

理性建構我國政府採購停權制度之探討

李玉卿*

目次

- 壹、前言
- 貳、108 年修法後之停權制度
 - 一、修法方向
 - (一) 停權要件之實體部分
 - (二) 作成停權處分之程序部分
 - 二、可類型化之停權要件
 - (一) 違反行政法上義務
 - (二) 私法爭議
 - (三) 犯罪行為
 - (四) 政策要求
 - 三、對新法之評析
- 參、停權制度之再建構
 - 一、美國聯邦採購規則之簡介
 - 二、停權完全法條之類型化建構
 - (一) 停權事由之檢討
 - (二) 停權期間之檢討
 - (三) 小結
 - 三、正當行政程序之充實建立
 - (一) 功能最適組織之建立
 - (二) 加強行政程序之保障密度
 - (三) 小結
- 肆、結論

* 最高行政法院法官。本文改寫自作者，政府採購法停權制度之剖析-從預防性與裁罰性行政處分之區別出發，第二章、第五章、第六章，東吳大學法學院法律系碩士在職專班碩士論文。

壹、前言

我國政府為加入世界貿易組織，於民國 87 年間訂定政府採購法，立法期許建立健全、透明、合理、明確、國際化的採購制度¹。惟實施以來，學說及輿論訾議不斷，甚至曾經媒體報導企業反應政府採購法已成為我國三大「顧人怨」法律之首²。但從採購決標金額自 108 年度到 111 年度，每年均在 2 兆元左右之巨額³，則又可見廠商對政府採購市場又愛又恨的矛盾現象。筆者職司公法審判職務，所見者大都為廠商經招標機關予以刊登政府採購公報，發生一定期間不得參與採購之停權效果，因而所衍生的行政救濟事件，基於審判的經驗及學理之探究，筆者認為此一制度有若干未盡理性之立法安排。本文分析 108 年經立法院修正通過之停權規範，仍有體系邏輯上之矛盾，嘗試借鏡美國聯邦採購規則之內容，對我國法進行適當之填補，期使此一制度得以有效達到納優汰劣採購廠商之立法目的。以下以「停權制度」一詞，代表現行政府採購法於第 101 條至第 103 條所定停權要件、程序、法效之整體制度。

貳、108 年修法後之停權制度

一、修法方向⁴：

（一）停權要件之實體部分

1. 整合原事由條文第 101 條第 2 款、第 4 款，並為符合立法原

¹ 見立法院第三屆第三會期預算、財政、法制、司法四委員第一次聯席會議紀錄，立法院公報第 86 卷第 12 期，頁 334、335。

² 見聯合報，107 年 1 月 17 日，2 版。

³ 見公共工程委員會政府採購資訊網 https://www.pcc.gov.tw/Content_List.aspx?n=67C945450B216D6C，最後瀏覽日：112 年 8 月 30 日。

⁴ 政府採購法第 101 至 103 條修法理由參照。

意之文字修正。亦即將原來第 2 款後段「以偽造、變造之文件」參加投標、訂約或履約，修正為「以虛偽不實之文件」投標、訂約或履約，並與原第 4 款整合為一，另增列「情節重大」之要件，以符合比例原則。

2. 為符合比例原則之要求，參酌原第 3 款、第 8 款、第 10 款及第 14 款均以「情節重大」為構成要件，於第 9 款及第 12 款之違約情形，增列「情節重大」之要件。
3. 參考世界貿易組織政府採購協定（GPA）第 4 條第 4 項第 c 款規定：「採購機關應以下述透明中立之方式，進行適用本協定之採購：……（c）防止貪污行為。」及配合此次修正第 59 條規定「廠商不得以支付他人佣金、比例金、仲介費、後謝金或其他不正利益為條件，促成採購契約之成立。違反前項規定者，機關得終止或解除契約，並將二倍之不正利益自契約價款中扣除。未能扣除者，通知廠商限期給付之。」，增訂第 15 款廠商對採購有關人員行求、期約或交付不正利益者，亦屬停權事由。
4. 增訂第 4 項，定明第 1 項「情節重大」應考量之因素，供機關審酌時有所依循。
5. 對於停權期間之規定，將第 7 至 12 款一般認為屬於民事責任的事由，以過去不良紀錄之有無及次數，作為決定停權期間長短之考量依據，區別停權期間為 3 級：3 個月、6 個月及 1 年。

（二）作成停權處分之程序部分：

增訂作成停權處分之程序要求，於同條第 3 項明定在處分前應給予廠商口頭或書面陳述意見之機會，並應成立「採購工

作及審查小組」認定廠商是否該當停權事由。在施行細則第109條之1增訂「機關依本法第101條第3項規定給予廠商陳述意見之機會，應以書面告知，廠商於送達之次日起10日內，以書面或口頭向機關陳述意見。」、「廠商依本法第101條第3項規定以口頭方式向機關陳述意見時，應至機關指定場所陳述，機關應以文字、錄音或錄影等方式記錄。」分列為第1、2項。

二、可類型化之停權要件

我國政府採購法視採購程序之各項階段而賦予不同性質之法律關係，以招、審、決標程序為招標機關對廠商之公權力作用，如有爭議，應循行政爭訟程序尋求救濟；迄廠商得標後，與機關訂立採購契約並為履行，則屬私法關係。即視採購程序之進展而分流其性質，此即學說上所謂「雙階理論」之實踐。該法第101條立法理由揭明該條所列舉之停權要件，係指向有違法或重大違約情形之廠商，以停權處分排除其參與採購市場，使其不得參加投標、作為決標對象或分包廠商。茲按停權事由所發生之階段並其性質，予以類型化，其結果於新舊法尚無太大差異。大致上可為如下之歸類：（事由之首冠以該條第1項款次序號之數字）：

（一）違反行政法上義務：

1. 容許他人借用本人名義或證件參加投標者。
2. 借用或冒用他人名義或證件投標者。
4. 以虛偽不實之文件投標，情節重大者。
5. 受停業處分期間仍參加投標者。
15. 對採購有關人員行求、期約或交付不正利益者。

(二) 私法爭議：

3. 擅自減省工料，情節重大者。
4. 以虛偽不實之文件訂約或履約，情節重大者。
7. 得標後無正當理由而不訂約者。
8. 查驗或驗收不合格，情節重大者。
9. 驗收後不履行保固責任，情節重大者。
10. 因可歸責於廠商之事由，致延誤履約期限，情節重大者。
11. 違反第 65 條規定轉包者。
12. 因可歸責於廠商之事由，致解除或終止契約，情節重大者。

