

最 高 行 政 法 院 判 決

110年度上字第611號

上 訴 人 達宏營造工程有限公司

代 表 人 游俊豐

上 訴 人 宥盛營造有限公司

代 表 人 游惠青

共 同

訴訟代理人 呂承育 律師

被 上 訴 人 經濟部水利署第五河川局

代 表 人 莊曜成

上列當事人間政府採購法事件，上訴人對於中華民國110年7月28日高雄高等行政法院109年度訴字第49號判決，提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決廢棄，發回高雄高等行政法院。

理 由

一、本件行政訴訟上訴後，被上訴人代表人由張庭華變更為莊曜成，茲由新任代表人具狀向本院聲明承受訴訟，核無不合，應予准許。

二、事實概要

(一)緣上訴人（包括上訴人達宏營造工程有限公司，下稱上訴人達宏公司，及上訴人宥盛營造有限公司，下稱上訴人宥盛公司）均於民國105年1月27日投標被上訴人辦理之「八掌溪斷面39-41疏濬工程」、「朴子溪斷面49-51疏濬工程」採購案（下稱系爭採購案），但均未得標。被上訴人辦理退還押標金程序時，發現上訴人均委由同一人（鄭文厚）領回押標金，因認上訴人不同投標廠商間之投標文件內容有重大異常關聯，符合行為時政府採購法第31條第2項第8款規定「其他經主管機關認定有影響採購公正之違反法令行為」之情形，爰以106年4月14日水五秘字第10605003820號函（下稱106年4月14日函）向上訴人追繳已發還之押標金各新臺幣145萬元

(下稱系爭押標金)。上訴人不服，均提出異議，經被上訴人以106年5月9日水五秘字第10650052550號函（下稱106年5月9日函，並與106年4月14日函下合稱追繳押標金處分）告知異議處理結果維持原決定；上訴人仍不服，均提起申訴，經行政院公共工程委員會（下稱工程會）各以106年9月15日訴1060172號、訴1060186號審議判斷駁回申訴後，遂於106年11月22日向高雄高等行政法院提起行政訴訟（106年度訴字第470號）。被上訴人106年12月7日水五政字第10608003270號函則以系爭採購案之投標廠商涉有政府採購法第87條第3項、第6項之以詐術使開標發生不正確結果未遂罪嫌，移請臺灣嘉義地方檢察署（下稱嘉義地檢）偵辦。而上訴人於高雄高等行政法院106年度訴字第470號審理中，以無繼續訴訟之必要為由，於107年3月12日向高雄高等行政法院撤回訴訟。嗣嘉義地檢檢察官認上訴人之代表人均不該當政府採購法第87條第3項及第5項之構成要件；而上訴人亦無同法第92條之罪責，爰以108年5月6日107年度偵字第7836號（原判決載為第78362號）、第8797號為不起訴處分，並於同年月14日及15日分別送達不起訴處分書（下稱系爭不起訴處分書）予上訴人宥盛公司及上訴人達宏公司。

(二)上訴人收受系爭不起訴處分書後，即以108年5月27日陳情書向被上訴人請求依偵查結果退還押標金，經被上訴人以108年6月17日水五秘字第10850071730號函及同年月18日水五秘字第10850071740號函向上訴人說明系爭押標金之申訴案，前經上訴人循序提起高雄高等行政法院106年度訴字第470號行政訴訟後，已經上訴人撤回訴訟在案，故陳情退還系爭押標金，依法恐有未合等語。上訴人乃續以108年9月3日申請狀請求被上訴人依行政程序法第128條第1項第1款、第2款規定，作成准許重新開始行政程序之決定，並作成撤銷追繳押標金處分之行政處分。經被上訴人於108年9月30日各以水五秘字第10805011460號、第10805011490號函（下合稱原處分），分別否准上訴人宥盛公司及上訴人達宏公司行政程序

