

林家祺 著

政府採購行政訴訟

—訴之利益理論與實務—

- 探討相關理論與實務之書籍
- 國內第一本結合採購法與行政訴訟理論與實務
- 首本引用世界貿易組織2007年最新版本政府採購協定（GPA）之採購法



政府採購行政訴訟

—訴之利益理論與實務—



新學林出版股份有限公司

〈得耀法律事務所叢書(二)〉

國家圖書館出版品預行編目資料

政府採購行政訴訟：訴之利益理論與實務／林

家祺作．--一版．--臺北市：新學林，

2009 01

面：公分．--（得耀法律事務所叢書）

ISBN 978-986-6729-87-4（平裝）

1. 政府採購 2. 行政訴訟

564.72

97025663

政府採購行政訴訟—訴之利益理論與實務

作者：林家祺

出版者：新學林出版股份有限公司

地址：台北市和平東路二段339號9樓

電話：(02) 27001808

傳真：(02) 27059080

網址：<http://www.sharing.com.tw/>

總經理：毛基正 總編輯：田金益

主編：林靜妙 版權部：林靜妙

製程管理：浩瀚

出版日期：2009年1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：450 元

ISBN 978-986-6729-87-4

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換

門市地址：台北市和平東路二段339號9樓

團購專線：(02) 27001808 分機18

讀者服務：law@sharing.com.tw

電子商務：gotobuy@sharing.com.tw

李 序

政府採購法自民國八十八年五月施行，終結了實施五十餘年之「稽查條例」時代，開啟我國政府採購制度的新紀元，本法強調透明、公開、公平、防弊以及爭議處理之法制化，施行近十年以來在中央、地方主管機關之努力下法制已然大致齊備。

以九十六年度為例，中央政府總預算高達一兆六千億，其中除人事費用外多數需透過政府採購之程序來執行，如再加上國營事業之採購預算，從其經濟規模來看，政府採購法儼然已是不可忽視之財經法律，對於政府機關之經濟交易及行政活動之過程具有重大之意義。

本書作者林家祺博士係資深之執業律師，並歷任政府機關之採購部門、採購申訴審議委員會之法律顧問及委員，就中央及地方機關處理政府採購爭議事件，累積豐富實務經驗。復在繁忙業務之餘暇，精研相關法理，完成採購法相關領域之法學博士論文與學位，係國內少數兼具長期採購實務經驗及學術研究背景之律師。

本書係林律師搜集國內外資料費心研究多年之成果，為國內少見非採購法令釋義類且以政府採購之行政訴訟程序為探討對象之書籍，於日後司法機關對行政機關辦理採購程序適法性審查之密度具有參考價值。除基於鼓勵後進繼續鑽研政府採購法這塊新興財經法領域，以裨益國計民生之意識外，又以作者指導教授的身分，本人確樂於為序。

李震山，2008年12月

賴 序

我一直提出「法律文化人」概念，一方面以「學法、立法、執法、護法，法平天下」法律人自居為職志；二方面以「讀書、買書、教書、藏書，書伴人生」文化人自任為志業。

在政府採購之過程中政府一方面是資源之需求者，但另一方面也是經濟資源之分配者，如何能在公平之前提下將有限之預算發揮其最大經濟效益，是各國政府採購所共同追求之目標。政府採購程序從一開始之招標公告一直到最後之驗收完成，整個過程中涉及了公法、私法、程序法、實體法……等相關之法令，由於政府機關在整個採購程序中居於關鍵性之角色，在決標或簽約之後，一旦落選之廠商在行政訴訟獲得勝訴，多數競爭廠商與招標機關間之法律關係更趨於複雜。

儘管國內文獻對於研究行政體系內之爭議處理已有相當成果，但《政府採購法》畢竟係新興之法學領域，國內對於採購案進入行政訴訟後的程序則較缺乏研究；作者在本書中特別針對政府採購競爭廠商提出之採購行政訴訟，概觀政府採購競爭者訴訟、訴之利益的法理基礎與相關理論、欠缺訴之利益之相關類型、採購競爭者訴訟權能、權利保護之必要性等，分別從理論與實務詳盡分析之，對於日後相關疑義之釐清定有相當大之助益。

