

# 論未達公告金額之採購案投標廠商之訴訟權保障

林家祺\*

壹、引言

貳、訴訟基本權之沿革與發展

參、憲法上之訴訟基本權

肆、國際法之規範—ICCPR & GPA

伍、比較法之探討

陸、公告金額以下採購之訴訟權

柒、結論

---

\* 真理大學法律學系(所)專任教授、台灣法學基金會政府採購法研究中心主任、國防大學法律研究所兼任教授、東吳大學法律研究所兼任教授、台北市政府採購申訴審議委員。

## 摘要

訴訟權於權利實踐具備關鍵性作用，為我國憲法第 16 條明文保障之人民基本權利，並經大法官解釋不斷充實內涵，而人權保障訂入國際公約亦為國際趨勢，聯合國之公民與政治權利國際公約(ICCPR)亦明文規定人人均應受訴訟權之保障，我國已於 2009 年制定兩公約施行法，公政公約於我國已具備內國法之效力，從而對國家之立法、司法、行政均有拘束力，且兩公約施行法第 8 條以明定政府機關檢討現行規範義務，以具體落實公約規定及公約保障人權之宗旨。訴訟權亦有如同其他基本權利不可剝奪的權利核心，檢視個別規範時即應妥為衡酌是否為基本權利之核心事項，政府採購法第 76 條禁止「公告金額以下」採購案件提起申訴，加上實務之解釋操作之結果，目前實務操作結果已完全阻斷「公告金額以下」採購案件提起訴訟之機會，全然沒有透過訴訟救濟之可能，如此是否符合憲法第 16 條訴訟權保障意旨，以及公民與政治權利國際公約第 14 條第 1 項，引起諸多疑慮。本文將透過公政公約及憲法基本權之內涵，來檢視現行採購法「公告金額以下」採購案救濟程序之妥適性，期待可具體落實兩公約與憲法基本權之保障。

**關鍵字：**政府採購、訴訟權、採購申訴、行政訴訟、公民與政治權利國際公約、政府採購協定

**Keyword:** Government Procurement, Right of Instituting Legal Proceedings, Complaint Review, Administrative Litigation, International Covenant on Civil and Political Rights(ICCPR), Agreement on Government Procurement(GPA)

## 壹、引言

人類自個體演進至群體共同生活，創造了法規範制度以資共同遵循，在法規範秩序下，為謀社會共同生活之秩序，如有糾紛而未能自願達成紛爭解決，原則上不再容許個人以自力救濟方式維護自身權利，而係以法規範所規定之救濟程序行之，以國家公權力確保權利實現。誠如學者所述：其實「權利」就是「正義」<sup>1</sup>，故權利之存在不能僅有其名，權利的落實須要相應之制度與程序，若權利不能落實、不具備實效，則無異於否定權利，形同於否定法規範秩序，並將進而損及法之威信，將有害於社會秩序。訴訟權本身雖屬程序上之權利，但其實踐卻高度影響實體權利之保障與實現，現代各國多於最高位階之憲法基本權利中明文保障人民之訴訟權，我國憲法第 16 條規定了訴訟權，明文肯認人民尋求國家司法程序以救濟權利乃為憲法位階基本權，多年以來並迭經司法院大法官解釋憲法之實務與以肯認並不斷充實此一基本權之內涵。聯合國之公民與政治權利國際公約第十四條亦明文規定人人均應受訴訟權之保障，我國雖因國際因素僅簽約而未就該公約完成生效之程序，惟我國為與國際接軌已於 2009 年制定公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約之施行法，故兩公約已具備內國法之效力，國家之立法司法行政均應受拘束，兩公約施行法第 8 條更賦予政府機關 2 年內檢討現行規範之義務，國家機關應就各法令有抵觸兩公約疑慮者進行檢討與修正，以促使法令規定符合公約規定及公約保障人權之意旨。政府採購對國家施政有重大影響，就採購金額之規模而言，108 年度政府採購決標金額即已高達新臺幣 1 兆 8,716 億元<sup>2</sup>，一般國家的政府採購約占國民生產毛額 10%至 15%<sup>3</sup>，我國約占 30%，除金額龐大以外，政府採購另有與國家政策施行關係密切、須受民意監督等特性<sup>4</sup>，因具備高度之公益性質，與一般私經濟行為有別，因而制定專法予以規範<sup>5</sup>，我國承襲大陸法系法制，採行公私法區別模式<sup>6</sup>，德國法發展之「雙階理論」<sup>7</sup>，將某

<sup>1</sup> 李念祖，〈其實「權利」就是「正義」〉，收錄於《司法者的憲法(二)》，2013 年 1 月，頁 1 至 5。

<sup>2</sup> 行政院公共工程委員會，108 年政府採購執行情形，2020 年 3 月，第 1 頁。

<sup>3</sup> 在歐盟政府採購金額占 GDP 之 14%，政府一樣也是最大之消費者；See Jolien Grandia, *Public Procurement in Europe, The Palgrave Handbook of Public Administration and Management in Europe*, 363 (2018). (“In the Europe Union over 250,000 public authorities spend around 14% of GDP procuring goods, services, and works”).

<sup>4</sup> 林家祺，政府採購法，2019 年 6 月，四版，第 2 至 4 頁。

<sup>5</sup> 黃鈺華、蔡佩芳合著，政府採購法解讀——逐條釋義，2019 年 2 月，修訂七版，第 1 頁。

<sup>6</sup> 公法與私法區別之詳細理論茲不贅述，詳參吳庚、盛子龍，行政法之理論與實用，2017 年 9 月，增訂 15 版，三民，頁 25 至 29；陳敏，行政法總論，2019 年 11 月，十版，新學林，頁 33 至 37；陳新民，行政法學總論，2015 年 9 月，新九版，三民，頁 40 至 44；李震山，行政法導論，2019 年 2 月，修訂 11 版，三民，頁 28 至 33；蕭文生，行政法—基礎理論與實務，2019 年 7 月，2 版，五南出版，頁 25 至 34；吳志光，行政法，2019 年 3 月，修訂九版，新學林，

特定領域之法律關係區分為兩個階段，而分別定性，避免政府濫用行為形式選擇自由「公法遁入私法」而規避公法對政府較嚴謹的規制，而此一理論使公行政的私法活動在一定範圍內仍受公法之約束<sup>8</sup>。政府採購之法律性質早期雖有認為私法行為者<sup>9</sup>，但採購法於 91 年修法後通說均認採購法係屬立法明定之雙階理論<sup>10</sup>，訂定採購契約以前為公法階段，而訂定採購契約後則為私法階段<sup>11</sup>，有關雙階理論之司法實踐，已獲司法院大法官釋字第 540 號解釋<sup>12</sup>肯認，並再於釋字第 695 號解釋<sup>13</sup>再次肯認，採購法通說在九十一年修法後亦採雙階理論<sup>14</sup>，採購法刻意將採購事件依契約成立前後區別其性質<sup>15</sup>，並分別由行政法院與普通法院資為最終之司法救濟機制，運作迄今 20 年，實務已漸趨於成熟<sup>16</sup>。就我國之一般法制之設計，如對行政處分

---

頁 11 至 16；林明鏘，行政法講義，2019 年 9 月，五版，新學林，頁 13 至 16；林騰鶴，行政法總論，2019 年 12 月，修訂四版，三民，頁 24 至 25；莊國榮，行政法，2019 年 9 月，修訂五版，元照，頁 10 至 14；劉宗德，〈公法與私法之區別〉，收錄於《制度設計型行政法學》，2009 年 5 月，元照，頁 50 至 75。

<sup>7</sup> Hans P. Ipsen, *Öffentliche Subventionierung Privater*, 1956, S. 62 ff.

<sup>8</sup> 陳敏，前揭註 6，第 684 頁。

<sup>9</sup> 林紀東，行政法，三民書局，1990 年 12 月，修訂 6 版，第 19 頁以下；黃異，行政法總論，三民書局，1992 年 10 月，修訂初版，第 101 頁以下；最高法院 61 年台上字第 1672 號判例略謂：「...公法上契約與私法上之契約，其主要之區別為契約之內容與效力，是否均為公法所規定。苟契約之內容及效力，並無公法規定，而全由當事人之意思訂定者，縱其一方為執行公務，仍屬於私法上契約之範圍...。」

<sup>10</sup> 故而採購法第 83 條第 1 項前段立法時之條文方規定為「審議判斷依其性質，得視同訴願決定 或調解方案...」

<sup>11</sup> 詳見林家祺，同前註 4，第 4 至 10 頁。

<sup>12</sup> 司法院釋字第 540 號解釋文略以：「國家為達成行政上之任務，得選擇以公法上行為或私法上行為作為實施之手段。其因各該行為所生爭執之審理，屬於公法性質者歸行政法院，私法性質者歸普通法院。...凡經主管機關核准出售、出租或貸款自建，並已由該機關代表國家或地方自治團體與承購人、承租人或貸款人分別訂立買賣、租賃或借貸契約者，此等契約即非行使公權力而生之公法上法律關係。...」解釋理由書略以：「...主管機關直接興建及分配之住宅，先由有承購、承租或貸款需求者，向主管機關提出申請，經主管機關認定其申請合於法定要件，再由主管機關與申請人訂立私法上之買賣、租賃或借貸契約。此等契約係為推行社會福利並照顧收入較低國民生活之行政目的，所採之私經濟措施，並無若何之權力服從關係。性質上相當於各級政府之主管機關代表國家或地方自治團體與人民發生私法上各該法律關係，...。至於申請承購、承租或貸款者，經主管機關認為依相關法規或行使裁量權之結果...不符合該當要件，而未能進入訂約程序之情形，既未成立任何私法關係，此等申請人如有不服，須依法提起行政爭訟，係另一問題。...」

<sup>13</sup> 司法院釋字第 695 號解釋理由略以：「...按補辦清理之目的在於解決國有林地遭人民濫墾之問題，涉及國土保安長遠利益...。故林區管理處於審查時，縱已確認占用事實及占用人身分與系爭要點及有關規定相符，如其訂約有違林地永續經營或國土保安等重大公益時，仍得不予出租。是林區管理處之決定，為是否與人民訂立國有林地租賃契約之前，基於公權力行使職權之行為，仍屬公法性質，申請人如有不服，自應提起行政爭訟以為救濟，其訴訟應由行政法院審判。」

<sup>14</sup> 林家祺，政府採購法之救濟程序，2002 年 3 月，五南，第 23 至 33 頁；蔡震榮，行政法概要，2019 年 11 月，3 版，五南，第 18 至 19 頁；潘秀菊，政府採購法，2009 年 8 月，新學林，第 3 至 4 頁；林明鏘，同前註 6，第 8 至 9 頁；吳志光，同前註 6，第 327 至 329 頁。

<sup>15</sup> Dennis Campbell, *International Public Procurement Ger-2* (2003).

