

政府採購相關議題

陳智全*

政府採購行為就結構而言，應屬於民法中的承攬，惟因兩造為國家機關與私人，故彼此間地位形成不對等外，業主（國家機關）一方更是有公權力，且政府採購行為一般為公益之目的，遂在性質上迭有爭議，主要學說分為「私法行為說」、「公法行為說」及「雙階理論說」，早期實務見解採「私法行為說」，惟學說多採「雙階理論說」。然自民國91年2月6日政府採購法修正後，已明確採取「雙階理論說」，依政府採購法第74條規定：「廠商與機關間關於招標、審標、決標之爭議，得依本章規定提出異議及申訴。」，可知在法制上政府採購行為分為二階段，第一階段在招標、審標及決標階段為「公法性質」，其救濟程序為向行政法院提出行政訴訟，決標締約後之履約階段則屬「私法性質」，如有爭議就依一般民事訴訟程序處理。而政府機關進行採購，在提出採購案需求並編列預算後，就是依序招標、廠商投標、開標、審標、決標、簽約、履約等階段，雖均以政府採購法為主要依據，但其所涉及之相關法令以及主管機關行政院公共工程委員會所頒函釋，都會影響採購上之法律責任及爭議問題解釋，故政府採購之問題極為廣泛。

鑒於採購行為中最容易發生爭議者，除締約後的履約外，就是投標階段。從而本期「政府採購相關議題」之專題，所介紹文章之順序，擬先就政府採購行為在投標階段最容易發生之問題，即「不法圍標行為」及「違法借牌投標」，以專題文章第一篇「從契約當事人資格之觀點探討政府採購法第87條第3項詐欺圍標罪規定——以臺灣屏東地方法院108年度訴字第121號刑事判決、臺灣高等法院高雄分院108年度上訴字第1260號刑事判決為例」、第二篇「論營造業租借營造牌之歪風及投標公共工程之刑事行政責任競合探討」與各位讀者分享。其次，因政府採購法針對投標、招標乃至於招標過程中洩密行為，均有規定刑事處罰，其如何能妥適在「個案中」量刑，也是實務上值得探討之議題之一，專題文章第三篇「政府採購法第87條的量刑因子及操作基準」，就是針對政府採購法中有關刑事責任之討論。最後，因政府採購攸關公共利益，政府採購法亦設有處罰不良廠商之機制，最常見為「將不良廠商刊登政府採購公報」¹之「停權處分」，此為不能忽略之重要制度，遂在本專題最後，即第四篇「政府採購法法律關係中有關國家賠償的態樣」、第五篇「政府採購法不良廠商

* 本文作者係執業律師，全國律師聯合會編輯委員會委員
註1：政府採購法第101條。

之停權制度-以情節重大為初探」，就選擇該制度之相關文章。

本專題特別挑選這五篇最重要且最具爭議之政府採購相關議題，與各位讀者分享。以上，是本月專題「政府採購之相關議題」所收納文章之整體架構！以下，則進入精彩專題文章前的開箱閱讀：

一、從契約當事人資格之觀點探討政府採購法第87條第3項詐欺圍標罪規定——以臺灣屏東地方法院108年度訴字第121號刑事判決、臺灣高等法院高雄分院108年度上訴字第1260號刑事判決為例

本篇文章由薛西全律師撰寫。政府機關之採購行為，先後上就是編列預算、招標、廠商投標、開標、審標、決標、簽約、履約等階段，其中最容易發生爭議者，除締約後的履約外，就是投標階段。就廠商而言，在投標階段最常見之違法行為就是「圍標」，政府採購法第87條第3項明文規定「不法圍標行為」予以處罰（刑事責任）²；另政府採購法第101條第1項第6款，亦對經刑事判決有罪之「不法圍標行為」予以刊登政府公報之處分。惟依上開「不法（詐術）圍標罪」之處罰規定，除投標行為非法外，尚須「使開標

發生不正確結果」。遂本文主要就是要探討「使開標發生不正確結果」之認定標準，畢竟此為抽象要件，仍有待司法實務或主管機關函釋使其具體化，本文藉由司法實務之案例，再對照採購行為各階段之程序說明，予以深入分析前揭「詐術圍標罪」之成立要件及判斷標準，此為政府採購行為在「投標階段」相當值得探討之議題。

