

第三章 作為政府採購類型之一：勞務委外

第一節 政府採購法概述

近年來，由於福利國家思想盛行，國家任務增加，使國家負擔日益漸增，進而衍生出行政機關常藉私法行為之方式，達成行政之目的，即所稱之行政私法或私經濟行政。政府採購法即為一政府對於工程、財物或勞務有需求時，可依據進行委託外包或採買之法令。一般在行政法的區分上，政府行政行為應屬私經濟行政行為，則所適用之政府採購法亦應屬私法性質。然在政府採購法之規範中，在履約前之過程，如招標、審標及決標程序中，若發生爭議時廠商可依政府採購法提起異議及申訴，若廠商不服者，可再進入行政訴訟程序，此一公法程序介入使得政府採購法之法律性質產生模糊界線，並在學界及實務界對其法律性質之定位引起爭議，筆者在第一節中針對政府採購法之法律性質，依學界、實務界、及立法過程等多面向探討，希冀能有所釐清。

第一項 政府採購法立法背景與沿革

一、適用法規紊亂，無法規可一體適用

在尚未有政府採購法之前，我國採購法規繁多卻無一體系。政府採購法施行前，政府採購行為有依「審計法」、「審計法施行細則」、「機關營繕工程暨購置定製變賣財物稽查條例」…及其他各機關內部自行訂定之相關作業規定為辦理依據。然而上述法規，部分屬規範審計機關稽查採購程序之用；至於勞務獲取部分，則僅以行政命令作為各機關辦理之規範；而採購行為由於無法規命令可遵循，進而造成實務上各機關就不同性質之採購規定各式行政規則。其他或欠缺周延並無適用之一體性，此種無可一體適用法規之狀況不僅可能使各機關自行訂定之行政規則欠缺周延，甚至可能產生各機關作法解釋不一等情況⁸⁴。

二、採購弊端叢生、缺乏爭議處理機制

由於欠缺健全之採購制度，因此在採購法施行前可能會產生一些混亂現象，如廠商有偷工減料、圍標甚至黑道介入之情況；而採購機關可能會有使用議價浮濫、綁標或者有官商勾結…等情況發生使得政府採購問題層出不窮。而欠缺健全採購制度之另一問題即為「招標」爭議之處理，在採購過程中，招標屬「締約」

⁸⁴ 羅昌發，政府採購法與政府採購協定論析，2004，頁5；尹章華、倪文興、劉家熒，政府採購法釋義，2000，頁1-1-1。

前之爭議，即尚未成立契約關係，因此在招標過程中發生爭議，如廠商認為招標條件不合理、審標不公平或對決標結果有異議時，由於廠商與採購機關間並無契約關係，因此無法循民事訴訟途徑解決，在投訴無門情況下，在採購法施行前，無法投訴之廠商只好尋求非正式管道，如到處陳情或者發黑函攻擊執行招標作業之機關⁸⁵。因此政府採購法訂定後特別建立在招標、審標及決標中之審議及申訴機制以解決此現象，然也因此產生法律性質不明確之情形，筆者留待以下敘述。

三、遵從政府採購協定規範

早在 1985 年，行政院經濟革新委員會早已提出「政府機關及公營事業採購行政革新方案」建議制訂採購法，以統一採購法規之紊亂現象，然而政府採購法草案卻遲至 1997 年才頒訂施行。頒訂施行之因素是由於當時我國雖尚未加入世界貿易組織（WTO），但許多國家對我國採購市場有興趣，且要求我國必須簽署政府採購協定（Agreement on Government Procurement，簡稱 AGP），因此在我國相關採購規範與政府採購協定之規範有相當大差異之下，而重新訂定了政府採購規範以符合政府採購協定之內容要求⁸⁶。因此若稱國際因素為我國迅速訂定政府採購法最重要之立法背景亦不為過。

壹、立法過程⁸⁷

如前所述，在 1985 年，行政院經濟革新委員會就已提出「政府機關及公營事業採購行政革新方案」建議制訂政府採購法。但直至為因應我國簽署政府採購協定需調整相關法規，行政院才於 1994 年 11 月以內政部研擬之「機關工程財物暨勞務法草案」及政府採購協定為藍本，並指定經濟建設委員會及公共建設督導會報（行政院公共工程委員會之前身）研訂政府採購條例（草案）。

行政院並於隔年成立「政府採購專案小組」以統籌研商處理政府採購制度、法令之研訂及相關事宜。由於政府採購所涉之問題相當廣泛、龐雜，因此歷經多次會議及說明會後，終於於 1996 年函送立法院審議，於 1998 年 5 月 1 日完成三讀，同月 27 日公布政府採購法，並自公布一年後施行。政府採購法全文分八章，共一百四十條，「行政院公共工程委員會」為主管機關；1999 年 6 月 2 日稽查條例亦配合公布廢止。

⁸⁵ 王慧綾，評政府採購法草案對適用範圍之規定，月旦法學雜誌第 28 期，1997，頁 63；王珍玲，論政府採購法中異議及申訴制度，月旦法學雜誌第 73 期，2001，頁 120 以下。

⁸⁶ 羅昌發，政府採購法與政府採購協定論析，2004，頁 6；王慧綾，評政府採購法草案對適用範圍之規定，月旦法學雜誌第 28 期，1997，頁 63。

⁸⁷ 林鴻銘，政府採購法之實用權益五版，2003 年 4 月，頁 31。

貳、修法沿革

一、2001 年第一次修法

此次修法僅為小幅更動。依原政府採購法第七條之規定，所稱財物係指各種物品、材料、設備、機具與其他動產、不動產、權利及其他經主管機關認定之財物。然在「各種物品」中，「生鮮農漁產品」為食品之一種，具有易腐性且具有生命現象，品質在短時間內易生變化與一般「物品」性質實有不同。再者，招標方式中大部分均以「最低價格」為決標之依據。然因生鮮農漁產品價格每日均有變動，且產品種類繁多，在招標決標時無法以「價格」作為基準，於招標實務作業上有極大困難。因此於 2001 年 1 月 10 日公布修正，將生鮮農漁產品排除於政府採購法第七條之財物適用範圍內⁸⁸。

二、2002 年第二次修法

政府採購法在施行後，行政院公共工程委員會為配合電子商務之趨勢及行政程序法之施行，並落實全國行政革新會議推動全面法規鬆綁，因而提出政府採購法之修正草案，其中以第二章招標及第六章爭議處理修正幅度最大，此次亦為修法幅度最大之一次。修正內容包括採購程序之決定免報上級機關、增列限制性招標事由、修正押標金與保證金規定、增訂電子採購作業機制，及關於異議申訴及履約調解之修正⁸⁹。

關於廠商異議申訴及履約調解之修正，由於涉及後續對於政府採購行為法律性質之探討，因此於此先將修正內容作簡單敘述。在行政院提出之修訂草案中認為政府採購行為屬私經濟行為，因此已有契約關係之履約或驗收爭議應循民事訴訟途徑解決，使救濟制度單純化，且法規中所訂之調解制度已足供救濟管道。若依原規定履約或驗收爭議得由得標廠商自由選擇適用申訴程序，將造成救濟體系衝突。因此刪除履約或驗收爭議得提出異議及申訴之規定，並將審議決定之效力賦予單一效力，使其視同訴願決定⁹⁰。

即在此次修正中，「爭議處理」制度包括「異議與申訴」、「履約爭議調解」。其中異議申訴制度是規範廠商與機關在招標、審標及決標之過程，雙方尚未成立契約關係之救濟制度，且審議判斷視同訴願決定；而在廠商與機關成立契約關係後所生之爭議，即在契約履約及驗收階段之爭議處理機制則為履約爭議調解。

⁸⁸ 參閱立法院公報 90 卷第 5 期院會記錄，頁 650，立法院法律系統網站 <http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lglaw?@@1804289383>，最後點閱日期：2009-03-10。

⁸⁹ 林鴻銘，政府採購法及其子法修正簡介，萬國法律第 127 期，2003，頁 25-29；同作者，政府採購法之實用權益五版，2003 年 4 月，頁 33。

⁹⁰ 參閱立法院公報 91 卷第 10 期院會記錄，頁 567，立法院法律系統網站 <http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lglaw?@@1804289383>，最後點閱日期：2009-03-10。

第二項 政府採購行為之法律性質

壹、學說

一、公法行為說⁹¹

(一) 學說論點

學者認為行政機關在執行行政任務時，若可自行決定公私法之適用範圍，則可能導致行政機關藉以任意逃避公法領域之規範，導致行政機關在進行私法行為時，不適用法律保留、不受憲法基本權利拘束。再依主體說，若契約當事人一方為行政機關者，皆得視為行政契約，而不論契約內容具有公法或私法性質，即儘管國家從事私經濟行為，應一律認定為公法行為，並受憲法拘束⁹²。⁹³

歷年有許多學者及實務界為了能為區分公、私法提出許多不同學說、見解。近年有學者認為與其讓學者與實務界花費精力去鑽研注定會徒勞無功的各種學說，不如化繁為簡，透過立法途徑，或直接採行為主體說，將一切契約，只要有行政機關參與為契約當事人者，無論是否有法規依據，皆一律視為公法契約。學者主要認為(1)此種將一切化繁為簡之定性法的最大優點為簡單清楚且易操作；(2)國家非基本權主體無法主張私法自治(3)通說已承認縱使為國家之國庫行為仍須受公法原理原則之拘束，再主張其為私法契約豈不格格不入。而國家締約行為若有政府採購法之適用，其適用不因該締約行為轉定性為公法行為而受影響，因適用重點在於該行為是否屬政府採購行為，而不在於公私法屬性上。⁹⁴

⁹¹ 採此說之學者有許宗力、林明鏘，學者認為在公私法判別上，若契約一造當事人為行政機關者，不妨先推訂為行政契約，再擴大解釋「行政法上之法律關係」亦含私法性質者在內（如政府採購契約）、陳櫻琴；參閱許宗力，雙方行政行為—以非正式協商、協定與行政契約為中心，世紀經濟法制之建構與挑戰—廖義男教授六秩華誕祝壽論文集，2002，頁 279 以下、林明鏘，行政契約，收錄於蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏合著，行政程序法實用第三版，2006，頁 323、陳櫻琴，公共工程締約之法規範控制，月旦法學雜誌第 18 期，1996，頁 23。

⁹² 蔡茂寅，行政契約相關問題之研究—以公、私法契約的判準為中心—，世紀經濟法制之建構與挑戰—廖義男教授六秩華誕祝壽論文集，2002，頁 305。

⁹³ 劉倩姣，政府採購之救濟制度—以政府採購之法律性質為中心，國立政治大學法律學研究所碩士論文，1997，頁 47 以下。

⁹⁴ 許宗力，雙方行政行為—以非正式協商、協定與行政契約為中心，世紀經濟法制之建構與挑戰—廖義男教授六秩華誕祝壽論文集，2002，頁 279 以下；亦有學者認為在公私法判別上，若契約一造當事人為行政機關者，不妨先推訂為行政契約，再擴大解釋「行政法上之法律關係」亦含私法性質者在內（如政府採購契約），參閱林明鏘，行政契約，收錄於蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏合著，行政程序法實用第三版，2006，頁 323。

