爭之解決，除依據契約中雙方約定之方式解決外，大都依據一九七八年制定之「契約爭議法」(Contract Dispute Act, 41 U.S.C.A § 601)，由各部會自行設置契約申訴委員會辦理。其程序分為四步驟：

1. 先由契約官（簽約官員）作成裁定。
2. 向機關公共契約申訴委員會申訴。
3. 向聯邦賠償法院起訴。
4. 向聯邦特區巡迴上訴法院上訴。

而州法體系之契約履行過程中發生紛爭之解決，係依約定先循內部行政救濟途徑，向採購局長官申訴或請求特定委員會進行仲裁，不服者再向一般法院提起契約訴訟。

此外，原契約所定之金額如因物價波動，締約之一方得否要求停止合約，依私法自治原則，此點可事先訂明於契約中。惟應注意不得違背公序良俗，受到脅迫訂立之契約亦得撤銷。

---

<sup>134</sup> Shuey v. United States (1875), 92 U.S. 73.

<sup>135</sup> Arthur L. Corbin, Contracts, section 60.



### 第三項 政府業務委託民間辦理之典型案例

#### 一、外部業務之委託

##### (一)委託行使公權力

屬於外部業務之委託者，如廢棄物清運及處理、廢水處理、違規車輛拖吊、收容人犯。

其中，以廢棄物清運及處理為例，美國Newport市政府於一九六四年與一專門清除社區垃圾廢棄物之民間公司簽約，連續五年替該市某社區清除垃圾與廢棄物，契約內載明金額，並聲明該社區每年因人口遷徙（依往例每年約增加二十至二十五戶）所增加之垃圾為受託者應容忍之範圍（仍屬合約規定之既存義務 *preexisting duty*），不得要求增加費用<sup>136</sup>。

##### (二)委託提供服務

屬於服務者，有保健與緊急救助、運輸服務、殘障者職業訓練。

以殘障者職業訓練為例，一九九二年聯邦政府成立殘障設施鑑定委員會（*Commission Accreditation of Rehabilitation Facilities*），以專款補助方式資助民間團體設立殘障復健機構，進行殘障者職業訓練計畫，補助期間為一至三年，依其所提供之服務性質而定。根據該會制定之補助辦法規定重點如下：

---

<sup>136</sup> 此案因簽約後第三年該社區住戶大量增加近四百多戶，受託公司為清除垃圾，必須增加機具及人力，營運成本大增，乃要求每年另增一萬元之額外支付，否則將停止提供服務；經市政府開會討論認為被告要求合理而共支付二萬元，但事後市府又反悔認為對方收取額外金錢補償並無約因（*consideration*）支持，應為無效，要求返還，而向法院提出爭訟。本案法官考量各種情形及目前社會之發展現狀後，依據美國法律整編契約法第八十九條情事變更原則，判決被告勝訴。

1. 申請資格：申請機構須具有：營運執照、正式對外營運達六個月以上之證明、無障礙設施、有專業證照之工作人員。
2. 申請程序：檢附計畫書，載明：服務對象、預期提供職訓服務方式、預期達成之目標及效益、對於完成職業訓練之殘障者提供與其他機構合作之輔導就業整合計畫、經費運用計畫、執行效益評量計畫。
3. 審核方式：除書面審查外，政府派員（得組成審核委員會）實地勘查，證明人員與設施是否屬實。
4. 爭議解決：勘查不合格者，責令改進，六十日後得申請複審。複查通過，續發補助款。

## 二、 內部業務之委託

### (一) 委託辦理內部業務

屬於行政部門內部事務者，有研究發展、研訂法令契約草案、民意調查、行政（收費、傳遞、傳票等）、建築物維護、資料處理、車輛維護等。有關物品、勞務及服務之採購，事例甚多，其程序如公共契約法所定，已詳述於前，不再重複。

### (二) 委託管理內部設施

屬於設施之性質者，如會議廳及休閒娛樂場地、街道橋樑維護、交通號誌設置、醫院。有關內部設施管理業務之外包，亦屬勞務及服務之採購，其程序依公共契約法所定辦理，已詳述於前，不再重複。

## 第四項 小結

美國政府業務委託民間辦理，通常以契約規範其運作或履行，此種契約又稱為「公共契約或政府契約」(public contract)，是政府作為一

方當事人與私人所締結之契約。其中由政府作為買方，以預算撥款換取私人提供物品或服務之契約即為「採購契約」( acquisition / procurement contract)。規範政府採購之授權依據與程序之法規，即為「公共契約法」。

英美等國對民營化之態度不似德國保守，德國受到公權力獨佔論影響，公權力委託民間辦理受到極多限制。而美國法制未絕對禁止，而係以個案分別探究委外有無違反「政府本質職能」個別認定，聯邦機關雖有行政規則限定禁止委外之項目，但並不具一般規範效力。且實務上已民營化之政府業務，有越來越廣之趨勢。其項目不一而足，依據美國國際城市管理協會 ( International City Management Association ) 與民營化協會理智基金會之報告 ( Reason Foundation, 1992 )，歸納為下列十二項：行政 ( 收費、傳遞、傳票等 )、建築物維護、資料處理、車輛維護、醫院醫療服務、監獄之收容矯治、保健與緊急救助、會議廳及休閒娛樂場地、廢棄物清運及處理、街道橋樑維護、交通號誌系統維護、車輛違規拖吊。

委託契約在履行過程中發生紛爭之解決，聯邦政府作法與各州間不盡相同。聯邦政府之委託契約，在契約履行過程中，承包商對政府互有請求時，如請求調整契約、變更設計、請求付款等相關紛爭之解決，除依據契約中雙方約定之方式解決外，大都依據一九七八年制定之「契約爭議法」，由各部會自行設置契約申訴委員會辦理。

而州法體系契約履行過程中發生紛爭之解決，係依約定先循內部行政救濟途徑，向採購機關異議申訴或請求特定委員會進行仲裁，不服者再向一般法院系統提起契約訴訟。

## 第五節 法國法制概要

### 第一項 政府業務委託民間辦理之概況

政府或行政業務透過行政主體以外之法律主體來執行、實踐之現象，普遍存於大部分國家之中。法國更自舊王政時期以降，即有私人參與行政業務之傳統。此項傳統隨著國家職能之擴增與行政業務之多樣化而日益發展，至今已成為法國行政法學研究行政行為時所不可忽視之重要領域。晚近因歐洲區域整合及市場單一化，更直接對此領域造成正面衝擊；以致該議題之重要性益加彰顯。對此領域，法國法制之發展因其傳統而有別於其他歐盟國家。詳言之，法國政府業務委外辦理主要包含「政府採購」及「公務委託」兩大類。前者與歐美各國慣用之「政府採購」的概念意義相當，受政府採購法之支配，可謂為廣義之「委託」；另外，私人參與或介入行政業務，並受行政主體指揮與監督者，嚴格而言係私人與行政主體「合作完成」業務之執行，亦可將其包含於廣義「委託」概念中；而此種類型之委託，於法國法上常以私人行使公權力之形態出現。而後者之「公務委託」，則為法國法上具特殊性之概念，亦可謂為嚴格意義之「委託」；以下將以該概念為全文之重心。

#### 一、公務委託之概念

雖「公共服務業務」(簡稱公務)委外經營管理之現象早已存在，但「公務委託」正式成為法律概念則是最近之事<sup>137</sup>。儘管該概念之內涵隨著法律之實際適用而有其演變空間，但吾人仍能對其梗概輪廓予以描述。「公共服務之委託」〔La délégation de service public〕，簡稱「公務委託」，包含「公共服務」〔Le service public〕及「委託」〔délégation〕兩個概念。

---

<sup>137</sup> 參照一九九二年二月六日之法律。

## (一) 公共服務

首先，「公共服務」概念係法國行政法最重要且最具特色之概念。狄驥<sup>138</sup>曾對之定義如下：所謂「公共服務」，乃指所有必須透過政府規範、監督及負責而完成之活動；且此些活動均具有「非透過政府力量之介入否則無法完整實現」之共同特質<sup>139</sup>。又後進學者對此概念亦有不同之描述：如G. JEZE強調行為方式，主張「公共服務」係公務人員所必須適用或得以適用之公法上行爲手段<sup>140</sup>；R. BONNARD則以組織觀點切入，視「公共服務」爲國家行政組織之基本單位<sup>141</sup>；A.de LAUBADERE聚焦於行為目的，認爲所有滿足公共利益的政府活動皆爲「公共服務」<sup>142</sup>；然現今通說則爲R. CHAPUS所下之定義：「公共服務」乃指直接由公法人自己所實現，或間接由私人執行但由公法人所負責，以滿足公共利益爲目的之活動<sup>143</sup>。據此而言，所有以公共利益爲目的，直接或間接由公法人所負責或實踐之活動或行爲，皆爲「公共服務」；其概念範疇超越傳統「政府業務」或「行政任務」之內容，而涵蓋現代福利國家之所有可能之業務<sup>144</sup>。

<sup>138</sup> 狄驥(Léon Duguit)是法國行政法上兩大學派之一的「公共服務學派」的創始人。自本世紀初，其學說與論著便深深影響法國行政法之發展。

<sup>139</sup> L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1928, 3<sup>e</sup> éd, t. II, p. 61.

<sup>140</sup> G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, 1930, 3<sup>e</sup> éd., p. 2 et ss.

<sup>141</sup> R. Bonnard, *Précis de droit administratif*, Paris, 1940, 3<sup>e</sup> éd., p. 53.

<sup>142</sup> A. de Laubadère, J.-C. Vénézia, Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, Paris, 1996, 14<sup>e</sup> éd., t. I, p. 41.

<sup>143</sup> R. Chapus, *Droit administratif général*, Paris, 1990, 5<sup>e</sup> éd., t. I, pp. 402 et s.

