國立臺灣大學法律學院法律學系

碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

政府採購行為的競爭法管制—以圍標與綁標為中心

The Regulatory of Competition Law in Government Procurement — Focusing on Bid Rigging and Procurement Fraud

徐兆承

Chao-Cheng Hsu

指導教授：黃銘傑 博士

Advisor: Ming-Jye Huang, Ph.D.

中華民國 111 年 8 月

August 2022

doi:10.6342/NTU202203457

謝辭

這篇論文的做成代表我的研究所生涯，或者可以說是整個學生生涯終於迎來最後的階段了，之所以能夠順利地走到這一步並不是單靠自己的努力，實際上一直以來我總是受到來自大家的許多幫助，因此就讓我在謝辭的篇幅中記下這份感激的心情吧。

首先是一切最大的前提，也就是爸媽，感謝你們給我足夠的天賦以及經濟條件，讓我在學習法律的過程沒有碰到難以突破的瓶頸，也不用分心學業以外的事項，更讓我可以在沒有獎學金的情形下到日本交換留學，擁有這樣的雙親非常幸運。特別是媽，這段時間真是辛苦了，謝謝妳一直支持著我的決定。此外，也要謝謝弟妹的貢獻，三非的螢幕讓我在日本寫論文更有效率，亦陵在我趕進度的時候替我解決統計問題，太棒啦。

再來是研究所的朋友們，碩班生活和你們一起度過是很可貴的回憶。例如和可邦、嘉信、敬根去澎湖的小畢旅節奏很舒適，為日後的論文撰寫提供充分的能量。接著在遭受日檢與論發前後夾擊時，和宗宇、嘉信在研究室各自努力也讓我產生額外的動力。其他朋友們的資訊分享也都非常實用。另外特別要感謝嘉信被我問一堆論文程序方面的問題。

接下來是與論文最直接相關的，感謝指導教授黃銘傑老師。老師除了為我的論文題目指點迷津之外也回答了我內容方面的問題。不僅如此，老師對我赴日交換的鼓勵更是促成我現在人在大阪的主因。此外也要感謝口試委員陳皓芸老師以及顏廷棟老師，兩位老師都提供了極具參考價值的意見。

壓軸的就是要感謝念庭了。從大學開始就陪著我一起面對法律這條路的更種挑戰，總是在我身邊讓我知道我不是一個人在孤軍奮戰。我在大阪寫論文、妳在東京寫報告，好幾個這樣子的深夜中來自視訊彼端的一聲加油都能重新喚起我幾經

doi:10.6342/NTU202203457

消磨的鬥志。接下來也請妳多多指教。這邊必須要一併感謝念庭的爸媽。叔叔阿姨對我的關心與照顧也很令我感動，讓我即使離鄉背井也能受到長輩的支援。

最後的最後，我想感謝堅持下來的自己，謝謝自己無論如何還是完成論文了，我做到了。

徐兆承

於グローバルビレッジ

2022.09.06

doi:10.6342/NTU202203457

中文摘要

為求提升採購效率與功能而令採購品質得到確保，政府採購法針對採購過程中的不同階段均設有相關規範以建立公平、公開之採購程序。有鑑於此，對於政府採購制度目的的達成而言，具有競爭性的招標制度其重要性不言而喻，當屬不可或缺。

因此，對於看中招標制度特性而辦理採購的招標機關而言，最大的危機即是來自於圍標與綁標所營造的虛假競爭情境，導致其陷於錯誤而締結契約，這甚至能夠直接否定採購制度本身的存在意義。本文便從此處切入，探討我國目前對於涉及競爭秩序的圍標與綁標的管制模式是否妥適。

本文首先說明在現行政府採購法的體系架構下，圍標與綁標之相關法規各該構成要件的實質意涵，並透過實務案例呈現管制運作的實際情形。接下來，本文在先行確立依公平交易委員會見解採購機關是否落入公平交易法之射程範圍後，以與前述相同方法檢視政府採購法施行前由公平交易法處理圍標與綁標的管制模式，並附上政府採購法施行後管致變遷的原因。為嘗試提出最適切的管制模式，本文以日本法作為比較法，在解釋日本管制框架與我國的比較基礎，並說明其管制沿革後，同樣以與分析我國法一致的模式檢視日本法的管制模式。

最後本文綜合前述政府採購法與公平交易法的管制實情，分別針對圍標與綁標逐一驗證上開兩部法令在實際法規適用方面究竟有何實質性差異，再參酌日本法管制架構下的實際運作情形以為借鑑，研擬出本文認為合理的管制模式。

關鍵字：政府採購法、公平交易法、圍標、綁標、聯合行為、差別待遇

doi:10.6342/NTU202203457

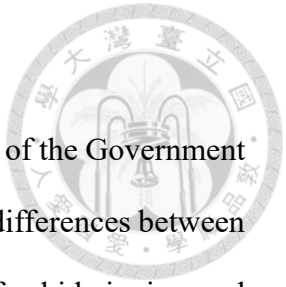
Abstract

In order to promote the efficiency and effectiveness of government procurement operation and to ensure the quality of procurement, the Government Procurement Act establishes regulations for different stages of the procurement process to establish a fair and open procurement process. In view of this, a competitive tendering system is indispensable for achieving the objectives of the government procurement system.

Therefore, the greatest risk for the entity who is interested in the characteristics of the tendering system is the false competitive situation created by bid rigging and procurement fraud, which leads to the conclusion of contracts by mistake and can even directly negate the existence of the procurement system itself. This thesis examines the appropriateness of the current regulatory model of bid rigging and procurement fraud in relation to competition in Taiwan.

This thesis first explains the substantive meaning of the elements of bid rigging and procurement fraud under the current structure of the Government Procurement Act, and presents the actual situation of the regulatory operation through practical cases. Next, after establishing whether the procurement authority falls within the scope of the Fair Trade Act in accordance with the Fair Trade Commission, this thesis examines the regulatory model of bid rigging and procurement fraud under the Fair Trade Act before the implementation of the Government Procurement Act in the same way as before, and the reasons for the change of regulation after the implementation of the Government Procurement Act. In an attempt to propose the most appropriate regulatory model, this thesis uses the Japanese law as comparative law. After explaining the basis of comparison between the Japanese regulatory framework and that of Japan, and explaining its regulatory history, this thesis also examines the regulatory model of the Japanese law in

doi:10.6342/NTU202203457



a manner consistent with the analysis of the Japanese law.

Finally, this thesis integrates the aforementioned regulatory facts of the Government Procurement Act and the Fair Trade Act, and verifies the substantive differences between the two laws in terms of the actual application of the regulations for bid rigging and procurement fraud respectively, and then draws on the actual operation of the regulatory framework of the Japanese law as a reference to develop what this thesis considers to be a reasonable regulatory model.

Keywords: Government Procurement Act, Fair Trade Act, bid-rigging, procurement fraud, cartel, discrimination

doi:10.6342/NTU202203457

目錄

謝辭 i
中文摘要 iii
Abstract iv
目錄 vi
第一章　緒論 1
　第一節　研究動機與目的 1
　第二節　研究方法與範圍 2
　第三節　本文架構 2
第二章　政府採購法對圍標與綁標之管制模式 5
　第一節　概說 5
　第二節　圍標 6
　　第一項　意涵 6
　　第二項　管制模式 7
　　第一款　強制圍標 7
　　第二款　詐術圍標 9
　　第三款　合意圍標 10
　　第四款　借牌投標 15
　第三節　綁標 18
　　第一項　意涵 18
　　第二項　管制模式 19
第三章　公平交易法對圍標與綁標之管制模式 25
　第一節　公平交易法的射程範圍 25
　第二節　圍標之管制 27

doi:10.6342/NTU202203457

第三節　綁標之管制 35
第四節　公平交易法管制之變遷 47
第四章　日本法之規範體系 51
第一節　概說 51
第二節　管制沿革 51
第三節　圍標之管制 54
第一項　刑法對圍標之管制 54
第二項　獨占禁止法對圍標之管制 64
第三項　刑法與獨占禁止法之關係 82
第一款　一次性圍標與一定交易範圍 82
第二款　刑法與獨占禁止法之競合 83
第四節　綁標之管制 84
第一項　刑法與政府主導圍標防止法對綁標之管制 84
第二項　獨占禁止法對綁標之管制 91
第五章　政府採購法與公平交易法之適用分際 95
第一節　政府採購法與公平交易法管制之差異 95
第一項　圍標方面 95
第一款　規範對象 95
第二款　主觀意圖 96
第三款　客觀要件 96
第四款　處罰規定 97
第二項　綁標方面 98
第一款　規範對象 98
第二款　主觀意圖 98
第三款　客觀要件 99

doi:10.6342/NTU202203457

第四款　處罰規定 100
第二節　合理的管制模式 100
第一項　圍標方面 100
第二項　綁標方面 102
第六章　結論 105
參考文獻 107

doi:10.6342/NTU202203457

第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

在競爭法領域中，政府採購行為並非是熱門的新興議題，甚至本文在題目形成之前，只知道圍標屬於惡質卡特爾（hard core cartels）[1]而已，並未進一步思考政府採購行為與競爭法兩者之間的關聯性。蓋政府採購法早已通過並施行，對於政府採購行為最直觀的法規聯想自然是該部法律，導致公平交易法（下稱公平法）的適用空間容易被遺忘。其他研究競爭法的同儕聽到本文題目時，亦紛紛表示前所未聞，比起近期與大數據相關的競爭法管制問題，本文似乎顯得格外接地氣。

雖然不是人人都有參與投標的經驗，但是不論是作為虛構的鄉土劇題材或是現實的新聞內容，吾人對特定的違法政府採購行為卻時有所聞。本文在撰寫之前，亦時常從司法界及政界的長輩口中耳聞圍標及綁標的事例。每每聽到長輩們痛斥此類行為之惡劣都令本文感慨守法廠商的機會被剝奪、人民的稅金被虛擲。本文因此對於政府採購法的實施成效產生質疑，這成為了本文探討政府採購行為管制的遠因。

後來在與老師討論論文題目時，老師提到政府採購行為與公平法的關係。在討論的過程中，本文發現圍標做為聯合行為的典型，我國實務卻非由公平交易委員會（下稱公平會）依公平法裁罰，取而代之的是以政府採購法處理。此一分工模式妥適與否引起本文的研究興致。關於圍標，何以在政府採購法與公平法競合的情形下，公平法呈現出完全退讓的狀態。

另外，若認為公平法在政府採購行為方面仍有適用的空間，則在判斷綁標行為是否位於公平法的管制範疇時，必須確立的先決條件是參與綁標的行政機關符合

[1] 顏廷棟（2008），〈寬恕政策實施子法之研究〉，《公平交易季刊》，16 卷 4 期，頁 68。

doi:10.6342/NTU202203457

公平法上定義的「事業」，換言之，須先釐清行政機關在辦理政府採購時是否屬於公平法的規範對象。這點在圍標方面並無問題，蓋參與圍標者之主體為廠商，一般而言廠商均滿足構成事業的條件。惟在綁標的情形則不然，辦理招標的行政機關此際是單純地作為需求者，因此是否能將其解釋為「提供商品或服務從事交易之人或團體」儼然成為一道難題，而這個問題的答案會直接決定是否存在公平法的操作空間。

本文擬從實務運作中歸納政府採購法與公平法如何對政府採購行為中之圍標與綁標進行管制，並分析兩部法規適用上的異同，再參照比較法的管制架構，從而提出兩部法規應有的分工，尋求最合理的管制模式，以期在正確的法規詮釋下從法律適用層面有效打擊涉及競爭秩序的政府採購行為。

第二節 研究方法與範圍

本文以案例分析法、相關文獻探討以及比較法研究為研究方法。

關於案例分析的部分，本文多挑選對法條構成要件有所著墨且可作為實務代表性見解的法院判決或公平會處分作為分析對象，同時並佐以相關文獻探討以求完整呈現出各該法規的實質意涵，以及管制模式的變遷。此外，為尋求制度上的借鑑，本文選擇較具比較基礎的日本法作為比較法，並進行與我國法相同之案例分析與相關文獻探討，進而歸納出日本法的管制模式以為參考。

本文以政府採購行為中涉及競爭秩序之圍標與綁標的管制模式作為研究範圍，有關採購程序或非屬圍標與綁標之採購行為則位於本文研究範圍之外。

第三節 本文架構

本文在架構上共分為六章。第一章為緒論，旨在說明本文之研究動機與目的、研究方法與範圍。

第二章開始說明政府採購法對圍標與綁標之管制模式，其中藉由學說見解的

doi:10.6342/NTU202203457

提示以及實務案例的檢驗，完整呈現政府採購法的相關管制內容。

第三章先確立公平法的射程範圍，再進入公平法對圍標與綁標之管制模式的說明，本章此部分係以與第二章相同的形式撰寫，以便相互對照。

第四章首先解釋選擇日本法作為比較法的理由，接著從日本法的管制沿革開始，針對日本法之管制模式進行全盤檢視，檢視之方法則與第二、三章相同。

第五章重點在於描繪政府採購法與公平法之適用分際，亦即應如何就圍標與綁標適用該二部法規。其中包含兩部法規管制模式差異的提出，並探討該差異是否具有實質意義。此外，本文見解下對於圍標與綁標合理的管制模式亦於此章發表。

第六章為結論，目的在於將所有前述內容進行統合性的歸納，除了重申本文見解之外，並指出公平會有何未竟之功。

doi:10.6342/NTU202203457

doi:10.6342/NTU202203457

第二章 政府採購法對圍標與綁標之管制模式

第一節 概說

本文題目名為政府採購行為的競爭法管制，顧名思義即係探討對於涉及影響競爭秩序的政府採購行為，應否以競爭法管制？若答案為肯定又應如何管制？然而針對政府採購行為，我國已制定政府採購法予以規範。因此在討論競爭法對是類行為的管制問題之前，勢必得先瞭解現行政府採購法的相關管制模式，並進一步檢視該管制模式之良窳，始能剖析競爭法是否有介入必要。

在說明政府採購法之相關管制時，首先必須瞭解其管制目的。在此，政府採購法第一條規定開宗明義表示其目的在於依公平、公開之採購程序，提升採購效率與功能，確保採購品質，以建立政府採購制度。為達成此一目的，手段上乃是透過機關辦理採購時進行招標，以邀商參與投標之方式，經由競爭程序，選取最符合理想條件廠商，進而與之締結採購契約之制度[2]。此一制度旨在確保通過無瑕疵的競爭程序所脫穎而出的廠商，不論是在價格、品質，或其他條件上，最能符合政府採購的需求。由此可知競爭程序的健全運作在政府採購中可謂是至關重要的核心關鍵，也因此，一旦遭受破壞，採購制度亦將一併崩毀。蓋如若競爭程序產生瑕疵，則難以期待在決標階段獲得最佳的採購品質，此際採購制度形同虛設，其存在必要性亦蕩然無存。是以為貫徹藉由競爭機制達成採購效率最佳化之目標，政府採購法對於染指競爭程序之行為必將有所管制。

至於政府採購法如何管制則依行為類型有所區別。本文所聚焦的競爭過程中最可能出現的二大瑕疵，圍標與綁標，在政府採購法的框架下，前者發生在可能參與投標的廠商之間；後者則是出現在廠商與機關或受託承辦人員之間。關於政府採購法對此二行為如何規制，以下本文將透過分別介紹圍標與綁標的意涵與行為類

[2] 尹章華、倪文興、劉家熒（2000），《政府採購法釋義》，頁 2-2-1，文笙書局。

doi:10.6342/NTU202203457

型，並說明其規範架構以及實務案例，檢視政府採購法為因應圍標與綁標對採購制度的破壞所採行的管制模式。

第二節 圍標

第一項 意涵

或許是因為屢屢發生，圍標一詞吾人耳熟能詳，俗稱「搓圓仔湯」，具體化其意涵即係指具有競爭關係之事業間，對於公共工程或公共採購招標案件，相互協調（協議）投標之內容、條件，進而依協調結果投標之行為[3]。至於廠商間協議的內容可能包括與其他可能參與投標之廠商事先協商出最低標之廠商；或皆不參與投標，而導致該公共工程流標，迫使案主提高底價；又或利用租借牌照，虛增參與投標廠商家數，對案主營造存在競爭的假象[4]。關於如何決定內定廠商，則可能由參與圍標之各廠商間以開小標（有意投標之廠商寫出如得標則願提供予其他陪標廠商之金額，金額高者得標[5]）或抽籤等方式為之。此外，依據促使廠商間產生協議手段的程度差異，例如藉由強暴脅迫，其惡性有所差異，對此，政府採購法採取類型化的方式加以區分，並設有不同的處罰規定。

不僅如此，政府採購法在處罰實際行為人之餘，更設有針對法人的罰金刑。該法第 92 條規定：「廠商之代表人、代理人、受雇人或其他從業人員，因執行業務犯本法之罪者，除依該條規定處罰其行為人外，對該廠商亦科以該條之罰金。」以防範藉由人頭頂罪等方式規避刑事責任，並加重對犯罪行為的嚇阻作用。

---

[3] 楊家駿（1996），〈公平會目前處理圍標、綁標案例實務報導〉，《公平交易季刊》，4 卷 4 期，頁 96。

[4] 羅昌發（2008），《政府採購法與政府採購協定論析》，3 版，頁 85，元照。

[5] 臺灣屏東地方法院 102 年度訴字第 905 號刑事判決。

doi:10.6342/NTU202203457

第二項 管制模式

第一款　強制圍標

一、規範架構

按政府採購法第 87 條第 1 項規定：「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、藥劑或催眠術者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金。」同條第 2 項規定：「犯前項之罪，因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑，各得併科新臺幣三百萬元以下罰金。」同條第 6 項並明訂未遂犯罰之。

本罪顯然與吾人知之甚詳由廠商彼此間暗通款曲的一般圍標並不相同，乃是好發於黑道勢力介入之情形。在此行為人具備使廠商不為投標、違反其本意投標，或使得標廠商放棄得標、得標後轉包或分包之意圖，且有施加強暴、脅迫等強制行為即該當本罪，至於客觀上是否發生行為人意圖之結果則非所問。此外，本罪設有加重結果犯及未遂犯之處罰規定。

二、實務案例

【臺灣高等法院 105 年度上更(一)字第 6 號刑事判決】判決摘要

(一) 本案事實

張興偉為讓與其私交甚篤之許榮德順利標得「蘭陽溪大同鄉英士段防災減災工程」(以下稱英士段工程)，於見七福營造股份有限公司（下稱七福公司）、明泰營造有限公司（下稱明泰公司）置於收發室櫃臺之投標書後，致電七福公司並得知該工程係股東鄭坤在有意投標。張興偉因知英士段工程將由第一河川局工務課副工程司何曜顯監工，而鄭坤在之前施作第一河川局工程時均遭何曜顯刁難，為使鄭坤在抽回七福公司之投標文件，以撥打行動電話對鄭坤在恫稱：「你回來拆何老師

doi:10.6342/NTU202203457

（按指何曜顯）這條！英士這條」、「人家在說，你可以抽起來嗎」、「抽起來啦！何仔（按指何曜顯）要去監工，何仔你會死，現在人在這邊講，好幾個在這邊講」等語，鄭坤在聞言認何曜顯已有屬意之承攬廠商，七福公司若執意投標並得標，日後施工將遭刁難，無法順利施作，因而心生畏懼，遂壓抑其原欲參與投標之意思自由，前往第一河川局將投標文件取回。

許榮德因張興偉告知得悉明泰公司遞件投標英士段工程後，另起意圖使廠商不為投標而施脅迫之犯意，推由與其有上開犯意聯絡真實身分不詳身型壯碩之成年男子，於明泰公司之代表李俊鋒遞交投標文件後，在第一河川局大門等候開標時，趨前以強硬兇惡之語氣威嚇要脅李俊鋒抽回投標文件，李俊鋒由其語氣及舉動感受到縱使得標，施工過程中將遭刁難，而心生畏懼，即壓抑其原欲參與投標之意思自由，而將投標文件取回。

(二) 判決意旨

按政府採購法第 87 條第 1 項之所謂脅迫，係指以言詞或舉動威嚇要脅，以逼迫被害人就範而任其擺佈者而言，並不以言詞威嚇為唯一方法，凡客觀上足以使人發生畏怖心之行為，即足當之。亦無須達至使被害人不能抗拒之程度，祇須客觀上足以壓抑被害人之意思自由即已構成（最高法院 101 年度台上字第 1125 號參照）。張興偉明知若鄭坤在得悉英士段工程將由何曜顯監工，將使鄭坤在害怕，影響其參與投標意願，足以壓抑鄭坤在投標之意思自由。且參與政府機關招標工程，事前需評估該工程之難易度、估算成本以計算投標金額、籌措押標金等，鄭坤在已花費相當心力進行準備工作，且業已籌措繳納 182 萬元押標金，若非張興偉上開各語使鄭坤在害怕，鄭坤在豈會於行將開標之際撤回七福公司之投標文件？張興偉上舉既足以壓抑鄭坤在之意思自由，使其發生畏怖心，而依張興偉之指示撤回投標文件，張興偉所為自該當脅迫。

雖該壯碩男子要李俊鋒撤回投標文件時，未明示如不從將受何惡害，惟該男子邀李俊鋒抽回投標文件時之兇惡口氣及模樣，使李俊鋒感到害怕，認為即使得標，

doi:10.6342/NTU202203457

也會被刁難、找麻煩，無法順利施作，因而違反其原參加投標之意願，抽回投標文件，該男子自該當政府採購法第 87 條第 1 項所稱之脅迫。

第二款　詐術圍標

一、規範架構

政府採購法第 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。」同條第六項訂有未遂犯之處罰規定。

本罪亦與傳統意義上廠商間出於自由意志所為的圍標有所不同，而是行為人憑藉詐術或其他與此相當之非法方法，令廠商無法投標或開標發生不正確結果。應予注意，使廠商無法投標之行為，詐術或其他非法之方法明顯係施加於廠商之上，然而使開標發生不正確結果則未限定詐術或其他非法之方法作用的對象，換言之，若是對採購承辦人員施用詐術使開標發生不正確結果，亦該當本罪之構成要件。實務上多屬於欲得標廠商拉攏其他廠商陪標營造競爭假象，使機關誤信該次標案符合政府採購法第 48 條規定之程序（三家以上合格廠商投標），而繼續進行開標及決標。

二、實務案例

【最高法院 108 年度台上字第 2983 號刑事判決】判決摘要

(一) 本案事實

賴慈鈴為富誠服務有限公司（下稱富誠公司）之負責人；林澄作則係詠新儀器有限公司（下稱詠新公司）之負責人；林俊隆則係翔美國際有限公司（下稱翔美公司）之負責人；姚御輝則係鉅寶科技工程有限公司（下稱鉅寶公司）之負責人。其等均知悉公營事業依政府採購法辦理公開招標時，應有 3 家以上合格廠商參與第 1 次投標，始能開標決標，不得由廠商以相互陪標之方式，致使招標機關誤認有 3 家以上合格廠商投標參與競價，否則將使招標單位人員誤為開標，並使開標發生不正

doi:10.6342/NTU202203457

確之結果。賴慈鈴因有意以富誠公司名義參與投標並標得台灣電力股份有限公司興達發電廠（下稱台電興達廠）標案，唯恐投標之合格廠商未達 3 家而流標，竟邀同無投標、競標真意及履約意願之林澄作、林俊隆、姚御輝，分別以詠新公司、翔美公司及鉅寶公司名義陪標，而與林澄作、林俊隆、姚御輝共同基於以詐術虛增投標廠商家數，使開標發生不正確結果之犯意聯絡，塑造有 3 家以上合格廠商投標相互競爭而符合開標條件之假象，致台電興達廠之承辦人員陷於錯誤而予以開標、決標，嗣經比減價格後，由富誠公司以底價得標，使開標發生不正確之結果。

(二) 判決意旨

政府採購法第 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」，是「以詐術或其他非法之方法，使廠商無法投標」或「以詐術或其他非法之方法，使開標發生不正確之結果」，均係該條項規範之對象，非僅以前者為限，而後者所稱「使開標發生不正確結果者」為一般用語，並非法律專有名詞或晦澀模糊之語詞，顧名思義，依一般人理解應係指標案本不會發生該結果，卻產生如此不正確之結果。因開標乃採購人員之職務，若對採購人員行使詐術，使開標發生不正確結果，即屬該行為態樣之一。而同法第 48 條第 1 項所設須有 3 家以上合格廠商投標方得開標之規定，乃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 3 家以上廠商參與競標之假象，致招標機關誤信參與投標之廠商間確有競爭關係存在，破壞招標程序之價格競爭功能，足使開標發生不正確結果，即屬同法第 87 條第 3 項規定以詐術使開標發生不正確結果之罪。

第三款　合意圍標

一、規範架構

政府採購法第 87 條第 4 項規定：「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，處六月以上

doi:10.6342/NTU202203457

五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。」同條第六項規定明文訂定未遂犯罰之。

本罪之行為態樣即為世人對圍標一詞的基本理解，實務上也稱之為搓圓仔湯。在意圖要件方面，本罪的處罰前提要求行為人須具有影響決標價格或獲取不當利益之意圖。對此一意圖要件之詮釋，學說上有認為，得標之價格亦可該當所謂「不當利益」。此際「不當利益」在解釋上即不應以是否與市價相當為準，縱令得標之價格不及市價，仍應認為屬於獲取不當利益。蓋若無圍標行為，則廠商未必可以獲得締約機會，並藉此獲得契約之對價。故依學者見解，只要意圖透過得標取得締約機會進而收受契約對價，即可謂具備此一要件，與市價及得標價格間之高低無涉[6]。

此外，縱使參與圍標之廠商單純秉持著施恩不求回報的精神，或是擔心如果這次不給其他廠商一個方便下次投標可能會遭到惡性競爭的報復，從而願意在系爭投標中陪標之情形，亦應認定為具有影響決標價格之意圖。蓋依實務見解，合意圍標罪雖以行為人間要約、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。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[7]。

下一個構成要件乃是行為人之間須以契約、協議或其他方式之合意促成圍標。至於該合意本身是否須具有一定程度的拘束力則非所問，縱算屬於無拘束力之君子協議或對於違約無任何處罰之協議，仍不能脫免於合意之認定。此外，實務認為，「其他方式之合意」，並不要求各個參與投標之單一行為人均知悉尚有其他所有行為人存在為必要，否則即與「契約」、「協議」者無異，又何須另為規定「其他方式之合意[8]」？

[6] 羅昌發，前揭註 4，頁 379。

[7] 最高法院 99 年度台上字第 6983 號判決。

[8] 基隆地院 90 年度訴字第 139 號判決。

doi:10.6342/NTU202203457

有疑義者則是使廠商不為投標或不為價格之競爭此一要件的定位。學說[9]及實務見解[10]多認為本條規定屬結果犯，亦即行為人須具備上述意圖，並應以合意之方式，進一步產生使廠商不為投標或不為價格之競爭之結果。「不為投標」，係指原本有意投標之廠商，因合意之結果而不為投標；至於「不為價格之競爭」，係指原本有意投標競價之廠商，由於合意結果而僅形式上參與投標，實際上則不為價格之競爭。惟合意圍標之行為態樣正屬於競爭法上之核心卡特爾（或稱惡質聯合行為），若以公平法予以管制，該部法律關於聯合行為之規定並未要求必須實際產生影響生產、商品交易或服務供需之市場功能之結果，因此上述學說及實務將政府採購法規範之合意圍標定性為結果犯對法益的保護是否足夠完善妥適即有討論空間。

