

粹法罔華



贈
閱

第四十二期

1. 「政府」及「採購」在法律上意義之研究
——以國際發展及海峽兩岸政府採購法制為中心…………… 陳月端
2. 工資認定基準之建構
——兼論夜點費之工資性格認定基準…………… 邱駿彥
3. 跨越法學與經濟學之鴻溝
——兼論法律經濟分析之侷限性…………… 許惠峰
4. 親屬關係與財產犯罪…………… 謝庭晃
5. 違反先契約通知義務之構成要件分析——臺灣臺中地方
法院 92 年度保險字第 44 號民事判決評釋…………… 張有捷
6. 控制股東信義義務原則美國法院司法實踐的誤用…………… 范世乾

中國文化大學法律學系
中華民國九十七年十一月

粹法岡華



贈
閱

第 四 十 二 期

1. 「政府」及「採購」在法律上意義之研究
——以國際發展及海峽兩岸政府採購法制為中心…………… 陳月端
2. 工資認定基準之建構
——兼論夜點費之工資性格認定基準…………… 邱駿彥
3. 跨越法學與經濟學之鴻溝
——兼論法律經濟分析之侷限性…………… 許惠峰
4. 親屬關係與財產犯罪…………… 謝庭晃
5. 違反先契約通知義務之構成要件分析——臺灣臺中地方
法院 92 年度保險字第 44 號民事判決評釋…………… 張有捷
6. 控制股東信義義務原則美國法院司法實踐的誤用…………… 范世乾

中國文化大學法律學系

中華民國九十七年十一月

華岡法粹徵稿簡則

華岡法粹為法律學術期刊，徵稿內容包括法學論著、判解研究、書評、法學譯著等學術著作，園地公開，歡迎投稿。

- 字數與格式：
- 1.除書評外，來稿字數以一萬五千至五萬字為原則。
 - 2.來稿請附作者中英文姓名、中英文題目名稱、目次、六百字以內之中英文摘要及中英文關鍵詞，並按序標明頁碼。
 - 3.投稿請惠賜電子檔，並以中文橫式與 A4 之大小格式繕寫。
 - 4.譯著請另附原著作及翻譯權授證明文件。
 - 5.註解格式請依照本系「論文註解」範例之規定（本系網址：<http://www2.pccu.edu.tw/crll1/>）。

審稿：本刊將聘請相關領域之專家學者雙向匿名審查來稿，經審查通過後，方得刊登。如不採用，原稿件恕不另行奉還。

文責與著作權：來稿內容請遵守著作權法與其他法令，並授權本刊以紙本及數位方式發行。

免費贈閱：稿件經刊登後，不另致送稿酬，本刊敬送抽印本二十份。

投稿地址：來稿請寄「11114 台北市陽明山華岡路五十五號 中國文化大學法律學系收」，或逕傳本刊電子信箱：crll1@staff.pccu.edu.tw。

華岡法粹第四十二期

地 址：台灣臺北市陽明山華岡路五十五號中國文化大學法律學系
電 話：2861-0511 轉 27105、27205、27305 分機法律學系辦公室
印刷者：華岡印刷廠
定 價：每册新台幣二百五十元整
劃撥帳號：07537328
戶 名：中國文化大學法律學系華岡法粹

粹法岡華

發行人：中國文化大學法律學系

Publisher: Department of Law
Chinese Culture University

主編：

Editor in Chief:

編審委員：

Editorial Board:

