

壹、前言

貳、BOT在法律上的性質與當事人間的法律關係

- 一、BOT在法律上的性質
- 二、BOT當事人間的法律關係
  - (一)行政機關與投標、得標事業間
  - (二)得標企業與貸款銀行間
  - (三)行政機關與貸款銀行間

參、在BOT案中「行政機關」對「投標企業」資格限制的適法性

- 一、政府採購法
- 二、公平交易法

肆、在BOT案中「得標企業」自由選擇「貸款銀行」與「土木工程企業」的適法性

- 一、貸款銀行的選擇
- 二、土木工程企業的選擇

伍、在BOT案中「行政機關」對「金融機構」行政指導或行政命令的適法性

- 一、BOT工程的主管機關
- 二、金融業務的主管機關
- 三、主管機關行政指導能力不足的解套-----依賴性理論

陸、在BOT案中投標企業主體的聯合行為與杯葛行為

- 一、聯合行為
  - (一)政府採購法
  - (二)公平交易法
- 二、杯葛行為
  - (一)政府採購法
  - (二)公平交易法

柒、獎勵民間參與交通建設條例、政府採購法與公平交易法除外適用的關係

- 一、獎勵民間參與交通建設條例與公平交易法除外適用的關係
- 二、政府採購法與公平交易法的適用關係

捌、結論

## 壹、前言

二十世紀的政府已不再像早期夜警國家只在維持社會秩序，而是福利行政與給付行政的時代。話雖如此，但實際上各國政府的財政莫不赤字高漲。為減輕政府財政負擔，許多國家陸陸續續採用一九八〇年代英國余契爾首相執政期間所推出一系列自由化、民營化措施中民間參與公共建設的策略。而BOT即是其中的一種，尤其在大型的BOT，民間企業更是扮演主要的角色<sup>1</sup>。

所謂BOT(Build-Operate-Transfer)乃一般所稱「特許興建營運」，即由政府規劃<sup>2</sup>並提供土地，包商經由公開競標取得投資辦理細部設計、執行工程興建，以及興建完成後繼續經營該系統的特許權(concession or franchise)。包商以營運所得作為投資報償；待營運期滿後再將設施與產權移轉給政府<sup>3</sup>。

由於大型BOT所需資金都非常龐大，非特許營運公司(亦即得標廠商)自身資金所能負擔，也非一、二家金融機構之融資即能解決，通常須靠多家金融機構之聯貸，加上大型BOT的融資常以「專案融資」(Project Financing，亦有稱為「計劃融資」)方式為之，因「專案融資」是以投資本身的財務可行性作為融資信用的主要依據，為明確化投資案的財務責任一般都會成立「專案公司」(project company)作為融資與投資的權利義務主體，而「專案公司」通常由土建營造商、設備製造商、建設開發商、甚至包括銀行團等組成「投資聯盟」的專案公司來辦理，此一「專案公司」本質上也是合資(join venture)的一種。此外，「專案融資」的特色主要在其投資風險是由投資者與融資者共同負擔<sup>4</sup>。因此，欲參與合資的公司與融資對象的選擇即非常重要，而這些參與合資的公司與融資的金融機構如何組成與選擇，究應由招標的政府機構選擇或由特許營運公司選擇？抑或由雙方共同選擇？在在影響整個計劃案的成敗。

民法上在契約自由原則下，選擇交易相對人原係當事人的契約自由之一，但在公家機關的採購與營繕工程上的綁標，我國實務上公平交易委員會以公平交易法介入，而即將於今年五月二十七日開始實施的政府採購法亦將之納入規範，此後公平交易委員會是否仍以補遺的方式截堵抑或完全退出，則有待觀察。但對於無政府採購法適用的獨占企業，其交易相對人的選擇，公平交易委員會仍採有條件的介入。因此，大型的BOT中，從政府的委託規劃、公告甄選、訂定興建營運契約、第三者的接手繼續興建營運、到移轉所有權階段，是否仍有完全的交易相對人選擇自由原則的適用，仍值得商榷。雖然為了興建高鐵，立法院在八十二年十一月十六日通過「獎勵民間參與交通建設條例」以鼓勵民間參與重大交通建設，該條例係從「民間投資者的角度」、「政府的角度」、「地主的角度」三個觀點作平衡考量，在民間投資方面因交通建設額度很大、投資回收期很長、風險也比較高。因此，除土地之取得與營收的保障外，在資金取得方面也須突破金融法令相關的瓶頸，使專案融資可行<sup>5</sup>。倘為了使此一專案融資可行，可能在交易相對人選擇上作了相當的限制，是否符合公平交易法第十九條第二款之正當理由？又「獎勵民間參與交通建設條例」為配合民間參與案件先天上必須有「因案制宜

」的特性，故有諸多原則與抽象性規定。惟是否符合公平交易法在八十八年二月三日新修正公布的第四十六條第一項其他法律須在不違背競爭精神的情況下始有除外適用的宗旨，實不無疑義。

本文即針對大型BOT中錯綜複雜關係的當事人間，從公平交易法與政府採購法的適用上，可能發生的交易相對人選擇自由、融資與相關行為主體的聯合及杯葛的法律爭議，以及新修正的公平交易法第四十六條適用的相關問題作一探討。至於對行政機關本身並無處分規定的審計法、審計法施行細則、機關營繕工程及購置定製變賣財物稽查條例等法規非本文探討的對象。

## 貳、BOT在法律上的性質與當事人間的關係

### 一、BOT在法律上的性質

在政府採購招標的法律性質方面，學說上有主張私法行為說、公法行為說與雙階理論說者，而通說與實務認為係「私法行為」，但亦有學者採雙階理論<sup>6</sup>。而BOT的訂定興建營運契約在法律上的性質，亦有採公法契約、私法契約與雙階理論者<sup>7</sup>。雙階理論將不同階段行為分別確認其行為本質，雖亦有其理論依據，但BOT從規劃、公告甄選、特許與訂定興建營運契約、到移轉所有權為止，前後構成不可分之鏈鍵，常互為條件而不可分割，各階段行為根本不可能分割而獨立存在，尤其各階段行為剛好分跨在新法（如政府採購法）實施前後，則是否分別適用不同法律，實值得商榷<sup>8</sup>。且其過程中除政府可能答應給予廠商一定協助、補貼及優惠條件外，政府幾無以單純私法地位與企業進行採購或買賣可言。政府以企業須移轉建物與營運系統之所有權為條件而「特許」得標企業之興建與營運所訂定之契約，其「行政契約」的性質可謂極為濃厚。

### 二、BOT當事人間的關係

#### (一)行政機關與投標、得標企業間

如本文前言所述，在大型的BOT，參與投標的企業集團通常會組成所謂「專案公司」參與投標，俟得標後再與相關主管機關簽約。因此，BOT的契約當事人為行政機關與該「專案公司」，「專案公司」的成員公司並非契約當事人。惟契約若約定「專案公司」違約或無法履約時，成員公司亦應負連帶責任，並經該等成員公司同意簽字時，就此部份而言成員公司亦成為契約當事人，但其契約性質則為私法契約，並非行政契約。

若「專案公司」的成員公司與「專案公司」間符合公司法關係企業專章規定的要件時，即便成員公司非契約當事人，亦有可能須負關係企業的相關責任。

又投標企業集團(或稱企業聯盟)與投標企業集團間的關係原係相競爭之集團

，無任何法律關係。若原得標集團企業因故(如破產或重新評估無利可圖而放棄)無法繼續工程之進行而是否由他投標企業集團承接、或應重新招標。雖「獎勵民間參與交通建設條例」第四十四條第二項規定：「主管機關依前項規定強制收買之營運資產或興建中之工程，得移轉其他依法核准之民間機構繼續興建或營運，或由指定之政府專責機構興建、營運。」一旦決定移轉其他依法核准之民間機構繼續興建或營運時，主管機關是否應重新招標、甄選，該條規定並不明確，從公平交易法或政府採購法觀察亦有探討之餘地。

## (二)得標企業與貸款銀行間

由於大型的BOT所需資金極為龐大，例如我國高鐵所需資金即高達四千億，實非得標企業集團或少數幾家金融業者所足以提供，因此多家金融業者的聯貸即有其必要性，且如前所述「專案融資」是較可行的方式，若貸款銀行亦共同負擔風險時，則勢必加入「專案公司」，成為「專案公司」之一員，此時貸款銀行與其他成員廠商間所訂立的是為成立合資「專案公司」的平行契約，進而由「專案公司」單獨與主管機關簽訂對立性的契約。

## (三)行政機關與貸款銀行間

若貸款銀行未加入「專案公司」，只是單純貸與資金，則是對立契約的當事人，此種情形貸款銀行即不須與「專案公司」共同負擔工程興建與營運的風險。但貸款銀行亦可能以獨立地位與「專案公司」以及主管機關簽訂三方對立性的契約，例如當「專案公司」沒有能力繼續興建時，由貸款銀行負連帶保證責任或承受工程的興建與營運，端看三方當事人的約定，在此種情形下貸款銀行是否有能力續接，亦是主管機關所關心之問題，因此主管機關對貸款銀行的選擇即有設定標準門檻的可能性。是以貸款銀行究竟扮演何種角色，端看不同個案中三方當事人如何約定。

## 參、在BOT案中「行政機關」對「投標企業」資格限制的適法性

通常大型的BOT案，得標的企業是透過主管機關所設立甄選委員會評審後甄選而出，非如一般政府招標與採購單純以最低價或最高價作為決標的標準。此一甄選過程應較為公平、公正，當較無綁標或圍標之問題，但「綁標」的可能性仍無法完全排除。此處所謂的綁標，並不易出現在甄選階段，主要出現在若行政機關對相關建設有進一步規畫，而對於工程的某部份相關事項有門檻限制時(例如透過資格與技術的限制)<sup>9</sup>，即可能迫使欲投標的企業集團成員彼此的挑選失去選擇性，因此可謂係行政機關的間接綁標。

由於行政機關承辦人本身的收賄或圖利他人而綁標時，僅該承辦人有刑責，

行政機關本身無刑事責任，但卻可能有「政府採購法」與「公平交易法」上的責任，本文僅就此二者探討之，至於行政機關承辦人的責任不在本文探討範圍。

## 一、政府採購法

我國政府採購法係於民國八十七年五月二十七日公佈，該法第一一四條規定公佈後一年實施，故與政府採購有關之行為發生於民國八十八年五月二十七日之後者，即應適用政府採購法。