(三) 犯罪行為：

6. 犯第 87 條至第 92 條之罪，經第一審為有罪判決者。

(四) 政策要求：

13. 破產程序中之廠商。
14. 歧視性別、原住民、身心障礙或弱勢團體人士，情節重大者。

三、對新法之評析

108 年修正的停權制度，其指標意義有二，即多款事由均以「情節重大」為必要，此應係公權力作為本來即應具有比例原則的權衡考量。此部分可謂係呼應司法實務一直以來在審查個案時所秉持的原則⁵。另一則為正當行政程序的要求，即「採

⁵ 參照最高行政法院 103 年 3 月份第 2 次庭長法官聯席會議決議：「……而採購契約成立後，得標廠商即負有依債務本旨給付之義務，苟未依債務本旨為給付，並有可歸責之事由，致延誤履約期限，或採購契約被解除或終止，即該當於第 1 項第 10 款所稱『因可歸責於廠商之事由，致延誤履約期限』，或第 12 款所稱『因可歸責於廠商之事由，致解除或終止契約』，不以全部可歸責為必要。至是否予

購工作及審查小組」制度之建立。採購關係存在於採購機關與廠商之間，則機關一面為買方，同時另一面為停權決定之掌權者，長久以來為人所詬病最烈者即球員兼裁判之正義傾斜，理應修法扶正之。

惟政府採購法之立法係在行政程序法、行政罰法制定之前，亦即政府採購法立法之初尚無該等原則法可為指引，對於立法者原無思及而闕如之立法原則，卻強以嗣後始制定之行政程序法、行政罰法之法理予以套用解釋，適用上即有體系邏輯之矛盾。最是根本者，即停權處分之性質為何？雖在司法實務上，最高行政法院 101 年度 6 月份第 1 次庭長法官聯席會議就停權處分之作成有無時效限制之疑義，作成決議：「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。」此後，最高行政法院之一貫見解均以停權處分具有行政罰之性質，惟此於學界有諸多異見。本文以為從法律明文列舉之停權事由以觀，顯然並非均屬行政法上義務之違反，乃斷以行政罰定性之，勢將衍生更多爭議。主管機關未利用 108 年修法之機會，明文辨正之，甚是可惜。

以刊登政府採購公報，仍應審酌違約情形是否重大（參照政府採購法第 101 條之立法理由）及符合比例原則。」

參、停權制度之再建構

雖然 108 年修正的停權制度已經對於業界、學界所詬病之爭議，及實務見解所引領的方向，有所回應，惟將分類之停權事由結合其停權期間，整體觀察後仍有諸多難以解釋之疑惑。

首先，各類之停權事由，其停權期間之梗概如下：

1. 行法上義務之違反者，均為 3 年；
2. 契約爭議，則僅有第 3 款「擅自減省工料，情節重大者」、第 4 款「以虛偽不實之文件訂約或履約，情節重大者」為 3 年，其餘均以過往 5 年內之停權紀錄決定期間，分別為 3 月、6 月及 1 年；
3. 第 6 款之犯罪行為繫之於一審判決結果，而有 3 年、1 年之分；
4. 政策因素，本文將第 13 款「破產程序中之廠商」，及第 14 款「歧視性別、原住民、身心障礙或弱勢團體人士，情節重大者」歸為政策原因，均為 1 年。

上述分析，明顯將有如下的疑問：

1. 立法上從未說明停權期間長短之裁量為何？停權期間如何相應於停權事由所造成的危害？
2. 違反行政法上義務之行為與犯罪行為，向被認為後者嚴重於前者，故以刑事手段制裁之，則何以停權期間會有前者較後者為長之情況？
3. 違反行政法上義務之行為，可謂影響廠商之殷實；而履約爭議則大概會有質精的問題，兩者對於政府採購法之立法目的確保採購品質，同等重要，則何以前者的停權期間均為 3 年；後者大部分最長為 1 年？

4. 同屬比較而生之疑問，在2款政策事由上，一則以廠商具財務能力為必要，一則以政府邀同合作者應與政府具有相同人權價值之企業，可資贊同，但賦予1年的停權期間又是如何的思考？
5. 第3款、第4款事由，何以未如其他履約爭議之事由，以過往5年內之停權紀錄決定期間？
6. 履約爭議之事由，除第11款「違反第六十五條規定轉包」外，其餘均以「情節重大」為要件，既屬情節重大，則僅停權3月、6月，對預防採購市場的危害此一目的能否達成？如逢標的之採購淡季，如此短暫時間之停權有何效益？

本文認為停權制度自立法以來，對於停權事由未能建立體系，無以綱舉目張而得有整體之認識，也無法對應適當之停權期間，且因各款事由性質不明，影響認定事實之證據法則。本文研究認為，停權制度之再度建構有其必要，應予加強填補之方向有兩大重點：停權完全法條（包括停權事由及停權期間）之分類建構，及正當行政程序之充實建立。在比較法上，美國的聯邦採購規則有清楚詳盡之設計，可以為鏡。以下即先就美國制度為概略之介紹後，續則借用美國聯邦採購規則之模型，提出本文之具體建議。

一、美國聯邦採購規則之簡介

美國聯邦採購規則（Federal Acquisition Regulation，以下簡稱FAR）的停權制度，分為第9.406條停權（debarment）與第9.407條暫時停權（Suspension）二種程序。較之正式停權，暫時停權是基於保護政府機關利益而為，本於充分的證據，強加於承包商的處分，以等待調查或法律程序完成⁶。在完成調查

⁶ See FAR 9.407-1 General.

及任何隨後的司法程序期間，將會暫時停權。如果在通知暫時停權日起，12 個月內未發動司法程序，暫時停權就必須終止⁷。經比較二者原因幾乎相同⁸，而暫時停權只要有較為寬鬆之證據（on the basis of adequate evidence），即可作成，以等待法律程序之完成。此固於政府利益的保障較為周全，惟相對的，即容易損害廠商之權益。本文認為在我國現階段，對於停權已有高度爭議，且尚未建立正當行政程序之前，不必考慮暫時停權之制度。故以下僅概略先就 FAR 之正式停權制度加以介紹。

FAR 之停權係交由停權官（debaring official）來決定停權與否，並明白表示是基於政府的利益（Government's interest）而為⁹。

FAR 第 9.406 條即有關停權（Debarment）制度之規定。在第 9.406-1 條通則（General）設有停權官，係基於公共利益行使停權之職權，明文條列停權官作成決定前應考慮之事項。另在 9.406-2 條規定停權事由（cause），及 9.406-3 條規定作成之程序（Procedures），如何對廠商作出停權決定。第 9.406-4 條停權期間（Period of debarment）。第 9.406-5 條停權範圍（Scope of debarment）。

整體來說，與我國法制相較，美國 FAR 之停權制度有如下的特色：職權行使之客觀中立、審慎之流程，及分流之停權事

(b) (1) Suspension is a serious action to be imposed on the basis of adequate evidence, pending the completion of investigation or legal proceedings, when it has been determined that immediate action is necessary to protect the Government's interest.

