

政府採購法、促參法之區別 、定性與救濟程序

羅明通 博士

法務部法規會演講教材

國家行為之體系與經費收支之關係

1. 國家支出經費採購—依採購法
2. 私人或國家部分投資成立機構依促參法
投資營運—依促參法
3. 國有或市有財產出售或出租—依國有財產法
4. 國有或市有財產招商經營—適用之法律
有多種可能（可能適用促參、採購法第
99 條或其他法律）

政府採購法之範圍

- 機關變賣、出租、出借財物不適用政府採購法，而適用國有財產法。
- 援用政府採購法時，招標文件內容不得引用政府採購法有關救濟與不良廠商處分之規定 (93.8.6. 工程企字第 0930031475 號函)
- 機關借貸非採購行為。
- 採購原則上政府須付錢，但形式上未付錢，實質上有付出對價亦屬採購。例如合建分得房屋即是。
- 業務上之買賣行為不適用政府採購，但委託經銷之招商則屬採購。

- 以廣告互惠方式委請特定廠商印製印刷品，屬政府採購。以權利金及告廣告收入抵付印刷費亦適用政府採購法。
- 公營事業委託金融機構代收款及辦理薪資轉帳及選擇民營化之證券承銷商，適用政府採購法。其他營業行為不適用。
- 依專法例如土地徵收法或度量衡法或公證法之行為不適用政府採購。

政府採購法與促參法適用之界線

發文單位：行政院公共工程委員會

發文日期：93年6月16日

發文字號：工程技字第09300234640號

主旨：有關機關辦理民間參與公共建設計畫之法規適用原則，請查照並轉知所屬機關（構）。

說明：一、按促進民間參與公共建設法（以下簡稱促參法）第二條規定：「促進民間參與公共建設，依本法之規定。本法未規定者，適用其他有關法律之規定」，行政院八十九年四月二十八日台八十九交字第一二一一七號函示：「促參法公布實施後，各主辦機關辦理民間參與公共建設之作業，應依促參法辦理。」。

二、機關辦理民間參與公共建設計畫之法規適用原則如下：

（一）符合促參法第三條第一項所稱公共建設，並依同法第八條第一項規定之民間參與方式辦理者，適用促參法規定辦理。

- (二) 各機關經管之公有財產委託廠商營運管理、提供廠商使用或開放廠商投資興建、營運（以下簡稱委外經營使用），
須由機關支付對價或由接受服務之第三人支付對價予廠
者，除下列各款情形外，適用政府採購法（以下簡稱採
法）：
1、依法令辦理出租、放租或放領者。
2、適用促參法者。
3、依其他法律開放廠商投資興建、營運交通、能源、
保、旅遊等建設者。
- (三) 各機關經管之公有財產依採購法辦理委外經營使用者，應先查明確實符合國有財產法、地方公產管理法令及其他相關法令規定。
- (四) 機關公有財產開放廠商投資興建、營運而無第（二）點第二款、第三款情形者，其甄選投資廠商之程序，依採購法第九十九條之規定，適用採購法。

三、本法規適用原則已將本會九十一年二月七日工程企字第○九二○○○五○四五○號函所規範之內容予以納入，另本會九十一年二月七日工程企字第○九二○○○五○四五○號函停止適用。

四、各機關於規劃設計公共建設委外經營使用時，應妥慎斟酌民間參與之合理規模及期間，以激發民間機構發揮最佳營運效能，創造公共建設最大經濟效益。

五、另公共建設依促參法辦理委外經營使用者，促參法定有相關獎勵措施，例如公共建設所需用地之處分、設定負擔或收益等，不受土地法第二十五條、國有財產法第二十八條及地方政府公產管理法令之限制，且得享有出租與地上權租金及融資之優惠；其屬重大公共建設者，並得享有租稅相關優惠，併予敘明。

【附註】

工程會九十三年六月十八日工程技字第09300238530號函

主旨：本會九十三年六月十六日工程技字第09300234640號函（諒達）有關機關辦理民間參與公共建設計畫之法規適用原則，其中說明三誤繕部分，惠請更正，請 查照。

說明：旨揭函說明三：「本法規適用原則已將本會九十一年二月七日工程企字第○九二○○○五○四五○號函所規範之內容予以納入，另本會九十一年二月七日工程企字第○九二○○○五○四五○號函停止適用。」，其中，「九十一」年部分誤繕，惠請更正為「九十二」年。

正本：國民大會秘書處、總統府第三局、國家安全會議秘書處、國家安全局、行政院秘書長、立法院秘書長、司法院秘書長、考試院秘書長、監察院秘書長、行政院各部會行處局署、省市政府、臺灣省諮議會、臺北市議會、高雄市議會、各縣市政府、各縣市議會

