

## 政府採購之迅速及有效救濟原則\* —— 國際法要求與我國立法及司法實踐之評析

陳錫平\*\*

### 摘要

本文旨在探討國際政府採購法保障之迅速及有效廠商權利救濟原則，並析論該原則在我國立法及司法的實踐狀況。據此，在簡短描繪政府採購之重要性以及面臨的問題與挑戰後，本文將介紹全球最重要的幾個政府採購國際法律文件中，廠商權利救濟制度的形成發展脈絡與基本特徵。接著在此基礎上，從評價性比較國際法觀點，對迅速及有效廠商權利救濟原則進行深入的學理探究，首先凸顯廠商權利救濟在全球追求政府採購良善治理中扮演的關鍵角色，並分析國際政府採購法動員廠商作為監控法令遵循之「公益代言人」的策略與哲理基礎，及其對內國政府採購法的影響，繼而探討迅速及有效權利救濟之內涵與要素。最後，從上述國際法要求的角度，剖析檢討我國現行政府採購爭訟制度之缺失所在。文末，則以改革的必要性與方向作為結尾。

\* 投稿日：2020年2月25日；接受刊登日：2020年9月9日。〔責任校對：郭宇傑〕。

作者由衷感謝二位匿名審稿人及《中研院法學期刊》出版委員會提供諸多寶貴且具建設性的意見。本文不同階段的初稿曾先後在東吳公法論壇第61回、第56屆公法新秀論壇及中央研究院法律學研究所個人學術研討會發表，感謝與會者的評論及意見。

\*\* 中央研究院法律學研究所博士後研究學者。

穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/01416012.pdf>。



關鍵詞：世界貿易組織政府採購協議、聯合國反貪腐公約、聯合國國際貿易法委員會政府採購模範法、歐盟政府採購權利救濟指令、迅速及有效救濟原則、功能性主觀化原則、政府採購爭議、異議申訴程序、行政訴訟。

## 目次

壹、前言	六、對我國法之意義
貳、政府採購制度的國際法挑戰與機遇	肆、迅速及有效廠商權利救濟之學理分析
一、政府採購的重要性與問題	一、廠商作為政府採購法之最佳守護者
二、國際法是政府採購制度改革的壓力、助力與契機	二、功能性主觀化之法律執行策略
參、國際政府採購法廠商權利救濟制度之形成發展與基本特徵	三、迅速且有意義的權利救濟
一、憲法化及司法化作為共通哲理與策略	伍、我國政府採購爭訟制度之建構及其檢討
二、歐盟政府採購權利救濟指令	一、政府採購制度之法制化及主觀化
三、世貿組織政府採購協定之國內救濟程序要求	二、採購爭訟制度之建構及概念辨正
四、聯合國反貪腐公約要求之有效採購救濟制度	三、現行制度之檢討
五、聯合國政府採購模範法之有效救濟要求	四、綜論
	陸、結論及展望

## 壹、前言

在我國及全球大部分的國家，政府採購法仍是一個新興的法律領域。當代各國政府採購法的形成及迄今的蓬勃發展，主要是區域及全球公法組織致力推動政府採購市場之自由化以及貪腐防範的成

果。我國經濟發展高度仰賴對外貿易，制定符合世界貿易組織政府採購協定要求的政府採購法，是我國為維繫經濟活力加入世界貿易組織的前提要件。此外，近年我國為施行聯合國反貪腐公約，亦須重新全盤檢討修正政府採購法，以促進並強化政府機關的透明及課責制度。

鑑於各國開放政府採購市場往往是口惠不實的承諾，透過特別規定要求各國確保廠商得透過內國法院或準司法機構獲得迅速及有效救濟，以監控及對抗採購行政之違法恣意，是國際政府採購法獨有而顯著的特色，也是國際公法組織在政府採購領域實踐其目標的重要策略與基石。因此，對於當代國際與各國內國政府採購法的形成與發展，深具啟發性的兩大分析主軸為：政府採購規制權在主權國家與國際公法組織之間的分配與均衡，以及政府採購行政主體與民間廠商之間關係的變遷<sup>1</sup>。這兩大主軸最顯著的交會及聯繫點為：法治原則如何在國際經貿關係中強化與落實之核心關懷。

然而，一方面我國法學界對於國際政府採購法要求設置廠商權利救濟制度的真意與重要性，似乎仍未曾進行法釋義學深刻及體系化的探討。另一方面，政府採購法之主管機關行政院公共工程委員會的政策，以及掌理採購訴訟的行政法院在其裁判實務，同樣缺乏應有的國際思維與法律視野。實際上，我國廠商權利救濟制度，不論是在法律規範層面，抑或在實務運作上，皆有違國際政府採購法及憲法之迅速有效權利救濟原則之虞。失靈的政府採購爭訟制度，曾因2006年間轟動一時的ETC案相關裁判引起巨大波瀾。然而在十幾年後的今日，波瀾早已消退，卻未留下一絲變革的痕跡，迄今的官方改革議程上未見政府採購爭訟制度的興革。

---

<sup>1</sup> 參見Elisabetta Morlino, *International Public Procurement*, in RESEARCH HANDBOOK ON GLOBAL ADMINISTRATIVE LAW 82, 82-106 (Sabino Cassese ed., 2016).

爰此，本文擬先描繪在民營化時代中，政府採購的重要性及蘊含的問題，並說明政府採購制度在全球化浪潮中所面臨的挑戰與契機（貳）。其次，依序介紹全球最重要的幾個政府採購國際法律文件中，各該廠商權利救濟制度的形成發展脈絡及基本特徵（參）。接著在此基礎上，從評價性比較國際法觀點，對迅速及有效廠商權利救濟原則進行深入的學理探究；在此，將凸顯廠商權利救濟在全球追求政府採購良善治理中扮演的關鍵角色，並分析國際政府採購法動員廠商作為監控法令遵循之「公益代言人」的策略與哲理基礎，及其對內國政府採購法的影響，繼而探討迅速及有效權利救濟之內涵與要素（肆）。最後，從上述國際法要求的角度，剖析檢討我國現行政府採購爭訟制度之缺失所在，以及主管機關消極不推動改革之政策決定的違誤之處（伍）。文末，則以改革的必要性與方向作為結尾（陸）。

## 貳、政府採購制度的國際法挑戰與機遇

### 一、政府採購的重要性與問題

政府採購，乃國家自市場獲取履行其任務所需資源（工程、財物及服務）的有償契約行為<sup>2</sup>。政府採購的傳統學理名稱「國庫輔助行為」（fiskalische Hilfsgeschäfte）或「行政輔助行為」（Hilfsgeschäfte der Verwaltung）<sup>3</sup>，表明此種行政行為僅在滿足公行政的自身需求（如警察局需要巡邏車、公立醫院需要醫療器材），

2 參見如Hartmut Maurer/Christian Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl., 2020, § 3 Rn. 20; Michael Holoubek/Claudia Fuchs/Kerstin Holzinger, Vergaberecht, 5. Aufl., 2018, S. 2.

3 德國法此一傳統概念亦為我國行政法學界承繼，參見如許宗力，基本權利對國庫行為之限制，收於：法與國家權力，頁4-5（1999年）；陳敏，行政法總論，10版，頁673-674（2019年）；李建良，行政法基本十講，8版，頁78（2018年）。

而非直接履行真正的（*eigentlich*）、對外的公行政任務（如治安維護、醫療照護）<sup>4</sup>。在行政任務民營化的時代<sup>5</sup>，政府透過在市場中購置給付以履行其任務的需求，無論是在採購金額或是在採購標的光譜皆日益膨脹<sup>6</sup>。也因此，對於諸如重大基礎建設的興建、維護或（與）營運、提供人民生存照顧的基本服務（如：長照服務等社會福利服務<sup>7</sup>，或離島地區緊急空中醫療運送服務之委託<sup>8</sup>）、甚至機關整體業務委外，由受託之民間機構負擔機關原應執行之主要公共任務<sup>9</sup>等等，輔助行為概念已不能反映政府採購對政府施政與人民生活福祉的直接重要性，而過於狹隘、不符合時代精神<sup>10</sup>。

需求行政（*Bedarfsverwaltung*）或者需求滿足行政（*Bedarfsdeckungsverwaltung*）等傳統概念，更因其行政內部取向以

- 
- 4 *Maurer/Waldhoff* (Fn. 2), § 3 Rn. 21; *Martin Burgi*, *Vergaberecht*, 2. Aufl., 2018, § 6 Rn. 3.
  - 5 參見李建良編，2011行政管制與行政爭訟：民營化時代的行政法新趨勢（2012年）。
  - 6 *Holoubek/Fuchs/Holzinger* (Fn. 2), S. 10.
  - 7 詳細討論，參見孫迺翊，社會福利服務契約法制初探——從我國社會福利機構「公設民營」之經驗談起，收於：政治大學法學院公法中心編，全球化下之管制行政法，頁505-540（2011年）；黃榮源、陳郁函，臺灣長期照顧政策之執行與展望：以公私協力治理觀點分析，文官制度季刊，10卷2期，頁53-83（2018年）。
  - 8 參見衛生福利部護理及健康照護司，離島緊急醫療救護航空器駐地備勤，衛生福利部，2018年7月18日，<https://www.mohw.gov.tw/cp-3796-42776-1.html>（最後瀏覽日：2021年1月26日）。
  - 9 行政院及所屬各機關推動業務委託民間辦理實施要點第4點規定：「各機關業務委外之方式如下：（一）整體業務委外：各機關得將屬公共服務或執行性質之整體業務委外，或將現有土地、建物、設施及設備，委託民間經營管理。（二）部分業務委外：各機關得檢討將下列業務委外：1.內部事務或服務：各機關內部事務或對外提供服務之業務，得委託民間機構辦理。2.輔助行政：各機關得視需要將業務委託私人，使其居輔佐地位，從旁協助執行部分管制性業務。」
  - 10 持此批判性見解者，如*Maurer/Waldhoff* (Fn. 2), § 3 Rn. 21; *Michael Fehling*, in: *Pünder/Schellenberg* (Hrsg.), *Vergaberecht*, 3. Aufl., 2019, § 97 GWB Rn. 36; *Burgi* (Fn. 4), § 4 Rn. 5, § 6 Rn. 3 f.; 仍固守傳統概念者，如*Steffen Detterbeck*, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, 16. Aufl., 2018, Rn. 936 f.

及側重行政主體單方利益（「行政自身的需求」）的特質，同樣無法體現當代採購法律關係的真實性質，而跟不上政府採購法制的潮流變遷。蓋如下文所述，在歷經法制化、外部法化及主觀法化等規範哲學的典範轉移，當代政府採購法已不再只是於內部關係中拘束公行政的純粹內部、客觀法性質的預算法規，而是已獨立成形為居於公法與私法間交錯地帶的特別經濟法（*besonderes Wirtschaftsrecht*）。受當代政府採購法規制的政府採購，也相應地躍升為獨立的行政活動類型，其地位與重要性皆足以和干涉行政及給付行政分庭抗禮<sup>11</sup>。因此，Rolf Stober教授力主以採購行政（*Vergabeverwaltung*）取代傳統需求行政概念<sup>12</sup>，應值得贊同<sup>13</sup>。

又，從政府採購市場當今的規模來看，若仍將政府採購定性為輔助行為，不僅是對其總體經濟重要性的輕估<sup>14</sup>，更是掩蓋公行政經常策略性地運用其消費力量追求採購基礎目的（*Basiszweck*）<sup>15</sup>以外的其他政策目標<sup>16</sup>。一般而言，各國政府為其國內市場中財物、工程及服務的最大消費者。採購佔據國家公共支出的重要部

---

11 *Fehling* (Fn. 10), § 97 GWB Rn. 36; 同旨：*Martin Burgi*, *Die Zukunft des Vergaberechts*, NZBau 2009, S. 609 (612).

12 參見*Rolf Stober*, in: *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, *Verwaltungsrecht I*, 13. Aufl., 2017, § 4 Rn. 56.

13 採用「採購行政」概念者，另有*Eckhard Pache*, *Der Staat als Kunde — System und Defizite des neuen deutschen Vergaberechts*, DVBl 2001, S. 1781 (1787); *Jens-Peter Schneider*, *Umweltschutz im Vergaberecht*, NVwZ 2009, S. 1057 (1062 f.); *Ferdinand Wollenschläger*, *Verteilungsverfahren*, 2010, S. 211, 217.

14 *Helmuth Schulze-Fielitz*, *Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2. Aufl., 2012, § 12 Rn. 139; *Fehling* (Fn. 10), § 97 GWB Rn. 36.

15 透過合乎需求的採購以履行行政任務，乃任何政府採購行為最基礎且不可或缺的目的。因此Martin Burgi教授（見*Burgi* (Fn. 4), § 6 Rn. 2）將履行任務稱為「採購的基礎目的」（*Basiszweck der Auftragsvergabe*）或簡稱「採購目的」（*Beschaffungszweck*）。

16 此項批評參見*Hermann Pünder*, *Vergaberecht*, in: *Ehlers/Fehling/Pünder* (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Bd. 1: *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 4. Aufl., 2019, § 17 Rn. 1.

分，整體規模經常維持在各國國內生產毛額（GDP）比例的兩位數份額<sup>17</sup>。例如，2018年我國政府消費達2兆6,230億元，佔國內生產毛額14.29%<sup>18</sup>；2017年歐盟各國政府採購產值將近2兆歐元，佔歐盟國內生產毛額13.3%<sup>19</sup>。政府的購買力廣泛而強大，也意味著其採購行為具有優越的行政誘導與調控作用。因此，在履行本來的行政任務之餘，政府採購也經常同時被用作追求經濟<sup>20</sup>、社會、環境、永續發展<sup>21</sup>、創新及文化等政策目標的手段<sup>22</sup>。在全球及區域經濟整合的大趨勢下，向來受保護主義支配而封閉的政府採購市場<sup>23</sup>，也因其重大的經濟意義，面臨外國政府與廠商叩關挑戰。自

17 據世界貿易組織（World Trade Organization; WTO）估計，政府採購一般約佔各國國內生產毛額的10-15%，參見WTO, [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/gproc\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gproc_e.htm) (last visited Jan. 26, 2021).

18 2018年全年名目國內生產毛額（GDP）18兆3,429億元，同年政府消費支出名目金額總計2兆6,230億元，參見行政院主計處，國民所得統計年報（107年），頁1、6（2019年）。另參行政院公共工程委員會，107年政府採購執行情形，頁1（2019年）（同年我國各機關辦理逾十萬元之採購案件，決標金額總計1兆7,644億餘元，佔國內生產毛額9.61%）。

19 參見*Public Procurement Indicators 2017*, EUROPEAN COMMISSION (July 9, 2019), <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/38003>.

20 特別是在景氣衰退或低迷的時期，提高及加速公共建設投資以擴大內需（近期如「前瞻基礎建設計畫」），乃復甦景氣、提振民間經濟前景信心常見的手段。關於政府採購的經濟政策功能及其國際法的框架要求，參見*Pache* (Fn. 13), S. 1782 ff. 關於經濟危機時政府採購作為景氣政策工具的法律問題，參見*Jürgen Kühling/Florian Huerkamp*, *Ausschreibungsverzicht und Europäische Grundfreiheiten — Das Vergaberecht in der (Wirtschafts-)Krise*, NVwZ 2009, S. 557 (557-562); *Hans-Joachim Prieß*, *Vergaberechtliche Deregulierung und (Re-)Regulierung in der Wirtschaftskrise*, WiVerw 2010, S. 24 (24-35).

21 關於「綠色政府採購」（亦即政府於辦理採購時，在同等性能的競爭廠商中，選擇對環境影響最小的產品或服務）的詳盡論述，參見顏玉明，政府採購環境保護產品之探討，軍法專刊，60卷3期，頁71-102（2014年）。

22 此即所謂的「策略性政府採購」（strategische Beschaffung; strategic public procurement），進一步討論可參見：*Burgi* (Fn. 4), § 7 Rn. 1 ff.; *Marta Andhov*, *Contracting Authorities and Strategic Goals of Public Procurement – A Relationship Defined by Discretion?*, in *DISCRETION IN EU PUBLIC PROCUREMENT LAW* 117, 119-37 (Sanja Bogojević et al. eds., 2019).

23 有關政府採購市場保護主義的政策偏好理由與型態分析，參見ARIE REICH, *INTERNATIONAL PUBLIC PROCUREMENT LAW: THE EVOLUTION OF INTERNATIONAL REGIMES ON PUBLIC PURCHASING* 3-10 (1999).

由化與開放政府採購市場，早已成為全球、區域及雙邊貿易協商中無可忽視的一環。

此外，如同「經濟合作暨發展組織」(Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)，下稱：經合組織)及「聯合國毒品與犯罪問題辦公室」(United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC))指出，採購機關及官員花費的從來不是自己的錢，而是納稅人的錢，且基於龐大的經濟利益，以及公、私部門間緊密的往來交錯，政府採購是政府活動中公認最容易滋生貪腐及舞弊的領域<sup>24</sup>。特別是在基礎公共建設、國防工業、能源部門、公衛部門(尤其是藥品及醫療器材)等領域的大型採購案，貪腐醜聞時而可聞，各國皆然<sup>25</sup>。

貪污、官商勾結、綁標及圍標等不正或反競爭行為<sup>26</sup>，所造成的損害不限於侵蝕國庫的鉅額經濟上損失<sup>27</sup>，更是破壞人民對採購公正廉潔與政府施政的信賴感。又，若政府採購因貪瀆違法發包給

---

24 參見如OECD, INTEGRITY IN PUBLIC PROCUREMENT: GOOD PRACTICE FROM A TO Z 9 (2007) [hereinafter OECD, INTEGRITY IN PUBLIC PROCUREMENT]; OECD, PREVENTING CORRUPTION IN PUBLIC PROCUREMENT 6 (2016) [hereinafter OECD, PREVENTING CORRUPTION]; UNODC, GUIDEBOOK ON ANTI-CORRUPTION IN PUBLIC PROCUREMENT AND THE MANAGEMENT OF PUBLIC FINANCES: GOOD PRACTICES IN ENSURING COMPLIANCE WITH ARTICLE 9 OF THE UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST CORRUPTION 1 (2013) [hereinafter UNODC, GUIDEBOOK ON ANTI-CORRUPTION].

25 UNODC, GUIDEBOOK ON ANTI-CORRUPTION, *supra* note 24, at 1.

26 關於採購相關犯罪類型、貪污罪類型之分析，參：朱敏賢，政府採購暨其防弊之刑事規制——以司法實務之判決分析為中心，法學叢刊，63卷4期，頁81-84(2018年)。

27 雖然基於貪腐犯行的隱密性難以度量精確的數額，各項國際研究估計的數額有所出入，但一般而言，貪腐平均會造成採購金額增加10-25%，流向貪污共犯結構鏈(參見如：UNODC, GUIDEBOOK ON ANTI-CORRUPTION, *supra* note 24, at 1; OECD, PREVENTING CORRUPTION, *supra* note 24, at 7)，而依保守估計圍標至少會導致採購金額提高20%(Robert D. Anderson, William E. Kovacic & Anna Caroline Müller, *Promoting Competition and Deterring Corruption in Public Procurement Markets: Synergies with Trade Liberalization*, 26 PUB. PROCUREMENT L. REV. 77, 80 (2017))。

不合格（如欠缺必要的資格、技術能力或經驗）或素行不良廠商（參見如我國政府採購法第101條第1項各款事由），恐將嚴重危及政府施政的效率、品質與安全（關鍵字：「豆腐渣工程」或其他妨礙安全及使用需求的給付），而阻礙國家發展、浪費國家資源<sup>28</sup>、破壞社會福祉、危及人民生命、身體、財產的安全<sup>29</sup>。

為解決上述政府採購相關的各種重大問題，國際社會逐漸體認到政府採購市場的自由化、透明及競爭取向的政府採購程序，得扮演相當重要，甚至關鍵性的角色。促進廉正、透明與公平的政府採購，因而日益成為全球對抗貪污及追求政府良善治理的核心策略<sup>30</sup>。

## 二、國際法是政府採購制度改革的壓力、助力與契機

然而，政府採購向來多僅受行政內部法規（如：預算法、審計法）拘束，廠商並無要求採購機關遵守採購法規的主觀權利，遭受不公平對待，也無法向法院請求救濟。因此，政府採購領域向來有嚴重的法律執行赤字問題，而為法治國光輝不可及之處，成為滋養貪腐舞弊的溫床。即令如此，絕大多數的國家，或基於保護國內產業及廠商的考量、政府採購強大的政策引導與調控作用，或基於政商間根結盤固、牢不可脫的利益糾結，普遍欠缺內因、自發推動的改革意願或能力。

---

28 以軍事採購為例，我國審計部近年連連揪出「荒唐」採購案：花費200億購置的軍用卡車和吉普車狀況連連，無法使用，還衍生17億的停車費、動支38億購買的高空救難直升機，卻無法執行高山救護任務。參見洪綾襄，這些年，那些荒唐的軍事採購奇案…，財訊雙週刊，542期，頁68-69（2017年）。

29 例如「2018年宜蘭普悠瑪列車出軌事故」，造成18人死亡，215人輕重傷。根據報導，普悠瑪列車招標過程中，歷經兩次流標，經降低招標規格並提高底標價碼後才發包。事故發生後，臺北地檢署偵辦普悠瑪號ATP遠端監視系統涉嫌不法等案，認為施工、驗收、操作均有缺失。參見蕭博文，普悠瑪號ATP案 北檢：施工驗收操作均有缺失，中央通訊社，2019年4月9日，<https://www.cna.com.tw/news/firstnews/201904090027.aspx>（最後瀏覽日：2021年1月26日）。

30 Anderson, Kovacic & Müller, *supra* note 27, at 77-79.

上述問題與挑戰，主要是先在國際層面引起廣泛而強烈的關注，才促使各國採取相關的立法改革措施，打擊採購貪腐及促進政府採購良善治理不再是內國法秩序得全然自主規範的事項。在政府採購與反貪腐領域，聯合國（United Nations (UN)）、世界貿易組織（World Trade Organization (WTO)，下稱：世貿組織）、歐洲聯盟（European Union (EU)，下稱：歐盟）等國際組織，長年致力於制定相關的國際條約及其他國際法律文件（international instruments）<sup>31</sup>，已有豐碩的成果。此外，為協助各國進行改革、建立良善、值得信賴的政府採購法制，經合組織亦投注大量心力，產出可觀的研究成果<sup>32</sup>。

當今涉及政府採購的國際法律文件眾多，其中公認最重要的有<sup>33</sup>：世貿組織架構下於1994年簽訂、2012年修訂的「政府採購協定」（Agreement on Government Procurement (GPA)，下稱：政府採購協定）、2003年「聯合國反貪腐公約」（United Nations Convention against Corruption (UNCAC)，下稱：反貪腐公約）、聯合國國際貿易法委員會（The United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)，下稱：（聯合國）貿易法委員會）於2011年通過的新「政府採購模範法」（Model Law on Public Procurement，下

---

31 國際上設定政府採購行為準則的法律文件，一般可分為「具法拘束力」（legally binding）與「不具法拘束力」（non-legally binding）兩種。前者亦可稱為硬法（hard law），如世貿組織架構下的政府採購協定以及聯合國推動的反貪腐公約，後者亦稱為軟法（soft law），如聯合國貿易法委員會頒布政府採購模範法。

32 經合組織的研究報告，一方面審查各國採購制度的良窳所在並提出改善建議，另一方面也就特定議題廣泛參考比較各國法制，從中萃取國際認可的優質作法與標準，並提出立法原則與建議。相關研究報告，參見：OECD, <http://www.oecd.org/gov/public-procurement/publications/> (last visited Jan. 26, 2021).

33 參見如UNODC, *GUIDEBOOK ON ANTI-CORRUPTION*, *supra* note 24, at 3; WORLD BANK, *COMPARISON OF THE INTERNATIONAL INSTRUMENTS ON PUBLIC PROCUREMENT*, ¶ 2, at 2-3 (Mar. 2013) (unpublished background paper) [hereinafter WORLD BANK, *COMPARISON*].

稱：(政府採購)模範法)<sup>34</sup>以及歐盟政府採購指令(EU Procurement Directives)(含採購程序與救濟程序)。

換言之，政府採購領域不再是主權國家得全然自主不受外力干預的法領域。實際上，國際組織、國際法或外國政府施加的壓力與誘因，才是真正促成各國政府採購制度法制化與現代化的動力。例如，1990年代中後期，德國聯邦政府面臨歐盟要求確實有效轉化歐盟政府採購指令的步步進逼，以及迫於美國政府認為該國廠商在德國參與政府採購備受歧視卻無有效權利救濟可能所預告的貿易制裁，只好將政府採購制度法制化、主觀化，並相應地建構有效的廠商權利救濟途徑<sup>35</sup>。

此外，近來許多國家的經驗也顯示，加入歐盟(的過程<sup>36</sup>)或者加入政府採購協定及反貪腐公約等國際法律文件，有助於克服改革的內部阻礙，催化與強化內部改革的誘因與成效，最終不僅能透過建立健全的政府採購制度解決或舒緩前揭問題，更能提升政府施政的效能與合法性<sup>37</sup>。以我國為例，我國駐世貿組織常任代表羅昌發教授將我國政府採購制度於上個世紀末的法制化與現代化，以及施行後所帶來的正面改革成效，歸功於其他貿易夥伴要求我國加入政府採購協定所施加的壓力<sup>38</sup>。聯合國反貪腐公約施行法甫於2015

---

34 其前身為「1994年聯合國國際貿易法委員會貨物、工程及服務採購模範法」(UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services (1994))。

35 詳參Jan Byok, *Das neue Vergaberecht*, NJW 1998, S. 2774 (2775).

