

第三章 我國政府業務委託民間辦理之理論分析

第一節 我國政府業務委託民間辦理之概念與現況

第一項 「政府業務委託民間辦理」之概念

政府業務委託民間辦理，既屬於政府決策中之一項重要施政方針，則首先應對於「政府業務」、「委託」及「民間」三者為概念澄清，始能有效執行政府業務委外之政策，或於制訂法律時（例如：委託民間辦理政府業務條例），有一明確範圍。

首先，「政府業務」一詞所能涵蓋之範圍，學者間有不同主張¹，若與現行政府機關依法所享有之職務與任務劃上等號者，將從「生老病死」，至「抽象之精神，到具體之物質世界」等皆涵蓋在內，在法律上勢必無法窮盡列舉，因此，僅能依政府業務之大致特徵，加以適當分類後，再描述其範圍。依本研究計畫之分類，政府業務大致得分成下列四種：

(一)公權力業務（即管制性質之業務）；

(二)對外提供服務業務；

(三)機關內部業務；

(四)機關內部設施。

據此，於本研究計畫中，擬將政府業務定性為：「政府機關為履行法定職務及任務，而行使公權力、對外提供服務、處理機關內部業務及管理機關內部設施之謂。」

¹ 例如，黃茂榮主持『政府業務委託民間處理相關法制』（行政院經建會研究報告，民國八十八年二月），第十頁以下，尤其是其擬「委託民間辦理政府業務條例」第十二條之定義。

「委託」則係指政府機關（或公權力主體）將業務委由行政主體外之第三人（自然人或法人）以自己名義或以委託人之名義加以執行者而言，申言之，廣義之「委託」得包含狹義之行政委託（以受託人自己名義獨立為法律行為）、行政助手（仍以委託人名義為行為）及第三項類型之委託（以委託人名義但不對受託人為鉅細靡遺之指揮監督）。

「民間」則指非行政機關之自然人或法人或其他團體，而此處之自然人與法人（社團法人或財團法人），以屬私法性質者為限，公法上之法人（含社團、財團或公營造物）因其地位特殊，當列為行政主體之列，以免有違「委託」之本旨。其他團體則包含不具有法人資格之任何組織，以擴大民間參與之範圍。

第二項 政府業務委託民間辦理之沿革

近年來，由於國內外政治、經濟及社會環境急遽變遷，各國政府為處理新興業務，滿足民眾對政府服務品質之要求，每需增設機關、擴充員額，以為因應；但對業務萎縮或階段性任務已完成者，卻未能相對配合裁減單位及員額，以致人事費負擔日益沉重，乃不得不採取抑制員額措施，並進一步對現行業務之處理方式進行檢討，期使民眾得到簡便、迅速、滿意之服務；相對的，民間團體則因國民經濟蓬勃發展，資金充裕，人才充沛。故政府若能針對行政需要，適切借重民間之人力、物力，使之參與公共事務，對政府或民間團體而言，均有相當之助益。對於一九八〇年代初期所興起之全球性「民營化運動」(privatization movement)，此一運用民間資源參與政府業務之世界性趨勢，我國亦相當重視。

於沿革上，民國七十年間行政院孫前院長運璿即曾表示，希望由民間企業及工商團體分擔部分國家經濟建設及政府之行政業務，並由行政院訂頒「民間企業參與政府經濟事務推行要點」，以為依據。後於民國七十五年全國行政會議中，亦通過「擴大民間辦理政府事務」之決議。然而，大力推動國內有關政府業務委託民間辦理之主要動力，

實係民國八十二年九月由行政院訂頒之「行政革新方案」²，該方案將「機關業務性質，凡可委託或外包民間辦理者，應儘量委託或外包民間辦理，以簡化政府業務」，列為行政革新方案之實施要項，由行政院人事行政局負責規劃推動。而行政院人事行政局有鑑於「政府（行政）業務委託或外包民間辦理」為我國當前政府肆應社會環境變遷，強化行政效能之重要措施，為貫徹執行，曾擬訂「行政業務委託或外包民間辦理實施計畫」，經提報行政院行政革新會報第八次會議審議修正通過後，已於民國八十三年十二月九日函請各有關機關依循該計畫之內容，推動政府（行政）業務委託或外包民間辦理之試辦工作。

近來，行政院更於「政府再造推動計畫」³中，依政府再造綱領之精神，於法制再造工作項下，確立「健全政府財政、減少預算赤字」、「提升行政效率、強化工作效能」、「引進企業精神、調整政府組織、建立小而美之政府」等行政革新方向，積極推動「獎勵民間參與公共建設」、「以委託或外包民間辦理、簡化政府業務」等措施，進而正式

² 自民國八十二年九月訂頒後，嗣經民國八十三年九月及八十四年十一月二次修正，目前依據民國八十六年一月二十三日經行政院第二五一二次會議審議通過之新方案，將原訂之（八十四年十一月版）：「一、檢肅貪瀆、端正選風」、「二、健全機關組織、精簡現有員額」、「三、健全政府財政、減少預算赤字」、「四、提升行政效率、強化政府效能」、以及「五、落實制度變革、加強為民服務」五大實施要項，部分增刪為「二、推動政府再造、精簡組織員額」、「五、建立電子化政府，創造競爭優勢」以及「六、提升服務品質、加強為民服務」。參照行政院研考會『行政革新方案』（民國八十六年元月二十三日）。另參照王仁宏「當前行政改革的意義」行政院研究發展考核委員會（主辦）『行政革新與公共部門轉型研討會（報告）』（民國八十五年六月五~六日），第十三頁以下。

³ 此一依據為行政院八十七年一月十四日台（87）研綜字第 00173 號函核定頒布之「政府再造綱領」。此為行政院蕭萬長院長就任以後，為延續前任行政院長連戰之「行政革新方案」，而續擬之改革計畫，目標在於引進企業精神，調整政府組織，建立小而美之政府；內容上，包括 1.中央及省府組織精簡之「組織再造推動計畫」；2.檢討人事運作之（政府）人力及服務再造推動計畫；3.法制再造推動計畫，以下含 a.調整政府角色下之公營企業民營化、獎勵民間投資參與公共建設以及政府業務委託民間辦理等法制事項；b.檢討管制方式，進行法規鬆綁、管制方法合理化、行政流程簡化及標準化等，以提升行政效率。

確立我國推動政府業務委託民間辦理之政策方向。

第二節 政府業務委託民間辦理之現狀

目前，無論是國家行政機關抑或地方自治團體，將政府業務委託民間（包括團體或個人）加以處理之「政府業務委託民間辦理」此一手法於各種行政領域中，已有多起實例⁴。依行政院經濟建設委員會亞太協調營運中心於民國八十七年七、八月間之統計，政府業務已委託民間辦理之項目計有一九〇項，而擬委託民間辦理者計有八十二項⁵，茲整理如下：

		已委託民間辦理項目	擬委託民間辦理項目
機關外 部業務 委託	機關委託民間協助執行管制	94	43
	機關委託民間提供服務	38	31
機關內 部業務 委託	機關內部業務委託	58	8
	機關內部設施 ⁶ 委託	0	0
總計		190	82

⁴ 關於行政業務委託民間辦理之我國實例，詳見黃茂榮、城仲模『行政業務委託民間辦理之可行性及其範圍探討』（行政院研究發展考核委員會委託研究報告，民國八十年三月），第二十五頁以下；林子儀、蔡茂寅『行政檢查業務委託民間辦理法制之研究』（行政院研究發展考核委員會委託研究報告，民國八十六年六月），第十三至六十頁。

