

—王世景、傅光弘—

政府採購行為性質與 雙階理論之探討

提要

- 一、政府採購法（下稱採購法）初創時，因考量各級機關辦理採購之經驗與規範不足，故參酌國內外相關規定，期以建立制度健全、資訊透明、作業公平合理之兼具興利與防弊之政府採購環境。故當政府採購行為產生時，宜先就採購法之法律屬性先行剖析。
- 二、採購契約係買方為達成採購之目的，經過一定程序，與願提供標的之賣方所簽訂之契約。在政府採購契約裡，買方即為機關，賣方則是廠商。另依採購法第3至5條規定，除第3條之機關為採購法適用主體外，另符合特定條件下亦包括法人或團體。
- 三、政府採購行為在一方為機關一方係私人廠商的法律關係裡，可能為公法範疇或私法領域，實務上多有爭議，所以將行為定性，也直接影響採購契約之屬性，另定性之實益在於救濟途徑與締結程序之不同。所以要討論採購行為之法律問題前，首要釐清其法律屬性，再涉及相關問題及實體與程序法之適用，才能協助機關解決採購之問題。

關鍵詞：政府採購法、國庫行政、私經濟行為、雙階理論



壹、前言

依我國採購法第3、4條規定，以各政府機關、公立學校、公營事業及受補助之法人團體作為本法規範之主體，而廠商則是提供機關所需工程、財物及勞務之契約相對人，兩者均是建立與維繫健全採購體制所不可或缺之一環，且該法立法宗旨，係為建立政府採購制度，依公平、公開之採購程序，提升採購效率與功能，確保採購品質，更希望能透過制定此法為人民帶來更多的福祉。

該法實行迄今近18個年頭、歷經五次修正，行政院公共工程委員會（下稱工程會）依採購法之授權所發布之解釋函近三千則，¹除完善法規不足處，更顯示出採購行為的複雜性。另機關因政府採購行為而涉及法院訴

訟之案件，以最高行政法院及最高法院數據統計（如表一）均在150件左右，且均有受理其案件。令人不解的是為何同一採購行為會有兩種不同救濟途徑，故欲釐清政府採購所生的問題，應先就其行為之法律性質進行探討。

採購行為之法律屬性在採購法初施行幾年內，學說通說與主管機關、法院實務見解均認為政府採購因屬於行政機關立於私法主體之地位，而從事一般為了滿足機關自我需求之行政補助行為，當然屬國庫行政²之範疇，應屬私法性質。但仍有學者認為採購程序中，仍具相當公權力之色彩，應不全屬私法範疇。再觀諸現今政府採購之標的或目的，不全然僅係為滿足機關自我需求，更多係具有重大之公共目的而涉及公共利益者，以下就政府

表一 101-105年政府採購行為涉及最高法院及最高行政法院訴訟案件數量統計表

年度	最高法院（民事類）	最高行政法院（行政類）	合計
101	22	130	152
102	23	97	130
103	37	104	141
104	34	104	138
105	29	124	153
合計	145	559	704

資料來源：司法院法學資料檢索系統（<http://jirs.judicial.gov.tw/FJUD/>），本研究整理

- 1 工程會網站計有2,980則，http://planpe.pcc.gov.tw/laws/z2b_2_01.htm，檢索日期：民國106年4月10日。
- 2 又稱私經濟行政，係指國家並非居於公權力主體地位行使統治權，而係處於與私人相當之法律地位，在私法支配下所為之各種行為。吳庚，《行政法之理論與實用》，增訂第12版（臺北：三民書局股份有限公司，西元2012年2月），頁11。

採購行為各學說之理論與批判論述如後。

貳、政府採購行為屬私法行為之論述

一、採私法行為之理論

採私法行為說者，認為採購行為應屬行政行為中私經濟行政的行政輔助行為。³ 其非為國家居於公權力主體地位行使其統治權，而係處於與私人相當之法律地位，並在私法支配下所為之各種行為。相關行政種類與適用性質如圖一所示。