⁷ See FAR 9.407-4 Period of suspension.

(a) Suspension shall be for a temporary period pending the completion of investigation and any ensuing legal proceedings,...

(b) If legal proceedings are not initiated within 12 months after the date of the suspension notice, the suspension shall be terminated...

⁸ See FAR 9.406-2, 9.407-2.

⁹ See FAR 9.406-1 General.

(a) It is the debaring official's responsibility to determine whether debarment is in the Government's interest.

由，並彈性之停權效果。以下將依本文對我國制度提出建議之事項，配合分別介紹 FAR 之詳細規定。

二、停權完全法條之類型化建構

我國停權事由之條列編排，雜沓凌亂沒有理路，甚至將要件與法律效果分開訂立（第 101、103 條），並有救濟程序（第 102 條）橫互其中，致適用及解釋上陷於見樹不見林的狹礙及衝突。本文認為，相關之爭議，唯有先從體系上建立事由之脈絡，包括類型、輕重後，方能進一步深入討論事由之細緻化，及與法效間如何合致比例原則之要求，而結合規範為完整法條；本文嘗試以前述比較分析所獲得之方向，在不違反或推翻政府採購法之立法模型下，提出建議。

（一）停權事由之檢討

1. FAR 的引導

關於我國採購停權事由之檢討方向，茲先藉 FAR 對於停權事由之立法安排，提供一個方案上之思考。FAR 提供了清楚的方向，其停權事由包括三部分(a)、(b)、(c)¹⁰：

- (a) 廠商因以下原因遭刑事定罪或受民事判決：
 - (1) 觸犯刑事詐欺罪或與刑事犯罪相關聯之
 - (i) 謀取利益；
 - (ii) 意圖謀取利益；或
 - (iii) 民事上為執行一項公共契約或分包契約，而觸犯相關刑事犯罪；
 - (2) 違反聯邦或州反信託法關於報價的相關規範；
 - (3) 觸犯侵占公款、偷竊、偽造文書、賄絡、偽證、

¹⁰ See FAR 9.406-2.，正文中之譯文均以斜體呈現。

銷毀紀錄、虛偽陳述、逃稅、違反聯邦刑事稅法、或收受偷竊所得財產；

- (4) 在非美國，或非其外圍區域製造，但在美國販售或運送到美國，或運送到美國外圍區域的產品上，故意黏貼載有「美國製造」辭意(或其他相同辭意)的標籤。
 - (5) 觸犯其他任何與缺乏商業誠信或商業誠實有關，嚴重且直接影響作為一個政府採購契約承包商或分包商應負的責任。
- (b)
- (1) 基於充分的證據 (*preponderance of the evidence*) 顯示，承包商具有下列情形：
 - (i) 嚴重違反政府採購契約或分包契約相關契約條款，致應予停權處分，例如：
 - (A) 就一個或多個契約，故意不履行依照契約應履行的條款。
 - (B) 就一個或多個契約，有不履行或不完全履行契約的紀錄。
 - (ii) 違反美國聯邦法典第 81 章，第 41 節有關無毒工作場所的規定，而被載明：
 - (A) 未能遵從無毒工作場所 52-223-6 條款的要求，或
 - (B) 因為承包商未能努力真誠地提供一個無毒工作場所，導致許多承包商受僱人在工作場所觸犯刑事毒品法規。
 - (iii) 在非美國，或非其外圍區域製造，但在美國販售或運送到美國，或運送到美國外圍區域的產品上，故意黏貼載有「美國製造」辭意(或其他相同辭意)的標籤。

- (iv) 觸犯為第 9.403 條所定義的一項不公平貿易慣例
- (v) 拖欠聯邦稅款總額超過 3500 美金
 - (A) 符合下列兩項標準時，納稅義務人拖欠聯邦稅款即符合本條之規定：
 - (1) 應納稅額已經最終確定時。
 - (2) 納稅義務人拖欠應繳納稅款。
 - (B) 例如；...
- (vi) 直到政府機關就承包商所取得之政府採購契約最後支付後三年，才及時向政府機關揭露，與承包契約或分包契約相關連之取得、履行或終結契約，才知悉下列可靠證據：
 - (A) 違反聯邦刑法有關詐欺、利益衝突、賄絡，或發現違反美國聯邦法典第 18 編所規範的酬金利益。
 - (B) 違反民事虛報索賠法規定(civil False Claims Act, 31 U.S.C. 3729-3733)
 - (C) 除依第 32.001 條所定義之契約所產生的財務支付外，大幅溢付款項。
- (2) 基於美國國土安全局長或檢察總長的決定，認為承包商並未遵守移民和國籍法案有關僱傭條款規定。此一決定在停權程序中是不得加以審查的。
- (c) 承包商或分包商基於任何其他嚴重的原因或顯然引人注目的原因致影響承包商或分包商現有應負擔的責任。

由 FAR 的 3 種停權事由規定，可以釐出其分類原則大致是：
(a) 涉及廠商誠信之民、刑案件已經司法裁判者；(b) 基於充分的證據 (preponderance of the evidence) 顯示廠商有特定類型之不法或不當行為，或是出於國土安全局長或檢察總長的判斷，認定

承包商有違反移民和國籍法中有關僱傭條款規定之行為；(c)有明顯原因影響廠商責任之履行。以上分類的區別，將影響對於該原因所進行之調查、決定程序。

在 FAR 第 9.406-3 條有如下的規定¹¹ 關係到停權決定之程序事項：

- (b) 作成決定之程序。
 - (2) 在行政機關非基於刑事或民事判決而對承包商作出停權處分的情形，假如發現承包商所提出的反對停權的爭執，確實對於重大事實產生爭議，行政機關必須同時為下列行為：
 - (i) 提供承包商與律師出席的機會、得以提出書面證據、提出證人、面對行政機關提出的任何證人；以及
 - (ii) 所有程序應作成紀錄，並依承包商要求，由承包商負擔費用付予程序的紀錄，除非承包商與行政機關雙方同意，放棄作成紀錄。
- (d) 停權正式的決定。
 - (1) 在基於一項刑事或民事判決的停權案件，或對於重大事實沒有真正爭議，停權官應基於行政機關紀錄的所有資訊，包括承包商所提出任何資料，作出停權處分的決定。如果不暫時停權是有效果時，除非停權官有正當理由展期，否則，停權官應在收到承包商所提出的任何資料及爭執後，30 個工作天作出停權處分決定。
 - (2)
 - (i) 關於有爭議的重大事實，額外的程序是必須的，必須備有書面的事實的發現。

¹¹ See FAR 9.406-3.

