

刊登於月旦裁判時報第 85 期，2019 年 7 月，第 85-97 頁。

論詐術圍標罪之可罰性界限

－評析最高行政法院 103 年 7 月 8 日第 1 次庭長法官聯席會議決議

洪偉修

英智國際法律事務所律師

摘要

立法者為避免廠商有詐術圍標行為，除了在政府採購法中定有民事及行政責任外，尚有刑事責任予以相繩，但筆者認為並非所有的詐術圍標行為最終都能夠「政府採購之公平競爭秩序」產生實害，甚或是危險，因為立法者在政府採購法中，已設置了許多條件跟限制，是如同篩網般一層一層過濾出適格的廠商來參與競爭並確保競爭的機制，所以在認定廠商的行為是否構成詐術圍標行為時，不能忽視政府採購這個制度的存在，反而應該以其為環境或背景，然後以此開展進行犯罪理論的涵攝。

因此，最高行政法院 103 年 7 月 8 日第 1 次庭長法官聯席會議決議中不分個案正義，一律認為不會成立不能犯，實與法有違，應不再適用。

本案事實

某機關為辦理採購，於其採購案招標文件中規定廠商有其他經主管機關認定有影響採購公正之違反法令行為者，其所繳納之押標金不予發還，已發還者，並予追繳。嗣甲、乙二家關聯廠商合議不為競價，推由甲廠商投標，乙廠商配合陪標，營造係不同廠商競標外觀之方式，參與某機關採購案投標，開標結果或「因投標廠商未達三家而流標」，或「因出價未及得標人有利而未得標」。甲、乙廠商之代表人因上情，經檢察官以犯政府採購法第 87 條第 6 項、第 3 項之以詐術使開標發生不正確結果未遂罪予以緩起訴處分後，採購機關乃以甲、乙廠商參與採購案期間係犯前揭罪名，有政府採購法第 31 條第 2 項第 8 款「其他經主管機關認定有影響採購公正之違反法令行為者」情事，分別為追繳押標金之處分，是否適法？

爭點

詐術圍標罪的可罰性界限。

決議要旨

依政府採購法第 9 條第 1 項前段規【**月旦裁判時報第 85 期，2019 年 7 月，第 85 頁**】定，行政院公共工程委員會（下稱「公共工程會」）係政府採購法之主管機關，其基於同法第 31 條第 2 項第 8 款之授權，得補充認定該條項第 1 款至第 7 款以外其他「有影響採購公正之違反法令行為」，以為機關不予發還押標金或追繳已發還押標金之法令依據。廠商之人員涉有犯政府採購法第 87 條之罪者，業經公共工程會依上開規定，以 89 年 1 月 19 日（89）工程企字第 89000318 號函通案認定該廠商有影響採購公正之違反法令行為，其押標金應不發還或追繳。

「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。」為政府採購法第 87 條第 3 項所規定；同條第 6 項並罰其未遂犯。廠商於投標前基於使開標發生不正確結果之犯罪目的，合議不為競價，營造係不同廠商競標之假象，分別參與投標，足使招標機關之審標人員誤認彼等與其他廠商間確有競爭關係，破壞招標程序之價格競爭功能，縱因無法預知有若干競爭者及競爭對手之競標價格為何而未必能決定性左右決標結果，然客觀上已實質增加得標機會，仍有使開標發生不正確結果之危險。甲、乙關聯廠商之代表人既以合議不為競價之假性競爭方式，分別以甲、乙廠商參與採購案投標，雖開標結果為流標或未得標，彼等代表人仍應成立共同犯政府採購法第 87 條第 6 項、第 3 項之以詐術使開標發生不正確結果未遂犯，而非不能犯。採購機關自得據之對甲、乙廠商分別為追繳押標金之處分。

評析

壹、前言

最高行政法院民國（下同）103 年 7 月 8 日第 1 次庭長法官聯席會議決議本是一個針對違反政府採購法第 31 條第 2 項第 8 款而追徵押標金的適法爭議，但因為政府採購法第 31 條第 2 項第 8 款在行政院公共工程委員會 89 年 1 月 19 日（89）工程企字第 89000318 號函的引介下，是以「涉有犯本法（即政府採購法）第八十七條之罪」為前提要件，故最高行政法院就在 103 年 7 月 8 日第 1 次庭長法官聯席會議決議要旨中，就詐術圍標罪的可罰性界限予以論述，而認為只要圍標廠商參與投標，無論開標結果為流標或未得標，均屬共同犯政府採購法第 87 條第 6 項、第 3 項之以詐術使開標發生不正確結果的未遂犯，而非不能犯。

然筆者認為最高行政法院就在 103 年 7 月 8 日第 1 次庭長法官聯席會議決議中未區分詐術圍標的犯罪態樣，就一律認為是未遂犯，甚至認為無不能犯的成立空間，實有違個案正義；再者，政府採購法為過濾出適格的廠商來參與競爭並確保競爭，在政府採購法及其施行細則中是定有諸多規定予以防弊，並以「開標」作為競爭市場開啟的起始點，

