

刊登於二十一世紀公法學的新課題—城仲模教授古稀祝壽論文集Ⅲ.行政法各論篇，2008 年 10 月，第 193-223 頁。

尋找一把公共利益的尺 —採購爭議行政裁判之評析

Searching for a Ruler for Public Interests: Evaluation on Procurement Disputes of Administrative Judgments

陳櫻琴

Chen, Yin-chin*

壹、問題提出

貳、政府採購法之爭議處理

參、採購爭議行政裁判之研究

肆、尋找一把公共利益的尺—採購爭議之檢討

伍、結論與建議

政府採購法在 1997 年公布，1998 年施行，相較於過去以營繕管理的審計法規層級管理，政府採購管理應更具有市場效率與公平競爭的興利功能。政府採購立法為涉及公共利益的法律，公益原則應是最高指導原則，在各種流程的運作，亦應以公益為最大考量。本法關於「公共利益」的規定，有諸多明文，如第 6 條第 1 項、第 2 項、第 15 條及第 64 條等。所謂公共利益之尺，應在整體採購爭議程序中，由「採購機關」、「申訴審議機關」及「法院」共同把持。但在具體個案中，如引起社會重大爭議的南部科學園減振案、ETC 案等行政裁判中，法院對於公共利益考量似有另一把尺，是否符合採購法的政策目的，仍有待檢討。

關鍵字：

政府採購、停權處分、南科減振案、ETC 案、二階段投標、借牌與出借牌照【二十一世紀公法學的新課題—城仲模教授古稀祝壽論文集Ⅲ.行政法各論篇，2008 年 10 月，第 193 頁】

* 中原大學財經法律系副教授

壹、問題提出

公共利益原本就有許多面向的思考層次，當政府採購程序的弊端叢生，浪費社會資源，當屬公共利益的折損；但當可以迅速解決的爭議，卻因繁冗漫長的行政流程或訴訟程序而延宕，亦不符合公共利益。政府採購法（以下稱本法）在 1997 年公布，1998 年施行，相較於過去以營繕管理的審計法規層級管理，政府採購管理應更具有市場效率與公平競爭的興利功能。

政府採購立法為涉及公共利益的法律，公益原則為最高指導原則，在各種流程的運作，亦應以公益為最大考量。本法關於「公共利益」的規定，有諸多明文，如第 6 條第 1 項規定，「機關辦理採購，應以維護公共利益為原則」、第 2 項規定「辦理採購人員得基於公共利益之考量，為適當之採購決定」第 15 條關於迴避的規定亦應公共利益的考量；第 64 條規定採購契約履行反而不符合公共利益者，得終止或解除；第 82 條規定，申訴審議判斷指明機關違反法令者，應考量公共利益，建議機關處置方式，或通知停止採購程序；第 84 條規定，招標機關認廠商異議或申訴有理由者，雖有自行撤銷、變更原處理結果，或暫停採購程序之進行，得依公共利益而不適用之。

因此，所謂公共利益之尺，應在整體採購爭議程序中，由「採購機關」、「申訴審議機關」及「法院」共同把持。

惟由於行政機關本位主義作祟，或因申訴審議的運作有欠圓熟，仍有不少採購爭議在後續行政訴訟流程，有關於公益原則即眾說紛紜。

若立於「有權利必有救濟」的憲法保障訴訟權論，司法權一環的行政法院裁判應本於利益調和的最大考量，法院解決採購爭議所主張的「公共利益」應為最大多數人的最大利益；但法院的判決有無科學化、效率化、精密化的成本效益分析，當法官在判決揭禁公共利益時，如何考量民意，有問卷調查或公投意見支持，亦考驗司法判決是否符合民意的趨勢。【二十一世紀公法學的新課題—城仲模教授古稀祝壽論文集III.行政法各論篇，2008 年 10 月，第 194 頁】

若立於採購效率論，機關在法律授權範圍內迅速解決採購爭議，亦掌有這一把尺關鍵操作之道。申訴審議機關對於公益與私益的平衡，以止息爭議而作最後判斷，為行政的最終局裁決，公共利益當然為主軸思考。而一旦行政訴訟推翻原處理結果，或不支持申訴判斷的立場，係基於違法性審查，或也應兼及目的性審查、政策性審查？值得深思。

舉例而言，「減價收受」（第 72 條第 2 項）制度的設計宗旨，即是立於公共利益的考量，並兼顧契約當事人權利義務，條文雖未明文「公共利益」，但所謂「不妨礙安全及使用需求，亦無減少通常效用或契約預定效用」等文義，探求其精神，亦是基方合公益考量，以減價收受方式處理驗收之爭議。

就社會若干重大的採購爭議，這把「公共利益的尺」，若無法在採購機關把持，申訴機關亦難揮舞，至法院訴訟又呈現利益難以調和的局面，如南部科學園區的高鐵減振工程案；在民間參與公共建設（BOT）亦適用政府採購的申訴制度下，有關高速公路電子收費系統（ETC）案，行政法院判決所為三方（甄審程序上榜者、落榜者和機關）可能都不樂意的局面，其雖高舉公共利益大旗，但是否為唯一衡量標準，在社會仍餘波盪漾，仁智互見。

本文研究採購程序的爭議處理（本法第 6 章），原則上以申訴案的行政裁判為對象，但亦兼及 BOT 案。本文案例以申訴案之行政法院判決為主，但調解及變革中的仲裁制度（第 85-1 至第 85-4 條）亦有社會最大公共利益的著眼點，本文一併加以討論。

貳、政府採購法之爭議處理

本法第 6 章規定「爭議處理」（第 74 條至第 86 條），在 2002 年有大幅修正，原章名為「異議及申訴」，當時係配合調解制度納入本章，明文規定爭議處理的「特殊救濟程序」，參考各國採購法令及標準，處理採購爭議，有助於採購法令與國際同步發展。以近幾年來由行政院公共工程委員會（以【**二十一世紀公法學的新課題—城仲模教授古稀祝壽論文集III.行政法各論篇，2008 年 10 月，第 195 頁**】下簡稱工程會）主導申訴運作實務，或由行政介入處理的調解機制，亦甚符合迅速解決爭議的目標。

2007 年本法修正工程採購的「先調後仲」條文，即第 85-1 條第 2 項規定「廠商申請調解，機關不得拒絕」，且「工程採購經提出調解建議或調解方案，機關不同意致調解不成立者，廠商提付仲裁，機關不得拒絕」。此為一挑戰公共利益的立法制度，值得加以評析。

首先，爭端解決原有多元化管道，調解是雙方相互讓步以解決爭議，但亦有雙方讓步的法理與事理拘束本質，究不能謂調解制度有績效而一律規定「強制調解」。其次，工程採購規定「強制仲裁」，亦甚有疑義，工程仲裁究不能違反仲裁法原理及規定，如雙方未合意約定仲裁條款，只因本法規定「機關不得拒絕」，就應受仲裁的拘束，似不符合爭端解決的多元化。

有關爭議制度的建立，當然涉及公共利益，在世界貿易組織（WTO）之下的政府採購協定（GPA），第 20 條規定，各締約國辦理採購，就招標、審標、決標事務，應建立一公正、獨立單位，以快速處理廠商所提出的申訴案件。故工程會督導成立中央及地方政府採購申訴審議委員會（以下簡稱申訴會）受理申訴及調解案，由行政機關介入處理採購爭議，在處理過程中所把持的就是公益原則的尺。

91 年修正第 6 章重點包括：救濟制度單純化、配合行政程序法期間計算、符合 WTO 快速有效程序，也是在公益原則大旗下的修法成果。

為避免招標機關延宕異議處理，機關處理異議的期間，由原來 20 日減為 15 日，俾使廠商不服時，得儘速提起申訴，以符合 WTO 的要求。依本法規定，廠商對於機關辦理採購，認為違反法令或我國所締結的條約、協定，致損害其權利或利益者，得在一定期限內，以書面提出異議（第 75 條）。廠商提出異議及機關處理期限，均屬迅速處理爭議的一環，自應把持公共利益的尺，以迅速解決爭議為最高原則。

分析廠商提出異議之內容，包括：（第 75 條第 1 項第 1 至第 3 款、第【二十一世紀公法學的新課題—城仲模教授古稀祝壽論文集III.行政法各論篇，2008 年 10 月，第 196 頁】76 條第 1 項）