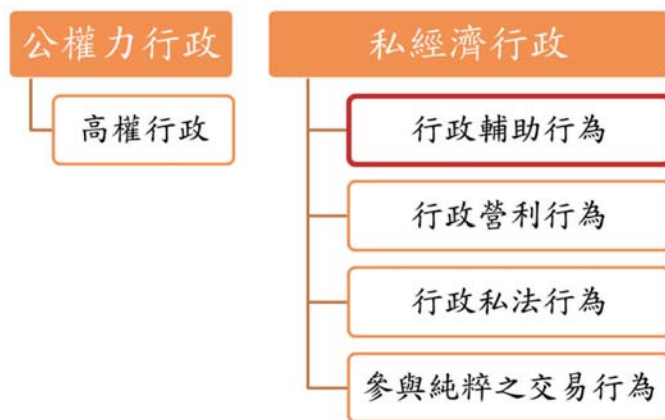
其中「行政輔助行為」則係機關以私法契約，取得其行政活動所需之物品，以及所

需人力，基於上述兩個行為，即使機關於採購程序中的招標、審標及決標階段所為之行為，也是為了締結契約所為之預備行為，在此階段所為之決定係為了擇定簽約當事人，應與決標後之採購契約視為一個行為。⁴ 因此，機關於招標、審標及決標程序中所為之採購決定，通常不會被認為是行政處分，所以採購行為之性質，自招標開始至決標完成，以及訂約後至履約之階段，均屬私法性質，故採購法規定不完整之部分，應屬民事法律關係，而有民法相關規定之適用。⁵

二、實務見解-主管機關

工程會89年8月17日工程企字第89023741號解釋函認為，按行政程序法第2

條第1項規定，採購行為其性質屬私經濟行政，非屬行政程序法第2條第1項所規範之行政行為，不適用行政程序法。工程會此函釋在採購實務運作上，確實已對各機關之採購行為，產生相同於行政規則之效力。⁶ 對於機關的行政作為具有強制的拘束力，且工程會在日後多次所做出之函釋，亦採相同見解，定



圖一 公權力行政與私經濟行政之適用性質

（資料來源：本研究繪製）

3 同註2，頁11-12。

4 陳愛娥，〈「ETC案裁判評釋」〉《臺灣本土法學雜誌》（臺北），第82期，西元2006年5月，頁240-241。

5 臺灣高等法院暨所屬法院95年法律座談會民事類提案第14號否定說理由（三）參照。

6 依行政程序法第159條規定：「本法所稱行政規則，係指上級機關對下級機關，或長官對屬官，依其權限或職權為規範機關內部秩序及運作，所為非直接對外發生法規範效力之一般、抽象之規定。」

性為私經濟行為。

另以行政執行實務來觀察，法務部也多次做出函示，表明採購法所稱之採購，係指工程之定作、財物之買受、定製、承租及勞務之委任或僱傭等行為，係屬我國民法債編所定債之類型，為私經濟行政，非屬行政程序法規範之範圍，由此可知，各主管機關均認為政府採購行為係屬私法性質之私經濟行為，函釋見解彙整如表二。

三、實務見解-法院

(一) 民事法院之見解

最高法院80年度臺上字第525號判決認為，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；最高行政法院27年裁字22號判例亦指出，人民向公務機關承包工程因而發生爭執乃屬私法關係應依民事訴訟程序以求解決，準此，機關為採購行為時之地位與私人性質無異，和契約相對人處於平等的地位，而適用私法。

近期實務法院與過去具相同見解之判決有，最高法院於101年臺上字第1579號判決理由第四段就明確表示：機關或團體立於私法主體地位從事私經濟行為而與他人所訂立之私法契約，其間權利義務關係，應依雙方意

表二 工程會與法務部函釋政府採購行為性質一覽表

項次	函釋日期字號	函釋內容	備考
一	89年8月17日工程法字第89023741號	採購行為，其性質屬私經濟行政，非屬行政程序法第2條第1項所規範之行政行為，不適用行政程序法。	工程會
二	96年3月8日工程法字第09600043690號	政府採購，係機關與廠商間立於相當之法律地位進行交易之行為，機關非基於公權力之主體地位執行其採購程序。	工程會
三	96年4月11日工程法字第09600082350號	機關依本法辦理招標之公告以及審標、決（廢）標結果之決定，均非屬行政處分，否則即可以訴願制度為其救濟，而毋庸另創異議、申訴制度。	工程會
四	88年8月2日法律字第030047號	政府採購屬私經濟行政適用範圍，應依政府採購法及其子法之規定判斷之，似不生行政程序法之適用問題。	法務部
五	90年12月25日法律決字第047910號	廠商因招標機關依政府採購法所為採購事件發生之損害應無國家賠償法及其施行細則之適用。	法務部
六	100年8月3日法律字第1000013753號	政府採購行為均屬我國民法債編所定債之類型，此等私經濟行為並非行政程序法所欲規範之範圍。	法務部
七	103年8月22日法律字第10303509590號	政府採購屬私經濟行政適用範圍；有關此等採購事項，應依政府採購法及其子法規規定判斷之，不生行政程序法之適用問題（與項次四相類似）。	法務部

資料來源：1.工程會政府採購法規相關解釋函查詢系統 (http://planpe.pcc.gov.tw/laws/z2b_2_01.htm)

