

# 政府採購文化藝術表演活動的法制爭議 — 以百年國慶音樂劇夢想家案為例

許育典\*

封昌宏\*\*

## 目次

壹、前言

貳、政府採購文化藝術表演的正當性及重要原則

一、政府採購文化藝術表演的正當性

二、政府採購文化藝術表演的重要原則

參、政府採購文化藝術表演的爭議問題

一、文化藝術表演適用採購法的問題

二、為文化藝術表演量身訂作的採購程序

三、現行文化藝術表演採購程序的爭議問題

肆、文建會採購夢想家音樂劇案的檢討

一、案件的事實背景及爭議

二、本採購案的正當性檢驗

投稿日期：104 年 09 月 30 日；接受刊登日期：105 年 06 月 06 日。

\* 國立成功大學法律學系特聘教授兼社會科學院院長，德國杜賓根大學法學博士。負責：題目的選定、架構的訂定、理論基礎的建立及論述、德文文獻的蒐集與分析。

\*\* 國立高雄第一科技大學會計資訊系兼任助理教授，國立成功大學法律學系博士候選人。負責：細部內容的鋪陳及論述、相關文獻的蒐集與分析。

三、政府採購文化藝術表演重要原則的檢驗

四、文化藝術表演採購法制的重新建構

伍、結論與建議

關鍵字：文化藝術表演、政府採購、藝術自由、文化基本權、夢想家音樂  
劇

# 中原財經法學

## 壹、前言

政府在施政上，往往需要藉助某些政策工具，以達到特定的政策目標。政府最常採行的政策工具，例如租稅減免、利息優惠的補貼措施，以便將民間經濟活動，導引至某些方面，或使某些產業獲得發展上的協助。政府採購亦為政府機關常常設想到，可以利用的政策工具<sup>1</sup>。

政府的採購，向來是各產業想要分食的市場大餅，因為政府採購的金額通常非常的鉅大<sup>2</sup>，而且係以政府的信譽為擔保，無倒帳的風險，文化藝術表演活動若能進入政府的採購市場，則對於文化藝術產業的發展有極大的助益，故文化創意產業發展法第 17 條規定：「政府機關辦理文化創意產品或服務之採購，其採公開評選方式者，得將文化創意產品或服務之創意、美學列為評選項目」。讓文化藝術表演活動不致因價格的競標，而被排拒於政府的採購市場外。

由於藝術及文化勞務的採購具有其特殊性，過去藝文採購適用政府採購法（以下簡稱採購法）曾經引發藝文界強烈的反彈聲浪，採購法在

<sup>1</sup> 請參考羅昌發，政府採購法與政府採購協定論析，頁 229，元照出版有限公司，三版（2008）。

<sup>2</sup> 在許多國家政府採購的金額超過國家總體經濟的 10%，Rainer Kattel & Veiko Lember, Public Procurement as an Industrial Policy Tool - An Option for Developing Countries? Working Papers in Technology Governance and Economic Dynamics no 31, 1, 6 (2010)。103 年度全國各機關辦理逾 10 萬元之採購案件，決標案件總計 187,819 件，決標金額總計 1 兆 1,367 億餘元，詳見 103 年政府採購執行情形，行政院公共工程委員會，[http://www.pcc.gov.tw/pccap2/BIZSfront/MenuContent.do?site=002&bid=BIZS\\_C10403157](http://www.pcc.gov.tw/pccap2/BIZSfront/MenuContent.do?site=002&bid=BIZS_C10403157)（2016/06/13，造訪）。在個案預算方面，文化部 105 年度「文化創意產業國際拓展計畫」勞務採購案就編列了預算 2 千 2 百萬元，詳見 105 年度「文化創意產業國際拓展計畫」勞務採購案，文化部，[http://www.moc.gov.tw/information\\_253\\_36253.html](http://www.moc.gov.tw/information_253_36253.html)（2016/02/27，造訪）。

2002年即明定藝文採購得採用限制性招標<sup>3</sup>，以放寬採購法對藝文採購的限制。但藝文界人士仍表示，採購法找不到創意，找不到品質<sup>4</sup>。甚至連前副總統蕭萬長先生也曾表示，採購法過去是為硬體工程訂的法，現在文化創意都是軟體的，是無形的價值，都是智慧財產這種的比價，寫計畫都要有另外的估價和評鑑機制，所以放在採購法格格不入<sup>5</sup>，希望文化創意商品能完全排除政府採購法的適用。

但在2011年慶祝建國百年的《夢想家》音樂劇，行政院文化建設委員會（現變更組織為文化部；以下簡稱文建會）委託表演工作坊製作，以約2.1億的價格採購，引發社會輿論的一片譁然，除了文建會主任委員甚至因此下台，本案更經人告發進入刑事偵查的程序<sup>6</sup>，由此看來，文化創

<sup>3</sup> 請參考黃鈺華、蔡佩芳，政府採購法解讀－逐條釋義，頁104，元照出版有限公司，五版（2014）。

<sup>4</sup> 參閱林懷民，桃園機場醜到讓我鬱卒，收錄於台灣創意世紀－2009年總統府文化創意產業圓桌論壇實錄，頁19，總統府（2009）。

<sup>5</sup> 參閱蕭萬長，為文創產業創造有利環境，收錄於台灣創意世紀－2009年總統府文化創意產業圓桌論壇實錄，頁183，總統府（2009）。工程及財物屬「同質性」採購，具有「可明確規範規格」及「可實體驗收」的特色：以規格而言，工程採購得要求承包商「需按設計圖施工」、財物採購可明確規範「電腦需具備的規格及效能」等；在驗收時，採購機關也能夠依據這些規範的要項，逐一檢視承包廠商是否提供符合需求的產品。反之，屬「異質性」的藝文採購，不但不訂定明確服務規格及效能，致使不同專業團隊或藝文工作者在創意發想提案時，所提的內容規劃與執行方式大相逕庭、造成評審委員難以選擇；再者服務本身「不具實體性」的特色，使機關無法以驗收工程或財物採購的方式檢視藝文採購的成品，在驗收時更不易以客觀價值判定「創意性」的實際執行成效；此外，如僅以價格作唯一考量，也可能造成廠商以低價競爭、服務品質低落等問題。請參考王琬雯，我國文化藝術活動採購制度之問題分析與探討－以建國百年國慶音樂劇「夢想家」為例，頁33，國立臺灣師範大學表演藝術研究所行銷及產業組碩士論文（2013）。

<sup>6</sup> 北檢：查無實證 夢想家案簽結，新唐人亞太台，2012年9月4日訊：「建國百年音樂劇『夢想家』，2天花2億多元，又採用限制性招標，遭質疑有

意商品適用採購法第 22 條第 1 項第 14 款規定的「限制性招標」程序，行政機關即可能做出具重大爭議的採購案，若完全不適用採購法，沒有法律可以約制行政機關的採購行為，藝文團體想要雨露均霑，分享政府採購的大餅，更無期待可能性。

本文要探討政府採購文化藝術表演活動在法制的設計上，是否有比現行法制更好的方式，使文化藝術表演活動不因價格的競爭，被排除在政府採購市場外或喪失其創造力，但同時又不致給予行政機關過大的裁量權，以致於產生社會大眾質疑，採購機關濫用人民的納稅錢的爭議。

## 貳、政府採購文化藝術表演的正當性及重要原則

政府採購經常被作為施政的工具，但以政府採購為工具也曾引起許多爭議性的質疑，包括採購是一個有用且具效率（useful and effective）的政策工具嗎？以及採購是有效且有價值的政策工具嗎<sup>7</sup>？

---

圖利問題，台北地檢署偵辦 10 個月，針對被告馬英九、吳敦義和盛治仁都是簽結，沒有刑事責任，只認為盛治仁有行政疏失，函請行政機關究責。」，<http://ap.ntdtv.com/b5/20120904/video/99868.html> (2016/02/28, 造訪)。監察院於 103 年 10 月 17 日以院台教字第 1032430602 號函行文行政院其主旨為：「有關辦理建國一百年慶典活動，未能整合資源完成規劃，並協調各部會合作辦理，而由貴院文化建設委員會（101 年 5 月 20 日改制為文化部）獨自主辦十大主題活動，又該會主委盛治仁兼任財團法人建國一百年基金會執行長，致產生民間基金會反指揮政府機關；另國慶晚會演出型態，由多元內容改為搖滾音樂劇，該會仍以原場地及原經費規劃，因標案之劃分遲未定案，延誤招標作業進行，均有疏失等案情之檢討改進情形乙節，檢附審核意見，仍請督同所屬切實檢討辦理見復」。

<sup>7</sup> Phoebe Bolton, *Government Procurement as a Policy Tool in South Africa*, 6(3) *Journal of Public Procurement* 193, 195 (2006).

以及政府是否具有使人信服的公正性<sup>8</sup>？故政府對文化藝術表演的採購，應具有正當性以及符合一些重要的原則，才不致受到質疑。

## 一、政府採購文化藝術表演的正當性

### （一）保障藝術自由

司法院大法官釋字第 623 號解釋指出：「憲法第十一條保障人民之言論自由，乃在保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則。商業言論所提供之訊息，內容為真實，無誤導性，以合法交易為目的而有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇者，應受憲法言論自由之保障」。故言論自由是確保個人自我實現的手段。而且，個人為促成自我人格的發展，有形成自身信念和意見及將其表現的自由，故言論自由的目的是在於表意人本身，而非追求真理、健全民主或社會安定的工具，而是為了確保個人獨立自主地表現自我，進一步促進個人的自我實現<sup>9</sup>。因此，如果認為藝術表現的溝通方式，可納入以自我實現為核心的廣義言論方式，則可將藝術自由的憲法保障，解釋包含於言論自由的憲法保障範圍中，此外藝術也涉及到著作及出版的自由，故憲法第 11 條的表現自由成為藝術自由的保障根據<sup>10</sup>。

---

<sup>8</sup> Sue Arrowsmith, *Public Procurement as a Tool of Policy and the Impact of Market Liberalisation*, 111 L. Q. REV. 235, 247-248 (1995).

