

# 從行政罰之本質探討通知 違約廠商刊登政府採購公報之性質

A Study on the Property of the Suppliers Whose Name  
Has Been Published on the Government Procurement Gazette  
from the Character of Administrative Sanction

洪家殷

Chia-Yin Hung

政治大學法學博士，東吳大學法學院教授兼院長

Chengchi Uni. Ph.D.

Professor & Dean, School of Law, Soochow Uni.

## 簡目

壹、前言  
貳、政府通知違約廠商刊登公報之背景  
及立法理由  
參、最高行政法院 101 年度 6 月份第 1  
次庭長法官聯席會議決議作成前之  
實務見解

肆、最高行政法院 101 年度 6 月份第 1  
次庭長法官聯席會議決議  
伍、學者之見解  
陸、行政罰判斷之標準  
柒、政府採購法第 101 條第 1 項各款之  
判斷  
捌、結論

## 中文摘要

我國政府採購法之立法目的，在於建立政府採購制度，並維持公平之採購秩序。倘有破壞採購秩序之行爲者，該法除定有罰責規定外，另於第 101 條至第 103 條中，建立將違約廠商刊登政府採購公報予以停權之制度。對於此種發生停權效果之行爲，其性質爲何？於該法施行後即一直存有相當之爭議。本文將從行政罰之本質出發，探討此種通知廠商刊登政府公報行爲之性質。首先，說明此制度之背景及立法理由。再以早期實務見解中，100 年度高等行政法院法律座談會提案第 3 號爲中心，說明不同意見之理由，以及文獻之看法。再者，將針對最高行政法院 101 年度 6 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議，歸納各說之理由，以及決議文之內容，並闡述學者之意見及對本決議文之檢討。其次，將建立判斷行政罰之標準，即從行政罰之本質意義中，提出八項特徵，再就系爭各款事由，分別檢討是否得認定屬行政罰。期藉由此種理論上之探討，能對此由來以久之爭議，發揮釐清之效果。

---

關鍵字：政府採購法、停權制度、行政罰之意義、管制處分。

## 壹、前言

我國政府採購法於第 1 條中，即明定立法之目的，在於建立政府採購制度，依公平、公開之採購程序，提升採購效率與功能，確保採購品質。因此，倘若有破壞採購秩序之行為，違反本法之立法目的者，自應施以一定之制裁，以維護本法所欲建立之採購秩序。對於違反本法所規定之採購行為者，政府採購法於第 7 章規定有罰責，自第 87 條至第 92 條皆屬刑罰之規定，制裁之效果不可謂不重。此外，在第 8 章之附則中，於第 101 條至第 103 條中，並建立將違約廠商刊登政府採購公報予以停權之制度。即對於具有第 101 條第 1 項所列舉各款情形之廠商<sup>1</sup>，於滿足第 102 條所規定之一定條件時<sup>2</sup>，將通知刊登政府採購公報，並於第 103 條所定之期間內，不得參加投標或作為決標對象或分包廠商，故發生所謂的停權效果<sup>3</sup>。

惟對於此種發生停權效果之通知刊登政府公報之行為，其性質為何？由於政府採購法立法體例上之不明確，於該法施行後即一直存有相當之爭議。有主張屬私法契約上之觀念通知者、有主張係單純之不利處分者，有主張係行政罰者，甚為分歧。此因行政罰法於 2006 年開始施行後，亦牽涉到有無行政罰法適用問題，即得到不少關切。其後則遇上究

- 1 政府採購法第 101 條：「機關辦理採購，發現廠商有下列情形之一，應將其事實及理由通知廠商，並附記如未提出異議者，將刊登政府採購公報：一、容許他人借用本人名義或證件參加投標者。二、借用或冒用他人名義或證件，或以偽造、變造之文件參加投標、訂約或履約者。三、擅自減省工料情節重大者。四、偽造、變造投標、契約或履約相關文件者。五、受停業處分期間仍參加投標者。六、犯第八十七條至第九十二條之罪，經第一審為有罪判決者。七、得標後無正當理由而不訂約者。八、查驗或驗收不合格，情節重大者。九、驗收後不履行保固責任者。十、因可歸責於廠商之事由，致延誤履約期限，情節重大者。十一、違反第六十五條之規定轉包者。十二、因可歸責於廠商之事由，致解除或終止契約者。十三、破產程序中之廠商。十四、歧視婦女、原住民或弱勢團體人士，情節重大者。（第 1 項）廠商之履約連帶保證廠商經機關通知履行連帶保證責任者，適用前項之規定。（第 2 項）」
- 2 政府採購法第 102 條：「廠商對於機關依前條所為之通知，認為違反本法或不實者，得於接獲通知之次日起二十日內，以書面向該機關提出異議。（第 1 項）廠商對前項異議之處理結果不服，或機關逾收受異議之次日起十五日內不為處理者，無論該案件是否逾公告金額，得於收受異議處理結果或期限屆滿之次日起十五日內，以書面向該管採購申訴審議委員會申訴。（第 2 項）機關依前條通知廠商後，廠商未於規定期限內提出異議或申訴，或經提出申訴結果不予受理或審議結果指明不違反本法或並無不實者，機關應即將廠商名稱及相關情形刊登政府採購公報。（第 3 項）第一項及第二項關於異議及申訴之處理，準用第六章之規定。（第 4 項）」
- 3 政府採購法第 103 條：「依前條第三項規定刊登於政府採購公報之廠商，於下列期間內，不得參加投標或作為決標對象或分包廠商。一、有第一百零一條第一款至第五款情形或第六款判處有期徒刑者，自刊登之次日起三年。但經判決撤銷原處分或無罪確定者，應註銷之。二、有第一百零一條第七款至第十四款情形或第六款判處拘役、罰金或緩刑者，自刊登之次日起一年。但經判決撤銷原處分或無罪確定者，應註銷之。（第 1 項）機關採購因特殊需要，經上級機關核准者，不適用前項之規定。（第 2 項）」

竟有無時效問題？以及若有時效，應採用何種時效等問題。皆顯示對此制度性質之判斷，益形迫切。除學者有不同之見解外，實務上，不論法院判決、法務部及行政院公共工程委員會之函釋，亦存有差異。雖然高等行政法院於 100 年度之法律座談會中曾納入討論，並有多數意見產生，惟問題仍未能解決。迄最高行政法院 101 年度 6 月份第 1 次庭長法官聯席會議之決議後，始統一法院之見解。只是此決議仍受到不少學者之評論，顯然疑義尚未能完全祛除。

本文擬從行政罰之本質出發，探討政府採購法上通知違約廠商刊登政府採購公報之性質為何？亦即以行政罰意義中應具有之特徵，分別檢討政府採購法第 101 條第 1 項中所列 14 款事由之性質，是否屬行政罰。以下將先敘述設置此制度之背景及立法理由，其次，就最高行政法院 101 年度 6 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議作成前之實務見解，以 100 年度高等行政法院法律座談會提案第 3 號為中心，說明不同意見之理由，以及文獻對此之看法，另外法務部對此曾作成相關之函釋，亦一併說明。再者，將針對最高行政法院 101 年度 6 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議，歸納各說之理由，以及決議文之內容，並闡述學者之意見及對本決議文之檢討<sup>4</sup>。進而，介紹學者對此問題之見解。其次，將建立判斷行政罰之標準，即從行政罰之本質意義中，提出 8 項特徵，再就政府採購法第 101 條第 1 項之 14 款事由，分別檢討，是否完全具備而得認定屬行政罰。本文期藉由此種理論上之探討，能對此由來以久之爭議，發揮釐清之效果。

## 貳、政府通知違約廠商刊登公報之背景及立法理由

政府採購法施行以前，各機關於辦理工程及財物採購時，主要之法令依據為「審計法」、「審計法施行細則」、「機關營繕工程及購置定製變賣財物稽察條例（已廢止）」及「行政院暨所屬各機關營繕工程注意事項（已廢止）」<sup>5</sup>。依當時學者見解，上述法規屬機關內部規範，並將之歸類為私經濟行政中之行政輔助行為<sup>6</sup>。因此，機關與廠商間所簽訂之採購契約，即可認定屬私法契約，並可適用私法相關規定及原理原則。其中有關機關得否適用私法規範以限制參與投標廠商資格部分，貫徹私法自治之原理，基於相對人選擇之自由，一方面，廠商縱使符合機關所訂資格，仍有權決定是否參與；另一方面，機關

4 上述高等行政法院之座談會及最高行政法院聯席會議之決議，其重點在於時效問題，但基本上皆以是否具行政罰性質而有行政罰法第 27 條 3 年時效之適用，故可就行政罰性質部分討論之。另由於時效問題不在本文探討之範圍，故此不部分將省略不論。

