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　昱驊營造有限公司

代　表　人　洪淑梅

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

訴訟代理人　李嘉苓　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9月27日訴0000000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：

原告參與被告辦理之「新路部落消防設施新建工程」、「比那奴蘭農路改善工程」、「獅子鄉100年度山線小型零星工程」、「獅子村至中心崙部落農路改善工程」、「獅子、中心崙農路擋土牆等4件工程」、「屏東縣獅子鄉簡水系統輔導管理暨簡易修護及養護計畫102年度開口契約」、「丹路村巴士墨農路改善工程」、「（102年8月潭美及康芮颱風）七里溪上游道路災後復建工程」等8件採購案（下稱系爭採購案），因原告實際負責人李宏文涉有政府採購法第87條第4項之意圖獲取不法利益不為價格競爭罪嫌，經臺灣屏東地方檢察署（下稱屏東地檢署）檢察官103年度偵字第8831號

緩起訴處分書為緩起訴處分在案，被告認原告有違反政府採購法之行為，乃依行為時政府採購法第31條第2項第8款規定，以民國107年9月13日獅鄉財字第10731146000號函，通知原告追繳押標金總計新臺幣（下同）1,418,000元，原告不服，提出異議，被告仍維持原決定，原告猶不服，提出申訴，遭申訴審議判斷駁回，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、為刑事偵查之檢察官、或是行政機關之被告，參諸最高法院103年度台上字第2473號刑事判決、109年度台上字第2393號刑事判決及最高行政法院108年度判字第50號判決之舉證責任意旨，就政府採購法第87條第4項基本的客觀構成要件，必須至少具體逐一證明本件各個工程，何廠商是原有意願參與競爭之廠商，行為人又係以何行為使廠商不為投標或不為價格上之競爭，若被告無法舉證證明各該工程如何各別該當前開要件，自應撤銷被告之處分。

2、屏東地檢署偵查當時，檢察官並未實質調查政府採購法第87條第4項之構成要件事實，故103年度偵字第8831號緩起訴處分書，均無說明關於系爭採購案之圍標犯行及相關證據，此參當時筆錄記載內容，檢察官並未認定、原告亦未承認有任何圍標行為自明。此外，原告實質負責人李宏文偵查中至多僅就行賄部分為緩起訴之意思表示，此觀李宏文於104年5月19日之訊問筆錄陳述：「（獅子鄉公所工程，15項工程交付賄款269多萬元，意見？）沒有意見，請檢察官從輕處理。」、「（本件若適合，是否同意本署對你為緩起訴處分，並於緩起訴處分確定之日起3個月內，向國庫支付新臺幣25萬元，緩起訴期間1年？對你的昱驊

營造有限公司亦為緩起訴處分？）2個緩起訴我都同意。」等語自明，即可證明檢察官為緩起訴處分時，僅就行賄部分向李宏文為諭知，根本沒有提及圍標部分，故縱然李宏文當時同意緩起訴，亦應僅限於行賄部分，但就圍標部分根本沒有認罪及同意為緩起訴處分。是以，緩起訴處分書竟突然列政府採購法第87條第4項之罪名，而與行賄罪併為緩起訴處分，已經違背法令。臺灣屏東地方法院（下稱屏東地院）104年度原訴字第8號刑事判決及臺灣高等法院高雄分院（下稱高雄高分院）106年度原上訴字第22號刑事判決，調查後認定系爭採購案係公開招標，原告、李宏文等人均無違反政府採購法第87條第4項或有任何影響採購公正之違背職務犯行，即並無任何人內定標案與被告，更證當時之偵查程序確實沒有實質調查，依據司法院釋字第140號解釋意旨：「檢察官處分若係重大違背法令，應屬無效」之意旨，應認緩起訴處分書無效，以貫徹憲法第16條保障防禦權之旨，故被告援引緩起訴處分書理由，泛稱原告涉嫌違反政府採購法第87條第4項之罪，向原告追繳押標金，並無理由。另依據最高行政法院101年度判字第636號判決意旨，屏東地檢署檢察官103年度偵字第8831號緩起訴處分書亦不得作為證據而為判決基礎。

