

政府採購法上之採購行為 應否適用雙階理論

——以最高行政法院112年度大字第2號
行政裁定所涉事實為例



林更盛

東海大學法律學院教授

黃正光

東海大學法律學院兼任講師

摘要

政府採購法上之採購行為應否適用雙階理論，亦即：對於招標、審標、決標等訂約前之採購行為，認為是行政處分、涉及公法爭議，訂約（後）之行為則為私法關係、私法爭議？雖然司法實務較早見解有認為整個採購程序屬私法上之法律關係。後來則改所謂的雙階理論，此亦為本件最高行政法所示見解的前提。惟吾人若從比較德國法上的觀點出發，將適用政府採購法的招標程序、和其後之締約／履約程序，理解為是一個私法關係，應當是更符合向來對公／私法關係的區分的標準，這也可以避免過度擬制與法律關係不必要的繁複、盡可能地維繫法律上價值判斷上的一致與避免輕重失衡，有助於現行法的解釋適用與將來修法的適當參考。

目次

壹、事實摘要

貳、爭點

參、判決理由

肆、評析

壹、事實摘要

相對人（高雄市政府捷運工程局）辦理之「高雄環狀輕軌捷運建設（第二階段）統包工程」採購案，於105年5月12日為第2次公開招標公告、同年6月17日為公開招標更正公告，公告採最有利標之決標方式，抗告人（西班牙商卡○交通運輸股份有限公司臺灣分公司）及參加人（中○鋼鐵股份有限公司）均參與投標。嗣相對人於105年6月28日開標進行資格審查結果，認抗告人與參加人經資格審查均符合招標文件規定，得參加評選簡報作業，並當場宣布上開資格審查結果，而以言詞作成資格審標處分，抗告人有派員出席當場已獲悉參加人為合格廠商之審標處分。相對人於105年8月10日召開評選會議續行評選得標者，經評選委員會評定參加人為最有利標廠商，相對人即於105年8月11日決標予參加人，抗告人於同日以書面向相對人提出異議；相對人另以105年8月17日高市捷秘字第10531066400號函將上述評選及決標結果通知抗告人，並於105年8月25日為決標公告。就抗告人之異議，相對人復於105年8月24日以高市捷工字第10531078700號函維持原決定。抗告人仍不服，於105年9月9日向高雄市政府提出申訴，高雄市政府逾期未為申訴審議判斷，抗告人遂提起本件行政訴訟，經原審（高雄高等行政法院）以107年度訴字第451號判決後，抗告人、相對人及參加人均不服，各就不利部分提起上訴，經最高行政法院110年度上字第178號判決廢棄，發回原審更為審理。原審嗣以抗告人未於法定不變期間內對資格審標處分提出異議，裁定駁回其訴。抗告人不服提起抗告，主張本件相對人以言詞作成資格審標處分，相對人並未告知救濟期間及方式，且嗣後並未另作書面行政處分，致其遲誤救濟期間，應依行政程序法第98條第3項規定，展延救濟期間為1年。

貳、爭點

本件爭議涉及的前提問題是：高雄市政府捷運工程局於「高雄環狀輕軌捷運建設（第二階段）統包工程」採購案所為之決標／不得標的決定，究竟

屬公法上之高權行為、為行政處分，抑或私法上之法律行為？

參、判決理由

「具體採購程序之規定，旨在確保國內外廠商得在不受歧視且機會均等之方式下，競爭政府採購商機。關於廠商與機關間因招標、審標、決標等訂約前之採購行為所生之爭議，政府採購法第74條至第85條規定異議及申訴二級之行政內部救濟機制，同法第83條規定：「（申訴）審議判斷，視同訴願決定。」政府採購法第75條第1項第3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：……三、對採購之過程、結果提出異議者，為接獲機關通知或機關公告之次日起10日。其過程或結果未經通知或公告者，為知悉或可得而知悉之次日起10日。但至遲不得逾決標日之次日起15日。」上開異議期間，性質上為法定不變期間，招標機關不得伸長或縮短之，廠商逾期提出異議，即生失權效果。前開規定固屬政府採購法所定之特別規定，於採購事件應優先適用，亦即廠商對於招標機關所為審標、決標等行政處分不服，應於前揭法定不變期間內提起異議、申訴，對申訴審議判斷結果仍有不服，始得提起行政訴訟。」（理由三（三）2.）

