

### 第三章 決標與契約成立的關連性

#### 第一節 民法上契約的成立要件

##### 第一項 本文討論的契約範圍

契約非僅限於債權契約，物權契約<sup>1</sup>及身分契約也是契約的一種。惟本文探討的範圍，係政府採購行為中的決標方式。政府採購行為之範圍，依據政府採購法第二條為：工程之定作、財物之買受、定製、承租及勞務之委任或僱傭，其性質與民法中的買賣、租賃、承攬、委任及僱傭型態之行為較為接近，其性質屬於債權行為，因此本文討論的範圍限於債權契約。以下所稱的契約，亦均為債權契約。

##### 第二項 契約概論

訂定契約，係現代生活上從事買賣、租賃、承攬、僱傭、借貸、旅遊、保證等交易活動，所不可或缺的法律行為。契約法律上意義，係指訂約當事人為使「特定的取得權利，及負擔義務的狀態」產生法律效果的意思表示一致時，訂約當事人之間的合意。<sup>2</sup>

依據民法第一百五十三條，訂約當事人互相意思表示一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立。此為契約成立的要件。判斷契約是否成立，應包括下列幾個要件：

第一、要有數個以上的訂約當事人。契約的訂約當事人不可能僅有一個人，絕大多數的契約當事人係兩個契約當事人，契約當事人意思表示一致時成立，也就是達到了一種合意的狀態。

<sup>1</sup> 陳自強，《契約之成立與生效》，頁34，「我國通說認為(民法)第七六一條第一項但書所謂『讓與合意』，指動產物權移轉的合意，即物權契約。」，學林文化公司(2002年3月)。

<sup>2</sup> 不同的學者，對於「契約」的描述不盡相同，本文認為，契約係指訂約當事人意思表示一致之後的合意。孫森焱，《新版民法債篇總論上冊》，頁22，(90年9月修訂)，「廣義的契約，謂雙方當事人合意而產生法律上效果的行為。…茲所謂契約，乃專指發生債之關係為目的之契約」，孫先生認為契約係一種行為。何孝元，《民法債篇總論》，頁7，三民書局，(80年10月)，「廣義所謂契約，汎(泛)指以發生私法上效果為目的之合意而言，…；狹義所謂契約，僅指以債之發生為目的之合意而言，…。我民法…蓋茲狹義契約之意義也。」，何先生則認為契約係一種合意。英美法對契約的描述，簡要言之為：「An agreement between two or more parties creating obligations that are enforceable or otherwise recognizable at law.」。p.318, BLACK'S LAW DICTIONARY, 7<sup>th</sup> edition.

第二、訂約當事人為了特定的權利取得或負擔義務事務，必然有要約及承諾的意思表示。訂約當事人意思表示，簡言之，係透過下列程序行成：1. 意思行成：訂約當事人對於上述的權義事務經過主觀衡量思考，並確立自己的意思。2. 表示意識<sup>3</sup>：主觀的產生將該一「意思」表示於外的意識<sup>4</sup>，並對於該行為具有法律上意義有所意識<sup>5</sup>。3. 表示行為<sup>6</sup>：將該一意思付諸行動，實際表示於外，而且該一表示的行為，係有方向性的行為<sup>7</sup>。換言之，必須向其他的訂約當事人為之。而契約成立的最重要要件，即為有「要約」及「承諾」的意思表示。

第三、要約與承諾的意思表示，係由不同的訂約當事人相互為之。要約的意思表示係行為在先，而承諾的意思表示，必須根據要約的內容範圍隨後為之。由於要約與承諾兩種意思表示，係前後相互為之，故並無由同一訂約當事人，同時為要約及承諾行為，而使得契約成立的可能性。而且理論上要約與承諾的行為時間係有前後的時間差，但是在交易態樣極為複雜及變化無窮的今日，很多交易行為中，要約及承諾的意思表示，往往接近同時<sup>8</sup>。

第四、契約的成立，必須要由要約與承諾的意思表示達到一致，所有達到契約成立的意思表示均必須為有效的意思表示。依據民法第七五條，無行為能力人所為的意思表示無效。因此訂約當事人必須是具有行為能力的人，此處所稱的「人」，並不論其為自然人或法人。只要係有行為能力者，均可以成為訂約當事人。

第五、雙方是否為明示或默示，則在所不問。而且除了法有明文規定或訂約當事人約定，必須以固定方式行之者，必須以該種方式締約始為有效之外，其他契約均不需要有固定的方式為之，即可生效。

<sup>3</sup> 本文認為「表示意識」之階段，係在意思行成之後，訂約當事人主觀上接續產生的內心意思，希望將已行成的意思，藉表示的行為向相對人表達。當然以主觀要件來探討，即可包含「行為意思」及表示意思。

<sup>4</sup> 學說上歸類為主觀要件中之「行為意思」，即係「自覺地從事某項行為」。王澤鑑，《民法總則》，頁362，三民書局(2000年)。

<sup>5</sup> 學說上，將之歸類為主觀要件中之「表示意思」。王澤鑑，同前註。

<sup>6</sup> 在學者對於意思表示的構成要素分析上，「表示行為」係客觀要件。王澤鑑，《民法總則》，頁361，三民書局(2000年)。

<sup>7</sup> 本文所謂有方向性之行為，係指該行為係針對特定事件、向特定對象進行。

<sup>8</sup> 有許多買賣契約，係透過不斷的磋商，買賣雙方的意思表示，很可能經過多次修正，當達到契約成立的那一刻，確實也難分辨，何者為要約何者為承諾。然而此種情形，相信沒有人會懷疑訂約當事人雙方對自己最後意思表示的確信，也不懷疑契約是否已然成立。不論其被視為要約或承諾。

