

高雄高等行政法院判決

高等行政訴訟庭第三庭

113年度訴字第207號

民國113年11月21日辯論終結

原告 台盟工程企業有限公司

代表人 李秋梅

訴訟代理人 張簡明杰 律師

被告 海軍左營後勤支援指揮部

代表人 吳啟興

訴訟代理人 王奕懿

張宇一

上列當事人間政府採購法事件，原告不服行政院公共工程委員會中華民國113年3月15日訴1130013號採購申訴審議判斷，提起行政訴訟，本院判決如下：

主 文

一、原告之訴駁回。

二、訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

壹、程序事項：

原告起訴後變更為「申訴審議判斷、異議處理結果及原處分均撤銷。」(本院卷第317-318頁)，核其請求之基礎事實與法律關係不變，無礙於被告防禦權之行使，且被告無異議而為本案之言詞辯論，所為訴之變更，合於行政訴訟法第111條第2項、第3項第2款規定，應予准許。

貳、實體事項：

一、爭訟概要：

被告辦理之「纖維處理設備乙項」採購案(下稱系爭採購案)，於民國110年7月27日開標，共有原告、通躍貿易有限公司(下稱通躍公司)及利昱工程行3家廠商參與投標。被告

於審標過程中發現通躍公司及利昱工程行未繳納足額押標金，被告之主標人宣布暫停開標，並送法務部調查局高雄市調查處偵辦。嗣臺灣橋頭地方檢察署(下稱橋頭地檢署)檢察官認原告之實際負責人潘○○為達法定開標家數門檻，借用通躍公司及利昱工程行名義及證件為投標，認其犯政府採購法(下稱採購法)第87條第6項、第3項之以詐術使開標發生不正確結果未遂罪，原告應依同法第92條科以罰金刑，並作成111年度偵字第15835號緩起訴處分書(下稱系爭緩起訴處分)。被告遂於112年2月23日召開採購工作及審查小組會議(下稱小組會議)，審認原告犯採購法第87條之罪，未經法院第一審為有罪判決，不符合同法第101條第1項第6款，又雖符合同法第101條第1項第4款「以虛偽不實之文件投標」事由，惟因無影響修艦進度，無情節重大，故決議不予刊登政府採購公報(下稱採購公報)，並以112年2月24日海營供應字第000000000000號函(下稱前處分)通知原告。嗣後，被告接獲審計部就系爭採購案之審查意見略以：被告112年2月23日小組會議，對原告涉犯之責任檢討，僅以採購法第101條第1項第4款及第6款檢討責任，未依同條第1項第1款檢討，處置情形似與原告違犯之實況不符。被告爰於112年10月12日重新召開小組會議，審認原告有採購法第101條第1項第2款「借用他人名義或證件投標」之情形，復以112年11月6日海營供應字第000000000000號函(下稱原處分)撤銷前處分，並依採購法第103條第1項第1款規定將原告刊登採購公報3年。原告不服，提出異議，經被告112年12月22日海營供應字第0000000000號函(下稱異議處理結果)駁回其異議。原告仍不服，提出申訴，亦遭審議判斷駁回，遂提起本件行政訴訟。

二、原告起訴主張及聲明：

(一)主張要旨：

1. 前處分合法不得撤銷，並不因不合法之原處分作成而失效：

(1)前處分係被告經其裁量後依採購法第101條第1項第4款事由，對原告產生不刊登不良廠商之有利法律效果，經實體裁

01 量後對廠商發出有利或不利之裁決，具有法律效果而應屬行
02 政處分。

03 (2)前處分乃依採購法第101條第4款、第6款裁量後之合法處
04 分，蓋其認定所受損害尚屬輕微、原告並非基於破壞採購秩
05 序之重大惡意而違法，且無重大違約致被刊登不良廠商之前
06 紀錄。被告依比例原則判定無須將原告刊登採購公報，尚屬
07 其裁量範疇內，並無違法。被告既未敘明前處分有何違法之
08 處，原處分逕予撤銷前處分，自有違誤。前處分有實質存續
09 力，對於廠商、利害關係人與被告具有拘束效力，不得任意
10 否認其效力而予以廢棄之；且原處分之定性應屬行政程序法
11 第116條之程序轉換，然該條之行政處分前提亦為違法處
12 分，不得由被告任意轉換。故被告以原處分撤銷對原告不停
13 權之處分應屬非法，自不生撤銷效力，前處分仍具實質存續
14 力。