5 參閱潘秀菊，政府採購法，新學林，2012 年 2 版，頁 281 以下。

6 參閱吳庚，行政法之理論與實用，自版，2012 年 12 版，頁 16。

亦得基於其需要，自行規定參與投標廠商之資格<sup>7</sup>。於消極資格之規定，如行政院於 1989 年 7 月 29 日下達之「行政院所屬各機關營繕工程招標注意事項<sup>8</sup>」第 13 點規定，機關於廠商承攬工程機關工程有得標後不訂約承攬、進度後落 10 %、工程品質不良、擅自減省工料、轉包或偽造或變造文件等拒絕往來事由者，機關得拒絕該廠商於一定期間內參加投標<sup>9</sup>。此外，內政部於 1997 年 2 月 25 日制定之「工程契約範本」第 24 點第 1 項規定：「乙方曾投標或承攬本機關之工程，有下列情形之一者，甲方得拒絕其於\_\_年內參加投標：1. 得標後不訂約承攬者。2. 非歸責於甲方之情事致使工程進度落後百分之十以上，經書面通知改善進度而未辦理者。3. 工程品質不良者、擅自減省工程或未依核定圖說施工者。4. 經書面通知查驗、驗收、專任工程人員未到場三次以上者。5. 承攬工程未自行履約而轉包者。6. 所檢附之證件係偽造或變造者。7. 工程經驗收未符合工程合約部分，未於通知期限內改善者。」<sup>10</sup>上述規定，皆係對於機關於辦理各種營繕及工程採購案時，有關參加投標廠商消極資格之限制。換言之，倘廠商具有所規定之情形時，在一定之期限內，被限制不得參與機關之招標，發生限制參與投標之效果。此種限制效果，應係源自於機關之採購行為被定性為私法行為，採購契約既屬私法契約，有相對人之選擇自由。

由於早期我國為申請加入 WTO，於諮商過程中，各國經常以我國政府採購法規不夠完善，要求我國必須簽署該組織之「政府採購協定（GPA）」，於簽署前即有必要先完成國內之立法。為因應此種情形，行政院公共工程委員會乃研擬政府採購法草案，於 1996 年 12 月經行政院核定函請立法院審議，迄 1998 年 5 月 1 日完成三讀，同年 5 月 27 日總統公布並正式施行<sup>11</sup>。該法共有 8 章計 114 條，其中與本文有關之第 101 條<sup>12</sup>至第 103 條<sup>13</sup>，

7 參閱駱忠誠，政府採購法上遭拒絕往來廠商救濟制度評析（上），台灣本土法學雜誌，第 63 期，2004 年 10 月，頁 7 以下。

8 此事項於 1999 年 12 月 17 日已由行政院廢止。

9 另臺北市政府於 1998 年 9 月 21 日修正之「臺北市政府營繕工程統一投標須知」第 6 條第 5 項及 1996 年 5 月 16 日頒布之「臺北市政府購置定製財物統一投標須知與合約範本」中，皆有類似之規定。

10 上述相關規定之詳細內容，請參閱駱忠誠，同註 7，頁 7 以下。

11 參閱李建中，政府採購法及其相關子法，營造天下，第 42 期，1999 年 6 月，頁 4。

12 當初通過立法第 101 條之內容為：「機關辦理採購，發現廠商有下列情形之一，應將其事實及理由通知廠商，並附記如未提出異議者，將刊登政府採購公報：一、容許他人借用本人名義或證件參加投標者。二、冒用他人名義或證件，或以偽造、變造之文件參加投標者。三、擅自減省工料情節重大者。四、偽造、變造投標、契約或履約相關文件，經查明屬實者。五、受停業處分期間仍參加投標者。六、犯第八十七條至第九十二條之罪，經第一審有罪判決而未宣告緩刑者。七、得標後無正當理由而不訂約或不履行契約者。八、因可歸責於廠商之事由，致解除或終止契約者。九、查驗或驗收不合格，且未於通知期限內異議、申訴、起訴或依規定辦理者。十、違反第六十五條之規定轉包者。十一、因可歸責於廠商之事由，



即係通知違約廠商刊登政府公報及其所生效果之規定，並曾於 2002 年 1 月 16 日略經修正後<sup>14</sup>，沿用至今。

於制定政府採購法時，有關得參加投標廠商資格之限制，即依循既有之做法，納入相關規定，擴大適用之範圍，規定於該法第 101 條至第 103 條。本條之立法目的，當然主要在於針對有所列舉事由之不良廠商，使其不得參加投標等，以杜免其違法或違約行為，避免再危害其他機關。同時，亦可藉此建立廠商間之良性競爭環境<sup>15</sup>。此外，本條將此種拒絕不良廠商參與政府採購之制度，統一其事由，不論採購標的之性質為何，皆有適用，各機關不得於法定事由以外，另行增訂其他事由<sup>16</sup>。又由於將相關規定提昇到法律位階，亦具有較強之效力，有利於此制度之施行。再者，有認為本條具有使廠商以身為優良廠商為榮、名列不良廠商為恥，並可加強對不良廠商在商譽及輿論方面之制裁，影響民眾對廠商

---

致延誤履約期限，情節重大者。十二、重整或破產程序中之廠商。十三、歧視婦女、原住民或弱勢團體人士，情節重大者。」

- 13 當初通過立法第 103 條之內容為：「機關辦理採購，應於招標文件中規定，經依前條第三項規定刊登於政府採購公報之廠商，於下列期間內，不得參加投標或作為決標對象或分包廠商。一、有第一百零一條第一款至第五款情形或第六款判處有期徒刑者，自刊登之日起三年。但於第一百零一條第六款之情形，經判決無罪確定者，應註銷之。二、有第一百零一條第七款至第十三款情形或第六款判處拘役、罰金或緩刑者，自刊登之日起一年。但經重整完成者，應註銷之。（第 1 項）機關採購因特殊需要，經上級機關核准者，不適用前項之規定。（第 2 項）」
- 14 該法第 101 條各款修正之理由為「一、第一項第二款增列『借用』之情形，以利對借牌者之處置；另增列以偽造、變造之文件訂約或履約之情形，以補不足。二、第一項第四款刪除『經查明屬實』贅字。三、第一項第六款刪除『而本宣告緩刑』等字，以避免與第一百零三條第一項第二款所適用之緩刑條件相衝突。四、第一項第七款刪除『或不履行契約』等字，以避免與原第八款解除或終止契約之情形重複。五、第一項第八款移列第十二款，以配合與前後款次之相關性。六、第一項第九款移列第八款，以配合前後款次之相關性，並將適用情形改為情節重大者。另增訂第九款不履行保固責任之情形。七、第一項第一款移列第十款。八、第一項第十二款及第十三款款次調整為第十三款及第十四款。其中原第十二款並刪除『重整或』文字，以符公司法所設『賦予廠商維持及更生為目的』機制之意旨。」
- 15 政府採購法第 101 條之立法理由為「明定對於廠商有違法或重大違約情形，機關應將其情形通知廠商，並經異議及申訴之處理程序後，視其結果刊登於政府採購公報，以作為各機關辦理其他採購案時，於招標文件規定該等廠商不得參加投標、作為決標對象或分包廠商等選擇締結契約之依據，以杜不良廠商之違法、違約行為，避免其再危害其他機關，並利建立廠商間之良性競爭環境。目前各機關雖有類似措施，但因缺乏立法，成效有限。」
- 16 如行政院公共工程委員會 88 年 11 月 16 日（88）工程企字第 17817 號函：「機關辦理採購對於不良廠商拒絕往來之處置，應依政府採購法（以下簡稱本法）第一百零一條至第一百零三條之規定辦理，不得任意增加其他條款。惟如有就本法第一百零一條各款情形補充說明其適用情形者，應於招標文件中敘明。」

之選擇<sup>17</sup>。因此，當經認定為不良廠商而被公開刊登在政府採購公報後，自會造成社會觀感不佳及商譽受損之情形。雖然該廠商仍可與非政府機關從事各種交易行為，但亦可能因此而不欲與其進行交易之不利後果<sup>18</sup>。況且，若該廠商之主要業務在於與政府機關間之採購行為，則一定期間之限制，亦可能對其存立有相當大之影響<sup>19</sup>。

## 參、最高行政法院 101 年度 6 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議作成前之實務見解

有關通知違約廠商刊登政府採購公報行為之性質，就司法實務而言，最高行政法院 101 年度 6 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議具有相當之指標作用，雖其目的在解決有無行政罰法第 27 條 3 年時效之適用問題，但核心仍在於此種刊登政公報之行為是否具行政罰性質。而於該決議作成後，法院之裁判即因此而統一，惟對該決議作成前之實務見解，亦有了解之必要。

