

有關政府採購法對於招標、審標、決標事件之爭議，及機關處理異議之結果等法律性質疑義
發文機關：法務部
發文字號：法務部 91.12.02. 法律字第0910700625號
發文日期：民國91年12月2日

法務部「行政程序法諮詢小組」第三十一次會議紀錄

法務部九十一年十二月二日

法律字第○九一○七○○六二五號書函

時間：九十一年十一月一日（星期五）上午九時三十分

地點：本部二樓會議室

主席：林常務次長錫堯

壹、討論事項：

- 一、採購法第七十五條第二項關於招標、審標、決標之爭議，機關之異議處理結果，其法律性質如何？是否為行政處分？
- 二、採購法第一百零二條第二項關於廠商對機關認為違法之情事提出異議，機關之異議處理結果，其法律性質如何？是否為行政處分？

貳、發言要旨：

行政院公共工程委員會代表：

- 一、按政府採購，實務上認係私經濟行為（又稱國庫行為），係政府與廠商間基於平等地位進行交易之行為，與統治權行使無關，亦無「行政處分」存在，故一向被認為是私法關係，雙方如有爭議，應向普通法院民事庭請求救濟。惟提起民事訴訟必須有請求權基礎，即「訴訟標的」，但在政府採購招標、審標、決標過程中，機關與廠商間並未有契約關係，因此過去廠商很難循民事救濟途徑獲得救濟，產生廠商攻擊之黑函滿天飛，但問題卻無法解決。政府採購法制定時，即參酌政府採購協定（GPA），將政府採購廠商與機關間關於招標、審標、決標之爭議，訂定異議、申訴程序，而有爭議處理之機制，且於政府採購法中對於申訴審議判斷明定「視為訴願決定」，亦即政府採購法立法者將此部分之救濟程序，明訂為公法程序，自應予以尊重（司法院釋字第四一八號解釋參照）。因此，縱令學界與實務界對於政府採購行為之性質究為公法關係？私法關係？或雙階理論有所爭議，惟申訴會在處理申訴個案係將採購行為之定性與救濟程序切割開來，分別處理。而本會今天提出此問題主要是，既然救濟程序以公法關係為之，則有關其救濟期間及方式之教示，是否應予適用或準用行政程序法第九十八條之規定，涉有疑義。
- 二、本會採購申訴審議委員會對依政府採購法第七十五條第二項異議處理結果不服提出申訴者，程序上並不審查該異議處理結果通知是否教示救濟相關規定；但對於依政府採購法第一百零二條第二項異議處理結果不服提出申訴者，則均於程序上先行審查是否附記此類教示記載。故本會原則上對政府採購法第七十五條第二項之異議處理結果，並未視其性質為行政處分，且迄未見法院作成其屬行政處分之判決，惟最高行政法院九十一年裁字第二一一號對於招標機關廢標，重行辦理招標的決定聲請暫停執行事件，不服臺北高等行政法院裁定提出抗告乙案，法院並不否認其為「原行政處分或決定」，併為參考。
- 三、政府採購法第八十三條規定，審議判斷，「視同」訴願決定。其未附帶規定「得提起行政訴訟」之理由，乃因不服法律規定視同訴願決定而提起之訴訟案件，屬高等行政法院管轄案件（行政法院組織法第七條第一款參照），故未於上開條文重複規定。

主席：

參照採購法第八十三條規定意旨，審議判斷，既視同訴願決定，是否意指得對之提起行政訴訟？若是，提起之撤銷訴訟，其欲撤銷之對象究為何？是那個行政處分？宜先予釐清。倘將機關最先之行為（如於會議中評定某家廠商不合格，而不准其參與投標）視為行政處分，而使採購程序亦適用行政程序法之程序規定，是否使法律關係過度複雜化？殊值斟酌。