更甚者，由於本要件要求須「使」廠商不為投標或不為價格之競爭，因此早期判決[11]或有認為本罪犯罪之主體，應係指「使廠商不為投標或不為價格競爭」之人而言，若僅單純不為投標或不為價格競爭之廠商，應非該條犯罪之主體。部分判決進一步說明本條項所處罰之行為人，限於意圖得標而「使」不為投標或不為價格競爭之廠商，不及於合意而被「使」不為投標或不為價格競爭之廠商[12]。然若循此等見解，則規範漏洞的規模恐怕會遠超規範本身。試想圍標之發起人，亦即向各廠商發出要約者，僅有一人，而其餘參與合意者不論是僅有二人或是多達二十人，只要令該發起人作為該次圍標的基督來承擔所有參與合意者的罪，其他參與者即可全身而退，待下次標案再換人做莊並延續此一循環模式，圍標將生生不息。這般划算的風險分擔豈不是在鼓勵眾廠商沆瀣一氣敲詐稅金。如此一來，本條規定對於圍標行為恐怕難收遏阻之效。

[9] 學者方面有羅昌發、尹章華、倪文興、劉家燊等。

[10] 實務方面可參考最高法院 108 年度台上字第 1730 號判決、臺灣高等法院 109 年度上訴字第 4601 號刑事判決。

[11] 臺灣高等法院 93 年度上訴字第 3008 號判決。

[12] 基隆地方法院 90 年度訴字第 421 號判決。

doi:10.6342/NTU202203457

所幸此一解釋在最高法院 99 年度台上字第 3425 號判決做成後迎來終結，該判決明確指出：「...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...，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。...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。」

自此之後，實務多採此解釋，而認合意圍標之處罰對象除使廠商不為投標或不為價格競爭之人外，更包括所有參與合意者，而形成圍者有分的穩定見解。故所謂「使廠商不為投標或不為價格競爭」，在現行實務見解下，應可解為單指產生有廠商因合意而不為投標或不為價格競爭的結果而言，非謂須身為「使」其他廠商不為投標或不為價格競爭之始作俑者使該當本罪。

二、實務案例

【臺灣高等法院花蓮分院 106 年度上訴字第 51 號刑事判決】判決摘要

(一) 本案事實

陳國政、陳俊仁、趙正雄、詹帛霖、李浚溢、李建華、徐高瑜等人所組之圍標集團(下稱陳國政集團)於知悉「100 立山村 1-10 鄰(立山部落)簡易自來水改善工程」(下稱本案工程)將由花蓮縣卓溪鄉公所(下稱卓溪鄉公所)發包施工，乃開始著手進行圍標。林景彬係順基工程有限公司(下稱順基公司)之實質負責人，知悉陳國政集團在花蓮縣南區主導公共工程不法圍標已行之有年，為求得標本案工程，即先於本案工程投標截止時間前之某日承諾給付詹帛霖紅包新臺幣(下同)6 萬元，再於陳俊仁至其住處拜訪後，口頭承諾可提出 100 萬元回扣金。俟本案工程投標截止日，詹帛霖、陳俊仁、趙正雄即在卓溪鄉公所附近，由詹帛霖負責主持開小標會議，趙正雄負責在卓溪鄉公所前伺機截堵持標單前來投標之廠商，陳俊仁則負責向其他廠

doi:10.6342/NTU202203457

商說明林景彬願意提出 100 萬元回扣金。林景彬並與參與投標之惟捷營造有限公司(下稱惟捷公司)之實際負責人黃冠欽、承太營造有限公司(下稱承太公司)負責人蘇色萍等投標之廠商共同基於意圖影響本案工程決標價格及獲取不當利益之犯意聯絡，由詹帛霖等人分別指示惟捷公司、承太公司、宜德營造有限公司(下稱宜德公司)、昌興營造有限公司(下稱昌興公司)製作投標單擔任陪標廠商，嗣本案工程在卓溪鄉公所 2 樓會議室開標，果如圍標會議之協議結果，由順基公司取得本案工程之承作權，陳俊仁知悉順基公司得標後，旋前往林景彬之住處向其收取 100 萬元現金，再由詹帛霖等人給付黃冠欽等陪標廠商 5,000 元或其他金額不等之回扣金。

(二) 判決意旨

政府採購法第 87 條第 4 項之合意圍標罪，須行為人有以契約、協議或其他方式之合意，藉以達成促使其他有參與比價競標意思之廠商不為投標或不為價格之競爭之結果，作為犯罪之構成要件(最高法院 104 年度台上字第 2664 號判決意旨參照)。且有上揭犯罪行為，即屬既遂，並不以該標案順利決標或確實已發生不正確之開標結果為必要(最高法院 101 年台上字第 5984 號判決意旨參照)。

又政府採購法第 87 條第 4 項之合意圍標罪，係以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，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；或對於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。

doi:10.6342/NTU202203457

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（最高法院 99 年度台上字第 6983 號判決意旨參照）。且其「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 4 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(最高法院 99 年度台上字第 3425 號判決意旨參照)。

是以行為人祇須基於影響決標價格或獲取不當利益之意圖，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（最高法院 103 年度台上字第 414 號判決意旨參照)。林景彬所為，係犯政府採購法第 87 條第 4 項之妨害投標罪。林景彬與黃冠欽等人間，就上述意圖影響決標價格及獲取不當利益，而以協議使廠商不為價格之競爭犯行具有犯意聯絡及行為分擔，均為共同正犯。

第四款　借牌投標

一、規範架構

政府採購法第 87 條第 5 項規定：「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，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。」

僅自本項規定文義視之，恐難以區分本罪之行為態樣與同條第 3 項規定詐術圍標罪之典型案例-借牌陪標兩者差異何在，然觀察實務判決的演進，臺北地方法院 99 年度訴字第 729 號刑事判決首先指出：「...前揭第 5 項之規定係於 91 年 2 月 6 日增列，係因工程界借牌陋習已久，於 921 大地震後，政府認為部分建築物遭震毀係由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

doi:10.6342/NTU202203457

工不符合施工規範所致，為規範借牌及合意出借牌照之人所由設...」，其後最高法院 102 年度台上字第 3567 號刑事判決更明揭：「...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。」自此，應可認為依循實務見解，本罪所欲處理者單純係無合格參標資格廠商借用有合格參標廠商之借牌參標行為，以免影響政府採購之公平性，並確保政府採購之品質。

二、實務案例

【臺灣高等法院臺南分院 108 年度上易字第 85 號刑事判決】判決摘要

(一) 本案事實

李榮銀係漢鑫技術顧問有限公司（下稱漢鑫公司）之負責人，沈志達既非漢鑫公司之實際負責人、員工、股東或董、監事，又未具備相關技師資格。詎其等為承攬雲林縣政府及轄下各鄉公所發包設計、監造標案，竟基於意圖影響採購結果及獲取不當利益之犯意聯絡，由沈志達與李榮銀代表漢鑫公司共同簽訂合作備忘錄，約定由沈志達借用漢鑫公司名義參加政府機關招標之工程設計、監造標案，李榮銀則提供投標所需之公司登記證、技師證、信用及完稅證明等文件，供沈志達影印後自行上網尋找雲林地區合適之標案投標，投標金額由沈志達決定，投標文件則由其助理張淑茹製作，相關圖說需技師簽證部分，均由李榮銀授權張淑茹代為簽名。沈志達再以實際設計監造費用的二成做為借牌之代價。沈志達隨依前述合作模式，標得 7 件標案。

(二) 判決意旨

按政府採購法之立法目的為，建立政府採購制度，依公平、公開之採購程序，

doi:10.6342/NTU202203457

提升採購效率與功能，確保採購品質，爰制定本法。該法第 1 條已明定。依 91 年 2 月 6 日增修公布政府採購法第 87 條第 5 項規定，係以工程界借牌陋習已久，921 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（最高法院 102 年度台上字第 3567 號判決意旨參照）。

是以，政府採購法第 87 條第 5 項後段所規範之借牌行為，乃指具備投標資格之人，將其證件或名義借用與不具投標資格之人，容任該借用人以其名義參與投標，而使政府採購之公開招標發生不公平競爭之情形；就主觀上而言，容許借牌之人或廠商，知悉借用人不具投標資格，仍基於獲取借牌費用之不正當利益，或影響採購結果之意圖，容許不具資格之人或廠商借用其名義或資格參與投標，對於借牌後之領標、投標、締約程序，及後續之履約、瑕疵擔保等契約責任，任由借用人自行承擔。亦即，容許借牌之人或廠商（指出借牌照者），客觀上並無真實協作（如技術面之土木營繕、知識面之工務管理、異質工項介面整合或資本面之彙集運用等），即無工程合作之實者，即屬單純牌照之借用或出借而投標之情形，當認其主觀上有影響採購結果或獲取不當利益之不法意圖，而合致該規範之客觀構成要件。

本件被告沈志達本不具備前揭公共工程之投標資格，當不能參與投標程序，此為被告李榮銀所知悉，仍提供相關資格文件及漢鑫公司大小章予沈志達，容許沈志達獨立以漢鑫公司名義參與投標，並於取得標案工程款後，獨立施作，其行為已使欠缺資格之沈志達取得參與投標之機會，進而影響政府採購之公平競價程序。蓋沈志達未取得公共工程會核發之技師證照，其專業能力當無從評估，而此勢必影響採購機關之採購意願，並使其對於本件設計、監造工程之品質產生疑慮，此所以採購機關均於投標資格中明訂，廠商應符合土木或結構技師事務所或工程顧問公司為

doi:10.6342/NTU202203457

限，若告知採購單位非由技師繪製投標工程圖說，當然不可能得標可明；再由公平競爭之角度而論，被告沈志達不具土木或結構技師資格，本不得參與本件公共工程之投標。

然被告沈志達藉由漢鑫公司名義及公司代表人李榮銀具有土木技師資格而參與投標，其取得標案之成本費用大幅降低，相較於一般土木或結構技師事務所或工程顧問公司需聘請具專門職業技師執照之員工，或至少以個案合作之方式與該等專業技師合作，方能順利完成設計監造之工程採購案件，被告沈志達於投標價格之競爭上，即佔有相當之優勢。顯然，被告等借牌投標行徑，對同時參與競標之其他投標者而言，當屬不公平之競爭模式，而違反政府採購法之立法目的。從而，被告漢鑫公司暨其代表人李榮銀意圖獲取借牌費用之不當利益，容許被告沈志達借用其名義及證件參加本件政府採購工程之投標，前者（被告漢鑫公司、李榮銀）已構成政府採購法第 87 條第 5 項後段之妨害投標（容許借牌）行為；後者（被告沈志達）構成同條項前段之妨害投標（借牌投標）罪，事證均臻明確，均堪認定。

第三節 綁標

第一項 意涵

相對於圍標是由廠商與廠商間水平的意思聯絡所形成，綁標則是機關或規劃設計者為期有利於特定廠商而使其得以順利得標或獲得分包之機會，而訂定特殊之技術、工法、材料或設備之招標規範，或對投標廠商之資格、等標期、履約期限為不當之限制，以減少競爭者或限制廠商得標後尋找分包商之機會，綁標者並可從中獲利[13]。又依據綁標者所為限制之內容，其中針對技術、工法、材料等項目之規格者一般稱之為「綁規格標」；針對投標廠商之資格者一般則稱之為「綁資格標」。

關於綁標之類型，除其限制之內容外，亦得以參與綁標之行為主體分為二類，

[13] 蘇明通（2000），〈政府採購之不法不當行為及其防治〉，《律師雜誌》，249 期，頁 22-23。

doi:10.6342/NTU202203457

其中由廠商與受機關委託承辦採購相關事項之人員所為者為一類；另一類則係由廠商與機關承辦之公務員所為，且此類綁標則非政府採購法之處罰對象，不過此處並非立法疏漏所致之規範漏洞，乃係因辦理公務之公務員若涉及綁標行為，即應依其情節按法定刑更重之貪污治罪條例相關條文辦理。而因本文此處所重者乃政府採購法之管制，是以在此僅就政府採購法所規範之前述第一類型有所著墨，廠商與公務員所為之綁標則於茲不贅。

第二項 管制模式

一、規範架構

按政府採購法第 6 條第 1 項規定：「機關辦理採購，應以維護公共利益及公平合理為原則，對廠商不得為無正當理由之差別待遇。」本條規定旨在宣示禁止機關為圖利或損及特定廠商而量身訂做特殊之招標條件，其所針對者即係綁標行為。

除宣示禁止綁標行為外，關於綁標行為的預防，在綁規格標的部分，按政府採購法第 26 條第 2 項規定：「機關所擬定、採用或適用之技術規格，其所標示之擬採購產品或服務之特性，諸如品質、性能、安全、尺寸、符號、術語、包裝、標誌及標示或生產程序、方法及評估之程序，在目的及效果上均不得限制競爭。」及同條第 3 項規定：「招標文件不得要求或提及特定之商標或商名、專利、設計或型式、特定來源地、生產者或供應者。但無法以精確之方式說明招標要求，而已在招標文件內註明諸如「或同等品」字樣者，不在此限。」；而綁資格標的部分，則按政府採購法第 36 條第 1 項規定：「機關辦理採購，得依實際需要，規定投標廠商之基本資格。」及同法第 37 條第 1 項規定：「機關訂定前條投標廠商之資格，不得不當限制競爭，並以確認廠商具備履行契約所必須之能力者為限。」上述規定明確指出機關辦理採購時所設定之技術規格、標的特性，以及廠商資格，在目的及效果上均不得限制競爭，以提前防止無正當理由之差別待遇。

惟若預防未果，綁標行為仍然發生，則有賴刑事制裁予以撥亂反正。按政府採

doi:10.6342/NTU202203457

購法第 88 條第 1 項規定：「受機關委託提供採購規劃、設計、審查、監造、專案管理或代辦採購廠商之人員，意圖為私人不法之利益，對技術、工法、材料、設備或規格，為違反法令之限制或審查，因而獲得利益者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金。其意圖為私人不法之利益，對廠商或分包廠商之資格為違反法令之限制或審查，因而獲得利益者，亦同。」同條第 2 項並設有未遂犯之處罰規定。

首先，本條規定之處罰對象即係非屬公務員之受託承辦人員。另外，在意圖要件方面，學者指出所謂私人不法之利益，應不以因綁標而獲得契約機會之廠商所提供之財務、勞務或工程高於市價為限，只要行為人之意圖係在使特定廠商不當地獲得契約機會，即應構成不法利益之意圖[14]。又本罪之行為類型有二，分別為行為人就技術規格或廠商資格等為違反法令之限制或審查，此處法令即包括前述之政府採購法第 26 條與第 36、37 條規定。且由於條文要求「因而獲得利益」，應可認為本罪屬結果犯。學者並認為此一結果要件自法條結構觀之，應係指發生行為人所意圖之利益，而非行為人單純獲得利益（如獲得餽贈）[15]。

此外，前述政府採購法第 92 條規定對廠商之罰金刑亦適用於綁標行為，以杜絕行為人規避刑事責任，並加重嚇阻作用。

二、實務案例

【臺灣高等法院 107 年度上訴字第 2515 號刑事判決】判決摘要

(一) 本案事實

緣刁健原係「鹿島工程技術顧問有限公司」（下稱鹿島公司）之負責人，該公司標得「國立臺中技術學院資訊館、翰英樓、中正大樓及弘業樓結構補強與滲水白華修復工程」（下稱系爭工程）之規劃、設計、監造委託技術服務案，刁健原因此

[14] 羅昌發，前揭註 4，頁 382。

[15] 羅昌發，前揭註 4，頁 383。

doi:10.6342/NTU202203457

成為受該校委託提供採購規劃、設計及監造之人員，其明知受機關委託提供採購規劃、設計，依政府採購法第 26 條第 2 項、第 3 項之規定，機關所擬定採用或適用之技術規格，其標示之擬採購產品特性，諸如品質、性能、安全、尺寸、符號、術語、包裝、標誌及標示或生產程序、方法及評估之程序，在目的及效果上均不得限制競爭，竟基於圖利隔減震有限公司（下稱隔減震公司）不法利益之犯意，於某日、時許，在鹿島公司，參考隔減震公司所寄送之「挫屈束制消能斜撐」產品（下稱系爭產品）資料後，設計出含有二特殊條件之圖說規範（下稱系爭圖說規範），致當時市場僅有隔減震公司授權、販售之系爭產品符合系爭圖說規範，足供得標廠商在短期內購得施工。

刁健原再將系爭圖說規範向臺中技術學院提出，作為前揭補強工程資訊館部分施作標案之招標文件，致得標者必須向隔減震公司購置上開強化式挫屈束制消能斜撐方得施作，對所使用「挫屈束制消能斜撐」之材料、規格，違反政府採購法第 26 條第 2 項不得限制競爭規定，而為違反法令之限制。嗣經龍總營造工程股份有限公司（下稱龍總公司）標得施作標案後，向隔減震公司購買「強化式挫屈束制消能斜撐」產品共 84 支，總價額為新臺幣（下同）758 萬 5,200 元，因而圖利隔減震公司。

(二) 判決意旨

被告刁健原所撰系爭條件一關於挫屈束制消能斜撐如果有使用到脫層材料、無收縮水泥時，須能「承受 1000℃（以上）高溫」之部分，無異排除「複合型」之挫屈束制消能斜撐，而限制廠商僅能使用「全鋼型」之挫屈束制消能斜撐，且此限制不僅無法令依據，復無必要，是此部分之圖說規範顯已有就機關所擬採購之產品材料、規格刻意為不當限制競爭。

關於系爭條件二，並無法令之依據，被告卻設計該條件，致案發時市場上僅有隔減震公司所銷售之全鋼型挫屈束制消能斜撐符合，已有不當限制競爭之情形；又系爭條件二雖有「實體試驗」可供承包商選擇，但因實體試驗成本高、預定工程採

doi:10.6342/NTU202203457

購及完工之期程急迫，及是否通過試驗有不確定因素等考量下，實際上已不可能自行或要求產品製造（供應）商進行實體試驗，除隔減震公司產品外，市場上已別無其他符合圖說規範之產品可供選擇，最終龍總公司因此與隔減震公司辦理簽約採購，此一操作結果，顯然係因被告設計之系爭圖說規範所致。從而，被告有就機關所擬採購之產品材料、規格刻意為不當限制競爭之情形，堪以認定。

龍總公司依被告所設計之系爭圖說規範，向隔減震公司購買「強化式挫屈束制消能斜撐」產品共 84 支，造成圖利隔減震公司之結果。

被告當依憑其專業，審慎調查所書寫之圖說規範內容於市場上是否有限制競爭之嫌，然其卻參考從隔減震公司處取得之強化挫屈束制消能斜撐產品規格資料，引用寫入作為系爭圖說規範內容，致市場上僅隔減震公司之上開產品得以選擇，終致隔減震公司得利之結果，以被告專業上，顯能事先預見並能防免限制競爭，被告卻仍執意為之，主觀上自有圖利隔減震公司之意圖及犯意甚明。

按政府採購法第 88 條第 1 項之罪，係明定對於俗稱「綁標行為」之處罰，該條前段以受機關委託提供採購規劃、設計、審查、監造、專案管理或代辦採購廠商之人員，意圖為私人不法之利益，對技術、工法、材料、設備或規格，為違反法令之限制或審查，因而獲得利益，為成立要件；該條之立法意旨係禁止規劃設計者就公共工程，為圖利某特定廠商故意在規畫設計時，對於「技術、工法、材料、設備或規格」為限制競爭，以讓擁有或符合該項「技術、工法、材料、設備或規格」之廠商能獲利。而條文中所謂「法令」係指包括法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則等，對多數不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定。

又政府採購法第 26 條第 1、2 項規定其立法理由：「...二、技術、工法、材料、設備之規範，往往涉及廠商能否投標、得標之權益，若稍有不慎，極易流於綁標之嫌。為有效杜絕不法人員藉綁標技術、工法、材料、設備之規範，達到限制廠商投標，謀取不法利益之目的，並使承辦採購業務人員有明確之依循，爰於第 1 項

doi:10.6342/NTU202203457

明定該等規範之訂定原則。三、第二項明定於無法依第一項訂定時之處理方式，以避免綁標，並促進競爭。」

由此可知，機關辦理採購，其功能或效益若無國際標準或國家標準者，應依政府採購法第 26 條第 2 項規定辦理，即對於擬採購產品或服務之特定，在目的及效果上均不得限制競爭，以杜絕綁標達到限制廠商投標之目的。從而，政府採購法第 88 條第 1 項所謂之「違背法令」，自包括違反政府採購法第 26 條第 2 項規定，以判斷是否構成限制競爭，否則，行為人縱未違反前揭技術、工法、材料、設備等所涉及之法令，卻仍以限制技術、工法、材料、設備等方式，達到綁標之目的，限制廠商自由競爭，顯違反政府採購法第 26 條第 2 項規範不得限制競爭，欲達到公平採購、確保採購品質之目的。

綜上，本案被告以系爭條件一、二作為系爭工程之規範圖說，而對所使用挫屈束制消能斜撐之材料、規格為不當之限制，致市場上僅有隔減震公司之「強化式挫屈束制消能斜撐」符合，自屬違反政府採購法第 26 條第 2 項之規定，而構成政府採購法第 88 條第 1 項前段對材料、設備為違反法令之限制。

doi:10.6342/NTU202203457

doi:10.6342/NTU202203457

第三章 公平交易法對圍標與綁標之管制模式

若提及圍標與綁標的管制，多數人在第一時間應該會直接聯想到政府採購法，且政府採購法也確實針對圍標與綁標有所規範，不過在民國八十八年政府採購法正式施行之前，圍標與綁標的管制卻是由公平會當仁不讓。然而，由公平會對圍標與綁標進行管制是否師出有名？對於圍標與綁標之行為，究竟是否確實能藉由公平法之規範體系予以管制？為解決此一問題，有必要先確立公平法的射程範圍是否包括圍標與綁標。

在檢視公平法的射程範圍之後，本文將依行為類型分別說明公平會對圍標與綁標行為所適用之法規，並輔以對應的公平會行政處分，藉以論析公平會面對圍標與綁標時如何認事用法。

第一節 公平交易法的射程範圍

若提及圍標與綁標之規範，多數人在第一時間應該會直接聯想到政府採購法，不過在民國 88 年政府採購法正式施行之前，圍標與綁標的管制卻是由公平會當仁不讓。然而，由公平會對圍標與綁標進行管制是否師出有名？對於圍標與綁標之行為，究竟是否確實能藉由公平法之規範體系予以管制？為解決此一問題，有必要先確立公平法的射程範圍是否包括圍標與綁標。

從公平法總則篇觀察，該法所欲處理者為競爭問題，其中的「競爭」係指「二以上事業在市場上以較有利之價格、數量、品質、服務或其他條件，爭取交易機會之行為[16]。」此外，公平法所管制之行為態樣係規定於該法第二章之限制競爭及第三章之不公平競爭。觀諸此二章之法條，亦可見公平法之規範對象非「事業」莫屬。換言之，公平法的射程範圍應僅及於為限制競爭及不公平競爭行為之事業，若行為主體非屬事業，則難期公平法介入管制。此時，作為規範對象的「事業」，其定義

[16] 公平交易法第 4 條規定。

doi:10.6342/NTU202203457

之重要性不言而喻。

按公平法第 2 條規定，事業係指公司、獨資或合夥之工商行號、其他提供商品或服務從事交易之人或團體；事業所組成之同業公會或其他依法設立、促進成員利益之團體，亦被擬制為該法所稱之事業。參照上述規定，在圍標之情形，行為主體為廠商，但凡廠商應均可歸類為公司、獨資或合夥之工商行號、其他提供商品或服務從事交易之人或團體，故圍標行為落入公平法的射程範圍應無爭議；有疑義者在於若屬於公部門之政府機關，其行為涉及「競爭」時，可否將其解釋為「事業」並納入競爭法之規範體系？

對此問題，早在民國 82 年 01 月 05 日，公平會公研釋字第 048 號即表明：「陸軍後勤司令部經理署標購物品時所定正字標記廠商之資格限制，倘係基於配合推行國家標準及正字標記政策，並認知正字標記廠商所生產之產品品質切符需要，則尚不違公平交易法相關之禁制條文。」似乎認為即使當行政機關非屬供給者並未提供商品或服務，僅係作為需求者進行招標時，仍可作為公平法之規範對象。

學說上亦有認同此見解者，認為行政機關作為需求者從事交易時，係為維持組織體之運作，以達成行政機關之任務，故與一般消費者之交易在性質上有所不同，且機關組織體之行為對市場之競爭功能亦有所影響，是以此時將行政機關納入公平法所稱之「事業」，而不拘泥於該法第 2 條第 3 款規定之「提供」二字，符合公平法之規範目的與精神[17]。

此後，關於行政機關是否屬於公平法第 2 條所稱之事業？又行政機關的需求行為，是否應受公平法之規範？公平會已形成穩定見解[18]：

(一) 行政機關是否為公平交易法第 2 條所稱之事業，須視其行為，係在行使公權

[17] 廖義男（1994），〈公平交易法規範之事業概念—第二條之詮釋〉，氏著，《公平交易法之釋論與實務第一冊：立法目的、事業、罰則》，頁 46-47，元照。

[18] 公平會網站，https://www.ftc.gov.tw/internet/main/doc/docDetail.aspx?uid=1203&docid=14307&mid=1201（最後瀏覽日：08/01/2022）。

doi:10.6342/NTU202203457

力或進行私經濟行為而定：

1. 若行政機關係居於國家統治權地位行使公權力或為公法行為，並非在提供商品或服務從事交易，與公平交易法定義事業須具備之要件不符，故非屬公平交易法所稱之事業。
2. 惟若行政機關立於私法主體之地位，從事一般私法上之交易行為或經濟活動時，為確保其交易相對人及競爭者之公平交易與競爭機會，仍應比照一般私人經營之事業同受公平交易法規範。

(二) 行政機關以私法行為提供具市場經濟價值之商品或服務，或因提供商品或服務而收取規費所引起等需求行為，不論在需求時是否已為該項商品或服務之提供，均應受公平交易法之規範。又行政機關委託民間或其他機構辦理以私法行為提供具市場經濟價值之商品或服務為業務或目的，所引起之需求行為，不論在需求時是否已為該項商品或服務之提供，亦同。

然而，另有學者自政府採購行為本質的觀點出發，指出機關進行採購時，除公平法所要求的競爭性或效率性外，尚須就公益觀點，從事安全性與工程完成能力的考量，甚至因為各種政策因素的介入與考量，而內含有政策判斷的因子在內。對於此類具有濃厚政策決定意涵的採購行為，公平法是否應該介入，實有再度深思之餘地[19]。