## 第二節 政府採購契約的成立要件

政府採購契約為債權契約，其成立的要件，也不脫債權契約的要件範圍。因此對於政府採購契約成立要件的探討，有以下幾點：

### 第一項 廠商成為訂約當事人的適格性

依據政府採購法第八條之規定，在政府採購行為中，廠商的定義，是指公司、合夥或獨資之工商行號，及其他得提供各機關工程、財物、勞務之自然人、法人、機構或團體。因此由採購法探討，可以成為機關採購訂約之對象者，其範圍至為寬闊。除法規有明文禁止者外，其他均可成為契約當事人。

### 第二項 政府採購契約的要式或不要式性探討

#### 第一款 契約要式與不要式的意義

契約成立，有需要具備一定方式始可成立者，也有不需具備一定方式即可成立者。原則上，除了法有明定需要以一定方式，契約始能成立者（法定要式），或當事人在預約中明訂需用一定方式，契約始成立者（意定要式）外<sup>9</sup>，其餘皆為不要式<sup>10</sup>，即不需一定方式始能成立。

契約不需一定方式即可成立者，則適格的訂約當事人之間，具有合意即可成立。但如法定或意定之要式契約，而未採用該一定方式，則即使訂約當事人之間就必要之點已經達成合意，該契約仍然未成立<sup>11</sup>。

然而，由於現今經濟活動發達程度，已進入白熱的境界。往日由訂約當事人事先面對面談判，或書信往還商定締約條款的交易型態已

<sup>9</sup> 民法第 166 條：「契約當事人約定其契約須用一定方式者，在該方式未完成前，推定其契約不成立。」。

<sup>10</sup> 王澤鑑，《民法總則》，頁 327，第六款、第一項、一、方式自由原則：「方式自由係私法自治的主要內容。法律行為(尤其是契約)的作成不以踐行一定方式為必要。...」。三民書局，(2000 年 9 月)，另參見相同見解，王伯琦，《民法總則》，頁 126，國立編譯館，(1985 年 6 月)。

<sup>11</sup> 同註 9。

經明顯減少。今日許多交易，可在極短的時間內、極遠的距離以外完成締約的動作。雖然極為便利，但也正因為缺少了談判與議定契約的過程，而發生意思表示的錯誤。有些甚至係蓄意詐欺，造成巨大的糾紛。因此近年來，針對特定類型契約，法律的力量開始進入訂約當事人之間進行規制，以避免弱勢之一方受到不平等的待遇。契約法定要式，即為上述法律達到社會正義目的，進行規制的一種方式。目前，此種法定要式的契約類型，有漸漸增加的趨勢。例如民法第一六六條之一第一項：「契約以負擔不動產物權之移轉、設定或變更之義務為標的者，應由公證人作成公證書。」，主要係針對具有高經濟價值的不動產物權，當事人訂立交易契約時，應「審慎衡酌、辨明權義關係，其契約應由公證人作成公證書，以杜事後之爭議」<sup>12</sup>。另民法第七六〇條也規定：「不動產物權之移轉與設定，應以書面為之。」。顯然其目的也在確保重大利益的交易，確實須經過審慎考量。

基本上，法定要式契約均有其固定目的，可能為證據目的、警告目的、區隔功能或資訊透明化、說明功能<sup>13</sup>。

意定要式契約，則係由訂約當事人預先約定，本約成立的一定方式。換言之，意定要式契約，實際上也係契約自由的一種型態。基於締約方式自由的原則，當事人自有權利決定締約的一定方式，該一方式係契約成立的成就條件，如果未採用該方式，契約自然尚未成立。

## 第二款 政府採購契約係要式或不要式？

政府採購契約的分類，可分為買賣、承攬、租賃、委任、僱傭及上述類型的混合契約。因此「政府採購契約」僅係對於上述各類型契約的統稱。政府採購契約為要式契約或不要式契約，應該視該政府採購契約為何種類型的契約而定，而不應概括認為，政府採購契約全部皆為要式契約，或不要式契約。

舉例而言：機關採購契約標的為辦公事務所需的桌椅、電腦等，

<sup>12</sup> 民法第 166 條之 1，立法理由「二、」。

<sup>13</sup> 陳自強，《契約之成立與生效》，頁 166-167，學林文化公司，(2002 年 3 月)，1 版。警告目的，係讓當事人了解法定要式契約，將發生法律上拘束力，達到警告當事人的作用。區隔功能，係區隔「談判磋商」與「締約」的功能。資訊透明化、說明功能，則舉消費者保護法第 21 條第二項為例，使消費者有事先知悉契約內容的機會。

為財物買賣契約。按照民法，一般財物的買賣契約，並無規定必須具備書面或其他特定方式。即使並未訂立書面契約，仍然無妨契約的效力。因此，機關向廠商採購「動產」所成立的財物買賣契約應為不要式契約<sup>14</sup>。同樣的，許多工程或勞務承攬契約，也不需要一定方式即可成立，也為不要式契約。

但是，如果政府機關購置不動產時，則當然必須遵守上款所述民法第一六六條之一及第七六〇條的規定辦理公證及以書面為之，此時的政府採購契約，即必須以書面為之，而且必須洽請公證人公證，否則於其效力即有影響，此種契約似即應歸類為要式契約。

綜上所述，可見政府採購契約究為要式契約或不要式契約，尚難一概而論，而須視個別契約的性質而定。依實務經驗，政府機關絕大部分的採購契約均屬於購買動產，或工程的發包，在直覺上可能認為係不要式契約。然而不可否認的，即便有些機關從未採購不動產，但不動產仍然為政府採購標的的一種，既然採購不動產的契約為要式契約，即不能將政府採購契約完全定性為不要式契約。