36 例如關於歐盟候選國塞爾維亞(Serbia)為加入歐盟在政府採購救濟領域所做的改革，參見Branimir Blagojevic, *Public Procurement Review Mechanism in the Republic of Serbia – Current State of Play and Main Challenges*, 13 EUR. PROCUREMENT & PUB. PRIVATE PARTNERSHIP L. REV. 245 (2018).

37 Robert D. Anderson & Anna Caroline Müller, *The Revised WTO Agreement on Government Procurement (GPA): Key Design Features and Significance for Global Trade and Development*, 48 GEO. J. INT'L L. 949, 989, 991 (2017).

38 參見Chang-Fa Lo, *The Benefits for Developing Countries of Accession to the Agreement on Government Procurement: The Case of Chinese Taipei*, in THE WTO

年制定，林明鏘教授即呼籲主管機關依照施行法第7條規定<sup>39</sup>，根據公約第9條第1項規定的內容，儘速全盤檢討政府採購法，以建立有效預防政府採購貪腐的制度<sup>40</sup>。

基於國際法為開放政府採購市場所施加的壓力以及所設定的改革目標，隨著競爭法要素主觀化與外部法化，當代政府採購法直接規制招標機關與廠商間的關係，並賦予後者請求前者遵守採購程序規定的權利，法院爭訟也因而成為採購實務的常態。上述規範哲學的典範變遷，也導致政府採購法從以往法律上的靜止狀態<sup>41</sup>、不受法學界重視的邊緣地位<sup>42</sup>，發展成獨立而富有活力的新興行政法領域<sup>43</sup>。職是之故，當代政府採購法也被視為國際（貿易）法（在歐盟為其超國家的內部市場法）亦能引領主權國家法治進步與創新的最佳範例<sup>44</sup>。

---

REGIME ON GOVERNMENT PROCUREMENT: CHALLENGE AND REFORM 140, 145-48 (Sue Arrowsmith & Robert D. Anderson eds., 2011).

- 39 聯合國反貪腐公約施行法第7條：「各級政府機關應依公約規定之內容，檢討所主管之法令及行政措施，有不符公約規定者，應於本法施行後三年內，完成法令之制（訂）定、修正或廢止及行政措施之改進。」
- 40 林明鏘，政府採購制度之檢討與修法建議——從聯合國反貪腐公約第9條第1項規定論起，收於：法務部廉政署編，聯合國反貪腐公約專題學術研討會論文集：我國之實踐與展望，頁145（2015年）。
- 41 在真正受到歐盟法影響之前，歐盟各國的政府採購制度，大多為法律上發展停滯而「寧靜」的題材，參見Fritz Rittner, *Das öffentliche Auftragswesen im Spannungsfeld zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht*, *Europarecht Beiheft* 1/1996, S. 7 (9).
- 42 即使到1990年代初期，美國政府採購制度同樣甚少受到法學者的關注，參見Robert C. Marshall, Michael J. Meurer & Jean-Francois Richard, *The Private Attorney General Meets Public Contract Law: Procurement Oversight by Protest*, 20 *HOFSTRA L. REV.* 1, 3 (1991).
- 43 關於德國自1998年政府採購法獨立成形後的飛迅及蓬勃發展，參見Burgi (Fn. 4), § 1 Rn. 3 ff.
- 44 Holoubek/Fuchs/Holzinger (Fn. 2), S. 1, 31; Burgi (Fn. 4), § 3 Rn. 2 ff.

### 參、國際政府採購法廠商權利救濟制度之形成發展與基本特徵

此獨特的發展方向與路徑，主要可歸因於各國政府採購制度向來法治程度低落的傳統。廠商權利保障之憲法化與司法化，要求各國建構健全有實效的廠商權利救濟制度，遂成為國際政府採購法確保其規範被遵守、其目標獲得實現的共通策略（一）。在推動跨國經濟整合及開放政府採購市場方面，歐盟堪稱兼具先驅者、典範者與推動者等角色。因此，本文擬先介紹歐盟政府採購權利救濟指令（二）。繼而，須探究的是，世貿組織政府採購協定（三）及聯合國反貪腐公約（四）中，對政府採購有效國內救濟制度的要求，蓋這兩個國際法律文件對我國有法拘束力。最後，應予闡述的是，對我國憲法解釋及改善現行法制具有標竿作用的聯合國政府採購模範法（五）。

有關前揭國際法律文件的論述重點將置於廠商權利救濟制度形成發展的理性重構，並簡要闡述其基本特徵。揭示各該國際法律文件的歷史發展脈絡、獨特理性、基本特徵，特別是還有各國際法律文件彼此間的互動關聯，除作為廠商權利保護之迅速及有效救濟原則學理分析的穩固資訊基礎外（下文「肆、」），亦將作為批判性檢視我國現行政府採購爭訟法、相關法院裁判以及主管機關的法規檢視政策之國際法上論述依據（下文「伍、」）。

#### 一、憲法化及司法化作為共通哲理與策略

任何型態的保護主義，都必然傷害法治原則<sup>45</sup>。傳統受保護主義高度支配而對外閉鎖的政府採購市場，法治程度必定低落。蓋國

---

45 James Devereaux, *How Protectionism Erodes the Rule of Law*, FOUNDATION FOR ECONOMIC EDUCATION (Sept. 12, 2008), <https://fee.org/articles/how-protectionism-erodes-the-rule-of-law/>.

家「購買國貨」(buy national)的傳統政策與偏好，讓外國廠商難以打入政府採購市場，而此類歧視性採購只有在不透明、法治低度發展的背景下才能如願遂行<sup>46</sup>。此外，唯有阻擋法治國陽光的照射，貪污、官商勾結、綁標及圍標等罪行，才能在政府採購市場中從容隱匿，或橫行無忌。因此，政府採購不僅是世界經貿中受保護主義肆虐最深的市場部門，更是法治國思想最容易受壓抑而不發達的領域。

在此前提下，世貿組織架構下的國際經濟法或歐盟超國家的內部市場法，既以追求開放市場為根底的非保護主義經濟秩序為目標，成為各國發展與形塑內國政府採購法的關鍵推動力，毋寧是必然的結果<sup>47</sup>。然而，早期的國際政府採購協議未充分顧慮政府採購脈絡的特殊性質與特殊要求，將政府採購規定的執行侷限於純粹政府間的(intergovernmental)貿易制度模式，而未要求締約國應設置私人請求執行的途徑。其結果是締約國國際義務的落實程度極為低落，政府採購市場的自由化實際上毫無進展。即使是在超國家性質的歐洲經濟整合模式，早期的政府採購指令對於開放政府採購市場目標的實現，也幾乎毫無成效可言<sup>48</sup>。

從失敗中認清問題本質、尋獲成功的方向，世貿組織及歐盟對抗貿易保護主義的關鍵致勝策略是推動國際法治原則(international rule of law)：透過對自由權、歧視禁止原則以及個人權利之司法保護的跨國保障，將國際政府採購法予以憲法化(constitutionalization)與司法化(judicialization)<sup>49</sup>。世貿組織及歐盟推動的法治原則，

---

46 Arie Reich, *The New Text of the Agreement on Government Procurement: An Analysis and Assessment*, 12 J. INT'L ECON. L. 989, 991 (2009).

47 參見Pache (Fn. 13), S. 1783 ff.

48 REICH, *supra* note 23, at 334-35. 詳參本文「參、二、(一)、1、(2)」及「參、三、(一)」。

49 有關歐盟市場整合及世界貿易組織各項協議的憲法化及司法化取向，參見Ernst-Ulrich Petersmann, *How to Promote the International Rule of Law?*

在實體方面，將法治國平等原則的要求擴展至跨國界的經濟活動及外貿關係，亦即要求保障跨國經濟自由與歧視禁止原則，以確保外國商品與廠商進入政府採購市場的平等機會<sup>50</sup>；在跨國層次的法律遵循（*Rechtsbefolgung*, *legal compliance*）與貫徹方面<sup>51</sup>，要求締約方或會員國建構健全且具有實效的廠商權利救濟制度，啟動分散式的（*decentralized*）法令遵循監控機制，是實踐國際政府採購法目標，在法律上及策略上最重要的基石與促成因素<sup>52</sup>。如今要求設置有效的廠商權利救濟制度，賦予其請求執行採購法規範的機制，已經是絕大多數政府採購相關國際法律文件不可缺少的一部分<sup>53</sup>。

## 二、歐盟政府採購權利救濟指令

為打破會員國間既有的疆界，實現沒有內部邊界、自由競爭的政府採購內部市場，歐盟（當時歐洲經濟共同體，以下不細分歐洲經濟共同體、歐洲共同體與歐洲聯盟，而統稱歐盟）是第一個針對主權國家政府採購救濟制度進行規範的國際組織。事實上，政府採購同時也是歐盟在實體法之外，另外針對相對應訴訟制度進行廣泛法規調和的第一個領域<sup>54</sup>。

---

*Contributions by the World Trade Organization Appellate Review System*, 1 J. INT'L ECON. L. 25, 30-36 (1998). 有關政府採購協定的司法化，參見Sue Arrowsmith, *The Character and Role of National Challenge Procedures under the Government Procurement Agreement*, 11 PUB. PROCUREMENT L. REV. 235, 238, 256-60 (2002).

50 同旨參見Ernst-Ulrich Petersmann, *Welthandelsrecht als Freiheits- und Verfassungsordnung*, ZaöRV 2005, S. 543 (565).

51 參見Ulrich Haltern, *Europarecht: Dogmatik im Kontext*, Bd. II, 3. Aufl., 2017, Rn. 5 ff.

52 同旨：Roberto Caranta, *Remedies in EU Public Contract Law: The Proceduralisation of EU Public Procurement Legislation*, 8 REV. EUR. ADMIN. L. 75, 97 (2015).

53 REICH, *supra* note 23, at 335.

54 Christine Boch, *The Implementation of the Public Procurement Directives in the UK: Devolution and Divergence?*, 16 PUB. PROCUREMENT L. REV. 410, 413-14 (2007).

## (一) 第一代政府採購救濟指令

### 1. 制定背景

#### (1) 政府採購曾是權利保護的荒漠地帶<sup>55</sup>

此特殊發展路徑的緣由在於，在受後文所述1989年及1992年歐盟政府採購權利救濟指令影響前，即使是西歐法治先進國家，在政府採購領域向來也缺乏有效權利救濟的概念或傳統。

一方面，在部分國家，對於採購機關的違法決定或其他行為，基本上不存在請求法院救濟的可能性。例如，在德國「預算採購法」(Haushaltsvergaberecht)<sup>56</sup>的傳統中，政府採購法規的性質為純粹行政內部法(reines Innenrecht der Verwaltung)，僅於內部關係中拘束採購機關，而非規範機關與廠商間的外部關係。在此規範架構下，廠商無請求機關遵守採購法規的主觀權利<sup>57</sup>，即使認為因採

55 「權利保護的荒漠地帶」(Rechtsschutzwüste)一詞取自Tobias André/Daniel Sailer, Primärer Vergaberechtsschutz unterhalb der unionsrechtlichen Anwendungsschwellen — Zur judiziellen Urbarmachung einer „Rechtsschutzwüste“, JZ 2011, S. 555 一文之標題。

56 在遵從歐盟政府採購指令的要求與盡可能維持自身政府採購法的傳統之間，德國政府採購法一分為二：在歐盟政府採購指令(EU-Vergaberichtlinien)適用範圍內的政府採購，適用為轉化指令所新增的競爭限制防止法(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; GWB)第四編(第97條至第184條)之規定(由於體系上被納入GWB，因此學說經常將之名為「卡特爾採購法」(Kartellvergaberecht)，歐盟採購指令適用範圍外的採購，則仍受傳統「預算採購法」之支配。有關德國政府採購法之發展及其二分，簡要說明可參見Burgi (Fn. 4), § 2 Rn. 3 ff.

57 參見BVerwG, NVwZ 2007, S. 820 (822 f. Rn. 11-14)。在德國以往的法律傳統中，政府採購法不是獨立的法律領域，既不受法學界關注，也甚少有相關的法院裁判(參見Rittner (Fn. 41), S. 9)，直到受歐盟法的影響，學界才逐漸發現這個「法律上的新領域」(juristisches Neuland)(參見Jürgen Schwarze, Diskriminierung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts, in: Meessen (Hrsg.), Öffentliche Aufträge und Forschungspolitik, 1979, S. 79 (80 f.))。傳統上，政府採購制度主要僅受預算法規範，因此學說稱之為「預算採購法」，本質上為與人民主觀權利無涉的法律領域。預算採購法性質為行政內部法，確保公帑運用之節約與經濟為其唯一目標，透過公開招標所帶來的採購競爭不過

購程序違法而遭受不平對待，亦無請求法院救濟的訴訟權能<sup>58</sup>。因此，德國傳統政府採購被稱為「幾乎不受法院管轄的領域」（„beinahe gerichtsfreier Raum“）<sup>59</sup>。此外，在英國、愛爾蘭、丹麥等國，同樣幾乎不存在政府採購的爭訟案件<sup>60</sup>。

另一方面，依據羅馬法系的傳統，廠商參與政府採購程序而權益受損，固然得訴諸法律救濟途徑，特別是請求行政法院審理。然而，行政法院傳統的審理程序，大多緩慢而曠日廢時，原告即使收到勝訴判決，也因系爭採購契約履行早已完畢，而只能面對無可回復的既成事實（*fait accompli*），無法獲得任何有意義的救濟<sup>61</sup>。

整體而言，在歐盟政府採購法迫使相關法制產生革命性變革之前，歐盟各國固有的司法制度實際上無法（及時有效）糾正採購違法情事，政府採購領域可謂是權利保護的沙漠地帶<sup>62</sup>。

## （2）歐盟政府採購指令的執行赤字問題

因此即使歐盟自1971年起，便已陸續頒布政府採購（實體）指

---

是達成此目標的手段，本身並非預算法規範追求的目標（參見BVerfGE 116, 135 (152 f.)）；廠商得標的利益，並非法律保護的主觀權利，僅為客觀採購規範單純的反射（參見Martin Burgi, *Entwicklungstendenzen und Handlungsnotwendigkeiten im Vergaberecht*, NZBau 2018, S. 579 (579)）。

58 Fritz Rittner, *Das deutsche öffentliche Auftragswesen im europäischen Kontext*, NVwZ 1995, S. 313 (317).

59 參見Jost Pietzcker, *Die neue Gestalt des Vergaberechts*, ZHR 162 (1998), S. 427 (468 f.).

60 REICH, *supra* note 23, at 217.

61 參見 Hsi-Ping Chen, *Vergaberechtsschutz im Spannungsfeld zwischen Beschleunigungsgebot und Gewährung effektiven Rechtsschutzes*, 2019, S. 193 f.; Erik A. Troff, *The United States Agency-Level Bid Protest Mechanism: A Model for Bid Challenge Procedures in Developing Nations*, 57 AIR FORCE L. REV. 113, 137-38 (2005).

62 另可參見Hans-Joachim Priess & Pascal Friton, *Designing Effective Challenge Procedures: The EU's Experience with Remedies*, in THE WTO REGIME ON GOVERNMENT PROCUREMENT: CHALLENGE AND REFORM 511, 513 (Sue Arrowsmith & Robert D. Anderson eds., 2011) (“complaints at domestic level were practically non-existent”).

令，要求會員國建立透明、平等、無歧視的採購制度，以使各會員國的廠商得不分國籍在歐盟境內公平地競逐政府採購商機<sup>63</sup>。然而，在上述傳統法制的背景下，會員國的法秩序未能提供相應有效的救濟與執行機制，使得遭受歧視或其他不公平對待的廠商根本求助無門，廠商也往往選擇忍氣吞聲不敢與採購機關爭執。因為他們普遍不認為既有的權利救濟制度能給予自身確實有效的保護，或者擔憂遭採購機關列入所謂黑名單或受到其他報復手段，遂形成「不與官爭」的文化（non-litigation culture）與思維方式。「別咬餵養你的手！」（Thou shall not bite the hand that feeds you!）是政府採購業界公知的潛規則<sup>64</sup>。在法治不彰的環境下，廠商實在難以信賴政府會以公正、合法的方式進行採購，對於跨出國界競逐其他國家的政府採購商機，更是望之卻步<sup>65</sup>。

法令形同虛設，除「有失法治國精神」（eines Rechtsstaates nicht würdig）<sup>66</sup>外，同時也阻礙歐盟內部市場目標在政府採購領域的實現。為確保採購機關確實適用歐盟政府採購法（簡言之：於歐盟公報中刊登招標公告並平等對待國內、外廠商），將採購商機開放給全歐盟的競爭，促成沒有內部邊界的政府採購內部市場，歐盟遂於1989年不顧部分會員國（特別是德國<sup>67</sup>）激烈的抵制，頒布一般

---

63 關於歐盟於1970年代頒布的第一代政府採購指令，可參見：Stephen Weatherill, *National Remedies and Equal Access to Public Procurement*, 10 Y.B. EUR. L. 243, 247-49 (1990).

64 參見如EUROPEAN COMMISSION, *THE LARGE MARKET OF 1993 AND THE OPENING-UP OF PUBLIC PROCUREMENT* 29 (1991); Cecily Davis, *The European Court of Justice Decision in Alcatel – the Implications in the United Kingdom for Procurement Remedies and PFI*, 11 PUB. PROCUREMENT L. REV. 282, 282 (2002); Daniel I. Gordon, *Constructing a Bid Protest Process: The Choices That Every Procurement Challenge System Must Make*, 35 PUB. CONT. L.J. 427, 432-33 (2006).

65 同旨：Caranta, *supra* note 52, at 76.

66 此為德國籍前歐盟法院法官Manfred Zuleeg後來對先前德國政府採購法的批評，參見Manfred Zuleeg, *Öffentliche Aufträge nach europäischem und deutschem Recht*, ZEuP 2004, S. 636 (643).

67 有關德國聯邦政府在歐盟政府採購指令歷來制定與轉化過程中，對採購行為的

公部門的政府採購權利救濟指令（Allgemeine Rechtsmittelrichtlinie = Richtlinie 89/665/EWG，以下簡稱指令89/665/EWG），並隨後於1992年頒布公用事業領域的政府採購權利救濟指令（Sektoren-Rechtsmittelrichtlinie = Richtlinie 92/13/EWG，以下簡稱指令92/13/EWG）。

## 2. 主要規範內容

### （1）目標與基本原則

這兩部政府採購權利救濟指令（以下合稱：（歐盟）採購救濟指令）<sup>68</sup>旨在賦予廠商就政府採購程序中所發生違法情事，得請求迅速、有效審議與改正的權利，以確保會員國的採購機關確實適用與遵守歐盟政府採購實體法<sup>69</sup>。亦即：確保採購案最終決標給符合資格且提出最低價格或最有利標的廠商。如此一來，將打破前文所描述的惡性循環，而提升廠商及業界對於採購制度公平的信賴感，進而促成內國政府採購市場開放給全歐盟的競爭<sup>70</sup>。

因應會員國既有採購救濟制度的缺陷與不足，指令首先揭櫫採購救濟「迅速及有效」的基本原則，要求會員國建立「有效、尤其是儘速的」（wirksam und vor allem möglichst rasch; effectively and, in particular, as rapidly as possible）採購救濟制度（採購救濟指令第1

---

可司法審查性（Justiziabilität）、特別是第一次權利保護可能性的堅決抗拒態度，參見André/Sailer (Fn. 55), S. 556 mit Fn. 16.

68 兩部指令的規範內容極度相同，只是指令92/13/EWG給予會員國若干較大的彈性空間而略有差異。為簡化行文，本文以下引用的條號及法規內容，皆以指令89/665/EWG為準。

69 EuGH, Rs. C-470/99, *Universale-Bau u.a.*, Slg. 2002, I-11617, Rn. 74; Rs. C-538/13, *eVigilo*, EU:C:2015:166, Rn. 50; verb. Rs. C-439/14 und C-488/14, EU:C:2016:688, Rn. 41.

70 European Commission, *Commission Staff Working Paper: Evaluation Report Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*, at 26, SEC (2011) 853 final (June 27, 2011), <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/?fuseaction=list&cotelId=2&year=2011&number=853&version=ALL&language=en>.

條第1項)。此外，指令具體要求會員國必須大幅敞開國內採購救濟途徑：會員國必須確保至少任何參與或想參與採購程序，但認為因採購違法情事而受有損害或有受損害之虞的廠商，皆得依循法律救濟途徑請求保護其受歐盟政府採購法保障的權利（採購救濟指令第1條第3項）。

## （2）完整的救濟方法

既然核心問題在於缺乏有效的救濟方法，採購救濟指令進一步在第2條第1項，明確規定會員國國內掌理採購救濟的機關必須擁有採取下列三種救濟方法的權限，以確保採購機關遵守與貫徹歐盟政府採購法<sup>71</sup>：

A. 儘快地（so schnell wie möglich; at the earliest opportunity）透過假處分採取暫時措施（vorläufige Maßnahmen; interim measures），以除去聲請人所主張的違法情事或防止相關利益受到進一步損害。

B. 自行或下命撤銷（Aufhebung; set aside）違法決定；撤銷的目的在於促成改正經證明為違法的情事，以回復採購程序的合法性，並維護廠商公平的得標機會。

C. 判予因採購違法情事而受有損害的廠商損害賠償。

## （二）第二代政府採購救濟指令

### 1. 頒布的背景與理由

經歐盟執委會（Europäische Kommission; European Commission）與歐盟法院（Europäischer Gerichtshof = EuGH; European Court of Justice = ECJ）強力的立法轉化監督，會員國陸續轉化採購救濟指令之要求，設置採購迅速有效的爭訟制度，逐步促使歐盟採購內部

---

<sup>71</sup> 亦請參見REICH, *supra* note 23, at 3-4.

市場成形、正常運作<sup>72</sup>。然而，歐盟法院的裁判也陸續指出，各國新制度大多欠缺因應過快、不透明的違法採購，使得採購程序中最終且最重要的決定——決標決定（*Zuschlagsentscheidung*; *contract award decision*）——常常因遭遇既成事實（契約締結或契約履行），而基於法律上或事實上事由不能再被廢棄。這意味著：未得標廠商的第一次權利保護請求權被剝奪了。

尤其，在歐盟法原則上承認「契約嚴守原則」（*pacta sunt servanda*）的基本前提下，會員國得將契約締結後的採購救濟限縮於給予損害賠償（原始版採購救濟指令第2條第6項），而排除廢棄違法決定的第一次權利保護可能性。因此，政府採購救濟制度建立後面臨的新挑戰為：「採購法遁入契約法」（*Flucht vor dem Vergaberecht in das Vertragsrecht*）的現象<sup>73</sup>。採購機關往往可以透過不透明的「事實上採購」（*de-facto Vergaben*; *de-facto awards*，即：在法定容許的情形之外，採取限制性招標，不經公告程序，邀請二家以上廠商比價或僅邀請一家廠商議價後締結契約，因此又稱為「違法直接採購」（*rechtswidrige Direktvergaben*; *illegal direct awards*）、「火速簽約」（“*race to signature*”）創造既成事實，阻斷有意義的救濟、規避法律課責機制<sup>74</sup>。

有鑑於此，歐盟立法者在2007年頒布指令2007/66/EG修改兩個既有的採購救濟指令。2007年的變更指令維持原有指令的基本原則與架構，但要求會員國引進消除前揭弱點的新機制，以解決採購法遁入契約法的問題，強化不服決標決定第一次權利保護的有效性。學理上，這套新機制可區分為：採購契約締結前的程序透明與減速擔保（下文「2.」），以及對於違反採購透明與減速要求而締結之契約的制裁體系（下文「3.」）。

---

72 *Chen* (Fn. 61), S. 176 f.

73 參見 *Klaus Bitterich*, *Vergabeverfahren und Bürgerliches Recht*, 2013, S. 549, 554.

74 參見 *Chen* (Fn. 61), S. 196 f.

