

政府採購程序中『沒收及追繳押標金』之

法律屬性及時效探討

林家祺*

目 次

- 壹、問題之提出
- 貳、押標金之意義與功能
- 參、實務見解演變所生疑義
- 肆、現行採購法係採雙階理論
- 伍、沒收(追繳)押標金法律性質之探討
- 陸、沒收追繳之時效
- 柒、結論

* 真理大學法律學系專任助理教授、新北市政府採購申訴審議委員



摘 要

政府採購法(下稱採購法)施行後通說均認已「法律明定」採取「雙階理論」，亦即以採購契約是否成立為基準，契約成立前認為係公法關係，契約成立後認為係私法關係。因此發生在契約成立前之所有爭議以及停權處分所生爭議，依異議、申訴及行政訴訟程序來處理。而採購契約成立後之履約爭議，則依採購法第八十五條之一項採購申訴審議委員會申請調解或依傳統之民事訴訟、仲裁解決爭議。在此立法架構下，政府採購第三十一條第二項規定列舉八種事由，投標廠商如有各該事由發生時，招標機關即可沒收押標金，如已發還者則予以追繳。本條在實務運作上發生該沒收押標金行為法律性質究屬公法或私法定性之疑義，行政法院之判決曾有不同之見解，但在最高行政法院 97 年作成決議之後實務即以首開雙階理論為依據視採購契約是否成立來判斷其法律性質之公私法屬性。然而就沒收追繳之法律性質仍不斷發生疑義，諸如：沒收押標金行為是否具有裁罰性？抑或僅具管制性？有無行政罰法之適用？有無時效之限制？如有，時效係應適用行政程序法抑或行政罰法？起算點又如何認定？諸多疑義仍待釐清。本文即以採購法第三十一條之「沒收」與「追繳」押標金為中心探討其法律屬性及其追繳時效之適用。

關鍵字：政府採購、沒收押標金、雙階理論、行政罰法



壹、問題之提出

政府採購法(下稱採購法)施行後依採購法第七十四條、八十五條之一、八十三條之規定觀之¹，一般均認已「法律明定」採取「雙階理論」²，亦即以採購契約是否

¹ 政府採購法第 83 條規定：「申訴審議判斷視同訴願決定」，開啟了採購爭議事件進入行政審判系統之大門，目前各級行政法院均已受理此類採購爭議，並為實體裁判。

² 現行採購法已採取雙階理論者為目前絕大多數學者之看法，包括：吳庚，行政法理論與實務，三民書局，頁 145，增訂 9 版；郭介恆，政府採購爭議與救濟，台灣本土法學，第 5 期，頁 93；林鴻銘，政府採購法之實用權益，永然文化，頁 233，2003 年 4 月。林家祺，政府採購法之救濟程序，得聲法律事務所叢書(四)，五南，頁 23-32，2002 年 3 月。但有反對說，認為整個政府採購行為均係「本質上」之私法行為，並認決標前之爭議既屬私法爭議且為顧及救濟之時效性，申訴審議判斷不應由行政法院審查，而建議申訴審議判斷即為終局決定，不得再提行政訴訟，張祥暉，政府採購法修法後之問題探討，台灣本土法學，第 47 期，頁 11，2003 年 6 月。德國在決標後之採購契約，也被認定是私法契約；德國採購法近乎雙階理論之設計，參 S.Detterbeck, Allgemeines Verwaltungstrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 3.A.2005, Rn.909 ff; Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, §15 2004, 17 Rn.31 ff;參 Dennis Campbell, International Public Procurement, Ocean Publications Inc., Ger-2 (2003):將採購爭議依招標爭議與履約爭議區別處理，除了我國以外，事實上也是美國之政府採購法制所採行 See Contract Dispute Act of 1978.U.S.; Federal Acquisition Regulation Part 33 (protests; disputes; and appeals), U.S.A.

成立為基準，契約成立前認為係公法關係，契約成立後認為係私法關係，因此發生在契約成立前之所有爭議以及停權處分所生爭議³，依異議、申訴及行政訴訟程序來處理。而採購契約成立後之履約爭議，則依採購法第八十五條之一項採購申訴審議委員會申請調解或依傳統之民事訴訟、仲裁解決爭議⁴。採購法這樣劃分的結果，形成了以契約是否成立為判準，來決定其後續之爭議處理程序應採行政訴訟或者民事訴訟。在此立法架構下，政府採購第三十一條第二項規定列舉八種事由，投標廠商如有各該事由發生時，招標機關即可沒收押標金⁵，如已發還者則予以追繳。本條在實務運作上發生該沒收押標金行為法律性質究屬公法或私法定性之疑義，行政法院之判決曾有不同之見解⁶，但在最高行政法院 97 年作成決議之後實務即以首開雙階理論為依據視採購契約是否成立來判斷其法律性質之公私法屬性。然而採取雙階理

³ 停權處分係指依政府採購法第 101 條提報為不良廠商之程序，一般均稱為「停權」，本文亦從之。

⁴ 採購法第 85 條之 1 第 1 項規定：機關與廠商間因「履約爭議」未能達成協議者得依下列方式之一處理：一、向採購申訴審議委員會申請調解。二、向仲裁機構提付仲裁。

⁵ 按「沒收」用語實源自於刑法第 38 條規定違禁物、犯罪所得之物或犯罪預備之物、因犯罪得或所生之物應予沒收。而在行政程序中如有應剝奪人民已繳交之物，依行政罰法第 21 條應係以「沒入」為之。惟目前實務用語關於依採購法第 31 條之不予發還押標金均使用「沒收」，本文為方便閱讀暫從實務用語使用「沒收」押標金壹詞。實務判決例如：台灣高等法院 89 年重上字 347 號判決即以沒收押標金稱之。

