高雄高等行政法院判決

）FKT64W1Z1X5LO;@108年度訴字第

民國109年11月26日辯論終結

原　　告　亨錸營造有限公司

代　表　人　黃桂芳

訴訟代理人　張競文　律師

被　　告　屏東縣獅子鄉公所

代　表　人　周英傑鄉長

訴訟代理人　陳振榮律師

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108年8月30日訴字第10800054號申訴審議判斷，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

一、爭訟概要：

緣原告參與被告所辦理「楓林國小旁護岸災修工程」、「獅子鄉內文濕地周遭生態景觀工程」、「獅子村舊派出所旁道路排水溝改善工程」、「（民國101年8月蘇拉及天秤颱風〇〇〇鄉〇〇段〇〇〇〇〇〇號邊坡擋土牆災害復建工程」、「南世內獅聯絡道七里溪農路維護工程」、「獅子鄉竹坑村屏-025上石流特定水土保持區苦苓溪整治第二期及既有設施維護工程」、「草埔社區道路改善及楓林部落後方排水改善工程」及「（102）丹路部落基礎環境改善工程」等8件採購案（下稱系爭8件採購案），並得標承攬。嗣被告依104年6月3日臺灣屏東地方法院檢察署（下稱屏東地檢署）檢察官103

年度偵字第8831號緩起訴處分書（下稱系爭緩起訴處分書）及臺灣屏東地方法院（下稱屏東地院）104年度原訴字第8號判決所載，認原告實際負責人林家證於系爭8件採購案中，有行為時政府採購法（下稱採購法）第31條第2項第8款規定情形，遂以107年9月13日獅鄉財字第10731143000號函（下稱原處分）向原告追繳已發還之押標金新臺幣（下同）共150萬6,000元整。原告不服，提出異議，經被告以108年1月7日獅鄉財字第10731437800號函駁回其異議，原告仍不服，乃向行政院公共工程委員會（下稱工程會）申訴，遭申訴駁回，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、涉犯行賄罪部分：

(1)被告以工程會104年7月17日工程企字第10400225210號令（下稱104年7月17日令），認定原告實際負責人林家證就系爭8件採購案有行賄事實，構成採購法第31條第2項第8款「經主管機關認定有影響採購公正之違反法令行為」，惟上開函令係在系爭8件採購案決標後始公布，自不能作為追繳押標金處分之依據，被告以上開函令裁處，顯有違反法不溯及既往原則。

(2)原處分以系爭緩起訴處分書、屏東地院104年度原訴字第8號判決，認定林家證就系爭8件採購案有行賄之行為，符合採購法第31條第2項第8款「有影響採購公正之違反法令行為」，惟上開採購案經屏東地院104年度原訴字第8號判決、臺灣高等法院高雄分院106年度原上訴字第22號判決（以上合稱系爭刑案）法院調查後，發現除「南世內獅聯絡道七里溪農路維護工程」、他人得標之「中心崙部落至和平村和中聯外

道路維護工程」採購案外，均無從認定林家證確有行賄之事實。而上開採購案件，林家證縱有交付金錢予承辦人黃春山，然交付之款項亦與特定工程之招、審、決標等事項無關，檢察官亦承認林家證係要工程完成後有利潤時才會交付賄款，自與採購法第31條第2項第8款規定不符，原處分之作成顯有違誤。

2、涉犯採購法第87條第4項之罪部分：

(1)被告援引工程會89年1月19日（89）工程企字第89000318號函釋（下稱89年1月19日函）之圍標行為，認定原告有採購法第31條第2項第8款規定之行為，惟該函係針對行政院衛生署中醫藥委員會，函詢關於「押標金本票連號」乙事，所為個案性函文回覆，非具有頒布一般性法規命令之法效意思，自不該當修正前採購法第31條第2項第8款規定。

(2)退步言之，縱認89年1月19日函為法規命令。惟原處分係以系爭緩起訴處分書，認定原告就系爭8件採購案涉犯圍標罪，然系爭緩起訴處分書所依據原告實際負責人林家證103年8月14日、103年8月29日、103年10月7日、103年11月26日調詢筆錄；柯慶章103年8月22日、同年10月8日調詢筆錄；陳燈順103年8月22日調詢筆錄；楊國樑103年7月31日、103年9月4日調詢筆錄；蔡秋子103年7月31日、103年9月4日調詢筆錄，經系爭刑案一審法院勘驗後認定與錄音結果不符，應以勘驗後筆錄為準，依勘驗後筆錄，林家證除未逐一承認附表所示之標案有何圍標情況外，亦未承認與包商間有相互協商採購案分配之事實。況系爭緩起訴處分書就系爭8件採購案有何圍標事實、證據均付之闕如，僅有末段單純引用法條，而林家證、原告負責人宋美英於上開案件接受檢察官訊問時，亦僅承認部分採購案有行賄，以該部分換取緩起訴，並無

