

政府採購制度之檢討 與修法建議

——從聯合國反貪腐公約第9條第1項
規定論起

林明鏘*

目 次

壹、體檢我國政府採購法	二、確保競爭機制
貳、聯合國反貪腐公約之制度要求（反貪腐公約法第9條第1項）	三、建立具體客觀標準
一、原則規定	四、改良申訴制度
二、具體事項要求	五、杜絕刊登政府公報制度之濫用
參、我國政府採購法之興革建議	六、對採購人員之有效稽察及規範
一、加強程序公開透明	肆、結 論

* 國立臺灣大學法律學院教授，E-mail：linmc@ntu.edu.tw。

壹、體檢我國政府採購法

我國現行政府採購制度主要由政府採購法及其授權法規命令45種暨施行細則及36種相關作業規定所共同構成，總條文規模高達千條以上，內容錯綜複雜，自1999年5月27日公布施行以來，已逾16年以上，其規範成效如何？是否能有效提升採購品質並杜絕公務人員違法貪瀆？尚未見主管機關（目前為行政院公共工程委員會）全面性、體系性、功能性地加以體檢公布成效並計畫修正制度。前營建署長、前消防署長貪瀆案，至國防部採購兩棲登陸裝甲車弊案……等，不僅採購貪瀆金額龐大、時間久遠，而且牽涉採購事項及範圍廣泛，似均不得以「個案」、「個人所為」為搪塞藉口，而能簡單忽視制度瑕疵所致國家公益之重大損害。再輔以查詢最高法院2010年至2014年間因政府採購（貪瀆案件）事件，刑事確定判決竟高達112件¹，尚且不含高等法院及地方法院裁判確定案例，每年平均即有20件以上，因涉及政府採購案件的刑事確定判決眾多，在我國行政刑罰執行中極為罕見，益可證明，檢討現行政府採購制度及其乃勢在必行。

2015年5月5日立法院三讀通過制定「聯合國反貪腐公約施行法」共8條（總統於2015年5月20日公布），我國將實施聯合國2003年公布之「反貪腐公約」（United Nations Convention against Corruption, UNCAC），藉以促進政府機關透明與課責制度（公約施行法§1），而「反貪腐公約」因具有內國法之效力（公約施行法§2參照），故依「反貪腐公約」第9條第1項之規定要求²，我國必須建立「特別有效」預防政府採購發生貪腐制

¹ 得參閱司法院法學資料檢索系統，網址：<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>（2015年6月8日造訪）。

² 有關聯合國反貪腐公約之全文中譯及第9條第1項之具體內容，併得參閱法務部廉政署主辦，〈聯合國反貪腐公約專題學術研討會〉，2015年6月23日，會議手冊，頁129-156，共71條規定，由是頁132-133。

度。雖然公約之施行日期由行政院定之（公約施行法第8條），但公約施行法第7條規定，各級政府機關（尤其是主管機關）應依公約規定之內容，檢討所主管之法令及行政措施，有不符公約規定者，應於本法施行後3年內，完成法令之制（訂）定，修正或廢止及行政措施之改進。此種3年條款加上施行日期由行政院決定之緩衝時間，乃給主管機關快馬加鞭，全盤火速檢討現行法令不符合反貪腐公約要求內容之黃金時間。無奈政府採購法之主管機關，行政院公共工程委員會於回應法務部廉政署之自我評估要求時，如同其他絕大部分主管機關態度一樣，勾選不需制（訂）定，修正或廢止相關法令³之選項決定，令人十分失望。其推測理由似因為一方面主管機關「反貪腐公約施行法與政府採購法無關⁴」，再加上組織改造面臨著：工程會將併入其他部會內，喪失機關地位，致失去對制度修正的熱忱及勇氣。

從而，本文乃以「局外第三人」的立場，借用在臺大教授10餘年政府採購法的淺薄經驗⁵，以聯合國反貪腐公約之原則規定及具體要求，對我國現行政府採購制度進行簡易型功能體檢，藉以喚醒主管機關修改採購制度的良心及勇氣，能夠儘快改善修正此種致命制度瑕疵，蓋良善的法律制度乃是我們留給子孫的最佳遺產，法令制度有殘缺不全之處，不宜諱疾忌醫，否則病入膏肓，縱使華陀再世，亦難妙手回春。在「防微杜漸」的基本立場

³ 參見法務部廉政署提供之「聯合國反貪腐公約落實情形評估檢核表」，2014年12月，頁33。

⁴ 中央主管機關認為我國政府採購法係依據WTO架構下政府採購協定，與2015年5月5日立法院三讀之「聯合國反貪腐公約施行法」（第9條）無關。理由是：一個國際組織（即聯合國）的公約（即反貪腐公約）不能對另一國際組織（WTO）的條約文字進行干預。此一理由，完全漠視此乃國內法（施行法與政府採購法）之競合問題，而非國際公法衝突。

⁵ 併請參見臺大土木學系、法律系共用講義，林明鏘、郭斯傑，《工程與法律十講》，五南公司，2014年2版，頁61-189（第3講至第5講）。

上，提出下列書面建議，以供主管機關參酌：

貳、聯合國反貪腐公約之制度要求 （反貪腐公約法第9條第1項）

我國政府採購制度之瑕疵可謂「罄竹難書」⁶，為使本論文有討論焦點，故僅以「反貪腐公約」第9條第1項之規定為限，作為體檢大項目，避免打擊面太大或體檢項目過多，失其重心，於此合先敘明。

一、原則規定

依反貪腐公約第9條第1項規定：「各締約國均應依其國家法律制度之基本原則……建立以透明、競爭及客觀決定標準為基礎之適當採購制度。」準此以言，反貪腐公約針對政府採購制度，已提出透明、競爭及建立客觀標準之三大基本原則，以下分別針對此三大基本原則，申論如下：

（一）透明原則

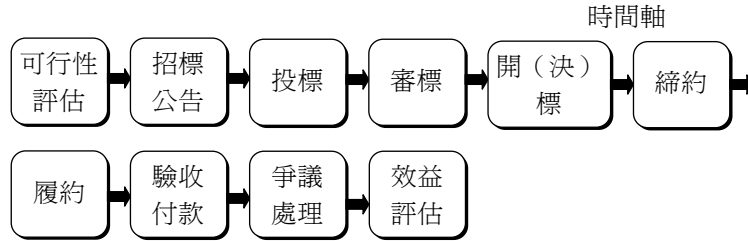
俗諺曾云：「陽光是最好的防腐劑；街頭燈光是最好的警察。」因此，採購制度及其執行之公開透明，應屬防貪腐的最有效方法。我國政府採購法第1條立法目的亦揭櫫「依公開之採購程序」建立政府採購制度，雖缺乏「透明」明文，但其目標應屬相同。

由於政府採購制度係一個行政流程，該流程得簡化為下表所示：⁷

⁶ 我國政府採購法之重要條文逐條分析檢討，併請參閱林明鏘、郭斯傑，前揭書，頁73-118（第四講：政府採購法(二)：逐條釋義）。

⁷ 林明鏘、郭斯傑，前揭註5書，頁62（表3-1）參照。

表1 政府採購流程表



本表由本文自製

準此，從招標公告至爭議處理制度之設計及執行，原則上均應以最大之公開透明為主軸，以不公開暨保持公務機密為例外情形。但是，我們如果仔細檢索我國政府採購制度，可以明顯發現充斥著不公開不透明的例外條款，而且數量龐大，似有「量變導致質變」，「例外變成原則」之嫌疑，例如：

1. § 104：有關國家安全或國防目的有關之採購。
2. § 105：重大變故、緊急危難之緊急採購（I ①、②）。
3. § 105：公務機關間財物或勞務取得（I ③）。
4. § 105：依條約、協定向國際組織、外國政府其授權機關採購（I ④）。
5. § 106：我國駐國外機構辦理或受託辦理之採購。
6. § 16：請託或關說書面紀錄未公開。
7. § 34：招標文件於公告前應予保密（I）。
8. § 34：底價於開標後至決標前，仍應保密（II）。
9. § 22：限制性招標（I）；不對外公開。
10. § 57：採行決標協商措施者，其開標、投標、審標程序及難容均應保密……等等。

當然「公開透明原則」並非「絕對公開」或「絕對透明」；在公共利益「絕對需要」的例外情形，始能正當化其不公開的要

求，不透明的制度設計⁸。我國政府採購制度充斥著消極不公開或保密條款外，在積極面的主動公開要求條款，極其罕見，例如：我國政府採購法對於巨額採購（工程採購2億元以上；財物採購1億元以上；勞務採購2,000萬元以上），不論採購契約書或招標程序均無應強制公開義務，造成一旦內部稽核機制失靈，外部（含人民監督、學界監督、公益團體監督）又無從知悉，則難保貪瀆情事之滋生或預防之困難。⁹