⁶ 台北高等行政法院 93 年訴字 75 號認沒收押標金係私法性質之履約爭議，而不予實體審理。台中高等行政法院 89 訴 910 號判決則對沒收押標金事件予以實體審理。

論來認定其公、私法之屬性固然符合目前採購法之架構，但仍有相關之法律疑義，諸如：採購契約成立前沒收押標金行為之法律性質是否具有裁罰性？有無行政罰法之適用？有無時效之限制？如有，時效係應適用行政程序法抑或行政罰法？起算點又如何認定？諸多疑義仍待釐清。又本條除沒收押標金外，同時亦規定如已發還者應予「追繳」，惟採購機關要如何辦理追繳？廠商如不服「追繳」之決定提出申訴及行政訴訟，由於均為撤銷訴訟且廠商為主動提出訴訟之一方（原告），機關縱使獲得勝訴亦無法依據勝訴之行政訴訟判決書聲請強制執行以完成事實上之追繳。此時機關如欲完成「追繳」之任務可能之選項，第一種可能為持該追繳「處分書」直接依行政執行法第十一條申請法務部行政執行署行政執行，第二種可能係另依行政訴訟法第八條對廠商提起一般給付之訴，獲得勝訴確定判決始能據該確定判決聲請強制執行完成追繳之目的。究以何者為當？本文即以採購法第三十一條之「沒收」⁷與「追繳」押標金為中心探討其法律屬性及其追繳時效之適用。

貳、押標金之意義與功能

⁷ 關於沒收一語參前註 5 之說明。

採購法第三十一條第二項規定：「機關得於招標文件中規定，廠商有下列情形之一者，其所繳納之押標金，不予發還，其已發還者，並予追繳：一、以偽造、變造之文件投標。二、投標廠商另行借用他人名義或證件投標。三、冒用他人名義或證件投標。四、在報價有效期間內撤回其報價。五、開標後應得標者不接受決標或拒不簽約。六、得標後未於規定期限內，繳足保證金或提供擔保。七、押標金轉換為保證金。八、其他經主管機關認定有影響採購公正之違反法令行為者。」此乃目前法律上對於機關可以沒收及追繳押標金之法源。而所謂「押標金」是指在政府採購過程之招標時，招標機關為了防止不合格廠商參與投標並為了確保得標廠商能確實訂約，而預先在招標過程中要求投標廠商在投標時以現金或相當於現金之金融產品繳交之一筆擔保金。⁸採購法第三十條規定：「機關辦理招標，應於招標文件中規定投標廠商須繳納押標金⁹；得標廠商須繳納保證金或提供或併提供其他擔保」。可知原則上採購法要求機關辦理採購原則上應收取押標金藉以確保投標廠商會遵守相關招標之規範以及來投標之廠商確係有投標之真意。基此，押標金應非廠商欲取得採購合約之「定金」，而應

⁸ 羅昌發，政府採購法與政府採購協定論析，元照出版，頁 207，2004 年 10 月。

⁹ 但依採購法第 30 條第 1 項但書規定，如有下列情形之一者，得例外免收押標金：一、勞務採購，得免收押標金、保證金。二、未達公告金額之工程、財物採購，得免收押標金、保證金。三、以議價方式辦理之採購，得免收押標金。四、依市場交易慣例或採購案特性，無收取押標金、保證金之必要或可能者。

是較偏向於具有擔保金之性質，藉押標金之收取來擔保廠商在投標時會確實遵守相關規範(例如：提供正確之投標證件、報價係確實可行……等)，以維持政府採購之秩序。

參、實務見解演變所生之疑義

行政院公共工程委員會採購申訴審議委員會，過去在處理廠商不服招標機關之沒收押標金爭議時，原係以申訴案件來處理，亦即將沒收押標金之爭議當作公法爭議處理之¹⁰。而申訴審議判斷依採購法第八十三條視同訴願決定，因此其後續救濟程序即進入行政法院之體系。嗣行政法院就不同之個案有不同判決之見解，而分別作成不同之判決。最高行政法院為此於 2004 年 2 月庭長法官聯席會議決議認為：「沒收押標金部分，係因採購契約履約問題所生之爭議，屬私權糾紛而非公法爭議，行政法院無審判權，應以裁定駁回。」¹¹惟 2008 年

¹⁰ 行政院工程會 89 年 6 月 12 日工程企字第 89016272 號函參照。

¹¹ 最高行政法院 93 年之決議：
甲公司參加乙機關辦理之工程採購招標案，並於 91 年 8 月 16 日之公開招標程序，以總標價新台幣 X X 元為最低標得標。原預定訂約日為同年月 26 日，嗣甲公司於訂約日前以其標價偏低，純係筆誤，請求乙機關准予不決標於甲公司並發還押標金；乙機關則於同年月 30 日函復「歉難同意，並請依限辦理訂約手續，否則將依採購法第 101 條第 1 項第 7 款規定辦理」。其後並以甲公司已逾訂約期限，遂依政府採購法第 101 條第 1 項第 7 款規定，將其事實及理由通知甲公司，另將甲公司刊登政府採購公報列為不良廠商，並沒入押標金。甲公司不服，認

最高行政法院又作成另一決議，決議內容略以：「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。機關依政府採購法第五十條第一項第五款取消廠商之次低標決標保留權，同時依據投標須知，以不同投標廠商間之投標文件內容有重大異常關聯情形，認廠商有同法第三十一條第二項第八款所定有影響採購公正之違反法令行為情形，不予發還其押標金。廠商對不予發還押標金之決定如有爭議，即為關於決標之爭議，屬公法上爭議。廠商雖僅對機關不予發還押標金行為不服，而未對取消其次低標之決標保留權行為不服，惟此乃廠商對機關所作數不利於己之行為一部不服並不影響該不予發還押標金行為之爭議，為關於決標之爭議之判斷。因此，廠商不服機關不予發還押標金行為，經異議及申訴程序後，提起行政訴訟，行政法院自有審判權」。從上開決議之內容觀之，最高行政法院在 2008 年之決議主要在於確立沒收押標金決定之公私法屬性之判定，非可一概而論其必為公法行為或私法行為，而係