- 對招標文件提出異議；
- 對招標文件規定之釋疑、後續說明、變更或補充提出異議；
- 對採購之過程、結果提出異議者；
- 對公告金額以上採購異議之處理結果不服者，或招標機關逾期不處理者；

目前最後一種的異議案最多，即進行後續的申訴案，依規定，廠商在收受異議處理結果或期限屆滿之次日起 15 日內，向採購申訴審議委員會申訴（第 76 條第 1 項）。申訴會於 40 日完成審議，必要時延長 40 日（第 2 項）。目前該審理辦理期間似屬訓示規定。對於招標文件的異議案，機關的處理方式，應在 15 日內為適當處理，並書面通知廠商，如有涉及變更或補充招標文件內容者，原則應另行公告，且視需要延長等標期（第 75 條第 2 項）。

其次，爭議處理的運作，採「雙階理論」制度，即廠商對「招標、審標、決標階段」之爭議，可提出異議及申訴。對「履約階段」之爭議，則依原條文第 85 之 1 條得申請調解或提付仲裁。

總之，對招標文件的規定等有異議，可向招標機關提出，如對其處理不服者，可向申訴會申訴。經申訴會提出判斷者，視同訴願決定（第 83 條）。不服申訴會的判斷，或逾法定處理期限者，可於 2 個月內向高等行政法院提起行政訴訟（訴願法 90 條）。因此，在法定救濟期間內未有不服表示，審議判斷即屬確定。

至於履約爭議，由申訴會受理，並視當事人合意與否而成立，其程序準用民事訴訟法有關調解之規定。由工程會所提出的調解建議及依職權提出調解方案，須經雙方合意而成立，不能合意者，調解不成立。調解方案未於法定期間異議者，調解即告成立，履約爭議亦告確定。依民事訴訟法，調解成立與訴訟上和解有同一效力（民事訴訟法第 416 條第 1 項）；而和解成立，與確定判決，有同一效力（民事訴訟法第 380 條），其效力應屬「訴訟法上和解」。**【二十一世紀公法學的新課題—城仲模教授古稀祝壽論文集III.行政法各論篇，2008 年 10 月，第 197 頁】**

再者，就 2007 年所修正第 85 之 1 條第 2 項「工程強制調解」而言，招標機關對於

工程會所介入之「工程調解案」，一般持正面肯定功能，但業者有主張應採取更強化功能，除仲裁及訴訟外，另行創設「職權調解制度」，是否有必要，檢討行政介入之程度，相關分析意見如下：

1. 調解提供多元爭議解決管道：

公共工程之進程序冗長，尤其在招標、審標及決標之程序結束後，廠商與機關開始進行採購合約之簽訂與履行契約等程序，有關「履約階段」之爭議，與採購爭議複雜程度相同，有關迅速處理爭議，也是雙方所期待。過去依訴訟或仲裁解決，機關無法掌握程序的主動權及處理時效，往往遭致廠商的怨言。本法 91 年修正，在第 6 章「爭議處理」納入調解的機制，提供除訴訟及仲裁之外的爭議解決管道，即符合「快速有效程序」之本質。¹

2. 機關不得拒絕調解申請之真義：

依 85 條之 1 第 2 項規定「調解屬廠商申請者，機關不得拒絕」，立法意旨在於提供機關與廠商循調解機制處理爭議，調解程序及效力原則上以本法為主要依據，本法未規定者，準用民訴法有關調解之規定。本項規定之真義，即確定「行政調解」之制度，由於調解仍須經當事人合意而成立；當事人不合意者，調解不成立（第 85 條之 3），故本法縱規定，機關不得拒絕廠商所申請之調解，並未能具有強制調解效力之「準司法程序」。

本文認為可解釋為由「行政機關」（即工程會）介入之行政調解（因有後續規定的依職權提出調解方案）之開端，基於「採購機關不得拒絕廠商之調解申請」之立法意旨，所謂不得拒絕，應包括以最大誠信原則之前提處理調解建議，不得拒絕合理而有效率的調解建議。否則，一旦機關以陽奉陰違方式，圖為拖延爭議處理之程序，並非行政調解制度之本意。【二十一世紀公法學的新課題—城仲模教授古稀祝壽論文集III.行政法各論篇，2008 年 10 月，第 198 頁】

3. 職權調解屬行政指導：

依 91 年修正本法強化調解機制，增列「職權調解」有關的規定，包括職權調解建議及職權調解方案二種。所謂職權調解建議，依第 85 條之 3 第 2 項前段規定，在「調解過程中，調解委員得依職權以採購申訴審議委員會名義提出書面調解建議」。立法意旨謂「調解委員為促成爭議之解決，得斟酌情況，提出調解建議。」

職權調解建議係由工程會依職權，主動提出調解之建議，促雙方以該建議為據，完成行政核報程序，俾其儘速決定是否接受該建議，並據以決定是否合意成立調解。此一依職權提出調解建議，性質上為「行政指導」，應符合行政程序法第 6 章有關行政指導之規定（第 165 至 167 條）。

1 此種功能可謂「工程調解為具法律拘束力之準司法救濟途徑」。至於認為工程會「與民爭利」，可能排擠民間仲裁機構之意見，似有商榷，因為提供多元的爭議解決管道，應屬符合採購法之政策目的。

據實務運作經驗，採購機關相當倚賴此一「調解建議」，如能得一書面調解建議，經上級機關之核定，在實際上有助於雙方拉近調解讓步之條件，亦常有機關代表直接以電話當場回報上級，俾取得授權調解談判之條件。依該法條規定，職權調解之要件如下：

- (1) 須有調解之申請
- (2) 須開始進行調解程序
- (3) 由調解委員提出調解建議
- (4) 以採購申訴審議委員會名義提出
- (5) 須為書面調解建議

所謂職權調解方案，依第 85 條之 4 第 1 項規定「履約爭議之調解，當事人不能合意但已甚接近者，採購申訴審議委員會應斟酌一切情形，並徵詢調解委員之意見，求兩造利益之平衡，於不違反兩造當事人之主要意思範圍內，以職權提出調解方案。」立法意旨謂「參照民事訴訟法第 447 條之規定，明定履約之爭議，採購申訴審議委員會得依職權提出調解方案。」

此種職權調解方案，類似「情況裁決」，可稱為「情況調解」，即由調解機關視當時情況，求兩造利益之平衡，所提出之調解方案，其要件如下：

(1) 須為履約爭議之調解【**二十一世紀公法學的新課題—城仲模教授古稀祝壽論文集III.行政法各論篇，2008 年 10 月，第 199 頁**】

- (2) 須有情況調解之必要²
- (3) 須由申訴會徵詢調解委員之意見而提出
- (4) 調解方案不違反兩造當事人之主要意思範圍內
- (5) 可對調解方案提出異議³
- (6) 未於猶豫期間內提出異議者，⁴視為依方案調解成立

總之，在調解程序中，申訴會基於公益原則，居於從中斡旋、協助雙方達成共識，調解條件仍視機關與廠商雙方之差距而定，若差距甚大者，調解方案往往未能得到雙方之同意，致調解不成立。以實務上運作之調解機制言，一般由民間廠商提出調解申請者較多，鮮少由機關提出調解。⁵而且在調解條件之互為讓步上，多屬機關受限於法規或上級意見而未能讓步者之情況較多。

2 即當事人不能合意但已甚接近者，且已斟酌一切情形，所提出之調解方案，在求兩造利益之平衡。

3 可提出異議者，包括機關及廠商，惟機關提出異議者，依第 85 條之 4 第 4 項規定，應先報上級機關核定，準用第 85 條之 3 第 2 項。

4 依同條第 3 項規定，未於 10 日內向申訴會提出異議者，視為已依該方案調解成立；該 10 日之期間，可視為雙方當事人之猶豫期間。

5 但亦偶有機關提出調解之申請，例如涉及履約期間長者，在執行契約之初的爭議，機關認為透過工程的調解，可以闡明原契約不明確條文，有助於減少爾後的履約明確。

參、採購爭議行政裁判之研究

案例一：南科減振案（台北高等行政法院判決，93 年度訴字第 94 號）

（一）事實：

本案為原告永○公司參與被告國科會辦理「台南科學工業園區減振工法規劃技術服務」採購案，因對被告所為的決標結果認有違反採購法令，損其權益，乃向被告提出異議，復不服其異議處理結果，提出申訴，經工程會駁回，向台北高等行政法院提起行政訴訟。【二十一世紀公法學的新課題—城仲模教授古稀祝壽論文集III.行政法各論篇，2008 年 10 月，第 200 頁】