15 2. 原處分未踐行法定程序，自屬非法：

16 原處分未依行政程序法第96條第2款記明「前處分(不予停
17 權)得撤銷及原處分(應予停權)」之理由，且無同法第97條
18 不記明理由之例外，亦未依採購法第101條第3項規定召開小
19 組會議並給予原告陳述意見，有程序違法之情事。前處分依
20 採購法第101條第3項召開小組會議及通知原告陳述意見之程
21 序，業於前處分完畢時終結，而原處分屬另一行政處分，應
22 再依採購法第101條第3項踐行其法定程序。若被告未踐行上
23 開法定程序，原處分應屬違法。即言之，被告僅於前處分依
24 採購法第101條第3項召開小組會議及通知原告陳述意見，卻
25 未於原處分作成前再次踐行上開程序。審議判斷雖認定被告
26 已於前處分中履行法定程序，無須再於原處分作成前重複踐
27 行。然上開2個行政處分要件各殊，前處分乃針對採購法第1
28 01條第1項第4款規定，原處分係針對同法第101條第1項第2
29 款(原告誤植為第1款)規定，兩者審查內容及通知原告陳述
30 意見均有不同，原處分要無沿用前處分程序之理。

01 3. 原告行為屬採購法第101條第1項第6款「陪標」行為，而非
02 同法第101條第1項第2款「借牌」行為，原處分以採購法第1
03 01條第2款「借牌」為由將原告停權，自屬非法：

04 (1)原告所犯營造多家廠商投標之假象，然投標廠商仍以自己名
05 義參與投標即俗稱「陪標或圍標」之行為，為採購法第87條
06 第3項所規範之行為。而同法第101條第1項第1款及第2款事
07 由，則係指「出牌廠商本身無投標意願，卻容任他人(借牌
08 者)借用自己名義以本人(出牌者)之證件參與投標」即俗稱
09 「借牌」之行為，兩者要件截然不同，不容混淆。

10 (2)採購法第101條第1項第2款事由須有借用名義或證件之事
11 實，始符合其要件。故若廠商真意為無得標意願之「陪
12 標」，然在表面上該廠商仍有投標意思，且以自己名義或證
13 件參與投標，並無借用名義或證件之事實，即與採購法第10
14 1條第1項第2款規定不合。又採購法第101條第1項第2款、第
15 6款分別規範「借牌」及「陪標」之行為，後者必須法院第
16 一審判決有罪，被告方得將廠商刊登不良廠商，前者則無此
17 要件，顯見立法者將兩者行為嚴格區別。

18 (3)依系爭緩起訴處分所示，檢察官認定原告行為要屬「陪標」
19 而非「借牌」。蓋原告僅協助以通躍公司名義製作標單，通
20 躍公司仍有投標之意思而親自前往投標，投標過程原告及通
21 躍公司均以自己名義投標，原告未容認通躍公司以其名義投
22 標；通躍公司亦未借用原告之名義投標，從而檢察官以採購
23 法第87條第3項論罪並諭知緩起訴處分。審議判斷將借牌及
24 陪標行為混為一談，一概依採購法第101條第1項第2款規定
25 將「陪標」廠商刊登不良廠商，已有認事用法之錯誤。系爭
26 緩起訴處分既認定原告等涉犯採購法第87條第3項，被告即
27 應依同法第101條第6款規定為原告犯行之涵攝，而在無原告
28 涉犯同法第101條第2款「借牌」之積極證據下，被告據將原
29 告刊登不良廠商，顯非適法。

30 4. 依採購法立法意旨，第87條第3項在處罰圍標行為，第101條
31 第1項第1款、第2款在分別處罰出牌及借牌行為。且由第87

條第5項增加「借牌」刑事處罰規定，以補足借牌原僅有同法第101條第1項第1款、第2款行政處罰之缺漏。顯見立法者係有意將圍標行為及借牌行為分開規範，不容混淆。原告所涉係第87條第3項圍標行為，而無借用他人名義投標。此亦由系爭緩起訴處分係依第87條第3項圍標罪為緩起訴，而非第87條第5項借牌罪可證。