<sup>16</sup> 林家祺，同前註 4，第 4 至 10 頁。

不服而欲提起行政訴訟，原則上即先須依訴願法提起訴願而不服訴願決定方得提起行政訴訟。就行政訴訟之先行程序而言，除訴願以外，可能法律另有規定相當於訴願或視同訴願之先行程序，以採購法之行政爭訟而言，採購法即特別規定了視同訴願之採購申訴審議程序(採購法第 83 條規定：「審議判斷，視同訴願決定。」)，惟採購法之規範並非所有採購案件均能提起申訴，依採購法第 76 條第 1 項規定，僅有「公告金額以上」之採購案件方能提起申訴，即便依據 108 年新修正之採購法，亦僅僅於第 76 條第 4 項就「不予發還或追繳押標金」之部分予以放寬申訴門檻，意即「未達公告金額以上」之採購案件，倘若並非「不予發還或追繳押標金」之行政處分，即無法提起申訴，進而無法提起行政訴訟。惟既然政府採購法第 83 條規定申訴審議判斷「視同訴願決定」，就前開「無法提起採購申訴」之公告金額以下之採購案，人民之訴訟權如何獲得制度性之保障即生疑義，而須予以釐清。本文乃從公政公約(ICCPR)及憲法之規範為發端，針對每年總件數規模已達 55%之未達公告金額之採購案之訴訟權保障，從理論與實務作分析。

## 貳、訴訟基本權之沿革與發展

### 一、基本權之起源

雖然當今基本人權以天賦人權論而言乃被認定為「本應擁有之權利」，惟以歷史之實然以觀，現在所謂的「基本」人權，卻非如此理所當然輕易毫無障礙地普及於每一個個人，人類的歷史從個人走向群體後，大多於一段期間內走向了世襲王權或宗教神權而建立權力集中之統治機制，權力集中固然於存亡之際固然得收迅速反應之功，惟欠缺制衡的集中權力亦難免濫權之害，經由眾多重要歷史事件走向憲政體制之後，所謂的基本人權方才漸次獲得肯認並實際獲得保障。以近代憲政起源之歐洲文明而言，間接促進宗教信仰自由的宗教改革運動，某程度上也以說是封建國王與羅馬教會的政治實力對抗，教會擁有足以影響國家內政的權力<sup>17</sup>，走出中古封建的歐洲民族國家，擁有自身之民族認同，國王統治的正當性逐漸不再仰賴飄渺的神授君權，國王也就不在那麼高度須要羅馬教會的背書支持，在宗教改革的過程中，國王衡酌自身利害後選擇加入宗教改革的陣營，也就不足以為奇。其他則又例如 1215 年的「大憲章」(Magna Carta)雖係人權保障歷史的重

---

<sup>17</sup>例如教宗得為國王登基加冕，教會介入組織十字軍東征，某程度上即顯示教會並非單純宗教信仰的教會，同時也是政治的教會，甚至是會干涉國家內政的教會。

要文件，實際上也是國王、封建貴族以及教會的多方實力競逐<sup>18</sup>；又例如英國 1689 年權利法案(An Act Declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of the Crown)限縮了國王權力促進了君主立憲體制，實際上也是與新舊教會、國王的權力有關係。以上這些描述也並非在否定人權進步歷史事件的正面意義，畢竟權力因素考量在所謂的變革過程中在所多有，改革不會憑空而生，擁權者通常也不會主動放棄掌控的權力，欠缺實力後盾的哲學家也沒辦法單憑一己之力推動改革，歷史際遇之下，進步思想獲得了實力者認同與推動，方才逐步綻放了人權推進史的瑰麗篇章。前大法官吳庚即言：人權思潮促使立憲的產生，而立憲主義又助長人權的保障<sup>19</sup>。歐美民主憲政人權保障之思想發源，遠可溯源至希臘、羅馬時代的自然法思想<sup>20</sup>，近代則可追溯至啟蒙運動<sup>21</sup>之主權在民、權力分立、社會契約論等重要思想，後歐美漸次演進至憲政制度，此段憲政演進史的重要文件，除了前述英國 1689 年權利法案外，還有美國 1776 年人權法案<sup>22</sup>(Virginia Declaration of Rights)、1789 年法國人權宣言(Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen)等等，我國作為高度移植歐陸法制之國家，憲法之制定實亦深受歐陸人權保障思想之影響，制憲之初即於憲法第二章規範人民之權利與義務，於各條次臚列人民之基本權利，且為免規範之不足，更於憲法第 22 條規範了基本權之概括條款，使制憲時未能及時列入條文之基本權利，仍同受憲法之保障。

## 二、基本權之發展歷程

從絕對國家高權到服膺憲法秩序之國家權力。

以「拘束國家」權力為發端的「基本權利」乃自由主義與個人主義思想下的產物，在沒有自由主義與個人主義思想傳統的國度，其環境即難以作為個人基本權利制度發展之沃壤。由於地緣關係相近且有類似之東亞歷史背景，我國立憲演進過程相當程度參酌了日本經驗，而日本的明治憲法又是相當程度參考了普魯士憲法，且自清末民初漸次引進立憲主義思想憲法制定之思潮而言，仍然如同清季自強運動、

<sup>18</sup>陳慈陽，憲法學，2016 年 3 月，三版，元照，頁 415 至 416。

<sup>19</sup>吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，2019 年 9 月，增訂六版，第 70 頁。

<sup>20</sup>吳庚、陳淳文，同前註 19，頁 69。

<sup>21</sup>陳新民，憲法學釋論，2018 年 7 月，新九版，三民，頁 80 至 82；吳庚、陳淳文，同前註 19，頁 70 至 76；陳慈陽，同前註 18，頁 416 至 419。

<sup>22</sup>詳可參照李建良，〈美國「權利法案」源起史初探〉，收錄於《人權思維的承與變—憲法理論與實踐(四)》，2010 年 9 月，新學林，頁 407 至 449。

戊戌變法以及清末立憲之遺緒，充滿了統合國家增強國力的目標，蓋伊時國家仍值存亡之秋，個人權利保障議題相對之下即易受忽視<sup>23</sup>，或許基於此一實用目的，同樣非以個人主義思想為傳統，且自小邦林立強鄰環伺的危機中強盛的德國經驗，就成為了制憲時我國仿效的合理選擇，而德國基本權條款拘束力的演進過程，正可見證此段歷史。

### (一) 規範空白時期：傳統非受拘束的國家高權(1871 帝國憲法)

以歷史論，曾經有一段時期，乃為所謂的國家無責任時期，斯時有云：「國王必不為非。(King can do no wrong.)」斯時所謂的規範拘束對象非為國家而係為臣民，在演進的過程中，一開始亦僅有擬制形式切割國家為兩種型態，亦即以所謂的「國家社會二元論」<sup>24</sup>，將國家切割區分為「公行政的國家」與「私法型態的國家」，於該中間時期，人民仍僅能就私法上交易請求「私法型態的國家」(即國庫)負責<sup>25</sup>，國家一分為二切割而出的國庫人格成為了國家的替罰童子，國家從絕對的無責任中逐漸走向應負責任，然而該時期公行政的國家仍舊保有絕對高權而不受拘束，參與並內化為國家公行政內部之人民，尚可能因而被認定為無從為訴訟上之請求，而此亦為縈繞我國多年尚未完全消散的所謂「特別權力關係」<sup>26</sup>理論原型。在該時期，國家僅從絕對的無責任演進到限定的、有限範圍責任(國庫)，僅僅在私法領域有所鬆動，在公權力行政領域，絕對的國家高權依然巋然不動，以我國與日本引進歐陸憲法的重要理論來源——德國而言，德國 1871 年的德意志帝國憲法 (Verfassung des Deutschen Reiches，又被稱為俾斯麥憲法 Bismarcksche Reichsverfassung)，帝國憲法並未有任何的基本人權條款明文，所謂的基本人權僅僅規範於帝國各邦的邦憲法，

<sup>23</sup>Carl Schmitt 即言：「凡事作為政治單位存在的，從法律的觀點，存在就是價值，因此自保的權利優先於一切之上，以保持自己的生存為第一要務...政治實體要保衛自己的存在、完整、安全和憲法——一切的存在價值。」準此以言，在存亡中掙扎的國家，優先處理國家存續的問題，無疑是一個理性而可以預期的選擇。Vgl. Carl Schmitt, Verfassungslehre. 8 Aufl., 1993(1928), S. 21. 轉引自吳庚、陳淳文，前揭註 19，第 8 頁。

<sup>24</sup>國家社會二元論，詳可參照葛克昌，〈國家社會二元論及其憲法意義〉，收錄於《國家學與國家法—社會國、租稅國與法治國理念》，1997 年 9 月，第 7 至 42 頁；李建良，〈自由、人權與市民社會—國家與社會二元論的歷史淵源與現代意義〉收錄於《憲法理論與實踐(二)》，2007 年 8 月，2 版，新學林，第 6 至 25 頁。

<sup>25</sup>傳統國庫理論，可詳參許宗力，〈基本權利對國庫行為之限制〉，收錄於《法與國家權力(一)》，2006 年 8 月，元照出版第 2 刷，第 10 至 13 頁。

<sup>26</sup>特別權力關係理論，可參照吳庚、盛子龍，同前註 6，第 172 至 199 頁；李震山，前揭註 6，第 18 至 27 頁；陳敏，前揭註 6，第 225 至 246 頁。

就帝國政府而言，基本人權對帝國政府而言不僅只是「不生拘束力」而已，而是「根本沒有在憲法規定」<sup>27</sup>。

## (二) 規範欠缺實效性時期：方針性質的基本權條款(威瑪憲法)

德國帝國體制在一次世界大戰戰敗之後瓦解，帝制終結走向共和之後，德國也制定了德意志國憲法(Die Verfassung des Deutschen Reichs，通常稱作威瑪憲法 Weimarer Verfassung)，威瑪憲法終於在憲法位階訂定了基本人權條款，但係將基本權與社會義務以及方針規定併為規定於憲法第二部分「德國人的基本權利和基本義務」(Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen)<sup>28</sup>，此乃自由主義與社會主義的妥協產物<sup>29</sup>，然而欠缺個人自由主義傳統的德國，在威瑪憲法體制之下，所謂的基本權利條款雖然已係憲法之明文，然而基本權仍被當時的主流見解認定係不具備法律拘束力之「方針規定」<sup>30、31</sup>，唯有經過立法者的具體化之後，基本權利方可間接對法律適用之機關發生拘束力<sup>32</sup>，且基本權利的保障非毫無條件而係「有保障前提」之權利<sup>33</sup>。

## (三) 國家公權力受拘束時期：拘束國家權力之基本權條款 (德國基本法)

或導因於納粹政權憲法破毀殘害人權之慘痛經驗，二次大戰之後，德國於制定德國基本法(Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland，縮寫：GG)之初，即特於起始第 1 條第 3 項規定了基本權利的拘束效力，基本法第 1 條第 3 項明文規定，基本權利具拘束行政、立法與司法之直接效力(GG Art.1(3): Die

---

<sup>27</sup>以世襲專制政權而論，本來就難以期待會主動制定潛藏破壞「王權至高」危險的規範，更何況是國家的「最高規範」(憲法)，即便是清末宣統年間面臨武昌起義、灤州新軍兵變而革命早已兵臨城下的危局，清廷「被迫」猝然制定的《憲法重大信條十九條》亦不見基本人權的隻字片語，更遑論是方甫於普法戰爭中戰勝強鄰法國一統帝國而傲視歐陸的新興強權德意志帝國。

<sup>28</sup>[https://de.wikisource.org/wiki/Verfassung\\_des\\_Deutschen\\_Reichs](https://de.wikisource.org/wiki/Verfassung_des_Deutschen_Reichs) (last visited:2020/05/10)

<sup>29</sup>吳庚、陳淳文，同前註 19，第 76 頁。

<sup>30</sup>G. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 3. Aufl., 1929, S. 452ff. 轉引自吳庚、陳淳文，同前註 19，第 83 頁。

<sup>31</sup>方針條款可參照陳新民，〈論憲法委託之理論〉，《法治國家公法學的理论與實踐—陳新民法學論文自選集》，三民，2011 年 1 月，第 2 至 6 頁；陳新民，同前註 21，第 713 至 714 頁。

<sup>32</sup>許宗力，同前註 25，第 38 頁。

<sup>33</sup>吳庚、陳淳文，同前註 19，第 77 頁。威瑪憲法第 151 條即規定：「經濟制度應符正義原則，以確保個人能維持符合尊嚴之生存，個人的經濟自由於此限度內受到保障。」Verfassung des Deutschen Reichs (1919) Artikel 151:“Die Ordnung des Wirtschaftslebens muß den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen. In diesen Grenzen ist die wirtschaftliche Freiheit des Einzelnen zu sichern.”



nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.)。

#### (四) 我國憲法之基本權

我國憲法係於第二章「人民之權利義務」於同一章規範了人民的基本權利與基本義務，第7條開始規定了平等權、人身自由、居住遷徙、表現自由、秘密通訊、宗教信仰、集會結社、財產權等等諸多基本權利，雖然憲法條文並非規範為「基本」權利，雖然憲法並未有如同德國基本法第1條第3項基本權拘束國家權力之明文，但數十年來長期實踐，司法院大法官陸續以大法官解釋扮演憲法維護者之角色，我國憲法第二章人民權利之規範，無疑亦是具備拘束國家權力之基本權利規範。