承認與其他廠商有圍標，該緩處分書中關於採購法第87條第4項圍標罪部分顯係誤載或遭挾帶罪名入內。再者，系爭緩起訴處分書附表一所列原告得標案件，如「（101年8月蘇拉及天秤颱風○○○鄉○○段○○○○○○號邊坡擋土牆災害復建工程」只有原告一家投標、無其他廠商，仍遭認有圍標情形，顯見檢察官未就林家證違反採購法第87條第4項部分調查。

被告未審酌上情，逕以系爭緩起訴處分書之事實及理由，認定原告得標之採購案均有參與圍標，顯有違誤。

(3)89年1月19日函：「……或其人員涉有犯本法第87條之罪者，茲依本法第31條第2項第8款規定，認定該等廠商有影響採購公正之違反法令行為，……。」，其「犯本法第87條之罪者」為刑事罪名，自應以刑事法院認定確有犯罪者始得構成，行政機關不得僭越刑事法院之審判權，逕依職權恣意認定。系爭緩起訴處分書所載事實與系爭刑案相同，然就緩起訴處分書中所稱孔朝、盧學賢、黃春山等人指定工程予原告以及各包商圍標乙節，經系爭刑案認定系爭8件採購案均為公開招標，盧學賢、黃春山固事先通知得標廠商，但並未排除其他廠商參與投標，得標廠商既是公開招標時投標而標得工程，即無違反採購法第87條第4項之規定，則行政機關不得逕依職權為相反認定。

(4)系爭8件採購案中如「草埔社區道路改善及楓林部落後方排水改善工程」等，其他共同參與投標之廠商如淀富土木包工業、屏東縣牡丹鄉原住民營造勞動合作社等，均無在緩起訴或起訴廠商之列，即系爭8件採購案，其他參與之廠商多數並無涉案，則原告豈可能有圍標或不為價格競爭合意之犯行。此外，「（民國101年8月蘇拉及天秤颱風○○○鄉○○段

○○○○○○號邊坡擋土牆災害復建工程」，業經檢察官認定公務員收賄金額為0元，而撤回對公務員之違背職務受賄罪及妨礙投標罪之起訴，則自亦無緩起訴處分書所稱交付賄款使公務員指定廠商而涉犯圍標罪之狀況。

(二)聲明：申訴審議判斷及原處分（被告107年9月13日獅鄉財字第10731143000號函及被告108年1月7日獅鄉財字第10731437800號異議處理結果函）均撤銷。

三、被告答辯及聲明：

(一)答辯要旨：

1、涉犯行賄罪部分：

依104年7月17日函意旨，採購法第31條第2項第8款所定「其他經主管機關認定有影響採購公正之違反法令行為」，包括廠商或其人員有行賄事實者。又依據系爭緩起訴處分書之事實及理由載明：自99年3月迄至本件被查獲為止，林家證承攬獅子鄉公所如附表一61、82、95、108、111、121、148、162（即系爭8件採購案）支付給孔朝賄款等語，原告實際負責人林家證就系爭8件採購案確有涉犯行賄罪，依上開函釋意旨，行賄之行為當屬採購法第31條第2項第8款之「影響採購公正之違反法令行為」。

2、涉犯採購法第87條第4項之罪部分：

(1)89年1月19日函：「……如貴會發現該三家廠商有本法第48條第1項第2款或第50條第1項第3款至第5款情形之一，或其人員涉有犯本法第87條之罪者，茲依本法第31條第2項第8款規定，認定該等廠商有影響採購公正之違反法令行為，其押標金亦應不發還或追繳。」由系爭緩起訴處分書理由記載：……由該等公務員指定由何家廠商得標工程，受指定之廠商則須自行安排陪標事宜，渠等並均基於交付賄賂之犯意，按