乙機關並未客觀審查其是否有不能誠信履約之虞，率爾沒收押標金並刊登其為不良廠商於政府採購公報，於異議駁回後，再向行政院公共工程委員會提出申訴，復遭審議判斷駁回，乃依審議決定書之行政救濟教示，向管轄之高雄高等行政法院提起撤銷訴訟，受訴之法院應如何裁判？

決議：

丙說：沒收押標金部分，係因採購契約履約問題所生之爭議，屬私權糾紛而非公法爭議，行政法院無審判權，應以裁定駁回。通知廠商將列為不良廠商於政府採購公報部分，則係行政機關依採購法第 101 條規定所為處分，屬公法事件，受訴法院應為實體判決。

決議：採丙說。

分別視具體個案中採購契約是否已成立而異其法律性質，如尚未成立採購契約下沒收押標金則屬公法爭議由行政法院取得審判權，反之，如已成立採購契約而沒收押標金者，則屬私法契約之爭議由普通法院取得審判權。此一決議並兼澄清了最高行政法院 2004 年之決議之文字可能被認為沒收押標金不分具體情狀一律屬於履約爭議之疑慮。最高行政法院此一決議對於實務上對於沒收押標金之公私法定性具有相當大之指標作用，然而緊接著這個決議之後，後續之法律問題迄今卻仍然未能釐清，以下即分別探討之。

肆、現行採購法係採雙階理論

政府採購行為之法律性質究為公法行為？私經濟行為？抑或採購契約成立前為公法行為採購契約成立後則屬私法性質（雙階理論？）¹²，此涉及基本採購法制之架構屬性，對於判斷沒收或追繳押標金之屬性判斷具有重要之影響，因此先行探討確認。本文認現行採購法係雙階理論，理由如下：

一、從立法及修法過程來看

首先，從採購法條文之文義及立法之過程來看，採

¹² 同前註。

購行為在決標前相關採購決定被定性為公法性質之行政行為，是非常明顯的¹³。採購法第七十四條規定：「廠商與機關間關於招標、審標、決標爭議，得依本章規定提出異議申訴。」，第八十三條規定：「申訴審議判斷，視同訴願決定。」，第八十五條之一規定：「機關與廠商間因履約爭議未能達成協議者，得向採購申訴審議委員會申請調解。」，可知採購法有意以採購契約成立與否為基準，劃分其行為之法律性質及審判權之歸屬。

二、公私法之區別並非本質的、先驗的，而是技術性的立法考量

所謂公法行為與私法行為之區別並非絕對的、先驗的、本質的區別，而僅為相對地、技術地、立法考量地區分方法¹⁴。事實上從目前之實定法中亦不乏將一般事件性質上屬公法事件而以立法手段納入普通法院審理。例如：社會秩序維護法、道路交通管理處罰條例、選舉罷免法、國家賠償法事件即係以立法政策將公法事件納入普通法院審判權之體系內¹⁵，由此亦可印證公私法之區別並非本質地、先驗地區別，而是相對的、立法考量

¹³ 但有反對之見解，認為整個採購行為完全是「本質上之私經濟行為」而排斥現行法之規定，參見張祥暉，前揭文，頁 11，即強調整個政府採購行為係本質上之私經濟行為。

¹⁴ 劉宗德，公法與私法之區別，收錄於行政法學會編，「行政法爭議問題研究」(上)，五南圖書公司，頁 171，2000 年。

¹⁵ 李震山，行政法導論，三民書局，頁 33，2006 年 5 月修訂 6 版。

的區別。大法官釋字五四〇號解釋理由書中提及：「…國民住宅條例係為統籌興建及管理國民住宅而制定…，主管機關興建住宅，先由有承購需求者，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契約。此等契約係為私經濟措施，並無若何之權力服從關係，性質上相當於私法上法律關係，尚難逕謂政府機關直接興建國民住宅並參與分配及管理，即為公權力之行使。至於申請承購者，經主管機關行使裁量權之結果，不符合要件，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。……」。可知，大法官在處理國宅申購之性質歸屬時，亦將一個申購國宅行為依其不同階段，分別定性為公法行為與私法行為，即申請承購之准駁係公法性質，而准予承購之後後續之買賣或承租屬於私法契約。誠然大法官釋字五四〇號解釋之見解是否即為德國之雙階理論¹⁶，尚有探求餘地，惟該解釋首開釋憲機關將行政機關一個行為依其不同階段，分別定性為公法行為與私法行為，已隱然為雙階理論在國內本土之適用，建立相當之立論依據。而國內採購法亦「恰巧」將一個採購行為依其行為之先後階段而予以不同之定性，大法官之解釋無疑地提供了採購法上開規定另一個有力之理論依據。

¹⁶ Hans P. Ipsen, Offentliche Subventionierung Privater, 1956, S.62 ff.

