高雄高等行政法院判決

）FKT64W1Z1X5LO;@109年度訴字

民國109年11月26日辯論終結

原　　告　群利營造有限公司

代　表　人　孫梅芳

訴訟代理人　張競文　律師

　　洪濬詠　律師

被　　告　屏東縣獅子鄉公所

代　表　人　周英傑

訴訟代理人　鄭婷瑄　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10月25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：

原告參與被告所辦理「上牡丹橋上游野溪清疏工程」、「99年度獅子鄉農路改善工程」、「台九線往新路墓園道路災復工程」、「內獅村農路改善工程」、「101年6月泰利颱風中心崙坊山溪旁農路災害復建工程」、「內獅村加多海農路改善工程」、「竹坑部落基礎環境改善工程」、「獅子鄉丹路村屏-019土石流特定水土保持區崩塌地治理第二期及既有設施維護工程」、「（102年8月潭美及康芮颱風）中心崙坊山溪旁道路災後復建工程」等採購案（下稱系爭採購案），因原告前負責人陳家榮涉有政府採購法第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日政獅鄉財字第10731287700號函，通知原告追繳押標金總計新臺幣（下同）3,853,785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，經申訴審議判斷駁回，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、被告對於原告作成追徵押標金處分，首先以臺灣屏東地方法院（下稱屏東地院）104年度原訴字第8號刑事判決、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號刑事判決為依據，作為認定原告涉及貪污治罪條例行賄罪，進而該當行為時政府採購法第31條第2項第8款之事由。惟依前開刑事判決理由，就原告投標系爭採購案件部分，被告所屬公務員並未成立貪污治罪條例上受賄罪、亦無違反政府採購法之情事，則被告逕為認定原告涉有行賄之違法犯行，而應予以追繳押標金，即有疑義。退步言，縱使被告以屏東地檢署103年度偵字第8831號緩起訴處分書為由，主張原告應予以追繳押標金，惟細譯該處分書理由，多以原告於偵查程序所做筆錄為據，然該等筆錄經法院實質審理或勘驗筆錄以後，於高雄高分院106年度原上訴字第22號刑事判決理由已明揭：「上開證人林家證、宋美英、陳燈順、陳吉川、陳家榮（按：原告前負責人）、楊國樑、蔡秋子、柯慶章、李宏文、莊崑霖、阮宏昇、張寶珠、盧學賢、黃春山等人於調詢、偵訊及原審審理

中之證述，就其等交付孔朝款項之具體時間、實際金額等行賄之詳細情節均無法詳細說明，其賄款金額均是『事後』依據得標金額或年度發票金額乘以不同之百分比計算而得，並非上開起訴書所指行賄者真正交付之金額，其等是否確有給付該款項予孔朝及實際交付若干金額，均無其他證據足資佐證，其等證詞顯有合理之懷疑存在。又上開證人依起訴意旨均係貪污治罪條例之行賄者，屬對向共犯，其行賄之犯行，業經檢察官為緩起訴處分，已如前述，依前揭最高法院判決意旨，其等證詞亦屬共犯之自白，須有補強證據，足使一般人對其陳述無合理之懷疑存在，而得確信其為真實，始得據以認定被告孔朝之犯罪事實，惟檢察官並未舉出足以補強上開證人證述之補強證據，自不得僅以其等之證詞遽為被告孔朝不利之認定。又檢察官亦未舉證證明孔朝就上開黃春山有罪部分有何犯意聯絡及行為分擔，亦無從認定孔朝與黃春山有何共同正犯關係。檢察官所舉之證據既無法證明被告孔朝有違背職務收賄及違反政府採購法第87條第4項之犯行，自應諭知孔朝無罪之判決。」一節，益證被告僅憑上揭緩起訴處分書遽為認定原告有違反政府採購法之行為，顯然未經被告實質舉證，亦顯速斷。況且上開刑事判決進一步說明原告縱有交付被告所屬公務員金錢，則該金錢所交付時點亦係依據得標金額或年度發票金額乘以不同之百分比計算而得，並非於招標、審標、決標等程序所為，故依時間先後順序以觀，亦可證明此等情節，顯然與修正前「依政府採購法第31條第2項辦理不發還或追繳押標金之執行程序」第3點第5款所指「就有關招標、審標、決標事項」為行賄無關，自不該當政府採購法追繳押標金之理由。