（二）競爭原則

所謂競爭原則係指政府採購制度應保障合法廠商均有公平競爭，取得政府採購供應權利之機會。此種公平保障供應廠商不僅包含國內廠商，亦應涵括國外廠商在內。蓋依據經濟學上之競爭法則，得使採購機關以最低成本，取得最高品質之商品及勞務¹⁰。因此，我國政府採購法第26條第2項即明文規定，招標文件之訂定，在目的及效果上均不得限制競爭；同法第25條第3項亦明示：共同投標以能增加廠商之競爭或無不當限制競爭者為限。

競爭原則之前提要件，在於前述之公開透明政府採購資訊。申言之，若無充分、事前的採購資訊提供，廠商即無法預先準

⁸ 例如：戰爭之武器採購（但非有關國防目的有關之所有採購）；機關無法預見之極緊急事故（而非條文所廣泛指稱重大變故或緊急危難）；或事實上無法使用公開招標方式採購（例如：第105條第1項第3款、第4款）者仍可採不透明方式，但其範圍不能過於廣泛，致本末倒置。

⁹ 依政府採購法第111條規定，鉅額採購僅建立主管機關之內控機制，即逐年報告使用情形及效益分析。雖有刊登效益評估於政府採購公報之義務，但是因無契約之公開，外部人員難以進行監督。

¹⁰ 有關政府採購法上限制競爭與公平交易法之適用評估，併得參閱羅昌發，《政府採購法與政府採購協定論析》，元照公司，2008年3版，頁83-92。

備，從事公平之競爭，但依政府採購法第27條第1項規定，限制性招標，即得不公開招標公告內容或不刊登於政府公報或公開資訊網路，造成資訊之「黑森林」，也會重大影響競爭原則的要求。此外，專利品之採購亦常與競爭原則相互抵觸¹¹。

我國政府採購法除於第25條、第26條及第37條曇花一現出現「競爭」用語外，立法目的的條款及其主要內容嚴重缺乏競爭精神，舉其實例，除前揭第27條第1項規定外，尚有下列諸多違反競爭原則嫌疑條款：

1. § 36：投標廠商基本資格之限制（Ⅰ）。
2. § 36：廠商特定資格之限制（Ⅱ）。
3. § 43：國內廠商保障條款(一)：保障採購國內貨品條件。
4. § 44：國內廠商保障條款(二)：國內廠商優先得標原則。
5. § 38：黨營及關係企業禁止參加投標。
6. § 97：扶助中小企業承包一定金額比例之政府採購。
7. § 17：外國廠商參與採購之門檻及限制。
8. § 103Ⅱ：特殊需要「不良廠商」時，得不受停權限制……等。

主管機關宣稱上述規定，均為「確保履約所必要」之限制，並非反競爭條款。此種見解，涉及觀察角度不同，而有所差距。從本質而論，任何確保履約必要，對於廠商的限制或優待，均含有限制競爭之色彩，問題關鍵在於此種限制是否「必要」，若屬「不必要」之廠商限制或優待，即與不當限制競爭有密切關聯，不容宣稱與競爭毫無關係。

¹¹ 依政府採購法第22條第1項第2款規定，採購專利品時，得採取限制性招標，從而即無競爭之可能，因缺乏競爭如台塑公司爆發採購弊端，即可為前車之鑑（國內則有署立醫院醫藥採購專利品之相類似弊案），有關台塑公司採購弊案，併得參閱聯合報，2015年7月28日，A1及A3版之報導。

(三)建立客觀標準原則

建立政府採購制度的客觀標準原則，其難度遠高於前揭透明及競爭原則，因為採購範圍過分龐雜，包含工程、財務及勞務在內，政府採購法未分別作不同章節安排，例如：工程採購與勞務採購本質上即十分歧異，無法以同一套規範加以管制，再加上同類型之個別採購仍存在相當之變異性，例如：工程採購之道路或大地工程與建物營造工程即有不同特殊規範要求，為賦予採購機關個案之彈性空間，所以在採購法文字上不得不採取不客觀或不準確的不確定法律概念及模糊之標準，例如：「經常性採購」（政府採購法 § 20①）；「費時長久始能完成者」（§ 20②）；「資格條件複雜」（§ 20④）；「另行招標確有產生重大不便」（§ 22⑥）；「在專業領域具領先地位之自然人」（§ 22 I ③）；「依市場交易慣例」（§ 30 I ④）；「不降低原有功能條件下」（§ 35）；「相當經驗之廠商」（§ 36 II）；「訂定底價確有困難」（§ 47 I ①）；「發現有足以影響採購公正之不當行為」（§ 48 I ②）；「政策變更」（§ 64）；情節重大（§ 101）……等不勝枚舉，以因應滿足採購實務上之必要個別需求。

但是依司法院大法官釋字第432及545、594等號解釋，「法律明確性原則」須具備下列三大要件¹²：

1. 意義非難以理解。

¹² 司法院大法官釋字第409、432、433、445、491、521、523、545、594、636及669號解釋，不斷闡明法律明確性之三大合憲與否標準，其並提出得依「專業知識」及「社會通念」加以認定及判斷，並得參酌「立法目的」及「法律系統整體關聯性」加以理解，可見得法律明確性之「明確度」尺度，已極為寬鬆無比！所以迄今只有釋字第636號解釋認檢肅流氓條例（目前已廢止）中之「霸占地盤」、「白吃白喝」、「要挾滋事」、「欺壓善良」、「品性惡劣」、「遊蕩無賴」用語與法律明確性原則有違。

- 2.受規範者所得預見。
- 3.可經司法機關事後得加以確認者。

而反貪腐公約上之「建立客觀標準」原則上不僅寓含有明確性原則之基本要求，而且其標準更高，因為「客觀標準」通常須有更具體的明確數量等或得以事後檢證之標準，而非僅「明確」或「得以明確」而已！為免「吹毛求疵」，以下僅以三條重要有關採購核心條件加以分析，可知「客觀標準」建立誠屬不易：

第一，依政府採購法第63條第1項前段規定：「各類採購契約以採用主管機關訂定之範本為原則。」從而即浮現第一個不明確的問題：各機關可否另訂採購契約範本，而異於工程會所訂定之四大契約範本（工程、財物、勞務及統包契約範本）？蓋採購契約範本不統一，不一致性，並非僅是技術性事項之歧異，而且亦涉及基本風險可否轉嫁？可否主張情事變更原則及契約價金調整，延長工期（非不計算工期）、擬制變更……等等重要基本問題之契約態度。由於政府採購法第63條第1項前段使用「為原則」三字，致造成目前尚有交通部公路總局、國工局、營建署、臺北市政府、新北市政府、高雄市政府、臺北市捷運局……等紛紛自擬採購契約範本，與工程會之契約範本互別苗頭，形成五花八門、百花齊放的契約不一致性，對於工程會參酌國際工程師協會（FIDIC）及國內採購慣例所擬定之契約範本，置若罔聞，即屬無「客觀決定標準」的一個禍水源頭，蓋採購契約重要契約要項（如：契約變更、價金給付及工期風險分配原則），契約範本已詳為斟酌訂定，在可能的選項中，已賦予採購機關相當大之彈性空間，實不宜容許其他中央或地方機關在未說明範本「窒礙難行」之理由下，另起爐灶，形成一國數制，除違反「範本具有法規命令」之效力¹³外，並且會因採購機關之不同，有相互歧異之

¹³ 依政府採購法第63條第1項前段之授權，由主管機關對外發布訂定之「契約範本」及「契約要項」，本質上亦符合行政程序法第150條所定

契約條款，有嚴重損及「客觀標準原則」！

第二，依政府採購法第22條明定（列舉）之16款限制招標事由，即凡符合得採用「限制性招標」事由，即得不公開透明，亦得不經由競爭方式，辦理政府採購事項，影響制度甚鉅，故更應以高度「客觀標準」「客觀明確」的方式條列，始符反貪腐公約所要求。但是，我們如果仔細分析其16款事由，其實下列各款，容有再加以明確化之必要，以免滋生黑箱作業之疑義：

- 第1款：無廠商投標或無合格標：仍須在限制其原因事由。
- 第2款：專利及獨家製造：仍應須尋求「對抗品廠商」。
- 第4款：後續維修之規模及範圍限制，50%以內即為已足？
- 第6款：追加契約外工程：法令限制過寬。
- 第13款：研究發展領先人保障條款，仍應公開受監督。
- 第14款：文化藝術採購限制性招標之SOP機制缺乏。
- 第15款：公營事業保護條款應全盤刪除。
- 第16款：其他機關認定概括條款過於主觀，仍應加以外部限制。

限制性招標要件過於寬鬆及主觀判斷，缺乏客觀決定標準，除應區別工程、財物及勞務不同類型，各自規定其客觀要件外（即第22條拆成第22條之1，第22條之2及第22條之3規定），建立個別之SOP制度及開放外界監督（事前或事後），亦屬防弊不可缺少的手段。