肆、評析

本件最高行政法院認為：政府採購法上決標／不得標等行為，屬行政處分，為公法上之高權行為，應循異議、申訴程序救濟之，若仍有不服，始得提起行政訴訟。此一見解，係以所謂的雙階理論為前提，亦即認為：決標（前）屬公法關係、應適用公法（含基本權保護）相關規定，決標後之履約關係則屬私法關係。

一、雙階理論

就適用政府採購法之招標程序，雖然司法實務較早見解有認為整個採購程序屬私法上之法律關係。後來則改所謂的雙階理論。

例如在較早的95年度判字第1996號判決，最高行政法院表示：「『雙階理論』之私法、公法區別之『雙階』終究係為救濟途徑所虛構之法律概念，實際程序上如何區辨『雙階』實過於複雜困難，且原本一個社會關係竟強分為兩個法律關係，亦脫離現實，是以行政私法行為是否採『雙階理論』，應依實務之慣行（如國有財產之標售，實務認為私法關係，不採『雙階理

論』)及立法者制度規劃以判斷之。本件係屬政府採購法沒收押標金事件，依上開本院決議應屬私權糾紛而非公法爭議，行政法院無審判權。」

較近的最高行政法院則改採雙階理論。於97年5月份第1次庭長法官聯席會議，最高行政法院認為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。又在104年度判字第286號判決，最高行政法院表示：『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。』依同法第76條規定，廠商對於公告金額以上採購案異議之處理結果不服者，得向主管機關、直轄市或縣(市)政府所設之採購申訴審議委員會提出申訴，該採購申訴審議委員會所為之申訴審議判斷，依同法第83條之規定，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，其相關爭議決定、異議決定亦應相對定性為行政處分，以利止爭。」

學說上有認為¹：目前行政法院實務原則上係採修正的二元模型，以決標與否作為區分政府採購行為之前階段公法行為和後階段私法契約行為；並認為：決標同時具有行政處分和要約之承諾的雙重性質。惟近來有否認雙階理論，認為²：本質上屬私法性質之招標、審標、決標(私法性質的行政輔助行為)，並不因政府採購法第83條規定相關爭議應由行政法院審理，而突變成行使公權力之公法上行為。

二、比較的觀點：德國法

對於政府機關採購程序的法律關係，應否採取雙階理論(Zwei-Stufen-Theorie)? 過往德國法上雖有爭論，惟終審法院——如聯邦最高法院1967年11月16日判決³、聯邦行政法院1962年3月8日判決⁴——咸認此部分的法律關係、與其後的履約關係，應為一私法關係。近來終審判決維持此一見解，並明確表示不採取雙階理論。針對薩蘭(Saarland)邦公共道路的交通安全設施工程，德國聯邦憲法法院於2006年6月13日裁定⁵表示：「本件招標機關並非以基本法第19條第4項實施公權力的機關的身分而有所作為。國家在此乃

¹ 陳英鈞，追繳押標金之救濟途徑，月旦法學雜誌，78期，2009年4月，17-19頁。

² 陳錫平，受機關補助辦理採購之人民團體因適用政府採購法而為受託行使公權力之團體？——評最高行政法院107年度判字第218號判決，裁判時報，115期，2022年1月，16-27頁。

³ BGH, Urteil vom 16. 11. 1967 - III ZR 12/67, NJW 1968, 547.

⁴ BVerwG, Urteil vom 8. 3. 1962 - BVerwG VIII C 160/60, NJW 1962, 1535.

