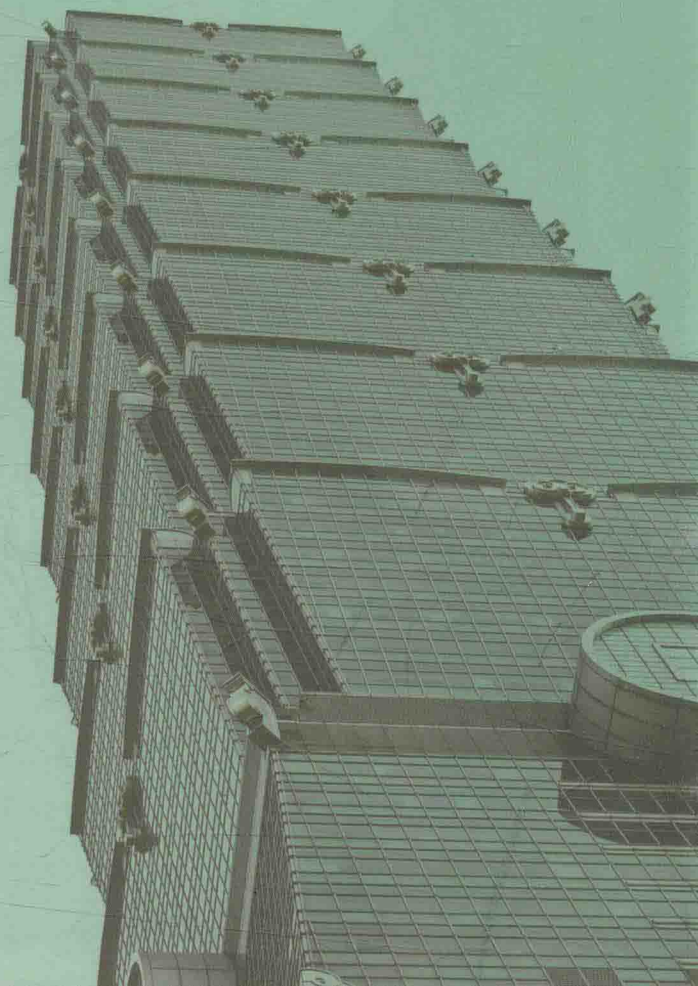


政府採購法 之開拓線

林家祺 著



政府採購法之開拓線

林家祺 著



新學林出版股份有限公司

國家圖書館出版品預行編目資料

政府採購法之開拓線 / 林家祺著. -- 一版. --

臺北市：新學林，2014.2

面；公分

ISBN 978-986-295-277-1(平裝)

1. 政府採購 2. 公共財務法規

564.72023

102023630

政府採購法之開拓線

作者：林家祺

出版者：新學林出版股份有限公司

地址：台北市大安區和平東路二段339號9樓

電話：(02) 2700-1808

傳真：(02) 2705-9080

網址：<http://www.sharing.com.tw/>

總經理：毛基正

副總編輯：林靜妙 責任編輯：鄭珮言

副理：許承先 內文編排：陳怡君

出版日期：2014年2月 一版一刷

郵撥帳號：19889774 新學林出版股份有限公司

劃撥金額1000元以上免郵資，未滿1000元加收郵資50元

定價：350元

ISBN 978-986-295-277-1

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換

門市地址：台北市大安區和平東路二段339號9樓

團購專線：(02) 2700-1808 分機18

讀者服務：law@sharing.com.tw

電子商務：<http://www.sharing.com.tw/>

推薦序

政府採購法是國家重要的法制，其健全與否關係著國家施政效能及全民的福祉，從十幾年來各大學法律系及公務人員訓練課程紛紛開設政府採購法，即可得知。

本書作者家祺教授在攻讀博士學位時曾修習本人的課程，因此本人深知家祺教授長期鑽研採購法，兼具豐富學養和實務上的歷練，並在各大學法律系及公務人員訓練中心講授採購法課程，是國內最優秀的採購法學者之一。

