

刊登於月旦法學雜誌第 172 期，2009 年 8 月，第 287-300 頁。

從個別化公務員概念看政府採購中的公務員身分 —評最高法院九十七年度台上字第四八一三號等判決

黃榮堅

臺灣大學法律學院教授

摘要

刑法上公務員概念應回歸個別犯罪類型規範目的來分別做解釋，才能與個別罪名的保護法益切合。本文系爭案件中甲是否為刑法上公務員的問題，在不同罪名之間應有不同的認定。舞弊罪屬貪污罪之性質，因此其公務員概念應限縮於嚴格組織意義的公務員，依此，甲自不具備構成本罪之主體要件。然而甲就部分採購權限之行使，實質上造成依法行政原則之違反，因此按照廣義功能意義的公務員概念，甲該當於違背職務圖利罪所稱之公務員，可以構成本罪。

目次

- 壹、案件事實
- 貳、判決要旨
- 參、判決評析
- 肆、結論

壹、案件事實

根據最高法院九十七年度台上字第四八一三號判決所引用，及高等法院台南分院九十四年度上訴字第五六三號判決之認定，被告甲教授自一九九五年間擔任某國立大學研究所教授。並從一九九九年至二〇〇二年間另兼任 A 公司總經理及執行長的職務。甲為教學研究之用，於二〇〇〇年間向校方申請採購「真空濺鍍機」一組。並由甲自行負責該機具的規格設計、價格查訪。由於 A 公司正是製造真空濺鍍機的廠商，甲同時間亦指示 A 公司相關人員開始設計製造該組機具。甲將其作成的機具設備規格明細表併同 A 公

司提供的估價單等資料，送交學校總務處採購組，供其依照政府採購法規定辦理核定底價、公開招標等採購程序。嗣總務處辦理公開招標，甲即指示 A 公司人員借取另外二家廠商之牌照、證件、印鑑及其他投標所需文件，【月旦法學雜誌第 172 期，2009 年 8 月，第 287 頁】配合 A 公司進行投標。投開標當日，由 A 公司人員分別冒充 B、C 公司代表人，繳交事前商借而來的投標文件，並完納保證金，資金則均由 A 公司提供。該次公開招標係以分段開標的方式進行。第一階段的「資格標」審查，由包含甲在內的兩名人員，就投標廠商的資格與規格進行審核。雖然甲明知 B、C 公司係借牌投標，但仍認定三家廠商俱符合投標資格並在報價單上簽名。之後，甲離開開標現場，因而並未參與價格標的開標決標程序。系爭採購案的決標結果最後係由 A 公司得標，取得與該國立大學締結採購契約的資格，並進而訂立採購契約。

貳、判決要旨

針對上開事實，檢察官依貪污治罪條例第四條第一項第三款所定「公務員購辦公用器材舞弊罪」¹對甲提起公訴。案經地院與高院判決²，咸認被告甲不具有刑法第十條第二項所定之公務員身分，其被訴之行為自無法以舞弊罪論處。一審及二審的判決之所以否定甲為刑法上之公務員，同樣係根據組織上及法令上的理由。組織上的理由在於，甲擔任國立大學研究所教授一職，其工作內容的本質在於教學研究，不似一般行政機關的公務員具有法定權限。因此甲並非刑法第十條第二項第一款前段所規定之公務員。又依據該校所訂定的「國立○○大學採購辦法」規定：「本校採購由總務處（各業務組）負責經辦。」已明定以該校名義所辦理之採購案，「經辦」的權責在於該校「總務處」，而非校內各系所，更不是提出申請案之教授。因此系爭採購標案，係以該校名義對外招標，其經辦權責應歸屬該校總務處。依上開採購辦法，甲並非本件招標案之購辦權人，故非刑法第十條第二項第一款後段所規定之公務員，此為法令上的理由。綜上，甲既然不具有刑法上的公務員身分，縱有舞弊行為，亦無構成舞弊罪之可能。

最高法院針對甲被訴舞弊罪之部分則認為³：「刑法第十條第二項規定『稱公務員者，謂下列人員：一、依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限者。二、受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者。』甲為國立○○大學研究所教授，其工作內容為教學研究，並非公共事務，固非刑法第十條第二項第一款之公務員。然甲就本件○○大學採購『真空濺鍍機』一組之採購案，既負責該真空濺鍍機規格之設

1 貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 3 款：「有下列行為之一者，處無期徒刑或十年以上有期徒刑，得併科新台幣一億元以下罰金：……三、建築或經辦公用工程或購辦公用器材、物品，浮報價額、數量、收取回扣或有其他舞弊情事者。……」

2 台灣高等法院台南分院 94 年度上訴字第 563 號判決，台南地方法院 92 年度訴字第 632 號判決參照。

3 最高法院 97 年度台上字第 4813 號判決參照。

計、價格之查訪、機具設備規格明細表之製作、開標時廠商資格標之審查等工作，並指示不知【月旦法學雜誌第 172 期，2009 年 8 月，第 288 頁】情之系祕書○○○於『驗收記錄表』上『使用人對於物品測試結果』及『單位使用人』欄內蓋章確認『良好』。則甲是否已參與系爭採購案？是否受○○大學之依法委託，從事與該校有關採購公用器材之公共事務？亦即是否屬刑法第十條第二項第二款之公務員，原審未詳查究明，即遽認甲非公務員，並以甲非公務員，逕認甲無成立公務員購辦公用器材舞弊罪之餘地，自有可議。」