- (ii) 惟經具體認定屬專擅，恣意或明顯錯誤後，停權官始得拒絕任何全部或一部此類事實的發現。
- (iii) 在具爭議的事實調查程序結束後，停權官應作出決定。
- (3) 在任何一個非基於刑事或民事判決的停權建議案件，停權原因必須建立在充分證據下 (*preponderance of evidence*)。

由以上的規定可知 FAR 對於停權決定的作成，區別事實是基於民、刑事判決，或對事實沒有爭議者，或有重大爭議者，如果是前二者所踐行之程序顯然較後者簡單快速；而對有重大爭議者，必須提供偕同律師到場進行調查證據的程序，證據的要求是要達到充分證據 (*preponderance of evidence*) 的程度。

2.我國停權事由之檢討方向

至於我國停權事由應如何檢討，本文認為除期許主管機關就已施行 20 年之實務狀況進行分析研究，對事由通盤檢討重新研訂外，初步應先檢視現有事由有無可以刪去者。本文對於刪除的建議，主要希望停權事由之脈絡更為清晰，不必為了無效益的事由，讓適用的矛盾打擊法理的分析。其次進行歸類上之思考，未來再於各別類型上進行更細緻之規範：

(1)可以刪除者

I.第 5 款受停業處分仍參加投標者

此款事由作成停權處分之個案極為少見¹²。另則，如在

¹² 相同發現，曾建能，政府採購行政訴訟效率之研究，國立成功大學，工學院工程管理碩士專班，頁 36。另公共工程委員會曾委外研究「政府採購爭議處理事件案源及問題類型分析」，就所研究之停權爭議事件 263 件中，第 5 款事由為 0 件，見研究報告，行政院公共工程委員會，93 年，頁 85。

審標之流程設計上，以招標文件明文要求廠商具有此等事由即不得參與投標，則機關審查時即可以未符資格排除之¹³；倘廠商未據實表達其經停業處分之事實，即可能落入第4款以虛偽不實文件投標之停權事由。故毋庸獨立列為一款，增加說理之困難。

II.第13款破產程序中之廠商

對於此款事由之檢討，相同於第5款之情形。只要明文要求廠商於投標時具體表明有無經破產宣告，即可在審標中剔除其投標資格。況破產法第66條規定：「法院為破產宣告時，就破產人或破產財團有關之登記，應即通知該登記所，囑託為破產之登記。」故由操作面來思考，招標機關儘可能透過查詢機制，在審標時查知破產之事實，即可達到防免不良廠商參與採購之目的。如廠商刻意隱瞞，而破產發生於投標之始，廠商於相關說明履約能力之文件中，極可能有所掩飾；如破產發生於之後接續的過程，必涉及代表人變更為破產管理人之程序，除其據實陳報外，否則難有不以虛偽文書粉飾破產情事之可能，則亦落入第4款以虛偽不實文件投標、訂約或履約之情形。復且，由研究中顯示，實務上該款事由所生爭議亦幾近於零¹⁴。故認亦無列為停權事由之必要。

(2)事由之分類

由政府採購法之立法脈絡看來，停權事由至少可以有如下二種分類方式（前述建議刪除之2款事由仍予列入）：

¹³ 見吳威志、許峻維，政府採購法對於不良廠商公告停權機制之探討，科技法律論叢，12期，107年，頁37。

¹⁴ 公共工程委員會曾委外研究「政府採購爭議處理事件案源及問題類型分析」，在研究所擇取之263件案件中，第13款事由僅有1件，見研究報告，行政院公共工程委員會，93年，頁85。

I. 依事由之性質分類

按本文研究所得之 4 類，違反行政法上義務、私法爭議、犯罪行為、政策要求，進行分類並調整款次。類型化停權事由有助於事由之判斷及解釋，並相互比較衡量停權期間之短長，以為理性之立法裁量。

II. 依應否經司法裁判來分類

目前立法安排上，主管機關僅選擇政府採購法本身所設定之特別刑事責任，即第 87 至 92 條所規定之犯罪行為，採取刑先行後之思考，以第一審判決結果來決定停權與否及停權期間。至於未如是規定者，例如第 15 款「對採購有關人員行求、期約或交付不正利益者」，可能同時構成行賄罪，既政府採購法並未以具有該等事由者經刑事判決有罪之結果，作為停權事由，則作成停權處分與否，自應與司法審判脫勾，而由負有職權者依循行政程序，進行調查、認定，作成決定，本毋庸以民、刑事審判結果作為認定前提。此即一如 FAR 之設計，這樣的分類，將影響後續事由調查之程序及認定之邏輯。

3. 檢討停權事由之效益

經由上述事由之分析及分類後，即可以看出分類將有助於衡量比例原則之基本判斷，及依不同事由作成停權處分，所應實踐不同程度之正當行政程序。以下先由停權期間之檢討來討論第一個問題。

（二）停權期間之檢討

1. FAR 的啟發

經過分類排列組合後的停權事由，很清楚地呈現至少有如前述 6 點令人無法理解停權事由如何與各該停權期間對應，而

符合比例原則之問題。此也正可反應如果以裁罰性不利處分看待停權制度，如何地僵化而格格不入！

美國法似乎提供了不錯的思考。FAR 停權期間規定在第 9.406-4 條¹⁵：

- (a)(1) 停權之期間必須與停權原因的嚴重性相稱，一般停權之期間為 3 年以下，除了以下情形：
 - (i) 因違反無毒工作場所規定而遭停權，得停權 5 年以下期間。
 - (ii) 除依本條 (b) 之規定延展，否則依第 9.406-2(b)(2) 規定，就國土安全部長及檢察總長之決定停權，期間為 1 年以下。
 - (iii) 因關於違反軍備武器控制條約而為虛偽證明，或與美國聯邦政府達成和解，依 9.109-4(d) 條停權尋求救濟，其停權期間為 2 年以上。
- (2) 假設在作出停權處分之前先予暫時停權之處分，則應將暫時停權的期間納入決定停權期間的考量。
- (b) 停權官為保護政府機關利益所需，必要時，得將停權期間，再延長一段期間。無論如何，延展停權期間的理由，不得僅基於最初作出停權處分所依據的事實及情況。依 9.406-2(b)(2) 條國土安全部長及檢察總長所做決定之停權期間，如果該部長或檢察總長認定承包商仍持續違反移民及國籍法之僱傭條款，得將停權期間再延長 1 年之期間。如果停權予以再延長一段期間是必須的，則停權期間的延長，必須遵守第 9.406-3 條所規定的程序。
- (c) 停權官得依承包商請求，審酌是否具備以下列理由，及有利之證明文件，予以縮減或延長停權期間：
 - (1) 新發現之事實及證據；

¹⁵ See FAR 9.406-4.

