

裁判字號：最高行政法院 94 年度判字第 1753 號 行政判決

裁判日期：民國 94 年 11 月 17 日

案由摘要：政府採購法

最高行政法院判決

94 年度判字第 01753 號

上訴人 臺灣省自來水股份有限公司北區工程處

代表人 乙○○

訴訟代理人 鄧湘全律師

被上訴人 ○○營造股份有限公司

代表人 甲○○

訴訟代理人 楊正評律師

上列當事人間因政府採購法事件，上訴人對於中華民國 93 年 4 月 22 日臺北高等行政法院 92 年度訴字第 2334 號判決，提起上訴。本院判決如下：

主 文

原判決廢棄，發回臺北高等行政法院。

理 由

一、本件被上訴人（即原審原告）在原審起訴意旨略以：上訴人辦理「六家一竹北送水管（二）未完部分」採購案，認被上訴人（原名為鑫承營造股份有限公司）有政府採購法第 101 條第 4 款之情事，以 91 年 11 月 29 日台水北工 3 字第 0000000000 -0 號函通知被上訴人將刊登政府採購公報，被上訴人不服，提出異議，未獲變更，提起申訴，亦遭審議駁回，嗣上訴人以 92 年 4 月 9 日台水北 4 字第 0000000000-0 號函知被上訴人將其資料上傳至「拒絕往來廠商名單暫存區」，俟行政院公共工程委員會審核認可後刊登公告。被上訴人猶不服，遂循序提起本件行政訴訟。按被上訴人雖陳報上訴人以江○○為本工程之工地負責人，然江○○非為被上訴人所僱用，而係「上弘工程行」負責人鄭榮華所僱用，被上訴人對之難負選任監督之責。系爭偽造之「砂料篩分析試驗報告」及「碎石級配料分析試驗報告」皆係由鄭榮華本人所提並交由其所僱用之工地負責人江○○交付上訴人，皆與被上訴人無關。又依共同投標協議書記載，被上訴人僅負責本工程

推進管部份（即開挖），上弘工程行係負責「埋設管線」部份，而系爭偽造之「砂料篩分析試驗報告」及「碎石及配料分析試驗報告」均係埋設管線項目範圍內之工作，係由上弘工程行負責，被上訴人並不知情。該試驗報告是否真實抑或出諸偽造，上訴人尚須送請鑑定始能查覺，被上訴人並無能力鑑別，被上訴人事前就該報告係經偽造之情事毫不知情，更不具明知之故意。再上訴人之處分，係屬行政罰之一種，「人民違反法律上之義務而應受行政罰之行為，法律無特別規定時，雖不以出於故意為必要，仍須以過失為其責任要件。．．．」固經司法院釋字第 275 號解釋在案，惟參酌學者吳庚之見解，行政罰關於故意及過失之含義，在解釋上與刑法之故意或過失並無不同，政府採購法第 101 條第 4 款所謂「偽造、變造投標、契約或履約相關文件者。」，依其構成要件解釋，該款處罰行為，要件類型為承包廠商偽造、變造文件，則自須以行為人有偽造、變造之行為，並具有偽造或變造故意為限，不能罰及過失，更不能推定過失。且該款所規定「偽造、變造投標、契約或履約相關文件者」，非僅為行政違章行為，倘承包廠商有此行為，亦同時構成刑法偽造文書罪責。該偽造之試驗報告，並非被上訴人所製作，並無證據證明被上訴人有偽造系爭報告行為，姑不論被上訴人對系爭二件報告係屬偽造毫不知情，退步言之，江○○以工地負責人名義提出偽造之報告，因被上訴人無偽造行為，亦不該當上開政府採購法第 101 條第 4 款之「偽造」要件，再退步言之，即使江○○係被上訴人所僱用，依目前已知之事實，系爭二件偽造報告係由上弘工程行負責人鄭榮華親自處理，江○○是否明知為偽造文件，仍有疑義，且被上訴人如對其未盡選任監督之責，亦僅有過失之責，並未具明知之故意。況為查察本案事實及釐清責任，被上訴人業已對上弘工程行負責人鄭榮華以行使偽造文書罪嫌，依法向基隆地方法院檢察署提出告訴，因鄭某遲不到案，亦經基隆地檢署通緝在案，故鄭某顯有意圖逃避刑事責任之嫌，更可證上開提出偽造文書之行為，與被上訴人並無任何干係。為此請判決將審議判斷及原處分（上訴人 91 年 11 月 29 日台水北工 3 字第