故最高行政法院不應忽視政府採購市場犯罪中的個殊性 (idiographic)。

當然筆者可以理解最高行政法院作出 103 年 7 月 8 日第 1 次庭長法官聯席會議決議之用心良苦，其是為了避免圍標廠商在刑事案件中的無罪影響到追徵押標金的認定，但無刑事不法不代表無行政【月旦裁判時報第 85 期，2019 年 7 月，第 86 頁】不法，行政機關仍有其獨立認定用法的權限，而且行政院公共工程委員會已於 104 年 7 月 17 日以工程企字第 10400225210 號函將「涉有犯本法（即政府採購法）第八十七條之罪」改為「廠商或其代表人、代理人、受雇人或其他從業人員有政府採購法第八十七條各項構成要件事實之一」，因此筆者認為在工程企字第 10400225210 號函出爐後，最高行政法院 103 年 7 月 8 日第 1 次庭長法官聯席會議決議中對詐術圍標的可罰性界限實有重新檢討的必要，故筆者藉此文拋磚引玉盼各界予以重視。

貳、詐術圍標罪的保護法益

在對詐術圍標罪（即政府採購法第 87 條第 3 項及第 6 項）的可罰性界限進行探討前，基於「法益保護原則」此刑法之典範¹，實有必要先確立詐術圍標罪所保護的法益，故先從政府採購法制定的立法目的出發，在政府採購法第 1 條有如此之明文：「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。」亦即政府採購法的制定，係希冀藉此建立一個公平與公正的採購市場，讓各個廠商能夠在此採購市場中以其實力（亦即產品或服務的品質及價格）來相互競逐，而不是讓採購機關恣意決定廠商，也不是讓廠商壟斷這個市場而排除競爭，因此如何塑造一個公平、公正競爭的採購市場，對國家來說就即為重要，而且這亦關涉到人民稅收與政府預算的有效的分配及運用²。

因此政府採購法不僅是興利，亦有防弊措施³，所以除了民事責任⁴及行政責任⁵外，亦有刑事責任之規定（即政府採購法第 87 條至第 92 條），而此等無非就是要建立一個公平與公正的採購市場，故參酌政府採購法第 1 條立法目的、司法實務⁶以及學者見解⁷，

關鍵詞：詐術圍標、政府採購流程、著手實行、既遂結果、不能未遂

1 林山田，刑法總論（上冊），2005 年 9 月，50-51 頁。

2 羅昌發，政府採購法與政府採購協定論析，元照，三版，2008 年 11 月，5-12 頁。

3 潘秀菊，政府採購法，修訂二版，2012 年 8 月，313 頁。

4 例如政府採購法第 50 條第 2 項即規定廠商違法進入採購市場的損害賠償責任。

5 例如政府採購法第 101 條及第 103 條對違法廠商刊登政府採購公報，並禁止廠商在一年或三年內進入政府採購市場。

6 參最高法院 99 年度台上字第 3425 號判決：「……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。……」。

7 林勇麒，從保護法益論政府採購法之刑事責任－國家法益假象下的競爭秩序守護者，臺灣大學法律學院法律研究所碩士論文，2014 年 10 月，137 頁；謝哲勝、李金松，政府採購法實用，元照，2017 年 1 月，586 頁。許恒達，綁標刑事責任之研究，收錄於：貪污犯罪的刑法抗制，元照，2016 年 5 月，288 頁；此篇文章雖是針對政府採購法第 88 條為之，然其對法益的立論，本文認為於政府採購法第 87 條亦有同論的空間存在。

政府採【月旦裁判時報第 85 期，2019 年 7 月，第 87 頁】購法第 87 條第 3 項及第 6 項是為保護「政府採購之公平競爭秩序」此法益應屬較無疑義之見解，而為筆者所認同。

參、詐術圍標罪的可罰性界限－以政府採購流程為中心

在確立「政府採購之公平競爭秩序」為詐術圍標罪所保護的法益後，從政府採購作為一個「制度」來說，任何一個廠商皆必須走完這個政府採購流程才有可能獲得標案，進而簽約履行，基本上來說政府採購流程會經歷五個階段（即招標→投標→開標→審標→決標）⁸，而此五個階段中，政府採購法皆設計如同篩網般一層一層過濾出適格的廠商來參與競爭並確保競爭的機制，因此與其他犯罪類型相比，要在政府採購制度中進行犯罪所遇到的阻礙或難度相形之下會比較高，亦即圍標廠商若對政府採購制度不具專業性或熟稔性，有可能如同早因吃禁藥而被禁賽卻不自知的運動員，縱使到比賽現場仍無法參與比賽一般。因此筆者認為，在政府採購的防弊制度下，並非圍標廠商一為投標行為⁹，就會對「政府採購之公平競爭秩序」產生具體特定的危險¹⁰，因為政府採購制度會將某些不適格的競爭者或是競爭行為從頭就排除在外，而無法進入競爭市場，故若要對「政府採購之公平競爭秩序」此法益產生具體特定的危險，至少要從進入競爭市場開始，亦即若將「政府採購之公平競爭秩序」此法益的實害結果置於「決標」時點上，最早能夠對「政府採購之公平競爭秩序」產生具體特定危險的時點有可能是會在進入「開標」之時，而不應前置到「投標」之時，投標行為對詐術圍標罪來說有可能僅在於預備階段，而未達著手實行時點。【月旦裁判時報第 85 期，2019 年 7 月，第 88 頁】