- (2) 停權處分所依據的刑事或民事判決已被廢棄；
- (3) 真正改變所有權或管理權；
- (4) 被停權的其他原因已被消除；
- (5) 停權官認為適當的其他理由。

以上 FAR 的規定中，有如下之重點值得參考：

1. 停權之期間必須與停權原因的嚴重性相稱。
2. 停權期間因事由不同而不同，但均採上限之方式規定，配合有減短期間之彈性，可以因應事件之不同情狀而調整。
3. 停權官為保護政府機關利益所需，於必要時，得將停權期間延長；另廠商在停權期間有請求縮短之權利。

這 3 點特色，充分顯示 FAR 對於停權制度之運用，是基於保護政府之利益，同時也注意對於廠商之停權期間有無符合廠商違失情節之輕重，同時允給調整、減短之機會。其屬預防性機制，而非制裁，至為明顯¹⁶。

另外，FAR 也指明停權官決定停權與否所應檢視之條件及步驟¹⁷。

停權事由的存在，並不當然就必須將廠商加以停權。任何停權處分的決定，都應考慮廠商作為的嚴重性。但其所造成的缺失及是否有任何的補救措施，或是否有任何可以緩和其所造成缺失的因素（*mitigating factors*），這些因素都是停權官所必

¹⁶ 文獻研究上，認為「德國德國聯邦政府於 2017 年 4 月 24 日提出競爭公告法草案，擬將於政府採購中引進競爭公告制度，對於在政府採購程序中有經濟不法犯罪前科之廠商，建立登記資料庫。競爭公告法比較是屬於事前防範制度，與我國政府採購法刊登不良廠商於政府公報制度係屬事後懲罰制度，是一種『行政罰』的手段，二者尚有不同之」。見世新大學（研究主持人：王玉全，協同主持人：胡韶雯、黃相博），聯合國反貪腐公約第二章「預防措施」及第三章「定罪和執法」國內法規檢視及立法建議委託研究案，法務部廉政署，2017 年，頁 15。惟本文則認為我國的停權制度並非裁罰手段，德國、美國的立法經驗恐怕才是正道。

¹⁷ See 9.406-1 General.

須考慮。停權官在作出停權處分前，必須考量下列因素：

1. 是否廠商在其作為並構成停權事由當時，公司已具備內部控制機制及有效的行事作為標準，或被認為構成停權事由，而遭政府機關調查之前，公司已經採行此類作為或控制程序。
2. 廠商被認為構成停權事由的作為，是否及時讓相關機關注意。
3. 廠商是否已將構成停權事由的各種情況詳加調查，並已將調查結果送停權官參酌。
4. 在政府機關調查期間，或法院訴訟及行政程序過程中，廠商是否充分合作。
5. 廠商是否就其不當的作為已經支付或同意支付所有其應負的刑事、民事及行政責任，包括政府機關因此所致之調查及行政上之支出；以及廠商是否已經完全回復原狀或同意回復原狀。
6. 廠商對於就構成停權事由應負責之個人是否已經作出適當懲處。
7. 廠商是否已經執行或同意執行補救措施，包括任何經政府確認的補救措施。
8. 廠商是否已經建制或同意建置新的或修正的審查及控制程序，以及企業倫理訓練。
9. 廠商是否有充足的時間消除那些存在於廠商之公司組織內，而導致停權事由的各種情況。
10. 廠商的管理是否已認知或了解，其導致停權事由錯誤行為的嚴重性，以及已經執行防止再發生的一些措施。

是否具有任何補救措施或是否具有任何減緩的因素，猶如本節(a)所規範的情形，並非決定廠商現有責任必要的決定因素。因此，如果存在一項停權事由，廠商必須向停權官證明廠商沒有責任以及停權是不必要，廠商負有此一舉證責任。

以上停權官檢視的事項，均指向美國法在乎的是，廠商在構成停權要件之後，有無解決因而發生的瑕疵及賠償，並有內控機制的修正、建立、啟動，正是顯示 FAR 所考慮的是，廠商的危害性是否消除。對此，廠商並負有舉證責任。這是一種廠商自律、自清的機制，可以期待在令人沮喪的停權事由發生後，仍有雙贏的可能。

2. 設計停權期間之思維

FAR 帶來最具意義的啟發是，停權期間不該是依據每種停權事由而僵化至僅有唯一的選擇。法律已預定作成停權決定前應考慮之事項後，可能是無停權處分的；又縱作成停權決定，在停權期間確定後，仍有延長的可能，也可能因廠商之已消除停權原因或其他適當理由而減短。此期間之彈性選擇，正是因應個案事實而異，正可減緩停權處分對廠商職業自由之侵害程度。

（三）小結

經由以上的分析檢討，可知停權事由予以類型化後，除了「犯第 87 條至第 92 條之罪，經第一審為有罪判決者」應以一審判決結果為判斷依據外；其餘事由應以預防性行政處分之性質，由處分機關自行判斷，以加強新法所增訂具有認定停權事由職權之「採購工作及審查小組」之專業組成（此點另於下一目詳述之），來增加停權處分之正當性，方可疏解後續救濟程序之公、私交錯，互為前提問題之遲滯。另停權事由之類型化，也導引出處分事由與停權期間應有之比例原則的思考。以目前新法之內容看來，恐怕唯有再度修法，從政府採購法施行 20 年來所累積之案例，進行分析歸納，取法優良法制，改採預防性不利處分之思維進行立法裁量，以建構嚴謹的停權事由，及合目的之停權期間，否則難克其功。

三、正當行政程序之充實建立

我國對於正當行政程序之要求，從人身自由之保障，由憲法第 8 條發展迄今，已漸在各種基本權領域萌芽。學者湯德宗於擔任大法官時，在釋字第 739 號提出協同意見書闡述憲法要求下之正當行政程序，乃包括「程序上正當程序」與「實質上正當程序」，並清楚指明意涵：「所謂『程序上正當程序』，係要求公權力機關（含立法、行政及司法等機關）擬剝奪人民生命、自由或財產前，應踐行相應之公正、公平程序，俾相對人及利害關係人得適時為防禦（答辯）；『實質上正當程序』（簡稱「實質正當」）則要求法律規定之內容須合乎基本的公平正義（fundamental fairness）。」¹⁸。一般來說，美國司法審查行政決定，即要求「機關內部對行政行為之審查，必須符合美國憲法關於正當行政程序的要求，並必須依行政程序法之規定舉行聽證。因此，進行行政裁決的行政機關當必須容許當事人在中立的事實發現者（行政裁決官）之前，由律師協助說明對其有利之理由、進行交互詰問（cross examination）、聲明不服，並得知作成正式決定的理由（have access to a reasoned decision on the record）」¹⁹。本文以下提出對於停權處分之作成，在正當行政程序上之不足，主要集中於程序上正當此一部分。

