淺談政府採購法第59條

文／謝說容

壹 前言

政府為了確保採購制度之公開、透明及建立公平競爭之採購作業制度，強化採購效能及確保採購品質，於民國 87 年 5 月 27 日制定公布政府採購法（公布 1 年後施行）。其後歷經 5 次修正，嗣為提升採購效能與品質，維護政府採購公平秩序，促進產業良性機轉，又於 108 年 4 月 30 日修正部分重要條文，同年 5 月 22 日公布施行，其中第 59 條即為此次修法之重點，本文嘗試將修正前後法律適用及未來修法可考慮的方向提出淺見以供參考。

貳 政府採購契約之類型及性質

一、政府採購之契約類型及其適用之法律

政府採購法第 2 條規定「本法所稱採購，指工程之定作、財物之買受、定製、承租及勞務之委任或僱傭等。」雖然該條對採購之定義，臚列了多種契約類型，但新型態契約類型不斷推陳出新，欲就各類型之採購契約均以條文列舉，不僅不符所需，且捉襟見肘，政府採購法第 2 條乃採「較開放式的立法，使本法能因應社會多元的契約型態，並使採購機關能夠依據實際上的需要與廠商訂立採購契約，而不受契約形式的拘束，以達更有效率的採購。[1]」

二、政府採購契約具有公益維護之性質

私法自治，是民事法律的重要原則，政府採購契約如經歸類為私法行為之性質者，即與一般私法契約相同，固均應尊重當事人意思之自主，但政府採購契約與一般買賣、承攬等民事契約，雖均屬有償之交易行為，然一般契約原則上僅受到民事法規的拘束，但政府採購事項，具有維護公益之精神，除受到一般民事法律規範外，尚受到政府採購相關法規之規範，且政府採購的相關法規，非僅以契約當事人之權利義務關係加以考量，更包括採購行為的效率性及對相關供應商公平性之考量，二者並不完全相同[2]。

參 政府採購法第 59 條修正條文之比較、說明

108 年 5 月 22 日修法前第 59 條第 1 項為確保政府採取選擇性或限制性招標價格，不致偏離市場之行情起見，除明定「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」外，並為杜絕不正利益介入政府採購契約之成立，遂於同條第 2 項明定：「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。」並於同條第 3 項明定：「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。」第 4 項則規定：「公開招標之投標廠商未達三家[3]者，準用前三項之規定。」但不僅選擇性、限制性招標辦理採購者，即使在公開招標之採購契約，不論其參加投標廠商是否達三家以上，均有可能發生不正利益介入採購契約之情形，108 年 5 月 22 日修正公布之政府採購法第 59 條即刪除原來條文第 1 項之規定，並將原第 2 項移為第 1 項，兼又考慮政府採購契約之成立，非以簽訂書面為必要，且一般於決標時雙方意思表示合致，契約即行成立，並無待另行簽訂書面契約，故將原條文第 2 項後段所謂「促成採購契約之簽訂」，修正為「促成採購契約之成立」，同時為避免「其他利益」與正常商業之給付行為互相混淆，遂將原條文第 2 項所定：「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」，修正為「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。」又此所謂「其他不正利益」，依其修正理由係包括一切足以供人需要或滿足欲望之有形或無形利益在內。此外，新法復將原條文第 3 項所定之契約價款扣除金額，提高為相當於 2 倍不正利益之金額，以達其懲處及遏止不法之目的。

由新、舊條文之修正內容可知：修正前第 59 條第 1 項係以選擇性或限制招標辦理採購者為其適用對象，如為公開招標之採購契約，依修正前第 59 條第 4 項之規定，則須投標之廠商未達 3 家者，始有準用前 3 項之規定，倘公開招標之參加廠商達 3 家以上者，立法者原預期因參加廠商在價格上將互相競爭，故在同條第 1 項並未將公開招標納入其適用範圍，但同條第 2 項、第 3 項因條文未設限制，故對於公開招標之採購，仍應有其適用（參臺中高等行政法院 99 年度訴字第 392 號行政判決即採之）。至修正後之新法，則不問其採購之價格是否高於一般市場行情，更不問其招標案是否公開及其參加招標之廠商是否未達 3 家，均有修正後第 59 條規定之適用，足證新法之適用範圍比舊法更為廣泛，並及於所有之政府採購契約。

肆 新、舊法律之適用

如政府採購契約係成立於修法以前者，固應適用舊法，於修法後始成立之政府採購契約，則應適用修正後之新法。至舊法時期所成立採購契約，於政府機關行使契約終止、解除權或價款扣除權時，已在新法修正之後，因其原因事實係發生舊法時期，故在採購契約成立當時，政府機關即已取得扣除權，基於法律不溯及既往原則，應一體適用舊法。