### (一)甄選程序

政府採購法第十八條第一項規定：「採購之招標方式，分為公開招標、選擇性招標及限制性招標。」「甄選程序」通常出現在選擇性招標，性質上屬最有利標，不同於價格標。所謂價格標係指主管機關於辦招標時，除公告所需規格與資格審查外並先訂底價（法律另有規定時除外，政府採購法第四十六條、第四十七條），且底價不得對外公開，於投標後由出價最高或出價最低之廠商得標，經主辦機關決標後，補訂書面契約。而「甄選程序」比一般價格標更為複雜費時，除招標公告外，其須先成立甄選委員會，由主管機關的業務主管、高級職員，與一定比例的學者、專家等組成，訂定甄選辦法，就申請事業的興建或營運能力、公司組織健全性、財務計畫可行性、附屬事業之收入、權利金支付額度及要求政府投資或補貼等事項，依公平、公正之原則，擇優評審之。俟經評為最優者，始於一定時間內與主管機關完成簽約手續（參「獎勵民間參與交通建設條例」第三十七條、第三十八條）。

又政府採購法第九十九條規定：「機關辦理政府規畫或核准之交通、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。」從該條立法理由可知，其雖亦承認以BOT方式辦理之建設有別於一般政府採購，但認為其甄選程序亦應符合公開、透明、公平之原則、故明定適用該法有關規定，俾使甄選程序有法可循。因此，為BOT量身定作的「獎勵民間參與交通建設條例」即是該條所稱「其他法律另有規定者」，「獎勵民間參與交通建設條例」即應優先適用。但政府採購法的條文中除第九十四條有關『評選』組織的規定以及第五十六條採最有利標(第五十二條第一項第三款)之『評選程序』規定外，其他並無「甄選程序」的相關規定。固然共同之處仍可加以適用，但在本質有差異之處應如何適用政府採購法第二章招標與第三章決標之程序，頗令人生疑。且從政府採購法第九十九條規定內容觀察，似只有「甄選」投資廠商之「程序」有政府採購法的適用，其他「非甄選程序」事項即不適用政府採購法之規定。然事實上在整個BOT案過程中不只政府「甄選」廠商之「程序」有公開、透明、公平之需求，其他如涉有指定特定品牌產品的綁標、圍標、共同承攬等亦可能有不公平競爭之

問題，此等問題究應適用或類推適用政府採購法？抑或應直接適用公平交易法？即不無疑義<sup>10</sup>。當然另一個解決方式即將「甄選程序」做最廣義之解釋，則上述問題仍可適用政府採購法的相關規定加以解決。

不過，大型BOT案並不多見，且常有因案置宜的必要性，為避免產生難以解決的爭議，故以量身訂作的方法，另訂特別法加以適用，恐是唯一可行且較為妥適之方式。

此外，廠商若質疑「甄選程序」之公正性、合法性時，除有特別規定外，應有政府採購法第六章第七十四條以下的異議及申訴程序的適用。

## (二)綁標或綁規格

### 1.機關

BOT案若係由機關自行規畫而由廠商興建、營運情況下，雖亦經「甄選程序」評審出最優廠商，由其興建、營運，但在甄選程序前的規畫階段，機關若已在計畫中綁標或綁規格時，依政府採購法第六條第一項及第二十六條第二項規定，對廠商不得為無正當理由之差別待遇，亦不得於擬定、採用或適用之技術規格、特性、評估程序等在目的與效果上為限制競爭。因此，若有綁標或綁規格，依政府採購法第七十四條以下之規定，其他廠商可以異議及申訴。

又雖在規畫與甄選程序時機關無綁標或綁規格，但事後簽約時得標廠商依機關要求，採用他家廠商獨家生產之產品而無正當理由時，仍形同綁標或綁規格。倘該得標廠商不同意時，當可提起異議及申訴；但若該得標廠商亦與機關同謀時，即可用有交易對象選擇之自由為藉口，該廠商不受政府採購法之約束，達到綁標或綁規格的目的是。

### 2.受機關委託之廠商

依政府採購法第三十九條第一項規定：「機關辦理採購，得依本法將其對規畫、設計、供應、或履約業務之專案管理，委託廠商為之。」若該受託廠商於規畫、設計時有綁標或綁規格，依同法第八十八條規定，廠商之承辦人員處一年以上七年以下有期徒刑，得並科新台幣三百萬元以下罰金。同時依同法第九十二條規定，該受託廠商亦科以新台幣三百萬元以下罰金。但政府採購法第八十八條係以「意圖為私人不法之利益」與「因而獲得利益」為構成要件，倘未因此獲益則不成立犯罪，此顯然與公平交易法之側重公平競爭精神，不以意圖為私人不法之利益與因而獲得利益為構成要件，有極大之差異。

若BOT案係屬由政府規畫後由廠商興建營運的情形，而機關事實上將規畫委託廠商為之，而該廠商有上述綁標或綁規格之規畫時，應有上述情形的適用。但若屬由投資廠商規畫、興建、營運時，該投資廠商的規畫有綁標或綁規格之情

形，抑或該投資廠商亦將計畫更委託他人設計時，恐無上述政府採購法之適用，蓋該他人係受中選的投資廠商所委託，非受機關委託規畫、設計。

## 二、公平交易法

基於法律不溯及既往原則，在政府採購法實施之前的B O T案(例如高鐵案)，若有圍標、綁標或其他不公平競爭情形，從公平交易委員會的實務觀察，仍有公平交易法的適用。至於政府採購法實施後，是否仍有公平交易法的適用，本文將於柒、「獎勵民間參與交通建設條例、政府採購法與公平交易法除外適用的關係」中說明之。

依公平交易委員會公研釋0九0號解釋，以及該會所訂「行政機關私法行為適用公平交易法之審度原則」，行政機關亦為公平交易法第二條所稱事業，故亦有公平交易法之適用。因此，行政機關若無正當理由而綁標或綁規格時，將違反公平交易法第十九條第二款規定，行政機關本身負有公平交易法上的行政責任，不同於政府採購法中招標機關之無行政責任<sup>11</sup>。

在B O T案中，若係由民間機構規畫、興建、營運的計畫，機關只作初步規畫，並採甄選程序，不易出現綁標情形。但在由機關規畫，民間機構負責興建、營運的案件中，即可能出現綁標情形，惟是否有正當理由，端視個案而定。

雖然公平交易委員會成立迄今尚無處理過B O T工程違反公平交易法之案件。惟曾於民國八十三年以(83)公處字第025號處分書處分台北市捷運工程局於新店線CH227標招標公告逕自刪除225、226、228標中將中央機關及台灣省政府在建工程估驗計價比照台北市政府在建工程估驗併計業績，以致承建中央機關及台灣省政府之眾多營造業者無法參與投標，其不當限制投標資格之行為違反公平交易法第十九條第二款無正當理由差別待遇的規定。在該案中公平交易委員會認為捷運工程局在民國七十九年、八十年、八十一年一般土木工程市場佔有率已達12.45%以上，復占政府公共工程單項超過千億元工程總預算之17%，故捷運工程局應具有影響市場力量<sup>12</sup>。因此，大型的B O T案，例如高鐵案，其金額高達四千億，有可能使資金市場出現排擠效應，對市場有相當程度的影響。

至於其他受機關委託規畫、設計之廠商若透過其設計而有綁標或綁規格情形時，依上述公平交易委員會所訂之審度原則，亦有相同之責任。惟此時招標機關無公平交易法上的責任。

肆、在B O T案中「得標企業」自由選擇「貸款銀行」與「土建工程廠商」的適法性

### 一、貸款銀行的選擇

投標廠商集團所合資成立之專案公司並非行政機關，故無政府採購法的適用

。此由「獎勵民間參與交通建設條例」第二十六條第一項規定規定：「主管機關視交通建設資金融資之必要，得洽請金融機構給與本條例所獎勵民間機構長期優惠貸款．．．」與交通部會同財政部制訂「民間機構參與交通建設長期優惠貸款辦法」的第五條第二項規定：「前項貸款由民間機構與金融機構議定之。」顯然得標之專案公司得自由選擇貸款的金融機構。當然，金融機構在評估無利可圖情形下亦有權拒絕專案公司的貸款請求。至於主管機關若用行政指導或行政命令要求或命令某些金融機構必須放款給專案公司時，金融機構在評估無利可圖情形下是否有權拒絕專案公司的貸款請求。本文將於伍、在BOT案中行政機關對金融機構行政指導或行政命令的適法性中一併說明之。

由於大型BOT案通常所需資金極為龐大，例如台灣高鐵一案所需總金額即高達新台幣四千億元，即便只貸款一半兩千億元（據報載台灣高鐵融資金額高達兩千八百億元），與新設私人銀行所需資本額一百億相較，二十家之私人銀行仍不足以因應。但也不能因此即排除規模較小的私人銀行加入放款的競爭行列，端看市場供需與雙方意願。在如此龐大金額貸款下以及興建、營運等不確定風險下，究竟屬賣方市場或買方市場，尚難一概而論，不過其可能造成資金市場排擠效用或對融資之市場產生一定程度之影響，應係不可否認。因此，這已非政府採購法所能規範，若有限制競爭或不公平競爭之行為時，只有依賴公平交易法的適用。

如上所述，得標之專案公司既非公家機關而無政府採購法的適用，依契約自由原則，其自可自由選擇貸款銀行。至於是否須以公開招標方式為之，亦為其自由，即便採公開招標，仍無政府採購法的適用，亦無類推適用政府採購法的問題。因其屬民事契約範疇，故公開招標過程之公告事項、條件、．．．等等，倘有爭議悉依民法上要約誘引、要約與承諾等原理解決，不屬公平交易法規範的範疇。但倘一方具有市場力並加以濫用而有限制競爭或不公平競爭之行為者，仍不能排除公平交易法的適用，至於民事部分則仍歸民事法院解決。

在我國金融市場的放款，依銀行法雖有一定程度的限制，但基本上也處於競爭狀態，其存款利率與放款利率每家銀行不盡相同，即便同一家銀行放款給不同客戶時，亦可能因客戶條件的差異而有不同的放款利率；至於不同銀行放款給同一家公司時，因每家銀行自身成本的不同，放款金額不同，其放款利率也會有差異。這些均屬有正當理由的差別待遇，並不違反公平交易法第十九條第二款的規定。

由於大型的BOT案所需融資極為龐大，非少數幾家銀行所能承擔。因此，通常由數家銀行一起或分別放款給得標廠商集團的專案公司，在此一過程中，金融機構是否成為BOT案的契約當事人，在法律上即有不同的意義。

