

# 聯合國反貪腐公約於我國 公共服務事業之適用與限制

周佳宥\*

## 目 次

壹、緒 論	一、適用聯合國反貪腐公約第 7條之情況
貳、公共服務事業之發展與運作	二、適用聯合國反貪腐公約第 12條之情況
一、「公共服務」概念之界定	三、待釐清之類型：特許經營 形式
二、提供公共服務之方式	
參、聯合國反貪腐公約適用之疑 義與解決方式	肆、結 論

---

\* 文化大學法律學系副教授。

## 壹、緒論

2003年12月9日聯合國通過反貪腐公約，公約序言中闡釋，貪腐並非局部性問題，毋寧係一種影響社會及經濟發展之跨國現象，以非法方式獲得財富將會對民主體制、國民經濟與法治造成斷傷。職是，反貪腐應該不僅侷限於政府部門，尚須個人與團體支持與參與，故公約第12條及第13條即分別規定私營部門與社會參與之事項。

儘管聯合國反貪腐公約已清楚認識到貪腐並非局部性問題，故在公約中刻意分別規定政府部門與私營部門應遵守之規範。惟問題是，當代公行政運作過程不再以傳統方式履行公行政任務，更多時候係以公私協力方式履行公行政任務，例如：以公司形式；以委託私人執行；以特許方式授權私人等方法履行行政任務。蓋如此，針對渠等非以傳統形式履行行政任務時，應該如何適用聯合國反貪腐公約，將成爲必須深究之議題。

自20世紀以來，行政法學上早已承認公行政得以私法形式處理公法性質之行政任務，此乃學理上所稱之「行政私法」（*Verwaltungsprivatrecht*）行爲。詳言之，在給付行政領域中，原則上因無強制之必要，故在法律無特別規定時，公行政得自由決定，以公法或私法方式而爲給付<sup>1</sup>。以私法方式履行行政任務已存在多時，運用層面亦廣，故本文主要探索之領域乃以「網路型公共服務事業<sup>2</sup>」爲討論主軸，結合聯合國反貪腐公約之相關規範，試圖勾勒出該公約如何運用之操作標準。

---

<sup>1</sup> 陳敏，行政法總論，2013年8版，第664頁。

<sup>2</sup> 王必芳，〈「公共服務」或「普及服務」——以法國學說的反思和法制的演進爲中心〉，收錄於：《2011行政管制與行政爭訟》，2012年12月，第120頁。

## 貳、公共服務事業之發展與運作

### 一、「公共服務」概念之界定

「公共服務」(service public)概念乃源自於法國行政法，由法國法學家狄冀(Léon Duguit)於20世紀初建構，氏嘗試從社會學觀點探討人民生存所繫且無法給自足之基本服務需求，進而形塑成國家學及行政法學上之概念。經過將近一世紀的概念發展，尤其是遭遇到歐盟經濟自由化的挑戰，當前法國行政法論述有關公共服務概念時，較為多數人所接受之說法是：「由行政機關所確保或擔當之公益活動<sup>3</sup>。」詳言之，公共服務係由行政機關負責創設和組織之公益活動，且受公法規制<sup>4</sup>。

此一概念並非法國所獨有，德國法學在差不多時期亦有類似之概念發展，德國學者福斯多福(Ernst Forsthoff)承襲法國公共服務概念，發展出「生存照顧」(Daseinsvorsorge)概念，並進一步推導成國家行政任務之理論基礎。惟二者理論因為兩國政治背景的差異性，故略有不同。Duguit之公共服務理論係植基於共和國之國家思想，係統治者遵循「社會連帶關係」(solidarité sociale)原則所實施之公權力行為；相對之下，身處納粹專政氛圍下的法學者Forsthoff，乃秉持絕對國家權力和人民臣屬服從關係之國家理念，進而主張國家行政原則上承擔人民生存照顧之全部責任<sup>5</sup>。

雖然二者發展脈絡不盡相同，但至少在概念上有其共通之

---

<sup>3</sup> CHAPUS (R.), *Le service public et la puissance publique*, RDP, 1968, p. 239 轉引自王必芳，前揭文，第137頁。