判決主文為：確認被告國科會 92 年 9 月 30 日台會秘字第 0920049513 號函（即異議處理結果，以下稱國科會 92 年函）違法。

本案關係人為鴻○公司（與原告同獲選為入圍廠商），因其複評分數高，國科會採限制性招標，評選為優勝廠商，以固定價格 3 千 5 百萬元得標。而且本案前有申訴案經工程會申訴會審議（申訴審議判斷書，訴 92500 號，以下簡稱工程會判斷書），工程會駁回原告之申訴，認定永○公司申訴無理由。

（二）要旨：

本院之判斷：（一）系爭採購案決標之工法並未到達招標文件所要求之減振標準，且招標文件未載明「減振成果最高之工法得標」之旨，其決標已有違誤。原告起訴意旨雖未指摘此點，但系爭採購案與公共利益有關，本院就此部分決標程序是否合法，自有審酌之權。

競標工法既均未達決標標準，系爭採購案即應宣告廢標，並以「減振成果最高之工法得標」為條件，重新公告招標，方符合政府採購法第 1 條「公平、公開之採購程序，提升採購效率與功能，確保採購品質」之立法本旨。但被告竟以未達招標文件標準（減振至 48dB 以下）之工法決標，其決標顯已違反政府採購法第 52 條第 3 款「機關辦理採購之決標，應依下列原則之一辦理，並應載明於招標文件中：三以『合於招標文件規定』之最有利標為得標廠商。」規定，原處分未依職權廢標，反而駁回原告之異議，已有未合。

系爭採購案之招標文件並未將「安全性」列為評分項目，但評分時顯將「安全性」做為評選之參考，並於子項評分欄內灌入安全性之評分，變更原有配分權重。政府採購法第 56 條第 1 項、最有利標評選辦法第 16 條、第 19 條所以規定「未列入之項目，不得做為最有利標評選參考」、「招標文件應載明各評選項目之配分。其子項有配分者，亦應載明。」「應依招標文件載明之評選項目、子項及其配分或權重辦理，不得變更。」原因即在於最有利標，既然不以客觀之價格來決標，即應清楚地劃分評分標準，一方【二十

一世紀公法學的新課題—城仲模教授古稀祝壽論文集III.行政法各論篇，2008年10月，第201頁】面給予競標者清楚之準備方向，一方面避免評選委員之偏見、人情介入評選結果，立法目的係冀於此種「人治」色彩極重之決標過程中，加諸「法治」之限制，以防止人謀不臧。故凡是可作為評選標準的事項，均必須「清楚地」表現於招標文件之評分標準中，不能依賴「解釋」來界定何種項目「已列入評分項目」，讓評選者有過大的解釋空間，亦不能將重要之評選項目，隱匿於子項配分不明顯之處，讓競標者容易忽略，而侵害競標者公平競標之權利。

被告雖以鴻○公司所提「彈性減振牆工法」加上「基礎加勁構造工法」，經評選委員認定係為一個複合式工法，而非二個工法云云，惟「彈性減振牆工法」之施作位置在距離高鐵橋墩30公尺處，其減振原理為利用軟性之橡膠材料來衰減振波；而「基礎加勁構造工法」之施作位置為緊臨高鐵橋墩之正下方，其減振原理為利用剛性之混凝土沉箱構造束制橋墩基礎來降低振源之擺動幅度，此2種工法，其施作位置不同，其減振原理不同，自一般人觀點觀之，二者並無必然結合之關係，難認係一個工法，評選委員專業之判斷，似與一般公認之價值判斷標準不符，被告同意鴻○公司採用「複合式」工法競標，是否符合招標規範，頗值得懷疑。

系爭採購案關於（一）鴻華公司所實施工法逾越招標文件施作位置及範圍部分（二）被告將原告工法40m測點之28dB最佳減振成效剔除部分（三）國家地震中心及中華顧問公司誤導評選委員部分（四）評選委員立場不公之部分，本院審查結果並無何違誤之處，但關於（一）競標工法均未達招標文件所要求之標準，但仍然決標。（二）招標文件未將安全性列入最有利標評分項目，但已列為評選參考，並變更招標文件載明之選評分項評分項目及權重。（三）被告同意鴻華公司採用「複合式」工法之部分，本院則認為決標程序違反法令，原處分駁回異議之決定，係屬違法，申訴審議判斷未予糾正，仍予維持，亦有違誤。

（三）評析：

本案有七大爭點，法院判決被告國科會有四點合法，但有三點違法。判決有如下特色：【二十一世紀公法學的新課題—城仲模教授古稀祝壽論文集III.行政法各論篇，2008年10月，第202頁】

1. 為確認之訴：

本案為鮮見的「確認之訴」訴訟類型，判決「確認招標機關原異議處理結果違法」，屬備位聲明（先位聲明：申訴審議判斷及原處分均撤銷，法院認定無理由）。在過去工程會申訴案，行政法院要推翻，多採撤銷之訴，判工程會敗訴。

2. 行政法院與地檢署之關係：

行政法院管轄權為公法事件，為行政機關之行為有無違法（本案指違反採購法），不

涉及公務員責任。但因該案被告有公務員涉及貪瀆之刑案，⁶致社會迭有誤傳為是台北高等行政法院認定招標行為違法，而檢調單位認為有「採購弊案」，即進行包括搜索及調查行為。

就司法權的發動而言，行政法院針對採購法的判決（審判採購機關是否違反採購法）；與地檢署的犯罪偵查，無必然關係。

3. 本案採評選制度，法院認定評選委員未違法：

法院判決指出，評選委員之專業判斷，應予尊重，評選委員取消原告 40m 測點之 28dB 最佳減振效果，係參考國家地震中心所作檢驗量測報告之結論。故認定「無從認為該報告結果有何錯誤，評選委員之專業判斷並未違反一般人公認之價值判斷標準」。

4. 獨立單位之測試數據，並無顯然錯誤：

國家地震中心及中華顧問公司均為國科會委任之獨立單位，法院認定「其所提供之測試數據僅供為評選委員之參考，並無顯然錯誤」。其後若可證明其所提供之數據錯誤，為後續有無國家賠償責任之問題。並無證據顯示國科會「引導」或「介入」國家地震中心及中華顧問公司之資料提供。

本案判決有值得研究之點：

1. 判決主文甚為罕見，先位聲明不合法，採備位聲明有理由：

法院判決確認國科會 92 年函為違法，即認定原告有理由，至於對工程會【二十一世紀公法學的新課題—城仲模教授古稀祝壽論文集III.行政法各論篇，2008 年 10 月，第 203 頁】判斷書，法院認為「欠缺保護必要」、「欠缺訴的利益」。

2. 技術服務案與施工案之關係：

系爭採購案為南科「減振工法規劃技術服務案」，與日後「南科高鐵減振工程細部設計與施工案」，兩者間是否有競標關係：

有關技術服務案，國科會係於 92 年 8 月 17 日複評，鴻○公司以 3 千 5 百萬元得標。有關施工案，國科會在 93 年 10 月 5 日決標，鴻○公司以 80.5 億元得標（國科會對兩案皆採限制性招標）。法院判決指出，兩案為獨立，技術服務案不能因此而謂與施工案有必然之連結關係。

法院認定三點違法之處：

1. 競標工法未達招標文件所要求之標準，國科會仍予決標：

招標文件規定「競標工法須將南科園區之振動量減至 48dB 以下」，但據法院調查：原告及鴻○公司二者均未達得標標準（降至 48dB 以下），有國家地震工程研究中心報告。

6 至 2008 年 7 月間台南地方法院判決，涉案公務員有皆無罪。

法院認定，國科會的決標違反採購法第 52 條第 3 款，決標原則應「以合於招標文件規定之最有利標為得標廠商」，但二家入圍者均未符合標準，竟予決標其中一家。

2. 招標文件未將安全性列入最有利標評分項目，但列為評選參考，並變更招標文件評分項目及權重：

招標文件載明之選評分項評分項目及權重，對於「安全性」原未列入，原告主張，國科會評分不公，擅自變更評分項目及權重。法院認為，違反本法第 56 條第 1 項、最有利標評選辦法第 16 條及第 19 條。判決書並列出「減振工法測試審查表」，在被告的決標結果函謂：永○不予錄取，理由為「安全」、「長期安全性」有疑慮。

