

第二章 政府採購行為的法律定性—以決標為重點

第一節 採購行為法律定性多元化的見解

政府採購行為究屬公法行為亦或私法行為，學者及實務見解頗分歧。大致有下列幾種看法，各持論點互相激盪，並且影響司法實務界之看法：

(一) 政府採購案，絕大部份係支用立法機關通過之預算所為的行為，其中亦有絕大部份係人民所繳稅收¹。既屬支用預算行為，機關之行為在程序上即需受較多拘束，因此，是否可將機關完全置於締約自由之地位，即可資探討。有學者認為，既然係政府機關與廠商訂定契約，為避免公法遁入私法，毋寧將政府採購契約係屬行政契約之一種²。因此政府採購行為係公法行為。

(二) 另一種看法認為，政府採購行為與自然人或法人間之採購並無不同，當機關透過採購程序向廠商「購買」或「定作」工程、財物或勞務時，所形成的法律關係，自屬於私經濟之契約關係，勿庸置疑，與民法上之各種契約型態並無不同。因此政府採購行為為私經濟行為。

(三) 政府採購行為在決標以前，與行政機關的裁量有較為明顯關係，且採購法對於決標前之爭議，提供異議、申訴之救濟管道，更明確規定申訴審議判斷書視同訴願決定，因此可推知決標之前的行為屬於公法行為。至於決標以後，則因契約成立，故相關爭議屬於履約爭議，應尋求私法救濟。因此，採購行為以決標時點劃分為公法與私法兩階段。

(四) 由採購法之立法精神³，及政府採購協定探討，各締約國之

¹ 政府機關所支用之預算，亦有可能係由機關自行收入或公營事業之收入，不盡然為人民所繳之稅收，然而行政機關係依據民意機關通過之組織法成立，受民意機關監督，其採購行為自亦需踐行法定程序。

² 參見學者林明鏘之見解，〈評論「三軍委製協議書」〉，台灣本土法學，第13期，頁114，(2000年8月)。

³ 採購法第1條，採購制度強調公平、公開之程序。

採購程序必須要有公正獨立的救濟管道⁴。然而，並未規範其屬於何種管道，甚至也並未規範必需要藉由司法救濟。因此，重點係政府機關應給與廠商救濟之管道，如何定性並非法制架構上的重點。

上述問題在司法實務層面亦有其實質影響。我國司法救濟制度，對於公法及私法爭議的救濟，係採二元制，分別由行政法院及普通法院審理。採購爭議發生以後，需先行定性屬公法或私法爭議，始能確定應循行政或民事訴訟途徑救濟，否則將遭法院駁回。因此，廠商與機關發生採購爭議，欲循求法院救濟前，需先行研析系爭事件屬性為公法行為或私經濟行為。

第二節 公法行為說

承前所述，由於政府採購行為，係由政府機關經過預算程序，支用國家稅收，以取得輔助執行政策的工程、財物或勞務。訂約當事人有一方為政府機關，其採購程序中，各程序有所特別規範。換言之，政府機關在採購過程中，並非居於完全自由意志，進行採購對象的選擇。因此，即有政府採購行為屬於公法行為之見解。本文由學說上、司法實務及主管機關解釋三方面進行研究，以探究此一見解的理論基礎：

第一項 學說見解

第一款 採購行為偏重高權，具有行政契約本質

持此見解的學者認為政府採購行為中的「投標廠商資格訂定」⁵、「規格訂定」⁶、「招標程序」、「開標程序」、「審標程序」、「決標程序」、「契約內容」、「圍標綁標行為的處罰」以及「履約的特別規定」等等，在政府採購法中均有特別的規範，這些規範，即係公權力控制作用的

⁴ Agreement on Government Procurement, (preamble 3rd para.) “Recognizing that it is desirable to *provide transparency of laws, regulations, procedures, and practices regarding government procurement*; ... Hereby agree as follows:”

⁵ 採購法第 37 條，規定機關訂定投標廠商之資格，不得當限制競爭，並以確認具備履約所必須之能力者為限。

⁶ 採購法第 26 條，規定機關擬定之技術規格，產品商標或商名，均不得特定或限制競爭。

具體顯現⁷。而且政府機關與廠商訂定契約以後，該契約所受到的審計法、政府採購法、審計法施行細則、政府採購法施行細則及其他相關的法規命令之拘束，與其他非政府採購契約有明顯差異。這些法規，不但對於採購的機關發生拘束效力，而且對於投標、訂約、履約的廠商也有一定之拘束力⁸。

職是，有些學者即認為，政府採購行為是高權成份較重的訂約及履約行為，公權力對於政府採購契約的介入或控制程度很大，因此政府採購行為是一種公法行為，而政府採購契約應具有行政契約的本質⁹。

第二款 採契約主體說認定為行政契約

對於判斷公法與私法關係的區別，學者向來有各種見解，例如：一、「利益說」，以牽涉公共利益或個人利益為區別，牽涉公共利益的法律關係者為公法關係，牽涉個人利益者則為私法關係。二、「從屬說」，或稱權力說或加值說，牽涉上下隸屬關係者為公法關係，平等關係者則為私法關係。三、「舊主體說」，凡涉及法律關係之一方以上，為行政主體或國家機關者，為公法關係，反之，若法律關係全然發生在私人之間者，則屬於私法關係。四、「新主體說」，又稱特別法規說，行政主體或機關執行職務所準據的職務法規，該法規僅對行政機關課予義務、賦予權利，依據該法規所形成之法律關係，為公法關係，反之，對任何人均有可能造成權利義務關係的法規，依據該法規所形成之法律關係，為私法關係。

從而，依據上述對公法關係或私法關係的區別，判斷契約究竟屬於行政契約或私法契約，可以概略由契約的「標的」、「目的」及「主體」進行區別分類。

⁷ 例如：廠商投標文件不符合招標文件之規定，如機關並未發現而決標，然於決標後發現者，雖然契約已然成立，但機關仍應依據採購法第 50 條第 2 項撤銷決標、終止契約或解除契約，並得追償損失。以民法上契約關係而言，契約一經成立，雙方即有忠實履行之義務，如投標文件業經機關審核決標，表示其要約已為機關承諾，即便有不合之處，似難歸責於廠商，更遑論追償損失。因此可謂為採購法所賦予機關的權利，對於廠商具有規制的效力。

⁸ 審計法第 59、60 條。

⁹ 陳櫻琴，〈公共工程締約之法規範控制〉，月旦法學，第 18 期，頁 23、24。相同見解見：尹章華，〈公共工程與採購法〉，頁 2-3-1，(民國 87 年 6 月)；范建得，〈政府採購法與公平交易法相關性研究〉，公平會舉辦公平法學術研討會，(民國 86 年 6 月 21 日)。

其中主張契約主體說的學者，認為區別為行政契約或私法契約的標準，應置於訂定契約的主體。凡契約當事人中，有一造以上為行政主體者，皆視為行政契約，而不論該契約的目的或標的，係規範公法關係或私法關係¹⁰。換言之，凡政府機關所訂定的契約，均為行政契約，持本見解之學者，認為如此區別，至少有兩個顯而易見的優點：

第一，司法資源有限，對於行政契約或私法契約的程序審查將耗費時間成本及人力成本，如以契約主體作明確劃分，則實務上不需要再負擔對於契約性質的審查。第二，基於對行政主體必須有足夠的控制，避免行政主體基於選擇行為方式的自由，將原本應基於公法，受較為嚴格控制的行為，選擇以準據私法的行為為之。亦即，如果將政府採購契約認定為行政契約，則可以從根避免「公法遁入私法」的現象發生。

第二項 司法實務見解

有關大法官解釋、司法實務案件判例及裁判以及最高行政法院庭長法官聯席會議決議，尚未有持「採購契約即係行政契約」見解者¹¹。反之，已蒐得的案件，多數仍以契約標的，並視案件特性及契約目的，綜合判斷其究屬於行政契約亦或私法契約。以下章節中將敘述。

第三項 公共工程委員會函釋

依據採購法第十條第二款之規定，主管機關公共工程委員會負責掌理：「政府採購法令之研訂、修正及解釋。」，因此工程會係法律授權的解釋採購法機關。其對於政府採購法通案性的解釋，以及針對各政府機關個案的見解，雖然並非上級機關對於下級機關的一般抽象之規定¹²，然而在行政實務運作上，對於各級政府機關的採購行為，則具有類同於行政規則的效力。