⁵ 參照行政院經濟建設委員會『政府業務委託民間辦理作冊』（民國八十八年六月），第二十頁。

⁶ 於行政院經濟建設委員會亞太協調營運中心就目前已委託及擬委託實際案例所作之歸納統計看來，有關機關內部設施委託之實際案例數目為零，依行政院經濟建設委員會亞太協調營運中心之說明，因該類型之委託已相當普遍，非其推廣之重點，故未納入整理；參照行政院經濟建設委員會，前揭註5書，第二十頁註釋。惟經本研究小組就目前已委託及擬委託實際案例所為之分析結果觀之，機關內部設施委託之實際案例不多，但仍有典型代表案例可循，為求體系完整，仍將之納入；詳見本研究報告第四章第二節第二項部分。

近來，行政院經濟建設委員會主導跨部會組成之法制再造小組，並就政府業務委託民間辦理事宜，決議於各部會下設「業務委託民間辦理推動小組」，截至八十八年九月十五日止，計有十三個部會成立，並有二十五件業務擬委託民間辦理⁷。

目前政府業務委託民間辦理最爲人所熟知之實例，莫過於行政院大陸委員會將部分大陸事務委託財團法人海峽交流基金會加以處理（台灣地區與大陸地區人民關係條例第四條第一項、第二項，行政院大陸委員會組織條例第三條），以及違規停放車輛委託民間拖吊場拖吊（道路交通管理處罰條例第五十六條第二項）等事例。此外尚有汽車檢驗委託民營修車廠代辦（道路交通安全規則第四十七條），商品檢驗委託民間法人團體代爲實施（商品檢驗法第二十六條），或廢棄物之委託民間機構處理（廢棄物清理法第十條）等各種事例。近來，更在行政院大力推動「行政革新方案」以及「政府再造推動計畫」下，爲簡化政府業務，提升行政效率，減少政府財政支出，儘可能將一般性行政業務或公共設施之管理委託予民間加以處理，抑或以獎勵民間參與投資自償性公共建設⁸此類似於官民協力開發之模式推動重大公共事業之進行⁹。此外，在地方政府層級，行政業務委託民間辦理之動向，亦同樣引人注意；諸如台北市政府在「台北市政府社會福利設施委託民間專業機構辦理實施要點」通過後，已完成將市立萬芳醫院委託（私立）

⁷ 參照行政院經濟建設委員會亞太營運協調服務中心「亞太營運中心簡訊」第二十八期（民國八十八年十月）。

⁸ 亦即近來頗受注目之 BOT 模式。所謂 BOT (Building - Operation - Transfer)，係一政府與民間合作經營公共設施之作法，由民間業者興建，取得若干年特許經營權後，再移轉給政府部門之作法。亦即「將工程之興辦及營運視為一個整體計畫，交由民間施作，隨後並依政府與民間之投資協議內容將工程逐步移轉於政府所有並營運之一種興辦工程模式」。參照林發立「論公共工程 BOT—兼論獎勵民間參與交通建設條例及其相關規定」萬國法律，第 82 期，第十三頁（民國八十四年八月）。而目前 BOT 模式已成為政府推動重大公共建設之一重要手法。

⁹ 目前積極以 BOT 模式推動之事例，諸如月眉大型遊樂區開發案、高速鐵路興建安、以及台北至桃園中正機場之捷運系統興建安。

財團法人台北醫學院經營¹⁰、龍山老人服務中心之公設民營¹¹等案例；且為壓縮市政府預算金額，避免公共工程發包過程發生弊端，擬將捷運內湖線、北二高信義支線、動物園單軌電車等公共設施之興建計畫釋出，獎勵民間以設定經營權方式參與投資興建¹²。另在高雄市政府方面，亦有將體育場地等委託民間經營之提議¹³。

然截至目前為止，關於政府業務委託民間辦理之法律依據、委託方式、程序等，除少數有個別法令授權規定外，多無法令依據，而委託方式、程序等或無規定，或僅以機關內部之行政規則訂之；除行政院經濟建設委員會亞太協調營運中心於民國八十七年九月就「公辦民營」及「行政檢查業務委託民間辦理」二個類型訂出一般性操作手冊¹⁴外，僅有行政院人事行政局於民國八十三年十二月九日訂定，復於民國八十五年一月十三日修正之「行政業務委託或外包民間辦理實施計畫」，有較為一般性、全面性之說明，其主要規定內容如次¹⁵：

一、實施範圍：

行政院暨所屬行政機關之行政業務，除涉及國家安全秩序、法規之提案或制定、經濟獨占及其他顯然不宜委託或外包之事項外，其他行政業務在適法情形下，得委託或外包民間辦理。

二、實施方式：

（一）檢討委託或外包項目：

各主管機關應通盤檢討得由民間辦理之業務項目，評估其可

¹⁰ 參照中央日報，民國八十四年十一月十六日，第一版。

¹¹ 參照中國時報，民國八十五年六月五日，第十四版。

¹² 亦即 BOT 模式。參照中國時報，民國八十五年六月四日，第十七版。

¹³ 參照聯合報，民國八十四年十一月十四日，第十四版。

¹⁴ 參照行政院經建會，前揭註 5 書，第七十八頁以下。

¹⁵ 參照行政院人事行政局編印『行政業務委託或外包民間辦理績優實例手冊』（民國八十五年三月），第三頁以下。

行性及預期效益，並以左列方式辦理之：

1. 屬政府法定職權之行政業務，民間團體具有承辦能力者，得以契約責任方式委託或外包該團體辦理。
2. 非屬政府法定職權之行政業務，得視民間團體之組織、人才、設備等條件，逐步交由該團體辦理。
3. 各機關事務性工作仍應依「行政院所屬機關事務勞力替代措施推動方案」規定辦理。

(二) 選擇委辦團體：

各主管機關應視業務性質，規定接受委託或外包辦理機關業務之民間團體應具備之積極或消極要件，並予必要之輔導，以增強其參與行政業務之能力。

(三) 訂定委託或外包契約：

各機關於委託或外包民間辦理機關業務時，除應遵守有關法令規定外，並應與其訂定委託或外包契約，載明雙方權利義務、違反義務之責任及其他重要事項，以避免其因執行之疏忽或不法之行為而損及人民權益。

(四) 適時監督考核：

各機關對於接受委託或外包辦理機關業務者，得依委託或外包契約關係之規定，實施定期或不定期之監督考核，以確保服務品質，於發現有應改進之事項者，應促其限期改善。

(五) 加強宣導溝通：

各主管機關應與民間團體、學者專家建立溝通管道，探求適合委託或外包民間辦理之業務事項，並定期宣導辦理情形，以擴

大服務成效。

(六) 檢討資產及人力運用：

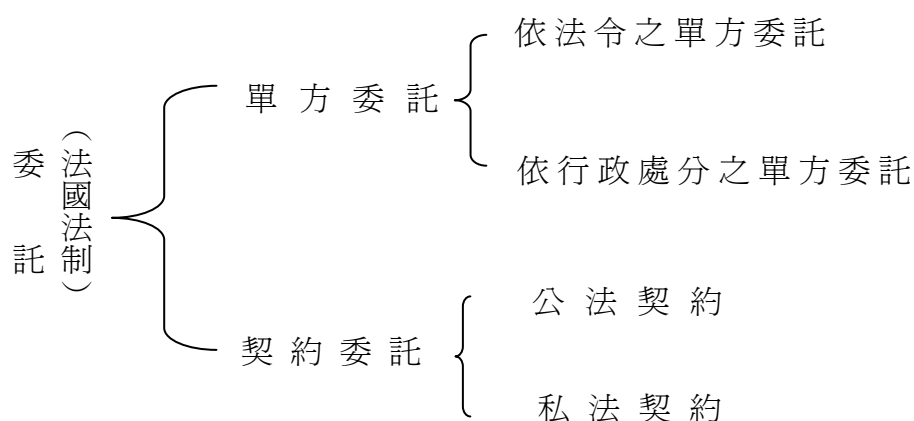
1. 各機關在推動機關業務委託或外包民間辦理時，應先就原辦理此一業務而購置之資產運用，以及人員安置等相關問題預為統籌規劃，以避免浪費。
2. 至其相對節餘之人力，應予檢討實施員額移撥或納入精簡範圍，移撥之人員如有工作性質或專長不同者，宜規劃實施專長轉換訓練。