<sup>4</sup> 相對於受公法拘束之公共服務，法國行政法院尚發展出另一個類似概念，即受私法支配之工商公共服務。詳參王必方，前揭文(註2)，第138頁。

<sup>5</sup> 劉淑範，〈行政任務之變遷與「公私合營事業」之發展脈絡〉，《中研院法學期刊》第2期，2008年3月，第46-47頁。

處，亦即，由行政機關所確保或擔當涉及人民生存照顧之任務。相較於德、法兩國豐厚之理論發展背景，我國對此之研究即顯得稍嫌薄弱。若以憲法規範作為觀察對象，憲法條文第144、150、155及157條均規定在特定範疇或領域之公共任務由國家承擔，甚至應採取公營事業方式經營。惟國家經營事業之合憲性理由為何？則須一併觀察憲法第144條及第145條規定。憲法一方面保障人民財產權，另一方面卻允許公用事業或獨占事業領域存在。此種規範方式在經濟自由化的憲法國家中勢必發生以下結果：允許國家經營事業，將造成與民爭利之情況，同時亦將造成不公平競爭之結果。為避免憲法規範造成矛盾，允許國家經營事業或國家獨占特定事業應該是一種例外，而非原則。進一步而言，制憲者並非執意以「公營公用事業」與「公營獨占事業」作為履行任務之方式，因為從憲法規範內容可以得知，制憲者僅劃分出「公營」與「國民經營」二種不同概念，至於何謂「公營」，制憲者並未言明，故僅能透過立法者透過立法對概念加以形塑<sup>6</sup>。

立法者對於「公營」一詞作成完整定義者，應可回溯至1953年制定之〈公營事業移轉民營條例〉，該法第2條規定：「本法所稱公營事業，係指左列各項：一、政府獨資經營之事業。二、各級政府合營之事業。三、依事業組織特別法之規定，由政府與人民合資經營之事業。四、依公司法之規定，由政府與人民合資經營而政府資本超過百分之五十以上之事業。」相對於公營事業，有關「國營事業」定義則規定於1949年頒布之〈國營事業管理法〉，該法第3條規定：「本法所稱國營事業如左：一、政府獨資經營者。二、依事業組織特別法之規定，由政府與人民合資經營者。三、依公司法之規定，由政府與人民合資經營，政府資本超過百分之五十者。」

---

<sup>6</sup> 吳秦雯，〈公營事業業務執行之監督〉，《月旦法學雜誌》第221期，2013年10月，第49頁。

立法者雖然分別對「公營事業」與「國營事業」概念進行定義，但總體而言，仍可歸納出以下結論：除〈公營事業移轉民營條例〉第2條第1項第2款規定外，二概念雖文字表達略有差別，但要件上幾乎並無差別。於此應該再回來討論〈公營事業移轉民營條例〉第2條第1項第2款之規定，因為透過該條的加入，可能造成「公營事業」概念大於「國營事業」。本文以為，無論該項規定存在與否，應不至改變我國法制結構下「公營事業」等於「國營事業」之結論。因為各級政府合營之事業在概念上應該可以涵攝在政府獨資經營事業概念之下，而立法者特別強調此項構成要件，可能與該法之立法目的有關，畢竟從該法主要係要處理公營事業民營化的問題，故不將民營化問題限於中央政府所投資設立之機構。

## 二、提供公共服務之方式

### (一)以組織形式作為觀察

#### 1.政府部門獨資成立公司作為執行機構

細究憲法條文，其中第144、150、155及157條均規定在特定範疇或領域之公共任務由國家承擔，甚至應採取公營事業方式經營。惟為何國家可以獨資經營事業？至少此種規範方式在經濟自由化的憲法國家中勢必發生以下結果：允許國家經營事業，將造成與民爭利之情況，同時亦將造成不公平競爭之結果。為避免憲法規範造成矛盾，允許國家經營事業或國家獨占特定事業應該是一種例外，而非原則。至於這種例外的形成應該如何形塑？當然成為最關鍵的問題。只是憲法條文似乎並未給我們一個明確的界限與標準。再進一步觀察，包括審計法第47條；會計法第4條；公營事業移轉民營條例第3條；國營事業管理法第3條等規定，均允許政府獨資成立公營公司，故就實然面而言，政府部門獨資成立公司經營特定事業非法所不許。問題是，無論是憲法或法律相