就大法官釋字第 709 號解釋具體提示在私辦都市更新程序，公權力介入核准時，應踐行何等程度之正當行政程序，始能符合憲法要求，時任大法官之學者林錫堯在協同意見書中，即細述正當行政程序之建構，係出於「各個基本權之客觀規範效力」，在學理上有必要漸次開展。該號解釋所針對的私人擬

¹⁸ 見前大法官湯德宗提出，黃虹霞大法官等 3 人加入之釋字第 739 號解釋部分協同意見書。

¹⁹ Prof. Dr. Jeffrey J. Rachlinski，美國行政訴訟制度/通才法官—美國法制令人費解的堅持，新制行政訴訟實施 10 週年國際學術研討會會議實錄，最高行政法院，99 年，頁 137。

具都市更新事業概要所為之核准，及對私人擬具之都市更新事業計畫所為之核定，「均屬限制人民財產權與居住自由之行政處分，且其作成行政處分時所涉事實與法律問題及所應考量之因素，具有高度複雜性與爭議性，立法者應採行符合憲法要求之適當組織與正當行政程序，主管機關始能達成適當之結論。」²⁰、「『憲法要求之正當行政程序之內涵』，可分設置適當組織與正當行政程序二大部分規定，其中正當行政程序部分又可分為：建立資訊公開機制與使權利可能受影響之人得於作成行政處分前向主管機關表達意見之程序二部分」²⁰。停權制度乃對於職業自由之干預，涉及對於廠商工作權、財產權之保障，本文認為以「基本權的客觀效力」為論述基礎，目前關於補強停權決定行政程序之不足，至少有二部分，一為功能最適組織之建立；二為加強行政程序之保障密度。徵諸 108 年政府採購法修法增訂第 101 條第 3 項規定「機關為第一項通知前，應給予廠商口頭或書面陳述意見之機會，機關並應成立採購工作及審查小組認定廠商是否該當第一項各款情形之一。」析其內涵正具有本文所指二部分之意義。其中，「機關為第一項通知前，應給予廠商口頭或書面陳述意見之機會」即屬程序保障密度之加強；「機關並應成立採購工作及審查小組認定廠商是否該當第一項各款情形之一」即屬功能最適組織之建立。

（一）功能最適組織之建立

108 年新法增訂應成立「採購工作及審查小組」來認定廠商是否該當停權事由，則此一小組即肩負作成停權處分之職權。於此借用政府採購法施行細則第 111 條此次修法刪除原來舊法「本法第一百零一條第一項第十款所稱延誤履約期限情節重大者，機關得於招標文件載明其情形。其未載明者，於巨額工程採購，指履約進度落後百分之十以上；於其他採購，指履

²⁰ 見前大法官林錫堯於釋字第 709 號解釋所提出之協同意見書，頁 3、5。

約進度落後百分之二十以上，且日數達十日以上。前項百分比之計算，應符合下列規定……」，所持理由為「本條條文以履約進度落後之百分比及日數，量化定義本法第一百零一條第一項第十款延誤履約期限情節重大之情形，惟採購案件規模大小不一，且配合本法第一百零一條增訂情節重大應考量之因素，機關為同條之通知，應成立採購工作及審查小組認定，及為避免僵化受限於百分比之計算及定義上矛盾，無需於本細則另為定義延誤履約期限情節重大者之情形，爰予以刪除」亦即新法施行後，關於停權事由中有以「情節重大」為要件者，此不確定法律概念完全委之「採購工作及審查小組」認定，可見此一小組應具備熟悉各種採購標的之專業能力，並能通盤盱衡個案情狀有無停權之必要；更重要的，應重視其應有客觀中立之角色，不能陷入自斷其案之不公平、不公正。

在前章第二節中提及公共工程委員會在新法施行後未久，旋以 109 年 2 月 13 日工程企字第 1090100040 號函釋採購工作及審查小組之籌組，其委員宜就機關以外人員至少 1 人聘兼之。此即意謂小組成員仍以招標機關內部成員為主，則可能的質疑，即小組公正性、專業性是否足夠，僅有機關內部之視野，是否具備決定停權必要性之能力？政府採購作為是一種行政輔助行為，是政府視其需求，自市場採購所需之配置，以支持其職能之執行，例如消防隊買消防車、各機關採購資訊硬體、軟體，甚至是智慧建築之興建、先進作戰配備之採購²¹等

²¹ 舉例而言，監察院就我國海軍採購建造獵雷艦一案曾進行調查，依該院 108 年 2 月 21 日發布之新聞指出「本案國防部及海軍檢討放寬投標廠商資本額門檻之決策過程中，未審慎考量本案屬巨額採購案件，資本額偏低之廠商是否有足夠財力支撐前後長達 12 年之採購案，未謹慎評估資本額偏低之廠商是否具有相當經驗、實績、人力、財力、設備等能力，即以增加商源為由將投標廠商之資本額由實收資本額不低於招標標的預算金額之十分之一大幅降至二百分之一，顯然輕忽得標廠商資本額過低之財務風險。」參監察院官網 https://www.cyc.gov.tw/News_Content.aspx?n=124&sms=8912&s=13316，最後瀏覽日：109/05/31。此即充分說明對於軍艦之承商應具備如何之財力，自應對於興建軍艦之技能具有一定之專業知識者，方有估計之能力。

等，政府職能越是多元、強大，自必採購更加精密進步之建設、配置。此等作為所需的知識經驗，因採購項目不同而有差異，參與者在專業領域必須是各擅其場者。要解決政府採購法「一套衣服讓所有產業穿」的窒礙²²，及自斷其案的批評，採購工作及審查小組的設置及職能，應以合憲性之角度建構操作。其設置應強調客觀中立公正的特性；其職能應顧及採購標的為工程、財務、勞務等多樣性，分類邀集獨立之專家學者籌組。為協助小組委員進行裁量，取法前述介紹 FAR 在條文中列舉停權官應考量之各項環節，強調比例原則之運用，應是可以援引的方向。另外，建立裁量因子的資料庫，應是現代科技社會，利用既有個案進行大數據分析的一個有效方式。分析招標機關的層級、屬性，標案的類別、項目，違法、違規或債務不履行之情形，實證上以若干期間為改正，及排除於採購市場為適當等節，據以完成裁量標準。提供資料庫供小組委員參酌，信將有助於不確定法律概念之形成及停權期間之裁量，而不致流於恣意。