副本：本會企劃處（網站）、法規委員會、技術處（網站）

- *1. 本函並未具體澄清促參與政府採購之界線
- 2. 促參法本身已有甄選廠商之程序，但政府採購法可適用於舊獎參條例及其他國有財產委託經營之案件。

發文單位：行政院公共工程委員會
發文日期：93年7月23日
發文字號：工程技字第09300295860號

主旨：有關依促進民間參與公共建設法（以下簡稱促參法）辦理政府規劃之「社會福利設施」案件之執行疑義，復請查照。

說明：一、復貴府九十三年七月七日北府工採二字第0930004232號函。

二、民間參與社會福利設施之法規適用原則，本會前於九十年五月三十日會商有關機關，獲致結論如次：

- 撥
採
府

合
法

委
採
性
- (一) 機關公用財產委託民間辦理之安置庇護機構，如由政府付安置費用予民間，民間未向案主收取費用者，依政府採購法第二條及第七條第三項之規定屬勞務採購，應依政府採購法之規定辦理。
- (二) 機關公用財產委託民間辦理之社會福利機構（如老人公寓），如委託民間營運，並向服務對象收取費用者，符合促參法第八條第一項第五款之民間參與方式，應依促參法規定辦理。
- (三) 機關公用財產委託民間辦理屬服務型態機構、收容教養機構之社會福利設施，由主辦機關按個案特性，依促參法委託營運係民間具有財務與經營空間，及政府採購法勞務採購係以政府提供經費，對價取得服務之旨意，判定其屬性及適用之法規。

(四) 依政府採購法辦理機關公用財產委託民間辦理社會福利設

三、另有關機關辦理民間參與公共建設計畫，前經本會以九十三年六月十六日工程技字第○九三○○二三四六四○號函作成法規適用原則。

四、爰民間參與社會福利設施之法規適用，請貴府本於權責依上揭會議紀錄及本會函釋辦理。

正本：臺北縣政府

副本：本會法規委員會

- * 1. 此函係目前最重要之函釋，工程會對外均以此函回復各界。
- 2. 此函具體指明以政府是否出資為判斷之標準。
- 3. 但就政府已有出資及廠商又向使用者收費之狀況，並未明確予以定性。

發文日期：中華民國九十三年八月六日

發文字號：工程企字第○九三○○三一四七五○號

根據政府採購法 第二條

本解釋函上網公告者：本會企劃處 第三科 唐（先生或小姐）

主旨：機關辦理財物出租、變賣等收入性之招標，不適用政府採購法（以下簡稱本法），其招標文件內容不得引用本法有關救濟與不良廠商處分之規定，以杜爭議，請查照並轉知所屬（轄）機關。

正本：總統府第三局、國家安全會議秘書處、行政院秘書長、立法院秘書長、司法院秘書長、考試院秘書長、監察院秘書長、行政院各部會行處局署、省市政府、臺灣省諮議會、臺北市議會、高雄市議會、各縣市政府、各縣市議會

副本：本會企劃處（網站）

主任委員 郭瑤琪

* 單純出租或招商之行為可適用政府採購法之程序，但無救濟及不良廠商規定之適用。

發文單位：臺北市政府法規委員會

發文字號：北市法一字第 09532104100 號

發文日期：民國 95 年 08 月 09 日

資料來源：臺北市政府工務局

相關法條：促進民間參與公共建設法第 8 條 (90.10.31)

政府採購法第 2、7 條 (91.02.06 版)

臺北市市有財產委託經營管理自治條例第 16 條

(94.08.03

版)

要 旨：檢送「研商辦理委託服務或經營管理之法源依據」
會議紀錄

主 旨：檢送本會「研商辦理委託服務或經營管理之法源依
據」會議紀錄 1 份，請查照。

正 本：臺北市政府社會局、臺北市政府財政局、臺北市政府文
化局、臺北市政府教育局、臺北市政府工務局、臺北市
政府工務局公園路燈工程管理處

附 件：研商有關政府「委託服務或經營管理」之會議紀錄

一、綜合括各局處代表之意見，有關委託服務或經營管理，如不涉及委託行使公權力，採用民事契約較為可行，並依據行政院公共工程委員會 93.7.23 工程技字第 09300295860 號函，適用促進民間參與公共建設法（以下簡稱促參法）案件，訂定民事委託經營管理契約，並連接本市市有財產委託經營自治條例（以下簡稱管理自治條例），亦即如符合上述公共工程委員會函說明二（二）機關公用財產委託民間辦理之社會福利機構，如委託民間營運，並向服務對象收取費用者，符合促參法第 8 條第 1 項第 5 款之民間參與方式，應依促參法規定辦理，其所訂立契約，依促參法規定為民事契約。