伍 修法前政府採購法第 59 條在實務運作上之若干問題

政府採購法第 59 條雖已修正，然在舊法時期所成立之契約，應適用舊法，已如前述，故修法前政府採購法第 59 條在實務運作上之若干問題，仍應尋求解決。

一、「同樣市場條件」之認定

修正前第 59 條第 1 項固規定：「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。」然所謂「同樣市場條件」[4]究屬一不確定之法律概念，舉證上更有困難，通常係由廠商參考市場一般合理價格加以減價後，當作採購契約之價格。又為了解決查核廠商投標價格是否係最低價格之難題，公共工程委員會曾訂頒「投標廠商聲明書」並責由廠商自行填載及聲明其報價不高於其於同樣市場條件之相同工程、財物或勞務之最低價格，以資因應[5]。然前開作法，終係便宜措施，仍無法解決所謂同樣市場條件及市場最低價格難以查證之困難，使得條文規定陳義過高，無法落實。

二、不正利益之禁止及其法律效果於履約階段可否類推適用

修正前第 59 條第 2 項前段雖僅列舉佣金、比例金、仲介費、後謝金，但其後又設有一概括之規定，將所有其他利益為條件者均涵攝在內，故不論其給付之名目為何，只要非屬正當商業行為之給付，而係為促成採購契約之成立所約定之不正利益，不論其交付時間係在契約成立前或之後，甚至履約完畢後才為交付，均有該項規定之適用。

惟若有廠商在履約過程始起意約定、交付不正利益，此時可否類推適用政府採購法第 59 條之各項規定？從條文之文義解釋，於履約過程以至於契約完成之階段，廠商與政府機關相關人員，縱有任何不正利益之約定或交付，應非該條所規範之對象。雖或有以政府採購契約具有公益性質，認於履約過程中始發生之不正利益等交換行為，似可考慮類推適用該條之規定，以確保政府採購契約之品質，

（文轉三版）

註釋

1 引自黃鈺華、蔡佩芳合著 / 政府採購法解讀— 逐條釋義（元照，六版第 1 刷，2017 年 9 月，第 2 頁）。

2 羅昌發著 / 政府採購法與政府採購協定論析（元照，三版第 1 刷，2008 年 11 月，第 77 頁）。

3 按公開招標之投標廠商未達 3 家者，本不得開決標（政府採購法第 48 條參照），故此一規定應係指第一次招標不足 3 家而無法開標時，再度辦理招標而言，唐國盛律師著 / 政府採購法法律應用篇，永然文化出版 2016 年 8 月 9 版，第 254 頁。

4 行政院公共工程委員會 88 年 6 月 28 日（88）工程企字 8808339 號函釋：所謂同樣市場條件，包括採購的之交易數量、時間、區域、押標金、保證金、付款、保固及逾期違約金等商業條件，市場供需變化亦得列入考慮。

5 同前註 1 書，第 222 頁。

6 關於民法第 514 條第 1 項所定 1 年權利行使期間之性質，有認係消滅時效期間，但多數認為其中契約解除權及報酬減少請求權係形成權，故 1 年係屬除斥期間，其他權利之性質為請求權，故 1 年為請求權時效，基於法條簡化而統一規定其權利行使期間。參劉春堂著 / 民法債編各論（中），三民書局 93 年 3 月初版第 1 刷，第 58 頁）。

7 關於民法第 227 條之 2 請求增減給付報酬之期間，最高法院就亦有採消滅時效說，參最高法院 99 年度台上字第 843 號民事判決。

植根法律
數位法律資訊
劃撥帳號：07929998 戶名：植根雜誌社有限公司
TEL:(02)2707-2848 FAX:(02)2708-4428
黃茂榮 著作 定價 900 元
訂購未滿 請自付郵
植根法律書
JUDICIAL 司法 訂閱辦法
本刊每 全年
費用新臺
如蒙
請郵政
帳
5005
帳
司法院

法律網
的最佳平台
法學方法與現代民法（增訂七版）
1000元者
贈 65 元
書城熱賣中
L WEEKLY
周刊
周出刊
訂閱
全幣400元
訂 閱
劃撥
號
4377
戶
司法周刊