¹⁰ 同註 2。另參閱：劉倩姣，〈政府採購之救濟制度—以政府採購之法律性質為中心〉，政治大學法律研究所，民國 86 年碩士論文，頁 64 至 72。

¹¹ 司法院法學資料檢索系統，93 年 7 月 18 日檢索，關鍵字：「公法」及「採購」，「行政契約」及「採購」，<http://nwjirs.judicial.gov.tw/FJUD/index.htm>。

¹² 行政程序法第 159 條，行政規則，係「上級機關」對「下級機關」或「長官」對「屬官」所為，發生法規範效力的一般、抽象之規定。

惟查閱工程會相關之查詢系統，對於採購行為及採購契約，似尚未有斷言「採購契約係屬公法契約」或「政府採購行為係公法行為」的函釋¹³，惟明確解釋原則上視個案性質認定¹⁴。

第三節 私經濟行為說

有關政府採購契約性質的另一種見解，係認為政府採購行為，以及因採購所成立的契約，與私法關係所成立的契約並無二致。行政主體為輔助執行政策，向民間取得工程、財物或勞務，與私人作為訂約當事人¹⁵，所進行的採購行為相同，在各個採購階段發生爭議時，應循私法爭議的途徑，向民事法院訴請救濟。以下分從學說、司法實務見解及主管機關函釋見解加以剖析：

第一項 學說見解

學者主張政府採購行為為私經濟行為係多數說，並認為採購行為係「私法形態的輔助行為」。

持此見解者，認為：「行政機關為推行行政事務需要物資或勞務之支援，常以私法行為取得，例如營造或租用辦公廳舍、採購公務用品、訂購武器、消防器材以及僱用臨時性之工作人員等均屬此類輔助行為。」¹⁶，「國防部為充實軍備，而向國外採購軍備，或公立醫院為從事醫療行為，而向民間廠商採購醫療器材等，均屬以私法方式輔助行政的行為態樣。」¹⁷，「私人若認為國庫行為侵害其基本權利，得直接根據憲法基本權之規定向法院提起訴訟，以謀求保護。此處所指之

¹³ 工程會政府採購法規查詢系統，民國 94 年 4 月 2 日檢索，關鍵字：「公法」、「採購」、「行政契約」，

http://www.pcc.gov.tw/~jsp/web/userweb/pccwbpsgadsmu_web_show_frame.jsp?node_id=269。

¹⁴ 工程會民國 88 年 7 月 8 日工程企字 8809382 號函，說明第 2 點前段：「關於「政府採購法」(以下簡稱本法)第八十三條規定於實務之運作乙節，招標、審標、決標、履約或驗收之爭議，究屬公法或私法行為，原則上依個案性質認定。」。

¹⁵ 亦有稱「國庫行政」，將行政主體此時的身份，轉化成為國庫概念。國庫乃不牽涉執行高權時，行政主體得與人民就民事構成法律關係，進行主張債權、承擔債務的另一種身份。簡言之，即國家以私人地位所從事之私法行為。參見：許宗力，〈基本權利對國庫行為之限制〉，學術論文集《法與國家權力》，頁 3，元照公司(民 88 年 10 月)。

¹⁶ 吳庚，《行政法之理論與實用》，增訂七版，頁 12-13，(民 90 年 8 月)。

¹⁷ 翁岳生主編，《行政法 1998 (上)》，頁 21，(民 87 年 7 月)。相同見解見：陳新民，《行政法學總論》，頁 27，(民 86 年 5 月)。

法院乃普通法院，非行政法院，因國庫行為縱受基本權利之限制，仍不改其私法行為之性質。」¹⁸，認為此類輔助行為所訂立的契約係私法契約，其救濟的途徑，應循民事救濟的管道。

上述見解所持的理由，主要在於認為：政府採購行為，並無任何公法實體規範，可據以形成採購機關與廠商之間的關係。換言之，廠商與機關間因採購行為所成立的契約，係依據民法成立的契約關係，從而依新主體說之理論，政府採購行為之本質應為私法行為¹⁹。

然而，學者雖然認為政府採購行為為私經濟行為，但也同時認為，由於國家係居於買方的地位，且有優勢之市場地位，故此時若仍堅持國家採購行為，係私法行為，應單獨適用私法自治或契約自由原則，「則居於弱者地位之私人勢將毫無保障地受國家『恣意』支配，顯會造成很大流弊，並與法治國原則保護人民基本權利之精神背道而馳。」²⁰，因此，此種私經濟行為，應該在國家之一方，要受到較多的規範限制²¹。

第二項 立法理由及司法實務見解

就採購法之說明及司法實務見解而言，亦多認政府採購行為係屬行政輔助行為或國庫行為，而屬私經濟行為。相關的判決及判例為數甚多。法務部、普通法院及行政法院，對於政府採購行為，尤以契約

¹⁸ 許宗力，〈基本權利對國庫行為之限制〉，學術論文集《法與國家權力》，頁 70，元照公司(民 88 年 10 月)。

¹⁹ 李嵩茂，〈政府採購招標爭議處理制度之研究〉，東吳大學法律研究所碩士論文，頁 103，(民 86 年 7 月)。另學者張祥暉，亦持政府採購行為係私經濟行為之看法，〈論政府採購法之爭議處理機制〉，國防管理學院法律學研究所碩士論文，頁 9，(1999 年 5 月)。

²⁰ 同註 18，頁 3。

²¹ 羅昌發，《政府採購法與政府採購協定論析》，頁 52，(2004 年 10 月)。「私法性質的給付行政、營利性質的企業活動、及行政補助行為，則均屬於國庫行為或國庫行政行為；其性質屬於私法行為。分述如下：(一)行政補助行為：行政機關為自己業務上之需要而購買或定製財物，係國庫行為的一環，而應納入私法行為的範疇。不過，由於政府採購法對於採購事項已經有特別規範，故在有特別規定的情形下，應優先適用政府採購法的規定，而在政府採購法無規定的情形，始適用民法的規定。…(三)私法性質的給付行政(廣義的國庫行為)：係行政機關為完成公共任務或達成一定行政目的，而以私法手段進行者(如為興建公共工程而與廠商訂定營建合約)，行政法論者仍認為屬私法行為。」，由公法定性的光譜上觀察，上述論點，毋寧較趨近於私法行為，但仍然優先適用採購法。另參見，周瑤敏，〈政府採購法異議及申訴制度之研究〉，國立政治大學法律學研究所碩士論文，提出以下看法：「採購機關與廠商間所訂定之政府採購契約，原則上固屬私法契約，然...仍應依照行政契約及私法契約區別之理論，...應有行政契約存在之空間。」，(2004 年元月)。

成立以後之行為，認為屬於私經濟行為之見解頗為一致。以下分述之：

第一款 立法理由

2002年2月6日採購法修正時，第七十四條之立法說明，確定政府採購行為一向被認定為「私經濟行為」²²。明確的闡釋政府採購行為本身為私經濟行為，至於在契約尚未成立前之階段，由於廠商與機關間並無契約關係，因此廠商無法藉由民事訴訟尋求救濟。採購法乃循政府採購協定之模式，立法創制契約成立前之救濟途徑。

第二款 行政法院的裁判見解

第一目 最高行政法院 92 年裁字第 631 號裁定

本案為大矩環保科技股份有限公司，因與高雄縣政府間，就一般廢棄物處理的勞務委託案損失補償事件發生爭議，該公司不服高雄高等行政法院 90 年度訴字第 2121 號裁定，向最高行政法院提起抗告，最高行政法院於 92 年度裁字第 631 號裁定書中指出：「公法上契約與私法上之契約，其主要區別為契約之內容與效力，是否均為公法所規定。苟契約之內容及效力，並無公法規定，而全由當事人之意思訂定者，縱其一方為執行公務，仍屬於私法上契約之範圍。」，另最高法院 61 年台上字第 1672 號判例要旨亦同斯旨。

法院在本件裁定中認為，大矩公司僅為純粹執行事務性工作，不能取代高雄縣公法上地位，即便有行政助手或行政協助者的身份，仍僅屬於政府採購法所規定的國庫行政，兩造所訂立者係私經濟行為之私法契約²³。