更進步的思考是，由停權事由的分類來看，除了停權事由中屬犯罪行為，應以一審刑案判決結果為認定依據外；其餘具民事爭議者、違反行政法上義務者，及屬政策要求者，是否具有予以停權之必要，乃預防性行政處分之思考，改設具專業判斷性質之內部單位²³取代採購工作及審查小組，在後續行政救濟之審查重點將會是司法審查專業判斷的正確及合理性²⁴，而

²² 前揭註 2。

²³ 在立法例上，不當勞動裁決委員會即是適例，勞資爭議處理法第 43 條第 1、2 項規定：「中央主管機關為辦理裁決事件，應組成不當勞動行為裁決委員會（以下簡稱裁決委員會）。裁決委員會置裁決委員七人至十五人，由中央主管機關遴聘熟悉勞工法令、勞資關係事務之專業人士任之，任期二年，並由委員互推一人為主任裁決委員。」

²⁴ 參照大法官釋字第 553 號解釋理由書：「本件既屬地方自治事項又涉及不確定法律概念，上級監督機關為適法性監督之際，固應尊重地方自治團體所為合法性之判斷，但如其判斷有恣意濫用及其他違法情事，上級監督機關尚非不得依法撤銷或變更。對此類事件之審查密度，揆諸學理有下列各點可資參酌：（一）事件之性質影響審查之密度，單純不確定法律概念之解釋與同時涉及科技、環保、醫藥、能力或學識測驗者，對原判斷之尊重即有差異。又其判斷若涉及人民基本權之限制，自應

得與民、刑事案件之認定脫勾，則前一節所提及個案呈現的遲滯、恣意等遺憾，將可大幅減少。

(二) 加強行政程序之保障密度

此次新法雖然增訂提供廠商陳述意見之規定，其增訂理由為「通知廠商將刊登政府採購公報，其性質屬限制或剝奪廠商權利之行政處分，為利機關作成通知之決定前，能完整掌握個案實際情形，對廠商有利及不利之情形均予考量，爰定明應給予廠商口頭或書面陳述意見之機會」²⁵惟倘未有增訂是項規定，行政程序法第 102 條規定本即定有給予廠商陳述意見之機會，有無此項增訂似乎無關宏旨。本文所要質疑的是，此項規定是否足夠？

行政作為在程序上具有職權主義、自由心證主義及效能原則之特性，又所作成之行政處分具強大立即的羈束效力，在保障基本權之思維下，應特別重視當事人參與之原則，以促釐清事實，避免機關恣意妄斷。再以美國 FAR 為例，其第 9.406-3²⁶條即在規定作成處分之程序如下²⁷：

(a) 調查及轉介。行政機關應就及時報告、調查，及轉介停權官審酌是否做出停權處分，建立適當程序。

(b) 作成決定之程序。

(1) 行政機關應建立停權處分決定作成所應依循，盡可

採較高之審查密度。(二) 原判斷之決策過程，係由該機關首長單獨為之，抑由專業及獨立行使職權之成員合議機構作成，均應予以考量。(三) 有無應遵守之法律程序？決策過程是否踐行？(四) 法律概念涉及事實關係時，其涵攝有無錯誤？(五) 對法律概念之解釋有無明顯違背解釋法則或抵觸既存之上位規範。(六) 是否尚有其他重要事項漏未斟酌。」

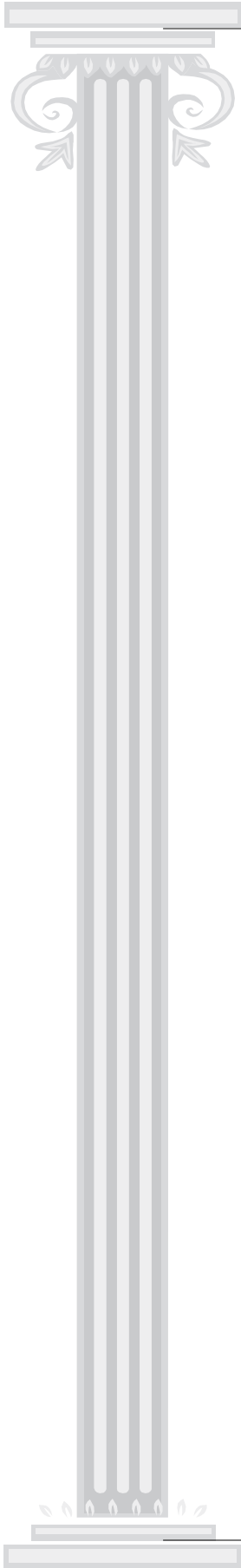
²⁵ 參政府採購法第 101 條修法理由說明三。

²⁶ See FAR 9.406-3.

²⁷ 部分內容已經介紹於前，惟為文理之順暢，仍將全文照譯於此。

能非正式可行，符合基本公平原則的作成決定的程序。這些程序必須提供承包商一個可以親自或以書面，或透過代表人，針對反對停權處分提出資料或抗辯的機會。

- (2) 在行政機關非基於刑事或民事判決而對承包商作出停權處分的情形，假如發現承包商所提出的反對停權的爭執，確實對於重大事實產生爭議，行政機關必須同時為下列行為：
 - (i) 提供承包商與律師出庭的機會、得以提出書面證據、提出證人、面對行政機關提出的任何證人；以及
 - (ii) 所有程序應作成紀錄，並依承包商要求，由承包商負擔費用付予程序的紀錄，除非承包商與行政機關雙方同意，放棄作成紀錄。
- (c) 停權建議通知。停權官作出停權建議後，應以掛號信及送達回證，通知承包商或其經指名之所屬分公司。
 - (1) 停權處分正被審酌中；
 - (2) 停權建議的理由足以將承包商放上行為通知或其所基於的交易；
 - (3) 依第 9.406-2 條，作出停權建議的原因；
 - (4) 在接獲通 30 日內，承包商得親自或以書面，或透過代表人，針對停權處分提出資料及爭執，以抗辯停權處分，包括任何對於事實致生爭議的額外附加的資料。
 - (5) 行政機關作成停權處分的程序；
 - (6) 發出停權建議通知的效果；