2.法務部主管法規查詢系統 (<http://mojlaw.moj.gov.tw/LawQuery.aspx>)

3.本研究自行整理

思表示合致之內容為斷；最高法院於100年臺上字第481號判決理由第四段表示：政府機關、公立學校、公營事業或受政府機關等補助一定金額之法人或團體辦理採購時，使政府採購程序回歸市場競爭機制所應遵守之規範，該法復未就政府機關立於私法主體地位從事私經濟行政（國庫行政）之行政輔助行為而訂定之私法行為。

（二）行政法院之見解

在最高行政法院95年判字第1996號理由第二段表示：採購行為，其性質屬私經濟行政，非屬行政程序法第2條第1項所規範之行政行為，不適用行政程序法。又政府採購行為之性質，係立於私法主體地位從事私經濟行政中之行政輔助行為，應受私法之支配，採購法中異議及申訴之性質，似為行政機關自我審查之性質，即行政機關內部之監督規範，為行政機關辦理採購時之取締規定，而非效力規定，即招標過程所生之爭議事項，其有民事法上之請求權基礎者，仍得依民事法律規定；最高行政法院97年判字第716號理由第四段表示：政府採購行為之性質，係立於私法主體地位從事私經濟行政中之行政輔助行為，應受私法之支配，無論行政程序法或行政訴訟法，要均係以「公法上之事件」為規範之對象，而政府採購行為顯無涉國家統治權，應已不生公法上之問題。

四、採私法行為理論不符現今實務之理由

（一）從理論與法規觀之

此說認為政府採購行為係屬私法性質之行政輔助行為，但自91年採購法修訂後，政府採購增加申訴管道等許多與公共利益相關之規定，多具有濃厚之公益色彩，且在主管機關或地方政府申訴會之審議判斷書、調解建議書內多有提及機關之採購行為宜有公法上原理原則之適用，以避免機關恣意之行為，故對於採購行為之法律性質不宜昧於立法者之原意，而單以私法性質概括視之。

（二）從實務作業面觀之

採購行為已非全然係機關為了滿足自我需求之行政補助行為，多有為直接達到公行政目的之行政給付行為，例如建設公共設施之採購行為，就有直接且強烈行政色彩，甚至是簽約對象之選擇，也常常有其公益之考量，亦具公法之性質。再者採購機關亦得因情事或政策變更等因素要求廠商解除契約或繼續履約，或為緊急情況或公共利益單方調整或終止契約內容，均顯示機關與一般私人地位顯有不同。在私法行為說裡，因忽略採購法之特殊性及採購實務上之多樣性，把所有適用採購法之契約，全般定性為私法契約之見解，已不符現今之實務。

參、政府採購行為屬公法行為之論述

一、採公法行為之理論

（一）從理論觀之

此說大多主張因採購過程有公權力之介

入，相關作為依法行政，非私法可概括，其目的又係為維護人民之權利，避免公法遁入私法之弊，且公法契約在今日亦較以往為成熟，故應將採購契約認為係行政契約。

（二）從實作面觀之

政府採購之行為大多係執行政府預算，過程中受到較多之行政監督，機關執行職權時，本就有行政裁量介入之空間，更何況在執行政府採購過程中，首先從採購預算之編定到需求規格之訂定，完成採購計畫核定後，上網公告招標及其文件，依招標文件規定的時間地點執行開標作業，再依招標文件規定審查廠商之投標檔、決標方式決標予廠商，決標後與廠商之訂約、履約、驗收等，所有的作為均受採購法或其他相關行政法規所規範，均非契約當事人依據契約自由原則所能合意變更的，可見公權力介入政府採購行為之程度頗深。

再者，機關辦理採購作業，除滿足自我需求之外，更多原因是為了達成一定之行政目的，例如常與政府施政、公共建設或大眾利益等有密切之關係，多少都帶有一定程度之公益性質，故由採購法之立法原則及宗旨觀之，不難發現社會公共利益係政府採購最

重要之考量因素，這是私法契約裡所未包含之特色。

（三）從公益面觀之

再細部探究，可發現採購法中展現公益原則之規定，如採購法第50條第2項及64條均有明文規定，若得標廠商依契約繼續履行反而不符公共利益者，機關得報經上級機關核准，終止或解除部分或全部契約或是撤銷決標、終止契約或解除契約反不符公共利益，並經上級機關核准者，不在此限。這是顯見機關享有採購契約監督與指導權；如有因政策變更，廠商依契約繼續履行反不符公共利益時，機關有契約之單方終止或調整等特權。