（文接二版）

但過度擴大該條之適用範圍至履約階段，恐生司法解釋逾越立法之疑義，與政府採購法第 1 條明示該法係以建立公平公開「採購」程序之立法政策有違，仍不宜貿然採之。

三、第 1 項、第 2 項與第 3 項之「溢價」及「利益」

(一)第 1 項之適用與廠商之利益無關

修正前政府採購法第 59 條第 3 項原規定：「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。」條文中係將溢價及利益併列，致在適用上是否須二者兼備始有第 3 項之適用，易引爭議。由該條第 1 項僅限制採購契約之價格，不得高於同樣市場條件相同之市場最低價格，而不問是否有不正利益之介入，可知第 3 項所定之利益應係配合第 2 項之規定而來，至於溢價則係指超過第 1 項所謂相同市場之最低價格而言。再者，因為「同樣市場之最低價格」難以界定，事實上通常為市場之合理行情所取代，故採購契約如有超過市場合理價格者，即應認有溢價而有同條第 3 項之適用。

(二)第 2 項之適用，與採購契約有無溢價無關

由修正前第 59 條第 2 項與其施行細則第 82 條規定：「本法第 59 條第 2 項不適用於因正當商業行為所為之給付。」參核對照可知：第 2 項之立法目的，旨在禁止及杜絕不正或非法利益之交換，藉以維護政府採購契約之公正性，避免工程掮客之介入，於條文設計上，並非以得標之價格是否高於市場行情及有無溢價作為其適用之依據，故第 2 項之適用應不受同條第 1 項規定之影響，而只要有契約價款以外不正利益之交付，即應認有該條第 2 項規定之適用， 與採購契約之價格是否溢於市場行情無關。

(三)最高法院、行政機關在舊法時期有關價款扣除權適用要件之見解

關於機關行使價款扣除權，是否須採購契約之價格有溢價或廠商有將不正利益計入契約價款中而受有利益為必要？最高法院見解尚有分歧，有採肯定說，亦有採否認說，茲摘錄如下：

1. 肯定說：認為機關行使扣除權須廠商受有溢價之利益及將不正利益計入採購契約價款中為其要件，最高法院 98 年度台上字第 1192 號、103 年度台上字第 87 號、第 2625 號判決均採此一見解。

2. 否定說：認不問其交付不正利益之結果，廠商是否實際上受有利益，其契約價格是否有溢於一般市價，均得將廠商交付賄款之不正利益，從契約價款中加以扣除，如已給付者亦得請求返還。例如：最高法院 106 年度台上字第 130 號、第 1003 號判決均採之。

3. 行政院公共工程委員會 101 年 1 月 20 日工程企字第 10000487350 號函釋：「本法第 59 條第 3 項規定將溢價及利益自契約價款扣除者，上開『溢價』，係指同條第 1 項採購契約之價格高於廠商於同樣市場條件之相同工程、財務或勞務之最低價格之差額；上開『利益」』，係指同條第 2 項廠商以支付他人佣金、比例金、仲介費、後謝金或其他利益。」此與最高法院上開否定說之見解，應屬一致。

四、小結

修法前政府採購法第 59 條第 2 項並未如同條第 1 項明定採購契約之金額不得高於市場之最低價格，因此廠商是否有將後謝金或賄款等不正利益灌入契約價款中，造成溢價或受有超出合理範圍之利潤，應非所問，淺見認否定說為宜。至新法已刪除原第 1 項之規定，自無此部分之適用問題，就立法政策而言，修正後之新法，當更能杜絕不正利益之介入及建立公平之採購秩序。

陸 政府採購法第 59 條所定扣除權之適用

一、關於扣除之價款，如認為 2 倍過高，法院得否酌減

關於價款扣除額，具有懲罰性質並無疑義，但修法前僅規定機關得將利益自契約價額中扣除，故扣除之價款當以不正利益為上限，但法院是否受該扣除金額之拘束？尤其修法後機關之扣除款已提高為 2 倍之不正利益，如法院認為依不正利益 2 倍扣除，尚屬過高時，可否酌減之？

(一)否定說

政府採購契約具有公益目的，是不論政府採購法是否明文規定，政府機關承辦人員及參加投標之廠商本即負有維護公平競爭之締約義務，於政府採購法已明文禁止之情況下，倘有違反即構成懲罰事由，故除解約或終止契約外，特別明文授與政府機關得將不正利益之價款（修法後則為相當於 2 倍不正利益之金額），自契約價款中加以扣除，再參酌修法理由三、亦說明「考量違反修正條文第一項規定之廠商，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。」益證所謂不正利益之扣除，不論修法前或修法後均具有懲罰之目的，性質上屬法定之處罰金額，故不容法院加以減輕或變更。

(二)肯定說

政府採購契約如屬私法契約者，則回歸民法體系，所謂扣除應具有違約罰之性質，法院如認其法定扣除額即違約金過高時，仍得斟酌政府機關所受之損害及其履行利益暨其採購契約是否符合契約預定之效能、有無偷工減料及其程度等一切情狀，酌減其違約金，惟酌減之金額仍不宜低於不正利益之金額。