第二節 圍標之管制

一、規範架構

對於圍標，公平會向來認定係屬公平法第 14 條規定所定義之聯合行為，並按公平法第 15 條原則禁止之規定及第 34 條罰則之規定予以處罰。學者亦指出，圍

[19] 廖義男、何之邁、范建得、黃銘傑、石世豪、劉華美（2003），《公平交易法之註釋研究系列（一）第一條至第十七條》，公平交易委員會 92 年合作研究報告 7（編號：FTC-92-C07），頁 95。

doi:10.6342/NTU202203457

標之目的在於參與事業意欲迴避激烈競爭以坐取不法利益， 儼然構成市場瓜分的一種形式[20]。

按公平法第 14 條第 1 項規定：「本法所稱聯合行為，指具競爭關係之同一產銷階段事業，以契約、協議或其他方式之合意，共同決定商品或服務之價格、數量、技術、產品、設備、交易對象、交易地區或其他相互約束事業活動之行為，而足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者。」同法第 15 條第 1 項前段規定：「事業不得為聯合行為。」

罰則方面針對行為人之處罰為同法第 34 條規定：「違反第九條或第十五條規定，經主管機關依第四十條第一項規定限期令停止、改正其行為或採取必要更正措施，而屆期未停止、改正其行為或未採取必要更正措施，或停止後再為相同違反行為者，處行為人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一億元以下罰金。」至於針對事業之處罰則係同法第 40 條第 1 項規定：「主管機關對於違反第九條、第十五條、第十九條及第二十條規定之事業，得限期令停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得處新臺幣十萬元以上五千萬元以下罰鍰；屆期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施者，得繼續限期令停止、改正其行為或採取必要更正措施，並按次處新臺幣二十萬元以上一億元以下罰鍰，至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止。」同條第 2 項規定：「事業違反第九條、第十五條，經主管機關認定有情節重大者，得處該事業上一會計年度銷售金額百分之十以下罰鍰，不受前項罰鍰金額限制。」

依據公平法第 14 條規定，聯合行為之構成要件有四，包括[21]：

1. 聯合行為之主體，須為二以上彼此具競爭關係之同一產銷階段之事業。

2. 聯合行為之基礎，為契約、協議或其他方式之合意。

---

[20] 何之邁（1993），《公平交易法專論》，頁 180-181，自刊。

[21] 廖義男（2017），〈2015 年新修正公布之公平交易法評析(二)—聯合行為之規範〉，氏著，《公平交易法之釋論與實務（第三冊）》，頁 97-98，元照。

doi:10.6342/NTU202203457

3. 聯合行為合意之內容，為共同決定商品或服務之價格、數量、技術、產品、設備、交易對象、交易地區或其他相互約束事業活動之行為。

4. 聯合行為之作用或效果，須足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能。

以下本文將以涉及聯合行為的圍標案件為基礎，提示數則公平會的相關處分，藉此檢視公平會如何詮釋本條規範四項要件之意涵。

二、實務案例

(一)【公處字第 091139 號[22]】處分摘要

1. 本案事實

鉅成、鼎凱、自強、重德、畸山、福興、英瑞、恒鉅、台灣榮工、連紀、堡竟均為從事油槽人工清理業務之事業，從民國八十三年至民國八十六年間，共同參標中油公司各項油槽人工清理工程，在各項工程開標前夕，前揭業者藉由電話通知方式，分別在特定處所以開小標方式進行協議。由各競標廠商將自己願意付出予所有陪標者之佣金記載於紙條上，當場開標由出價最高者取得主標廠商資格，並告知其他陪標廠商其預定投標價格，陪標廠商則於標單上填寫高於主標廠商標價之價格，使主標廠商能順利標得該項工程。前揭圍標集團以前述開小標之圍標方式得標承作中油公司高雄總廠「石化廠各組油槽清洗工程」等共五十八件工程，總工程款共約一億六千二百餘萬元。

2. 處分意旨

(1) 與其他可能參與投標之廠商事先研商出最低價之廠商；或協議共同以較高價格投標；或協議均不參與投標，致該工程流標，而迫使業主抬高底價，其所有參與協議之廠商，均涉及違反公平法第 7 條、第 14 條聯合行為之禁制規定[23]。

[22] 相同類型尚有公平會公處字第 091055 號、公處字第 089167 號、公處字第 089156 號、公處字第 089086 號等。

[23] 舊法第 7 條第 1 項規定：「本法所稱聯合行為，謂事業以契約、協議或其他方式之合意，與有競爭關係之他事業共同決定商品或服務之價格，或限制數量、技術、產品、設備、交易對象、交易地

doi:10.6342/NTU202203457

(2) 圍標行為合致聯合行為之禁制規定者，須客觀上存有直接事證或形成「一致性行為」之間接事證，足以確實證明參標事業間，有就投標價格、是否參標等事項為相互約束事業活動之合意，即足當之。復依本會第三五八次委員會議決議，因圍標行為有悖於參標者應經由公平自由競爭以決定得標者及得標價格之招標制度功能，故該圍標行為本身即屬直接限制競爭之行為，即毋庸具體論究圍標行為所足以影響之市場範圍層級；凡可能參與投標者達成相互約束事業活動之合意時，即得認定該圍標行為足以影響各該招標市場之競標機能。

(3) 本案被處分人等事業於開標前夕，透過電話通知方式，至特定地點聚會，並以開小標方式事先協議圍標報酬、得標廠商及陪標廠商，悖於參標者應經由公平自由競爭以決定得標者及得標價格之招標制度功能，足以影響各該招標市場之競標機能，核屬違反公平法第 14 條事業不得為聯合行為之禁制規定。

(二)【公處字第 090006 號】處分摘要

1. 本案事實

八十四年十二月二十九日開標之臺東新港國中「表演空間改程工程」，煌代有限公司除借牌參標外，開標當日另因東威振亞有限公司（下稱東威公司）與佳明通信視聽有限公司（下稱佳明公司）參與投標，且投標金額均低於煌代公司，總務主任遂宣布休息十分鐘，暫停開標，而由煌代公司之負責人甲與東威公司之負責人乙，及向佳明公司借牌之丙共同協議，由甲支付五十萬元予乙君及丙君，其二人即退出該次投標，而甲於得標後，即託己轉交乙君及丙君每人各二十五萬元之勸退金。

2. 處分意旨

(1) 圍標行為倘悖於參標者應經由公平自由競爭機能以決定得標者及得標價格之招標制度機能，則該圍標行為本身即屬直接限制競爭之行為，毋庸具體論究圍標行為所足以影響之市場範圍層級。

區等，相互約束事業活動之行為而言。」舊法第 14 條規定則為聯合行為之例外許可事由。

doi:10.6342/NTU202203457

(2) 凡可能參與投標者達成相互約束事業活動之合意時，即得以認定該圍標行為足以影響各該招標市場之競標機能，亦即合致公平交易法施行細則第五條第一項「本法第七條之聯合行為，以事業在同一產銷階段之水平聯合，足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者為限。」之要件[24]。

(3) 本案被處分人煌代公司、東威公司及丙等雖未於開標日前事先協議價格，惟渠等具有競爭關係之事業於開標當日開標程序進行中，以相互協商方式，相互約束事業之活動，足以影響商品交易或服務供需之市場功能，合致公平法第十四條事業不得為聯合行為之禁制規定。

(三)【公處字第 087036 號】處分摘要

1. 本案事實

依省自來水公司提供八十二年迄今全省十二區處液氯開標記錄單各區處液氯招標有下列共同情況：

(1) 省自來水公司全省共分十二區處，除其中第八、九、十、十一區處由於用量較少，陸續於八十三、四年間改用次氯酸納外，其餘各區處及台北自來水事業處（下稱北水處）均由固定之廠商得標。

(2) 除第七區由於用量極大，由鶴記本源公司與興懋公司輪流得標，其餘各區採購液氯均僅有一家得標及供應，如第一區之元甫兄弟公司、第二、三區之永華德公司等。

(3) 各生產廠商只在一區處簽發一張委託書，且僅給予固定之經銷商。

(4) 經常參標但未曾得標者，如泰和行、懿信公司亦能固定負責供應第七區（無論何者得標）所需液氯。

(5) 各區處除固定得標者外，其餘參標者經常開標時未到場、有機會減價而不願減、屬無效標或以前次參標價參標等，顯無競標之意思。

[24] 此為舊施行細則規定。

doi:10.6342/NTU202203457

2. 處分意旨

(1) 被處分人為有競爭關係之事業：查本案被處分人鶴記本源公司等，均係以經營各種化工原料之買賣為主要業務之一，液氯之買賣為其中之一，渠等分屬前述志氯公司等五家液氯生產廠之經銷商，應屬同一產銷階段之事業，渠等長期以來，即參加省自來水公司及北水處等液氯採購之投標與供貨。

(2) 被處分人等足以影響市場功能：依現有資料實質供應自來水公司之業者有九家。據本會統計室提供以氯為特定市場八十三、四年市場占有率前二十大事業資料顯示，氯供應方面為寡占市場。在需求方面省自來水公司全省共分十二管理處，每年需求約一萬餘公噸約占前述五家生產公司銷售量之 25 至 35%之間，故氯市場需求方面省自來水公司應屬最大購買之一。

(3) 聯合內容為限制商品之數量、交易對象、交易地區之合意： 本案被處分人等除鶴記本源外公司，雖均不願承供具體合意內容，但渠等合意共同限制交易地區、不越區競標及相互陪標等事實俱在，且該等運作模式長期存在，除彼此間之協議可形成外，斷難以巧合一詞予以解釋。 故本案雖查無有關合意之書面證據，惟該等之合意應確實存在。

(4) 被處分人等基於合意共同對省自來水公司及北水處等液氯招標為區域劃分、分割市場，相互約束事業活動之行為，已影響省自來水公司及北水處液氯招標供需市場之功能，核屬聯合行為。

(四)【公處字第 083027 號】處分摘要

1. 本案事實

台灣電力股份有限公司（下稱台電公司）八十二年管路類登記合格廠商，於八十二年七、八月間於台中市三度集會，由進昇工程有限公司吳進財、中宏工程股份有限公司蘇俊甲主持，會議達成下列協議：

(1) 將台電公司全省管路市場劃分為北、中、南、東四區，合格廠商等依意願自選一區為承作工程之地區。

doi:10.6342/NTU202203457

(2) 各區中由所有廠商共商協議，分配該區中台電公司各營業區處之管路工程；各指定得標工程之廠商，逕自覓妥友廠陪標，以「圍標」手段獲標工程。

(3) 為提高工程獲利，一致以提高投標價格，參與台電公司管路工程之投標，以流、廢標手段，迫使台電公司提高工程底價。

(4) 區域及工程在依各廠商意願分配完畢後，需按協議約定開始參與台電公司管路工程之投標及承攬，除陪標外不得越區投標及搶標他廠指定得標之工程。為維繫協議結果，由黑道分子負責紀律之維持。

(5) 為酬庸黑道分子對廠商達成協議及紀律之貢獻，廠商一致同意給付得標工程總價款 7%予黑道分子。

台電公司八十二年配電管路類登記合格廠商，於八十二年八月六日開始執行前述協議，以提高投標價格、及圍標手段，參與台電公司各區處管路工程之投開標，造成大量流、廢標，使工程無法順利發包、施工，遭致各地民怨。

2. 處分意旨

(1) 本案被處分人等持有配電管路工程類合格證明函，得參加台電公司各區營業處興辦之配電管路工程發包之投標，彼此間處於同一水平競爭狀態，核符公平法第七條「…與有競爭關係之他事業…」所稱聯合行為的主體。

(2) 被處分人等為免削價競爭並為提高獲利，達成劃分區域，選擇交易地區及工程，不越區競標，提高投標價格，違約者制裁及圍標方式，均係以明示意思聯絡達成協議之形成，同時協議內容係以限制水平事業間對於台電配電管路市場之競爭為目的，自符公平法第 7 條聯合行為所稱之「合意」。

(3) 前述協議的形成項目，包含仲裁及紀律的訂定，有促使被處分人等對此決議遵行之目的，亦有限制被處分人等交易活動效果，已生影響台電配電管路工程市場投標施作之競爭功能。

(4) 被處分人等基於合意共同為限制交易地區分配工程、提高投標價格造成流廢標、不越區競標、訂定違規制裁手段、選定陪標廠商進行圍標等相互約束事業活動

doi:10.6342/NTU202203457

之行為，已構成影響台電公司配電管路工程供需市場之功能，核屬聯合行為。

三、小結

自以上各處分及其相同類型者進行觀察，公平會對於聯合行為規範在圍標案件的適用上，就前述四項要件的涵攝，可歸納出以下論點：

1. 聯合行為之主體

所謂「具競爭關係之事業」，指事業所提供之商品或服務，在功能、特性、用途及價格條件上，對需求者而言，屬於相同價值，而具有高度之替代可能性，使需求者得以選擇，因而彼此在爭取需求者與之交易之過程中，形成競爭關係。具競爭關係之事業，如為減輕彼此間之競爭壓力，共同就商品或服務之價格、數量、技術、產品、設備、交易對象、交易地區或其他相互約束者，即在以人為方式限制彼此間競爭，將使競爭之淘汰、激勵及制衡功能受到減損[25]。

公平會在此多認為得參與投標之事業，彼此間即係處於同一水平競爭狀態，而較少就事業所提供之商品或服務或其所屬之產銷階段等，表示更進一步的論述。

2. 聯合行為之基礎

關於參與圍標之各事業間，何以具備契約、協議或其他方式之合意，亦即事業間是否有圍標之情形，公平會即呈現出更為詳實的調查並加重其論述的力道。而只要公平會認為具有足以確實證明參標事業間，有就投標價格、是否參標等事項為相互約束事業活動之合意，即屬圍標之情形，並將以此主張該等事業具備聯合行為之基礎。

3. 聯合行為合意之內容

在決定得標廠商及得標價格之情形，公平會認為此類圍標行為有悖於參標者應經由公平自由競爭以決定得標者及得標價格之招標制度功能，應係認為此時事業間合意之內容為交易對象與價格。而在分配市場或配額之情形，事業間共同限制

[25] 廖義男，前揭註 21，頁 98。

doi:10.6342/NTU202203457

交易地區、不越區競標及相互陪標等情事，依公平會之見，聯合內容應為限制商品之數量、交易對象及交易地區之合意。

4. 聯合行為之作用或效果

所謂「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者」，指參與聯合行為之事業所形成之市場力量，由於其彼此限制競爭之結果，將使其交易相對人之選擇可能性受到相當程度之減損，導致對市場競爭有所損害而言。

若要符合此一要件，依公平會一般實務運作模式，似有必要劃定系爭標案所涉及之市場範圍並就參與圍標事業之市場力量進行檢測。惟參照上述處分，公平會卻鮮有對此多加著墨。究其原因，公平會係認為可能參與投標之事業間進行圍標時，該招標案本身即成為一特定市場，而圍標行為破壞了該特定市場之競標機能，即屬直接限制競爭之行為，毋庸具體論究圍標行為所足以影響之市場範圍層級；再者，參與圍標事業達成相互約束事業之合意時，即得認該圍標行為足以影響各該招標市場之競標機能，而不必就市場力量予以論證[26]。

第三節 綁標之管制

一、規範架構

關於綁標，公平會多以公平法第 20 條第 2 款差別待遇禁止之規定處理。按公平法第 20 條第 2 款規定：「無正當理由，對他事業給予差別待遇之行為，而有限制競爭之虞者，事業不得為之。」

罰則方面針對行為人之處罰為同法第 36 條規定：「違反第十九條或第二十條規定，經主管機關依第四十條第一項規定限期令停止、改正其行為或採取必要更正

[26] 公平會 87 年 11 月 18 日第 367 次委員會議決議：「圍標案件，招標本身即為市場，故如發生圍標的情形，則該工程發包市場之競標機制即該遭受破壞，故圍標行為本身即屬直接限制競爭之行為，毋庸具體論究圍標行為所足以影響之市場範圍層級。」、「凡可能參與投標者達成相互約束事業之合意時，即得認該圍標行為足以影響各該招標市場之競標機能。」

doi:10.6342/NTU202203457

措施，而屆期未停止、改正其行為或未採取必要更正措施，或停止後再為相同違反行為者，處行為人二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣五千萬元以下罰金。」至於針對事業之處罰則係同法第 40 條第 1 項規定：「主管機關對於違反第九條、第十五條、第十九條及第二十條規定之事業，得限期令停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得處新臺幣十萬元以上五千萬元以下罰鍰；屆期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施者，得繼續限期令停止、改正其行為或採取必要更正措施，並按次處新臺幣二十萬元以上一億元以下罰鍰，至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止。」

公平法第 20 條第 2 款規定各該構成要件之實質意涵包括：

1. 差別待遇

指事業就同一商品或勞務，對於成本相同者給予不同之價格或交易條件，或對於成本不同者給予相同之價格或交易條件，以此進行交易[27]。

2. 無正當理由

公平交易法施行細則第 26 條第 1 項規定指出，在判斷有無正當理由時應審酌市場供需情況、成本差異、交易數額、信用風險、其他合理之事由認定之。

3. 有限制競爭之虞

關於認定有無限制競爭之虞，同施行細則第 2 項規定則揭示應綜合當事人之意圖、目的、市場地位、所屬市場結構、商品或服務特性及實施情況對市場競爭之影響等加以判斷。

此外，學者指出，實務及學說上皆認為事業限制交易相對人之事業活動而有限制競爭之虞，必須該事業在相關市場上具有相當市場力量或地位，其對交易相對人事業活動所為之限制，才有足夠力量使他事業之參與競爭受到排擠或妨礙，而發生使市場上競爭減損之可能。至於事業是否具有相當市場力量或地位，早期實務見解

[27] 何之邁（2002），《公平交易法實論修訂版》，頁 129，自刊。

doi:10.6342/NTU202203457

認為該事業在相關市場上至少須達到獨占事業最低門檻之市場占有率十分之一（公平法第 8 條第 2 項），其行為始具有限制競爭之虞之可能性[28]。

惟此一見解在公平會 2016 年 2 月 17 日第 1267 次委員會決議後有所改變。該次決議首先揭示公平交易法第 20 條所規範之垂直非價格交易限制行為，事業於相關市場之市場占有率未達 15%者，推定該事業不具有市場力量，原則上無限制競爭之虞；其次，考量市場運作實務，事業之市場占有率雖未達 15%，但若交易相對人對該事業不具有足夠且可期待之偏離可能性，應認事業間有依賴性存在，該事業具相對市場優勢地位，其限制競爭之行為仍得依公平交易法第 20 條予以規範。」此後，現行公平會在實務上判斷是否具相當市場力量或地位之標準，已定調以市占率 15%為基準之原則。

然而，並非每筆採購案均涉及相當市場力量或地位之參與。對於此種無法以公平法第 20 條第 2 款規定處理之情形，公平會亦非置之不理，而是改以作為概括補遺條款之公平法第 25 條規定予以規範。按該條規定：「除本法另有規定者外，事業亦不得為其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為。」罰則方面為同法第 42 條規定：「主管機關對於違反第二十一條、第二十三條至第二十五條規定之事業，得限期令停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得處新臺幣五萬元以上二千五百萬元以下罰鍰；屆期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施者，得繼續限期令停止、改正其行為或採取必要更正措施，並按次處新臺幣十萬元以上五千萬元以下罰鍰，至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止。」

本條概括補遺條款各該構成要件之實質意涵包括：

1. 足以影響交易秩序

按公平交易委員會對於公平交易法第二十五條案件之處理原則第 5 點，交易秩序係泛指一切商品或服務交易之市場經濟秩序，其具體內涵則為水平競爭秩序、

[28] 廖義男，前揭註 21，頁 188。

doi:10.6342/NTU202203457

垂直交易關係中之市場秩序、以及符合公平競爭精神之交易秩序。而在判斷是否「足以影響交易秩序」時，可考慮受害人數之多寡、造成損害之量及程度、是否會對其他事業產生警惕效果、是否為針對特定團體或組群所為之行為、有無影響將來潛在多數受害人之效果，以及行為所採取之方法手段、行為發生之頻率與規模、行為人與相對人資訊是否對等、糾紛與爭議解決資源之多寡、市場力量大小、有無依賴性存在、交易習慣與產業特性等，且不以其對交易秩序已實際產生影響者為限。

2. 欺罔或顯失公平之行為

按上開處理原則第 6 點，欺罔係對於交易相對人，以欺瞞、誤導或隱匿重要交易資訊致引人錯誤之方式，從事交易之行為。該處理原則第 7 點則指出，顯失公平係指以顯然有失公平之方法從事競爭或營業交易者。

以下本文將分別以不當限制採購規格及不當限制廠商資格之綁標行為類型為基礎，提示數則公平會相關處分之摘要，藉此檢視公平會如何解釋並適用上述法規。

二、實務案例

不當限制採購規格：

(一)【公處字第 086187 號】處分摘要

1. 本案事實

被處分人臺灣省交通處公路局於七十八年到八十五年間調查國內、外橋樑伸縮縫產品，選出品質相當之十種規格產品，並以七十八年六月十七日新 78－203－1（13）號函行文所屬工程單位，橋樑伸縮縫如採用進口品，每一工程可自被處分人所列第一至第七種廠牌型號中選三種以上列於該工程設計圖中，如採用國內產品，因屬一般工廠均可生產之一般產品，可自第八號至第十號圖樣式規格中選取一種即可。上述十種規格產品，第一至第七種規格係列有廠牌型號之進口品，其中第一至第五種屬 B 級產品，六、七種屬 C 級產品，另第八種至第十種係屬圖樣式規定之國產品，又第六種與第四種產品同屬 GAITOP 廠牌，第七種與第一種產品同屬 SHO-BOND 廠牌，基於同時採購 B、C 級產品之便利性及規模經濟考量，GAITOP

doi:10.6342/NTU202203457

與 SHO-BOND 廠牌實較其他廠牌獨具有競爭優勢。

此外，按被處分人新工處 86.6.20.日 86 路新施字第 94338 號函，八十一年至八十四年新建及修補橋樑工程伸縮縫使用情形，指定 SHOBOND 獨家廠牌比率為 6%，指定 SHOBONDLS110、SHOBONDRJ、C.C.L 三種廠牌刑號比率為 4%。

在市場占有率方面，國內使用橋面伸縮縫之單位主要有高公局、國工局、省公路局、北高二市工務局，八十一年至八十四年間省公路局橋樑工程金額約占國內橋樑工程金額 46%，高公局 22%，國工局 27%，高雄市工務局 1%，臺北市工務局 4%。

2. 處分意旨

(1) 被處分人辦理橋樑新建及修補工程招標，係提供具市場經濟價值之服務引起之需求行為，應受公平法之規範。

(2) 按內政部七十四年十二月十九日七十四臺內營字第三五七四三八號函有關建材同等品及使用時機規定：「建材之選用除已有國家標準或可訂定規範者不應指定廠牌外，為確保工程品質及便於工程驗收時有其標準依據之需求，可依該部七十一年四月三日七十一臺內營七七六七九號函規定選定數種規格、品質、價格相當之廠牌及型號，並加註『或同等品』字樣」。鑑於橋樑伸縮縫產品未訂有國家標準，被處分人函告工程處倘使用進口品得指定三種廠牌型號行為，雖尚未直接違反上開規定，惟查該函除未說明尚須加註「或同等品」字樣，使工程單位於選取指定之國外三種廠牌型號時未加註「或同等品」字樣而違反上開內政部解釋令外，併阻礙進口品與國產品於同一工程公平競爭。

(3) 被處分人選定之七種進口品，第一至第五種屬 B 級產品，六、七種屬 C 級產品，二型產品市場有所區隔。被處分人明知該七種進口品分屬 B、C 級不同產品，而未將 B、C 級產品分別供工程處選擇，卻函示所屬工程處選擇三種即可，未考慮該三種廠牌型號係包括 B、C 級不同產品行為，業已降低 B、C 級指定產品之競爭程度。又被處分人函頒之第六種與第四種產品同屬 GAITOP 廠牌，

doi:10.6342/NTU202203457

第七種與第一種產品同屬 SHO-BOND 廠牌，基於同時採購 B、C 級產品之便利性及規模經濟考量，GAITOP 與 SHO-BOND 廠牌實又較其他指定廠牌獨具有競爭優勢。

(4) 被處分人 81 年至 84 年新建及修補橋樑工程伸縮縫使用情形，指定 SHOBOND 獨家廠牌比率為 6%，指定 SHOBONDLS110、SHOBONDRJ、C.C.L 三種廠牌型號比率為 4%，106 次橋樑工程中，指定 SHOBOND 獨家廠牌有一次，指定 SHOBONDLS110、SHOBONDRJ 等三種產品十一次，被處分人因該函頒行為於橋樑工程指定獨家廠牌及指定之三種產品有兩家廠牌情形已優惠 SHOBOND 廠牌，並對其他指定產品有不利於競爭之差別待遇行為。

(5) 國內使用橋面伸縮縫之單位主要有高公局、國工程局、省公路局、北高二市工務局，81 年至 84 年間被處分橋樑工程金額約占國內橋樑工程金額 46%，是以被處分人顯具有影響市場之力量，其於橋樑工程優惠單一廠牌之差別待遇行為，已有妨礙公平競之虞。

(二)【公處字第 089043 號】處分摘要

1. 本案事實

被處分人臺南市環境保護局標購密封壓縮式清潔車之招標過程中，限定六·六立方米密封壓縮式清潔車之排氣量須為 5900cc 至 7500cc，軸距則在 3000mm 至 3500mm，而國內唯一生產類似規格之國端 HINO 底盤排氣量為 5307cc、軸距為 3850mm，與規格不符；另，九·五立方米密封壓縮式清潔車之排氣量須為 8000cc 至 11000cc、軸距則在 3300mm 至 3800mm，而國內唯一生產類似規格之國瑞 HINO 底盤排氣量為 6780cc、軸距為 4250mm，亦與規格不符。除上述規格限制外，系爭標案更限定車輛底盤及車體須為同一生產國製造，而國內廠商係以卡車底盤打造清潔車車體方式製造，致只有整車原裝進口之代理商才有資格參與投標，國內廠商完全沒有參標機會。

2. 處分意旨

doi:10.6342/NTU202203457

(1) 依經濟部工業局 88 年 6 月 24 日工（88）一字第 021441 號函所示，被處分人標購密封壓縮式垃圾車之數量尚未及市場年需求量之十分之一（約僅為 2.2%），尚未構成本法第 19 條第 2 款「妨礙公平競爭之虞」之違法構成要件，亦難認其違反本法第 19 條第 2 款之規定。

(2) 被處分人採購密封壓縮式清潔車係為執行垃圾清運工作，並依一般廢棄物清除處理費徵收辦法之規定向區內居民徵收廢棄物處理費，爰依本會公研釋第 090 號解釋有關行政機關私法行為適用本法審度原則「一、.....其因提供具有市場經濟價值之商或服務而收取使用規費，所引起之需求行為，不論在需求時是否已經該項商品或服務之提供，亦均應受公平法之規範。」本案被處分人基於提供清理廢棄物服務而收取規費，所引起之標購垃圾清潔車之需用行為，為公平法第二條第四款所稱之事業，應受公平法之規範。

(3) 依工業局 88 年 6 月 24 日工（88）一字第 021441 號函所示，世界各國密封壓縮式垃圾車之製造皆採專業分工，由汽車製造廠生產卡車底盤，再由車體打造廠購買符合所需規格之底盤打造成車出售，以發揮專業分工之最大綜效，是以倘能妥善管理製程品質，招標單位規範車輛底盤及車體須為同一生產國製造與否，對其品質並無直接影響，而系爭標案招標規範所列底盤規格目前國內無產製。