參、判決評析

一、本案爭點

甲是否構成貪污治罪條例的公務員舞弊罪（或本文所欲檢驗之違背職務圖利罪），關鍵的問題在於甲是否具有刑法上公務員身分？本案下級審法院認為，教授的教學研究工作無涉公共事務、依照該校採購辦法甲也非採購權責歸屬之主體。此外，甲對於標案的底價、是否決標等事項並無參與權限，因而否定甲為刑法上的公務員。既然甲不是刑法上的公務員，則不論其行為是否該當於舞弊行為，都不至於構成公務員舞弊罪。然最高法院認為，參酌本案事實，甲實際上就系爭採購案的整個程序涉入頗深。甲是否可能基於採購權責機關之授權，而應論以刑法第十條第二項第二款受權限機關委託從事公共事務之公務員？下級審法院對此並未進一步深入研求，應有調查未盡之疏漏。可見最高法院關於刑法上公務員身分的認定，在組織隸屬與法令規定之外，似乎更將關注的重點指向刑法第十條第二項第二款所謂的「委託公務員」。換言之，最高法院參酌本案事實認為，尚未排除有基於實質上的「權限委託」，而將甲評價為刑法上公務員的可能。

二、本文立場

（一）方法上的論點

由於刑法總則就公務員概念設有定義性規定，不論學說或實務遇有與公務員相關之要件，概回歸總則規定以尋求解釋。然公務員概念所涉及的問題，不只是刑法自身的處罰目的而已，更與行政法上的依法行政原則及公務員相關法制產生相當程度的連結。傳統上以統一定義規定適用於個案的方式，學說上其實已不乏質疑之聲，甘添貴教授在論述公務員概念時認為，界定公務員之概念，自須斟酌此等公務員犯罪之本質，始能規範其合理之射程範圍，因此其對於公務員作為犯罪行為之主體與作為犯罪行為之客體，可能出現寬嚴不一的概念範圍⁴。此外，關於刑法上公務員概念的界定模式，學者吳耀宗曾經論及概括式立法模式以及列舉式立法模式的優劣，並建議採取組織意義公務員的概括式立法模式，至於個別實際案件之具體範圍與對象，則委由司法者依據個別條文之【月

4 甘添貴，刑法新修正之公務員概念，收錄於刑法總則修正重點之理論與實務，元照，2005 年 9 月，136 頁以下。

【**旦法學雜誌第 172 期，2009 年 8 月，第 289 頁**】內容與規範目的予以適當限縮。至於如果採取列舉式的立法模式，則宜在個別犯罪條文特別規定其所謂準公務員之定義⁵。學者林雍昇在討論公務員概念的論文中介紹，關於德國刑法公務員概念的形成，德國多數學說與判決面對法條文義的限制只能照單全收，而將對公務員概念的合理調整寄望於個別職務犯罪條文的適當解釋上⁶。雖然國內學說對於統一定義可能存在的問題已經有所嗅覺，面對立法上對於公務員的統一定義，仍試圖解釋出單一的公務員概念。但是無法切中規範目的的情形，即使歷經第十六次刑法修正，針對刑法上公務員概念修正其定義，也未必能完全解決；晚近私人參與國家任務的各種型態更加引發種種適用上的爭議。問題之解決或許有賴於回歸方法論上的反思。

（二）刑法上個別化公務員概念

刑法規範的主要目的在於法益保護，因此從個別犯罪規定所保護之法益出發，才能界定出合於規範目的的公務員概念。問題是刑法第十條已對於公務員概念給予統一的定義。既然是統一定義，當然無所區別地適用於全部犯罪類型。問題是由於規範目的決定構成要件的定義，要說刑法上的公務員概念可以有一個皆準的定義，其機率幾近於零。因此學說或實務所欲追求的公務員概念範圍的統一標準，其最嚴重的問題不在於始終未能達成一致的看法，而在於互相從不同的座標試圖界定一個統一適用到全部犯罪類型的公務員概念。由於這個方法上的誤差，造成學說上失焦的抽象辯論，並致使實務判決忽略在個別犯罪類型對公務員概念應有的合理解釋。

本文認為關於公務員概念的解釋，求諸刑法總則的抽象性定義規定，並不是一個正確而有意義的思考方式。取而代之的應該是，從個別犯罪類型的保護法益出發，個別解釋各該公務員要件⁷的概念內涵。換言之，以行為的法益侵害可能性決定公務員概念的意義，而不是先驗的公務員概念意義決定行為之法益侵害可能性⁸。因此關於公務員要件的解釋不應該是刑法總則的定義性問題，而是刑法分則的構成要件解釋問題。申言之，刑法分則中各個與公務員概念相關的犯罪構成要件，可能因為個別犯罪類型保護法益的不同，而在解釋上分別有其不同的公務員定義。

三、具體個案的檢驗

（一）舞弊罪之公務員概念

檢察官以甲觸犯貪污治罪條例中的舞弊罪而提起公訴；從地方法院一直到最高【月

5 吳耀宗，評析刑法新修正之公務員概念，警大法學論集，11 期，2006 年 3 月，107 頁以下、278 頁。

6 其餘引用 Heinrich 的說法，參考林雍昇，民營化下刑法公務員範圍變動的理论初探——以德國法制為借鏡，台灣本土法學雜誌，103 期，2008 年 2 月，179 頁以下、182 頁。