關規定，咸無法明確指出何種產業及何種範圍內可以由國家獨自成立公司從事經營行為？

從比較法的視角觀察，德國公法學對此問題似乎已有一個較為清晰的解答，而此一結論亦可提供我國作為借鑑。德國公法學的主流意見認為，該國公營事業的設置是作為履行特定任務的政策性工具，亦即，公權力主體必須基於公益目的而使用此項特殊的工具。詳言之，公益目的在此包括以下意涵：第一，公營事業不得以營利為主要目的；第二，公營事業須受監督。

不得以營利為主要目的之要求是與私人企業最大的差異之處，其背後的理由無外乎減緩與民爭利的衝突，畢竟法治國家的主要功能就是保障基本權利與落實依法行政，而公權力行為必須以實踐公共利益為宗旨。基於前述職能的設定，基本上國家無庸考慮如何維持機構的運作問題，因為透過稅捐收入即可提供其必要之運作<sup>7</sup>。只是公營事業畢竟不是社會救助，故要求絕對不得有收入似乎意背離事實，故德國法對公營事業的要求是禁止單純以營利為目的之經營行為，亦即，因為為履行公共任務而產生的營收，並非絕對不許<sup>8</sup>。

相對德國法制，一個更為有趣的立法設計是我國《國營事業管理法》第4條第1項前段規定：「國營事業應依照企業方式經營，以事業養事業，以事業發展事業，並求有盈無虧，增加國庫收入。」很顯然我國與德國對於國營事業是否須以獲利為目的，在思考上差異甚大。為何出現此等差異？本文以為，此乃該法制訂時的時空背景所造成之結果，因為該法第4條自1949年訂定以來雖歷經多次條文修正，但均無涉此一條文。回溯到1949年的立法時空，當時的主流價值乃國營事業的運作重要目的乃豐厚國家

---

<sup>7</sup> Pieroth/Hartmann, Grundrechtsschutz gegen wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, in: DVBl. 2002, S. 421 (427 f.).

<sup>8</sup> Jan Ziekow, öffentliches Wirtschaftsrecht, 2007 C. H. Beck München, S. 116.

資本，故會有此等規範內容應不意外。只是時空變遷，國家經營事業最主要的目的應以民生需求為根本，因此以社會責任與人民需求為目的所設立之國營事業方能取得合憲性，一味以豐厚國家資本為目的而設置國營事業應已不符合現代憲政思潮。綜上，本文以為，國營事業的存在不得以營利為目的，否則國家又憑什麼禁止私人於該領域中為經營行為？

既然公營事業的設置不以營利為目的且又實踐公共利益，放任其存在又有何妨？其實不然，因為在特定事業領域——非獨占事業領域——中設置公營事業體提供服務，在某種程度上就是在與私人企業抗衡，一個不以營利為目的之事業主體理論上會以成本價提供消費者產品或服務，相對而言，以營利為目的之私人企業根本毫無競爭力可言，因此公營事業的存在就是破壞競爭，甚至造成基本權利侵害的結果。為避免國家一方面高喊保障人民基本權利，另一方面卻又積極侵害基本權利，故對公營事業進行監督乃有其必要性。本文以為，與其說公益目的之第二層意涵是對公營事業的監督，倒不如說是對國家使用公營事業此項政策性工具的合憲性控制。更確切的說法是透過對工具的監督，以達到監督使用工具者之目的！