### 第三節 政府採購契約與債權契約成立要件的相異處

政府採購契約的本質雖係債權契約，然而採購法一方面對於機關之行為增加許多規制性的規範。另一方面，對於廠商提供較多元的救濟管道<sup>15</sup>，此外採購法訂定與契約法有異的解除與失效規定，甚而賦予機關對廠商欺罔行為類似行政罰性質的處分權利。均與債權契約有明顯差異，值得比較。因此本文對於兩者的成立要件相異處，進行探討如下：

#### 第一項 公開方式辦理之採購行為，其契約成立必須有招標前置作業

債權契約的基本原則之一，即為契約自由原則。締約方式自由及相對人選擇之自由，均係契約自由原則的重要內涵，訂約當事人要約與承諾的意思表示一致，債權契約即成立。並無規定需要先進行刊登

<sup>14</sup> 除非機關在招標文件中載明，機關宣布決標並非契約成立，而必須由廠商完成某些行為之後契約始成立。此時應為意定要式契約，如未完成指定之行為，則契約尚未成立。

<sup>15</sup> 採購法對於決標以前所提供的異議申訴救濟機制，與債權契約締約前無救濟權利，兩者有明顯差異。

「公告」，或進行要約之引誘，始能繼續進行要約及承諾。是否須先行公告，或是否先行將採購的規格及數量先行預定完妥，對於後續契約是否成立，完全不生影響。

然而政府採購法對此採取嚴格規制。政府機關發動採購行為以後，除限制性招標係採取不公開方式議價或比價的作業以外，首要程序即為進行招標公告作業<sup>16</sup>。

此種公告招標作業中有關投標須知在法律上的性質，不論在學術界或司法實務界，通說均為係屬要約的引誘<sup>17</sup>。依採購法第十九條規定：「機關辦理公告金額以上之採購，除依第二十條及第二十二條辦理者外，應公開招標。」。因此，公告金額以上的採購，原則上應以公開招標之方式辦理，惟有在符合特定規定之情形下，始可採選擇性招標及限制性招標。依據同法第十八條之規定，公開招標必須以公告方式邀請不特定的廠商投標。如果採購機關不以公告方式辦理應公開招標的案件，則係違反政府採購法第三條之規定<sup>18</sup>。工程會得依據同法第十條第七款，對該機關進行督導及考核，對於已經決標的案件，甚至可以函知該機關撤銷決標。另依據政府採購法第一〇八條第二項，工程會成立的中央採購稽核小組，尚可函知採購機關採行改正措施，並可依據採購人員倫理準則第十二條，對於採購人員，建議機關予以處置<sup>19</sup>。如果機關不予處置，工程會甚至可通知該機關的上級機關，基於行政一體另為適當處置<sup>20</sup>。

另外，對於未達公告金額且逾小額採購金額的採購，採購法及其相關的法規精神，亦仍然係以公開辦理為原則。

因此債權契約與政府採購契約兩者重要相異點之一，即為採公開招標或公開取得報價單的政府採購行為，其契約之成立，必須踐行公開之程序。

<sup>16</sup> 工程會民國 91 年工程企字第 09100369340 號令修正發布，「政府採購公告及公報發行辦法」第 4 條規定，凡公開招標、選擇性招標及公開評選、公開徵求或審查之限制性招標，均應刊登採購公報一日，並公開於主管機關之政府採購資訊網站。

<sup>17</sup> 最高法院 81 年台上字第 824 號判決，台灣高等法院 89 年上易字第 473 號判決。

<sup>18</sup> 採購法第 3 條，機關辦理採購，依本法之規定。

<sup>19</sup> 採購人員倫理準則第 12 條，對於採購人員的處置方式，包括 1.依公務員服務法、公務員懲戒法、公務人員考績法懲處，及移送司法機關追究刑事責任。2.調離採購職務。3.施予採購訓練。

<sup>20</sup> 採購人員倫理準則第 12 條第 3 項。

## 第二項 廠商的要約行為是否被認定可接受，受到公告條件的拘束

在債權契約中，訂約當事人提出的要約內容，完全決定於該當事人的自由意志。換言之，要約的實質內容，例如交易標的品牌、數量、金額或履約期限等重要的契約要素，提出要約的當事人完全有決定自由，至於要約的對象是否接收，該對象也有完全自由考量的空間，是為契約內容決定之自由；然而政府採購契約則非如此。

政府採購行為中，機關招標公告則有一定之規範限制，必須符合政府採購法，而廠商投標，亦必須根據機關公告的招標文件規定內容，否則即被認為係無效標。也就是廠商所提出的要約意思表示，如果其內容與採購機關前置提出的要約之引誘不一致時，即被認定為不可接受的要約。該要約是否被接受，完全取決於形式要件及實質要件上，是否符合招標公告的規定。

另一方面，機關的決標，更有相當大的比重，受規制於公告規定的內容。因此公開招標的招標文件內容，與一般債權契約法上的要約之引誘，在後續行為的規制上有相當大的差異。

## 第四節 決標與契約成立的關連性

決標，不僅在我國政府採購史上早有此一名稱，即便在國際間政府採購行為，決標 (award of the contract) 也係慣用的名詞。以下就國際法及政府採購慣例，及我國政府採購法，分別論述之：

### 第一項 決標在國際法及政府採購慣例與契約成立的關連性

#### 第一款 政府採購協定Award the Contracts與「決標」的差異

政府採購協定第十三條第四款，對於Award the Contracts的基本原則有所規定。Award the Contracts以字面意義翻譯為「授與契約」，包括決標及契約成立的意義<sup>21</sup>。惟我國學界與採購實務界，均將