7 這裡所謂的公務員要件，不僅指以公務員身分作為行為主體要件的情形，尚包括以公務員作為行為客體本身，或僅作為客體要素之情形（例如公文書）。

8 黃榮堅，基礎刑法學（上），元照，三版，2006 年，月，155 頁。

【**旦法學雜誌第 172 期，2009 年 8 月，第 290 頁**】法院也皆以舞弊罪來檢驗甲的行為。由於各審級的爭執焦點一直集中在甲是否具有刑法上公務員身分的問題，以至於對舞弊罪的犯罪行為並未多加討論。然而就本文所採取的個別化公務員概念而言，個別的犯罪類型才是討論是否具有刑法上公務員身分的起點。因此合乎邏輯的思考順序是，先釐清舞弊罪的保護法益，才能進一步判斷甲是否具有舞弊罪的身分要件。如果甲不是舞弊罪之公務員，則是否應再以其他罪名（如違背職務的圖利罪）加以檢驗？然而在進入舞弊罪構成要件審查之前，更根本的問題在於，舞弊行為要件本身是否明確？

1. 舞弊罪的構成要件明確性問題

觀察舞弊罪的構成要件，立法者一方面以「舞弊」的規範性不確定概念來規定本罪的犯罪行為；另一方面，以「浮報價額、數量、收取回扣」等行為態樣來例示舞弊行為的概念內涵。雖浮報價額、數量、收取回扣等文字，對於特定行為方式的描述可說是相當具體，但似乎仍不足以從中歸納出舞弊行為的核心內涵，使人民得以預見其行為之可罰性⁹。因此這種例示概括的立法技術似乎無法符合構成要件明確性的要求，恐有違反罪刑法定主義的疑慮。

2. 舞弊罪的性質係貪污罪

姑且將上述明確性的疑慮先行擱置。進而探究舞弊罪之性質，以解釋何謂舞弊罪所稱之公務員。現行貪污治罪條例所規定的犯罪類型甚為複雜，且並非均為維護國家公務行為之正確性而訂定。有為處罰違背職務而屬瀆職性質者；亦有為處罰貪墨而屬貪污性質者。舞弊罪的性質究應如何歸屬，端視其是否以維護國家公務行為之正確性為其立法目的而定。

按本罪所例示浮報價額、數量、收取回扣等行為態樣，其實相當於行為人以不誠實的方法執行本罪所特定的職務（建築或經辦公用工程或購辦公用器材、物品），並自國家所支付之價款中獲取財產利益的情形。由本罪的犯罪行為可知，其處罰的理由並不在於行為人破壞了國家公務行為的正確性。而係處罰行為人自國家所支付之對價中獲取財產利益的行為，故與同條例中竊取、侵占或詐取財物罪相同，係為處罰貪污所設。因此舞弊罪在性質上，應歸屬於貪污罪之類型，而無關乎依法行政原則之維護。

3. 舞弊罪的公務員係嚴格組織意義的公務員

現行法中存在著許多以公務員身分作為構成要件，但其保護法益卻無關乎國家公務行為者，以貪污治罪條例中為處罰貪墨而設的貪污罪為典型。由於貪污犯罪類型的立法目的，並不在於依法行政的維護，而僅是對於貪污行為之處罰，除了滿足一般人民憎惡公務員利用其地位機會不法取財的道德情緒外，其實說不上具有若何本於法益侵害的理

9 例如最高法院 93 年度台上字第 2293 號判決將舞弊行為進一步具體化包含偷工減料、以劣品冒充上品、以贗品代替真品等情形，則本罪之構成要件是否過於概括而難使人民預見其行為之可罰性，不無疑問。

性思考，實為欠缺正【月旦法學雜誌第 172 期，2009 年 8 月，第 291 頁】當性之立法而應予廢除¹⁰。但在此類爭議性規定廢除之前，基於對立法者的尊重，兼以避免不正立法的處罰範圍過於寬泛，只能盡可能地以限縮解釋的方式來限縮其處罰範圍。至於應如何盡可能地限縮解釋，本文認為由於此處的公務員身分無關乎公務行為，而純粹是一種人民對於公務員廉潔性的特殊期待。換言之，此種特殊期待是基於人的因素所生，而非事務的因素。基此，此處之公務員必須限於其與國家之間具有身分意義關係，而刑法對之有特別的期待可能性者。建構此一身分關係的基礎，即在於公務員與國家之間的組織上關聯性。而且為了盡可能限縮此種可疑立法的處罰範圍，應限於所謂最狹義的公務員，也就是依據公務人員任用法所任用之公務員¹¹。相較於其他公務員法上之公務員，本文姑且稱之「嚴格組織意義的公務員」¹²。

將上開個別化公務員概念適用於系爭個案，檢察官以舞弊罪名起訴甲，而舞弊罪之性質如前述屬貪污罪之類型，其公務員概念屬於嚴格組織意義的公務員，亦即依公務人員任用法所任用之公務員。由於國立大學教授並非依據公務人員任用法所任用者，並不符合嚴格組織意義的公務員概念，因此甲不具備舞弊罪的公務員身分，自無本罪之構成。