一、又依上述函釋，機關公用財產委託民間辦理，如由

務採購，應依政府採購法之規定辦理。此種未向民間收費之勞務採購係委託經營費用並非補助，故應適用政府採購法。

三、以上兩者皆無委託公權力之行使，該兩者皆適用民事契約。

四、另外折衷類型為本府支付部分委託費用，其受託人又向服務對象費，仍歸入促參法之適用，亦屬民事契約。

五、惟在上述民事契約中應注意以下 2 點：

(一) 本契約雖為民事契約，仍請其注意遵守公法上義務。即

依管理自治條例第 16 條 2 項規定，對委託經營管理契約期

滿或終止後相關公物之返還，受託者除負有契約上之返還義務，也負有公法上之返還義務，如不履行時應依行政執行法規定接受強制執行俾利依法強制執行，迅速而

有效的排除對公物之侵害，以維公共利益。

(二) 民事契約有爭議時，由普通民事法院管轄，並載明得免供擔保聲請假處分。

六、另促參法 OT (委託經營簡易案件) 建請財政部蒐集相關案例製作標準作業手冊，供各機關參考。

參考法條：促進民間參與公共建設法第 8 條 (90.10.31)

臺北市有財產委託經營自治條例第 16 條

(94.08.03)

政府採購法第 2、7 條 (91.02.06)

發文單位：行政院公共工程委員會

發文字號：工程企字第 09500331240 號

發文日期：民國 95 年 08 月 29 日

資料來源：臺北縣政府公報 95 年秋字第 13 期
12-13 頁

相關法條：政府採購法第 2 條（91.02.06 版）
民法第 128、133 條（91.06.26 版）

要 旨：重申機關辦理財物出租、變賣等收入性之招
標，不適用政府採購法

主 旨：重申機關辦理財物出租、變賣等收入性之招標
，不適用政府採購法（以下簡稱本法），其招
標文件內容不得引用本法有關救濟規定，請查
照並轉知所屬（轄）機關。

說明：一、本會前受理廠商申請履約爭議調解案，因該案屬廢料清理標售，不適用本法規定，經本會為不受理之決議後，因依民法第

128

條前段及第 133 條規定時效視為不中斷

,

致其請求權罹於時效。

二、針對非適用本法規定辦理之招標案，機關於製作類比招標文件時，請勿援引本法規定之救濟途徑，以免廠商誤用而損害其權益。本會 93 年 8 月 6 日工程企字第 09300314750 號函釋例（已公開於本會網站），併請查閱。

正 本：總統府第三局、國家安全會議秘書處、
行政院秘書長、立法院秘書長、司法
院
秘書長、考試院秘書長、監察院秘書
局長、國家安全局、行政院各部會行處
局
署、省市政府、臺灣省諮議會、臺北
市
議會、高雄市議會、各縣市政府、各
縣
市議會、本會企劃處（刊登網站）
（法
源公司整理，臺北市南京東路二段

政府採購行為之定性及其救濟

目前依採購爭議救濟程序及實務見解均採 雙階理論

政府採購法第七十四條：

「廠商與機關間關於招標、審標、決標之爭議，得依本章之規定提出異議及申訴。」

政府採購法第八十五條之一：

「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。

…」

* 促進民間參與公共建設法第四十七條：「參與公共建設之申請人與主辦機關之爭議，其異議及申訴，準用政府採購法處理招標、審標或決標爭議之規定。」

法務部

89.8.17. (89) 工程法字第 89023741 號函：

「採購行為，其性質屬私經濟行政，非屬行政程序法第二條第一項所規範之行政為為，不適用行政程序法。」

(最高行政法院不採此見解；但高雄高等行政法院 90 年度簡字第 3968 號判決認為招標爭議得依民事訴訟程序解決其爭議。)

法務部

92.3.3. 法律字第 0920005479 號函：

「機關依政府採購法第三十一條第二項第八款規定追繳押標金之行為，核其性質非屬行政機關就公法事件所為之行政處分，其強制執行之方式，自無前開行政執行法第十一條第一項規定之適用。」

(最高行政法院不採此見解)

公共工程委員會之見解

96.4.11. 工程企字第 0960082350 號：

「採購行為，其性質屬私經濟行政，非屬行政行為，不適用行政程序法之規定，前經本會 89 年 8 月 17 日 (89) 工程法字第 89023471 號函釋，及法務部 88 年 8 月 2 日 88 法律字第 029742 號函釋在案，是機關依本法辦理招標之公告以及審標、決標（廢）標之決定，均非屬行政處分，否具即可以訴願制度為其救濟，而毋庸另創異議、申訴制度。」（最高行政法院不採此見解）