肆、詐術圍標罪的著手實行

以政府採購法中的「公開招標」¹¹為例，第一次招標¹²的「開標」前提要件是必須有「三家以上合格廠商投標」，此分別規定在政府採購法第 48 條以及政府採購法施行細則第 55 條當中：「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

8 參政府採購法第 74 條。

9 反對見解，最高法院 106 年度台上字第 2957 號刑事判決：「……又廠商於投標前，基於使開標發生不正確結果之犯罪目的，營造係不同廠商競標之假象，分別參與投標，實則合意部分廠商不為競價，已足使招標機關承辦人員誤認投標廠商間存有競爭關係，破壞招標程序之價格競爭功能，縱因無法預知有若干競爭者，然客觀上已實質增加得標機會，仍有使開標發生不正確結果之危險。……」黃鈺華主編，黃鈺華、蔡佩芳合著，政府採購法解讀－逐條釋義，元照，五版，2014 年 11 月，341 頁。蔡聖偉，政府採購法第八七條第三項之非法影響投開標罪－評台中地院九十七年訴字第二六號判決及高等法院台中分院九十七年上訴字第一五三五號判決，月旦法學雜誌，176 期，2010 年 10 月，248-249 頁；蔡聖偉教授認為在現今犯罪理論的通說是主客觀混合理論下，因為圍標廠商已經完成實現構成要件所必要的步驟，所以無論是採形式判準（法定構成要件行為），還是實質判準（危險性、中間行為、部分行為等）皆已到達著手的階段，然筆者認為在政府採購市場中犯罪與一般犯罪有極大的不同，圍標廠商縱為投標行為，此投標行為欲造成「政府採購之公平競爭秩序」具體特定的危險，仍有相關的機制阻擋在其中，亦即投標行為不代表已經進入競爭市場當中，因此筆者認為無論是採客觀理論，抑或是主客觀混合理論，皆不應忽視政府採購市場本身所具有的個殊性，否則無法見樹又見林。

10 類似於許恒達教授所稱的成立未遂犯之「中間危險狀態」，參許恒達，重新檢視未遂罪的可罰基礎與著手時點，收錄於：法益保護與行為刑法，元照，2016 年 5 月，210 頁。

11 我國政府採購法中規定三種招標方式，即公開招標、選擇性招標，以及限制性招標，參政府採購法第 18 條。

12 參政府採購法第 48 條第 2 項。

以上合格廠商投標，即應依招標文件所定時間開標決標：……」以及：「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：一、依本法第三十三條規定將投標文件送達於招標機關或其指定之場所。二、無本法第五十條第一項規定不予開標之情形。三、無第三十三條第一項及第二項規定不予開標之情形。四、無第三十八條第一項規定不得參加投標之情形。」在獲得「開標」的資格後，才屬進入競爭市場並能夠為競爭行為，而後續廠商究竟是依循何種方式予以競爭則視政府採購法第 52 條第 1 項中的何種決標原則而定，有最低標（第 1 款）、異質採購最低標（第 2 款）以及最有利標（第 3 款）等，其競爭的遊戲規則就分別規定在政府採購法第 52 條、第 53 條，以及第 56 條等。

因此圍標廠商並非在投標一開始就絕對具有在政府採購市場當中的競爭資格，唯有「三家以上合格廠商投標」才會開啟競爭市場，進而有可能對「政府採購之公平競爭秩序」產生具體特定的危險，甚或將之實現；故筆者認為圍標廠商的投標行為是否已達著手實行的階段，至少必須視此標案是否有「三家以上合格廠商投標」而達到可以「開標」的標準¹³。

但值得注意的是，筆者並非主張政府採購法施行細則第 55 條各個款項皆有排除著手實行的效果，尤其是當排除廠商的款項是取決於招標機關的判斷時，就會有錯誤的可能性存在，此時圍標廠商就有可能利用招標機關的誤判而進入競爭市場，因此僅有在招標機關適用無裁量及無誤判可能性的排除款項，才能夠認定圍標廠商並未達到著手實行階段，分別說明如下：

一、未將投標文件送達於招標機關或其指定之場所（政府採購法施行細則第 55 條第 1 款）

廠商有無將投標文件送達於招標機關或其指定之場所，是在招標文件上有所具體載明，招標機關於審查時並無裁量的空間存在，錯誤的可能性亦微乎其微，因此只要廠商未將投標文件送達於招標機關或其指定之場所，幾近百【月旦裁判時報第 85 期，2019 年 7 月，第 89 頁】分之百會在開標前被排除在競爭市場之外¹⁴。