#### 1. 金融機構非BOT案的契約當事人

##### (1) 金融機構聯貸

雖然我國銀行法對金融機構有相當程度的規範，亦給予相當程度的自由，但並未明文允許金融機構得以聯合放款之方式放款給參與交通建設的民間機構，而



獎勵民間參與交通建設條例亦無類似之規定。因此，各銀行欲放款給得標廠商簽約時，須個別為之，且各放款銀行彼此間對於放款利率、放款期限、放款金額、．．．等等，應個別依其自己之成本、利潤與對市場之評估，訂定其放款之條件，彼此間不得有契約、協議或其他合意之行為。倘每家金融機構欲以相同條件聯合放款給得標廠商，或考量各別簽約的麻煩以及行政成本的節省，而欲以相同之契約書一次簽訂時，依公平交易法第十四條規定須向公平交易委員會事前申請聯合行為之許可，否則依公平交易法第三十五條規定，各銀行之行為人有三年以下有期徒刑之刑責，而銀行依同法第三十八條科以該條罰金（舊法為新台幣一百萬以下，新法若未依命令改正時科新台幣一億元以下罰金）。

在台灣高鐵一案中，據交通部公佈在網路上之資料，貸款金額新台幣二千八百億，其中大部分資金來自郵政儲金，其他聯貸主辦銀行為交通銀行、中國國際商業銀行、臺灣銀行，其餘貸款條件及審核程序等，悉依承辦行庫授信規範辦理，其貸款利率除依會議決議外，由聯貸銀行洽台灣高鐵公司議定後報中長期資金運用策劃及推動小組核備<sup>13</sup>。雖然該案係經提報八十七年十月二十一日經建會第九四四四委員會議討論確定，但仍須由聯貸銀行洽台灣高鐵公司議定，該三家聯貸主辦銀行之聯合行為至為顯然，惟尚未聞該三家銀行有欲向公平交易委員會申請聯合行為許可之消息<sup>14</sup>。

#### (2) 金融機構以成立合資公司方式放款

倘此等放款銀行亦以成立合資公司方式放款，則放款者僅此合資公司一家，表面上看似無聯合行為可言，但因其目的在於一致的放款，係以形式上結合來達到實質上聯合目的的方式，應仍以實質認定為準，而有聯合行為的適用。惟僅為此單一放款目的而再另成立一家合資公司之方式並不切實際，實務上較不可能以此種方式為之。

#### 2. 金融機構成為BOT案的契約當事人

若金融機構欲成為BOT案的契約當事人而與得標的專案公司以及招標機關聯立訂定三方當事人契約，為使財務獨立與風險考量而共同承擔風險時，即有必要以對等方式採合資公司模式成立一家放款的專案公司來參與契約的訂定，於原得標之專案公司無力興建時，由其承接續建。此時多家金融機構之共同成立合資公司之目的即非單純為聯合放款之目的，故應無聯合行為之適用。至於結合行為依公平交易委員會目前實務作法尚不須事先申請許可。

## 二、土建工程廠商的選擇

亦如上述對金融機構的選擇，BOT得標之專案公司對於土建工程廠商的選擇亦屬契約自由，在台灣高鐵案中，據八十八年三月九日之報載，得標之台灣高鐵股份有限公司董事長殷琪表示，有關高鐵之土建工程將於同年六月份公開招標。台灣高鐵股份有限公司是私人企業，並非行政機關，當無政府採購法之適用。因此，招標過程中若有綁標或指定規格情形時，是否仍有公平交易法的適用，即

值得探討。

私人企業綁標或指定規格是否違反公平交易法，在公平交易委員會實務處理上，尚未見有任何案例，據筆者所知，公平交易委員會多數官員之見解認為私人企業有選擇交易對象之自由，其契約亦屬民事契約，若有爭議，應循民事救濟途徑解決；惟該私人企業若係獨占、寡占或具有相對市場力的廠商，而其行為對市場競爭造成影響而不公正時，仍不排除有公平交易法的適用。其重點並非謂公平交易委員會介入民事契約，而是在於該具有市場力之廠商在招標過程或簽約過程中的行為對市場競爭造成影響。

招標機關若對土建工程的部分工程有一定品質或規格之限制，而要求得標廠商之專案公司必須指定廠商或品牌時，此種透過間接方式形成的綁標，其責任在於行政機關。惟得標之專案公司不接受時，其與招標機關間之糾紛固應循民事途徑解決，然招標機關的綁標雖未達目的，在公平交易法中其行政處分主要是針對違反市場競爭的行為加以制裁，故不以產生結果為必要，此時招標機關若無正當理由仍構成公平交易法的違反。

## 伍、在BOT案中「行政機關」對「金融機構」行政指導或行政命令的適法性

### 一、BOT工程的主管機關

依獎勵民間參與交通建設條例第二十六條規定：「主管機關視交通建設資金融資之必要，得洽請金融機構給與本條例所獎勵民間機構長期優惠貸款，其貸款期限即受信額度不受銀行法第三十三條之三、第三十八條及第四十八條之限制。」「前項長期優惠貸款利息之差額，由主管機關編列預算補貼之。」該條文使用『得洽請』金融機構給與長期優惠貸款，故是否給與融資，仍決定在金融機構本身。

今主管機關(依該條例第三條規定，主管機關是交通部而非財政部)若『洽請』某些『特定』之金融機構給與優惠貸款，而此等金融機構亦同意時，主管機關因未公開招標，是否仍有綁標而違反公平交易法或政府採購法之嫌？由於所謂的『洽請』，本質上應僅係行政指導，並非行政命令亦非行政處分，其他利害關係人不得因此提起訴願、行政訴訟救濟，因此未被洽請給與優惠貸款而失去市場交易機會的金融機構不可主張主管機關違反公平原則而向公平交易委員會提出檢舉或採取政府採購法的異議程序(若承認行政機關有選擇交易對象的自由時，當無此等問題)。蓋主管機關『洽請』之行為並非「交易」，當無政府採購法與公平交易法的適用，欲融資之專案公司是否欲與被洽請之某些『特定』之金融機構交易，仍有選擇之自由。至於行政指導若具高度信賴性並造成人民損害，則係國家賠償法之範疇。

又獎勵民間參與交通建設條例第四十四條第二項規定：「主管機關依前項規定強制收買之營運資產或興建中之工程，得移轉其他依法核准之民間機構繼續興

建或營運，或由指定之政府專責機構興建、營運。」該特別規定，應優先政府採購法適用，並排除公平交易法的適用，而可逕指定特定廠商或政府專責興建、營運。由於該條文用「得」移轉，故若欲再採用公開招標程序亦無不可，則此時仍有政府採購法與公平交易法的適用，以維公平。

## 二、銀行業務的主管機關

由於交通部非金融業務之主管機關，其對金融機構無任何約束力，若欲由自己洽請金融機構融資，恐非易事。因此交通部依獎勵民間參與交通建設條例第二十六條第三項規定會同財政部共同頒訂「民間機構參與交通建設長期優惠貸款辦法」。該辦法第五條規定：「主管機關得視交通建設資金融通之必要，會商財政主管機關及其他相關單位，洽請金融機構提供民間機構興建或營運交通建設所需之長期優惠貸款。」「前項貸款由民間機構與金融機構議定之。」依該辦法規定金融業務之主管機關財政部亦僅得以『洽請』金融機構之方式為之，且民間機構向金融機構貸款係採用「議定」方式，並無公開招標之必要。

財政部以『洽請』之方式請金融機構融資，亦僅屬行政指導之性質，金融機構憚於財政部係因其為目的事業主管機關，通常會配合辦理，加上依獎勵民間參與交通建設條例第二十六條第二項規定，長期優惠貸款利息之差額由主管機關編列預算補貼之。且或許是一筆長期之交易，金融機構當更願意配合，惟並不意味融資之金融機構即無任何風險，因此最後的決定權仍在自己。倘果真無金融機構願融資時，政府只有改為自己編列預算並發包興建。

除上述行政指導外，若法律無特別規定，而財政部卻對公營銀行以行政命令方式命其必須融資給得標之廠商集團時，僅該行政命令是否係違法的高權行為而已，並無綁標的問題，故無公平交易法適用之餘地。

惟主管機關的行政指導所主導出數家金融機構的聯合行為，倘無其他法律明文可作為依據時，為聯合行為的金融機構若未事先向公平交易委員會申請許可時，不能以主管機關之行政指導作為阻卻聯合行為違法性的依據<sup>15</sup>。蓋行政指導並無拘束力，被指導之廠商仍有自由決定參與之空間，一旦參與聯合行為，即應對自己之行為負責。

## 三、主管機關行政指導能力不足的解套-----依賴性理論

公平交易法上所謂依賴性理論係指，所被保護之事業不具有所謂「可期待之偏離可能性」時，即為成立<sup>16</sup>。亦即被保護之事業無足夠與可期待之機會，能捨去具「支配市場」或「市場強勢」之事業而與其他事業進行交易之謂<sup>17</sup>。

雖然我國公平交易委員會至目前為止尚無採依賴性理論的典型案列，但曾於米樂公司檢舉美國美樂公司終止啤酒經銷權一案中委員會議曾對該案是否有依賴性理論的適用進行熱烈的討論(該案未處分)。又在有關對講機多功能保全系統產

品維修案中 18，公寓大廈所使用之保全系統設備損壞維修所需之零件非依賴原廠商之供應不可，倘原廠任意哄抬價格，或要求向其採購零件之廠商非經其同意不得替消費者維修時，該生產或銷售之原廠商將違反公平交易法第十九條第六款或第二十四條規定，可謂亦採類似依賴性理論的精神。

在大型 B O T 所需龐大融資如台灣高鐵案者，高達二千八百億的巨額貸款，即便資本額一百億的二十家新成立銀行資本總額度尚不足以擔綱，主辦之主管機關又如何要求得標企業全額自行籌措資金履約？固然政府的專案貸款，例如郵政儲金可解決部分問題，但仍有賴其他金融機構之配合。

在台灣的金融業長期以來對於中長期貸款通常要求貸款者須提出擔保（不動產、動產、或債券等）始給予融資，是以金融業者之風險極低。與歐美先進國家通常以融資者的營運計畫、財務狀況、長久以來的信用等條件為融資與否的決定因素，大異其趣。此固與我國的企業多半係中小企業且營業壽命平均不超過十五年之因素有關，但金融機構是否有足夠的專業人員評估專案公司所提大型 B O T 之計畫方案，亦是一大考驗。因此，在各種政府政策主導下，金融業者幾乎難以拒絕主管機關之行政指導，尤其公營銀行有國庫為後盾，亦不致過度擔憂因提供大型 B O T 之計畫融資所可能造成的倒閉風險。