第二目 高雄高等行政法院 92 年訴字第 349 號裁定

²² 採購法第 74 條原條文之立法說明第一點：「參酌政府採購協定第二十條之規定，創立異議及申訴制度，俾供廠商利用，以維其權益。政府採購行為一向被認定係私經濟行為，廠商與機關之間如有爭議，本應循民事程序解決，惟因廠商於招標、審標、決標階段，與機關並無契約關係，難有可供提起訴訟之訴因，故為增加廠商之救濟與保護，並兼顧政府採購之時效性需求，爰參酌政府採購協定第二十條之規定，訂定異議及申訴程序。」，2002 年修正案之立法說明，再次確定政府採購行為一向被認定為私經濟行為。

²³ 裁定書，理由，二。

該裁定在理由中闡述：「國家或地方自治團體與人民約定，人民為其完成一定之工作，俟工作完成給付報酬，係雙方立於平等地位締結之承攬契約，要屬私經濟行為即私法關係，與基於公法上權力服從之公法關係有間，倘有爭執，則屬關於私權之爭執，自應依民事訴訟程序訴請普通法院裁判」²⁴。認定採購行為為私經濟行為，並且認定相關爭執應向普通法院訴請裁判。

第三目 台北高等行政法院 92 訴字第 2806 號判決

原告長虹科技有限公司，參加內政部警政署航空警察局委託中央信託局股份有限公司代辦「固定式空運貨櫃檢查儀」採購案，因航空警察局限制採購來源地區為「中國大陸除外」，長虹公司因而認為有差別待遇情事，致其權益受到影響，經提起異議及申訴，然未獲採購機關及工程會更正之回應。故向台北高等行政法院起訴。請求撤銷工程會申訴審議判斷。

台北高等行政法院於本件中駁回原告之訴，認為航空警察局並未違反採購法第六條第一項後段：「對廠商不得為無正當理由之差別待遇」之規定。

本判決對於採購行為究屬公法行為或私經濟的行為，在判決理由第五點中有明確闡述：「惟按政府採購法係以政府機關、公立學校、公營事業辦理工程之定作、財物之買受、定製、承租及勞務之委任僱傭等私經濟行政為適用範圍，而航警局依政府採購法所為本案之採購委託，純屬私經濟行政，並非公權力行使之委託」。²⁵

綜上，可知，行政法院在最近判決見解上，仍穩定認為，政府採購行為為私經濟行為²⁶。

第三款 普通法院的裁判見解

²⁴ 高雄高等行政法院 92 年 6 月 16 日 92 年訴字第 349 號裁定，「理由」，「一」。

²⁵ 台北高等行政法院 93 年 6 月 17 日 92 訴字第 2806 號判決書，「理由」、「五」。

²⁶ 另有高雄高等行政法院 91 年 2 月 22 日 90 年簡字第 3968 號裁定、台北高等行政法院 90 年 5 月 31 日 89 年訴字第 1095 號判決、高雄高等行政法院 90 年 4 月 13 日 90 年訴字第 486 號裁定，均持相同見解。

第一目 最高法院 61 年台上字第 1672 號判例

本判例經常為行政法院或普通法院所引用。當政府機關與法人或自然人所訂契約發生爭議，兩造向法院起訴時，對於契約是否為行政契約或私法契約之區別標準，本判例即常被法院引為判斷之基準²⁷。

按本判例之要旨：「公法上契約與私法上之契約，其主要之區別為契約之內容與效力，是否均為公法所規定。苟契約之內容及效力，並無公法規定，而全由當事人之意思訂定者，縱其一方為執行公務，仍屬於私法上契約之範圍。」。可知判斷公法契約與私法契約之重點乃在於契約的「內容」與「效力」，是否均為公法所規定，如果並非如此，而全由當事人意思訂定，則仍為私法契約²⁸。準此，由於政府採購契約內容與效力，均非為公法所規定，而係透過招標決標及契約規定而定。各級法院，多有以此判例的判斷準則，作為論證政府採購契約係私法契約的依據。

第二目 台灣高等法院 91 年上易字第 316 號判決

本案爭點在於上訴人工聯企業社有限公司，請求台北市政府停車場管理處，返還有關停車場勞務管理採購契約之履約保證金。

本案判決在事實及理由欄，即先在程序上針對系爭政府採購案件進行定性。認為政府採購案件，係行政主體立於私人地位，與人民簽訂契約。既非實施公法法規之手段，也非作成行政處分或其他公權力措施，不涉及人民公法上的權益或義務，「屬私法性質契約殆無疑義」。

由本案分析，司法實務見解明確表示，政府採購契約於開始履約以後，履約爭議即為私法性質之爭議。

²⁷ 經搜尋司法院有關判決，自民國 87 年 1 月 1 日起至民國 93 年 12 月 31 日為止，計有 93 年判字第 423 號判決等 4 件最高行政法院裁判書類中曾引用本判例。臺灣高等法院自民國 88 年 1 月 1 日起至民國 93 年 12 月 31 日，亦有 93 重上更(一)字第 28 號判決等五件書類中，為法官或兩造所引用。

²⁸ 此種觀點，常歸類為契約標的說，本文則認為契約之標的可能為財物、勞務或工程之承攬，其範圍較為確定。至於契約之「內容」或「效力」，則因其直接狹義意義與間接廣義意義有非常大差異，以此作為區分標準似有欠精確。

第三目 台灣高等法院 91 年度上易字第 186 號判決

本案爭點在於上訴人大人物顧問管理有限公司(下稱大人物公司)及毅欣資訊有限公司(下稱毅欣公司)，請求衛生署中醫藥委員會，返還有關中醫藥典電子資料庫計畫招標案之押標金。

本判決理由先在程序上，對於系爭政府採購契約，探究其性質屬公法契約或私法契約。其見解與上述通說同，亦認為「政府機關，以公開招標方式從事採購行為，雖以成立私法契約，達成行政目的，但關於本件招標所生爭議，不失為私權之爭執，自應由普通法院審判。」。因而認定本案性質上，係由普通法院審理之私法爭議。

惟本件在事實程序上可資注意者為，大人物公司、毅欣公司與訴外人龍捲風科技股份有限公司參加衛生署系爭案件之招標，尚未決標即為採購機關發現，上述三個具有競爭關係之廠商，支票連號及均由大人物公司購買簽發，因而依據政府採購法宣布廢標，故尚未決標。本判決，與後述兩階段論以決標為公私法爭議定性之分野時點不同，蓋機關判斷該三公司之投標文件內容有重大異常關聯，因而作成廢標及後續行為，均係在機關宣布決標時點以前，本判決認為屬私權爭執，與兩階段論認為在決標時點以前發生者，均為公法爭議，顯係不同見解²⁹。

第四款 法務部及工程會之函釋

第一目 採購法以私經濟行政為範圍，不生行政程序法之適用問題

工程會對於政府採購行為的定性，始終非常確定，認為其係私經濟行為，非屬行政程序法第二條第一項所規範的行政行為，不適用行政程序法³⁰。

²⁹最高行政法院民 93 年 2 月份庭長法官聯席會議，亦作成決議，認為「沒收押標金部分，係因採購契約履約問題所生之爭議，屬私權糾紛而非公法爭議，行政法院無審判權，應以裁定駁回。」採購實務上，參據採購法第 31 條，沒收押標金之情形，多半發生在廠商投標文件有重大異常情形。換言之，也多半係在機關宣布決標以前即發現並進行沒收(本文認為應係不發還)之行為，與兩階段論謂：宣布決標時點以前之爭議均為公法爭議，亦有明顯不同。

³⁰ 行政院公共工程委員會民國 89 年 8 月 17 日 (89) 工程法字第 89023741 號函。行政院主計處答覆國防部有關預算執行處理案亦有相同見解，見該處民 89 年 1 月 6 日台 89 處會字第 00248

另法務部民國 90 年 3 月 12 日 (90) 法律字第 002106 號函，參照該部民國 88 年 8 月 2 日 (88) 法律字第 029742 號函均持：「政府採購法係以政府機關、公立學校、公營事業辦理工程之定作、財物之買受、定製、承租及勞務之委任或僱傭等私經濟行政為適用範圍，有關此等採購事項，應依政府採購法及其子法之規定判斷之，似不生行政程序法之適用問題。」，因此依法務部上開之見解，亦認為政府採購行為係私經濟行為。

第二目 機關遴選及委託代理公庫銀行，多數見解認係私法契約

依法務部舉辦之「行政程序法諮詢小組」第十八次會議，其中，針對台北市政府函詢：遴選代理市庫之銀行，是否屬於行政契約，而適用行政程序法？小組之委員多數亦認為遴選代理市庫之銀行為勞務採購，應適用政府採購，應解為私法契約說³¹。

