

# 借牌陪標行為的刑事責任問題

## Criminal Responsibility Issues of Agreement Bid-Rigging Crime

蕭 宏 宜

Hung-Yi Hsiao

東吳大學法學博士，東吳大學法學院專任副教授

Soochow University, Ph. D. of Juris

Soochow University, Associate Professor of Law School

### 簡目

壹、前言  
貳、圍標行為與實務操作

參、規範內容與實務檢討  
肆、結論

## 中文摘要

針對實質上形同「一人多標」的所謂借牌陪標行為，儘管多數實務見解係以政府採購法第 87 條第 3 項詐術圍標罪作為處罰依據，惟不論本條項的規範內容或判決書的理由說明，其妥當性均存在若干值得思考之處，在可供參考的同議題文獻與類似立法例均有欠缺下，本文先就相關規範略做介紹，緊接著以本土化的判決整理與分析為中心，以為解構與重構的討論基礎。從解釋論的角度觀察，實務見解透過擴張行為客體、前置刑罰介入時點的操作模式，均存在抵觸罪刑法定的疑慮，從而只能在立法論上，透過修改規範內容的方式，以為解決。就此而言，本文除了提出具體的文字修改建議，更認為刑事立法政策上，允宜整併政府採購法第 87 條第 3 項與同條第 4 項；在實現之前，似應改以政府採購法第 87 條第 4 項合意圍標罪，作為參與借牌陪標行為者的刑事責任依據。

---

關鍵字：政府採購犯罪、圍標、詐術圍標罪、合意圍標、犯罪參與。

## 壹、前言

工程法律牽涉的刑事法律爭議，可略分為政府採購、企業採購與工程營建三方面。就政府採購犯罪而言，主要集中於政府採購法（以下均簡稱「採購法」）所規範的圍標罪（採購法第 87 條，含蓋強制圍標、詐術及合意圍標與借牌參與行為）、綁標罪（採購法第 88 條）、洩漏採購資訊罪（第 89 條）、妨害採購人員決定罪（採購法第 90 條）與強制洩漏採購資訊罪（採購法第 91 條）等態樣，並以此為基礎，進一步連結到 PPP（公私協力夥伴關係，Public Private Partnership），所涉及的民間參與公共建設犯罪，亦即我國促進民間參與公共建設法與刑法之間的銜接（尤其是公務員的主體資格認定問題<sup>1</sup>）、公平交易法、與貪污有關的洩漏底價或違法開標等瀆職行為、登載不實罪、詐欺罪、背信罪及不法利益的計算<sup>2</sup>等爭議，並因其相較於圍繞著刑法典的解釋學，顯然具有特殊性，而饒富研究價值。凡此，儘管過去少有學術關懷<sup>3</sup>，既存的刑事制裁法律效果及本土化的豐富判決成果卻又成為學術研究難以迴避的議題，並對刑事法學的解釋及立法政策帶來新的挑戰。

由於所涉議題眾多，為免篇幅過長與失焦，本文擬先就政府採購犯罪中較為常見的「借牌陪標行為」切入，並以我國近年的實務判決整理與分析為中心。至於其他採購法規範的犯罪類型、公平交易法與圍標、綁標行為的交錯、登載不實與收賄等公務員違反職務行為罪、詐欺與背信罪及不法利益的計算等刑事疑義，只能暫予割愛。

## 貳、圍標行為與實務操作

按所謂借牌陪標，源於採購法第 48 條「三家以上合格廠商投標應即開標」之要求，為掌握決標結果，往往僅有一家公司為真正的投標行為<sup>4</sup>，實質上如同「一人多標」。就

1 拙著，公私協力夥伴關係與委託公務員，中律會訊，第 16 卷第 3 期，2013 年 11 月，頁 56 以下。

2 近例可見最高法院 102 年度台上字第 2387 號、第 1483 號、101 年度台上字第 4999 號、100 年度台上字第 1101 號、99 年度台上字第 1117 號等刑事判決。

3 可見林東茂，圍標的刑罰制裁問題，危險犯與經濟刑法，五南，2002 年，頁 149-167；陳櫻琴，論政府採購犯罪，刑與思—林山田教授紀念論文集，元照，2008 年，頁 247-266；蔡聖偉，政府採購法第八七條第三項之非法影響投開標罪，月旦法學雜誌，第 176 期，2010 年 1 月，頁 243-252；許恆達，政府採購法第 88 條刑事責任之研究，「工程法律」學術座談會第一回，東吳大學法學院主辦，2013 年。

4 採購法第 50 條第 1 項已規定：「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；於開標後發現者，應不決標予該廠商：一、未依招標文件之規定投標。二、投標文件內容不符合招標文件之規定。三、借用或冒用他人名義或證件，或以偽造、變造之文件投標。四、偽造或變造投標文件。五、不同投標廠商間之投標文件內容有重大異常關聯者。六、第一百零三條第一項不得參加投標

此，儘管多數實務見解係以採購法第 87 條第 3 項所謂「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」，作為此等行為的處罰依據，惟不論本條項的規範內容或判決書的理由說明，其妥當性均存在若干值得思考之處，在欠缺可供參考的同議題國內文獻與國外的類似立法例下，本文先就相關規範略做介紹，緊接著整理我國實務的操作模式，以作為解構與重構的討論基礎。

## 一、圍標罪概覽

「圍標乃工商企業者在公開招標的自由競業中以非法妨害競標的一種競業犯罪。通常係於工程招標或物品標售之際，承攬人或買受人為防止因投標競爭而造成過低報酬或過高價金的情事發生，或為儘量提高報酬與儘量壓低價金的目的，乃事先互約投標金額，並約定由中標人給付相當酬金與約定的投標人，此即俗稱『搓圓仔湯』，不但常使工程招標與物品標售人蒙受損失，而且足以破壞公開競標的制度<sup>5</sup>。」換言之，「係指多數具競爭關係之廠商於開標前即共同協議，於招標時，不參與投標，或雖參與投標，所提出之標價較內定得標廠商為高，而內定得標廠商則允諾給付其他參與協議之廠商相當代價，以此藉形式上合法競標，實際上卻規避價格競爭<sup>6</sup>。」