(二) 學說之缺點

將政府採購行為導入公法取向理論推翻其私法性質，原有避免國家之國庫行為有「規避公法，遁入私法」之用意。然若採主體說，則將使行政主體所締結之契約，不分私法性質或公法性質，一概被歸類為行政契約，使行政主體喪失締結「私法契約」之可能性⁹⁵。且依此，則許多一般所認為國家與私人間之私法關係均會成為公法契約，若依此說則等於一概否定上述行為之私法性質，似有不妥⁹⁶。

再者，若率將政府採購行為重新認定歸類為公法行為，則其所產生之新困難恐將遠遠超過其所解決之問題。如履約爭議會變成行政契約之爭議，需依行政訴訟解決爭議，不能依仲裁及民事訴訟解決。但以現實面來說，行政法院亦無法負荷突如其來眾多之爭議案件，亦會導致調解、仲裁等制度無法發揮疏散訟源之功能。因此有學者認為在將之歸類為公法行為前，應先就將採購行為歸為公法行為後對私人權益、公益及法律安定性等基本價值所產生之影響再予審慎評估。⁹⁷

二、私法行為說⁹⁸

(一) 學說論點

行政任務可依不同之任務目的其需求使用公法或私法形式進行行政任務，依此行政行為可分為公權力行政與私經濟行政。私經濟行政，又稱為國庫行政⁹⁹，是指國家非居於公權力主體地位行使其統治權，而是處於與私人相同之法律地位，並在私法支配下所為之各種行為¹⁰⁰，其中政府採購行為即屬私經濟行政下之「私法型態之輔助行為¹⁰¹」。

此說學者認為，儘管行政機關在辦理採購時，須遵守預算法、審計法、採購

⁹⁵ 林明鏘，評論「三軍委製協議書」，台灣本土法學第 13 期，2000，頁 114。

⁹⁶ 許宗力，法與國家權力，1999，頁 58。

⁹⁷ 李嵩茂，政府採購招標爭議之法律性質與政府採購法草案招標爭議處理制度之評析，經社法制論叢第 22 期，1998，頁 116；林家祺，政府採購法之救濟程序，得聲國際法律事務所叢書(四)，2002，頁 31。

⁹⁸ 採此說之學者有王珍玲、張祥暉、李嵩茂；參閱王珍玲，論政府採購法中異議及申訴制度，月旦法學雜誌第 73 期，2001，頁 121、張祥暉，政府採購法修法後之問題探討，台灣本土法學第 47 期，2003，頁 11、李嵩茂，政府採購招標爭議之法律性質與政府採購法草案招標爭議處理制度之評析，經社法制論叢第 22 期，1998，頁 113。

⁹⁹ 「國庫行政」者，是指公行政立於國庫之地位，以私法之法律形式所為之行政行為。今日所謂「國庫」，是作為私法主體，亦即作為私法交易當事人之國家或國內公法團體。國家此一法律人格者，得以公法或私法之形式出現。而國庫則是國家以私法形式出現時之稱謂。參閱陳敏，行政法總論四版，2004，頁 661 以下。

¹⁰⁰ 私經濟行政行為可分為：(一) 為達成行政上之任務，所採取之私法型態的行為，(二) 以私法組織型態或特設機構方式所從事之營利行為，(三) 私法型態之輔助行為，(四) 參與純粹之交易行為。參閱吳庚，行政法之理論與實用增訂十版，2007，頁 12 以下。

¹⁰¹ 私法型態之輔助行為：行政機關為推行行政事務需要物資或勞務之支援，常以私法行為取得，如營造或租用辦公廳舍、採購公務用品、訂購武器、消防器材以及僱用臨時性之工作人員等均屬此類輔助行為。參閱吳庚，行政法之理論與實用增訂十版，2007，頁 13。

法令等公法規範，然此類公法上之拘束與限制僅屬於採購機關與行政監督機關間之內部關係，機關辦理採購時所進行之相關程序是否符合相關法令，則屬辦理採購人員有無疏失問題，並不影響已簽訂私法契約之效力問題¹⁰²。

再依照政府採購法行政院草案對爭議制度建構的立法理由，此說認為政府採購契約在訂定之後，若有爭議仍依民事爭訟途徑解決，惟在招標、決標階段，廠商與機構間並無契約關係，為增加此階段之救濟途徑以保障廠商權益，才訂定異議、申訴制度，制度創立是為了建立一公平、公正、公開之採購制度以達立法目的，申訴制度僅為「補足」契約成立前之救濟困境，並不因此變更或決定政府採購行為屬私經濟行為之本質¹⁰³。

（二）學說之缺點

較早有學者認為國家之國庫行為非處於國家地位，因此不受一般公法原理原則，尤其是基本權利之拘束¹⁰⁴。則認為若認同行政機關可以私法形式執行行政任務，則可能會產生「公法遁入私法」之現象，使國家之行為可擺脫公法而不受憲法基本權之拘束。

然目前通說已認為國家之公法或私法行為一律應受基本權利之拘束。憲法之基本權利規範主要是用以保障人權，以對抗來自國家之侵犯，則在國家之私法行為自有可能侵犯人權之情況下，儘管為國家之國庫行為，仍不可排除於基本權利拘束之範圍外¹⁰⁵。且政府之採購行為常可能會引起鉅額交易量，因此對於市場之影響可謂舉足輕重，因此交易對象之決定與交易進行，在規範上雖屬私法關係，但仍應與其他行政一般受憲法拘束¹⁰⁶。據此，行政機關自無法藉由將行政任務以私法形式執行而擺脫公法之拘束，即產生所謂「遁入私法」之現象¹⁰⁷。

¹⁰² 林家祺，政府採購法之救濟程序，得聲國際法律事務所叢書（四），2002，頁 19。

¹⁰³ 王珍玲，論政府採購法中異議及申訴制度，月旦法學雜誌第 73 期，2001，頁 122；李旭銘，採購行為與雙階理論（下），法令月刊第 54 卷第 6 期，2003，頁 599。

¹⁰⁴ 許宗力，法與國家權力，1999，頁 10 以下。

¹⁰⁵ 同前註，頁 40 以下。

¹⁰⁶ 黃茂榮、張志銘，政府業務委託民間辦理相關法制之研究，植根雜誌第 15 卷第 8 期，1999，頁 34。

¹⁰⁷ 陳敏，行政法總論四版，2004，頁 670。

三、雙階理論¹⁰⁸

(一) 學說論點

此說主要是由德國學者在二十世紀就公行政之補助行為所發展出來。當時法律見解認為補助貸款為國家之私法性質，發生爭議時毫無救濟途徑，因此提出在私法性質之貸款給予之前，加入行政處分性質之同意決定¹⁰⁹。其中第一階段為公法性質，第二階段則為私法性質。其後雙階理論普遍適用於其他給付行政領域。

有學者認為在政府採購法中實已將雙階理論引進我國法制體系，「…審議判斷，視同訴願決定，是關於採購契約訂定前之前階段招標、審標等行為，政府採購法將之定位為行政處分，適用行政爭訟作為救濟途徑，而後階段之履約，如有爭議自屬民事爭執之一種，形成標準的兩階段理論…」¹¹⁰。即我國政府採購行為在實務上，履約階段故屬私法性質之法律關係，然在招標階段，採購機關所受之監督，是以行政監督之公法規範為主，因此可將我國對於政府採購行為之規範以雙階理論來理解，即在招標階段屬公法行為，履約階段則屬私法行為¹¹¹。不過學者亦有提及，此雙階理論引進是因政府採購法之特殊規定，若再遇到此種兩階段行為時，傾向於不妨整體認定為行政契約¹¹²。

(二) 學說之缺點

雖政府採購行為包括招標階段與履約階段，與補助行為包括決定補助與履行補助前後兩階段有相似之處，然有學者認為雙階理論原本是針對經濟補助行為是否受基本權利拘束之問題而提出。而政府採購行為主要為行政輔助行為，同為取得機關推定業務所需之人力及物資之私法行為，其與決定補助之行為是「直接」執行國家任務之本質顯有不同，因此無法完全適用雙階理論¹¹³。

¹⁰⁸ 採此說者有吳庚、林鴻銘、林家祺，學者林家祺認為在政府採購施行後應採雙階理論，然學者所認為之雙階理論是以有無締約為主，區分前段屬公法性質後段屬私法性質，與德國學者於 20 世紀 50 年代所提出原是用於解決政府之經濟補助行為，第一階段屬國家在決定是否給予補助時之決定，第二階段則為執行補助行為時之契約關係，在概念上稍有不同、程明修，學者程明修認為在修法後之設計可謂一種法律明訂之雙階法律關係；參閱吳庚，行政法之理論與實用增訂十版，2007，頁 148 以下、頁 460、林鴻銘，政府採購法之實用權益，2003，頁 233 以下、林家祺，政府採購法之救濟程序，得聲國際法律事務所叢書（四），2002，頁 23；程明修，雙階理論之虛擬與實際，東吳大學法律學報第 15 期第 2 卷，2004，頁 183。

¹⁰⁹ 即在第一階段中，行政機關對當事人之貸款申請，首先在公法上以行政處分為同意或拒絕之決定。若行政機關為同意決定則在第二階段與受補助人締結私法之「消費借貸契約」。而若對行政機關之決定不服者，可提行政訴訟以求保護。參閱陳敏，行政法總論四版，2004，頁 676 以下。

¹¹⁰ 吳庚，行政法之理論與實用增訂十版，2007，頁 148 以下、頁 460。

¹¹¹ 林家祺，政府採購法之救濟程序，得聲國際法律事務所叢書（四），2002，頁 21。

¹¹² 吳庚，行政法之理論與實用增訂十版，2007，頁 460。

¹¹³ 陳重見、顏世翠，論政府採購法與行政程序法之競合（上），軍法專刊第 49 卷第 2 期，2003，頁 31。

再者，若將政府採購分割成兩個不同法律領域，則同一事件便會產生兩種不同之法律救濟途徑，使會問題變複雜，有礙法之安定性¹¹⁴。然認同雙階理論之學者認為此理論確實會有此種缺失，然此問題是廣泛存在於各行政法院間或各普通法院間。且目前已有實定法加以解決，應不致有礙法安定性，且目前實務上已依雙階理論運作，並未如論者所稱造成重大困擾¹¹⁵。

且關於政府採購爭議，尤其是關於招標之爭議，究屬公法關係或私法關係，需是以立法政策由法律明文或學者判例重新加以界定。因此既然已有採購法明訂為公法關係之論據，則可認為是立法機關衡酌功能及性質後之政策上決定，似無須再為法律以做成之政策加以爭執，徒增不必要之困擾。¹¹⁶

