

國立臺灣大學法律學院法律學研究所

碩士論文

Graduate Institute of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis



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--

A Study on the Criminal Culpability Arising from
Government Procurement Act from the Aspect of
Legally Protected Interest

林勇麒

Yung-Chi Lin

指導教授：李茂生 博士

Advisor: Mau-Sheng Lee, Ph.D.

中華民國 103 年 10 月

October 2014



國立臺灣大學碩士學位論文
口試委員會審定書

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--

A Study on the Criminal Culpability Arising from
Government Procurement Act from the Aspect of
Legally Protected Interest

本論文係林勇麒君（學號 R00A21058）在國立臺灣大學法律學系完成之碩士學位論文，於民國 103 年 9 月 26 日承下列考試委員審查通過及口試及格，特此證明

指導教授： 李茂生

口試委員： 李茂生

謝煜偉

許恆達

謝辭



在台北甫入初秋卻已微有涼意之際，這本論文也終於進入最終尾聲即將付梓。這篇在最後才提筆撰寫的謝辭，也表示著二十幾年學生生涯以及在台北整整八年生活的告一段落，對於人生另一階段的未來既期待又惶恐的矛盾心情，總有種一完成停筆就真結束了的感覺，或許是呆坐在 2419 研究室內遲遲沒有動筆的原因吧。

當然，也或許是驚異於這本命運多舛的論文真有完成之日吧。題目在兩次改過方向後才確立，指導教授甚至還曾在臉書 po 文時，表示對我論文完成可能的擔心。撰寫期間的台灣社會也不平靜，執政者一意孤行的反民主相關決策，終觸發數波近幾十年來的大規模社會運動，身為社會科學領域的研究者以及國民，也無法不去關心乃至參與，結果就是寫作進度的延宕。在此首先要感謝的就是我的家人，從大學到研究所，除了讓我在經濟上從來不虞匱乏外，最重要的是精神上的支持，尤其是第一次考研究所差了一點失利而灰心喪志的期間，家人們的鼓勵是讓我能突破陰霾而成功考取的主要原因；在寫作期間，家人們雖然不時催促，但也展現了極大的包容與理解，讓我能好整以暇的完成論文。

而這本論文內容的完成，首要感謝我的指導教授--最淘氣風趣又學養廣泛的台日國際刑法大師李茂生老師。老師對我的影響從大學時代就開始發酵，包含了刑事法必修以及少事、監獄法選修的所謂「李門全餐」，帶給我過去所沒有的思想震盪與視野（雖然一開始常常因為聽不懂台上這個「外表像內山田主任、內心像鬼塚英吉」的熱血教師在講什麼，而常常坐在老師面前打瞌睡）。上研究所之後，一直擔任老師的課堂課輔助教，又從老師看似隨性的處事模式下，學習到對於治學的嚴謹態度，以及用生命在教書的熱忱。雖然學長同學們常表我，但從論文初始的方向及架構一直到口試時的修正，老師對於這本論文皆提點了很多方針與建議，最令人感動的是論文發表會時，老師即使因車禍意外住院，還是怕延誤我們時間而撐著身子視訊與會評論，真的非常感謝這位傲驕淘氣卻又十足關心學生的頑童老師！！

此外還要感謝我的另兩位口委，謝煜偉老師以及許恒達老師。上大學時謝老師已在京大攻讀博士，只聽聞過老師事蹟，沒想到能趕上老師進學校任教，並旁

聽到老師上課及跟著老師作研究計畫，真的是很幸福的事！尤其研究計畫美其名是協助老師，但實質上根本是接受老師教導與學習。在論文題目抉擇上遭遇瓶頸時，也是謝老師熱心地提供了一個方向，以及介紹對於政府採購刑事法有所研究的許老師，以致後有這本論文的誕生，十分感謝老師這一年多來的教導！！另外也很感謝常被我請教有關政府採購法問題的許老師，或許同是高雄人又是高中、大學、研究所學長的關係，雖然之前素未謀面，但總感覺老師特別親切。冒然跑去政大向老師請教些問題時，老師也不嫌棄地花時間費心解答，真的很謝謝老師！！

接著還想感謝王皇玉老師，無論是在大學還是研究所，都修了很多老師的課，受到不少啟發。還記得老師去年的來信鼓勵，銘感在心，雖然老師有時候會表我應該去演藝界發展之類的，但還是由衷感謝刑法一姊！！XD 還有感謝常在臉書上互動的王能君老師，在修習老師日法名著時，常在課餘與老師抬槓聊天和接收新知識（及八卦），希望日後能有機會與老師一起喝酒！！

在漫長的論文寫作過程中，還要感謝路台大規規及允總兩位學長。感謝學長們雖然常常表我酸我造謠我不遺餘力，但是正經時還是提供了我關於論文寫作或學問上的不少指點及建議，跟著學長們到處吃吃喝喝也為研究所生活增添不少趣味及回憶。規規從帶我讀書會一直到我寫論文都提供了很多幫助，甚至跨刀出席擔任刑法論壇的評論人；另外還記得在不明建物中接到規規電話時的焦急情狀，深深感受到學長的關心啊哭哭（但是我那天沒哭只有流淚這個要再次敘明），祝學長接下來的留學生涯一切順利。允總則是曾以法壘隊長之姿，與當時腳嚴重殘廢的我 KGB 了一個下午，還有時常在走廊發現我精神不濟時的提醒與關心，感謝學長從大學到現在在各方面的照顧。

此外，關於這本論文的完成，還須感謝許多同儕們的幫助。謝謝珮禎幫我從政大借書出來，在許老師門下要好好努力唷；謝謝小玉即使要上班也義無反顧地答應擔任我口試時的助手，當然也要謝謝答應放人的老闆大植學長 XD；謝謝蕭百慶（AKA：王~~先生~~、八先生），要是沒有你的電腦，我口試就完蛋惹 QQ；謝謝景耘跟家茹，無論是一起重考研究所的相互鼓勵或是出席論文發表會的力挺，都很感激有你們的支持；謝謝珊秀、興邦，雖然你們出現在口試現場讓我一度緊張了一下，還是很感謝你們的參與跟建議；謝謝倍倍，幫了我好大的忙，希望這本論文能帶給你至少萬分之一的幫助；謝謝依雯在論發後的一起討論；謝謝致睿

在口試前的加油；謝謝書雅和林根，讓我佔用荼毒你們的研究桌，還有偶爾一起聊天聊八卦 XD；謝謝哲瑋、萱如、廷翰、家丞，在跟你們一起作研究計畫時，學習到了很多想法及觀念，這些素材很多間接成為了這本論文的養分；謝謝一起喬口試流程的多馬，終於我們都順利結束口試啦！

還有幾位在 2419 一同努力拼戰的夥伴們，是我必須特別感謝的：哲瑋，謝謝你總是熱心地陪我討論論文上的問題，還幫我想出了引人入勝的副標題 XD，除了深厚的學術上涵養外，還能跟你聊著其他領域的知識，以及男士限定的成(丁一丫、)熟(ㄉ一又、)話題，真的是標準的友多聞，一想到之後一起喝酒講垃圾話的日子不再，就有點淡淡哀傷。巧翊，從來沒想過我會和囧兄口中「長得像許慧欣（又像范瑋琪）」的學妹變得那麼熟，你總是很體貼而且可以迅速觀察出別人的感受，有時候我有很多想法都跟你很像，所以聊起天來也格外自在，簡直是個子高了很多的林勇麒呀（這不是公然侮辱吧 QQ）；然後要努力朝你的目標邁進喔～我等著當校長！羅亘（亞洲義大利人），在論文遇到瓶頸的時候，常常因為你一句話就帶給了我不一樣的另類思考，讓我有所突破；在論文寫作後期和口試前，研究室只有我們兩個相依為命有革命情感啊，2419 接下來就交給你惹！嘉婷，都欺負我啊～以後一定要學會你簡潔有力的說話方式和處事原則 QQ，感謝你常即時糾正在各方面猶豫不決的我；之後一定會懷念你和阿倫當獄卒放飯給我、還有一起到 118 放風覓食的時光吧，然後還要謝謝你送了一堆可愛娃娃給我 XD 郁倫，原本以為你是很兇難以接近的類型，沒想到這麼有趣又親切，應該是美麗又富滿溫馨風土人情的宜蘭淨土所塑造出來的吧！阿倫的觀察力也很入微，例如「又換鈔票惹」的細節 XD，感謝你和嘉婷的獄卒放飯服務呀！看著宜蘭行、新竹遊、淡水巡禮、坦誠相見的日本關西畢旅（但我近視什麼都沒看到），以及大大小小吃吃喝喝的出遊相片，不免有點感傷，原來「天下無不散的筵席」這句話被創造出來時的心境，就是像現在這樣啊！希望日後還會有一起出遊的機會囉～！

最後，想一併感謝一些人事物：法壘的學長姊以及同學們，從大一新生杯混壘開始的隊內記憶，也是八年台北生活中難以抹滅的；還有法扶板分的品慈姊與克威哥，讓我在這裡學習到了很多學校裡不會接觸到的事物；律訓第五組、第七組的同學們，以及第「酒」組的松霖老師、貝莉、小咕、愛迪、宜璇，感謝你們在我口試完後舉辦的慶祝宴；當然還有幾乎每天都會接觸到的餐廳店家，最後一

次殺必思給我大大一碗便當還不算錢的親來老闆娘、一踏進店們就知道我想點什麼的在地居、不用問就知道我集點卡在牆上何處的 tc shop 老闆娘、何媽媽蒟蒻的親切正妹工讀生和型男大叔、不會問我有沒有學生證就主動折扣的各時段國青小七店員，謝謝你們，我想，任何地方待久了，最美的風景都還是當地的人們吧；另外，還要感謝我帶過的讀書會學弟妹、刑法課輔的學弟妹、以及偶爾在校外打工時的同學們，藉由跟你們的討論，讓我的學術及思考能力得有所成長。

最後的最後，當然要感謝我最愛的肥肥 wiwi，在我論文寫到焦躁不安時，總是扮演著安定著我的角色，雖然他現在拋下我跑到東京去深造惹 QQ。如今每當經過 118 巷的泰大爺，就會想起之前埋首論文的期間，會一起跑去買泰大爺便當和英國藍配 running man 的時光。離開學校後，人生的筆記或許就要翻開嶄新的一頁，但無論如何是哪條道路，都希望在塵土上牽手相伴的人，始終是妳。

林勇麒

筆於初秋下的萬才館 2419 研究室

2014.10.17

摘要



政府採購法作為行政法律之一環，關於其罰則罪章，很容易被視作為保護國家法益的規定。然而，對於國家法益的範圍與界限，本文基本上是採取較為保守的態度，亦即反對概略地將某些與國家有關之事物認乃對全民有利，並將其作為國家利益而先驗性地保護之。有些利益縱使披有國家色彩的外衣，但若欲以刑事規定處置的話，仍須探究其實質內涵為何。本論文即將探討政府採購法刑事保護法益該如何定位之問題，若主要非保護國家利益，而係針對招標階段中之「競爭秩序」的話，該秩序作為刑事保護法益的實質內涵究屬為何，即是本文接下來要處理的第二個議題。

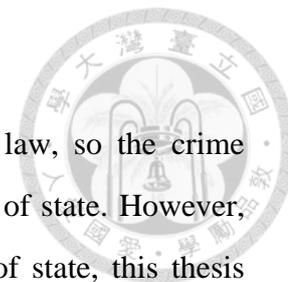
於簡單確認政府採購法之定義範圍、基本作業流程、以及刑事犯罪態樣後，本文將從法益理論的概念出發，探討將本法刑事罰則定位為個人法益及國家法益的可能性。在國家法益的討論當中，主要區分為兩個面向：其一乃針對「買進來的」工程、財物、或勞務等標的；其二乃環繞「花出去的」國家資源。關於前者，即係討論本法是否乃為概略地保護「行政目的」之問題；關於後者，則可分為量的層面與質的層面來為探討。結論上本文主要從國家財產本質、刑法所保護之公務等概念出發，進而否定將保護法益定位於此之可能性。

其次，關於定位為社會法益中「競爭秩序」可能性之探討，將從「競爭」的概念，以及競爭制度的發展流變出發，進而探討「競爭秩序」作為刑事保護法益之實質內涵為何。於此可區分為個人利益面向以及社會利益面向，前者乃涉及「市場主要參與者」與「一般消費者」之個人經濟利益；後者則又可分為「應然面的競爭秩序保護」及「實然面的競爭機能維護」，本文將以「產業組織經濟學」理論為基礎，論證定位為後者之可能性。

此外，在確認政府採購法之刑事罰則乃保護「市場競爭秩序機能」後，本文將執此重新檢視本法罰則中的刑事規定，無論是在條文適用範圍，或是立法論的修法建議上，提出從保護法益觀點出發的限縮解釋可能性。最後，針對政府採購實務上時常出現的「陪標」行為作一探討，實務上對此種行為雖於適用條文上有所歧異，但多認此屬犯罪行為；然而本文從定位後的保護法益觀點出發，得出應予以除罪化之解釋路徑。

關鍵詞：法益論、國家法益、圍標、綁標、陪標、競爭機能、產業組織經濟學

Abstract



Government Procurement Act is one of the administrative law, so the crime chapter in it could easily be regarded as legally protected interest of state. However, with respect to the range and limit of legally protected interest of state, this thesis basically takes a conservative attitude to it, and against a priori protecting everything about country. Although some benefit have the assimilatory coloration, but when talking about criminal disposal, we still have to make a thorough inquiry of its substantive content inside. This thesis will be talking about how to define the legally protected interest of Government Procurement Act. If it is the “Competitive Order” which is protected, then figuring out what the substantive content inside will be the next topics.