二、論營造業租借營造牌之歪風及投標公共工程之刑事行政責任競合探討

本篇文章由張簡明杰律師撰寫。在工程類政府採購標案中，投標廠商為能取得投標資格，違法「租借營造牌投標公共工程」之行為屢見不鮮，此種行為不僅違法且易生工程之瑕疵，嚴重侵害到公共利益。而政府採購法第101條第1項第1款、第2款亦分別針對「違法租借營造牌投標公共工程行為」予以刊登政府公報³，以及同法第87條第5項甚至有規定刑責⁴，遂本文先藉由相關法律（主要為營造業法）及實務來定義何謂「違法借牌」行為，再接續介紹違法借牌所衍生之刑事、行政責任，該責任之處罰要件、時效及競合時應如何處理等問題，並提供政府有關租借營造牌照稽核之方向，此亦為政府採購行為在「投標階段」值得探討之議題，與上

註2：政府採購法第87條第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，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。」。

註3：政府採購法第101條第1項：「機關辦理採購，發現廠商有下列情形之一，應將其事實、理由及依第一百零三條第一項所定期間通知廠商，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投標者。……。」

註4：政府採購法第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。」。

一篇文章「從契約當事人資格之觀點探討政府採購法第87條第3項詐欺圍標罪規定——以臺灣屏東地方法院108年度訴字第121號刑事判決、臺灣高等法院高雄分院108年度上訴字第1260號刑事判決為例」，均為在投標階段最容易發生之不法行為。

三、政府採購法第87條的量刑因子及操作基準

本篇文章由王子榮法官撰寫。政府採購法針對投標、招標乃至於招標過程中洩密的行為，均有規定刑責（參見政府採購法第87條到91條），惟刑事處罰之量刑部分，如何能妥適在「個案中」量刑，乃至對應到「通案中」之公平，一直是刑事實務所努力之目標，遂本文藉由目前實務上之量刑工具及外國立法例，來探討我國刑事量刑將來應修正、參酌之方向，期許給刑事實務量刑帶來新的風貌，此為政府採購行為有關刑事責任之議題。

四、政府採購法法律關係中有關國家賠償的態樣

本篇文章由梁家豪律師撰寫。鑒於政府採購行為多為公共工程，攸關公共利益，依政府採購法賦予政府機關處罰不良廠商之機制，最常見不外乎「將不良廠商刊登政府採購公報（政府採購法第101條）」，此在法律性質上為「停權處分」。該文章雖主要探討

刊登採購公報之停權處分之救濟部分，也就是停權處分若有違法後之國家賠償問題，惟亦有針對政府採購法第101條之要件為說明及評論，期能使讀者掌握政府採購法第101條之要件及整體脈絡，此為政府採購行為有關制裁不良廠商之議題。

五、政府採購法不良廠商之停權制度-以情節重大為初探

本篇文章由郭俊佑律師撰寫。承繼上一篇文章「政府採購法法律關係中有關國家賠償的態樣」，該文章雖已探討「將不良廠商刊登政府採購公報（政府採購法第101條）」之救濟部分，並也約略介紹了其要件，但針對政府採購法第101條第1項各款中之「情節重大」判斷標準，尚無法深入說明。惟政府採購法第101條第1項各款在實務上最為重要且具爭議的地方，往往就是在「情節重大」的判斷標準上，遂本文先從民國108年5月22日政府採購法第101條有關「情節重大」之增修部分⁵，比較新舊法差別，並參酌行政院公共工程委員會申訴審議實務案例及法院實務判決見解，來初探及分析政府採購法第101條第1項各款中之「情節重大」的判斷標準，以輔助修法後政府採購法第101條第4項判斷標準之認定。另本文亦介紹修法後，機關在通知停權處分前應給予廠商陳述說明機會及成立「採購工作及審查小組」之程序等，此亦為政府採購行為有關制裁不良廠商之議題。

註5：修法後之政府採購法第101條第4項增訂：「機關審酌第1項所定情節重大，應考量機關所受損害之輕重、廠商可歸責之程度、廠商之實際補救或賠償措施等情形。」，明文同條第1項各款「情節重大」之判斷標準。