### 三、基本權利之功能

基本權利的主客觀功能區分，或有論從耶林內克的身分理論而出，耶林內克的身分理論將人民區分為被動身分、消極身分、積極身分以及主動身分<sup>34</sup>，所謂的主客觀功能，係從功能面向而為觀察，基本權利所具備效力之目的在於確保基本權利可以確實保障而實現。基本權利所以用主觀權利乃是與基本權的另一種性質客觀規範或客觀秩序相對稱，兩者結合即所謂基本權的雙重性質，此一詞彙來自於德文，德文之「法」與「權利」均以 Recht 表示，故而用語上以主觀、客觀加以區分不同性質之功能<sup>35</sup>。

#### (一) 基本權功能之主觀面向

所謂的「主觀」，是指這是屬於人民的權利，當人民權利受到侵害時，可以向法院訴請保護<sup>36</sup>，可以經由訴訟訴請負有義務者踐行一定之作為或不作為，而以國家機關為義務負擔者之案件，從國家機關的角度而言，意即國家機關負有特定的作為或不作為義務而人民得經由訴訟訴請實現。基本權的主觀面向功能在分類上或有給付請求權、參與權等其他類型，然而基本權利之主觀功能，最主要、最傳統的還是防禦權功能，而訴訟權保障足否之間

<sup>34</sup>李建良，〈基本權利的理念變遷與功能體系〉，收錄於憲法理論與實踐(三)，學林，2004年7月，第6至20頁；吳庚、陳淳文，同前註19，第94至95頁；陳新民，同前註21，第89至90頁。

<sup>35</sup>吳庚、陳淳文，同前註19，第98頁。

<sup>36</sup>許育典，憲法，2019年9月，九版，元照，第108頁。

題，在基本權利功能上亦是以訴訟權的防禦功能作為最終人民請求司法院大法官進行違憲審查的最主要依據。古典基本權之功能主要在於防禦來自於國家公權力之侵害，此即為所謂基本權力的防禦功能<sup>37</sup>，基本權產生「個人保障」效力，人權規定直接創設人民可以對抗國家之實證權利(主觀權利)，在受到侵犯時可以尋求法律救濟途徑，最後還可以聲請解釋憲法，所謂防禦權即在於防止國家逾越權限侵犯人民<sup>38</sup>。易言之，國家建置的訴訟制度不應違反憲法規定以及憲法原則而侵害人民的訴訟基本權，人民訴訟基本權因為國家之違憲法律受到侵害時，人民基於憲法保障訴訟權的主觀功能，可以向司法院大法官聲請解釋憲法，請求宣告確定終局裁判所適用之法令違反憲法排除違憲之訴訟權侵害，並據大法官解釋之法令違憲宣告進而尋求再審等救濟途徑以實現其訴訟權。

## (二) 基本權功能之客觀面向

### 1. 保護義務

憲法保障人民基本權利之內涵，從制憲之初僅具有主觀防禦權性質，隨著時代演進經由司法院大法官解釋而逐漸擴張為同時具有客觀功能及保護義務<sup>39</sup>。國家保護義務之內涵，係將基本權作為客觀規範而產生，以補充基本權主觀面向之不足，而要求國家對於人民之基本權利具有保障義務，且不論係國家制度之建制或國家行為應以保障基本權利為目的<sup>40</sup>。以司法院大法官釋字第 422 號解釋理由書：「...生存權應予保障；國家為改良農民之生活，增進其生產技能，應制定保護農民之法律，實施保護農民之政策，分別為憲法第十五條及第一百五十三條所明定，**明確揭示國家負有保障農民生存及提昇其生活水準之義務**。...」、釋字第 785 號解釋理由書：「...人民之健康權，為憲法第 22 條所保障之基本權利（本院釋字第 753 號及第 767 號解釋參照）。憲法所保障之健康權，旨在保障人民生理及心理機能之完整性，不受任意侵害，

<sup>37</sup>吳庚、陳淳文，同前註 19，第 99 頁；李惠宗，憲法要義，2019 年 9 月，八版，元照，第 103 至 104 頁。

<sup>38</sup>陳新民，同前註 21，第 100 頁

<sup>39</sup>李建良，憲法理論與實踐(二)，新學林，二版。2007 年 8 月，第 46 頁。

<sup>40</sup>吳庚、陳淳文，同前註 19，第 126 頁。

且國家對人民身心健康亦負一定照顧義務。國家於涉及健康權之法律制度形成上，負有最低限度之保護義務，於形成相關法律制度時，應符合對相關人民健康權最低限度之保護要求。凡屬涉及健康權之事項，其相關法制設計不符健康權最低限度之保護要求者，即為憲法所不許。」、釋字第 789 號解釋理由書：「...性侵害案件之被害人於刑事訴訟程序上必須詳細陳述受害情節並揭露隱私，已須承受極大痛苦，若於程序中須一再重複陳述受害細節，往往對其身心形成鉅大煎熬與折磨。此於未成年被害人尤然。基於國家對犯罪被害人之保護義務，於性侵害案件，尤其涉及未成年被害人者，檢察官應盡可能及早開始相關犯罪偵查程序，並以適當方式對其為第一次訊問，避免被害人於審判前即須反覆陳述受害情節，併此指明。」等解釋理由書為例，均分別有提及國家對人民之「保護義務」理念。如此可進一步確立基本權之國家保護義務內涵，在於強調國家應保障人民基本權利避免遭受他人之不法侵害或妨礙，而得就人民相互間之糾紛衝突以訂立「私法」之方式由法院審判解決，或以採取其他保護措施方式達到保障人民行使基本權利之目的<sup>41</sup>。

## 2. 制度性保障

基本權建構而出之制度性保障理論，其意義在於保障憲法中所有有關個人主觀權利條文同時具有客觀法內涵，以強化各個基本權利之效力<sup>42</sup>。就制度性保障之功能而言，強調存在於基本權許久而具有憲法位階之制度，國家不能違背制度之核心理念而恣意將其變更或廢除<sup>43</sup>。釋憲實務上，司法院大法官釋字第 396 號解釋即首揭訴訟權之制度性保障內涵，該號解釋理由書略以：「憲法第十六條所定人民之訴訟權，乃人民於其權利遭受侵害時，得訴請救濟之制度性保障，其具體內容，應由立法機關制定法院組織與訴訟程序有關之法律，始得實現。惟人民之訴訟權有其受憲法保障之核心領域，為訴訟權必備之基本內容，對其若有欠缺，即與憲法第十六

<sup>41</sup>李建良，〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，收錄於憲法理論與實踐(一)，學林，二版，2003年2月，第66-67頁。

<sup>42</sup>程明修，憲法保障之制度與基本權之制度性保障－兼論基本權客觀內涵之主觀化，憲法解釋之理論與實務第六輯，2009年7月，中央研究院，第344頁。

<sup>43</sup>許育典，同前註36，第117頁。

條保障人民訴訟權之意旨不符。...」而後，釋字第 737 號解釋理由書乃謂：「...人身自由乃人民行使其憲法上各項自由權利所不可或缺之前提，為重要之基本人權，應受充分之保障。剝奪或限制人身自由之處置，除須有法律之依據外，更須踐行必要之正當法律程序，始得為之，憲法第八條規定甚明（本院釋字第三八四號、第四三六號、第五六七號、第五八八號解釋參照）。另憲法第十六條所明定人民有訴訟權，係以人民於其權利遭受侵害時，得依正當法律程序請求法院救濟為其核心內容，國家應提供有效之制度性保障，以謀其具體實現（本院釋字第五七四號解釋參照）。...」亦有敘及「制度性保障」概念，將制度性保障與訴訟權之核心保障內涵作結合，進而課予國家有基於訴訟權保障而建構及提供人民訴訟救濟途徑之義務。

### 3. 程序保障功能

人民行使基本權利，同時亦涉及訴訟基本權，僅在程序基本權存在始有實體基本權利之實現可能<sup>44</sup>，學界多認基本權本身即蘊含一定程度之程序保障功能<sup>45</sup>。而司法院大法官釋字第 488 號解釋文：「...憲法第十五條規定，人民財產權應予保障。...信用合作社法第二十七條第一項及銀行法第六十二條第一項係為保障存款人權益，並兼顧金融秩序之安定而設，金融機構監管接管辦法第十一條第一項第三款及第十四條第四款雖亦有銀行法第六十二條第三項授權之依據，惟基於保障人民權利之考量，法律規定之實體內容固不得違背憲法，其為實施實體內容之程序及提供適時之司法救濟途徑，亦應有合理規定，方符憲法維護人民權利之意旨；法律授權行政機關訂定之命令，為適當執行法律之規定，尤須對採取影響人民權利之行政措施時，其應遵行之程序作必要之規範。」即明確指出基於保障人民權利考量，法律應就實施實體基本權利內容之程序及救濟途徑有合理之規定，是以就實體基本權本身除有法律內容之保障外，亦具有程序保障之功能存在，始能具體落實憲法對於人民基本權利之保障。

<sup>44</sup>李惠宗，同前註 37，第 111 頁。

<sup>45</sup>許宗力，法與國家權力(二)，2007 年 1 月，初版，元照，第 250 頁。

#### 四、實現各實體基本權之橋樑

如若徒然僅有基本權利之規定，卻欠缺基本權利之保障制度以及救濟途徑，基本權之保障必然淪為空洞而徒具虛名，不論人民主張基本權利的主觀上防禦權，或者是客觀法規範效力的程序保障功能或國家保護義務，如果國家沒有建制「救濟程序」制度以供遵循，具體的個案權利救濟即難以實現，所謂的基本權利就僅僅是個圖騰而沒有實益。且國家形成的過程，為了秩序安定，將強制力型態的紛爭解決權力統一收歸由國家統一行使，既然由國家獨佔了此一權力而禁止原始的自力救濟，國家即有義務提供相對應的機制、程序提供予人民遵循，國家此一權力獨佔方能具備正當性。訴願、訴訟本身雖然不具備實體權利之性質，但卻對於其他的基本權利獲得實質保障具備關鍵之作用，如同其他基本權利保障的橋樑，故而憲法將訴願與訴訟特提升至最高位階的憲法予以規範<sup>46</sup>，使「救濟」亦成為憲法保障的基本權利之一。

#### 五、基本權核心保障 (基本權之限制與剝奪)

雖然不具備個人主義自由主義的傳統，但因為納粹嚴重侵害人權的歷史，德國在戰後即反省了過往威瑪憲法時期基本權利僅具備方針性質之觀念，不僅在基本法第 1 條第 3 項規定了基本權利對國家權力之直接效力，且於同條第 1 項規定了人性尊嚴<sup>47</sup>，並於第 19 條第 2 項規定不得侵害基本權力之本質核心內容<sup>48</sup>，意即基本權利有其不可侵害的「本質核心內容」，如若容許侵害本質核心內容(Wesensgehalt)，基本權的保障即會空洞化<sup>49</sup>。基本權核心不得侵害之理論，若以我國憲法而論，或可從憲法第 23 條獲得解答，憲法第 23 條規定：「以上

<sup>46</sup>比較法上而言，德國基本法第 19 條第 4 項亦規定了救濟之權利，惟德國基本法該項應僅限於「公權力(öffentliche Gewalt)侵害」情形。Vgl. GG Art. 19 (4): “Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben. Artikel 10 Abs. 2 Satz 2 bleibt unberührt.”

德國非公權力侵害的情形，請求救濟之權利無法直接以基本法第 19 條第 4 款為依據，而是要透過基本法第 2 條第 1 項一般人格權保障的一般司法給付請求權( allgemeine Justizgewährungsanspruch)去推導。Vgl. BVerfGE 88, 118(123); 96, 26(39 f.); 93, 99 (107). 轉引自沈冠伶，〈訴訟權保障與民事訴訟—以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心〉，收錄於《司法院大法官九十三年度學術研討會論文集及紀錄》，司法院，2005 年 9 月，第 61 頁。

<sup>47</sup>Vgl. GG Art. 1 (1): “Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.”