姚 思 遠

Sea-wain Yau

王 志 文

David J. W. Wang

王 寶 輝

Bau-huei Wang

王 萱 琳

Hsuan-lin Wang

何 曜 琛

Spenser Y. Hor

李 復 甸

Ful-dien Li

邱 駿 彥

Jiunn-yann Chiou

林 信 和

Hsin-ho Lin

林 恒 志

Heng-chih Lin

林 柏 杉

Bor-shan Lin

梁 柏 宇

Yeu-shyan Liang

陳 月 端

Evelyn Yueh-tuan Chen

陳 友 鋒

Yu-feng Chen

陳 美 伶

Mei-ling Chen

許 惠 峰

Hui-feng Hsu

郭 介 恒

Chieh-heng Kuo

黃 宗 樂

Tzong-leh Hwang

曾 宗 習

Allen S. Tseng

廖 正 豪

Cheng-hao Liao

鄭 欽 哲

Chin-che Cheng

謝 榮 堂

Jung-tang Hsieh

謝 庭 晃

Ting-huang Hsieh

張 有 捷

Yu-Chieh Chang

劉 臺 強

Tai-chiang Liu

范 文 清

Wen-ching Fann

(以姓名筆劃排列)

編 輯：

Editors:

丁 怡 萍

Yi-ping Ting

葉 書 秀

Shu-hsiu Yeh

吳 佶 諭

Ji-yu Wu

第四十二期目錄

-
1. 「政府」及「採購」在法律上意義之研究
——以國際發展及海峽兩岸政府採購法制為中心
..... 陳月端... 1
 2. 工資認定基準之建構
——兼論夜點費之工資性格認定基準 邱駿彥... 23
 3. 跨越法學與經濟學之鴻溝
——兼論法律經濟分析之侷限性 許惠峰... 53
 4. 親屬關係與財產犯罪 謝庭晃...125
 5. 違反先契約通知義務之構成要件分析——臺灣臺
中地方法院 92 年度保險字第 44 號民事判決評
釋 張有捷...151
 6. 控制股東信義義務原則美國法院司法實踐的誤
用 范世乾...203
-

「政府」及「採購」在法律上意義之研究 —以國際發展及海峽兩岸政府採購法制為中心

A Study on the Legal Meaning of "Government" and "Procurement"

—Focus on International Development and the Cross-
Straits' Governments Procurement Legal Systems

陳 月 端 *

Evelyn Y.T. Chen

摘 要

台灣目前正透過協商程序申請進入 GPA，中國大陸亦在 2007 年 12 月 28 日向 WTO 秘書處提交加入 GPA 申請及初步出價清單，正式啟動加入 GPA 談判，並於 2008 年 2 月派代表團赴日內瓦與 GPA 成員展開首輪談判。一旦台灣與中國大陸簽署 GPA，將面臨 GPA 會員國間（包括海峽兩岸）政府採購市場之相互開放問題。本文將探討台灣與中國大陸雙方在政府採購法及開放清單涉及「政府機關」及「採購項目」之規定，是否與國際發展相吻合，進而提供 GPA 會員國廠商評估海峽兩岸政府採購商機之依據。

關鍵詞：政府採購、採購機關、政府採購協定。

目 次

- 一、前言
- 二、GATT 之規定
- 三、政府採購協定之規定
- 四、模範法之規定
- 五、政府採購透明化工作小組之整理
- 六、台灣「政府採購法」及「開放清單」之規定
- 七、中國大陸「政府採購法」及「開放清單」之規定
- 八、分析比較
- 九、結論

