

「政府採購法第 59 條第 2 項之性質」鑑定意見書

一、前言

在現代法律公法、私法之區別已非絕對，諸如勞動法規即是由公法介入私法之最佳示例，故有學者認為「在現代法律內，公法與私法之區別幾近徹底崩潰，喪失其存在的理由」¹。姑不論其主張是否有理，但在我國現行採行「司法二元制」，區分案件屬於公法或私法，適用程序不同、原則不同、救濟方式不同、強制執行方式不同之情形下，將法律如何定性、適用何種程序較為合宜，仍屬重要之課題之一。

政府採購法係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，確保採購品質而制定，乃政府機關、公立學校、公營事業或受政府機關等補助一定金額之法人或團體辦理採購時，使政府採購程序回歸市場競爭機制所應遵守之規範，政府採購法第 1 條即揭櫫此公法上之目的²。但政府採購之行為，除了確保招標、投標、開標、決標等程序公平，維護政府採購標的之品質促進公益以外，機關與廠商訂約後，仍有契約之細節應如何執行、債務不履行責任、請求損害賠償等諸多私法問題。顯然在政府採購中，公法與私法目的已相互融入，私法之行為帶有公法之目的，公法之處分又可繫於私法之行為。

政府採購法第 59 條規定：「（第一項）廠商不得以支付他人佣金、比例金、仲介費、後謝金或其他不正利益為條件，促成採購契約之成立。（第二項）違反前項規定者，機關得終止或解除契約，並將二倍之不正利益自契約價款中扣除。未能扣除者，通知廠商限期給付之。」由其明文觀之，係避免廠商以支付不正利益影響決標之結果，兼以避免廠商因先行給付該等不正利益後，為維持原本之獲

¹ Wietholter, Rechtswissenschaft, 1968, S.23, 167f. 引自陳敏，行政法總論，第 38 頁，新學林，八版（2013）。

² 最高法院 100 年度台上字第 481 號判決意旨：「按政府採購法係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，確保採購品質而制定，乃政府機關、公立學校、公營事業或受政府機關等補助一定金額之法人或團體辦理採購時，使政府採購程序回歸市場競爭機制所應遵守之規範，該法復未就政府機關立於私法主體地位從事私經濟行政（國庫行政）之行政輔助行為而訂定之「私法行為」，其效力是否因此受影響設其明文，此觀同法第一條、第三條、第四條及其他條文規定自明。權衡該法所規範目的保護之法益與該私法行為本身涉及交易安全、信賴保護之法益，應認政府採購法之性質係行政機關之內部監督規範，為行政機關辦理採購時之取締規定，而非效力規定，縱採購機關未依該法規定辦理採購，僅生該機關首長或採購人員之行政責任，尚不影響政府機關依民事法規締結採購契約之效力。」。

益，即提供較劣質之採購客體，致政府採購之品質受有影響，實具有公法上公益之目的。惟其為達此公益目的之手段，又規定顯具私法性質之「終止或解除契約」。本條項後段自 108 年修法後，將不正利益扣除額提升為二倍，修法過程及理由並稱「為維護政府採購秩序」、「難收懲罰之效」，是所稱「將二倍之不正利益自契約價款中扣除。未能扣除者，通知廠商限期給付之。」究係政府機關作成之裁罰性不利處分？或係一般民事請求權？即係本案鑑定事項之重要爭點之一。

二、政府採購法第 59 條第 2 項修正後扣除額提高為二倍，有無被認為是裁罰性不利處分之可能？

法律是否有區分為公法及私法之必要，學理上已有不同之意見；至公法與私法如何區分之理論，更有高達二十種以上不同之學說，甚為紛亂³。依一般國內通說介紹關於公法、私法之區分理論，常見有「利益說」(Interessentheorie)、「權力說(從屬說)」(Subordinationstheorie)、「歸屬說(新主體說)」(Zuordnungstheorie)等，而多數說採「新主體說」為區分之標準。但在政府採購領域，公法與私法相互影響實屬常見，倘逕適用以任何一種區分理論，均有可能發生疑問，甚與目前實務處理方式不同。是亦有學者認為⁴，關於公、私法之區分理論，不宜偏採其一。如認性質難以定性時，亦得考量「傳統說」(Traditionstheorie)、「事理關聯說」(Sachzusammenhangstheorie)作為輔助之判斷標準。所稱「傳統說」，係指法律如無明文規定，即以過往司法慣例決定。所稱「事理關聯說」，則觀察該定性不明之法律，與其密切相關之法律規定係定性為公法或私法，進而決定其定性。