（四）從法規面觀之

在採購法第96條、第97條等均是考量環保或社會服務等公共利益之政策，故採購法係基於公共利益、公平原則與政策因素之規定而制定的法律，具有公法性質，已非單純之民事契約能概括。⁷ 另就契約本質與精神觀之，採購契約並非完全適用契約自由原則，如契約要項內容裡具有處分或終止、解除等條款，皆非機關可任意創設而均係由法定；又採購法賦予機關在履約過程中對履約廠商有一

7 多有學者認為政府採購契約應為公法（行政）契約，如：黃明絹，〈公法契約之研究—西德立法例之探討〉（臺北：政治大學法律研究所碩士論文，西元1984年6月）；賴秀蘭，〈政府採購契約之概念〉（臺中：國立中興大學法律研究所碩士論文，西元1997年1月）；李嵩茂，〈政府採購招標爭議處理制度之研究〉（臺北：東吳大學法律學研究所碩士論文，西元1997年7月）；朱靖溥，〈政府採購法公私法域歸屬之研究〉（臺北：國防大學國防管理學院法律研究所碩士論文，西元2000年5月）；林家祺，〈政府採購法救濟程序之研究〉（嘉義：國立中正大學法律學研究所碩士論文，西元2002年1月）。

定控制之權，如施工品質查核或履約之停權處分等，均是其控制權的展現。此等具有濃厚之公共利益背景及達成施政目標政策之契約，應該解釋為公法性質之行政契約，或是有公、私法雙重性質之混合契約。

（五）從行政面觀之

再者依行政程序法第135條之規定，公法上法律關係除其性質或法規規定不得締約外，得以契約設定、變更或消滅之。以及第16條第1項其所謂「權限委託」，係指涉及公權力行使之權限移轉，如不涉及公權力之行使，則不屬之。準此，行政機關依上揭規定將其權限委託民間團體或個人辦理，而雙方訂定契約者，該契約應屬行政契約。所以為使政府採購得受公法原理原則之拘束，進而保障人民權益，又能兼顧依法行政原則與契約自由之特性，應將政府採購行為所生之權利義務關係，定性為行政契約。⁸

（六）從主體面觀之

私法契約畢竟是建立在私法自治的基礎上面，而國家不是基本權主體，不能主張自由發展的人格權，也不能主張私法自治，所以將一切由國家所簽訂的契約一律劃定為行政契

約，反較更能貼近憲法。⁹ 相似見解於學者林明鏘教授偏向採用「契約主體說」，亦為僅契約當事人一造為行政主體者，皆得視為行政契約，可避免行政主體假借私法形式而遁入私法不受公法之規制外，亦可減輕實務上判斷私法契約與公法契約不易之負擔。¹⁰ 所以依上訴學理、學說之見解，政府採購行為係屬公法行為，且應受公法之拘束。

二、實務見解-法院

最高法院99年度臺上字第6219號判決意旨：「原則上固非屬行使公權力之公共事務，然政府採購法第1條及第3條明定：為建立政府採購制度，依公平、公開之採購程序，提升採購效率與功能，確保採購品質，爰制定政府採購法，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。是機關採購案倘應適用政府採購法時，已非純粹之私法關係，仍屬具有法定職務權限之公共事務。」另在臺北高等行政法院96年度訴字第1132號裁定，認為「青年公園設施之經營、管理、維護等事項」公開招標，經投標廠商得標後，所簽訂之契約性質為行政契約。

8 周瑤敏，〈政府採購法異議及申訴制度之研究〉（臺北：政治大學法律學研究所碩士論文，西元2004年1月），頁12-13。

9 許宗力，〈雙方行政行為—以非正式協商、協定與行政契約為中心〉《新世紀經濟法制之建構與挑戰—廖義男教授六秩誕辰祝壽論文集》（臺北：元照出版公司，西元2002年9月），頁279-280。

10 林明鏘，〈評論「三軍委製協議書」〉《臺灣本土法學雜誌》（臺北），第13期，西元2000年8月，頁114；李旭銘，〈採購行為與雙階理論（上）〉《法令月刊》（臺北），第54卷第5期，西元2003年5月，頁50。

綜觀學說理論及法院實務判決，政府採購契約絕非一概屬私法契約，而具有行政契約之特性，應屬公法性質。

三、採公法行為理論不符現今實務之理由

(一) 無法明確指出公私法之區別及公權力內涵與界限

其說理欠體系完整性，且未能克服無實體法依據，且該說公、私法之界限不明，將可能導致販賣高權之結果，^{11、12}依行政程序法行政契約的容許性¹³可知，行政契約之標的係以「公法上法律關係」為限，以「契約標的說」為主、「契約目的說」為輔，來區別公法與私法契約，所以公法契約或私法契約之區別，應就契約標的及目的探求。法務部與法院實務見解亦採此認定，^{14、15}均認為行政契約與私法契約之區別，係以其發生公法或私法上權利義務變動之效果為斷。凡不得作私法契約標的之事項，而以契約型態作成時，自應視之為行政契約，若契約標的在性質上非私法契約或行政契約所獨佔，則應參酌契約目的之所在，判斷其屬性。遇有爭議情形，應依契約之一方是否為行政機關；契約之內容是否