3、被告所引用第三人林家證調查局筆錄亦遭法院認內容不實，不得引違法之資料作為證據，此參刑事判決表示103年8月14日刑事調查筆錄重新勘驗後應以105年1月11日準備程序勘驗筆錄為準等語，甚至林家證於刑事法院作證時，更明確表示中心崙等3件工程，不是圍標，是伊依公開程序標到的等語；另第三人楊國樑103年9月4日詢問筆錄之陳述，亦經刑事判決認應排除其證據能力。再者，被告99年

至103年之招標案件總計為352件，而當時刑事案件檢察官先就其中176件工程偵查後，卻於起訴後又隨即撤回其中33件工程，不僅證明當時偵查之不精細，益證至多僅有143案件涉及刑事案件，且經刑事法院查明也都未涉犯政府採購法第87條第4項，在在證明被告工程之得標廠商，絕大部分與緩起訴處分書所載之廠商無涉；另系爭採購案參加投標之廠商，如恒翊營造、緯橋營造、展睿土木包工業、益昌土木包工業、鼎力土木包工業、鼎峻營造、穩豐營造、緯橋土木包工業、利威土木包工業、日盛輝營造、日盛暉營造等，也不是緩起訴處分書或被告所指涉及政府採購法第87條第4項之廠商，尤其，「新路部落消防設施新建工程」、「比那奴蘭農路改善工程」、「獅子鄉100年度山線小型零星工程」、「獅子村至中心崙部落農路改善工程」、「屏東縣獅子鄉簡水系統輔導管理暨簡易修護及養護計畫102年度開口契約」等更是外來廠商公平參與其中，獅子村至中心崙部落農路改善工程更只有一家外來廠商即穩豐營造來參與投標，並經第二次開標後議價決標，而無圍標之事實，足證原告與其他廠商都是尋公開招標之合法程序依法為之，而未有所謂不為投標或不為價格上競爭之行為，否則前列廠商，不可能未遭偵查辦理。

4、第三人盧學賢、黃春山涉犯賄賂罪部分，高雄高分院106年度原上訴字第22號刑事判決載明：「堪認附表一及事實欄二，及三、㈠、㈡、㈢所示之各工程，均係公開招標，同案被告盧學賢、被告黃春山固事先通知各工程之得標廠商投標，惟並未排除其他之廠商參與投標，得標廠商既是公開招標時投標而標得各該工程，即難認有何違反政府採購法第87條第4項規定」、「檢察官雖執被告孔朝、黃春

山以指定或內定得標廠商規避政府採購法有關禁止不為價格競爭之規定，黃春山另洩漏底標予陳俊彰，認均係涉犯貪污治罪條例第4條第1項第5款對於違背職務之行為收受賄賂罪。然檢察官並未舉證證明被告孔朝、黃春山有何違背職務之行為，且事實欄二、事實欄三、㈠、㈡、㈢所示之工程均係獅子鄉公所公開招標，上開證人陳燈順等人亦證稱均係上網○○○鄉○○○○路公告，僅係同案被告盧學賢、被告黃春山事先通知其等投標等情，已如前述，由現存卷證資料觀之，無從認定被告孔朝就事實欄二，被告黃春山就事實欄三、㈠、㈡、㈢所示之工程有違背職務之情事，公訴意旨於此容有誤會，然其基本原因事實同一，爰變更起訴法條，就上開部分均改論以貪污治罪條例第5條第1項第3款對於職務上之行為收受賄賂罪。」足證被告所引之相關筆錄根本無法證明原告有何政府採購法第87條第4項之構成要件。

5、盧學賢擔任代理課長之期間只有99年3月至10月，而該期間均無由原告得標之案件，故盧學賢至多僅有於招標前告知有何標案可以投標，但無權限指定任何廠商予何人，更不影響各標案均係公開招標之公正性，至於李宏文固於審理程序時坦承上開期間承攬之案件如「竹坑後方農路改善工程」等有找人陪標，但此均非原告得標之採購案，益證李宏文確實未曾自認系爭採購案有所謂圍標情事。又黃春山也同樣沒有權利指定案件給任何廠商，故二審對於黃春山部分之審理結果，也非貪污治罪條例第4條第1項第5款對於違背職務之行為收受賄賂罪，故盧學賢、黃春山顯然都只是利用職務上之機會詐欺，要係盧學賢或黃春山之個人行為，與廠商無涉，廠商間未有任何不為投標或不為競