三、小結

綜上，本文認為已無須就立法者業已作成之政策決定加以爭執。誠如學者所述：「二階說固有其值得批判之缺點，但事實上如同其他法的理論，亦難有其他完美無瑕之理論可以解決所有之法律爭議，判斷一個理論是否可採，不在其理論之完美性¹⁷，而是在該理論之動員偏差是否過大，而屬違反該制度之事物本質，以致無法解決問題」¹⁸，其實從大法官釋字五四〇號也已闡明，立法機關得依職權衡酌事件之性質、既有訴訟制度之功能及公益之考量，就審判權歸屬或解決紛爭程序另為適當之設計。此種情形一經定為法律，縱事件屬性在學理上容有推求餘地，其仍有拘束全國機關及人民之效力¹⁹。今既已有實定法之論據，且雙階理論既然是立法機關衡酌功能及性質後立法形成自由之範疇，在法律有效施行期間具有拘束全國各機關之效力。採購法刻意將採購事件依契約成立前後區別其性質²⁰，並分別由行政法院與普通法院資為最終之司法救濟機制，運作迄今十二

¹⁷ Wolff/Bahof/Stober, Verwaltungsrecht I, 10.Aufl., 1994, §22 Rn.66 f f .

¹⁸ 李惠宗，行政法要義，五南，頁 332，2004 年 7 月。

¹⁹ 大法官議決釋字第 418 號解釋，亦闡釋訴訟救濟究應依普通訴訟程序抑或依行政訴訟程序為之，則由立法機關依職權衡酌訴訟案件之性質及既有訴訟制度之功能而設計，亦印證了此係可由立法機關依功能及性質加以衡酌之事項。

²⁰ DENNIS CAMPBELL, INTERNATIONAL PUBLIC PROCUREMENT, OCEAN PUBLICATIONS INC., GER-2 (2003).

年，已趨於成熟，本文以下即以此基礎，探討在採雙階理論架構下，沒收及追繳押標金之相關法律屬性爭議。

五、沒收(追繳)押標金法律性質之探討

一、學說與實務見解

按政府採購法第三十一條沒收押標金(不予發還)或追繳押標金目前綜合學說與實務整理後主要有三種見解：

甲說：違約罰說

此說依其結論之不同又可細分為私契約罰款及行政處分說：

(一)、私契約之罰款

此說認為機關因投標廠商違反政府採購法第三十一條第二項各款之規定而不予發還或追繳押標金，本質上係基於機關與投標廠商間之契約所約定之違約罰。其理由主要係認採購法第三十一條第二項本文規定：「機關得於招標文件中規定，廠商有下列情形之一者，其所繳納之押標金，不予發還，其已發還者，並予追繳：……」換言之，依上開法條之文義並非投標廠商一有採購法第三十一條第二項所列各款之一者，機關皆得沒收或追繳押標金，僅在招標文件上有【載明】第三十一條第二項之意旨者，方得於廠商違反該條各款規定時，予以沒收押標金(或追繳)。此種立法之文字即隱含立法者將本條

之沒收押標金定位為「違約罰」性質²¹，否則縱使招標文件未規定亦可直接依具有行政法性質之採購法第三十一條沒收即可。故認機關因投標廠商違反政府採購法第三十一條第二項各款之規定，而不予發還或追繳押標金者，本質上應屬機關與投標廠商間之契約所約定之違約罰，而非行政處分。

（二）、違反私契約但課予行政處分之效果

此說認為政府採購法第三十一條第二項係透過契約自主之設計，將管制措施交由契約條款來實現²²。就政府採購法第三十一條第二項又賦予採購機關得「沒入」、「追繳」押標金此等具行政高權且具執行力之權限，顯然於義務人不履行時，得以行政執行手段予以貫徹，當將此一「沒入」、「追繳」押標金行為定性為機關就公法上具體事件所為之決定而對外直接發生法律效果之單方行政行為，係行政處分。又此行政處分直接加負擔於相對人，為不利行政處分，但其基礎事實並非義務人

²¹ 張嘉琪，政府採購法中押標金不予發還及追繳是見之法律爭議——以台北高等行政法院 99 年度訴字第 235 號判決出發，東吳公法裁判研究會第 13 回，2010 年 12 月 10 日。臺北高等行政法院 92 年度訴字第 4695 號判決亦認為沒收押標金屬於履約之私法爭議其判決略以：「……綜上所述，原告起訴論旨，容非可採。被告以原告投標總標價雖低於底價百分之八十，惟經審酌後，認無政府採購法第五十八條之情形，乃當場決標予原告，洵無違誤；申訴審議判斷予以維持，亦無不合。原告復執前詞訴請撤銷，為無理由，應予駁回。至有關投標廠商得否要求招標機關退還押標金，係屬履約問題所生之爭議，屬私權糾紛而非公法爭議，如有爭執應另循民事訴訟程序解決之，附此敘明」。

²² 台北高等行政法院 99 年訴字 29 號判決參照。

對於一般行政法義務之違反，而係押標金保證契約之違反，非可逕認係行政罰，也就無行政罰法第二十七條關於裁處時效等規定之適用。

乙說：行政罰說

持此見解者認為採購法第三十一條沒收押標金行為本質上乃對於廠商之不法或不當行為所為具有「非難性」及「裁罰性」之處分，具有行政罰之特徵可以適用行政罰法。如依此見解沒收押標金之屬性即屬於行政罰則中行政罰法第二十七條三年時效之適用，亦即招標機關必須在三年內作出處分逾期即不得為之。此種見解以臺北高等行政法院 99 年訴字第 235 號判決之論述最完整其判決理由略以：「政府採購法第三十一條第二項法規範之作用則是：「在確認競標者在競標過程中之行為已實際破壞『自由市場效率』競爭機制情況下，為了制裁競標者這種「實害」行為，將原本預供（締約成功後）債務不履行賠償使用之預繳押標金予以沒收」。其已帶有懲罰嚴重違規競標者之作用，而具備行政罰之規範特徵」。

丙說：管制性不利處分說

行政法院判決多數採此說²³。本見解認為招標機關

²³ 台北高等行政法院 96 年度訴字第 169 號判決，以及最高行政法院 98 年度裁字第 1382 號、98 年度裁字第 2704 號裁定，均認為依採購法 31 條第 2 項之不予發還押標金非行政罰，理由略謂：投標廠商繳納押標金之目的，在於確保投標之公正，此乃招標機關所為之管制，以避免不當或違法之行為介入，因