慣例於得標後1至2日、最遲15日內，交付決標金額5%至10%不等之現金賄款予相關公務員，作為渠等能因此免於實質依採購法公開投標作價格競爭而降低利潤之報酬……林家證承攬系爭8件採購案支付孔朝賄款……二、被告林家證等上揭犯罪事實，業據渠等於調查官詢問及本署偵訊中坦承不諱等語，可知林家證於刑案中已明確承認其參與系爭8件採購案時，確有涉犯採購法第87條第4項之罪，則系爭緩起訴處分書自得作為認定林家證涉犯採購法第87條第4項犯罪之依據。

(2)自各包商調查中之筆錄可知，其等皆已坦承違反採購法第87條第4項犯行，且審視被告包商們所標得之標比幾乎接近100%（大多為98%、99%），顯示包商們明顯不為價格之競爭。又系爭刑案判決固就系爭8件採購案對鄉長孔朝或承辦人黃春山涉犯採購法第87條第4項部分為無罪諭知，惟依林家證於系爭緩起訴處分書坦承之犯罪事實以觀，係先受孔朝或黃春山指定為得標廠商後，方向其他有意參與投標之廠商共同協議圍標或陪標，因此，孔朝或黃春山本即未參與林家證與其他廠商間之圍標或陪標協議，自無涉犯採購法第87條第4項之罪甚明，自不得持上開判決作為林家證無違反採購法第87條第4項之證明。

(二)聲明： 原告之訴駁回。

四、本案爭點：

(一)關於原告實際負責人林家證涉犯行賄罪部分，得否援引工程會104年7月17日令，認原告有行為時採購法第31條第2項第8款情形？

(二)原告實際負責人林家證有無犯採購法第87條第4項之罪？被告認原告有行為時採購法第31條第2項第8款規定情形，據以

作成通知追繳押標金之原處分，有無違誤？

五、本院的判斷：

(一)前提事實：

1、原告於101年至103年3月間參與被告辦理系爭8件採購案，得標承攬，嗣屏東地檢署偵查結果，認原告實際負責人林家證，就上開採購案行賄被告時任鄉長孔朝、採購案承辦公務員盧學賢、黃春山等人，觸犯貪污治罪條例第11條第1項關於違背職務行為之行賄罪及採購法第87條第4項之罪名，予以緩起訴，作成系爭緩起訴處分書。

2、關於公務員孔朝、黃春山、盧學賢部分，檢察官則另行提起公訴，嗣經系爭刑案判決孔朝、黃春山分別觸犯貪污治罪條例第5條第1項第3款對於職務上之行為收受賄賂罪，其餘遭起訴之收賄罪犯行及違反採購法第87條第4項罪名之圍標犯行，均無罪，盧學賢公訴不受理（盧學賢於系爭刑案一審言詞辯論終結後死亡）確定。系爭刑案判決並認定證人林家證103年8月14日、103年8月29日、103年10月7日、103年11月26日之調詢筆錄；柯慶章103年10月8日、103年8月22日之調詢筆錄；證人陳燈順103年8月22日之調詢筆錄；證人楊國樑103年7月31日、103年9月4日之調詢筆錄、證人蔡秋子103年7月31日、103年9月4日調詢筆錄，與系爭刑案一審法院勘驗結果不符之部分，應排除其證據能力，而以上開刑事法院勘驗之內容為準。

3、被告於接獲工程會106年9月21日函知原告之實際負責人林家證有違反貪污治罪條例第11條第1項及採購法第87條第4項之情事後，遂於107年9月13日作成原處分向原告追繳押標金共150萬6,000元。

4、以上事實，業經兩造陳述在卷，並有工程會106年9月21日工

程企字第10600258780號函（第59頁）、系爭8件採購案之工程採購契約書（第159-311頁）附處分卷，系爭緩起訴處分書（第57頁）、系爭刑案判決書（第119頁）、原處分（第27頁）、異議處理結果函（第29頁）、申訴審議判斷（第33頁）附本院卷1可證，可信為真實。

(二)應適用的法令：

1、行為時採購法第31條第2項第8款：「機關得於招標文件中規定，廠商有下列情形之一者，其所繳納之押標金，不予發還，其已發還者，並予追繳：……八、其他經主管機關認定有影響採購公正之違反法令行為者。」

2、採購法第87條第4項：「意圖影響決標價格或獲取不當利益，而以契約、協議或其他方式之合意，使廠商不為投標或不為價格之競爭者，處6月以上5年以下有期徒刑，得併科新臺幣1百萬元以下罰金。」