最高行政法院 93 年裁字第 625 號

「政府機關依政府採購法進行採購之行為，究為政府機關執行公權力之行為或係立於私法法律地位所為私經濟行為，未可一概而論。依該法第七十四條、第七十五條第一項第一款、第七十六條、第八十三條（九十一年二月六日修正前第八十三條第一項）、第八十五條之一至四，第八十五條之一第一項規定，可見立法政策係採政府機關之招標、審標、決標等訂約前之作為為執行公權力之行為，以異議、申訴程序救濟，申訴審議判斷視同訴願決定。訂約後之履約、驗收等爭議，則以調解或仲裁程序解決。關於招標、審標、

決標爭議之審議判斷既視同訴願決定，自應認政府機關之招標、審標、決標行為均係執行公權力之行為，亦即為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，係行政處分，而許其依行政訴訟法規定救濟，此觀民國九十一年二月六日修正前政府採購法第八十三條第一項規定應附記爭訟期限自明，否則如不視為行政處分，許其依行政訴訟法提起行政訴訟，該視同訴願決定之規定即無必要。」

最高行政法院 93 年 2 月份庭長 法官聯席會議（二）

「沒收押標金部分，係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處分，屬公法事件，受訴法院應為實體判決。」

最高行政法院 93 年 2 月份庭長 法官聯席會議（二）

「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九十一年三月十五日作成之釋字第五四〇號解釋理由書所闡釋：…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。」

最高行政法院 93 年 2 月份庭長 法官聯席會議（二）

「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。」

雙階理論之兩階段之分界點

又按公共工程採購契約生效日期之認定，參見行政院公共工程委員會...函：「...二、契約生效日期之認定，宜視個案性質依下列原則為認之：（一）招標文件或契約明定契約需經雙方簽署至共同完成招標者可為有效者，機關上級將招標諸卷附單上載明工程名稱及標額，並蓋有公司及負責人印章，足認係爭採購招標程序中被招標公告應為要約之引誘，而原告投標是要約，被告之決標則應視為要約之承諾（參見最高法院六十二年台上字第七八七號判例意旨）..自應以決標日為契約生效日..至...未於十天內完成簽約手續，契約即不復存在，明顯為解除條件。」（最高行政法院 93 年 2 月份庭長法官聯席會議（二））

最高法院 62 年台上字第 787 號判決

「查投標單載明『投標人今願承包貴府工程，估計總價為七十六萬七千元』等語。此為被上訴人要約之表示，上訴人如欲承諾（決標）自須照被上訴人之要約為之，其將要約變更而為承諾者，視為拒絕原要約而為新要約（民法第一百六十條第二項）。被上訴人另所出具之包商估價單，既非其要約之表示，上訴人於開標後宣佈，估價單之總價低於投標單時，以估價單為準，係變更被上訴人之要約而為新要約，被上訴人未為承諾之表示，契約即不成立。」
(決標時成立契約，主流意見)

最高法院 82 年台上字第 1810 號

「上訴人既親自參與開標，並簽名於開標紀錄，同意以其投標單所載總價七百九十四萬六千元得標，被上訴人亦接受其投標之要約，則其與被上訴人之承攬契約於決標時已成立，雖未訂定書面契約，惟該投標須知既為契約條件之一，被上訴人主張上訴人得標後拒不履行契約，依該須知第十五條沒收其押標金，即屬有據。」

最高法院 90 年度台上字第 1262 號判決

「按公開招標，若係採取『最低標』或『最高標』之方式決標者，招標單位所為招標之意思表示應屬『要約』，投標者為最低標或最高標之表示即係『承諾』，於決標時意思表示合致，契約因而成立。本件被上訴人於招標須知中載明投標金額最高者得標，則上訴人得標時，雙方意思表示即達成合致。」（決標時成立契約，主流意見）

最高法院 84 年台上字第 848 號民 事判決

「系爭工程投標須知第十一條規定：『得標廠商須自決標日起十日內完成各項訂約手續，逾期無故不辦理簽約者，本學院即視為不承攬，沒收其押標金』。是決標後上訴人與得標廠商所成立者係招標契約，得標廠商僅取得者與上訴人訂立工程承攬契約之權利，必上訴人與得標廠商另行簽訂工程承攬契約，其承攬關係始行發生。」（決標時未成立承攬契約，非主流意見）