爭之任何行為，而李宏文固曾於偵查中承認交付金錢予盧學賢，亦僅係因不想得罪承辦人才應其要求而交付金錢，因而涉犯行賄罪，進而因檢察官允諾會給予緩起訴處分而同意認罪，但與「招標、審標、決標」之事項無關，並無影響採購公正。又「獅子村至中心崙部落農路改善工程」除原告外，只有一家廠商穩豐營造參與投標，檢察官於緩起訴處分書亦載明上開標案李宏文行賄孔朝金額為「0」、行賄盧學賢金額為「0」，亦證該件採購案確實無交付賄款，而檢察官於起訴後更自認該件並無行賄犯行，表明無追究之意，法院亦已對行賄及政府採購法均為無罪判決，足證緩起訴處分書附表所列案件並非全部認定有罪，而係僅就各家廠商得標案件之調查結果列表整理而已，且檢察官論罪時，係就8家廠商一併泛稱涉犯何罪，並無詳細說明，自仍應依個案認定之。被告身為行政機關，為追繳押標金之處分時，仍須本於職權一一認定是否構成犯罪，不應草率將原告所有得標案件全部納入追繳範圍，然被告引用之筆錄或是違法不實，或是經審認無法證明政府採購法第87條第4項之構成要件，即被告迄今仍無法逐一就系爭採購案各個工程證明原有其他有意願參與競爭之廠商為何，又係何人使該原有意願參與競爭之廠商不為投標，不為價格競爭，該行為人又以何具體手段使之不為投標，不為價格競爭，足證本件根本無涉政府採購法之罪，被告處分確實應予撤銷。

6、刑事法院認定系爭採購案未有行為人排除其他之廠商參與投標，得標廠商既是公開招標時投標而標得各該工程，且被告又無法證明所謂交付賄款之時點為何，足證系爭採購案各該工程與行政院公共工程委員會（下稱工程會）104

年7月17日工程企字第10400225210號令（下稱104年7月17日令）所指限定於「招標、審標、決標」時點之事項無關，更不該當政府採購法第31條第2項第8款所定「有影響採購公正之違反法令行為」之情形。況且，上開函釋係工程會於104年7月17日發布，於104年7月17日前，政府採購法第31條第2項第8款「其他經主管機關認定有影響採購公正之違反法令行為者」之態樣，並不包含「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」，故依據最高行政法院105年度判字第160號、100年度判字第1985號判決所揭示之「法律安定性之法治國家原則」意旨，系爭採購案均於104年7月17日前就已經決標，被告自不得以招標、審標、決標時點不存在之函令作為追繳押標金之依據。

（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10731146000號函及108年1月7日獅鄉財字第000000000000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、由屏東地檢署103年度偵字第8831號緩起訴處分書可知，原告當時之負責人李宏文參與系爭採購案投標時，確實犯有政府採購法第87條第4項之犯行，李宏文並涉犯同法第92條之罪，且李宏文於刑事案件偵查中，對於上開犯罪事實均坦承不諱。又孔朝所涉犯行雖因補強證據不足，經高雄高分院予以無罪諭知，惟前開緩起訴處分書之內容，李宏文所坦承之犯罪事實，係原告先經孔朝指定為系爭採購案之預定得標廠商後，方向其他有意參與投標之廠商共同

協議為圍標或陪標，換言之，孔朝本即未參與原告與其他廠商間之圍標或陪標協議，自不得以孔朝其他被訴犯行之無罪結果，遽論李宏文於前開緩起訴處分案件中之供述與事實不符，此亦工程會採購申訴審議判斷書可稽。基上，原告當時之負責人李宏文參與系爭採購案投標時，確實犯有政府採購法第87條第4項及第92條之犯行，且原告當時之負責人李宏文於刑事案件偵查中，對於上開犯罪事實均坦承不諱，並經檢察官予以緩起訴處分確定，則被告依108年5月22日修正公布前政府採購法第31條第2項規定，對原告為追繳押標金之處分，及經原告異議後維持原處分，於法應無不合。

2、原告實際負責人李宏文於屏東地檢署103年度偵字第8831號刑事案件中，對於犯有貪污治罪條例第11條第1項之違背職務行賄罪嫌，及犯政府採購法第87條第4項之意圖獲取不法利益不為價格競爭罪嫌，應依政府採購法第92條論處等犯罪行為均坦承不諱，因而受緩起訴處分，原告辯稱李宏文在刑案偵查中之自白與事實不符云云，卻未舉證以實其說，依行政訴訟法第136條準用民事訴訟法第277條規定，原告既未舉證以實其說，其主張應不可採。