(二)聲明：申訴審議判斷、異議處理結果及原處分均撤銷。

三、被告答辯及聲明：

(一)答辯要旨：

1. 被告得撤銷違法行政處分：本件係經審計部抽查發現被告112年2月3日小組會議未依採購法第101條第1項第1款事由審查，致有未正確適用法規情事。依行政程序法第117條、第21條第1項規定及最高行政法院99年度判字第347號判決意旨，被告自得於確知有撤銷原因時起2年內，以原處分撤銷前處分。

2. 原處分已記明理由，且原告前有陳述意見機會：

(1)原處分說明一載明撤銷前處分，說明二以原告有採購法第101條第1項第2款情形，通知將刊登採購公報，予以停權處分，則已記載處分之理由；如認上述記載略欠具體完備，被告亦於112年12月22日異議處理結果備述詳細理由。

(2)被告前以112年2月6日海營供應字第0000000000號函(下稱112年2月6日函)請原告提出說明，被告已給予原告陳述意見之機會，並無礙其防禦。

3. 原告確有借用他人名義或證件投標之行為：系爭緩起訴處分認定，潘○○係原告技術員兼實際負責人，訴外人劉○○係通躍公司業務經理兼實際負責人，訴外人黃○○則係利昱工程行負責人，潘○○代無實際參與投標及履約意願之劉○○、黃○○下載空白標單，借用通躍公司、利昱工程行名義製作投標文件參標，且揭示潘○○決定該等3家廠商之投標價格、製作標單、潘○○並取得通躍公司、利昱工程行之大小章蓋印並投標及提供押標金等事實，通躍公司容任未繳納

足額押標金，顯然不為價格競爭，足認無投標意願。縱使通
躍公司人員親自前往投標，亦僅係形式上陪標，並無投標意
願。是原告確有採購法第101條第1項第2款借用他人名義或
證件參加投標之情事要無疑義，原處分自屬適法有據。

(二)聲明：原告之訴駁回。

四、爭點：

(一)被告作成前處分後，得否以原處分撤銷之？

(二)被告作成原處分前未給予原告陳述意見機會，是否構成違反
採購法第101條第3項之程序瑕疵？

(三)原處分認定原告行為該當採購法第101條第1項第2款「借用
或冒用他人名義或證件投標者」，其認事用法有無違誤？

五、本院之判斷：

(一)前提事實：

如爭訟概要欄所載等情，業經兩造分別陳述在卷，並有系爭
採購案110年7月16日公開招標更正公告(審議卷第61-64
頁)、110年9月9日無法決標公告(審議卷第65頁)、系爭緩起
訴處分(本院卷第101-105頁)、被告112年2月6日函(審議卷
第67-69頁)、被告112年2月23日小組會議會議紀錄(本院卷
第149-151頁)、前處分(本院卷第107頁)、國防部對海軍司
令部查復審計部有關辦理政府採購行政管制與裁罰機制執行
情形審查意見(本院卷第109-118頁)、被告112年10月12日小
組會議會議紀錄(本院卷第167-169頁)、原處分、異議處理
結果及申訴審議判斷等附卷可憑，足堪認定。

(二)應適用之法令：

1. 採購法

(1)第87條第3項、第5項、第6項：「(第3項)以詐術或其他非法
之方法，使廠商無法投標或開標發生不正確結果者，處5年
以下有期徒刑，得併科新臺幣100萬元以下罰金。(第5項)意
圖影響採購結果或獲取不當利益，而借用他人名義或證件投
標者，處3年以下有期徒刑，得併科新臺幣100萬元以下罰

01 金。容許他人借用本人名義或證件參加投標者，亦同。(第6
02 項)第1項、第3項及第4項之未遂犯罰之。」

03 (2)第101條第1項第2款、第4款、第6款、第3項：「(第1項)機
04 關辦理採購，發現廠商有下列情形之一，應將其事實、理由
05 及依第103條第1項所定期間通知廠商，並附記如未提出異議
06 者，將刊登政府採購公報：……二、借用或冒用他人名義或
07 證件投標者。……四、以虛偽不實之文件投標、訂約或履
08 約，情節重大者。……六、犯第87條至第92條之罪，經第一
09 審為有罪判決者。……(第3項)機關為第1項通知前，應給予
10 廠商口頭或書面陳述意見之機會，機關並應成立採購工作及
11 審查小組認定廠商是否該當第1項各款情形之一。」