貳、行政院公共工程委員會及法務部之函釋見解

行政院公共工程委員會對於政府採購行為之定性始終認定為屬私經濟行政行為，非屬行政程序法第二條第一項所規範之行政行為，不適用行政程序法¹¹⁷。法務部更於法務部「行政程序法諮詢小組」第三十一次會議紀錄中提出結論，認為政府採購行為屬私經濟行為，而於採購法第六章納入異議、申訴及審議判斷等爭議之救濟程序規定，立法目的係鑑於廠商於招標、審標、決標階段，與機關並無契約關係，難有可提起訴訟之訴因，為維護其權益，並兼顧政府採購之時效性需求，特參酌政府採購協定訂定爭議處理機制，使廠商進入採購程序後賦與廠商救濟之管道，且使相關救濟程序較為明確、單純可行，惟並非由此將私經濟行為之採購爭議處理結果之法律性質改變為行政處分¹¹⁸。

由此，若因政府採購機關違反法令而致廠商損失，則因政府採購行為屬政府機關立於私法主體之地位從事一般交易之行為，故屬國庫行為或屬行政輔助行為，非公權力行使，自不生國家賠償問題，若採購機關有違法致損害，則應依普通民事法之規定請求賠償。¹¹⁹

¹¹⁴ 張祥暉，政府採購法爭議處理機制之問題探討，月旦法學雜誌第 56 期，2000，頁 119 以下。

¹¹⁵ 林家祺，政府採購法之救濟程序，得聲國際法律事務所叢書（四），2002，頁 26、28。

¹¹⁶ 同前註，頁 27。

¹¹⁷ 參閱行政院公共工程委員會（89）工程法字第 89023741 號。

¹¹⁸ 參閱法務部（91）法律字第 0910700625 號。

¹¹⁹ 參閱法務部（88）法律第 041682 號。

參、司法實務

在法院判決中，筆者依司法院法學資料檢索系統中判決書所收錄年份範圍，搜尋包括最高法院、台灣高等法院、最高行政法院及高等行政法院之民事及行政判決。筆者發現法院判決對政府採購行為之法律性質在政府採購法施行後尚未見有採「公法規範說」見解者，對於在目前之爭議處理制度下多採「雙階理論」或「私法行為說」，其中又以採「雙階理論」者較多數，以下分別簡單敘述之。

一、採雙階理論¹²⁰

採雙階理論之判決多認為雖認同政府採購行為屬私經濟行政行為之範疇，然立法者在設計爭議處理制度時已具有採雙階理論之意涵，而尤其在 2002 年政府採購法修法時以契約關係是否成立為分界採不同爭議處理方式後，許多判決皆認為此已確定立法採雙階理論，並表示遵從；而亦有判決認為，政府之採購行為屬公法或私經濟行為未可一概而論，似認為在現行制度規範下政府採購行為在不同階段屬不同行為性質。

最高行政法院 93 年 2 月份庭長法官聯席會議（二）¹²¹

「…按行政機關為推行行政事務，常以私法行為之方式取得所需要的物質或勞務上之支援，學理上稱之為「行政輔助行為」，屬於私經濟行政（國庫行政）範疇之一，而政府採購法所稱之「採購」行為即為一適例，此際政府乃處於與私人相當之法律地位，並受私法之支配，其所生法律關係固屬私權性質，惟參諸九十一年二月六日修正公布之政府採購法第七十四條明確規定…另同法第八十五條之一第一項第一款則規定，…，足徵立法者對於採購爭議之解決，已採用學理上所稱之「雙階理論」，即以廠商與機關間是否進入訂約程序，…，此與司法院大法官釋字第五四〇號解釋理由書所闡釋…之意旨，即對於同屬私經濟行政之行政私法所生之爭議，以雙方當事人是否已進入訂約程序，而決定應循行政爭訟或

¹²⁰ 除以下列舉者，尚包括台北高等行政法院九十年度訴字第六八一〇號裁判、台北高等行政法院九十一年度訴字第一九七一號裁判、台北高等行政法院九十三年度訴字第六九六號裁判、最高行政法院九十七年度判字第七四一號判決、高雄高等行政法院九十一年度訴字第四號裁定、高雄高等行政法院九十年度訴字第一九三二號裁定、台北高等行政法院九十三年度訴字第〇二七八五號裁判、台中高等行政法院九十四年度簡字第〇〇二三九號判決、台北高等行政法院九十六年度訴字第〇〇一六九號裁判、最高行政法院九十五年判字第〇一九九六號判決。

¹²¹ 採此理由者尚包括台北高等行政法院九十四年度訴字第〇三四三八號裁判、台北高等行政法院九十五年度訴字第〇一二五一號裁判、台中高等行政法院九十二年度訴字第九六九號判決、高雄高等行政法院九十五年度訴字第〇〇九八五號裁定、高雄高等行政法院九十一年度訴字第一〇九一號裁定、高雄高等行政法院九十一年度訴字第一一三〇號裁定、高雄高等行政法院九十一年度訴字第六九〇號裁定。

民事訴訟程序謀求救濟之司法實務之看法一致。準此，關於政府採購法相關爭議之性質，依本件行為時政府採購法之規定及其修法意旨，若為訂約前之爭議者…」

台北高等行政法院九十四年度訴字第 0 二 0 二四號裁判¹²²

「…固謂：『沒收押標金部分，係因採購契約履約問題所生之爭議，屬私權糾紛而非公法爭議，行政法院無審判權，應以裁定駁回…』，但應限於『已經決標後，得標廠商未依約履行所生之爭議』，至若尚未決標前，因認定投標不合程式不予決標…則係行政機關依國家高權行使所為之行政處分，依尚前實務上所採『兩階段理論』，尚難認定係屬『行政輔助行為』之『私經濟行政』之範疇…」

最高行政法院九十三年度裁字第六二五號裁定¹²³

「…按政府採購法係為建立政府採購制度，依公平、公開之採購程序，提升採購效率與功能，確保採購品質而制定，該法第一條定有明文。是政府機關依政府採購法進行採購之行為，究為政府機關執行公權力之行為或係立於私法法律地位所為私經濟行為，未可一概而論。…由上開規定可見立法政策係採購機關之招標、審標、決標等訂約前之作為為執行公權力之行為…；訂約後之履約、驗收等爭議，則以調解或仲裁程序解決。…」

二、採私經濟行為¹²⁴

採私經濟行為說之判決，大部分將重點置於立法者設定爭議處理機制之原意與政府採購行為本質屬私經濟行為上，認為政府採購行為原本即屬私經濟行政中之行政輔助行為，並受私法之支配；而在採購機關與廠商契約關係成立前所生爭議之爭議處理機制僅為額外增加之救濟途徑，並不因此影響政府採購行為屬私經濟行為之本質。不過與採雙階理論之判決相較之下，採私經濟行為說之判決顯較為少數。

¹²² 採相同理由者尚包括台北高等行政法院九十四年度訴字第 0 一八七七號裁判、台北高等行政法院九十四年度訴字第 0 二 0 三一號裁判、台北高等行政法院九十五年訴字第 0 三五四九號裁判、台北高等行政法院九十七年度訴更一字第四十九號裁判、最高行政法院九十七年度判字第一 0 六二號判決。

¹²³ 採相同理由者尚包括台灣高等法院九十四年度上國字第十七號民事判決、台灣高等法院九十五年上國字第 16 號民事判決。

¹²⁴ 台北高等行政法院九十七年度停字第 0 0 0 四六號裁定、最高行政法院九十四年度裁字第 0 0 0 三四號裁定。

高雄高等行政法院九十三年度訴字第二〇八號判決

「…按政府採購行為之性質，依通說及實務見解，向來認為政府機關辦理採購，係立於私法主體地位從事私經濟行政中之行政輔助行為，應受私法之支配，故政府採購行為應為私法行為。我國政府採購作業實務，從招標、決標、締約至履行各階段，採購機關之地位與一般私人並無不同，僅因其執行政府預算而受到較多之行政監督及限制，政府從事採購行為時，並非居於公權力主體之地位行使其統治權，而係屬於與一般私人無異之地位與廠商訂立採購契約，縱使目前實務認政府採購案件就決標前所生之爭議，應循行政爭訟途徑解決，決標後所生之履約問題，則屬民事糾紛，應循民事程序解決，然上開區別並不影響政府採購為私法行為之本質…」

高雄高等行政法院九十年簡字第三九六六號裁定¹²⁵

「…政府機關辦理採購，係立於私法主體地位從事私經濟行政中之行政輔助行為…。次按政府採購法第七十四條之立法理由，略以：『政府採購行為一向被認定係私經濟行為…故為增加廠商之救濟及保護，並兼顧政府採購之時效性需求，爰參酌政府採購協定第二十條之規定，訂定異議及申訴程序…』，觀之，乃屬行政機關自我審查之性質，即行政機關內部之監督規範，為行政機關辦理採購時之取締規定而非效力規定。換言之，該等規定與政府採購契約之效力並無直接關連，故縱使採購機關未依該等規定辦理採購，亦不影響其與廠商締結採購契約之效力，充其量亦只生採購人員之行政責任而已。準此，政府採購法中異議及申訴制度，一方面既可達到行政監督之目的，另一方面廠商與採購機關現行之權利義務關係亦不受變更，僅額外增加爭議處理方法而已。…」

台北高等行政法院九十一年度訴字第二二一四號裁定

「…按審議判斷視同訴願決定，所謂『視同』訴願決定，僅使廠商就申訴審議判斷得有一司法救濟途徑…而機關招標、審標、決標、履約或驗收行為，指國家處於與私人相當之法律地位，並在私法支配下所為之私經濟行政行為，其既非居於公權力主體地位行使其統治權，尚非行政處分可比…惟於立法政策上，為使廠商得有一司法救濟途徑，因此，於政府採購法第八十三條規定，…，然非此謂申訴審議判斷『即為』訴願決定，亦非由此而改變私經濟行政行為或其爭議處理之法律性質…」

¹²⁵ 採相同理由者尚包括台灣高等法院民事判決九十一年度上易字第三一六號判決、高雄高等行政法院九十年簡字第三九六八號裁定。

關於司法實務上對於政府採購行為究採雙階理論或私經濟行為說，目前觀看
在筆者所查詢之法院判決範圍內，較多數法院判決是採雙階理論。而關於司法實
務之見解學者們有部分討論，亦有學者是認同法院採取雙階理論之觀點¹²⁶。

肆、立法及修法理由

在立法過程中，行政院草案與立法院審議過程中，對於政府採購之法律性質
即有明顯不同之見解。在行政院草案中提及「政府採購行為一向被認定係私經濟
行為，廠商與機關之間如有爭議，本應循民事程序解決，惟因廠商於招標、決標
階段，與機關並無契約關係，雖有可供提起訴訟之訴因，故為增加廠商之救濟與
保護，並兼顧政府採購之時效性需求，爰訂定異議及申訴程序¹²⁷」。依上述，行
政院原本之想法從「…本應循民事程序解決…」字句中來看，應是將政府採購法
之法律性質定為私法性質，而「異議及申訴」程序之訂定僅是為保障廠商權益，
才增訂一救濟管道，此並未影響廠商與機關間為一私法契約之本質。