李委員建良：

一、關於討論事項一部分：

- (一) 按何謂行政處分乃實體法上問題，而當事人權利受到損害究應循何種訴訟管道尋求救濟，則係屬程序問題，二者並無必然關係。採購法第七十五條第二項機關之異議處理結果如認係行政處分，自應適用行政程序法有關教示之規定。惟因行政程序法有關行政處分之規定屬實體規定，故記載教示相關規定是否為行政處分，應從實體上加以認定。為免滋生爭議，招標機關將異議處理結果通知廠商時，宜附記救濟期間及其受理機關，以解決實務上認定之困難。況且，縱使此一通知性質上非為行政處分，亦非不得為教示記載。
- (二) 政府採購行為之性質究為公法關係或私法關係，雖有極大爭議。惟就當事人而言，如權利遭受損害，應使其有救濟管道。至於救濟管道採行政爭訟或民事訴訟，由立法者決定。綜觀採購法第七十四條以下之規定，異議、申訴及審議判斷制度即為立法者設計之救濟管道，至於異議處理結果是否為行政處分，似非在立法者考量之列。又依採購法第七十五條第一項之文義以觀，對招標文件提出異議者（第一款參照），機關異議處理之通知，核其性質應屬觀念通知，非為行政處分；又對採購之過程、結果提出異議者（第三款參照），核其性質應屬行政處分。至於對招標文件規定之釋疑、後續說明，變更或補充提出異議者（第二款參照），依司法院釋字第四二三號解釋「行政機關行使公權力，就特定具體之公法事件所為對外發生法律上效果之單方行政行為，皆屬行政處分，不因其用語、形式以及是否有後續行為或記載不得聲明不服之文字而有異」之意旨，如機關之異議處理結果已含有否准之意涵，例如對招標文件規定解釋之結果，認廠商不符資格而拒絕其申請參加投標，則屬行政處分無疑。總之，廠商對上開採購法第七十五條第二項所定事項提出異議者，機關之異議處理結果究為事實行為或行政處分，宜視具體個案而定，未可一概而論。
- (三) 關於採購法第八十三條有關審議判斷視同訴願決定規定未附帶規定審議判斷「得提起行政訴訟」，是否使關於招標、審標、決標爭議之訴訟救濟管道變成不定狀態乙節，參酌司法院釋字第四一八號解釋「憲法第十六條保障人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權利。至於訴訟救濟，究應循普通訴訟程序抑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等而為設計」之意旨，公法案件得交由普通法院審理，反之，民事案件亦有交由行政法院解決的可能。從而，依採購法第六章關於爭議處理之規定以觀，立法者就有關招標、審標、決標之爭議既已設計異議及申訴之管道，且將審議判斷視同訴願決定，則此類爭議即應循行政訴訟程序解決，方符合立法意旨。又行政法院組織法第七條第一款明定不服法律規定視同訴願決定而提起之訴訟案件，由高等行政法院管轄之規定，亦已就此類案件明確劃分其管轄權歸屬行政法院。故從維護人民訴訟權利之立場，行政法院實無權加以駁回，否則，勢將造成廠商求訴無門。

- (四) 至於有認為招標、審標、決標爭議之異議處理結果如非屬行政處分，即無從向行政法院提起撤銷訴訟。此一說法固非無據，惟「有行政處分始得提起行政訴訟」之見解，乃行政訴訟法修正前之舊有觀念，依新修正之行政訴訟法所定之訴訟種類，得提起行政訴訟者並非均以行政處分為要件。因此，對於因招標、審標、決標所生爭議，行政法院若無法透過撤銷訴訟予以處理者，尚有依行政訴訟法第六條（確認訴訟）或第八條（給付訴訟）予以解決的可能。

二、關於討論事項二部分：

按廠商對於機關依採購法第一百零一條所為之通知，認有違法情事而提出異議，機關異議處理結果之通知，即作為將來對廠商作成不利處分之基礎，顯已直接影響人民權利義務關係，參酌司法院釋字第四二三號解釋有關「舉發通知書」的意旨，核其性質應屬確認廠商有違法情事存在之行政處分。