<sup>144</sup> 例如提供公立醫院病房電視機的服務(C.E. 8 juin 1994, Société CODIAM, *Lebon*, p. 294)，市政府舉辦爵士樂節(C.E. 2 juin 1995, Ville de Nice)、漫畫節(C.E. 25 mars 1988, Commune d'Hyères, *Lebon*, T., p. 668)之活動，國際會議廳(T.C. 19 décembre 1988, Ponce c/Ville de Cannes, *Lebon*, p. 497)、休閒活動中心(C.E. 20 juillet 1990, Ville de Melun, *Lebon*, p. 220)之經營管理等皆爲「公務」。

但並非所有公法人之業務或活動皆屬「公務」。例如軍警人員皆需制服，但製造制服此業務本身並不構成一項「公務」，蓋其與其他成衣製造業相同，皆以營利為其直接目的；儘管政府或公法人必會經手有關軍警制服之業務，但無論係製造制服或採購制服之業務皆非「公務」，因其均非以滿足公共利益為其直接目的。詳言之，所有非以業務經辦主體以外之第三人為直接受益人之業務或活動，皆非「公務」，故亦無「公務委託」之問題。而事實上，大多數以行政主體本身為直接受益人之業務或活動，於法國乃隸屬於政府採購法所規範之範疇；其均係行政主體為履行其「公務」所必須擁有或採購之設施、配備與勞務。因此，舉凡行政機關廳舍之建築，桌椅、電腦等機具配備之設置及廳舍之清潔維護等，分屬公共工程之採購，物品之採購及服務之採購等政府採購法所規範之不同項目；而非如日本法之界定，視其為「民間委託」概念之一部分<sup>145</sup>。換言之，「公務」乃指直接對人民提供物品或服務之業務或活動。

法國傳統再依其業務之特質，將「公務」區分為「行政性公務」(service public administratif)與「工商性公務」(service public industriel et commercial)兩個次類。前者，原則上係指所提供之「公務」本身不具經濟性，或該「公務」難以就受益人之具體受益單獨計價。舉例而言，婚姻、出生、死亡之登記及開立相關證明等戶政業務即不具經濟性；又如軍隊及警察所提供之安全服務，一方面難以個別地區分每個實際受益人，就算能確認個別受益人，亦無法就實際受益內容單獨計價。基此特質，該類「公務」通常以稅收為主要運作財源；對受益人而言，該類「公務」常似免費，或其繳納之費用並非相應給付之實質對價。反之，「工商性公務」則通常具有經濟性，能確認每個個別受益人，亦能就受益內容具體計價；例如水、電、瓦斯之供應，不僅可以單獨區別每個用戶，也能就其實際消費量計算其所應繳納之對價；所以「工商性公務」之受益人通常需要繳交費用，以作為該類「公務」之主要

---

<sup>145</sup> 參照本章第一節日本法制部分。

運作財源。

## （二）委託

其次，再談「委託」之概念。「委託」之重點在於將某項「公務」之經營管理權移轉至原經管主體以外之第三人；此第三人之屬性並不重要，重要者在於「移轉」二字。換言之，將「公務」由行政主體移轉至私人固屬「委託」，行政主體之間「公務」之移轉也在「公務委託」之概念範疇內<sup>146</sup>。反之，將某項政府業務「公司化」、「私有化」，表面上係將本來由行政主體直接遂行之業務，改由私人來執行。但有時僅係行政手段之改變，未必有「委託」之實相；例如電信業務改由私法上公司形態來執行，但只要其經營管理團隊與其決策過程皆直接或間接地受制於政府，則其不過係一個披著私法外衣之行政主體，而不在「公務委託」概念範疇之列。從而，如果承接業務之私人僅係原經管該業務行政主體之私法化身時，嚴格而言，並不存在「委託」之問題<sup>147</sup>。再者，經營管理權之移轉，在經濟性活動中，自然包括經濟風險之移轉；換言之，「委託」之後，應由受託人自己承擔經營之成敗與盈虧；如雖有「委託」行爲，但盈虧風險由委託之行政主體所承受，則應屬「政府採購」之概念範疇，而非「公務委託」。對此，法國中央行政法院亦於一九九六年之諮詢意見及判例中指出：唯有受託人以經營成果爲其主要報酬來源之契約，方屬委託契約<sup>148</sup>。例如垃圾之收集與處理委由私人負責，如行政主體依所收集處理垃圾之噸數計算價金，作

<sup>146</sup> 本研究計劃的「政府業務委託民間辦理」，顯然將受託人限定於私人，而不討論行政主體間的業務移轉。但若就我國行政程序法第 15 條第 2 項的規定，不相隸屬機關間的業務移轉亦屬「委託」概念之範疇。

<sup>147</sup> 相反意見，請參照本章第二節德國法制部分。

<sup>148</sup> Les avis du Conseil d'Etat du 27 juin 1996 et l'arrêt du Conseil d'Etat du 15 avril 1996, Préfet des Bouches-du-Rhône. 參照 Ch. Mangué et Ph. Terneyre, "Les délégations de service public en questions", *C. J. E. G.*, 1997, pp. 131 et ss. 文中對「公務委託」概念在實務上之運用，有詳細的介紹與批評。

為受託私人之報酬，則此為單純地採購契約(服務之採購)。反之，若受託人雖向居民收取處理費做為報酬，但仍可由垃圾之處理獲得其他利益時〔如可再利用物資，紙、金屬之販賣；焚化垃圾時所生之熱能、電力之販賣等〕，則屬「公務委託」。蓋受託私人之收益，可因業務經營之成效而有所增減。總之，「委託」必須包括經營管理權力之移轉與經濟風險之移轉；如此才能一方面減輕政府財政與人事的負擔，另一方面刺激受託人提高其經營效能。

## 二、公務委託之沿革

「公務委託」概念雖不排除行政主體間之公務移轉，但仍以公務由私人所執行或公務移轉至私人為概念之核心。就其歷史發展軌跡來看，「公務委託」乃源自於中世紀「特許」(concession; concessio)制度<sup>149</sup>。其係王室與封建領主籌措財源與建設公共設施之最主要手段。例如經特許之磨坊與烤窯得為居民提供磨麥子與烤麵食之服務；取得特許之私人向行政主體繳納特許金後，獨占地經營此些業務；而居民必須繳交一定金額，方能享有上述服務。又如將道路與橋樑之興建與維護業務委由特定私人負責，該私人則可在某特定路段或河段向使用者收取通行費，作為該公共設施興建及維修、養護之財源。後隨著王權之茁壯與都市化之發展，特許制度更延伸至許多團體生活所必須組織之活動或服務中；例如水之供給、街道之夜間照明等。法王路易十四在一六六二年之王令中，首創巴黎公共馬車之服務<sup>150</sup>；該王令指出，在固定路線上以低價提供定時之馬車運輸服務，可使大多數無馬車之人於需要時搭乘。該項服務雖具公共性及社會性，但不由行政主體自己直接經辦；其主要理由在於，當時尚未有龐大完整之公務員體系，故透過特許方式由私人經辦；而公權力之介入，一方面保障獲有特許私人得獨占市場以享利潤；另一方面亦訂定價格以保護使用者之權益。

<sup>149</sup> 源自拉丁文 *concedere*，即「讓與」之意。

<sup>150</sup> X. Bezançon, *Les services publics en France, du Moyen Age à la Révolution*, Paris, Presses de l'École nationale des Ponts-et-Chaussées, 1995, p. 254.



法國大革命後，職業行會制度被廢除；立法者並確立「工商業自由原則」(le principe de la liberté du commerce et de l'industrie)<sup>151</sup>。自此以降，國家介入工商性質經濟活動之行爲，常被視爲侵犯人民之自由權利；故大多數具工商性質之公共服務業務或活動，都由行政主體直接委託私人經營管理。本世紀以降，社會國、福利國思想漸次發展，大幅增加「公務」之範疇；雖然行政組織結構有不斷擴增，複雜化之趨勢，且亦有龐大公務員體系之建立；但是基於自由主義之思想，「工商性公務」之實現仍以私人爲主要執行者；實際上，行政主體真正大幅介入「工商性公務」則是受兩次世界大戰之影響。蓋戰後廢墟重建、經濟重整均需要政府財力、物力與人力之直接挹注，因戰亂而導致經營困難之重要企業(如鐵路公司)亦由政府直接接手經營；從而，政府角色因而大幅擴張而無所不在，私人領域則相對縮減。但自一九七〇年代以後，歐美國家普遍有經濟成長停滯、失業率提高與預算赤字之危機，福利國思想大受打擊，傳統自由主義思想重回主流地位，歐美政府除開始一連串減肥與提高效能之改革外，同時亦將部分業務移轉至民間；此以英國首相柴契爾夫人之改革最具代表性<sup>152</sup>。在法國，雖然密特朗所領導之左派聯盟於一九八一年取得政權，並大舉國有化關鍵性產業；但他們同時亦推動地方分權與自治之運動，將中央之業務下放至地方；而各級地方自治政府因人力與財力之限制，遂有將「公務」委外的趨勢。

一九八〇年代中葉以後，隨著歐盟組織之加速發展，「公務委託」更大幅成長。因市場單一化與自由化，諸如電信服務、空運服務、電力瓦斯之生產與配送等傳統由行政主體直接經營之業務，均須開放自由競爭；以致政府之角色漸由服務的供給者轉爲服務規範者，許多「公務」遂改由私人經營管理。然則「公務」由行政主體直接經營改由私人委託經營之過程中，十分容易造成政商勾結、利益輸送、政府人力

---

<sup>151</sup> 參見 1791 年 3 月 2 日及 17 日法律第 7 條。

<sup>152</sup> 參照本章第三節英國法制部分。

及財政資源之重複浪費、行政主體逃避推卸其責任、服務價格提昇但品質未改善等諸弊端；故立法者不得不介入，期藉由法律對「公務委託」予以完整規範，以改善現存缺失。

### 三、公務委託之實態

私人介入「公務」業務或活動之經營管理，既是法國歷來之傳統，其所涉及之領域自然十分廣泛。早期「公務委託」均具有由私人提供資金與技術，並由政府以公權力創設經營環境、保障經營者利潤做為其對價之特色。簡言之，與現在流行的BOT模式十分類似：均係由私人提供資金及技術完成公共設施之工程，且由該私人經管此公共設施一段時間後，再移轉給行政主體<sup>153</sup>。例如自來水淨水廠與配送管線之建設、運作與維護，污水處理廠，屠宰場之設置、運作，垃圾之收集與處理，登山、滑雪纜車，有軌或無軌電車之設置與經營等皆屬之。此些「公務」均同時具有公共性與經濟性等雙重特色；因其皆可單獨區隔受益人，且可就實際享用的服務內容個別計價，故其皆屬所謂「工商性公務」之委託。晚近「公務委託」則更擴及至向由行政主體自己直接經辦之「行政性公務」領域；例如醫院之經管、高速公路，橋樑之維修管理、學校公共食堂之經管、老人安養中心，博物館，劇場之經管等。

若就營業額來看，主要之「工商性公務」委託經營，一年約達 320 億法郎；其中，自來水之配送與污水處理約佔 200 億法郎，垃圾之收集與處理 30 到 40 億法郎，殯儀館之經管約 20 億法郎，客運運輸約 17 億法郎，集體暖氣設備約 30 億法郎<sup>154</sup>。

---

<sup>153</sup> BOT (build, operate, transfer)一辭出現於 1970 年代初期，似由土耳其總理 Turgut Ozal 首先提出。該國亦於此時對此模式立法規範。參照 Ch. Bettinger, *La gestion déléguée des services publics dans le monde, Concession ou BOT*, Paris, Berger-Levrault, 1997, p. 97.