## 2. 政府部門與私人合資成立公司作為執行機構

事實上公、私部門共同執行行政任務早已行之多年，且於傳統行政法框架中被正確理解。例如，公、私部門組建混合公司執行公共任務即屬一例。再進一步觀察，包括審計法第47條；會計法第4條；公營事業移轉民營條例第3條；國營事業管理法第3條等規定，均允許政府與人民合資成立公營公司，作為執行任務之組織。就早期運作方式而言，政府部門與私人首先合作組建混合性資合公司，而政府部門將特定公共任務委由該公司執行。惟須注意者，因為資金組成方式的差異性，將造成該私法組織屬性上

之差異。對此問題，容後詳述<sup>9</sup>。整體以觀，行政機關得以私人資本從事任務執行，或以更為先進且符合經濟成本之私人技術，履行公共任務。對私人而言，與政府部門合組混合公司乃極具吸引力，其理由主要有二：首先，政府部門得不經公開招標程序，直接委託公司執行特定公共任務，並以長期契約保障此等委託。其次，私人經由委託代替政府部門執行公共任務，基本上在委託範圍內並無其他競爭對手，因此在市場上占有類似特許之地位<sup>10</sup>。

晚近以來，公、私部門成立合資公司共同執行行政任務之方式已非以往，現更發展出「特許模式」（Konzessionsmodell）此種新型態的合作機制，亦即私人受託執行特定行政任務，其非依據法律內部關係——委託執行任務之行政機關與受託私人間之關係——請求報酬，而係該私人以自己名義直接向使用設施之民眾直接成立外部法律關係，並直接收取使用費用。此種以混合公司作為合作媒介之夥伴關係，在傳統行政法中應如何歸類，實為難題矣<sup>11</sup>！

## (二)以參與者資格作為觀察

### 1.行政助手

傳統行政法對於行政助手概念定義如下：行政機關基於實踐任務之必要，遂由私人提供單純技術性協助或支援，而任務實踐責任仍由行政機關承擔之。除此之外，行政助手在實踐任務過程中，係非具獨立地位且受行政機關之指令拘束。舉例而言，受警

---

<sup>9</sup> 參見本論文參處。

<sup>10</sup> 此種合作模式，無論在歐洲或在我國都已不符合現今之政府採購法規範。相關論述參見周佳宥，〈公私夥伴關係在德國之運作與難題〉，《華岡法粹》第46期，2010年3月，第194頁。

<sup>11</sup> 參見劉淑範，前揭文（註5），第78-80頁。

察委託執行拖吊業務之拖吊車公司<sup>12</sup>，或受託擔任執行廢棄物清理任務之私人<sup>13</sup>。

整體而言，行政助手之功能仍以業務委託為主。更確切地說，透過(1)經營管理模式（Betriebsführungsmodell），即私人基於契約代替政府部門經營公共設施，運作經費仍由政府部門負擔。私人在執行任務過程中從政府部門處獲得管理對價，風險則由政府部門自行承擔。私人在經營過程中，與設施之使用人不發生任何法律關係；(2)經營者模式（Betreibermodell）<sup>14</sup>：私人從計畫、建造新設施，或針對現存之公共設施作修繕及保護，並於其後承接營運責任，而營運後之法律關係與經營管理模式同；(3)BOT模式<sup>15</sup>，加以運行，並將私人定位為行政助手。

## 2. 受託行使公權力

傳統行政法學對公權力委託行為係作以下理解：私人在受託範圍內不單純僅從事任務準備或任務執行工作，更在受託範圍內以自己之名義執行公權力，以實踐行政任務。公權力受託人雖保持其私法主體地位，但功能上可於一定範圍內行使高權，故屬於間接國家行政。須要進一步說明的問題是，公權力應以何種方式移轉至私人，使私人取得執行權？按通說見解認為，移轉公權力之方式包括：直接由法律規定授與及以法律行為授與。其中以法律行為授與尚可區分為以行政處分授與及以行政契約授與二種方式<sup>16</sup>。

---

<sup>12</sup> Z.B BGHZ 121, S. 161 ff.

<sup>13</sup> Vgl. § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG.