## 2. 強化採購透明與減速的擔保

首先，透過指令2007/66/EG於採購救濟指令新增的第2a條，參酌歐盟法院在Alcatel一案<sup>75</sup>提出的「採購透明與減速」(Transparenz und Entschleunigung der Auftragsvergabe)要求，規定決標決定作成後的「通知與等待義務」(Informations- und Wartepflicht)。據此，招標機關應通知競標落選廠商其決標決定以及決定的相關理由，而且通知後必須先等待(至少)十個日曆天的「停頓期間」(Stillhaltefrist; standstill period)屆滿，始得與得標廠商締結採購契約。停頓期間的目的在於給予落選廠商充分檢視決標決定及其理由的時間，以評估是否應提起救濟程序<sup>76</sup>。究其實際，招標機關通知決標決定後的等待義務為禁止締結契約的禁令。在「契約嚴守原則」的基本前提下，停頓期間既是法定的暫時權利保護機制，同時也是落選廠商對決標決定聲明不服的法定救濟期間。為確保受通知的落選廠商能有效行使訴訟權，通知決標決定附具的理由，應包括以下內容<sup>77</sup>：(1) 得標廠商的名稱，其標單的特色和相對優勢所在；(2) 不接受其標單的理由；(3) 停頓期間的精確期限。

採購減速的要求，也適用於招標機關自我審查的情形。修訂後的採購救濟指令雖然明文容許內國法要求廠商先向招標機關提出異議，給予招標機關自我審查的機會。但為避免招標機關趁審查異議之際逕行簽訂契約，而剝奪異議廠商的得標機會，以及尋求改正採購違法情事的權利，也同時要求，提出異議必須有立即禁止締結契約的效力。此項禁令至少須持續至通知廠商異議處理結果後的第十個日曆天，以給予異議廠商對該項結果有向採購審議機關聲明不服的機會(經指令2007/66/EG新增之(下同)採購救濟指令第1條第5項)。

75 EuGH, Rs. C-81/98, Alcatel Austria u.a., Slg. 1999, I-7671.

76 參見指令2007/66/EG之立法理由說明第6項第1句。

77 參見指令2007/66/EG之立法理由說明第6項第2句。

### 3. 契約無效及其他替代性制裁

沒有充分有效制裁作為護衛的義務，經常成為被輕忽的紙老虎。為確保歐盟政府採購法最根本性的全歐盟公開招標義務以及前揭採購透明與減速擔保被認真看待，切實遵守，對於違反其中一項義務而締結的採購契約，指令2007/66/EG新增一套以契約無效為主的制裁機制（Unwirksamkeitssanktion; ineffectiveness sanction）：要求會員國賦予國內採購審議機關撤銷或以其他方式宣告契約無效的權限（採購救濟指令第2d條第1項）。

關於撤銷契約的效果，會員國基本上得在溯及既往失其效力（*ex tunc*）或向將來失效（*ex nunc*）之間作選擇。但若最終結果僅是契約向將來失效（採購救濟指令第2d條第2項），或者國內審議機關基於迫切公益理由（*zwingende Gründe eines Allgemeininteresses; overriding reasons relating to a general interest*）而維持違法採購契約的效力（採購救濟指令第2d條第3項），必須對招標機關課處罰鍰（*Geldbußen bzw. -strafen; fines*）或者縮減契約期間（*Verkürzung der Laufzeit des Vertrags; shortening of the duration of the contract*）作為有效、合乎比例且具有嚇阻力的替代性制裁（*alternative Sanktionen; alternative penalties*）（採購救濟指令第2e條）<sup>78</sup>。

#### （三）國際公認最佳的法律框架與立法指南

根據歐盟及經合組織合作創立的「公共治理與管理改善計畫」（Support for Improvement in Governance and Management (SIGMA)）在2007年公布的研究，歐盟採購救濟指令在當時已經直接或間接支配將近40個國家政府採購爭訟制度的改革<sup>79</sup>。對我國法更重要的

<sup>78</sup> 進一步的闡述可參見Chen (Fn. 61), S. 256-264.

<sup>79</sup> 包括歐盟會員國、歐洲經濟區（European Economic Area (EEA)）的成員（挪威、冰島、列支敦斯登）、歐盟候選國、西巴爾幹半島國家，參見SIGMA, PUBLIC PROCUREMENT REVIEW AND REMEDIES SYSTEMS IN THE EUROPEAN UNION 4 (2007).

是，歐盟採購救濟指令同時也是下述世貿組織政府採購協定<sup>80</sup>及聯合國貿易法委員會政府採購模範法<sup>81</sup>擬定採購權利救濟基本原則與法律框架之際仿效的藍本，對全球政府採購訴訟法產生廣泛且深遠的影響。由此可推論，歐盟採購救濟指令所揭櫫的原則，已是國際公認的最佳作法（international best practice），可作為每一個有意或必須設置有效政府採購爭訟制度國家的框架性與基礎性指南<sup>82</sup>。

### 三、世貿組織政府採購協定之國內救濟程序要求

#### （一）國內救濟程序之要求為世貿組織執行體系之突破與創新

政府採購協定，其主要目標為對抗保護主義，將龐大的政府採購商機開放給國際自由競爭<sup>83</sup>，乃當今促進政府採購市場自由化最

---

80 政府採購協定之國內救濟程序規定以歐盟採購救濟指令為藍本，是國際政府採購法學界公認的事實，參見如Mary Footer, *Remedies under the New GATT Agreement on Government Procurement*, 4 PUB. PROCUREMENT L. REV. 80, 88 (1995); Jürgen Schwarze, *Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts*, EuZW 2000, S. 133 (134); Xinglin Zhang, *Constructing a System of Challenge Procedures to Comply with the Agreement on Government Procurement*, in *THE WTO REGIME ON GOVERNMENT PROCUREMENT: CHALLENGE AND REFORM* 483, 485 (Sue Arrowsmith & Robert D. Anderson eds., 2011).

81 在模範法的改革過程中，UNCITRAL的政府採購工作組（第一組）於2008年明白表示，將參酌歐盟2007年新採購救濟指令的規範內涵。參見UNCITRAL, *Possible Revisions to the UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services – Remedies, Conflicts of Interest and Services Procurement in the Model Law* ¶ 8, U.N. Doc. A/CN.9/WGI/WP.64 (July 2, 2008), <https://undocs.org/en/A/CN.9/WGI/WP.64> [hereinafter UNCITRAL, *Possible Revisions*]. 另請參見UNCITRAL, *GUIDE TO ENACTMENT OF THE UNCITRAL MODEL LAW ON PUBLIC PROCUREMENT* ¶¶ 38-39, at 11-12 (2014) [hereinafter UNCITRAL, *GUIDE TO ENACTMENT*].

82 同旨參見SIGMA, *PUBLIC PROCUREMENT BRIEF 25: ESTABLISHING PROCUREMENT REVIEW BODIES 6-7* (2013) [hereinafter SIGMA, *REVIEW BODIES*]; Martin Trybus, *Improving the Efficiency of Public Procurement Systems in the Context of the European Union Enlargement Process*, 35 PUB. CONT. L.J. 409, 423 (2006).

83 此等目標明確表現在2012年政府採購協定的前言第1段及第2段：「（締約方）咸認政府採購相關事宜，須建立有效之多邊架構，俾促成世界貿易更高度之自由與擴展，並改善國際貿易行為之架構；咸認政府採購方面，不得基於保護國內財物或服務或國內廠商之目的，擬定、採用或適用相關措施，亦不得歧視或差

重要的全球性法律文件<sup>84</sup>。政府採購協定有關「救濟程序」(Challenge Procedures)<sup>85</sup>或者稱「國內救濟程序」(Domestic Review Procedures)<sup>86</sup>的要求，乃世貿組織執行體系中最具創新意義且影響深遠的突破<sup>87</sup>。蓋政府採購協定要求賦予廠商救濟機會，是世貿組織其他絕大部分協議所無的創舉。一般而言，世貿組織的協定不要求賦予受影響的私人享有世貿組織規範的執行請求權；世貿組織規範的執行與貫徹，主要是仰賴政府間性質的(intergovernmental)「爭端解決機制(Dispute Settlement Mechanism(DSM))」。又，較諸當時其他少數也要求賦予私人救濟機會的規定，政府採購協定對於廠商救濟程序有更為詳盡且嚴格的規範<sup>88</sup>。

一般認為前揭執行體系突破性發展，是因為關稅暨貿易總協定時代的*Trondheim*一案充分突顯，政府間性質的爭端解決機制在政府採購案件面臨的本質侷限性：個案中難以獲得有實益的救濟結果<sup>89</sup>。為有效處理政府採購法向來嚴重的法律執行赤字問題，也為了補救集中式爭端解決機制有限的量能與效能，東京回合政府採購準則(Tokyo Round Code on Government Procurement)仍欠缺的廠商救濟制度，遂成為烏拉圭回合談判之際特別重要的議題之一<sup>90</sup>。

---

別對待國外財物、服務或國外廠商。」

84 Arwel Davies, *The Evolving GPA: Lessons of Experience and Prospects for the Future*, in *THE INTERNATIONALIZATION OF GOVERNMENT PROCUREMENT REGULATION* 23, 23 (Aris C. Georgopoulos et al. eds., 2017).

85 參見1994年政府採購協定第20條之標題。

86 參見2012年政府採購協定第18條之標題。

87 參見如Bernard Hoekman & Petros C. Mavroidis, *WTO's Agreement on Government Procurement: Expanding Disciplines, Declining Membership?*, 4 *PUB. PROCUREMENT L. REV.* 63, 64, 69, 77 (1995); Peter Trepte, *The Agreement on Government Procurement*, in *THE WORLD TRADE ORGANIZATION: LEGAL, ECONOMIC AND POLITICAL ANALYSIS* 1123, 1154 (Patrick F. J. Macrory et al. eds., 2005).

88 SUE ARROWSMITH, *GOVERNMENT PROCUREMENT IN THE WTO* 360, 385 (2003).

89 詳情參見Arrowsmith, *supra* note 49, at 237-38; Davies, *supra* note 84, at 32-33.

90 Hoekman & Mavroidis, *supra* note 87, at 64.

最後的成果是，1994年政府採購協定的原始締約方同意仿效歐盟採購救濟指令的立法例，在第20條規定各締約方應於國內設置配有迅速暫時權利保護機制的「救濟程序」(Challenge Procedures)，以給予廠商針對侵害其權益的採購違法情事請求救濟的機會。與歐盟採購救濟指令相似，1994年政府採購協定第20條第2項要求設置「及時、有效、透明且無歧視的行政或司法救濟程序」(timely, effective, transparent and non-discriminatory administrative or judicial review procedure)，以處理廠商權利救濟的請求。同時，締約方的國內救濟程序須包含「迅速的暫時措施」(rapid interim measures)、  
「違法改正」及「損害或損失賠償」(第20條第7項)。為了保全商機及確保改正採購違法的可能性，政府採購協定特別要求，「迅速」的暫時措施(第20條第7項第1款)，而且本案救濟程序在正常情況下也應「適時地」(in a timely fashion)完成(第20條第8項)。因此，救濟程序「及時性」的概括要求，以及「迅速」暫時措施和「適時」完成本案救濟程序等具體要求，都是貼近政府採購事件類型之特質與需求，所為確保實質有效救濟的特別程序擔保<sup>91</sup>。扼要而言，確保對採購違法情事迅速而有效的救濟機會，乃1994年政府採購協定第20條的基本目標與重大成就<sup>92</sup>。

## (二) 國內救濟程序保護水平的倒退

然而，政府採購協定的主要缺陷在於，它不屬於世貿組織多邊「單一承諾」(Single Undertaking)的一部分，而只是世貿架構下的一個複邊協定(plurilateral agreement)<sup>93</sup>。因此，世貿組織的會員基本上得自行決定是否加入政府採購協定<sup>94</sup>。除了「民用航空器貿

91 Annet Blank & Gabrielle Marceau, *The History of the Government Procurement Negotiations Since 1945*, 5 PUB. PROCUREMENT L. REV. 77, 126 (1996).

92 Hoekman & Mavroidis, *supra* note 87, at 70.

93 Reich, *supra* note 46, at 993.

94 參見設立世界貿易組織協定第2條第3項規定。不過世貿組織的新會員(如我國)可能會被要求承諾加入政府採購協定作為入會的門票費，從而實際上失去

易協定」(Agreement on Trade in Civil Aircraft)之外，政府採購協定是世貿架構下目前僅存的複邊協定，這反映了各國對於開放國內政府採購市場的抗拒態度與保護主義心態<sup>95</sup>。1994年政府採購協定長久以來被視為「富人俱樂部」(rich man's club)或者「已開發國家俱樂部」(developed countries' club)，因為加入的國家幾乎都是已開發國家。由於擔憂因協定的國民待遇要求，而失去透過政府採購支持及保護本國產業的可能性，以及過鉅的制度改革成本，開發中國家集體選擇留在協定之外<sup>96</sup>。

一般認為，2012年政府採購協定有關廠商權利保護水平要求的調降，很有可能是為了吸引開發中國家加入政府採購協定<sup>97</sup>。如前所述，歐盟2007年第二代採購救濟指令以及2011年聯合國政府採購模範法，皆透過消除新發現的制度缺陷，以改善採購救濟程序的有效性。2012年政府採購協定卻反其道而行，不僅沒有因應反貪腐公約的升級要求，反而進一步弱化對國內救濟程序有效性的要求<sup>98</sup>。

首先，1994年版第20條第6項要求政府採購事件應由法院，或獨立且公正的行政機關審理，2012年版第18條第5項則明文容許締

---

是否加入的決定權。

95 MARIA ANNA CORVAGLIA, PUBLIC PROCUREMENT AND LABOUR RIGHTS: TOWARDS COHERENCE IN INTERNATIONAL INSTRUMENTS OF PROCUREMENT REGULATION 15 (2017).

96 詳細說明參見Sue Arrowsmith, *Towards a Multilateral Agreement on Transparency in Government Procurement*, 47 INT'L & COMP. L.Q. 793, 799-803 (1998); 另請參見Reich, *supra* note 46, at 993.

97 Robert D. Anderson & Sue Arrowsmith, *The WTO Regime on Government Procurement: Past, Present and Future*, in THE WTO REGIME ON GOVERNMENT PROCUREMENT: CHALLENGE AND REFORM 3, 32 (Sue Arrowsmith & Robert D. Anderson eds., 2011); Zhang, *supra* note 80, at 490. 政府採購協定修訂之前，建置獨立且有效採購爭訟審查制度的變革需求，經常被視為是開發中國家加入政府採購協定的重要挑戰或者說阻礙，而有將救濟程序的要求更進一步彈性化的倡議，參見Arrowsmith, *supra* note 96, at 813-14.

98 相關批評，參見Reich, *supra* note 46, at 1014-17. 關於權利保護水平要求的倒退，亦請參見Davies, *supra* note 84, at 34-35.

約方將此等機構以外的機關（亦即：非法院，亦非具備獨立性與公正性的行政機關，如招標機關本身，或其上級或監督機關）前置而擔當第一審之審理；在此情形，締約方應確保廠商對該第一審決定，得向獨立且公正行政或司法機關聲明不服。然而在法律上，此類初審機關的獨立性與公正性既然未受擔保，自難期待其能提供公正有效的權利救濟；這種強制性的先行政程序，同時也構成直接、迅速向公正獨立機關請求救濟的阻礙，因此與2012年版第18條第1項揭示的適時且有效採購救濟之基礎原則處於緊張、矛盾狀態。此外，1994年版第20條第6項雖然容許法院以外的機關受理廠商之救濟請求，但為確保此類機關能獨立審理，因此同時要求締約方擔保機關本身及其成員的獨立性：前者須公正、獨立，且與採購案結果毫無關係，後者於派任期間內應不受外界之影響。2012年版第18條第4項及第5項的規定刪除此等文字，僅要求非司法性質的行政審查機關須公正且「獨立於採購機關」，既沒有界定獨立的精確性質，也沒有以往確保審查機關成員不受外界影響的要求<sup>99</sup>。

#### 四、聯合國反貪腐公約要求之有效採購救濟制度

##### （一）政府採購改革與反貪腐倡議之匯流

反貪腐公約，是第一個、也是目前唯一具有法拘束力的全球性反貪腐法律文件。傳統上，國際社會關於政府採購的改革與反貪腐的倡議，在各自的軌道上進行。反貪腐公約，首度結合向來平行分散的力量，試著將健全的採購制度整合入更廣泛的反貪腐機制中<sup>100</sup>。因此，建立一個透明、廉潔的政府採購制度，也是反貪腐公約的核心關懷。是以，廣義而言，反貪腐公約亦屬國際政府採購法的一環<sup>101</sup>。

99 Reich, *supra* note 46, at 1015; Zhang, *supra* note 80, at 489-90.

100 UNODC, *GUIDEBOOK ON ANTI-CORRUPTION*, *supra* note 24, at 2.

101 Oliver Dörr, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, Bd. 1, 3.

反貪腐公約以評價性比較國際法研究為基礎，從國際上最重要的政府採法律文件（模範法、政府採購協定及歐盟政府採購指令）萃取出共同的基本原則<sup>102</sup>，而於第9條第1項要求締約國建立以透明、競爭及客觀決定標準為基礎的適當採購制度，以作為預防貪腐的有效措施<sup>103</sup>；其中第4款規定，締約國必須設置「有效的國內救濟制度，包括有效的審級救濟制度」（an effective system of domestic review, including an effective system of appeal）<sup>104</sup>，以確保依本項其他各款要求制定的採購法規或程序未受遵守時，得訴諸法律途徑尋求救濟。

## （二）反貪腐公約之普世性

反貪腐公約是貨真價實的普世性法律文件，迄今已有187個國家批准、贊同、接受或加入<sup>105</sup>，締約方甚至比聯合國人權兩公約——公民與政治權利國際公約（173個）<sup>106</sup>及經濟社會文化權利

---

Aufl., 2017, Einl. Rn. 224.

102 UNODC, *GUIDEBOOK ON ANTI-CORRUPTION*, *supra* note 24, at 3.

103 聯合國反貪腐公約第9條第1項規定有關政府採購制度之原則與具體事項要求，中文文獻可參見林明鏞（註40），頁148-168。

104 我國「聯合國反貪腐公約正體中文版」將此句翻譯為「有效之國內復審制度，包括有效之申訴制度」，顯然是採納「联合国反腐败公约」簡體中文版的文本（公約的六個作準文本，可參見U.N., [https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/tools\\_and\\_publications/UN-convention-against-corruption.html](https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/tools_and_publications/UN-convention-against-corruption.html) (last visited Jan. 26, 2021))，但此種譯法在我國法脈絡中難以理解，容易引起誤會。綜合英文（“An effective system of domestic review, including an effective system of appeal”）及法文（“Un système de recours interne efficace, y compris un système d'appel efficace”）文本，並參考德國交存聯合國（<https://www.un.org/depts/german/uebereinkommen/ar58004-oebgbl.pdf>）的德文翻譯文本（„ein wirksames System der innerstaatlichen Überprüfung einschließlich eines wirksamen Rechtsmittelsystems“），本文認為「有效的國內救濟制度，包括有效的審級救濟制度」是比較符合我國法制的譯法。特別是「申訴制度」的用詞，無法表達公約要求的「雙層式救濟制度」（two-tier system）的旨趣（關於此要求，參見UNCITRAL, *GUIDE TO ENACTMENT*, *supra* note 81, ¶ 1, at 306）。

105 參見：*Signature and Ratification Status*, U.N., <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/ratification-status.html> (Last updated Feb. 6, 2020).

106 查詢：*Ratification of 18 International Human Rights Treaties*, OHCHR, <http://>

國際公約(171個)<sup>107</sup>——還多。由此更可證驗，國際社會已普遍承認獨立有效的國內採購救濟制度，乃促進廉正政府採購、防制貪污與舞弊不可或缺的重要支柱<sup>108</sup>。有效採購救濟制度，同時也是防制採購貪腐的強行性最低國際標準<sup>109</sup>。如下文所述，反貪腐公約前揭合流的嘗試，更促成聯合國政府採購模範法的改革與升級，特別是救濟程序章節的規定。

## 五、聯合國政府採購模範法之有效救濟要求

### (一) 模範法之性質、定位與作用

政府採購模範法以確保政府採購所花費的公帑能物有所值(value for money)<sup>110</sup>並避免濫用(包含：貪腐、舞弊等)為首要目標<sup>111</sup>；這同時也是世界上各國內國政府採購法所追求的傳統目標<sup>112</sup>。此部不具法拘束力、但經聯合國大會決議<sup>113</sup>建議各國採用

---

indicators.ohchr.org/ (Last updated Jan. 15, 2021).

107 同前註。

108 Robert D. Anderson et al., *Ensuring Integrity and Competition in Public Procurement Markets: A Dual Challenge for Good Governance*, in THE WTO REGIME ON GOVERNMENT PROCUREMENT: CHALLENGE AND REFORM 681, 687 (Sue Arrowsmith & Robert D. Anderson eds., 2011). 另外，OECD對促進廉正政府採購提出的十大原則，即包含及時有效採購救濟原則，參見OECD, OECD PRINCIPLES FOR INTEGRITY IN PUBLIC PROCUREMENT 44-45 (2009).

109 參見UNODC, GUIDEBOOK ON ANTI-CORRUPTION, *supra* note 24, at v-vi, 23-24.

110 換言之，政府以最低的成本自民間獲取最高效益的資源，此即模範法前言所設定的六大主要目標之首：「最大化採購的經濟與效益」(maximizing economy and efficiency in procurement)。

111 模範法的制定指南明確表明「讓政府採購物有所值並防範濫用」乃模範法的「首要目標」(overarching aims)。參見UNCITRAL, GUIDE TO ENACTMENT, *supra* note 81, ¶ 8, at 3; 另參 Caroline Nicholas, *Work of UNCITRAL on Government Procurement: Purpose, Objectives, and Complementarity with the Work of the WTO*, in THE WTO REGIME ON GOVERNMENT PROCUREMENT: CHALLENGE AND REFORM 746, 753 (Sue Arrowsmith & Robert D. Anderson eds., 2011).

112 Rittner (Fn. 41), S. 8 f.; Claudia Fuchs, Öffentliche Vergabe, in: Kirchhof/Korte/Magen (Hrsg.), Öffentliches Wettbewerbsrecht, 2014, § 15 Rn. 15.

113 參見聯合國大會2011年12月9日之66/95號決議(G.A. Res. 66/95 (Dec. 9, 2011))。

的模範法典，乃貿易法委員會<sup>114</sup>依循該委員會一般所採取的政府間共識形成方式，參酌全球先進政府採購規範累積的經驗與智慧，從中萃取出國際公認的最佳作法（international best practice），並確保其普遍適用性<sup>115</sup>。

因此，模範法固然不具有條約地位、欠缺嚴格的法拘束力，但在全球政府採購立法的脈絡中，仍佔據舉足輕重的補充性角色。尤其，各國得使用模範法作為立法履行其國際條約義務的基礎模板<sup>116</sup>。蓋為尋求全球最廣泛的採用，修訂版的模範法擬定之際即考量其他國際法律文件的要求，特別是反貪腐公約第9條第1項對政府採購所設定的強行性最低標準、政府採購協定、歐盟政府採購指令與其他區域性貿易協定<sup>117</sup>。因此，政府採購協定的締約方及觀察員可採納模範法作為改革內國政府採購法的基礎，以符合政府採購協定的要求<sup>118</sup>。此外，我國亦得以模範法作為標竿，檢討現行政府採購法是否有不符合反貪腐公約規定之處<sup>119</sup>。

---

114 貿易法委員乃聯合國系統在國際貿易法領域的核心法律機構。為便於審議與有效運作，且為確保全球均衡代表性，該委員會是由聯合國大會定期從聯合國會員中挑選代表不同法律傳統、不同經濟發展程度與不同地理區域的國家組成。貿易法委員會目前由五大個區域組，共60個國家組成。參見：UNCITRAL, A GUIDE TO UNCITRAL: BASIC FACTS ABOUT THE UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW 2-3 (2013). 現任成員國列表，可參見Origin, Mandate and Composition of UNCITRAL, U.N., [https://uncitral.un.org/en/about/faq/mandate\\_composition](https://uncitral.un.org/en/about/faq/mandate_composition) (last visited Jan. 26, 2021).

115 關於貿易法委員會在政府採購法領域的運作目標與方式，參見UNCITRAL, GUIDE TO ENACTMENT, *supra* note 81, at iii-v; Caroline Nicholas, *UNCITRAL and the Internationalization of Government Procurement Regulation*, in THE INTERNATIONALIZATION OF GOVERNMENT PROCUREMENT REGULATION 86, 89-100 (Aris C. Georgopoulos et al. eds., 2017).

116 參見Anderson & Müller, *supra* note 37, at 1004.

117 參照UNCITRAL, GUIDE TO ENACTMENT, *supra* note 81, ¶ 6, at 3, ¶¶ 36-39, at 11-12.

118 參見Nicholas, *supra* note 111, at 751-52, 772; Anderson & Müller, *supra* note 37, at 1004.

119 聯合國反貪腐公約施行法第7條規定：「各級政府機關應依公約規定之內容，檢討所主管之法令及行政措施，有不符公約規定者，應於本法施行後三年內，完成法令之制（訂）定、修正或廢止及行政措施之改進。」

## (二) 救濟程序規定之升級

前文所述反貪腐公約將政府採購改革與反貪腐倡議匯流的嘗試<sup>120</sup>，也是促成1994年模範法蛻變、升級為現行2011年模範法的主要因素。為協助各國制定符合反貪腐公約第9條第1項第4款強行性最低限度要求之內國法，貿易法委員會參考歐盟經指令2007/66/EG修訂的採購救濟指令，全面改造救濟程序相關規定，協助各國強化採購救濟制度的有效性，以符合反貪腐公約所揭櫫的升級指標<sup>121</sup>。

首先，模範法參考歐盟立法例<sup>122</sup>，在承諾（接受得標廠商之標單）與採購契約之成立生效的規定中，引進決標決定的通知義務與停頓期間（參見模範法第22條第2項）作為保障措施，以給予落選廠商在契約成立生效前請求救濟的機會。停頓期間同時也給予招標機關法安定的保障，期間屆至後締結的契約，不再有透過法律救濟途徑被撤銷的風險<sup>123</sup>。

此外，模範法第8章採購救濟程序的基礎原則，也朝著強化與確保救濟制度有效性的目標大幅修正。修正重點大致為<sup>124</sup>：

1. 確立概括的訴訟權能。刪除舊法中排除採購程序中若干行為（如選擇採購方法之決定、排除所有投標廠商之決定）救濟可能性的規定，確立概括的訴訟權。廠商因招標機關任何違反政府採購法規之決定，而遭受損害或有損害之虞者，皆得請求救濟（模範法第64條第1項）。

---

120 參見前文「參、四、(一)」。

121 參見UNCITRAL, *Possible Revisions*, *supra* note 81, ¶¶ 5-9.

122 UNCITRAL, *Possible Revisions*, *supra* note 81, ¶ 8.

123 詳盡說明，參見UNCITRAL, *GUIDE TO ENACTMENT*, *supra* note 81, ¶¶ 1-13, at 112-15.

124 簡要介紹另可參見：Caroline Nicholas, *The 2011 UNCITRAL Model Law on Public Procurement*, 21 PUB. PROCUREMENT L. REV., at NA111, NA122-23 (2012).