3、系爭8件採購案投標須知第55點第8項規定（處分卷第159-327頁）：「廠商有下列情形之一者，其所繳納之押標金，不予發還，其已發還者，並予追繳：……（八）其他經主管機關認定有影響採購公正之違反法令行為者。」

4、工程會89年1月19日函：「……廠商有本法第48條第1項第2款或第50條第1項第3款至5款情形之一，或其人員涉有犯本法第87條之罪者，茲依本法第31條第2項第8款規定，認定該等廠商有影響採購公正之違反法令行為，其押標金亦應不發還或追繳。」

(三)依行為時採購法第31條第2項第8款規定意旨，所稱「其他經主管機關認定有影響採購公正之違反法令行為」，係指法律就發生同條項所定採購機關沒收或追繳廠商押標金法律效果之要件，授權主管機關在同條項第1款至第7款之行為類型外

，對於特定行為類型，補充認定屬於「有影響採購公正之違反法令行為」。主管機關依此款所為之認定，屬於對多數不特定人民，就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定（行政程序法第150條第1項），具有法規命令之性質（參照最高行政法院104年度4月份第1次庭長法官聯席會議決議意旨）。是以，此款違反法令行為之特定類型，係事先經主管機關一般性認定屬於「影響採購公正之違反法令行為」，而非於具體個案發生後，始由主管機關事後認定廠商之特定行為是否為影響採購公正之違反法令行為。

(四)關於涉犯行賄罪部分，被告不得援引工程會104年7月17日令，認原告有行為時採購法第31條第2項第8款情形：

1、依工程會104年7月17日令意旨，固將「廠商或其代表人、代理人、受雇人或其他從業人員，就有關招標、審標、決標事項，對公務員行求、期約或交付賄賂或其他不正利益」之行為態樣，補充認定屬於有影響採購公正之違反法令行為。惟按工程會用以補充認定其他有影響採購公正之違反法令行為類型之補充規範，屬法規命令之性質，除有溯及既往之明文規定外，原則上僅向將來發生效力，藉以保障人民對法律安定性之信賴，並符合法治國家原則。

2、經查，原告參與之系爭8件採購案係分別於101年至103年3月間完成決標，並得標承攬，此有原告與被告於101年至103年間簽訂之上開工程採購契約書在卷可證。而工程會104年7月17日令係在原告前行賄標行為之後始發布，揆諸前開說明，應自發布後之行為始有其適用，被告自不得援引工程會104年7月17日令，認原告有行為時採購法第31條第2項第8款情形。

(五)原告實際負責人林家證有犯採購法第87條第4項之罪，被告

認原告有行為時採購法第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」情形，據以通知追繳押標金，並無違誤：

1、工程會89年1月19日函係在行政程序法施行前所發布，自無行政程序法第157條第3項須刊登政府公報或新聞紙規定之適用，又該函經工程會發布後，隨即登載於工程會網站，可供公眾查詢，應認為已踐行中央法規標準法第7條規定之發布程序，而生法規命令效力，且未逾越上開母法之規定，對於該函釋於89年發布生效後發生之具體案件，自得予以適用。是以，依工程會89年1月19日函意旨，投標廠商犯採購法第87條第4項罪名之情形，核屬主管機關通案認定該廠商有影響採購公正之違反法令行為，招標機關自得於招標文件中加以規定，而依行為時採購法第31條第2項第8款規定，向該等廠商追繳押標金，倘已繳納者則不予發還。

2、經查，被告於孔朝擔任鄉長期間，該鄉之工程採購案固定由原告、鼎峻營造有限公司、泓霖土木包工業、弘昱營造有限公司、吉億營造有限公司、驊宏營造有限公司、昱驊營造有限公司、群利營造有限公司等8家廠商承攬，該8家廠商當時負責人或實際負責人分別為林家證、柯慶章、莊崑霖、陳燈順、陳吉川、楊國樑（配偶蔡秋子）、李宏文、陳家榮，渠等自99年3月1日起，於被告發包工程時，即由時任鄉長孔朝分別授意財經課技士盧學賢、黃春山，通知上開8家廠商，再由孔朝或盧學賢、黃春山指定由其中1家廠商承攬工程，受指定之廠商即會以「搓圓仔湯」之方式，安撫協調其餘7家廠商達成協議，並自行尋求陪標廠商，其餘7家廠商則按照協議，，不為價格競爭之搶標。受指定之廠商得標後，除有特殊原因外，須交付決標金額5%至10%不等之現金賄款予