一、前言

中國大陸自 2001 年 12 月 11 日加入世界貿易組織（World Trade Organization，簡稱 WTO）以來，對外貿易迅速成長。2000 年貿易總額為 4,742 億美元，2005 年則擴大為 1 兆 4,221 億美元，成長近 3 倍，僅次於美國及德國，居世界第三大貿易國。中國大陸專家更預估 2007 年將取代德國，2010 年將超越美國，成為世界最大貿易國^[1]。此外，其外匯存底持續增加，2003 年 4 千億美元，2005 年 8 千億美元，至 2006 年 3 月底擴增至 8,751 億美元，超過日本，高居世界第一，並成為美國最大債權人。中國大陸市場已成為台灣最重要之出口地區及最大之出超來源^[2]。台灣自 2002 年 1 月 1 日加入 WTO 之後，即以簽署「政府採購協定」（the Agreement on Government Procurement，簡稱 GPA）做為入會條件之一。目前正透過協商程序申請進入 GPA。此外，美國從 2006 年起至 2008 年，在「對外貿易障礙報告」（National Trade Estimate Report on Foreign Trade Barriers）或 2006 年在台協會（American Institute in Taiwan）台北辦事處處長楊甦棣之態度，均強力支持台灣加入 GPA^[3]。中國大陸在 1996 年即向亞太經濟合作組織提交單邊行動計畫，明確指出最遲於 2020 年開放政府採購市場^[4]。此外，基於 2001 年對 WTO 之承諾，在 2006 年 4 月 11 日，美國與中國大陸之聯合商業與貿易委員會會議（U.S.-China Joint Commission on Commerce and Trade，簡稱 JCCT）中，中國大陸確認在 2007 年底，提交政府採購市場開放清單，開始加入 GPA

[1] Expert: China to become world's 2nd largest trader, <http://www.chinatoday.com/trade/a.htm>, 2007/6/10.

[2] Peter S. Goodman, Foreign CURRENCY Piles Up in China, <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2006/01/16/AR2006011600450.html>, 2007/6/10. 蔡宏明，「大陸加入 WTO 五週年對兩岸經貿的影響」，<http://www.npf.org.tw/particle-2097-2.htm/>, 2007 年 6 月 2 日。

[3] 2006(2007,2008) National Trade Estimate on Foreign Trade Barriers, <http://www.ustr.gov/Document-Library/Reports-Publications>, 2008/6/18. Remarks by AIT Director, Stephen M. Young Tending the Garden of U.S.-Taiwan Relations, <http://www.amcham.com.tw/top-story.php?id=198>, 2008/6/22.

[4] 張通，「提高認識，加快我國政府採購制度建設步伐」，<http://www.ccg-p-huna.gov.cn/articles/front-view/xwdt/600>, 2007 年 6 月 14 日。

談判^[5]。目前，中國大陸已在 2007 年 12 月 28 日向 WTO 秘書處提交加入 GPA 申請及初步出價清單，正式啟動加入 GPA 談判，並於 2008 年 2 月派代表團赴日內瓦與 GPA 成員展開首輪談判^[6]。一旦台灣與中國大陸（以下簡稱海峽兩岸）簽署 GPA，將面臨 GPA 會員國間（包括海峽兩岸）政府採購市場之相互開放問題。故海峽兩岸之政府採購市場開放之範圍究竟多大？尤其開放之政府機關項目及採購項目如何？涉及政府採購之商機，更係 GPA 會員國關注之議題。本文將從國際發展之角度，尤其係 GPA 之規定，觀察海峽兩岸政府採購法及開放清單涉及「政府機關」及「採購項目」之規定，是否與國際發展相吻合，進而提供 GPA 會員國廠商評估海峽兩岸政府採購商機之依據。

二、GATT 之規定

在 GATT 時代下，政府採購可免除國民待遇原則之義務，根據 GATT 第 3 條第 8 項第(a)款之規定，政府採購係指：「政府機構(government agencies)為政府目的(governmental purposes)之用、且非為商業轉售或使用於供商業銷售之用所為之貨品購買」。又依 GATT 第 17 條第 2 項係規定為立即或終局由政府所用且非為轉售或銷售而使用於生產貨品。其中，「政府目的」應如何解釋？「政府機關」所涵蓋之範圍如何？爭議頗多^[7]。

三、政府採購協定之規定

政府採購協定係 WTO 下之複邊協定(Plurilateral Agreement)，亦即適用於簽署本協定之會員國。至今僅有 37 個簽署國家或地區加入，大多數均為工業化及已開發國家。GPA 一開始係 1970 東京回合談判之一部

[5] Robert D. Anderson, Developments on Public Procurement in the WTO (June 19, 2006)(unpub., on file with the author), Opening Up the Chinese Government Procurement Market, <http://www.ita.doc.gov/press/publications/newsletters/ita-0506/gpa-0506.asp>, 2007/6/10.