本文認為，此一論點甚有疑問，無論就高鐵通車或南科製造環境而言，均屬社會關切事項，故由國科會介入，「安全性」應是一重大考量。只因當時減振審查表未列入，就不得審查安全性項目，似不符合行政介入目的。法院對審查表列採取嚴格認定，只能對表列的審查項目打分數，未列入審查項目的不得列為評分，亦即要「清楚地」、「不能依賴解釋」，否則即認為有違法，似有置國科會當時所介入的政策目的於不顧。【二十一世紀公法學的新課題—城仲模教授古稀祝壽論文集III.行政法各論篇，2008 年 10 月，第 204 頁】

3. 國科會同意鴻○採用複合式工法，決標程序違反法令：

法院認為，本案原處分（國科會 92 年函）駁回異議之決定，有違法之處；工程會判斷書未予糾正，也違法。所謂複合式工法，指「彈性減振牆法」與「基礎加勁構造工法」的加總。國科會同意鴻○公司採用複合式工法，違法招標文件規範。主要理由係，此 2 種工法，其施作位置不同，減振原理不同，自一般人觀點觀之，二者並無必然結合之關係，難認係一個工法，評選委員專業之判斷，與一般公認之價值判斷標準不符，國科會同意鴻○公司採用複合式工法競標，不符合招標規範。對這一論點的疑點是：究竟工法是專業問題，或一般公認的價值判斷？

與本文研究主題有關者，法院得否以公共利益為理由而介入審查？是否為訴外裁判？法院判決開宗明義即謂，系爭採購案決標之工法並未到達招標文件所要求之減振標準，且招標文件未載明「減振成果最高之工法得標」之旨，其決標已有違誤。而此一點是原告起訴所未主張的，而且就此實際工法的減振效果，原告和被告雙方都未招標文件所要求的標準，法院逕自認為「系爭採購案與公共利益有關」，本院就此部分決標程序是否合法，自有審酌之權，亦甚為武斷。

而且判決有關專業問題或一般公認的價值判斷亦有矛盾之處，對於工法如此專業的問題，法院認定複合工法不是原招標文件規範內容，「自一般人觀點觀之，二者並無必然結合之關係，難認係一個工法，評選委員專業之判斷，似與一般公認之價值判斷標準不符」；但有關於評選委員之專業判斷，法院認為應予尊重，評選委員取消原告 40m 測點

之 28dB 最佳減振效果，係參考國家地震中心所作檢驗量測報告之結論。判決認定「無從認為該報告結果有何錯誤，評選委員之專業判斷並未違反一般人公認之價值判斷標準」。

本文認為，法院對公共利益亦不宜偏離一般公認的價值判斷，則上述有關安全性的考量，亦應屬於公利原則的一環才是。

案例二：ETC 甄審申訴案（台北高等行政法院判決，94 年度訴字第 301【二十一世紀公法學的新課題—城仲模教授古稀祝壽論文集III.行政法各論篇，2008 年 10 月，第 205 頁】號）⁷

（一）事實：

本案為「民間參與高速公路電子收費系統建置及營運」促參案，是台灣首度的高速公路電子收費系統 BOT 案，因共有二家廠商參加甄審，其中列入優先締約對象為遠○公司，但落選的宇○公司提出向工程會提出申訴，工程會申訴審議判斷主文：「原異議處理結果有關公證、認證部分撤銷；有關設立建置營運公司發起人、修改投資計畫及公平協商部分不予受理；其餘申訴駁回」（工程會審議判斷書 94 年 1 月 7 日工程訴 09400008470 號）。

遠○公司提起行政訴訟，輔助參加人為交通部台灣區高速公路局，以工程會為被告，宇○公司也為參加人。台北高等行政法院判決主文：「原申訴審議判斷（即關於公證、認證部分）撤銷。」

亦即法院對於工程會的申訴判斷並不表支持，在有其他訴訟參加人宇○公司、輔助參加人高公局的情形下，原告關公證、認證的部分竟受敗訴之判決。

高公局依促參法徵求 BOT 案，有關甄選程序的過程，簡述如下：

1. 甄審委員會進行資格預審

公告：92 年 12 月 25 日公告入圍申請人：共有宇○公司、遠○聯盟、宏○公司合格。

2. 協商及綜合評審

公告：93 年 2 月 27 日公告甄選決定：遠○聯盟為最優申請人，宇○公司人為次優申請人。

3. 救濟程序

（1）宇○公司不服，93 年 3 月 25 日向高公局提出異議。

（2）宇○公司人認為高公局未於法定期間內為適當處理，94 年 4 月 9 日向工程會提出申訴。【二十一世紀公法學的新課題—城仲模教授古稀祝壽論文集III.行政法各論

7 另有相關判決，參見台北高等行政法院判決，94 年度訴字第 752 號（其中不利於參加人宇○公司部分）。

篇，2008 年 10 月，第 206 頁】

(3) 工程會審議中，高公局於 93 年 4 月 26 日作成異議決定：異議無理由。

(4) 工程會接續審議：就雙方爭議六大爭點做出判斷，主文謂：「原異議處理結果有關公證、認證部分撤銷；有關設立建置營運公司發起人、修改投資計畫及公平協商部分不予受理；其餘申訴駁回」。有關公證、認證的爭議理由如下：

—遠○聯盟於招商截止日 92 年 11 月 20 日前，僅提出經外國認證機構 TUV 認證之紅外計次電子收費系統功能英文版，未將該英文版再經公證、認證，且未一併提出經公證之中文原本。

—高公局未依申請須知第 2.8.1 節及促參法 43 條及 44 條 1 項規定，視遠○聯盟為不合格申請人，於法即有未合。

遠○公司不服，但就公證、認證部分爭議，則未獲台北高行院支持，法院反而對原告遠○公司為不利之判決。

(二) 要旨：

未併提經公證之系統功能認證文件中文譯本，是否該當於相關文件不符程式或資料文件有疑義、資料有疑義等情形，關乎不符及疑義之定義如何。蓋未經規範於申請須知中，非一般法律概念所得涵攝，產生適用上之爭議，解釋上應視文件缺漏之形式。

所謂中文原本實為中文譯本，其功能應在於幫助閱讀，此等輔助性之資料之未提出，影響所及者，為原文文件之難於閱讀，即屬於「資料有疑義」之情形，則高公局通知原告補正，自符合申請須知之規範，而無違法。反之，如認為僅具翻譯性質之文字未能提出，即不得補正，顯然拘泥於文字而與甄選辦法、申請須知容許補正之規定意旨不符。

(三) 評析：

有關政府採購法所建立的申訴審議程序，在促進民間參與公共建設案亦適用，但 BOT 案有其政策目的，是否在申訴程序及行政訴訟審議過程中，掌握政策目的，符合公共利益，在 ETC 案曾引起爭議。

法院對於應提出之文件為何？究「中文原本」，應指中文譯本（第 36【二十一世紀公法學的新課題—城仲模教授古稀祝壽論文集III.行政法各論篇，2008 年 10 月，第 207 頁】條第 2 項），但高公局主張公告之補充說明將譯本誤認原本。至於可否補正？依甄選辦法 14 條、申請須知 12 章甄審計畫之 12.1.2 第 5 點及 12.5 規定：「申請人提送之資料，有相關文件不符程式、資格文件有疑義、資料有疑義，即通知補正、澄清。」但法院認為，本件 BOT 案所應提送之申請文件中系統技術基本資料表及功能認證項目表外文版，應包括：

1. 經送測單位用印、認證機構用印而無須國外當地公證人公證、我國駐外單位認證

之外文版。

2. 經公證之中文譯本，原告於招商截止日所提之系爭文件雖未提經公證之中文譯本而未符規定。

惟此屬可以通知補正之事項，高公局通知並允許遠○公司補正，並無不當。

嗣後遠○公司所提中文譯本經一份奧地利外交部公證、奧地利公證人公證及經維也納中國文化研究所認證之文件完成「經公證」之程序，而該中文譯本已就英文版逐字翻譯，可資藉以明瞭功能認證項目表英文版之意義，自符補充說明第（一）號第 23 點所要求之助於閱讀之功能，應認已符合規定，則高公局將其視為合格之申請人，而允許其參與甄審委員會之甄審，自無違法。