重開與撤銷追繳押標金處分之申請。上訴人不服，同於108年10月31日向被上訴人提出訴願書，被上訴人則於108年11月20日以水五秘字第10805013580號、第10805013630號函將上訴人所提訴願書及相關附件轉送訴願管轄機關經濟部（訴願審議委員會）審議。然經濟部108年11月26日經訴字第10806315350號、第10806315450號函則以原處分係兩造間關於政府採購案件追繳已發還押標金程序重新進行之爭議，上訴人不服原處分，應向被上訴人提出異議為由，將上訴人提起之訴願案，移請被上訴人依異議程序辦理。被上訴人即據以108年12月13日水五秘字第10805015050號、第10805015060號函（下合稱108年12月13日函）復稱原處分並無違法不當。上訴人收受被上訴人108年12月13日函後，逕於109年2月12日向高雄高等行政法院提起課予義務訴訟，並聲明：原處分撤銷；被上訴人應依上訴人108年9月3日（原判決載為9日）之申請，作成准予行政程序重開及撤銷被上訴人106年4月14日函、106年5月9日函之行政處分。經原審法院判決駁回後，乃提起本件上訴。

三、上訴人起訴之主張及被上訴人於原審之答辯，均引用原判決所載。

四、原判決駁回上訴人之訴，其理由略謂：

（一）上訴人雖就被上訴人追繳押標金處分循序向高雄高等行政法院提起行政訴訟（106年度訴字第470號），惟嗣以無繼續訴訟之必要為由，同於107年3月12日向高雄高等行政法院撤回訴訟，被上訴人追繳押標金處分因而確定後，嘉義地檢檢察官始認上訴人並不構成政府採購法第92條之罪，而於108年5月6日以系爭不起訴處分書對上訴人及其代表人為不起訴處分，因此，該不起訴處分即屬行政程序法第128條新增條文所指「於行政處分作成後始存在或成立」之新事實或新證據之範圍。被上訴人自應將其追繳押標金處分具形式存續力後始作成系爭不起訴處分書，作為行政程序法第128條第1項第2款所謂新證據，始合法意。至上訴人雖主張系爭不起訴處

01 分書亦符合第128條第1項第1款、第3款規定等語，惟110年1
02 月20日修正新增第3項規定所稱「新證據」，係僅指同條項
03 第2款發現「新證據」而言，不包括同條項第1款、第3款規
04 定，此觀其立法理由已詳為說明，上訴人此部分主張，容有
05 誤解，尚難採取。

06 (二)系爭採購案之招標文件領取方式均採電子領標；參加投標廠
07 商應繳證件則參閱投標須知等情，已於公開招標公告記載甚
08 明。而依經濟部水利署工程採購投標須知（下稱系爭採購案
09 投標須知）第3點：「……辦理公開招標與選擇性招標時，
10 應將招標公告、資格預先審查公告刊登政府採購公報……1
11 日；另應備具投標須知、契約樣稿、標封……、空白標單、
12 投標切結書、押標金繳退要點、退還押標金申請單、……及
13 其他規定文件等上傳政府電子採購網，供投標廠商上網閱覽
14 及備價購領。」第8點：「參加投標廠商……應依本招標文
15 件規定填妥……各項文件並附招標資格證件包括：第7點各
16 項證件、投標切結書、押標金票據、退還押標金申請單、
17 ……及招標文件規定之其他文件。……。」可知，舉凡標
18 單、投標切結書、押標金票據、退還押標金申請單及投標須
19 知等招標文件規定之其他文件，均屬投標文件。且依上訴人
20 就系爭採購案所簽署之投標切結書所載內容：「一、謹遵守
21 貴署工程採購投標須知、補充說明及有關規定投標，……，
22 已充分瞭解相關之法令規定，並願確實遵行。……。二、已
23 詳閱……相關招標文件並願確實遵行。」足見上訴人參加系
24 爭採購案之投標時，已知悉系爭採購案投標須知並承諾遵
25 行。是以，上訴人主張系爭採購案投標須知無拘束上訴人之
26 效力，即難採據。

27 (三)依系爭不起訴處分書所載，該刑事案件係針對上訴人之代表
28 人參與系爭採購案投標，疑涉政府採購法第87條第3項、第5
29 項、第6項等罪嫌及上訴人因而應論以同法第92條之罪嫌所
30 進行之偵查，根據偵查所得作成個案判斷；綜觀處分書內容
31 固然認定上訴人之代表人並無違反政府採購法第87條第3

