

最 高 行 政 法 院 判 決

111年度上字第43號

上 訴 人 群郁營造有限公司

代 表 人 謝榮忠

訴訟代理人 陳武璋 律師

被 上 訴 人 國防部全民防衛動員署後備指揮部

代 表 人 傅正誠

訴訟代理人 林聖倫

林銘祥

蔡旻芯

上列當事人間政府採購法事件，上訴人對於中華民國110年11月25日臺北高等行政法院109年度訴字第1489號判決，提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於駁回上訴人後開第二項之訴部分及該訴訟費用部分均廢棄。

原處分、異議處理結果及申訴審議判斷關於不予發還上訴人押標金新臺幣壹佰伍拾壹萬元部分均撤銷。

其餘上訴駁回。

廢棄部分第一審及上訴審訴訟費用由被上訴人負擔，駁回部分上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

一、被上訴人於民國111年1月1日改隸國防部全民防衛動員署，銜稱修訂為國防部全民防衛動員署後備指揮部。嗣其代表人已由姜振中變更為傅正誠，茲據新任代表人具狀聲明承受訴訟，核無不合，先予敘明。

二、爭訟概要：

上訴人參與被上訴人所辦理「○○營區、○○○莊及○○營區污水下水道銜接工程」採購案（000-000000000000000000，

下稱系爭採購案），於109年3月5日開標，資格審查結果，僅上訴人及訴外人實做企業股份有限公司2家廠商合格。嗣被上訴人於評選過程發現上訴人有雇用系爭採購案技術服務廠商鵬程工程顧問有限公司（下稱鵬程公司）之員工李懿行為上訴人之經理，且透過該管道取得其他廠商無法知悉之資訊，包含源自於鵬程公司技術服務建議書之人孔蓋照片5張及初步管線設計規劃圖示，並使用在上訴人之服務建議書中，核屬違反系爭採購案之投標須知第44點第2項第7款「影響採購公正之違反法令行為」及第47點第1項第4款「因履行機關契約而知悉其他廠商無法知悉之資訊」等情形。被上訴人爰於109年5月27日以國後勤採字第1090007896號函（下稱原處分）通知上訴人不予決標，另依投標須知第31點規定，押標金新臺幣（下同）151萬元不予發還。上訴人提出異議經被上訴人駁回，提起申訴，經申訴審議判斷駁回上訴人請求撤銷異議處理結果之部分，並就請求決標予上訴人部分作成不予受理之決定，上訴人仍表不服，就申訴審議判斷駁回部分提起行政訴訟，並聲明：申訴審議判斷關於申訴駁回部分及異議處理結果、原處分均撤銷。經臺北高等行政法院（下稱原審）109年度訴字第1489號判決（下稱原判決）駁回後，乃提起本件上訴。

三、上訴人起訴主張暨被上訴人於原審之答辯，均引用原判決所載。

四、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：(一)上訴人就系爭採購案服務建議書所用之人孔蓋照片5張及初步管線設計規劃圖示，俱與鵬程公司提供與被上訴人之服務建議書相同，因該時鵬程公司之服務建議書未予公開，上訴人卻能私自取得，相較其他6競爭廠商明顯有影響採購公正之行為，有害政府採購法第1條立法目的之公平採購程序要求，當屬有影響採購公正之違反法令行為，被上訴人據以原處分，通知上訴人不予決標，押標金不予發還，核無違誤。(二)被上訴人於系爭採購案辦理公開招標、決標過程中，就鵬程公司提

01 供之服務建議書尚未依政府資訊公開法第7條第1項第8款予
02 以主動公開，此屬被上訴人依同法第18條第1項第7款裁量限
03 制公開或不予提供事由，上訴人竟能在被上訴人主動公開或
04 裁量限制公開、不予提供作成決定前，取得尚未公開之鵬程
05 公司服務建議書內容，對其他競爭廠商已構成影響採購公正
06 之行為，姑不問其使用之人孔蓋照片及初步管線設計規劃圖
07 示等資訊價值如何，皆屬有害政府採購之公平採購程序要
08 求，為有影響採購公正之違反法令行為。(三)李懿行在系爭採
09 購案投標時，為上訴人經理，依公司法第8條第2項規定，屬
10 公司之經理人，在執行職務範圍內，為公司負責人；則李懿
11 行前任職鵬程公司期間，依其所述，可取得鵬程公司有關之
12 電腦共享檔案，包含系爭採購案之技術服務在內，並使用鵬
13 程公司服務建議書之人孔蓋照片及初步管線設計規劃圖示，
14 作為上訴人系爭採購案之服務建議書使用，因鵬程公司前開
15 服務建議書尚未公開，李懿行復為上訴人之經理身分，就系
16 爭採購案對於其他競爭廠商而言，有造成不公平競爭之虞。
17 (四)上訴人就系爭採購案有影響採購公正之違反法令行為，經
18 被上訴人以原處分作成不予決標上訴人，押標金151萬元不
19 予發還在案，核屬有據；則被上訴人按政府採購法第31條第
20 2項第7款規定，對於上訴人所繳納之押標金，不予發還，乃
21 屬「管制性不利處分」之羈束處分性質，招標機關即被上訴
22 人並無自為裁量是否不予追繳押標金或僅追繳部分金額之權
23 限，所為之不予發還上訴人押標金全額151萬元之處分，當
24 屬適法等語，判決駁回上訴人在原審之訴。