After confirming the definition range, the basic processes of procurement, and its criminal patterns, this thesis will use the theory of legal good to find the possibility of locate it on legally protected interest of personal or state. In the discussion of legally protected interest of state, it can be separate to two level: one is about “buy in” , which referring to the things that the nation buys in; the other is about “pay out” , which meaning the resources that the nation pays out. Speaking to the former, it is the question about what if the Act roughly protecting the “administrative purposes” ; as for the latter, could be separated to volume and qualitative level. This thesis will start from the meaning of state property and the concept of public affairs in Criminal Law, and gainsay the possibility of locating legally protected interest on it.

In addition, speaking to the discussion of the possibility of locating to the “Competitive Order” , this thesis will start from the concept of the competition, and the development of competitive system, then search the substantive content inside the “Competitive Order” as the legally protected interest of Criminal Law. It could be separated to personal benefit level and social benefit level. The former is talking about the personal economic interests of “major participants in the market” and “the average consumer” ; the latter is referred to “the protection of competitive order” and “the maintenance of competitive function” . This thesis will use the theory of

“Economics of Industrial Organization” to identify the possibility that can locate the legal good on “competitive function” .

After that, this thesis will take the conclusion to reexamine the provisions of the criminal chapter in Government Procurement Act and submitting the possibility of limited explanation from legal good. In the end, with regard to the “accompanying-bidding” situation, the courts usually consider it as a criminal behavior, but this thesis will explain why we should take it to decriminalization from the legally protected interest perspective.

Keywords : the theory of legal interest, legally protected interest of state, bid collusion, bid rigging, accompanying-bidding, competitive function, Economics of Industrial Organization.

目次

簡目



第一章 緒論	1
第一節 問題意識.....	1
第二節 研究範圍與架構.....	3
第二章 政府採購簡述.....	5
第一節 概說	5
第二節 新自由主義全球化浪潮下的立法趨勢	5
第三節 政府採購法立、修法沿革.....	8
第四節 政府採購法之適用範圍.....	11
第五節 政府採購作業流程簡介.....	14
第六節 政府採購法之刑事犯罪行為.....	19
第三章 政府採購法刑事保護法益探究	29
第一節 概說	29
第二節 刑事法之保護法益概念.....	30
第三節 定位為個人法益之可能性.....	43
第四節 定位為國家法益之可能性.....	49
第五節 社會法益之確立——經濟競爭制度的守護定位	85
第六節 本章結論.....	136
第四章 政府採購法刑事規定之重新檢視	139
第一節 概說	139
第二節 各罪問題爭點與條文再反思.....	141
第五章 結論	158
第一節 本文總結.....	158
第二節 實務議題之重新分析——以「借牌陪標」為核心	161
參考文獻	176

詳目



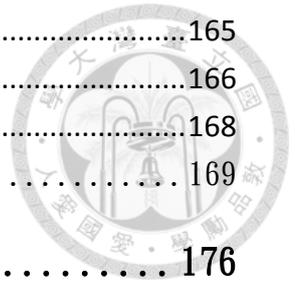
第一章 緒論	1
第一節 問題意識	1
第二節 研究範圍與架構	3
第二章 政府採購簡述	5
第一節 概說	5
第二節 新自由主義全球化浪潮下的立法趨勢	5
第三節 政府採購法立、修法沿革	8
第一項 立法前之問題所在	8
第二項 立修法過程	9
第四節 政府採購法之適用範圍	11
第一項 「政府」之認定	11
第二項 「採購」之認定	13
第五節 政府採購作業流程簡介	14
第一項 一般公開招標辦理採購流程	14
第二項 招決標方式之採擇與問題	16
第一款 招標程序及爭議	16
第二款 決標程序及爭議	17
第六節 政府採購法之刑事犯罪行為	19
第一項 圍標行為類型	19
第一款 圍標之意涵	19
第二款 強制圍標罪	20
第三款 詐術圍標罪	21
第四款 合意圍標罪	22
第五款 借牌投標罪	23
第二項 綁標行為類型	24
第三項 洩密行為類型	25
第四項 強制行為類型	26
第五項 法條文義上之成罪時點	28
第三章 政府採購法刑事保護法益探究	29
第一節 概說	29
第二節 刑事法之保護法益概念	30

第一項 概念與機能之實質意義.....	30
第一款 傳統上之法益概念.....	30
第二款 法益概念的一般機能與爭議.....	30
第三款 概念的轉向—規範論？.....	33
第四款 小結--概念背後之實質機能與反省.....	34
第二項 分類之必要性—個人法益與超個人法益.....	35
第一款 概說.....	35
第二款 一元論與二元論之爭.....	36
第一目 Michael Marx 之「一元的個人法益概念」.....	36
第二目 「二元的法益概念」.....	37
第三目 本文見解.....	38
第三款 「超個人」與個人之連結.....	39
第一目 「還原論」之提出.....	39
第二目 「重新評估論」之批判.....	40
第四款 小結.....	42
第三節 定位為個人法益之可能性.....	43
第一項 概說.....	43
第二項 參標廠商之自由意志？.....	44
第三項 參標廠商之財產法益？.....	44
第一款 可能得標之利益？.....	45
第二款 已得標案之利益？.....	46
第四項 各納稅人之財產法益？.....	47
第五項 小結.....	48
第四節 定位為國家法益之可能性.....	49
第一項 傳統國家法益之意義與內涵.....	49
第二項 國家法益之體系分類.....	51
第三項 資源分配視角下的法益探討.....	54
第一款 概說.....	54
第二款 國家財產法益？.....	56
第一目 作為國家財產之資源—國家資源種類的差異性.....	56
第二目 國家財產法益之本質.....	58
第三目 作為保護國家財產的刑事規定？.....	59
一、可能的解釋路徑.....	59
二、系爭行為與本法益侵害結果之連結.....	60
三、從民事交易習慣觀察財產損害之認定.....	61
四、從標案制度觀察.....	64
五、從行為客體之法益指向觀察.....	66
六、從本法採購主體範圍及模式之反論.....	67

七、小結.....	68
第三款 「資源分配公平性」作為法益？.....	69
第四款 政府採購職務之公正性？.....	71
第五款 資源分配公務執行之侵害？.....	74
第一目 前言—什麼「公務」？.....	74
第二目 妨害公務罪章之保護意義.....	75
第三目 我國妨害公務罪章之體系.....	77
第四目 作為保護「廣義公務」執行之刑事規定？.....	79
一、可能的解釋路徑.....	79
二、政府採購行為之本質.....	80
三、刑法上妨害「公務」之概念.....	82
四、從系爭規定觀察定位妥適性.....	83
五、國家色彩下的保護實體.....	84
第四項 小結.....	85
第五節 社會法益之確立—經濟競爭制度的守護定位.....	85
第一項 概說.....	86
第二項 經濟犯罪之理論基礎.....	86
第一款 前言--作為社會法益之內涵.....	86
第二款 經濟刑法之體系定位簡述.....	89
第三款 經濟刑法之分類與保護目的.....	91
第四款 經濟犯罪領域中之競爭刑法.....	95
第三項 競爭刑法之定位與構造.....	96
第一款 「競爭」之概念.....	96
第一目 「競爭」之內涵.....	96
第二目 「競爭」之悖論.....	98
第三目 「競爭」之益處與不足.....	99
第四目 競爭制度之功能.....	100
第二款 競爭制度之發展流變.....	101
第三款 競爭制度之思想.....	105
第一目 芝加哥經濟學派（Chicago School of Economic）.....	105
第二目 民粹主義思想（Populism）.....	107
第三目 秩序自由主義思想（Ordoliberalism）.....	108
第四目 小結.....	110
第四款 適於台灣之競爭制度基礎.....	110
第五款 作為刑事保護法益之「競爭秩序」內涵.....	111
第一目 市場經濟下的公平自由競爭秩序.....	112
第二目 市場主要參與者之財產經濟上利益.....	113
第三目 一般消費者之經濟利益.....	114

第四目 應然面的自由競爭秩序本身	115
第五目 本文見解--實然面的市場機能與維護現存競爭狀態	116
一、產業組織經濟論下的競爭市場機能.....	117
二、維護現存市場競爭狀態之限定.....	119
三、小結.....	119
第四項 政府採購法刑事保護法益之再確認.....	120
第一款 概說—回溯立法歷史背景與政經潮流.....	120
第二款 政府採購市場之性質.....	121
第一目 政府採購法之立法目的.....	121
第二目 競爭機制下的政府採購體制	122
第三款 政府採購刑事行為之屬性.....	124
第四款 與公平交易法之比較.....	127
第一目 維護競爭機制的相同取向.....	127
第二目 對「先行政後刑法」模式之批判.....	128
第三目 政府採購法之獨有領域規定	129
第四目 加重保護政府採購市場競爭之理由.....	130
第五款 小結—守護競爭秩序的解釋路徑.....	132
第六節 本章結論.....	136
第四章 政府採購法刑事規定之重新檢視.....	139
第一節 概說	139
第二節 各罪問題爭點與條文再反思.....	141
第一項 圍標行為犯罪類型.....	141
第一款 強制圍標罪之問題與反省.....	142
第二款 詐欺圍標罪之問題與反省.....	144
第三款 合意圍標罪之問題與反省.....	145
第四款 借牌投標罪之問題與反省.....	148
第二項 綁標行為犯罪類型.....	150
第三項 洩密行為犯罪類型.....	152
第四項 強制行為犯罪類型.....	155
第五章 結論	158
第一節 本文總結.....	158
第二節 實務議題之重新分析—以「借牌陪標」為核心	161
第一項 問題爭點與緣起.....	162
第二項 實務判決整理.....	163
第一款 對於「冒名陪標」之定性.....	163

第二款	定位為「詐術圍標」之見解.....	165
第三款	定位為「合意圍標」之見解.....	166
第四款	定位為「借牌參標」之見解.....	168
第三項	本文評析—從保護法益思考之除罪化路徑.....	169
參考文獻	176



第一章 緒論

第一節 問題意識



採購，乃是一種需求者與供給者間，以金錢換取資源的社會活動，一般採買東西的過程多是一手交錢、一手交貨，銀貨兩訖後通常交易即為完成。然而政府採購並非如此單純，其除了具有金額龐大，而會間接影響整體經濟之特性外，有時亦會與國家政策之施行具有密切關係。另一方面，對一般國家而言，政府機關、公立學校、及公營事業每年採購工程、產品、及服務之總金額花費，通常可說是其本國境內之最大消費者，例如我國在二十世紀末年間，政府採購總金額即約佔國民生產毛額（Gross National Product，GNP）的百分之十三¹，其對於國內市場之影響而言不可謂不大。故與政府採購有關之行為在市場中，皆係動見觀瞻，從而就政府採購之流程，有必要為特別且具體明文的縝密規定，且由於係執行預算的關係，亦須受到民意之監督。

此外，在政府採購法第 87 條至第 92 條的罰則章節中，尚有對於採購過程中之相關行為，如圍標、綁標、洩密等行為所作的刑事規定。然而，對於該等行為規制所欲保護的利益為何，其實並不清楚。從本法第 1、6 條中可知，政府採購乃以「確保採購品質、預算有效運用及符合最大公益」為目標，惟此種行政目的之維持，是否得直接作為本法刑事罰則中之保護法益，其實是有所疑義的。首先，若僅將單純的行政目的作為本法刑事保護法益，則從系爭規定之刑度來看，為了過於廣泛及輕重不一的行政目的而使用如此重刑，恐不符刑法謙抑之思想；另一方面，雖然我國公共工程品質低落與良莠不齊，乃是眾所皆知的問題，然而若僅以此作為本法刑事保護目的，從系爭規定的要件來看，恐亦係過於前置化。刑法不是萬能，不能因為欲矯正實務上的某些問題，即廣設刑事規定來因應，如此除了不一定能解決問題外，亦有不正當地增加政府權力之疑慮²，是以有必要明確化本法刑事保護法益之定位，如此始得確認系爭條文的使用範圍與處罰極限。

¹ 行政院公共工程委員會（1999），《政府採購法相關資料彙編》，三版，頁 6 之 2。

² 刑罰權乃係一個政府所擁有的最強手段，當這個手段的施展可能性增多時，通常即代表人民自由可能性的縮減。

關於這部國家作莊的採購制度規範，一般多會從政府二字切入，認為既然是與國家有重大關係，則通常會如上述而將本法與行政等國家利益牽連起來，進而將系爭規定定位成國家法益保護之特別刑法。然而，雖然國家權力並不完全等於政府權力，但政府權力往往會以國家權力之姿態展現，故本文認為於當代民主社會中，一個政府擁有過度權力，且廣泛地以刑罰來維護其權力一事，才是首要須防止之情事。另一方面，從系爭規定多針對「招標程序」來看，由於我國政府採購招標程序乃引進外部市場監督之方法，來維持採購效能，而「競爭機制」在此中扮演著十分重要之角色，故維護相關競爭秩序之社會法益，亦有可能定位為本法之刑事保護法益。本文在第一部份所欲處理者，即係政府採購法之刑事保護法益，究竟應朝何種方向為解釋之問題。

