

刊登於月旦裁判時報第 54 期，2016 年 12 月，第 11-20 頁。

依嗣後增訂之政府採購法第 87 條第 5 項追繳押標金之合法性—評最高行政法院 105 年 3 月決議及行政院工程會工程企字第 89000318 號函釋

林家祺*

真理大學法律學系專任副教授

本案事實

甲廠商於民國（下同）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，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 年函」）對於「廠商或其人員涉犯政府採購法第 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」），請問機關此一追繳押標金之處分是否適法？

爭點

壹、政府採購法第 31 條之追繳押標金處分之法律性質為何？本款追繳處分之構成要件，是否具有可授權性？

貳、工程會 89 年函之法律性質屬法規命令？抑或行政規則？

參、政府採購法第 31 條第 2 項第 8 款「其他經主管機關認定」之概括性授權方式」是否屬於空白授權？若是，本條空白授權是否合法？

肆、空白授權後可否再轉授權？

伍、政府採購法第 87 條於 91 年增訂第 5 項借牌罪，工程會 89 年函認「廠商或其人員涉犯政府採購法第 87 條之罪者，認定有影響採購公正之違反法令行為」，可沒收或追繳押標金，此函釋效力是否可適用於此增修後之行為態樣（借牌行為）？

關鍵詞：追繳押標金、政府採購、空白授權、授權明確性原則、借牌

* 台灣法學基金會政府採購法研究中心主任。

最高行政法院決議理由

工程會 89 年函就「廠商或其人員涉有犯政府採購法第 87 條之罪者」，依政【月旦裁判時報第 54 期，2016 年 12 月，第 11 頁】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。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。

評釋

探討本號決議之案例事實，若係直接從後端思考 91 年修正之採購法第 87 條是否可以溯及至 89 年之函釋範圍內，將無法從事務之本質出發，而僅流於 91 年之修法是否可以溯及於 89 年之函釋範圍之簡單邏輯，最高行政法院 105 年之決議即是如此之思考下之產物。實則本案例欲真正釐清其背後之穩固法理基礎何在，其思考脈絡方向恰好與前述相反，首先，第一層次必須反過來從 89 年工程會之函釋出發，先思考為什麼工程會在 89 年作出系爭函釋？該函釋之法律性質為何？並據此依行政法之理論推衍下去，始能得出該函釋所能含括之正確範圍為何。其次，從採購法第 31 條第 2 項第 8 款，吾人得知工程會 89 年之函釋係依據該款之授權而來，從而在解析本案例也必須先確立政府採購法第 31 條第 2 項之追繳押標金之法律性質為何？才能後續探討本條項第 8 款之「立法授權」應遵循何種原則。以下即依此脈絡先檢討追繳處分之法律屬性，再檢討系爭函釋之法律性質為何，並據此檢討之結果，展開全文之後續分析。

壹、追繳押標金處分之法律性質為何¹？本款追繳處分之構成要件，是否具有授權性？

一、按政府採購法第 31 條沒收押標金（不予發還）或追繳押標金之法律性質為何，綜合學說與實務整理後主要有三種見解

（一）甲說：認為追繳押標金乃私契約之違約罰說²

此說認為機關因投標廠商違反政府採購法第 31 條第 2 項各款之規定，而不予發還或追繳押標金，本質上係基於機關與投標廠商間之契約所約定之違約罰。其理由主要係認採購法第 31 條第 2 項本文規定：「機關得於招標文件中規定，廠商有下列情形之一者，

1 關於追繳押標金處分之法律性質，進一步之討論，請參見，林家祺，政府採購程序中「沒收及追繳押標金」之法律屬性及時效探討，真理財經法學，11 期，2013 年 9 月，257-268 頁。

2 政府採購行為之公私法屬性在此不擬詳論，請參見林家祺，政府採購法之開拓線，2014 年 2 月，13-32 頁。

其所繳納之押標金，不予發還，其已發還者，並予追繳：……」。換言之，此說認為依上開法條之文義並非投標廠商一有政府採購法第 31 條第 2 項所列各款之一者，機關皆得沒收或追繳押標金，僅在招標文件上有【載明】第 31 條第 2 項之意旨者，方得於廠商違反該條各款規定時，予以追繳押標金。此種立法之文字即隱含立法者將本條之沒收押標金定位為【月旦裁判時報第 54 期，2016 年 12 月，第 12 頁】「違約罰」性質³。