由於政府採購往往牽涉到國家資源分配，商機龐大，以我國而言，種種採購行為所衍生的犯罪，又以圍標的態樣為最多，就此，最高法院 99 年度台上字第 3425 號判決對於採購法第 87 條圍標罪有言簡意賅的說明，頗值一讀：

「政府採購法係為建立政府採購制度，依公平、公開之採購程序，提昇採購效力與功能，確保採購品質為其立法目的；圍標行為之所以具有可非難性與違法性，在於破壞政府採購程序之市場競爭機制，造成假性競爭，使政府建立公平競爭之採購機能形同虛設。本法關於不正競爭禁止之刑事罰責所由設，即第八十七條第一項『強制圍標』、第三項『詐術圍標』、第四項『合意圍標』及第五項『借牌圍標』等罪，均係針對出於圍標行為參與之人或廠商所為規範。其中『強制圍標』及『詐術圍標』類型皆係經由透過妨害競爭對手

---

或作為決標對象之情形。七、其他影響採購公正之違反法令行為。」其中第 5 款所謂「不同投標廠商間之投標文件內容有重大異常關聯」，依行政院公共工程委員會工程企字第○九一○○五一六八二○號解釋令，係指：「一、投標文件內容由同一人或同一廠商繕寫或備具者。二、押標金由同一人或同一廠商繳納或申請退還者。三、投標標封或通知機關信函號碼連號，顯係同一人或同一廠商所為者。四、廠商地址、電話號碼、傳真機號碼、聯絡人或電子郵件網址相同者。五、其他顯係同一人或同一廠商所為之情形者。」

5 林山田、林東茂、林燦璋，犯罪學，三民，2009 年 4 版，頁 465。

6 臺灣高等法院 101 年度上訴字第 2349 號、臺灣高等法院臺中分院 101 年度上訴字第 1413 號刑事判決參照。

自由意志之形成，而達其一己不正競爭之目的，是就行為本質而言，與『合意圍標』、『借牌圍標』雖亦屬非法競標，但係二人以上或廠商間各具有其主觀不法構成要件，本於自由意志以『合意』之方式進行不正競爭之行為者，迥然有別。前二者圍標態樣，該有投標意願而不為投標或不為價格之競爭者，及因被施詐而無法投標之廠商，乃本罪被害客體；就後二者圍標方式，其各廠商間相互意思一致，則參與協議之有投標意願之廠商，或無投標意願而出借牌照者，對於破壞政府採購機制之程度並無差別，概屬行為主體。『借牌圍標』之出借者，本條第五項後段設有處罰明文，其『合意圍標』者之處罰，自不應僅限於使廠商不為投標或不為價格競爭之人（即要約廠商），而應認所有參與達成該協議之廠商，均受本條第四項之規範，以防堵政府採購行為中，參與投標之廠商間，利用合意等方式圍標，破壞政府採購競爭機制。至若行為人係以『強制圍標』之方式以達成『合意圍標』之使廠商不為投標或不為價格之競爭（即陪標）之結果者，即應逕論以強制圍標罪責，殊無成立合意圍標罪之餘地。」

爰先將系爭規範內容表列如下，方便參照：

政府採購法	規範內容	法律效果
第 87 條	意圖使廠商不為投標、違反其本意投標，或使得標廠商放棄得標、得標後轉包或分包，而施強暴、脅迫、藥劑或催眠術。	1 年以上 7 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 3 百萬元以下罰金。
	犯前項之罪，因而致人於死或致重傷。	致人於死者，處無期徒刑或 7 年以上有期徒刑；致重傷者，處 3 年以上 10 年以下有期徒刑，各得併科新臺幣 3 百萬元以下罰金。
	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。	處 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 1 百萬元以下罰金。
	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。	處 6 月以上 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 1 百萬元以下罰金。
	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。容許他人借用本人名義或證件參加投標者，亦同。	處 3 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 1 百萬元以下罰金。
	第一項、第三項及第四項之未遂犯罰之。	

事實上，圍標行為除了本文所欲處理的「借牌陪標」係透過創造假性競標，實則僅有



一家廠商外，**本質上應屬於一種事業聯合的型態**<sup>7</sup>。雖然如此，採購法既已將圍標行為納入刑事責任的規制範圍，自有必要究明實務的解釋運作，有無可能出現疑義。舉例而言，儘管實務見解認為強制圍標罪「不僅及於整體之國家法益，尚包括參與廠商投標之自由法益<sup>8</sup>」，且「不以該行為須產生一定之犯罪結果為必要」<sup>9</sup>，若投標廠商於投標「後」遭恐嚇「如果得標，必須放棄，否則將對其不利」云云，開標結果卻發現根本為不合格標而未能得標，則究應成立採購法強制圍標未遂罪，或應認為僅屬刑法第 304 條強制未遂罪？即生疑義<sup>10</sup>。

前已提及，本文擬先行聚焦借牌陪標行為的構成要件適用疑義，其他採購法所規範的犯罪類型及相關的刑事爭議，只能以待來茲。

## 二、詐術圍標罪

### （一）妨礙投開標行為並非結果犯

「政府採購法第八十七條第三項之詐術圍標罪，以施用詐術或其他非法之方法，使廠

---

7 林東茂，同註 3，頁 151；Glöckner, Kartellrecht - Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2012, S. 341 ff. 不僅德國，美國亦將「圍標」行為置於不正競爭的公平交易法範疇下討論，see Bahadur S. Khan & Nickolas H. Barber, *Antitrust Violations*, 50 AM. CRIM. L. REV. 639, 677 (2013); Maurice E. Stucke, *Looking At The Monopsony In The Mirror*, 62 EMORY L.J. 1509, 1547 (2013).