第三，政府採購法第52條第2項所定之決標原則，對於採取「最低標」或「最有利標」決標，究竟以何者為優先問題？僅含

之「法規命令」，再依「依法行政」（行政程序法§4）原則，中央及地方機關（地方制度法§30）均有遵循之義務，而非「參考」或「為原則」而已！

糊規定：「機關採前項第三款決標者（即採最有利標決標者），以異質之工程、財物或勞務採購而不宜以前向第一款或第二款辦理者（即以最低標決標辦理者）為限。」詳言之，政府採購法決標原則問題，間接暗示以「最低標」為原則（優先），僅有「異質」採購¹⁴，才能例外採取「最有利標」決標，影響所及，國內不論工程、財物或勞務採購90%以上均採取「最低標」決標，再加上國內低價搶標成習（即不及底價80%或預算全額70%）¹⁵，形成政府採購品質低劣的「傳統慣例」。依本文所見：政府採購法第52條第2項似有與同法第56條整合之必要，並區分工程、財物、勞務三種不同採購種類，而有不同的決標原則，始稱客觀妥適。且得仿政府採購法第22條逐款列舉之體例，明文各別列舉得採用「最有利標」的要件或程序規定，使採購人員能在客觀標準上，「勇敢」選擇最有利決標方式，刪除中文意義難以理解之「異質採購」用語，鼓勵採購「品質」應高於採購「價格」之評量思維，打破「便宜又好」（俗擱讚）的迷思（蓋一分錢一分貨），才有辦法打開我國目前政府採購的死胡同：一味以「最低標」方式決標，但卻不問採購品質是否堪足以「傳諸後世」的陋習。

客觀標準建立雖屬不易，例如：勞務採購如果以最有利標為原則，以最低標為例外，則為避免浪費預算，如何明文條列其最有利標（或最低標）之法定要件？此時，即有調查分析10餘年

¹⁴ 所謂異質採購（§ 52 II）的意義係指：不同廠商所供應之工程、財物或勞務，於技術、品質、功能、效益、特性或商業條款等有差異者。（政府採購法施行細則 § 66）何謂品質、技術、功能之差異？實難以令人理解不同施工法、廠牌、製程或自然人之本領技術高低，如何不會當然造成本質上之「差異」！故此一規定亦形同虛設。

¹⁵ 所謂低價搶標之「低價」，並非僅指政府採購法第58條及同法施行細則第79條所稱之低於底價80%或（預算金額）70%而已，本文認為尚應包含低於通常合理利潤之標價得標者在內。

來，採用最有利標之要件比例數據，並且組成「政府採購法研修小組」，逐條建立較客觀之標準，以利公務人員依法行政，而且必須建立更有效的財務決算內控機制¹⁶，甚至於有異乎常情或逾越一定金額採購案，設立外部強制稽核機制，作多層外控把關，以防免「首長為惡，防弊失效」，政府採購法防弊內部機制全盤無效的悲劇重演。

二、具體事項要求

依聯合國反貪腐公約第9條第1項之規定，對政府採購制度尚有下列五項具體要求：

(一)公開程序及契約資料

公開採購程序及採購契約資料（含招標文件及決標資料）係反貪腐公約的首要要求（§ 9 I ①）。依我國政府採購法第27條規定，若採限制性招標者，原則上¹⁷即得不公開程序及採購契約資料。因此，我國政府採購法第27條規定是否應予修正？即不論採取何種招標方式，均應將採購案件公告刊登政府採購公報並公開於資訊網路上，以杜「黑箱作業」之弊，頗值主管機關考量之，以擴大外部監督力量。此外，反貪腐公約並要求應使潛在之

¹⁶ 依政府採購法第13條規定，公告金額之採購，原則上應由主（會）計單位會同監辦（特殊情形則得不用監辦）；同法第108條並設有採購稽核小組；同法第109條並授權審計機關得隨時基查採購案件。建立三道內控機制，但實際執行經驗上，卻罕見此種內控機制發揮其應有功能。例如：以臺北市政府為例，2009年至2013年5年間，審計部臺北市審計處決算審核報告上，財物稽察違失總共僅63件，報請外部機構（監察院及檢調機關）處理者僅2件（2013年）比例過低。參見<https://choupoya.wordpress.com>（2015年6月26日造訪）。

¹⁷ 例外情形為政府採購法第22條第1項第8款（公開競價市場）、第9款（公開評選專業技術服務）、第10款（公開辦理設計競賽）、第11款（公開徵求採購房地產）四種。

投標者有充分之準備及提交投標書之時間，依我國政府採購法第28條明訂，採購機關應訂定合理之「等標期」（即自公告日或邀標日起至截止投標或收件日止）。但依第28條所定之「招標期限標準」第2條（公開招標）為例，最長之鉅額採購等標期僅有28天（公告金額採購僅14天），「等標期過短」除使得投標人無法仔細計算工項與工期，更使得投標人到現場調查時間過短，衍生諸多後續紛爭，例如：漏項、漏量或發現異常工地狀態……等糾紛或爭議。因此，「等標期」過短，似有再增加等標期之必要，修正「招標期限標準」即有必要！

此外，如公開招標文件外，對於鉅額採購契約書，以及案件進行流程是否亦應一併公開？以法律明文加以公開，除得以克服「營業秘密」之法律障礙外，並得以提高事後公眾監督採購案件之潛在可能性。最後，依「政府採購公告及公報發行辦法」並未限定公開於採購網站之最低期限以及應否以外文（英文）併同登載之必要性，為增加潛在投標人之範圍，似有修（增）訂前揭發行辦法之必要。

（二）事先確定甄選標準與決標方式

依反貪腐公約第9條第1項第2款規定，應事先確定參加政府採購之條件，包括甄選與決標標準及投標規則，並予以公告。我國政府採購法第26條則對招標文件之訂定，同法第27條對招標文件之公告分別訂有明文。惟招標文件訂定規定（§26）僅偏重於抽象性或一般性之原則指示：即應依「功能或效益訂定招標文件」（第1項）或僅消極禁止限制競爭（第2項）或禁止綁標條款（第3項），並未明確要求招標文件之具體內容應含「甄選標準」及「決標方式」，似有增補之必要。故若能於政府採購法第26條第1項增補：「並應載明甄選標準及決標方式」，似較符合反貪腐公約要求。

其次，事先公告甄選標準及決標方式亦屬反貪腐公約之基本

要求。我國政府採購法第27條第2項授權由主管機關訂定「政府採購公告及公報發行辦法」，其第7項僅列舉應公告之16款事項，卻漏未包含「甄選標準」及「決標方式」，或許主管機關認為前揭標準均已載明於「招標文件」中，故毋庸再行公告。但是為符合反貪腐公約之文義要求，似有修改前揭辦法第7條之需要，使得採購機關有摘錄甄選重點之義務，實務上似並無任何執行上困難，亦使得投標人有明確性之事前認識。蓋我國招標文件種類及方式繁複，常常不只有「招標公告」而已，為免投標人不明採購案之重心，此種公告亦具相當之實益。¹⁸

(三)依客觀標準作成採購決定

依反貪腐公約第9條第1項第3款規定，政府採購制度應採取客觀及事先確定之標準作成採購決定，以利事後稽核各項規範及程序是否正確適用。因此，採購程序伊始，即應先行決定採購決定之「客觀標準」，包含政府採購法第52條第1項所列舉之三種決標客觀標準：最低標、最有利標及複數決標¹⁹方式的事前確定。

從文義及經驗而言，採取最低標決標原則，不僅最客觀（因數字不需再斟酌），而且程序糾紛亦較少；反之，若採取最有利標決標原則（§ 52 I ③、§ 56），不僅程序較為複雜，例如應先報請上級機關核准（§ 56 II），且須組成「評選委員會」（§ 56 I），尚且對如何針對「技術」、「品質」、「功能」、「商業

¹⁸ 「招標文件」在我國採購實務上，除包含「招標公告」外，尚包含有「投標須知」、「補充說明」、「釋疑說明」、「協議書」、「契約條款」……等內容，且招標文件效力大於投標文件（工程採購契約範本§ 1），所以確立並明確化招標文件之具體內容，實屬必要。

¹⁹ 政府採購法第52條第1項雖列舉四款（種）決標原則，但因不論是否訂有底價之最低標決標原則，本質上均屬最低標決標，僅有些微差異性（即以底價或預算額為決標上限），故本文乃予以減化成三種決標原則。