25 五、本院按：

26 (一)政府採購法第31條第2項第7款（108年5月22日修正前為第8
27 款）規定：「廠商有下列情形之一者，其所繳納之押標金，
28 不予發還；其未依招標文件規定繳納或已發還者，並予追
29 繳：……七、其他經主管機關認定有影響採購公正之違反法
30 令行為。」第48條第1項第2款規定：「機關依本法規定辦理
31 招標，除有下列情形之一不予開標決標外，有3家以上合格

廠商投標，即應依招標文件所定時間開標決標：……二、發現有足以影響採購公正之違法或不當行為者。」第50條第1項第7款規定：「投標廠商有下列情形之一，經機關於開標前發現者，其所投之標應不予開標；於開標後發現者，應不決標予該廠商：……七、其他影響採購公正之違反法令行為。」上開政府採購法第31條係關於押標金應否及如何退還之規定，有該條第2項所定事由經於招標文件中規定者，廠商所繳納之押標金，不予發還，其已發還者，並予追繳，其中第7款係規定「其他『經主管機關認定』有影響採購公正之違反法令行為者」，而非如同法第48條第1項第2款規定「足以影響採購公正之違法……行為」及第50條第1項第7款規定「其他影響採購公正之違反法令行為」，並無「經主管機關認定」之要件。顯然立法者有意區別政府採購法第31條第2項第7款與第48條第1項第2款及第50條第1項第7款規定。政府採購法第31條第2項第7款係授權政府採購法之主管機關就特定之行為類型，事先一般性認定屬於「影響採購公正之違反法令行為」，用以補充該款發生不予發還或追繳押標金法律效果之構成要件，主管機關所為之認定，具有法規命令性質，該項認定必須明確具體，始符法治國家法律明確性之要求。又觀諸前揭政府採購法第31條第2項第7款規定，係因立法者對於投標廠商影響採購公正之違反法令行為，實無從預先鉅細靡遺悉加規定，是為樹立有效之行政管制，乃授權主管機關行政院公共工程委員會(下稱工程會)得據以補充認定同條項第1款至第6款以外其他「有影響採購公正之違反法令行為」之類型。亦即政府採購法第31條第2項第7款規定本身僅有部分構成要件行為及法律效果，尚待主管機關補充其空白部分構成要件行為後，方成為完整構成要件之法規範。然而特定行為是否屬於同法第50條第1項第7款之「其他影響採購公正之違反法令行為」，則屬對該法律規定之解釋適用，行政法院對行政機關之解釋適用（包括主管機關作成認定特定行為類型構成影響採購公正之違反法令行為之函釋）

有完全之審查權限。是以即令投標廠商有某一不正行為，如該不正行為非屬事先經主管機關一般性認定屬於政府採購法第31條第2項第7款規定「其他影響採購公正之違反法令行為」，仍不能依該規定不予發還或追繳押標金。反之，投標廠商於開標後經發現有此不正行為，而該不正行為一旦被認定屬於同法第50條第1項第7款之「其他影響採購公正之違反法令行為」，機關仍得依該條規定不決標予該廠商。

(二)工程會100年1月17日工程企字第10000022450號函釋(下稱100年1月17日函釋)：「來函所述甲、乙二人為所詢系統建置案之規劃及專案管理廠商(Y廠商)之人員，現又為該系統建置案之投標廠商(A廠商)所提計畫書之協同主持人及執行組員，倘該二人非同時為Y廠商及A廠商之『負責人或合夥人』，則非屬政府採購法第39條第2項規定事項，惟仍請注意同條第3項所定廠商間不得同時為關係企業之規定，所稱『負責人或合夥人』，請查察公司法第8條及商業登記法第10條規定；本案甲、乙二人情形，縱無違反政府採購法第39條及其施行細則第38條第1項規定，惟渠等曾參與該系統建置案之規劃工作，且該規劃內容並未完整公開，現又為該系統建置案投標廠商之『協同主持人』及『執行組員』，有造成不公平競爭之虞。」核係工程會本諸政府採購法主管機關之地位，針對該法第39條規定之適用，所為之解釋，性質上屬於行政程序法第159條第2項第2款中之解釋性行政規則，並非工程會就特定之行為類型，事先一般性認定屬於同法第31條第2項第7款「影響採購公正之違反法令行為」之法規命令，自不得作為不予發還押標金之依據。