既有主管機關的補貼，加上『公營』行庫所負不同於一般私人銀行之使命，則大型 B O T 之計畫融資勢非依賴臺灣銀行、交通銀行等大型『公營』銀行之貸款不可。因此，具市場強勢地位之大型行庫即不得任意拒絕融資，若欲拒絕則必須提出該 B O T 計畫方案中不可行之處，且應有相當之理由，而不能僅以粗略的評估即任意以風險過高為由而拒絕融資，否則即有濫用市場地位之嫌，尤其公營行庫如臺灣銀行、合作金庫、交通銀行等，當初之設立即負有一定之政策目的，否則如以一般銀行視之，中央銀行何獨將其本身之業務委託臺灣銀行為之，而不委託其他銀行為之，此固然有其歷史因素，而在公平交易法施行前，但公平交易法施行後其委託之行為卻仍在繼續中，應仍有公平交易法之適用，好比獨家交易契約訂定於公平交易法施行前，但於施行後業者仍有義務修改契約以符合公平交易法之規定。若以中央銀行之業務委託行為係公權力的委託，亦難作為正當理由。例如車輛違規拖吊業務之委託，主管機關恐仍須依政府採購法等相關法規公開招標給合法設立之公司、行號，而非可恣意選擇任一業者行使受託之業務。何況臺灣銀行係依銀行法第五十二條規定經專案核准之銀行，與一般私人銀行以股份有限公司為限者迥異，顯見其成立除歷史因素外尚有其特殊政策目的，且事實上在金融業中具有領導地位的「小央行」之稱亦為眾所周知之事實，若欲拒絕所營業務上交易對象之交易時，自應有充足之理由，否則仍應不排除有公平交易法第十條第四款(尤其公平法修法廢除獨占公告後)、第十九條第二款或第二十四條適用之可能。

至於甫欲進入市場之事業亦可引用依賴性理論作為請求之依據 19，蓋新事業的加入市場有助於市場競爭，對於該條件相同的交易相對人，即不應有差別待遇之行為。因此，台灣高鐵公司雖係一新成立之合資公司，但面對中華高鐵公司的

競爭，其提出之計畫方案既被甄選為最優，且其契約條件亦被主管機關接納而正式簽約，大型行庫的公營金融機構在無正當理由下即不應任意拒絕融資之申請。

## 陸、在BOT案中的聯合行為與杯葛行為

### 一、聯合行為

#### (一)政府採購法

政府採購法第二十五條第一項、第三項、第四項分別規定：「機關得視個別採購之特性，於招標文件中規定允許一定家數內之廠商共同投標。其屬查核金額以上者，應報經上級機關核准後辦理。」「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。」但並未明定是否應向公平交易委員會提出申請，理論上還是應向公平交易委員會提出申請，蓋是否合乎公平交易法第十四條但書各款之規定，應由公平交易法的主管機關公平交易委員會認定，非由業者主觀認定。何況依公平交易法第十四條規定，即使符合該條但書各款之規定，仍應經公平交易委員會「許可後」始得為之，此為必須踐行的程序規定，至於實體上是否符合則尚須另行認定，除非其未達公平交易法施行細則第二條實質限制競爭的門檻，惟未達門檻與否還是由公平交易委員會認定。況且合乎公平交易法第十四條但書各款之規定後，想獲得公平交易委員會之許可，尚需具備「有益於整體經濟與公共利益」之要件，否則仍違反公平交易法，光以政府採購法第二十五條第四項規定：「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。」尚有不足。

又即便公平交易委員會認為既已有政府採購法之規定，且有其主管機關，而不欲由公平交易委員會介入，仍應於政府採購法第二十五條中明文規定不須向公平交易委員會提出申請許可，或逕規定得為公平交易法第十四條但書各款之行為，進而依公平交易法第四十六條規定除外之，而非僅含糊地規定「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。」況且在大型BOT案，通常非以異業或同業共同投標方式出現，而是由這些異業與同業的廠商共同組成另一合資的專案公司（例如台灣高鐵股份有限公司），以該專案公司名義申請甄選，由於該公司法人格獨立，即無政府採購法第二十五條之適用。又依公平交易委員會目前實務見解，對於新成立之合資公司尚無申請許可結合之適用<sup>20</sup>，但在同業結合時是否有公平交易法聯合行為的適用仍不無疑義。

此外，政府採購法第六十五條規定不得轉包，但第六十六條僅規定違反時「得」解除契約、終止契約、沒收保證金、或要求損害賠償，並非無效。若機關未解除契約、終止契約，其契約仍有效，其他廠商是否可因此異議與申訴，實有疑義。另政府採購法第六十七條允許分包，而在大型BOT中，以合資（JOIN VENTURE）方式成立之專案公司，依我國民法與公司法規定，有其獨立法人格，

其得標後，將各項工程再公開招標予其他公司或商號，其究竟是屬於轉包，還是分包，不無疑義。但可確定的是，該專案公司絕不可能自行履行「工程」合約。因此，廠商若僅以形式結合以達到實質聯合的目的，仍應以聯合行為處理之，否則即無法達成禁止轉包的目的。

## (二)公平交易法

廠商的圍標行為在我國實務上雖認為招標機關並未被欺罔而陷於錯誤，從而不構成刑法三三九條第二項之詐欺罪，但圍標卻係多數具有競爭關係之營造廠商，在第三人公開招標時相互約束競標之一種約定，乃就價格或交易對象而為限制競爭之行為，合致公平交易法聯合行為之要件<sup>21</sup>。此外，圍標亦使招標機關之公開招標機能喪失，無法選到對其最佳的交易相對人，亦使其他廠商失去獲取交易機會，故各國無不以聯合行為視之，除刑責外，亦由競爭法主管機關介入，我國公平交易法實施後亦不例外。

雖然我國政府採購法第八十七條第一項對強制圍標有徒刑與罰金之規定<sup>22</sup>，但從該條文義解釋可知其構成要件須有「意圖」，且僅處罰「強制者」，對於因失其自主性而被迫為之的「被強制者」並不處罰。同樣之情形，該條第三項亦處罰「施用非法之方法者」，對「被施用者」亦不處罰。同條第四項之立法理由雖謂：「以契約、協議或其他方式之合意圍標之處罰，此等情節雖比前三項輕，然亦嚴重影響政府採購行為，故亦應予處罰。」看似與公平交易法聯合行為同，且刑責比公平交易法重，似可取代公平交易法的適用。但細觀第四項之用詞，「『意圖』影響決標價格．．．．，而以契約、協議或其他方式之合意，『使』廠商不為投標．．．．．者，處六月以上五年以下．．．．．。」亦同樣有「主動者」與「被動者」之分，從刑法條文結構解釋來看，該項規定僅處罰條文開頭在用語上省略的「主動者」，對於條文中『使廠商．．』之「被動者」廠商，並不加以處罰，即便條文中使用「以契約、協議或其他方式之合意．．．．」之字眼，看似所有廠商均合意參與，但並不影響條文中主詞與受詞之結構，依罪刑法定主義，參與契約、協議訂定之「被動者」即無刑責可言。因此，該項之規定實相當於公平交易法第十九條第四款之規定。綜上可知，政府採購法第八十七條並無任何規定相同於公平交易法第十四條不分「主動者」與「被動者」之共同起意的聯合行為。因此，政府採購法是否足以取代公平交易法對聯合行為的規範，不無疑義。

此外，廠商若為規避聯合行為的規範而以合資公司 ( join venture ) 形式出現時，仍應從實質認定，依公平交易法第十四條聯合行為處理之。惟此種情形不容易出現，蓋組成合資公司後，由該合資公司參加投標，若僅此一合資公司投標，將造成流標；若有多數廠商結合成多數合資公司時，因有數家合資公司競標，故仍形成競爭狀態，亦不致使公開招標機能喪失，除非該數家合資公司圍標，否則亦不構成聯合行為。又在採用甄選程序的招標工程是擇優取之，更無圍標之

問題。

有問題者乃，原有相當多數的廠商欲投標，但經遊說後，只有二家不欲加入合資，其餘多數廠商結合成合資公司，以致只有該合資公司與其他二家廠商競標，不但減少競爭度，更因合資公司的成立使其財力更雄厚或更具規模經濟而提高市場力，優於其他二家之競爭。此種為圍標或減弱競爭度為目的之合資行為，仍應從實質認定，以聯合行為視之。倘認其合資的聯合行為果真有規模經濟作用，而有益於整體經濟或公共利益時，仍應向公平交易委員會申請許可後為之。

至於異業共同承攬因彼此不具競爭關係，故不該當公平交易法第七條聯合行為的定義，無同法第十四條聯合行為的適用。同業共同承攬時，仍構成聯合行為，但若因工程過於龐大，非大多數或所有同業共同承攬不足以完成工程時，其集體議價之目的不在圍標，不致造成限制競爭，且無使發包單位受損之虞，故不違反聯合行為的規定<sup>23</sup>。大型BOT案通常由多數異業與同業共同組成合資的專案公司投標，加上採用甄選程序評審，較不可能有聯合行為出現。

## 二、杯葛行為

### (一)政府採購法

從我國政府採購法第三條規定可知，該法主要在規範政府機關、公立學校、公營事業於辦理採購時所應遵循之事項。其行為主體應為機關（第三條將上述三單位簡稱為機關），當行為主體未遵照該法相關規定為行為時，即應有相關處罰的規定，但該法第七章的罰則非但未處分作為行為主體的機關，反倒針對交易相對人的廠商（該法第九十二條）與其為行為的自然人處以罰金與徒刑，雖然其犯罪構成要件尚稱明確，但綜觀整部政府採購法，除第七章罰則外，幾無以廠商與行為人為規範的主體。此種立法體例在我國行政法各論的相關法規中極為罕見，一般在罰則的規定，其條文結構多為「違反本法第x條規定者，處．．．．，或科．．．．或並科．．．．」，並不將違法的構成要件規定在罰則中（可參考比較公平交易法的立法方式與條文結構）。正因此種罕見之立法方式，使得廠商若利用其所具市場力而採「杯葛」的方式，使其他廠商不能或不敢加入競標或甄選行列，甚或不能加入成為聯合承攬或合資公司的一員時，是否仍有政府採購法罰則相關規定的適用，即不無疑義。

綜觀整部我國政府採購法，與廠商「杯葛」行為較相關之條文僅第八十七條一條，該條第一項規定之手段為「施強暴、脅迫、藥劑或催眠術」，此外無其他概括規定；第二項則為第一項的加重犯；第四項係「以契約、協議或其他方式之合意」為之；第三項則規定「以詐術或其他非法之方法，使廠商無法投標．．．」。其中第三項雖有一「其他非法之方法」之概括規定，但其上例示「詐術」，是否「其他非法之方法」應與「詐術」之本質相類似？若為肯定，則「杯葛」顯然與「詐術」不類似。若為否定，則所謂「其他非法之方法」究係指「違反其

