

# 政府採購法與促參法適用性之探討

毛一祥

國立中央大學營建管理研究所博士班

## 壹、前言

過去 30 年來，臺灣歷經推動公共建設的黃金時期，從十大建設、十二項建設、十四項建設以及六年國建等。當年推動重大建設，對於財務負擔往往無法詳細評估，甚至宣佈時亦不知財源何在<sup>1</sup>，遑論研究民間參與之可行性。至民國 83 年，政府制定「獎勵民間參與交通建設條例」，對民間參與交通建設始有一較完整之規範。而民國 89 年更公佈了「促進民間參與公共建設法」（以下簡稱「促參法」），將民間參與的公共建設範圍更予以擴大，並闡明民間參與公共建設應優先適用「促參法」<sup>2</sup>。自促參法公佈實施以來，截至 98 年 4 月，依促參法成功簽約案件共有 683 件，簽約金額共約新台幣 4004 億元，亦即平均每年有 400 多億元之公共建設投資引入民間企業參與，辦理成果可謂豐碩。

民國 87 年「政府採購法」（以下簡稱「採購法」）公佈，對於由政府出資辦理工程、勞務及財物等採購事項，已有完整規範。相較於政府引入民間機構投資辦理公共建設，因辦理方式、契約關係迥異於傳統採購，在過去案例中有因政府投注資金過多，卻無法以採購法相關規定監督工程之招標或廠商之履約情形，其公平合理性往往倍受質疑，其中甚至有公務人員因圖利罪嫌而受司法調查、起訴等。誠然民間投資參與公共建設模式，如相關規定已依據促參法令辦理者，無政府採購法之適用。但機關自始如何考量計畫屬性，從而決定公共建設計畫適用政府採購或促參，如何做到與民興利而非爭利，與民便利而非圖利，其決策形成之途徑，應有明確可循之依據。本文將以立法原意出發，指出法令中已明確條列適用政府採購或促參之範圍，再依各法令中之法理原則，探討政府採購與促參法適用之界限。其中並蒐集法令主管機關之相關函釋、以及法界人士之實務見解等，以為綜合分析。

## 貳、相關法律概述

依政府行為與經費收支關係論之，政府支出經費採購依「採購法」；私人獨資或與政府共同投資興辦或營運公共設施則依「促參法」<sup>3</sup>。此一原則看似簡單，然綜觀法條規定繁鎖，恐難一言以蔽之。

<sup>1</sup> 康綠島，"李國鼎先生口述歷史-話說臺灣經驗"

<sup>2</sup> 行政院 89.4.28 台 89 交字第 12117 號函

<sup>3</sup> 詳參考文獻 6.

就採購之範圍而言，依採購法第 2 條：「本法所稱採購，指工程之定作、財物之買受、定製、承租及勞務之委任或僱傭等。」自民國 88 年實施以來，主管機關函釋已釐清諸多不適用採購法之情形，其理由大致為 1. 該事務非屬採購：如機關變賣、出租財物或機關向金融機構借貸等；2. 該事務為其他法律所定之行政權限委託：如行政檢查、度量衡檢驗等；以及 3. 其他經主管機關認定非屬採購行為者。

就支出經費方式而言，若政府補助法人或團體辦理採購，補助金額超過 50% 且在公告金額(新臺幣 100 萬元)以上，方有採購法之適用(採購法第 4 條)。顯見以政府出資與否固然為採購法是否適用之原則，其中仍需考慮出資方式、事務本質及其他法律所涉及之行政權限，而決定是否有採購法之適用。

至於民間參與公營事業或公共建設計畫，在促參法未公佈前，因特定目的需求而先有其他法律規定，如公營事業移轉民營條例、國有財產法、商港法、促進產業升級條例、民間投資建設大眾捷運系統辦法、開放電業作業要點、獎勵民間參與交通建設條例、鼓勵公民營機構興建營運垃圾焚化廠作業辦法、獎勵民間參與國軍老舊眷村改建投資興建住宅社區辦法、採購法(第 99 條)等。可見在特定事業興辦上(如大眾捷運、垃圾焚化爐、電廠、眷村改建等)早已引入民間參與之思維，並擬訂相關法令據以辦理。而後隨著促參案件之多元化，為使相關事務有一致性之辦理依據，避免耗時費力窮於立法，終而採通案立法而有促參法之制定。在法令的競合關係的原則上，符合要件而適用促參法者，則優先適用促參法，促參法未規定者，適用其他法律。

## 參、比較與分析

### 3.1 適用原則解析

促參法公佈以前，主管機關-行政院公共工程委員會(以下簡稱工程會)，曾對「公辦民營」案件是否適用採購法作出解釋<sup>4</sup>，內容略以「...首揭委託案既經行政院原則同意採公辦民營方式辦理，依其實際辦理之情形，分述如次：(一) 依本法第 2 條及第 7 條第三項之規定，...屬勞務採購，...。(二) 依本法第 99 條之規定，...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。」此函揭示本案可依勞務採購或開放民間營運方式辦理，雖未釐清兩者之界限，但已點明採購法第 99 條所規範事務不同於一般採購。