2、系爭採購案經核對緩起訴處分書附表可知，實為多家廠商參與投標，且該等採購案亦屬公開招標，並無排除其他廠商參與投標之違法情事，此部分亦為高雄高分院106年度原上訴字第22號刑事判決理由所敘載：「堪認附表一及事實欄二，及三、（一）、（二）、（三）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」等語，更可證明系爭採購案件並無違反政府採購法之情形，原告自無該當違反政府採購法而應予以追繳押標金之事由。況且，緩起訴處分書就原告與其他參與投標廠商有何違反政府採購法之行為及故意，全然未予說明及論述，尚難僅憑屏東地檢署緩起訴處分書即遽認原告有違反政府採購法之行為。

3、系爭採購案決標日期，均為104年以前業已發生，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）於本件並無適用，乃屬當然。其次，工程會101年4月10日工程企字第10100102920號函（下稱101年4月10日函），業經工程會於104年10月20日以工程企字第10400288400號函通知，不再援用，故該函文於被告作成追繳押標金處分時，並非有效力之函釋，無適用之餘地。再者，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）亦未明訂「行賄」屬於影響採購公正之類型，準此，被告主張原告涉嫌行賄罪應予以追繳押標金之部分，細譯前開工程會89年、101年、104年函文內容，或於系爭採購案發生以後始為頒佈、或為作成追徵押標金處分時已為失效、或並

未明文規範行賄為應追繳押標金之事由，足證前開函釋均不符合命原告追徵押標金之法律規定。再者，原告實質負責人陳家榮於103年8月22日調查筆錄明確表示：「經我回想，得標金額在200萬元以上之工程我才會要支付賄款」等語，亦即如系爭採購案中得標金額未超過200萬元，則不會交付任何金錢賄款，系爭採購案中「竹坑部落基礎環境改善工程」之得標金額為1,538,000元，明顯未超過200萬元，故原告實質負責人陳家榮就上開標案未給付任何金錢賄款，此部分事實對照高雄高分院106年度原上訴字第22號刑事判決理由亦明確敘載：「另就附表一編號63、122之工程，陳家榮於原審審理中證稱：這2件沒有送錢，得標金額未超過200萬元的都沒送等語。……依陳家榮之證述，即無從認定孔朝有收受賄賂之事實」一節，兩者相符一致，自屬可信。

4、原告否認有任何被告所指涉嫌圍標罪之犯罪行為，被告既認定原告涉有圍標行為進而作成追繳押標金處分，依法應由被告舉證原告確實有圍標行為，乃屬當然。況且，被告既係以行為時政府採購法第31條第2項第8款規定，作為向原告追繳押標金之法律依據，則依照最高行政法院100年度判字第1985號判決及104年度4月份第1次庭長法官聯席會議決議揭示之實務見解，必須工程會已依據政府採購法授權，對外公告圍標行為屬於應為追繳押標金之類型者為限，然而，被告仍未舉證工程會於原告投標時，業已對外頒布圍標行為，屬於應為追繳押標金之違法類型，故被告在未充分舉證上情以前，遽為向原告追繳押標金，實屬無據。再者，徵諸原告實質負責人陳家榮於屏東地檢署訊問時，並未承認涉有圍標行為，此有104年5月18日訊問筆錄

記載：「（問：獅子鄉公所工程，你共有13個工程，『行賄金額』395萬400元，意見？）沒有意見」、「（問：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『35萬元』；是否同意本署對你的群利營造公司為緩起訴處分，並於緩起訴處分確定之日起3個月內，向國庫支付『2萬元』，緩起訴期間為1年？）同意。」等節可查，基此以觀，足證檢察官至多僅為認定原告涉嫌向被告所屬公務員為行賄而已，並未認定原告涉犯圍標罪，彰彰甚明，屏東地檢署檢察官103年度偵字第8831號緩起訴處分書亦記載，原告及實質負責人陳家榮向國庫分別繳納35萬元、2萬元，核與上開筆錄內容一致，足證緩起訴處分係針對行賄罪部分所為，並無論及另有涉犯圍標罪，詎被告未予詳查，率為援引上開緩起訴處分主張原告涉有圍標行為，顯屬無據。

