

《公平交易季刊》
第七卷第三期(88/7)，pp.1-31
◎行政院公平交易委員會

公平交易法、政府採購法與工程招標 －從公平會實務見解談政府之採購行為

張向昕*

摘 要

政府採購法於今(88)年 5 月 27 日生效實行，為我國重要之經濟管制法律。在此之前，公平交易法一直扮演著政府公共工程採購重要之行政管制工具。因此，在政府採購法施行之後，該如何與公平交易法調和適用，即為本文主要之目的。

本文之論點基礎在於：為何要將政府採購與私人採購為不同之對待，及應如何管制。通常為二種解決的方式：一種「內部監督」，如行政稽核；另一種是「外部監督」，即市場機制。為了保障投標者之權利，除了建立多種審查機制讓採購機關得以自行審查外，爭議處理制度同時提供投標者向政府機關表示異議機會。其目的均在於增進採購機關之效率及保護投標者之權利。其次，維護市場競爭秩序亦為法秩序之另一目的。因此，本文認為，公平交易委員會(公平法之執法機關)及公共工程委員會(政府採購法之執法機關)有必要互補其不足，由於政府採購法無法取代公平交易法之所有功能。

本文可大致分為三個部分，第一部分在於歸納及分析公平交易委員會對於政府採購之實務見解；第二部分在於分析公平交易法與政府採購法之互動關係；第三部分為本文之結論及建議。

關鍵詞：公平交易，政府採購，公共工程，招標

*作者為國立台灣大學法律研究所碩士班研究生。本文為廖義男教授 87 年度講授「經濟法專題」期末報告改寫而成，除感謝廖義男教授之指導，匿名審稿委員之寶貴意見尤為珍貴，惟文責仍由作者自負。

壹、前言

— 一向「市場學習」的政府採購 —

去(87)年5月,政府採購法終於在立法院中三讀通過,於今年5月27日生效實行。在政府採購法施行之後,將對未來公共工程爭議處理有何影響?依目前的法律實務運作,是否會造成法規適用上的衝突?對於政府的行政體系又將產生如何的衝擊及如何調適?其中牽連之層面甚廣,深值探討。由於政府之工程招標爭議,涉及諸多法規之競合爭議,包括公平交易法、審計法及相關營建法令等的解釋適用。依目前的實務運作,對於公共工程爭議的處理,主要循行政院公共工程委員會的爭議調解程序、或循仲裁途徑,或依公平交易法向行政院公平交易委員會(下稱公平會)請求救濟。在政府採購法即將實施之際,上述法令之適用也有加以檢討調整之必要。本文目的,主要針對公平會過去對政府採購行為規範之見解,作全盤性的回顧與檢討,一方面檢驗其見解在競爭法意義上的妥適性,另一方面則評估在政府採購法施行之後,該如何與公平交易法調和適用上的衝突。

公平交易法乃「競爭法」,所謂「競爭法」為規範私經濟市場之競爭秩序,維護市場機能的正常運作,因此,其規範的對象限於「市場的私經濟行為」;所謂「私經濟行為」的涵意,簡單來說,就是「依市場供需得自由選擇的行為」。至於公權力行為,由於具有「強制性」、「最高性」及「服從性」,並不容許競爭的存在,在沒有選擇機會的情況下,從而也就不存在競爭,自然也不會有競爭法的適用。

政府的採購行為應否有競爭法的適用?從政府為「公權力的主體」而言,似乎會有些迷惑。但是,我們在認定什麼是市場的私經濟行為時,我們並非從「行為的主體」思考,而是從「行為的本身」思考—什麼樣的行為會影響市場機能(價格機能)¹,當政府行為在市場上有競爭之可能性時,都將會影響到市場的運作,而該當競爭法的規範。至於誰是行為主體(政府或私人),從市場競爭機制的維護觀點來看,其實並不重要。因此,政府採購與私人採購的行為應被視為同一,對於競爭法的規

¹對於由何種方式(主體性、行為)來認定公平交易法對行政主體之適用,學理上並非無爭議,不過大部分學者傾向於以行為面認定行政機關之主體性,見許宗力、朱柏松、羅怡德、劉孔中(1996)行政機關行為適用公平交易法之範圍,行政院公平交易委員會85年年度合作研究計畫六,59。

範意旨而言，應是相同的，就規範效果而言，也應相同的²。

不過，政府採購和私人採購終究是不同的，最根本的不同在於，私人採購是花「自己」的錢，政府採購是花「別人」的錢，所以產生的「效率」當然不同。私人採購時，因為花的是自己的錢，當然是「錙銖必較，能省則省」；政府採購時花的是別人的錢，所以大多是「當用則用」；私人採購時，會比較精確地考慮所付出的代價對自己的效用有多大，所以花錢大多是花在刀口上；政府採購時，對別人的效用就不像對自己效用考量來的精確。簡單來說，在私人採購中，採購者就只單純地考慮自己的效用函數，在求取效用的極大化過程中，少了「代理成本」的問題，也沒有「道德危險」的問題。而在政府採購過程中，採購者的效用函數可能和實際的利益歸屬者不同，別人的效用可能只是自己免責、合法的考量之一，因此，比較可能會產生無效率的結果³。換言之，私人採購與政府採購的採購者所存在的效用函數不同，所以結果亦多半不同。

由於政府採購比較可能出現無效率的悲哀，所以通常有二種解決的方式：一種是透過機關內部的層層稽核，以避免違法舞弊的行為，即「內部監督」；另一種是引進競爭機制，交由「看不見的手」監控，即「市場監督」。當然，這二種方式也可以並行不悖，相輔相成，但在某些程度上也會造成監督上的衝突。從法律的觀點來說，行政程序的合法性監督（其中包括合法性、妥當性的考量及事前或事後的審計），代表的是「內部監督」；而競爭程序的維護，代表的就是「市場監督」，因此必然會產生規範競合的情形，故必須面臨法律解釋調整的問題。

在政府採購法未通過前，公平會一直扮演著維護政府採購機制的角色，然而在政府採購法通過之後，政府採購法對於內部監督程序及競爭參進程序，均多有著墨，因此，在政府採購法通過之後，對於以維護競爭機能之公平法產生如何程度的影響，將是本文的研究重點。在研究方法上，本文首先藉由目前公平會的實務見解著手，分析公平會對政府採購行為的法律邏輯見解，藉以在公平法的抽象競爭概念中，檢討公平會過去對政府採購行為的見解；其次，比較政府採購法與公平法的規範意旨

² 從法律的體系性解釋而言，在成文法的體系中，如果法律條文的本身，並沒有針對不同的行為人作出不同法律效果的設計，所有該當於該法律規範的行為主體，都應受到平等的法律對待，而不應有不同的法律效果，否則即會混亂法律體系。

³ 這樣的例子在財政學領域的討論中，不勝枚舉。在實證的研究中發現，一般政府機關的辦公大樓多半比私人企業大樓所使用的坪數為大，使用的設備也多所浪費。

及架構邏輯，以供公平會未來執法上之參考。

貳、政府採購行為適用公平交易法之實務案例分析

關於政府在採購過程中所衍生的公平交易法案例，囿於資料搜集的方便性及正確性，以下案例皆取材於公平會所出版的「機關招標採購適用公平交易法相關案例彙集（增訂三版）」⁴。目前公平會所處理的政府機關採購案例類型，以行為主體區分，主要規範對象分為參標事業、招標機關及受政府機關委託之設計單位等；行為態樣包括圍標行為、綁標行為及其他不公平競爭行為，本文先以行為主體為分類架構，將違反公平法之案例彙集歸納為下表：

行為主體	被處分主體	行為類型	適用法條	文 號	備 註
參標事業	華豐鋼鐵鍛造廠公司 (海軍陸戰隊履帶總成採購)	以不正當方式使他事業參與聯合行為	公平法第十九條四款	84.12.1. (84)公 貳 字 第○九四五 一號	
	明輝水電工業處 (北港高中改善高壓電源設備工程)	以借牌圍標及買標函之行為，不當獲取交易機會	公平法第二十四條(欺罔及顯失公平行為)	86.1.7. (86)公 處 字 第○○三號	因不具市場地位，故不構成公平法第十四條及第十九條四款規定
	林記營造公司等三家 (台北市政府捷運工程局CD267A標)	共同以實施聯合圍標之行為，意圖達成彼此參標而互不競爭之相互約束事業活動	公平法第十四條	86.4.3. (86)公 處 字 第○四一號	未論及市場地位
	東南造園公司等五家 (旗津公園美化工程)	以欺罔方式製造競標之假象，誤導招標單位而取得交易機會	公平法第二十四條(欺罔行為)	86.7.2. (86)公 處 字 第○八九號	競標公司為關係企業
	唯安公司等三家 (台灣省衛生處OA辦公設備)	以借牌方式共同參與圍標	公平法第二十四條(欺罔及顯失公平行為)	86.9.10. (86)公 處 字 第一五一號	受委託設計公司參與投標
	今日景藝公司等二家 (宜蘭河濱公園景觀美化工程)	以借牌方式參與圍標	公平法第二十四條(欺罔行為)	86.10.1. (86)公 處 字 第一六九號	被處分人等為關係企業

⁴ 本案例彙集共收集：處分案例共 21 則，不處分案例 5 則，相關解釋 6 則，附錄 3 則。案例作成時間約為 84 年底至 86 年。參見行政院公平交易委員會(1997)，「機關招標採購適用公平交易法相關案例彙集(增訂三版)」。