<sup>14</sup> 參見Dünchheim, in: Gesellschaft für Öffentliche Wirtschaft (Hrsg.), Public Private Partnership: Form-Risiken-Chancen, 2004, S. 182 ff.

<sup>15</sup> 參見劉紹樑，〈論BOT基本法〉，《月旦法學雜誌》第33期，1998年1月，第22頁以下。

<sup>16</sup> 陳敏，前揭書（註1），第1007-1008頁。

## 參、聯合國反貪腐公約適用之疑義與解決方式

行政任務執行方法於我國存在多種樣態，只是多種樣態結構底下，應該如何適用聯合國反貪腐公約？該公約第7條<sup>17</sup>與第12條<sup>18</sup>分別規範對政府部門及私部門之反貪腐行為預防進行規範。

---

### <sup>17</sup> 第7條 政府部門

1. 各締約國均應依其國家法律制度之基本原則，酌情努力採用、維持及加強公務員及在適當之情況其他非選舉產生公職人員之招募、聘僱、留用、升遷及退休制度。這種制度應：
  - (a) 以效率與透明化原則、專長、公正及才能等客觀標準為基礎；
  - (b) 對擔任特別容易發生貪腐之政府職位人員，訂定適當之甄選與培訓程序，以及酌情對此等人員實行輪調之適當程序；
  - (c) 促進充分之報酬及公平之薪資標準，並考量締約國經濟發展水準；
  - (d) 促進人員之教育及培訓方案，以使其能夠達到正確、誠實及妥善履行公務之要求，並為其提供適當之專業培訓，以提高其對履行職權過程所隱含貪腐風險之認識。此種方案得參照適當領域之行為守則或準則。
2. 各締約國均應考慮採取與本公約之目的相一致，並與其國家法律之基本原則相符之適當立法和行政措施，及就公職人員之候選人資格及當選標準訂定規定。
3. 各締約國尚應考慮採取與本公約之目的相一致，並與其國家法律之基本原則相符之適當立法和行政措施，以提高公職人員候選人競選經費籌措及在適當之情況政黨經費籌措之透明度。
4. 各締約國均應依其國家法律之基本原則，努力採用、維持及加強促進透明度及防止利益衝突之制度。

### <sup>18</sup> 第12條 私部門

1. 各締約國均應依其國家法律之基本原則採取措施，以防止涉及私部門之貪腐，加強私部門之會計及審計標準，並酌情對不遵守措施之行為制定有效、適度且具有警惕性之民事、刑事或行政處罰。
2. 為達到這些目的而採取之措施得包括下列事項：
  - (a) 促進執法機構與相關私營實體間之合作；
  - (b) 促進制定各種旨在維護相關私營實體操守標準及程序，包括正確、誠實及妥善從事商業活動和所有相關職業活動，並防止利益衝突之行為守則，及在企業之間及企業與國家間之契約關係，促

本文嘗試從不同執行方式，分析何種情況應適用第7條規定；何種情況應該適用第12條規定。最後——最爲棘手之情況——，將分析特許模式結構下私人協力提供公共服務應適用何種標準，合先敘明。

## 一、適用聯合國反貪腐公約第7條之情況

公營事業乃由各級政府設置或控有過半數股份，從事私經濟活動爲目的之組織體。我國現行制度下公營事業機構之經營模式包括：政府獨資經營；各級政府合營之事業；依事業組織特別法規定，由政府與人民合資經營之事業；依公司法規定，政府與人

