


國立政治大學法學院碩士在職專班

碩士學位論文

從正當行政程序論民間參與公共建設甄審與爭議
處理

A study on Evaluation and Dispute of the Private Participation in
Infrastructure Projects from Due Administrative Process



指導教授：董保城博士
詹鎮榮博士

研究生：蔡志明 撰

中華民國一〇四年七月

目次一簡目

第一章 緒論	1
第一節 研究背景	1
第二節 研究動機	3
第三節 研究方法與範圍	5
第四節 研究架構	6
第二章 正當法律程序	7
第一節 美國聯邦憲法正當程序條款	7
第二節 日本憲法上正當法律程序	14
第三節 我國正當法律程序之引進	19
第四節 從正當法律程序到正當行政程序	32
第三章 民間參與公共建設概念	51
第一節 民間參與公共建設背景與相關概念	52
第二節 民間參與公共建設與行政法學之發展	63
第三節 我國民間參與公共建設制度與憲法容許性	68
第四節 民間參與公共建設特色及法律關係與行政程序法	110
第四章 我國主要「民參案件」甄審與爭議處理制度	125
第一節 我國主要「民參案件」甄審制度	126
第二節 甄審程序與相關之行政行為	164
第三節 我國主要「民參案件」爭議處理制度	170
第四節 小結	187
第五章 從組織與程序建構合理正當的甄審與爭議處理機制	190
第一節 合理正當的甄審程序	191
第二節 合理正當的爭議處理程序	208
第三節 案例檢討分析	217
第六章 研究發現與結論	231
第一節 研究發現	231
第二節 結論	239
參考文獻	243

目次—詳目

第一章 緒論	1
第一節 研究背景	1
第二節 研究動機	3
第三節 研究方法與範圍	5
第一項 研究方法	5
第二項 研究範圍	5
第四節 研究架構	6
第二章 正當法律程序	7
第一節 美國聯邦憲法正當程序條款	7
第一項 美國聯邦憲法制定背景	7
第一款 邦聯條款	7
第二款 聯邦憲法之制定	8
第三款 權利法案—聯邦憲法增修條文	9
第二項 正當法律程序之內涵	9
第三項 正當法律程序對於國家權力的限制	10
第四項 正當法律程序之適用	11
第五項 小結	12
第二節 日本憲法上正當法律程序	14
第一項 明治憲法	14
第二項 二戰後日本憲法	14
第一款 日本憲法制定背景	14
第二款 日本憲法第 31 條規定	14
第三項 日本正當程序適用範圍	15
第一款 學說爭論	15
第二款 司法實務判決	16
第四項 小結	18
第三節 我國正當法律程序之引進	19
第一項 前言	19
第二項 司法院解釋	19
第一款 人身自由限制之正當程序	19
第二款 公務員懲戒及懲處之正當程序	21
第三款 財產權限制之正當程序	23
第四款 工作權限制之正當程序	26
第五款 訴訟權保障之正當程序	27
第三項 小結	29
第四節 從正當法律程序到正當行政程序	32

第一項 正當法律程序.....	32
第一款 憲法上之展現.....	32
第二款 正當法律程序的功能.....	34
第三款 正當法律程序保障之權利.....	35
第四款 程序正當性之判斷標準.....	36
第五款 正當法律程序適用範圍與決定主體.....	38
第二項 正當行政程序.....	40
第一款 正當行政程序理念.....	40
第二款 正當行政程序之核心要素.....	40
第三項 最低限度的程序保障.....	48
第三章 民間參與公共建設概念.....	51
第一節 民間參與公共建設背景與相關概念.....	52
第一項 國家觀之演變.....	52
第二項 民營化概念與類型.....	52
第一款 民營化概念.....	52
第二款 民營化類型.....	54
第三項 公私協力概念與類型.....	55
第一款 公私協力概念.....	55
第二款 公私協力類型.....	57
第四項 民間參與公共建設概念.....	57
第五項 小結.....	60
第二節 民間參與公共建設與行政法學之發展.....	63
第一項 新行政管理型態之法規建制.....	63
第二項 法律規定模式之轉變.....	63
第三項 國家責任之轉變.....	64
第四項 以契約關係取代行政處分.....	65
第五項 小結.....	66
第三節 我國民間參與公共建設制度與憲法容許性.....	68
第一項 民間參與公共建設之憲法容許性.....	69
第一款 民主國原則.....	69
第二款 法治國原則.....	69
第三款 社會國原則.....	70
第四款 中央與地方權限分配.....	70
第五款 國家社會二元論.....	71
第六款 國家任務論.....	71
第七款 小結.....	71
第二項 我國民間參與公共建設概念.....	72
第一款 民間參與公共建設與政府業務委外.....	72

第二款	多元化的民間參與公共建設法規範.....	74
第三項	我國民間參與公共建設現況與主要法律規範.....	76
第一款	民間參與公共建設發展歷程與現況.....	76
第二款	個別性法律規範.....	82
第三款	通案性法律規範.....	93
第四款	小結.....	102
第四節	民間參與公共建設特色及法律關係與行政程序法.....	110
第一項	民間參與公共建設特色.....	110
第一款	專業性、複雜性及高風險性.....	110
第二款	隔代性.....	110
第三款	利害衝突.....	110
第四款	公益性及獨占性.....	111
第五款	法規多元及多階段程序.....	111
第二項	民間參與公共建設三面向之法律關係.....	112
第三項	民間參與公共建設所涉權利或利益.....	114
第一款	從三面向之法律關係觀察.....	114
第二款	程序平等—無歧視程序形成請求權.....	116
第三款	公共利益.....	118
第四款	請求參與公共建設之權利.....	119
第四項	民間參與公共建設與行政程序法.....	119
第一款	行政程序法之立法.....	119
第二款	行政程序法適用範圍.....	120
第三款	行政程序法與其他法律程序規定之適用關係.....	121
第四款	小結.....	122
第四章	我國主要「民參案件」甄審與爭議處理制度.....	125
第一節	我國主要「民參案件」甄審制度.....	126
第一項	甄審程序概說.....	127
第一款	評選委員會—採購法.....	127
第二款	甄審委員會—獎參條例.....	128
第三款	甄審或審核委員會—促參法.....	130
第二項	甄審組織與運作.....	130
第一款	甄審組織成立與解散.....	130
第二款	甄審會委員遴選及組成人數.....	132
第三款	甄審會議召開與表決.....	134
第四款	甄審會之任務.....	134
第五款	工作小組及其任務.....	135
第六款	甄審項目及方式.....	137
第七款	甄審會迴避規定.....	140

第八款 協商措施.....	142
第九款 陳述意見.....	147
第三項 甄審階段劃分.....	147
第四項 甄審通知.....	150
第一款 甄審程序中之審查通知.....	150
第二款 最終甄審結果通知.....	151
第五項 甄審程序比較.....	153
第一款 甄審程序設計.....	153
第二款 評選與甄審組織及運作.....	154
第三款 迴避制度.....	155
第四款 陳述意見.....	155
第五款 甄審通知.....	155
第二節 甄審程序與相關之行政行為.....	164
第一項 招標或招商文件.....	164
第二項 資格審查結果及入圍通知與最終甄審結果.....	166
第一款 資格審查結果及入圍通知.....	166
第二款 最終甄審結果.....	167
第三項 投資契約屬性.....	167
第三節 我國主要「民參案件」爭議處理制度.....	170
第一項 爭議處理制度概述.....	170
第一款 獎參條例之爭議處理.....	170
第二款 採購法之異議申訴.....	170
第三款 促參法之異議申訴.....	171
第二項 異議及申訴.....	172
第一款 異議申訴之性質與關聯.....	172
第二款 提起異議申訴主體.....	174
第三款 異議處理程序.....	175
第四款 申訴會與申訴處理程序.....	178
第三項 訴願與申訴.....	186
第四節 小結.....	187
第五章 從組織與程序建構合理正當的甄審與爭議處理機制.....	190
第一節 合理正當的甄審程序.....	191
第一項 合理正當的甄審組織.....	191
第一款 迴避義務.....	193
第二款 避免程序外接觸.....	196
第二項 合理正當的甄審程序.....	197
第一款 甄審程序之聽證權.....	198
第二款 甄審程序之閱卷權.....	199

第三款 受告知權.....	201
第四款 說明理由之義務.....	204
第三項 小結.....	205
第二節 合理正當的爭議處理程序.....	208
第一項 異議之正當行政程序.....	209
第一款 異議處理結果之法律性質.....	209
第二款 合理正當的異議程序.....	211
第二項 合理正當的申訴處理程序.....	212
第一款 合理正當的申訴組織.....	212
第二款 迴避義務、片面接觸之禁止.....	212
第三項 合理正當的申訴程序.....	213
第一款 申訴程序之聽證權與閱卷權.....	213
第二款 說明理由之義務.....	215
第四項 小結.....	215
第三節 案例檢討分析.....	217
第一項 審判權爭議處理案例.....	217
第二項 甄審組織.....	218
第一款 甄審會委員不適格.....	218
第二款 甄審會會議召開不適法.....	221
第三項 陳述意見.....	223
第一款 「民間自行規劃案件」 否准申請.....	223
第二款 「民間自行規劃案件」 不續辦.....	224
第三款 異議（先行）程序取代原決定作成前之告知.....	224
第四款 申訴程序通知第三人陳述意見.....	225
第五款 小結.....	226
第四項 獎參條例甄審程序爭議救濟途徑疑義.....	228
第五項 異議處理結果理由之記載.....	230
第六章 研究發現與結論.....	231
第一節 研究發現.....	231
第一項 法律適用與事權仍待解決.....	231
第二項 利害關係人的程序保障不足.....	231
第三項 獎參條例及促參法申請人資格條件空泛.....	232
第四項 甄審程序部分.....	233
第一款 「民間自行規劃案件」 審核程序之適法性.....	233
第二款 迴避制度的補強.....	234
第三款 受限制的閱覽卷宗權.....	235
第五項 爭議處理（異議申訴）部分.....	236
第一款 獎參條例甄審階段救濟程序未明.....	236

第二款 以採購金額區分救濟途徑有欠周延.....	236
第三款 異議標的及期限妥適性疑義.....	237
第四款 促參法第 47 條立法妥適性疑義.....	238
第六項 行政程序法於「民參案件」之適用.....	238
第二節 結論	239
參考文獻.....	243



表次

表 3 - 1	傳統採購與 BOT、特許權系統及 PFI 類型比較.....	62
表 3 - 2	行政院及所屬各機關推動業務委託民間辦理實施要點之委託方式分類表	74
表 3 - 3	91 年至 101 年促參簽約案件效益表.....	78
表 3 - 4	91 年至 101 年促參案件之民間參與方式統計表.....	79
表 3 - 5	102 年促參簽約案件效益表.....	80
表 3 - 6	102 年促參簽約案件(按民間參與方式區分).....	80
表 3 - 7	截至 104 年 2 月底執行情形.....	81
表 3 - 8	國產法、電業法、獎參條例、採購法及促參法間比較.....	108
表 4 - 1	採購法評選程序、獎參條例及促參法甄審程序之比較.....	157



圖次

圖 4 - 1 民間自行規劃申請參與公共建設民間自行備具土地案件主要作業流程
..... 161

圖 4 - 2 民間自行規劃申請參與公共建設政府提供土地、設施案件主要作業流程
..... 162



謝 辭

本篇論文順利的完成，最先要感謝的是董保城老師。董老師在我陷入迷惘時，彷彿燈塔一般地，明確地指引我的方向，且不時地提供許多論著與文獻資料，對於論文內容的討論與問題解答，總是採取開放的態度與引導思考的方式，對我助益最多，居功厥偉。同時，也要感謝詹鎮榮老師的幫助及明確地指出民間參與公共建設甄審程序與一般行政程序間，本質上之差異。

因為工作的關係，讓我接觸到政府採購法及促進民間參與公共建設法，已退休的行政院公共工程委員會（下稱工程會）法規委員會執行秘書邱參事秋菊，不僅美麗大方、兼具知性與感性，而且專精政府採購法及促進民間參與公共建設法，倘說我對於這二部法律有一定程度的了解，應該要感謝邱參事的教導；同時也感謝邱參事的提攜。

一起進入學校就讀的工程會同事李副研究員怡芳是非常努力且意志堅定的學生。經常與我一起出發上課，常因為我的延誤，只能以簡單地食物裹腹，深感抱歉。在撰寫論文的期間，亦感謝怡芳不時地提供實務案例與一起研討的時間。

此外，也要感謝工程會的學姐許科長靜宜、賴科長秀麗、翁專員振偉及財政部推動促參司同仁林研究員嘉蓉、張簡任秘書聰穎、鄭助理研究員致韶，不時地提供案例資料與諮詢。

在研究學問的這段期間裡，親人的逝去，總讓我躊躇於論文完成與否的重要性問題。但要特別感謝的是，法感特好的老婆一直以來默默地支持、陪伴與鼓勵。在此緬懷勤勞儉樸的祖母梁守女士；全時充滿事業經營動力與雄心的岳父林茂男先生；未達天命之年即已逝去的胞兄蔡志杰，正因妳(你)們提供正面及負面教材，時時指引與警惕我，讓我努力追求人生的美好。謹將本論文獻給所有我愛的家人與朋友們。

摘要

關鍵詞：正當法律程序、正當行政程序、組織適法、聽證、甄審、爭議處理、民間參與公共建設、民間參與交通建設、政府採購

司法院釋字第 520 號解釋於理由書指出：「基於法治國原則，縱令實質正當亦不可取代程序合法」，即一語道出程序正義之重要性。

民間參與公共建設具專業性、複雜性及高風險性、隔代性、利益衝突等特性，在政府與民間合作理念的推動下，法律規定模式已呈現由「條件式」的模式轉向「目的式」模式，致使政府合作對象的甄審(選)成為一種高度專業趨向之判斷，並且可能陷於「決策於未知之中」的困境。民間參與公共建設的推動上，除技術層面之實體審查標準外，實應認真思考面對決策的程序問題，藉由程序之提升，用以補足實體規範的不足。據此，有關引進民間參與公共建設之法規，甄審程序選出的最佳締約對象、最優申請案件或最優申請人「是否即屬適當」，應思考甄審(或評選)程序與組織設計，是否妥適。

本文擬由正當法律程序於美國及日本之發展出發，藉以了解其規範基礎與發展情形，並分析我國司法實務有關正當法律程序原則之解釋，理解我國對於正當法律程序之內涵與要求。其後聚焦行政實務上經常引用作為民間參與公共建設案件辦理依據之獎參條例、採購法及促參法，就其甄審、評選或評審程序與爭議處理程序檢視正當法律程序實踐情形。

本於基本權保障意旨及法律承認權利之保障，基本上本文認同至少應有一最低限度之保障(即聽證權)。至於其他要求為何？本於民間參與公共建設之興建或營運，涉及政府有限資源之分配及申請人(營業自由、契約自由)與使用者(生命、身體、財產)之基本權保障相關，應可由司法院釋字第 384 號解釋及釋字第 709 號解釋推導出「組織」要求，而其他如公正作為(迴避、禁止程序外接觸)、受告知權、說明理由及資訊公開，亦正是落實組織適法與聽證權，所不可或缺之要素。

Abstract

keyword : Due process of law, Due Administrative Process, Proper function of the Determining Authority, Hearing, Evaluation, Dispute Settlement, Private participation in Infrastructure Projects, Private Participation in Transportation Infrastructure Projects, Government procurement

Judicial Yuan interpretation No. 520 explained in reasons for that " Under the rule-of-law principle, even substantive appropriateness is no substitute for due process", which concludes the importance of procedural justice.

Professional, complexity, high risk, across generation and interest conflict are characteristics of Private participation in Infrastructure Projects. Under the idea of public-private cooperation driven by law model has been changed from "conditional" mode to "objective" mode. Partner accreditation (selection) became a highly professional judgment and may trap " Decision-making in unknown " in a dilemma. The promotion of private participation in Infrastructure Projects, apart from the technical aspects of entities to review standards, should seriously consider the face of decision-making procedures, through the advancement of procedure, in order to make up the deficiency of substantive rules. The introduction of private participation in Infrastructure Projects regulations, relate to accreditation procedures the best parties, optimal application or the best applicant "whether it is appropriate" should consider to create a appropriate accreditation (or selection) process and organization.

This article will take into account the United States and Japan to review development of Due process of law, so as to understand their specification and development, and analyses the Due process of law interpretation in our country's judicial practice, in order to understanding the meaning and requirements of Due process of law. Subsequently, this article will focus on administrative practice commonly referenced as private participation in Infrastructure, base on accreditation, evaluation or review procedures and dispute procedures of the Statute for Encouragement of Private Participation in Transportation Infrastructure Projects, Government Procurement Act and Act for Promotion of Private Participation in Infrastructure Projects to review the Due process of law practice.

Under the constitutional guarantee of the people's fundamental rights and legal guarantee of the rights recognized, this article agrees that there should be at least a minimum protection (Hearing). What are the other requirements? Private participation in Infrastructure Projects involved Government allocation of limited resources, the applicant (business freedom, freedom of contract) and the user's (life, body, property) fundamental rights. Proper function of the Determining Authority can derives from Judicial Yuan interpretation No. 384 and No. 709, others elements such as Recusal, not contact with a party besides formal administration procedures, Right to be informed and reason disclosure are essential elements to support fulfilment of Proper function of the Determining Authority and Hearing.

第一章 緒論

第一節 研究背景

為促進經濟發展，厚植產業基礎，並提昇國民生活品質，無不以充實基礎建設，推動重大公共建設為重點。促進民間參與公共建設法（下稱促參法）之制定，係以上開目標之達成為主要之立法目的，並秉持「民間最大的參與」及「政府最大的審慎」¹兩大原則，於兼顧維護公共利益與落實民間參與的機制，合理規範政府與民間的權利與義務，放寬法令限制為其主要之意旨²。

促參法施行前，我國辦理「民間參與公共建設案件」（下稱「民參案件」），就特定公共建設類別立法規範辦理程序者，當屬獎勵民間參與交通建設條例（下稱獎參條例），其他如垃圾焚化爐設施、發電設施，亦有執行方案加以推動，因甄選程序不一，且甄選程序未有法律規範，故政府採購法（下稱採購法）立法時（87年5月27日公布），以投資廠商之甄選程序，宜符合公開、透明、公平之原則，明定適用採購法有關規定，俾使其甄選程序有法可循³。

89年2月9日促參法公布，促參法第3條除將交通設施、垃圾焚化爐納入公共建設之範圍外，並將共同管道、環境污染防治、水資源、衛生、社會福利、文教、觀光、發電、運動、公園綠地、重大工業、商業及科技、新市鎮開發、農業等設施納入公共建設範圍⁴；第8條則規定民間參與公共建設模

¹ 此兩大原則似乎存在角力關係，如何兼顧實有其困難。正如政府係採「節制」或「促進」之立場，法制上即應有不同之設計。

² 立法院公報，89卷9期，頁176-178。

³ 政府採購法第99條規定立法說明：「一、由民間投資興辦政府所規劃或核准之建設，政府不必償付建設經費，可解決財源不足問題，但其甄選廠商之程序，宜有統一規定。二、以BOT（興建、營運、移轉）或BOO（興建、營運、擁有）等民間參與方式辦理之建設，雖有別於一般政府採購，但其投資興辦廠商之甄選程序，亦宜符合公開、透明、公平之原則，故明定準用本法有關規定，俾使其甄選程序有法可循。」尹章華、倪文興、劉家熒，政府採購法釋義，文笙書局，2001年9月，頁2-8-25。

⁴ 促參法第3條第1項規定：「本法所稱公共建設，指下列供公眾使用或促進公共利益之建設：一、交通建設及共同管道。二、環境污染防治設施。三、污水下水道、自來水及水利設施。四、衛生醫療設施。五、社會及勞工福利設施。六、文教設施。七、觀光遊憩重大設施。八、電業設施及公用氣體燃料設施。九、運動設施。十、公園綠地設施。十一、重大工業、商業及科技

式。依第 2 條立法說明，促參法屬特別法性質，優先於其他法律適用⁵。

近來，由於政府財政缺口逐步擴大，有加速引進民間資金參與公共建設興建、營運之需求，目前政府機關辦理「民參案件」，多以促參法為辦理依據。惟我國行政實務上，所稱「民間參與公共建設」應係將其重點著眼於某項具體「公共建設」(標的設施)交由民間參與興建及(或)營運；至於風險與責任分擔，則多由民間機構自負。促參法主管機關(財政部)在統計「民參案件」辦理情形時，亦非單以依促參法辦理之案件，方認為屬「民參案件」。依該部「民參案件」簽約統計資料顯示，除列入促參法辦理之「民參案件」外，亦將依採購法、獎參條例、商港法、國有財產法、電業法、促進產業升級條例、大眾捷運法、都市更新條例及產業創新條例等法規或地方自治法規(該部資料以「地方公共造產自治條例」稱之)辦理且涉及「公共建設」之興建營運案件，列入統計「民參案件」之投資金額之中。另除前揭法規外，其他如停車場法及漁港法等，亦定有引進民間參與經營管理規定。顯見我國行政實務上對於「民參案件」一詞，係採最廣義之理解。

行政程序法於 88 年 2 月 3 日公布(90 年 1 月 1 日施行)，該法第 3 條第 1 項規定：「行政機關為行政行為時，除法律另有規定外，應依本法規定為之。」除表明其適用於「行政行為」外，並表明屬行政程序之基本法⁶。司法實務上，認依促參法所作成之最優申請人決定通知為行政處分⁷。因此，最優申請人之甄選程序，依行政程序法第 2 條第 1 項及第 3 條第 1 項規定，除各類據以辦理法規另有規定外，似仍有行政程序法之適用。

如上所述，可見我國公共建設委外與甄選廠商之法規依據，是非常多元

設施。十二、新市鎮開發。十三、農業設施。」

⁵ 立法院公報，89 卷 9 期，頁 184。

⁶ 湯德宗，行政程序法的適用，收錄於：氏著，行政程序法論，元照出版社，2005 年 2 月，頁 159。

⁷ 最著名者，如臺北高等行政法院 94 年度判字第 752 號判決(ETC 案)；最高行政法院 95 年度判字第 1239 號判決(ETC 案)、同院 104 年度判字第 102 號判決、同院 103 年度判字第 179 號判決、同院 103 年度判字第 167 號判決、同院 100 年度判字第 2152 號判決、同院 100 年度判字第 1927 號判決、同院 100 年度判字第 1109 號判決參照。

的。民間參與公共建設此一議題，可供研究之範圍與對象，非常寬廣。各類期刊或論文有關民間參與公共建設議題研究，因交通部高速公路局主辦之 ETC 案爭議發生，有可觀之研究提出，除有關民營化、公私協力等概念，與行政法學發展及建置新型態行政合作契約等外，研究範圍或因 ETC 案影響，只限於探討「民參案件」投資契約法律性質，屬公法契約、私法契約或混合契約（公法、私法混合），及其甄審程序之設計，係一階段、傳統雙階理論或修正式雙階理論。對於民間參與公共建設甄審（或評選）或爭議處理，雖亦有相關論著提出，亦僅就相關甄審程序進行比較，並未見有較為深入之研析，當然亦未見對於程序與組織規範，從正當程序之觀點探討者。

第二節 研究動機

過去我國行政法之研究多著重於行政機關所為決定或行為是否符合實體法之規定，至於這些決定或方式作成，卻非研究重心。此重實體、輕程序的情形，隨時代演進，法治建設努力下，已漸體認到一項行政決定是否合法正確與作成該決定處理程序及方式有密切關係⁸。正因對於過程或程序的忽略，我國對於程序問題，僅是聯想到加強溝通、協調或宣導。對於決策體系以外的人，亦僅當成是宣導或溝通的對象（即程序客體），而非程序的主體的說法⁹，即非無據。

司法院釋字第 520 號解釋於理由書指出：「基於法治國原則，縱令實質正當亦不可取代程序合法」，即一語道出程序正義之重要性。大法官許玉秀認為，實體正義屬神的正義；程序正義屬人的正義。實體正義與真正的事實探究有關，真正的事實為何，往往因判斷都是事後的推論，因此真實也只有天知道（所以稱為神的正義）。程序正義則透過一個不會被質疑的程序，得到一個應該被接受的真相，是一種假設的真實（所以稱為人的正義），透過推論符合真

⁸ 董保城，行政程序中程序行為法律性質及其效果之探討，政大法學評論，51 期，1994 年 6 月，頁 73。

⁹ 葉俊榮，環境行政的正當法律程序，國立臺灣大學法學叢書編輯委員會編輯，2001 年 11 月，頁 5。

實的條件，再創造一套找到這些條件的方法，即設計一套可以保證真實比較容易被發現的程序，俗稱公平的遊戲規則。適用公平的遊戲規則，通常稱為符合程序正義¹⁰。本於實體的真實探究之不確定性與低可得性，建置一公平的遊戲規則，進而實現程序正義是不可被忽略的。程序的基本要求，在立憲主義的民主法治國家，政府的施政必需建立在責任政治、權力分立及人權保障的基礎上，程序必須強調「公開」、「參與」、「說理」及「制度化」。現代立憲國家對人性尊嚴的尊重，任何與決策有利害關係的人民，在程序上都應被當作有主體意識的人看待，而非決策的適用對象或客體¹¹。應理解的是，程序權利並不是要阻止政府活動，而是要求特定的政府機構做出決策或採取行動，或者要求決策或行動必須通過特定的決策程序作出¹²。

「民參案件」具專業性、複雜性及高風險性、隔代性、利益衝突等特性，在政府與民間合作理念的推動下，法律規定模式已呈現由「條件式」的模式轉向「目的式」模式¹³，致使政府合作對象的甄審（選）成為一種高度專業趨向之判斷，並且可能陷於「決策於未知之中」的困境。民間參與公共建設的推動上，除技術層面之實體審查標準外，實應認真思考面對決策的程序問題，藉由程序之提升，用以補足實體規範的不足。據此，有關引進民間參與公共建設之法規，甄審程序選出的最佳締約對象、最優申請案件或最優申請人「是否即屬適當」，應思考甄審（或評選）程序與組織設計，是否妥適。

司法院釋字第 364 號解釋，認為從基本權積極功能，對於與基本權實現有關之資源，本於資源之有限性，國家有採行適當程序設計的義務，以達公平合理規劃與分配的目的。所以要求國家採行適當組織與程序設計，公平合理分配有限的資源。學者¹⁴亦表示，事實上為確保行政主體對其擁有之有限

¹⁰ 許玉秀，論正當法律程序（一），軍法專刊，55 卷 3 期，2009 年 6 月，頁 12。

¹¹ 葉俊榮，同註 9。

¹² Jerry L. Mashaw, *Due Process In The Administrative State*, 沈巋譯，行政國的正當程序，中國高等教育出版社，2005 年 11 月，頁 5。

¹³ 關於法律規定模式之轉變，可參本文第三章、第二節、第二項。

¹⁴ 陳愛娥，經濟行政領域中的程序保障－以分配程序(Verteilungsverfahren)為觀察重心，憲政時

資源的公平分配，因此要求應建構公平的分配程序，並且應對此提供有實效之保障的情形，並非僅限於促參法及政府採購法所分別關心的，分配特許權、採購機會的程序建構，公職務的分配同樣具有此等特質。「民參案件」均與行政資源分配有關，而行政資源分配決定之作成，除須有實體法上之依據外，如上所述，其分配程序與組織自應符合正當程序之要求。由於甄審程序與爭議處理於「民參案件」之推動，居於最佳合作對象擇定及權利救濟的重要地位，為民間參與公共建設制度核心。從而，本文選定民間參與公共建設甄審與爭議處理之正當行政程序為研究重點。

第三節 研究方法與範圍

第一項 研究方法

本文以文獻歸納與分析法為主要的研究方法，經由文獻資料蒐集、整理與分析方法，就正當法律程序與民間參與公共建設相關學術論文、期刊等資料，加以歸納作為研究基礎。依據歸納所得結果，本於正當法律程序原則選定經常作為「民參案件」甄審依據之獎參條例、採購法及促參法為主要研究範圍，探究各該規範落實正當法律程序情形，並觀察實務上與研究議題相關之案例。最後依研究結果提出結論與建言。

第二項 研究範圍

本文擬由正當法律程序於美國及日本之發展出發，藉以了解其規範基礎與發展情形，並分析我國司法實務有關正當法律程序原則之解釋，理解我國對於正當法律程序之內涵與要求，其後聚焦行政實務上經常引用作為「民參案件」辦理依據之獎參條例、採購法及促參法（本文選定此三部法律作為主要研究對象，係考量筆者前後任職於行政院公工程委員會（採購法主管機關）及財政部（促參法主管機關），與促參法係參照獎參條例制定之故；另亦有意彰顯上開促參法主管機關（財政部）將所有可能與公共建設有關之標的設施，

不論係單純(國有)財產管理(國有財產法)或增進投資(獎勵民間投資條例)或純屬申請特許(電業法)之案件，全數列入所謂「民參案件」之妥適性問題)，就其甄審、評選或評審程序(除有指明必要外，以下簡稱「甄審」或「甄審程序」)與爭議處理程序(不含履約爭議處理及後續之行政訴訟)檢視正當法律程序實踐情形，及各該法律與行政程序法之適用關係提出研究成果，以為獎參條例、採購法及促參法修法參考，期民間參與公共建設程序適法、行政效率與基本權之保障間取得平衡。

第四節 研究架構

本論文之章節安排，第一章為緒論，介紹本論文的研究背景、研究動機、研究方法與範圍、研究架構。第二章就正當法律程序概念在美國、日本的發展及我國之引進情形，藉以探究正當法律程序原則理論依據、功能與相關內涵。第三章就民間(或私部門)資力參與公共建設之發展背景及概念、對行政法學影響、我國民間參公共建設的憲法容許性、發展情形、制度特色與法律關係及「憲法精神具體化」之行政程序法如何界定與其他法律程序規定之適用關係。第四章介紹我國主要「民參案件」辦理依據之採購法、獎參條例及促參法的甄審與爭議處理制度。第五章檢視甄審及爭議處理落實正當法律程序原則情形及釐清行政程序法與採購法、獎參條例及促參法程序規定適用問題。第六章為研究發現與結論。

第二章 正當法律程序

正當法律程序理念，可上溯自西元 1215 年英國大憲章第 39 章英王約翰 (King John) 不任意逮捕的承諾；而法律正當程序 (due process of law) 一詞，則首見於西元 1354 年該憲章法規式翻版¹。其理念主要係源自於「自然正義」，即任何人不假思索，依其固有理性即可判斷為正當²。

依英國法院判決及學者見解，自然正義的內涵至少包含以下二原則³：

一、任何人不得就自己的案件當裁判官 (no man shall be a judge in his own cause)。

二、任何人之辯護必須被公平的聽取 (a man's defense must always be fairly heard)。

第一節 美國聯邦憲法正當程序條款

第一項 美國聯邦憲法制定背景

第一款 邦聯條款

北美 13 州於 1776 年獨立建國以前，受英王統治約 150 餘年，為英屬殖民地。英王喬治三世 (George III) 及國會議員始終將北美殖民地視為從屬於英國本土，僅享有較次等的地位。北美人民卻一致認為殖民地是英王領地平等的一部分，應與英國本土地位對等，殖民地人民乃應享有與英國人民完全相同的自由，除可自組自治政府外，並得排除英國國會所定稅則、法律及英王政府所頒行政命令的權利。各個殖民地以遊行、示威、請願及簽署抵制英貨協定等方式爭取權益，最後則訴諸武力，並於 1776 年 7 月 4 日發表獨立宣

¹ 湯德宗，憲法上的正當程序保障，收錄於：氏著，行政程序法論，元照公司，2005 年 2 月，頁 169。

² 湯德宗，論正當行政程序，同前註，頁 8。

³ 羅傳賢，美國行政程序法論，五南出版公司，1985 年 6 月，頁 161。蔡庭榕，論公務人員人事處分之正當程序—以警察人員之特殊功績晉階及免職處分為例，中央警察大學警學叢刊，31 卷 4 期，2001 年 1 月，頁 188。

言，同年7月12日即著手研議邦聯憲法草案。

由於飽受英國殖民地政府以高壓專制進行統治，以及憂心新的政府亦將重蹈覆轍，多數議會代表均不願再見到一個擁有無限權力的中央政府。相反地，他們希望中央政府僅是一個聊備一格及擁有最少權力的政府，且各州主權利益應較國家利益優先考量。經過冗長的辯論與協調，大陸議會於隔年11月15日審議完成邦聯條款草案，共計13條，並隨即分送各州認可，直至1781年3月1日始經各州簽署而正式生效，成為美國的第一部憲法⁴。

第二款 聯邦憲法之制定

惟因對於集權的中央政府恐懼之故，邦聯憲法因未賦予中央政府直接向人民納稅之權、缺乏獨立的行政部門、未明定司法部門的地位與職權等原因，經過不到1年的實證運作，各州很快地揚棄無能與依賴的邦聯政府。但由於經歷英王濫權及邦聯無能等二種極端慘痛的歷史教訓，美國人民對於建立一個強大中央政府的意願，始終抱持保守及審慎的態度。直至1786年因經濟問題在麻薩諸塞州（Massachusetts）發生由獨立戰爭後退役之農民丹尼爾薛易士（Daniel Shays）因無法償還借款，債主麻薩諸塞州商人揚言將沒收其農地甚而送法院定罪。薛易士憤而組織農民進行武裝暴動，攻擊政府及法院，並打傷許多法官、律師及商人。麻州請求國會支援抗暴，但國會缺錢缺人，無法提供任何協助。此一暴動終被麻州民兵平息，但已使美國人民意識到如果沒有一個強大的中央政府，人民將以槍桿子任意決定自己的法律。自「薛易士暴動」（Shays' Rebellion）後，始意識到廢除邦聯條款刻不容緩，有重新建立一個較有實力的中央政府之必要，而有修正邦聯條款為目的的費城會議之召開。該會議最後演變成制定聯邦憲法本文共7條（約4千餘字）之新憲法，並於1788年6月21日正式生效，並與其後陸續增訂的27條增修條文，共同成為美國國內位階最高的根本大法⁵。

⁴ 史慶璞，美國憲法理論與實務，三民書局出版，2007年6月，頁3-7。

⁵ 史慶璞，同前註，頁8-14。

第三款 權利法案—聯邦憲法增修條文

費城會議後關於人民自由權利保障之憲法修正案，乃於 1789 年 6 月 8 日送請國會審議，並於 1791 年 12 月 15 日正式生效，稱為權利法案 (Bill of Rights)，併列於美國憲法本文之末，成為美國憲法增修條文第 1 條至第 10 條⁶。其中增修條文第 5 條規定：「任何人非經法律正當程序，不應受生命、自由或財產之剝奪」一般統稱「正當程序條款」(Due Process Clause)。然而，1791 年增修美國聯邦憲法第 1 條至第 10 條內容，原係在於約束聯邦政府，鞏固州政府權力與保障人民基本權利，在第 14 條增補條款制定前，解釋上均認為上開增修條文不能限制州政府⁷。

直至 1868 年 7 月該國憲法第 14 條增補條款：「無論何州，未經正當法律程序，不得剝奪任何人之生命、自由或財產」經各州承認生效後，方認為憲法第 1 條至第 10 條增修條款所保障的基本權利，在解釋上亦可對抗州政府⁸。

第二項 正當法律程序之內涵

「正當法律程序」依其字面意義，乃可能僅解為係對於程序法上之限制，而其於美國聯邦憲法制定之本意，亦僅係欲以此原則來防止行政和司法對於人民生命、自由或財產之非法程序之侵害。惟至 19 世紀，美國聯邦最高法院乃擴大「正當法律程序」之適用，亦即認為「正當法律程序」不僅是指公平合理的司法程序，亦兼指公平合理的法律。因此，此原則不僅是針對程序方面，甚至包括法律的內容及其目的是否合法—即運用此原則以檢視法律是否符合公平正義、正當合理。可知「正當法律程序」乃是指政府一切權力行使或對人民權利之侵害和限制皆須遵循的法之原則⁹。換言之，美國憲法「正當

⁶ 史慶璞，同註 4，頁 16。

⁷ 游伯欽，美國聯邦最高法院對「正當法律程序」之解釋理論，立法院院聞，25 卷 2 期，1997 年 2 月，頁 43、44。

⁸ 邱忠義，正當法律程序與禁止雙重危險，軍法專刊，53 卷 6 期，2007 年 12 月，頁 53-55；游伯欽，同前註，頁 44。

⁹ 林國漳，淺釋行政法學上之「正當法律程序」原則，收錄於：城仲模主編，行政法之一般法律原則，三民書局，1994 年 8 月版，頁 56-57。

法律程序條款」所稱「法律正當程序」，依其文義，僅指「程序」而言，特別是「司法程序」且僅限於立法者所規定者。然美國聯邦最高法院自始即以體系解釋觀點，詮釋該條款，認該條款並非聽任立法部門隨意制定任何程序，毋寧為對立法權、行政權及司法權之限制。該條款不能解為，立法者可依其意志，規定任何程序為「法律正當程序」¹⁰。

美國實務上將「正當程序保障」(due process guarantee)區分為「程序上正當程序」(procedural due process)與「實質上正當程序」(substantive due process)。前者強調對於人民權利限制，應經如何之程序始為正當，旨在確保國家權力行使之程序公平；後者強調法院如何審查法律內容，確保國家權力作用之實質公平，其要求法律須為達成合法目的之合理手段，且須對於人民權利限制最少，及法律內容須明確¹¹。後者之功能與我國憲法第 23 條大致相當¹²。

於實際運用上，「程序上正當程序」通常將此原則與國會或法院的程序或行政部門執行之方式結合；亦即在對個人的權利為決定或裁決前，應進行公正且無私的聽證 (Hearing) 而給與當事人陳述意見之機會。傳統上原適用於在法庭作出定罪判決剝奪人之自由或財產之情形，惟目前並不限於此，亦包括行政機關在內等聽證程序。「實質上正當程序」乃針對法律內容，運用此原則，檢視法律是否公正、合理及正義。甚且不論立法、行政、司法，「正當法律程序」在直接探求是否有「不被個人權利與分配正義所確立之原則所拘束」的恣意的 (arbitrary)、亦即是不當的 (unreasonable) 權利行使的情事¹³。

第三項 正當法律程序對於國家權力的限制

針對憲法正當程序條款應如何解釋的問題，美國聯邦最高法院於 1856 年 Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement 一案中表示憲法正當程序條

¹⁰ 湯德宗，憲法上的正當程序保障，同註 1，頁 169-170。

¹¹ 湯德宗，憲法上的正當程序保障，同註 1，頁 170-173。

¹² 蔡庭榕，同註 3，頁 187。

¹³ 林國漳，同註 9，頁 61、64。

款除約束政府的立法權以外，並同時約束政府的行政權和司法權，是故，立法權不能任意制定其所設想的程序乃至為明顯。由於本條款不得解釋為容許國會可單獨依其意願任意使任何程序成為正當法律程序，從而，依據國會所制定的法律剝奪人民的生命、自由或財產，並不當然符合憲法增修條文第 5 條後段所明定正當程序條款的要求。上述原則，在各州依據美國憲法增修條文第 14 條第 1 項後段正當程序條款約束其立法權時，亦有相同的適用¹⁴。

正當程序條款乃在保障人民生命、自由或財產，免於遭受國家權力（含立法、行政及司法）恣意不合理之侵害。就行政行為而言，行政行為之內容，應符合「實質上正當程序」，其決定之程序並應符合「程序上正當程序」，包括憲法上、法律上正當程序。就立法行為而言，法律之內容須符合「實質上正當程序」；至於立法之程序，按「權力相互尊重」之法理，則屬議會自律範疇。就司法行為而言，裁判內容應符合「實質上正當程序」，裁判之程序（司法訴訟程序）亦須符合「程序上正當程序」¹⁵。

第四項 正當法律程序之適用

對於正當法律程序之適用，一般採所謂的「雙階結構」適用方式¹⁶：

一、先行探討人民被剝奪利益是否該當生命、自由或財產的實體要件，以決定當事人有否受到憲法上程序保障之權利，是「有無」的質的判斷。

二、如果該當，法院則進入下階段決定當事人應受何種程序保障，是程序保障「方式」與程度「多少」量的選擇。

其實際運用上，係以機關對於程序的選擇只有在所要採取的行動將剝奪人民的生命、自由或財產時，始會受正當法律程序之限制。而當事人應受何種程度之保障，在其發展之歷史上，法院皆以機械方式來研究此問題，所以只有兩種可能之結果，若機關的決定影響到個人或少數人受保護的利益，則

¹⁴ 史慶璞，同註 4，頁 252-253。

¹⁵ 湯德宗，憲法上的正當程序保障，同註 1，頁 173-174。

¹⁶ 陳宜倩，正當法律程序，月旦法學教室，25 期，2004 年 11 月，頁 127。

此時該機關必須舉辦公聽會，而若機關之決定影響到多數人時，則無須舉辦公聽會。主要係因政治程序本在於保障多數人權益免受行政機關之不當迫害，而要保護個別的個人，只有要求行政機關採用能確保到個人公平的決策程序，此即正當法律程序條款之目的¹⁷。

美國傳統上對於當事人利益保護，曾區分權利(rights)與特權(privileges)，認如果當事人利益是關於「特權」，則不適用正當程序條款。後因現代福利國家理念，「權利」概念大幅擴張，聯邦最高法院自 1970 年代起已揚棄此一理論¹⁸。

第五項 小結

美國正當法律程序之發展，主要係以限制國家權力並以保障人民生命、自由及財產為主要目的，其射程範圍已由司法行為擴及立法及行政行為。正當法律程序並非是一個閉鎖的觀念，必須符合當時社會對公平正義的要求與想像，是與時俱進的¹⁹，並可作為調和各種價值之準據²⁰。

正當法律程序文字經美國憲法增修條文第 5 條後段正式引用，並寫入美國憲法內容以後，各州憲法紛紛起而效尤，陸續將正當法律程序文字定調於各自憲法之中，直至 1868 年美國憲法增修條文第 14 條規定經各州認可且正式生效以後，正當程序條款不僅已成為美國聯邦及各州崇尚人性尊嚴及提倡基本自由的表徵，同時亦成為聯邦及各州憲法所共同擁有保障人民免受政府不當侵害最堅固的磐石。然而，政府是否只要有國會所制定的法律剝奪人民生命、自由或財產，即屬正當法律程序，不無疑義。就此美國憲法起草人詹姆士麥迪遜 (James Madison) 即表示，「正當程序條款制定的目的，乃在防止政府立法或行政部門僭越分際侵害人民權利，法院則是維護本憲法條款

¹⁷ 林國漳，同註 9，頁 61、63。

¹⁸ 方英祖，從正當法律程序觀點論行政程序法，考銓季刊，第 30 期，2002 年 4 月，頁 63；林國漳，同註 9，頁 61-64。

¹⁹ 陳宜倩，同註 16，頁 125、128。

²⁰ 葉俊榮，環境行政的正當法律程序，國立臺灣大學法學叢書編輯委員會編輯，2001 年 11 月，頁 87-88。

的守護者。由於正當程序原則旨在抑制政府立法和行政部門的恣意專擅與危害人權，故而給予正當程序條款在解釋上相當程度的彈性則確有必要。法院應隨時注意社會經濟的變遷與需求，以確定正當程序條款的意涵與適用準則」

21。



²¹ 史慶璞，同註 4，頁 252。

第二節 日本憲法上正當法律程序

第一項 明治憲法

大日本帝國憲法是日本基於近代君主立憲制度而制定之憲法，公布於明治 22 年（西元 1889 年）2 月 11 日，並於明治 23 年 11 月 29 日施行，該憲法亦被稱為「明治憲法」。其對於立憲主義之基本原則已備基本雛型。惟因本質上係君主立憲之根本，最後天皇仍為政治權力的總攬者，議會地位及臣民之權利自由保障程度薄弱。明治憲法中對於正當程序法理條文規定不多，除憲法第 23 條規定：「日本臣民非依法律規定不受到逮捕、監禁、審問及處罰」外，尚有第 24 條接受審判之權利及第 25 條住居所不可任意侵入之規定¹。

第二項 二戰後日本憲法

第一款 日本憲法制定背景

日本現行憲法乃日本在第 2 次世界大戰敗戰，於昭和 20 年（西元 1945 年）8 月向聯合國無條件投降，基於聯合國最高司令官麥克阿瑟將軍指示之天皇定位、放棄戰爭及民主革新、廢除封建制度等三項原則進行研議起草而成。昭和 21 年（西元 1946 年）11 月 3 日公布之現行日本憲法第 3 章第 31 條規定：「任何人，未經法律所定之程序，不得剝奪其生命、自由或科以其他刑罰。」首先揭示法定程序之保障²。

第二款 日本憲法第 31 條規定

有關法定程序保障範圍之解釋，是否相當於美國聯邦憲法上之正當法律程序條款，於學理上產生極大爭議³。惟認日本憲法第 31 條規定，是屬美國憲法修憲第 5 條及修憲第 14 條之「正當法律程序條款」之譜系，在頗多學說

¹ 黃正明，日本國憲法正當程序法理與判例之研究，淡江大學，亞洲研究所碩士在職專班畢業論文，2010 年，頁 7、8。

² 邱忠義，正當法律程序與禁止雙重危險，軍法專刊，53 卷 6 期，2007 年 12 月，頁 57-59。

³ 邱忠義，同前註，頁 59。

中可以看到有極明顯傾向，將第 31 條理解、解釋為美國憲法「正當程序條款」之直系卑屬，並將美國憲法之正當程序條款解釋運用為：「應該不只限於程序必須依法律規定，而且程序（程序法之內容）也必須『正當』，甚至於程序法和實體法兩者都必須『正當』；並以此為理由，要求擴張解釋為憲法第 31 條也要求實體法內容必須『正當』」，這種學說頗為有力。然而，也有學說採取與此對立的看法⁴。

目前正當程序及正當實體說，已成日本通說⁵。即除了在程序及實體兩方面都要求必須以法律規定外，更要求其內容在實體和程序兩方面，都必須合乎正當。

第三項 日本正當程序適用範圍

第一款 學說爭論

日本憲法第 31 條規定之文義並未包括財產權，僅刑事程序之基礎保障依據。至於一般行政程序是否有其適用，因該國憲法第 31 條規定與美國之正當程序並不相同，文義上僅限於刑事程序。因此有不適用說、適用說、準用說及憲法第 13 條適用說之爭論⁶。

不適用說，係由文義出發認該條係有關刑事程序之條款為理論依據。然適用說、準用說本於以下理由被有力地倡導⁷：（一）在刑罰、刑事程序之外，國民之自由被剝奪限制之情形仍多。如傳染病人之隔離、精神病患的保護處分，依少年法而為保護處分，如不依法律所定程序，可說是違反憲法精神的；（二）憲法第 31 條顯然屬美國憲法修正案第 5 條及第 14 條之譜系，至少可參照美國對於條款之解釋；（三）本於行政權力擴大強化現象，若將行政程序置於憲法第 31 條管轄之外，則保障國民自由之重要部分，或將喪失。憲法第

⁴ 佐藤功，憲法第 31 條の諸問題—特に行政手續との關係，李鴻禧譯，日本憲法第 31 條與正當法律程序諸問題—就其與行政程序之關係言，憲政思潮，1984 年 3 月，頁 97。

⁵ 邱忠義，同註 2，頁 60。

⁶ 黃正明，同註 1，頁 20-23。

⁷ 佐藤功，同註 4，頁 102、103。

13 條適用說，則認憲法第 31 條既限定於刑事程序之基礎上，因此 31 條以外之正當程序，可以解釋為由憲法第 13 條條文：「全體國民，皆以個人身分受尊重。有關追求生命、自由及幸福之國民權利，除違反公共福利外，於立法及其他國政上，都必予與最大之尊重。」中得到憲法上之依據，然仍無法避免過於抽象之問題⁸。

第二款 司法實務判決

第一目 第三者所有物沒收事件（關稅法違反事件）

日本憲法第 31 條到底應否解釋為要求程序法及實體法兩者的正當性，關聯到這一問題的判例，為數不少。惟並未採取積極的態度，直到所謂「關稅法違反事件」之判決，該國最高法院判示憲法第 31 條是要求「告知與聽聞」之原則的規定，第 31 條之內容才開始被某種程度地明確化⁹。

本案係被告企圖以漁船走私物品至韓國逃避關稅而被查獲，第一審判決認被告違反關稅法未遂有罪，除判處有期徒刑外，並依關稅法規定宣告沒入供犯罪用之船舶及與犯罪有關之物品，第二審判決並維持原判。被告基於沒入之物品包含被告所有以外之物及所有權不明之物品皆被沒入，未給予原所有權人保護財產之權利，違反日本憲法第 29 條第 1 項提起上訴。最高裁判所昭和 37 年（西元 1962 年）11 月 28 日大法庭判決，則認日本憲法第 29 條第 1 項規定財產權不可侵害，憲法第 31 條亦規定，任何人未依正當法律程序係不可剝奪他人生命、自由甚至科以刑罰。第三者所有物之沒收，可以解釋為對被告之附加刑，然因刑事處分效果若及於第三人，亦應對第三人行權利告知、辯護及防禦之機會，否則即為未透過正當法律程序而侵犯國民財產權¹⁰。

本案日本最高法院認為正當程序保障之欠缺不僅違反日本國憲法第 31 條，亦侵害憲法第 29 條對於財產權之保障，並認憲法第 31 條之適用不應只

⁸ 佐藤功，同註 4，頁 22。

⁹ 佐藤功，同註 4，頁 100。

¹⁰ 黃正明，同註 1，頁 55-58。

侷限於刑罰。惟在此判決中入江推事補充意見，認為憲法第 31 條亦應適用在「行政程序」上，但是並「非」必需經常給予「告知與聽聞」之機會，何種場合應給予這種機會，則須由「事件之性質判斷之」，亦即屬立法政策問題¹¹。

第二目 成田新法事件¹²

本案係新東京國際機場（現成田機場）建設遭到附近農民及支持農民之反對團體抗爭，導致建設進度大幅落後。預定啟用前夕發生反對團體進入機場內破壞設備事件。國會為保障機場安全制定「新東京機場安全確保緊急措施法」，於該法第 3 條第 1 項¹³訂有各項管制措施，並且對違反規定者處 6 個月以下有期徒刑，併科 10 萬元以下罰金；另根據不同情況，日本運輸大臣對於該工作物可以進行封鎖或是除去等手段。

基此，運輸大臣在 1979 年 2 月 9 日對於在管制區域內反對派所擁有之地上 3 層地下 1 層鋼筋建築，依照該法第 3 條第 1 項限反對者於期限內交付該工作物，並依照第 2 項規定限制其使用，之後每年 2 月持續發布同一命令，因此反對者以運輸大臣為被告要求其取消命令，並以國家為被告要求慰問金。第一審及第二審均駁回其請求。

最高裁判所 1992 年 7 月 1 日大法庭判決，則認為憲法第 31 條係關於法定程序保障，而且係直接與刑事程序有關，至於「行政程序」上以非刑事程序為由，「無法」為相同程度之保障。行政目的樣態甚多，是否給予行政處分對象事前告知、辯解、防護機會，端看行政處分所限制之權利、內容以及限制之程度，與為達成行政處分其公益之內容、程度、緊急性做全盤考量¹⁴。新機場之設置與管理安全關乎國家及社會經濟等，全盤考量後認為有「高度緊急」及「必要性」，雖「未」規定須先「事前告知」給予防禦、辯明機會，

¹¹ 佐藤功，同註 4，頁 104。

¹² 黃正明，同註 1，頁 58-60。

¹³ 第 3 條第 1 項規定：「日本運輸大臣可以做如下規定：在管制區域內之建物或工作物，如有認為具備如下之情形，可對該工作物之管理者、所有者、佔有者要求限期交付或限制使用。1.多數暴力破壞者集合之用 2.用於暴力主義破壞活動、或是爆裂物、火炎瓶等製造成保管場所 3.對新東京國際機場或週邊航班飛行進行破壞或妨礙。」

¹⁴ 似採美國實務上之利益衡量判斷模式判斷之。

亦並未違反憲法第 31 條的意旨。然其標準因抽象、概括而引來批評。

其後日本最高法院判例於：一、原子爐設置許可處分未給予附近居民參與聽證之判例。二、教科書檢查不合格處分未給予編者聽證之判例。三、基於美日安保條約依駐留軍用地特措法徵收土地之關係人不允許提出意見書，但該法修正佔用土地時未給予聽證機會。上述判例，皆認定為係違反日本國憲法第 31 條正當程序原則。

第四項 小結

日本憲法未如美國憲法般直接於憲法條文中明文規定正當法律程序，然隨學說與司法實務之發展，日本有力說認為日本憲法第 31 條規定為正當法律程序原則之憲法依據，並認為正當法律程序並非僅適用於刑事程序與司法行政程序，亦包括「行政程序」在內¹⁵。於「刑事程序」中有關第三人財產之沒收，認應給予財產所有權人陳述意見之機會，方符合正當法律程序原則。

至於「行政程序上」有關正當法律程序之要求，則認刑事程序與行政程序本質上有其不同，「行政程序」中是否給與最低限度之程序保障，仍須審視事件所涉之「公共利益」而為判斷¹⁶。然較值得注意的是，有關原子爐設置未給予附近居民參與聽證，認有違日本憲法第 31 條正當法律程序原則，似寓有危險性之鄰避設施建置，應舉行聽證。

¹⁵ 黃正明，同註 1，頁 69。佐藤功，同註 4，頁 112-113。塩野 宏著，劉宗德、賴恒盈譯，行政法 I，月旦出版社股份有限公司出版，1996 年，頁 46。

¹⁶ 林國漳，淺釋行政法學上之「正當法律程序」原則，收錄於：城仲模主編，行政法之一般法律原則，三民書局，1994 年 8 月版，頁 71。

第三節 我國正當法律程序之引進

第一項 前言

由於我國憲法亦未如美國憲法般，將正當法律程序條款於憲法中明文規定。因而，學者¹認為「正當法律程序」係由司法院大法官引進的法律制度，從而在檢討我國法上「正當法律程序」的意涵及其衍生之疑義時，自應以大法官釋憲實務為主軸。

縱有認為我國憲法本文第 23 條相當於美國憲法上「正當法律程序」所謂之「實質上正當程序」；而「程序上正當程序」我國憲法上僅有憲法第 8 條（人身自由）有明文規定者，亦認為對於其他憲法所保障之基本權，其「程序上正當程序」因憲法並未規定，故仍應由司法院解釋探究之²。

「正當法律程序」的概念前大法官吳庚對釋字第 271 號解釋提出的不同意見書即已出現，後並成為司法院釋字第 384 號解釋之多數意見³。然多數的學者認為，大法官是在釋字第 384 號解釋引用美國「正當法律程序」（due process of law）的概念，作為闡釋我國有關憲法第 8 條人身自由保障應有之法律程序，強調「凡限制人民身體自由之處置…國家機關所依據之程序，須以法律規定，其內容更須實質正當」，而此一「實質正當之法律程序，兼指實體法及程序法規定之內容」；然亦有學者指出，司法院解釋使用「正當法律程序」一詞，首見於釋字第 396 號解釋⁴，其後並不斷地發展。

第二項 司法院解釋

第一款 人身自由限制之正當程序

對於人身自由限制應踐行之正當法律程序，司法院釋字第 384 號解釋於

¹ 陳愛娥，正當法律程序與人權之保障—以我國法為中心，憲政時代，29 卷 3 期，2004 年 1 月，頁 362。

² 陳愛娥，同前註，頁 362、385。

³ 湯德宗，憲法上的正當程序保障，收錄於：氏著，行政程序法論，元照出版社，2005 年 2 月，頁 175。

⁴ 陳愛娥，同註 1，頁 361。

理由書中揭示，人民身體自由享有充分保障，乃行使其憲法上所保障其他自由權利之前提，為重要之基本人權。故憲法第 8 條對人民身體自由之保障，特詳加規定。憲法第 8 條第 1 項規定，指凡限制人民身體自由之處置，於一定限度內為憲法保留之範圍，「不問是否屬於刑事被告身分」均受上開規定之保障。除現行犯之逮捕，由法律另定外，其他事項所定之程序，亦須以法律定之，且「立法機關於制定法律」時，其「內容」更須合於「實質正當」，並應符合憲法第 23 條所定之條件，此乃屬人身自由之制度性保障。同時闡釋所謂「內容實質正當之法律程序」，兼指「實體法」及「程序法」規定之內容。就實體法而言，如須遵守罪刑法定主義；就程序法而言，如犯罪嫌疑人除現行犯外，其逮捕應踐行必要之司法程序、被告自白須具任意性、犯罪事實應依證據認定、一事不二罰、當事人有對質權及詰問權、審判與檢察之分離、公開審判為原則及提供審級救濟⁵等為其要。亦不否認國家在特殊情況下，如依法宣告戒嚴或國家、人民處於緊急危難之狀態，容許為必要之限制。如各種法律之規定，與上述各項原則悖離，即應認為有違憲法上實質正當之法律程序。

對於各種人身自由保障之建制，則認為「舉凡憲法施行以來已存在之保障人身自由之各種建制及現代法治國家對於人身自由所普遍賦予之權利與保障，均包括在內。」

本於上開解釋意旨，對於人身自由之保障，其本身已蘊含「正當法律程序」之要求。我國多數學者均認定，憲法第 8 條第 1 項三次提及的「法定程序」，即係指英美法上的「正當法律程序」，並認該條項規定為憲法的基本價

⁵ 惟其後釋字第 396 號解釋，則以「保障訴訟權之審級救濟制度，立法機關得視各種訴訟案件之性質定之。」認公務員因公法上職務關係而有違法失職之行為，應受懲戒處分者，為司法權之範圍，公務員懲戒委員會（下稱公懲會）對懲戒案件之議決，公務員懲戒法雖規定為終局之決定，尚不得因其未設通常上訴救濟制度，即謂與憲法第 16 條有所違背；並認為公懲會之職權係由憲法上之法官為之，其案件之審議，應採法院之體制，亦應本「正當法律程序」之原則，如採取直接審理、言詞辯論、對審及辯護制度，並予以被付懲戒人最後陳述之機會等。

值，依個案「類推適用」於憲法所保障的其他權利⁶。至於有關「實質上正當」之引用，因其主要關心的是立法目的與其所運用之手段間之關聯性，此關係與事物之領域不同而有異，對於限制立法權所發揮之作用類同我國憲法第 23 條包含的比例原則。據此，學者認為似宜避免針對人身自由的限制引用「實質上正當」的概念⁷。

第二款 公務員懲戒及懲處之正當程序

釋字第 396 號解釋，認公務員因公法上職務關係而有違法失職之行為，應受「懲戒」處分者，為司法權之範圍，並認公務員懲戒委員會職權係由憲法上法官為之，其案件之審議，應採「法院」之體制⁸，亦應本「正當法律程序」之原則，如採取直接審理、言詞辯論、對審及辯護制度，並予以被付懲戒人最後陳述之機會等。

釋字第 491 號解釋，認中央或地方機關依公務人員考績法或相關法規之規定，對公務人員所為「免職」之「懲處」處分，為限制服公職之權利，實質上屬於「懲戒」處分。該「免職」處分既係限制憲法保障人民服公職之權利，自應踐行「正當法律程序」，諸如作成處分應經機關「內部組成立場公正之委員會」決議，處分前並「應給予受處分人陳述及申辯之機會」，處分書「應附記理由，並表明救濟方法、期間及受理機關」等，設立相關制度予以保障⁹。從而，可知大法官對於「免職」處分的程序要求，當為正當法律程序的三項基本要素：即公正裁決義務、聽取意見義務及告知義務¹⁰。

本號解釋宣示四項原則¹¹，其一即免職之事由，是法律保留事項；其二懲

⁶ 陳愛娥，同註 1，頁 361。

⁷ 陳愛娥，同註 1，頁 374。

⁸ 學者認為懲戒運作程序(訴訟程序)是否周全、公平，遠比其名稱是否為「法院」重要。湯德宗，憲法解釋與訴訟權保障－以公務員保障與懲戒為中心，憲政時代，30 卷 3 期，2005 年 1 月，頁 372。

⁹ 本號解釋，除未說明如何由對公務員服公職權利之限制，推導出「應踐行正當法律程序」外，亦未說明，根據何等標準演繹出「諸如作成處分應經機關內部組成之立場公正之委員會決議等要求」。陳愛娥，同註 1，頁 371。

¹⁰ 李建良，析論司法院大法官釋字第 491 號解釋，臺灣本土法學，10 期，2000 年 5 月，頁 58。

¹¹ 蔡庭榕，論公務人員人事處分之正當程序－以警察人員之特殊功績晉階及免職處分為例，中

處之構成要件，應符法律明確性原則；其三免職處分應踐行正當法律程序；其四免職處分，須確定後方得執行。其較為「特殊之處」，在於將正當法律程序之意旨，延伸至屬於「行政程序」的懲處程序之中；有關作成處分的組織部分，必須組成立場公正的委員會決議，且委員會的組成由機關首長指定者及票選產生的人數比例應求相當，此要求乃是一種「準司法機關」（例如訴願機關）的程序設計（為行政程序法所無）及免職處分應於確定後方執行¹²。

惟應注意者係，本於「體系正義」，對於公務員所為之「懲處」處分，均應許其向司法機關提起救濟，方符合憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨及第 77 條規定司法院掌理公務員懲戒事項之精神¹³。另有認為若基於對公務人員之權利保障，對記過以上處分均應本正當法律程序，則對公務人員權益有重大影響之特殊功績「授益性處分」，亦宜比照以正當法律程序辦理¹⁴。

上開二解釋主要不同之處，在於釋字第 396 號解釋認為「懲戒」處分應屬「司法權」職掌範圍；釋字第 491 號解釋認為「懲處」處分依其性質應屬「行政權」職掌範圍。學者認為單由憲法文義，僅能得出司法院為公務員懲戒之「最高司法機關」，初難認定公務員懲戒為司法院的「專屬權」；又從「考績」屬考試院職權之一且憲法增修條文第 6 條第 1 項第 3 款復規定，考績等法制事項由考試院掌理，公務員任免及考績構成行政機關首長人事權之一部，均屬行政權職掌範圍¹⁵。惟無論其屬司法權或行政權職掌範圍，二號解釋均認為對於公務員行政責任之追究處罰，必行「正當法律程序」，以保障公務員人權¹⁶。

央警察大學警學叢刊，31 卷 4 期，2001 年 1 月，頁 186。

¹² 李建良，同註 10，頁 60-61。並認本於平等原則，本號解釋有關正當法律程序的闡釋，目前僅能適用於「免職處分」，而不及於「其他懲處處分」。然亦不排除立法者將來修法時擴張至其他懲處處分。

¹³ 李建良，同註 10，頁 54。

¹⁴ 蔡庭榕，同註 11，頁 38。

¹⁵ 李建良，同註 10，頁 52。據此，有認為公務員懲戒法上之懲戒性質上屬司法權及行政權，且於一定範圍內僅得由司法權最終決定（改變公務員身分或有重大影響）；公務員考績法之考績懲處，特別是免職，雖屬行政權實質上亦屬懲戒權，司法亦得最終決定。翁岳生講，張學海整理，公務員懲戒之重要性與問題之檢討，軍法專刊，49 卷 4 期，2003 年 4 月，頁 36。

¹⁶ 王廷懋，我國公務員懲戒制度與其人權之保障，公務人員月刊，103 期，2005 年 1 月，頁 5。

第三款 財產權限制之正當程序

學者指出大法官將「正當程序保障」適用於侵害財產權的行政處分的首例為釋字第 409 號解釋¹⁷。其後釋字第 488 號解釋除重申「基於保障人民權利之考量，法律規定之實體內容固不得違背憲法，其為實施實體內容之『程序』及提供『適時之司法救濟途徑』，亦應有『合理規定』」外，並認法律授權行政機關訂定之命令，為適當執行法律之規定，尤須對採取影響人民權利之「行政措施」時，其「應遵行之程序」作必要之規範。因而，認為依法律（銀行法及信用合作社法）及法律授權之命令（金融機構監管接管辦法）所定之各種措施，對銀行、信用合作社之股東（社員）、經營者及其他利害關係人，既皆有重大影響，該等法規僅就主管機關作成行政處分加以規定，未能對作成處分「前」，如何情形須「聽取」股東、社員、經營者（除私營外，包括縣營或市營金融機構）或利害關係人（被指派機關（構）或人員）陳述之意見或徵詢地方自治團體相關機關¹⁸（涉及各該地方自治團體經營之金融機構）之意見設置明文，認相關監管、接管法規應依解釋意旨儘速檢討修正。可見本號解釋，除認法律或命令如對於財產權造成「重大影響」，應符合法律保留原則外，亦應本於「正當法律程序」為之。學者並指出由本號解釋，可知大法官已明白指出基本權不僅拘束法律規定的「實體」內容，同時也拘束實施實體內容的「程序」，承認實體基本權（財產權）的保障意旨本身可以推導出「程序要求」，即「基本權本身蘊含程序保障」的功能。惟對於人民財產權之侵害，不外為對於財產權之使用、收益及處分為「限制」或「剝奪」，故所謂「重大影響」究指「限制」或「剝奪」，不無疑義¹⁹。

司法院釋字第 628 號解釋認財產權之限制，其「訂定及執行」亦應符合

¹⁷ 湯德宗，同註 3，頁 188-189。

¹⁸ 賦予地方自治團體陳述意見之機會，主要係本於地方自治團體之自治權保障，並非承認其為基本權主體。許宗力，基本權程序保障功能的最新發展－評司法院釋字第四八八號解釋，月旦法學雜誌，54 期，1999 年 11 月，頁 157。

¹⁹ 許宗力，同前註，頁 155、159。

「正當程序」之要求。本號解釋認農田水利會為係依法律（水利法）設立之「公法人」，在「法律授權範圍內享有自治之權限」。農田水利事業餘水管理乃農田水利會「自治事項」之一，農田水利會並得依法徵收餘水使用費。關於餘水管理農田水利會組織通則（第 29 條—54 年 7 月 2 日制定公布）已授予農田水利會得訂定自治規則以限制人民自由權利之自治權限。有關徵收餘水使用費之標準及辦法固授權省(市)主管機關訂定，臺灣省政府並已訂定一定之徵收標準及程序，然若有「規範未盡」部分，農田水利會訂定自治規章予以補充，並報主管機關核備，符合農田水利會組織通則第 29 條規定之意旨。臺灣省石門農田水利會灌溉蓄水池使用要點由「臺灣省石門農田水利會會務委員會」審議通過，復經「臺灣省政府建設廳水利處」准予核備，已具備正當程序之要求。

據此，釋字第 628 號解釋指出對於財產權之限制，除須符合法律保留原則及比例原則外，其相關規定「訂定」及「執行」亦應符合「正當程序」。同時似認公法人在「法定自治權限」內，得就上級機關「法規未盡」部分，得訂定補充規範。所謂「訂定」補充規範之「正當法律程序」，似指經內部（會務委員會）「審議通過」及報請上級主管機關「核備」。至於「執行」之正當法律程序為何，則未有交代。同此，其解釋理由書中所引述釋字第 563 號解釋，謂學校章則的訂定、執行及規定內容應合於「正當程序」。惟對於「正當程序」之內容，亦未有具體之描述。其後，釋字第 689 號解釋理由書最後一段，則以憲法上「正當法律程序」原則之內涵，除要求人民權利受侵害或限制時，應有使其獲得「救濟」之機會與制度，亦要求立法者依據所涉基本權之種類、限制之強度及範圍、所欲追求之公共利益、決定機關之功能合適性、有無替代程序或各項可能程序成本等因素綜合考量，制定相應之法定程序。

釋字第 709 號解釋就財產權限制，在訂定與執行上相關之「正當法律程序」，則有較為具體之說明。其解釋理由書謂都市更新為都市計畫之一環，其制定目的乃用以促進都市土地有計畫之再開發利用，復甦都市機能，改善居

住環境，增進公共利益；除具有使人民得享有安全、和平與尊嚴之適足居住環境之意義外，並作為限制財產權與居住自由之法律依據。主管機關對於自行實施都市更新事業者所擬具之都市更新事業計畫概要之「核准」，以及對於都市更新事業計畫所為之「核定」，性質上應屬行政處分。經核准之都市更新事業概要之行政處分，在更新地區內劃定可單獨實施都市更新事業之更新單元範圍，影響更新單元內所有居民之法律權益²⁰，居民如有不願被劃入更新單元內者，得依法定救濟途徑謀求救濟；而經核定之都市更新事業計畫之行政處分，涉及都市更新事業之規制措施，且於後續程序貫徹執行其核准或核定其內容之結果，更可使土地或建築物所有權人，乃至更新單元以外之權利受到不同程度影響，甚至在一定情形下喪失其權利，並被強制遷離其居住處所。故上述核准與核定，均屬限制人民財產權與居住自由之行政處分。

釋字第 709 號解釋理由書以都市更新之實施攸關重要公益且嚴重影響眾多更新單元及其週邊土地、建築物所有權人之財產權及居住自由，利害關係複雜、易生糾紛，認為「核准」都市更新事業概要及「核定」都市更新事業計畫，為能確實符合重要公益、比例原則及相關法律規定之要求，促使「人民積極參與」，主管機關應設置「公平、專業及多元之適當組織」進行審議外，並應按主管機關之審查事項、處分內容與效力、權利限制程度等之不同，規定應踐行之「正當行政程序」，包括確保利害關係人「資訊取得」，及適時向主管機關「陳述意見」（言詞或書面）。又因都市更新事業計畫之核定，「直接、嚴重」限制人民財產權及居住自由，應規定主管機關以「公開」方式舉辦「聽證」，斟酌全部聽證紀錄，「說明」採納及不採納之「理由」作成核定，始無違於憲法保障人民財產權及居住自由之意旨。

²⁰ 就此大法官李震山釋字第 709 號協同意見書指出，事業概要一經核准，就不同意參加者(關係人)，就必須捲入後續都市更新程序，因違反個人意願而必須成為行政程序當事人者，其自我決定的自由及營私人生活不受干擾的自由，已受有限制；財產權之存續狀況下之使用、收益、處分之權能，將受限制或剝奪；居住自由亦因實施者取得進入其處所、移除地上障礙物、無具體安置方案、強制拆遷而受限制與剝奪。司法院大法官解釋(三十)，司法院印行，2014 年 7 月，頁 8。

此外，解釋理由書中，並提及「人民依法申請行政機關為特定行政行為時，行政機關須就其申請是否符合法定程序要件予以審查，於認為符合法定程序要件後，始據以作成行政處分，故人民『申請之要件』亦屬整體行政程序之一環，法律有關人民申請要件之規定，自亦應符合『正當行政程序』之要求。」

第四款 工作權限制之正當程序

釋 462 解釋除代表特別權利義務關係再行鬆動外，認教師資格之審查，涉及有關工作權與職業資格之取得，應有「法律」規定之依據，且主管機關訂定之「實施程序」，尚須「保證能對於升等申請人專業學術能力及成就作成客觀可信、公平正確之評量」，始符合憲法第 23 條之比例原則²¹。且各大學校、院、系（所）教師評審委員會，本於專業評量之原則，應選任各該專業領域具有充分專業能力之學者專家「先行審查」²²，將其結果報請教師評審委員會評議。教師評審委員會除能提出具有「專業學術」依據之「具體理由」，動搖該專業審查之可信度與正確性，否則即應尊重其判斷。「評審過程」中必要時應予申請人以「書面或口頭」辯明（陳述意見）之機會；由「非相關專業人員」所組成之委員會除就名額、年資、教學成果等因素予以斟酌外，「不應」對申請人「專業學術能力」以「多數決」作成決定。而受理此類事件之行政救濟機關及行政法院自得據以審查其是否遵守相關之程序，或其判斷、評量有無違法或顯然不當之情事。

至於升等評審程序如何「保證能對於升等申請人專業學術能力及成就作成客觀可信、公平正確之評量」，學者²³認為主要在於恪遵「專業評量之原則」

²¹ 本號解釋同樣地從實體基本權的脈絡中發展出特定之程序要求，並認為其憲法依據，如了解無誤，應該就是比例原則。許宗力，同註 18，頁 154。

²² 學者認為，要求各個層級教評會均應選任學者、專家先行審查，已有侵犯立法權及大學自治的嚴重嫌疑。許宗力，同註 18，頁 156。

²³ 湯德宗，大學教師升等評審的正當程序—論大法官釋字第四六二號解釋之適用，月旦法學雜誌，97 期，2003 年 6 月，頁 229-230。

及「尊重專業判斷」。前者，要求於升等案未經學者專家先行審查前²⁴，各級教評會不得逕自作成(升等與否之)決定；後者，以各級教評會雖得拒絕採納專業審查意見，但以能具體說明拒絕採納之理由為前提，且必要時應賦予申請人程序參與權，又專業評量事項不能由非相關專業人員所組成之委員會以多數決作成。而行政救濟機關對於升等評審是否恪遵有關程序，確實監督外，對於專業審查所為判斷應給予適度尊重。即就專業審查之判斷，應限縮審查範圍(限於該判斷評量有無違法或顯然不當之情事)。