辦理招標案之相關公務員。而原告承攬之系爭8件採購案，即是在此規則下，於採購案發包時，經盧學賢或黃春山告知該等工程指定由其承攬，原告實際負責人林家證隨即自行尋找配合廠商陪標，每次陪標廠商未必相同，也不一定是上開其餘7間廠商，原告在其他7家廠商遵守協議未為價格競爭情形下，以有利之價格順利得標等情，有(1)林家證103年8月14日之調查筆錄，經刑事審判中重新勘驗記載為：「（問：你做這些案子，孔朝要不要給定阿？）包商自己喬。」「（問：所以你的意思是說，事前承辦人知道就好，承辦人有指定好，知道你們自己去喬的那些東西？）那是包商自己喬的。」（參本院卷1第448頁），其同日於屏東地檢署之訊問筆錄稱：「（問：今日你在調查官詢問時，是否照實陳述？筆錄是否有確實看過再簽名？是。是。」（參見屏東地檢103年度他字第1155號卷三第184頁）；(2)承辦人盧學賢103年8月12日於法務部調查局高雄市調查處（下稱市調處）供述：「（問：你及獅子鄉公所財經課課長羅成信、秘書張元鑫、鄉長孔朝，有無藉經辦公共工程發包向廠商拿錢？）……我就會立刻用公所電話或個人手機通知廠商，告知孔朝已決定將工程交給對方承攬，廠商得知訊息後，就會自己準備好三家的投標文件，並自行以『搓圓仔湯』的方式，去安撫協調想要來投標的廠商，……。」「（問：給鄉長孔朝決標金額的8%、你另外拿決標金額的1%，這個1%數是誰提出來的？）這個是一種默契……獅子鄉公所多年來都是固定這幾家廠商在承攬。」「（問：你於99年10月間卸任代理課長後，孔朝是否繼續指定廠商？如何指定並索取工程回扣賄款？）……獅子鄉公所的工程其實只有8家廠商在做，分別是群利營造的陳家榮、鼎竣營造的柯慶章、宏昱土木包工業的陳燈順、

亨錸營造的林家證、昱驊營造的李宏文、驊宏營造的楊國樑、泓霖土木包工業的莊崑霖以及吉億營造的陳吉川，……。」「（問：工程有無綁標或做其他手腳？為何被指定的包商一定能夠得標？）……工程一旦分配好，幾乎都會由內定的廠商得標，而且如我前述，獅子鄉公所的工程其實只有前述的8家廠商在做，當包商一旦被指定承攬某案，大家也都照著規則走，所以若沒有嫌隙或意外，其他包商也不會來競標，以確保輪到他被指定時，也不會有人來亂。」（參見屏東地檢署103年度他字第1155號卷六第197頁背面-第200頁背面），其同日於屏東地檢署之訊問筆錄：「（問：獅子鄉公所固定承包之八家廠商就如同你在調查處所稱之『群利營造』等八家廠商？）是。」「（問：獅子鄉公所承包案件中是否有綁標？）沒有。因為都圍標圍好了，不用綁標。」等語（參見屏東地檢署103年度他字第1155號卷六之二第216-217頁）；(3)承辦人黃春山103年8月13日於屏東地檢署訊問時，供稱：「（問：鄉公所的工程都固定由上開八家廠商標？外面的廠商都無法進入鄉公所投標？）是，幾乎沒有其他廠商得標過。」等語（參見屏東地檢署103年度他字第1155號卷六之二第223頁）；(4)鼎峻營造有限公司負責人柯慶章103年7月31日於市調處供述（此部分筆錄未於系爭刑案中重新勘驗）：「（問：{提示：102年11月26日柯慶章持用0000000000與盧學賢持用0000000000通聯譯文}依通聯內容，盧學賢詢問你『明天的會不會是你的怎樣』係指何意？又你向盧學賢表示『我的』是下禮拜一！』係指何意？）盧學賢承辦的標案，通常都會找廠商來『搓圓仔湯』，參與『搓圓仔湯』的廠商則會自行協調分配，盧學賢102年11月26日打那通電話給我，是要跟我確認102年11月27日開標的案子是不是