(4) 本案被處分人標購密封壓縮式清潔車限定其軸距及排氣量並要求整輛車底盤及車體須為同一生產國製造，核其規範並非確保採購品質之必要程序，另衡酌國內密封壓縮式清潔車產業結構，過去各級環保單位習慣於招標規範中限定須「整車原裝進口」，排除國產密封壓縮式清潔車相關業者參與競標機會，使市場供給面競爭機會不均等，業經本會處分在案，爰本案臺南市環保局藉由限定密封壓縮式清潔車之軸距及排氣量，在國內無產製之情況下，復限定整輛車底盤及車體須為同一生產製造，其語意上雖與本會前所處分之各級環保單位標購市壓縮式垃圾清潔車限定須整車原裝進品有所不同，然實上卻仍然肇致排除國

doi:10.6342/NTU202203457

內垃圾車產製業者參與競爭機會之結果，使供給者之競爭機會不均等，侵害以公平競爭為本質之政府採購市場之交易秩序，屬本法第 24 條所稱之足以影響交易秩序之顯失公平行為，違反本法第 24 條之規定。

(三)【公處字第 088156 號】處分摘要

1. 本案事實

嘉義縣政府於 86 年間委託方苑工程顧問有限公司（下稱被處分人），辦理「八十七年度布袋國內商港開放營運相關設施（土木、港灣部分）工程」勘測、設計及監造工作，並於 87 年 6 月間進行招標，由行政院國軍退除役官兵輔導委員會榮民工程事業管理處（現為榮民工程股份有限公司，下稱榮工公司）得標施工。關於共同管溝土木工程部分，榮工公司轉包予學志營造有限公司（下稱學志公司）承作，學志公司則洽由昀億實業股份有限公司（下稱昀億公司）負責供應該部分工程所需建築材料。詎料被處分人於規劃設計此部分工程時，關於建材中「柱狀防水膜保護毯」乙項，其施工說明書之文字和規格說明，以及工程設計圖中之材料圖說，與志上興業有限公司（下稱志上公司）就系爭材料所擁有之新型專利，其申請專利範圍及專利圖示均屬同一。惟被處分人於前揭施工規範中，並未明示該項材料為志上公司專利產品，致使昀億公司另行委託他人生產時，為志上公司以侵害其專利權為由，聲請檢察官扣押在案。

2. 處分意旨

(1) 依公平法第 24 條規定，事業不得為足以影響交易秩序之欺罔及顯失公平行為。受行政機關委託辦理公共工程之規劃、設計或訂定規範、專案管理等相關工作之事業，倘若利用受託之機會，居於主導地位，於招標文件雖未明列廠牌，但詳列有關設備之尺寸、規格、設計圖、或各組件之安裝配置等，經調查僅某特定廠牌符合者，除有證據證明其有特殊正當理由者外，應屬變相指定廠牌之行為。此種變相指定廠牌行為，如經考量招標金額對於相關市場之影響程度，雖未有限制競爭或妨礙公平競爭之虞，惟仍有使招標單位、參與投標或得標廠商，

doi:10.6342/NTU202203457

對於存有數家供應廠牌，產生錯誤之信賴，而悖於商業倫理者，或有可能阻礙其他替代產品之交易機會者，即已該當足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為，不論其係故意或過失行為，均屬違反公平法第二十四條規定。

(2) 本案系爭之 87 年度布袋國內商港開放營運相關設施（土木、港灣部分）工程，施工說明書第柒章共同管溝土木工程施工細則中，第 2 項第 2 點關於醋酸乙烯（EVA）柱狀防水膜之規格說明，與志上公司防水膜專利之申請專利範圍，文字敘述實為近似。且就同點表列之材料性質規範，志上公司產品亦完全符合其規定。再者，按本工程合約書所附工程設計圖，其中防水膜部分之圖形形狀、排列方式與排列次序等，均與志上公司前揭專利之申請專利範圍相同。系爭工程所指定使用之柱狀防水膜保護毯，其防水膜部分僅限志上公司，或經其授權之特定廠商始可供貨，顯有變相指定該項材料之供貨廠商情事。被處分人利用受託之機會，於擬定施工規範（含施工說明書、工程設計圖）之時，就柱狀防水膜保護毯之材料規格，表面上稱係廣泛參考理盟公司等國內外廠商之產品規格所訂定，實際上卻詳列材料性質、產品外觀、柱狀結構圖形形狀、排列方式及次序等，為與志上公司專利範圍相類似之訂定。關於此項材料規格之訂定，被處分人顯係居於主導地位，而變相指定特定廠牌。

(3) 系爭工程全部工程總價為 2 億 1800 萬元，相較於國內一般土木工程市場每年營業額總值，85 年至 87 年分別為 7074 億 2125 萬餘元至 8108 億 488 萬餘元，其占市場總值比率約僅 0.03081％至 0.02688％，對於土木工程之整體國內市場而言，尚難謂有顯著影響，而達公平法第 19 條所稱限制競爭或妨礙公平競爭之地步。

(4) 被處分人對外不僅表示此項規格係參照理盟公司等五家廠商產品所擬定，復於前揭施工規範中，未予表明特定廠牌。且於榮工公司向其查詢材料供應廠商之時，被處分人又提供理盟公司等三家廠商資料，以供該公司選擇。被處分人前揭行為之整體，對於招標單位及參與投標或得標廠商而言，核已足以使其對於

doi:10.6342/NTU202203457

系爭材料具有多個供應來源，並非僅有特定廠牌始得供應，產生錯誤之認識。此一欺罔行為，不僅規避招標單位與投標廠商對於指定廠牌行為之注意，並且導致得標廠商就系爭工程之成本與風險，偏離其投標前之預期，構成商業倫理及效能競爭之違反，足以影響交易秩序。

不當限制廠商資格：

(一)【公處字第 088116 號】處分摘要

1. 本案事實

被處分人台北市政府捷運工程局 CD267A 標土城機廠土方工程招標案之招標規範訂有投標廠商資格為參標之甲級營造廠之借土來源須具備符合「新竹以北地區政府所核發之土石採取證明文件」「其有效期須至 85 年 6 月」「總數量不低於 80 萬立方公尺」「且每一借土區之填土材料能符合本工程材料規範所要求之試驗報告證明文件」等參標資格規定，其後復有「詳細位置圖、水土保持計劃書」「土源擁有者之名稱、填土材料租賃權、採取權及借用協議書〈須經法院公證或認證之協議書正本〉」等規定。

公平會為瞭解上開土石來源規定對參標者取得土石來源之影響，經函請可能符合規定之土石採取申請地方主管機關及礦務局等單位提供現行河川及陸上土石採取及供應情形相關資料，獲瞭解僅郁佑一家土源尚接近規定。

2. 處分意旨

(1) 查被處分人於土城線 CD267A 標針對投標廠商資格訂定之招標規範排除新竹以南、宜蘭、河川砂石、工程棄土及雜項執照等土源使用，導致符合本案規定之土源甚少；其中以郁佑土源最具關鍵性，形成使參標者不易取得土源。

(2) 被處分人不察因係其規定導致參標者須取得郁佑土源始能參標情形，及至發生 4 家參標廠商取得同一土源情形時，不欲放寬土源限制規定，竟對林記公司僅取得郁佑之單一區合法土源為 75 萬立方公尺，彈性認定郁佑土源已達 150 萬立方公尺，符合本案招標規定，變相圖利特定廠商林記。核被處分人以土源規

doi:10.6342/NTU202203457

定對投標廠商所作資格限制及解釋，已涉及對其他參標廠商為無正當理由之差別待遇行為。

(3) 被處分人在國內土木工程及捷運工程市場具有市場地位及影響力，自構成妨礙公平競爭之虞。被處分人之行為已構成違反公平法第 19 條第 2 款無正當理由之差別待遇行為要件。

(二)【公處字第 084108 號】處分摘要

1. 本案事實

被處分人台北市公共汽車管理處於八十二年六月至八十三年八月間委託中央信託局標購整體式冷氣大客車一五〇輛（案號 LP5-820089）案中，投標須知補充條款有關投標廠商資格第一項雖明示准予國內汽車製造商參與競標，然又於第三項中規定所稱之製造商均應具備整車完整設計能力、具有自有品牌與量產紀錄、三年內大客車（整車自有品牌）銷售實績達二五〇輛以上等資格限制。

惟因國內大客車市場的規模尚小，底盤商不具自行建廠以裝設空調、打造車身之誘因。實務上常由用戶個別挑選喜好之底盤、空調系統，再委由車體廠進行打造、安裝，另亦有用戶係直接委由車體廠代為全權負責購買底盤、空調，並打造車體至完成車等，故除少數自國外直接引進整車者外，現行國內尚無整車註冊自有品牌的作法與制度。而因現行國內尚無整車註冊自有品牌的作法與制度，致在前稱被處分人所訂的實績核算前提下，國內既存之底盤、車體等業者並無參與競標資格。

2. 處分意旨

(1) 本案被處分人台北市公共汽車管理處係隸屬台北市政府交通局，以經營台北市區大眾運輸為主，其於八十三年八月十七日標購一五〇輛大客車以供有償服務之行為，係提供具市場經濟價值之服務，爰其為執行北市大眾運輸所生之採購（需求）行為，應受公平法之規範。

(2) 本案投標須知補充條款投標廠商資格乙項，雖明載「國內汽車製造廠...」，惟訂有整車自有品牌且需有產量紀錄，按依本會市場調查及經濟部工業局、台灣

doi:10.6342/NTU202203457

區車輛工業同業公會意見，國內大客車產業概分為底盤、車體、空調等三個分業，並無產製整車自有品牌業者，爰被處分人所訂「整車自有品牌且有產量紀錄」顯係以國際標排除國內標方式辦理採購，顯有生損害國內大客車底盤商公平競爭機會，亦影響車體業、空調業等相關業者之交易機會，核屬差別待遇行為。

(3) 現行國內業者並無產製整車且具有自有品牌者，故系爭實績之核算基準「整車及自有品牌」，有生排除國內廠商競標之實乙項，亦合致無正當理由差別待遇行為之構成要件。

(4) 本案被處分人系爭大客車採購，屬年度編列預算之大批量採購行為，與一般民間業者小批量採購有間，另被處分人八十一年度五六〇輛大客車採購案約分占當年度市場總需求量、值的百分之二二・〇及三四・六，至於系爭標案採購輛數為一五〇輛，決標金額達六・四億元，以量計約占八十三年度國內大客車市場總需求量的百分之九・七，準此，本案被處分人所為之資格限制行為，顯有妨礙國內大客車市場公平競爭之虞，合致公平法第十九條第二款違法要件。

三、小結

自以上各處分觀察，公平會對於差別待遇禁止之規定與概括條款在綁標案件的適用上，可歸納出以下論點：

1. 公平交易法的規範對象

為確立公平會之管制權限，部分綁標案件之處分理由第一項即明揭行政機關辦理採購係提供具市場經濟價值之服務而引起之需求行為，應受公平法之規範。而在廠商受行政機關委託辦理公共工程之規劃、設計或訂定規範、專案管理等相關工作之情形，因廠商本身即屬事業，故無須對規範適用主體進一步說明。

2. 市場占有率

被處分人是否具有相當市場力量而有限制競爭之虞，乃判定系爭綁標案件應適用法規之先決條件，是以公平會必須妥善處理。而關於衡量市場力量之方法，通

doi:10.6342/NTU202203457

常即為市場占有率之測定。按前揭若干處分，公平會在劃定相關市場後通常係以系爭採購標的之需求量或得標金額換算市場占有率，並以早期之 10%門檻為基礎進行分流，市占率 10%以上者有限制競爭之虞，以差別待遇禁止之規定處理；而明顯未滿 10%者則論以概括條款。

3. 差別待遇

公平會在綁標案件中論述差別待遇行為之認定時，通常會側重採購標的規格或參標廠商資格之設定是否產生排除相當範圍事業參與競爭之效果，例如是否導致國內廠商無法投標。

4. 無正當理由

關於差別待遇是否具有正當理由的判斷，公平會傾向函請相關單位提供意見以驗證設定差別待遇是否有助於提升採購品質。此外，差別待遇是否導致圖利特定廠商亦為公平會認定有無正當理由之因素。

5. 足以影響交易秩序

按公平會實務見解，概括條款中足以影響交易秩序此一要件在綁標案件中，應係指政府採購市場公平競爭之本質。

6. 欺罔或顯失公平之行為

自前揭公平會處分觀之，欺罔行為包括隱匿所指定技術規格之相關資訊以規避招標單位與投標廠商對於指定廠牌行為之注意，進而導致招標單位與投標廠商誤信系爭材料具有多個供應來源，而非僅有特定廠牌始得供應。顯失公平行為則相當於差別待遇，包括排除一定範圍之業者參與競爭之機會，產生供給者競爭機會不均之情形。

第四節 公平交易法管制之變遷

如前所述，圍標屬於核心卡特爾，乃是聯合行為之典型，理當是公平會打擊的首要目標之一。另一方面，在公平會在確立辦理採購之行政機關亦可解釋為事業後，

doi:10.6342/NTU202203457

綁標此一顯屬差別待遇之行為，則依該行為主體是否具備相當市場力量而分別適用公平法第 20 條第 2 款規定或第 25 條概括條款。由此以觀，透過公平法對圍標與綁標予以規範儼然形成穩定見解而不容置喙，並且確實累積了不少實務案例，惟此一運作通暢的管制模式卻也不得不面臨危急存亡之秋。

為申請加入「世界貿易組織」（World Trade Organization：WTO），並配合「政府採購協定」（Agreement on Government Procurement：GPA）之制度及作業需要，我國於民國 87 年 5 月 27 日公佈政府採購法，並於民國 88 年 5 月 27 日正式施行，力求建立一套符合國際要求的健全政府採購制度，依公平、公開的採購程序，提昇採購效率與功能，確保採購品質。這部專為政府採購制定的法令係以確實防堵圍標與綁標為己任自不待言，為此擬定專項條文亦屬當然之舉。惟此際發生圍標與綁標行為同時合致政府採購法與公平法所對應規範之情形顯具高度蓋然性，因而無可避免地產生兩部法令權限劃分的問題。原先篤定由公平法處理之圍標與綁標行為在同時牴觸政府採購法時，究應維持論以公平法之慣行，抑或改以政府採購法相繩，甚至同時就兩部法規予以適用？

為解決此一疑義，公平會乃與政府採購案件之主管機關公共工程委員會進行商討，並在 87 年 12 月 21 日公平交易委員會與公共工程委員會之協調結論獲得以下回應：

1. 政府採購法施行後，有關涉及違反競爭法規範之政府採購事件，應依公平交易法或政府採購法處理為當？
   (1) 政府採購法施行後，與政府採購有關之行為涉及競爭秩序，政府採購法已有規範者，由政府採購法主管機關或相關權責機關依政府採購法處理。
   (2) 政府採購法施行後，機關辦理政府規劃或核准之交通、能源、環保、旅遊等建設，經目的事業主管機關核准開放廠商投資興建、營運者，其甄選投資廠商之程序，除其他法律另有規定者外，依政府採購法處理。
   (3) 至於得標廠商與其分包廠商間所生違反競爭事件，政府採購法雖未規範，但

doi:10.6342/NTU202203457

涉及公平交易法規範者，由公平交易委員會依公平交易法處理。

2. 在政府採購法施行前後所發生之政府採購爭議事件，公平交易法與政府採購法之適用與分工方式如何？

(1) 政府採購爭議事件涉及競爭秩序之行為，發生在政府採購法施行前者，依公平交易法處理。

(2) 政府採購爭議事件涉及競爭秩序之行為，跨越政府採購法施行前、後者，由當事人循政府採購法途徑解決。但在該法施行前已合致公平交易法之違法要件行為，公平交易委員會仍得依公平交易法處罰。

(3) 公平交易委員會就前款應依政府採購法處理之事件，應儘速通知當事人循政府採購法途徑解決。

(4) 政府採購爭議事件涉及競爭秩序之行為，發生在政府採購法施行後者，由當事人循政府採購法途徑解決。

3. 附帶決議：

政府採購法主管機關或相關權責機關與公平交易委員會，得就政府採購法與公平交易法之適用與分工方式隨時會商檢討之。

參照政府採購法，於圍標之情形，該法第 87 條第 4 項規定就合意圍標明確予以規範；在綁標的部分，該法第 88 條規定亦明文禁止之，是以自上述協調結論之意旨以觀，公平會似乎應予退守，而改由政府採購法主管機關或相關權責機關依政府採購法處理，僅於得標廠商與其分包廠商間發生政府採購法未規範之違反競爭事件，並涉及公平法規範者，始得由公平會依公平法介入處理。

此後，公平會實際之運作情形即從善如流，換言之，關於圍標與綁標行為之論處即遵循該次協調結論之意旨，移轉由政府採購法主管機關或相關權責機關依政府採購法處理。

doi:10.6342/NTU202203457

doi:10.6342/NTU202203457

第四章 日本法之規範體系

第一節 概說

日本對於政府採購之法令管制並未如同我國一樣設有一部政府採購法試圖對一切相關事項進行統合性的處理。反之，日本對於採購程序中各項行為的規範係散見於會計法、建設業法、公共工事品質確保法、刑法及獨占禁止法[29]（下稱獨禁法）等不同法規系統。

然而與我國在政府採購法與公平法均有對圍標之行為態樣予以規範並制定罰則的情況類似，日本針對圍標方面的法令管制亦分別出現在刑法與獨禁法中。因此，在一圍標行為同時觸犯分屬兩部法令的管制規定時，日本法系統的運作或可為我國實務帶來一定程度的啟發。

此外，在綁標的管制方面，我國公平法主要係以該法第 20 條予以規範，而本條規定即係繼受自日本獨禁法第 2 條第 9 項規定而來，故從根源上觀察日本競爭法體系如何處理綁標行為，對我國公平法相關規定如何適用應可掌握更全面的理解，進而產出更完整的詮釋。

是以在圍標與綁標方面都別具參考價值的條件下，本文擬以日本法制作為比較法，針對圍標與綁標的管制進行通盤檢視，以期為我國競爭法的相關管制帶來正面意義。

第二節 管制沿革

在日本，圍標早期普遍被看作是必要之惡，更甚者則認為不能稱之為惡[30]。事實上，即使從 1947 年獨占禁止法制定後經過了三十年之久，有關圍標的判決甚至

[29] 該法律原文為：「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」，本文此處係翻譯自該法之簡稱「独占禁止法」。

[30] 楠茂樹（2017），《公共調達と競争政策の法的構造》，2 版，頁 15，上智大学。

doi:10.6342/NTU202203457

還不到十件[31]。即使圍標令廠商能夠從人民繳納的稅金中攫取更多的利益，政府與民眾仍多採取縱容的立場。這一現象深受該時代背景下人們對經濟社會的理解所影響。當時的普遍認知是，營利事業獲取一定的利潤乃是理所當然，此係應由法律加以保護的價值。不僅大眾的觀點如此，這樣子的論調在司法實務上也不乏支持者。以 1968 年大津地方裁判所對滋賀縣草津市等上水道工程圍標事件的判決為例，該判決在關於刑法通謀罪的解釋上指出，若禁止事前協定而強迫進行純粹的自由競爭投標，必然會使業者不得不陷入競爭過當的窘境。如此一來，該條法律事實上即是藉由刑罰來強制作為營利公司的業者虧本接受政府機關的採購標案。此外，即使從常識來看，如若不允許這種如同借貸關係的協定，業者將無從預測下次甚麼時候才能承攬工程，這恐怕將使擁有大規模組織的企業體無法存續。另一方面，從保護業者的角度來看，作為營利事業的業者透過承包工程受有通常應得的利潤，沒有理由因為發包者不是私人而是行政機關就必須予以否定。只有這樣的理解方式，才能一方面肯認業界的合理慣行而保護業者並同時維持經濟社會的法律安定性；另一方面也不妨礙招標制度本來目的之達成，反而可以期待對招標制度的實質保護。

除了社會整體對業者的包容之外，圍標之所以盛行也與政府機關對招標機制選擇的偏好有著密不可分的關係。詳言之，日本行政機關辦理採購之招標方式有三種，分別為一般競爭投標、指名競爭投標與隨意契約。一般競爭投標即公開招標；指名競爭投標是指採購機關事先指定參與投標的業者，僅有這些被選上的業者得參與該次投標；隨意契約則為不經由競爭程序，採購機關任意決定締結契約的對象。而縱令会計法第 29 條之 3 規定係以一般競爭投標為原則，例外情形始得辦理指名競爭投標或締結隨意契約[32]，然而直至不久之前，政府採購實務上仍普遍使用指名

[31] 鈴木満（2004），《入札談合の研究》，2 版，頁 35，信山社。

[32] 会計法第 29 條之 3 第 1 項規定:「契約擔當官及支出負擔行為擔當官(以下稱「契約擔當官等」。)在締結買賣、借貸、承攬及其他契約時，除第三項及第四項規定之情形外，須依公告申請之方式付諸競爭。」同條第 3 項規定：「因契約之性質或目的，得參加競爭者較少而不必付諸第 1 項規定之

doi:10.6342/NTU202203457

競爭投標。導致這一現象的理由在於，政府將公共工程確實完成奉為圭臬，並以此做為政府採購的最高指導原則。在這個概念下，辦理採購的機關能藉由指名競爭的機制，將契約相對人的可能範圍限定在可信任的若干廠商之中，從而達到降低工程失敗風險的目的；不僅如此，選擇指名競爭投標之方式也可避免在採用一般競爭投標卻因為設定參加資格等方面發生的瑕疵，反而導致工程受到不利影響的情形[33]。

然而前述滋賀縣草津市等上水道工程圍標事件的判決也提及基於指名競爭的機制，即使被指定參與投標，不少受到指名的業者常因正在進行其他工程等情形以致實際上完全沒有得標的意圖。不過這些業者唯恐將來行政機關對其能力或其他條件產生疑慮，因此普遍不會辭退指名。他們會在業者間協商之際將預計得標廠商的地位讓給其他業者，再由餘下希望得標的業者們繼續商議。其中提出最低投標價格的業者即成為預計得標廠商，其他業者將予以退讓並以高於預計得標者的價格投標。

由此可見為了合理分配政府採購訂單，指名競爭機制令廠商不敢不打假球以敷衍行政機關的缺陷，便順理成章成為了圍標的溫床。

對圍標消極處理的態度甚至是給予正面評價的看法，導致長久以來大型綜合建設公司在政府採購中的圍標行為無一被揭露。這樣子的情形在 1990 年代一系列「大型綜合建設公司貪瀆」中的埼玉土曜会事件才終於迎來轉變。在這之中社會態度的改變契機在於政府採購中官商勾結的賄賂案件喚醒了公眾的議論。其次，這個時期恰逢日美達成日米構造問題協議經過不久，日本政府向美國政府承諾強化政府採購方面獨占禁止法的運作。再者，日本在世界貿易組織（WTO）中締結的政府採購協定（GPA）於 1996 年生效，依據該協定，一定金額以上的政府採購在擇

競爭，或得認付諸同項規定之競爭為不利之情形，依政令規定，付諸指名競爭。」同條第 4 項規定：「因契約之性質或目的而不允許競爭、或因緊急必要而無法付諸競爭或得認付諸競爭為不利之情形，依政令規定，付諸隨意契約。」

[33] 楠茂樹，前揭註 30，頁 24-27。

doi:10.6342/NTU202203457

定締約對象時不得有內外國歧視，典型的事例即為採用不設限制（無內外國歧視之性質）的一般競爭投標。此際，日本迎來一連串的政府採購改革，而在這波改革浪潮下大致上有三點共識，第一為徹底實施一般競爭投標，第二則是盡可能降低得標率[34]，第三為徹底的資訊公開[35]。

此一促進政府採購領域競爭的運動令以往被實務默認為是「必要之惡」的圍標，在大型綜合建設公司貪瀆事件後染上了「絕對的惡」的色彩，也受到「徹底排除圍標」的呼籲。以防止圍標為目的所進行的一系列改革加上公正取引委員會積極揭發圍標的行為，終使諸多領域內的圍標結構發生崩壞[36]。

第三節 圍標之管制

如前所述，日本法分別於刑法第 96 條之 6 第 2 項以及獨占禁止法第 2 條第 6 項與第 3 條規定設有對圍標的處罰條文。以下本文將依序說明該二條法律的規範架構及實質意涵，並提供數則案例加以呈現實務操作，進而歸納實際法規適用的管制情形。

第一項 刑法對圍標之管制

一、規範架構

刑法第 96 條之 6 第 2 項規定：「以損害公平價格或獲取不當利益之目的，在政府拍賣或投標中，通謀而為有害於締約公平之行為者，處三年以下有期徒刑或科或併科二百五十萬元以下罰金[37]。」本罪又稱通謀罪。按本條規定，行為人須具備

[34] 得標率係指相對於預定價格而言。採購機關在辦理投標時會表示其對於該工程的預算上限，該預算上限之金額即為預定價格。得標金額對預定價格之比例則為得標率。

[35] 楠茂樹，前揭註 30，頁 36-39。

[36] 楠茂樹，前揭註 30，頁 156。

[37] 該條規定之原文為：「偽計又は威力を用いて、公の競売又は入札で契約を締結するためのものの公正を害すべき行為をした者は、三年以下の懲役若しくは二百五十万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。...2 公正な価格を害し又は不正な利益を得る目的で、談合した者も、前

doi:10.6342/NTU202203457

損害公平價格或獲取不當利益之目的，並對於政府的拍賣或投標進行通謀，始能構成本罪，而各該目的要件之實質意涵包括：

(一) 損害公平價格之目的

基於損害公平價格之目的而觸犯本罪之情形又稱為公平價格阻害型。此一類型典型的行為模式為：一定地區的建設業者透過特定的規則（如按照順序或承包工程的實際成果來決定），對於該地區一定採購機關招標的公共工程案件，進行通謀以協調決定承包工程的業者，藉此均分利益[38]。

而關於公平價格的意義，實務上最高法院已形成穩定見解認為「並不是指應該脫離投標的概念而客觀測定出公平價格的意思，公平價格無非是在系爭投標中透過公平的自由競爭而可能形成的得標價格[39]。」此一見解被稱為「競爭價格說」，並獲得通說的支持。然而本罪在立法過程中，或有認為基於將投標完全委由自由競爭將產生業者虧本降價競爭的情形而招致業者破產或工程實施不完全等理由，正當的通謀也是存在的，因此公平價格的意思應解為「對於系爭工程具最有利條件之業者，其實際成本加上適當利潤後的價格。」此說又稱「適當利潤價格說」，在下級審屬於有力見解，學說上亦有支持者[40]。法院循此見解的判決並指出，若經過通謀後所產生的得標價格落在適當利潤價格的範圍內，則系爭通謀不具損害公平價格之目的，因此不構成本罪[41]。

