

第五章 研究發現與建議

第一節 研究發現

第一項 外國法制研究發現

一、日本法制特色

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

在一般事務或設施管理之民間委託中，實務運作上亦有同時委以行使公權力權限之可能；又在將公共用設施之經營、管理事務委由私人或法人處理之場合，同時將使用許可權限委託於外部行使之情形，亦有不少；常有曖昧、不易明確界定之情形，故民間委託之法律性質須依個別委託事例之具體內容加以分析，不宜一概論之。

關於民間委託之容許性，在向來承認行政機關具有行政手段選擇自

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

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

二、德國法制特色

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

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

關於行政委託之方式，主要有如下二種：(1) 直接依法律規定此種方式係由法律直接規定國家權限之移轉，而私人具備該移轉規定之要件時，即成立行政委託，例如海商法中所定船長之警察權。(2) 基於法律規定之授權，此種方式又可分為「行政處分」與「行政契約」二種。如行政委託得以單方之表示而形成者，即是以行政處分為委託之情形，惟通常須經當事人之同意，始生效力，故又屬「須當事人同意之行政處分」。至於行政委託是否得以行政契約為之，學說見解不一，依德國聯邦行政程序法第五十四條規定：「公法上之法律關係，得以契約設定、變更或廢棄之（公法契約）。但法規另有不同規定者，不在此限。行政機關尤其得與欲對之為行政處分之相對人訂定公法契約，以代替行政處分」，由此規定可知，行政程序法並無禁止以行政契約作為行政委託之方式。在容許性上，學者多數認為民間委託為憲法所許，惟於公權力授與方面，應受法律保留原則之拘束。

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

三、英國法制特色

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

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

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

英國政府簽約外包方式通常係以委任、承攬、買賣或租賃契約委請私人提供物品或服務。該委託契約雖稱爲公共契約，但性質上仍爲私法契約，政府同私人般接受私法之規範。但委託機關與第三者間之法律關係，則應視該服務之提供依據爲判斷準據。於契約履行過程中，承包商對政府互有請求時，如請求調整契約、變更設計、請求付款等相關紛爭之解決，於英國通常依據契約中雙方約定之非正式談判方式

解決，英國民事法院對英王及其他公共機構之訴訟有管轄權。

四、美國法制特色

美國政府業務委託民間辦理，通常以契約規範其運作或履行，此種契約又稱為「公共契約或政府契約（public contract）」，是政府作為一方當事人與私人所締結之契約。其中由政府作為買方，以預算撥款換取私人提供物品或服務之契約即為「採購契約」（acquisition / procurement contract）。規範政府採購之授權依據與程序之法規，即為「公共契約法」。

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

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

而州法體系對契約履行過程中發生紛爭之解決，係依約定先循內部

行政救濟途徑，向採購局長官申訴或請求特定委員會進行仲裁，不服者再向一般法院系統提起契約訴訟。

五、法國法制特色

法國法上「公務委託」，係該國法制最具特色之部分。「公務委託」概念與本研究之「外部業務委託」相當，係以人民為直接受益對象之行政業務之委託。在此領域，法國法制尤重下述兩項原則，值得我國參考。

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

另外，在契約委託案件中，為避免黑箱作業而生弊端，晚近立法重視公開透明之原則，進而加強契約委託之程序規範。其制度設計有以下幾項特色值得注意：第一、最後雖以議標方式決定締約人，但其前置程序遵守公開透明原則；法律同時對契約之期限與延約有詳細之規定。第二，所有「公務委託」契約皆屬行政契約，根據法國行政契約法中側重公益之基本原則，「公務委託」之業務不會因契約關係而致使公益維護困難。第三，國家以外之其他公法人之「公務委託」，由合議制之機關表決委託之計畫與受託人之入選。尤其在地方自治團體之委託，在野黨議員受比例代表制之保護，確保參加委託案件之審議與議標，以免黑箱作業。第四，將人民納入監督之體系內，不論是契約之訂定或是契約之執行，「公務委託」之直接受益人皆可對之提起行政訴

訟，以確保行政行為之合法。第五，受託人有定期公開委託業務之經營成果義務，以利委託人、民意代表及人民之監督。第六，若有回饋金或權利金之收取，則該筆款項須與所委託之業務有直接關係，而非行政主體之額外財源。當然，委託經營更不能反成為政府之財政負擔，故風險移轉必須落實。