5、被告向原告追徵押標金之年度有99年、100年、102年、103年等4個年度，而依政府採購公開資訊查得資料對照緩起訴處分書附表所示工程採購標案，可知被告於99年對外招標案件共58件，原告得標2件，另7家涉案廠商得標11件，其餘45件由其他未涉案廠商得標；被告於100年對外招標案件共72件，原告得標2件、另7家涉案廠商得標18件，其餘52件由其他未涉案廠商得標；被告102年對外招標案件共88件，原告得標4件、另7家涉案廠商得標51件，其餘33件由其他未涉案廠商得標；被告103年對外招標案件共有78件，原告得標1件、另7間涉案廠商得標19件，其餘58件由其他未涉案廠商得標，依此以觀，被告援引陳家榮在內，以及林家證、陳燈順、陳吉川、楊國樑、柯慶章、莊昆霖、李宏文等之陳述，主張全部標案都是原告及7間涉案

廠商共同以圍標方式得標云云，顯屬無據，亦屬空泛臆測之詞。再者，被告向原告追徵押標金的9件標案中，「台九線往新路墓園道路災復工程」得標廠商雖為原告，但仍有金昌營造有限公司、俊宗興營造有限公司、芊達營造有限公司等3間廠商參與投標，均非緩起訴處分書所指涉案廠商；「內獅村農路改善工程」得標廠商雖為原告，但仍有金昌營造有限公司、芊達營造有限公司等2間廠商參與投標，亦非涉案廠商，益證被告辯稱系爭採購案，係由原告與他人共同圍標所得云云，顯非事實，亦無所據。況「99年度獅子鄉農路改善工程」部分，徵諸高雄高分院106年度原上訴字第22號刑事判決理由，可證上揭標案亦無違反政府採購法第87條第4項圍標罪，被告未予詳查上情，遽以認定原告涉有圍標罪嫌，自有違誤。

（二）聲明：申訴審議判斷、異議處理結果（被告108年1月7日獅鄉財字第10731423100號函）及原處分（被告107年9月13日獅鄉財字第10731287700號函）均撤銷。

三、被告答辯及聲明：

（一）答辯要旨：

1、依屏東地檢署檢察官103年度偵字第8831號緩起訴書處分書，可知原告當時負責人陳家榮已於刑事案件中，明確承認其於參與系爭採購案時，確有與其他廠商共同圍標而有涉犯政府採購法第87條第4項之罪及原告涉犯政府採購法第92條之罪，應無疑義。雖孔朝、黃春山所涉犯行雖因補強證據不足，經高雄高分院106年度原上訴字第22號刑事判決予以無罪諭知，惟自屏東地檢署緩起訴處分書所載陳家榮坦承之犯罪事實以觀，陳家榮係先經孔朝或黃春山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，孔朝或黃春山本即未參與陳家榮與其他廠商間之圍標或陪標協議，自無涉犯政府採購法第87條第4項之犯罪事實，從而，縱孔朝或黃春山業經上開判決諭知伊被訴政府採購法第87條第4項之犯罪部分為無罪，亦無從據以認定原告前負責人陳家榮於該案所為認罪之供述與事實不符。

2、原告當時之負責人陳家榮參與被告辦理系爭採購案投標時，確實犯有政府採購法第87條第4項之犯行，原告並涉犯同法第92條之罪，且陳家榮於刑事案件偵查中，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項第8款規定，對原告為追繳押標金之處分，及經原告等異議後維持原處分，於法應無不合。

3、原告實際負責人陳家榮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，有陳家榮103年8月22日、103年10月31日調查筆錄可佐，除陳家榮外，亦有承辦技士盧學賢103年8月12日、103年9月11日、103年11月19日調查筆錄、103年9月11日、103年10月1日訊問筆錄、黃春山103年8月13日訊問筆錄、亨銖營造有限公司實際負責人林家證103年8月14日、103年11月26日調查筆錄、103年8月14日、103年11月26日訊問筆錄、世英營造有限公司負責人宋美英103年9月16日調查筆錄、驊宏營造有限公司負責人楊國梁103年7月31日、103年9月4日調查筆錄、103年7月31日、103年9月4日訊問筆錄、利威土木包工業負責人蔡秋子103年7月31日、103年9月4日調查筆錄、103年9月4日訊問筆錄、鼎峻營造有限公司負責人柯慶章103年7月31日、103年8月22日調查筆錄、103

年8月1日訊問筆錄、泓霖土木包工業負責人莊崑霖103年10月8日調查筆錄、昱驊營造有限公司負責人李宏文103年8月22日、103年10月8日調查筆錄、103年10月8日訊問筆錄、吉億營造有限公司負責人陳吉川103年8月22日調查筆錄、103年8月22日訊問筆錄、弘昱營造有限公司負責人陳燈順103年8月22日訊問筆錄可佐，可知確有分配工程及圍標之情事。從而，原告實際負責人陳家榮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，故被告依規定對原告追繳押標金，並無違誤。