然在立法院審議過程中，對於異議及申訴制度建立產生了政府採購行為係屬
公法或私法之討論，最後採取折衷見解，以調和不同意見。並認為對於公法、私
法之性質區別問題，則讓學說上的分類問題交由最高法院和行政法院去解決。因
此在立法過程中可知，政府採購之法律性質是以政府採購契約關係成立與否為
界，無契約關係時為公法事件；契約關係成立後則為私法事件，由上可知，其立
法概念中即隱含了「雙階行為」之概念。¹²⁸其後在 2002 年修法過程中，為避免
救濟體系產生競合，使救濟程序更為明確、單純可行，因此將爭議處理機制以契
約關係成立為界，成立前採異議、申訴之公法程序；成立後履約、驗收爭議則採
調解、仲裁之民事訴訟程序。此次修法雖未在修法理由中提及雙階理論之適用，
然在學界及司法實務上顯已有部分認為此即為雙階理論之採用。

¹²⁶ 對於法院判決採取雙階理論或私經濟行為之看法，有學者於其文章及註釋中提出看法，參閱
程明修，雙階理論之虛擬與實際，東吳大學法律學報第 15 卷第 2 期，2004，頁 183 以下。

¹²⁷ 參閱立法院公報 87 卷 20 期院會記錄，頁 134。

¹²⁸ 參閱立法院公報 86 卷 24 期委員會記錄，頁 348 以下；張祥暉，政府採購法修法會之問題探
討—以九十一年二月修頒版本為核心—，台灣本土法學第 47 期，2003，頁 7。

伍、小結

觀看目前我國學說、行政機關解釋與司法實務之運作，在司法實務上已可明顯看出許多法院判決、裁定在政府採購法修法後已採用雙階理論一說，但筆者在學說上尚無法看到一通說存在，儘管為未被司法實務及行政機關解釋所採之公法規範說，近年仍有學者採用，因此未可稱政府採購行為之法律性質在學界有通說。而在行政機關解釋方面，從草案立法理由到現今所發佈的函釋中，皆認為政府採購行為屬私經濟行為。若回歸立法宗旨，政府採購法第一條即明訂，「為建立政府採購制度，依公平、公開之採購程序，提升採購效率與功能，確保採購品質，爰制定本法」。在此初衷下所創設之審議申訴制度之主要目的仍在建立公正、公平、公開之採購機制，立法者之目的乃在增加廠商之救濟及對時效性之需求，而未以申訴制度決定或變更採購行為性質之用意¹²⁹。

第三項 政府採購適用範圍

依政府採購法對適用範圍之規定，包括第三條所訂，規範之採購主體包括政府機關、公立學校及公營事業；及第四條，包括接受機關「獎助」、「捐助」或其他類似方式動支機關經費辦理採購之法人或團體。

此外，機關辦理政府規劃或核准之交通、能源、環保、旅遊等建設，經目的事業主管機關核准開放廠商投資興建、營運者，其甄選投資廠商之程序，除非有其他法律另有規定外，可適用政府採購法之規定¹³⁰。而其他法律規定如，促進民間參與公共建設法、促進產業升級條例、都市計畫法、大眾捷運法、停車場法…等。軍事機關之採購，原則上應依政府採購法之規定辦理。但武器、彈藥、作戰物資或與國家安全或國防目的有關之採購，為因應國家面臨戰爭、戰備動員或發生戰爭時，不在此限¹³¹。

其他可排除適用政府採購法部分規定者尚包括¹³²，包括機密或極機密之採購、確因時效緊急，有危及重大戰備任務之虞者、以議價方式辦理之採購；國家遇有戰爭、天然災害、癘疫或財政經濟上有重大變故，需緊急處置之採購事項；人民之生命、身體、健康、財產遭遇緊急危難，需緊急處置之採購事項；公務機

¹²⁹ 李旭銘，採購行為與雙階理論（下），法令月刊第 54 卷第 6 期，2003，頁 599。

¹³⁰ 政府採購法第 99 條。

¹³¹ 參閱羅昌發，政府採購法與政府採購協定論析，2004，頁 61 以下；黃鈺華主編，政府採購法解讀—逐條釋義，2003，頁 8 以下；尹章華、倪文興、劉家熒合著，政府採購法釋義，2000，頁 2-1-13 以下；王慧綾，評政府採購法草案對於適用範圍之規定，月旦法學雜誌第 28 期，1997，頁 64 以下。

¹³² 政府採購法第 104 條、105 條。

關間財物或勞務之取得；依條約或協定向國際組織、外國政府或其授權機構辦理之採購。

壹、採購主體

一、政府機關

此所稱之「政府機關」，包括中央及地方政府機關，如行政院及其所屬各部會機關、地方自治團體等。且不限於行政機關，立法院、司法院、考試院及監察院所屬機關也均包括在內。上述政府機關辦理採購事項均適用政府採購法之規定，但若機關之採購金額低於公告金額，則可另由中央或地方政府定期招標方式。

二、公立學校

「公立學校」之法律性質為一種「營造物¹³³」。而在行政法上，營造物除了公立學校外，尚包括公立醫院、博物館、圖書館等。至於公立學校內之員工消費合作社及家長會，並非屬學校內部單位，因此其所辦理之採購不適用政府採購法。

在政府採購法中對於屬「營造物」之採購主體僅提及公立學校，而並未對其他營造物有所規定。有學者認為為有效監督採購行為，達到透明、公平、競爭之採購，對於公立學校以外之公營造物，在解釋上應可將「政府機關」擴大解釋，將之包含在「政府機關」之範圍內而適用本法相關規定¹³⁴。

三、公營事業

對於公營事業之定義，在政府採購法中並未有一明確之範圍規定，而目前對公營事業之定義，在我國現行法中亦未有一統一之定義，而是各法律根據其立法目的，決定適當之內涵，包括審計法¹³⁵、國營事業管理法¹³⁶及公營事業移轉民營條例¹³⁷中皆有各自對公營事業之定義。而有學者認為公營事業之定義原則上應依

¹³³ 營造物之解釋為，行政主體為達成公共行政上之特定目的，將人與物作功能上之結合，以制訂法規作為組織之依據所設置之組織體，與公眾或特定人間發生法律上之利用關係。目前我國營造物約有五類：（一）服務性營造物：機場、港口等。（二）文教性營造物：公立學校、博物館、圖書館、紀念堂、文化中心等。（三）保育性營造物：公立醫院、療養院、榮民之家、勒戒所等。（四）民俗性營造物：孔廟、忠烈祠、公立殯儀館等。（五）營業性營造物：公有果菜市場、漁市場等。參閱吳庚，行政法之理論與實用增訂十版，2007，頁 185 以下。

¹³⁴ 黃鈺華主編，政府採購法解讀—逐條釋義，2003，頁 11。

¹³⁵ 審計法第 47 條，應經審計機關審核之公有營業及事業機關如左：一、政府獨資經營者。二、政府與人民合資經營，政府資本超過百分之五十者。三、由前二款公有營業及事業機關轉投資於其他事業，其轉投資之資本額超過該事業資本百分之五十者。

¹³⁶ 國營事業管理法第 3 條，本法所稱國營事業如下：一、政府獨資經營者。二、依事業組織特別法之規定，由政府與人民合資經營者。三、依公司法之規定，由政府與人民合資經營，政府資本超過百分之五十者。

¹³⁷ 公營事業移轉民營條例第 3 條，本條例所稱公營事業，指下列各款之事業：各級政府獨資或

照國營事業管理法之規定，以政府股份是否占 50% 為標準，來決定是否為政府採購法所應適用之公營事業¹³⁸。因此若為民營化後之公營事業則已非政府採購法第三條所規定之適用採購主體，自不適用政府採購法¹³⁹。

貳、受補助團體之適用

政府機關、公營事業或公立學校以外之團體進行採購，本即不需受政府採購法之拘束。但若有法人或團體接受機關補助辦理採購者，此等補助行為原則上仍屬國庫行政，應以通過之預算為執行依據。因此若財源源自機關，且補助金額佔採購金額半數以上，補助金額達公告金額，則應使該受補助團體就該項採購受到政府採購法之拘束及監督較為適當。而依政府採購法施行細則第 3 條，所謂「接受機關補助辦理採購」包括法人或團體接受機關獎助、捐助或以其他類似方式動支機關經費辦理之採購。

參、委託代辦

依據政府採購法第 5 條之規定，機關採購得委託法人或團體代辦。且該項採購適用政府採購法之規定，並該法人或團體應受委託機關之監督。由於採購有時涉及相當之專業知識，機關若非經常辦理，則可能增加採購之困難度，因此此條立法規定可能考量包括對採購之專業性、人力之不足或經濟效率等因素，因此提供委託代辦以增加機關辦理採購之彈性。而對於委託採購之條件，法律並未再加以限制，因此事務是否事宜委託，以及委託於何種團體為妥，均屬採購機關裁量之範圍。而機關若有需求自得依第 5 條辦理委託代辦，而在選擇委託對象之過程亦屬勞務採購¹⁴⁰，因此若違法規定之金額，則有政府採購法之適用。

合營者。二、政府與人民合資經營，政府資本超過百分之五十者。三、政府與前二款公營事業或前二款公營事業投資於其他事業，其投資之資本合計超過該投資事業資本百分之五十者。

¹³⁸ 羅昌發，政府採購法與政府採購協定論析，2004，頁 62。

¹³⁹ 參閱行政院公共工程委員會（97）工程企字第 09700183840 號。

¹⁴⁰ 政府採購法施行細則第 4 條，機關依本法第五條第一項規定委託法人或團體代辦採購，其委託屬勞務採購。受委託代辦採購之法人或團體，並須具備熟諳政府採購法令之人員。代辦採購之法人、團體與其受僱人及關係企業，不得為該採購之投標廠商或分包廠商。

第四項 政府採購之類型

原本政府所稱之「採購」是指依稽察條例¹⁴¹所稱之「購置、定製財物」。而在制訂政府採購法時，我國參照政府採購協定（AGP）之規定，擴大採購規範之內涵，除了原本之財物採購外，另將工程採購、勞務採購納為採購法適用範圍，此也重新修正、擴充了政府採購之定義，使涵蓋面更為完整。因此目前政府採購適用之範圍包括工程、財物及勞務。而至於原本尚屬稽察條例適用範圍之公有財產變賣、出租，則因在國有財產法及相關法令已有規範，故不適用政府採購法；而機關若辦理財物出租、變賣等收入性之招標，亦不適用政府採購法¹⁴²。

一般而言，政府採購行為屬國庫行為中之行政輔助行為，國家與私人間之契約關係為私法契約；但公法契約有時亦應有政府採購法之適用。如政府進行相關行為，並委託私人代辦，若屬行政委託（如委託民間進行汽車檢驗），則除非有法律規定其委託之方式，或委託行為並非以有代價之方式進行，否則原則上似仍可以要求參照政府採購法辦理委託¹⁴³。

壹、工程採購

即政府採購法第 3 條所稱工程定作。依民法第 490 條之規定，「稱承攬者，謂當事人約定，一方為他方完成一定之工作，他方俟工作完成，給付報酬之契約」，所謂「定作」是指在承攬關係中從定作人之角度描述之契約關係。此亦說明了工程定作中，政府與廠商間多成立民法上之承攬契約。