<sup>9</sup> 請參考林子儀，言論自由與新聞自由，頁 34-35，元照出版有限公司（1999）。

<sup>10</sup> 請參考許育典，文化憲法與文化國，頁 95，元照出版有限公司，二版

藝術自由作為基本權的憲法價值決定，可以導出憲法要求國家實現藝術自由內涵的價值，這項價值實現不只是國家的消極義務－國家不應侵犯藝術自由的保護領域，而且還包括了國家的積極義務－國家要以積極的作為來實現藝術自由。這裡課予國家積極義務的意義，主要是針對立法者，使藝術自由成為立法者形成客觀規範的準則與動力；也就是說，藝術自由在此意義下，並非作為主觀的請求權，其體現核心實具有客觀規範的性質<sup>11</sup>。

藝術是人類的精神創作，對於個人人格的形成與人類精神的溝通、傳遞皆有重大的意義，從而對於藝術自由應採較為高度的保障<sup>12</sup>。即除了基本權利的內容在制約，基本權利的行使侵害到另一個同樣受到憲法所保障的法益外，不得加以限制。對於藝術自由的限制應屬例外的情況，且必須其他同受憲法保障的法益受到重大危害時，方得限制<sup>13</sup>。

藝術自由能夠藉由其基本權利的性質，提昇藝術活動的能量，藝術自由給予藝術活動參與者憲法基本權利的保障，藝術不僅是個人才藝的表現，它透過不同的形式，喚醒人類對美或對事物意義的反省，藝術的不朽性跨越時空的限制，因為它能夠讓人與人心靈直接交流、對話、延伸思想。但這些感動的前提是，藝術必須能夠被接近、被欣

---

(2013)。

<sup>11</sup> Vgl. Palm, Öffentliche Kunstförderung zwischen Kunstfreiheitsgarantie und Kulturstaat, 1998, S. 125 ff.; Scheytt, Kulturstaat Deutschland: Plädoyer für eine aktivierende Kulturpolitik, 2008, S. 167 ff.

<sup>12</sup> Vgl. Würkner, Die Freiheit der Straßenkunst (Art. 5 III 1 GG), NVwZ 1987, S. 841 ff.

<sup>13</sup> 請參考陳淑芳，文化憲法，收錄於部門憲法，頁 614，元照出版有限公司（2006）。

賞<sup>14</sup>。

我國憲法雖然並未明文保障藝術自由，但此一基本權利也可由憲法第 11 條所保障的言論自由、著作自由、出版自由導出，所以藝術自由受憲法保障並無疑義<sup>15</sup>。在客觀價值秩序功能所建構的文化國下，國家負有藝術促進的義務，又因社會通常無法靠本身的力量，支付文化藝術全方位發展的費用，故國家在文化藝術的領域有提供輔助的義務，以補助民間資源在文化藝術領域發展的不足。政府對文化藝術表演活動的採購，具有擴大社會對文化藝術表演活動需求的效果，可支持更多的文化藝術表演團體發揮其創意，也屬於國家對文化藝術的輔助，有助於藝術自由的發展。

## （二）保障藝術工作者的生存權

生存權的理念，是隨著資本主義發展逐漸形成的，特別是產業革命以後，因為機械能大量生產，造就高度的資本主義發展與資本集中，造成大量的失業，資本家剝削勞工使勞工的待遇及地位低落，導致社會的動盪不安。這種資本主義的必然矛盾與惡性循環所形成的社會現象，國家與社會全體有義務共同負起解決的責任，此即生存權形成的背景。我國憲法第 15 條規定人民有生存權，憲法所保障的生存權，包含生命的尊重與生活的延續二大部分，前者涉及國家制度對人民生命所抱持的態度，包括國家制度本身對人民生命的態度，以及其對人民有關生命權觀點的容許程度；後者則是國家如何使人民維持其最低度合於人性尊嚴（die

<sup>14</sup> 徐筱菁，兒少保護法作為藝術自由之限制，東吳法律學報，第二十五卷第三期，頁 2-3（2014）。

<sup>15</sup> 請參考陳淑芳，前揭註 13，頁 612。

Menschenwürde)<sup>16</sup>的生活<sup>17</sup>。

憲法第 165 條規定：「國家應保障教育、科學、藝術工作者之生活，並依國民經濟之進展，隨時提高其待遇」。藝術創作者會因為追求藝術的理想，選擇收入較低的創作工作，放棄待遇較好的一般工作。在藝術工作圈中，存在許多跨越門檻值得獎勵的人，但他們很可能仍在維持基本經濟生活的邊緣掙扎，或者已將其創作力降低成一般嗜好的人。創作者低劣而零散的收入反映出這些現象，也區分出他們在創意及一般工作中所賺取的不同收入<sup>18</sup>。為了讓這些藝術創作者，不會因為經濟及生活的因素，放棄其從事創作的理想，國家應對文化藝術工作者給予適當的輔助，讓其從事創意的商品，在自由經濟市場有穩定的需求，能以合理的價格出售，讓藝術工作者能賺取合理的利潤，以維持其符合人性尊嚴的生活，繼續從事創意工作，提供創意商品。而要如何擴大創意藝術商品的市場的需求，則有賴國家以相關的行政措施，國家對文化藝術表演活動的採購，可增加文化藝術表演活動的市場需求，符合國家保障藝術工作者生活的國家目標。

### （三）保障文化基本權

文化保障在國際上也佔有一席之地。國際法上其實有許多關於文化權的規範。1948 年聯合國的世界人權宣言第 27 條規定：「人人有權自由參加社會的文化生活，享受藝術，並分享科學進步及其產生的

<sup>16</sup> 有關人性尊嚴的定義請參考蔡維音，德國基本法第一條「人性尊嚴」規定之探討，憲政時代，第十八卷第一期，頁 36-48（1992）。

<sup>17</sup> 許育典，憲法，頁 285，元照出版有限公司，六版（2013）。

<sup>18</sup> Richard Caves 著（仲曉玲、徐子超譯），文化創意產業（上）－以契約達成藝術與商業的媒合，頁 115，典藏藝術家庭股份有限公司，六版（2008）。

福利。人人對由於他所創作的任何科學、文學或美術作品而產生的精神和物質的利益，有享受保護的權利」。

而著名的 1976 年經濟、社會與文化權公約第 15 條也針對參與文化生活的權利、享受科學研究及藝術創造的權利加以規範：1. 本公約締約國確認人人有權：（1）參加文化生活；（2）享受科學進步及其應用之惠；（3）對其本人的任何科學、文學或藝術作品所獲得的精神與物質利益，享受保護之惠。2. 本公約締約國為求充分實現此種權利而採取的步驟，應包括保存、發揚及傳播科學與文化所必要的辦法。3. 本公約締約國承允尊重科學研究及創作活動所不可缺少的自由。4. 本公約締約國確認鼓勵及發展科學文化方面國際接觸與合作的利益。

相對於世界人權宣言第 27 條規定在我國僅具有國際公約的參考意義，經濟、社會與文化權公約第 15 條規定隨著「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法」經立法院在 2009 年 3 月 31 日三讀通過，已經依據其第 2 條：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。」而在我國具有拘束力。再參考德國憲法上對文化領域的保障，是將教育、學術、藝術或宗教等基本權，概括稱為文化基本權（*Kulturelle Grundrechte*），經由這些文化基本權的主觀權利與客觀法建構，形塑文化憲法的保障<sup>19</sup>。其中藝術基本權的概念，與藝術自由的概念並不是完全相同，藝術自由是保障創作者的

---

<sup>19</sup> Vgl. Steiner/Grimm/Mutius/Schuppert, *Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen. Die Steuerung des Verwaltungshandelns durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrolle* 1984, S. 7 ff.; Oppermann, *Kulturverwaltungsrecht: Bildung, Wissenschaft, Kunst*, 1969, S. 8 f.; Scholz, in: Maunz/Dürig, *Grundgesetz: Kommentar*, 2015, §5 Abs. III, Rn. 7.

自由，而文化基本權是保障人民享受藝術創作成果的權利。

國家採購文化藝術表演活動，係國家以資金協助文化藝術活動的展演，除了可增加人民參與文化藝術活動的機會，讓人民有更多的機會參與文化生活，更具有鼓勵人民從事文化創新活動的意義，具有保障人民文化基本權的功能。

## 二、政府採購文化藝術表演的重要原則

我國政府採購，依採購法規定的結果，是屬於公權力行政與私經濟行政並存的「雙階理論」。區別點在於「契約關係成立與否」，採購契約成立前，屬「公法關係」，採購行為為「公權力行政」；契約成立後即屬「私法關係」，採購行為為「私經濟行政」，發生爭議時，得循採購法調解或其他民事爭議解決機制（如仲裁或民事訴訟）處理爭議<sup>20</sup>。以文建會在建國百年時對《夢想家》音樂劇的採購案為例，在選擇訂約對象，以及決定採購的金額，屬公權力行政；而契約訂定後，文建會及負責製作的廠商是否依契約履行權利義務，則屬於私法關係。政府的採購行為因涉及相當大的經濟利益，且具有相當的公益性質，亦與一般的私經濟行為僅涉及私人的利益者有別，故乃訂定採購法予以規範。其中較為重要的原則如下：

### （一）平等原則

在現代國家，人民對社會安全及精神文化的需求愈來愈強烈，國家也從干預國家發展為給付的社會國家。因此，在人民與國家的關係

<sup>20</sup> 潘秀菊，政府採購法，頁 4，新學林出版股份有限公司，二版（2012）。

上，除了原始的保障自由要求外，依據基本權而確保人民共享國家給付的補充要求，也愈來愈多。這特別會出現在國家擁有事實上獨占地位的領域，故基本權不僅是對抗國家干預的防禦權，而且為了補充防禦權的功能，基本權同時是可請求國家給付的請求權<sup>21</sup>。

以政府對文化藝術的採購而言，國家擁有事實上獨占地位，應使每個文化藝術工作者有均等的分享機會。因為政府對文化藝術採購的預算，屬於國家給予人民已存在的文化藝術資源，且其經濟援助的實現為可能，則所有人民對此文化藝術資源乃具有共享權<sup>22</sup>。但在國家預算有限的情況下，採購文化藝術表演活動的預算有限，並非人人皆可得到，國家機關在採購時會設定資格條件，再由符合資格者中擇定最優的對象與其締約；對於資格不符者，等同剝奪其分享國家資源的機會，若所設定的資格條件顯然沒有正當的理由，即可認為已違反平等原則，此時即可要求應給予參與共享此文化藝術資源給付的機會，這就涉及到平等原則，而究竟他的文化藝術共享請求有無理由，此時要由平等原則來進行探討<sup>23</sup>。

因此，藝術自由作為共享權的保護法益，理論上其實是由平等權而來。在此，藝術自由作為共享權的功能，必須是國家已主動提出某種文化藝術資源給付，但卻分配不公時，沒分配到的人可以根據平等原則主張共享此文化藝術資源。若確實已違反平等原則，即可要求國家給予相同的給付<sup>24</sup>。

---

<sup>21</sup> 許育典，前揭註 17，頁 107。

<sup>22</sup> 許育典，前揭註 10，頁 106。

<sup>23</sup> BVerfGE 31, 229 (230).