第四節 公法行為及私經濟行為兩階段說

第一項 學說見解



此說係將採購行為分為公法行為與私法行為兩階段，亦稱雙階理論³²或雙層理論³³。其主要的目的，在於希望藉此解決混合有公權力行政及私經濟行為兩者的行政機關行為，斷定適用何種法規作為評價基準，以及確定爭議救濟的途徑。據各種資料顯示，雙階理論係德國學者Hans Peter Ipsen於 1956 年提出³⁴。其見解之重點係認為在行政主體經濟輔助私人時，「決定是否補助」、「選擇補助何人」之階段，屬於公法關係，於決定之後「履行補助」則為私法關係。

我國學者在研究政府採購行為時，亦有認為，採購行為的評價方式，應係屬雙階理論適用的範圍。茲扼要舉其主要見解如下：

號函附件，「核復表」答復國防部問題三之核復一。

³¹ 該次會議計有十四位委員出席，其中九位贊成私法契約說，兩位贊成公法契約說，兩位採折衷說，一位則尚無結論。參見法務部民 90 年 2 月 23 日「行政程序法諮詢小組」第十八次會議紀錄。

³² 李旭銘，〈採購行為與雙階理論（上）〉，《法令月刊》，第 54 卷，第 5 期。

³³ 吳庚，《行政法之理論與實務》，三民書局，頁 13，(民 90 年 8 月增訂 7 版)。

³⁴ 同前註，頁 14。

或謂有從立法者的主觀意圖，及法條的字義解釋，得以推論：「政府採購法第八十三條，則將採購申訴審議委員會對申訴所為之審議判斷視同訴願決定，立法者顯然將政府採購契約締約前採購決定程序之相關爭議定位為公法性質；同法則對於政府採購契約之履約或驗收爭議則定位為私法上之爭議應循民事爭訟途徑解決…就此立法意旨似有採取所謂『二階段理論』模式之意圖」³⁵。

亦有認為：「國內政府採購有關法令皆屬公法性質，…政府採購兼具公法及私法色彩，而公法與私法之區分長久以來爭議不斷，恐非單純之理論得以解決，在政府採購法甫施行，而申訴制度必須面臨政府採購行為之屬性劃分之際，既採公法說或私法說均無法完全妥適的套用於政府採購行為，本文寧採兩階段說，以決標時點作為分野，決標前之政府採購行為屬公法領域，決標後雙方當事履約事項則歸私法範疇。」³⁶。

亦有謂：「行政法上關於公法、私法的區分並非先驗的、本質的、絕對的，而是相對的、社會的、立法考量的。筆者對於政府採購法第八十三條之解釋，由於有前述各項原因，自難獲致圓滿之答案，惟各種可能的解決途徑中，筆者認為兩階段說相對是最好的選擇，…」³⁷。

綜合上述，均認為雙階理論，在劃分各階段的爭議管轄機關上，有其實益。亦即，在決標以前所發生的爭議，可以藉由兩階段說劃為公法性質的爭議，由行政法院裁判；而決標以後的爭議，則屬於私經濟行為造成的爭議，由普通法院裁判。

惟本文認為此種劃分方式，雖有其行政或司法程序處理技術上的優點，例如較為明確，但仍有甚多值得討論之處，本文將在後續章節中提出討論。

第二項 司法實務見解

³⁵ 吳志光，〈行政機關公告行為之法律性質及其救濟途徑—兼評最高行政法院91年度裁字第238號裁定〉，第二屆行政法理論與實務學術研討會，（民91年11月11-12日）。

³⁶ 彭麗春，〈政府採購法上申訴制度之研究〉，輔仁大學法律研究所碩士論文，頁70，（民89年）。

³⁷ 林鴻銘，〈政府採購法廠商申訴制度之探討〉，頁30，《2001年海峽兩岸行政法學術研討會實錄》，台灣行政法學會、中國南京東南大學法律系共同印行，（民90年9月8日）。林氏另一著作《政府採購法之實用權益》，頁233，永然文化出版公司，（民92年4月），持同一見解。

第一款 台北高等行政法院 91 年度訴字第 1971 號裁定

原告高士達機電股份有限公司，與被告台北大眾捷運股份有限公司簽約後，因工作計劃、備品清單及專業技術名冊遲未獲台北捷運公司同意，致無法開工，台北捷運公司通知原告限期開工，原告乃提起異議及申訴，經台北市政府採購申訴審議委員會於民國 91 年 3 月 22 日，以府工三字第 09005877100 號作成採購申訴審議判斷書，原告乃向台北高等行政法院提起訴訟。

台北高等行政法院則由採購法修正前後的轉變，認為立法者對於採購爭議之解決，已採用學理上所稱之雙階理論。法院認為採購法為解決異議及申訴之程序，第七十四條修正前規定：「廠商與機關間關於招標、審標、決標、履約或驗收之爭議，得依本章規定提出異議及申訴。但得標廠商與機關間之私法爭議，已提付仲裁、申（聲）請調解或提起民事訴訟者，不在此限。」，第八十三條第一項：「審議判斷依其性質，得視同訴願決定或調解方案，並附記爭訟或異議之期限。」，然而民國 91 年 2 月 6 日採購法第七十四條修正為：「廠商與機關間關於招標、審標、決標之爭議，得依本章規定提出異議及申訴。」，此一修法轉變，顯然已將履約及驗收的救濟程序，回歸私法救濟程序，不再適用異議及申訴的程序。另第八十三條也修正為：「審議判斷，視同訴願決定。」，顯然不再將其公法或私法性質模糊處理，而「賦予單一效力，使其視同訴願決定，爰刪除視同調解方案規定，使相關救濟程序較為明確、單純可行。」³⁸。由此嘗試推論招標、審標、決標等訂約之前的爭議，係採取異議、申訴方式處理，而申訴審議判斷，視同訴願決定。因此推論出訂約前的階段，發生的爭議屬於關於公法的爭議，適用行政救濟程序處理。

另外對於訂約以後的履約爭議，本案判決理由也認為，採購法第八十五條之一，係規定機關與廠商間因「履約爭議」未達成協議者，分別以「一、申請調解。」或「二、提付仲裁。」加以處理，其中調解之程序及其效力，準用民事訴訟法有關調解的規定。因此推論出訂約後履約階段，發生爭議係屬私法爭議，應適用民事法的救濟程序。

³⁸ 政府採購法第 83 條，修正理由 1。

第二款 台北高等行政法院 90 年度訴字第 6810 號裁定

本案係原告日商三菱重工業股份有限公司，因遭中國石油公司依據採購法第一百零一條將其刊登於政府採購公報，致產生停止原告參與行政機關投標權利之結果，向工程會提起申訴，嗣因工程會駁回其之申訴，其不服工程會所作訴願決定，即申訴審議判斷，因而向台北高等行政法院提起訴訟。

本案台北高等行政法院認為³⁹：「足徵立法者對於採購爭議之解決，已採用學理上的『雙階理論』，即以廠商與機關間是否進入訂約程序，而分別適用行政爭訟及民事訴訟程序作為雙方爭議的救濟程序，此與司法院大法官於九十一年三月十五日作成之釋字第 540 號解釋理由…之看法一致。」⁴⁰。

第三款 高雄高等行政法院 91 年度訴字第 1105 號判決

本案係原告翌宙科技股份有限公司，於履約中所提出的員工履約能力證明文件，經被告台灣電力公司高屏供電區營運處驗證結果，認為不符合契約規定，因此依據契約規定解除契約沒收保證金，並通知原告，將依據政府採購法第一百零一條第一項第四款，刊登於政府採購公報，原告即提出異議及申訴，然均未獲被告及工程會同意變更通知的意旨，原告遂向高雄高等行政法院提起訴訟。

高雄高等行政法院在判決中，雖然與上開兩案件之裁判持同樣見解，認為採購法於 91 年 2 月 6 日修正以後係採所謂「雙階理論」⁴¹，但有趣者為，法院並未拘泥於「訂約前」與「訂約後」的時點劃分，認為本案屬於履約中的爭議，即斷然依「雙階理論」將之認定為應係普通法院管轄，相反的，法院對於政府機關在履約過程中，依據採購法第一百零一條所為的通知行為，明確認定為行政處分，確定行政法院有裁判權，而進一步作出實體審查及判決⁴²。