[6] <http://www.cns.hk:89/cj/hgjj/news/2007/12-28/1118437.shtml>, 2008/6/19.

[7] Mitsuo Matsushita, Thomas J. Schoenbaum and Petros C. Mavroidis, *The World Trade Organization: Law, Practice and policy*(Oxford University Press, 2003), pp177-179.

份。目前 GPA 係 WTO 烏拉圭回合談判(the Uruguay Round)之產物，於 1996 年 1 月 1 日生效。WTO 估計此協定所涵蓋之非防衛採購市場每年有數以千億美元。GPA 之目的係盡量將締約方之政府採購對其他締約方供應商開放競爭。其設計在於確定締約方之法律法規、程序及實踐，係透明及可預見。同時確保締約方不會保護本國產品或供應商或對其他締約方採取差別待遇。對於 GPA 涵蓋之採購，採取國民待遇原則及非歧視原則（GPA 第 3 條、第 7 條及第 8 條）^{〔8〕}。

政府採購協定第 1 條並未對政府採購直接加以定義，而係就其適用範圍及適用對象加以規範。在第 1 條第 1 項之適用範圍中，其規定「本協定適用於本協定附錄 1^{〔9〕}所列機關之任何採購之相關法律、規章、程序或實際做法」。而在同條第 2 項之適用對象中，則規定「本協定適用於任何以契約方式進行之採購，包括購買、租賃或租購，而不論租賃或租購是否附帶購買選擇權，且包括兼含產品與服務之採購」^{〔10〕}。亦即

〔8〕 Gainmore Zanamwe, Transparency in government procurement, [http://www.tralac.org/pdf/TBnbs7\(1\).2003nbs7 Zanamwe.pdf](http://www.tralac.org/pdf/TBnbs7(1).2003nbs7 Zanamwe.pdf), 2006/11/15. John Luzzi, Opening Up the Chinese Government Procurement Market, <http://www.ita.doc.gov/press/publications/newsletters/ita-0506/gpa-0506.asp>, 2007/6/10.

〔9〕 對締約國而言，附錄 1 分為 5 個附件：

- 附件 1 載有中央政府機關。
 - 附件 2 載有中央以下次一級政府機關。
 - 附件 3 載有依本協定規定辦理採購之所有其他機關。
 - 附件 4 列舉適用本協定之服務，而不論其係以正面表列或負面表列之方式為之。
 - 附件 5 列舉適用本協定之工程服務。
- 各締約國之附件中均標示相關之門檻金額。

For each Party, Appendix I is divided into five Annexes:

- Annex 1 contains central government entities.
- Annex 2 contains sub-central government entities.
- Annex 3 contains all other that procure in accordance with the provisions of this Agreement.
- Annex 4 specifies services, whether listed positively or negatively, covered by this Agreement.
- Annex 5 specifies covered construction services.

Relevant thresholds are specified in each Party's Annexes.

〔10〕 GPA Article I I. This Agreement applies to any law, regulation, procedure or practice regarding any procurement by entities covered by this Agreement, as specified in Appendix I. 2. This Agreement applies to procurement by any contractual means, including through such methods as purchase or as lease, rental or hire purchase, with or without an option to buy, including any combination of products and services.

政府採購協定適用於各締約國承諾開放之中央機關、中央以下次一級機關及其他機關所辦理之工程、產品及服務採購，但以此等採購案達到各締約國所承諾開放之門檻金額為限。至於政府採購所適用之對象，則包括購買、租賃及租購。其中，租購係指出租人與承租人透過租賃契約約定，租賃期滿由承租人取得租賃物之所有權。至於附帶購買選擇權，係指出租人與承租人雙方約定，租賃期滿時承租人得以預先約定之價格支付出租人，由其取得租賃物之所有權^[11]。然不論係購買、租賃或租購，均係以有償之方式，取得產品或服務之所有權及其利用價值，若政府係以無償之方式取得者，則不在政府採購協定之適用之列。亦即政府採購之行爲，需以契約及有償之方式進行。