條款」²⁰、「價格」等項目，決定對採購機關（即公共任務完成之公共利益）「最有利」之廠商。此種評選最有利之項目及子法，雖於「最有利標評選辦法」（第56條第4項授權之法規命令）第5條擴大列舉成「技術」、「品質」、「功能」、「管理」、「商業條款」、「過去履行績效」、「價格」及「財務計畫」八大項目，並嘗試加以細緻化其子項具體內容，例如：「功能」項目及舉例如：「產能」、「便利性」、「多樣性」、「擴充性」、「相容性」、「前瞻性」或「特殊效能」，此種列舉，更令人混淆而且多屬抽象或主觀推測，尤其「隔行如隔山」，再加上勞務採購、工程採購及財務採購均適用同套「八大標準」，更令人匪夷所思，不知如何客觀合理決定。以法律服務之勞務採購為例，如何選擇一家最有利之「律師事務所」（廠商），如先套進前揭「八大項目」及其子項的話，「功能」項目不知如何適用評分？申言之，此種純係以「財物」採購為主軸之最有利項目，不僅難以完全適用於勞務採購及工程採購，而且極為不客觀，最後常易受「價格」項目之影響，變成變相的「最低標」決標²¹，喪失最有利標之建制初衷。依本文所見，最有利標之評選項目，涉及廠商私益及公共利益甚鉅，依「重要性法律保留原則」²²應明定於政府採購法中，而且應區分成工程採購、財務採

²⁰ 所謂「商業條款」依「最有利標評選辦法」（政府採購法§56IV授權之法規命令）第5條第5款規定乃係指：履約期限、付款條件、廠商承諾給付機關情形（即俗稱之回饋條件）、維修服務時間、售後服務、保固或其文件備置等，其中最具爭議者乃屬「回饋條件」之事先提出，本質上頗類似「期約賄賂」！

²¹ 雖依「最有利標評選辦法」第17條第3項規定：「價格納入評比者，其所占全部評選項目之權重，不得低於百分之二十，且不得逾百分之五十。」有限制價格比重分數之意義，但依作者多年參加最有利評選的經驗，價格仍有舉足輕重之影響力。

²² 「重要性法律保留原則」（相對應於侵害或干預性法律保留原則）為最近司法院大法官釋字第707號解釋（公立學校教師待遇項目）以來之

購及勞務採購分列三條，各自規範其不同之項目及子法具體內容，始能有「較客觀」之標準，符合反貪腐公約第9條第1項第3款之基本要求。

此外，依「最低標」或「最有利標」方式決標予某特定廠商後，採購機關可否因「政策變更」或其他「重大公共利益」之考量，而不與廠商締約？此一問題除涉及我國政府採購法第64條之解決適用外，而且亦與「依客觀標準」完成採購決定有密切關聯。

依政府採購法第64條規定：「採購契約得訂明因政策變更，廠商依契約繼續履行反而不符公共利益者，機關得報經上級機關核准，終止或解除部分或全部契約，並補償廠商因此所生之損失。」雖僅規定於「履約期間」，但依「舉重以明輕」之法理（尚未締約前屬公益損失輕微時期），似仍可適用於尚未締結政府採購契約之階段，始能保全最大之公共利益，否則持續締約，廠商及採購機關將面臨雙輸及更大之損失的局面，豈是立法有意作期間之限制？不過，政府採購法第64條之「政策變更」及「公共利益」之具體情況，似宜加以列舉限制，例如：國會刪除全部預算是會構成政策變更？²³並涵蓋所有政府採購之所有階段，以昭客觀明確，並得以符合反貪腐公約之精神。

最後，臺灣地區最常出現之「低價搶標」（不及底價七成或八成者）²⁴，本土案例中，若機關採取最低價決標方式時，唯一

主流見解。

²³ 政府採購法上雖較少發生政策變更終止採購契約之情事，但在促參法上確發生不少政策變更而終止促參程序（含不締約）之事件，並得參閱林明鏘，〈政策終止促參程序之法律爭議〉，東吳法律學報第25卷1期，2013年7月，頁49-74。

²⁴ 造成「低價搶標」除涉及廠商之競爭或不良動機外，亦常涉及政府採購法第46條底價訂定浮濫及機關首長核定不實等諸多因素，交互影響造成之臺灣特殊情況，如何確實查估出市價合理之底價，亦有建立複審SOP機制之必要！

的防杜手段係政府採購法第58條之「限期通知廠商說明」或令其「提供擔保」二種反制方法，以便不決標予偏低標價之最低標廠商。有爭議問題係：第一，若廠商已提出說明或提供擔保時，採購機關得否仍不決標予最低標廠商？第二，如何客觀判斷廠商之總價或部分標價「偏低」、「顯然不合理」，且有「降低品質」、有「不能誠信履約之虞」？針對第一個問題，政府採購法第58條缺少明文規範，僅在「依政府採購法第五十八條處理總標價低於底價百分之八十案件執行政程序」（行政規則，以下稱「執行政程序」）²⁵附註中八點執行原則中之第6點原則，其認為：最低標廠商提出之說明「不足採信」者，即得不予決標予最低價廠商，且得依招標文件沒收其押標金。針對第二問題，政府採購法施行細則第79條（總標價偏低）、第80條（部分標價偏低）嘗試分別加以定義及客觀化，以低於底價80%或70%（未訂底價時已預算金額計算）為標準外，並有經「評審」或「評選委員會」認為偏低者以為概括，輔以補充漏洞！此種解決方式，用心良苦。但是以行政規則之附註說明或以施行細則方式規範如此重大問題，法律位階過低，難以符合「重要性法律保留原則」要求外，對於「決定客觀化」之正當行政程序亦有缺漏，尤其是當最低標廠商提出說明，但採購機關僅曰：「不足採信」或「不准提供擔保」，則此種完全無其他正當法律程序或送交第三公正機關決定之配套措施，均付諸闕如的規範條件下，增補政府採購法第58條規定之相關內容，例如：建立更客觀彈性之價格偏低複查（審）機制；不一味以80%或70%之機械標準為唯一準據……等，才能有效杜絕廠商低價搶標之不良傳統，確保政府採購品質，並且符

²⁵ 「執行政程序」於2011年8月22日以工程企字第1006261091號令發布，因其無政府採購法之授權，故應屬行政規則或職權命令，其法規位階過低，且規範事項重要，例如：得沒收廠商押標金（不予發還）（第4項），說明尚非合理（第4項），均似違背法律保留原則之要求。

合較「合理客觀之決標標準」。

(四)有效申訴制度

依據反貪腐公約第9條第1項第4款規定：採購制度應包含國內有效之申訴異議制度，以確保在依本項訂定之法規範未受到遵守時，得進行法律救濟。我國政府採購法第六章爭議處理（§ 74至§ 86規定）雖已建立異議（§ 75）、申訴制度（§ 76）以及調解制度（§ 85-1至§ 85-4），並被稱譽為「整部政府採購法的精髓所在。」²⁶，但此一「精髓」規定真的「有效」嗎？值得我們分別對申訴、異議、調解制度進行探究。

首先，在異議制度是僅限於關於「招標」、「審標」及「決標」之爭議問題，而且係由原招標機關受理異議（§ 74及§ 75），異議突起時間非常短暫（§ 75 I）。此種設計乃基於二種基本假設：第一，將異議制度視為申訴之必要先行程序，類似訴願先行程序。第二，將政府採購程序認定為「雙階程序」²⁷，前階段之招標、審標及決標為公法行為；而後階段所締結之採購契約乃屬私法行為，故不允許廠商就契約（亦含履約爭議）提起異議或申訴，而僅得對前階之公法行為提起異議或申訴。此種立法政策及法律結構頗有再行商榷之餘地。因為：第一，將一個單一性的政府採購程序，以法律機制之畸形方式，強行割裂成公法與私法二個不同領域適用不同法律，造成同一法律事實，卻分別由行政法院及普通法院受理之矛盾結果，不僅易造成裁判相互矛盾，而且也會嚴重忽略政府採購契約的公法目的及公共利益。第二，異議制度並無絕對必要成為申訴制度的強制前置程序，因為

²⁶ 羅昌發，前揭註10書，頁339。

²⁷ 有關政府採購程序採「雙階理論」之證據除政府採購法第74條及第83條之體系解釋外，並已為審判實務所承認。併參閱林明鏘、郭斯傑，前揭註5書，頁67；黃鈺華主編，《政府採購法解讀》，元照公司，2011年9月4版，頁297-299。

目前的異議先行程序並未發揮其採購機關自我反省改正之功能，蓋採購機關本位主義及「不認錯傳統」仍根深蒂固，難以改變，而且反而成爲提起申訴之障礙（§ 76 I）或黃金解決（急救）時間的拖延，造成公共利益及廠商的雙重損失。從而，依本文所見，爲「有效」建立異議申訴制度，首先宜修正異議制度，將異議制度改變成選擇性（由廠商選擇）之前置程序，而非強制性之前置程序（應修改政府採購法 § 75 及 § 76 規定），並且擴大異議爭議適用範圍亦包含履約階段（含驗收階段在內），如此，才能更加提升政府採購法上爭議處理機制之有效性，符合反貪腐公約之要求！當然異議制度之改弦更張，並須與下述之申訴制度一併考量修正。