他法律之方法」抑或「不違反其他法律之非法的方法」，若係指後者，則令人難以想像是何種方法，且其不確定法律概念亦違反罪刑法定主義；若指前者，則其他法律已有規範，何勞政府採購法多此一舉，若謂政府採購法刑度較重，則顯然濫用重典，蓋其他法律規範之處罰過輕時，即應對該法加以修正，而非疊床架屋。

對上述政府採購法第八十七條第三項所稱「其他非法之方法」，吾人認為應以否定說為妥，亦即不應包括「杯葛」之行為在內，況且不具有市場力的廠商，又如何有足夠的能力去杯葛他人。既採否定說，則政府採購法顯然無法規範杯葛之行為，自當適用公平交易法之相關規定處理。

## (二)公平交易法

大型BOT案通常由多數異業與同業廠商共同組成合資的專案公司投標或參加甄選，從專案公司組成的過程到投標或甄選的過程，都有可能發生「杯葛」的情形。

1. 專案公司的組成若係由一具有市場力的廠商在主導時（尤其是擁有BOT工程所需之獨家技術），則其合作對象的選擇，事實上即可能出現排擠對其不利的廠商的情形。惟此種情形，究屬交易對象選擇自由的範疇，抑或屬杯葛行為？由於合資公司的成立是由多家廠商平行合意，彼此具有信賴關係以組合成合資公司，即便係由一具有市場力的廠商在主導而排擠欲加入之廠商，其他成員廠商若有不同意見而不能接受時，也只有退出合資關係一途。此種情況下，不同意見的廠商與被排擠的廠商並無主張信賴性理論之餘地，蓋此時並不存在「不具有所謂可期待之偏離可能性」，其可另組合資公司投標或申請甄選。
2. 利用市場力迫使與自己(或自己的子公司、關係企業)有交易關係之其他廠商不得加入另一競爭對手的專案公司，使被杯葛的其他專案公司沒有足夠的能力承包或興建BOT工程，以獲取得標或順利中選。此顯然係以不正當限制交易相對人之事業活動為條件而與其交易之行為，違反公平交易法第十九條第六款之規定。
3. 未得標之專案公司的成員廠商利用其市場力要求其他廠商不得與已得標之專案公司交易或提供技術，使得標之專案公司失去繼續興建BOT工程的能力，進而接手承作工程，此顯然以損害其他專案公司為目的，促使他事業對受損害之專案公司斷絕交易，違反公平交易法第十九條第一款規定。

柒、獎勵民間參與交通建設條例、政府採購法與公平交易法除外適用的關係

### 一、獎勵民間參與交通建設條例與公平交易法除外適用的關係

「獎勵民間參與交通建設條例」係於八十二年十一月十六日經立法院三讀通



過，早於公平交易法第四十六條新修正之規定，而獎勵民間參與交通建設條例目的在吸引民間廠商的參與，有些條款難免與公平競爭之精神相違背，這些特別的條款將成為公平交易法第四十六條第一項除外適用的範疇，但觀諸獎勵民間參與交通建設條例相關之條文語多抽象，是否即能排除公平交易法的適用，實不無疑義，將來只有賴交通部與公平交易委員會的解釋與認定。固然該二主管機關各自有針對所主管法律作成解釋之權限，但交通部之見解並不當然拘束公平交易委員會。或許公平交易委員會可以運用公平交易法第九條第二項之規定，商同交通部辦理之，最後達成共識。倘不能達成共識，是否由共同上級機關之行政院作認定(妥當與否則為另一問題)，亦不可得知。但可確信者，倘發生訴訟，不論普通法院或行政法院，均可不予採為適用法律的依據(釋字一三七號)。

又「獎勵民間參與交通建設條例」顧名思義僅適用於「交通建設」，雖然大型的BOT案多出現在交通建設，但吾人也不能排除有其他重大建設也採用BOT的可能。因此，屆時欲排除公平交易法的適用而成為除外條款時，恐仍須另訂特別法作為依據，至於「促進民間參與公共建設法」(草案)之本質類似基本原則之規範，是否適合特殊重大建設的適用，亦非無疑。倘過於抽象，是否能成為公平交易法除外適用的法律，即須公平交易委員會再次作成認定，是否將該特別法擴張解釋而縮小公平交易法的適用。若如出一轍，當初公平交易法第四十六條新修正(八十八年二月三日)的立法意旨，恐將落空，但也顯示公平交易委員會在解釋與適用該條時，仍有相當大的空間。

## 二、政府採購法與公平交易法適用的關係

雖然政府採購法於八十七年五月二十七日經立法院三讀通過(一年後實施)，早於公平交易法第四十六條第一項新修正(八十八年二月三日三讀修正通過)，但政府採購法於訂定時即針對綁標、圍標等不公平競爭之問題納入考慮，因此可謂與公平交易法第四十六條第一項新修正之立法意旨相同，並非在排除公平交易法之適用，亦即不屬於一般所謂公平交易法除外適用的法律，而是公平交易法的特別法，依特別法優於普通法、重法優於輕法、全部法優於一部法的原則，政府採購法應優先於公平交易法的適用。

但公平交易委員會與公共工程委員會於民國八十七年十二月二十一日召開「公平交易法與政府採購法之適用問題」協商會議決議如下：

議題一：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？

- (一)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。
- (二)政府採購法施行後，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，依政府採購法處理。

(三)至於得標廠商與其分包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。

議題二：在政府採購法施行前後所發生之政府採購爭議事件，公平交易法與政府採購法之適用與分工方式如何？

(一)政府採購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。

(二)政府採購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。

(三)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。

(四)政府採購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途徑解決。

附帶決議：政府採購法主管機關或相關權責機關與公平交易委員會得就政府採購法與公平交易法之適用與分工方式隨時會商檢討之。

上述決議之議題一的第(一)點第(二)點、議題二的第(四)點，似值得商榷。蓋異議與申訴是救濟之程序規定，並非處罰之規定，二者在立法目的上不同，不能因已有異議與申訴之救濟程序，即可作為免予處罰的理論依據。因事後經廠商之異議與申訴後才改正，會讓招標機關一開始怠於嚴謹處事，俟有廠商提出異議與申訴後才改正。若同時有處罰規定，則會使招標機關一開始即兢兢業業處事，否則易使機關以疏失作為藉口，嗣後又以已給予廠商異議與申訴之救濟機會來卸責。又多數國家競爭主管機關均對廠商圍標的聯合行為處理之，但對行政機關之綁標、綁規格並不介入，而由上級行政機關或監察機關監督處理。而我國公平交易委員會一開始即全部介入，將行政機關當成事業，在有綁標、綁規格時對機關處分之 24，但在與政府採購法主管機關協商後，竟然連圍標的聯合行為亦不介入（因政府採購法第八十七條亦有對圍標的聯合行為規範，惟僅有刑事責任，並無行政責任，且構成要件亦與公平交易法不相同，參本文陸、一、(二)）。

政府採購法主管機關公共工程委員會對於行政機關與廠商之違反政府採購法行為均無行政處分權，而公平交易委員會對二者均有行政處罰權限，若可以行政機關間之協商即決定不介入，使行政機關與廠商免於行政責任，則對於之前被處分之行政機關與廠商何有公平可言，倘以此種變更係有利於人民而合理化，則以後政府採購法開始實施後，若發現僅有異議與申訴之救濟程序尚有不足，有必要再以行政責任介入時，是否又可以二主管機關之協商決議再由公平交易委員會以行政權介入？若為肯定，則對人民處罰之法律保留原則將被破壞殆盡，同時也違反平等原則。

因此，公平交易委員會一旦全部退出對圍標、綁標、綁規格之處理，則日後

在沒有法律依據下，即不得以情勢或民意之所需為由再度介入，否則只要有民意之需求即可任意變更對人民的行政處分，那立法機關可以休矣。是以政府採購法主管機關與公平交易委員會所作成就政府採購法與公平交易法之適用與分工方式隨時會商檢討的附帶決議，實不具實質意義。

## 捌、結論

在諸多型態的BOT(Build-Operate-Transfer)方案，固然未必需經主管機關之特許，但在重大交通建設莫不需經政府特許。此種特許興建營運不同於政府機關的一般招標採購，因此在法律性質上，是否仍應將其定位為私法契約，實不無疑義。雖然另有學者進一步以雙階理論說明其本質，但其將各階段之行為分開觀察適用，欠缺整體性與完整性，況且BOT的各階段行為常互為條件相互影響，又如何割裂適用？畢竟得標之企業與行政機關間僅簽訂一個龐大而複雜的契約。

雖我國政府採購法即將於今年(八十八年)五月二十七日正式實施，然該法第九十九條規定，甄選程序除其他法律有特別規定者外，仍適用政府採購法。但實際上，甄選程序更為複雜，該如何適用，仍有待驗證。加上國內史上最大的BOT台灣高鐵案的各階段行為正巧跨在政府採購法正式實施與公平交易法修法之前及之後。倘發生不公平之情形時，究該如何適用政府採購法與公平交易法即可能產生不同結果。又由於大型BOT非單一廠商得以擔綱，並涉及龐大資金的融資與風險承擔問題，使當事人間關係更形複雜，因此一開始當事人的選擇即具關鍵性因素，但當事人選擇自由的適法性與否亦將影響BOT的成敗。

至於在政府採購法實施前所採用甄選程序，除獎勵民間參與交通建設條例有特別規定外，倘有不公平競爭行為而影響市場競爭秩序時，當仍有公平交易法的適用。而得標之廠商集團的專案公司因非行政機關或公營事業，當無政府採購法的適用，亦無公平交易法綁標等問題的適用，又從交通部會同財政部頒訂「民間機構參與交通建設長期優惠貸款辦法」的第五條第二項規定：「前項貸款由民間機構與金融機構議定之。」可知其應有選擇貸款銀行的自由。

雖然得標之專案公司有選擇貸款銀行的自由，但金融機構是否有拒絕融資的權利？從「獎勵民間參與交通建設條例」第二十六條第三項規定與「民間機構參與交通建設長期優惠貸款辦法」第五條規定主管機關僅得以『洽請』金融機構之方式為之，且民間機構向金融機構貸款係採用「議定」方式，顯然所稱『洽請』金融機構融資僅屬「行政指導」之性質。倘主管機關的行政指導不足以促使金融機構同意融資時，筆者以為似可借用「依賴性理論」以及公營銀行成立之特殊政策與目的（如台灣銀行、交通銀行等），公營銀行在無正當理由下應不得任意拒絕融資之申請。