4. 甲之行為與違背職務圖利罪

甲固然不具有舞弊罪之公務員身分，但未必也不具有瀆職罪之公務員身分。由於甲的行為事實上支配了依法行政的破壞（詳後述），而依法行政正是公務員瀆職罪所保護的法益。則甲的行為是否可能構成貪污治罪條例第六條第一項第四款或刑法第一三一條之違背職務圖利罪？尚有待進一步檢驗。關鍵的問題同樣在於，違背職務圖利罪所稱之公務員應如何解釋？

（二）違背職務圖利罪之公務員概念

1. 違背職務圖利罪的性質係瀆職罪

無論是貪污治罪條例或刑法所規定的違背職務圖利罪，率以「違背法令」為其主客觀要件，可知違背職務圖利罪的保護法益在於維護國家公務行為之正確性，在性質上屬於瀆職罪。既以依法行政為其保護法益，則關於行政行為的事務內涵，自須為受依法行政原則拘束的國家行為。

2. 違背職務圖利罪之公務員係廣義功能意義的公務員

所謂須受依法行政原則拘束的國家行為，在本於國家高權作用者固無疑義。但有關國家公用工程之建置與公用器材物品之採買，亦即國家機關的採購行為，是國家機關如

10 以貪污罪的犯罪類型而言，事實上公務員行為所侵害的是國家的財產法益。較諸一般人侵害國家的財產法益，難以想像其利益侵害的差異何在？相較於一般的財產犯罪，何以對公務員侵害國家財產法益的行為，大幅提高其法定刑？對於此種立法，今人不能不懷疑是純屬道德情緒下的立法。

11 亦即公務人員任用法施行細則第 2 條所稱各機關組織法規中，除政務人員及民選人員外，訂有職稱及官等、職等之人員。

12 黃榮堅，刑法上個別化公務員概念，桃園地方法院演講講義，2009 年 6 月 8 日，27-30 頁。

何達成其統治人民或服務人民的【月旦法學雜誌第 172 期，2009 年 8 月，第 292 頁】內部技術問題，並不全然是國家本於高權對人民的統治行為或給付行為，此等採購行為是否也具有刑法所保護之依法行政法益，則有待進一步討論。本文認為，國家採購行為的特殊之處在於，藉由對國家資源的運用，在現實上形成財產利益（商機）的分配關係，並進而產生國家資源分配是否符合平等原則的重要問題。換言之，即使是無涉國家高權的私經濟行為，也可能因為涉及國家資源分配的公平性，而應為依法行政原則的適用範圍所及。此點可自我國政府採購法相關規定獲得印證，其規範內容固然在提供部分政府採購的行為準則，但在規範背後同時也存在著人民本於公平原則對於政府採購行為的種種訴求。總言之，國家採購行為不應豁免於依法行政原則的拘束，且論理上也不僅限於適用政府採購法之採購行為，因為只要涉及國家資源分配，都有公平原則的適用，也都有依法行政原則的問題。故對於瀆職意義的犯罪類型（例如刑法瀆職罪章所規定的圖利罪與收受賄賂罪）而言，除了本於國家高權作用的公權力行政行為外，國家機關的採購事務¹³也具有刑法所保護的依法行政法益，而屬於國家任務行為或是刑法第十條第二項所謂之公共事務，本文姑且稱之為「準公共事務」¹⁴。

前開關於國家行為形式與依法行政原則的討論，目的在自國家功能的角度切入，標示出作為瀆職罪保護法益的依法行政原則，並進而以依法行政作為解釋瀆職罪公務員身分內涵的基礎，此即本文所主張之個別化公務員概念。承此，以此處所欲檢驗之違背職務圖利罪而言，既然作為瀆職犯罪的一種，其所稱之公務員，必以其所從事之職務有依法行政原則之適用為準；因此不僅包含國家行使高權所作成之干預或給付行政行為，也應包含非涉及國家高權行使的國家資源利用與分配行為（亦即前述之準公共事務）在內。由於瀆職性質的犯罪類型所稱之公務員，其所從事之國家任務內涵較廣，可以稱之為「廣義功能意義的公務員」。

3. 如何判斷行為人是否為廣義功能意義的公務員？

按照個別化公務員概念，違背職務圖利罪所稱之公務員，係指廣義功能意義的公務員概念。因此判斷行為人是否具備本罪公務員身分，標準應在於行為人之行為是否即為特定行政職權之行使而構成整體行政行為之一部或全部？若行為人之行為已構成整體行政行為之一部或全部，則不論行為人係因為組織編制或法令明文而負此權責，或是透過某種行政法上的法律關係¹⁵而參與國家資源分配權限之行使，行為人皆屬廣義功能意義的公務員，亦即違【月旦法學雜誌第 172 期，2009 年 8 月，第 293 頁】背職務圖利罪所

13 相同的道理，人事事務亦同，不過此處不另作論述。

14 黃榮堅，同註 12，21-22 頁。

15 所謂某種法律關係指行政法上關於公權力是否及如何於機關內部移轉，或授予私人行使等相關問題的討論。與本案事實相關之處在於，該校採購權限原本歸屬方徒、總務處，然實際上有部分之權限卻係由甲所行使。因此在行政法上可能引發的討論是，該大學與甲之間有無公權力移轉、私人參與行政任務的各種型態等問題。至於這些行政法上的討論，是否影響甲個人刑事責任之認定，則為下文所欲釐清的一個重點。