3、原告實際負責人李宏文於103年8月22日法務部調查局高雄市調查處（下稱高雄調查處）調查時表示：「昱驊營造與昱驊土包實際負責人都是我本人。……（問：盧學賢坦承，其代理課長期間，均代表鄉長孔朝對所有承包商（營造、土包）收取決標金額8%之賄款，是否屬實？）有的，我交給盧學賢的賄款是決標金額的8%，該比例是盧學賢指定的，廠商只是配合辦理，我交付前述決標金額的8%的時間是開標後的隔一天，我自行開車到台一線與台九線交叉附

近的統一超商與品味軒休息站停車場，將前述賄款以牛皮紙袋包起來，親自交給盧學賢，賄款來源包括日常零用準備金，不足的部分就會從我名下、昱驊營造、昱驊土包在恆春鎮農會開設的金融帳戶提款。（問：盧學賢坦承，其代理課長期間，除擔任鄉長孔朝白手套收取賄款，本身亦向你等包商收取決標金額1%，是否屬實？）有的，我交付給盧學賢工程決標金額1%，也是在開標後交給他的，通常與前述的決標金額8%是分開給的，賄款來源包括日常零用準備金，不足的部分就會從我名下、昱驊營造、昱驊土包在恆春鎮農會開設的金融帳戶提款，交付地點也是前述的台一線與台九線交叉附近的統一超商與品味軒休息站停車場。（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。」且於104年5月19日屏東地檢署偵訊時亦坦承：「（問：獅子鄉公所工程中，共有15項工程交付相關賄款269萬多元，意見？）沒有意見，請求檢察官從輕處理。」再者，李宏文於105年4月18日至屏東地方院作證時，亦承認其確實有交付賄款予鄉長孔朝與承辦技士盧學賢，投標前會先問鄉長能不能讓原告承作該工程，陪標的廠商要自己去溝通，賄款資金來源有現金周轉，其做工程平常也有準備金，缺多

少再領多少等語。綜上，李宏文坦承有交付賄款予鄉長及承辦技士，以獲得分配指定得標之工程，並自行找廠商陪標，顯見原告確實有就決標事項對公務員行賄，及使廠商不為投標或不為價格競爭等違反法令行為，足以影響採購之公正，故被告對原告追繳押標金，並無違誤。

4、盧學賢於103年8月12日高雄調查處調查時明白表示：「孔朝於99年3月1日擔任獅子鄉鄉長後，曾要我在99年3月至10月底擔任鄉公所財經課代理課長，在我任內，孔朝有將公所辦理工程發包，有關指定廠商、收取回扣賄款等事宜交代我辦理；通常在我將核定工程底價的公文陳核給孔朝時，他就會在鄉長室先與我研究該工程要內定給哪家廠商承攬，再由他決定、並口頭指示我去連繫他指定承包的廠商，然後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廠商的投標文件，並自行以『搓圓仔湯』的方式，去安撫協調想要來投標的廠商，等該廠商得標後，隔天就會拿得標金額的8%的現金到公所給我，有金額比較大的回扣賄款如6、70萬的，就會約在公所前面停車場，由我到廠商車上去拿，金額比較小的，則是約在辦公室後面或者辦公室裡面給我，再由我當面交給鄉長孔朝，而得標廠商也會致贈1%的現金給我作為謝禮。……如我前述，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、鼎峻營造的柯慶章、宏昱土木包工業的陳登順、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；據我所知，在我卸任代理課長後，該公所的工程仍然是由孔朝指定這些廠商承攬，不過都是由孔朝自行與廠

