

澳洲為符合國際規範制定政府採購（司法審查）法

林孝哲

摘要

澳洲今（2018）年 10 月 18 日通過「政府採購（司法審查）法案」，以改善採購之救濟管道，俾滿足《跨太平洋夥伴全面及漸進協定》和世界貿易組織《政府採購協定》之要求。鑒於前者之政府採購專章在採購救濟方面之規定與世界貿易組織《政府採購協定》之有關規定並無太大不同，因此已為後者協定成員的我國按理應亦可符合前者的要求；惟我國並無類似澳洲新法之機制，其理由為何，似有究明之必要，以便再度確認我國申請加入《跨太平洋夥伴全面及漸進協定》時，不會因此而有障礙。經研究後發現，上述兩協定皆不要求非以司法機關為採購申訴審查機關不可，然若是非司法機關之決定，則規定必須受到司法審查之節制或其審理程序符合特定要求以保障正當程序。儘管如此，澳洲卻不像我國選擇於行政體系內增設獨立的審查機構，反而增訂司法審查法，理由或許與澳洲增設聯邦巡迴法院後，法院案件負擔有所緩解，再加上巡迴法院普及、審理又有彈性，故賦予其審查採購申訴之權，較於行政體系內另成立新機關更為便捷。

澳洲參議院於今（2018）年 10 月 18 日通過「2017 年政府採購（司法審查）法案（Government Procurement (Judicial Review) Bill 2017）」¹。據稱該法案是為處理澳洲在《跨太平洋夥伴全面及漸進協定》（Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, CPTPP）和 WTO《政府採購協定》（Agreement on Government Procurement）下之義務²。然而立法是否為澳洲滿足上述相關國際義務之唯一途徑？已是 WTO《政府採購協定》成員之我國（意謂我國現有制度設計已符合《政府採購協定》之相關規定）並無類似上述澳洲立法³，原因為何？由於參加 CPTPP 為我國目前既定政策，故釐清上述問題有其一定

¹ Parliament of Australia, Bill and Legislation: *Government Procurement (Judicial Review) Bill 2017*, PARL. OF AUSTL., https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Bills_Legislation/Bills_Search_Results/Result?bId=r5871 (last visited Dec. 10, 2018).

² Juli Tomaras, Bills Digest: *Government Procurement (Judicial Review) Bill 2017*, at 3, PARLIAMENTARY LIBRARY (Sept. 17, 2018), https://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/download/legislation/billsdgs/6215807/upload_binary/6215807.pdf;fileType=application/pdf.

³ Committee on Government Procurement, *Accession of the Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu*, WTO Doc. GPA/100 (July 2, 2009).

價值。

以下先介紹廠商於澳洲政府採購過程中受有損害時，可享有之救濟途徑，並說明其侷限性。接著說明 CPTPP 和 WTO《政府採購協定》要求締約國賦予廠商公平救濟的規定，並確認兩者是否有重大不同，而我國目前相關法制如何滿足這些國際協定之要求，亦於此節一併釐清。最後則是嘗試探求為何澳洲本次立法選擇與我國不同的取徑，而決定由法院擔當採購申訴之審查。

壹、廠商在澳洲採購中尋求司法救濟的現行限制

目前，對於門檻金額以上之政府採購有興趣的潛在廠商，得就違反「聯邦採購規則 (Commonwealth Procurement Rules)」之虞的事由，先向採購機關、財務部的採購協調局 (Procurement Coordinator) 或澳洲聯邦監察使公署 (Commonwealth Ombudsman) 提出申訴⁴。當內部審查過程的結果不利時，潛在廠商可在澳洲聯邦法院 (Federal Court of Australia) 對採購決定提起訴訟⁵。

在投標文件構成「締約前行為 (process contract)」的程度內，潛在廠商或許可在法院主張採購機關違反契約⁶。然而實際上，招標文件慣例上會添加條款以排除構成「締約前行為」的可能，理由是採購機關既未要約，亦無意建立具拘束力之法律關係⁷。只要此種條款草擬得宜，便具有法律效力⁸。

對於採購過程中之瑕疵，既無法從契約法角度獲得救濟，是否得向法院尋求行政法上之救濟，或要求法院暫停採購程序？若要使法院根據「行政決定 (司法審查) 法 (Administrative Decisions (Judicial Review) Act 1977)」審查採購決定，則投標廠商必須先證明該項決定具行政性質，且是依特定立法而為⁹，也就是必須滿足兩項要件¹⁰：授權法規授權或要求作成特定的採購決定；同時，契約的有效性亦受該授權法規規範。

聯邦機關的招標及締約決定並不滿足上述要件。一般認為聯邦機關締結契約，是依其一般行政權力，而非依立法特別授權¹¹。在某些情況，特定的招標或契約行為或許具有法規授權基礎，然而問題仍舊存在，因為這樣的契約，其有效

⁴ Juli Tomaras, *supra* note 2, at 5.

