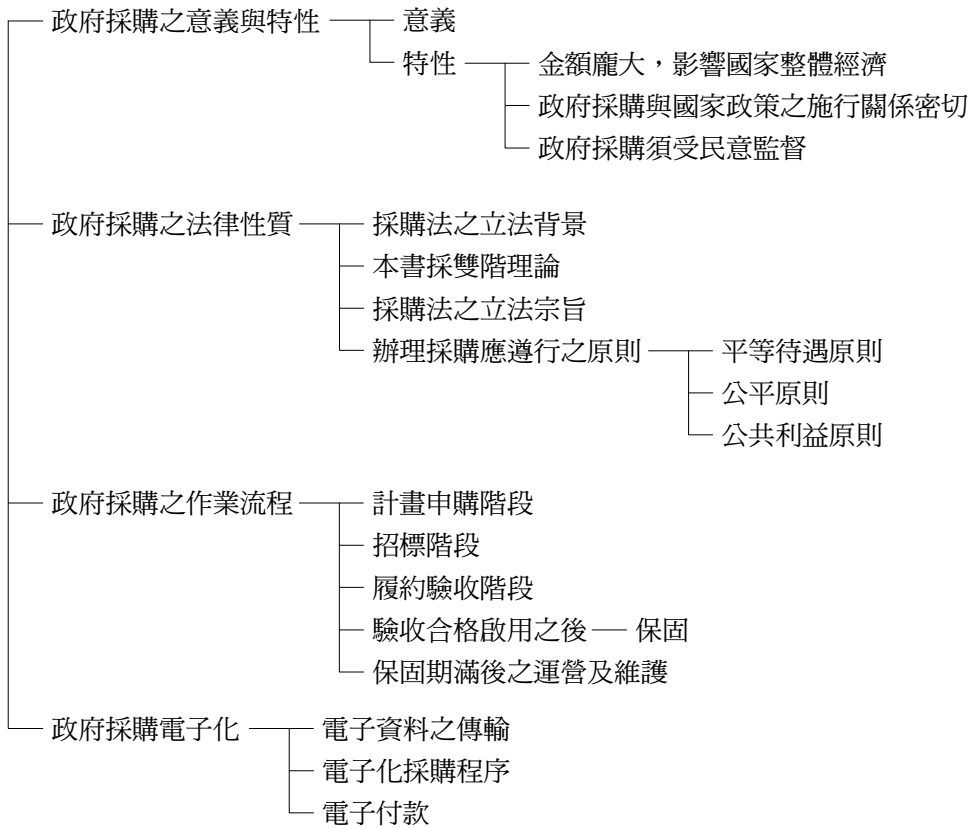


# 政府採購之概述



### 第一節

## 政府採購之意義與特性

採購，在現代社會中，是一種以金錢換取資源的社會活動，行於需求者與供應者間。政府機關、公立學校及公營事業為推行政務，獲得從事行政活動所需資源，而所為的工程、財物及勞務的採購，統稱為政府採購。我國政府採購法自民國 88 年施行以來歷經 20 年，政府採購規模至 106 年已擴大到 1 兆 3,700 億之巨大數額<sup>1</sup>，從消費角度來看政府成為了最大之買方。

對一般國家而言，政府採購之數額，可說是其本國境內最大的消費者。依世界貿易組織（World Trade Organization，簡稱 WTO）統計，一般國家的政府採購約占國民生產毛額 10% 至 15%<sup>2</sup>，我國約占 30%，所有簽署政府採購協定（Agreement on Government Procurement，簡稱 GPA）國家開放之政府採購市場，每年約在 2,000 億美元以上，我國約為 60 億美元以上<sup>3</sup>。因此政府採購之良窳，對內會造成國家財政及經濟之重大衝擊，對外則對貿易與外交有直接影響。故政府採購具有下列特性：

### 一、金額龐大，影響國家整體經濟

按政府採購行政係達成國家存立目的之最重要手段，行政之運作並非單純執行法律，並負有形成符合社會正義之生活關係、規劃及推動基本建設、引導及維持合於公益之政治發展等任務。而為達成此巨大任務，其所需之資源鉅細靡遺，品項及數量均較私人及企業團體超出甚多，其總金額亦相當龐大，工程會統計各

<sup>1</sup> 行政院公共工程委員會，106 年政府採購執行情形報告書，第 1 頁。

<sup>2</sup> 在歐盟政府採購金額占 GDP 之 14%，政府一樣也是最大之消費者；See Jolien Grandia, *Public Procurement in Europe, The Palgrave Handbook of Public Administration and Management in Europe*, 363 (2018). (“In the Europe Union over 250,000 public authorities spend around 14% of GDP procuring goods, services, and works”).