其次，政府採購法上目前已發揮極大紛爭解決功能的申訴制度（§ 76 至 § 85），²⁸亦有加以調整之必要，以增加其制度工農的更有效性。依前揭所述，申訴制度僅能處理「招標」、「審標」及「決標」前階段之爭議問題（§ 74），而不能受理後階段契約紛爭。契約紛爭必須循民事訴訟或仲裁方式解決。此種立基於「雙階理論」的德國法制²⁹，並不適用於我國國情。除強行割裂同一採購事實外，對於廠商及採購機關均屬不利。因爲：契約紛爭一方面成爲政府採購法上極大比例的紛爭案由，另外一方面均須向仲裁庭或民事訴訟庭起訴或應訴，而無法循申訴制度，以低廉成本（3萬元申訴費用），快速、專業的程序（最長40日；§ 78 II）作爲訴訟與仲裁程序外的另一種「程序」（Alternative Dispute Resolution, ADR）。其實申訴制度最適用於臺灣採購契約紛爭生態及實際需求。此一修法建議唯一必須克服的法學障礙

²⁸ 政府採購法上申訴制度所發揮之功能，併可參閱羅昌發，前揭註10書，頁340。

²⁹ 黃立，〈政府作為消費者：臺灣與德國採購法制之比較〉，政大法學評論第92期，2006年8月，頁273以下參閱。

是「政府採購契約定性」問題。申言之，政府採購法除須修改第74條規定，增加「履約」及「驗收」爭議外，將政府採購契約定性為「行政契約」，並適用行政程序法（§ 135至§ 149）規定，才能杜絕「私法契約」不得循「公法爭議」途徑解決之疑問！法國政府採購法明定：政府採購契約屬於公法契約（行政契約）³⁰，為何我國不能採用法國制度而寧願跟隨德國（有其歷史因素考量成分之決定）制度？其必要理由何在？在不區分公法私法及法院審理權之美國政府採購制度，則完全無此困擾問題³¹，由於我國憲法第77條區分公法與私法審判權，為杜爭議，本文認宜於政府採購法上增訂「政府採購契約為行政契約，適用行政程序法規定」，並將申訴標的包含採購契約爭議，增加申訴制度紛爭解決功能，作為行政訴訟法第8條提起一般給付訴訟的「強制前置程序」，使行政契約中之「政府採購契約」向行政法院起訴前，均應先經申訴程序，除能減輕行政法院專業判斷之負擔外，並且能先期有效解決契約紛爭，蓋採購機關依循第三公平客觀之申訴委員會作成之申訴判斷履行契約，即可以清除「圖利廠商」之嫌疑，採購機關也樂意退讓或協商，有利於紛爭之有效解決。

此外，未達公告金額（100萬元）之政府採購契約紛爭，以及促進民間參與公共建設法暨都市更新條例上之契約紛爭，可否修法一併適用政府採購法上之新申訴制度？亦應一併整體考量，發揮制度性替代紛爭解決制度之更大功效！

³⁰ 有關法國政府採購契約之定性討論，併得參閱陳淳文，〈公法契約與私法契約之劃分〉，收錄於社團法人台灣行政法學會主編，《行政契約與新行政法》2002年6月，頁131-164；張惠東，〈法國公私協力契約之紛爭解決〉，中研院法律所主辦，2012年行政管制與行政爭訟學術研討會論文；吳秦雯，〈歐盟法對法國行政契約法治之影響〉，東海大學法學研究，2008年12月，頁1-56。

³¹ 關於美國政府採購制度之深入研究，併得參閱湯德宗（研究主持人）、簡資修（協同主持人），《美國公共契約法制之研究：我國政府採購及委辦制度興革建議》，行政院研考會，1993年。

最後，現行政府採購法上之調解及仲裁制度（§ 85-1至§ 85-4），得因前述擴大申訴制度受理範疇包含「履約爭議」後，似均可全盤刪除之。其理由為：現行調解機制因欠缺強制力，成立機率不高（採購機關深恐退讓會涉及圖利廠商），難以發揮其制度功能³²此其一；現行「先調後仲」之制度設計（§ 85-1 II），因違反仲裁以雙方合意為前提要件之世界慣例，而有違憲或違反世界仲裁常理之嫌疑，亦不宜留此仲裁條款³³，此其二；擴大申訴審議制度之程序內涵，增加「邊申訴邊調解」機制，將現行政府採購法第85條之4得隨時提出「調解建議」與「調解方案」的精神，移植於申訴制度內，此其三。如此一來，擴大效能之申訴制度，即能取代部分異議及調解制度，並提升政府採購法爭議制度之紛爭解決功能。

(五)採購人員之特殊規範

依反貪腐公約第9條第1項第5款規定：採購制度應採取措施，藉以規範採購人員，諸如：採購利害關係聲明，篩選採購人員程序及採購人員之培訓。我國政府採購法對此雖定有採購人員之「旋轉門條款」（§ 15 I）；「應行迴避條款」（§ 15 II）；以及「採購人員倫理準則」（§ 112授權法規命令）；「採購專業人員資格考試訓練管理辦法」（§ 95 II授權）。但似仍成效不彰，採購人員貪瀆案件層出不窮，不僅採購專案承辦人員涉案頗

³² 調解制度常因採購機關之堅持己見而不易成立，併得參閱林明鏘、郭斯傑，前揭註5書，頁104-106。

³³ 國內有關政府採購法第85條之1第2項「先調後仲」（或稱強制仲裁）之論文不少，例如，沈冠伶、陳英鈴，〈仲裁程序選擇權與訴訟權之保障〉，月旦法學雜誌第158期，2008年7月，頁217-235；吳光明，〈論政府採購法第85條之一第2項之「先調後仲」機制〉，法學論叢第53卷3期，2008年7月，頁35至63；李念祖、李劍非，〈強制仲裁制度的憲法原理與我國政府採購法第85條之一第2項之合憲性〉，法學新論第39期，2012年12月，頁13-49等。

多，而且亦包含行政機關首長、副首長或其他行政監督人員之集體犯罪（如：兩棲登陸裝甲車）³⁴。我國是否徒有規範「採購專業人員」之制度形式，而無規範實質效力？即有再行嚴肅檢討之必要。

我們首先面臨的第一個問題係：政府採購是否宜由統一機關辦理？或分散由各機關自行辦理？辦理人員是否應限「採購專業人員」？或一般非專業人員亦得承辦？我國政府採購法雖有機關採購得委託法人或團體代辦條款（§ 5 I），但並未採取集中由某機關、學校或事業統一辦理採購之機制，而係採由各機關自行辦理採購之體例（§ 3），以求便捷及彈性。影響所及，各機關及各級學校均需有專（或兼）辦採購之專業人員，數量驚人！所以難以有效稽查！³⁵此種情況會產生下列重大制度執行上的問題：第一，無法利用數量採購上之優勢，取得較合理之採購價格；第二，分散各機關辦理採購，使機關必須額外撥出人力辦理採購事宜；第三，採購專業人員因兼辦因素，致無法具備實質上之「採購專業」能力；第四，我國採購人員不強制需具有專業採購人員資格者充任之（採購專案人員資格考試訓練發證及管理辦法§ 2），形成專業上之危險；第五，各機關首長（或單位主管）具有採購案之決定性權利（含是否採最有利及招標文件之決定），卻未見對其嚴密防範機制。以民間大企業台塑公司為例，其採購案通常均集中於「總管理處統一處理」，各分（子）公司不得逕自辦理採購，在總管理處下設「採購小組」，建制專業採購人員，透過電腦隨機分配承辦人員，透過「決策」、「採

³⁴ 併得參閱許福生，〈聯合國反貪腐公約與我國反貪腐刑事政策之思維〉，法務部廉政署主辦，《聯合國反貪腐公約》學術研討會論文集，2015年6月23日，頁36以下。

³⁵ 依工程會委外代訓採購專業人數統計資料可知：2013年1月至12月間即已有11,639人參加基礎訓練或進階訓練，取得採購人員專業及格證書者高達8,239人！參見前揭註3檢核表，頁35。

購」、「承辦」三大環節之分立制衡，以杜絕弊端³⁶。我國因為機關學校大小不一，分散採購的結果，「決策」、「採購」、「承辦」、「稽核」四大環節常無法細分防弊，造成「一條龍」全被買通的機會較高，不利制度的防杜功能。依本文所見：我國政府採購若能在某程度全額採購案集中（例如臺北市政府為例）由某機關或單位負責，置全職專業人員（即政府採購官），在不影響機關需求下，似較合理可行，不宜採行分散且又不須強制採購專業人員的採購制度。此外，為使採購人員維持其「專業能力」，目前的訓練方式（自2004年起施行委外訓練）、訓練課程，而有在職訓練及更新採購資訊（§ 11）都須再行檢討修正，以求配套施行。