招標機關	高雄市立文化中心案 (特殊設備及室內裝修工程)	要求得標商須出具「指定單一廠牌原廠直接簽發之願供貨證明」作為簽約條件	公平法第十九條二款	84.12.13. (84)公 貳 字 第○九○二 號	
	交通部國道高速公路局 (大直橋補強工程)	於大直橋補強工程排除使用國產水泥	公平法第二十四條(顯失公平行為)	86.3.13. (86)公 處 字 第○三二號	
	台北市政府捷運工程局 (CD267A標)	不當限制投標廠商資格(限制借土來源)	公平法第十九條二款	86.4.3. (86)公 處 字 第○四○號	
	各大醫院	以藥品得標合約書不當限制賣方售價	公平法第十九條六款	86.5.28. (86)公 貳 字 第八四一三 ○三六一○ ○九號	行業導正
	台北市立婦幼綜合醫院 (病床採購)	不當限定比價廠商資格須具藥商許可執照	公平法第二十四條(顯失公平行為)	86.8.15. (86)公 處 字 第一二一號	
	台北市捷運工程局 (CN258標)	僅考慮內部行政責任，而未顧及交易相對人交易利益及公共利益	公平法第二十四條(顯失公平行為)	86.9.5. (86)公 貳 字 第○三一五 六號	不處分
	台灣省交通處公路局	以訂定橋樑伸縮規範，供各工程單位選用，大幅限縮廠牌之選擇權，為無正當理由之差別待遇	公平法第十九條二款	86.10.27. (86)公 處 字 第一八七號	
受委託採購單位	台灣省物資局 (台灣鐵路局八○一輛火車採購)	訂定國內外競標廠商比價基準不公	公平法第十九條第二款	85.10.17. (85)公 處 字 第一六六號	
受委託設計單位	北康公司案 (民用航空局高雄航空站空調主機及週邊)	指定廠牌	公平法第二十四條(欺罔行為)	85.6.8. (85)公 處 字 第○九三號	
	丁清彥等建築師案 (國立科學工藝博物館建築裝修)	變相指定廠牌及專利品	公平法第二十四條(顯失公平行為)	85.7.18. (85)公 處 字 第一一七號	
	彭武文、張清棋建築師案 (台南市政府棒球場整修工程)	規定投標營造廠取得特定材料供應商之授權同意書	公平法第二十四條(顯失公平行為)	85.10.17. (85)公 處 字 第一六八號	
	巨陽工程顧問公司 (環保公園開發工程)	以非環保署指定且非一般普遍性可獲得之樹種作為工程設計之一部分，破壞檢舉人之善意信賴	公平法第二十四條(欺罔行為)	86.8.13. (86)公 處 字 第一一九號	

張珩建築師 (大德國中之塑鋼窗規格)	變相指定廠牌	公平法第二十四條(欺罔及顯失公平行為)	86.9.17. (86)公處字第一五六號	上級機關核可不得作為正當理由
楊明雄建築師等三人 (台灣省衛生處OA辦公設備)	變相指定廠品及專利品	公平法第二十四條(顯失公平行為)	86.9.10. (86)公處字第一五〇號	
王萬全電機技師 (台東醫院動力中心工程水電)	變相指定廠牌之顯失公平行為	公平法第二十四條(顯失公平行為)	86.9.23. (86)公處字第一六四號	
蔡壽山建築師 (金湖鎮公所綜合行政大樓建築土木工程)	變相指定廠牌行為	公平法第二十四條(欺罔及顯失公平行為)	86.9.19. (86)公處字第一六〇號	
蔣紹良建築師 (瑞祥高中多功能會議室兼視聽教室)	變相指定單一廠牌	公平法第二十四條(顯失公平行為)	86.11. (86)公處字	

一、參標事業之妨害公平競爭行為

在目前所見的公平會處分案例中，參標事業之妨害公平競爭行為，主要為「圍標行為」⁵，可歸納為三種類型：(一)聯合行為(公平法第十四條)；(二)不當使他事業參與聯合行為(公平法第十九條四款)；(三)欺罔或顯失公平之行為(公平法第二十四條)。當然參標事業尚可能構成其他之妨害公平競爭之行為，例如：以不正當方式使招標單位為不合理之投標限制，致使與自己交易(公平法第十九條三款)；以不正當方式獲取他事業之投標資料(公平法第十九條五款)等，惟目前尚未見實務案例。不過，本文僅擬討論「政府的採購行為」部分，關於參標事業在政府採購法及公平交易法適用上之關係，並非本文論述之範圍，故不予詳論。

⁵所謂「圍標」係指具有競爭關係之事業間，對於公共工程或公共採購招標案件，相互協調(協議)投標之內容、條件，進而依協調之結果投標之行為，此種行為因其協議具有限制競爭之作用，如足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能，即為公平法所禁止之聯合行為。惟此等競爭事業間所以能夠達成圍標之協議，如係透過脅迫、利誘或其他不正當之手段達成，則此種妨礙公平競爭之行為，行為人另有公平交易法第十九條第二款或第十九條第四款合致之可能。

二、招標機關之妨害公平競爭行為

招標機關之妨害公平競爭行為，主要為「綁標」行為。何謂「綁標」行為？事實上，公平會並無作出明確之定義；對於所謂之「綁標行為」⁶，該會則認屬於構成公平法第十九條第二項之「差別待遇行為」，或同法第二十四條之「欺罔或顯失公平之行為」。至於如何區分構成公平法第十九條第二項之差別待遇行為，或同法第二十四條之「欺罔或顯失公平行為」，目前公平法實務見解似有可議之處，容後再敘。以下先就公平會對於綁標行為之實務見解作整理。

(一)招標單位之差別待遇行為

在公共工程採購中，被公平會認為屬於差別待遇行為者，主要為「對招標商資格或招標物品之規格為不合理之限制」：

對招標商資格之限制	對於招標物品規格之限制
1.實績限制 ⁷ 。 2.資本額之限制。 3.以取得授權證明限制投標商資格。 4.要求與採購項目無關之資格。 5.有招標糾紛之廠商 ⁸ 。 6.不合理之廢標程序 ⁹ 。 7.限制國內廠商 ¹⁰ 。	1.指定單一廠牌 ¹¹ 。 2.限制產品規格尺寸。 3.要求出具原廠願直接供貨證明。 4.訂立規範有利於特定廠牌。 5.對於使用施工用料不合理之限制。

⁶實務上以招標單位以不當資格或規格限制，而有導致相關事業或商品受到歧視的差別待遇，或因不當之限定對於特定事業或產品予以較優惠之競爭條件，而有妨害公平競爭之虞。

⁷釋字第○七七號(83)公貳字第六一○四號：83.04.25.

環保局於投標規範中就廠商之資格訂有「在規格標開標之日前內製造或銷售至少五百台垃圾子車，並須提供經製造商在國家當地公證單位或我國駐外機構公證之實績證明」之限定，有無公平交易法第十九條第二款差別待遇之適用，須視有無正當理由及是否妨礙公平競爭而論。所謂有無正當理由依公平交易法施行細則第二十三條規定，應審酌 1.市場供需情況。2.成本差異。3.交易數額。4.信用風險。5.其他合理之事由。至於有無妨礙公平競爭之虞，須同時或交錯考量其商業倫理非難性及對市場自由競爭之減損，加以綜合判斷，並須視具體個案而定。

按貴局所訂採購規格，因國內有生產供應能力，貴局對於廠商得標後是否有能力供應一、三六〇台垃圾子車之疑慮，尚不足為其對投標廠商資格加以設限的正當理由，是故建請貴局以修改招標規格或以其他適當方式替代投標廠商須提出五百台銷售實績證明之限定，方符公平交易法精神。

⁸釋字第○七六號(83)公貳字第五〇〇四四號：83.04.07.

查現行各機關學校營繕工程投標需知及相關文件常載有「招標者與投標者有法律糾紛尚未結案或糾葛未清，不得參加投標；及有關招標文件有疑義時，解釋權屬招標單位」等條款：

 正當理由

1. 信用風險¹²。
 2. 配合推行國家政策、國家標準(公釋字48,74,88)
 3. 依據法令之行為(公釋字51,90, 中油公司v.s復勝公司案¹³, 高雄市立文化中心案¹⁴)
 4. 公共安全(公釋字101)
 5. 預算編列、依法行政(行導84公貳7162)
 6. 確定責任歸屬(台北市公車處案)¹⁵
-

目前各機關投標需知中常有類似上開規定，雖該兩項規定要旨在確保招標單位所購物品或工程品質與進，並非針對特定廠商之限制，故是否違法，由於涉及以下問題，因此必須視具體個案而定。

(1)有關法律糾紛尚未結案或糾葛未清者，不得參加投標部分；因法律糾紛案由萬端，未必全與工程有關，縱屬有關，亦未必與工程品質或履約能力有關，故執行時宜考量該法律案件性質之正當性。

(2)有關招標文件有疑義時，解釋權屬招標單位部分：本規定亦宜視其疑義內容而定，若屬招標單位對需求招標物之解釋，則為確保招標者所購物品或招標工程品質，招標者於符合現行審計法規下，對招標物品之種類、規格、品質等，應有充分之解釋權，惟因涉及驗收等後續行為，故仍應儘量事先於投標須知中載明其所需，以減少爭議；另若涉及招標程序、資格及權利責任等方面解釋，則為避免違反公平交易法第十九條第二款，仍應本於誠信及公平原則，由原招標審議委員會解釋，或依民事規定申請調解、進行訴訟等第三者認定，不宜由招標單位進行解釋。

⁹ 釋字第○八四號(83)公貳字第八三八四號：83.11.30.