<sup>154</sup> O. Raymundie, *Gestion déléguée des services publics en France et en europe*,

另就行政主體自己直接經營與委託私人經營之比例來看，則因「公務」之不同而有所差異；例如客運運輸，約 150 個運輸網中有 85% 係委託經營。以自來水而言，目前 75% 法國人所用之自來水來自於委託經營，而在 1954 年僅 31%，1970 年僅 45.6%，1975 年是 54%，1980 年是 60%。又如 87% 的都市區集體暖氣設備、71% 的殯儀館、62% 的停車場、60% 的屠宰場皆是委託經營。反之，如游泳池(84%)、博物館(79%)、道路清掃(79%)、公園、綠地養護(70%)、道路照明維護(60%) 等，大多由行政主體自己經營管理<sup>155</sup>。

## 第二項 公務委託之理論分析

### 一、類型化分析

委託類型之分類，依委託關係中所涉及要素之不同而有所不同。事實上，委託關係乃法律關係；其所牽涉之要素不外是委託主體、委託客體及委託之法律行為。就法國法而言，因其委託概念包含行政主體間之業務移轉，故以受託人之法律屬性來分類不具實益。其次，若以委託事項本身之特性來分類，法國委託之類型的確可分為「行政性公務之委託」與「工商性公務之委託」兩類，惟此種分類仍只具相對性；蓋上述兩個次類型並不互相排斥，甚至可以互相流動；又「公務」本身之屬性，法律甚少直接而明確地予以界定，而由行政法院法官扮演較重要之角色；從而，在「純行政性公務」與「純工商性公務」兩個極端中必定亦存有介於二者之間之「公務」。

以學校餐廳為例，法律規定其為政府應辦之「公務」，但未明定其屬性；某些地方政府完全視其為「行政性公務」，由地方財政加上國家補助來支付；有些則以消費者付費觀念要求學生購買餐券，支付大部

---

Paris, Le Moniteur, 1995, pp. 27 et ss.

<sup>155</sup> *Ibid.*, p. 29.

分費用，如此則成爲「工商性公務」。但事實上，每位學生每餐實際成本係固定，可得計算的；透過餐券方式，每個受益人亦可明確區隔；故學校餐廳供應午餐之本質並非「純行政性公務」。惟若將其與「教育」相連結，視其爲「教育公務」(service public d'éducation)之一部分，則其行政性則又不容質疑。蓋教育畢竟非工商性活動之一種，可以就其產出來推算成本與價格。在視食堂爲「工商性公務」的地方，就發現有窮人子弟通常都不吃午餐的現象，如此又如何實踐憲法所保障的平等受教育的權利？

一般而言，「公務」運作財源常被行政法院法官作爲界定「公務」屬性之標準。使用者必須依其消費內容付費者，原則上係「工商性公務」；一旦支付「公務」運作之財源改變，其屬性隨之而變。再就垃圾收集與處理爲例，如行政主體以其人員與機具設備來負責該業務；換言之，其運作費用直接列入預算中，以稅收來支付，則屬於「行政性公務」<sup>156</sup>；如果居民須就其所產垃圾依重量或體積付處理費，則屬於「工商性公務」<sup>157</sup>。然因垃圾重量或體積之計算，在實際運作中並不容易遂行；故大部分地方政府視其爲「行政性公務」，直接以稅收來支付其運作。

從而，於法國法上真正具實益之分類標準，係以建立委託關係法律行爲之不同來區別不同委託類型。舉凡以立法者或行政主體單方之意思表示爲基礎所建立之委託關係，稱之爲「單方委託」；反之，建構在當事人雙方相對立意思表示趨於一致而成立之委託關係，則稱爲「契約委託」。

### (一) 單方委託

---

<sup>156</sup> C. E. 28 mai 1979, Syndicat d'aménagement de la ville nouvelle de Cergy-Pontoise c/Compagnie générale d'entreprise automobile, *Lebon*, p. 658.

<sup>157</sup> J. -F. Lachaume, "La nature du service public d'enlèvement des ordures", *C. J. E. G.*, 1992, pp. 480 et ss.

單方委託，又稱「單方授權委託」，係指經立法者或行政主體單方意思表示，授權(habilitation)私人負責部分政府業務(或公共服務業務)之法律行爲。就法律上而言，單方授權行爲與行政許可行爲<sup>158</sup>在內涵上十分接近：其均係一種禁止之解除。誠如學者所言：「強迫行政主體接受所有針對它的善意行爲，是無法令人接受的；必須保障行政主體對抗不受歡迎或糊塗的介入者」<sup>159</sup>。尤其政府之作爲常係國家主權之體現，更不容私人任意介入，代爲行使。故未經授權，原則上私人不得介入政府業務乃法治國之常規。

不過，授權之意義較許可更爲廣泛，所有授予「作爲權利」之法律行爲皆屬之；因此有時其並非「不作爲義務」之解除，而係一種單純之權利創設。例如法律授權全國性運動聯盟或協會舉辦全國性大賽，獲勝者可代表國家參加國際比賽<sup>160</sup>；在該法律未介入之前，運動聯盟(如足球聯盟)舉辦全國大賽的行爲並未被禁止，僅獲勝者不能享有國家代表之頭銜及其相關權益；從而，法律授權之介入，一方面可將原本屬於私人之活動納入政府之業務範疇內，改變該活動之屬性；另一方面授予特定私人代表政府舉辦全國比賽，進而選拔國手或國家代表隊之權利，形成公權力委託私人行使之事實。

由廣義「政府業務委託私人辦理」之角度來看，單方委託固屬上述概念迨無疑問。惟就實務而言，因其皆以法令授權爲基礎，故較少引起爭議，相關爭端之解決亦有固定管道與模式，故較不引人注意。而事實上，法國規範「政府業務委託私人辦理」之相關法令皆聚焦於契約行爲；所以法國實定法上「公務委託」之概念，並未包含單方委託在內。對此，法國中央行政法院在最近之諮詢意見中亦明確指出：法令有關公務委託之程序要求乃係針對契約而言，此些要求並不適用於

---

<sup>158</sup> 參照李震山「論行政許可行爲」華岡法粹，第26期(87年12月)頁1以下。

<sup>159</sup> G. Renard, "Notions très sommaires de droit public", *Sirey*, 1920, p. 40.

<sup>160</sup> 參照 l'Ordonnance du 28 août 1945.

以單方意思表示所為決定之委託<sup>161</sup>。

## (二)契約委託

契約委託，亦稱為「雙方委託」，係建構在當事人雙方意思表示相一致之委託關係。詳言之，委託關係之建立，乃以契約為基礎。然則並非所有行政主體與私人締結契約均構成委託關係；嚴格而言，必須締約之私人確實承受由行政主體所移轉而來之業務方屬之。

基此而言，委託契約與採購契約不可混為一談。法國傳統即將行政主體所締結之契約分為以下兩大類。第一類係「採購契約」，其具有契約期間短、契約內容單一及以行政主體為主要受益人等特色。反之，在第二大類「委託契約」中，則有契約期間長、契約內容複雜及行政主體非直接受益人等特色。在採購契約中，因僅涉及單純物品或勞務之供給，行政主體訂定規格或契約內容後，便公開招標競價；行政主體對於締約之另一方可說沒有選擇權，蓋因出價最低者得標。反之，於契約委託中涉及者係行政業務之經營管理，契約期間長，所考慮之面向便不局限於價格；儘管有公開招標程序，但行政主體之選擇權並不受制於招標程序。故而，委託契約的特點是契約雙方互相信賴，或更具體地講，行政機關之選擇以其對締約人之信賴為基礎(intuitu personae)。

儘管行政主體可能與私人訂定私法契約，惟若將採購契約(即廣義之政府業務委託私人)排除於外，則所有「公務委託」契約於法國實定法上皆屬行政(公法)契約。換言之，法國「公務委託」概念包含兩類行政契約：如前所述，行政主體間「公務」之移轉包含在「公務委託」之概念內，此兩公法人間所訂定之契約原則上屬於行政契約，此為第一種類型。其次，行政主體與私人所訂定之契約，且使該私人得以執行公共服務業務者，係法國法上另一種典型行政契約。總之，委託契

---

<sup>161</sup> L'avis du Conseil d'Etat du 9 mars 1995 et du 28 septembre 1995.

約之屬性非由契約當事人之合意所決定，公共服務業務之契約委託在法國法上皆屬行政契約。

## 二、委託之容許性與界限

政府業務委託私人辦理，自法國傳統行政法角度來看，可說是一種例外行政手段。然則委託私人之案例，不僅行之有年，且隨著行政業務之多樣化而與日俱增；不論中央或地方政府都有數不盡的正當理由，諸如效率、專業技術、減輕政府財政及人事負擔、減少市場干預、善用民間活力、增加民眾參與等，以支持其業務委外之政策。然在諸多正當理由背後，尚有一嚴肅問題，亦即政府之任務為何？如果政府沒有不可或缺、不可推卸及不可移轉之任務，則政府如何找到支持其存在之理由？換言之，並非所有政府業務皆可委託私人辦理；即便在可以委託私人之情況下，亦須有相當之界限，否則私人受政府委託所執行之業務與單純的私人業務便無從區隔。

### （一）委託之容許性

毫無疑問者，欲探求政府業務可否合法委託私人，首先須確認政府業務之內容。就法國法而言，即需先瞭解何謂「公共服務」？

如前所述，「公共服務」亦即「國家的任務」、「國家活動的範疇」。自法治國思想來看，其概念內容之界定有兩個途徑。首先，係由靜態之憲法角度出發，探求國家究竟有何任務？此些任務可否委託他人執行？其次，由動態具體措施切入，來看國家之作爲是否超出其界限，是否違背憲法所確立之理念與價值<sup>162</sup>。就後者言，國家任務的實質內涵會隨時代之不同而做動態改變<sup>163</sup>。更詳細地說，法國之「公務」可分中

---

<sup>162</sup> 例如以個人主義、自由主義及民主主義為立憲精神的憲法，其國家任務必少於以集體主義、共產主義及專制主義為立憲之憲法。

<sup>163</sup> 例如在 19 世紀，文化服務(如經營劇場、演藝廳)或醫療服務(辦公立醫院)都不被視為是國家應辦服務。

中央政府(國家)之「公務」與地方政府之「公務」兩個層次。就國家「公務」而言，除憲法本身規定之政府應辦事項外，第五共和憲法第 34 條直接列舉立法權之權限，其餘未列舉之事項皆屬行政權之範疇<sup>164</sup>。因此，國家「公務」範圍之增減，係由行政、立法二權各依憲法規定之職權來決定。至於地方「公務」，除憲法與法律規定外，依憲法第七十七條所保障的「自治原則」，地方政府關於地方「公務」之興辦或廢止亦享有一定自主空間。而立法或行政二權之作爲是否逾越其權限或違背法規範，分由憲法委員會<sup>165</sup>與行政法院來審查。

憲法委員會於一九八六年六月二十五、二十六日決定中，首次提出「憲法性公務」(les services publics constitutionnels)之概念<sup>166</sup>。該概念將國家層次之「公務」分爲兩類：一類係依憲法規定而設置之「憲法性公務」，另一類則係單純國家「公務」。前者，因依憲法之規定而設，不得任由立法權或行政權之意志予以廢止或將之移轉給私人；後者則可依立法權或行政權之意志而設置、廢止或移轉給私人。事實上，依立憲者之意志所設置之「憲法性公務」，尚可細分爲兩類，一類是國家應辦、必辦且獨占之「公務」；另一類則是國家應辦、必辦但不獨占之「公務」。例如教育係國家應辦、必辦之「憲法性公務」，但憲法並未禁止私人興辦教育；憲法僅禁止國家將自己應興辦之教育事業移轉給私人。反之，基於「國家主權不可割裂原則」<sup>167</sup>，主權之行使僅能透過單一的主體，此爲部分「憲法性公務」須由國家獨占之理由。換言之，如果「憲法性公務」之實踐同時是國家主權之行使，則該類「公務」

---

<sup>164</sup> 換言之，透過憲法上的「行政保留」，使行政與立法二權站在比較平等的地位。行政業務之興廢不必然要有法律依據或授權，行政主體可依憲法之規定而享有完整之自主權。此與德國法上將行政業務與「法律保留原則」相連結有所不同。

<sup>165</sup> 有關法國憲法委員會之介紹，參照陳淳文「論法國之憲法委員會」法律評論第 59 卷第 1,2 期合刊，頁 16-30；同「論憲法委員會之合憲審查權」憲政時代，第 18 卷第 3 期，頁 59-75。

<sup>166</sup> C.C. 25 et 26 juin 1986, *Rec.* 61.