<sup>48</sup>Vgl. GG Art. 19 (2): “In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.”

<sup>49</sup>基本權利核心理論，可參照陳新民，〈論憲法人民基本權利的限制〉，收錄於同前註 31，第 311 至 314 頁；陳慈陽，〈基本權核心理論之實證化及其難題〉，2007 年 3 月二版，翰蘆；陳慈陽，同前註 18，第 558 至 608 頁。

各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律**限制**之。」而條文既謂「限制」，意即不可超越「限制」而「剝奪」之，不能徹底地將基本權利實質掏空、空洞化。李震山大法官於司法院大法官釋字第718號解釋所提出之部分不同意見書即論：「…依憲法第23條規定之意旨，集會自由並非不可限制（Freiheitsbeschränkung）而是不可剝奪（Freiheitsentziehung），限制與剝奪之分界，可參考德國基本法第19條第2項規定…該規定係作為立法者限制基本權利之界限，旨在避免基本人權保障淪為僅具宣示性、流於空轉或內涵遭致掏空，因此又被稱為限制之限制規定（Schranken-Schranken-Bestimmung），若法律內涵有違基本權利本質內容保證（Wesensgehaltsgarantie）之虞時，違憲審查自不得以『立法自由形成』為理由而規避審查之。…」；陳新民前大法官亦認為，基本權核心內容之保障，在使人民之每個人權，無論如何都會有最起碼內容存在，不至於被剝奪殆盡，我國憲法第23條用語雖是許可法律來「限制」人權，而不可剝奪人權，意義即更為明顯<sup>50</sup>。以憲法第23條作為國家限制人民基本權利「限制之限制」之見解實值贊同，憲法基本權利之規範本即用於限制國家權力，應有其不可破毀不可侵害之基本核心，憲法解釋固不以規範明文為限作為依據，惟若以我國實證規範惟依據毋寧係更佳之選擇，故憲法第23條之明文既然為「限制」，據此解釋基本權利不得「剝奪」而確保基本權力核心內容不受侵害，應屬妥適之解釋方法。

## 參、憲法上之訴訟基本權

### 一、訴訟權保障之核心領域

憲法第16條保障人民訴訟權之基本權利，係使人民於其權利遭受侵害時得以提起救濟及受公平審判之權利。基於「有權利必有救濟」原則，在人民權利遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序，以獲及時有效救濟之機會，此為歷年司法院大法官解釋（釋字第785、784、752、736、653、591、574、512、396號解釋）所詮釋「訴訟權保障之核心內容」，觀諸前開大法官釋字解釋理由書，訴訟權之核心內涵可分為：接近法院之權利、無漏洞之救濟、公平之權利救濟、有效之權利救濟途徑。

<sup>50</sup>陳新民，同前註49，第313頁。

## (一) 接近法院之權利

接近法院之權利，係指人民向法院主張其權利之機會，而立法者應確保訴訟制度之建立需使人民得以暢通無阻地向法院尋求救濟或紛爭解決之管道，若以任何形式阻礙人民利用法律救濟權利之機會，此即侵犯訴訟權之保障核心領域<sup>51</sup>。大法官釋字第 569 號解釋林子儀大法官之協同意見書：「本院釋字第 243 號解釋曾以『有權利即有救濟』一言，括論憲法第十六條訴訟權保障之本旨，亦即訴訟權之保障，在使人民於權利遭受損害時，有接近、使用法院，尋求救濟之機會。釋字第 396 號解釋理由書謂：『憲法第十六條所定人民之訴訟權，乃人民於其權利遭受侵害時，得訴請救濟之制度性保障，其具體內容，應由立法機關制定法院組織與訴訟程序有關之法律，始得實現。惟人民之訴訟權有其受憲法保障之核心領域，為訴訟權必備之基本內容，對其若有欠缺，即與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨不符。』細繹其旨，即人民行使憲法上之訴訟權固須仰賴立法者之形成與建制，惟立法者的形成自由並非毫無限制，至少不能低於憲法保障訴訟權之核心領域所要求之基本內容。換言之，就核心領域內的訴訟制度而言，國家即負有作為之義務，積極建立合理的訴訟制度以達成憲法上訴訟權保障之底限」此係為「接近法院之權利」具體詮釋，而建構出國家具有積極建立合理訴訟制度，以保障人民向法院尋求權利救濟之管道能暢通無阻而不受阻礙。

## (二) 無漏洞之救濟

立法者於創設訴訟制度時，應使權利受有損害之人民能有向法院請求救濟之機會，以排除侵害或獲得應有之賠償，落實「無法院管轄權漏洞」之原則<sup>52</sup>。而要求國家必須提供完整的權利救濟途徑並作為權利救濟之裁判者，將所有的爭議事件能透由法院解決，以確保人民權利之完整行使<sup>53</sup>。大法官釋字第 752 號解釋理由書略以：「...惟系爭規定就所列案件，經第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決者，亦規定不得上訴於第三審法院，使被告於初次受有罪判決後即告確定，無法以通常程序請求上訴審法院

<sup>51</sup>林家祺，政府採購法申訴程序之合憲性探討－以公告下採購案之爭訟權為中心，臺灣財產法暨經濟法季刊，第 32 期，2012 年 12 月，第 168 頁。

<sup>52</sup>陳新民，同前註 21，第 292 頁。

<sup>53</sup>法治斌、董保城，憲法新論，2020 年 3 月，7 版，元照，第 377 頁。

審查，以尋求救濟之機會。被告就此情形雖仍可向法院聲請再審或向檢察總長聲請提起非常上訴，以尋求救濟，然刑事訴訟法第420條以下所規定再審以及第441條以下所規定非常上訴等程序之要件甚為嚴格，且實務踐行之門檻亦高。此等特別程序對經第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決之被告，所可提供之救濟，均不足以替代以上訴之方式所為之通常救濟程序。系爭規定就經第二審撤銷原審無罪判決並改判有罪所應賦予之適當上訴機會，既屬訴訟權保障之核心內容，故非立法機關得以衡量各項因素，以裁量是否予以限制之審級設計問題。系爭規定所列案件，經第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決者，初次受有罪判決之被告不得上訴於第三審法院之部分，未能提供至少一次上訴救濟之機會，以避免錯誤或冤抑，與憲法第16條保障人民訴訟權之意旨有違，應自本解釋公布之日起失其效力」此號大法官釋字即在於保障刑事第二審受初次有罪判決者得以上訴第三審法院之救濟權利，而至少賦予人民一次尋求救濟之機會，以落實「無漏洞之救濟」之憲法第16條訴訟權保障核心內涵。

### (三) 公平之權利救濟

公平之權利救濟係保障人民於權利受有侵害時得向法院提起訴訟以獲權利救濟之適時審判請求權，其內容包含有聽審、正當法律程序、公開審判請求權、程序上平等權及訴訟程序經由法院解決之司法受益權<sup>54</sup>。進而要求對於爭議事件之審理，在「組織及程序」之制度上至少需有一次的審理由具有法官資格者所組成之「法庭」參與審議<sup>55</sup>，以落實公平審判。大法官釋字第785號及第784號解釋理由書均明確揭櫫：「憲法第16條保障人民訴訟權，係指人民於其權利遭受侵害時，有請求法院救濟之權利。基於有權利即有救濟之憲法原則，人民權利遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會，不得僅因身分之不同，即予剝奪」。

### (四) 有效之權利救濟途徑

權利救濟途徑之有效性要求，係強調訴訟程序之進行、審查方式、暫時權利保護機制等相關要件之制度設計，需使法院所為

<sup>54</sup>陳慈陽，同前註18，頁763。

<sup>55</sup>李惠宗，同前註37，頁372。



之權利保護機制能排除行政行為之干預而有效地保障人民權利，且必須在適當的時間內完成而不應有所延宕及不作為<sup>56</sup>，方能使人民之實體權利受不法侵害時有及時回復之可能性或使其權利能真正實現<sup>57</sup>。大法官釋字第 418 號解釋文即明確指出：「審判獨立乃自由民主憲政秩序權力分立與制衡之重要原則，為實現審判獨立，司法機關應有其自主性；本於司法自主性，最高司法機關就審理事項並有發布規則之權；又人民之訴訟權為憲法所保障，國家應確保人民有依法定程序提起訴訟，受充分而有效公平審判之權利，以維護人民之司法受益權，最高司法機關對於法官自有司法行政之監督權」。

#### 肆、 國際法之規範：公民與政治權利國際公約(ICCPR)&政府採購協定(GPA)

條約與協定均屬國際法之範疇，公政公約與政府採購協定均屬國際法之一環，以下即先釐清條約與內國法之關係，並分別介紹公政公約與政府採購協定之相關規範。

##### 一、 條約與內國法之關係

依國際法院條約(Statute of the International Court of Justice, ICJ Treaty)第 38 條<sup>58</sup>規定，條約乃為國際法之主要淵源之一<sup>59</sup>，依維也納國際公約條約(Vienna Convention on the Law of Treaties, VCLT)第 2 條第 1 項第 a 款<sup>60</sup>之規定，條約乃指「國家間所締結而以國際法為準之國際書面協定，不論其載於一項單獨文書或兩項以上相互有關之文書內，亦不論其特定名稱為何。」內國法在於規範「國家內部事務」，而條約在規範「國家之間」的國際事務，兩者規範範疇本屬有別，惟國際經貿交流逐漸增長，國際條約功能亦逐漸擴張，不再僅有規範國

<sup>56</sup>陳慈陽，前揭註 18，頁 764。

<sup>57</sup>吳信華，憲法釋論，2018 年 9 月三版，三民書局，頁 431。

<sup>58</sup>ICJ Treaty Art. 38 :1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;c. the general principles of law recognized by civilized nations;d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.2. This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case ex aequo et bono, if the parties agree thereto.”

<sup>59</sup>丘宏達，現代國際法，2008 年 5 月，2 版 3 刷，三民，第 61 頁。

<sup>60</sup>VCLT Art. 2.(1).a.:For the purposes of the present Convention:(a) "Treaty" means an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation;

家間的戰爭、和平、同盟等傳統純屬對外主權之問題，而漸擴及牽涉內國法規範的問題，國際法與內國法的分界不再如此明顯，而係一定程度的相互影響，意即：內國法規範狀態可能會影響國家是否踐行國際法義務之認定，而國際法義務亦可能牽動內國法規範之修正調整。得作為國際法完整主體<sup>61</sup>原則上乃為國家，國際法義務負擔主體原則上亦為國家，惟國家的內國法規範可能會影響國家有否履行國際法義務的認定，而國際法規範牽涉到內國法秩序的部分，也會造成國際法於內國效力的問題。就國際法與國內法的相互關係，原則上，國家不得以內國法規範作為不遵守國際法義務之藉口<sup>62</sup>，以法理而論，既然國家有遵守國際法之義務，而內國法規範修正制定為國家己身所得決定，國家當無藉詞內國法規定而脫免國際法義務之理。國際法與內國法有所謂的「二元論」與「一元論」之爭，二元論認為，國際法與內國法體系乃為相互區隔，國際法不能「直接」適用於內國，而須先經轉化為內國法後方得於內國適用；而一元論則認為，不論國際法或內國法均為單一法規範秩序之一部，而國際法之位階高於內國法<sup>63</sup>。

## 二、人權保障國際法之發展

國際人權法肇始或可追溯至少數民族權利保護以及奴隸之議題，但國際法大幅開展人權保障，主要還是導因於對兩次世界大戰侵害人權的反省與檢討，1945年以前，傳統國際法僅僅將人聯合國憲章(Charter of the United Nations)、世界人權宣言(Universal Declaration of Human Rights)被認為是國際人權保障奠基雛形，而公民與政治權利國際公約(International Covenant on Civil and Political Rights)、經濟、社會及文化權利國際公約(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)