由於在最高行政法院作成該決議前，實務上之看法非常分歧，高等行政法院之裁判亦不一致，因此乃於 100 年度高等行政法院法律座談會提案第 3 號中，進行相關之討論，其內容應可視為當時司法實務不同見解之代表，茲簡要分述各說之主張及理由如下：

甲說：應適用行政罰法第 27 條第 1 項行政罰裁處權之 3 年時效。

- 一、經機關依該條規定通知廠商並刊登於政府採購公報後，即發生剝奪其參加投標資格之結果，核屬行政罰法第 2 條其他種類行政罰之裁罰性不利之行政處分，（最高行政法院 99 年度判字第 1208 號判決參照）。
- 二、行政罰係對違法行為予以法律上的譴責及非難，並以特定之不利益作為違法過犯之「代價」，因此，在功能上，處罰對被處罰者而言，乃是對其過去違法行為的一種「償罪」或「贖咎」（受罰以贖前過），係針對「過去」的違法（違反行政上之義務）行為之制裁，即以制裁過去之義務違反為主要目的。反之，如寓有阻止危險之發生、或排除違法之狀態，或督促未來義務履行之目的，則非屬行政罰而為「非裁罰性之不利處分」。上開通知將刊登政府公報並予以停權之行為，顯有對廠商過去違反行政法上義務之非難，而非僅在於阻止危險之發生、排除違法之狀態或督促未來義務履行，性質上應為行政罰。

17 參閱黃鈺華主編，政府採購法解讀—逐條釋義，元照，2011 年 4 版，頁 389。

18 如有民間公司即表明拒絕與被刊登政府公報之不良廠商進行交易。

19 參閱江嘉琪，政府採購停權處分做為行政裁罰之再思考，工程法律座談會（公法場次），東吳大學法學院主辦，2014 年。

**乙說：無時效規定之適用。**

- 一、政府採購法第 101 條之立法目的，係為確保公平、公開之採購程序，及提升採購效率、確保採購品質而設，其與公法上之請求權或形成權之行使無涉。
- 二、按行政罰係基於維持一般行政秩序，對違反者所為具公權力之制裁。而衡諸政府採購法相關條文之立法意旨，其乃藉由課以廠商一定之負擔、義務，以確保國家整體公共建設之施工品質之公共利益；該法第 101 條至第 103 條規定旨在維持採購秩序、淘汰不良廠商，性質上屬管制性不利處分，核與行政罰法第 2 條所稱之行政罰有別，
- 三、政府採購法第 101 條之立法方式，並非純以行為違反特定行政法義務之方式臚列，其中多款情形係屬契約義務，亦有違反刑事罰之情形，亦與行政罰法第 1 條「『違反行政法上義務』而受罰鍰、沒入或其他種類行政罰之處罰時，適用本法，…」規定，以違反行政法上義務之行為為規範對象不符。
- 四、況在立法體例上，各項行政法規形式上如係規定於「罰則」章節者，應視為裁罰性不利處分，屬於行政罰之範疇；如係在「罰則」章節以外規定者，則非行政罰法規定之裁罰性處分。查政府採購法第 101 條將違法情事刊登政府採購公報之規定，係列於同法第 8 章之「附則」，而非第 7 章之「罰則」，故該項規定顯無裁罰性，非屬行政罰。
- 五、綜上，該通知將刊登政府採購公報之行為，既與公法上之請求權或形成權之行使無涉，亦非屬行政罰，而僅係管制性不利處分，自無時效規定之適用。（臺北高等行政法院 99 年度訴字第 1170 號判決參照）

**丙說：應類推適用行政程序法第 131 條規定公法上請求權之 5 年時效。**

- 一、關於機關為刊登公報之行為，因其後續將發生制裁之效果，對廠商而言，實屬一不利益之措施，不能任由機關長期怠忽行使，而使法律關係懸而未決。若放任機關長時間不行使，將影響法律秩序之安定性，準此，機關將不良廠商刊登公報之通知自應於一定期間內行使，亦即機關刊登公報通知之行使應受時效之限制，始為合理。
- 二、惟政府採購法並未就機關刊登公報之通知期間為規定，在立法者尚未明文規定行使期間之情況下，應以類推適用之方法填補此項法律漏洞。按諸行政程序法第 131 條規定：「公法上之請求權，除法律有特別規定外，因 5 年間不行使而消滅。公法上請求權，因時效完成而當然消滅。前項時效，因行政機關為實現該權利所作成之行政處分而中斷。」機關為刊登公報之行為，係屬公法上之權利行使，應類推適用行政程序法第 131 條規定，其時效為 5 年（最高行政法院 99 年度判字第 1287 號判決參照）。

**初步研討結果：多數採丙說。**

對於上述座談會之結果，文獻上有採不同之看法者，即機關依政府採購法第 101 條規定通知廠商將刊登政府採購公報，應區別其事由而有不同之處理，如所依據之事由係違反



行政法上義務者，應屬裁罰性不利處分，應適用行政罰法 3 年時效；若所依據之事由非屬違反行政法上義務者，應類推適用行政罰法 3 年時效。此外，機關通知行為，與公法上請求權之性質有別，故尚難認應類推適用行政程序法第 131 條之 5 年公法上請求權時效<sup>20</sup>。

此外，針對政府採購法第 101 條所列各款事由是否屬行政罰？工程會亦曾函詢法務部，法務部乃於民國 95 年 7 月 19 日作成法律字第 0950018983 號函<sup>21</sup>，採分別認定其性質之見解，即第 3 款及第 7 款至第 12 款，係違反契約義務內容；第 13 款係因廠商已無履行義務能力，均非屬行政法上義務之違反。至於第 1 款、第 2 款、第 4 款、第 5 款、第 6 款及第 14 款部分，則仍應依政府採購法規定及立法意旨檢視行為人所為是否屬違反行政法上義務之行為而定。如非屬行政法上義務之行為，即非屬行政罰。上述見解，實仍相當保留，對其中數款並未明確表達其態度，可見此問題相當複雜。

## 肆、最高法院 101 年度 6 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議

有關機關依政府採購法辦理採購，發現廠商有該法第 101 條第 1 項各款情形之一，依該條規定通知廠商將刊登政府採購公報之行為，是否有時效規定適用問題，雖然高等行政法院已有多數之決議，但似未能獲得實務界之完全認同。尤其是最高法院對此問題，各庭間應有不同之看法存在。因此，乃有 101 年度 6 月份第 1 次庭長法官聯席會議之決議。此決議主要固然在解決有關有無時效規定適用問題，惟其根源仍在於上述機關依政府採購法通知廠商刊登政府公報之行為，其性質為何？是否即屬行政罰或其他行為？而此決議對於實務界影響甚深，於作成後，幾乎已統一實務界之態度。不過，學界依然對此有相當之意見。以下，先敘明該決議各說之主要理由，再進行討論。

20 參閱蘇宏杰，機關依政府採購法第 101 條規定通知廠商將刊登政府採購公報之時效問題—從 100 年度高等行政法院法律座談會提案第 3 號談起，萬國法律，第 180 期，2011 年 12 月，頁 8 以下。

21 法務部 95 年 7 月 19 日法律字第 0950018983 號函：「二、按行政罰係對違反行政法上義務行為所為不屬刑罰或懲戒罰之裁罰不利處分，故必須行為人有行政法上之義務，始有違反義務之問題。又行政罰法第 2 條規定：『本法所稱其他種類行政罰，指下列裁罰性之不利處分：一、限制或禁止行為之處分：…二、剝奪或消滅資格、權利之處分：…三、影響名譽之處分：…』，是行政機關依本條所為裁罰性之不利處分，性質上既為行政罰，亦應以行為人有行政法上之義務為前提。次按廠商有政府採購法第 101 條第 1 項各款規定之情事，機關得將其事實及理由通知廠商，並視廠商異議等程序進行之結果，決定是否刊登政府採購公報，經刊登於政府採購公報之廠商於一定期間內不得參加投標所為之行政處分是否為行政罰乙節（政府採購法第 101 條至第 103 條參照），依該條各款規定觀之，或係違反契約義務內容，例如第 3 款及第 7 款至第 12 款；或係因廠商已無履行義務能力，例如第 13 款，均非屬行政法上義務之違反。至於第 1、2、4、5、6 及 14 款部分，應依政府採購法規定及立法意旨檢視行為人所為是否屬違反行政法上義務之行為，如非屬行政法上義務之行為，尚難認主管機關依各該款所為之行政處分係屬行政罰。」