---

進良好商業慣例採用之行爲守則；

- (c)增進私營實體透明度，包括酌情採取措施，以識別參與公司設立及管理之法人與自然人身分；
  - (d)防止濫用對私營實體之管理程序，包括政府機關對商業活動給予補貼和核發許可證之程序；
  - (e)在合理期限內，對原公職人員之職業活動，或公職人員辭職或退休後在私部門之任職，進行適當之限制，以防止利益衝突。前揭限制僅須此種活動或任職與該公職人員任期內曾擔任或監管之職權具有直接關聯；
  - (f)確保民營企業依其結構及規模實行有助於預防與發現貪腐之充分內部審計控制，並確保此種民營企業帳冊和必要之財務報表符合適當之審計及核發執照程序。
3. 為了預防貪腐，各締約國均應依其國家關於帳冊和紀錄保存、財務報表揭露及會計和審計標準之法規採取必要措施，以禁止從事下列行爲，而觸犯本公約所定之任何犯罪：
- (a)設立帳冊外之帳戶；
  - (b)進行帳冊外之交易或與帳冊不符之交易；
  - (c)浮報支出；
  - (d)登錄負債科目時謊報用途；
  - (e)使用不實憑證；及
  - (f)故意於法律規定之期限前銷毀帳冊。
4. 鑑於賄賂爲本公約第15條和第16條所定犯罪構成要件之一，各締約國均應拒絕對構成賄賂之費用實行稅捐減免，並在適用之情況拒絕對促成貪腐行爲所支付之其他費用，實行稅捐減免。

民合資經營而政府資本超過50%以上之事業。

雖然公營事業兼具一定行政目的，然其行為仍屬私經濟範疇，故經營行為應受私法規範。惟在現行制度下，包括財務審計、人事行政等事項，仍受行政法規之拘束。

### (一)財務審計部分

依據審計法第三章（第47條至第54條）乃專門規範公營事業之財、會報告，甚至連事業計畫書亦須送交審計部審議。雖然公營事業縱有私經濟行為外觀，但因渠等事業具有高度公益性質，故須採取較高密度之管制措施，以確保政策目的之實踐。

### (二)人事行政部分

依據公務人員服務法第24條規定：「本法於受有俸給之文武職公務員，及其他公營事業機關服務人員，均適用之。」回到公務人員服務法之內容，其主要規定乃公務員之任職時應遵守之行為誡命，但渠等規定不當然導出公營事業人員具有公務員身分之結論，毋寧應該再尋求其直接之規定論據。事實上，經歷80年代的民營化風潮後，大量的公營事業機構已經逐漸轉換成為民營公司，而原任人員之身分問題，亦透過相關法制作成調整。現行公營公司與其人員間，乃以私法人之地位，按公司人事規章，經由委任（選任、聘任或僱用）之方式，雙方成立私法上之契約關係。儘管公營公司人員之任免考核事項，依據現行法令政府機關應參與決定，但此種內部行為係屬政府機關與公營公司間之另一種監督關係，並不影響公司與任人員間之契約關係與性質<sup>19</sup>。

綜合前述，公營事業在功能定位上應屬國家行政組織模式的一種，透過私經濟行政的方式執行行政任務，實踐公共利益，故在性質上應屬政府部門的一環。我國早期將公營事業任人員視

---

<sup>19</sup> 參見臺灣高等法院102年上國字第27號判決。

為公務人員或以「準」公務員之地位予以保障，但晚近以來，因為公營公司無論在營運方式或政策變遷的影響下，多已變為純粹的私法組織體，且人員任用多建立私法關係，故似乎已經無法從任用人員地位此一角度，再進一步確認公營事業單位在性質應屬政府部門之結論。

## 二、適用聯合國反貪腐公約第12條之情況

國家自身經營事業作為實踐公共利益的方法至80年代起發生根本性的變化，亦即國家可能在主、客觀上都已經無法繼續在特定事業範圍中繼續維持其壟斷者的地位。國家瘦身、行政革新與經濟自由化政策等概念盛行於世，連帶開啓新世代之民營化運動，有如排山倒海，形成一股無法抵擋的世界潮流。

面對國營事業經營項目回歸市場機制的思潮，我國主要是以民營化的方式，逐漸退出對特定事業的經營。回顧我國相關的法制設計約略可以發現：我國早在1953年即已制定《公營事業移轉民營條例》，該法的制定時代似乎較國際更為提早。為何發生此一現象？似乎可以從該法的制訂背景略窺一二。制定該法的時代背景是為解決政府實施耕者有其田政策所造成的龐大財政漏洞，故將台泥、台紙、工礦及農林四大國營事業移轉民營。該法具有措施法的性質。相信制定前述法律只是歷史上的偶然，從該法的屬性即可得知，因此我國真正認真思考國營事業民營化的時間點應該是80年代。