第三節 政府業務委託民間辦理之類型化分析

政府業務委託民間辦理之類型得依(1)委託方式、(2)受託人、(3)委託事項、(4)委託效力、及(5)委託之次類型而為不同分類。

一、以委託方式為分類

若以委託方式分類者，法國法上之分類，即以：單方委託與契約委託可典型代表。在單方委託中又可分為依法令直接委託或依行政處分所為之單方委託等次類型；在契約委託中又可分為以公法契約方式或以私法契約方式為委託之次類型¹⁶（如下圖）。

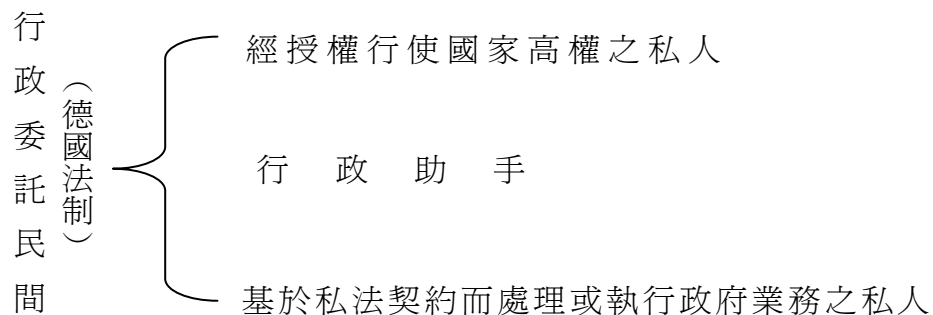


二、以受託人為分類

以受委託人之身分地位為區別，係屬德國法之特色。依德國行政法學界之分類，行政委託民間（私人）可分為：經授權行使國家高權之私人（Beliehener）、行政助手（Verwaltungshelfer）及基於私法契約而處理或執行政府業務之私人。第一類之私人得獨立以自己名義為行政行為；行政助手則僅作為委託機關之執行工具，本身不得獨立對外為意思表示；而第三類則指基於私法契約且又獨立從事公務之人，因其

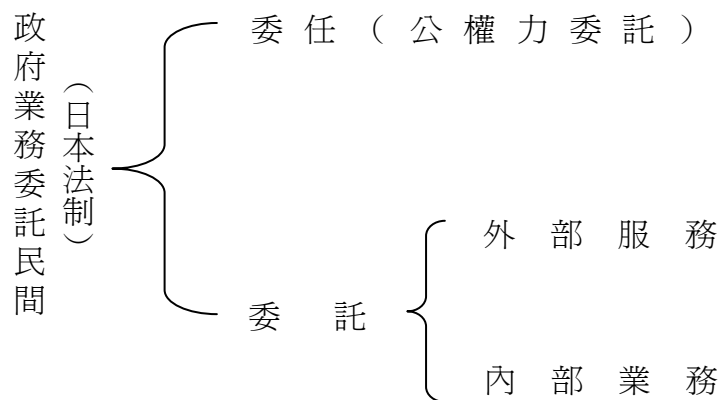
¹⁶ 另參見本報告第二章第五節法國法制概要（陳淳文執筆）。

所從事者非屬高權行為，與行政助手及經授權行使國家高權之私人皆有所不同¹⁷（如下圖示）。



三、以委託事項為分類

若以委託事項為分類標準時，又可分為不同內容之分類，有以管制類、福利類及服務類、採購類作為分類標準¹⁸；亦有如本計畫般，以是否涉及公權力而為區別，此亦為日本法上之特色¹⁹，計分為委任與委託二大類型，前者涉及公權力事項之業務委託，後者則不涉及公權力事務之委託（如下圖）。



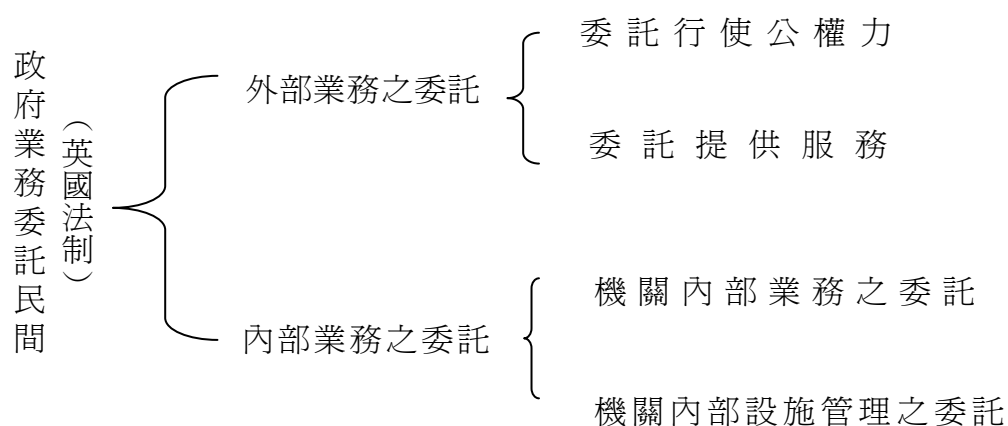
¹⁷ 參見本報告第二章第二節德國法制概要之說明（李建良執筆）頁二十一以下。

¹⁸ 參見黃茂榮，前揭註1書，第十一頁以下。

¹⁹ 參見鹽野宏「行政法 III」（有斐閣，1995年）頁八十四以下；本研究計畫第二章第一節日本法制概要（林倖如執筆）第五頁以下。

四、以委託效力為分類

若以委託業務之效力是否產生對外效力，得分為外部業務之委託及內部業務之委託二大類，此以英國法為典型代表²⁰。而外部業務之委託又可分為委託行使公權力及委託提供服務二次類型，屬於委託行使公權力者計有：廢棄物之清理、違規車輛之拖吊、收容人犯等委託；而內部業務之委託則又可分為機關內部業務之委託（例如：民意調查、建物維護、車輛維修）及機關內部設施管理之委託（例如：道路橋樑維護、醫院及水表收費等）二次類型（如下圖）。



五、以委託之次類型為分類

我國學者對於委託之分類則無體系之標準分類，有以次分類而為含糊區別，如分為以簽約外包方式、以特許權之提供方式、以給予補助方式、以核發抵用券方式、以強制方式之委託等五大類型²¹。又有依業務性質而分呈政府採購業務委託、管制業務委託、服務性業務委託及福利性業務委託四大類型²²。

²⁰ 參見本研究計畫第二章第三節英國法制概要（洪文玲執筆）第三十一頁以下。

²¹ 參照柯三吉『跨向二十一世紀公共行政新典範上冊』（時英出版社，1998年）第一三〇頁以下。

²² 參照黃茂榮，前揭註1書，第十一頁以下。

綜合上述分類標準，不僅是外國法，連我國學者之分類亦呈現多樣化之情形，其各種不同之分類乃各有其優劣點，無法一概而論推斷何種分類最適合引進於我國，本研究計畫擬採用下述四大分類，即：