<sup>3</sup> 行政院公共工程委員會編印，政府採購法相關資料彙編，民國 87 年 11 月，第 5 之 2 頁。

機關 109 年逾 10 萬元之決標總金額為 1 兆 7,817 億餘元<sup>4</sup>，故政府採購對國家整體經濟之影響既深且遠，不容輕忽。如按最新之 110 年行政院公共工程委員會之統計數據，110 年之 10 萬元以上之採購案總決標金額已高達 2 兆 1995 億元，其中以公開方式之決標金額亦高達 1 兆 8 千 9 百 48 億<sup>5</sup>，且自採購法實施以來，外國廠商得標金額比率亦占總決標金額 10% 以上，其中 92 年外國廠商得標金額比率更高達 29.74%<sup>6</sup>，姑不論外國廠商對本國廠商之影響如何，可見政府採購之市場經濟規模之龐大，故有訂立採購法就機關招標、決標、驗收及廠商後續履約管理、爭議處理等加以規範之必要，建立公平、公開之良性競爭制度，以免程序混亂，造成廠商投標意願低落、外資卻步，延滯國家建設發展。

## 二、政府採購與國家政策之施行關係密切

政府採購除滿足行政工作之實際所需外，往往須兼顧政策上之需求，例如扶植國內產業之發展、照顧弱勢族群或團體、外交或經貿策略之運用等，因而不純以成本為考量；但私人或企業團體之採購，除非供應者或供應品違反法令時，始受法令限制，除此之外其採購對象甚少受到干涉。政府採購除與私人或企業團體相同，不得向違反法令之供應者採購及採購違反法令之供應品外，其採購對象尚須受政策之限制，而無法自由採購，如美國曾以「1933 年美國產品購買法案（Buy American Act）」規定美國產品在參與政府採購，與外國產品競價時，可以享有 6% 優惠，如係勞工過剩之地區，更可提高優惠為 12%，及「1953 年中小企業法案（Small Business Act）」規定，預估採購金額在 25,000 美元以下之採購案，如有合理的多數中小企業廠商競標時，應將全案留予中小企業承接等<sup>7</sup>。又如我國「中小企業發展條例」第 37 條規定：「各級政府及公營事業進行公告

<sup>4</sup> 行政院公共工程委員會，109 年政府採購執行情形，第 1 頁。

<sup>5</sup> 見行政院公共工程委員會，110 年政府採購執行情形報告書第 1 頁及 22 頁之附表。

<sup>6</sup> 行政院公共工程委員會，同前註，第 205 頁以下，表 1-14 外國廠商得標情形。

<sup>7</sup> 經濟部國貿局，GATT 政府採購協定及美國與歐體政府採購制度研究，民國 80 年 12 月 31 日，第 49 頁以下，1933 年購買美國貨法，因有不公平對待之虞，後來遭到各國之抗議，於 1988 年以綜合貿易暨競爭力法修正代之。

採購或興辦公共工程，應協助中小企業取得業務機會。」上述之立法目的均在扶植本國中小企業之發展，從而限制政府採購之自由，故政府採購與國家政策關係密切，甚至成為推動政策之手段。

### 三、政府採購須受民意監督

按民主法治國家，政府施政需提出施政計畫，經民意機關審查後通過預算。預算之執行、運用與成果亦須向民意機關提出報告，俾使政府在民意監督下，利用向人民徵收之稅賦，為人民謀求最大福祉。因此，政府採購必須建立一定之程序，並使程序達到公平、公開之要求，方不致放任政府為所欲為。故政府採購不同於私人或企業團體之簡便，必須在法定程序下完成採購。

政府採購既有上述特性，故各國大都以立法規範政府採購，例如美國之「契約競爭法（Competition in Contracting Act, 1984）」及該法所授權之「聯邦採購規程（Federal Acquisition Regulation，簡稱 FAR）」、歐洲共同體以對會員國有絕對拘束力之「政府採購指令」為政府採購依據。至於我國以往以「審計法」、「審計法施行細則」及「機關營繕工程及購置定製變賣財物稽察條例（簡稱稽察條例）」為政府採購之法源，後於民國 87 年 5 月 27 日總統令公布「政府採購法」（以下簡稱採購法），並定民國 88 年 5 月 27 日為正式施行日，成為我國政府採購之母法。