<sup>24</sup> 請參考許育典，前揭註 10，頁 106。

基於行政公平的原則，政府機關對於人民不應為差別的對待，在政府採購行為上，當然也不允許差別待遇產生。故採購法第 6 條第 1 項規定，機關辦理採購，應以公平合理為原則，對廠商不得為無正當理由的差別待遇<sup>25</sup>。在國家對文化藝術表演活動的採購，若將文化藝術表演個人或團體視為廠商，應公平的讓符合條件的個人或團體有公平的機會參與政府的採購案，而非僅給予少數特定的個人或團體壟斷政府採購的資源，因為政府採購的經費來源，是全民的納稅錢，不應將全民的納稅錢供少數的個人或廠商獨享。在採取不公告資訊的限制性招標<sup>26</sup>，政府的採購資訊不公開，僅有與採購機關關係友好的人，才能取得該機關的採購資訊，形同該機關的預算，為少數特定人所享有，其他的藝術表演團體根本沒有機會參與分享該機關的採購預算。

政府採購原則上必須採取公開招標的方式；其目的在促使更多數的廠商得以參與競爭。僅有在經常性的採購、投標文件須費時長久始能完成審查的採購、廠商準備投標須高額費用的採購，以及廠商資格條件複雜的採購，始可使用「選擇性招標程序」<sup>27</sup>。公開招標或選擇性招標無人參與、或涉及專屬權利而無其他適合的替代標的、或遇有不可預見的緊急事故、或原有採購的後續維修、或在公開市場採購、或經評選的專業技術服務採購、或經評選優勝的設計採購、或公營事業經營需要的房地採購、對弱勢團體的非營產品採購的情形下，始可進行「限制性招標」<sup>28</sup>。依採購法第 18 條第 4 項規定，所謂的限制性招標，係指不經公告程序，

<sup>25</sup> 請參考黃鈺華、蔡佩芳，前揭註 3，頁 34-35。

<sup>26</sup> 依政府採購法第 18 條第 4 項規定：「本法所稱限制性招標，指不經公告程序，邀請二家以上廠商比價或僅邀請一家廠商議價」。

<sup>27</sup> 政府採購法第 20 條。

<sup>28</sup> 羅昌發，前揭註 1，頁 30。

邀請二家以上廠商比價，或僅邀請一家廠商議價的採購程序。

## （二）公平合理原則

基於政府機關在政府採購市場，廠商係居於較劣勢的地位，與廠商訂約，採購機關所制訂的契約條款若不合理，除特殊情形屬於「賣方市場」<sup>29</sup>的情況外，廠商基本上並無太大的談判籌碼要求更改。由於供應商在契約磋商或相關條件上，與採購機關無法抗衡，採購人員往往為確保該機關的最大利益，或為避免他人懷疑圖利廠商，而以最嚴格，對採購機關最有保障的方式，訂定契約條款。其結果，廠商必須受到契約的嚴格約束，使廠商甚難逃脫任何責任。為確保契約的合理性，採購法第6條第1項規定，機構辦理採購，應以公平合理為原則。至於該如何判斷是否公平合理，應以風險分配的條款，相較於報酬，且考慮相關行業的情況是否均衡，以及履行契約的期限及條件，相較於履約的可行性及採購的需求是否適當等因素<sup>30</sup>。

## （三）公共利益原則

文化藝術具有承先啟後的特性，文化藝術的本質是在既有成果上，向未來不斷的發展演進，從而國家在文化藝術上的積極促進義務，不僅指國家對過去文化藝術有保護與維護義務<sup>31</sup>，還包括國家對現在

---

<sup>29</sup> 所謂賣方市場係指價格由賣方主導，買方只能買或不買，甚至於不得不買，那這樣的市場情況就稱為賣方市場了，獨占（Monopoly）廠商是最標準的賣方市場。請參考 N. GREGORY MANKIW, PRINCIPLES OF ECONOMICS 311-312 (2004)。

<sup>30</sup> 請參考羅昌發，前揭註1，頁33。

<sup>31</sup> Vgl. Schneider, Die Freiheit der Baukunst, 2002, S. 127 ff.

正形成與未來可能形成的文化藝術，也應以獎助的方式促進其完成與發展的義務。如此一來，藉由國家積極的獎助文化藝術，使文化藝術在社會的多樣開展成為可能，其最終目的也是為了保障文化藝術的自主性開展<sup>32</sup>。

基於政府採購具有公益性，除應顧及公平合理原則外，並應符合公共利益的要求。又政府採購與政府施政、公共建設、國民生計及大眾利益關係密切，若依一般正常程序辦理，有時可能無法適時、適地、適質或適量取得採購，並達到公共利益的目的。故採購法特別賦予機關，在基於公共利益、採購效益或專業判斷的考量，且不違反採購法的規定情形下，得為就採購事項為特別的決定，就此等採購決定機關會計人員應該予以尊重<sup>33</sup>。國家對文化藝術表演活動的採購，也應該基於文化藝術上的積極促進義務，使政府的採購經費，確實能發揮保障藝術自由、保障藝術工作者的生存權及保障人民的文化基本權等公共利益。

### 參、政府採購文化藝術表演的爭議問題

因文化藝術表演活動，無法很明確地採用計量方式或客觀的標準來衡量其價值，又因文化藝術表演活動非生活必需品，民眾對文化展演活動的需求不穩定。因此，國家可以用採購文化藝術表演活動的方式，增加社會對文化藝術表演活動的需求，但因國家的資源有限，在法制上應如何設計，才能讓國家採購文化藝術表演活動發揮最大的效益，茲就法制面解析如下：

<sup>32</sup> Vgl. Häberle, Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat, 1980, S. 56, 60.

<sup>33</sup> 行政院主計處台（88）年處會字第 05943 號函。

## 一、文化藝術表演適用採購法的問題

採購法施行前，政府在文化、學術方面的採購主要是依據審計單位的「審計法及其施行細則」。由於其規定十分寬鬆，而且文化、學術的採購，並不像公共工程或國防採購涉及重大金額的交易，而經常傳出弊案，故在執行上並無太多的爭議。但在採購法施行後，政府機關委託藝文團體演出，或公共建築設置藝術品，只要在公告金額以上，並且以契約方式進行的採購，都必須遵守採購法<sup>34</sup>。

藝文界人士認為，採購法施行後，行政機關採購文化藝術表演活動，應適用採購法，不僅藝文界無法透過與採購機關的私下合作互動，逕行取得承辦的機會，而產生相當的衝擊。又因為違反採購法的罰則嚴厲，採購人員若觸犯採購法，最高可判無期徒刑，而選擇性與限制性招標，難以被採用，事後審計模式使得第一線業務人員皆以最保險的作業處理採購業務不敢放手做事，以避免被會計、審計系統的人要求事後報告。故處理採購的業務人員（尤其基層單位），不論採購對象是否能選擇為專業服務，統統以公開性招標形式辦理。其次，因採購流程繁瑣，造成文化業者接案時程緊迫，連帶影響品質，採購法的立法精神在防弊與越便宜越好，卻和文化建設希望品質第一的訴求相違背<sup>35</sup>。

藝文界人士更認為，採購法對藝文界方面影響是，造成文化的創作與獨特性格被合法地犧牲，以價格取代價值，將文化創作量化。因為藝文界人士等非營利事業人士，不論對象為何，只要涉及有對價的交易，皆被

<sup>34</sup> 劉新圓，政府採購法對學術及文化界之影響，財團法人國家政策研究基金會，<http://old.npf.org.tw/monthly/00202/theme-189.htm>（2016/02/28，造訪）。

<sup>35</sup> 王麗鳳，我國政府採購的政治經濟分析，頁 191，黎明文化出版公司（2006）。

視為廠商，許多的文化藝術專業人士不願參與政府文化建設工作，因為藝術家參與公共藝術創作，得先徵押金，簽約時要有合法單位靠行，且要上網公告。行政程序的繁瑣，使得熟悉行政程序者較易取得委託案的機會，至於不懂或不耐者則退縮而不願參與，許多藝文團體因為忙著行政程序而不能做研究<sup>36</sup>。

## 二、為文化藝術表演量身訂作的採購程序

為了避免採購法施行後，政府對文化藝術等表演活動的採購產生過大的衝擊，採購法第 22 條第 1 項第 14 款規定，政府機關邀請或委託具有專業素養、特質或經公告審查優勝的文化、藝術專業人士、機構或團體表演或參與文藝活動，得採用限制性招標的方式。

為了使各政府機關在採購文化藝術等表演活動有可遵循的程序，主管機關於 2002 年另訂定了「機關邀請或委託文化藝術專業人士機構團體表演或參與文藝活動作業辦法」（以下簡稱本辦法），其重要內容如下：

### （一）法律的授權依據

本辦法依政府採購法第 22 條第 2 項規定訂定之（本辦法第 1 條）。故本辦法屬於經法律授權的法規命令。採購法本身屬立法院三讀通過的法律，故採購法本身，在法律形式上沒有違憲的疑義。採購法第 22 條訂有機關得採限制性招標的規範，並於該條第 2 項授權主管機關訂定子法規，故本辦法屬於行政程序法第 150 條的法規命令。

<sup>36</sup> 漢寶德，文化藝術與政府採購法座談會，財團法人國家政策研究基金會，<http://old.npf.org.tw/Symposium/s90/901221-EC.htm>（2016/02/28，造訪）。