根據政府採購法第 7 條對工程之定義，是指在地面上下新建、增建、改建修建、拆除構造物與其所屬設備及改變自然環境之行為，包括建築、土木、水利、環境、交通、機械、電氣、化工及其他經主管機關認定之工程。其範圍廣泛，不僅包括地面工程，亦包括水中進行之工程。依此，包括建築物、工廠、停車場、高速公路、隧道、抽水站下水道、公園、電信設備、機場、碼頭等興建與變更，皆屬採購法所稱之工程。

貳、財物採購

所謂財物，依政府採購法第 7 條之定義，是指各種物品材料、設備、機具與其他動產、不動產、權利及其他經主管機關認定之財物。而政府採購法所稱之「財

¹⁴¹ 此條例已於民國 88 年廢止。

¹⁴² 參閱行政院公共工程委員會（88）工程企字第 8807994 號、（93）工程企字第 09300314750 號。

¹⁴³ 羅昌發，政府採購法與政府採購協定論析，2004，頁 52。

物」，不僅包括動產與不動產，尚包括「權利」在內，如商標、專利、著作等智慧財產權亦為政府採購法之適用範圍。而生鮮農漁產品則因考量其有易腐性且具有生命現象，品質於短時間內易生變化，且價格變化大，用於招標實有困難，因此修法時將此排除於財物採購之適用範圍。再依採購法第 2 條，財物採購包括財物之買受、定製及承租。所謂「財務之買受¹⁴⁴」是如政府機關欲買受市場上已經存在之物品；「財物之定製¹⁴⁵」是如採購機關向供應商要求定製與市場上供應的產品規格或式樣不同之物品；「財物之承租¹⁴⁶」是指如政府機關租用辦公廳舍或租用電腦設備等。

參、勞務採購

所謂勞務，依政府採購法第 7 條之定義，是指專業服務、技術服務、資訊服務、研究發展、營運管理、維修、訓練、勞力及其他經主管機關認定之勞務。而政府採購所定義之勞務，不僅包括身體勞動之勞務給付，提供專業知識方面等勞心之勞務給付亦屬勞務之定義範圍內。而以形態區分，勞務採購有勞務委任及勞務僱傭兩種型態。

第二節 政府勞務委外之概述

第一項 勞務採購之範圍

所謂勞務，依政府採購法第 7 條之定義，是指專業服務、技術服務、資訊服務、研究發展、營運管理、維修、訓練、勞力及其他經主管機關認定之勞務。由此可知政府採購所定義之勞務，不僅包括身體勞動之勞務給付，提供專業知識方面等勞心之勞務給付亦屬勞務之定義範圍內。分述如下：

1. 專業服務¹⁴⁷：所稱專業服務，指提供專門知識或技藝之服務；包括法律、會計、財務、地政、醫療、保健、防疫或病蟲害防治、文化藝術、研究發展及其他與提供專門知識或技藝有關之服務。
2. 技術服務¹⁴⁸：本辦法所稱技術服務，指建築師事務所、技師事務所、技術顧

¹⁴⁴ 民法第 345 條，稱買賣者，謂當事人約定一方移轉財產權於他方，他方支付價金之契約。

¹⁴⁵ 則是指前述民法第 490 條所謂之承攬關係。

¹⁴⁶ 民法第 421 條，稱租賃者，謂當事人約定，一方以物租與他方使用、收益，他方支付租金之契約。

¹⁴⁷ 機關委託專業服務廠商評選及計費方法第 3 條。

¹⁴⁸ 機關委託技術服務廠商評選及計費方法第 3 條。

問機構及其他依法令得提供技術性服務之自然人或法人所提供之規劃、設計、監造或管理等服務。

3. 資訊服務¹⁴⁹：所稱資訊服務，指提供與電腦軟體或硬體有關之服務；包括整體規劃、系統整合、系統稽核、系統管理、網路管理、軟體開發、軟體驗證、軟體維護、硬體維護、硬體操作、機房設施管理、備援服務、網路服務、顧問諮詢、資料庫建置、資料處理、資料登錄或訓練推廣等服務。
4. 研究發展¹⁵⁰：委託在專業領域具領先地位之自然人或經公告審查優勝之學術或非營利機構進行科技、技術引進、行政或學術研究發展。
5. 營運管理¹⁵¹：指機關將其管理之公有財產委託廠商營運管理。
6. 維修、訓練、勞力及其他經主管機關認定之勞務：指機關採購機器設備維修、辦理教育訓練、勞動人力。而其他勞務包括廣告、市場調查、民事調查、技術性測試分析、偵查、保全、清潔、照相、包裝、印刷、出版、會議、郵遞、快遞、電信、視聽、銷售、教育、廢水及廢棄物處理、環境衛生、金融保險、人體健康、旅遊、娛樂、文化、體育、運輸及其他與農、林、漁、牧、礦、製造、能源等業有關的服務。

再依採購法第 2 條可知勞務採購有勞務委任及勞務僱傭兩種型態。所謂「委任」，依民法之定義為，「謂當事人約定，一方委託他方處理事務，他方允為處理之契約」。勞務委任之情形甚多，舉凡法律或其他專業服務（如政府機關委託律師代理訴訟或草擬契約）、技術服務（如政府機關委託建築事務所提供設計服務）、資訊服務（如委託資訊公司提供系統整合服務）、研發服務（如委託研究機構進行專案研究）等。

而所謂「僱傭」，是指當事人約定，一方於一定或不定之期限內為他方服勞務，他方給付報酬之契約。然而所謂政府會與私人發生僱傭契約關係之情況，可能之情況為政府依不同人事相關法令僱用勞動者，包括聘任人員、聘用人員及約僱人員…等，然而此類人員雖是與政府機關成立僱傭關係，但其進用皆有各自法令依據與特殊性，不適用政府採購法¹⁵²，因此勞務僱傭較少發生。只有在極少情況下才直接是用政府採購法僱用臨時人員情況，例如，為執行專案計畫而僱用專

¹⁴⁹ 機關委託資訊服務廠商評選及計費方法第 3 條。

¹⁵⁰ 政府採購法第 22 條第 1 項第 13 款。

¹⁵¹ 參閱陳輝發，勞動派遣相關法律問題之研究—以公部門政府勞務採購契約為中心，國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文，2007，頁 72。

¹⁵² 依行政院公共工程委員會（88）工程企字第 8809176 號函釋，依人事法規僱用臨時工，不適用政府採購法；非依人事法規辦理者，得依每人每年預估工資總額分別辦理。另有行政院公共工程委員會（95）工程企字第 09500243340 號函釋，機關非以人事經費僱用自然人為非正式編制臨時人員，其比照人事法規進用程序辦理，且訂有管理、考核規定者，不適用政府採購法。

案人員¹⁵³、因專案工程而由工程費用僱用工程監造（工）人員或因辦理土石流及崩塌地源頭整治工作僱用災區在地人¹⁵⁴等情況¹⁵⁵。

實際上，除了勞務僱傭與勞務委任外，勞務採購中尚包括勞務承攬，即政府將特定勞力事項委由特定廠商，並提供持續性之勞務供應，屬勞務採購之其中一種類型。換言之，在勞務採購中，反而勞務承攬較為常見，屬政府採購之客體，但卻未有法律明文規定。因此有學者認為應將「勞務僱傭」擴大解釋，並含括「勞務承攬」¹⁵⁶。在勞務承攬中，除了單純之勞務承攬關係外，如將清潔維護工作、機關警衛…等事務委外，尚包括以勞務承攬之名行勞動派遣之實之型態，即成立勞動派遣之三方關係，政府機關以勞務採購方式與廠商簽訂勞務承攬契約，廠商與勞動者間存在勞動契約關係，廠商則依採購契約規定，將勞動者派至採購機關給付勞務，並受採購機關之指揮監督。

第二項 勞務採購過程

在政府採購中，採購案之採購對象可能同時會兼有工程、財物或勞務之性質，而不同採購客體間之採購法適用上亦有些許不同，因此在採購法第 7 條規定，若同一採購案具有兩種以上之性質，按其性質所佔預算金額比率最高者認定，以界定其適用之規範。在確定採購案性質後，則進入採購過程，無論是勞務承攬或委任，皆須遵守政府採購法中勞務採購之既定程序。目前政府採購法中勞務採購制度包括幾個階段，招標、決標、履約管理與驗收、爭議處理。以下就上述幾個階段之內容與採購原則簡述之。

壹、採購程序

一、招標

所謂招標是指機關以簽訂採購契約為目的，而招請廠商前來投標之意思表示；而投標則是指廠商依機關之規定，提出投標文件以爭取與機關簽訂合約之機會。目前我國採購案之招標方式分為公開招標¹⁵⁷、選擇性招標¹⁵⁸及限制性招標¹⁵⁹。

¹⁵³ 最高法院 93.10.28 九十三年度台上字第 2208 號判決。

¹⁵⁴ 依行政院頒佈「各機關僱用在地人辦理土石流及崩塌地源頭整治工作採購作業處理原則」自行僱用在地人辦理施工。

¹⁵⁵ 陳輝發，勞動派遣相關法律問題之研究—以公部門政府勞務採購契約為中心，國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文，2007，頁 103。

¹⁵⁶ 羅昌發，政府採購法與政府採購協定論析，2004，頁 74。

¹⁵⁷ 政府採購法第 18 條第 2 款，本法所稱公開招標，指以公告方式邀請不特定廠商投標。

¹⁵⁸ 政府採購法第 18 條第 3 款，本法所稱選擇性招標，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。

並且以公開招標為原則¹⁶⁰，僅有在特定情況下才得使用選擇性招標與限制性招標。一般工程或財物採購皆有具體之成品可用客觀方式檢驗，而勞務如法律意見提供，則提供之服務很難量化評斷，由此，在採購過程中其選商過程與計價方式，則因勞務採購之特殊性而與其他種採購有所不同¹⁶¹。而在勞務採購中，得採選擇性與限制性招標之情況如下：

(一) 選擇性招標：研究發展事項。

(二) 限制性招標：

1. 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。
2. 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。
3. 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。
4. 委託專業服務、技術服務或資訊公開，經公開客觀評選為優勝者。
5. 辦理設計競賽，經公開客觀評選為優勝者。
6. 委託在專業領域具領先地位之自然人或經公告審查優勝之學術或非營利機構進行科技、技術引進、行政或學術研究發展。
7. 邀請或委託具專業素養、特質或經公告審查優勝之文化、藝術專業人士、機構或團體表演或參加文藝活動。

一般而言，辦理公開招標時，應將招標公告刊登於政府採購公報並公開於資訊網路。且機關在辦理招標時，應有合理之等待期，使有意參與投標之廠商能有足夠時間準備。在此要注意的是，在接受投標時，投標勞務採購之廠商無須繳納押標金及保證金。而機關辦理公開招標時，得就資格、規格與價格採取分段開標。且在開標、決標時，需有三家以上合格廠商投標，如因家數不足流標，則第二次投標之等標時間得予縮短，且不受三家廠商之限制。