## 第二節

### 政府採購之法律性質

#### 一、採購法之立法背景

在採購法實施之前，我國政府採購係以「審計法」、「審計法施行細則」、「國營事業管理法」、「稽察條例」、「行政院所屬各機關營繕工程招標注意事項」等法令規範有關政府採購相關行為，藉由審計制度的設計來發揮防杜財政性資金支用流弊，惟卻產生有監督權的機關，毋庸負採購行政責任的問題，尤有甚

者，「審計法」、「審計法施行細則」及「稽察條例」本來就應僅針對政府機關財務及預算執行之審核、稽察事項加以規定，然此等法規卻兼有規範政府採購作業之性質，造成體系上之混亂，且有關「事前審查」之規定，實與需用機關之採購權產生混淆。再者，前開法令規章相當雜亂，就政府採購行為無統一之規範，造成當時我國為加入 WTO 與各會員國協商時，遭質疑我國採購法制不夠健全開放、有歧視外商、妨礙國際貿易等問題，為順利入會，行政院復於 84 年 5 月 19 日委由經濟建設委員會成立「政府採購專案小組」負責研商及處理政府採購制度及相關法令統一適用擬訂等問題<sup>8</sup>。

採購法立法之初，對於「政府採購究屬公權力之行使或私經濟行為（國庫行為）」，實頗多爭論。以往學界通說及司法實務均認係私法事件<sup>9</sup>；但民國 86 年立法院「預算、財政、法制、司法、內政及邊政委員會」召開聯席審查會時，立法者認為應有「雙階理論」之適用，乃將政府採購以契約成立與否為界，分割為公法與私法兩領域，致有原條文第 83 條：「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」、「民事訴訟法第四百十七條及第四

<sup>8</sup> 黃國源，兩岸政府採購法之比較研究，民國 97 年，第 5、6 頁。

<sup>9</sup> 林紀東，行政法，三民，民國 79 年 12 月，修訂 6 版，第 19 頁以下；黃異，行政法總論，三民，民國 81 年 10 月，修訂初版，第 101 頁以下；吳庚，行政法之理論與實用，自版，民國 89 年 9 月，增訂 6 版，第 12 頁以下；最高法院 61 年台上字第 1672 號判例，略謂：「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。」最高法院判例要旨（上冊），第 82 頁；最高法院 80 年度台上字第 525 號民事判決，略謂：「依國家賠償法第二條第二項前段規定，公務員於執行職務，行使公權力時，因故意或過失不法侵害人民自由或權利者，國家固應負損害賠償責任，所謂行使公權力，係指公務員居於國家機關之地位，行使統治權作用之行為而言。並包括運用命令及強制等手段干預人民自由及權利之行為，以及提供給付、服務、救濟、照顧等方法，增進公共及社會成員之利益，以達成國家任務之行為。如國家機關立於私法主體之地位，從事一般行政之補助行為，如購置行政業務所需之物品或處理行政業務相關之物品，自與公權力之行使有間，不生國家賠償法適用之問題。」司法院公報第 33 卷第 7 期，第 51 頁。

百十八條之規定，於前項後段情形準用之」之規定產生<sup>10</sup>。而民國 91 年修法時，更進一步將第 83 條修訂為「審議判斷，視同訴願決定」，並排除「履約爭議」於「異議申訴」制度之適用，將政府採購定性為「雙階行為」。所謂「雙階理論」，即以政府機關與廠商間有無契約關係為準，關於廠商與機關有契約關係者，其履約驗收等法律關係屬私法關係；而機關與廠商尚未有契約關係之招標、審標、決標階段屬公法行為，其所持理由大抵為：（一）採購程序中公權力介入甚多甚深；（二）符合實務運作現況；（三）符合立法意旨；（四）符合人民權利保障目的；（五）符合世界各國趨勢<sup>11</sup>。

政府採購行為之法律性質究為公法行為？私經濟行為？抑或採雙階理論<sup>12</sup>？實務界及學界在前幾年曾一度有爭議否認現行採購法之雙階理論架構<sup>13</sup>。自民國 91 年修法之後，通說與實務均認現行採購法之架構係採「雙階理論」<sup>14</sup>。按政府採購行為其法律性質，究為私經濟行為或公法行為？抑或兼有二者？純就學理上而言，如認為採購行為係「純」私經濟行為，而完全立於準私人地位，則不管其何種爭議發生，均屬私權之爭執，僅能由普通法院管轄，不生由行政法院或普通法院管轄之選擇問題，更不生邊界案件之審判權界線問題。因此，本書探討政府採購事件行政法院與普通法院審判權界線是建立在：「在採購行為整個過程中，依現行法之規定已有『一部分』已經被『依法律』直接定性為公法行為，而非『純』私經濟行為。」