本文基於上列各種區分公、私法之理論，擬以現行實務操作之角度，分別就下列各個層面進行探討可行性如何：

(一)依現行政府採購法之「雙階理論」結構而言：

在我國政府採購領域，國內咸認採行「雙階理論」，於履約階段所涉事項，屬於私法領域。論者⁵多以政府採購法第 74 條規定：「廠商與機關間關於招標、

³ 陳敏，行政法總論，第 33 頁，新學林，八版（2013）。

⁴ 同上註，第 36 頁。

⁵ 比如最高行政法院 97 年 5 月份第 1 次庭長法官聯席會議(二)：「政府採購法第 74 條規定：「廠商與機關間關於招標、審標、決標之爭議，得依本章規定提出異議及申訴。」採購申訴審議委員會對申訴所作之審議判斷，依同法第 83 條規定，視同訴願決定。準此，立法者已就政府採購法中廠商與機關間關於招標、審標、決標之爭議，規定屬於公法上爭議，其訴訟事件自應由行政法院審判。」

審標、決標之爭議，得依本章規定提出異議及申訴」，認為立法者立法時已將政府採購法的雙階理論結構予以確認，招標、審標、決標之爭議，屬於公法上之爭議。至進入訂約程序、成立採購契約後之履約期間，則屬於私法上之爭議，應依民事救濟程序處理之。雖亦有認為「雙階理論」本身具有缺陷應予廢棄，諸如：將單一生活事實切割為不同之法律關係，亦致前、後階段發生矛盾⁶；私法、公法區別係救濟途徑虛構之法律概念，實際程序上如何區辨雙階，相當複雜困難等批評。惟此尚非鑑定事項之重點，且囿於篇幅所限，本文暫且不多加著墨，僅先以國內之通行之雙階理論作為前提論述。

政府採購法第 59 條第 2 項規定列於第三章「決標」，依雙階理論「決標」屬於前階段之公法領域，但揆諸該條項規定之明文，以「解除或終止契約」、「不正利益自契約價款中扣除」為法律效果，實際上欲作成此種行為，均無可能發生於「決標」之前，須在訂約實際進行履約後始能作成。而同條第 1 項規定「促成採購契約之成立」，即知本條適用之時間點，係發生於契約成立之後。第 59 條第 2 項 108 年之修正理由中，亦已說明：「另除招標文件另有規定外，係以決標為契約成立之時點，爰將促成採購契約之『簽訂』，修正為促成採購契約之『成立』。」

基於此情，依雙階理論觀之，政府採購法第 59 條第 2 項實質上之定位，應可大概可認為屬於次階段履約之私法事項。

(二)就法院實務及立法之理由而言：

政府採購法第 59 條第 2 項民國 88 年 5 月 21 日立法時，依黨團協商條文通過第 59 條：「(第一項)機關以選擇性招標或限制性招標辦理採購者，採購契約之價款不得高於廠商於同樣市場條件之相同工程、財物或勞務之最低價格。(第二項)廠商亦不得以支付他人佣金、比例金、仲介費、後謝金或其他利益為條件，促成採購契約之簽訂。(第三項)違反前二項規定者，機關得終止或解除契約或將溢價及利益自契約價款中扣除。又本條之立法理由，係由林忠正立法委員提案，其中「審查會採林委員忠正案第五十一條第二項關於避免限制競爭性採購價格過高獲利輸送情事之規定……」⁷。依原本之立法目的，係為避免利益輸送致採購價格過高，廠商為牟利而降低提供財物之品質，而將該差額視為不當獲利予以剝奪。

⁶ 陳敏，行政法總論，第 678 頁，新學林，八版（2013）。

⁷ 立法院第三屆第四會期第八次會議議案關係文書，1997，第 373 頁。

相關過往的法院實務判決，亦重複闡述此一立法理由。諸如臺灣高等法院臺中分院 105 年度上易字第 192 號判決謂：「蓋依最高法院 98 年度台上字第 1192 號判決意旨及臺灣臺北地方法院 103 年度北簡字第 1125 號判決理由，可知政府採購法第 59 條第 3 項雖賦予採購機關請求返還『溢價利益』之權利，惟此權利之前提在於廠商確實將支付之不當利益計入成本估價，致契約價格溢出正常合理價格，造成機關支付高出市場合理價格之契約價金，此種情形下，方允採購機關透過上開扣除權利填補其損失」。又臺灣高等法院 102 年度重上字第 230 號民事判決就「溢價及利益」，更進一步闡明：「上訴人抗辯其依上開約定扣抵被上訴人所獲得之溢價及利益，自應舉證證明被上訴人所獲得之溢價及不當利益」，認為固有部分廠商支付不當利益後，將該不當利益「灌水」至契約價金，造成機關損失，但此僅是諸多交易實務其中一種情形，機關倘欲向法院訴請扣除政府採購法第 59 條第 3 項規定之溢價或利益，仍應就廠商確實簽約價格超出市場合理價格之事實，盡其主觀舉證責任。