商聯絡，中間沒有透過課長或承辦人，都是由他自己去跟廠商談，收取回扣賄款也是他自己去跟廠商收。……指定包商的標案並沒有綁規格，都是由主標廠商自己準備好3家廠商的投標文件，同時也會去找綽號『李鹹』（本名不清楚）的男子負責在外圍搓圓仔湯及截標，防止有外地的廠商想要進來投標。因此，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。」又亨錸營造有限公司實際負責人林家證於103年8月14日高雄調查處調查時稱：「（可否說明有關獅子鄉公所分配工程始末？）我們包商間會私下商量，彼此的工程量盡量分配平均，也就事先喬好、並確定誰要哪些工程。以盧學賢為例，有時候是我們包商去要，經過盧學賢同意，有時候是盧學賢指定」、「我們包商之前有先喬好要做哪些工程」、「（你們包商自己協調好要作要得標的工程，是否要自己找包商來陪標？）對。」103年9月4日於高雄調查處亦表示：「標案彙整表哪些工程是你得標施作？支付賄款為何？）工程標案後面有簽名就是我得標的，我也將支付賄款的比例記載在附件上面，部分標案我有要求其他廠商陪標，淀富是要求沈左明陪標、利威及驊宏是要求楊國樑陪標，宏昱是要求陳燈順陪標、恒翊是要求郭琯銘陪標、宏順興（陳燈順妻子為負責人）是要求陳燈順陪標、昱驊是要求李宏文陪標、世英是要求宋美英陪標、允升是要求朱聰富陪標。」再者，驊宏營造有限公司負責人楊國樑於103年9月4日高雄調查處調查時稱：「孔朝就任鄉長

後，林家證帶我到鄉公所，引介技士黃春山及鄉長孔朝給我認識，讓驊宏營造、利威土包成為獅子鄉公所的內定工程包商之一，……賄款金額比例經我向同業探聽，另經黃春山口頭證實，亦為決標金額的8%。（問：據本處調查，獅子鄉公所亦固定由林家證、楊國樑、陳燈順、莊崑霖、柯慶章、陳吉川、陳家榮、李宏文等8位包商承攬標案，是否如此？）是的，就我所知只有我們8位。」另群利營造有限公司負責人陳家榮於103年8月22日調查筆錄表示：「盧學賢若說可以讓我做，我就會再尋求配合之廠商陳燈順、陳吉川等圍標工程，確定由本人群利營造有限公司、內獅土木包業之公司得標後，約1星期內，我大多是直接到盧學賢屏東九如之住處找他，交付行賄款項。」、「（問：孔朝及盧學賢如何協助你得標獅子鄉公所標案？）獅子鄉公所的標案，因工程地點都在山上，都只有固定幾家的廠商投標，所以只要鄉公所孔朝及盧學賢授意由何家廠商投標後，應該就會告知其他廠商不要投標，再由我找配合廠商投標工程。」、「（問：承上，你找來配合圍標獅子鄉公所工程廠商有那些？）……陪標廠商的標價都會寫的比較高，讓我的公司可以順利得標，陪標廠商的投標文件及押標支票都是由他們自行準備，我記得陳燈順、陳吉川、柯慶章的公司曾配合我的公司投標獅子鄉公所標案。」、「（問：盧學賢供稱，獅子鄉公所工程平均分配給你等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。」綜上，原告實際負責人李宏文坦承有交付賄款予鄉長及承辦技士，以獲得分配指定得標之工程，並自行找廠商陪標，其證詞亦

有上開承辦技士、廠商之供詞可佐，顯見原告確實有就決標事項對公務員行賄，及使廠商不為投標或不為價格競爭等違反法令行為，足以影響採購之公正，故被告對原告追繳押標金，並無違誤。

5、本件同一背景事實之其他廠商陳吉川即進發土木包工業，前以被告對其追繳押標金係基於錯誤之事實，且未經調查遽為處分，顯有違誤，向屏東地院行政訴訟庭提起撤銷追繳押標金之訴，上開訴訟業經屏東地院行政訴訟庭以108年度簡字第24號行政訴訟判決駁回該廠商之請求，其判決要旨略為：該廠商雖否認就系爭工程有任何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，並主張刑事案件部分，並無人因政府採購法第87條第4項被定罪云云。然經審理相關卷證後，認定該廠商已該當政府採購法第31條第2項第8款追繳押標金之構成要件，該廠商於偵查中對於交付賄款坦承不諱，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，該廠商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，是以，其確有圍標之行為，並經主管機關認定有影響採購公正之違反法令行為之情事，被告因此認定其該等行為確實合於政府採購法第31條第2項第8款所稱「影響採購公正之違法行為」，自屬於法有據；該廠商雖主張當時係考量不再纏訟，遂向檢察官認罪協商，然緩起訴若遭撤銷，仍應受刑事訴追，並非毫無風險可言，是倘該廠商確實未為該等行為，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。

況該廠商既已於偵查中坦承貪污治罪條例第11條第1項及政府採購法第87條第4項之犯行，則於相同事件中，自不得為相反之主張，否則顯有違誠信原則，依訴訟上禁反言原則，該廠商此部分主張，自難認有理由。