(二) 獲取不當利益之目的

實務見解認為，不當利益的意涵係指藉由進行通謀而獲得之利益「不合理地高，

項と同様とする。」

[38] 西田典之、山口厚、佐伯仁志（2016），《注釈刑法第 2 巻各論(1)》，頁 68-69，有斐閣。

[39] 如最高裁判所昭和 28 年 12 月 10 日決定、最高裁判所昭和 32 年 1 月 22 日判決。

[40] 大塚仁（2005），《刑法概説（各論）》，3 版增補版，頁 583，有斐閣。中森喜彦（2015），《刑法各論》，4 版，頁 283，有斐閣。

[41] 如大阪高等裁判所昭和 29 年 10 月 30 日判決，高等裁判所刑事裁判特報 1 巻追錄 759 頁、東京高等裁判所昭和 32 年 5 月 24 日判決，高等裁判所刑事判例集 10 巻 4 號 361 頁。

doi:10.6342/NTU202203457

已超過了社會通念上所謂『禮金』程度的情形[42]。」至於「禮金的程度」究何所指，學說有主張應解為不具對價性質的車馬費、當日津貼、餐費等情形[43]。

此外，實務見解亦指出不當利益雖以圍標金為典型，惟亦應包含自得標者收受工程轉包等型態的利益分配[44]。

二、實務案例

(一)【大津地判昭和 43 年 8 月 27 日•下級裁判所刑事裁判例集 10 卷 8 号 866 頁】

判決摘要

1. 本案事實

被告為久保田水道瓦斯工業股份有限公司（下稱久保田水道）大阪分公司之營業部長，負責水道工程競爭標案之投標等業務。

在草津市所辦理的第二期上水道工程指名競爭投標中，久保田水道與安田股份有限公司、進弘企業股份有限公司（下稱進弘企業）、淺野工事股份有限公司（下稱淺野工事）、エタニツト建設股份有限公司（下稱エタニツト建設）以及昭和工業所股份有限公司（下稱昭和工業）一同被指定作為指名業者。儘管被告預估若執行指名競爭投標則應該會以 2 億 1000 萬元左右得標，但其仍在系爭指名競爭投標前於關西水交會事務所中與上述各公司之相關業務負責人通謀，並協議由久保田水道得標及各公司依久保田水道指示之金額投標。

久保田水道並與安田股份有限公司、進弘企業、淺野工事、エタニツト建設、昭和工業以及三星設備工業股份有限公司（下稱三星設備）一同被指定作為指名業者參與滋賀縣甲賀郡石部町所辦理之上水道工程指名競爭投標。雖被告預估若執行指名競爭投標則應該會以 2150 萬元左右得標，但其仍在系爭指名競爭投標前於關西水交會事務所中與上述各公司之相關業務負責人通謀，首先協定將依久保田

[42] 最高裁判所昭和 32 年 1 月 22 日判決，最高裁判所刑事判例集 11 卷 1 號 50 頁。

[43] 山中敬一（2015），《刑法各論》，3 版，頁 783，成文堂。

[44] 東京地方裁判所平成 6 年 3 月 7 日判決，判例タイムズ 874 號 291 頁。

doi:10.6342/NTU202203457

水道與三星設備日後的協議決定由二公司其中之一得標，各公司並以得標業者所指示之金額投標，隨後被告與三星設備負責人達成協議，以久保田水道向三星設備負責人提供所謂 50 萬元的圍標金為條件，三星設備負責人同意由久保田水道作為得標業者。

2. 判決意旨

本案爭點甚至是整體走向追根究柢應係取決於刑法第 96 條之 3 第 2 項規定[45]中所謂「損害公平價格之目的」的意義如何解釋。

自該條規定制定的經過以及明確的文義以觀，顯然在作為經濟交易一環的政府標案中所為之通謀被認為有二種，一種被視為違法乃至以刑罰加以遏止，另一種則是被視為合法的經濟交易活動而未予以干涉。由於這二種通謀的差異僅在於該條規定所謂「損害公平價格之目的」存在與否，而國家或地方等政府機關之公共事業及其他交易在國內經濟社會的整體交易中占比不少，因此可謂以何種事實來認定上述之目的，將對經濟社會之交易生活全體產生深遠的影響。

在本案上水道工程的政府標案範圍內，從建設業界一般的實際交易情形來看，總承包量大半來自國家或地方行政機關的採購，且行政機關與業者間的工程承攬交易幾乎都是以所謂指名競爭投標的方式為之，因此業者集中於此，若指名業者間不具任何事前的協定即進行投標，則勢必陷入偷工減料或導致工程中途破產的惡性競爭。為避免此一情形，一方面藉由確保通常應可獲得之利潤來保護業者，另一方面滿足行政機關對工程完善實施的期許，受到指名的業者於投標前協商並從中決定預定得標者，該業者以成本加上通常利潤的估計金額投標，其他業者再以更高的金額投標。本於此一意旨所進行的通謀至今仍受到認可。

再依實際情形而言，即使未得標，業者受到行政機關指名本身即可作為實績，從而產生下次受到其他行政機關指名的可能性。因此業者為了在欲承攬的標案中

[45] 此為刑法第 96 條之 6 第 2 項規定於平成 23 年（2011）修正前之條號。

doi:10.6342/NTU202203457

得到指名，即使對於其他沒有承攬意圖的標案，亦須經常事先向任一招標機關提出指名申請，以免將來被行政機關質疑其能力而未能獲得指名。此類全無得標意願之業者在協商最初之際即將預定得標者之地位退讓予其他業者，而餘下欲得標之業者中依各自有利條件，在不虧本的前提下提出最低廉之投標價格者即成為預定得標者，其將以自招標機關獲悉工程相關具體情事計算出之成本並加上通常利潤後之金額作為投標價格，其他業者再以更高的金額投標。該預定得標者並會在將來讓出對其他業者較為有利的工程。此在業界被稱為借貸的圍標機制正是經濟人理性主義的產物，旨在政府招標制度中謀求通常利潤的確保與業者的共存，並同時滿足工程完善此一招標之終極目的。

自上述見解視之，招標之目的既為最妥適之承攬契約，則只要選出對系爭工程具最有利條件之業者，則該通謀僅係令競爭投標的實質有所喪失，但並未損及招標目的，反之更匡正了招標制度內含之不合理。

因此，各指名業者利用其最有利之個人特殊條件合理地削減成本再加上通常利潤並以此金額參與投標，在競爭投標即所謂「公平的自由競爭」中理應成為得標價格者即為所謂「公平價格」。而該條所謂「損害公平價格之目的」即應解為為獲取不當之利益進一步提高公平價格等令招標機關更為不利益之意圖。惟上述通謀之所以被認可係因具備合理的根據且不妨礙招標目的的達成，故在業界不論具何種程度之慣行，除非係特殊合理情事，否則於通謀時單純僅以退讓預定得標者之地位作為對價而提供所謂圍標金之情形，不論金額為何均不具應予認可之理由。

本案中各通謀均為業界合理之慣行，久保田水道對於系爭工程亦均具備較其他指名業者最有利之個人條件，從而其得以最低廉的成本提出投標價格，且其他指名業者亦盡皆認同，是以最初即無得標意圖。此外，依本案全部證據不能認定被告意圖利用協議不當提高投標價格，亦不能認定被告意圖不當高估成本，亦不能謂被告所加計 11.5%之毛利不當逾越通常利潤。

至於在石部町所辦理之標案中，由被告提供三星設備負責人即岡本直之之 50

doi:10.6342/NTU202203457

萬元圍標金實際上係為填補不足之設計費用。蓋石部町招標機關指出系爭工程日後之變更設計費用係由得標業者負擔，又系爭工程係交由岡本直之其子孝之所經營之公司所設計，故該招標機關認為由孝之之父所經營之三星設備得標所獲得之利益可用於填補設計費用不足的部分。惟三星設備對於系爭工程相較久保田水道顯具不利條件，故被告與岡本直之約定向其提供系爭 50 萬元以填補不足之設計費用並由久保田水道得標。因此不論是否向被告讓與預定得標者的地位，系爭 50 萬元作為孝之應自被告收受的設計費，應可認其父直之具有受領該筆金額實質的原因關係，而異於單純作為讓與預定得標者地位的對價，即所謂純粹的圍標金。且被告係透過削減利潤以籌措該筆金額，是以不能謂被告有提供金錢之約定而具損害公平價格之目的。

(二)【東京地判平成 6 年 3 月 7 日・判例タイムズ 874 号 291 頁】判決摘要

1. 本案事實

下列為從事有關社會保險廳辦理之印刷物標案業務者，被告 A 任職於大日本印刷股份有限公司（下稱大日本印刷）；C 同為大日本印刷之職員；D 任職於小林記錄紙股份有限公司（下稱小林記錄紙）東京分店；E 任職於 TOPPAN FORMS 股份有限公司（下稱 TOPPAN FORMS）；F 任職於 BF 股份有限公司（下稱 BF）；G 則任職於與 BF 具業務合作關係的日立資訊系統股份有限公司（下稱日立資訊）。

平成 2 年 4 月 24 日社會保險廳實施黏貼付款通知書等之封條（下稱封條）A、C 型與 B 型二件指名競爭投標，小林記錄紙、大日本印刷、TOPPAN FORMS 及 BF 作為指名業者參與投標之際，被告 A 即與上述之 D、E 及 G 於同月上旬左右聚集在小林記錄紙東京分店之會議室內進行協議，並就「〈1〉A、C 型封條之標案讓小林記錄紙得標，該公司再將得標所得之利益分配給大日本印刷、TOPPAN FORMS 與日立資訊三家公司。〈2〉B 型封條之標案讓 TOPPAN FORMS 得標，該公司再將得標所得之利益分配給小林記錄紙、大日本印刷與日立資訊三家公司。〈3〉四家指名業者為實現協商之得標方式，應以 D 對各公司指示之價格參與投標。」此三點

doi:10.6342/NTU202203457

達成合意。D 即在上述二投標進行之際向被告 A、E 及 G 以電話傳達各指名業者應投標之價格。且 G 向 F 傳達了該公司應投標之價格，F 知此係為讓特定業者得標所進行的協商，遂有此關於投標價格的聯絡。

平成 2 年 6 月 22 日社會保險廳實施之 A 型、B 型及 C 型三件指名競爭投標中，小林記錄紙、大日本印刷、TOPPAN FORMS 及 BF 作為指名業者參與投標之際，被告 A 即與上述之 D、E 及 G 於同月中旬左右聚集在前述小林記錄紙東京分店之會議室內進行協議，並就「〈1〉A 型封條之標案讓小林記錄紙得標，該公司再將得標所得之利益分配給大日本印刷、TOPPAN FORMS 與日立資訊三家公司。〈2〉B 型及 C 型封條之標案皆讓 TOPPAN FORMS 得標，該公司再將得標所得之利益分配給小林記錄紙、大日本印刷與日立資訊三家公司。〈3〉四家指名業者為實現協商之得標方式，應以 D 對各公司指示之價格參與投標。」此三點達成合意。D 即在上述三投標進行之際向被告 A、E 及 G 以電話傳達各指名業者應投標之價格。且 G 向 F 傳達了該公司應投標之價格，F 知此係為讓特定業者得標所進行的協商，遂有此關於投標價格的聯絡。

被告 B 任職於大日本印刷，除前述之 D、F、G 以外，並與其他從事社會保險廳標案業務者，包括同公司之 H、I、J，任職於小林記錄紙之 K，任職於 TOPPAN FORMS 之 L、M、N，就關於平成 3 年 4 月 25 日社會保險廳實施之 A、C 型與 B 型兩件指名競爭投標與同年 6 月 20 日實施之 A 型、B 型及 C 型三件指名競爭投標，並由小林記錄紙、大日本印刷、TOPPAN FORMS 及 BF 作為指名業者參與投標之事項，於同年 4 月下旬左右與 D、I、L、M、G 等人聚集在前述小林記錄紙東京分店之會議室內進行協議，並就「〈1〉同年 4 月實施之 A、C 型封條標案及同年 6 月實施之 A 型封條標案皆讓小林記錄紙得標，該公司再將得標所得之利益分配給大日本印刷、TOPPAN FORMS 與日立資訊三家公司。〈2〉同年 4 月實施之 B 型封條標案及同年 6 月實施之 B 型封條標案皆讓 TOPPAN FORMS 得標，該公司再將得標所得之利益分配給小林記錄紙、大日本印刷與日立資訊三家公司。〈3〉同年 6 月

doi:10.6342/NTU202203457

實施之 C 型封條標案讓大日本印刷得標，該公司再將得標所得之利益分配給小林記錄紙、TOPPAN FORMS 與日立資訊三家公司。〈4〉四家指名業者為實現協商之得標方式，應以 D 對各公司指示之價格參與投標。」此四點達成合意。隨後 D 即在該會議室直接傳達各指名業者就 4 月實施之標案應投標之價格；D 並透過 K 於 6 月中旬左右以電話分別向 G 及大日本印刷與 TOPPAN FORMS 之各標案負責人傳達 6 月實施之標案各指名業者應投標之價格。再由 G 向 F 傳達該公司應投標之價格，F 與前述情形相同。上述人等均就政府標案進行了通謀。

被告 B 除與前述 H、I、D、K、F、G、L、M 外，並與與其他從事社會保險廳標案業務者，包括同公司之 O，任職於 TOPPAN FORMS 之 P 及 Q，在共謀的基礎上，就關於平成 4 年 5 月 1 日社會保險廳實施之 A、C 型與 B 型兩件指名競爭投標與同年 9 月 1 日實施之 A 型、B 型及 C 型三件指名競爭投標，並由小林記錄紙、大日本印刷、TOPPAN FORMS 及 BF 作為指名業者參與投標之事項，於同年 4 月下旬左右與 D、I、L、M、G 等人聚集在前述小林記錄紙東京分店之會議室內進行協議，並就「〈1〉同年 5 月實施全部類型封條標案及同年 9 月實施之 A 型封條標案皆讓小林記錄紙得標，該公司再將得標所得之利益分配給日立資訊。〈2〉同年 9 月實施之 B 型封條標案讓 TOPPAN FORMS 得標，該公司再將得標所得之利益分配給日立資訊。〈3〉同年 9 月實施之 C 型封條標案讓大日本印刷得標，該公司再將得標所得之利益分配給日立資訊。〈4〉四家指名業者為實現協商之得標方式，應以 D 對各公司指示之價格參與投標。」此四點達成合意。隨後 D 透過 K 在 4 月下旬左右以電話分別向 G 及大日本印刷與 TOPPAN FORMS 之各標案負責人傳達各指名業者就 5 月實施之標案應投標之價格；並於 8 月下旬左右傳達 9 月實施之標案各指名業者應投標之價格。再由 G 向 F 傳達該公司應投標之價格，F 則與前述情形相同。

2. 判決意旨

刑法第 96 條之 3 第 2 項不當通謀罪所稱之「公平價格」非謂應該脫離投標的

doi:10.6342/NTU202203457

概念而客觀測定出公平價格的意思，而係指於系爭投標中透過公平的自由競爭而可能形成的得標價格，亦即「公平價格」應解為若無系爭通謀則可能達到之得標價格。此為經確立之判例見解，且難謂有應予變更之特殊理由。

就本案之公平價格而言，在本案被發現之前，社會保險廳的封條標案均由小林記錄紙、大日本印刷或 TOPPAN FORMS 得標，在此四年期間三家公司共向社會保險廳交付約五億張封條，其中近九成實際上皆由原紙製造商狹山化工股份有限公司（下稱狹山化工）直接或透過其他公司間接自上開三公司承包生產，而狹山化工當時每張封條的單價大約為 6 元 50 錢至 6 元 60 錢。此外，狹山化工唯一的競爭者旭加工紙也曾以 6 元 50 錢的單價向大日本印刷交付了封條。

因此若本案標案係屬自由競爭之情形，不難推測各公司將以共通外包對象狹山化工之前述承包單價 6 元 60 錢為基準再加上若干利潤進行競爭。而且對各家業者而言，在非自行製造之情形，生產及供應所生的各種負擔與危險可轉嫁於外包廠商的可能性很高。另外，本案係由社會保險廳此一行政機關作為採購者，因此並無付款方面的顧慮，且採購數量明顯龐大亦為一項有利點。

在此情形下進行競爭投標的話，欲得標之業者通常會盡可能壓低投標價格。此外，從以將來與社會保險廳進行交易為目地的業績創造來考量，或是自承包業者信譽的角度視之，可以預見業者將會在一定程度上不考慮當前利益而展開競爭，如此一來業者的投標價格就會更接近其自身的採購價格。關於此點，包括被告二人與其他負責人均表示，在本案投標中進行自由競爭時，可能會以每張封條 7 元左右的價格進行投標。

依此情形，本案中若各指名業者不進行通謀而係以自由競爭的方式進行投標，則每一張封條的得標價格應為 7 元左右，以此作為本案之「公平價格」係屬適當。惟本案封條之實際得標價格在平成元年度的各標案中，每張為 9 元 45 錢；在被告 A 犯罪事實之平成 2 年的各標案中，每張為 9 元 75 至 80 錢；在被告 B 犯罪事實之平成 3 年至平成 4 年的各標案中，每張為 9 元 32 至 83 錢，這顯然損害了約 7

doi:10.6342/NTU202203457

元的「公平價格」。且依相關證據所示，被告等人決定得標業者自不待言，更本於提高進行自由競爭將形成之價格再行得標之意圖而為通謀，另參照前述被告假定自由競爭的情況下投標價格為單價 7 元左右，被告二人具損害公平價格之目的。

關於有無獲取不當利益之目的，各指名業者與日立資訊之間在各標案中以彼等稱之為「輪流」之方法，即透過得標業者向其他圍標業者依序轉包，令各圍標業者分別取得得標價款與採購價款差額之利益，此時的每家公司所得之利益，即使是一次標案，少則約一百萬元，多則可達數千萬元。從實質上看，這可以說是將得標價格與對實際製造封條之外包業者的採購價格之間的差額之一部分作為談合金分配給得標業者以外的圍標業者。自本案此種通謀系統與交易之實際情形而言，透過「輪流」取得的利益，可謂該當不當通謀罪中之「不當利益」。

(三)【東京高判令和 2 年 9 月 16 日・裁判所ウェブサイト掲載判例】判決摘要

1. 本案事實

青梅市於平成 29 年 3 月 30 日指定 N、O、P、E、G、I、K、C、A 及 Q 等十家公司作為指名業者，就「幹 32 號線改建工程（下稱本案工程）」辦理指名競爭投標。

青梅市之負責人於同年 4 月 7 日對上述十家指名業者，發送記載了採用電子投標、投標日期為同月 21 日中午、預定價格含稅為 1 億 518 萬 1200 日元（不含稅價格為 9739 萬日元）等內容之指名通知書。

E 公司原本預期青梅市針對本案工程會以隨意契約的方式與自己締結契約，然而最後本案工程是以指名競爭投標辦理，且預定價格偏低。在同時考量若辭退指名或不參與投標將可能導致日後難以再受到青梅市指名後，E 公司決定以滿額（即不含稅的預定價格）投標。另外，G 公司沒有得標的計畫，I 公司沒有投標的意思。K 公司亦沒有以得標為目標，遂決定以滿額投標。C 公司則是決定退出投標。

最終 I、K、P 及 E 公司均以與預定價格相同的 9739 萬日元投標，N、O 及 Q 公司辭退指名，而 G 及 C 則是不參加投標，本案工程的投標結果即由 A 公司以

doi:10.6342/NTU202203457

9700 萬日元得標。

被告為 A 公司之董事長，經查其於 3 月中旬到 4 月 20 日左右之期間，與 C、E、G、K 及 I 公司的董事長或其他有代表權之人，直接或透過電話談論了本案工程。

2. 判決意旨

原判決於判斷當事人「有無損害公平價格之目的」這一事實認定上之爭點時，係以被告是否具有讓 A 公司承包本案工程之積極的承包意思作為判斷中心。然而原判決指出，為了認定「損害公平價格之目的」，必須對系爭投標工程具備積極的承包意思，此一對於刑法第 96 條之 6 第 2 項規定之解釋適用有所違誤。若依照上述「損害公平價格之目的」之正當解釋，亦即相較公平價格（在投標中若進行自由競爭即應成立的得標價格），對於招標機關將形成不利益之價格有所認識即為已足，則縱以原判決作為判斷基礎的事實經過為前提，亦可認定被告具有損害公平價格之目的。

此外，若認為原判決關於「損害公平價格之目的」的解釋係屬正當，即便將原判決用以判斷的基礎事實作為前提，亦可認定被告具損害公平價格之目的。理由在於，被告因與 C 公司之董事長等人取得聯繫，得知彼等所屬之五家公司不會以低於預定價格的價格進行投標，遂考量到以低於預定價格少許的金額進行投標的話即可得標本案工程，並進而將上述金額作為 A 公司之投標價格。如果沒有進行通謀，被告應該會以更低的價格投標。

又雖無法排除被告未取得聯繫之業者以低於 A 公司之價格參與投標的可能性，惟此點僅係顯示出損害公平價格之目的具有未必要符合的面向而已。

第二項 獨占禁止法對圍標之管制

一、規範架構

獨占禁止法第 2 條第 6 項規定：「本法所稱不當交易限制，指不論事業以契

doi:10.6342/NTU202203457

約、協定或其他任何名義，與其他事業共同決定、維持或調漲價格，或對於數量、技術、產品、設備或交易對象等施以限制，相互拘束或共同遂行事業活動，致違反公共利益，實質限制一定交易範圍之競爭[46]。」同法第 3 條規定：「事業不得為私的獨占或為不當交易限制之行為[47]。」

罰則方面針對行為人之處罰，按同法第 89 條第 1 項第 1 款規定，違反第三條規定，為私的獨占或不當交易限制者，處五年以下有期徒刑或五百萬元以下罰金。同條第 2 項並規定未遂犯罰之[48]。至於針對事業之處罰，按同法第 95 條第 1、2 項規定，處五億元以下罰金[49]。

抑有進者，同法第 7 條之 2 規定更設有課徵金制度，令公取會以事業違法行為期間內之商品或服務之銷售額或購買額乘以與事業規模相應的比例予以計算課徵金並命事業向國庫繳納。此外，在不當交易限制之情形將同時加計與財產上之利益（如圍標金）相應之金額[50]。

---

[46] 該條規定之原文為：「この法律において「不当な取引制限」とは、事業者が、契約、協定その他何らの名義をもつてするかを問わず、他の事業者と共同して対価を決定し、維持し、若しくは引き上げ、又は数量、技術、製品、設備若しくは取引の相手方を制限する等相互にその事業活動を拘束し、又は遂行することにより、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限することをいう。」

[47] 該條規定之原文為：「事業者は、私的独占又は不当な取引制限をしてはならない。」

[48] 該條規定之原文為：「次の各号のいずれかに該当するものは、五年以下の懲役又は五百万円以下の罰金に処する。一　第三条の規定に違反して私的独占又は不当な取引制限をした者。②前項の未遂罪は、罰する。」

[49] 該條規定之原文為：「法人の代表者又は法人若しくは人の代理人、使用人その他の従業者が、その法人又は人の業務又は財産に関して、次の各号に掲げる規定の違反行為をしたときは、行為者を罰するほか、その法人又は人に対しても、当該各号に定める罰金刑を科する。一　第八十九条　五億円以下の罰金刑。②法人でない団体の代表者、管理人、代理人、使用人その他の従業者がその団体の業務又は財産に関して、次の各号に掲げる規定の違反行為をしたときは、行為者を罰するほか、その団体に対しても、当該各号に定める罰金刑を科する。一　第八十九条　五億円以下の罰金刑。」

[50] 公正取引委員會網站，https://www.jftc.go.jp/dk/seido/katyokin.html（最後瀏覽日：08/02/2022）。

doi:10.6342/NTU202203457

此處不當交易限制即係我國公平法所指稱之聯合行為，而此二條規定則相當於我國公平法第 14 條第 1 項及第 15 條第 1 項前段有關聯合行為之定義與禁止之規定。關於上述獨禁法第 2 條第 6 項規定中不當交易限制的各該要件及其實質意涵分述如下：

1. 事業

不同於我國公平法明確指出聯合行為之主體須為二以上彼此具競爭關係之同一產銷階段之事業，本條規定並未限定為不當交易限制之事業間應具備競爭關係，因此具交易關係之事業間的卡特爾（即垂直卡特爾）是否被含括在本條規定射程之內即有爭議。

在公取會 1991 年發布之「關於流通、交易慣行之獨占禁止法指針[51]」第一部第二（現行指針第二部第二）中，公取會首次認定共同杯葛可能構成不當交易限制。詳言之，該指針指出不當交易限制中「事業活動之拘束內容對於各行為人（如製造商與經銷商）不必盡皆相同，只要是為了達成排除特定事業等共同目的而制約行為人各自的事業活動即為已足。」此處即係肯認不同交易階段的當事人間不當交易限制的成立[52]。

2. 共同行為

依通說及判例，複數事業間為招致反競爭效果而具備之「意思連絡」（亦稱為「合意」）乃共同行為之成立要件，相互拘束則係由複數事業為實現反競爭效果而透過是類意思連絡整合彼此行動之關係作為整體所成立。此處意思連絡的概念係指，複數事業間產生反競爭效果之合作關係所由形成之與各事業單獨決策行動相衝突之經營行為（除協定，協商外，尚有相互磨合、協調利益，甚至採取提高彼此預測的行動等與競爭相衝突的行為）。

---

[51] 原文為：「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」。

[52] 金井貴嗣、川濵昇、泉水文雄（2018），《独占禁止法》，6 版，頁 60-63，弘文堂。

doi:10.6342/NTU202203457

關於意思連絡之定義，學者歸納實務見解並提出以下觀點[53]：

(1) 意思連絡存在之前提係關於何者將採取何種行動（行動規則）之認知係為共有，然不僅止於此，必須成立若自己按該共通的認知行動則其他事業亦將按此行動之互相期待關係。且為形成乃至於維持、強化此一關係，當事人彼此之間須有某種影響。

(2) 即使在欠缺文書等明確的直接證據之情形下，亦可藉由間接（情況）證據的積累證立上述關係之成立。此點自昭和 24 年之合板投標價格協定事件[54]以來長期被公取會實務穩定運作。

(3) 若顯示出上述關係現已成立（合意「存在」），即足以證明具意思聯絡，而無須證明上述關係係於何時、何地、透過何種過程締結。此點於平成 13 年之安藤造園土木事件[55]等圍標案件中業已成為公取會實務運作的定見。

(4) 關於應予舉證之合意內容，亦即合意之當事人間所應共有的行動規則之內容，於近年的審決中可發現一定的趨勢，即只要證明到可以判明合意之內容本身具產生競爭實質限制之性質即為已足，無須在此之上證明具體的規則內容。例如在平成 20 年的種苗卡特爾審決取消請求事件[56]中，根據在事業團體會議中決定之基準價格，各事業達成了協調計價方式之合意，惟當事人間並無關於實際交易價格之合意。縱然如此，法院亦認為「在上述範圍內可得預測事業間彼此的競爭限制行動，因此就作為不當交易限制中相互拘束之前提的相互預測而言，可認為上述程度即為已足。」

3. 相互拘束或共同遂行

在獨禁法運作之初，水平卡特爾係屬相互拘束，垂直卡特爾則為共同遂行，得

[53] 金井貴嗣、川濱昇、泉水文雄，前揭註 52，頁 46-50。

[54] 公正取引委員會審判審決昭和 24 年 8 月 30 日，審決集 1 卷 62 頁。

[55] 公正取引委員會審判審決平成 13 年 9 月 12 日，審決集 48 卷 112 頁。

[56] 東京高等裁判所平成 20 年 4 月 4 日，審決集 55 卷 791 頁。

doi:10.6342/NTU202203457

各自成立不當交易限制。然而自東宝・新東宝事件[57]以後，賦予共同遂行單獨作為不當交易限制的成立要件之解釋遭到否定，實務及通說均已形成定見認為不具相互拘束之共同遂行無法構成不當交易限制。依據此一解釋，具相互拘束即被視為行為共同性的本質。共同遂行一詞一般係指外觀上複數事業為產生反競爭效果而步調一致地行動，乃相互拘束所招致的事業活動態樣[58]。