(三)被上訴人雖於申訴審議時引用工程會108年9月16日工程企字第1080100733號令(下稱108年9月16日令)作為不予發還押標金之依據(可閱卷第133頁)。惟查，工程會108年9月16日令就發函時之政府採購法(108年5月22日修正公布)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」行為類型，認定屬於同法第31條第2項第7款之「影響

採購公正之違反法令行為」，符合具體明確之要求。然將同法第48條第1項第2款「足以影響採購公正之違法或不當行為」及第50條第1項第7款「其他影響採購公正之違反法令行為」，認定為同法第31條第2項第7款之「有影響採購公正之違反法令行為」，變成「『足以影響採購公正之違法或不當行為』屬於『有影響採購公正之違反法令行為』」及「『其他影響採購公正之違反法令行為』屬於『有影響採購公正之違反法令行為』」，不但是語詞重覆，而且以抽象內容補充構成政府採購法第31條第2項第7款發生不予發還押標金法律效果之構成要件，自該「抽象認定」不足以得知其欲將何種特定行為類型，列為該款之「影響採購公正之違反法令行為」，此部分之「認定」並不具體明確，不生該款之認定效果。

(四)查上訴人參與系爭採購案，經被上訴人於評選過程發現上訴人有雇用系爭採購案技術服務廠商鵬程公司之員工（即李懿行）為經理，且透過該管道取得其他廠商無法知悉之資訊，包含源自於鵬程公司技術服務建議書之人孔蓋照片5張及初步管線設計規劃圖示，並使用在上訴人之服務建議書中，被上訴人遂以原處分，通知上訴人不予決標等情，為原審依法確定之事實，核與卷內證據資料相符。原判決因認鵬程公司之服務建議書未予公開，上訴人卻能私自取得，相較其他競爭廠商明顯有影響採購公正之行為，有害政府採購法第1條立法目的之公平採購程序要求，當屬有影響採購公正之違反法令行為，被上訴人據以原處分，通知上訴人不予決標，核無違誤等情，經核並無違背論理法則、經驗法則或證據法則，亦無所適用之法規與該案應適用之法規違背，而有判決違背法令之情形。

(五)上訴人雖主張政府採購法第8條規定廠商之範圍不及於廠商之員工，就本件而言，係鵬程公司或上訴人，而非李懿行。工程會100年1月17日函釋說明二「關於本法施行細則第38條第1項各款所稱廠商，法無明文規定及於廠商之人員。」上

01 訴人已經多次指出李懿行並未實際參與鵬程公司本案之規劃
02 設計工作，並提出事證，原判決於被上訴人未提出任何明確
03 之實質事證下，直接認定李懿行有從事鵬程公司本案之規劃
04 設計工作，而引用公司法第8條規定，有適用法規顯然錯誤
05 之情事云云。按「公司之經理人、清算人或臨時管理人，股
06 份有限公司之發起人、監察人、檢查人、重整人或重整監督
07 人，在執行職務範圍內，亦為公司負責人。」公司法第8條
08 第2項定有明文。經查，李懿行在系爭採購案投標時，為上
09 訴人經理，原判決因認李懿行依前開規定，為上訴人公司負
10 責人部分，核無適用法規不當之情形。原判決就上訴人主張
11 李懿行任職鵬程公司期間，未實際參與本件技術服務建議之
12 規劃與設計，其非政府採購法第39條第2項規定之供應廠
13 商，亦不具公司負責人或合夥人身分，無違反政府採購法乙
14 節，已論明：李懿行其可自鵬程公司共享電腦取得系爭採購
15 案技術服務相關之檔案資訊，相較其他競爭廠商核有造成不
16 公平競爭之虞，此無關政府採購法第39條第2項之規範對象
17 與範圍等情，並未直接認定李懿行有從事鵬程公司本案之規
18 劃設計工作，亦與工程會100年1月17日函釋說明二關於政府
19 採購法施行細則第38條第1項規定所稱「廠商」之解釋無
20 涉。上訴論旨，並無可採。

21 (六)上訴人復主張依據工程會110年1月7日工程企字第109002974
22 6號函覆意見及臺灣臺北地方檢察署檢察官109年度偵字第21
23 636號不起訴處分書意旨，鵬程公司之服務建議書係屬主動
24 公開之文件，而5張道路上人孔蓋照片及簡易圖示資料，係
25 屬服務建議書之內容，即屬應公開之資訊，亦無政府資訊公
26 開法第18條第1項第7款之不公開事由，自無違反影響採購公
27 正之情事，原判決認本件符合政府資訊公開法第18條第1項
28 第7款之要件，適用法規錯誤云云。惟按「下列政府資訊，
29 除依第18條規定限制公開或不予提供者外，應主動公開：
30 ……八、書面之公共工程及採購契約。」「政府資訊屬於下
31 列各款情形之一者，應限制公開或不予提供之：……七、個