8 最高法院 99 年度台上字第 7774 號刑事判決。

9 最高法院 99 年度台上字第 6992 號刑事判決。

10 見最高法院 99 年度台上字第 4441 號刑事判決：（摘錄）「政府採購法第八十七條所處罰之強制圍標行為，包括意圖使廠商不為投標、違反其本意投標，或使得標廠商放棄得標、得標後轉包或分包，而施強暴、脅迫、藥劑或催眠術等。原判決事實認定翁永松於上開採購案九十三年十二月一日開標當天中午十二時許，遭乙○○以電話恐嚇稱其如果得標，必須放棄，否則將對其不利云云等情。而觀諸卷附臺糖虎尾糖廠之招標相關文件與開標紀錄，翁永松以佳松公司名義所為之投標，於開標當日上午八時五十分許，即將投標文件送由該糖廠收發室簽收，迨當天下午二時開標結果，佳松公司之投標因未附廢棄物回收再利用文件，經判定為不合格標而未能得標。從而依規定翁永松投標後能否於開標前再行補附上開欠缺之投標文件？翁永松有無提出該文件之能力？苟依規定不得補提或翁永松本即無法提出該文件，則乙○○等主觀上明知翁永松雖已投標，但未必能得標，並非確定或可得確定具有得標廠商身分之人，而客觀上翁永松於當天中午十二時許遭恐嚇時，已因欠缺上開文件而確定無法得標，乙○○等所為，要難認係構成政府採購法第八十七條第五項、第一項之脅迫使得標廠商放棄得標未遂罪，應僅屬刑法第三百零四條第二項、第一項之以脅迫使人行無義務之事未遂罪範疇。又若翁永松本得補提亦有能力補提上開文件，但由於受乙○○等恐嚇或脅迫而放棄得標致未補提該等文件，則乙○○等所為，既使翁永松因此不願補提欠缺之文件而為有效之投標，應已符合政府採購法第八十七條第一項脅迫使廠商不為投標罪之構成要件。是上開疑慮，攸關乙○○、甲○○等人罪責之認定，為對公平正義之維護及彼等利益有重大關係之事項，自有詳為查明釐清之必要。」

商無法投標或開標發生不正確之結果，為其成立要件。所稱『詐術』，指足以使其他廠商或採購機關陷於錯誤之欺罔手段；所稱『其他非法之方法』，相較於同條第一項強制圍標罪之強暴、脅迫、藥劑或催眠術等而言，當係指詐術以外，其他和平、非暴力之不法手段。又同條第六項既設本罪未遂犯之處罰規定，足見行為人凡基於使廠商無法投標或開標發生不正確結果之犯罪目的，而施用詐術或其他非法方法，即已著手實行犯罪行為，至於是否已使廠商無法投標或開標發生不正確之結果，僅為區別犯罪既、未遂之標準。換言之，本罪並非結果犯。原判決於理由五、（二）、3. 內載述『被告為能順利標得前揭工程採購案，事先協議以○○公司或XX公司為主力標，以將主力標利潤降低，另一家公司則將利潤拉高之方式，使另一家公司投標金額略高於主力標公司，且約定得標公司應將部分工程交予陪標公司承作，而由陪標公司提供銀行履約質設金，應堪認定。』，如果無訛，被告等自已協議使○○公司、XX公司於投標時，以前揭一家拉高、一家降低之方法，故意不為價格之競爭。而此項拉高、降低不為價格競爭之約定，已破壞投標時廠商得自由為價格競爭之制度，縱使尚有其他廠商參與投標，能否即謂與開標結果之正確性毫無影響？尚非無疑。乃原判決對於被告等所為之上開約定，是否已足以使開標發生不正確之結果，而該當於政府採購法第八十七條第三項所指之詐術或其他非法方法，並未調查釐清，僅以該條項之詐欺圍標罪係結果犯，及上揭四項工程除○○公司、XX公司外，另有多家廠商投標，被告等所為無法影響開標之結果為由（見原判決理由五、（二）、1、2.），遽認被告等所為與政府採購法第八十七條第三項之罪之構成要件有間，為有利於被告等之論斷，自嫌率斷。<sup>11</sup>」

## （二）行為客體並未涵蓋招標機關

除了非結果犯的性質釐清外，實務見解復認為：「政府採購法之立法目的，在於建立公開、透明、公平競爭之政府採購作業制度，減少弊端，創造良好之競爭環境，使廠商能公平參與競爭。依政府採購法第四十八條第一項之規定，除有該條第一項所列八款情形不予開標決標外，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。上開有三家以上廠商投標方得開標之規定，係欲藉廠商間相互競爭為國庫節省支出。惟如有陪標，虛增投標家數，形式上藉以製造出確有三家公司以上廠商參與競標之假象，係意圖使市場

11 最高法院 101 年度台上字第 6035 號刑事判決。本案經最高法院撤銷發回高院更審後，又上訴進入最高法院，該院 103 年度台上字第 414 號刑事判決復補充指出：「上訴人等協議以各自經營之○○營造工程股份有限公司及 XX 營造工程股份有限公司，於投標時，以其中一家公司投標金額略高於另一家公司之方法，製造形式上之價格競爭，而實質上不為競爭，致發包機關誤信○○及 XX 等二家公司與其它廠商間確有競爭關係存在，破壞招標程序之價格競爭功能，自足使開標發生不正確之結果。」仍維持原來法律見解。

上競爭之狀態不復存在，使政府採購法所期待建立之競標制度無法落實，即屬以欺罔之方法致招標機關誤信競爭存在，足使開標發生不正確結果。是以借牌圍標方式參與政府採購法之工程案投標，而製造該工程確有三家公司以上廠商參與競標之假象，使該工程承辦機關陷於錯誤，誤認該工程投標合於開標之條件因而決標，即屬政府採購法第八十七條第三項規定以詐術使開標發生不正確結果之罪…。<sup>12</sup>」

