

· 最高行政法院 105 年 3 月份庭長法官聯席會議(105/03/08)

【相關法條】

1. 中華民國憲法 第 23 條 (36.01.01)
2. 行政程序法 第 5 條 (104.12.30)
3. 政府採購法 第 31、48、50、92、101、103 條 (105.01.06)
4. 中央法規標準法 第 5 條 (93.05.19)
5. 行政罰法 第 2、4、23 條 (100.11.23)
6. 政府採購法 第 87 條 (87.05.27)
7. 政府採購法 第 87 條 (91.02.06)
8. 懲治走私條例 第 2 條 (95.05.30)
9. 證券交易法 第 177 條 (77.01.29)

【決議】

1. 行政院公共工程委員會 89 年 1 月 19 日(89)工程企字第 89000318 號函(下稱工程會 89 年 1 月 19 日函)就「廠商或其人員涉有犯政府採購法第 87 條之罪者」，依政府採購法第 31 條第 2 項第 8 款規定之授權，認定該等廠商有影響採購公正之違反法令行為，係就涉犯該法第 87 條之罪為概括認定，而非就其規定之犯罪行為類型為個別認定。
2. 從而，解釋該條文所規定之行為類型如有增修時，增修之行為類型與既有之行為類型之本質如無明顯之不同者，於增修之規定生效時，亦為該函經授權認定有影響採購公正之違反法令行為範圍，尚無違法律授權之明確性。
3. 91 年 2 月 6 日政府採購法第 87 條修正新增之「意圖影響採購結果或獲取不當利益，而借用他人名義或證件投標者」及「容許他人借用本人名義或證件參加投標者」行為類型，與工程會 89 年 1 月 19 日函發布時該條文規定之「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」行為類型之本質相類似。
4. 故廠商或其人員如於政府採購法第 87 條修正後，涉犯新增之「容許他人借用本人名義或證件參加投標」罪，依首揭說明，並未逸出工程會 89 年 1 月 19 日函認定有影響採購公正之違反法令行為範圍。是本件乙機關通知甲廠商繳回已發還之押標金，乃適法之處分。

【法律問題】

甲廠商於民國 93 年 8 月間因容許他人借用其名義或證件參與乙機關辦理工程採購案之投標，觸犯 91 年 2 月 6 日修正增訂之政府採購法第 87 條第 5 項(後段)之罪經刑事判決確定，乙機關乃於 103 年依據政府採購法第 31 條第 2 項第 8 款之規定(經投標須知加以引用)，並援引行政院公共工程委員會 89 年 1 月 19 日(89)工程企字第 89000318 號函(下稱工程會 89 年 1 月 19 日函)對於「廠商或其人員涉有犯政府採購法第 87 條之罪者」，認定有影響採購公正之違反法令行為之意旨，通知甲廠商繳回已發還之押標金(下稱原處分)，是否適法？

【甲說】(肯定說)

1. 工程會 89 年 1 月 19 日函乃政府採購法主管機關工程會，依本法第 31 條第 2 項第 8 款規定，就「廠商或其人員涉有犯政府採購法第 87 條之罪者」等特定行為類型，為一般性認定屬於該款所稱「影響採購公正之違反法令行為」應不予發還或追繳押標金之情形，該認定函就廠商或其人員係涉犯政府採購法第 87 條何項之罪，並未區分限定，解釋上，只要廠商或其人員涉犯該條之罪，依本法第 31 條第 2 項第 8 款規定，其押標金即應不予發還或予以追繳。此項認定並無因政府採購法第 87 條規定嗣後修正內容而有影響。
2. 是該第 87 條第 5 項：「意圖影響採購結果或獲取不當利益，而借用他人名義或證件投標者，處三年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。容許他人借用本人名義或證件參加投標者，亦同。」雖係 89 年 1 月 19 日函生效後，91 年 2 月 6 日修正時始增訂，但廠商或其人員如於修正增訂後涉有犯該條項之罪者，依上說明，仍無逸出 89 年 1 月 19 日函認定範圍。
3. 甲廠商主張工程會 89 年 1 月 19 日函認定範圍，並未及於 91 年 2 月 6 日修正公布之政府採購法第 87 條第 5 項後段所定「容許他人借用本人名義或證件參加投標」行為，原處分不得以工程 89 年 1 月 19 日函作為追繳押標金之依據，核係其個人之歧異法律見解，不足採憑。