二、有政府採購法第 50 條第 1 項規定不予開標之情形（政府採購法施行細則第 55 條第 2 款）

依據政府採購法施行細則第 48 條：「本法第四十五條所稱開標，指依招標文件標示之時間及地點開啟廠商投標文件之標封，宣布投標廠商之名稱或代號、家數及其他招標文件規定之事項。有標價者，並宣布之。」因此在開標前招標機關是無法知悉廠商之投

13 亦即開標前僅就廠商投標的外標封進行「形式審查」，開標後才就投標文件內容進行「實質審查」，參謝哲勝、李金松，同註 7，391 頁。

14 謝哲勝、李金松，同註 7，391 頁。

標文件，所以政府採購法第 50 條第 1 項第 1 款「未依招標文件之規定投標。」(部分非全部)、第 2 款「投標文件內容不符合招標文件之規定。」、第 3 款「借用或冒用他人名義或證件，或以偽造、變造之文件投標。」、第 4 款「偽造或變造投標文件。」、第 5 款「不同投標廠商間之投標文件內容有重大異常關聯者。」(部分非全部)，以及第 7 款「其他影響採購公正之違反法令行為」等皆必須透過開標後予以認定或具有裁量空間¹⁵，因此筆者認為嚴格意義的有政府採購法第 50 條第 1 項規定不予開標之情形¹⁶，應僅有四種：

(一) 有政府採購法第 103 條第 1 項不得參加投標或作為決標對象之情形

依據政府採購法第 95 條之規定：「機關辦理採購宜由採購專業人員為之。前項採購專業人員之資格、考試、訓練、發證及管理辦法，由主管機關會同相關機關定之。」因此現於招標機關中承辦採購的人員至少曾經受過採購專業人員的訓練及考試，所以在開標前透過網路查詢廠商是否為停權廠商實屬一個標準作業程序¹⁷，實難以發生在開標才發現是拒絕往來廠商的情形，因此停權廠商在開標前被排除在競爭市場之外的可能性幾近百分之百。

(二) 未依政府採購法第 33 條將投標文件書面密封

依據政府採購法第 33 條第 1 項及政府採購法施行細則第 29 條第 1 項之規定：「廠商之投標文件，應以書面密封，於投標截止期限前，以郵遞或專人送達招標機關或其指定之場所。」及【月旦裁判時報第 85 期，2019 年 7 月，第 90 頁】「本法第三十三條第一項所稱書面密封，指將投標文件置於不透明之信封或容器內，並以漿糊、膠水、膠帶、釘書針、繩索或其他類似材料封裝者。」因此倘若廠商未以書面密封，即有可能符合政府採購法第 50 條第 1 項第 1 款「未依招標文件之規定投標」的規定，此時招標機關於認定時並無裁量的空間存在，錯誤的可能性微乎其微，因此只要廠商未將投標文件予以書面密封，幾近百分之百會在開標前被排除在競爭市場之外。

(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」以及「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」

依據行政院公共工程委員會 91 年 11 月 27 日工程企字第 0910051682 號函所示：「機關辦理採購有下列情形之一者，得依政府採購法第五十條第一項第五款『不同投標廠商

15 謝哲勝、李金松，同註 7，391 頁。

16 行政院公共工程委員會(88)工程企字第 8811282 號函：「……二、按政府採購法(以下簡稱本法)施行細則第五十五條規定：『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：一、依本法第三十三條規定將投標文件送達於招標機關或其指定之場所。二、無本法第一百零三條規定不得參加投標之情形。』故只要有三家以上符合上揭規定之廠商投標，其開標後之審查結果，僅剩一或二家廠商合於招標文件之規定，亦得續辦開標決標。如有廠商符合本法第五十二條所定決標原則之一，即應決標。三、至於本法第五十條第一項所列各款情形，並非本法第四十八條第一項所稱三家以上合格廠商之要件，而係作為機關對個別投標廠商所投之標不予開標或不決標予該廠商之依據。……」

17 「拒絕往來廠商」查詢網址：<https://web.pcc.gov.tw/vms/rvldm/ViewDisabilitiesQueryRV.do>；謝哲勝、李金松，同註 7，392 頁。

間之投標文件內容有重大異常關聯者』處理：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。」其中的第 3 項及第 4 項可以透過投標標封或遞送而發現是同一廠商所為，此時招標機關於認定時並無裁量的空間存在，錯誤的可能性微乎其微，因此只要廠商有前述第 3 項及第 4 項的狀況發生，幾近百分之百會在開標前被排除在競爭市場之外；而第 1 項、第 2 項、第 5 項，以及「廠商投標文件所載負責人為同一人」¹⁸，則必須透過開標後審查投標文件始能知悉。

三、廠商重覆投標或為其分支機關參與投標（政府採購法施行細則第 55 條第 3 款）

依據政府採購法施行細則第 33 條：「同一投標廠商就同一採購之投標，以一標為限；其有違反者，依下列方式處理：一、開標前發現者，所投之標應不予開標。二、開標後發現者，所投之標應不予接受。廠商與其分支機構，或其二以上之分支機構，就同一採購分別投標者，視同違反前項規定。」因此倘若廠商有重覆投標或廠商間具有一眼即知的分支關係，此時招標機關於審查時並無裁量的空間存在，錯誤的可能性微乎其微，幾近百分之百會在開標前被排除在競爭市場之外¹⁹。

