

行政法判解

## 政府採購法規定「不予發還及追繳押標金」之法律性質

### 最高行政法院100年度判字第1237號判決

#### 【實務選擇題】

依據實務見解，政府採購法第31條第2項所稱「押標金不予發還，其已發還者，並予追繳」的法律性質為何？

- (A)公法上的意思表示。
- (B)行政處分。
- (C)事實行為。
- (D)私法上的意思表示。

**答案：**B

#### 【裁判要旨】

查本件原判決以上訴人之分包廠商及連帶保證廠商違法獲取應保密之評選委員名單，而關說行賄評選委員，業經台北地檢署檢察官提起公訴，且為上訴人所不爭，故系爭採購案上訴人之分包廠商、連帶保證廠商關說行賄之事實，為原審確認之事實。而此情形，經原判決認定屬於整個政府採購制度公正性之破壞，構成政府採購法第50條第1項第7款「其他影響採購公正之違反法令行為」者，屬同法第31條第2項第8款所稱「其他經主管機關認定有影響採購公正之違反法令行為」。又以政府採購法第31條第2項<sup>1</sup>賦予採購機關得「沒入」、「追繳」押標金此等具行政高權且具執行力之權限，如義務人不履行時，得以行政執行手段予以貫徹，自應定性為行政處分。惟押標金保證契約之違反，非可逕認係行政罰（裁罰性不利處分）。自無行政罰法第27條關於裁處時效等規定之適用。

<sup>1</sup> 內容：「機關得於招標文件中規定，廠商有下列情形之一者，其所繳納之押標金，不予發還，其已發還者，並予追繳：……八、其他經主管機關認定有影響採購公正之違反法令行為者。」

## 【裁判分析】

政府採購主管機關行政院公共工程委員會對政府採購行為始終秉持一元論的看法：「採購行為之性質屬私經濟行政，非屬行政程序法第2條第1項所規範之行政行為，不適用行政程序法。」（請見工程會97年8月13日工程企字第09700311610號函）但此種見解已經得不到法院的支持。

民事法院和行政法院在採購法實施之初，對於政府採購行為的定性亦莫衷一是。隨著時間的經過，以雙階理論為基礎的二元模型已成為法院的多數見解。台灣高等法院暨所屬法院2006年法律座談會民事類提案第14號針對「政府機關依政府採購法所為招標、審標、決標行為，是否為執行公權力之行為，有無國家賠償法之適用？」提出討論，多數見解認為「依九十一年二月六日修正政府採購法第七四條規定，……有意將政府採購行為區分為訂約前之招標、審標、決標行為及訂約後之履約、驗收行為，亦即廠商與機關間關於招標、審標、決標之爭議，係屬公法上之爭議……依行政訴訟法規定救濟。訂約後之履約、驗收行為，屬私法事件，依調解或仲裁程序解決。」

對於決標後，不依限辦理訂約手續的廠商，招標機關將其押標金沒收之爭議，最高行政法院2004年2月庭長法官聯席會議(二)承襲過去實務見解，認為「招標公告應為要約之引誘，而原告投標是要約，被告之決標則應視為要約之承諾（參見最高法院62年度台上字第787號判例意旨）。」決標（承諾）後，契約既已成立，決標乃認為，「沒收押標金部分，係因採購契約履約問題所生之爭議，屬私權糾紛而非公法爭議，行政法院無審判權。」

最高行政法院2008年5月第1次庭長法官聯席會議(二)進一步釐清，決標前沒收押標金爭議之性質。該決議基本上採甲說，認為「立法者對於採購爭議之解決，已採「雙階理論」，即以廠商與機關間是否進入訂約程序而決之……本件（沒收押標金）既尚未進入訂約程序，應屬公法事件之爭議，行政法院自有審判權<sup>2</sup>。」

從以上說明可知，目前行政法院實務原則上係採修正的二元模型，以決標與否作為區分政府採購行為之前階段公法行為和後階段私法契約行為。原則上，決標同時具有行政處分和要約之承諾的雙重性質。因此，依政府採購法訂立契約後，因履約問題所生之爭議，固屬私權糾紛而非公法爭議，行政法院無審判權，但應限於「已經決標後，得標廠商未依約履行所生之爭議」，至若尚未決標前，因認定投標不合

<sup>2</sup> 陳英鈐（2011），〈追繳押標金之救濟途徑〉，《月旦法學教室》，78期，頁17。

程序不予決標，進而沒收或追繳押標金者，則係行政處分<sup>3</sup>。

針對本案法院所採之法律見解是否合妥，學者提出以下幾點思考方向以供參考<sup>4</sup>：

- 一、政府採購法第31條第2項係規定：「其所繳納之押標金，不予發還」，並未使用「沒入」字眼，本判決如何將之解讀為「沒入」？
- 二、「不予發還」與「追繳」之法律性質是否相同？招標單位如不發還押標金者，投標廠商應如何提起行政救濟？
- 三、押標金之作用，若係投標廠商為擔保踐行所願遵守投標須知，而向招標單位繳納之保證金，則該「保證金」是否應屬「投標議約」階段之一環，而屬締約上之爭議（公法上之「締約上過失」）？

#### 【關鍵字】

政府採購、押標金、沒入、追繳、行政處分、雙階理論、救濟途徑。

#### 【相關法條】

政府採購法第31條、第50條。

#### 【參考文獻】

1. 陳英鈞（2011）。追繳押標金之救濟途徑，月旦法學教室，第78期，頁16-17。
2. 李建良主編（2011）。公法類實務導讀，台灣法學雜誌，第190期，頁165-166、174-176。

<sup>3</sup> 同前註。

<sup>4</sup> 李建良主編（2011），〈公法類實務導讀〉，《台灣法學雜誌》，190期，頁165-166。