## 三、公民與政治權利國際公約

### (一) 公民與政治權利國際公約於我國之歷程

我國於1967年雖已經簽署公民及政治權利公約，然至1971

---

<sup>61</sup>國際法主體也有許多種，學者將國際法的主體稱為「國際法人」(international person)，對享受權利負擔義務具有完全能的稱為完整的國際法人，如完全主權國，具有國際法人資格的個體，學說上稱為國際人格(international personality)，見丘宏達，前揭註59，第250頁。

<sup>62</sup>Henkin, Pugh, Schachter and Smit, *International Law, Cases and Materials*, 3rd ed., 1993, p.149. 轉引自：丘宏達，前揭註59，第109頁。

<sup>63</sup>姜皇池，*國際公法導論*，第320至327頁；丘宏達，前揭註59，第110至112頁。

年我國退出聯合國為止並未完成批准公民及政治權利公約<sup>64</sup>之程序，退出聯合國之後，原本經由聯合國架構簽署而未生效之公約即無從完成生效程序，後又經中美斷交等諸多事件，國際參與之空間漸被壓縮，原本已簽署的兩公約有很長一段時間未獲注意。而後我國為提升人權標準，以重新融入國際人權體系並拓展國際人權互助合作，行政院將上開兩公約送請立法院審議，2009年3月31日立法院審議通過《經濟、社會及文化權利國際公約》、《公民與政治權利國際公約》及公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法(以下簡稱兩公約施行法)，同年5月14日總統批准公約，2009年4月22日兩公約施行法經總統以華總一義字第09800096331號令公布，經行政院行政院院臺外字第0980067638號令發布定自2009年12月10日施行<sup>65</sup>。兩公約施行法第2條規定：「兩公約所揭示保障人權之規定，**具有國內法律之效力**。」對於國際條約取得內國法效力後，其與內國法律之位階關係，學說、實務見解尚有爭議<sup>66</sup>，有認為兩公約具有憲法位階者<sup>67</sup>，亦有認為具有與內國法同地位者<sup>68</sup>，而有不同之見解。兩公約施行法第4條規定：「各級政府機關**行使其職權，應符合兩公約有關人權保障之規定**，避免侵害人權，保護人民不受他人侵害，並應積極促進各項人權之實現。」政府機關行使職權應符合兩公約之規範，除消極不侵害人權以外，更應積極促進人權實現，方符合保障人權之意旨。

兩公約所揭示之規定，係國際上最重要之人權保障規範。為提升我國之人權標準，重新融入國際人權體系及拓展國際人權互助合作，自應確實檢視內國規範檢討修正之，方能確實實踐兩公約保障人權之意旨，進而提升國際地位，故而兩公約施行法第8條規定：「各級政府機關**應依兩公約規定之內容，檢討所主管之法令及行政措施**，有不符兩公約規定者，**應於本法施行後二年內**，

<sup>64</sup>吳志光，人權保障機制的跨國性研究，2010年5月初版，新學林，頁437。

<sup>65</sup>參見法務部兩公約宣導專區。網址：<http://www.humanrights.moj.gov.tw/cp-1088-32063-491c6-200.html> (最後瀏覽日期:2020年5月27日)。

<sup>66</sup>李建良，論國際條約的內國法效力與法位階定序—國際條約與憲法解釋之關係的基礎課題，憲法解釋之論理與實務第八輯，中央研究院法律研究所，2014年7月，頁218。

<sup>67</sup>張文貞，憲法與國際人權之匯流—兼論我國大法官解釋之實踐，憲法解釋之論理與實務第六輯上冊，中央研究院法律研究所，2009年，頁253。

<sup>68</sup>吳志光，同前註64，頁436。

完成法令之制（訂）定、修正或廢止及行政措施之改進。」明定了政府機關的檢討修正義務，俾使我國批准並制定兩公約施行法保障人權之目的得以確實落實。

## （二）公民與政治權利國際公約關於訴訟基本權之規範

公民與政治權利國際公約第 14 條第 1 項<sup>69</sup>：「人人在法院或法庭之前，悉屬平等。任何人受刑事控告或因其權利義務涉訟須予判定時，應有權受獨立無私之法定管轄法庭公正公開審問。法院得因民主社會之風化、公共秩序或國家安全關係，或於保護當事人私生活有此必要時，或因情形特殊公開審判勢必影響司法而在其認為絕對必要之限度內，禁止新聞界及公眾旁聽審判程序之全部或一部；但除保護少年有此必要，或事關婚姻爭執或子女監護問題外，刑事民事之判決應一律公開宣示。」即揭示在所有訴訟中，不論係刑事、民事、行政訴訟等程序，凡因權利義務而涉訟者，人民皆有獲得法庭公正及公開審判之權利，為正當法律程序之保障核心，且係對於人民最低限度之保障<sup>70</sup>。是故，人民於其權利遭受侵害或因權利遭受侵害而產生訟爭時，應有向法院提起救濟之權利，而得以獲致法院公正之審判以解決紛爭，此為公民與政治權利國際公約之訴訟權保障範圍。依照聯合國人權事務委員會及經濟社會文化權利委員會第 90 屆會議第 32 號一般性意見(general comments)亦對於該條文有作出進一步之詮釋，第 9 點即指出：「第 14 條包含受刑事控告及因其權利義務涉訟須予審判時出席法院之權利。在所有這些案件中，必須確保能夠利用司法機關，以確保所有個人在程序上，不被剝奪要求伸張正義之權利。並不限於締約國國民才可以享有訴諸法院與法庭及在司法之前一律平等之權利，所有人不論其國籍或無國籍，也不論其地位如何，不論尋求庇護者、難民、移徙工作者、無親屬伴隨兒童或其

<sup>69</sup>International Covenant on Civil and Political Rights Art. 14.1 : “All persons **shall be equal before the courts and tribunals**. In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law. The press and the public may be excluded from all or part of a trial for reasons of morals, public order (ordre public) or national security in a democratic society, or when the interest of the private lives of the parties so requires, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice; but any judgement rendered in a criminal case or in a suit at law shall be made public except where the interest of juvenile persons otherwise requires or the proceedings concern matrimonial disputes or the guardianship of children.”

<sup>70</sup>姚孟昌，接受公正審判之權利：公民與政治權利國際公約第十四條第一項與第二項解析，刑事政策與犯罪研究論文集，法務部，第 95 頁。

他人，只要身在締約國境內或受其管轄者均可享受這項權利。一個人如力圖訴諸合格法院或法庭卻屢遭挫折，這種情況在法律上或事實上均違反第 14 條第 1 項第 1 句所提供保障。」、第 15 點：「第 14 條第 2 句，保障任何人受刑事控告或因其權利義務涉訟須予判定時，應有權受合格、獨立及無私之法定管轄法庭公正公開審問。」、第 16 點：「民事訴訟案件的概念或其他文本的相同用語概念是以所涉權利性質為依據，而不是以一方當事人的地位為依據，或是國內法律制度為確定某些權利而設立的法院為依據。此一概念包括：(a)旨於確定涉及契約、財產及司法領域中侵權行為之權利及義務的司法程序，(b)在行政法領域的相同概念，如以非關於紀律的原因將公務員解職，確定社會保障津貼或士兵的撫卹權，或關於國有土地的使用程序，或取得私有財產的問題。此外，還(c)包括必須在個案中根據所涉權利性質進行評估的程序。」、第 18 點：「第 14 點第 1 項關於法庭的概念指依法設立的機關，不論其名稱如何，須獨立於政府的行政及立法機關或在司法性質的訴訟中裁定具體案件的法律事項時，享有司法獨立性。...在確定一件案件的權利及義務時，其工作至少應在訴訟某一階段由該句涵義內的法庭作出。締約國如未能設立合格的法庭確定這種權利及義務，或未能使具體案件得以訴諸此類法庭，且若這種限制並非以國內法為依據，亦非為達到合理目的，例如正當司法運作所必需的，或以國際法規定管轄的例外情形，例如以豁免為依據，或如果個人訴諸法院時受到的限制損及此項權利的主旨，就是違反第 14 條。」可知，公民與政治權利國際公約第 14 條第 1 項規定對於訴訟權之保障，非僅限於受刑事控告之被告，其對象包括所有因權利義務關係而涉訟者，均應確保渠等能夠利用司法機關及在程序上有不被剝奪訴諸法院尋求權利救濟之權利，而要求締約國不得在無法律依據及非為達到合理目的之情況下，未能建立相應之法庭以確立權利義務，而剝奪或限制人民於其權利遭受侵害時向法院提起訴訟請求救濟之權利。

### (三) 兩公約於司法實務之實踐

我國司法實務對於公民與政治權利國際公約之適用，以司法院大法官釋字為例，常以援引公約內容之方式作為解釋基本權之論證基礎，進而加以強化憲法保障基本權利之內涵，大法官釋字

第 775 號即為適例，該解釋理由書內容略以：「刑事訴訟程序之實施，應保障當事人之合法訴訟權，並兼顧被告對於裁判效力之信賴（本院釋字第 271 號解釋參照），是判決確定後，除為維護極重要之公共利益者外，不得對同一行為重複追訴、審問、處罰，以避免人民因同一行為而遭受重複審問處罰之危險（即禁止雙重危險）、防止重複審判帶給人民之騷擾、折磨、消耗、痛苦或冤獄，並確保判決之終局性。此即一事不再理原則。其已成為現代法治國普世公認之原則（聯合國公民與政治權利國際公約第 14 條第 7 項、美國憲法增補條款第 5 條、德國基本法第 103 條第 3 項及日本國憲法第 39 條等規定參照）。」以援引公民與政治權利國際公約作為普世價值，對於一事不再理原則為論述上之補充，用以確立對於裁判確定後之同一犯罪行為重複進行科刑程序之規定，顯違反憲法之一事不再理原則而屬違憲。是就公民與政治權利國際公約所揭示之理念，不論係不得就刑事被告依同一罪名再予科刑、人民在法庭前一律平等，抑或保障人民獲公平審判等權利，均得以作為建構我國民主法治國家維護人民基本權利之重要指標。

#### (四) 小結

憲法保障人民之訴訟權，透由公民與政治權利國際公約及司法院大法官解釋的實務實踐，可將訴訟權之保障內涵具體化。訴訟權本質上為確保人民行使基本權利之程序權<sup>71</sup>，係人民於其權利遭受侵害或因權利遭受侵害而得向法院提起救濟之權利，而為實體權利實質獲得保障具關鍵作用的程序性質基本權利，若程序上過度限制人民獲致法院公正審判之機會，恐將實質上阻斷人民尋求權利保護之機會，而變相造成人民各該實體基本權之限制，故訴訟救濟制度設計雖然立法擁有廣大形成自由，惟仍應妥適規範以使人民得有尋求法院公平審判以救濟權利之機會，尤應避免完全阻絕人民提起訴訟救濟之可能造成訴訟權之剝奪，以免違反憲法以及公政公約對於人民訴訟權利之保障。

### 四、世界貿易組織（WTO）之政府採購協定（GPA）

#### (一) 政府採購協定沿革

<sup>71</sup>李惠宗，訴訟本質理論與訴訟權的保障—從兩公約人權談起，台灣法學雜誌，第 284 期，2015 年 11 月，台灣本土法學雜誌社，第 88 頁。

政府採購協定 (Agreement on Government Procurement, 簡稱 GPA) 乃為世界貿易組織 (World Trade Organization, 簡稱 WTO) 架構下的複邊貿易協定 (Plurilateral Agreement), 相對於所有會員均必須加入的多邊貿易協定 (Multilateral Trade Agreement), 複邊貿易協定係得選擇是否加入, 加入方受拘束的貿易協定。基本上, WTO 仍維持 GATT 中的幾項原則: (一) 無歧視原則, 即最惠國待遇, 又稱為國民待遇原則, 所有會員國皆享有同樣待遇。(二) 透過協商來降低貿易障礙。(三) 利用爭端之解決程序來解決問題。除此之外, WTO 之規範又包含: (一) 商品多邊貿易協定; (二) 服務貿易總協定; (三) 與貿易有關智慧財產權協定; (四) 爭端解決規則與程序釋義瞭解書; (五) 貿易政策檢討機制; (六) 複邊貿易協定等部分<sup>72</sup>。「政府採購協定」則與「民用航空器貿易協定」、「國際乳品協定」、「國際牛肉協定」等同屬複邊貿易協定, 其架構在 GATT 時代之東京回合談判(即第 7 回合) 即已經形成, 「政府採購協定」僅規範簽署國, 未簽署之國家則不受拘束<sup>73</sup>。