若朝保護競爭秩序的社會法益解釋方向前進的話，亦須解決該等秩序之實質內涵為何的問題。曾有學者言³：「經濟交易上，有錢的聰明人的不法操縱行為，與沒錢的笨蛋的財物掠奪行為，應該受同等的法律對待」，此話之細節部份雖尚有待討論的地方，但是不可諱言地，於當代社會中，如經濟刑法等領域的規制，亦係不可忽視之需求。競爭刑法作為經濟刑法的概念之一，首先即須確認所謂之「競爭」為何，其次針對所謂競爭秩序縱有其需保護性，仍有必要探究實質內涵。亦即並非僅因須保護一種秩序，即得將違反該等秩序規定之相關行為，全部予以刑罰化，是以找出競爭秩序中可加以刑罰的實質內涵，乃是本論文所欲處理的第二個問題。

在確認本法刑事保護法益為何後，如何對於系爭法條規定為限縮解釋，以及提出修法上建議，乃是本文第三部分所欲處理之問題。此外，關於實務上於政府採購中常發生的「借牌陪標」行為，其意義為何常生混淆，且其究竟有無可刑罰性，亦值得探討，本文最後將就此議題，從本文對於本法刑事保護法益之見解下，加以重新檢視。

³ 林東茂（1996），《危險犯與經濟刑法》，頁 159，臺北：五南圖書。

第二節 研究範圍與架構

本論文就前節中之問題意識，首先於第二章，將從新自由主義下的全球政治經濟轉變浪潮，帶出政府採購法當時的立法背景，並探討於立法前即存在我國政府採購法制之問題。此外，針對政府採購主體的「政府」，以及客體的「採購」其範圍為何，作一介紹與劃定，此部份之解釋會設及到後述關於保護法益之定位。接著，將簡單介紹一般作為原則的「公開招標」流程，以及其他特殊的招標方式，如「選擇性招標」、「限制性招標」；與特殊的決標方式，如「最有利標決標」等。此章最後並就本論文欲探討之政府採購法刑事行為，作一初步的介紹，以及問題的提示後，再行進入第三章關於保護法益定位的核心議題。

第三章乃係關於政府採購法刑事保護法益的定位探討。首先乃對於向來刑法學上的保護法益原則，作一重新檢視，與其從正面去定義法益概念，毋寧從側面機能著手去描繪法益概念的輪廓；其次，對於刑法上有無必要從傳統個人法益外，再行區分其他如所謂「超個人法益」之保護為說明。接著以傳統法益三分論的架構，亦即個人法益、國家法益、社會法益三者，去個別檢視定位可能性。於個人法益中，將探討定位為參標廠商財產法益以及自由法益的可能性。於國家法益中，將先針對傳統國家法益之意義與體系架構，為簡單之說明，並進而從資源分配的視角，一方面從量的觀點去檢視，是否有定位為國家財產保護、或是國家資源公平分配保護的可能性；另一方面從質的觀點去檢視，是否有內部侵害資源分配職務的公正性、或是外部侵害資源分配公務圓滑行使的可能性。

在上述探討若皆為否定之情形下，於社會法益中，尋找出究竟是何種社會制度利益，值得以本法刑事規定加以保護。若係欲保護招標流程中的競爭秩序的話，則就該等競爭秩序之實質內涵為何的探討，本文將從經濟刑法的理論基礎，帶出「競爭」概念的本質，以及競爭制度之歷史流變和學派思想。接著試著從「產業組織經濟學」的角度出發，確認於競爭秩序中，值得以刑罰加以保護之實質內涵為何後，並進而探究是否得將本法刑事罰則之保護法益定位於此。

在確認本法之刑事保護法益後，本文將回頭重新檢視本法系爭之刑事規定，是否有重新解釋及限縮之可能性，並提出修法上建議。此外，針對系爭條文於運

用上所可能遭遇之問題，亦從本文見解之觀點下，提出可能的解釋路徑。最後，將針對實務上時常發生之「借牌陪標」行為，為定義之釐清，以及整理判決間之歧異，並進而提出在本文見解下，就此實務爭議所可能提出之方向作結。



第二章 政府採購簡述



第一節 概說

從緒論可知，本論文所聚焦者，為政府採購法中刑事行為之保護法益的探究，以及罰則中相關條文之重新解析。礙於篇幅關係，本章對於政府採購之概述，並非縝密全面性地作介紹，而僅是針對與本論文核心論述可能相關之部份，以及前提知識來作簡介。

政府採購法罰則中所為之規範，一般認屬特別刑法，亦即非規定於我國刑法典中之刑事制裁。此外，亦有從系爭刑事行為乃是規定於行政法律中之罰則規定，進而認為本法亦屬行政刑法之一種⁴，惟由於行政法律的具體實行皆有其行政目的，故在探究行為是否有侵害保護法益的同時，似宜一併審查是否對於行政目的有所悖離。詳細論述將於後續章節一併討論之。

本章以下將從近代世界經濟潮流發展的簡要介紹出發，進而帶出我國訂立政府採購法的歷史背景與脈絡。接著就有關政府採購專法立法前所產生之問題，以及針對該等問題的立法與修法沿革作概略介紹，並聚焦在本法罰則部份的修正為討論。此外，針對政府採購的大前提，亦即該等行動之主體的「政府」，以及客體的「採購」，其等範圍各為何，作一概略介紹；並簡單就作為政府採購原則之公開招標作業流程為說明，在此程序進展中，亦是最常發生本法刑事罰則犯罪之時點，故有必要對其具備基礎之運作理解。最後，乃是就本文所欲針對的核心對象，亦即政府採購法刑事罰則第 87 條至第 91 條中，所規制之犯罪行為類型，先就其基礎定義與概念，以及可能衍生之爭議，作一形式地提示與說明。

第二節 新自由主義全球化浪潮下的立法趨勢⁵

自二次大戰末期開始，各國受凱因思理論（Keynesian theory）之影響，紛紛

⁴ 陳櫻琴（2008），〈論政府採購犯罪〉，收於：林山田教授紀念論文集編輯委員會（編），《刑與思—林山田教授紀念論文集》，頁 249，台北：元照。

⁵ 新自由主義就其理論本身，或可解釋為一項旨在實現國際資本主義重組的烏托邦計畫，然就

採行所謂「鑲嵌型自由主義 (embedded liberalism)」之經濟架構。此種政治經濟架構之重點在於政府對於經濟活動的管控與統制，即以社會和政治的約束網絡以及規範環境，來領導經濟與產業的策略方向⁶。鑲嵌型自由主義在戰後的先進資本主義國家中獲得了不錯的成果，並在 1960 年代達到高峰。

然而，此經濟架構忽略了「通膨期待 (inflationary expectations)」的致命效果，亦即大眾每次在面對經濟危機時，對於政府以擴大支出來解決的行動有所期待，但事實上社會整體實質財富卻並未增加，因而導致商品價格上漲，並形成政府支出增加而致財政赤字與通貨膨脹等現象。到了 1960 年代末，資本積累的嚴重危機遍及各先進資本主義國家，美元在國際間的浮濫亦使得以黃金儲備來支撐固定匯率措施的布雷頓森林體系 (Bretton Woods system) 垮台。在失業率與通貨膨脹率皆高升的停滯性通膨 (stagflation) 下，美國於 1971 年回復浮動匯率，也正式宣告了鑲嵌型自由主義的失敗。

自 1970 年代以來，世界各個主要資本主義國家，如英國及美國等，在政治經濟的思考上均可看出對鑲嵌型自由主義的反轉，而明顯朝所謂的「新自由主義 (Neoliberalism)」前進。亦即趨向穩固的個人財產權、自由市場、自由貿易、對於個體企業的大幅度鬆綁、私有化等等概念，並將國家的任務定位為--「創造並維持一種適合實踐上述特色的制度框架」。自 1980 年代之後，新自由主義的浪潮席捲全球，無論是剛從蘇聯解體而成立的東歐新國家，或是歐洲傳統社會福利國家，皆某程度地轉向新自由主義實踐。而管理全球財政和貿易的國際性機構，如國際貨幣基金組織 (International Monetary Fund, IMF)、世界銀行集團 (World Bank Group, WBG) 及關稅暨貿易總協定 (General Agreement on Tariffs and Trade, GATT) 等國際組織，也在世界各地強勢推動新自由主義。到了 1989 年針對拉丁

其現實具體實踐所呈現的結果，有認其僅是政治經濟菁英們欲重建資本積累條件並恢復其權力的政治計畫。亦即，以「理論」之理念內涵讓其看似有合法正當性的外衣，但真正「實踐」的目的乃是經濟菁英階級之重建，當新自由主義的原則與理論理念在實際操作時，若與恢復或維持該等菁英之權力相衝突，這些原則與理念往往會被曲解或拋棄不被承認。惟因為與本文欲探討之核心較無關聯，故於此不再去深究「理論」與「實踐」之不同，並僅以「理論」作為前提。更進一步之詳細論述可參 DAVID HARVEY, THE NEW IMPERIALISM (CLARENDON LECTURES IN GEOGRAPHY AND ENVIRONMENTAL STUDIES) (Oxford University, 2005)；DAVID HARVEY, A BRIEF HISTORY OF NEOLIBERALISM (Oxford University 1st ed. 2007)；DAVID HARVEY, THE ENIGMA OF CAPITAL: AND THE CRISES OF CAPITALISM (Oxford University 2nd ed. 2011)等書。
⁶ DAVID HARVEY, A BRIEF HISTORY OF NEOLIBERALISM 11 (Oxford University 1st ed. 2007).

美洲國家經濟改革的「華盛頓共識（Washington Consensus）⁷」可說是集大成，其有體系地將英美兩國的新自由主義轉化為具體政治經濟改革策略，諸如防止大規模財務赤字的財政規範、削減公共福利開支、稅制改革、利率市場決定化、競爭匯率、貿易自由化及降低關稅、取消限制外資自由流動的各種障礙、國有企業私有化、取消政府對企業的管制、以法律保護財產權等等，並得到國際貨幣基金組織與世界銀行的支持⁸。

二戰後，以美國為首而建立了三個維持世界經濟秩序的機構與協定，分別是國際貨幣基金組織（IMF）、世界銀行集團（WBG）、與關稅暨貿易總協定（GATT），並在「多邊、協商、自由貿易」的精神下運作著，其中的 GATT 於排除關稅及非關稅貿易障礙上有所成就。然如前所述，1970、1980 年代的全球經濟危機與蕭條，使得貿易保護主義興盛，多邊貿易體系的完整運作受到挑戰。故 GATT 之締約國從 1986 年開始展開多邊貿易協商，期間並歷經柏林圍牆倒下與蘇聯解體，對於全球經濟應加速邁向自由化的共識逐步成形，終於 1994 年成立涵蓋關稅減讓、排除非關稅貿易障礙等的「世界貿易組織（WTO）」，並於 1996 年正式取代關稅貿易總協定（GATT）。但 WTO 基本上仍維持著 GATT 中的幾項原則，如無歧視原則、透過協商降低貿易障礙、以及利用爭端解決程序來解決問題等，從這些原則中所發展之 WTO 規範又包含：1.商品多邊貿易協定；2.服務貿易總協定；3.與貿易有關智慧財產權協定；4.爭端解決規則與程序釋義瞭解書；5.貿易政策檢討機制；6.複邊貿易協定等部份，而「政府採購協定（Agreement on Government Procurement，GPA）」即包含在複邊貿易協定中，且其僅規範簽署國⁹。

在二十世紀末，我國為跟上此波貿易自由化、全球化的潮流，積極地尋求加入 WTO 之契機，而在國際諮商過程中，各國多以我國當時政府採購法規及制度架構不夠全面且不符合國際作法，有妨礙國際貿易、歧視外商、不公開透明之虞為由，堅持我國必須簽署「政府採購協定」以作為支持我國入會的條件之一，為博得各國之支持，我國即承諾於加入 WTO 後將簽署此一協定¹⁰。此外，為了配合

⁷ 詳細內容可參世界衛生組織（WHO）網站，<http://www.who.int/trade/glossary/story094/en/>，（最後瀏覽日：04/20/2014）

⁸ JOHN WILLIAMSON, *What Washington Means by Policy Reform*, in *LATIN AMERICAN ADJUSTMENT HOW MUCH HAS HAPPENED?* (1990).