其次，重新設計「採購稽核小組」（§ 108）的設置及職權³⁷，提升其位階於政府採購法中，明定由中央及地方廉政機關負責，其稽核權限之發動不以「有重大異常情形為限」，舉凡每一採購案達一定金額以上者，從「決策」、「採購」至「承辦」過程，均須加以稽核，尤其對於「底價之決定」、「招標方式」及「決標方式」均須嚴格把關，作成稽核報告後，分送審計機關（無弊端）或檢察機關（有犯罪嫌疑者）處理，始能首長操弄採購，承辦虛偽奉承之不合理採購案，降低之最小。

最後，再全盤檢討「採購人員倫理準則」（§ 112），放寬「採購人員」之範圍，包含所有涉及採購流程之決策者及承辦人員及監督人員在內，並且更有效地與第七章罰則規定（§ 87至§ 92）相互配合，增列採購人員之「行政責任」條款，而非目前之僅存刑事條款，加重採購人員之責任，但相對應宜提高採購人員

³⁶ 例如台塑之「無敵採購網」，併參見聯合報，2015年7月28日，A3版之報導。

³⁷ 依政府採購法第108條第2項之授權，目前分別定有「採購稽核小組組織準則」及「採購稽核小組作業規則」，以茲規範。

之職務加給（例如增加三分之二之司法官加給），使「權責相符」。考慮增訂檢舉廠商免除刑罰之條款，以鼓勵廠商「放下屠刀」或「勇於認錯」。提高吹哨者或檢舉人之「檢舉獎金」，提早至一審有罪判決時即行發給，以免滋生遲來正義之譏。³⁸

韓非子曾云：「徒法不足以自行」，蓋法律制度能發揮其建制功能，成功首要件在有一批清廉且具有專業能力的採購人員。所以對於「採購人員」的「特殊規範」，其重要性時遠大於其他前述四款之制度設計，但其難度亦遠高於其他規範之設計。目前我國政府採購法對採購人員之特殊規範，除第15條與第112條及其他相關子法外，尚有刑事法規及公務員法規（例如公職人員利益衝突迴避法、公職人員財產申報法等），可謂「鋪天蓋地」亦不為過。但是，採購弊案每年均可占據報章雜誌頭條新聞，以身試法之採購人員，迄今難以弊絕風清，仔細探究其理由，犯罪黑數過高，被偵查起訴定罪之風險過低，難辭其咎！因此有效的稽查及外部檢舉制度的引進政府採購法，並嚴密化採購各層級人員之等級課責制，並提高其職務加給，才能達成反貪腐公約所要求：「特殊對採購人員規範」本旨。

參、我國政府採購法之興革建議

透過對反貪腐公約原則規定及具體事項要求之逐條梳理及檢討，對於我國現行政府採購法有下列興革建議，一方面利用反貪腐公約施行的契機，對我國制度為全面體檢，另一方面，也希望制度的改善可以使我國採購制度，更透明、更競爭、更有客觀標準，擺脫傳統陋習，達成每件採購都是最合理且品質最好的具

³⁸ 依目前之檢舉貪瀆獎金制度（法務部下設審議小組）十分僵硬，須受檢舉人判決有罪確定時，方得發給一定比例（貪瀆金額）之獎金，弊案致常拖延甚久尚未確定，而無從有效鼓勵檢舉人。

體實踐。

一、加強程序公開透明

我國政府採購法第1條雖宣示「公開之採購程序」為其立法目的，並且在第27條及第29條中強制採購機關將招標公告及招標文件刊登於政府採購公報並公開資訊網路。但是，政府採購法中仍存在諸多不公開透明之程序及事項，有待斟酌損益，考量程序更加公開透明化，例如：

- (一)未達公告全額（100萬元）以上之採購程序不對外公開（§ 23）。
- (二)限制性招標案並未全部公開透明（§ 27 I）。
- (三)最有利標及最低標決標之協商程序均應保密（§ 57）。
- (四)個別具體採購契約均未公開透明（§ 63）。
- (五)軍事採購、緊急採購及駐外機構採購全部不公開（§ 104、§ 105、§ 106）。
- (六)已結案之採購文件，無公開透明義務（§ 107）。
- (七)採購稽核小組或審計機關之報告無公開義務（§ 108、§ 109）。
- (八)巨額採購及重大採購之效益評估報告³⁹，並未全部公開透明（§ 111 II）。
- (九)爭議處理案件未能全部公開透明。
- (十)採購人員及廠商貪瀆刑事確定判決未能依法強制公開。
- (十一)採購商品資訊及同等品分類未全部無償公開提供廠商

³⁹ 政府採購之公共建設常因未確實執行事前之「可行性評估」及事後之「效益評估」，縱經合法採購程序，仍會造成許多「蚊子館」、「蚊子碼頭（漁港）」、「豆腐渣工程」（隨著每年必經之颱風豪雨即會被沖失無蹤之工程），併得參閱聯合報2015年「願景工程調查報告」，陳文卿，〈蚊子館氾濫：可行性評估早失能〉，聯合報，2015年8月4日，A15版。

參考（§ 11 I）。

（十二）招標程序及招標文件保密範圍過廣（§ 34）……等等。

上述列舉十二種不公開或不透明之程序規定，或缺乏積極公開透明條款，一方面過分妨礙政府採購法之立法精神，另外一方面也會因此滋生貪瀆的溫床。我們當然知道：在採購各階段中，含規劃階段至效益評估階段，有時在本質上必須適當保密，以免一旦「走漏風聲」，引發市場炒作或公益之重大危害，但是過多不必要的保密條款、不公開的黑箱作業，尤其是已終結之採購案件，採購文件一律永久封存不公開，連效益評估報告都需經媒體代為檢討公開，豈非故步自封抱殘守缺，致與公開時代潮流背道而馳，能不儘速加以檢討修正補足嗎？

二、確保競爭機制

我國政府採購法之立法目的嚴重缺乏「競爭」之基本概念，卻只有強調空洞的「公平」採購程序。蓋合理的「競爭」環境，才能帶來公平的採購程序與理性的採購決定；相反的，一個壟斷而缺乏競爭機制的市場，通常無法提供與價格相對應的採購品質。此種確保競爭機制，早已在世界貿易組織（WTO）之政府採購協定（GPA）中加以載明⁴⁰，而且亦為反貪腐公約第9條第1項再度強調採購制度應確保競爭機制之意旨。

確保採購競爭機制不僅包含國內廠商之自由競爭，而且原則上亦應包含國際貿易組織內之國際自由競爭在內。⁴¹我國政府採購法中直接或間接（未明文確保競爭）涉及競爭規範者有下列四條：

⁴⁰ 有關政府採購協定之主要精神及制度變革，併得參閱羅昌發，前揭註10書，頁389-393。

⁴¹ 國際貿易規範中，並未強制要求締約國家必須一律向其他會員國開放其政府採購市場。羅昌發，前揭註10書，頁393。

(一) § 26 II：招標文件之技術規範不得限制競爭。

(二) § 34 II：採購機關不得洩漏底價及投標或投標廠商名稱及家數。

(三) § 37：訂定投標廠商資格不得當限制競爭。

(四) § 52 I ④：複數決標方式應符合「競標精神」。

主要規定適用於招標階段中，但是對於決標階段之確保競爭則較少著墨規範之。因此，例如：採購特殊財物（如：專利品或獨家製造供應）之限制性招標；最低標決標之超低價搶標、濫用競爭之本土化案例卻缺乏有效管制條文。此外，「政府採購法第二十六條執行注意事項」⁴²第3條前段不當規定：「機關所擇定、採用或適用之技術規格，其在目的或效果上有無限制競爭，應以有無逾機關必須者認之，而不以符合該規格之廠商家數多寡作為判斷依據。」過度放寬（即合法化）招標文件技術規範之「綁標」限制競爭行為，例如：規定碟片保存年限為7年（國內產品依法令僅能保存5年）；採購特殊顏色之大理石；或特殊規格之人造草皮，或規定律師事務所應有50位以上執業律師⁴³……等，均可被前揭注意事項合法化（不以合格廠商家數多寡為斷），更加重限制競爭條款之合法性，嚴重破壞競爭秩序，形同變相之「限制性招標」。從而，依本文所見，我國政府採購法宜作下列增修，以符合反貪腐公約及政府採購協定之確保競爭秩序要求。

(一)將「確保競爭」增訂於政府採購法第1條規定中，藉以達成畫龍點睛的引導功能。

(二)檢討政府採購法第26條有關招標文件技術規範限制競爭

⁴² 「政府採購法第二十六條執行注意事項」為工程會於2001年11月9日發布之行政規則，全文共11條。併得參閱行政院工程會主編，《政府採購法令彙編》，2013年9月，頁335-337。