為行政機關一方負有作成行政處分或高權的事實行為之義務；是否屬執行法規規定原本應作成行政處分，而以契約代替者；是否涉及人民公法上權利義務關係；約定事項中是否有顯然偏袒行政機關一方之條款，而使行政機關享有特權或優勢之約定等指標為綜合判斷。¹⁶

(二) 無法涵蓋採購行為之全般樣貌

若機關僅係為推行一般行政事務且未涉及公益，以私法行為方式取得所需要之物質或勞務，應屬於私經濟行政範疇之行政輔助行為，該採購契約為私法契約。故全般採行公法行為說，用以界定政府採購行為，將其契約定性為公法性質，顯屬率斷與全般屬私法行為說亦同，均無法適用於當今之實務。

肆、現今實務與理論之見解-雙階理論

一、雙階理論之起因

(一) 德國最早提出雙階理論概念

雙階理論最早係由德國學者易普森，在

11 蔡秀卿，《行政契約，行政法爭議問題研究(上)》(臺北：五南圖書出版有限公司，西元2000年12月)，頁526。

12 林明鏘，《行政契約法論，行政契約法研究》(臺北：翰蘆圖書出版有限公司，西元2006年4月)，頁11。

13 行政程序法第135條：「公法上法律關係得以契約設定、變更或消滅之。但依其性質或法規規定不得締約者，不在此限。」

14 法務部90年5月17日(90)法律字第013119號函。

15 最高法院95年臺上字1445號判決。

16 同註2，頁418。

一份有關聯邦政府對於電影業者，提供或拒絕債務保證之程序與權利保護鑑定書中所提出的理論，其內容主要探討對國家於受理人民有關貸款及津貼的行為時所產生之爭點，易普森所提出之雙階理論認為，機關行政對於私人所為債務保證申請的決定行為，並不只是為了形成下一階段（第二階段）之資金補助給付的前階段或是前提條件而已。若機關為一個拒絕申請之決定，並非一個單純僅具私法性質的契約法律行為，而應屬一個阻絕後續法律關係形成的公法高權行為。

（二）雙階理論的內涵

誠如前述，若是機關許可申請，其內部應再區分相互結合的公、私法之法律關係。若是機關接受申請但拒絕許可補助時，所形成的關係就僅屬一階段而已。易普森亦認為機關之許可申請之決定為一行政處分，而為使此一決定能積極實現，則透過私法手段以類似於履行行為，銜接於前階段之行政處分之後。至於人民於機關接受申請之後，請求締結第二階段履行行為的法律上請求權，本質上係屬第一階段許可行政處分後所產生的。¹⁷

（三）雙階理論階段區分

在雙階理論下，機關補助的法律關係被區分為兩階段，前階段機關行為無論是准許

或否決，均為公法行為，屬於行政處分；後階段則維持私法行為。換言之，雙階理論認為國家之行為應區分為「受理申請」及「實行行為」兩個階段，第一階段（前階段）對於申請貸款與津貼准否之決定，係行政機關具有高權性質的公法行為，行政機關對於申請之准否得以單方判斷作決定，其性質應視為行政行為中之「行政處分」，對於申請案受理與否，人民應可在法律之範圍內循行政途徑救濟。至於第二階段（後階段）申請獲准後，機關給予貸款及其他性質之給付的行為，基於雙方當事人間因此產生私法上的債權債務關係，性質相當於行政行為中的「私經濟行政」（或稱國庫行政），若是對於此階段之貸款或給付行為所生之爭議，如貸款契約締結後逾時未撥款、借方逾時未還款，或雙方於給付金額之爭議等，與私人間借貸契約所生之爭議相同，如此則應循民事訴訟途徑解決。

二、我國政府採購行為採雙階理論之基礎

行政訴訟法公布施行，為我國公法上所生爭議之救濟及強制執行途徑指引了正確之方向。也因此，政府採購行為之法律性質，開始有了立法者對於救濟途徑之指定，作為事件公、私法性質區分之指標之見解。¹⁸

採購法於91年修訂第74條規定，即得提

17 程明修，〈雙階理論之虛擬與實際〉《行政法之行為與法律關係理論》，第2版（臺北：新學林出版股份有限公司，西元2006年9月），頁57。

18 饒純恩，〈行政執行法中公法上金錢給付義務範圍之研究—兼論政府採購法中追繳押標金之強制執行〉（臺北：國防大學管理學院法律學系碩士論文，西元2013年6月），頁134。