稱之公務員。就與本案相關的採購事務而言，違背職務圖利罪之公務員，即係指在規範上負有從事國家採購事務之職權，並須受相關法令拘束之人。至於此一規範上權限的根據為何？是本於組織編制或法令授權？抑或本於其他行政法法律關係而來？均不影響對於違背職務圖利罪身分之認定。

（三）甲成立違背職務圖利罪的兩個路徑

1. 直接正犯的路徑

從本案下級審法院所認定的事實可知，儘管依該校自訂的採購辦法，關於採購業務係由總務處負責經辦。然而事實上甲對於整個採購過程，尤其是公開招標程序，實際上造成相當之影響。本案涉及依政府採購法第十九條應辦理公開招標之採購程序。雖然該校總務處依採購辦法是辦理公開招標的權責單位，然而招標程序的實際進行不全然係由總務處人員親自處理，而有甲的行為介入其中。系爭公開招標程序採分段開標，前後分成兩個階段，資格標與規格標合併開標在前，價格標開標在後。第一階段的資格標審查交由甲與另一名系秘書進行。甲明知 B、C 公司係自己指示 A 公司員工情商借牌投標的廠商，但仍認定三家廠商俱為合格廠商並簽名於報價單，使招標程序得以進入第二階段的價格標程序，並由 A 公司順利得標。換言之，甲評定三家廠商均為合格的行為，實際上構成整體公開招標程序的一部分。然而資格標的審查，既為公開招標程序之一環，本應屬於採購職權中的一項，而應歸由負有採購事務權限的總務處來行使，何以得交由不在總務處編制內的甲來行使？又甲既擔任該校教授一職，原以教學研究為其工作內容，為何竟能參與無關教學研究的學校採購事務？

（1）不同法領域思考下的公務員概念

關於權責機關如何將公權力移轉於非權責機關或私人，向為行政法領域所關切的問題。行政法上之所以討論何種型態的法律關係足以發生權限移轉的法律效果，目的在為權限移轉的軌跡提出論述。相關討論對於酌家行為名義機關的認定，具有重大的意義，因為名義機關的認定關乎人民受有權益侵害時，提起行政救濟的對象適格，避免國家任務之執行因為私人的參與而逸脫依法行政的拘束，而為追究各種國家責任的起點。故可知行政法上討論權限移轉的主要實益在認定國家責任，自與刑法追究個人刑事責任的目的大不相同。蓋刑法對於法益侵害行為的基本歸責原則，本來就要追溯到具有事實因果關係的個別行為人的行為¹⁶，否則整個犯罪結構所要求的主觀不法以及罪責原則從何而來？刑法上還有間接正犯的概念存在，多少也可以印證一二。因此即便行政法上的【**月旦法學雜誌第 172 期，2009 年 8 月，第 294 頁**】相關討論認為，系爭國家行為的名義機關仍為原來的權責機關，實際上參與國家行為的個人並未受有行政法上所謂的「公權力

16 至於所謂法人刑事責任概念的問題，姑且不論學理上猶有爭議，即便在國內實定法上，亦無規定可資依據。參考黃榮堅，同註 8,184 頁以下。

移轉」，亦不表示該個人因此不該當於刑法上的公務員¹⁷。換言之，將刑法上公務員身分之具備與否取決於不同目的思考下的行政法概念，或許過於忽視刑法自身的規範目的而僅是欠缺實質意義的干擾。

承上所述，如果國家採購行為必須受到依法行政原則的拘束，而違背職務圖利罪又將國家採購中的依法行政作為保護法益，則即便行為人相對於人民並不具備獨立執行任務的權限、亦非國家採購行為最終的名義機關，仍是基於某種行政法上的法律關係（例如專家參與¹⁸），得以行使一部或全部的國家採購職權之人，則難謂行為人就其行使職權上的行為，不構成行政行為的部分，而可以完全豁免於國家採購行為所應遵循的種種法令或原理原則的拘束。或有認為，在專家參與的情形，行政機關本身仍擁有執行與決策之權限，故專家學者對行政機關決策過程的操弄，並不會對行政機器依法行政的形象受到損害，因為行政機關若是完全依法令而行，則社會大眾對其決策之公正性的信賴就不會流失¹⁹。然而實際上的問題，尤其例如是依照獎勵民間參與交通建設條例（下稱「獎參條例」）或促進民間參與公共建設法（下稱「促參法」）的規定，既然甄審委員會在意義上就是維持甄審事務之公正與公平原則的可信賴者，其職權在於優先廠商的評定，則主辦（或主管）機關不可能推翻甄審委員會的決定而另行評定其他最優申請案件。如此對於一個顯然違法的決議，個別委員得以委員會制並非可以有效對外獨立行使職權者為理由阻卻客觀不法，而主辦或主管機關首長因為尊重甄審委員會的決定，屬於容許信賴或甚至依法令之行為而當然排除不法，則結果是，雖然理論上，國家採購的甄審行為涉及國家資源分配公正性的問題，應該受到依法行政原則的限制，但是對於獎參條例或促參法的採購案件，卻永遠不會有人必須因為（無論如何重大之）違法行為而負刑事責任。因此本文認為，行為人基於某種行政法上的法律關係（例如專家參與），得以行使一部或全【月旦法學雜誌第 172 期，2009 年 8 月，第 295 頁】部的國家採購職權（準公共事務），即使相對於人民並不具備獨立執行任務的權限、也不是國家採購行為最終的名義機關，但仍係廣義功能意義的公務員，而為違背職務圖利罪所稱的公務員。一個更清楚的理解方式是在其他犯罪類型的推論，例如有人對審理案件中的受命推事施以強暴脅迫，則是否因為受命推事並非可以對外獨立行使職權的機構，所以行為人的強暴脅迫行為就不構成妨害公務罪？很清楚地，既然實質上審判事務的公務機能受妨害，則受命法官是否為