(一)公權力業務委託

(二)對外提供服務業務委託

(三)機關內部業務委託

(四)機關內部設施委託

因其大致符合我國實務上委託案件之類型分配，且其類似英國及日本之分類標準，故為本研究計畫所採用。

第四節 政府業務委託民間辦理之容許性與界限

所謂業務委託，主要指將行政業務委託他人或其他組織體辦理者而言。其中，委託公權力主體以外之私人行使者，一般稱為「行政委託」²³。行政委託之受託人，雖係私法上主體，然因受託行為而得以自己名義，就該受託業務，不受委託機關之指揮監督，獨立對外行使公權力，故其具有「行為名義之獨立性」與「業務執行之獨立性」二種特性²⁴。基於此一觀點，則行政委託與行政助手或行政輔助人概念有所不同。惟本研究計畫所謂政府業務委託，並不限於上述學理上之行政委託情形（即具備「行為名義之獨立性」與「業務執行之獨立性」），凡將國家業務委由私人行使者，均屬之。因此，尚包括非以自己名義獨立執行業務之私人（如所謂技術履行輔助者(Technischer Erfüllungsgehilfe)或獨立行政輔助者(selbständiger Verwaltungshelfer)），以及非以自己名義並在行政機關指示或指揮下執行業務之私人（如行政助手或從屬的行政輔助者(unselbständiger Verwaltungshelfer)）。換言之，原則上舉凡政府利用私人所擁有之人力、物力、技術等力量，以實施行政業務者，均包括在內。

政府業務委託民間辦理之目的或必要性，主要在於現代行政任務、功能之肥大化、多樣化、專業化現況下，基於民主、效率、成本與合理²⁵之考量，而為各國所普遍採取，且幾乎存於各行政領域中。惟縱考量政府業務委託民間辦理有其諸多優點，有關其業務委託行為仍須符合法治國家之要求，換言之，仍有一定之容許性與界限。茲分項說明如下：

²³ 參照林明鏘「論行政委託私人——其基本概念、法律關係及限制監督」載於憲政時代第二卷第十九期（一九九三年）第四頁以下參照。又學者有認為因行政委託之概念易與權限委託相混淆，而主張採用「公權力授與」與「公權力受託人」之概念者，參照陳敏『行政法總論』（自刊、一九九八年五月）第八〇八頁。

²⁴ 參照林子儀，前揭註4書，第八十九頁。

²⁵ 同旨，同上註書第九十五頁以下參照。

第一項 政府業務委託民間辦理之容許性

關於政府業務委託民間辦理之容許性，主要涉及 1.政府業務，亦即行政之範圍如何、2.該項政府業務得否委託民間辦理、以及 3.該項業務之實施本身乃至業務之委託行爲，是否須有法律之依據或授權等問題。其中，關於 1.及 2.具有類似之問題點，故以下合併爲一、部分說明，而關於 3.，則另於二、說明，茲分述如下：

一、前提問題：政府業務之概念

首先，就政府業務，亦即行政之概念言，依據法治國家之要求，某項業務是否屬於政府業務之範圍，直接決定國家得否實施該項業務，從而構成得否委託之前提要件。亦即，僅於某項業務係屬政府業務之範疇，始有發生委託之可能²⁶。故除例如司法或立法等典型之業務，一般普遍認爲屬政府業務之範疇外，有關行政業務，其性質上或其本質上是否當然保留予國家，從而原則私人不得爲之，無論自法制史或理論上觀點，均無其必然性。換言之，是否有所謂當然保留予國家之業務，以及其內容範圍如何，至今仍未有一致見解；且應以何種基準區隔政府業務與私人業務，並判斷政府業務之內容範圍，事實上亦相當困難²⁷。

²⁶ 此一說明係以政府業務與私人業務二元論為前提所為論述，尚請留意。

²⁷ 就此一觀點言，例如環保標章制度，於比較法上，各國多以「非官方、非營利性質組織(unofficial not for profit organization)」負責推動，例如「全球環保標章網路組織(Global Ecolabelling Network,GEN)」、美國之「綠標籤公司(Green Seal,Inc)」之綠標籤與「科技認證系統公司(Scientific Certification System,SCS)」之綠十字(Green Cross)等屬之。反之，我國環保標章制度則由環保署所推動，與外國由非官方、非營利性組織所為者不同。且自組織法觀點言，關於環保標章業務，環保署並無明確之組織權限依據。因此，此一環保標章業務是否屬於公權力部門之環保署業務一環，容有疑義。又若鑑於提供資訊以滿足人民知的權利要求，已逐漸成為各級政府資訊提供義務或努力方向此一發展趨勢言，環保署就其業務範圍內有關資訊，藉由環保標章方式提供予一般大眾知悉，應非法所不許。惟無論如何，有關此一業務是否屬於政府業務之一環，確實相當

因此，欲單純自所謂政府業務之概念，解決政府業務委託民間辦理之前提問題，有其理論上之難點。惟某一業務是否保留予國家行使，雖難從理論上推演得知，然國家是否實施某項業務，往往取決於當前政治、經濟、社會之現實與國家任務之變化等情事。實踐上，除例如菸酒專賣等極端例外情形，可能發生是否屬於政府業務範疇之疑義外，某項業務是否屬於政府業務範疇之判斷，往往與政府得否干涉或介入私人領域之判斷不易區別，而使有關問題集中於法律保留問題中予以討論。換言之，一般多未就「某種業務是否屬於政府義務之問題」（例如醫療服務之提供、環保標章服務之提供等）與「國家對某一私人業務得否介入之問題」（例如營業之規制）二者，予以嚴格區別；而於討論國家於何種條件下得干涉或介入某項私人領域問題時，予以合併解決。

以上，係自抽象之一般性觀點所為檢討，實踐上，有關其如何判斷政府業務範疇，通常與下述法律保留問題相關聯。應注意者，就具體情形而言，各行政機關為業務委託時，至少應要求該項業務屬於該行政機關組織法上權限範圍，始得為之，換言之，至少應屬於組織法上之業務範疇，始有其容許性。

二、法律保留原則

就政府業務委託與法律保留之關係言，基本上涉及二個層面，亦即，該政府業務是否應有法律之依據或授權，以及該業務委託行為是否應有法律之依據或授權二者。整體而言，無論學說或實務上，多集中討論前一問題²⁸，有關理論有侵害保留說、公權力保留說、社會保留說、重要事項保留說等，實務上則傾向於重要事項保留說²⁹，且有傾向於以

難以認定。

²⁸ 有關法律保留之學說理論，請參照許宗力「論法律保留原則」收於氏著『法與國家權力[二版]』（月旦出版社、一九九四年）第一一七頁以下。

²⁹ 大法官解釋採重要事項保留說者，如釋字第二九九號解釋理由書、釋字第三二九號解釋及釋字第三八〇號解釋均屬之。

規範密度為理論基礎，以建立層級化保留體系者³⁰，此部分如前述一、，涉及政府業務委託之容許性此一前提，其解決與法律保留理論之發展有關，此不擬贅論。至於第二個問題，即依法律保留原則之要求，若某一政府業務本身無須有法律之依據或授權即得為之，或已有法律之依據或授權者，政府（尤指行政機關）欲將該業務委託予私人時，是否另須有法律之依據或授權問題，無論學說或實務，對此卻少有著墨。茲分別就委託行為之憲法上容許性、形式上容許性二者，說明如下：