12 (3)第102條第3項：「機關依前條通知廠商後，廠商未於規定期
13 限內提出異議或申訴，或經提出申訴結果不予受理或審議結
14 果指明不違反本法或並無不實者，機關應即將廠商名稱及相
15 關情形刊登政府採購公報。」

16 (4)第103條第1項第1款：「依前條第3項規定刊登於政府採購公
17 報之廠商，於下列期間內，不得參加投標或作為決標對象或
18 分包廠商：一、有第101條第1項第1款至第5款、第15款情形
19 或第6款判處有期徒刑者，自刊登之次日起3年。但經判決撤
20 銷原處分或無罪確定者，應註銷之。」

21 2. 行政程序法

22 (1)第103條第7款：「有下列各款情形之一者，行政機關得不給
23 予陳述意見之機會：……七、相對人於提起訴願前依法律應
24 向行政機關聲請再審查、異議、復查、重審或其他先行程序
25 者。」

26 (2)第117條：「違法行政處分於法定救濟期間經過後，原處分
27 機關得依職權為全部或一部之撤銷；其上級機關，亦得為
28 之。但有下列各款情形之一者，不得撤銷：一、撤銷對公益
29 有重大危害者。二、受益人無第119條所列信賴不值得保護
30 之情形，而信賴授予利益之行政處分，其信賴利益顯然大於
31 撤銷所欲維護之公益者。」

01 (三)被告得以原處分撤銷前處分；原處分亦無違反陳述意見之規
02 定：

03 1. 按行政程序法第117條規定，行政機關作成行政處分後，如
04 發現該處分違法，除有行政程序法第117條但書所定情形或
05 其撤銷權逾同法第121條所定期間而不得撤銷外，原則上得
06 撤銷該處分，以回復合法之狀態，且行政機關不僅於法定救
07 濟期間經過後，得依職權撤銷之，於法定救濟期間經過之
08 前，基於依法行政原則之意旨，亦得依職權撤銷該處分，自
09 屬當然（最高行政法院107年度判字210號判決意旨參照）。
10 經查，被告原審酌採購法第101條第1項第4款、第6款規定
11 後，依同條項第4款作成前處分；嗣因審計部審查意見而重
12 新審查本件事實，認為前處分適用法律錯誤，應適用同條項
13 第2款規定，因此以原處分撤銷前處分，核與行政程序法第1
14 17條規定相符，亦無該條但書情形，原告主張應適用同法第
15 116條，並無理由。再者，行政處分實質存續力並非絕對禁
16 止行政機關事後自行廢棄行政處分，充其量僅係對行政機關
17 產生一種「相對的不可廢棄力」，行政處分若有違法情事，
18 行政機關自得依前揭行政程序法第117條之規定而撤銷。原
19 處分亦敘明前處分「經審非屬本法（即採購法第101條第1項
20 第4款情形」，原告主張未記明撤銷理由，亦無可採。

21 2. 依行政程序法第103條第7款規定，於提起訴願前依法律應向
22 行政機關聲請再審查、異議、復查、重審或其他先行程序
23 者，行政機關得不給予陳述意見之機會。前處分及原處分之
24 事實既屬同一，被告以112年2月6日函已給予原告陳述意見
25 之機會；何況原處分作成後，原告亦已依法提起異議，且該
26 異議程序乃原告提起申訴（申訴審議判斷視同訴願決定）前
27 法律所定之先行程序（採購法第102條第1項規定參照），依
28 行政程序法第103條第7款規定得不給予陳述意見之機會。原
29 告主張，並無理由。