第二項 本國法制研究發現

一、委託之類型

政府業務委託民間辦理之類型得依(1)委託方式、(2)受委託人、(3)委託事項、及(4)委託效力而為不同分類。惟目前並未有一為各方所接受之分類，學者各自依其觀點之不同，而為不同分類，且其指涉範圍亦未盡一致；事實上，各種不同分類有其各自優劣點，尚難驟下論斷。

至於本研究報告之分類，在配合我國實務上政府業務委託民間辦理案件區分之基礎上，兼採先進國家之分類標準，暫將我國政府業務委託民間辦理之類型區分為：(1)委託行使公權力、(2)委託提供服務、(3)委託辦理內部業務及(4)委託管理內部設施此四大類型。然其分類理由，除基於內部行政與外部行政之區別、以及一般行政業務之實施與公共設施之管理營運差異之考量外，亦係為迎合政府業務委託民間辦理之運作實態，兼出於檢索解說之技術性考量，所為之便宜性用法，尚難認為係一成熟之學術性分類，亦請留意。

二、委託之容許性與界限

其次，就政府業務委託民間辦理之容許性與界限言，無論學說或實務均少有討論，一般仍不脫「法律保留原則」與「法律優越原則」之檢討。惟宜注意者，最近政府採購法及行政程序法相繼制定公布後，就我國有關政府業務委託民間辦理之容許性、界限及程序規範，如其行為涉及政府採購法規範之採購行為或行政程序法規範之行政行為者，亦受上開二法之限制。換言之，除個別法令之規定外，於我國，至少已有政府採購法與行政程序法此二種一般性規定，可規範政府業務委託民間辦理之委託行為。

三、委託之法律關係

有關委託之法律關係，一般可自：(1)委託機關與受託者、(2)受託

者與第三人、以及(3)第三人與委託機關等三方面，加以說明。其中，有關委託機關與受託私人間之關係，原則上因其據以設立委託關係之委託行為以及委託業務性質之不同，定其法律性質。而受託者與第三人間之關係，則視其受委託業務之性質如何，以及該受託私人是否以自己名義與第三人發生法律關係，而有不同。最後，有關第三人與委託機關就委託業務所生之關係，則因受託者地位之不同而生差異。

四、委託之行為形式

有關政府業務委託民間辦理，其委託關係之成立，依所利用之行為形式類型，約可分為：(1)依法規直接設立、(2)依行政處分設立、(3)依行政契約設立、(4)依私法契約設立、以及(5)依公私法混合形式設立五種。其中，依法規方式設立者，姑不論，如依行政處分方式設立者，通常須有法律之依據或授權。至於以契約方式設立委託關係者，如該委託關係屬公法上法律關係時，由於無法以私法契約方式創設、變更或消滅公法上法律關係，故該契約性質解釋上應為行政契約。此外，將委託過程予以分割處理，例如關於委託對象之選定以行政處分方式為之，而委託業務之實施，則以訂定契約方式實施者，亦有發生公私法混合形式之可能。

五、委託之程序要求

有關政府業務委託民間辦理之程序要求，除行政程序法、政府採購法等一般法令中程序性規定或別有特別法令之規定者外，其程序上應遵守之步驟及應注意事項，約可自以下六個面向予以檢討。即：(1)委託範圍之確定（包含委託之容許性、委託之適當性、委託之範圍與界限等因素）、(2)委託對象之決定、(3)作業基準之公開、(4)委託方式之選擇、(5)公正程序之遂行、(6)其他特殊程序之要求等考量。

六、委託之爭訟救濟

有關政府業務委託民間辦理之行為形式，於行政爭訟二法及行政程

序法生效實施前，因實際上有關爭訟救濟途徑，除行政處分撤銷訴訟外，通常僅有民事訴訟等民事糾紛解決途徑，因此，有關委託行為之行為形式，除直接依法規委託或可認構成行政處分者外，一般均以私法契約方式為之。惟將來上開法律生效實施後，當可預見其行為形式將趨於更多樣化。同理，其所衍生法律關係之性質，以及爭訟救濟途徑，亦將隨之而更為多元。