本書作者家祺博士（律師、教授），是符合我提出「法律文化人」之標準，自政府為《政府採購法》立法以來，長期鑽研本法之理論，且長期任政府機關採購之申訴審議委員，熟悉政府採購之實務。尤其碩士與博士論文均選擇政府採購之爭議處理為研究主題，是國內對《政府採

購法》具有研究熱忱與實務成果之專家，愚曾擔任家祺修習博士課程之指導教授，並邀請家祺在玄奘大學法學院擔任《政府採購法》等課程，現展現理論與實務之大著問世，愚樂於推薦，更期有新著問世。

賴來焜 於玄奘大學法學院

二〇〇八年十二月

自序

我國政府採購法施行最大的變革之一，即為採購爭議處理之法制化，並以立法方式允許廠商可在招標階段提出異議、申訴及行政訴訟，這樣的變革在我國是全新之創舉，本書即探討此類採購行政訴訟理論與實務之專書。

採購法開啟招標爭議得以提出行政爭訟，經過實務運作近十年，吾人發現行政法院（或採購申訴會）在此類行政爭訟中（或申訴）經常優先審查該訴訟（或申訴）是否具有「訴之利益」？而在參與此類訴訟之機關及廠商亦經常以訴（或申訴）是否具有「訴之利益」在訴訟上進行攻防。這種訴之利益可從兩方面觀察，包括：客觀面是否具『權利保護必要』？主觀面是否有『訴訟權能』？等訴訟法上之要件，本書乃探討政府採購行政訴訟中關於訴之利益理論與實務之專書，書中並選擇高等行政法院在政府採購之事件中，關於訴之利益之法理論述具有代表性之案例進行理論與實務之分析，並加以類型化，期能對於日後政府採購訴之利益之審查找出相對較為穩固之基準，而使機關與廠商在面對採購行政爭訟時，就此一實體裁判要件之有無得以具有相對可預測性。本書之完成首要感謝司法院李大法官震山長期之栽培與指導，另司法院陳大法官春生、台北大學法律系張文郁教授、東吳大學法律系林三欽教授、中正大學法律系蕭文生教授、中正大學財法系盛子龍教授在本書寫作過程

給予大力指點與協助在此由衷表示謝忱，惟作者學力有限，文中疏漏謬誤之處當由作者自負文責，並請各界不吝給予指正。

林家祺

序於得耀法律事務所

2008年12月

簡目

李序	1
賴序	3
自序	5
第一章 緒論	1
第二章 政府採購競爭者訴訟概觀	17
第三章 實務認欠缺訴之利益相關類型	95
第四章 訴之利益之法理基礎與相關理論之發展	131
第五章 採購競爭者之訴訟權能	223
第六章 採購競爭者之權利保護必要	279
第七章 結論與展望	371

要 目

李序	1
賴序	3
自序	5

第一章 緒論

第一節 傳統採購爭議之處理機制	2
第二節 採購競爭者訴訟之源起	3
第三節 本書論述範圍	6
第四節 訴之利益概念	10

第二章 政府採購競爭者訴訟概觀

第一節 採購競爭者訴訟定義與態樣	18
第二節 行政訴訟之實體裁判要件	21
第三節 競爭者訴訟事件行政法院與普通法院審判權之界線	24
第四節 我國與德國採購競爭者訴訟之比較	55
第五節 政府採購協定之規範	87
第六節 本章結語	93

第三章 實務認欠缺訴之利益相關類型

第一節	主觀訴之利益—訴訟權能	96
第二節	客觀訴之利益—權利保護必要	99
第三節	我國實定法關於訴之利益之規定	104
第四節	訴訟權能與權利保護必要之區別	105
第五節	欠缺訴之利益五大類型	108
第六節	本章結語	128

第四章 訴之利益之法理基礎與相關理論之發展

第一節	行政訴訟之法理基礎	133
第二節	承認訴之利益作為訴訟合法要件之法理基礎	141
第三節	訴之利益與憲法訴訟權之保障	153
第四節	訴訟權能理論及其發展	155
第五節	權利保護必要之理論及其發展	208
第六節	本章結語	221

第五章 採購競爭者之訴訟權能

第一節	政府採購法關於訴訟權能之規範	224
第二節	採購法有無突破被害者訴訟模式之意圖	225
第三節	採購競爭者起訴適格在比較法之觀察	228
第四節	競爭廠商訴訟權能判斷之基礎法律關係	236