6、工程會89年1月19日（89）工程企字第89000318號函（下稱89年1月19日函），為90年1月1日行政程序法施行前所為，故行政程序法第157條第3項規定應無溯及適用於上開函釋（最高行政法院104年度判字第456號判決意旨採相同見解）。又工程會已將該函公告於該會網站，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，是上開函釋縱未登載於政府公報，亦生效力。準此，工程會已依據政府採購法第31條第2項第8款之授權，以工程會89年1月19日函將「廠商或其人員涉有犯政府採購法第87條之罪者」，補充認定屬於該款「有影響採購公正之違反法令行為」態樣之一，故廠商或其人員涉犯政府採購法第87條第4項之罪者，即該當政府採購法第31條第2項第8款之要件，招標機關就廠商所繳納押標金即應不予發還或應予追繳。從而，工程會89年1月19日函之性質屬法規命令，被告自得援引該函作為追繳押標金之依據。又工程會104年7月17日令之內容，係對於政府採購法第31條第2項第8款「其他經主管機關認定有影響採購公正之違反法令行為者」之情形，再作統一解釋與規定，並未推翻89年1月19日函之效力，故原告主張工程會104年7月17日令，明載「自104年7月17日起生效」，其參與之工程均在該行政命令發布以前，被告亦不得據此作為處分依據云云，亦無足採。

（二）聲明：原告之訴駁回。

四、爭點：原告有無經主管機關認定有影響採購公正之違反法令行為？被告依行為時政府採購法第31條第2項第8款規定通知原告追繳押標金，有無違誤？

五、本院的判斷：

（一）前提事實：

如爭訟事實欄所示之事實，有系爭採購案工程採購契約（原處分卷第147至257頁）、屏東地檢署檢察官103年度偵字第8831號緩起訴處分書（本院卷第71至131頁）、被告107年9月13日獅鄉財字第10731146000號函（本院卷第31至32頁）、108年1月7日獅鄉財字第00000000000號異議處理結果函（本院卷第33至35頁）及採購申訴審議判斷書（本院卷第39至69頁）等附卷可稽，應堪認定。

（二）應適用的法令：

1、行為時政府採購法第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、政府採購法第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、系爭採購案招標須知第55條規定：「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……8、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。」

5、最高行政法院103年7月份第1次庭長法官聯席會議決議：「依政府採購法第9條第1項前段規定，工程會係政府採購法之主管機關，其基於同法第31條第2項第8款之授權，得補充認定該條項第1款至第7款以外其他『有影響採購公正之違反法令行為』，以為機關不予發還押標金或追繳已發還押標金之法令依據。廠商之人員涉有犯政府採購法第87條之罪者，業經工程會依上開規定，以89年1月19日函釋通案認定該廠商有影響採購公正之違反法令行為，其押標金應不發還或追繳。」

（三）按行為時政府採購法第31條第2項第8款規定所稱之「其他經主管機關認定有影響採購公正之違反法令行為」，係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。準此，行為時政府採購法第31條第2項第8款規定所稱之「其他經主管機關認定有影響採購公正之違反法令行為」，係指特定之行為類型，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，始由主管機關認定該案廠商之行為是否為影響採購公正之違反法令行為。上開工程會89年1月19日函釋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。從而，投標廠商涉有政府採購法第87條第4項之情形，依前述規定，核屬主管機關工程會89年1月19日函釋，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，而依行為時政府採購法第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。

（四）次按工程會104年7月17日令將「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，原則上應向將來生效適用，始可保障人民對法安定性之信賴，俾符合法治國家原則。查原告參與之系爭採購案係分別於100年6月至103年2月間完成決標，有系爭採購案決標公告（第15至28、35至39、47至51、59至62、69至72、79至85、97至100、107至110頁）附申訴（可閱）卷可證，而工程會104年7月17日令係在原告前揭行為時間之後始發布，揆諸前開說明，應自發布後之行為始有其適用，則被告援引工程會104年7月17日令之行賄行為，以原告於行為時尚無法預見之法規範作為認定原告有政府採購法第31條第2項第8款規定之行為，而向原告追繳押標金，自有違誤。

（五）原告就系爭採購案因其實際負責人李宏文犯政府採購法第87條第4項之罪，原告該當於同法第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」之情形，被告向原告追繳系爭採購案之押標金，於法有據：