000000000-0 號函、91 年 12 月 26 日台水北工 3 字第

00000000000 號函) 均撤銷等語。

二、上訴人(即原審被告)則以：系爭通知刊登政府公報行為性質上並非行政處分，被上訴人不得提起本件訴訟。衡之常情，上訴人一將被上訴人名稱及違約情形刊登政府採購公報後，對於被上訴人之商譽及不得投標之影響業已造成，縱嗣後經被上訴人提起撤銷之訴，而認為有理由，該刊登公報之行為應予撤銷，惟之前所為之刊登公報之行為所造成之影響，已難以回復刊登前之原狀(僅能以金錢賠償)，則被上訴人提起撤銷刊登行為之訴，已無訴之利益而欠缺權利保護必要。再者，當初確係被上訴人所出具證明書委請江○○擔任現場工地負責人，因此，江○○所提出之偽造之文件，被上訴人當然要為其使用人及代理之行為負責，所有之法律效果當然歸屬於被上訴人，被上訴人抗辯所提出偽造之文件與其無關，與事實不符。即令是共同投標廠商上弘工程行提出偽造之文件予上訴人，被上訴人也要負連帶之責任自明；更何況於本件事實，乃被上訴人自己提出偽造之文件，當有構成違反政府採購法第 101 條之規定；上訴人所為通知刊登公報行為，當屬合法等語，資為抗辯。

三、原審為撤銷審議判斷及原處分之判決，係以：按政府採購法固有公、私法混合性質，惟對於該法相關條文之解釋，以及所衍生關於公告行為之性質，仍應透過「政府採購法」之法律體系解釋方法解決之。行政機關辦理採購，依政府採購法第 101 條第 1 項所為之通知，既允許相對人依同法第 102 條第 1 項及第 2 項提起異議及申訴，且依同條第 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。而依政府採購法第 83 條規定，將採購申訴委員會對申訴所為之審議判斷，視同訴願決定，故辦理採購機關依政府採購法第 101 條第 1 項所為之通知應屬行政處分(最高行政法院 93 年 2 月份庭長法官聯席會議決議參照)。故上訴人所為上揭通知將廠商(被上訴人)列為不良廠商並刊登於政府採購公報之行為，依上開說明，為一行政處分。上訴人抗辯其不屬行政處分，容非可採。按「依政府採購法第 102 條第 3 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 101 條第 1 款至 5 款情形或第 6 款判處有期徒刑者，自刊登之次日起 3 年。」政府採購法第 103 條第 1 項第 1 款定有明文。足見刊登政府公報之執行行為，雖其無依該處分之續行程序，惟自其停止原處分之效力觀之，顯非一經刊登即為執行完畢，是以依上揭規定刊登政府採購公報之停權處分，自刊登之次日起 3 年內，其停權處分執行行為均持續繼續中。本件被上訴人係於 92 年 4 月 21 日經刊登政府採購公報，列為拒絕往來廠商名單，停權 3 年，有拒絕往來廠商名單查詢結果附卷可稽，亦為兩造所不爭，目前停權處分期間仍未屆滿，故被上訴人主張其有提起本件撤銷訴訟之法律上利益，自屬可採。上訴人抗辯被上訴人提起本件訴訟，欠缺訴之利益，無權利保護之必要云云，顯有誤解。又按司法院釋字第 275 號解釋性質上為補充規範，即個別法律條文對行政罰故意過失無特別規定時，予以適用。如『法律明定應以故意為必要，則自不能罰及過失，更不得推定過失。修正前即 87 年 5 月 27 日訂定之政府採購法第 101 條規定「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：．．．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、．．．四、偽造、變造投標、契約或履約相關文件，經查明屬實者。．．．」。現行法即 92 年 2 月 6 日修訂之政府採購法第 101 條第 1 項則規定「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：．．．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、．．．四、偽造、變造投標、契約或履約相關文件者。．．．」，其修正理由則為「一、第 1 項第 2 款．．．另增列以偽造、變造之文件訂約或履約之情形，以補不足。．．．」。又修正前政府採購法第 101 條第 2、4 款規定，乃至現行之政府採購法第 101 條第 1 項第 2、4 款，均將「偽造．．．文件」與「以偽造文件參加．．．」之行為，加以區別，分列不同款