01 項、第5項、第6項規定等情事，惟並未否認並改變「上訴人
02 均委由同一人（鄭文厚）具領押標金」之事實。而此委由同
03 一人（鄭文厚）具領押標金之事實即為被上訴人作成追繳押
04 標金之處分所依據之事實，乃合致「其他經主管機關認定有
05 影響採購公正之違反法令行為」之不予發還押標金之事由，
06 故該不起訴處分書縱經斟酌，亦不能改變「上訴人均委由同
07 一人（鄭文厚）具領押標金」之事實，自無從使上訴人受較
08 有利益之處分。因此，上訴人以不起訴處分書所認定之事實
09 為新證據，請求程序重開，即難認為有據等語。

10 五、上訴意旨略謂：

11 (一)追繳押標金處分不僅具有追繳押標金之效果，亦有使上訴人
12 背負曾違反政府採購法第50條第1項第5款規定之紀錄，進而
13 直接影響上訴人往後從事其他政府採購標案之機會，足見追
14 繳押標金處分乃屬具持續效力之行政處分。而被上訴人據以
15 作成追繳押標金處分之同一事實經嘉義地檢檢察官為不起訴
16 處分，認定上訴人未有影響採購公正之違反法令行為，即符
17 合行政程序法第128條第1項第1款規定，及行政訴訟法第273
18 條第1項第11款、第13款、第14款等再審事由，而符合行政
19 程序法第128條第1項第3款規定。詎原判決未予詳查，僅以
20 不起訴處分涉及行政程序法第128條第1項第2款規定，即認
21 本件不適用同法第128條第1項第1款、第3款規定，顯見應有
22 不適用法規及不備理由之違背法令。

23 (二)工程會91年11月27日工程企字第09100516820號令釋（下稱9
24 1年11月27日令釋）僅為行政規則，依司法院釋字第443號解
25 釋意旨，工程會89年1月19日(89)工程企字第89000318號函
26 釋（下稱89年1月19日函釋）應不足以作為追繳押標金處分
27 之依據，顯見追繳押標金處分應有違反法律保留原則，原審
28 不察，逕認追繳押標金處分並無不法，顯見原判決應有違反
29 法律保留原則。且追繳押標金處分逕以並未對人民發生法規
30 範效力之工程會89年1月19日函釋作為追繳押標金處分之依
31 據，顯見原處分應有適用法規錯誤之違背法令。又「押標金

由同一人申請退還」之行為並不直接構成政府採購法第50條第1項第5款之「不同投標廠商間之投標文件內容有重大異常關聯」，行政機關仍負有就「押標金由同一人申請退還」之行為事實調查是否確有重大異常關聯而影響採購公平性之義務，否則工程會91年11月27日令釋直接記載：「機關辦理採購有下列情形之一者，『應』依政府採購法第50條第1項第5款『不同投標廠商間之投標文件內容有重大異常關聯者』處理：……□押標金由同一人或同一廠商繳納或申請退還者。」系爭採購案投標須知第15點第2項第2款亦直接規定：「機關辦理採購有下列情形之一者，『應』依政府採購法第50條第1項第5款之規定後處理：2、押標金由同一人或同一廠商繳納或申請退還者。」即可，而無須給予行政機關調查裁量之規定（即以「得」字規定與加列「及行為事實判斷認定是否有該款情形」等文字）。詎原審不察，逕認依工程會91年11月27日令釋足以認定上訴人委由同一人申請退還押標金之行為應構成政府採購法第50條第1項第5款規定，顯有漏未審查此項要件之適用法規不當等違法，且完全架空政府採購法第1條之立法宗旨，亦未就工程會91年11月27日令釋及系爭採購案投標須知何以用「得」字而非用「應」字詳予調查說明，亦有應調查之證據而未調查及判決理由不備之違法。再者，原判決一方面敘稱上訴人應受系爭採購案投標須知之拘束，另一方面又不依系爭採購案投標須知第15點第2項第2款規定，就上訴人之行為事實是否確有重大異常關聯而影響採購公平性為調查認定，顯見應有理由矛盾之違法。上訴人委請鄭文厚領回押標金之行為既經嘉義地檢認未有違反政府採購法，應足證明上訴人並無影響採購程序公平與公正之情事，原判決仍認上訴人有違反政府採購法第31條第2項第8款規定，而認定追繳押標金處分應無違法，顯見原判決應有事實認定與客觀情況不符之不適用證據法則及理由矛盾等違背法令，且原判決所認定之結果無異如同持菜刀即等同於觸犯殺人罪，至於持菜刀係用於切菜或係殺人則非所問