惟學說上有認為就不當交易限制之要件而言共同遂行仍有其獨立的存在意義。「共同認識說」主張具有限制一定事業活動內容的明確協定、合意之情形係屬相互拘束；另一方面，此類協定、合意之實行行為或非基於明確協定、合意之共同行為則為共同遂行而被視作獨立的不當交易限制。對於非基於明確協定、合意之共同行為，不僅在顯然可認定有意思連絡之情形，縱無法充分證明具意思連絡，若有「共同的認識」，仍可作為共同遂行行為而成立不當交易限制[59]。

另有見解指出，在垂直卡特爾或共同拒絕交易等與拘束內容共通性之關係是否具相互拘束仍有待商榷之情形，將共同遂行作為不當交易限制之要件有其獨立的意義[60]。此外，亦有見解將圍標案件中基於基本合意的個別協調行為作為共同遂行而視作獨立的不當交易限制[61]。

4. 違反公共利益

此被視為限制競爭行為之正當化要件。通說主張「公共利益」即為自由競爭的經濟秩序本身，若滿足競爭的實質限制等其他要件則通常已違反公共利益。相對於此，少數說有認為公共利益係有別於中小企業、消費者等自由競爭的經濟秩序之利益（國民經濟整體的利益）。學者指出，通說之所以受到支持，係由於該解釋符合

[57] 東京高等裁判所昭和 28 年 12 月 7 日，行政事件裁判例集 4 巻 12 号 3215 頁。

[58] 今村成和（1978），《独占禁止法[新版]》，頁 78，有斐閣。

[59] 正田彬（1981），《全訂独占禁止法 I•II》，頁 229-234，日本評論社。

[60] 根岸哲、舟田正之、野木村忠邦、来生新（1983），《独占禁止法入門》，頁 93-94，有斐閣。

[61] 芝原邦爾（1999），〈不当な取引制限罪における「遂行行為説」〉，《ジュリスト》，1167 号，頁 101。

doi:10.6342/NTU202203457

獨禁法之立法目的，惟通說無法合理說明何以公共利益此一要件僅存在於不當交易限制與私的獨占，關於同樣以競爭的實質限制作為要件的事業團體管制以及與競爭的實質限制管制相關的企業結合管制則不具此一要件；且儘管就自由競爭的經濟秩序以外之法益設有適用豁免制度，若採通說之解釋則將失去設置適用豁免制度的必要性及理由。故依通說見解，「違反公共利益」之用語可謂是僅具宣示意義[62]。

學者進一步指出，協調承包對採購機關帶來好處的主張如今已遭揚棄，圍標在實務上沒有正當化的餘地[63]。

5. 實質限制一定交易範圍之競爭

一定交易範圍即相當於我國公平法所稱之相關市場。公取會「有關企業結合審查之獨占禁止法運用指針[64]」指出，一定交易範圍係由商品或服務之範圍（商品市場）與交易區域之範圍（地理市場）所構成，原則上以對需求者而言之替代性予以判斷，必要時亦考量對供給者而言之替代性。

至於實質限制競爭的意涵，實務見解認為係指競爭本身減少，特定事業或事業團體依其意願，在某種程度上恣意透過操縱價格、品質、數量及其他各種條件，從而產生得以支配市場的狀態[65]。通說[66]則將上述實務見解所謂能夠「在某種程度上恣意透過操縱價格、品質、數量及其他各種條件，從而產生得以支配市場的狀態」

---

[62] 金井貴嗣、川濵昇、泉水文雄，前揭註 52，頁 33-34。

[63] 楠茂樹，前揭註 30，頁 181。

[64] 原文為：「企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針」。

[65] 參照東京高等裁判所昭和 26 年 9 月 19 日，高等裁判所民事判例集 4 卷 14 号 497 頁；東京高等裁判所昭和 28 年 12 月 7 日，行政事件裁判例集 4 卷 12 号 3215；最高裁判所平成 24 年 2 月 20 日，最高裁判所民事判例集 66 卷 2 号 796 頁。

[66] 近年最高裁判所亦有採此見解者，如最高裁判所平成 22 年 12 月 17 日，公正取引委員會審決集 57 卷 215 頁。

doi:10.6342/NTU202203457

之力量稱作市場支配力，競爭的實質限制係指形成、維持或強化市場支配力[67]。

以下本文將以涉及不當交易限制的圍標案件為基礎，提示數則法院判決，藉此檢視實務在圍標案件中如何詮釋本條規範要件之意涵。

二、實務案例

(一)【最高一小判平成 24 年 2 月 20 日•最高裁判所民事判例集 66 巻 2 号 796 頁】

判決摘要

1. 本案事實

財團法人東京都新都市建設公社（下稱公社）為受多摩地區市村町委託辦理公共下水道之建設等業務之法人。公社原則上就公共下水道等土木工程係以指名競爭投標之方式辦理招標，而預定價格在 500 萬以上者，對於「單獨施工工程」的標案，公社招募登記為符合參加投標資格者之事業，並在其中提交工程意願單之業者間選定並指名參標事業；而在「共同施工工程」的標案中亦係以相同方法招募，並從提交工程意願單之業者中選定並指名應組成合資之事業，再由彼等所組成之合資參與投標。

公社將登記為符合參加投標資格者之事業依其規模按工程種類給予「事業等級」由 A 至 E 的「分級順位」，並以招標工程的預定價格為基準再結合工程所需技術的難易度區分工程等級。就大規模或高度技術要求之工程，公社原則上優先選定分級順位的上位者作為指名業者，是以上位等級之大型綜合建設公司往往受到指名。原審決中被認定為不當交易限制之 33 事業均為多摩地區事業活動 A 級之大型綜合建設公司，然而在本案經過期間尚有其他 47 家 A 級公司。此外，同期間內還有符合資格且非屬大型綜合建設公司的 165 家當地業者參與公社辦理之土木工程指名競爭投標，其中有 74 家被公社評定為 A 級下水道工程事業。

公社在本案期間透過指名競爭投標所辦理之「A 級以上土木工程」中，有 72

[67] 金井貴嗣、川濵昇、泉水文雄，前揭註 52，頁 30。

doi:10.6342/NTU202203457

件（下稱公社招標之特定土木工程）係由本案 33 事業與其他 47 事業中之二以上事業或任一事業為主組成之合資作為參標事業或參標合資之全部或一部。又本案 33 事業各自作為參標事業或參標合資之成員獲致 1 至 3 件得標並承包工程。本案 33 事業所得標並承包之工程合計 34 件，得標率逾 99%者有 21 件、逾 98%未滿 99%者有 5 件、逾 97%未滿 98%者有 2 件、未滿 90%者有 6 件。此外，該 34 件工程中有 24 件係當地事業作為參標事業或被包含在參標合資之主要部分中。

公取會遂於本案審決中，按以下之事實認定，判斷本案 33 事業所為之合意該當不當交易限制：

(1) 在多摩地區設有辦事處的大型綜合建設公司以前曾以會員身分加入名為 f 的組織。上述組織存續時，大型綜合建設公司之間的認知到在工程投標過程中，若有事業具承包意願或與招標的工程有關聯，則最好尊重該承包意願或關聯性以避免競爭；若希望承包的事業之間有協商困難，則由該組織的會長等幹部進行協調。即使在該組織解散後，在多摩地區發展業務活動的各大型綜合建設公司仍保有相同的認知。

(2) 本案 33 事業至遲於平成 9 年 10 月 1 日以後，意圖防止公社招標之特定土木工程的承包價格下降，達成以下合意（下稱本案基本合意）：①在自己受公社指名為參標事業或參標合資之成員的情形，有 1 事業與該工程或該工程施工地點之關聯性（下稱條件）較強或表明希望承包該工程時，由該事業或以該事業為成員的合資作為預定承包事業，當有二以上事業具承包意願時，則考量各事業之條件等情事，透過有承包意願事業間的協商決定預定承包事業。②承包價格由預定承包事業決定，其他事業則協助預定承包事業使其得以該價格承包工程。

(3) 基於本案基本合意之具體承包協調方法包括：①具承包意願事業在預測到該工程招標或在公社發布進行投標時，即向其他大型綜合建設公司或其多摩地區負責營業之有力人士呼籲並表明自己希望承包或所有之條件。當有二以上

doi:10.6342/NTU202203457

事業具承包意願時，則藉由彼等之間商討何者條件更強以決定預定承包事業。當收到呼籲的所有事業都沒有表明承包意願時，在投標指名之前的階段，具承包意願之事業已被縮減至 1 家。②具承包意願之事業會以委託其他大型綜合建設公司向公社提交工程意願單之方式取代或一併進行上述呼籲。該委託旨在表明期望其他大型綜合建設公司參加指名競爭投標以協助自己承包工程，同時透過增加指名事業中能夠協助自己承包的大型綜合建設公司所占比例，提高自己承包工程的可能性。③於組成合資參與指名競爭投標之情形，合資之主要成員之間通常會為委託協助承包及決定預定承包事業進行協商，並聯絡、確認投標價格。

(4) 本案 33 事業根據基本合意，決定以彼等各自於 34 件工程中成為參標事業者或其中之一作為主要成員之參標合資作為預定承包事業，其中 33 件工程之預定承包事業在其他作為參標事業或參標合資之主要成員的大型綜合建設公司的協助下得標並承包工程；而在另一件工程中，本案其中之一事業作為主要成員的參標合資雖非預定承包事業，仍利用基於本案基本合意的承包協調結果得標並承包工程。系爭 34 件工程中由當地事業作為參標事業或參標合資主要成員的 24 件工程，至少在其中 20 件投標內，發現當地事業響應預定承包事業的合作請求或以較高的價格投標以避免競爭。

(5) 系爭個別工程中，在所有受指名之大型綜合建設公司內除了作為得標並承包合資的主要成員之各被上訴人外，各事業在各該被上訴人委託提交工程意願單或聯絡、確認投標價格的過程中，認知到各該被上訴人作為主要成員之合資有意願承包各該工程，且對此無異議，因此各該合資即成為預定承包事業。

對於公取會之審決，原審基於上述事實判斷認為上訴人即公取會在系爭審決中所認定之本案基本合意，僅係本案 33 事業間有一共同認知而已，即公社發包之 A 級以上土木工程，只要由有承包意願之事業予以承包即可，若有二以上具承包意願之事業，則可由彼等討論各自公司的條件等，其他事業於接獲具承包意願事業其

doi:10.6342/NTU202203457

承包意願單之提交委託或投標價格的聯絡等情形，即不會為妨礙具承包意願事業得標之行為。僅因建設業者間具有此類程度之認知，即認定拘束自由自主營業活動的意思決定之合意已然成立稍嫌速斷。

此外，上訴人在系爭審決中依其所認定之本案個別工程相關事實即斷定競爭受到實質限制存在邏輯謬誤，且欠缺足夠的證據以認定如同建設公司被停止或排除自由自主的營業活動一般，得以評價其結果為競爭實質上減少的事實。反之，在本案任一個別工程中，在本案之交易範圍內所預定的競爭都可以被評估為是正常進行的。是以，難謂有實質的證據足以認定本案個別工程中存在獨禁法第 2 條第 6 款規定之「不當交易限制」的事實。

2. 判決意旨

上述原審之判斷實不足採，理由在於：

(1) 根據自系爭審決中調取的證據，除上述之(2)以外，上訴人之事實認定洵屬合理。此外，關於上述(2)之事實認定，在本案期間於多摩地區進行事業活動的大型綜合建設公司中，至少有本案 33 事業以 A 級以上土木工程中由公社招標之特定土木工程為對象，以此認定達成本案基本合意之意思亦屬合理。因此足認具備證明上述事實認定之實質證據。

(2) 本案基本合意如上述之(2)所示，乃是各事業透過協商等事先決定投標中的預定得標事業及預定得標價格並約定協助預定得標事業順利得標。參標事業或成為參標合資主要成員之事業本應得自由決定投標價格，但在作出是類約定後，進行意思決定時即會受此制約。在這一層意義上，結果顯然各事業之事業活動會受到事實上拘束，因此本案基本合意可以滿足獨禁法第 2 條第 6 項規定所稱之「拘束事業活動」此一要件。而且透過本案基本合意的成立，各事業之間形成了彼此認知並容認根據上述約定採取行動而步調一致的意思連絡，因此本案基本合意也可以滿足同項規定所稱「共同…相互」之要件。

(3) 此外，鑑於獨禁法旨在透過促進公平與自由競爭等，確保一般消費者之利益並

doi:10.6342/NTU202203457

促進國民經濟的民主與健全發展（第 1 條）等，該法第 2 條第 6 項規定所稱之「實質限制一定交易範圍之競爭」，係指損害該交易之相關市場所具有的競爭功能，並如本案基本合意一般透過在一定投標市場中約定協調承包的基本方法和程序等行為進行限制競爭，而作為當事人之事業藉由該約定得以在一定程度上自由操縱投標市場之得標事業及得標價格。且本案基本合意之當事人及其所涉工程之規模、內容，如上所述，公社對預定價格在 500 萬元以上的工程招標係採用所謂工程意願型指名競爭投標之方式，對於大規模或高度技術要求之工程原則上係自有參標意願之事業中優先選定等級排名靠前之事業作為指名事業，是以被選定為指名業者輒為排名靠前的大型綜合建設公司。因此可認關於 A 級以上之土木工程，在有參標意願之 A 級事業中，本案 33 事業與其他 47 事業均很有可能被選定為指名事業。此外，如前所述，在基於本案基本合意的個別承包協調中，其他 47 事業或當地事業的合作或避免競爭之行動一般是可以期待的，若一併考量此點，透過本案基本合意確實可以導致上述狀態。

(4) 另外，在本案期間公社招標之特定土木工程內相當數量之工程中，根據本案基本合意進行了個別的承包協調，而幾乎所有工程均由預定承包事業或合資得標，其中大部分具超過 97%之極高得標率，因此本案基本合意於本案期間，在包括公社招標之特定土木工程在內之 A 級以上土木工程的相關投標市場相當部分內，具有事實上拘束力並有效地發揮作用，進而導致了上述情形。是以，應謂本案基本合意滿足了獨禁法第 2 條第 6 項規定所稱「實質限制一定交易範圍之競爭」之要件。而且，上述本案基本合意顯已滿足同項規定所稱「違反公共利益」之要件。

綜上所述，本案基本合意應屬獨禁法第 2 條第 6 項及第 7 條之 2 第 1 項規定之不當交易限制。

(二)【東京高裁平成 16 年 3 月 24 日‧最高裁判所刑事判例集 59 卷 9 号 1747 頁】

doi:10.6342/NTU202203457

判決摘要

1. 本案事實

全國自衛隊基地所消費之本案各石油製品係由防衛廳採購實施本部透過指名競爭投標之方式集中採購。本案期間，採購實施本部將每一會計年度分為 5 期，各期別大概辦理 400 至 500 件招標。本案中，指名事業或其代理人共有 13 事業，其中 12 事業（下稱被告事業）之從業人員進行承包協調涉及不當交易限制，而有 11 事業及 9 名從業人員受到起訴。

於平成 10 年採購實施本部辦理第 1 期暫定部分、第 1 期補正部分、第 2 期、第 3 期共 4 次招標之際，上述從業人員依次召開會議，且均達成合意將參酌前一年度各被告事業對各油種的承包實績以決定預定承包事業，並以該預定承包事業得以得標之價格進行投標，再根據本案各石油製品之交付基地及採購量等，依上述合意分別將各採購物件分配予各該被告事業以決定預定承包事業。

在承包協調方面，本案指名競標中，被告事業多年來大致根據上述合意進行承包協調，各事業負責人在投標日期前幾天召開承包協調會議，根據上述合意決定各標案的預定承包事業；接著為了能以超過所預估之預定價格得標，被告 A 推測出作為投標金額計算基礎之各油種石油製品本體單價（基準價格），並向各該事業負責人表示該「價格範圍」。在實際投標中，被告事業均遵循承包協調會議之結果，以價格範圍所顯示之基準價格再加上由採購實施本部告知之單價及計算方法得出之固定經費等金額進行投標。結果前 3 次進行的投標均因投標價格過高而以失敗收場。在第 3 次投標中，只有預定承包事業對各該預定承包物件投標而成為商議權人。接著，採購實施本部負責人與商議權人轉向隨意契約之商議。此際各商議權人仍未提出低於預定價格的報價，是以該部負責人於得到負責之副本部長同意後，就各油種之基準價格，訂定事業可能會答應締約之「最低商議價格」（亦稱「限價」）並向各事業負責人提出。之後各事業即對各商議標案提交了以最低商議價格為基礎之報價單（商議標），惟該金額仍超過預定價格，因此商議也盡皆失敗。該部負

doi:10.6342/NTU202203457

責人遂將基準價格提高到與最低商議價格相同的預定價格，以此進行新的投標（再投標）。隨後在第一次投標中，各商議權人，即預定承包事業，便以與新預定價格相同之價格得標各預定承包之物件。因此，各油種於各標案得標價格中之基準價格均為相同，即形成所謂「一物一價」之情形。

2. 判決意旨

關於不當交易限制構成要件該當性之部分，本案公訴事實中之「一定交易範圍」應為防衛廳採購實施本部所採購之本案各石油製品於各採購期中同一油種之全部採購標案。根據相關證據，在上述交易範圍中，採購實施本部對各油種所指名之 11 至 13 事業以全國各地為交付對象承包了數百之多的標案，規模大至各期承包總額約為 19 億元至 110 億元、各期各油種承包總額分別約為 2200 萬元至 68 億元。於此，若各指名事業就各油種之大量標案分別進行承包競爭，則有望形成一活躍之競爭市場。然而，因被告事業多年以來持續在進行承包協調，被期待的競爭已蕩然無存。

鑑於本案係每次均確認基本規則並達成合意所進行之持續性圍標案件，本案各石油製品於各採購期中各油種之指名競爭投標顯屬獨禁法第 2 條第 6 項規定所稱之「一定交易範圍」。

關於本案中實行行為之部分，被告事業等之負責人彼此就「參酌前一年度各油種的承包實績以決定預定承包事業，並以該預定承包事業得以得標之價格進行投標」之基本規則達成合意的起源，要追溯到很久以前。在每一期之採購，被告事業等之負責人在每次承包協調會議中，首先會確認並合意遵守該基本規則，再依循該合意就該期別之個別採購標案決定預定承包事業。因此各被告事業等係共同就採購實施本部以指名競爭投標採購之本案各石油製品的承包，相互拘束並遂行各被告事業等之事業活動，從而均該當本罪之實行行為。

(三)【東京地裁令和 1 年 5 月 9 日・判例タイムズ 1486 号 131 頁】判決摘要

1. 本案事實

doi:10.6342/NTU202203457

原告等 20 事業均為經營鋪設工程等業務之股份有限公司，並參與東日本高速道路股份有限公司（下稱 NEXCO 東日本）東北分公司於平成 23 年 7 月 8 日就 12 件高速道路修復工程（下稱本案工程）所辦理之招標。

本案工程採用附條件一般競爭性招標之方式（即透過招標公告，以一定投標參加資格招募有意願參加投標之事業，並由經認定符合該參加資格條件之事業作為參標事業之採購方式）進行採購；關於得標方式的部分則係採用綜合評價得標方式，詳言之，在滿分 80 分之「價格評價分數」與滿分 20 分之「技術評價分數」中，由總分合計最高者作為工程得標事業。此外，「技術評價分數」係由投標事業之實績等客觀評價的部分（合計 16 分）與 NEXCO 東日本根據投標事業之提案內容進行評價的部分（合計 4 分）所構成。

原告以外之 19 事業中，有 4 事業之負責人（下並稱協調人等）於 NEXCO 東日本公告本案工程之採購計畫後，依序與其他 8 事業之相關負責人取得聯繫，並在同月 21 日前後達成合意透過事前協調各事業之投標金額使上述 12 事業逐一承包 12 件本案工程。此外，協調人等於此際已確認另外 2 事業雖均無承包意願仍願意配合承包協調。接著協調人等至遲於同年 8 月下旬左右，就關於協助前述已決定之預定承包事業承包各該工程一事，獲得了餘下 5 事業的理解。

在此期間，原告之從業人員 E 曾於 7 月 8 日與身為上述協調人等之一的 D 會面並向其表示原告正在考慮參加本案工程之投標，D 唯恐已進行之本案工程承包協調會因原告參加投標而無法順利運作，即委婉地向 E 傳達請求原告暫緩對本案工程的投標。而 E 一見 D 之反應，即理解到本案工程已進行了承包協調。

原告則於 7 月 29 日，就本案工程中之「東北道·福島（下行）」、「東北道·ad」及「東北道·ae」3 件工程，提交了競爭參加資格確認申請書。E 即在同月下旬左右，向 D 傳達了關於預定參加該 3 件工程投標之消息。

惟原告在提交參加上開申請書後，認為對在東北區域沒有據點的自己而言，因施工能力有限，同時承包三件工程頗具難度。因此，在同年 8 月上旬左右，原告決

doi:10.6342/NTU202203457

定辭退「東北道·ad」及「東北道·ae」之投標，但為了不讓辦理採購之 NEXCO 東日本對其留下負面印象，並考量到可能會對今後之營業有所幫助，於是決定對「東北道·福島（下行）」進行投標，但不以承包為目標。E 遂於 8 月上旬左右向 D 傳達會協助投標的同時一併說明此事，並請 D 告知就「東北道·福島（下行）」之工程原告應投標之價格，以及詢問協助承包有無回報。

對此，D 要求 E 在同月上旬左右，就「東北道·福島（下行）」工程，提供原告計算出的採購方估計價格及原告「技術評價分數」中客觀評價部分之預測值。E 則認為向 D 所屬事業施恩會為原告帶來將來的商機，遂應 D 之要求向其傳達自己從原告之負責人 I 處獲悉之上述資訊。

隨後各事業即基於上述合意，在本案工程投標之前向協調人等表示各自預定在 12 件本案工程中的哪件工程投標，並提供各自在「技術評價分數」中根據投標事業實績等客觀評價部分的預測值。除了只有預定承包事業參與投標之「常磐道·ac」工程，協調人等為使事先決定之預定承包事業能夠確實得標，遂以各事業提供之技術評價分數的預測值為基礎進行模擬，計算出預定承包事業以外之事業應該投標之價格，並向預定承包事業以外之事業傳達這些消息，各事業即按照協調人等之指示進行投標。

結果除「東北道·福島（上行）」之工程因該預定承包事業之投標文件不全而無效，致重新投標後由非預定承包事業得標外，本案之其他工程均係由協調人等事先協調之預定承包事業得標。包括原告在 12 件本案工程中所參與之「東北道·福島（下行）」投標亦係由預定承包事業順利得標。

2. 判決意旨

本案爭點在於是否可認原告與系爭 19 事業間就本案工程「共同…相互拘束事業活動」。

在「不當交易限制」（獨禁法第 2 條第 6 項規定）中，「共同…相互」此一要件之認定，應解為在二以上事業間，形成就採取基於約定之行動彼此認知並容認而步

doi:10.6342/NTU202203457

調一致的意思連絡（最高裁平成 22 年（行ヒ）第 278 号平成 24 年 2 月 20 日第一小法廷判決・民集 66 巻 2 号 796 頁參照）。且事業間並非須明示相互拘束並達成合意始具備此類意思連絡，彼此間認知到其他事業有關投標價格之行為並予以默認即為已足（東京高裁平成 6 年（行）第 144 號平成 7 年 9 月 25 日・判例タイムズ 906 号 136 頁）。有鑑於此，二以上事業間，不須具體明確地認知到具有上述意思之事業的範圍。

此外，為確定具上述意思連絡，應考量投標前後之各種情形以探究事業的認知及意思為何，並判斷事業之間是否有共同的認知與容認。是以特定事業與其他事業間交換投標價格之相關資訊並採取協調承包的行動時，只要不能認為有顯示該行動與其他事業之行動無關，而係根據自身判斷所進行之特殊情形，則彼等事業間即具備相互期待採取協調行動之關係，而不得不推定有意思連絡的存在（上述東京高裁判決參照）。

如前所述，本案爭議在於原告與系爭 19 事業之間就本案工程之投標價格是否存在意思連絡。

(1) 關於 E 與 D 之間是否達成有關原告投標價格之合意，依前述事實，若 D 對 E 未就原告之投標價格為任何指示，原告即可自由決定投標價格，「東北道·福島（下行）」工程之預定承包事業則有可能無法得標，這可能使本案工程整體之承包協調結果化為烏有。於此情形下，可謂協調人等有必要研擬應對措施並實際採取對策，但在本案中沒有發現進行過這種研擬的跡象。如此一來，可認就「東北道·福島（下行）」工程而言，作為協調人之 D 委託 E 提供原告參加投標之工程與原告「技術評價分數」預測值的消息，並在 E 提供該消息後用以模擬該工程之投標價格。且原告很晚才對於該工程實施現場調查，不得不懷疑原告是否確有實際承包該工程之意圖。此外，該工程預定承包事業保存了載明「有無作為回報的本年度物件優先承包權」之內部文件，可見該工程預定承包事業或協調人等確有商討對原告協助承包協調的回報。因此足認 E 與 D 間就

doi:10.6342/NTU202203457

遵循系爭 19 事業有關本案工程承包協調之合意以及決定原告對該工程之投標價格等達成了合意。

(2) 為認定事業間具意思連絡，須證明事業之從業人員與其他事業接觸後，該從業人員將其取得影響自己事業投標價格之資訊向事業之意思決定權人報告，並影響了意思決定權人之決定乃至於事業活動。惟在認定上述影響時，從業人員與其他事業在投標之前的聯繫情況、該從業人員所屬事業與其他事業在此基礎上的對應、該從業人員與所屬事業意思決定權人之關係，以及實際進行之投標結果與各事業收到投標結果後之對應等，藉由這些在投標前後所認定之間接事實，可推斷事業意思決定權人掌握了透過從業人員與其他事業間之資訊交換等獲得有關承包協調等消息，若該事業按照承包協調等採取行動，則只要沒有事業之意思決定權人向其他事業表示不予配合等特殊情況，即可認定事業之間存在「意思連絡」，無須具體特定形成這種意思的經過和動機。

(3) 本案中，若達成了系爭合意，E 卻隱匿而不告知原告之負責人 I，導致原告以不符合系爭合意之金額投標而令承包協調中之預定承包事業未能得標，原告不僅會失去 D 所屬事業的信任，還會失去其他參與承包協調事業的信任。對 E 而言，為了避免發生此一情形，透過 I 等將與 D 就原告投標價格達成合意的事實告知有權決定原告投標價格者洵屬合理。