次；參互以觀，上揭法條所謂「偽造、變造．．．相關文件」，更應解為其行為要件類型為行為人（承包廠商）基於偽造、變造之故意而實施偽造、變造之行為，始足當之，於此過失犯當無成立餘地。查被上訴人與訴外人上弘工程行於89年間，共同投標承攬上訴人「六家—竹北送水管（二）未完部份」工程，雙方於89年7月31日簽訂工程契約，被上訴人並出具證明書委請江○○擔任現場工地負責人；依契約約定，被上訴人履約時應提出相關文件。本件工程進行中，工地負責人江○○提交上訴人之「中國技術學院」具名開立之「砂料篩分析試驗報告」、「碎石級配分析試驗報告」等文件，經上訴人函查中國技術學院，發現上開報告等均屬偽造，並非由中國技術學院所製作各情，有工程開標紀錄、工程契約書節本、委聘現場工程負責人證明書、上訴人91年11月11日台水北工3字第000000000-0號函、中國技術學院91年11月21日教字第00000000000號函、試驗報告表等附原處分卷可稽，復為兩造所不爭，堪認為實。兩造對於系爭試驗報告，究係「何人偽造」，亦不爭執目前無相關證據資料認定。易言之，本件係被上訴人所委聘之現場工地負責人於工程進行中，提出偽造之試驗報告（何人偽造不明）為履約文件。準此，本件所涉要件行為，係屬「提出」偽造之履約文件」亦即係「以偽造之文件參加履約」而非「偽造履約文件」甚明。從而，本件自應適用「行為時」即「提出偽造試驗報告」時之政府採購法。茲系爭「中國技術學院」具名開立之「砂料篩分析試驗報告」、「碎石級配分析試驗報告」等偽造之文件，係由江○○於90年5、6月間提交上訴人，此為兩造所不爭，並有該試驗報告附卷可按，自應適用「行為時」即87年5月27日訂定之政府採購法相關規定（原處分所引法條係載為政府採購法第101條第4款、第102條第3項、第103條第1項規定）。依上揭行為時即87年5月27日訂定之政府採購法第101條規定所謂「偽造、變造．．．相關文件」，係指基於偽造、變造之故意而實施偽造、變造之行為而言，於此過失犯，當無成立餘地。而本件係被上訴人所委聘之現場工地負責人江○○提出偽造之試驗報告（何人偽造

不明)為履約文件,被上訴人係公司(法人),本件亦無何證據證明該試驗報告係被上訴人偽造、授意偽造或其使用人所偽造,誠難謂被上訴人有「偽造、變造...相關文件」之行為,上訴人抗辯不論係被上訴人自行提出或其使用人、代理人提出該偽造文件,被上訴人均該當上揭法條所謂「偽造」之行為要件,應負結果責任云云,尚有誤解。再按「投標」與「履約」係屬不同之概念與行為,於採購作業上,契約成立後始發生履約之問題,而投標乃係採購契約成立前之要約行為。本於法律不溯既往原則,行為時既無處罰「以偽造之文件參加履約」之明文,自不得以嗣後修訂之法律追溯處罰之。又本件處分係屬行政罰性質,並無私法上連帶責任之適用,上訴人主張縱係共同投標廠商,被上訴人亦應負連帶責任云云;亦非可採。綜上所述,上訴人抗辯各情,尚非可採。被上訴人之行為尚不符行為時政府採購法第101條第4款所謂「偽造履約相關文件」之要件,亦未符合該法條第2款所謂「以偽造之文件參加投標」之規定(至是否有符合同法條其他行為,係另一問題),原處分以被上訴人有政府採購法第101條第4款「偽造履約相關文件」之行為,通知被上訴人將刊登政府採購公報,容有違誤,審議判斷未予糾正,亦有未合,被上訴人訴請撤銷原處分及審議判斷,為有理由,應予准許。兩造其餘主張陳述,與判決結果不生影響,爰不逐一論述。資為其判決之論據。固非無見。