本案為民間參與公共建設案件，但本質屬政府採購，有關參與廠商所提申請文件形式上真正及其效果之認定，與政府採購案件並無不同，且政府規劃之交通建設開放民間投資興建或營運，其甄選投資廠商之程序，有政府採購法之適用，依本第 99 條規定，「甄選投資商之程序，除其他法律另有規定者外，適用本法之規定」，遠○聯盟在招商截止日，欠缺「公證及認證」，係文件缺漏，且不得補件，應為不合格之申請人。

當時工程會認定，遠○聯盟於招商截止日前所提出之紅外線電子系統計次功能認證文件（英文版），未經公證、認證，並未一併提出計次功能認證文件之中文原本。

問題在於：依招商文件之規定，系統功能認證文件英文版提出前有沒有要求應經公證及認證程序？招商截止日前未提出計次功能認證中文原本，有無違反招商文件規定？工程會依下列規定認定：

1. 申請須知 2.8.1，視為不合格申請人，違反 1 及 9 款，未依申請須知或其【二十一世紀公法學的新課題—城仲模教授古稀祝壽論文集III.行政法各論篇，2008 年 10 月，第 208 頁】他招商

文件之規定提出申請文件，得視為不合格申請人。

2. 申請須知第 2.8.3 節第 8 點，提送相關文件及數量：有「系統技術基本資料及功能認證項目表」。

3. 申請須知第 9.1.1 節第 1 點：認證文件審查：系統功能認證文件為申請人於審標時即應提出之重要文件，其提出應遵守招商文件之規定。

4. 申請須知第 1.4 節第 20 點，公證、認證，目的：確保文件之真實性。

依此推論，一旦申請人所提出之其他文件違反招商文件規定，即影響申請人之資格。

且依招商文件補充說明書第（一）號第 23 項，並未明定外文系統功能文件必須經公證及認證，但明文要求中文原本，依舉輕明重之理，外文系統功能文件自應經公證及認證。故認定遠○聯盟提出之英文版，違反申請須知第 1.4 節第 20 點，未經公證及認證，

應視為不合格申請人。

依促參法第 43 條、第 44 條第 1 項，遠○聯盟於招商截止日前，僅提出未經公證、認證之紅外線計次電子收費系統功能文件英文版，未一併提出中文原本，高公局未依申請須知第 2.8.1 節，及促參法，視遠○聯盟為不合格申請人，於法未合。

從公共利益觀點，本案在工程會申訴會的判斷書（工程訴 09400008470 號）即有未加考量之處，當時係由宇○公司提出申訴，主張主辦機關高公局違法，利害關係人即包括遠○聯盟。若能在「有關公證暨認證部分」之原本或譯本，提供補正機會，而不逕為如主文「原異議處理結果有關公證、認證部分撤銷」，或可免除後續行政訴訟之複雜境地。

案例三：刊登採購公報之爭議案（最高行政法院判決，93 年度判字第 158 號）

（一）事實：

華○營造公司向台北市政府承攬殯葬管理處「陽明山靈骨塔改善工程」採購案，於 87 年 8 月 20 日簽訂契約，履約過程中，台北市政府以本工程之無主骨輝（罐）應遷厝承諾合法私塔部分，經多次通知華○公司均未依【**二十一世紀公法學的新課題—城仲模教授古稀祝壽論文集III.行政法各論篇，2008 年 10 月，第 209 頁**】約施作，乃通知將依行為時採購法第 101 條第 7 款刊登政府採購公報，案經 89 年 8 月 14 日工程會申訴會審議，判斷「申訴有理由」。

嗣後華○公司仍就「本工程之無主骨輝（罐）遷厝合法私塔」工作之施作義務有所爭執，未進行施作，台北市政府函知華○公司，依 101 條第 7 款規定，如未提出異議者，將刊登政府採購公報。

經華○公司提出異議及申訴，均遭駁回，遂提起行政訴訟。第一審認定原告無理由，但最高行政法院判決推翻之，判決主文：「原判決關於駁回上訴人請求撤銷被上訴人將刊登政府採購公報之訴暨該訴訟費用部分均廢棄，發回臺北高等行政法院。其餘上訴駁回。」

（二）要旨：

關於駁回上訴（即終止合約）部分：按行為時政府採購法第 102 條第 4 項規定：「第 1 項及第 2 項關於異議及申訴之處理，準用第 6 章之規定。」所謂準用與適用有別，適用係完全依其規定而適用之謂，準用則祇就某事項所定之法規，於性質不相牴觸之範圍內，適用於其他事項之謂，即準用有其自然之限度。

本件上訴人對於被上訴人 89 年函，依第 102 條之規定，提出異議及申訴，依上開準用之規定，僅於性質不相牴觸之範圍內始得適用同法第 6 章所定程序。被上訴人前揭函通知上訴人關於：「謹再限於本（89）年 10 月 20 日前完成合約既定工程項目，逾期即行終止合約」部分，係被上訴人就兩造間承攬契約有關履約之爭議，對上訴人所發之通知，係屬私法上之事實行為。

上訴人對之異議，亦僅係確認該通知事實有否錯誤，該函及異議處理結果，自不屬行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施，即非屬行政處分，殊不因行政院公共工程委員會採購申訴審議判斷而變更其性質。從而政府採購法第 6 章第 83 條第 1 項有關審議判斷視同訴願決定之規定，自無準用之餘地。本件有關終止合約部分，係因採購契約履約問題所生之爭議，屬私權糾紛而非公法爭議，行政法院即無審判權。原判決認應循民事法律途徑解決，上訴人提起本件訴訟，為不合法乙節，其理由雖有不同，惟結果並無不合，應予以維持。【二十一世紀公法學的新課題—城仲模教授古稀祝壽論文集 III. 行政法各論篇，2008 年 10 月，第 210 頁】

另關於廢棄（即通知將刊登政府採購公報）部分：按被上訴人通知上訴人將列為不良廠商刊登於政府採購公報，係行政機關依政府採購法第 101 條規定所為處分，屬公法事件，原審法院應為實體審理。本件遍查全部卷證資料，並無已將上訴人刊登政府採購公報之任何證據，原審未予詳查，徒以被上訴人一將上訴人名稱及違約情形刊登政府採購公報後，上訴人提起撤銷之訴縱認有理由，已難回復刊登前之原狀，其提起撤銷刊登行為之訴，已欠訴之利益等詞，遽為上訴人不利之判決，自屬率斷。

（三）評析：

1. 爭議處理制度修正沿革：

本法的爭議處理制度，曾有重大修正，修正前第 102 條第 4 項規定：「第 1 項及第 2 項關於異議及申訴之處理，準用第 6 章之規定。」修正後對爭議處理採一元化程序，即對於招標、審標、決標之爭議，一律依第 6 章的程序處理。

本案有二申訴案件，一為申訴有理由案，一為申訴駁回案。本判決係對於後者有關終止合約部分，係因履約所生爭議，屬私權糾紛，而非公法爭議，行政法院無審判權。第一審判決認應循民事法律途徑解決，華○公司提起訴訟不合法。第二審法院認為認為無法審判，華○公司起訴不合法。

2. 刊登政府採購公報之爭議：

台北市政府通知華○公司列為不良廠商刊登於政府採購公報，為行政處分，歸屬於公法事件，行政法院應加以審理，本案二審法院認為一審法院未為實體審理，所為華○公司不利的判決，有率斷之處，故予廢棄。

案例四：二階段投標案（最高行政法院判決，92 年度判字第 1372 號）

（一）事實：

本案分為「規格標」及「價格標」二階段招標，則兩標應分別開標、決標，始符合兩段開標方式之意旨。廠商主張，依中信局招標文件定明，「規格標」經審查結果符合招標文件要求之投標廠商，中信局將另行通知擇期開啟其「價格標」。「規格標」經審查

結果不符合招標文件要求之廠商，中【**二十一世紀公法學的新課題—城仲模教授古稀祝壽論文集III.行政法各論篇，2008年10月，第211頁**】信局將告知其不符合之處，並發還其原封「價格標」，惟未訂定須俟價格標開標決標後始告知發還。