<sup>167</sup> 1789 年人權宣言第 3 條，第五共和憲法第 3 條皆揭示此原則。



不得移轉至國家以外之第三人(包括地方自治團體與私人)。對於該類「公務」，私人或其他公法人並非完全不得介入；僅其於該領域內之活動必須完全受到國家之監督與控制<sup>168</sup>。

雖憲法本身未將國家應辦、必辦且獨占之「憲法性公務」予以詳細列舉，以致該概念範疇不易明確界定；惟仍能由憲法條文及憲法委員會之判例推演出不得委託私人之「憲法性公務」。對這些「公務」，學界將之分為以下三類：

第一類係有關人民安全之「公務」。人權宣言第二條明白表示，確保人民安全乃所有政治結社之根本目的。國家必須籌組軍隊以抵抗外敵，組織警察以維護治安。就軍隊而言，因憲法於諸多條文中提及其組織<sup>169</sup>，故國家有設置軍隊之義務；而武力之行使，向來被視為國家主權之展現，軍隊須由國家獨占乃現代國家之常規<sup>170</sup>。同樣地，警察對內使用武力，亦為國家主權之具體展現；憲法委員會於一九九一年七月二十五日有關申根(Schengen)協定之決定中即持此一立場<sup>171</sup>；而其既然屬於主權之行使，基於「主權不可割裂原則」，警察業務不得委託私人經辦，乃屬當然之理。又「獄政公務」因同屬強制性質，且基於安全理由須隔離某些對社會構成危險之人，故亦屬主權之行使；雖因監獄容量不足與管理不理想等因素，法國右派執政時曾有將監獄委託私人管理之提案與討論，但最後仍因恐有違憲之考量而放棄原計劃<sup>172</sup>。最

---

<sup>168</sup> C. C. 28 décembre 1990, *Rec.* 95.

<sup>169</sup> 如第五共和憲法第 15 條、第 20 條第二項、第 34 條第二項，第 4 項等。

<sup>170</sup> 不過歐洲聯盟的建構計劃中，有組織聯合部隊與研議共同防衛政策的構想，這將會對軍隊與主權之相互關係產生衝擊。憲法委員會在 1992 年有關馬斯垂克條約的決定中(C. C. 9 avril 1992, *J. O.* 11 avril 1992, p. 5354)，對於條約中的共同防衛政策與主權的關係，並未具體表示意見。對於該議題，未來尚有發展空間。

<sup>171</sup> C. C. 25 juillet 1991, *J. O.* 27 juillet 1991, p. 10001.

<sup>172</sup> 參閱法國 1987 年 6 月 12 日之監獄公務法及 L. Favoreau, "Approche constitutionnelle du principe de la participation du secteur privé au fonctionnement du service public pénitentiaire", *Les prisons dites privées*,

後，與「獄政公務」息息相關者係「司法公務」；第五共和憲法第六十六條明定司法機關保障個人自由，無疑地國家必須興辦司法業務以解決爭議、維護公共秩序。對此，憲法委員會亦於相關決定中指出「司法公務」為「憲法性公務」<sup>173</sup>；司法權之行使亦為主權之展現，自不得委託私人。然則，法國民訴法第一四四二至一四九一條及一四九二至一五〇七等諸條設有仲裁制度，是否與前述立場相矛盾？事實上，司法權包含兩部分：其一是「定是非」之權(jurisdictio)；其二是命令權(l'imperium)。仲裁者雖行使前者，但無真正屬於主權展現之命令權；仲裁結果之執行，最後仍得透過國家法院，故主權並未移轉至私人。

第二類不得委託私人之「憲法性公務」，主要涉及國家之經濟性主權，其包含「貨幣公務」及「稅務公務」兩部分。國家法幣之製造、發行與監控，以及貨幣政策之研擬與執行皆由國家獨占，為傳統之主權象徵。於有關歐元設置案件中，憲法委員會曾指出一九九二年二月七日馬斯垂克條約中有關歐盟單一貨幣之規定違憲<sup>174</sup>；蓋國家在有關主權行使最重要領域(即貨幣)之職權遭到剝奪之故。儘管透過修憲程序，歐盟機構經憲法授權可行使部分貨幣權；但其權限行使不得超越憲法之規定。至於稅務業務，係國家推動一切政務之財源基礎，人權宣言第十三條亦指出該業務存在之必要性；其屬「憲法性公務」，殆無疑義。雖憲法委員會在一九九〇年判例中軟化其傳統立場<sup>175</sup>，接受私人亦可「參與」稅捐徵收之業務；惟該私人仍須受國家直接之監督與控制<sup>176</sup>。

---

actes du colloque organisé à Aix-en-Provence le 23 et 24 janvier 1987, *Economica*, 1987, pp. 45 et ss.

<sup>173</sup> 如 C. C. 22 juillet 1980, *Rec.* 46 ; C. C. 12 janvier 1977, *Rec.* 33.

<sup>174</sup> C. C. 9 avril 1992, *J. O.* 11 avril 1992, p. 5334.

<sup>175</sup> C. C. 28 décembre 1990, *Rec.*, p. 95.

<sup>176</sup> 換言之，單純的「業務參與」與「業務委託」是必須區分的兩個概念。前者特色在於「參與者」沒有獨立性。而「受委託者」通常應能獨立從事業務之執行。國內亦有學者採取相同立場，認為行政委託之受託人具有「行為名義之獨立性」與「業務執行之獨立性」兩項特質。參見林子儀主持『行政檢查業務委託民間辦理法制之研究』（行

最後一類不得委託私人之「憲法性公務」，牽涉國家對外之主權活動，主要係外交業務與政治庇護業務。前者屬傳統國家任務，後者則因一九四六年憲法前言第四項規定，「任何人因追求自由之行爲而被追訴時，在共和國境內有避難之權利」。憲法委員會曾多次指出該條款有直接之憲法效力<sup>177</sup>，同時國家有義務設置機構處理政治難民業務，以落實憲法規定<sup>178</sup>。

總之，憲法委員會對「憲法性公務」之詮釋，不可委託私人之國家業務有軍警、司法、獄政、貨幣、稅務、外交、僑務與政治庇護等諸項。

又，行政法院之基本職權在於監督行政權之運作，從而，對於行政業務能否委託私人辦理，法院之判決及諮詢意見即具有決定性之影響。尤其法國刑法第 121-12 條規定，公法人可因執行其可委託之業務而負刑事責任；故業務能否委託，關係著公法人刑事責任之有無。向來，對於禁止委託之項目，行政法院之立場可歸納爲下列兩大類：

首先，關於公權力之行使，原則上不得委託私人；私人雖可「參與」公權力之行使，但此時該私人不具獨立性，不屬嚴格意義之「委託」，而被視爲行政主體之延伸<sup>179</sup>。至於何謂公權力之行使，以行政權立場來看，主要包含警察權 (le pouvoir de police) 與命令權 (le pouvoir réglementaire) 兩大部分。於行政法院眾多判例中，可發現將警察巡邏業

---

政院研考會，1998年2月），89頁。亦請參照本研究第三章第四節之相關立場。

<sup>177</sup> C. C. 9 janvier 1980, *Rec.* 21 ; C. C. 3 septembre 1986, *Rec.* 135 ; C. C. 25 juillet 1991, *J. O.*, 27 juillet 1991, p. 1001.

<sup>178</sup> C. C. 13 août 1993, *J. O.*, 18 août 1993, p. 11722.

<sup>179</sup> 類似德國法上「行政助手」之地位。不過學者蔡志方認為私人行使公權力可區分為兩類，其中「公權力的受託人」是公權力的授與；「行政助手」才是公權力之委託。見蔡志方「論公權力之授與、委託及其行政救濟(上)(下)」植根雜誌，第9卷，第2,3期，1993，2-3月，頁25，11以下。

務委由私人保全公司<sup>180</sup>，或將負責開立罰單、收據之公務員置於委託經營公有停車場之私人公司管理之下<sup>181</sup>，或甚至於委託契約中，行政主體為確保經營私人之利潤而同意不增加停車位之數量<sup>182</sup>等，皆被視為是警察權之移轉而被行政院所撤銷。至於命令權，行政法院首先指出行政主體不得將立法權所賦與之命令權委託私人行使<sup>183</sup>；換言之，在立法權所規範之領域內，行政權不得違背立法者之意志而任意移轉其法定職權。其次，行政主體亦不得因委託契約之拘束而限制本身命令權之行使；例如不得因委託開發契約而自限其土地使用管制規則之修訂權<sup>184</sup>。事實上，行政權特質之一即在於主動、積極、彈性地面對所有可能發生之情況<sup>185</sup>。基於此一特質，其常與契約所產生之限制互不相容；而此乃警察權與命令權不得以契約委託方式移轉至私人之主要原因。

法國行政法院有關委託限制之第二個立場，涉及委託業務之本質。其認為縱使某項業務可委由私人執行，行政主體亦不能完全卸責。此一立場，事實上係有關委託之界限問題。

## （二）委託之界限

行政法院對於委託之界限，可歸納為下述兩個原則；但此兩原則時有其重疊區域。

首先，行政法院認為基於業務之本質，因其係相關公共服務業務之核心部分，故部分業務不得將之委託私人。舉例而言，民政機關有關出生、死亡、命名、改名、戶籍及選舉業務皆因其本質而不得委託私

---

<sup>180</sup> T. A. de Versailles, 17 juin 1986, Corep de Seine-et-Marne, *Rec.* 303.