⁹ 林發立（1999），〈WTO、政府採購協定與政府採購法〉，《萬國法律》，103 期，頁 22。

¹⁰ 行政院公共工程委員會，前揭註 1，頁 4 之 1。

未來簽署後國內各機關之作業需要，故行政院於 1994 年責成行政院公共工程委員會研擬「政府採購法草案」，並於 1998 年在立法院三讀通過，隔年施行。

從上述的世界政治經濟歷史流變可知，新自由主義的浪潮不僅影響了我國政府採購法的制定，此種政治經濟的制度框架下所欲形成的本法立法目的，尤其是本法罰則中刑事行為的保護法益之探究與定位，亦係值得作為切入的思考點之一，詳細討論將於後續章節為之。

第三節 政府採購法立、修法沿革

第一項 立法前之問題所在

在未訂立政府採購法的過去，政府各機關營繕工程及購置定製財物等業務，乃是依據「審計法」、「審計法施行細則」、「機關營繕工程及購置定製變賣財物稽察條例」及「行政院所屬機關營繕工程招標注意事項」來辦理；而勞務部份，則僅以行政命令作為各機關辦理之規範¹¹。

是以當初訂立本法之理由，除了如前節所述，是為了配合我國加入世界貿易組織（WTO）並將簽署政府採購協定（GPA），而欲建立一套符合國際規範的採購規定以順應經濟國際化、自由化的趨勢外；另一方面，亦是因為有鑑於政府經濟活動規模日益龐大，且財物購置與工程營建之金額乃為政府重要的支出。然而，對於此等採購活動的規範，過去僅以「審計法」為母法，致有以下三項缺失：其一，乃實際執行上多以機關營繕工程及購置定製變賣財物稽察條例來進行，但各單位為便宜行事，均另訂實施要點、注意事項、管理規則等細則或命令，缺乏統一的「採購法」以致令出多門、各自為政，徒增廠商的困擾與糾紛，並影響政府採購效率及政府機關之威信¹²；其二，乃過去的採購規範（審計法與相關稽察條例），多以防弊為主，造成審計權與行政權混淆，且審計權干預並凌駕行政權之

¹¹ 潘秀菊（2009），《政府採購法》，頁 13，臺北市：新學林。

¹² 立法院公報處（1997），〈立法院第 3 屆第 3 會期預算、財政、法制、司法、內政及邊政五委員會第 1 次聯席會議紀錄〉，《立法院公報》，87 卷 20 期，頁 30。

上，權責不分互相推諉而有違權力分立¹³。監察部門過去亦有發現到須釐清行政與監察權限的問題，而主動進行稽察條例的修正，並將修正案送請立法院審議，該修正案僅保留應屬監察權的事後審計權，而將事前審計與有關採購之行政程序等規定皆予刪除，留待行政部門另訂法律規範。惟行政部門對該立法工作一再延滯，直至 1994 年為加入 WTO 前身之 GATT，始為政府採購法草案之研擬¹⁴；其三，乃過去以審計法為母法之相關行政法規，多在管錢不在管人，對於採購倫理並無規範，在此狀況下，政府重大採購貪瀆、洩密事件層出不窮，而浪費公帑的情事比比皆是，甚至危害國家安全，民心士氣也遭受打擊。

第二項 立修法過程

基於上述諸多國內外因素的考量，行政院公共工程委員會審酌了當時政府採購制度之規定、國際採購制度之規範及政治、以及經濟之實際狀況與需求，研擬了「政府採購法草案」。該草案於 1996 年 12 月奉行政院核定並函請立法院審議，立院於 1997 年 3 月初起，由預算、財政、司法、法制、內政及邊政等五委員會聯席審查，歷經八次會議，始於 1997 年 5 月 8 日完成審查，之後又經十一次朝野黨團協商，至 1998 年 5 月 1 日終完成三讀，同年 5 月 27 日總統公布，並於 1999 年 5 月 27 日正式施行¹⁵。

政府採購法自 1999 年施行迄今，共歷經四次的修正，其各次修正重點簡要如下¹⁶：

第一次修正，係立法院提案修正第 7 條條文，於 2001 年 1 月 10 日修正增訂「生鮮農漁產品」不包含在財物採購中「物品」之範圍，並於立法說明界定其定義及適用情形。

第二次修正，係基於部分條文經過實務運作結果，發現窒礙或有必要鬆綁或補充規定之處，又為迎合電子商務之趨勢及配合行政程序法之施行，部

¹³ 立法院公報處，前揭註 12，頁 32。

¹⁴ 唐國盛（2009），《政府採購法律應用篇》，七版，頁 25，臺北市：永然文化。

¹⁵ 李建中（1999），〈政府採購法及其相關子法〉，《營造天下》，42 期，頁 4。

¹⁶ 行政院公共工程委員會（2012.10），〈政府採購法規概要〉，《採購專業人員訓練教材-基礎課程》，頁 3。

分條文確有修正之必要。經多次檢討後，為發揮政府採購法興利防弊功能，研修本法部分條文修正草案，重點包括改善採購作業合理性、提升採購效能、強化爭議處理機制、處罰不法不當行為等，於 2002 年 2 月 6 日奉總統修正公布，計修正條文 32 條，刪除 1 條，增訂 5 條，共 38 條，並修正第 6 章章名。此一修正，乃配合 2001 年 2 月所召開之全國行政革新會議推動全面法規鬆綁，以提升政府效能之決議，並配合當年 8 月間，經濟發展諮詢委員會議關於檢討修正本法以利科技研發，及營造穩定之研發環境之決議。

第三次修正，係立法院提案修正第 85 條之 1 條文，於 2007 年 7 月 4 日修正公布增訂第 2 項後段「工程採購經採購申訴審議委員會提出調解建議或調解方案，因機關不同意致調解不成立者，廠商提付仲裁，機關不得拒絕」。

第四次修正，係立法院提案修正第 11 條、第 52 條及第 63 條條文，於 2011 年 1 月 26 日修正公布，其內容包括擴大價格資料庫之適用範圍，增訂可採不訂底價最有利標之採購標的，及賦予採購契約範本較明確之效力。

上述諸次修正中，與政府採購法之刑事行為有直接相關者，乃是 2002 年的第二次修正，該次針對採購法罰則中之第 87 條、第 88 條作了不小之變動：首先就前者，亦即一般所謂圍標行為防止之規範，增列了第 5 項之規定，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。惟本條究竟是僅規範「借牌投標」之行為，抑或及於「借牌陪標」行為，容有爭議，將於後續章節說明。其次就後者，亦即一般所謂綁標行為防止之規範，擴大適用對象至「審查、監造之人員」；並擴大「規格」之適用範圍，即將原條文前段中之「對技術、工法、材料或設備之招標規範」增列對於「規格」之規範，並將「招標」二字去除，表示不限招標階段之綁標行為，若於履約階段對廠商之履約事項為違反法令之限制或審查，當一併適用；此外亦擴大「資格」之適用範圍，即將原條文後段中之「對投標廠商之資格」，增訂為「對廠商或分包廠商之資格」；最後，對於綁標行為加以明確定位，即將原條文之「為不當之限制」，修訂為「為違反法令之限制或審查」，以免對於綁標行為之認定過於浮濫。

第四節 政府採購法之適用範圍



為了確實瞭解政府採購法的適用對象與範圍，必須先就政府採購為一概略的意義定位，而從最直覺的解析，即是去探究「政府」與「採購」於本法中所及為何。前者其實即涉及到政府採購法所適用主體之範圍確認，後者則是涉及到政府採購法所適用客體之範圍確認。以下將從本法條文出發，簡單介紹實務及學說上對於政府採購法所適用之主客體範圍之認定。

第一項 「政府」之認定

政府採購法適用主體之「政府」，依本法第 3、4、5 條之規定，可歸類出五種，即「政府機關」、「公立學校」、「公營事業」、「受機關補助之法人或團體」、「受機關委託代辦採購之法人或團體」。

首先就「政府機關」而言，應該包括中央及地方政府機關，且不限於狹義行政機關，如立法院、司法院、考試院、監察院與其等所屬之機關，也都包含在內。至於非由國家所設立之法人、團體，如農田水利會、農會、漁會等，除有政府採購法第 4、5 條之情形，否則原則上均非此處所稱之機關¹⁷。此外，縱係政府與民間企業合作投資並依契約設立的公司，亦非此處所稱之機關¹⁸。比較須討論的是，於「行政委託」行為之情形¹⁹，受託行使公權力的私人或團體是否屬此處所稱之機關，而有本法之適用？學說上認為²⁰，若受託人所從事者為與公權力無關之私經濟活動，則當然非本法所稱之「機關」。然縱使受託人是在其受委託業務範圍內行使公權力，並在其受託業務範圍內為特定的採購行為，亦須觀受託人是否符合本法第 4 條之規定，即以受託人之採購財務來源是否源自於政府機關來判斷：若源自於政府機關且達一定程度，依第 4 條規定即有本法之適用；若非源自於政府機關，或縱源自於政府機關但未達一定程度時，仍無本法之適用。綜上以觀，政府採購法第 3 條中的「行政機關」，基本上與行政法上之行政機關²¹同義。

¹⁷ 詳參行政院公共工程委員會（88）工程企字第 8813028 號、第 8812604 號函。

¹⁸ 詳參行政院公共工程委員會（88）工程企字第 881698 號函。

¹⁹ 例如行政機關委託私人從事違規車輛拖吊，或是商品檢驗局委託私人為商品檢驗等。

²⁰ 黃鈺華、蔡佩芳（2011），《政府採購法解讀：逐條釋義》，四版，頁 12，臺北市：元照。

²¹ 行政程序法對於行政機關之定義，可見於該法第 2 條第 2 項：「本法所稱行政機關，係指代

其次就「公立學校」而言，應包含名稱具有「國立」、「市立」、「縣立」之各級學校²²。「公立學校」在行政法上之定位乃「公營造物²³」的一種，本條將其單獨列舉出來，似乎有意排除其他公營造物適用本法之可能。惟學說上有認為²⁴，公營造物辦理採購的情形，並不涉及營造物的利用關係，和一般政府機關並無差別，似應將「公營造物」包含在「政府機關」中，而沒有必要將「公立學校」獨立列舉出來。在現行法條的規範模式下，為有效監督採購行為以達透明、公平、競爭之採購，應將公立學校以外的公營造物，如機場、博物館、圖書館、紀念館、公立醫院等等，解釋包含在本條之「政府機關」範圍中。

接著就「公營事業」而言，應包含國營事業及地方公營事業。對於公營事業的概念，雖一般多以審計法第 47 條²⁵之規定來認定，但在整體法律系統上並未有一個統一的定義，本法亦未對「公營事業」作定義。在此情形下，即會有「是否所有公營事業均在本法的規範下」之疑問。學說上認為²⁶，為使採購預算的支用程序能符合本法所要求公開、透明、競爭、公平、一致的原則來看，本法所欲規範者，應限於「經民意機關審議採購預算之公營事業機構」為是。

針對「受機關補助之法人或團體」，依本法第 4 條之規定，若補助金額未達公告金額以上者，並不適用本法，而公告金額的標準，為主管機關依本法第 13 條第 3 項所公告之金額。此外，受補助人若為「個人」或「機關」，則非解釋所及，而不得適用本條之規定。再者，實務上認為，「補助」與「勞務委任」並不相同，於前者受補助的法人或團體即為該項採購之需求者；於後者之需求者則為機關本身²⁷。故僅有前者可能適用本條之規定，後者之情形須視其金額及案件性

表國家、地方自治團體或其他行政主體表示意思，從事公共事務，具有單獨法定地位之組織。」及第 3 項：「受託行使公權力之個人或團體，於委託範圍內，視為行政機關」。

²² 潘秀菊，前揭註 11，頁 27。

²³ 所謂「營造物」，乃指行政主體為達公共行政上之特定目的，將人與物作功能上之結合，以制定法規作為組織依據所設置的組織體，與公眾或特定人間發生法律上之利用關係。詳參吳庚（2007），《行政法之理論與實用》，十版，頁 181-182，臺北市：元照。

²⁴ 黃鈺華、蔡佩芳，前揭註 20，頁 13。

²⁵ 審計法第 47 條：「應經審計機關審核之公有營業及事業機關如左：一、政府獨資經營者。二、政府與人民合資經營，政府資本超過百分之五十者。三、由前二款公有營業及事業機關轉投資於其他事業，其轉投資之資本額超過該事業資本百分之五十者。」

²⁶ 黃鈺華、蔡佩芳，前揭註 20，頁 14。

²⁷ 詳參行政院公共工程委員會（88）工程企字第 8807039 號函。

質，依本法第 18 條至第 23 條之規定來辦理招標²⁸。

最後就「受機關委託代辦採購之法人或團體」，乃機關為因應各項採購之需求，而得依本法第 5 條委託法人或團體代辦採購。此種委託代辦採購於實際上，從事採購者仍是採購機關本身，受託的法人或團體僅是採購機關手足之延伸而已，故採購行為本身仍是在執行政府的預算，而此種委託代辦之性質，因亦屬於「勞務採購」的一種，故該代辦廠商的找尋也必須依照本法所規定之採購程序辦理²⁹。此外，實務上針對本條之「委辦」與「委託研究」間有所區別，二者雖在受託對象之找尋上，均應依本法有關勞務採購之規定辦理，但在受託對象確定後，前者辦理機關所委託之採購時，應依本法規定並受本法規範；後者除非該當本法上述其他條文所認定之主體，不然原則上因此時已屬履約階段，故其為研究上之需要而進行之採購，並不適用本法的規定³⁰。

第二項 「採購」之認定

政府採購法適用客體之「採購」，並不限於一般通俗觀念的「採買」，即不僅止於財物買受行為，依本法第 2 條規定，乃包含了「工程之定作」、「財物之買受、定製、承租」、及「勞務之委任或僱傭」。而對於「財物的變賣及出租（借）」等政府收入行為，不僅於字義上與「採購」有所扞格，目前亦已有國有財產法及各地方政府相關法令為規範，故非本法適用之範圍³¹。此外，針對「工程」、「財物」、「勞務」之定義及認準，亦明確規定於本法第 7 條中。