據此，應可推知大法官對於工作權與職業資格之限制(行政程序)，除要求法律保留外，亦要求應「有專業、公正的組織」(教評會)、「外部審查」、「說明理由義務」、「陳述意見」且專業事項不應以多數決為之，而行政救濟之審查除就其程序審查外，對於專業判斷部分，僅得審查有無違法或顯然不當等。

第五款 訴訟權保障之正當程序

釋字第 663 號解釋，以人民之權利遭受公權力侵害時，根據憲法第 16 條規定，有權循國家依法所設之程序，提起訴願或行政訴訟，俾其權利獲得適當之救濟。此程序性基本權之具體內容，應由立法機關制定合乎「正當法律程序」之相關法律，始得實現。而相關程序規範是否正當，除考量憲法有無特別規定及所涉基本權之種類外，尚須視案件涉及之事物領域、侵害基本權之強度與範圍、所欲追求之公共利益、有無替代程序及各項可能程序之成本等因素，綜合判斷而為認定(釋字第 459 號、第 610 號、第 639 號解釋參照)。

「訴訟權」最原始、最根本之理解，即人民有權接觸、使用法院，以解決個案爭議，即為「觸用法院的權利」²⁵。釋字第 396 號解釋本於「有權利即有救濟」之法理，認憲法第 16 條所定人民訴訟權保障之核心領域，在於人民訴請法院救濟之權利。釋字第 442 號解釋認訴訟權，除在確保人民得依法

²⁴ 學者認僅須「終級教評會」(通常為校教評會)作成升等(與否之)決定前，曾經 1 次「專業審查」即符「組織適法」要求。如設有數次專業審查，為免立場偏頗，應避免選任相同審查人。湯德宗，同前註，頁 233。

²⁵ 湯德宗，同註 8，頁 358。

定程序提起訴訟外，並有受「公平審判」之意旨。所謂的「公平受審權」²⁶的內容，釋字第 482 號解釋理由書則列舉包含聽審、公正程序、公開審判請求權及程序上之平等權。釋字第 574 號解釋則進一步闡述，訴訟權係以人民於其權利受侵害時，得依「正當法律程序」請求法院救濟為其核心。其後釋字第 610 號解釋則闡述，「訴訟權」之具體內容應由立法機關制定相關法律，始得實現，「立法機關」所制定有關訴訟權救濟程序之法律，應合乎「正當法律程序」及憲法第 7 條平等原則。據此，可知國家應本「正當法律程序」及憲法第 7 條平等原則，提供有效之制度保障，立法機關須制定法律為適當之法院組織及訴訟程序之規定。

有關訴訟之審級救濟制度，釋字第 393 號、第 396 號及釋字第 610 號解釋則以「保障訴訟權之審級救濟制度，立法機關得視各種訴訟案件之性質定之」認屬立法形成自由。惟是否僅得以懲戒處分屬司法權範圍、採法院形式審理（即法官參與）及充分之程序保障等，即謂不給予上訴之機會，並無悖於訴訟權之保障，不無疑義²⁷。釋字第 396 號解釋及第 610 號解釋係對於公務員因公法上職務關係所為之解釋，是否囿於特別權利義務法律關係之考量，認立法機關就此排除審級救濟，並無侵害訴訟權之情，誠屬可疑²⁸。然有關訴訟之審級救濟制度，人民原則上固無法爰引憲法第 16 條有所主張，但從平等原則的角度而論，仍須審究此類法律規定之合憲性²⁹。

²⁶ 據此，學者湯德宗認為「公平受審權」包括武器對等、直接審理、兩造爭訟程序、公開審理、判決應附理由、有效救濟等六項內涵。湯德宗，同註 8，頁 373-376。

²⁷ 其後釋字第 574 號解釋於理由書第二段揭示「審級制度為訴訟程序之一環，有糾正下級審裁判之功能，乃司法救濟制度之內部監督機制，其應經若干之審級，得由立法機關衡量訴訟案件之性質及訴訟制度之功能等因素定之，尚難謂其為訴訟權保障之核心內容。」惟既謂審級救濟制度為司法救濟制度之內部監督機制，則於司法外部監督不足下，又無內部監督機制，人民之訴訟權或欲藉訴訟權保障之權利，又將如何實現？不無疑義。另陳愛娥副教授亦指出，釋字第 384 號解釋與釋字第 396 號解釋對於審級救濟制度之要求部分，二者間不無矛盾。陳愛娥，同註 1，頁 371。

²⁸ 雖釋字第 442 號解釋重申「訴訟救濟應循之審級制度及相關程序，立法機關自得衡量訴訟性質以法律為合理之規定」，惟其係有關公務人員選舉罷免法選舉訴訟「二審終結」，而不得提起再審之訴之問題，個案適用之法規與事實，仍有不同。

²⁹ 李建良，經濟管制的平等思維－兼評大法官有關職業自由暨營業自由之憲法解釋，政大法學評論，102 期，2008 年 4 月，頁 13。

歸納上開司法院有關於訴訟權解釋之意旨，可推知訴訟權之保障，其「正當法律程序」之要求，係「適當組織(法院)」及相關「程序建置」(直接審理、言詞辯論、對審、辯護制度及最後陳述之機會)。

應注意者，係陳愛娥副教授認為探討司法程序的憲法要求時宜回歸憲法第 16 條訴訟權保障的規定，憲法第 16 條的訴訟權保障應理解為「有效的權利保障」³⁰，而訴訟程序的最低憲法要求無非為「聽證權」³¹ (包括資訊請求權、採取立場之權及意見受適當考量之權)。

第三項 小結

釋字第 384 號解釋雖未明確提及適當組織，就其解釋之意旨，應可推知人身自由之限制，應透過「適當組織」(即法院³²—亦屬憲法保留事項)及「正當程序」為之；釋字第 396 號解釋對於公務員之懲戒，亦存有應由「適當組織」(公務員懲戒委員會)為之；釋字第 488 號解釋對於財產權限制，至少要求「事前」應給予相關人等「陳述意見」；釋字第 491 號解釋將正當法律程序的三項基本要素：即「公正裁決義務」、「聽取意見義務」及「告知義務」，延伸至「行政程序」；釋字第 628 號解釋對於限制財產權之規定與執行，除須有法律授權外，其訂定與執行，亦應符合透過「正當法律程序」為之；釋字第 709 號解釋亦認為涉及人民財產權及居住自由之限制，且涉及重要公益、專業、利害關係複雜之事項，除應透過「適當組織」為之外，並應保障「資訊取得」及提供「陳述意見」或舉辦「聽證」。

³⁰ 學者認為「有效的權利保障」，應包括兩個面向，即「開放法院救濟管道」與「法院審查程序的實效性」。前者為「應儘可能無漏洞的開放法院保障」，且基於法安定性與適當分配有限司法資源考量容許立法者對開放法院救濟管道作適當限制；後者則應強調「提供適當的預防性權利救濟」、「暫時性的權利保障」及「加快訴訟程序」。此二面向為訴訟權保障的最低要求。陳愛娥，同註 1，頁 378。

³¹ 陳愛娥，同註 1，頁 381。

³² 大法官吳庚於釋字第 368 號解釋協同意見書，認所謂法院必須由憲法第 81 條之法規所組成。此外，學者認為參照歐洲人權公約第 6 條第 1 項規定，係指「依法設立之獨立暨公正法庭」，並具有四層內涵。即做成裁判者必須是「法庭」、法庭是否獨立，則應考量成員之任命及其任期、有無足以對抗外界壓力、以及有無公正從事之外觀等因素，綜合考量；公正則指無偏見；依法設立，旨在確保國會對於法院組織的控制權。湯德宗，同註 8，頁 371-372。

釋字第 709 號解釋認「正當行政程序」應包含有：一、設置適當組織審議；二、確保利害關係人知悉相關資訊；三、容許利害關係人於程序中陳述意見或辯論。尤以解釋理由書所述「本質上屬於國家或地方自治團體之公共事務，縱使基於事實上需要及引入民間活力之政策考量，而以法律規定人民在一定條件下得申請自行辦理，國家或地方自治團體仍須以公權力為必要之監督及審查決定。」據此，學者認為本質上都市更新與民間參與公共建設，均屬「公私合作」，這些具體要求仍得運用於民間參與公共建設程序³³。

我國憲法雖未有類如美國憲法的正當法律條款，明文將「正當法律程序」揭載於憲法條文。惟從上開司法院解釋，應可求諸於基本權之保障內涵³⁴與憲法第 8 條之正當程序功能，可知憲法雖無「正當法律程序」之明文，其已屬我國憲法重要原則之一³⁵，相關國家權力的行使，不論係行政權、立法權、司法權，均應符合「正當法律程序」，考試權³⁶與監察權之行使，亦不例外。然而，「正當法律程序」對於司法、立法或行政程序等之要求，基本上應非等同，而容有差異³⁷。

此外，大法官許玉秀、林子儀及許宗力釋字第 610 號部分協同意見書主張，「正當法律程序」原則的原始意涵是，關涉人民權利的公權力運作，應該

³³ 林明鏘，促進民間參與公共建設法制與檢討—從地方自治團體有效管制觀點出發，月旦法學雜誌，234 期，2014 年 11 月，頁 55。

³⁴ 吳志光，大專院校處理學生事務之正當法律程序，收錄於：全球化/福利國家/特別權力關係/公私協力論文集，臺灣行政法學會主編，2012 年 12 月，頁 237。

³⁵ 詹鎮榮、陳軍志，擺盪於人民基本權保障與程序經濟間之行政程序法，收錄於：第三屆海峽兩岸公法學論壇—基本權利的程序保障，2012 年 5 月 12 日會議論文集，頁 137。

³⁶ 國家考試本質上為行政行為，縱然考試行為具有特殊性，仍應遵守正當行政程序，惟依行政程序法第 3 條第 3 項第 8 款「考試院有關考選命題及評分之行為」不適用本法（行政程序法）之程序規定，此種概括排除適用正當程序之規定，學者吳庚稱以「法律整體性之傷亡名單」，對於重程序保障之考試權而言，本條款規定不但沒有增列更多的程序保障，反而整個排除行政程序法有關程序之規定，其立法之理論及其排除範圍值得探討。董保城，應考試權與正當程序之保障，收錄於：現代行政之正當法律程序/公私協力與行政合作法制，臺灣行政法學會主編，元照公司，2014 年 12 月，頁 3。另有認本條款規定，雖將考試院有關考選命題及評分行為，列為除外事項，基於考試命題與評分之專業性、公正性及獨立性之要求固有其必要。但有關評分基準之公開、閱覽卷宗等問題，於不妨礙考試公正性之前提下，應有再予檢討、改進之空間。又鑒於其他機關如有登用人才或授予資格之目的，而涉及考試命題與評分行為，是否有本款之適用，不無疑義。故有認為本款宜採狹義之解釋為是，不宜擴大其範圍。參見蔡茂寅、林明鏘、李建良、周志宏，行政程序法實用，新學林公司，2011 年 2 月，頁 24。

³⁷ 陳愛娥，同註 1，頁 363。

設置合理正當的法定程序，俾保障人民有合法、公平參與及異議之權利；所以法律優位、法律保留、國會保留等原則，都是「正當法律程序」原則的下位規則。「正當法律程序」原則是對於一切法律程序規定的指導原則，非謂與基本權無關者，即不受無正當法律程序之制約³⁸。即言之，除了憲法所保障的基本權之外，法律位階權利之限制或剝奪，亦應符合「正當法律程序」之要求。據此，個案所涉及的權利，縱非基本權保障的核心領域，仍應符合「正當法律程序」原則。

許大法官於釋字第 615 號解釋部分協同意見書中，除重申權利是可以脫離基本權而操作，人民參與程序權的得喪變更屬於正當法律程序原則的審查範圍，但是並不表示根據「正當法律程序」原則，對於任何的程序，人民就一定有參與的權利。除憲法所保障的基本權之外，法律位階的權利，立法者有形成自由。「正當法律程序」原則可用以針對立法者所建構的權利，審查權利得喪變更的條件與界限，是否符合建構權利的規範目的，是否符合法明確原則和比例原則，其中法明確原則包含法律授權明確性原則外，並認「正當法律程序」原則，乃現代法治國之基本原則，旨在使人民行使權利、負擔義務均受法定程序之保障。「立法者如賦予人民參與法定程序之權利」其權利得喪變更之要件，應符合法律明確性原則、憲法第 23 條法律保留原則與比例原則，方與法治國之「正當法律程序」原則不相抵觸³⁹。許大法官之真意，應該是除了憲法所保障的基本權之外，法律位階權利之限制或剝奪，亦應符合「正當法律程序」之要求。

³⁸ 大法官許玉秀、林子儀及許宗力釋字第 610 號解釋部分協同意見書，司法院大法官會議解釋續編（十九），司法院印行，2007 年 5 月，頁 47。

³⁹ 大法官許玉秀釋字第 615 號解釋協同意見書，司法院大法官解釋續編（十九），司法院印行，2007 年 5 月，頁 309。

第四節 從正當法律程序到正當行政程序

第一項 正當法律程序

第一款 憲法上之展現

由美國、日本及我國之實踐情形，可知正當法律程序原則於憲法上展現方式，有於憲法上直接規定者或透過憲法條文之解釋間接承認者。而其理念亦已由司法程序逐漸擴散至立法、行政等國家行為領域。

第一目 憲法直接規定

如美國憲法第 5 條增補條款規定：「任何人…非經法律正當程序，不應受生命、自由或財產之剝奪」。此一規定即是著名的正當法律程序條款，屬於美國憲法上人權清單（Bill of Rights）的一部分，不論立法、行政或司法，都受到正當法律程序的限制，自然也包括經濟行政領域。

第二目 憲法規定間接導出

一、基本權之程序保障功能

傳統上，沿襲著 19 世紀後期德國法學家 Georg Jellinek 所提出之「身分理論」，分別從主觀面與客觀面分析基本權利之作用。學者投入研究者愈多，成果愈豐，某些基本權利所具有之功能或作用，已然無法單純將其歸納於基本權利作用之主觀面向或客觀面向，甚至有許多概念上重複之處。基本權利之程序保障功能，就是在這的理解下誕生的¹。

為了使基本權在社會實際變遷的自由民主生活中發揮其功能，需要組織與程序法上的實證法援助，加以保障落實。因此，基本權的主要功能之一，是使個別的基本權主體能自由參與公共事務及政治過程²。憲法中每一項基本權的實踐，都內含著程序的內容，而有「程序保障」的需求與功能，此乃從憲法保障個別基本權的客觀功能面向中推導而出，進而據此課予公權力應有

¹ 董保城，應考試權與實質正當程序之保障：釋字第 319 號解釋再省思，國家菁英季刊，1 卷 2 期，2005 年 6 月，頁 146。

² 許育典，憲法，元照出版社，2011 年 9 月，頁 117、348。

踐行正當法律程序的義務³。

將程序保障解釋為憲法上各實體基本權的附隨功能，卻可能使正當法律程序受制於憲法上所承認的基本權，憲法上未能被承認為基本權事項，便沒有正當法律程序的適用⁴。因而，有認為可藉由將個別基本權利之程序保障集體化或一般化成為一項「程序基本權」，既可作為個別主張之用，亦可作為憲法原則⁵，以補不足。

二、憲法之原理原則

即透過憲法原理、原則而推導出正當法律程序原則。我國於釋字第 271 號解釋的不同意見書中，始正式出現以正當法律程序，詮釋憲法第 8 條人身自由保障條款的主張。其後，釋字第 384 號關於檢肅流氓條例違憲案、釋字第 392 號關於檢察官羈押權的行使、釋字第 396 號及釋字第 446 號關於公務員懲戒、釋字第 436 號軍事審判制度之非難、釋字第 488 號對主管機關監管接管信用合作社應踐行之手續，以及釋字第 491 號對公務人員依考績法所為免職處分，均明文援引正當法律程序，作為違憲宣告及非難現行法規之論據⁶。又如日本憲法是否有正當法律程序原則之明文，雖有爭論，並不否認正當法律程序原則可間接自該國憲法推得。

如上所述，我國憲法未有類如美國憲法的正當法律條款，明文將正當法律程序揭槩於憲法規定，然從上開司法院解釋，應可求諸於基本權之保障內涵與憲法第 8 條之正當程序功能。憲法雖無正當法律程序之明文，然其已屬我國憲法重要原則之一，相關國家權力的行使，不論係行政權、立法權、司法權均有正當法律原則之適用，考試權與監察權之行使，亦不例外。

³ 許育典，同前註，頁 348。

⁴ 葉俊榮，環境行政的正當法律程序，國立臺灣大學法學叢書編輯委員會編輯，2001 年 11 月，頁 59。

⁵ 將個別基本權利內之程序保障功能，共通化為「程序基本權」，至少可植基於憲法第 22 條。李震山，程序基本權，月旦法學教室，2004 年 5 月，頁 33-34。

⁶ 吳庚，憲法的解釋與適用，自版，2003 年 4 月，頁 62。依其編排方式，似將正當行政程序納入法治國原則之依法行政概念中。

第二款 正當法律程序的功能

第一目 人民權利保障功能

正當法律程序原則的歷史發展中，可知正當法律程序原則主要係強調政府的各項作為涉及限制人民生命、自由或財產權利，應本於公平、公正之程序作為。所代表的意義是，人民不再是國家行為的客體，而是居於國家活動的主體地位，同時協助行政機關發現真實促使行政決定的公平性、正確性，具有型塑人民權利內涵的功能⁷。

第二目 行政效能的提昇功能

現代法治國家中，行政的主要任務則是實現法律的意旨，故所謂提高行政效能者，應指以較少的成本、時間、人事及行政支出，實現法律的意旨，同時確保行政決定的正確性。正當法律程序原則，旨在規範行政機關作成行政行為的步驟與方式，透過行政程序的機制，可以讓行政機關在有秩序的情況下獲取必要資訊，並進一步消化、處理，據以作為認事用法之依據。

第三目 增加人民對於行政之信賴

所謂增加人民對於行政之信賴，具體而言，無非是人民對於行政行為的肯定與接受。此項程序功能之落實基本上有兩項機制⁸：

一、程序的透明化：如行政程序法中有關資訊公開制度、卷宗閱覽權及禁止程序外之接觸等。

二、行政決定的理由說明及救濟方法的教示。

第四目 人性尊嚴維護功能

隨著政府職權擴張，行政內含各種利益衝突及科技上的不確定性，正當法律程序的功能，由傳統強調權利保障功能，融入有功利主義色彩的期待，而兼負行政效能提升的功能，後因對功利主義色彩的反省，以人性為主的關

⁷ 李建良，行政程序法與正當法律程序－初論行政程序法的立法目的與規範內涵，憲政時代，2000年1月，頁4。

⁸ 李建良，同前註，頁7。

懷逐漸形成⁹。

人性尊嚴之保障是先於憲法存在，不待憲法規定國家即須保障。人性尊嚴被稱為憲法秩序之基礎，又被稱為基本權利之核心範圍，由我國憲法第二章所列舉之人民權利個別保障範圍內，亦可推衍出保障人性尊嚴之內容¹⁰。本於人民為行政程序之主體而非客體，有權以自己之權利參與行政程序過程中所為之決定，人民將其認知、想法及見解，透過行政程序之參與徹底地彰顯。人民參與之本身即具有一種重要價值，蓋直接參與使人民擺脫因受行政管理所產生之疏離感，同時參與者之人格尊嚴亦受到尊重與提昇¹¹。

第五目 調和功能

在憲法上正當法律程序的要求下，程序是否正當的判斷，與正當法律程序的功能定位有相當的關聯。判斷法律程序正當與否的標準，傳統上都是因正當法律程序定位為權利保障功能的產物，如本於行政行為所追求之目的，重新定位正當法律程序為達成目的之條件者，則其對於各該利益應具有調合之作用¹²。

第六目 行政權正當性基礎

由於行政權透過正當法律程序，可實現保障人民權利、提升行政效能、維護人性尊嚴等功能，因此在代議制度中，沒有民意基礎的行政權，其存在與權限行使，即有正當性基礎¹³。

第三款 正當法律程序保障之權利

美國傳統上正當法律程序原則所保障之權利，係以生命、自由或財產為主，如屬性上為政府特別給予之優惠，則無正當法律程序原則之適用。惟自1970年代後，不僅推翻此種機械式的推導方式，並且已有檢討並提出正當法

⁹ 葉俊榮，同註4，頁20、50。

¹⁰ 李震山，人性尊嚴，法學講座，17期，2003年5月，頁3。

¹¹ 董保城，行政法講義，自版，2011年9月，頁232。

¹² 葉俊榮，同註4，頁82、87。

¹³ 此種功能定位性質上為一種消極定位。葉俊榮，同註4，頁21。

律程序原則，除保障上開生命、自由或財產外，並應擴大其範圍至其他利益保護上。正如上述，正當法律程序原則並非是一個閉鎖的觀念，必須符合當時社會對公平正義的要求與想像，是與時俱進的¹⁴。

就美國憲法實證運作情形觀察，正當法律程序條款是以實體性及程序性兩種截然不同的形式拘束政府有關剝奪人民生命、自由或財產的行為。實體性正當程序（substantive due process）要求政府所制定的法律應屬公平合理，且應有適當理由足資正當化政府剝奪人民生命、自由或財產的行為。程序性正當程序（procedural due process）則要求當政府執行剝奪人民生命、自由或財產的法律時，應符合視為公平的法律程序，例如給予當事人合理通知及陳述機會等是。由於前述二種憲法正當程序理論分別行使各自獨立的監督機制，故而當政府執行某項關於剝奪人民生命、自由或財產的法律時，縱使其已給予當事人合理通知及公平申辯機會符合憲法程序性正當程序的要求，該項法律仍將因其在實體上欠缺公平與合理而違反憲法實體性正當程序的要求；反之，亦然。更有甚者，縱使政府行使權力並未明顯侵犯人民在憲法上所保證的任何自由及權利時，實體性正當程序仍將超越憲法內容以外，獨立保障人民生命、自由或財產¹⁵。

第四款 程序正當性之判斷標準

由美國的發展情形來看，該國法院所採取的態度隨著時間之發展而有所不同，其發展過程大致係由「歷史判斷」至「利益衡量」進而採「人性尊嚴」模式。

第一目 歷史判斷

「歷史判斷」模式，即係以制憲者的原意來作為程序正當性的判斷基準。換言之，係判定某一程序是否符合憲法上所規定的正當程序時，判斷重點放在該程序是否合乎當初制憲者心中所期待的程序。其優點為回到立法理由尋

¹⁴ 陳宜倩，正當法律程序，月旦法學教室，25期，2004年11月，頁127。

¹⁵ 史慶璞，美國憲法理論與實務，三民書局出版，2007年6月，頁253。

找制憲者真意，明確而具有正當性；其缺點為無法因應時代變遷與現代社會的需求¹⁶。

第二目 利益衡量

「利益衡量模式」(interest balancing test)(或稱效能模式)為最高法院於1976年Mathews v. Eldridge案建立的模式，認為判斷程序保障是否合乎憲法要求之基準，必須衡量的利益包括¹⁷：

- 一、會受到政府行為影響的私人利益；
- 二、利益在已經應用的程序中被錯誤剝奪的風險；
- 三、任何額外或替代程序所產生的利益；
- 四、政府的利益包括行政成本的考量。

換言之，應斟酌案件性質、受到不利影響的私人利益、限制或剝奪私人利益之方式、限制或剝奪私人利益之理由、有無替代程序、限制或剝奪私人利益所欲追求的公共利益、以及公益與私益之衡量等因素，綜合認定之。

此種模式將正當程序關心的重點朝向以經濟上的效益做比較，公平正義的概念則受到忽略。雖適用的標準一致可避免曖昧或不客觀，但也不免有機械化的情形，而未慮及其他價值。此外，完全由經濟的觀點來看，政府實行程序支出之成本負擔明顯可見，較之私人可得的利益明顯，如無最低限度程序保障的要求，此種模式自難免犧牲程序的公平及個人程序保障¹⁸。

第三目 人性尊嚴

本於「利益衡量」模式過於工具化的反思，及行政權正當性理論提出更抽象與人本取向的基礎，「人性尊嚴」模式因而被提出，認為程序是否正當的判準在於程序是否合乎該私人之所以為生存於這個社會之中所應有的尊嚴上。

¹⁶ 葉俊榮，同註4，頁76-77。

¹⁷ 陳宜倩，同註14，頁127；Jerry L. Mashaw, Due Process In The Administrative State, 沈巋(譯)，行政國的正當程序，中國高等教育出版社，2005年11月，頁109；湯德宗，憲法上的正當程序保障，收錄於：氏著，行政程序法論，元照出版社，2005年2月，頁171；林國漳，淺釋行政法學上之「正當法律程序」原則，收錄於：城仲模主編，行政法之一般法律原則，三民書局，1994年8月版，頁77。

¹⁸ 葉俊榮，同註4，頁78-80。

以人性尊嚴為標準不僅抽象，且具相當多程序本體說色彩，甚至具倫理性格，故較能滿足公平正義與憲法精神。也因其具有上開特點，所以對於「程序正當性」概念意識非常空洞而不明確。在適用上可能本身過於抽象而需要有具體的補充與解釋，在未具體化之前，只能是一個指導方向¹⁹。

第五款 正當法律程序適用範圍與決定主體

第一目 正當法律程序適用範圍

正當法律程序原則發展至今，已不再侷限於司法程序有其適用而已，已擴張其適用領域至立法程序與行政程序，應無疑義。

學者²⁰認為基本權的程序保障功能只要求「合理」、「正當」的程序，絕不是「最佳」、「最適當」的程序，而要達到何種程度，才能認定「合理」、「正當」，無非是以下程序要求之排列組合：(一)公正的裁決機關，必要時組成多元委員會；(二)預先告知對其所擬採取之不利行動及根據之事實與法律上理由；(三)當事人有對此陳述意見以求辨明的機會；(四)有閱覽卷宗的權利；(五)有請求召開、參與公聽會的權利；(六)有提出證據要求傳喚證人的權利；(七)有對機關指定人員、證人、鑑定人、其他當事人及其代理人詢問的權利；(八)有請求依證據裁決的權利；(九)有聘請代理人或輔佐人的權利；(十)所作出的裁決須附理由；(十一)有參與決定的權利；(十二)甚至請求舉辦參與公民投票的權利。

至於具體案件應如何排列組合，則應視個案涉及基本權的種類、基本權侵害的強弱、侵害範圍的大小與行政自主決定空間的大小等因素綜合判斷之²¹。換言之，越是涉及生命、身體、健康等基本權，或基本權侵害程度越強，或侵害範圍越廣，或造成實害風險越大，或行政自主決定空間越大，行政程序的設計越須嚴謹、繁複。

¹⁹ 葉俊榮，同註4，頁80-81。

²⁰ 許宗力，基本權程序保障功能的最新發展－評司法院釋字第四八八號解釋，月旦法學雜誌，54期，1999年11月，頁156、159。

²¹ 許宗力，基本權的功能，月旦法學教室，2期，2002年12月，頁78。

第二目 正當法律程序之決定主體

對於正當法律程序的判斷主體，基本上有兩說法，即立法決定說與司法決定說²²。

立法決定說以為憲法上所謂的正當法律程序，其內涵與標準完全由立法機關於具體的立法活動中，配合實體問題作決定。換言之，係由立法者將正當法律程序的規定制定成為單獨的法律或成為實體法之一部分，行政機關對於程序的實行必須依照法律，司法者也只扮演審查個案是否合乎法律規定，對於法律規定的程序是否正當，並不置喙。主要理由為制憲者心中之正當法律程序原就是立法機關所定的程序。制度設計者的原意本就是要由立法機關作最後決定。其次，由權力分立來看，將憲法規定的權利落實為具體規定的工作，本為立法者之職權。其三，正當程序的內容不是立法機關決定，而由其他機關決定者，實體規定與程序規定間，可能發生矛盾或實體內容無法落實的危險，自然應由同一機關規劃才是。

司法決定說以為正當法律程序的決定主體並非在立法機關，而是司法機關。對於立法決定說提出駁斥，主張制憲者的原意並不能夠拘束現代憲法的解釋，制憲者的原意並非如立法決定說那樣狹隘。由權力分立來看，國會至上的觀點在憲法制定時已被制憲者所刻意避免。其次，制憲者刻意不對何為正當法律程序作具體規定，正是一種保留彈性的作法與可因應時代變遷需求的機制，而留給司法機關依社會及個案需求做細部的調整與內涵的確定。又如過度強調立法決定說，無異承認國會權能不受憲法控制，則憲法上正當程序條款將會被剝奪殆盡。由憲法結構觀察，與其說是立法者決定，不如說法院（司法）在面對一具有彈性與抽象的憲法條文解釋與適用上，有著較其他兩權更適當為決定主體之條件。最後，實體與程序本來就只是一個概念上的假想分類模式，如謂立法者決定實質權利內容，而司法機關決定相應的程序，違反事物的本質，並不成立。

²² 葉俊榮，同註4，頁71-74。

至於我國之情形如何？由釋字第 689 號解釋認為憲法上正當法律程序原則之內涵，除要求人民權利受侵害或限制時，應有使其獲得救濟之機會與制度外，亦要求立法者依據所涉基本權之種類、限制之強度及範圍、所欲追求之公共利益、決定機關之功能合適性、有無替代程序或各項可能程序成本等因素綜合考量，制定相應之法定程序。似可推知，正當法律程序之形塑，應由「立法者」依事件之屬性決定之。惟立法者非得恣意，並應受司法審查。就此可見，我國於「正當法律程序」之形塑，係採「立法決定」說，並受司法審查²³。惟因憲法解釋權在於司法機關，司法機關應有最後的判斷權²⁴。

第二項 正當行政程序

第一款 正當行政程序理念

行政機關應遵循如何程序作成決策，主要取決於法律的規定，包含行政程序法的一般規定及其他法律的特別規定。惟法律並非行政程序的唯一法源，更非最高的法源。憲法中載有「正當程序條款」的國家（如美國），國會制定的程序規範固不得抵觸憲法；在憲法未有「正當程序」條款，甚至迄未制定「行政程序法」的國家，行政機關作成決策時，亦有遵循適當程序的義務，「正當程序」理念於「行政程序」，即為「正當行政程序」²⁵。

第二款 正當行政程序之核心要素

學者從程序保障功能觀點，強調行政決定結果是否合法正確，必須同時注重作成決定的過程或程序是否合理正當。所謂基本權程序保障功能，係為積極地營造一適合基本權實踐環境，至於如何制定或設計一套符合基本權保障之程序，須掌握下列行政正當程序所需遵守的重要法則²⁶：

一、人民為行政程序之主體而非客體：

²³ 司法機關基於基本權之程序保障功能審查立法者的程序設計時，只能要求程序「合理」、「正當」，而非「最佳」、「最適當」。許宗力，同註 20，頁 156。

²⁴ 林國漳，同註 17，頁 77。

²⁵ 湯德宗，行政程序法，翁岳生主編，行政法（下），元照公司，2006 年 10 月，頁 93。

²⁶ 董保城，行政法講義，自版，2011 年 9 月，頁 236-237。

「成年之國民」有權以自己之權利參與行政程序過程中所為之決定，人民參與之本身即具有一種重要價值，除免除其疏離感外，人格尊嚴亦受到尊重與提昇。行政程序於實踐基本權利上的意義，不僅要求最終實體結果之決定須符合基本權利規定，而且作成決定前所經之行政程序及其所導出之行政救濟規定亦須要符合基本權利保障之精神。是以，於制定、設計及執行程序規範時，須承認程序參與者之主體性，使其在程序進行有能力、自主地主張自己之權利。另為保障程序參與者之武器平等及資訊相通，人民應有權透過閱覽卷宗、陳述意見或聽證向國家取得充分資訊。

二、行政程序開展行政行為公正、公開、民主、效能之機能：

即係規範行政機關作成行政行為時應恪遵其程序，以保護國民權益，增進行政效率，擴大民眾參與，確保國民對於行政之信賴，並以適法，公正且迅速達成行政行為之目標。於開展行政民主化之機能方面，應賦予人民事先參與之機會，使行政行為過程符合民主程序。包括作成處分前對於權利受影響之相對人或利害關係人給予陳述意見之機會或舉行聽證。行政透明與公開化確保行政機關作成行政決定前，得享有下列程序上之權利，如要求公務員迴避、閱覽卷宗等，又禁止為程序外之片面接觸之原則，促使行政機關不得偏袒某方當事人。行政處分強制記明理由之規定，公示制度之建立，透過公告或刊登政府公報，新聞紙方式廣泛週知，俾利害關係人知悉，並適時主張權利以及揭示制度，以符「有權利即有救濟」之法治國原則。

三、現行行政程序法為行政程序規範之補充法：

行政程序法第3條第1項規定：「行政機關為行政行為時，除法律另有規定外，應依本法規定為之」係較傾向補充法之立法。學說上，有認為行政程序法乃行政程序保障規範體系之基準法，屬最低限度程序保障標準，亦即行政行為之作成至少應滿足此程序保障標準，故其他法律另有規定，必也其程序保障程度較行政程序法嚴謹者，始屬該條項之除外規定，方不致行政程序法喪失其作用。個別行政法如考慮其行政作為性質，有減縮行政程序法對於

行政正當程序之規範密度，應即明列其排除行政程序法之個別規範事項，並於立法理由中明確說明。

據上，就行政程序法之程序規定而言，所謂「正當行政程序」歸納而言，包括下列五項要素²⁷。

第一目 公正作為義務

「公正」(impartiality)原則，一稱「禁止偏頗」原則(rule against bias)，源於「任何人不得自斷其案」(no man shall be a judge in his own cause)的法諺。簡言之，即「禁止球員兼裁判」²⁸。為確保公正裁決目的之達成，應採行之措施如下：

一、迴避制度

迴避制度存在之主要目的，在於確保行政程序中行政機關能公正地履行其作為義務(duty to act fairly)，避免球員兼裁判，或有瓜田李下之不公正嫌疑，與訴訟法上之迴避制度(例如：行政訴訟法第19至21條規定)，主要係確保裁判之公正性，使當事人對於裁判結果產生信賴。不過，一者為行政程序，另一為司法程序，所需要的公正作為與裁判義務即有所不同，考量內涵也有所差異，非可等同視之。簡言之，尚須考慮行政程序法第1條的行政效率與彈性²⁹。我國實務上為專業化與民主化之考量多於內部設置各種委員會，延攬學者、專家及社會公正人士參與決策。此等委員會之委員所為決定，率皆為機關首長所尊重，委員既實際參與決策，自應有公正作為之義務。因此，我國行政程序法迴避規定所稱「公務員」，應採最廣義解釋，即凡「依法令從事公務之人員」皆有其適用³⁰。

行政程序中迴避制度係規定於行政程序法第32條及第33條，學者將迴避之事由歸納為三：「利益衝突」、「預設立場」、「其他足認有偏頗之虞的事實」。

²⁷ 湯德宗，論正當行政程序，同註17，頁9。

²⁸ 湯德宗，論正當行政程序，同註17，頁9-10。

²⁹ 蔡茂寅、林明鏘、李建良、周志宏，行政程序法實用，新學林公司，2011年2月，頁83。

³⁰ 湯德宗，論正當行政程序，同註17，頁10-14。

所謂「利益衝突」，係指公務員之於待決事件存有個人利益或與當事人之間存有一定利害關係，可能因此與其身為公務員本應公正從事的「職務利益」發生衝突，進而在客觀上難期能公正中立處理。行政程序法第 32 條第 1 款與第 2 款將其列為迴避事由。所謂「預設立場」係指公務員對於待決事件已有成見或一定之立場，若再由其參與同一事件之相關之行政程序與決定之作成，將難期能秉持公正而不受既有定見之影響。行政程序法第 32 條第 3 款及第 4 款即對於此類情形所為例示性之規定。惟對於待決事項可能存有預設立場者，其可能之情形甚廣，並非僅限於行政程序法第 32 條第 3 款及第 4 款之情形。故另於第 33 條第 2 項規定，當事人若認為除行政程序法第 32 條所列各款情形以外，仍有足認參與作成決定之公務員將有偏頗之虞者，尚得舉其原因及事實，並為適當之釋明，提出該公務員迴避之申請。惟被申請迴避之公務員，對於該申請仍得提出意見書（行政程序法第 33 條第 2 項後段）。此外，公務員迴避之方式有三：「自行迴避」、「申請迴避」、「命為迴避」³¹。

至於違反之效果為何？有認為行政處分係屬違法之行政處分而得透過行政救濟請求撤銷，而未至當然無效之程度³²。惟如公務員本身即是事件之當事人，卻未依照行政程序法第 32 條第 1 款規定自行迴避，亦未被所屬機關命其迴避，則所作成之行政處分難謂非屬行政程序法第 111 條第 7 款之「重大明顯之瑕疵」，故於此情形所作成之行政處分應屬無效³³。

二、程序外接觸之禁止

按「程序外接觸之禁止」規定，係仿照美國法制之規定而為德、日行政程序法所無。但其禁止之範圍較美國所謂「禁止片面接觸」(ex parte contact)原則之範圍更廣。因美國 1976 年之政府陽光之所以禁止機關與當事人於「正式」程序（包括「正式行政裁決」與「正式規則訂定」程序）以外從事片面

³¹ 王毓正，公務員迴避與非必要接觸之禁止—長官，這事可以在電話中講嗎？收錄於：陳慈陽主編，行政法實例研習，元照公司，2011 年 11 月，頁 78-79。

³² 陳慈陽，行政法總論，翰盧圖書出版社有限公司，2005 年 10 月，頁 340-341。

³³ 王毓正，同註 31，頁 80。

接觸，主要係為確保正式程序須完全依據行政筆錄作成決策（record exclusiveness）的原則。至於「非正式」的程序是否為禁止片面接觸，則有爭論。我國行政程序法有關「程序外接觸之禁止」，並未區別「正式程序」與「非正式程序」，凡是在「行政程序」中均一律有其適用³⁴。

惟行政機關於作成決定前，基於探求事實，以及盡可能地對於當事人有利及不利之情形予以考量，自然仍有與當事人或代表其利益之人接觸之必要。如過於嚴格限制不得與當事人或代表其利益之人接觸，則將造成執行職務上之困難，甚至妨礙了行政程序之進行。從而，與其說是片面接觸之禁止，實應稱為「非必要接觸之禁止」。換言之，倘若謹守在「必要」的範圍內，則與當事人或代表其利益之人為程序外之接觸，並非法所不容許³⁵。

至於行政機關或公務員違反「非必要接觸之禁止」而作成行政處分，其法律效果為何？行政程序法亦未對其明文規定。然此一原則之確保，既與迴避義務有相同意義與功能，似應解為與迴避義務違反的法律效果相同。惟目前基於程序規定之違反，而導致行政處分被撤銷者，於司法實務當中似不多見³⁶。

三、組織適法

本於公正裁決義務之要求，行政機關之組織不合法，其所為之決策即不免遭受質疑。我國行政程序法並未直接規定機關應以合法組織作成決策，學者認為應經合議而未經合議、委員會之組成不合法要件、未達出席人數而開議、不足法定議決人數而為決議等情，均屬組織不適法之例³⁷。

釋字第 384 號解釋雖未明確提及適當組織，就其解釋之意旨，應可推知人身自由之限制，應透過適當組織（即法院—亦屬憲法保留事項）為之；釋字第 396 號解釋對於公務員之懲戒，亦存有應由適當組織（司法權—公務員懲戒

³⁴ 蔡茂寅、林明鏘、李建良、周志宏，同註 29，頁 148-149。

³⁵ 王毓正，同註 31，頁 81-82。

³⁶ 王毓正，同註 31，頁 83。

³⁷ 湯德宗，論正當行政程序，同註 17，頁 16。

委員會) 為之；釋字第 491 號解釋認對於公務員作成免職處分，應經機關內部組成立場公正之委員會決議；釋字第 709 號解釋亦認為涉及人民財產權及居住自由之限制，且涉及重要公益、專業、利害關係複雜之事項，應透過適當組織為之，均係本於正當行政程序原則之要求。

第二目 受告知權

一、告知類型

即行政程序之當事人或利害關係人，有即時獲悉與其利害攸關之事實及決定之權利。告知依其時點與作用，約可分為三種。即「預先告知」、「事後告知」及「救濟途徑」之教示³⁸：

(一) 預先告知

預先告知，指行政機關在行政程序中，為實施某項程序而為之通告。例如行政程序法第 39 條所定有關調查事實及證據陳述意見之通知、第 55 條所定舉行聽證前之通知與公告、第 102 條所定不利處分作成前陳述意見之通知。目的在於督促程序權利人及時採行程序行為。其他預告規定，如原定程序或日期有所異動時之通知。

(二) 事後告知

事後告知，即行政機關作成終局行政決定後，將其決定告知程序當事人或利害關係人。例如行政程序法第 43 條所定處分或其他行政行為之告知。其目的在使當事人或關係人知悉行政決定內容，並使告知的內容對其發生效力。

(三) 救濟途徑之教示

救濟途徑之教示，如行政程序法第 96 條第 1 項第 6 款規定。救濟教示具有預告與事後告知之性質。就為便利當事人提起行政爭訟途徑之告知，應屬預告；就其乃終局決定作成後而為之告知，應屬事後告知。因行政程序法本條款規定於第二章「行政處分」章，因此機關於作成行政處分以外之行政行

³⁸ 湯德宗，論正當行政程序，同註 17，頁 20-24。

為時，是否仍有教示救濟途徑之義務，不無疑義。有認應視情況而定。其他行政行為因行政訴訟法第 2 條規定，允許為行政爭訟，為貫徹保障人民權利（尤其訴訟權）之立法目的，解釋上應類推適用前述行政處分救濟教示規定，認行政機關亦有為救濟教示之義務。然如屬「事實行為」的行政行為，既不發生法律效果，原無從為行政爭訟（訴願、行政訴訟），應認行政機關無為救濟教示之義務。

二、告知方式

依我國行政程序法規定，約有四種告知方式³⁹：

（一）通知

於有特定受訊人時為之，可為口頭書面或其他適當之方式。例如行政程序法第 23 條、第 41 條第 2 項、第 42 條第 2 項及第 110 條第 1 項。

（二）書面通知或送達

此兩種告知方式，皆以書面為之。以書面通知者，例如行政程序法第 30 條第 1 項、第 39 條；以送達方式通知者，例如行政程序法第 100 條第 1 項及第 110 條第 1 項。另行政程序法第一章第十一節對於送達並有詳細規定。

（三）公告

係對於不特定人所為之告知。例如行政程序法第 11 條第 2 項及第 75 條。實務上行政機關之公告方式，多以黏貼於機關公告欄之方式為之。

（四）刊登或登載

指在政府公報或新聞紙所為之公告。如行政程序法第 15 條第 3 項、第 16 條第 2 項、第 160 條第 2 項。

第三目 聽證權

即當事人得針對指控或不利決定進行答辯或防禦的機會，係本於「兩造兼聽」的理念，此理念亦源自「自然正義」而來⁴⁰。美國行政程序法中之聽

³⁹ 湯德宗，論正當行政程序，同註 17，頁 25-26。

⁴⁰ 董保城，行政程序中聽證制度，研考報導，23 期，1993 年 4 月，頁 9。

證，可分為「審訊型之聽證」(trial-type hearing)及「辨明型之聽證」(argument-type hearing)。德國聯邦行政法依「要式」與「非要式」程序，對聽證作不同之規定。即行政機關於作成侵害人民權益行政處分之前，當事人有陳述意見之權利，例如作成一負擔的行政處分或拒絕性之行政處分。在行政機關作成處分享有裁量權之情形，於作成不利益處分之前，仍應給予當事人對作成決定所根據之具體事實陳述意見之機會。惟當行政機關欲作成對當事人有利之行政處分，則無庸聽證。當事人聽證應僅限於對於行政機關作成決定所依據之重要事實，至於機關之法律見解，當事人不享有被告知或陳述意見之權利。聽證方式可以口頭或書面方式為之⁴¹。

我國行政程序法有關聽證權規定，區分為正式程序的「聽證」與非正式程序的「陳述意見」兩種，並採「非正式程序」為原則，「正式程序」為例外⁴²。與聽證密不可分的是，當事人閱覽卷宗之權，因只有讓當事人在充分明瞭行政機關卷宗內容後，始能在聽證程序中作充分之陳述與辯駁，二者係相互為用⁴³。聽證固屬當事人或利害關係人之權利，權利人當然可以放棄該權利⁴⁴。

第四目 說明理由義務

行政決定應說明決策的理由，主要在使當事人或利害關係人知曉機關之決定為何，並且使其得知何以如此決定，從而於行政救濟時，能為有效之攻擊及防禦，乃是現代法治國家行政程序之基本要求。此等事項之記載，以便相對人得以獲知處分之理由為已足，並非必須逐一列出。所謂「理由」，主要是行政機關獲致結論之原因。相對人於行政程序中，如對系爭處分事件有所

⁴¹ 許育典，論行政程序中聽證與意見陳述之憲法理論基礎及其在法律上之效果(一)，法務通訊，1724期，1995年5月4日，第三版；論行政程序中聽證與意見陳述之憲法理論基礎及其在法律上之效果(二)，法務通訊，1725期，1995年5月11日，第三版。

⁴² 湯德宗，論正當行政程序，同註17，頁26-28。

⁴³ 董保城，同註40，頁9。

⁴⁴ 董保城，同註40，頁11。

主張或陳述者，行政機關亦應於處分書中擇要說明採酌與否之理由⁴⁵。

第五目 資訊公開

依行政程序法第44條規定，行政機關持有及保管之資訊，以公開為原則，限制為例外。資訊公開之方式，可分為「主動公開」與「被動公開」。有關「主動公開」部分，政府資訊公開法第7條已設有主動公開政府資訊之規定；同法第9條設有申請政府機關提供政府資訊之規定，且不以利害關係人為必要。至於資訊的公開如涉及人民資訊隱私之限制問題，則必須權衡基本權利之利害輕重關係⁴⁶。資訊公開及提供之方式，基本之重點在於使人民處在得知悉資訊的狀態，與行政行為（行政處分）之生效與否無涉，亦無「知悉時點」之判定問題，重點乃在於相關權利人及利害關係人是否確實知悉必要之資訊。於「主動公開」之情形，應斟酌公開技術之可行性，選擇足以使公眾得知之方式行之，如刊載於政府機關公報或其他出版品、供公眾線上查詢、提供公開閱覽、抄錄、影印、錄音、錄影或攝影、舉行記者會、說明會等（政府資訊公開法）。於「被動公開」之情形，應以書面通知申請人提供之方式、時間，方式不一，閱覽、抄寫、複印或攝影，申請人並須繳納費用⁴⁷。

第三項 最低限度的程序保障

上開有關正當行政程序之五項核心要素，係專就行政程序法之程序規定而言。惟非類型化之行政行為或與一般行政程序所欲規範之行為對象（一對一的規範對象—主管機關及申請人）有所差異者（如競爭程序中存在著一對多的規範對象），是否可直接套用上開行政程序法建置之背景要素，實不無疑義。

學者⁴⁸認為避免人民憲法上所保障之基本權利被剝奪，自應有一最低程序

⁴⁵ 蔡茂寅、林明鏘、李建良、周志宏，同註29，頁51。

⁴⁶ 李建良，都市更新的正當行政程序（下）—釋字第709號解釋，臺灣法學，229期，2013年8月，頁67。

⁴⁷ 李建良，同前註，頁75。

⁴⁸ 李建良，同註7，頁6。

要求以為保障，而如以程序來保障基本權利，其內容至少應具備以下三個「最低要求」：

- 一、告知義務：即行政措施實施之前，如涉及人民的基本權利者，應告知該人民擬採取措施內容，使其有表示意見之機會。
- 二、聽取意見義務：即作成決定前應給予該人民有表示意見之機會。
- 三、公正裁決義務：即行政機關應以公平的方式處理人民所提出的意見，並作成公正決定。

另有學者⁴⁹認「聽證權」為「訴訟程序」之最基本要求，不僅為了釐清事實，甚且為了重視人性尊嚴，個人在訴訟程序下，應得為事實與法律論據的陳述，而切合事理的陳述以充分的資訊為前提，其為陳述的實益則取決於，陳述是否被充分考量。故而，訴訟程序之最低要求的「聽證權」就包括「資訊請求權」、「採取立場之權」與「意見受適當考量之權」。另基於各該基本權之程序保障功能面向，在給付國家裡，越來越依賴國家給付安排，是否受領給付，經常取決於給付分配的程序規定；另一方面傳統限制基本權的面向上，程序本身也可以發揮相當的保護作用（如透過程序參與，表達自己的利益，促請機關注意）。且因採取具體利益衡量時，私人程序保障易被犧牲，非僅司法程序有之，行政程序亦無不同。據而，認為有關「資訊請求權」、「採取立場之權」與「意見受適當考量之權」共同構成之「聽證權」，屬最低行政程序程序要求⁵⁰。

據上，學者所論述之最低限度的程序保障，基本上，無非為陳述意見，並透過陳述意見，促使各該程序之決斷者，得以正確作出裁決。因此，如以行政經濟、公益、法定期間緊迫、行政執行之處置、事實明確⁵¹、限制輕微、

⁴⁹ 陳愛娥，正當法律程序與人權之保障－以我國法為中心，憲政時代，29卷3期，2004年1月，頁380-384。

⁵⁰ 「陳述意見」為正當法律程序最低限度保障。郭介恆，行政聽證制度之實證分析及法制變革建議，法學叢刊，225期，2012年1月，頁46。許宗力，同註20，頁156。

⁵¹ 有認為行政機關就不確定法律概念所為之判斷，縱有判斷餘地，據以為判斷之事實仍需踐行陳述意見或聽證。郭介恆，同前註，頁47。

已有先行程序、保全措施等考量(即行政程序法第 103 條規定)，復得不踐行此一最低限度之保障⁵²，則現行行政程序法第 103 條各款規定，於行政實務上似應視個案情節，妥適運用為宜。尤其是具有多種特色的「民參案件」。



⁵² 日本實務上之見解，即認行政程序中是否給與最低限度之程序保障，仍須審視事件所涉之公共利益而為判斷。

第三章 民間參與公共建設概念

法律或法律原理、原則之適用，首應以釐清行為事實之屬性為前提，僅由「民間參與公共建設」一詞來看，實無法明確界定實質之內涵，自無從將其行為予以類型化¹，透過類型化的處理，一方面有助於對於概念的理解與掌握，另一方面則可以依其類型建立框架與規範要求。

「民間參與公共建設」一詞，並無法律上之明確定義，然有從引進民間資金參與公共建設之觀點，認為各國之辦理型態不外為²：一、公營事業民營化。二、公用業務民營化或開放民營。三、公共建設民營化或 BOT。四、公有民營或公辦民營³。五、統包。

上開民間參與公共建設型態，似已賦予「民間參與公共建設」最廣義之意涵。在概念上包括民營化類型；亦或公私協力類型。如對於「民營化」或「公私協力」概念有一定程度之理解，於解析民間參與公共建設之內涵應有所幫助，並可藉以探知其正當法律程序之要求為何。

另外，國家觀之演變及財政因素而引進私人（私部門）參與公共任務之執行，國家已從行政任務履行者之角色演變至擔保者及監督者之角色。此時傳統行政法學該如何因應，如有一定之了解，應可作為我國民間參與公共建設法制研修之參考。

¹ 如採行政行為為形式理論的觀察方式，透過分析與行政行為相關聯之要素與意義，以形成概念與類型，繼而提出合法性要件與效果。張錕盛，行政法學另一種典範之期待：法律關係理論，月旦法學雜誌，2005年6月，頁57。

² 劉玉山，以 BOT 方式推動民間參與公共建設之政策推動方向及目標，收錄於黃玉霖主編，公共建設民營化，中華民國營建管理學會出版，1998年1月，頁1-2。

³ 「公辦民營」是指硬體設備的所有權仍然歸政府部門，而硬體設備的經營管理權則交給民間機構，孫本初、傅岳邦，契約型政府的概念與實務：資訊與福利服務議題中的政府角色，文官制度季刊，2卷3期，2010年7月，頁2。

第一節 民間參與公共建設背景與相關概念

第一項 國家觀之演變⁴

從 17、18 世紀近代國家成立以後至今 21 世紀初，國家觀之演變，大致可分為 3 個時期。即 17、18 世紀以後之「近代國家」時期、20 世紀以後之「現代國家」時期及 1970 年代末以後之「後現代」國家時期。此 3 個時期分別代表著國家或行政之角色，從限定在社會之自律性原則下無法或難以處理或解決之事務，即為屬於公共財貨或準公共財貨之公共事務或公共服務，例如國防、警察、租稅等消極行政為核心；後因自由資本主義之市場失敗，轉變至國家應積極介入市場，挽救經濟危機之福利國家原則；至重新思考國家角色的新自由主義之興起。

20 世紀初以來，為改善自由資本主義之「市場失敗論」而興起的現代資本主義，主張與國民福祉有關之服務，應抑制企業活動，而擴大公共部門之介入，導致行政範圍肥大化、多樣化、複雜化，更自 1970 年代以後，由於公共部門大量介入之結果，造成財政支出激增，財政赤字擴大，淪為「政府失敗論」因而醞釀公共選擇論之出現及新自由主義之誕生。新自由主義之目的，即為除去、縮小政府之介入，回歸經濟自由放任之自由主義，提倡終結「福利國家」與「大國家」改為「小國家」與「小政府」。新自由主義為達其目的，透過行政活動及行政組織之變革，作為其實現手段，而「民營化」、「管制緩和」、「財政改革」及「行政委託」即為其採取之手段。因此，民營化、公私協力、民間參與公共建設等概念之提出，即與國家觀之演變有關。

第二項 民營化概念與類型

第一款 民營化概念

「民營化 (Privatization)」一詞，本身非屬一內容明確之法律概念，泛指

⁴ 蔡秀卿，從行政之公共性檢討行政組織及行政活動之變遷，月旦法學雜誌，120 期，2005 年 5 月，頁 20-26。

行政任務之執行主體由國家變更到私人之移轉歷程⁵；或指一切由民間或私部門參與履行行政任務的現象。若從國家的角度觀察，則指國家利用或結合民間資源履行行政任務的現象⁶；為一典型的集合概念，涵義甚廣，無所不包⁷。為現代給付國家縮減國家任務⁸、精簡人事、節省國家財政支出以及增加行政效率所最常採行之行政革新手段⁹。

民營化主要目的在於減輕行政在人力與財政上負擔，並認為交由民間循市場法則經營，借用民間技術與管理的專業能力，較能提升營運效率。「民營化」與「除任務化」及「解除管制」之概念間，仍存有差異。「民營化」項目的國家任務屬性並未改變，僅程度不等地由私人參與履行，故國家對該任務之適法履行仍負完全責任。「除任務化」指某項國家從依法並無履行義務的任意性國家任務全面退卻，而該項業務是否由私人接手或接手後經營品質的好壞，國家可完全不予過問，全交由市場機制決定。如裁撤公立國劇團、關閉之國營造船廠等。「解除管制」基本上來自經濟學，意思是放任市場根據供需關係決定商品價格，政府減少不必要之干預。「解除管制」現則泛指國家放鬆管制減輕或弱化其對某特定事務的影響力。惟「解除管制」並不代表民營化，如從取消鋼品進口加簽制度，到開放農產品進口等，均屬解除管制之成果，然與民營化無涉。但民營化的前提則須先行解除管制，而開放民營就是一種

⁵ 詹鎮榮，論民營化類型中之「公私協力」，月旦法學雜誌，第 102 期，2003 年 11 月，頁 11。

⁶ 許宗力，論行政任務的民營化，收錄於：氏著，法與國家權力(二)，元照公司，2007 年 1 月，頁 428。

⁷ 李建良，民營化時代的行政法新思維，收錄於：氏主編，民營化時代的行政法新趨勢，中央研究院法律學研究所出版，2012 年 12 月，頁 6。

⁸ 概念上，國家任務為公共任務之下位概念。德國公法學者 Hans Peters 指出：「凡是攸關公眾或公眾對其實現存有利益之事務，吾人皆可稱為公共任務」；公共任務之執行，不以公權力主體為限，自然人或法人亦可為適當之主體，私人得以基本權利主體之身分從事公共任務，國家並不具有「公共」之獨占。國家任務，係指在合憲秩序下，透過「實定法規範」賦予國家執行權限之公共任務。詹鎮榮，國家任務，月旦法學教室，3 期，2003 年 1 月，頁 34。

⁹ 詹鎮榮，同註 5，頁 8。惟陳愛娥副教授從公營事業民營化條例第 6 條觀察，認為我國「民營化」概念指涉的情況主要是：藉轉讓公部門財產（包括所持有之股份）的手段，達成將公營事業所承擔之公共任務移轉私部門的目標。本於尊重現行法之用語建議將「民營化」如同上開公營事業移轉民營化條例般作狹義理解。並將私部門參與行政任務之現象主張以「私部門化」稱之。陳愛娥，國家角色變遷下的行政任務，月旦法學教室，3 期，2003 年 1 月，頁 105。

解除管制的體現¹⁰。

第二款 民營化類型

民營化具有多種形式，簽訂契約由民營公司承包垃圾處理、國民住宅維護、申請審核證件或戰鬥機維修等；與非營利機構簽約讓其承包養老院的餐飲或經營托兒所；政府授予特許，由公司提供資金、建設、擁有並營運高速公路、隧道等公共建設；向窮人發放食物，向家長發放教育券；公共汽車之經營，轉由市場來提供；出售國有鐵路、工廠及煤礦，均可為民營化概念所涵蓋¹¹。

「民營化」依其內容可區分為，形式民營化、實質民營化、功能民營化、財產民營化、財政民營化、程序民營化等類型，各類民營化類型尚有交錯混合之情形；依其民營化之程度區分，有全部民營化及部分民營化。當前最為流行的分類方法，主要係綜合發展階段、表現方式、時間序列、標的、目的等要素，區分為財產民營化、組織民營化、任務民營化及功能民營化四種基本類型¹²：

一、財產民營化：指將公部門的財產移轉予私人，公營事業之公有股份釋放出讓與人民，亦稱「財產私有化」。

二、組織民營化：指將傳統行政組織改制為私法型態之組織或任務主體為處理其各目的任務，成立私法組織，作為自營公司，又稱「形式民營化」或「組織私法化」。

三、任務民營化：指將行政任務轉由私人承擔，亦稱「任務私部門化」。如電信任務脫國家化與電信市場的自由化、市區旅客運輸、民營加油站、民營電廠、民營航空運輸、民營銀行等，多存在於不涉公權力行使之公共服務或給付行政領域。由於國家完全退出任務的履行，並將該任務交給私部門依

¹⁰ 許宗力，同註 6，頁 428-429。

¹¹ 黃燦明，政府採購法與促進民間參與公共建設法評選、評審及協商機制之研究，銘傳大學公共事務學系碩士論文，2007 年 6 月，頁 24-25。

¹² 李建良，同註 7，頁 7-9。

照競爭法則及市場機制從事，故又稱「實質民營化」，為民間參與程度最強的民營化類型¹³。但其並未改變國家任務之屬性，故國家對於業者所提供之給付，仍須負起一定之監督責任。又國家並非將其任務以「委託」方式「移轉」私人執行，而係以解除管制以「許可」或「特許」方式開放民間參與經營。私人是以自己名義，為自己計算，獨立經營與行政任務相當之私人事業。所以仍不排除國家可能以輔以「獎勵」或「補助」方式鼓勵參與該行政任務¹⁴。

四、功能民營化（部分民營化）：指將私部門引入公部門行政任務的履行，由行政與私人共同合作執行行政任務。傳統的公權力委託或新型態的BOT模式皆屬之。為一種「履行方式」的私營化，又稱為「功能私營化」或「部分民營化」，是把私人納為依行政任務履行的特定方式，故行政助手或行政履行輔助人，亦可視為功能民營化的一種態樣。國家本身未放棄自身執行責任，只是執行階段選擇以借重私人力量完成行政任務，所以國家與私人間通常會有委託或其他類似契約關係存在，因此亦有稱為「委託外包」（簡稱委外），多存在於干預行政領域，並有向公共服務提供為目的的給付行政領域擴張之趨勢，又多以契約為之¹⁵。

第三項 公私協力概念與類型

第一款 公私協力概念

「公私協力（或公私合夥關係（Public Private Partnership）」概念乃源自於英、美國家，主要在強調公部門與私部門立於對等之夥伴（合作）關係，共同致力於特定行政目標之達成，或執行行政任務之合作關係¹⁶，泛指所有公部門與私部門共同處理事務之情形¹⁷。典型實例包括都市更新(urban

¹³ 許宗力，同註 6，頁 431。

¹⁴ 許宗力，同註 6，頁 432。

¹⁵ 許宗力，同註 6，頁 433。

¹⁶ 詹鎮榮，行政合作法之建制與開展－以民間參與公共建設為中心，收錄於：行政契約之法理－各國行政法學發展方向研討會論文集，臺灣行政法學會主編，2009年7月，頁107。

¹⁷ 詹鎮榮，同註 5，頁 10。

regeneration)、土地開發(land development)、社區營造(community building)及公共建設民營化等¹⁸。

對於公私協力採狹義見解者，認公私部門目標相衝突之合作形式應排除於公私協力概念之外，原則上「公私協力」在概念上應具備六項要素：政府與私部門間之共同行動、互補性目標之依循、合作時之互助可能性、歷程取向、合夥人身分與責任之續存，以及合作之契約定型化。惟此狹義見解由於忽視公部門與私部門本質上對於利益（公益與私益）追求之不同，僅從國家觀點考量，忽略私人參與任務執行之經濟上利益，且與公私協力之「雙贏」基本架構有違，遭學界批評，而不予採納。採廣義見解者，認考量公部門與私部門本質上屬性之差異，公私協力概念應理解為，在行為主體上，應存有公私兩個不同屬性之行為主體，且以分工方式共同參與任務之執行。公、私部門區分之基準，在於各權利主體或機關之「原始身分」而非為其「屬性變更後」之地位。而行政程序法第2條第3項「擬制行政機關」地位之個人或團體，因其本身即屬於公私協力之結果，則應歸類於私部門範疇；至於私法形式之行政組織（單純組織私化之行政¹⁹或國家具支配、影響力之公私合資公司），則仍被歸類於公部門。公私協立在客體上，幾乎可包括所有國家公權力作用領域²⁰。

基此，廣義之理解，凡是行政任務之執行非由公部門所獨攬，而有私部門參與或協助者，即可涵蓋於公私協力概念之中。惟如採取此一理解，則此等最廣義之公私協力概念將由於欠缺具體可掌握之內涵而過於籠統，且難以據此作為行政法制上之討論基礎，以及建構法律框架之規範標的。因此，學者認為宜採限縮理解為宜。即以雙方在「自願」及「責任分擔」基礎上所形成之合作關係為限，將非本於全自願與公部門形塑契約法或事實協定上之合

¹⁸ 鄭錫錯，法制化與公、私協力的管理—以 BOT 為例，競爭力評論，11 期，2008 年 1 月，頁 30。

¹⁹ 其為私法人者，不論係公司或財團法人，由於營運仍歸國家掌控，故學者稱有稱其為「披著私法外衣的國家」或「形式上的私法人」，而不是「真正的私人」。許宗力，同註 6，頁 429。

²⁰ 詹鎮榮，同註 5，頁 10-12。

作或協力關係者，排除在狹義的公私協力概念之外²¹，並建議將公私協力定義為「國家高權主體與私經濟主體間本於自由意願，透過正式之公法或私法性質雙方法律行為，抑或非正式之行政行為形塑合作關係，並且彼此為風險與責任分擔之行政任務執行模式。」

第二款 公私協力類型

本於以上公私協力之定義，學者由部分民營化觀點出發，認為行政實務上主要之公私協力類型有：行政委託，並區分為公權力委託及業務委託（行政實務上統稱為「委託外包」、「委外」、「簽約外包」或「公辦民營」）；公民合資事業之經營（概念上未涉公營或民營之定性）；公共建設之參與（學者認應屬行政委託之概念範圍，惟因其非單純庶務與技術性業務，且涉及複雜之法律關係，亦涉及多種民營化之組合，而予以獨立觀察）；公私合作管制²²。

第四項 民間參與公共建設概念

民間參與公共建設之基本概念，應係由 19 世紀時經濟學家馬歇爾(Alfred Marshall) 所提出，堪稱為提倡民間參與公共建設方案之鼻祖：「政府機關可用授予某民間公司經營某種事業特權的方式將一部分之公共設施於某期間內出租予某公司，使該公共設施成為半公有之設施；條件在於該獲得授權之公司必須依據某些法規以某特定價格提供政府於該公共設施上所應提供之服務或設備。…」²³。

公共服務或公用事業在許多國家向由政府獨占，或受特別控管；凡屬這種情況，若由政府機關以外的某一實體提供公共服務，通常都需得到政府主管機關特別授權，或以某種許可文書或特許執照為憑。常見的授權有「特許權」、「專營權」、「許可證」等，此種由政府機關授予民間公司經營某種事業

²¹ 主要係認非自願合作或協力型態，傳統行政法學已足資因應，並可避免體系紊亂。詹鎮榮，同註 16，頁 108-110。

²² 相關概念內涵，可參詹鎮榮，同註 5，頁 12 至 19。

²³ 顏玉明，我國促參法 BOT 契約法律性質初探，臺灣本土法學，82 期，2006 年 5 月，頁 166。

之權利的方式，被稱為特許權或特許關係（Concession）²⁴。

世界現行促參模式而言，約可分為二大系統：特許權系統與 PFI（Private Finance Initiative 民間融資方案）系統。「特許權系統」通常係用在公用事業，例如電力、瓦斯、用水等。公共設施係於特許期間託管給特許權人，但所有權仍屬於政府機關，特許期間屆滿後，公共設施須依當初交付託管時之相當狀態交還給政府機關，其財務來源係向使用者收費而來。英國 PFI 制度是由民間機構辦理融資而設計及建造特定的公共建設，在投資期間公共建設之財產權屬於投資公司，但其收益不是直接向使用者收取，而是向政府收取²⁵。

「PFI 系統」係源自於英國民營化之概念而來，即是引進民間資金的方式，其目的除引進民間資金外，是要讓民間更直接地參與公共建設，更重要的是借重民間機構的管理、商業及創造技術。其方式有三：

一、民間負責全部財務問題²⁶：此類計畫由民間承擔所有財務風險，其收入完全來自營運收入，政府僅提供行政協助。此類計畫以收費道路、橋樑及旅客服務中心等為主。

二、民間提供服務計畫：此類計畫成本全部或大部分由行政機關支付，即行政機關向民間購買服務之意。例如倫敦地鐵北線列車購買案。

三、公私合作：此類計畫資金部分來自行政機關，部分來自營運收入，而整個計畫的控管由民間機構執行。常用於公共利益大於商業利益之計畫。如英法海底隧道鐵路支線及許多都市更新計畫。其常用模式包括：DBFO（Design-Build-Finance-Operate 設計-興建-融資-營運）、DCMF（Design-Construct-Manage-Finance）、BOO（Build-Own-Operate 興建-擁有-

²⁴ 顏玉明，同前註。

²⁵ 顏玉明，同註 23，頁 167。

²⁶ 學者 Jan Ziekow 或係本於此種理解，認為「私人財政資助」（Private Finance Initiative, PFI）限於單純的財政資助行為，概念上與公私協力（超越單純的財政支出）應有所區別。陳愛娥，公私協力的規制，收錄於：全球化/福利國家/特別權力關係/公私協力論文集，臺灣行政法學會主編，2012 年 12 月，頁 263。

營運)及BOOT(Build-Own-Operate-Transfer 興建-擁有-營運-移轉)²⁷。這種實質上之合作關係,則稱為PPP(Public Private Partnership)公私機構夥伴關係²⁸。近年來英國已將上開第2種方式與第1種及第3種方式區隔開來,而以PFI專指第2種方式之民間參與模式²⁹。

依英國經驗PFI系統之執行須符合三個要件³⁰:

一、具有公帑節省之價值(Value for Money, VFM)。簡言之,就是民間的創意及效率是否足以抵銷其較高的資金成本,從而降低整個計畫(全生命週期)所須的總經費,僅在PFI模式對政府財政負擔之壓力優於政府投資本之前提下,方可採取PFI辦理。

二、政府具長期預算支付能力(Affordability)。由於採行PFI模式,政府須於民間機構開始提供公共服務時,開始依契約約定及服務績效每年給付費用予民間機構,給付期間往往長達20、30年,此涉政府財政能否負擔日後PFI契約之付款義務,為PFI模式推動公共建設之前提。

三、付費機制與成果規範應有效連結並具誘因。PFI非常重視「成果規範」,亦即政府係以民間所提供之「服務」來計價,如何規範該「服務」已達政府的要求,並據以支付費用,為個案成功與否的關鍵。因此,若成果規範無法有效定義者,並不適用PFI模式。

民間參與公共建設使用「特許」之名,表示政府機關將利用「專屬於國家服務並向使用者收費之權利」轉讓給民間機構。近來,BOT與PFI常被用以表達相同之意義,但其應用之範圍不再僅以專屬於國家之服務為限,且其

²⁷ 有認此處所揭DBFO等4種模式之差別,僅在於特許期間屆滿後,「資產設備是否移轉」一點上。參見徐金基,我國公共建設民營化適用法律程序之研究,海洋大學海洋法律學研究所碩士論文,2000年,頁31。

²⁸ 顏玉明,同註23。另日本型之PFI制度,亦分為3種辦理方式。日本PFI制度為了確保公共性與民主監督,當計畫規模達一定水準時,政府與民間所簽之契約尚須經過議會的追認,為其最大特色。鄭錫階,同註18,頁35。

²⁹ 張倩瑜、周慧瑜,當前我國促參政策之治理結構失衡問題與解決之道,營建管理季刊,85期,2011年3月,頁8。

³⁰ 林傑、曾惠斌,英國PFI制度—政府長期購買民間機構公共服務之民間參與公共建設新模式,土木水利,2011年8月,頁51。

意涵及效果與特許權系統也有少許不同（表 3-1）。

第五項 小結

從民營化之類型來看，民營化的重點應該是涉及財產主體或行為主體轉變；公私協力強調的是國家與個人合作關係之建立，二者之觀察重點不同。惟如由行政任務非由國家單獨履行之觀點而言，公私協力與部分民營化或功能民營化在概念上並無差異³¹。此外，民營化如重在民間經營，應指公私協力³²。

由以上的觀察，實則民營化、公私協力或民間參與公共建設間，雖存有用語上之差異，然不可否認的，於概念上三者間應該有相互涵蓋之處。各該用語之差異，應係切入點或觀察面向之不同所致。而民間參與公共建設，從引進民間資金投入公共建設而言，應屬民營化類型中之財政民營化；從將私部門引入公部門行政任務的履行，由行政與私人共同合作執行行政任務，應屬功能民營化；就私部門與國家（或公部門）之合作關係而言，即屬公私協力的範疇。因此，不論係公私協力或民間參與公共建設，應可由廣義的民營化概念所涵蓋³³。

只要國家與其國民之間的關係有重大的改變，行政法體系就不能不隨之變異。因此，因國家觀不同而導致行政任務變遷時，行政法總論即必須有相應變革³⁴。如上所述，民營化、公私協力、民間參與公共建設等概念之提出，與國家觀之演變有關，而在此種情勢下，對行政法學的發展有何影響、各該「民參案件」模式及特色與其法律關係，將於下一節加以探究。

此外，我國有無引進 PFI 模式之必要？多數學者意見認為應引進 PFI 模

³¹ 詹鎮榮，同註 5，頁 11。

³² 林依仁，私營化的法之界限，收錄於李建良主編，民營化時代的行政法新趨勢，2012 年 12 月，頁 206。

³³ 劉飛，行政任務民營化的合法性框架，收錄於：全球化/福利國家/特別權力關係/公私協力論文集，臺灣行政法學會主編，2012 年 12 月，頁 291。

³⁴ 陳愛娥，行政行為形式—行政任務—行政調控—德國行政法總論改革的軌跡，月旦法學雜誌，120 期，2005 年 5 月，頁 16。

式，審計機關亦建議主管機關（當時為行政院公共工程委員會）應引進 PFI 模式³⁵。然此一問題，實不應人云亦云，而應探究 PFI 制度與我國之民間參與公共建設模式差異何在。我國通常將 PFI 概念理解為「政府向民間購買服務，由政府依民間服務績效付費」³⁶（即上開第 2 種方式）。如採此一理解，在我國可能為採購法所定義「勞務採購」（委託專業服務）³⁷，或者為促參法第 8 條第 2 項第 8 款之範圍（其他經主管機關核定之方式）。又採購法、促參法、獎參條例本身，應未拒絕於契約約定依廠商或民間機構之服務績效付款之情。另有認我國現行的促參模式，主要涵蓋 PFI 上開第 1 種及第 3 種方式的一部分，即要求專案須具備足夠的自償性，或者將不自償部分進行投資或融資補貼，且訂有一定上限³⁸。因此，我國有無正式明文引進 PFI 制度之必要³⁹，或可再行思考之。