之不當結果，如此認定顯與一般社會通念、經驗法則及論理法則相悖等語，為此請求廢棄原判決，並撤銷原處分；被上訴人對於上訴人108年9月3日之申請應作成准予行政程序重開，並撤銷被上訴人106年4月14日函及106年5月9日函之行政處分。

六、本院按：

(一)行政程序法第128條規定：「（第1項）行政處分於法定救濟期間經過後，具有下列各款情形之一者，相對人或利害關係人得向行政機關申請撤銷、廢止或變更之。但相對人或利害關係人因重大過失而未能在行政程序或救濟程序中主張其事由者，不在此限：一、具有持續效力之行政處分所依據之事實事後發生有利於相對人或利害關係人之變更者。二、發生新事實或發現新證據者，但以如經斟酌可受較有利益之處分者為限。三、其他具有相當於行政訴訟法所定再審事由且足以影響行政處分者。（第2項）前項申請，應自法定救濟期間經過後三個月內為之；其事由發生在後或知悉在後者，自發生或知悉時起算。但自法定救濟期間經過後已逾五年者，不得申請。」另於110年1月20日修正增訂第3項：「第一項之新證據，指處分作成前已存在或成立而未及調查斟酌，及處分作成後始存在或成立之證據。」參諸修法說明，乃因修法前實務適用系爭規定之第2款時，多將規定中之「發現新證據」，限縮於「作成行政處分之時業已存在，但未經斟酌」之範圍而不包括「作成行政處分後始發現之證據」，實增加法文所無之限制，乃予增訂第3項以為正確適用。從而，本諸立法意旨，行政程序法第128條第1項第2款規定所指新證據，自當包括處分作成後始存在或成立之證據。

(二)次按，行政程序法第128條第1項所謂新證據，首必須具備證據之適格，即係指可供證明當事人主張事實為真之證據方法，包括人證、物證、書證等，並係指行政處分作成時業已存在，但未經斟酌之事實或證據，或處分作成後始存在或成立之證據者而言，且以如經斟酌可受較有利益之處分，及非

01 因申請人之重大過失而未能在行政程序或救濟程序中主張其
02 事由者為限。至檢察官不起訴處分書，固然處分書內容所論
03 斷之證據，具有證據方法之適格；惟處分書本身，則係檢察
04 官本於偵查職權，就犯罪嫌疑進行調查所得之個案判斷，於
05 具有刑事訴訟法第252條、第253條之事由時所作成，除有法
06 律明文以不起訴處分作為法定要件而應加以審酌外，尚難指
07 不起訴處分書具有證據之性質。

08 (三)查上訴人因參與系爭採購案未得標，經被上訴人通知渠等領
09 回押標金時，發現上訴人均委由同一人鄭文厚領回押標金，
10 因認此一情事依工程會91年11月27日令釋：「機關辦理採購
11 有下列情形之一者，得依政府採購法第五十條第一項第五款
12 『不同投標廠商間之投標文件內容有重大異常關聯者』處
13 理：……二、押標金由同一人或同一廠商繳納或申請退還
14 者。……」，符合政府採購法第50條第1項第5款「不同投標
15 廠商間之投標文件內容有重大異常關聯者」之適用，遂依同
16 法第31條第2項第8款：「機關得於招標文件中規定，廠商有
17 下列情形之一者，其所繳納之押標金，不予發還，其已發還
18 者，並予追繳：…八、其他經主管機關認定有影響採購公正
19 之違反法令行為者」作成追繳押標金之處分（見原審另案10
20 6年度訴字第470號案卷第21、23頁），嗣經上訴人申訴亦未
21 果後，向原審起訴請求撤銷，經原審分以106年度訴字第470
22 號受理。惟嗣上訴人及其代表人因此案遭到偵查，而撤回起
23 訴。又上訴人在經嘉義地檢檢察官為不起訴處分後，於108
24 年5月27日向被上訴人申請重開追繳押標金之行政程序，遭
25 被上訴人以原處分予以否准後，向被上訴人提出訴願書，經
26 被上訴人轉送經濟部訴願審議委員會。然經濟部以上訴人不
27 服原處分，應向被上訴人提出異議為由，將上訴人提起之訴
28 願案，移請被上訴人依異議程序辦理。被上訴人即以108年1
29 2月13日函復稱原處分並無違法不當。上訴人收受後，逕於1
30 09年2月12日向原審提起課予義務訴訟，請求原處分撤銷；
31 被上訴人應依上訴人108年9月3日（原判決載為9日）之申