(4) 此外，I 應 E 之要求提供了原告計算出的採購方估計價格及原告「技術評價分數」中客觀評價部分之預測值，而該預測值本應由原告內部管理，故可謂 E 掌握了本案工程相關資訊的收集。不僅如此，原告在投標之前向 NEXCO 東日本提交了無圍標等不當行為之書面聲明，而在編寫、提交是類書面聲明時，通常會詢問公司內部參與該工程投標之資訊收集及準備等相關人員，因此難認原告在參與「東北道·福島（下行）」工程投標時，沒有聽取 E 所進行之資訊收集結果即作出決策。再者，實際上原告於「東北道·福島（下行）」工程中確實依循 D 對 E 所指示之價格投標，導致發生與事前承包協調一致的結果。

doi:10.6342/NTU202203457

(5) 因此足認 E 透過 I 等原告負責人向原告有投標價格決定權限者傳達了與 D 之間就「東北道·福島（下行）」工程原告之投標價格達成合意之事實。

綜上所述，原告與系爭 19 事業為使事先決定之本案工程預定承包事業順利得標，即事前就各自投標價格達成合意，可謂合意相互拘束事業活動，該行為該當獨禁法第 2 條第 6 項規定所稱之「不當交易限制」，並違反同法第 3 條之規定。

三、小結

自以上各判決內容進行觀察，實務見解對於不當交易限制規範在圍標案件的適用上，特別注重「共同…相互」的論證。亦即系爭事業間就投標相關事項如預定得標事業及預定得標價格等是否存在意思連絡並達成合意，進而遵循該合意採取步調一致的行動。若個案中事業間不具明示相互拘束的合意，實務見解認為只要從間接事實（如交換投標價格等相關資訊）足以推認事業彼此間認知到其他事業有關投標價格之行為並予以默認，即可認定意思連絡的存在，且事業間亦不須具體明確地認知到其他參與合意事業的範圍。

至於一定交易範圍即相關市場的認定，並非與我國公平會秉持相同見解認為「一採購標案本身即為一特定市場，圍標破壞了該特定市場之競標機能乃係直接限制競爭之行為」，反而係以基本合意的範圍作為一定交易範圍的基礎。蓋不同於我國事業較多進行一次性圍標之情形，日式圍標主要係針對特定採購機關一定時間範圍內之全部標案進行協調分配，從而形成一概括特定時空所有標案之基本合意，因此在圍標案件中，實務多認定基本合意所及範圍內之投標構成系爭一定交易範圍。然而好發於我國之一次性圍標在日本是否能構成一定交易範圍，實務及學說容有爭議，本文將詳述於本節第三項刑法與獨占禁止法之關係。

在競爭的實質限制方面，實務見解認為係指損害該交易之相關市場所具有的競爭功能。具體而言，圍標事業間透過基本合意得以在一定程度上自由操縱投標市場之得標事業及得標價格的狀態即該當競爭的實質限制，不須所有參標事業均參與圍標行為。在可預期圍標局外事業採取迴避競爭的行動，且最後在大量標案中均

doi:10.6342/NTU202203457

由預定承包事業或合資以極高之得標率順利得標之情形下，即使參與圍標事業在全體參標事業中占比不多，亦足以認定存在競爭的實質限制。

第三項 刑法與獨占禁止法之關係

第一款 一次性圍標與一定交易範圍

從上述有關刑法通謀罪以及獨禁法不當交易限制之構成要件的說明可知圍標行為理應同時落入該二條法律之射程範圍，蓋為不當交易限制之事業彼此間就消弭競爭並決定出預定得標事業再協助該事業順利得標達成合意，儼然對於招標機關將形成相較自由競爭下更為不利益之價格有所認識，依最高法院穩定見解之「競爭價格說」，該等事業顯然具備「損害公平價格之目的」，因此亦該當通謀罪。而欠缺以基本合意概括特定時空範圍內全部標案的一次性圍標合致通謀罪之所有構成要件亦無問題，有疑義者在於就不當交易限制的成立而言，僅對單一標案進行通謀的一次性圍標，該單一標案是否能構成一定交易範圍。

對此，學者指出法院實務上就一採購機關辦理之一次採購所進行之圍標，係以刑法之通謀罪論究而非以違反獨禁法訴追[68]。至於刑法學說方面，針對「一定」交易範圍是否須具備大規模的交易空間或交易數量此一爭議，可區分為採肯定見解的限定說[69]以及採否定見解的非限定說[70]。有認為限定說的背景在於為避免依非限定說導致即使是小規模的圍標案件也適用不當交易限制罪，結果將縮減刑法通謀罪的適用範圍並降低其存在意義[71]。

面對限定說與非限定說之爭，學者主張不當交易限制罪與通謀罪之保護法益縱有重疊但並不相同。與保護辦理招標之行政機關其職務公正性的通謀罪不同，不

---

[68] 白石忠志（2011），〈政府調達と独禁法〉，《フィナンシャル・レビュー》，104 号，頁 44。

[69] 芝原邦爾（2005），《经济刑法研究（下）》，頁 747，有斐閣。

[70] 島田聡一郎（2012），〈独占禁止法の罰則〉，山口厚（編），《经济刑法》，頁 277，商事法務。

[71] 佐伯仁志（2009），〈第 11 章：罰則〉，根岸哲（編），《注釈独占禁止法》，頁 814，有斐閣。

doi:10.6342/NTU202203457

當交易限制罪保護的是國民經濟中的自由競爭，可以想定該罪應予以妥善的領域相較通謀罪被要求保護的場面更為廣泛，因此應採非限定說[72]。

相較於刑法學說仍未有定見，在獨禁法學說方面，有力見解認為縱使是在一次性圍標中，亦可認定存在一定交易範圍[73]。學者認為若撇除所謂「範圍」一詞，自獨禁法之目的規定以觀，沒有任何地方存在要求將一次性圍標排除於違反獨禁法之射程以外的規定；另一方面，若肯認獨禁法之目的在於禁止事業的反競爭行為，藉此確保一般消費者的利益與國民經濟的民主化、健全化，則理當要求擴張應受積極禁止的限制競爭之範圍。解釋上，對擴張「一定交易範圍」射程有所猶豫的理由並不存在[74]。

論者更指出，並非特定投標不會構成「一定交易範圍」，這只不過是公取會期望在處理圍標案件時優先受理基於基本合意之繼續性、組織性事件的辦案選擇問題而已，此一見解受到廣泛支持[75]。此外，在公取會實務運作方面，於審決中認定一次性圍標得構成一定交易範圍早有先例[76]，近期針對個別圍標適用獨禁法的案例亦相繼出現[77]。

是以從刑法非限定說、獨禁法諸學說與公取會審決實務觀察，在非基於基本合意而不具備時間繼續性及大規模交易空間與交易數量的一次性圍標之情形，該特定標案亦可構成「一定交易範圍」。

第二款 刑法與獨占禁止法之競合

在肯定一次性圍標案件中之該特定標案得構成一定交易範圍的基礎上，必然

---

[72] 白石忠志（2014），《独占禁止法講義》，7 版，頁 91，有斐閣。

[73] 今井猛嘉（2015），〈刑法と独占禁止法〉，《公正取引》，第 777 号，頁 3。

[74] 楠茂樹，前揭註 30，頁 178-179。

[75] 栗田誠（2018），〈東京都発注個人防護具入札談合事件（排除措置命令平成 29•12•12〔2 件〕：公取委 HP）〉，《公正取引》，第 816 号，頁 101-102。

[76] 公正取引委員會勸告審決昭和 59 年 8 月 20 日，審決集 31 卷 22 頁。

[77] 栗田誠，前揭註 75，頁 102。

doi:10.6342/NTU202203457

會發生一行為觸犯刑法通謀罪及獨禁法不當交易限制罪之情形。鑑於兩罪的客觀構成要件不盡相同，應分別檢驗兩罪的成立與否，再以容易舉證者予以論處即為已足；若兩罪均能成立，則應解為兩罪處於包括一罪之關係[78]。

至於是何種包括一罪之關係，此處有見解認為若著眼於保護法益的類似性，則應認為兩罪屬於法規競合而僅成立不當交易限制罪[79]；惟另有論者主張應重視兩罪構成要件不同、保護法益有別，因此應認為同時觸犯兩罪成立想像競合而論以刑度較重之不當交易限制罪[80]。

此外，關於法院如何進行法規適用，除上述僅論以不當交易限制罪之情形外，考量到獨禁法設有針對法人之處罰規定而刑法則無，以刑法處罰行為人、以獨禁法處罰法人的「分離」形式是可能的。實際上，雖屬例外，然而在以社會保險廳採購之封條為中心通謀案件[81]中就發生了此一分離處罰的結果[82]。

第四節 綁標之管制

第一項 刑法與政府主導圍標防止法對綁標之管制

一、規範架構

對於綁標行為，有別於我國政府採購法設有專門規定明文予以禁止並處罰，日本並沒有任何一條法律係特別針對綁標行為態樣的管制所設置，不過也並非完全不具相關規範能夠加以遏止。

按刑法第 96 條之 6 第 1 項規定：「以偽計或威力，在政府拍賣或投標中，為有害於締約公平之行為者，處三年以下有期徒刑或科或併科二百五十萬元以下罰

---

78 今井猛嘉，前揭註 73，頁 3。

79 神山敏雄（2002），《独禁法犯罪の研究》，頁 152，成文堂。

80 根岸哲、舟田正之（2015），《独占禁止法概説》，第 5 版，頁 372，有斐閣。

81 針對法人處罰之判決可參考東京高判平成 5 年 12 月 14 日，高等裁判所刑事判例集 46 卷 3 号 322 頁。

82 楠茂樹，前揭註 30，頁 221。

doi:10.6342/NTU202203457

金[83]。」本罪又稱公契約關係拍賣等妨害罪。學者指出，此處之偽計係指誤導他人正確判斷的計策[84]。在妨礙投標案件中，因洩漏投標資訊而該當偽計之情形占據壓倒性多數，其中尤以洩漏預定價格或可得知預定價格之資訊為典型[85]。而在實務運作方面，採購人員所為之綁標行為，如在設定系爭投標之規格書條款時基於有利或不利於特定事業之目的而做成得以產生該目的效果之規格書條款，亦合致偽計之意涵，從而該當本罪。

除了刑法既有的規定外，為了進一步防止採購機關人員參與事業圍標，即所謂政府主導圍標之情形，日本於平成 14 年制定「有關圍標等相關行為之排除與防止之法律[86]」以強化對採購方弊端的嚇阻。其後國會於平成 18 年修法加入了職員妨害投標等罪以全面抑止其他不當影響投標競爭性行為，該部法令則更名為「有關圍標等相關行為之排除與防止暨職員損害投標等公平行為之處罰之法律[87]」（下稱政府主導圍標防止法[88]），並於平成 19 年開始施行。

按政府主導圍標防止法第 8 條規定：「職員對於有關其所屬國家等依投標等方式進行之買賣、借貸、承攬或其他契約之締結，違反其職務，以教唆事業或他人圍標、向事業或他人教示預定價格或其他投標等相關秘密、或其他之方式，實施損害該投標等公平之行為者，處 5 年以下有期徒刑或 250 萬元以下罰金[89]。」另按同

---

[83] 該條規定之原文為：「偽計又は威力を用いて、公の競売又は入札で契約を締結するためのものの公正を害すべき行為をした者は、三年以下の懲役若しくは二百五十万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。」

[84] 大塚仁、河上和雄、佐藤文哉、古田佑紀（1999），《大コンメンタール刑法：第 6 巻》，第 2 版，頁 201，青林書院。

[85] 楠茂樹，前揭註 30，頁 225。

[86] 該法律原文為：「入札談合等関与行為の排除及び防止に関する法律」。

[87] 該法律原文為：「入札談合等関与行為の排除及び防止並びに職員による入札等の公正を害すべき行為の処罰に関する法律」。

[88] 本文此處係翻譯自該法之簡稱「官製談合防止法」。

[89] 該條規定之原文為：「職員が、その所属する国等が入札等により行う売買、貸借、請負その他

doi:10.6342/NTU202203457

法第 2 條第 4 及第 5 項規定，本條規定所稱之「國家等」係指國家、地方公共團體或特定法人，「職員」則係指國家或地方公共團體之職員或特定法人之幹部或職員。

就本條規定而言，職員基於有利或不利於特定事業之目的而對系爭投標之技術規格或廠商資格等為不當之限制，此一綁標行為即係以「其他之方式」實施損害該投標等公平之行為，是以可謂該當本罪。

自上述刑法第 96 條之 6 第 1 項及政府主導圍標防止法第 8 條規定構成要件之內容以觀，採購方職員所為之綁標行為同時該當兩罪應無疑義，而針對此一競合問題，此際實務之作法即係論以罰則較重之政府主導圍標防止法第 8 條規定。

二、實務案例

(一)【福岡地判令和 2 年 3 月 23 日・裁判所ウェブサイト掲載判例】判決摘要

1. 本案事實

被告作為築上町環境課長，職掌垃圾處理及糞便相關業務，其於該町為環境課管理之糞便處理設施建設工程所辦理之投標中，從事研擬、提議投標參加資格條件之職務等。A 股份有限公司（下稱 A 公司）則係經營電力、土木、清掃設施、機械器具設置工程等業務。

築上町所執行之築上町糞便處理設施建設工程（下稱本案工程）屬於規模較大之公共工程，該町為獲得本案工程之預算，即委託 A 公司對設施建設所需經費進行概算估價，A 公司遂以此為契機正式展開承包導向的營業活動，而向該町提案有利於自己承包之採購方式，並介紹從事政府機關採購工程概算設計與實施設計等任職於 C 股份有限公司（下稱 C 公司）的 D 以作為建設顧問。

平成 27 年 3 月底 D 完成本案之概算設計及實施設計後，A 公司透過 D 染指了參加投標條件與規格書之內容而使之更有利於 A 公司得標。甚且，於 5 月下旬，

の契約の締結に関し、その職務に反し、事業者その他の者に談合を唆すこと、事業者その他の者に予定価格その他の入札等に関する秘密を教示すること又はその他の方法により、当該入札等の公正を害すべき行為を行ったときは、五年以下の懲役又は二百五十万円以下の罰金に処する。」

doi:10.6342/NTU202203457

A 公司 E 支店 F 營業所長 G 向築上町議會議員 B 委託，希望 B 能夠就減少具備本案參標資格之事業一事去影響築上町之職員。

對於平成 28 年 7 月 19 日所進行之本案工程附條件一般競爭投標（下稱本案投標），被告從同年 5 月下旬受到來自 B 的施壓後，便基於讓 A 公司得標本案工程之目的，於製作與本案投標相關之參標資格條件草案時，為減少具備參標資格之事業以令 A 公司更容易與其他事業進行圍標，在根據建設業法第 27 條之 29 所規定之綜合評定值要件方面，於要求「土木一式工程」及「機械器具設置工程」此二業種須「800 分以上」之草案中追加了「清掃設施工程」，並在最後作成將該三業種之綜合評定值均變更為須「900 分以上」之草案。隨後在 6 月 20 日，築上町長即按照該草案決定了參加投標的資格條件。

2. 判決意旨

依證據所示，被告在綜合評定值的要件中追加「清掃設施工程」的業種未必具備社會相當性。且自根本上而言，關於損害投標等公平之行為之該當性不僅應考量變更後之草案內容，亦應結合其被告之意圖進行判斷。如上所述，被告在本案中追加業種係為使參加投標的資格條件有利於 A 公司，是以無法否定其違法性。

此外，縱追加「清掃設施工程」此一業種後仍有 10 事業左右具參標資格，惟根據本案經過與被告之目的，被告變更草案以減少參標可能事業數之行為已令損害投標等公平之具體危險發生。

被告將綜合評定值從「800 分以上」變更為「900 分以上」係來自 D 之意見。惟被告明知 C 公司係自 A 公司處得到關於本案工程的建議，卻向本應不得對參標資格條件合適與否進行檢驗之 D 徵求意見，因此變更草案的方向本身就不具中立性。實際上，被告係預料到若向 D 徵求建議，即可獲得反映 A 公司意向之建議內容，由此可見被告係在期待著此一建議內容的同時向 D 徵求意見，該採購條件的變更可謂損害了投標之公平性。

即便被告將綜合評定值由「800 分以上」變更為「900 分以上」，因此不再符合

doi:10.6342/NTU202203457

參標資格條件者僅有本來即不預計投標之一公司而已，本案當時該情形仍並非明確，是故依事後判斷的事實為前提用以檢視有無損害投標公平的具體危險難謂合理。

綜上所述，被告按照 B 之意向，基於使 A 公司得標本案工程之目的，為減少具備參標資格之事業以令 A 公司更容易與其他事業進行圍標，而追加「清掃設施工程」到綜合評定值的之要件，並將綜合評定值從「800 分以上」變更為「900 分以上」，被告上開行為應即該當政府主導圍標防止法第 8 條規定所稱之「損害投標等公平之行為」。

(二)【大阪高判令和 1 年 7 月 30 日・判例時報 2454 号 94 頁】判決摘要

1. 本案事實

被告 A 於經營軟體開發與販售之 E 公司內擔任董事長。被告 B 於獨立行政法人國立循環器病研究中心（下稱國循）擔任部長。

國循先前即引進使用網路及電子郵件等之系統，並以獨立行政法人化為契機，對之前的系統進行統合整理，推進了醫院等 3 部門與管理部門可以共同利用的資訊系統（亦稱 NCVC）的導入。此外，醫院也運用了只在該診療部門使用之醫院資訊系統（亦稱 HIS）。NCVC 由事務部門的資訊總括部負責、HIS 由醫院的醫療資訊部負責，由於業務密切相關，職員大多在兩部門兼任。此二資訊系統之運用維護業務係委託外部事業處理，並在每年透過一般競爭投標決定採購事業並簽訂單年度契約。在平成 23 年之前，只有 G 這家公司參加系爭資訊系統運用維護業務委託之投標，該公司每年都與國循簽訂契約，並引進了 G 所製造之資訊系統維護機器。

被告 B 於平成 23 年 9 月左右在即將就任下一年度資訊總括部長時，出席了 NCVC 網路的例行報告會，並接受了下一年度 NCVC 運用維護業務委託一般競標之規格書草案。過程中，被告 B 從前任者處聽說 G 可能會對 NCVC 網路之運用維護管理減少 1 名常駐人員，遂對業務運作感到不安。被告 B 並於平成 24 年 4 月收到報告指出此前 G 管理之 NCVC 網路伺服器數量非常多，其中有一次都沒有運行

doi:10.6342/NTU202203457

過的，且安全裝置長年沒有更新。這增強了被告 B 對 G 的不信任。

而在 E 成為平成 24 年度採購之得標事業後，於負責 NCVC 運用維護業務的過程中，因未獲 G 之協助，遂將 G 製造之機器替換為其他公司之產品。另外，由於此前使用之 G 產使用者管理系統出現了很多問題，因此在替換為 E 製作之新使用者管理系統的同時，開發並導入了能夠累積、分析系統運用中產生的問題之運用履歷管理系統。

上開系統之著作權、改作權非屬國循所有，而係歸屬於 E。惟在平成 25 年度之 NCVC 運用維護業務委託一般競爭投標（平成 25 年度投標 1）的規格書中，B 基於與 A、O（E 之員工）之間的共謀，增添了上開系統的維護管理與要求修改、功能追加之條款（管理系統條款），以及要求擁有二以上之 500 張床位以上醫療機構虛擬化構築經驗之二以上技術人員從事維護作業之條款（虛擬化構築實績條款）。

關於平成 25 年度投標 1，E 為避免形成只有一事業參標之情形，要求沒有得標意向的 M 參標，M 同意之，並以較 E 更高之價格投標。惟與 G 關係密切之 N 亦參與該投標，N 更係以最低價格投標，從而成為第一談判權者。然而由於 N 之投標價格低於預定價格的六成，該公司受到履行能力審查，並在審查中被認為無法確認其履行能力，因此國循與 N 的契約談判即告終止。

而關於第二談判權者 E，國循唯恐被指摘該管理系統條款係為使 E 成為談判權者因而不同意與 N 簽訂維護契約，最終平成 25 年度投標 1 之結果為流標。

2. 判決意旨

先不論採購單位之裁量權，在行政契約中，投標負責人等透過投標以求獲得品質更好的物件，因而設定相應的規格書條款受到允許乃理所當然。惟既係進行競爭投標，即應要求在這種情況下須注意不要設置不必要之參進障礙，並盡可能確保自由競爭。儘管如此，以有利於特定事業為目的而設定形成其他業者參進障礙之條款，或故意以排除特定事業為目的而設定形成該業者參進障礙之條款，均為故意阻礙本可進行之自由競爭而違法，且顯屬違背職務而該當損害投標等公平之行為。

doi:10.6342/NTU202203457

原判決認為，若規格書條款之設定係①為使系爭投標對特定事業有利，或使系爭投標對特定事業不利，②而制定得以產生此類效果之規格書條款，③除非系爭條款對採購目的之達成不可或缺，否則即係客觀上令人對投標等公平進行產生質疑之行為或對投標等公平產生不當影響之行為（即損害投標等公平之行為）。然如前所述，若能明確指出具備採購目的不可或缺等社會相當性之情形，則阻卻其違法性。上開見解洵屬正當。

關於原判決針對①至③各要件適用上認定之當否分析如下：

(1) 原判決以 O 於平成 24 年 11 月 9 日發送給被告 A 之電子郵件等為依據，按此前被告 B 與 E 職員間之商談，認定了增加本案二條款之方針及該目的係為有利於 E，且意圖在投標時對最現實的競爭對手 G 不利。在 N 得標後，兩名被告與 O 尋求排除與 N 締約的可能亦可作為證據。又縱然商議後得出的規格說明書草案條款大多為中立且亦有對 E 造成負擔之條款，惟 B 對 G 之業務抱有不信任感， B 之行為可謂係為防止 G 得標，這被認定為本案動機。此外，即使被告 B 認為由 E 繼續承包對國循最為理想，但本案中無法認定若非 E 即不能達成採購目的，或若為 G 則採購目的之達成將更為困難，而僅係單純與 E 合作則更容易推進更良好的系統構築，是以無法正當化被告 B 之行為。

(2) 辯護人主張是否會使 E 以外之事業有參進困難之判斷，應以當時最現實的競爭對手 G 為標準，而 G 在技術上可以對應管理系統條款，且難認不能滿足虛擬化構築實績條款。然而在由 G 引進醫院資訊系統伺服器虛擬化、桌面虛擬化的醫院中，具 500 張床位以上之醫療機構僅有 T 大學醫院，且從其他企業中抽調有該構築經驗之技術人員並不容易自不待言，滿足虛擬化構築實績條款對 G 而言顯有困難。因此即使以 G 作為 E 之競爭對手為前提，也不妨礙本案二條款可能使 E 以外之事業難以進入的評價。

(3) 若係基於高度便利性等理由而認為不應中斷新使用者管理系統等之運用，則僅需如同平成 25 年度招標 2 採取隨意契約等應對措施即可，特意將管理系統條

doi:10.6342/NTU202203457

款包括在 NCVC 運用維護業務中乃係不合理的選擇，無法作為必要不可或缺性之依據。此外，在醫院資訊系統虛擬化構築實際成果不多的情形下，要求一定的病床數且實際具有二以上構築經驗技術人員的配置以確保運用維護能力可謂過剩。

本案期間在國循中，投標規格書的製作是由契約組進行，惟對於需要專業知識的投標則係由採購部門製作規格書文案。對於 NCVC 運用維護業務，係由身為醫療資訊部長兼資訊總括部長的被告 B 作為技術方面之相關負責人，實際上亦係被告 B 進行規格書文案之彙整，契約組通常無法介入。因此足認該被告具有製作規格書的實質權限。該被告利用此權限與立場，與 E 之職員 O 達成協議，以有利於 E 且不利於 G 為目的，在並不存在必要不可或缺性的情形下，卻故意將產生該效果之條款添加到規格書文案中，再隱蔽該意圖提交予契約組，使之成為規格書被採用。縱使係考量到國循之利益，被告 B 武斷地採取此行為亦屬偽計，且不能脫免於職務違背的評價。是以因妨礙自由競爭並損害公眾對投標等公平性之信賴，被告 B 之行為核屬公契約關係拍賣投標妨害罪，同時亦該當政府主導圍標防止法。

此外，被告 B 透過與 O 之合意協力製作規格書文案，O 並在與被告 A 交換資訊的同時受 A 之指示協助被告 B，因此被告 B、O 及被告 A 間存在妨害公契約關係拍賣投標之共謀關係洵堪認定。是以被告 A 應負妨害公契約關係拍賣投標罪共同正犯之責。

第二項 獨占禁止法對綁標之管制

如前所述，綁標係採購方人員為有利於特定事業使其得以順利得標等，而訂定特殊招標規範，或對參標事業之資格等為不當之限制，藉以減少競爭者。由此以觀，在獨禁法中射程範圍能夠涵蓋綁標之行為態樣者，應為同法第 2 條第 5 項有關私的獨占之規定，以及同條第 9 項第 6 款第 1 目有關不公平交易方法之規定。

按獨禁法第 2 條第 5 項規定，私的獨占係指事業單獨或與他事業結合、通謀

doi:10.6342/NTU202203457

或以其他任何方法，排除或支配其他事業之事業活動，至違反公共利益，實質限制一定交易範圍之競爭[90]。此處排除之意涵係指令其他事業之事業活動難以持續，或令新進事業難以參進之行為[91]。此外，不公平交易方法之行為類型可看作是排除典型手段之行為態樣的列舉[92]。而公取會排除型私的獨占指針[93]亦將差別待遇明訂為私的獨占之基本類型之一。另按獨禁法第 2 條第 9 項第 6 款第 1 目規定，對他事業為不當差別待遇，且有妨礙公平競爭之虞，而由公取會指定者，係屬不公平交易方法[94]。

然而，即使獨禁法對應受管制之行為態樣定有明文，與我國公平法相同，獨禁法的規範對象亦為「事業」。換言之，只有「事業」才會是違反獨禁法的主體。因此若於具體個案中欲適用上開規定，則不得不先行檢驗採購機關在辦理招標時是否符合日本競爭法對事業的定義。

按獨禁法第 2 條第 1 項規定：「本法所稱『事業』，係指從事商業、工業、金融業或其他事業者。為事業之利益而行為之負責人、職員、代理人或其他人員，關於後項或第三章規定之適用，視為事業[95]。」

---

[90] 該條規定之原文為：「この法律において「私的独占」とは、事業者が、単独に、又は他の事業者と結合し、若しくは通謀し、その他いかなる方法をもつてするかを問わず、他の事業者の事業活動を排除し、又は支配することにより、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限することをいう。」

[91] 根岸哲、舟田正之，前揭註 80，頁 66。

[92] 金井貴嗣、川濵昇、泉水文雄，前揭註 52，頁 156。

[93] 該指針全名之原文為：「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」。

[94] 該條規定之原文為：「この法律において「不公正な取引方法」とは、次の各号のいずれかに該当する行為をいう…六　前各号に掲げるもののほか、次のいずれかに該当する行為であって、公正な競争を阻害するおそれがあるもののうち、公正取引委員会が指定するもの イ　不当に他の事業者を差別的に取り扱うこと。」

[95] 該條規定之原文為：「この法律において「事業者」とは、商業、工業、金融業その他の事業を行う者をいう。事業者の利益のためにする行為を行う役員、従業員、代理人その他の者は、次項又は第三章の規定の適用については、これを事業者とみなす。」

doi:10.6342/NTU202203457

依上開事業定義規定，可以看出能否以獨禁法管制採購方進行之綁標行為，關鍵在於此處之「其他事業」解釋上是否包含採購機關。關於此點，實務見解指出，該條所稱之事業乃係「從事對應於任何經濟利益的供給而反覆繼續為對待給付之經濟活動者」，而不問其主體之法律性質[96]。由此以觀，作為獨禁法規範對象之事業不須具備營利性質，亦不須擁有特定之法人格。惟因此遽認採購機關合致事業之定義仍言之過早，蓋一般行政機關並未如國營事業一般持續進行上述之經濟活動，辦理招標僅係機關整體業務中一部分，甚至可能根本並非機關之業務而只是為達成行政目的所必須之採購，如辦公室桌椅的添置，是故難以逕將機關整體視為事業。有鑑於此，為確認採購機關究竟是否獨立於事業之解釋範圍以外，此際不得不進一步檢視能否將機關辦理採購之行為單獨從整體業務中切割出來，以判斷機關招標時是否符合「從事對應於任何經濟利益的供給而反覆繼續為對待給付之經濟活動者」。