按政府機關、公營事業於辦理營繕工程、採購作業時，對於廠商有圍標或以其他不正當方式投標情事時之處理方式，稽察條例第十九條，審計法施行細則第四十五條，台灣省各機關購置定製變賣財物投標須知第二十二項均定有明文。貴公司若於辦理營繕採購時應受前稱法令、須知之規範，則於辦理營繕採購作業時，逕以押標金支票或郵件收據連號認定圍標而予以無效標處理之程序，若經有權機關認定有違程序正當性，應足認係無正當理由之不公平競爭行為，惟其是否違反公平交易法第十九條第二款規定，尚須視具體個案有無妨礙公平競爭而論

¹⁰ 釋字第○九○號(84)公貳字第八三二號：84.02.10.

關於「電信總局暨所屬機構對國內電信器材製造廠商生產能力之審定要點」所訂登記制度，若係合於行政院訂頒公營事業機關材料管理規則實施準則規定，復無妨礙公平競爭之虞，應足認有正當理由，爰無違反公平交易法第十九條相關規範。惟該登記制度對於登記廠商所訂審定項目，若有形成市場進入障礙，仍不排除有公平交易法第十九條差別待遇之適用。另者，審定要點為以國內製造廠商為限，是否符合我國現階段政府採購政策，建請逕洽主管部門意見。

¹¹ 釋字第○八九號(84)公貳字第六一三號：84.01.27.

依法應以招標方式採購之政府機關，其具有事業性質者，若其招標規範中，就其採購之標的，關於設計圖、規格尺寸、各組件安裝配置等所開立之規範與特定公司之商品幾近一致者，其所為形同變相指定廠牌，足以排除其他競爭廠牌參與競標，或至少使其在供貨時間或成本立於顯然不利之地位，在此種情形，倘招標單位在程序上復有違反審計法規規定情事者，應論為「無正當理由對他事業給予差別待遇」之行為。若其有妨礙公平競爭之虞，則屬違反公平交易法第十九條第二款。

¹² 保四總隊之所以設定實績證明之限制，係為保障所購置之商品能如期交貨、確保品質無慮及基於信用風險等因素考量，因此難謂無正當理由(帝王公司案，公平會訴願決定書)。

¹³ 招標單位依「機關營繕工程及購製變賣財物稽察條例」第三十三條規定，本得要求廠商出製造能力證件，故被處分人主張銷售實績足以顯示該產品之安全性為需求者所認同，以作為評選合格廠商之標準，應屬正當考量。

(二) 欺罔或顯失公平行為

另外，招標單位對於以下列之行為，依公平會之實務見解，會被認為具有商業倫理非難性，有害於市場的效能競爭，而違反公平法第二十四條之規定。：

違反公平法第二十四條之規定

1. 開標程序之瑕疵(如高雄餐飲管理學校案)¹⁶
2. 不當限制參標商資格(如台北市立婦幼醫院病床採購案)
3. 限制使用國內產品(如交通部國道高速公路局大直橋工程案)
4. 僅考量內部行政責任，未顧及公益及相對人利益(如台北市捷運局CN258標)

(三) 公平法第十九條第二款與第二十四條之競合

對於公共工標之綁標行為，目前公平會的見解認為，招標機關為差別待遇行為時，該機關若不具備市場地位時，雖不違反公平法第十九條第二款之規定時，仍違反同法第二十四條之規定。然而，這樣的法律見解並不適當，反而有可能混亂公平交易法之法律體系¹⁷。

事業之差別待遇行為若不該當公平法第十九條第二款之規定，是否仍有同法第二十四條之適用¹⁸？若事業有差別待遇行為而無正當理由，但不具備市場地位，該無正當理由之差別待遇行為是否被認屬顯失公平之行為，若為肯定，公平法第十九條第二款之規定將為第二十四條所取代，即喪失了規範意義。詳言之，公平法第十九條第二款之規定，應屬限制競爭行為之規範，無正當理由之差別待遇行為的本身，基於契約自由原則，並不當然具有商業倫理非難性；事業之差別待遇行為之所以違

¹⁴ 訴願人以確保表演設施之品質為考量，並經專家學者之建議與評估，且依審計法施行細則第四十三條規定，簽請上級機關首長核可後就上開設備指定廠牌，在無具體資料證明該指定廠牌有相同品質之財物可替代前，並無證明其行為理由不當。

¹⁵ 公平會認採購作業時間長短及避免發生瑕疵之責任推諉確為一般採購之重要考量因素，復據檢舉人所陳現行國內大客車採購有為縮短採購時間、責任歸屬明確等，而有整車採購之趨勢，爰被處分人主張整車採購應認有其正當理由的考量。

¹⁶ 國立高雄餐旅管理專科學校籌備處案，(84)公處字第○五五號。公平會認為被處分人未依自身規定當眾開標，當場審查，勢將影響該市場之交易秩序，屬公平法第二十四條之顯失公平行為。

¹⁷ 依目前公平會的見解，構成公平法第十九條的二、四、六款之規定，行為事業主體都必須具備一定的市場地位，否則即無法該當上開法條之規範。

¹⁸ 在構成要件上，由於公平法第十九條第二款之規定，係規範「事業對他事業之差別待遇行為」，故若「事業對消費者之差別待遇行為」，從公平法仍具有消費者保護的目的以觀，仍有可能有相當程序之補充性，不過從法律邏輯來看，其實是二回事。從以下的法律要件分析，即可看出端倪：

反競爭規範，係因事業利用市場上的優勢地位，破壞市場機能的正當運作，無正當理由給予他事業競爭優勢，違反市場效能競爭之理念，始有加以禁止之必要；因此，就法律操作的概念上，單純的差別待遇行為並不違反公平法第二十四條之規定，除非公平會能找到超越公平法第十九條第二款差別待遇行為之規範意旨，否則即屬法律適用上之錯誤。

回到原點思考，公部門的採購是否必須比私部門的採購有更嚴格的限制？因為國家的私經濟行為仍受公法的原理原則拘束，國家的差別待遇行為與私部門的差別待遇行為似乎應有不同的構成要件。主要爭議點在於：國家的差別待遇行為，是否無須論斷國家的市場地位？原因在於私部門之採購係基於契約自由原則，因此，惟有事業具備一定之市場地位時，始將其差別待遇行為視為有非難性，因此，必須論斷事業的市場地位。但是國家之私經濟行為，並沒有完全的契約自由，因此，並不能套用私部門差別待遇行為的論理邏輯。換言之，關於國家私經濟行為的差別待遇行為，似無需討論國家的市場地位，而逕以國家不可以違反平等原則或應遵守公法上的義務，作為論以差別待遇行為的基礎。這樣的見解可以從公平會在引用公平法第二十四條處分招標機關時，極力的強調政府部門不應違反審計法及營建管理條例等公法規定，否則即屬違反商業倫理及效能競爭之行為。然而，國家私經濟行為涉及差別待遇，可能同時違反公法上之原理原則及不公平競爭之法律規範，後者應屬公平法的規範固無疑問，而前者公平會是否有置喙的餘地不無疑問。再者，以商業倫理極度抽象的概念，涵蓋公法法令之違反，亦將無限擴張公平法第二十四條之適用範圍¹⁹。

-
- 公平法第十九條第二款：假設要件為：A(事業)+B(他事業)+C(差別待遇行為)+D(市場地位)+E(無正當理由)
 - 目前公平會對綁標行為以第二十四條規定之要件為：A(事業)+B(他事業)+C(差別待遇行為)+E(無正當理由)
 - 以公平法第二十四條保護消費者之要件為：A(事業)+X(消費者)+C(差別待遇行為)+D(市場地位)+E(無正當理由)

因此，公平會之見解，對於綁標行為之規制，事實上已完全以公平法第二十四條取代同法第十九條第二款之規範意義，若公平會未能從公平法第二十四條中找到超越第十九條第二款之規範意旨，則該法律見解則有法律適用上的錯誤。

¹⁹行政機關公法法令之違反，是否可逕認為違背商業倫理，亦不無疑義。目前公平會對政府機關適用公平法第二十四條之見解，事實上已不平等的等待行政機關與民間事業。換言之，若不具市場地位之民間事業，以指定廠牌之招標規範進行交易，是否仍屬違反公平法第二十四條，如果答案是

再補充說明的是，如果公平會認為不具市場地位之政府招標單位的差別待遇行為，仍具有商業倫理非難性，則具有市場地位之招標單位的差別待遇行為，亦違反公平法第二十四條之規定，故應論以二個行政制裁，公平會的見解則愈見其混亂之處。詳言之，由於公平法第十九條第二款及第二十四條之構成要件不同，即不構成「特別關係」，所侵害之法益亦不完全相同，亦不產生「吸收關係」，公平會之見解有再檢討之必要。其構成要件分析如下表：

(1)公平法第十九條第二款之要件	(2)公平法第二十四條之要件
A(事業)+B(他事業)+C(差別待遇行為)+D(市場地位)+E(無正當理由) 法益保護：著重於競爭者	A(事業)+C(差別待遇行為)+U(商業倫理非難性) 法益保護：著重於交易相對人
具市場地位招標單位之差別待遇行為	不具市場地位招標單位之差別待遇行為
A+B+C+D+E+U	A+B+C+E+U
構成(1)及(2)	構成(2)

三、受委託設計單位之妨害公平競爭行為

受政府機關委託設計單位，在政府採購行為中，雖非契約之交易相對人，惟因受託工程之設計、監造，實際影響交易之決定，亦被認為具有影響市場交易秩序之行為主體。公平會第二七二次委員會議決議，對於公共工程招標或採購受託單位之指定廠牌或專利品行為，認為可能違反公平法第十九條第二款或同法第二十四條之規定²⁰。關於公平會處理公平法第十九條第二款及同法第二十四條分際之不當，上