## 一、決議內容及各說理由

法律問題：機關依政府採購法辦理採購，發現廠商有該法第 101 條第 1 項各款情形之一，依該條規定通知廠商將刊登政府採購公報之行為，是否有時效規定？

甲說：應適用行政罰法第 27 條第 1 項行政罰裁處權之 3 年時效。

- (一) 從刊登公報行為所生剝奪參加投標資格等之法律效果：機關依規定通知廠商刊登政府公報後，即發生剝奪其參加投標及作為分包廠商資格之結果，本質上為裁罰性之不利處分，屬行政罰法第 2 條所稱其他種類行政罰。
- (二) 合乎行政罰之處罰功能：行政罰在功能上，對被處罰者而言，是對其過去違法行為的一種「償罪」或「贖咎」，係針對「過去」的違法行為之制裁，即以制裁過去之義務違反為主要目的。上開通知將刊登政府公報並予以停權之行為，顯有對廠商過去違反行政法上義務之非難，而非僅在於阻止危險之發生、排除違法之狀態或督促未來義務履行，性質上為行政罰。

乙說：無時效規定之適用。

- (一) 依據政府採購法相關條文之立法意旨：依據政府採購法相關條文之立法意旨，其乃藉由課以廠商一定之負擔、義務，以確保國家整體公共建設之施工品質之公共利益；該法第 101 條至第 103 條規定旨在維持採購秩序、淘汰不良廠商，性質上屬管制性不利處分，核與行政罰法第 2 條所稱之行政罰有別。
- (二) 依政府採購法第 101 條之立法方式：政府採購法第 101 條之立法方式，並非純以行為違反特定行政法義務之方式臚列，其中多款情形係屬契約義務，亦有違反刑事罰之情形，亦與行政罰法第 1 條規定，以違反行政法上義務之行為為規範對象不符。
- (三) 依據本條之立法體例：在立法體例上，各項行政法規形式上如係規定於「罰則」章節者，應視行政罰；如係在「罰則」章節以外規定者，則非行政罰。查政府採購法第 101 條將違法情事刊登政府採購公報之規定，係列於同法第 8 章之「附則」，而非第 7 章之「罰則」，故該項規定顯無裁罰性，非屬行政罰。

丙說：應類推適用行政程序法第 131 條規定公法上請求權之 5 年時效。

- (一) 應有類推適用之必要：政府採購法並未就機關刊登公報之通知期間為規定，在立法者尚未明文規定行使期間之情況下，應以類推適用之方法填補此項法律漏洞。
- (二) 應類推適用行政程序法第 131 條：機關為刊登公報之行為，係屬公法上之權利行使，應類推適用行政程序法第 131 條規定，其時效為 5 年。

丁說：應視廠商情形所該當政府採購法第 101 條第 1 項的款別性質是否屬行政法上義務的違反，以決定該通知是否屬行政罰而有時效規定之適用。

- (一) 行政罰應以行為人有行政法上之義務為前提：行政機關依行政罰法第 2 條所為裁罰

性之不利處分，性質上既為行政罰，亦應以行為人有行政法上之義務為前提。

- (二) 依政府採購法第 101 條第 1 項各款之內容，分別判斷有無違反行政法上義務，而認定是否屬行政罰：廠商有政府採購法第 101 條第 1 項各款規定之情事，有係違反契約義務內容者，例如第 3 款及第 7 款至第 12 款；有係因廠商已無履行義務能力者，例如第 13 款，均非屬行政法上義務之違反，機關依各該款事由通知廠商將刊登政府採購公報之行為，非屬行政罰。至於第 1 款、第 2 款、第 4 款、第 5 款、第 6 款及第 14 款部分，則依政府採購法規定及立法意旨可知其事由係屬公法上義務即行政法上義務之違反，機關依各該款規定通知將刊登政府採購公報並予以停權之行為，又具有裁罰性，本質上應為行政罰。

**決議：**機關因廠商有政府採購法第 101 條第 1 項各款情形，依同法第 102 條第 3 項規定刊登政府採購公報，即生同法第 103 條第 1 項所示於一定期間內不得參加投標或作為決標對象或分包廠商之停權效果，為不利之處分。其中第 3 款、第 7 款至第 12 款事由，縱屬違反契約義務之行為，既與公法上不利處分相連結，即被賦予公法上之意涵，如同其中第 1 款、第 2 款、第 4 款至第 6 款為參與政府採購程序施用不正當手段，及其中第 14 款為違反禁止歧視之原則一般，均係違反行政法上義務之行為，予以不利處分，具有裁罰性，自屬行政罰，應適用行政罰法第 27 條第 1 項所定 3 年裁處權時效。其餘第 13 款事由，乃因特定事實予以管制之考量，無違反義務之行為，其不利處分並無裁罰性，應類推適用行政罰裁處之 3 年時效期間。

## 二、決議之檢討

上述最高行政法院之決議，顯然與 100 年度高等行政法院法律座談會之多數意見不同。不過，高院座談會各說見解大致已納入最高行政法院之討論中，因此，最高行政法院之決議，應已充分考量高院座談會之意見，只是最高行政法院之法官仍有本身之見解存在。

本決議中先確定機關因廠商有政府採購法第 101 條第 1 項各款情形而刊登政府採購公報，即生一定期間內不得參加投標等停權效果，為不利之處分。其次，分就不同性質予以分類，其中第 3 款、第 7 款至第 12 款事由，縱屬違反契約義務之行為，既與公法上不利處分相連結，即被賦予公法上之意涵；另第 1 款、第 2 款、第 4 款至第 6 款為參與政府採購程序施用不正當手段，及其中第 14 款為違反禁止歧視之原則。上述均係違反行政法上義務之行為，予以不利處分，具有裁罰性，自屬行政罰。至於第 13 款事由，乃因特定事實予以管制之考量，無違反義務之行為，其不利處分並無裁罰性，應類推適用行政罰裁處之 3 年時效期間。本決議此種區分論述之方式，能考量到不同規定之性質，應較為周延。

有基本上表示支持或不反對者<sup>22</sup>。惟有認為，本決議既然已知該條第3款、第7款至第12款事由，係屬違反契約義務之行為，而人民並未負有行政法上義務，則何以會有行政罰問題？此種將「違反契約義務之行為」擬制等同於「違反行政法上義務之行為」，而直接適用行政罰法裁處權時效之規定，令人費解<sup>23</sup>？此外，亦有質疑為何違反私法契約上之義務，而給予公法上之效果，因而成為具裁罰性之不利處分？行政罰本質係針對「違反行政法上義務」之行為，此時究違何種行政法上義務<sup>24</sup>？

本決議文之說明相當有限，不易深入理解最終作成本決議之詳細內容及思考歷程。然以可見之決議內容觀察，解決現存問題的傾向十分明顯。蓋本決議所面臨之難題，在於此種行為究有無時效之適用？由上述各說之論述中，可知無時效說甚難被支持，而類推適用行政程序法第131條規定公法上請求權5年時效之見解，又因兩者性質明顯之差異，亦不易被接受。故最終不得不傾向於行政罰法上之3年時效，並以此結果往前設法尋求理論上之依據。因此，乃有雖認係違反契約義務之行為，而被賦予公法上之意涵者，或係直接認定係違反行政法上義務之行為者，或係無根本違反義務之行為，其不利處分並無裁罰性者，但結果全被導入行政罰法上時效規定之適用。此種論理之過程及依據，顯然不夠充分，不過為了解決問題，確有其不得不然之苦衷，應亦已發生了預期之效果。

儘管如此，本決議仍然對於該條各款之性質，是否即屬行政罰？提供了一些看法。如該條第3款、第7款至第12款事由，係屬違反契約義務之行為，惟既與公法上不利處分相連結，始被賦予公法上之意涵，故本質應非屬行政法上義務之違反。另第1款、第2款、第4款至第6款為參與政府採購程序施用不正當手段，及其中第14款為違反禁止歧視之原則一般，均係違反行政法上義務之行為，予以不利處分，具有裁罰性。其餘第13款事由，乃因特定事實予以管制之考量，無違反義務之行為，其不利處分並無裁罰性。上述見解較著重於是否存在行政法上義務之違反，以及有無裁罰性。此見解是否恰當，應有可討論之空間，於後述將再行檢討。

---

22 參閱周佳宥，不良廠商之認定及其救濟程序，行政法總論與各論之條款適用關聯，第10屆公法研討會，最高行政法院、東吳大學法律學系公法研究中心合辦，2013年；林石猛、徐肇謙，政府採購法上不良廠商停權制度相關爭議，月旦裁判時報，第22期，2013年8月，頁105。