指定由鼎峻營造得標……。」等語（參見屏東地檢署103年度他字第1155號卷五第225頁），此部分筆錄未於系爭刑案中重新勘驗）；另同年8月22日、同年8月1日及同年10月8日於屏東地檢署檢察官訊問時，供稱：「（問：大部份的情形是否由承辦人員出面協商，這次由何廠商得標？）通常由承辦人員個別通知廠商，跟我們說這個工程給你，你來標。」「（問：承上，如果承辦通知你來標，是否大都由你得標？）是。」「（問：鼎峻得標『丹路農路改善工程』、『楓林部落道路與擋土牆改善工程』、『南世村南世二號橋旁農路支線改善工程』，盧學賢有幫忙什麼？）有，他會指定我們來投標，我們想投標這個工程的人再自己去協調，所謂協調是他分配工作給我們，我要標的時候，我再去找廠商來協調。」「（問：調查站提示你，鼎峻營造從99年3月迄今承攬獅子鄉公所的工程一覽表，並請你逐一說明，是否均有照實講？）有。」等語（參屏東地檢署103年度他字第1155號卷七第7、240，卷五第255頁）；(5)昱驊營造有限公司實際負責人李宏文103年8月22日於市調處供述：「（問：盧學賢供稱，獅子鄉公所工程均平均分配給你等8間包商(林家證、陳燈順、陳吉川、楊國樑、柯慶章、陳家榮、莊崑霖、李宏文)，並據此收取賄款，被指定之包商需自行找陪標者，是否如此？）是的，工程都是盧學賢分配的，通常他都是跟我碰面時告訴我，哪一件工程要給我做，陪標廠商則由我自行尋找，我比較常找驊宏營造的老闆楊國樑或他太太蔡秋子做陪標廠商，另外一家則用鼎立土包陪標，開標後確定由我得標，翌日我就會自動準備決標金額8%現金交給盧學賢，交錢過程如上述。」等語（參見本院卷2第55頁）；（6）群利營造有限公司前負責人陳家榮103年8月22日於市調處供述：「（

問：盧學賢供稱，獅子鄉公所工程均平均分配給你等8間包商(林家證、陳燈順、陳吉川、楊國樑、柯慶章、莊崑霖、李宏文)，並據此收取賄款，被指定之包商需自行找陪標者，是否如此？）應該是如此。」等語（參見本院卷2第82頁）可證，且互核大致相符合，足認原告實際負責人林家證與其他7家廠商間，就被告鄉長孔朝任內辦理之系爭8件採購案，確有為影響決標價格，達成使其餘7家廠商不參與價格競爭之協議，以犯採購法第87條第4項罪之圍標方式得標承攬，應可信為真實。

3、次查，原告實際負責人林家證於系爭刑案偵查中，坦承全部犯行，並經屏東地檢署檢察官以103年度偵字第8831號為緩起訴處分確定，且據該緩起訴處分書認定，林家證係犯貪污治罪條例第11條第1項之違背職務行賄罪及政府採購法第87條第4項之意圖獲取不法利益不為價格競爭罪，原告則因實際負責人林家證執行業務涉犯上開採購法之罪，應依同法第92條規定處罰之。茲因上開各罪均屬法定本刑為死刑、無期徒刑或最輕本刑3年以上有期徒刑以外之罪，爰審酌原告及林家證無前科，或5年內未曾受有期徒刑以上刑之宣告，犯後復坦承犯行，深表悔悟，且據實供出渠等犯罪之細節，爰參酌刑法第57條所列事項及公共利益之維護，認以緩起訴為適當，而處緩起訴期間為1年，並於緩起訴處分確定之日起3個月內，分別向國庫支付2萬元及15萬元。被告遂據該緩起訴處分書之內容認定原告具有採購法第31條第2項第8款規定之情形，乃作成原處分追繳前開押標金，原告循序提起異議，經被告作成異議處理結果，仍維持原處分，復經提起申訴仍受審議判斷駁回等情，為兩造所不爭執，並有系爭緩起訴處分書、原處分、異議處理結果函、申訴審議判斷書等在卷

可證。是以，原告確有意圖影響決標價格或獲取不當利益，而以契約、協議或其他方式之合意，使廠商不為投標或不為價格之競爭之行為，並經主管機關認定有影響採購公正之違反法令行為行為之情事，亦可認定，則被告依採購法第31條第2項第8款及系爭8件採購案投標須知之各規定條款，作成原處分向原告追繳押標金150萬6,000元，於法並無違誤。