（二）乙說：行政罰說

此見解認為政府採購法第 31 條沒收追繳押標金行為，本質上乃對於廠商之不法或不當行為所為具有「非難性」及「裁罰性」之處分，具有行政罰之特徵，而可以適用行政罰法⁴。此種見解以臺北高等行政法院 99 年度訴字第 235 號判決之論述最完整，其判決理由略以：「政府採購法第 31 條第 2 項法規範之作用則是：『在確認競標者在競標過程中之行為已實際破壞「自由市場效率」競爭機制情況下，為了制裁競標者這種「實害」行為，將原本預供（締約成功後）債務不履行賠償使用之預繳押標金予以沒收。』其已帶有懲罰嚴重違規競標者之作用，而具備行政罰之規範特徵。」

（三）丙說：管制性不利處分說

行政法院判決多數判決採此說⁵。此說認為政府採購法第 31 條第 2 項係透過契約自主之設計，將管制措施交由契約條款來實現⁶。政府採購法第 31 條第 2 項又賦予採購機關得「沒入⁷」、「追繳」押標金，此等具行政高權且具執行力⁸，顯然於義務人不履行時，得以行政執行手段予以貫徹，故認為應將「沒入」、「追繳」押標金行為定性為機關【月旦裁判時報第 54 期，2016 年 12 月，第 13 頁】就公法上具體事件所為之單方行政行為，

3 張嘉琪，政府採購法中押標金不予發還及追繳事件之法律爭議——以台北高等行政法院 99 年度訴字第 235 號判決出發，東吳公法裁判研究會第 13 回，2010 年 12 月 10 日；臺北高等行政法院 92 年度訴字第 4695 號判決亦曾經認為沒收押標金屬於履約之私法爭議，其判決略以：「……被告以原告投標總標價雖低於底價百分之八十，惟經審酌後，認無政府採購法第五十八條之情形，乃當場決標予原告，洵無違誤；申訴審議判斷予以維持，亦無不合。原告復執前詞訴請撤銷，為無理由，應予駁回。至有關投標廠商得否要求招標機關退還押標金，係屬履約問題所生之爭議，屬私權糾紛而非公法爭議，如有爭執應另循民事訴訟程序解決之，附此敘明」。

4 最高行政法院法官林文舟於該院 105 年決議之研究意見，即認為追繳押標金之處分雖無行政罰（沒入）之名，卻有行政罰（沒入）之實。

5 臺北高等行政法院 96 年度訴字第 169 號判決，以及最高行政法院 98 年度裁字第 1382 號、98 年度裁字第 2704 號裁定，均認為依政府採購法第 31 條第 2 項之不予發還押標金非行政罰，理由略謂：「投標廠商繳納押標金之目的，在於確保投標之公正，此乃招標機關所為之管制，以避免不當或違法之行為介入，因此，如有不當或違法之行為介入，投標廠商所繳納之押標金依法即得不予發還，或予以追繳，自屬管制性不利處分，此與行政罰法所謂『裁罰性不利處分』以違反行政法上義務而對於過去不法行為所為之制裁不同，因此追繳押標金雖係行政法上之不利處分，但押標金之追繳，其性質並非行政罰法所稱之行政罰」。另參見高雄高等行政法院 99 年度訴字第 343 號判決、臺北高等行政法院 99 年度訴字第 29 號判決、臺北高等行政法院 98 年度訴字第 1748 號判決亦有相類之意旨。

6 臺北高等行政法院 99 年度訴字第 29 號判決參照。

7 林明鏘，行政法講義，二版，2015 年 9 月，244 頁。

8 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」。

係行政處分⁹。又此行政處分直接加負擔於相對人，為不利行政處分，但其基礎事實並非義務人對於一般行政法義務之違反，而係押標金契約之違反，非可逕認係行政罰，僅能認為是一種管制性之不利處分。本見解認為招標機關依政府採購法第 31 條第 2 項所為不予發還或追繳押標金之決定，係以公權力強制實現廠商參與投標所為之擔保，屬於管制性不利處分，且認為沒收押標金之處分本質上並不具有「裁罰性」¹⁰或「可歸責性」，而僅是因其該當了不予發還或追繳之要件，招標機關依法（或依招標須知）予以沒收押標金，因此不認為有行政罰法之適用。

