臺灣臺林地方法院
收文日期 103 4. 正本
收文章:

刑事　抗告狀

原裁定案號	102 年度聲再字 [redacted] 別	弘
訴訟標的金額或價額	新台幣	元整

稱謂	姓名或名稱	依序填寫：國民身分證號碼或營利事業統一編號、性別、出生年月日、職業、住居所、就業處所、公務所、事務所或營業所、郵遞區號、電話、傳真、電子郵件位址、指定送達代收人及其送達處所。
抗告人即被告	[redacted]股份有限公司	新北市[redacted]區[redacted]路[redacted]段[redacted]號
兼代表人	李應坼	新北市[redacted]區[redacted]村[redacted]路[redacted]段[redacted]巷[redacted]弄[redacted]號
送達代收人	陳鄭權律師	台北市重慶南路 1 段 121 號 3 樓之 8 室 電話：(02) 2382-2911 傳真：(02) 2381-7787 行動：0939-991-999

為被告涉犯政府採購法案件，不服臺灣雲林地方法院 102 年度聲再字第 8 號裁定，謹依法　敬呈刑事抗告狀事：

一、原裁定駁回被告聲請再審之意旨略以，依促參法第 5 條規定：「本法所稱主管機關，為行政院公共工程委員會。本法所稱主辦機關，指主辦民間參與公共建設相關業務之機關：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。主辦機關依本法辦理之事項，得授權所屬機關(構)執行之。主辦機關得經其上級機關核定，將依本法辦理之事項，委託其他政府機關執行之。前項情形，應將委託事項及所依據之前項規定公告之，並刊登於政府公報、新聞紙、或公開上網。」故雲林縣[redacted]鄉公所非促參法所稱之主管機關，除非經有權主辦基關授權或委託，始可執行促參法之事項。又依 92 年 10 月 23 日公告公開招標之埤塘公墓委外營運工程，標案機關名稱為「雲林縣[redacted]鄉公所」，依據法條為「政府採購法第 18 條、第 19 條」，被告於 92 年 11 月 20 日出具之「投標廠商聲明書」、「切結書」，聲明事項即為廠商並未違反政府採購法及施行細則相關規定；「勞務採購合約書」並未記載「依促參法核准民間機構興建、營運之公共建設」；並依「雲林縣[redacted]鄉公所[redacted]公墓納骨塔公共造產委外經營管理自治條例」第 2、3 條規定及雲林縣喪葬設施管理自治條例第 3 條後段、第 16 條規定，認定[redacted]公墓委外營運工程之對外招標，屬雲林縣[redacted]鄉公所執行其殯葬設

施設置及管理之公權力行政目的範圍，雲林縣[redacted]鄉公所即為有權主辦機關，無所謂經促參法有權主辦機關授權或委託執行之情形，當無促參法規定之適用云云。

二、被告與雲林縣[redacted]鄉公所間之勞務採購合約書應屬促進民間參與公共建設法規範之 BOT 契約，依促進民間參與公共建設法第 48 條規定，本案應無政府採購法規定之適用：

(一)按「行政契約與私法契約之區別，學理上固各有不同之學說，惟對具體之契約予以判斷時，應就契約主體（當事人之法律地位）、契約之目的、內容、其發生公法或私法上權利義務變動之效果及訂立契約所依據之法規性質等項為綜合考量。倘契約標的性質上非私法契約或行政契約所獨佔，應參酌契約目的之所在，判斷其屬性，其遇有爭議時，則依：**(一)契約之一方為行政機關。(二)契約之內容係行政機關一方負有作成行政處分或其他公權力措施之義務。(三)執行法規規定原本應作成行政處分而以契約代替。(四)約定內容涉及人民公法上權利義務關係。(五)約定事項中列有顯然偏袒行政機關一方之條款，使行政機關享有特權或優勢之約定**等因素以為斷。若因給付內容屬於「中性」，無從據此判斷契約之屬性時，則應就契約整體目的及給付之目的為斷，例如**行政機關所負之給付義務，目的在執行其法定職權，或人民之提供給付目的在於促使他造之行政機關承諾依法作成特定之職務上行為者**，均屬之。至於締約雙方主觀願望，並不能作為識別契約屬性之依據，