第五節	政府採購之競爭廠商享有主觀公權利	241
第六節	公平競爭權利之射程範圍	251
第七節	實務判決之檢討	261
第八節	本章結語	273

第六章 採購競爭者之權利保護必要

第一節	政府採購進度持續進行之類型	280
第二節	未於法定期間申訴類型	315
第三節	有無權利保護必要例外之類型	328
第四節	是否影響決標結果之類型	352

第七章 結論與展望

第一節	結論	372
第二節	建議	381
第三節	展望	382

第 1 章

緒 論

- 第一節 傳統採購爭議之處理機制
- 第二節 採購競爭者訴訟之源起
- 第三節 本書論述範圍
- 第四節 訴之利益概念

第一節 傳統採購爭議之處理機制

政府採購之時間發生順序而言，尚未締約前之招標階段，如發生招標機關是否有依相關規範進行公平之招標程序之爭議時，由於每年之政府採購數額龐大，不但涉及公共利益同時亦涉及競爭廠商間之巨大商業利益，在法制上本宜就此制定相當之爭議處理法制。惟在民國八十八年五月二十七日採購法施行之前，僅就履約爭議可依合約提付仲裁或逕提民事訴訟來解決爭議，就決標前之招標爭議缺乏相關之法定救濟途徑¹，如有此類之招標爭議（尚未締約）發生時，廠商並無法依民事法之規定請求救濟，學者就此亦認為：「在決標前尚未建立契約關係，故甚難利用契約關係要求救濟，在採購法施行之前，遇到委屈或不平待遇，有些廠商只好到處陳情或放棄救濟」²，採購法施行前此類爭議無法提出任何之民事或行政訴訟，廠商遇有認採購行為有違反法令致損害其權益時，乃不得不到處向民意機關或上級機關陳情、關說、施壓……等不一而足，嚴重影響政府採購之效率及施政目標之達成，亦對政府之形象造成一定程度之打擊。綜上說明，傳統之採購爭議僅單純就決標、簽約後之履約爭議得以民事訴訟或仲裁程序來處理，招標爭議則無任何法制化之爭議處理機制³，惟政府採購法施行之後已立法開放招標爭議提出行政爭訟（詳本章第四節），本書即以此類行政訴訟為論述之範圍。

1 林鴻銘，政府採購法之實用權益，永然出版社，2003年4月，頁250；前行政院公共工程委員會主委歐晉德，在立法院報告政府採購法草案之立法要旨時，亦直指以往招標、審標、決標爭議發生時投訴無門，見立法院公報，第86卷12期，頁335；羅昌發，亦有相同論述，見氏著〈政府採購法及政府採購協定論析〉，元照出版社，2000年1月，頁325、326。

2 同前註。

3 德國在其1998年採購法新制實施之前，決標前之爭議競爭廠商亦無接受獨立司法機關救濟之機會，See DENNIS CAMPBELL, INTERNATIONAL PUBLIC PROCUREMENT, OCEAN PUBLICATIONS INC., GER-2 (2003).

第二節 採購競爭者訴訟之源起

我國政府採購法（下稱：採購法）施行之前，採購決標前之爭議並無法定之救濟管道，採購法施行後依據採購法第七十四條、八十五條之一、八十三條之規定⁴，國內學說一般均認採購法，業已依「法律明定」採取「雙階理論」⁵，亦即以採購契約是否成立為基準，契約成立