1、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、亨錸營造有限公司、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、鼎峻營造有限公司、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李宏文、林家證、莊崑霖、陳燈順、陳吉川、楊國樑、柯慶章、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，受指定之廠商則須自行尋找廠商陪標，其餘7家廠商則按照協議，不會前來搶標，受指定之廠商得標後，於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，作為其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。而原告承攬之系爭採購案，即是在此規則下，於採購案發包時，由盧學賢或黃春山初步告知該等工程由其得標承攬，原告實際負責人李宏文得知後，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，原告順利得標後，便交付行賄款項予盧學賢或孔朝等情，有⑴李宏文103年8月22日於高雄調查處供稱：「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？答：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（本院卷第335頁）及105年4月18日於屏東地院證稱：「問：之前你在調查處有回答調查員說，盧學賢會在獅子鄉公所後面告訴你哪件工程由你做，由你準備投標文件、陪標廠商然後去投標，這樣說法正確嗎？答：對」等語（本院卷第617頁）；㈡盧學賢103年8月12日於高雄調查處供述：「通常在我將核定工程底價的公文陳核給孔朝時，他就會在鄉長室先與我研究該工程要內定給哪家廠商承攬，再由他決定、並口頭指示我去聯繫他指定承包的廠商，然後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3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……。」「獅子鄉公所多年來都是固定這幾家廠商在承攬。」「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、弘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，……。」「指定包商的標案並沒有綁規格，都是由主標廠商自己準備好3家廠商的投標文件，同時也會去找綽號『李鹹』（本名不清楚）的男子負責在外圍搓圓仔湯及截標，防止有外地的廠商想要進來投標。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。」等語（本院卷第370至376頁）；⑶群利營造有限公司前負責人陳家榮103年8月22日於高雄調查處供稱：「……我若在網路上看到獅子鄉公所有招標土木相關工程時，我就會主動跟盧學賢連絡，詢問該工程可否讓我來做，盧學賢若說可以讓我做，我就會再尋求配合之廠商陳燈順、陳吉川等圍標工程，確定由本人群利營造有限公司、內獅土木包工業之公司得標後，約1星期內，我大多是直接到盧學賢屏東九如之住處找他，交付行賄款項……。」「獅子鄉公所的標案，因工程地點都在山上，都只有固定幾家的廠商投標，所以只要鄉公所孔朝及盧學賢授意由何家廠商投標後，應該就會告知其他廠商不要投標，再由我找配合廠商投標工程。該部分都是由我公司的會計小姐即我女兒陳瓊馨去找共同配合投標獅子鄉公所工程的廠商來陪標，陪標廠商的標價都會寫得比較高，讓我的公司可以順利得標，陪標廠商的投標文件及押標金支票都是由他們自行準備，我記得陳燈順、陳吉川、柯慶章的公司曾配合我的公司投標獅子鄉公所標案，但實際找哪些廠商投標，詳情要問陳瓊馨才清楚。」「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？答：應該是如此。」等語（本院卷第418至424頁）可證，顯見被告主張原告實際負責人李宏文關於系爭採購案，有對被告辦理系

爭採購案以圍標、陪標等方式承攬，意圖影響決標價格或獲取不當利益，使廠商不為價格競爭之情事，自堪信為真實。

2、次查，李宏文為能順利承攬工程，以自有牌照接受盧學賢、黃春山分配工程，並應渠等要求交付賄款，自99年3月至103年間合計交付賄款269萬2,880元等情，業據李宏文於偵查中坦承不諱，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，李宏文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李宏文執行業務涉犯上開政府採購法之罪，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，爰審酌原告及李宏文無前科，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25萬元。被告遂據該緩起訴處分書之內容認定原告具有政府採購法第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稽，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

違反法令行為之情事，亦可認定。則被告依政府採購法第31條第2項第8款及系爭採購案投標須知第55條或第56條規定，作成原處分向原告追繳押標金1,418,000元，於法並無違誤。

3、原告稱林家證103年8月14日調查筆錄、楊國樑103年9月4日詢問筆錄業經刑事審判中認定無證據能力，故此部分不應作為本案之證據云云。惟查，證人林家證、柯慶章、陳燈順、楊國樑、蔡秋子之詢問筆錄均經屏東地院104年度原訴字第8號刑事判決認定該等筆錄與錄音不符，無證據能力，故本院於本案中亦未採用該等證言作為證據；至於其他證人證言，既為偵查人員依法所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。