第三項 案例分析發現

一、委託行使公權力

1. 委託目的：在於減少行政機關在預算及人力上之支出，故成本效益之分析，為是否決定委託民間行使公權力之重要考量，特別是汽車拖吊之委託。
2. 委託依據：委託民間行使公權力僅部分係由法律直接規定，或由法律授權行政機關以命令定之，例如委託辦理危險性機械或設備之檢查，係依據勞工安全衛生法第一、四條及勞動檢查法第十七、十八條規定辦理。反之，多數委託民間行使公權力之情形，則欠缺法律上之直接規定或授權，而是由行政機關自行以命令定之，例如委託辦理交通工具排放空氣污染物之檢驗、委託辦理汽車定期檢驗、委託辦理電子產品之檢查、委託辦理市地重劃業務等，均無法律之直接規定或明確授權，而是基於法律之一般授權或依職權以命令（辦法）予以規定。
3. 委託行為形式：公權力之委託民間行使，大體可分為如下幾種：一是以契約為之。二是由行政機關指定之，或由人民申請主管機關核准之。三是由私人與私人之間以契約之方式為之。就委託之法律性質與法律關係而言，公權力之委託民間行使如以契約方式為之者，大體上可認為其屬於一種行政契約，從而發生行政契約之公法關係；其次，若由行政機關以指定方式或核准之方式為之者，則該指定之性質為行政處分，從而其所生之法律關係，亦屬公法關係。再者，若由私人與私人以契約定之者，亦應認為其屬於行政契約。
4. 受託執行方式：受委託機構或個人於行使公權力時，多仍以「委託機關之名義」為之，而受委託行使之項目及範圍，則以事實行為居多，例如檢查、檢驗、市地重劃等。是以，受委託行使公權力之私人或機構，多未直接對人民作成行政處分，充其量

僅是代替委託機關爲之，或將受委託辦理之結果，呈報委託機關決定之。

5. 履約管理：爲確保公權力行使之受託人能克盡委託業務執行之責，於部分委託契約中有保證條款，惟保證之方式形形色色，有現金保，亦有舖保，金額高低又有懸殊之別，不僅有礙受託人之資金運用，且增加委託人之保管責任，有檢討改進之必要。
6. 爭訟救濟：由於過去並無行政程序法之制頒，加上行政訴訟法僅有撤銷訴訟，故對於以契約方式委託行使公權力之情形，多被認爲是私法契約，若發生爭議，則由民事法院審理裁判。惟行政程序法將於民國九十年一月一日起施行，且行政訴訟法亦增加有關行政契約之訴訟規定，因此，有關以契約方式委託民間行使公權力者，一方面得廣爲認定其係行政契約，他方面有關行政契約所生之法律爭議，亦可透過行政訴訟解決之。至於以指定或核准之方式委託公權力者，則依撤銷訴訟之相關規定爭訟即可。
7. 國家賠償：於民間受託行使公權力時，如發生損害之情形，原則上均得向國家請求損害賠償。

二、委託提供服務

1. 委託目的：減少行政機關在預算及人力之成本長期負擔，因此成本效益之分析結果成爲是否決定委託民間之最大考量。
2. 委託依據：委託民間提供服務因原則上該項服務非公權力之行使，故法令上並不受行政程序法第十六條規定之限制，而僅受其他專業事項法令之約束。
3. 委託類型：大致分成二大類，第一類爲行政機關提供公有設施讓受委託人爲經營管理，進而提供人民服務；另外一類爲行政

機關並不提供公共設施，而使受委託人依其委託需要提供必要之服務，包含服務人力之提供或機具之借用，前者因涉及國有（公有）財產，故應留意國有財產法等相關公物管制之法令限制。

4. 委託行為形式：原則上分成以契約方式委託與行政處分方式委託二種；前者以私法上契約委託者屬最大宗，後者以許可方式為之者，則屬較例外之情形。
5. 責任約款：以契約方式提供對外服務之委託類型，常於契約中明訂委託人（即行政機關）「不負任何責任」之用語，或是「受託人應負擔所有對外責任」之文字，以脫卸委託人之公法與私法上之責任。私法上責任雖得合意轉嫁，但公法上責任未能如委託人預期中轉嫁（尤其是國家賠償責任），該轉嫁條款可能會因牴觸法律之強行規定而無效，應該留意。
6. 法律關係：委託民間對外提供服務時，常因為提供行為之本質而產生委託人、受託人及使用（享受）委託之第三人間，產生三面之法律關係，因此，對於委託人與該第三人間究竟有何法律關係存在，則應視該委託提供之服務性質而定，無法一概而論，亦無法於委託契約或委託許可中完全切斷委託人與第三人可能產生之法律關係。
7. 履約管理：為確保對外提供服務之受託者能克盡職守及服務品質，常於委託契約或委託許可中有保證條款或要件之使用，而保證形式更是五花八門，有現金保證亦有店保、人保或其他現金質押等不同情形，金額高低又有懸殊不同，實有礙受託人之資金運用並增加委託人之保管責任。
8. 爭議救濟：委託行為如生爭議或糾紛，除應明訂其訴訟管轄外，如能約定其他紛爭之仲裁方法，例如：依仲裁法規定提請仲裁，亦能有效減低相當程度之訟累。