適用 GPA 之採購客體，有貨物(goods)、服務(service)及工程服務(construction service)。對於貨物之範圍，除少數貨物在附件中藉由負面表列加以排除或具備例外規定外，原則上所有貨物均包括在內。服務之範圍則列於附件 4，其依據 MTN.GNS/W/120 文件所標示之服務項目總表為參考基礎，再將談判後不需列入之部份刪除。工程服務之範圍則列於附件 5，通常依據中央貨品分類第 51 章之服務為基礎，再說明例外不適用之部份^[12]。

有疑義者，係在 BOT(Build-Operate-Transfer)之情形，BOT 係由政府提供土地以供廠商建築公共設施，建築完成後，由廠商在一定年限內取得該設施之所有權及經營權。俟約定期限屆滿後，廠商再將該公共設施之所有權及經營權無償移轉予政府。故在 BOT，從政府提供土地以供廠商建築公共設施，係屬政府與廠商所訂之負有負擔之契約，並非完全無償；然從政府最終無償取得公共設施之所有權及經營權加以觀察，又與政府採購之有償之概念不符，故 BOT 應不在政府採購協定之適用之列。

〔11〕 羅昌發，政府採購法與政府採購協定論析，第 387-388 頁，元照出版公司，2000 年初版。

〔12〕 Berned M. Hoekman & Petros C. Mavroidis, Basic Elements of the Agreement on Government Procurement, in LAW AND POLICY IN PUBLIC PURCHASING: THE WTO AGREEMENT PROCUREMENT 13, 16 (1997).

綜上分析，可知政府採購協定第 1 條第 1 項及第 2 項，並未對政府採購加以定義，而係以列舉適用之機關與列舉適用之產品或服務之範圍加以界定其適用之範圍及對象。比較政府採購協定及 GATT 對適用範圍之規定，二者並非一致。如公營企業採購機器設備，其目的在於生產產品以供銷售，在概念即非屬於供政府目的之用或為立即或終局為政府使用，且屬於使用於商業銷售之產品或服務，即不在 GATT 第 3 條第 8 項第(a)款及第 17 條第 2 項適用之列，故其採購，理論上應受 GATT 所設之各項一般原則之規範。而正由於政府採購協定及 GATT 對適用範圍之規定不同，故政府採購協定之締約國如將一國營事業納入協定所附之清單，且未將國營事業採購機器設備排除在協定規範之外，則此種採購除受政府採購協定之規範外，還須受 GATT 之規範^[13]。

此外，對於政府採購之概念而言，政府採購協定係以積極規則方式，亦即從適用對象及適用範圍加以規範，而此締約國均需遵守，亦即有義務使其國內之採購規則符合政府採購協定之規定。至於遵守至何種程度，簽署方可自行決定。從此點觀察，政府採購協定係超前立法。因採此種積極規則之分類，在複邊貿易制度並不期待發生，直到烏拉圭回合談判才出現。其最突出之例，即為與貿易有關之智慧財產權協定(the Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights)^[14]。政府採購協定採取積極規則之立法方式，或許亦為目前締約方數目少之原因之一^[15]。

四、模範法之規定

聯合國貿易法委員會（United Nations Commission on International Trade Law，簡稱 UNCITRAL）設立之目的在於促進國際貿易法之調和與

〔13〕 羅昌發，政府採購法與政府採購協定論析，第 390-391 頁，元照出版公司，2000 年初版。

〔14〕 Frederick M. Abbott, TRIPS in Seattle: The Not-So-Surprising Failure and the Future of the TRIPS Agenda, 18 BERKELEY J. INTL L. 165 (2000).