³⁵ 蔡修毓、詹誼澤、曾恭慶，政府促參案件執行缺失之探討，政府審計季刊，29 卷 3 期，2009 年 4 月，頁 55。

³⁶ 如上述，PFI 有三種模式。另日本 PFI 參考英國亦分為三種類型：「自立型」（Financially Free-Standing Projects），又稱為獨立合算型，係指私部門在得到公部門的事業許可後，在一定的期間內自行籌措資金，計畫、興建與經營公共建設或基礎，並藉由向使用者收取費用來回收該事業的建設或營運成本。「購買服務型」（Services Sold to Public Sector），指在公部門提出公共服務的內涵與標準後，私部門則自行籌措資金，計畫、興建與經營公共建設，再由公部門以對價的方式，購買符合要求的服務，舉凡學校、醫院、監獄、政府行政大樓等的興建皆適用此種運作模式。「合資型」（Joint Venture），是指民間業者雖根據使用者所支付的費用來回收投資成本，但因無法完全達到自負盈虧的目標，公部門基於公益的觀點以補貼的方式對其進行財政支援。林淑馨，日本型公私協力理論與實務，巨流圖書股份有限公司，2010 年 3 月，頁 110-111。頁 16。

³⁷ 陳愛娥副教授認為無論擬辦理 PFI 之特定事業選定，或是對於公部門合作之民間業者的選擇，均強調其辦理程序的公平性與透明性，該制度並以儘早、廣泛揭露相關具體資訊為其輔助手段。與促參法制度功能相類似的選商程序，同樣強調藉由程序建構，確保有意願參與廠商之公平競爭的機會，援用採購事件的選商程序，亦毫無困難。陳愛娥，經濟行政領域中的程序保障—以分配程序(Verteilungsverfahren)為觀察重心，憲政時代，38 卷 1 期，2012 年 7 月，頁 18。

³⁸ 張倩瑜、周慧瑜，同註 29。

³⁹ 贊同引進 PFI 者，認為「政府遲延付費式」的 PFI 系統可解決公益型專案之促參困境。張倩瑜、周慧瑜，同註 29，頁 13。

表 3 - 1 傳統採購與 BOT、特許權系統及 PFI 類型比較⁴⁰

模式 項目	傳統採購	BOT	特許權系統	PFI
適用評估	成本效益分析	百分之百具自償性案件，或自償率達到相當程度。	百分之百具自償性案件，或自償率達到相當程度。	以符合「VFM」、「政府具有長期付款的可負擔性」且「服務成果與政府付費機制可明確規範者」方可適用。
融資方式	政府編列預算	專案融資 ⁴¹	民間以特許公司未來收益向銀行融資。	民間以未來的政府付款保證向銀行融資，在投資期間公共建設之財產權屬於私部門。
收入來源	政府付費	使用者付費	使用者付費	政府付費
付費機制	驗收完成（簽約後預付款、興建期間並有估驗款）	市場機制，政府監督費率	市場機制，政府監督費率	營運開始後，績效式付款，服務績效由業主決定。
興建營運	私部門—設計與施工分開（或統包）。營運由政府負責。	私部門（強調新建）	私部門營運（既有設施）	私部門
風險承擔者	完工前—廠商 交付後—政府	私部門	私部門	最佳風險分攤，視各項風險的性質，將其分配給最適承擔者。
建設所有權	政府	私部門	政府（既有設施）	私部門
我國案例或類型		臺灣高鐵、ETC ⁴² ？	類如我國 OT、無償 BTO	

⁴⁰ 參照顏玉明，同註 23，頁 175；林傑、曾惠斌，同註 30，頁 48 彙整。

⁴¹ 「專案融資」並非特定法律名詞，並無嚴謹之定義。一般而言，指「融資之還款完全或主要係專案完工後之淨現金收入，且融資者對借款人以外之其他第三人及其資產，並無（non-recourse）或僅有『有限度』（limited recourse）之追索權」。即借款人（專案公司）之股東通常毋須出具保證或提供其他資產供擔保。梁志，BOT/BOO 融資契約的談判經驗—以民營電廠為例，收錄於民間參與公共建設，臺灣營建研究院編印，2003 年 9 月，頁 71-72。

⁴² 按 ETC 案招商文件，第一章總則 1.2「辦理依據」載明，係依促參法及其相關法令規定，其民間參與方式為促參法第 8 條第 1 款所定模式（BOT）。惟其「收入來源」，依招商文件第七章 7.4「民間參與付費模式」載明，係採「委辦服務費付費模式」，由建置營運公司將電子收費車道「通行費」收入繳交高公局後，再由高公局按交易量定期支付委辦服務費用於建置營運公司。交通部臺灣區國道高速公路局，徵求「民間參與高速公路電子收費系統建置及營運案」招商文件，2003 年 8 月 20 日，頁 1 及頁 33。據此，ETC 案收入來源應係「政府付費」（僅政府以「通行費」收入一定比率，非一次性支付民間機構建置電子收費系統及服務之對價），與表中 BOT 模式之收入來源為「使用者付費」存有差異。形式上雖名為 BOT 模式，實際上應較接近於 PFI 類型。就此，朱佩芸、林繼國，我國民間參與 ITS 建設之課題與建議，頁 2 亦有相同看法，轉引自潘欣榮，變調的 BOT—從 ETC 案談起（下），現代營建，2011 年 8 月，380 期，頁 68。

第二節 民間參與公共建設與行政法學之發展

第一項 新行政管理型態之法規建制

傳統行政法學係立基於國家與社會二元論之國家理論基礎上。因而，在行政法律關係之區隔上，以公權力主體與私經濟主體為對立端點所建構之外部法律關係與內部法律關係，扮演支配性角色。而強調國家單方高權行為為至高點所建構之「隸屬關係行政法」結構下，行政處分儼然成為國家實現行政任務及達成行政目的的唯一且有效之行政行為，國家與國民對等協商之可能性原則上受到排除。因此在行政法學的研究上，以合作行政行為形式及合作法律關係型塑議題，向來不曾佔有一席之地¹，並非係行政法學之重點。

誠如學者所言，公私協力機制在行政實務上之運用並不因一般性框架法規之未臻完備，而獲得暫緩或受到排斥。行政機關仍普遍將其視為解決行政任務肥大症、提升行政效率、減輕國家財政負擔之良方，而廣泛應用於各行政事務領域，並因此衍生政策爭辯與法律爭議。然而，於專法規範密度稀疏與內涵不明確，及總論性行政法規（尤其是行政程序法）尚未對於各種公私協力型態有所回應下，各項爭議解決之立論依據，僅能求諸於行政法總論與行政法之一般原則。又基於司法權之個案爭議解決特性，且法官造法本有權力分立與法解釋論之界限，透過個案裁判顧及各層面之公私合作法制，亦難以達成。對此，行政法學者遂從立法政策之角度出發，呼籲儘速建置「行政合作法」，藉以建立通案性之法律框架²。

第二項 法律規定模式之轉變

在現代合作國家模式下，因典型的「條件模式」—即規定一定構成要件與法律效果，如構成要件被滿足，即產生一定的法律效果—涵攝過程考量的是過去已發生的事實，其制式、呆板及欠缺問題敏感度。因此，以柔軟、彈性

¹ 詹鎮榮，行政合作法之建制與開展—以民間參與公共建設為中心，收錄於：行政契約之法理—各國行政法學發展方向，臺灣行政法學會研討會論文集，2009年7月，頁103。

² 詹鎮榮，同前註，頁104-105。

或擺脫法律拘束所謂的「未型式化的行政行為」可謂係對此種模式之反彈，而表現在法律規定模式上，有改採「目的模式」之發展趨勢。所謂「目的模式」係指法律並未規定明確的構成要件，只規定法律所要達成的目的，至於達成目的的手段則任由個案的決定者來決定。此時，決定者的工作不再是對過去事實的調查，而是對其行為之未來效果加以預測，以決定是否作成該決定。然決定者也因此面臨一個較高難度的決策困境，即「決策於未知之中」遠高於在「條件模式」下。為了因應所面對問題之不明確狀況，作成決定所需之資訊不僅大為增加而且也須更為廣泛、相關的利益必須充分加以考慮等。據此，法律管制對象或相關人士、專家之參與決定程序、協商或合作等策略便顯得必要³。

第三項 國家責任之轉變

不論係民營化（私人化）、公私協力或民間參與公共建設，應均代表著國家責任之轉變。其共同點應在於將私人拉進國家實現其任務過程中而分攤部分責任，並視具體情形之不同，國家可能擔負不同責任⁴。

行政任務民營化下⁵，國家與社會責任有重新分配之情形，基本上縱使是行政任務完全私人化，僅謂國家責任由原本之「執行責任（Erfüllungsverantwortung）」（或譯為「履行責任」）轉變為「擔保責任（Gewährleistungs-verantwortung）」與「網羅責任（Auffangverantwortung）」（或譯為「補充責任」、「承接責任」），並非謂國家已從相關之任務領域中完全撤離⁶。所謂的「擔保責任⁷」指國家雖然承擔人民需求之滿足的責任，但

³ 張桐銳，合作國家，收錄於當代公法新論(中)，元照公司，2002年7月1日，頁569-571。

⁴ 張桐銳，同前註，頁577。

⁵ 擔保國家概念出現之前提要件，乃公共服務之民營化。擔保國家概念，係私人參與公共任務之履行時，國家對於該公共任務（非國家任務）之確實完成，所應負擔之保證責任。林明鏘，擔保國家與擔保行政法－從2008年金融風暴與毒奶粉事件談國家的角色，收錄於政治思潮與國家法學：吳庚教授七秩華誕祝壽論文集，元照公司，2010年1月，頁580。

⁶ 責任階段論，係由德國學者 G. F. Schupper 就國家執行行政任務密度之觀點，將國家責任由強至弱區分為「履行責任」、「保障責任」及「網羅責任」。詹鎮榮，民營化後國家影響與管制義務之理論與實踐－以組織私法化與任務私人化之基本型為中心，東吳大學法律學報，15卷1期，2003年8月，頁19-20。

不親自提供各該給付，而是由私人履行，國家則對人民承擔其得享有合於法治國與社會國標準之相關給付的擔保責任。本此擔保責任，並對於具體提供給付的私人進行擔保監督⁸。至於「網羅責任」指於私部門無法達成其履踐行政任務之公益目的時，國家必須承接，負起自行履行的責任⁹。

部分民營化既非行政任務完全私人化，縱國家未擔負有任何實際之執行工作，例如行政委託、民間參與公共建設，由民間機構負責從事興建以至營運之全部事項，國家於此僅免除其執行責任，並未同時免除其他責任¹⁰。據此，不論係民營化、公私協力及民間參與公共建設概念之提出，已使國家責任產生轉變，並促成管制革新¹¹。

第四項 以契約關係取代行政處分

原則上，不論係民營化、公私協力或民間參與公共建設，於透過相關法規選定投資對象後，僅以行政處分作為雙方未來所有權利義務之規範，不足之處顯而易見。本於契約係當事人依其合意自主決定其權利義務，其機能乃在於進行各種交易活動及增進經濟效率¹²。因而，擇定民間投資對象後，透過契約型塑雙方權利義務，應較為可行。

民間參與公共建設之法律關係，已無從單純透過行政處分處理或規範政府與私部門之法律關係，以契約型塑政府與私部門間之法律關係，已愈形重要。實務上，認政府與民間機構所簽訂的投資契約，賦予民間機構特許經營之權利，並規劃基本權利義務關係，故有「契約為王」(Contract is king)之

⁷ 其內涵可能為給付不中斷、維持與促進競爭、持續性的合理價格與一定給付品質、既有員工之安置、人權保障義務與國家賠償責任之承擔等擔保。許宗力，論行政任務的民營化，收錄於：氏著，法與國家權力(二)，元照公司，2007年1月，頁454-458。

⁸ 蔡宗珍，從給付國家到擔保國家－以國家對電信機基礎需求滿足任務為例，臺灣法學，122期，2009年2月，頁34。

⁹ 白瑞龍，民間參與之公共設施國家賠償責任，元照公司，2012年11月，頁387。

¹⁰ 白瑞龍，同前註，頁386-387。

¹¹ 國家管制手段亦由傳統高權行為轉變為以非強制、命令之間接新興管制手段，如社會自我管制，即非國家層級為使其行為具備法規範所要求之一定標準，出於自我意願所採行之主動措施。詹鎮榮，同註6，頁27-28。

¹² 王澤鑑，債法原理(一)基本理論債之發生，2001年3月，頁78、79。

說法¹³。因而，學者李建良指出，在法制的整備方面，民營化時代的行政法，觀念及政策若要擴廣、有效，必賴「契約」機制，尤其是行政契約¹⁴。此外，陳愛娥副教授亦認為在私部門化下，為確保私部門執行公共事仍能實現公益，國家必須維持適當的調控手段，例如監督與介入。因不存在一般有效的責任分配方式，必須因應不同任務而為安排，確保行政責任實現的程序法制也必須相應調整。並特別強調行政契約法制必須作適當的擴充以便容納公私協力關係中公部門與私部門的互動¹⁵。

此外，在合作的管制模式下所採行之合意式行政行為，除契約(已型式化—私法契約或公法契約)外，尚有未型式化的合意行為，通常的表現形式為無法律拘束之協定¹⁶。

第五項 小結

由以上民營化、公私協力等概念對於行政法學之影響，目前我國推動民間參與公共建設之推動，似應思考以下議題：

一、我國現行相關民間參與公共建設法制是否完備，有無建置行政合作法之必要。

二、未免陷於「決策於未知之中」之困境，如透過建置正當程序是解答，除應探究「民參案件」之正當法律程序外，為我國之程序基本法之行政程序法，除該法之一般法律原理原則有其適用外，其他程序規定應如何適用。

三、為落實人民基本權保障，如何適當輔助、監督參與公共建設之民間

¹³ 范鯨，「興建—營運—移轉」標準契約架構與重要課題之探討，臺灣經濟研究叢書，民間參與公共建設，2003年9月，頁40。然亦有認投資契約雖是促參程序的「王」但非絕對，仍會受到政策變動之影響。林明鏘，促參BOT案中對興建許可之利害關係人—兼評臺北高等行政法院100年訴字第1751號判決暨最高行政法院102年判字第453號判決，102年度國家賠償及行政法研討會，臺北市政府法務局編印，2013年11月，頁32。

¹⁴ 李建良，民營化時代的行政法新思維，收錄於：氏主編，民營化時代的行政法新趨勢，中央研究院法律學研究所出版，2012年12月，頁20。同時亦指出在法學的發展上，最具爭議的公法契約或私法契約區分爭議(立即而明顯)、「行政法上意思表示」觀念及理論的認識與開展及「行政法律關係理論」均待建構。

¹⁵ 陳愛娥，行政程序法施行十週年的回顧與前瞻—以行政法院裁判的觀察為基礎，月旦法學雜誌，182期，2010年7月，頁74。

¹⁶ 張桐銳，同註3，頁578。

機構（私部門）。如主要係藉由投資契約達成相關公共利益之維護者，則投資契約之議約、簽約及變更(或調整)應遵循的程序、投資契約應備內容、投資契約屬性界定及簽約後如何給予適當輔助、監督及履行不能時之介入等，均屬重要議題。

總之，上開議題，其實均在於民營化或公私協力浪潮下，如何透過程序或實體上規範，確保民間參與公共建設的成效與公共利益維護，事後的處理措施，如融資機構或保證人之介入及主管機關強制接管等，固然重要。然與其事後心力交瘁，倒不如事前先行建置妥適及合理的程序，避免所託非人。因甄審程序及爭議處理為「民參案件」之事前程序，具有選定最佳締約人及程序爭議解決之重要地位，故為本文研究之重點。



第三節 我國民間參與公共建設制度與憲法容許性

公共工程計畫涉及國家發展與經濟景氣，國家發展委員會經行政院授權訂頒「行政院所屬各機關中長程個案計畫編審要點」第3點規定：「各機關就下列事項應擬訂中長程個案計畫：(一)依基本國策及國家中長程施政目標應規劃事項。(二)依國家整體及前瞻發展需要應規劃事項。(三)依機關任務及中長程施政目標應規劃事項。(四)依有關法令規定應規劃事項。(五)依民意及輿情反映應規劃事項。(六)依上級指示或會議決定應規劃事項。(七)配合相關計畫應規劃事項。(八)其他重要施政事項。」第5點第1項規定：「中長程個案計畫之擬訂，應參酌本機關資源能力，事前蒐集充分資料，進行內外環境分析及預測，設定具體目標，進行計畫分析，『評估財源籌措方式及民間參與之可行性』，訂定實施策略、方法及分期(年)實施計畫。」第6點第4項規定：「中長程個案計畫屬『公共工程或房屋建築部分』之計畫，應優先採用生態工法，並敘明採用生態工法之預期效果及影響。」第8點規定：「(第1項)重要中長程個案計畫應報行政院核定。(第2項)經行政院核定之重要中長程個案計畫應公開登載於機關網頁。(第3項)前二項所稱重要中長程個案計畫如下：(一)計畫涉及重大政策變更者。(二)計畫涉及數個機關職掌，需行政院協調者。(三)計畫所需經費無法於行政院核定之歲出概算額度範圍內支應者。(四)其他需行政院政策核定者。」

據上可知，公共工程計畫即可能納入中長程計畫中，且其計畫研訂應考量機關資源能力，事前蒐集充分資料，進行內外環境分析及預測，設定具體目標，進行計畫分析，評估財源籌措方式及「民間參與之可行性」，訂定實施策略、方法及分期(年)實施計畫，其屬重要中長程個案計畫報經行政院核定後，應公開登載於機關網頁。從而「行政院所屬各機關中長程個案計畫編審要點」應屬行政院所屬各機關辦理公共工程計畫之上位指導原則。

然而，不論係民營化、公私協力或民間參與公共建設，雖提供國家在行

政任務的履行上存有多種選擇，惟本於憲法為國家之根本大法，國家各項作為不得有抵觸憲法之情，故引入民間資力參與公共建設制度之興建、營運，首應探究憲法對此是否有所指示。

第一項 民間參與公共建設之憲法容許性

第一款 民主國原則

民主國原則要求所有國家權力之行使，無論係據干預性質之單方高權行為或給付性質之行政行為，無論透過公法或私法組織與行為形式，最終皆須由國民所從出。公私協力行為顯現在給付行政領域，且多半未涉及公權力之行使，但因屬於行政任務之從事，故仍須具備民主正當性。鑑於國家在公私協力時並未放棄任務責任，故無論係公權力委託、單純業務委外或私人參與公共建設之投資，只要不違背現行法秩序，且委託機關仍保有監督權¹與程序支配，應仍符合民主原則之要求²。

第二款 法治國原則

法治國原則體現在行政權之執行上，乃要求依法行政。因而，行政任務是否須由國家親自以己手完成，或可借重私人協助之問題，法治國原則並不關切。消極而言，國家與私人間因合作目的所形成之內部關係及對第三人之外部法律關係皆不得與憲法以及上位法規範相抵觸（即法律優位原則）。至於法律保留原則之適用，則應依合作類型而作不同之判斷。如涉及公權力之委託行使，自應有法律保留之適用。又如涉及公用事業與獨占性企業之活動領域時，本於憲法第 144 條規定，不論係全部或部分由國民經營，亦須有法律上之依據。就上開範疇以外之其他領域業務委託是否須有法律保留之適用，

¹ 學者認為在形式私營化(包括組織私化、功能私化(又稱公私協力)、財產私有化、私經濟方式)下，獲得間接正當性之政府與行政，須就其履行負起政治、合法與合目的性之責任。而調控機制之設計須能回溯於民意，其訣竅在於應使國家對於任務最終實現者仍有影響可能性。李建良，私營化的法之界限，收錄於：民主編，民營化時代的行政法新趨勢，2012 年 12 月，頁 217。

² 程明修、詹鎮榮，臺灣公私協力理論、法制及實務動向，收錄於：全球化/福利國家/特別權力關係/公私協力論文集，臺灣行政法學會主編，2012 年 12 月，頁 369-370。

學說意見分歧。惟為確保公益目的之實現，從合作夥伴之資格設定、甄選、契約形成及履行行為，國家皆具有一定程度之控制權，對於(欲)參與私人之基本權影響而言，不可謂不重要，從而仍應有法律保留之適用³。

至於何種事項應以法律直接規範，司法院釋字第 443 號解釋理由書中特別指出，其與規範密度有關，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差異。此一意旨於民間參與公共建設亦應適用之⁴。另立法者設定具體調控規範上，應考量之點有三：一、私人發揮創意與彈性的空間，可採框架式立法；二、為使私部門考量公益，可設定誘導措施；三、避免第三人出現額外負擔及預先規劃任務失靈時之介入安排⁵。

第三款 社會國原則

根據社會國理念，現代國家應擔負起建構合理社會秩序之義務，對於社會上弱勢群體之保護、社會安全之維繫，尤其是對於人民符合人性尊嚴之最低生活條件保障。然社會國理念之落實，憲法僅揭示國家應戮力達成，至於應以何種手段達成，原則上立法者有自由形成之空間，並非係要求國家應自為給付者。惟必須負起保障之責⁶。據此，除憲法明文規定國家應自為給付者外，國家引進民間之資力參與國家任務之實現，與社會國原則應無違背。

第四款 中央與地方權限分配

憲法第 107 條至第 111 條有關中央與地方權限劃分規定，僅涉及各級政府權限分配層面，並未禁止中央與地方將各自權限範圍內事務委託民間經營，僅賦予負責履行，至於其履行方式，則無進一步說明。在憲法或法律無明文規定履行方式時，行政機關基本上享有任務執行方式與手段之選擇自由，除

³ 程明修、詹鎮榮，同前註，頁 370-372。

⁴ 林依仁，私營化的法之界限，收錄於：李建良主編，民營化時代的行政法新趨勢，中央研究院法律學研究所，2012 年 12 月，頁 217-218。

⁵ 陸敏清，從德國修法歷程論公私協力運用契約調控的發展，興國學報，14 期，2013 年 1 月，頁 136。

⁶ 詹鎮榮，民營化後國家影響與管制義務之理論與實踐－以組織私法化與任務私人化之基本型為中心，東吳大學法律學報，15 卷 1 期，2003 年 8 月，頁 21-23。

公法或私法形式之選擇外，亦包括公私協力之採取⁷。

第五款 國家社會二元論

公、私部門間共同完成公共事務將造成國家與社會間之功能區分模糊化，「權力—自由」已不再是「國家—社會」關係之當然對應，自由權行使之特質與手段已於國家履行公共任務時普遍獲得引借；而統治權領域之公益取向要求亦逐步地移轉至基本權主體身上。本於憲法已為公私協力留下空間，並藉由民主原則與基本權侵害正當性要求等機制，維繫國家與社會二元論之基本功能領域。在此意義下，公私協力雖使國家社會二元論相對化，但其本質並未遭到破毀⁸。

第六款 國家任務論

根據國家任務論，國家原則上對於任務之設定與放棄具有全面性之管轄權。但國家將特定任務之執行責任透過實定法自攬於身時，並非當然須由國家自己履行。國家在任務之全面管轄權並不會導致手段上之單獨管轄權。國家任務論僅禁止「任務本身」之除國家化，但並不根本上排除私人參與之可能性⁹。

第七款 小結

歸納學者之見解，可知民主國原則強調的是國家權力行使的民主正當性，亦即直接或間接人民意志之展現，其重點在於有無適當之監督(法律依據，並/或接受主管機關之監督)。法治國原則重視法律保留與法律優位原則之落實，而憲法第 144 條則傳達於法律許可下，允許公私協力之採取。憲法亦未明文社會國理念達成方式，故引進民間資力參與任務之實現，亦未違反社會國原則。憲法就中央與地方權限劃分，僅在於劃分各級政府的事務管轄權限，並

⁷ 詹鎮榮，論民營化類型中之「公私協力」，月旦法學雜誌，102 期，2003 年 11 月，頁 20。許宗力，論行政任務民營化，收錄於：氏著，法與國家權力(二)，元照公司，2007 年 1 月，頁 440。

⁸ 詹鎮榮，同前註，頁 24。

⁹ 詹鎮榮，同註 7，頁 24-25。

無劃分公權力主體與私人間公共任務分擔之意¹⁰。公私協力並未破壞國家社會二元論之命題。國家任務論並不排除私人參與之可能性。此外，基本權作為主觀公權利，原則上只具有防禦國家侵害，並不提供人民積極請求國家擔當一定行政任務的權利¹¹，而人民之基本權也不包含請求國家親自執行行政任務的權利¹²。

據此，我國憲法對於行政任務之執行方式，基本上係採取中立與開放之立場，原則上容許國家採行公私協力方式履行行政任務。但須透過公部門監督權之保留，以維繫民主正當性基礎¹³。從而立法者應有充分的空間可以決定，是否要將某項公共任務委由私人承擔¹⁴。

第二項 我國民間參與公共建設概念

第一款 民間參與公共建設與政府業務委外

引進民間參與公共建設目的，應在於藉由民間資金之投入，調和國家基礎建設責任與財政拮据間之失衡現象，解決國家因財政困難致無法支應基礎建設興建、營運或維護等之必要費用，並藉由私人專業知識、技術與經驗之投入，以提升公共工程之品質及經營效率與效能¹⁵。

行政院人事行政局(政府組織改造前)，為推動業務委託民間辦理之政策，訂頒「行政院及所屬各機關推動業務委託民間辦理實施要點」(下稱實施要點)，並以「現有機關(構)委託民間辦理」(整體業務委外)及「業務項目委託民間辦理」(部分業務委外)為其實施範圍(如表 3-2)。實施要點將辦理程序區分為 4 個階段，即先期規劃、委託程序、簽約及監督。其所稱「業務委外」，概

¹⁰ 陳愛娥，公營事業民營化之合法性與合理性，月旦法學雜誌，36 期，1998 年 5 月，頁 43。

¹¹ 陳愛娥，同前註。

¹² 許宗力，同註 7，頁 441。

¹³ 詹鎮榮，同註 7，頁 23。

¹⁴ 陳愛娥，同註 10，頁 44。

¹⁵ 詹鎮榮，同註 7，頁 16。並將行政實務上所稱「民間參與公共建設(計畫型之公私協力)」歸類為公私協力類型之一。程明修、詹鎮榮，臺灣公私協理論、法制及實務動向，收錄於：全球化/福利國家/特別權力關係/公私協力論文集，臺灣行政法學會主編，2012 年 12 月，頁 367。

念上已將公權力委託、業務委託、行政助手、民間參與公共建設、公私合營、國有財產管理等均涵括在內¹⁶，基本上較趨近於民營化或公私協力概念。

我國法制上對於「民間參與公共建設」一詞，亦如民營化、公私協力之概念一樣，無明確定義。一般提及民間參與公共建設時，大多認為就是 BOT，故 BOT 一詞似已成為我國「民間參與公共建設」之代名詞。正因如此，行政實務上所稱之「民間參與公共建設」，自不能將依獎參條例及促參法辦理之案件，排除在概念之外，而依其他法令辦理之案件，行政實務上亦將其歸屬「民間參與公共建設」之範疇。可見，我國「民間參與公共建設」實已呈現法規多元化之趨勢¹⁷。

從以上的觀察，可知我國行政實務上，所稱「民間參與公共建設」應係將其重點著眼於某項具體「公共建設」¹⁸（標的設施）交由民間參與（投資）興建及（或）營運¹⁹。

¹⁶ 行政院人事行政局編印，政府業務委託民間辦理(90年-93年)重要案例暨契約參考手冊，2005年12月，頁9、11。另「行政院及所屬各機關推動業務委託民間辦理實施要點」第4點規定：「各機關業務委外之方式如下：(一)整體業務委外：各機關得將屬公共服務或執行性質之整體業務委外，或將現有土地、建物、設施及設備，委託民間經營管理。(二)部分業務委外：各機關得檢討將下列業務委外：1.內部事務或服務：各機關內部事務或對外提供服務之業務，得委託民間機構辦理。2.輔助行政：各機關得視需要將業務委託私人，使其居輔佐地位，從旁協助執行部分管制性業務。」

¹⁷ 促參法雖有意成為民間參與公共建設之特別法地位，然由近來公布之「公立國民小學及國民中學委託私人辦理條例」(於103年11月26日公布，並經行政院定自104年1月1日施行)來看，此項目的恐已不復存在。

¹⁸ 學者認為促參法第3條第1項所稱的「公共建設」與都市計畫法第42條所稱的「公共設施」，大體上可謂一致，皆指供公眾使用或促進公共利益與公共目的之有體物或物之設備而言，二者應可視為同義詞使用。學說上並不將自然公物納入公共設施概念中。詹鎮榮，民間參與公共建設之國家賠償責任，憲政時代，34卷4期，2009年1月，頁423-424。

¹⁹ 促參法主管機關行政院公共工程委員會(政府組織改造前)100年4月18日工程促字第10000115160號函，認倘「河川疏濬」屬管理維護性質，則不符「興建、開發」規定，無促參法第27條適用情事。本號函似認為「河川疏濬」純屬一種作為或行為，未涉及「公共建設」之興建或營運，其既非公共建設，自無公共建設之附屬事業可言。

表 3 - 2 行政院及所屬各機關推動業務委託民間辦理實施要點之委託方式分類表

分類	意義	委託型態	案例
各機關委託民間經營或管理	各機關得將屬公共服務或執行性質之整體業務委外，或將現有土地、建物、設施及設備，委託民間經營管理。	公辦民營 ²⁰	1. 勞委會勞工教育學苑 2. 僑委會華僑會館 3. 高雄市立旗津醫院 4. 高雄市立鳳山醫院 5. 臺北市青少年育樂中心 6. 臺北市兒童交通博物館
		部分公營，部分民營 ²¹	1. 公務人力發展中心 2. 國立海洋生物博物館 3. 臺灣科學教育館
業務項目委託民間經營	各機關得將「內部事務或對外提供服務之業務」、「蒐集、查察、驗證及認定一定事實所做之檢查行為等業務」及「部分管制性業務」委託民間辦理。	內部事務或服務	如各機關之資訊、保全、清潔、環境綠化、事務機器設備、公務車輛、文書繕打等業務。
		行政檢查事務	如汽車檢驗委託民間機構代檢、危險性機械或設備檢查委託代行檢查機構辦理、各類證照審查委託各該公會辦理等。
		輔助行政	如委託民間拖吊違規車輛或拆除違章建築等。

*資料來源：政府業務委託民間辦理(90年-93年)重要案例暨契約參考手冊，行政院人事行政局編印，2005年12月，頁17。

第二款 多元化的民間參與公共建設法規範

依據財政部統計資料顯示，列入民間參與公共建設簽約案件者，除以依促參法辦理之「民參案件」為主外，亦不乏依採購法、獎參條例、商港法、國有財產法、電業法、促進產業升級條例、大眾捷運法、都市更新條例及產

²⁰ 屬民營化之概念中，廣義的行政委託（涉及公權力委託與否）類型中「未涉公權力之行使」之行政任務的委託，如委託民間經營公立醫院、養老院、停車場、高速公路或委託辦理兒童保護棄嬰、棄兒安置、慶典活動等業務。其中委託經營公立醫院、養老院之情形，因涉及受託經營公有公共設施，所以坊間稱此型態為「公設民營」或「公辦民營」。許宗力，同註7，頁435。

²¹ 學者認為接手經營一個原屬公辦公營的既有設施，受託人同時被要求必須接手既有人力或安置、保障編制內員工權益者，實務上慣以「公、民合營」稱之。許宗力，同註7，頁438。此處所稱「部分公營，部分民營」似與學者所稱之「公、民合營」屬同一概念。

業創新條例等法規及地方自治法規(財政部統計資料以「地方公共造產自治條例」稱之)辦理之「民參案件」。然而,除前揭法規外,其他如停車場法²²及漁港法²³等,亦有引進民間參與經營、管理之規定。

我國行政實務上所稱「民間參與公共建設」,並不以依據促參法所辦理之「民參案件」為限,甚至於包括其他法律或法律賦予地方自治團體一定範圍之自治事項,並由各該地方自治團體其依自治規則或自治條例,將其所有或所需之公共建設允許民間興建及(或)營運在內²⁴。我國民間參與公共建設之辦理依據,在現行法制下,可謂非常多元。民間參與公共建設類型或模式,亦非僅以促參法第 8 條第 1 項各款所定民間參與方式為限。

除獎參條例之 OT 方式、促參法第 8 條第 1 項第 3 款所定無償 BTO 方式、第 5 款之 OT 方式(公部門仍擁有建設所有權),類同於上開國外特許權系統(公部門仍擁有建設所有權)之「民間參與公共建設」概念外,獎參條例之 BOT 及 BOO 方式、促參法第 8 條第 1 項其餘各款所定之方式,與以上所介紹的特許權系統之民間參與公共建設間,理論上仍存有差異。

此由行政實務上,交通部臺灣區國道高速公路局主辦之「民間參與高速

²² 停車場法第 16 條:「都市計畫停車場用地或依規定得以多目標使用方式附建停車場之公共設施用地經核准徵收或撥用後,除由主管機關或鄉(鎮、市)公所興建停車場自營外,並得依左列方式公告徵求民間辦理,不受土地法第 208 條、第 219 條、都市計畫法第 52 條及國有財產法第 28 條之限制:一、主管機關或鄉(鎮、市)公所興建完成後租與民間經營。二、主管機關或鄉(鎮、市)公所將土地出租民間興建經營。三、主管機關或鄉(鎮、市)公所與民間合資興建經營(第 1 項)。前項由民間使用都市計畫停車場用地或依規定得以多目標使用方式附建停車場之公共設施用地投資興建之停車場建築物及設施,投資人得使用之年限,由投資人與主管機關或鄉(鎮、市)公所按其投資金額與獲益報酬約定,報請上級主管機關核定之,不受土地法第 25 條之限制(第 2 項)。依第 1 項第 2 款及第 3 款投資興建之停車場建築物及設施,於使用年限屆滿後,應無償歸屬於該管主管機關或鄉(鎮、市)公所所有,並由主管機關或鄉(鎮、市)公所單獨囑託登記機關辦理所有權移轉登記為國有、直轄市有、縣(市)有或鄉(鎮、市)有,投資人不得異議。投資人在約定使用期間屆滿前,就其所有權或地上權為移轉或設定負擔時,應經該管主管機關或鄉(鎮、市)公所同意(第 3 項)。」

²³ 漁港法第 14 條:「漁港一般設施優先由漁港所在地漁會,依漁會法第四條所規定任務及漁港計畫擬訂投資計畫,以價購方式取得土地或向主管機關租用土地,申請建設、經營,並取得地上物所有權(第 1 項)。漁港所在地漁會因人力、物力不足,無法依前項規定辦理時,得循公開招標方式公告徵求投資人依據漁港計畫擬訂投資計畫,以價購方式取得土地或向主管機關租用土地,申請建設、經營,並取得地上物所有權,或由主管機關提供土地無償使用,由投資人以投資建設、經營,經營期滿移轉該設施之所有權予主管機關之方式辦理之(第 2 項)。前二項租用之土地,不得設定地上權(第 3 項)。」

²⁴ 許宗力,同註 7,頁 446。

公路電子收費系統建置及營運」案例（即 ETC 案）觀察，即可得證。本案依其招商文件記載，係依促參法第 8 條第 1 項第 1 款規定（BOT 方式）辦理²⁵，並由主辦機關支付委託服務費予民間機構²⁶。ETC 案之公共建設類別，應屬促參法第 3 條第 1 項第 1 款所稱之「交通建設」，並採同法第 8 條第 1 項第 1 款「BOT」模式辦理。民間機構係向「政府」收取服務費用，而非向「使用者」（高速公路用路人）收取費用²⁷，與本章第一節學說上所稱 BOT 模式（向使用者收費）略有不同，而近似於 PFI 模式²⁸。

由上可見，我國對於各項民間參與公共建設模式，除概念上予以初步定義外，並未進一步明確界定其實質內涵。此或可謂我國實務上已發展出本土類型之民間參與公共建設模式²⁹。惟由採購之觀點來看，ETC 案之辦理模式，於概念上亦可解讀為政府採購之「財物採購（電子收費設備購買或租用）」及「勞務採購（代為收取通行費服務之提供）」合併辦理之情。據此，「政府採購案件」與「民參案件」區別何在，不無疑義。

第三項 我國民間參與公共建設現況與主要法律規範

第一款 民間參與公共建設發展歷程與現況

第一目 發展歷程

公共建設之投資為國家經濟建設之基礎，對社會大眾基本生活之需要與生活品質具有相當之影響，且會改變鄰近區域之環境與土地使用，牽動其他

²⁵ 徵求「民間參與高速公路電子收費系統建置及營運」案－招商文件，交通部臺灣區國道高速公路局編印，2003 年 8 月 20 日，頁 1。

²⁶ 本案民間參與付費模式，係採「民間參與採委辦服務費付費模式，由建置營運公司將電子收費車道通行費收入繳交高公局後，再由高公局按交易量定期支付委辦服務費用予建置營運公司。」同前註，頁 33。

²⁷ 有認為我國促參法第 8 條明文之 BOT 等 6 種參與模(方)式，均具有民間機構(廠商)需自為營運並向社會大眾收費來回收成本進而獲取利益的特性，即使「有償 BTO 模式」政府也僅歸墊興建成本以求取得設施所有權，獲利仍需來自後續營運階段的收益。張倩瑜、周慧瑜，當前我國促參政策之治理結構失衡問題與解決之道，營建管理季刊，85 期，2011 年 3 月，頁 2。

²⁸ 此部分，可參照本章第一節表 3-1。

²⁹ 惟有認 ETC 案應屬 PFI 之範疇，可理解為所謂的 BLT 或 BTL 模式，在法源上可歸類為促參法第 8 條第 1 項第 3 款之有償 BTO。潘欣榮，變調的 BOT－從 ETC 案談起（下），現代營建，2011 年 8 月，380 期，頁 69。

產業與地價之變化，而相關產業之發展與地價變化則是影響政府各項稅收來源之重要因素，政府財政收支之變化則會影響政府投資公共建設之能力，如此循環的影響產生彼此密切連動之關係，可知公共建設投資對於國家發展及競爭力之重要性³⁰。為了刺激國內產業景氣持續經濟成長，政府勢必加強公共投資，尤其是國際正陷於景氣循環的谷底時，政府更是採用擴張性的財政政策以增加政府支出，而其中以興辦公共建設最直接有效³¹。

在民營化的浪潮下，我國經濟發展上與民營化之趨勢亦有關聯，歷程上約可概分為3個階段³²。第1階段為民國42年所公布實施的「公營事業移轉民營條例」為配合「耕者有其田」之政策，首先將台泥、台紙、農林、工礦等移轉民營。第2階段為民國78年經建會所提「當前物價問題因應措施方案」積極推動民營化，並於同年7月25日成立「公營事業民營化推動小組」，核定中鋼、一銀、台航、臺鐵、陽明等多家公營事業民營化。第3階段為高速鐵路興建所引發，其因政府財政困難及預算履遭杯葛，遂有83年11月5日獎參條例的公布施行。此條例所代表之意義，為我國民間參與公共建設、公營事業與獎勵政策統一規範之法律。民國49年底，鑑於國內工業生產力以已能滿足國內需求，如欲降低成本，獲取利潤，勢需擴大外銷，因此政府乃制訂「獎勵投資條例」1期10年共30年，於民國79年為「促進產業升級條例」所取代，然此一條例之期限亦為10年，而獎參條例之制訂，以至於民國89年2月促參法公布，可以看出統合公共建設、公營事業與獎勵措施之趨勢。

第二目 辦理現況

目前政府機關辦理「民參案件」，其甄選程序多以促參法為辦理依據。財政部統計資料顯示，列入民間參與公共建設簽約案件者，包括依促參法、採購法、獎參條例、商港法、國有財產法、電業法、促進產業升級條例、大眾

³⁰ 詹志宏，以行政契約法制作為促進民間參與公共建設手段之研究，國立中興大學科技法律研究所碩士論文，2010年6月，頁43。

³¹ 邱聰勳，民間參與公共建設法律問題之研究—以BOT模式為例，國防管理學院法律學研究所碩士論文，1998年5月，頁21。

³² 邱聰勳，同前註，頁4。

捷運法、都市更新條例及產業創新條例等法規及地方自治法規(財政部資料以「地方公共造產自治條例」稱之)辦理之案件³³。

「民參案件」自 91 年起至 101 年底止，簽約總金額計約新臺幣(下同) 8,408 億元，增加稅收、權利金等政府財政收入約 5,417 億元，預計提供逾 14 萬個就業機會(表 3-3)。

表 3 - 3 91 年至 101 年促參簽約案件效益表

年度	當年度簽約達成值			簽約效益(已扣除終止契約案件及特殊案件-中龍案)		
	件數	計畫規模 (億元)	簽約金額 (億元)	契約期間減少政府財政支出 (億元)	契約期間增加政府財政收入 (億元)	創造就業機會 (名)
91	8	19	6	2	1	290
92	36	686	625	344	46	20,108
93	82	1,444	1,307	2,687	514	15,432
94	152	708	626	591	240	19,269
95	185	696	683	782	1,075	14,583
96	123	372	372	275	841	7,768
97	70	180	180	197	298	8,475
98	79	530	530	897	649	18,888
99	73	2,241	2,241	898	267	5,866
100	78	401	401	766	458	7,006
101	99	1,437	1,437	564	1,028	23,101
102	103	775	775	684	287	17,194
總計	1088	8,714	8,408	8,003	5,417	140,786

*資料來源：促進民間參與公共建設執行成效(91年至101年度)，財政部推動促參司編印，2013年5月，頁2。

從民間參與方式來看，歷年來「民參案件」以 OT 方式辦理之案件數最多，約占總案件數之 50%。OT 案，僅占總簽約金額之 1%。相對以 BOT、BOO

³³ 依財政部 91 年至 101 年度簽約案件統計資料，各該「民參案件」以促參法為主(約 795 件)，其他法律辦理及其件數大致為：獎參條例 5 件、採購法 45 件、商港法 88 件、電業法 10 件、國有財產法 6 件及地方自治法規 12 件、促進產業升級條例 14 件、大眾捷運法 5 件、都市更新條例 5 件及產業創新條例 1 件。促進民間參與公共建設執行成效(91年至101年度)，財政部推動促參司編印，102年5月。

或 ROT 等方式辦理之案件數，雖較 OT 案少，但民間機構仍需對公共設施投入資金進行興建或擴整建工程，且單一計畫工程經費龐大，故民間投資之金額遠較 OT 案多，其中又以 BOT 案件之簽約金額 4,439 億元為最多，約占總金額之 53% (表 3-4)。

表 3 - 4 91 年至 101 年促參案件之民間參與方式統計表

民參方式		案件數	案件數 占比(%)	簽約金額 (億元)	金額 占比(%)
BOT		88	8.93%	4,439	52.80%
OT		490	49.75%	115	1.37%
ROT		170	17.26%	125	1.48%
BOO		29	2.94%	674	8.01%
BTO		4	0.41%	10	0.12%
其他經主管機關核定方式 (促參法第 8 條第 1 項第 7 款)		8	0.81%	701	8.34%
其他	設定地上權	7	0.71%	585	6.95%
	非設定地上權	189	19.19%	1,759	20.93%
總計		985	100.00%	8,408	100.00%

*資料來源：促進民間參與公共建設執行成效(91年至101年度)，財政部推動促參司編印，2013年5月，頁3。

102 年度促參案件成功簽約共 103 件，簽約金額約 775 億元。契約期間預計可減少政府人事、營運費用等財政支出約 684 億元，增加稅收、權利金等政府財政收入約 287 億元，提供約 17,000 個就業機會。102 年簽約金額超過歷年平均金額 500 億元之水準，簽約件數是 6 年來最高(表 3-5)。

表 3 - 5 102 年促參簽約案件效益表

年度	當年度簽約達成值			簽約效益		
	件數	計畫規模(億元)	簽約金額(億元)	契約期間減少政府財政支出(億元)	契約期間增加政府財政收入(億元)	創造就業機會(名)
102	103	775	775	684	287	17,194
註 1. 係依據各主辦機關提報本部列管且完成簽約之個案統計，個案簽約金額係依據該案投資契約所附投資計畫書『期初預計投資總額』列計。						
註 2. 依 97/8/26 行政院促參推動委員會第 31 次會議決議，自 97/8/26 起納入廣義民間投資案件(如大眾捷運法聯合開發、都市更新條例、國有財產法等)之列管及統計。						

*資料來源：財政部推動促參司

102 年度簽約之「民參案件」其參與模式，就辦理件數而言，以促參法第 8 條第 1 項各款模式辦理者計 87 件為最多，占總件數 103 件之 84%；以其他模式(依其他法令辦理者，包括獎參條例、都市更新、設定地上權等)辦理之「民參案件」為 16 件，占總件數之 16%。就簽約金額而言，以其他方式(包括獎參條例、都市更新、設定地上權等)辦理之「民參案件」簽約金額 496 億元為最高，占總金額之 64%。以 OT 與 ROT 方式辦理之「民參案件」達 74 件，占總「民參案件」72%，其簽約金額僅占 4%，各民間參與方式其簽約案件數及簽約金額統計，如表 3-6。截至 104 年 2 月底執行情形，如表 3-7。

表 3 - 6 102 年促參簽約案件(按民間參與方式區分)

民間參與方式	件數	件數占比(%)	金額(億元)	金額占比(%)
BOT(興建-營運-移轉)	10	9%	182	23%
OT(營運-移轉)	64	62%	14	2%
ROT(擴整建-營運-移轉)	10	10%	15	2%
BOO(興建-營運-擁有)	3	3%	68	9%
其他 設定地上權	3	3%	110	14%

	公開招標(如採購法、獎參條例、產創條例)	9	9%	199	26%
	公有土地都市更新	4	4%	187	24%
總計		103	100%	775	100%

*資料來源：財政部推動促參司

表 3 - 7 截至 104 年 2 月底執行情形

年度	當年度達成值			截至 104.02.28 解約案件(-)/續約案件(+)/增加投資規模(+)		
	件數	計畫規模 (億元)	簽約金額 (億元)	契約期間減少 政府財政支出 (億元)	契約期間增加 政府財政收入 (億元)	創造就業機 會 (名)
91-103	1,217	10,678	10,372	9,111	6,629	175,431
104	12	38	38	0	0	13
總計	1,229	10,716	10,410	9,111	6,629	175,444
備註：依 97.08.26 行政院促參推動會第 31 次會議決議，自 97.08.26 起納入廣義民投案件(例如大捷法聯合開發、都市更新條例、促產條例、國有財產法等)之列管及統計。						

*資料來源：財政部推動促參司

第三目 小結

依據地方自治法規辦理之案件，上開財政部統計資料，並未明確記載其自治法規名稱，故無從得知其具體規定內容；而大眾捷運法有關民間參與大眾捷運系統建設或營運，僅於同法第 13 條第 3 項及第 25 條規定，民間機構應經甄選，至於其甄選程序為何，則未見明文；都市更新部分，依都市更新條例第 9 條規定，直轄市、縣(市)主管機關得自行實施或經公開評選程序委託都市更新事業機構、同意其他機關(構)為實施者，則主管機關於不自行辦理都市更新下，而經公開評選程序委託都市更新事業機構，實施都市更新事業時，其實施者之評選，概念上應屬採購法所稱「勞務採購」範疇。

由我國行政實務上統計資料而言，我國目前對於「民間參與公共建設」一詞，因並未給予明確之定義，似乎只要個案興建或營運之標的設施可歸類為「公共建設」或「公共設施」，不論其辦理模(方)式、抑或係單純地設定地上權、承租土地，均一概地認為即屬民間參與公共建設案件(即「民參案件」)。此種作法，或許係囿於上級機關每年指定「民參案件」投資總額要求所致，然而也讓目前行政實務上所稱「民參案件」，實際上已較本章第一節所介紹之民營化概念更為廣泛，造成定義我國行政實務上所稱之「民間參與公共建設」案件(「民參案件」)相形困難。

以下，爰擇要就獎參條例、國有財產法、商港法、電業法、採購法及促參法加以介紹，並就是否針對特定公共建設類別或一般通案適用之規定，劃分為個別性法律規範及通案性法律規範，加以說明。其後，對於依據上開法規辦理之案件，是否適宜列入所謂「民參案件」提出本文之看法。

第二款 個別性法律規範

第一目 獎參條例

一、立法目的

自民國 80 年以來因社會福利支出與經常性財政支出大幅增加，影響政府對於交通建設經費的籌措能力，政府在財源拮据下為持續交通建設，對於具有「自償性³⁴」的計畫，即嘗試以國外行之有年的民間參與，特別是「特許興建營運 BOT」模式加以推動，獎參條例係於 83 年 12 月 5 日公布全文 49 條，為民間參與交通建設奠定法制化之基礎³⁵，並以獎勵民間參與交通建設，提升交通服務水準，加速社會經濟發展，為其立法目的³⁶。獎參條例第 2 條

³⁴ 若事業的經營環境不善，屬於虧損型事業，即使移轉民營，所能發揮之績效依然有限，難以達成民營化倡議者所宣稱的經濟效果。林淑馨，再探鐵路事業民營化—日本經驗的現實與困境，公共事務評論，13 卷 1 期，2012 年 6 月，頁 12。

³⁵ 交通部辦理民間參與公共建設計畫作業手冊，交通部編印，1999 年 3 月，序文。

³⁶ 獎參條例第 1 條：「為獎勵民間參與交通建設，提升交通服務水準，加速社會經濟發展，特制定本條例。」

立法說明，條例屬特別法之性質³⁷，優先於其他法律而為適用。

二、適用主體

獎參條例第 3 條規定，其主管機關在中央為交通部；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府。即以上開主管機關為適用主體。

獎參條例第 4 條規定，條例所稱民間機構，係指依公司法設立之公司，且政府或公營事業機構對於該公司之直接投資或間接投資合計不得高於該公司資本總額 20%。

三、適用交通建設範圍

獎參條例所規範之交通建設項目涵蓋之範圍，有鐵路、公路、大眾捷運系統、航空站、港埠及其設施、停車場、觀光遊憩重大設施、橋樑及隧道等 8 項「重大交通建設」³⁸。至於何謂「重大交通建設」？除獎參條例施行細則第 2 條及第 3 條就「停車場」及「觀光遊憩重大設施」定有認定之標準³⁹外，其餘各項交通建設之認定標準為何，未有明文規定。

四、民間參與交通建設模式

依獎參條例第 6 條⁴⁰及第 8 條第 1 項⁴¹規定，民間得以下列方式之一參與

³⁷ 立法院公報，83 卷 75 期，頁 47。

³⁸ 獎參條例第 5 條規定：「本條例之獎勵，以下列重大交通建設之興建、營運為範圍：一、鐵路。二、公路。三、大眾捷運系統。四、航空站。五、港埠及其設施。六、停車場。七、觀光遊憩重大設施。八、橋樑及隧道。」

³⁹ 獎參條例施行細則第 2 條規定：「本條例第五條第六款所定停車場，係指符合下列規定之路外公共停車場：一、設置五十個以上停車位之立體式或平面式停車場者。二、設置三十個以上停車位之機械式或塔台式停車場者。」第 3 條規定：「本條例第五條第七款所定觀光遊憩重大設施，係指在風景區、風景特定區、森林遊樂區及其他經觀光主管機關核准設立之遊樂區內，其投資總額符合下列規定之遊樂設施、聯外道路設施及其他提供遊客住宿、餐飲、解說等服務設施：一、依本條例第六條第一款、第二款方式參與興建、營運之觀光遊憩設施，其投資總額為新台幣三億元以上（不包括土地）。二、位於中央觀光主管機關指定偏遠地區之觀光遊憩設施，其投資總額為新台幣三億元以上（不包括土地）。三、依本條例第六條第三款方式參與興建、營運非位於中央觀光主管機關指定偏遠地區之觀光遊憩設施，其投資總額為新台幣六億元以上（不包括土地）。」

⁴⁰ 獎參條例第 6 條規定：「本條例適用之對象，以民間機構依下列方式之一參與前條交通建設為限：一、由政府規劃之交通建設計畫，經核准由民間機構投資興建及營運其一部或全部者。二、由政府興建完成之交通建設，經核准由民間機構投資營運其一部或全部者。三、由民間機構自行規劃之交通建設計畫，經政府依法審核，准其投資興建營運者。」

⁴¹ 獎參條例第 8 條規定：「第五條所定之交通建設，主管機關得由廠商提供資金興建，並於完工後分期償付建設經費。」

交通建設^{42 43}：

(一) BOT (Build-Operate-Transfer) 模式

由政府規劃之交通建設計畫，經「核准」由民間機構投資興建及營運其一部或全部者。此種模式為各國行之有年之「興建-營運-移轉」(即 BOT 模式)，即將工程之建造委由民間投資興建，並以特許權(concession or franchise)方式授與民間營運，民間業者以營運所得作為投資報酬，俟營運期滿後再將產權移轉予政府，政府後續可以回收自行經營或再發包予民間經營。應於說明者，為此種模式係私人自己投資興建，公共建設所有權歸屬於私人，且以自己名義經營，並非受國家委託。所以一般又稱為「民辦民營」。例如，臺灣高鐵公司投資興建高速鐵路。此種模式，可歸類為民營化概念中之「實質民營化」類型⁴⁴。

(二) OT (Operate-Transfer) 模式

由政府興建完成之交通建設，經「核准」由民間機構投資營運其一部或全部者。此種模式為「營運-移轉」(即 OT 模式)，即政府以特許權方式委由民間機構經營一段時間後，再將營運權返還予政府，民間機構須負初期營運虧損之風險。

(三) BOO (Build-Operate-Own) 模式

由民間機構自行規劃之交通建設計畫，經政府依法審核，准其投資興建營運者。此種參與模式為「興建-營運-擁有」(即 BOO 模式)，係將工程之建造、營運皆委由民間投資者辦理，其並擁有所有權。

(四) BT (Build-Transfer) 模式

由政府發包興建工程，建設資金由民間提供，工程完工後，由政府分期償還。此種參與模式為「興建-移轉」(即 BT 模式)，係主管機關得許可由

⁴² 詹志宏，同註 29，頁 94-96。

⁴³ 張大修、曾月娟、吳士琪、李元德，依現行獎勵民間參與交通建設條例執行民間投資計畫之困難及因應對策，收錄於：黃玉霖主編，公共建設民營化，中華民國營建管理學會出版，1998 年 1 月，頁 12。

⁴⁴ 許宗力，同註 7，頁 437。

廠商提供資金興建，並於完工後分期償付建設經費，亦即通稱「延遲付款」。

五、各項優惠

主辦機關協助取得交通建設所需用地、土地租金優惠、自償性不足補貼貸款利息或投資其建設之一部、洽請金融機構給與民間機構長期優惠貸款、發行公司債、稅捐減免等優惠⁴⁵。

六、強制接管

獎參條例第 43 條規定，民間機構於興建或營運期間，如有施工進度嚴重落後，工程品質重大違失、經營不善或其他重大情事發生，經主管機關停止其營運一部或全部或廢止其營運許可時，主管機關應採取適當措施，繼續維持運輸服務，不使中斷。必要時，並得予以強制接管營運。

七、移轉產權規定

獎參條例第 45 條規定，民間機構於營運「許可期限屆滿」，應將其營運資產依「原許可條件」「有償或無償」概括移轉予主管機關。獎參條例施行細則第 35 條規定，其「有償或無償」之移轉條件，及有償之價金決定方法與給付時間，雙方應於興建、營運「契約」訂定之。

第二目 國有財產法

一、立法目的與國有財產分類

國有財產法（下稱國產法）第 1 條規定，主要在於規範國有財產之取得、保管、使用、收益及處分為目的。所謂「國有財產」國產法第 4 條規定，區分為「公用財產」與「非公用財產」兩類。

「公用財產」又區分為：（一）公務用財產：指各機關、部隊、學校、辦公、作業及宿舍使用之國有財產。（二）公共用財產：指國家直接供公共使用之國有財產。（三）事業用財產：指國營事業機關使用之財產。但國營事業為公司組織者，僅指其股份。

「非公用財產」指「公用財產以外」可供收益或處分之一切國有財產。

⁴⁵ 獎參條例第二章及第三章規定參照。

二、管理機關

「公用財產」由各直接使用機關為管理機關，直接管理之。「非公用財產」以財政部國有財產局(組織改造後為國有財產署)為管理機關，承財政部之命，直接管理之。即行政實務上，除公用財產外，非公用財產一律應交由國有財產署管理。中央機關辦理「民參案件」時所需用地，一般而言，應屬公用財產，且因同法第 28 條規定，除其收益不違背其事業目的或原定用途者外，主管機關或管理機關對於公用財產不得為任何處分或擅為收益。所謂「不違背事業目的或原定用途」依國產法施行細則第 25 條規定：「(第 1 項)本法第 28 條所稱處分，係指出售、交換、贈與或設定他項權利；所稱收益，係指出租或利用。本法第 28 條但書所稱不違背其事業目的，係指主管機關或管理機關之組織法規或其主管法律規定，得將經管之財產提供他人使用；所稱不違背其原定用途，係指管理機關依計畫及規定用途使用中，兼由他人使用者。(第 2 項)違反本法第 28 條及第 29 條規定者，主管機關或管理機關對於有關人員，應依法查究責任，並責令賠償損失；其涉及刑責者，應移送法辦。」因而，為免發生使用國有財產違反國產法第 28 條之虞，相關法律大都定有排除國產法第 28 條規定之情⁴⁶。

三、國有財產之使用收益

如前所述，「公用財產」因國產法第 28 條設有限制性規定。因而，國產法僅就「非公用財產」定有出租及收益之相關規定。其出租方式採「標租」⁴⁷及「逕予出租」、國有耕地得提供為「放租或放領」及「非公用財產不動產」

⁴⁶ 例如：獎參條例第 10 條第 1 項、第 12 條第 3 項、第 13 條第 3 項及第 23 條第 4 項；促參法第 15 條第 1 項、第 16 條第 3 項及第 4 項及第 17 條第 2 項；大眾捷運法第 7 條第 8 項及第 19 條第 6 項；商港法第 7 條第 4 項；住宅法第 48 條，均定有「不受國有財產法第 28 條規定之限制」規定。

⁴⁷ 國產法施行細則第 43 條之 1 規定：「本法第四十二條第一項所稱標租，係指以公開招標方式，將國有非公用不動產出租與得標人。」另依行政院公共工程委員會 95 年 8 月 29 日工程企字第 09500331240 號函：「主旨：重申機關辦理財物出租、變賣等收入性之招標，不適用政府採購法，其招標文件內容不得引用本法有關救濟規定，請查照並轉知所屬(轄)機關。」意旨，國產法施行細則本條所稱公開招標，應僅指程序之公開而言，非指依採購法所定之公開招標及其程序辦理之意。

之「改良利用」。其中經改良之土地，以「標售」為原則，其情形特殊，適於以設定地上權或其他處理方式者，並得報行政院核定之⁴⁸。據此，「放領」或「改良利用」均與委外營運無關，是以，如以國產法作為委託民間經營管理之依據，其方式僅限於單純之出租⁴⁹或設定地上權。

第三目 商港法

一、立法目的

商港法第 1 條規定：「商港之規劃、建設、管理、經營、安全及污染防治，依本法之規定。」主要係規範商港之規劃、建設、管理、經營、安全及污染防治等事宜為立法目的。

二、航政與港務分離

商港法係自民國 69 年 5 月 2 日公布施行，其間歷經 7 次修正，為落實航港體制改革、國際商港政企分離原則，於交通及建設部下設「航港局」專責辦理航政及港政公權力事項；「港務局」則改制為「臺灣港務股份有限公司」專營國際港埠經營業務。

國營港務股份有限公司設置條例 100 年 11 月 9 日制定公布全文 22 條（100 年 12 月 13 日行政院院授研管字第 1002361125 號令發布定自 101 年 3 月 1 日施行）後，商港法乃於 100 年 12 月 28 日修正公布全文 76 條（101 年 2 月 3 日行政院院臺交字第 1010001792 號令發布定自 101 年 3 月 1 日施行），以茲配合⁵⁰。

交通及建設部依據上揭「國營港務股份有限公司設置條例」設置「政府獨資」經營之「國營臺灣港務股份有限公司」，統轄基隆、臺中、高雄及花蓮 4 個港務分公司，專營港埠經營業務⁵¹。

⁴⁸ 國產法第 42 條、第 46 條及第 47 條規定。

⁴⁹ 葉碧琿，關於鄉鎮市政府參予促參案件之法律問題研究：從屏東市國民運動中心委外營運案論起，國立屏東商業技術學院學報，14 期，2012 年 8 月，頁 302。

⁵⁰ 立法院公報 100 卷 71 期，頁 314-315。

⁵¹ 臺灣港務公司網站（<http://www.twport.com.tw>），上網日期 2015 年 4 月 14 日，檢自：<http://www.twport.com.tw/chinese/cp.aspx?n=4A3667A47501BD3D>。

三、 國際商港設施民間參與及評選

(一) 國際商港設施民間參與範圍

1、100 年 12 月 28 日修正公布條文生效前

財政部推動促參司編印(102 年 5 月)促進民間參與公共建設執行成效，自 91 年至 101 年底依商港法辦理之民間參與商港設施案件，已簽約案件約有 88 件。

100 年 12 月 28 日修正前商港法第 12 條規定：「(第 1 項) 商港區域內各項商港設施，除工程鉅大或與船舶出入港及公共安全有關者，應由商港管理機關興建自營外，其餘得視需要，由公私事業機構以約定方式興建或租賃經營。(第 2 項) 前項由公私事業機構使用商港區域內之公有土地投資興建之商港設施，投資人得使用之年限，由投資人與商港管理機關按其投資金額與獲益報酬約定，報請商港主管機關核定之，不受土地法第 25 條之限制。但其產權，應屬商港管理機關所有。」因商港法 100 年 12 月 28 日修正條文係自 101 年 3 月 1 日施行，故 91 年至 101 年底之民間參與商港設施案件，應多係依據修正前本條規定辦理。

依修正前商港法第 12 條規定，民間參與或租賃範圍，則限於「工程鉅大或與船舶出入港及公共安全『以外』之商港設施」為其範圍。

2、100 年 12 月 28 日修正公布條文生效後

現行商港法第 10 條規定：「(第 1 項) 國際商港區域內各項設施，除防波堤、航道、迴船池、助航設施、公共道路及自由貿易港區之資訊、門哨、管制設施等商港公共基礎設施，由政府委託商港經營事業機構興建維護外，得由商港經營事業機構興建自營，或由公民營事業機構以約定方式投資興建或租賃經營。(第 2 項) 商港設施得由公民營事業機構以約定方式投資興建或租賃經營者，其甄選事業機構之程序、租金基準、履約管理、驗收、爭議處理之辦法，由主管機關定之。」即商港區域內除「防波堤、航道、迴船池、助航設施、公共道路及自由貿易港區之資訊、門哨、管制設施」等商港公共基

礎設施，由政府委託「商港經營事業機構」⁵²興建維護外，「其餘商港設施」得由商港事業機構興建自營，或由公民營事業機構以約定方式投資興建或租賃經營⁵³。

交通部依上開商港法授權訂定「公民營事業機構投資興建或租賃經營商港設施作業辦法」（下稱「投資經營商港設施作業辦法」）第 1 條規定，各項商港設施提供公民營事業機構投資興建或租賃經營（以下簡稱投資經營）者，得由商港經營事業機構（即港務公司）自行規劃辦理或由公民營事業機構提出申請⁵⁴。

（二）評選程序

1、100 年 12 月 28 日修正公布條文生效前

按修正前商港法第 12 條第 2 項規定，僅要求土地之使用年限應經報經商港主管機關（交通部）核准。至於其評選程序及方式，並未見明文。惟依上開財政部推動促參司統計資料所載，其辦理方式均採「公開招標」方式。然此處所稱之公開招標，應僅指程序之公開而言，並非指依採購法所定之公開招標及其程序辦理之意⁵⁵。

2、100 年 12 月 28 日修正公布條文生效後

「投資經營商港設施作業辦法」第 2 條第 2 項規定，其評選程序有 3 種方式：以公開程序甄選之「綜合評選」或以公開程序甄選之「單項評比」；及符合特定條件（即符合合同辦法第 7 條規定）下，得採「逕行審查」等 3 種方式。

⁵² 商港法第 3 條第 13 款規定：「商港經營事業機構：指依第二條第二項第一款由主管機關設置之國營事業機構。」商港法第 2 條第 2 項第 1 款規定：「商港之經營及管理組織如下：一、國際商港：由主管機關設國營事業機構經營及管理；管理事項涉及公權力部分，由交通及建設部航港局辦理。」條文所稱「商港經營事業機構」即指「國營臺灣港務股份有限公司」。

⁵³ 立法院公報 100 卷 84 期，頁 67。

⁵⁴ 其受理後辦理方式，可參「公民營事業機構投資興建或租賃經營商港設施作業辦法」第 3 條規定。

⁵⁵ 如屬商港設施之「出租」者，應無採購法之適用，行政院公共工程委員會 95 年 8 月 29 日工程企字第 09500331240 號函見註 46；羅昌發，政府採購法與政府採購協定論析，元照公司，2008 年 11 月，頁 61。

採前二者方式辦理，應辦理公告招商作業，其公告內容至少應包含廠商資格、綜合評選或單項評比之項目及基準、比序方式、簽約期限及應備文件，且應辦理資格及申請文件審核作業，並「書面通知」審核結果⁵⁶，以「比序最優」者，取得優先與經營機構「議約」權利⁵⁷。辦理綜合評選或單項評比，並得組成「評選小組」。

採「逕行審查」方式辦理，於審查通過後，取得與經營機構「議約」權利，經營機構得視案件性質要求公民營事業機構提送投資經營計畫書，並得組成「審查小組」辦理審核作業⁵⁸。

綜上，可見案件之審核，並不以成立「評選小組」或「審查小組」為必要。至於「評選小組」或「審查小組」人員組成人數及資格、迴避及評選或逕行審查過程之爭議處理等，該辦法未有明文。

第四目 電業法

一、立法目的

電業法第 1 條規定，其係以開發國家電能動力，調節電力供應，發展電業經營，維持合理電價，增進公共福利為目的。91 年至 101 年間以電業法辦理之案件，經納入財政部簽約統計資料者，計有：英華威苗栗竹南廠、英華威苗栗大鵬廠、再生電力公司生質能源發電、鹿威彰濱及鹿港風力發電廠案、中威風力發電廠案、竹威新竹竹北風力發電、星元天然氣發電廠及高盛 RDF

⁵⁶ 「投資經營商港設施作業辦法」第 4 條規定：「(第 1 項) 經營機構擇定採綜合評選或單項評比方式辦理者，應辦理公告招商作業，其公告內容至少應包含廠商資格、綜合評選或單項評比之項目及基準、比序方式、簽約期限及應備文件。(第 2 項) 經營機構就綜合評選或單項評比之投資經營申請案，應辦理資格及申請文件審核作業，並書面通知審核結果。(第 3 項) 經營機構得組成評選小組辦理綜合評選或單項評比。」

⁵⁷ 「投資經營商港設施作業辦法」第 4 條規定第 1 項規定：「公民營事業機構經綜合評選或單項評比符合評選基準且比序最優者，取得優先與經營機構議約權利。」

⁵⁸ 「投資經營商港設施作業辦法」第 8 條規定：「(第 1 項) 公民營事業機構經逕行審查通過者，取得與經營機構議約權利，經營機構得視案件性質要求公民營事業機構提送投資經營計畫書，有關投資經營計畫書之審查與經營機構之議約，準用第六條第二項之規定，並應於經營機構通知期限內完成簽約。(第 2 項) 前條第一項第二款逕行審查案件，公民營事業機構申請文件至少應包含投資經營意向書及營運計畫書，以供經營機構就下列事項進行評估：一、投資經營業務內容。二、使用土地與設施項目。三、整體發展構想及營運模式。四、自由港區事業之投資效益分析及對商港經營產生之綜效。五、相關經營實績或經營理念。六、其他經營機構認定需納入評估之項目。(第 3 項) 經營機構得組成審查小組辦理前二項審核作業。」

(Refuse-Derived Fuel) 發電廠案等 8 件。

二、電業經營與核准

電業法第 2 條規定，「電業」指應一般需用經營供給電能之事業。電業法第 3 條規定：「本法所稱電業權，謂經中央主管機關核准，在一定區域內之電業專營權。」即經營電業應取得「電業權」。

電業法第 7 條規定：「電業經營分左列各種：一、公營：國營、直轄市營、縣(市)營、鄉(鎮、市)營屬之。二、民營：人民出資經營者屬之。政府與人民合營之電業，政府資本超過百分之五十者，視為公營；其由公營事業轉投資與人民合營，其出資超過百分之五十者，亦同。」即電業依其資本型態，分為公營及民營兩種。民營電業之組織，可採獨資、合夥或公司型態經營⁵⁹。

電業經營之方式，依電業法第 9 條規定有：一、全部或一部發電，供給其營業區域內一般需用或轉售與其他電業。二、全部向其他電業購電，轉供其他營業區域內一般需用或轉售其他電業。三、經營電力網，在其核准之地區內，統一購售各電業剩餘或需要之電能。四、經營中心發電所(謂中央主管機關規定之高效力發電所)，將所發電能躉售與其他電業。目前上開 8 案發電廠之經營方式，應係採「經營中心發電所」方式。

電業向主管機關申請或報告時，如屬民營電業則應報由地方主管機關核轉中央主管機關⁶⁰。經營電業應備具供電目的、供電區域圖、設施計劃及財務預算估計，申請中央主管機關核准備案。施工前應報請核發工作許可證，

⁵⁹ 電業登記規則第 4 條規定：「電業申請登記之負責人規定如左：一、民營：(一) 獨資經營者，由資本主申請之。(二) 合夥經營者，由執行業務之合夥人申請之。(三) 公司組織者，依公司法規定之負責人申請之。二、公營：依其事業所屬機關及電業本身組織之規定負責人申請之。三、政府與人民合營，官股多於民股者，依本條(二)公營之規定申請之。民股多於官股者，依本條(一)民營之規定申請之。」

⁶⁰ 電業法第 12 條規定：「(第 1 項) 電業向主管機關申請或報告時，其程序依左列規定：一、鄉(鎮、市)營或民營電業，報由地方主管機關核轉中央主管機關。二、國營、直轄市營、縣(市)營電業，報由其事業所屬機關核轉中央主管機關，並將副本分送有關地方主管機關。三、電業營業區域及於數個行政區域者，按其申請或報告事件之性質：其涉及全部營業區域者報由其營業主要部分所屬行政區域之地方主管機關核轉中央主管機關；其涉及某一行政區域者，報由該行政區域之地方主管機關核轉中央主管機關，同時均應將副本分送各有關地方主管機關。(第 2 項) 前項申請或報告，於必要時得逕報中央主管機關。」

竣工後經查驗合格，核發電業執照及營業區域圖給予電業權後，始得營業⁶¹。

如在同一區域內有2個以上經營電業之申請時，應以申請在前者為優先，予以核准；其申請日期相同者，應以「計劃較善」者為優先；計劃相同者，限期令各申請人自行協議後重行申請，協議不諧或不依協議時，由主管機關召集各申請人抽籤定之⁶²。

三、執行現況

經濟部網站所揭火力發電及再生能源（水力、太陽能及風力）發電廠統計資料⁶³，其中火力發電廠，計有9家電廠（開始商轉日期分布於88年至98年）；再生能源電廠部分（網站並揭示依電業法發給執照；開始商轉日期分布於91年至103年），水力發電為3家（4座廠），太陽能發電為4家（6座廠），風力發電為9家（19座廠）。惟財政部之簽約統計資料，僅列入8件，未將所有依電業法辦理之案件，全部列入促參簽約案件統計資料。推測或因某些個案僅由政府發給經營「電業之特許」，並未與政府簽訂契約之故。惟不論是否與政府簽訂投資契約，應不影響民營化或公私協力之認定為是。

然我國就具有獨占性或與重大公共利益有關之公用事業，其設立除依公司法辦理外，尚須目的事業主管機關之核准，而電業為特許事業，所核發之執照為「特許執照」⁶⁴，故電業權之核給，應屬「特許」。其與允許私人經營政府規劃的發電設施之「特許經營權」間，概念上是否相同，實不無疑義。

⁶¹ 電業法第18條規定：「（第1項）經營電業應備具左列計劃圖說，申請中央主管機關核準備案：一、供電目的。二、供電區域圖。三、設施計劃。四、財務預算估計。（第2項）施工前應報請核發工作許可證；施工完竣，應報請派員查驗，並備具圖說申請登記，經查驗合格，核發電業執照及營業區域圖給予電業權後，始得營業。（第3項）前項備案，經過六個月尚未進行施工之籌備者，除有正當理由申請准予延展者外，得撤銷之。」

⁶² 電業法第20條規定：「在同一區域內有二個以上經營電業之申請時，應以申請在前者為優先，予以核准；其申請日期相同者，應以計劃較善者為優先；計劃相同者，限期令各申請人自行協議後重行申請，協議不諧或不依協議時，由主管機關召集各申請人抽籤定之。」

⁶³ 經濟部能源局網站（<http://web3.moeaboe.gov.tw>），上網日期2015年4月14日，檢自：http://web3.moeaboe.gov.tw/ECW/populace/content/ContentLink2.aspx?menu_id=380&sub_menu_id=392（首頁/政府資訊公開/施政計畫、業務統計、研究報告/電力/業務統計）。

⁶⁴ 陳敏，行政法總論，新學林出版有限公司經銷，2012年9月，頁349。

第三款 通案性法律規範

第一目 採購法與採購法第 99 條

採購法第 2 條及第 3 條規定，所謂政府採購，指由政府機關、公立學校、公營事業編列預算，辦理工程之定作、財務之買受、定製、承租及勞務之委任或僱傭等，政府於辦理採購時應該法規定辦理。