否定的。公平會顯然並非針對行為作相同評價，而係針對行為事業作不同之評價，在法律適用上即屬不當。

²⁰根據公平會審理公共工程招標或公共採購受託單位指定廠牌或專利品案件處理原則，對於受託單位之妨害公平競爭行為，共分為五種類型：

(1)有妨礙公平競爭之虞的明示指定行為

受託單位利用受託之機會，因故意或過失違反委託人之指示或居於指導地位，於招標規範明示指定單一廠牌或專利品，而無正當理由，復有妨礙公平競爭之虞者，違反公平法第十九條第二項規定。

(2)有妨礙公平競爭之虞的變相指定行為

受託單位利用受託之機會，因故意或過失違反委託人之指示或居於指導地位，於招標規範變相指定單一廠牌或專利品，復有妨礙公平競爭之虞者，違反公平法第十九條第二項規定。

(3)足以影響交易秩序的指定行為

受託單位明示指定單一廠牌而無正當理由，或變相指定單一廠牌者，如尚無妨礙公平競爭之虞而未違反公平法第十九條第二項規定者，應審酌其行為是否構成本法第二十四條所稱「足以影響交易秩序」及「欺罔」或「顯失公平」之要件。

已論及不再贅述，惟公平會在大部分的案例中，僅對於受委託設計單位予以處罰，而對實際招標單位之責任捨棄不論，似可再究。

公平會對於招標單位之責任捨棄不論的主要原因，係招標單位所招標或採購之工程，若非為「提供市場經濟價值之商品或服務所引起之需求行為」²¹，則招標單位若不屬公平法所稱之「事業」，就不受公平法之規範²²，公平會只好針對受委託設計單位開刀。先不論公平會對於行政機關適用公平法之行為的定義是否妥當²³，若為貫徹公平會對事業之解釋概念，公平會猶如「踩影子」的手法²⁴，其實已自毀立場。

(4) 足以影響交易秩序的明示指定行為

受託單位無正當理由明示指定特定廠牌之結果，有阻礙其他同類產品或替代產品之交易機會之虞者，不論其係故意或過失行為，皆屬對相關產品市場廠商，為足以影響交易秩序之顯失公平行為。

(5) 足以影響交易秩序之變相指定行為

受託單位因變相指定特定廠牌，使招標單位、參舉投標或投標廠商對於招標規範中存有數家供應廠牌之規定產生錯誤之信賴，而悖於商業倫理者，為影響交易秩序之欺罔行為。

受託單位變相指定廠牌之結果，有可能阻礙其他替代產品之交易機會者，不論係其故意或過失行為，應屬對相關產品市場廠商，為足以影響交易秩序之顯失公平行為。

²¹ 依公平會釋字第○九○號：行政機關之私法行為有無適用公平交易法之疑義
行政機關以私法行為提供具市場經濟價值之商品或服務為業務或目的，所引起之需求行為，不論在需求時是否已為商品或服務之提供，均應受公平法之規範。其因提供商品或服務而收取使用規費，所引起之需求行為，不論在需求時是否已為該項商品或服務之提供，亦均受公平法之規範。

行政機關委託民間或其他機關辦理以私法行為提供具市場經濟價值之商品或服務為業務或目的，所引起之需求行為，不論在需求時是否已為商品或服務之提供，均應受公平法之規範。其因提供商品或服務而收取使用規費，所引起之需求行為，不論在需求時是否已為該項商品或服務之提供，亦均應受公平法之規範。

公平會第一八二次委員會議決議：

(1) 有關規費之適用範圍仍限於「使用規費」而不包括工本費等行政規費。其界定不採列舉，而以具有報酬對價之概括規定為原則。

(2) 學校為公平法所稱之事業，惟國民義務之國中、小學則應予以排除。

²² 如：蔡壽山建築師受委託設計鎮公所行政大樓案，行政大樓之興建係屬辦公目的，故招標單位不屬公平法所稱之事業。張珩建築師及蔣紹良建築師案，招標單位均為國民中學，依公平會第一八二次決議，招標單位亦不屬於公平法之事業概念，故亦無法論以違反公平法。

²³ 公平會對行政行為適用公平法的釋○九○號解釋，對於行政機關適用公平法之私法行為，作相當狹隘的解釋，未貫徹以「行為」概念解釋適用公平法對的事業解釋，對政府的採購行為規範，劃地自限，學者亦提出批評。

²⁴ 稱之為踩影子，係由於公平會對於真正負責的招標機關棄之不論或無法論處，而僅對招標機關的委託單位(影子)處分，猶如踩影子遊戲，對於影子的主人本身毫無制約的作用，對於影子之處分也僅徒具形式意義。

蓋受委託設計或採購單位之「綁標行為」，是否影響市場競爭(這裡的市場意義應指該次招標工程之市場)，仍必須從「招標機關之市場地位」觀察，若招標機關不具事業之概念，在公平法的評價上，即對市場競爭秩序不構成影響，故受該機關委託設計或採購單位之行為，既代表招標機關之行為，亦不應受公平法之評價；從另一方面而言，若認受委託設計或採購單位係違背委任義務，致違反審計法令等，而違反商業倫理等，亦應屬於契約義務違反之問題，而並非公平法之規範範疇。

若招標單位確屬公平法之事業概念，受委託設計或採購單位之綁標行為，既然已對相對人之交易決定，產生限制競爭之影響，當受公平法之規範，無庸置疑。此時，招標單位是否可主張已盡監督之能事，而免其責任？從行政責任而言，委任機關既有監督指導之責，並參與審查核駁，實難謂無任何責任。即便認招標單位之行政責任，不得作為認定招標機關有妨害公平競爭之故意，但招標機關既為招標過程中，為最終完成交易決定及行為者，對於競爭損害之發生，亦不無過失。況且，從競爭受害者之救濟而言，受委託設計或採購單位既非主辦機關，即使該行為違反公平法，競爭之受害者亦無法向招標機關主張回復競爭利益，請求重新招標，從公平法對競爭效果之管制功能而言，根本不具任何實質意義。

參、政府採購法及公平交易法之適用

一、美、日法例簡述

(一)日本

各國對於政府採購行為與競爭法之相互關係及規範方式均有不同之規定。在日本法上，由於日本之「獨占競爭法」不將政府機構視為事業之概念，故根本不受獨占競爭法之規範，因此，政府的採購行為僅涉及會計法、建設業法及刑法等規範，只有競標業之行為，屬於獨占競爭法之規範範圍，主要為圍標及不公平交易的問題²⁵。

²⁵ 見蔡英文、范建得、莊春發主持研究計畫(1997)，政府採購與公平交易法相關性之研究，行政院公平交易委員會，11-32。

(一)美國

美國立法例對於政府採購行為的規範，主要將相關之競爭法精神注入專門之政府採購法律，而傾向於以政府採購專法，而非競爭法規來規範涉及違反競爭法之政府採購行為²⁶。有關美國政府採購之法律包括：

1. 1947 「軍事採購法」(Armed Services Procurement Act of 1947)
2. 1949 年「聯邦財產暨行政服務法」(Federal Property and Administrative Services Act of 1949)
3. 1984 年「契約競爭法」(The Competition in Contracting Act of 1984)
4. 1994 年「聯邦採購合理化法」(The Federal Acquisition Streamlining Act of 1994, FASA)
5. 1996 年「聯邦採購改革法」(The Federal Acquisition Reform Act of 1996, FARA)

故有關政府採購中所發生之爭議，原則均由政府採購之監督管理體系，適用相關之政府採購規範處理，政府採購本身之行為若屬於國家行為(State Action)則不受反托拉斯法的規範。但競標事業之妨害競爭行為，諸如圍標等聯合行為及不公平交易行為仍然受休曼法之制裁²⁷。

二、政府採購法及公平交易法之相互關係

(一)立法規範目的

從政府採購法及公平交易法的立法目的來看，政府採購法與公平交易法在規範目的上，卻有相同及不同之處²⁸。相同之地方在於：政府採購法及公平交易法均在規範交易秩序之公平性，基於競爭將能促進效率、提升品質的理念，共同維護政府

²⁶ Id. 頁 33-35.

²⁷ 美國政府採購中若發現明顯之不法競爭行為，應移送司法部門調查 10 USC 2302 2304-5.

²⁸ 政府採購法第一條：為建立政府採購制度，依公平、公開之採購程序，提升採購效率與功能，確保採購品質，爰制定本法。

公平交易法第一條：為維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭，促進經濟之安定與繁榮，特制定本法；本法未規定者，適用其他有關法律之規定。

採購行為之競爭機能自由運作²⁹。不同的地方在於：政府採購法主要以「政府採購能符合最大公益」為目的，因此不以競爭促進為最終目的，競爭制度之引進，為機關行政效率達成的「手段」而非「目的」，因此，在政府採購法中，仍會摻雜其他政策性措施，例如：工業經濟政策工具³⁰、環保政策工具³¹、社會政策工具³²、國家安全政策工具³³，並得以公益理由干預交易決定或履行³⁴。而公平交易法以市場競爭秩序之維護為首要目的，並不主動實現產業政策及其他政策目的，但在一定程度及範圍之內，得排除公平交易法的適用³⁵。

依規範目的觀察，可以看出政府採購法與公平交易法在規範目的上，仍有根本之不同，因此政府採購法並不必然適當全部排除公平交易法之適用；不過，政府採購法在採購程序上，本身即屬競爭規範程序，因此，若政府採購行為若已符合政府採購法之規定，在不牴觸公平法意旨之內，亦可認為構成公平交易法第四十六條之「另有其他法律規定」的豁免規定³⁶。