01 人、法人或團體營業上秘密或經營事業有關之資訊，其公開
02 或提供有侵害該個人、法人或團體之權利、競爭地位或其他
03 正當利益者。但對公益有必要或為保護人民生命、身體、健
04 康有必要或經當事人同意者，不在此限。」政府資訊公開法
05 第7條第1項第8款及第18條第1項第7款分別有明文規定。採
06 購契約，乃依政府採購法規定公開招標而簽訂之書面採購契
07 約，核屬政府資訊公開法第3條所定政府資訊之範疇，且為
08 政府資訊公開法第7條第1項第8款規定原則上應主動公開之
09 政府資訊，以利於民眾知曉及監督契約之履行（立法理由參
10 照），可知，上開規定之適用以採購契約存在為前提。惟
11 查，上訴人將鵬程公司技術服務建議書之人孔蓋照片5張及
12 初步管線設計規劃圖示，使用在上訴人之服務建議書中持以
13 投標，系爭採購案於109年3月5日截止投標及開標，有公開
14 招標公告在卷可稽，其時，尚無採購契約，自無政府資訊公
15 開法第7條第1項第8款及第18條第1項第7款適用之餘地。不
16 起訴處分書就此部分認定李懿行不符合政府採購法第89條之
17 構成要件，其所持法律上見解，並不能拘束行政法院而為上
18 訴人有利之認定。上訴論旨，委無可採。

19 (七)末查，上訴人上開行為固應非議之，然工程會100年1月17日
20 函係解釋性行政規則，並非工程會就特定之行為類型，事先
21 一般性認定屬於政府採購法第31條第2項第7款「影響採購公
22 正之違反法令行為」之法規命令。原判決參據工程會100年1
23 月17日函釋意旨，認原處分通知上訴人押標金不予發還，核
24 無違誤為由，維持原處分、異議處理結果及申訴審議判斷關
25 於押標金不予發還部分，其適用法規即有違誤。另工程會10
26 8年9月16日令既未具體明確將此種行為類型，認定屬於政府
27 採購法第31條第2項第7款之「有影響採購公正之違反法令行
28 為」，已如前述，即不得以該令認上訴人有該款之所謂「經
29 主管機關認定」影響採購公正之違反法令行為。否則被上訴
30 人於系爭採購案之具體個案發生後，除認定上訴人之行為該
31 當於同法第50條第1項第7款外，如果能再自行依工程會108

01 年9月16日令，認為該當於同法第31條第2項第7款，豈不是
02 由行政機關臨案自行決定是否構成政府採購法第31條第2項
03 第7款，應否對廠商不予發還押標金，不但有違法律安定性
04 及預見可能性之法治國家原則，亦有失政府採購法建立公平
05 採購制度之立法意旨（第1條參照）。準此，原處分對上訴
06 人不予發還押標金，異議處理結果及申訴審議判斷予以維
07 持，均有未合，應予撤銷。

08 (八)綜上所述，原判決駁回上訴人求為撤銷原處分、異議處理結
09 果及申訴審議判斷關於不予決標部分，認事用法，並無違
10 誤，上訴論旨，求予廢棄，為無理由，應予駁回。至於被上
11 訴人作成原處分關於不予發還押標金部分，有上揭違誤，原
12 判決疏未依職權釐清，遽予維持申訴審議判斷、異議處理結
13 果及原處分，即有不合。上訴意旨求予廢棄，為有理由。而
14 依原處分上揭違背法令之情事，並不該當於工程會108年9月
15 16日令具體明確認定之行為類型，工程會100年1月17日函釋
16 亦非工程會就特定之行為類型，事先一般性認定屬於政府採
17 購法第31條第2項第7款「有影響採購公正之違反法令行為」
18 之法規命令，本院已可自為判決，爰由本院基於確定之事
19 實，自為判決予以撤銷。

20 六、據上論結，本件上訴一部為有理由，一部為無理由。依行政
21 訴訟法第255條第1項、第256條第1項、第259條第1款、第98
22 條第1項前段，判決如主文。

23 中 華 民 國 112 年 3 月 9 日

24 最高行政法院第三庭

25 審判長法官 胡 方 新

26 法官 蕭 惠 芳

27 法官 曹 瑞 卿

28 法官 梁 哲 瑋

29 法官 林 惠 瑜

30 以 上 正 本 證 明 與 原 本 無 異

01 中 華 民 國 112 年 3 月 9 日
02 書記官 林 郁 芳