（一）政府業務委託行為之憲法上容許性

關於政府業務委託行為之憲法上容許性，德國基本法第三十三條第

³⁰ 例如大法官八十六年十二月二十六日公布之釋字第四四三號解釋理由書第一段謂：「憲法所定人民之自由及權利範圍甚廣，凡不妨害社會秩序公共利益者，均受保障。惟並非一切自由及權利均無分軒輊受憲法毫無差別之保障：關於人民身體之自由，憲法第八條規定即較為詳盡，其中內容屬於憲法保留之事項者，縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制（參照本院釋字第三九二號解釋理由書），而憲法第七條、第九條至第十八條、第二十一條及第二十二條之各種自由及權利，則於符合憲法第二十三條之條件下，得以法律限制之。至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異：諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬與執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許。又關於給付行政措施，其受法律規範之密度，自較限制人民權益者寬鬆，倘涉及公共利益之重大事項者，應有法律或法律授權之命令為依據之必要，乃屬當然」。對此，學者認為其「無疑以規範密度為理論基礎，而建立如同德國之層級化保留體系（或稱分別等級之保留）。其結構如下：1.憲法保留：憲法第八條之部分內容；2.絕對法律保留：即必須由法律自行規定，諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由之事項；3.相對法律保留：由法律直接規範或由有法律明確依據之行政命令加以規範，其對象包括關係生命、身體以外之其他自由權利的限制，以及給付行政措施涉及公共利益之重大事項；4.非屬法律保留範圍：屬於執行法律之細節性、技術性次要事項，則不在法律保留之列」；參照吳庚『行政法之理論與實用[增訂四版]』（自刊、一九九九年）第一〇四頁以下。

四項規定，「高權權限(hoheitsrechtliche Befugnisse)之行使（至少應包括侵害行政性質之公權力行使權限），而屬繼續性業務者，原則上應委由具有公法上勤務關係及忠誠關係之服公勤務之人（亦即非屬雇員、勞務員之官吏）為之」。而於德國之情形，依彼基本法之明文規定，有關政府業務得否委託問題，學者一般認為應連結考慮公勤務法上之制度功能。準此，如屬非高權性質者，例如於行政機關作成決定之前階段或執行階段，所為純粹技術性準備活動或事實行為，乃至私經濟行為，或非繼續性業務，而屬一時性、一次性或例外性之高權權限行使行為等，即非基本法所不許³¹。就此一部分言，我國憲法雖未有如德國基本法類似之規定，然若某一政府業務：1.依憲法之明文規定（例如第八條）應由制度上屬於正式編制之公勤務機關行使者，或 2.解釋上該職務性質上不宜委由私人行使者（如立法、司法行為），應認為不得委託。

(二)政府業務委託行為之形式上容許性

其次，雖某一業務依法律規定或授權，屬政府業務範疇，而得由該行政機關行使，惟其得否進而將該業務委託私人行使，則屬另一問題。對此，學者存有不同見解，有認為須有法律之依據始得為之者³²；亦有認為行政委託若屬私經濟或不對外發生效力之事實行為，除法律有禁止委託之規定外，行政機關本於職權，得自由委託私人辦理，反之若涉及公權力行使者，則應有法律或法律授權之命令為依據者³³。

有關此一政府業務委託行為之形式上容許性問題，除法律有明文禁止委託者外，於無法律明文規定之情形，本文認為宜分別情形判斷是否應有法律之授權或依據，以判斷其委託行為之容許性。亦即，下列

³¹ 參照米丸恒治『私人下方行政——公及法的統制及比較研究』（日本評論社、一九九九年二月）第五十頁以下。

³² 參照林明鏘，前揭註23文，第八頁；陳敏，前揭註23書，第八一一頁。

³³ 參照吳庚，前揭註30書，第一六五頁。

情形，解釋上應有法律之依據或授權：

1.前述關於委託行為之容許性，學說雖有不同見解，惟若涉及具有命令、強制性質之公權力之行使者，應有法律之授權或依據，應無疑問。換言之，如該業務由行政機關自行實施者，行政機關基於行為形式選擇自由，固得選擇以公法方式（如行政處分）或私法方式為之；於其不自行實施之情形，如 a)法規明定該業務之實施不得以私法方式而應以行政處分等公權力方式為之，或 b)欲委由私人以行政處分方式辦理，或 c)該私人行為之實效性，以公法上強制執行或制裁等公權力擔保者，此等情形，則應有法律之依據或授權始得為之。又最近公布之我國行政程序法第十六條第一項規定：「行政機關得依法規將其權限之一部分，委託民間團體或個人辦理」，其中須有法規之依據始得委託之「權限」所指為何，非無疑問，惟解釋上至少應包含此一情形。

2.若委託業務之行使不涉及一般人民者（即未發生對外關係），其法律關係僅存於委託機關與受託私人間。此時，原則上應視該委託行為是否同時授與受委託之相對人以特殊之資格或地位（例如創設獨占、寡占或聯合壟斷之地位），或以行政處分方式委託而課予其一定義務者（例如以行政處分方式課予其經營業務之義務或行使一定權限之義務），解釋上亦應認為須有法律之依據或授權始得為之。

依上開說明，關於技術性等無涉強制事項之事實行為或私經濟行為，行政機關原則上雖無法律之依據或授權，亦得為委託行為。

第二項 政府業務委託民間辦理之界限

某一政府業務其委託民間辦理於符合容許性之要求後，應如何辦理委託，仍須合於一定之要件，始符法治國家之要求。有關此一政府業務委託民間辦理之界限，並無一定之判斷標準，惟仍應注意下列事項：

一、遵守相關法規

亦即如有各該領域相關法規就該委託行為設有規定時，有關委託行為應遵守相關法令之規定，例如遵守法定程序、程式等，自不待言。例如，關於行政機關依法規將其權限之一部分，委託民間團體或個人辦理之情形，我國行政程序法第十六條第二項規定：「應將委託事項及法規依據公告之，並刊登政府公報或新聞紙」，屬之。同理，其委託行為屬於行政程序法規範之行政行為（同法第二條、第三條參照），或我國政府採購法規範之採購行為（同法第二條參照）者，當然亦應符合各該法律之規定³⁴。

二、委託方式（程式）之界限

就委託行為之方式或應遵守之程式言，於法規無明文規定情形，基於行政機關行為方式選擇自由原則，固得選擇以公法方式或私法方式為之。然依我國行政程序法第一百三十五條規定，以契約設定、變更或消滅公法上法律關係者，應以行政契約為之。因此，原則上不能以私法契約方式創設、變更或消滅公法上法律關係。同理，若法規規定有關政府業務之實施（非委託行為本身）應以公法方式為之者，亦不得以私法方式為業務委託。

三、委託內容（範圍）之界限

有關政府業務委託私人辦理，於法規無明文規定委託業務之內容及範圍時，原則上得由該業務主管機關自由決定其欲委託私人辦理之業務內容與範圍，然基於政府（行政）對於業務之實施，負有最終責任，

³⁴ 例如行政程序法第一百三十八條規定：「行政契約當事人之一方為人民，依法應以甄選或其他競爭方式決定該當事人時，行政機關應事先公告應具之資格及決定之程序。決定前，並應予參與競爭者表示意見之機會」；政府採購法第六條第一項規定：「機關辦理採購，對廠商不得為無正當理由之差別待遇」，第十九條規定：「機關辦理公告金額以上之採購，除依第二十條（選擇性招標）及第二十二條（限制性招標）辦理者外，應公開招標」。

故原則僅得就其業務之一部為委託，而不得為全部委託³⁵。然如何情形為全部委託，何種情形屬一部委託，解釋上非無疑問。惟至少對於受委託私人之業務行使，應保留其指揮監督權限，換言之，無論以何種方式設立委託關係，至少應將法令所定委託機關或其他機關之指揮監督權，納入其委託行為（例如行政處分或行政上、私法上契約）之內容，或（於法令無明文規定之情形）約定委託機關對委託業務之指揮監督權。