¹⁵⁹ 政府採購法第 18 條第 4 款，本法所稱限制性招標，指不經公告程序，邀請二家廠商比價或僅邀一家廠商議價。

¹⁶⁰ 政府採購法第 19 條，機關辦理公告金額以上之採購，除依第二十條及第二十二條辦理者外，應公開招標。

¹⁶¹ 林鴻銘，政府採購法之實用權益五版，2003 年 4 月，頁 75 以下。

二、決標

(一) 審標

在招標後決標前，招標機關需對廠商之投標進行審查，其目的在於決定最終得標之廠商。在審查招標內容時，有四項檢查項目：一、審查是否有法定不得參與投標之情形，如偽造、變造之行為；二、資格標審查：廠商等級、資本、業績是否符合要求；三、規格標審查：提送之技術、工法、貨品規格是否符合要求；四、價格標審查：即價格審查，包括是否有單價分析、是否低於低價、是否為最低標價。¹⁶²而在審標程序中，若為重大或複雜案件，可依採購法組成委員會進行評審¹⁶³。

(二) 決標

決標即是指招標機關依據審標結果，決定得標之廠商。決標方式有三種，包括最低標得標、最有利標及複數決標¹⁶⁴。而通常政府採購是以最低標為優先考量之決標方式。而在採最低標為決標方式時，若機關認為最低標廠商之總標價或部分標價偏低，顯有不合理，有降低品質、不能誠信履約之虞或其他特殊情形時，得限期通知廠商說明或擔保，否則得不決標於該廠商，而由次低標者得標¹⁶⁵。

另外，政府採購法規定只有在特定條件下才能採用最有利標，此採購需為異質之工程、財物或勞務採購，且不宜以最低標辦理者為限。而所謂「同質」、「異質」之差別是在於招標文件所規定之需求規格或條件，不同得標廠商是否將會提供不同品質或內涵而加以認定¹⁶⁶。同質產品因廠商給付之商品原則相同，因此用價格即可決標；然異質商品需看其給付能力、方式及內容，才能決定何種為最符合機關之需求，因此需採最有利標¹⁶⁷。而最有利標之評選亦需由相關專家組成之評選委員會辦理。

¹⁶² 林鴻銘，政府採購法之實用權益五版，2003年4月，頁155。

¹⁶³ 參閱政府採購法第56條、第96條。

¹⁶⁴ 參閱政府採購法第52條。

¹⁶⁵ 政府採購法第58條，機關辦理採購採最低標決標時，如認為最低標廠商之總標價或部分標價偏低，顯不合理，有降低品質、不能誠信履約之虞或其他特殊情形，得限期通知該廠商提出說明或擔保。廠商未於機關通知期限內提出合理之說明或擔保者，得不決標予該廠商，並以次低標廠商為最低標廠商。

¹⁶⁶ 政府採購法施行細則第66條，本法第五十二條第二項所稱異質之工程、財物或勞務採購，指不同廠商所供應之工程、財物或勞務，於技術、品質、功能、效益、特性或商業條款等，有差異者。

¹⁶⁷ 林鴻銘，政府採購法之實用權益五版，2003年4月，頁169。

三、履約管理與驗收¹⁶⁸

政府採購法對履約管理之規定主要為原則及禁止之訂立。包括如公共利益原則之違背—若廠商違反公共利益原則，則機關得與廠商解除契約關係、得標廠商禁止轉包，需親自履行，及對品質管理、環境保護、施工安全衛生等責任在履約過程及結果之監督，以確保履約過程順利無公害，及確保完成工程或財物之品質得確符其所需。而驗收是指機關為確定廠商交付之貨品，或完成之工作物，是否符合契約（招標文件）所要求之品質、數量、期限等而進行查驗之行為，若查驗發現有給付遲延或不完全之情形，廠商需負相關之賠償責任。

四、異議與申訴¹⁶⁹

在進行勞務採購程序中，若廠商與採購機關發生爭議時即可依政府採購法之規定，在不同階段採不同之處理程序。目前政府採購法將爭議程序以契約關係成立與否分割為契約關係成立前，與契約關係成立後。在採購法施行前，對於契約關係成立前之採購過程，包括招標、審標、決標之爭議，並無救濟管道供廠商申訴，因此在採購法成立時，為增加廠商之救濟管道，並符合 GPA 要求以落實公開、公平、競爭化之採購制度，因此，立法後在此階段若廠商對於採購機關之招標行為，認為有違法情事導致權益損失時，可先向採購機關提出異議，若對採購機關之處理結果不符或採購機關逾期不為處理者，才可再向所屬採購申訴審議委員會申訴，此即為「異議前置主義」，即廠商若要提起申訴，則必須先經過異議程序。而採購申訴審議委員會處理案件後，其審議判斷內容應包括採購機關是否有違法之事實及理由，若有違反之情事，得建議採購機關處置之方式，而此審議判斷之性質視同訴願決定。

在契約關係成立後，採購機關與廠商於履行合約時，亦有可能因契約規定內容不公平、條款不明確或工期計算、工程款給付、遲延提供工作場地等情事發生爭議，在此階段所發生之爭議，即採民事爭議途徑解決。採購法目前規定若採購機關與廠商因履約而產生爭議，可向採購申訴審議委員會提起調解，或向仲裁機關提付仲裁。調解之程序可準用民事訴訟法之相關規定，調解成立者，與訴訟上和解具有同一效力，而訴訟上和解與確定判決具有同一效力¹⁷⁰，和解未成者再進行民事訴訟程序；仲裁者，則仲裁判斷與法院之確定判決具有同一效力¹⁷¹。

¹⁶⁸ 參閱政府採購法第 63 條～第 73 條。

¹⁶⁹ 參閱政府採購法第 74 條～第 86 條。

¹⁷⁰ 民事訴訟法第 416 條第 1 項，調解經當事人合意而成立；調解成立者，與訴訟上和解有同一之效力、第 380 條第 1 項，和解成立者，與確定判決有同一之效力。

¹⁷¹ 仲裁法第 37 條，仲裁之判斷，於當事人間，與法院之確定判決，有同一效力。

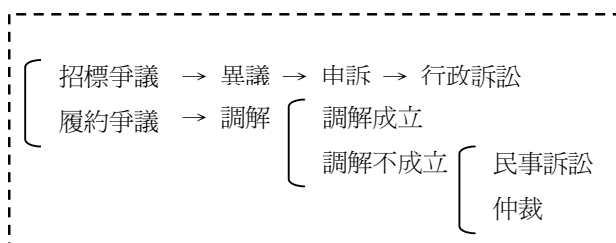


圖 2：我國政府採購法救濟制度

資料來源：參照林家祺，政府採購法制變革與爭議處理機制—以德國法為例，法學叢刊第 210 期，2008，頁 111。

簡而言之，以公開招標之程序為例，在政府機關欲進行勞務採購前，需先準備招標文件，文件中包括採購機關之需求、標的金額及廠商資格，並將招標文件刊登於政府採購公報並公開於資訊網路，待經過適當招標等待期後，若有三家以上合格廠商投標則開標，而在廠商投標勞務採購案時，依照政府採購法之規定無須繳納押標金與保證金；開標後則依照招標文件規定條件審標，若為重大或複雜案件則可組成委員會進行評審；評審後，招標機關再依據審標結果，決定得標之廠商，決標原則包括最低標、最有利標及複數標；而確定得標廠商後，再與得標廠商簽訂勞務採購契約，並開始進行履行及最終驗收。

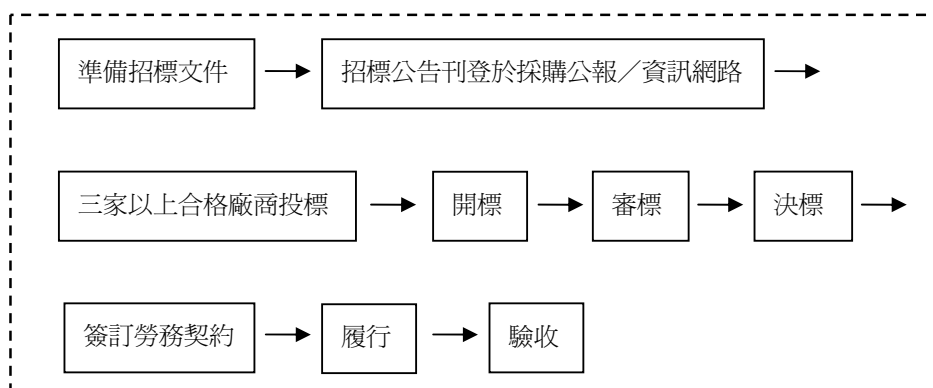


圖 3：勞務採購流程圖

資料來源：筆者自行繪製。

貳、勞務採購之特殊規定

一、招標至決標階段

依前所述，在政府採購法中，勞務採購與工程、財物採購皆須同樣進行一樣之採購程序。較為特殊之處在於勞務採購雖以公開招標為主，但由於部分勞務採購事項具有特殊性，得在政府採購法所規定之特定事項上採選擇性招標或限制性招標，且勞務採購得免繳押標金及保證金；而在決標方面，採購法之原則是以最低標為主，但勞務採購可於政府採購法所規定之特定條件下（異質採購）採最有利標。

之前行政院有一關於依「行政院所屬機關事務勞力替代措施推動方案」推動勞務性工作委託外包之函釋¹⁷²內容提到，「…需辦理公告金額以上之採購，得採公開招標或選擇性招標，並搭配最有利標辦理…」，即在依此替代措施推動方案下進行之勞務性工作委外，可採最有利標辦理勞務採購。然而此函釋之主要目的是為增加工友退離及廠商僱用機關退離工友之誘因，因此建議採最有利標辦理時，應儘量將廠商願意僱用各機關一年內退離工友之人數、僱用期間、僱用薪資及相關福利措施等項，列為重要評選（審）項目之一，以增加廠商投標誘因，並有利於政府達到在精簡技工、工友員額之政策目標。依此，筆者無法認為行政機關是以為維護勞動者之勞動權益為出發點，而認同勞務採購具有特殊性，無法如工程或財物採購視為一般以採最低標決標為原則。因此，筆者認為在勞務採購之決標方面，現行仍依照政府採購法原則，以最低標決標為原則。

二、簽訂勞務採購契約階段

除了上述在政府採購法中對於勞務採購之特殊規定外，由於勞務採購有部分會涉及人力派遣，即派遣勞工會進入政府機關與正式人員共事，其所從事之事務有時可能會需具備基礎之專業知識，或與民眾有直接接觸，因此政府機關在進用派遣勞工時，除了會訂定勞動者之薪資福利，以及其他責任歸屬問題劃分外，尚會在勞務契約中訂定一些特殊要求，如經由面試、筆試、技能測驗，以篩選出適當人選¹⁷³。

而如前所述，近年因政府勞務委外而發生之事件使得各界多方要求政府重視勞動權益，並要求行政院公共工程委員會修訂政府採購法規或契約，明訂各項勞動保護條款，希冀能透過契約關係以達對履約廠商之監督管理之責，並保障勞動