請，作成准予行政程序重開及撤銷被上訴人106年4月14日函、106年5月9日函之行政處分。以上事實，為原審所確定，本院自得採為判決之基礎。從上開事實可知，上訴人於108年5月27日向被上訴人申請者，為行政程序法第128條重開追繳押標金之行政程序，非屬政府採購法第74條所規定：「廠商與機關間關於招標、審標、決標之爭議，得依本章規定提出異議及申訴」之情形，上訴人向經濟部提出訴願，符合訴願法第4條第6款關於訴願管轄之規定，並無違誤，乃經濟部誤以應依異議、申訴程序處理，致有後續上訴人之異議決定等贅累之程序後，上訴人並未再賡續申訴而逕向原審起訴，原審以其並無違誤而提出訴願在前，已踐行訴願程序，認定訴願機關經濟部錯認事件性質為怠為訴願決定，容許上訴人得逕行起訴，因認上訴人之起訴為合法，本院基於人民訴訟權應予保障之角度，認原審此部分之認定並無違誤。

(四)查上訴人陳稱其於108年5月10日收受系爭不起訴處分書後，認為符合行政程序法第128條第1項所定行政程序重開要件，隨即於108年5月27日向被上訴人申請行政程序再開，故符合行政程序法第128條第2項所定於事由發生起算3個月內之法定救濟期間等語。又主張系爭不起訴處分書暨卷內證據等得作為申請再開之事由，蓋：1.嘉義地檢為嚴謹之偵查程序後，於不起訴處分書除認定上訴人無政府採購法第87條之犯罪外，更認定上訴人並無政府採購法第50條第1項第5款之投標廠商間投標文件內容具重大異常關聯或意圖影響採購結果之行為，是前開不起訴處分書所認定之事實，與被上訴人作成追繳押標金處分所依據之事實相同。惟經偵查後，發生有利於上訴人之認定，此與行政程序法第128條第1項第1款程序再開事由相符。2.法務部調查局○○縣調查站於107年7月10日及107年6月26日函調上訴人及負責人之帳戶明細，並未見金流異常，亦無圍標或具有重大異常關聯之情事。且上訴人達宏公司之負責人游俊豐及上訴人宥盛公司之負責人游惠青為兄妹，代為領回押標金之鄭文厚原為游惠青配偶之公司

01 員工，離職後便到上訴人達宏公司上班。被上訴人通知上訴
02 人領回押標金之當日，因鄭文厚恰好至被上訴人處洽公，便
03 同時受上訴人委任向被上訴人領回押標金，難謂上訴人有意
04 圖影響採購結果而借用他人名義或證件投標之情事。以上諸
05 多證據係被上訴人作成追繳押標金處分前所未出現，依修正
06 後之行政程序法第128條第3項，屬於同條第1項所定得申請
07 行政程序再開之「新證據」，且係被上訴人作成原處分時所
08 未斟酌之事項，若經被上訴人詳為斟酌，當可證明上訴人並
09 無政府採購法第50條第1項第5款之投標廠商間投標文件內容
10 具重大異常關聯或意圖影響採購結果之行為，被上訴人不會
11 作成原處分，此相當於行政訴訟法第273條第1項第14款所稱
12 「原判決就足以影響於判決之重要證物漏未斟酌」之再審事
13 由，故亦與行政程序法第128條第1項第3款所定「其他具有
14 相當於行政訴訟法所定再審事由且足以影響行政處分者」之
15 行政程序重開事由相符等語。即上訴人主張其申請重開行政
16 程序，所提出之新證據包括系爭不起訴處分書，及前揭所主
17 張之證據，有上訴人及其負責人之銀行帳戶、證人游俊豐、
18 游惠青、鄭文厚等人。