<sup>21</sup> 依據BLACK'S LAW DICTIONARY, award the contract係藉由一種正式的程序授與(grant)契約。"To grant by formal process or by judicial decree. <the company awarded the contract to the low bidder>"

Award the Contracts直接認為係「決標」。

在國際採購慣例上，採購機關審查認為特定的廠商，其資格、履約能力及投標文件價格與內容，符合機關的招標文件，而且符合機關在招標文件中所定以「最低」或「最有利」原則之一時，機關即決標並將該契約授與該廠商。經過授與契約(Award the Contracts)的程序之後，採購機關與廠商已經成立契約，因此Award the Contracts在意義上，已然包括我國政府採購行為的決標，並已成立契約。

然而在我國，決標後是否即屬契約成立，向有兩種不同見解，其一為採購案件一經採購機關決標，則契約即為成立。其二為採購案件經機關決標後，僅為成立訂立採購契約的預約。如果依前者之見解，將決標認定為契約即成立，則Award the Contract與我國採購法之決標並無差別。但是如果將決標認定為訂立採購契約的預約，則其意義即有所差異。因為Award the Contract在政府採購協定中以及契約法的解釋上，即為契約已成立，並非僅係訂立本約的預約。

政府採購協定對於授予契約的方式加以規定。原則上，如果投標廠商有承做該合約的足夠能力，而且投標的價格為最低，或是依公告或招標文件的評選審查條件，投標內容經認定為最有利標時，即應決標並將契約授予該廠商<sup>22</sup>。由上開之規定可以瞭解，在政府採購協定中，Award the Contracts的意義，係透過一連串公告、開標、審標的正式程序，將採購契約的簽約對象加以確定。我國工程會於網頁公告的政府採購協定中文譯本，也係將Award the Contracts直接翻譯為「決標」。

本文亦贊同通說，認為決標即係雙方意思表示一致，因此契約已然成立。因此Award the Contracts即為決標。

## 第二款 美國聯邦採購規則之探討

在美國聯邦採購規則的定義中，決標則契約即已成立。依據美國

---

<sup>22</sup> GPA, Article XIII, Award the Contracts 4. (b) “Unless in the public interest an entity decides not to issue the contract, the entity shall make the award to the tenderer who has been determined to be fully capable of undertaking the contract and whose tender, ... is either the lowest tender or the tender which in terms of the specific evaluation criteria set forth in the notices or tender documentation is determined to be the most advantageous.”

聯邦採購規則第二章「名詞定義」，第 2.101 節，對「契約」的定義，敘明「『契約』意即一種相互的法律拘束關係，使售方有義務提供貨品標的或勞務（包括工程），而購方有義務為上述標的付款。契約包括全部的、使政府有義務撥付款項的書面承諾。除了雙方訂立的文件以外，契約還包括但不限於『決標』及『決標通知』的文件…」<sup>23</sup>。聯邦採購規則中規定，決標之後，將該採購合約授與得標廠商，隨即展開簽約程序。由訂約官(contracting officer)與得標廠商展開簽訂書面契約程序。

因此在美國政府採購實務上，決標之後，契約即已成立，所需繼續辦理者不過為簽約的手續工作而已，並無另外再議定契約的程序。

### 第三款 德國營業競爭限制防止法之探討

德國有關決標與契約成立關連性之規範，在前述營業競爭限制防止法中並無明文規定。惟由該法之第九十七條第一項：「訂約機關應依據以下的規定，透過競爭及透明的『決標程序』，『採購』財物、工作及勞務。」，及同法第一一四條第二項：「決標即不能撤銷。…」來探討，似有意味德國政府採購，原則上係經由不可任意撤銷的決標程序所達成，與締約的行為似有同一性質。德國學者<sup>24</sup>亦有持此見解者<sup>25</sup>。

### 第二項 我國採購法決標與契約成立的關連性

採購法並未明確規定採購機關決標之後，機關與廠商之間的採購契約是否即為成立。因此政府採購契約究係於何時成立，在學界、採購實務界及司法實務界均有所討論，也有不同的見解。

#### 第一款 學者看法

##### 一、一經機關宣布決標，契約即成立

<sup>23</sup> FAR, Part 2, Subpart 2.1, Definitions, 2.101, “Contract” means a mutually binding legal relationship obligating the seller to furnish the supplies or services (including construction) and the buyer to pay for them. . . . contracts include (but are not limited to) awards and notices of awards; . . .

<sup>24</sup> Ulrich Bälz, 德國杜賓根大學法學院教授。

<sup>25</sup> 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，第三行，「...發包人與得標廠商間締結一相應之契約：發包人之決標決定與廠商之要約一致而直接使契約成立，...」，行政院公平交易委員會，(2002 年 1 月)。