值得注意的是，依照政府採購法第 99 條之規定，為使民間投資興建政府所規劃或核准之建設的廠商甄選程序有法可循，民間參與投資之 BOT (Build Operate Transfer) 或 BOO (Build Operate Own) 亦適用政府採購法之規定，此乃因投資興辦廠商之甄選程序，亦須符合公開、透明、公平競爭之原則為佳³²。惟學說上有認為，BOT、BOO 等開發建設模式與一般政府採購型態並不一定相同，故在本條

²⁸ 詳參行政院公共工程委員會（88）工程企字第 8811771 號函。

²⁹ 黃鈺華、蔡佩芳，前揭註 20，頁 30。

³⁰ 詳參行政院公共工程委員會（88）工程企字第 8819603 號函。

³¹ 詳參行政院公共工程委員會（88）工程企字第 8807994 號函。

³² 行政院公共工程委員會，前揭註 1，頁 1 之 58。

條文用字上，似宜以「準用」代替「適用」較為妥適³³。



第五節 政府採購作業流程簡介

第一項 一般公開招標辦理採購流程

一般而言，機關辦理採購的程序大抵是按照以下流程：即機關訂定招標文件→刊登公告並公開發給發售→廠商投標→截標→開標→審標→決標→訂約→履約→驗收付款→結案³⁴。而作為一般性原則的「公開招標」，其採購流程之辦理依第 26 條之規定，多從訂定招標文件開始，並依第 27 條將招標公告統一刊登於政府採購公報或資訊網路上，以利可能有意願參標之廠商得接收到相關訊息，即以公告方式邀請不特定廠商進行投標。

於公告日起至廠商投標截止（截標）日間，依「招標期限標準」第 2 條之規定，按照採購金額及規模之差距，有著時間長短不同的「等標期」，除未達公告金額之採購為 7 日及巨額之採購為 28 日外，一般公告金額以上未達查核金額之採購為 14 日，而以下將敘述之部份圍標犯罪類型，即常發生於此期間。故為了增進採購效率，避免等待開標期間亦可能發生的竄改投標文件、探聽投標廠商名單以便進行圍標之弊端，在等標期屆滿當日或次一上班日，原則上採購機關即會進行「開標」之動作³⁵。而依本法施行細則第 48 條第 1 項之規定，所謂「開標」，乃指依招標文件所標示的時間及地點，開啟廠商投標文件之標封，並宣布廠商之名稱或代號、家數及其他招標文件規定之事項，而如有標價亦宣布之。此種機制乃類似「試卷彌封」的概念，是以在開標前，採購機關不得先行開啟廠商投標文件進行審查³⁶。

此外，除有本法第 47 條所規定得不訂底價之情形，如小額採購或以最有利標決標之採購等外，於公開招標開標前，採購機關均應訂定「底價」，所謂底價，

³³ 黃鈺華、蔡佩芳，前揭註 20，頁 382。

³⁴ 林鴻銘（2007），《政府採購法之實用權益》，八版，頁 158，臺北市：永然文化。

³⁵ 黃鈺華、蔡佩芳，前揭註 20，頁 198。

³⁶ 詳參行政院公共工程委員會（89）工程企字第 89003131 號函。

乃類似採購機關就該次採購所可能容許的底標、上限，其訂定之標準應依本法施行細則第 52 條，參酌不同之考量及差異而訂定之。而關於該底價之審查，過去乃報請上級機關或審計機關為之，但由於最瞭解採購案及合理底價者應係採購機關本身，上級機關或審計單位經常難以作到實質審查，故多以打折方式對機關所訂定的底價加以刪減，致使採購機關在訂定底價時，常須虛增底價以因應，進而造成惡性循環。是以現行本法施行細則第 53 條規定，該等審查由機關首長或其授權人員核定，此使採購機關對於底價訂定之合理性自負成敗而無法諉責於上級或審計機關，進而於訂定底價時更為審慎³⁷。

在開、決標前，若有本法第 50 條之例外情況發生時，採購機關應對個別特定廠商不予開標或決標；而未達三家以上合格廠商投標時，應辦理第二次招標公告。若無以上兩種情形而有三家以上合格廠商投標的話，招標機關即應予開標，並針對廠商投標文件進行審查（審標）。而對於合於投標文件之廠商，採購機關決定何者得標（決標）之方式，依本法第 52 條之規定，可分為「最低標價決標」、「最有利標決標」、及「複數決標」，但以「最低標價決標」為原則。此外，在決標前，依是否訂有底價，以觀應跑本法第 53 條之減、比價程序或本法第 54 條之減、比價程序，該程序之發動原則上乃係因最低標價之投標廠商，其標價仍超過底價或預算及建議金額，此時得洽詢該廠商減價一次，惟減價結果若仍逾上開金額時，採購機關得招集所有合於招標文件規定之投標廠商，進行重新比減價格之程序，次數不得逾三次。於訂有底價之情形，若比減價三次後仍超過底價，尚有本法第 53 條第 2 項之例外程序，即若未逾預算數額及底價百分之八，且機關確有緊急情事需決標，並經原底價核定人或其授權人員核准時，仍得依系爭標價決標。而在此些程序完成後，若有符合招標文件規定且在底價內或價格合理之最低標價廠商³⁸，即宣佈決標，該廠商為得標廠商；惟若採購機關無法依第 53 條規定決標，且招標文件中未規定得採行協商措施時，或依第 54 條辦理比減價之結果，

³⁷ 黃鈺華、蔡佩芳，前揭註 20，頁 200。

³⁸ 於最低標決標之情形，若採購機關認為最低標廠商之總標價或部份標價偏低，顯不合理而有降低品質、不能誠信履約之虞或其他特殊情形時，得依本法第 58 條，限期通知該廠商提出說明或擔保，若該廠商不為說明或擔保，採購機關得以次低標價廠商為最低標廠商。從本條程序規定中可知，政府對於採購行政目的、採購品質及國家財產之保護，已設有行政上先行的層層程序保障。

仍超過建議或預算金額時，機關即應宣佈廢標³⁹。

以上乃作為原則之公開招標程序於標案流程之簡介，然對於招標之方式與決標之形式，政府採購法中另有不同之例外規定，以下將就此些例外規定為一介紹，並就其於實務上所可能產生之問題為討論。



第二項 招決標方式之採擇與問題

依政府採購法第 18 條之規定，招標的方式可分成：「公開招標」、「選擇性招標」、及「限制性招標」三種；又依本法第 52 條之規定，決標的方式有以下四種原則：即「在底價以內之最低標」、「未訂底價而在預算數額內之最低標」、「合於招標文件之最有利標」、「複數決標」，亦即最低價標、最有利標、及綜合類型。

第一款 招標程序及爭議

針對擇定招標方式的流程，首先採購主體會依編列預算來提其採購需求，並在招標前確認其採購金額與性質。當採購金額達到公告金額以上時，若符合本法第 22 條之規定，可採限制性招標；若未符合第 22 條之規定，則可觀是否符合本法第 20 條之規定，來決定是否得採選擇性招標。若不符第 22 條、第 20 條之規定的話，則依政府採購法的招標原則，即公開招標方式來為辦理。須注意的是，在公開招標後，若有本法第 22 條第 1 項第 1 款之情形時，即無廠商投標或無合格標且原定招標內容及條件未經重大改變時，則可採限制性招標。

而作為政府採購法中公開招標原則之例外的「選擇性招標」與「限制性招標」，有其制定之目的所在：前者乃係為了提昇採購效率，省卻重複性的資格審查作業，以降低廠商備標費用，故令各機關得依公告方式預先辦理廠商資格審查，再邀請預審合格之廠商參與投標⁴⁰；後者乃係為求採購案件能迅速有效率地達成目標，並節省採購案件進行中所不必要支出的時間、金錢等成本，故令各機關得不經公告程序，邀請兩家以上廠商比價或僅邀請一家廠商議價，以確實符合採購機關的需求，並達成最有效率的採購⁴¹。然本文以為，後者之「限制性招標」，雖係因個

³⁹ 黃鈺華、蔡佩芳，前揭註 20，頁 236。

⁴⁰ 潘秀菊，前揭註 11，頁 80。

⁴¹ 潘秀菊，前揭註 11，頁 83。

案中採購案件之特殊性質所為之便宜規定，但觀本法第 22 條洋洋灑灑地列了十六款適用此種「例外」的特殊情事，甚或還有如該條第 16 款所規定的「經主管機關認定者」，此種賦予政府機關極大權限的概括條款，實有違本論文所認定之本法主要立法目的，即「維護市場競爭秩序機能」的精神，且不免有辦理採購方與欲投標者勾結之道德風險存在。學說上亦有就此二種例外招標方式為批評之見解⁴²，針對「選擇性招標」而言，因為所謂的「資格預先審查」往往具有機密性，程序亦不可能公開，故很難防止主管機關為圖利某一廠商，而為量身定做的綁標情事發生；此外，就「限制性招標」而言，依第 22 條之規定而得採該方式的情形，竟然列有十六款之多，內容不僅包山包海，且用語多屬空泛，甚至在第 16 款還直接明文，只要經主管機關認定，即可採取限制性招標。是以原本公開招標應屬原則的立法目的，不僅將因此破滅，所謂法律主治的精神亦將完全走向人治。

第二款 決標程序及爭議

此外，在決標方式上，除作為原則之「最低價標」外，最常被使用的例外即為以最有利標之方式決標。所謂「最有利標」，乃採購機關為兼顧對於工程、財物或勞務品質、內容之要求，於招標文件中將採購標的依技術、管理、價格等項目列為綜合評選之項目，經依招標文件所規定之評比方式評比後，決定最有利標並以之決標⁴³。依第 52 條第 1 項 3 款及第 2 項之規定，針對「異質」之工程、財物或勞務的採購，且依其採購性質不宜以最低標方式決標時，機關得以最有利標方式決標。而系爭採購性質是否為「異質」，應從招標文件所規定之需求規格或條件來看，不同的得標廠商是否會提供不同品質或內涵的給付，在同質產品的情形中，因為廠商給付的產品原則都一樣，所以僅看價格即可決標；但異質產品須視其給付之能力、方式及內容，故有時宜採最有利標決標⁴⁴。惟實務上認為，若異質項目較少，或差異程度較小者，仍宜採最低標決標，而不宜採最有利標決標⁴⁵，是以在我國政府採購實務上，目前仍以最低標決標為大宗。

⁴² 吳景欽，〈又是限制性招標惹的禍〉，Nownews 今日新聞網站，<http://www.nownews.com/n/2012/12/03/359916>（最後瀏覽日：04/20/2014）。

⁴³ 黃鈺華、蔡佩芳，前揭註 20，頁 237。

⁴⁴ 林鴻銘，前揭註 34，頁 174-175。

⁴⁵ 詳參行政院公共工程委員會（95）工程企字第 09500227540 號函。

於程序上，若採最有利標的話，其作業流程在招標時，不論採購金額之大小，均應報上級機關核准，並成立採購評選委員會訂定或審定招標文件之評選項目、評審標準及評定方式，之後始辦理招標公告，並依招標文件規定辦理開標、評選，且原則上不訂定底價。在審查完各投標文件後，通知各廠商審查結果，並就合格廠商進行綜合評選，所進行之評定方式有：「總評分法」、「評分單價法」、以及「序位法」三種，而評定為最有利標後即為決標⁴⁶。此三種評定方式之詳細內容，皆載於「最有利標評選辦法」第 9 條至第 15 條中，在該些方式裡，雖然標價價格仍為核心的標準之一，但部份評選方式亦有不看價格（招標文件中已載明以固定價格給付）或不過度重視價格之情形，故針對以此些方式決標之標案進行圍綁標的行為，其所侵害者為何，有無一般所認之國家財產法益侵害的可能性與程度，即不無疑義，詳於後述章節論之。

然而，最有利標決標方式在法規完整性面與執行面上，皆尚有所缺失。首先，實務上有批評認為，所謂「異質性」之認定標準並不一致，這樣的標準頗為抽象而無具體客觀標準，致各採購機關均自行解讀，於認定上莫衷一是，此種因「異質」之不確定法律概念，間接賦予行政機關適用最有利標決標時，有相當之判斷餘地，若是機關恣意妄為，則所謂「異質性」之標準，難免有無限上綱而流於偏頗之虞，容易造成最有利標之濫用⁴⁷。進而在執行上，部份機關縱非特殊或巨額採購，卻仍基於維護採購品質之理由訂定廠商投標之特定資格，造成不當限制競爭，甚至引發公務員貪污瀆職等情形。此外在制度面上，評選委員之遴選機制亦尚欠周延，例如工程會公布之評選委員僅以專業背景為考量，致使採購機關無法瞭解擬遴聘委員的品德操守，極易造成評選不公之情事，且實務上於辦理採購案件時，常濫用例外規定⁴⁸而遴選關係良好且配合度高之同一批專家學者擔任委員，雖無違法之處，惟相同評選委員長期參與，極易發生受人情請託，而作出違背專業判斷之弊端情事⁴⁹。再者，部分有意主導標案結果之首長在遴聘委員過程中，亦常會授意承辦單位簽聘特定人員或其熟識人員為評選委員，或以外聘專家學者