⁴³ 有關採購機關利用政府採購法第26條及其注意事項進行綁標，破壞競爭秩序之實例，併得參閱林明鏘、郭斯傑，前揭註5書，頁82。

綁標之文字規範，並停止該條「注意事項」第3條前段之適用。

(三)重新審視政府採購法第36條及第37條有關訂定廠商之「基本資格」及「特定資格」文字規定，並同時檢討修改「投標廠商資格與特殊或巨額採購認定標準」⁴⁴第5條（同性質或相當文字）、第6條（具體數字），以免利用廠商特殊資格限制，不當限制競爭。

(四)增訂廠商濫用競爭手段以低價搶標防範性之規範，除於政府採購法第58條中之「說明」及「擔保」手段外，授權增加採購機關經一定正當行政程序後之其他權限，例如：司法調查權限、移送公平會權限⁴⁵或罰鍰權限，以杜廠商低價濫行搶標之歪風。且明訂標價偏低之類型及認定標準，置於政府採購法中第58條之1以下，以符合法律保留原則。

(五)增訂一定金額以上之採購應並以英文為招標公告上網，以增加潛在性之競爭外國廠商，增加合理之競爭機會。

三、建立具體客觀標準

我國政府採購法最值得檢討者，應屬招標程序與決標方式之客觀化問題。申言之：在招標程序中之「限制性招標」（§ 22）規定，決標方式：「最有利標原則」（§ 52 I ③、§ 56），以及

⁴⁴ 「投標廠商資格與特殊或鉅額採購認定標準」係政府採購法第36條第4項授權之法規命令，自1999年發布至今，行之多年，罕有從限制競爭觀點加以檢討，例如「特書採購」（§ 6）範圍過大，巨額採購金額過低（§ 8），廠商基本資格（§ 3）只考量國內廠商而未斟酌國外廠商，均有大幅檢討之必要。參見前揭註42法令彙編，頁191-196。

⁴⁵ 依公平會1999年1月25日(80)公法字第00248號函，有關政府採購法1999年施行後，公平會與工程會之兩會協商決議認為，公平法原則上不再適用於政府採購案件（例外僅適用於得標廠商與分包商間之違反競爭行為）。此一見解，從公平法尚有補充效力而言，並不妥適，似得隨工程會組織之精簡後，再行檢討可否恢復公平法之適用餘地。有關政府採購法與公平法適用關係類型深入討論，併得參閱羅昌發，前揭註10書，頁88-92。

「政府採購契約範本」(§ 63) 的強制效力，都有進一步加以細緻化及客觀化之必要。

(一)基於採購內容之特殊需要，採購機關必須採用「限制性招標」(§ 22) 方式進行，固得予以肯認此種例外情形，但我國政府採購法卻未區分工程、財物及勞務三種不同事實狀況，合併集中於第22條16款中加以規範，並不合宜也不具體客觀⁴⁶。比較客觀作法乃分成三條(§ 22-1、§ 22-2及 § 22-3)，依據傳統上已採用限制性招標之工程、財物及勞務採購情事，作不同之列舉。此外於原第22條則將限制性招標之原則(例外性、公開性)、程序(核准及事後強制稽查)及裁量權限之授予，以減少主觀因素及客觀風險。

(二)政府採購法上之最有利決標(52 I ③、§ 56) 的原評審標準：即「技術」、「品質」、「功能」、「商業條款」及「價格」皆應區分成工程採購、財務採購與勞務採購，而分成三條規定作不同規範，即於第56條之1、第56條之2、第56條之3，分別列舉其不同之評審標準項目及比重⁴⁷，例如：勞務採購即較無「品質」、「商業條款」之考量；而工程採購即應強調「技術」與「品質」、「工程管理」項目標準。分別列舉評審標準及項目，除較能「客觀」外，也才能有效鼓勵採購人員勇敢選擇最有利於公共利益之決標方式。最後，最有利標價格雖得列入評審標準，但其最高比例宜限制明文不得逾30%，否則「最有利標」操作結果，可能又會變相成爲「價格最有利標」(或「最低價最有

⁴⁶ 政府採購法第22條第3項因此必須規定同條第1項第13款及第14款之限制性招標事由，採取「三合一」式規範，即混雜工程、財物與勞務體例，並不妥適。

⁴⁷ 政府採購法之前身規範「機關營繕工程及採購定製應賣財物稽察條例」亦區分工程與財物之不同程序，如今政府採購法反而倒退形成「三合一」體例，並不符合原傳統，有關稽察條例之轉化成政府採購法理由說明，並得參閱羅昌發，前揭註10書，頁92-93。

利標」)。此外，原採購法第56條規定，得分別明文規範最有利標之指導原則：品質功能重於價格原則等（第1項）；最有利標之行政程序（評估+核准+稽查+效益評估）（第2項）；最有利標之評選機制（第3項）：採專家參與或委員會制。如此詳加規範，釐清權責，以便發揮最有利標之確保品質功能，矯正目前一味採取「最低標決標原則」之僵化作法。

(三)明定「政府採購契約範本」之拘束力，禁止中央及地方機關另起爐灶，規定偏離國內工程慣例及國際常規（如FIDIC國際規範）之條款，使得採購契約對廠商而言常有「顯失公平」情事，因此政府採購法第63條宜大幅修改目前現行文字，將其第1項前段「各類採購契約以採用主管機關訂定之範本為原則」，修改成「應依中央主管機關訂定之契約範本，未經許可不得擅自刪除或增減。」以統一目前極為混亂且不合理的「混亂契約」狀態。此外，為使契約範本有更大選擇彈性，亦宜每年檢修「政府採購契約範本」之內容，使得吻合採購機關不同主客觀需求外，對外始能提升契約之「客觀化」效力！

四、改良申訴制度

為提升政府採購法之申訴制度效能，得採取下列具體修法措施，以減少訟累，並且能符合反貪腐公約第9條第1項之要求：

第一，申訴制度適用爭議範圍，除包含「招標」、「審標」及「決標」爭議外，並應增加「履約爭議」在內，故應修改政府採購法第74條規定，增加「履約爭議」外，並刪除處理履約爭議之第85條之1至第85條之4的調解及仲裁制度。

第二，將異議制度修改成為申訴之「非強制前置程序」，使得廠商享有是否進行申訴程序之「程序選擇權」外，並得大幅減少廠商提起申訴之「程序障礙」及「程序成本」。因此，即應大幅修改現行政府採購法第75條之異議制度，並且刪除同法第76條第1項之「異議前置條款」，使得異議制度的程序得以縮短，形

成以申訴制度為中心的ADR。

第三，提升申訴制度之專業性及後續爭訟許可性。首先，應強化申訴審議委員會之組成人員專業性，應同時包含工程、財務及法律專業人員，分組（一組3人）以言詞審理方式進行審議程序。因此，應修改政府採購法第80條及「採購申訴審議規定」、「申訴審議委員會組成準則」（§ 86 II），使其成為實質上及功能上之「行政法庭」。此外，對於政府採購契約應增訂一條定性其為「行政契約」，並將採購契約之行政訴訟程序，以先經申訴程序為前置要件，以減少訟累。最後，對於「審議判斷之效力」（§ 83）加以分類，藉以開放「未達公告金額」採購案之申訴許可。申言之，修改政府採購法第83條規定，分別允許公告金額以上或以下之申訴決定，得分向行政法院起訴，適用一般程序或簡易程序，使行政契約紛爭，亦有如行政處分，有行政自我反省之機會。

五、杜絕刊登政府公報制度之濫用

我國政府採購法除有刑罰規範外（§ 87至§ 92），並設有刊登不良廠商於政府公報制度，藉以停止廠商在3年（§ 101①至⑤）或一年（§ 101⑥至⑭）內不得再參加政府採購投標或分包（§ 103），此一俗稱「刊登黑名單」制度⁴⁸，在我國實際運用上，成為另外一種「行政罰」之手段⁴⁹。但因要件過於寬鬆，法

⁴⁸ 國內有關對於刊登不良廠商於政府公報制度之討論文獻甚多，較重要者有：包國祥，〈廠商遭刊登政府採購公報拒絕往來廠商名單之救濟程序〉，軍法專刊第49卷8期，2003年8月，頁36-50；張永明，〈政府採購公報上之不良廠商〉，月旦法學教室第91期，2010年5月，頁10-11；林素鳳，〈不良廠商之通知與刊登政府採購公報〉，台灣法學雜誌第187期，2011年11月1日，頁128-132；駱忠誠，〈政府採購法上遭拒絕往來廠商救濟制度評析（上）（下）〉，分別載於台灣法學雜誌第63及第64期，2004年10月及2004年11月，頁5-17及23-36。

⁴⁹ 政府採購法上刊登不良廠商於政府公報上之行為，究為行政罰或非裁

律效果過於嚴峻，形成有「情輕法重」之不合理結果，因此，依本文所見，為杜絕採購機關濫用「刊登黑名單」制度，得作下列修改：

(一)修改政府採購法第101條第1項第14款刊登不良廠商事由，全部增加「可歸責於廠商之事由」且「情節重大」要件，始構成不良廠商，並應增加「且不得歸責於採購廠商」之消極事由，避免發生大部分可歸責於採購機關事由，少部分可歸責於廠商事由，仍然因構成要件該當，而被機關刊登為不良廠商之不公平結果，一再重演。⁵⁰