至本條項 108 年修法理由中，提及「原僅扣除第二項所稱不正利益，難收懲罰之效，爰將不正利益之扣除金額調高為二倍，並規定未能自契約價款中扣除時之處置。」之目的，是否即應定性為裁罰性不利處分？本文認為並非一定。首先，依上所述之過往實務案例，機關在向廠商請求本條不正利益及溢價時，均援引政府採購法第 59 條規定之「扣除權」後，再依照民法第 179 條規定請求返還不當得利。長久以來本條規定，亦被法院認為是民法上形成權之性質⁸，須經機關行使後契約價金方為減少，溢價給付部分則成為廠商之不當得利。本次修法僅增加扣除額為兩倍，實難認為有改變過往法院實務慣例之意涵。而所謂「裁罰性不利處分」，目的在於對於行為人過去違反行政法上義務之行為進行追懲，但本條規定

⁸ 參見臺灣臺北地方法院 102 年度重訴字第 518 號判決：「……又政府採購法第 59 條第 3 項規定：『違反前二項規定者，機關得終止或解除契約或將溢價及利益自契約價款中扣除』，乃賦予機關得行使或解除或扣除溢價及利益之形成權，毋待契約相對人同意即生效力，本件被告既已行使扣除溢價及利益之形成權，並經本院認有理由，上開二標案之契約價款即生扣除之效力。」、臺灣彰化地方法院 106 年度訴字第 558 號判決：「按系爭工程採購契約書（下稱系爭採購契約）第 21 條第 9 款規定『廠商不得對機關人員或受機關委託之人員給予期約、賄賂、佣金、比例金、仲介費、後謝金、回扣、餽贈、招待或其他不正利益。分包廠商亦同。違反規定者，機關得終止或解除契約，或將溢價及利益自契約價款中扣除。』，其權利性質應屬形成權。」、臺灣嘉義地方法院 106 年度訴字第 362 號判決：「原告既違反政府採購法第 59 條第 2 項之規定，以支付不當利益 71 萬元、71 萬元、20 萬元給他人為條件，促成上開各系爭契約之簽訂，揆諸前開說明，被告自得依同法第 3 項行使形成權，就前開原告已支付他人之不當利益即佣金、比例金、仲介費 71 萬元（即系爭巡守計畫契約部分）、71 萬元（即系爭查核計畫部分）及應允得標後支付他人之不當利益即後謝金 20 萬元（即系爭推廣計畫部分），合計 162 萬元，各自系爭契約之價款中扣除，毋庸返還原告。」

之原旨，本文認為係在於管制政府採購之秩序、維護採購標的物之品質，至於「裁罰」之目的，應屬次要。

況且，在私法領域為避免債務不履行而規範懲罰性違約金，請求賠償金額高於實際所造成損害者，並非少見。甚至如消費者保護法第 51 條規定：「依本法所提之訴訟，因企業經營者之故意所致之損害，消費者得請求損害額五倍以下之懲罰性賠償金；但因重大過失所致之損害，得請求三倍以下之懲罰性賠償金，因過失所致之損害，得請求損害額一倍以下之懲罰性賠償金。」直接將懲罰性違約金之倍數定入明文。足見不得逕以 108 年修法增加「二倍」及「懲罰」等字眼，即遽認本條項屬公法事項。

(三)本條項若定性為行政處分，實務適用上可能之困難（代結論）：

在政府採購法雙階理論之現制下，採購契約已經被定性為私法契約，而政府採購法第 59 條第 2 項之扣除權，須於契約成立後方能行使，其法律效果又包含「終止或解除契約」。在此前提下，假設認為政府採購法第 59 條第 2 項規定請求溢價屬於行政罰鍰，恐有下列適用之困難：