本書內容涵蓋政府採購法的基礎理論，從前階段的招標到後階段的採購履約都有精闢的論述，對於政府採購法的發展，將有實質的貢獻。

本人習法任教數十年，向來鼓勵學術創作，家祺教授將研究成果著書立論分享讀者，本人樂於推薦。期望他今後更加努力，為我國法學界作出更大貢獻。

中正大學法律學系教授

謝哲勝 謹序

2014 年 2 月於中正大學

自序

政府採購是政府施政之最主要工具，每年數千億之政府預算除人事預算外，多數靠政府採購來執行，規範政府採購之母法政府採購法就顯得益發重要。作者長期從事政府採購法之研究教學，並擔任政府採購申訴委員十年，深覺政府採購法令之完善與否會直接影響到政府之效能，國內各大學及法律系亦紛紛開設政府採購法之課程，足見本法之重要性。本書乃過去已發表於各大期刊之專論集結而成，內容包含政府採購之基礎理論、德國採購法制、採購契約之爭議、採購法之多重爭議處理機制關係，乃命名為政府採購法之開拓線，用以期許自我持續開拓之精神。本專書之完成首要感謝恩師李大法官震山之長期指導，台北大學吳光明教授、中正大學謝哲勝教授之鼓勵，才能完成本書。本書因係專論之書籍，並非教科書，因此本書乃定位在研究者或實務工作者或學習採購法之進階用書。

林家祺

2013 年 10 月

序於真理大學法律學系



親愛的讀者

為提昇您閱讀便捷性

新學林特別精心製作一系列台灣景物磁鐵書籤

將台灣的美與您共同收藏於扉頁

如欲索取請上新學林網站：

www.sharing.com.tw

致學如耕
涵泳歲稔

致學如辛勤耕耘，必歡盈沉浸於歲收穀物時。

目 錄

一、論政府採購行為之法律性質	1
二、政府採購法申訴程序之合憲性探討	33
三、論公共工程之工期爭議	75
四、論政府採購法令於採購契約中之適用關係	117
五、政府採購法制變革與爭議處理機制	151
——以德國法為例	
六、英國之採購爭議處理機制	189
七、政府採購行政訴訟與權利保護必要	205
——以臺北高等行政法院九十三年度訴字 第四二三六號判決看重複發生危險原則之適用	
八、政府採購行政訴訟違反申訴前置主義之效果	241
九、政府採購訴訟事件行政法院與普通法院審判權 之界線	265
十、政府採購程序中「沒收及追繳押標金」之 法律屬性及時效探討	297

論政府採購行為之法律性質

目次

壹、引言

貳、政府採購之意義

一、工程之定作

二、財物之買受、定製、承租

三、勞務之委任或僱傭

參、公私法區別與政府採購行為之分析

一、公私法區別理論概述

二、公私法之區別實益

三、政府採購行為法律性質之分析

肆、結論

摘 要

我國法制現採司法二元制，對於公法與私法之事件除非法律有特別規定，原則依其公法、私法之屬性分別交由行政法院與普通法院審判，採購法施行前，採購爭議多依民事訴訟或仲裁解決，採購法施行後已有部分採購爭議交由行政法院審判，故政府採購行為之性質為何？區別標準何在？在採購爭議之救濟程序中，誠如學者所述首須面臨者即為救濟管轄之問題，應有必要在實定法架構下，先界定政府採購行為之性質，俾使被學者譽為採購法精髓所在之救濟程序，得以正確適用其相關程序及原理原則加以運作。

關於政府採購爭議，以有無締約為準，可分為兩大類，一為締約前之「招標爭議」，一為締約後之「履約爭議」，八十八年五月採購法施行之前，履約爭議一向均由普通法院以民事訴訟解決爭議或由仲裁方式解決，至於廠商尚未與招標機關締約前之招標爭議，例如：招標、審標、開標、決標階段之爭議，此時期招標機關不論是在訂定投標廠商資格、訂定採購標的之規格、招標文件之發售、公告……等，均非屬傳統定義下之行政處分，亦不符民法侵權行為或債務不履行之要件，廠商無法就上述招標爭議提起救濟。我國已加入世界貿易組織（WTO）且已簽署政府採購協定（Agreement on Government Procurement），依現行採購法第八十三條復規定申訴之審議判斷視同訴願決定，廠商如有不服，均須依行政訴訟尋求司法救濟。國內部分論者，認為政府採購行為屬私經濟行為，似有違政府採購私法行為之本質，而有不同之意見。基此，本文擬為目前實務及立法架構下確係採雙階理論提出正反方之辯證。