三、委託辦理內部業務

1. 委託目的：行政機關為節省人事庶務經費支出、提升工作品質，將內部事務委託民間專業團體或公司辦理，過去已頗為普遍，未來仍不會改變。故專業能力評核、成本效益分析，此等皆為內部事務委託民間辦理之重要考量因素。
2. 委託依據：由於內部事務非對人民實施，不涉及公權力之行使，故自來不嚴格要求需有法律依據，僅循預算法、營繕工程及購置訂製變賣財物程序之規定辦理。
3. 委託之限制（相關規定之配合）：有部分委託案件需利用機關機具設備廳舍（例如郵政總局提供值勤室供駐衛警使用）以完成其受託任務，而涉及國有財產之使用保管責任問題。目前契約條款並未列明相關責任歸屬，有部分案件契約條款甚至有違反其他法令之虞，例如清潔合約中之歧視弱勢條款，宜加檢討修正。
4. 委託行為形式：目前多以私法契約方式規範委託關係。至於契約類型另依標的性質而定，服務範圍屬於無法定量之專業技術服務通常係採委任契約；屬於可定量性質者，則採承攬契約；如係以機具設備等硬體使用權為標的者，則採租賃契約。
5. 法律關係：委託關係成立後，委託者、受委託者之間，係以私法契約為中心構成之私法關係；委託機關與第三人（洽公民眾）間可能發生公有公共設施維護管理不當之國家賠償責任；至於受委託者與第三人（洽公民眾）間並無法律關係存在，僅可能發生侵權行為之事實關係。
6. 履約管理：多數契約均明訂有保證制度與監督條款。惟有關禁止轉包、不中斷服務或備份服務之規定，在目前契約中並不多見，如涉及國家重大建設或活動，例如總統選舉計票之事務外

包等，即有訂定之必要，科學園區資訊服務委外契約所訂不中斷服務或備份服務之規定當有其參考價值。

7. 爭訟救濟：由於內部事務委託係以私法契約為之，故而發生爭議大多由民事法院審理裁判，惟有關專家技術服務部分契約（如科學園區資訊服務委外契約、地質工程勘查委外契約等），則採仲裁方式。

四、委託管理內部設施

1. 委託目的：至少均具有效率與經濟（預算）二大目的。惟於若干情形，例如委託民間管理公園或認養人行道等公共設施，亦可能兼具有建立社區主義之意義。
2. 委託類型：至少有 A.利用機關設施之全部或一部，以單純提供機關內部成員服務者；B.利用機關設施之一部或全部，以提供專業技術或經營管理能力，辦理涉及高度科學技術性之內部業務者；C.利用機關設施之全部或一部，除勞務提供外，兼具有提升受託人形象目的者等三種類型
3. 委託依據：委託管理內部設施僅涉及內部業務或設施之管理，多屬非公權力性質，故雖無法律之依據或授權，原則上均得委託。
4. 委託行為形式：因委託管理內部設施，原則上不涉及公權力之行使，故其委託範圍或內容，得依合意定之，亦即以私法契約方式訂定即可。
5. 受託執行方式：委託管理內部設施，因不涉及公權力，故原則不發生是否應以委託機關名義行為之問題。且因受託人其業務之實施，原則對外與第三人並不發生任何法律關係，故其業務