本文認為追繳押標金之處分乃是競標者在競標過程中之行為實際破壞競爭機制，為制裁競標者這種「破壞競爭機制之實害」行為，將原本預供（締約成功後）債務不履行賠償使用之預繳押標金予以沒收或追繳，應具有懲罰嚴重違規競標者之作用¹¹。惟因目前實務通說認為追繳之處分屬管制性之不利處分，而非行政裁罰¹²，此兩種見解之差異在於，若認其屬於裁罰處分則應遵守更嚴格之「處罰法定主義」並適用行政罰法，若認其為管制性不利處分則無此適用。然而不論其屬於裁罰性處分抑或屬管制性不利處分，政府採購法第 31 條之追繳處分均會直接剝奪人民之財產權（押標金），而應嚴守法律保留原則，若立法機關對此處分之構成要件以立法授權行政機關補充之，仍應遵守授權明確性原則¹³。因此，縱使以實務通說見解，仍應嚴守法律保留原則¹⁴及授權明確性原則¹⁵。

二、是否具可授權性¹⁶？

法律保留原則，係指行政行為須有法律的依據授權始可為之¹⁷，而釋字第 443 號解釋建立層級化法律保留理論¹⁸，【月旦裁判時報第 54 期，2016 年 12 月，第 14 頁】其針

9 姚其聖，依政府採購法第 31 條第 2 項規定追繳投標廠商之押標金，得否移送行政執行分署辦理強制執行——旁論行政法之專業角色思維，全國律師，17 卷 8 期，2013 年 8 月，100 頁。

10 林明鏞，同註 7，244-245 頁。

11 林家祺，同註 1，261 頁；同註 4 林文舟法官研究意見，亦同旨。

12 林家祺，同註 1，260 頁；同註 4 林文舟法官研究意見，亦同旨。

13 李建良，「裁罰性處分」、行政處分之廢止與法律保留原則——簡析司法院大法官釋字第六一二號解釋，台灣本土法學雜誌，85 期，2006 年 8 月，214 頁。

14 李惠宗，行政法要義，五版，2010 年 9 月，28-29 頁。

15 李震山，行政法意義下之法律明確性原則，月旦法學雜誌，57 期，2000 年 2 月，14 頁。

16 釋字第 313 號解釋要旨：「對人民違反行政法上義務之行為科處罰鍰，涉及人民權利之限制，其處罰之構成要件及數額，應由法律定之。若法律就其構成要件，授權以命令為補充規定者，授權之內容及範圍應具體明確，然後據以發布命令，始符憲法第二十三條以法律限制人民權利之意旨。」

17 吳庚，行政法之理論與實用，增訂十二版，2012 年 9 月，86 頁。

18 釋字第 313 號解釋理由書摘要：「憲法所定人民之自由及權利範圍甚廣，凡不妨害社會秩序公共利益者，均受保障。惟並非一切自由及權利均無分軒輊受憲法毫無差別之保障：關於人民身體之自由，憲法第八條規定即較為詳盡，其中內容屬於憲法保留之事項者，縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制（參照本院釋字第三九二號解釋理由書），而憲法第七條、第九條至第十八條、第二十一條及第二十二條之各種自由及權利，則於符合憲法第二十三條之條件下，得以法律限制之。至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異：諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬與執行法律之細節性、技

對法律之性質和對人民的侵害，分別要求不同程度之法律授權依據：

（一）憲法保留

憲法本文規範者，法律不能變更之。

（二）絕對性法律保留

剝奪人民生命以及限制人民身體自由者，國會保留制定法律為之¹⁹。

（三）相對性法律保留

涉及人民其他自由權利之限制者，應由法律規定，或以法律授權行政機關公布命令為之。

（四）非法律保留事項

與執行法律之細節、技術次要事項，雖對人民產生不便或影響，但仍由行政機關公布命令為必要規範。

本題押標金之追繳不涉及憲法保留，亦非剝奪人民生命或限制人民身體自由，而僅屬財產權之剝奪，因此無需絕對國會保留，而屬於可透過立法明確授權予行政機關發布法規命令之相對法律保留事項，因此採購法第 31 條追繳押標金處分之構成要件尚具有可授權性。