〔15〕 John Linarelli, The WTO Agreement on Government Procurement and the UNCITRAL Model Procurement Law: A View from Outside the Region, in THE SECOND ANNUAL INTERNATIONAL CONFERENCE ON POLICIES AND LAWS OF ASIA AND WTO: RULES, PRACTICES AND POLICIES OF GOVERNMENT PROCUREMENT at 19.

統一，以消除因國際貿易法律之不足或不同所產生之障礙。UNCITRAL 在 1986 年時，即針對採購法令進行研究，1993 年通過「貨品及營建採購模範法(the Model Law on Procurement of Goods and Construction)」，並在 1994 年補充服務採購，而成爲「貨品、營建及服務採購模範法，以下簡稱模範法」(the Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services)。對於多數開發中國家及經濟遭處於轉型，立法過時或不適當之國家而言，模範法可提供現代採購法之最基本標準。模範法係聯合國大會在 1994 年 12 月第 49 次會期中認可，其大會建議：基於改善並統一採購法之期待，各國在制定或修改採購法時，對於模範法給予有利之考量^[16]。因係僅做爲一種建議方式被採用，模範法對於全部或部份採用之國家，並未賦與任何義務。模範法僅提供現代採購法最基本及最少之特徵。其試圖將採購領域良好之實務運作編成法典，使其足以成爲世界上之特定立法，而直接加以使用。其主要處理公共採購程序並未涵蓋許多其他領域之法律（如刑法或行政法），其影響採購及契約之執行。其被視爲一個“獨立存在”(self-standing)之工具，模範法試圖發佈一系列之採購規則，使正在制定採購法之國家，習慣將採購程序加以納入^[17]。由於目前簽署政府採購協定之會員國，僅有 40 個簽署國或地區，未包括 WTO 會員國之多數開發中國家或經濟處於過渡階段之國家，故模範法之制定，對此等國家而言，可謂提供現代採購法之最低標準^[18]。

模範法之基本要素主要集中在反對對外國廠商之正式及程序上之差別待遇。故模範法與政府採購協定有所不同。政府採購協定對於締約國在差別待遇政策上明確地降低其範圍。公開及無差別待遇國內採購制度之建立，對於較大之政府採購協定會員係屬必要。模範法在創造或改革

[16] 'in view of the desirability of improvement and uniformity of the laws of procurement, States give favorable consideration to the Model Law when they enact or revise their procurement laws'. General Assembly resolution of 9 December 1994, UN DOC. A/RES/49/54.

[17] Americo Beviglia-Zampetti, The UNCITRAL Model LAW on Procurement of Goods, Construction and Services, reprinting in LAW AND POLICY IN PUBLIC PURCHASING at 273-275 (1997).

[18] Americo Beviglia-Zampetti, The UNCITRAL Model LAW on Procurement of Goods, Construction and Services, reprinting in LAW AND POLICY IN PUBLIC PURCHASING at 273-275 (1997).

一般採購架構之過程扮演重要角色。政府採購協定則係建立在未來可加以擴大之基準上。

政府採購協定並未對政府採購加以定義，僅就其適用範圍及適用對象加以規範。而模範法則不僅規範其適用範圍，更界定採購及採購機構之定義。依據模範法第 1 條第 1 項之規定，本法適用於採購機關進行之所有採購，但本條第 2 項另有規定者除外。而同條第 2 項係規定除本條第 3 項規定者外，本法不適用於(a)涉及國防或國家安全之採購；(b)…（頒布國可在本法中列明排除在外之其他類型之採購）；或(c)採購條例規定排除在外之某類型採購。同條第 3 項則規定若採購機關在徵求供應商或承包商參與採購之初，即聲明適用本法，本法應在聲明之範圍內，適用本條第 2 項所列類型之採購。亦即為達到模範法之目標，模範法第 1 條在適用範圍之規定上，可謂相當廣泛。