由於大型BOT案所需融資極為龐大，例如台灣高鐵一案所需融資高達二千八百億，雖大部份來自郵政儲金的專案融資，但仍有賴多家銀行的聯貸。所謂「

聯貸」，顧名思義即「聯合」貸款，遍觀獎勵民間參與交通建設條例、銀行法等均未特別規定銀行對BOT案的融資可以「聯合」放款，因此該聯合行為仍應有公平交易法的適用，應事先申請許可。至於主管機關的行政指導，依通說以及日本實務見解認為，並不能阻卻銀行聯合行為的違法性。

在上述政府採購法、獎勵民間參與交通建設條例等規定中，其與公平交易法間的適用關係，將因其本質的不同而有差異。獎勵民間參與交通建設條例中允許廠商所得為的行為，屬公平交易法第四十六條除外適用的範疇；而政府採購法因與公平交易法在立法目的與宗旨有其共同的部分——公平競爭，因此對於二法均有規範的行為，政府採購法係針對機關招標採購的特別規定，依特別法優於普通法原則，應優先於公平交易法的適用，而非屬公平交易法第四十六條除外適用的領域。是以政府採購法未規範之部分，倘涉及市場競爭秩序與公平之問題，仍有公平交易法的適用。

政府採購法對招標、採購的規範與公平交易法的介入機關採購行為，不外乎在防弊與公平競爭的維護，但交易相對人的指定，究竟是在保障品質？抑或是圖利特定人的綁標？經常難以釐清，誠如交通部毛次長治國先生所說：「完全防弊觀點，毫無彈性的規範，必然會扼殺BOT的推廣；但是不符專業標準的BOT合約，則會為整個社會帶來災難。」<sup>25</sup>。圖利廠商與規格的綁標是否具有正當理由，實僅一線之隔。尤其在大型的BOT案，其各階段工程專業的考量以及財務、融資等複雜因素夾雜，使綁標是否具正當理由的判斷易失其標準。規格與品質的選擇，影響交易相對人的選擇，龐雜的重大工程固然品質相當重要而可有正當理由選定規格，但何以單純的工程招標即不得有規格與品牌的指定，難道吾人就必須忍受小而單純的工程較差的品質？（固然不能指定規格與工程品質不良間未必有因果關係，但實務上卻經常發生此種情形），即便是小工程的不良品質亦可能造成人命的傷亡，因此為了防弊而依規定公開招標，若因此工程品質不良造成的傷亡，行政機關是否即不負國家賠償責任而由包商單獨負責，亦值得商榷。

## 註 釋

註一：毛治國，民間參與公共建設的基本概念，於公平交易委員會競爭政策中心簡介「特許興建營運(BOT)」的基本概念演講稿，第一頁，民國八十七年七月二十日。

註二：亦有認為可由民間提出規劃或由政府委託民間機構進行規劃分析。參何愛文，公共工程採BOT模式所生法律問題之研究，律師雜誌第二一三期，第五十七頁，民國八十六年六月十五日。

註三：同註一，第三頁。

註四：同註一，第四頁至第五頁。

註五：同註一，第二頁。

註六：廖義男教授與劉宗榮教授採私法行為說，陳櫻琴教授認為公共工程契約具

行政契約本質，惟亦有不少學者肯認雙階理論說。參廖義男，「公共工程公開招標與議價法律問題之研究」，收載於氏編「公共建設與行政法理」一書，民國八十三年八月二刷，第一七七頁。劉宗榮，工程營造與公平交易法，公平交易委員會研習班講義，第三十四頁以下，民國八十八年。陳櫻琴，公共工程締約之法規範控制，月旦法學第十八期，第二三頁，一九九六年十一月。李嵩茂，政府採購招標爭議之法律性質與政府採購法草案招標爭議處理制度之評析，經社法治論叢第二十二期，民國八十七年七月，第一〇九頁至第一一一頁。潘欣榮BOT建設下公開招標法律問題之探討-----以獎參條例為中心(上)(下)，月旦法學第三十六、三十七期，第一〇七頁、一一六頁以下，一九九八年五月、六月。行政法院二十七年裁二十二號判例認為「人民與公務機關承包工程因而發生爭議乃屬私法關係應依民事訴訟程序以求解決。」

註七：交通部高速鐵路工程籌備處委託博欽法律事務所辦理之此一相關研究報告即採行政契約說。李宗德教授則採私法契約說，參氏著，在中華民國法律下BOT工程的法律架構分析，高速鐵路BOT工程法律國際研討會論文第五頁。何愛文律師從目的觀點考量，認為興建營運契約以解釋為私法契約為宜，氏著前揭文第六十頁。

註八：有關雙階理論詳參，許宗力，法與國家權力，，民國八十二年四月，第五十五至五十七頁。

註九：BOT因涉及興建廠商仍有一段營運期間，其工程品質將影響營運，通常相關主管機關只作初步規畫，進一步的詳細計畫仍由投標廠商自行為之，故相關主管機關少有對某部份工程作規格或門檻限制，即不可能出現綁標之情形(參何愛文，前揭文第五十八頁)。惟以現在科技，得標廠商亦可能有能力將工程品質作到只足以支撐到其營運之年限內，俟移轉所有權與營運權後則常出現須經常維修，甚至部份工程須重作時，相關主管機關是否對某部份重要工程不須作規格或門檻之限制，即不無商榷餘地。

註十：黃立委國鐘先生認為「評選」與「甄選」同義，參氏著，BOT(興建／經營／移轉)之法律架構與行政程序(上)，萬國法律第一〇一期，一九九八年十月，第五十二頁。行政院公共工程委員會副主任委員李建中先生認為，政府採購法第九十九條之條文用「適用」，非「準用」，故不論性質上是否相同，除其他法律另有規定外，其廠商甄選程序均一律適用政府採購法之規定，參氏著，民間參與公共建設計畫之廠商甄選及異議申訴，萬國法律第一〇二期，一九九八年十二月，第五頁。

註十一：政府採購法並未明定其主管機關有處分招標機關之權限，不同於公平交易委員會逕對招標機關處分，甚至罰鍰。其主要理由，一則政府採購法已於第六章異議及申訴之程序，使不服之廠商得以迅速救濟；再則為鼓勵招標機關與其承辦招標之人員勇於任事，故未對招標機關課以行政責任。

- 註十二：尤素素，公共工程發包與公平交易法，公平交易季刊第二卷第三期第九十一頁，民國八十三年七月。
- 註十三：參 <http://210.65.184.232/homepage.nsf/f1.../48f826a75fe868d3482566d40015197b?OpenDocument> 1999/3/2
- 註十四：依註十二之網路資料所示，當時(1999/3/2)該三家銀行正進行評估作業中。
- 註十五：此為通說，日本實務亦採此說。參黃銘傑，行政指導與日本獨占禁止法，公平交易季刊創刊號，第一三七頁，民國八十一年十月。
- 註十六：詳參德國緬因茲大學教授、科布倫茲高等法院法官 Arndt Teichmann 於民國八十六年三月十七日於台灣大學法學院所發表「支配市場事業及市場強勢事業之阻礙競爭與差別待遇行為」之演講。該演講之中譯文由政治大學法律系吳秀明教授翻譯，載於公平交易季刊第五卷第四期，第一四二頁，民國八十六年十月。
- 註十七：參德國限制競爭防止法第二十六條第二項之規定。惟該規定於一九八九年修正將適用之權利主體範圍加以縮小，僅允許中小企業得主張其所依賴之事業，對其有強制供應之義務。然實務上中小企業之概念模糊，亦難以界定。同前註，第一三八頁、第一四一頁之註六。
- 註十八：有關對講機多功能保全系統產品維修，翔泰工業有限公司被處分案，請參(85)公處字第一〇七號處分書。公平交易委員會公報第五卷第六期，第八十頁，民國八十五年六月。
- 註十九：同註十五，第一四三頁。
- 註二十：行政院公研釋字第〇一二號解釋(joint venture 不須先申請許可)。
- 註二一：參廖義男，前揭書，第一六四至一六五頁。
- 註二二：我國政府採購法第八十七條第一項、第三項、第四項分別規定：「意圖使廠商不為投標、違反其本意投標，或使得標廠商放棄得標、得標後轉包或分包，而施強暴、脅迫、藥劑或催眠術者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新台幣三百萬元以下罰金。」「以詐術或其他非法之方法，使廠商無法投標或開標發生不正確結果者，處五年以下有期徒刑，得併科新台幣一百萬元以下罰金。」「意圖影響決標價格，或獲取不當利益，而以契約、協議或其他方式之合意，使廠商不為投標或不為價格之競爭者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新台幣一百萬元以下罰金。」
- 註二三：參行政院公研釋字第〇三一號解釋。
- 註二四：有學者之所以贊成行政機關可以處分行政機關，其中一個重要理由是，雖然行政機關處分行政機關，其罰鍰不過是將國庫的錢從左手拿出自右手收進來，但此種被處分之罰鍰會使被處分之機關可使用之預算減少，使其行政措施受影響，進而影響首長之政績，如此可迫使被處分之機關自始戰戰兢兢謹慎處事，有預防的功能。

註二五：同註一，毛治國「特許興建營運(BOT)」的基本概念演講稿結論，第十四頁。

#### 參考文獻

- 一、董佩娟，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，台大法律研究所碩士論文，民國八十六年五月。
- 二、毛治國，民間參與公共建設的基本概念，公平交易委員會競爭政策中心演講稿，民國八十七年七月二十日。
- 三、何愛文，公共工程採BOT模式所生法律問題之研究，律師雜誌第二一三期，第五十四頁，民國八十六年六月十五日。
- 四、劉紹樑，論BOT基本法，月旦法學第三十三期，一九九八年二月，第二十二頁。
- 五、王文字，從高鐵興建營運合約論獎參條例的政府收買機制，月旦法學第三十三期，一九九八年二月，第三十五頁。
- 六、顧立雄、林發立，BOT興建營運合約之履約保證問題，月旦法學第三十三