之實施，得獨立以受託人名義爲之。

6. 爭訟救濟：委託管理內部設施，因其法律關係屬行政法律關係抑或民事法律關係而異其救濟途徑。

第二節 建議事項

第一項 外國法制引進建議事項

- 一、關於權限之授與，以有法律之規定或授權為原則。
- 二、關於委託之法律性質及法律關係，以委託之行爲形式加以區分，於認定上較為清楚。
- 三、關於公權力之委託，於德國不僅將權限予以移轉，且授權由受託人以自己名義爲之。反觀我國之運作方式，多由受託人以委託機關之名義爲之，建議引進德國上述作法。
- 四、關於個別政府業務可否委託民間辦理之判斷，可援引美國法制有關「政府本質職能」理論爲判斷基準；並就具體實例加以歸納，明列可積極推動委託民間辦理之政府業務事項。
- 五、日本針對特定公共性、公益性事業事務之實行，由主管大臣依特定事業法或規制法規定，以行政處分指定特定之民法上公益法人代爲處理，並使其取得行使特定規制性事務處理權限之「指定法人制度」，在靈活運用民間活力，精簡行政事務，提升行政效率上，有其一定成效，可爲我國法制之參考。
- 六、英國在政府機關外設置以政府裁員之公務員爲其組織成員之公益性法人機構（quango），並由政府以契約方式將大部分政府業務委託此等機構辦理之方式，在安置因國營事業民營化遭裁員之員工，消弭工會對於國營事業民營化之反對阻力上，有其一定功能；建議引進上述之作法，以消除國內國營事業員工對於民營化後將造成其失業之疑慮。

七、法國法制基於公益考量，大量運用行政契約此一行為形式；且為避免黑箱作業而生弊端，於晚近立法強調公開透明之原則，加強契約委託之程序規範與民眾參與監督之作法，亦可為我國法制之參考。

第二項 本國案例改進建議事項

一、立即可行建議事項

(一) 委託行使公權力

1. 各機關決定是否委託民間行使公權力，應於決策前，為詳盡之本益分析，再作決定，以避免錯誤或不當之委託，此種本益分析宜請會計師等專業人員為之。
2. 委託民間行使公權力之方式，得以契約為之，或由民間業者申請，而由委託機關核准，或由委託機關直接指定之。惟以契約方式為優先考量，且應於契約中表明委託之法律依據及契約之性質為行政契約。
3. 委託契約之內容，除應經各機關之法務部門提供意見外，若能由各機關所聘請之諮詢律師或法規委員再行確認，當有助於事後紛爭之防免。
4. 委託契約之期間，不宜過長，並應嚴格監督契約之執行及成效。
5. 委託契約宜經公證程序，以避免紛爭，並有力於事後之求償工作。

(二) 委託提供服務

1. 各機關決定是否委託民間提供對外服務，應於決策前，為詳盡之本益分析後，再行決定，可以避免錯誤或不當之委託，此種本益分析宜請會計師等專業人士為之。
2. 委託對外服務之法律方式宜訂明為契約，並以私法上之委託契約為主軸，必要時得參酌承攬契約之相關規定，載明於契約中。但宜避免使用許可或其他類似行政處分（如特許）之方式為之，以增加契約之彈性空間。

3. 委託契約之內容除應經各行政機關之法務部門提供意見外，若能由各機關所聘請之諮詢律師再行確認契約條款，當有助於預防事後紛爭之發生。
4. 委託契約之委託對象除經公開招標方式為之外，於必要時並得仿政府採購法之精神，與國內外信譽卓著之個人或團體洽商，以提高並確保服務品質。
5. 委託期間除不宜過長外，並應考量受委託人之「有利可圖」，故除須持續嚴格檢查契約之履行狀況外，得隨時保有期前終止契約之權限及優先續約權之給與。
6. 委託契約宜經公證程序，以取得強制執行名義，以避免訟爭或其他曠日廢時之求償工作。

(三) 委託辦理內部業務

1. 有關政府採購項目之本益分析，如涉及專業技術領域，得再以契約委託專家或顧問公司審理。
2. 程序部分，由於「營繕工程及購置訂製變賣財物條例」已廢止，故現有契約中如仍有該條例名稱者，均應配合修改。此外相關程序應依照政府採購法之規定辦理，例如有關受託對象之選定、招標過程等採購程序，均應按業務性質、金額高低區分類別。
3. 如有借用機關設備廳舍者，應於契約中納入國有財產法之規定要求。
4. 委託機關提供公用財產(如辦公設備廳舍—值勤室或宿舍)供受委託公司駐衛警利用，以完成其受託任務，涉及國有財產之使用保管責任問題，目前契約條款並未列明相關責任歸屬。建議參考國有財產法第二十七條增訂「使用人因故意或過失，致財產遭受損害時，除涉及刑