採購法並非依照「公法契約與私法契約」或「行政委託與行政事務委託」作為區分標準，由適用採購法的角度而言，不論其契約屬性為公法或私法契約，只要屬採購法規範目的範圍，除非法律另有規定，均宜依照採購法程序辦理。例如委託民間業者收集垃圾或廢棄物、委託民間業者進行違規汽車拖吊、委託民間進行汽車檢驗等。惟若法律對於政府委託事項有明文規定，以規範其委託對象與委託程序，則無採購法之適用。即判斷採購法之適用與否，應以其是否屬於該法第 7 條所列範圍，且是否有其他法律另為特別規定而定，倘相關行為其他法律已另有規範，則不適用採購法⁶⁵。

促參法施行前，我國辦理「民參案件」依特定公共建設類別立法規範相關程序者，當屬獎參條例，其他如垃圾焚化爐設施、發電設施，雖訂有執行方案加以推動，惟因相關申請人甄選程序不一，且甄選程序未有法律規範，故採購法立法時（87 年 5 月 27 日公布），以投資廠商之甄選程序，亦宜符合公開、透明、公平之原則，明定適用採購法有關規定，俾使其「甄選程序」有法可循⁶⁶，於採購法第 99 條規定：「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

⁶⁵ 此例中之委託民間進行汽車檢驗，本屬政府的公法行為，然若以有對價的方式委託民間辦理，仍有必要使民間業者在公平競爭的情形下獲取締約機會，納入採購法規範並無不妥。羅昌發，同註 55，頁 55-56。

⁶⁶ 政府採購法第 99 條規定立法說明：「一、由民間投資興辦政府所規劃或核准之建設，政府不必償付建設經費，可解決財源不足問題，但其甄選廠商之程序，宜有統一規定。二、以 BOT（興建、營運、移轉）或 BOO（興建、營運、擁有）等民間參與方式辦理之建設，雖有別於一般政府採購，但其投資興辦廠商之甄選程序，亦宜符合公開、透明、公平之原則，故明定準用本法有關規定，俾使其甄選程序有法可循。」尹章華、倪文興、劉家榮，政府採購法釋義，文笙書局，2001 年 9 月，頁 2-8—2-5。

者，其甄選投資廠商之程序，除其他法律另有規定者外，適用本法之規定。」故透過採購法第 99 規定，採購法甄選廠商之程序規定，亦可為民間參與公共建設甄選民間申請人之依據⁶⁷。

一、立法目的

採購法第 1 條規定，該法係以建立政府採購制度，依公平公開之採購程序，提升採購效率與功能，確保採購品質為目的。

二、適用主體

政府機關、公立學校及公營事業自行辦理採購；或受機關委託辦理採購之法人或團體；或接受機關補助之法人或團體，該法人或團體以補助款辦理採購，補助金額在公告金額以上且占採購金額半數以上者，均適用採購法規定⁶⁸。

採購法所稱廠商，依該法第 8 條規定，指公司、合夥或獨資之工商行號及其他得提供各機關工程、財物、勞務之自然人、法人、機構或團體。對於具體採購案件之基本資格或特定資格訂定，則應依「投標廠商資格與特殊或巨額採購認定標準」辦理。

三、適用範圍與模式

政府採購可概分為 3 種主要類型，即工程採購、財務採購及勞務採購。如兼有工程、財務、勞務 2 種以上性質，難以認定其歸屬者，按其性質所占預算比率最高者歸屬之⁶⁹。

「營運管理」係屬「勞務採購」型態之一。故而，委託營運管理案件，

⁶⁷ 徐金基，我國公共建設民營化適用法律程序之研究，海洋大學海洋法律學研究所碩士論文，2000 年，頁 56；詹志宏，同註 30，頁 114。

⁶⁸ 採購法第 3 條及第 4 條規定參照；尹章華、倪文興、劉家熒，同註 66，頁 1-1-3—1-1-5。

⁶⁹ 採購法第 7 條規定：「(第 1 項) 本法所稱工程，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。(第 2 項) 本法所稱財物，指各種物品（生鮮農漁產品除外）、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。(第 3 項) 本法所稱勞務，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。(第 4 項) 採購兼有工程、財物、勞務二種以上性質，難以認定其歸屬者，按其性質所占預算金額比率最高者歸屬之。」

如醫院公辦民營、農場委託民間經營⁷⁰；業務委託(未涉公權力行使部分)，如社政機關將其自辦業務委託他人辦理、違規停車拖吊委託民間業者辦理，應屬勞務採購案件⁷¹，而有採購法之適用。實務上之案例有：內政部於90年間規劃辦理宜蘭教養院委託民間經營案、93年間臺北市政府社會局辦理至善老人安養中心委託經營案、90年間臺北市政府關渡自然公園委託民間經營管理案⁷²。

除上開「營運管理」之型態外，採購法第99條之立法說明，則舉出BOT(興建、營運、移轉)或BOO(興建、營運、擁有)之民間參與模式，其甄選投資廠商程序，適用採購法規定。可見採購法第99條之參與模式至少亦包括BOT及BOO兩種模式；至於其他可能模式，應視據以核准辦理之法令而定。

第二目 促參法

一、立法原則與目的

促參法係參照獎參條例的體例及大部分條文制定，採通案立法方式，以「民間最大的參與，政府最大的審慎」為立法原則⁷³。對「公共建設」則採廣義定義，以加強民間參與意願，並合理規範政府與民間機構間投資契約之權利義務，放寬目前其他法令限制，提供融資、稅捐等誘因，並明確規範甄審及監督程序。

二、適用主體

促參法第5條第2項規定，以主辦公共建設相關業務之機關為主辦機關。在中央為目的事業主管機關；在直轄市為直轄市政府；在縣(市)為縣(市)政府。所謂「中央為目的事業主管機關」則應按機關之行政管理、監督體系

⁷⁰ 蘇明通、游麗慧，政府採購法實務 Q&A，元照公司，2001年2月，頁34。似認此種型態亦可適用採購法第99條規定辦理。

⁷¹ 蘇明通、游麗慧，同前註，頁34-35。

⁷² 政府業務委託民間辦理(90年-93年)重要案例暨契約參考手冊，行政院人事行政局編印，2005年12月，頁20、26、32

⁷³ 立法院公報89卷9期，頁177-178。

來做判斷。故本條項所稱中央之主辦機關係指辦理該民間參與公共建設相關業務之院屬一級機關⁷⁴。

促參法第 4 條第 1 項規定，該法所稱之民間機構，係指依公司法設立之公司或其他經主辦機關核定之私法人，並與主辦機關簽訂參與公共建設之投資契約者。從而，促參法所稱民間機構與民間申請人間，分屬不同之概念。此外，政府對於民間機構之出資或捐助，同法第 4 條第 2 項設有上限規定，即民間機構有政府、公營事業出資或捐助者，其出資或捐助不得超過該民間機構資本總額或財產總額百分之二十。

三、適用範圍

促參法第 3 條規定，所謂「公共建設」以供「公眾使用」或「促進公共利益」之建設，其範圍有交通建設及共同管道、環境污染防治設施、污水下水道、自來水及水利設施、衛生醫療設施、社會及勞工福利設施、文教設施、觀光遊憩重大設施、電業設施及公用氣體燃料設施、運動設施、公園綠地設施、重大工業、商業及科技設施、新市鎮開發、農業設施共 13 項公共設施，而每項公共設施之詳細範圍，則於促參法施行細則第 2 條至第 19 條之 1 分別明訂。其適用之公共建設範圍，較獎參條例廣泛⁷⁵。

促參法第 3 條第 2 項規定並進一步將性質重要且在一定規模以上之公共建設，稱為「重大公共建設」。其範圍並授權由主管機關會商內政部及其他中央目的事業主管機關定之⁷⁶。其實益在於僅重大公共建設，方有土地徵收（第 16 條）、協調土地管理機關或公營事業讓售土地（第 17 條）、毗鄰土地及建物使用管制（第 22 條）與稅捐優惠（第 36 條至第 40 條）之適用。

⁷⁴ 洪國欽，促進民間參與公共建設法逐條釋義，元照出版社，2008 年 1 月，頁 48。

⁷⁵ 詹志宏，同註 30，頁 100。

⁷⁶ 學者認本項授權，恐有違反授權明確性原則之虞。因重大公共建設涉及人民權益（土地徵收與否）、稅捐減免及公共利益事項，立法者至少應自訂若干明確之框架基準。詹鎮榮，行政合作法之建制與開展－以民間參與公共建設為中心，收錄於臺灣行政法學會主編，行政契約之法理－各國行政法學發展方向研討會論文集，2009 年 7 月，頁 141。

四、民間參與公共建設模式

促參法第 8 條第 1 項規定，民間參與方式如下：

(一) BOT (Build-Operate-Transfer) 模式

指由民間機構投資興建公共建設，並於興建完成後由政府給予民間機構一段特許營運期間，由其負責該公共建設之營運及管理；特許營運期間屆滿後，民間機構移轉該公共建設之所有權予政府。其透過民間投資減免國家興建相關公共建設之財政支出，故亦屬於財政民營化之一種型態⁷⁷。

至於政府是否投入資金挹注建設，需按公共建設類型之不同依個案考量。如公共建設之公益性大、自償率不足時，政府得視其財力情況，投資該公共建設之一部⁷⁸（即非自償部分），非謂政府不出資或不投資。

另 BOT 模式究竟有償或無償？此由促參法之民間參與模式及第 54 條規定，應可推論 BOT 模式應非絕對無償。因促參法就有償或無償 BTO 模式，定義上既已表明「有償或無償」，自不應允許於投資契約另為相反之約定；BOO 模式既未涉及移轉公共建設予政府，應無同法第 54 條之適用。從而，可能有同法第 54 條適用者，僅餘列舉之 BOT、ROT、OT 模式或其他經主管機關核准之模式。OT 模式係委託經營管理，公共建設所有權本屬政府所有，基本上似無再行支付對價之問題；ROT 模式既涉擴建或整建，如屬擴建，則應視擴建範圍而定；如屬整建，則應屬附合概念，然不應否認可於投資契約中約定。BOT 模式立法定義並無期滿「無償」移轉公共建設所有權之明文，故營運期間屆滿後有償或無償移轉所有權，仍應視投資契約約定而定。其他經主管機關核准之模式，自應依其核定之內容而定。

(二) BTO (Build- Transfer- Operate) 模式

指由民間機構先行出資新建公共建設，俟新建完成後將所有權「無償」

⁷⁷ 詹鎮榮，同前註。

⁷⁸ 洪國欽，同註 74，頁 58。

或「有償」(一次或分期給付)移轉給政府,以取得所有權⁷⁹,再由政府委託該民間機構營運,營運期間屆滿後,營運權歸還政府。一般亦稱為「公有民營」或「公辦民營」⁸⁰。行政實務上,因無償方式民間承擔風險過大;而有償方式因無法使政府大幅減免建設經費支出,故鮮少被採用⁸¹。

(三) ROT (Rehabilitate-Operate-Transfer) 模式

由政府委託民間機構,或由民間機構向政府租賃現有設施,予以擴建、整建後並為營運;營運期間屆滿後,營運權歸還政府。

(四) OT (Operate-Transfer) 模式

指由政府先出資新建⁸²公共建設,新建完成後再委託民間機構進行營運及管理;俟營運期間屆滿後,再將營運權歸還政府之模式。此種模式因民間機構不涉及公共建設之興建,故又以「設施委外 (Contracting out)」、「公辦民營」或「委託經營」稱之。

現有公共建設之「營運管理」,不論是否由政府或私人自負盈虧,理論上,均可歸類為採購法第 7 條第 3 項規定之「勞務採購」範圍,而有採購法之適用。惟為界分採購法所稱「營運管理」與促參法第 8 條第 1 項第 5 款所稱「委託經營管理」(OT),政府組織改造前,行政院公共工程委員會(採購法及促參法之主管機關)已作成函釋,認採購法所稱之「營運管理」係以「政府付費」予廠商、「政府仍擁有經營管理權」、「政府自負盈虧」;而促參法第 8 條第 1 項第 5 款所稱「委託經營管理」(OT)係「政府不付費」(甚至收取權利金)、「經營管理權移轉」予民間機構、「民間機構自負盈虧」⁸³。換言之,行

⁷⁹ 行政院公共工程委員會法規會 2003 年 8 月 26 日第 200 次會議,認「第 3 款之方式(有償 BTO),固未明文公共建設移轉於政府之時點,惟如公共建設遲至營運期滿始為移轉,則其與同條項第 1 款之參與方式如何區隔?應解釋為民間機構不得於營運期間屆滿,方移轉公共建設所有權予政府。」

⁸⁰ 徐金基,同註 67,頁 41-42。

⁸¹ 詹鎮榮,同註 76,頁 142。

⁸² 實務上,認所謂「新建」包含「新建」及「既有建設」在內。行政院公共工程委員會 94 年 6 月 9 日工程技字第 09400197510 號函參照。

⁸³ 由「政府支付費用」委託民間廠商代為營運管理,政府仍擁有設施之經營管理權,並「政府自負盈虧」時,則屬採購法第 7 條第 3 項所稱「營運管理」,為採購法第 2 條所稱之「勞務採購」;其與促參法第 8 條第 1 項第 5 款所稱「委託民間機構營運」(營運期間民間機構具經營權,

政實務上係將重點置於「政府付費與否」及「誰負責盈虧」，認促參法 OT 模式是「政府不付費」、「由民間機構自負盈虧」，並未關注公共建設係以誰的名義(委託者或受託者)經營。

(五) BOO (Build-Own -Operate) 模式

指民間機構配合國家發展政策之需要，由民間機構出資新建國家發展所需用之公共建設，俟新建完成後並由民間機構擁有所有權，並自為營運或委託第三人營運⁸⁴。此為一般所稱最完整之公共建設「民有民營」⁸⁵。目前推動民間參與之獨立發電廠及部分焚化爐等公共建設採之⁸⁶。

(六) 經主管機關核定之方式

指前述 5 款民間參與模式以外之民間參與模式，BOOT、BO、BT，均屬可能之類型⁸⁷。惟依促參法第 8 條之立法說明，BT 模式應屬採購法之適用範圍。故解釋上，應不在此核定範圍⁸⁸。行政實務上，依本款核定之辦理方式主要為「為配合政府政策，由民間機構向政府租賃土地投資新建，擁有該建設之所有權，並自為營運」⁸⁹。

五、各項優惠

主辦機關提供公有土地為原則，需用土地屬私有地者，由民間機構以價購方式取得，價購不成，其屬重大公共建設所需用地者，得辦理徵收。

除土地租金優惠、自償性不足之貸款補貼及投資建設之一部、洽請金融機構或特種基金提供民間機構中長期貸款、民間機構公開發行新股之條件放

營運期屆滿後，營運權歸還政府)，二者性質並不相同。參見工程會 100 年 8 月 5 日工程促字第 10000245950 號函。

⁸⁴ 洪國欽，同註 74，頁 64。

⁸⁵ 徐金基，同註 67，頁 42。

⁸⁶ 詹志宏，同註 30，頁 102。

⁸⁷ 詹鎮榮，同註 76，頁 142-143。

⁸⁸ 促參法第 8 條立法說明四，亦以「以 BT 方式興辦公共建設，主要為遞延付款之投資方式，係屬政府採購行為，不列入本法」，立法院公報第 89 卷第 9 期，頁 190；洪國欽，同註 74。

⁸⁹ 行政院公共工程委員會 92 年 5 月 21 日工程技字第 09200185630 號函，核定和桐化學股份有限公司台中港高級材料及工業專業區投資建廠案即是。後並陸續複製此一模式者有：合興石化公司台中港石化暨特化中心、台中港濱海遊憩區建設開發、桂裕企業一貫作業鋼廠第二期建廠工程、北歐先進國際股份有限公司台中港紙塑材料物流中心設廠、臺灣大食品股份有限公司設立麵粉廠等案。

寬(不受連續 2 年虧損之限制)、民間機構股票公開發行後，發行公司債之條件放寬、天然災害之復舊貸款外，重大公共建設則享有各項稅捐減免，如 5 年免納營利事業所得稅、投資抵減、進口機具設備免徵關稅、地價稅、房屋稅、契約減免等優惠。

六、 強制接管

民間機構於興建或營運期間，如有施工進度嚴重落後，工程品質重大違失、經營不善或其他重大情事發生，經主管機關「中止」其營運一部或全部；或經中央目的事業主管機關「停止」興建或營運之一部或全部時，主管機關得採取適當措施，繼續維持該公共建設之營運。必要時，並得予以強制接管營運。惟於主辦機關中止興建營運前，得經主辦機關同意，由融資機構、保證人於一定期限內自行或擇定符合規定之其他機構，暫時接管該民間機構或繼續辦理興建、營運⁹⁰。

七、 移轉產權規定

促參法第 54 條規定，民間機構應於營運期限屆滿後，移轉公共建設予政府者，應將現存所有之營運資產或營運權，依投資契約有償或無償移轉、歸還予主辦機關。

八、 促參法實務上面臨之問題

促參法既係參採獎參條例體例立法，原則上，獎參條例實務上所面臨之圖利疑慮、民意機關介入、政府事權不一⁹¹、相關法令重複立法及規定衝突與政府作業流程不明問題，也是促參法可能面對之問題。有關政府作業流程不明部分，促參法及其子法就「政府規劃案件」及「民間自行規劃案件」之甄審程序，對於办理流程大致已有明文，並較獎參條例完備。圖利疑慮及民意機關介入，如將各該「民參案件」之甄審過程或投資契約適度予以公開，或可解決此一疑慮。至於事權不一及法令重複立法及規定衝突，透過促進民

⁹⁰ 促參法第 52 條及第 53 條規定參照。

⁹¹ 中央政府與地方政府步調不一致，中央政府核定計畫後，地方政府拖延有關建築執照之核發。陳清秀，特許合約與公權力之行使，月旦法學雜誌，34 期，1998 年 3 月，頁 30。

間參與公共建設推動委員會之設置及主管機關對於促參法與其他法規間之適用作成解釋後⁹²，初步似已獲得解決⁹³。惟於辦理具體個案時，究應如何適用相關法規？依然困擾著各級機關。例如，主辦機關擬將某一新建完成之交通建設，委由民間機構營運。即可能應思考，是否屬採購法第 7 條所稱「勞務採購」所舉之「營運管理」類型；是否可採獎參條例第 6 條第 2 款模式辦理；或屬促參法第 8 條第 1 項第 5 款所稱之「委託經營管理(OT)」；或逕依其他法律或地方公產管理法令辦理及有無依採購法第 99 條之適用等問題。

實務上審計機關查核高雄市楠梓污水系統 BOT 案、民間參與高速公路電子收費系統建置及營運案(ETC 案)及阿里山森林鐵路及森林遊樂區促參案件，發現有未依預算法第 9 條揭露未來會計年度之政府支出、先期規劃及可行性評估不確實、政府應辦事項未明、辦理模式名實不符(以 BOT 方式辦理，卻由政府大部分攤提廠商興建成本)、相關費用轉嫁消費(使用)者、忽視歷史文

⁹² 工程會 92 年 2 月 7 日工程企字第 09200050450 號函：主旨：檢送「機關依政府採購法辦理公有財產委外經營使用之適用原則」乙份，請查照並轉知所屬(轄)機關(構)。說明：得適用促進民間參與公共建設法之案件，並不排除其有政府採購法之適用，此時宜由機關視個案之性質、規模等情形，依權責決定適用政府採購法或促參法；其經擇定適用之法律者，不得再變更適用其他法律。(其後，因認該會 93 年 6 月 16 日工程技字第 09300234640 號函，足資涵蓋本函，而於同日停止本函之適用。)工程會 93 年 6 月 16 日以工程技字第 09300234640 號函所揭之適用原則為：(一)符合促參法第 3 條第 1 項所稱公共建設，並依同法第 8 條第 1 項規定之民間參與方式辦理者，適用促參法規定辦理。(二)各機關經營之公有財產委託廠商營運管理、提供廠商使用或開放廠商投資興建、營運(以下簡稱委外經營使用)，須由機關支付對價或由接受服務之第三人支付對價予廠商者，除下列各款情形外，適用政府採購法：1、依法令辦理出租、放租或放領者。2、適用促參法者。3、依其他法律開放廠商投資興建、營運交通、能源、環保、旅遊等建設者。(三)各機關經營之公有財產依採購法辦理委外經營使用者，應先查明確實符合國有財產法、地方公產管理法令及其他相關法令規定。(四)機關公有財產開放廠商投資興建、營運而無第(二)點第二款、第三款情形者，其甄選投資廠商之程序，依採購法第 99 條之規定，適用採購法。

⁹³ 上開工程會 93 年 6 月 16 日以工程技字第 09300234640 號函，雖試圖釐清採購法、促參法及相關法令之適用疑義。然由其文義分析，顯然與工程會 92 年 2 月 7 日工程企字第 09200050450 號函，並無實質上之差異。蓋：函釋適用原則(一)所述，並無實質之作用。為促參法第 3 條所定之公共建設，且依促參法第 8 條第 1 項方式辦理者，其受託人(民間機構)之選定，依促參法辦理，本屬當然。其中有疑義或困難的是，如何明確判斷個案辦理模式，係屬促參法第 8 條第 1 項各款所定模式。而適用原則(二)所述，簡單的說是，除財產出租、依促參法規定辦理或其他法律辦理者外，應適用採購法。即如屬出租、放租或放領，本不屬採購法規範對象；依促參法辦理，自無從再行適用採購法；依其他法律開放廠商投資者，則其他法律既有規定，當亦無採購法之適用。故本函結論上與前 92 年 2 月 7 日函並無不同。適用原則(四)所為之補充，以非依促參法辦理或非依其他法律開放廠商投資者，其甄選投資廠商之程序，應依採購法第 99 條規定辦理。

化及保育之目的，僅以政府減少營運支出為考量等缺失⁹⁴，此等內部程序辦理上之缺失，透過加強內部管控機制應可改善。但其中「相關費用轉嫁消費(使用者)」部分，顯見「民參案件」民眾權益是被主辦機關所忽略的。

據上可見，各項公共建設種類繁多，如促參法所稱之「公共建設」，有涉及人民生存照顧之重要基礎設施、觀光遊憩設施、衛生醫療設施，其攸關民眾公益程度各不相同。就此涉及不同公益程度之公共建設，在適用上基於便利訂於同一法律適用，細部上如投資契約均採同一模式，是否適宜，亦有檢討之必要⁹⁵。

第四款 小結

第一目 個別性法律規範部分

獎參條例具有兩種作用，一係作為交通建設項目委外之法律依據；二係作為交通建設項目委外甄選民間機構之法律依據。民間參與交通建設之適用範圍，係以「重大交通建設」為其適用範圍，非認屬交通建設者，一律可以適用獎參條例。此或因獎參條例核給各項獎勵之故，因而要求投資案件應為重大交通建設。

獎參條例本身對於「重大交通建設」之認定，除就「停車場」及「觀光遊憩重大設施」該條例之施行細則定有認定標準外，其餘各項交通建設，則未定有認定標準。然依獎參條例辦理之各項交通建設，其既享有各項優惠，則交通建設本身是否屬「重大交通建設」自屬重要。因此，依重要性保留原則，有關「重大通建設」範圍，自應以法律或法律授權之命令定之，方符法律保留原則。

獎參條例所稱民間機構，依條例第 4 條規定，係以公司法設立之公司為

⁹⁴ 陳三民、姜乃仁，採 BOT 方式辦理公共建設計畫執行問題之探討—以楠梓污水下水道建設計畫為例；陳世恩、林清松，政府採 BOT 方式推動公共建設計畫執行之審計—以國道高速公路電子收費營運案為例；吳錦祥、張漢卿、楊肇煌，阿里山森林鐵路及森林遊樂區促參案件之執行與審計。收錄於：審計部出版，政府審計季刊，29 卷 3 期，2009 年 4 月，頁 65-91。

⁹⁵ 因此，難免引發投資契約性質之重大爭議。吳孟樵，公私協力模式與國家賠償責任之研究—以公有公共設施責任為中心，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2009 年，頁 30。

限，且政府或公營事業機構對民間機構直接或間接投資合計，不得超過該民間機構「資本總額」百分之二十。獎參條例就政府或公營事業機構直接或間接投資總額之設限，看似嚴謹。惟其既以公司之資本總額（章程所定資本總額），而非「實收資本額」，則於設立公司之初，將公司之章定資本總額大幅提高，將可能造成政府或公營事業機構之投資合計，未超過該公司資本總額百分之二十，然卻超過民間股東出資額之不合理現象，本項規定之規範目的，恐無法達成⁹⁶。民間參與模式，除BT模式其甄選投資人之程序適用採購法⁹⁷外，並以BOT、OT及BOO模式為主。

國有「非公用財產」之出租或設定地上權，應純屬國有「非公用財產」之收益行為，民間業者於取得租賃權或地上權後，為經營某一事業投入成本興建硬體設施，縱其設施恰巧可歸類為某種公共建設，例如電廠或觀光旅館。此種將純屬國有財產之收益行為（國庫行為），列為「民參案件」之範疇，恐有未妥。惟行政實務上仍有將「標售」公有土地地上權，以便民間機構以設定地上權方式建設觀光旅館等設施，認為亦屬「民參案件」之實例或看法⁹⁸。行政實務上將交通部規劃之「民間參與臺北市三星級旅館案」、「促進民間參與興建臺北市平價旅館」及「經營高速鐵路左營車站附屬事業開發大樓」歸類為「民參案件」，研判應係因各該案件屬「政府規劃」籌辦之平價旅館，而認非僅屬一般國有非公用財產之出租或地上權設定案件，從而將其納入。

商港法 100 年 12 月 28 日修正公布後，對於國際商港設施民間參與及評選，則較為精簡。即案件之審核，並不以成立「評選小組」或「審查小組」為必要，亦未明定民間之參與方式。如成立「評選小組」或「審查小組」，其

⁹⁶ 政府為解決臺灣高鐵財務問題，以公營事業或各項政府捐助成立之基金會投資臺灣高鐵，於 98 年間監察院對此已提出糾正案，如 098 交正 0012 號、098 交正 0013 號糾正案。為解決臺灣高鐵公司財務問題，最終以修正獎參條例第 4 條規定試圖為政府或泛公股出資解套。本條於 104 年 6 月 17 日公布修正為：「（第 1 項）本條例所稱民間機構，係指依公司法設立之公司；其有政府、公營事業出資或捐助者，其出資或捐助不得超過該公司資本總額或財產總額百分之二十。（第 2 項）前項總額比例限制之規定，於民間參與興建營運臺灣南北高速鐵路案應低於該公司資本總額或財產總額百分之五十。」

⁹⁷ 參見本文第四章、第一節、第一項、第二款。

⁹⁸ 劉紹樑，論 BOT 基本法，月旦法學雜誌，33 期，1998 年 2 月，頁 22。

人員組成人數及資格、迴避及評選或逕行審查過程之爭議處理等，均未明文。

電業法就多數申請人申請許可核給電業權之方式，有過於簡化之情。行政實務上或係本於電業之經營，係由民間業者透過電業法規定申請，於取得許可(應為特許)後即可經營，似類同 BOO 模式，故納入民間參與公共建設簽約案件統計資料。然我國就具有獨占性或與重大公共利益有關之公用事業，其設立除依公司法辦理外，如尚須目的事業主管機關之核准，應可認為「特許事業」，該核准即為一種「特許」，所核發之執照為「特許執照」。因此，電業權之核給，應屬「特許」。惟其與核給私人執行特定行政任務之「特許權」間，概念上是否相同，如前所述，不無疑義。按學者⁹⁹以為經營公共企業之民間機構，取得主管機關之許可，固屬特許性質。惟其除賦予公共企業之經營權利外，亦同時課予經營義務。如負有在一定期間內完成興建公共建設、開始經營及繼續經營的義務(轉讓、停業或公司合併解散等，應受限制)，並負有提供予一般社會大眾利用的義務。其事業活動並受監督(特別是費率的管制)、會計財務也應受管制、企業財產也限制其融通性、負有接受國家或地方自治團體強制收買義務及其他特別負擔(設備提供使用之義務、低廉之費率供給義務及繳納特許權利金得義務)等，並以「特許合約」作為規範主管機關與民間機構間之權利義務關係。因此，對於「特許事業」核給「特許」與民間參與公共建設「特許權」¹⁰⁰之核給，其間似仍有差異。

綜上，我國實務上，對於依一般行政法規定從事某一業別，須取得之「特許」，與「民參案件」的「特許權」之核給間，似未明確區分，致使單純依電業法申請許可(取得特許執照)之案件，有列入或未列入「民參案件」統計資料之情。

⁹⁹ 陳清秀，同註 91，頁 53 至 54。

¹⁰⁰ 依據現行促參法之立法體例，並未採取統一立法模式，將所有民營公用事業之許可、管理及監督之權限均集中至同一部法律，而僅是將有關甄選、簽約及部分管理、監督之程序集中至促參法規定，況依據促參法第 3 條所列之公共建設，並非所有項目均為特許行業，故不能以促參法中所允許民間投資之項目規定，即將該項目視為須經特許之民營公用事業，而必須回到該民營公用事業或其他特別法來看。潘欣榮變調的 BOT—從 ETC 案談起(下)，現代營建，2011 年 8 月，380 期，頁 66。

第二目 通案性法律規範

誠如上述，採購法本身並非依照「公法契約與私法契約」或「行政委託與行政事務委託」作為區分標準，只要屬採購法規範目的範圍，除非法律另有規定，均應依採購法規定辦理。學者認為採購法第 99 條規定，扮演著「截網式規範」(Auffangsnorm)，可用以防堵公私協力民間合作夥伴選擇之規範上漏洞，本條仍有其必要¹⁰¹。

另外，本文於本節第三項、第三款、第一目、三所舉之案例，其中較為有趣的是「臺北市關渡自然公園委託民間經營管理案」。本案依行政院人事行政局編印之手冊記載其辦理依據有：臺北市市有財產委託民間經營管理辦法、臺北市政府委託民間經營管理關渡自然公園實施計畫、並依「採購法及促參法辦理委外程序」¹⁰²。然採購法有其選商程序規定；促參法亦有其甄審最優申請人程序規定，本案手冊記載將上開二選商法律並列，如非記載錯誤，實已反映出負責規劃推動政府業務委外機關(政府組織改造前之行政院人事行政局)本身，對於業務委外、民營化、公私協力、民間參與公共建設等概念、採購法勞務採購類型中之「營運管理」與促參法所稱 OT 模式間，並無清晰之理解。

「民參案件」是否均涉及「特許」？誠如本文於電業法說明部分所述，賦予參與發電設施興建營運之「特許權」與各該受法律管制「業別」，許可由私人經營之「特許」間，應非一致。然國家如已核給參與發電設施興建、經營「特許權」，是否有再行發給該「業別特許」之必要，值得思考；反之，亦同。又如主辦機關為「業別特許」之主管機關，既發給參與發電設施興建經營「特許權」，縱有再發給「業別特許」之必要，事後似無不發給「業別特許」之可能。另參與申請之申請人如早已取得「電業」(業別特許)經營特許之業者，其一同參與政府規劃之發電設施競標，就該電業設施之經營，是否存有

¹⁰¹ 詹鎮榮，同註 76，頁 139。

¹⁰² 政府業務委託民間辦理(90 年-93 年)重要案例暨契約參考手冊，行政院人事行政局編印，2005 年 12 月，頁 32。

核給「特許權」概念？因涉及興建營運權（特許權）可否轉讓、出租、設定負擔及為民事執行之標的，仍有釐清之實益。此外，亦涉及兩種「特許」可否於一個程序或一次審查，即全部賦予之問題。

BOT 案是否存有許可或特許？我國學者就此似無爭議¹⁰³。行政實務上有關重大交通建設採 BOT 模式辦理者，由本文獎參條例之說明部分，其涉及特許權之核給，應無疑義。主辦機關另行作成核給特許權之通知函，該函性質上應屬行政處分，而其後所簽定之契約，則可能涉及公法上權利義務關係（如特許權相關細節及執行事項）或私法上權利義務事項（如租約或地上權設定）等情觀察，有認為該契約為公法與私法的混合契約¹⁰⁴，亦不無道理。然而，由行政實務上之作法，應可推論，甄審決定（通知）作成後，申請人未必當然即取得「特許權」。

另學者由民營化觀點，認為促參法第 8 條第 1 項第 2 款（無償 BTO）、第 3 款（有償 BTO）、第 4 款（ROT）、第 5 款（OT）之民間參與模式，基本上係受國家委託營運（可歸類為民營化類型中之「功能民營化」），所以營運原則上是以委託者名義營運，但也不排除有約定以受託人名義經營之可能。委託者與受託者之權利義務關係（如受託者自負盈虧或單純獲取委託經營報酬），則依契約而定¹⁰⁵。就此而言，除 BOT 外，上開民間參與公共建設模式，是否涉及「特許權」之核給，即不無疑義。然由本章第一節第四項有關國外「特許權系統」可知，既有設施交由民間營運，似不排除亦有「特許」之概念存在其中。惟我國實務上對於委託經營管理模式（OT），似傾向認為如僅將財產「現況」委託經營管理，並非屬特許經營範疇¹⁰⁶。

綜上，獎參條例、商港法、國有財產法、電業法、採購法及促參法間，其立法目的、適用範圍、申請人甄審（或評選）、簽約資格限制、民間參與模

¹⁰³ 陳清秀，同註 91，頁 54。許宗力，同註 7，頁 437。

¹⁰⁴ 陳清秀，同註 91，頁 57。

¹⁰⁵ 許宗力，同註 7，頁 437。

¹⁰⁶ 陳清秀，委託經營管理法制及實務問題探討，收錄於：地方法制研討會選輯（2003），臺北市政府法規委員會編印，2003 年 12 月，頁 2。

式、救濟方式及途徑等間，均有所不同（表 3-8）。我國行政實務上，將依上開法規辦理之案件，只要案件涉及某一可認定為公共建設或公共設施之興建或營運，不論案件之屬性為何，逕歸類為「民參案件」，考量的應該僅是民間投資(入)金額而已。因此，各該案件並非全然符合學說上所謂的「公私協力」之概念。



表 3 - 8 國產法、電業法、獎參條例、採購法及促參法間比較

法規 項目	國產法	商港法	電業法	採購法	獎參條例	促參法
立法目的	國家財產之管理與經營。	商港之管理、經營等。	發展電力提升公共福利。	建立公平、公開採購程序。	以獎勵提升民間參與交通建設；並可作為交通建設委外依據。	促進民間參與公共建設；並可作為公共建設委外依據。
申請資格	無明文規定（視公告內容而定）。	公私事業機構（視公告內容而定）。	獨資、合夥或公司型態經營。	「基本資格」或「特定資格」，應依「投標廠商資格與特殊或巨額採購認定標準」訂定。	無明文規定（視公告內容而定）。	無明文規定（視公告內容而定 ¹ ）。
簽約對象	得標者	比序最優或經審查通過之公私事業機構	屬申請核給「特許」。原則上，應未有契約之簽訂 ² 。	符合招標文件資格及決標條件之得標者。	公司組織；且政府或公營事業直接間接投資合計不得超過其資本總額 20%。	符合招商文件資格之最優申請人且屬公司或其他私法人；又政府或公營事業出資或捐助，不得超過其資本總額或財產總額 20%。
適用範圍	公用財產或非公用財產。	防波堤等商港公共基礎設施「以外」之商港設施。	電業設施	1.財物、工程及勞務採購。 2.交通、能源、環保、旅遊等建設核准廠商投資，其未有甄選程序之明文者。	重大交通建設	交通建設等 13 大項之公共建設；並區分一般及重大案件。

¹ 行政院公共工程委員會(政府組織改造前促參法主管機關)100 年 8 月 31 日工程促字第 10000277880 號函說明二略以：「促參案件申請人(含協力廠商)之資格條件，係由主辦機關依法令本於權責決定…」；財政部(政府組織改造後促參法主管機關)104 年 5 月 7 日台財促字第 10400580350 號函說明二略以：「促參案件申請人資格條件之訂定，屬主辦機關權責。…」。

² 學者認為「特許」之核給，如法律本身並未明文規定有締結契約之必要程序，則主管機關與特許權人間，不必然須建立在契約之基礎上。主管機關享有寬廣之行為形式選擇自由。詹鎮榮，公益彩券發行權授予之法律關係初探，臺灣法學雜誌，219 期，2013 年 3 月，頁 5。

辦理模式	標租、標售、設定地上權	投資興建或租賃經營	類似 BOO 模式	1.業務委外（工程及勞務） 2.開放投資興建、營運（未特別規定其模式）。	BOT、OT、BOO	BOT、有償或無償 BTO、ROT、OT、BOO、其他主管機關核准方式
優惠措施	無	無	無	無	協助土地取得；租金、融資及租稅優惠	除土地租金優惠、自償性不足之貸款補貼及投資建設之一部等優惠外，重大公共建設則享有各項稅捐減免。
經營不善處理措施	無	無	無	無	強制接管	融資機構或保證人介入、強制接管。
期滿資產移轉	未見規定（視契約約定）	未見規定（視契約約定）	無	無（視契約約定）	資產依契約有償或無償移轉	資產或營運權，依契約有償或無償移轉。
救濟方式	無特別規定審標及決標一訴願 ³ ？ 履約爭議一仲裁或民事訴訟	無特別規定審標及決標一訴願？ 履約爭議一協調、仲裁或民事訴訟	無特別規定一訴願。 如訂有契約，履約爭議一行政訴訟或民事訴訟？	招標、投標及審標爭議一異議及申訴。 履約（私法契約）爭議一調解、仲裁或民事訴訟。	無特別規定一訴願？ 招商階段-循採購異議及申訴？ 履約爭議一民事訴訟、仲裁或行政訴訟或？（視契約屬性而定）	招商文件、申請及甄審過程、決定或結果、甄審結果後投資契約簽訂前之決定等爭議一異議及申訴。 履約爭議一如有協調委員會，由委員會處理。未能解決時，循民事訴訟、仲裁或行政訴訟或？（視契約屬性而定）

*本研究自行整理。

³ 釋字第 448 號解釋認「行政機關代表國庫出售或出租公有財產，並非行使公權力對外發生法律上效果之單方行政行為，即非行政處分，而屬私法上契約行為，當事人若對之爭執，自應循民事訴訟程序解決」。據此，相關人等如提起訴願，結果恐係訴願不受理。本號解釋所引述之行政法院 61 年裁字第 159 號判例，就其案例事實而言，係有關契約當事人未自任耕作，而由管理機關解除契約所生爭議，並未涉及審標與決標之問題。其後釋字 540 號解釋雖亦認主管機關與申請人訂立私法上之買賣、租賃或借貸契約，未涉公權力之行使。惟認不符合申請要件，而未能進入訂約程序之情形，既未成立任何私法關係，此等申請人如有不服，須依法提起行政爭訟。釋字第 540 號解釋，對於國民住宅之申請承購、承租或貸款等事項，似以「雙階段理論」為論述之基礎。

第四節 民間參與公共建設特色及法律關係與行政程序法

第一項 民間參與公共建設特色

第一款 專業性、複雜性及高風險性

民間參與公共建設涉及興建計畫、營運計畫、財務計畫等事項，往往亦挾有技術獨占與特殊專業知識¹，具專業性與複雜性。

因民間參與公共建設具有複雜與涉及多重專業領域之特性，「民參案件」多非主辦機關有限之人力與時間所能自行完成作業，遴選合適之專業顧問單位或團隊，便成為主辦機關能否順利推動公共建設計畫之重要關鍵²。

公共建設興建、營運，通常具有投資金額大、建設期長、回收慢、使用期長等特點，因此在建造期及營運期相較於一般投資計畫隱含更多風險，例如成本超支、工程品質不佳等³。

第二款 隔代性

民間參與公共建設為能減少政府對於公共建設財政支出之負擔，於政府不出資或出資最少之情況下，將公共建設委託私部門興建與營運，為使私部門得回收投入之成本並獲得合理利潤，通常私部門投資金額愈高，如其回收年期長，其契約期限（營運期限）亦隨而延長⁴。

第三款 利害衝突

公私協力執行行政任務，具有主體之複雜性與利益之多元性⁵。「民參案

¹ 詹鎮榮，行政合作法之建制與開展－以民間參與公共建設為中心，收錄於臺灣行政法學會主編，行政契約之法理－各國行政法學發展方向研討會論文集，2009年7月，頁124。因此，有認為此為民間因欠缺足夠的經營公共事業專業知識及過度樂觀之財務評估，造成許多公共工程民營化或BOT案面臨財務困境。董建宏，由臺灣高鐵BOT案談公共工程民營化的招標模式改革，經濟前瞻，2007年1月，頁25。

² 蔡修毓、詹誼澤、曾恭慶，政府促參案件執行缺失之探討，政府審計季刊，29卷3期，2009年4月，頁58。

³ 吳孟樵，公私協力模式與國家賠償責任之研究－以公有公共設施責任為中心，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2009年，頁27-28。

⁴ 例如：臺灣高鐵特許期間為35年；高雄捷運特許期間36年。

⁵ 詹鎮榮，論民營化類型中之「公私協力」，月旦法學雜誌，102期，2003年11月，頁21。

件」所涉及者，除一同參與申請之公共建設申請人之權益外，亦可能涉及公共建設標的物所在一定範圍之鄰人，甚或環保團體之權益⁶。於公共建設完成後，尚涉及該項公共建設使用者之權益。對於周遭相關產業環境亦可能造成外部效果。例如：高鐵 BOT 案完工後，導致經營西部航線之航空業者採取減班、停飛措施；觀光地區之遊憩住宿設施 BOT 案，完工後搶食其他民間業者之客源；公立學校運動設施採 OT 方式委外，可能導致其他民間健身中心或游泳池業績下滑等⁷。

學者亦指出公私協力為達其預期目標，於調和公益與私益上，或許公益將有所退讓，可能導致具有緊密關係的私益結合，為其免影響法律的平等執行，在程序上應藉由程序公開、透明的要求，防止私相授受⁸。

第四款 公益性及獨占性

公共建設之興建與營運，往往為人民生存照顧所必要之基礎設施，涉及高度公益性⁹。部分公共建設性質上可歸類為「公用事業」（如公共運輸、水、電、瓦斯等）。公用事業一般均具有獨占或寡占性質（可能係因法律或事實上關係造成獨占或寡占），而基礎建設之 BOT 亦具有相同理由¹⁰。

第五款 法規多元及多階段程序

通常之行政程序為雙面且單一階段即告結束，例如人民申請補發身分證。獎參條例、商港法、採購法及促參法所定行政程序，多須擬具公告公開徵求民間參與，不僅可據以適用法規多元且當事人眾多（採購法甚至規定，公開招標原則上應有 3 家以上合格廠商投標，方可開標、決標），各該評選或甄審

⁶ 林明鏞，促參 BOT 案中對於興建許可之利害關係人—兼評臺北高等行政法院 100 年訴字第 1751 號判決暨最高行政法院 102 年判字第 453 號判決，收錄於 102 年度國家賠償及行政法研討會，臺北市政府法務局編印，2013 年 11 月，頁 50。

⁷ 蔡修毓、詹誼澤、曾恭慶，同註 2，頁 63。

⁸ 陸敏清，從德國修法歷程論公私協力運用契約調控的發展，興國學報，14 期，2013 年 1 月，頁 135。

⁹ 詹鎮榮，同註 1，頁 118。

¹⁰ 許宗力，論行政任務的民營化，收錄於：氏著，法與國家權力(二)，元照公司，2007 年 1 月，頁 444。

程序，已呈現多階段複雜相連的行政程序。例如：在第一階段公告徵求民間參與人時，即有可能多組廠商申請參與，而每一申請廠商可能復由多家公司組（結）成。前階段之當事人可能成為後階段之利害關係人。例如：第一階段因形式資格不符或實質評選後落選之廠商，與最優先議約廠商彼此間，即可能是嗣後締結「投資契約」的利害關係人。當簽定投資契約後，為能進行開發與興建公共工程時，尚須依照各種法令，例如：依環評法辦理環評、依建築法申請建造執照、依都計法規定申請都市計畫之個案變更等行政許可。在此分別進行之行政許可中，其利害關係人，包含可得特定之附近周遭居民或環保團體等；在營運階段時，廣大使用該公共設施者，與其相互競爭的民間廠商都可能成為利害關係人。在 BOT 各階段中，均有可能產生不同類型之當事人與利害關係人¹¹。

第二項 民間參與公共建設三面向之法律關係

學者認為在擔保國家中擔保行政法律關係之構成，係以擔保行政任務之存在為前提，並以之為中心，形成國家、提供需求給付之私人、給付滿足對象所構成之三角關係。擔保行政任務係藉由民營化程序，由國家給付行政任務轉型而來。即原由國家自負履行責任的任務，移轉由私人於私經濟場域中進行，國家退居擔保者角色。國家與從事需求給付的私人間具有國家行政任務民營化後的監督關係，此一關係應為公法關係；如移轉之任務係憲法所設定之國家目標或課予國家之義務，國家與給付滿足對象間存有擔保其需求獲得滿足之關係，亦為公法關係；提供需求給付的私人與給付滿足對象間之法律關係應為私法關係¹²。

民間參與公共建設制度上，既可由民營化概念涵括，似應存有此種三面向的法律關係。於申請階段，主辦機關與各民間申請人間，存有申請及審核

¹¹ 林明鏘，同註 6，頁 30。

¹² 蔡宗珍，從給付國家到擔保國家－以國家對電信機基礎需求滿足任務為例，臺灣法學，122 期，2009 年 2 月，頁 35-36。

關係，而此一階段各申請人間，尚存在競爭關係。至由議約至簽約階段，存有一種締約前之法律狀態。於契約簽訂後之履約階段，存有輔導與監督之關係。

主辦機關與公共建設使用者間之關係，因各該民間參與公共建設模式或類型，存有「向使用者收費」或「向政府收費」之不同設計。因此，應視個案實際情形而定。例如，前舉之 ETC 案(以 BOT 方式辦理)係由民間機構代高公局收取高速公路用路人(使用者)應繳付之高速公路通行費(規費)，則高速公路的使用關係，仍應存在於高公局與使用者間，而非民間機構與使用者間。民間機構與使用者間，應係約定由取得特許權之民間機構，代使用者繳付高速公路之通行費，其間應僅存在委任關係(私法關係)。本項電子化收費系統服務之提供，具有獨占與壟斷性，並無市場機制可言。據此，不應否認主辦機關就該公共服務(可透過電子收費系統繳交通行費)對於使用者(用路人)負有擔保責任及網羅責任。

民間機構與公共建設使用者間，亦如上述，應視民間機構所提供之公共服務內容及服務對象而定。如公共服務係提供予「使用者」，並向「使用者」收取服務費用，則「民間機構與使用者」間，應存有公共服務之利用關係(原則上應屬私法關係)；如公共服務係直接提供予「主辦機關」，並向「主辦機關」收取服務費用，則「民間機構與主辦機關」間，應存有提供公共服務之契約關係(可能為私法關係或公法關係)，此時「民間機構與使用者」間，就該項服務應不存在公共服務利用關係(事實上之使用，非法律上的利用關係)。然「民間機構與使用者」間，是否另存有其他法律關係，則應視個案設計與實際情形而定。例如，民間參與污水下水道案，多係由民間機構提供污水處理服務予主辦機關，並向主辦機關收取服務費用，則排放污水之用戶(使用者)與民間機構間，應僅有事實上之利用關係。

第三項 民間參與公共建設所涉權利或利益

第一款 從三面向之法律關係觀察

正當法律程序原則主要係強調政府的各項作為，於涉及限制人民生命、自由及財產權，應本於公平、公正及公開之程序作為。在分析民間參與公共建設有無正當法律程序之適用，自應探究，此一制度是否涉及之人民生命、自由及財產權。如上所述，民間參與公共建設至少具有三面向之法律關係。因此，應可由此三面向之法律關係著手，分析其可能涉及的基本權內容。

申請人與主辦機關間，於申請與審核階段，存有申請與審核關係。在此關係中主辦機關之各項行政作為，例如對於招標(商)文件對於資格條件規定，如有不當限制，自有侵及申請人一般行為自由、營業自由¹³(競業自由)、財產權的可能¹⁴；於議約至簽約階段，存有締約前之法律關係，雙方契約內容如何形塑，可能涉及民間機構之契約自由(締約與否或契約內容及契約方式之自由)議題；契約簽訂後之履約階段，存有輔導與監督關係(依契約或依法監督)，其中有關民間機構應如何收取服務費用及與使用者訂定使用或服務契約，其費率與契約內容，均可能受到限制(營業自由及契約自由)；其營業時間、營業方式或營業收入之利用(例如，附屬事業收入應先行挹注公共事業本業及附屬事業開發範圍其項目¹⁵)，亦可能受到限制(營業自由)；可能須忍受融資機構或保證人之介入經營，甚或主辦機關之強制接管或強制收購(財產權)。此均涉及其契約自由(與使用者間締約與否及契約內容)、營業自由及財

¹³ 縱使私部門自願參與公共建設，還是涉及企業(營業)自由的行使。許宗力，同註 10，頁 438。

¹⁴ 詹鎮榮，同註 5，頁 21；詹鎮榮，競爭者「無歧視程序形成請求權」之保障－評最高行政法院九十五年度判字第一二三九號判決，月旦法學雜誌，138 期，2006 年 11 月，頁 46。(另收錄於：同著者，公私協力與行政合作法)。

¹⁵ 行政院公共工程委員會 2006 年 6 月 1 日工程技字第 09500202890 號函說明二以：「依促進民間參與公共建設法(以下稱促參法)第 27 條規定，為有效利用公共建設所需用地，其土地經調整或適度放寬土地管制，得提供民間機構從事開發，作為公共建設之附屬事業使用，並將附屬事業收入挹注公共建設整體財務，使部分外部效益得以內部化，增加公共建設之財務營收，合先敘明。」

產權之使用、收益及處分之限制¹⁶。

主辦機關與使用者間，存有擔保責任及網羅責任，已如前述。如公共服務之利用關係，仍存在於主辦機關與使用者間，例如，前揭之 ETC 案。原則上，並未改變高速公路用路人與主管機關間之用路關係，自不應否認就高速公路之利用可能發生國家賠償責任問題。於此模式下，ETC 使用者與民間機構間，應存有私法(委託)關係。如因民間機構提供之服務(代為繳付通行費)所造成之損害。例如，未扣款(代繳)或扣款錯誤(多扣或少扣)，可循雙方契約解決爭議。此涉及使用者財產權，是否受侵害之議題。

民間機構與使用者間之關係，亦可能單純地為事實上之利用關係(由政府付費時)，例如污水處理服務(由 ETC 案觀察，應不否認民間機構與使用者間，存有其他法律關係)。惟民間機構服務之提供，不論係直接或間接，最終均與使用者有關，自有因設計或管理不當造成使用者生命、自由或財產權侵害之可能。因而，公共服務之提供，自涉及使用者生命、自由及財產權保障之議題。

「民參案件」如屬重大公共建設者，依促參法第 21 條規定，對於需用土地 2 年內得為公告禁止處分、分割、設定負擔、禁建或限建及採取土石或改變地形等；依第 22 條規定，毗鄰私有建築物及廣告物，得禁止或限制建築及樹立；施工中或原有建築物、廣告物及其他障礙物有礙興建營運安全者，亦可限期修改或拆除，甚或強制拆除。第 23 條及第 24 條規定，民間機構經主辦機關許可於 30 日前通知，為勘測、鑽探、施工及維修之要，亦可進入或使用私人土地或建築物，所有人不得拒絕。情況緊急還可以先行進入。為使用私有土地或建築物，有拆除建築物或其他工作物之必要者，經主辦機關同意後，即可限期拆除或強制拆除。以上這些限制多數都不是短期的，均可能長

¹⁶ 本於國家仍保有任務責任及公益確保責任與基本權之保護義務，通常於合作契約中或另訂法令規定限制與監督之措施，將私人行為之純粹營利目的在一定程度上朝公益修正。此等措施在評價上視為是對參與業務執行之私人的基本權侵害，需具備憲法上之正當性事由，始屬合憲。詹鎮榮，同註 5，頁 22。

期侵及公共建設所需用地、基地毗鄰土地或建物所有人、居住人之居住自由及財產權。另除第 21 條規定所為之公告限制，並無補償明文外，第 22 條、第 23 條及第 24 條，均規定應予補償，補償費應計入公共建設成本中¹⁷。

綜上，由三面向的法律關係觀察「民參案件」，其可能涉及申請人之一般行為自由、營業自由、財產權、契約自由保障問題；並可能涉及使用者之生命、自由及財產權保障問題；亦可能涉及需用基地周遭民眾居住自由及財產權保障問題。另「民參案件」既涉及有限資源之分配，各申請人間既存競爭關係¹⁸，則憲法平等權或平等原則，自不應被忽略。

第二款 程序平等—無歧視程序形成請求權

大法官不斷提及「憲法上正當法律程序原則之內涵，應視所涉基本權之種類、限制之強度及範圍、所欲追求之公共利益、決定機關之功能合適性、有無替代程序或各項可能程序之成本等因素綜合考量，由立法者制定相應之法定程序」（如釋字第 459 號解釋、釋字第 610 號解釋理由書第 1 段、釋字第 639 號解釋理由書第 3 段、釋字第 663 號解釋理由書第 1 段、釋字第 689 號解釋理由書第 9 段（最後段）及釋字第 709 號解釋理由書第 4 段）研判，大法官對於程序「是否正當」似係採「利益衡量」模式，而對於「利益衡量」模式所具有之工具化、機械化性格，致可能忽略「公平」一節，大法官似藉由憲法第 7 條平等原則予以調和。

學者¹⁹指出公部門並不因平等原則，被要求必須將案件細分以便考量所有潛在的供應廠商，也未被要求，為實現所有業者的實質機會平等，應就所有

¹⁷ 按補償費計入公共建設成本中，無異是將來可以向使用者收取或向政府收取。如果主辦機關把關不嚴，未來可能均係由使用者（納稅者）買單。

¹⁸ 促參法最優申請人甄選決定係屬經濟行政法中典型之「遴選及分配決定」，基礎背景與特性，在於「資源有限性」及「求過於供」。程序中爭取分配之目標一致。但彼此立於行政法上利益衝突的地位，產生排斥效果之競爭關係。此種關係態。德國學者 M. Schmidt-Preuß 將此等申請人間目標一致，但卻受制於資源有限性而彼此產生排斥效果之競爭關係，稱之為「替換關聯性」（wechselbezüglich）之利益衝突狀態。詹鎮榮，同註 14，競爭者「無歧視程序形成請求權」之保障，頁 43-44。

¹⁹ 陳愛娥，經濟行政領域中的程序保障—以分配程序（Verteilungsverfahren）為觀察重心，憲政時代，38 卷 1 期，2012 年 7 月，頁 19。

案件一律辦理勞費、複雜的行政程序。平等原則只是要求程序上與機會上的平等。程序上的平等要求，程序的安排不應自始排斥特定建廠商或對其作不利處理；此一要求隱含了程序開放性、公平參與程序的機會，以及在程序中應受平等考量的機會。機會上的平等則要求，在程序中應賦予所有廠商實質的、受到考量的機會，這主要涉及決標的公平性，更明確地說，不應為特定廠商「量身定作」決標標準；因為廠商參與申請程序的目標不僅是程序的參與，主要更在於取得該案件。

另學者²⁰亦指出我國憲法並無特別針對「程序上之平等」為明文規定。惟此或可透過基本權競合（如釋字第 610 號解釋）及基本權客觀程序保障功能連結平等權之論證方式導出。在憲法是否保障包含行政程序在內的「程序基本權」尚無共識前，至少可藉由基本權之客觀上程序保障功能導出正當行政程序之憲法要求，此亦可藉釋字第 689 號解釋及釋字第 709 號解釋驗證，再納入憲法第 7 條之平等權規定，本於體系思維進而認正當法律程序之內涵，理應包含「平等」成分，形成行政程序平等保障之憲法誠命。因而，「程序平等」具有憲法位階之一般法律原則及基本權內涵。即如同平等權具有主觀權利面向及客觀規範雙重面向，其在程序面之適用上，客觀法規範面向之程序平等原則及人民程序平等權之主觀權利。從客觀面向上，所有國家公權力行為皆受平等原則之拘束，一般行政機關行政程序行為，亦無不同。而主觀的權利面向上，不僅適用於人民實體權利遭受國家公權力不公平差別對待之情形，更及於作成實體決定前所踐行之程序階段，進而肯定人民享有「無歧視程序形成請求權」²¹。同時本於憲法第 15 條之職業自由及第 7 條之平等原則，得導出競爭者享有此請求權²²。

至於在行政程序面向上，行政機關本於程序平等之要求，原則上應對所

²⁰ 詹鎮榮，公私協力選商程序之平等保障，收錄於：氏著，公私協力與行政合作法，新學林公司，2014 年 3 月，頁 147-151

²¹ 詹鎮榮，同前註，頁 163。

²² 詹鎮榮，同註 14，競爭者「無歧視程序形成請求權」之保障，頁 191。

有程序之當事人為相同之程序規範適用及對待，非有正當理由，不得為差別對待。例如以相同之適法組織為行政決定、給予相同之陳述意見機會、相同之迴避及資訊提供基準等²³。

此外，事實上為確保行政主體對其擁有之有限資源的公平分配，因此要求應建構公平的分配程序，並且應對此提供有實效之保障的情形，並非僅限於促參法及政府採購法所分別關心的，分配特許權、採購機會的程序建構，公職務的分配同樣具有此等特質²⁴。

第三款 公共利益

本質上「公共建設」，係以提供民眾使用或促進公共利益有關之建設，不論係政府規劃或民間自行規劃辦理之案件，應與公益性²⁵有關，其興建或營運自不能免除公共利益之考量。

公共利益具有作為立法、司法及行政的指針(政策)功能²⁶，是一個典型的不確定法律概念，並非係單純的利益受益人的數量問題，其具有內容不確定性及受益人不確定之特徵²⁷。吳庚教授之見解認為²⁸：「公益不是整個社群或是其中大部分成員利益的總合；而是各個成員事實上利益，經由複雜的交互影響過程，所形成理想的整合狀態。」換言之，公共利益與私人利益間並非對峙不能兼顧，公共利益應該是整合多數人利益與少數人利益後，呈現之一種「理想的整合狀態」。

公共利益之判斷，在不同之場域、不同的目的、不同的行為之下，其內

²³ 詹鎮榮，同前註，頁 153-154。

²⁴ 陳愛娥，同註 19，頁 20。

²⁵ 公共利益與公用性(公共使用)並不一樣，公共利益概念上大於公共使用。林明鏘，於「部門法律系列研討會－土地法學學術研討會」發言紀錄，臺灣本土法學雜誌，2013 年 6 月，226 期，頁 116。

²⁶ 林明鏘，都市更新之公共利益－兼評司法院大法官釋字第 709 號解釋，臺灣法學雜誌，227 期，2013 年 7 月，頁 123。

²⁷ 釋字第 709 號解釋陳新民大法官部分不同意見書，司法院大法官解釋（三十），司法院印行，2014 年 7 月，頁 319。

²⁸ 吳庚，行政法之理論與實用（增訂十版），三民書局經銷，2007 年 9 月，頁 68。

涵或判斷標準應非一致²⁹。其判斷並非得由公權力主體片面宣布或決定，而係透過多元社群的公開討論，形成之社會共識決定之³⁰。即正因為公共利益是各個成員事實上的利益，所以各個成員在討論的時，不能偏袒任一成員。本此理念過程中程序的重要性，即所謂的正當程序概念就必須建構，透過一些組織、程序的設計，來確保價值判斷的周延³¹。應注意的是，學者指出個案公益性的判斷固然重要，然比例原則之利害權衡標準，亦不得免除³²。

第四款 請求參與公共建設之權利

人民是否有所謂的公共建設的參與權？此由憲法第 13 章之基本國策章中，似無從得出憲法有賦予人民請求參與公共建設之主觀的公權利。對於人民參與公共建設憲法應只表示不反對之立場。據此，人民參與公共建設之權利，應係由立法者所建構之權利。惟縱認允許人民參與公共建設，其應係由立法者所建構之權利，大法官許玉秀於釋字第 615 號解釋部分協同意見書中表示，立法者所建構的法律位階之權利，其限制或剝奪，亦應符合正當法律程序之要求³³。

第四項 民間參與公共建設與行政程序法

第一款 行政程序法之立法

過去我國行政法之研究多著重在於行政機關所為之決定或行為是否符合實體法之規定，至於決定或行為應依循那些程序或方式作成，並非研究之重點。此一現象，於行政程序法之公布施行應已不復存在。行政程序法主要精

²⁹ 陳立夫，「部門法律系列研討會－土地法學學術研討會」發言紀錄，臺灣本土法學雜誌，2013年6月，226期，頁117。

³⁰ 林明鏘，同註26，頁124。陳立夫教授亦指出，公共利益之判斷已從過去國家行政的角色的公共利益判斷，轉化為由國民或是地域居民的角度來為公共利益判斷。陳立夫，同前註，頁117-118。

³¹ 林明鏘，同註26，頁122。

³² 戴秀雄，「部門法律系列研討會－土地法學學術研討會」發言紀錄，刊載於臺灣本土法學雜誌2013年6月，第226期，頁130。

³³ 大法官許玉秀釋字第615號解釋協同意見書，司法院大法官解釋續編（十九），司法院印行，2007年5月，頁309。

神在於賦予人民在國家機關作成與人民本身權益有關之決定或措施時，應給予人民有參與之機會，使人民不再處於國家行為「客體」地位。人民參與本身即具一定之價值，因直接參與可擺脫行政支配之疏離感，更進而提高人民對於行政之信賴，建立人民樂於接受行政決定之共識，故行政程序法實乃「憲法精神具體化」³⁴。

第二款 行政程序法適用範圍

我國行政程序法係於 88 年 2 月 3 日公布（90 年 1 月 1 日施行），該法第 3 條第 1 項規定：「行政機關為行政行為時，除法律另有規定外，應依本法規定為之。」除表明其適用於「行政行為」外，並表明其屬行政程序基本法（普通法）之立法定位³⁵。行政程序法規定之適用範圍，由其最初立法過程相關草案內容歸納，認行政程序法係以「行政機關」之「公法行為」為其規範對象，而行政機關概念原即屬行政法學上「官署」概念，又官署係以「對外」的意思表示為概念要素之一。因而，行政程序法第 3 條所稱「行政行為」，原則上應以行政機關「對外」所為之「外部行政行為」為限³⁶。

行政程序法本身未對「行政行為」有所定義，因此所謂的「行政行為」，應不以同法第 2 條第 1 項，所列舉者為限，至多僅能由其立法理由解讀出：行政程序法藉由「行政行為」概念的使用，將其潛在適用範圍限制在「公權力之行使行為」而已。復因行政程序法第二章至第七章，僅分別規定與行政處分有關的程序，故非能歸類於行政處分等「有名」的行為範圍內時，該行為為自難以適用行政程序法第二章至第七章規定³⁷。

³⁴ 董保城，行政程序中程序行為法律性質及其效果之探討，政大法學評論，51 期，1994 年 6 月，頁 73-74。從基本權保障角度委託私人行使公權力須有法律依據。行政程序法上之規定，可謂僅為憲法上要求之具體化。詹鎮榮，同註 5，頁 22。

³⁵ 湯德宗，行政程序法的適用，收錄於：氏著，行政程序法論，元照出版社，2005 年 2 月，頁 159。

³⁶ 林明昕，行政程序法的適用範圍，法學講座，3 期，2002 年 3 月，頁 54-55。

³⁷ 林明昕，同前註，頁 54-55。並認所謂的「行政行為」在行政程序中為行政機關之公法及外部行為。林明昕，同前註，頁 59。

第三款 行政程序法與其他法律程序規定之適用關係

對於行政程序基本法（普通法）之立法定位，立法政策上是否妥適？行政程序法制定之各種行政程序，縱令有適合各該行政領域之特殊考量，但各該領域是否合於憲法上程序正義之要求，或是否過分陳舊等，尚非無疑；又個別實定法亦無依據行政程序法制定目的與理念，在行政程序法施行後重行檢討之動向。是故，在無配套措施之情況下，貿然以本法為普通法，在立法政策上並不盡然妥適。純就理念上看，第 3 條第 1 項但書規定，不應理解為任何其他法律的程序規定，均得優先行政程序法適用。惟並不否認因屬法有明文，有關以其他法律為行政程序法之特別法而優先適用，以行政程序法為普通法而補充適用之見解，尚非不能支持³⁸。有關行政程序法與其他法律程序規定間應如何適用，大致分有「完全規定或完整規定說」及「優厚保障或嚴格規定說」³⁹。

行政程序法與其他法律適用關係，學者⁴⁰認為可由行政程序法第 3 條規定所提供 2 項法律訊息判斷：其一，該條第 1 項提供行政程序法「潛在」適用範圍及與其他法律間的適用「順序」決定；其二，該條第 2 項及第 3 項則分別提供在「機關」範圍及「事項」範圍的排除適用。

關於第 1 種訊息，與上開二學說之適用有關。本條第 1 項但書規定之適用，因我國在行政程序法制定公布前，有關法律往往未能注意到程序保障問題，故而，判斷某法律是否為行政程序法之特別法時，該法律之「時代性」相當重要。即行政程序法「通過後」始制定或修正程序規定內容之法律，其規定與行政程序法相左時，顯然係立法者有意識地運用行政程序法第 3 條第 1 項但書規定，原則上即得視為行政程序法之特別法。至於行政程序法制定「公布前」之法律，則主要應以「完整規定說」輔以「嚴格規定說」來判斷

³⁸ 蔡茂寅、林明鏘、李建良、周志宏，行政程序法實用，新學林公司，2011 年 2 月，頁 19。

³⁹ 二說具體內涵，可參蔡茂寅、林明鏘、李建良、周志宏，同前註，頁 19-21；林明昕，同註 36，頁 56-58。

⁴⁰ 林明昕，同註 36，頁 52。

該法律是否具備行政程序法特別法之性質⁴¹。

關於第 2 種訊息，學者同時觀察到行政程序法第 3 條第 2 項及第 3 項規定係有意使用「本法之『程序』規定」。換言之，二項規定並非排除行政程序法之全部，而係行政程序法真正的程序規定，至於實體規定，乃至於行政法之一般原則，始終仍在適用之列⁴²。

第四款 小結

據上，判斷是否有行政程序法之適用，必須先行判斷主體及行政行為之法律性質，是否符合該法第 2 條所定之主體及客體之範圍，同時並需決定與其他法律競合時之適用優先順序⁴³。就此學者，已提出可供操作之建議。惟本文認為行政程序法制定公布前之法律，是否即未有程序保障之思維一點，似非可一概而論。如採購法雖係於 87 年 5 月 27 日公布，然相關規定係本於政府採購協定 (Agreement on Government Procurement) 之要求訂定，似無程序保障思維欠缺之問題。因此，有關行政程序法與其他法律間適用之判斷方式，其「時代性」之考量，或可再斟酌⁴⁴。

司法實務上，多認促參法所定甄選程序，其有關最優申請人甄審結果之通知為行政處分，其中最讓人所熟知者為臺北高等行政法院 94 年度判字第 752 號判決 (ETC 案)。最高行政法院 95 年判字第 1898 號判決，甚至認為「政府機關之招標、審標、決標行為，均係執行公權力之行為，係屬行政處分」，作成「合格入圍申請人之甄選決定」亦屬行政處分⁴⁵。學者大多認為主辦機關據甄審會之甄審決定，對外作成最優申請人之「甄審結果之通知」為行政

⁴¹ 林明昕，同註 36，頁 56-58。

⁴² 林明昕，同註 36，頁 58-60。並舉出行政程序法「實體規定」(如第二章第三節的大部分條文為)；「程序規定」(如第一章第二節及第二章第二節等)，並尚有同時支配行政實體法與程序法的「行政法之一般原則」的成文法化規定(第 4 條至第 10 條)。

⁴³ 蔡茂寅、林明鏘、李建良、周志宏，同註 38，頁 17-18。

⁴⁴ 同此，學者結論上似未將法律之「時代性」因素納入。林明昕，同註 36，頁 61。

⁴⁵ 最高行政法院 95 年判字第 1898 號判決理由五略以：「政府機關之招標、審標、決標行為均係執行公權力之行為，係屬行政處分，是被上訴人 92 年 12 月 24 日作成以宏基公司、遠東聯盟及臺灣宇通公司為「合格入圍」申請人之甄選決定應屬行政處分」。

處分⁴⁶。據此，不僅甄審結果，其他於甄審結果作成前，即甄審程序進行中或與之有關的各類行政行為。例如：資格審查結果、入圍與否、押標金或保證金不發還或追繳通知、簽約前准否更換協力廠商或簽約前通知不續辦等，似應視其屬性，透過行政程序法第 2 條第 1 項及第 3 條第 1 項規定，檢視其與行政程序法之關聯。

然行政程序法第 102 條規定應給予處分相對人陳述意見之機會，僅限於「限制或剝奪人民自由或權利」之行政處分，始有其適用；同法第 54 條以下聽證程序，不僅舉行聽證與否任行政機關之裁量，且其制度功能基本上是在調和各利害關係人的利益衝突，並非是從專業立場篩選最適相對人為目的⁴⁷。從而，行政程序法規定是否適用於具專業性、複雜性及高風險性、隔代性、多方利益衝突及多階段特性之「民參案件」，不無疑義。

正當法律原則之最低限度要求，陳愛娥副教授認為有關行政程序法規定為最低限度之正當法律程序要求，本身有待論證。且許宗力教授亦指出，行政程序法某些之程序設計，是否適合套用於民間參與公共建設，亦非無疑。

本文認為民間參與公共建設甄審程序之相關行政行為，縱可歸類為行政程序法中類型化之行政行為，考量其事件具複雜性及專業性等特色、法規由「條件式」轉為「目的式」規範及程序中當事人之競爭關係，亦不宜直接套用行政程序法之程序規定。即各該據以作為辦理「民參案件」相關規定(評選、甄審及爭議處理程序)，如有不足時，是否有行政程序法之適用，除應就程序中行政行為屬性認定、各該法規有無特別規定及是否屬行政程序法第 3 條第 2 項及第 3 項除外規定之範圍著手外，亦應考量上開「民參案件」所具特色

⁴⁶ 例如：許宗力、同註 10，頁 449-450；陳英鈴，行政法院作為行政程序的守護神－評臺北高等行政法院 ETC 案裁判，月旦法學雜誌，132 期，2006 年 5 月，頁 153；李惠宗，行政法院對 BOT 最優申請人決定程序的審查－兼評臺北高等行政法院九十四年度訴字第七五二號(ETC)判決，臺灣本土法學雜誌，82 期，2006 年 5 月，頁 182-183；林明鏘，ETC 判決與公益原則－評臺北高等行政法院九十四年度訴字第七五二號及九十四年度停字第一二二號裁定，月旦法學雜誌，134 期，2006 年 7 月，頁 10；詹鎮榮，促進民間參與公共建設法之現實與理論－評臺北高等行政法院之 ETC 相關裁判，月旦法學雜誌，134 期，2006 年 7 月，頁 51。

⁴⁷ 許宗力，同註 10，頁 448。

等因素，而非直接套用行政程序法規定。然應理解的是，如檢視結果並無行政程序法程序規定之適用者，應不表示各該法規，即無程序要求或不受憲法上正當法律程序制約。



第四章 我國主要「民參案件」甄審與爭議處理制度

我國民間參與公共建設，一般將其區分為前階段之「甄審」程序及後階段之「履約」程序。因此，所謂的「爭議處理」程序，理論上自應包括此二階段之爭議處理為是。然因本文研究重點在於「前階段」之甄審程序及此階段（甄審程序）爭議處理，故而「後階段」履約爭議及訴訟救濟，則不在本文研究範圍，爰先敘明。

本於本文第四章說明，可知我國據以作為「民參案件」辦理「甄審」（以下為行文方便計，除有特別指明之必要外，爰統一以「甄審」稱之）之依據，已呈現法規多元之現象。如逐一檢視各該法規範有關「甄審」及「爭議處理」，是否契合正當行政程序原則，恐力有未逮。本於促參法公布後，由主管機關統計資料可知「民參案件」多係依促參法辦理，而促參法係參照獎參條例體例研訂；又公共建設委由民間機構營運管理，概念上與採購法第 7 條所舉之「勞務採購」¹類型（營運管理）有其相似之處，且採購法第 99 條規定，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」，除其他法律另有規定外，亦適用採購法。即政府支付費用予民間機構代為管理各項公共建設或公共設施，廣義而言，既可納入「民參案件」概念，採購法第 99 條所定的甄選程序，同法施行細則第 109 條第 1 項規定，「最有利標」為其決標方式之一，而採行最有利標決標者，即應成立評選委員會。據此，亦有理解採購法評選制度之必要²。

¹ 採購法第 7 條第 3 項規定：「本法所稱勞務，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。」

² 政府採購法建構的選商程序，與促參法制極為類似。陳愛娥，經濟行政領域中的程序保障—以分配程序(Verteilungsverfahren)為觀察重心，憲政時代，38 卷 1 期，2012 年 7 月，頁 11。