<sup>181</sup> C. E. 1 avril 1994, Commune de Menton, *Rec.* 175.

<sup>182</sup> *Ibid.*

<sup>183</sup> C. E. 20 janvier 1978, Syndicat national de l'enseignement technique agricole public, *Rec.* 23.

<sup>184</sup> C. A. A. de Lyon, 31 décembre 1993, Epoux Eymain-Mallet, *Rec.* 874.

<sup>185</sup> 消極、被動的依法行政觀念，向來不是法國行政法的傳統原則。

人<sup>186</sup>。又如，公立醫院提供病患住院之服務，乃公共醫療服務之核心業務，醫院自不得將此業務委託院外之私人來經營。反之，對病患家屬提供住宿之服務，因非屬公共醫療服務之本質業務，故將家屬住宿大樓交由私人經營，乃為合法之委託<sup>187</sup>。同樣地，學校亦可將餐廳之經營委外，但不可將看管學生之業務交由私人<sup>188</sup>。又道路之維修工作可以委外，但不得將道路之經營權亦交由私人<sup>189</sup>。

行政法院第二個原則，係禁止將業務完全委託之原則。其認為行政主體不能透過委託方式將自己之職權完全卸下；如此一方面不符責任政治之原則，另一方面亦造成人員及預算之浪費。例如，地方政府本有相關機關與人員負責公款補助地方工商業或農業之業務；如地方政府將此業務完全委託私人，則一方面閒置已有之機關與人員，另一方面多浪費一筆地方政府預算<sup>190</sup>。更有甚者，部分行政主體不僅將業務委外，閒置機關及人員，並浪費預算，同時自己直接或間接設立私法人來承包委外業務。例如行政主體直接設立基金會或協會來承包業務，而此些依私法設立之基金會或協會之成員或主要領導人員均係原行政主體之領導人員<sup>191</sup>。如此造成機關及決策雙軌化，原屬公法規範之業務與決策，逃遁至私法領域。再者，透過補助方式，公款變成私款，相

---

<sup>186</sup> T. A. d'Orléans, 22 octobre 1992, Préfet du Cher, *J. C. P.*, 1993, IV, 2061.

<sup>187</sup> Avis du C. E. 16 juin 1994, *Rapport Conseil d'Etat*, 1994.

<sup>188</sup> Avis du C. E. 7 octobre 1986, *Rapport Conseil d'Etat*, 1986.

<sup>189</sup> T. A. Clermont-Ferrand, 30 mars 1993, Préfet de l'Allier c/Commune de Vichy, *Dr. adm.*, 1993, n° 227 ; T. A. Nice, 21 mars 1995, Préfet du Var c/Commune de Sanary, req, n° 94 -2798.

<sup>190</sup> T. A. d'Amiens, 1 décembre 1987, Braine et Vantomme, *A. J. D. A.* 1988, p. 394, ob. J. -C. Némery ; C. E. 27 mars 1995, Chambre d'agriculture des Aples-Maritimes, *Rec.* 142, *A. J. D. A.*, 1995, p. 921, note C. Braud.

<sup>191</sup> 如台北市市長，副市長及相關首長同時是台北文化基金會之董事長、董事及執行長。市府同時公款補助該基金會負責文化活動之推動，或甚至是受託負責文化活動公款補助業務之承辦、審核與發放。

關人員還可因之圖利<sup>192</sup>。對於上述現象，行政法院不僅認為此類委託違法；並以「透明理論」<sup>193</sup>將這些私人視為透明之私人，其處分視為行政處分，其帳冊仍得受審計法院審查。

總之，就行政法院對委託業務所提出之界限，可發現即使在可合法委託私人之情形下，行政主體仍不能擅意將自己之法定職權完全移轉至私人<sup>194</sup>。儘管法規範無法明確指出委託界限，但行政法院之審查仍可抑制一些過度偏差之委託案件。

### 三、委託之行為形式

委託之行為形式，包含單方委託與契約委託兩類。

#### （一）單方委託

關於單方委託，前文已提及並非法國有關公務委託法規之規範重心；甚至依嚴格委託之定義來看，單方委託中「委託」之特性並未彰顯。不過，如以私人介入政府業務之角度來看，單方委託中的確有私人辦理、執行政府業務之事實；故就廣義而言，以及就本計劃所界定之研究範疇來看，單方委託亦可列為委託行為形式之一種。至於單方委託之形式類型，尚可細分為下述兩類：

- 1.由國會透過立法程序而創設者：即在法律條文直接設立相關之私法人，並賦與該私法人執行特定行政業務之職權。
- 2.依據行政處分而設立者：即法規賦與私人參與行政業務之可能性，但相關私人須經行政主體之審查，符合法定要件時，方能

---

<sup>192</sup> 如因擔任基金會或協會之領導人員而支領車馬費、出席費等各種名義之酬勞。

<sup>193</sup> CHEN Chwen-Wen, *Les situations transparentes en droit administratif*, Thèse de Paris II, Paris, 1999, pp. 239 et ss.

<sup>194</sup> 法國行政法院之判例政策與我國行政程序法第 16 條第 1 項之規定意旨相近。關於我國委託界限問題，請參照第 4 章第 2 節第 2 項。

合法參與行政業務。於此類情形中，行政主體常為裁量處分，故一般稱此為參與行政業務之可能性，而非權利。

## （二）契約委託

契約委託係公務委託概念之核心部分；顧名思義係行政主體透過契約方式將其業務移轉至私人。法國法上之公務委託契約皆屬行政契約，此因「委託」概念與「政府採購」概念有所區別之故，已如前述。至於契約之類型，亦因業務類型之不同而十分多樣化，不易做系統性介紹。惟在委託契約中，有下列四種常見有名契約可為代表；此四種代表性契約類型，並非由法律所建構，而係實務發展之結果；因此此些契約之界定，會因實務之演進而有所變動。

### 1.讓與經營(La concession)<sup>195</sup>

其定義可追溯至一九一六年判例中Chardenet所作之描述，讓與經營係一種使一個人或公司負擔公共工程之建設或公共服務之運作的契約；上述私人(自然人或法人)以自己之經費承擔上述工程或業務，但有時可享有公款補助或利息優惠；其報酬來源主要係透過因經營上述公物所得之收益或被賦與向使用者收取使用上述服務業務之費用之權力<sup>196</sup>。此傳統定義包含三個要素，其一，為行政主體與私人建立契約關係；其二為，該私人被賦與承擔一項公共工程或公共服務業務之責任；其三，在經費上，私人必須自籌資金，但其享有公物之經營權或向使用者收費之權。傳統定義雖能將此類契約之特色作相當之描述，惟已不能完整呈現現在實務之實況。

晚近學者對於此類契約重新描述，歸納出以下六項要素。第一，讓

---

<sup>195</sup> Concession 一字乃讓與、特許之意。但為求其明確性，此處不用「特許」，而用「讓與」一詞；並附加「經營」二字，以示其非「行政許可行為」。

<sup>196</sup> C.E. 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux c./Ville de Bordeaux, *Rec.* 125.

與經營之建立，係基於契約，而非行政處分。第二，讓與經營之標的必須為公共服務業務或活動<sup>197</sup>。第三，「公務」必須移轉至受託人；具體而言，所謂「移轉」，意謂受託人須以自己之名義，為自己之利益而經管委託業務。第四，受託人之報酬或利潤係以向使用者(即人民)收取費用為主要來源<sup>198</sup>；該費用與一般稅捐之差別，在於費用乃以服務內容為計價標準。第五，受託人必須負擔原始投資之資本；所謂原始投資乃指業務運作之根本設備之投資，例如負責垃圾之收集業務，其原始投資可能有垃圾車之採購，垃圾車停車場、修車場之建立等；負責垃圾處理業務，則必須投資興建垃圾收集分類中心、焚化爐等。第六，必須屬於長時間之契約；行政法院認為以三年為一期之委託合約不屬讓與經營<sup>199</sup>；換言之，讓與經營契約至少為三年以上；事實上，一期短於三年之合約將使受託人難以取回其原始投資成本。

綜上所述，讓與經營與目前國內所引進之 BOT 制度十分接近。只不過國內並沒有類近法國法上之「公務」概念，故而對 BOT 契約之屬性及其相關法律問題，存有不同之解決辦法；惟此仍有待日後相關研究作更深入之探討。

## 2. 租營(L'affermage)<sup>200</sup>

所謂租營，乃指受託人以自己名義負責公務之經管，僅該公務運作所需之建築或設備由行政主體移交至受託人手中，但受託人必須繳納

---

<sup>197</sup> 基此，雖是業務或活動之經管，若業務不屬「公務」之範疇，則非「讓與經營」。例如賽馬場之委託經營。同樣的，若委託標的非屬業務之經管，亦非「讓與經營」。例如，單純的營建修繕工程，而無經管活動者。

<sup>198</sup> 但不排除其他財源，如政府補助，或其他因執行業務而取得之間接收益；如垃圾之收集與處理，可販賣可回收金屬或紙漿，亦可販賣因焚化垃圾而取得之熱能或電力。

<sup>199</sup> C. E. 3 juin 1987, Société nîmoise de tauromachie et de spectacles, *L. P. A.*, n° 72, 15 juin 1988, p. 22, note B. Poujade.

<sup>200</sup> P. -S. de Bieusses, "La spécificité de l'affermage", *A. J. D. A.*, 1996, n° 9, pp. 608-615.