2. 選擇性異議前置與自動禁止締約。貿易法委員會匯集各國經驗認為，難以普遍期待招標機關總是會公正且有效地重新審視自己的決定，強制性異議前置，經常只是拖延後續真正的法律救濟途徑之提起，而構成迅速救濟的阻礙<sup>125</sup>。是以，新法捨棄向來的強制性異議前置原則，容許廠商得選擇以招標機關為第一審，向其提出異議要求重新審視系爭決定或行為（模範法第66條）。但為避免招標機關在受理異議之同時，締結契約創造既成事實（*fait accompli*）<sup>126</sup>，損害異議廠商後續向法院或其他獨立機關尋求改正措施的權利，新法同時規定在法定期間內提出的異議，具有自動禁止締結契約的法定效力（模範法第65條第1項第1款）。

3. 「雙層式救濟制度」（two-tier system）。為符合反貪腐公約設置「雙層式救濟制度」的要求<sup>127</sup>，模範法第64條第3項規定，廠商若不服招標機關或獨立機關所為之第一審決定，得向法院提出第二審救濟。

4. 自動禁止締約機制。為避免本案救濟程序因發生既成事實而失其意義<sup>128</sup>，模範法第65條第1項第2、3款規定，自收到獨立機關或法院寄送的起訴通知書時起，招標機關不得採取任何使契約成立生效的行為。

5. 明定本案審結期限。前揭自動禁止締約機制，具有確保本案裁判結果實效性之作用，但也同時構成系爭政府採購程序續行及終結的阻礙。為避免過度妨礙採購效率及功能，對於異議程序及獨立機關或法院的本案審理程序，模範法分別建議明定以「工作日」為度量單位的本案審結期限（模範法第66條第6項及第67條第10項）。

---

125 UNCITRAL, GUIDE TO ENACTMENT, *supra* note 81, ¶ 25, at 302, ¶ 162, at 379.

126 UNCITRAL, GUIDE TO ENACTMENT, *supra* note 81, ¶ 1, at 308.

127 UNCITRAL, GUIDE TO ENACTMENT, *supra* note 81, ¶ 1, at 306.

128 UNCITRAL, GUIDE TO ENACTMENT, *supra* note 81, ¶ 1, at 308.

## 六、對我國法之意義

以上國際法律文件有關採購救濟制度規定對我國法的規範意義必須分別看待。

首先，世貿組織政府採購協定與聯合國反貪腐公約的相關要求，對我國有法拘束力，皆須遵守，故而有雙重拘束原則之適用。因此，政府採購協定的標準雖然已因配合吸引開發中國家加入的考量而下修，但我國採購救濟制度的保障程度不能以協定下修後的標準為滿，而須進一步符合反貪腐公約更為嚴格的要求。然而，反貪腐公約針對採購救濟的規定，除有效「雙層式救濟制度」的要求外，抽象程度相當於我國憲法第16條訴訟權的保障，本身沒有進一步的具體準則，以供我國檢討採購救濟制度。

其次，聯合國政府採購模範法和歐盟採購救濟指令，對我國沒有國際法上的拘束力。然而，模範法中採購救濟的保障規定，乃聯合國貿易法委員會審酌全球先進政府採購規範中的良善作法，透過共識決萃取出具有普遍適用性的國際公認最佳作法，可協助各國履行反貪腐公約第9條第1項第4款的強行性最低限度要求。因此，模範法中的相關規定，應可為我國檢討改善現行制度的標竿，亦可作為具體化我國憲法訴訟權在政府採購事件保障內涵的重要參考<sup>129</sup>。在立法論以及憲法解釋上，採購救濟指令同樣具有高度的參考價值，畢竟它是2011年模範法救濟規定升級之際的主要仿效藍本。

---

129 司法院釋字第591號解釋，即針對仲裁的特性，並參酌1985年聯合國國際商務仲裁模範法（UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration）的相關規定，闡述仲裁法未將仲裁判斷之理由矛盾列為得提起撤銷仲裁判斷訴訟之事由，是否符合憲法保障人民訴訟權之本旨。

## 肆、迅速及有效廠商權利救濟之學理分析

### 一、廠商作為政府採購法之最佳守護者

從以上論述可知，有關政府採購的重要國際法律文件，即便主要目標有所不同，將有效的救濟機制視為政府採購良善治理（good governance）之透明化與課責（accountability）要求之不可或缺要素，則無二致<sup>130</sup>。上述國際法律文件要求設置國內審議程序，其背後共同的理由為：對政府採購市場有興趣的廠商為政府採購法的「最佳守護者」，廠商提起的權利救濟程序為貫徹政府採購法最有效的手段<sup>131</sup>。對於廠商在採購良善治理所扮演的關鍵角色，模範法的制定指南有如下的簡潔描述：

「有效的爭訟制度促成模範法具有很強的自我監控與自我執行功能，因為供應商與承包商，有監控採購機關在每一個採購程序遵守模範法規定的利益本能，而有效的爭訟制度提供廠商發揮此項本能的管道。有效爭訟制度同時有助於增進公眾對整體採購制度的信賴。爭訟制度的另外一個功能是嚇阻：其存在目的即是為了阻赫明知故犯的措施或決定。基於這些理由，爭訟制度是確保採購制度妥善運作的基本要素，且能促進對採購制度的信賴。<sup>132</sup>」

130 參見WORLD BANK, COMPARISON, *supra* note 33, ¶ 90, at 25; Sue Arrowsmith, *Public Procurement: An Appraisal of the Uncitral Model Law as a Global Standard*, 53 INT'L & COMP. L.Q. 17, 41 (2004); Zhang, *supra* note 80, at 509; Priess & Friton, *supra* note 62, at 511; Daniel I. Gordon, *Bid Protests: The Costs Are Real, but the Benefits Outweigh Them*, 42 PUB. CONT. L.J. 489, 492 (2013).

131 參見Reich, *supra* note 46, at 1014.

132 UNCITRAL, GUIDE TO ENACTMENT, *supra* note 81, ¶ 2, at 295: “An effective challenge mechanism helps to make the Model Law to an important degree self-policing and self-enforcing, since it provides an avenue for suppliers and contractors that have a natural interest in monitoring procuring entities’ compliance with the provisions of the Model Law in each procurement procedure. It also helps foster public confidence in the procurement system as a whole. An additional function of a

從政府採購協定及反貪腐公約的角度觀之，要求締約方設置獨立有效的國內採購救濟制度，賦予外國與本國廠商尋求改正採購違法情事的救濟機會，乃確保採購規範確實受到遵守，以及整頓變革既有採購裙帶關係的強有力機制。這種制度變革的效應，會經由外國廠商的參與而被強化。因為來自其他締約方的外國廠商，是政府採購市場的新進競爭者，一般而言不在既得利益圈或裙帶關係鏈中，更在意採購程序的透明化與公平性，對於舉報綁標、圍標及／或貪腐，有較強的動機、較少的顧慮<sup>133</sup>。由於採購機關透過法律途徑被要求或被迫遵循確保採購透明、公平的程序規範，廠商方面的不正競爭行為（如圍標），也能同時被防範或改正<sup>134</sup>。

申言之，廠商的權益（＝公平得標的機會）最容易因採購違法情事而直接遭受損害（＝因遭受歧視或其他不公平對待，而減損或失去得標機會），因此有要求貫徹保護其權益之採購法規的最強動機<sup>135</sup>。此外，廠商因參與或打算參與採購程序，而處於最能及時發

---

challenge mechanism is to act as a deterrent: its existence is designed to discourage actions or decisions knowingly in breach of the law. For these reasons, a challenge mechanism is an essential element of ensuring the proper functioning of the procurement system and can promote confidence in that system.”

133 Anderson & Müller, *supra* note 37, at 989, 993.

134 Holoubek/Fuchs/Holzinger (Fn. 2), S. 6.

135 相對於廠商對採購程序合法性的監控，是受商業利益本能的驅動，期待或鼓勵招標機關內的吹哨者（whistleblower）或揭弊者舉發影響政府廉能的不法行為，則是反於人類避凶的本能，而訴諸於高層次的道德勇氣。根據國際透明組織的研究，擔憂舉報貪腐可能面臨的嚴重後果（各種報復手段：職場霸凌、調職、降級、解聘、威脅或危害人身安全），是最常見的知情不報理由（參見CORALIE PRING, PEOPLE AND CORRUPTION: EUROPE AND CENTRAL ASIA – GLOBAL CORRUPTION BAROMETER 23-24 (2016)），因此，有效的吹哨者保護制度，是鼓勵舉發貪腐所絕對必要（僅參見UNODC, GUIDEBOOK ON ANTI-CORRUPTION, *supra* note 24, at 27; 陳耀祥，政府採購程序中訂定揭弊者保護規範之研究，收於：法務部廉政署編，聯合國反貪腐公約專題學術研討會論文集：我國之實踐與展望，頁119-143（2015年））；然而，這只是降低不利後果的風險，揭發採購弊端對吹哨者本質上無實質利益可言，因此制度能量有限。以加拿大為例，即使有保護機制，透過吹哨者揭發的採購弊案數量並不多（OECD, INTEGRITY IN PUBLIC PROCUREMENT, *supra* note 24, at 104-05）。

覺採購違法情事的地位<sup>136</sup>（如：等標期過短而導致備標不及、招標文件中的歧視性資格限制或技術規格、決標給不具備招標文件規定資格的廠商或非提供最低價格的廠商）。於採購機關——有意或無意——未遵守規範時，提供廠商有效捍衛其權益的救濟途徑，請求透過改正違法情事以貫徹採購規範，可直接回復並確保個別採購程序的合法性與透明性<sup>137</sup>。讓自覺權益受損的廠商，掌有請求獨立機關或法院審查採購行為合法性的處分權，將提高採購機關或人員違法時須面臨法律責任的風險，除得嚇阻違法<sup>138</sup>與貪腐<sup>139</sup>外，亦具有抗衡政府採購市場中，公行政常有的需求優勢地位（Nachfrageübermacht）<sup>140</sup>與其恣意濫用可能的作用<sup>141</sup>。

從宏觀制度層面分析，有效的權利救濟制度，是啟動良善實體採購法規得以落實貫徹之正向循環的關鍵環節<sup>142</sup>：提升廠商對政府採購制度競爭公平與廉正的信賴感<sup>143</sup>（亦即：信賴採購案最終會依據產品或服務之品質及價格之競爭性進行發包，而非因門神效應、

136 一般民眾，甚至政府的審計稽察、稽核單位都是採購程序的局外人，大多無法及時、特別在採購程序尚未終結前察覺採購違法情事。同旨：Marshall, Meurer & Richard, *supra* note 42, at 4-5.

137 Trepte, *supra* note 87, at 1154-55; Xinglin Zhang, *Supplier Review as a Mechanism for Securing Compliance with Public Procurement Rules: A Critical Perspective*, 16 PUB. PROCUREMENT L. REV. 325, 329-30 (2007).

138 關於此點的詳細分析，參見Zhang, *supra* note 137, at 327-28.

139 當法律制裁風險提高時，貪腐決意的比率將隨之下降。關於採購貪腐行為發生三要素（「行為動機」、「引誘機會」、「得失風險」）之分析，參見陳耀祥（註135），頁138。同旨參見Rand L. Allen, *Integrity: Maintaining a Level Playing Field*, 11 PUB. PROCUREMENT L. REV. 111, 112 (2002).

140 例如在下水道工程、橋樑道路工程、都會捷運、國防安全等領域，是顯著的買方優勢市場，因為政府是主要、甚至唯一的消費者，廠商的生存仰賴取得政府標案。也因此，在我國停權爭議的暫時權利保護程序中，廠商經常主張，政府機關的招標工程為其營業生存的命脈，如因停權處分之執行而無法參與政府標案，將嚴重影響其營業及生存，員工生計亦無以為繼。

141 相關分析，參見Holoubek/Fuchs/Holzinger (Fn. 2), S. 6 f.

142 詳盡分析，亦可參見Zhang, *supra* note 137, at 328-32.

143 參見如OECD, PREVENTING CORRUPTION, *supra* note 24, at 26; Anderson & Müller, *supra* note 37, at 997.

裙帶關係或官商勾結<sup>144</sup>)，可鼓勵更多的國內、外廠商參與採購程序<sup>145</sup>。這既可達成將內國政府採購市場開放給國際競爭的目標，亦可在廣泛且健康的國際競爭條件下，使國家得以最低的成本自民間獲取最高效益的資源，從而提升採購的經濟、效率與品質<sup>146</sup>。簡言之，功能完善的政府採購救濟制度，有益於廠商、招標機關與公眾等各方利益，亦為達成政府採購法之各種規制目標所不可或缺<sup>147</sup>。

## 二、功能性主觀化之法律執行策略

### (一) 廠商作為法律與公益之代言人

上述國際法律文件所體現的運作邏輯，實乃仿效歐盟法「功能性主觀化」(funktionale Subjektivierung)<sup>148</sup>的基礎性建構原則(Strukturprinzip)<sup>149</sup>。「主觀化」的真意為：將廠商——亦即經濟上活躍、追求自身商業利益的市場公民(wirtschaftlich tätige

---

144 Robert D. Anderson & William E. Kovacic, *Competition Policy and International Trade Liberalisation: Essential Complements to Ensure Good Performance in Public Procurement Markets*, 18 PUB. PROCUREMENT L. REV. 67, 73 (2009).

145 此外，對於有意吸引外資、引進先進技術的開發中或經濟轉型國家而言，採購制度是否公平透明的名聲至關重要(參見Gordon, *supra* note 64, at 430-31)。當採購治理失靈，廠商對採購制度的公平性失去信賴時，則會造成國際貿易的「寒蟬效應」(chilling effect)(參見Zhang, *supra* note 137, at 330; Davies, *supra* note 84, at 27)。

146 同旨：Gordon, *supra* note 130, at 508.

147 參見SIGMA, REVIEW BODIES, *supra* note 82, at 2.

148 關於此原則及其在歐盟政府採購法之應用，參見如Friedrich Schoch, *Die Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes*, 2000, S. 35 ff.; Schwarze (Fn. 80), S. 135; Chen (Fn. 61), S. 79, 84, 175 ff.; 關於功能性主觀化原則對於德國行政法影響之簡介，參見Andreas Voßkuhle/Jakob Schemmel, *Grundwissen — Öffentliches Recht: Die Europäisierung des Verwaltungsrechts*, JuS 2019, S. 347 (349)。中文文獻，可參閱Wolfgang Kahl著，林明鏞譯，*德國與歐盟行政法上主觀公法上權利之現況、演變及其展望*，臺大法學論叢，40卷2期，頁894-899 (2011年)。

149 關於此原則在歐盟法及歐盟整合的根本性地位，參見Friedrich Schoch, *Individualrechtsschutz im deutschen Umweltrecht unter dem Einfluß des Gemeinschaftsrechts*, NVwZ 1999, S. 457 (463 f.)。

Marktbürger; economically active market citizens)<sup>150</sup>——從單純的客體提升為政府採購法秩序中的權利主體，並賦予其得透過內國法院貫徹政府採購法的權利，以克服不透明及歧視性的採購官僚保護主義<sup>151</sup>。「功能性」的運作理路在於：實體上賦予廠商請求招標機關遵守政府採購規範的主觀權利，並在訴訟上確保其有效貫徹可能性，可使廠商在追求自身利益的同時，亦肩負確保將內國政府採購市場開放給全歐盟競爭的公益取向任務；廠商「出於維護自身權益的警覺性」<sup>152</sup>，以及對每一個採購程序合法性的分散式監控動能，乃對抗採購機關頑固保護主義傾向的強有力工具<sup>153</sup>。

換言之，面對向來嚴重的法律執行赤字問題，歐盟政府採購法的獨特理路在於，透過公益及法秩序的主觀化（不等同於公法化！因：公法化本身不具有法律上的賦權作用，亦非開啟法律救濟途徑的要素），賦予對採購案有興趣的廠商主觀權利，使其成為採購合法性的監督者與守護者，以全面（即：在每一個採購程序）提升政府採購規範的執行力與貫徹力，達成採購法所追求的客觀治理目標。私利驅使下的廠商，雖以謀求個人利益為目標，客觀上卻是總是有利於公共福祉。因此歐盟政府採購法賦予廠商的權利，性質上為「公益取向的個人權限」（gemeinwohlbezogene Individualbefugnisse）。一言以蔽之，相對於從事政府採購的公行政，追求自身商業利益的廠商，基於歐盟法秩序賦予的公益取向權利（gemeinwohlbezogene

---

150 關於經濟上活躍之市場公民在實現歐盟內部市場整合目標的關鍵地位，參見 *Herbert Rosenfeldt/Aike Würdemann*, *Schöpfer des Binnenmarktes im Käfig der Verträge — Die grundfreiheitliche Bindung des EU-Gesetzgebers*, *EuR* 2016, S. 453 (462). 有關動員追求自身利益的人民以貫徹歐盟法的基礎理念與功能邏輯，詳參 *Johannes Masing*, *Der Rechtsstatus des Einzelnen im Verwaltungsrechts*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2. Aufl., 2012, § 7 Rn. 91 ff.

151 *Petersmann*, *supra* note 49, at 33.

152 *EuGH*, Rs. 26/62, *van Gend & Loos*, *Slg.* 1963, I (26).

153 *Chen* (Fn. 61), S. 79.

Rechte)，取得促成公共利益獲得貫徹的主觀權利性質的代言權利（prokuratorische Rechte als subjektive Rechte），肩負守護歐盟政府採購法與公共利益的「代言地位」（*status procuratoris*）<sup>154</sup>。

不過必須強調的是，功能性主觀化原則不得被誤解為純粹實用取向的工具主義（Instrumentalismus），因為功能性主觀化的出發點，為個人謀求私利並促進公共福祉的自由與自主決定<sup>155</sup>。此類公益取向的個人權限，仍屬應由個人自由行使的權限。功能性主觀化原則，既不構成行政法上對私人的納用（Indienstnahme Privater）<sup>156</sup>，也不創設個人的法律上義務<sup>157</sup>。誠如Eberhard

---

154 關於此概念以及歐盟法廣泛且體系性地運用人民作為法律及公共利益守護者之基本方針，參見Masing (Fn. 150), § 7 Rn. 36, 91 f., 102 ff., 112 ff.; Mathias Hong, Subjektive Rechte und Schutznormtheorie im europäischen Verwaltungsrechtsraum, JZ 2012, S. 380-388; Claudio Franzius, Modernisierung des subjektiven öffentlichen Rechts. Zum Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit, UPR 2016, S. 281 (287 ff.). 關於人民公益代言地位的理論，對Georg Jellinek之「地位理論」（或稱「身分理論」）（Statuslehre）之援引及補充，可參見Karl-Peter Sommermann, Entwicklungsperspektiven der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Europa, DÖV 2019, S. 293 (296).

在此值得一提的是，歐盟政府採購法「功能性主觀化」的理路，與美國法「私人檢察長」（private attorney general）理論於政府採購領域之應用，大抵若合符節。根據此項理論，對於系爭採購案有直接商業利益之現實與潛在投標廠商，有探查與追究招標機關不遵守政府採購法之強烈動機。被授予廣泛爭訟權能的廠商，得針對招標機關違法行為，向專責的採購爭議審議機關、行政機關或法院提起爭訟請求改正違法，回復其取得系爭採購案的機會。換言之，廠商透過提起爭訟程序追求自身商業利益之際，其實也一併擔負協助監控政府採購過程合法性的公益任務（參見Daniel I. Gordon, *In the Beginning: The Earliest Bid Protests Filed with the US General Accounting Office*, 13 PUB. PROCUREMENT L. REV., at NA147, NA147 (2004); Marshall, Meurer & Richard, *supra* note 42, at 3-4, 21.）。德國慕尼黑大學的歐盟法教授Ulrich Haltern（參見Haltern (Fn. 51), Rn. 7），也指出因歐盟法所賦予之權益受影響而提起訴訟之人民，具有法律貫徹者（Rechtsdurchsetzer），亦即「私人檢察官」之地位（Rolle eines „privaten Staatsanwalts“）。

155 Hong (Fn. 154), S. 381.

156 關於此制度之深入探討，參見陳信安，論德國行政法上之納用私人（Indienstnahme），月旦法學雜誌，237期，頁165-198（2015年）。

157 Franzius (Fn. 154), S. 290.

Schmidt-Aßmann教授所強調，即使是在公益代言性質，或者說功能性配載的權利，仍必須確保促成個人權利擴展的因素，不得反過來違逆主觀權利之個人取向性的根本內涵。因此，是否行使功能性主觀權利，最終仍須取決於權利主體基於其各自性格與個性展現的意志。享有公益代言性訴訟權能的個人，其自主決定權不因而受到限制。故而，訴訟仍受處分權主義（*Dispositionsmaxime*）支配：個人沒有提起訴訟之義務；有關和解、訴之撤回及捨棄審級救濟之合法性，基本上仍適用各該行政訴訟或民事訴訟之法則。個人即使未採取或未窮盡其公益代言性的訴訟上權限，亦不得因此受有法律上制裁或不利益。原告就其訴訟之進行及結果，負有對大眾報告或辯解的義務。主觀權利之「功能化」，無論如何只能是主觀權利作為個人權利保護之最重要表現形式的附加元素<sup>158</sup>。

## （二）功能性主觀化對內國政府採購法的影響

政府採購協定和反貪腐公約，繼受上述「功能性主觀化」的執行策略，也要求締約方設置有效的廠商權利救濟制度。此等國際條約中的強行要求，對於內國政府採購法的形塑與運作，主要有以下四個重大影響：

### 1. 內國政府採購法受有主觀化委託

首先，功能性主觀化原則蘊含對締約方內國政府採購法的「主觀化委託」（*Subjektivierungsauftrag*）<sup>159</sup>，亦即締約方有義務承認廠商的權利主體地位，賦予其要求招標機關遵守採購規範的主觀權

158 *Eberhard Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz-Kommentar, Stand: Lfg. 91. EL April 2020, Art. 19 Abs. 4 Rn. 117b.

159 關於歐盟法主觀化委託策略的獨特理路，詳參 *Schoch* (Fn. 149), S. 461 ff.; 有關憲法基本權對立法者（或者一般法秩序）之主觀化委託或要求，參見 *Rainer Wahl*, in: Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.), VwGO, Stand: Lfg. 38. EL Januar 2020, Vorbemerkung § 42 Abs. 2 Rn. 49, 77; Wolfgang Kahl 著，林明鏘譯（註148），頁 884-885。

利<sup>160</sup>，並建構相應的爭訟制度（「有權利始有救濟」），讓廠商在其公平得標權益因採購違法情事而受有損害或有損害之虞時，能向法院提起訴訟，以獲及時有效之救濟（「有權利即有救濟」）。

然而必須釐清的是，國際政府採購法不要求客觀訴訟或民眾訴訟（*Popularklage*; *popular action*）。蓋有原告適格或爭訟權能者（*Klagebefugnis*; *locus standi*, *standing*），僅限於對特定採購程序（採購商機）有或者曾有利害關係的廠商<sup>161</sup>，亦即限於經濟上活躍的市場公民。為避免對採購程序的進程與效率造成過度或不必要的干擾，國際法律文件不要求賦予其他無此直接利害關係的廠商（如：下游廠商）、一般民眾（納稅人）、公民社會（*Zivilgesellschaft*; *civil society*）<sup>162</sup>，或者權益將受未來採購契約履行而受影響的使用者（如：師生對於興建教學大樓或圖書館的採購程序、澎湖居民對澎湖海水淡化廠擴建工程採購案），參與、請求執行政府採購規範的法律上權能<sup>163</sup>。

不過，政府採購相關國際法律文件中有關採購救濟的規定，原則上僅為確保有效執行的最低限度要求。各國得依其內國法律傳統或政策考量，自行決定是否將爭訟權能賦予公民社會的成員（納稅人或所有的公民），或甚至政府機構（如審計部門或檢察官署），進

---

160 因應歐盟政府採購法主觀化委託之要求，德國政府採購法主觀化之典範變遷，普遍被視為其現代化及法治化最關鍵的第一步。就此詳見Dörr (Fn. 101), § 97 Abs. 6 GWB Rn. 1 ff.

161 2012年政府採購協定第18條第1項規定：「締約國應提供及時、有效、透明且無歧視之行政或司法審查程序使廠商得對涉及或曾涉及其利益且為適用本協定之採購，……得提出申訴」（粗體為作者所強調）；同旨另可參見政府採購模範法第64條第1項及歐盟採購救濟指令第1條第3項之規定。

162 對於政府採購程序合法性的監控，公民社會的功能及其所掌握的工具仍處於初步發展階段。對此參見VIVEK RAMKUMAR, *OUR MONEY, OUR RESPONSIBILITY: A CITIZENS' GUIDE TO MONITORING GOVERNMENT EXPENDITURES* 45-66 (2008); UNODC, *GUIDEBOOK ON ANTI-CORRUPTION*, *supra* note 24, at 26-27.

163 參見UNCITRAL, *GUIDE TO ENACTMENT*, *supra* note 81, ¶ 2, at 306.