要之，「行為人須對參與投標廠商或相關承辦人員施用詐術或其他非法之方法，使參與投標廠商或相關承辦人員陷於錯誤，致廠商無法投標或開標發生不正確結果<sup>13</sup>。」

### 三、合意圍標罪

最高法院雖有少數見解由對「詐術」的詮釋出發，嘗試於個案排除陪標者的刑事責任<sup>14</sup>，同院多數判決卻以同法第 87 條第 3 項作為借牌陪標者的入罪基礎，已如前述。

就採購法第 87 條第 4 項的合意圍標罪的適用而言，實務一方面認為：「是以行為人祇須基於影響決標價格或不當利益之意圖，而以參與投標之部分廠商為對象，著手實行協調，並以契約、協議或其他方式之合意，使該部分廠商不為投標或不為價格之競爭者，即已構成本罪。縱使該部分廠商之合意，客觀上尚不能決定性地左右決標結果，或尚有其他未參與協議或合意之廠商參與投標或競價，均仍不影響其犯罪之成立<sup>15</sup>。」要之，與同法第 87 條第 3 項同為非結果犯；另一方面，卻又認為：「係以行為人主觀上須有影響決標價格或獲取不當利益之不法意圖；客觀上須以協議之方式，約使原有價格競爭意識之廠商不為價格競爭之事實，為其成立要件<sup>16</sup>。」

12 最高法院 100 年度台上字第 6650 號刑事判決。同旨並見最高法院 97 年度台上字第 6855 號刑事判決。

13 最高法院 101 年度台上字第 4597 號刑事判決。同旨並見最高法院 102 年度台上字第 4725 號刑事判決。

14 如最高法院 100 年度台上字第 6408 號刑事判決指出：「九十一年二月六日修正前之政府採購法第八十七條第四項，並未涵蓋廠商借牌陪標之行為在內。本件縱認洪益章、吳宏聰二人有借用他人名義及證件參與投標，但出借之廠商本身既無參與投標或競價之意思，尚難謂渠二人有使該『廠商』不為價格之競爭，自與上開政府採購法第八十七條第四項之犯罪構成要件有間。至於九十一年二月六日修正之政府採購法第八十七條第五項，雖就借牌行為有科刑之規定，但於被告等行為時則無此規定，依罪刑法定主義，亦無以該罪相繩之餘地。至於同法第八十七條第三項所規定：『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』，必須行為人對參與投標廠商或相關承辦人員施用詐術或其他非法之方法，使參與投標廠商或相關承辦人員陷於錯誤，致廠商無法投標或開標發生不正確結果，始能成立。本件洪 XX、吳○○除借牌參與投標外，查無渠二人有施用詐術或其他非法方法，致其他參與投標之廠商無法投標或開標發生不正確之結果，亦不能以該法第八十七條第三項之罪相繩。」

15 最高法院 101 年度台上字第 6035 號、第 5984 號、第 2041 號刑事判決。

16 最高法院 102 年度台上字第 70 號刑事判決。



換言之，廠商為免同業間削價惡性競爭，腐蝕標案利潤，約使欲得標廠商訂出合理得標價額，而其他廠商不為價格之競爭，以輪流得標、陪標之方式，或由得標廠商釋出部分工程供陪標廠商承作，俾以貼近底價得標，獲取不法利潤的行為，因最高法院認為「所謂『使廠商不為投標或不為價格之競爭』之『廠商』，係本罪行為之客體。如投標之廠商本無投標之意思，僅為陪標而容許他人借用其名義或證件參加投標者，因該廠商並非政府採購法第八十七條第四項規定之被害客體，自不能以該罪相繩<sup>17</sup>。」

## 參、規範內容與實務檢討

### 一、詐術圍標罪的立法與操作瑕疵

採購法第 87 條第 3 項規定：「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。」首應說明者：從刑法解釋學的角度觀察，「詐術」僅係例示的行為手段<sup>18</sup>，規範的重點顯然在於「使『廠商無法投標』或『開標發生不正確結果』」，故嚴格而言，**本項應係妨礙投開標罪，與是否使用詐術，並無必然關係<sup>19</sup>**。再者，「詐術」既屬一種違背真實的事實陳述或主張<sup>20</sup>，雖然與刑法的詐欺罪均未明文要求必須「使人陷於錯誤」，但解釋上本罪既明文以「廠商」作為行為客體，詐欺行為的過程又必然要求施用詐術的行為人與相對人「互動」，理應做相同的解釋，而予以肯定；換言之，應要求「廠商」出現「對事實誤認」的心理狀態<sup>21</sup>。

值得討論的是，如前揭實務見解所言，既然「其他非法之方法」有別於同條第 1 項強制圍標罪的強暴、脅迫、藥劑或催眠術等行為態樣，是指詐術以外，其他「和平、非暴力之不法手段」，那麼可以想像的案例事實，略如：將其他投標廠商的標單予以毀損或隱匿，

17 最高法院 103 年度台上字第 582 號、99 年度台上字第 2052 號刑事判決。

18 依實務見解，採購法第 87 條第 3 項所稱之「詐術」乃例示規定，「其他非法之方法」解釋上亦必須與「詐術」等同觀之，如：「廠商為達到得標目的與審標人員勾串，塗改他廠商標單造成無效標（臺灣高等法院 100 年重上更（一）字第 138 號刑事判決），足以使廠商無法投標或使開標發生不正確結果。」

19 立場相同者，見臺灣高等法院 100 年重上更（一）字第 138 號刑事判決：「本罪所稱之『詐術』乃例示規定，且『其他非法之方法』必須與『詐術』等同觀之，即指詐術以外之一切非法方法（例如廠商為達到得標目的與審標人員勾串，塗改他廠商標單造成無效標），足以使廠商無法投標或使開標發生不正確結果，始足當之。」