依採購法第三十一條第二項所為不予發還或追繳押標金之決定，係以公權力強制實現廠商參與投標所為之擔保，屬於管制性不利處分，且認為沒收押標金之處分本質上並不具有「裁罰性」或「可苛責性」，而僅是因其該當了不予發還或追繳之要件，招標機關依法(或依招標須知)予以沒收押標金，因此不認為有行政罰法之適用，當然亦不適用行政罰法第二十七條之三年時效。

二、本文之檢討

(一)、沒收追繳押標金係行政處分

最高行政法院 93 年裁字 625 號判決亦直接肯定決標前之採購決定係行政處分，其判決意旨略以：「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，此觀修正前政府採購法第八十三條規定應附記爭訟期限自明，否則如

此，如有不當或違法之行為介入，投標廠商所繳納之押標金依法即得不予發還，或予以追繳，自屬管制性不利處分，此與行政罰法所謂「裁罰性不利處分」以違反行政法上義務而對於過去不法行為所為之制裁不同，因此追繳押標金雖係行政法上之不利處分，但押標金之追繳，其性質並非行政罰法所稱之行政罰。另請參見高雄高等行政法院 99 年訴字第 343 號判決、臺北高等行政法院 99 年訴字第 29 號判決、臺北高等行政法院 98 年訴字第 1748 號判決亦同此旨。

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。」

（二）、沒收、追繳押標金具行政罰特徵之行政處分

行政罰法第一條規定：「違反行政法上義務而受罰鍰、沒入或其他種類行政罰之處罰時，適用本法。但其他法律有特別規定者，從其規定²⁴。」依此可知行政罰係國家對於人民有違行政法上義務行為所為之「行政制裁」²⁵，此種行政制裁係針對行為人「過去」違反行政罰上義務之行為加以處罰，其主要特徵之一乃具有「可苛責性」，此種可苛責性之程度依立法者之價值判斷尚未達到須課以刑罰之地步，因此學者認為一個違反行政法上義務之行為應課予行政罰或行政刑罰相比並非具有根本性之差異，而是屬於立法裁量之範圍²⁶。準此，細繹採購法第三十一條第二項所列之沒收押標金事由，包括：「一、以偽造、變造之文件投標。二、投標廠商另

²⁴ 所謂「其他法律另有規定」係指其他違反行政罰上義務另有處罰之規定者，例如：社會秩序維護法第 45 條第 43 第 1 項所列各款以外之案件，警察機關於訊問後，應即移送該管簡易庭裁定。前項警察機關移請裁定之案件，該管簡易庭認為不應處罰或以不處拘留、勒令歇業、停止營業為適當者，得逕為不罰或其他處罰之裁定。

²⁵ 李惠宗，行政罰法之理論與案例，元照出版，頁 2。

²⁶ 李惠宗，前揭書，頁 3。另陳敏大法官亦認為：「行政刑罰……反道德反倫理之程度較高」，亦同此見解，參見陳敏，行政法總論，自版，頁 699，2004 年 11 月 4 版。

行借用他人名義或證件投標。三、冒用他人名義或證件投標。四、在報價有效期間內撤回其報價。五、開標後應得標者不接受決標或拒不簽約。六、得標後未於規定期限內，繳足保證金或提供擔保。七、押標金轉換為保證金。八、其他經主管機關認定有影響採購公正之違反法令行為者。」以上所列八種得不予發還押標金之事由除第七款外，其他各款均是已經嚴重影響到採購之秩序及公平競爭之機制，而直接違反了採購法之立法目的²⁷，甚至其中如冒用他人名義或證件投標者極可能同時構成刑法之犯罪行為，其各該行為具有行政罰之可苛責性及制裁性至為明顯，應非僅單純之管制性不利性處分。詳言之，採購法第三十一條之立法目的，乃為遏止投標廠商以不正手段破壞招標程序之公正性，是其所例示之各種行為除第七款外²⁸，其他行為均屬投標廠商於招標程序中以不當之方法投標，至於第八款概括規定，在立法技術上應被認為應概括規定之適用範圍應受前開例示行為共通特徵之拘束。查投標廠商參與公共工程招標程序所繳納之押標金，具有「擔保其所提出各項文件的正確性，及其在得標時，確實會遵守相關的招標文件」之性質，而政府採購法第三十一條第二項第八款，原即課予投標廠商不得有「經主管機關認定有影響採購公正

²⁷ 採購法第1條敘定立法目的：「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」。

²⁸ 採購法31條第2項第7款押標金轉換為保證金嚴格而言並非廠商之「行為」而係機關在決標後依招標須知將押標金轉換為履保金之程序，廠商並無須為特定之行為。

之違反法令行為」之行政法上義務，否則招標機關即得按該項規定，就投標廠商過去違反行政法上義務之不法行為予以制裁，亦即不發還押標金或追繳已發還之押標金。

(三)、違約罰說與現行採購法之架構抵觸

1. 按政府採購行為究為公法或私法固有學說上之不同看法，但誠如本文前述採購法既已由「法律明定」採取「雙階理論」²⁹，以採購契約是否成立為基準，契約成立前認為係公法關係，契約成立後認為係私法關係。因此在「決標之前」招標機關與廠商間之法律關係都是屬於公法上之法律關係，不可能有與廠商發生契約關係，更不可能會有「違約」或「違約罰」之問題，因此違約罰說既已抵觸現行採購法之立法架構自難採用。

2. 本文認為違約罰說應是受到採購法施行前最高法院所謂之：『招標契約說』之影響。所謂『招標契約說』係採購法施行前最高法院曾經在個別判決中所創設之概念，其意旨主要係認為所有之投標廠商與機關在「招標