³⁵ 例如，行政程序法第十六條第一項規定：「行政機關得依法規將其『權限之一部分』，委託民間團體或個人辦理」，僅規定得為權限之一部委託。

第五節 政府業務委託民間辦理之行為形式

有關政府業務委託民間辦理，其委託關係之成立，依所利用之行為形式類型，一般約可分為五種，即(一)依法規直接設立、(二)依行政處分設立、(三)依行政（公法）契約設立、以及(四)依私法契約設立，此外，亦有(五)依公私法混合形式設立者，茲說明如下：

第一項 依法規設立

即不待個別具體之委託行為，而直接依法規之規定創設委託關係者而言，其通常發生於公權力委託之情形，又可分為二種：

1.法規規定於符合法規之構成要件時，即當然發生公權力委託之效果者，例如，船長依海商法第四十一條規定之緊急處分權、機長依民用航空法第四十五條規定之緊急處置權等屬之。

2.法規就某一政府業務，以措施性法規，個別、具體授權某一私人或團體實施者，例如有關台灣地區與大陸地區事務，以「財團法人海峽交流基金會組織規程」而設立「財團法人海峽交流基金會」以處理兩岸事務³⁶。

第二項 依行政處分設立

一般而言，委託關係之成立，主要係依個別具體之行為形式而設立。例如，對於嚴重精神病患，各級地方主管機關得依精神衛生法第十四、十五條規定，指定之保護人；對於勞工安全衛生法第八條規定之危險性機械或設備之檢查，由中央主管機關（即勞委會）依危險性機械及設備安全檢查規則第七條規定「指定」代行檢驗機構實施者，均屬之。宜注意者，其以行政處分設立委託關係者，因其直接影響相

³⁶ 財團法人海峽交流基金會組織規程第一條、台灣地區與大陸地區人民關係條例第四條第一項、第二項參照。

對人之權益或法律上地位，於無法律之授權或依據或法律規定不明確之情形，解釋上，為緩和該行政處分之公權力性格，有關該行政處分之性質，宜儘量解釋為須受託人之協力或同意之行政處分。

第三項 依行政契約設立

行政機關以行政契約設立行政業務委託關係者，例如台北市監理處委託民間代施汽車檢驗所締結之契約屬之。於我國行政程序法制定公布及訴願法、行政訴訟法此行政爭訟二法修正通過前，由於有關行政契約之意義、適用範圍、程序以及如何爭訟救濟，均發生疑義，致使許多理論上應依行政契約設立委託關係者，多以私法契約方式為之。將來上開行政程序法及行政爭訟二法生效實施後，有關以契約方式設立委託關係之情形，宜就具體情形判斷其是否屬於行政契約或私法契約，以決定其相關法規之適用。

第四項 依私法契約設立

目前有關政府業務之民間委託，多係由行政機關與民間之間締結私法契約，如以承攬契約方式為之。例如，郵政總局委託國華保全公司承攬機關警衛工作，依其所定契約條款觀之，均屬私法上權利義務與責任承擔，故該契約性質應為私法契約。其他如機關表揚活動委由民間辦理、機關辦公室清潔維護工作委託民間業者辦理、行政機關將機關辦公室盆栽向機關外之私人專業經營者租賃、機關內部福利社、餐廳委託民間經營、行政機關委託民間建立及維持國家標準等，其所採取之行為形式均為私法形式。

第五項 依公私法混和形式設立

行政機關除分別依前述各種方式辦理民間委託外，尚可混和二種方式設立委託關係。例如，其可混合行政處分與私法契約（或行政契約），或可混合行政契約與私法契約。前者通常係先以行政處分確定委託之「對象」，再以私法契約（或行政契約）作為「實施」委託業務之方式；

後者則由行政機關與民間分別締結行政契約與私法契約，惟此種情形於實務上較為少見。無論如何，除法律明定委託之方式者外，有關行政業務委託關係之設立，均應就具體個案個別判斷其委託行為之法律性質。

第六節 政府業務委託民間辦理之程序要求

機關委託民間辦理行政業務，雖然種類、樣態繁多，性質不一，目的不同，法律依據各不相同，但在程序上均應遵守公開、公平之原則。再者，委託民間辦理之業務如屬政府採購法規定之範圍，例如工程之定作、財物之買受、定製、承租及勞務之委任或僱傭，尤其公共服務、設施或內部事務幾乎均屬勞務採購範圍，則另受採購法之約束。本節乃綜合相關規定對各種政府業務委託民間辦理之程序要求、步驟及應注意事項，從下列六個面向進行說明：

第一項 委託範圍之確定

機關委託民間辦理行政業務，其項目與範圍為何，必須先行確定。

於委託程序進行之前，亦即事前規劃階段，須先就該業務之性質是否適合委託、有無法令授權依據、是否受到法令限制等問題，進行法律容許性之考量。

依據行政程序法第十六條規定，行政機關得依法規將其權限之一部份，委託民間團體或個人辦理。此乃行政委託之一般法依據，惟就具體項目而言，是否須另有個別業務法令授權依據，行政程序法並未有進一步要求，但根據外國法或國內學者通說³⁷，大多傾向認為公權力或公共服務事項須有法令明確授權機關委託私人辦理；且委外辦理業務之內容、範圍與數量，須符合：一、應受授權規範意旨之限制，二、須為填補機關人力或專業技術之不足，三、由私人辦理有助於公權力之落實，或較能提昇人民享受服務之品質等條件。

至於內部事務或設施之委外辦理或經營，不外是採購法所稱之勞務事項，包括專業服務、技術服務、資訊服務、研究發展、營運管理、維修、訓練、勞力等事務，則毋須另有個別業務法令授權依據。且委

³⁷ 參照本研究本章第一節及第二章外國法之介紹與說明。

託業務之內容、範圍與數量，通常以經濟效益評估作為審查基準，作為確定委託範圍之衡量指標，能以最低成本獲取事務處理最高效益者，即可列為委託範圍。

以清潔勞務工作委託為例，機關應先勘查場地，確定清潔工作之地點、面積範圍、種類或方式，是否應具備專業能力、或應具備何種層級之專業能力，繼而進行成本效益評估，比較自行辦理之人力設備預算與委外辦理之經費差距，憑以決定是否委外辦理，或確定委外辦理之範圍。未來締結契約時，始能明確訂定工作範圍、人力需求、設備數量，進而確保契約之順利履行與委託目的之實現。

第二項 受託對象之決定

機關應衡量本身需求，尋找受託對象。屬於公權力或公共服務等業務事項，若法令有明文指定受託團體或機構者，則機關於選定受託者時，仍應本於授權規範意旨、專業能力、服務經驗或信譽等要求決定受託對象，若符合條件者有多人時，依據行政程序法有關行政契約之程序規定，行政機關應事先公告競標者應具之資格及決定之程序（行政程序法第一百三十八條），決定前，並應予參與競爭者表示意見之機會。政府採購法之本質與之不抵觸部分仍有適用之可能。

其他內部事務或設施之委外辦理或經營之採購，可根據我國政府採購法之規定透過政府公報、資訊媒體或工商業同業公會掌握資訊，預擬具有信譽之潛在委託對象名冊。（參照政府採購法第二十一條），再透過招標、審標、決標程序，決定受託對象。

此外，在決定受託對象時，另須注意迴避原則（參照政府採購法第十五條）廠商或其負責人與機關首長有配偶、三親等以內血親或姻親，或同財共居親屬之利益時，原則上不得參與該機關之採購，除非基於公平競爭或公共利益之考量，得例外報請主管機關核定後免除迴避之義務。

至於外國廠商，得否作為締約對象參與各機關採購，應依我國締結之條約或協定之規定辦理。政府採購法基於平等互惠原則，以外國法令限制或禁止我國廠商或產品服務參與採購者，主管機關得限制或禁止該國廠商或產品服務參與採購。(參照政府採購法第十七條)