劉教授宗德：

- 一、採購法第七十四條於九十一年間修正時刪除履約或驗收爭議得提出異議及申訴之規定，並配合刪除同法第八十三條「視同調解方案」等文字，而使審議判斷，「視同」訴願決定。惟並未明定審議判斷「得提起行政訴訟」，致造成招標、審標、決標之爭議，機關之異議處理結果在定性上之困難。本案首須釐清之問題為招標機關之行為是否為行政處分及其對廠商異議處理結果之通知是否為行政處分，以及申訴之審議判斷是否為行政處分？另採購法相關條文雖未明定申訴審議判斷之類型，惟實務運作上則有審議判斷撤銷異議處理結果之作法，足見異議處理結果亦得成為申訴審議之標的。
- 二、按機關辦理採購，認為廠商違反法令或我國所締結之條約、協定，致損害廠商權利或利益者，其性質為第一次裁決處分；而廠商向招標機關提出異議，機關異議處理結果之通知，其性質為第二次裁決處分。故採購法第八十三條明定審議判斷視同訴願決定，且審議判斷撤銷者應為第二次裁決處分，非為第一次裁決處分，蓋因第二次裁決處分並非原處分。另採購法有關「異議」之規定僅有一個條文，對於「申訴」則有詳盡規定，可謂「輕異議而重申訴」，其對異議處理結果通知之定性不明，實乃立法之疏漏所致。
- 三、訴訟外爭端解決機制（Alternative Dispute Resolution）依現行法制係指行政程序法第三條第三項第五款所定私權爭執由行政機關裁決，如三七五減租條例有關租約或租佃爭議之調解及公害糾紛處理法所定之裁決等數種。而三七五減租租約之調解屬行政處分，對調解不服者，應循行政爭訟程序請求救濟；租佃屬私權糾紛，對調解不服者，應循民事訴訟程序尋求救濟（司法院釋字第一二八號解釋參照）。至於對公害糾紛處理法之裁決不服者，係循民事訴訟程序解決。足見訴訟外爭端解決機制救濟途徑究應循公法途徑救濟或私法程序解決，端賴立法者之設計。而依採購法之設計，申訴係循行政爭訟處理，異議則得循民事訴訟解決，鑑於此一機制之性質屬中性，且政府採購為私經濟之行政輔助行為，有關採購行為之爭執屬私權爭議。故廠商對異議處理結果如非僅得提出申訴，亦可選擇提起民事訴訟，則機關異議處理結果之通知宜解為公法上之事實行為，非屬行政處分。惟如僅得對異議處理結果提出申訴，並不得另依民事訴訟程序尋求救濟者，基於行政爭訟程序性質一貫性之考量，先前異議處理結果之通知應屬行政處分。

施委員惠芬：

- 一、按政府採購屬私經濟行為，並無行政程序法之適用，前經法務部於八十八年八月二日以八十八律字第○二九七四二號函釋在案。鑑於政府機關辦理工程之定作、財物之買受、定製、承租及勞務之委任或僱傭等行為係政府基於買方之採購行為，為維持公平

、公正並兼顧其效率與品質，特以採購法加以規範。惟採購行為並不因採購法納入爭議之救濟程序規定，而使其性質變為公法行為。

二、政府採購行為之性質既屬私法行為，則關於招標、審標、決標爭議之異議處理結果即非行政處分。至於採購法第七十五條明定廠商得向招標機關提出異議，立法目的在使廠商進入採購程序後賦與廠商救濟之程序，以維護其權益。換言之，依採購行為之性質以觀，機關異議處理結果之通知，並不因採購法第六章設計異議、申訴及審議判斷之程序等，而導引其性質為行政處分。再者，機關異議處理結果之通知縱附記教示規定，亦不因而使其性質變更為行政處分，蓋因記載之目的僅在使當事人了解可得採取之救濟途徑。

三、九十一年二月六日修正公布之採購法第七十四條刪除履約或驗收爭議得提出異議及申訴之規定，並一併配合刪除該法第八十三條「視同調解方案」等文字，將審議判斷「視同」訴願決定，而使審議判斷賦予單一效力，目的在使招標、審標、決標爭議均循行政爭訟救濟程序處理，俾相關救濟程序較為明確、單純可行，並非由此將私經濟行為之採購爭議處理結果之法律性質改變為行政處分。