為使機關辦理民間參與公共建設計畫究竟適用採購法或促參法，有一通用性之原則，工程會曾作出 2 次適用原則解釋<sup>5</sup>，綜合其意涵如下：

1. 符合促參法第 3 條第一項所稱公共建設，並依同法第 8 條第一項規定之民間參與方式辦理者，適用促參法規定辦理。(促參優先適用原則)

<sup>4</sup> 工程會 89.1.11 工程企字第 89000048 號函

<sup>5</sup> 工程會 92.2.7 工程企字第 09200050450 號函及 93.6.16 工程技字第 09300234640 號函

2. 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，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，除以下三款外，適用採購法：(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。(除適用其他法律者外，適用採購法)
3. 機關公有財產開放廠商投資興建、營運，而所適用法律無甄選投資廠商之程序規定者，該程序依採購法第 99 條之規定，適用採購法。(採購法第 99 條之啟動原則)

此二函釋最重要之意旨為闡明促參法、其他適用法律以及採購法等三者間之競合順序，同時說明採購法第 99 條之啟動時機。簡言之，適用促參法者即優先適用之而排除其他法律，不符促參法要件但適用其他相關法令者則以該法令辦理，其餘案件才有採購法之適用。可以推知，促參法及民參案件所適用之其他法規具有採購法之特別法性質，當促參法及其他法律未規定者，方有採購法之適用。例如工程會對於「合建分屋」是否適用採購法曾作出解釋<sup>6</sup>，略以「…貴府[主管宿舍土地合建開發]，擬採一般民間合建分屋模式，由貴府提供土地，廠商提供資金，依分配比值分屋之方式辦理乙案，係以提供土地供興建做為所分得房屋之對價，應適用政府採購法。」事實上，「合建分屋」不屬促參法第 8 條第一項各款之民間參與方式，故不適用促參法。然類似案件可能因訂有其他法律規範，而排除採購法之適用，如國軍老舊眷村改建(獎勵民間參與國軍老舊眷村改建投資興建住宅社區辦法)、大眾捷運土地之聯合開發(大眾捷運系統土地開發辦法)等。

另對於前述意涵第 2 點，既有機關或受服務之第三人支付對價予廠商之情形，卻未具體區別何者適用採購法、何者適用促參法，執行上仍不免進退失據。幸而臺北縣政府因依促參法辦理政府規劃之「社會福利設施」案件，為此提出執行疑義，經工程會再函釋<sup>7</sup>後，獲致以下結論：

1. 機關公用財產委託民間辦理之安置庇護機構，如由政府撥付安置費用予民間，民間未向案主收取費用者，依政府採購法第二條及第七條第三項之規定屬勞務採購，應依採購法之規定辦理。
2. 機關公用財產委託民間辦理之社會福利機構，如委託民間營運，並向服務對象收取費用者，符合促參法第 8 條第一項第五款之民間參與方式(即 OT)，應依促參法規定辦理。

此函具體指明以政府是否支付費用為判斷之標準，堪稱目前主管機關對此執行疑義所作之最明確解釋。然對於政府已有支付廠商部份費用且廠商又向使用者收費之情形仍未明確釐清，為其美中不足之處。目前所見，僅臺北市政府法規會對此作出解釋<sup>8</sup>，略以「…有關委託服務或經營管理，如不涉及委託行使公權力…

<sup>6</sup> 工程會 89.6.14 工程企字第 89016510 號函

<sup>7</sup> 工程會 93.7.23 工程技字第 09300295860 號函

<sup>8</sup> 臺北市政府 95.8.9 北市法一字第 09532104100 號函

本府支付部分委託費用，其受託人又向服務對象收費，仍歸入促參法之適用，亦屬民事契約。」然此類促參 OT 案件，既無計算自償率之餘地，促參法及相關子法亦無補貼營運成本之相關規定，機關就此支付部份費用應以其他法律定之<sup>9</sup>，否則驟然歸入促參法之適用恐生爭議。

## 3.2 政府出資及投資解析

由前述，政府支付費用與否，實為判斷適用法規之主要依據，因此，各民參案件中由政府實質支出經費數額或所佔比例，往往成為關注焦點。促參法中對於政府「出資」及「投資」分別規定如下：

1. 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。(促參法第 4 條)
2. 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。(促參法第 29 條)