²⁹ 政府採購法第二十六條第二款，機關所擬定、採用或適用之技術規格等，在目的及效果上均不得限制競爭。

³⁰ 依政府採購法第四十四條，機關得於招標文件中要求投標廠商採購國內貨比率、技術轉移、協助外銷等其他類似條件；或優先決標予國內廠商。

政府採購法第四十四條，國內產製加值達百分之五十之財物或國內工程、勞務，優先決標予國內廠商。

政府採購法第九十七條：扶助中小企業承包或分包一定金額比例以上之政府採購。

³¹ 政府採購法第九十六條，優先採購取得政府認可之環保標章使用許可產品。

³² 政府採購法第九十八條，得標廠商應僱用一定比例之殘障人士及原住民。

³³ 政府採購法第一百零四條但書，對於武器、彈藥、作戰物資與國家安全或國防目的之採購例外排除採購法之規範。

³⁴ 政府採購法第五十條第二項，決標或簽約後發現得標廠商於決標前有項情形，應撤銷決標、終止契約或解除契約，並得追償損失。但撤銷決標、終止契約或解除契約反不符公共利益，並經上級機關核准者，不在此限。

政府採購法第六十四條，採購契約得訂明因政策變更，廠商依契約繼續履行反而不符公共利益者，機關得報經上級機關核准，終止或解除部分或全部契約，並補償廠商因此所生之損失。

³⁵ 公平交易法第十四條第一項但書第四至七款，即有配合產業政策之目的。同法第四十六條第一項，亦排除事業依其他法律規定之行為，為例外之規定。因此，公平法在規範目的上只有消極的去配合產業政策的發展，而不積極的參與產業政策的實現。

³⁶ 依 88 年 1 月 15 日三讀通過之公平交易法第四十六條規定，事業關於競爭之行為，另有其他法律規定者，於不牴觸本法立法意旨之範圍內，優先適用該法律之規定。

(二)法律規範之競合關係

1. 規範主體

政府採購法所規範之採購行為主體包括：政府機關、公立學校及公營事業，其他還包括法人或團體接受機關補助辦理採購，其補助金額占採購金額半數以上者及受機關委託採購之法人或團體。採購法採列舉式的規定，因此，不符合上述概念之法人或團體，即不受政府採購法之規範³⁷。

有疑義者，諸如公營造物³⁸(公立學校除外)、其他行政組織體(例如基金會³⁹、財團法人⁴⁰等由政府捐款或補助設立之行政主體)，是否亦屬於政府採購法之規範主體？若按一般行政法學來解釋政府採購法第三條規定，從法條之文義解釋上，會認為不受政府採購法之規範，因此，必須從寬解釋政府採購法第四、五條規定。

公平交易法所規範之主體為「事業」，依公平法第二條之規定：事業包括：公司、獨資或合夥之工商行號、同業公會及其他提供商品或服務從事交易之人或團體。依公平交易委員會釋字○九○號之解釋，「行政機關以私法行為提供具市場經濟價值之商品或服務為業務或目的，所引起之需求行為，不論在需求時是否已為商品或

³⁷ 不過在政府採購法之立法理由中，明定採購法所規範之範圍，係包括有須經民意機關審議採購預算之機關，似又非為列舉式立法。不過，其將公立學校單獨列出，而未論及其他公營造物，似有明示其一，排除其他之意，這樣的立法文字，解釋上將造成執法上之缺漏，以下將會有詳細之說明。

³⁸ 所謂公營造物(Anstalt)，依法儒Otto Mayer之定義：公共營造物係掌握於行政主體手中，由人與物作為手段之存在體，持續的對特定公共目的而服務。」依學者吳庚之定義營造物之要件有四：

(1) 營造物係行政主體(國家、地方自治團體或機關)為特定目的而設置。

(2) 營造物既非由成員組成之團體，亦非單純的供利用之物，與其他行政組織之不同在於人與物之功能上結合。

(3) 組織上依據係行政主體專為營造物所制定之法規，故公營事業中依民法、公司法、銀行溝、商業登記法等設立法或行號，皆不屬於此所謂之營造物範圍

(4) 營造物與利用人間之法律關係稱為營造物利用關係，乃營造物作為一種建制之核心問題。在現有之各種行政組織中，既非行政機關，又非公營事業機構，性質上為營造物者約有五類：

(一) 服務性營造物：郵局、電信局、港口等

(二) 文教性營造物：公立學校、博物館、圖書館、紀念堂、文化中心等

(三) 保育性營造物：公立醫院、療養院、榮民之家、勒戒所等。

(四) 民俗性營造物：孔廟、忠烈祠、公立殯儀館等

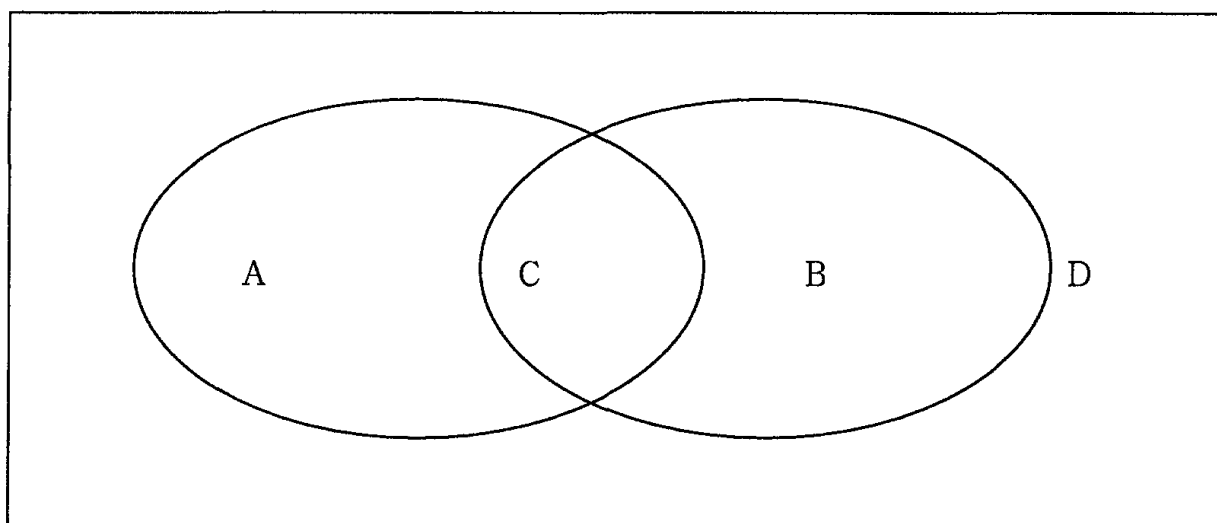
(五) 營業性營造物：公有菜市場、漁市場等。

³⁹ 例如海峽兩岸基金會及以後可能成立之全民健保基金會等。

⁴⁰ 財團法人中華民國紡織品外銷拓展協會、資策會等。

服務之提供，均應受公平法之規範。其因提供商品或服務而收取使用規費，所引起之需求行為，不論在需求時是否已為該項商品或服務之提供，亦均受公平法之規範。行政機關委託民間或其他機關辦理者亦同。」另，依公平會第一八二次委員會議決議：學校為公平法所稱之事業，惟國民義務之國中、小學則應予以排除。故政府之採購行為，若符合「以私法行為提供具市場經濟價值之商品或服務為業務或目的，所引起之需求行為」之概念，即符合公平法之事業概念，而必須受到公平法之規範⁴¹。

綜上，從政府採購法之「機關」概念及公平法之「事業」概念來看，若從文字上解釋來看，二者之規範主體有交集之處，亦有不相交集之處，難免會造成適用上之疑義。如下圖所示：



⁴¹ 學者認為因「行政機關」一詞有其行政法上固有之意義並且帶具有高權之性質，既與公平法上事業之本質無涉，復會混淆對事業之判斷，因此應以較中性且範圍較廣泛之公務部門一詞取代之，公務部門包含公權力機關、機關事業及公營造物等。而事業應從行為導向加以理解，而非從其組織型態，公平法所應規範之行為(即事業)包括供給、需求及干涉市場的行為，但包括消費行為、勞動關係及範圍極其有限之高權統治行為。參見行政院公平交易委員會 85 度合作研究計畫六，許宗力、朱柏松、羅怡德、劉孔中主持(1996)，行政機關行為適用公平交易法之範圍。另補充說明者，針對匿名審稿委員質疑：「政府採購除了公營事業公司外，其他機關在從事採購時並不提供商品或服務，如何可以適用公平法」，依目前公平會的實務見解(釋○九○號)，政府機關是否屬公平法第二條所稱之事業，必須從該採購行為之目的是否為提供私經濟目的之商品或服務，否則即非公平交易法之規範範圍。

A 公平法上之政府採購	B 政府採購法之政府採購	C 同屬公平法及採購法之政府採購	D 不屬公平法及採購法之政府採購
行政機關以私法行為提供具市場經濟價值之商品或服務為業務或目的，所引起之需求行為，所稱之事業(國民中小學除外)及公營事業之採購	政府機關、公立學校及公營事業	政府機關、公立學校(國民中小學除外)以私法行為提供具市場經濟價值之商品或服務為業務或目的，所引起之需求行為之政府採購及公營事業之採購	非屬政府機關、公立學校及公營事業，且其採購非以私法行為提供具市場經濟價值之商品或服務為業務或目的，所引起之需求行為
例如：高雄市立文化中心之採購案	例如：大德國民中學之採購案	例如：國立台灣大學之採購案	例如：海基會之採購案