4、原告雖主張：屏東地檢署檢察官並未實質調查關於系爭採購案之圍標犯行及相關證據，被告援引緩起訴處分書理由，稱原告違反政府採購法第87條第4項之罪，向原告追繳押標金，並無理由；且系爭採購案中有部分採購案之參與投標廠商並非緩起訴處分書或涉及政府採購法第87條第4項之廠商，原告與其他廠商都是尋公開招標之合法程序，未有不為投標或不為價格上競爭之行為，否則前列廠商，不可能未遭偵查；又刑事判決已認定系爭採購案係公開招標，且無人因政府採購法第87條第4項被定罪，可證系爭採購案並無違反政府採購法之情形云云，然查：

⑴參諸上開原告實質負責人李宏文於刑案調查中陳述之內容，已就如何受被告公務員盧學賢、黃春山等人分配採購案，並於受分配後，自行與他廠商協調之事實，為詳盡之供述，可知李宏文於調查局詢問及偵查中均坦承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。而原告該等行為確實合於政府採購法第31條第2項第8款所稱「影響採購公正之違法行為」，被告因此認定，自屬於法有據。原告主張屏東地檢署檢察官並未實質調查關於系爭採購案之圍標犯行及相關證據，被告援引緩起訴處分書理由，稱原告違反政府採購法第87條第4項之罪，向原告追繳押標金，並無理由云云，即非可採。

⑵政府採購法第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，李宏文於接獲承辦人盧學賢分配採購案通知後，基於影響決標價格之意圖，就系爭採購案與其餘7間廠商協議不為價格之競爭時，其犯罪即已成立，縱參與陪標之廠商非其餘7間涉案廠商，亦無從推翻原告圍標之事實。乃原告主張系爭採購案中有部分採購案之參與投標廠商並非緩起訴處分書或涉及政府採購法第87條第4項之廠商，原告與其他廠商都是尋公開招標之合法程序，未有不為投標或不為價格上競爭之行為，否則前列廠商，不可能未遭偵查等語，亦無可採。

⑶按起訴書及刑事判決所認定之事實，及其所持法律上見解，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）。依上開認定結果，原告及其負責人李宏文違犯政府採

購法第87條第4項之情節，係以原告先經被告財經課技士盧學賢、黃春山等公務員，指定為系爭採購案預定得標廠商後，李宏文方自行與其他7家欲參與投標之廠商協調。易言之，所謂陪標、圍標行為，係出於上述8家投標廠商間之共同協議行為，由廠商間自行協調分配該次標案應由何人得標，公務員並未涉入其中。因此，盧學賢、黃春山等公務員雖無因涉犯政府採購法第87條第4項之罪，而經刑事判決有罪確定，仍難對原告作有利之認定。

5、原告復主張李宏文固曾於偵查中承認交付金錢予盧學賢，亦僅係因不想得罪承辦人才應其要求而交付金錢，因而涉犯行賄罪，進而因檢察官允諾會給予緩起訴處分而同意認罪，但就圍標部分根本沒有認罪及同意為緩起訴處分等語。然查，檢察官於訊問之初，即先告知李宏文「犯罪嫌疑及所犯罪名為貪污治罪條例等」，無須違背己意而為陳述，並於訊問李宏文是否認罪、願意接受緩起訴處分時，對其闡明緩起訴相關規定、撤銷事由及效果，可認李宏文已明確瞭解該案所涉犯罪為除貪污治罪條例外，尚包含政府採購法之罪；況且緩起訴若遭撤銷，李宏文仍應受刑事訴追，並非毫無風險可言，是倘李宏文確實未為該等行為，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。李宏文既已於偵查中坦承貪污治罪條例第11條第1項及及政府採購法第87條第4項之犯行，則原告於相同事件中為相反之主張，否認犯行，顯有違誠信原則，依訴訟上禁反言原則，原告此部分主張，自難認有理由。

六、綜上所述，原告之主張，均不可採。被告依政府採購法第31條第2項第8款規定向原告追繳系爭採購案之押標金1,418,00

0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。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：本件原告之訴為無理由。

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　孫　奇　芳

法官　林　彥　君

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，得不委任律師為訴	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立學院公法學教授、副教授者。

訟代理人	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　謝　廉　縈