就出資或補助民間機構而言，其上限為 20%<sup>10</sup>。以此觀之，促參法刻意限制官股比例，以免「民間機構」成為公營事業而有與民爭利之嫌。規定看似明確但仍存在爭議有二：1. 第 4 條所稱公營事業，依「公營事業移轉民營條例」第 3 條定義，政府出資超過 50%者，始為公營事業。綜觀目前許多已「民營化」之國營事業，官股比例均低於 50%(如中鋼約 40%、中華電信約 35%)，實際之經營權仍為政府所掌握，但其出資於民間機構卻不受任何規範(即使 100%亦可)；2. 若政府並未實際出資或以任何對價權利而取得股權(如民間機構贈與股權予主辦機關)，是否仍受 20%上限規定，目前未有實際案例及解釋，但依第 4 條之立意，似不願政府過度介入民間機構之經營，即便採股權贈與，依個人淺見仍屬不妥。

就投資而言，依促參法第 29 條，政府出資部份僅限於該計畫自償能力不足部份，且政府投資方式依促參法施行細則第 33 條規定：

1. 由主辦機關興建後，交由民間機構經營或使用。
2. 併由民間機構興建，經主辦機關勘驗合格並支付投資價款取得產權後，交由民間機構經營或使用。

且主辦機關依前述 2. 支付之投資價款額度，不得高於民間投資興建額度。換言之，對於自償能力不足之計畫，整個計畫投資可包含三部份，即(1)由政府興建(依採購法或其他法律)、(2)併由該民間機構興建(由政府支付費用，依促參法)、以及(3)民間自籌資金興建。前二者僅限於自償能力不足部份，且可併同採用<sup>11</sup>，惟(2)之投資額度不得高於(3)。如此規定顯然補強了舊獎參條例不足之處，而杜

<sup>9</sup> 工程會 98.2.9.工程促字第 09800034020 號函

<sup>10</sup> 比較採購法第 8 條所稱廠商，並無政府出資限制。

<sup>11</sup> 工程會 90.3.15 工程技字第 90009228 號函。

絕類似高雄捷運公辦六標不適用採購法等之爭議。

前述出資與投資，於促參法中並無併計上限之規定<sup>12</sup>，前者與自償能力無涉且上限不計入官股未達 50% 之公司出資金額，給予官、民雙方相當彈性之操作空間。後者雖規範明確，然依促參法第 51 條，民間機構因興建、營運所取得之營運資產、設備，非經主辦機關同意，不得轉讓、出租或設定負擔。是以，裁量權在主辦機關，且經主管機關函釋<sup>13</sup>，由政府投資併由民間興建部份(即以促參法施行細則第 33 條第一項第二款方式辦理者)亦得以適用。意即只要經機關同意，民間機構即可將該部份公有資產設定抵押，向銀行取得貸款。等同政府除了出資與投資外，尚可透過抵押公有資產方式，借款予民間機構。

## 肆、結論

「凡是人民可以做的，就應該交給人民來做，凡是市場可以決定的，就交給市場來決定」<sup>14</sup>。原則上，只要民間來辦比政府自己來做要省錢、效率更好的案子，都可以用「民間參與」來辦理，因為這樣可以讓人民有更好的公共服務，而且可以紓解政府的財政壓力，正如所謂「白貓、黑貓，會捉老鼠就是好貓」<sup>15</sup>。然則防弊措施仍不可免，須透過制定相關法律予以規範。經前述法律適用性解析，再參考過去主管機關之相關研討教材<sup>16 17</sup>，法律之競合關係可歸納如圖一所示。

依促參法第 48 條：「依本法核准民間機構興建、營運之公共建設，不適用政府採購法之規定。」顯見促參法具有採購法之特別法之性質。但政府支出費用應視其出資及投資額度是否逾越第 4 條及第 29 條之規定，否則仍應歸入其他法律(含採購法)之適用。然對於政府實質支出額度，或得以公有資產抵押貸款之裁量空間，未來修法應再考慮是否予以更明確規範。此外，適用採購法第 99 條所辦理之案件，其性質有別於一般採購案件，除所稱廠商及其甄選程序仍按採購法相關規定辦理外，其他事務應適用其他法律(而不再適用採購法如履約爭議調解程序、不良廠商之處份等)，或訂明於契約。

本文已就目前法律規定及相關函釋，分析採購法及促參法在委託民間業務辦理時之適用競合關係，並指出政府支出費用實為此競合關係之重要判斷依據。綜觀國內公共工程每年約有 4~5 仟億之投資金額，而民間參與各類計畫簽約金額僅約 4~5 佰億，顯見民參業務仍有大量成長空間。展望未來，政府財政困難非一朝一夕可解，政府資源有限而民間潛能無窮，善用民間資源參與公共建設已為必然趨勢，相信法規之適用原則將隨案例不斷地成長，而有更為適切、明確之調整。

<sup>12</sup>工程會 91.5.15 工程技字第 91017507 號函。

<sup>13</sup>工程會 92.2.13 工程技字第 09200057690 號函。

<sup>14</sup>許文龍，「政府改造，該怎麼作？」自由時報 90.5.29 政治新聞。

<sup>15</sup>鄧小平，1962 年中國共產黨中央書記處會議上講話。

<sup>16</sup>詳參考文獻 7。

<sup>17</sup>詳參考文獻 8。