20 高金桂，論刑法之詐術，刑與思—林山田教授紀念論文集，元照，2008 年，頁 171。

21 學說上的定義是：「引起或維持相對人某個與事實不符的主觀想像或認知」。參考林鈺雄，論詐欺罪之施用詐術，刑法與刑訴之交錯適用，元照，2008 年，頁 413。學說進一步指出：兼含對事實的積極誤認與消極不知，薛智仁，巧取公職之詐欺罪責，月旦法學雜誌，第 212 期，2013 年 1 月，頁 213。

甚至竄改內容，以致於無法投標或開標結果錯誤。問題是，實務上關於採購作業既已基於公開精神，讓有意投標者得透過政府採購公報或網站取得招標資訊，殊難想像到底是什麼樣的詐術，得以對「廠商」造成無法投標或開標不正確的結果？面對此等立法瑕疵，本條在實務操作上大概只有兩種組合：（一）僅存在透過「其他非法之方法」，使「廠商」無法投標或開標發生不正確結果的情形；（二）透過解釋，涵蓋以「詐術」使「招標機關」陷於錯誤，致開標發生不正確的結果。就（二）而言，即牽涉到本文所欲處理的借牌陪標問題，並且一如前述，實務見解向來採取肯定的立場。

對此，本文容有不同意見：於借牌陪標的所謂「一人多標」情形，**陪標廠商雖未實際參與投標，卻透過出借牌照的方式，授權、委任投標，就其對「自由與公平的市場競爭機會」的侵害<sup>22</sup>而言，並無不同，根本是投標者的共同正犯，而屬於一種集團性犯罪<sup>23</sup>；實務見解因此存在兩個論證上的謬誤：**

（一）完全忽視採購法第 87 條第 3 項的行為客體是「廠商」，**法條文字並未涵蓋「招標機關」<sup>24</sup>。**

（二）將規範內容解為「『足使』開標發生不正確結果」，**架空立法者原先要求的構成要件結果。**

以最高法院 102 年度台上字第 3567 號判決為例：「民國九十一年二月六日增修公布之政府採購法第八十七條第五項係以工程界借牌陋習已久，九二一大地震後，部分建築物遭震毀之原因，源於不具有資格之工程師或營造業者，向他人或營造業者借牌、偷工減料或施工不符合施工規範所致，為規範借牌及合意出借牌照之人，以處罰借用他人名義或證件投標及容許他人借用本人名義或證件參加投標之行為人。是該項欲規範處罰的對象應係『無合格參標資格廠商』而借用有合格參標廠商之借牌參標行為，藉以確保採購程序之公平性。又上開規定，僅是就投標廠商單方面意圖影響採購結果或獲取不當利益，而為單純借牌投標之行為，所增訂處罰較輕之規定。相較於同法第八十七條第三項，係就行為人主觀上意圖影響決標價格或獲取不當利益，而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之行為所設之處罰規定，其犯罪構成要件並非相同。本件上訴人借牌

22 Matt/Renzikowski, StGB Strafgesetzbuch, 2013, §298 Rn. 2 f.

23 Rübenstahl, Kriminelle Vereinigungen im Wirtschaftsstrafrecht?- Eine kritische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung von Submissionskartellen, wistra 5/2014, S. 171 f.

24 完全無視法條文字而有類推適用之虞的實務判決，如：「按上開法條第 3 項『詐術圍標』罪之『詐術』，係指足以使『其他廠商』或『採購機關』陷於錯誤之欺罔手段，或利用他人之錯誤，使『其他廠商』無法投標或『採購機關』開標發生不正確之結果，亦屬之。（臺灣高等法院 102 年上訴字第 236 號、臺南分院 102 年上訴字第 236 號刑事判決）」

圍標，並由各該出借名義之廠商以其與上訴人商定之高價，佯為參與投標，俾上訴人選定之公司得以順利得標，則上訴人之行為顯非單純之借牌投標可比，因其積極之圍標行為已使相關公共營繕工程之招標程序，雖具形式上比價之名，實質上則由上訴人單獨控制得標之價格，已破壞政府採購程序之市場競爭機制，造成假性競爭，使政府建立公平競爭之採購機能形同虛設，並使承辦招標程序之公務員陷於錯誤而予以決標，其行為確屬施用詐術或其他非法方法，使開標發生不正確之結果。」從文義解釋的角度出發，最高法院透過**限縮同條第5項的借牌參標罪**必須：(一)以「**無合格參標資格**」的廠商為規範對象<sup>25</sup>、(二)僅指「**單純借牌**」的情形，不及於開標發生不正確之結果<sup>26</sup>，進而認定「若行為人已參與投標，嗣因探悉與標廠商未達法定最低家數，另借牌投標充足，使原來不能開標變成可以開標、並得標<sup>27</sup>」，或「以偽造採購報價單方式參與投標案<sup>28</sup>」，均與借牌參與投標之情形不同，已屬同條第3項詐術圍標罪之範圍。問題是，我們仍然無從得知，上開兩例之所以滿足採購法第87條第3項的構成要件，究係基於「詐術」，還是出於「其他非法之方法」？更重要的是，對借牌參標罪的適用限制，所據為何？

依本文，實務認為借牌陪標行為應成立採購法第87條第3項的見解，一言以蔽之，是以採購法第1條「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」的立法目的為經，卻不斷的**叛離罪刑法定原則**。詳言之，先是以政府採購法所期待建立之競標制度與市場競爭狀態為由，認為構成要件的保護範圍涵蓋「招標機關」，已經是對於行為客體（詐術或其他非法之方法的行為對象）與保護客體（法益）的嚴重混淆。僅以殺人罪為例：「人」作為行為客體，還必須侵害生命法益，才是殺人行為，但我們不能反過來說，凡是侵害生命法益者，都是殺人罪的構成要件行為，否則如何與墮胎罪或自殺的行為