【乙說】(否定說)

1. 工程會 89 年 1 月 19 日函謂：「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。」，當時所適用之政府採購法(87 年 5 月 27 日制定公布，自公布後 1 年施行)第 48 條第 1 項第 2 款、第 50 條第 1 項第 3 款至 5 款、第 87 條之規定內容依序為：「二、發現有足以影響採購公正之違法或不當行為者。」、「三、借用或冒用他人名義或證件，或以偽造、變造之文件投標。四、偽造或變造投標文件。五、影響採購公正之違反法令行為。」、「(第 1 項)意圖使廠商不為投標、違反其本意投標，或使得標廠商放棄得標、得標後轉包或分包，而施強暴、脅迫、藥劑或催眠術者，處 1 年以上 7 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 300 萬元以下罰金。(第 2 項)犯前項之罪，因而致人於死者，處無期徒刑或 7 年以上有期徒刑；致重傷者，處 3 年以上 10 年以下有期徒刑，各得併科新臺幣 300 萬元以下罰金。(第 3 項)以詐術或其他非法之方法，使廠商無法投標或開標發生不正確結果者，處 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 100 萬元以下罰金。(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 100 萬元以下罰金。(第 5 項)第 1 項、第 3 項及第 4 項之未遂犯罰之。」，均無「容許他人借用本人名義或證件參加投標」之行為類型。
2. 迨 91 年 2 月 6 日修正公布政府採購法時，始於其中第 87 條增訂第 5 項「意圖影響採購結果或獲取不當利益，而借用他人名義或證件投標者，處 3 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 100 萬元以下罰金。容許他人借用本人名義或證件參加投標者，亦同。」
3. 足見上開工程會 89 年 1 月 19 日函所認定其他「有影響採購公正之違反法令行為」類型範圍並未及於「容許他人借用本人名義或證件參加投標」，尚難作為乙機關於 93 年 8 月間辦理系爭採購案後，向甲廠商追繳本件押標金的規範依據。

【表決結果】

採甲說(肯定說)之結論。

【決議】

如決議文。

研究意見：

第三庭林法官文舟 提

建議：採乙說(否定說)

理由如下：

- 一、按行政罰法第 4 條規定：「違反行政法上義務之處罰，以行為時之法律或自治條例有明文規定者為限。」，其立法理由載明「一、依法始得處罰，為民主法治國家基本原則之一，對於違反社會性程度輕微之行為，處以罰鍰、沒入或其他種類行政罰，雖較諸對侵害國家、社會法益等科以刑罰之行為情節輕微，惟本質上仍屬對於人民自由或權利之不利處分，其應適用處罰法定主義，仍無不同。為使行為人對其行為有所認識，進而擔負其在法律上應有之責任，自應以其違反行政法上義務行為時之法律有明文規定者為限，爰予明定。...三、依司法院釋字第三一三號、第三九四號及第四〇二號等解釋意旨，對於違反行政法上義務之行為，法律得就其處罰之構成要件或法律效果授權以法規命令訂之。故本條所指之『法律』，解釋上包含經法律就處罰之構成要件或法律效果為具體明確授權訂定之法規命令。」
- 二、次按「對於人民違反行政法上義務之裁罰，涉及人民權利之限制，其處罰之構成要件、法律效果，應以法律定之；以命令為之者，應有法律明確授權，始符合憲法第二十三條法律保留原則之意旨，本院釋字第三九四號、第四〇二號、第六一九號解釋足資參照。行政罰之處罰，以違反行政法上義務為前提，而實施處罰構成要件行為之義務主體，自屬依法處罰之對象。立法者並非不得就他人違反行政法上義務之行為，課特定人防止之義務，並因其違反此一防止義務而使其成為行政處罰之對象。是行政處罰之處罰對象規定，亦涉及人民權利之限制，為符合法治國家處罰法定與處罰明確性之要求，除有法律或法律具體明確授權之法規命令為依據外，不得逕以行政命令訂之。」為司法院釋字第 638 號解釋理由書所明示，同號解釋彭鳳至大法官的協同意見書進一步闡釋「處罰法定原則的主要內涵，為嚴格的法律(國會)保留與法律的明確性。基於此一規範內涵的要求，所以一切有關行為之可處罰性的前提要件，均應以法律明定之，不僅包括處罰之行為態樣、法律效果、也包括所有相關違法性、責任之規定，進一步有關處罰條件與免罰事由，均應以法律或法律具體明確授權之命令定之。相關規定形式上雖然無須與處罰之構成要件、法律效果定於同一法條，可是必須完全由立法者預先決定，而可普遍適用於相關法律，且為人民所得預見。」；又「法律授權主管機關依一定程序訂定法規命令以補充法律規定不足者，該機關即應予以遵守，不得捨法規命令不用，而發布規範行政體系內部事項之行政規則為之替代。」復為司法院釋字第 524 號解釋文所明示。
- 三、政府採購法第 31 條第 2 項第 8 款規定：「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：.....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。」係立法者授權主管機關(即行政院採購暨公共工程委員會)可以行政命令補充認定同條項第 1 款至第 7 款以外其他「有影響採購公正之違反法令行為」之類型，蓋廠商有何種情形(或行為)，其所繳納之押標金，不予發還，其已發還者，並予追繳，乃相當於沒入處分，涉及人民財產權利之剝奪，實質上為行政罰(註一)(行政罰法第 2 條第 2 款、第 23 條參照)，應由法律加以明定，或以法律具體明確授權主管機關發布命令為補充規定，不得發布規範行政體系內部事項之行政規則替代，且無論為授權之法律或依此訂定之命令，均應於公布或發布時，使人民預見其行為之可罰性(司法院釋字第 443 號、第 522 號、