起異議、申訴者，限關於招標、審標、決標之爭議。按其立法理由：「政府採購行為一向被認為私經濟行為，故已有契約關係之履約或驗收爭議應循民事爭訟途徑解決，使救濟制度單純化；且本法設有調解制度，已足可提供救濟管道。本條原規定履約或驗收之私法爭議，得由得標廠商自由選擇適用申訴程序或仲裁、起訴，將造成救濟體系積極衝突，實有不宜。爰予刪除。」雖主管機關仍重申「私經濟行為」說，且表示「為避免掉入政府採購行為定性爭議爭執漩渦，在處理申訴

個案上，係將政府採購行為定性與救濟程度切割開來分別處理」，¹⁹然從立法理由「已有契約關係」一詞來區分採購相關爭議之解決途徑，實質上已有採雙階理論之傾向，外界也將此解讀為係從「二階段說」觀點出發所致。^{20、21}學界亦認為雙階理論已成為解釋政府採購行為性質之有力學說，其所持之理由大抵為（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；及（五）符合世界各國趨勢。²²另整理政府採購法雙

表三 政府採法關於購雙階理論條文分析表

項次	條文	條文內容	備考
一	政府採購法第74條	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。	明確訂定招、審、決（決標前階段）之救濟途徑。
二	政府採購法第83條	審議判斷，視同訴願決定。	政府採購法第74條，工程會申訴審議委員會所為之審議判斷具有訴願之效力，以完備具訴願前置主義，將產生訴願法及行政訴訟法所定公法上爭議救濟途徑適用之效果。
三	政府採購法第85-1條	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。	於履約階段，當機關與廠商因履約爭議未能達成協議時，得以調解、仲裁，此等以私法管道解決爭議做為救濟途徑，與項次一與二在解決途徑上，涇渭分明。

資料來源：本研究整理

19 陳建宇，《政府採購異議、申訴、調解實務》（臺北：永然文化出版有限公司，西元2005年4月），頁15。

20 張祥暉，〈政府採購法修法後之問題探討—以九十一年二月修頒版本為核心〉《臺灣本土法學雜誌》（臺北），第47期，西元2003年6月。

21 曹志仁，〈從美國聯邦採購規則論我國政府採購法之爭議處理制度〉（臺北：國立政治大學法律學研究所碩士論文，西元2002年7月），頁27。

22 林鴻銘，〈政府採購法及其子法修正簡介〉《萬國法律》（臺北），第127期，西元2003年2月，頁29。

階理論相關條文分析如表三。

至此，目前國內多數學者均認為，²³91年之修法昭示了立法者將政府採購行為涵攝於雙階理論學說，因此確認了政府採購法律性質之傾向。依實務作業程序，將採購區分為招標、審標及決標階段（下稱第一段），以及決標後之簽約、履約及驗收階段（下稱第二段）等二個階段。於第一段，因機關所受之監督係以公法規範之行政監督為主，故採購之決定為行政處分，係屬公法關係，如有爭議，應循公法爭訟途徑解決；於第二段，與得標廠商之締約、履行契約乃至於最終驗收行為等事項，因採購機關與得標廠商間之權利義務關係，係依雙方所簽訂之契約來作為依據，屬私經濟行為，故其契約應屬私法契約，若生爭議，則應循私法救濟途徑解決。

三、實務見解-法院

（一）大法官釋字

大法官會議解釋第540號，是最先採用雙階理論之實務見解。其解釋理由書第一段即說明行政機關有法律行為形式選擇之自由。第二段則是大法官認為前階段申購國宅之資格審查的准駁決定為行政處分，後階段所訂立契約則屬私法契約。

（二）法官聯席會議

在最高行政法院93年2月份庭長法官聯席會議（二）決議，認為行政私法行為所生之爭議，應以契約雙方是否進入簽約程序，而決定救濟途徑之實務看法一致。臺灣高等法院暨所屬法院95年法律座談會民事類提案第14號決議文，更是精確指出應以訂約前後作為政府採購行為公、私法性質之分野，該決議所採之甲說，彰顯了雙階理論的具體施行。最後在最高行政法院97年5月份第一次庭長法官聯席會議（二）決議，援引最高行政法院93年2月份庭長法官聯席會議（二）之決議，指出立法者已採雙階理論解決採購之爭議，易言之，以機關與廠商間是否進入訂約程序作為區分爭議之性質。尚未進入簽約程序，其爭議應屬公法事件，若於採購契約履約問題所生之爭議，則屬私法事件。