- 期，一九九八年二月，第四十七頁。
- 七、范鯨、黃馥萍，從「獎參條例」看融資機構介入權，月旦法學第三十三期，一九九八年二月，第五十五頁。
  - 八、李嵩茂，政府採購招標爭議之法律性質與政府採購法草案招標爭議處理制度之評析，經社法治論叢第二十二期，民國八十七年七月，第一〇七頁。
  - 九、廖義男，「公共工程公開招標與議價法律問題之研究」，收載於氏編，公共建設與行政法理，民國八十三年八月二刷。
  - 十、李建良，從公共工程弊端談公平交易委員會之行政調查權，月旦法學第十八期，一九九六年十一月，第十三頁。
  - 十一、許永欽，圍標、綁標、聯合承攬與公平交易法(上)(下)，司法週刊第七八八期、第七八九期，民國八十五年八月十四日，第三版。
  - 十二、行政院公共工程委員會編，政府採購法相關資料彙編，民國八十八年二月。
  - 十三、行政院公平交易委員會編印，機關招標採購適用公平交易法相關案例彙集，民國八十五年二月。
  - 十四、尤素素，公共工程發包與公平交易法，公平交易季刊第二卷第三期第七十七頁，民國八十三年七月。
  - 十五、林發立，論公共工程BOT-----兼論獎勵民間參與交通建設條例及其相關規定，萬國法律第八十二期，第十三頁，民國八十四年八月一日。
  - 十六、林發立，論公共工程BOT-----兼論獎勵民間參與交通建設條例及其相關規定(二)，萬國法律第八十四期，第二十四頁，民國八十四年十二月一日。
  - 十七、林發立，引起BOT方式興辦公共工程之檢討-----公共工程BOT之招標流程與一般工程招標流程之差異性，萬國法律第八十五期，第二十頁，民國八十五年二月一日。
  - 十八、林發立，引進BOT方式興辦公共工程之檢討-----專案融資與法律顧問之相關任務，萬國法律第八十九期，一九九六年十月一日。
  - 十九、林發立，引進BOT方式興辦公共工程之檢討-----中小型工程承包商與BOT方式，萬國法律第九十期，一九九六年十二月。
  - 二十、林發立，公共工程爭議處理程序之簡介及檢討，萬國法律第九十三期，一九九七年六月。
  - 二一、林發立，融資機構介入權-----以重大BOT案例中外國融資機構所可能面臨介入權問題為中心，萬國法律第一〇一期，一九九八年十月。
  - 二二、蔡茂寅，淺論BOT的幾個相關公法問題，萬國法律第一〇二期，一九九八年十二月。
  - 二三、范瑞華，政府採購協定與公共工程，萬國法律第九十三期，第二頁，民國八十六年六月。
  - 二四、涂榆政，公共工程爭議處理之現況與展望，萬國法律第九十六期，第七十四頁，民國八十六年十二月。
  - 二五、林明鏘，論BOT之法律關係-----兼論其立法政策，萬國法律第一〇一期，一九九八年十月。
  - 二六、陳櫻琴，公共工程締約之法規範控制，月旦法學第十八期，第二二頁至第二八頁，



一九九六年十一月，

- 二七、潘欣榮，BOT建設下公開招標法律問題之探討-----以獎參條例為中心(上)(下)，月旦法學第三十六、三十七期，第一〇七頁、一一六頁以下，一九九八年五月、六月。
- 二八、Arndt Teichmann 著·吳秀明譯，支配市場事業及市場強勢事業之阻礙競爭與差別待遇行為，公平交易季刊第五卷第四期第一三八頁，民國八十六年十月。
- 二九、黃國鐘，BOT(興建／經營／移轉)之法律架構與行政程序(上)(下)，萬國法律第一〇一、一〇二期，一九九八年十月、十二月。
- 三十、李建中，民間參與公共建設計畫之廠商甄選及異議申訴，萬國法律第一〇二期，一九九八年十二月。
- 三一、公平交易委員會編，機關招標採購適用公平交易法相關案例彙集，八十五年二月。
- 三二、陳清秀、王文宇、劉宗欣、李宗德、梁開天、曾月娟、陳鈺全、劉紹樑、黃錦堂、黃茂榮，BOT法制及實務問題之研討，全國律師1月號，一九九八年一月。
- 三三、廖義銘，BOT融資之資金排擠與強制收買適當性問題，全國律師1月號，一九九八年一月。
- 三四、王文宇，論BOT特許合約中的幾個基本問題，全國律師1月號，一九九八年一月。
- 三五、王文宇，評促進民間參與公共建設法草案，萬國法律第一〇一期，一九九八年十月。

#### 相關法規：

- 一、公平交易法
- 二、政府採購法
  1. 政府採購法施行細則
  2. 中央機關未達公告金額採購招標辦法(草案)
  3. 統包實施辦法(草案)
  4. 共同投標辦法(草案)
  5. 政府採購公告及公報發行辦法(草案)
  6. 招標期限標準(草案)
  7. 投資廠商資格與特殊或鉅額採購認定標準(草案)
  8. 扶助中小企業參與政府採購辦法(草案)
  9. 特殊軍事採購適用範圍及處理辦法(草案)

### 三、獎勵民間參與交通建設條例

1. 獎勵民間參與交通建設條例施行細則
2. 獎勵民間參與交通建設使用公有土地租金優惠辦法
3. 民間機構參與交通建設長期優惠貸款辦法
4. 交通部民間投資交通建設案件甄選委員會組織及評審辦法
5. 獎勵民間參與交通建設比鄰地區禁限建辦法
6. 獎勵民間參與交通建設使用土地上空或地下處理及審核辦法
7. 交通用地取得與公地配合開法處理辦法
8. 維護交通建設興建及營運安全路線二側禁建、限建辦法
9. 交通建設穿越公、私有土地上空或地下使用程序、使用範圍、界線劃分及地上權之設定、徵收、補償登記審核辦法
10. 民間機構投資營運交通建設進口關稅免徵及分期繳納辦法
11. 民間機構投資營運交通建設免徵地價稅、房屋稅、及契稅標準
12. 政府機構接管民間機構投資興建管理之交通建設辦法
13. 民間機構經營交通建設免納所得稅適用範圍及年限辦法
14. 民間機構投資交通建設投資抵減適用範圍、期限及抵減率辦法
15. 政府對民間參與交通建設補貼利息或投資建設資金辦法
16. 主管機關依區段徵收取得之土地處理辦法
17. 民間機構參與交通建設公司債發行審核辦法
18. 民間機構參與交通建設權利金調整之差距標準與調整方式實施辦法

### 四、獎勵民間參與公共建設法(草案)

- 1 毛治國，民間參與公共建設的基本概念，於公平交易委員會競爭政策中心簡介「特許興建營運(BOT)」的基本概念演講稿，第一頁，民國八十七年七月二十日。
- 2 亦有認為可由民間提出規劃或由政府委託民間機構進行規劃分析。參何愛文，公共工程採BOT模式所生法律問題之研究，律師雜誌第二一三期，第五十七頁，民國八十六年六月十五日。
- 3 同註一，第三頁。
- 4 同註一，第四頁至第五頁。
- 5 同註一，第二頁。
- 6 廖義男教授與劉宗榮教授採私法行為說，陳櫻琴教授認為公共工程契約具行政契約本質，惟亦有不少學者肯認雙階理論說。參廖義男，「公共工程公開招標與議價法律問題之研究」，收載於氏編「公共建設與行政法理」一書，民國八

十三年八月二刷，第一七七頁。劉宗榮，工程營造與公平交易法，公平交易委員會研習班講義，第三十四頁以下，民國八十八年。陳櫻琴，公共工程締約之法規範控制，月旦法學第十八期，第二三頁，一九九六年十一月。李嵩茂，政府採購招標爭議之法律性質與政府採購法草案招標爭議處理制度之評析，經社法治論叢第二十二期，民國八十七年七月，第一〇九頁至第一一一頁。潘欣榮 B O T 建設下公開招標法律問題之探討-----以獎參條例為中心(上)(下)，月旦法學第三十六、三十七期，第一〇七頁、一一六頁以下，一九九八年五月、六月。行政院二十七年裁二十二號判例認為「人民與公務機關承包工程因而發生爭議乃屬私法關係應依民事訴訟程序以求解決。」

7 交通部高速鐵路工程籌備處委託博欽法律事務所辦理之此一相關研究報告即採行政契約說。李宗德教授則採私法契約說，參氏著，在中華民國法律下 B O T 工程的法律架構分析，高速鐵路 B O T 工程法律國際研討會論文第五頁。何愛文律師從目的觀點考量，認為興建營運契約以解釋為私法契約為宜，氏著前揭文第六十頁。

8 有關雙階理論詳參，許宗力，法與國家權力，民國八十二年四月，第五十五至五十七頁。

9 B O T 因涉及興建廠商仍有一段營運期間，其工程品質將影響營運，通常相關主管機關只作初步規畫，進一步的詳細計畫仍由投標廠商自行為之，故相關主管機關少有對某部份工程作規格或門檻限制，即不可能出現綁標之情形(參何愛文，前揭文第五十八頁)。惟以現在科技，得標廠商亦可能有能力將工程品質作到只足以支撐到其營運之年限內，俟移轉所有權與營運權後則常出現須經常維修，甚至部份工程須重作時，相關主管機關是否對某部份重要工程不須作規格或門檻之限制，即不無商榷餘地。

10 黃立委國鐘先生認為「評選」與「甄選」同義，參氏著，B O T (興建／經營／移轉)之法律架構與行政程序(上)，萬國法律第一〇一期，一九九八年十月，第五十二頁。行政院公共工程委員會副主任委員李建中先生認為，政府採購法第九十九條之條文用「適用」，非「準用」，故不論性質上是否相同，除其他法律另有規定外，其廠商甄選程序均一律適用政府採購法之規定，參氏著，民間參與公共建設計畫之廠商甄選及異議申訴，萬國法律第一〇二期，一九九八年十二月，第五頁。

11 政府採購法並未明定其主管機關有處分招標機關之權限，不同於公平交易委員會逕對招標機關處分，甚至罰鍰。其主要理由，一則政府採購法已於第六章異議及申訴之程序，使不服之廠商得以迅速救濟；再則為鼓勵招標機關與其承辦招標之人員勇於任事，故未對招標機關課以行政責任。

12 尤素素，公共工程發包與公平交易法，公平交易季刊第二卷第三期第九十一頁，民國八十三年七月。

13 參 [http://210.65.184.232/homepage.nsf/fl.../48f826a75fe868d348\\_2566d40015197b?OpenDocument](http://210.65.184.232/homepage.nsf/fl.../48f826a75fe868d348_2566d40015197b?OpenDocument) 1999/3/2。