23 參閱陳偉仁，政府採購法通知刊登政府採購公報有無時效適用—兼評最高行政法院101年度6月份第1次庭長法官聯席會議暨相關判決，台灣法學雜誌，第230期，2013年8月，頁64。

24 參閱程明修，非裁罰性之行政處分之「處分時效」？—最高行101年6月第1次庭長法官聯席會議決議，台灣法學雜誌，第226期，2013年6月，頁208。



## 伍、學者之見解

有關機關通知廠商刊登政府公報行為之性質，實務歷經長久之分歧後，由於最高行政法院聯席會議決議之作成，終告一段落。不過，學者方面，不論在該決議之前後，皆有相當不一致之看法，並各有其立論之基礎。以下先簡介各學者之意見，並大致區分為下列幾種：

### 一、私法上之觀念通知

早期駱忠誠認為應僅係私法上之觀念通知，即事實行為。主要理由有三：其一、政府採購行為係私法行為；其二、拒絕往來廠商之通知不合行政處分要件；其三、事件本質，由於機關辦理採購行為所簽訂之契約屬私法契約，故就事件本質而言，其亦取得與私人相同之地位，自有排除或拒絕某些主體作為交易對象之權<sup>25</sup>。

### 二、皆屬行政罰

張永明認屬行政罰，蓋經刊登政府採購公報為不良廠商時，因政府公報為大眾得閱覽之公開資訊，對於該廠商之聲譽，自有不良之影響，性質上屬行政罰法第 2 條第 3 款所稱對廠商之裁罰性不利處分<sup>26</sup>。

### 三、不利處分或管制性不利處分

林素鳳以政府採購法第 101 條第 1 項得認定為不良廠商之 14 款規定，均難謂係課予人民之行政法上義務，而應解為係為選擇有誠信之契約相對人而規定之排劣條款，故刊登採購公報之行為固屬不利處分，但難認係行政罰法所規定之制裁性不利益處分<sup>27</sup>。

林昱梅以為，違約廠商刊登採購公報，即使有對於違約行為加以「制裁」之意，但其主要目的，在於預防性之資格限制。且非所有與行政罰法第 2 條所列裁罰種類之同名之行政行為均具裁罰性，涉及廠商名譽者亦然。再者，由政府採購法第 103 條第 2 項之立法理由<sup>28</sup>，足見刊登採購公報之目的，在於使各機關得知被刊登廠商於限制期間內，不具投標

25 參閱駱忠誠，同註 7，頁 14 以下。

26 參閱張永明，政府採購法上之不良廠商，月旦法學教室，第 91 期，2010 年 4 月，頁 10。

27 參閱林素鳳，不良廠商之通知與刊登政府採購公報，台灣法學雜誌，第 187 期，2011 年 11 月，頁 132。

28 政府採購法第 103 條立法理由：「一、有第八十九條各款情形之廠商，經依前二條之規定處理後，仍被刊登於政府採購公報者，按情節之輕重，於第一項明定各機關於辦理採購時，應於其招標文件中規定該等廠商於一定期間內，不得參加投標或作為決標對象或分包廠商，俾選擇優良廠商作為締結契約之對象。」

資格，非僅係對過去行為之非難<sup>29</sup>。

江嘉琪認為停權通知之性質，以管制性不利處分之見解，較為可採。蓋類似不良廠商停權之限制資格處分，現行法上所在多有，如全民健康保險法上予以停止特約之處分，最高行政法院 102 年判字第 184 號判決即認其性質屬管制性不利處分，而非對於違反行政法上義務而可歸責之行為，所施予應報性處罰性質之行政罰。其次，不論不良廠商之停權事由為何，均是避免行政機關與不良廠商締約。若以政府採購作為行政引導之工具，納入社會性考量廠商資格，予以排除應屬可能。採購法第 101 條第 1 項第 14 款排除歧視婦女等之廠商，並非對廠商違法之處罰，而是透過政府採購之利益，達到預防違法及引導之目的<sup>30</sup>。

#### 四、區分各款事由，分別定其屬性者，惟大部分屬行政罰，僅第 13 款例外

林三欽係將政府採購法第 101 條第 1 項所規定之 14 款分成 4 種類型，第一類：履約有瑕疵，包含第 3 款、第 7 款、第 8 款、第 9 款、第 10 款、第 11 款及第 12 款。此類瑕疵廠商所違反者為「私法契約義務」，而非「行政法義務」。若停權係公法性質，立法者將本來單純之私法上「履約瑕疵」，評價為「政府採購事件的干擾」，融入公法意義，並與「停權」之效果相連，故具有行政罰措施之屬性。第二類：參與政府採購程序施用不正當手段，包含第 1 款、第 2 款、第 4 款至第 6 款。此類事由均屬「行政法上義務之違反」，為行政罰措施。第三類事由係指「破產程序中之廠商」，明顯與「行政法上義務之違反」無關，不屬行政罰。第四類事由，違反「禁止歧視」之原則，應認係立法者欲加於違反此項義務者之行政制裁手段。總結而言，原則上具有行政裁罰之屬性，只有第 13 款事由，與裁罰措施無關<sup>31</sup>。

周佳宥以為為達到不良廠商制度之設計，政府採購法分別於第 101 條及第 103 條規定不良廠商制度之「構成要件」（行為規範）與「法律效果」（制裁規範）。構成要件該當，機關須依據第 103 條規定作成 1 年或 3 年停權之決定（羈束裁量），而該項法效果之實施，

---

二、基於特殊情形下，機關或有與受拒絕往來之廠商交易之必要，爰於第二項授權經上級機關核准者，不適用第一項之規定，以維採購作業之彈性。所稱特殊情形，譬如該廠商為唯一之供應者，無合適替代對象。」

29 參閱林昱梅，違約廠商刊登政府採購公報之法律性質，月旦法學教室，第 132 期，2013 年 10 月，頁 13、14。

30 參閱江嘉琪，同註 19，頁 14、15。

31 參閱林三欽，作成「預防性行政處分」之時間上限制，行政訴訟制度相關論文彙編（第 6 輯），司法院，2009 年，頁 356-358。

毋寧係基於廠商之過去行為違反政府採購法規定之禁止性行為規範所為之非難與處罰，故屬行政罰。惟第 13 款之破產程序進行中之廠商之相關規定，係屬管制性不利處分<sup>32</sup>。

## 五、其他

此外，有認為應視各款之事由是否屬違反行政法上義務，以決定是否屬裁罰性不利益處分，至於如何判斷是否屬違反行政法上義務，則未見進一步之說明<sup>33</sup>。另亦有認應就該條各款分別判斷者，如違反行政法上義務者，為第 1 款、第 2 款、第 4 款、第 5 款、第 6 款及第 14 款；屬於違反契約上義務之行為者，為第 3 款、第 7 款、第 8 款、第 9 款、第 10 款、第 11 款及第 13 款。至於第 13 款將破產程序中之廠商刊政府公報之情形，則只是廠商無履約能力，無任何違背義務行為可言<sup>34</sup>。

綜上，學者間之見解，顯然相當分歧。由於觀察角度及判斷標準之差異，自會得出不同之結論。被考量到之觀點約有：政府採購行為之性質、立法目的及理由、刊登公報行為之性質、相類似處分之比較、所生法律效果、與停權效果相結合等，皆有其立論之基礎。至於何者較為恰當，則有待進一步檢視。

## 陸、行政罰判斷之標準

### 一、學說見解

本文之重點固然在探討政府採購法第 101 條第 1 項各款之性質是否屬行政罰，惟其前提仍在於行政罰之判斷，亦即須先確立判斷之標準，始可運用在各種國家之作為上。以下擬先歸納國內學者之見解，再提出個人之淺見。

有關如何判斷各種國家行為是否屬行政罰之問題，一直是相當困難的問題。尤其行政罰法公布後，倘經判斷屬行政罰時，即有整部行政罰法之適用，而與以往僅適用其他法規，顯有差異。且行政罰法採多種類之處罰類型，在判斷上益形複雜。對此，學者大致有如下之看法：