第三項 作業基準之公開

屬於公權力或公共服務等業務事項，機關應本於授權規範意旨，預定作業基準或服務基準，以行政命令（行政規則）方式在政府公報上發布或公告。

涉及勞務委託部分，根據我國政府採購法之規定，機關辦理公告金額以上（採購金額達新台幣一百萬元以上）之採購，應依功能或效益訂定招標文件。

招標文件應載明下列內容：

- 一、機關所擬定、採用或適用之技術規格，其所標示之擬採購產品或服務之特性，諸如品質、性能、安全、尺寸、符號、術語、包裝、標誌及標示或生產程序、方法及評估之程序，但有國際標準或國家標準者，應從其規定。且招標文件不得要求或提及特定之商標或商名、專利、設計或型式、特定來源地、生產者或供應者，但無法以精確之方式說明招標要求，而已在招標文件內註明諸如「或同等品」字樣者，不在此限。亦即，在目的及效果上均不得限制競爭。(參照政府採購法第二十六條)
- 二、機關辦理採購時，應估計採購案件之件數及每件之預計金額。預算及預計金額，得於招標公告中一併公開。(參照政府採購法第二十七條)
- 三、選擇性招標之文件應公開載明限制投標廠商資格之理由及

其必要性。(參照政府採購法第二十九條)

- 四、招標文件中規定投標廠商須繳納押標金；得標廠商須繳納保證金或提供或併提供其他擔保。但勞務採購、未達公告金額十分之一之工程、財物採購、以議價方式辦理之採購，得免收押標金或保證金。(參照政府採購法第三十條)

公開方式：

- 一、招標公告：機關辦理公開招標或選擇性招標，應將招標公告或辦理資格審查之公告刊登於政府採購公報並公開於資訊網路。公告之內容修正時，亦同。(參照政府採購法第二十七條)
- 二、等標期公告：其自公告日或邀標日起至截止投標日止之等標期，應訂定十四日以上之合理期限，並於等標期內持續於機關門首公告。(參照政府採購法第二十八條)
- 三、發售：公開招標之招標文件及選擇性招標之預先辦理資格審查文件，包括投標廠商提交投標書所需之一切必要資料。應自公告日起至截止投標日或收件日止，公開發給、發售及郵遞方式辦理。(參照政府採購法第二十九條)

第四項 委託方式之選擇

屬於公權力或公共服務等業務事項，委託方式大部分以行政契約方式，依據行政程序法之規定為之。有少數個案則以行政處分（許可處分）方式為之。

內部事務委託部分，委託方式大都以私法契約方式為之。而從個案分析結果來看，依事務事項性質之不同，租賃、僱傭、委任或承攬契約均有可能。有關契約之內容，應依採購之特性及實際需要擇訂。行政院公共工程委員會於中華民國八十八年十月分別針對機關招標文

件、廠商投標文件，以及決標後簽約之契約文件，編印範本。³⁸內容極為詳盡，且兼顧各種契約之多樣化，預擬數種不同條款，供承辦人員選擇，極值參考。

一般而言，契約內容最好包含下列事項³⁹：

- 機關及廠商之名稱、地址及電話。
- 機關及廠商聯絡人之姓名及職稱。
- 契約所用名詞定義。
- 契約所含文件。
- 廠商工作事項或應給付標的。
- 機關辦理事項。
- 契約所用文字。
- 度量衡制。
- 簽約日期。
- 分包事項。
- 履約標的之產地。
- 證照之取得。
- 履約場所管理、進度管理、環境保護、工作安全與衛生、工地環境清潔與維護、交通維持或工作界面配合等事項。

³⁸ 行政院公共工程委員會編印，政府採購投標須知及契約範本彙編，民國八十八年十月。

³⁹ 「採購契約要項」乃行政院公共工程委員會於中華民國八十八年五月二十五日(88)工程企字8807106號函發布。

- 品質管理。
- 履約監督。
- 災害處理。
- 履約標的須標示之文字或符號。
- 履約處所或財物之收受地點及時間。
- 運輸方式。
- 包裝方式。
- 當事人雙方通知方式。
- 契約變更。
- 契約之轉讓。
- 查驗、測試或驗收之程序及期限。
- 履約標的之項目、數量、單價、分項金額及總價。
- 付款條件。
- 廠商應提出之文件。
- 保證金及其他擔保之種類、額度、繳納、不發還、退還及終止等事項。
- 契約價金依物價指數調整。
- 稅捐、規費及關稅之負擔。
- 履約期限。

- 逾期違約金。
- 保固或維修之期限及責任。
- 零配件供應。
- 權利及責任。
- 保險之種類、額度、投保及理賠。
- 契約之終止、解除或暫停執行。
- 履約爭議之處理。
- 準據法、訴訟及仲裁。
- 其他與履約有關之事項。

第五項 公正程序之遂行

維護公平交易秩序為政府一貫之政策，政府採購服務或物品，更應以身作則，不可有差別待遇之情形，訂定契約，行使權利或履行義務時，並應遵守公序良俗與誠信原則。

屬於公權力或公共服務等業務事項，若符合條件之受託對象有多人時，依據行政程序法有關公務員迴避規定、行政契約之事先公告要求，與決定前應予參與競爭者表示意見機會之程序規定，均係貫徹公正程序之規定。

其他內部事務或設施之委外辦理或經營之採購，在決定受託對象時，亦有迴避原則（參照前揭政府採購法第十五條）以及各種招標程序之要求與限制，亦含有公正程序之目的。在招標階段，依據政府採購法之法定程序與要件，採用公開招標或選擇性招標方式。為避免綁標之情事發生，相關業者之資格及招標公告應刊登于採購公報或透過

資訊網公開接受各界競標。即使是選擇性招標，機關辦理選擇性招標，應予經資格審查合格之廠商平等受邀之機會。機關建立之合格廠商名單，仍應隨時接受廠商資格審查之請求，並定期檢討修正。且未列入合格廠商名單之廠商請求參加特定招標時，機關於不妨礙招標作業，並能適時完成其資格審查者，於審查合格後，邀其投標。(參照政府採購法第二十一條)

此外，機關辦理採購人員為達行政目的，於不違反採購法規定之範圍內，得基於公共利益、採購效益或專業判斷之考量為適當之採購決定。亦有實質公正之意涵。

第六項 其他特殊程序之要求

政府委外辦理，直接獲利者為受委託人，為求公平，以採公開招標為原則，但若案件性質特殊，基於成本效益、國家安全或公務品質之考量，在受託對象、人員資格、招標程序應容許有特別程序之可能。

一、 限制性招標

政府採購法之規定，機關辦理公告金額以上之採購，符合下列情形之一，報經上級機關核准，得採限制性招標。所謂限制性招標，指不經公告程序，邀請二家以上廠商比價或僅邀請一家廠商議價。(參照政府採購法第二十二條)

- 以公開招標或選擇性招標辦理結果，無廠商投標或無合格標，但以原定招標內容及條件未經重大改變者為限。
- 屬專屬權利、獨家製造或供應、藝術品、秘密諮詢，無其他合適之替代標的者。
- 遇有不可預見之緊急事故，致無法以公開或選擇性招標程序適時辦理，且確有必要者。