14 依註十二之網路資料所示，當時(1999/3/2)該三家銀行正進行評估作業中。

- 15 此為通說，日本實務亦採此說。參黃銘傑，行政指導與日本獨占禁止法，公平交易季刊創刊號，第一三七頁，民國八十一年十月。
- 16 詳參德國緬因茲大學教授、科布倫茲高等法院法官 Arndt Teichmann 於民國八十六年三月十七日於台灣大學法學院所發表「支配市場事業及市場強勢事業之阻礙競爭與差別待遇行為」之演講。該演講之中譯文由政治大學法律系吳秀明教授翻譯，載於公平交易季刊第五卷第四期，第一四二頁，民國八十六年十月。
- 17 詳參德國緬因茲大學教授、科布倫茲高等法院法官 Arndt Teichmann 於民國八十六年三月十七日於台灣大學法學院所發表「支配市場事業及市場強勢事業之阻礙競爭與差別待遇行為」之演講。該演講之中譯文由政治大學法律系吳秀明教授翻譯，載於公平交易季刊第五卷第四期，第一四二頁，民國八十六年十月。
- 18 有關對講機多功能保全系統產品維修，翔泰工業有限公司被處分案，請參(85)公處字第一〇七號處分書。公平交易委員會公報第五卷第六期，第八十頁，民國八十五年六月。
- 19 同註十五，第一四三頁。
- 20 行政院公研釋字第〇一二號解釋(joint venture 不須先申請許可)。
- 21 參廖義男，前揭書，第一六四至一六五頁。
- 22 我國政府採購法第八十七條第一項、第三項、第四項分別規定：「意圖使廠商不為投標、違反其本意投標，或使得標廠商放棄得標、得標後轉包或分包，而施強暴、脅迫、藥劑或催眠術者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新台幣三百萬元以下罰金。」「以詐術或其他非法之方法，使廠商無法投標或開標發生不正確結果者，處五年以下有期徒刑，得併科新台幣一百萬元以下罰金。」「意圖影響決標價格，或獲取不當利益，而以契約、協議或其他方式之合意，使廠商不為投標或不為價格之競爭者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新台幣一百萬元以下罰金。」
- 23 參行政院公研釋字第〇三一號解釋。
- 24 有學者之所以贊成行政機關可以處分行政機關，其中一個重要理由是，雖然行政機關處分行政機關，其罰鍰不過是將國庫的錢從左手拿出自右手收進來，但此種被處分之罰鍰會使被處分之機關可使用之預算減少，使其行政措施受影響，進而影響首長之政績，如此可迫使被處分之機關自始戰戰兢兢謹慎處事，有預防的功能。
- 25 同註一，毛治國「特許興建營運(BOT)」的基本概念演講稿結論，第十四頁。

## 一、釐清公開招標機能的基本觀念

1. 透過「公開招標」與「廠商競標」之機能以期選到「最佳交易對象」（包括最佳品質與最低價格）。
2. 事後須配合確實的監工、驗收，才能達到上述 1. 的目的。
3. 若無法做到 2.，將造成廠商以低價搶標，再以偷工減料瞞混以期降低成本，將危及品質。
4. 公家機關與私人企業公開招標的作用，基本上並無差別。
5. 公家機關透過公開招標，仍出現工程或採購品品質不良之原因，主要在於通常不能落實 2.。所以單有 1. 而無 2. 的配合，仍無法奏效，蓋 1. 不是萬能，必須配套運用。私人企業較無此一問題，此與政治文化有關。
6. 與同一家廠商長久交易，雖覺品質受肯定，為何不能再與其單獨議價？蓋從市場經濟的競爭理念不能排除新加入或其他相競爭之廠商可以用「更低價格」來提供「更高品質」的商品。
7. 不論是公家機關或私人企業的公開招標，在 6. 的轉換交易對象過程中都存在著一定程度的風險，亦即新的交易對象提供的品質是否果真「不低於」原交易對象的品質。若吾人堅信市場經濟的競爭理念正確，則此一風險極低，應不足慮，主要仍在必須嚴格落實監工與驗收。

## 二、「甄選」與「招標」、「決標評選」的基本差異

1. 基本上公開招標也是一種交易對象選擇的自由。甄選也是，只是針對異常複雜的公共建設，因涉及工程計畫案、財務分析、融資困難度等等，無法用單純的公開招標達到同時兼顧最高品質與最低價格的目的，所以改採用甄選的方式為之。
2. 政府採購法第十八條有三種招標方式，公開招標、選擇性招標、限制性招標。限制性招標採比價或議價；選擇性招標則限縮範圍後再投標，本質上也屬公開招標。「甄選」最優廠商議價的方式通常出現在選擇性招標中的最有利標。

## 三、

- 1 毛治國，民間參與公共建設的基本概念，於公平交易委員會競爭政策中心簡介「特許興建營運(BOT)」的基本概念演講稿，第一頁，民國八十七年七月二十日。
- 2 亦有認為可由民間提出規劃或由政府委託民間機構進行規劃分析。參何愛文，公共工程採BOT模式所生法律問題之研究，律師雜誌第二一三期，第五十七頁，民國八十六年六月十五日。
- 3 同註一，第三頁。
- 4 同註一，第四頁至第五頁。
- 5 同註一，第二頁。
- 6 廖義男教授與劉宗榮教授採私法行為說，陳櫻琴教授認為公共工程契約具行政

契約本質，惟亦有不少學者肯認雙階理論說。參廖義男，「公共工程公開招標與議價法律問題之研究」，收載於氏編「公共建設與行政法理」一書，民國八十三年八月二刷，第一七七頁。劉宗榮，工程營造與公平交易法，公平交易委員會研習班講義，第三十四頁以下，民國八十八年。陳櫻琴，公共工程締約之法規範控制，月旦法學第十八期，第二三頁，一九九六年十一月。李嵩茂，政府採購招標爭議之法律性質與政府採購法草案招標爭議處理制度之評析，經社法治論叢第二十二期，民國八十七年七月，第一〇九頁至第一一一頁。潘欣榮 B O T 建設下公開招標法律問題之探討-----以獎參條例為中心(上)(下)，月旦法學第三十六、三十七期，第一〇七頁、一一六頁以下，一九九八年五月、六月。行政院二十七年裁二十二號判例認為「人民與公務機關承包工程因而發生爭議乃屬私法關係應依民事訴訟程序以求解決。」

- 7 交通部高速鐵路工程籌備處委託博欽法律事務所辦理之此一相關研究報告即採行政契約說。李宗德教授則採私法契約說，參氏著，在中華民國法律下 B O T 工程的法律架構分析，高速鐵路 B O T 工程法律國際研討會論文第五頁。何愛文律師從目的觀點考量，認為興建營運契約以解釋為私法契約為宜，氏著前揭文第六十頁。
  - 8 有關雙階理論詳參，許宗力，法與國家權力，民國八十二年四月，第五十五至五十七頁。
  - 9 B O T 因涉及興建廠商仍有一段營運期間，其工程品質將影響營運，通常相關主管機關只作初步規畫，進一步的詳細計畫仍由投標廠商自行為之，故相關主管機關少有對某部份工程作規格或門檻限制，即不可能出現綁標之情形(參何愛文，前揭文第五十八頁)。惟以現在科技，得標廠商亦可能有能力將工程品質作到只足以支撐到其營運之年限內，俟移轉所有權與營運權後則常出現須經常維修，甚至部份工程須重作時，相關主管機關是否對某部份重要工程不須作規格或門檻之限制，即不無商榷餘地。
  - 10 黃立委國鐘先生認為「評選」與「甄選」同義，參氏著，B O T (興建／經營／移轉)之法律架構與行政程序(上)，萬國法律第一〇一期，一九九八年十月，第五十二頁。行政院公共工程委員會副主任委員李建中先生認為，政府採購法第九十九條之條文用「適用」，非「準用」，故不論性質上是否相同，除其他法律另有規定外，其廠商甄選程序均一律適用政府採購法之規定，參氏著，民間參與公共建設計畫之廠商甄選及異議申訴，萬國法律第一〇二期，一九九八年十二月，第五頁。
  - 11 政府採購法並未明定其主管機關有處分招標機關之權限，不同於公平交易委員會逕對招標機關處分，甚至罰鍰。其主要理由，一則政府採購法已於第六章異議及申訴之程序，使不服之廠商得以迅速救濟；再則為鼓勵招標機關與其承辦招標之人員勇於任事，故未對招標機關課以行政責任。
- 尤素素，公共工程發包與公平交易法，公平交易季刊第二卷第三期第九十一頁，民國八十三年七月。

參 [http://210.65.184.232/homepage.nsf/f1.../48f826a75fe868d348\\_2566](http://210.65.184.232/homepage.nsf/f1.../48f826a75fe868d348_2566)

d40015197b ? OpenDocument 1999/3/2 。

依註十二之網路資料所示，當時(1999/3/2)該三家銀行正進行評估作業中。

此為通說，日本實務亦採此說。參黃銘傑，行政指導與日本獨占禁止法，公平交易季刊創刊號，第一三七頁，民國八十一年十月。

詳參德國緬因茲大學教授、科布倫茲高等法院法官 Arndt Teichmann 於民國八十六年三月十七日於台灣大學法學院所發表「支配市場事業及市場強勢事業之阻礙競爭與差別待遇行為」之演講。該演講之中譯文由政治大學法律系吳秀明教授翻譯，載於公平交易季刊第五卷第四期，第一四二頁，民國八十六年十月。

詳參德國緬因茲大學教授、科布倫茲高等法院法官 Arndt Teichmann 於民國八十六年三月十七日於台灣大學法學院所發表「支配市場事業及市場強勢事業之阻礙競爭與差別待遇行為」之演講。該演講之中譯文由政治大學法律系吳秀明教授翻譯，載於公平交易季刊第五卷第四期，第一四二頁，民國八十六年十月。

有關對講機多功能保全系統產品維修，翔泰工業有限公司被處分案，請參(85)公處字第一〇七號處分書。公平交易委員會公報第五卷第六期，第八十頁，民國八十五年六月。

同註十五，第一四三頁。

行政院公研釋字第〇一二號解釋(joint venture 不須先申請許可)。

參廖義男，前揭書，第一六四至一六五頁。

我國政府採購法第八十七條第一項、第三項、第四項分別規定：「意圖使廠商不為投標、違反其本意投標，或使得標廠商放棄得標、得標後轉包或分包，而施強暴、脅迫、藥劑或催眠術者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新台幣三百萬元以下罰金。」「以詐術或其他非法之方法，使廠商無法投標或開標發生不正確結果者，處五年以下有期徒刑，得併科新台幣一百萬元以下罰金。」「意圖影響決標價格，或獲取不當利益，而以契約、協議或其他方式之合意，使廠商不為投標或不為價格之競爭者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新台幣一百萬元以下罰金。」

參行政院公研釋字第〇三一號解釋。

有學者之所以贊成行政機關可以處分行政機關，其中一個重要理由是，雖然行政機關處分行政機關，其罰鍰不過是將國庫的錢從左手拿出自右手收進來，但此種被處分之罰鍰會使被處分之機關可使用之預算減少，使其行政措施受影響，進而影響首長之政績，如此可迫使被處分之機關自始戰戰兢兢謹慎處事，有預防的功能。

同註一，毛治國「特許興建營運(BOT)」的基本概念演講稿結論，第十四頁。