17 惟國內行政法學者相當一致地持否定看法，簡述其理由在於，個人縱參與國家行為，若非個人能夠獨立行使任何公權力事務，則不能謂個人行使如何之公權力，而與公權力的移轉無涉。因此若不構成行政法上的公權力移轉，亦不該當於刑法第 10 條第 2 項第 2 款之公務員。林明鏞教授於公法學與刑事法學的對話」專題研討會中所表示之意見，公法學與刑事法學的對話（二），台灣本土法學雜誌，103 期，2008 年 2 月，179 頁以下、203 頁。

18 行政法上所謂的「專家參與」是行政任務功能民營化的一種態樣。指國家將某特定事務全權委託民間專家獨立執行，之復再根據該民間專家之決定以國家名義作成最後之決定。雖然其獨立作成之決定不是最終的、對行政也沒有拘束力，但行政還是會尊重該專家所作之中間決定，通常不會推翻或自行再作審查、決定。參閱許宗力，論行政任務的民營化，收錄於：當代公法新論（中），元照，2002 年 7 月，588 頁。本案甲於該次公開招標所從事的資格標（暨規格標）審查，即與專家參與之情形頗為相似。

19 林雍昇，同註 6，197-198 頁。

可以獨立對外行使職權之機構的問題思考，已經喪失意義。

(2) 甲係廣義功能意義的公務員

因此若按上述廣義功能意義的公務員概念來判斷本案行為人甲是否具有違背職務圖利罪的公務員身分，判斷標準應在於，甲參與資格標審查的行為是否相當於行使總務處辦理係爭採購業務之部分權限？是否即為準公共事務之處理？而構成系爭國家採購行為之一部。

政府採購法之所以要求特定的國家採購行為必須依照法定程序進行，目的在藉由法定程序的踐行來擔保採購行為的公平性²⁰，是出於程序性擔保的思考。而資格標審查在政府採購法上的意義，除了藉此淘汰未通過審查的投標廠商，使之無法進入下一階段的價格標程序外，審查結果更是整個公開招標的程序得否續行的關鍵，蓋政府採購法第四八條第一項²¹規定，須有三家以上合格廠商投標，否則應不予開標決標²²。至於何謂「有三家以上合格廠商」，依同法施行細則第五五條第二款²³規定，係指無政府採購法第五十條第一項所定之各款情形而言。而借用他人名義或證件投標，正是前開各款規定之一²⁴。將相關條文予以合併觀察可知，辦理公開招標的機關，一旦知悉（發現）投標廠商中有借用他人名義或證件投標之情形，即不得認定其為合格廠商。若因此導致合格廠商不足三家，則「應」不予開標決標，換言之，不論招標程序進行到哪一階段，皆不得續行而應以流標收場。足見防弊的規範目的貫穿決標前的整個審標程序，因此包含資格標在內的每個階段都有防堵借牌投標的必要，藉此避免徒有符合法定要件的形式，實質上卻規避公平競爭原則的情形發生。總言之，審標本身就是政府採購【月旦法學雜誌第 172 期，2009 年 8 月，第 296 頁】法授予權責機關行使的權限。而實際上從事審標工作之人，就是實際上行使審查權限之人；其所為之審查行為，自係構成整體機關行為的一部分²⁵。

回到系爭標案。甲就投標廠商所為之資格標審查，實際上相當於行使總務處審標權限的一部分，因此其行為應評價為該校採購行為的一部分。按本文關於違背職務圖利罪之公務員身分的認定標準，亦即廣義功能意義的公務員概念，資格標之審查決定本屬總務處關於採購事務之職權，既實際上委由甲行使，則不問甲在行政法上是基於何種法律

20 政府採購法第 1 條：「為建立政府採購制度，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，爰制定本法。同法第六條第一項：機關辦理採購，應以維護公共利益及公平合理為原則……。」
21 政府採購法第 48 條：「機關依本法規定辦理招標，除有下列情形之一不予開標決標外，有三家以上合格廠商投標，即應依招標文件所定時間開標決標……。」
22 羅昌發，政府採購法與政法採購協定論析，元照，2008 年 11 月，299 頁。
23 政府採購法施行細則第 55 條：「本法第四十八條第一項所稱三家以上合格廠商投標，指機關辦理公開招標，有三家以上廠商投標，且符合下列規定者：……二、無本法第五十條第一項規定不予開標之情形。」
24 政府採購法第 50 條第 1 項：「投標廠商有下列情形之一，經機關於開標前發現者，其所投之標應不予開標；其他、開標後發現者，應不決標予該廠商：……三、借用或冒用他人名義或證件，或以偽造、變造之文件投標。」
25 更不用說本於審標權限所作之決定，不論是否為行政處分，受不利決定或不利措施之廠商率得依政府採購法第 74 條以下之規定，向招標機關提出異議及申訴。羅昌發，同註 22，340 頁。此一規定除了凸顯審標決定可能對人民權益產生的影響；另一方面也形同表明，不論審標決定係由何人作成，既為採購權限之作用，則招標機關都必須為該決定負責。