25 最高法院 102 年度台上字第 2066 號刑事判決。不同意見如臺灣高等法院 101 年上易字第 2447 號刑事判決：「並未將借用他人名義或證件之行為主體限於無投標資格或證件者，且若有投標資格或證件者，除自行參與投標外，復借用他人名義投標以陪標之行為，亦係製造競爭投標之假象，致政府採購法比價制度無法落實，亦應為上揭條文前段所欲處罰者（最高法院 97 年度台上字第 5994 號判決意旨）…是若將『**本即具有投標資格者**』，解釋為應自本條項規定之『**借用他人名義或證件投標者**』之身分中予以排除，顯已逾越文義解釋之範疇。另如由不具投標真意之『陪標』名義者得標，主辦採購之政府機關將與該『陪標』名義者簽訂採購契約，惟實際履行契約者卻非該『陪標』名義者，此時即產生簽約名義者與實際履約者不一致，責任歸屬不確定等情形，多茲困擾。若認此條項將『**本即具有投標資格者**』部分排除，顯又滋生法律漏洞，凡此均非政府採購法增訂此條項之真意。（臺灣高等法院 103 年上易字第 745 號刑事判決立場相同）」

26 最高法院 99 年度台上字第 6983 號、100 年度台上字第 3053 號與第 6650 號刑事判決。

27 最高法院 99 年度台上字第 6983 號刑事判決。

28 最高法院 102 年度台上字第 2066 號刑事判決。

區別？

除了憑空創造行為客體外，實務的另一個問題在於，採購法第 87 條第 3 項確非保護財產法益，解釋上因此不以廠商出現財產損害的結果為必要，但其進一步認為：「以欺罔之方法致招標機關誤信競爭存在，『足使』（招標機關）開標發生不正確結果」即為已足，卻也導致採購法第 87 條第 3 項對「開標發生不正確結果」的構成要件結果要求，因此而成為具文。事實上，類此解釋手法，同樣見於實務對刑法第 146 條妨害投票罪「（使投票）發生不正確之結果」認為「不以改變當選或落選結果為必要」的操作方式。依本文，採購法第 87 條第 3 項所謂「開標發生不正確結果」，應解釋為是具體危險犯對於危險結果的要求；蓋任何影響公開競爭機會的「非法方法」，其操縱行為本身就是對採購程序公平性的攻擊，沒有必要額外設計一個構成要件「實害」結果，再去費神尋找實害的認定標準，甚至因而弔詭的放棄對「正確性」的判斷。據此，上開實務認為採購法第 87 條第 3 項並非結果犯的見解，誠值商榷，甚且，這樣的理解在本罪罰及未遂的配套下，勢將產生刑罰過度前置化的問題—依最高法院，「施用詐術或其他非法方法，即已著手實行犯罪行為」，若然，單純將他人投標的文件予以毀損、隱匿或變造的行為，甚至與陪標的廠商達成協議時，豈非也會成立妨礙投、開標未遂罪？問題是，類此行為是否足以對法益形成危險，而具備入罪的正當性？

回到借牌陪標的問題。事實上，採購法第 87 條第 5 項借牌參標罪在主觀上既要求須有「影響採購結果或獲取不當利益之不法意圖」，能網羅多少現實上的借牌行為，確屬可疑。舉例而言，投標廠商之間儘管具有從屬或授權關係，如：關係企業分別於同案投標，或投標廠商為代理商與授權經銷商之關係等，為圖增加得標的機會而從事的商業活動，是否果然具備上開不法意圖？就此，誠如臺灣高等法院 102 年上訴字第 2352 號判決所言：「關於政府採購法第 87 條第 5 項所欲規範處罰之對象，應是其行為具有『惡性』之『無合格參標資格廠商』而借用有合格參標廠商之借牌參標行為，藉以確保採購程序之公平性，且所謂借牌或允以借牌者，係指該允以借牌者本身初始即無意參與投標或競價之意思而言（最高法院 94 年度台上字第 1000 號、92 台上字第 4044 號判決意旨及本院 99 年度上訴字第 1329 號、97 年度上易字第 460 號、第 2380 號、本院臺中分院 97 年度上易字第 873 號、本院臺南分院 99 年度上易字第 262 號及 98 年度上易字第 631 號、本院高雄分院 100 年度上易字第 835 號、99 年度上易字第 736 號刑事判決參照）。另按刑法罪刑法定主義禁止類推解釋之精神，即在保障人民不受法無處罰明文之刑罰制裁，且不因執法者以一己之念任意解釋法律，而受不測之損害。政府採購法第 87 條第 5 項既已明定：『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』為犯罪構成要件，則行為人『主觀上須有影響採購結果或獲取不當利益之不法意圖』，固屬無疑；『客觀上尚須有無



名義或證件之人借用他人之名義或證件前去參與投標之行為，以及該容許他人借用名義或證件之人本身未參加投標之行為』，亦即必須前揭主、客觀構成要件均屬該當，始足構成該罪；至於『有名義或證件之人，邀約他人以該他人自己名義或證件自行參與投標；以及該受他人之邀，以自己名義或證件參與投標之行為』，則不能類推解釋亦有該條項之適用。」然則，何去何從？

## 二、合意圍標罪的不當限制

本文認為實務對於採購法第 87 條第 4 項「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。」的構成要件詮釋，並非全無可議之處，若能再做釐清，或許在透過修法方式變更同法第 87 條第 3 項的文字敘述前，解釋上改以合意圍標罪作為借牌陪標者的處罰依據，應是可行的方向。理由如下：