- 4 採購法第 83 條規定：「申訴審議判斷視同訴願決定」，開啟了採購爭議事件進入行政審判系統之大門，目前各級行政法院均已受理此類採購爭議，並為實體裁判。
- 5 認為現行採購法已採取雙階理論者為目前絕大多數學者之看法，包括：吳庚，行政法理論與實務，自刊，2007 年增訂 10 版，頁 150、151；程明修，雙階理論之虛擬與實際，收錄於氏著〈行政法之行為與法律關係理論〉，新學林出版公司，2006 年 9 月第 2 版，頁 66；郭介恆，政府採購爭議與救濟，台灣本土法學雜誌，第 5 期，頁 93；林鴻銘，前揭書（註 1），頁 233；林家祺，「政府採購法之救濟程序」，得聲法律事務所叢書（四），五南圖書公司，2002 年 3 月，頁 23-32。但有反對說，認為整個政府採購行為均係「本質上」之私法行為，並認決標前之爭議既屬私法爭議且為顧及救濟之時效性，申訴審議判斷不應由行政法院審查，而建議申訴審議判斷即為終局決定，不得再提行政訴訟，見張祥暉，政府採購法修法後之問題探討，台灣本土法學雜誌，第 47 期，2003 年 6 月，頁 11。實務見解亦同，例如：最高行政法院 97 年 5 月份第 1 次庭長法官聯席會議明確指出採購法決標前之法律關係為公法關係，係採雙階理論，其決議略以：「政府採購法第 74 條規定：『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。』採購申訴審議委員會對申訴所作之審議判斷，依同法第 83 條規定，視同訴願決定。準此，立法者已就政府採購法中廠商與機關間關於招標、審標、決標之爭議，規定屬於公法上爭議，其訴訟事件自應由行政法院審判。機關依政府採購法第 50 條第 1 項第 5 款取消廠商之次低標決標保留權，同時依據投標須知，以不同投標廠商間之投標文件內容有重大異常關聯情形，認廠商有同法第 31 條第 2 項第 8 款所定有影響採購公正之違反法令行為情形，不予發還其押標金。廠商對不予發還押標金行為如有爭議，即為關於決標之爭議，屬公法上爭議。廠商雖僅對機關不予發還押標金行為不服，而未對取消其次低標之決標保留權行為不服，惟此乃廠商對機關所作數不利於己之行為一部不服，並不影響該不予發還押標金行為之爭議，為關於決標之爭議之判斷。因此，廠商不服機關不予發還押標金行為，經異議及申訴程序後，提起行政訴訟，行政法院自有審判權。至本院 93 年 2 月份庭長法官聯席會議決議之法律問題，係關於採購契約履約問題而不予發還押標金所生之爭議，屬私權爭執，非公法上爭議，行政法院自無審判權，與本件係廠商與機關間關於決標之爭議，屬公法上爭議有間，附此敘明」可資參照。

前認為係公法關係⁶，契約成立後認為係私法關係⁷，發生在契約成立前之所有採購爭議，經過異議、申訴之後即可提行政訴訟⁸，採購競爭者

6 李震山，行政法導論，三民書局，2007年增訂7版，頁32；德國亦同，Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB.), Art §114 III. <http://transpatent.com/gesetze/gwb.html> (last Visited 2008.6.15)

7 德國在決標後之採購契約，也被認定是私法契約；參 DENNIS CAMPBELL, *supra* note(Fn.3).

8 在採購法施行前行政法院完全未受理任何採購爭議事件，但在採購法施行之後，目前包括北中南三個高等行政法院及最高行政法院，除極少數個案外，絕大多數已接受採購申訴審議判斷之行政訴訟事件，並均作成實體判決，其中部分判決更明示現行採購法係採雙階理論。例如：台北高等行政法院 96 年簡字第 688 號判決即直接明確認定現行採購法採雙階理論其判決理由略以：「按政府採購法第 74 條明確規定『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』，另同法第 85 條之 1 第 1 項第 1 款則規定『機關與廠商因履約爭議未能達成協議者，得向採購申訴審議委員會申請調解』。足徵立法者對於採購爭議之解決，已採『雙階理論』，即以廠商與機關間是否進入訂約程序而決之，倘訂約前之爭議，則屬公法事件，應循行政爭訟程序謀求救濟，至訂約後履約之爭議，始屬私權之爭議，自應循民事訴訟程序以濟之」。此外，最高行政法院 93 年 2 月份庭長法官聯席會議（二）甲說就現行採購法採取雙階理論亦有詳細之闡釋略以：「按行政機關為推行行政事務，常以私法行為之方式取得所需要的物質或勞務上之支援，學理上稱之為『行政輔助行為』，屬於私經濟行政（國庫行政）範疇之一，而政府採購法所稱之『採購』行為即為一適例，此際政府乃處於與私人相當之法律地位，並受私法之支配，其所生法律關係固屬私權性質，惟參諸九十一年二月六日修正公布之政府採購法第七十四條明確規定：『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。』另同法第八十五條之一第一項第一款則規定，機關與廠商因履約爭議未能達成協議者，得向採購申訴審議委員會申請調解等節，足徵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』，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之救濟程序，此與司法院大法官於 91 年 3 月 15 日作成之釋字第 540 號解釋理由書所闡釋：『……至於申請承購、承租或貸款者，經主管機關認為依相關法規或行使裁量權之結果（參照國民住宅出售、出租及商業服務設施暨其他建築物標售標租辦法第四條）不符合該當要件，而未能進入訂約程序之情形，既未成立任何私法關係，此等申請人如有不服，須依法提起行政爭訟……。』之意旨，即對於同屬私經濟行政之行政私法所生之爭議，以雙方當事人是否已進入訂約程序，而決定應循行政爭訟或民事訴訟程序謀求救濟之司法實務之看法一致。準此，關於政府採購法相關爭議之性質，依本件行為時政府採購法之規定及其修法意旨，若為訂約前之爭議者，則屬公法事件，應循行政爭訟程序謀求救濟，至於訂約後所生之爭議，因其性質係機關立於私法主體地位所從事之私法行為，屬私權爭議範疇，自不得依行政爭訟程序請求救濟。」以上決議內容請參見，司法周刊，第 1174 期 3 版；司法院公報，第 46 卷 4 期，頁 131-135；法務部公報，第 323 期，頁 99-102。