¹⁷² 參閱行政院（91）院授人企字第 09100456281 號。

¹⁷³ 蘇偉業、林雪湘，人力派遣制度取代政府約聘僱人力的可行性研究：以高雄市為例，公共事務評論第 8 卷第 2 期，2007，頁 83。

者之基本勞動權益¹⁷⁴。於此，在經過多次溝通督促後，行政院公共工程委員會與行政院勞工委員會開始修改勞務採購契約範本，並研擬積極性政府勞務採購規範，包括投標廠商資格審查項目、需檢附遵守勞動法規必要文件項目、違反廠商之懲罰處置方式等，以加強各機關監督勞務採購案件承包商是否有確實遵守相關之勞動法規¹⁷⁵。並於 2007 年增修訂「勞務採購契約範本」，以督促承攬政府勞務契約之得標廠商遵守勞動法令規定，落實保障受僱勞動者之權益¹⁷⁶。

（一）適用對象

依照行政院公共工程委員會於工程企字第 09700423470 號解釋函之主旨來看，此勞務採購契約範本之適用對象應僅限於在機關辦理人力派遣性質之勞務採購案件時，對於得標廠商所派至機關提供勞務之派遣勞工。

（二）增訂之勞動權益相關條文

1. 契約價金之給付條件

廠商對其派至機關提供勞務之受僱勞工，於最後一次向機關請款時，應檢送提繳勞工退休金、繳納勞工保險費、就業保險費、全民健康保險費之繳費證明影本，或具結已依規定為其受僱勞工（含名冊）繳納上開費用之切結書，供機關審查後，以憑支付最後一期款。

2. 履約管理—對勞動權益之保障

- （1）廠商對其派至機關提供勞務之受僱勞工，應訂立書面勞動契約，並將該契約影本送機關備查。但廠商為合作社，該派至機關提供勞務之勞工為其社員者，不在此限。
- （2）廠商對其派至機關提供勞務之受僱勞工，應依法給付工資，依法投保勞工保險、就業保險、全民健康保險及提繳勞工退休金，並依規定繳納前述保險之保險費及提繳勞工退休金。
- （3）廠商應於簽約後一定時間內，檢具派至機關提供勞務之受僱勞工名冊（包括勞工姓名、出生年月日、身分證字號及住址）、勞工保險被保險人保險卡影本及切結書（具結已依法為其受僱勞工投保勞工保險、就業保險、全民健康保險及提繳勞工退休金，並依規定繳納前述保險之保險費及提繳勞

¹⁷⁴ 相關資訊參閱台灣勞工陣線，「勞務採購契約範本」明定勞動保護，勞動者電子報第 148 期，2008-08-23，勞動者電子報 <http://enews.url.com.tw/enews/47300>，最後點閱日期：2009-07-18。

¹⁷⁵ 參閱行政院人事行政局（97）局力字第 0970002246 號。

¹⁷⁶ 參閱行政院公共工程委員會（96）工程企字第 09600501040 號。

工退休金)送機關備查。

- (4) 機關發現廠商未依法為其派至機關提供勞務之受僱勞工，投保勞工保險、就業保險、全民健康保險及提繳勞工退休金者，應限期改正，其未改正者，通知目的事業主管機關依法處理。

3. 契約終止解除事由

廠商若有違反對勞動權益保障各項規定之情事，經機關通知改正而未改正，情節重大者，機關得以書面通知廠商終止契約或解除契約之部分或全部，且不補償廠商因此所生之損失。

而為提醒投標廠商切實遵守勞動法令規定，善盡雇主責任，為其派至機關提供勞務之受僱勞工投保勞健保、就業保險及依規定繳納前述保險費及提繳勞工退休金，行政院公共工程委員會另擬一投標廠商切結書格式，並規定廠商於投標時須檢附切結書，以要求廠商確實履行相關之勞動權益保障¹⁷⁷。

第三節 勞務委外下之法律關係

如前所述，勞務委外下之法律關係包括委任關係、承攬關係，還有派遣勞動關係，以下分別就此三種法律關係之定義，以及在此契約關係下政府機構與廠商間之關係為何簡述之。

第一項 委任契約

壹、委任之定義

依民法第 528 條，「稱委任者，謂當事人約定，一方委託他方處理事務，他方允為處理之契約」。委任契約屬於民法勞務給付契約之其中一種類型，並以「處理一定目的之事務」做為契約之標的。在委任契約關係中，受任人為了完成委任之目的，可在委任人授權之範圍內，自行裁量決定處理一定事務的方法，雙方因而不具從屬關係，與僱傭關係不同。

再者，委任與承攬在民法上皆屬勞務給付契約之一種，而兩者常有容易混淆之處。一般以民法結構觀之，承攬契約是較屬勞力之藍領階級勞務給付之主要類型，而委任契約主要乃在於規範勞心之白領階級之勞務給付契約，因此在民法中對於委任之定義為「處理事務」而非「提供勞務」，即受任人在處理事務或服勞

¹⁷⁷ 參閱行政院公共工程委員會(97)工程企字第 09700423470 號。

務之過程中，固然會有受委任人指示之情形，然而其指示僅有參考性意義¹⁷⁸，並在過程中具有一定之獨立裁量權。然而由於承攬契約在今日因完成工作所需之專業能力與資格不斷提升，以不再如以往僅限於藍領階級之勞務給付，亦包括白領階級之勞務給付，因此使得委任與承攬更加難以區分¹⁷⁹。另陳姝娟亦提到關於兩者之區分，委任以約定期間為契約起迄之依據，而承攬則以工作成果交付為契約終止之依據；而以委託事務性質來看，委託較傾向於專業性質較高之工作，而承攬則屬專業性高或庶務性質之業務。¹⁸⁰

貳、委任契約下之法律關係

目前在政府勞務委外中，政府機關可依政府採購法將適當之勞務以委任方式委託外包，而受委任之對象可能為自然人亦有可能為一般事業單位。若受委任對象為自然人，則與政府機關間屬委任契約關係，而非屬勞動基準法所稱受僱主僱用之勞工¹⁸¹，即受任人與委任人間並非勞雇關係，受任人亦非委任人所僱用之勞工，則亦未受勞基法等以勞雇關係為基礎所發展之勞動權益法令之保障對象，而雙方間之權利義務事項則由雙方自行約定。

若受委任對象為一般事業單位，則在與政府機關間屬委任契約關係下，即政府機關對於所缺乏之專業或技術有需求之情況下，以委任契約之方式與一般事業單位約定提供服務之內容、期間，但不以完成工作成果為必要條件。而在約定期間內，企業可在約定事項範圍內授權受託企業或個人，代為行使權限¹⁸²。

第二項 承攬契約

壹、承攬之定義

依我國民法第 490 條第 1 項之規定，承攬契約乃一方為他方完成一定的工作，他方俟工作完成給付報酬之契約。即定作人與承攬人約定，承攬人為定作人完成一定之工作，定作人待工作完成，給付報酬之契約。即在承攬關係下，政府機關或事業單位將勞務委外時，則雙方依所欲約定之勞務工作訂定承攬契約，承攬人並依照勞務承攬契約之約定，使用自己所僱用之勞工完成工作，而定作人，

¹⁷⁸ 黃越欽，勞動法新論，2002，頁 132。

¹⁷⁹ 黃程貫，勞動法，1997，頁 58。

¹⁸⁰ 陳姝娟，中華郵政公司民營化後非典型僱用可行性之研究，國立中山大學人力資源管理研究所碩士論文，2003，頁 54。

¹⁸¹ 參閱行政院勞工委員會（80）台勞動一字第 12352 號函。

¹⁸² 陳姝娟，中華郵政公司民營化後非典型僱用可行性之研究，國立中山大學人力資源管理研究所碩士論文，2003，頁 54。

即政府機關或事業單位並無指揮命令承攬人之勞工執行工作之權力。

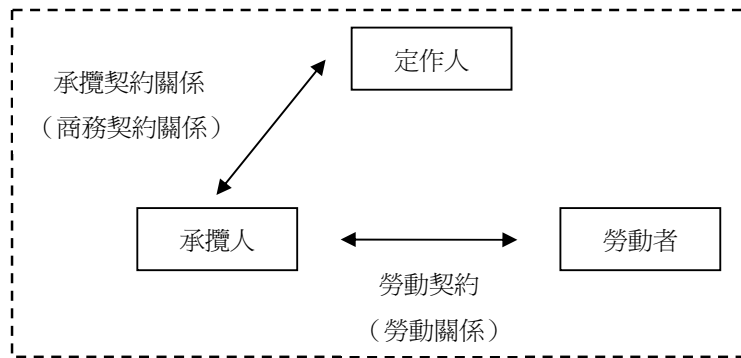


圖 4：承攬之法律關係

貳、承攬契約下之法律關係

在承攬的法律關係中，承攬人與定作人間為承攬契約關係，承攬人與勞工間為勞動契約關係，而定作人與承攬人所僱用之勞工間則無任何法律關係。即在勞務承攬關係中，承攬人遵從定作人的指示，基於自己之裁量與責任，指揮命令自己所僱用之勞工，從事承攬之勞務工作¹⁸³。然而基於實際上之需要，承攬人或其所僱用之勞工可能需進入定作人之事業單位內服勞務，進而可能會導致在實際上究屬承攬或派遣，產生區分之困難。

但若以承攬關係之特性來看，承攬人或其僱用之勞工雖可能會於定作人之事業單位內工作，但承攬人執行工作的過程，是與企業本身事務運作過程彼此相互獨立、互不干涉，且承攬人是運用自行所備有資材、器械、工具等，自行決定、策劃工作該如何進行，以完成特定職務之經濟成果，在本質上仍與派遣有很多不同處。而承攬與派遣間尚還有很多區分標準則留待下文再做敘述。

而目前在承攬的法律關係中，基於保護勞動者之立場，勞基法第 62、63 條有針對承攬關係在發生職業災害時之責任歸屬。勞基法規定事業單位以其事業招人承攬時，對於交與他人承攬之工作所生職業災害。事業單位、承攬人及中間承攬人，均應與最後承攬人負連帶補償責任。並要求事業單位在將其事業招人承攬時，應督責承攬人與再承攬人依勞工安全衛生法之規定辦理，若勞工不幸發生職業災害，事業單位應與該承攬人負補償之連帶責任。¹⁸⁴