第一節 我國主要「民參案件」甄審制度

經濟行政法意指，規範公權力主體對於經濟生活所為形塑、管制、監督，以及自為給付等措施之法規範總稱¹。根據上開界定，行政部門依據獎參條例、採購法²或促參法，就民間參與公共建設此種經濟活動之形成、促進、申請、簽約、履約管制與監督而為規制，應屬於經濟行政法的一環。

政府以公開招商的方式辦理公共建設的興建營運時，原則上應開放給所有符合資格條件之民間事業自由申請，惟僅經「甄審會」評定為最優申請人者，始取得與主辦機關簽訂投資契約之特許權，並因此對其他申請人產生排擠效果。最優申請人的甄審決定係屬於經濟行政法中的「遴選及分配決定」³，公行政主體僅能依據法定之評定基準，經「甄審」選出最優申請人以分配此利益。因行政機關就此等甄選及分配的實體標準乃至具體決定通常享有判斷餘地，如何在行政程序面向上確保申請人的平等競爭機會，顯得尤為重要⁴。

以下爰就獎參條例、採購法及促參法對於「甄審」（即招標及審標；或申請及審核）制度加以說明，做為探討其與正當行政程序關聯之基礎。另招標（或招商）文件公告，不僅為「甄審」前之前置程序，其「甄審」標準或「甄審」方式，並為機關辦理「甄審」的主要依據；而事後據以簽訂之投資契約為公法契約或私法契約，至今仍未有定論。因此，與「甄審」程序有關招標（商）文件及投資契約之屬性等，爰一併探究之。

¹ 詹鎮榮，競爭者「無歧視程序形成請求權」之保障－評最高行政法院九十五年度判字第一二三九號判決，月旦法學雜誌，138期，2006年11月，頁43。（另收錄於：同著者，公私協力與行政合作法）。

² 陳愛娥，促進民間參與公共建設事件中的行為形式與權力劃分－評臺北高等行政法院九十四年度訴字第七五二號判決、九十四年度停字第一二二號裁定，月旦法學雜誌，134期，2006年7月，頁10。

³ 詹鎮榮，同註1，頁43。

⁴ 陳愛娥，同註2，頁18。

第一項 甄審程序概說

第一款 評選委員會—採購法

採購法第 52 條第 1 項規定，決標方式有 3 種：第 1 種為「最低標」；第 2 種為「最有利標」；第 3 種為「複數決標」。所謂「最低標」指以提出標價最低的廠商為得標廠商的決標方式；所謂「最有利標」係以供應商本身的各項優劣條件或其所提出各種承諾，以決定得標廠商的情形；所謂「複數決標」係將某一次的採購案，就細部的項目，分別決標給不同的廠商，使採購機關所購得的財物或勞務或工程，係屬於最廉價或最優良者⁵。機關辦理採購原則上以「最低標」為優先考量的決標方式⁶，於不宜採最低標決標時，「經上級主管機關核准」，得採「最有利標」決標方式⁷。

於其他法令對於「民參案件」之「甄選投資廠商之程序」未有規定下，依採購法第 99 條規定，即適用該法有關「甄選投資廠商」之規定。其決標方式係參採同法第 52 條第 1 項體例，規範「民參案件」之決標原則⁸，依同法施行細則第 109 條第 1 項規定，其方式有四：一、訂有底價者，在底價以上之最高標廠商。二、未訂底價者，標價合理之最高標廠商。三、以最有利標決標者，經機關首長或評選委員會過半數之決定所評定之最有利標廠商。四、採用複數決標者，合於最高標或最有利標之競標精神者。

綜上，依採購法規定應經評選者有：決標方式採「最有利標」或依採購法第 99 條規定辦理甄選並採「最有利標」者，「招標前」即應成立評選會。換言之，決標方式採「最有利標」或依採購法第 22 條第 1 項第 9 款或第 10 款規定評選優勝者，依「採購評選委員會組織準則」（下稱「採購評選會組織準則」）第 2 條規定⁹，即應於「招標前」就各該採購案成立採購評選委員會

⁵ 羅昌發，政府採購法與政府採購協定論析，元照公司 2008 年 11 月，頁 265。

⁶ 羅昌發，同前註，頁 279。

⁷ 採購法第 52 條第 2 項規定及第 56 條第 3 項規定。

⁸ 採購法施行細則第 109 條立法說明參照。

⁹ 「採購評選會組織準則」第 2 條規定：「機關為辦理下列事項，應就各該採購案成立採購評選

(下稱「採購評選會」)。

第二款 甄審委員會—獎參條例

獎參條例有關民間機構參與交通建設之申請與審核程序，主要規定於條例第 4 章第 35 條至第 39 條。民間參與交通建設之模式，有 4 種（本文第三章、第三節、第三項、第二款、第一目）。

獎參條例第 35 條規定：「(第 1 項)依第 6 條第 1 款或第 2 款方式由民間機構投資興建、營運之交通建設，主管機關應將該建設之興建、營運規劃內容及投資者之資格條件等相關事項，公告徵求民間參與。(第 2 項)投資興建、營運交通建設之申請人，應於公告期限屆滿前，向主管機關申購相關規劃資料。」即依條例第 6 條第 1 款（即 BOT 模式）或第 2 款（即 OT 模式）所定方式，准許由民間機構投資興建、營運之交通建設，主管機關應將該建設之興建、營運規劃內容及投資者之資格條件等相關事項，公告徵求民間參與。

申請人應於主管機關公告所定期限屆滿前備妥資格文件、土地使用計畫、興設計畫、營運計畫、財務計畫及其他公告規定資料，向主管機關提出申請¹⁰。由甄審委員會（下稱「獎參甄審會」）於「評審時程」內，就申請人之興建或營運能力、公司組織健全性、財務計畫可行性、附屬事業之收入、權利金支付額度及要求政府投資或補貼等事項，依公平公正之原則，擇優評審出最優申請案件之申請人¹¹。

獎參條例第 6 條第 3 款規定(即 BOO 模式)及第 8 條規定(即 BT 模式)，則未明確規定其甄審方式。惟自獎參條例第 39 條規定，由民間機構申請自行

委員會)：一、本法第二十二條第一項第九款或第十款規定之評選優勝者。二、本法第五十六條規定之評定最有利標或向機關首長建議最有利標。」

¹⁰ 獎參條例第 36 條：「參與興建、營運交通建設之申請人，應於前條公告所定期限屆滿前備妥資格文件、土地使用計畫、興設計畫、營運計畫、財務計畫及其他公告規定資料，向主管機關提出申請。」

¹¹ 獎參條例第 37 條規定：「(第 1 項)主管機關為審核申請案件，應設甄審委員會，就申請人之興建或營運能力、公司組織健全性、財務計畫可行性、附屬事業之收入、權利金支付額度及要求政府投資或補貼等事項，依公平公正之原則，擇優評審之。(第 2 項)前項評審期限，依個案決之，並應通知申請人。(第 3 項)第 1 項甄審委員會之組織及評審辦法，由各級主管機關會同相關主管機關定之。甄審委員應有三分之一以上為專家、學者，甄審過程應公開為之。」

規劃參與交通建設（即 BOO 模式），應擬具土地使用計畫、興建營運計畫、財務計畫及其他法規規定文件，報經「主管機關審核通過」後辦理及同條例第 37 條第 1 項規定：「主管機關為審核申請案件，應設甄審委員會」推知，獎參條例應未有就「政府規劃案件」或「民間自行規劃案件」區分不同審核程序之意。因而，獎參條例所定 BOO 參與方式，本文認為仍應經「獎參甄審會」審核為是。

至於 BT 方式，既係採分期付款之方式，如屬工程完工後再由政府購入者，概念上應屬採購法所定「財物採購」¹²；如非屬完工後再行購入者，應歸類為「工程採購」。獎參條例對 BT 方式之甄審方式，既未有特別規定，自應有採購法之適用¹³。

依獎參條例第 37 條規定，主管機關為審核申請案件，應設「甄審會」（下稱「獎參甄審會」）。如上所述，因 BT 係屬採購法之規範範圍，此處所稱申請案件，即應指獎參條例所定之 BOT 案件、OT 案件及 BOO 案件。

獎參條例第 37 條第 3 項規定，「獎參甄審會」組織及評審辦法係授權由各級主管機關會同相關主管機關定之。交通部除依上開授權於 84 年 7 月 15 日訂定「交通部民間投資交通建設案件甄審委員會組織及評審辦法」（下稱「交通部交通建設評審辦法」）外，並於 87 年 8 月 19 日以交路 87 字第 006475 號函頒「交通部暨所屬各機關辦理民間參與交通建設作業實施要點」（下稱「交通部民間參與交通建設作業實施要點」）作為補充規範。然此一補充規範，僅以「BOT 方式」辦理之「鐵路、公路及大眾捷運系統」之「重大交通建設」計畫為規範對象¹⁴。

¹² 羅昌發，同註 5，頁 71。

¹³ 促參法第 8 條立法說明四，亦以「以 BT 方式興辦公共建設，主要為遞延付款之投資方式，係屬政府採購行為，不列入本法」，立法院公報，89 卷 9 期，頁 190。然應於注意者，係獎參條例係於 83 年 12 月 5 日公布，而採購法係於 87 年 5 月 27 日公布。因而，於採購法公布前 BT 模式甄選廠商之程序，似應依「機關營繕工程及購置定製變賣財物稽察條例」等規定辦理。

¹⁴ 「交通部民間參與交通建設作業實施要點」第 2 點規定：「交通部暨所屬各機關，以民間機構參與投資興建及營運，而於許可經營期限屆滿時，將其營運資產移轉予本部之方式（Build-Operate-Transfer, BOT），辦理鐵路、公路及大眾捷運系統之重大交通建設計畫時，除

第三款 甄審或審核委員會—促參法

促參法就「民參案件」區分為「政府規劃」(同法第 42 條)與「民間自行申請」(同法第 46 條)二種案件類型。前者,指主辦機關規劃之案件(即政府規劃案件),並依「民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法」(下稱「促參甄審辦法」)辦理「審核」或「評審」;後者,係由民間申請人依同法第 46 條規定自行提出之申請案件¹⁵(下稱「民間自行規劃案件」),並依主管機關(現為財政部)訂頒「主辦機關審核民間自行規劃申請參與公共建設案件注意事項」(下稱「主辦機關審核自規案件注意事項」)規定辦理「審核」。

促參法依第 44 條第 1 項規定:「主辦機關為『審核』申請案件,應設甄審委員會…依公平、公正原則,於『評審』期限內,擇優評定之」及第 46 條第 3 項規定:「…自行規劃申請參與公共建設,經主辦機關『審核』通過後…」之文義而論,主辦機關為審核申請案件應設「促參甄審會」辦理審核或評審,其未就第 46 條所定「民間自行規劃案件」明文排除同法第 44 條規定之適用。立法者立法之初,似未有就此兩種類型案件,適用不同程序辦理審核之意¹⁶。目前區分為兩種甄審(評審及審核)方式,係行政實務上運用結果所使然,先予敘明。

第二項 甄審組織與運作

第一款 甄審組織成立與解散

原則上,採購法規定「採購評選會」應於「招標前」成立。但有前例或條件簡單者,得由機關自行訂定或審定招標文件者,免於招標前成立,但最

法令另有規定外,應依本要點辦理。」

¹⁵ 學者認為此制度有將公共建設之規劃高權轉讓於民間之情,而有違公權力不得轉讓原則,並且主張此種例外,必須有更高密度及程序進行細微專業性審查,以避免炒作。林明鏞,促進民間參與公共建設法制與檢討—從地方自治團體有效管制觀點出發,月旦法學雜誌,234 期,2014 年 11 月,頁 52-53。

¹⁶ 學者認「促參法第 44 條之主辦機關公告徵求民間參與案件,以及同法第 46 條之民間自行規劃案件,均須由「甄審委員會」(需有 1/2 以上之外部專家學者組成)為案件之審核…」林明鏞,同前註,頁 53。另有謂「主辦機關審核自規案件注意事項」之若干規定,如要求申請人與其他投資人公開競爭,屬增加母法(第 46 條)所無之規定,已逾越母法之規定。洪國欽,促進民間參與公共建設法逐條釋義,元照出版社,2008 年 1 月,頁 298-299。

遲應於開標前成立，完成評選事宜且無待處理事項後解散¹⁷，故「採購評選會」係按個案(僅針對 1 案辦理評選)組成之。

依獎參條例辦理「民參案件」依照「交通部交通建設評審辦法」第 7 條規定，主辦機關辦理民間參與交通建設 BOT 案件或 OT 案件，公告徵求民間參與前，應擬定評定最優申請案件之「評決方法」及「評審時程」送甄審會審議，經審議通過後，由主辦機關併同公告。可見「獎參甄審會」應於「公告徵求民間參與前」成立¹⁸。甄審會於交通建設案件之申請人完成興建、營運契約及融資契約之簽訂後裁撤，故「獎參甄審會」亦係按個案¹⁹（僅針對 1 案辦理甄審）組成之。

就促參法部分，「政府規劃案件」依促參法第 44 條第 2 項規定，「甄審標準」應於公告徵求民間參與時一併公告，而「甄審標準」與「甄審項目」之訂定，屬「促參甄審會」任務之一，故應於「公告徵求民間參與前」成立，並於完成甄審事宜且無待處理事項後解散。「促參甄審辦法」第 2 條第 2 項規定，亦係按個案（僅針對 1 案辦理甄審）組成²⁰。另「民間自行規劃案件」（促參法第 46 條）依是否需主辦機關提供或協助取得政府土地、設施，進一步分為「自行備具土地案件²¹」及「使用政府土地設施案件²²」兩種類型，並依其類型定有不同之審核程序。前者採一階段審核；後者採兩階段審核（初步審

¹⁷ 「採購評選會組織準則」第 3 條規定：「(第 1 項) 本委員會應於招標前成立，並於完成評選事宜且無待處理事項後解散，其任務如下：一、訂定或審定招標文件之評選項目、評審標準及評定方式。二、辦理廠商評選。三、協助機關解釋與評審標準、評選過程或評選結果有關之事項。(第 2 項) 前項第一款之評選項目、評審標準及評定方式有前例或條件簡單者，得由機關自行訂定或審定，免於招標前成立本委員會為之。但本委員會仍應於開標前成立。」

¹⁸ 潘欣榮，BOT 建設下公開招標法律問題之探討（上）－以獎參條例為中心，月旦法學雜誌，36 期，1998 年 5 月，頁 109。

¹⁹ 「交通部交通建設評審辦法」第 2 條規定：「交通部為審核依本條例參與興建、營運交通建設之申請案件，應依個案設置或授權主辦機關設置甄審委員會。」

²⁰ 陳耀祥，論促進民間參與公共建設法中甄審階段之法律關係與救濟，世新法學，4 卷 2 號，2011 年 6 月，頁 15。

²¹ 「主辦機關審核自規案件注意事項」第 4 點第 1 款規定：「民間自行備具土地案件：指民間自行規劃案件所需土地，民間申請人可自行取得公、私有土地之所有權或使用權，不需主辦機關依促參法之相關規定提供或協助取得者。」

²² 「主辦機關審核自規案件注意事項」第 4 點第 2 款規定：「政府提供土地、設施案件：指民間自行規劃案件所需土地、設施，需主辦機關依促參法之相關規定提供或協助取得者。」

核及再審核程序)。(作業流程圖參見圖 4-1 及圖 4-2)

綜上，就成立時點而言，除促參法之「民間自行規劃案件」，其中有關「自行備具土地案件」之審核及「使用政府土地設施案件」之初步審核，應視申請案件權責上是否屬主辦機關所能自行決定，決定是否成立「審核委員會」²³外，其餘不論係依採購法或獎參條例及促參法辦理「甄審」，均要求成立「甄審」組織（「採購評選會」或「獎參甄審會」或「促參甄審會」），且應於「公告徵求民間參與前」（或招標前）成立。各該「甄審」組織之解散，係於完成「甄審」事項後解散。

第二款 甄審會委員遴選及組成人數

依「採購評選會組織準則」第 4 條規定，「採購評選會」置委員「5 人至 17 人」，就具有與採購案相關專門知識之人員派兼或聘兼之，其中「外聘」專家、學者人數不得少於「1/3」。外聘專家、學者，由主管機關建立之建議名單中，列出遴選名單，簽報「機關首長或其授權人員」核定。簽報及核定，均不受建議名單之限制。即並未強制「採購評選會」委員，均應自建議名單中遴選。「採購評選會組織準則」第 4 條之 1²⁴定有委員「遴選禁止事項」、第 5 條²⁵則定有「消極資格」限制。

「獎參甄審會」置委員「11 人至 19 人」，由「交通部部長或部長授權」之主辦機關首長就交通部及所屬或相關機關業務主管、高級職員以及專家、學者聘兼之；其中應有「1/3」以上為專家、學者²⁶。「獎參甄審會」置召集

²³ 換言之，申請案件非主辦機關所能自行決定者，主辦機關「應」邀請相關機關或專家、學者組成「審核委員會」共同審核；如主辦機關依權責能自行決定者，得逕行審核。洪國欽，同註 16，頁 272、276。

²⁴ 「採購評選會組織準則」第 4 條之 1 規定：「機關遴選本委員會委員，不得有下列情形：一、接受請託或關說。二、接受舉薦自己為委員者。三、為特定廠商利益而為遴選。四、遴選不具有與採購案相關專門知識者。五、明知操守不正而仍為遴選。六、其他經主管機關認定者。」

²⁵ 「採購評選會組織準則」第 5 條規定：「有下列各款情形之一者，不得遴選為本委員會委員：一、犯貪污或瀆職之罪，經判刑確定者。二、褫奪公權尚未復權者。三、受破產宣告確定尚未復權者。四、專門職業人員已受停止執行業務或撤銷執業執照之處分者。」

²⁶ 「交通部交通建設評審辦法」第 3 條規定：「(第 1 項) 甄審委員會置委員 11 至 19 人，由本部部長或部長授權之主辦機關首長就本部及所屬或相關機關業務主管、高級職員以及專家、學者聘兼之。其中專家、學者應佔三分之一以上。甄審委員甄審時，如有具體事實，足認其

人 1 人，由交通部部長或其授權之主辦機關首長或由甄審委員互推擔任²⁷，並「未」有「遴選禁止事項」及「消極資格」限制規定。「獎參甄審會」採個案設置，並設有執行秘書 1 人，「獎參甄審會」行政及幕僚工作，則由該建設案件之主辦機關辦理²⁸。

就促參法部分，為辦理「政府規劃案件」之甄審，「促參甄審會」置委員「7 人至 17 人」，由主辦機關就具有與申請案件相關專業知識或經驗之人員派（聘）兼之，其中「外聘」專家、學者²⁹人數不得少於「1/2」。外聘專家、學者，應自主管機關建立並公開於資訊網路之建議名單中遴選後，簽報機關首長或其授權人員核定。未能自該名單覓得適當人選者，應敘明理由，另行遴選後簽報機關首長或其授權人員核定³⁰。「促參甄審辦法」第 4 條之 1 亦定有「遴選禁止事項」，而就委員之「消極資格」部分，則未有規定。

至於「民間自行規劃案件」部分，因「主辦機關審核自規案件注意事項」第 8 點第 3 項規定（關於「使用政府土地設施案件」所作規定），「審核委員會」組成及運作、次優申請人之遞補，準用促參法第 44 條、第 45 條規定³¹。

執行職務有偏頗之虞，應遵守利益迴避原則，自行迴避。（第 2 項）甄審委員會置召集人一人，為當然委員，綜理會務，由部長或部長授權之主辦機關首長兼任，或由甄審委員互推擔任；置副召集人一人，襄助處理會務，由召集人就委員中指定，或由甄審委員互推之。（第 3 項）甄審委員會組成後，委員有出缺時，依第一項程序遞補之。」及獎參條例第 37 條第 3 項後段規定，見註 11。

²⁷ 「交通部交通建設評審辦法」第 3 條第 2 項規定，見前註。

²⁸ 「交通部交通建設評審辦法」第 2 條規定：「交通部為審核依本條例參與興建、營運交通建設之申請案件，應依個案設置或授權主辦機關設置甄審委員會。」第 4 條第 1 項規定：「甄審委員會置執行秘書 1 人，由召集人指派，承召集人之命負責相關工作之推動。甄審委員會之行政及幕僚工作由該建設案件之主辦機關辦理。」

²⁹ 「促參甄審辦法」第 5 條規定：「第四條所稱外聘專家、學者之認定為：一、主辦機關自行辦理者，指主辦機關本機關以外人員。二、主辦機關依本法第五條第二項授權所屬機關（構）為執行機關者，指主辦機關本機關以外人員、被授權機關（構）及其所屬機關（構）以外人員。三、主辦機關依本法第五條第三項委託其他政府機關為執行機關者，指主辦機關本機關以外人員、受委託機關及其所屬機關（構）以外人員、公共建設之管理機關以外人員。」

³⁰ 「促參甄審辦法」第 4 條規定：「（第 1 項）甄審會置委員七人至十七人，由主辦機關就具有與申請案件相關專業知識或經驗之人員派（聘）兼之，其中外聘專家、學者人數不得少於二分之一。（第 2 項）前項人員為無給職。（第 3 項）第一項外聘專家、學者，由主辦機關承辦單位參考主管機關所建立之建議名單，列出遴選名單，簽報機關首長或其授權人員核定。簽報及核定，均不受建議名單之限制。（第 4 項）前項建議名單，由主管機關公開於資訊網路。（第 5 項）第三項擬外聘之專家、學者，應經其同意後，由主辦機關聘兼之。」

³¹ 核其準用之真意，應僅指審核委員會之組成及運作，準用促參法第 44 條第 3 項有關甄審會之組成，應有 1/2 以上專家、學者，且甄審程序之運作應公開、採多數決，由委員總額 2/3 以上

第三款 甄審會議召開與表決

「採購評選會」會議，應有委員總額 1/2 以上出席，其決議應經出席委員過半數之同意行之。出席委員中之外聘專家、學者人數應至少 2 人且不得少於出席人數之 1/3。

「獎參甄審會」會議，不論獎參條例授權訂定之「交通部交通建設評審辦法」³²或交通部訂頒「交通部民間參與交通建設作業實施要點」³³規定，須有委員 2/3 以上之出席始得開議，出席委員過半數之同意始得決議，採絕對多數決議制，並設定最低出席比率³⁴。出席人數中未就專家學者人數進一步規定。

就促參法部分，「政府規劃案件」（同法第 42 條）依「促參甄審辦法」第 8 條規定，「促參甄審會」會議應有委員總額 1/2 以上，且至少 5 人以上之出席，始得開會；其決議以出席委員過半數之同意行之。甄審案件屬同法第 3 條第 2 項所稱「重大公共建設」者，出席委員不得少於 7 人。上開甄審會議之出席委員，其中外聘專家、學者人數，亦不得少於出席委員人數之 1/2。換言之，「促參甄審會」會議之召開，須達最低出席人數及最低比例之要求，且出席會議之外聘專家、學者人數，亦須達出席委員人數之 1/2。至於「民間自行規劃案件」之「使用政府土地設施案件」其「審核委員會」亦準用之。

第四款 甄審會之任務

「採購評選會」任務如下：一、訂定或審定³⁵招標文件之評選項目、評審標準及評定方式。二、辦理廠商評選。三、協助機關解釋與評審標準、評選

出席，出席委員過半數之同意方能通過決議。洪國欽，同註 16，頁 269-270。

³² 「交通部交通建設評審辦法」第 6 條第 2 項規定：「甄審委員會須有委員 2/3 以上之出席始得開議，須有出席委員過半數之同意始得決議。」

³³ 「交通部民間參與交通建設作業實施要點」第 19 點第 3 項規定：「甄審委員會須有委員 2/3 以上之出席始得開議，須有出席委員過半數之同意始得決議。」

³⁴ 潘欣榮，同註 18。

³⁵ 其中「訂定」指由評選會自行擬訂，並經決議通過；「審定」指由機關人員組成之工作小組事先擬訂，經評選會審查通過。行政院公共工程委員會 89 年 9 月 1 日(89)工程企字第 89024188 號函參照。

過程或評選結果有關之事項。如案件有前例或條件簡單者，評選項目、評審標準及評定方式，得由機關自行訂定或審定。

「獎參甄審會」任務如下：一、審議主辦機關所擬評定最優申請案件之評決方法及評審時程、以決議變更公告後之評決方法及評審時程³⁶。二、就申請案件之資格文件及公告所規定，需檢附之資料作形式審查³⁷。三、依公告之評決方法，就申請人之興建或營運能力、公司組織健全性、財務計畫可行性、附屬事業之收入、權利金支付額度及要求政府投資或補貼等事項，依公平、公正原則，擇優評審最優案件申請人³⁸。四、選出最優案件申請人後，是否延展簽約期限或同意次優申請案件之申請人遞承，或另行公告重新徵求投資人，亦由甄審會決定³⁹。

促參法關於「政府規劃案件」其甄審會任務，依「促參甄審辦法」第 3 條規定「促參甄審會」任務如下：一、訂定或審定申請案件之甄審項目、甄審標準及評定方式。二、辦理申請案件之綜合評審。三、辦理依促參法第 29 條第 1 項規定⁴⁰應由甄審委員會評定之事項。四、協助主辦機關解釋與甄審項目、甄審標準及評定結果有關之事項。

第五款 工作小組及其任務

依「採購評選會組織準則」第 8 條規定，機關「應」於「採購評選會」成立時，一併成立 3 人以上之工作小組，協助「採購評選會」辦理與評選有

³⁶ 「交通部交通建設評審辦法」第 7 條規定。顯見，「評決方法」及「評審時程」係由主辦機關擬定後由甄審會審議之。

³⁷ 「交通部交通建設評審辦法」第 8 條規定：「甄審委員會收受申請案件後，應就資格文件及公告所規定需檢附之資料作形式審查，其有缺件者應通知限期補件，逾期不受理。」

³⁸ 「交通部交通建設評審辦法」第 9 條規定：「經完成形式審查案件，應由甄審委員會依第七條所決定之評決方法進行審查。」及獎參條例第 37 條第 1 項規定，見註 11。

³⁹ 「交通部交通建設評審辦法」第 11 條規定：「經評定為最優申請案件之申請人，未能依本條例第 38 條規定按評定規定時間籌辦並與主辦機關完成興建、營運之簽約手續時，是否延展簽約期限或同意次優申請案件之申請人遞承，或另行公告重新徵求投資人，應由甄審委員會決定之。」

⁴⁰ 促參法第 29 條第 1 項規定：「公共建設經甄審委員會評定其投資依本法其他獎勵仍未具完全自償能力者，得就其非自償部分，由主辦機關補貼其所需貸款利息或投資其建設之一部。」即「民參案件」如經「甄審會」評定該其投資依本法其他獎勵未具完全自償能力者，得由主辦機關就非自償部分，補貼其所需貸款利息或投資其建設之一部。

關之作業，其成員由機關首長或其授權人員指定機關人員或專業人士擔任，且至少應有 1 人具有採購專業人員資格。依「採購評選會審議規則」第 3 條規定，工作小組應依據評選項目或「採購評選會」指定之項目，就受評廠商資料「擬具初審意見」，連同廠商資料送「採購評選會」供評選參考。

依「交通部交通建設評審辦法」第 4 條第 2 項規定，於「獎參甄審會」要求設置工作小組時，方成立工作小組。主要以協助辦理甄審作業為其任務。工作小組之召集人，係由機關首長或其指定者擔任⁴¹；工作小組之人數，則未有明文。「交通部民間參與交通建設作業實施要點」對於工作小組協助辦理之事項，有較為明確之規定，包括依各階段甄審需要研提工作計畫，交「獎參甄審會」核定後執行及依工作計畫辦理協商作業與入圍申請人進行「協商」⁴²及綜合評審時「提交工作報告及評比結果」⁴³。對工作小組所提之工作報告或評比結果甄審委員會得予接受或退回；其接受或退回，應附記理由⁴⁴。

促參法就「政府規劃案件」部分，為協助「促參甄審會」辦理甄審，「促參甄審辦法」第 13 條第 1 項規定，於甄審會成立時，「應」一併成立工作小組，以協助甄審會辦理與甄審有關之作業⁴⁵。工作小組至少 3 人，由機關首長或其授權人員指定機關人員或專業人士擔任。工作小組主要任務有二：(一)「審查」申請案件資料，並「擬具初審意見」。(二)經甄審委員會授權後，與申請人進行「協商」⁴⁶。至於「民間自行規劃案件」之「使用政府土地設

⁴¹ 「交通部交通建設評審辦法」第 4 條第 2 項規定：「主辦機關得應甄審委員會要求設置工作小組，協助甄審作業。」及「交通部民間參與交通建設作業實施要點」第 20 點第 1 項規定：「主辦機關應甄審委員會之要求成立工作小組時，由該機關首長或指定者擔任召集人……。」

⁴² 「交通部民間參與交通建設作業實施要點」第 20 點第 2 項及第 3 項規定：「(第 2 項) 工作小組應依第二十一點各階段甄審需要研提工作計畫，經甄審委員會核定後據以協助辦理甄審作業。(第 3 項) 工作小組依前項工作計畫辦理協商作業時，由主辦機關首長自工作小組成員中指定人員辦理，並得指定主談人，與入圍申請人進行協商。」

⁴³ 「交通部民間參與交通建設作業實施要點」第 26 點第 1 款規定：「甄審委員會進行綜合評審時，其程序應包括：(一) 工作小組依據入圍申請人重新遞送修改之投資計畫書、主要融資機構對該投資計畫書之評估意見、及融資委託接受函之條件等，向甄審委員會提出工作報告及評比結果……。」

⁴⁴ 「交通部民間參與交通建設作業實施要點」第 20 點第 4 項規定：「甄審委員會對工作小組所提之工作報告或評比結果得予接受或退回；其接受或退回，應附記理由。」

⁴⁵ 古嘉諄、李元德、黃俊凱、陳俐宇主編，促參法 Q&A，元照出版社，2009 年 7 月，頁 41。

⁴⁶ 古嘉諄、李元德、黃俊凱、陳俐宇主編，同前註，頁 42-43。

施案件」其「審核委員會」亦準用之。

第六款 甄審項目及方式

依最有利標評選辦法第 5 條規定，得列入評選項目有：技術、品質、功能、管理、商業條款、過去履約績效、財務計畫及其他與採購之功能或效益相關之事項。同辦法第 6 條規定擇定原則為：與採購目的有關、與決定最利標之目的有關、可據以分辨廠商差異、應明確合理及可行、子項目不重複。即採購法對於最有利標決標評選項目與子項及擇定原則，均有明確之規定。最有利標之評定方式，依最有利標評選辦法第 11 條規定有：(一)總評分法。(二)評分單價法。(三)序位法。(四)其他經主管機關認定之方式。依採購法辦理之「民參案件」而言，自有其適用。另採購法施行細則第 109 條，除提供「最有利標」之決標方式外，尚有最高標決標等 3 種決標方式可資運用。

依獎參條例辦理「民參案件」而言，其評決項目應如何擇定，獎參條例並未明確規定。然依獎參條例第 37 條第 2 項規定，至少應可推知，包括申請人之興建或營運能力、公司組織健全性、財務計畫可行性、附屬事業之收入、權利金支付額度及要求政府投資或補貼等有關事項。另獎參條例施行細則第 19 條第 1 項規定，主辦機關得視交通建設計畫之性質，備具民間投資資訊，供民間投資人索閱，並參酌民間機構建議事項擬定公告內容。至於「評決方法」獎參條例第 37 條第 1 項僅規定由「獎參甄審會」依公告之評決方法，本公平公正之原則「擇優辦理」評審。換言之，獎參條例僅要求「評決方法」應於徵求公告中載明，而具體評決方法所應具備之內涵為何，並無明文。然有謂獎參條例既規定採「擇優辦理」，其評決方法即採所謂的「最有利標」⁴⁷。

依促參法辦理「民參案件」，關於「政府規劃案件」具體甄審項目為何或那些項目應納為甄審項目？促參法未有明確規定。依主管機關編印之「民間

⁴⁷ 邱聰勳，民間參與公共建設法律問題之研究－以 BOT 模式為例，國防管理學院法律學研究所碩士論文，1998 年 5 月，頁 93。潘欣榮，同註 18，頁 111。

參與公共建設甄審作業參考手冊」民間參與公共建設計畫綜合評審階段之甄審項目，大致以「公司籌組計畫及組織架構」、「土地使用計畫」、「興建計畫」、「營運計畫」、「財務計畫」等五個主要面向，由「促參甄審會」按不同之計畫案性質，依上開參考手冊研擬甄審項目內容，並依促參法第 42 條規定載明於徵求民間參與公告中⁴⁸。另主辦機關作成之可行性評估及先期規劃，依「機關辦理促進民間參與公共建設案件作業注意事項」(下稱「促參案件作業注意事項」)第 13 點第 3 項規定及第 14 點第 7 項規定，除應邀請適合領域人士參與審查外，並應於公告徵求民間參與前適時將規劃報告公開於主辦機關網站，以利各界表示意見，而廣納公意，完善規劃方案內容⁴⁹。

另「民間自行規劃案件」中屬「自行備具土地案件」者，依「主辦機關審核自規案件注意事項」第 5 點第 3 款規定，主辦機關應先就民間申請人所提計畫是否符合主辦機關政策需求、有無法令禁止事項、所附文件是否符合相關規定、政府可得協助或配合事項、整體計畫之可行性，予以審核。至於是否組成審核委員會？如上所述，應視案件性質上，主辦機關得否自行決定而定；屬「使用政府土地設施案件」者，其甄審項目及方式，則依其為「初

⁴⁸ 其具體之內容，如：一、「公司籌組計畫及組織架構」可能之內容包括：1.民間機構主要股東背景、商譽、財務與經營狀況。2.主要股東或協力廠商對計畫案過去之相關興建與營運業績。3.工程興建與營運之管理組織架構及經理人相關經驗。4.民間機構可為申請人本身或由共同申請人所組成之新公司。二、「土地使用計畫」可能之內容包括：1.土地使用之目的。2.土地使用之範圍戶。3.土地使用之種類。4.土地使用之強度。5.分年分期開發計畫。6.土地取得方式及可行性評估。7.建物拆遷。8.其他事宜(如要求政府協助及配合事項)。三、「興建計畫」可能之內容包括：1.案件符合招商文件之基本功能需求及它各類技術規範。2.開工前之籌辦計畫。3.工程施作計畫。4.成本與進度之控制。5.品保、安全與衛生計畫。6.環保措施。7.相關工程介面、協調事宜。8.工程經費估算之確實性。9.其他事宜(如要求政府協助及配合事項)。四、「營運計畫」可能之內容包括：1.提供之服務水準與品質。2.預估運量與營收確實性。3.經營理念與行銷計畫。4.維修計畫。5.資產汰換、擴建規模與時程。6.安全、保安全管理與應變計畫。7.內部監控與稽核。8.營運費率標準與調整機制。9.資產移轉計畫。10.附屬事業開發之可行性。11.其他事宜(如要求政府協助及配合事項)。五、「財務計畫」可能之內容包括：1.相關營收與成本估算之確實性。2.相關財務分析假設數據之合理性。3.自償能力分析、財務效益分析、償債計畫與資金籌措計畫。4.權利金支付計畫。5.要求政府投資、利息補貼時程與額度。6.風險管理與分擔。7.保險計畫。8.金融機構評估意見。9.公共建設整體財務(即本業與附屬事業)、公共建設本業及附屬事業其三者之財務收支及現金流量之劃分。10.預計財務報表編制之完整性。11.其他事宜(如要求政府協助及配合事項)。參見民間參與公共建設甄審作業參考手冊，行政院公共工程委員會編印，2001 年 11 月，頁 4-10—4-11。

⁴⁹ 古嘉諄、李元德、黃俊凱、陳俐宇主編，同註 45，頁 13。

步審核」程序或「再審核」程序而定：

- 五、初步審核程序：係由主辦機關就民間申請人提出之規劃構想書，併同其他民間申請人就「不同公共建設種類」之自行規劃構想書進行初步審核。於民間申請人提出規劃構想書予主辦機關後，主辦機關應於 1 周內將此規劃構想書之案名、簡要內容、使用政府土地、設施等資訊，公開於主管機關之民間參與公共建設投資資訊及主辦機關之資訊網路中。於規劃構想書公開後 15 日內，有其他民間申請人就同一政府土地、設施提出「不同公共建設種類」之自行規劃構想書者，主辦機關於初步審核時應併同審核，最後擇定一家進行再審核。主辦機關得邀請相關機關或專家、學者組成審核委員會，共同初步審核。此階段是否成立審核委員會，亦視案件依權責得否自行決定而定⁵⁰。主辦機關應就民間申請人之規劃構想書，是否符合主辦機關政策需求、民間使用政府土地或設施之效益、需政府協助事項、有無法令禁止事項、民間申請人是否同意後續規劃內容公開等事項，進行初步審核。
- 六、「再審核」程序：實際上又區分為 3 個階段。即對民間申請人之再審核、公開徵求時對其他民間投資人之再審核及最優申請人之評選等 3 階段⁵¹。主辦機關進行再審核作業，應邀請相關機關或專家、學者組成審核委員會進行再審核。此階段審核委員會之「組成及運作」、「次優申請人之遞補」，依「主辦機關審核自規案件注意事項」第 8 點第 3 項規定，準用促參法第 44 條、第 45 條之規定。因而，審核委員會在「運作」上，應僅準用甄審會之運作規定，如「促參甄審辦法」第 7 條至第 11 條、第 13 條第 1 項、第 15 條、第 26 條及第 27 條規定⁵²。

⁵⁰ 洪國欽，同註 16，頁 276。

⁵¹ 洪國欽，同註 16，頁 276。

⁵² 洪國欽，同註 16，頁 269-270。

第七款 甄審會迴避規定

第一目 「採購評選會」委員迴避規定

「採購評選會」委員如對於案件有利害關係或有偏頗之虞，「採購評選會審議規則」第 14 條規定⁵³，係要求委員「自行辭職」或由機關「解聘」。此諒因評選委員會係就個案組成，迴避制度既係在於要求不得參與該個案之評選，實與辭職或解聘無異。按其規定內容，應具有「自行迴避」(辭職)及「命其迴避」(解聘)之概念在內。就「申請迴避」部分(本條第 4 款)，依其文字文義，作為申請評選委員迴避事由，似不包括以同條第 1 款至第 2 款所列事由。因此，第 4 款文字似應修正為「第 1 款、第 2 款或其他足使受評選之廠商認其有不能公正執行職務之虞…」為宜。

評選委員自「接獲」評選有關資料之時起，如就該採購案參加投標、作為投標廠商之分包廠商或擔任工作成員者，機關應不決標予該廠商⁵⁴。其規範內容，似參照採購法施行細則第 38 條立法說明所揭之防止利益衝突及不公平競爭之情。蓋於接獲評選有關資料時起，如仍參與投標、或作為投標廠商之分包廠商、或擔任工作成員，除有涉及本身之利益衝突外，亦產生評選項目或評選標準訂定之公正性與公平性疑義。因而，此時僅單純透過委員辭職或予以解聘，縱免卻利益衝突之疑義，但仍無從確保競爭之公平性。然其既然涉及排除某廠商作為決標之對象，而屬對於營業自由之限制，本於法律保留原則，似應於採購法中明文規定為妥。

採購法第 15 條⁵⁵針對機關承辦或兼辦採購人員及機關首長，亦定相關迴

⁵³ 「採購評選會審議規則」第 14 條規定：「本委員會委員有下列情形之一者，應即辭職或予以解聘：一、就案件涉及本人、配偶、三親等以內血親或姻親，或同財共居親屬之利益。二、本人或其配偶與受評選之廠商或其負責人間現有或三年內曾有僱傭、委任或代理關係。三、委員認為本人或機關認其有不能公正執行職務之虞。四、有其他情形足使受評選之廠商認其有不能公正執行職務之虞，經受評選之廠商以書面敘明理由，向機關提出，經本委員會作成決定。」

⁵⁴ 「採購評選會審議規則」第 14 條之 1 規定：「本委員會委員自接獲評選有關資料之時起，不得就該採購案參加投標、作為投標廠商之分包廠商或擔任工作成員。其有違反者，機關應不決標予該廠商。」

⁵⁵ 採購法第 15 條規定：「(第 1 項) 機關承辦、監辦採購人員離職後 3 年內不得為本人或代理廠

避規定。其第 1 項係針對離職後機關承辦、監辦採購人員之限制規定；第 2 項係針對機關現職承辦、監辦採購人員對於與採購有關之事項，涉有利害關係時，應行迴避；第 3 項則規定，如未自行迴避者，機關首長應令其迴避；第 4 項則規定，於廠商或其負責人與機關首長間，有同法第 15 條第 2 項所揭之利害關係者，該廠商不得參與該機關之採購。但第 4 項之執行於考量公平競爭或公共利益下，得報請主管機關核定後免除之。

工作小組及協助評選人員之迴避，依「採購評選會組織準則」第 8 條第 4 項規定，準用上開「採購評選會審議規則」第 14 條規定。

第二目 「獎參甄審會」委員迴避規定

「交通部交通建設評審辦法」第 3 條第 1 項後段規定，甄審委員甄審時，如有具體事實，足認其執行職務「有偏頗之虞」，應遵守「利益迴避」原則，自行迴避。即其僅就「獎參甄審會」委員「迴避」為概括規定；至於執行秘書、幕僚人員及工作小組成員，則未有迴避規定。

至「交通部民間參與交通建設作業實施要點」(僅「BOT 方式」辦理之「鐵路、公路及大眾捷運系統」有其適用)規定，則以甄審委員與甄審事項「有利害關係」者，應自行迴避⁵⁶；工作小組之迴避，於同要點第 20 點規定，工作小組成員與甄審事項「有利害關係」者，應自行迴避。即甄審委員及工作小組，均以「有利害關係」，為「自行迴避」之事由；執行秘書及幕僚人員，亦未見迴避規定。

第三目 「促參甄審會」委員迴避規定

「政府規劃案件」部分，如對於案件有利害關係或有偏頗之虞，「促參甄

商向原任職機關接洽處理離職前五年內與職務有關之事務。(第 2 項)機關承辦、監辦採購人員對於與採購有關之事項，涉及本人、配偶、三親等以內血親或姻親，或同財共居親屬之利益時，應行迴避。(第 3 項)機關首長發現承辦、監辦採購人員有前項應行迴避之情事而未依規定迴避者，應令其迴避，並另行指定承辦、監辦人員。(第 4 項)廠商或其負責人與機關首長有第二項之情形者，不得參與該機關之採購。但本項之執行反不利於公平競爭或公共利益時，得報請主管機關核定後免除之。」

⁵⁶ 「交通部民間參與交通建設作業實施要點」第 19 點第 2 項：「甄審委員應親自出席委員會議，本公正客觀立場行使職權；其與甄審事項有利害關係者，應自行迴避。」

審辦法」第 9 條規定⁵⁷應自行迴避。另為使甄審委員公正辦理甄審，「促參甄審辦法」第 10 條並定有甄審委員之行為規範⁵⁸（似屬片面接觸之禁止，甚至更為嚴格）。甄審委員如有應自行迴避事由或違反行為規範之情，依「促參甄審辦法」第 11 條規定，即應主動辭職，未主動辭職者，主辦機關應予以解聘。另甄審會委員自接獲甄審有關資料之時起，不得就該申請案件自行或協助其他申請人提出申請；其有違反者，該申請人不得評定為最優申請人或次優申請案件申請人⁵⁹。工作小組成員之迴避，則依照甄審委員迴避規定辦理⁶⁰。

「民間自行規劃案件」中屬「使用政府土地設施案件」之「審核委員會」運作上既準用甄審會運作規定，則有關委員迴避規定自應在準用之列。然工作小組之迴避，似未見明文。惟工作小組既屬審核委員會之一環，似應類推適用委員迴避之規定。至於「自行備具土地案件」，則完全未有明文。

第八款 協商措施

第一目 採購法規定

依採購法第 56 條第 1 項規定，決標方式採最有利標決標者，於評選結果「無法」依機關首長或評選委員會過半數之「決定」，評定最有利標時，得採行協商措施，再作綜合評選，評定最有利標。換言之，採行協商措施目的在

⁵⁷ 「促參甄審辦法」第 9 條規定：「甄審會委員有下列情形之一，應即迴避：一、就申請案件涉及本人、配偶、三親等以內血親或姻親，或同財共居親屬之利益者。二、本人或其配偶與申請案件之申請人或其負責人間現有或三年內曾有僱傭、委任或代理關係者。三、有其他具體事證，足認其有不能公正執行職務之虞者。」

⁵⁸ 「促參甄審辦法」第 10 條規定：「甄審會委員應依法令規定公正辦理甄審事宜，且不得有下列行為：一、利用甄審關係要求期約或收受賄賂、回扣、餽贈、優惠交易或其他不正利益。二、接受與甄審有關之食、宿、交通、娛樂、旅遊、洽遊或其他類似情形之免費或優惠招待。但主辦機關安排之必要食宿、交通，不在此限。三、洩漏應保守秘密之甄審資訊。四、利用甄審關係營私舞弊。五、利用甄審所獲非公開資訊圖私人不正利益。六、於擔任甄審會委員期間，同時為申請人所僱用或委任。七、利用甄審關係媒介他人至申請人處所任職、升職、調職或為其他人事請託。八、利用甄審關係與申請人有借貸或非經公開交易之投資關係。九、利用甄審關係從事或接受請託或關說。十、從事其他足以影響甄審會委員尊嚴或使一般人認其有不能公正執行甄審事務或活動。」

⁵⁹ 「促參甄審辦法」第 12 條規定：「甄審會委員自接獲甄審有關資料之時起，不得就該申請案件自行或協助其他申請人提出申請；其有違反者，該申請人不得評定為最優申請人或次優申請案件申請人。」然此一涉及申請人營業自由之限制，本於法律保留原則，肆應於促參法規規定為妥。

⁶⁰ 「促參甄審辦法」第 13 條第 4 項規定：「工作小組成員有第 9 條或第 10 條各款情形之一者，應主動辭職，未主動辭職者，主辦機關應予以解職。」

於處理「無法」依照最有利標決標時，透過協商措施賦予投標廠商機會修改投標內容，以利選定最有利或最合適的投標廠商⁶¹。

依最有利標評選辦法第 4 條規定⁶²，採行協商機制者，除法令另有規定，至少應於「招標文件」中載明「得採行協商措施及協商時得更改之項目」等。換言之，除協商措施之採行及協商項目應於「招標文件」中先行載明外，並應載明其決標方式、評選項目及評審標準、評定方式、協商資格等。

至於採行協商措施，應注意之事項，依採購法施行細則第 78 條規定有：

- (一) 列出協商廠商之待協商項目，並指明其優點、缺點、錯誤或疏漏之處。
- (二) 擬具協商程序。
- (三) 參與協商人數之限制。
- (四) 慎選協商場所。
- (五) 執行保密措施。
- (六) 與廠商個別進行協商。
- (七) 不得將協商廠商投標文件內容、優缺點及評分，透露於其他廠商。
- (八) 協商應作成紀錄。

另依採購法第 22 條第 1 項第 9 款、第 10 款評選優勝廠商者，因其評選作業準用同法有關最有利標之評選作業，故得準用政府採購法第 56 條及第 57 條規定，於無法決標時，採行協商措施。

據上，協商時大致應遵守者，保密、告知(先於招標文件中載明一預告)。

第二目 獎參條例規定

獎參條例及「交通部交通建設評審辦法」對於甄審程序是否採行協商機

⁶¹ 羅昌發，同註 5，頁 294。

⁶² 最有利標評選辦法第 4 條規定：「機關採最有利標決標者，除法令另有規定者外，應於招標文件載明下列事項：一、以合於招標文件規定之最有利標為得標廠商。二、評選項目及評審標準。其有子項者，亦應載明。三、評定最有利標之方式。四、投標文件經審查合於招標文件規定者，始得為協商及評選之對象。五、得採行協商措施者，協商時得更改之項目。六、有應予淘汰或不予評比之情形者，其情形。七、投標文件有依評選項目分別標示及編頁之必要者，其情形。八、其他必要事項。」

制，並無明文規定。「協商」一語，僅見於獎參條例施行細則第 16 條但書規定，市區道路、公路、鐵路、其他交通系統或公共設施係新建、改建者，其因共架、共構興建所需之費用，得由雙方「協商」依其單獨興建所需費用之比例分擔之。

然依交通部為規範「以 BOT 方式辦理之鐵路、公路及大眾捷運系統之重大交通建設計畫」所訂頒「交通部民間參與交通建設作業實施要點」第 17 點規定，則要求應於「公告」中載明「可協商事項」⁶³。

另可協商事項外，亦允許由投資申請人於投資計畫書中提出⁶⁴。投資申請人建議之可協商事項，經主辦機關同意後，如已涉及原公告內容之變更者，主辦機關應提請甄審會同意後辦理變更，並應將變更後內容予以公告或同時通知所有投資申請人，其有影響投資計畫書之內容者，應給予投資申請人修正投資計畫書所需之適當準備時間⁶⁵。

協商之進行，係於綜合評選階段由工作小組依工作計畫辦理協商作業，由主辦機關首長自工作小組成員中指定人員辦理，並得指定主談人，與入圍申請人進行協商⁶⁶。

⁶³ 「交通部民間參與交通建設作業實施要點」第 17 點規定：「(第 1 項)第十五點公告內容應載明可協商事項，投資申請人得就該等事項於綜合評選階段提出投資計畫書不同之其他構想，與主辦機關進行協商。(第 2 項)前項之可協商事項應於公告時敘明為可變更事項。(第 3 項)除第一項公告內容所載之可協商事項外，投資申請人亦得於投資計畫書中載明其所建議之可協商事項，及各該事項之基本方案，並表明願就所載事項於綜合評選階段，與主辦機關協商後，重新修改投資計畫書。(第 4 項)前項投資申請人所建議之可協商事項，經主辦機關同意後，如已涉及原公告內容之變更者，應依前點第(二)款至第(四)款之規定辦理。」

⁶⁴ 「交通部民間參與交通建設作業實施要點」第 17 點第 3 項規定，見前註。

⁶⁵ 「交通部民間參與交通建設作業實施要點」第 17 點第 4 項規定，見註 63。第 16 點第 2 款、第 3 款及第 4 款規定：「前點公告之內容涉及重大權益事宜，應敘明其內容可否變更。可變更者，應於公告中載明變更期限及變更程序，其變更程序應依下列規定辦理：…(二)各機關於變更期限後，認為招商公告有變更之必要時，應擬具變更內容及理由，提請甄審委員會同意後，辦理變更。(三)各機關應將變更後內容予以公告或同時通知所有投資申請人。(四)公告內容之變更，其有影響投資計畫書之內容者，各機關應給予投資申請人修正投資計畫書所需之適當準備時間。」

⁶⁶ 「交通部民間參與交通建設作業實施要點」第 20 點規定：「(第 1 項)主辦機關應甄審委員會之要求成立工作小組時，由該機關首長或其指定者擔任召集人，必要時得視交通建設計畫之需要遴聘專業人士及專業顧問參與。工作小組成員與甄審事項有利害關係者，應自行迴避。(第 2 項)工作小組應依第 21 點各階段甄審需要研提工作計畫，經甄審委員會核定後據以協助辦理甄審作業。(第 3 項)工作小組依前項工作計畫辦理協商作業時，由主辦機關首長自工作小組成員中指定人員辦理，並得指定主談人，與入圍申請人進行協商。(第 4 項)甄審委員會對

依「交通部民間參與交通建設作業實施要點」第 25 點規定，協商時應注意下列事項：

- (一) 平等對待各入圍申請人。
- (二) 協商目標應儘量使入圍申請人之投資條件基準一致。
- (三) 協商內容涉及原公告內容之變更者，該變更事項應以書面通知各入圍申請人。
- (四) 參與協商人員均應切結保證於甄審作業結束前，對於協商過程及內容應予保密。
- (五) 協商內容涉及融資者，主要融資機構應對入圍申請人之承諾事項予以確認，必要時並得指派代表參與協商。
- (六) 對於未來特許公司發起人持股比率、自有資金比率及轉投資等，必要時得協商予以限制。
- (七) 有關用地取得、變更及交付之方式、內容、時程及其權利義務等相關事項。
- (八) 各機關對於入圍申請人在協商過程之承諾條件及協商結果，應紀錄留存並納入投資契約。
- (九) 融資契約簽訂時限及屆時未簽訂之罰則。
- (十) 協商結束後，各機關應以書面通知各入圍申請人，按協商時入圍申請人同意修正之投資條件及承諾事項，於合理之準備期間內，重新遞送修改之投資計畫書，及主要融資機構對該投資計畫書之評估意見與融資委託接受函，其中並應敘明提供貸款之前提條件及貸款內容（包括貸款期限、利率、金額、費用及還款方式等），以供甄審委員會進行綜合評選。

據上，協商時應遵守者，大致為公平、保密及通知(先行於公告中載明一

工作小組所提之工作報告時評比結果得予接受或退回；其接受或退回，應附記理由。(第 5 項) 甄審委員會之各項會議紀錄，於甄審作業完成後公開之。」

預告)。

第三目 促參法規定

主要係考量主辦機關在擬定招商文件時，可能某些重要課題無法經由先期規劃或公告前之招商說明會得到釐清，期能透過協商程序加以確定。依評審辦法第 20 條第 1 項規定：「主辦機關得視個案需要，於招商文件中載明綜合評審必要時得進行協商。」即綜合評審「必要時得進行協商」之意旨，應於招商文件中先行載明，主辦機關於辦理綜合評審如認有必要者，方得進行協商⁶⁷。換言之，主辦機關辦理綜合評審認有必要者，即得進行協商；而協商採行與否，則應先於招商文件載明。

綜合評審進行協商者，依「促參甄審辦法」第 21 條規定，協商原則與範圍如下：

- (一) 保密原則：協商之過程及內容均應保密。
- (二) 平等原則：協商時應平等對待各入圍申請人；協商內容涉及原公告內容之可變更者，該可變更事項均應以書面通知各入圍申請人；協商結束後，應予各入圍申請人依據協商結果，重新遞送修改投資計畫書之機會。
- (三) 協商項目：促參法施行細則第 40 條第 2 項第 4 款、第 3 項第 4 款規定及「促參案件作業注意事項」第 25 點第 1 項第 5 款規定，分別要求主辦機關應於公告及招商文件中載明有無協商事項、協商項目及程序，故協商項目係由主辦機關於公告招商時，視需要擇定載明於公告及招商文件，並無特定協商項目之明文。
- (四) 協商注意事項：依「促參甄審辦法」第 22 條規定，協商時甄審會應注意下列事項：1. 列出入圍申請人之待協商項目，並指明其優點、缺點、錯誤或疏漏之處。2. 擬具協商程序。3. 參與協商人數之限制。4. 慎選

⁶⁷ 民間參與公共建設協商機制之擬議成果報告，行政院公共工程委員會編印，2002 年 10 月，頁 13。

協商場所。5. 執行保密措施。6. 與入圍申請人個別進行協商。7. 除招商文件另有規定者外，不得將入圍申請人之申請文件及甄審內容，揭露於其他入圍申請人。8. 協商應作成紀錄。

至於「民間自行規劃案件」部分，主辦機關審核此類案件，必要時，得限期民間申請人提出修正計畫或進行協商。實務上，常見之協商事項，如投資契約草案之擬訂、規劃案公開內容之協商，最低功能與效益需求訂定之協商、優惠方式協商、規劃案智慧財產權對價之協商等⁶⁸。

綜上，協商之採行與否，應先於招標(商)文件或公告中載明(預告)；其應遵循之事項，不外為平等、保密。

第九款 陳述意見

「民間自行規劃案件」依「主辦機關審核自規案件注意事項」第 17 點規定，主辦機關審核民間自行規劃申請參與公共建設案件，應予民間申請人陳述意見之機會外，採購法、獎參條例或其他依促參法辦理之「民參案件」，其甄審程序進行中，則「未」有陳述意見明文。

「主辦機關審核自規案件注意事項」第 17 點規定，主辦機關審核民間自行規劃申請參與公共建設案件，應予民間申請人陳述意見之機會。然「民間自行規劃案件」依其案件類型，可能係採一階段審核程序(「民間自行備具土地案件」)或採二階段(實際上係分為五階段)審核程序(「使用政府土地設施案件」)。因而，有關給予民間申請人陳述意見之機會，於前者似僅須於受理後作出決定前(甚或作出決定後)，給予陳述意見即可；後者則因係採取多階段審核程序，究係各該階段均給予民間申請人陳述意見之機會，或係最終審核結果作成前給予陳述意見，即不無疑義。

第三項 甄審階段劃分

採購法第 42 條規定，機關辦理公開招標或選擇性招標，得就資格、規格

⁶⁸ 洪國欽，同註 16，頁 287。

與價格採取分段開標。據此，於採以上二種招標方式者，即得採取分段開標。

「分段開標」依採購法施行細則第 44 條規定，得採「分段投標分段開標」及「一次投標分段開標」。

獎參條例關於甄審階段劃分，依「交通部交通建設甄審辦法」第 8 條及第 9 條規定，甄審程序分為二階段⁶⁹。由甄審會就申請案件之資格文件及公告所規定需檢附之資料作形式審查⁷⁰，如有缺漏應通知限期補件，逾期不受理；完成資格條件之形式審查後，則依評決方法進行審查（評選）。以「BOT 方式」辦理之「鐵路、公路及大眾捷運系統」之重大交通建設，依「交通部民間參與交通建設作業實施要點」第 21 點規定，得依交通建設計畫之性質，分 3 階段辦理：1、資格預審階段：由甄審會就投資申請人所提資格文件進行審查，選出合格申請人，邀請其提出投資計畫書。2、初步評選階段：由甄審會就合格申請人所提出之投資計畫書、主要融資機構之評估意見，併同前款資格文件，評比擇優選出 3 家以下為入圍申請人。3、綜合評選階段：各機關與入圍申請人就投資契約所涉及之商務條款、融資協議、技術條件及替代方案等事項，經協商確認後，由甄審會就入圍申請人所重新遞送修改之投資計畫書，評選出最優案件申請人，必要時得增選次優申請人。可見，獎參條例甄審民間機構之程序，至少分為 2 階段；對於採「BOT 方式」辦理「鐵路、公路及大眾捷運系統」案件，得採多階段方式辦理評選⁷¹。

促參法關於「政府規劃案件」甄審階段，視民間參與公共建設之性質，分「資格審查」及「綜合評審」二階段：一、資格審查。依據「促參甄審辦

⁶⁹ 現行獎參條例中有關 BOT 建設招標程序之規定，其顯然是採取所謂的「分段標」模式，即先就投標廠商之資格作一限制，剔除不合規定者，保留符合規定者，進入下一階段的審標作業，分別就資格標與評分標這兩方面來考察投標廠商的資格與能力，而決定其是否授與 BOT 建設之特許經營權，並與其簽訂興建營運移轉契約。潘欣榮，同註 18，頁 116-117。

⁷⁰ 此即為所謂的「資格審查」，或稱資格標，主要目的在於確立申請廠商的資格能力與信譽，以確保其得標後能確實履行，降低履約風險。潘欣榮，同註 18，頁 111。

⁷¹ 依行政院研考會研究報告，建議 BOT 案件應採多階段方式辦理。從高速鐵路及國際金融大樓兩案之經驗檢討我國 BOT 制度之設計，行政院研究發展考核委員會編印，2000 年 5 月，頁 180。

法」規定⁷²，資格審查係由「主辦機關」依招商文件規定之資格條件，就申請人提送之文件，進行審查，以選出合格申請人。故資格審查並非是甄審會或工作小組之任務或工作。二、綜合評審。由「促參甄審會」依招商文件規定之甄審項目、甄審標準及評定方式，就資格審查所選出之合格申請人所遞送之投資計畫書及相關文件，選出最優申請人，必要時得增選次優申請人⁷³。如主辦機關於招商文件載明，綜合評審採「分段」或「分組」方式辦理，並得採分段或分組辦理。其採「分段」方式辦理者，由「促參甄審會」就合格申請人所提出之投資計畫書及相關文件，擇優選出 3 家以下為入圍申請人，並就權利金最高、政府負擔最少或其他公共利益因素選出最優申請人，必要時得增選次優申請人；採「分組」方式者，係依「促參甄審會」委員之專長予以分組評審，再彙整辦理綜合評審。

民間參與公共建設之「評決方法」，可概分以「價格」為標準⁷⁴及以「最有利方式」為標準兩大類；常見以最有利方式為標準之評決方法有 4 種，分別為總評分法、序位法、價格加權法及共識決法⁷⁵。

至於「民間自行規劃案件」部分，除「自行備具土地案件」採一階段審核外，「使用政府土地設施案件」原則上區分為初步審核及再審核（再分為三個審核階段）二階段。

⁷² 「促參甄審辦法」第 17 條規定第 1 項規定：「資格審查時，由主辦機關依招商文件規定之資格條件，就申請人提送之文件，進行審查，選出合格申請人。」

⁷³ 「促參甄審辦法」第 18 條規定：「(第 1 項) 綜合評審時，由甄審會依招商文件規定之甄審項目、甄審標準及評定方式，就前條資格審查所選出之合格申請人所遞送之投資計畫書及相關文件，選出最優申請人，必要時得增選次優申請人。(第 2 項) 前項綜合評審，甄審會對申請人所提送之投資計畫書及相關文件有疑義，得通知申請人限期澄清，逾期不澄清者，不予受理。(第 3 項) 甄審會辦理綜合評審，應將財務計畫列為必要之甄審項目，並予以適當權重。」

⁷⁴ 原則上，以價格為標準，適用於商業性較高者。申請人應先通過投資計畫書之審查，包括土地使用計畫書、興建計畫、營運計畫、財務計畫、金融機構融資意願書（含金融機構對投資計畫書之評估意見）及其他法令規定文件，方可進行評決。所謂價格，則包括向民眾收取之收費價格、回饋政府之權利金、及政府所需投資或補貼之經費。參見民間參與公共建設甄審作業參考手冊，行政院公共工程委員會編印，2001 年 11 月，頁 4-15。

⁷⁵ 各項評決方式內容，可參民間參與公共建設甄審作業參考手冊，同前註，頁 4-14。其中，所舉之總評分法、序位法、價格加權法，與採購法所採之總評分法、序位法、評分單價法，概念上尚無不同。

第四項 甄審通知

第一款 甄審程序中之審查通知

採購法第 51 條第 1 項規定，由採購機關依照招標文件所訂定的條件審查投標文件，不得依照招標文件以外的標準或條件，作為審查投標文件的基礎。依同條第 2 項及同法施行細則第 61 條規定⁷⁶，投標文件「審查結果應通知各投標廠商」，對於「不合格」之廠商，並應「敘明原因」，最遲不得逾決標或廢標日 10 日。其通知經廠商請求者，得以書面為之。可見，「投標文件」審查結果之通知，並不以書面為限。所謂依招標文件審查投標文件，即審查上開審查階段中所述之「資格、規格與價格」採取分段開標審查。故「投標文件」審查結果，至少進行兩種通知，即「資格」及「規格與價格」審查結果之通知。

獎參條例對於一般案件「資格文件」審查，係採形式審查，「資格審查」結果是否通知，則未見明文。而以「BOT 方式」辦理之「鐵路、公路及大眾捷運系統」重大交通建設，採行三階段辦理方式時，依「交通部民間參與交通建設作業實施要點」第 22 點第 3 項規定，「資格預審階段」結果「應」通知合格申請人，於合理之準備時間內提送投資計畫書及繳交申請保證金；至於未通過資格預審之申請人，是否通知，則未見明文。

促參法關於「資格審查」之結果，主辦機關應通知申請人，最遲不得逾甄審會選出最優申請人時或評決最優申請人時；對審查「不合格」者，並應「敘明原因」⁷⁷。即「資格審查」不論通過與否，均應通知申請人。

⁷⁶ 採購法第 51 條規定：「(第 1 項) 機關應依招標文件規定之條件，審查廠商投標文件，對其內容有疑義時，得通知投標廠商提出說明。(第 2 項) 前項審查結果應通知投標廠商，對不合格之廠商，並應敘明其原因。」；採購法施行細則第 61 條規定：「(第 1 項) 機關依本法第五十一條第二項規定將審查廠商投標文件之結果通知各該廠商者，應於審查結果完成後儘速通知，最遲不得逾決標或廢標日十日。(第 2 項) 前項通知，經廠商請求者，得以書面為之。」

⁷⁷ 「促參甄審辦法」第 17 條規定：「(第 1 項) 資格審查時，由主辦機關依招商文件規定之資格條件，就申請人提送之文件，進行審查，選出合格申請人。(第 2 項) 申請人提送之資格文件缺漏，但其資格事實確實存在，主辦機關得通知申請人限期補件。(第 3 項) 第一項審查過程，主辦機關如認申請人所提送之相關文件不符程式或有疑義，得依招商文件規定，通知申請人限期補正或提出說明。(第 4 項) 申請人逾主辦機關依前二項通知之期限，而不補件、補正或提出說明者，不予受理。(第 5 項) 第一項資格審查結果，主辦機關應通知申請人，最遲不得逾甄審會選出最優申請人時或評決最優申請人時；對審查不合格者，並應敘明其原因。」

就「民間自行規劃案件」類型，雖屬申請人自行提案，惟不排除主辦機關事先訂有資格條件之情，故亦有資格審查合格與否之問題，自應準用上開規定。

第二款 最終甄審結果通知

採購法第 52 條第 3 規定，決標結果應通知各投標廠商；如屬「公告金額⁷⁸以上」採購之招標，依同法第 61 條規定，除有特殊情形外，應於決標後之一定期間內，將決標結果之公告刊登於政府採購公報，並以「書面」通知「各投標廠商」。所謂「決標後一定期間」依同法施行細則第 84 條第 3 項規定，為自決標日起 30 日。同法施行細則第 85 條規定：「(第 1 項)機關依本法第六十一條規定將決標結果以書面通知各投標廠商者，其通知應記載下列事項：一、有案號者，其案號。二、決標標的之名稱及數量摘要。三、得標廠商名稱。四、決標金額。五、決標日期。(第 2 項)無法決標者，機關應以書面通知各投標廠商無法決標之理由。」機關評定最有利標後，對於合於招標文件規定但未得標之廠商，應通知其最有利標之標價與總評分或序位評比結果及該未得標廠商之總評分或序位評比結果⁷⁹。

獎參條例第 38 條規定，民間機構經主管機關評定為最優申請案件者，應自「接獲通知」之日起，按評定規定時間籌辦，並與主管機關完成興建、營運之簽約手續，依法興建、營運。可知主管機關應將甄審結果通知最優申請案件申請人；至於未獲評選為最優案件之申請人，是否應通知，未見明文。

「民間參與交通建設作業實施要點」第 26 點規定，「獎參 BOT 案件」之評選結果，各機關應按權責報核後公布之。依其文義應係核定後，方得公布評選結果。第 27 點及第 28 點規定，主辦機關尚應與最優申請人議約，於完

⁷⁸ 採購法第 13 條第 3 項規定：「公告金額應低於查核金額，由主管機關參酌國際標準定之。」主管機關行政院公共工程委員會於民國 88 年 4 月 2 日以 (88) 工企字第 8804490 號函公告，公告金額於工程、財物及勞務採購，均為新臺幣 1 百萬元。

⁷⁹ 最有利標評選辦法第 20 條 4 項規定：「機關評定最有利標後，對於合於招標文件規定但未得標之廠商，應通知其最有利標之標價與總評分或序位評比結果及該未得標廠商之總評分或序位評比結果。」

成議約後，將議約結果提報甄審會議決後，報交通部發給最優申請人特許函。就此而言，此類型案件甄審會之任務，尚包括議約結果之議決。此一行政實務上之作法，清楚呈現獎參條例有關重大交通建設採 BOT 方式辦理者，其涉有特許權之核給，應無疑義。核給特許權之通知函，性質上應屬行政處分。倘其後簽定之契約涉及特許權之細節及執行事項，該投資契約是否屬私法契約，不無疑義。由獎參條例行政實務上運作來看，可知甄審結果（最優案件申請人決定）作成後，甄審結果通知本身，未必即存有「授予特許權」之意思在內，仍應視其實際辦理情形而定。

至於依促參法辦理之案件，屬「政府規劃案件」者，依「促參甄審辦法」第 25 條規定：「綜合評審結果應經工作小組簽報主辦機關首長或其授權人員核定，並於核定後 2 週內公開於主管機關資訊網路及以書面通知申請人。」本條規定既係「綜合評審結果」之通知，解釋上所謂「申請人」應指所有進入「綜合評審」之申請人。本條規定為「民間自行規劃案件」中屬「使用政府土地設施案件」所準用。「自行備具土地案件」經審核通過者，主辦機關應將審核通過之條件通知民間申請人；未獲通過者，主辦機關應備具理由，通知民間申請人⁸⁰。

甄審理由記載之要求為何，是否應詳細記載理由？依 97 年度促字第 0970012 號申訴審議判斷書判斷理由略以，本案理由說明故不無簡略之嫌，惟參照司法院第 462 號解釋意旨，應慮及「甄審會之決定屬合議制之決定方式，其共同結論必須足以統合甄審會之決定內涵，且個別委員依其性質應獨立行使職權，則其決定理由之詳盡形成，確有非主辦機關所得強求者。是以，如不能指出，甄審會之決定有違反程序規定、違法或顯然不當之情事，本尚難以理由之疏略相責。」而駁回申訴人之申訴。其後申訴人不服提起行政訴訟，臺中高等行政法院(98 年度訴字第 181 號)判決駁回其訴，申訴人提起上

⁸⁰ 「主辦機關審核自規案件注意事項」第 5 點第 4 款規定：「民間自行民間自行規劃案經審核通過者，主辦機關應將審核通過之條件通知民間申請人；未獲通過者，主辦機關應備具理由，通知民間申請人。」

訴亦經最高行政法院(100 年度裁字第 1032 號)裁定駁回。可見實務上對於「甄審理由」之記載，因其事件屬性（甄審決定係由甄審會合議作成），似採寬鬆審查態度。

另司法實務上，對於可否於行政訴訟中追加、變更或補充理由及其法律依據之爭議，大多係採「有條件肯定說」之見解，亦即行政法院基於職權調查原則及訴訟（程序）經濟原則，於「未改變行政處分之本質與結果（同一性）」、「須屬於裁判基準時已存在之理由」、「無礙當事人之攻擊防禦（程序保障權利）」及「須由行政機關自行追補理由」之前提下，得允許行政機關於行政訴訟中追補行政處分之理由及其法律依據⁸¹。

第五項 甄審程序比較

第一款 甄審程序設計

首先，評選或甄審程序設計部分，採購法評選作業(採最有利標決標)基本上可區分為二階段(招標文件及綜合評選)；獎參條例最多得分為三階段審核(資格預審、初步評選及綜合評選)；促參法甄審作業，除「民間自行規劃案件」類型中之「民間自行備具土地案件」採一階段審核外，「政府規劃案件」至少應經資格審查與綜合評審二階段；而「民間自行規劃案件」類型中之「使用政府土地設施案件」至少須經初步審核與再審核(尚區分為三個階段)二階段。

其次，可知「甄審」程序，自程序開始至最終「甄審」決定作成（最優

⁸¹ 臺北高等行政法院 101 年度訴字第 948 號判決，理由八參照。另最高行政法院 94 年度判字第 481 號判決，理由肆略以：「在不影響行政處分之本質與結果之前提下，行政法院若認行政處分之瑕疵，得予以補正或更正者，則補正或更正之請求優於撤銷之請求；惟基於權力分立之原則，行政法院在撤銷訴訟中僅能審查行政機關所作成之行政處分之合法性，而不能代替行政機關補正或更正行政處分，否則即有司法機關代替行政機關行使行政權之虞，與權力分立原則未盡相符。」、同院 95 年度判字第 2159 號判決，理由五略以：「處分事實理由之追補，並未變更原處分之性質，未失同一性，於程序上應予准許，原審一併審究尚無違誤」、同院 96 年度判字第 354 號、同院 100 年度判字第 122 號、第 383 號、第 1811 號、第 1886 號、同院 101 年度判字第 414 號、同院 102 年度判字第 95 號判決及同院 99 年度裁字第 3568 號裁定、同院 100 年度裁字第 2010 號裁定、同院 101 年度裁字第 1753 號裁定意旨參照。

案件申請人、決標或最優申請人)，似與「多階段行政程序⁸²」及「多階段程序之行政處分⁸³」之概念相符。而前階段之「甄審」決定，為下一階段「甄審」決定之前提要件，各該「甄審」程序間，應存有「先行裁決」或「部分許可」之情形。然不論係二階段或四階段之程序設計，基本上，除最終甄審或評選結果為行政處分外，其餘各該階段之決定或結果，既屬各該階段部分許可要件所為之決定(如資格審查結果)，本身應即為具有獨立決定內容之「行政處分」。然因其並非准許申請人為特定之行為(即非「部分許可」)，因此，各該程序之決定或結果，概念上應屬「先行裁決」⁸⁴。