關鍵詞：招標爭議、履約爭議、雙階理論。

Legal Characteristics of Behaviors in Government Procurement

Abstract

The law of The Republic of China currently adopts a dual system of justice. In terms of controversies over the public and private law, if no clear specification is provided by the law, a case, depending on its public or private law relationship, is judged by the administrative court and general court. Before the government procurement act came into effect, controversies over procurement had tended to be resolved by civil litigation or arbitration. After the enactment of the government procurement act, some of the controversies over procurement have been judged by the administrative court. So, what is the characteristic of the behaviour of government procurement? What are criteria for distinguishing? In the remedy process of procurement controversies, as described by scholars, jurisdiction would be the first issue to be faced with. Under the structure of substantive law, it is necessary to define the characteristics of the behaviour of government procurement. It is so that the remedy process, which was identified by scholars as the essence of procurement, could correctly utilise its relevant procedures and fundamental principles. This article advocates that the behaviour of government procurement is “*Zweistufentheorie*”. On the basis of the practice and legislative structure, this article proves that the current government procurement act adopts “*Zweistufentheorie*”.

Keywords: Government Procurement Act, Public Construction Procurement, Dispute Settlement, *Zweistufentheorie*, Contract Performance Disputes, Government Procurement Dispute, Jurisdiction, Tender Controversies.

壹、引言

我國法制現採司法二元制，對於公法與私法之事件除非法律有特別規定，原則依其公法、私法之屬性分別交由行政法院與普通法院審判，採購法施行前，採購爭議多依民事訴訟或仲裁解決，採購法施行後已有部分採購爭議交由行政法院審判，故政府採購行為之性質為何？區別標準何在？在採購爭議之救濟程序中，誠如學者所述首須面臨者即為救濟管轄之問題¹，應有必要在實定法架構下，先界定政府採購行為之性質，俾使被學者譽為採購法精髓所在之救濟程序²，得以正確適用其相關程序及原理原則加以運作。

關於政府採購爭議，以有無締約為準，可分為兩大類，一為締約前之「招標爭議」，一為締約後之「履約爭議」，八十八年五月採購法施行之前，履約爭議一向均由普通法院以民事訴訟解決爭議或由仲裁方式解決，至於廠商尚未與招標機關締約前之招標爭議，例如：招標、審標、開標、決標階段之爭議，此時期招標機關不論是在訂定投標廠商資格、訂定採購標的之規格、招標文件之發售、公告……等，均非屬傳統定義下之行政處分³，亦不符民法侵權行為或債務不履行之要件，廠商無法就上述招標爭議提起救濟⁴。我國已加

¹ 李震山，行政法導論，頁 33，三民書局，修訂四版（2001）。

² 羅昌發，政府採購法與政府採購協定論析，頁 339，元照，三版（2008）。

³ 林鴻銘，政府採購法之實用權益，頁 249-250 以下，永然文化，二版（1999）；羅昌發，前揭註，頁 8。

⁴ 林鴻銘，前揭註，頁 250。另參前工程會主委歐晉德在立法院報告採購法立法要旨時亦直指以往招標審標決標爭議發生時投訴無門，見立法院

入世界貿易組織（WTO）且已簽署政府採購協定（Agreement on Government Procurement, GPA），依現行採購法第八十三條復規定申訴之審議判斷視同訴願決定，廠商如有不服，均須依行政訴訟尋求司法救濟。國內部分論者，認為政府採購行為屬私經濟行為，似有違政府採購私法行為之本質⁵，而有不同之意見⁶。基此，本文擬為目前實務及立法架構下確係採雙階理論提出正反方之辯證。