因此，究竟政府採購法的立法意旨，及實務執行層面，是否能以

³⁹ 與第一款之案件，同係第七庭所作之裁判，組成之法官亦相同，所持見解前後一致。

⁴⁰ 台北高等行政法院 92 年 7 月 15 日，90 年度訴字第 6810 號裁定，「理由」、「五」。

⁴¹ 高雄高等行政法院 93 年 2 月 27 日，91 年度訴字第 1105 號判決，「理由」、「三」。

⁴² 同前註。

雙階理論所能單純描述，並直接作為公法或私法裁判的劃分？本文認為，不論以採購法的條文架構，或以有關採購所發生的各類型行為角度研析，均有作較為細緻探討的必要。

第三項 公共工程委員會函釋

經探討搜尋相關資料，公共工程委員會迄今並未將政府採購行為，直接認定為雙階理論的函釋。

第五節 政府採購協定及其他國家相關法律規範的比較

第一項 國際經貿法對於政府採購行為的定性

第一款 政府採購協定（GPA）

政府採購協定對於締約國政府機關採購行為，係強調公開、透明⁴³與不歧視的原則⁴⁴，並需建立一套完整的咨商與申訴管道。並要求各締約國，必須在本協定對該國開始生效之前，其國內一切法律、規章、行政程序，及承諾適用於GPA的機關之規則、程序與實務，均已符合GPA的規定⁴⁵，而且締約國應建立一套調解及申訴之救濟機制⁴⁶。此係其基本精神。

對於政府採購行為，GPA並未在條文中顯示其為政府公權力行為或私法行為，條文係將重點置於各締約國應該給予廠商咨商與申訴的管道。

⁴³ GPA(前言)第4項：「Recognizing that it is desirable *to provide transparency* of laws, regulations, procedures and practices regarding government procurement;...」

⁴⁴ GPA, Article III, 清楚規定「國民待遇」及「不歧視原則」，即(1)特定締約國的產品、服務及供應商在該國所受待遇，應該不低於該國內或其他締約國之產品、服務及供應商。(National Treatment)。(2)每一締約國應確認其法律、規則及行政實務作業，對於當地的不同供應商，不因其外國股份多寡，或所有權人身份而有差別待遇。也不因為供應商所提供產品，係其他締約國的生產，而對其加以歧視 (Non-discrimination)。但除GPA有規定外，本條不適用於關稅和其他進口稅費之規定。

⁴⁵ 政府採購協定第24條第5款。

⁴⁶ GPA, Article XX, Challenge Procedures。程序上應先由供應商與採購機關採取協商解決，在我國採購法之程序，即為疑議、異議之程序。然後向法院，或公正獨立的爭端解決機構，尋求質疑或告訴。條文中並未將爭議切割為開、決標爭議或履約爭議，而規定廠商必需向不同的審理機構提出。

依據政府採購協定第二十條「質疑程序」(Challenge Procedures)⁴⁷規定，各締約國應提供供應廠商一個咨商與申訴的救濟途徑，此處的供應商所涵蓋的範圍，應係指本國的各供應商及締約國的供應商⁴⁸。另外，第二十二條也有「咨商與爭端解決」的規定，惟該條所規定的咨商主客體係締約國⁴⁹，也就是規範內容為國與國之間的咨商與爭端解決程序，與第二十條所規範的主體對象有異，兩者不可混而論之。

依政府採購協定第二十條之規定，廠商可以用「與採購機關咨商」，以及「向獨立公正機關提出質疑救濟」，此處的「廠商」，依政府採購協定第三條之規定，係指締約國的供應廠商，並不包括其他非締約國的供應廠商。而咨商的方式，係向辦理採購的機關咨商，而採購機關在廠商提出咨商時，即應「無私的」及「適時的」對廠商請求咨商事宜加以審視考量，此種考量，不得損及廠商按質疑救濟程序取得改正措施的權利。換言之，廠商向採購機關提出「咨商」程序，與向獨立公正的機關提起「質疑救濟」程序，兩者在政府採購協定中並未規範以何者需前置。

由以上的分析可以得知，政府採購協定所要求者，乃締約國內國法必須給予各供應廠商公正獨立的救濟途徑，至於該途徑中之公正獨立機關係行政法院或普通法院，則並非政府採購協定關心的重點。

從GPA的角度來看我國的救濟制度，在GPA門檻金額以上的政府採購案，在辦理過程中即受GPA的規範，即便係在決標訂約後履約當中，如果採購機關有違反GPA的情形，供應商仍然有尋求救濟之權利。此時廠商依據採購法第八十五條之一，得向採購申訴審議委員會申請調解，或向仲裁機構提付仲裁。自然亦得向普通法院提出民事訴訟。惟

⁴⁷ 公共工程委員會對於本條之中文譯文為：「申訴程序」。本文認為有下列兩個理由，以譯為「質疑程序」較為貼切。第一，「申訴」在文義上，係由受懲罰者，向機關說明情由，在語義上通常係指涉受懲罰或指責者單向陳述的行為，且係辯駁自己無錯誤，與challenge係「質疑」對造之過失或錯誤損及本身權益，從而尋求救濟，兩者在攻防的區別上，及描述客體上均有大差異。第二、本條規範的內容，不僅包括向採購機關「咨商」(性質類同我國政府採購法的異議程序)，而且包括向一個公正客觀的組織，尋求類似仲裁或審判的救濟，如果將其翻譯為「申訴程序」，可能與我國現有的申訴程序混淆。

⁴⁸ 政府採購協定第三條。

⁴⁹ GPA, Article XXII, 2, "If any *Party* considers that any benefit... is being nullified or impaired... *it may*... make written representations or proposals to the other Party or Parties.... Such action shall be promptly notified to the Dispute Settlement Body...(..."DSB")..."。然後，DSB即有權成立爭端審理庭，啟動審理之機制。因此係由締約國作為當事人，並非系爭採購案之供應商。

若系爭案件之爭點係「契約條款或規範違反GPA之規定」，是否構成民事訴訟案件之訴因，或法院之裁判程序是否符合GPA第二十條之精神，係頗堪推析之問題⁵⁰，惟因非本文研究之範疇，茲不贅言。

第二款 歐洲聯盟 (EU)

歐盟係目前世界上最大，而且組織最為緊密的經濟體之一。截至94年為止，歐盟一共有25個歐洲國家加入其中⁵¹。因此歐盟的條約，對加入歐盟的會員國有國際法的拘束力，各會員國均有遵守的義務⁵²。而且與WTO的規範相同，歐盟會員國的內國法，在加入歐盟時，或在一定的期限以內，必須修正符合歐盟條約 (Treaty) 或指令 (Directive) 的規定及精神。

歐盟於1999年11月5日發給各會員國一份通報，該通報規範「政府採購透明化協定」的實施要點⁵³。依據本實施要點第一條第三項，各會員國均有遵守並且修正內國法，使其符合本實施要點的精神⁵⁴。另外在本要點第八條規範：「內國的審查：1. 每一個會員國，應維持公平及透明的司法、仲裁或行政審查組織或程序，以對於採購機關發生法律效果的決定，能夠達到提供立即審查的目的。2. 此一組織及程序，應獨立運作，不受採購機關影響。所有受到第一款之決定影響的利害相關當事人，都能尋求此一組織及程序，予以救濟。3. 會員國應保證，對於提供採購資訊的請求，每一採購機關均能予以回應，且採

⁵⁰ 如契約成立後國外廠商主張特定之契約條款違反GPA之規定，向法院民事庭提起訴訟，該爭點是否可以成為訴因，而為民事庭受理？如民事庭受理，並進行實體審理，其程序是否具有GPA第20條第7款，審理機制可允許「快速臨時措施以改正違反協定情事及保全商機」、「遭受損失之賠償」，及第8款「應適時完成程序」，係頗堪檢證之處。

⁵¹ 分別為Belgium, Germany, France, Italy, Luxembourg, The Netherlands, Denmark, Ireland, United Kingdom, Greece, Spain, Portugal, Austria, Finland, Sweden, Cyprus, Czech Republic, Estonia, Hungary, Latvia, Lithuania, Malta, Poland, Slovakia, Slovenia。其中有10個國家係於2004年加入。See http://europa.eu.int/abc/index_en.htm#, (2005年3月31日連結查閱)

⁵² 王泰銓，《歐洲共同體法總論》，頁176，「歐洲共同體法獨立於各會員國內國法，...不應為會員國內國法之任何法律條文所抵觸」，三民書局，(1997年5月)。另參見：*Treaty establishing a Constitution for Europe, Article I-6*, “The Constitution and law adopted by the institutions of the Union in exercising competences conferred on it shall have primacy over the law of the Member States.”, *Official Journal C 310 of 16 December 2004*.