(二)限縮部分不良廠商失權的效力，例外得限於不得參加刊登機關之採購投標或分包資格（§ 103），而非被全國採購機關拒絕1年或3年。因此宜修正政府採購法第103條之法律效果規定，並區分「失權事由」，例外允許某些失權事由，仍得全國均列入拒絕往來戶，例如：驗收後未履行保固責任或違反規定轉包者等。

(三)為避免不良廠商刊登條款大幅限縮適用範圍，致管制功能之萎縮，宜融合增列違反政府採購法上之罰鍰規定及剝奪非法利得機制，例如：低價搶標或有偷工減料，無故拖延履約期限，

罰性之不利處分，實務及學理見解分歧。最高行政法院於2013年6月份第1次庭長法官聯席會議上作成決議認為：除政府採購法第101條第1項第13款外，其餘依各款事由所為刊登公報處分，均屬行政罰，而暫時塵埃落定。有關此一決議文之簡析，並得參閱林明鏞、郭斯傑，前揭註5書，頁109-110。

⁵⁰ 依最高行政法院2014年3月份第二次庭長法官聯席會議決議認為：政採法第101條第1項第10款及第12款所稱之「因可歸責於廠商事由」，解釋上不以全部可歸責於廠商為必要。故縱使可歸責於廠商及採購機關共同事由，只要廠商違約情節重大，即可在符合比例原則下刊登於政府公報。此一解釋排除審酌機關可歸責之因素，僅以廠商一方究責，除不符合工程慣例外，亦顯過度偏袒採購機關，極不合理。該解釋文併得參閱林明鏞、郭斯傑，前揭註5書，頁112。

而非情節重大者，均得處以罰鍰，或追繳不法利得之權限，以為靈活運用行政管制權限，但其構成要件及法律效果設計，仍應全盤考量違法情節輕重，配以適宜之罰鍰處分，始不至於畸重畸輕，有失比例原則之要求。

六、對採購人員之有效稽察及規範

我國目前對採購專業人員之管制，主要分成事前防範與事後稽察二種主要手段，事前手段包含：財產申報（§ 2 I ⑫公職人員財產申報法）、內部其他機關監辦（§ 13）、迴避義務（§ 15）……等；事後稽察則有稽核小組（§ 108）及審計機關（§ 109）雙重稽察外，並有採購效益評估機制（§ 111）及刑罰制裁（§ 89洩密罪；貪污治罪條例等）等諸多防弊措施，但成效並不顯著，集體重大貪瀆案及個別採購人員貪小便宜之情事，時有所聞。難以弊絕風清的主要原因在於：分散採購致「犯罪黑數」過高，東窗事發機率過低，除非廠商「含淚檢舉」或採購程序極不合常理，否則因欠缺被害人而不易察覺。違法貪瀆所得甚豐而風險極低，即有人鋌而走險，甚至於肆無忌諱，公然破壞採購制度的廉潔性。依本文所見，似得採取下列有效機制，以防杜採購人員「上下其手」：

(一)集中採購辦理機關或單位：改變目前採購業務分散由各機關各自辦理的型態，並且設置「專職採購專業人員」（即政府採購官），給予七成司法官加給及高額獎金制⁵¹，並利用電腦隨機抽樣方式，指定承辦專業人員。只有在「小額採購」（10萬元以下之採購），始因機動與彈性要求，保留得由各機關辦理，但仍應定期由「專業採購機關」加以稽核，作成報告。

⁵¹ 政府採購法上根本未對「獎金制度」加以規範，僅有第14條「採購人員倫理準則」空泛文字規定：「採購人員操守堅正或致力提開採績效能著有貢獻者，其主管得列舉事實，陳報獎勵。」違反「獎金法律原則」及「重賞之下必有勇夫」的歷史鐵則。

(二)採購過程中，包含決策→招標→決標→履約管理→驗收人員，均應稱為「專業採購人員」，並列入電腦管制體系內，避免有應迴避而不迴避之情事者，而非僅承辦人員始稱為「採購人員」，避免首長率先破壞體制。廢除上級機關監辦制（§ 12），改由廉政機關監辦，並且於「專業採購機關」內部設置「審查小組」，雙重監督是否有綁標或底價不合常理之情事。「審查小組」於必要時得引進外部專家學者參與之諮詢制度，以避免「過度採購專業」而無從稽查之盲點。

(三)增訂廠商檢舉「除罪化條款」（即免死金牌條款）：使得行賄廠商得轉為污點證人，免受刑事行賄罪之追訴外，並且給予高額獎金，於一審判決有罪時即行發給半數獎金，以求鼓勵檢舉，減少犯罪黑數，提升犯罪或違法追訴比例，增加外部之監督效能。

(四)「專業採購人員」之定時長期在職訓練，比照技師法之設計，凡有採購專業人員執照者，每年仍應在職受訓一定時數以上，始得換照，以增強採購專業人員之專業素質，能夠配合時代進步與時俱進。當然，在職訓練之核心課程及配對時數，仍應分就工程、財務及勞務區別設計分組上課，始能有效客觀，一定期末考試淘汰比例，亦屬必備之配套機制。

(五)合理化「採購人員倫理準則」之內容（§ 112），刪除浮濫不合常理的道德條款，例如：「言詞謹慎、行為端莊」（§ 6）；「公器私用」（§ 7）。此外，「可以接受廠商價值500元以下之禮物」（§ 8 I ①）或「基於家庭或私人情誼所受餽贈或招待」不受金額之限制（§ 8 III），均不符合「廉潔自持」的標準，宜再斟酌修正、調降或刪除。最後應「關說」及「請託」制度化（§ 16）、公開化，而非僅作成內部書面紀錄存查而已。宜仿法官法之相關制度，對外公開，並確保公開之採購人員不會受任何事實上或法律上之不利處分外，並且予以獎勵及優先升遷。如對機關首長之關說，則另創「越級上報保密制度」，以

避免採購人員「義務衝突」，有效杜絕機關首長黑手伸入採購業務內。

(六)另創設一套專門適用採購專業人員之獎懲制度，不在一味比照公務人員獎懲制度（§12採購人員倫理準則）。尤其是獎勵制度明確化，例如：請託關說通報獎金、採購獎金（節省公帑並提升採購品質）、檢舉獎金（含公務人員在內）……等均有法律明文化之必要，始能平衡「權責相符」、「相當課責」之要求。至於懲處制度，則宜另設「罰俸」、「撤銷退休金」、「監督不周連帶責任」、「即時停職」制度，以便因應行政與刑事調查之必要。

肆、結 論

隨著反貪腐公約2015年的公布與即將施行，我國政府採購法之中央主管機關，理論上宜把握此一契機，將1999年施行迄今未多加變更的陳舊1.0版政府採購法，修改成更具強功能的2.0版，以符合反貪腐公約所揭櫫之升級指標：「公開」、「競爭」、「透明」、「建立客觀標準」。但是，令人失望的是：現今中央主管機關工程會卻無動於衷，既不重視反貪腐公約，也不思量政府採購法之制度功能提升，「組織精簡」與「機關自我感覺良好」之不更動政府採購法理由成爲最令人擔憂的「自我麻痺症」。

本文提出相當大幅度的興革建議，雖未有學術界之共識，但一愚之得，仍得提供中央主管機關之修法參考藍圖或藥引。如果中央主管機關能召集產、官、學界菁英，組成「政府採購法修正委員會」，以3年爲期⁵²集思廣益，當可設計提出我國政府採購

⁵² 依「聯合國反貪腐公約施行法」第7條及第8條分別規定：「本法施行日期，由行政院定之（§8）。」「各級政府機關……應於本法施行後

法2.0版之制度，藉以逐步解決目前政府採購法千瘡百孔的諸多弊病，讓「政府採購品質不良」、「政府採購程序黑箱」、「政府採購人員無能」、「政府採購決標盲目」成爲歷史名詞，讓臺灣的採購制度在亞洲閃閃發光！建立採購制度的口碑與效能，是我們責無旁貸的歷史共業，而非只是要應付敷衍反貪腐公約而言，因爲臺灣每年投資數千億元的政府採購經費；不能再因爲「制度之不良善」而不斷產生一大堆「蚊子館」、「蚊子漁港」或「豆腐渣工程」及「官商勾結弊案」，有愧於我們的後代子孫，蓋「健全完善的法律制度，是留給子孫最佳的遺產」，政府採購制度離健全完善標準仍有一大段遙遙距離，每次思起，終令人寢食難安。我們要問：何時我們才能有比較健全的2.0版政府採購法呢？

三年內，完成法令之制（訂）定、修正或廢止及行政措施之改進。」
從而，以3年為期，似非無據。