吳庚提出兩項標準，其一、在法規形式上規定於「罰則」章節者，應視為裁罰性不利處分，蓋制定法規者原本有此意思；其二、在「罰則」章節以外者，則以「有無裁罰性」

---

32 參閱周佳宥，同註 22，頁 15。

33 參閱蘇宏杰，同註 20，頁 13。

34 參閱陳偉仁，同註 23，頁 68

為準。至於裁罰性，係指對違反行政法上義務者，所為具有非難性之行政處分<sup>35</sup>。

蔡震榮以仍應以有無「裁罰性」為判斷，因此，基本上必須該項處分有「制裁處罰」性質，且直接造成個人權利之限制與剝奪，並產生警告或遏止之法效果。並提出裁罰性不利處分之3個要件，其一、必須是行政處分；其二、是權利之限制與剝奪之行政處分；其三、具有義務之警告性<sup>36</sup>。

林錫堯以其贊同詹鎮榮<sup>37</sup>所提不利處分是否具裁罰特性，就實證法層面而言，尚難從形式上之名稱及體系歸屬篇章一概而論，毋寧須個別法規規範對象及目的而為定性之說法。因此，於個案判斷之際，斟酌法條文義與結構、立法意旨、行政效率、社會通念等因素決定之<sup>38</sup>。

李震山提出3項判斷基準，其一、受處分之行為須違反行政法上之義務；其二、該義務行為與不利處分間應有義務違反之因果關係；其三、義務行為與不利處分關聯性在時間上有緊密性<sup>39</sup>。

詹鎮榮則提出3個層次的思考，第一層次：有無行政法上義務之違反；第二層次：是否具裁罰性之認定。而所謂的裁罰，其引用德國論著，認係從一般法理論而言，係泛指「對於違反法令規定之人，宣告並執行不利法效果之措施」。在行政罰意義下之裁罰概念，應較為狹義，係指「對於違反行政法上義務之人，施以財產、自由或其他權益上之限制或剝奪，以示對其違反義務予以非難，並兼具嚇阻將來再度違反之預防作用」。第三層：懲戒罰或秩序罰之界分<sup>40</sup>。

上述學者之見解相當分歧，有著重於形式面者，有著重受處分行為與不利處分之關連性者，有強調裁罰性之內涵者，有認為須斟酌條文義與結構、立法意旨、行政效率、社會通念等因素者，難以有一致之見解，益發顯現本問題之困難。

## 二、從行政罰本質建構標準

對於如何判斷行政罰之困難問題，欲求一簡單而可直接適用之標準，於我國現行法制狀態下，恐非易事。為求周延起見，本文擬從行政罰之本質著手，即探討行政罰應具有之

---

35 參閱吳庚，同註6，頁494。

36 參閱蔡震榮、鄭善印，行政罰法逐條釋義，新學林，2006年，頁145。

37 詹鎮榮，「裁罰性」不利處分之概念及其範圍界定—兼論於害防制法第23條「戒菸教育」之法律性質，台灣法學雜誌，第93期，2007年4月，頁133、145。

38 參閱林錫堯，行政罰法，元照，2012年2版，頁35、36。

39 參閱李震山著，廖義男主編，行政罰法，元照，2007年，頁30。

40 參閱詹鎮榮，同註37，頁335以下。



特徵，藉以判斷國家對於人民違反行政法上義務行為之各種措施中，何者始得被承認為行政罰。

「行政罰」與「行政秩序罰」在我國向來經常被混用，尤其在行政罰法施行以前，並不特別區分。狹義之行政罰係以「秩序罰」為主要內容，故又稱為行政秩序罰，可說是行政機關基於維持行政秩序之目的，對於過去違反行政法上義務者，所施以刑罰以外之處罰，資為制裁，本文亦採狹義行政罰之概念<sup>41</sup>。欲對行政罰下一精確之定義，並非易事<sup>42</sup>。我國之行政罰法亦未加以定義，於第1條規定：「違反行政法上義務而受罰鍰、沒入或其他種類行政罰之處罰時，適用本法。但其他法律有特別規定者，從其規定。」並非定義性之規定，雖於該法第2條本文中有提及「裁罰性不利處分」之概念，即以「裁罰性」及「不利處分」界定其他種類之行政罰，惟仍不屬明確之立法定義<sup>43</sup>。

因此，有關行政罰之意義，較適合從學理之角度，採特徵描述之方式，以掌握行政罰概念應有之內涵。準此，行政罰意義可以界定為「由行政主體，以維持行政秩序為目的，對於一般人民過去違反行政法義務之行為，施以刑罰以外之處罰，資為制裁之不利處分。」由此，可細分成8項特徵<sup>44</sup>：（一）維持行政秩序為目的；（二）針對違反行政法上義務之行為；（三）以一般人民為處罰對象；（四）以刑罰以外之處罰為手段；（五）具制裁性質；（六）屬不利處分；（七）對於過去行為之處罰；（八）原則上以行政機關為處罰主體。其中較為重要者，應屬行政罰係針對違反行政法上義務之行為，以及具制裁性質。前者行政法上之義務，必須與立法意旨相配合，整體觀察所欲追求之行政目的，以確立其行為人之義務為何？至於具制裁性質，即係對違反行政法上義務之相對人，為非難其違法行為，所施加額外之不利益效果。因此，此制裁特徵必須具有確認功能、干涉功能及預防

41 我國之行政罰法亦採狹義之行政罰概念，於該法第1條之立法說明二：「依本條規定，本法所稱之行政罰，係指行政秩序罰而言，不包括『行政刑罰』及『執行罰』在內。至『懲戒罰』與『行政罰』之性質有別，懲戒罰著重於某一職業內部秩序之維護，故行政罰之規定非全然適用於懲戒罰，從而行政罰法應無納入懲戒罰之必要。另懲戒內容如兼具行政法上義務違反之制裁與內部秩序之維護目的，則是否具有行政秩序罰性質，而屬本法第二條之範疇，應由其立法目的、淵源等分別考量。又公務員之懲戒與行政罰法規範之性質不同，無法比擬適用，自不待言。」

42 在德國之違反秩序罰法中亦未對秩序罰加以定義，僅於該法第1條第1項規定：「違反秩序，係指符合法律規定之構成要件，且為違法及可非難的，而得被處以罰鍰之行為。」本項規定之對象為違反秩序行為，而非行政罰。

43 參見行政罰法第2條之立法說明，其並指出係參酌司法院釋字第394號解釋「裁罰性行政處分」之用語。

44 此8項特徵之詳細內容，參洪家殷，行政罰法論，五南，2006年2版，頁7以下。惟為求精確起見，茲將原來之「二、以違反行政法上義務之一般人民為處罰對象」，再區分為「針對違反行政法上義務之行為」及「以一般人民為處罰對象」2項。

功能。若國家之措施欠缺此 3 項功能，將不具制裁特徵，只得排除在行政罰之外。

## 柒、政府採購法第 101 條第 1 項各款之判斷

本諸前述從行政罰特徵所建立之標準，應可逐一檢視政府採購法第 101 條第 1 項中 14 款之事由，是否屬行政罰，茲分別檢討如下：

### 一、政府採購法第 101 條第 1 項各款之檢討

#### （一）維持行政秩序為目的

行政罰既屬行政權之一環，必然有所欲達之行政目的。由於行政罰具有確認、干涉及預防繼續違法之制裁功能，故為維持行政秩序之重要手段。因此，當涉及採行行政罰為手段時，必然有其特定行政目的存在。如交通裁罰以維持道路交通之秩序為目的，環保裁罰則在維持環境保護之秩序等。若屬政府採購法上之處罰，自然其目的在維持政府採購之秩序，於政府採購法第 101 條之立法理由中<sup>45</sup>，即以停權之目的在於杜絕不良廠商之違法、違約行為，避免其再危害其他機關，並利建立廠商間之良性競爭環境。故明顯地具有維持正常採購秩序，並建立良性競爭環境之行政目的，此在各款之情形應無不同。

#### （二）針對違反行政法上義務之行為

蓋行政罰係針對違反行政法上義務之行為人，施以一定之制裁，以達到維持特定行政秩序之目的。因此，重點即在於必須有行政法上之義務存在。政府採購法第 101 條第 1 項之 14 款事由，是否皆有行政法上之義務存在，學者間即有不同之看法。如有認為該條之 14 款規定，均難謂係課予人民之行政法上義務，而應解為係為選擇有誠信之契約相對人而規定之排劣條款，難認係行政罰法所規定之制裁性不利益處分<sup>46</sup>。或是法務部函釋中以，本條第 1 項第 3 款及第 7 款至第 12 款，係違反契約義務內容，以及第 13 款係因廠商已無履行義務能力，均非屬行政法上義務之違反。至於其他各款，則應依政府採購法規定及立法意旨檢視是否屬違反行政法上義務之行為<sup>47</sup>。另林三欽亦以該條第 1 項之第 3 款、第 7 款、第 8 款、第 9 款、第 10 款、第 11 款及第 12 款係廠商違反「私法契約義務」，而非「行政法義務」。另第 13 款「破產程序中之廠商」，明顯與「行政法上義務之違反」