拍賣及標賣之契約成立時點

「拍賣與標賣，雖皆為使競買人各自提出條件，擇其最有利者而出賣之方法。惟拍賣時，各應買人均得知悉他人之條件而有再行提出條件之機會，標賣時，各投標人均不知悉他人之條件而無再行提出條件之機會，此為其不同之點。拍賣之表示為要約之引誘，而非要約，民法第二百九十一條以下定有明文，而標賣之表示，究為要約之引誘抑為要約，法律既無明文規定，自應解釋標賣之意思定之。依普通情形而論，標賣人無以之為要約之意思，應解為要約之引誘，且投標非見他投標人之條件而為之，雜有出價較高之投標，而其他之投標亦不失其拘束力，故開標後賣人或與全體投標人訂約，或竟與出價較低之投標人訂約，均無不可。但標賣之表示明示與出價最高之投標人訂約者，除別有保留外，則應視為要約，出價最高之投標即為承諾，買賣契約因之成立，標賣人自負有出賣人之義務。」（最高法院 32 年永上字第 378 號判例，投標時即為承諾，非主流意見）

最高法院 94 年台上字第 1792 號

「依政府採購法第七十四條、第八十二條及第八十三條規定，廠商就其與機關間關於招標、審標、決標之爭議，得提出異議及申訴，其提出申訴後，由採購申訴審議委員會審議判斷；審議判斷，視同訴願決定。可見廠商與機關間關於招標、審標、決標之爭議，係屬公法上之爭議。又於審議判斷指明原採購行為違反法令者，招標機關應另為適法處置之情形，廠商得向招標機關請求償付其準備投標、異議、申訴所支出必要費用，為政府採購

法第八十五條第三項所明定。則廠商是項給付請求權，既係基於上開公法上之爭議所發生，自應循行政訴訟程序以資解決，不得依民事訴訟程序向普通法院訴請裁判。」（備標費用屬公法事件）

臺中高等行政法院 94 年訴字第 246 號

「原告尚未得標，於得標前亦無親赴德國洽商之必要，且原告並未提出有關此部分支出之單據，則其請求因準備投標而赴之相關差旅、交通費部分，不應准許。又政府採購法之申訴程序並非採律師強制代理之程序，原告又不能自為向行政院公共工程委員會申訴之特別情事，則原告因此聘請律師所支出之律師顧問及撰寫費用，自不得向被告請求償付。另政府採購法第八十五條第三項規定之償付項目並未包含投標廠商得標後之履行利益或預期得標之所失利益，則原告請求被告應償付其應得利益之損失，亦屬無據。」（備標費用屬行政爭訟且不包括履行利益）

臺灣澎湖地方法院 90 年簡上字第 3 號

「惟此締約過失有無適用於政府採購法之採購案？如有，原告有無積極準備或商議訂約？被告有無前述民法該條第一項所列各款情形？關於締約過失於採購法並無規定，因民法主要在私法行為之規範，基於契約自由原則，締約當事人委由當事人基於意思自主原則自行擇定，惟採購法大部分雖屬私契約之一環，然具有公共利益、公平合理及專業考量，對於當事人之擇定往往以最底價或最有利標方式決定，尤其在公開招標程序更如是，選擇權不大。但於即將締約之際，當事人可得確定時，如有可歸責於招標機關之事由，而停標、流標、廢標，該可得標者並非全無援引締約過失求償之餘地，尤其在限制招標之程序，更應如此，所積極準備或商議締約之支出，依法並非不得請求。（決標前之爭議得以締約過失請求，為非主流之見解）

最高行政法院裁定 94 年度裁字第 00034

號

「行政機關代表國庫買賣或出租、承租公有財產等行為，本均屬私法上契約行為，如有爭議依二元訴訟制度，本應全部由普通法院審理。惟因立法者『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』（政府採購法第 1 條），乃制定政府採購法，於第 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（按指第 6 章）規定提出異議及申訴。』更於第 83 條規定：『審議判斷，視同訴願決定。』，而將本屬私法上爭議之事項，另設行

政爭訟程序以資救濟。惟按政府採購法第 2 條規定：

『本法所稱採購，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。』又依其立法說明『財物之變賣及出租，屬收入行為，因國有財產法及省市政府相關法令已另有規定，故不列入本法適用範圍』。是由行政爭訟程序以為救濟之國庫行為，應以上開政府採購法明文規範之『採購』關於招標、審標、決標之爭議為限，其餘爭議仍均非在行政法院審理權限之內。本件原裁定依上開規定，尚無違背法令。」（收入行為之招標非屬公法訴訟）（此判決將採購行為視為私法行為但以公法救濟）