從上表觀之，目前政府採購法第三條所規範的行為主體，由於採取列舉式立法體例，加上字義規範又過於狹隘，將來在適用上不免發生疑義。首先，從一般法人組織的用語概念，由於政府採購法第三條，明訂規範主體限於政府機關、公立學校、公營事業，因此，「公營造物」或具有政府色彩的其他組織團體在解釋上似乎都無法適用政府採購法，將成為政府規避政府採購法規範的漏洞。不過，從立法者的立法說明來看，立法者似乎並沒有意思作縮限性的解釋，應屬於立法文字的使用不當，故在執法解釋上應認為，只要接受政府機關補助或使用政府預算(不論是利用何種名義支出)的自然人、組織或團體，所涉及的政府採購行為，都應受到政府採購法的規範。因此，政府採購法中公營事業的概念應作擴張性的解釋，使其能夠彌補立法文字之不足⁴²。

2. 規範行為

公平法所規範之行為，係所謂之「市場競爭行為」，依公平法第四條之規定：本法所稱競爭，謂二以上事業在市場上以較有利之價格、數量、品質、服務或其他條件，爭取交易機會。所規範者為市場上之「私經濟行為」，並且為市場競爭行為，若不屬於私經濟之市場競爭行為，即非公平法規範意義上的行為概念。另，依公平會定義之政府機關私法行為適用公平法原則，更限縮為「行政機關以私法行為提供具市場經濟價值之商品或服務為業務或目的，所引起之需求行為」，前已論及。

⁴² 公營事業範圍應包括下列三種：各政府內之機關事業(例如電信總局中經營電信業務之部門)，縱使不具備獨立之法律人格及資產；由政府出資設立之財團法人(例如中華經濟研究院及工業技術研究院)，為依法設立登記之民間財團法，與公營事業雖然不同，但其人事深受政府之掌握，經費亦賴政府每年編列不同名義之預算(例如委辦費用)之補助，因此與政府處於密切之依賴關係，實亦接近公營事業之特性。政府設立之各種不具財團法人地位之基金(例如貿易推廣基金、中小企業信用保證基金及輸出貿易保險基金等)。

政府採購法第二條規定：本法所稱採購，指工程之定作、財物之買受、定製、承租及勞務之委任或僱傭等。因此，政府採購法所規範者，亦屬政府之私經濟行為，至於公權力行為既屬公法行為，則不包括在內⁴³。

依據採購法之立法說明，政府採購法參酌政府採購協定(Government Procurement Agreement, GPA)，以列舉的方式規範政府採購行為之類型。在適用上會出現之疑義者，政府採購行為是否限於「有對價」之行為？在政府採購協定中，所規範之行為均有金額門檻限制，因此，可被推論為「須具有對價之採購行為，方為採購法所規範之行為」，原則上，我國之政府採購法應亦作相同之解釋。所產生爭議者為：政府獎勵民間參與之重大公共建設(如 B.O.T. Build-Operation-Transfer)，政府通常在招標時並不須支付對價，即無法適用政府採購法之規定。因此，政府採購法第九十九條規定：機關辦理政府規劃或核准之交通、能源、環保、旅遊等建設，經目的事業主管機關核准開放廠商投資興建、營運者，其甄選投資廠商之程序，除其他法律另有規定者外，適用本法之規定。在公平法上對事業之交易行為規範，不以其是否具有對價為要件，故無此疑慮。

另一個問題，在於行政機關從事行政委託時，是否屬於採購法所稱之「勞務之委任或僱傭」，而該當政府採購法所稱之「採購行為」。首應視該委任行為有無「對價之給付」，若無對價，則不屬於採購法上之採購行為。其次，應視所委任之行為是否僅為單純之事實行為，或涉及公權力行使之行為，若涉及公權力行使之行為，則容有討論之餘地⁴⁴。關於行政委託事項是否受到公平法之規範？有論者以為，國家與受託人之關係雖為公法關係，但受託之一方均領有報酬，仍有可能影響公平競爭，例如委託公關公司對外宣傳政令活動，仍對於其他之公關公司造成影響⁴⁵。

⁴³ 何謂公權力行為及私經濟行為？簡單的標準為：若屬上下秩序關係、強制服從關係，則屬公權力行為，若為平等關係則為私經濟行為。但在很多的情形下，行政機關會利用私法達成公行政之目的，因此上述之標準亦有不適當之處。一般來說，私經濟行為可分為 1.以私法行為達成行政任務之型態：如補助貸款、出售國宅等；2.以私法組織從事營利行為：如公立銀行、水電公司等；3.私法型態之輔助行為，如營造辦公室、訂購辦公器材、僱用臨時人員等；4.純粹之交易行為：如買賣外匯、出售公股、售口民生物資等。

⁴⁴ 例如政府委託各銀行代收稅款或行政罰款，與人民間不另產生法律關係，故可認為政府採購法上之勞務委任；又如商品檢驗局委託法人團體辦理檢驗，則可能涉及公權力行使，則應不適用採購法。

⁴⁵ 參見許宗力、林子儀(1994)，公平交易法行為主體研析，公平交易委員會 82 年度委託研究計畫四，55-56。

綜上，公平法對政府採購之行為概念，由於限縮於「行政機關以私法行為提供具市場經濟價值之商品或服務為業務或目的，所引起之需求行為」，較政府採購法之範圍為小。

3.門檻限制

政府採購法依採購金額之大小，設有不同程度之內部監督機制，對於查核金額以上之採購，由上級機關監辦；公告金額以上之採購，則由主(會)計及有關單位監辦(採購法第十二、三條規定)，藉以平衡行政成本與採購利益，並提升採購效率。在市場監督方式，依政府採購法第十九條規定，機關辦理公告金額以上之採購，原則應辦理公開招標，例外依同法第二十條及二十二條規定，得採用選擇性或限制性招標。未達公告金額之招標方式，則授權中央或地方主管機關定之。

換言之，政府採購法僅對於符合一定公告金額以上之政府採購，要求踐行符合政府採購法之程序，論其意義應在於：一則未達公告金額之採購，原則上對於市場競爭秩序影響不大；二則為節省行政成本；三則欠缺公益目的，故可認為機關不必履行嚴格之採購程序。

公平交易法對於事業行為之規範則無門檻之限制，惟對於構成限制競爭之行為(例如公平法第十條、第十四條、第十九條二、四、六款)，仍必須以事業具有一定之市場地位，而有妨礙市場競爭之虞者，方受到公平法之規範。但對於不公平競爭之行為，則不考慮行為事業之市場地位，只探究行為事業之手段非難性。不過，基於行政機關仍以追求社會之最大公益為目的，依公平法第二十六條之規定，公平會對於違反本法規定，危害公共利益之情事，得依檢舉或職權調查處理。因此，在程序上仍得就行為事業之交易行為，對公益之危害程度，作出是否進行調查之裁量。故政府之採購金額若甚小，對於公益之危害尚屬輕微，公平法亦無涉入之必要。

綜上，政府採購法因設有門檻金額限制，故在公告金額以下之採購，得不適用政府購法之程序；惟公平法並無門檻金額之限制，仍視個案依具體情形，考量是否論及政府之市場地位，並依危害公益之程度，為調查與否之行政裁量。不過，公告金額以下之採購，是否得為公益判斷之標準，尚難如此認定，不過得為參酌之依據。

(三)法律適用之競合關係

當政府採購行為同時符合政府採購法與公平交易法之構成要件時，在法律適用上，即發生規範競合，將產生應優先適用何種法律的問題或可否排除另一法律適用的問題？可有以下三種見解：

1.政府採購法排除公平交易法之適用

政府採購法的法律條文中，已融合了公平法之競爭理念，因此，政府採購法應視為公平交易法之特別規定，則有關同時涉及政府採購法及公平交易法之政府採購爭議，應適用政府採購法，並循政府採購法所規定之爭議解決救濟程序，不再適用公平交易法之規定。

2.公平法排除政府採購法之適用

涉及違反競爭規範的政府採購行為，公平法相對於政府採購法，具有較強之法律效果，故公平法應屬於政府採購法之特別法。即招標機關若違反公平法，應接受行政處罰，並依行政處分之內容，停止或改正其行為，對於未依其命令改正者，並得科予罰鍰。而依政府採購法之規定，對於違反政府採購法之採購行為，申訴審議委員會僅能命招標機關另為適法之處置，就法律效果而言，公平法之規定似重於政府採購法，故僅從法律效果較重之公平法處分，無須再適用政府採購法。

3.政府採購法與公平法並存適用

政府採購法與公平法各有不同之規範目的，所保護之法益亦非全部相同，因此互不屬特別關係，故兩法應併存適用。惟當發生政府採購行為同時違反政府採購法及公平交易法時，應利用程序上之優先順序解決，當適用其中之一法目的已達成時，另一法律即無再適用之必要，否則應同時適用二法。另外，由於政府採購法係對政府採購行為規範之專法，因此，在解釋政府採購行為之合法性時，必須優先適用政府採購法之規定，則依公平法第四十六條第一項之規定，應屬於依照其他法律之行為，而不適用公平法。其結論可歸納於下表：

政府採購行為同時違反政府採購法及公平法時(不發生法律牴觸)	政府採購行為適用政府採購法及公平法發生牴觸時
應同時適用二法，而利用程序上之優先順序解決，當適用其中之一法目的已達成時，另一法律即無再適用之必要，否則應同時適用二法。	由於政府採購法為政府採購行為規範之專法，因此，在解釋政府採購行為之合法性時，必須優先適用政府採購法之規定，則依公平法第四十六條之規定，應屬於依照其他法律之行為，而不適用公平法。

(四)競合法條內容

當二法條之構成要件相同，而異其法律效果時，即會發生如何解決法律競合的問題。政府採購法通過之後，對於同時符合政府採購法及公平交易法構成要件之行為，即會產生類似的問題。以下先就有關政府採購法所規範與公平交易法發生競合之行為態樣進行分析；至於政府採購法罰則所涉及之行為態樣，由於屬於行政刑法的問題，應由司法單位進行審理懲處，本文僅就公平會與政府採購法之主管機關——行政院公共工程委員會之間，所涉及之行政權限劃分問題進行討論。