⁵ *Id.*

⁶ *Id.* at 5 n.9.

⁷ *Id.*

⁸ *Id.*

⁹ Administrative Decisions (Judicial Review) Act 1977 (Cth) s 3(1) (Austl.).

¹⁰ Juli Tomaras, *supra* note 2, at 5.

¹¹ *Id.* at 5-6.

性及效力通常仍是由契約法規範，故無法滿足上述第二要件¹²。

簡言之，在舊制下，潛在廠商對於澳洲政府採購向聯邦法院尋求有效救濟仍有相當限制¹³。

貳、CPTPP 和 WTO《政府採購協定》中有關採購申訴之規定

WTO《政府採購協定》委員會已於今年 10 月 17 日通過澳洲加入之申請，澳洲亦於 11 月 28 日將 WTO《政府採購協定》條文、澳洲加入書中的承諾，以及國家利益分析提交至國會¹⁴。另一方面，澳洲也已於今年 10 月 31 日批准 CPTPP¹⁵。

上述兩協定皆有關於締約國對於政府採購應提供廠商救濟管道之規定。其中，CPTPP 要求像澳洲這樣的締約國，當廠商質疑其有興趣之門檻金額以上採購違反聯邦採購規則時，應有公正且獨立於採購機關之外的行政或司法機關，以不歧視、及時、透明且有效的方式審查系爭申訴¹⁶。

至於 WTO《政府採購協定》，亦有類似規定，分別是第 18.1 條、第 18.4 條及第 18.6 條。第 18.1 條要求締約國提供及時、有效、透明且不歧視的行政或司法審查程序¹⁷；第 18.4 條強調審查機關的公正性和獨立性¹⁸；第 18.6 條則要求締約國確保非法院之審查機關所為之判斷，受司法審查之節制或程序符合特定要求以保障正當程序（due process）¹⁹。第 18.6 條的規定並非 WTO《政府採購協定》

¹² *Id.* at 6.

¹³ *Id.*

¹⁴ Australia Government Department of Foreign Affairs and Trade, Trade and Investment: *Agreement on Government Procurement*, AUSTL. GOV'T DEP'T. OF FOREIGN AFFAIRS AND TRADE, <https://dfat.gov.au/trade/organisations/wto/Pages/wto-agreement-on-government-procurement.aspx> (last visited Dec. 10, 2018). 待澳洲完成其國內批准程序並存放相關法律文書於 WTO 後 30 日即可正式成為締約國。

¹⁵ Australia Government Department of Foreign Affairs and Trade, News: *Australia Ratifies the TPP-11*, AUSTL. GOV'T DEP'T. OF FOREIGN AFFAIRS AND TRADE (Oct. 31, 2018), <https://dfat.gov.au/trade/agreements/not-yet-in-force/tpp-11/news/Pages/australia-ratifies-the-tpp-11.aspx>.

¹⁶ *Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership*, N.Z. THE MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS AND TRADE, <https://www.mfat.govt.nz/assets/Trans-Pacific-Partnership/Text/15.-Government-Procurement-Chapter.pdf> (last visited Dec. 10, 2018); *Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership* art. 15.19, Mar. 8, 2018.

¹⁷ Revised Agreement on Government Procurement art. 18.1, Mar. 30, 2012, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 4(b), 1915 U.N.T.S. 103.

¹⁸ *Id.* art. 18.4, (providing that: "Each Party shall establish or designate at least one impartial administrative or judicial authority that is independent of its procuring entities to receive and review a challenge by a supplier arising in the context of a covered procurement.").

¹⁹ *Id.* art. 18.6.