²⁹ 認為現行採購法已採取雙階理論者為目前絕大多數學者之看法，包括：吳庚，前揭註，145 頁；程明修，雙階理論之虛擬與實際，公法與私法的交錯學術研討會論文集(東吳大學法律學系)，第 15，16 頁，91 年 12 月。郭介恆，前揭註 2，93 頁；林鴻銘，前揭註 2，233 頁。林家祺，前揭註 2，23-32 頁。但有反對說，認為整個政府採購行為均係「本質上」之私法行為，並認決標前之爭議既屬私法爭議且為顧及救濟之時效性，申訴審議判斷不應由行政法院審查，而建議申訴審議判斷即為終局決定，不得再提行政訴訟，見張祥暉，前揭註 2，11 頁。

階段」(決標之前)均分別個自獨立與招標機關另成立一個「招標契約」，雙方在決標予特定廠商之前各投標廠商及招標機關均受「招標契約」之拘束。依此立論認為機關之招標公告為「招標契約」之「要約」，廠商之投標動作亦屬為「招標契約」之「承諾」，而招標契約之內容即為招標公告及其相關附屬文件之內容³⁰。此種招標契約說之理論使『所有之投標廠商』一經投標即與機關發生契約關係，在決標前所有之權利義務均依此「招標契約」之內容定之，固然有其一定之立論基礎，但此種招標契約之觀念在採購法施行前學說與實務普遍將政府採購行為定性為私經濟行為下尚屬無礙，但採購法施行後決標前之行為已由立法明確定性為公法行為下，違約罰說似欠缺實定法之依據。

3. 如前述，採購法訂定押標金之相關規定乃在確保投標廠商能夠遵守相關投標須知之規範，並於得標後確實簽約，其目的在於確保採購效益及公平競爭之環境，凡此均與私法上目的有所不同。大法官會議釋字第四五七號解釋亦認：中華民國人民，無分男女，在法律上一律平等；憲法第七條暨憲法增修條文第十條第六項定有明文。國家機關為達成公行政任務以私法形態所為行為亦應遵循上開憲法之規定，此一解釋亦說明了採購法訂定之目的所具有之公益色彩。

³⁰ 採購法施行前最高法院 81 年台上字 2963 號判決、84 年台上 848 號判決採此種「招標契約」說。

(四)、管制性不利處分說之檢討

主張沒收押標金處分非屬行政罰而屬管制性之不利處分論者主要理由係以在採購法押標金之設立目的，在於確保投標之公正，屬於招標機關之管制作為，藉以避免不當或違法之行為介入。因之，如有不當或違法之行為，投標廠商所繳納之押標金依法即得不予發還，或予以追繳，資以確保投標工程品質之公正公平及履行。據此認定與行政罰法所謂「裁罰性不利處分」，係以違反行政法上之義務而對於過去不法行為所為之制裁不同為其論據。惟按如以押標金之設立目的在於確保投標之公正性而言，更應導出投標廠商依法負有誠實投標(不得偽變造或借牌等)之行政法上義務，因其違反此一誠實投標之義務而依據採購法第三十一條對其「過去」之違法行為(例：偽變造投標文件等)施以「制裁」³¹，此誠符合行政罰之特徵與要件，何以能據此立法目的即謂沒收押標金不屬於行政罰而屬於管制性之不利處分。更何況何謂裁罰性與非裁罰性之處分有無此區分之必要，本身即屬待探討之議題³²，實務多數行政法院判決據此認為沒

³¹ 行政罰之特徵係對人民「過去」違反行政法上義務之處罰，與行政執行罰係迫使義務人「將來實現義務」有所區別，在沒收押標金之案件中，會施以沒收押標金處分當然係以投標廠商「先完成違法行為」為前提，例如：投標廠商先在投標文件中偽造文件參標，於審標時遭機關審標人員發現時認其行為已經符合採購法 31 條第 1 項第 1 款之不予發還押標金要件，而對其「過去已經」完成之違法行為加以制裁。

³² 詹鎮榮，裁罰性與非裁罰性不利處分之區分必要與標準，收錄於：行政訴訟制度相關論文彙編，第 6 輯，司法院印行，頁 319-344，2009 年 12 月 1 日。

收押標金之處分非屬行政罰而認屬管制性之不利處分，本文尚難贊同。招標機關沒收廠商押標金之法律依據係依採購法第三十一條及行政院公共工程委員會發布之押標金擔保金及其他擔保作業辦法第十二條第一項但書規定。可知沒收押標金之法律依據係依政府採購法及其子法，而政府採購法係行政法之性質規範各行政機關在辦理採購時應遵守之程序及其違反時之相關罰則，嚴重者甚至採購法尚有刑罰之規定，因此從其法律依據而言，沒收押標金具有公法性質。

（五）、實務見解

從行政機關對沒收及追繳押標金之運作方式亦可觀察中央主管機關對此一沒收或追繳法律性質之態度及見解。按由於廠商在投標時已經預先繳納押標金，採購機關對投標廠商作沒收押標金決定之執行較無問題，招標機關只需通知之後即可將原先保管之押標金納入機關所有，但在追繳押標金即有其一定之困難度，蓋所稱追繳意即已經發還予廠商而在事後再去向廠商要求繳回機關，此時即非單純發函表示追繳即可達成追繳之目的，尚有後續應如何執行才能實際滿足機關追繳目的之問題。就此在目前公私法體分流法制體系下，如屬私法之債權係取得執行名義後聲請普通法院民事執行處強制執行，如認屬於公法上之行政處分係依行政執行法第十一條移送法務部行政執行署行政執行。因此從實務之執行方式即可窺見中央法務主管機關對於追繳押標金法律性