## (二) 我國於 2009 年加入政府採購協定

過去我國積極尋求加入世界貿易組織, 在諮商過程中, 各國以我國當時政府採購法規及制度不夠健全且不合國際作法, 妨害國際貿易, 歧視外商, 不公開透明為由, 堅持我國必須簽署「政府採購協定」, 作為支持我國入會條件之一。WTO 政府採購委員會於 2008 年 12 月 9 日下午舉行的會議中, 採認通過我國加入「政府採購協定」申請案, 2009 年 7 月 15 日 GPA 開始對我國生效。加入政府採購協定, 我國不僅可以參與該協定簽署國龐大的政府採購市場, 且對於我國經濟建設及對外經貿發展等, 具有多項正面意義。2012 年新版 GPA 協定, 係 2011 年 12 月 15 日 GPA 委員會於 WTO 第 8 屆部長會議期間召開 GPA 部長會議宣布完成此回合談判, 並於完成法律文字潤飾後, 2012 年 3 月 30 日召開大使級正式會議採認通過, 各會員續進入國內批准程序, 依據修正議定書第 3 段達三分之二門檻會員存放後 30 天生效, WTO 秘書處 2014 年 3 月 7 日通知 GPA 會員, 以色列已於同年 3 月 7 日完

<sup>72</sup>林家祺, 同前註 4, 第 35 頁。

<sup>73</sup>林發立, WTO, 政府採購協定與政府採購法, 萬國法律第 103 期, 民國 88 年 2 月, 第 22 頁。

成存放接受書，成為第 10 位存放會員，已達到生效門檻，故前揭協定於 2014 年 4 月 6 日於我國正式生效<sup>74</sup>。

### (三) 政府採購協定(GPA)關於救濟程序之要求

根據現行之 2012 年版本政府採購協定第 18 條第 1 項規定：「內國『應提供』無歧視，適時，有效，透明化之程序，使供應商……得以申訴...」；同項後段亦規定：「締約國應以書面列明其申訴程序，並使其得以普遍被取得<sup>75</sup>。」協定中第 22 條第 4 項並要求締約國內國之一切法令均規章行政程序均符合本協定<sup>76</sup>，我國係 GPA 之簽約國之一自應遵守上開規範以盡國際協定之義務。由上可知，政府採購協定明定各簽約國應保障廠商得於採購程序中提出爭議之權利，且要求採購救濟必須及時 (Timely) 有效 (effective) 之救濟<sup>77</sup>，關於 GPA 要求之救濟程序要求最早係於 1994 年版之 GPA 條文第 20 條及 2008 年版之第 18 條，依前開該條之規定只要是「有利害關係之廠商」即可對招標程序提出爭訟，並未如台灣現行採購法第 76 條限制一定規模之採購始得申訴<sup>78</sup>。英國諾丁漢大學 (University of Nottingham) 教授 Sue Arrowsmith 則進一步認為在解釋世界貿易組織 (WTO) 之政府採購協定 (GPA) 時，認為該協定第 20 條<sup>79</sup> (按:此處係指 1994 年版) 之「可提出爭訟之供應商」應作寬廣 (broader) 之定義<sup>80</sup>，以保障廠商之爭訟權。我國之政府採購法第六章關於救濟程序之專章即係為落實政府採購協定之要求所制訂之法律，惜因立法時之疏漏或誤認導致案量過半之公告金額以下之採購案迄金未能有符合 GPA 要求

<sup>74</sup>林家祺，同前註 4，第 35 至 38 頁。

<sup>75</sup>Agreement on Government Procurement Article XVIII Domestic Review Procedures 1. Each Party shall provide a timely, effective, transparent and non-discriminatory administrative or judicial review procedure through which a supplier may challenge: (a) a breach of the Agreement; or (b) where the supplier does not have a right to challenge directly a breach of the Agreement under the domestic law of a Party, a failure to comply with a Party's measures implementing this Agreement, arising in the context of a covered procurement, in which the supplier has, or has had, an interest. The procedural rules for all challenges shall be in writing and made generally available.

<sup>76</sup>Agreement on Government Procurement Article XXII 4. Final Provisions Each Party shall ensure, not later than the date of entry into force of this Agreement for it, the conformity of its laws, regulations and administrative procedures, and the rules, procedures and practices applied by its procuring entities, with the provisions of this Agreement.

<sup>77</sup>Agreement on Government Procurement Article XVIII Domestic Review Procedures

<sup>78</sup>林家祺，同前註 51，第 156 至 157 頁。

<sup>79</sup>本文此處所指之 GPA 條文第 20 條係指現行之 1994 年版條款。不過新版之 GPA 協定業經 WTO 政府採購委員會通過，See WTO News, Provisional Agreement on Text of Revised Government Procurement Agreement (Dec.3, 2006).

<sup>80</sup>See SUE ARROWSMITH, STUDIES IN TRANSNATIONAL ECONOMIC LAW: GOVERNMENT PROCUREMENT IN THE WTO, 391(2003).



之救濟管道(詳下述)。

#### (四) 以政府採購協定檢視採購法第 76 條

現行之政府採購法第 76 條以金額來限制廠商之爭訟權之立法模式，從政府採購協定 (GPA) 中並未允許締約國之內國法制採取此種限制，台灣之採購法第 76 條當初之立法理由中載明依政府採購協定亦有門檻之限制，因而立法限制一定金額以上之購案始得申訴云云，此實屬嚴重且錯誤之理解政府採購協定<sup>81</sup>，蓋政府採購協定第 1 條之金額門檻，乃屬於適用政府採購之開放清單之金額門檻<sup>82</sup>，並非得提出救濟之門檻，也就是各締約國依據其入會談判之結果，符合一定金額門檻以上之政府採購必須向會員國互相開放政府採購市場，並非謂要達一定金額門檻之金額始允許廠商提出爭訟，我國立法者竟將兩者混淆把適用政府採購協定之開放市場門檻誤認為申訴之門檻，殊有不當<sup>83</sup>。

### 伍、比較法之規範

#### 一、美國之採購法令

美國聯邦政府採購規則(Federal Acquisition Regulation, FAR)第 33 條規定<sup>84</sup>，有利害關係之人得提出異議<sup>85</sup>，而其所稱有利害關係之人，包括有實際投標者，以及直接影響商業利益之「可能投標者」<sup>86</sup>。另依美國之投標異議規程 (Code of Federal Regulation) 第 21 部分 (part 21) 規定，有利益之一方<sup>87</sup> (interest party) 可提出爭議，所謂有利益之一方包括 (1) 已經實際投標之廠商 (actual bidder)<sup>88</sup> (2) 未來可能投標之廠商 (prospective bidder)<sup>89</sup> (3) 直接經濟利益將被決標影響之

<sup>81</sup>立法院公報，87 卷，20 期，頁 31，1998 年 5 月 27 日。頁 31。

<sup>82</sup>Agreement on Government Procurement Article 1 (“This Agreement applies to any procurement contract of a value of not less than the relevant threshold specified in Appendix I”).

<sup>83</sup>林家祺，同前註 51，第 156 至 157 頁。

<sup>84</sup><https://www.acquisition.gov/content/part-33-protests-disputes-and-appeals> (last visited 2020/6/6).

<sup>85</sup>Federal Acquisition Regulation Part 33 (protests; disputes; and appeals), U.S.A.

<sup>86</sup>*Id.*

<sup>87</sup>Title 4 of the Code of Federal Regulations (4 C.F.R.), §21 (“Interested party means an actual or prospective bidder or offeror whose direct economic interest would be affected by the award of a contract or by the failure to award a contract”)；除了以上聯邦法令外，美國各州之採購法令也允許廠商提出申訴，See JOSEPH M. GOLDSTEIN & VANESSA L. PRIETO, A SURVEY OF FLORIDA’S RECENT DISTRICT COURT OF APPEAL AND ADMINISTRATIVE DECISIONS INVOLVING BID PROTESTS: CHALLENGING THE GOVERNMENT’S CONDUCT REGARDING A PUBLIC PROCUREMENT, 25 Nova L.Rev.45 (2000).

<sup>88</sup>*Id.*

<sup>89</sup>*Id.*

供應商<sup>90</sup>，包括次承包商。但無論如何，美國採購令對爭訟權之限制仍僅止於權利受侵害之虞之層次<sup>91</sup>，其作適當限制之目的僅在於防止公民訴訟，並未如我國之採購法令及實務運作以損害之利益微小或採購金額過低，即禁止或剝奪廠商之訴訟權利<sup>92</sup>。

## 二、德國採購法令

德國之現行採購法制係自 1998 年規定在該國營業競爭限制防止法 (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) 之第四篇第二章、第三章<sup>93</sup>，依該規定有權提出異議、申訴之廠商資格雖有資格之限制，亦即依德國營業競爭限制防止法第 107 條第 2 項規定有資格申請審議之廠商必須是「具有委託利益」且因委託人未遵守發包程序之規定致損害其依第 97 條第 7 項之權利者始得聲請審議<sup>94</sup>，但依該法第 97 條並未如台灣之採購法限制一定之金額不得提出救濟。也就是只要廠商具有委託利益且依營業競爭限制防止法第 97 條第 7 項之權利受損害者即可提出爭議<sup>95</sup>。德國在第三階段之採購法改革後<sup>96</sup>，雖然賦予廠商得以對招標程序之適法性直接訴訟之權利，但依據營業競爭限制防止法第 107 條第 1 項規定<sup>97</sup>，限制必須廠商「就採購案具有利益」且「損害其權利者」，始能提出申訴及後續之訴訟程序<sup>98</sup>。顯然地，這樣的要件，是受到長期以來德國行政訴訟法「訴訟權能」理論之影響<sup>99</sup>，此從德國行政法院法第 42 條第 2 項規定：「除法律另有規定外，原告主張其權利因行政處分、否准核發行政處分，或不為行政處分而受侵害

<sup>90</sup>*Id.*, (“offeror whose direct economic interest would be affected by the award of a contract”).

<sup>91</sup>美國法對於提訴訟之此種限制，類似於我國訴訟法之「訴之利益」、「權利保護必要」之概念，目的在於防止與爭議決定無關或無權利受損可能之人提出訴訟，也就是在防止形成公民訴訟之機制。

<sup>92</sup>林家祺，同前註 51，第 157 至 158 頁。

<sup>93</sup>Matthew J. Mcgrath and Arleigh v. Closser, *International Procurement*, 1999, Vol.33, No 2, at 315.

<sup>94</sup>DENNIS CAMPBELL, *INTERNATIONAL PUBLIC PROCUREMENT*, OCEAN PUBLICATIONS INC., GER-1 (16) (2003).

<sup>95</sup>GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen), Art §97VII. (“ Die Unternehmen haben Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungener das Vergabeverfahren einhlt”).

<sup>96</sup>德國採購法 3 階段改革之詳細過程，參見林家祺，政府採購行政訴訟-訴之利益理論與實務，頁 61-68，新學林出版股份有限公司，2009 年 1 月；林家祺，「政府採購法制變革與爭議處理機制—以德國法為例」，法學叢刊，第 53 卷第 2 期，頁 106-109，2008 年 4 月。

<sup>97</sup>GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen), Art §107II.