該條規定前段之法律效果「終止或解除契約」明顯屬於私法事項，但行政處分之定義則為直接對外發生公法上之法律效果。如何以公法上處分發生私法上之法律效果？即是最根本之問題。如認為須先作成決定終止契約之行政處分後，在基於此處分為私法上終止契約之意思表示，毋寧使原本已被詬病難以區分之雙階理論更為複雜，實屬不宜。

再者，該條規定有二種法律效果，前者為「終止或解除契約」，後者為「將二倍之不正利益自契約價款中扣除」。如果認為後段之「扣除權」屬於行政罰之性質，但同一條文前段之「終止或解除契約」難以解釋為行政處分。同一條文前、後割裂適用公法、私法，亦易造成混亂。

因此本文認為，除非重新檢討雙階理論分界或政府採購契約之定性，否則政府採購法第 59 條第 2 項扣除權之規定，不宜認為係裁罰性不利處分，仍應依過往實務判決認為係私法性質，以維持體系之一慣性。

三、政府採購法第 59 條第 2 項是否為請求權基礎？契約無約定時，是否仍得請求扣減？

民事之權利分為「請求權」及「形成權」。所謂請求權，係指要求特定人為特定行為之權利⁹；形成權則指一方得以單方之意思表示，進而創造、變更、消滅法律關係之權利。

政府採購法第 59 條第 2 項規定，稱「將二倍之不正利益自契約價款中扣除」，依法條之文義解釋，應指機關得以自己之意思表示，發生將該部分契約價款金額消滅之法律效果，屬於法定形成權之一種，並無待契約特別約定。至契約價金減少後，依原價金給付之溢價部分，即成為廠商之不當得利，自得依民法第 179 條規定請求返還。至本條項後段所稱「未能扣除者，通知廠商限期給付之。」，文字上僅說明「通知給付」而非「得請求給付」，似有解釋為僅屬提醒規定之空間，但參照修法理由稱「並規定未能自契約價款中扣除時之處置」，應認立法者亦在賦予機關得請求給付溢價之權利，列本條項為請求權基礎，並無不可。但此項規定之意旨，實與民法第 179 條之意旨無異，毋寧類似構成要件之準用規定。

在本項修法增加「通知廠商限期給付之」規定以前，實務關於政府採購法第 59 條第 2 項「扣除權」行使後，亦均認同依民法第 179 條規定請求返還溢價。茲舉下列數則判決為例：

臺灣臺北地方法院 105 年度訴字第 1617 號判決：「被告自得將曾長青所收受之佣金、比例金及其他利益共 256 萬元，自契約價款中扣除，並依不當得利法律關係，請求被告返還應扣除之契約價款。」

臺灣臺北地方法院 106 年度北簡字第 3847 號判決：「是被告既違反政府採購法第 59 條第 2 項之規定支付不當利益 192,407 元予訴外人張和平，則原告除終止系爭契約外，亦得依同法第 3 項行使形成權，將不當利益全數自己給付之契約價款中扣除。是被告既已無權保有該部分價款，即屬無法律上之原因。」

臺灣高等法院 106 年度上更(一)字第 99 號判決：「被上訴人依政府採購法第 59 條第 4 項準用同法第 2、3 項之規定，主張應將上開不正利益於契約價款中扣除，並依不當得利規定訴請返還，即有理由。」

但行使本條「扣除權」另一問題，可能在於如因利益輸送產生其他之「懲罰性違約金」，二者間處於何種關聯？契約如何解釋？應該如何競合？觀諸臺灣臺北地方法院 107 年度簡上字第 250 號判決認為：「而系爭契約第 15 條第 1 項第 2

⁹ 王澤鑑，民法總論，第 98 頁，三民書局，增訂版（2011）

款、第 3 款及第 9 項之約定，復與採購法第 59 條第 2 項、第 3 項規定相符，可知上訴人如有支付他人佣金等不正利益之行為，被上訴人得解除、終止系爭契約，並自價金扣減不正利益，蓋系爭標案之公平採購秩序業已破壞，而被上訴人需花費時間精力及人力，重行招標。又系爭契約第 12 條第 3 項第 4 款約定載明履約保證金屬懲罰性違約金性質，因可歸責於上訴人事由而致系爭契約全部終止時，被上訴人得沒收履約保證金充作懲罰性違約金，故上訴人如有支付佣金等不正利益之行為，被上訴人因而終止契約，屬可歸責於上訴人之事由而終止契約，被上訴人亦可沒收履約保證金，充作懲罰性違約金，堪認二者科以上訴人不利益後果之理由大致相符，則基於上開契約解釋原則，兩造對於上訴人所為同一支付他人佣金等不正利益之違約行為，如已合意被上訴人得沒收履約保證金，充作上訴人應給付之懲罰性違約金，難認兩造亦合意上訴人得另行自價金扣減不正利益。從而上訴人主張被上訴人已沒收履約保證金 630 萬元作為懲罰性違約金，自無再依同一事由依採購法第 59 條第 2 項、第 3 項規定、系爭契約第 15 條第 9 項約定，自價金扣減不正利益 19 萬 2407 元，應為可取。」如果已經約定沒收履約保證金作為懲罰性違約金，則無再行使扣減權之餘地。惟此究非通案，仍需視各採購契約約定處理。