第 524 號、第 680 號解釋意旨、行政程序法第 5 條參照)，故該用以補充認定其他「有影響採購公正之違反法令行為」類型的行政命令性質應屬法規命令，並非行政規則，縱使其外觀形式為行政函釋，亦應以法規命令的標準檢視其效力及適法性。又基於處罰法定原則，押標金不予發還或予以追繳之構成要件，應以行為時之法律或法規命令有明文規定者為限；行為時尚未規定的構成要件，不得類推適用其他已規定的構成要件，且其規定內容必須明確，使人民事先可以清楚預見何者為法規所禁止以及違反者的法律效果。

四、前揭政府採購法第 31 條第 2 項第 8 款規定主管機關可以行政命令補充認定同條項第 1 款至第 7 款以外其他「有影響採購公正之違反法令行為」之類型，其中「違反法令行為」之內容已由法令所預定，主管機關依據此款授權補充訂定押標金不予發還或予以追繳之構成要件時，只能引據當時有效施行的法令內容訂定「違反法令行為」之類型，當時法令所未規範的行為類型並非主管機關所得預見，亦非人民所能預見，自無法作為訂定補充規範的內容，而應以主管機關補充訂定構成要件時法令的內容作為規範的界限。

五、揆諸工程會 89 年 1 月 19 日函係以答覆行政院衛生署中醫藥委員會就具體個案請求解釋的方式呈現(詳如附件)，其外觀為行政函釋，雖然其副本有刊登工程會企劃處的網站，勉強符合當時中央法規標準法第 7 條規定「基於法律授權訂定之命令，應視其性質...發布」之要件，而對外發生效力，惟其並未依同條規定「即送立法院」，且該工程會 89 年 1 月 19 日函釋係謂「如貴會發現該三家廠商有本法第四十八條第一項第二款或第五十條第一項第三款至五款情形之一，或其人員涉有犯本法第八十七條之罪者，茲依本法第三十一條第二項第八款規定，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。」，其規範用語係對具體個案為解釋，不是法規命令的用語(對多數不特定人民就一般事項為抽象規定)，其明確性及公示效果顯然不足。何況，實務上機關辦理採購的招標文件所臚列有關押標金不予發還或予以追繳之要件都僅係照抄政府採購法第 31 條第 2 項各款情形，並未將工程會已依同條項第 8 款認定之其他有影響採購公正之違反法令行為加以列舉(註二)，參與採購的廠商難以明確知悉其具體內容。