<sup>10</sup> 見立法院公報第 86 卷第 24 期（中），民國 86 年 5 月 14 日，第 269 頁至第 402 頁。

<sup>11</sup> 林鴻銘，政府採購法廠商申訴制度之探討，收錄於：行政契約與政府信息公開，東南大學出版社，民國 91 年 6 月，第 15 頁。

<sup>12</sup> 林鴻銘，同前註。

<sup>13</sup> 法務部在採購法施行後之 88 年 8 月 2 日仍以(88)法律字第 029742 號函表示政府採購行為為私經濟行為；此外高雄高等行政法院 90 年度簡字第 3966 號判決、臺北高等行政法院 90 年度訴字第 5282 號裁判均曾一度否定現行採購法之雙階理論之架構，而認採購行為乃完全為私經濟行為，不過最近這兩年採這樣見解之判決已不復見。

<sup>14</sup> 林家祺，政府採購法之開拓線，新學林，民國 103 年 2 月，第 31 頁。另最高行政法院 93 年 2 月份庭長法官聯席會議（二）參照。

## 二、本書採雙階理論<sup>15</sup>

從採購法條文之文義及立法之過程來看，採購行為在決標前相關採購決定被定性為公法性質之行政行為，是非常明顯的<sup>16</sup>。依採購法第 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。」第 83 條規定：「審議判斷，視同訴願決定。」可知採購法有意以採購契約成立與否為基準，劃分其行為之法律性質及審判權之歸屬。就上開立法之政策決定，實務及學說雖仍有部分雜音，惟所謂公法行為與私法行為之區別並非絕對地、先驗地、本質地區別，而僅為相對地、技術地、立法考量地區分方法<sup>17</sup>。事實上從目前之實定法中亦不乏將一般認為事件性質屬公法事件而以立法手段納入普通法院審理。例如：社會秩序維護法、道路交通管理處罰條例、公職人員選舉罷免法、國家賠償法事件即係以立法政策將公法事件納入普通法院審判權之體系內<sup>18</sup>，由此亦可印證公私法之區別並非絕對地、本質地、先驗地區別，而是相對地、立法考量地區別。司法院大法官釋字第 540 號解釋理由書中提及：「……國民住宅條例係為統籌興建及管理國民住宅而制定……，主管機關興建住宅，先由有承購需求者，向主管機關提出申請，經主管機關認定其申請合於法定要件，再由主管機關與申請人訂立私法上之買賣契約。此等契約係為私經濟措施，並無若何之權力服從關係，性質上相當於私法上法律關係，尚難逕謂政府機關直接興建國民住宅並參與分配及管理，即為公權力之行使。至於申請承購者，經主管機關行使裁量權之結果，不符合要件，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，係另一問題。……」可知，大法官

<sup>15</sup> 林家祺，同註 14。

<sup>16</sup> 但有反對之見解，認為整個採購行為完全是「本質上之私經濟行為」而排斥現行法之規定，參見張祥暉，論政府採購法之爭議處理機制，國防管理學院法律研究所碩士論文，民國 88 年 5 月，第 11 頁，即強調整個政府採購行為係本質上之私經濟行為。