(三)就此問題，目前尚無共識，自有待學說及實務進一步之闡明與發展。

二、扣除權之行使，可否類推適用民法有關除斥期間之規定？

(一)修法前、後均未規定權利行使期間

關於修法前政府採購法第 59 條第 3 項及現行政府採購法第 59 條第 2 項所定之契約解除、終止權，一經行使將使採購契約發生契約溯及或向後失其效力，另價款扣除權行使之結果，將使採購契約所約定之價款，發生一部減免之法律效果，與民法第 514 條第 1 項關於承攬人之減少報酬請求權及契約解除權同，均屬形成權之性質。至其期間之性質係除斥期間抑為時效時間，通說認為係屬除斥期間[6]。衡酌一般廠商以不正利益促成契約成立者，迄至東窗事發，往往經過相當期間，舉工作承作之採購契約為例，倘機關行使價款請求權已逾 1 年以上，由於政府採購法第 59 條修正前後就機關權利之行使並未設有期間之限制規定，此時可否類推適用民法第 514 條第 1 項有關期間之規定而排除機關權利之行使，彰化地院 106 年度訴字第 558 號一案固採肯定說，但究屬個案之見解，尚未形成共識，且政府採購法具有公益性質，與民法第 514 條第 1 項所定之各項請求權，係針對工程瑕疵擔保而規定之權利，二者無論規範目的及行使之要件均有不同，與承攬報酬請求權之性質亦有別，得否逕行類推適用，洵有可疑。

在類似無法律明定權利行使期間之情形，如民法第 227 條之 2 因情事變更而請求增減給付時，最高法院 102 年度台再字第 18 號民事判決曾指出：「鑑於情事變更原則為例外救濟之制度，形成權之行使具有變更原秩序之本質，……，致令契約當事人長久處於可能遭受法院判命增減給付之不確定狀態，顯非所宜，參諸誠信原則，斟酌本條項旨為衡平而設之立法目的，於因承攬契約所發生之債，解釋上當非不得類推適用民法第一百二十七條第七款關於原來給付短期時效之規定……」。則關於政府採購契約倘具有承攬契約性質者，其扣除權之行使期間，基於誠信原則縱認應類推適用民法之相關規定限制其行使之期間，但究應類推適用民法第 127 條第 7 款所定之 2 年期間[7]，或如前述以類推適用民法第 514 條第 1 項所定之 1 年除斥期間為宜，究非無疑。況且政府採購契約非獨承攬契約而已，法院在個案所持見解並無法全面解決因為政府採購法第 59 條未規定權利行使期間，造成法律關係可能長期無法確定之不安狀態。

(二)類推適用有名契約之規定，將造成分歧

鑑於政府採購契約種類眾多，於混合契約應類推適用何有名契約決定其權利行使期間，更有疑慮。政府採購法第 7 條第 4 項固規定：「採購兼有工程、財物、勞務二種以上性質，難以認定其歸屬者，按其性質所占預算金額比率最高者歸屬之。」然在採購契約未明列各項採購內容之預算金額，或無法析分何者預算占最高額時，例如工程及買受材料之預算比重相當時，此時應類推適用買賣或承攬有關除斥期間之規定？又如採購契約偏重租賃或委任契約時，因租賃或委任契約並未設有類似除斥期間之規定，若因法無明文，即認不受除斥期間之限制，勢必造成現行政府採購法第 59 條第 2 項在行使期間適用上之混亂，並因契約定性之不同，造成同為政府採購契約，但權利行使期間竟不同之不公平結果，殊非所宜。

(三)關於權利行使之除斥期間，宜立法明定

在立法政策上，就足以影響採購契約價款可否扣除及可否解除或終止採購契約之事由，未設除斥期間之規定，不僅將影響法律關係之安定性，更將使得採購契約之存續與否及價款是否應被部分減免，陷於長時間無法確定之狀態，損及廠商之權益，自有考慮修法增訂相關規定，以杜爭議之必要。否則，若由司法者以法律解釋或類推適用之方式解決此一爭議，不僅易造成分歧，是否違反法律解釋之界線，亦非無疑。

柒 結論

政府採購法之規範目的，係為建立公平競爭之採購環境，108 年 5 月 22 日修法後固然解決了原政府採購法第 59 條第 3 項在實務上適用之歧見，但就政府機關權利行使期間，並未明定，宜立法明定以杜爭議。

（作者為臺灣高等法院臺中分院法官兼庭長）