## （二）適用的客體

在此所謂的適用客體，是指那些藝文表演活動適用本辦法，採購法第 22 條第 1 項第 14 款邀請或委託具專業素養、特質或經公告審查優勝之文化、藝術專業人士、機構或團體表演或參與文藝活動（以下簡稱藝文採購），費用在公告金額以上者，其作業依本辦法之規定（本辦法第 2 條）。該條所稱的公告金額依主管機關公告為 100 萬元<sup>37</sup>。故只有採購金大於 100 萬元的藝文採購案才適用本法辦的規定。因為在公告金額以下的採購案，機關本身就有較大的裁量權，可以採用限制性招標，或不經公告程序逕行採購<sup>38</sup>，毋需適用本辦法。

## （三）適用的主體

本辦法第 3 條規定：「本法第二十二條第一項第十四款所稱文化、藝術專業人士、機構或團體，指經營或從事文化藝術獎助條例第二條各款事務之一，且具有相關專業知識、能力、造詣或技藝者」。依文化藝術獎助條例第 2 條規定：「本條例所稱文化藝術事業，係指經營或從事下列事務者：一、關於文化資產與固有文化之保存、維護、傳承及宣揚。二、關於音樂、舞蹈、美術、戲劇、文學、民俗技藝、工藝、環境藝術、攝影、廣播、電影、電視之創作、研究及展演。三、關於出版及其他文化藝術資訊之傳播。四、關於文化機構或從事文化藝術活動場所之管理及興

<sup>37</sup> 行政院公共工程委員會（88）年工程企字第 8804490 號函。

<sup>38</sup> 依中央機關未達公告金額採購招標辦法第 2 條第 1 項第 1 款規定：「未達公告金額採購之招標，其金額逾公告金額十分之一者，得以下列方式之一辦理：一、符合本法第二十二條第一項第一款至第十五款所定情形之一者，得採限制性招標」；同辦法第 5 條規定：「公告金額十分之一以下採購之招標，得不經公告程序，逕洽廠商採購，免提供報價或企劃書」。

辦。五、關於研究、策劃、推廣或執行傳統之生活藝術及其他與文化藝術有關活動。六、關於與文化建設有關之調查、研究或專業人才之培訓及國際文化交流。七、關於其他經主管機關核定之文化藝術事業項目」。該條的內容是為了界定那些文化藝術活動的採購可適用本辦法，從其內容來看，除了核心的文化藝術表演活動（如音樂、舞蹈、美術、戲劇等），還包括了對文化藝術表演活動的研究、規劃、管理及推廣等。

#### （四）免經公告審查程序的要件

本辦法第 4 條規定：「機關辦理藝文採購，其不經公告審查程序者，應先將邀請或委託對象之名稱、具專業素養、特質之情形及不經公告審查程序逕行邀請或委託的理由，簽報機關首長或其授權人員核准後方得辦理」。由該條規定可見，機關首長對於藝文採購具有決定性的影響力，但機關首長的決定，真的能符合前述政府採購應遵的原則嗎？又機關首長真的能判斷出那一種藝文的採購，能實踐國家對文化藝術保障的政策目標？都不禁令人懷疑。有研究人員認為政府逐步放寬彈性，使文化藝術的創性能夠不受採購法的僵化體制限制；然而在開放彈性以及加重機關首長裁量權，委員會專業性的同時，又衍生出了所謂「公平性」與「公正性」的爭議，使採購法在本質上產生自相矛盾的衝突<sup>39</sup>。

#### （五）藝文團體可主動提供資料給辦理機關

本辦法第 5 條規定：「具專業素養、特質之文化、藝術專業人士、機構或團體，得向機關主動提供其具專業素養、特質之資料，以供邀請或委託之參考（第 1 項）。機關為瞭解具專業素養、特質之文化、藝術專業

<sup>39</sup> 王琬雯，前揭註 5。

人士、機構或團體之情形，得於政府採購公報或主管機關資訊網路，公開徵求前項資料（第2項）。依本條的規定，藝文團體仍然可以透過自我推薦的方式，請求機關採購其所提供的勞務，這似乎是呼應藝文界人士所主張，可以透過與機關的私下接觸，而取得標案。惟何謂具專業素養、特質之文化、藝術專業人士、機構或團體，似乎沒有明確的標準，這究竟應由誰來判斷符合上述條件，若是由機關來判斷，那機關首長又有決定的權限了。

#### （六）採公告審查程序的作業規定

機關辦理藝文採購，採公告審查程序者，依本辦法第6條規定應符合下列規定：

1. 本辦法第6條第1項第1款規定：「公告應刊登政府採購公報；其登載事項，準用政府採購公告及公報發行辦法第六條第一項規定」。其目的是為了將政府採購藝文活動的資訊公開，以便使想要參與投標的廠商可由公開的資料獲得足夠的資訊，並進而參與投標，達到採購程序公開化、公平化的目的<sup>40</sup>。
2. 本辦法第6條第1項第2款規定：「招標文件訂有投標廠商資格，其允許專業人士、機構或團體投標者，應就其適合者擇定之」。廠商資格是指政府採購的個案中，得參與者的資格，該資格分為基本資格與特定資格，而其目的乃是為了確保投標廠商具備履約能力，而非為不當限制競爭<sup>41</sup>。該款規定的投標廠商資格，應係採購法第36條第1項所稱的投標廠商基本資格。而就其適合者擇定之，此又是機關首長的

<sup>40</sup> 黃鈺華、蔡佩芳，前揭註3，頁77。

<sup>41</sup> 潘秀菊，前揭註20，頁112。

權限了。

3. 本辦法第 6 條第 1 項第 3 款規定：「招標文件應訂明審查項目、審查標準及評定優勝者的方式」。招標文件中最重要的就是表明採購的規格<sup>42</sup>，採購法第 29 條第 3 項規定，招標文件內容，應包括投標廠商提交投標書所需一切資料。依本文的見解，在招標文件中公開審查的機制，乃因藝文表演活動無法如工程或財物訂定採購的規格，故以審查的機制代替。
4. 本辦法第 6 條第 1 項第 4 款規定：「應成立審查委員會辦理審查；其成員由機關首長或其授權人員就對於文化藝術具有專門知識的機關職員或公正人士派兼或聘兼之」。該規定是希望藉由對藝文活動具有專門知識者的審查，以確保採購的品質，惟何謂對於藝文活動具有專門知識，並無具體的標準，且審查人員是由機關首長派兼或聘兼之，那是否對於藝文活動具有專門知識，似乎是由機關首長來判斷了。
5. 本辦法第 6 條第 1 項第 5 款規定：「審查委員會應由委員五人以上組成；其會議的決議應有委員總額二分之一以上出席，出席委員過半數的同意行之」。該規定是明定審查人員的最低人數，以及決議通過的人數，以明確決議的作成方式。
6. 本辦法第 6 條第 1 項第 6 款規定：「審查委員會的成立時機，準用本法第四十六條第二項有關底價的訂定時機」。採購法第 46 條第 2 項規定：「底價之訂定時機，依下列規定辦理：一、公開招標應於開標前定之。二、選擇性招標應於資格審查後之下一階段開標前定之。三、限制性招標應於議價或比價前定之」。因本辦法的採購係限制性招標，故

---

<sup>42</sup> 前揭註，頁 104。

審查委員會是議價或比價前即應組成。

7. 本辦法第 6 條第 1 項第 7 款規定：「前款審查委員會，機關得以本法第九十四條成立的評選委員會代之」<sup>43</sup>。依採購法第 94 條規定：「機關辦理評選，應成立五人至十七人評選委員會，專家學者人數不得少於三分之一，其名單由主管機關會同教育部、考選部及其他相關機關建議之（第 1 項）。評選委員會組織準則及審議規則，由主管機關定之（第 2 項）」。<sup>43</sup>故機關得不設審查委員會，而由評選委員會代替，由評選委員會的組成結構來看，除了有專家學者參與外，這些專家學者不是由執行採購機關的首長決定，可以減少機關首長對採購案的影響力，似乎是比審查委員會客觀的組織，但是否不設審查委員會，而由評選委員會來審查採購案，還是由機關首長來決定。
8. 本辦法第 6 條第 1 項第 8 款規定：「審查優勝者後，再辦理議價及簽約事宜」。此與一般採購程序中，得標者再辦理議價及簽約事宜相似，故審查優勝後，採購機關才可以與優勝者辦理議價，若對價格可以達成合意，才辦理簽約事宜。若價格無法成協議，即無須辦理簽約事宜。
9. 本辦法第 6 條第 1 項第 9 款規定：「不訂定底價者，由審查委員會審查經費，並得提出建議金額」。依採購法第 47 條第 1 項規定：「機關辦理下列採購，得不訂底價。但應於招標文件內敘明理由及決標條件與原則：一、訂定底價確有困難之特殊或複雜案件。二、以最有利標決標之採購。三、小額採購」。藝文活動的採購若符合上述要件，得不訂定

---

<sup>43</sup> 評選委員會成立的目的，是為了訂定或審定招標文件的評選項目、評審標準及評定方式。但評選項目、評審標準及評定方式有前例或條件簡單者，得由機關自行訂定或審定，免於招標前成立評選委員會。黃鈺華、蔡佩芳，前揭註 3，頁 359。

底價，而由審查委員會審查經費，提出建議金額，惟最後仍然是要經過機關首長的核定。

10. 本辦法第 6 條第 2 項規定：「依上述公告的結果，僅一文化、藝術專業人士、機構或團體投標者，仍得進行審查」。該項規定類似於採購法施行細則第 19 條的規定，僅一家廠商投標時，機關也可以當場將招標程序改為議價方式辦理。議價項目包括所提供服務的內涵。如為採購法第 47 條第 1 項各款所列採購，得不訂底價，但應於招標文件內敘明理由及決標條件與原則<sup>44</sup>。

### 三、現行文化藝術表演採購程序的爭議問題

由上述分析得知，基於文化藝術表演活動的特殊性，藝文界人士對於文化藝術表演適用採購法，一直有重大的疑慮，甚至達到排斥的地步。而國家為了緩和這樣的反彈，乃特別為藝文表演活動量身訂作一套特有的採購程序。這樣的採購程序，固然回應了藝文表演團體的需求，但卻衍生出採購資訊不夠公開透明、機關首長裁量權過大的問題，分別說明如下：