因為行政機關在不違反依法行政之前提下，雖有選擇行為方式之自由，然一旦選定之後，行為究屬單方或雙方，適用公法或私法，則屬客觀判斷之問題，由此而衍生之審判權之歸屬事項，尤非當事人之合意所能變更，司法院大法官釋字第533號協同意見書、最高法院95年度台抗字第341號裁判要旨論之纂詳。

(二)依93年4月雲林縣[redacted]鄉公所[redacted]公墓納骨塔公共造產委外經營管理自治條例第1條規定即開宗明義指出：「**為精簡人力，減輕政府財政支出，引進企業經營模式，提高行政效率，[redacted]公墓納骨塔委託民間業者(以下簡稱業者)投資經營管理**，特訂定本條例。」、同條例第3條規定：「本納骨塔之主管機關為雲林縣[redacted]鄉公所(以下簡稱本所)，授權業者經營管理。」、同條例第4條規定：「本納骨塔經報雲林縣政府核定，其標示為：雲林縣[redacted]鄉公所[redacted]公墓納骨塔公共造產事業。」、同條例第5條規定：「納骨塔委外以十年為限，但若報上級機關核准得延長為20年。**民間機構應於營運期限屆滿後，應將現存所有之營運資產或營運權，依投資契約無償移轉規選予本所。**」；參以促進民間參與公共建設法第1條規定：「為提升公共服務水準，加速社會經濟發展，促進民間參與公共建設，特制定本法。」、同法第3條第1項第5款規定：「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：五、社會及勞工服務設施。」、促進民間參與公共建設法施行細則第8條第1

款規定：「本法第三條第一項第五款所稱社會福利設施，指下列各項設施：一、**依法核准設置之殯葬設施。**」及促進民間參與公共建設法第4條第1項規定：「本法所稱民間機構，**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。**」及同法第8條第1項第1款規定：「民間機構參與公共建設之方式如下：**一、由民間機構投資興建並為營運；營運期間屆滿後，移轉該建設之所有權予政府。**」等規定，可知雲林縣[redacted]鄉公所[redacted]公墓納骨塔公共造產委外經營管理自治條例本質上即為依據促進民間參與公共建設法意旨所制定。

(三)再參以被告與雲林縣[redacted]鄉公所簽訂之勞務採購合約書，第

1・3主管機關之行為約定：「**乙方應受甲方訂定之雲林縣[redacted]鄉公所[redacted]公墓納骨塔公共造產委外經營管理自治條例及機關依法所為行政命令、行政處分或其他公法上行政行為之拘束。但乙方得依法行使其行政法上之權利。**」、2・1委託經營權限約定：「**納骨塔位之銷售、管理、納骨塔內部設施規劃置設、外部庭園景觀工程規劃置設。**」。

2・2委託經營期間約定：「本契約之**委託經營**期間，自雙方完成點交之日起算，至民國103年3月11日止。(請求人雙方承認於93年5月13日完成點交)」。

2・4・1 約定：「**乙方於委託經營期間內取得本計畫之營運權……**」。

2・5・1 約定：「乙方依本契約所取得之權利或其他權益，**非經甲方同意者外，不得轉讓、出租、設定負擔或為民事執行之標的。**」。

2・5・2 約定：「乙方因營運所取得之營運資產、設備不論為甲方或乙方所有，**非經甲方同意或本契約另有規定者外，不得轉讓、出租、設定負擔。**」。

3・1・2・1 約定：「**甲方得派員定期檢查乙方之財務狀況，**必要時得對乙方執行不定期之財務檢查，乙方應提出相關文件供作查核。委託營運期間內，**甲方得就財產及物品清冊所列之財產及物品實施每年一至二次之盤點，乙方應予配合，不得拒絕。**」。