<sup>98</sup>德國杜賓根大學 Ulrich Bälz 教授主張德國採購法為：「採購過程之參加人或潛在參加人」都有權提出爭議，參見劉華美，「德國營業競爭限制防止法有關政府採購規範之發展」，公平交易季刊，第 10 卷第 1 期，頁 164，2002 年 10 月；美國地方政府亦有類似之規定 Joseph M. Goldstein & Vanessa L. Prieto, *supra* note (Fn.49) at 45. (“Generally, only bidders or prospective bidders challenging the specifications or other procurement documents have standing to commence a bid protest”).

<sup>99</sup>Friedhelm Hufen, *Verwaltungsprozessrecht*, 5.Aufl, 2003, §14 Rn.77.

時其訴始為合法。」可獲進一步之印證。但是德國採購法這種提出爭訟權之限制乃係源自於訴訟法上「訴之利益」之理論而來，其判斷之標準在被害者訴訟模式下係以「權利有無受侵害之虞」來判定，與政府採購之申訴是否得否以「定額門檻」來限制廠商之爭訟權係屬二事，兩者應予辯別<sup>100</sup>。

### 三、 歐盟之採購指令

歐盟之指令對廠商之爭訟權益加以保障，歐盟第 89/665/EEC 及 92/13/EEC 號採購指令規定略以<sup>101</sup>：「任何對於取得政府採購契約有利益，而因採購機關違背採購指令，致受損害或有受損害之虞者，均得循覆查程序救濟<sup>102</sup>」。可知，只要是對取得契約有利益，而受有損害之虞者即可提出救濟<sup>103</sup>，歐盟之規範並未如台灣之採購法 76 條以採購金額來限制採購救濟機會<sup>104</sup>。歐盟在公用事業之指令規定其他規定更廣泛，有實際機會（real chance）獲得此一合約之廠商均可就準備投標和參與招標程序所導致之成本加以救濟求償<sup>105</sup>。

### 陸、 公告金額以下採購訴訟權之探討

#### 一、 招標階段之採購決定係行政處分之性質

按政府採購之法律性質依目前學說與實務係採雙階理論，決標前之採購決定係屬招標機關之單方行政決定具行政處分之性質，若非採購法 76 條另定申訴程序，其不服採購行政處分之救濟機制即屬訴願法之規範範圍之內，採購法之雙階理論及採購決定屬於行政處分之性質可參照最高行政法院 93 年度裁字第 625 號裁定，該裁定理由略以：「...政府機關依政府採購法進行採購之行為，究為政府機關執行公權

<sup>100</sup>林家祺，同前註 51，第 158 至 159 頁。

<sup>101</sup>CHRISTOPHER BOVIS, PUBLIC PROCUREMENT IN THE EUROPEAN UNION, PALGRAVE MACMILLAN, 91-99 (2005).

<sup>102</sup>SUE ARROWSMITH, THE LAW OF PUBLIC AND UTILITIES PROCUREMENT: Volume 1, (SWEET & MAXWELL), 245 (2012); Tean-Tacques Verdeaux, *Public Procurement in the European Union and in the United States: A Comparative Study*, PUBLIC CONTRACT LAW JOURNAL Vol.32, No.4, 734 (2003).

<sup>103</sup>DAVID MEDHURST, EU PUBLIC PROCUREMENT LAW(1997) (“a supplier means a person who sought, or who seeks, or who would have wished to be the person to whom a public supply contract is awarded and who is a national of Relevant State”).

<sup>104</sup>林家祺，同前註 51，第 160 頁。

<sup>105</sup>DAVID MEDHURST, EU PUBLIC PROCUREMENT LAW, 178(1997) (“a supplier means a person who sought, or who seeks, or who would have wished to be the person to whom contract is awarded and who is a national of Relevant State”).

力之行為或係立於私法法律地位所為私經濟行為，未可一概而論。...立法政策係採政府機關之招標、審標、決標等訂約前之作為為執行公權力之行為，以異議、申訴程序救濟，申訴審議判斷視同訴願決定。訂約後之履約、驗收等爭議，則以調解或仲裁程序解決。關於招標、審標、決標爭議之審議判斷既視同訴願決定，自應認政府機關之招標、審標、決標行為均係執行公權力之行為，亦即為就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為，係行政處分，而許其依行政訴訟法規定救濟，此觀民國九十一年二月六日修正前政府採購法第八十三條第一項規定應附記爭訟期限自明，否則如不視為行政處分，許其依行政訴訟法提起行政訴訟，該視同訴願決定之規定即無必要。」在確立其行政處分之性質後，其不論採購之規模大小？或是否公告金額以上，均不影響其採購決定之行政處分屬性。

## 二、對採購行政處分提起訴訟之「前置程序」：

### (一) 行政訴訟之前置程序：

1. 按「人民因中央或地方機關之違法行政處分，認為損害其權利或法律上之利益，經依訴願法提起訴願而不服其決定，或提起訴願逾三個月不為決定，或延長訴願決定期間逾二個月不為決定者，得向行政法院提起撤銷訴訟。」、「原告之訴，有下列各款情形之一者，行政法院應以裁定駁回之。...：...十、起訴不合程式或不備其他要件者。」行政訴訟法第4條第1項、第107條第1項第10款分別定有明文，故對於行政機關之違法處分提起撤銷訴訟，依行政訴訟法第4條第1項原則上須經「訴願前置」程序，或經其他「視同訴願」或相當於訴願之程序，倘若未踐行訴願前置程序，起訴之提起即為不合法，受訴法院即應以起訴不合法裁定駁回原告之訴。公告金額以下之採購案之所以目前實務上無法提行政訴訟，即係因實務運作下無法踐行訴願前置程序且因採購法第76條要件限制而無法提起相當於訴願之申訴程序所致。

### (二) 採購法76條僅允許「公告金額以上」採購案得提起申訴。

採購法第75條規定了異議，就採購之招標、審標、決標，凡廠商對於機關辦理採購，認為機關違反法令或我國所締結之條

約、協定，致損害其權利或利益，廠商即得以書面向招標機關提出異議。採購法於異議程序之後規定了採購申訴審議程序，然而採購法第 76 條第 1 項規定：「廠商對於公告金額以上採購異議之處理結果不服，或招標機關逾前條第二項所定期限不為處理者，得於收受異議處理結果或期限屆滿之次日起十五日內，依其屬中央機關或地方機關辦理之採購，以書面分別向主管機關、直轄市或縣（市）政府所設之採購申訴審議委員會申訴。」據此，採購案件廠商若依法提出申訴，至少須符合六項要件<sup>106</sup>，意即須符合「須先經異議程序，而對異議之結果不服」、「須達公告金額以上之採購」、「須於法定期限內提出」、「須以書面提出」、「申訴事由需以違反法令或違反我國締結之條約或協定為由」及「須繳納申訴審議費用」。在採購法第 76 條第 1 項的明文之下，採購申訴程序僅有「公告金額以上」之案件得以提起，採購法的明文阻絕了「公告金額以下」採購案件進入申訴程序，就公告金額以下採購案件的訴訟權而言，此乃為限制其救濟之發端。

### (三) 工程會函釋之實務作法

行政院公共工程委員會(下簡稱工程會)為政府採購法第 10 條明定之採購法令之中央主管機關，依工程會 94 年 8 月 11 日工程企字第 09400290420 號函釋略以：「主旨：所詢政府採購法第 76 條第 1 項執行疑義.....說明：.....二、由於政府採購案件繁多，政府採購法(以下簡稱本法)第 76 條參酌 WTO『政府採購協定』第 1 條門檻金額及第 20 條廠商救濟之規定，明定須公告金額以上之採購始得提出申訴，俾使廠商權益保護與相關作業成本、採購效率間，能取得平衡。三、未達公告金額之採購，如機關未依規定期限為異議之處理，或廠商對於機關之異議處理結果，不服者，雖不能依本法提出申訴，惟仍得循其他作業機制處理(例如：向其上級機關反映，或向採購稽核小組提出檢舉)。」而工程會 96 年 3 月 8 日工程企字第 09600043690 號函釋又否定招標過程會有行政處分，該函釋略以：「主旨：關於廠商對於未達公告金額採購之異議處理結果不服，該廠商是否得依訴願程序辦理疑義.....說明：.....三、政府採購法.....第 6 章納入異議、申訴之救

<sup>106</sup> 潘秀菊、張祥暉，「政府採購法異議申訴制度之研究」，軍法專刊，第 45 卷第 10 期，頁 34，1999 年 10 月；林家祺，同前註 14，頁 75-78；林家祺，同前註 51，第 146 頁。

濟程序規定，係基於廠商於招標、審標、決標階段，與機關尚無契約關係，如循民事訴訟程序，難有可提起訴訟之訴因，為維護其權益，並為符合我國擬申請加入之 WTO 政府採購協定(GPA) 之規範，而參酌該協定訂定之爭議處理機制。機關對於異議之處理結果，非屬『行政處分』……」。工程會如此認定的結果就是，公告金額以下採購案件，既已明文無從提起申訴，復又被主管機關認定為「僅能」「向上級機關反映或檢舉」，再加上否定異議處理結果不是行政處分，無法單獨就異議處理結果提起訴願，循此脈絡而下，即在實務操作上得出公告金額以下之採購案不得提起訴訟救濟之現況。按工程會所稱公告金額以下案件得改採『反映』及『檢舉』實則僅屬陳情之性質，並非法定之爭訟程序，受理檢舉機關也無權也無義務作成裁決，上揭工程會之解釋函無異於主管機關業已明確宣告：公告金額以下採購案不服異議處理結果不得訴訟救濟！<sup>107</sup>

(四) 採購法第 76 條以「採購金額」為救濟門檻要件規定實有不當，實務之操作模式造成完全無法訴訟救濟，違憲侵害人民訴訟權。

1. 「金額」或可作為「限制」要件，但絕不應作為「剝奪」訴訟機會之依據：

訴訟權之保障可透過立法機關以立法方式為一定「限制」，不論在民事或行政訴訟法之立法史均可看見以金額作一定程度之限制之規定，在規定上可能是「應適用何訴訟程序」、「審級救濟限制」，但絕對不應是「禁止提起訴訟」，例如：行政訴訟法第 229 條規定在新臺幣 40 萬元以下者適用簡易訴訟程序，可依相對較簡易之程序來完成判決。又民事訴訟法第 427 條及 436 條之 8 分別規定簡易訴訟程序及小額訴訟程序，來處理爭議標的在新台幣 50 萬元以下或 10 萬元以下之較低金額之訴訟案。審級救濟之限制則例如民事訴訟法 466 條以新台幣 150 萬元作為上訴最高法院之門檻金額。惟無論金額如何微小，過去之立法史上，至多僅以金額來限制上訴，或適用較簡易之程序審理，但從無以金額直接剝奪向法院提出訴訟機會之立法例<sup>108</sup>。

<sup>107</sup> 林家祺，同前註 51，第 163 頁。

<sup>108</sup> 林家祺，同前註 51，第 161 至 162 頁。

## 2. 實務操作方式完全阻絕訴訟可能，違憲剝奪人民訴訟權：

本文認為，實務對政府採購法第 76 條之解釋適用，造成完全剝奪「公告金額以下」採購案件提起訴訟救濟的可能性而有違憲之虞。或許「公告金額以下」採購案件不得提起申訴的政府採購法第 76 條規定，單就這一個條文觀察還不足以認定訴訟近用法院機會完全喪失的結果，但在結合實務上工程會「只能向上級機關反映」或「檢舉」之認定，且「異議處理結果」又不是行政處分，而政府採購法的申訴審議程序又被認定為「排除」訴願法適用的「特別規定」，最後僅存的「異議程序」無法達到救濟實益，數項因素加總之下，「公告金額以下」採購案件只剩一個沒有多少實益可期的異議程序可資救濟，異議終結即為終局確定，全然沒有尋求法院救濟的空間，在這樣的操作之下，本文認為採購法第 76 條規定申訴程序之「採購金額門檻」，實務操作方式已經造成完全「剝奪」人民訴訟權效果而有違憲之虞，如若要避免採購法申訴程序在「公告金額以下」之部分被認定為違憲，應即採取不同的法律解釋方法，以使「公告金額以下」採購案件亦獲得法院救濟的機會(詳後述)。