#### （一）法規違反授權明確原則

採購法第 22 條第 2 項僅規定同條第 1 項第 14 款的作業辦法，由主管機關定之，並未就授權的內容、目的及範圍予以明確的規定，且無法從法律的整體關聯知悉所授權的法令內容、目的及範圍。依德國基本法第 80 條規定，授權制定法規命令的法律，應就授權的內容、目的及範圍予以明確的規定及界限。我國憲法雖無類似德國基本法第 80 條的規定，

<sup>44</sup> 行政院公共工程委員會（88）年工程企字第 8810634 號函。

但應適用相同的法理，並無疑義<sup>45</sup>。例如，司法院大法官釋字第313號、第345號及第367號，都提到法律授權的內容、目的及範圍應明確的要求。故採購法第22條第2項的授權，似與「授權明確性原則」<sup>46</sup>有違。

## （二）採購資訊不夠公開透明

現行對文化藝術表演活動的採購，最主要的問題在於採購的資訊不夠公開透明，因為對文化藝術表演活動的採購，可以採取限制性招標的方式辦理，邀請二個以上的藝文表演團體比價，或僅邀請一個藝文表演團體議價。且藝文團體可主動與採購機關私下接觸，自我推薦其藝術表演活動請機關採購，造成與機關友好的藝文團體，壟斷政府採購文化藝術表演活動的預算。其他藝文團體無從得知政府的採購資訊，無法參與政府採購案的招標，因而喪失分享政府採購經濟利益的機會，顯然不符合政府採購應遵循的「平等待遇原則」。

## （三）機關首長的裁量權過大

在特有的採購程序中，授予機關首長採購藝文展演活動極大的裁量權，例如前揭辦法第4條規定，辦理藝文活動的採購，只要經機關首長的核可，即可不經公告審查的程序，直接採限制性招標程序。另第6條規定對藝文採購，採公告審查程序者，其審查委員由機關首長指派，由此可見機關首長對於採購藝文活動，具有絕對的影響力。這樣的絕對影響力，固

<sup>45</sup> 陳敏，行政法總論，頁531，自版，八版（2013）。

<sup>46</sup> 法律的授權，必須授權的目的、範圍及內容授權明確性原則必須明確始可，此稱之為授權明確性原則。請參考李惠宗，憲法要義，頁117，元照出版有限公司，七版（2015）；葛克昌，行政程序與納稅人基本權，頁388，翰蘆圖書出版有限公司，增訂版（2005）。

然有提高機關採購藝文活動的效率，也不會因為價格的競爭而喪失其藝術自由的發展空間。但機關首長可能基於政治立場，或者其他各種的理由，以致有特殊的偏好，藝文表演團體能平均分享國家採購支出這塊大餅嗎？或者僅有少數的藝文團體能享受到國家經費支出的挹注？答案應是顯而易見的了。所以藝術文界人士，期待採購法的鬆綁進入政府採購的市場的願景，對大多數的藝文表演團體，可能要落空了。

#### 肆、文建會採購夢想家音樂劇案的檢討

如前所述政府的採購案，必須具有正當性及符合一些重要的原則，文建會在 2011 年為慶祝百年國慶的採購案，造成了極大的爭議性，爭議的原因何在，依本文的見解應該是在法制層面出了問題，故本文想以本案來檢討政府對文化藝術表演採購的法制是否恰當。

##### 一、案件的事實背景及爭議

《夢想家》是一部為慶祝中華民國建國百年而在 2011 年推出的搖滾音樂劇，也是中華民國建國一百年國慶晚會的演出內容，由行政院文化建設委員會委託表演工作坊製作，主要製作人為賴聲川（擔任創意總監、編劇與歌曲作詞），主要音樂創作者為陳志遠，於 2011 年 10 月 10 日（中華民國國慶日）、10 月 11 日在台中市圓滿戶外劇場演出兩個場次，耗資約新台幣 2 億 1 千 5 百萬元。由於外界質疑費用過於高昂，及是否帳目不清等財務問題，引發台灣社會內部許多的討論，也成為 2012 年中華民國

總統選舉的議題之一，並登上台灣 2011 年十大藝文新聞第一名<sup>47</sup>。

這一晚的演出共耗資 2.15 億元，相當於美國百老匯大型音樂劇的成本，其中分拆成 11 個標案，諸如「創意設計」要價近 4 千萬元，「製作管理」要 6 千多萬元，「舞台機械」要 5 千多萬元，連字幕投影機的租賃一次也要 1 千 6 百萬元，被劇場界人士戲稱為「百年僅見」的高價碼。台灣表演藝術經常面臨經費窘境，建國百年的政府預算大餅自然是「百年一遇」的大補帖，但濃厚的政治性，不免造成選擇性分配，贏家只是少數，尤其最多經費還是花到了電視媒體身上，例如，《夢想家》標案金額最高的一筆預算，就是委託媒體採購公司，將公帑分配給電視台為主的媒體，買廣告宣傳建國百年；其他像是委託舉辦論壇，也是政府與特定友好媒體促進交情的慣技<sup>48</sup>。

## 二、本採購案的正當性檢驗

### （一）保障藝術自由的檢驗

本案文建會花費了 2 億多元的經費採購一部音樂劇，表面上看來，似乎表示政府重視藝文表演活動，願意花這麼多的錢支持藝術表演活動，並讓藝術表演團體自由的發揮創意。但若深入的探討，這 2 億多元的經費僅由少數人享有，又因本採購案，採限制性招標，其他藝文團體無從得知有該採購案，無從發揮創意爭取該採購案，故該採購案僅能說，國家沒有侵犯藝術自由的保護領域，但尚未達到國家以

<sup>47</sup> 王琬雯，前揭註 5，頁 39。

<sup>48</sup> 田習如，慶建國百年 一齣音樂劇花兩億！百年一見的慶典 百年一遇的好康？，財訊雙週刊，[http://www.wealth.com.tw/article\\_in.aspx?nid=872](http://www.wealth.com.tw/article_in.aspx?nid=872)（2016/06/13，造訪）。

積極的作為來實現藝術自由的層次。

### （二）保障藝術工作者生存權的檢驗

國家對藝文表演活動的採購，若能讓弱勢非主流的藝文團體分享政府採購的經濟利益，即可認為政府所採取的政策手段，具有保障藝術工作者生存權的功能，但本案文建會所選擇的締約對象，並非弱勢非主流的藝文團體，而且許多經費並非支付給藝文表演團體，而是給電視媒體做宣傳，對於那些仍在維持基本經濟生活邊緣掙扎的藝文表演團體，沒有任何的幫助，也就是對於保障藝術工作者的生存權沒有正面的意義。

### （三）保障文化基本權的檢驗

在文化基本權的檢驗方面，應檢視的乃本採購案是否有助於增加人民參與文化藝術活動的機會，若以《夢想家》音樂劇案的觀眾人數約 3 百萬人來看<sup>49</sup>，確實達到了人民參與文化藝術活動的機會。但民眾可能僅是受到新聞媒體的宣傳，對該音樂劇好奇去觀賞，且看完該音樂劇僅有二個場次，縱使真有上百萬的觀眾欣賞，對多數人而言，僅是像在看電視的特別節目一般，真的能算得上是增加人民參與文化藝術活動的機會嗎？再從政府採購面來看，因為本案採限制性招標，以致限制了其他藝文表演團體參加該標案的機會，故對於文化基本權的保障也不具有正面的意義。

---

<sup>49</sup> 王琬雯，前揭註 5，頁 39。

### 三、政府採購文化藝術表演重要原則的檢驗

#### (一) 平等待遇原則的檢驗

政府機關辦理藝文表演等活動，可以不經公告程序，直接由機關與廠商議價，最主要的目的，是為了呼應藝文界人士，希望能透過與採購機關的私下合作互動，逕行取得承辦的機會。故本規定免除公開招標程序，可以免除時間冗長，以及是否能得標等，不利於藝文界人士參與政府採購案的因素。若以鼓勵政府機關採購藝文產品的立場，本規定確實有簡化採購程序，以及賦予機關較大裁量權，可以直接選定合作對象的效果。但在政府機關有較大裁量權的情況下，機關首長個人的偏好，很可能會影響機關採購的決策，在此種情況下，是否能符合平等待遇原則，顯然有重大的疑義。

以文建會採購《夢想家》音樂劇案而言，除了採購金額巨大倍受爭議外。另外為何是由賴聲川的團隊承攬該採購案，也是倍受質疑的爭議點<sup>50</sup>。因為政府機關的預算支出有限，該採購案耗費了巨額的經費支出，勢必會排擠到其他藝文團體得到政府經費的挹注。故有論者以為，經濟社會文化權利公約明示了人民的「文化權」應受保障<sup>51</sup>，而此一權利保障的

<sup>50</sup> 民進黨發言人梁文傑、林俊憲 2011 年 11 月 7 日再質疑建「夢想家」音樂劇涉及不法，不僅賴聲川妻子丁乃竺是建國百年活動籌備委員會委員，去年 12 月由賴聲川的表演工作坊獲得創意設計標後，1 月表演工作坊就邀請有關係或經常合作的道具、舞台、製作、燈光廠商到台中勘察場地，相關廠商在五月後陸續得標。台灣民進黨：盛治仁當官 賴聲川家族一路享好康，台灣主流觀點（台灣英文新聞），2011 年 11 月 8 日，[http://www.taiwannews.com.tw/etn/news\\_content.php?id=1752478](http://www.taiwannews.com.tw/etn/news_content.php?id=1752478)（2016/02/28，造訪）。

<sup>51</sup> 依該公約第 15 條規定：「一、本公約締約國確認人人有權：（一）參加文化生活；（二）享受科學進步及其應用之惠；（三）對其本人之任何科學、文