模範法第 2 條第(a)款對於採購之定義係指以任何方式獲取貨物、工程或服務。而同條第(b)款對於採購機關之定義，則指（一）任擇條文一，本國從事採購之任何政府部門、機構、機關或其他單位或其任何下屬機構，但…除外；（及）任擇條文二，（政府或用以指頒布國中央政府之其他用語）中從事採購之任何部門、機關或其他單位或其任何下屬機構，但…除外；（及）（二）（頒布國可在本項中，必要時可在隨後各項中，列入擬包括在採購機關定義之內之其他機關或企業或其類別）。

綜上觀察，模範法對於政府採購之規範，結合保守、明確及彈性選擇之立法方式。此較符合開發中國家及從社會主義轉型國家之需要，蓋在此等國家，政府採購仍屬起步階段，需要較保守、明確及可供彈性選擇之規範，以符合實際辦理採購人員之能力及實際發展之需要。在此等國家採購制度之發展，不僅係草擬及制定法律，更需能根據模範法之規定，發展採購人員辦理採購之能力。

五、政府採購透明化工作小組之整理

政府採購透明化工作小組係 WTO 會員國在 1996 年之新加坡部長會議(Singapore Ministerial Conference)中藉由新加坡部長宣言(Singapore

Ministerial Declaration)第 21 段之共識所成立。其主要工作在於就政府採購透明化措施進行研究，考量會員國之國家政策，再根據研究結果，研擬可列入協定之成分要素(elements)。政府採購透明化工作小組在 1997 年 5 月舉行首次會議，初期之工作主要為聽取部份國家之經驗，並蒐集其他國際組織相關之規範文件，自 1977 年起改依秘書處所彙整之「議題及論點清單」(List of the Issues Raised and Points Made)，逐項進行討論，惟會員國可另行提出書面意見以供討論。根據美國、歐盟、日本及韓國等提交國（以下簡稱提交國）在 2001 年之多哈部長之宣言(The Doha Ministerial Declaration)，政府採購透明化工作小組提出政府採購透明化多邊架構之十二要素。工作小組並以國際法律工具之參考相關條款，如模範法、政府採購協定及世界銀行對於貨物、工程及諮商之指導原則。其亦從區域性之決定，如亞太經濟合作(Asia-Pacific Economic Cooperation)在 1999 年所採之無拘束力原則，及美國在政府採購談判之自由貿易協定(the Free Trade Agreement of the Americas negotiations on government procurement, WTO:2001)，規劃部份要素。惟多數會員無法同意此等要素包含在協議中，仍然維持兩極分化之做法。在政府採購透明化之十二要素中，首先即涉及政府採購之定義及範圍(Definition and Scope)。

對於政府採購之定義，各國意見不一。提交國認為對透明化採取寬廣定義係屬必要，因其為協議之基礎，正如同房屋需要堅固之地基。惟馬來西亞及印尼代表多數開發中國家，則採取狹窄之定義。其希望定義限於國家政府標準，並排除中央政府以下機構。印度指出擴大義務至所有層級之政府將造成負擔。開發中國家亦要求公共部門可從定義中加以排除。至於在範圍上，已開發國家建議擴大貨品、服務及工程之範圍。惟開發中國家則認為不應包括服務業。針對門檻部份，歐盟同意對開發中國家可給予較高之門檻，以避免對小標案賦予義務^[19]。

此外，政府採購透明化工作小組討論各項議題時，針對政府採購之定義及範圍，係限定研究範圍於政府採購程序透明化部份，不包括政府

[19] Gainmore Zanamwe, Transparency in government procurement, [http://www.tralac.org/pdf/TB_nbsp7\(1\).2003nbsp Zanamwe.pdf](http://www.tralac.org/pdf/TB_nbsp7(1).2003nbsp Zanamwe.pdf).