貳、工程會89年函之法律性質屬法規命令？抑或行政規則？

確認追繳押標金之法律性質及其具可授權性之後，緊接著要釐清工程會 89 年函之法律性質為何？蓋若確認該函釋之法律屬性為法規命令，即無再適用行政規則補充法律之餘地（釋字 524），反之，若屬行政規則，則其原則上僅具有內部效力。又若其性質為法規命令，進一步即有授權明確性之要求與空白授權許可與否、可否再轉授權？等相關法律問題待澄清。工程會 89 年函法律性質究竟應屬法規命令？或行政規則？依釋字第 524 號解釋文所示：「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【月旦裁判時報第 54 期，2016 年 12 月，第 15 頁】守，不得捨法規命令不用，而發布行政規則替代。」若有法律授權，即不得捨法規命令而以行政規則規範之。由於在一般情形下函釋多屬行政規則之性質，而行政規則僅拘束行政部門之內部下

術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許。又關於給付行政措施，其受法律規範之密度，自較限制人民權益者寬鬆，倘涉及公共利益之重大事項者，應有法律或法律授權之命令為依據之必要，乃屬當然。」

19 在過去之行政法觀念認為立法權不得與行政機關分享，國會之權力基於三權分立不得再分享予行政部門（non-delegation doctrine）。例如美國聯邦最高法院於 *Schechter Poultry Corp. v. United States* (1934) 一案中曾經宣告授權之規定違憲，違反禁止授權原則。但晚近之行政法學基於現實需求之必要性，均承認得以委任授權方式為之，Richard A. Posner, *Economics, Politics, and the Reading of Statutes and the Constitution*, 49 U. CHI. L. Rev. 263, 288 (1982)。

級機關，但下級機關依照函釋內容執行之結果往往對人民具有實質拘束力，此在學理上稱為行政規則之外部效力²⁰，例如釋字第 407 號解釋即認：「法律所定者，多係抽象之概念，主管機關基於職權，因執行特定法律，就此抽象概念規定，得為必要之釋示，以供本機關或下級主管機關作為適用法律、認定事實及行使裁量權之基礎。」申言之，解釋性之函釋係指行政機關就其主管法令之適用疑義所作成之解釋函，而分別發布、下達而言，欲判斷函釋之真正法律性質，仍應就該函釋之實質內容判斷，是否具有抽象規範之性質，以憑判斷是否為法規命令或行政規則。其次則應由該函釋之對象是否僅為單一機關或個人，其踐行之程序是否使該函釋復因之具有通案拘束之效果，據以綜合判斷其法律之屬性。準此，本文認為行政院工程會依政府採購法第 31 條第 2 項第 8 款之授權所頒布之 89 年函之性質應屬法規命令，蓋主管機關依此款法律授權所為之函釋內容，屬於對多數不特定人民，就一般通案之事項所作抽象之對外發生法律效果之規定（行政程序法 150 I），且因其有法律之授權依前述大法官之解釋，不得以行政規則之方式為之，因此本文認為本函釋應屬法規命令之性質²¹，具有補充政府採購法第 31 條「不利行政處分」（追繳處分）之一般性通案性之規範作用。

參、政府採購法第 31 條第 2 項第 8 款「其他經主管機關認定」之概括性授權方式」是否屬於「空白授權」²²？若是，本條空白授權是否合法？

一、政府採購法第 31 條第 2 項第 8 款是否為空白授權？

承上，在確認系爭函釋屬於法規命令後，即已確立函釋具有補充「不利行政處分」（追繳處分）法定要件之一般性之規範作用，因此必須遵守「授權明確性原則」²³。授權明確性原則係指其授權之目的、內容及範圍應具體明確，屬委任立法之一般性的要求。如何之授權可謂符合授權明確性原則？大法官解釋著有多號解釋²⁴，例如釋字第 680 號解釋即認為：「授權條款之明確程度，則應與所授權訂定之法規命令對人民權利之影響相稱。刑罰法規關係人民生命、自由及財產權益至鉅，應嚴格遵守罪刑【月旦裁判時報第 54 期，2016 年 12 月，第 16 頁】法定原則，以法律之方式規定之。若屬於法律授權主管機關發布命令為補充規定時，須自授權之法律規定中得預見其行為之可罰，其授權始為明確」。