30 (四)原處分認定原告行為該當採購法第101條第1項第2款規定，
31 核無違誤：

- 01 1. 採購法之制定，旨在建立政府採購制度，依公平、公開之採
02 購程序，提升採購效率與功能，並確保採購品質（採購法第
03 1條參照）。採購法第101條第1項第2款所欲保護者乃參與政
04 府採購廠商間之實質競爭關係，所稱「借用或冒用他人名義
05 或證件投標」，係指被借用名義或證件之廠商無投標之意
06 思，而借用人使用其名義或證件參加投標，以達使借用之廠
07 商或其他特定廠商有得標可能之目的。且該規定效果之適用
08 不以「意圖影響採購結果或獲取不當利益」為要件，自不以
09 成立採購法第87條第5項之刑事處罰為必要，僅須廠商有借
10 用他人名義參加投標之情形即為已足。採購法目的在於藉由
11 競爭關係，使政府獲得最好之標案條件，廠商如借用他人名
12 義或證件參加投標，實質上係虛以競標之形式，藉此規避公
13 平競爭之程序，而使借用者免予競爭或減少競爭難度即可得
14 標，或獲致更大得標之機率，不惟對於遵照程序規定參與投
15 標之廠商不公平，且妨礙政府機關欲藉由廠商公平競爭程
16 序，取得優化得標條件，用以確保、提升政府採購品質之目
17 的，即屬違反採購法第101條第1項第2款規定，而得將廠商
18 刊登政府採購公報。查使他人陪標與借牌投標二者之差異，
19 乃在於陪標者，係在湊投標家數，陪標人雖無得標意願，但
20 確有參加投標（押標金、標單自行處理）之情形，而借牌投
21 標則是出借人未參加投標（押標金、標單非自己處理），而
22 將名義（含證件）出借給借牌者投標（最高行政法院105年
23 度判字第600號判決意旨參照）。
- 24 2. 司法院釋字第751號解釋理由書對於緩起訴之性質，闡示如
25 下：「查緩起訴處分之制度係為發揮篩檢案件之功能，以作
26 為刑事訴訟制度採行當事人進行主義應有之配套措施，並基
27 於填補被害人之損害、發揮個別預防功能、鼓勵被告自新及
28 復歸社會等目的而設（立法院公報第91卷第10期第943頁及
29 第948頁以下參照）。故緩起訴處分之本質，係法律授權檢
30 察官為終結偵查所為之處分，其作用並非確認刑罰權之存
31 在，反係終止刑罰權實現之程序性處理方式。就此而言，緩

起訴處分既屬對被告不予追訴之決定，亦以聲請再議及交付審判程序作為告訴人之救濟手段（刑事訴訟法第256條第1項、第258條之1參照），故實係附條件之便宜不起訴處分。」是故檢察官以終止刑罰權為目的所進行之偵查訊問內容，非為蒐集犯罪證據提起公訴而準備，則其中得作為認定涉及犯罪行為之證明力有多少，即有必要從訊問筆錄之內容予以判斷。系爭緩起訴處分固載有：潘○○、劉○○、黃○○共同基於以詐術使開標發生不正確結果之犯意聯絡……

上開3人所為，均係共同犯採購法第87條第6項、第3項之以詐術使開標發生不正確結果未遂罪；通躍公司、原告應依同法第92條之規定，科以罰金刑等情事，而為緩起訴處分（本院卷第102至105頁）。惟稽之前述說明，緩起訴制度之作用非在確認刑罰權之存在，反而係為終止刑罰權實現而設，自不得徒憑緩起訴書之記載，逕認該當採購法第101條第1項之特定款次，行政法院仍應依相關事證獨立認定事實、適用法律，不受緩起訴書之拘束。

3. 經查，證人即原告之實質負責人潘○○於警詢時陳稱：為了要湊滿3家廠商，而詢問利昱工程行的黃○○及通躍公司的劉○○一同出牌投標，3家標價都是潘決定，投標文書由其準備，利昱工程行和通躍公司提供大小章蓋印等語（偵卷第13頁）；證人劉○○於警詢時陳稱：台盟公司潘○○找我合作一起投標，標案文件由潘○○製作好，再拿到通躍公司用印。押標金支票是通躍公司開立，資金來源是潘○○提供同額現金等語（偵卷第80至81頁）；證人黃○○於警詢時陳稱：潘○○邀請投標，將利昱工程行大小章交給潘○○，按照潘○○的要求開押標金支票即其金額等語（偵卷第123至124頁）；上開3人於偵查中亦肯認警詢調查時所述實在，系爭採購案實際上有投標意思的只有潘○○即原告。3家公司投標文件及押標金均由潘○○準備等語（偵卷第311至315頁）。佐以法務部調查局鑑定分析前揭3家公司投標文件具有相同之影列印特徵，研判係相同之機具製造等情（偵卷第