該建築或設備之使用金。易言之，租營係行政主體將建築或設備租給受託人，再由受託人負責相關公務之經營。例如自來水之配送，行政主體將淨水廠及管線建設好，再將水廠之運作與管線之維修交由私人負責。該私人向行政主體繳交上述設施設備之使用費，但透過向自來水用戶收取水費為其主要報酬。租營與讓與經營最主要之差異有兩點：其一，在租營情況下，受託人無須負擔原始投資，因此契約期間相對較短；其二，受託人必須向行政主體繳交設施使用費，因行政主體所作之原始投資必須回收。

### 3.託營(La régie intéressée)

這類契約有以下幾個特點：第一，受託人乃以委託人之名義經營公務。第二，受託人既不用籌措原始投資之資金，亦不承擔主要之經營風險，其報酬來源係向行政主體收取固定之經營費用。第三，為激勵受託人，通常可因其經營成效而分享一定比例之紅利金。於託營情形下，委託人對委託業務之收支及服務單價之訂定有主導權。

### 4.代營(La gérance)

代營與託營十分接近。惟在代營情況下，受託人更像單純服務之供給者；因其不能分享經營成果，只能向行政主體收取固定服務費用為報酬。其次，受託人亦無權參與服務單價之訂定，人民因享用服務所須負擔之費用，完全由行政主體所訂定。嚴格而言，代營已脫離「公務委託」概念而接近「政府採購」概念中的服務之採購。

自上述四種有名契約之特徵描述，可發現委託人與受託人之關係密度有遞增之趨勢。後兩種類型中，受託人受委託人之掌控程度高，因此成本低，風險低，自由度亦低。反之，在前兩種契約類型中，特別是讓與經營之情況，受託人得籌措原始投資之資本，以自己名義經營，有獨立性但自負盈虧風險；此類經營模式與一般企業之經營幾無差異。

#### 四、委託之程序要求

於單方委託情況下，法令對於相關委託程序皆有明確之規定，行政主體少有裁量空間。反之，在契約委託中，基於契約自由之原則，行政主體所擁有之裁量空間往往係各類弊病之根源；故以政府採購法規範採購程序，出於防弊之目的；同樣原則亦適用於公務委託之情況。晚近有關公務委託之立法<sup>201</sup>，即希望透過程序要求來避免可能之弊病。以下就這些立法者所訂定之委託程序，擇要說明。

在進入程序介紹之前，仍須再次提到「政府採購」與「公務委託」之差異。於政府採購契約中，公開競爭係必要程序；且一旦進入競標程序，行政主體即受自己發動之程序所拘束。反之，法國傳統認為「公務委託」不必經過公開競標之程序，主要有以下三個理由：第一，「公務委託」牽涉到行政主體「組織權」之運作，於此領域中行政主體應有自由之空間。第二，政府採購契約之所以受嚴格之程序規範，主要係為避免政府預算之浪費；惟在「公務委託」之情況，原則上不增加政府財政負擔，故無公開程序之必要。第三，基於公共服務業務之特性，許多考量超越單純預算面或經濟面之思考，故而與一般政府採購之程序不能相提並論。如此傳統論調，廣受現代學者<sup>202</sup>及業者之批評。因此，於一九九三年一月二十九日之「貪污防治與經濟活動及公共程序透明化法」，便規定「公務委託」必須透過公開招標之程序，以期達至行政作為透明化之理想。具體而言，「公務委託」程序有以下幾個要

---

<sup>201</sup> 一九九一年一月三日之【採購程序透明化法】、一九九二年二月六日之【地方行政法】、一九九三年一月二十九日之法律、一九九四年八月八日之【財經秩序法】、一九九五年二月二日之【加強環境保護法】、一九九五年二月四日之【國土規劃與發展法】與一九九五年二月八日修正政府採購與公務委託部分條文之法律。

<sup>202</sup> P. Terneyre, "Le droit applicable aux conventions de délégation de service public : quelques précisions", *R. F. D. A.*, 1994, p. 252. ; MM. Rougevin-Baville, Denoix de Saint Marc et Labetoulle, *Leçons de droit administratif*, Paris, Hachette, 1989, p. 202 ; T. Alibert, "L'intuitu personae dans la concession de service public, un principe en mutation", *Rev. adm.*, 1991, p. 507.

點：

1. 事前公告：法律規定凡有「公務委託」計劃時，行政主體必須將該計劃事前公告，使該計劃有多名競爭者競標。計劃須至少公告於兩種媒體，一種為一般刊登政府公告之媒體，另一種則是與委託案內容有關之專業刊物<sup>203</sup>；且必須在收件截止日到期前一個月以上將計劃公告<sup>204</sup>。公告應包含委託事項之具體內容、營運目標及其他相關之技術或品質要求。
2. 事前諮詢：若「公務委託」之行政主體為地方自治團體本身，地方自治團體所合組之公法人或地方自治團體附屬之公法人<sup>205</sup>時，在公告委託計劃之前，尚須增加一道事前諮詢程序。詳言之，計劃將業務委外之決定，必須經過地方議會或公務機構之技術委員會<sup>206</sup>議決通過後，方得進入公告程序。行政主體須將計劃書事前送交相關人員以利其表決，同時任何有興趣的人(業者、公務員或人民)皆有權參閱計劃書。
3. 建立競標名單：委託機關依專業技術能力、財務能力、持續服務能力與確保公平對待使用者等四項法定原則來選取適合人選，進而建立競標名單。委託機關公告名單，並發函獲邀請選業者投標。

---

<sup>203</sup> 如學校餐廳之委託經營，刊登於餐飲業的專業刊物。

<sup>204</sup> 一個月乃法定最低期限，行政主體須依實際情況而延長。相關的部會函示便指出，刊登的專業刊物以週刊為原則。若相關領域之專業刊物無週刊的形式，則公告期間則須延長至一個月以上。

<sup>205</sup> 這類公法人稱為「公務機構」(l'établissement public)，如醫院，學校等皆屬之。公務機構概念所涵攝之機關與德國法上之「營造物」概念有所交集，但又不盡相同。

<sup>206</sup> 有關「技術委員會」之中文介紹，參照林明鏘「法國公務員法制概述」『公務員基準法之研究』(行政院研考會委託研究、民國七十九年四月)頁三七三~三七四；陳淳文「法國公務員保障制度之研究」吳庚主持『公務人員保障法制問題之研究』(銓敘部委託、民國八十七年三月)頁一三七。

4. 投標：業者於規定期限內投標。未被選入名單內之業者，若認為選取有瑕疵，可提起行政訴訟，同時要求暫時中止投標程序<sup>207</sup>。
5. 議標與決標：議標與決標，由特設之委員會審議。除機關成員、專家外，法律特別規定民意代表機關以比例代表制方式選派代表參與委員會。根據該委員會之意見書，委託機關可與每個競標者進行議標後決標。決標係以「以人之考量原則」(le principe de l'intuitu personae)來處理，亦即委託機關有完全自由可選擇其締約對象；且該選擇不受價格或其他因素所拘束<sup>208</sup>。中央機關經議標後可逕行決標，然後簽約。地方及其相關公法人之委託，則須由地方議會或公務機構之技術委員會依議標報告書<sup>209</sup>來表決。為使表決具實益，報告書須在表決前十五日送達<sup>210</sup>，且議員有權調閱所有相關議標文件。議會或技術委員會議決之後，方能簽約。

除了上述程序之外，立法者對於「公務委託」案件尚有幾項規定值得注意。第一，關於契約期間，法律雖未強制規定其最長期限，但卻提出不得超出「正常投資回收年限」之規定。換言之，以受託人實際挹注之成本及可預期之收入為判斷標準<sup>211</sup>。對於不需具體投資之委託案

---

<sup>207</sup> 例如未符合公告要求之廠商獲選入名單(T. A. Nantes, 11 avril 1996, *Compagnie des transports de l'Atlantique*, *A. J. D. A.*, 1996, p. 562, note J. -F. Millet ; *R. F. D. A.*, 1996, p. 772, concl. J. -F. Millet) ; 或明顯符合要求的廠商被排除於名單之外(T. A. Paris, 16 mars 1995, *société Entreprise de gestion et de service*, *Rec.* 896), 皆因之遭行政法院撤銷。

<sup>208</sup> 這是與政府採購程序的最大差異點。

<sup>209</sup> 報告書中必須分析介紹每個投標者之特色，同時包含審議委員會之審議意見，以及議標過程及建議決標人選的選擇方法與理由(一九九三年一月二十九日法律第四十三條)。

<sup>210</sup> 地方總法典第 1141-7 條。

<sup>211</sup> 例如，在自來水配送、污水處理與垃圾或各類廢棄物之處理等項目，一九九五年二月

件，必屬短期之契約。第二，關於契約之延長，法律亦有所要求；僅有基於公共利益之理由或因增加投資之因素，方得延約。若係基於公共利益之理由，延長時間不得超過一年<sup>212</sup>；如係因事後追加之投資，延長時間亦以回收時間為準；不過法律對於追加之投資有嚴格的界定<sup>213</sup>。第三，對於回饋金或權利金之收取，必須與所委託之公務有直接之關係<sup>214</sup>。詳言之，所收取之回饋金或權利金，乃係委託人原始投資之回收，或作為改善服務品質所作新投資之資金，並非行政主體另闢財源之途徑<sup>215</sup>。第四，對於委託業務之監督，受託人每年必須提出一年之運作報告；其內容包括詳細財務報表及服務品質之評量書<sup>216</sup>；運作報告除送交委託人外，亦須公告；以便利使用者參閱。另外，財務與會計資料須送交審計法院審查<sup>217</sup>。再者，內閣可依法成立「中央調查小組」<sup>218</sup>，對委託案件進行調查，以查緝不法。同時司法部亦依法設立「反貪污中心」，所有委託案件之相關文件皆須送交該中心存檔，並由中心人員進行分析研究。最後，在司法審查方面，行政法院首先可以應第三人(即人民或使用者)之請求，撤銷委託契約中「具有命令性質之條款」(les clauses à caractère réglementaire)<sup>219</sup>。其次，行政法院可應參與競標者之

---

二日之【加強環境保護法】規定其委託契約不得超過二十年，例外情形須事前由審計人員審核過，方得進行委託程序。

<sup>212</sup> 地方總法典第 1411-2 條。

<sup>213</sup> 如追加的項目必須為原始契約所未規定的、與公務之執行有直接關係、為應委託人之要求所為之投資、且若希望於所餘契約期間內回收追加投資，會造成使用價格過份提高的情形等。

<sup>214</sup> 一九九三年一月二十九日法律第四十條第五項。

<sup>215</sup> 若回饋金或權利金不與委託業務有直接關係，則將使受託人增加營運成本。該成本反應至價格上，對人民而言，成為間接加稅。

<sup>216</sup> 一九九三年一月二十九日法律第四十條第一項。

<sup>217</sup> 審計法院法典 L111-4 條及 L211-8 條。

<sup>218</sup> 依一九九一年一月三日之法律第一條而設置。該小組主要由法官及檢調人員所組成，而這些人員由總理、司法部長、經濟及財政部長等任命。調查小組可應總理、部長或審計法院之要求而展開調查。

<sup>219</sup> 例如有關服務運作或使用者之使用規則的條款(如垃圾收集業務，垃圾該置於何種垃

要求，暫時中止委託程序。對於行政主體違法之行爲予以糾正，重新開始合法之委託程序。最後，於簽約後一個月內，行政法院尚可應總督<sup>220</sup>之請求，暫時中止契約之執行，以利釐清相關疑點。

## 五、委託之法律關係

透過業務之委託，第三人遂介入傳統行政主體與人民間之兩面關係，而構成行政主體、人民與受託私人三者間之三角關係；該受託私人因其所介入行政業務性質之不同而處不同之情況。

首先，在行使公權力之情況，由於受託私人非以獨立之姿態，不以自己之名義來行使，故其所爲之行爲視爲行政主體本身之行爲。換言之，因其行爲所生之法律關係直接及於行政主體，該受託私人於法律上宛若處於一種「透明」之情況；形式上之三角關係變成實質上之兩面關係。在此情形下，不僅委託機關與受託私人間成立公法上法律關係，受託私人與第三人(即人民)間亦屬公法關係。更嚴格來說，受託私人與人民間之關係，實際上係委託機關與人民間之關係；此種透明之情況，如同公務員執行職務時之情況，公務員雖爲私人<sup>221</sup>，但依法執行職務之行爲視爲行政主體本身之行爲；從而，公務員與人民間之關係即是行政主體與人民間之關係。

其次，於公務委託之情況下，因業務已移轉，受託私人以自己之名義、爲自己之利益而經營公務，故其行爲及於自己本身。在此情形下，受託私人與第三人間原則上發生私法上法律關係。委託機關與受託

---

圾袋，於何時何地、如何回收等規定及其相關處罰辦法)。參照 C. E. 10 juillet 1996, Cayzeele ; *R. F. D. A.*, 1997, p. 89, note P. Delvolvé ; *A. J. D. A.*, 1996, p. 732, chron. Chauvaux et Girardot : *C. J. E. G.*, 1996, p. 382, note Ph. Terneyre.