其次所謂「空白授權」²⁵，係指立法所規定的行政處分之構成要件屬於空白狀態（或

20 王珍玲，行政規則之效力，台灣法學雜誌，166 期，2010 年 12 月 15 日，131-136 頁。

21 最高行政法院 104 年 4 月庭長法官聯席會議決議亦認屬法規命令。

22 李震山，行政法導論，再修訂初版，1999 年 10 月，50 頁。

23 明確性原則的概念，可參考李仁森，不適任教師之範圍與明確性，月旦法學教室，122 期，2012 年 12 月，59-67 頁；許育典，「行為不檢有損師道」明確嗎？，月旦法學教室，121 期，2012 年 11 月，6-8 頁。

24 釋字第 346、465、522、514、547、593、604、629、676、680 號解釋意旨參照。

25 陳敏，行政法總論，增訂八版，2013 年 9 月，646-647 頁。

實質空白)，必須另由行政機關再以行政命令加以填補，始能完整此一法定之處分要件。此種須待行政機關加以完全填補之構成要件即被稱為空白授權。由於空白授權使法條本身並沒有辦法明確定義如何的行為會受到該法律的處分效力所及，必須輔以行政機關藉由其對於該法律之適用範圍明確補充之始得適用，對於前述之「授權明確性」之要求乃屬一大挑戰，理論上本應禁止²⁶，但在複雜萬端現代行政法中似乎基於現實之需求無法完全避免空白授權²⁷，因此大法官似乎也有條件之下承認空白授權之合法性。誠如釋字第 680 號協同意見書中所述：「從各民主憲政國家之憲政實務觀之，**立法機關授權行政機關以行政命令補充法律之不足，乃為普遍之現象。此亦為各國憲政發展之現實所需，而不得不然。**蓋國家為因應瞬息萬變之現代社會，其職責日趨龐雜，所須處理之公共事務，其分工亦日趨精細與專業化，立法機關已難勝任龐雜之立法任務；若立法機關不得授權行政機關以行政命令為法律之補充，立法機關即難達成憲法所賦之職責²⁸。」是以如因分工專業化和公共事務之需要，立法機關授權行政機關訂定法規命令而以空白授權之方式補充母法加以適用，在符合立法效益和現實之必要下，似應予以有條件承認（詳後述）。

二、政府採購法第 31 條第 2 項第 8 款之概括性授權條款應屬空白授權

政府採購法第 31 條第 2 項第 8 款本文：「其他經主管機關認定有影響採購公正之違反法令行為者。」就本款文字觀之，其構成要件為「其他經主管機關認定有影響採購公正之違反法令行為」，相較於本項其他款次如第 1 款：「以偽造、變造之文件投標。」、第 2 款：「投標廠商另行借用他人名義或證件投標。」及其他第 3 到 7 款觀之，第 8 款完全沒有辦法自該文字內容看出何種行為會符合經主管機關認定有影響採購公正之行為，也無法使投標廠商可以直接從法條中預見行為之態樣，是以本款明顯係立法者授權主管機關（行政院公共工程委員會）訂定之空白授權條款。至於空白授權在我國是否應予以禁止已如前述，原則上會與法律保留及授權明確性原則相抵觸，理論上應予禁止，這是因為立法者訂定一侵害人民權利之法律，但其構成要件卻委由非具有民意基礎的行政部門空白補充之，形式觀上確有違反法律保留原則之要求，且空白授權立法者僅訂定某一行為的範圍【月旦裁判時報第 54 期，2016 年 12 月，第 17 頁】由主管機關訂定，就其目的、內容、範圍皆未予以明定，則這樣的授權是否符合明確性之要求，誠有可疑。如此一來空白授權是否符合憲法原則下的要求，並通過違憲審查，實務和學說上之見解為何以下即予討論。

三、政府採購法第 31 條第 2 項第 8 款空白授權之合法性探討

26 吳庚，同註 17，461-462 頁。公法學者朱武獻教授，亦曾撰文批評空白授權之合法性，參見朱武獻，命令與行政規則之區別，收錄於：公法專題研究（一），1991 年 1 月，368 頁。