- (一) 誠如最高法院 99 年度台上字第 3425 號判決所言：「本法關於不正競爭禁止之刑事罰責所由設，即第八十七條第一項『強制圍標』、第三項『詐術圍標』、第四項『合意圍標』及第五項『借牌圍標』等罪，均係針對出於圍標行為參與之人或廠商所為規範。其中『強制圍標』及『詐術圍標』類型皆係經由透過妨害競爭對手自由意志之形成，而達其一己不正競爭之目的，是就行為本質而言，與『合意圍標』、『借牌圍標』雖亦屬非法競標，但係二人以上或廠商間各具有其主觀不法構成要件，本於自由意志以『合意』之方式進行不正競爭之行為者，迥然有別。前二者圍標態樣，該有投標意願而不為投標或不為價格之競爭者，及因被施詐而無法投標之廠商，乃本罪被害客體；就後二者圍標方式，其各廠商間相互意思一致，則參與協議之有投標意願之廠商，或無投標意願而出借牌照者，對於破壞政府採購機制之程度並無差別，概屬行為主體。『借牌圍標』之出借者，本條第五項後段設有處罰明文，其『合意圍標』者之處罰，自不應僅限於使廠商不為投標或不為價格競爭之人（即要約廠商），而應認所有參與達成該協議之廠商，均受本條第四項之規範，以防堵政府採購行為中，參與投標之廠商間，利用合意等方式圍標，破壞政府採購競爭機制。」
- (二) 「所謂圍標，係指多數具競爭關係之廠商於開標前即共同協議，於招標時，不參與投標，或雖參與投標，所提出之標價較內定得標廠商為高，而內定得標廠商則允諾給付其他參與協議之廠商相當代價，以此藉形式上合法競標，實際上卻規避價格競爭<sup>29</sup>。」、「政府採購法第八十七條第四項之合意圍標罪，係以意圖影響決

29 臺灣高等法院 101 年上訴字第 2349 號刑事判決。



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，作為犯罪之構成要件，俗稱『搓圓仔湯』條款，固以行為人間要約、允諾給予一定之利益作為酬庸，較為常見，但不以此為必要，觀諸其**構成要件中並非以『獲取不當利益』作為唯一之選項，而兼有『影響決標價格』之情形**即明。細繹之，無論強烈有意得標之廠商，為免競標過於劇烈，影響標價，而和其他廠商約定不為投標或不為價格競爭；或得標與否、可有可無之廠商，意圖藉與標之方式，獲取不當利益，而和有強烈得標企圖之廠商，達成上揭約定者，均構成犯罪，且此所稱之利益，不以金錢或財物為限，凡具有經濟利益者，例如許以下次無償陪標或其他利益交換，皆克當之。惟無論上揭何種情形，廠商間內部之有償或無償約定，對於其外部應負之刑責並不影響<sup>30</sup>。」

（三）政府採購法第 87 條第 3 項以詐術使開標發生不正確結果罪之施詐對象應係「廠商」，而非「招標機關」，已如前述，此由政府採購法第 87 條於 2002 年 2 月 6 日修正時增列第 5 項借牌投標罪之立法理由說明為：「係為防範廠商間以借牌方式虛增投標廠商家數以達開標門檻」，足徵借牌行為並不構成同條第 3 項之詐欺圍標罪；另依公共工程委員會於 102 年 1 月 24 日提出政府採購法修正草案，已將現行法第 48 條「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」之規定，刪除「三家以上」之家數限制，修正為「有廠商依規定投標，即應依招標文件所定時間開標決標」之修正理由為：「（三）實務上為達三家以上之規定，廠商可能借他人名義投標湊家數，並未能真正達到促進競爭之目的…」，亦堪認廠商以借牌方式虛增投標廠商家數以達開標門檻，其可能成立的罪名亦不排除為政府採購法第 87 條第 5 項借牌參標罪，而非同條第 3 項之罪。

（四）依照實務的邏輯，詐術圍標罪的「廠商」應以「有投標意願」而不為投標或不為價格之競爭為前提<sup>31</sup>，據此，何以一遇到借牌陪標的「開標」情形，即改以「行政機關」加上「『無』投標意願的陪標廠商」一起作為行為客體？若不認為「表見」參與投標的行為人已為投標而得以成立合意圍標罪，在排除犯罪參與關係的同時，何以不針對此「單純借牌」的情形，依實務見解僅成立借牌參標罪，卻實際上以共同詐欺的行為認定，成立採購法第 87 條第 3 項詐術圍標罪？

（五）實務之所以否定陪標者亦得進入合意圍標罪，理由或許在於：「採購法第八十七條第四項所謂『使廠商不為投標或不為價格之競爭』之『廠商』，係本罪行為之

30 最高法院 99 年度台上字第 6983 號刑事判決。

31 最高法院 99 年度台上字第 3425 號刑事判決。

客體，如投標廠商本無投標之意思，僅為陪標而容許他人借用其人名義或證件參加投標者，因該廠商並非政府採購法第八十七條第四項規定之被害客體，不能以該罪相繩。（最高法院 99 年度台上字第 2052 號判決）」若然，即明顯出現說理上的瑕疵：

1. 政府採購法第 87 條第 4 項的保護客體根本不是「廠商」，而是行為人透過其合意參與行為，破壞「政府採購程序的市場競爭機制」，造成假性競爭；既然使公平競爭的採購機能形同虛設，此不正競爭的手段才是創設系爭禁止規範的緣故！
2. 針對集團性犯罪根本無庸追問出借牌照行為是否出於投標意願；即便否定，在陪標當然會「影響決標價格」下，先不說此等動機的欠缺對於破壞政府採購機制的程度並無差別，何以能改變其「協議或以其他方式之合意，不為價格之競爭」的參與關係認定？更是匪夷所思。蓋共同「擬定」犯罪計畫並不是共同正犯成立的必要條件<sup>32</sup>，重要的無寧是如何認定彼此間存在行為分擔，而可認為是「共同實行」構成要件行為。
3. 詳言之，就借牌陪標而言，涉及正犯與共犯之間如何區分的重要觀念思考：只要與不法身分無關，那麼誰親自動手，誰就是正犯，即便是為了別人的利益或受到他人的影響，亦然；既然出借牌照且形式上參與圍標人，就是正犯，無庸考慮其犯罪動機與借牌者之間的關係。德國聯邦最高法院於 1956 年時<sup>33</sup>即已指出：正犯的決定不是僅僅根據參與犯罪者的內心態度或意向，而更應考量到其行為所作用的實際分量。