<sup>17</sup> 劉宗德，公法與私法之區別，收錄於：行政法學會編，行政法爭議問題研究（上），五南，民國 89 年，第 171 頁。

<sup>18</sup> 李震山，行政法導論，三民，民國 90 年 9 月，修訂 4 版，第 33 頁。

在處理國宅申購之性質歸屬時，亦將一個申購國宅行為依其不同階段，分別定性為公法行為與私法行為，即申請承購之准駁係公法性質，而准予承購之後，後續之買賣或承租屬於私法契約。誠然司法院大法官釋字第 540 號解釋之見解是否即為德國之雙階理論<sup>19</sup>，尚容有探求餘地，惟該解釋首開釋憲機關將行政機關一個行為依其不同階段，分別定性為公法行為與私法行為，已隱然為雙階理論在國內本土之適用，建立相當之立論依據。而國內採購法亦「恰巧」將一個採購行為依其行為之先後階段而予以不同之定性，大法官之解釋無疑地提供了採購法上開規定另一個有力之理論依據。因此，本書認為已無須就立法者業已作成之政策決定加以爭執。誠如學者所述：「二階說固有其值得批判之缺點，但事實上如同其他的法理論，亦難有完美無瑕之理論可以解決所有之法律爭議，判斷一個理論是否可採，不在其理論之完美性<sup>20</sup>，而是在該理論之動員偏差是否過大，而屬違反該制度之事物本質，以致無法解決問題」<sup>21</sup>，其實從司法院大法官釋字第 540 號也已闡明，立法機關得依職權衡酌事件之性質、既有訴訟制度之功能及公益之考量，就審判權歸屬或解決紛爭程序另為適當之設計。此種情形一經定為法律，縱事件屬性在學理上容有推求餘地，其仍有拘束全國機關及人民之效力<sup>22</sup>。今既已有實定法之論據<sup>23</sup>，且雙階理論既然是立法機關衡酌功能及性質後立法形成自由

<sup>19</sup> Hans P. Ipsen, *Öffentliche Subventionierung Privater*, 1956, S. 62 ff.

<sup>20</sup> Wolff/Bahof/Stober, *Verwaltungsrecht I*, 10. Aufl., 1994, § 22 Rn. 66 ff.; 轉引自，李惠宗，*行政法要義*，元照，民國 101 年 9 月，修訂 6 版，第 332 頁。

<sup>21</sup> 李惠宗，同前註，第 332 頁。

<sup>22</sup> 司法院大法官釋字第 418 號解釋，亦闡釋訴訟救濟應依普通訴訟程序抑或依行政訴訟程序為之，則由立法機關依職權衡酌訴訟案件之性質及既有訴訟制度之功能而設計，亦印證了此係可由立法機關依功能及性質加以衡酌之事項。

<sup>23</sup> 採購法係我國少數被公認以「立法明定之雙階理論」，臺北高等行政法院 104 年度訴字第 947 號判決略以：「……按政府採購法第 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。』第 75 條第 1 項第 1 款規定：『廠商對於機關辦理採購，認為違反法令或我國所締結之條約、協定（以下合稱法令），致損害其權利或利益者，得於下列期限內，以書面向招標機關提出異議：一、對招標文件規定提出異議者，……』第 76 條第 1 項規定：『廠商對於公



之範疇，在法律有效施行期間具有拘束全國各機關之效力。採購法刻意將採購事件依契約成立前後區別其性質<sup>24</sup>，並分別由行政法院與普通法院資為最終之司法救濟機制，運作迄今 20 年，實務已漸趨於成熟，如果邊界案件之審判權歸屬能獲有效解決，應再無反對現行法採雙階理論之理由。最高行政法院 97 年 5 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議(二)：「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 7 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。廠商不服機關不予發還押標金行為（含追繳押標金），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<sup>25</sup>，係關於採購契約履約問題而不予發還押標金所生之

---

告金額以上採購異議之處理結果不服，或招標機關逾前條第 2 項所定期限不為處理者，得於收受異議處理結果或期限屆滿之次日起 15 日內，依其屬中央機關或地方機關辦理之採購，以書面分別向主管機關、直轄市或縣（市）政府所設之採購申訴審議委員會申訴。地方政府未設採購申訴審議委員會者，得委請中央主管機關處理。』第 83 條規定：『審議判斷，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（最高行政法院 97 年 5 月份第 1 次庭長法官聯席會議（二）決議參照）。又依前揭規定可知，立法政策係將機關之招標、審標、決標等訂約前之決定擬制視為行政處分。廠商不服該處分而異議、申訴，均為救濟程序，申訴審議判斷視同訴願決定，異議應解為訴願之前置救濟程序（最高行政法院 93 年度裁字第 625 號裁定意旨參照，另同法院 95 年度判字第 1898 號判決意旨，亦認為準用政府採購法異議及申訴規定之機關招標、審標、決標行為，係屬行政處分……」可資參照。

<sup>24</sup> Dennis Campbell, *International Public Procurement Ger-2* (2003).

<sup>25</sup> 最高行政法院 93 年 2 月份庭長法官聯席會議(二)：「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。通知廠商將列為不良廠商於政府採購公報部分，則係行政機關依採購法第一〇一條規定所為處分，屬公法事件。」