行為態樣	政府採購法規定	公平法規定	解析
差別待遇行為	第六條第一項：機關辦理採購，對廠商不得為無正當理由之差別待遇行為。	第十九條第二款：事業不得為無正當理由，對於他事業給予差別待遇行為，而有妨礙事公平競爭之虞者。	政府採購法第六條第一項之規定及公平法第十九條第二款之規定幾乎完全相同。若招標機關未依政府採購法中之規定進行採購，而有差別待遇行為時，即可能構成本條之違反，也可能同時構成公平交易法第十九條第二款之規定。
統包搭售	第二十四條：機關基於效率及品質之要求，得以統包辦理招標。	第十九條第六款：事業不得以不正當限制交易相對之事業活動為條件，而與其交易之行為，而有妨礙事公平競爭之虞者。	統包係指將工程或財物採購中之設計、施工、供應、安裝或一定期間之維修等併於同一採購契約辦理招標，因此，可能發生「搭售」的行為。此時，法律解釋上，可以認為該統包契約係基於效率或品質之要求，故屬正當理由之限制交易行為；或認為政府採購法第二十四條屬公平法第四十六條第一項之豁免規定。

共同投標 聯合行為	第二十五條：機關得視個別採購特性允許一定家數之廠商共同投標。 共同投標以能增加廠商之競爭或無不當限制競爭者為限。 同業共同投標應符合公平交易法第十四條但書各款之規定。	第十四條：事業不得為聯合行為	依公平法第十四條之規定，事業不得為聯合行為，但符合該條但書情形得申請許可。政府採購法所稱之同業共同投標行為可能已構成公平法所稱之聯合行為，不過，從政府採購法第二十五條規定觀之，似乎認為得不適用公平法聯合行為申請許可之規定，但以符合公平法第十四條但書為前提。
綁標 綁規格	第二十六條：機關辦理公告金額以上之採購，應依功能或效益訂定招標文件。其有國際標準者，應從其規定。 機關所擬定、採用或適用之技術規格，其所標示擬採購產品或服務之特性，諸如品質、性能、安全、尺寸、符號、術語、包裝、標誌及標示或生產程序、方法及評估之程序，在目的及效果上均不得限制競爭。	第十九條第二款或第二十四條	政府採購法第二十六條對於機關不得為綁標行為為具體說明，較公平法第十九條或第二十四條規範之內涵更為具體，兩法之間不發生抵觸。
限制投標商資格	第三十六、三十七、三十八條：機關辦理採購，得依實際需要，規定廠商之基本資格或特定資格，但不得有不當限制競爭，並以確認廠商具備履行契約所必須之能力者為限。政府及其關係企業不得參與投標。	第十九條第二款或第二十四條	限制投標商資格若無正當理由，可能構成公平法第十九條第二款或第二十四條之規定。政府採購法第三十六、三十七條、第三十八條則針對限制投標商之情形為具體規定。因此，若符合政府採購法規定之限制投標商資格情形，應認為有正當理由或依公平法第四十六條第一項不適用公平法之規定。
優惠性措施	第四十三、四十四條	第十九條第二款或第二十四條	優惠性措施可能構成公平法上之差別待遇行為，但依政府採購法之規定，應認為有正當理由或依公平法第四十六條第一項不適用公平法之規定。
招標文件疑義之處理及決標過程爭議之處理	第四十一條；第四十八條、第五十條	第十九條第二款或第二十四條	因招標文件疑義或決標過程爭議之處理不當，可能構成拒絕交易或欺罔或顯失公平之行為，符合公平法第十九條第二款或第二十四條之規定。若依政府採購法所規定之爭議處理程序，應認為不適用公平法。

共同採購行為	第九十三條：各機關得就具有共通需求特性之財物或勞務，與廠商簽訂共同供應契約	第十四條	各機關共同採購行為，可能構成公平法第十四條之聯合行為，但依政府採購法第九十三條規定，應認為依公平法第四十六條第一項不適用公平法。
政策性優惠措施	第九十六、九十七、九十八條	第十九條第二款或第二十四條	應認為屬於公平法第四十六條第一項規定不適用公平法。

(五)機關衝突關係

在政府採購行為同時違反公平法及政府採購法時，由於公平法及政府採購法各有其主管機關，則可能對於同一行為作出不同的法律評價，故會發生二次審查之問題(second guess)。其中所產生之問題包括：機關間爭議審理之順序、法律見解是否相互拘束、救濟方式之決定等。

1. 爭議審理程序

政府採購行為同時違反政府採購法及公平交易法時，受侵害之廠商得依政府採購法之異議及申訴程序救濟，亦得向公平交易委員會提出檢舉。

公平交易委員會第二五一次委員會決議「公平交易委員會受理公共工程申訴案件作業程序」認為：在政府採購法尚未完成立法前，接獲政府招標採購涉及顯失公平之契約約定或權利濫用之申訴檢舉案件時，應先考量該等行為是否具有行業之普遍性或因該等行為致權益受損人數眾多或其他情事，而認涉有重大公共利益(非僅涉及當事人間單純私益)者，公平會應予受理。其言下之意，似指一旦政府採購法通過之後，有關政府招標採購涉及顯失公平之契約約定或權利濫用之檢舉案件，應交由公共工程委員會，公平會即不予受理。

依政府採購法第七十五條之規定，廠商對於機關辦理採購，認為違反法令，致損害其權利或利益者，得於規定期限內，以書面提出異議，招標機關應自收受異議之日起二十日內為適當之處理，並將處理結果以書面通知提出異議之廠商；依同法第七十六條之規定，廠商對於公告金額以上採購異議之處理結果不服，或招標機關逾期不為處理者，得於收受異議處理結果或期限屆滿之日起十五日內，以書面向採購申訴審議委員會申訴；同法第七十八條規定，採購申訴審議委員會應於收受申訴

書之日起四十日內完成審議，並將判斷以書面通知廠商及機關。依同法第六十九條規定，機關與廠商因履約爭議未能達成協議者，得向採購申訴委員會申請調解。

因此，在政府採購法通過之後，有關政府採購從招標過程至履約期間所生之爭議，由於得依異議及申訴制度救濟，公平會似可淡出政府採購之爭議領域。惟政府採購法與公平交易法在競爭秩序上的維護具有不同之政策目的，應有再考慮之處。詳言之，政府採購法之爭議處理著重於「個案爭議」之處理，主要就競爭受損之參標事業提供爭議處理之救濟管道，對於招標單位的本身，並無科予行政責任之權力，對於整體競爭秩序的影響可能考慮不足。其次，政府採購法之主管機關僅進行「書面審議」（政府採購法第八十條），本身並不具行政調查權，事實發現能力較弱，公益維護目的也較為不足⁴⁶。

本文以為，有關政府採購行為同時違反政府採購法及公平法之情形，公平會應仍有主動調查的權力，理由在於：其一、政府採購法對於爭議之處理係由廠商自行提出異議或申訴，而公平會基於公益理由，得依職權主動調查違反公平法之行為，因此，若政府採購法所規定之爭議程序不開始，若將阻礙公平會之調查職權，將有違公益目的；其二、公平會之行政措施係著重於整體市場秩序之維護，與政府採購法之個案爭議處理性質不盡相同；其三、公平會之行政處分，有連續制裁之權力，行政制約效果較佳。至於是否會產生機關法律見解的衝突，或應採何種救濟方式較為適當，應屬他事。

2. 法律見解之衝突

由於公平會與工程會在同時適用公平法及採購法的同時，對於法律產生競合的部分，確實可能產生法律見解的衝突，前已論及，惟如何透過行政機關間的相互協商，以避免所可能產生的機關歧異，將會是未來公平法與採購法在適用上必須解決的問題⁴⁷。在實務上，或許可透過公平會與公共工程會事前的行政協議，達成公益

⁴⁶ 例如許多工程綁標弊案係經由媒體批露公平會進行主動調查所得，將來公共工程委員會依政府採購法之規定，並不具主動調查的權力，亦無強制的行政調查權，對於未提起爭議但具有重大競爭秩序影響者，可能即無法進行行政處置。只能移送司法單位之刑事調查處理，不過刑事處罰的構成要件及事實認定要求甚為嚴謹，亦不具政策執行能力，是否能妥善的處理該類問題，似仍值得考慮。

⁴⁷ 依公平交易法第九條第二項之規定，公平法涉及他部會之職掌，由行政院公平交易委員會商同各該部會辦理之。

性的目的。例如，對於個案性的爭議公平會不予介入，但對於有礙市場競爭秩序者，應參酌公平會之意見，或移請公平會科以行政制裁；對於，對於市場秩序有重大公益之案件，得由公平會主動調查，透過行政協力發現真實，並有助工程會之個案處理。

（六）程序管制之合理性

在管制功能上，政府採購偏向事前管制，對於政府採購程序，招標準備程序到履約之爭議解決，均有詳細之規定，偏重於程序導向；競爭法主要對違背競爭規範行為之事後的制止或懲罰，著重於違法行為之非難，固然直接或間接促使事業不為妨害競爭之行為，但其成效仍繫於行政機關執法之有效性及事業被發現違法之風險程度。

另，由於公平法係對妨害競爭行為之法律評價，為實質判斷問題，多具有高度之法律抽象性，因此，程序導向的政府採購法，藉由程序之正當性，確保實質之公平，故可認為，政府採購時，若踐行政府採購法之程序規定，由於政府採購法已具備相當的競爭法精神，即可認為符合競爭規範。