4、原告以下列各情，主張林家證並無觸犯購法第87條第4項之罪，原處分有違誤，均無可採：

(1)原告主張柯慶章103年8月22日、同年10月8日調查筆錄；林家證103年8月14日、同年8月29日、同年10月7日、同年11月26日調查筆錄；陳燈順103年8月22日調查筆錄；楊國樑103年7月31日、103年9月4日調查筆錄；蔡秋子103年7月31日、103年9月4日調查筆錄業經刑事審判中認定無證據能力，故此部分不應做為本案之證據等情。經查，證人林家證、柯慶章、陳燈順、楊國樑、蔡秋子於上開各日期之調查筆錄，經屏東地院104年度原訴字第8號刑事判決認定部分筆錄與錄音不符，無證據能力，故本院於本案中未採用該等證言作為證據。至於柯慶章103年7月31日之調查筆錄暨盧學賢、李宏文、陳家榮等其他證人之調查筆錄，既為偵查人員依法所製作且未經刑事案件否認其證據能力，本院自當予以援用，附予敘明。

(2)原告雖主張屏東地檢署檢察官並未實質調查原告實際負責人林家證之圍標犯行及相關證據，且依檢察官訊問筆錄，林家證僅就行賄罪犯行同意認罪換取緩起訴，未就圍標犯行認罪，圍標罪部分係檢察官作成系爭緩起訴處分書時一併夾帶。被告援引緩起訴處分書，遽認林家證有犯採購法第87條第4項罪之違法行為，認事用法有誤云云。惟查：

A.依原告實際負責人林家證、柯慶章、李宏文、陳家榮上開陳述內容，已就如何受被告公務員盧學賢等人分配採購案，並於受分配後，自行與他廠商協調之事實，供述甚詳，可知林家證103年8月14日於市調處詢問中坦承「包商間自行喬工程」，有意圖影響決標價格或獲取不當利益，而以契約、協議或其他方式之合意，使廠商不為投標或不為價格之競爭者等行為，並非虛妄。

B.林家證、原告代表人黃桂芳於104年5月19日接受檢察官訊問，檢察官於訊問之初，即先告知其等「犯罪嫌疑及所犯罪名為貪污治罪條例『等』」，尚非僅單告以「貪污治罪條例」之罪。而林家證經檢察官訊問就行賄犯罪事實之意見、是否同意接受對伊為緩起訴處分，皆答覆沒有意見、同意等語，有訊問筆錄（本院卷1第339-341頁）在卷可證，其後檢察官接續訊問原告現代表人黃桂芳，是否同意接受對原告為緩起訴處分，亦答覆同意等語（本院卷1第339-341頁），衡之貪污治罪條例並無處罰法人之相關規定，則原告身為法人即無依該條例處罰之餘地，僅有成立採購法犯罪之可能，則依上情可認其等就認罪換取緩起訴之範圍應已明瞭，當無誤認僅就貪污治罪條例認罪之虞。

C.況緩起訴若遭撤銷，仍應受刑事訴追，並非毫無風險可言，依一般社會常情，倘確實無犯罪行為，實不應放任該緩起訴逕為確定，卻不予救濟，而置己身於可能受刑事訴追之風險中。倘林家證、黃桂芳對於所犯罪名及事實存疑，即應於收受系爭緩起訴處分書後，提起救濟，以保權利，然其等卻未為之，即待處分確定，核與一般社會常情有違。從而，其等既已於偵查中坦承犯採購法第87條第4項罪名之犯行，則原告於相關聯案件中，在未發現新證據情況下，為相反之主張

，否認犯行，顯有違訴訟上禁反言原則，原告此部分主張，並無可採。

(3)原告另主張系爭刑案已認定系爭8件採購案係公開招標，涉案公務員關於涉犯採購法第87條第4項之罪部分，均獲判無罪確定，可見原告就上開採購案並無違反採購法第87條第4項之情形云云。惟按起訴書及刑事判決所認定之事實，暨其所持法律上見解，並不能拘束行政法院，行政法院應本於調查所得，自為認定及裁判（最高行政法院44年判字第48號判例意旨參照）。依本院前開認定事實，原告實際負責人林家證違犯採購法第87條第4項罪之情節，係以原告先經時任鄉長孔朝或被告財經課技士盧學賢、黃春山公務員，指定為系爭8件採購案預定得標廠商後，林家證另行通知其他7家廠商，依協議不得參與投標或配合陪標。換言之，廠商間不為價格競爭之陪標、圍標行為，係存在於上述8家投標廠商間之共同協議行為，被告辦理招標之公務員並未涉入其中參與協議。因此，孔朝、黃春山等公務員涉犯採購法第87條第4項之罪部分，雖經刑事判決無罪確定，尚難採為對原告作有利判斷之依據。