4、工程會89年1月19日函說明：「如貴會發現該3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。」又「（102年8月潭美及康芮颱風）中心崙枋山溪旁道路災後復建工程」之投標須知亦載明「1.廠商有採購法第48條第1項第2款或第50條第1項第3款至第5款、第7款情形之一，或其人員涉有犯政府採購法第87條之罪者。（工程會89年1月19日函、92年11月6日工程企字第09200438750號函、96年5月8日工程企字第09600087510號函、96年7月25日工程企字第09600293210號函、98年12月2日工程企字第09800513840號函、101年1月10日工程企字第10000460700號函）……3.廠商或其代表人、代理人、受雇人或其他從業人員參與政府採購，對公務員行求、期約交付賄賂或其他不正利益。（工程

會101年4月10日工程企字第10100102920號函）。」其押標金亦應不發還或追繳。原告實際負責人陳家榮於屏東地檢署103年度偵字第8831號案件，對於對公務員交付賄賂及犯政府採購法第87條第4項之意圖獲取不法利益不為價格競爭罪，均坦承不諱，故被告對原告追繳押標金，確實於法有據。

5、又工程會89年1月19日函經最高行政法院104年度判字第456號判決：「89年1月19日函釋，係於90年1月1日行政程序法施行前所公布，行政程序法並無溯及適用於該函釋之餘地。」及工程會104年10月20日工程企字第10400288400號函：「另本會89年1月19日（89）工程企字第89000318號函說明二略以：……，該函係於90年1月1日行政程序法施行前為之，行政程序法並無溯及適用於該函釋（參照最高行政法院104年度判字第456號判決），爰機關非依104年7月17日本會修正投標須知範本辦理之採購案，發現有政府採購法第31條第2項第8款不發還或追繳押標金之情事，請依據招標文件、政府採購法第31條第2項第8款及該函處理。」肯認行政程序法並無溯及適用於工程會89年1月19日函。故縱認89年1月19日函未依行政程序法第157條第3項規定刊登政府公報或新聞紙，亦無礙該函釋仍屬法規命令而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，並予敘明。

（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163至313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57至137頁）、被告107年9月13日獅鄉財字第10731287700號函（本院卷第25至26頁）、108年1月7日獅鄉財字第10731423100號函（本院卷第27至29頁）、及採購申訴審議判斷書（本院卷第33至56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條或第56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日令及101年4月10日函雖將「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99年4月至103年2月間完成決標，此有系爭採購案決標公告（第9至50頁）附申訴（不可閱）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。又依90年1月1日施行之行政程序法第157條第3項規定，法規命令之發布，應刊登政府公報或新聞紙，故自行政程序法施行後，法規命令之發布，未刊登政府公報或新聞紙者，係未依法定方式發布，不生效力。然工程會101年4月10日函僅於101年4月12日於工程會網站及全國政府機關電子公布欄公告，並未刊登政府公報或新聞紙，有工程會109年7月20日工程企字第1090015948號函可憑（本院卷第385頁），則工程會101年4月10日函未踐行發布程序，自欠缺法

規命令之生效要件，自不生效力。是以，工程會101年4月20日函或104年7月17日令釋之行賄行為，無從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，且被告亦非以工程會101年4月20日函或104年7月17日令之行賄行為，認定原告該當政府採購法第31條第2項第8款規定，而向原告追繳押標金，原告主張被告以屏東地院104年度原訴字第8號、高雄高分院106年度原上訴字第22號刑事判決為依據，認定原告涉有行賄之違法犯行，而應予以追繳押標金，即有疑義云云，實屬誤解。至於105年5月11日訂定之「依政府採購法第31條第2項辦理不發還或追繳押標金之執行程序」第3點規定：「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，主管機關依政府採購法第31條第2項第8款認定屬『其他經主管機關認定有影響採購公正之違反法令行為者』情形如下：……。」顯係以工程會104年7月17日令為依據，然本件如前所述並無工程會104年7月17日令之適用，當然亦無上開「依政府採購法第31條第2項辦理不發還或追繳押標金之執行程序」第3點規定之適用，原告以本件不該當修正前「政府採購法第31條第2項辦理不發還或追繳押標金之執行程序」第3點第5款規定，主張不該當政府採購法之追繳押標金規定云云，自不足採。