一步擴大採購爭訟可能性、強化監控採購程序合法性的量能<sup>164</sup>。

## 2. 廠商權利救濟制度的客觀法面向

既然政府採購法的主觀化帶有實現公益目標的底蘊，則受賦權之廠商得啟動的國內採購爭訟程序，其功能便不限於確保廠商自身的得標機會或其他商業利益，還同時具有保護公平、公開政府採購競爭制度（Schutz des Vergabewettbewerbs als Institution）的客觀法功能，進而達成向國際（其他締約方）開放政府採購市場、遏止政府採購貪腐、促成廉正採購等國際法律文件的目標<sup>165</sup>。由此觀之，要求設置有效的採購救濟機制，乃國際政府採購法健全政府採購制度、實現採購良善治理的手段。換言之，為滿足國際政府採購法要求而設置的廠商權利救濟制度，必須具有強烈的公益維護取向與作用。內國政府採購訴訟法的形塑、解釋與適用，皆須適當考量廠商權利救濟兼有之客觀法面向，及其與相關國際法要求充分銜接的必要性。

## 3. 第一次權利保護之必要性

上述公益目標之實現，仰仗廠商權利救濟制度確實發揮其違法改正與嚇阻功能。此等功能要能發揮，其前提是：制度能提供廠商有意義的救濟，保護其自身的商業利益，以吸引並動員廠商承擔其監控法令遵循的公益代言人地位。基於制度功能及運作邏輯，廠商權利救濟制度必須能確保政府採購法規確實被適用、有效被執行，

<sup>164</sup> 參見ARROWSMITH, *supra* note 88, at 393.

<sup>165</sup> 關於採購救濟制度的客觀法功能，參見Meinrad Dreher/Jens Hoffmann, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 3. Aufl., 2017, § 134 GWB Rn. 13; Fuchs (Fn. 112), § 15 Rn. 14。類似看法：Anderson & Kovacic, *supra* note 144, at 73（有效的採購救濟制度，乃確保廉潔採購不可或缺的工具，且有助於建立政府採購市場中的「正當競爭」文化（culture of 'competition on the merits'）；Zhang, *supra* note 137, at 328（有效採購救濟制度，既能保護廠商權益，亦能回復因採購違法情事而受損的公共利益）。

亦即須有改正違法決定、回復採購程序合法性之第一次權利保護途徑，而非僅限於沒有真正違法改正與嚇阻作用的損害賠償<sup>166</sup>。

蓋金錢固然能或多（若涵蓋所失利益）或少（若僅限於所受損害：備標及投標成本、爭訟費用）填補個別廠商因違法採購程序所受的經濟上損失，卻不能回復違法採購行為對公平採購競爭秩序所造成的損害，而無助於促進市場開放、確保採購合法廉正等目標<sup>167</sup>，不符合「功能性主觀化」解決法律執行赤字問題的初衷。更何況，若預期至多僅能償付其準備投標及尋求權利保護所支出之必要費用，基於商業理性，廠商實在沒有理由冒著打壞關係的風險，而與招標機關對簿公堂。故而，單有廠商的損害賠償救濟途徑，不僅本質上沒有違法改正作用，對於採購機關亦難有真正的違法嚇阻作用<sup>168</sup>。因此，前揭國際政府採購法，皆以違法改正措施為最主要且最核心的救濟類型<sup>169</sup>。

政府採購法中功能性主觀化原則開展與運用的必要性，可從德國聯邦憲法法院一則缺乏此類思維，因而備受批評的裁判獲得印證。對於歐盟政府採購指令適用範圍外的採購事件（亦即：未達歐盟公告金額的採購事件），德國聯邦憲法法院認為既然遭受不平對待之廠商，其得標取向的商業利益原則上能透過損害賠償請求權予以填補，因此即使第一次權利保護，欠缺如同公告金額以上案件歐盟法要求的採購透明與減速擔保機制<sup>170</sup>，而實際上幾乎沒有實現可能性，亦符合憲法「有效」權利保護請求權之要求<sup>171</sup>。此一見解，

---

166 Troff, *supra* note 61, at 118-21.

167 相同見解：Zhang, *supra* note 80, at 495.

168 同旨：Arie Reich & Oren Shabat, *The Remedy of Damages in Public Procurement in Israel and the EU: A Proposal for Reform*, 23 PUB. PROCUREMENT L. REV. 50, 72 (2014); Chen (Fn. 61), S. 268.

169 另參UNCITRAL, GUIDE TO ENACTMENT, *supra* note 81, ¶ 27, at 323.

170 關於歐盟法要求之採購透明與減速，參見前文「參、二、(二)、2.」。

171 參見BVerfGE 116, 135 (156 ff.).

在憲法上及歐盟法上皆有商榷餘地，而備受學界批評。Friedrich Schoch教授便指出，採購法中的國家賠償義務機能如此不濟，不能被認定是「有效的」（按：此為Schoch教授特別強調，以下粗體字亦同）權利保護，該院見解等於是為行政機關創設一個「不受控制的地帶」（kontrollfreie Zone）。此外，即使是歐盟公告金額以下的採購案，只要具備內部市場關連性，仍應遵守歐盟法院根據歐盟市場自由發展出的政府採購法基本原則，而這也包含「有效的」法院第一次權利保護。聯邦憲法法院完全忽略此等歐盟法面向之問題，實有牴觸歐盟法要求之嫌<sup>172</sup>。

從上述批評可以清楚得知，「救濟實效性」固然是法治國普遍承認的要求，但即使是在德國這種法治先進國家，聯邦憲法法院在政府採購領域卻仍採取不符合法治國精神的傳統見解。因此，政府採購法中廠商權利救濟制度的國際法及客觀法面向的論證，有其獨到之處與必要性。

#### 4. 暫時權利保護之必要及功能詮釋

保障廠商權利救濟的客觀法功能面向，也同樣支配暫時權利保護制度的形塑與應用。由於採購商機及採購程序的公平廉正因採購需求獲得滿足所受的損害，往往具有難以回復之本質，不作成保全系爭採購商機的暫時措施，實際上等同拒絕給予救濟的機會，本案程序續行的意義消失殆盡。為確保權利救濟之實效性，暫時措施之必要性，已廣為國際政府採購法所承認。

如同政府採購協定之明確文義所示，政府採購事件暫時權利保護的目的在於「改正違法並保存商機」（1994年版第20條第7項第1

---

<sup>172</sup> 參見 *Friedrich Schoch*, Gerichtliche Verwaltungskontrollen, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. III, 2. Aufl., 2013, § 50 Rn. 10另附有眾多文獻例證。

款)，或者說「保留廠商參加採購的機會」(修訂版第18條第7項第1款)。基於如此明文規定，法院或準司法機關不得以廠商事後可以請求損害賠償為由，而拒絕給予暫時權利保護(或排除法定的暫時權利保護機制，如自動禁止締約)。此結論的深層理由在於，在國際政府採購法脈絡中，不論是「改正違法並保存商機」抑或「保留廠商參加採購的機會」，皆同時都在追求、甚至可以說其最終目的在於，促成市場開放、確保採購合法廉正等公益目標。而在採購需求因系爭契約履行而獲得滿足後，亦即未得標廠商參加採購的機會滅失後，此等公益因違法採購所受的損害，在法律上及事實上即不可能(透過續行採購程序或重新招標而)被回復，本質上也不可能透過給予廠商損害賠償而予以回復<sup>173</sup>。

總而言之，以保留廠商參加採購機會為目的的暫時權利保護，同樣具有強烈的公益維護取向與作用，不得以能透過金錢補償為由而被架空<sup>174</sup>。其實，這樣的詮釋結論，也是承認政府採購救濟第一次權利保護之必要的當然結果。

### 三、迅速且有意義的權利救濟

#### (一) 迅速的本案救濟

任何採購救濟制度皆須兼顧政府採購的根本核心功能：迅速有效率地獲取符合行政任務需求的財物或服務。為確保採購效率與功能，順利推動相關政務，一旦作成決標決定(=終結採購程序)，不僅得標廠商，招標機關也常常希望盡快完成簽約並開始履約<sup>175</sup>。

---

173 同旨：Zhang, *supra* note 80, at 494; Sue Arrowsmith & Richard Craven, *Public Procurement and Access to Justice: A Legal and Empirical Study of the UK System*, 25 PUB. PROCUREMENT L. REV. 227, 235 (2016).

174 我國行政法院之見解正好相反，廠商因而幾乎不可能享有暫時權利保護。進一步說明與批評，參見本文「伍、三、(三)、2.」。

175 因此，我國政府採購法對於得標後(無正當理由)拒不簽約的廠商，課予沒入押標金以及刊登政府採購公報列為不良廠商的不利益(參見政府採購法第

另一方面，締約後或甚至開始履約後，法律上或事實上，往往很難再提供廠商有意義、有實際利益的救濟<sup>176</sup>。蓋若系爭採購需求，已在法律上（基於契約嚴守原則、信賴保護原則或為避免對公益的立即重大危害而不能撤銷契約）或事實上（因履行契約，如已消費的財物、已提出的勞務）獲得滿足而不可逆，則廠商公平得標的權益即遭受無法回復的損害。從而，採購爭訟程序必須在短暫的時間框架內，履行其權利救濟與法令遵循監控功能。

審議機關固然得在本案終局裁判前，暫停採購程序之進行或契約之履行，但為避免採購案延宕執行對公共利益與得標廠商造成過度的損害，審議機關往往不願給予長久或甚至無限期的保全措施<sup>177</sup>。採購爭議事件本案程序終結所需的時間長度，與獲得暫時權利保護的可能性之間，存有緊密的關連性：本案程序之終結拖得越久 → 廠商越不可能獲得暫時權利保護 → 越不可能獲得有意義的本案救濟<sup>178</sup>。這個惡性循環的後續為：採購爭訟制度難以提供鼓勵廠商行使其公益代言權之誘因 → 政府採購欠缺能有效改正與嚇阻違法的監控機制 → 政府採購法不彰、風氣不正、百弊叢生<sup>179</sup>。反之，本案爭訟若能迅速及時完成，本案裁判作成前暫停進行採購程序或履行契約，基本上不致於對採購效率與功能造成過度干擾。結論是，採購救濟具有高度講求時效的特性（time-sensitive），迅速審結是有效救濟的核心要素與關鍵環節<sup>180</sup>，快速的本案裁判，是唯一

---

31條第2項第4款、第101條第1項第7款），以督促廠商在得標後盡快完成簽約手續。

176 Trepte, *supra* note 87, at 1156; Arrowsmith, *supra* note 49, at 251.

177 SUE ARROWSMITH ET AL., REGULATING PUBLIC PROCUREMENT, NATIONAL AND INTERNATIONAL PERSPECTIVES 761 (2000); Troff, *supra* note 61, at 122.

178 Gordon, *supra* note 64, at 438, 442.

179 Keith M. Lusby, *Improving the Effectiveness of State Bid Protest Forums: Going Above and Beyond the Agreement on Government Procurement and Adopting the ABA's Model Procurement Code*, 43 PUB. CONT. L.J. 57, 65-66 (2013). 關於政府採購的各種問題與弊端，參見本文「貳、一」。

180 Troff, *supra* note 61, at 122.

能對所有相關利益兼籌並顧的途徑<sup>181</sup>。

基於前揭現實考量與法理思維，世貿組織政府採購協定及歐盟採購救濟指令，特別明文要求迅速或及時審結<sup>182</sup>。聯合國政府採購模範法亦建議各國政府採購訴訟法規定以「工作日」為度量單位之本案審理期限<sup>183</sup>。既然政府採購事件迅速審結需求的特質為國際政府採購法所明文承認，締約國或會員國的立法者應儘可能因應前揭事件類型的個性、特徵，形塑選用適合而有助於滿足其迅速特性與需求之程序保障方式。事實上，歐盟多數國家除明定以日或週為計量單位之採購爭議審理期間<sup>184</sup>；為使政府採購爭議之審理機構或法院能在如此短暫的期限內做出符合法治國程序要求之本案裁判，各國立法者也同時透過專法或專章中特別的政府採購訴訟法，對本案訴訟程序為有別一般民事訴訟程序或行政訴訟程序之特殊設計<sup>185</sup>。

## (二) 特別迅速的保全制度

為確保裁判結果之實效性，須有保全制度，任何權利救濟制度皆然<sup>186</sup>。基於採購效率，採購程序具有快速短促性<sup>187</sup>，為避免系爭契約之締結或履行損及廠商的商機，造成不可逆的損害而讓本案

181 同旨：Arrowsmith, *supra* note 49, at 250, 252.

182 參見本文「參、二、(一)、2.」及「參、三、(一)」。

183 參見聯合國政府採購模範法第66條第6項及第67條第10項。

184 例如德國競爭限制防止法第167條第1項規定5週，奧地利2018年聯邦政府採購法（Bundesvergabegesetz 2018; BVergG 2018）第348條規定6週。此外，有八個會員國規定30日之審理期限、法國及羅馬尼亞規定20日、波蘭及斯洛維尼亞規定15日，最長則為立陶宛規定的60日。參見：European Commission, *Evaluation of the Modifications Introduced by Directive 2007/66/EC to Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC Concerning the European Framework for Remedies in the Area of Public Procurement/REFIT Evaluation*, at 36, SWD (2017) 13 final (Jan. 24, 2017), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017SC0013&from=PL>.

185 關於德國之特別政府採購訴訟法，參見Burgi (Fn. 4), § 20；關於奧地利，參見Holoubek/Fuchs/Holzinger (Fn. 2), S. 195 ff.

186 司法院釋字第585號解釋參照。

187 參見指令89/665/EWG之立法理由說明第5項。

裁判結果失去實際意義，保全制度迅速發揮其功能，在政府採購事件尤其重要性<sup>188</sup>。

基於這個理由，國際政府採購法也將迅速的保全制度視為有效救濟的基本要素。政府採購協定要求救濟程序必須包含「迅速的暫時措施」，以保留廠商參加採購的機會<sup>189</sup>。歐盟採購救濟指令要求「儘速」採取暫時措施，以除去違法或防止相關利益受到進一步的損害<sup>190</sup>；對於決標決定之救濟，採購救濟指令甚至要求會員國規定「通知及等待義務」及「隨採購救濟提起而生之禁止締約效力」作為特別的法定暫時權利保護機制，而無需尋求救濟之廠商特地提出暫時權利保護之聲請<sup>191</sup>。聯合國模範法亦有仿效此機制的類似規定<sup>192</sup>。

### （三）審理的專業化及專責化要求

若政府採購事件之審理受有極大的程序促進與時間壓力，而這又是內國法與國際法交錯而複雜的法領域<sup>193</sup>，那麼救濟的有效性高度仰賴審理機關對政府採購法及採購實務的專業知識與經驗<sup>194</sup>。蓋唯有掌握充分的政府採購（法）專業知識與經驗，才能迅速掌握各該案件的爭點與核心，提高紛爭解決效能<sup>195</sup>，也才能時間壓力下不被招標機關牽著鼻子走，而進行迅速且同時有意義的審理工作。這不僅學理上的抽象推論<sup>196</sup>，美國各洲的實務分析<sup>197</sup>及歐盟執委會

188 ARROWSMITH, *supra* note 88, at 398; Lusby, *supra* note 179, at 63.

189 參見本文「參、三、(一)」。

190 參見本文「參、二、(一)、2.、(2)」。

191 參見本文「參、二、(二)、2.」。

192 參見本文「參、五、(二)」。

193 參見如OLG München, 11.6.2008, Verg 6/08, juris, Rn. 13; OLG Celle, 9.2.2011, 13 Verg 20/10, juris, Rn. 4.

194 Lusby, *supra* note 179, at 62.

195 此為審判專業化之普遍且顯而易見的優點，參見Holger Fleischer, *Spezialisierte Gerichte: Eine Einführung*, *RabelsZ* 81 (2017), S. 497 (502).

196 參見如SIGMA, *REVIEW BODIES*, *supra* note 82, at 4.

197 Lusby, *supra* note 179, at 63-77.

的實證研究<sup>198</sup>都顯示，相對於依一般審判權、管轄權及事務分配規定將政府採購事件交由一般法院審理，政府採購爭議審理機構之專業化與專責化，由具政府採購法相關學識、經驗之成員處理政府採購事件，較能符合事件類型特性與需求，提供迅速、優質而有效的權利保護，並提高裁判之一致性與可預測性。

## 伍、我國政府採購爭訟制度之建構及其檢討

### 一、政府採購制度之法制化及主觀化

我國傳統的審計及稽察法規，要求政府採購以公開招標為原則，旨在透過市場競爭機制，讓招標機關得以最低成本自民間獲取最高效益的資源，以確保預算執行之節約與經濟性。然而，以往規範較不明確，且審計及稽察法規不承認廠商在招標過程中具有權利主體地位。廠商若受到招標機關的歧視待遇或其他不當處置，缺乏法定的正式申訴管道，更無請求法院救濟的機會，從而不存在有效的救濟與監控機制。實際上，採購機關經常曲解法令，透過議價方式之黑箱作業辦理採購，造成工程品質低落，並衍生各種弊端<sup>199</sup>。

如眾所皆知，我國之所以在1998年制定政府採購法，是為履行世貿組織入會協商之際，簽署政府採購協定的承諾<sup>200</sup>。為落實國際法義務，政府採購法第1條開宗明義揭示，公平及公開原則，乃建置政府採購制度的根本立法原則。具體採購程序規定，旨在確保國內外廠商得在不受歧視且機會均等的方式下，競爭政府採購商機。

---

198 European Commission, *supra* note 184, at 39, 77-79.

199 針對我國過去採購制度的檢討與批判，參見廖義男，公共工程公開招標與議價法律問題之研究，臺大法學論叢，17卷1期，頁93-128（1987年）；另參羅昌發，政府採購法與政府採購協定論析，3版，頁6-7、頁339（2008年）。

200 參見政府採購法立法理由，立法院公報，87卷20期，頁30（1998年）。

政府採購制度國際化及法制化的結果，讓我國廠商享有超乎於原本內國自主法秩序所賦予之自由權與平等權保障，而具有政府採購法之權利主體地位<sup>201</sup>。換言之，廠商在採購程序享有請求招標機關遵守採購法令之請求權，受到新制定之政府採購法的承認與保障。政府採購法制主觀化，賦予廠商實體權利，更是著眼於解決以往廠商請求救濟因無爭訟權能而被法院拒於門外的困境。因此，政府採購法建構並提供廠商權利救濟制度，可資以確保公開透明競爭程序之維持<sup>202</sup>，應屬我國政府採購制度法制化、主觀化與現代化工程中最為重要的拱心石<sup>203</sup>。

## 二、採購爭訟制度之建構及概念辨正

### （一）制度之建構與問題之提出

即使有前揭強烈的國際因素作為立法背景，廠商權利既已受我國法秩序承認與保障，基於有權利即有救濟之憲法原則，必須確保廠商權利遭受侵害時，有向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會，始符合憲法第16條訴訟權保障之核心要求<sup>204</sup>。依據國際化脈絡下，內國法應受憲法及國際法「雙重拘束之原則」（Grundsatz der doppelten Bindung）<sup>205</sup>，我國政府採購爭訟法制之形塑及適用，除受上開憲法有效權利保護擔保之拘束外，亦須遵守世貿組織政府採購協定及聯合國反貪腐公約有關及時、有效救濟之要求。

201 關於國際政府採購法作為政府採購制度改革與現代化之壓力與助力，參見本文「貳、二」。

202 參見最高行政法院109年度判字第112號判決。

203 參見羅昌發（註199），頁339-340（有效的救濟方式應為「整部政府採購法的精髓所在」）。

204 參見如：司法院釋字第653號解釋理由書段碼1；司法院釋字第752號解釋理由書段碼5；司法院釋字第761號解釋理由書段碼6；司法院釋字第785號解釋理由書段碼3。

205 對於歐盟會員國而言，則為歐盟法及內國憲法雙重拘束原則，參見 *Holoubek/Fuchs/Holzinger* (Fn. 2), S. 30, 197; *Chen* (Fn. 61), S. 461.

關於採購爭議<sup>206</sup>，亦即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<sup>207</sup>，政府採購法本身在第74條至第85條規定異議及申訴二級的行政內部救濟機制。其中同法第83條規定「(申訴)審議判斷，視同訴願決定」，而將關於招標、審標、決標爭議之後階段法院救濟程序，分配給行政法院審理。基於政府採購法第83條的架橋銜接功能，行政訴訟程序亦屬政府採購爭訟制度之一環，而必須符合前揭憲法及國際法及時有效救濟之要求。

我國駐世貿組織常任代表羅昌發教授認為，異議與申訴制度是整部政府採購法的精髓所在，並指出：「若無異議及申訴制度，則禁止差別待遇的規定將成具文。對於政府採購制度的正當運作與維繫而言，採購程序是否公平進行，以及利益是否受到侵害，參與的廠商最為清楚，讓參與廠商以異議及申訴的方式提出救濟，等於讓廠商協助監督採購程序，使整個採購制度得以健全發展與貫徹；政府採購法所規定的精神也因此得以落實」<sup>208</sup>。此一分析深刻洞見國際政府採購法賦予廠商的法律及公益代言人地位<sup>209</sup>，殊值注意。行政法院最近也明確指出前揭政府採購法關於廠商救濟程序規範，具有確保維持公開透明競爭程序之目的與功能<sup>210</sup>。

---

206 部分學說及行政法院實務(參見如：王珍玲，論政府採購法中異議及申訴制度，月旦法學雜誌，73期，頁124、127(2001年)；潘欣榮，政府採購法下招標爭議案件訴權內容及訴訟類型之研究，法令月刊，62卷6期，頁103(2011年)；林家祺，政府採購法，4版，頁388(2019年)；臺北高等行政法院108年度訴字第650號判決)以「招標爭議」作為「招標、審標、決標之爭議」之概稱，概念上似乎過窄，可能衍生誤會。觀諸政府採購法第75、82及85條之文義，以及此等規定確保公平及透明採購競爭秩序之旨趣，異議、申訴及後續行政訴訟所處理者，乃「採購行為有無違反法令」之爭議。因此，本文以「採購爭議」或「採購爭訟」指稱關作為締約準備(Vertragsanbahnung)之政府採購程序行為(含招標、審標、決標)有無違反法令之爭議。

207 參見最高行政法院96年度裁字第934號裁定。

208 羅昌發(註199)，頁339。

209 參見本文「肆、二、(一)」。

210 最高行政法院109年度判字第112號判決；臺北高等行政法院109年度訴字第315號裁定。

然而，異議及申訴制度能否確實發揮上述功能、是否符合國際政府採購法的要求，似乎還未曾有學理上的深入探討<sup>211</sup>，而需要進一步詳細檢視。此外，政府採購法第83條固然開啟憲法強制要求的法院救濟途徑，但有鑑於歐盟與國際政府採購訴訟法的形成背景與特殊規範內容，以及如今歐盟各國皆有有別於一般民事及行政訴訟程序之特別採購訴訟法，令人不禁懷疑我國行政訴訟法的一般行政訴訟制度，是否能夠因應政府採購事件之特質與需求，而符合憲法與國際政府採購訴訟法及時有效救濟原則之要求。找尋以上疑問的答案，是本文以下論述的目標。

## （二）採購爭議與履約爭議之區辨

至於訂約後之履約爭議，僅涉及契約雙方當事人間（招標機關與得標廠商間）契約法上的權利義務關係，無關採購程序合法性之審查以及公平與透明採購競爭秩序之維護，亦即已無競爭法要素，而屬契約法的領域。因此，依據政府採購法第85條之1以下之規定，對於履約爭議之解決途徑與程序，有不同於前揭採購爭議之不同設計。這種區分既符合國際政府採購法之精神，也與眾多歐盟國家的制度相符。以德國及奧地利為例，依兩國與我國<sup>212</sup>一致之傳統法律原則，契約隨決標而成立之同時（此即「決標與契約締結同一原則」（Grundsatz der Einheit von Zuschlag und Vertragsschluss）），採購程序隨之終結，也表示從採購法進入契約法的領域；換言之，決標（＝契約締結）為採購法規範領域的終點，也同時是採購法及契約法的銜接交界處<sup>213</sup>。也因此，國際政府採購法對於（契約法性質的）「履約爭議」無相關的法規調和要求。「履約爭議」之法律性質

211 初步質疑可見林明鏞（註40），頁162-163。

212 最高行政法院98年度判字第38號判決：「本院向來見解，即以招標公告為要約引誘，廠商之投標為要約，而採購機關之決標，為承諾性質，且以決標時點意思合致為雙方契約成立時點。」

213 參見Burgi (Fn. 4), § 19 Rn. 1; Bitterich (Fn. 73), S. 454; Holoubek/Fuchs/Holzinger (Fn. 2), S. 12.

與國際法脈絡，與本文關懷之「採購爭議」顯然有別，不宜於一篇論文中合併探討。

惟國內論著對上述差異及國際政府採購法之規範旨趣與規範領域等基本概念，似乎著墨不多，而有稍加說明之必要。質言之，國際政府採購法（及德國、奧地利等國之政府採購法），依其藉由確保公平及透明競爭以開放採購市場、防範採購貪腐之目標設定，僅以政府採購程序（即：政府採購實體法）以及與此相關之權利救濟程序（即：政府採購訴訟法）為規範內容。法理上，政府採購實體法（*materielles Vergaberecht*）即為政府採購程序法（*Vergabeverfahrensrecht*）<sup>214</sup>，亦即受前揭目標及觀點規範與支配的，只有「採購程序」本身。因此，歐盟政府採購實體指令（*materielle Vergaberichtlinien; substantive public procurement directives*）即為「政府採購程序」的法規調和指令<sup>215</sup>。對應前揭規範目標及體系，學理上的政府採購訴訟法（*Vergabeprozessrecht*）及國際政府採購訴訟法（歐盟採購救濟指令、2012年政府採購協定第18條、反貪腐公約第9條1項第4款、政府採購模範法第8章「救濟程序」），乃針對招標機關採購程序行為（採購行為）之合法性爭議，提供因違法採購行為而權益受損之廠商權利保護，以貫徹透明及公平採購競爭要求之法律。

以德國及奧地利法制為例，在實體法上，決標的法律性質為對廠商投標（要約）所為之民法上承諾，採購契約隨決標之作成而成立，採購程序及採購法的作用領域也隨之告終。決標作成後，採購法規範只有在特殊的例外情況（基於契約嗣後重大變更，為維護採購競爭之公開公平，而要求重新招標）才有關連性；對於契約的履行，政府採購法基本上無相關規範，而應依循民法有關私法契約之

214 *Fuchs* (Fn. 112), § 15 Rn. 33.