<sup>220</sup> 總督(préfet)乃過去中央派駐地方之行政首長。地方自治後，總督不再是地方行政首長，而為中央派駐地方之代表。其主要任務，一方面是負責中央業務在地方之執行(如護照之辦理)，另一方面則是監督地方自治之運作。但此監督乃採事後且合法性之監督，而非事前且適當性之監督；此乃尊重地方自治之必然結果。

<sup>221</sup> 此處所謂之「私人」，乃指私法上具有法律人格者，包含自然人與私法上之法人。

私人之間則因基於法律之規定，締結公法契約，故成立公法上之法律關係。至於委託機關與第三人間，原則上不直接發生法律關係<sup>222</sup>。

最後，附帶一提者是，在政府採購之情形下，私人亦介入或參與政府業務；此時締約私人與第三人(即人民)間，原則上不因採購業務而直接發生法律關係。至於因實際上述業務間接與人民發生之法律關係，以及行政主體與締約私人間之關係，則依政府採購法及契約內容而決定其性質。

## 六、委託之爭訟救濟

因行政業務之委託所發生之爭議，依前述法律關係為基礎而定其救濟途徑。首先，就私人行使公權力而言，因屬公法關係，故依行政爭訟途徑解決相關爭議；如該行為對人民權利造成侵害時，受害人可請求國家賠償。次就公務委託言之，相關救濟途徑可分以下三點說明：第一，於締約前之準備階段，對於行政主體於締約程序上之瑕疵，相關業者及人民皆可對之提起行政訴訟。第二，締約後，委託人與受託人因締結行政契約而建立公法關係，相關爭議自屬行政訴訟。第三，受託人與第三人間原則上屬私法關係，由民事訴訟途徑解決爭端。惟若繫爭問題牽涉委託契約中「具有命令性質之條款」，則相關爭議須由行政法院來解決。此外，在受託人對第三人之侵權行為，原則上屬於民事賠償；但於例外情形下，如受託人無力賠償，使受害人求償無門，委託機關則須負連帶賠償責任<sup>223</sup>；而此連帶賠償責任由行政法院所審理。

---

<sup>222</sup> 例外情況，委託機關可因其監督委託業務之重大疏失，而與受損害之人民發生公法上之法律關係。

<sup>223</sup> 該連帶責任成立的法律理由主要有兩種主張，第一種是基於委託業務仍屬行政業務的立場，所以業務不因委外而改變其原來屬性；行政主體亦不因業務委外而可完全卸責。第二種則認為行政主體在選任委託人與監督委託人上有過失，才導致人民之損害；基此，行政主體須負連帶責任。

### 第三項 政府業務委託民間辦理之典型案例

#### 一、單方委託

政府業務透過單方委託方式由私人來執行，通常皆會涉及公權力之行使。惟若委託業務具有獨占或寡占之傾向，則亦多由單方授權方式來委託。就後者言，具體實例有，公車路線網之授權經營。大眾運輸服務並未涉及公權力，但因其業務本身不宜處於完全競爭之狀態，故由行政主體授權私人獨佔或寡佔經營。同樣道理，殯葬業務不屬單純之商業性服務，其尚牽涉道德與風俗層次；法律對於該業務之執行亦有特別要求。基此，法律授權行政主體審核業者之條件，定期核發執業許可，同時亦創造一個寡占之經營環境。

至於公權力之委託行使，典型方式係由法律賦與相關私人機構得以行使公權力，而相關私人通常皆須取得行政主體之許可；此類委託最常見於經濟性干涉行政之領域。如戰後成立之各種「同業公司」或「聯合同業公司」<sup>224</sup>(如乳品業聯合同業公司)，其主要任務係規劃、管制一種產品(如小麥或煤)或一類產品(如鮮奶、乳酪、奶油、奶粉等)之生產、配銷、儲存與價格控制等業務；依法律規定，此些組織經經濟部、財政部或相關部會之許可，以公司的形態成立，其領導成員之認命亦須經行政主體之同意；行政主體授權其於一定地理範圍內，執行上述經濟管制業務。類似組織尚有「土地規劃與農地重劃公司」<sup>225</sup>，負責區域之土地規劃與農地重劃業務；為便利其業務之執行，該公司對於土地所有權之移轉有優先購買權。除以公司形態外，亦有以社團法人之形態介入公權力之行使，如「法國標準協會」<sup>226</sup>；根據一九四一年五月二十四日之法律規定，須依私法上社團法人的形式而設立；其成員除政府代表外，還有消費者代表及業者；其中業者代表佔六成。該協

---

<sup>224</sup> Les sociétés professionnelles et interprofessionnelles.

<sup>225</sup> Les sociétés d'aménagements foncier et de regroupement rural.

<sup>226</sup> L'association française de normalisation.



會之主要任務係統一產品規格、制定國家標準。對於國家標準之頒布與產品是否符合國家標準之認證等相關業務，皆屬公權力之行使。

## 二、 契約委託

契約委託之業務，包含兩大類。第一類係以行政主體本身為受益對象之業務，主要包含內部業務與內部設施管理維修之委託。這類業務在法國屬於政府採購法中勞務採購之領域，可視為廣義之契約委託。具體實例有，房舍之修繕、公有公共建築物之清潔維護、各種行政計劃之研究案或企劃案之委託研究或機關內部作業電腦化之軟體規劃等。

第二類則係以人民為受益對象之業務。此即法國法上「公務委託」概念所涵蓋之範圍，亦即是嚴格意義之契約委託。此類業務有時富含強烈行政事務之性格，例如垃圾之收集、殯儀館及相關事務之委託，交通號誌、路牌及馬路之清洗，公園綠地、花圃之照料，博物館、美術館、老人安養院、托兒所之委託經營等皆屬之。有時則屬較具經濟性之服務業務，例如垃圾之資源回收與焚化，屠宰場之經營，電、瓦斯、自來水之配送，大眾運輸業務、滑雪纜車、游泳池、溜冰場、活動中心、國際會議中心與展覽場之委託經營等。

## 第四項 小結

由上述對法國政府業務委託民間辦理之簡介來看，可知法國政府業務委託私人辦理，包含「政府採購」與「公務委託」兩種類型。前者因屬單純之採購，最主要涉及政府預算之合理使用，故向來有公開競標之傳統，期以最少預算採購到所需之物品或勞務；晚近受歐盟之單一市場之建構與經貿活動全球化之影響，所制定之政府採購法更加貫徹公開透明與公平競爭之原則；不論在締約程序或爭訟救濟上，均有周全之設計。

至於「公務委託」方面，因係政府提供服務給人民，其所牽涉者不

單僅是預算節省問題；其他尚包括經濟、教育、文化、環保等各種政策目標之追求與政府對人民生存照顧之責任，有時尚牽涉公權力之行使；故在委託人民辦理該類業務時，須以「以人之考量原則」來選任其合作夥伴。不過在契約委託案件中，為避免黑箱作業而生弊端，晚近立法亦重視公開透明之原則，進而加強契約委託之程序規範。其制度設計有以下幾項特色值得注意：第一，最後雖以議標方式決定締約人，但其前置程序遵守公開透明原則；法律同時對契約之期限與延約有詳細之規定。第二，所有「公務委託」契約皆屬行政契約，根據法國行政契約法中側重公益之基本原則<sup>227</sup>，「公務委託」之業務不會因契約關係而致使公益維護困難。第三，國家以外之其他公法人之「公務委託」，由合議制之機關表決委託之計劃與受託人之入選；尤其在地方自治團體之委託，在野黨議員受比例代表制之保護，確保參加委託案件之審議與議標，以免黑箱作業。第四，將人民納入監督體系內，不論是契約之訂定或契約之執行，「公務委託」之直接受益人皆可對之提起行政訴訟，以確保行政行為之合法<sup>228</sup>。第五，受託人有定期公開委託業務經營成果之義務，以利委託人、民意代表及人民之監督。第六，如有回饋金或權利金之收取，則該筆款項須與所委託之業務有直接之關係，而非行政主體之額外財源。當然，委託經營更不能反成為政府的財政負擔，故風險移轉必須落實。

總之，由減少國家財政支出、取得專業技術、善用民間活力、減緩國家管制以利整體發展、開放自由競爭以配合經貿全球化之趨勢、行政減肥以提昇效能等觀點來看，政府業務委託民間辦理具有積極之意義，亦因之而成為目前之流行趨勢。惟如就國家角色與人民權益之保障兩個層次來看，政府業務委託民間辦理，首要注意其界限，不能因

---

<sup>227</sup> 中文文獻請參照許宗力「行政契約法概要」翁岳生主持『行政程序法之研究』（經社法規研究報告 1007，民國七十九年十二月），頁二九六以下；及學者林明鏘之批評，見氏著「行政契約法論」台大法學論叢，第二十四卷第一期，頁 172 以下。

<sup>228</sup> 除行政訴訟外，牽涉私法上的利益時，人民自可提起民事訴訟以保障其權益。

委託之正面利益而忘記行政主體存立之理由及目的。其次，國家維持公益及對人民生存照顧之天職亦不能因成本利潤之考量而改變；由人民之角色因業務委託而變成**消費者**之角色，是不是更能保障人民權利、提昇人民福祉，實為決策考量時所不能輕忽的問題。最後，亦是最重要者是，委託程序之合理設計，並進而落實規範之執行；如此方能消弭可能弊端，具體實現政府業務委託民間辦理之正面效果。

## 第六節 小結

承前所述，可知各國因其政經環境背景之差異，復以法律建制之不同，實際上所推動之政府業務委託民間辦理之方式、類型及內容各有不同，以致其法規範重點亦有所偏廢；然為明瞭各該法制之特色，引薦作為我國法制之參考，茲將日、德、英、美、法等先進國之法制特色彙整如以下，以為本章結論。