⁴⁶ 行政院公共工程委員會（2012），《最有利標作業手冊》，頁 2-21。

⁴⁷ 監察院（2011），《政府採購法公布施行 10 年來，關於限制性招標、最有利標、最低標之成效檢討》，頁 23-24，臺北：監察院。

⁴⁸ 如「採購評選委員會組織準則」第 4 條之 1 的但書規定：「機關辦理不同之採購案，應避免遴選相同之專家、學者擔任委員。但無其他更適合者，不在此限」。

⁴⁹ 監察院，前揭註 47，頁 25。

遴選不易為由，另聘任工程會建議名單以外之人員為外聘委員，影響採購之超然獨立及客觀性，易造成人治凌駕專業，進而不當操縱評選結果⁵⁰。



第六節 政府採購法之刑事犯罪行為

第一項 圍標行為類型

第一款 圍標之意涵

所謂「圍標」的基本型態，一般乃指有競爭關係的事業與事業之間，在工程採購招標之際，彼此協議部份廠商不為價格之競爭，從而由某一事業得標，而未得標者或守約不參加競標者，則由得標事業分子經濟上之若干利益⁵¹。此行為產生之背景，最初乃由於在公共工程的招標案中，常出現廠商間為求獲取交易之機會，而不惜賠本強標，致使許多標案往往不敷成本，廠商亦難以獲利形成惡性競爭，故事業間為求取其利潤之維持而產生了協議價格之行為⁵²，此種為約定價格而獲取不法利潤的事業聯合型態，可說是一種「價格的卡特爾（Cartel）」⁵³。

圍標協議之內容除了使其他廠商投標價較高而不為價格之競爭，以便內定得標廠商可順利得標外，尚有以不參與投標或是協議廠商皆開出較底價為高的價格之手法，進而導致系爭標案流標，使採購機關可能須提高底價後再行公開招標。一般認為，圍標行為使參與投標之人不思透過公平競爭之程序參與競標，卻以迴避競爭的方式聯合壟斷以取得不法利益，乃有違效能競爭原則；且於圍標業者內部，常為達目的而透過一定利益或其他不正手段要求業者依協議為之，亦限制了

⁵⁰ 監察院，前揭註 47，頁 26。

⁵¹ 林東茂，前揭註 3，頁 152。

⁵² 胡偉良、張景河（1996），〈圍標風波下的省思〉，《營造天下》，4 期，頁 6。

⁵³ 一般稱「聯合行為」，乃描述特定市場中，原本具競爭關係的事業體之間，對產量、商品價格或其他足以影響市場供需功能之條件彼此約定，相互間基於約定內容之拘束而非自由意志，於從事系爭商業行為時不再競爭。此種限制了參與成員間原本可能採行的各種競爭手段，而在實質上削弱市場競爭機能之行為，對於市場競爭的影響極鉅，詳參劉尚志（2012），〈競爭法規範與各國反托拉斯法制簡介〉，收於：賴清陽（編），《綁架市場價格的幕後黑手》，頁 45，台北：五南圖書。

成員內部之競爭，是以具有可非難性⁵⁴。

我國政府採購法對於圍標行為之刑事規定，除了規範以協議合意方式為之的原則類型外，於本法第 87 條中，另有針對藉由某些手法而使其他廠商無法為或不為價格之競爭，從而得以得標之規定。大致可分為「強制圍標行為」、「詐術圍標行為」、「合意圍標行為」、以及「借牌投標行為」，將於以下各款分述之。

第二款 強制圍標罪

「強制圍標罪」規定於政府採購法第 87 條第 1 項中：「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，得併科新台幣三百萬元以下罰金」；第 2 項為其加重結果之規定：「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，各得併科新台幣三買萬元以下罰金」。

本罪一般又稱「黑道圍標」，乃是圍標傳統上以合意為之的變形，肇因於隨著時代的發展及社會的進步，無論是工程或是廠商的複雜性皆加深，且工程之價額及可能所產生之利益也越來越鉅大，導致常常無法如過去僅憑廠商間之協商即可達成圍標之協議與利益交換，故有廠商乾脆直接引暴力即黑道勢力，來進行圍標。「黑道圍標」通常在內容上與傳統合意圍標並無不同，亦即由黑道勢力邀集參標及可能參標之廠商，以不法手段要求其不投標或假投標，或指定得標廠商並要求其順利得標後為轉包或分包之一定作為。再者，若是被邀集之廠商開完標決標後不依約定執行，該黑道組織即會在工程進行中唆使該組織之小弟，以暴力多方阻撓工程進行，此亦為「黑道圍標」之類型⁵⁵。

從條文的規範形式來看，本罪之主體並不限於廠商等相關人員，任何人都可能為本罪之行為。此外，從條文文義以觀，本罪並未設有「結果」之規定，反將類似行為客體之內容，立於「意圖」要件中。學說上一般認為，所謂「意圖」此

⁵⁴ 許永欽（1996），〈圍標、綁標、聯合承攬與公平交易法（上）〉，《司法周刊》，788 期，第 3 版面。

⁵⁵ 莊定凱（2002），《黑道圍標犯罪偵防之研究》，國立中央警察大學刑事警察研究所碩士論文，頁 14。

種超出客觀構成要件規定的主觀要件，僅須對其超出部分的內涵具有「意欲」即可，至於客觀上是否真的實現，對於該犯罪類型的成立並不影響⁵⁶。亦即，在這樣的規範形式下，本罪似乎即成為「行為犯」之規定，僅須持該些意圖而為條文中所規定之行為，即可成立本罪。

此外，本罪之型態尚可自條文規定中區分為四種樣態：其一，為「使廠商不為投標罪」，例如得知他人領取標單後，以本罪所規範之強暴脅迫等行為方式，使本有投標意思之廠商，無得參與投標⁵⁷；其二，為「使廠商違反本意投標罪」，例如廠商經確實估價後，原本欲以其所估之費用報價，卻因受行為人強暴脅迫等行為，而不得不提高報價。又如因受強暴脅迫而變更或公開投標文件內容，或是被脅迫必須配合預定得標人而投標等等情形均屬之⁵⁸；其三，為「使得標廠商放棄得標罪」，此種類型及下述類型均為決標後始可能發生之情形，且行為客體皆須係特定之得標人，若對未得標之人為之，至多僅可能成立未遂犯；其四，為「使得標廠商得標後轉包或分包罪」，依本法第 65 條之規定，對於得標廠商是禁止轉包的，縱依本法第 67 條規定容許分包，亦須出於該得標廠商之自由意志為之始可，故以強暴脅迫手段強行令得標廠商轉包或分包者，即該當此種類型。惟從保護法益的觀點視之，由於後二者類型的行為時點皆為決標後，即招標程序已經結束，故其所侵害者除了受害廠商的個人法益外，是否尚有本罰則一貫所欲保護之法益？亦即此二類型是否回歸普通刑法規定即可，而無特別於此規範之必要，此將於後續章節討論之。

第三款 詐術圍標罪

「詐術圍標罪」規定於政府採購法第 87 條第 3 項中：「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」。

本罪之主體亦無限制，並以「使廠商無法投標或開標發生不正確結果」作為

⁵⁶ 柯耀程（1995），〈「意圖犯」意圖實現於刑法之評價〉，《東海大學法學研究》，9 期，頁 314。

⁵⁷ 唐國盛，前揭註 14，頁 308。

⁵⁸ 唐國盛，前揭註 14，頁 309。

本罪之結果。「使廠商無法投標」之型態例如，行為人騙欲參標之廠商說截標日延期，結果該廠商受騙陷於錯誤而無法在正確截標日前進行投標動作；「使開標發生不正確結果」之型態例如，行為人買通或勾結審標人員，而將其他參標廠商之標單進行塗改，結果被塗改之廠商因未核單而致成無效標。本罪行為手段雖未強烈如第 1 項達使行為客體不能抗拒之程度，惟其施用詐術而使行為客體陷於錯誤以致無法作出合理決定之情形，對於招標結果的影響，與前項之強制行為及後項之合意行為均無二致。

第四款 合意圍標罪

「合意圍標罪」規定於政府採購法第 87 條第 4 項中：「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，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金」。

「合意圍標」乃圍標犯罪態樣中最原始之類型，一般實務上稱「搓圓仔湯」，即欲參標廠商間，以契約、協議或其他方式達成合意，而使部份廠商不為投標或不為價格之競爭，比較法上，日本刑法典亦有相類似的「談合罪」之規定。惟從文義上以觀，所謂「使廠商不為投標或不為價格之競爭」，究僅屬本罪合意之內容，抑或為本罪客觀上須發生之結果，容有疑義，差別會在於本罪之成立時點為何上。若認為前者，則廠商間一達成合意即可成立本罪；若認為後者，則可能於截標日時，始得確認本罪之成立。相對於此，實務上有傾向後者，而將「廠商不為投標或不為價格之競爭」認作結果之見解⁵⁹，惟日本法上之「談合罪」雖規定與我國近似，但未有上述後段之文字，故較傾向前者之見解。此論爭實即為本罪究為行為犯或為結果犯之定位，雖然我國現行實務判決上，多傾向認定為後者，但前者之主張與我國過去公平交易委員會處理政府採購合意圍標行為等聯合行為之見解，較為相近。

此外，本罪之影響決標價或獲取不當利益之意圖，亦無須於客觀上現實實現，是以本罪之成立不以該等協議中有對價利益交換為必要，縱使是無償的「義氣相挺」亦可能該當本罪。實務上亦認為本罪之行為人僅須基於該等意圖，而以參與

⁵⁹ 詳參最高法院 94 年台上字第 2365 號判決。

投標之部分廠商為對象，著手實行協調，並以契約等合意方式，使該部分廠商不為投標或不為價格之競爭者，即構成本罪，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⁶⁰。



第五款 借牌投標罪

「借牌投標罪」規定於政府採購法第 87 條第 5 項中：「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」。

本罪是 2002 年修法時所增訂，一般認屬「行為犯」之規定，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，故借用無投標真意之他人名義或證件參加投標，即已成立本罪⁶¹。實務上有認為本罪之處罰對象乃係「無合格參標資格廠商」借用有合格參標資格廠商牌照以參標之行為⁶²，睽諸其原因，可能係此種行為規避招標程序的遊戲規則⁶³。相對於此，一般所謂「借牌圍（陪）標」之行為，因為乃由各該出借名義之廠商以其與行為人商定之高價，佯為參與投標，使行為人之公司得以順利得標，從而行為人之行為顯非單純違反規則之借牌投標可比，是以實務上有認為，因其積極之圍標行為已使相關公共營繕工程之招標程序，雖具形式上比價之名，實質上則使行為人有單獨控制得標價格之可能，已破壞政府採購程序之市場競爭機制，造成假性競爭，應屬本法第 87 條第 3 項「詐欺圍標」之行為⁶⁴。

此外，從條文規定形式以觀，本罪須有「借用他人名義或證件投標者」與「容許他人借用本人名義或證件參加投標者」之別，二者為對向犯，均該當本項之犯罪。而為避免產生輕重失衡之結果，本條項後段之「容許者」，解釋上亦須具備「影響採購結果或獲取不當利益」之主觀意圖⁶⁵，亦即對於主觀上不詳知將其牌

⁶⁰ 詳參最高法院 103 年台上字第 414 號判決。

⁶¹ 詳參高等法院 99 年上訴字第 1771 號判決。

⁶² 詳參最高法院 102 年台上字第 3567 號判決。

⁶³ 惟若僅不符行政規則上之資格即以刑法處之，是否妥當不無疑義，此涉及本罪法益定位之問題，將於後續章節中確立政府採購法刑事罰則之保護法益後，再回頭檢視本罪之正當性。

⁶⁴ 詳參最高法院 102 年台上字第 3567 號判決。

⁶⁵ 尹章華、邱奕澄、倪文興（2006），《政府採購法實務與運用》，頁 252，台北：文笙。

照借出可能會影響採購結果，且未為獲取不當利益僅單純無償借出牌照或名義者，可能即會不該當本罪。



第二項 綁標行為類型

綁標行為一般係指在採購實務上的一種「不公平」情況產生的態樣，亦即採購機關或規劃設計者為了要有利於特定廠商以使其得標或獲得分包之機會，而訂定特殊之技術、公法、材料或設備之招標規範，或是對投標廠商之資格、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，並使綁標者得從中獲利⁶⁶。在以上所述之二種綁標行為類型中，前者乃不當限制採購標的之規格或性能，即一般所稱之「綁規格標」；後者乃不當限制投標廠商之資格，即一般所稱之「綁資格標」。

一般認為此類行為之可非難性在於，其顯然違反市場上公平競爭之原則，亦即，政府採購具有競爭買賣或承攬之特質，而在標案中招標之目的本在實現「競爭性」，即令多數廠商在不知對手出價情形下，分別提出對招標機關有利的交易條件供其選擇⁶⁷。但綁標行為不但斷阻了正當廠商的商機，直接破壞該競爭機制並侵害政府採購之公平性，且在存有綁標的不公平競爭市場下，可能會有不肖廠商哄抬標價之可能。