基礎，即在對從事藝術文化活動者自主性與創造性的尊重。在我國實行兩公約施行法後，毫無疑問地國家機關即應受文化權保障的拘束。再者，我國憲法增修條文明定有「國家肯定多元文化」，有學者提出「國家中立與寬容原則」之說<sup>52</sup>。依據此一憲法原則，主管文化的行政機關即應避免主動介入、控制或辦理各種文化活動，特別是具有爭議性議題與內容的活動。而有關藝文經費補助，應由作為獨立第三者的國藝會來加以處理<sup>53</sup>。

## （二）公平合理原則的檢驗

依採購法第 6 條第 1 項規定，機關辦理採購，應以維護公共利益及公平合理為原則，故機關在準備招標文件、處理廠商異議申訴、處理履約爭議也納入公平原則的範圍。不限於僅採購契約才有公平合理原則的適用，在招標文件、採購契約內容有疑義時，也應依公平合理原則來解釋<sup>54</sup>。

文建會對《夢想家》音樂劇採購案的金額巨大，在採購契約的內容

---

學或藝術作品所獲得之精神與物質利益，享受保護之惠。二、本公約締約國為求充分實現此種權利而採取之步驟，應包括保存、發揚及傳播科學與文化所必要之辦法。三、本公約締約國承允尊重科學研究及創作活動所不可缺少之自由。四、本公約締約國確認鼓勵及發展科學文化方面國際接觸與合作之利」。

<sup>52</sup> 為了實現多元文化的目標，及實現一個多元而開放的社會，需要國家及其社會成員建立一個最低標準的共識，以包容多樣文化社群的文化差異，而形成多元文化國的憲法原則建構，那就是國家的中立性原則（das Neutralitätsprinzip）與國家的寬容原則（das Toleranzprinzip）。許育典，前揭註 17，頁 86。

<sup>53</sup> 黃崇銘，「夢想家」背後的違憲陰影，自由時報，2011 年 11 月 6 日，<http://www.libertytimes.com.tw/2011/new/nov/6/today-o5.htm>（2016/02/28，造訪）。

<sup>54</sup> 黃鈺華、蔡佩芳，前揭註 3，頁 35。

一直是倍受爭議的重點，因政府採購的經費，主要係來自於眾多納稅人所繳納的稅款，自不宜以契約自由原則看待，而應注重契約的公平正義，故應判斷者，乃該採購案的內容，是否真的與採購金額等值，但因該採購案的內容，係屬於文化藝術表演活動，其有美學、精神、社會、歷史、象徵、真實等價值，而這些價值多涉及人的主觀判斷，以致難有客觀的評價標準。

以《夢想家》音樂劇而言，支持者認為，《夢想家》具備百老匯水準，相較之下，花費兩億為合理支出<sup>55</sup>。況且當時的文建會主委盛治仁認為，以中央政府今年總預算規模 1.7 兆元來比較，認為「就像一個百萬年收入的家庭花一千元慶生」，並不為過<sup>56</sup>。也有人認為民國百年是歷史上的大事，不擴大舉辦活動，實在說不過去。建國百年為期二天的活動，才花了 18 億，而高雄世運 11 天的活動，卻花了 130 億。相形之下，百年慶典已算節省許多，以最少的成本達到了最大的效果<sup>57</sup>。

反對者則認為，創意本身是無法估價的，但是兩億元的經費確實是太高，希望政府能注意到資源分配與成本效益的問題<sup>58</sup>。雲門舞集創辦人林懷民表示未看過《夢想家》，但他認為政府在舉辦類似活動時，花了大錢，卻留不下任何東西，讓他覺得非常遺憾。他表示一件作品值不值得，

---

<sup>55</sup> 盧金足、簡光義，《夢想家》賀國慶 台中搖滾夜，中國時報，2011年10月11日，A2版。

<sup>56</sup> 前揭註48。

<sup>57</sup> 劉新圓，《夢想家》好看嗎？，財團法人國家政策研究基金會，2011年12月23日，<http://www.npf.org.tw/post/3/10135>（2015/09/03，造訪）。

<sup>58</sup> 凌美雪，批政府資源分配不公／許博允：這邊省吃 那邊亂花錢，自由時報，2011年11月12日，<http://www.libertytimes.com.tw/2011/new/nov/12/day-p5.htm>（2015/09/28，造訪）。

「完全看作品的結果能否帶來凝聚心，看完之後會不會覺得驕傲」<sup>59</sup>。

在採購法第 22 條第 1 項第 14 款限制性招標的規定下，採購機關可以任意的選定對象議價，並無金額的限制，其價格完全視機關的預算編列情形，以致在實務上，很可能會出現，同樣的藝文團體作同樣的表演，因採購機關的不同，而有不同的採購價格。這樣的結果，似難認定給付與他方的對待給付間具相等的價值，若採購的金額過高是否有濫用國家資源之嫌。雖然採購人員倫理準則第 3 條課以採購人員應公正執行職務、維護機關權利及不得有浪費國家資源的義務，但因規範的內容均屬抽象的不確定法律概念，以致難以認定採購人員是否違反上述義務，又上述義務僅係規範採購人員，而非規範機關首長。

但如前所述，對於限制性招標案有最大影響力者，並不是採購人員，而是機關的首長，故《夢想家》音樂劇採購案縱使在法律程序上，完全無任何瑕疵，但仍無法避免社會輿論的質疑，以致成為台灣 2011 年十大藝文新聞第一名，其中很重要的原因乃是無法擺脫機關首長與得標廠商間，有過於密切的關係，故政府機關的首長，也應適用採購人員倫理規範。再從政府預算支出有效利用的觀點著眼，採購法第 22 條第 1 項第 14 款及第 2 項授權制定的子法規，顯然無法讓國家的經費支出做有效的利用。以憲法層面的比例原則來觀察，這樣的採購法制，對國家而言顯然不是損害最小的制度，因為只要在法制的設計上，能對機關首長的權限加以限制，或有相關的監督機制，防止機關首長的裁量權被濫用，即可以避免國家的資

<sup>59</sup> 趙靜瑜，林懷民談建百：花大錢 留不下東西，自由時報，2011 年 12 月 2 日，<http://tw.news.yahoo.com/%E6%9E%97%E6%87%B7%E6%B0%91%E8%AB%87%E5%BB%BA%E7%99%BE-%E8%8A%B1%E5%A4%A7%E9%8C%A2-%E7%95%99%E4%B8%8D%E4%B8%8B%E6%9D%B1%E8%A5%BF-203210840.html> (2016/02/28，造訪)。

源被濫用。

### （三）公共利益原則的檢驗

探討公共利益的內涵，可以從兩方面下手：一是受益主體的問題，其在確定「公共」的範圍為何，一般認為「公共」並不能理解為全體國民，而是全體國民下的不特定多數人群，故公益並非全體利益而是具有多元性的，多數公益間可能也會有衝突性存在。另一則是利益內容的問題，其在確定「利益」的意義，一般認為應以價值為利益的中心要素，利益就是主體與客體間一種價值形成的過程，客體被評價為能帶給主體好處或目的，所以利益的建構需要一個評價的標準<sup>60</sup>。

文化藝術表演活動具有美學、精神、社會、歷史、象徵、真實等價值，政府採購的文化創意商品，是否符合公共利益，當然有見仁見智的爭議，故難以建立一個評價的標準。以《夢想家》音樂劇而言，往年建國晚會多由藝人、歌手或藝文性質團體進行綜藝性質演出，民國 100 年（2011 年），主辦單位希望打破傳統晚會的表演形式，帶給全球華人耳目一新的慶祝晚會，發揚臺灣文化創意產業軟實力。經過多方討論，最後邀請享譽國際的華人劇場導演賴聲川擔任國慶晚會創意總監，與甫過世的台灣音樂教父陳志遠攜手合作，一同打造大型搖滾音樂劇<sup>61</sup>。該音樂劇分現代與清末民初兩個場景，描繪兩個不同時代，20 歲年輕人追求夢想的故事，也傳達出了中華民國建國百年來所傳承的核心價值<sup>62</sup>。也有人表示搖滾樂

<sup>60</sup> 許育典，前揭註 17，頁 157-158。

<sup>61</sup> 「精彩一百 生日派對」中華民國建國一百年國慶晚會搖滾音樂劇—《夢想家》象徵臺灣的傳承與希望，文化部，[http://www.moc.gov.tw/information\\_250\\_21560.html](http://www.moc.gov.tw/information_250_21560.html)（2016/06/13，造訪）。

<sup>62</sup> 黃玉燕，音樂劇夢想家 國慶晚會演出，台灣大紀元時報，2011 年 10 月 9

本身的批判精神剛好為每個時代的年輕人追求夢想的勇氣，做了最佳的詮釋<sup>63</sup>。

但反對者認為《夢想家》以跨越百年的兩個時代互相對照。一邊是黃花崗起義的青年革命者，一邊是當代台灣的青年舞蹈家。兩者都在追求夢想，一個是犧牲自己造福別人，一個是心心念念自我成就。兩者的差異，自有其時代意義。但編導對於兩者同樣英雄化的處理，抹消了對差異可能的理解與批判，而將革命與藝術追求一視同仁地理解為夢想，並將夢想與現實的對比簡化為白與黑。以兩個時代對夢想的追求為主軸，對「建國百年」的歷史難脫避重就輕之嫌。最簡單的問題：為什麼建國革命在中國、而百年國慶卻在台灣？不去面對這個問題，也就無法避免「台灣」在劇中完全失焦的結果。麵店、夜市、便利商店、舞蹈大賽，便是所有的台灣。劇中不斷洗腦般宣唱：「我們並沒有共同的回憶，讓生命就從現在開始走在一起」。但對過去選擇遺忘（事實上是「選擇性記憶」）的態度，只一味要所有人此後同心，有如掌權者對異議者的招降聲明，實在欠缺任何說服力<sup>64</sup>。

這樣的認知差異，或許透過公開的招標程序，仍然無法排除，其原因乃是人民的意識型態不同，以致有不同的解讀，故本案的表演是否符合公共利益，顯然難有客觀一致性的標準。但若能在藝術的創作與發表階

---

日，<http://www.epochtimes.com.tw/n8068/音樂劇夢想家-國慶晚會演出.html>（2016/06/13，造訪）。

<sup>63</sup> 管彤，搖滾說百年夢想 驚喜 熱血，聯合報，2011年10月13日，A15版。

<sup>64</sup> 鴻鴻，【夢想，何以為家？】有政治沒藝術，有中華民國沒台灣《夢想家》，表演藝術評論台，2011年10月13日，<http://pareviews.ncafroc.org.tw/?p=776>（2016/06/13，造訪）。