四、政府採購法第 59 條第 2 項是任意規定或強行規定？

法律分為「強行規定」或「任意規定」，區別在於可否以當事人之意思排除適用。而究竟法律規定屬於強行或任意之性質，應依規範之目的認定。介於此間者，尚有一部分具有強行性之「半強行性法規」，適例即為勞動基準法第 1 條第 2 項規定：「雇主與勞工所訂勞動條件，不得低於本法所定之最低標準。」¹⁰

本條所設扣除權，目的在於為維護政府採購品質，具有一定政策之目的，即不應再由雙方當事人任意排除。惟是否得由當事人自行約定倍數，本文認可參照上述「半強行性法規」之內涵，因立法者修法理由已明示提升為二倍為懲罰之效，機關即不應約定低於所示成數；如契約仍約定低於二倍時，應得依政府採購法第 59 條第 2 項之規定行使。至於約定高於二倍之倍數或預定金額，立法者並未多加置喙，基於契約自由原則，依雙方之自由意願達成合意，應無不可。惟須注意，契約自由亦並非毫無限制，倘約定已致雙方間顯失公平，為避免造成違背契約正義，法院仍有以誠信原則介入之可能。因此，在立法者已經明示懲罰二倍倍數之

¹⁰ 王澤鑑，民法總論，第 52 頁，三民書局，增訂版（2011）

情形下，如未有個案特別情形考量之正當理由，仍訂定較高之倍數，可能較非妥適。

具體而言，倘如仍約定高倍數之扣減額，此時是否有依民法第 252 條規定：「約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額」酌減之可能？觀察條文之意旨，稱將二倍不正利益自契約價款中扣除，看似僅係就契約金額予以調整，惟修法理由載明懲罰而提升為二倍，似亦有將一倍以上之金額視為懲罰性違約金之意涵。與此相類之規定，可以比照過往採購約定減價收受以六倍減價，法院有認此等規定屬於逾期違約金¹¹。但關於約定減價收受並處違約金者，亦有認該「減價收受」本身並非違約金，僅是瑕疵擔保減少價金之特別約定而已¹²，較為莫衷一是。

本文認為，維護政府採購之品質及秩序固然重要，但亦非可築基於苛酷廠商而訂定高額扣款，破壞政府與民間之公平。立法者雖未明示本條是否為違約金，但若已經高於相當之倍數，仍應適用或類推適用民法第 252 條介入予以調整。至於性質為懲罰性違約金或賠償額預定性違約金，依法院實務見解¹³，並不影響適用民法第 252 條，併予敘明。

¹¹ 臺灣臺東地方法院 95 年度東簡字第 360 號判決：「兩造既約定減價收受後以實做價值與契約價格 6 倍計罰，則此時不問可否歸責於承攬人之事由，承攬人均應給付依該方式計算之罰金，是其性質屬當事人約定為瑕疵給付對於債務人所加之制裁，實質上即屬懲罰性之違約金。」

¹² 臺灣高等法院臺南分院 104 年度上易字第 19 號判決：「再參酌上開約定內容顯係就『契約價金之調整』而為約定，其後並另附有違約金約款，足見系爭採購契約第 4 條第 1 項有關減價收受之約定，性質上應屬『契約計價之酌減』範疇，並非違約金之性質，泰生公司此部分之主張，尚非可採。又該減價收受之約定，既非屬違約金之性質，則泰生公司主張該減價 50% 收受之約定過高，應予酌減為 15% 為當云云，自無足採，併此敘明。」、臺灣桃園地方法院 107 年度建字第 61 號判決：「依契約價金 1 倍即 2,623,280 元減價收受等情，核其性質自為減少契約價金，顯非屬違約金之約款，揆諸上開說明，自無民法第 252 條違約金酌減規定之適用。」

¹³ 最高法院 70 年度台上字第 3796 號判決、同院 82 年度台上字第 2529 號判決。