19 (五)按，關於系爭不起訴處分書之判斷及其內容，乃檢察官偵查
20 後作成之公文書，其意義即該案件具有法定事由應以不起訴
21 處分終結之，並賦予刑事訴訟法所規定之一定效力（例如：
22 得否聲請再議、發現新事實或新證據者得再行起訴等），不
23 具訴訟法上證據之意義。另見上訴人請求重開追繳押標金之
24 行政程序，該追繳押標金所依據之事實為「被上訴人辦理退
25 還押標金程序時，上訴人均委由同一人（鄭文厚）領回押標
26 金」（見原審另案106年度訴字第470號案卷第21頁）。而系
27 爭不起訴處分書所持理由，為系爭採購案共有9家廠商參與
28 競標，得標與否視競標廠商投標金額之高低，渠等主觀上是
29 否具備影響決標價格或獲取不當利益之意圖，尚非無疑；又
30 法無明文限制具關係企業關係之廠商投標，則上訴人各以其
31 名義投標，難認有詐術之施用等節，認定上訴人及其代表人

並無違反政府採購法第87條第3項、第5項、第6項規定等情事，而以罪嫌不足為由予以不起訴處分（見原審卷第29至33頁），不僅未論斷「被上訴人辦理退還押標金程序時，上訴人均委由同一人（鄭文厚）領回押標金」之情事，且此一不起訴處分之結果並不致改變此一情事，此與「所依據之事實事後發生有利於相對人或利害關係人之變更」之要件有悖。原審雖未詳論系爭不起訴處分書於本件之性質，非屬適格之證據方法，惟論及該不起訴處分書不能改變「上訴人均委由同一人（鄭文厚）具領押標金」之事實，自無從使上訴人受較有利益之處分，認上訴人以此為由申請重開，難謂有據等語，則屬適法有據。

(六)惟查，上訴人主張之新證據除上訴人之代表人以被告之身分接受偵訊否認犯罪之辯詞，載於系爭不起訴處分書外，其他新證據即上訴人及其負責人之銀行帳戶、證人鄭文厚等，則未見於處分書。然既經上訴人主張為新證據，並敘及如予斟酌應有受有利判斷之可能等情；又證人、帳戶存提等資料應屬處分作成前即已存在，則原審應予審酌該等新證據是否非因申請人之重大過失而未能在行政程序或救濟程序中主張其事由；又所發現之處分作成前已存在之新證據，係於何時發現，距其申請重開時有無逾3個月？據以判斷本件重開之申請是否合法？乃原審就此關係原處分之合法與否之爭點，未予調查亦未說明不予調查之理由，自有判決理由未備之違法。又上訴主張工程會91年11月27日令釋指押標金由同一人或同一廠商繳納或申請退還者，「得」依政府採購法第50條第1項第5款處理，意謂採購機關仍應實質調查認定「押標金由同一人申請退還」之行為事實是否確有重大異常關聯而影響採購公平一節，並非無據。故如原審調查認定本件符合要件准予重開後，即應再就此一上訴主張是否有據一節，予以審認。

(七)綜上，原判決既有前述違背法令之違誤，上訴請求予以廢棄，即屬有據。又上開爭點猶待原審調查，本院尚無法為終

局判決，爰將原判決予以廢棄，發回原審依本判決之見解重
為調查，另為適法之判決。

據上論結，本件上訴為有理由。依行政訴訟法第256條第1項、第
260條第1項，判決如主文。

中 華 民 國 112 年 5 月 11 日

最高行政法院第二庭

審判長法官 帥 嘉 寶

法官 林 玫 君

法官 洪 慕 芳

法官 鍾 啟 煒

法官 李 玉 卿

以 上 正 本 證 明 與 原 本 無 異

中 華 民 國 112 年 5 月 11 日

書記官 高 玉 潔