段，儘可能尊重從事藝術活動者的自我理解<sup>65</sup>。使從事藝術活動者在藝術創作的過程、行為及決定，能夠遠離國家公權力的不當干預<sup>66</sup>。透過公開招標的程序，可以讓更多表演團體有參與的機會，而非由機關首長直接擇定表演團體，應該可以減少國家不當的干預，避免不必要的爭議。故縱使在積極面向的公共利益認定有爭議，至少不要再創造出負面的公共利益，例如《夢想家》音樂劇案，因採購程序的爭議，引起社會輿論的一片譁然，甚至更進入司法程序，浪費司法資源，此都屬於負面的公共利益。換言之，若有更公開透明的採購程序，至少可以避免負面的公共利益發生，以維護公眾的利益。

#### 四、文化藝術表演採購法制的重新建構

##### （一）國外文化藝術表演採購法制的借鏡

1817年美國的畫家川布（J. Trumbull）在私相授受的情況下，接受了聯邦政府的委託，以美元3萬2千元的超高價格，來繪製4幅以獨立建國運動為主題的紀念作。此舉，不但立即招致了國會議員的大撻伐，而且後來還因為作品的品質問題，又引起了民眾以及包括政府成員的大規模群眾抗議事件。也因此導出「如果政府確應將藝術活動列為公共支出的項目之一，那麼，包括決策者在內的所有人民，又是否會喜歡那些受到政府支持及贊助的藝術活動？」<sup>67</sup>的質疑。政府的黑箱作業，澆熄了民眾支持公辦藝術的熱情，也提高了國會議員們對

<sup>65</sup> Vgl. Erhard Dreier (Hrsg.): Grundgesetz - Kommentar, 2004, Bd. I, S. 448 f.

<sup>66</sup> BVerfGE 31, 229 (238); auch BVerfGE 30, 173 (190).

<sup>67</sup> 夏學理等，文化行政，頁148，五南圖書出版股份有限公司，三版（2011）。

於公辦藝術活動的懷疑與戒心。議員們不再輕易的批准任何與藝術活動有關的政府計畫，並對於那些勉強獲得通過的案件，實施稽核與調查。在此同時，民眾也轉向支持私辦的藝術活動，並以個人或是籌組私人團體以基金會的方式，來資助藝術家與團體<sup>68</sup>。

在英國的部分，設有文化媒體和體育部（Department for Culture, Media and Sport，簡稱 DCMS），其施政的目的是使英國成為最有創意及令人讚嘆的國度，供人居住、參觀和經商，並且保護和促進（protects and promotes）英國的文化和藝術遺產（cultural and artistic heritage）。DCMS 遵循英國政府的採購政策，以為納稅人創造最大的價值為目標。故期望與供應商間的關係是基於高標準的職業操守，這是為了確保維持道德和公平的程序。DCMS 還積極鼓勵小企業進入採購流程，以確保中小型企業並沒有被拒之門外。為了讓廠商有公平參與的機會，DCMS 依據採購法律發佈締結契約的機會，並在專業刊物、貿易、國家和地方媒體刊登政府採購的資訊<sup>69</sup>。

## （二）採購程序應公開透明

由上述國外法制可得知，美國的川布事件與《夢想家》採購案極為類似，在該事件發生後，美國就很少以公共資源來支持文化藝術活動，而

---

<sup>68</sup> 前揭註，頁 149。

<sup>69</sup> Procurement at DCMS, Details of DCMS purchasing arrangements and information for those looking to become a supplier or contractor. GOV.UK, <https://www.gov.uk/government/organisations/department-for-culture-media-sport/about/procurement> (last visited Jun. 13, 2016). Tracker, Your Guide to Selling to the Department for Culture, Media and Sport, [https://www.bipsolutions.com/docstore/pdf/selling\\_to\\_dcms.pdf](https://www.bipsolutions.com/docstore/pdf/selling_to_dcms.pdf) (last visited Feb. 25, 2016).

是以民間的資金來支持文化藝術活動<sup>70</sup>，惟英國仍設有文化事務的專責權機關以公開透明的方式進行採購。從法制面觀察，文建會對《夢想家》音樂劇採購案，最主要的爭議來源，乃是採購法第 22 條第 1 項第 14 款的限制性招標程序，以及機關邀請或委託文化藝術專業人士機構團體表演或參與文藝活動作業辦法第 4 條，授權機關首長決定採限制性招標程序，以致對於採購的金額，以及締約的對象，完全由機關首長決定，這樣的結果，形成機關對於藝文表演活動的採購不透明，以致造成諸多的爭議。依本文的見解在採購的法制，若能參照英國 DCMS 將政府對藝文表演的採購公開透明的方式執行，應可以改善現行法制的缺失，誠如美國大法官 Louis Brandeis 在其 1914 年的著作《Other People's Money》中所述的名言：「公開是現代社會及工業疾病的救生藥，陽光是最好的防腐劑，電燈是最有效的警察」<sup>71</sup>。故公開透明的採購程序必定可以減少許多爭議，縱使仍授予機關首長決定的權限，但在資訊發達的今日，公開透明的程序仍能有效的監督機關首長，不致讓政府對藝文表演活動的採購，落入濫用國家資源的爭議。

### （三）法制修正的建議

在採購程序公開透明的原則下，應如何建構政府對文化創意商品採購的法制？本文同意蕭前副總統及藝文界人士的意見，政府對藝文表演活動的採購，確實與工程或其他硬體設備的採購不同，採用競價的公開招標

<sup>70</sup> 勒玛·玛丽、瑞奇丹·尼斯（龚平编译），文化政策模式的演变（上），文化发展，[http://www.ccmdu.com/bbs13\\_33333.html](http://www.ccmdu.com/bbs13_33333.html)（2016/02/24，造訪）。

<sup>71</sup> “Publicity is justly commended as a remedy for social and industrial diseases. Sunlight is said to be the best of disinfectants; electric light the most efficient policeman.” LOUIS D. BRANDEIS, OTHER PEOPLE'S MONEY AND HOW THE BANKERS USE IT 92 (1914).

方式，會產生競價搶標的情形，又因藝文展演活動的特質，多具有高度的主觀性，無法以事後的驗收，阻絕品質低劣的表演活動，故採購法第 19 條公開招標的價格競爭方式，不適合用於文化創意商品的採購。但現行採購法第 22 條第 1 項第 14 款的限制性招標，也因不夠公開透明化，容易產生國家資源分配不均的爭議。故在法制上，應以公開透明為原則，但不以價格競爭的方式進行採購。而是以在既定的預算下，選擇最適合的文化藝術表演活動進行採購。

本文認為基於藝文展演活動的特性及其經濟特質，難有一致性的客觀標準，但在採用招標的作業時，仍應使政府採購的資訊公開透明，不應以私相授受或私下接觸的方式進行採購，故建議將採購法第 22 條第 1 項第 14 款的規定刪除，同時廢止「機關邀請或委託文化藝術專業人士機構團體表演或參與文藝活動作業辦法」，讓藝文展演活動的採購回歸到採購法的規定，仍應採公開招標的採購程序，由採購機關公開依採購法第 27 條第 3 項的規定，公開採購藝文表演的需求及預算，例如建國百年的音樂劇，可以明列該次音樂劇的需求，是要能表達出建國百年的意境，並明列該次音樂劇的預算，並將該項資訊公開，讓有意願參與該項表演的團體，自行評估其是否願意參與該標案，若有意願參與該標案，可向採購機關提出企劃案，再由機關在有意願投標的表演團體中，遴選適合的對象與其締約。摒棄現行法制下，由機關自行尋找合作的表演團體，或者由表演團體私下與機關接觸取得標案等不透明的情況。

在公開機關採購需求與預算的情況下，決標時依採購法第 52 條第 1 項第 3 款的規定，採最有利標的方式決標<sup>72</sup>，以免低價競爭降低了採購的

---

<sup>72</sup> 依採購法第 52 條第 2 項規定：「機關採前項第三款決標者，以異質之工程、財物或勞務採購而不宜以前項第一款或第二款辦理者為限」；同法施行

品質。依同法第 56 條第 1 項規定，採最有利標方式者，應就廠商投標標的之技術、品質、功能、商業條款或價格等項目綜合評選，評定最有利標。機關辦理最有利標評選時，應依同法第 94 條的規定，成立評選委員會辦理審查<sup>73</sup>。評選委員會由 5 人至 17 人組成，專家學者人數不得少於三分之一，其名單由主管機關會同教育部、考選部及其他相關機關建議之。因為評選委員非由採購機關首長任意選定，故可降低機關首長對採購案的影響力。

另外，採取公開的招標程序，必須將招標的文件公開，此時有意願參與投標的表演團體，若對於採購文件的規定有疑義，依採購法第 75 條規定可以書面向招標機關提出異議。例如，招標機關的招標文件，明顯有利於特定的表演團體，其他有意願參與者即可提出異議。若對於招標機關處理結果不滿意，還可依採購法第 76 條提出申訴，也有防杜機關的恣意選擇特定表演團體的效果。

綜上，公開的招標程序確實是防止弊端的上策，但是現行採購法的公開招標程序，是以價格競爭為基礎所建立的法制，然而藝文表演等文化創意商品，其產生的效益較難以市場價格判斷，故不適合以價格競爭的方式招標。故在法制設計上，似可以考量將採購的需求及預算先公開，讓有意願參與投標的表演團體，自行評估在預算範圍內，他們可以提供如何的表演，再由機關以最有利標的方式自參與投標的團體中，選擇最為適合的表演團體，以免除現行法制下，限制性招標不夠公開透明的程序，所形成

---

細則第 66 條規定：「本法第五十二條第二項所稱異質之工程、財物或勞務採購，指不同廠商所供應之工程、財物或勞務，於技術、品質、功能、效益、特性或商業條款等，有差異者」。因藝文展演活動在品質、效益及特性上均有重大的差異性，故可適用最有利標的方式予以決標。