肇因石油危機，行政院於1981年起跨部會組成民營化推動小組，對營運不佳的國營事業進行整頓。中央政府真正推動國營事業民營化始於1989年，至2010年為止已完成38家的國營事業民營化，結束營業的共有17家，而目前仍在進行民營化的國營企業尚有8家。我國實現民營化的方法規定於《公營事業移轉民營條例》第6條，計有以下五種方法：(一)出售股份。(二)標售資產。(三)以資產作價與人民合資成立民營公司。(四)公司合併。(五)辦

理現金增資。按國營事業管理法第3條之規定，政府出資低於50%者，該公司即算完成民營化，無須再受相關法律的限制與監督<sup>20</sup>。從我國民營化進程可以知道，我國實務上民營化多採取「出售股權」的方式，僅有少數採取標售資產或資產作價成立民營公司的方式，其理由無外乎出售股權最簡易可行且爭議性較低。但是在出售過程中因為出售的量且價格高，故多落入財團之手，讓公共性的特徵可能有所破壞。至於民營化後的國營企業員工之權益保障問題，亦是在處理企業民營化過程中不得閃躲的問題，故在制度設計上包括：員工留用、員工離職與員工優先認股的保障等內容<sup>21</sup>。

從我國公營事業民營化的歷程即可得知，多採取出售股權之方式，政府部門持有之股份低於50%之企業，按我國現行之規定，即屬私人企業。詳言之，政府部門持有股份比例低於50%時，則該組織即非屬政府部門，故在適用聯合國反貪腐公約時，應適用第12條有關私部門之規定，而非繼續沿用第7條規定。

### 三、待釐清之類型：特許經營形式

所謂特許經營，係指私人執行特定行政任務之特許，與一般行政法中授予私人營業許可或特許經營有別。本文此處所稱之特

---

<sup>20</sup> 此種以出資比例判斷公營或私營的標準受到國內學者的嚴重批判，除此一判準過於制式外，更重要者，如果國家所持股份低於50%，但對該公司的營運具有絕對影響力，難道不算國（公）營公司？對此批判，國營事業管理法在2008年的修法中增修第3條第3項規定：「政府資本未超過百分之五十，但由政府指派公股代表擔任董事長或總經理者，立法院得要求該公司董事長或總經理至立法院報告股東大會通過之預算及營運狀況，並備詢。」只是這樣的修法結果並未改變國營事業的概念，充其量只是要求此類公司的管理者具有到立法院備詢的義務，但無法改變民營外觀下的國家營運事實。

<sup>21</sup> 林明鏞，〈公營事業之組織民營化之法律問題〉，《月旦法學雜誌》第221期，2013年10月，頁40-42。

許經營形式，專指由私人從事規劃、興建、營運、出資等任務執行，於契約期限屆滿後須將標的物所有權移轉於政府部門。此種運作模式特殊之處在於，私人營運過程中，政府部門非以標的物使用者身分出現，更確切地說，標的物使用者乃一般人民。詳言之，特許經營型式中，政府部門與執行任務的私人，透過締結特許契約方式，建立內部關係，授予私人以自己名義對外執行特定任務之權限；另一方面，執行任務之私人基於特許契約的授權，得再與使用標的物之一般人民締結私法契約，建立具有對外性之給付關係。