四、廠商有政府採購法施行細則第 38 條不得參加投標之情形（政府採購法施行細則第 55 條第 4 款）

依據政府採購法施行細則第 38 條第 1 項：「機關辦理採購，應於招標文件【月旦裁判時報第 85 期，2019 年 7 月，第 91 頁】規定廠商有下列情形之一者，不得參加投標、作為決標對象或分包廠商或協助投標廠商：一、提供規劃、設計服務之廠商，於依該規劃、設計結果辦理之採購。二、代擬招標文件之廠商，於依該招標文件辦理之採購。三、提供審標服務之廠商，於該服務有關之採購。四、因履行機關契約而知悉其他廠商無法知悉或應秘密之資訊之廠商，於使用該等資訊有利於該廠商得標之採購。五、提供專案管理服務之廠商，於該服務有關之採購。」然筆者認為並非所有的款項皆無裁量空間，尤其在第 4 款必須實質認定時，會比較傾向圍標廠商所為的投標行為已進入著手實行的階段。

五、未達「三家」以上合格廠商

招標機關透過政府採購法施行細則第 55 條的認定後，剩餘的合格廠商依據政府採購法第 48 條規定：「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

18 參行政院公共工程委員會 105 年 3 月 21 日工程企字第 10500080180 號函。

19 謝哲勝、李金松，同註 7，391 頁。

家以上合格廠商投標，即應依招標文件所定時間開標決標：……」必須達到三家以上才能予以開標，而且依據政府採購法施行細則第 57 條第 1 項：「機關辦理公開招標，因投標廠商家數未滿三家而流標者，得發還投標文件。廠商要求發還者，機關不得拒絕。」之規定，若未達「三家」以上合格廠商還能要求招標機關發還投標文件，故筆者認為此時採購的競爭市場並未被開啟，廠商縱有詐術圍標行為，並無法對政府採購市場的秩序產生具體特定的危險，而未達著手實行階段。

六、小結

綜上所述，筆者認為政府採購市場有其專業性，與一般民間的私法交易極為不同，尤其在政府採購制度中有諸多程序規定確保競爭確實存在，因此縱然廠商進行圍標的投標行為，不代表就一定對政府採購市場的秩序產生具體特定的危險，所以從法益保護為中心，基於刑法的謙抑性，將可罰性的界限劃分出來實有其必要性。因此筆者認為以有無開啟競爭市場的「開標」為界限，實有其正當性及客觀明確性存在，亦即標案中是否具有「三家以上合格廠商投標」實為關鍵²⁰，因為具有「三家以上合格廠商投標」才能開標而開啟競爭市場，在未進入此階段前所為的投標行為應仍屬預備階段。

準此，最高行政法院 103 年 7 月 8 日第 1 次庭長法官聯席會議決議要旨中認為在詐欺圍標中縱投標廠商未達 3 家而流標，仍屬詐欺圍標未遂罪實有誤解，因為在未有「三家以上合格廠商投標」根本不應開標，此標案自始未開啟競爭市場，而必須重新招標為之，此何來對「政府採購之公平競爭秩序」產生具體特定的危險？【月旦裁判時報第 85 期，2019 年 7 月，第 92 頁】

肆、詐術圍標罪的既遂結果

依據政府採購法第 87 條「詐欺圍標罪」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

20 同此見解，臺灣高雄地方法院 103 年度簡上字第 153 號、第 154 號及第 155 號刑事判決：「……而本件馬○烽邀劉○生以堂○公司、暹○企業社名義與證件參與本件採購案之投標乙節，業已說明如上，因此就事實一（一）、（二）所示採購案投標廠商正○大學、堂○公司、暹○企業社；事實一（二）所示採購案投標廠商正○大學、堂○公司間之關係，應同為參與各該採購案投標之廠商，且堂○公司、暹○企業社參與投標之目的在於『陪標』，本就無參與投標之意願，係配合馬○烽製造各該採購案投標時有競爭之假象，可知堂○公司、暹○企業社並非因馬○烽施用詐術而陷於錯誤，參與上開採購案之投標，自難認堂○公司、暹○企業社為上開採購案之被害廠商；再上開採購案之招標機關承辦人員於開標前，因堂○公司、暹○企業社參與投標，誤認上開各該採購案已合於『三家合格廠商』之要件而予開標，顯然受詐騙之對象應為本件各該招標機關之承辦人員無訛。另馬○烽邀劉○生以堂○公司、暹○企業社參與投標本件採購案，製造出三家合格廠商參與競標之假象乙節，均已說明如上，是以馬○烽所為，形式上已製造出確實有三家合格廠商參與競標之假象，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，而該當於政府採購法第 87 條第 3 項之構成要件甚明。再刑法所謂『不能犯』（或不能未遂），係指已著手於犯罪之實行，而不能發生犯罪之結果，且無危險者而言。亦即犯罪之未完成，係由於行為之性質上無結果實現之可能性，不能發生法益侵害或未有受侵害之危險，始足當之。而本件馬○烽邀劉○生以堂○公司、暹○企業社參與上開各該採購案之投標，且劉○生亦有參與投標，顯然已著手實行『形式上有三家合格廠商參與競標之假象』，其等之行為將會使上開採購案開標發生不正確結果之危險，自與不能犯之規定不符，一併敘明。……」。