多數學者見解認為：「一般而言，工程招標經主辦工程機關決標，並宣布由承包商得標後，主辦工程機關與該得標之廠商間即已因要約與承諾合致，成立工程契約關係」<sup>26</sup>，「開標後，採購機關有義務依照招標規範所訂定的條件，決標給價格最低或投標方案最優的廠商。而決標程序，在民法訂定契約過程中，應屬於承諾的性質。除非招標文件中另有規定，否則在決標之時，採購機關與得標廠商之間，應該已經成立採購契約的關係。」<sup>27</sup>，「招標文件之公告屬民法之要約引誘，廠商依招標文件規定投標，屬民法第一百五十四條之要約，故廠商投標文件於送達招標機關時，即發生拘束廠商之效力。」<sup>28</sup>，「政府採購法第五十二條第一項第一款之規定，係採最低價為決標『原則』，…，另審諸同法第五十八條規定，若廠商之總標價或部分標價偏低，有顯不合理情事時，招標機關非必決標予該廠商；此外政府採購法第四十八條復規定，如未有三家以上合格廠商投標，招標機關亦不得開標，故如謂投標廠商之標價最低，即為承諾，則何以招標機關仍得不予開標。基此，應認機關招標公告(文件)為要約引誘，尚無疑義，廠商投標為要約，機關宣布決標時為承諾，此時契約方成立生效。」<sup>29</sup>，亦即認為投標廠商「投標及報價之意思表示，如無民法撤回、撤銷或無效之情形，採購契約即於招標機關宣布決標時已成立生效。」<sup>30</sup>

亦有學者認為，「倘另有要式之約定，…，故決標後未簽訂書面契約時推定採購契約尚未成立，雙方之間尚不具契約關係。反之，雙方如無要式之約定，則主標人宣布『決標』或機關『決標通知』送達得標廠商時，雙方即成立採購契約。至於雙方於決標後所簽訂之書面，對當事人而言，應僅具警告目的及證據目的。」<sup>31</sup>。

針對工程承攬契約之成立，有學者認為：「…學理上，承攬契約係屬不要式契約，承攬契約之成立無須踐行任何方式，故甲(本文按：廠商)於得標後，是否再另行簽訂工程合約書對承攬契約之成立不生

<sup>26</sup> 李家慶，〈工程招標、投標、決標與工程契約之訂立〉，《營建知訊》，163期，頁66(1996年3月)。

<sup>27</sup> 羅昌發，《政府採購法與政府採購協定論析》，頁77，元照出版公司，(2004年10月)。

<sup>28</sup> 陳建宇、駱忠誠，《政府採購法實例解析》，頁54，元照出版公司，(2001年3月)。

<sup>29</sup> *Id.* 頁106-107。

<sup>30</sup> *Id.* 頁188。

<sup>31</sup> 張祥暉，〈政府採購契約成立問題之探討—論決標之效力〉，立法院院聞，第31卷第12期，頁44，(民93年1月28日)。

影響。然而本案甲於得標後，是否即可認為承攬契約成立，按工程投標須知應屬定作人對營造廠商所為之要約之引誘，營造廠商投遞標單，應屬工程承攬契約之要約，於定作人開標決標，表示定作人對營造廠商所為之要約承諾後，雙方始成立契約關係。」<sup>32</sup>。

由以上學者見解可以得知，決標時，廠商與機關雙方意思表示一致，而且雙方也有充分之認知，契約內容為招標文件及投標文件所載的全部項目，因此被認定為契約成立時點。在民法之學理上，亦有穩定之依據。

二、認為招標為要約，而廠商投標即為承諾，採購契約於投標文件到達機關時成立

亦有學者為文探討，認為「按現今一般通說的見解，均將政府機關的招標公告解釋為要約之引誘，而將承包廠商之投標視為要約，政府機關之開標為承諾，雙方訂立一以訂立承攬本約為目的之預約。但此一說法明顯地忽略了兩項重要的事實，第一乃是招標公告在現行法律上的效力，第二則是押標金的法律性質。…故就本文之見解乃認為，招標機關之招標公告，實已構成民法上所謂的要約，而具有法律上之拘束力，而承包廠商之投標，即為承諾，雙方成立一附解除條件之招標契約，以未得標之結果為解除條件，使該招標契約向後的失其效力，…」<sup>33</sup>。

亦即認為招標機關與所有投標廠商，均成立附解除條件的契約，惟該解除條件適用對象甚多，除了得標廠商並未解除以外，其他廠商均適用解除條件向後解除採購契約該一契約。

## 第二款 司法見解

<sup>32</sup> 陳聰富，〈工程承攬契約之成立、解除與終止〉，《台灣本土法學雜誌》，第3期(1999年8月)。另學者嵇珮晶於國立臺北大學法律學系碩士論文，〈政府採購爭議之處理制度兼論仲裁制度適用於公共工程爭議之改進之道〉中亦認為「判斷採購契約已否成立，當以機關與廠商間關於契約必要之點是否意思表示一致為妥當。」，頁96-97，(2004年6月)。學者張祥暉則認為，決標可分為對話與非對話兩種情形，對話者，「當主標人宣布決標，而為廠商瞭解時」契約成立。非對話者，可分為「廠商未到場」、「超底價經上級機關核准」等情形，係決標通知送達廠商時，契約成立，〈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19，(1999年5月)。另參見，高明發，《承攬之理論與實務》，司法院司法研究年報第22輯第3篇頁62-65。  
<sup>33</sup> 潘欣榮，〈BOT建設下公開招標法律問題之探討〉，《月旦法學雜誌》，第37期，頁117(1998年6月)。

司法實務界對於決標與契約成立之見解數量甚豐，絕大部份係在判決中提出，茲以時序概述其重點於下：

一、認為決標時意思表示一致，契約成立者

(一)最高法院滬上字第 110 號判例<sup>34</sup>

本判例要旨載：「契約當事人約定其契約須用一定之方式者，在該方式未完成前，推定其契約不成立，固為民法第一百六十六條所明定。但當事人約定其契約須用一定之方式，有以保全其契約之證據為目的者，亦有為契約須待方式完成始行成立之意思者，同條不過就當事人意思不明之情形設此推定而已，若當事人約定其契約須用一定方式，係以保全契約之證據為目的，非屬契約成立之要件，其意思已明顯者，即無適用同條規定之餘地。」。