---

45 同註 15。

46 參閱林素鳳，同註 27，頁 132。

47 同註 21。

無關。其餘則可認屬「違反行政法上之義務」<sup>48</sup>。此外，在 101 年度 6 月份第 1 次庭長法官聯席會議之決議文中，以該條第 3 款、第 7 款至第 12 款事由，為違反契約義務之行為，另第 1 款、第 2 款、第 4 款至第 6 款、第 14 款為違反行政法上義務之行為，第 13 款事由，乃因特定事實予以管制之考量，無違反義務之行為。

由於政府採購法第 101 條第 1 項中共有 14 款事由，涵蓋範圍甚廣，如前述法務部函釋、林三欽及最高行政法院決議之分類，確有部分條款所規定之內容或事由，應屬私法契約義務之違反，而非直接源自於行政法上義務之違反。惟立法者藉由刊登政採購公報所生停權之效果，以達到杜絕不良廠商之違法、違約行為，避免其再危害其他機關，並利建立廠商間之良性競爭環境之目的，在於維持政府採購之秩序，已如前述。且所生之停權效果，並非私法上之效果，而係具公法性質上之不利處分。因此，此制度除明顯具有達成維持採購秩序之行政目的外，同時亦採取具公法性質之制裁手段，以確保其目的之達成。是以，該條各款之事由中，雖在形式上有些可歸屬於私法契約之違反，但若從停權制度之目的及所生之效果，應可認為皆屬行政法上義務之違反<sup>49</sup>。況且，若屬契約違反之行為，本即可依契約規定處理，無須另外再規定於本法中，並受到停權效果之制裁。不過，其中第 13 款「破產程序中之廠商」，應與行政法上之義務無關，故可排除在外。

### （三）以一般人民為處罰對象

行政罰既採狹義之秩序罰概念，則係以一般人民為處罰之對象。倘違反行政法上之義務者非一般人民，而係具特定之身分關係者，如公務員、軍人及專門技術業之執業人員等，由於此種處罰傳統上歸屬於懲戒罰，故排除在非狹義之行政罰之外。而得適用本條規定被刊登於政府公報者，應係與機關簽約之廠商，此種廠商身分應屬一般人民，當然並不排除具公法組織身分者<sup>50</sup>，亦得參與，惟此時其仍係居於一般人民之身分，而非機關。

48 參閱林三欽，同註 31，頁 356-358。

49 如林三欽，同註 31，頁 356-358（將違反「私法契約義務」類型之各款，藉由停權之係公法性質，認立法者將本來單純之私法上「履約瑕疵」，評價為「政府採購事件的干擾」，融入公法意義，並與「停權」之效果相連，故具有行政罰措施之屬性）。惟此種融入公法意義，並與停權效果相連，是否可直接導出行政罰屬性，或僅係解決具違反行政法上義務之前提要件，應有再討論之空間。另如最高行政法院 101 年 6 月 12 日，101 年度第 1 次庭長法官聯席會議之決議文中，以「其中第 3 款、第 7 款至第 12 款事由，縱屬違反契約義務之行為，既與公法上不利處分相連結，即被賦予公法上之意涵」等語，亦過於簡略，即如何從「違反契約之行為」轉換到「行政法上義務之違反」，再進而成為「行政罰」，中間之說理顯有不足。

50 如行政院原子能委員會核能研究所即容許參與有關核電廠除役許可申請及除役作業規劃工作技術服務之採購案。

#### （四）以刑罰以外之處罰為手段

行為人違反行政法上之義務時，固會受到國家之處罰，當在刑罰與行政罰之間採量的區別說時，法律往往會依違法之重輕而決定處以刑罰或行政罰。對此二者之區別，較簡單之方式即依處罰之種類為標準，蓋立法者往往會給予不同之處罰種類。由於有關涉及採購案之刑罰，政府採購法皆規定在第 7 章，且刊登政府採購公報之停權效果，亦非刑罰。依刊登政府採購公報所生停權之效果而言，其著重在限制該廠商於一定期間不得參與政府採購之投標等行為，故應視為行政罰法第 2 條第 1 款之「限制或禁止行為之處分」。雖然第 3 款之影響名譽之處分中，亦有公布姓名或名稱之類型，但刊登政府採購公報之主要效果，在於限制其參與採購之權利，而非在影響其名譽，故仍以歸於第 1 款為妥，且對其權利較有保障。

#### （五）具制裁性質

行政罰係對違反行政義務者所施加之不利利益，其即係藉由此種不利利益，以非難其違法，並發揮嚇阻之作用，故具有制裁之性質。因此，若施加不利利益之目的，在於督促其履行應盡之義務或實現其他行政目的時，則非行政罰。行政罰法第 2 條本文規定：「本法所稱其他種類行政罰，指下列裁罰性之不利處分」，此所稱之「裁罰性」，應係指此種處分具有制裁之特性。因此，所謂的裁罰性特徵，可認係對違反行政法上義務之相對人，為非難其違法行為，並預防將來再行違反，所施加額外之不利利益效果<sup>51</sup>。因此，制裁性具有 3 種功能：

1. **確認功能**：即確認相對人行為已經違法，並就其過去違法之行為，應受到非難。
2. **干涉功能**：即使相對人承擔因為其違法行為而生額外之不利利益，如罰鍰即係額外剝奪其財產權。
3. **預防功能**：即使相對人心生畏懼，嚇阻其將來再行違反。此可再區分為一般預防及特別預防。

準此，倘廠商具有政府採購法第 101 條第 1 項各款之事由，經機關通知刊登政府採購公報而發生停權之效果時，即係對於違反政府採購法上義務之相對人，限制其一定期間參與投標等不利利益之效果，以非難其違法之行為，並嚇阻其將來再行違反。因此，其具有確認已違反政府採購之行政法上義務之確認功能，使其額外承擔不得參與投標等不利利益之干涉功能，以及嚇阻其將來再行違反之預防功能。是以，機關通知廠商刊登政府公報之行為，

51 此與前述詹鎮榮認為行政罰意義下之裁罰，係指「對於違反行政法上義務之人，施以財產、自由或其他權益上之限制或剝奪，以示對其違反義務予以非難，並兼具嚇阻將來再度違反之預防作用」，內涵十分接近；參閱詹鎮榮，同註 37，頁 335 以下。



由於所生停權之效果，發生制裁之功能，具有裁罰性，故應屬行政罰<sup>52</sup>。不過，該條第 13 款規定「破產程序中之廠商」，本身並無違反行政法上義務存在，故自不具制裁性質，非屬行政罰。

## （六）屬不利處分

行政罰一般係由行政機關單方作成，且針對相對人具體違法事件，發生處罰效果之公權力措施，故性質為一種行政處分，且由於直接對相對人發生不利益之法律效果，故屬一種「不利處分」或「負擔行政處分」。而廠商經通知刊登政府公報，將發生限制一定期間不得參與投標等不利效果，自屬不利處分<sup>53</sup>。雖然早期有認為此種刊登政府之行為應僅屬私法上之觀念通知，即事實行為之看法<sup>54</sup>。其主要之依據在於政府採購行為屬私法行為，而拒絕往來廠商之通知不合行政處分要件。惟採購契約固然可認係私法契約，然依目前多數學者之見解，此種由機關通知刊登採購公報並發生停權效果之行為，性質應屬行政處分。蓋此係由行政機關單方面行使，並發生直接對外效力之具體公權力行為<sup>55</sup>。

## （七）對於過去行為之處罰

關於行政秩序之維持，行政罰著重於對過去已違反行政義務者之處罰，故行為人受處罰時，必然其違法之行為已經發生，否則即不得處罰之。至於受處罰者，能否在未來實現其仍未履行之義務，則非其主要目的。

由於被刊登政府公報之不良廠商，必然係針對其過去已具備該條各款之事由，而使其承受不利益，並非藉此督促其履行未來之義務。雖然對廠商施以停權之制裁，亦具有使其不敢再犯之嚇阻作用，但此仍屬制裁之功能，而非以日後之行為為標的。但有認為，違約廠商刊登採購公報，其主要目的在於預防性之資格限制。且由政府採購法第 103 條第 2 項之立法理由中，足見刊登採購公報之目的，在於使各機關得知被刊登廠商於限制期間內，不具投標資格，非僅係對過去行為之非難<sup>56</sup>。亦有以不論不良廠商之停權事由為何，均是避免行政機關與不良廠商締約。若以政府採購作為行政引導之工具，納入社會性考量廠商