元以下罰金。」其既遂結果有二，其一是「使廠商無法投標」，其二是「使開標發生不正確結果」，亦即理論上「政府採購之公平競爭秩序」此法益的侵害，應透過「使廠商無法投標」或「使開標發生不正確結果」予以彰顯，始具刑罰正當性。但刑法的典範，除「法益保護原則」外，尚有「罪刑法定原則」²¹，因此刑法條文必須有其客觀明確性，此於「使廠商無法投標」應較無疑義²²，但問題是何謂「使開標發生不正確結果」？「正確結果」與「不正確結果」究竟所指為何？實有探討之必要。

一、司法實務及學者見解

在臺灣高等法院臺中分院 97 年度上訴字第 1535 號刑事判決中，其案例事實是在第 2 次招標中，甲廠商偽造乙廠商與丙廠商的投標文件後，將甲廠商、乙廠商及丙廠商予以投標，後乙廠商與丙廠商因投標文件內容有異常重大關聯而遭招標機關認定不予開標，其結果是甲廠商得標，但一審法院（即臺中地院 97 年度訴字第 206 號刑事判決）與二審法院（臺灣高等法院臺中分院 97 年度上訴字第 1535 號刑事判決）認定並無使「開標發生不正確結果」，甚至最終獲得無罪判決，而判決中認為並無「使開標發生不正確結果」的原因就在於此標案僅有一家廠商即可決標，而且乙廠商與丙廠商的標價均高於甲廠商，故無論乙廠商與丙廠商有無參與投標，結果仍是由甲廠商得標，故並未「使開標發生不正確結果」。

然此判決理由受到蔡聖偉教授的批評，其認為有無「使開標發生不正確結果」應從事後的角度來認定，亦即應取【月旦裁判時報第 85 期，2019 年 7 月，第 93 頁】決於招標機關在知悉所有的假性競爭行為下，是否仍舊會維持讓甲廠商得標這個結果，因為依據政府採購法第 50 條第 1 項招標機關應不予開標或決標，甚至在政府採購法第 50 條第 2 項的誡命下，招標機關應該在決標後撤銷決標，故實然結果（甲廠商得標）跟應然結果（不予開標或決標，或決標後撤銷決標）相比，最終甲廠商得標就是一個不正確的結果²³；謝哲勝教授及李金松先生則認為在政府採購法第 4 項「合意圍標」及第 5 項「借牌圍標」的構成要件中，並不需達到「使開標發生不正確結果」即可既遂，而且皆屬圍標的故意及意圖，甚至在手段上無論是「詐術圍標」、「合意圍標」抑或是「借牌圍標」其實質內容也是一種「詐術」，何以同屬「詐術」，其法律效果卻南轅北轍？²⁴

二、本文見解

然筆者認為立法者會以「使開標發生不正確結果」作為既遂結果，不排除是有意區分兩種詐術圍標類型的可罰性，第一種類型是，進入「開標」階段的合格廠商除圍標廠商外，尚有其他非圍標廠商，此時若是圍標廠商得標而非其他非圍標廠商得標，圍標廠

21 林山田，同註 1，65-66 頁。

22 謝哲勝、李金松，同註 7，589 頁。

23 蔡聖偉，同註 9，247 頁。

24 謝哲勝、李金松，同註 7，596 頁。

商對「政府採購之公平競爭秩序」產生的具體特定危險即已實現，而達既遂狀態；反之，倘若是其他非圍標廠商得標，圍標廠商僅生對「政府採購之公平競爭秩序」產生的具體特定危險，故僅為未遂狀態。也就是說若最終讓圍標廠商得標即為不正確結果。

但第二種類型是，進入「開標」階段的合格廠商皆屬圍標廠商，此時無論圍標廠商有無為圍標行為，對圍標廠商而言並無任何意義存在【亦即實然結果（乙廠商與丙廠商因投標文件內容有異常重大關聯不予開標，故甲廠商得標）與應然結果（甲廠商未偽造乙廠商與丙廠商之投標文件投標，故甲廠商得標）相同】²⁵，也就是因為無任何其他非圍標廠商進行競爭，結果都是圍標廠商得標，此時圍標廠商得標就是正確結果，而無法對「政府採購之公平競爭秩序」造成實害。

而比較第一種類型跟第二種類型可以發現，圍標廠商在第一種類型中予以得標的侵害是較第二種類型來得重，因為在第一種類型中有其他非圍標廠商被矇在鼓裡進行假性競爭，就受侵害的「質」與「量」來說是大於第二種類型，因此政府採購法第 87 條「詐欺圍標罪」第 3 項的既遂犯僅能適用在第一種類型，第二種類型至多僅能成立政府採購法第 87 條「詐欺圍標罪」第 6 項的未遂犯而不會有既遂結果出現。【月旦裁判時報第 85 期，2019 年 7 月，第 94 頁】