六、工程會 89 年 1 月 19 日函所引據當時施行之政府採購法(87 年 5 月 27 日制定公布，自公布後 1 年施行)第 48 條第 1 項第 2 款、第 50 條第 1 項第 3 款至 5 款、第 87 條之規定內容依序既然為：「二、發現有足以影響採購公正之違法或不當行為者。」、「三、借用或冒用他人名義或證件，或以偽造、變造之文件投標。四、偽造或變造投標文件。五、影響採購公正之違反法令行為。」、「(第 1 項)意圖使廠商不為投標、違反其本意投標，或使得標廠商放棄得標、得標後轉包或分包，而施強暴、脅迫、藥劑或催眠術者，處 1 年以上 7 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 300 萬元以下罰金。(第 2 項)犯前項之罪，因而致人於死者，處無期徒刑或 7 年以上有期徒刑；致重傷者，處 3 年以上 10 年以下有期徒刑，各得併科新臺幣 300 萬元以下罰金。(第 3 項)以詐術或其他非法之方法，使廠商無法投標或開標發生不正確結果者，處 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 100 萬元以下罰金。(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 100 萬元以下罰金。(第 5 項)第 1 項、第 3 項及第 4 項之未遂犯罰之。」，均無「容許他人借用本人名義或證件參加投標」之行為類型，則基於法律明確性原則，其所補充訂定的押標金不予發還或予以追繳之構成要件範圍，自應以上開法條規定的內容為界限，不及於「容許他人借用本人名義或證件參加投標」之行為類型，尚難作為本件乙機關於 93 年 8 月間辦理系爭採購案後，向甲追繳押標金的規範依據。尤其工程會 89 年 1 月 19 日函所引據政府採購法第 87 條部分，其規範用語係謂廠商「人員涉有犯本

法第 87 條之罪者...其押標金亦應不發還或追繳」，並未指明政府採購法第 87 條將來有修正新增犯罪類型時亦同，則依社會通念，一般人會將此部分函令理解成涉犯當時政府採購法第 87 條所規定的 4 種行為類型之一者，其押標金始應不發還或追繳，無法預見當時非政府採購法第 87 條規定的行為類型「容許他人借用本人名義或證件參加投標」係屬押標金不予發還或予以追繳之構成要件。迨 91 年 2 月 6 日修正公布政府採購法時，雖於其中第 87 條增訂第 5 項「意圖影響採購結果或獲取不當利益，而借用他人名義或證件投標者，處 3 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 100 萬元以下罰金。容許他人借用本人名義或證件參加投標者，亦同。」，但此公布增訂的行為類型，其法律效果係刑事罰，並非「押標金不予發還或予以追繳」，一般人依該公示內容也無法預見「容許他人借用本人名義或證件參加投標」之行為，其押標金應不發還或追繳，依法律明確性原則，自難解為工程會 89 年 1 月 19 日函所認定其他「有影響採購公正之違反法令行為」類型範圍，於 91 年 2 月 6 日修正公布政府採購法時，即當然涵蓋「容許他人借用本人名義或證件參加投標」。職是之故，工程會才於 94 年 3 月 16 日以工程企字第 09400076560 號函補充規範「廠商如有容許他人借用本人名義或證件參加投標者，依政府採購法第 31 條第 2 項第 8 款規定，認定屬影響採購公正之違反法令行為，其押標金不予發還，其已發還者，並予追繳。」(由於 89 年 1 月 19 日函已將同法第 50 條第 1 項第 3 款之借用他人名義或證件投標者認定屬有影響採購公正之違反法令行為，自無庸因同法第 87 條增訂第 5 項而作補充認定)，在此之前，一般人民實無從預見「容許他人借用本人名義或證件參加投標」之行為，其押標金應不發還或追繳。

七、末查押標金通常由借用他人名義或證件投標者繳納，如已發還，自係由借牌者取回，行政機關除向借牌者追繳(註三)外，另向容許借牌者追繳，乃增加其財產上額外負擔；尤其容許他人借用本人名義或證件參加投標之行為，依 91 年 2 月 6 日修正公布政府採購法第 87 條第 5 項規定，須「處 3 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 100 萬元以下罰金」，如果加上押標金之追繳，實質上構成一行為兩罰(註四)，卻因為押標金之追繳相當於沒入或其他種類行政罰，不是罰鍰，以致除刑事處罰外，行政機關仍得併予裁處追繳押標金(行政罰法第 26 條第 1 項但書參照)，追繳之金額又動輒數百萬元以上，影響人民的財產權至深且鉅；且許多個案並未得標，或雖得標，但已正常履約完畢，僅因事後遭檢舉借牌，致牽連容許借牌者一起被判處刑罰及裁處追繳押標金，情輕法重，恐有違比例原則，允宜審慎為之。而如前所述，工程會 89 年 1 月 19 日函之明確性及公示效果既然不足，其規制範圍至多以當時有效法令的內容為界限，如果將其擴大解釋為可以向後規制法令所新增的行為類型，無異在地裏埋下不定時炸彈，使人民財產權受有不測的損害，顯已逾越政府採購法第 31 條第 2 項第 8 款授權主管機關訂立補充規定的範圍，違反法律保留原則，並非合憲性解釋。