然而針對這點，目前還不存在任何司法判斷。惟依公取會見解[97]，獨禁法係為維持經濟營運秩序之企業活動的基本規則，其適用對象為事業或事業團體，在獨禁法上，採購機關被定位為圍標此一違反獨禁法行為的受害者。對圍標案件做成行政處分（排除措施命令、課徵金繳納命令）之情形…不能對非屬獨禁法上事業之採購機關採取該措施[98]。

綜上所述，公取會既已表明立場主張採購機關非屬獨禁法上之事業，顯然採購方所為之綁標行為並未落入獨禁法之射程範圍，是以綁標不受獨禁法之管制，而係由前述之刑法與政府主導圍標防止法處理。

---

[96] 最高裁判所平成元年 12 月 14 日，最高裁判所民事判例集 43 卷 12 号 2078 頁。

[97] 公正取引委員会事務総局（2006），《入札談合の防止に向けて―独占禁止法の執行と発注者側の取組》，頁 5，https://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_1254003_po_honbun.pdf?contentNo=1&alternativeNo=（最後瀏覽日：08/02/2022）。

[98] 楠茂樹，前揭註 30，頁 166。

doi:10.6342/NTU202203457

doi:10.6342/NTU202203457

第五章 政府採購法與公平交易法之適用分際

本章之目的在於釐清針對圍標與綁標行為應如何適用政府採購法與公平法方為妥適。以下，本文將分析政府採購法與公平法在處理圍標與綁標時管制上的差異，並綜合比較該差異可能產生的影響，接著再以日本法為借鏡，就圍標與綁標行為提出本文認為合理的管制模式。

第一節 政府採購法與公平交易法管制之差異

第一項 圍標方面

本文第二章說明了政府採購法對該法定義下各種圍標類型的管制，然而此處本文所重者為政府採購法與公平法第 14 條第 1 項規定之聯合行為的比較。於政府採購法所規範之圍標類型中，強制圍標罪與詐術圍標罪在手段方面顯與事業出於自由意志所進行的聯合行為不同；借牌投標罪係為處理無參標資格者借用他人名義或證件投標之情形，在根本上就不屬於限制競爭的範疇，因此為求與聯合行為進行完整比對，基於行為態樣的高度重疊以及同樣對投標市場競爭有所限制，以下僅以政府採購法第 87 條第 4 項規定之合意圍標罪與公平法上聯合行為進行比較分析。

第一款 規範對象

相對於公平法之聯合行為自始即將全體參與圍標之事業作為規範對象，合意圍標罪終於在經過最高法院 99 年度台上字第 3425 號判決的撥亂反正後，實務見解從此才不再執著於將合意圍標罪中「使」廠商不為投標或不為價格之競爭的文義，解釋為本罪犯罪主體僅限於「使廠商不為投標或不為價格競爭」者，而不及於單純不為投標或不為價格競爭者，或因合意而被「使」不為投標或不為價格競爭者，以期防堵參與投標之廠商間利用合意圍標破壞政府採購的競爭機制。

因此結論上，合意圍標罪與聯合行為相同，只要參與圍標即成為各該規定之規

doi:10.6342/NTU202203457

範對象。

第二款 主觀意圖

公平法上之聯合行為並不以行為人具任何主觀意圖為處罰條件，相對於此，在政府採購法方面則須具備影響決標價格或獲取不當利益之意圖，始能該當合意圍標罪。

自前揭關於合意圍標罪規範要件之說明以觀，藉由學說發展與實務演進，解釋上只要基於得標意圖而參與圍標即可謂具備獲取不當利益之意圖要件，而不問決標價格與市價之高低；並且在不具得標意願仍參與圍標之情形，只要意圖藉此獲取來自其他圍標參與者之任何經濟利益，亦足當之。此外，即使參與圍標之廠商在系爭投標中無償陪標，依實務見解亦應認定為具有影響決標價格之意圖。

因此縱使合意圍標罪相較聯合行為多設置了一主觀之意圖要件，然而在實務操作下，基本上與聯合行為不具主觀意圖要求之情形可謂幾無差異，蓋參與圍標時即便不打算獲得任何經濟利益，也必定會認識到圍標將影響決標價格，毋寧說廠商不可能不知道圍標的進行正是為了影響決標價格。是以結論上只要參與圍標應即具備意圖要件，主觀意圖這點在合意圍標罪與聯合行為的適用方面形同一致。

第三款 客觀要件

公平會 87 年 11 月 18 日第 367 次委員會議決議明揭在圍標案件中，招標本身即為市場，凡可能參與投標者達成相互約束事業之合意時，即得認該圍標行為足以影響各該招標市場之競標機能。因此日本法實務所面臨欠缺含括一定時空範圍內同類標案之基本合意的一次性圍標究應適用刑法或獨禁法的爭議，在我國並無問題，同時該當聯合行為及合意圍標罪。另外，關於意思聯絡之要件，聯合行為及合意圍標罪之法條用語完全相同，均為契約、協議或其他方式之合意。

惟有別於聯合行為之規定並不要求市場功能受到影響的結果確實發生始能成立，如前所述，合意圍標罪之文義包含「使廠商不為投標或不為價格之競爭」，因

doi:10.6342/NTU202203457

此學說與實務多認為本條規定屬結果犯，亦即須因行為人等之合意而導致原本有意投標之廠商不為投標，或原本有意投標競價之廠商僅形式上參與投標，實際上卻不為價格競爭之結果。

雖然合意圍標罪之規定如此，乍看之下似與聯合行為之規定有所區別，不過再往下看兩項便會發現政府採購法第 87 條第 6 項設有未遂犯處罰之規定。因此即便合意圍標罪之犯罪結果並未發生，仍可認定參與圍標之行為人構成未遂，進而以本罪相繩。

是以在客觀構成要件方面，合意圍標罪與聯合行為之規定在圍標案件的適用上亦不具實質上的差異。

第四款 處罰規定

對於圍標實際行為人的處罰，合意圍標罪為六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。聯合行為之處罰則為限期令停止、改正其行為或採取必要更正措施，而屆期未停止、改正其行為或未採取必要更正措施，或停止後再為相同違反行為者，處行為人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一億元以下罰金。

對於圍標廠商的處罰，合意圍標罪為對該廠商亦科以該罪之罰金，亦即與行為人額度相同之新臺幣一百萬元以下罰金。聯合行為之處罰則為限期令停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得處新臺幣十萬元以上五千萬元以下罰鍰；屆期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施者，得繼續限期令停止、改正其行為或採取必要更正措施，並按次處新臺幣二十萬元以上一億元以下罰鍰，至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止。且經主管機關認定有情節重大者，得處該事業上一會計年度銷售金額百分之十以下罰鍰，不受罰鍰金額限制。

從上開處罰規定來看，對圍標行為人而言，合意圍標罪自由刑之刑度較高。且即使聯合行為之罰金刑額度遠高於合意圍標罪，卻宛如空中樓閣一般難以觸及，理

doi:10.6342/NTU202203457

由在於公平法對行為人先行政後司法的管制模式，彷彿我國還在經歷競爭法的草創階段一樣而生怕行為人不諳相關規範而誤觸法網。至於圍標廠商的部分，相較於合意圍標罪一百萬元以下罰金的額度，顯然公平法更注重這方面的處罰，在行政與司法管制的並進之下，對於情節嚴重者甚至得處該事業上一會計年度銷售金額百分之十以下罰鍰，而不受一億元以下罰鍰金額的限制。

第二項 綁標方面

第一款 規範對象

依公平會見解，行政機關辦理採購係提供具市場經濟價值之服務而引起之需求行為，應受公平法之規範。有鑑於此，依公平會實務運作，機關辦理採購時進行綁標者，其屬於公平法上差別待遇禁止之規定與概括條款之規範對象應無疑義。此外，在廠商受行政機關委託辦理公共工程之規劃、設計或訂定規範、專案管理等相關工作之情形，無庸贅言，該廠商本身即屬事業，自屬公平法之規範對象。

另一方面，政府採購法綁標罪之規範對象僅針對受機關委託提供採購規劃、設計、審查、監造、專案管理或代辦採購廠商之人員。蓋系爭綁標行為若涉及具公務員身分者的參與，則應被論以法定刑更重之貪污治罪條例，因此沒有必要將公務員綁標納入本罪管制範圍，僅以非屬公務員之受託承辦人員作為規範對象即足。

第二款 主觀意圖

綁標罪之構成要件中含有為私人不法之利益的意圖，如前所述，所謂不法之利益除了因綁標行為而得標之廠商所提供之財務、勞務，以及該廠商高於市價之得標價格外，還包括特定廠商不當獲取之締約機會。

與此相對，公平法之差別待遇禁止規定與概括條款並未設有意圖要件，蓋不論意圖為何，只要客觀上屬於無正當理由之差別待遇並且足以影響相關市場自由且公平的競爭，即落入以維護交易秩序為宗旨的公平法之守備範圍。因此縱使採購方並不具有利於特定廠商的意圖，只要其對於採購規格或廠商資格所為之限制非達

doi:10.6342/NTU202203457

成採購目的所必須，即有可能受到公平會的處分。

第三款 客觀要件

綁標罪與差別待遇禁止規定所針對的行為態樣大致相同，均為對技術、工法、材料、設備或規格，或對廠商或分包廠商之資格，為限制競爭之限制或審查。

不同之處在於，綁標罪為結果犯，行為人須具備因而獲得利益此一犯罪結果。學說並補充到因而獲得之利益係指行為人所意圖之利益，而非行為人單純獲得之其他利益。換句話說，如果是秉持有利於特定廠商得標之意圖而為綁標，該綁標行為人須獲致該特定廠商順利得標之結果始為既遂。反之，差別待遇禁止規定與概括條款中並不存在結果要件。然而，政府採購法對於綁標罪同樣設有未遂犯之處罰規定，因此在實務法規適用下，此一結果要件的差異似乎影響甚微。

除結果要件外，另一處差異在於市場占有率的要求。針對任何單一政府採購標案所進行之綁標行為，均應受到綁標罪的管制。然而在公平法方面，由於該部法規之立法目的在於競爭秩序的維護，倘若系爭投標之綁標行為對其相關市場內之競爭影響有限，亦即系爭投標之需求量或得標金額在相關市場內不滿 10%（在以公平法處罰綁標行為的年代，公平會尚未將市占率門檻提升至 15%），則因未達市占率門檻而不具限制競爭之虞，因此該綁標行為不會受到差別待遇禁止規定的問責。但此際與綁標罪因設有未遂犯處罰之規定而降低其結果要件影響力之情形相同，針對未達市占率門檻在公平法方面理應不罰的綁標案件，公平會仍舊以概括條款處理。結論上，市占率的要求僅係作為差別待遇禁止規定與概括條款的分水嶺，並不會導致違反綁標罪卻逸脫公平法規範之情形。

此外，與綁標罪不同，差別待遇禁止規定設有正當化事由，即該條規定所稱之「正當理由」。判斷標準在於系爭差別待遇是否有助於提升採購品質，不過若是變相導致圖利特定廠商則會影響公平會的認定。

doi:10.6342/NTU202203457

第四款 處罰規定

對於綁標實際行為人的處罰，綁標罪為一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金。差別待遇之處罰則為限期令停止、改正其行為或採取必要更正措施，而屆期未停止、改正其行為或未採取必要更正措施，或停止後再為相同違反行為者，處行為人二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣五千萬元以下罰金。至於概括條款方面則沒有針對行為人之罰則。

對於綁標廠商的處罰，綁標罪為對該廠商亦科以該罪之罰金，亦即與行為人額度相同之新臺幣三百萬元以下罰金。差別待遇之處罰為限期令停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得處新臺幣十萬元以上五千萬元以下罰鍰；屆期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施者，得繼續限期令停止、改正其行為或採取必要更正措施，並按次處新臺幣二十萬元以上一億元以下罰鍰，至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止。概括條款之處罰模式與差別待遇的不同之處僅在於罰鍰額度減半。

從上開處罰規定來看，與圍標方面相同，對於行為人而言，綁標罪自由刑之刑度較高。且差別待遇禁止規定之罰金刑同樣受制於公平法對行為人先行政後司法的管制模式。至於綁標廠商的部分也與圍標方面相同，比起綁標罪三百萬元以下罰金的額度，公平會更重視對於事業的處罰，罰鍰金額的上限可到一億元之高。

第二節 合理的管制模式

第一項 圍標方面

從上述關於政府採購法與公平法對於圍標方面的管制差異來看，不難發現合意圍標罪與聯合行為在圍標案件中的法規適用上，除了處罰規定有所不同外，其他不論是規範對象、主觀意圖或客觀要件，依據學說與實務的解釋進行實際操作後，可以認為沒有實質上的差別。基本上合意圍標罪就是將原本由公平法處罰之圍標行為態樣規定於政府採購法之後的產物，這點從學說及實務見解對合意圍標罪各

doi:10.6342/NTU202203457

該要件的詮釋多向聯合行為靠攏亦可看出端倪。

因此，問題在於屬於核心卡特爾的圍標行為，本來就應該由作為競爭法的公平法予以管制，而且起初也確實以公平法管制，為何公平會在與公共工程委員會之協調之後，便將發生在政府採購法施行後之圍標交由政府採購法處理。針對此一問題，學者有謂基於公平會執法資源的有限性以及法律規範的嚴厲性，公平會宜將更多資源運用在其他反競爭行為方面，而放手讓政府採購法管制圍標行為[99]。

然而在公平會資源運用的分配方面，對專以維護競爭秩序為目的的公平法而言，理應成為重點執法對象，作為核心卡特爾之一的圍標行為，竟然不值得在資源分配中占有一席之地，此點令人費解。

另一方面，關於法律規範的嚴厲性，確實合意圍標罪對行為人的自由刑刑度較高，再加上公平法仍未改變對於行為人先行政後司法的處罰模式，如此看來將圍標論以政府採購法似無不妥。然而在圍標廠商的處罰方面，合意圍標罪的額度僅僅是一百萬元以下罰金而已，聯合行為的罰則卻上看至該廠商上一會計年度銷售金額百分之十以下罰鍰，這點又令圍標行為的管制歸屬產生懸念。

再者，罰則大幅度的差異也彰顯出合意圍標罪與聯合行為在保護法益方面的不同。從政府採購法的規範目的觀察，合意圍標罪的可罰性基礎應係圍標廠商破壞了採購的競爭機制導致機關的意思決定受到影響，重點在於機關無法在該次招標中選擇最有利的廠商作為得標者從而損及採購品質，換言之，該罪的保護法益應為機關的採購效率與功能。因此該罪對於實際行為人係科以較重之自由刑，明顯側重於處罰導致機關無法得到最有利結果的自然人。相對於此，依公平法第 14 條第 1 項規定可知聯合行為所欲維護者應為市場功能，因此做為市場上競爭主體的事業始為公平法的主要管制對象。據此，圍標一發生便是破壞招標機制從而影響投標的市場功能，基於兩條法令之保護法益不同，縱按合意圍標罪對系爭圍標之實際行為

[99] 羅昌發，前揭註 4，頁 89。

doi:10.6342/NTU202203457

人處 6 月以上 5 年以下有期徒刑，並同時對其所屬廠商科以至多 100 萬元的罰金，是否可謂受損害的市場功能已然受到填補即有疑義，蓋依公平法之罰則，對於此一受損法益的填補，參與圍標之廠商所須繳納的罰鍰上看至 10 億，甚至可能更多。

此際，本文認為並沒有在兩部法規之間擇一靠邊站的必要，應可兩者全拿。詳言之，透過日本法學說及實務運作的啟示，圍標同時該當政府採購法之合意圍標罪與公平法之聯合行為並無問題，此時係發生競合關係，惟不論基於法條要件的高度重疊而認為屬於法規競合，或是因為規範目的有所差異而主張應為想像競合，法律效果均係從一重處斷，因此結論上對於行為人而言應以自由刑刑度較高之合意圍標罪論斷，對於廠商即應以金錢罰額度較高之聯合行為罰則處分。換言之，本文見解認為對於圍標之行為人及廠商應按其處罰較重者而分別論以政府採購法之合意圍標罪及公平法聯合行為之罰則。

第二項 綁標方面

公平會對綁標行為之管制模式有兩處特別啟人疑竇。首先，差別待遇禁止之規定要求處罰對象必須滿足有限制競爭之虞的要件，亦即在未達公平會當時所認定之市占率 10%門檻的市場範圍內，即使進行綁標行為，也因為沒有限制競爭之虞而不具處罰必要，從而理當不受處分。然而公平會並沒有就這樣放過系爭綁標者的打算，在相同的行為模式下，雖然未跨越市占率門檻，公平會仍以概括條款中所謂欺罔或顯失公平之行為予以管制。這點似乎表明當時公平會無論如何就是要管制綁標行為，市占率門檻不過是用以區分罰鍰額度而已。

再者，從根本上而言，是否能認為行政機關在辦理採購時符合事業之定義也不無疑義。按公平法第 2 條第 1 項規定，除公司及獨資或合夥之工商行號外，其他提供商品或服務從事交易之人或團體亦屬公平法所稱之事業。惟自公平法之立法目的觀察，基於該法維護交易秩序、確保自由與公平競爭的宗旨，所謂提供商品或服務從事交易之人或團體，應排除單純作為需求者而不從事提供行為之主體，蓋純粹

doi:10.6342/NTU202203457

的需求者性質上無異於一般消費者，同樣不會進行競爭行為，自然不具公平法規範對象之適格性。

參酌日本法上對於事業的解釋，實務見解指出獨禁法所稱之事業係指從事對應於任何經濟利益的供給而反覆繼續為對待給付之經濟活動者，是以難認採購機關符合事業之定義。甚至公取會更直接言明採購機關非屬獨禁法上之事業。

由此以觀，既然行政機關辦理採購之需求行為係為履行其行政上之義務，並不會轉化為市場上的供給而參與競爭，將其視為公平法上事業的解釋即非合理。

縱然學說有支持公平會見解者認為行政機關以單純的需求者身分辦理採購時仍應屬公平法上之事業，此一解釋的產生恐怕是因為彼時法規尚未完善，綁標行為可能無法可罰，因此勉強擴張事業的定義以填補法律漏洞。這點在上述公平會無論市占率如何都要管制綁標行為之情形亦可作為佐證。

不過如今政府採購法既已制定並施行多年，此間亦不乏對綁標案件的處理，公平法應可揚棄將採購機關視為事業的解釋，並就此高歌離席。且恰如前述學者見解，機關進行採購時除效率性外，尚須考量安全性與工程完成能力等公益觀點以及各種政策因素，似不應由公平會進行二次判斷。

循上述論證的脈絡，受機關委託提供採購規劃、設計、審查、監造、專案管理或代辦採購之廠商，雖然理當具備事業之性質，但就系爭招標而言，該廠商形同機關手足的延伸，因此基於採購機關本身非屬事業並考量到政府採購之特殊性，該廠商之人員為綁標行為時，該行為人與廠商均應論處政府採購法之綁標罪，而無公平法差待遇禁止規定或概括條款之適用餘地。綜上所述，本文認為除涉及公務員參與之情形應以貪污治罪條例處理外，綁標行為應由政府採購法之綁標罪予以管制。

doi:10.6342/NTU202203457

doi:10.6342/NTU202203457

第六章 結論

針對政府採購行為中涉及競爭秩序之圍標與綁標的管制，公平會與公共工程委員會之協調結論中載明以民國 88 年 5 月 27 日政府採購法的施行作為分水嶺，發生在後且政府採購法已有規範者，由政府採購法主管機關或相關權責機關依政府採購法處理，是以既然政府採購法第 87 條第 4 項與第 88 條規定分別就圍標與綁標予以規範，公平會自此便嚴守協調結論而不再插手圍標與綁標的管制。

然而如先前章節所述，本文認為上開協調結論之見解並不完全可採。即使該協調結論可能旨在宣告政府採購法施行後，公平會的階段性任務已告結束，並且係基於釋放更多公平會資源的考量而可謂立意良善，但因此逕認為公平法對於影響競爭秩序之政府採購事件從此再無介入空間仍稍嫌速斷，公平會自廢武功一般的行徑實有進一部檢討的必要。

關於圍標，作為核心卡特爾之一，本文以為應屬公平會的重點執法對象。此外，若以合意圍標罪及聯合行為的規範進行涵攝，可以發現在構成要件的詮釋方面，兩者幾無差異，僅在作為法律效果的罰則部分有所區別。此際慮及兩者保護法益的不同，可以想見若僅依先現行法制按合意圍標罪論斷，雖行為人受有刑度較高之自由刑處罰，然而在圍標廠商未受聯合行為高額罰鍰裁處的情形下，受損之競爭秩序難謂已圓滿填補。

因此本文所提出合理的管制模式為，在肯認圍標同時該當政府採購法之合意圍標罪與公平法之聯合行為而發生競合關係的前提下，區分行為人與該行為人所屬事業各別論以自由刑與金錢罰較重之合意圍標罪與聯合行為之罰則。若依本文見解，此際公平會豈可袖手旁觀，反而應該出動出擊，以公平法上聯合行為之相關規範管制圍標行為當屬責無旁貸。因此，為避免招致法院認事用法有所顧忌或是自身受到出爾反爾損及法安定性的批判，公平會應事先按上開協調結論之附帶決議，即政府採購法主管機關或相關權責機關與公平會得就政府採購法與公平法之適用

doi:10.6342/NTU202203457

與分工方式隨時會商檢討之，與公共工程委員會等機關再次協調商討並修正結論。

對於綁標方面，本文認為現行的管制模式並無不妥，不論是綁標行為人或綁標廠商均應以政府採購法之綁標罪論處。理由在於，從公平法之立法目的以觀，行政機關為履行其義務係以純粹的需求者身分辦理採購，該需求並不會轉化為市場上的供給而涉及競爭參與；另外，機關辦理採購時並非基於一般理性事業的立場以效率性為依歸，反而必須同時考量公益性或政策性因素，因此將採購機關解釋為事業在公平法體系中難謂合理，且對於形同採購機關手足延伸的受託廠商亦應為相同解釋。公平會先前予以管制或許是為了避免出現面對綁標無法可管的空窗期而屬情非得已，不過在政府採購法施行後，公平會這方面的階段性任務即算完成，最後若明確表態否定採購機關的事業性以作為最後的收尾便可謂大功告成。

doi:10.6342/NTU202203457

參考文獻

壹、中文部分

一、專書（含書之篇章）

尹章華、倪文興、劉家榮（2000），《政府採購法釋義》，文笙書局。

何之邁（1993），《公平交易法專論》，自刊。

何之邁（2002），《公平交易法實論修訂版》，自刊。

廖義男（1994），〈公平交易法規範之事業概念—第二條之詮釋〉，收於：氏著，《公平交易法之釋論與實務第一冊：立法目的、事業、罰則》，頁 46-47，元照。

廖義男（2017），〈2015 年新修正公布之公平交易法評析(二)—聯合行為之規範〉，收於：廖義男，《公平交易法之釋論與實務（第三冊）》，頁 97-98，元照。

羅昌發（2008），《政府採購法與政府採購協定論析》，3 版，元照。

二、期刊論文

楊家駿（1996），〈公平會目前處理圍標、綁標案例實務報導〉，《公平交易季刊》，4 卷 4 期，頁 96。

顏廷棟（2008），〈寬恕政策實施子法之研究〉，《公平交易季刊》，16 卷 4 期，頁 68。

蘇明通（2000），〈政府採購之不法不當行為及其防治〉，《律師雜誌》，249 期，頁 22-23。

三、研究報告

廖義男、何之邁、范建得、黃銘傑、石世豪、劉華美（2003），《公平交易法之註釋研究系列（一）第一條至第十七條》，公平交易委員會 92 年合作研究報告 7（編號：FTC-92-C07）。

四、網頁資料

doi:10.6342/NTU202203457

公平交易委員會（2015），《行政機關是否屬於公平交易法第 2 條所稱之事業?又行政機關的需求行為，是否應受公平交易法之規範?》，載於：https://www.ftc.gov.tw/internet/main/doc/docDetail.aspx?uid=1203&docid=14307&mid=1201。

貳、外文部分

一、專書（含書之篇章）

山中敬一（2015），《刑法各論》，3 版，成文堂。

大塚仁（2005），《刑法概説（各論）》，3 版增補版，有斐閣。

大塚仁、河上和雄、佐藤文哉、古田佑紀（1999），《大コンメンタール刑法：第 6 卷》，2 版，青林書院。

中森喜彦（2015），《刑法各論》，4 版，有斐閣。

今村成和（1978），《独占禁止法[新版]》，有斐閣。

正田彬（1981），《全訂独占禁止法 I•II》，日本評論社。

白石忠志（2014），《独占禁止法講義》，7 版，有斐閣。

西田典之、山口厚、佐伯仁志（2016），《注釈刑法第 2 巻各論(1)》，有斐閣。

佐伯仁志，（2009），〈第 11 章：罰則〉，收於：根岸哲（編），《注釈独占禁止法》，頁 814，有斐閣。

金井貴嗣、川濵昇、泉水文雄（2018），《独占禁止法》，6 版，弘文堂。

芝原邦爾（2005），《経済刑法研究（下）》，有斐閣。

神山敏雄（2002），《独禁法犯罪の研究》，成文堂。

島田聡一郎（2012），〈独占禁止法の罰則〉，收於：山口厚（編），《経済刑法》，頁 277，商事法務。

根岸哲、舟田正之、野木村忠邦、来生新（1983），《独占禁止法入門》，有斐閣。

根岸哲、舟田正之（2015），《独占禁止法概説》，5 版，有斐閣。

楠茂樹（2017），《公共調達と競争政策の法的構造》，2 版，上智大学。

doi:10.6342/NTU202203457

鈴木満（2004），《入札談合の研究》，2 版，信山社。

二、期刊論文

今井猛嘉（2015），〈刑法と独占禁止法〉，《公正取引》，第 777 号，頁 3。

白石忠志（2011），〈政府調達と独禁法〉，《フィナンシャル・レビュー》，104 号，頁 44。

芝原邦爾（1999），〈不当な取引制限罪における「遂行行為説」〉，《ジュリスト》，1167 号，頁 101。

栗田誠（2018），〈東京都発注個人防護具入札談合事件（排除措置命令平成 29•12•12〔2 件〕：公取委 HP）〉，《公正取引》，第 816 号，頁 101-102。

三、網頁資料

公正取引委員會（2013），《課徵金制度》，載於：https://www.jftc.go.jp/dk/seido/katyokin.html。

公正取引委員会事務総局（2006），《入札談合の防止に向けて―独占禁止法の執行と発注者側の取組》，載於：https://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_1254003_po_honbun.pdf?contentNo=1&alternativeNo=。

doi:10.6342/NTU202203457