法務部 (90) 法律決 字第 047910 號

發文單位：法務部

發文字號：(90) 法律決 字第 047910 號

發文日期：民國 90 年 12 月 25 日

資料來源：法務部法規諮詢意見

相關法條：國家賠償法第 2 條 (69.07.02)
政府採購法第 85 條 (90.01.10 版)

要旨：關於「廠商」依政府採購法規定向「招標機關」請求償付其準備投標、異議及申訴所支付之必要費用，是否有「國家賠償法」及「國家賠償法施行細則」之適用疑義乙案

主旨：關於貴局函詢「廠商」依政府採購法第八十五條第三項規定向「招標機關」請求償付其準備投標、異議及申訴所支付之必要費用，是否有「國家賠償法」及「國家賠償法施行細則」之適用疑義乙案，復如說明二，請查照參考。

- 說明：一 依貴局九十年十二月十四日九十桃環法字第九〇〇五八六七九號函辦理。
- 二 按國家賠償法第二條第二項規定：「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，國家應負損害賠償責任。公務員怠於執行職務，致人民自由或權利受損害者亦同。」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

償法適用之問題（最高法院八十年度台上字五二五號判決參照）。次按「政府採購法」係以政府機關、公立學校、公營事業辦理工程之定作、財物之買受、定製、承租及勞務之任或僱傭等私經濟行政為適用範圍（該法第一條、第三條及其立法說明參照），綜上說明本件廠商因招標機關依政府採購法所為採購件發生之損害應無國家賠償法及其施行細則適用。

三 承辦人及電話：陳薦任科員忠光 46(○二) 二

促參行為之法律性質

台北高等法院 94 年停字第 122 號判決

「高速公路電子收費系統建置及營運契約為行政契約：

按依促參法成立之 BOT 案件，不論在招商、興建、營運、以迄營運期間屆滿由民間將建設移轉予政府前，政府均有高度參與與監督，係有公權力介入，促參法第五章特別明定政府對民間參與興建及營運交通建設之監督管理，其中促參法第 52 條及第 53 條更規定：民間機構於興建營運期間如有施工進度嚴重落後、工程品質重大違失、經營不善或其他重大情事發生時，主辦機關得命定期改善，中止其興建營運之全部或一部，情況緊急時，中央目的事業主管機關亦得令民間機構停止興建或營運之一部或全部，並採取適當措施維持該公共建設之營運，必要時並得強制接管興建或營運中之公共建設等等，上開制度與行政契約之契約調整之機制（行政程序法第 146、147 條）相當，若促參 BOT 案件屬私法契約，殊難想像此一單方變更契約內容之機制。

櫛依本案公告申請須知（第 18 頁及第 19 頁）第四章高速公路電子收費系統建置暨營運內容第 4.1 節（委辦方式）、第 4.2 節（委辦期間）、第 4.4 節（建置之管理監督）及第 4.5 節（營運之管理監督）規定，建置營運公司依促參法令及主管機關之規定建置營運電子收費系統，被告機關支付委辦服務費，俟 20 年經營期限屆滿時，建置營運公司將電子收費系統及有關設施移轉予政府，且建置營運公司自簽約日起，對於建置營運事項接受高公局（即目的事業主管機關）管理監督。又由招商文件（附件 H）所列建置營運契約條款亦明顯可見公權力之介入（如第三章有實施高速公路法規定之通行費收取、第四章有逃欠費追補繳違規處理、參與訂定電子收費配套措施等），是本件高速公路電子收費系統建置及營運契約，應係行政契約。」

台北高等法院 94 年訴字第 752 號判決

「經查，本件建置營運契約係行政契約（詳細理由如本院 94 年度停字第 122 號裁定），則按行政程序法第 141 條第 1 項規定：『行政契約準用民法規定之結果為無效者，無效。』」民法第 71 條規定：『法律行為違反強制或禁止之規定者，無效。』再按行政程序法第 141 條第 2 項規定：『行政契約違反第 135 條但書．．．之規定者，無效。』亦即依法規規定，不得締結行政契約者，為無效。（學者有主張第 141 條第 1、2 項規定係屬重複者，參見行政法 2000 第 664 頁，林明鏘主筆行政契約部分）

再按促參法第 45 條第 1 項規定：『經評定為最優申請案件申請人，應自接獲主辦機關通知之日起，按評定規定時間籌辦，並與主辦機關完成投資契約之簽約手續，依法興建、營運。』足見依促參法規定，僅有經評定為最優申請人方得與主辦機關完成投資契約之簽約手續並依法興建、營運。此為強制規定，違反者，建置營運契約自屬無效。此為行政程序法關於行政契約之解釋所當然之理，並無待促參法明文。」

(此判決並為最高法院 95 年判字第 1239 號判決所維持，但未提及契約之性質)