(4)原告又主張系爭8件採購案如「草埔社區道路改善及楓林部落後方排水改善工程」（即系爭緩起訴處分書附表1編號148）等，其他共同參與投標之廠商如淀富土木包工業、屏東縣牡丹鄉原住民營造勞動合作社等，均無在緩起訴或起訴廠商之列；另「（101年8月蘇拉及天秤颱風○○○鄉○○段○○○○○○號邊坡擋土牆災害復建工程」（即系爭緩起訴處分書附表1編號108）僅有原告一家投標，足認林家證無與其他廠商圍標或不為價格競爭合意之犯行云云。然查，採購法第87條第4項之合意圍標罪，係以意圖影響決標價格或獲取不當利

益，而以契約、協議或其他方式之合意，使廠商不為投標或不為價格之競爭，為其構成要件，即為俗稱「搓圓仔湯」條款。是以，行為人只須基於影響決標價格或獲取不當利益之意圖，而以參與投標之部分廠商為對象，著手實行協調，並以契約、協議或其他方式之合意，使該部分廠商不為投標或不為價格之競爭者，即已構成本罪。從而，林家證於接獲承辦人盧學賢等指定採購案通知後，基於影響決標價格之意圖，就系爭8件採購案與其餘7間廠商協議不為價格之競爭時，其犯罪即已成立。至於林家證事後委請參與陪標之廠商，係其餘7家涉案廠商或該7家以外之其他廠商，或林家證尋求陪標廠商未果，或因該標案未以須有多家廠商投標為條件，致僅有原告一家參與投標，均無從反證原告無圍標行為之事實。原告此部分之主張，均無可採。

(5)原告再主張系爭8件採購案中之「（民國101年8月蘇拉及天秤颱風○○○鄉○○段○○○○○○號邊坡擋土牆災害復建工程」（即系爭緩起訴處分書附表1編號108），於系爭刑案審判中，檢察官認公務員收賄金額為0元，而對刑案被告黃春山等人撤回起訴，可見原告並無緩起訴處分書所稱交付賄款予公務員而涉犯圍標罪之犯行等語。惟查，原告所為圍標、行賄犯行，係不同階段、不同共犯對象之行為，是否該當各犯行，係分屬二事，應分別判斷之。原告實際負責人林家證與其他7家廠商達成不為價格競爭之協議時，其圍標犯行即已成立，已如前述。至於林家證於得標後，有無交付賄款予承辦公務員，僅攸關行賄罪之成立，核不影響本院前開所為林家證涉犯圍標罪名之判斷。原告此部分主張，亦無可採。

4、綜上所述，原告主張其實際負責人林家證並無犯購法第87條第4項罪名之違法行為，並無可採。被告依行為時採購法第

31條第2項第8款規定向原告追繳系爭8件採購案之押標金共150萬6,000元，並無違誤；異議處理結果及申訴審議判斷遞予維持，亦無不合。

六、本件判決基礎已經明確，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，並無逐一論述之必要，併此說明。

七、結論：原告之訴為無理由。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　12　　月　　17　　日

高雄高等行政法院第三庭

審判長法官　吳　永　宋

法官　黃　堯　讚

法官　孫　奇　芳

以上正本係照原本作成。

一、如不服本判決，應於送達後20日內，向本院提出上訴狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書（均須按他造人數附繕本）。未表明上訴理由者，逕以裁定駁回。

二、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241條之1第1項前段）

三、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1項但書、第2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	1.上訴人或其法定代理人具備律師資格或為教育部審定合格之大學或獨

委任律師為訴訟代理人	立學院公法學教授、副教授者。 2.稅務行政事件，上訴人或其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。	

中　　華　　民　　國　　109　　年　　12　　月　　17　　日

書記官　宋　鑠　瑾