## 肆、結論

本文略做梳理後，就所謂「借牌陪標」問題，得出以下的初步成果：

- 一、採購法第 87 條第 3 項詐術圍標罪宜正名為「妨礙投開標罪」，並且為了網羅實質上形同「一人多標」的借牌陪標行為，刑事立法政策上應修改法條文字，改正以「廠商」作為行為客體的偏狹規定。具體建議配合既存的實務見解，小幅修正如下：「以詐術或其他非法之方法，使廠商無法投標或『使招標機關』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。」或者乾脆大幅修正該條為：「以詐術或其他非法之方法，『妨害投標或使』開標發生不正確結果者，處五年

32 「意思之聯絡並不限於事前有所謀議，即僅於行為當時有共同犯意之聯絡者，亦屬之，且其表示之方法，亦不以明示通謀為必要，即相互間有默示之合致，亦無不可。（最高法院 73 年台上字第 2364 號刑事判例）」

33 Kameradenmord-Fall, BGHSt 8, 393.

以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。」

二、上述立法論的建議實現以前，解釋上應揚棄目前的處理模式，改以採購法第 87 條第 4 項合意圍標罪作為借牌陪標者與實際投標者的共同入罪依據；實務目前對於系爭條項的操作方式，不具有說服力。

三、德國刑法第 298 條「透過投標協議限制競爭罪」（Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen）第 1 項與第 2 項分別規定：「在關於商品或營業服務的招標中，提出基於「違法協議」（rechtswidrigen Absprache）的要約，以令承辦人接受該特定要約作為目的而投標（Ausschreibung）者，處 5 年以下有期徒刑或罰金。依據以前參與競標的情形所為的私下補償協議，亦屬第 1 項的投標。」立法上並未再細分詐術或合意圍標行為<sup>34</sup>，從比較法的角度觀察，我國的政府採購犯罪不僅構成要件設計繁雜，卻難以妥適網羅借牌陪標的行為，還在不明確的規範文字下一律處罰未遂，顯然有過度類型化與過度前置化的疑慮。爰建議參考彼邦規定，將採購法第 87 條第 3、4 項予以整併，並免除對未遂行為的處罰。

---

34 Greeve: Ausgewählte Fragen zu § 298 StGB seit Einführung durch das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 13. 8. 1997, NSZ 2002 Heft 10, 507.

## 參考文獻

### 中文

#### 一、專書

1. 林山田、林東茂、林燦璋，犯罪學，三民，2009 年 4 版。
2. 林東茂，圍標的刑罰制裁問題，危險犯與經濟刑法，五南，2002 年。
3. 林鈺雄，論詐欺罪之施用詐術，刑法與刑訴之交錯適用，元照，2008 年。
4. 高金桂，論刑法之詐術，刑與思－林山田教授紀念論文集，元照，2008 年。
5. 陳櫻琴，論政府採購犯罪，刑與思－林山田教授紀念論文集，元照，2008 年。

#### 二、期刊論文

1. 蔡聖偉，政府採購法第八七條第三項之非法影響投開標罪，月旦法學雜誌，第 176 期，2010 年 1 月。
2. 蕭宏宜，公私協力夥伴關係與委託公務員，中律會訊，第 16 卷第 3 期，2013 年 11 月。
3. 薛智仁，巧取公職之詐欺罪責，月旦法學雜誌，第 212 期，2013 年 1 月。

#### 三、其他

1. 許恆達，政府採購法第 88 條刑事責任之研究，「工程法律」學術座談會第一回，東吳大學法學院主辦，2013 年。

## 英文

1. Khan, Bahadur S. & Barber, Nickolas H., *Antitrust Violations*, 50 AM. CRIM. L. REV. (2013)
2. Stucke, Maurice E., *Looking At The Monopsony In The Mirror*, 62 EMORY L.J. (2013).





## 德文

1. Glöckner, Kartellrecht - Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2012.
2. Greeve: Ausgewählte Fragen zu § 298 StGB seit Einführung durch das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 13. 8. 1997, NSTZ 2002 Heft 10.
3. Kameradenmord-Fall, BGHSt 8, 393.
4. Matt/Renzikowski, StGB Strafgesetzbuch, 2013.
5. Rübenstahl, Kriminelle Vereinigungen im Wirtschaftsstrafrecht?- Eine kritische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung von Submissionskartellen, wistra 5/2014.



## Abstract

---

Addressing actions that constitute “borrowing licenses to engage in complementary bidding” where “one person has multiple tenders”, in spite of the fact that most practical involvement believe that Article 87, Paragraph 3 of the Government Procurement Act, which concerns bid rigging and procurement fraud, should serve as a basis for punishment, the adequacy of this basis, regardless of whether explained in terms of the legal content of this clause or the reasoning in sentences, has certain issues worthy of further thought. Due to the lack of literature on this issue, or similar legislative examples, this paper first provides an introduction to relevant standards, which is followed by a summary and analysis of local judicial decisions in order to provide a basis for deconstructive and reconstructive discussion. From an explanatory angle, practical workers may encounter doubts concerning principle of legality when employing an operating model taking expansionist behavior as object and antecedent punishment as an entry point, and these doubts can other be resolved through revision of the content of statutes. With regard to this point, apart from proposing specific recommendations for textual revisions, this paper also asserts that criminal legislative policy should integrate paragraphs 3 and 4 of Article 87 of the Government Procurement Act. Until this can be accomplished, Article 87, Paragraph 4 of the Government Procurement Act, which concerns bid collusion, should be taken as a legal basis for the criminal liability of those persons “borrowing licenses to engage in complementary bidding behavior”.

---

Keywords: bid-rigging crime, government procurement law, fraud bid-rigging crime, bid collusion, anticipation in crime.