註一：無行政罰(沒入)之名，卻有行政罰(沒入)之實。依本院 102 年 11 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議意旨，雖然認為追繳押標金，乃屬機關對於投標廠商行使公法上請求權，但又明示機關得以單方行政行為(行政處分)追繳之。法務部 100 年 2 月 15 日法律字第 1000002446 號、100 年 4 月 27 日法律字第 1000006824 號函令更明示：「追繳押標金之執行方式，業奉行政院核定以行政執行協助解決在案；請貴署(指行政執行署)轉知所屬各行政執行處自即日起受理是類事件之移送執行」、「有關追繳押標金之行為，目前行政法院及普通法院均認其為公法事件且屬行政處分之性質...所稱移送機關，包括政府機關、公立學校及公營事業在內」，足見追繳押標金至少係剝奪人民財產權的行政處分，依據中央法規標準法第 5 條第 2 款及司法院釋字第 443 號解釋意旨，仍應遵守法律保留及法令明確性原則。

註二：工程會直到 102 年 12 月 11 日才修改招標須知範本，將其歷來函令以附記的方式臚列，在此之前，其訂定的招標須知範本所臚列有關押標金不予發還或予以追繳之要件，都僅係照抄政府採購法第 31 條第 2 項各款情形，參見工程會全球資訊網 (http://www.pcc.gov.tw/pccap2/MenuContent.do?site=002&bid=BIZS_C09804055)

註三：工程會 101 年 1 月 10 日工程企字第 10000460700 號函釋(覆國防部軍備局)：「二、依來函所述，國通科技有限公司(下稱國通公司)未以其本身名義投標，而係『借用』兆元數碼公司名義投標，尚非本法第 31 條第 2 項第 2 款所定『另行借用他人名義或證件投標』之情形。國通公司如有本法第 50 條第 1 項第 3 款所定借用他人名義或證件投標之情形，本會 89 年 1 月 19 日(89)工程企字第 89000318 號函(公開於本會網站)業依本法第 31 條第 2 項第 8 款規定，認定該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。」

註四：如果加上將該廠商刊登於政府採購公報，自刊登之次日起 3 年內，禁止其參加投標或作為決標對象或分包廠商(政府採購法第 101 條第 1 項第 1 款、第 103 條第 1 項第 1 款參照)，則實質上構成一行為三罰。

註五：司法院釋字第 522 號解釋針對 77 年 1 月 29 日修正公布之證券交易法第 177 條第 3 款規定：「違反主管機關其他依本法所為禁止、停止或限制命令者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科十萬元以下罰金。」，認定「其所為授權有科罰行為內容不能預見，須從行政機關所訂定之行政命令中，始能確知之情形，與上述憲法保障人民權利之意旨不符，自本解釋公布日起，應停止適用。」；釋字第 680 號解釋針對懲治走私條例第 2 條第 1 項規定：「私運管制物品進口、出口逾公告數額者，處七年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金。」第 3 項規定：「第一項所稱管制物品及其數額，由行政院公告之。」，認定「其所為授權之目的、內容及範圍尚欠明確，有違授權明確性及刑罰明確性原則，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿二年時，失其效力。」，均係認定刑事法律的空白授權條款違憲。如前所述，工程會 89 年 1 月 19 日函發布時，人民從此函令及其所引據當時施行的政府採購法第 87 條內容，無法預見「容許他人借用本人名義或證件參加投標」之行為，其押標金應予追繳，縱然到 91 年 2 月 6 日修正新增「容許他人借用本人名義或證件參加投標者」須處刑事罰，人民仍無法確知如有此行為，其押標金應予追繳。故基於相同法理，強將工程會 89 年 1 月 19 日函擴大解釋為可以向後規制法令所新增的行為類型，亦違反法令明確性及處罰明確性原則，有違憲之虞。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！