215 *Holoubek/Fuchs/Holzinger* (Fn. 2), S. 25; *Schwarze* (Fn. 80), S. 135; *Caranta*, *supra* note 52, at 76.

規定<sup>216</sup>。在救濟程序方面，基於契約嚴守原則，隨決標之作成而有效成立的契約，基本上構成採購法上第一次權利保護的程序阻礙<sup>217</sup>。因此，廠商原則上僅得於採購程序尚在進行中請求第一次權利保護，有效成立之契約為阻礙採購權利救濟之法律上既成事實（*rechtlich vollendete Tatsachen*）<sup>218</sup>。此為歐盟採購救濟指令所明文容許的採購權利救濟限制<sup>219</sup>。至於採購契約成立後，契約當事人間關於是否或者如何依據採購契約履行而生的爭議，既無關公開透明競爭程序之確保，更無如何妥適兼顧維持政府採購程序之穩定與效率的規範需求，本質上已不在政府採購救濟法的規範領域之內<sup>220</sup>。

我國政府採購法第75條規定之機關「辦理採購」違反法令之爭議，或者第82條及第85條所稱「採購行為（有無）違反法令」之爭議，即為上述學理上或國際法意義的政府採購爭議。我國立法體例，雖然不同於原則上僅規範訂約前採購行為之德、奧兩國政府採購法，而進一步兼含契約成立後「履約管理」（第4章）及「驗收」（第5章）。但仍在第6章「爭議處理」明確區分契約成立前之「採購（程序行為）爭議」（第74至85條）及契約成立後之「履約爭議」（第85條之1至之4），而分別規範爭訟途徑與程序，則符合前揭競爭法性質、狹義（真正）政府採購法與契約法區分之法理。

---

216 德國法參見Burgi (Fn. 4), § 2 Rn. 14 f., § 19 Rn. 2; 奧地利法參見Holoubek/Fuchs/Holzinger (Fn. 2), S. 11 f., 168 f.

217 德國法參見Matthias Steck, in: Ziekow/Völlink (Hrsg.), Vergaberecht Kommentar, 4. Aufl., 2020, § 168 GWB Rn. 22 f.; 奧地利法參見Holoubek/Fuchs/Holzinger (Fn. 2), S. 202.

218 Chen (Fn. 61), S. 364 f.; BGH, Beschluss vom 19.12.2000, X ZB 14/00, juris, Rn. 25.

219 參見Chen (Fn. 61), S. 206 ff.; Bernhard Fett, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Bd. 3, Vergaberecht I, 2. Aufl., 2018, § 168 GWB Rn. 37.

220 有關「採購爭議」與「履約爭議」於德國法之區分，參見如Vergabekammer des Freistaates Sachsen, 21.04.2015, 1/SVK/010-15, juris, Rn. 94 f.; Lutz Horn/Heiko Hofmann, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 3. Aufl., 2017, § 156 GWB Rn. 8.

最高行政法院也正確指出，政府採購法有關廠商與機關間，關於採購行為合法性爭議之救濟程序規範，以確保公開透明競爭程序之維持為旨趣，同時並以異議期間及遲誤之失權效果等規定，兼顧政府採購程序之穩定與效率<sup>221</sup>。因此，政府採購法規定，政府機關、公立學校、公營事業辦理採購，訂約前之採購階段與訂約後之履約等爭議之解決，應適用不同之訴訟制度<sup>222</sup>。衡諸這兩種爭議性質上的前揭各項差異，我國法就其審判權歸屬及解決紛爭程序，為分別不同之規定，應值贊同。

承上說明，「履約爭議」之國際法脈絡、法律性質、所涉及之公、私益考量以及相應的程序需求，皆與本文關懷的「採購爭議」顯然有別。立法政策上，本不宜透過相同之程序解決之<sup>223</sup>，於本篇論文中一併深入探討，亦不符合本文前揭的寫作旨趣。

### 三、現行制度之檢討

整體觀之，依我國現行法，採購爭訟一般情形可歷經四個層級的審查。廠商首先得向招標機關提出異議由其自我審查，異議未果，始得向採購申訴審議委員會申訴，若不服申訴審議判斷，則可提起行政訴訟，由高等行政法院及最高行政法院審理。基於本文關懷主軸及論述旨趣，以下即從上文耙梳分析國際政府採購法得出的迅速及有效廠商權利救濟各面向要求，一一分析檢討異議程序、申訴程序及（採購）行政訴訟程序的結構特徵與缺陷<sup>224</sup>。

221 參見最高行政法院109年度判字第112號判決。

222 參見最高行政法院96年度裁字第934號裁定；最高行政法院100年度裁字第396號裁定。

223 相同見解，王珍玲（註206），頁123-124（指出世貿組織政府採購協定以及外國立法例的廠商申訴制度，均僅適用於採購爭議而不及於履約爭議。）。但請參見林明鏞（註40），頁163-164（主張應透過修法，使締約前的採購爭議及締約後的履約爭議，統一透過異議、申訴及行政訴訟途徑解決，以更加提升政府採購法上爭議處理機制之有效性。）。

224 各該程序的細部運作方式，特別是異議及申訴程序，可參見林家祺（註206），頁394-408。

## (一) 異議程序

### 1. 程序概說

政府採購法第75條規定，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，得在法定期限內，以書面向招標機關提出異議（第1項）。招標機關應自收受異議之次日起15日內為適當之處理，並將處理結果以書面通知提出異議之廠商（第2項）。依政府採購法第84條第1項規定，廠商提出異議或申訴者，招標機關評估其事由，認其異議或申訴有理由者，應自行撤銷、變更原處理結果，或暫停採購程序之進行。但為應緊急情況或公共利益之必要，或其事由無影響採購之虞者，不在此限。

### 2. 核心規範目的與對立利益

許可廠商依政府採購法第75條第1項各款規定對招標文件之招標條款（第1款）、條款之解釋、後續說明、變更或補充（第2款），以及採購過程或結果（第3款）提出異議，其核心規範目的在於維持各該採購案潛在競標廠商間競爭之公平性與透明性<sup>225</sup>。然而，提升採購程序之效率與功能，亦同屬政府採購法第1條所列之根本目的。因此，政府採購法第75條第1項各款也規定相應之短促的異議期間（等標期之4分之1、10日或15日），以迫使自認權益受損的廠商儘速向招標機關提起異議。廠商提出異議如逾法定期間，即生失權效果，招標機關應為不受理決定<sup>226</sup>，以維政府採購程序之穩定與效率<sup>227</sup>。

225 參最高行政法院109年度裁字第1124號裁定。

226 政府採購法施行細則第105條參照。

227 參見例如：最高行政法院97年度裁字第2816號裁定；最高行政法院108年度判字第468號判決。

反之，符合世貿組織政府採購協定之「快速有效程序」要求，則非如同行政法院向來所認為，亦為廠商提出異議期間之規範目的<sup>228</sup>。蓋如前文所述，政府採購協定之快速有效要求，所指涉者為行政或司法「救濟程序」，而非「政府採購程序」<sup>229</sup>。而且正好相反，作為採購救濟合法性要件之遵期提出異議要求，對有效採購救濟之目的而言，具有限制作用。因為任何救濟期間之失權效果，對於確保政府採購程序公開透明之維持，在制度本質上帶有阻礙作用，而呈現分庭抗禮並帶有內在緊張關係<sup>230</sup>。

最後，政府採購法第75條第2項規定15日之機關處理異議期間，有助於避免招標機關延宕異議處理，使廠商異議儘速獲得結果，讓廠商不服機關之異議處理結果得儘速提出申訴，則為符合世貿組織政府採購協定「快速有效程序」要求之設計<sup>231</sup>。

### 3. 檢討

異議係由招標機關受理，球員兼裁判，不僅難以期待其公正、有效處理，更是拖延提起申訴及後續行政訴訟的程序障礙，而讓採購法違反情事錯過有效改正的黃金時間，廠商藉由異議程序獲得有意義救濟的可能性微乎其微，徒然耗費時間，背離「增加廠商救濟與保護」之立法理由，早已是國內外有識之士的共同灼見<sup>232</sup>。因

---

228 參見例如：最高行政法院97年度裁字第2816號裁定；最高行政法院109年度判字第112號判決；臺北高等行政法院99年度訴字第1000號裁定；臺中高等行政法院105年度訴字第318號裁定；高雄高等行政法院106年度訴字第389號裁定。

229 參見前文「參、三、(一)」。

230 參見Chen (Fn. 61), S. 221-223.

231 參民國91年2月6日總統令修正公布政府採購法第75條之立法理由，立法院公報，91卷10期，頁569（2002年）。

232 參見如Arrowsmith, *supra* note 130, at 42; UNCITRAL, GUIDE TO ENACTMENT, *supra* note 81, ¶ 162, at 379; 潘欣榮（註206），頁105；王富仙，政府採購法上異議之正當法律程序，軍法專刊，59卷6期，頁109-119（2013年）；林明鏘（註40），頁162-163。

此，如前所述，2011年聯合國政府採購模範法已將1994年舊法中的強制性異議制度改為任意性，並要求遵期提起的異議，應有禁止締約之法定擔保機制<sup>233</sup>。

固然，異議制度之設置本身，仍屬我國立法者的形成空間。但我國法缺乏國際法律文件因應異議前置制度對迅速有效採購救濟之風險，所要求的保障措施，使得招標機關得在異議處理期間、甚至是在後續的申訴提出期間，締結採購契約、受領得標廠商提出之給付，而損害異議廠商後續透過申訴或行政訴訟尋求改正措施、回復其公平得標機會之權利<sup>234</sup>。如前所述，現行歐盟採購救濟指令第1條第5項和聯合國政府採購模範法第65條第1項第1款及第2項皆要求，招標機關自受收異議時起，至對異議處理結果不服之法定救濟期間屆至前，不得締結契約<sup>235</sup>。而2012年政府採購協定第18條第2項也規定，招標機關對異議請求之處理，不得損及廠商依「行政或司法救濟程序尋求改正措施之權利」，解釋上也應包括禁止締約之要求<sup>236</sup>。

衡諸國際政府採購法之相關規定與要求，我國政府採購法如欲維持給予招標機關自我審查機會之異議救濟層級，宜仿效前揭聯合國政府採購模範法之規定改採任意性異議制度，賦予廠商決定是否利用異議程序之選擇權，並應明文規定異議之提起，具有禁止招標機關締約（決標）之效力，以維護廠商尋求回復公平得標機會之救濟可能性。

---

233 參見本文「參、五、(二)」。

234 參見陳世圻（計畫主持人），政府採購制度問題探討與對策，委託研究報告（RDEC-RES-097-032），頁251（2009年）。

235 分別參見本文「參、二、(二)、2.」及「參、五、(二)」。

236 參見Arrowsmith, *supra* note 49, at 240.

## (二) 申訴程序

### 1. 程序概說

政府採購法第76條規定，廠商對於公告金額以上採購異議之處理結果不服，或招標機關逾前揭15日期限不為處理者，得於收受異議處理結果或期限屆滿之次日起15日內，以書面向該管採購申訴審議委員會（下稱「申訴會」）申訴。申訴會原則上應於收受申訴書之次日起40日內完成審議，並將審議判斷以書面通知廠商及機關（同法第78條第2項）。申訴會於完成審議前，必要時得通知招標機關暫停採購程序；就此通知，申訴會應考量公共利益、相關廠商利益及其他有關情況（同法第82條第2及3項）。

申訴會審議判斷，應指明招標機關原採購行為有無違反法令之處；其有違反者，並得建議招標機關處置之方式（同法第82條第1項）。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之處置（同法第85條第1項）。於此情形，廠商並得向招標機關請求償付其準備投標、異議及申訴所支出之必要費用（同法第85條第3項）。

### 2. 檢討

前揭異議程序中暫時權利保護機制的欠缺，也帶有架空廠商在後續的申訴程序中獲得暫時保護機會的危險。因為，若是招標機關於異議程序中，抑或作成異議處理後，依原先決標結果與得標廠商簽約，作為締約準備程序的採購程序隨之終結，申訴廠商依政府採購法第82條第2項，請求申訴會於完成審議前，通知招標機關暫停採購程序，並無意義<sup>237</sup>。

---

<sup>237</sup> 參見臺北高等行政法院90年度訴字第3940號行政判決；陳愛娥，政府採購爭議之暫時權利保護，收於：台灣行政法學會編，公法上暫時處分與權利救濟／公平交易與環境保護之新思維，頁126-128（2012年）。

此外，即使暫停採購程序之措施，對廠商權益之保障極為重要<sup>238</sup>，且法律明定申訴會暫停與否之決定，應將相關廠商之利益納入考量。實務卻仍認為，該項規定僅賦予申訴會暫停採購程序之權限，並未賦予申訴廠商相應的請求權，而實際上，申訴會亦甚少援用上開條文暫停採購程序<sup>239</sup>。由於採購程序與申訴程序基本上同步進行，即使申訴會原則上應於收受申訴書之次日起40日內完成審議，經常出現的情形是：不論審議判斷之結果如何，對廠商已無實益<sup>240</sup>。因為，一旦招標機關與得標廠商間的契約關係已成立，根據契約嚴守原則，申訴會即使最後認為申訴有理由，仍無挽回餘地<sup>241</sup>。

上述見解與操作方式，全然忽略暫停採購程序保全廠商商機與確保改正採購違法可能性之保護目的，不符合世貿組織政府採購協定要求賦予廠商獲得迅速暫時措施之權利的旨趣<sup>242</sup>。衡諸前揭聯合國政府採購模範法第65條第1項第2款規定之自動禁止締約機制<sup>243</sup>，更可見我國現行法及實務運作遠遠落後於國際政府採購法之潮流。

### （三）行政訴訟程序

#### 1. 概說

由於申訴審議判斷依法視為訴願決定（政府採購法第83條），廠商如不服申訴會之審議判斷結果，得依行政訴訟法之規定，向管

238 羅昌發（註199），頁357。

239 參見Ming-Hsin Lin, Das Vergaberecht in Taiwan und seine Praxis. Eine kritische Betrachtung insbesondere im Hinblick auf Rechtsschutzprobleme, VergabeR 2011, S. 333 (337); 林家祺（註206），頁405-406註27。另參陳愛娥（註237），頁132（認為從憲法訴訟權保障觀點，實務見解有斟酌餘地）。

240 參見陳世圯（計畫主持人）（註234），頁250。

241 參見羅昌發（註199），頁357；陳愛娥（註237），頁128；林家祺（註206），頁405。

242 參見本文「參、三、（一）」。

243 參見本文「參、五、（二）」。

轄之高等行政法院提起撤銷訴訟<sup>244</sup>。依最高行政法院、最高法院及學界主流見解，既然法律規定關於招標、審標、決標爭議之審議判斷視同訴願決定，應可認為立法者於政府採購法將機關於採購程序中之決定當作行政處分，相關爭議屬於公法上爭議，其訴訟事件自應由行政法院審判<sup>245</sup>。

然而，除了透過上述政府採購法第83條開啟行政訴訟途徑外，我國法並無任何考量政府採購事件特殊性與國際政府採購法要求之特別規定，其結果是：行政法院應完全依據一般性之行政訴訟法規定，維護廠商尋求回復公平得標機會之救濟可能性。揆諸前揭國際政府採購法有關迅速及有效廠商權利救濟之各面向要求，及其特殊的形成背景與緣由，又有鑑於一般行政訴訟冗長又費時，令人不禁懷疑行政訴訟法是否能顧慮政府採購事件類型之性質與特別的程序需求，而能兼顧政府採購之時效性需求，以及國際政府採購法保障廠商快速有效權利保護之要求<sup>246</sup>；換言之，兼顧採購之效率與功能，以及政府採購程序公平公開之維持，而均衡貫徹政府採購法第1條揭櫫之立法目的。以下即分別就擔當撤銷訴訟暫時權利保護之停止執行制度，以及撤銷訴訟之本案程序與裁判，進行分析探討。

---

244 參見最新實務見解如：最高行政法院109年度判字第112號判決；另參潘欣榮（註206），頁107。

245 代表性可參見：最高行政法院93年度裁字第625號裁定；最高行政法院104年度判字第286號判決；最高法院100年度台上字第1124號判決；林明鏘，行政私法與雙階理論之檢討——從最高行政法院102年10月份第2次庭長法官決議談起，臺北大學法學論叢，112期，頁108-109（2019年）。然而，值得注意的是，行政法院在少數案件中（最高行政法院94年度裁字第34號裁定；最高行政法院108年度裁字第1651號裁定；臺北高等行政法院99年度訴字第36號裁定；臺中高等行政法院101年度訴字第47號判決；高雄高等行政法院94年度訴字第737號裁定），採取與主流迥異之見解，認為政府採購法第83條規定，係將「本屬私法上爭議之事項」，以採購法明文規範關於招標、審標、決標之爭議為限，另設行政爭訟程序以資救濟。

246 王珍玲（註206），頁128（認為民事訴訟程序與行政救濟程序皆冗長費時，因此斷然否定兩者足以兼顧系爭對立需求）。

## 2. 澈底失能的暫時權利保護制度

### (1) 停止執行為正確之暫時權利保護途徑

如上所述，依學界通說及行政法院向來之實務見解，立法者透過政府採購法第83條之規定，將機關於採購程序中之決定或其他措施當作行政處分。承此，廠商不服招標機關之採購程序行為，經提起異議及申訴程序而未獲救濟，正確的訴訟類型為**撤銷訴訟**；至於暫時權利保護，則應循對行政處分所設之**停止執行途徑**。既然廠商不服招標、審標、決標，得依行政訴訟法第116條請求停止原處分之執行，達成暫時權利保護之目的，假處分之聲請，遂欠缺聲請之利益，且依據行政訴訟法第299條之規定，於法不合<sup>247</sup>。

例如，為阻止招標機關與得標廠商簽訂系爭採購契約，尋求救濟之廠商得對決標處分依停止執行政程序，請求行政法院裁定在系爭政府採購爭議之行政訴訟事件確定前，招標機關不得與得標廠商簽訂系爭標案之契約。蓋行政法院認為招標機關與得標廠商簽訂系爭標案之採購契約，為決標處分（原處分）之後續效力之一部<sup>248</sup>。

此外，我國學界及實務通說認為，不同於異議及申訴程序，在後續的行政訴訟無契約嚴守原則之適用<sup>249</sup>，因而即使招標機關已與得標廠商訂約或契約已為部分之履行，原則上不影響後續行政訴訟提起或續行之實益。蓋決標決定若遭行政法院撤銷，業已簽訂的契約將於判決確定時亦確定歸於無效，故原告仍有透過撤銷訴訟，獲

247 此為行政法院一貫之見解，參見如：最高行政法院95年度裁字第2024號裁定；最高行政法院98年度裁字第2232號裁定；最高行政法院98年度裁字第2029號裁定；最高行政法院105年度裁字第737號裁定；臺北高等行政法院109年度全字第15號裁定；臺中高等行政法院109年度全字第4號裁定。

248 參見最高行政法院98年度裁字第2232號裁定；臺中高等行政法院109年度全字第4號裁定。

249 有關契約嚴守原則於異議及申訴程序之適用，參見前文「伍、三、(一)、3.」及「伍、三、(二)、2.」。

得締約機會之可能性<sup>250</sup>。因此，原告廠商得依行政訴訟法第116條「行政處分」停止執行之規定，請求行政法院命令停止履行「契約」，以保全未來本案裁判的貫徹可能性。換言之，系爭採購契約之履行為決標決定（即原處分）之執行，為通說認為行政訴訟停止執行制度，可作為採購契約締結後之暫時權利保護機制的法律思維前提<sup>251</sup>。

## （2）失靈的停止執行制度

但行政法院對停止執行要件之「難於回復之損害」的認定，向來嚴苛<sup>252</sup>，運用在政府採購案件，則殆無准許停止執行的可能。申言之，依照行政法院之見解，契約持續履行（如工程施作等）固然將損及未得標廠商在本案判決撤銷決標後，於適法評選決標程序中公平競爭的採購商機，但此得在事後透過金錢補償或賠償回復，故非因處分執行將發生之難以回復損害，停止執行之聲請應予駁回。例如，最高行政法院106年度裁字第165號裁定清楚表明：「依抗告人主張，其因原處分之執行，將受系爭工程恐已全數由A團隊完成，或已施作之工項及瑕疵責任難以歸屬、後續接管施作困難之損害，惟此等損害，性質上均屬金錢之損失，尚非不得以金錢予以填

250 參見陳英鈞，行政法院做為行政程序的守護神——評台北高等行政法院對ETC案裁判，月旦法學雜誌，132期，頁154-157、頁164（2006年）；林家祺，政府採購行政訴訟——訴之利益理論與實務，頁295（2009年）；潘欣榮（註206），頁116-117。

251 參見最高行政法院106年度裁字第165號裁定（系爭採購契約所定統包工程之施作乃原處分（即決標決定）之執行）；臺北高等行政法院106年度停字第89號裁定（依廢彈處理中心委託民間經營採購契約處理各式逾期彈藥乃原處分（開標結果通知單）之執行）；學界見解，可參見林明鏞，ETC判決與公益原則——評台北高等行政法院九十四年訴字第七五二號判決及九十四年度停字第一二二號裁定，月旦法學雜誌，134期，頁20-23（2006年）（契約之履行，屬行政訴訟法第116條第5項處分之續行程序與執行）。

252 深入的分析與評論，參見林明昕，行政爭訟上停止執行之實體審查標準——以行政訴訟法第一百十六條第二項為中心，收於：湯德宗、劉淑範編，2005行政管制與行政爭訟，頁21-24（2006年）。

補，原則上自難因此而謂抗告人有因原處分之執行，致有難於回復之損害」<sup>253</sup>。

依上述見解，政府採購法案件中，行政法院准許停止執行的機會趨近於零<sup>254</sup>。實際上，在採購爭訟中，幾乎未見有行政法院准予停止執行之例，停止執行制度之暫時權利保護功能，可謂萎縮殆盡。實則，如前文所述，給予原告廠商金錢賠償，並不能回復違法採購行為對採購公平競爭秩序與廉正合法性所造成的損害，對於建立良好採購秩序無實質助益<sup>255</sup>。為履行我國基於政府採購協定與反貪腐公約的國際法義務，廠商所提起的政府採購爭訟事件，亦具有促進前揭國際條約公益目標的客觀法功能<sup>256</sup>。此外，對於採購爭訟之停止執行案件，行政法院也經常斷然指出，行政訴訟法第116條規定所指原處分之執行將發生難於回復之損害，限於聲請人私益之損害，而不包括公益之損害<sup>257</sup>。此一見解，也明顯與國際政府採購法有關保全制度功能之客觀化與公益化精神<sup>258</sup>背道而馳。

---

253 另請參照臺北高等行政法院105年度停字第129號裁定：「況縱認聲請人未獲相對人評選為最優申請人，無法與之商議進而簽訂合約，致生未能參與系爭採購案之利潤損失，核屬財產上之損失，於一般社會通念上，尚非不能以金錢賠償或回復，故難以此推認將發生難於回復之損害」；臺北高等行政法院106年度停字第73號裁定：「本件係政府採購事件，聲請人為投標廠商，其終局目的在於與相對人訂立採購契約以獲取經濟上利益，故縱認其主張原處分違法如不停止執行將生損害一節為正當，則聲請人仍可依政府採購法第85條第3項請求償付其準備投標、異議及申訴所支出之必要費用，或基於國家賠償責任，請求金錢賠償其經濟損失，並無不能回復之可能」；同旨：如高雄高等行政法院108年度停字第12號裁定。

254 同旨：林明昕，論ETC案中之行政爭訟問題——以暫時權利保護為中心，台灣本土法學雜誌，82期，頁231（2006年）；Lin (Fn. 239), S. 341.

255 參見前文「肆、二、(二)、4.」。

256 參見前文「肆、二、(二)、2.」。

257 參見例如最高行政法院95年度裁字第179號裁定；最高行政法院105年度裁字第1337號裁定；臺北高等行政法院106年度停字第89號裁定；高雄高等行政法院107年度停字第39號裁定。

258 參見前文「肆、二、(二)、4.」。

綜上論述，就停止執行制度而言，行政法院在政府採購事件之法律解釋與適用，不符合反貪腐公約關於有效政府採購權利救濟要求之精神，而有牴觸反貪腐公約施行法第3條第2項規定之嫌<sup>259</sup>，更忽略政府採購協議有關暫時權利保護措施旨趣之明白揭示：「改正違法並保存商機」（1994年版第20條第7項第1款），亦即：「保留廠商參加採購的機會」（2012年版第18條第7項第1款）。

### （3）假處分程序為絕境中的出路？

既然依行政法院之見解，在政府採購事件，本質上及原則上均不會發生「難於回復之損害」，則廠商提出停止執行之聲請可謂是選擇了必敗無疑的絕境。或有論者認為，若行政處分之停止執行制度功能失靈，或可透過「假處分」途徑另尋解決之道。其實，在政府採購爭訟中，廠商聲請假處分之例，在實務上亦非罕見。然而，如前所述，此類聲請幾乎全遭法院以應循停止執行途徑為由而逕行駁回<sup>260</sup>。即使行政法院在極少數案件中，暫且不論行政訴訟法第299條之規定，而假設性地認假處分聲請為法律容許之途徑，亦會依循其於假處分案件之一貫見解<sup>261</sup>，指出聲請人因未能參與合法之採購程序順利得標可能受到的損害，依社會通念尚非不得以金錢賠償其損害，自不該當於准予假處分所必要之「重大之損害」要件<sup>262</sup>，或者認為此為「財產上的損失」，無法與採購機關及時購得所需物品之公共利益相衡量，而難認有定暫時狀態之必要<sup>263</sup>。換言之，若行政法院不正視廠商權利救濟制度應有之強烈公益維護取向

259 聯合國反貪腐公約施行法第3條第2項：「有關反貪腐案件之法律適用與解釋，應以符合公約規定為原則。」關於締約方以符合公約貪腐防制目標之方式適用政府採購規範之義務，參見Dörr (Fn. 101), Einl. Rn. 9.