一般認為，在可分之許可程序中，以「先行裁決」或「部分許可」對申請人申請事項之部分，作成終局決定。就申請人而言，其為「肯定」之決定者，可以確保申請人之法律地位；其為「否定」之決定者，可以確保申請人非必要之規劃費用。且行政機關「前段」決定之存續力，對「後段」決定之作成，產生行政自我拘束，不得任意推翻⁸⁵。

第二款 評選與甄審組織及運作

甄審組織及運作部分，採購法(採最有利標決標時)、獎參條例及促參法，原則上，均要求成立一法定「專業組織」負責辦理「甄審」。即其組織除強調專業性外，「採購評選會」、「獎參甄審會」或「促參甄審會」所作之最終決定，實乃在於涵攝「優勝」、「最有利」及「擇優」等不確定法律概念⁸⁶。

對於辦理「甄審」之專業組織組成人數要求，「獎參甄審會」委員至少為

⁸² 「多階段行政程序」之分段，基本上將屬於同一、整體的許可程序，基於事物之複雜性與正當程序之需求，而分割成多個階段遞次進行。多階段之複數行政處分通常由同一主管機關作成，成為「一機關、多程序、多處分」的程序構造。李建良，論多階段行政處分與多階段行政程序之區辨，中央研究院法學期刊，9期，2011年9月，頁312-313。

⁸³ 所謂「多階段程序之行政處分」係承自德國學說及法制實務，通常在複雜的行政程序中，通常可切割、劃分為多個程序，遞次進行，形成多階段的行政程序。而各該階段程序之間，已作成一定之行政處分相互銜接，此種行政處分在德國學說上稱為「多階段程序之行政處分」。李建良，同前註，頁305。

⁸⁴ 陳敏，行政法總論，新學林出版有限公司經銷，2013年9月，頁354。

⁸⁵ 陳敏，同前註，頁355。

⁸⁶ 王寶玲、黃雍晶，判斷餘地於政府公共工程案件招標程序中之運用及趨勢，收錄於：李家慶主編，工程與法律的對話，三民書局，2010年1月，頁51。

11 人至 19 人，人數要求為最高；「促參甄審會」委員 7 人至 17 人次之；「採購評選會」委員 5 人至 17 人。

對於外聘學者、專家比例之要求，「促參甄審會」為最高（須達 1/2）、其次為「獎參甄審會」及「採購評選會」（均須達 1/3）。此外，對於出席會議人數，「促參甄審會」不僅要求一定比例（1/2）及最低出席人數（至少 5 人），且外聘學者專家出席人數，應達出席人數 1/2，最為嚴格。

第三款 迴避制度

就迴避規定部分，以採購法之迴避制度最為完整，包括「採購評選會」委員、工作人員、協辦人員、承辦及監辦人員、機關首長、規劃設計廠商等之迴避；而促參法次之、後為獎參條例。

第四款 陳述意見

關於陳述意見部分，除促參法之「民間自行規劃案件」訂頒之「主辦機關審核自規案件注意事項」第 17 點規定，主辦機關審核民間自行規劃申請參與公共建設案件，應予民間申請人陳述意見之機會外，獎參條例、採購法及促參法之「政府規劃案件」，對於「甄審」程序進行中是否給予申請人陳述意見，未有明文。

第五款 甄審通知

至於甄審通知部分，以採購法規定最為完整，即投標文件審查結果及決標，應通知各投標廠商；獎參條例除最終甄審結果，依相關條文可推得應通知最優案件申請人；及以「BOT 方式」辦理之「鐵路、公路及大眾捷運系統」之重大交通建設，於採行三階段辦理方式時，依「交通部民間參與交通建設作業實施要點」第 22 點第 3 項規定，資格預審階段結果應通知合格申請人外，未通過資格預審之申請人，是否通知，則未見明文。促參法則規定資格審查及甄審結果，均應通知申請人。

有關獎參條例、採購法及促參法所定之甄(評)選程序設計上、甄審組織及運作、迴避、陳述意見、各階段「甄審」通知等略有差異，詳如表 4-1。



表 4 - 1 採購法評選程序、獎參條例及促參法甄審程序之比較

法律 項目	採購法(含第 99 條)	獎參條例	促參法		
			政府規劃 案 件	民間自行規劃案件	
				使用政府土地設施 案件	自備土地案件
徵求方式	公開招標、選擇性招標、 限制性招標	公開徵求	公開徵求	再審核通過後，應公 開徵求	民間自行申請
參與家數 (第 1 次)	公開招標：3 家 其他：未限制	未限制	未限制	未限制	就該申請人提案 進行審核
上級核准	採最有利標決標者，於招 標前應報上級機關核准 ¹	未規定	未規定	未規定	未規定
評定項目	項目及子項與擇定原 則，均有規定	無明確規定	無明確規定	無明確規定	無明確規定
評定方式	採購案：最低標、最有利 標、未訂底價者以合於招 標文件且標價合理之最 低價、複數決標。 民間參與：最高標、最有 利標、未訂底價者以合於 招標文件且標價合理之 最低價、複數決標 ² 。	無明確規定	無明確規定	無明確規定	無明確規定

¹ 以下就採購法部分，係就採「最有利標」作為決標方式者為主。

² 採購法施行細則第 109 條第 1 項規定：「機關依本法第 99 條規定甄選投資興建、營運之廠商，其係以廠商承諾給付機關價金為決標原則者，得於招標文件規定

項目	法律	採購法(含第 99 條)	獎參條例	促參法		
				政府規劃 案 件	民間自行規劃案件	
					使用政府土地設施 案件	自備土地案件
甄審組織	原則上應於「公告前」成立評選委員會。但評選項目、標準及方式有前例或條件簡單者，允許於開標前成立	應於「公告前」成立甄審委員會	應於「公告前」成立甄審委員會	初步審核委員會-視案件可否自行決定。再審核-應成立再審核委員會。	視案件是否可自行決定而定	
甄審階段	至少 2 階段	至少 2 階段；以「BOT 方式」辦理「鐵路、公路及大眾捷運系統」案件，最多 3 階段。	至少 2 階段	至少 4 階段	1 階段	
甄審組織 組成人數	5 人至 17 人；1/3 為外聘專家、學者	11 人至 19 人；1/3 為專家、學者	7 人至 17 人；1/2 為外聘專家、學者	人數未規定；僅要求 1/2 為專家、學者	未規定	
甄審組織開 會及決議人 數	1/2 以上出席；出席 1/2 決議	2/3 以上出席；出席 1/2 決議	1/2 以上，且至少 5 人以上之出席；出席 1/2 決議。 重大公共建設者，出席委員不得少於 7 人。	未規定	未規定	

以合於招標文件規定之下列廠商為得標廠商：一、訂有底價者，在底價以上之最高標廠商。二、未訂底價者，標價合理之最高標廠商。三、以最有利標決標者，經機關首長或評選委員會過半數之決定所評定之最有利標廠商。四、採用複數決標者，合於最高標或最有利標之競標精神者。」

項目	法律 採購法(含第 99 條)	獎參條例	促參法		
			政府規劃 案 件	民間自行規劃案件	
				使用政府土地設施 案件	自備土地案件
			且出席委員中，外聘專家、學者人數，不得少於出席委員人數之 1/2。		
迴避規定	「利害衝突」及「偏頗之虞」，應「自行辭職」或「解聘」。 廠商亦得述明理由申請。	泛以有「偏頗之虞」應遵守「利益迴避原則」 「自行迴避」。	「利害衝突」、「偏頗之虞」及「違反行為規範」。 「自行辭職」或「解聘」。	準用甄審會迴避規定	未規定
工作小組 成立與否	應成立	依甄審會要求而定	應成立	視需要成立	視需要成立
工作小組 人 數	3 人以上	人數未規定	至少 3 人	人數未規定	人數未規定
工作小組及 協辦人員迴 避	準用評選會委員迴避規定	泛以工作小組有「利害關係」，應「自行迴避」。協辦人員，則未見規定。	比照甄審會委員迴避規定辦理	未規定	未規定
顧問機構 迴 避	未規定	未規定	未規定	未規定	未規定

項目	法律 採購法(含第 99 條)	獎參條例	促參法		
			政府規劃 案 件	民間自行規劃案件	
				使用政府土地設施 案件	自備土地案件
陳述意見	未規定	未規定	未規定	應給予申請人陳述 意見機會	應給予申請人陳 述意見機會
審查結果 通 知	投標文件審查－應通知 投標廠商；對不合格者， 應敘明理由。 最終結果－決標結果之 公告刊登政府採購公 報，並以書面通知各投標 廠商。	資格審查－僅規定應通 知合格申請人。 初步審查－未見規定。 最終結果－依獎參條例 第 38 條規定，可推知應 通知最優申請人；至於 未通過者，則未見明 文。	資格審查－應通知申 請人；對不合格者， 並應敘明原因。 入圍通知－未見明文 規定。 最終結果－經核定後 二週內公開於主管機 關資訊網路及以書面 通知申請人 ³ 。	初步審核－應通知。 再審核－未見明確 規定。 最終結果－依促參 法第 46 條第 3 規 定，應可推得應通知 審核通過者；至於未 通過者，則未見明 文。	通過或未通過均 應通知。

* (本研究自行整理)

³ 此處既稱申請人，則應無就通過與否，再行區分通知或不通知之意，故均應通知之。

圖 4 - 1 民間自行規劃申請參與公共建設民間自行備具土地案件主要作業流程

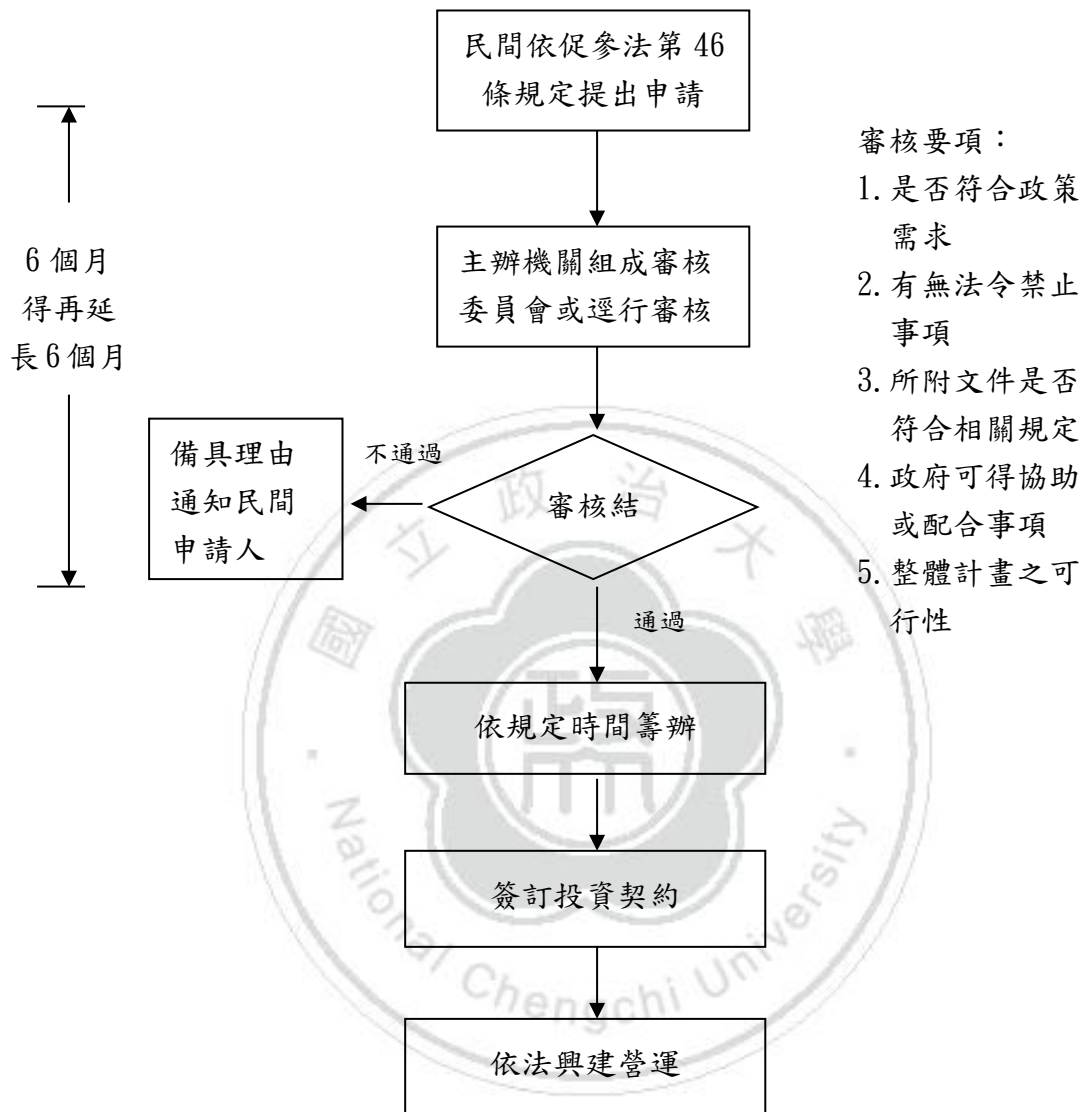
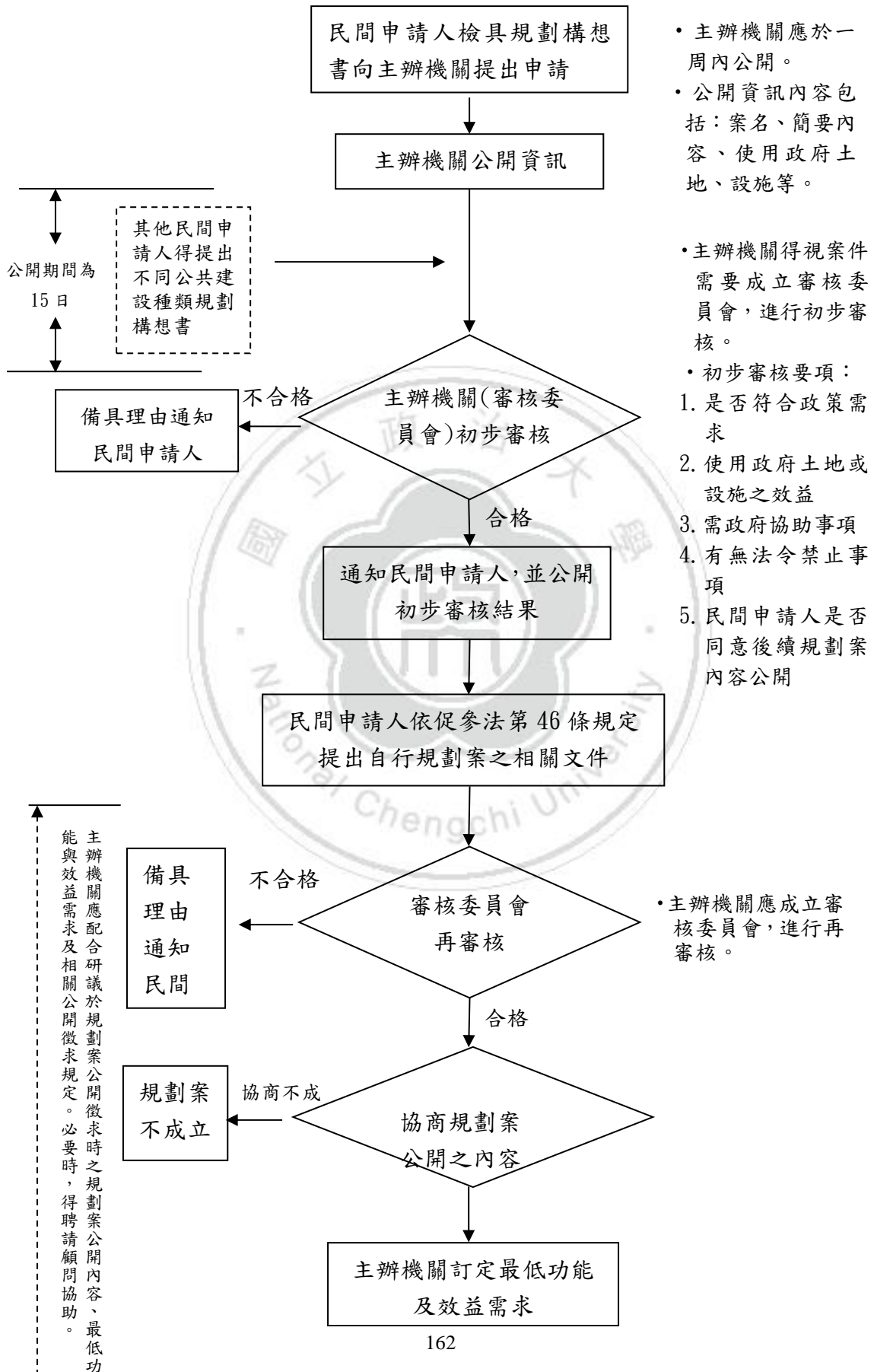
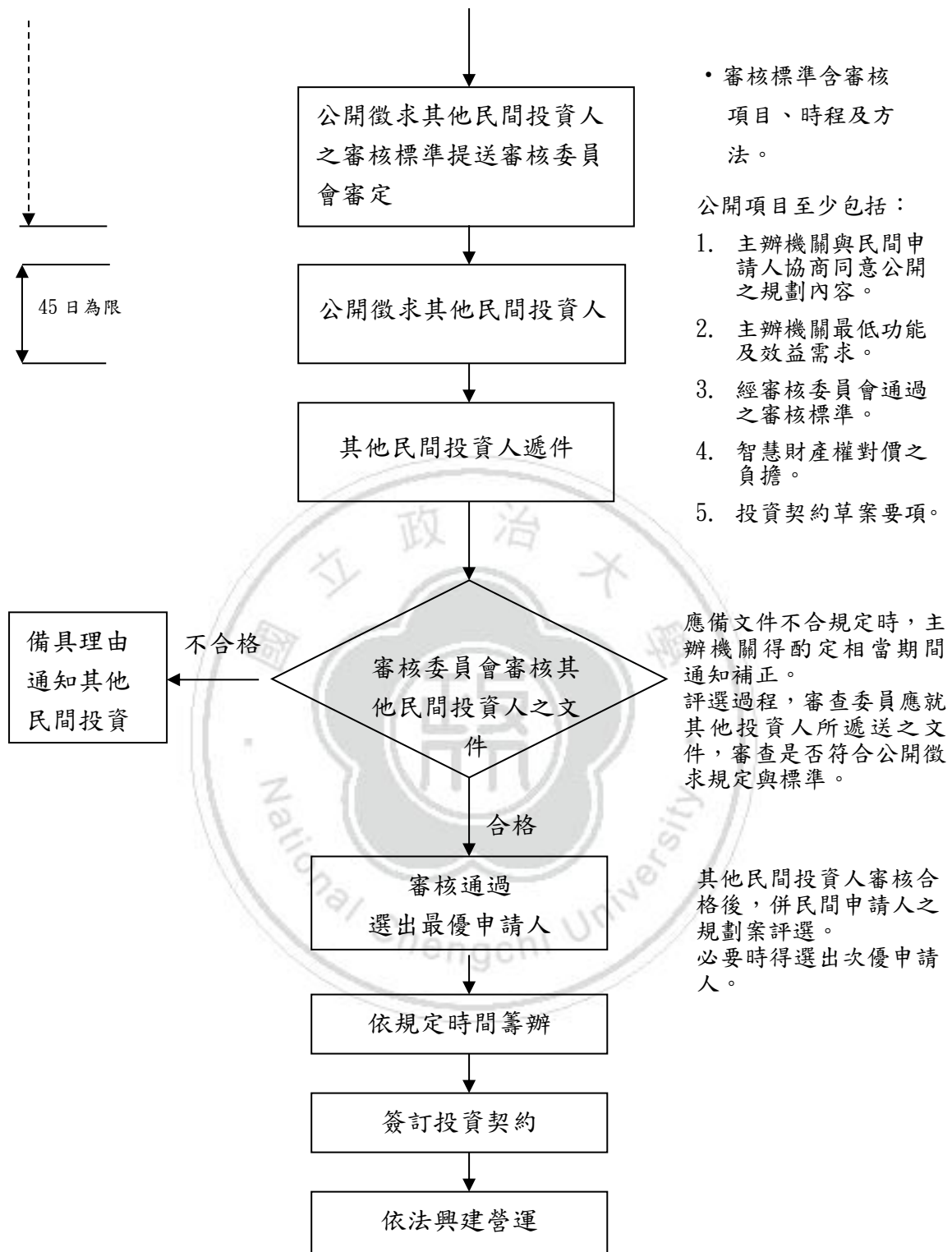


圖 4 - 2 民間自行規劃申請參與公共建設政府提供土地、設施案件主要作業流程





第二節 甄審程序與相關之行政行為

第一項 招標或招商文件

按相關文獻資料，就依促參法辦理之案件，多由要約與承諾來理解「招標或招商文件」之法律性質。論文上大多認為主辦機關公告之內容（招標或招商文件），係針對公共建設之基本規劃，至於詳細之契約內容仍待日後與最優申請人談判協商確定，並不因得標者之承諾即使契約立刻成立，故應為「要約之引誘」，尚不構成要約。「要約之引誘」則欠缺締結契約的意思，僅在引誘他人向其為「要約」之意思表示，性質為意思通知，其目的不在締結契約，故本身並不發生法律上之效果¹。此外，有認為係「要約」²；有認為係具有「要約之引誘」與「要約」之雙重性格³；另有認為係一種「觀念通知」⁴。依採購法辦理之案件，亦是本此理解⁵。

應於說明的是，從行政法學之發展上看，目前學說與實務上，不論採購程序或促參程序，有關「雙階理論」（不論傳統雙階理論或修正式雙階理論）之適用，幾乎已成定論⁶。締約前階段既屬公法行為，如逕以私法上「要約之引誘」、「要約」或「承諾」來理解公法階段之行政行為，其妥適性，有待斟酌。

¹ 簡后吟，民間參與公共建設採取 BOT 模式—由事前規劃至興建階段之基本法制研究，中國文化大學法律學系研究所碩士論文，2007 年 12 月，頁 40。陳怡君，促進民間參與公共建設規範之研究，政治大學法學碩士在職專班碩士論文，2009 年，頁 73。詹志宏，以行政契約法制作為促進民間參與公共建設手段之研究，國立中興大學科技法律研究所碩士論文，2010 年 6 月，頁 130。

² 潘欣榮，BOT 建設下公開招標法律問題之探討（下）—以獎參條例為中心，月旦法學雜誌，37 期，1998 年 6 月，頁 117。

³ 即一方面作為機關邀請廠商參與採購契約之締結（要約之引誘）；一方面有規範廠商競標規則之要約性質（即因廠商之投標，應有遵守招標公告之意願（承諾），廠商與機關間成立競標規則之合意，成立競標契約（行政契約）。潘欣榮，政府採購案件中押標金法律性質之研究，月旦法學雜誌，38 期，2012 年 12 月，頁 117-118、122。

⁴ 陳耀祥，論民間參與公共建設法中甄審階段之法律關係與救濟，世新法學，4 卷 2 號，2011 年 6 月，頁 21。

⁵ 採購法主管機關行政院公共工程委員會，似認招標為「要約之引誘」。工程採購契約管理，行政院公共工程委員會編印，2008 年 4 月，頁貳-11。

⁶ 林樹埔，論政府採購行為之定性及申訴審議費用之徵收，法令月刊，64 卷 1 期，2013 年 1 月，頁 86。

酌⁷。

另招標文件或招商文件內容，係由主辦機關依據各該法律規定擬定，其內容可能包括投標或申請者之資格條件、押標金、保證金數額及發還或不發還、甄審程序及甄審標準(採購法則稱為決標方式)、其他與投標或申請有關文件之提出等事項，擬定後並對外公告，且「甄審」程序與結果，均受其規範。其次，為確保行政目的之達成，招標或招商文件對於申請人(私部門)資格條件，通常定有一定的資格限制(資本總額、人員配置或信用狀況(財務或過去履約))。理論上，不論申請人(私部門)是否符合申請資格，均可本於自由意志提出申請。惟不符合資格條件者，縱提出申請，通常亦無法通過第一階段之資格審查。因此，招標或招商文件有關資格條件之限制，對於有意參與投標或招商之私部門，無可否認的，將影響或限制其參與競爭之意願或自由，此已涉及對於一般行動自由、營業(競爭)自由及平等原則等基本權議題。

另依採購法第 75 條第 1 項第 1 款、促參法 47 條及民間參與公共建設申請及審核程序爭議處理規則(下稱「促參爭議處理規則」)第 2 條第 1 項第 1 款規定，廠商或申請人對於「招標或招商文件」，尚得提起異議及申訴。據此，招標或招商文件對於申請前或申請後之甄審程序，於主辦機關與廠商或申請人間，應具有一定之拘束力，而非不具法律效果。否則，也無庸將其列為得提起救濟之標的。

至於「招標或招商文件」之性質究竟為何？本於學者有稱民間參與公共建設為「計畫型公私協力」，或可認「招標或招商文件」為行政程序法所稱「行政計畫」。惟一般均認行政計畫具有「集中效」，然就現行行政實務上辦理民間參與公共建設於「甄審」結果作成後，尚須取得相關法令上之許可等情而言，似不具有此種效果。因此，「招標或招商文件」應非行政程序法所稱「行

⁷ 行政法上的意思表示，是行政機關或人民在法秩序確認範圍內，為發生公法上法律效果而表現於外部的行為。行政法上的意思表示終究與民法意思表示不同，原則上不能將行政法律關係之權利義務視同民法法律行為。林依仁，切結書之法律性質與效果－從行政法上意思表示觀察，法學叢刊，232 期，2013 年 10 月，頁 4、11。

政計畫」。本文認為除「要約之引誘」、「雙重性格」及「觀念通知」明顯不可採外，本於司法院釋字第 156 號（都市計畫之個別變更為行政處分）、第 626 號及釋字第 715 號解釋對於招生簡章（逐年訂定各該年度之招生簡章為行政規則）之理解，或可思考「招標或招商文件」屬性為「行政處分」⁸（一般處分）或「行政命令」⁹之可能。然而，應可考量在現行法規模式下，既無法否認其為公法階段之行政行為，且以「類型化」行政行為理解有其困難，將「招標或招商文件」歸屬於受法律規範（採購法或獎參條例或促參法規範），對於招標(商)機關、廠商及申請人均有拘束力之「非類型化」行政行為，亦非不可。據此，對於此種「非類型化」行政行為，本於正當法律程序之要求，法律上應給予內部(異議及申訴)及外部救濟(行政訴訟)機會，亦不致過於突兀，亦符合於異議申訴（包括對於非行政處分之行政行為提供救濟）制度設置之意旨。此外，有認為在第一階段甄審程序所為之公告、評定，其法律性質可認為是行政處分¹⁰。

第二項 資格審查結果及入圍通知與最終甄審結果

第一款 資格審查結果及入圍通知

按本文本章第一節節所述，採購法、獎參條例及促參法之甄審階段，不

⁸ 最高行政法院 93 年度裁字第 625 號裁定，認「關於 招標、審標、決標爭議之審議判斷既視同訴願決定，自應認政府機關之招標、審標、決標行為均係執行公權力之行為，亦即為就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為，係行政處分，而許其依行政訴訟法規定救濟，此觀修正前政府採購法第八十三條規定應附記爭訟期限自明，否則如不視為行政處分，許其依行政訴訟法提起行政訴訟，該視同訴願決定之規定即無必要。原裁定認相對人招標行為係私法上之要約引誘，自非行政處分，不得提起行政訴訟，尚有可議，抗告人執此抗告，為有理由，應將原裁定廢棄，由原法院另為適法裁判。又政府機關之招標、審標、決標行為，已對外發生效力而應視為行政處分，不服該處分而異議、申訴，似均為救濟程序，申訴之審議判斷視同訴願決定，異議似應解為訴願之前置救濟程序」；臺北高等行政法院 98 年訴字第 1467 號判決（促參招商公告為行政處分）參照。當然亦有認為「非」行政處分者，最高行政法院 90 年度裁字第 646 號判決。

⁹ 大法官蘇永欽於釋字第 715 號解釋一部協同一部不同意見書指出，招生簡章既沒有法律直接、明確的授權，因此只能含混的定性為「一般性法規範」；大法官黃茂榮於同號解釋部分不同意見書指出，招生簡章之屬性為「行政規則」。司法院大法官會議解釋（三十一），司法院印行，2014 年 7 月，頁 576、613。

¹⁰ 徐瑞晃，促參法當事人之行政訴訟救濟途徑（上），司法周刊，1697 期，2014 年 5 月，第 2 版。

論採二階段審查(資格審查及綜合評審);或三階段審查(資格審查、初步評選(選出 3 位入圍申請人)、再進行綜合評選),最高行法院 95 年判字第 1898 號判決,認為「政府機關之招標、審標、決標行為,均係執行公權力之行為,係屬行政處分」。因而,不論係「資格審查」通知或「合格入圍」申請人之甄選決定通知,應屬行政處分¹¹。

第二款 最終甄審結果

就獎參條例之甄審結果而言,亦有「行政處分」說與「私法行為」說之爭議¹²。但從目前法學之發展趨勢來看,不論依採購法、獎參條例或促參法辦理之案件,對於依據甄審會「甄審決定」¹³,對外所作成之甄審結果「通知」(甄審公告或決標通知),實務及學說上見解,均一致認為為行政處分¹⁴。

第三項 投資契約屬性

救濟程序不僅涉及人民訴訟權保障,亦與正當法律程序有關。因此,討論民間參與公共建設甄審程序或爭議處理機制,自不應忽略投資契約屬性認定之重要性,因其涉及救濟管道之認定。

投資契約屬性爭議,除涉有救濟管道(即審判權歸屬)之認定外,亦涉有締約前應遵守之程序及履約時法律適用問題。如認定為私法契約,除依投資契約約定外,係適用民事法等相關規定;如認定為公法契約,並有行政程序法行政契約相關規定之適用(第 135 條至第 149 條)¹⁵。然我國有關投資契約

¹¹ 最高行法院 95 年判字第 1898 號判決理由五略以:「政府機關之招標、審標、決標行為均係執行公權力之行為,係屬行政處分,是被上訴人 92 年 12 月 24 日作成以宏碁公司、遠東聯盟及臺灣宇通公司為「合格入圍」申請人之甄選決定應屬行政處分」。

¹² 潘欣榮,同註 2,頁 118。

¹³ 甄審委員會係主辦機關之內部組織,係由機關代表與專家所組成,並非行政機關,此由救濟程序中,申請人須向「主辦機關」提起亦可得知。因此,透過機關代表與專家參與共同作成的甄審委員會評定結果為主辦機關做成決定之基礎,本身並非行政處分。陳耀祥,同註 4,頁 22。

¹⁴ 許宗力,論行政任務的民營化,收錄於:氏著,法與國家權力(二),元照公司,2007 年 1 月,頁 449。潘欣榮,政府採購法下招標爭議案件訴權內容及訴訟類型之研究,法令月刊,62 卷 6 期,2011 年 6 月,頁 103。古嘉諱、李元德、黃俊凱、陳俐宇主編,促參法 Q&A,2009 年 7 月,頁 75-78。陳耀祥,同註 4,頁 24。

¹⁵ 古嘉諱、李元德、黃俊凱、陳俐宇,同前註,頁 132。

屬性之設定或認定，有認屬私法(民事)契約者¹⁶；有認屬公法與私法的混合契約者¹⁷；有認屬公法契約者¹⁸，已許多文獻資料，可供參考；復因我國就審判權爭議問題之處理，大致以各該法院(民事或行政法院)認事件之性質有受理訴訟權限(審判權)而為裁判確定者，其他法院則受該裁判之拘束；而對於訴訟權限(審判權)之爭議有爭執者，各該法院(民事或行政法院)應先為裁定；如各該法院(民事或行政法院)就其訴訟權限與其他法院(民事或行政法院)確定裁判之見解有異時，則受移送之法院應裁定停止訴訟程序聲請大法官解釋(民事訴訟法第 182 條之 1 第 1 項規定、行政訴訟法第 12 條之 2 第 3 項及第 178 條規定參照)。據上，不論認定之結果為何，應無訴訟權未獲保障之情，本文爰不再就投資契約究屬私法契約或公法契約提出看法。

另外，依採購法(不論係傳統政府採購類型或依採購法第 99 條規定辦理案件)、獎參條例或促參法辦理之案件，本於程序本屬中性，並非當然可依其所適用之程序法規，導出其後所簽訂之契約為私法契約或公法契約。否則，也無庸存在各種公法或私法契約屬性認定學說¹⁹之必要，且行政行為形式選

¹⁶ 應明定屬民事契約者，劉紹樞，論 BOT 基本法，月旦法學雜誌，33 期，1998 年 2 月，頁 25。屬民事契約者，陳紘章，公共工程契約風險配置之研究－以 BOT 權利移轉為中心，東吳大學法律學系法律專業碩士班論文，2005 年，頁 23。顏玉明，我國促參法 BOT 契約法律性質初探，臺灣本土法學雜誌，82 期，2006 年 5 月，頁 170 以下。另採取保留態度者，陳愛娥，促進民間參與公共建設事件中的行為形式與權力劃分－評臺北高等行政法院九十四年度訴字第 752 號判決、九十四年度停字第一二二號裁定，月旦法學雜誌，134 期，2006 年 7 月，頁 38 以下；程明修，行政訴訟類型之運用－有關雙階理論、行政處分是否消滅之爭議，臺灣本土法學雜誌，81 期，2006 年 4 月，頁 120。

¹⁷ 陳清秀，特許合約與公權力之行使，月旦法學雜誌，34 期，1998 年 3 月，頁 57。

¹⁸ 林明鏘，ETC 判決與公益原則－評臺北高等行政法院九十四年度訴字第 752 號及九十四年度停字第一二二號裁定；李惠宗，行政法院對 BOT 最優申請人決定程序的審查－兼評臺北高等行政法院九十四年度訴字第 752 號(ETC)判決，臺灣本土法學雜誌，82 期，2006 年 5 月，頁 177 以下；江嘉琪，ETC 契約之公私法性質爭議－以臺北高等行政法院九十四年度訴字第一二二號裁定為中心，臺灣本土法學雜誌，81 期，2006 年 4 月，頁 112 以下；吳志光，ETC 裁判與行政契約－兼論德國行政契約法制之變革方向，月旦法學雜誌，135 期，2006 年 8 月，頁 19；詹鎮榮，促進民間參與公共建設法之現實與理論－評臺北高等行政法院之 ETC 相關裁判，月旦法學雜誌，134 期，2006 年 7 月，頁 55 以下。另市立醫院委外經營管理契約，屬行政契約，如：王毓正，論市立醫院委託經營管理契約於公、私法屬性判斷上之爭議－以高雄高等行政法院 96 年度訴字第 359 號裁定為中心，月旦法學雜誌，155 期，2008 年 4 月，頁 237。

¹⁹ 有關公法或私法契約認定學說之詳細說明，可參李建良，行政契約與私法契約區分的新思維－從「青年公園設施委託經營管理維護契約」定性問題談起，月旦法學雜誌，157 期，2008 年 6 月，頁 313-317。

擇自由之說，亦將無存在空間。惟不可否認的是，不論係私法契約或公法契約之爭議，依司法院釋字第 540 號解釋意旨，立法者就其應循之救濟途徑，有其立法形成之自由(民事訴訟或行政訴訟)。

值得注意的是，學者指出我國對於契約屬性(公法契約或私法契約)之認定已投入許多研究動能與資源，未來之努力方向，應朝行政機關之契約行為應如何受到法之規制(即依法行政)問題前進為宜²⁰。對照近來民間參與公共建設相關爭議，多與議約、簽約及契約是否符合公共利益(例如松山菸廠委外經營管理案、臺北大巨蛋 BOT 案)等議題相關。因此，有關行政機關契約行為，應朝其應備法律規範發展之見解，誠屬卓見。



²⁰ 李建良，同前註，頁 323。陳愛娥副教授亦指出，因應政府業務委託民間的需要，行政實務上普遍運用的契約形式，不宜僅停留在各項契約之法律定性的探討上，毋寧應更進一步檢討，應如何形塑契約內容始能有助於相關目標的達成。陳愛娥，行政行為形式－行政任務－行政調控－德國行政法總論改革的軌跡，月旦法學雜誌，120 期，2005 年 5 月，頁 18。

第三節 我國主要「民參案件」爭議處理制度

第一項 爭議處理制度概述

第一款 獎參條例之爭議處理

依獎參條例規定而論，民間參與交通建設之程序，可概分為甄審階段及履約階段。除有關契約之履行及其爭議事項，可依獎參條例施行細則第 19 條第 3 項規定¹，於契約中約定組成「協調委員會」處理外，有關「甄審階段」之爭議處理，則未見明文。

主辦機關依獎參條例辦理民間參與交通建設之案件，於「甄審」階段不無發生爭議之可能，如資格條件（涉限制競爭）、資格審查（合格與否—涉後續程序參與與否）、初步審查（入圍與否—後續程序參與與否）及綜合評選（是否為最優案件申請人）結果。獎參條例對於甄審階段之爭議，並未如採購法或促參法一般，規定其爭議應循異議、申訴程序提起救濟。據此，如認為「資格審查」、「初步評選」結果為「先行裁決」時，其本質上既為「行政處分」，於獎參條例未有循訴願以外提起救濟之設計下，即應循訴願程序提出救濟²。然本於訴願係以「行政處分」為對象，其他「甄審」中之行政行為屬性未明部分，恐無法透過訴願獲得救濟（可能為訴願不受理）。惟參照臺灣臺北高等行政法院 90 年度訴字第 299 號判決及最高行政法院 93 年度判字第 134 號判決，認為並「非」循訴願程序提起救濟，而應向行政院公共工程委員會採購申訴審議委員會提出申訴（詳第五章、第三節、第四項）。

第二款 採購法之異議申訴

傳統上政府採購行為，均認屬私經濟行政，不受行政程序法之拘束，因

¹ 獎參條例施行細則第 19 條規定：「（第 1 項）主管機關得視交通建設計畫之性質，備具民間投資資訊，供民間投資人索閱，並參酌民間機構建議事項，擬訂本條例第 35 條規定之公告內容。（第 2 項）主管機關應本於合作精神及不違反原公告內容，與民間機構簽訂興建、營運交通建設之契約。（第 3 項）主管機關與民間機構簽訂興建、營運交通建設之契約內，得明定由雙方組成協調委員會，就契約履行及其爭議事項協商解決之。」

² 綜合評審結果之通知，應屬行政處分無疑。如有爭議，自亦應循訴願程序提出救濟。

機關招標、審標或決標之過程，倘違反法令，對廠商之權益勢將造成不利之影響，於「契約迄未合意成立前」，廠商亦無從循私法救濟途徑以資救濟，為解決廠商投訴無門之窘境，87年5月27日制定公布採購法，賦予廠商於締約前異議申訴之救濟途徑³。換言之，主要係因契約關係成立前，投標過程中，若受到機關不公平之對待或不當處置，適用民法締約過失有其困難，且採購過程中不論係決定投標資格、訂定採購規範、招標文件的發售、公告採購事項等，是否屬於「行政處分」甚有疑問，故建置「異議申訴」解決此一問題⁴。

此外，依採購法第101條規定，廠商如有同條第1項各款所定之情形發生，機關應通知該廠商將刊登政府採購公報（被刊登廠商自刊登次日起1年或3年，不得參加投標或作為決標對象或分包廠商一形同停權），廠商如有不服，亦應循異議申訴程序提出救濟。

相關異議申訴規定，除散見於採購法及其施行細則外，並授權採購法主管機關訂定「採購申訴審議委員會組織準則」（下稱「採購申訴會組織準則」）、採購申訴審議規則及採購申訴審議收費辦法。

第三款 促參法之異議申訴

促參法就「甄審」程序中所生之爭議，依促參法第47條規定：「（第1項）參與公共建設之申請人與主辦機關於申請及審核程序之爭議，其異議及申訴，準用政府採購法處理招標、審標或決標爭議之規定。（第2項）前項爭議處理規則，由主管機關定之。」依第1項規定，其申請及審核程序爭議處理，準用採購法有關招標、審標或決標之爭議處理規定。本條立法說明二以「民間參與公共建設，其性質雖與採購不同，有鑑於政府採購法配合國際規範就政府採購案件廠商之甄審程序，定有處理之具體措施，爰於第1項明定關於申請及審核所產生之爭議，準用政府採購法之相關規定。」立法者是否亦認民

³ 郭介恆，政府採購爭議與救濟，臺灣本土法學，5期，1999年12月，頁91。林樹埔，論政府採購行為之定性及申訴審議費用之徵收，法令月刊，64卷1期，2013年1月，頁86。

⁴ 羅昌發，政府採購法與政府採購協定論析，元照公司，2008年11月，頁339-340。

間參與公共建設，亦無涉公權力之行使，故而契約成立前為免申請人無救濟管道；或者係本於立法便利，故採取與採購法相同之「異議申訴」，則有未明⁵。主管機關依本條第 2 項授權定有「促參爭議處理規則」，其內容大致係綜整採購法及其施行細則、「採購申訴會組織準則」、採購申訴審議規則及採購申訴審議收費辦法規定而來。

然促參法第 47 條第 1 項及第 2 項規定，立法上似存有扞格之處。蓋第 1 項既已規定申請及審核程序之爭議，「準用」採購法處理招標、審標或決標爭議處理之規定，自毋庸再行授權主管機關訂定相關爭議處理規則為是；如有意授權主管機關另行訂定爭議處理規則，則第 1 項準用規定自無存在之必要⁶。一般都只注意到本條第 1 項之「準用」規定，卻忽略第 2 項授權規定，致認為不論是依獎參條例或促參法辦理之案件，採購法施行後，其招標(商)、審標、決標之爭議，於不服異議處理時，均可向行政院公共工程委員會（下稱工程會）所設之採購申訴審議委員會（下稱「採購申訴會」）提起申訴之誤解⁷。或許上開扞格之處，目前僅能本於和諧解釋原則，認前後二項主要意旨在於表明「促參爭議處理規則」未規定之事項，仍應依第 1 項規定「準用」採購法異議申訴之相關規定。

第二項 異議及申訴

第一款 異議申訴之性質與關聯

採購法第 75 條第 1 項規定：「廠商對於機關辦理採購，認為違反『法令』⁸」

⁵ 有認為應屬立法技術之便宜而已，陳耀祥，論民間參與公共建設法中甄審階段之法律關係與救濟，世新法學，4 卷 2 號，2011 年 6 月，頁 27。

⁶ 劉光復，淺論「民間參與公共建設」申請及審核程序爭議之處理，立法院院聞，37 卷 7 期，2002 年 7 月，頁 30-31。

⁷ 有此一誤解者，如：姚乃嘉、李俊憲、林芸湘，BOT 特許合約研究系列（六）－爭議處理篇，營建管理，258 期，2001 年 6 月，頁 30。於組織改造前(102 年 1 月 1 日前)，因行政院公共工程委員會為採購法及促參法之主管機關，故「促參爭議處理規則」第 7 條規定，為避免疊床架屋之情，有關促參「甄審」程序之申訴，係規定由「採購申訴審議委員會」受理。

⁸ 目前行政實務上，認本條所稱「法令」指為維持政府採購秩序而規範「採購行為有關之行政法令」，從而所謂「違背法令」，當僅限於違反政府採購法相關法令。羅昌發，同註 4，頁 343。亦有認「法令」如包括採購法以外之法令者，易使其他法令主管機關與異議、申訴機關之權責

或我國所締結之條約、協定，致損害其權利或利益者，得於下列期限內，以書面向招標機關提出異議：…」及第 76 條規定：「廠商對於『公告金額以上』採購異議之處理結果不服，或招標機關逾前條第 2 項所定期限不為處理者，得於收受異議處理或期限屆滿之日起 15 日內，依其屬中央機關或地方機關辦理之採購，以書面分別向主管機關、直轄市或縣（市）政府所設之採購申訴審議委員會申訴。…」可知，異議為申訴之「先行程序」（或稱異議前置主義⁹），而異議係由各該招標機關逕為處理，申訴則依採購案件之辦理機關為中央機關或地方政府而定。前者，向中央主管機關所設之「採購申訴會」；後者，向地方政府所設之「採購申訴會」提出¹⁰。

就採購法第 76 條文義而言，對於「未達公告金額」（即採購金額未達新臺幣一百萬元）之採購案件之異議處理結果不服，則未允許提起申訴¹¹。雖有認為「未達公告金額」之採購案件，廠商不服異議處理結果者，本於有權利即有救濟意旨，似無從否准廠商提起訴願¹²。惟此部分與前述獎參條例所面臨之困難相同，即於無法認定為行政處分部分，提起訴願，恐難獲救濟。採購法就同屬該法之爭議案件，依「採購金額」之不同，分設不同之救濟管道，甚或有意剝奪其救濟管道，不無違反平等原則之嫌。誠如本章前言所述，除非認為「決標前」前階段之處置或決定，均為行政處分，而得提起訴願外，否則對於行政處分外之行政行為部分，亦有未提供外部救濟管道之情，而有違正當法律原則，並不符憲法保障人民訴願權及訴訟權意旨。

「促參爭議處理規則」第 2 條規定：「參與公共建設之申請人對於主辦機關辦理由政府規劃公告徵求民間參與或由民間自行規劃申請參與公共建設案件之申請及審核程序，認為違反本法及有關法令，致損害其權利或利益者，

發生混淆之情，修法前宜限縮解釋為「政府採購招標相關之監督法令」。李嵩茂，政府採購法招標爭議處理制度評析，主計月報，535 期，2000 年 7 月，頁 37。

⁹ 李嵩茂，同前註，頁 38。臺北高等行政法院 95 年度 1554 號判決、同院 94 年度訴字第 752 號判決、最高行政法院 93 年度裁字第 625 號裁定參照。

¹⁰ 郭介恆，同註 3，頁 91。

¹¹ 羅昌發，同註 4，頁 351。

¹² 郭介恆，同註 3，頁 92。

得於下列期限內，以書面向主辦機關提出異議：…。」第 5 條第 1 項規定：「主辦機關應自收受異議書之次日起 20 日內為適當之處理，並將處理結果以書面通知異議人。」第 7 條第 1 項規定：「異議人對於異議之處理結果不服，或主辦機關逾第 5 條所定期限不為處理者，應於收受異議處理結果或處理期限屆滿之次日起 30 日內，以書面向本法主管機關所設促參申訴審議會提出申訴。」可知，亦係以異議為申訴之「先行程序」¹³，而異議係由各主辦機關逕為處理，申訴則須向主管機關所設促參申訴審議會（下稱「促參申訴會」）提出。

由以上可知，異議申訴之性質，應為行政機關自我審查之性質，即屬行政機關內部之監督機制¹⁴。

第二款 提起異議申訴主體

異議為申訴之先行程序，故提出異議的資格自然亦屬於提出申訴的資格。換言之，提起異議及申訴的主體均限於權利或利益遭受損害的廠商。而所謂「損害其權利或利益」只須廠商認為權利或利益遭受損害並加以主張即可，而不須實際上已經證明有權利或利益遭受損害。且廠商如非實際上參與競爭之廠商（在該標案中並未投標，或提出投標，但被判定資格不符且未提出異議申訴），則該廠商認為系爭招標案之得標廠商不符投標資格或投標文件不符招標規範，故不應得標，因而提出異議與申訴；此時其異議與申訴應認為無權利或利益受到損害；蓋不論是否決標予該得標廠商，其結果對於提出異議與申訴之廠商，均無直接之影響¹⁵。上開論述，於採行相同的異議申訴程序之促參法爭議處理，亦應為相同之處理為是。

¹³ 洪國欽，促進民間參與公共建設法逐條釋義，元照出版社，2008 年 1 月，頁 304。另臺灣高等行政法院 94 年度訴字第 752 號判決，認異議決定係為異議駁回之主文，顯係獨立於原處分外，以另一行政程序維持原處分之結論，並未發生變更原處分結果之效果。

¹⁴ 王珍玲，論採購法中異議及申訴制度，月旦法學雜誌，73 期，2001 年 6 月，頁 122。林樹埔，論政府採購行為之定性及申訴審議費用之徵收，法令月刊，64 卷 1 期，2013 年 1 月，頁 77-78。另本於異議申訴屬行政機關內部之監督機制，二者均認為現行採購申訴向申訴人收取費用一節，有檢討之必要。

¹⁵ 羅昌發，同註 4，頁 341。

第三款 異議處理程序

第一目 異議標的

「民參案件」依採購法辦理者，採購法第 75 條第 1 項規定，廠商對於下列事項得提出異議：

- (一) 招標文件；
- (二) 招標文件規定之釋疑、後續說明、變更或補充；
- (三) 採購之過程、結果。

「民參案件」依促參法辦理者，「促參爭議處理規則」第 2 條規定，參與公共建設之申請人對下列事項得提出異議：

- (一) 公告徵求民間參與文件；
- (二) 對申請及甄審之過程、決定或結果；
- (三) 對甄審結果後，簽訂投資契約前之相關決定。

二者就得為「異議標的」規定，存有些許差異。相同的部分，如「招標文件或招商文件」、「過程或結果」，二者均列為「異議標的」。不同的部分，如採購法將「招標文件規定之釋疑、後續說明、變更或補充」列為異議標的；「促參爭議處理規則」則另將「甄審結果後，簽訂投資契約前之相關決定」列為異議標的。

「促參爭議處理規則」增加部分，係因甄審結果（通知）作成後，投資契約並非當然成立，而有待議約及簽約程序之完成，此階段之爭議亦須處理，應可理解。

惟採購法所列「招標文件規定之釋疑、後續說明、變更或補充」部分，「促參爭議處理規則」就此未有明文，是否屬該規則第 2 款所稱「決定」，亦有未明。縱認二者對此確有不同，如又可透過促參法第 47 條第 1 項規定，予以「準用」實無分析之實益。

然採購法本款（第 75 條第 1 項第 2 款）對於「招標文件規定之釋疑、後

續說明、變更或補充」，亦可提起異議及申訴，似有欠妥適。因「釋疑」或「說明」係屬「招標文件」之解釋，其拘束力應仍然來自「招標文件」。允許對「釋疑」或「說明」提出異議，正有如允許就行政處分之釋疑函、說明函；或法規規定之解釋函、說明函，允許提出行政訴訟般（異議申訴後可提起行政訴訟），其妥適性與最終獲得救濟之可能，均不無疑義。至於「變更」或「補充」，既為招標文件內容之改變或新增，對照同條項第 1 款規定，應無不許之理。

第二目 異議提起期限

採購法第 75 條第 1 項規定，對於提起異議之期限規定如下：

一、對招標文件規定提出異議者，為自公告或邀標之次日起等標期之 1/4，其尾數不足 1 日者，以 1 日計。但不得少於 10 日。

二、對招標文件規定之釋疑、後續說明、變更或補充提出異議者，為接獲機關通知或機關公告之次日起 10 日。

三、對採購之過程、結果提出異議者，為接獲機關通知或機關公告之次日起 10 日。其過程或結果未經通知或公告者，為知悉或可得而知悉之次日起 10 日。但至遲不得逾決標日之次日起 15 日。

因第 2 款及第 3 款可能涉及通知或公告日期之差異，針對期限的計算，採購法施行細則第 104 條規定，如經通知及公告者，廠商接獲通知之日與機關公告之日不同時，以日期在後者起算。

「促參爭議處理規則」對於提起異議期限，於第 2 條第 1 項規定如下：

一、對公告徵求民間參與文件規定提出異議者，為自公告之次日起等標期之 2/3，其尾數不足 1 日者，以 1 日計。但不得少於 10 日。

二、對申請及甄審之過程、決定或結果提出異議者，為接獲主辦機關通知或公告之次日起 30 日；其過程、決定或結果未經通知或公告者，為知悉或可得知悉之次日起 30 日。

三、對甄審結果後，簽訂投資契約前之相關決定提出異議者，為接獲主辦機關通知或公告之次日起 30 日。

可知，二者對於提起「異議期限」規定各有不同，「促參爭議處理規則」所定之異議期限，似較採購異議期限為長。學者認採購制度除必須重視公平之外，亦須顧及效率。若許相關供應商提出異議的時間毫無限制，將使相關處置立於較不確定的狀態。故採購法規定廠商「異議」必須在一定期限內提出¹⁶。或可說明二者為何對於異議期限規定有所差異，因此，可推得採購法除考量「公平」外，亦要求「效率」。但並不表示促參法不要求公平與效率，如由「民參案件」多具複雜性、專業性、隔代性、利害衝突等特色，或可理解其對效率之要求不如採購法般強烈。

「促參爭議處理規則」第 2 條第 1 項第 2 款，就「申請及甄審之過程、決定或結果」如「未經通知或公告」者，規定其異議之提起應自「知悉或可得知悉」之次日起 30 日為之，漏未如採購法規定般，定有提起異議之「最終期限」，致該「申請及甄審之過程、決定或結果」爭議，可能懸於長達 10 年之期間（行政程序法第 131 條），恐非得宜。此時促參法第 47 條第 1 項「準用」規定，或許又可派上用場。

第三目 異議之處理

屬採購法辦理的「民參案件」，於廠商提出異議後，同法第 75 條第 2 項規定：「招標機關應自收受異議之日起『15 日』內¹⁷為適當之處理，並將處理結果以書面通知提出異議之廠商……。」所謂「適當之處理」係指就法定程序先行審查，如有欠缺，可補正時則應定期間通知補正，逾期不補正者，則不予受理（採購法施行細則第 103 條第 3 項規定）。法定程式無欠缺，且無其他不予受理之情（例如異議逾越法定期間），招標機關應評估廠商所提異議之理由，如認為其有理由，則應自行撤銷、變更原處理結果，或暫停採購程序之進行；如認其異議無理由者，則應予駁回¹⁸。異議處理結果，依本條項規定，

¹⁶ 羅昌發，同註 4，頁 344-345。

¹⁷ 原為 20 日，91 年 2 月 6 日修正為 15 日，依立法說明主要係為符合世界貿易組織政府採購協定「快速有效程序」要求。

¹⁸ 潘秀菊、張祥暉，政府採購法異議申訴制度之研究，軍法專刊，45 卷 10 期，1999 年 10 月，

應以書面通知提出異議之廠商。於異議處理過程中，依採購法施行細則第 103 條規定，機關「得」通知提出異議之廠商到指定場所陳述意見。

促參法辦理的「民參案件」，申請人提出異議後依「促參爭議處理規則」第 5 條規定：「主辦機關對於申請人所提異議，應自收受異議書之次日起『20 日』內為適當之處理，並將處理結果以書面通知異議人…。」亦如上開採購法處理異議一般，採先程序後實體之審查方式¹⁹。異議處理結果，應以書面通知提出異議之申請人。至於異議處理過程中，陳述意見部分，並無規定。但或許此時可透過促參法第 47 條第 1 項規定準用採購法施行細則第 103 條規定。

以上二者之處理程序大致相同，而異議處理結果通知，應否記載理由及救濟教示，均無明文；不同之處，在「促參爭議處理規則」對於異議處理過程，並無陳述意見之明文。

第四款 申訴會與申訴處理程序

第一目 採購申訴會及促參申訴會組成與運作

一、申訴會組成

「採購申訴會」依「申訴會組織準則」第 2 條第 1 項規定，其掌理之事項有：採購法第 76 條廠商申訴之處理、同法第 85 條之 1 履約爭議之處理、同法第 102 條廠商申訴之處理、其他與廠商申訴及履約爭議調解相關之事項。

「採購申訴會」由中央主管機關及地方主管機關分別設立。主要係在立法院審議過程中，若干立法委員認為採購事項若屬於地方機關利用其預算所進行，則屬地方自治範圍；此種採購既然涉及地方自治事項，則與此種採購有關的申訴制度，自然亦應由地方機關自行為之。基於此種考量，採購法第 86 條第 1 項乃規定，主管機關及直轄市、縣（市）政府為處理中央及地方

頁 34。王珍玲，同註 14，頁 124-125。

¹⁹ 洪國欽，同註 13，頁 306。

機關採購之廠商申訴及機關與廠商間之履約爭議調解，分別設「採購申訴員會」；置委員 7 人至 25 人，由主管機關及直轄市、縣（市）政府聘請具有法律或採購相關專門知識之公正人士擔任，其中 3 人並得由主管機關及直轄市、縣（市）政府高級人員派兼之。但派兼人數不得超過全體委員人數 1/5²⁰。應說明者，係中央主管機關所設之「採購申訴會」與地方主管機關所設「採購申訴會」並無隸屬關係。

「採購申訴會」依「採購申訴會組織準則」第 5 條規定，係由主管機關或直轄市、縣（市）政府就具有專門知識之「公正」人士聘任，具有專業知識的公正人士之界定為：

- 一、曾任實任法官、檢察官或行政法院評事者。
- 二、曾執行律師、會計師、建築師、技師或其他與政府採購有關之專門職業人員業務五年以上者。
- 三、曾任教育部認可之國內、外大專校院副教授以上職務三年以上，且教授法律或採購相關專門學科者。
- 四、具有與政府採購相關領域之專門知識或技術，並在該領域服務五年以上者。」

「促參申訴會」除處理促參法第 47 條所定有關申請及審核程序之爭議外，並無其他事項。依「促參爭議處理規則」第 7 條規定，異議人對於異議之處理結果不服，或主辦機關逾第 5 條所定期限（20 日）不為處理者，應於收受異議處理結果或處理期限屆滿之次日起 30 內，以書面向本法主管機關所設「促參申訴會」提出申訴。「促參申訴會」為處理申訴案件，應聘請具有法律或促參相關專門知識之公正人士擔任委員。為辦理促參申訴，財政部參照「採購申訴會組織準則」訂頒「財政部促參申訴審議會設置要點」（下稱「促參申訴會設置要點」）俾辦理促參申訴。促參申訴會置委員 7 人至 15 人，其中主任委員由財政部部長指派次長 1 人兼任；副主任委員及其他委員由財政部就

²⁰ 羅昌發，同註 4，頁 349。

高階人員或具有法律或促參相關專門知識之公正人士派（聘）兼之。由財政部高階人員兼任者最多 3 人，且不得超過全體委員人數 1/5（「促參申訴會設置要點」第 3 點及第 4 點規定）。

「促參申訴會」依「促參申訴會設置要點」第 5 點規定，係由主管機關就具有法律或促參相關專門知識之「公正」人士聘任，具有專業知識的公正人士之界定為：

- 一、曾任實任法官、檢察官者。
- 二、曾執行律師、會計師、建築師、技師或其他與促參有關之專門職業人員業務五年以上者。
- 三、曾任教育部認可之國內、外大專校院副教授以上職務三年以上，且教授法律或促參相關專門學科者。
- 四、具有與促參相關領域之專門知識或技術，並在該領域服務五年以上者。

關於「促參申訴會」委員之資格，「採購申訴會組織準則」第 5 條²¹及「促參申訴會設置要點」第 5 點²²，大致有相同之規定。

二、申訴會議召開與表決

「採購申訴會」會議由主任委員召集之，並為主席；主任委員未能出席時，由副主任委員代理之；無副主任委員或副主任委員未能出席者，由主任委員指定委員 1 人代理之。「採購申訴會」委員會議之決議，應有 1/2 以上委員出席，出席委員過半數同意行之。可否同數時，由主席裁決之（「採購申訴

²¹ 「採購申訴會組織準則」第 5 條：「前條第一項公正人士，應具備下列資格之一：一、曾任實任法官、檢察官或行政法院評事者。二、曾執行律師、會計師、建築師、技師或其他與政府採購有關之專門職業人員業務五年以上者。三、曾任教育部認可之國內、外大專校院副教授以上職務三年以上，且教授法律或採購相關專門學科者。四、具有與政府採購相關領域之專門知識或技術，並在該領域服務五年以上者。」

²² 「促參申訴會設置要點」第 5 點規定：「前點第一項公正人士，應具備下列資格之一：一、曾任實任法官、檢察官者。二、曾執行律師、會計師、建築師、技師或其他與促參有關之專門職業人員業務五年以上者。三、曾任教育部認可之國內、外大專校院副教授以上職務三年以上，且教授法律或促參相關專門學科者。四、具有與促參相關領域之專門知識或技術，並在該領域服務五年以上者。」

會組織準則」第 5 條規定)。

「促參申訴會」會議之召集、出席及決議，大致與「採購申訴會」相同(「促參申訴會設置要點」第 6 點規定²³)。

三、迴避規定

「採購申訴會」之迴避，分為「自行迴避」及「申請迴避」。即申訴會委員、諮詢委員、執行秘書及工作人員就採購申訴或履約爭議事件，有下列各款情形之一者，應行迴避：一、該事件涉及本人、配偶、三親等以內血親或姻親或同財共居親屬之利益者。二、曾為該採購之承辦或監辦人員。三、曾參與該事件之異議處理者。四、本人或其配偶與機關、廠商或其負責人間現有或三年內曾有僱傭、委任或代理關係者。五、有其他情形足認其有不能公正執行職務之虞者。上開人員應行迴避而未迴避者，當事人得申請其迴避或由主任委員令其迴避(「採購申訴會組織準則」第 13 條規定)。

「促參申訴會」委員之迴避規定(「促參申訴會設置要點」第 13 點規定²⁴)，大致與「採購申訴會」相同。惟就執行秘書及工作人員之迴避，則未見規定。

第二目 申訴審議期限

為快速處理採購申訴案件，採購法第 78 條規定，「採購申訴會」應在收到申訴書之次日起 40 日內完成審議；必要時可延長 40 日。此種快速的救濟，其他法律制度較為少見²⁵。

促參申訴案件之審議期限，依「促參爭議處理規則」第 27 條規定，在申訴會收到申訴書之次日起 40 日內完成審議；必要時可延長 40 日。

²³ 「促參申訴會設置要點」第 6 點規定：「申訴會由主任委員召集之，並為主席；主任委員未能出席時，由副主任委員代理之；無副主任委員或副主任委員未能出席者，由主任委員指定委員一人代理之。申訴會會議之決議，應有二分之一以上委員出席，出席委員過半數同意行之。可否同數時，由主席裁決之。」

²⁴ 「促參申訴會設置要點」第 13 點規定：「申訴會委員就促參事件有下列各款情形之一者，應行迴避：(一) 該事件涉及本人、配偶、三親等以內血親或姻親或同財共居親屬之利益。(二) 曾為該促參案件之承辦或監辦人員。(三) 曾參與該事件之異議處理。(四) 本人或其配偶與申請人或其負責人、主辦機關間現有或三年內曾有僱傭、委任或代理關係。(五) 有其他情形足認其有不能公正執行職務之虞。前項人員應行迴避而未迴避者，當事人得申請其迴避或由主任委員令其迴避。」

²⁵ 羅昌發，同註 4，頁 340。

據上，二者對於申訴案件之申訴審議期限，均為相同。惟在多數學說甚至主管機關本身，均認為採購案件與「民參案件」屬性不同，有關案件爭議應儘速解決部分，固然有避免遲來的正義之考量，但在「民參案件」具專業性、複雜性、隔代性（契約期間長）及公益性的特色下，審議期限是否宜完全比照採購案件之處理，實值促參法之主管機關深思。

第三目 審議方式與陳述意見

採行預審制度，即為釐清爭點或澄清事實，主任委員得指定委員 1 至 3 人辦理預審（採購申訴審議規則第 13 條規定²⁶、「促參爭議處理規則」第 16 條規定²⁷）。其審議的方式，包括單純的書面審議，亦得依職權或申請，通知申訴人、機關及「利害關係人」²⁸到指定場所陳述意見²⁹（採購法第 80 條第 1 項及第 2 項規定、採購申訴審議規則第 15 條規定、「促參爭議處理規則」第 18 條第 1 項及第 2 項規定³⁰）。

第四目 鑑定與其他調查證據之方式

由於申訴會之委員未必具備所有相關之知識或訊息，故有時有必要由其他方式獲得；由第三者鑑定及要求第三者提供說明或相關資料，即屬查明事實之重要方法。即依採購法第 80 條第 3 項規定：「採購申訴審議委員會於審議時，得囑託具專門知識經驗之機關、學校、團體或人員鑑定，並得通知相關人士說明或請機關、廠商提供相關文件、資料。」採購申訴審議規則第 16 條第 1 項規定，除上開團體及相關人士外，並增列「學者、專家」³¹。而「促

²⁶ 採購申訴審議規則第 13 條規定：「申訴事件經依第 11 條審查無不受理之情形者，由申訴會主任委員指定委員 1 人至 3 人為預審委員，進行實體審查。」

²⁷ 「促參爭議處理規則」第 16 條規定：「申訴事件無不受理之情形者，由申訴會主任委員指定委員 1 人至 3 人為預審委員，進行實體審查。」

²⁸ 採購法第 80 條第 1 項及第 2 項規定：「（第 1 項）採購申訴得僅就書面審議之。（第 2 項）採購申訴審議委員會得依職權或申請，通知申訴廠商、機關到指定場所陳述意見。」及採購申訴審議規則第 15 條規定：「申訴會得依職權或申請，通知廠商、機關到指定場所陳述意見。」即未包括利害關係人。

²⁹ 羅昌發，同註 4，頁 350、356。

³⁰ 「促參爭議處理規則」第 18 條第 1 項及第 2 項規定：「（第 1 項）申訴得僅就書面審議之。（第 2 項）申訴會得依職權或申請，通知申訴人、主辦機關及利害關係人到指定場所陳述意見。」

³¹ 採購申訴審議規則第 16 條規定：「（第 1 項）申訴會於審議時，得囑託具專門知識經驗之機關、學校、團體或人員鑑定，並得邀請學者、專家或相關人士到場說明，或請機關、廠商提供相

參爭議審議規則」第 18 條第 3 項規定³²，則與採購申訴審議規則第 16 條第 1 項規定內容相同。

以上相關人員迴避規定部分，除學者、專家之迴避，準用「採購申訴會組織準則」（採購申訴審議規則第 16 條規定³³、「促參爭議審議規則」第 18 條第 4 項規定³⁴）外，其餘機關、學校、團體或人員及相關人士部分，則未見明文。

第五目 主辦機關自我審查與申訴會之暫停程序措施

主辦機關認為異議或申訴有理由者，應自行撤銷、廢止或變更原處理結果，或暫停採購程序（或申請及審核程序）之進行。但為應緊急情況或公共利益之必要或其事由無影響申請及審核程序之進行者，不在此限。其中所謂「緊急情況或公共利益之必要或其事由無影響申請及審核程序之進行」³⁵，係指縱使異議及申訴有理由，但仍可基於因應緊急情況（如確實必須緊急獲得採購物品）或基於公共利益（亦即基於公共利益而仍必須繼續進行採購）或縱使招標機關違反法令仍不影響採購，而仍不自行更正或暫停程序。主辦機關為上開之處理者，應即通知異議人或申訴人及申訴會（採購法第 84 條第 1 項規定、「促參爭議處理規則」第 31 條，亦有相同規定）。

預審委員審議申訴事件，認為有必要者，經提報申訴會委員會議決議後，得通知主辦機關暫停採購程序（或申請及審核程序），主辦機關應依通知辦理。但預審委員認時間急迫，應及時處理者，申訴會得以書面徵詢全體委員之意見，獲過半數委員之書面同意後暫停之（採購申訴審議規則第 17 條、「促參爭議處理規則」第 26 條第 2 項規定）。

關文件、資料。（第 2 項）前項學者、專家之迴避，準用採購申訴審議委員會組織準則關於申訴會委員迴避之規定。」

³² 「促參爭議審議規則」第 18 條第 3 項及第 4 項規定：「（第 3 項）申訴會於審議時，得囑託具專門知識經驗之機關、學校、團體或人員鑑定，並得邀請學者、專家或相關人士到場說明，或請主辦機關、申訴人提供相關文件、資料。（第 4 項）前項學者、專家之迴避，準用採購申訴審議委員會組織準則關於申訴會委員迴避之規定。」

³³ 見註 31。

³⁴ 見註 32。

³⁵ 羅昌發，同註 4，頁 358。

第六目 審議判斷之作成與內容

一、審議判斷書格式與性質

採購申訴審議判斷依採購法第 82 條規定，應以書面附事實及理由，而採購申訴審議規則第 20 條第 1 項規定：「申訴會應按委員會議決議製作審議判斷書原本，載明下列事項：…四、主文、事實及理由。…」。促參申訴審議判斷之作成，依「促參爭議處理規則」第 25 條第 1 項規定，亦同。

依採購法第 83 條規定：「審議判斷視同訴願決定。」直接使受不利決定之廠商可以提起行政訴訟。採購申訴審議規則第 22 條規定：「(第 1 項) 審議判斷書應附記如不服審議判斷，得於審議判斷書送達之次日起 2 個月內向行政法院提起行政訴訟。(第 2 項) 審議判斷書未依前項規定為附記或附記錯誤者，準用訴願法第 91 條及第 92 條規定」；「促參申訴審議處理規則」第 30 條規定³⁶，與上開規定大致相同。

二、指明有無違法之處

依採購法第 82 條第 1 項規定：「採購申訴審議委員會審議判斷，應…指明招標機關原採購行為有無違反法令之處…」是故，指明有無違法，係審議判斷必須認定及記載的事項。採購申訴審議規則第 21 條第 1 項亦規定：「前條審議判斷書，應指明招標機關原採購行為有無違反法令之處…。」另採購法第 85 條第 1 項規定：「審議判斷指明原採購行為違反法令者，招標機關應另為適法之處置。」此為招標機關之義務³⁷。

促參申訴審議判斷之內容，依「促參爭議處理規則」第 26 條第 1 項規定，亦應指明主辦機關有無違反本法及有關法令；經指明其有違反者，主辦機關應另為適法之處置。

惟如申訴廠商認為招標機關於收到要求撤銷原決定之申訴判斷，並未採

³⁶ 促參申訴審議處理規則第 30 條規定：「(第 1 項) 審議判斷視同訴願決定，並應附記如不服審議判斷，得於審議判斷書送達之次日起二個月內，向高等行政法院提起行政訴訟。(第 2 項) 審議判斷書未依前項規定為附記或附記錯誤者，準用訴願法第 91 條及第 92 條規定。」

³⁷ 羅昌發，同註 4，頁 359。

取任何行動為改正時，並非循再度提起異議與申訴之程序，而係另行尋求諸如損害賠償之法律救濟³⁸。

另所謂「指明其有違反者」實務見解認為，審議判斷業已指明主辦機關之違法者，則主辦機關受此審議判斷之拘束，尚應另為處置，此對於審議判斷效力所及之人的權利，自會受到損害，似謂審議判斷實質上具有撤銷原處分之效力³⁹。

三、經指明有違法時建議機關處置方式

採購法第 82 條第 1 項規定：「…其有違反者，並建議招標機關處置之方式。」採購申訴審議規則第 21 條第 1 項，亦有相同的規定。是故，在認定招標機關有違法的情形，「採購申訴會」可以建議招標機關之處置方式（申訴會亦可以不為此項建議）。不過，有關招標機關之處置方式，屬於建議性質；招標機關可以在一定條件下，不予採行。即招標機關不依建議辦理者，依採購法第 85 條第 2 項規定，應於收受審議判斷之次日起 15 日內報經上級機關核定，並由上級機關於收受之次日起 15 日內以書面向採購申訴會及廠商說明不可採行之理由⁴⁰。

至於促參爭議處理規則，對於促參申訴會則未有如上開得建議主辦機關處置方式之明文。然而，民間參與公共建設之案件，如屬委外經營管理（專業服務）或其他依採購法第 99 條規定辦理者，則可能將由「採購申訴會」作出建議處置方式。惟採購法本項建議處置方式之制度，本身存有爭議下，「採購申訴會」在運用上，自宜審慎為之。

³⁸ 羅昌發，同註 4，頁 360。

³⁹ 臺北高等行政法院 94 年度訴字第 301 號判決參照。洪國欽，同註 13，頁 311。

⁴⁰ 有認為在現行採購法下，許多採購機關均自行擔任上級機關之角色；且申訴會或廠商不接受該上級機關之說明時，將如何處理，未有交代；又允許由上級機關核定後，即得僅說明理由而不遵守該委員會之決定，此無異賦予招標機關或其上級機關得逕行否定採購申訴審議委員會對於申訴決定過程中有關公共利益考量之妥當性，而形成招標機關或其上級機關，得審查採購申訴審議委員會決定之不合理現象。李嵩茂，同註 8，頁 44-45。

第三項 訴願與申訴

異議與申訴為採購法對於「甄審」程序爭議所另設之救濟程序，其與既有訴願間之關係，工程會訴願審議委員會 90 年 12 月 11 日第 4 次委員會議決議略以，政府採購所定異議及申訴相關規定，性質上係為訴願法第 1 條但書所指「法律另有規定」之情形，屬訴願之特別程序，應優先適用之。廠商就其與機關間所生招標、審標、決標…爭議，捨異議及申訴程序不為，逕行行提起訴願，自非法之所許⁴¹。