（三）行政法院

最高行政法院104年度裁字第1345號裁定認為：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。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，足見立法者對於採購爭議之解決，係採雙階理論，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

23 彭麗春，〈政府採購法上申訴制度之研究〉（臺北：輔仁大學法律研究所碩士論文，西元1999年12月），頁67-77；同註7，林家祺作者，頁23-31；同註21，曹志仁作者，頁28-30；周達麒，〈政府採購招標爭議廠商救濟機制之比較研究—以行政體系內部之救濟機制為重心〉（臺北：私立東吳大學法律學研究所碩士論文，西元2003年6月），頁22。

濟程序。準此，原裁定因認關於政府採購法之爭議，若屬訂約後所生之爭議，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。

從大法官解釋及最高行政法院之見解觀之，爭議雙方以是否已進入訂約程序，來區別應循行政爭訟或民事訴訟程序謀求救濟，所以91年採購法之修法，係為立法者對於採購爭議的解決，已採雙階理論的主要論據。因此，最高行政法院決議，以決標時點作為雙階理論區分，劃分第一段為決標前之爭議及第二段為決標後履約階段之爭議，並依採購法所賦予不同之救濟途徑，分別定性為不同之法律性質，即為「前段公法；後段私法之雙階說」，政府採購行為兩階段救濟途徑示意如圖二。

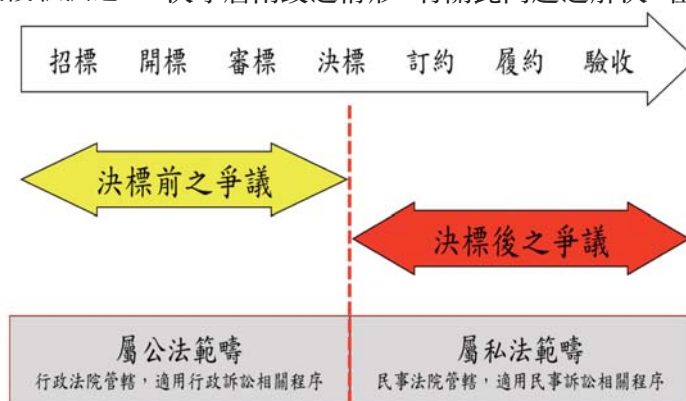
至此，司法機關實務亦多採相同見解。²⁴然，理論本身就存在有不同意見之空間，對於雙階理論，雖仍存有不同之意見，但現今學說與實務見解，均採雙階理論說，故探討不同意見之見解已無多大實益。^{25、26}

伍、結論-採購法採雙階理論之優點

關於政府採購行為之法律性質，採私法行為說、公法行為說及雙階理論均有缺點，但世上無完美之理論，可有效解決所有法律爭議，故能否有效保障人民權利、在異動最小且不違反該制度之事物本質的情況下解決法律問題，就該推崇，²⁷本文以上述各學說之論述，將現行採購法體制採雙階理論可生之利益彙整如下。

一、法安定性質疑之解決

各種領域均普遍存在且極易發生此種判決矛盾兩歧之情形，有關此問題之解決，在



圖二 政府採購爭議處理制度圖示

（資料來源：本研究繪製）

24 最高行政法院104年度裁字第1345號裁定、104年度判字第102號判決、104年度判字第101號判決、101年度判字第936號裁定、100年度裁字第3078號裁定，以上均持相同見解。

25 程明修，〈雙階理論之虛擬與實際〉《東吳法律學報》（臺北），第15卷第2期，西元2004年2月，180-182頁。

26 林家祺，〈政府採購法之開拓線〉（臺北：新學林出版股份有限公司，西元2014年2月），頁278。

27 李振宏，〈沒收與追繳押標金在政府採購行為之爭議探討〉（高雄：國立高雄大學法律學系研究所碩士論文，西元2015年1月），頁34-38。

民事訴訟法第182條第1項規定：「訴訟全部或一部之裁判，以他訴訟之法律關係是否成立為據者，法院得在他訴訟終結前以裁定停止訴訟程序。」而在行政訴訟法第177及178條則分別規定「行政訴訟之裁判須以民事法律關係是否成立為準據，而該法律關係已經訴訟繫屬尚未終結者，行政法院應以裁定停止訴訟程序。除前項情形外，有民事、刑事或其他行政爭訟牽涉行政訴訟之裁判者，行政法院在該民事、刑事或其他行政爭訟終結前，得以裁定停止訴訟程序。」¹「行政法院就其受理訴訟之權限，如與普通法院確定裁判之見解有異時，應以裁定停止訴訟程序，並聲請司法院大法官解釋。」²故有關權限爭議其實已有實定法加以解決，縱有爭議亦已明定由大法官議決做最後之解釋，因此不至於發生行政法院與普通法院判決兩歧有礙法安定性之問題。