我國以特許經營形式運作的任務，多半屬於重大基礎建設之事項，例如：台灣高鐵公司及高速公路電子收費系統等。此種運作機制往往涉及到一個最根本且最關鍵的問題，究竟執行任務的私法組織是否屬於政府部門？按照傳統行政法理論，判斷是否屬於政府部門的方式，是以執行任務之私人究竟是以自己名義或以委託機關名義執行任務，或從組織結構判斷，政府部門對於執行任務之私法組織是否掌握超過50%以上之權利（股份）。惟前述二種判斷標準似乎已經失效，因為在特許經營形式下，透過特許契約授權執行任務的私人任務執行權，且執行任務過程中幾乎無涉任何公權力行為，故將此類執行任務的私法團體定性為政府部門，在論理上似有未洽。倘從政府部門參與或持有之權利是否超過50%作為判斷標準，更是顯有困難，因為只有在公私部門共同合組興建合資公司的情況下，方有此標準操作適用的可能性，況且此類重大公共投資案政府部門往往都會以少數股東身分進入私法組織，以規避法律之限制，例如：一開始成立的台灣高鐵公司。另一種情況是，政府部門與執行任務的私人二者彼此互相獨立，執行任務的私人乃透過招標或其他法律程序而取得執行該項任務之權利，但取得執行權利無法推導出執行任務之私人在執行任務過程中必然成為政府部門之結論，因為如執行任務過程中未涉施行公權力者，私人之法律地位亦無改變之必要，例如遠通公

司執行高速公路電子收費系統的設置與營運。

回到問題的本質，透過特許經營形式取得任務執行權之私人在法律地位上究竟應屬政府部門？抑或私部門？欲透過政府部門與執行任務之私人彼此間締結之契約屬性來判斷執行任務私人的法律地位是無法真正解決問題，對此種契約性質進行研究只能解決政府部門與執行任務私人二者的法律關係，及政府部門對於任務移轉私人執行後的管制程度。至於執行任務私人的法律地位問題，則無法直接透過契約定性的方式取得解答。本文認為有關執行任務私人的法律地位問題，判斷的標準應以執行任務過程中私人是否能以自己名義執行公權力為斷，若執行任務過程中私人得以自己名義執行公權力，則私人之法律地位應屬行政機關；反之，其法律地位仍屬私部門。詳言之，協力執行任務之私人，其法律地位不是因為協助執行任務而發生變化，毋寧應以能否以自己名義執行公權力為判斷標準。職是，以特許經營模式執行任務之私人，究竟應適用聯合國反貪腐公約第7條或第12條，關鍵在於執行任務之私人能否以自己執行公權力。

## 肆、結 論

反貪腐儼然已成為當代行政學甚至是法學的重要研究議題，自2003年聯合國通過聯合國反貪腐公約以來，締約國無不竭力遏止政府機關或私部門之貪腐行為。本研究主要關注的重點議題是，私人協助履行行政任務時應該如何適用聯合國反貪腐公約之規定。因為公約第7條及第12條分別針對政府部門與私部門之反貪腐防治作不同規定，亦即，如何定性執行任務之私人將成為問題的關鍵。

傳統以來，政府部門執行行政任務的方式本來就有多種方式，主要分類方式仍係：以公法組織執行公權力之外貌履行任務，此其一；以私法組織執行任務，此其二；透過法律授權私人

執行公權力，此其三。前二者執行方式因為參與執行任務之私人未具有獨立之地位，不生爭議。第三種類型中執行任務之私人已具有行政機關之地位，故亦屬政府部門之一環。惟當代行政任務執行多非採取前述模式，毋寧透過更新的私人協力履行方式作為執行任務之方法。本文將此種特殊執行任務方式理解為「特許經營形式」，且此種執行任務之方式，自上世紀80年代以降，我國亦大量採用，故造成渠等執行任務之私人在法律定位上之爭議。由於此類執行任務私人無論與政府部門或使用標的物之一般人民都存在複雜且難解的法律關係，遂造成其法律地位難以定性的困境。

針對前述問題，本文認為判斷執行任務私人法律地位的關鍵重點是，執行任務過程中是否涉及公權力的執行？若有，則私人在執行任務過程中應將其定位為政府部門適用聯合國反貪腐公約第7條；反之則屬私部門適用聯合國反貪腐公約第12條。於此，本文必須再一次強調並重申，除法律另有規定外，私法組織不會因為執行行政任務而當然成為政府部門。至於執行任務過程中應該要受到監督機關何種程度的管制，則屬另一個層次的問題。