3・1・2・2 約定：「**甲方為執行檢查，得通知乙方提供相關文件供甲方查核，必要時得詢問乙方或相關人員，乙方應盡力配合。**」。

3・1・2・3 約定：「為利本計畫之營運，**甲方得指派各種專業顧問執行查核工作及列席乙方之各項會議**，以瞭解營運狀況。」。

4・1・9 約定：「乙方於委託經營期間所自行購置之設備，於委託經營期間屆至或本契約終止、解除後，為維持正常營運，**均無償移轉給甲方。**」。

4・4・1 約定：「**乙方之經營形象不得違反本所宗旨，並應配合甲方相關管理及推動業務工作。**」。

4・4・3 約定：「營運設施使用權之交付 甲方應於本契約簽約時，交付委託**經營標的物之財產清冊**……及**相關設施之操作手冊**副本交付予乙方，並於簽約後二個月內依現況完成點交，**乙方不得拒絕**。若因不可歸責於甲方之事由，而無法如期完成點交作業，甲方得解除本契約。」。

4・4・4 約定：「**乙方如欲經營非殯葬相關業務時，應於取得甲方之同意後，始得為之。**」。

4・6・1 約定：「乙方至遲應於 93 年 4 月 30 日前，正式對外營業，**違者應按日繳交甲方懲罰性違約金 10 萬元。**」。

4・6・2 約定：「**乙方應全年無休，未經甲方書面同意以前，不得擅自關閉部分或全部營業區域，違者按日繳交甲方懲罰性違約金 10 萬元。**乙方如有維修或其他必要，於取得甲方書面同意後，得暫時關閉部分或全部營業。」。

4・6・3 約定：「**甲方於必要時，有權要求乙方關閉營業區域之一部或全部或採取其他必要措施，乙方應予配合。**乙方若因此有所損失，得向甲方請求給付現金以外之補償，補償之方式由雙方另行以書面協議之。」。

4・7・2 約定：「自完成點交之日起，**乙方應依國有財產法、行政院頒定事務管理手冊等相關規定及甲方要求之格式製作財產清冊**，於本契約有限期間內，每年送交甲方一次。」。

4・10 約定：「監督 乙方之營運應符合本契約文件中所有對於委託經營之要求，**甲方得指定人員隨時了解乙方使用土地建築物基地上之附屬設施及相關資產之狀況，乙方不得拒絕。**」。

可知系爭合約書雖名為勞務採購合約書，然究其實質內容，雲林縣[redacted]鄉公所除享有極大之特權及優勢外，系爭契約更明確指出被告等應負責納骨塔位之銷售、管理、納骨塔內部設施規劃置設、外部庭園景觀工程規劃置設，迨至103年3月11日委託經營期間屆滿後，即應將上開設施及自行添購之設備均無償移轉予雲林縣[redacted]鄉公所，乃係典型之BOT契約，自應受促進民間參與公共建設法所拘束。

(四) 至於原裁定指稱雲林縣[redacted]鄉公所並非促參法所指之主管機關亦非有權主辦機關授權或委託執行之情形云云。惟依促參法第5條第2項規定：「本法所稱主辦機關，指主辦民間參與公共建設相關業務之機關：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。主辦機關依本法辦理之事項，得授權所屬機關（構）執行之。**」及雲林縣[redacted]鄉公所[redacted]公墓納骨塔公共造產委外經營管理自治條例第4條規定：「本納骨塔經報**雲林縣政**

府核定，其標示為：雲林縣[redacted]鄉公所[redacted]公墓納骨塔公共造產事業。」、同條例第5條規定：「納骨塔委外以十年為限，但若報**上級機關核准得延長為20年**。民間機構應於營運期限屆滿後，應將現存所有之營運資產或營運權，依投資契約無償移轉規還予本所。」可知該本投資案仍應經過雲林縣政府核定，且經其核准後得延長經營期間為20年。是以，雲林縣政府應為系爭勞務採購合約書之主辦機關，僅係授權雲林縣[redacted]鄉公所辦理本件投資案；詎原裁定對此未予詳查，逕認雲林縣[redacted]鄉公所不適用促參法云云，實有重大違誤。依促進民間參與公共建設法第48條規定：「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。」本案當不適用政府採購法，被告應受無罪判決諭知甚明。

三、綜上所陳，爰此狀請　鈞院鑒核，撤銷原裁定另為無罪判決之諭知，以維權益，而符法紀，至禱！

謹　　狀

臺灣雲林地方法院 刑事庭　　轉呈
臺灣高等法院　　臺南分院　公鑒

證物名稱及件數	

中　華　民　國　1　0　3　年　4　月　29　日

具　狀　人：[redacted]股份有限公[redacted]

兼代表人：李應坼

[redacted]