事責任部分，應由管理機關移送該管法院究辦外，使用人與乙方並應負賠償責任。」

5. 採購契約內容：有關契約類型、條款結構、用字遣詞，似宜由主管機關依契約類別訂定範例，供機關與人民參考遵循。此外締約時，各級政府法制單位應協助業務部門審查條款之合法性與周延性。
6. 履約管理：內部事務委外辦理，如涉及國家重大活動事務，例如總統選舉計票之事務外包，係以開票當日作為驗收日，一旦人為疏誤，無法完成計票工作，對國家形象、人民對政府之信賴影響極大，雖定有違約金或賠償制度，亦無濟於事，似宜於履約管理中參考「科學園區資訊服務委外契約」，增訂不中斷服務或備份服務之規定。

（四）委託管理內部設施

1. 委託管理內部設施，於委託民間管理公園或認養人行地下道等公共設施時，亦兼具建立社區主義之意義；如何促進住民參加，以營造整體社區環境，乃具有重要意義。
2. 委託管理內部設施如涉及一定金額以上者，須考慮有無政府採購法之適用。例如該內部設施之委託將影響第三人（如提升受託人競爭能力）、或涉及經費龐大、或因高度專業技術能力而使受託對象限於特定資格時，則宜有法律上之依據或授權，或至少應有預算程序上之依據。此外，此類情形，亦要求其應明定相關作業準則或審查基準，並予以公告，使程序臻於透明公正。
3. 委託管理內部設施如涉及設施之目的外利用者（如公益廣告或活動），則應考慮國有財產法或公有財產法等相關法規之適用問題。

4. 如屬整體設施之委託經營管理者，其人事財務規劃應特別注意。如受託人借用委託機關既有職員者，該職員如不具公務員身分（如約聘人員），其與委託機關、受託私人間之法律關係如何，應如何保障其身分地位，宜一併詳細規定。
5. 如設施之委託管理，涉及貴重機具之購置者，其有關維護管理義務及所有權歸屬，亦宜一併明定。
6. 對於受託人之財務能力是否足以擔當受委託之業務，均應加以考量。
7. 委託管理內部設施如同時涉及委託機關人員之借用、承受者，因涉及公務員或機關職員之借用或轉任、以及人員進用問題，該委託契約容易發生影響第三人權益之效果，至少應注意有無民法第三人契約相關規定或行政程序法第一百四十四條規定適用之問題。
8. 委託管理內部設施通常涉及公有公共設施之租賃或使用，故有關該設施供受託人使用之範圍如何，應予明確規定，並建立財產清冊。其中如有由受託人購置者，該財產之維護管理及所有權歸屬問題，亦應明定於契約中。
9. 委託管理內部設施，多屬繼續提供內部業務或服務性質，涉及行政業務之正常行使，故宜注意委託業務實施之擔保制度（如保證金、銀行履約保證等），以及契約中止、終止之處理等問題。
10. 委託管理設施因受託人通常居於行政助手地位，故應注意國家賠償責任有無問題。又行政上法律關係所生爭議，原則屬行政法院審判權，且依行政訴訟法之規定，並不承認合意管轄，故若將委託契約定性為行政契約質

者，不宜於契約中約定管轄法院或為仲裁之合意。

二、長期建議事項

1. 針對各種不同提供服務類型，由中央主管部會擬訂「定型化之模範契約書」，提供各級行政機關參酌採用，減少各機關須自行草擬契約之困擾。
2. 由經建會研訂「行政機關委託民間行使公權力辦法」，提供各級機關參考，並建立逐年績效檢討之制度。
3. 按行政程序法第十六條之規定，行政機關將權限委託予私人行使者，須「依法規」為之，是以，有關委託民間行使公權力，建議以法律為明文之規定，或至少須有法律明文之授權，始得為之，以符合法律保留之原則。
4. 由經建會研訂「行政機關委託民間提供對外服務辦法」，除由中央監控其個別委託契約之執行外，並應建立其法定報備程序及逐年檢討成效之機制。
5. 配合修正相關人事及財務法律，凡執行委託民間提供對外服務，節省行政成本與人力達一定程度者，予以破格升遷其主辦公務人員，且其節省之公帑支出，亦可以保留一部分毋須繳交國庫，以充當委託機關之委託基金，繼續辦理其他後續委託工作。
6. 建議成立「中央行政委託諮詢小組」，除將成功案例編列成冊廣為教育宣導外，並得作為其他欲仿效機關之固定諮詢對象，或成立類似私部門之「企管顧問公司」，以提供法律、財務以及風險評估之服務。