27 許宗力，法與國家權力，2006 年 8 月，215-230 頁。

28 釋字第 680 號解釋林子儀大法官協同意見書意旨。

按大法官過去之解釋有不少認為空白授權應予禁止²⁹，其主要理由乃是認為空白授權抵觸法治國家的法律明確性原則，而有掏空法律保留之危險，且涉及基本人權重要部分不可空白授權³⁰。大法官解釋雖有不少解釋認為空白授權應予禁止，然而誠如前述國家為因應瞬息萬變之現代社會，其職責日趨龐雜與專業化，若立法機關一律不得授權行政機關以行政命令為法律之補充，立法機關即難達成憲法所賦之職責。因此在釋字第 376 號解釋中，已經放寬至有條件承認空白授權之合法性，此係因在現代多樣化、專業化、複雜化之行政運作中，在特定狀況下難以避免，因此例外承認空白授權³¹。換言之，基於立法效益，法律所欲達成之目的，有條件承認空白授權，甚至認為人民能藉由行政權的具體補充，更能預見法律所指涉之處分要件之範圍，而在某些特定專業領域，不夠專業之立法者，也能夠藉由空白授權給予行政權補充，讓法律的適用更為準確，是以空白授權在必要的情形下³²，例外承認。基此，政府採購法第 31 條第 8 款之空白授權在維持採購招標秩序下，基於同一理由亦應承認其立法機關採例外之空白授權方式尚可接受。

申言之，政府採購法第 31 條第 2 項第 8 款之空白授權行政機關去補充其處分要件，實質上來看並未違反授權明確性或法律保留原則。蓋法條用語雖使用「其他經主管機關認定有影響採購公正之違反法令行為」，乍看之下似乎完全空白且非具體而無法了解究竟何謂「有影響採購公正之違反法令行為」，惟細觀本項第 1 到 7 款，明顯可發現第 1 到 7 款仍有其「共通性之特徵」可資遵循，並非可任由行政機關任意空白補充之。其共通之特徵即是必須投標廠商有破壞招標秩序影響採購之公平競爭之行為，在此實質內涵之框架下，縱使第 8 款用空白授權之方式，投標廠商並非無法預見何種行為可能會被認定屬於影響採購公正之違反法令行為，亦即工程會對第 8 款所作之函釋，僅係在確定除了本項第【月旦裁判時報第 54 期，2016 年 12 月，第 19 頁】1 到 7 款以外，還有哪些行為亦屬於影響採購公正之行為而可追繳押標金，因此實質內涵尚並未增列處罰要件或實質違反授權明確性原則，因為其仍屬「可得確定」狀態。職故，本文認為政府採購法第 31 條第 2 項第 8 款雖係屬概括條款之空白授權，然其實質內涵並未違反法律保留原則和授權明確性原則，應例外承認其立法模式之合法性。

29 釋字第 313、376、432、521、522 號解釋可資參照。

30 蔡震榮，不確定法律概念之探討，東海法學研究，10 期，1996 年 3 月，11 頁。

31 例如：釋字第 376 號解釋中，就衛生署將安非他命列入麻醉藥品類之公告一案，其就麻醉藥品並未於麻醉藥品管理條例內明確指涉何種藥品屬於麻醉藥品，僅有定義所謂麻醉藥品係指以化學原料合成而具有成癮性或可改製為成癮性之藥品，此時即有待行政主管機關具體公告究竟何種藥品符合所謂的麻醉藥品，而這樣的公告僅係在確定其列管之項目，並未增列處罰規定或增加人民之義務，而承認此種空白授權並未違憲。此外，在釋字第 394 號解釋，更指出：「此項授權條款雖未就授權內容與範圍為規定，唯依法律整體解釋，應可推知立法者有意授權主管機關，就某特定事項，依其行政專業之考量，訂定法規命令，以資規範」。