⁵³ See http://europa.eu.int/comm/trade/issues/sectoral/gov_proc/wto_nego/transpa5.htm, *Elements for an agreement on transparency in government procurement*. (2005年3月31日連結查閱)

⁵⁴ *Id.* Article 1: “General Objective ...3. Members shall adopt and apply their legislation in good faith so as not to undermine the aims of this Agreement.”

購程序的所有行政紀錄資訊，均被保存。」⁵⁵。

由以上條文可以看出，歐盟對於會員國如何為政府採購行為定性，並未加以規範，從而會員國是否要認定採購行為為公法行為，或私法行為，亦均非歐盟所重視之點。如同政府採購協定，歐盟本項實施要點，重點在於要求會員國，提供公正、透明而獨立的救濟組織及程序。

第二項 德國對於政府採購行為的定性

1980年代中期起，歐盟頒布有關會員國政府採購的指令，對各會員國即產生上位法源的拘束力，各會員國的內國法必須修改，以符合歐盟指令的精神。德國身為歐盟的創始會員國之一，也必須將其內國法加以修正。因此，乃在1998年5月29日通過新的有關政府採購法律。而其有關政府採購法律，並非獨立的法律，而係列為營業競爭限制防止法的第四篇⁵⁶，自第九十七條至第一百二十九條，計三十三條。

基本上，該篇之規定對於政府採購行為及救濟途徑有綱要性規範⁵⁷，並授權聯邦政府對於招標、決標、履行契約、驗收等程序進行詳細規定⁵⁸。至其規範的對象則係政府機關，也就是要求政府機關辦理採購作業時，應該遵守本法原則、踐行一定的程序⁵⁹。

值得注意者，依德國法，招標機關的決標行為並非高權行為⁶⁰。

⁵⁵ *Id.* Article 8: “Domestic Review 1. Each Member shall maintain fair and transparent judicial, arbitral or administrative review bodies or procedures for the purpose, inter alia, of the prompt review of decisions of procuring entities creating legal effects. 2. Such bodies and procedures shall operate independently of the procuring entities and shall provide all interested parties that are directly and individually affected by a decision as mentioned in paragraph 1 with access to review. 3. Members shall ensure that each procuring entity is able to respond to requests for information on the way the procurement was carried out by maintaining a comprehensive administrative record of the procurement proceeding.”

⁵⁶ German *Act against Restraints on Competition* (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB), Chapter IV, Award of Public Contracts.

⁵⁷ 該篇計分三章如下：Chapter I, Award Procedures. (Sec. 97 – Sec. 101) Chapter II, Review Procedures. (Sec. 102 – Sec. 124) Chapter III, Other Provisions. (Sec. 125 – Sec.129) 其中以爭議救濟所占比重最大。

⁵⁸ *Id.* Section 97, (6), “The Federal Government is empowered to more precisely define, by ordinance with the approval of the *Bundesrat*, ...”

⁵⁹ *Id.* Section 97, (1)

⁶⁰ Ulrich Bälz, 〈德國營業競爭限制防止法有關政府採購規範之發展〉，《公平交易季刊》，第十卷第一期，頁165，(2002年1月)。

其執行係依據機關與得標廠商間之契約。機關決標代表承諾的意思表示，與廠商投標之要約意思表示一致，而使契約成立。對外宣布之決標決定，是不能再被撤回的⁶¹。

而廠商對於決標前的爭議申請審查，係依序向設在採購機關內的採購審查小組⁶²、採購裁決庭⁶³、以及邦高等法院審理採購爭議專庭⁶⁴提起救濟。但是廠商可以自由選擇是否向採購審查小組請求審查，或直接向政府採購裁決庭尋求第一層救濟⁶⁵，但對於採購審查小組之決定不服者，只可向採購裁決庭異議⁶⁶。採購裁決庭對於爭議的決定則為屬於行政法下的行為⁶⁷。採購裁決庭的審查程序必須先行，始可向高等法院採購專庭提起訴訟。

由以上規定之程序可以看出，德國法將政府採購行為認定為契約行為，但認定採購裁決庭對爭議的決定，係在行政程序下的行為。該國對於政府採購的爭議，也以設置專庭的方式處理⁶⁸，以使得司法審查程序及實質，更為接近政府採購的專業面，而非僅就形而上的分類問題，花費司法資源。

第三項 美國對於政府採購行為的定性

美國政府機構與民間能夠成立契約關係的權源，係來自國會依據授權法（Authorization Acts）授權政府機關辦理，而其採購預算基金則係來自於撥款法（Appropriation Acts）的授權。如果聯邦政府機關的採購行為，超出此兩種法案的授權，則可能導致契約不能執行。

而美國最重要的政府採購法典，即為聯邦採購規則（Federal Acquisition Regulation, FAR）。許多美國政府機關，依據該規則加以修訂或增補之後，作為自己的採購規則。例如國防部即是。

⁶¹ 同註 56， Section 114, (2)。

⁶² 同註 56， Section 103, (1)。

⁶³ 同註 56， Section 106, (1)。Ulrich Bälz教授之文章經由翻譯後，譯為「採購局」，然而該德國法之英譯為「Public Procurement Tribunal」，且該組織之功能為裁決有關爭議，故本文譯為採購裁決庭。

⁶⁴ 同註 56， Section 116, (3)

⁶⁵ 同註 60，頁 163。

⁶⁶ 同註 56， Section 103, (3)

⁶⁷ 同註 56， Section 114, (3), “The public procurement tribunal shall decide by administrative act....”

⁶⁸ 同註 56， Section 104, (2)

美國政府採購程序，在FAR中有非常詳盡的規定。其中值得一提的是FAR在其第3.7分章，對於政府機關可以使契約失效（void）或解除（rescind）契約的情形有所規定。該分章3.700節有關「分章的範圍」(a)規定：「本分章規範政府有關機構運用裁量權，使（政府採購）契約予以失效或解除的運用政策及程序」，在性質上，似與我國政府採購法，有關採購機關終止或解除契約的規定相類似，該3.700節接著規定，得以使契約失效或解除的情形，為有關賄賂、利益衝突、洩漏廠商投標資料、洩漏建議書或洩漏選擇廠商資料，以至於對特定廠商有利等等瀆職及不正行為，經過終局的有罪認定⁶⁹，此時，總統或其授權的行政執行首長，即具有解除契約，或使其失效之權。

然而在3.700節中同時規定，3.7分章並非規範契約解除、失效或撤銷之後，政府機關請求補償的政策或程序，該等規定仍需依據普通法有關無效、終止或解除程序中請求，但並不侷限於普通法的程序⁷⁰。

由此可以得知，在美國有關政府採購行為，受到非常細節的、繁瑣的聯邦採購規則所規範，絕大部份的程序均有非常詳細的規定。而政府機關能夠單方終止或解除契約的情形，係採購的公務員發生瀆職行為（misconduct）或廠商有不正行為。

然而，有關終止或解除契約以後的求償程序，則仍回歸普通法或其他相關法律，與契約法的評價或救濟程序並無不同。而美國聯邦採購案件的爭議管轄法院係聯邦申訴法院（Court of Federal Claims, COFC）⁷¹。或可向各聯邦機構中設立的「契約上訴委員會」（Boards of Contract Appeals）尋求爭議救濟。已經尋求司法救濟的爭議案件，如不服一審之判決，其上訴法院係由聯邦巡迴上訴法院（Court of Appeals for the Federal Circuit, CAFC）管轄⁷²。

⁶⁹ U.S. Federal Acquisition Regulation, Subpart 3.7, Voiding and Rescinding Contracts., 3.700 Scope of subpart.

⁷⁰ *Id.* 3.700 Scope of subpart., (b) “This subpart does not prescribe policies or procedures for, or govern the exercise of, any other remedy available to the Government with respect to such contracts, including but not limited to, the common law right of avoidance, rescission, or cancellation.”