- 
- (7) 對真正停權處分申訴的效果；
- (d) 停權正式的決定。
- (1) 在基於一項刑事或民事判決的停權案件，或對於重大事實沒有真正爭議，停權官應基於行政機關紀錄的所有資訊，包括承包商所提出任何資料，作出停權處分的決定。如果不暫時停權是有效果時，除非停權官有正當理由展期，否則，停權官應在收到承包商所提出的任何資料及爭執後，30 個工作天作出停權處分決定。
- (2)
- (i) 關於有爭議的重大事實，額外的程序是必須的，必須備有書面的事實的發現。
- (ii) 惟經具體認定屬專擅，恣意或明顯錯誤後，停權官始得拒絕任何全部或一部此類事實的發現。
- (iii) 在具爭議的事實調查程序結束後，停權官應作出決定。
- (3) 在任何一個非基於刑事或民事判決的停權建議案件，停權原因必須建立在充分證據下(preponderance of evidence)。
- (e) 停權官決定之通知
- (1) 假設停權官決定給予停權，承包商及任何一個牽涉其內的附屬公司，應以掛號信，送達回證，給予即刻通知；
- (i) 關於停權建議通知。
- (ii) 具體停權理由。
- (iii) 停權期間，包括生效日期。

- (iv) 告知停權效力及於所有政府行政機關，除非該行政機關首長或其指定之人要求依 9.406-1(c) 提出書面聲明有正當理由仍繼續與該停權承包商訂定採購約。
- (2) 如果停權機關並未決定給予停權處分，停權官必須立即通知承包商以及所涉及的其他附屬公司，且須以掛號郵件通知並取得送達回證。
- (f)
 - (1) 假設承包商為解決停權處分的程序，而與政府行政機關達成行政上的協議合同，停權官必須進入網站，並依要求填載相關資訊。
 - (2) 停權官有責任在三個工作天內及時提出行政上協議合同相關準確的文件。
 - (3) 關於一些依資訊自由法，可能被披露豁免所包括的資訊，停權官必須遵守第 9.105-2(b)(2)(iv) 所定之程序。

除了前已說明 FAR 對於停權決定的作成，區別事實是基於民、刑事判決，或對事實沒有爭議者，或有重大爭議者，踐行不同密度之調查程序以外，尚可見其規範內容寓有濃厚的當事人參與之意義。另外，FAR 也有程序的細密規定，包括通知及其應載事項，並通知之寄送方式。有些內容甚至是事理之當然，但其仍然予以規定，應是出於對於程序的重視。

(三) 小結

既然政府採購法修法增訂第 101 條第 3 項規定，已經寓含功能最適組織之建立，及加強行政程序之保障密度二項重點，在未有更縝密之再次修正前，「落實」即為關鍵之下一步。主管

機關應以保障廠商基本權之高度，透過行政機制的最大可能，利用施行細則等授權命令進行填補，則對新法仍可予以肯定。

肆、結論

本文嘗試探尋理性建構現行停權制度之可能。首先整體性分析政府採購法之內容，在制度上預定的雙階程序中，停權事由可以區分四類之性質，分別為違反行政法上義務、私法爭議、犯罪行為、政策要求。將事由分類後，一望即知立法上從未說明停權期間長短之裁量為何？停權期間如何相應於停權事由所造成的危害？違反行政法上義務事由被排除於採購市場的期間，卻較刑事犯罪事由為長等諸多法理上盲點及矛盾；另各該事由既有本質上之不同，則調查認定之程序自應有所區別。本文比較美國的 FAR 關於停權制度之規定後，認為在不違反現行制度之框架下，可以由二個方向進行梳理：一、停權完全法條之類型化建構；二、正當行政程序之充實建立。

一、停權完全法條之類型化建構。就此提出之建議，非在細膩法律文字或要件，此亦為法學研究者所難及；而是提出方針，以供未來精進。主要的進程可有三段：

- (一) 刪修事由：依本文對事由之分析，至少有應刪除者，有「受停業處分期間仍參加投標者」及「破產程序中之廠商」2 款。理由有三，1、此 2 款事由在實務經驗中，幾乎未曾發生；2、具有此 2 款事由之廠商，可以經由審標過程即予排除；3、如果有此等情事發生，在採購流程中，極有可能落第 4 款「以虛偽不實之文件投標、訂約或履約，情節重大者」，適用第 4 款之停權事由即為已足。

(二) 分類事由：就事由進行分類，有二點意義，一是有利於與停權期間之合理相應，一是不同事由應有不同之認定程序。本文認為合於邏輯之分類，有如下二種：

1. 依事由之性質分類。

按本文研究分析之 4 類性質，即違反行政法上義務、私法爭議、犯罪行為、政策要求，予以分類，再對應停權期間之檢討，以及建立實際作成處分之裁量因素，方有較為清晰之邏輯。

2. 依應否經司法裁判來分類。

對於屬於無待刑事判決之停權事由，均應由具職權者應按事由要件，以預防性行政處分之角度去判斷。尤其如本文所建議之「採購工作及審查小組」應具有之實質功能，或另設具有專業判斷權限之內部單位，依縝密之程序判斷。接續之行政救濟，自應以對專業判斷之審查方式進行，而毋庸以其他審判權法院之裁判為前提。

(三) 停權期間應以預防性行政處分為基礎，進行修正。

本文認為停權處分屬於預防機制，則對於如何的停權事由所產生之危害，應相應多長的停權期間，非進行資料庫之研析絕不可得。在無適當之合理說明前，FAR 規定停權官應於作成處分前考量 10 項因素²⁸，決定停權之後，仍容許有延長、縮短之可能，這都是我國可以取法的方向，以消除學者一再提出停權期間僵化不合比例原則，甚至是違憲等疑慮。

²⁸ 前揭註 17。

二、正當行政程序之充實建立。以下的建議，是本文認為主管機關不必修法，以行政機制的最大可能，利用施行細則填補，即可完足。

（一）功能最適組織之建立。

108 年修法增訂第 101 條第 3 項規定「機關並應成立採購工作及審查小組認定廠商是否該當第一項各款情形之一」可見主管機關已知原來程序之不足。本文認為不僅原來由採購人員逕為停權決定之承辦人，有違迴避原則外，鑑於採購之態樣複雜多樣，基於正當行政程序之要求，對於涉及工作權之職業自由之干預決定，應由具專業、獨立之組織決定停權處分。對於新法規定的小組，即應以此為概念進行籌設，未來尚得修法設置具備專業判斷能力之內部單位去執行此一權限。

（二）行政程序規範密度之再加強。

正當行政程序之憲法要求，視所干預基本權之種類、強度，應有不同之寬嚴標準。吾人應重視停權處分涉及的是人民的工作權、財產權，不應輕忽其應有之程序參與、資訊獲知、及時答辯之程序上權利。在此概念下，現有政府採購法第 101 條第 3 項增訂「機關為第一項通知（即刊登政府採購公報之通知）前，應給予廠商口頭或書面陳述意見之機會」之規定，無非重申原已規定於行政程序法第 102 條陳述意見之規定而已，其操作內涵仍嫌不足。同樣的，FAR 也提供了一個可以參考的方向²⁹，主管機關以行政規則補充程序密度後下達之，輕易即可提供廠商程序之正義。

²⁹ 前揭註 26。