52 前述周佳宥即以停權決定，毋寧係基於廠商之過去行為違反政府採購法規定之禁止性行為規範所為之非難與處罰，故屬行政罰。惟第 13 款之破產程序進行中之廠商之相關規定，係屬管制性不利處分；參閱周佳宥，同註 22，頁 15。

53 最高法院 101 年 6 月 12 日，101 年度第 1 次庭長法官聯席會議之決議亦認停權處分為不利處分。

54 參閱駱忠誠，同註 7，頁 14 以下。

55 以往較有爭議者，在於究竟是通知行為屬行政處分，或刊登行為屬行政處分？目前多數見解傾向於以前者為行政處分，而後者屬事實行為。相關之討論，可參閱周佳宥，同註 22，頁 1 以下。

56 參閱林昱梅，同註 29，頁 13、14。

資格，予以排除應屬可能。採購法第 101 條第 1 項第 14 款排除歧視婦女等之廠商，並非對廠商違法之處罰，而是透過政府採購之利益，達到預防違法及引導之目的<sup>57</sup>。

惟當廠商被刊登在政府公報時，所生停權效果對其所生不利益甚大，甚至可能影響其日後之存續，因此被通知刊登公報之廠商往往用盡各種救濟管道，設法能免除此種處分。因此，縱使僅因限制廠商一定期間不得參與投標，可發揮預防或引導之作用，但若完全忽略掉對廠商所生嚴重之制裁效果，實有本末倒置之嫌。

### （八）原則上以行政機關為處罰主體

行政罰為國家維持行政秩序之一種手段，故原則上應以行政機關為行政罰之處罰主體。在此所謂的行政機關應採實質之觀點，即只要是實際上有行使行政權之權能者，皆得為之。而與廠商進行採購行為之機關，始得為刊登政府公報並使之發生停權效果之主體，此非屬司法權之範疇，故應以機關為本條各款之主體。

## 二、小結

綜上所述，依行政罰應有之 8 項特徵，逐一檢視。可以得知政府採購法第 101 條第 1 項中所規定之 14 款事由，除第 13 款之「破產程序中之廠商」外，由於其本身並無違反行政法上義務存在，縱使對其發生不利之效果，僅屬不利處分，非屬行政罰。蓋當廠商具備該條除第 13 款以外各款之事由時，由機關將其刊登政府公報發生停權效果之行為，係由行政機關，以維持政府採購秩序為目的，對於廠商過去違反行政法上義務之行為，施以停權之效果，資為制裁之不利處分。故應可滿足行政罰各項特徵，而得被視為行政罰一種，並可歸類為行政罰法第 2 條第 1 款之「限制或禁止行為之處分」。

## 捌、結論

有關政府採購法上機關通知違約廠商刊登政府公報並發生停權效果之制度，確有其維持採購秩序之立法目的存在。惟由於規範上之不夠明確，因此導致對其性質之認定，迭有爭議。不論在學界或實務界，皆難有一致之看法。法院之裁判亦相當歧異，直到最高行政法院 101 年度 6 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議後，始暫告一段落，惟學界仍有不同之見解存在。

對此問題之處理，可以從行政罰之本質出發，即界定行政罰之意義為「由行政主體，以維持行政秩序為目的，對於一般人民過去違反行政法義務之行為，施以刑罰以外之處

---

57 參閱江嘉琪，同註 19，頁 14、15。

罰，資為制裁之不利處分。」並進而細分成 8 項特徵：一、維持行政秩序為目的；二、針對違反行政法上義務之行為；三、以一般人民為處罰對象；四、以刑罰以外之處罰為手段；五、具制裁性質；六、屬不利處分；七、對於過去行為之處罰；八、原則上以行政機關為處罰主體。

再本此 8 項特徵，逐一檢視政府採購法第 101 條第 1 項中所規定之 14 款事由，除第 13 款之「破產程序中之廠商」外，當廠商具備其餘各款之事由時，由機關將其刊登政府公報發生停權效果之行為，係由行政機關，以維持政府採購秩序為目的，對於廠商過去違反行政法上義務之行為，施以停權之效果，資為制裁之不利處分。故應可滿足行政罰各項特徵，而得被視為行政罰一種，並可歸類為行政罰法第 2 條第 1 款之「限制或禁止行為之處分」。

不過，為求徹底解決此問題，應可考量採修法之方式。首先，在體例上，將本條中確屬行政罰之規定移到第 7 章罰責，而非現行之第 8 章附則。其次，可將系爭條文第 13 款另立一條並移到罰責章以外，再檢討各款之情形，確立是否係行政法上義務之違反而仍欲以行政罰作為制裁之手段，若僅係契約義務之違反者，是否考量以其他方式規範或制裁，而非全部納入第 101 條之中，皆施以停權處分，徒然引發適用上之困擾以及人民之爭訟。

## 參考文獻

### 中文

#### 一、專書

1. 吳 庚，行政法之理論與實用，自版，2012 年 12 版。
2. 李震山著，廖義男主編，行政罰法，元照，2007 年。
3. 林三欽，作成「預防性行政處分」之時間上限制，行政訴訟制度相關論文彙編（第 6 輯），司法院，2009 年。
4. 林錫堯，行政罰法，元照，2012 年 2 版。
5. 洪家殷，行政罰法論，五南，2006 年 2 版。
6. 黃鈺華主編，政府採購法解讀－逐條釋義，元照，2011 年 4 版。
7. 潘秀菊，政府採購法，新學林，2012 年 2 版。
8. 蔡震榮、鄭善印，行政罰法逐條釋義，新學林，2006 年。

#### 二、期刊論文

1. 李建中，政府採購法及其相關子法，營造天下，第 42 期，1999 年 6 月。
2. 林石猛、徐肇謙，政府採購法上不良廠商停權制度相關爭議，月旦裁判時報，第 22 期，2013 年 8 月。
3. 林昱梅，違約廠商刊登政府採購公報之法律性質，月旦法學教室，第 132 期，2013 年 10 月。
4. 林素鳳，不良廠商之通知與刊登政府採購公報，台灣法學雜誌，第 187 期，2011 年 11 月。
5. 張永明，政府採購公報上之不良廠商，月旦法學教室，第 91 期，2010 年 4 月。
6. 陳偉仁，政府採購法通知刊登政府採購公報有無時效適用－兼評最高行政法院 101 年度 6 月份第 1 次庭長法官聯席會議暨相關判決，台灣法學雜誌，第 230 期，2013 年 8 月。
7. 程明修，非裁罰性之行政處分之「處分時效」？－最高行 101 年 6 月第 1 次庭長法官聯席會議決議，台灣法學雜誌，第 226 期，2013 年 6 月。
8. 詹鎮榮，「裁罰性」不利處分之概念及其範圍界定－兼論菸害防制法第 23 條「戒菸教育」之法律性質，台灣法學雜誌，第 93 期，2007 年 4 月。
9. 駱忠誠，政府採購法上遭拒絕往來廠商救濟制度評析（上），台灣本土法學雜誌，第 63 期，2004 年 10 月。
10. 蘇宏杰，機關依政府採購法第 101 條規定通知廠商將刊登政府採購公報之時效問題－從 100 年度高等行政法院法律座談會提案第 3 號談起，萬國法律，第 180 期，2011 年 12 月。



### 三、其他資料

1. 江嘉琪，政府採購停權處分做為行政裁罰之再思考，工程法律座談會（公法場次），東吳大學法學院主辦，2014 年。
2. 周佳宥，不良廠商之認定及其救濟程序，行政法總論與各論之條款適用關聯，第 10 屆公法研討會，最高行政法院、東吳大學法律學系公法研究中心合辦，2013 年。



## Abstract

---

The Government Procurement Act is enacted to establish a government procurement system that has fair and open procedure. If there is anyone who violates the order of government procurement system, this Act not only has Penalty for it but enact the “rights suspension”, which means the supplier will be prohibited from participating in tendering, or being awarded or sub-contracted within the certain periods, in article 101-103. However, the property of the rights suspension is debatable since this Act has enforced. This thesis reviewed the property of the rights suspension on the character of administrative sanction. Firstly, we review the background, legislative purposes, literature and different opinions on No. 3 case on a law seminar in 2011 held by High Administrative Courts. Secondly, we interpreted and concluded the opinions of the Joint Meeting in 2013 held by Supreme Administration Court and other scholastic opinions. We expected to establish the standards apply to contents of the Articles 103 to review whether the administrative sanction is, to clarify this long-period debate by our effort.

---

Keywords: The Government Procurement Act, rights suspension, the character of administrative sanction, regulate administrative decision.