四、惟本院按:「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:...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、...四、偽造、變造投標、契約或履約相關文件,經查明屬實者。...」修正前即87年5月27日訂定之政府採購法第101條定有明文。又按政府採購法立法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,為同法第1條所明定。故所謂偽造、變造投標、契約或履約相關文件,不限於採購契約當事人本身親自偽造、變造為限,舉凡以金錢購買或其他方式唆使他人共同參與偽造、變造行為者,

均屬之，而所偽造、變造之文書法條既規定為投標、契約或履約相關文件，則必係作為投標、契約或履約之用，始足當之。是依前引法條第4款所定，只要採購契約當事人參與偽造、變造文件，而提出作為投標、契約或履約之用，即構成該條款之違章行為，如此適用法律始符合政府採購法第1條所揭示之立法目的。本件卷附資料未見提出兩造訂立之工程採購契約全本，無從判斷系爭「中國技術學院」具名開立之「砂料篩分析試驗報告」、「碎石級配分析試驗報告」等文件之用途為何，如該文件為被上訴人依採購契約施工前必須提出之文件，否則無法開工，則如此重要文件，身為承包商之被上訴人諉為不知情，顯與常理有違。次查系爭偽造之文件係由被上訴人及共同承包商上弘工程行指定之工地主任江○○向上訴人提出，為原判決認定之事實，故系爭偽造之文件如何取得？何人偽造？被上訴人負責人或該公司人員是否知情參與？上開各情證人江○○當屬最瞭解之人，而被上訴人負責人或從業人員是否知悉或參與偽造履約文件，依前開說明，關係被上訴人是否構成本件違章行為，是以如此關係重大之事實，自有傳訊該證人到庭詳予訊明之必要，原審未能對該證人予以調查，遽以被上訴人之所稱不知江某提出偽造之履約文件之辯詞而認定被上訴人無參與偽造之行為，尚嫌速斷且有違行政法院應依職權調查事實之規定。次按「債務人之代理人或使用人，關於債之履行有故意或過失時，債務人應與自己之故意或過失負同一責任。」民法第224條定有明文，此規定與行政罰合目的性之考量性質符合，依行政法法理，行政罰事件自得準用該規定，參諸立法已完成立法即將實施之行政罰法第7條第2項亦有相類之規定，可為佐證。本件採購工程契約工地主任江○○係由被上訴人向上訴人申報，為被上訴人所不否認，並有被上訴人出具之證明書影本在卷可按，足認該工地主任為被上訴人之從業人員，應無疑義，是依前述說明，該工地主任之故意過失，應推定為被上訴人之故意或過失，至該工地主任既經被上訴人委任為工地負責人，則江某原為何人所雇用，並不影響其為被上訴人之從業人員之身分。又查上述之偽造履約文件為工地主任

江某提出，已如前述，而該文件為鑑定報告，需至現地取樣送鑑，衡情工地主任顯難推諉其對偽造文件乙事不知情，由此推之，被上訴人對偽造履約文件有無故意，自有深入推究之餘地，原審未能就此詳予審究，僅以無法證明被上訴人自行參與偽造履約文件而為有利被上訴人之認定，亦嫌速斷。綜上，原判決對本案重要爭點尚未查明，且適用政府採購法第 10 1 條第 4 款之法律見解，亦有不當，上訴意旨據以指摘求為廢棄，為有理由，應將原判決廢棄，並發回原法院依本判決意旨查明事實後，另為適法之判決。

五、據上論結，本件上訴為有理由，依行政訴訟法第 256 條第 1 項、第 260 條第 1 項，判決如主文。

中 華 民 國 94 年 11 月 17 日

第五庭審判長法官 高 啟 燦

法官 蔡 進 田

法官 黃 璽 君

法官 廖 宏 明

法官 楊 惠 欽

以 上 正 本 證 明 與 原 本 無 異

中 華 民 國 94 年 11 月 17 日

書記官 彭 秀 玲

資料來源：公平交易法及政府採購法裁判要旨選輯第一版 632-636 頁