貳、政府採購之意義

何謂政府採購？其意為何？此可分從採購之主體、客體加以說明。就「主體」而言，在政府採購協定中並未針對適用 GPA 之「政府採購主體」作一正面之定義，而係要求締約國以附件清單⁷之方式，詳列締約國之政府採購應適用之中央機關（central government entities）、其他機關（all other entities that procure in accordance with the provisions of this Agreement）⁸，因此各 GPA 締約國所適用「主體」並未盡一致，究何機關之採購行為須列入 GPA 之規範中，端視締

公報，第八十六卷第十二期，頁 335。

⁵ 張祥暉，政府採購法爭議處理機制之探討，月旦法學，第五十六期，頁 119（2000）；王珍玲，論政府採購法中異議及申訴制度，月旦法學，第七十三期，頁 121（2001）。

⁶ 事實上在英國對採購行為之性質究屬公法或私法亦有爭執，SUE ARROWSMITH, THE LAW OF PUBLIC AND UTILITIES PROCUREMENT 882.

⁷ Agreement on Government Procurement Article § 1: "This Agreement applies to any law, regulation, procedure or practice regarding any procurement by entities govern by this Agreement, as specified in Appendix I."。見附錄四。

⁸ 羅昌發，前揭註 2，頁 392 以下。

6 政府採購法之開拓線

約國簽署前之談判結果而定⁹。我國採購法第三條規定：「政府機關、公立學校、公營事業辦理採購，依本法之規定；本法未規定者，適用其他法律之規定。」此外，法人或團體接受機關補助辦理採購，其補助金額占採購金額半數以上，且補助金額在公告金額以上者，仍適用採購法（採購法第四條），機關採購委託法人或團體代辦者亦同（採購法第五條）。就客體而言，何種採購標的應受 GPA 之規範？就此，GPA 同樣未有積極之定義，同係由締約國以附件清單方式¹⁰（包括：正面表列及負面表列均有）列舉該國應適用之採購客體。惟並非所有清單內之採購客體均受 GPA 之規範，尚必須是清單內採購客體之採購金額同時達到一定標準以上始有適用，以中央機關採購為例，其貨品採購須達 130,000 SDR¹¹以上金額始有適用，服務採購須達 130,000 SDR 以上，營建採購須達 500,000 SDR¹²始適用 GPA 之規定。至其他機關之採購金額適用門檻，請參閱下表¹³。

	貨品採購	服務採購	營建採購
附件 1 中央機關	130,000 SDR （各國均無例外）	130,000 SDR （各國均無例外）	5,000,000 SDR（僅有以色列 列 8,500,000 SDR；與日本 4,500,000 SDR；與其他國 家不同）

⁹ 每一個 GPA 之締約國均必須提出附件一至附件五，其中附件一至附件三為應適用之採購主體，附件四至附件五為應適用之採購客體。

¹⁰ 羅昌發，前揭註 2，頁 392。

¹¹ SDR 係 Special Drawing Right 之簡寫，係國際貨幣基金會（IMF），以美元、馬克、日幣、法郎、英鎊為計算基礎，所設之計價單位。

¹² 僅以色列與日本與不同，以色列須 8,500,000 SDR 以上之營建採購始有適用。日本僅需 4,500,000 SDR 以上之營建採購即須適用。

¹³ 本附表一係轉引自，羅昌發，前揭註 2，頁 395。

附件 2 地方機關	200,000 SDR (美國與加拿大 3,500,000 SDR， 以色列 250,000 SDR)	200,000 SDR (美國與加拿大為 350,000 SDR，以 色列 250,000 SDR)	5,000,000 SDR (僅有以色 列 8,500,000 SDR 以及；與 日本之 4,500,000 SDR；以 及韓國與挪威之 15,000,000 SDR 與其他國家不同)
附件 3 其他機關	400,000 SDR (若干例外諸如： 加拿大與以色列為 355,000 SDR；日 本為 130,000 SDR；韓國 450,000 SDR)	400,000 SDR (若干例外諸如： 加拿大與以色列為 355,000 SDR；日 本為 130,000 SDR)	5,000,000 SDR (僅有以色 列 8,500,000 SDR 以及日本 與韓國之 15,000,000 SDR 與其他國家不同)

我國採購法第二條規定：「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。」依此，可知適用採購法之採購客體包括：