質之態度。法務部在 2010 年 6 月 29 日法律字第 0999014252 號函表示：「公營事業機構依採購法追繳廠商押標金行為性質並非行政處分，尚不得依行政執行法第十一條第一項移送行政執行處執行」³³，故過去行政執行署係拒絕受理追繳押標金之強制執行，亦即係否定其公法處分之性質。惟 2011 年 2 月 15 日法務部一反過去之見解而改認追繳押標金為公法上之行政處分，並以法律字第 1000002446 號函致行政執行署自即日起受理追繳押標金之行政執行³⁴，法務部對追繳押標金態度轉

³³ 參見法務部 2010 年 6 月 29 日法律字第 0999014252 號函。又法務部 92 年 3 月 3 日法律 0920005479 號行政函示認為：「機關依政府採購法第 31 條第 2 項第 8 款規定追繳廠商押標金之行為，核其性質似非屬行政機關就公法上事件所為之行政處分……」亦可證明追繳押標金事件，主管機關認屬於私權爭執事件，而非公法上爭議。又 99 年法務部法律字第 0999014252 號函釋亦認為，因政府採購法之採購行為係屬私經濟行政之性質，而非行政行為，並不適用行政程序法之規定，故追繳廠商押標金行為之性質非屬行政處分。可見過去一貫以來法務部見解均堅持追繳押標金非屬公法上之行政處分。

³⁴ 法務部法律字第 1000002446 號函說明二可看出其態度之轉折之理由其說明二略以：「按政府採購法第 31 條第 2 項規定：「機關得於招標文件中規定，廠商有下列情形之一者，其所繳納之押標金，不予發還，其已發還者，並予追繳：……。」機關（包括政府機關、公立學校、公營事業，政府採購法第 3 條參照）依上開規定不予發還或追繳押標金之行為，究屬公法事件或私法事件，最高行政法院 97 年 5 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議略以：「機關……認廠商有同法第 31 條第 2 項第 8 款所定有影響採購公正之違反法令行為情形，不予發還其押標金，廠商對不予發還押標金行為如有爭議，即為關於決標之爭議，屬公法上爭議。」惟有關追繳押標金之強制執行方式，上開決議並未敘及，嗣經行政院公共工程委員會於 99 年 12 月 1 日召

變之主要理由係以前述最高行政法院 2008 年之決議為其論據，自此招標機關日後如有追繳押標金之決定已可移送行政執行署強制執行。從以上中央主管機關之態度轉變及現況之執行面來看，應可認主管機關已將沒收、追繳押標金定位於公法上之行政處分，否則焉能移送以行政執行之？

陸、追繳押標金之時效

一、採購法關於追繳押標金只在第三十一條作規範，因此有無追繳之時效？如有其追繳時效期間為何？即有疑義。就此，可能之見解有：

（一）、無時效之適用

時效乃法律規定之行使權利期間，既然採購法未明文規定追繳之時效，即應認法律未規定，而無時效之適用。此種見解使法律關係處於長期不確定之狀態。

（二）、適用民法十五年時效

如對沒收及追繳押標金性質持私法之違約罰論者，

開研商會議仍未獲致共識，案經該會簽陳行政院核定，業於日前奉院長核示採行政執行方式解決。爰請貴署轉知所屬各行政執行處，對於機關依政府採購法第 31 條第 2 項規定追繳押標金事件，於移送機關符合行政執行法第 11 條第 1 項規定要件時，自即日起受理是類事件之移送執行」。

追繳時效應為十五年。蓋追繳押標金之法律性質如持契約之違約罰即認係屬私法上採購契約履約問題所生之爭議，理應適用私法契約之法律規範加以解決之。據此則認機關向違背採購法第三十一條第二項各款之投標廠商追繳押標金(違約金)之時效期間，即應按民法第一百二十五條之規定，定為十五年，而非行政罰或行政程序法中之短期時效。但因本文對沒收追繳押標金之性質不採違法罰說已如前述，因此本文亦不認為追繳之時效為十五年。

(三)、適用五年時效

對沒收追繳押標金持管制性不利處分說者，認沒收追繳押標金屬於公法上之行政處分，不適用行政罰法第二十七條之時效，而認應回歸行政程序法第一百三十一條之五年時效。高雄高等行政法院 98 年訴字 758 號判決即採此見解。其判決理由略以：「…押標金之追繳，其性質既非行政罰法所稱之行政罰，自無行政罰法第二十七條第一項裁處權時效之適用。……縱原告主張本件應有行政程序法第一百三十一條第一項之適用為屬實，查原告涉有前開違反政府採購法情事，被告係於 96 年 11 月 29 日接獲法務部調查局臺南市調查站檢送檢察官起訴處分書，始知原告有圍標之事實，業據其陳明在卷，則被告於 98 年 1 月 15 日依據政府採購法第三十一條第二項第八款，通知原告追繳押標金且合法送達予原告，

並未罹於 5 年公法上請求權之時效。」³⁵

（四）、適用三年時效

本說係延續前述採沒收追繳押標金屬於公法上之行政處分且屬於裁罰性之不利處分具有行政罰之性質，依據行政罰法第二十七條其裁罰之時效應為三年。本文既認沒收追繳押標金屬於行政罰之性質已如前述，因此認追繳之時效應適用行政罰法第二十七條之三年時效。

柒、結論

自政府採購 1999 年施行以來迄今十四年，從政府採購行為是否私經濟行為一直到停權處分、決標處分、乃至沒收及追繳押標金處分，實務與學說幾乎一直圍繞在其公、私法之屬性，本文認為現行採購法之基本架構已然確立於決標前之階段屬於公法性質，後階段之履約屬於私法契約之雙階理論，十餘年來之所以一直困擾著學說與實務者，本文認為主因在於未能掌握其基本架構，因而在後續之審標決定、決標處分、停權處分、沒收追繳押標金處分不斷重複出現類似之爭議，此均係未能探究採購法立法基本架構，而陷入將採購之各個階段之個