最高行政法院 95 年判字第 1898 號判決

「按促參法第 12 條第 1 項固規定權利義務關係適用民法之相關規定，惟該條文係規範『簽訂投資契約後』之權利義務關係，與本案係在簽訂投資契約前之申請及審核程序有別，自不得適用之，查促參法第 47 條業已規定對於申請人與主辦機關關於申請及審核程序之爭議，其異議及申訴，準用政府採購法處理招標、審標或決標爭議之規定，準此自應認為府機關之招標、審標、決標行為均係執行公權力之行為，係屬行政處分」。

台灣高等法院 89 年重上字第 148 號民事判決

「查「台北市獎勵投資興建公共設施辦法」第七條規定，投資人應於核准投資後，與被告機關訂定契約並繳交保證金，是依該辦法投資興建公共設施，乃基於私法上之契約關係，至為明顯。．．．，是依該辦法投資興建公共設施，係行為人相互間，以平等地位所為之法律行為，應為私法上之契約行為，次參酌八十九年二月九日公布施行之「促進民間參與公共建設法」該法第十三條第一項第十款規定，本法所稱之公共建設，指供公眾使用或促進公共利益之公園綠地設施；而同法第十二條第一項並規定「主辦機關與民間機構之權利義務，除本法另有規定外，依投資契約之約定，契約無約定者，適用民法相關之規定，故民間投資參與興建公園等公共建設，而與行政機關間簽訂之投資契約，其性質為民事契約，本件雖依都市計畫法而為之興建公園，然性質上與上開規定並無不符，故本件為私法契約，已堪認定。」

台灣台北地方法院 94 年度訴字 第 171 號刑事判決

「按為滿足民間對於公共建設及服務之需求，政府期望透過引進民間專業技術及豐沛資金，以提高政府之效率並減輕財政負擔，促進民間參與公共建設法（下稱促參法）乃因運而生。而所謂 B O T Build- Operate- Transfer) 即係由民間投資興建並為營運，於一定期間屆滿後，移轉該設施所有權予政府之一種實質民營化制度。B O T 之契約究屬公法契約或私法契約，在於著眼於該契約具有公共服務性質之業務或係進入履約階段後雙方之對待給付有無明顯之差異，因此每個個案均有其

討論之空間。惟依促參法第十二條第一項之規定：

『主辦機關與民間機構之權利義務，除本法另有規定外，依投資契約之約定，契約無約定者，適用民法相關之規定』，再參以政府與民間以BOT模式從事公共建設之興辦，主要著眼在於借重民間契約之經營效率，政府與民間之權利義務具備雙務與對價性，若解釋為行政契約，政府得單方面調整或終止契約，則人民可能因法律關係之不平等或不確定性而影響締約之意向，無形中減弱民間參與之意願，是似應以私法契約為解釋較有利於建設之進行以及符合促參法之立法精神。」

(此判決提及公法契約與私法契約之區別之兩要素，堪稱佳作)

司法院大法官釋字第 540 號

「國家為達成行政上之任務，得選擇以公法上行為或私法上行為作為實施之手段。其因各該行為所生爭執之審理，屬於公法性質者歸行政法法院，法性質歸普通法院。惟立法機關亦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，即有拘束全國機關及人民之效力，各級審判機關自有遵循之義務。」