本判例要旨雖未明文提及「決標」與契約成立的關係，但明確闡明：若約定契約須用一定方式者，係以「保全契約之證據為目的」；且非屬契約成立之要件，其意思已明顯者，即無民法第一百六十六條意定要式契約之適用。由本判例可瞭解，最高法院認為即便約當事人雙方約定其契約須用一定方式，如該方式之目的僅為保全訂立契約之證據，則在該方式未完成前，雙方之意思表示明顯合致、內容已涵蓋契約成立要件時，契約仍然成立。

(二)最高法院六十二年台上字第七八七號判例<sup>35</sup>

本判例要旨載：「查投標單載明『投標人今願承包貴府工程，估計總價為七十六萬七千元』等語，此為被上訴人(本文按：係廠商)要約之表示，上訴人(本文按：係招標機關)如欲承諾(決標)自須照被上訴人之要約為之，其將要約變更而為承諾者，視為拒絕原要約而為新要約(民法第一百六十條第二項)。被上訴人另所出具之包商估價單，既非其要約之表示，上訴人於開標後宣佈，估價單之總價低於投標單時，以估價單為準，係變更被上訴人之要約而為新要約，被上訴人未為承諾之表示，契約即不成立。」。

本判例要旨中，可看出最高法院兩項見解；其一，廠商投標為要

<sup>34</sup> 《最高法院判例要旨上冊》，頁 87，裁判日期：民國 28 年 1 月 1 日。

<sup>35</sup> 《最高法院判例要旨上冊》，頁 89，裁判日期：民國 62 年 4 月 6 日。

約之表示，招標機關決標為承諾的表示，一經雙方意思表示合致，契約即成立。其二，廠商投標時，除了原投標單以外，又另行出具估價單者，為招標機關變更原有之要約而為新要約，如果廠商未針對機關的要約為承諾之表示時，契約尚未成立<sup>36</sup>。由第一項見解，即可看出本項判例認為決標時，係機關針對廠商之要約而為承諾。依照民法第一百五十三條在其意思表示一致時，契約即為成立。

### (三)最高法院八十二年台上字第一八一〇號判決

本案要旨載：「上訴人既親自參與開標，並簽名於開標紀錄，…，被上訴人亦接受其投標之要約，則其與被上訴人之承攬契約於決標時業已成立，雖未訂定書面契約，惟該投標須知既為契約條件之一，被上訴主張上訴人得標後拒不履行契約，依該須知第十五條約定沒收其押標金，即屬有據。」<sup>37</sup>。

本判決之見解認定廠商投標係要約之行為，機關之決標行為係承諾行為，工程承攬契約於決標時成立。書面契約雖未訂定，亦不妨害契約之成立<sup>38</sup>。

### 二、認為得標人投標時即為承諾，契約即成立

最高法院永上字第三七八號判例<sup>39</sup>對於「標賣」之情形，另有不同之見解。本判例要旨認為：「標賣之表示明示與出價最高之投標人訂約者，除別有保留外，則應視為要約，出價最高之投標即為承諾，買賣契約因之成立，標賣人自負有出賣人之義務。」。

本判例提出對於標賣契約成立時點爭議之見解，與政府採購招標相異處為「標賣」與「採購」洽為買賣上之相對關係，與招購購買為不同之事實行為。惟其對於契約成立時點之見解，仍可供研究探討。

<sup>36</sup> 依本判例本項見解，如廠商在開標時臨時提出新的估價單，似並非解為廠商拒絕機關之要約而為新要約，而係解為要約之引誘或不構成要約拘束力的報價行為，而將機關接受該估價單視為機關之要約。惟在採購法實施以後，依據採購法第 33 條第一項及同法施行細則第 33 條第 1 項已不可能在截止時間以後，任由廠商提出新的報價，即便有故意或過失情形，造成該種事實發生，亦得依同法第 50 條第 1 項第 2 款予以撤銷決標、終止契約或解除契約。

<sup>37</sup> 《最高法院民事裁判書彙編》，第 13 期，頁 67-72，裁判日期：82 年 7 月 30 日。

<sup>38</sup> 持相同見解者，尚有最高法院 86 年台上字第 319 號判決，(民 86 年 1 月 31 日)。最高法院 90 年台上字 1262 號判決，(民 90 年 7 月 19 日)。臺灣嘉義地方法院，88 年重訴字第 18 號判決，(民 88 年 5 月 11 日)。

<sup>39</sup> 《最高法院判例要旨上冊》，頁 240，裁判日期：民國 32 年 1 月 1 日。

本判例認為標賣時，明示與出價最高者訂約者，該標賣之行為即為要約，出價最高之投標人其投標行為即為承諾，換言之，最高標通知到達標賣人時，買賣契約即成立。其成立之時點，將較機關宣布決標時更為提前<sup>40</sup>。

三、認為決標僅成立「招標契約」，正式簽訂契約時，採購契約始成立

本項見解以最高法院八十四年台上字第八四八號判決為代表，判決要旨謂：「系爭工程投標須知第十一條規定：『得標廠商須自決標日起十日內完成各項訂約手續，逾期無故不辦理簽約者，本學院即視為不承攬，沒收其押標金』。是決標後上訴人與得標廠商所成立者係招標契約，得標廠商僅取得者與上訴人訂立工程承攬契約之權利，必上訴人與得標廠商另行簽訂工程承攬契約，其承攬關係始行發生。」<sup>41</sup>，而認為決標時機關與廠商之間所成立者僅為「招標契約」<sup>42</sup>。