一、工程之定作

所謂定作即民法上之承攬契約，契約當事人約定一方為他方完成一定工作，他方俟工作完成給付報酬之契約（民法第四九〇條第一項）。而所稱「工程」是指在地面上下新建、增建、改建、修建、拆除構造物與其所屬設備及改變自然環境之行為，包括建築、土木、水利、環境、交通、機械、電氣、化工及其他經主管機關認定之工程（採購法第七條第一項）。

二、財物之買受、定製、承租

（一）財物之買受

所謂財物是指各種物品、材料、設備、機具與其他動產、不動產、權利及其他經主管機關認定之財物（採購法第

七條第二項)，而買受即指民法第三四五條之買賣契約而言。惟採購法所指之買受僅指買入不包括賣出，蓋財物之出租及變賣仍應依國有財產法相關規範辦理¹⁴。

(二) 財物之定製

財物之定製，所謂定製，原則上其性質較偏向前述民法第四九〇條所指之承攬契約，惟亦有可能係承攬以外之混合無名契約行之，須依具體個案認定之，凡此類財物之定製均屬之。

(三) 財物之承租

承租係指民法第四二一條所指，謂當事人約定，一方以物租與他方使用、收益，他方支付租金之契約。故前述應適用採購法之主體租用財物，須依採購法規定程序進行採購。但應注意所謂租用僅指承租而言，倘係政府機關出租財物，仍須依國有財產法之規定辦理¹⁵。

三、勞務之委任或僱傭

所謂勞務是指：專業服務、技術服務、資訊服務、研究發展、營運管理、維修、訓練、勞力及其他經主管機關認定之勞務（採購法第七條第三項）。委任是指當事人約定一方委託他方處理事務，他方允為處理之契約（民法第五二八條參照）。至於僱傭契約則係當事人約定一方於一定或不定之期間內為他方服勞務，他方給付報酬之契約（民法第四八二

¹⁴ 參 85 年 4 月 16 日，經建會政府採購專案小組第十四次決議；國有財產法第 1 條：有關國有財產之取得、保管、使用、收益、處分，均應依國有財產法規定辦理。

¹⁵ 行政院公共工程委員會（88）工程企字第 8814180 號函釋，認機關太平間外包向業者收取租金，屬於公有財產之出租不適用採購法。

條)惟聘僱人員如係依照人事法規聘用者,不適用採購法¹⁶。

參、公私法區別與政府採購行為之分析

一、公私法區別理論概述

政府採購行為究屬公法或私法行為?因我國法制對公法與私法爭議問題之裁判,分別交由行政法院與普通法院為之,國內實務及通說,均認公私法有其區別之必要¹⁷,行政訴訟法第二條規定:「公法上之爭議,除法律別有規定外,得依本法提起行政訴訟」係以實定法確立此一區別之必要性。至於如何區別公法與私法?傳統上之學說包括有:主體說、利益說、權力說、修正法律主體說等,其中主體說認為,只要是法律關係之一方為行政機關或公權力主體即為公法關係¹⁸,反之則為私法關係;利益說認為公法是服務於公共利益之法律規範,私法是服務私人關係之法律規範;權力說(Subordinationstheorie)則認為,倘法律所規定者為權力服從關係,則為公法,如為對等之關係則為私法關係;修正法律主體說則認為,若一法律係唯一以國家或公權力主體作

¹⁶ 參照行政院公共工程委員會(88)年工程企字第8811260號函釋。

¹⁷ 贊同公私法劃分必要性之學說與實務見解,例如:李震山,前揭註1,頁29;吳庚,行政法之理論與實用,頁28,自版,增訂七版(2001),亦強調公私法區別之必要性。司法院釋字第466號解釋,亦係以肯認我國法制,公私法區別有其必要性為前提。另認為公私法劃分之二分法有欠周延者,例如:劉宗德,公法與私法之區別,收錄於行政法爭議問題研究(上),台灣行政法學會主編,五南圖書,頁169-196(2000);蔡茂寅,郵政利用關係之法律性質——以公法與私法二元論之檢討為中心,月旦法學,第十五期,頁98(1996)。

¹⁸ 翁岳生編,行政法(上冊),頁50,元照(2006)。