260 參見前揭註247所引之裁定。

261 參見如最高行政法院109年度裁字第1091號裁定：「在一般社會通念上，並非不能以金錢賠償或回復，即難謂有急迫危險或重大損害情事，而有必要聲請為定暫時狀態之處分。」

262 最高行政法院105年度裁字第737號裁定。

263 臺北高等行政法院109年度全字第9號裁定。

與作用，而變更其向來對於「重大之損害」的狹隘理解，即使認為假處分為可行的途徑，也無法改變政府採購暫時權利保護之聲請人幾乎必敗的結局。

#### (4) 符合國際法之解釋與適用？

不過，即使行政法院採納本文見解，對行政訴訟法之「難於回復之損害」概念為符合國際法之解釋，認為採購需求因契約之締結與履行而獲得滿足，對採購商機及採購程序之公平廉正性，往往造成難以回復之損害，而肯認有採取暫時措施之迫切性。但如下文所述，我國行政訴訟程序經常需耗時數年始能確定終結，若是在本案終局裁判前暫停採購程序之進行或契約之履行，必然嚴重損及採購效率與功能之公益要求，甚至阻礙行政任務之達成。在此法制背景下，行政法院為避免停止執行「於公益有重大影響」（行政訴訟法第116條第2項及第3項參照），而否准停止執行之聲請，應是想像中最有可能的法律適用結果。因此，考量政府採購事件中暫時權利保護與本案訴訟程序間特殊的功能關連性<sup>264</sup>，在我國現行法的制度框架中，採購爭議之暫時權利保護，實在難以得出能符合國際法要求的結果。

### 3. 冗長的本案訴訟程序

#### (1) 過長之審理期間為有效權利救濟之阻礙

除了欠缺特別快速而有效的暫時權利保護制度外，我國行政訴訟法與政府採購法對於政府採購事件的本案訴訟程序，也沒有針對政府採購事件高度講求時效之特性，就訴訟程序及法院組織或組成進行量身打造之特殊設計。由行政法院在一般性之行政訴訟程序的框架中審理政府採購事件，顯然置國際政府採購法之迅速本案救濟

---

<sup>264</sup> 參見前文「肆、三、(一)」之闡述。

要求於不顧，自外於各國政府採購訴訟程序特殊化與迅速化之立法潮流<sup>265</sup>。

實際上，在整個採購爭訟程序，從異議、申訴到二級二審的採購行政訴訟，皆無有效暫時權利保護機制的情況下，未來本案裁判的貫徹可能性，將隨著本案訴訟程序時間的拉長而逐漸被架空。「過度司法化」(over-judicialisation)的結果，反倒構成原告廠商就系爭標案獲得實質上有意義之救濟的阻礙，而有違前揭及時有效權利保護之要求<sup>266</sup>。作為政府採購事件第一次權利保護之撤銷訴訟，常常因既成事實之發生，而至多只能縮減為準備損害賠償請求之違法確認訴訟(下文「(2)」)，最高行政法院為法律審之設計，運用到政府採購事件，只徒令問題惡化，延誤救濟時效(下文「(3)」)。

#### (2) 撤銷訴訟常常縮減為違法確認訴訟

在異議及申訴未獲救濟後，廠商得依據行政訴訟法第4條第1項提起撤銷訴訟。在此處，撤銷訴訟的權利保護目標為，請求法院撤銷決標決定或決標公告，以使系爭採購案回復至未決標之情狀，招標機關再依法院見解續行採購程序，讓本案勝訴之原告重新獲得公平得標的機會。然而，由於缺乏迅速有效的暫時權利保護機制，對於政府採購事件之本案程序，行政訴訟法亦無因應迅速審理特殊需求之特別規定，實務上經常發生的情況是，本案訴訟進行中，法院查知系爭採購案已由得標廠商(政府採購行政訴訟中的參加人)在訴訟繫屬前或審理當中履約完畢；而採購需求因得標廠商履約獲得滿足，後續已無採購之可能，撤銷決標決定也不能回復原本的採購

265 參見前文「肆、三、(一)」之說明。

266 關於「過度司法化」對於採購救濟之及時有效性的危害，參見SUE ARROWSMITH, CONSEQUENCES OF BREXIT IN THE AREA OF PUBLIC PROCUREMENT – STUDY FOR THE IMCO COMMITTEE 48 (Apr. 2017), [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/602028/IPOL\\_STU\(2017\)602028\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/602028/IPOL_STU(2017)602028_EN.pdf).

商機，因此政府採購本案訴訟目的之實現前提不復存在。在此情況下，欠缺續行撤銷訴訟之權利保護必要，僅能變更為確認行政處分違法之訴訟類型（行政訴訟法第6條第1項）<sup>267</sup>。

其適例如高雄高等行政法院107年度訴字第273號判決：「本件原告起訴時雖提起撤銷訴訟，請求撤銷被告就甲採購案及丙採購案所為之決標公告，惟於本院審理中查知甲採購案、丙採購案分別於106年12月31日、107年4月30日完工，由參加人履約完畢，並經被告付款結案（……），有被告提出之竣工計價單、結算明細表及勞務結算驗收證明書附卷足佐（……），足認甲採購案及丙採購案已執行完畢，應無從予以撤銷回復至未決標之情狀，惟經本院闡明後，原告既已變更其訴之聲明為確認上開確認違法訴訟，則原處分如經判決確認違法時，原告得以之為其他訴訟之先決要件，具有確認利益，是原告此部分提起確認行政處分違法之訴訟，尚無不合」<sup>268</sup>。

尤有甚者，行政法院近來似有寬認「已執行而無回復原狀可能」要件之趨勢。無藉由撤銷訴訟而可回復之法律上利益，不以系爭採購案已全數履行完竣為必要。在【國防部軍備局生產製造中心第205廠光復營區暨大樹北營區新建工程】一案，高雄高等行政法院在106年度訴字第391號判決認為：「以參加人就系爭工程之履約情形觀之，系爭工程雖未執行完畢，但就主要項目均已履約，部分已經核定，部分處於審查階段，顯已無回復與未作成原處分前相同狀態之可能，故參照上開說明及判決先例意旨，足認原處分已執行而無回復原狀之可能，原告應提起確認原處分違法之訴，始為正確訴訟類型之選擇，原告對原處分提起撤銷訴訟，欠缺權利保護之必要，自應予駁回」。針對【臺南市政府教育局107-111年度社區大學

267 最高行政法院106年度裁字第939號裁定。

268 其他事例參見如：臺中高等行政法院102年度訴字第168號判決；臺北高等行政法院108年度訴字第1063號判決。

委託辦理案—北門社區大學採購案】之採購爭議，高雄高等行政法院在107年度訴字第364號判決表示：「被告既與參加人已訂約履行，且其中107年度已執行完畢，已無回復與未作成原處分前相同狀態之可能；復參酌系爭採購案為5年期委託經營社會大學之教育服務採購案，以5年期為課程規劃內容，性質上不宜割裂分期執行。故參照上開說明及判決先例意旨，足認原處分已執行而無回復原狀之可能，原告應提起確認原處分違法之訴，始為正確訴訟類型之選擇。原告對原處分提起撤銷訴訟，欠缺權利保護之必要，自應予駁回」。

在法院幾乎不准予停止執行系爭採購契約的裁判慣例下，若依上開判決所持見解，則在給付標的具有整體性或協調一致必要性之採購案，得標廠商（採購行政訴訟之參加人）——或者在與招標機關之默契、甚至合謀下——只需儘速履行契約之一部，即可輕易破壞原告提起撤銷訴訟所追求之權利保護目的。

### （3）法律審之設計徒然延誤採購救濟時效

最高行政法院為法律審，依行政訴訟法第254條第1項之規定，原則上應以高等行政法院判決確定之事實為判決基礎。作為法律審，最高行政法院廢棄原判決時，依行政訴訟法第260條第1項，原則上應將該事件發回或發交高等行政法院更審。採購訴訟之戰線因而延長，本案救濟失其實效性的風險隨之提高。蓋訴訟中契約既然可以不受阻礙而繼續被履行，高等行政法院更是可能事件發回更審，必須根據行政訴訟法第198條，依職權審查系爭案件是否符合情況判決之要件（如【警用手槍49,600枝採購案】），或者撤銷訴訟之本案程序無續行實益，而充其量轉換為準備損害賠償請求之違法確認訴訟（如【增建教室工程招標案】及【「金門縣綠色休閒渡假園區興建、營運及移轉案之履約管理委託專業服務案」採購案】）。

**【警用手槍49,600枝採購案】<sup>269</sup>**

最高行政法院108年度判字第45號判決：「依上述行政訴訟法第198條之規定，行政法院於撤銷訴訟為情況判決時，除須考量是否會因撤銷原處分而對於公益造成重大損害之事實外，並須斟酌原告所受損害、賠償程度、防止方法及其他一切情事後，權衡比較私益與公益之結果，如撤銷原處分所造成之公益損失，明顯大於維持原處分所造成之私益損害時，方得駁回原告請求撤銷原處分之訴。而事實審法院於依本條規定作成判決前，應依職權就原告所受損害、賠償程度、防止方法及其他一切情事，與原處分或決定之撤銷或變更是否顯與公益相違背等事實，詳予調查認定，否則即有應調查事項未為調查之違法。經查，於訴訟中，系爭採購案經參加人分批交貨，業已交付3批各10,985枝、12,222枝、16,800枝，共計40,007枝，尚有9,593枝未交付，此為原審依法確定之事實。原判決雖認原處分為違法，然未依職權詳加調查認定原處分是否具有行政訴訟法第198條第1項之要件而衡量應否做成情況判決，雖上訴人於原審對此未為主張，然此為法院應依職權調查之事項，綜觀全案卷證及筆錄，未見原審有就此部分依職權為調查，並於判決理由中詳為說明，自有應調查事項未為調查之違法。」

---

269 該案經最高行政法院108年度判字第45號判決（裁判日期：民國108年1月31日）發回臺北高等行政法院更審後，更一審歷時近兩年始完成準備程序（參見臺北高等行政法院108年度訴更一字第19號裁定，裁判日期：民國110年1月7日）。若依最高行政法院之提示，本案訴訟恐將以情況判決作結，但並不排除臺北高等行政法院仿效奧地利2018年聯邦政府採購法第356條第4項規定之精神（參見Hubert Reisner, in: Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer (Hrsg.), BVergG 2018. Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2018, 2019, § 356 Rn. 15-17），以槍枝既經交付使用多年，價值已有減損（wertvermindert），已無法透過交還槍枝而回復原狀，遂曉諭原告將訴訟轉換為違法確認訴訟。無論更一審的結果為何，原告起訴追求的權利保護目標皆已無法達成，蓋其因違法採購行為而遭剝奪的公平競爭機會，已因在冗長的本案訴訟程序中發生既成事實而無從回復。

**【增建教室工程招標案】**

臺北高等行政法院93年度訴更一字第201號判決：「本件系爭工程迄今雖已完成決標、完工、驗收事宜，惟其招標處分如有違法，依前揭規定，原告得向被告求償支出之必要費用，是其請求確認系爭招標處分違法，尚難謂無訴之利益。」

**【「金門縣綠色休閒渡假園區興建、營運及移轉案之履約管理委託專業服務案」採購案】**

最高行政法院106年度判字第85號判決：「原判決既有上述違誤之處，並影響判決結果，本院無從自為判決，爰將原判決廢棄，發回原審法院另為適法判決。另依上訴人與參加人簽訂之系爭採購契約內容，其履約期限僅至105年6月30日止，案經發回後，被上訴人訴請撤銷系爭決標公告是否得達其訴訟目的，原審法院更為審理時應注意及之。」

總而言之，一般行政訴訟法之嚴格法律審設計應用於政府採購事件，往往破壞權利救濟之時效與實效。若遭遇當事人對更審判決再提出上訴，救濟實效性之問題勢必雪上加霜。反之，以德國法為例，為符合歐盟採購救濟指令迅速有效救濟之要求，對於政府採購訴訟之審級制度另有特殊安排：不僅以兩個審級為限，作為終審之邦高等法院亦為事實審，原則上應就該事件自為判決，以使政府採購事件迅速獲得確定<sup>270</sup>。

**四、綜論****(一) 口惠不實的國際融入與接軌**

綜上所述，我國現行採購救濟制度，無法確保廠商受政府採購

---

270 詳細論述參見Chen (Fn. 61), S. 538-544；另請參見Burgi (Fn. 4), § 20 Rn. 9 ff.

法保障之公平得標機會受損時，有及時、充分回復之可能。不論在前置的異議、申訴程序，抑或其後的行政訴訟程序，皆無迅速有效的暫時權利保全機制。直接概以既有的行政訴訟法作為準據，而未建構適合政府採購事件特性需求的紛爭解決程序；政府採購事件之權利救濟目標，往往在審結前因追趕而上的既成事實而無從實現，明顯有違反憲法、反貪腐公約、政府採購協定所保障之適時、有效權利保護請求權之疑慮。作為整部政府採購法驅動力與精髓所在的廠商權利救濟制度既失靈，我國開放政府採購市場的國際條約承諾，以及施行反貪腐公約的宣示，恐有口惠而實不至之嫌。

## （二）採購爭訟制度的溢流現象

現行採購救濟制度的功能失靈，無法回應、匯納廠商尋求回復、保障其公平得標機會的需求，導致實質上屬於政府採購爭訟的事件，向外流竄，尋其他制度或制度外的管道謀求解決，造成採購爭訟制度的「溢流現象」<sup>271</sup>。例如，政府採購犯罪及相關貪腐之追究，少由政府機關主動告發，多由（自認）遭受不平對待的競爭廠商基於競業或報復而促使犯罪偵察機關啟動。而因採購貪污舞弊而遭起訴的案件數量，多於廠商採購爭訟案件。前者的終局裁判定罪率<sup>272</sup>，似乎遠高於後者廠商勝訴的比率。此外，向媒體或民意代表「爆料」<sup>273</sup>，或者尋求「上層有力人士」「介入協調」<sup>274</sup>，似乎也

271 關於制度溢流現象分析方法之提出，以及其在國家賠償制度之運用，參見葉俊榮，國家責任的溢流：國家賠償法施行現況的檢討，臺大法學論叢，24卷2期，頁123-147（1995年）。

272 關於相關司法實務統計之分析，參見朱敏賢（註26），頁91-97（「終局裁判定罪率45.08%」）。

273 例如，2019年之「中科智慧機器人創新自造基地採購案」經當時立委黃國昌質疑有弊，為得標廠商量身打造標案後，得標廠商自行終止契約，中科局長及主秘均遭降調為非主管職。參見簡惠茹，中科量身打造標案疑雲 陳良基：涉案主管調離並啟動調查，自由時報，2019年5月13日，<https://news.ltn.com.tw/news/life/breakingnews/2788295>（最後瀏覽日：2021年1月26日）。

274 近來引起社會矚目者，如「中華郵政物流園區物流中心公開招租案」。參見林哲良，詹宏志重批中華郵政招標案，蘇揆出手救蔡政府威信，風傳媒，2019

逐漸成為廠商認為「快又有效」而偏好的處理途徑。此種溢流現象，也可視為現行政府採購救濟制度的病徵。

此外，法律上承接廠商權利救濟制度失靈而溢流的管控需求，主要為不良廠商停權制度。當因履約有瑕疵（政府採購法第101條第1項第3、7、8、9、10、11、12款）或參與政府採購程序施用不正當手段（同條項第1、2、4、5、6款）而生的停權案件及衍生的爭訟，成為採購實務的家常便飯，甚至成為政府採購行政訴訟最大類的案件類型時<sup>275</sup>，或可推論經適用政府採購法贏得採購案的廠商，實際上有相當大比例不具有充分履約能力<sup>276</sup>或者以不正、不法之方法取得採購案<sup>277</sup>，而可加強印證本文結論：現行廠商權利救濟制度對採購程序遵守公平、公開要求之監控、對採購效率與功能之提升及對採購品質之確保等功能均不彰。

### （三）即將錯失的改革契機

我國現行政府採購救濟制度有諸多的缺陷，除如上述分析外，亦深受各界詬病。然而，我國政府採購法之中央主管機關行政院公共工程委員會（以下簡稱工程會），向來認為異議及申訴規定，運作順暢、無窒礙難行之處，已兼顧公益及廠商權益，無修正必要或

---

年5月23日，<https://www.storm.mg/article/1310984>（最後瀏覽日：2021年1月26日）。

275 相關討論可參見林三欽，作成「預防性行政處分」之時間上限制，收於：司法院行政訴訟及懲戒廳編，行政訴訟制度相關論文彙編（第6輯），頁345-371（2009年）；周佳宥，不良廠商之認定及其救濟程序，法令月刊，65卷7期，頁95-112（2014年）。

276 例如得標廠商被依政府採購法第101條第1項第10款或第12款規定刊登為不良廠商，不服提起訴訟而實體敗訴的實例不勝枚舉，最新實例如：最高行政法院109年度裁字第83號裁定；臺北高等行政法院107年度訴字第829號判決。

277 得標廠商被依政府採購法第101條第1項第2款或第4款規定刊登為不良廠商，不服提起訴訟而實體敗訴者，同樣不勝枚舉，最新實例如：最高行政法院108年度裁字第890號裁定；臺北高等行政法院108年度訴字第262號判決。

需加強之處<sup>278</sup>。如同歷年的「聯合國反貪腐公約落實情形評估檢核表」所示，工程會一向認為「採購法第6章異議申訴制度，係符合GPA規範之法律救濟管道」，無須因應反貪腐公約之施行而進行任何修正，政策一貫未曾改變<sup>279</sup>。

姑不論異議申訴制度符合政府採購協定要求之結論缺乏實質的學理及實證依據，工程會「符合GPA，即符合反貪腐公約」的看法，其實偏離了國際政府採購法學界與國際社會的理解：為吸引開發中國家加入，政府採購協定有關國內救濟程序之標準已經下修，而低於反貪腐公約有效採購救濟之要求<sup>280</sup>；是否符合後一要求，聯合國政府採購模範法之救濟程序規定，是較為正確、合適的判斷標準<sup>281</sup>。換言之，工程會自外於改革政府採購廠商權利救濟制度之全球浪潮<sup>282</sup>，無視各界批評，抱殘守缺。這種令人擔憂的政策與機關文化<sup>283</sup>，已讓我國（正在）錯失施行反貪腐公約所帶來的改革契機。

同樣令人惋惜的是，攸關政府每年上兆新臺幣預算運用之政府採購事件，卻仍適用一套極度不合身的訴訟制度，改弦更張之議，既不在司改國是會議（2016年／2017年）（之事件妥速、專業解決的）改革議程中，也不為目前司法院司法改革方案所涵蓋<sup>284</sup>。然而，除履行我國基於國際政府採購法的義務外，政府施政推動的良

---

278 參見陳世埏（計畫主持人）（註234），頁352-354（附錄五，行政院公共工程委員會針對本研究問卷題目所提供之解說與回覆，V.申訴審議制度）。

279 請查閱聯合國反貪腐公約專區法規，法務部廉政署，<https://www.aac.moj.gov.tw/6398/6436/6438/6464/Lpsimplelist>（最後瀏覽日：2021年1月26日）。

280 參見本文「參、三、(二)」。

281 參見本文「參、五、(二)」。

282 關於隨國際政府採購法、特別是歐盟採購救濟指令而生之改革政府採購救濟制度的全球浪潮，可參見Gordon, *supra* note 130, at 492-93, 507.

283 猛烈批評參見林明鏘（註40），頁179（「機關自我感覺良好」、「機關自我麻痺症」）。

284 參見司法改革方案及進度之「專業效率便民」項目，司法院，<https://www.judicial.gov.tw/tw/lp-206-1.html>（最後瀏覽日：2021年1月26日）。

窳與效率，優化公平的市場與經商環境，提升國家競爭力，同樣有賴政府採購事件能迅速、妥適、專業、有效解決。而其重要性應不亞於重大商業事件之審理往此等方向之改革。

## 陸、結論及展望

面對政府採購領域素來嚴重的法律執行赤字問題，透過「主觀化委託」，賦權、動員與採購案利益最相關的廠商監控各該採購程序的合法性，是當代政府採購相關國際法律文件共同的策略。這個極具創新意義的取向，已為世界上眾多國家的政府採購制度帶來近乎革命性的變革。如今，如同全球已有187個國家加入、我國立法實施的反貪腐公約，在其第9條第1項第4款規定所顯示，廠商權益因採購違法情事遭受侵害，給予及時、有效之救濟機會，已是世界各國普遍信奉的國際法治原則與政府採購良善治理原則。國際政府採購法的發展歷程也顯示，國際社會在此領域追求的各项目標，不論是開放各國的政府採購市場、提升採購效率與品質、抑或預防採購貪腐，都必須促進並奠基於各國穩健的法治基礎始能達成。另一方面，我們也可以將政府採購領域視為國際貿易法或區域性經濟整合法，亦能協助、督促主權國家尊重與落實法治原則的典範<sup>285</sup>。

我國政府採購法之制定施行，係為履行基於政府採購協定之國際法義務，在反貪腐公約施行法制定施行前後，應依據反貪腐公約第9條第1項並參酌政府採購模範法全盤修正我國政府採購法。政府採購法理應是我國受國際法影響最深的法律領域之一，這領域的主管機關、官員及法律人應具備充分的國際視野與法律思維。

---

285 參見Reich, *supra* note 46, at 998; CORVAGLIA, *supra* note 95, at 117; 關於歐盟政府採購法作為其會員國法治進展與現代化的重要推動力，參見Holoubek/Fuchs/Holzinger (Fn. 2), S. 31.

我國政府採購法有嚴重的執行赤字問題，病徵除了上述的制度溢流現象之外<sup>286</sup>，尚且表現在我國世界排名第10，且超越中國的「裙帶資本主義指數」(crony capitalism index)之國際認證<sup>287</sup>、若干地區由各方割據的「貪腐地圖」、層出不窮的採購貪腐事件。廠商迅速及有效救濟制度，不是萬靈丹，但國際經驗以及國際法律文件中高度的規範密度，也顯示它是作為防範貪腐、促成政府採購的良善治理（即政府採購法第1條明定之立法宗旨）與課責不可或缺的關鍵機制<sup>288</sup>。

關於改革，學界曾提出若干倡議。但迄今的改革建議幾乎都仍停留在零碎點狀階段，並多建立在幾近反射性的比較法研究，而非從對我國有直接或間接法律拘束意義的國際法，提供全盤、相互配套的政策與法制規劃研究。質言之，以往的討論僅著眼於政府採購事件的裁判結果，容易因契約簽訂及履行而失去實效性，因而建議引進德國法有關決標決定的通知義務與等待期間（爭訟前的決標（締約）禁止機制）<sup>289</sup>，及爭訟進行中的決標（締約）禁止機制<sup>290</sup>，以強化採購爭議程序之暫時權利保障。然而，如同相關國際法律文件的規定以及德國受其影響而特別制定的政府採購爭訟法所顯示，此等制度除須有兼顧採購效率及功能之調節與配套措施，才能真正發揮制度機能外<sup>291</sup>，也須有特別機制以防杜廠商濫用前揭禁止締約之擔保規範，而不當施壓刁難，或者造成非必要的採購延遲

---

286 參見本文「伍、四、(二)」。

287 參見：*Comparing crony capitalism around the world*, THE ECONOMIST (May 5, 2016), <https://www.economist.com/graphic-detail/2016/05/05/comparing-crony-capitalism-around-the-world>.

288 參見本文「肆、一」及「伍、一」。

289 參見Lin (Fn. 239), S. 341; 程明修，公私協力法律關係之雙階爭訟困境，收於：行政私法與私行政法，頁231-232（2016年）。

290 參見陳愛娥（註237），頁133。

291 參見本文「肆、三、(一)」。

後果<sup>292</sup>。蓋若不在法院組織及管轄途徑（如採購爭議審理專業化及專責化）、審級制度（如縮減審級、排除上訴法律審可能性、排除或限制上級審發回更審的權限等等）以及本案爭訟程序（如明定審結期限、強化集中審理原則、課予當事人訴訟促進義務等等）等面向同步進行改革，以促成本案得迅速審結確定<sup>293</sup>，貫徹爭訟繫屬中的決標（締約）禁止要求，往往將阻礙政府採購程序之終結長達數年之久。這將過度損害採購效率及功能，甚至阻礙行政任務的履行與公共投資而嚴重損及公益，而在現實上不具可行性<sup>294</sup>。換言之，這將只是把全部的砝碼移到天平的另一端，並非均衡兼顧採購公平、公開之廠商權益與採購效率、功能不受干擾之公益需求的設計，到頭來這也不會是能真正有效保護廠商訴訟權益的良善制度。此外，對於競爭失敗之廠商濫行起訴、特別是藉此利用禁止締約擔保而不當糾纏的防範機制，如基於權利保護請求顯然無勝訴希望而解除法定決標禁令之特別程序（簡稱「決標解禁程序」（Zuschlags-freigabeverfahren））<sup>295</sup>、課予廠商因其濫用訴訟權利而生損害之賠償責任<sup>296</sup>，以及甚至是惡意濫訴罰（Mutwillensstrafe）<sup>297</sup>，亦應納入制度規劃之整體考量中。

292 相關問題意識，參見UNCITRAL, GUIDE TO ENACTMENT, *supra* note 81, ¶ 29, at 303-04; *Chen* (Fn. 61), S. 545 ff., 尤其是S. 548 f.