（五）原告就系爭採購案因其前負責人陳家榮犯政府採購法第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，該鄉之工程採購案均固定由原告、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、昱驊營造有限公司等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陳家榮、林家證、莊崑霖、陳燈順、陳吉川、楊國樑、柯慶章、李宏文，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，該受指定之廠商則自行尋找廠商陪標，其餘7家廠商則按照協議，不會前來搶標，該受指定之廠商得標後，並交付決標金額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，由盧學賢初步告知該等工程由其得標承攬，原告前負責人陳家榮得知後，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，陪標廠商的標價都會寫得比較高，原告順利得標後，便交付行賄款項予盧學賢等情，有⑴陳家榮103年8月22日於法務部調查局高雄市調查處（下稱高雄調查處）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456至458頁）；⑵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432至436頁）；103年9月11日於高雄調查處供稱：「問：你自己承辦的工程是否都是你在發包前分配好？分配方式為何？答：獅子鄉公所所有案件都在發包前就分配好了。我跟陳家榮比較好，會分多一點案件給他，但原則上我都會平均分配給獅子鄉的8家廠商，每一件我都會跟鄉長孔朝討論、報告。」等語（本院卷第439頁）；⑶黃春山103年8月13日於屏東地檢署陳稱：「（問：鄉公所的工程都固定由上開8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（本院卷第454頁）；⑷泓霖土木包工業負責人莊崑霖103年10月8日於高雄調查處供稱：「問：盧學賢供稱，獅子鄉公所工程大多平均分配給你等上述8間包商？……答：是的，盧學賢指定分配給我的都是獅子鄉的小型零星工程，件數多但金額不高，盧學賢都會在鄉公所發包之相關工程公告前後1、2天，找我到鄉公所後方的吸菸區，告訴我該件工程要分配給我，並要我得標後趕快拿出決標金額的1成、即10%……。至於協議其他廠商圍陪標，則是由我們被指定包商自行負責。」等語（本院卷第544頁）；⑸昱驊營造有限公司實際負責人李宏文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546頁）可證，顯見被告主張原告前負責人陳家榮關於系爭採購案，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，陳家榮為能順利承攬工程，依盧學賢所要求交付賄款之條件，於得標後1星期內交付賄款，自99年3月至103年間合計交付賄款395萬400元等情，業據陳家榮於偵查中坦承不諱，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，陳家榮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，原告則因負責人陳家榮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，爰審酌原告及陳家榮無前科，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35萬元。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3,853,785元，於法並無違誤。

3、原告雖主張：高雄高分院106年度原上訴字第22號刑事判決已認定盧學賢、黃春山等人無違反政府採購法第87條第4項規定，可證系爭採購案件並無違反政府採購法之情形；且系爭採購案中有部分採購案之參與投標廠商並非刑事涉案廠商，被告稱系爭採購案係由原告與他人共同圍標所得，顯非事實；又屏東地檢署緩起訴處分書就原告與其他參與投標廠商有何違反政府採購法之行為及故意，全然未予說明及論述，被告僅憑上揭緩起訴處分書遽為認定原告有違反政府採購法之行為，顯然未經被告實質舉證，亦顯速斷云云，然查：

⑴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，原告及其負責人陳家榮違犯政府採購法第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，陳家榮方自行與其他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，縱使刑事判決認定盧學賢、黃春山等公務員無涉犯政府採購法第87條第4項之罪，然仍難對原告作有利之認定。

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，陳家榮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部分採購案之參與投標廠商非刑事涉案廠商，益證被告辯稱系爭採購案，係由原告與他人共同圍標所得，顯非事實等語，亦屬無據。

⑶揆諸上開原告前負責人陳家榮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，可知陳家榮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緩起訴處分書就原告與其他參與投標廠商有何違反政府採購法之行為及故意，全然未予說明及論述，被告僅憑上揭緩起訴處分書遽為認定原告有違反政府採購法之行為，顯然未經被告實質舉證，亦顯速斷云云，即非可採。

4、至原告主張依屏東地檢署104年5月18日檢察官訊問陳家榮之筆錄可知，其僅就行賄部分同意認罪換取緩起訴，並未承認涉有圍標行為云云。然查，檢察官於訊問之初，即先告知陳家榮「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，並於訊問陳家榮是否認罪、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，可認陳家榮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，陳家榮仍應受刑事訴追，並非毫無風險可言，是倘陳家榮確實未為該等行為，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。陳家榮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款規定以原處分向原告追繳系爭採購案之押標金3,853,785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，得不委任律師為訴訟代理人	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。 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。

（續上頁）

（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