伍、詐術圍標罪之不能未遂

政府採購流程的五個階段（即招標→投標→開標→審標→決標）中，圍標廠商自所為的投標行為開始至開標前，筆者以競爭市場尚未開啟，因此對「政府採購之公平競爭秩序」尚未產生具體特定的危險，故應認為預備階段而未達著手實行；然後自開標階段開始，歷經招標機關的審標，圍標廠商所為的投標行為對其獲得標案越來越迫近，終至圍標廠商獲得標案，此時就依據前揭兩種類型決定是詐術圍標罪的既遂犯還是未遂犯。

但值得注意的是，自開標開始至決標這個過程中，政府採購法仍然設計相關的防弊措施，讓投標廠商在開標後沒多久就註定不會成為決標廠商，亦即圍標廠商所為的投標行為雖已對「政府採購之公平競爭秩序」產生具體特定的危險，但此種危險不僅不會對「政府採購之公平競爭秩序」造成實害，甚至此種危險最終並未實現非出自於偶然或一時的原因²⁶，例如：A 廠商偽造 B 廠商與 C 廠商的投標文件後，將 A 廠商、B 廠商及 C

25 蔡聖偉教授將應然結果解釋為「不予開標或決標，或決標後撤銷決標」實有其見地，但政府採購法第 50 條第 2 項後段明文規定：「……。但撤銷決標、終止契約或解除契約反不符公共利益，並經上級機關核准者，不在此限。」亦即縱有圍標行為不代表最終絕對會撤銷決標，此時實然結果與應然結果仍有可能相同；再者，筆者認為從目的解釋予以詮釋，在法益保護原則的基礎上，實無法排除應然結果是指無圍標行為的結果。

26 最高法院 97 年度台上字第 351 號刑事判決：「……刑法第二十六條規定行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰。故不能未遂，係指已著手於犯罪之實行，但其行為未至侵害法益，且又無危險者；其雖與一般障礙未遂同未對法益造成侵害，然須並無侵害法益之危險，始足當之。而有無侵害法益之危險，應綜合行為時客觀上通常一般人所認識及行為人主觀上特別認識之事實（例如：行為人自信有超能力，持其明知無殺傷力，但外觀完好，足使一般人均誤認有殺傷力之手槍殺人）為基礎，再本諸客觀上一般人依其知識、經驗及觀念所公認之因果法則而為判斷，既非單純以行為人主觀上所認知或以客觀上真正存在之事實情狀為基礎，更非依循行為人主觀上所想像之因果法則（例如：誤認以砂糖食於人可發生死亡結果）判斷認定之。若有侵害法益之危險，而僅因一時、偶然

廠商予以投標，招標機關認定此三家廠商皆為合格廠商而予以開標，然其實 A 廠商於製作 B 廠商的投標文件時就刻意未檢附押標金，於製作 C 廠商的投標文件時就刻意置放空白文件，讓招標機關於審標時排除 B 廠商與 C 廠商的決標資格。此時依據刑法第 26 條規定：「行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰。」似有不能未遂的適用空間存在。

但蔡聖偉教授認為不能未遂中「無危險」的判斷，應採「重大無知標準」，因為在詐術圍標的案例中，政府採購法中的種種開標條件只有專業人員才看得出不可行的犯罪計畫而非一般大眾所熟知，故為確保法定性以及達到刑罰的預防需求，不應採「事前危險標準」（具體危險說）²⁷。然筆者認為刑法第 26 條的修法理由中已明白表示我國立法是採「客觀未遂理論」而非折衷之「印象理論」：「一、現行法本條前段，係就一般未遂犯之處罰效果所設之規定；後段，則係就不能未遂之成立要件與處罰效果所設之規定。不能未遂犯，既屬未遂犯之一種型態，在立法體例上，應與一般未遂犯有所區別為當，遂就本條前段關於一般未遂犯處罰效果之規定，改列於第二十五條第二項後【月旦裁判時報第 85 期，2019 年 7 月，第 95 頁】段，以使本條成為規範不能未遂犯之專條。二、關於未遂犯之規定，學理中有採客觀未遂論、主觀未遂論、或折衷之『印象理論』。參諸不能犯之前提係以法益未受侵害或未有受侵害之危險，如仍對於不能發生法益侵害或危險之行為課處刑罰，無異對於行為人表露其主觀心態對法律敵對性之制裁，在現代刑法思潮下，似欠合理性。因此，基於刑法謙抑原則、法益保護之功能及未遂犯之整體理論，宜改採客觀未遂論，亦即行為如不能發生犯罪之結果，又無危險者，不構成刑事犯罪。」故在此立法誠命下，司法者應勇敢適用刑法第 26 條規定，以達到刑法謙抑原則及法益保護此修法目的。