293 有關德國法在上述各個環節加速採購爭議審結的制度設計，參見*Chen* (Fn. 61), S. 457-585 (Kapitel 6).

294 參見本文「肆、三、(一)」；同旨亦見Trybus, *supra* note 82, at 424.

295 參見如聯合國政府採購模範法第67條第6項、德國競爭限制防止法第163條第2項、第169條第2項、第173條第1項第3句連同第2項，以及第176條第2項等規定。關於前揭德國法規定之體系化論述及其歐盟法背景，參見*Chen* (Fn. 61), S. 544 ff. 之詳盡說明。

296 參見如德國競爭限制防止法第180條之規定。對此條規定之立法旨趣，可參見Christian Alexander, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), *Vergaberecht*, 3. Aufl., 2019, § 180 GWB Rn. 4 f.

297 例如奧地利2018年聯邦政府採購法第349條。

相關相互配套的法制規劃，聯合國政府採購模範法及歐盟採購救濟指令皆有框架性的規範，可均衡兼顧及時有效權利保護與採購效率公益需求。這兩份國際法律文件，乃國際公認良善作法的結晶，可供我國將來參酌使用，以因應採購爭議之特性，調整政府採購事件爭訟程序之規定。此外，德國法乃我國法制建構與比較法研究的重要的來源，其在政府採購救濟領域為因應歐盟採購救濟指令要求的具體改革與實踐經驗，同樣值得我國學界深耕研究。

## 參考文獻

### 1. 中文部分

- Wolfgang Kahl著，林明鏘譯（2011），德國與歐盟行政法上主觀公法上權利之現況、演變及其展望，臺大法學論叢，40卷2期，頁877-906。[按：原文可參臺大法學論叢40卷2期網頁：Kahl, Wolfgang (2011), Das subjektive öffentliche Recht im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht — Stand, Entwicklung, Perspektiven, online verfügbar unter <https://www.law.ntu.edu.tw/law3/index.php/zh-tw/archivec/%E6%9C%80%E6%96%B0%E4%B8%80%E6%9C%9F/item/367-%E7%AC%AC40%E5%8D%B7-%E7%AC%AC2%E6%9C%9F.html>.]
- 王珍玲（2001），論政府採購法中異議及申訴制度，月旦法學雜誌，73期，頁120-132。
- 王富仙（2013），政府採購法上異議之正當法律程序，軍法專刊，59卷6期，頁92-119。
- 朱敏賢（2018），政府採購暨其防弊之刑事規制——以司法實務之判決分析為中心，法學叢刊，63卷4期，頁71-105。
- 李建良（2018），行政法基本十講，8版，臺北：元照。
- 李建良編（2012），2011行政管制與行政爭訟：民營化時代的行政法新趨勢，臺北：中央研究院法律學研究所。
- 周佳宥（2014），不良廠商之認定及其救濟程序，法令月刊，65卷7期，頁95-112。
- 林三欽（2009），作成「預防性行政處分」之時間上限制，收於：司法院行政訴訟及懲戒廳編，行政訴訟制度相關論文彙編（第6輯），頁345-371，臺北：司法院。
- 林明昕（2006），行政爭訟上停止執行之實體審查標準——以行政

- 訴訟法第一百十六條第二項為中心，收於：湯德宗、劉淑範編，2005行政管制與行政爭訟，頁1-39，臺北：中央研究院法律學研究所籌備處。
- （2006），論ETC案中之行政爭訟問題——以暫時權利保護為中心，台灣本土法學雜誌，82期，頁226-233。
- 林明鏘（2006），ETC判決與公益原則——評台北高等行政法院九十四年訴字第七五二號判決及九十四年度停字第一二二號裁定，月旦法學雜誌，134期，頁5-25。
- （2015），政府採購制度之檢討與修法建議——從聯合國反貪腐公約第9條第1項規定論起，收於：法務部廉政署編，聯合國反貪腐公約專題學術研討會論文集：我國之實踐與展望，頁145-180，臺北：法務部廉政署。
- （2019），行政私法與雙階理論之檢討——從最高行政法院102年10月份第2次庭長法官決議談起，臺北大學法學論叢，112期，頁63-126。
- 林家祺（2009），政府採購行政訴訟——訴之利益理論與實務，臺北：新學林。
- （2019），政府採購法，4版，臺北：新學林。
- 孫迺翊（2011），社會福利服務契約法制初探——從我國社會福利機構「公設民營」之經驗談起，收於：政治大學法學院公法中心編，全球化下之管制行政法，頁505-540，臺北：元照。
- 許宗力（1999），基本權利對國庫行為之限制，收於：法與國家權力，頁1-71，臺北：元照。
- 陳世圯（計畫主持人）（2009），政府採購制度問題探討與對策，委託研究報告（RDEC-RES-097-032），臺北：行政院研究發展考核委員會。
- 陳信安（2015），論德國行政法上之納用私人（Indienstnahme），月旦法學雜誌，237期，頁165-198。
- 陳英鈴（2006），行政法院做為行政程序的守護神——評台北高等

- 行政法院對ETC案裁判，月旦法學雜誌，132期，頁150-164。
- 陳敏（2019），行政法總論，10版，臺北：自版。
- 陳愛娥（2012），政府採購爭議之暫時權利保護，收於：台灣行政法學會編，公法上暫時處分與權利救濟／公平交易與環境保護之新思維，頁111-133，臺北：台灣行政法學會。
- 陳耀祥（2015），政府採購程序中訂定揭弊者保護規範之研究，收於：法務部廉政署編，聯合國反貪腐公約專題學術研討會論文集：我國之實踐與展望，頁119-143，臺北：法務部廉政署。
- 程明修（2016），公私協力法律關係之雙階爭訟困境，收於：行政私法與私行政法，頁203-234，臺北：新學林。
- 黃榮源、陳郁函（2018），臺灣長期照顧政策之執行與展望：以公私協力治理觀點分析，文官制度季刊，10卷2期，頁53-83。
- 葉俊榮（1995），國家責任的溢流：國家賠償法施行現況的檢討，臺大法學論叢，24卷2期，頁123-147。
- 廖義男（1987），公共工程公開招標與議價法律問題之研究，臺大法學論叢，17卷1期，頁93-128。
- 潘欣榮（2011），政府採購法下招標爭議案件訴權內容及訴訟類型之研究，法令月刊，62卷6期，頁97-125。
- 顏玉明（2014），政府採購環境保護產品之探討，軍法專刊，60卷3期，頁71-102。
- 羅昌發（2008），政府採購法與政府採購協定論析，3版，臺北：元照。

## 2. 外文部分

- Alexander, Christian (2019), in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl., Baden-Baden: Nomos, § 180 GWB.
- Allen, Rand L. 2002. Integrity: maintaining a level playing field. *Public Procurement Law Review* 11:111-114.
- Anderson, Robert D., and Anna Caroline Müller. 2017. The Revised

- WTO Agreement on Government Procurement (GPA): Key Design Features and Significance for Global Trade and Development. *Georgetown Journal of International Law* 48:949-1008.
- Anderson, Robert D., and Sue Arrowsmith. 2011. The WTO Regime on Government Procurement: Past, Present and Future. Pp. 3-58 in *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, edited by Sue Arrowsmith and Robert D. Anderson. Cambridge: Cambridge University Press.
- Anderson, Robert D., and William E. Kovacic. 2009. Competition Policy and International Trade Liberalisation: Essential Complements to Ensure Good Performance in Public Procurement Markets. *Public Procurement Law Review* 18:67-101.
- Anderson, Robert D., William E. Kovacic, and Anna Caroline Müller. 2011. Ensuring Integrity and Competition in Public Procurement Markets: A Dual Challenge for Good Governance. Pp. 681-718 in *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, edited by Sue Arrowsmith and Robert D. Anderson. Cambridge: Cambridge University Press.
- . 2017. Promoting Competition and Deterring Corruption in Public Procurement Markets: Synergies with Trade Liberalization. *Public Procurement Law Review* 26:77-97.
- Andhov, Marta. 2019. Contracting Authorities and Strategic Goals of Public Procurement – A Relationship Defined by Discretion?. Pp. 117-138 in *Discretion in EU Public Procurement Law*, edited by Sanja Bogojević, Xavier Groussot and Jörgen Hettne. Oxford: Hart Publishing.
- André, Tobias/Sailer, Daniel (2011), Primärer Vergaberechtsschutz unterhalb der unionsrechtlichen Anwendungsschwellen — Zur judiziellen Urbarmachung einer „Rechtsschutzwüste“, JZ, S. 555-563.

- Arrowsmith, Sue. 1998. Towards a Multilateral Agreement on Transparency in Government Procurement. *International and Comparative Law Quarterly* 47:793-816.
- . 2002. The Character and Role of National Challenge Procedures under the Government Procurement Agreement. *Public Procurement Law Review* 11:235-260.
- . 2003. *Government Procurement in the WTO*. The Hague: Kluwer Law International.
- . 2004. Public Procurement: An Appraisal of the Uncitral Model Law as a Global Standard. *International and Comparative Law Quarterly* 53:17-46.
- . 2017. *Consequences of Brexit in the Area of Public Procurement – Study for the IMCO Committee*. Available at [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/602028/IPOL\\_STU\(2017\)602028\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/602028/IPOL_STU(2017)602028_EN.pdf).
- Arrowsmith, Sue, John Linarelli, and Don Wallace, Jr. 2000. *Regulating Public Procurement, National and International Perspectives*. The Hague: Kluwer Law International.
- Arrowsmith, Sue, and Richard Craven. 2016. Public Procurement and Access to Justice: A Legal and Empirical Study of the UK System. *Public Procurement Law Review* 25:227-252.
- Bitterich, Klaus (2013), *Vergabeverfahren und Bürgerliches Recht*, Baden-Baden: Nomos.
- Blagojevic, Branimir. 2018. Public Procurement Review Mechanism in the Republic of Serbia – Current State of Play and Main Challenges. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 13:245-251.
- Blank, Annet, and Gabrielle Marceau. 1996. The History of the Government Procurement Negotiations Since 1945. *Public*

*Procurement Law Review* 5:77-147.

Boch, Christine. 2007. The Implementation of the Public Procurement Directives in the UK: Devolution and Divergence?. *Public Procurement Law Review* 16:410-434.

Burgi, Martin (2009), Die Zukunft des Vergaberechts, NZBau, S. 609-615.

——— (2018), Entwicklungstendenzen und Handlungsnotwendigkeiten im Vergaberecht, NZBau, S. 579-585.

——— (2018), Vergaberecht (2016), 2. Aufl., München: C. H. Beck.

Byok, Jan (1998), Das neue Vergaberecht, NJW, S. 2774-2779.

Caranta, Roberto. 2015. Remedies in EU Public Contract Law: The Proceduralisation of EU Public Procurement Legislation. *Review of European Administrative Law* 8:75-98.

Chen, Hsi-Ping (2019), Vergaberechtsschutz im Spannungsfeld zwischen Beschleunigungsgebot und Gewährung effektiven Rechtsschutzes, Baden-Baden: Nomos.

Corvaglia, Maria Anna. 2017. *Public Procurement and Labour Rights: Towards Coherence in International Instruments of Procurement Regulation*. Oxford: Hart Publishing.

Davies, Arwel. 2017. The Evolving GPA: Lessons of Experience and Prospects for the Future. Pp. 23-55 in *The Internationalization of Government Procurement Regulation*, edited by Aris C. Georgopoulos, Bernard Hoekman and Petros C. Mavroidis. Oxford: Oxford University Press.

Davis, Cecily. 2002. The European Court of Justice Decision in Alcatel – the Implications in the United Kingdom for Procurement Remedies and PFI. *Public Procurement Law Review* 11:282-287.

Detterbeck, Steffen (2018), Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht (2002), 16. Aufl., München: C. H. Beck.

- Dörr, Oliver (2017), in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1 (2001), 3. Aufl., München: C. H. Beck, Einl., § 97 Abs. 6 GWB.
- Dreher, Meinrad/Hoffmann, Jens (2017), in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1 (2001), 3. Aufl., München: C. H. Beck, § 134 GWB.
- European Commission. 1991. The Large Market of 1993 and the Opening-up of Public Procurement. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities.
- . 2011. Commission Staff Working Paper: Evaluation Report Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation, SEC (2011) 853 final, <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/?fuseaction=list&coteId=2&year=2011&number=853&version=ALL&language=en>.
- . 2017. Evaluation of the Modifications Introduced by Directive 2007/66/EC to Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC Concerning the European Framework for Remedies in the Area of Public Procurement/REFIT Evaluation, SWD (2017) 13 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017SC0013&from=PL>.
- Fehling, Michael (2019), in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl., Baden-Baden: Nomos, § 97 GWB.
- Fett, Bernhard (2018), in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Bd. 3, Vergaberecht I, 2. Aufl., München: C. H. Beck, § 168 GWB.
- Fleischer, Holger (2017), Spezialisierte Gerichte: Eine Einführung, *RabelsZ* 81, S. 497-509.
- Footer, Mary. 1995. Remedies under the New GATT Agreement on Government Procurement. *Public Procurement Law Review* 4:80-93.

- Franzius, Claudio (2016), Modernisierung des subjektiven öffentlichen Rechts. Zum Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit, UPR, S. 281-295.
- Fuchs, Claudia (2014), Öffentliche Vergabe, in: Kirchhof/Korte/Magen (Hrsg.), Öffentliches Wettbewerbsrecht, Heidelberg: C. F. Müller, § 15.
- Gordon, Daniel I. 2004. In the Beginning: The Earliest Bid Protests Filed with the US General Accounting Office. *Public Procurement Law Review* 13:NA147-164.
- . 2006. Constructing a Bid Protest Process: The Choices That Every Procurement Challenge System Must Make. *Public Contract Law Journal* 35:427-445.
- . 2013. Bid Protests: The Costs Are Real, but the Benefits Outweigh Them. *Public Contract Law Journal* 42:489-516.
- Halter, Ulrich (2017), Europarecht: Dogmatik im Kontext, Bd. II (2005), 3. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck.
- Hoekman, Bernard, and Petros C. Mavroidis. 1995. WTO's Agreement on Government Procurement: Expanding disciplines, Declining Membership?. *Public Procurement Law Review* 4:63-79.
- Holoubek, Michael/Fuchs, Claudia/Holzinger, Kerstin (2018), Vergaberecht (2005), 5. Aufl., Wien: Verlag Österreich.
- Hong, Mathias (2012), Subjektive Rechte und Schutznormtheorie im europäischen Verwaltungsrechtsraum, JZ, S. 380-388.
- Horn, Lutz/Hofmann, Heiko (2017), in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1 (2001), 3. Aufl., München: C. H. Beck, § 156 GWB.
- Kühling, Jürgen/Huerkamp, Florian (2009), Ausschreibungsverzicht und Europäische Grundfreiheiten — Das Vergaberecht in der (Wirtschafts-)Krise, NVwZ, S. 557-562.
- Lin, Ming-Hsin (2011), Das Vergaberecht in Taiwan und seine Praxis.

Eine kritische Betrachtung insbesondere im Hinblick auf Rechtsschutzprobleme, VergabeR, S. 333-342.

- Lo, Chang-Fa. 2011. The Benefits for Developing Countries of Accession to the Agreement on Government Procurement: The Case of Chinese Taipei. Pp. 140-148 in *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, edited by Sue Arrowsmith and Robert D. Anderson. Cambridge: Cambridge University Press.
- Lusby, Keith M. 2013. Improving the Effectiveness of State Bid Protest Forums: Going Above and Beyond the Agreement on Government Procurement and Adopting the ABA's Model Procurement Code. *Public Contract Law Journal* 43:57-86.
- Marshall, Robert C., Michael J. Meurer, and Jean-Francois Richard. 1991. The Private Attorney General Meets Public Contract Law: Procurement Oversight by Protest. *Hofstra Law Review* 20:1-72.
- Masing, Johannes (2012), Der Rechtsstatus des Einzelnen im Verwaltungsrechts, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I (2006), 2. Aufl., München: C. H. Beck, § 7.
- Maurer, Hartmut/Waldhoff, Christian (2020), *Allgemeines Verwaltungsrecht* (1980), 20. Aufl., München: C. H. Beck.
- Morlino, Elisabetta. 2016. International Public Procurement. Pp. 82-106 in *Research Handbook on Global Administrative Law*, edited by Sabino Cassese. Cheltenham, UK: Edward Elgar.
- Nicholas, Caroline. 2011. Work of UNCITRAL on Government Procurement: Purpose, Objectives, and Complementarity with the Work of the WTO. Pp. 746-772 in *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, edited by Sue Arrowsmith and Robert D. Anderson. Cambridge: Cambridge

- University Press.
- . 2012. The 2011 UNCITRAL Model Law on Public Procurement. *Public Procurement Law Review* 21:NA111-123.
- . 2017. UNCITRAL and the Internationalization of Government Procurement Regulation. Pp. 86-108 in *The Internationalization of Government Procurement Regulation*, edited by Aris C. Georgopoulos, Bernard Hoekman and Petros C. Mavroidis. Oxford: Oxford University Press.
- OECD. 2007. *Integrity in Public Procurement: Good Practice from A to Z*. Paris: OECD Publishing.
- . 2009. *OECD Principles for Integrity in Public Procurement*. Paris: OECD Publishing.
- . 2016. *Preventing Corruption in Public Procurement*. Paris: OECD Publishing.
- Pache, Eckhard (2001), Der Staat als Kunde — System und Defizite des neuen deutschen Vergaberechts, DVBl, S. 1781-1792.
- Petersmann, Ernst-Ulrich. 1998. How to Promote the International Rule of Law? Contributions by the World Trade Organization Appellate Review System. *Journal of International Economic Law* 1:25-48.
- . (2005), Welthandelsrecht als Freiheits- und Verfassungsordnung, ZaöRV, S. 543-585.
- Pietzcker, Jost (1998), Die neue Gestalt des Vergaberechts, ZHR 162, S. 427-473.
- Prieß, Hans-Joachim (2010), Vergaberechtliche Deregulierung und (Re-)Regulierung in der Wirtschaftskrise, WiVerw, S. 24-35.
- Priess, Hans-Joachim, and Pascal Friton. 2011. Designing Effective Challenge Procedures: The EU's Experience with Remedies. Pp. 511-531 in *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, edited by Sue Arrowsmith and Robert D.

- Anderson. Cambridge: Cambridge University Press.
- Pring, Coralie. 2016. *People and Corruption: Europe and Central Asia – Global Corruption Barometer*. Berlin: Transparency International.
- Pünder, Hermann (2019), Vergaberecht, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Bd. 1: Öffentliches Wirtschaftsrecht (1990), 4. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller, § 17.
- Ramkumar, Vivek. 2008. *Our Money, Our Responsibility: A Citizens' Guide to Monitoring Government Expenditures*. Washington, D.C.: International Budget Project.
- Reich, Arie. 1999. *International Public Procurement Law: The Evolution of International Regimes on Public Purchasing*. The Hague: Kluwer Law International.
- . 2009. The New Text of the Agreement on Government Procurement: An Analysis and Assessment. *Journal of International Economic Law* 12:989-1022.
- Reich, Arie, and Oren Shabat. 2014. The Remedy of Damages in Public Procurement in Israel and the EU: A Proposal for Reform. *Public Procurement Law Review* 23:50-77.
- Reisner, Hubert (2019), in: Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer (Hrsg.), *BVergG 2018. Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2018*, Wien: Verlag Österreich, § 356.
- Rittner, Fritz (1995), Das deutsche öffentliche Auftragswesen im europäischen Kontext, *NVwZ*, S. 313-320.
- . (1996), Das öffentliche Auftragswesen im Spannungsfeld zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht, *Europarecht Beiheft* 1/1996, S. 7-22.
- Rosenfeldt, Herbert/Würdemann, Aike (2016), Schöpfer des Binnenmarktes im Käfig der Verträge — Die grundfreiheitliche Bindung des EU-Gesetzgebers, *EuR*, S. 453-472.

- Schmidt-Aßmann, Eberhard (2020), in Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz-Kommentar, Stand: Lfg. 91. EL April 2020, München: C. H. Beck, Art. 19 Abs. 4.
- Schneider, Jens-Peter (2009), Umweltschutz im Vergaberecht, NVwZ, S. 1057-1063.
- Schoch, Friedrich (1999), Individualrechtsschutz im deutschen Umweltrecht unter dem Einfluß des Gemeinschaftsrechts, NVwZ, S. 457-467.
- (2000), Die Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Berlin: De Gruyter.
- (2013), Gerichtliche Verwaltungskontrollen, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III (2009), 2. Aufl., München: C. H. Beck, § 50.
- Schulze-Fielitz, Helmuth (2012), Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl., München: C. H. Beck, § 12.
- Schwarze, Jürgen (1979), Diskriminierung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts, in: Meessen (Hrsg.), Öffentliche Aufträge und Forschungspolitik, Baden-Baden: Nomos, S. 79-100.
- (2000), Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, EuZW, S. 133-144.
- SIGMA. 2007. *Public Procurement Review and Remedies Systems in the European Union*. Paris: OECD Publishing.
- . 2013. *Public Procurement Brief 25: Establishing Procurement Review Bodies*. Paris: OECD Publishing.
- Sommermann, Karl-Peter (2019), Entwicklungsperspektiven der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Europa, DÖV, S. 293-304.

- Steck, Matthias (2020), in: Ziekow/Völlink (Hrsg.), *Vergaberecht Kommentar*, 4. Aufl., München: C. H. Beck, §168 GWB.
- Stober, Rolf (2017), in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, *Verwaltungsrecht I* (1956), 13. Aufl., München: C. H. Beck, § 4.
- Trepte, Peter. 2005. The Agreement on Government Procurement. Pp. 1123-1163 in *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, edited by Patrick F. J. Macrory, Arthur E. Appleton and Michael G. Plummer. Boston, MA: Springer.
- Troff, Erik A. 2005. The United States Agency-Level Bid Protest Mechanism: A Model for Bid Challenge Procedures in Developing Nations. *Air Force Law Review* 57:113-154.
- Trybus, Martin. 2006. Improving the Efficiency of Public Procurement Systems in the Context of the European Union Enlargement Process. *Public Contract Law Journal* 35:409-426.
- UNCITRAL. 2008. Possible Revisions to the UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services – Remedies, Conflicts of Interest and Services Procurement in the Model Law, U.N. Doc. A/CN.9/WG.I/WP.64, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.I/WP.64>.
- . 2013. *A Guide to UNCITRAL: Basic Facts about the United Nations Commission on International Trade Law*. Vienna: United Nations.
- . 2014. *Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement*. Vienna: United Nations.
- UNODC. 2013. *Guidebook on Anti-Corruption in Public Procurement and the Management of Public Finances: Good Practices in Ensuring Compliance with Article 9 of the United Nations Convention Against Corruption*. Vienna: United Nations.
- Voßkuhle, Andreas/Schemmel, Jakob (2019), *Grundwissen* —

Öffentliches Recht: Die Europäisierung des Verwaltungsrechts, JuS, S. 347-350.

Wahl, Rainer (2020), in: Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.), VwGO, Stand: Lfg. 38. EL Januar 2020, München: C.H. Beck, Vorbemerkung § 42 Abs. 2.

Weatherill, Stephen. 1990. National Remedies and Equal Access to Public Procurement. *Yearbook of European Law* 10:243-290.

Wollenschläger, Ferdinand (2010), Verteilungsverfahren, Tübingen: Mohr Siebeck.

World Bank. 2013. *Comparison of the International Instruments on Public Procurement* (unpublished background paper).

Zhang, Xinglin. 2007. Supplier Review as a Mechanism for Securing Compliance with Public Procurement Rules: A Critical Perspective. *Public Procurement Law Review* 16:325-351.

———. 2011. Constructing a System of Challenge Procedures to Comply with the Agreement on Government Procurement. Pp. 483-510 in *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, edited by Sue Arrowsmith and Robert D. Anderson. Cambridge: Cambridge University Press.

Zuleeg, Manfred (2004), Öffentliche Aufträge nach europäischem und deutschem Recht, ZEuP, S. 636-643.

## Rapid and Effective Remedies in Public Procurement:

An Analysis of Requirements of International Law and  
Their Legislative and Judicial Practice in Taiwan

*Hsi-Ping Chen\**

### Abstract

This article discusses the principle of rapid and effective remedies protected by international public procurement law and further examines its legislative and judicial practice in Taiwan. Base on the significance of public procurement and the pressing issues it creates, this work will first illustrate how the remedies systems recently developed in a few major international legal instruments on public procurement, and then investigate the principle of rapid and effective remedies from the perspective of evaluative comparative analysis. While the role of bidder remedies is crucial globally for improving good governance in public procurement, the philosophical and strategic concept of bidder being “private attorney general” cannot be overlooked. Therefore, this research examines its impact on the national public procurement law and further discusses the contents and the essence of rapid and effective remedies. This paper is of the view that the public procurement review proceedings in Taiwan have several structural and fundamental deficiencies which should be amended in order to meet the international standard.

KEYWORDS: GPA of WTO, UNCAC, UNCITRAL Model Law on Public Procurement, EU Public Procurement Remedies Directives, principle of rapid and effective remedies,

---

\* Post-Doctoral Scholar, Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica.

functional subjectification, public procurement remedies, protest and complaint procedures, administrative court proceedings.