### 第三款 採購實務界見解

採購實務上，各採購機關對於契約成立時點的認定，鮮少明確清楚規定。因而「契約究於何時成立」此一重要判斷時點，往往成為爭議發生的起源<sup>43</sup>。以下就機關招標文件之規定，分類列舉之：

#### 一、自決標日起契約成立

公共工程委員會所發布之「投標須知」、「採購契約範本」，及部分機關之招標文件可歸類於本類型。

##### (一) 公共工程委員會相關規定

工程會採購契約範本<sup>44</sup>第一條第(七)項明訂：「除另有規定外，契

<sup>40</sup> 潘欣榮，同註 33，亦引用本判例支持其見解。

<sup>41</sup> 《最高法院民事裁判書彙編》，第 20 期，頁 55-60，裁判日期：84 年 4 月 14 日。

<sup>42</sup> 臺灣高等法院 91 年度上易字第 862 號判決，(民 91 年 12 月 3 日)，及臺灣高等法院 91 年上易字第 484 號判決，(民 91 年 10 月 15 日)亦持相同見解，並引用本判決。

<sup>43</sup> 例如：決標以後簽訂契約以前，廠商因機關所定契約標的內容有明顯錯誤，或因製造商臨時停產等因素致造成日後給付不能，提出對於契約標的變更的新要約，此時係以新項目簽訂契約？或先簽訂契約後，再以變更契約方式解決？即與上述問題有極為密切之關係。

<sup>44</sup> 工程會網頁，政府採購／政府採購法規／子法及相關規定／招標相關文件及表格，網址：[http://www.pcc.gov.tw/~jsp/web/userweb/pccwbspgadsmu\\_web\\_show\\_frame.jsp?node\\_id=268](http://www.pcc.gov.tw/~jsp/web/userweb/pccwbspgadsmu_web_show_frame.jsp?node_id=268)，(民 94 年 4 月 10 日)

約以機關簽約之日為簽約日，並溯及自機關決標之日起生效。」，雖契約生效日與契約成立時點有別，然而契約成立之後對於訂約當事人始生規範效力<sup>45</sup>，因此可推探，工程會係以「決標」為契約成立之時點。

## (二) 台北市政府工程採購契約

台北市政府之工程採購契約由工務局統一擬定，發布所屬各機關適用，影響層面相當大。契約條款第二條規定：「契約之生效，除另有約定外，自決標日（○○年○○月○○日）起生效。」<sup>46</sup>

由以上之規定可瞭解，台北市政府之工程採購契約，係將契約之生效日定於決標日，亦即契約應在決標時即已成立。

## (三) 內政部營建署暨所屬各機關工程採購契約

內政部營建署係行政院指定之工程採購代辦機關<sup>47</sup>。因此行政院各機關超過新台幣一億元以上之較大工程採購案件，即可由營建署代辦，而營建署之工程採購案件數量本即頗多。因此該採購契約之影響層面亦相當大。

該署工程採購契約第三十條規定：「本契約及其附件，自決標之日起生效，至全部工程完竣，驗收保固期滿，並經雙方會勘確認無保固缺失之日失效。」<sup>48</sup>

由以上規定可知，營建署之契約係於決標時生效，因此契約成立時點，亦為決標時。

## (四) 招標文件有類似規定之機關

由於工程會掌理標準契約之檢討及審定<sup>49</sup>，因此許多機關之招標文件，係參考工程會所訂頒之投標須知及採購契約範本制訂。本文搜尋各機關之招標文件，亦有不在少數的機關在契約中規定：「契約自決標之日起生效。」<sup>50</sup>，「除另有規定外，本契約自甲方決標之日起生

<sup>45</sup> 陳自強，《民法講義I--契約之成立與生效》，頁337，學林文化公司(2002年3月)。

<sup>46</sup> 台北市政府民93年10月6日府工三字第09305572600號函。

<sup>47</sup> 公共工程委員會民91年9月18日工程企字09100392970號函。

<sup>48</sup> 營建署全球資訊網網址：<http://www.cpami.gov.tw/pwi/po/bottom2.doc>，(2005年4月10日)。

<sup>49</sup> 採購法第10條第3款。

<sup>50</sup> 交通部運輸研究所，採購「海氣象監測系統」，契約樣稿第1條第(7)款，(2005年4月6日開

效，並以甲方簽約之日為簽約日。」<sup>51</sup>

## 二、似以簽訂書面契約為要式，簽約時契約始成立

國防部軍備局採購中心軍事工程投標須知樣稿第十六條「訂約」規定：「本中心接受…，得標廠商(依契約訂定為契約乙方)應於決標日起O日內與該部完成對保、訂約、會銜，用印手續(不含國定假日及星期例日)否則視為自行放棄訂約權，本中心得沒收其押標金且另行招標，…；該得標廠商應依本投標須知規定，配合完成各種訂約規定應辦事項，始為完成訂約。」，另在軍備局採購中心「內購財物、勞務採購契約通用條款」<sup>52</sup>及「軍事機關採購作業規定」<sup>53</sup>，均未明確規定契約成立或生效之時點，因此或有論者認為，上述採購契約為要式契約，須訂立書面契約始行成立<sup>54</sup>。

另交通部為該部新大樓電腦機房設備之建置採購，契約書草案第七條亦規定：「本契約自雙方簽訂之日起開始生效，…」<sup>55</sup>，因該契約草案係招標文件之一部份，因此決標後，雙方尚未簽訂時似尚未生效。

## 三、並未明確訂定者

有關此類之招標文件較為少見，工程會資訊網作為環境景觀總顧問招標案例之「內政部營建署國家公園環境景觀總顧問委託專業服務契約」<sup>56</sup>，對於契約之成立或生效時點並未明確規定，係其中一例。