另促參法對於「甄審」程序爭議，既如採購法般另設異議、申訴之救濟程序，性質上，自亦為訴願法第 1 條但書所指「法律另有規定」之情形。



⁴¹ 羅昌發，同註 4，頁 344。同此見解者，郭介恆，同註 3，頁 92。

第四節 小結

採購法第1條規定：「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」、第6條第1項規定：「機關辦理採購，應以維護『公共利益』及『公平合理』為原則，對於廠商不得為無正當理由之差別待遇」、「採購評選會組織準則」第6條第1項規定：「委員應公正辦理評選。…。」；獎參條例第37條規定：「主管機關為審核申請案件，應設甄審委員會，就申請人之興建或營運能力、公司組織健全性、財務計畫可行性、附屬事業之收入、權利金支付額度及要求政府投資或補貼等事項，依公平公正之原則，擇優評審之。…甄審過程應公開為之。」；促參法第44條第1項及第3項規定：「主辦機關為審核申請案件，應設『甄審委員會』，按公共建設之目的，決定甄審標準，並就申請人提出之資料，依『公平、公正』原則，於評審期限內，擇優評定之。…甄審程序應『公開』為之。」不論係「甄審」得標廠商、最優案件申請人或最優申請人也好，均一致要求「甄審」應本公平、公正或公開原則為之，其理念正與正當法律程序原則一致。

另除獎參條例對其「甄審」程序爭議處理，未有明文外，採購法及促參法對於「甄審」程序爭議處理，均明定應循「異議申訴程序」提起救濟。「採購申訴會」委員除機關兼任人員，係就具有法律或採購相關專門知識之「公正」人士聘任、並要求委員應超然、「公正」行使職權¹、並訂有委員迴避規定；「促參申訴會」委員除機關兼任人員，係就具有法律或促參相關專門知識之「公正」人士聘任、並要求委員應超然、「公正」行使職權²、亦訂有委員迴避規定等，均一致要求應公正行使職權，此與正當法律程序原則所要求者，亦無不同。

不論係採購法、獎參條例或促參法，除強調參與競爭者的平等程序保障外，在立法設計在權力分立，尤其對「甄審」決定的司法審查界限具有重要

¹ 「採購申訴會組織準則」第7條規定：「申訴會委員應超然、公正行使職權，並親自出席會議。」

² 「促參申訴會設置要點」第7點規定：「申訴會委員應超然、公正行使職權，並親自出席會議。」

意義。蓋立法者既將決定甄審標準的權限賦予「甄審會」，並藉由相關組織與程序規範確保其行使職權的公共性，行政法院允宜著重審查「甄審會」的組成、其行使權限的程序是否已遵守相關法定要求，乃至其是否已確實遵守本身所定的甄審標準；工作小組在依法受「甄審會」授權進行協商，且並未違反「甄審會」所定甄審標準的範圍內，其協商行為亦應受同樣的尊重³。

此外，學者指出因實體法的調控力量減弱，程序法的重要性相應提升。即因為行政享有更廣泛的決定空間（其相對地負有具體化的責任），使行政程序不僅具有服務性的功能，更須致力發展一種得以具體化法律與目的之程序性典範，行政責任由此轉換成程序責任。於此，法律的任務已轉換為形塑決定的程序。換言之，從組織與程序方面來支撐相關實體決定。然而，立法者對於分配決定的實體標準，通常並未作全面、精確的安排，因此行政機關享有進一步規定分配之具體標準的權限；正因立法者有意賦予行政機關此等決定權限，法院對此等分配決定的審查也受到一定的限制。此等實體法標準與相關司法審查的不足，必須藉由程序法上的機制來彌補。質言之，只有程序上的機會平等才能確保競爭者的主觀權利；此等程序要求的憲法基礎為平等保障的要求。而程序法藉以回應法治國所要求的，分配應具備合理性（Rationalität）與切合事理（Sachgerechtigkeit）之要求的共通性結構要素（gemeinsame Strukturelemente）包括：在程序的開端，應提供潛在有意願者必要的資訊；程序結束前，使程序參與者獲悉意擬的分配決定；應備其透明的，足以提供井然有序之分配標準的選擇方案；最後，必須確保相關機關的中立性（Neutralität）⁴。

又「評選」廠商、「甄審」最優案件申請人或「評審」最優申請人之「評決」方法，除依採購法第 99 條辦理「民參案件」可依同法施行細則第 109 條規定，採「最高標決標」外，採購法、獎參條例或促參法大致採取「最有

³ 陳愛娥，經濟行政領域中的程序保障—以分配程序(Verteilungsverfahren)為觀察重心，憲政時代 38 卷 1 期，2012 年 7 月，頁 9、12。

⁴ 陳愛娥，同前註，頁 21-22。

利標」評決方式。此一評決方式，係以總評分法、評分單價法或序位法為主，均涉評分或分數之轉換（序位），最終「甄審」結果「通知」，不外係將「甄審會」評量結果透過主辦機關作一個程序上確認，實際上類如考試「評量」。

考試「評量」具有高度屬人性、無法重新展現情境、對比情境且高度涉及評分者的專業判斷之特質；也因如此，得以排除若干行政程序；而「考試」此一行為特質，不限於考試院之命題與評分，舉凡涉及到考核評量者，如各行政機關的人事考核、公務人員任用考試、專門職業證照考試、學校學生或教師升等，均屬之⁵。復因行政法院對評分之審查密度受到限制，如何透過程序確保實體基本權，就顯得重要。例如：程序依據規則進行、規則必須要有法律依據或法律明確授權、嚴格遵守公平與客觀、形成合議原則，以調合個別評量判斷拘限性審查⁶等，對於「民參案件」之「甄審」制度亦具參考價值。



⁵ 董保城，應考試權與正當程序之保障，收錄於：現代行政之正當法律程序/公私協力與行政合作法制，臺灣行政法學會主編，元照公司，2014年12月，頁5-9。

⁶ 董保城，同前註，頁20-21。

第五章 從組織與程序建構合理正當的甄審與爭議處理機制

「民參案件」行政機關在相對人的選定上扮演著重要角色，如果立法者設有關於相對人資格條件之規定，行政機關固應遵守，即便無相關規定，本於合義務裁量行政機關仍有義務選擇一個對於任務之履行而言，在能力、組織、財務與信用等各方面均具備最佳條件之相對人，要找出這位最優或最適的相對人，則有賴於一套適當之選定程序¹。許宗力教授²由基本權程序保障功能出發，並從程序保障消極面向，強調行政決定之作成，無論內容在干預或給付，只要涉及人民基本權者，在最終決定作成前，都應踐履一定的程序義務，以避免基本權的實害發生。因次，縱認民間與公共建設甄審決定或結果之作成，純屬「授益處分」，應仍有一定程序義務。

然而，民間參與公共建設之正當行政程序為何？就此司法院釋字第 709 號解釋闡釋「正當行政程序」應包含：一、設置適當組織審議；二、確保利害關係人知悉相關資訊；三、程序公開；四、容許利害關係人於程序中陳述意見或辯論，應具有指標之作用。至於其是否適用於民間參與公共建設？林明鏘教授³由解釋理由書所述「本質上屬於國家或地方自治團體之公共事務，縱使基於事實上需要及引入民間活力之政策考量，而以法律規定人民在一定條件下得申請自行辦理，國家或地方自治團體仍須以公權力為必要之監督及審查決定」認為本質上都市更新與民間參與公共建設，均屬公私合作，這些具體要求仍得運用於民間參與公共建設程序。

據上，本文以下，除檢視現行主要作為「民參案件」辦理依據之採購法、

¹ 許宗力，論行政任務的民營化，收錄於：氏著，法與國家權力(二)，元照公司，2007年1月，頁447。

² 許宗力，基本權的功能，月旦法學教室，2期，2002年12月，頁78。

³ 林明鏘，促進民間參與公共建設法制與檢討—從地方自治團體有效管制觀點出發，月旦法學雜誌，234期，2014年11月，頁55。

獎參條例及促參法，就其「甄審」及「爭議處理」，是否契合憲法正當行政程序之要求外，同時亦嘗試釐清其與行政程序法之關係。

第一節 合理正當的甄審程序

董保城教授認為合理正當的行政程序，可由「組織」與「程序」兩個面向建構⁴。

從「組織」面向，應考量之要素有：一、行政機關有管轄權。二、行政機關作成決定之人員須符合迴避規定。三、避免程序外接觸。四、具層級性委員會之委員，避免重疊。五、必要時，組成多元委員會。六、多元委員會應具備符合要求之專業性與經驗性之要件。七、多元委員會應符迴避規定。

從「程序」面向，應考量之要素有：一、預先告知所擬採取不利行動其所根據之法律與事實理由。二、當事人有陳述意見以求辨明。三、閱覽卷宗權利。四、要求迴避權利。五、提出證據及要求邀請相關人士出席說明之權利。六、有對機關指定人員、證人、鑑定人、其他當事人及其代理人詢問權利。七、聘請代理人或輔佐人權利。八、事先充裕及時告知之權利。九、作成最後裁決須附理由。十、作成最後裁決應有事實及法令依據。十一、有請求召開、參與公聽會之權利。十二、甚至請求舉辦，參與公民投票的權利。

第一項 合理正當的甄審組織

「適當組織」非一般通案性行政決定模式，而是一種較高的標準，而行政程序法對此，並無直接規定⁵。由於民間參與公共建設，具有專業性、複雜性及高風險性、隔代性、利害衝突、公益性及獨占性與政府資源分配(土地或設施交付使用)等多樣特色，本質上即具有透過「適當組織」與「程序設計」

⁴ 湯德宗教授認為「行政的正當程序」簡稱「正當行政程序」，包含 5 項要素，即公正作為義務、受告知權、聽證權、說明理由義務及行政資訊公開。

⁵ 湯德宗，大學教師升等評審的正當程序—論大法官釋字第四六二號解釋之適用，月旦法學雜誌，2003 年 6 月，頁 232-233。李建良，都市更新的正當行政程序（下）—釋字第 709 號解釋，臺灣法學，229 期，頁 61-62。

加以保障之需要⁶。因此，「甄審」決定之作成，自應由公正、專業組織為之；又為符合中立性，避免私相授受，自有採取迴避制度之必要；由於其涉及各種利害衝突，必須思考利害關係人（申請人、民眾）參與之機會，以提高民間參與公共建設之正當性。

採購法（採最有利標決標時）、獎參條例及促參法，原則上，均透過「甄審會」辦理「甄審」。「甄審會」所作之最終決定（主要任務），不僅在於涵攝「優勝」、「最有利」及「擇優」等不確定法律概念⁷，除強調其專業外，並負有公正作為之義務。由本文第四章第一節對於「甄審制度」的介紹可知，「甄審會」係主辦機關於招標（商）前成立，外聘學者專家「遴選」及所占委員「比例」部分，除「獎參條例」未有明文外，均自主管機關（「採購評選會」—行政院公共工程委員會；「促參甄審會」—財政部）建立之專家學者建議名單中遴選，並定有積極資格條件與遴選規範。外聘學者、專家「比例」，至少應達 1/3 以上⁸，而最優案件申請人及最優申請人決定之作成，依法為甄審會之法定權限。

對於會議「出席人數」及「決議」部分，「採購評選會」應有委員 1/2 出席，出席委員中外聘委員專家人數至少 2 人，且不得少於出席人數 1/3；其決議至少應有出席委員過半數之同意；「獎參甄審會」決議則應經絕對多數決（2/3 以上出席，過半數決議）；「促參甄審會」應有 1/2 以上，且至少 5 人以上之出席，始得開會，其決議以出席委員過半數之同意行之。如案件屬「重大公共建設」者，出席委員則不得少於 7 人，且不論案件屬「重大公共建設」與否，外聘專家、學者均不得少於出席人數之 1/2。

⁶ 許宗力教授本於釋字第 364 號解釋（關於廣播電視電波頻率之分配），認為從廣播電視自由，可以導出國家有採行適當程序設計的義務，以達公平合理規劃與分配電波頻率的目的，主要乃因電波頻率有限，客觀上不可能讓每一個人都各自擁有一個電波頻率，俾利用以廣播電視方式行使其言論自由，所以要求國家採行適當組織與程序設計，公平合理分配有限的電波頻率。許宗力，同註 2，頁 77。此即為基本權保障之積極面向。

⁷ 王寶玲、黃雍晶，判斷餘地於政府公共工程案件招標程序中之運用及趨勢，收錄於：李家慶主編，工程與法律的對話，三民書局，2010 年 1 月，頁 51。

⁸ 此種要求，學者謂已具「準司法機關」（例如訴願機關）的程序設計。李建良，析論司法院大法官釋字第 491 號解釋，臺灣本土法學，10 期，2000 年 5 月，頁 58。

第一款 迴避義務

第一目 甄審委員迴避

迴避制度係避免公務員對於待決事件有利益衝突或預設立場，致決策有偏頗之虞。我國行政程序法第 32 條⁹及第 33 條¹⁰已定有公務員迴避規定。依法務部見解，認為「採購評選會」委員屬刑法第 10 條第 2 項所稱之「公務員」。大法官湯德宗認為行政程序法迴避規定所稱「公務員」，應採最廣義解釋。即凡「依法令從事公務之人員」皆有其適用，我國實務上內部設置各種委員會之委員，自應有公正作為之義務，故應有行政程序法迴避規定之適用。惟採購法、獎參條例及促參法對於「甄審委員」之迴避，則另有規定，因此，行政程序法第 32 條及第 33 條與上開規定間之關係為何？即有釐清之必要。

「採購評選會審議規則」第 14 條規定：「本委員會委員有下列情形之一者，應即辭職或予以解聘：一、就案件涉及本人、配偶、三親等以內血親或姻親，或同財共居親屬之利益。二、本人或其配偶與受評選之廠商或其負責人間現有或三年內曾有僱傭、委任或代理關係。三、委員認為本人或機關認其有不能公正執行職務之虞。四、有其他情形足使受評選之廠商認其有不能公正執行職務之虞，經受評選之廠商以書面敘明理由，向機關提出，經本委員會作成決定。」本條第 1 款至第 3 款規定，性質上近似於行政程序法第 32 條「自行迴避」規定，而第 4 款近似於行政程序法第 33 條「申請迴避」規定。

⁹ 行政程序法第 32 條規定：「公務員在行政程序中，有下列各款情形之一者，應自行迴避：一、本人或其配偶、前配偶、四親等內之血親或三親等內之姻親或曾有此關係者為事件之當事人時。二、本人或其配偶、前配偶，就該事件與當事人有共同權利人或共同義務人之關係者。三、現為或曾為該事件當事人之代理人、輔佐人者。四、於該事件，曾為證人、鑑定人者。」

¹⁰ 行政程序法第 33 條規定：「(第 1 項)公務員有下列各款情形之一者，當事人得申請迴避：一、有前條所定之情形而不自行迴避者。二、有具體事實，足認其執行職務有偏頗之虞者。(第 2 項)前項申請，應舉其原因及事實，向該公務員所屬機關為之，並應為適當之釋明；被申請迴避之公務員，對於該申請得提出意見書。(第 3 項)不服行政機關之駁回決定者，得於五日內提請上級機關覆決，受理機關除有正當理由外，應於十日內為適當之處置。(第 4 項)被申請迴避之公務員在其所屬機關就該申請事件為準許或駁回之決定前，應停止行政程序。但有急迫情形，仍應為必要處置。(第 5 項)公務員有前條所定情形不自行迴避，而未經當事人申請迴避者，應由該公務員所屬機關依職權命其迴避。」

上開「採購評選會」委員迴避規定與行政程序法「自行迴避」所列舉者，略有不同。前者之迴避規定未將「前配偶」或「曾有此關係者為事件之當事人」、「共同權利人或共同義務人」、「輔佐人」、「證人」或「鑑定人」之關係明列其中，且有些關係不以「該事件」為限，如代理關係只要「現有或三年內曾有委任或代理關係」亦應迴避之。解釋上，上開與行政程序法不同部分，似可由「採購評選會審議規則」第 14 條規定第 3 款及第 4 款之概括規定所涵括。據此，似難以說明，其是否較行政程序法規定嚴格。惟採購法就此既有特別規定，且其範圍似較行政程序法迴避規定來得更廣泛。而如有申請迴避之情形，係由專業的「採購評選會」作成決定。從而，應不適用行政程序法第 32 條及第 33 條規定。

「獎參甄審會」委員迴避部分，「交通部交通建設評審辦法」第 3 條第 1 項後段僅概括規定「如有具體事實，足認其執行職務有偏頗之虞」應遵守利益迴避原則，自行迴避。換言之，僅有「概括」的迴避規定，且執行秘書、幕僚人員及工作小組成員，未有明文。而「交通部民間參與交通建設作業實施要點」（僅「BOT 方式」辦理之「鐵路、公路及大眾捷運系統」有其適用）規定，亦以甄審委員與甄審事項「有利害關係」者，應自行迴避¹¹；於工作小組準用之。就甄審委員及工作小組之迴避，亦概括以「有利害關係」為應行迴避；執行秘書及幕僚人員，均未見迴避規定。據此，獎參條例對於甄審委員等相關人員之迴避事由，顯然未臻明確。本文以為甄審程序仍屬一般行政程序且獎參條例既未有明確規定，自仍有行政程序法第 32 條及第 33 條規定之適用。

「促參甄審會」委員迴避部分，屬「政府規劃案件」者，「促參甄審辦法」第 9 條¹²除未將上開「採購評選會審議規則」第 14 條第 3 款「委員認為本人

¹¹ 「交通部民間參與交通建設作業實施要點」第 19 點第 2 項：「甄審委員應親自出席委員會議，本公正客觀立場行使職權；其與甄審事項有利害關係者，應自行迴避。」

¹² 「促參甄審辦法」第 9 條規定：「甄審會委員有下列情形之一，應即迴避：一、就申請案件涉及本人、配偶、三親等以內血親或姻親，或同財共居親屬之利益者。二、本人或其配偶與申

或機關認其有不能公正執行職務之虞」列入外，「促參甄審辦法」第 11 條亦規定，有同辦法第 9 條或第 10 條（片面接觸或違反倫理規範）之情形，應自行辭職或由機關解聘，其規範內容與「採購評選會審議規則」第 14 條，尚屬一致。至於「民間自行規劃案件」部分，其中「政府提供土地設施案件」審核委員會運作上既準用「促參甄審會」運作規定，則迴避規定自在準用之列。雖工作小組之迴避，未見明文，然其工作小組既屬審核委員會運作之一環，似應類推適用甄審委員迴避規定。至於「自行備具土地案件」，則完全未有明文，解釋上似亦應類推適用甄審委員迴避規定。

據上，不論係「促參甄審會」或「審核委員會」及其工作小組之迴避，除未訂有明確規定者（獎參條例）外，應不適用行政程序法第 32 條及第 33 條規定。

此外，因「甄審」制度係採依「個案」成立「甄審會」的方式，因此，除委員自行迴避或辭職外，不論係採機關要求「迴避」或「解聘」，本身似亦已涉及委員個人之工作權問題，而或許正因委員不曾表示不服之故，而未有明文。

第二目 其他相關人員之迴避

就「甄審」而言，最終甄審結果，固係由「甄審會」委員作成。但本於「甄審制度」中有關「工作小組及其任務」之介紹（本文第四章、第一節、第二項、第五款），可知工作人員於「甄審」程序中，係輔助甄審會辦理「甄審」，或可就申請資料擬具初審意見提供甄審委員參考（促參工作小組）；提出工作報告或評比結果、或經「甄審會」授權後與申請人辦理協商等任務，均與甄審結果之作成有所關聯，具有一定的重要地位。甚至「甄審會」對於工作小組所提工作報告或評比結果，如不予接受，尚應附具理由方得退回（如「獎參甄審會」）。據此，工作小組自應負有公正作為之義務，應有迴避規定

請案件之申請人或其負責人間現有或三年內曾有僱傭、委任或代理關係者。三、有其他具體事證，足認其有不能公正執行職務之虞者。」

之適用。

「採購評選會」工作小組及協助評選人員之迴避，依「採購評選會組織準則」第 8 條第 4 項規定，準用上開「採購評選會審議規則」第 14 條規定，從而，其工作小組及協助評選人員，亦無行政程序法迴避規定之適用。

「獎參甄審會」執行秘書、幕僚人員及工作小組成員之迴避，則未有迴避規定；僅見於「交通部民間參與交通建設作業實施要點」(僅「BOT 方式」辦理之「鐵路、公路及大眾捷運系統」有其適用)，就工作小組概括為「工作小組成員與甄審事項『有利害關係者』，應自行迴避」規定；而執行秘書及幕僚人員，則無迴避規定。據此，本文認為工作小組如係由機關外人員兼任，其具體迴避事由，宜先參採採購法及促參法迴避規定，其不足之處以行政程序法補充之；而執行秘書及幕僚人員既由機關公務員兼任，於未有另行規定下，仍應有行政程序法第 32 條及第 33 條規定之適用。

促參法就「政府規劃案件」工作小組成員之迴避，則依照甄審委員迴避規定辦理；就「民間自行規劃案件」工作小組之迴避，如上所述，宜類推適用「促參甄審會」迴避規定。據此，自無行政程序法迴避規定之適用。

第二款 避免程序外接觸

行政程序法第 47 條之立法目的，在於維持行政程序之公平性與透明性，一方面避免行政機關受到不當之干擾、關說，造成行政機關之困擾；另一方面則是要避免公務員與當事人在程序外之私下接觸，造成行政偏頗，以致影響其他當事人權益¹³。據此，本於公平、公正乃「甄審程序」之基本要求，故「甄審委員」或相關工作人員，自應避免與當事人進程序外之接觸。

此外，採購法與促參法為確保公正、公平之作為義務，對於相關人員並訂有嚴謹的倫理規範。例如：採購人員倫理準則第 7 條¹⁴及「促參甄審辦法」

¹³ 蔡茂寅、林明鏘、李建良、周志宏，行政程序法實用，新學林公司，2011 年 2 月，頁 49。

¹⁴ 採購人員倫理準則第 7 條規定：「採購人員不得有下列行為：一、利用職務關係對廠商要求、期約或收受賄賂、回扣、餽贈、優惠交易或其他不正利益。二、接受與職務有關廠商之食、宿、交通、娛樂、旅遊、冶遊或其他類似情形之免費或優惠招待。三、不依法令規定辦理採

第 10 條¹⁵。

第二項 合理正當的甄審程序

「甄審」階段，係由資格審查、初步評審、綜合評審，乃至於甄審結果作成後，投資契約簽訂前之議約等階段所構成。倘採「雙階理論」則投資契約「簽訂前」為公法關係階段¹⁶。因此，有關受告知權部分，可能涉及各該階段決定前與決定後之告知。例如，「資格審查」階段涉資格審查合格與否、「初步評審」階段涉入圍與否、「綜合評選」涉甄審結果作成、「甄審結果作成後至投資契約簽訂前」（此應屬獎參條例及促參法所特有之階段），各階段均有決定前及決定後告知之問題。

許宗力教授指出，行政程序法第 102 條規定應給予處分相對人陳述意見之機會，僅限於「限制或剝奪人民自由或權利」之行政處分，始有其適用；同法第 54 條以下聽證程序，不僅舉行聽證與否任行政機關之裁量，且其制度功能基本上是在調和各利害關係人的利益衝突，並非是從專業立場篩選最適相對人為目的¹⁷。據此，行政程序法上開規定，是否適用於民間參與公共建設，即不無疑義，爰於以下探究之。

購。四、妨礙採購效率。五、浪費國家資源。六、未公正辦理採購。七、洩漏應保守秘密之採購資訊。八、利用機關場所營私或公器私用。九、利用職務關係募款或從事商業活動。十、利用職務所獲非公開資訊圖私人不正利益。十一、於機關任職期間同時為廠商所僱用。十二、於公務場所張貼或懸掛廠商廣告物。十三、利用職務關係媒介親友至廠商處所任職。十四、利用職務關係與廠商有借貸或非經公開交易之投資關係。十五、要求廠商提供與採購無關之服務。十六、為廠商請託或關說。十七、意圖為私人不正利益而高估預算、底價或應付契約價金，或為不當之規劃、設計、招標、審標、決標、履約管理或驗收。十八、藉婚喪喜慶機會向廠商索取金錢或財物。十九、從事足以影響採購人員尊嚴或使一般人認其有不能公正執行職務之事務或活動。二十、其他經主管機關認定者。」

¹⁵ 「促參甄審辦法」第 10 條規定：「甄審會委員應依法令規定公正辦理甄審事宜，且不得有下列行為：一、利用甄審關係要求期約或收受賄賂、回扣、餽贈、優惠交易或其他不正利益。二、接受與甄審有關之食、宿、交通、娛樂、旅遊、洽遊或其他類似情形之免費或優惠招待。但主辦機關安排之必要食宿、交通，不在此限。三、洩漏應保守秘密之甄審資訊。四、利用甄審關係營私舞弊。五、利用甄審所獲非公開資訊圖私人不正利益。六、於擔任甄審會委員期間，同時為申請人所僱用或委任。七、利用甄審關係媒介他人至申請人處所任職、升職、調職或為其他人事請託。八、利用甄審關係與申請人有借貸或非經公開交易之投資關係。九、利用甄審關係從事或接受請託或關說。十、從事其他足以影響甄審會委員尊嚴或使一般人認其有不能公正執行甄審事務或活動。」係參採採購人員倫理準則第 7 條規定訂定。

¹⁶ 林明鏘，同註 3，頁 58。

¹⁷ 許宗力，同註 1，頁 448。

第一款 甄審程序之聽證權

由釋字第 709 號解釋，應可推得「聽證」制度具有調和多數利益衝突之作用，本於利害衝突為民間參與公共建設特色之一，自無將其排除在外之理。我國行政程序法將「聽證」分為兩類，即「正式的聽證權」與「非正式的聽證權」，並以後者（非正式聽證權－陳述意見之機會）為原則；前者（正式的聽證權－聽證）為例外。

民間參與公共建設程序性質上，應屬多階段程序，前階段「甄審結果」往往涉及申請人得否參與下一階段甄審。如申請人是否符合招標(商)文件之資格條件（資格審查結果），涉及申請人得否繼續參與下一甄審階段，如前階段審核不通過、不合格，自涉及競爭自由之限制；又如未依招標(商)文件審核者，亦有違反平等原則之情。不論係「甄審結果」（通知－確認為適格之締約對象）；或其後另行作成賦予「特許」之通知函，對於獲得「決標」、「最優案件申請人」或「最優申請人」之民間申請人而言，應屬「授益處分」。但對於程序中一同提出申請之申請人而言，形式上應屬拒絕授益之「負擔處分」¹⁸。原則上，應給予陳述意見之機會。

然應思考的是，於「甄審程序」各該階段決定前，是否均有給予申請人陳述意見之必要？有無行政程序法第 103 條之適用？

首先，倘採「雙階理論」則投資契約「簽訂前」之階段，應屬公法關係。此階段之資格審查通知（資格符合與否）、初步評審結果通知（入圍與否）、最終甄審結果通知，均具有終結各該階段之作用，並使申請人退出或進入下一階段之效果，且係由機關單方面所作成，應屬行政處分。

其次，應考量各該甄審階段的特性。如「資格審查」階段因僅就資格文件進行審查，其是否提出招標(商)文件所應備之文件，事實上應較為明確。

¹⁸ 凡對於所涉及之人，給予法律上不利益之行政處分，無論係干涉權利、駁回授益處分之申請或廢棄原有之許可，皆為「負擔處分」。陳敏，行政法總論，新學林出版有限公司經銷，2012年9月，頁342。

於申請人眾多下，給予陳述意見與否，自應斟酌各該申請人提出之資格文件有無疑義，而非給予全部申請人就其資格條件陳述意見。因此，行程序法第 103 條第 1 款及第 5 款，於「資格審查」階段，應可適用之。第 2 款及第 3 款或係有關公益；或有關法定期間之遵守，與民間參與公共建設本身公共利益導向，亦無不合，應可適用。第 7 款情形因陳述意見係在於提起救濟後方使為之，對於多階段程序本身前階段正確性之確保，有所障礙，故不應適用為宜。於資格條件之審查，涉競爭自由限制下，第 6 款規定顯然無法適用。而第 4 款及第 8 款與甄審程序，似無關聯。

至於綜合評審階段「甄審決定」作成前，是否應給予陳述意見之機會。本於行政實務上，於綜合評審時均給予申請人口頭簡報機會，簡報完畢後並由申請人就甄審委員提問予以回答。據此，本文認為除未定有簡報之機制且有必要外，應無須再行給予陳述意見之必要¹⁹。至於行政程序法第 103 條之適用，與上開論述同。

總之，行政程序之簡繁必須與事件輕重成比例，亦即對一般性、輕微性事件，應力求行政程序之簡易與合目的性；反之，愈攸關人民之權益者，則其程序上之進行應更嚴格。故行政行為之作成是否應進行聽證程序，宜由立法者因應各種不同之行政行為，於行政程序法或其他個別法規中加以考量²⁰。

第二款 甄審程序之閱卷權

至閱卷權（申請閱覽、抄寫、複印或攝影）部分，則涉及資訊的公開與提供方式，重點在於使人民處在得知悉資訊的狀態。「甄審程序」過程中之各項資料，是否得申請閱覽等，採購法、獎參條例及促參法本身，大致是處於規範空白狀態，多係由主管機關於相關授權辦法中規定。

然而，甄審程序中之相關文件，或應保守秘密。例如，採購法第 34 條第

¹⁹ 林明鏞教授似認為，不應以「甄審程序」中之簡報，替代陳述意見。林明鏞，同註 3，頁 55。

²⁰ 蔡茂寅、林明鏞、李建良、周志宏，同註 13，頁 178。

4 項：「機關對於廠商投標文件，除公務上使用或法令另有規定外，應保守秘密。」；或因僅允許就特定範圍提供閱覽之故。例如，最有利標評選辦法第 20 條第 2 項及第 3 項規定：「評選委員會之會議紀錄及機關於委員評選後彙總製作之總表，除涉及個別廠商之商業機密者外，投標廠商並得申請閱覽、抄寫、複印或攝影。(第 2 項) 各出席委員之評分或序位評比表，除法令另有規定外，應保守秘密，不得申請閱覽、抄寫、複印或攝影。(第 3 項) …」及「促參甄審辦法」第 26 條第 3 項及第 4 項規定：「(第 3 項) 甄審會之會議紀錄及主辦機關於委員綜合評審後彙總製作之總表，除涉及個別申請人之商業機密者外，申請人得申請閱覽、抄寫、複印或攝影。(第 4 項) 各出席委員之綜合評審內容，除法令另有規定者外，應保守秘密，不得申請閱覽、抄寫、複印或攝影。」由反面解釋來看，上開規定似表示除「甄審會會議紀錄」及「主辦機關彙總製作之總表」(尚須無涉個別申請人商業機密)，方可申請閱覽、抄寫、複印或攝影外，餘個別廠商或申請人之投標文件或申請資料、個別委員之評分或其評審內容，均不在申請閱覽之範圍。

此外，司法實務上，認其他申請人於申請程序所提之投資計畫書、甄審會會議「錄影紀錄」、工作小組於甄審前擬具提送甄審會之評估報告或初審意見，因符合政府資訊公開法第 18 條第 3 款或第 7 款「豁免公開」之要件，因而，甄審會會議「錄影紀錄」，以及工作小組於甄審前擬具提送甄審會之評估報告或初審意見，乃政府機關作成意思決定前，內部單位之準備作業，自不可予以公開。又其他申請人於申請程序所提之投資計畫書，係法人營業上秘密或經營事業有關之資訊，其公開或提供顯有侵害該公司權利、競爭地位或其他正當利益之虞，亦不可予以公開。據此，縱前揭資料主辦機關雖已提供予法院，成為訴訟卷宗之一部分，仍得限制閱覽²¹。

²¹ 臺北高等行政法院 96 年度訴字第 02240 號判決(原告之訴駁回)參照，其後並為最高行政法院 100 年度判字第 1109 號判決所維持(駁回上訴)。

第三款 受告知權

我國行政程序法規定之「告知」，依其作用可以分為三類：即預告、決定告知及救濟教示²²。

第一目 決定前告知(預告)

採購法第 51 條第 1 項²³規定，審查廠商投標文件（解釋上，包括資格、規格與價格等其他投標文件）有所疑義時，得通知提出說明。本條項規定於所有「採購方式」（公開招標、選擇性招標或限制招標），亦不論其所採行之「決標方式」為何，均有其適用。

獎參條例對於一般案件之資格文件採形式審查，依「交通部交通建設甄審辦法」第 8 條規定，如資格文件及公告所規定需檢附之資料有缺件，應通知限期補件；而「交通部民間參與交通建設作業實施要點」第 22 點第 2 項則規定：「各機關對投資申請人之資格文件『有疑義』時，得通知投資申請人於規定期限內『補正』或『澄清』…。」前者（一般案件）之「補件」，似與預告無關；後者（即「獎參 BOT 案件」）既屬有疑義事項之「補正」或「澄清」，其中「澄清」部分應可認屬於「預告」。本此可知一般案件於「資格審查」階段，並無「預告」規定之明文。

促參法辦理之案件，「促參甄審辦法」第 17 條第 3 項²⁴規定「資格審查」過程，如認申請人所提送之相關文件不符程式或有疑義，得依招商文件規定，通知申請人限期補正或提出說明。其中「有疑義」通知限期「說明」部分，

²² 湯德宗，同註 5，頁 236。

²³ 採購法第 51 條：「(第 1 項) 機關應依招標文件規定之條件，審查廠商投標文件，對其內容有疑義時，得通知投標廠商提出說明。(第 2 項) 前項審查結果應通知投標廠商，對不合格之廠商，並應敘明其原因。」

²⁴ 「促參甄審辦法」第 17 條：「(第 1 項) 資格審查時，由主辦機關依招商文件規定之資格條件，就申請人提送之文件，進行審查，選出合格申請人。(第 2 項) 申請人提送之資格文件缺漏，但其資格事實確實存在，主辦機關得通知申請人限期補件。(第 3 項) 第一項審查過程，主辦機關如認申請人所提送之相關文件不符程式或有疑義，得依招商文件規定，通知申請人限期補正或提出說明。申請人逾主辦機關依前二項通知之期限，而不補件、補正或提出說明者，不予受理。(第 4 項) 第一項資格審查結果，主辦機關應通知申請人，最遲不得逾甄審會選出最優申請人時或評決無最優申請人時；對審查不合格者，並應敘明其原因。」

應屬「預告」，且以招商文件有明文記載者為限。另「促參甄審辦法」第 18 條第 3 項²⁵，針對「綜合評審」階段申請人提出之投資計畫書及相關文件有疑義，得通知限期「澄清」，亦同。

第二目 甄審階段各決定之告知與救濟教示

一、甄審程序中決定與救濟教示

依採購法第 51 條第 2 項規定：「前項審查結果（按指投標文件之審查結果）應通知投標廠商，對不合格之廠商，並應敘明其原因。」及其施行細則第 18 條規定：「（第 1 項）機關依本法對廠商所為之通知，除本法另有規定者外，得以口頭、傳真或其他電子資料傳輸方式辦理。（第 2 項）前項口頭通知，必要時得作成紀錄。」可見「投標文件」（理論上包括資格、規格、價格）之審查結果，不僅要求應行「通知」，而且要求對於不合格者，應敘明「原因」（理由）。採購法施行細則第 61 條規定：「投標文件審查結果應通知各投標廠商，對於不合格之廠商，應敘明其原因，最遲並不得逾決標或廢標日 10 日。其通知經廠商請求者，得以書面為之。」可見投標文件審查結果之「通知」，並不以「書面」為限。

獎參條例對於一般案件之「資格審查」結果是否通知，則未見明文。「獎參 BOT 案件」依「交通部民間參與交通建設作業實施要點」第 22 點第 3 項規定資格預審階段結果，應通知合格申請人（以利於合理之準備時間內提送投資計畫書及繳交申請保證金）；至於未通過資格審查之申請人，是否通知，則未見明文。然學者認為，亦應通知之²⁶。而「初步評選結果」則未見通知與否。

²⁵ 「促參甄審辦法」第 18 條規定：「（第 1 項）綜合評審時，由甄審會依招商文件規定之甄審項目、甄審標準及評定方式，就前條資格審查所選出之合格申請人所遞送之投資計畫書及相關文件，選出最優申請人，必要時得增選次優申請人。（第 2 項）前項綜合評審，甄審會對申請人所提送之投資計畫書及相關文件有疑義，得通知申請人限期澄清，逾期不澄清者，不予受理。……。」

²⁶ 許宗力，同註 1，頁 449-450。又本於正當行政程序之要求（受告知權），亦應肯認之。

促參法關於「資格審查」結果，依「促參甄審辦法」第 17 條第 3 項²⁷規定，主辦機關應通知申請人，最遲不得逾甄審會選出最優申請人時或評決最優申請人時；對審查不合格者，並應敘明其原因。申言之，資格審查不論通過與否，均應通知申請人。至於通知方式，則未規定。

然以上程序中甄審決定之通知，均無救濟教示記載之明文。惟各該爭議標的之救濟期間，已分別不同規定，並較訴願提起時間短（2 個月）。因此，本於其規定之意旨，在於使案件爭議得已提早確定，應無行政程序法第 98 條規定之適用，惟為免爭議宜於採購法或促參法明文規定。

二、最終甄審決定與救濟教示

依採購法辦理之「民參案件」，原則上決標結果應通知各投標廠商（同法第 52 條第 3 項規定）。公告金額以上採購之招標，除有特殊情形外，並應於決標後之一定期間內，將決標結果之公告刊登於政府採購公報，並以「書面」通知「各投標廠商」。

依獎參條例第 38 條規定之文義，可知主管機關應將「甄審結果」通知最優申請案件申請人；至於未獲評選為最優案件之申請人，是否應通知，未見明文。惟如學者所述，仍應通知²⁸。

至於依促參法辦理之「民參案件」，屬「政府規劃案件」者，依「促參甄審辦法」第 25 條規定，綜合評審結果經主管機關首長或其授權人員核定後，於 2 週內公開於主管機關資訊網路及以「書面」通知，所有進入綜合評審階段之申請人。「民間自行規劃案件」之「政府提供土地設施案件」則準用之。

「民間自行規劃案件」之「自行備具土地案件」經審核通過者，主辦機關應將審核通過之條件通知民間申請人；未獲通過者，主辦機關應備具理由，通知民間申請人。

然而，對於救濟教示之記載，亦無明文。惟各該爭議標之救濟期間，已

²⁷ 「促參甄審辦法」第 17 條，見註 24。

²⁸ 許宗力，同註 1，頁 449-450。

分別不同規定，並較訴願提起時間（2 個月）為短。因此，本於其規定之意旨，在於使案件爭議得已提早確定，應無行政程序法第 98 條規定之適用，惟為免爭議宜於採購法或促參法明文規定。

第四款 說明理由之義務

有關說明理由之義務，在此可能涉及「甄審會」作成甄審決定後，主辦機關據以對外作成「甄審結果」（通知）之說明理由；或者係「甄審會」就工作小組所提出之「初審意見」不接受時之說明理由。

就前者而言，依採購法第 51 條規定，招標文件審查結果應通知廠商，應「通知」投標廠商，對「不合格」之廠商，並應敘明其原因。對於「通知方式」同法施行細則第 18 條規定：「（第 1 項）機關依本法對廠商所為之通知，除本法另有規定者外，得以口頭、傳真或其他電子資料傳輸方式辦理。（第 2 項）前項口頭通知，必要時得作成紀錄。」而採購法施行細則第 85 條就決標之書面通知，已規定應記載事項，且如「無法決標」者，除以書面通知各投標廠商外，並應記載其理由。即「通知」除該法另有規定外，原則上，不以「書面」方式為限。另對於採最有標決標者，依最有利標評選辦法第 20 條 4 項規定：「機關評定最有利標後，對於合於招標文件規定但未得標之廠商，應通知其最有利標之標價與總評分或序位評比結果及該未得標廠商之總評分或序位評比結果」。總之，採購法僅對於「不合格」、「未得標廠商」或「無法決標」時規定應記載一定原因或理由；獎參條例第 38 條規定，則僅規定應通知最優申請案件申請人，至於理由記載與否，未見明文；依促參法辦理之案件，如屬「政府規劃案件」者，對於理由記載與否，亦無明文；如屬「民間自行規劃案件」之「使用政府土地設施案件」，因準用「政府規劃案件」規定之故，亦同。「民間自行規劃案件」之「自行備具土地案件」經審核通過者，依「主辦機關審核自規案件注意事項」第 5 點第 4 款規定，對於通過者記載「審核通過之條件」；未獲通過者「應備具理由」，通知申請人。

就後者而言，除「交通部民間參與交通建設作業實施要點」（僅「BOT方式」辦理之「鐵路、公路及大眾捷運系統」有其適用）第20點第4項規定：「甄審委員會對工作小組所提之工作報告或評比結果得予接受或退回；其接受或退回，應附記理由」外，上開案件類型以外之獎參條例案件，則不適用。而「採購評選會」或「促參甄審會」依「採購評選會審議規則」第5條或「促參甄審辦法」第14條第2項規定，初審意見僅係供「甄審」參考而已。上開規定並未要求「甄審會」接受或不接受工作小組初審意見時，應附具理由，僅於「促參甄審辦法」第24條第1項規定：「(第1項)甄審會評審結果『與工作小組初審意見有明顯差異』，或『不同委員之評審結果有明顯差異』，召集人應提交甄審會議決或依甄審會議決辦理複評，並列入會議紀錄。複評結果仍有明顯差異時，由甄審會議決之。(第2項)甄審會依前項規定，得作下列決議：一、退回工作小組初審意見，由工作小組重行提送。二、除去個別委員評審結果，重計評審結果。三、廢棄原評審結果，重行提出評審結果。四、無法評定最優或次優申請人。」據此，「甄審會」既屬公正、專業之委員會，既對於專業事項作出評審結果，則有關「有明顯差異」與否，自應由「甄審會」議決，而不論採行之措施為何，其應該說明理由者，似係何謂「有明顯差異」。「採購評選會組織準則」第6條規定²⁹，除未定有「不同委員之評審結果有明顯差異」及其處理方式不採退回初審意見外（其第1款係「維持原評選結果」）外，餘並無不同。

第三項 小結

就「組織」面向而言，採購法(採最有利標決標時)、獎參條例及促參法，對於「民參案件」之「甄審」，均由主辦機關（具管轄權）組成之公正、專業

²⁹「採購評選會組織準則」第6條規定：「(第1項)委員應公正辦理評選。評選及出席會議，應親自為之，不得代理，且應參與評分(比)。(第2項)不同委員之評選結果有明顯差異時，召集人應提交本委員會議決或依本委員會決議辦理複評。複評結果仍有明顯差異時，由本委員會決議之。(第3項)本委員會依前項規定，得作成下列議決或決議：一、維持原評選結果。二、除去個別委員評選結果，重計評選結果。三、廢棄原評選結果，重行提出評選結果。四、無法評定最有利標。」

多元的「甄審會」辦理；「甄審委員」及「相關人員」如對於個案涉有利害關係者，應自行迴避或由機關命其迴避，即已定有迴避規定；並禁止程序外接觸。就「程序」面向而言，除申請閱覽卷宗權，因閱覽標的受有限制外，程序中之告知權、迴避申請等程序事項，均有一定程度之規範。據此，各該「甄審組織」與正當行政程序對於合理、正當組織所應備之要素，尚無不符之處。獎參條例或許因公布於行政程序法施行前之故，其正當行政程序意識，似有過於薄弱之情。

「甄審會」作成最終「甄審決定」主辦機關首長是否可拒絕核定？就「採購評選會」而言，由採購法第 56 條第 1 項「評選結果無法依機關首長或評選委員會過半數之決定」及其施行細則第 109 條第 3 款規定，均有「經機關首長或評選委員會過半數之決定所評定之最有利標廠商」；獎參條例部分，則僅見於「交通部民間參與交通建設作業實施要點」第 26 點第 3 款規定，評選結果應按權責報核後公布；促參法部分，其「促參甄審辦法」第 25 條第 1 項規定，綜合評審結果應經工作小組簽報主辦機關首長或其授權人員核定。顯然，隱含不論係「機關首長」³⁰或「採購評選會」對於作出之「評選決定」仍保有否定權。

就釋字第 462 號解釋理由書第二段闡示「由『非』相關專業人員所組成之委員會除就名額、年資、教學成果等因素予以斟酌外，『不應』對申請人專業學術能力以『多數決』作成決定。」採反面解釋，則「甄審會」既係公正、專業多元的專家所組成，自不在上開解釋適用範圍內。因此，「甄審會」得以多數決否決自己做成之「甄審決定」應有理可循。然如認機關首長對於「甄

³⁰ 應視招標文件所載評定最有利標之方式而定。如招標文件已載明由採購評選委員會過半數之決定評定最有利標，則機關首長不得變更或不採納評選結果。蘇明通、游麗慧，政府採購法實務 Q&A，元照公司，2001 年 2 月，頁 266-267。另行政院公共工程委員會 88 年 12 月 16 日（八八）工程企字第 8820990 號函：「主旨：關於採購評選委員會決議及評選事項之執行疑義，復如說明，請查照。說明：一、復貴局八十八年十二月三日屏警後字第二一一七七號函。二、採購評選委員會決議及評選事項，機關首長得否變更或不採納乙節，應視招標文件所載評定最有利標之方式而定。如招標文件已載明由採購評選委員會過半數之決定評定最有利標，則機關首長不得變更或不採納上開評選結果。」即應視招標文件，就此事項有無特別載明而定。

審會」作成之專業判斷，亦享有否決權，無異表示機關首長可以不尊重專業。惟另一層的考量應該是「民參案件」多具有高度政策性之故。如機關首長因政策上因素不欲推動，則強迫簽約的後果恐怕是兩敗俱傷而非雙贏（締約雙方）或三贏（締約雙方及使用者）。因此，賦予機關首長否決權，亦不難理解。惟本文認為機關仍負有說理之義務，以證明決策並非只是恣意（並採寬鬆的審查，只要理由說得過去），且輔以補償機制，方屬可行³¹。但現行規定，不論係說理義務或補償機制，似均有未足。

另採購法第 48 條³²有機關不開標決標規定，其中第 7 款為「採購計畫變更或取銷採購者」得不開標決標。其後續僅發還相關文件而已³³，就廠商因該次採購所支出之備標成本，並未見任何補償規定。實務上，甚或可能於招標文件載明，有此情事不予補償或賠償。然此種「廢標」情事，縱為採購法所允許（合法），但已侵害人民之財產權，亦應給予適當補償為是。

³¹ 學者認為「甄審會」組織仍有未盡完美之處。如甄審會定位不明；依個案成立及完成甄審後即行解散，只管前段而不管後段；此種「獨立性之內部組織編組」委員報酬微薄；決定後之甄審結果，主管機關無否決權限；嚴重違反資訊公開、民眾參與及其他正當法律程序等情，不足以因應促參案件之複雜性，故建議甄審會組織及權限，及與主辦機關的法律關係（含報酬及專家參與、行政助手）均應於促參法上（而非授權之法規命令中）加以明文。基於重要性內容應受法律保留原則之拘束，減少委員會「有權無責」；主辦機關「有責無權」的矛盾現象，將甄審委員會之決議視為「專家學者建議」並「不拘束」主辦機關，但主辦機關不接受時，得提出詳盡理由說明後，即有變動甄審會決議權限。林明鏘，同註 3，頁 53-56。其後段有關主辦機關得不接受「甄審決定」之建議與本文相近。

³² 採購法第 48 條第 1 項規定：「機關依本法規定辦理招標，除有下列情形之一不予開標決標外，有 3 家以上合格廠商投標，即應依招標文件所定時間開標決標：一、變更或補充招標文件內容者。二、發現有足以影響採購公正之違法或不當行為者。三、依第八十二條規定暫緩開標者。四、依第八十四條規定暫停採購程序者。五、依第八十五條規定由招標機關另為適法之處置者。六、因應突發事故者。七、採購計畫變更或取銷採購者。八、經主管機關認定之特殊情形。」

³³ 其施行細則第 57 條規定：「（第 1 項）機關辦理公開招標，因投標廠商家數未滿 3 家而流標者，得發還投標文件。廠商要求發還者，機關不得拒絕。（第 2 項）機關於開標後因故廢標，廠商要求發還投標文件者，機關得保留其中一份，其餘發還，或僅保留影本。採分段開標者，尚未開標之部分應予發還。」

第二節 合理正當的爭議處理程序

司法院釋字第 442 號解釋，認訴訟權除在確保人民得依法定程序提起訴訟外，並有受公平審判之意旨；而所謂的「公平受審權」的內容，釋字第 482 號解釋理由書則列舉，包含聽審、公正程序、公開審判請求權及程序上之平等權；釋字第 574 號解釋則進一步闡述，訴訟權係以人民於其權利受侵害時，得依正當法律程序請求法院救濟為其核心；釋字第 610 號解釋則闡述，訴訟權之具體內容應由立法機關制定相關法律，始得實現，立法機關所制定有關訴訟權救濟程序之法律，應合乎正當法律程序及憲法第 7 條平等保障之意旨觀察，可知司法院對於訴訟權（司法程序）之正當法律程序著墨較深。

至於訴願權部分，僅見於釋字第 663 號解釋中闡述，人民權利遭受公權力侵害時，得根據憲法第 16 條規定，循國家依法所設程序，提起訴願或行政訴訟，俾其權利獲得適當之救濟，並稱此為「程序性基本權」。此程序性基本權之具體內容，應由「立法機關」制定合乎正當法律程序之相關法律實現之。相關程序規範「是否正當」，除考量憲法有無特別規定及所涉基本權之種類外，尚須視案件涉及之事物領域、侵害基本權之強度與範圍、所欲追求之公共利益、有無替代程序及各項可能程序之成本等因素，綜合判斷而為認定。

上開程序性基本權，均係權利遭受侵害者之救濟程序，程序中所審查「客體」均為人民權利有無受公權力之侵害。然應思考的是，其審查「客體」既屬相同，則其正當法律程序要求，是否即應一致？對此，學者似認二程序性質不同（一屬行政程序；一屬司法程序）其正當法律程序之要求，並不相同¹。

然而，救濟程序之正當性，必須是建構在具有外部救濟可能性之前提下，倘若欠缺外部救濟的可能性，則救濟制度即不得謂有程序正當性可言²。因此，有關民間參與公共建設「甄審」階段之爭議處理，除應有內部之救濟程序外，

¹ 蔡茂寅、林明鏘、李建良、周志宏，行政程序法實用，新學林公司，2011 年 2 月，頁 21。

² 柯耀程，羈押救濟的正當程序－評釋字第六三九號解釋，月旦裁判時報，創刊號，2010 年 2 月，頁 161。

亦應存有一外部救濟程序，方符憲法保障訴願權、訴訟權及正當法律程序之意旨。

第一項 異議之正當行政程序

第一款 異議處理結果之法律性質

異議處理應踐行之正當法律程序為何？此涉及對於「異議處理結果」法律性質之判斷。

認為應依異議之「標的內容」而定者³，以「招標文件或招標文件規定之釋疑、後續說明、變更或補充」提出異議，因其乃係針對招標文件而非對異議廠商，又非公物之設定，顯然非屬一般處分，應僅為一「行政事實」，縱使其內容有違法而影響決標結果，投標廠商亦可針對「決標結果」提出異議，無須認該異議處理為行政處分；至於對該「採購過程、結果」之異議，如其係針對特定異議廠商所為之決定（如投標資格認定、標單合法與否之認定以及押標金沒收等），則此時因其對象特定，且其對於異議廠商之參與投競爭資格有決定性之影響，縱使其未必影響最終之決標結果，但在考量廠商公平競爭機會之保障，以及採購法第 85 條第 3 項損害請求權規定，應將其定性為「行政處分」。

法務部 91 年 11 月 1 日行政程序法諮詢會議（工程會提請討論），會中多數委員見解，認異議處理結果「非」行政處分⁴。惟目前學說與實務上，不論採購程序⁵或促參程序，有關「雙階理論」（不論傳統雙階理論或修正式雙階理論）之適用，幾乎已成定論，上開法務部諮詢會議，只能當作是理論發展過程的軌跡。在雙階理論下，締約前之行政行為屬公法行為，於機關行為屬

³ 潘欣榮，政府採購法下招標爭議案件訴權內容及訴訟類型之研究，法令月刊，第 62 卷第 6 期，2011 年 6 月，頁。

⁴ 行政程序法解釋及諮詢小組會議記錄彙編(三)，法務部編印，2003 年，10 月，頁 215-229。

⁵ 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。吳庚，行政法之理論與實用（增訂十版），三民書局經銷，2007 年 9 月，頁 148。

性不清的情況下，似應推定係行使公權力的性質⁶。誠如學者所言，行政處分之所以能夠與行政上的事實行為，包括行政法上的「準法律行為」相區分，不在於它是否「對外發生法律效果」，或是否「直接影響人民權利義務關係，且實際上已對外發生效力」，毋寧在於它包含了行政法上的意思表示。即作成行政處分者，藉由行政處分擬定一定的法律效果，且法秩序即相應承認其得以發生此等效果⁷。據上，「異議處理結果」應為行政處分無疑。

司法實務上，則認為異議處理程序係由原處分機關依一般行政程序處理，應屬行政程序之一環，不應準用訴願法相關規定⁸。又異議決定如係為異議駁回者，則係獨立於原處分外，以另一行政程序維持原處分之結論，並未發生變更原處分結果之效果⁹，似認「異議處理結果」即行政機關就已經審核並為處置之人民申請事項，在未變更先前處置即所為第一次裁決之事實及法律狀況下，重新為實體審查，並予處置，而屬「第二次裁決」，並使其得成為獨立的爭訟對象¹⁰。

本文以為招標或招商文件之屬性，如為行政事實，則就該行政事實後續所為之釋疑、說明、變更或補充，應係另一行政事實，而無從成為行政處分，因此，此類型之異議處理結果，應非「第二次裁決」；縱認招標或招商文件屬行政處分或法規命令，至少其後續之釋明或說明，應屬行政事實，而非行政處分，其與異議處理結果並不具前後處分之關連性，故此種異議處理結果，亦非「二次裁決」。又對於上開招標或招商文件以外事項之異議，其異議處理結果既屬行政救濟程序之一環，故其異議處理結果，縱屬行政處分，亦非可

⁶ 王富仙，政府採購法上異議之正當法律程序，軍法專刊，59卷6期，2013年12月，頁109。

⁷ 同時認為在作成處分機關意思表示不明確時，基於保護人民權益，且該處分不明確應歸責於行政機關的考量，應作有利於人民的解釋。陳愛娥，行政處分存否的認定標準與行政法院「適用」大法官解釋的方式—行政法院八十九年度判字第一六五八號判決評釋，法令月刊，51卷10期，2000年10月，頁226-228。

⁸ 臺北高等行政法院96年度訴字第3699號判決參照。訴願之先行政程序，應適用行政程序法及各該先行政程序之行政實體法規定，既無準用訴願法規定之明文，亦無類推適用訴願法之行政救濟程序規定餘地。尤重道，訴願先行政程序與訴願前置主義暨特殊訴願程序（二），現代地政，2008年9月，頁327-10。李震山教授，對此有不同看法，詳見本節第四項。

⁹ 臺北高等行政法院94年度訴字第752號判決。

¹⁰ 尤重道，同註8，頁327-11。

歸類為「二次裁決」。此外，原處分如係由甄審會所作成，而一般異議事項之處理，並未再行提請甄審會審議，其處理組織或程序，既有不同，則異議處理結果亦非「第二次裁決」。綜上，異議處理結果之性質，應以依異議之「標的內容」而定之見解為可採，且無涉「第二次裁決」之問題。

第二款 合理正當的異議程序

「異議處理結果」如屬行政處分，即涉及作成行政處分之正當法律程序。依釋字第 491 號解釋要求之「行政處分」三項要義：即（一）應經公正之委員會決議。（二）處分前應給予受處分人陳述意見及申辯之機會。（三）處分書應附記理由，表明救濟方法、期間及受理機關。其中第一要義應「正當組織」及「公正裁決」；後二要義屬現代法治國家程序保障之要求，亦為司法院大法官解釋正當法律程序不斷提及者¹¹。

其中第一要義理念，系爭處分之作成存在立場不公正或有偏頗之虞的可能性越高，則正當組織的要求也就越高。然單從權利的限制尚不足以推導出組織的憲法誠命，尚須有別於通常程序較高的「公正需求」，具備防止偏頗、利益衝突之必要性，始克有之¹²。

如第四章、第三節、第二項、第三款所述，採購法或促參法所定之「異議標的」，大致上分為三種類型：（一）招標(商)文件（包括釋疑、後續說明、變更或補充之通知或公告）。（二）甄審過程、決定或結果。（三）對甄審結果後，簽訂投資契約前之相關決定（促參法所獨有之異議標的）。有關應由「適當組織」為之之第一要義，在此異議處理程序中，是否應被建構？本文認為應視其最初作成之依據而定。即與「甄審程序」之「甄審會」是否有所關聯而定。簡言之，即是否屬「甄審會」之任務範圍而定。例如，招標(商)文件之「甄審標準」或「甄審項目」審定、甄審決定之作成，既屬「甄審會」任

¹¹ 李建良，都市更新的正當行政程序（下）－釋字第 709 號解釋，臺灣法學，229 期，2013 年 8 月，頁 60-61。

¹² 李建良，同前註，頁 61、63。

務，則與其有關之異議處理，亦應符合「適當組織」(公正委員會)要求。其他非屬「甄審會」任務或無具體關聯者，自毋須提高其程序密度。就此，林明鏘教授認為甄審會不應在於最終甄審決定作成後即行解散，而應隨著個案程序之推展，不斷地提供處理意見¹³，似有其道理。當然於處分前應給予受處分人陳述意見及申辯之機會及處分書應附記理由，表明救濟方法、期間及受理機關之第二及第三要義，亦不可免。然而，有關異議處理記載理由部分，司法實務上似未嚴格要求(詳後述)。

第二項 合理正當的申訴處理程序

第一款 合理正當的申訴組織

採購法第 76 條及「促參爭議處理規則」第 7 條規定，提起申訴應向主管機關所設「採購申訴會」或「促參申訴會」為之(申訴屬申訴會權管事項)。

「促參申訴會」係聘請具有一定專業知識之公正人員擔任，本身即具有專業性¹⁴。「採購申訴會」亦無不同。有關申訴會委員比例，不論係「採購申訴會」或「促參申訴會」，其由機關人員兼任者，最多為 3 人，且比例不得超過全體委員人數 1/5。其與「準司法機關」之要求，並無不一致之處。

如上所述，申訴係訴願之特別規定。其本質上與訴願之功能，尚無不同。學者認為訴願作為行政救濟之一環，其於組織適法要求，理應高於一般行政程序¹⁵。據此，如就內、外部委員之限制來看，因「申訴會」限制機關人員兼任委員者，不得超過全體委員人數 1/5，對於外部委員之比例要求，亦較「訴願會」外聘委員(不得少於 1/2)比例為高。

第二款 迴避義務、片面接觸之禁止

為確保相關人員得以公正執行職務，固有迴避的要求。「採購申訴會組織

¹³ 林明鏘，促進民間參與公共建設法制與檢討－從地方自治團體有效管制觀點出發，月旦法學雜誌，234 期，2014 年 11 月，頁 56。

¹⁴ 許靜宜，我國民間參與公共建設爭議處理制度之研究，國立臺灣海洋大學海洋法律研究所碩士論文，2010 年 1 月，頁 26。

¹⁵ 湯德宗，訴願的正當程序，收錄於：氏著，行政程序法論，元照出版社，2005 年 2 月，頁 409。

準則」第 13 條對於申訴會委員、諮詢委員、執行秘書及工作人員，除明文列舉應迴避之事項外，亦有「其他情形足認其有不能公正執行職務之虞」之概括條款加以補充。相較於訴願法第 55 條規定¹⁶，亦較為具體。

「促參申訴會」委員迴避規定（「促參申訴會設置要點」第 13 點規定¹⁷），大致與採購申訴會相同。僅執行秘書及工作人員之迴避，則未見規定。或因執行秘書及工作人員率多由機關公務員所擔任之故，因已有行政程序法第 32 條及第 33 條可資適用，故毋須另定。

另片面接觸禁止部分，「採購申訴會審議規則」或「採購申訴會組織準則」及「促參申訴審議規則」均無明文。然本於行政程序法第 47 條之立法目的，在於維持行政程序之公平性與透明性，避免行政偏頗，於申訴程序自有其適用。

第三項 合理正當的申訴程序

第一款 申訴程序之聽證權與閱卷權

第一目 申訴程序之聽證權

學者認為訴願書之提出，並非得認為係在行使「聽證權」¹⁸。就申訴程序而言，申訴人提起申訴固應提出「書面」載明「申訴之事實理由」及「證據」等，然此應屬申訴成立要件，亦不應以申訴書之提出認係「聽證權」之行使。

申訴程序中「聽證權」保障部分，採購申訴審議規則第 15 條規定：「申訴會得依職權或申請，通知廠商、機關到指定場所陳述意見。」及「促參爭議處理規則」第 18 條第 2 項規定：「申訴會得依職權或申請，通知申訴人、

¹⁶ 訴願法第 55 條規定：「訴願審議委員會主任委員或委員對於訴願事件有利害關係者，應自行迴避，不得參與審議。」

¹⁷ 「促參申訴會設置要點」第 13 點規定：「申訴會委員就促參事件有下列各款情形之一者，應行迴避：（一）該事件涉及本人、配偶、三親等以內血親或姻親或同財共居親屬之利益。（二）曾為該促參案件之承辦或監辦人員。（三）曾參與該事件之異議處理。（四）本人或其配偶與申請人或其負責人、主辦機關間現有或三年內曾有僱傭、委任或代理關係。（五）有其他情形足認其有不能公正執行職務之虞。前項人員應行迴避而未迴避者，當事人得申請其迴避或由主任委員令其迴避。」

¹⁸ 湯德宗，同註 15，頁 426-427。

主辦機關及利害關係人到指定場所陳述意見。」可知均採「非正式聽證」(陳述意見)方式。

申訴程序雖採書面審議為原則。但行政實務上之運作，均係採召開預審會議之方式，通知主辦機關與申訴人至指定地點，由預審委員聽取兩造陳述，藉以釐清事實與法律爭議。實際上已達陳述意見之效果，並有言詞辯論之意味。而實務上亦無依行政程序法第 103 條規定，限制陳述意見之情¹⁹。但於申訴預審會議終結後，如當事人提出申請陳述意見時，又該如何辦理？本文認為預審會議既具有陳述意見之效果，除申請陳述意見與案情具有重要關聯及並無拖延程序進行之意外，仍應給予陳述意見。

至於應如何通知陳述意見？採購申訴審議規則及「促參爭議處理規則」並未特別規定。據此，「採購申訴會」運作上，應仍有採購法施行細則第 18 條規定：「(第 1 項)機關依本法對廠商所為之通知，除本法另有規定者外，得以口頭、傳真或其他電子資料傳輸方式辦理。(第 2 項)前項口頭通知，必要時得作成紀錄。」之適用。「促參申訴會」部分，應可透過促參法第 47 條第 1 項規定「準用」上開採購法施行細則規定。然考量申訴與一般行政程序仍有差異，似有另行於採購申訴審議規則及「促參爭議處理規則」採更為嚴謹之通知方式的必要。

第二目 告知權

有關陳述意見通知(預告)部分，已如上述。「決定告知」部分，採購申訴審議規則第 20 條規定，審議判斷書應於完成審議後 10 日內作成正本，送達於申訴廠商及招標機關；「促參爭議處理規則」第 27 條第 3 項，亦有相同規定。

「救濟告知」部分，採購申訴審議規則第 22 條規定，審議判斷書應附記

¹⁹ 學者認訴願程序為準司法程序，與行政程序不同，並無行政程序法第 103 條規定之適用。劉建宏，訴願程序中當事人之程序參與權－陳述意見與言詞辯論制度，華岡法粹，2011 年 11 月，51 期，頁 70。就此，申訴雖屬訴願之特別程序，但本質上同屬行政自我審查之程序，因此，本文認為行政程序法第 103 條規定，於申訴程序亦不適用。

如不服審議判斷，得於審議判斷書送達之次日起 2 個月內，向行政法院提起行政訴訟。如未附記或附記錯誤，則「準用」訴願法第 91 條及第 92 條規定。「促參爭議處理規則」第 30 條，除規定「審議判斷視同訴願決定」外，其餘規定均屬相同。

第三目 申訴程序之閱卷權

閱卷權（申請閱覽、抄寫、複印或攝影）部分，則涉及資訊的公開與提供方式，重點在於使人民處在得知悉資訊的狀態。

「申訴程序」是否得申請閱覽卷宗？「採購申訴會」或「促參申訴會」之相關規定，大致是處於規範空白狀態。惟知悉資訊乃係提出陳述意見之基礎，既允許提出陳述意見，自無不給予閱覽卷宗之道理。因而，有關閱覽卷宗部分，應可類推適用性質相近之訴願法第 49 條及第 75 條規定。然而，甄審程序所不得閱覽之資料，於申訴程序，自不應提供閱覽之。

第二款 說明理由之義務

採購申訴審議規則第 20 條第 1 項第 4 款及「促參爭議處理規則」第 25 條第 1 項第 4 款規定，申訴審議判斷書，應記載「主文、事實與理由」。至於理由之記載要件密度為何？最高行政法院 96 年度判字第 307 號判決或可作為參考：「所謂行政處分之『理由』係指論述認定事實所憑證據、證據評價、適用法令之見解、法令適用於事實關係之涵攝過程，及對於法律效果行使裁量權時，其斟酌之因素等，理由內容應論述事項之多寡應視案件及所涉法令繁複程度而定。理由之論述不符合案件及所涉法令繁複程度之需求，固可謂『理由不備』，但必須足以影響行政處分之結論，始構成行政處分得撤銷之原因。」另參照相關訴訟法規定，如有主文與理由存有矛盾者，則審議判斷當然就無從被維持。

第四項 小結

有關應由「適當組織」為之之第一要義，在異議處理程序中，是否應被

建構？本文認為應視其最初作成之依據而定。即與「甄審程序」之「甄審會」是否有所關聯而定。簡言之，即是否屬「甄審會」之任務範圍而定。而處分前應給予受處分人陳述意見及申辯之機會及處分書應附記理由，表明救濟方法、期間及受理機關之第二及第三要義，亦不可免。

至於先行程序存在之必要性，李震山教授就訴願先行程序之見解，或可供參考。其認為先行程序在多一道保障或效能原則上處於拉鋸的狀態，因此難有定論。惟認其仍具「事後救濟」之性質，「適用」訴願法之相關程序規定，並應遵守行政程序法中有關正當法律程序之基本精神（公正、公開、民主）。而行政處分事件若具有科技性、專業性、大量集體作成者，如專利事件、賦稅事件，尚保留向原處分機關提起救濟之程序，但應採取較為慎重之程序，即必須有設置專門委員會組成及進行程序，遵守公正公開之正當法律程序²⁰。

就「組織」面向而言，甄審程序之爭議係由主辦機關（具管轄權）就具有符合規定資格之公正、專業人士組成多元的「申訴會」辦理；「申訴會委員」及「相關人員」如對於個案涉有利害關係者，應自行迴避或由機關命其迴避，即已訂有迴避規定；並禁止程序外接觸。

就「程序」面向而言，程序中之告知權、申請閱覽卷宗權、證據之調查、迴避申請等程序事項，均有一定程度之規範。據上，「申訴會」組織等相關程序建置，基本上與正當行政程序對於合理、正當組織所應備之要素，尚無不符之處。

²⁰ 李震山，訴願先行程序與人民訴願權之保障，月旦法學教室，66期，2000年11月，頁19。

第三節 案例檢討分析

第一項 審判權爭議處理案例

為解決案件究應循民事訴訟程序或行政訴訟程序，提起救濟之爭議，民事訴訟法第 182 條之 1 第 1 項規定、行政訴訟法第 12 條之 2 第 3 項及第 178 條已有明文。由實務案例來看，相關規定之實效，不免令人懷疑。

其案例事實略以，交通部臺灣鐵路管理局(原告)、臺北市政府捷運工程局(被告)及臺北市政府與訴外人萬達通實業股份有限公司(下稱萬達通公司)簽訂「臺北車站特定專用區交九用地開發經營契約(下稱經營管理契約)」，因訴外人萬達通公司違反系爭經營管理契約，經協調會認萬達通公司應給付逾期違約金，該公司並已將違約金給付被告(臺北市政府捷運工程局)。惟因經營管理契約，就原告與被告間就如何分配「違約金」一事並未載明，且原告(交通部臺灣鐵路管理局)主張被告(臺北市政府捷運工程局)就上開臺北車站特定專用區交九用地開發案件，實際上並未提供任何土地，故無權參與該款項(違約金)分配，主張受領該款項(違約金)為不當得利，向臺灣臺北地方法院(下稱臺北地院)提起訴訟，請求被告應返還原告應受分配之款項(違約金)及其利息。

案經臺北地院 103 年度訴字第 31 號裁定，認為本案爭議與該經營管理契約有關，並認該經營管理契約為「行政契約」，故裁定移送臺灣臺北高等行政法院，該移送裁定因兩造未抗告而確定。原則上，依各該訴訟法規定，案件移送臺灣臺北高等行政法院後，該法院即應受移送裁定之拘束，如該院認其無(審判)權限者，即應停止訴訟程序聲請大法官解釋，方符各該訴訟法規定。惟臺北高等行政法院卻別出新裁，以原告原以不當得利(公法上)作為請求權基礎，後經該院闡明已變更為依營運管理契約請求，復因兩造認該經營管理契約屬「私法事件」，且因經營管理契約係依促參法簽立，故該院亦認契約為「私法契約」，復將本案裁定(臺灣臺北高等行政法院 103 年度訴字第 289

號裁定)移送臺北地院,該移送裁定,亦因兩造未抗告而確定。

上開訴訟法規定形式上固屬妥善,然不無造成各該法院受理案件時,如發現案件可能存有公法或私法爭議之情事,因多一案不如少一案之心態,往往不確實探究事件屬性,以先畫靶後射箭的方式,來認定事件之屬性,其後裁定將案件移送他法院之結果,也不難猜測。然當事人往往只求法院對於案件爭議早日給個判決,至於是民事法院或行政法院並不關心,甚或可能因裁定法院明示或暗示,對於該移送裁定,不提出抗告,致使裁定因而確定。更有甚者,如本案臺北地院於移送裁定中既已表明,該經營管理契約為行政契約。據此,臺灣臺北高等行政法院依各該訴訟法規定,本應受其拘束,如認其無(審判)權限者,自應循訴訟法所定程序聲請大法官解釋。但臺灣臺北高等行政法院依然違法作成再行移送之裁定,致使上開訴訟法所定程序,形同具文。於各該民間參與公共建設投資契約屬性,依然各說各話,爭議不斷下,未能給予大法官作成統一見解之機會,甚為可惜。

據上,各該訴訟法所定之(審判)權限解決機制,顯然不具實效性,自與正當法律程序有違。本文認為對於此種有關私法事件或公法事件之認定,不僅涉及審判權爭議之釐清,亦涉及人民訴訟權之保障,因而為有效監督民事或行政院所為「移送裁定」,各該訴訟法似以修正為「移送裁定不待抗告,逕送上級法院裁定」為宜,而非僅止於對於審判權認定之移送裁定「得」抗告即止。

第二項 甄審組織

第一款 甄審會委員不適格

97年促字第097005號申訴案,申訴人社團法人臺北成人學習推廣協會(下稱申訴人)參與國立三重高級中學辦理之「國立三重高中綜合體育館、室內溫水游泳池委外營運案」,不服主辦機關評選波菲美有限公司(下稱波菲美公司)為最優申請人之評選結果,認本案公告徵求民間參與文件甄選項目

訂定不當；停業(自行停業)中公司不得參與申請；甄審會外聘評審委員不具教育相關專業知識；最優申請人未依甄選規定與主辦機關簽約；擔任評審委員之主辦機關現任家長會長某甲與波菲美公司之負責人乙(為前兩屆家長會會長)間，有前後家長會會長之關係，且波菲美公司之顧問為上一屆之家長會會長丙，因而認甲有不能公正執行職務之情，應迴避而未迴避，對甄審結果顯有不公平影響，向主辦機關提出異議，復不服主辦機關之異議處理結果，而向申訴會提起申訴。

申訴會認就招商文件部分，申訴人並未於法定期間針對招商文件提出異議而參與申請，自不應於事後加以質疑；招商文件並未限制停業期間公司不得參與申請；簽約期間業經主辦機關同意延展；外聘評審委員係由主管機關網站「專家學者建議名單」下載簽報核定；申訴人所訴某甲應迴避之事由與「促參甄審辦法」第9條第1款及第2款規定未合，徒以甄審委員與申請人有前後任家長會會長關係，難認「有不能公正執行職務之虞」，復未能提出具體事證以質疑甲之公正性，故上開主張，均難採取。惟某甲係因機關代表請辭而由校長核示由某甲擔任機關代表，依「促參甄審辦法」第9條第1款規定，非外聘學者、專家而得為甄審會委員者，自限於「主辦機關本機關」人員，家長會會長某甲，難認其為「主辦機關本機關」人員，故甄審會之組成難謂適法，因而撤銷原異議處理結果。

嗣三重高中因考量該校已於與得標廠商波菲美公司完成簽約手續，而正式進入履約程序，若終止契約，將影響該校及鄰近學校學生受教權暨得標廠商之權益，該校亦面臨鉅額違約損害賠償問題，且已與得標廠商簽約付費之眾多會員權益亦受損害，故基於維護公共利益及信賴保護原則，乃依該校委請李惠宗教授就系爭委外營運案所為法律鑑定報告結論，維持原招標結果繼續履行契約，並(透過促參法第47條第1項規定準用)依採購法第85條第2項規定，報請教育部核定。經教育部以98年4月30日部授教中(四)字第0980503969號函(下稱系爭函文)知工程會及申訴人，並副知三重高中，