促參案件之準據法

促參法第十二條第一項：

「主辦機關與民間機構之權利義務，除本法另有規定外，依投資契約之約定；契約無約定者，適用民法相關之規定。」

促參案件之救濟程序

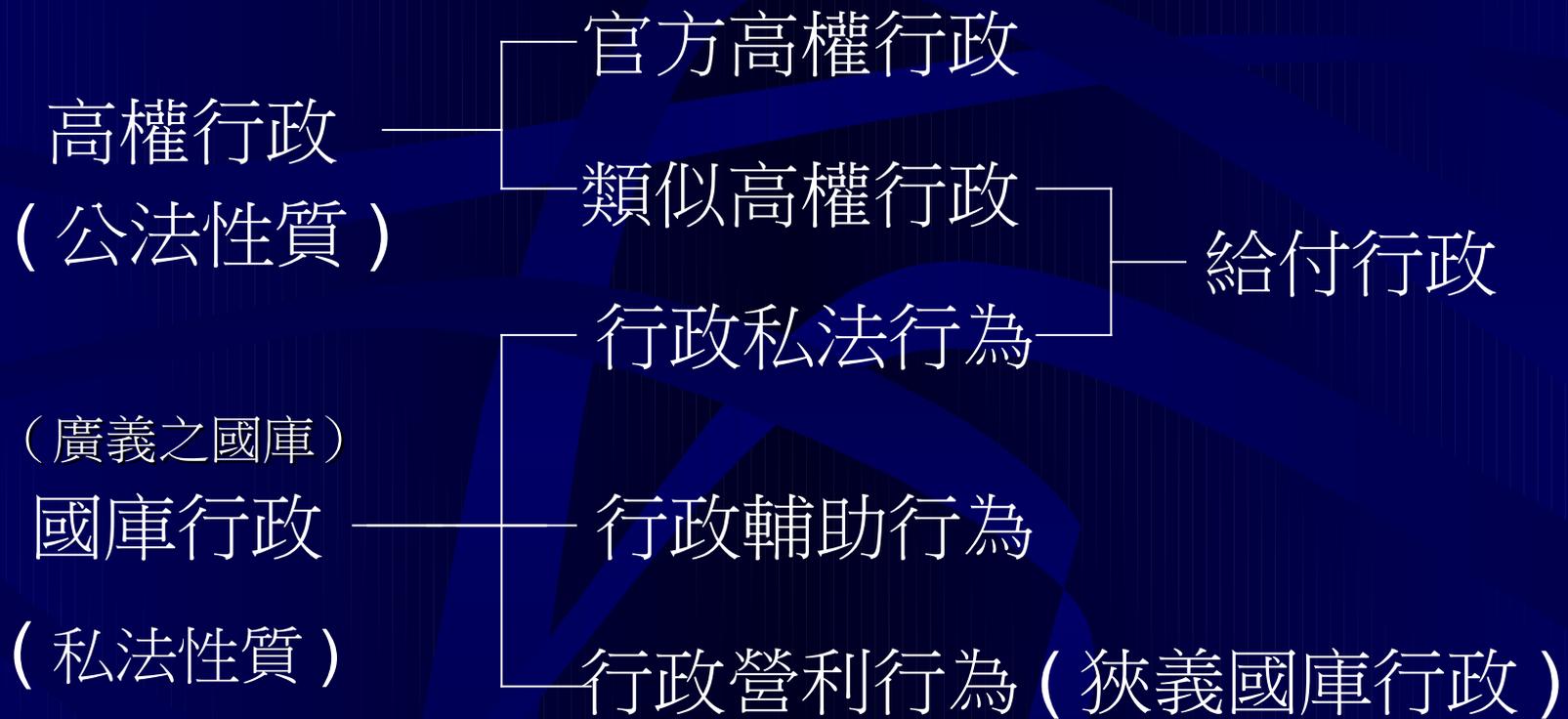
促參法第四十七條第一項：

「參與公共建設之申請人與主辦機關於申請及審核程序之爭議，其異議及申訴，準用政府採購法處理招標、審標或決標爭議之規定。

促參法之修正著案

「投資契約應明定組成協調委員會協調履約爭議；並明定協調不成者，得以下列方式之一處理：一、提付仲裁。二、提起民事訴訟。前項協調，屬民間機構提出者，主辦機關不得拒絕。」

國家行為之體系及法律性質



* 廣義之國庫行政又稱「私經濟行政」(日本學者所使用)

最高法院八十年台上字第五二五號判決：

「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，如購買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。」
○ 司法院公報第三三卷第七期五一頁

德國法制

- 採契約標的理論判別是否公法行為，包含契約目的論及整體觀察理論。
- 行政機關直接以契約履行公共任務者，屬公法契約；若非直接涉及公共任務者，例如行政輔助行為屬私法契約；
- 公共設施之興建屬國家之任務，與私人簽訂契約設置，再移轉與國家者，係公法契約。
(李建良，公法契約與私法契約之區別問題，輯於行政契約與新行政法，第 189 頁。)

法國法制

- 以公共服務（以滿足公共利益為目的之活動）及普通法外條款為判別公法與私法之基準，採多元指標概念。
- 「公共工程契約是法定的典型行政約」（陳淳文，公法契約與私法契約之劃分，輯於輯於行政契約與新行政法，第161頁）

問題之所在

1. 政府採購行為是否一定是公法或私法行為？
2. 促參行為是否一定是公法或私法行為？
3. 行政契約與私法契約究應如何區別？
4. 撤銷最優申請人資格後，原營運合約是否當然失效？
5. 簽約後，招標機關依政府採購法第五十條第二項應如何為處分？是撤銷決標或一併終止或解除合約或只須終止或解除合約？
6. 依促參法第 45 條第 2 項，次優申請人能否提出課予義務之訴？
7. 利害關係人提起行政訴訟後，行政機關是否即得以案件尚未確定為由，拒絕另為適法之處分？

敬請指正