### (五) 採購爭議之訴訟前置程序是否僅有「申訴」程序：

#### 1. 疑義：

採購法之申訴程序是否整個採購爭議均排除訴願法之適用？

按「人民對於中央或地方機關之行政處分，認為違法或不當，致損害其權利或利益者，得依本法提起訴願。但法律另有規定者，從其規定。」、「訴願事件有左列各款情形之一者，應為不受理之決定：...八、對於非行政處分或其他依法不屬訴願救濟範圍內之事項提起訴願者。」訴願法第 1 條第 1 項、第 77 條第 8 款分別定有明文。是以如有其他法律特別程序而排除訴願法適用之事件，倘若提起訴願，即得認定為「依法不屬於訴願救濟範圍內之事項」而逕依訴願法第 77 條作成不受理決定。問題即在於，採購法第 76 條規定之採購申訴審議程序，是否為訴願法第 1 條第 1 項但書所指之「法律另有規定」情形，採購法規定了異議以及申訴程序，是否會

擴及無採購法 76 條適用之「公告金額以下」之爭議亦一併排除訴願法之適用？就此，在「公告金額以上」之採購爭議此一問題並無疑義，蓋申訴審議判斷依據採購法第 83 條「視同訴願決定」，不服申訴審議決定既得據之提起行政訴訟，顯然公告金額以上之採購案件，申訴程序即為「法律另有規定」而具備如同訴願之訴訟先行程序功能。

## 2. 特別規範優先適用之論點：

本說認為，既然政府採購法規定了申訴審議程序，即係訴願法第 1 條所稱之「法律另有規定」，故而於政府採購案件之招標審標決標爭議，已經規定了排除訴願法適用的申訴程序，採購案件即應當遵循異議、申訴之後方得提起行政訴訟。

## 3. 分流並行式之論點：

本說認為，雖然政府採購法訂有申訴制度，且採購法第 83 已然明定申訴審議判斷「視同訴願決定」，但採購法並未規範公告金額以下之救濟，故即便是「未達公告金額」而不符合提起採購申訴之法定要件，仍然得「回歸」行政處分救濟之一般性規定提出訴願，且採購法並未明文規定「未達公告金額」採購案件「不得提起訴願」，得提起申訴之案件係「經申訴後提起行政訴訟」，不得提起申訴之案件則為「經訴願後提起行政訴訟」，意即：

- (1) 公告金額以上之採購案件：經異議而不服異議決定或逾期未為決定，即得依政府採購法第 76 條第 1 項之規定提起採購申訴，經申訴而不服申訴審議判斷(審議判斷視同訴願決定)後，即得提起行政訴訟。
- (2) 未達公告金額採購事件：經異議而不服異議決定或逾期未為決定，廠商雖不得提起申訴，仍得依訴願法之規定提起訴願，經訴願程序後即得提起行政訴訟。

最高行政法院 96 年度裁字第 24 號裁定即採上述之分流雙軌制見解，其裁定理由略以：「...惟廠商對於未達公告金額之採購所為異議處理結果，雖不得提出申訴，但仍應循訴願



程序後，方得向高等行政法院提起行政訴訟，乃屬當然。…」

4. 本文認為，「公告金額以下」採購案件依採購法無從提起申訴，因此「公告金額以下」採購案件並不在採購法 76 條之申訴程序適用範圍之內，「公告金額以下」採購案件在採購申訴制度係為規範排除或形同規範空白的狀態，在「無從申訴」的規範下，「公告金額以下」採購案件也就不可能出現採購法 83 條之「視同訴願決定」的採購申訴審議判斷，因此自難以採購法的採購申訴程序「全面」認定為「全部」採購事件均排除訴願法適用之法律特別規定。
5. 另外，「訴願權」亦係我國憲法第 16 條所明文保障之基本權利之一，或許學界多因留學背景而多鍾情其所鑽研的比較法，而他國之基本權利規範並沒有特別規定「訴願基本權」，但無論法律解釋或憲法解釋均不應脫離文本，我國的案例終究仍須回歸「我國的」實證規範，既然我國憲法第 16 條有明文規定訴願基本權即不應予以忽略輕視，倘若沒有「相當於」訴願的替代程序可資救濟，復又因法律解釋的選擇而被排除於訴願程序之外，顯然即與憲法保障訴願權之意旨相違背！

### 三、「完全阻絕」公告金額以下之採購案提起訴訟，不符憲法及兩公約之意旨：

- (一) 倘若公告金額以下之採購案既「不得申訴」又「排除訴願」，復以訴訟必須先有「訴願前置」，則根本「完全阻絕」公告金額以下採購案件就機關採購之行政處分提起行政訴訟之可能，造成闕漏無從救濟，不符憲法與公政公約保障訴訟權之意旨。

承前所述，採購法第 76 條僅限於公告金額以上採購異議案件，始得向採購申訴審議委員會提起申訴，而依採購法第 83 條規定該採購申訴審議委員會之申訴審議判斷係視同「訴願決定」，又配合行政訴訟法第 4 條規定對於撤銷之訴採行之「訴願前置原則」，如果又以採購法規定申訴為由排除訴願法之適用，在現行制度之運作下，將產生公告金額以下採購案件，僅能依採購法第 75 條規定向招標機關提出異議，且該招標機關之異議結果即屬於「終局決定」，對於異議結果不得再依採購法第 76 條規定向採購申訴審議委員會提起申訴，且因未有採購申訴審議委員會之申訴

審議判斷，故後續亦無法依行政訴訟法第 4 條提起行政訴訟救濟。可知，採購法第 76 條規定僅限「公告金額以上採購」始能提起申訴，倘若既「不得申訴」又「排除訴願」，復以提起行政訴訟提起須「訴願前置」，在實務運作下根本「完全阻絕」公告金額以下採購案件廠商，就機關行政處分提起申訴及行政訴訟之機會。依據憲法及兩公約之意旨人民權利遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序，以獲及時有效救濟之機會，此為訴訟權保障之核心，此亦係兩公約施行法、公政公約第 14 條的保障內涵，人民應有權請求法院保護其權利之管道，倘若制度之設計完全無法尋求法院之救濟，此時救濟機制即有闕漏，將違反憲法與公政公約保障人民訴訟權之意旨。

(二) 倘若公告金額以下之採購案僅能異議，難期「公平」且非「有效」之權利救濟方式：

承上所述，若公告金額以下之採購案不能經申訴而提起訴訟，且又不能經訴願而提起訴訟，則公告金額以下之採購案，充其量僅能以採購法第 75 條「異議」之方式為其權利之唯一救濟途徑，然細究採購法第 75 條之「異議」性質，充其量僅為招標機關內部之自我審查程序，自無法與經過「公平中立」立場之「法院」審理之「訴訟程序」相比，且實務上更鮮少有招標機關自行承認有違法之錯誤而自行撤銷原處分另為適法之處分，對人民而言，僅有異議程序難謂「公平」之救濟機制，且屬「無效之權利保護機制<sup>109</sup>」。獲得法院公平審判有效救濟之權利，既為憲法訴訟基本權以及公政公約第 14 條之誠命要求已如前述，若僅僅只有異議程序即已終局確定，人民完全不能獲得公平且有效之救濟，顯然與憲法以及公政公約所保障之訴訟權不符。

(三) 阻絕提起訴訟之途徑，非僅基本權之「限制」，而係基本權徹底「剝奪」

如前所述，基本權利之核心內涵不能任意「剝奪」之，在採購法第 76 條對於「提起申訴」僅限於「公告金額以上」，加上主管機關之不當作法，造成「公告金額以下」採購案件對於機關行政處分提起訴訟之機會完全剝奪，此非僅對於人民訴訟權之「限

<sup>109</sup> 林家祺，同前註 51，第 170 至 171 頁。

制」而已，而係為訴訟權之徹底「剝奪」，使人民於其權利受侵害時無法獲有「至少一次」尋求法院公平審理之機會，顯已違背「無漏洞之救濟」之憲法第 16 條訴訟權保障核心內涵，除有違反前述公民與政治權利國際公約第 14 條第 1 項規定：「人人在法院或法庭之前，悉屬平等。任何人受刑事控告或因其權利義務涉訟須予判定時，應有權受獨立無私之法定管轄法庭公正公開審問。」所揭禁之保障人人均有獲得「公平審判」機會之要求外，亦與司法院大法官釋字第 785、784、752、736、653、591、574、512、396 號解釋所詮釋「訴訟權保障之核心內容」有所悖離，亟待改進。

#### (四) 小結：

**如不修法應即開放公告金額以下採購事件回歸訴願法之訴願程序**

承如前述，採購法第 76 條將「公告金額以下」採購案件排除其對於招標機關行政處分提起申訴之機會，如又依循現行主管機關之函釋認為只能檢舉或陳情而排除了訴願法之適用，如此便屬「完全剝奪」公告金額以下採購案訴訟之訴訟權，明顯違反公民與政治權利國際公約第 14 條第 1 項、司法院大法官釋字第 785、784、752、736、653、591、574、512、396 號解釋及憲法第 16 條保障人民訴訟權之內涵，嚴重侵害人民之基本權，若是採購法 76 條不修法，則唯一之合憲性解釋，僅能如本文前述之最高行政法院之裁判意旨，開放其回歸訴願法之程序進行救濟。

## 柒、 結論

本文綜合以上論述得出以下結論：

### (一) 合憲性解釋

保障人民憲法基本權利係為國家之義務，不論在行政、立法或司法皆然，國家於解釋法律、適用法律時，應衡酌憲法基本權利之保障意旨，選擇符合保障人民權利之解釋方式，在有疑義之情形，即不應選擇不符合基本權利保障之解釋方式，而應選擇符合基本權利保障意旨而有利於人民權利保障之選項，以期最大可能地去保障人民基本權利，現行之實務運作阻斷人民在公告金額以下之尋求司法救濟之機會，不符合憲法之要求。

## (二) 實際運作結果與訴訟權保障意旨相違，應即檢討改進

對於採購法第 76 條排除「公告金額以下」採購案件提起申訴之規定，以及其實務之作法，本文認為已完全阻斷「公告金額以下」採購案件廠商對於機關行政處分提起申訴及行政爭訟之機會，已不僅僅是對於人民訴訟權之「限制」，而實為對於人民訴訟權之完全「剝奪」，明顯侵害憲法第 16 條之訴訟權保障核心內容而具有違憲疑慮，應立即改善。

## (三) 修法前得以「以公告金額作分流，採並行之雙軌制」容許公告金額以下採購案件得提起訴願

在現行法律未經修正或經由司法院大法官違憲審查作成解釋宣告失效之情況下，本文認為仍得在現行法條之文義範圍內，仍能透過合憲性之解釋，以使公告金額以下採購案件仍可提起訴訟而符合國家保障人民訴訟權之意旨。亦即得以前述「依公告金額分流，採並行雙軌制」，而將無法適用採購法第 76 條提起申訴之「公告金額以下」採購案件，以「**回歸**」行政處分救濟之一般普通法規定之方式進行，而使其得以依訴願法規定提起訴願，經由訴願程序後，亦得依行政訴訟法第 4 條第 1 項規定提起行政訴訟，如此即可在未超出現行採購法第 76 條文義範圍內為適用，蓋採購法第 76 條並未限制「公告金額以下」採購案件「**不得提起訴願**」，僅係規定「公告金額以上」採購案件「得提起申訴」而已。依此回歸普通法之法律適用方式，得讓「公告金額以下」採購案件以「經訴願後提起行政訴訟」，使「公告金額以下」採購案亦獲得請求法院訴訟救濟之機會，如此可同時顧及「公告金額以下」採購案件之訴訟權，給予向法院提起救濟獲「公平審判」之機會，並得以在現行法律條文架構下，無需修法即可發揮公民與政治權利國際公約第 14 條第 1 項、司法院大法官釋字第 785、784、752、736、653、591、574、512、396 號解釋及憲法第 16 條保障人民訴訟權之內涵，具體落實國家對於人民訴訟基本權之保障。