本件「規格標」係於89年1月7日開標，開標後機關已通知合於資格之投標廠商，但未將資格標決標結果於資格標決標日10日內通知不符合資格者，遲至價格標決標後始通知廠商，廠商認為，該程序與招標文件之條款及採購法施行細則第61條規定不合，提起行政訴訟。

二審法院調查，本件採購案為二階段，先規格標，後價格標。於89年1月七日開規格標，機關遲至3月31日即第二階段之價格標決標後，才要求廠商提出補正、異議或申訴，並進而參與價格標競標之機會等程序。廠商起訴請求撤銷規格標及價格標之原處分，原一審法院判決無理由，但二審最高行政法院認為，原判決認事用法有無違誤，廢棄原判決，原回原法院，依二審判決意旨，查明事實後重為適法之判決。

（二）要旨：

惟本院按上訴人（即廠商）上訴意旨主張：依「投標廠商資格與特殊或巨額採購認定標準」第5條第1款規定，對於擇定投標廠商之特定資格，應載明於招標文件上，被上訴人（即招標機關）就擇定投標廠商之特定資格條件，未載明於招標文件，反而放置於規格條文中，有使投標廠商漏附相關文件之可能，被上訴人此項疏失不當，造成上訴人之疏忽，自應由被上訴人通知上訴人補正，予上訴人有補救之機會，始合衡平之理。

又本件採購案採兩段開標之方式，其目的即在於要先確定投標廠商之特定技術資格。故被上訴人在認投標廠商有規格標不合格之情事時，即應先通知不合格之廠商，使其得向被上訴人提出異議，俟法定異議期間經過或異議、申訴遭駁回時，始進行第二階段之價格標決標程序，如此方符合規格標與價格標分兩段開標之精神。

（三）評析

1. 二階段投標之處理：

招標案是否有必要採二階段投標，原則屬機關裁量權限，但既採二階段招標，即應依招標文件和採購法規定的程序，分別開標、決標和補正、【**二十一世紀公法學的新課題—城仲模教授古稀祝壽論文集III.行政法各論篇，2008年10月，第212頁**】異議、申訴的程序。在中信局招標文件案號 GF2-880333 備註條款並未記載投標廠商必須具有相當經驗成績者之特定資格，僅於招標規範第12點記載。法院調查，該規範內容絕大部分係對鐵軌之規格、製造過程、化學成分分析，物理性質等標準之記載，與廠商之特定資格，二者係不同性質之事項。

法院對於機關採二階段招標的行政裁量權未予審查，但質疑機關將廠商資格規定於招標規範中，與一般業界採購招標常規不合。此一事實工程會申訴判斷書，亦認該記

載方式未當。

本案既分「規格標」及「價格標」，則兩標應分別開標、決標，始符合兩段開標方式之意旨。中信招標文件定明，「規格標」經審查結果符合招標文件要求之投標廠商，中信局將另行通知擇期開啟其「價格標」。「規格標」經審查結果不符合招標文件要求之廠商，中信局將告知其不符合之處，並發還其原封「價格標」，惟未訂定須俟價格標開標決標後始告知發還。

本件「規格標」係於 89 年 1 月 7 日開標，開標後被上訴人已通知合於資格之投標廠商，但未將資格標決標結果於資格標決標日 10 日內通知不符合資格者，遲至價格標決標後始通知上訴人，該程序與招標文件之條款及採購法施行細則第 61 條規定，有無不合，亦值得再行推研。二審法院認為，原判決對上訴人前開攸關判決結果之主張，並未敘明其不採之理由，遽為不利上訴人之判決，已有理由不備之疏漏。

2. 招標文件之內容廣泛：

本件採購招標案，有關「招標文件」，散見於「招標、投標及簽約三用表格」、「備註條款」、「招標規範」等文件中，法院認定其規定內容不一致，則依「投標廠商資格與特殊或巨額採購認定標準」第 5 條規定所稱之招標文件，究係單指備註條款之招標文件，或包括招標規範等文件，亦不明確，二審法院指摘，原判決就此爭議並未查明認定。

3. 投標廠商之實績證明：【二十一世紀公法學的新課題—城仲模教授古稀祝壽論文集III.行政法各論篇，2008 年 10 月，第 213 頁】

機關對於廠商因疏未而提出實績證明，於審標時應予通知補正，否則，與行政行為應明確及衡平原則有違。二審亦指出，原判決未就此加以審酌，尚嫌疏漏。

4. 原審法院可否自行認定招標規範屬多餘：

本案招標規範，有關「The heat treatment method should be slack quench」之規定。兩造對「slack quench」有不同之解釋，二審法院指出，原判決未能詳予查明鋼鐵製造及火車鋼軌所需特性等相關資料，以推研二者文義究何所指，遽認招標規範第 2.5 章節之規定係屬多餘，已嫌速斷。

機關主張：投標規範第 2 章製造第 2.5 節中雖有熱處理方法必須採緩慢冷卻之過程（slack quench），惟此節內容係指鋼軌成型後必須採緩慢冷卻之過程，故於規範中告知此項製作程序，而非嚴格要求特殊加硬之熱處理為必要等語，並未主張該規範第 2 章製造第 2.5 節之規定為屬多餘。二審法院指出，原判決以該節規定已屬多餘，其未同時刪除，似屬疏忽所致乙節，與被上訴人之主張及證人王大任之證詞均有未合，原判決有認定事實與所憑之證據不符之違誤。

機關主張投標規範第 2 章製造第 2.5 節中所訂熱處理方法必須採緩慢冷卻之過程，係指鋼軌成型後必須採緩慢冷卻之過程乙節，如屬可採，則本件得標者是否具有提供該

項產品之能力，關係得標者是否有撤銷得標之事由，二審法院認為，原判決未就此影響判決結果事項加以認定，判決理由亦有未備。

總之，本案為二階段投標，廠商請求撤銷「規格標」的部分若有理由，則最後得標者是否有不合得標要件而應撤銷得標，確有法律上利害關係。二審法院認為原判決認事用法違誤，上訴有理由。

案例五：借牌之投標爭議案（最高行政法院判決，91 年度判字第 1542 號、91 年度判字第 1464 號）

（一）事實：

本案涉及借牌投標之爭議，龍捲風科技公司參加行政院衛生署中醫藥【二十一世紀公法學的新課題—城仲模教授古稀祝壽論文集III.行政法各論篇，2008 年 10 月，第 214 頁】委員會辦理的「中醫藥典籍電子資料庫計畫」招標，機關在決標過程中發現，參與投標之龍捲風公司與大人物管理顧問公司、毅欣資訊公司所繳押標金支票號碼連號，認有影響採購公正之行為，先通知上訴人 1 年內不得參與被上訴人任何採購招標案，嗣於 89 年 3 月 17 日又通知上訴人，指上訴人有採購法第 101 條第 1 款之情形，如未提出異議，將刊登政府採購公報，依同法第 103 條第 1 項第 1 款規定，自刊登之日起 3 年，上訴人不得參加投標或作為決標對象或分包廠商（下稱原處分，通知內另有繳回已發還押標金之部分，非行政訴訟標的）。

龍捲風公司主張，以龍捲風公司名義投標係其新進業務人員劉俊華，誤認大人物公司將以上訴人為分包商，未依龍捲風公司內部作業流程而擅自用印所致，龍捲風公司全不知情，自無容許他人借用龍捲風公司名義或證件參加投標情事。

縱認定劉俊華之行為效力應及於龍捲風公司，即係龍捲風公司有意參與投標，並無借用名義情事。又招標機關先於 88 年 12 月 30 日處罰龍捲風公司 1 年內不得參與任何採購招標案，就同一行為，再於 89 年 3 月 17 日為原處分，有違一事不二罰原則。況大人物公司本身亦符合投標資格，與採購法第 101 條第 1 款之規定不符。

龍捲風公司主張機關原處分違法，經提出異議未獲變更，提出申訴，申訴會審議判斷為申訴無理由，龍捲風公司提起行政訴訟，原審認為無理由，再提起上訴，二審法院認定亦無理由，駁回上訴確定。

與本件相關者為大人物公司主張押標金返還案，大人物公司主張不得直接以本法第 31 條第 2 項之規定為依據而沒收押標金。但法院認為，第 31 條第 2 項第 2 款規定「投標廠商另行借用他人名義或證件投標」、第 48 條第 1 項第 2 款規定「發現有足以影響採購公正之違法或不當行為者」及第 50 條第 1 項第 3 款、第 5 款、第 3 項規定「不予決標的情形」包括借用或冒用他人名義或證件，或以偽造、變造之文件投標及影響採購公正之違反法令行為。故就此部分，一、二審法院亦認為招標機關沒收押標金合法，【二十一