- 原有採購之後續維修、零配件供應、更換或擴充，因相容或互通性之需要，必須向原供應廠商採購者。
- 屬原型或首次製造、供應之標的，以研究發展、實驗或開發性質辦理者。
- 在原招標目的範圍內，因未能預見之情形，必須追加契約以外之工程，如另行招標，確有產生重大不便及技術或經濟上困難之虞，非洽原訂約廠商辦理，不能達契約之目的，且未逾原主契約金額百分之五十者。
- 原有採購之後續擴充，且已於原招標公告及招標文件敘明者。
- 在集中交易或公開競價市場採購財物。
- 委託專業服務、技術服務或資訊服務，經公開客觀評選為優勝者。
- 以公告程序辦理設計競賽，經公開客觀評選為優勝者。
- 公營事業機構因營業需要，必須指定地區採購房地產，經依所需條件公開徵求勘選認定適合需要者。
- 購買殘障、原住民、慈善機構或受刑人所提供之非營利產品或勞務。
- 其他經主管機關認定者。

二、選擇性招標

機關辦理公告金額以上之採購，符合下列情形之一，報經上級機關核准者，得採選擇性招標：(參照政府採購法第二十條)所謂選擇性招標，指以公告方式預先依一定資格條件辦理廠商資格審查後，再行邀請符合資格之廠商投標。

- 經常性採購。
- 投標文件審查，須費時長久始能完成者。
- 廠商準備投標需高額費用者。
- 廠商資格條件複雜者。

第七節 政府業務委託民間辦理之法律關係

第一項 前言

有關政府業務委託民間辦理之法律關係，就該委託業務而言，至少可發生下述三面關係⁴⁰，即：(一)委託機關與受託者之委託關係、(二)受託者與第三者之人民間就委託業務所生關係、(三)第三者之人民與委託機關間就委託業務所生之關係。又所謂法律關係，通常係指因該具體業務所生之權利義務關係，依其性質，並考量與行政程序及後述爭訟救濟之問題，尚可分為公法關係與私法關係。茲進一步說明如下：

第二項 委託機關與受託者間之關係

有關委託機關與受託私人間關係之法律性質，原則上因其據以設立委託關係之委託行為以及委託業務性質之差異，而有不同。例如依行政處分或行政契約，設立委託關係者，二者間成立行政上法律關係；反之，其以私法方式，如私法契約設立委託關係者，則成立民事上法律關係。換言之，原則上委託機關與受託私人間之法律關係，依其委託行為之法律性質如何而定。

第三項 受託者與第三人間之關係

受託人民與第三人間之關係，依其受委託業務之性質如何以及該受託私人是否以自己名義與第三人發生法律關係，而有不同。亦即：

1.如受託私人係以自己名義獨立與第三人成立法律關係，且該業務屬郵電、交通、瓦斯、醫療之提供或私經濟行政者，因該業務通常以私法方式提供予第三人，故受託者與第三人間原則成立私法上法律關係。

⁴⁰ 此所謂「三面關係」係因有委託行為之介入所生委託者、受託者及第三人三者間之關係，因此，不同於一般所稱三面關係係因雙效的行政處分或複效的行政處分所生者。

2.反之，如以自己名義獨立以公法方式為受託業務之提供，則該受託私人立於受委託行使公權力之私人地位，而與第三人成立公法上法律關係，且其有關侵權行為之損害賠償責任，成立國家賠償關係⁴¹。

3.如受託者非以自己名義獨立實施受託業務者，其通常屬單純提供技術性或輔助性業務之事實行為，而屬於行政助手或行政輔助人之地位，原則上與第三人並不發生任何關係，有關受託業務之實施，僅於委託機關與第三人間發生。

第四項 第三人與委託機關間之關係

第三者之人民與委託機關間就委託業務所生關係，因受託者地位之不同而有異。亦即，如受託者係立於受委託行使公權力之地位者，則第三人與受託者間之關係，視同其與委託機關間之關係。反之，受託者如僅屬行政助手或行政輔助人者，由於就該委託業務係以委託機關之名義作成，故第三者之人民與委託機關間之法律關係，則應視該業務內容以及實施業務行為之性質如何，以判斷其成立公法關係或私法關係。

⁴¹ 訴願法第十一條、行政訴訟法第二十五條、國家賠償法第四條參照。

第八節 政府業務委託民間辦理之爭訟救濟

第一項 前言

於訴願法與行政訴訟法二法修正前，因有關行政爭訟之救濟方法，僅有處分撤銷訴訟一種，因此，除法律別有規定者外，實務上關於行政處分之撤銷以外之其他公法上爭議，均由普通法院審理。換言之，其有關爭訟救濟，除處分撤銷訴訟外，原則不問其法律關係性質屬於公法關係或私法關係，均由普通法院審理。

惟上開訴願法與行政訴訟法已於八十七年十月二十八日公布修正，明定除法律別有規定者外，舉凡公法上爭議，原則上應依行政爭訟方式救濟（行政訴訟法第二條參照）。因此，將來行政爭訟二法正式實施後，有關政府業務委託所生爭議之救濟，原則依其法律性質屬於公法上爭議抑或私法上爭議，分別以行政爭訟方式，或以調解、仲裁等民事上紛爭處理方式或民事訴訟途徑解決。宜注意者，由於我國採司法二元化之救濟體系，行政訴訟與民事訴訟分別由行政法院與普通法院審判。此一有關行政法院與普通法院間之審判權分配，不得以合意方式予以改變。因此，如某一法律關係所生紛爭屬於公法上爭議時，縱然該法律關係當事人曾以契約方式約定管轄之普通法院，亦不能使普通法院因此取得審判權。換言之，將來上開修正後之行政爭訟二法開始實施後，究竟依行政爭訟途徑抑或民事爭訟途徑解決紛爭，原則取決於該紛爭之性質是否屬於公法上爭議，並不因當事人之約定而改變其紛爭之法律性質。以下，分別說明其救濟途徑。

第二項 民事爭訟途徑

委託機關、受託私人、相對人或第三者之人民等相互間，其如成立私法上法律關係者，其有關爭議應依調解、仲裁等民事紛爭處理途徑，或提起民事訴訟解決。

此外，依政府採購法之規定，廠商與機關間關於招標、審標、決標、履約或驗收之爭議，得依該法第六章（異議及申訴）之規定，提出異議及申訴。但得標廠商與機關間之私法爭議，已提付仲裁、申（聲）請調解或提起民事訴訟者，不在此限⁴²。因此，如因政府採購行為所生爭議，尚得依上開政府採購法之規定，提出異議或申訴。其經採購申訴審議委員會審議判斷者，該審議判斷，依其性質，得視同訴願決定或調解方案，並附記爭訟或異議之期限⁴³。

第三項 行政爭訟途徑

原則上，於涉及公權力行使之情形，例如立於受委託行使公權力之私人與第三人間，其有關爭議屬於公法上爭議，應依行政爭訟方式解決。換言之，原則上因公法上原因（例如行政處分、行政契約、其他公權力行使行為等）所生爭議，均應依行政爭訟途徑解決。

此外，於前述應以民事訴訟途徑解決之情形，如其以行政處分是否無效或違法為據者，就該處分是否無效或違法，應依行政爭訟程序確定之⁴⁴。

第四項 國家賠償途徑

人民因公務員執行職務、行使公權力，故意或過失不法侵害其自由或權利者，或因其怠於執行職務致人民自由權利遭受損害者，或因公有公共設施設置管理有欠缺，致其生命、身體或財產受損害者，得請求國家賠償⁴⁵。此無論受託人係立於受委託行使公權力之私人地位（同法第四條參照），抑或單純之行政助手或行政輔助人，該委託機關均負國家賠償責任。至於委託機關與受託者間之內部關係應如何解決，則

⁴² 政府採購法第七十四條參照。

⁴³ 政府採購法第八十三條第一項參照。

⁴⁴ 行政訴訟法第十二條第一項參照。

⁴⁵ 國家賠償法第二條第二項、第三條第一項參照。

政府業務委託民間辦理類型及程序之研究

視其委託關係而定（例如成立契約之債務不履行責任或國家賠償之內部求償責任）。