¹⁸³ 柯雅齡，勞動派遣之法律問題與法制化之研究，中國文化大學法律學研究所碩士論文，2007，頁 36。

¹⁸⁴ 參閱行政院勞工委員會（81）台勞安三字第 22262 號函釋。

第三項 派遣勞動

壹、派遣勞動之定義

由於我國目前尚未有勞動派遣之相關法制規範，因此在學界對於派遣勞動，學者間亦有不同解釋與定義。有學者認為派遣勞動是指「由『企業』與勞工訂定勞動契約，由勞工向『他企業』給付勞務，勞動契約存在於企業與勞工之間，但『勞務給付』之事實則發生於勞工與他企業間¹⁸⁵」；另有學者定義為「派遣機構之雇主，與勞工訂立勞動契約。於得到勞工同意，維持勞動契約關係之前提下，使其在要派機構之指揮監督下為勞務給付，而該勞工與要派機構間並無勞動契約關係存在¹⁸⁶」；亦有學者認為派遣勞動為「派遣機構與派遣勞工訂定派遣契約，於得到派遣勞工同意後，使其在要派機構指揮監督下提供勞務之勞動型態¹⁸⁷」；此外，尚有學者認為勞動派遣契約是指，「由雇主與勞動者約定，勞動者必須依雇主之指示，受派為另一企業主提供勞務之契約¹⁸⁸」；又有學者認為，「根據此一契約（勞動派遣契約），派遣勞動者之勞務給付對象為要派事業單位，而非派遣事業單位，且必須服從前者之指揮監督，因此，其性質仍有別於一般勞動契約¹⁸⁹」；最後，依照行政院勞工委員會 2001 年 8 月版之勞動派遣法草案對於派遣之定義為，「謂派遣機構與要派機構訂定要派契約，約定由派遣機構僱用勞工，並派遣至要派機構，在要派機構指揮監督下提供勞務」。

依照上述學者之定義可知，非如承攬關係僅有雙面關係，派遣勞動關係是一種「僱用」與「使用」分離之三面關係型態，而也由於派遣勞動迥異於傳統之僱用、使用合一之勞動關係，而產生與現行勞動相關法令適用上之困難。

此外，為防止派遣勞動使用過於氾濫而帶來僱用不安定之情況，絕大部分國家皆對於派遣勞動之適用採取限定規範之態度，僅在特定目的、條件下才可使用，如為因應臨時增加或消化多餘之工作量，且在同一要派機構之工作期間最長以六個月或最長一年為限¹⁹⁰，誠如其原名「Temporary Work」，多數國家皆將派遣勞動定位於暫時性、補充性之工作型態。

¹⁸⁵ 黃越欽，勞動法新論，2002，頁 124。

¹⁸⁶ 邱駿彥，勞動派遣法律關係若干疑義之考察，台北大學法學論叢第 60 期，2006，頁 53。

¹⁸⁷ 黃程貫主編，新學林分科六法「勞動法」，2006，頁 184；鄭津津，派遣勞動之法律關係與相關法律問題之研究，中正大學法學集刊第 2 期，1999，頁 244。

¹⁸⁸ 楊通軒，非典型工作型態相關法律問題之研究，行政院勞工委員會委託研究計畫，1999，頁 85。

¹⁸⁹ 焦興鎧，論勞動派遣之國際勞動基準，輔仁法學第 19 期，2000，頁 211。

¹⁹⁰ R. Blanpain, Temporary Work And Labour Law Of The European Community And Member States, 1993, p. 10.

貳、派遣勞動下之法律關係

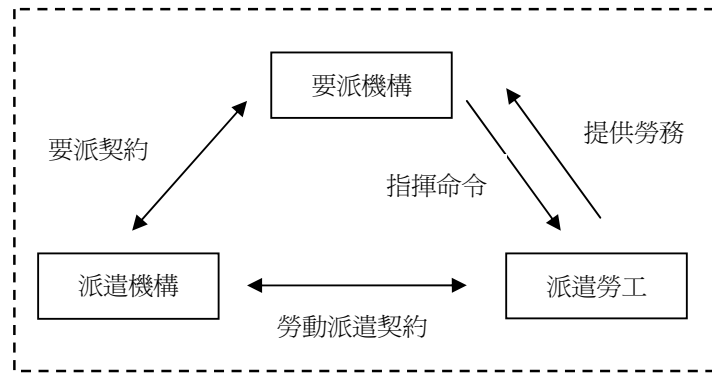


圖 5：派遣勞動之法律關係

一、派遣機構與派遣勞工

派遣機構與派遣勞工間存在勞動契約關係，即派遣機構為派遣勞工法律上之雇主，派遣機構與勞工在契約中約定，勞動者必須依雇主之指示，受派至另一事業單位提供勞務。然由於派遣勞動之契約性質與傳統之勞動契約在內涵上有不同之處，因此為有區別，可將派遣機構與派遣勞工間之勞動契約稱為「勞動派遣契約」。

二、派遣機構與要派機構

派遣機構與要派機構間所訂定之「要派契約」為勞動派遣關係之基礎。契約目的在於移轉派遣勞工之勞務給付，使要派機構對派遣勞工之指揮監督權有所依據，而契約中則明訂勞務給付內容、相關勞動條件、及派遣機構與要派機構之相關責任歸屬。即依據此契約，要派機構得請求派遣機構派遣勞動者於要派機構處，並受其指揮監督而提供勞務。

三、要派機構與派遣勞工

要派機構為派遣勞工實際提供勞務給付之對象，而要派機構則為實質上行使雇主指示權者，但並非法律上之雇主。即在成立要派契約後，派遣勞工則依要派契約約定之內容至要派機構處服勞務，並受要派機構之指揮命令。儘管要派機構並非勞動者之雇主，並無給付工資之義務，然由於要派機構對派遣勞工有指揮命令權，並接受派遣勞工之勞務給付，因此對之亦不能免除其勞動關係上之保護照顧義務¹⁹¹。

¹⁹¹ 邱駿彥，勞動基準法釋義—施行二十年之回顧與展望，2005，頁 177。

第四項 承攬與派遣之區別

目前台灣企業中實際上使用勞動派遣人力者，並非全然由要派公司與派遣公司訂立勞動派遣契約，有不少是以業務承攬外包方式進行，即以承攬之名義，實際上則為派遣勞動。從要派企業角度而言，在尚未有勞動派遣法之實體規範前，則無所謂派遣期間、派遣業務對象等使用派遣人力上之限制，因此基本上要派企業與派遣公司所締結之契約，究竟是勞動派遣契約或業務委外承攬契約，於人力使用上並無太大區別¹⁹²。同樣，由於目前尚未制訂勞動派遣法，因此政府機關在採購人力時，一般採購契約均以勞務承攬方式進行人力派遣，並不嚴格區分「派遣」與「承攬」。¹⁹³

而誠如前述，勞務承攬在許多情況下勞動者需至定作人之事業單位提供勞務，即勞動者提供勞務之處並非由雇主所提供之工作場所，而是於定作人之工作場所，在此情況下則產生與派遣關係有類似之處。且由於目前於勞基法第 62 及 63 條就是業單位與承攬人之責任區分設有規定，於此區別承攬與派遣時，則可釐清派遣勞工究竟僅能向派遣機構主張僱用人責任，或仍可向定作人事業單位主張職業災害補償連帶責任，因此承攬與派遣仍有區分實益¹⁹⁴。而在實際上如何判斷可依照以下二種指標判斷，若符合以下要件，則屬承攬關係而非勞動派遣關係，(1) 儘管於定作人之工作場所提供勞務，但承攬人擁有自行直接指揮命令所僱用之勞工；(2) 承攬人獨立負擔其經濟營運，且在執行工作中使用自行之機械設備，並規劃如何執行¹⁹⁵，以下簡述之。¹⁹⁶

壹、勞務管理之獨立性—直接使用自己所僱用勞工之勞動力。

一、於執行該承攬業務時，對於相關勞務事項是否可自行指揮或管理。

所謂相關勞務事項，包括勞工之出勤監督、工作時間規範、勞健保退休金提撥、勞工請假時之申請對象、勞工特別休假時之替代人力、決定是否加班之權限等，皆必須屬於可由承攬人自行決定。

¹⁹² 邱駿彥，勞動派遣法律關係若干疑義之考察，台北大學法學論叢第 60 期，2006，頁 55。

¹⁹³ 陳輝發，勞動派遣相關法律問題之研究—以公部門政府勞務採購契約為中心，國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文，2007，頁 106。

¹⁹⁴ 邱駿彥，勞動派遣法律關係若干疑義之考察，台北大學法學論叢第 60 期，2006，頁 56。

¹⁹⁵ R. Blanpain, *Temporary Work And Labour Law Of The European Community And Member States*, 1993, p. 6.

¹⁹⁶ 以下標準參閱邱駿彥，勞動派遣法律關係若干疑義之考察，台北大學法學論叢第 60 期，2006，頁 57。

二、確保企業秩序之相關事項，如懲戒、解僱等，是否自行指揮或管理。

由於承攬人必須自己使用所僱用之勞動力完成定作業務，因此有關提供勞務之勞工之管理與懲罰，不應該由定作人有插手控制之空間。雖然提供勞務之地點可能是在定作人之事業單位內，假設勞工有違紀違規或有功勳之情事，定作人充其量也只能建議或告知承攬人，至於如何獎懲勞工應屬承攬人立於雇主地位之權限。

貳、事業經營獨立性—獨立處理自己之業務。

一、承攬人處理業務時所需要之資金，是否自行負擔或由定作人全部負擔。

二、承攬人於執行業務時，是否負擔民事法規與稅法上所定之事業主責任。

三、承攬人不得僅單純供給勞動力予定作人使用。

四、承攬人執行業務時所需之機械材料等，是否自行供給。

五、承攬人是否依自己所擁有之專門技術、經驗，或自行企畫所執行之業務。

目前由於我國尚未訂定勞動派遣相關法制，因此當政府欲進行勞動派遣時，僅能形式上以「勞務承攬」方式進行人力派遣，而兩者差異之處如下¹⁹⁷：

一、派遣具有人力租賃之概念，以「包人」為主；而勞務承攬則是以「包事」為主。

二、派遣是由用人單位分配工作內容，並在其指揮監督下完成工作；承攬則是依契約約定提供特定服務，用人單位並不干涉承攬人如何達成任務。

三、用人單位通常需定期支付勞務費或服務費用予派遣機構；承攬是依據契約約定給付費用。

四、雖然派遣與承攬契約皆須詳列用人端所需之人力標準、數量、運用時間、服務費用等，但派遣機構僅提供具備合適職能之人，不負人力無法供應之責任；而勞務承攬則不僅需提供具備合適職能之人力與不間斷之勞務供應，且承攬人亦需負擔人力無法供應之責。

在上一章節了解勞務委外之現況後，由於進行勞務委外所需適用之法令為政府採購法，因此，此章節主要為了解政府採購法之法律性質、採購主體與客體，及在政府採購法之規定下，如何進行勞務採購；而由於部分勞務採購事項具有特殊性或不可測量性，因此在勞務採購中亦有相對之特殊規定，如在部分情事得採

¹⁹⁷ 陳輝發，勞動派遣相關法律問題之研究—以公部門政府勞務採購契約為中心，國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文，2007，27頁；簡建忠，人力派遣大革命，2004，頁197以下。

選擇性或限制性招標之情況；接著則是提及由於勞務採購有別於工程採購及財物採購之特殊之處，因此在採購金額會直接牽涉勞動者權益之情況下，行政機關在以維護勞動權益為出發點，在勞務契約中增列多項對於得標廠商應遵守勞動法令規範之事項，並訂定對於違反事項廠商之罰則。最後則分別敘述勞務委外下不同型態下，政府與廠商，以及與勞動者間之法律關係。下章節則依此探討在前述不同法律型態中一般狀況下所產生可能對勞動權益之不同面向影響。