⁷¹ 參照《法律英漢辭典》之譯文，五南圖書出版公司(1999年7月)。

⁷² Frank K. Peterson, Doing Business With The Federal Government, Maryland Bar Journal, (Sept./Oct.,2003)

美國在聯邦政府採購規則中，也將政府採購契約，認定與一般契約並無不同。其給予救濟的法院或行政主體，雖然予以特定，但並不從採購行為的各階段區分何者採行政法之審查，何者採普通法的審查，故不至於發生適用司法程序判斷的困擾。

第六節 政府採購行為及決標行為的屬性爭議簡評

由以上探討，可概略瞭解，採購法的國際經貿法源政府採購協定，以及區域性的比較法源歐盟法，乃至英、美，皆無將採購行為定性為公法或私法行為。因為政府採購，本質即係建立契約關係，與其他採購不同者，即採購行為係行政主體所為，絕大部分預算係透過立法程序，支用人民所繳交的稅收，因而在序上，極為著重於公平、公開的程序。

另一方面，國與國透過條約或協定，開放彼此龐大的政府採購市場，提供締約國的廠商公平競爭，是政府採購協定重要精神。政府採購協定要求各締約國具備公開的招標程序，以「最低價」或「最有利標」之決標原則，及「公正獨立的組織」來處理爭議，乃其重點。惟並未將政府採購行為，定性為行政處分。而大陸法系國家如德國，也未產生諸如我國之在採購行為定性上的困擾⁷³。

然而在我國，由於司法審判二元化的因素，致產生許多有關採購行為定性的不同見解，甚而在司法實務上，也各有不同的看法產生。而若採所謂雙階理論，以「決標」的時點作為劃分，則「決標行為」究竟屬那一階段？決標行為係訂約前或訂約後？

決標程序，為整個政府採購行為中的一環。本文討論之「決標程序」，係採購法第三章的各種行為，因此包括訂定底價、開標、審標乃至於最後確定得標廠商的整套作業。決標程序包含複數個法律行為、行政行為及事實行為。每一行為的屬性應分別探討，而不宜逕以宣布決標之時點作為劃分。

⁷³ Ulrich Bälz, <德國營業競爭限制防止法有關政府採購規範之發展>, 公平交易季刊, 第十卷第一期, (91/01), 頁 159-168, 劉華美譯。即便在同為大陸法系的德國, 亦係將政府採購的法律規範置於營業競爭限制防止法之下, 同時審查採購的權限在卡特爾署, 而不服卡特爾署之決定者, 則向聯邦高等法院提出上訴。德國採購機關之決標行為, 並不是高權行為。

本文認為，將「決標」定義為「宣布決標之行為」，雖符合通常概念，但似乎有跳過論理程序，過於約化的遺憾，以及簡化「整套決標程序」的思考邏輯之嫌。

本文亦認為，將決標程序以階段區分，選擇以雙階理論、公法行為或私經濟行為來解析，係將既有之分析理論加諸於具有多階段、細緻而複雜的政府採購行為上，似有削足適履之嫌。因而產生後續之定性爭議。

第七節 本文看法（代小結）

第一項 政府採購行為，由多項行為所組成

政府採購行為是一連串行為的組成。採購法第二條將「採購」定義為：工程之定作、財物之買受、定製、承租及勞務之委任或僱傭等。因此，凡「工程」、「財物」或「勞務」之採購需求產生，機關開始進行市場調查、擬定採購規格及履行契約，以迄驗收、保固，此期間內之行為，均屬於「政府採購行為」的範圍，因此政府採購行為係一連串行為的組合。

這些行為在公法或私法性質上，均可單獨探討分析。訂約前有些行為在屬於公法性質，其他的行為則偏重私法性質，同樣的，訂約以後政府機關的行為，也不盡可定性為為私法行為。雙階理論單純以訂約時點做為劃分，將造成個別行為的本質未被評價。

第二項 政府採購行為，由機關與廠商雙方互動行為所組成

採購行為透過契約訂定，完成給付義務、請求對方給付契約標的，並從而取得契約標的物之事實行為與法律行為。因此不論在招標、決標、履約過程中，都必須由機關與廠商共同進行，雙方的關係時而相對，時而相輔相成，隨時都保持緊密的互動關係。

在採購機關這一方，這些行為包括尋訪規格及價格、訂定規格規範或圖說、招標、開標、決標簽約、履約、驗收及使用的行為。在廠商這一方，相對於以上的行為，則有提供規格、價格、提供圖說、領

取投標文件、尋訪價格、估算價格、參加投標、參加開標、比價或議減價格、提出價格的說明（採購法第五十八條的情形）、接受決標簽訂契約、履約、分批計價、驗收改正、請領契約價金及保固等程序。

以上程序，僅係將「政府採購行為」作較為統稱性的行為分類。其中每個行為類別，尚包括各種牽涉該一行為類別所產生的爭議，詳細探究每一個爭議，可能由採購機關單方行為造成。也可能係雙方所產生。

第三項 「政府採購行為屬於何種行為」的深一層省思

政府採購行為由許多事實行為及法律行為所組成。其中屬於法律行為者，也不宜驟然定性為公法行為或私法行為，必須視所發生的爭議點為何，始能確定其為公法爭議或私法爭議。

不論單純將政府採購行為，以既存之學說定性為公法行為或私經濟行為，或以雙階理論將決標訂約之前的行為定性公法行為，而決標訂約以後定性為私經濟行為，均似乎未由「系爭行為」或「個別爭議」的本質加以探究，將難免使得類同的事實狀況下，用不同的理論解析而產生不同的結果。

本文認為，將採購過程中所發生的各種行為，統稱為一個「政府採購行為」，而由外而內的，透過論理，將既有學說套於此一政府採購行為上，從而將其歸類為「契約」或「行政契約」、應適用行政救濟程序或私法救濟程序，似乎都有過於簡約此一行為的嫌疑存在。

第四項 較為細緻的定性方式

綜合以上探討，本文以為，政府採購行為乃許多行為的組成。如對採購行為加以定性，則必須針對個別的行為加以探究，而不可籠統對於「政府採購行為」作定性。

例如：「開標」是一種事實行為，依據政府採購法施行細則第四十八條，開標即係在採購文件標示的時間及地點，「開啟」廠商投標文件之標封，宣佈廠商之名稱或代號、家數等事項，如違反採購法及施行細則提前開標而產生爭議，則首先應思考該行為之本質是否為採

購機關單方的行為？廠商有無參與互動的權利？是否為處分行為？是否為民法上的法律行為？有無成為民法侵權行為的可能？由以上的思考程序及以要素分析的方法，來逐步確定違反採購法的開標行為，在評價上屬於何種行為，或偏重某種行為，方能使行為的本質清晰浮現。

又，在思考抉擇公法救濟程序或私法救濟程序的上，本文也認為，應該由該行為的本質加以探討，由各種行為本質的要素分析出發，方能明確瞭解後續應該尋求的救濟程序。反之，如果僅以現存學說或法條立法理由為依據加以探討辯論，似乎無法接近行為及爭議之本質，其邏輯演繹即難以周延。

第五項 決標行為在政府採購行為中的定性

政府採購行為中，決標程序是當中的一環。就事實程序來看，「決標」的動作，仍然包括了一連串的事實行為。這些事實行為簡要描述如下：

機關開啟廠商所投遞送達機關的標封，審核投標文件是否符合招標文件，確定合於招標文件的廠商以後，進行標價的確定及排序，合格廠商標價均未低於機關的底價時，進行價格標的洽減及比減，減至有廠商的比減後價格低於底價時，且為最低時，即決標予該廠商。亦即如最低標廠商標價低於底價，且無標價偏低、影響品質情形時，即應決標予最低標價之廠商。

由以上堪稱非常簡要的描述中，可以得知，即便是決標程序，也包括了非常多的作業程序在內。而這些作業程序，最重要的目標，即在於確定何者為最後的得標廠商。

詳細檢討及分類，決標行為中，採購機關內部所作的開標、審標、確定不合格標、洽減價、比減價以及開標、審標結果的通知，如果有不合於政府採購法及法規命令之處，廠商尋求民事上救濟的可能性均非常低。而且採購機關作成決定的過程，廠商並無參與作成決定的權利。因此，採購機關在決標行為中所作成的各種決定，其權利的來源為政府採購法。採購機關之所以能夠在決標的程序中，單方逕行作成

一些決定，係由於採購法的授權。基於有「授權」即相對應「受審查」的法制衡平架構設計，因此，立法者授予機關上述單方決定權，同時設計了衡平的審查機制，即「異議」及「申訴」。因此在個別行為性質的檢討上，似可綜合論析如下：