關係而得以行使該項職權，也不問甲是否相對於人民具備獨立執行任務而以自己名義行為的權限；實際上甲的行為無疑對國家資源分配的公平性，以及採購程序的合法性具有事實上的支配力。因此甲係廣義功能意義的公務員，亦即具有違背職務圖利罪公務員身分之人。

（3）甲的行為可能構成違背職務圖利罪

事實上，審標的防弊功能於本案事實中完全落空。由於 B、C 公司係借牌投標，系爭公開招標程序客觀上並不符合政府採購法關於三家以上合格廠商的開標決標要件，本應以流標收場。然而系爭程序在甲的護航下，順利地通過資格標審查，一路接續進行價格標的開標決標，最後並由 A 公司得標。本文先前已肯認甲在系爭程序中，具有違背職務圖利罪之公務員身分；又關於審標決定之作成，也正是甲所主管之事務。主觀上，甲雖明知依法該次招標程序應就此流標，不復進行價格標之評比（因為甲實際上就是一手安排 B、C 公司借牌投標之人），卻仍使三家廠商通過資格標審查，形同做出有三家合格廠商的審標決定。進而使得 A 公司在實際上不存在其他競標廠商的假性競爭狀態下，順利取得與該校締約的資格。此項程序性的違法就規範上的意義而言，代表藉由法定程序所實質上擔保的公平原則也因而被破壞。故甲的行為客觀上支配依法行政的違反，屬於公務員（甲）對於主管事務（資格標審查），明知違背法令（政府採購法四八），直接圖其他私人（A 公司）不法利益（取得締約資格）之情形。因此在結論上，甲之系爭行為應論以違背職務圖利罪之罪責。

2. 間接正犯的路徑

以上本文藉由廣義功能意義的公務員概念，以實際上的權限行使作為建構違背職務圖利罪公務員身分的基礎。使原本在組織及法令上不具有公務員身分之甲，也能作為違背職務圖利罪的犯罪主體，論以違背職務圖利罪之直接正犯。然而在討論的過程中其實也可以發現，不論我們要不要肯認甲的公務員身分，客觀上清楚呈現的事實是，甲的系爭行為事實上已然導致政府採購法的相關規定被違反，依法行政【**月旦法學雜誌第 172 期，2009 年 8 月，第 297 頁**】的要求也因而落空。換言之，不論甲是否具有違背職務圖利罪的公務員身分，他都可以在客觀上支配利益侵害的發生。那麼違背職務圖利罪所要求的公務員身分，在犯罪構成上到底具有什麼意義？

刑法分則所規定的條文中，會出現所謂特別身分的規定。因此問題是，所謂身分犯，欠缺身分者有否可能構成間接正犯？關於此一問題，決諸此處所涉及的公務員身分之性質究屬不法身分或責任身分；如屬前者，欠缺身分者猶可構成間接正犯，反之則不然²⁶。按，對於公務員違背職務之行為行求期約交付賄賂行為之人，我國刑法明文設有處罰規定；同時貪污治罪條例對於非公務員參與公務員所謂貪污犯罪者亦有處罰規定，可見我

26 黃榮堅，基礎刑法學（下），元照，三版，2006 年 9 月，820 頁以下。

國刑事法體系的態度並不認為依法行政原則的概念對於一般人民即無期待可能性。公務員違背職務圖利或公務員收受賄賂等罪之所以標明以公務員為犯罪構成要件，僅在強調可能形成法治原則傷害的事實基礎。因此，此處公務員應係不法身分要件，而非責任身分要件，所以欠缺公務員身分者可以利用具備公務員身分者而構成公務員違背職務圖利罪，亦即無身分者藉由有身分者間接形成公務員違背職務圖利的關係。

從本案事實來看，實際上所有參與系爭招標程序的人員，除甲之外，其他總務處人員對於違反法令之情事並無認識，亦即這是一個無身分者（甲）利用有身分者（總務處的經辦人員）欠缺構成要件故意的行為來實現法益侵害的情形。既然不法意義的身分要件是可以間接實現的，則不問居於行為人與法益侵害之中介的有身分之人，是一同支配法益侵害發生的正犯；或是根本只是被支配的工具而不構成犯罪，行為人對於法益侵害的實現都具有客觀上的支配力，也都是犯罪結構上所要求的不法行為。因此無身分之行為人還是可以透過有身分者成立間接正犯。故甲的系爭行為還是可論以違背職務圖利罪之間接正犯。

四、肯定最高法院判決

（一）與行政法上權限移轉概念脫勾

下級審法院在判決中強調，該校採購事務的經辦權責在於總務處，而非校內各系所，更不是提出申請案之教授。且該件採購案，最後係以該校之名義對外招標，因此足堪認定甲並非系爭招標案之購辦權人。可見下級審法院似乎將對外招標的名義人當作判斷採購事務權責歸屬的一個重點。此種見解或許是受到行政法上行政委託概念的影響²⁷，認為私人參與國家任務，如果沒有被授以得獨立對外執行任務，並以自己名義行為的權限，就無所謂公權力已移轉於私人，從而該私人不因此具有刑法上的公務員身分。【月旦法學雜誌第 172 期，2009 年 8 月，第 298 頁】