所獨有，CPTPP 第 15.19 條第 5 項亦有相仿之設計。

綜上所述，CPTPP 有關政府採購申訴之規定與 WTO《政府採購協定》並無太大差異，並不要求採購申訴機關為法院，惟強調必須具公正獨立性。

我國當初為加入 WTO《政府採購協定》而訂定之「政府採購法」雖是依照修正前之 WTO《政府採購協定》(即 1994 年版)，但設計之採購申訴程序仍符合修正後之《政府採購協定》要求：也就是受理採購申訴之申訴審議委員會無論是設置在中央之公共工程委員會或是地方政府，均必須遵循獨立性設計，即委員應聘請具有法律或採購相關專門知識之公正人士擔任，縱使部分委員得由政府高級人員派兼，但不得超過五分之一²⁰；同時委員會的審議判斷視同訴願決定²¹，意謂廠商若不服，可提起行政訴訟，因而符合上述國際協定所要求的非法院之審查機關所為之判斷，應受司法審查。

CPTPP 之相關規定既與 WTO《政府採購協定》相仿，而我國現制於締結《政府採購協定》時既已符合 WTO《政府採購協定》之要求，未來申請加入 CPTPP 時，符合 CPTPP 政府採購專章之申訴規定，應毋庸置疑。

參、澳洲選擇司法機關為採購申訴審查機關之可能原因

澳洲原有採購救濟制度不足，為加入 WTO《政府採購協定》及 CPTPP 而有所調整，固然不難理解，但觀諸我國過去做法，不見得有指定法院受理此類案件之必要。事實上，在三權分立的架構下，僅因行政部門規劃加入特定國際協定，就期待司法機關配合而增加受理案件量，基於機關本位，恐非易事。更何況一般而言，司法審理曠日廢時，縱然法庭可對採購機關下達禁制令暫停採購程序，以避免繼續採購程序所造成之損害事後無法彌補，但是否就能達到所謂「有效、及時」救濟，不無疑問。這些想必也是我國當年為何決定不指定法院，反而是在行政部門增設獨立委員會以便及時審議採購申訴的原因吧！

「政府採購（司法審查）法案」顯示澳洲選擇不同的方式以處理採購申訴。上述法案賦予澳洲聯邦法院和聯邦巡迴法院（Federal Circuit Court）處理採購爭端之權限，並授權這些法院對違反相關聯邦採購規則之採購下達禁制令或命令補償因此受損害的廠商²²。澳洲之所以決定以司法審查彌補現行制度下之救濟不

²⁰ 政府採購法，第 86 條第 1 項後段。

²¹ 政府採購法，第 83 條。

²² Juli Tomaras, *supra* note 2, at 3.

足，而非與我國相同於行政體系中增設獨立委員會，應與澳洲自 1999 年起就在聯邦法院體系中增設聯邦巡迴法院，以分擔聯邦法庭與家事法庭以往沈重的案件量有關²³。同時，由於聯邦巡迴法院不只是在主要的都市，在其他地方也有設置，並以較聯邦法院更省時且更低成本的非正式方式審理案件，在相當程度應也可提昇新法救濟之效率²⁴。

肆、結論

澳洲通過「政府採購（司法審查）法案」，賦予聯邦法院和聯邦巡迴法院處理採購爭端之權限，以滿足 CPTPP 和 WTO《政府採購協定》之要求。雖加入 CPTPP 為我國之既定政策，然因 CPTPP 和 WTO《政府採購協定》關於採購申訴的規定並無重大的不同，均不要求採購申訴審查機關為法院，而係強調申訴機關必須具公正獨立性，因此已為 WTO《政府採購協定》成員且符合相關規定的我國，符合 CPTPP 有關採購申請之要求，應無疑義。

只是為何澳洲會選擇由司法機關承擔此類案件的審查？換言之，司法體系為何願意因行政體系國際貿易談判的結果而增加自身案件量，特別是國際義務並未明文要求非由司法機關擔此重任不可。或許與澳洲增設聯邦巡迴法院後，法院案件負擔有所緩解，再加上巡迴法院普及、審理又有彈性有關，故直接立法賦予聯邦法院（含巡迴法院）審查採購申訴之權能，相較於行政體系內另成立新機關，反而更為快速且有效地符合國際規範吧！

²³ 聯邦巡迴法院原為澳洲聯邦治安法庭（Federal Magistrates Court of Australia），2013 年後才改名以彰顯其會在區域內巡迴審案，為聯邦法院之下級法院。其成立的背景是欲提供澳洲聯邦法院和澳洲家事法院之外的簡易司法救濟途徑，同時分擔上述兩法院的工作量。在 2007-08 年，有 85.9% 的案件量於 6 個月內審理結束，以及有 95.8% 提交至聯邦巡迴法院的家事案件於 12 月審理結束。Federal Circuit Court of Australia, About Us: *About the Federal Circuit Court*, FED. CIRCUIT COURT OF AUSTL. (July 1, 2016), <http://www.federalcircuitcourt.gov.au/wps/wcm/connect/fccweb/about/about-fcc>.

²⁴ Juli Tomaras, *supra* note 2, at 14.