世紀公法學的新課題—城仲模教授古稀祝壽論文集III.行政法各論篇，2008年10月，第215頁】大人物公司之起訴無理由。

(二) 要旨：

本法第101條第1款規定之「容許他人借用本人名義或證件參加投標」，僅係消極的允許他人借用其名義或證件參加投標，即屬相當，該他人有無投標資格，因何緣故借用名義或證件，並非所問，此為法文之當然解釋。

此種情形，別無自己之意圖，亦無積極的使人為作為或不做為之情事，與同法第87條第4項規定「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，並不相同，不因借用名義之他人亦有投標之資格，即認容許該他人借用本人名義者，當然符合同法第87條第4項規定之要件，實無限縮政府採購法第101條第1款規定「容許他人借用本人名義或證件參加投標」之範圍，僅指無投標資格者借用有投標資格者之名義或證件參加投標之情形的法律上理由。是上訴人以本件投標因大人物公司有投標資格並自行投標，上訴人即無政府採購法第101條第1款規定之情形，指原判決適用法規不當，判決理由矛盾，亦不可採。

押標金係由大人物公司所申請之事實，大人物公司借用他人名義參加投標，以達法定投標家數，並因知悉其標價而取得優勢之得標機會，應無可疑。

(三) 評析：

1. 出借牌照之構成要件：

凡消極允許他人借牌即符合第1款構成要件，縱他人亦有資格投標，亦不影響。本案龍捲風公司主張，招標機關判斷其出借牌照予大人物公司，實者大人物公司原本亦有投標資格，且已自行投標，龍捲風公司並未構成出借牌照要件。出借牌照行為屬破壞標場秩序行為，機關認定出借牌照符合第1款構成要件，對龍捲風公司停權，一、二審法院均認為，機關所為【**二十一世紀公法學的新課題—城仲模教授古稀祝壽論文集III.行政法各論篇，2008年10月，第216頁】**處分有理由。

2. 借牌與出借牌照之事實：

機關辦理中醫藥典籍電子資料庫計畫招標案，龍捲風公司與大人物公司、毅欣公司參與投標，惟所繳押標金之支票，均以臺灣銀行為發票人，票號相連。該三紙支票，均係由大人物公司以現金申請換發，經臺灣銀行公館分行函復在案，龍捲風公司亦不爭執。

機關認定本件投標案，龍捲風公司已檢附營利事業登記證、經濟部公司執照等證明文件，並蓋用公司及負責人章，由大人物公司以所購買之臺灣銀行支票作為押標金而參與，足見上訴人容許大人物公司借用其名義參加投標。龍捲風公司容許大人物公司借用其名義參加投標，即有採購法第101條第1款規定「容許他人借用本人名義參加投標」之情形。

3. 針對停權廠商可否再予停權：

機關先前於 88 年 12 月 30 日通知上訴人 1 年內不得參與被上訴人任何採購招標案，並非適法，其於為原處分時予以更正，之後並通知上訴人依職權予以撤銷，原處分與之並非併存，無違背一事不二罰原則之情事。

龍捲風公司主張，其本身向以議價提供服務，即不參與任何投標，顯無因招標機關前於 88 年 12 月 30 日通知其 1 年內不得參與投標，而有何安排或處置之行為，無信賴之基礎事實及信賴表現之行為，自無信賴保護原則之適用。但法院判決無理由。

4. 與本件相關者為大人物公司主張押標金返還案：

大人物公司主張，機關要求廠商履行本法第 31 條第 2 項各款內容，必須以規定有各該內容之招標文件為依據，而非得直接以本法第 31 條第 2 項之規定為依據。機關請大人物公司繳回已發還之押標金，係要求其履行招標文件內容之行為，其非屬行政處分，大人物公司未對之異議，申訴及提起行政訴訟之行為，申訴審議亦未對之作成判斷，縱認上訴人就前開繳回押標金部分，已予起訴，惟原審逕引第 31 條第 2 項之規定為上訴人敗訴之判決，有判決適用法規不當之違背法令等語。**【二十一世紀公法學的新課題—城仲模教授古稀祝壽論文集III.行政法各論篇，2008 年 10 月，第 217 頁】**

但法院認為，依本法第 31 條第 2 項第 2 款及本件投標須知第 8 條「押標金」第 1 項「廠商投標時應提供投標總金額百分之十押標金，以金融機構同額本票附於證件封內。」規定投標廠商應繳納押標金之固定成數，故從押標金本票金額即可推知上訴人應明知龍捲風公司、毅欣公司之投標價格。

大人物公司繳納押標金本票之票面金額既屬最低，其標價亦最低，而三張本票又均係由大人物公司所購買，堪認大人物公司藉由龍捲風公司及毅欣公司不為價格競爭，以達成其得標之目的。

投標須知第 8 條第 1 項規定，從押標金本票金額既可推知投標廠商之投標價格，從而廠商如確有投標之意思，理應親自申請押標金本票，以防止其他廠商知悉其標價，喪失得標之機會，毅欣公司既已就押標金本票係上訴人所申請，且大人物公司得因而知悉其投標價格等情，均無爭執，難謂其有投標之意思，法院認定大人物主張無理由。

肆、尋找一把公共利益的尺—採購爭議之檢討

目前政府採購法適用二階段理論，機關「招標審標決標」為公法行為，依「異議申訴及行政訴訟」救濟；履約爭議為私法行為，依民事訴訟救濟。在公法行為的救濟階段，公共利益的尺應由招標機關、申訴會及法院共同把持。實務上亦有工程會申訴會召開預審會議時，機關評估事由，認廠商有理由者，得自行撤銷、變更原異議處理結果，或暫

停採購程序之進行，⁸以避免因申訴及訴訟程序冗長，影響採購效率。

在借牌和出借牌照案，立法宗旨係為「標場秩序」考量，亦即公共利益的一環，故未必要有意圖影響決標價格，也不受參標者家數是否未達三【二十一世紀公法學的新課題—城仲模教授古稀祝壽論文集III.行政法各論篇，2008年10月，第218頁】家而不予決標的影響，且與刑法上的偽造文書罪等，有不同的法律評價。實務上經檢察官起訴或緩起訴者，機關對廠商為停權處分，借牌的事實明確，工程會通常支持招標機關原處理結果。但在容許借牌的情形，機關應負舉證責任，指明廠商違法的事實，即機關應積極查證並為合理說明，而且出借或借用牌照，具體指明為那一款的事實。

至於對於押標金連號，或投標文件為同一筆跡，可能會被認定有圍標之嫌，廠商抗辯是私人間的借貸關係，但機關在開標時發現，往往認定為不同廠商間的投標文件內容，有「重大異常關聯」(第50條第1項第5款)，不予開標或決標。且經工程會解釋，此為「影響採購公正之違反法令行為」，其押標金應沒收(第31條第2項第8款)。嚴重的是，這種情形被認定為第101條「容許借牌」或「借牌」情形，列為停權名單。無論是重大異常關聯或影響採購公正之違反法令行為，亦係基於公共利益考量，避免破壞標場秩序。

有關政府採購法的行政處罰問題，其中有關刊登採購公報制度(第101條至103條)，是我國特設的制度，無論採購機關執行案或申訴案均有諸多爭議。刊登政府採購公報的法律效果，是廠商在一定期間內不得參加政府投標，亦稱「不良廠商名單」或「停權」，主要目的是禁絕違法廠商進入政府採購市場，以維持採購秩序，屬於限制「利益」、確保「公益」的立法體例。

但私益受限制應符合依法行政原則及明確性原則等，依本法第101條第1項各款，情節輕重不一，但因條文規定為「應」將其事實及理由通知廠商，致機關幾乎無裁量空間。目前機關在實務上通採「強制刊登說」，若有申訴案，才由申訴會依個案情節適用比例原則而不予刊登。在若干款明文規定「情節重大」，如第10款「因可歸責於廠商之事由，致延誤履約期限，情節重大」，且在施行細則第111條對於履約進度落後有一定計算標準。但其他的條款有關情節是否重大，則無明確規定，機關通例亦先採刊登說，再由廠商依申訴以救濟。此種運作方式是否真正符合公益原則，亦應衡量採購案因產生爭議所耗費的社會成本，且是否剝奪機關行政裁量權，徒增【二十一世紀公法學的新課題—城仲模教授古稀祝壽論文集III.行政法各論篇，2008年10月，第219頁】廠商應訴之程序實體不利之風險。