對於綁標行為，比較法上並非各國皆採取明確的刑事規制，我國政府採購法第 88 條雖就實務上之綁標行為有訂立刑責，不過就要件上有所限縮：「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」。其中關於本罪之主體，從條文中可知，包含了「受政府委託，提供規劃、設計、審查、監造、勞務之人員」、「本法第 39 條所定受託辦理專案管理之人員」、以及「本法第 5 條第 1 項受託代辦採購業務之人員」，

⁶⁶ 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。

⁶⁷ 唐國盛，前揭註 14，頁 314。

且此等人員並不包含公務員在內，因辦理採購之公務員若涉及綁標行為，則依其情節按「刑法」或「貪污治罪條例」辦理，故非本罪之主體範圍所涵蓋⁶⁸。

在實務案例上，「綁規格標」之情形例如：招標機關無正當理由限制了採購標的的規格或性能，致使可供選擇之採購標的限縮到只有少數廠商才有生產之產品，排除了其他其實亦可達採購目的之標的的選擇可能性，進而造成限制競爭之情形，或是招標機關訂定之工法規範非依照功能或效益為依歸，而訂定了超越國際標準或國家標準之工法規範，進而產生不當限制競爭之情形⁶⁹。而在「綁資格標」之情形例如：行為人員無正當理由不當限制參標廠商需達之資本額，致使小型廠商無法參與投標形成參進障礙而造成競爭的阻礙，或是不當要求過去工程實績，例如無端排除實績計算之對象或標準而限縮於某地區或國家機關之工程實績，此種造成明顯差別待遇並剝奪其他同樣具有履約能力之廠商無法參與競爭的行為，將損害招標機制的本旨；此外違反本法第 26 條之原則而預先指定特定廠商，例如於招標文件上明白指定廠牌之情形，以及違反本法第 34 條應保密招標文件、底價、投標廠商及其文件之義務，亦係行為人為達綁標目的使特定廠商具有競標優勢之前階行為，不過此行為於本法刑事罰則中已獨立為一處罰類型，將於下項中介紹。

第三項 洩密行為類型

政府採購法關於洩密罪之刑事責任規定於第 89 條中：「受機關委託提供採購規劃、設計或專案管理或代辦採購廠商之人員，意圖為私人不法之利益，洩漏或交付關於採購應秘密之文書、圖畫、消息、物品或其他資訊，因而獲得利益者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣一百萬元以下罰金」。

本罪之主體與前條綁標罪相較下有所不同，僅限定「受機關委託採購規劃、設計或專案管理或代辦採購廠商之人員」，而排除了「審查、監造之人員」。其原因可能乃在於，依本法第 34 條所定而應保護之祕密，皆為在決標前的招標程序中之招標文件、底價、及參標廠商相關資料，而審查、監造人員除了與預知規劃、

⁶⁸ 唐國盛，前揭註 14，頁 314。

⁶⁹ 黃榆楹（2004），《競爭法與政府採購法對於圍標、綁標行為規範之比較研究》，國立臺北大學法學系研究所碩士論文，頁 195-198。

設計無涉外，對於該等資訊亦無從洩漏起或洩漏亦無實益。此外，與綁標罪相同者在於，本罪之主體亦不包括公務員在內，此乃因關於公務員洩密行為，「刑法」中已有規定，故不在本罪主體之範圍內。

惟本罪與刑法第 132 條中非公務員洩漏國防以外祕密罪之關係為何，不無疑義。蓋從主體以觀，本罪與刑法第 132 條第 3 項之規定有所重疊；從刑度以觀，本罪（5 年以下有期徒刑）卻又較刑法之規定（1 年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金）為重，且尚有未遂犯之規定。故二者間之差異，可能即在於其所洩漏之「祕密」造成之侵害有所不同，而其內容差異為何，則涉及本罪保護法益之定性，將於後續章節確立本文結論後，再為探討。

此外，行為人亦須具有「為私人不法利益」之特殊主觀意圖，及因而獲得利益之結果始該當本罪。而所謂「應祕密」之事項，除本法及其他法令另有規定者外，就委託採購機關與受託或代辦業務廠商間，於契約中所約定之應保密事項是否亦應包括在內，容有疑義。有否定見解認為，此種契約乃屬私法契約，縱使違反亦僅為民事上債務不履行之範疇，而與刑事責任無關⁷⁰。惟本文以為，所謂「應祕密」之事項的認定，仍須觀若將其洩漏是否會對本罪所欲保護之法益造成侵害或有侵害之虞，不得僅以形式上是否為法令所規定的保密義務或契約上的保密義務二分之，而此亦涉及本罪保護法益之定性，故容後討論。

第四項 強制行為類型

政府採購法於刑事罰則中，另訂定了兩種強制行為之規制，即「強制決定罪」與「強制洩密罪」。此二者與本法第 87 條第 1 項之強制圍標罪多屬「廠商對廠商」不同，多為「廠商對採購相關人員」之行為，其中「強制決定罪」規定於本法第 90 條中：「意圖使機關規劃、設計、承辦、監辦採購人員或受機關委託提供採購規劃、設計或專案管理或代辦採購廠商之人員，就與採購有關事項，不為決定或為違反其本意之決定，而施強暴、脅迫者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新台幣三百萬元以下罰金」；而「強制洩密罪」規定於本法第 91 條中：「意圖使機關規劃、設計、承辦、監辦採購人員或受機關委託提供採購規劃、設計或

⁷⁰ 尹章華、邱奕澄、倪文興，前揭註 65，頁 254。

專案管理或代辦採購廠商之人員，洩漏或交付關於採購應秘密之文書、圖畫、消息、物品或其他資訊，而施強暴、脅迫者，處五年以下有期徒刑，得併科新台幣一百萬元以下罰金」，此二者並皆有加重結果犯及未遂犯之規定。

本二條犯罪之主體並無限定，而其所保護之對象除了受託提供規劃、設計勞務，以及受託辦理專案管理、代辦採購業務之廠商人員外，尚包括公務員即機關規劃、設計、承辦、監辦採購之人員。從本二條犯罪之立法意旨來看，乃鑑於機關人員於辦理採購之過程中，遭遇不法人士恐嚇、施暴之情形有逐漸增多之趨勢，故為使採購人員在執行公務之過程中能多一層人身保障，而訂立此二條刑事規定⁷¹。惟從立法緣由來看，若僅是因採購相關人員於辦理採購過程中，其等個人之生命身體法益受侵害之虞的情況增加，就特別訂立七年以下及五年以下之重罪處之，不免有因事設法而未考量整體法體系之缺。故所保護之重點實非採購人員本身，而是在採購案上，但其實質內涵為何，亦涉及本刑事罰則保護法益之定位，容後討論。

此外，從本二條犯罪所保護之對象包含公務員，以及條文之立法形式以觀，與刑法第 135 條第 2 項之「事前妨害公務罪」有所相似，故是否可將此些規定作為刑法妨害公務罪之特別加重規定視之，不無疑義。因從刑度上比較，本二條犯罪皆較刑法妨害公務罪（三年以下有期徒刑）重上許多，除了須解決妨害公務罪亦會碰到的問題，即乃保護公務員還是保護公務還是皆保護外，亦須說明政府採購執行為何會與一般妨害公務罪中之公務不同而須加重保護？更甚者，其是否與妨害公務罪保護公務之目的不同，而是在形式公務（若是公務員為之的話）執行外觀下，保護著什麼更實質的利益？此些問題，皆有待明確定位出政府採購法刑事罰則之保護法益為何後，始得有所釐清，否則即僅是因事設法的政策性恣意規範。

於「強制決定罪」中，所謂「就採購有關之事項」，若不加以限定而僅從文義來看的話，則凡對辦理採購之過程中與採購有關事項，諸如規劃、設計、招標、決標、承辦、兼辦、監造、履約驗收等等，所有相關人員須為決定之事項，皆會該當之。惟本罪之刑度過重，且若在採購相關人員本身即有怠職、瀆職，而行為

⁷¹ 潘秀菊，前揭註 11，頁 292。

人之強制行為乃是欲令其依法為決定而不得懈職的情況下，若仍該當本罪，似稍嫌過重。是以此處的「就採購有關之事項」及相關人員之「決定」，應於定位保護法益為何後加以限定之。



第五項 法條文義上之成罪時點

關於政府採購法罰則中之刑事行為，於採購作業程序中可能發生的時點，若僅依條文之形式規定，可大致整理如下：

在本法第 87 條的各種圍標行為類型之犯罪中，「強制使廠商不為投標」、「強制使廠商違反其本意投標」、及第 5 項之「借牌投標」，自招標機關公告領標至結標時止皆可能發生；「強制使得標廠商放棄得標」及「強制使得標廠商得標後轉包或分包」，自得標時至工程、財物及勞務履約完畢時止，皆可能發生；第 3 項之「詐術圍標」中，「使廠商無法投標」於截標前、「使開標發生不正確結果」於開標完成時前，皆可能發生；第 4 項之「合意圍標」，於截標前均可能發生。本法第 88 條的綁標行為之犯罪，可能發生自採購機關委託時起至履約驗收階段。本法第 89 條洩漏採購祕密之犯罪，在各階段皆有可能發生，視該應祕密之事項而定。本法第 90 條妨害採購罪，於須辦理採購之人員為決定的階段中，皆有可能發生。本法第 91 條強制洩密罪，在各階段亦皆有可能發生，視該應祕密之事項而定。

惟以上僅是從法條文義所推得之成罪時點範圍，若從保護法益以觀，應認為對於保護法益造成侵害之時點，始得認定犯罪之成立。故本法刑事罰則罪章中之保護法益的定性，對於此些犯罪的時的範圍之確立，是有實益的。

第三章 政府採購法刑事保護法益探究

第一節 概說

本章將開始處理有關政府採購法刑事保護法益之探究，在實務上，針對此一問題並未有明確地定論，而或可能由於是特別刑法的關係，學說上就此亦未有深入之探討。然而，對於刑罰的使用，若未確立其保護利益的確實內涵的話，恐有違當代人權法治之基本理念，對於相關條文適用的範圍與條件，亦會欠缺明確性。

本章以下將以傳統保護法益概念出發，並從法益概念的機能側面，來確立法益保護原則之重要性。此外，對於個人法益外之法益概念的型態及保護必要性為一說明，基本上本文係否定認刑法之保護法益皆得極端還元為個人法益之見解。是以將依傳統法益三分法之見解，亦即個人法益、國家法益、社會法益三者，各別去探討本法刑事罰則定位之可能性。其中在個人法益部份，可能保護者為自由法益及財產法益，惟在普通刑法典中已有所規定之情況下，此種定位之妥適性頗值疑慮。

其次，在國家法益部份，須小心得作為此類法益之解釋，因該等法益乃係以國家作為主體，雖然其概括來講，皆與社會法益同為保護人們共同生活關係上所生之目的與需求，但是若不詳加探究，即有可能會落入將國家自身作為終極保護目的的思想中，而此種已為過去的國族主義思考，乃非當代民主法治國家所強調的重點。而於此部份，本文將以環繞國家資源分配為中心，探討將政府採購法刑事保護法益定位為「國家財產法益」、「國家資源分配公平性法益」、「採購職務公正性法益」、以及「採購公務執行圓滑運作法益」的可能性。

最後一節中，將從本法立法緣由及世界政經模式的轉變歷史切入，來探討將本法刑事法益定位為保護「市場公平競爭秩序」之可能性。本文將以經濟犯罪之理論為基礎，並帶出其下位概念中之「競爭刑法」的歷史與思想，從而檢視所謂「競爭秩序」的詳細意涵為何。而若欲將政府採購法刑事罰則定位為競爭法制之一環的話，尚須探究其與作為我國競爭母法之公平交易法的異同處為何，並確立其獨特性與需保護性。



第二節 刑事法之保護法益概念

第一項 概念與機能之實質意義

第一款 傳統上之法益概念

學說上一般認為，所謂「法益」，乃是國家與社會所公認，而應以國家強制力加以保護之社會共同生活上所不可或缺的生活利益與社會基本價值⁷²，而一般認為，刑法之目的即為保護具有刑事意義關聯的法益，故應將犯罪限定在侵害法益或使法益陷於危險之行為⁷³。然而，雖在形式上可將法益定義成「藉由法律而保護的利益乃至價值⁷⁴」，但若僅有此種空洞虛無的定義的話，很容易將法益概念作過度的抽象化進而為不當地擴張，例如主權者偏頗的道德倫理價值觀、政府的一切利益等等，皆有可能被涵括進刑事法的保護法益中。是以學說上有認為，在提到刑法保護法益的「法益」概念時，應該具有更實質、更限定之內容，亦即須考慮以憲法為基礎的整體法律結構，進而建立「從憲法旨趣來看，而應該藉由刑法所保護的重要利益乃至價值」此種意義下之憲法的、實質的法益概念⁷⁵。