陳委員明堂：

政府採購行為，個人認為本質上為私經濟行為，只不過以法律規範其前置程序，最終仍以訂立契約產生法律關係，因此與行政處分無涉。不過學理上亦有認為是具有公權力支配關係之公法性質，在這種說法的前提下，個人亦認為依採購法第七十五條第一項規定，廠商雖得向招標機關提出「對招標文件規定」、「對招標文件規定之釋疑、後續說明、變更或補充」及「對採購之過程、結果」等各項異議，惟上開異議事項之內容與範圍是否屬廠商公法上之請求權，且招標機關之異議處理結果是否為行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為，不無疑義。揆諸上揭採購法第七十五條第一項各款所定之異議內容，均屬採購契約尚未成立前之相關事項，雙方實際並未進入簽約階段。且立法者就機關之異議處理結果，既未仿該法第八十三條之立法體例訂定擬制規定，而將其亦「視同」行政處分，顯係有意排除其為行政處分之性質。故招標機關之異議處理結果宜解為非屬行政處分，宜認為係屬公法上之事實行為。

林代司長秀蓮：

一、關於招標、審標、決標之異議，機關之異議處理結果乃招標機關對本身行為作成決定，此與申訴審議判斷係由中央主管機關採購申訴審議委員會介入招標機關與廠商間之爭議而為行政裁決，二者尚屬有別。又有關私權爭執之行政裁決程序，依行政程序法第三條第三項第五款規定，不適用該法之程序規定，故申訴審議判斷自毋庸附記教示救濟相關規定。合先敘明。

二、又招標、審標、決標之行為，本質上乃行政機關處於與私人相當之法律地位，並在私法支配下所為之私經濟行政（國庫行政）行為，其既非基於公權力主體地位行使其統治權，故對於上開私經濟行政行為之爭議，機關之異議處理結果，宜解為非屬行政處分。

參、結論：

一、關於招標、審標、決標之爭議，機關異議處理結果之法律性質，與會委員之見解歸納下列二種：

（一）非屬行政處分說。理由：

1. 查政府辦理工程之定作、財物之買受、定製、承租及勞務之委任或僱傭等採購行為，本質上乃行政機關處於與私人相當之法律地位，並在私法支配下所為之

私經濟行政（國庫行政）之行為，其既非基於公權力主體地位行使其統治權而產生規制（Regelung）作用，故對於招標、審標、決標等私經濟行為之爭議，機關之異議處理結果，核其性質應屬私法上之行為，非為行政處分。

2. 至於採購法第六章納入異議、申訴及審議判斷等爭議之救濟程序規定，立法目的係鑑於廠商於招標、審標、決標階段，與機關並無契約關係，難有可提起訴訟之訴因，為維護其權益，並兼顧政府採購之時效性需求，特參酌政府採購協定（GPA）訂定爭議處理之機制，以使廠商進入採購程序後賦與廠商救濟之管道，且使相關救濟程序較為明確、單純可行，惟並非由此將私經濟行為之採購爭議處理結果之法律性質改變為行政處分。

（二）宜視具體個案事實分別認定說。理由：

1. 依採購法第七十五條第一項之文義以觀，對招標文件提出異議者（第一款參照），機關異議處理之通知，核其性質應屬觀念通知，非為行政處分；惟對採購之過程、結果提出異議者（第三款參照），核其性質應屬行政處分。
2. 又對招標文件規定之釋疑、後續說明，變更或補充提出異議者（第二款參照），依司法院釋字第四二三號解釋「行政機關行使公權力，就特定具體之公法事件所為對外發生法律上效果之單方行政行為，皆屬行政處分，不因其用語、形式以及是否有後續行為或記載不得聲明不服之文字而有異」之意旨，如機關之異議處理結果已含有否准之意涵，例如對招標文件規定解釋之結果，認廠商不符資格而拒絕其申請參加投標，則屬行政處分無疑。
3. 綜上所述，廠商對前開採購法第七十五條第二項所定事項提出異議者，機關之異議處理結果究為事實行為或行政處分，宜視具體個案而定，未可一概而論。

（三）贊成非屬行政處分之委員有三位，贊成宜視具體個案事實分別認定之委員有一位。

（四）結論：採購法第七十五條第二項關於招標、審標、決標之爭議，機關異議處理結果之法律性質，多數見解認非屬行政處分。以上會議討論情形及結論，提供行政院公共工程委員會作為未來處理此類爭議案件及研擬妥適因應措施參考。

二、關於採購法第一百零二條第二項有關廠商對機關認為違法之情事提出異議，機關異議處理結果之法律性質，本次會議暫不予處理。惟如行政院公共工程委員會仍認確有需要，可另提供相關詳細、完整資料，再行研討。

主席：林錫堯

紀錄：黃慶元