32 翁岳生主編，行政法（上冊），1998 年，480 頁。

肆、空白授權後可否再轉授權？

一、再授權禁止原則

所謂再授權，意指立法者授權主管行政機關訂定法規命令後，行政機關再授權給其他機關訂定法規命令之情形。至於概括性質的再授權許可問題，行政法學界的通說以反對說為主流³³，我國對於再授權係採取禁止之態度，主要理由係以「受委任者不得再委任」的概念所衍生，且就我國目前的授權規定觀之，多以「由主管機關訂定之」之形式為之，立法者並未授權行政機關得再授權給其他機關，是以就法律保留原則和授權明確性原則的觀點來看，再授權並不合法，且再授權之禁止，係在避免行政機關將立法者託付之任務，任意再轉交給其他機關，以免發生權限移轉之可能，且立法者授權給行政機關訂定相關法規，勢必係因為考量現實需要而不可能由立法者就細節性和技術性事項一一規定，是以委託本即主管之行政機關就此訂定相關法規，如容許行政機關再授權，則立法者之原意即毫無意義可言，是以對於再授權，原則上我國係採取禁止之態度。而大法官就再授權之態度，如釋字第 524 號解釋針對全民健康保險給付範圍一案中即明言：「……倘法律並無轉委任之授權，該機關即不得委由其所屬機關逕行發布相關規章。」明確表示禁止再授權之見解。陳新民大法官則於釋字第 672 號解釋不同意見書中，認為大法官會議對轉委任的態度明確有兩個原則，第一個原則是再授權必須要有法律之明確依據（以符合法律保留原則之要求），第二個原則則係在有法律明確規定下，方得將應由法規命令規範之事項，授權由下級機關以行政規則來制定，亦即上位階法規轉為下位階法規必須由法律規定之原則。

二、空白授權下更應禁止再轉授權

承上，本文認為一般立法授權原則上既已禁止再轉授權，僅在例外情況下許可再轉授權。則舉輕以明重，本身已屬例外情形之空白授權當然更不得再授權。亦即在一般授權下原則上既已不得任意為再授權，本身即屬例外的空白授權，更不應該允許其再授權。申言之，法律保留之事項本即應由立法機關訂定，但基於因應現實考量，對於生命與人身自由以外之其他基本權利，立法機關在某些情形下得以授權行政機關訂定相關法規命令，始能符合實際之需求，甚至符合某些條件下連空白授權亦例外許可之。但空白授權之許可，本即係對【月旦裁判時報第 54 期，2016 年 12 月，第 19 頁】法律保留原則之高度挑戰，空白授權之立法模式對於人民權利之保障，本質上屬高風險之立法，在現實之考量下許可空白授權已屬對法律保留之最大容忍範圍，若在空白授權之立法模式下還可進一步作再授權，將有掏空法律保留之重大風險，本文認為應該予以嚴格禁止。簡言之，空白授權對於人民而言，本質上已有相當程度難以預見，僅在前述之有條件範圍內

33 吳庚教授亦援引釋字第 524 號解釋持反對論。參見吳庚，同註 17，291 頁；陳敏，同註 25，536 頁；陳新民，行政法學總論，修訂八版，2005 年 9 月，283 頁。

例外承認空白授權之立法模式，如若再更進一步肯認空白授權下再授權也屬合法，本文認為實難以想像究竟人民如何去預見一空白授權事項又再授權的情形為何？因此，本文認為應嚴格禁止就空白授權之規定再授權，以免侵害人民之憲法保障之基本權，以及讓行政機關恣意移轉本屬其須盡之法規命令訂定義務。

伍、政府採購法第87條於91年增訂第5項借牌罪，工程會89年函認「廠商或其人員涉犯政府採購法第87條之罪者，認定有影響採購公正之違反法令行為」，可沒收押標金，此函釋效力是否可適用於此增修後之行為態樣（借牌罪）？

綜上所述，最高行政法院 105 年 3 月份之決議認為工程會 89 年函，尚無違法律授權之明確性，且認為政府採購法第 87 條之犯罪類型縱使於 91 年增修第 5 項之借牌罪，僅敘明如增修之行為類型與既有之行為類型無本質明顯不同時，亦為工程會 89 年函之授權範圍內，最後得出這樣之授權模式並無違反授權明確性原則之結果，並決議本題案例所示之追繳押標金處分為合法之結論。本文經過上述之分析，對最高行政法院之前開決議尚難贊同，並認為工程會 89 年函屬**法律授權之通案性一般性規範**屬法規命令，且屬於母法給予之空白授權，此空白授權在本法條之個別情狀尚屬合法，但不得將空白授權再轉授權，否則即已違反法律保留、授權明確性原則、空白授權再授權禁止原則等，將侵害人民權利。據此，本題之案例事實應認機關以 91 年始增訂入政府採購法第 87 條第 5 項之借牌行為類型，引用工程會 89 年函據以對人民作追繳押標金之剝奪財產處分並不合法。**【月旦裁判時報第 54 期，2016 年 12 月，第 20 頁】**