再者，於我國詐術圍標的案例中，有部分的案例是，主謀的圍標廠商希冀能夠在第一次招標即得標，而不用等到第二次招標不限合格廠商家數才得標²⁸，故為符合第一次招標政府採購法「三家以上合格廠商」才予以開標的規定，因而才尋找其他廠商予以配合圍標²⁹，因此對配合廠商而言，只要招標機關能夠開標即可，後續的審標並無配合競爭之必要，再加上配合廠商本就無得標的意願，為避免弄假成真讓自己得標，最能夠達到犯罪目的的最佳手段，就是在開標後招標機關對投標文件的審查上，立即遭招標機關以不合於政府採購法或不合於招標規定予以淘汰，此時一方面自身能夠全身而退，另一方亦能夠護航主謀的圍標廠商在第一次招標時有機會獲得標案，而不用等到第二次招標。準此，姑不論配合圍標的廠商在主觀上是否有開標後假性競爭的故意，於客觀上由圍標廠商對「政府採購之公平競爭秩序」產生的具體特定危險，其實在投標當時就注定

之原因，致未對法益造成侵害，則為障礙未遂，非不能未遂。……」。

27 蔡聖偉，同註 9，251-252 頁。

28 參政府採購法第 48 條第 2 項。

29 「三家以上合格廠商」才予以開標的立法原由，參謝哲勝、李金松，同註 7，390 頁。

不會實現。

因此在詐術圍標罪中不能未遂的態樣，實可以參考政府採購法第 50 條第 1 項規定中開標後不予決標之規定：「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。」但筆者認為在此 7 款當中應排除招標機關有可能誤判的條款，因為一旦招標機關有誤判的可能性存在，配合圍標的廠商被排除在決標資格之外就是偶然或是一時的，此種不確定性應該為障礙未遂而非不能未遂。

除此之外，行政院公共工程委員會 95 年 7 月 25 日工程企字第 09500256920 號函中亦有對政府採購法第 50 條第 1 項第 7 款予以具體化：「機關辦理採購，有 3 家以上合格廠商投標，開標後有 2 家以上廠商有下列情形之一，致僅餘一家廠商符合招標文件規定者，得依政府採購【月旦裁判時報第 85 期，2019 年 7 月，第 96 頁】法第 48 條第 1 項第 2 款『發現有足以影響採購公正之違法或不當行為者』或第 50 條第 1 項第 7 款『其他影響採購公正之違反法令行為』處理：一、押標金未附或不符合規定。二、投標文件為空白文件、無關文件或標封內空無一物。三、資格、規格或價格文件未附或不符合規定。四、標價高於公告之預算或公告之底價。五、其他疑似刻意造成不合格標之情形。」³⁰，因此第 1 款至第 4 款的狀況若在開標後發現，應可歸納到不能未遂的類型當中，此 4 種狀況縱未經過政府採購專業人員的訓練及考試亦可輕易發覺，幾近不會有誤判的可能性存在³¹。

陸、結論

接著以條例的方式，總結本文主要見解：

一、詐術圍標罪的保護法益為「政府採購之公平競爭秩序」。

二、圍標廠商所為的投標行為僅為預備行為，必須至「三家以上合格廠商投標」的開標階段，始對「政府採購之公平競爭秩序」產生具體特定的危險，才屬著手

30 臺灣臺北地方法院 99 年度訴字第 729 號刑事判決：「……縱有公訴意旨所認被告江○金、金○玖與蕭○標間有合意使力○營造公司以檢附與規定不符保證金證明文件及投標金額高於皇○營造公司之方式，而不為價格競爭，意圖影響決標金額或獲取不當利益之犯行，然力○營造公司檢附與規定不符之保證金文件之手段，在標單審查時必視為無效，無助構成假性競爭之形式外觀，毫無影響決標價格或獲取不當利益結果可言，應屬不能犯。……」及臺灣高等法院 100 年度上訴字第 1052 號刑事判決：「……惟查：依內政部營建署暨所屬各機關工程採購投標須知第伍節開標中之第三條（一）、（四）規定，投標廠商於寄送投標文件時應檢附同須知第貳節所規定資格文件含本案之實績資格文件，及依規定繳納押標金，若投標廠商寄送之投標文件於開標時不符上開規定，即視為無效。故本案被告大○營造公司、力○營造公司於投標時未檢附該等文件，於形式上審查，即屬自始無效之投標行為，且至為明顯，原審以該等形式上之投標行為，客觀上既無從影響決標價格或獲取不當利益，屬不能犯，自不能論以政府採購法第 87 條第 4、6 項之未遂犯，法律上理由並無不當。……」可資參考。

31 反對見解，蔡聖偉，同註 9，251 頁。

實行。

- 三、詐術圍標罪的既遂結果（即「使開標發生不正確結果」），立法者實已依據進入「開標」階段的合格廠商是否皆屬於圍標廠商而為相異之評價，此並無立法上或解釋上之疑義。
- 四、詐術圍標罪中應有不能未遂之適用，最高行政法院 103 年 7 月 8 日第 1 次庭長法官聯席會議決議與法有違。**【月旦裁判時報第 85 期，2019 年 7 月，第 97 頁】**