訴訟就是在這種行政訴訟下之類型之一。採購契約成立後之履約爭議，則依採購法第八十五條之一向中央或各縣市政府所設立之採購申訴審議委員會申請調解或依傳統之民事訴訟、仲裁解決爭議⁹，採購法這樣劃分的結果，形成了以契約是否成立為判準，來決定其後續之爭議處理程序，究應採行政訴訟或者民事訴訟。

將採購爭議依招標爭議與履約爭議區別處理，除了我國以外，事實上也是美、日、歐盟等國之政府採購法制所採行¹⁰，這樣的區分除了程序法上之意義之外，也具有事件性質定性之作用，諸如決標前之採購決定即定性為公法行為性質，簽約後之行為屬私法行為。從而，在雙階理論下¹¹，招標機關在招標階段所作之採購決定，性質上屬行政決定¹²，其相關爭議處理程序流程，可圖示如下：

- 9 採購法第 85 條之 1 規定：「機關與廠商因履約爭議未能達成協議者，得以下列方式之一處理：一、向採購申訴審議委員會申請調解。二、向仲裁機構提付仲裁。前項調解屬廠商申請者，機關不得拒絕；工程採購經採購申訴審議委員會提出調解建議或調解方案，因機關不同意致調解不成立者，廠商提付仲裁，機關不得拒絕。採購申訴審議委員會辦理調解之程序及其效力，除本法有特別規定者外，準用民事訴訟法有關調解之規定。履約爭議調解規則，由主管機關擬訂，報請行政院核定後發布之。」
- 10 Contract Dispute Act of 1978.U.S.; Federal Acquisition Regulation Part 33 (protests; disputes; and appeals), U.S.A.; 學者形容歐盟採購指令對決標行為得單獨為爭訟之客體，亦近乎雙階理論，參黃錦堂，行政契約法主要適用問題之研究，收錄於行政法學會編，〈行政契約與新行政法〉，元照出版社，2002 年 6 月初版，頁 50；德國採購法亦近乎雙階理論之設計，參 S.Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 3.A.2005, Rn.909 ff; Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, §15 2004, 17 Rn.31 ff; 奧地利、瑞士之教科書引用雙階理論者亦不乏其例，Vgl. Felix, Ermacora u.a.(Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 1979, S.277; Ulrich/Hafelin/Georg Müller, Grundriss Nller, Gruncitis Verwaltungsrechts, 1990, Rn.229 ff; 轉引自，程明修，雙階理論之虛擬與實際，收錄於氏著〈行政法之行為與法律關係理論〉，新學林出版公司，2006 年 9 月第 2 版，頁 54。
- 11 Hartmut Maurer, a.a.O.(Fn.34), §17 Rn.12; Tschira / Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozeßrecht, 7.Aufl., 1985, S.29; 轉引自，許宗力，法與國家權力，元照出版社，2006 年 8 月，頁 34。
- 12 GWB a.a.O.(Fn.30), Art §115 I, (“ Nach Zustellung eines Antrags auf Nachprüfung an den Auftraggeber darf dieser vor einer Entscheidung der Vergabekammer und dem Ablauf der Beschwerdefrist nach § 117 Abs. 1 den Zuschlag nicht erteilen”); 李惠宗，行政法要義，五南圖書公司，2004年7月，頁331。