<sup>73</sup> 潘秀菊，前揭註 20，頁 195。

的質疑與爭議。依本文的建議採購法的條文應修正如下表：

表一：政府採購法修正條文對照表

條號	現行條文	修正建議	修正理由
22	機關辦理公告金額以上之採購，符合下列情形之一者，得採限制性招標：  十四、邀請或委託具專業素養、特質或經公告審查優勝之文化、藝術專業人士、機構或團體表演或參與文藝活動。  前項第九款及第十款之廠商評選辦法與服務費用計算方式與第十一款、第十三款及第十四款之作業辦法，由主管機關定之。	機關辦理公告金額以上之採購，符合下列情形之一者，得採限制性招標：  <u>十四、刪除</u>  前項第九款及第十款之廠商評選辦法與服務費用計算方式與第十一款及第十三款之作業辦法，由主管機關定之。	機關對文化、藝術專業人士、機構或團體表演或參與文藝活動的採購，仍應循公開招標的程序，不應例外的採限制性招標。故刪除第一項第十四款之規定，同時刪除第二項對第一項第十四款授權主管機關訂定作業辦法的依據。
22-1	無	機關邀請文化、藝	一、本條新增。

		<p>術專業人士、機構或團體表演或參與文藝活動之採購，採購機關應公開採購的需求及預算公開遴選，並依本法第五十二條第一項第三款的方式決標。</p>	<p>二、公開的招標程序確實是防止弊端的上策，但是現行採購法的公開招標程序，原則上是以價格競爭為基礎但例外可採最有利標的方式決標。藝文表演等文化創意商品，其品質差異性極大，產生的效益較難以市場價格判斷，故不適合以價格競爭的方式招標。故在法制設計上，將採購的需求及預算先公開，讓有意願參與投標的表演團體，自行評估在預算範圍內，他們可以提供如何的表演，決定是否參與競標。再由採購機關以最有利標的方式決標，由參與競標的表演選擇最為適合的對象締結契約。</p>
--	--	--	--

資料來源：（作者自行繪製整理）

## 伍、結論與建議

藝文表演團體向來認為，藝文表演活動與一般商品本質上不同，在採取價格競爭的招標方式，無法採購到具有品味或美感的藝文表演，故一直期待能適用較為寬鬆的採購程序，甚至期望能與政府機關私下接觸就取得標案。這樣的想法落實在法制上，造就了採購法第 22 條第 1 項第 14 款，對於藝文表演活動可以採限制性的招標程序。但在文建會對於《夢想家》音樂劇的採購案發生後，藝文團體發現，為何是特定的人取得標案，且採購的金額如此的鉅大，反過來質疑採購機關有圖利等不法的情事。這是因為依法執行的結果，顯然違反藝文表演團體的期待，或許是過去藝文團體過於一廂情願，認為自己私下與機關接觸就可以取得標案，但實際執行的結果，卻是別人透過這樣不透明的程序取得標案。又因國家的資源有限，當機關花如此大的金額採購藝文表演活動，其他藝文表演團體顯然無法雨露均霑，以致產生對該採購案的重大質疑，但若從法制面來觀察，文建會對《夢想家》音樂劇的採購案，若是按照採購法所規定的程序執行，似乎沒有違法的問題。問題是花這麼多的錢，辦一場具有爭議性的音樂會是否值得，所以縱使沒有違法的問題，也會有適當與否的問題，造成這樣的爭議，還是因為法制面的設計所造成。

為了避免這樣的爭議問題，所以在法制上應該重新建構，依本文的建議，藝文表演活動，不應適用限制性招標程序，仍然應採取公開的採購程序，但為了避免因為價格的競爭，以致影響表演的品質，故不採一般工程或商品採購的價格競爭方式，而是直接將預算的金額公開，讓有意願參與的表演團體參與標案，再由採購機關依最有利標的方式選定締約的對象。也就是透過公開的程序，將採購的需求及預算公開，讓符合條件的藝

文團體都有參與的機會，並自行評估在所公開的預算下，能提供何種品質的展演，以避免不夠透明的採購程序產生爭議。在採購機關決標時，應以最有利標的方式，對參與投標的藝文團體，就其所規劃的展演內容，由專家學者成立的評選委員會進行評選，以避免價格競爭造成展演品質的不佳，或因機關首長的偏好成為政治宣傳的工具。

# 中原財經法學

## 參考文獻

### 書籍

RICHARD CAVES 著（仲曉玲、徐子超譯），文化創意產業（上）－以契約達成藝術與商業的媒合，典藏藝術家庭股份有限公司，六版（2008）。

王琬雯，我國文化藝術活動採購制度之問題分析與探討－以建國百年國慶音樂劇「夢想家」為例，國立臺灣師範大學表演藝術研究所行銷及產業組碩士論文（2013）。

王麗鳳，我國政府採購的政治經濟分析，黎明文化出版公司（2006）。

李惠宗，憲法要義，元照出版有限公司，七版（2015）。

林子儀，言論自由與新聞自由，元照出版有限公司（1999）。

許育典，文化憲法與文化國，元照出版有限公司，二版（2013）。

許育典，憲法，元照出版有限公司，六版（2013）。

陳敏，行政法總論，自版，八版（2013）。

夏學理、凌公山、陳媛，文化行政，五南圖書出版股份有限公司，三版（2011）。

葛克昌，行政程序與納稅人基本權，翰蘆圖書出版有限公司，增訂版（2005）。

黃鈺華、蔡佩芳，政府採購法解讀－逐條釋義，元照出版有限公司，五版（2014）。

潘秀菊，政府採購法，新學林出版股份有限公司，二版（2012）。

羅昌發，政府採購法與政府採購協定論析，元照出版有限公司，三版（2008）。

BRANDEIS, LOUIS D., OTHER PEOPLE'S MONEY AND HOW THE BANKERS USE IT  
(Frederick A. Stokes Company, New York, NY, 1914).

MANKIW, N. GREGORY, PRINCIPLES OF ECONOMICS (Thomson, Ohio, 3d ed.,  
2004).

Dreier, Erhard: Grundgesetz - Kommentar, 2004.

Häberle, Peter: Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat, 1980.

Maunz, Theodor / Dürig, Günter: Grundgesetz: Kommentar, 2015.

Oppermann, Thomas: Kulturverwaltungsrecht: Bildung, Wissenschaft, Kunst,  
1969.

Palm, Wolfgang: Öffentliche Kunstförderung zwischen  
Kunsthfreiheitsgarantie und Kulturstaat, 1998.

Scheytt, Oliver: Kulturstaat Deutschland: Plädoyer für eine aktivierende  
Kulturpolitik, 2008.

Schneider, Bernhard: Die Freiheit der Baukunst, 2002.

Steiner, Udo / Grimm, Dieter / Mutius, Albert von / Schuppert, Gunnar  
Folke: Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen. Die Steuerung  
des Verwaltungshandelns durch Haushaltsrecht und

Haushaltskontrolle, 1984.

### 期刊論文

徐筱菁，兒少保護法作為藝術自由之限制，東吳法律學報，第二十五卷第三期，頁 1-36（2014）。

蔡維音，德國基本法第一條「人性尊嚴」規定之探討，憲政時代，第一十八卷第一期，頁 36-48（1992）。

Arrowsmith, Sue, *Public Procurement as a Tool of Policy and the Impact of Market Liberalisation*, 111 L. Q. REV. 235-285 (1995).

Bolton, Phoebe, *Government Procurement as a Policy Tool in South Africa*, 6(3) Journal of Public Procurement 193-217 (2006).

Würkner, Joachim: Die Freiheit der Straßenkunst (Art. 5 III 1 GG), NVwZ 1987, S. 841-850.

### 專書論文

林懷民，桃園機場醜到讓我鬱卒，收錄於台灣創意世紀－2009 年總統府文化創意產業圓桌論壇實錄，頁 17-20，總統府（2009）。

陳淑芳，文化憲法，收錄於部門憲法，頁 595-623，元照出版有限公司（2006）。

蕭萬長，為文創產業創造有利環境，收錄於台灣創意世紀－2009年總統府文化創意產業圓桌論壇實錄，頁183-185，總統府（2009）。

# 中原財經法學

## 摘要

文化藝術表演活動涉及藝術自由的憲法保障，從客觀價值秩序的保護法益而言，國家有積極促進的義務。由於文化藝術表演活動非生活必需品，單純靠自由經濟市場的需求，難以讓文化藝術活動為業者，維持具有人性尊嚴的生活。政府採購向來是各產業想要爭取的市場，若政府對文化藝術表演活動的採購，能讓更多文化藝術工作者，分享政府採購的經濟利益，對於文化藝術工作者的生存權、文化基本權或藝術自由的保障，均有正面的意義。本文從文化藝術表演採購的法制分析，發現在現行法制下，似難達到上述的理想，其原因為何？本文以實際的案例分析原因所在，並提出法制修正的建議，以期建構更為完善的法制，使政府對文化藝術表演活動的採購能發揮最大的效益。

中原財經法學

**Legal Disputes Over the Government  
Procurement of Cultural and Artistic  
Performances: the “Dreamers” Musical for  
the 100th Anniversary Celebration of the  
Republic of China**

**Yue-Dian Hsu**

**Chang-Hung Feng**

**Abstract**

Cultural and artistic performances involve artistic freedom guaranteed by the Constitution of the Republic of China. From the perspective of protecting the rights of the people, the state has the obligation to actively promote artistic freedom. However, cultural and artistic performances are non-necessities. If professional cultural and arts workers solely rely on demand for their work in the free market, maintaining their dignity is difficult. Government procurement is widely sought among various industries because of its enormous scale. Government procurement of cultural and artistic performances and sharing of economic benefits with cultural and arts workers protects the rights of these workers, such as their right to live, their fundamental cultural rights, and their artistic freedom. This paper

argues that these ideals are difficult to achieve under the current legal system on the basis of a legal analysis of Taiwanese government procurement of current cultural and artistic performances. The reasons for this are analyzed using specific cases, and amendments to the legal system are proposed for the purpose of constructing a more comprehensive legal system and maximizing the benefits of government procurement of cultural and artistic performances.

Keywords: cultural and artistic performances, government procurement, artistic freedom, cultural fundamental rights, “Dreamers” musical

中原財經法學