³⁵ 最高行政法院 99 年度裁字第 375 號裁定亦同此見解。

別行為分別判斷其法律屬性之弊，蓋如未能掌握立法架構之大原則日後恐將不斷地重複此類見樹不見林之類似爭議。沒收及追繳押標金之法律性質，在本文分析下應屬公法性質之行政處分且屬裁罰性之不利處分，而與私法契約無涉，更不能適用數十年前最高法院所創之招標契約說，而目前行政法院多數認為其屬於公法行為固屬正確，但為數不少之裁判卻也同時認其法律屬性為「管制性之不利處分」，本文認沒收追繳押標金不論依其立法目的、功能、效果均具有行政罰之特徵，而應屬於裁罰性之不利處分，可適用行政罰法第二十七條之三年時效，未來實務多數見解是否會有變化值得持續觀察。

參考文獻

壹、 書籍：

一、 中文部分：

1. 行政院工程會，政府採購法令彙編，2012 年第 26 版。
2. 吳庚，行政法理論與實務，三民書局，頁 145，增訂 9 版。
3. 李震山，行政法導論，三民書局，頁 33，2006 年 5 月修訂 6 版。
4. 林鴻銘，政府採購法之實用權益，永然文化，頁 233，2003 年 4 月。
5. 林家祺，政府採購法之救濟程序，得聲法律事務所叢書(四)，五南，頁 23-32，2002 年 3 月。
6. 潘秀菊，政府採購法，元照出版，2009 年 10 月。
7. 羅昌發，政府採購法與政府採購協定論析，元照出版，頁 207，2004 年 10 月。
8. 李惠宗，行政法要義，五南，頁 332，2004 年 7 月。
9. 李惠宗，行政罰法之理論與案例，元照出版，頁 2、3，2005 年 8 月初版。

10. 陳敏，行政法總論，自版，頁 699，2004 年 11 月 4 版。
11. 劉宗德，公法與私法之區別，收錄於行政法學會編，〈行政法爭議問題研究〉（上），五南圖書公司，頁 171，2000 年。

貳、 期刊

一、 中文部分：

1. 郭介恆，政府採購爭議與救濟，台灣本土法學，第 5 期，頁 93。
2. 張祥暉，政府採購法修法後之問題探討，台灣本土法學，第 47 期，頁 11，2003 年 6 月。

二、 外文部分：

1. S.Detterbeck, Allgemeines
Verwaltungsrecht mit
Verwaltungsprozessrecht, 3. A. 2005, Rn. 909
ff
2. Hartmut Maurer, Allgemeines

Verwaltungsrecht, §15 2004, 17 Rn.31 ff

3. Hans P. Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, 1956, S.62 ff .
4. Wolff/Bahof/Stober, Verwaltungsrecht I, 10.Aufl., 1994, §22 Rn.66 ff.
5. DENNIS CAMPBELL, INTERNATIONAL PUBLIC PROCUREMENT, OCEAN PUBLICATIONS INC., GER-2 (2003).

三、研討會之論文集

1. 程明修，雙階理論之虛擬與實際，收錄於公法與私法的交錯學術研討會論文集(東吳大學法律學系)，頁 15、16，91 年 12 月。
2. 詹鎮榮，裁罰性與非裁罰性不利處分之區分必要與標準，收錄於行政訴訟制度相關論文彙編，第 6 輯，司法院印行，頁 319-344，2009 年 12 月。
3. 張嘉琪，政府採購法中押標金不予發還及追繳是見之法律爭議－以台北高等行政法院 99 年度訴字第 235 號判決出發，收錄於東吳公法裁判研究會第 13 回，2010 年 12 月 10 日。

A study on the legal issues related to bid bond withdrawals in the government procurement process

Lin Chia Chi *

Abstract

Since Government Procurement Act (hereinafter referred to as GPA) was implemented, it has been commonly agreed that the "two level theory" is adopted by the law. That is, on the basis of award of procurement contract, before the contract is awarded, it is considered public law relationship; after the contract is awarded, it is considered private law relationship. Therefore, all controversies occur prior to award of contract are to be addressed in accordance with the opposition, pleadings, and administrative proceedings. Those occur after award of contract are to be conciliated by the complaint review board for government procurement or addressed by conventional civil proceedings or arbitration, as stipulated in Article 85 of GPA. Under the current legal structure, Article 31, Paragraph 2 of GPA enumerates eight circumstances. If any of the circumstances enumerated occur to the tenderer, the

* Assistant professor of the Department of Law of Aletheia University; Committee member of government procurement complaint review committee of New Taipei City.

procuring entity can withdraw the bid bond deposited. If the bid bond has been returned, it can be recovered. Some questions had been raised when this Article was practically implemented, i.e. whether the act of withdrawing the bid bond belongs to public or private law relationship. The judgements by the Administrative Court reflected different interpretations. However, after the Supreme Administrative Court reached an agreement in 2008, practice started to, according to the "two level theory", decide whether the legal characteristics belong to public or private nature, based on award of contract. However, there exist doubts regarding the legal characteristics of bid bond withdrawal and recovery. For example, is the act of withdrawing the bid bond embedded with penalty, or only the regulatory administrative measures? Is there any appropriation of the administrative penalty? Is there any statute of limitations ? If yes, does the limitation adopt Administrative Procedure Act or Administrative Penalty Act? How do we determine the starting point? Substantial doubts are still to be clarified. This article, centred around 'withdrawing' and 'recovering' the bid bond in Article 31 of GPA, investigates its legal characteristics and the appropriation of the time-based limitation of pursuing.