然而本案最高法院判決卻認為甲仍可能依刑法第十條第二項第二款規定具有刑法上公務員身分。足見甲是否列名為對外招標的名義人，似乎並非最高法院所關切的重點所在；換言之，最高法院關於刑法上公務員身分之認定，採取有別於行政法上權限移轉概念的標準；至少在刑法第十條第二項第二款的解釋上，並未與行政法上行政委託的概念作相同的理解。

本文在基本態度上，認為刑法上的公務員概念，必須從分則中的各個犯罪類型才能精確地掌握其內涵；反之，一個規定於總則的、一體適用的定義性內涵，在規範目的和方法上都不是一個正確而有意義的做法。最高法院固然仍冀望從刑法總則的規定來解釋

27 例如學者甘添貴即係以行政程序法第 16 條行政委託的概念來理解刑法第 10 條第 2 項第 2 款的公務員概念。甘添貴，刑法上公務員概念之界定與詮釋，收錄於刑法修正後之適用問題——最高法院學術研究會叢書（十二），2006 年 8 月，266-269 頁。

本案所涉之公務員概念，但其將第十條第二項第二款的公務員概念與行政法上權限移轉概念脫勾的見解，仍是本文所肯定的。蓋如前文所述，當行為人基於某種行政法上的法律關係，得以行使一部或全部的國家採購職權（準公共事務），即屬於廣義功能意義的公務員。至於行為人相對於人民是否具備獨立執行任務的權限，或是否為國家採購行為最終的名義機關，均不改變行為人對於採購公平性、程序合法性具有支配可能的事實，因此不應是解釋刑法上公務員身分的重點所在。

（二）受託辦理私經濟行為之人非瀆職罪之習務員？

最高法院在本案判決中，雖未如該院之其他判決，將刑法第十條第二項第二款公務員所受託處理之事務內涵，侷限於公權力的行使²⁸。但或許是因為在本案中，甲作成審查決定的行為，原本就有定性為公權力行政之可能²⁹，因此最高法院並未針對此點特別強調。最高法院何以採取如此見解，在相關判決中未見其說理。是否受到行政法上行政委託概念的影響，我們不得而知。然而將委託事務的內涵侷限於公權力行政的說法恐怕有待商榷。

如果說公務員瀆職罪的犯罪類型其保護法益在於依法行政的維護，那麼照這樣說來，不論是公權力行政或私經濟行為，只要是可能侵害依法行政的行為，都是立法者訂定公務員瀆職犯罪所欲非難的行為。至於是公權力行政或私經濟行為，不過是行政行為以公法形式或以私法形式作成之不同。行政行為的法律形式固然會影響到其行為受依法行政原則拘束的密度，惟並非舉凡私法形式之行政行為即無依法行政原則之適用。因此將私經濟行為排除【月旦法學雜誌第 172 期，2009 年 8 月，第 299 頁】在委託事務內涵之外，似乎與瀆職罪的規範目的有所出入。本文認為，由於某些私經濟行為仍屬國家任務行為，若將此類私經濟行為形式的國家任務委由私人執行，按照本文以廣義功能意義的公務員概念來解釋瀆職罪公務員身分的看法，此時受託人即為廣義功能意義的公務員。總言之，就瀆職意義的犯罪類型而言，關於委託事務內涵的限制，只須問是否屬於國家任務行為，而不問行為形式是否為私經濟行為³⁰。

肆、結論

刑法總則關於公務員的定義性規定並非切合各個涉及公務員要件之犯罪類型的保護法益所作成，偏離規範目的的問題自在所難免。解決之道應在於回歸各該規範目的來解

28 例如最高法院 96 年度台上字第 5853 號判決、96 年度台上字第 6032 號判決，均認為刑法第 10 條第 2 項第 2 款之公務員，在事務要件上，必須係從事於公共事務，且與公權力之行使有關者，始足當之，因此私經濟行為並不包含在內。

29 關於國立大學採購事務之辦理，雖然其與私人所訂立之買賣契約，性質上屬於依私法形式作成之私經濟行為；然而之前的招標程序，仍屬於公權力行政的性質。蓋公開招標的目的即在透過一個公平的法定程序，決定何人具有與機關訂立採購契約的資格，故仍屬公權力之作用。此點從政府採購法設有異議及申訴等救濟程序之規定看來，更是可見一斑。

30 黃榮堅，同註 12，21 頁。

釋公務員概念，才能與個別罪名的保護法益切合。故系爭案件中甲是否為刑法上公務員的問題，在不同罪名之間應有不同的認定。舞弊罪的概括行為要件固不明確，但仍可自例示行為的描述推知其屬貪污罪之性質，因此其公務員概念應限縮於嚴格組織意義的公務員，亦即限於依公務人員任用法所任用者，則甲自不具備構成本罪之主體要件。然而甲就部分採購權限之行使，事實上造成依法行政之違反，因此按照廣義功能意義的公務員概念，甲該當於違背職務圖利罪所稱之公務員，而構成本罪之直接正犯。退步言之，縱不以甲為違背職務圖利罪之公務員，甲仍以具有違背職務圖利罪公務員身分之他人作為工具實現法益侵害，亦可謂以間接正犯之型態構成本罪。【月旦法學雜誌第 172 期，2009 年 8 月，第 300 頁】