## 第三項 本文看法(代小結)

本文認為原則上，決標時契約即已成立，其理由可由以下幾點來

標)。

<sup>51</sup> 宜蘭縣羅東鎮成功國民小學，採購「2005 宜蘭綠色博覽會租車採購案」，契約樣稿第 1 條第(9)款，(2005 年 3 月 22 日開標)。

<sup>52</sup> 國防部全球資訊網網址：

<http://www.mnd.gov.tw/pb/ref/%E5%85%A7%E8%B3%BC%E9%80%9A%E7%94%A8%E6%A2%9D%E6%AC%BE.pdf>，(2005 年 4 月 10 日)。

<sup>53</sup> 國防部全球資訊網網址：<http://www.mnd.gov.tw/pb/reglation.htm>，(2005 年 4 月 10 日)。

<sup>54</sup> 張祥暉，同註 31，頁 50，註 17。

<sup>55</sup> 交通部全球資訊網網址：

[http://www.motc.gov.tw/pub\\_images/000763\\_1110446056\\_bullet\\_5.doc](http://www.motc.gov.tw/pub_images/000763_1110446056_bullet_5.doc)，(2005 年 4 月 10 日)。

<sup>56</sup> 工程會全球資訊網網址：

[http://www.pcc.gov.tw/~jsp/web/userweb/pccwbspgadsmu\\_web\\_show\\_frame.jsp?node\\_id=268](http://www.pcc.gov.tw/~jsp/web/userweb/pccwbspgadsmu_web_show_frame.jsp?node_id=268)，(2005 年 4 月 10 日)。

闡述之：

### **第一款 決標行為即為承諾的行為，因此決標時，契約即已成立**

政府採購行為，不論係買賣、承攬、租賃、委託或僱傭，均為債權契約。而債權契約成立的要件，必須探究雙方意思表示是否一致。而政府採購公告程序複雜嚴謹，公告招標的行為，實務作業上，除了「公告」函文本身以外，其內容包括機關欲採購標的之名稱、項目、數量、規格、圖說及施工或交貨條件等契約條款，舉凡契約之本文及附件均已於招標時對不特定廠商發出，招標文件皆表明，機關係在決標之後始確定訂約相對廠商，因此自不宜認定招標即為要約。

廠商根據該招標文件規範估算以後投標的行為，係表明廠商在招標文件之條件下能夠售賣或承攬的價格，向機關所為的競標要約行為。換言之，廠商已充分瞭解招標文件中對於廠商資格、招標規格、施工規範及數量等規定以後，才提出要約的行為，其行成意思的過程，係經過仔細審度及針對採購的規格及明細加以估算，並且願以該價格與機關訂約，投標的行為即為將該意思表示正式發出。

廠商投標的意思表示到達機關之後，機關透過開標及審標的程序，瞭解那一家廠商所投遞的投標文件，係最符合招標文件。此一程序即為機關內部對於承諾的行為進行意思行成的過程，當最符合招標文件所定條件的廠商確定以後，機關即決標予該廠商，並向各參加投標的廠商宣佈決標結果，此時即為機關作出承諾的意思表示。因此契約應於此時即已成立。

因此決標以後，並無任何新的要約與承諾在廠商與機關間發出，所存者，僅為雙方依據招標文件(投標須知)中已先行規範明確之程序，簽訂書面契約而已，該簽約之動作，似不應認係決標以後另行有新的要約與承諾，而僅係契約成立之後雙方之履約義務之一。

### **第二款 開標主持人係機關在開標行為中的代理人，其所作成的決標行為，即為機關對廠商的承諾**

或有疑問者為，若決標即為契約成立，則開標決標的主持人所作

出的決標行為，是否對於機關產生效力？按行政機關對於各項執掌工作分層負責，多數業務均由專門負責該業務的部門依法判斷及裁量，並視其性質及規模，由首長即機關代表人授權逕行處理。開標主持人的權限，係來自機關代表人的授權，對外即為機關代理人<sup>57</sup>，開標主持人宣布決標之行為，在契約法上係代理機關作出承諾的決定，對於機關發生效力，機關仍為權利義務之當事人<sup>58</sup>。因此，除了在招標文件中，對於開標主持人的權限，事先聲明其範圍之外，開標主持人在開標、審標、決標中的行為，均應視為機關代理人的行為。對於機關應產生拘束之效力<sup>59</sup>。

因此本文認為，開標主持人所進行的決標行為，即為代理機關所為的承諾行為，採購契約於決標時即成立。

### 第三款 簽定書面契約的行為，係機關與廠商已經成立契約的證明， 並非再行成立本約

司法實務上有謂，機關宣佈決標並通知各廠商的行為，僅係成立與得標廠商之間的預約行為，預定在一定的期日之內，須簽定採購的本約。隨後簽訂本約時，採購契約才成立。

本文看法有異於此，原因在於：機關招標文件中所載明者，均為採購的實質、規範、品項及數量，廠商投標的明確依據即為招標文件的內容。實務上，招標文件包括所有契約之條款，而投標須知更詳細規範決標後廠商應於幾日之內簽約，即規定該簽約之行為，係決標後之履行義務之一。決標後雙方不僅對於「幾日內簽約」之意思表示合致，且其他所有於招標文件中所載者均已一致。因此本文以為將決標即成立全部契約，而「簽訂書面契約」係契約義務之一。

<sup>57</sup> 工程會民 88 年 8 月 3 日工程企字第 8811637 號函。

<sup>58</sup> 參見最高法院 19 年度上字第 3164 號判例，(民 19 年 1 月 1 日)。

<sup>59</sup> 張祥暉，同註 31，持相同見解。