停權處分在通說認定為行政處分，但是否為行政罰的類型之一，則有爭議。停權處

8 本法第84條第1項後段係規定，但機關為應緊急情況或公共利益之必要，或其事由無影響採購之虞者，不在此限。本文認為，此一條文前段未揭禁公共利益原則，但機關如有自行評估，認廠商異議或申訴有理由者，亦應本於公共利益，而自行撤銷、變更原處理結果，或暫停採購程序。

分與行政罰法之適用關係如何？在 2006 年 2 月行政罰法施行之後，第 101 條第 1 項各款刊登政府採購公報，是否屬裁罰性不利處分，而有行政罰法之適用？法務部認為：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（法務部 95 年 7 月 19 日法律字 0950018983 號函），其意見略述如下：1. 第 3 款、第 7 至第 13 款，係廠商違反契約上義務，或已無履約能力，均非屬違反行政法上義務，無行政罰法之適用。

2. 第 1 款、第 2 款、第 4 款、第 5 款、第 6 款及第 14 款，依本法規定及立法意旨，檢視行為人所為是否屬違反行政法上義務之行為，如非屬違反行政法上義務之行為，尚無行政罰法之適用。

故工程會申訴委員會第 187 次委員會決議：「停權規定宜排除行政罰法之適用」。除此之外，本法未對停權處分規定裁罰時效，通說主張應適用行政罰法理及規定。在行政罰施行之前，並無裁罰時效 3 年的規定，當時即依行政處罰的精神處理，停權處分亦應在 3 年內為之；在行政罰法施行後，則準用行政罰法之規定。

據此分析，第 101 條第 1 項共 14 款，條文規範方式有二類，一類是條文規定「情節重大」者，包括三種：

1. 第 3 款：擅自減省工料情節重大者；
2. 第 8 款：查驗或驗收不合格，情節重大者；
3. 第 10 款：因可歸責於廠商之事由，致延誤履約期限，情節重大者。

本文認為，對於條文明定情節重大，應在施行細則（如第 111 條）或以行政規則明定其裁罰基準。至於其他款條文，因未規定情節重大，機關得經裁量，主動援用比例原則。

其次，若干款情節屬民事爭議者，包括下列八種情形：

1. 第 3 款：減省工料者；
2. 第 7 款：得標後無正當理由而不訂約者；【二十一世紀公法學的新課題—城仲模教授古稀祝壽論文集III.行政法各論篇，2008 年 10 月，第 220 頁】

3. 第 8 款：查驗或驗收不合格；
4. 第 9 款：驗收後不履行保固責任者；
5. 第 10 款：延誤履約期限；
6. 第 11 款：違反規定轉包者；
7. 第 12 款：可歸責於廠商之事由，致解除或終止契約者；
8. 第 13 款：破產程序中之廠商。

嚴格言之，僅有二種情形屬於行政法上義務之違反，包括：

1. 第 5 款：受停業處分期間仍參加投標；

2. 第 14 款：違反弱勢團體保護情節重大。

此二種行政法上義務之違反，有行政罰之適用。至於第 1 款、第 2 款、第 4 款及第 6 款，則似無行政法上義務之違反。

行政處罰為對具有行政法上之非難可能性行為加以處罰，其規範目的即為公共利益，若依法務部見解，如非屬違反行政法上義務，即無行政罰法之適用，應屬可贊。

至於在案例研究，類似南科減振案及 ETC 案，法院判決徒高舉公共利益大旗，是否對於採購爭議有更迅速合理的解決之道，亦值得檢討。在南科案的判決中，法院洞察參標者所提的工法，均未到達招標文件所要求之減振標準（減振至 48dB 以下）而主動加以審理，並在判決文開宗明義謂，此部分原告當事人未起訴主張，但「系爭採購案與公共利益有關，本院就此部分決標程序是否合法，自有審酌之權。」

就行政訴訟機能而言，其一在糾正行政處分之違法不當，其二對原告對被告起訴之理由判斷適用法律之正確性。對於原告未起訴主張的部分，法院加以審判，但其所指責的違法性為抽象的第 1 條「公平、公開之採購程序，提升採購效率與功能，確保採購品質」立法本旨，甚有疑義。其次，原告和關係人的競標工法既均未符合招標文件標準，法院判決指摘，機關不應決標予關係人，但原告所提的工法亦不符合標準，縱獲勝訴判決，亦【**二十一世紀公法學的新課題—城仲模教授古稀祝壽論文集III.行政法各論篇，2008 年 10 月，第 221 頁**】不得改列決標予原告，而應對系爭採購案「宣告廢標」，並以「減振成果最高之工法得標」為條件，重新公告招標。此舉或謂符合採購法立法意旨，但減振工程遲未啟動，且後續行政救濟時間之虛耗，又何嘗不是公共利益之折損。

有關減振工程安全性的考量，其原本為機關衡量公共利益的一環，法院認定招標機關在招標文件並未將安全性列為評分項目，不得變更原有配分權重，亦顯突兀。判決書並進一步引伸，因本案屬最有利標，安全性未列入評分配分，即不得透過解釋，否則提供評選者有過大的解釋空間。就減振案原本係釐清高鐵經過的振動是否影響南科高科技產業的生產，凡對於與安全性有關的評分，均同時適用於參標者，應無產生所謂過大的解釋空間之虞。

就 ETC 案的公共利益觀點言，申訴案在工程會時即有六大爭點，但申訴會僅就文書部分作判斷，而且以公證、認證的程序有瑕疵逕予撤銷原異議處理結果，當時若衡酌為得補正事項，或許對亦程序迅速進行的公益原則。至行政法院更有所謂七大爭點，判決認定其中四大爭點並無疑義，僅對三大爭點進行審理，並遽然為不利於原告之判決，建議法院對於程序迅速進行的公益目的，仍應列入衡酌。【**二十一世紀公法學的新課題—城仲模教授古稀祝壽論文集III.行政法各論篇，2008 年 10 月，第 222 頁**】

伍、結論與建議

曾有一則標場秩序因「竊竊私語」而不決標案，在某道路照明案，參標廠商為工程同業，彼此認識乃屬正常，機關在開標現場發現錄影帶有「最低標廠商 A」與「次低標廠商 B」所派的代表竊竊私語情事，遂決定不決標予次低標廠商，本案工程會申訴會認定，判斷書指出本案不決標予次低標，並無正當理由，究竟竊竊私語內容為何，是否涉有異常或不正當之行為或有串通之情事，機關僅憑主觀臆測，欠缺客觀證據佐證，與本法第 58 條規定有違。亦即，標場秩序固重程序正義原則，但機關亦不得反應過度，機關動輒不予決標，對採購效率的公益性考量亦有欠周全之處。

停權處分為廠商的催命符，機關認定違法或重大違約才予以刊登採購公報，停權 1 至 3 年，等於是勒住廠商營業生存權，實務上申訴案有極大比例為停權處分，本文認為第 101 條，共有 14 款的情形，條文規定有一大缺失：「應」將事實及理由通知廠商，將刊登採購公報，逼得機關不得不刊登，不敢裁量。

理想的解釋之道，應指「情節重大」者，但 10 款「可歸責於廠商之事由，致延誤履約期限」，施行細則第 111 條解釋為，一般工程落後 20% 以上，且日數達 10 日以上。其他如第 3 款「擅自減省工料」及第 8 款「查驗或驗收不合格」如何認定情節重大，條文規定不明確，致使機關不敢裁量，一律為停權處分通知，有違公益原則、比例原則。

總之，本法追求的法價值是採購流程的公開透明性，應符合公共利益及公平合理原則（第 6 條），但在規定流程繁複、採購項目又涉及專業的前提下，不論採購人員、招標機關可能以僵化的程序、嚴格的條文解釋，「小心翼翼」避免圖利廠商，但如此而不符合採購效率，亦非公共利益的最大化。【二十一世紀公法學的新課題—城仲模教授古稀祝壽論文集 III. 行政法各論篇，2008 年 10 月，第 223 頁】