⁵ BVerfG, Beschluß vom 13. 6. 2006 - 1 BvR 1160/03, [52], NJW 2006, 3701. (裁定內文獻引註省略)

是以市場上的需求者出現，以滿足其對特定給付或貨物的需求。作為一個市場上需求者的角色，它和參與市場上的其他參與者，基本上並無不同。在招標相關決定時，它並不是行使其上位的公法上權力，因此並無理由、將其舉措歸類為是基本法第19條第4項之行使公權力」。

循此，德國聯邦行政法院於2007年5月2日裁定⁶表示「某一爭論屬於公法或私法領域，取決於該主張之請求所根據的法律關係的性質。在此，通常這是根據關係人彼此間是否處於上、下位之高權關係，行使公權力之機關是否使用公法上特別的法律規範。……若系爭法律關係所適用的法律，並非對於每一個人，而僅僅是對於國家或其他行使公法上任務的機關——至少對於行使公權力的一方——才有適用時，平等當事人間也可能是公法關係」[4]。「從國家機關的措施是為了履行公法上任務此一事實，並非當然可以推論出：公家機關為達成上述目的，採取了公法上的手段。在不牴觸公法上規範或法律原則時，公法上行政機關亦得採取私法形式的手段，以達成其受託之公法任務。法律關係應當歸屬於公法或私法關係，關鍵在於國家行為的法律形式，而非其目的，若這——如本件情形——是私法的，則相關爭議原則上亦復如此」[8]。「公家機關在招標程序時受到公法規定、而私人並未受到相類似的拘束，這對於法律救濟途徑而言，也不是關鍵性的。公家機關在選擇契約相對人是否、或何種程度上受到上述的拘束，這不是法律救濟、而是應當如何作出決定的問題。於此，在作為其『基礎的法律』（„Basisrecht“）的民法之上，疊加（überlagert）了相關的公法的拘束。依聯邦行政法院以及最高法院一向判決，當國家為履行其職責而採取私法的形成手段時，私法秩序只在個別的問題點上，被公法上的拘束所補充、修正、及附加，但這並不會使得各該行政作為（亦即所謂的行政私法行為）被歸類為公法。因此對於此類同時受到公法拘束的行政私法作為，一般法院於其管轄權範圍，對於此類拘束內亦得共同地加以裁判」[9]。「在授予公共契約時，國家是充當市場買方，以滿足對某些商品和服務的需求。作為需求者，國家與其他市場參與者原則上並無本質上之區別。公共部門簽訂的承攬契約和僱傭契約完全是屬於私法範疇。這同樣適用於締約前的招標程序，該程序的作用是使得公部門在多個投標人中作出選擇。契約談判的開始，就在公部門的定作人和投標人之間建立一個私法的法律關係，這種關係一直持續到將契約授予其中一個投標人。在這一招標程序中，公部門作出一個有關私法上意思表示的決定，該決定是具有它所企求的民法上法律行為的性質。公共契

⁶ BVerwG, Beschluß vom 2. 5. 2007 - 6 B 10/07, NJW 2007, 2275. (裁定內文獻引註省略)

約的授予，應當被認為是一個統一的程序，並全部被歸類為私法領域」[6]。

以上見解，學說⁷從之。

三、本文觀點

在適用政府採購法情形，當事人因採購前置程序所生之爭執，究應屬公法或私法上權義的爭執，主要涉及當事人紛爭解決的法律依據、以及（訴訟）救濟途徑。採取雙階理論，認決標（前）程序屬公法關係、履約時為私法關係，固有所據；並且可以從現行的、亦即2019年5月22日修正的政府採購法第31條之立法理由獲得某程度的佐證⁸。惟本文認為：適用政府採購法的招標程序、和其後之締約／履約程序，比較德國法上的討論，在法律性質上應界定為一個私法關係。（一）首先，立法者對法規範的具體想像（konkrete Normvorstellungen），雖然值得參考，但對解釋法律的人並不構成具有拘束力的標準（“Indessen sind sie keine bindende Richtschnur für den Ausleger dar, ...”）⁹。又誠如論者¹⁰所言，從相關事件的救濟（訴訟）途徑，並不必然能夠反推其法律性質為何——如涉及公法性質的國家賠償案件，是由一般民事法院加以審理。（二）將從自然觀念來看的一個完整的締約／履約關係，分割為公／私法關係，難免有過度擬制與複雜之虞。例如1.若吾人認為決標應兼具公、私法性質，當公、私法上的規範有所齟齬時，應如何判斷其法律效果，不無困難。2.類似地，特別是在如分段投標、分段開標，或一次投標、分段開標的情形，雙階理論將更會導致法律狀態不必要的複雜。（三）雙階理論將會導致價值判斷上的缺乏一致與輕重失衡。例如1.就時效而言，機關追繳押標金之消滅時效為5年（政府採購法第31條第4項）、人民公法上請求權（例如請求返還押標金）原則上為10年（行政程序法第131條第1項）。相對地，民法承攬契約之定作人瑕疵發現期間原則上為1年／5年（第498條、第499條），行使擔保請求權期間為1年（第514條第1項）；而承攬人之報酬請求權期間為2年（第127條第7款）、損害賠償請求權為1年（第514條第2項）。這種在締約階段對於當事人、特別是對於投標