三、政府採購法對公平交易法實務見解之影響

（一）回歸公平交易法之競爭法定位

在目前公平會對政府採購行為處分的案例中，最大的問題就是過度的適用公平法第十九條第二款及過度的擴張適用公平法第二十四條之規定。由於公平法在法律體系上屬於競爭法規範，主要在維護市場交易機能及秩序的正常運作，因此並非所有的政府採購行為均該當競爭法的規範範疇，對於不妨礙市場競爭機能之政府採購行為，或政府偶然、非經常性或公權力色彩較濃的政府採購行為，因為不屬於私經濟中的市場行為，應不屬公平法的規範範圍。顯然目前之公平會實務運作事實上已有政策性的取向，強行介入有關政府採購行為，具有相當程度的因應目前政府採購法規的不足。但政府採購法通過之後，已明確規範政府採購行為的正當程序，因此，公平會應當適時的對於以往有超越競爭法規範之嫌的處分見解有所修正。例如，擴張的適用公平法第十九條第二款及第二十四條之規定，對於限制競爭行為態樣的差

別待遇行為擴張解釋適用，甚至擴張過分擴張事業的內涵，大此影響公平會前後見解的一致性。因此，採購法通過應可使公平法回歸競爭法本質，利用專法對政府採購行為加以管制，應有正面意義。

(二) 回歸政府採購行為之程序管制導向

目前公平會所處分的政府採購行為，多屬於差別待遇行為的行為樣態。對於差別待遇行為之認定本屬困難，政府部門是否需要因應需求而限制招標廠商或招標產品規格，往往在爭議事後認定，早已緩不濟急，甚至難以判斷，在維護行政品質及兼顧競爭秩序的同時，公平會的決策不免涉有極大的法律及政策風險，因此，程序上的管制將有利於降低可能產生的法律及政策不確定性風險，也有助於有效維護競爭利益，透過政府採購事項的程序先行處置，將可避免事後爭議的發生，也可以利用程序之正當性，彌補實質的行政瑕疵⁴⁸。公平會此時亦應尊重依政府採購法爭議處理的程序先行，並透過行政協商方式，避免出現判斷見解之歧異，應有助於政府採購爭議的迅速解決。

(三) 加重對於妨害的政府採購行為的責任

政府採購法一方面利用程序規定，規範政府採購行為，加強招標單位的監督責任；另一方面，對於妨害政府採購行為，亦採取更嚴厲的處罰內容。依政府採購法第五條之規定，機關採購得委託法人或團體代辦，前項採購適用本法之規定，該法人或團體並受委託機關之監督。目前公平會對於政府部門將採購事項交由委託設計單位代辦或代為採購，均認為受處分之行為主體為受委託設計單位或受委託採購單位，其主要理由為，在招標過程中，受委託設計單位或採購單位具有交易決定的主導地位。但是依政府採購法第五條之規定，受委託代辦單位，既然必須受到委託機關之監督，因此，委託機關才是最後真正之交易決定者，是否仍可主張不具招標主導地位，或已授權代辦單位全權辦理，而推諉其責任，不無疑問，尤其政府採購法

⁴⁸ 由於政府採購的招標程序中，都會事前進行公告，依政府採購法第七十五條之規定，廠商亦必須在規定之期限內提出異議，否則應可認為有失權效果。因此，若招標規範確有妨害競爭之情形，但若已經過正當的行政程序之後，應可認為政府之該招標行為已具有程序之正當性，而不再論究其實質內涵。

通過之後，公平會限縮被處分主體的見解，似乎有再調整之必要。

其次，政府採購法第八十七條以下，對於妨害政府採購行為之行為人採取嚴厲之刑法制裁規定，與公平法之規定，亦形成加重之處罰規定。由於涉及刑罰之制裁，同時必須考量是否會與司法之犯罪偵查程序產生衝突的問題(是否須先行政，後司法)，公平會如何與工程會，甚至司法檢察單位之偵辦程序取得協調，應該都必須再進行跨部會的研商。

肆、結語

公平交易法委員在政府採購法通過之前，基於公益上之目的，大量的介入工程招標過程中發生的爭議處理，從政策面的觀察確有其必要性，但在政府採購法生效實行之後，公平會以往過度使用的擴張公平法的解釋範圍，藉以達到政策性的規範目的，從競爭法的規範體性來看，則應予檢討。

在過去所發生的政府採購爭議，有關工程招標的爭議占絕大部分，其中包括業主(招標單位)、施工廠商(參標單位)、監工設計單位等間所發生的法律問題，涉及契約之民事爭議、競爭法規之行政爭議等問題。在政府採購法通過之後，對於相關工程爭議的處理，利用程序上的監控及遊戲規則的重新制定，無論在實體或程序上的問題解決，相信都有相當之助益。

不過，政府採購法與公平交易法在規範主體、行為及規範目的均不盡相同，且該二法之主管機關在行政調查能力、行政處罰能力及公益目的等亦不相同，因此，仍應透過主管機關的行政協商方式，對相互間之職權分工及調查協助方面進行討論，以達到相輔相成之功效⁴⁹。

⁴⁹ 公平會與公共工程委員會於 87 年 12 月 20 日(88.01.25.公法字第〇〇二四八號)達成行政協商結論如次：

(一)政府採購法施行後，有關涉及違反競爭法規範之政府採購事件，應依公平交易法或政府採購法處理為當？

(1)政府採購法施行後，與政府採購有關之行為涉及競爭秩序，政府採購法已有規範者，由政府採購法主管機關或相關權責機關依政府採購法處理。

(2)政府採購法施行後，機關辦理政府規劃或核准交通、能源、環保、旅遊等建設，經目的事業主管機關核開放廠商投資興建、營運者，其甄選投資廠商之程序，除其他法律另有規定者外，依政府採購法處理。

參考文獻

- 許宗力、朱柏松、羅怡德、劉孔中(1996)，行政機關行為適用公平交易法之範圍，行政院公平交易委員會 85 年年度合作研究計畫六。
- 行政院公平交易委員會(1997)，機關招標採購適用公平交易法相關案例彙集(增訂三版)。
- 蔡英文、范建得、莊春發主持研究計畫(1997)，政府採購與公平交易法相關性之研究，行政院公平交易委員會。
- 許宗力、林子儀(1994)，公平交易法行為主體研析，公平交易委員會 82 年度委託研究計畫四。
- 世界各國政府採購制度 / 葉彬編(1969)，中華企業管理發展中心。
- 政府採購法草案相關資料彙編 / 行政院公共工程委員會編(1997)，行政院公共工程委員會。
- 劉倩姣(1997)，政府採購之救濟制度：以政府採購之法律性質為中心，政大法律碩士論文。
- 董珮娟(1997)，由政府採購協定及美國政府採購法論我國公共工程採購制度：以競爭促進為核心 / 董珮娟撰。
- GATT 政府採購規約條文及我國政府採購相關法規彙編/經濟部國際貿易局編(1991)，臺北市：經濟部國際貿易局。
- Laffont, Jean-Jacques(1993), 1947- A theory of incentives in procurement
-
- (3)至於得標廠商與分包廠商間所生違反競爭事件，政府採購法雖未規範，但涉及公平交易法規範者，由公平交易委員會依公平交易法處理。
- (二)政府採購法施行前後所發生之政府採購爭議事件，公平交易法與政府購法之適用與分工方式如何？
- (1)政府採購法爭議事件涉及競爭秩序之行為，發生在政府採購法施行前者，依公平交易法處理。
- (2)政府採購法爭議事件涉及競爭秩序之行為，跨越政府採購法施行前、後者，由當事人循政府採購法途徑解決。但在該法施行前已合致公平交易法之違法要件行為，公平交易委員會仍得依公平交易法處罰。
- (3)公平交易委員會就前款應依政府採購法處理之事件，應儘速通知當事人循政府採購法途徑解決。
- (4)政府採購法爭議事件涉及競爭秩序之行為，發生在政府採購法施行後者，由當事人循政府採購法徑解決。

and regulation, Cambridge, Mass. : MIT Press.

Kelman(1990), Steven Procurement and public management : the fear of discretion and the quality of government performance , Washington, D.C. : AEI Press ; Lanham, Md. : Distributed by arrangement with University Press of America.

**Fair Trade Law, Government Procurement Act, and Construction Bidding
Case Review of FTC Practices Dealing with Government Procurement**

Chang Hsiang-hsin

Graduate Student, Law school of National Taiwan University

Procurement of public construction is the preeminent concern of Taiwan economic regulation. In May 27, 1999, "Government Procurement Act"(GPA) is going to be effective. Before that, "Fair Trade Law"(FTL) has been one of the most significant regulation of government procurement, especially in the disputes of public construction. Therefore, how to harmonize the relationship between GPA and FTL is the main purpose of this article.

This article is based on the thinking of why we should treat public purchasing differently from private doing and how we could do for that. One method is internal control, as administrative monitor system; the other one is external control, as market monitor system. For redress to disgruntled offerors, we set up multiplicity of devices to permitting review within the purchasing agency itself. Besides, the 'bid protest' system also provides offerors with contest procurement decision of government agency. All of these, along with promote the efficiency of purchasing and protect the advantages of offerors, maintaining the competition order of market is one of the aims of the legal systems. The opinion of this article ,therefore, considers it necessary for the cooperation of FTC and PCC(Public Construction Commission) to reciprocate deficiency, since GPA can't totally replace of the function of FTL in the field of procurement.

This article is simply divided into three parts. Part I is to epitomize and analysis the practices of Fair Trade Commission about procurement. Part II is to analysis the interaction of FTA and GPA. Part III is the conclusion of this article and provides some suggestion.

Keywords: fair trade, government procurement, government purchasing, civil construction, bid proceeding.