71至75頁），足見系爭緩起訴處分所載客觀事實部分信而有徵，足以認定潘○○係原告技術員兼實際負責人，劉○○係通躍公司業務經理兼實際負責人，黃○○係利昱工程行負責人，潘○○於110年7月9日至同年7月26日不詳時間製作廠商之投標文件，另代無實際參與投標及履約意願之劉○○、黃○○下載空白標單，借用通躍公司、利昱工程行名義製作投標文件參標。潘○○再決定原告、通躍公司、利昱工程行等3家廠商之投標價格、製作標單、潘○○並取得通躍公司、利昱工程行之大小章蓋印並投標，及提供押標金，據以虛造有3家合格廠商投標假象之事實。就法律評價部分，檢察官論以採購法第87條第6項、第3項之以詐術使開標發生不正確結果未遂罪，本院尊重檢察官為終止刑罰權實現所為緩起訴處分之權限；然就同法第101條第1項規定適用部分，從上開事實可知，通躍公司及利昱工程行均無得標意願，其押標金、標單亦非自己處理，大小章也是交由潘○○蓋印，足見通躍公司及利昱工程行將其名義出借給潘○○投標，依前揭說明，並非「陪標」（押標金、標單自行處理）之情形，而是原告借用他人名義或證件參加投標，違反同法第101條第1項第2款規定，應可認定。

六、綜上所述，原告上開主張均不足採，則被告作成原處分認定原告有違反採購法第101條第1項第2款之違法行為，予以停權，並依同法第102條第3項及第103條第1項規定刊登政府採購公報3年，核無違誤；異議處理結果及申訴審議判斷遞予維持，亦無不合。原告起訴意旨求為均予撤銷，為無理由，應予駁回。又本件判決基礎已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及訴訟資料經本院斟酌後，核與判決結果不生影響，爰不一一論述，附此敘明。

七、結論：原告之訴無理由。

中 華 民 國 113 年 11 月 29 日

審判長法官 林 彥 君

法官 黃 奕 超

一、上為正本係照原本作成。

二、如不服本判決，應於送達後20日內，向本院高等行政訴訟庭提出上訴狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內補提理由書；如於本判決宣示或公告後送達前提起上訴者，應於判決送達後20日內補提上訴理由書（均須按他造人數附繕本）。

三、上訴未表明上訴理由且未於前述20日內補提上訴理由書者，逕以裁定駁回。

四、上訴時應委任律師為訴訟代理人，並提出委任書（行政訴訟法第49條之1第1項第3款）。但符合下列情形者，得例外不委任律師為訴訟代理人（同條第3項、第4項）。

得不委任律師為訴訟代理人之情形	所需要件
(一)符合右列情形之一者，得不委任律師為訴訟代理人	1. 上訴人或其代表人、管理人、法定代理人具備法官、檢察官、律師資格或為教育部審定合格之大學或獨立學院公法學教授、副教授者。 2. 稅務行政事件，上訴人或其代表人、管理人、法定代理人具備會計師資格者。 3. 專利行政事件，上訴人或其代表人、管理人、法定代理人具備專利師資格或依法得為專利代理人者。
(二)非律師具有右列情形之一，經最高行政法院認為適當者，亦得為上訴審訴訟代理人	1. 上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親具備律師資格者。 2. 稅務行政事件，具備會計師資格者。 3. 專利行政事件，具備專利師資格或依法得為專利代理人者。 4. 上訴人為公法人、中央或地方機關、公法上之非法人團體時，其所屬專任人員辦理法

01		制、法務、訴願業務或與訴訟事件相關業務者。
	是否符合(一)、(二)之情形，而得為強制律師代理之例外，上訴人應於提起上訴或委任時釋明之，並提出(二)所示關係之釋明文書影本及委任書。	
02	中 華 民 國 113 年 12 月 4 日	
03	書記官 謝 廉 縈	