二、立法意旨與實務運作遂行

採購法第83條：「申訴審議判斷視同訴願決定。」已然以立法政策確認招標階段屬公法性質，且立法院在審查採購法草案時立法意旨亦採雙階理論已如前述，此亦可認係立法機關衡酌功能及性質後之政策上決定，因此本篇認為應無需再為法律業已作成之政策加以爭執，徒生不必要之困擾。就實定法而言，行政院在91年通過修正採購法第83條已將申訴審議判斷直接視同訴願決定。因此採購法已然認為採購爭議中有關招標爭議部分

屬於公法性質，而非私法性質，如採私法行為說，顯與實定法規定相違背，且目前行政院公共工程委員會申訴審議委員會所作成之審議判斷，實質上亦已一律視為訴願決定，而依行政訴訟作後續之救濟，故以實務角度觀之，並未產生重大困擾。

三、落實權利保護

先就實體法請求權基礎論之，政府採購招標爭議發生時，如採私法行為說，因尚未締約，廠商恐無法依民事法之規定請求救濟，對人民權利之保障似有不周。再者，採購決定仍應受憲法基本權利及行政法一般原理原則之限制，否則極易造成公法遁入私法領域之形式濫用，機關即得藉此任意逃避專為規範公法領域之相關規制，誠非保障人民權利之舉，故機關不得主張「私法自治」、「契約自由」而恣意歧視廠商，損及廠商參與政府採購之平等機會。因此，採私法行為說而將招標階段爭議交由普通法院審查，倒不如將此部分交由行政法院審查更為妥適。且若將此段採購行為認作私法行為時，將發生招標機關不受憲法之平等原則及行政法上一般法律原則之拘束。因此，如採雙階理論，在招標爭議階段將被視為公法行為，並當然受憲法及行政法一般原則之拘束，將可落實人民權利之保護。

四、符合法院功能性

以功能性而言，在制度設計上，行政法院係為糾正行政機關之行政行為有無違法；

普通法院就民事糾紛予以審判。就如第一段爭議中，政府機關所為之「採購決定」，係機關基於職權，就特定具體之採購事件，所為之單方行政決定，由此種「違法」之判斷，均以公法或國際條約為據。易言之，凡涉有行政機關有無「依法行政」之判斷，應將其部分定性為公法上之關係，依行政爭訟體系交由行政法院審查，將比交由普通法院更為適切；²⁸反之，若是第二階段，係機關與廠商因契約所生之爭議，屬私法行為，就私法契約內之爭議則以普通法院更為適合。

五、行政目的之改變

採私法行為說者，認為政府採購行為係私經濟行政中之行政輔助行為，惟現今政府採購行為並非全然屬行政輔助行為，而係為直接達到公行政目的之行政給付行為，如：蓋博物館、蓋療養院、蓋國民住宅等。此種帶有直接且強烈公行政目的之採購行為，甚至可能為了特殊考量而對締約對象之選擇、決定之時機而有特殊之決定，該決定本身亦具有公法之性質，²⁹故政府採購行為之招標爭議如採雙階理論，將其締約前強烈公行政目的之採購決定視為公法行為，較為妥適。

綜上述，考量現今機關行政目的之調整，及遵照立法者對於採購法立法意旨及實務遂行之順利，且就法院功能性之發揮將可

確實保障人民的權利，雙階理論除較受實務肯定，並有助法律爭議之解決，更具保障投標廠商相關救濟權利之優點。

政府採購法第3條明定「政府機關、公立學校、公營事業辦理採購，依本法之規定。」國防部暨所屬單位屬政府機關之性質，辦理採購時依該法之規定屬適用之主體，因此，釐清政府採購行為之性質，將有利於國軍各階層承辦採購業務之人員，在面對採購三階段（計畫評核、購辦訂約及履約驗結）所衍生之爭議及涉法事件時，能有清楚的法治觀念並知道如何依法行政去解決所遇之爭議。如此，除可顧及廠商之救濟途徑外，更重要的是保障了國軍的權益。

作者簡介

王世景中校，指職軍官53期，曾任組長、排長、補給官、採購官、採購教官、研究教官，現任職國防大學管理學院國防管理教育訓練中心教官。

作者簡介

傅光弘上校，國防大學理工學院78年班，陸軍通信電子學校正規班84年班，國防大學理工學院電研所31期，國防大學國管指參班94年班，國防大學國管戰略班96年班，現任職國防大學管理學院國管中心法制暨武獲組主任教官。

28 同註7，林家祺作者，頁31-32。

29 李震山，《行政法導論》，第10版（臺北：三民書局，西元2014年9月），頁224-225。