一、採購單位或人員代表機關，「通知得標廠商得標」的行為，屬於純粹的私法行為。

投標廠商投標的行為，係針對機關招標文件所列標的及其他的必要項目，所為的意思表示。該意思表示，通說認為係訂約成立前的要約行為，本文贊同此一見解。而機關接獲數個廠商的投標文件，亦即個別廠商針對該採購案的要約以後，經過審查及比價程序確定得標者，隨即口頭或書面「通知該得標者」的行為，係機關對決標對象廠商所為「承諾」的意思表示。

經過投標廠商的要約，及機關對其中合於招標文件，且係決標對象廠商之要約進行承諾，雙方即符合民法第一百五十三條意思表示一致的要件，契約即成立。此一行為係決標行為中的私法行為。

二、決標程序其他行為，同時具有私法行為及採購法授權機關單方決定行為的特性，但較為偏向採購法「授權」或「規制」之行為。

由實際執行層面探討，決標程序中，除了宣布決標係承諾之行為外，其他行為似以採購法授權行為加以定性⁷⁴，毋寧是較合理的方式，其理由如下：由民法角度檢討，在前段所述的「通知得標者之前」的行為，屬於意思形成及意思有體化的階段⁷⁵，即機關主觀的行成意思的過程，透過此一過程，採購機關行成了行為意思、表示意識及效果意思⁷⁶，然後才有通知得標廠商的「表示」行為。上述的前段行為，係機關的內部行為，廠商無從知曉，縱然在事實上因參加開標審標程序而知曉，因並未接獲機關通知，也無從主張權利。所以依民法探討，僅能將之定位為意思形成，似乎並無任何實益。

⁷⁴ 本文認為：此一階段的行為，與其稱之為公法行為，不如以稱之為「政府採購法授權行為」較為精確。也符合此一階段採購行為的本質。

⁷⁵ 陳自強，〈民法講義 I — 契約之成立與生效〉，第 57,58 頁，學林文化公司，2002 年 3 月，一版。

⁷⁶ 王澤鑑，〈民法總則〉，第 362 頁，三民書局經銷，2000 年 9 月版。

另，此一階段的行為，有屬於政府機關內部者，例如：如何開標，如何訂底價，決標之後應將決標結果公告。有屬於與投標廠商利益發生關係者，而且也需要廠商共同參與為之，例如：開標決標的原則，審標的方式，減價的方式。其性質與行政處分的定義：「公法」上所為的「處分」，距離相當遠。究竟，政府採購行為並非公權力執行模式的一種，也並未發生強制性的高權力量，因此，本文認為並非公法行為。另一方面，機關此時所為的種種行為，能夠成為救濟案件之事實爭點，廠商可提起異議申訴，係由採購法所創設之救濟權，且採購法提供明確的救濟途徑。因此本文認為，採購機關此時的行為，精確定義即為「政府採購法授權行為」。

由上述採購法授權行為的角度，探討機關通知得標以前的機關內部行為，即與民法上僅代表意思行成，無任何實益的結果，大不相同。

由於採購法同時設計了異議及申訴的架構，在廠商權利救濟上，具非常大的實質意義，採購機關承諾（即通知得標廠商決標結果）以前，廠商原來無從尋求救濟，然而採購法第七十四條⁷⁷的規定，使此一階段有了救濟管道。以最常見發生的爭議案例為例，如果參加投標廠商，經過招標、開標、審標、決標程序之後，並未得標，該廠商認為上述過程有違反政府採購法之處，致對開標結果有不正確的影響，原依據民法，並無任何請求權基礎，可供該廠商提出民事上的救濟。⁷⁸自從政府採購法訂定，並由工程會設立採購申訴審議委員會之後，廠商即可據此提出異議及申訴。此一救濟程序的設計，為政府採購行為與民法上單純的買賣或承攬行為最大的差異。也是決標前行為之特性，顯現出並非單純的政府機關意思行成。

至於通知決標前的採購機關行為，經過異議及申訴程序之後，採購申訴審議委員會對於廠商的申訴，依據採購法第八十條第一項進行審議，並依據採購申訴審議規則製作審議判斷書之後，廠商如對於該

⁷⁷ 政府採購法第七十四條：「廠商與機關間關於招標、審標、決標之爭議，得依本章規定提出異議及申訴。」

⁷⁸ 依據以往政府採購之實務經驗，對於決標之前的政府採購行為，缺乏爭訟或救濟的機制。也沒有一個使得廠商產生信賴感的公正審議機構，因此廠商最常使用的方式，是藉由刑事上的告發，例如：告發承辦公務人員有圖利罪嫌，引發偵查機關的偵查行為，來影響或阻斷採購機關採購行為的繼續，並促使採購機關或其上級機關，進行採購案件內容的自省。從而告發的廠商，即可獲得較為公平或較為有利的招標規範內容。

審議判斷書仍不服時，有無後續的救濟途徑？政府採購法並未明文規定，但在第八十三條規定：「審議判斷，視同訴願決定。」，因此廠商接獲採購申訴審議委員會的審議判斷書之後，在訴訟實務上，可依行政訴訟法第四條，向高等行政法院提起行政訴訟。就其尋求救濟的途徑來看，似乎應溯及的將該階段的行為，定性為公法行為，也有許多學者持此種看法⁷⁹。然而本文看法認為，此種救濟途徑的設計，僅係立法機關在救濟途徑的設計上考量，即在國際法層面，救濟制度需符合政府採購協定，內國法層面，審查政府機關行為合法否的最適法院，應屬行政法院。因此才將必要的後續救濟途徑，指向行政法院。並無由救濟途徑，來將該通知決標前階段行為，定性為公法行為的本意。而且審議判斷本身僅為「視同」訴願決定，並非即為對於「行政處分」所作成的訴願決定。由此更可看出，機關的採購行為，甚至關於系爭採購行為所形成的異議案件，是否為一「行政處分」，立法機關均未予確定定性。

因此本文認為：在「決標行為」此一非常複雜而細緻的行為組合中，僅有「通知得標廠商該廠商得標」的行為，為民法上的承諾行為，屬於私法上行為。至於上述通知行為以前的各行為，則均屬於「政府採購法授權的行為」，並非公法行為，也非單純的民法上意思行成行為。至於有關司法救濟程序的設計，委諸於行政法院，係依政府採購協定，在內國法上必須賦予的救濟途徑，經過最適化考量之後所形成的立法結果。在立法程序中，並無就此將該一階段的行為定性為公法行為的本意。

第六項 宣佈決標行為定性為私法行為所可能產生的問題

決標行為中，將「宣佈決標前」的各行為，定性為政府採購法授權的行為，似較無論理上的疑問。惟將「宣佈決標，通知得標廠商決標予該廠商」的行為，定性為私法行為，則尚有待探討之處。其原因在於同上所述，如將其視為對於廠商的要約，所為的承諾的行為，在民法的檢討上，無任何疑問，但同時依據採購法第七十四條，廠商對於決標之爭議，亦得以提出異議及申訴。此處的「廠商」，並未限定

⁷⁹ 同註 9。

為未得標的廠商，或得標的廠商。

因此由未得標的廠商角度而言，對於採購機關宣佈決標（即向得標廠商承諾）的行為，渠得以依據該條提出異議及後續的申訴。以此角度探討，可以明顯看出，宣佈決標、通知得標廠商的行為，似乎也有非常多的面向。以民法法理探討，該行為係承諾。但是以採購法探討，該行為顯然仍可定性為採購法授權的行為。

由得標廠商的角度而言，雖然採購機關已經對其所提出的要約，以宣佈決標的方式，做出承諾的行為，契約已經成立。但是依據採購法第七十四條，該得標的廠商仍然可以提出異議及申訴，以尋求機關決標行為違法所造成爭議的救濟⁸⁰。

因此本文認為，即便是「宣佈決標，通知得標廠商其得標」的典型民法上承諾行為，也有政府採購法上的不同性質，與不同的救濟的途徑。



⁸⁰ 實務上，得標廠商在決標後所提出的異議及申訴，較常發生在得標廠商標價有政府採購法第五十八條，及同法施行細則第八十條定義的偏低情形，而機關經過審查之後，仍然宣佈決標予該廠商，該廠商提出異議及申訴。詳細情形，本文於後段加以探討。