教育部尊重三重高中權責，依採購法第 85 條第 2 項規定，原則同意該校所提適法性處置及其合約繼續履行意旨。申訴人不服教育部所為系爭函文，提起訴願經決定不受理後，遂提起行政訴訟。

臺北高等行政法院 99 年度訴字第 36 號裁定，認為採購法第 85 條規定，審議判斷指明採購行為違反法令者，招標機關仍得審酌招標案之具體狀況，另為適法之處置，且應為如何之處置，除有裁量減縮至零之情事外，招標機關應具有裁量權限以決定是否重新招標或為其他之處置；而申訴廠商除依同法條第 3 項規定，得請求招標機關賠償其準備投標、異議及申訴所支出必要費用之損害賠償請求權外，並無請求招標機關應為如何處置之公法上權利。因此，招標機關擬不依審議判斷建議之處置方式辦理，而依上揭政府採購法第 83 條第 2 項規定報請上級機關所為之「核定」，係屬上級機關本於監督權對於下級機關所為之指示，並非對於人民所為之行政處分；而該上級機關依同條項後段規定，向採購申訴審議委員會及廠商所為之「書面說明」，亦僅在告知招標機關所為之處置及其理由，純屬「意思通知」性質，並不發生具體之法律上效果，亦非行政處分之性質，自不得以之為行政訴訟之標的。且本件審議判斷既未建議三重高中處置之方式，三重高中本於職權所為上開處置，即無上揭政府採購法第 85 條第 2 項所定「不」依建議辦理而「須」報請上級機關核定之情形，更得證明上開書面說明僅屬「意思通知」性質。政府機關之採購行為本屬私法契約行為，基於契約自由原則，交易當事人享有締約自由及意思自由之權；且採購法之規範目的係為建立公平公開之政府採購制度，以確保採購品質之公共利益，並未賦予投標廠商有請求招標機關為其得標決定及簽訂契約之公法上權利，投標廠商因參加投標而期待日後得標及簽訂契約，純屬個人主觀之願望，亦無期待權可言。故認為本案有行政訴訟法第 107 條第 1 項第 10 款之情，以裁定駁回申訴人所提訴訟¹。

¹ 申訴人提起抗告，最高行政法院 99 年度裁字第 3528 號裁定，亦認上級機關依採購法第 85 條第 2 項之「書面通知」，僅屬「意思通知」性質。

綜上可知，行政實務上如申請人未於法定期間內對於招商文件提出異議，事後即不允許於甄審決定通知後，以招商文件內容有所未當，而要求撤銷甄審決定。對於迴避規定之運用，除「促參甄審辦法」第9條第1款及第2款所列舉之情形外，如以第3款所定「有不能公正執行職務之虞」主張者，則採較為嚴格之認定。甄審組織不適法者，則異議處理結果，如駁回異議者，即難以予以維持。

司法實務上，則認為依促參法辦理之「民參案件」可透過促參法第47條第1項規定，準用採購法第85條規定(包括建議處置方式及請求償付費用)。主辦機關對於後續適法處置，有其裁量權；未依申訴審議判斷所建議之處置方式，而報請上級機關核定者，上級機關之通知屬「意思通知」非行政處分。惟較為重要的是，本判決指出「採購法之規範目的係為建立公平公開之政府採購制度，以確保採購品質之公共利益，並未賦予投標廠商有請求招標機關為其得標決定及簽訂契約之公法上權利，投標廠商因參加投標而期待日後得標及簽訂契約，純屬個人主觀之願望，亦無期待權可言」與以下臺北高等行政法院100年度訴字第211號判決所持見解，則有所不同。

第二款 甄審會會議召開不適法

96年促字第960001號申訴案件，係涵碧樓大飯店股份有限公司(下稱涵碧樓公司)參與「日月潭觀光旅館促進民間投資開發計畫」案，不服南投縣政府95年11月30日所為桐核麥生物科技股份有限公司(下稱桐核麥公司)為最優申請人，其為次優申請人之甄審結果提出異議，對於南投縣政府之異議處理結果(第1次)不服，向工程會提出申訴，經工程會申訴會於96年5月23日撤銷原異議處理結果(第1次撤銷)，南投縣政府遂於96年6月28日召開「研商日月潭觀光旅館促進民間投資開發計畫申訴案與異議處理相關會議」，並於96年9月26日再次作成異議處理結果(第2次)，涵碧樓公司仍表不服，再次提起申訴(96年促字第0960007號)。工程會申訴會認本案

依申請須知規定，應依據 96 年 1 月 3 日修正之「促參甄審辦法」召開甄審會審核。依該辦法第 8 條規定，甄審會委員應親自出席甄審會會議。甄審會會議應有委員總額 1/2 以上，且至少 5 人以上之出席，始得開會；其決議以出席委員過半數之同意行之。甄審案件屬本法第 3 條第 2 項所稱之重大公共建設者，出席委員不得少於 7 人。前項會議之出席委員，其中外聘專家、學者人數，不得少於出席委員人數之 1/2。甄審會會議表決時，主席得命甄審會以外之人員退席。但依第 13 條第 3 項規定應全程出席之人員，不在此限。南投縣政府上開「研商日月潭觀光旅館促進民間投資開發計畫申訴案與異議處理相關會議」僅有 2 名委員出席，外聘委員則全未出席，且部分係以書面或電話表示意見，依此程序所為之異議處理結果，自難謂為適法之處置；且該府對 96 年促字第 960001 號申訴審議判斷書指正之處，亦未處理。因而，再次撤銷異議處理結果。

據上，行政實務上似認與申訴會以「甄審程序」有不適法之情，撤銷原異議處理結果者，主辦機關即應重新召開「甄審會」，並視甄審會會議結果，重新作成異議處理。本案南投縣政府召開「研商日月潭觀光旅館促進民間投資開發計畫申訴案與異議處理相關會議」屬甄審會議(申訴會名稱是否為「甄審會」，非考量重點—97 年促字第 0970012 號)，其會議之召開自應依 96 年 1 月修正「促參甄審辦法」第 8 條規定為之。然上開會議出席委員僅有 2 名，外聘委員全未出席，部分或以書面、電話表示意見，因此，本案甄審會議召開方式，程序上顯非適法，依其決議所為之異議處理結果顯有瑕疵，故予撤銷(第 2 次撤銷)。其後，南投縣政府於 97 年 8 月 5 日由原甄審委員召開「『日月潭觀光旅館促進民間投資開發計畫』申訴案審議判斷適法性處理會議」後與 97 年 9 月 1 日第 3 次作成異議處理，涵碧樓公司仍表不服提出申訴，經工程會申訴會審酌後認南投縣政府已就該會 96 年促字第 0960007 號申訴審議判斷書指正之處予以處理，而將涵碧樓公司所提申訴駁回(97 年促字第 0970012 號)。

第三項 陳述意見

第一款 「民間自行規劃案件」 否准申請

97 年促字第 0970009 號申訴案，申請人中租建設開發有限公司(下稱中租公司)依促參法第 46 條規定，自行備具規劃構想書及申請計畫書，向主辦機關臺北市政府提出申請參與「臺北市北投區珠海市場用地民間自行規劃參與公共建設案」。經主辦機關審核結果認為中租公司所提之「規劃構想書顯與原徵收土地計畫內容不符；主辦機關評估本基地因交通位置偏僻、區位不佳，下坡處已有 3 家超級市場及攤販集中區與公有傳統市場各 1 處，本計畫似無設置超級市場之必要性」而否准其申請。中租公司依法提出異議後，復不服異議處理結果(維持原決定)遂依法提起申訴。中租公司申訴書除主張實體部分有違法令外，程序部分則主張於作成「否准決定」前(原處分)未給予陳述意見之機會，請求撤銷異議處理結果。

申訴會認「民間自行規劃案件」依「主辦機關審核自規案件注意事項」第 17 點規定，應給予申請人陳述意見機會，主辦機關於否准申請人之申請案前，並未通知申請人使其有陳述意見之機會，即為否准決定，有違正當法律程序，構成裁量權之濫用之違法，主辦機關之異議處理結果仍維持原決定，亦屬違法。從而，以主辦機關所為否准之決定，於法即有違誤，主辦機關對異議處理結果仍維持原決定，亦有未洽。因而，於申訴審議判斷主文記載「原異議處理結果撤銷」。

由上開申訴案件之申訴審議判斷主文可知，申訴會除認「否准決定」前應給予陳述意見之機會外，其雖認原決定(否准決定)有違正當法律程序，但本於「促參爭議處理規則」第 7 條規定「異議人對於異議處理結果不服…」及第 26 條第 1 項規定「審議判斷應指明主辦機關有無違反本法及有關法令…」之故，除撤銷異議處理結果外，就「原決定」(否准決定)似未一併予以撤銷。

第二款 「民間自行規劃案件」不續辦

97 年促字第 0970015 號申訴案，申請人鄉林建設事業股份有限公司(下稱鄉林公司)依促參法第 46 條規定，向主辦機關臺中市政府提出「臺中市交通用地轉運中心委託民間參與建設與營運計畫」自行規劃案，經臺中市政府依「主辦機關審核自規案件注意事項」審核後獲選為最優申請人。經議約三次後，臺中市政府於簽約前以「政策變更」為由，通知鄉林公司本案不續辦。鄉林公司提出異議亦遭駁回，遂提起申訴。鄉林公司申訴書除載明實體部分有違法令外，程序部分主辦機關並未給予陳述意見之機會，其請求事項有三：1. 請求撤銷原異議處理結果 2. 請求撤銷不續辦之決定 3. 請求主辦機關應與申訴人簽訂本案投資契約。

申訴會認「民間自行規劃案件」依「主辦機關審核自規案件注意事項」第 17 點規定，應給予申請人陳述意見機會。主辦機關因政策變更決定不續辦「民間自行規劃案件」前，應予民間申請人陳述意見之機會，始能確保程序之公平、公正。主辦機關作成政策變更不續辦通知前，未給予鄉林公司陳述意見之機會，即有違正當法律程序之違法。從而，主辦機關雖以政策變更為理由通知鄉林公司決定不續辦，但未給予陳述意見之機會，係屬違背法令，主辦機關原異議處理結果為相同之決定，亦有未洽，應予撤銷。因而，於申訴審議判斷主文記載「原異議處理結果撤銷」。至於鄉林公司請求事項 2. 及 3. 部分，不論申訴審議判斷主文或審議判斷理由，均未提及此二項請求究竟作何處理(消失的請求事項-即未表明係不受理或因異議處理結果被撤銷，致使簽約或不簽約回復未確定之狀態)。

第三款 異議（先行）程序取代原決定作成前之告知

臺北高等行政法院 101 年度訴字第 1946 號判決(通知將刊登政府採購公報)，澳門商科海有限公司台灣分公司(下稱科海台灣分公司)參與交通部觀光局之採購案件，因給付遲延由採購機關終止契約，並刊登公報，但該公司

認機關通知將刊登公報前，被告交通部觀光局未給予科海台灣分公司陳述意見之機會，原處分均非合法等情，而訴請臺北高等行政法院撤銷。

該院認為按「有下列各款情形之一者，行政機關得不給予陳述意見之機會：…七、相對人於提起訴願前依法律應向行政機關聲請再審查、異議、復查、重審或其他先行程序者。」行政程序法第 103 條第 7 款定有明文。系爭契約係因可歸責於廠商之事由，致被告終止契約，已如前述；且科海台灣分公司於原處分（通知將刊登政府採購公報）送達後，向工程會提出政府採購法第 102 條第 2 項之申訴前，已依同法同條第 1 項規定先向交通部觀光局提出異議，此項異議係符合上開行政程序法第 103 條第 7 款之要件，是縱交通部觀光局未予其陳述意見之機會尚非虛妄，原處分亦未違法，是科海台灣分公司此部分之主張與上開規定有違，自難憑信。

本案臺北高等行政法院認於原處分（通知將刊登採購公報）作成前，縱未給予廠商陳述意見之機會，依行政程序法第 103 條第 7 款規定，亦屬適法。顯見司法實務上，認於採購程序中亦有行政程序法之適用，異議處理程序已具有取代原決定作成前告知之效果。

第四款 申訴程序通知第三人陳述意見

臺北高等行政法院 100 年度訴字第 211 號判決其事實略以，國防部軍備局採購中心（下稱招標機關）辦理「海軍測校磁站裝備整修」採購案（下稱系爭採購案），由南寧工程股份有限公司（下稱南寧公司）得標，同一參與採購之豐國造船股份有限公司（下稱豐國公司）因認南寧公司之資格及整修企劃書均不符合招標文件所定，以招標機關開標過程違反投標廠商資格與特殊或巨額採購認定標準（下稱認定標準）第 5 條第 1 項第 1 款、採購法第 50 條第 1 項第 2 款及第 51 條之規定，向招標機關提出異議，經招標機關駁回其異議。豐國公司不服，提出申訴，經工程會撤銷原異議處理結果。南寧公司不服異議處理結果，遂提起本件行政訴訟。

南寧公司主張工程會未予其陳述意見機會而有違法一節，法院認依「採購申訴得僅就書面審議之。」「採購申訴審議委員會於審議時，得囑託具專門知識經驗之機關、學校、團體或人員鑑定，並得通知相關人士說明或請機關、廠商提供相關文件、資料。」採購法第 80 條第 1 項、第 3 項定有明文。又依採購申訴審議規則第 16 條亦規定：「申訴會於審議時，得囑託具專門知識經驗之機關、學校、團體或人員鑑定，並得邀請學者、專家或相關人士到場說明，或請機關、廠商提供相關文件、資料。」依前開規定，採購申訴原則上採書面審議，工程會認有必要時，雖得通知得標廠商以相關人士身分到場陳述意見，然被告就「是否通知」到場陳述，有裁量權限。且依卷附資料工程會業已通知南寧公司陳述意見，該公司亦提出書面陳述書在案，南寧公司主張被告未給予其陳述意見機會，而認程序違法，應非可採。

至於南寧公司主張申訴廠商豐國公司就本件並無權利保護必要一節，法院認為申訴廠商豐國公司，與南寧公司同為系爭採購通過特定資格審查之投標廠商，雖其最終並未得標，然申訴審議判斷撤銷異議處理結果後，申訴廠商於重新公告招標時，仍有參與投標並得標之機會，是其就本件爭訟，難謂無權利保護之必要。南寧公司雖主張依申訴廠商(國豐公司)主張之要件，無可能有合格之廠商存在，惟申訴廠商(國豐公司)於重新公開招標時，非不得提出其他實績證明，或與其他廠商共同投標，是難認申訴廠商(國豐公司)就本件申訴並無權利保護必要，故南寧公司主張本件訴訟無實體審理之訴訟利益，尚難認屬有據。

第五款 小結

行政實務上，似認「民間自行規劃案件」之「否准申請」或因政策變更而「不續辦」促參案件，於作成決定前，依「主辦機關審核自規案件注意事項」第 17 點規定，即應給予申請人陳述意見機會。惟於 101 年度促字第 1010006 號申訴案，其亦屬「民間自行規劃案件」，程序進行至初步審核通過，

其後同樣採政策變更而不續辦案件，本案主辦機關於作成「不續辦」通知前，亦未給予民間申請人陳述意見（申請人亦主張主辦機關未給予陳述意見）。然申訴審議判斷書，就申請人此項主張卻未見於理由中有所論述（本案異議處理結果係「申訴駁回」）。是否採行如上開臺北高等行政法院 101 年度訴字第 1946 號判決認為異議處理程序，已足以取代事前告知，亦未有所說明。至於其他階段，則尚無案例。另申訴會對於原異議處理結果，是否違法之判斷，係先審究「原決定」有無違法之處，再以據以作為判斷異議處理結果，有無違誤之審查方式。

此外，上開臺北高等行政法院 101 年度訴字第 1946 號判決部分，除已宣告不採行政院公共工程委員會 89023741 號函見解²外，應得推知其認採購異議、申訴程序仍有行政程序法之適用（至少是第 103 條規定）。而臺北高等行政法院 100 年度訴字第 211 號判決，則認申訴程序中是否通知「申訴人以外」廠商陳述意見一節，申訴會自有裁量權。而申訴廠商提出申訴之主觀公權利，係來自於可能「重新公告招標時，仍有參與投標並得標之機會³」。

本文認為機關事後是否仍繼續辦理該項採購，實屬未知，法院將此種不確定或未知之「期待」，認為屬權利或利益之侵害，顯有未洽。至於以確認甄審過程中相關決定是否違法，進而可依採購法第 85 條第 3 項或依促參法第

² 行政院公共工程委員會 89 年 8 月 17 日發文字號：(八九)工程法字第 89023741 號函「主旨：行政程序法九十年一月一日施行後，依政府採購法規定所為之決定（如採購法第五十條不予開標或決標之規定，或第四章履約管理違約處置等），是否應依行政程序法有關行政處分之相關程序辦理（如處分書製發、陳述意見及聽證、行政處分效力等），復如說明，請查照。說明：一、復 貴局 89 年 5 月 4 日台融秘字第 89711926 號函。二、按行政程序法第 2 條第 1 項規定：『本法所稱行政程序，係指行政機關作成行政處分、締結行政契約、訂定法規命令與行政規則、確定行政計畫、實行政指導及處理陳情等行為之程序。』採購行為，其性質屬私經濟行政，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。」

³ 臺北高等行政法院 98 年訴字第 1467 號判決（促參案件），認為雖未就最終「甄審決定」通知表示不服，僅針對「招商公告」表示不服，尚非無權利保護之必要。理由在於「若經法院判決認定被告（機關）甄審過程違法，被告（機關）即有法律上即有義務與參加人（最優申請人）國產公司終止契約另行招商，若被告（機關）不選擇終止契約另行招商，就原告而言，該促進民間參與公共建設申請及審核程序，若經行政法院以判決認定被告之甄審行為違法，依促參法第 47 條，自得準用政府採購法第 85 條第 3 項規定，原告得請求原處分機關（即被告）償付其準備甄審、異議及申訴所支出之必要費用，故即使原告對於後階段「甄審決定」並未依法提起救濟，單獨爭執前階段之『招商公告』之違法性，也是具有訴訟上之利益，故原告提起本件訴訟非無權利保護之必要。」即認為訴之利益，在於「另行招商」期待或「費用償付」。

47 條第 1 項準用採購法第 85 條第 3 項請求給付相關費用，作為提起訴訟之利益，似較可支持。

第四項 獎參條例甄審程序爭議救濟途徑疑義

獎參條例對於依該條例辦理之民間參與交通建設案件，其「甄審」(申請及審核程序)之爭議，因條例本身未有明文。因此，依獎參條例辦理之案件，有關「甄審」程序所發生之爭議，是否應循訴願途徑提起救濟？臺灣臺北高等行政法院 90 年度訴字第 299 號判決及最高行政法院 93 年度判字第 134 號判決，似認非循訴願程序提出救濟。

本案事實略以，原告(環宇交通事業股份有限公司籌備處)於 87 年間參與被告(交通部國道新建工程局)辦理之「徵求民間機構參與興建暨營運國道公路頭城蘇澳段及蘇澳花蓮段工程」甄選作業，不服被告函知政府出資比率不超過工程建造費 49%，及於通知本案終結，分別於 88 年 12 月 30 及 89 年 1 月 10 日向該局提出異議，請求「取消政府出資上限」及「展延投資計畫提交期限」。分別經被告 89 年 1 月 14 日函及 89 年 1 月 25 日函所否准。原告不服，向行政院公共工程委員會提出申訴，經該會為「申訴不受理」之審議判斷後，提起再訴願，亦遭駁回，遂向臺北高等行政法院提起行政訴訟。

臺灣臺北高等行政法院似透過獎參條例第 2 條規定及採購法第 99 條規定，及參酌促參法第 47 條規定，認為獎參條例申請及審核程序之爭議，亦應由行政院公共工程委員會(下稱工程會)所設採購申訴審議委員會(下稱申訴會)受理，因而撤銷工程會申訴會作成之審議判斷結果(申訴不受理)及行政院之再訴願決定。惟於判決理由中，亦提及本案「申請須知」載有，本案係依獎參條例相關規定辦理，其「爭議處理」節中並規定：「合格申請人對於本案甄審如有爭議，除依獎參條例施行細則第 19 條處理(履約爭議)外，得爭議之性質，準用政府採購法第六章關於異議及申訴之規定」。因而，法院是否係受限於「申請須知」(為招標(商)文件之一)此項記載之影響，進而認其既係

出自於雙方合意，自無事後再行推翻之理，而得出此一結論，誠值懷疑。然如採此一看法，不無承認此類「民參案件」，其申請及審核程序爭議之救濟途徑，得因主管機關任意之記載而改變其途徑，不當之處，顯而易見。

案經交通部國道新建工程局提起上訴，亦遭最高行政法院（93 年度判字第 134 號判決）駁回上訴。最高行政法院除透過上開條文解釋外，認有關甄選投資廠商之程序，採購法之相關規定係屬普通法之性質，獎參條例則屬特別法。獎參條例如就甄選程序設有特別規定時，自應優先適用獎參條例，若獎參條例未規定時，則採購法之規定仍應補充適用。認系爭工程甄選最優申請人之程序，雖係依獎參條例辦理，惟獎參條例既未就申請人（環宇交通事業股份有限公司籌備處）與上訴人（交通部國道新建工程局）間關於申請及審核程序之爭議，設有爭議處理機制之規定，則揆諸前開法律規定，有關申請及審核程序之爭議，自應適用採購法第六章有關異議及申訴之規定處理⁴，而維持該判決。

暫不論上開判決漠視獎參條例（83 年 12 月 5 日公布）「先於」採購法（87 年 5 月 27 日公布，並自公布後一年施行）公布之事實及本案甄審法規（獎參條例）與爭議處理規定（採購異議申訴—審查有無違法採購法令或條約）脫節，是否妥適之問題。如本案約定（先不論約定之法效果）爭議處理準用促參法之異議申訴，現況下因促參法主管機關為財政部，則本案究由行政院公共工程委員會（下稱工程會）所設採購申訴會或財政部所設促參申訴會管轄，即不無疑義。又我國民間參與公共建設法規多元下，如認採購法第 99 條為普通法，除具有補充甄選程序空白之作用外，尚有補充其他法規爭議處理救濟程序不足之作用者，豈非連地方政府依據自治條例或自治規則辦理之「民參案件」，如各該自治條例未定有爭議處理程序者，其申請與審核程序之爭議，悉由工程會所設申訴會管轄。據此，上開判決違法不當之處，顯而易見。

綜上，獎參條例最大問題，應在於其欠缺一套合理的甄審程序之爭議解

⁴ 最高行政法院 93 年度判字第 123 號判決參照。

決機制⁵。依司法院釋字第 488 號解釋「其實施實體內容之程序及提供適時之司法救濟途徑，亦應有合理之規定，方符憲法維護人民權利之意旨」，則此項欠缺不僅有違憲法對於人民訴願權及訴訟權之保障，亦不符正當程序之要求。

第五項 異議處理結果理由之記載

有關異議處理結果是否應記載理由？臺北高等行政法院 94 年度訴字第 0385 號判決(與刊登採購公報有關)，認為如原通知(原處分)已敘明理由者，廠商向採購機關提起異議後，雖異議處理結果未具理由，但因實質上可由原刊登公報之通知(原處分)得知其理由，並未違反行政程序法第 96 條第 1 項第 2 款規定：「行政處分以書面為之者，應記載下列事項：「…二、主旨、事實、理由及其法令依據。」

據上，上開判決似認為政府採購程序中異議之處理，亦有行政程序法規之適用（至少是第 96 條規定），且異議處理結果未記載理由時，如得自原通知或原決定得知其理由者，即無違正當行政程序有關理由記載之要求。可見司法實務上，有關異議處理結果理由記載部分，並無嚴格之要求。

⁵ 潘欣榮，BOT 建設下公開招標法律問題之探討（下）－以獎參條例為中心，月旦法學雜誌，第 37 期，1998 年 6 月，頁 121。

第六章 研究發現與結論

第一節 研究發現

第一項 法律適用與事權仍待解決

首先採購法、獎參條例及促參法間之適用關係，仍無明確的界限。加上近來修正公布之商港法、「公立國民小學及國民中學委託私人辦理條例」（於 103 年 11 月 26 日公布，並經行政院定自 104 年 1 月 1 日施行），先不論究竟那部法律為特別法，那部法律為普通法，我國有關引進民間參與公共建設之制度，彷彿進入法律之戰國時代一樣，局勢混亂不明。此不僅增加法律適(選)用上的困難外，亦使主辦機關直接將所有可能有其適用的法律，一一寫入於招標(商)文件中載明，增加事後救濟途徑辨明之難度。如單純由「選商程序」來看，程序本身應該是中性的，程序只有設計密度高低之分，應無優先劣後之別。「民參案件」究竟要適用哪一套選商程序，應考量的應該是個案特性，即個案有無值得藉由程序設計縝密的選商程序之價值存在，無可否認的研判的指標應該是特別的、重大的公共利益。

而事權統一部分，就臺北市大巨蛋案而言，有關老樹移植與否、移植方法，本身為即屬臺北市本身之自治條例規範範疇，屬臺北市政府權管事項，竟也可以爭議多時。顯見，縱使事權一致，也未必能有效處理問題，當然更遑論事權未統一，問題恐更加嚴重。然而，事權未統一，固然可能為民間參與公共建設之阻礙。但解決問題的方法，應非創造一個權力統攬的怪獸，似應思考如何透過程序的參與來解決問題。

第二項 利害關係人的程序保障不足

我國行政程序法對於涉及第三人之權利或利益，除於同法第 23 條規定，行政機關得依職權或依申請，通知其參加為當事人、第 46 條規定利害關係人得向行政機關申請閱覽卷宗及第 55 條舉行聽證應通知利害關係人外，有關陳

述意見程序規定部分，第 39 條、第 102 條(相對人陳述意見)及第 104 條(通知陳述意見)並未提及利害關係人，僅於第 105 條第 2 項及第 106 條第 1 項方出現利害關係人。然第 104 條陳述意見之通知，既未送達於利害關係人，利害關係人又如何得知而陳述意見。顯然行政程序法對於利害關係人事前之陳述意見的保障，於其他法律未有明文下，就行政程序法規定而言，是相當薄弱的¹。

然而，作為我國「甄審」民間參與公共建設投資人主要依據之採購法、獎參條例及促參法，對於利害關係人部分，不論係事前規劃、事中甄審、事後議約、簽約及履約等程序，均未置一詞。學者認為在 BOT 各階段中，均有可能產生不同類型之當事人與利害關係人²。或許正因利害關係人程序中保障之不足，導致行政實務上許多開發個案，不論是否屬「民參案件」，例如中科三期開發、臺東美麗灣渡假村 BOT 案等，申請人以外之其他利害關係人，僅能於這些開發案件取得開發許可或選定最優申請人後(事後)，以環境影響評估有瑕疵為由，訴請法院撤銷開發許可，作為保護其權益之方式。如能於事前或事中給予參與之機會(聽證權—正式或非正式的)，除可增廣環境影響評估考量之面向外，亦可增加人民的接受度，減少事後爭議，並可避免政府及民間先前投入成本的損失或浪費。

第三項 獎參條例及促參法申請人資格條件空泛

為確保公益目的之實現，從合作夥伴之資格設定、甄選、契約形成及履

¹ 王宣琳，行政程序之三面關係之比較法考察—以作成行政處分程序為中心，玄奘管理學報，2 卷 2 期，2005 年 3 月，頁 143。

² 前階段之當事人可能成為後階段之利害關係人。例如：第一階段因形式資格不符或實質評選後落選之廠商，與最優先議約廠商彼此間，即可能是嗣後締結「投資契約」的利害關係人。當簽定投資契約後，為能進行開發與興建公共工程時，尚須依照各種法令，例如：依環評法辦理環評、依建築法申請建造執照、依都市計畫法規定申請都市計畫之個案變更等行政許可。在此分別進行之行政許可中，其利害關係人，包含可得特定之附近周遭居民或環保團體等；在營運階段時，廣大使用該公共設施者，與共相互競爭民間的廠商都可能成為利害關係人。林明鏘，促參 BOT 案中對於興建許可之利害關係人—兼評臺北高等行政法院 100 年訴字第 1751 號判決暨最高行政法院 102 年判字第 453 號判決，收錄於 102 年度國家賠償及行政法研討會，臺北市政府法務局編印，2013 年 11 月，頁 30。

行行為，國家皆具有一定程度之控制權，對於(欲)參與私人之基本權影響而言，不可謂不重要，從而應有法律保留之適用³。

現行採購法、獎參條例及促參法等民間參與公共建設法律，就申請人申請時應具備資格條件之訂定，除採購法依同法第 35 條授權於「投標廠商資格與特殊或巨額採購認定標準」中，就投標廠商之「基本資格」及「特定資格」定有框架規範外，獎參條例及促參法有關申請人資格部分，係完全交由主辦機關依個案自行研訂。

於立法者對於申請人之資格未有規定下，行政機關基於維護公益其仍不能免除選擇對於任務履行屬「最適」的申請人之義務，固不待言。且由行政機關就事件屬性可能較立法者專業之角度思考，申請人之資格交由主辦機關依個案特性研擬，似無不妥。惟申請資格條件既涉及私部門得否參與公共建設之申請，其訂定如有不當，恐有侵害憲法保障之營業自由及平等權之虞。立法者自不應將此一涉及申請人權利之重要事項，未訂定任何規範，完全交由主辦機關自主決定。就此，現行獎參條例與促參法，未就申請人資格有所規定，即有不足之處。

本文認為申請人資格條件之訂定，應有法律保留原則之適用。即應由立法者以法律或以法律授權主管機關，就申請人之基本資格或特定資格訂定基本框架，方符法治國原則及正當法律原則。

第四項 甄審程序部分

第一款 「民間自行規劃案件」審核程序之適法性

現行獎參條例或促參法立法體例來看，立法者似無意以「政府規劃」或「民間自提」，區分不同「甄審程序」之意。縱林明鏘教授認為「民間自行規劃案件」，應更高密度及程序進行細緻專業審查，亦非表示主辦機關可另行自

³ 程明修、詹鎮榮，臺灣公私協力理論、法制及實務動向，收錄於：全球化/福利國家/特別權力關係/公私協力論文集，臺灣行政法學會主編，2012 年 12 月，頁 370-372。

訂「民間自行規劃案件」審查規定。據此，「民參案件」不論「政府規劃」或「民間自提」，另訂新法之前（立法者有所指示之前），同一部法律之「甄審程序」自應一致為是。從而，促參法之主管機關為審核「民間自行規劃案件」，另頒之「主辦機關審核自規案件注意事項」不無抵觸促參法之嫌。

第二款 迴避制度的補強

採購法第 15 條⁴針對機關承辦或兼辦採購人員及機關首長，亦定有相關迴避規定。其第 1 項係針對離職後機關承辦、監辦採購人員之限制規定；第 2 項係針對機關現職承辦、監辦採購人員對於與採購有關之事項，涉有利害關係時，應自行應行迴避；如未自行迴避者，機關首長應令其迴避；第 3 項則規定，於廠商或其負責人與機關首長間，有同法第 15 條第 2 項所揭之利害關係者，該廠商不得參與該機關之採購（同法第 15 條第 4 項）。但第 4 項之執行於考量公平競爭或公共利益下，得報請主管機關核定後免除之（同法第 15 條第 4 項但書）。

採購法第 15 條第 4 項規定，廠商或其負責人與機關首長有第 2 項（涉及本人、配偶、三親等以內血親或姻親，或同財共居親屬之利益時）情形者，不得參與該機關之採購。即本條項規定情形，係要求「廠商」迴避參標。然而，學者指出，採購法上開規定禁止廠商（申請人）參與投標者，如本於平等原則似僅能由機關首長迴避即可⁵，而無須禁止該廠商（申請人）參與之必要。當然如本於同一理由，則獎參條例或促參法所定之迴避制度，似應於獎參條例或促參法等增訂是項規定。

⁴ 採購法第 15 條規定：「（第 1 項）機關承辦、監辦採購人員離職後 3 年內不得為本人或代理廠商向原任職機關接洽處理離職前五年內與職務有關之事務。（第 2 項）機關承辦、監辦採購人員對於與採購有關之事項，涉及本人、配偶、三親等以內血親或姻親，或同財共居親屬之利益時，應行迴避。（第 3 項）機關首長發現承辦、監辦採購人員有前項應行迴避之情事而未依規定迴避者，應令其迴避，並另行指定承辦、監辦人員。（第 4 項）廠商或其負責人與機關首長有第二項之情形者，不得參與該機關之採購。但本項之執行反不利於公平競爭或公共利益時，得報請主管機關核定後免除之。」

⁵ 羅昌發，政府採購法與政府採購協定論析，元照公司，2008 年 11 月，頁 42。

第三款 受限制的閱覽卷宗權

「甄審程序」進行中參與招標或招商之申請人，是否得申請閱覽卷宗？採購法、獎參條例、促參法，大致是處於規範空白狀態。反多係反面規定應保守秘密（採購法第 34 條第 4 項）或限制提供閱覽之範圍（最有利標評選辦法第 20 條第 3 項、「促參甄審辦法」第 15 條、第 26 條第 4 項及第 5 項規定）。如促參法授權訂定之「促參甄審辦法」第 26 條第 4 項規定：「甄審會之會議紀錄及主辦機關於委員綜合評審後彙總製作之總表，除涉及個別申請人之商業機密者外，申請人得申請閱覽、抄寫、複印或攝影」，由反面解釋來看，似乎表示除「甄審會會議紀錄」及「主辦機關彙總製作之總表」（尚須無涉個別申請人商業機密），方可申請閱覽、抄寫、複印或攝影，餘均不在「閱覽權」範圍內。

據上，縱認民間參與公共建設之申請人，於「甄審程序」可依行政程序法第 46 條規定行使「閱卷權」。然因採購法第 34 條第 4 項、最有利標評選辦法第 20 條第 3 項、「促參甄審辦法」第 15 條、第 26 條第 4 項及第 5 項對於可提供閱覽之資料，已有所限制⁶，其實際之效益不高。至於申請閱覽其他申請人提出之各項申請文件，除與上開規定不合外，且涉及民間申請人商業機密或資訊隱私問題，如何在資訊公開與商業機密或資訊隱私間取得平衡，有其困難，並且涉及憲法第 23 條之檢視⁷，有待進一步研究。惟本文認為未涉及商業機密部分，如資格證明文件，於辦理資格審查後或開標後，應可提供閱覽。

⁶ 因而，學者認必要之關鍵資訊無法取得，與資訊公開之要求，似有未合。林明鏘，促進民間參與公共建設法制與檢討，月旦法學雜誌，234 期，2013 年 11 月，頁 55-56。

⁷ 李建良，都市更新的正當行政程序（下）－釋字第 709 號解釋，臺灣法學，229 期，2013 年 8 月，頁 64-65。

第五項 爭議處理（異議申訴）部分

第一款 獎參條例甄審階段救濟程序未明

依司法院釋字第 488 號解釋「其實施實體內容之程序及提供適時之司法救濟途徑，亦應有合理之規定，方符憲法維護人民權利之意旨」，獎參條例欠缺一套合理的「甄審」程序爭議之解決機制，此項欠缺自不符憲法正當程序原則之要求。

就同屬「民參案件」之觀點而言，其屬招商文件或申請程序之爭議，部分案件（如依促參法辦理者，或依採購法第 99 條辦理者）可提供完整的救濟程序（異議標的至少有三種），部分案件（依獎參條例辦理）卻未提供完整的救濟程序（或依訴願法或程序不明），似存有差別待遇嫌疑，如無正當理由，亦有違平等原則與訴訟權之保障。

第二款 以採購金額區分救濟途徑有欠周延

採購法對於「未達公告金額」之採購案件「甄審」程序之爭議，除允許其向採購機關提出異議外，對於異議處理結果不服者，並不允許其向各該採購申訴審議委員會提出申訴。如本於行政成本之考量，認「未達公告金額」之採購案件，不宜耗費過多行政成本者，應非封閉其救濟管道，而應依其屬性相應建置一較為合理、妥適之救濟程序。譬如，參採訴訟法上簡易程序，簡化申訴審議判斷書作成程序及理由記載等，建構一較為簡便之申訴處理程序。

縱認對於「未達公告金額」之採購案件異議結果不服者，仍得循訴願程序提出救濟，惟採購申訴審議委員會既係本於正當行政程序有關組織及程序之要求，針對異議處理結果所特別建置之不服異議處理結果之適當組織，則另行以訴願審議委員會取代採購申訴審議委員會，是否符合正當行政程序有關適當組織之要求，已不無疑義。又訴願係以行政處分為對象，除非全面性承認採購機關於「決標前」前階段之處置或決定均屬行政處分，否則得提起

訴願請求救濟之範圍，亦有其限制。

司法實務上，雖有對於「未達公告金額」採購案件，經提出異議後，復不服異議處理結果而允許提起訴願之案例。惟各該案例均係對於「未達公告金額」採購案件，因不服採購機關「追繳押標金或不發還押標金」之通知(屬行政處分)而提起異議，其後因不服異議處理結果，而提起訴願之案例⁸；未有案屬「未達公告金額」採購案件，而對「招標文件或其釋疑、說明、變更或補充」提出異議，復不服異議處理結果，而提起訴願之案例。即對於「未達公告金額」案件之異議處理結果不服者，得否提起訴願，仍以其是否屬「行政處分」而定。因各該案例恰可認為有行政處分之存在，故允許提起訴願，而非所有異議處理之類型，均可提起訴願。例如：對於「招標文件之說明」本身應屬一行政事實，並非行政處分，縱對於「說明」不服提出異議，機關所為之答覆，很明顯地亦非「非」行政處分。因此，嘗試藉由訴願程序全面取代申訴程序，並不可能。又果真得以訴願程序取代申訴程序，亦見申訴程序本身之建置，或屬多餘。

據上，採購法就同屬該法有關「甄審」程序之爭議案件，依採購金額之不同，分設不同之救濟管道，甚或有意剝奪「未達公告金額」採購案件之救濟管道，其未給予「未達公告金額」採購案件提起外部救濟之機會，除有違平等原則外，亦有違憲法正當法律原則、保障人民訴願權及訴訟權意旨之情。

第三款 異議標的及期限妥適性疑義

採購法第 75 條第 1 項第 2 款規定「招標文件規定之釋疑、後續說明、變更或補充」，其中允許就「釋疑」或「說明」部分，提起異議申訴，妥適性有待斟酌。

「促參爭議處理規則」第 2 條第 1 項第 2 款規定，就申請及甄審之過程、決定或結果，如有「未經通知或公告」之情，限定應自「知悉或可得知悉之

⁸ 例如，臺北高等行政法院 98 年訴字第 2419 號判決（未達公告金額案件、追繳押標金）、臺北高等行政法院 98 年簡字第 726 號判決（未達公告金額案件、追繳押標金）。

次日起 30 日」提出異議，卻未如採購法般規定其最終得提起異議之期限，讓爭議處在長達 10 年之期間（行政程序法第 131 條），應非得宜。

第四款 促參法第 47 條立法妥適性疑義

促參法第 47 條第 1 項及第 2 項規定，立法上似存有矛盾之處。其第 1 項既已規定申請及審核程序之爭議，「準用」採購法處理招標、審標或決標爭議處理之規定，自毋庸再行授權主管機關訂定相關爭議處理規則為是；如有意授權主管機關另行訂定爭議處理規則，則第 1 項「準用」規定自無存在之必要。

目前來看，「促參爭議處理規則」之缺漏，適足以透過促參法本條第 1 項規定，予以補充。惟如強調促參法與採購法本質上仍有不同者，應有另行修法之必要。因而，本文除建議刪除本條第 1 項規定外，亦應針對「民參案件」特色，妥適建置其救濟程序。具體修正建議，如第 1 項規定明文規定「爭議標的」、第 2 項則規定「前項爭議之異議申訴程序、審議組織、收費等應遵守事項，由主管機關定之。」以符授權明確性原則。

第六項 行政程序法於「民參案件」之適用

有關行政程序法係最低限度保障之要求，尚有待證立，且行政程序法係為雙面單一階段之行政程序所為之設計，已如上述。本文認為民間參與公共建設甄審程序之相關行政行為，縱可歸類為行政程序法中類型化之行政行為，考量其事件具專業性等特色、法規由「條件式」轉為「目的式」規範及程序中當事人之競爭關係，亦不宜直接套用行政程序法之程序規定。即各該據以作為辦理「民參案件」相關規定(評選、甄審及爭議處理程序)，如有不足時，是否有行政程序法之適用，除應就程序中行政行為屬性認定、各該法規有無特別規定及是否屬行政程序法第 3 條第 2 項及第 3 項除外規定之範圍著手外，亦應考量上開「民參案件」之特色等因素，而非直接套用行政程序法之規定。然應理解的是，如檢視結果並無行政程序法程序規定之適用者，應不表示各

該法規，即無程序要求或不受憲法上正當法律程序制約。

如強調有效救濟，則相關程序除程序公平性外，其處理程序應備之措施或程序，亦不宜以下階段程序或前階段程序相互取代。

第二節 結論

正當法律程序原則源自「自然正義」理念，並為美國憲法增修條文第 5 條及第 14 條規定所明文；日本憲法雖未如美國憲法般，訂有明確規定，然並不否認正當法律程序為憲法之原理原則。其適用範圍亦隨時代演進由司法程序擴張至立法及行政程序⁹。我國由司法院解釋而論，應可求諸於基本權之保障內涵與憲法第 8 條之正當程序功能，據此，我國憲法雖無「正當法律程序」之明文，其已屬我國憲法重要原則之一，相關國家權力的行使，不論係行政權、立法權、司法權，均應符合「正當法律程序」，考試權與監察權之行使，亦不例外。另「公民與政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights）」第 14 條第 1 款有關「正當法律程序」理念，透過「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法」之施行（98 年 4 月 22 日公布，自 98 年 12 月 10 日施行），亦正式成為我國各項權力行使時所應遵循之事項。誠如學者所言，正當法律程序並非是閉鎖之概念，是與時並進的，而大法官許玉秀、林子儀及許宗力於釋字第 610 號部分協同意見書中亦指出，「正當法律程序」原則的原始意涵是，關涉人民權利的公權力運作，應該設置合理正當的法定程序，俾保障人民有合法、公平參與及異議之權利；所以法律優位、法律保留、國會保留等原則，都是「正當法律程序」原則的下位規則。「正當法律程序」原則是對於一切法律程序規定的指導原則，非謂與基本權無關者，即不受無正當法律程序之制約¹⁰。換言之，正當法律程序

⁹ 正當法律程序並非是一個閉鎖的觀念，必須符合當時社會對公平正義的要求與想像，是與時俱進的，並可作為調和各種價值之準據。陳宜倩，正當法律程序，月旦法學教室，25 期，2004 年 11 月，頁 127；葉俊榮，環境行政的正當法律程序，國立臺灣大學法學叢書編輯委員會編輯，2001 年 11 月，頁 87-88。

¹⁰ 大法官許玉秀、林子儀及許宗力釋字第 610 號解釋部分協同意見書，司法院大法官會議解釋續編（十九），司法院印行，2007 年 5 月，頁 47。

原則並非僅著眼於基本權保障而已，除了憲法所保障的基本權之外，法律位階權利之限制或剝奪，亦應符合「正當法律程序」之要求。

為確保行政主體對其擁有之有限資源的公平分配，因此要求應建構公平的分配（競爭）程序，並且應對此提供有實效之保障。「民參案件」亦與行政資源分配有關，而行政資源分配決定之作成，除須有實體法上之依據外，其分配程序與組織，自應符合正當法律程序之要求。本於「民參案件」之特色，本文於第二章、第四節、第三項已指出依行政程序法所導出之正當行政程序之五項核心要素，是否可直接套用於「民參案件」之甄審程序與爭議處理程序，不無疑義。然本文雖指出行政程序法「相關規定」，未必可直接套用於「民參案件」之甄審或爭議處理程序（如第三章、第四節、第四項、第四款）。惟應說明的是，不能因行政程序法「相關規定」，未必可直接適用於「民參案件」之甄審或爭議處理程序，而認為依行政程序法所導出之「正當行政程序」之五項核心要素，亦未必可適用於「民參案件」之甄審及爭議處理程序。即言之，行政程序法「相關規定」之適用與行政程序法隱涵之「正當行政程序」核心要素之援用間，本非相同。

另「民參案件」具專業性、複雜性及高風險性、隔代性、利益衝突等特性，在政府與民間合作理念的推動下，法律規定模式已呈現由「條件式」的模式轉向「目的式」模式，致使政府合作對象的甄審（選）成為一種高度專業趨向之判斷，並且可能陷於「決策於未知之中」的困境。「民參案件」的推動上，除技術層面等實體審查標準外，亦應認真思考面對決策的程序問題，藉由程序之提升，用以補足實體規範的不足。即在計畫法制中，既賦予行政廣泛判斷與形塑空間，行政程序的功能不應僅被理解為「實體正確性的確保」，而必須強調程序法制相對於實體法制的獨立性，質言之，必須藉由程序來提升最終決定的合理性¹¹，並應理解有關引進民間資金參與公共建設之興建與

¹¹ E.Schidt-Abmann,a.a.o. (Fn.7),S.451，轉引自陳愛娥，行政程序法施行十週年的回顧與前瞻—以行政法院裁判的觀察為基礎，月旦法學雜誌，182期，2010年7月，頁69。

營運正當程序的建置，非在限制政府的行政行為，而係要求此一行政行為必須通過特定的決策程序。民間參與公共建設之推動，雖不排除具有商業營利行為¹²，然往往多與公共利益有關。誠如吳庚大法官所述，公共利益原則上是一種利益整合的理想狀態。因而，主辦機關如僅是思考減縮財政支出、精簡人力、提升效率或效能，而忽略個案可能受影響者(民眾、被精簡人員或接管人員)權利或利益，於私部門多僅考慮利潤之前提下，要求私部門考量或保障個案可能受影響者之權益，無異緣木求魚。本於基本權之保護義務與公益維護要求，國家有義務保障人民之基本權與維護公益。又本於民主乃係對於國家權力之不信任，與其相信國家將會保障申請人或其他利害關係人之權利，不如建置合理、妥適之程序機制，透過程序正義之落實來保障人民權益。

行政程序之繁簡應與事件性質之輕重成比例，對一般的、輕微事件，應力求行政程序之簡易與合目的性；愈攸關人民權益者，愈要有嚴密之程序保障¹³。據此，當案件愈專業、複雜(如重大「民參案件」)，牽涉層面愈廣(如環評、文化、都市計畫變更)、人民使用頻率及依賴性高，其程序設計則應愈週密，此或可稱為「層級性之正當程序」原則¹⁴。當然不可否認的是，程序規定嚴格固然會使行政決定的作成更為嚴謹，但並非因此即屬對於人民有利，有時可能因而降低行政效率，致使公益及私益同受損害¹⁵。

如學者所言，公共利益是否經審慎考量與安排，應非任何人或任何團體所決定，其必須經過一個正當法律程序，來具體化公共利益之內容¹⁶。公共建設之興建與營運暨關乎公共利益，為避免私相授受損及公共利益，並確保

¹² 蔡修毓、詹誼澤、曾恭慶，政府促參案件執行缺失之探討，政府審計季刊，29卷3期，2009年4月，頁62。

¹³ 徐金基，我國公共建設民營化適用法律程序之研究，海洋大學海洋法律學研究所碩士論文，2000年，頁60-61。

¹⁴ 蔡庭榕，論公務人員人事處分之正當程序—以警察人員之特殊功績晉階及免職處分為例，中央警察大學警學叢刊，31卷4期，2001年1月，頁203。

¹⁵ 蔡茂寅、林明鏘、李建良、周志宏，行政程序法實用，新學林公司，2011年2月，頁21。此應係本於效能原則之思惟。

¹⁶ 林明鏘，都市更新之公共利益—兼評司法院大法官釋字第709號解釋，臺灣法學雜誌，227期，2013年7月，頁127。

選出之私部門為最佳申請案件或最優申請人，其甄審程序之建置，自應符合正當法律程序。對於程序中之爭議，亦應本正當法律程序建構其救濟程序。如認傳統救濟程序不符其案件類型之需求，自應依其類型妥適建置救濟程序，以符憲法保障人民訴願權及訴訟權之意旨。

另本於基本權保障意旨及法律承認權利之保障，基本上本文認同至少應承認有一最低限度之保障（即聽證權）。至於其他要求為何？本於民間參與公共建設之興建或營運，涉及政府有限資源之分配及申請人（營業自由、契約自由）與使用者（生命、身體、財產）之基本權保障相關，應可由司法院釋字第 384 號解釋及釋字第 709 號解釋推導出「組織」要求，而其他如公正作為（迴避、禁止程序外接觸）、受告知權、說明理由及資訊公開，亦正是落實組織適法與聽證權，所不可或缺之要素。

然而，行政程序之設計應該達到何種程度始為「正當程序」？由司法院釋字第 443 號解釋所揭層級性法律保留允許「合理」差異及釋字第 709 號解釋對於有關公私協力之都市更新，亦就「核定」與「核備」有不同密度的程序要求。董保城教授與許宗力教授對於正當行政程序之解讀，亦不約而同的認為係「合理」、「正當」之程序，而非「最佳」、「最適當」的程序。從而，組織與程序之設計，如何始謂「正當」？因我國憲法對於行政程序未特別明定何等程序要求，似應以各該基本權規定為依據來推導（影響各該基本權之）行政措施的程序要求¹⁷。具體而言，應視下列因素，綜合判斷之¹⁸：一、涉及基本權種類；二、基本權侵害之強弱，侵害範圍大小；三、造成實害風險的大小；四、所欲追求之公共利益；五、決定機關之功能合適性；六、行政自主決定空間大小；七、有無替代程序；八、各項可能程序之成本。據此，有關如何採行適當組織與程序設計，公平合理作成經濟上的分配決定，本無標準答案，須視相關分配決定所涉事物領域而定。

¹⁷ 陳愛娥，正當法律程序與人權之保障－以我國法為中心，憲政時代，29 卷 3 期，2004 年 1 月，頁 385。

¹⁸ 董保城，行政法講義，自版，2011 年 9 月，頁 237。

參考文獻

書籍

我國出版

1. 王澤鑑，債法原理（一）基本理論債之發生，2001年3月。
2. 尹章華、倪文興、劉家榮，政府採購法釋義，文笙書局，2001年9月。
3. 史慶璞，美國憲法理論與實務，三民書局出版，2007年6月。
4. 古嘉諄、李元德、黃俊凱、陳俐宇主編，促參法 Q&A，元照公司，2009年7月。
5. 全球化/福利國家/特別權力關係/公私協力，臺灣行政法學會主編，元照公司，2012年12月。
6. 行政契約之法理/各國行政法學發展方向，臺灣行政法學會主編，元照公司，2009年7月。
7. 李建良，行政法基本十講，元照公司，2012年9月。
8. 李建良主編，民營化時代的行政法新趨勢，中央研究院法律學研究所，2012年12月。
9. 吳庚，憲法的解釋與適用，三民書局經銷，2003年4月。
10. 吳庚，行政法之理論與實用（增訂十版），三民書局經銷，2007年9月。
11. 林明鏘，行政契約法研究，國立臺灣大學法學叢書，2006年4月。
12. 林淑馨，日本型公私協力理論與實務，巨流圖書公司，2010年3月。
13. 城仲模主編，行政法之一般法律原則，三民書局，1994年8月版。
14. 洪國欽，促進民間參與公共建設法逐條釋義，元照公司，2008年1月。
15. 政治思潮與國家法學：吳庚教授七秩華誕祝壽論文集，元照公司，2010年1月。
16. 黃玉霖主編，公共建設民營化，中華民國營建管理學會出版，1998年1月。
17. 現代行政之正當法律程序/公私協力與行政合作法制，臺灣行政法學會主編，元照公司，2014年12月。
18. 許宗力，法與國家權力（二），元照公司，2007年1月。
19. 許育典，憲法，元照公司，2011年9月。
20. 程明修，行政法之行為與法律關係理論，新學林公司，2006年9月。
21. 湯德宗，行政程序法論—論正當行政程序，元照公司，2005年2月。
22. 詹鎮榮，公私協力與行政合作法，新學林公司，2014年3月。
23. 葉俊榮，環境行政的正當法律程序，國立臺灣大學法學叢書，2001年11月。
24. 翁岳生主編，行政法（上），元照公司，2006年10月。
25. 翁岳生主編，行政法（下），元照公司，2006年10月。

26. 當代公法新論(中)，元照公司，2002年7月1日。
27. 塩野宏著，劉宗德、賴恒盈譯，行政法I，月旦出版社公司出版，1996年。
28. 董保城、湛中樂，國家責任法，元照公司，2005年8月。
29. 董保城，行政法講義，自版，2011年9月。
30. 董保城，考試權之理論與實務，元照公司，2015年2月。
31. 陳敏，行政法總論，新學林公司經銷，2012年9月。
32. 陳慈陽主編，行政法實例研習，元照公司，2011年11月。
33. 蔡茂寅、林明鏘、李建良、周志宏，行政程序法實用，新學林公司，2011年2月。
34. 羅傳賢，美國行政程序法論，五南出版公司，1985年6月。
35. 蘇明通、游麗慧，政府採購法實務Q&A，元照公司，2001年2月。
36. 羅昌發，政府採購法與政府採購協定論析，元照公司，2008年11月。

中國出版

1. Jerry L. Mashaw，Due Process In The Administrative State，沈巋譯，行政國的正當程序，中國高等教育出版社，2005年11月。
2. Jean Rivero、Jean Watine，法國行政法，魯仁譯，商務印書館，2008年1月。
3. 李啟明、鄧小鵬編著，建設項目採購模式與管理，中國建築工業出版社，2011年4月。
4. 楊解君，法國行政合同，復旦大學出版社，2009年1月。
5. 熱拉爾、羅蘭(Gerard Roland)主編，私有化的成功與失敗，張宏勝、于淼、孫琪等譯，中國人民大學出版社，2013年10月。

期刊

1. 方英祖，從正當法律程序觀點論行政程序法，考銓季刊，30期，2002年4月。
2. 王廷懋，我國公務員懲戒制度與其人權之保障，公務人員月刊，103期，2005年1月。
3. 王宣琳，行政程序之三面關係之比較法考察—以作成行政處分程序為中心，玄奘管理學報，2卷2期，2005年3月。
4. 王毓正，論市立醫院委託經營管理契約於公、私法屬性判斷上之爭議—以高雄高等行政法院96年度訴字第359號裁定為中心，月旦法學雜誌，155期，2008年4月。
5. 王珍玲，論採購法中異議及申訴制度，月旦法學雜誌，73期，2001年6月。

6. 尤重道，訴願先行程序與訴願前置主義暨特殊訴願程序（二），現代地政人與地，2008年9月。
7. 江嘉琪，ETC契約之公、私法性質爭議—以臺北高等行政法院94年度停字第122號裁定與94年訴字第752號判決為中心，臺灣本土法學，81期，2006年4月。
8. 李建良，行政程序法與正當法律程序—初論行政程序法的立法目的與規範內涵，憲政時代，2000年1月。
9. 李建良，析論司法院大法官釋字第491號解釋，臺灣本土法學，10期，2000年5月。
10. 李建良，經濟管制的平等思維—兼評大法官有關職業自由暨營業自由之憲法解釋，政大法學評論，102期，2008年4月。
11. 李建良，行政契約與私法契約區分的新思維—從「青年公園設施委託經營管理維護契約」定性問題談起，月旦法學雜誌，157期，2008年6月。
12. 李建良，論多階段行政處分與多階段行政程序之區辨，中央研究院法學期刊，9期，2011年9月。
13. 李建良，私營化的法之界限，收錄於：氏主編，民營化時代的行政法新趨勢，中央研究院法律學研究所，2012年12月。
14. 李建良，都市更新的正當行政程序（上）—釋字第709號解釋，臺灣法學，224期，2013年5月。
15. 李建良，都市更新的正當行政程序（中）—釋字第709號解釋，臺灣法學，228期，2013年7月。
16. 李建良，都市更新的正當行政程序（下）—釋字第709號解釋，臺灣法學，229期，2013年8月。
17. 李嵩茂，政府採購法招標爭議處理制度評析，主計月報，535期，2000年7月。
18. 李震山，訴願先行程序與人民訴願權之保障，月旦法學教室，66期，2000年11月。
19. 李震山，人性尊嚴，法學講座第17期，2003年5月。
20. 李震山，程序基本權，月旦法學教室，2004年5月。
21. 李惠宗，行政法院對BOT最優申請人決定程序的審查—兼評臺北高等行政法院94年訴字第752號（ETC）判決，臺灣本土法學，82期，2006年5月。
22. 佐藤功，憲法第31條の諸問題—特に行政手續との關係，李鴻禧譯，日本憲法第31條與正當法律程序諸問題—就其與行政程序之關係言，憲政思潮，1984年3月。

23. 吳志光，ETC 裁判與行政契約—兼論德國行政契約法制之變革方向，月旦法學雜誌，135 期，2006 年 8 月。
24. 吳志光，大專院校處理學生事務之正當法律程序，收錄於：全球化/福利國家/特別權力關係/公私協力論文集，臺灣行政法學會主編，2012 年 12 月。
25. 林淑馨，再探鐵路事業民營化—日本經驗的現實與困境，公共事務評論，13 卷 1 期，2012 年 6 月。
26. 林依仁，私營化的法之界限，收錄於：李建良主編，民營化時代的行政法新趨勢，中央研究院法律學研究所，2012 年 12 月。
27. 林依仁，切結書之法律性質與效果—從行政法上意思表示觀察，法學叢刊，232 期，2013 年 10 月。
28. 林傑、曾惠斌，新知介紹—英國 PFI 制度政府長期購買民間機構公共服務之民間參與公共建設新模式，土木水利，38 卷 4 期，2011 年 8 月。
29. 林明昕，行政程序法的適用範圍，法學講座，3 期，2002 年 3 月。
30. 林明昕，論 ETC 案中之行政爭訟問題—已暫時權利保護為中心，臺灣本土法學，82 期，2006 年 5 月。
31. 林樹埔，論政府採購行為之定性及申訴審議費用之徵收，法令月刊，64 卷 1 期，2013 年 1 月。
32. 林明鏘，促進民間參與公共建設法事件法律性質之分析，臺灣本土法學，82 期，2006 年 5 月。
33. 林明鏘，ETC 判決與公益原則—評臺北高等行政法院 94 年訴字第 752 號判決及 94 年度停字第 122 號裁定，月旦法學雜誌，134 期，2006 年 7 月。
34. 林明鏘，都市更新之公共利益—兼評司法院大法官釋字第 709 號解釋，臺灣法學雜誌，227 期，2013 年 7 月。
35. 林明鏘，促進民間參與公共建設法制與檢討—從地方自治團體有效管制觀點出發，月旦法學雜誌，234 期，2014 年 11 月。
36. 柯耀程，羈押救濟的正當程序—評釋字第六三九號解釋，月旦裁判時報，創刊號，2010 年 2 月。
37. 姚乃嘉、李俊憲、林芸湘，BOT 特許合約研究系列（六）—爭議處理篇，營建管理，258 期，2001 年 6 月。
38. 翁岳生講，張學海整理，公務員懲戒之重要性與問題之檢討，軍法專刊，49 卷 4 期，2003 年 4 月。
39. 徐瑞晃，促參法當事人之行政訴訟救濟途徑（上），司法周刊，1697 期，2014 年 5 月。
40. 馬惠美，從 ETC 爭議省思 BOT 制度（上）—兼論臺北巨蛋 BOT 案甄審公平性

- 問題，營建知訊，279期，2006年4月。
41. 馬惠美，從ETC爭議省思BOT制度（中）—兼論臺北巨蛋BOT案甄審公平性問題，營建知訊，280期，2006年5月。
 42. 馬惠美，從ETC爭議省思BOT制度（下）—兼論臺北巨蛋BOT案甄審公平性問題，營建知訊，281期，2006年6月。
 43. 許玉秀，論正當法律程序（一）軍法專刊，55卷3期，2009年6月。
 44. 許育典，論行政程序中聽證與意見陳述之憲法理論基礎及其在法律上之效果（一）至（五），法務通訊，1724期至1728期，1995年5月至6月。
 45. 范鮫、黃馥萍，從「獎參條例」看融資機構介入權，月旦法學雜誌，33期，1998年2月。
 46. 范鮫，「興建—營運—移轉」標準契約架構與重要課題之探討，臺灣經濟研究叢書，民間參與公共建設，2003年9月。
 47. 黃明聖，英國與日本PFI制度比較之研究，臺灣經濟論衡，2010年12月。
 48. 張倩瑜、周慧瑜，當前我國促參政策之治理結構失衡問題與解決之道，營建管理季刊，85期，2011年3月。
 49. 張大修、曾月娟、吳士琪、李元德，依現行獎勵民間參與交通建設條例執行民間投資計畫之困難及因應對策，收錄於：黃玉霖主編，公共建設民營化，中華民國營建管理學會出版，1998年1月。
 50. 張桐銳，行政法與合作國家，月旦法學雜誌，21期，2005年6月。
 51. 張錕盛，行政法學另一種典範之期待：法律關係理論，月旦法學雜誌，121期，2005年6月。
 52. 梁志，BOT/BOO融資契約的談判經驗—以民營電廠為例，收錄於民間參與公共建設，臺灣營建研究院編印，2003年9月。
 53. 孫本初、傅岳邦，契約型政府的概念與實務：資訊與福利服務議題中的政府角色，文官制度季刊，2卷3期，2010年7月。
 54. 游伯欽，美國聯邦最高法院對「正當法律程序」之解釋理論，立法院院聞，25卷第2期，1997年2月。
 55. 邱忠義，正當法律程序與禁止雙重危險，軍法專刊，53卷，6期，2007年12月。
 56. 程明修，行政訴訟類型之適用—有關雙階理論、行政處分是否消滅的爭議，臺灣本土法學，81期，2006年4月。
 57. 湯德宗，大學教師升等評審的正當程序—論大法官釋字第462號解釋之適用，月旦法學雜誌，97期，2003年6月。
 58. 湯德宗，憲法解釋與訴訟權保障—以公務員保障與懲戒為中心，憲政時代30

卷 3 期，2005 年 1 月。

59. 詹鎮榮，國家任務，月旦法學教室，第 3 期，2003 年 1 月。
60. 詹鎮榮，民營化後國家影響與管制義務之理論與實踐—以組織私法化與任務私人化之基本型為中心，東吳大學法律學報，15 卷 1 期，2003 年 8 月。
61. 詹鎮榮，論民營化類型中之「公私協力」，月旦法學雜誌，102 期，2003 年 11 月。
62. 詹鎮榮，促進民間參與公共建設法之現實與理論—評臺北高等行政法院之 ETC 相關裁判，月旦法學雜誌，134 期，2006 年 7 月。
63. 詹鎮榮，競爭者「無歧視程序形成請求權」之保障—評最高行政法院 95 年度判字第 1239 號判決，月旦法學雜誌，138 期，2006 年 11 月（另收錄於：同作者，公私協力與行政合作法，新學林出版股份有限公司，2014 年 3 月）。
64. 詹鎮榮，民間參與公共建設之國家賠償責任，憲政時代，34 卷 4 期，2009 年 1 月。
65. 詹鎮榮，行政合作法之建制與開展—以民間參與公共建設為中心，收錄於：行政契約之法理—各國行政法學發展方向研討會論文集，臺灣行政法學會主編，2009 年 7 月。
66. 詹鎮榮、陳軍志，擺盪於人民基本權保障與程序經濟間之行政程序法，收錄於：第三屆海峽兩岸公法學論壇—基本權利的程序保障，2012 年 5 月 12 日會議論文集。
67. 詹鎮榮，公益彩券發行權授予之法律關係初探，臺灣法學雜誌，219 期，2013 年 3 月。
68. 葉碧琿，關於鄉鎮市政府參予促參案件之法律問題研究：從屏東市國民運動中心委外營運案論起，國立屏東商業技術學院學報，14 期，2012 年 8 月。
69. 郭介恆，行政聽證制度之實證分析及法制變革建議，法學叢刊，225，2012 年 1 月。
70. 董保城，行政程序中聽證制度，研考報導，23 期，1993 年 4 月。
71. 董保城，行政程序中程序行為法律性質及其效果之探討，政大法學評論，51 期，1994 年 6 月。
72. 董保城，應考試權與實質正當程序之保障：釋字第 319 號解釋再省思，國家菁英季刊，1 卷 2 期，2005 年 6 月（另收錄於：同作者，考試權之理論與實務，元照公司，2015 年 2 月）。
73. 董建宏，由臺灣高鐵 BOT 案談公共工程民營化的招標模式改革，經濟前瞻，2007 年 1 月。
74. 劉玉山，以 BOT 方式推動民間參與公共建設之政策推動方向及目標，收錄於

- 黃玉霖主編，公共建設民營化，中華民國營建管理學會出版，1998年1月。
75. 劉紹樑，論BOT基本法，月旦法學雜誌，33期，1998年2月。
 76. 劉光復，淺論「民間參與公共建設」申請及審核程序爭議之處理，立法院院聞，37卷7期，2002年7月。
 77. 劉姿汝，從消費者權益觀點談ETC案，臺灣本土法學，82期，2006年5月。
 78. 劉建宏，訴願程序中當事人之程序參與權－陳述意見與言詞辯論制度，華岡法粹，2011年11月。
 79. 劉飛，行政任務民營化的合法性框架，收錄於：全球化/福利國家/特別權力關係/公私協力論文集，臺灣行政法學會主編，2012年12月。
 80. 潘欣榮，BOT建設下公開招標法律問題之探討（上）－以獎參條例為中心，月旦法學雜誌，36期，1998年5月。
 81. 潘欣榮，BOT建設下公開招標法律問題之探討（下）－以獎參條例為中心，月旦法學雜誌，37期，1998年6月。
 82. 潘欣榮，政府採購法下招標爭議案件訴權內容及訴訟類型之研究，法令月刊，62卷6期，2011年6月。
 83. 潘欣榮，變調的BOT－從ETC案談起（上），現代營建，379期，2011年7月。
 84. 潘欣榮，變調的BOT－從ETC案談起（下），現代營建，380期，2011年8月。
 85. 陳耀祥，論民間參與公共建設法中甄審階段之法律關係與救濟，世新法學，4卷2號，2011年6月。
 86. 陳清秀，特許合約與公權力之行使，月旦法學雜誌，34期，1998年3月。
 87. 陳愛娥，公營事業民營化之合法性與合理性，月旦法學雜誌，36期，1998年5月。
 88. 陳愛娥，行政處分存否的認定標準與行政法院「適用」大法官解釋的方式－行政院八十九年度判字第一六五八號判決評釋，法令月刊，51卷10期，2000年10月。
 89. 陳愛娥，國家角色變遷下的行政任務，月旦法學教室，3期，2003年1月。
 90. 陳愛娥，正當法律程序與人權之保障－以我國法為中心，憲政時代，29卷3期，2004年1月。
 91. 陳愛娥，行政行為形式－行政任務－行政調控－德國行政法總論改革的軌跡，月旦法學雜誌，120期，2005年5月。
 92. 陳愛娥，促進民間參與公共建設事件中的行為形式與權力劃分－評臺北高等行政法院九十四年度訴字第七五二號判決、九十四年度停字第一二二號裁定，

- 月旦法學雜誌，134期，2006年7月。
93. 陳愛娥，行政程序法施行十週年的回顧與前瞻—以行政法院裁判的觀察為基礎，月旦法學雜誌，182期，2010年7月。
 94. 陳愛娥，經濟行政領域中的程序保障—以分配程序(Verteilungsverfahren)為觀察重心，憲政時代38卷1期，2012年7月。
 95. 陳愛娥，公私協力的規制，收錄於：全球化/福利國家/特別權力關係/公私協力論文集，臺灣行政法學會主編，2012年12月。
 96. 陳立夫，「部門法律系列研討會—土地法學學術研討會」發言紀錄，刊載於臺灣本土法學雜誌2013年6月，第226期。
 97. 陳宜倩，正當法律程序，月旦法學教室，25期，2004年11月。
 98. 陳英鈴，行政法院作為行政程序的守護神—評臺北高等行政法院對ETC案裁判，月旦法學雜誌，132期，2006年5月。
 99. 陸敏清，從德國修法歷程論公私協力運用契約調控的發展，興國學報，14期，2013年1月。
 100. 蔡庭榕，論公務人員人事處分之正當程序—以警察人員之特殊功績晉階及免職處分為例，中央警察大學警學叢刊，31卷4期，2001年1月。
 101. 蔡秀卿，從行政之公共性檢討行政組織及行政活動之變遷，月旦法學雜誌，120期，2005年5月。
 102. 蔡宗珍，從給付國家到擔保國家—以國家對電信機基礎需求滿足任務為例，臺灣法學，122期，2009年2月。
 103. 蔡修毓、詹誼澤、曾恭慶，政府促參案件執行缺失之探討，政府審計季刊，29卷3期，2009年4月。
 104. 顏玉明，我國促參法BOT契約法律性質初探，臺灣本土法學，82期，2006年5月。
 105. 鄭錫鏞，法制化與公、私協力的管理—以BOT為例，競爭力評論，11期，2008年1月。

博碩士論文

1. 白瑞龍，公共設施國家賠償責任之研究—以促進民間參與公共建設法之公共建設為例，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2011年。
2. 吳孟樵，公私協力模式與國家賠償責任之研究—以公有公共設施責任為中心，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2009年。
3. 徐金基，我國公共建設民營化適用法律程序之研究，海洋大學海洋法律學研究所碩士論文，2000年。

4. 黃燦明，政府採購法與促進民間參與公共建設法評選、評審及協商機制之研究，銘傳大學公共事務學系碩士論文，2007年6月。
5. 黃正明，日本國憲法正當程序法理與判例之研究，淡江大學，亞洲研究所碩士在職專班畢業論文，2010年。
6. 許靜宜，我國民間參與公共建設爭議處理制度之研究，國立臺灣海洋大學海洋法律研究所碩士論文，2010年1月。
7. 邱聰勳，民間參與公共建設法律問題之研究—以BOT模式為例，國防管理學院法律學研究所碩士論文，1998年5月。
8. 詹志宏，以行政契約法制作為促進民間參與公共建設手段之研究，國立中興大學科技法律研所碩士論文，2010年6月。
9. 陳紘章，公共工程契約風險配置之研究—以BOT權利移轉為中心，東吳大學法律學系法律專業碩士班論文，2005年。
10. 陳怡君，促進民間參與公共建設規範之研究，政治大學法學碩士在職專班碩士論文，2009年。
11. 陳怡先，從民間參與公共建設之契約性質探討爭議之處理機制：以ETC案為例，東吳大學法律學系碩士論文，2011年。

網際網路

1. 臺灣港務公司網站 (<http://www.twport.com.tw>)，上網日期2015年4月14日，檢自：
<http://www.twport.com.tw/chinese/cp.aspx?n=4A3667A47501BD3D>
2. 經濟部能源局網站 (<http://web3.moeaboe.gov.tw>)，上網日期2015年4月14日，檢自：
http://web3.moeaboe.gov.tw/ECW/populace/content/ContentLink2.aspx?menu_id=380&sub_menu_id=392(首頁/政府資訊公開/施政計畫、業務統計、研究報告/電力/業務統計)。

其他

1. 102年度國家賠償及行政法研討會，臺北市政府法務局編印，2013年11月。
2. 司法院大法官會議解釋續編(十九)，司法院印行，2007年5月。
3. 司法院大法官解釋(三十)，司法院印行，2014年7月。
4. 司法院大法官會議解釋(三十一)，司法院印行，2014年7月。
5. 立法院公報，第83卷第75期。
6. 立法院公報，第89卷第9期。

7. 立法院公報，第 90 卷第 47 期。
8. 立法院公報 100 卷第 71 期。
9. 立法院公報 100 卷第 84 期。
10. 民間參與公共建設甄審作業參考手冊，行政院公共工程委員會編印，2001 年 11 月。
11. 民間參與公共建設協商機制之擬議成果報告，行政院公共工程委員會編印，2002 年 10 月。
12. 民間參與公共建設，臺灣營建研究院編印，2003 年 9 月。
13. 地方法制研討會選輯(2003)，臺北市政府法規委員會編印，2003 年 12 月。
14. 政府業務委託民間辦理類型及程序之研究，人事行政局委託研究案(組改後部分業務移轉國家發展委員會) 2000 年 4 月。
15. 政府業務委託民間辦理(90 年-93 年)重要案例暨契約參考手冊，行政院人事行政局編印，2005 年 12 月。
16. 財政部推動促參司編印，促進民間參與公共建設執行成效(91 年至 101 年度)，2013 年 5 月。
17. 從高速鐵路及國際金融大樓兩案之經驗檢討我國 BOT 制度之設計，行政院研究發展考核委員會編印，2000 年 5 月。
18. 「部門法律系列研討會-土地法學」學術研討會紀錄，刊臺灣本土法學 2013 年 6 月，第 226 期。