⁷ Vgl. nur Ennuschat, Ulrich: Keine Anwendung der Zwei-Stufen-Lehre im Vergaberecht, NJW 2007, 2224; Kapellmann/Messerschmidt/Stickler/Mädler, 8. Aufl. 2023, VOB/A § 18 Rn. 7 f; BeckOK VwGO/Reimer, 68. Ed. 1.1.2023, VwGO § 40 Rn. 48a-48c, j.m.w.N. 中文對此說明，陳錫平，同註2，22-23頁。

⁸ 「二、修正第二項序文，為避免誤認追繳押標金屬契約約定之處罰（契約罰），與最高行政法院一百零二年十一月份第一次庭長法官聯席會議決議，機關得以單方之行政行為追繳已發還之押標金，乃屬機關對於投標廠商行使公法上請求權之意旨有違，爰刪除『機關得於招標文件中規定』之文字。」

⁹ Vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1992, S. 329.

¹⁰ 陳錫平，同註2，24-25頁。

人——當然這包含了未來的承攬人——要求，明顯高於履約階段，在價值判斷上缺乏一致。又2.招標（締約預備）階段的押標金的沒收，一般認為並無履約階段之酌減違約金規定（民法第252條）的適用¹¹；這種讓投標人負擔較其後承攬人更重的責任——押標金的繳交，也包括擔保其後一部分的履約問題（政府採購法第31條第2項第4款、第5款參照）——這特別是從押標金經常被轉換成為其他的履約擔保型態¹²來看，更是輕重失衡。（四）將適用政府採購法的招標程序、和其後之締約／履約程序，認為是一個私法關係，除了有助於對現行法律的解釋與適用——例如從締約過失理論／民法第245條之1，去理解政府採購法第85條第3項——，並且也可能有助於將來修法——例如訴訟救濟管道——的參考。

綜上，本件最高行政法院認為：政府採購法上決標／不得標等行為，屬公法上之高權行為，應循異議、申訴程序救濟之，若仍有不服，始得提起行政訴訟。此一見解，可以向來的雙階理論為前提，固有所據，並且也可以從政府採購法第31條之立法理由獲得某程度的佐證。然而立法者對法規範的具體想像，並不具拘束力；從相關事件的救濟（訴訟）途徑，並不必然能夠反推其法律性質為何。吾人若比較德國法上的觀點，將適用政府採購法的招標程序、和其後之締約／履約程序，理解為是一個私法關係的整體，應當是更符合向來對公／私法關係的區分的標準，可以避免過度擬制與法律關係複雜，盡可能地維繫價值判斷上的一致與避免輕重失衡，有助於現行法的解釋與適用，並可作為將來修法的適當參考。♣

 相關文獻 ◀ 月旦知識庫 www.lawdata.com.tw，更多裁判分析 ◀ 月旦法律分析庫 lawwise.com.tw

作者著作



- 2023 年月旦〈民事法〉實務評析精粹 | 林更盛、黃正光 等
- 租賃專題研究（三）：借地建屋 | 吳從周、林更盛 等
- 國家在勞動契約中的角色（影音） | 林更盛

¹¹ 林更盛、黃正光，營建工程法律實務QA（一），2021年，37頁以下。

¹² 同前註，43頁以下。