### 第一項 日本法制特色

於日本法上，所謂民間委託，係指國家或地方公共團體之事業或事務，不由國家或地方公共團體直接處理，基於達成行政任務之要求，由行政機關在保留必要監督權限之前提下，透過單方授權或契約等形式，將之委託予民間企業、團體或私人代為處理之情形。因日本地方自治法以第二四四條之二第三項以及第二五二條之十四，對於地方政府所屬公有公共設施管理之委託以及一般事務之委託，設有一定之要件以及程序規定；是以有關民間委託之分類，向來係針對民間委託事務之內容將之二分為「事務事業之委託」以及「設施管理之委託」兩大部份。所謂事務事業之委託，係指由私人或民間團體單純提供勞務之情形，包括專業服務、技術服務、研究發展等行政事務；依該等勞務提供對象之不同，可再分為A.對外事務事業之委託以及B.對內管理事務之委託。而設施管理之委託，亦以該公物係屬對外提供一般國民使用之公共用物，抑或屬於行政機關內部遂行行政時專用之公用物（行政用物），區分為C.公共用設施之管理委託以及D.其他公用設施之管理委託。

在一般事務或設施管理之民間委託中，實務運作上亦有同時委以行使公權力權限之可能；又在將公共用設施之經營、管理事務委由私人或法人處理之場合，同時將使用許可權限委託於外部行使之情形，亦有不少；常有曖昧、不易明確界定之情形，故民間委託之法律性質須

依個別委託事例之具體內容加以分析，不宜一概論之。

關於民間委託之容許性，在向來承認行政機關具有行政手段選擇自由之當然結果下，通常不生違憲性及違法性之問題。然此並不代表行政機關得毫無限制地進行民間委託，亦即推動民間委託之行政事務內容，仍有其本質上之界限；在法律未設有將行政權限委任與私人行使之規定下，亦不容許透過契約之方式將之委託予民間行使。又無論係何種類型之民間委託，該委託事務之內容必須屬於委託機關之權限職掌範圍，亦即至少須有組織法上之依據，自為當然之理。

總之，自比較法之觀察而言，其法制特色仍不脫大陸法系國家傳統行政法之窠臼；多將議題侷限於民間委託之容許性與界限、行為形式、救濟途徑等法律問題上，不若英美法制較側重程序正義之要求。此外，針對特定公共性、公益性事業事務之實行，由主管大臣依特定事業法或規制法規定指定（行政處分）特定（民法上）公益法人代為處理，並使其取得行使特定規制性事務處理權限之「指定法人制度」之積極運用，亦為該國有別於其他國家之法制特色。

## 第二項 德國法制特色

關於委託私人從事國家任務所生問題之討論，德國學說及實務通常將私人從事國家任務分為三大類型，分別是：一、「經授權行使國家高權之私人」(Beliehener)，係指國家依法律，或基於法律之授權，以行政處分或公法契約將國家高權授與私人以自己名義行使之，例如：船長、機長、狩獵巡守員、肉類檢驗員、食品衛生檢查專員、測量工程師、建築力學監建工程師、車輛排放物檢驗人員、技術監督社團及其檢查人員、經授權授與學位之私立學校等。二、「行政助手」(Verwaltungshelfer)，係指行政機關於行使公權力時所使用之幫手，其與「經授權行使國家高權之私人」不同之處，在於該等人員非獨立以自己名義行使公權力，而是直接受國家機關之指揮命令從事活動。例如：公立學校之老師上體操課使用跳箱等器具時，請若干學生在旁協

助；或公立學校之老師指定某學生於老師不在課堂期間或下課休息時間，負責班上之風紀；或由學校派出，於學校附近十字路口指揮交通之學生糾察隊；或於交通事故發生時，交通警察請在場之某計程車司機協助其為車輛改道之指揮等。三、行政機關與私人間訂定私法上契約，如承攬契約，將國家任務委由私人處理或執行，而該私人則基於契約，本於自己權利從事國家任務之執行者。例如：例如，私人營造廠受國家之委託，修築高速公路，或建造捷運系統等。

關於行政委託之方式，主要有如下二種：(一)直接依法律規定此種方式係由法律直接規定國家權限之移轉，而私人具備該移轉規定之要件時，即成立行政委託，例如海商法中所定船長之警察權。(二)基於法律規定之授權，此種方式又可分為「行政處分」與「行政契約」二種。如行政委託得以單方之表示而形成者，即是以行政處分為委託之情形，惟通常須經當事人之同意，始生效力，故又屬「須當事人同意之行政處分」。至於行政委託是否得以行政契約為之，學說見解不一，依德國聯邦行政程序法第五十四條規定：「公法上之法律關係，得以契約設定、變更或廢棄之（公法契約）。但法規另有不同規定者，不在此限。行政機關尤其得與欲對之為行政處分之相對人訂定公法契約，以代替行政處分」，由此規定可知，行政程序法並無禁止以行政契約作為行政委託之方式。在容許性上，學者多數認為民間委託為憲法所許，惟於公權力授與方面，應受法律保留原則之拘束。

總結德國行政委託之法制特徵，可知其係以委託之法律型態為區分標準，在概念區分上頗為清楚，且有助於法律關係之釐清與爭訟問題之解決，值得我國借鏡。又在容許性上，德國以是否屬於「權限的授與」作為法律保留與否之準據，兼顧法治要求與實務需求，亦值我國參考。

### 第三項 英國法制特色

英國中央與地方政府為了解決政治與經濟上問題，本於追求效率、

價格與利益等因素之考量，自然形成將政府業務委託民間辦理之行政管理策略，在柴契爾內閣時代達到頂峰，直至目前仍有廣泛運用之趨勢。

一九七九年柴契爾夫人任閣揆後，除了將許多政府業務以契約方式補助或委託私人辦理外，並推動國營事業民營化，提出「續階計畫 Next Steps program」改革文官體制，在政府機關外設置公益性法人機構 quango，其組織成員大多來自政府裁員之公務員，政府以契約方式將大部分業務委託此等機構辦理。執行業務者雖是私人機構之受雇人，但政府仍繼續負責規劃業務目標並提供經費資金，故對供給之安排與服務品質仍負有監督責任。

英國政府業務委託民間辦理之範圍，係採「市場檢測 (Market Testing)」法，審核該業務之性質是否有由政府自行提供之必要，如否，則可外包。其次，其將政府中具有商業性之機構（如運輸、電信），及業務性質得以契約限定範圍之機構劃出，進而逐項委外辦理。目前已實施之項目包括：建築物維護、資料處理、車輛維護、醫院、保健與緊急救助、監獄收容矯治、廢棄物清運及處理、街道橋樑維護、交通號誌、水電提供、委託會計師執行金融業務檢查、賭博執照之核發、流浪動物之保護管理、失蹤人口的通報系統規劃、車輛違規拖吊、警察約談筆錄之錄音謄錄工作、被告或證人傳喚工作等項目。

英國政府簽約外包方式通常係以委任、承攬、買賣或租賃契約委請私人提供物品或服務。該委託契約雖稱為公共契約，但性質上仍為私法契約，政府同私人般接受私法之規範。但委託機關與第三者間之法律關係，則應視該服務之提供依據為判斷準據。於契約履行過程中，承包商對政府互有請求時，如請求調整契約、變更設計、請求付款等相關紛爭之解決，於英國通常依據契約中雙方約定之非正式談判方式解決，英國民事法院對英王及其他公共機構之訴訟有管轄權。

#### 第四項 美國法制特色

美國政府業務委託民間辦理，通常以契約規範其運作或履行，此種契約又稱爲「公共契約或政府契約」(public contract)，是政府作爲一方當事人與私人所締結之契約。其中由政府作爲買方，以預算撥款換取私人提供物品或服務之契約即爲「採購契約」(acquisition / procurement contract)。規範政府採購之授權依據與程序之法規，即爲「公共契約法」。

而美國聯邦或州憲法未明文禁止政府委託私人辦理公共事務，而係以個案分別探究委外有無違反「政府本質職能」。聯邦機關雖有行政規則限定禁止委外之項目，但並不具一般規範效力。且實務上已民營化之政府業務，有越來越廣之趨勢。其項目不一而足，依據美國國際城市管理協會 (International City Management Association) 與民營化協會理智基金會之報告 (Reason Foundation, 1992)，歸納爲下列十二項：行政 (收費、傳遞、傳票等)、建築物維護、資料處理、車輛維護、醫院醫療服務、監獄之收容矯治、保健與緊急救助、會議廳及休閒娛樂場地、廢棄物清運及處理、街道橋樑維護、交通號誌系統維護、車輛違規拖吊。

委託契約在履行過程中發生紛爭之解決，聯邦政府作法與各州間不盡相同。聯邦政府之委託契約，在契約履行過程中，承包商對政府互有請求時，如請求調整契約、變更設計、請求付款等相關紛爭之解決，除依據契約中雙方約定之方式解決外，大都依據一九七八年制定之「契約爭議法」，由各部會自行設置契約申訴委員會辦理。

而州法體系契約履行過程中發生紛爭之解決，係依約定先循內部行政救濟途徑，向採購局長官申訴或請求特定委員會進行仲裁，不服者再向一般法院系統提起契約訴訟。



## 第五項 法國法制特色

法國法上「公務委託」，係該國法制最具特色之部分。「公務委託」概念與本研究之「外部業務委託」相當，係以人民為直接受益對象之行政業務之委託。在此領域，法國法制尤重兩項原則值得參考。

首先，「公務委託」不單僅係預算節省與效率提高之問題，尚牽涉各種政策目標之追求與政府對人民生存照顧之責任，有時尚牽涉公權力之行使。因此，除經濟因素外，尤須考量相關業務之特性及人民受益權之平等保障。故於委託人民辦理該類業務時，不以單純競價之方式來決定締約對象；而以「以人之考量原則」來選任其合作夥伴。其次，「公務委託」亦不能忘記政府本身之責任。若不重視委託之界限，則委託問題不復存在；而是成為政府能否合法介入私經濟領域的問題。

另外，在契約委託案件中，為避免黑箱作業而生弊端，晚近立法重視公開透明之原則，進而加強契約委託之程序規範。其制度設計有以下幾項特色值得注意：第一、最後雖以議標方式決定締約人，但其前置程序遵守公開透明原則；法律同時對契約之期限與延約有詳細之規定。第二，所有「公務委託」契約皆屬行政契約，根據法國行政契約法中側重公益之基本原則，「公務委託」之業務不會因契約關係而致使公益維護困難。第三，國家以外之其他公法人的「公務委託」，由合議制之機關表決委託之計劃與受託人之入選。尤其在地方自治團體之委託，在野黨議員受比例代表制之保護，確保參加委託案件之審議與議標，以免黑箱作業。第四，將人民納入監督的體系內，不論是契約之訂定或是契約之執行，「公務委託」之直接受益人皆可對之提起行政訴訟，以確保行政行為之合法。第五，受託人有定期公開委託業務之經營成果的義務，以利委託人、民意代表及人民之監督。第六，若有回饋金或權利金之收取，則該筆款項須與所委託之業務有直接之關係，而非行政主體之額外財源。當然，委託經營更不能反成為政府的財政負擔，故風險移轉必須落實。