採購市場開放之實體部份。惟對此部份會員則質疑如不納入政府採購市場開放部份，採購程序透明化對於外國供應商可能不具任何實益^[20]。

六、台灣「政府採購法」及「開放清單」之規定

（一）政府採購法之規定

台灣政府採購法並未直接對「政府採購」加以定義，而係採取對「採購」加以定義及明定適用範圍之結合方式。茲說明如下：

1.採購之定義：

依據政府採購法第 2 條之規定：「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。」，亦即適用政府採購法之採購，不論係定作、買受、定製、承租、委任或僱傭等，從民法之觀點，均係政府以對價之方式，要求廠商為一定之給付或行為，係屬有償行為。若為無償行為，則不適用政府採購法。至於何謂「工程之定作」？由於政府採購法對此並未加以定義，故除民法第 490 條之承攬契約外，應包括不完全屬於承攬契約之混合契約。而財物之採購，係指「財物之買受、定製及承租」。至於採購兼有工程、財物、勞務二種以上性質，難以認定其歸屬時，依政府採購法第 7 條第 4 項之規定，按其性質所占預算金額比率最高者，加以認定。

2.適用範圍：

依據台灣政府採購法第 3 條之規定：「政府機關、公立學校、公營事業（以下簡稱機關）辦理採購，依本法之規定；本法未規定者，適用其他法律之規定。」，亦即適用政府採購法之機關，包括政府機關、公立學校及公營事業。其立法理由在於納入所有須經立法院審議採購預算之機關，使其採購預算之支用能符合政府採購法第 1 條之公平及公開原則，以提升採購效率及功能，確保採購品質。「政府機關」係指中央與地方各級政府之機關，包括行政機關、民意機關、司法機關、考試機關及監察機關。「公立學校」係指中央或地方政府設立之各級學校，包括

〔20〕 WTO 政府採購透明化工作小組討論該議題之進展情形，<http://www.it.nccu.edu.tw/law/law-info/%AA%FE%A5%F3DE.pdf>。

國立、縣立及市立之各級學校。至於公營造物（如公立醫院、圖書館及博物等）對外之採購，是否屬於政府採購法第3條之機關範圍？則不無疑問。實務上，若公營造物係附屬於政府機關或學校編制時，則屬於政府採購法第3條之政府機關或公立學校，其採購仍須適用政府採購法。若公營造物係獨立編制時，則惟有對「政府機關」採取擴大解釋，方屬於政府採購法第3條所稱之機關範圍。因其經費來自政府預算，採購自須適用政府採購法。對此行政院公共工程委員會亦持相同見解，認為公立醫療院所向藥商（廠）採購之藥品，仍受政府採購法之規範^[21]。至於「公營事業」之概念，政府採購法對其並未加以定義，惟依政府採購法第3條之規定，政府採購法未規定時，適用其他法律之規定，故依「國營事業管理法」第3條及「公營事業移轉民營條例」第2條之規定，係指政府股份超過50%之事業而言。其主要資金來自政府預算，在現行法律對公營事業之認定未改之下，仍為政府採購法第3條所稱之採購主體之一^[22]。

政府機關、公立學校及公營事業以外之法人或團體進行採購，本不受政府採購法之拘束，但若其接受機關補助辦理採購，基於其補助經費來自政府預算，若其辦理特定採購，其補助金額占採購金額半數以上，且補助金額達到公告金額時，則就該項採購依法應適用政府採購法之規定，並受該機關之監督（政府採購法第4條，及其施行細則第2條及第3條）。

（二）開放清單之規定

根據台灣、澎湖、金門、馬祖個別關稅領域簽署WTO政府採購協定承諾開放清單之規定，涉及開放之採購項目及政府機關，說明如下：

1. 開放採購項目：

對於貨物類之開放範圍，在附件1係以「美國聯邦產品分類號列(FSC)」所列項目之採購，採取正面表列方式，列出107個開放項目。

[21] 87年9月25日(87)工程企字第8711552號函。

[22] 在台灣行政院原提草案第93條，曾將「公營事業機關購置供轉售或供製造、加工後轉售用之財物或勞務」，排除於政府採購法適用範圍。惟此草案不為立法院審查會所採。