惟無論如何，由於保護法益本身即有不明確性之宿命，故欲從正面定義去清楚描繪出其實質內涵，是有困難的，不如從法益的功能（機能）出發，或許較容易掌握其輪廓之概貌。

第二款 法益概念的一般機能與爭議

學說上有將「法益保護機能」與「人權保障機能」並立作為刑法所具備之二大機能⁷⁶。然而，若在認為刑法核心即為刑事法益之保護的前提下，從上述由憲

⁷² 林山田（1995），《刑法特論（上）》，再修訂五版，頁 3，臺北市：三民書局。

⁷³ 山口厚（2007），《刑法總論》，二版，頁 4，東京：有斐閣。

⁷⁴ 內藤謙（2007），〈保護法益・性質・分類・順序〉，收於：《刑法理論の史的展開》，頁 121，東京：有斐閣。

⁷⁵ 內藤謙，前揭註 74，頁 122。

⁷⁶ 內藤謙（1991），《刑法講義總論（上）》，頁 43 以下，東京：有斐閣。

法乃至當代自由民主之人權思潮來思考保護法益概念時，即是從人權保障之觀點來限定法益。是以本文認為，由於所有刑事法益概念之解釋，皆須從此觀點出發，故所謂「人權保障機能」，應得解釋為法益概念在抽象上之機能，亦即從憲法及自由民主的觀點所解釋出之法益概念，抽象上應可初步達成人權保障之目的。

而從形式功能上來看，亦有學說認為⁷⁷，刑法上之法益概念尚有明確化體系之分類機能，是以刑法分則中的各個犯罪，無論是立法上的體系或是學說上的體系，一般皆是以各個犯罪的保護法益作為分類之基準，即使立法上的體系通常不若學說上的分類那樣地縝密，但從刑法典上各分則之章節區分，亦可看出法益概念之分類機能的展現。惟該學者亦指出⁷⁸，將犯罪以法益概念以外之素材加以分類也並非不可能的，例如：藉由犯罪動機的分類（像利欲犯、窮困犯、衝動犯）、或是藉由犯罪手段的分類（像藉由暴行、脅迫等犯罪手段而將犯罪區分成一定的組合）、或是藉由刑罰輕重的分類（像從重到輕分為重罪、輕罪、違警罪）、或是藉由處罰所產生之整體社會效果的分類（像對於幫派的對策、對於企業活動的規制、對於政治活動的規制）等等，當然都是有可能的。然而，若從一般大眾的可預見、可明瞭性，以及從刑法解釋論上來看的話，以法益概念作為刑事犯罪之分類恐怕較佳。亦即，社會中一般大眾所關心的通常是，在個別的刑罰規定中什麼東西被保護著，而透過法益概念來分類的話，對於一般人來說具有可理解之明瞭性；其次，在刑法解釋論中，例如為了清楚地解釋個別的犯罪類型，什麼是保護法益即變得很重要⁷⁹，此外，在評價違法性時，亦需要具有一定價值序列的法益來作比較衡量，而像被害人同意、罪數論的問題等，也會受到保護法益為何之影響⁸⁰。是以法益概念形式上的分類機能，有其功用上的存在必要性。

此外，法益概念實質上之機能，學說上認為⁸¹，有「解釋」與「限縮可罰性」之機能，前者乃指透過了法益概念，始能夠明確地將犯罪構成要件之實質內容解釋出來，亦即藉由引領保護對象來解釋具體條文；而後者則是指透過了法益概念，得劃定刑事犯罪上入罪化的處罰界限，明令立法者不得因某種行為僅是有害一般

⁷⁷ 內藤謙，前揭註 74，頁 120。

⁷⁸ 內藤謙，前揭註 74，頁 120。

⁷⁹ 此部份其實即為下述法益概念的「解釋機能」。

⁸⁰ 內藤謙，前揭註 74，頁 121。

⁸¹ 許恒達（2011），〈刑法法益概念的茁生與流變〉，《月旦法學雜誌》，197 期，頁 135。

道德倫理感情、或僅是造成大眾感覺上不舒服即加以處罰，須將刑事法上所欲規制之行為限縮在侵害法益或有侵害法益危險之行為，亦即透過以法益為保護中心，而限縮了刑法規制之範圍。

然而，到了近期，法益保護概念被導向了不同的方向，而導致法益論到底能否達成限縮及批判立法機能的疑問⁸²。詳言之，當認為相關刑罰規定若是為了保護市民生活所必要時，即認定其未違反「法益保護原則」的話，則法益保護概念即轉變成擁有所謂「有法益即有犯罪」的這種積極正當化立法機能⁸³。再者，伴隨著近現代以來，社會上對於部份因素的不安情緒高漲，使立法者每每為符合使用刑罰的「期待」，打著為保護人民利益之旗幟而「因事設法⁸⁴」，若再輔以將保護法益概念之機能轉變為積極正當化立法之見解的話，恐怕即會招致如上所述之質疑，從而認為保護法益不具有對刑事立法為限制批判的機能。此外，在這種情況下，因為實際上並無法評斷被侵害的法益內容，與其被侵害之程度，是以也有可能形成，替事實上並不存在保護法益之刑事規定背書之結果。

如此將法益概念轉向正當化立法機能，或有如上所述，容易過度犯罪化之連結與質疑，然而這並不是說刑法完全不得介入新領域的活動，而只是指出在判斷將某行為犯罪化是否係正當時，若放入不明確的法益概念⁸⁵，即有可能使法益保護原有之其他機能喪失。學說上亦有認為⁸⁶，若將新型態的犯罪類型完全否定，則可能無法充分保護全體國民之利益，故主要問題還是在於，是否能夠設定出具備充分需保護性及保護相當性之法益。此外，在所謂保護相當性之判斷上，學說上亦有認為⁸⁷，在新型態之法益保護下，往往為了更具效果地保護法益，而將刑法之介入越來越前置，然而基於侵害原則（或行為原理），仍應須滿足「法益關聯性（Rechtsgutsbezug）」始當，亦即，須對法益造成侵害或是危殆化之行為，才有加以犯罪化之可能。

⁸² 嘉門優（2007），〈法益論の現代的意義〉，《刑法雜誌》，47卷1号，頁36。

⁸³ 嘉門優，前揭註82，頁37。

⁸⁴ 最明顯者，即例如我國近幾年剛通過的刑法第185條之三醉態駕駛罪之修法。

⁸⁵ 例如將本法罰則之保護法益定位為「形式意義的競爭秩序」而非「競爭秩序的機能」，詳後述之。

⁸⁶ 山口厚（2005），〈危險犯總論〉，收於：西元春夫（編），《危險犯と危険概念》，頁11，東京：成文堂。

⁸⁷ 嘉門優，前揭註82，頁38。

然而，在面對到法益概念有時難以明確提出判斷犯罪化之標準，而無法證立刑事規定正當性之難題下，有學者採取了直接跳脫刑法保護法益概念，而直接將刑法之任務轉向規範意識保護之映證，此部份將於下面為介紹。



第三款 概念的轉向—規範論？

承前款所述，在科技資訊推陳出新的當代，產生了各種新型態而可能須保護的利益，而在風險社會⁸⁸的思潮下，以刑事法規來處理這些利益保護之需求大增，逐漸使得傳統的法益概念喪失了批判立法的消極性功能，而僅存立法正當化之作用。面臨此種難題，為了消除風險社會大眾所產生之不安感，有學說本於刑罰論中積極一般預防之概念，而將法益概念轉向為規範保護，並將「規範」自身直接地作為刑事處罰正當化之依據，進而達到安定社會之目標⁸⁹。

支持此學說的學者以德國學者 **Jakobs** 為主，其認為⁹⁰，當行為人以行為表現出否定刑法規範妥當性之態度時，刑罰即須出動來再次否定此種態度，藉以維護規範之妥當性，而此時，刑罰正當化之基準即為社會共有的規範意識，為了維持市民社會之規範同一性，「規範須經常被遵守」此種認知性安全，即須由刑罰加以保障。亦即，刑法之目的已從法益保護提前到規範妥當性之確認，而「規範妥當性的再確認」本身即是目的所在，故在此種尋求市民規範意識自覺的積極一般預防見解下，刑法所保護之對象已並非如過去以「法益」為主，而是保護「現存社會的規範同一性」⁹¹。

然而，此學說雖然轉向將規範自身作為刑罰正當化之依據，但此種基於積極一般預防的規範意識之證立，並未提供刑罰正當性之論證邏輯，並把規範正當性

⁸⁸ 有關風險社會的論述與內涵，可參金尚均（2001），《危險社会と刑法--現代社会における刑法の機能と限界》，東京：成文堂；小田直樹（2002），〈危險社会論〉，《法学教室》，264号，頁 65-71；Ulrich Beck（著），汪浩（譯）（2003），《風險社會--通往另一個現代的路上》。台北：巨流。

⁸⁹ 松宮孝明（2003），〈「積極的一般予防論」と刑事立法の限界〉，收於：《刑事立法と犯罪体系》，頁 41，東京：成文堂。

⁹⁰ Günther Jakobs（著），川口浩一（譯）（2005），〈どのようにそして何を刑法は保護するか？—異議と予防，法益保護と規範妥当の保護〉，姫路ロー・ジャーナル，1号，頁 33 以下，轉引自黃佳彥（2009），《論刑法第一百九十條之一保護法益--從刑法機能角度觀察》，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，頁 40。

⁹¹ 黃佳彥（2009），《論刑法第一百九十條之一保護法益--從刑法機能角度觀察》，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，頁 40。

的價值判斷排除了出去，是以規範本身成為了類似先驗的東西，其正當性並無法去檢視⁹²。更恐怖的是，此學說雖說是要轉向保護規範本身而達到規範意識之確認，但是這種所謂基於一般預防的見解，會不會僅是掩蓋人們心中處罰欲望等情緒的遮羞布？



第四款 小結--概念背後之實質機能與反省

承前款所述，轉向規範理論雖仍有不少疑問須待回答，但其是否是與法益理論「田無交水無流」的兩立，甚至是否一定要誰取代誰，其實並不一定。學說上認為⁹³，雖然強調未來取向的行為管制之規範理論，與強調過去已實現的法益侵害或危險之法益理論，兩者間看起來似乎無法統合，然而，現代意義的行為規範論其實即源於保護法益理論⁹⁴，而正因為如此，故倘使不存在法益理論的話，我們甚至很難判斷什麼是刑法行為規範禁止的人類舉措，亦即，塑造行為規範實質禁止內容的舉措範圍，事實上都還必須從法益觀點來論證。是以學者進一步認為：「(所謂的)行為規範論其實只是法益理論的另一種表述方式，刑法為了擴張管制綜效，必須從事後處罰機能轉向到事前預防機能，而最能夠有效達到事前預防法益損害的做法，正是防止任何人實施損害法益的行動，.....規範論其實是法益論的前置論述，兩者其實不是完全相對立的看法，毋寧法益論透過規範論展開更強烈、卻也更柔軟的行動規訓⁹⁵」。承此，可知無論認為法益概念有限縮或是擴張之機能，以及無論是採擇法益理論或規範理論，其往往在實質上都是一體兩面的東西，亦即，在當代資本主義階級所制定引導的社會下，刑法背後真正且實質的功能，其實皆在於使用紀律性權力來規訓個人、使個別肉體馴化，人人在自我意識中，將受保護的規範內化為理所當然的而自我學習並遵守。

惟無論如何，撇除法益概念背後的實質黑暗面，對於當代新型法益如雨後春筍般地冒出，且政治性的刑事立法潮流又勢不可擋的情況下，還是必須思考該如何因應之路徑。學說上有認為⁹⁶，應於解釋時，除了以往所認定的實質生活利益

⁹² 松原芳博（2007），〈犯罪論と刑罰論との關係〉，《刑法雜誌》，46卷2号，頁239。

⁹³ 許恆達，前揭註81，頁149以下。

⁹⁴ 關於保護法益理論走出行為規範論的歷史流變，請參考許恆達，前揭註81，頁140-150。

⁹⁵ 許恆達，前揭註81，頁149-150。

⁹⁶ 李茂生（2009），〈風險社會與規範論的世界〉，《月旦法學雜誌》，173期，頁152-153。

即客觀法益外，另須加上規範確認必要性的考量。該學說在實際操作面上，可說分別從量的方面以及質的方面來為處理，針對前者其認為，「須先防止民意過度地將傳統的輕微犯罪視為敵人，是以對於輕微犯罪，不僅是要求要有實質生活利益的侵害或危殆化，除此之外，還要求該侵害或危殆化必須到達使得規範秩序感產生急劇的動搖時，始可認定違法性的存在」；而針對後者，其認為應以類似主副法益論的思考來為處理，亦即，「對於較為抽象的危險犯（特別是侵害社會法益的犯罪），雖然其法益可能只是抽象的『穩定的規範秩序』，除非是一見即明的秩序動盪，不然於解釋上必須找出一個成立犯罪時的關卡，藉以表明規範秩序的具體動盪程度。……至於在新型的社會法益犯罪的立法模式中，因為條文中找不到得承擔個人法益的行為客體，所以必須要靠解釋創設出得據以認定公共危險的發生的客觀物理環境變化。……當然，此際這個被解釋出來的事態不會成為副法益而算入法定刑內」。在這樣的解釋下，或可某程度地將法益理論融入規範理論之要求，卻又不曾像前款所述一般，讓規範理論過度肥大化進而完全取代法益理論。雖然最終還是有可能造成刑法的肥大與擴張，但這可能已是風險社會來臨下所不得不然的方法了。

跳開前置理論上的論述，而來看本文之後所欲討論者，即政府採購法之刑事規制所保護之法益為何的問題。從上述可知，雖然我國政府採購法第 1 條有明確地規定本法之規範目的為何，即採購之效率與功能以及品質，然對於刑事規制的保護法益為何之認定，不能僅憑規範目的而為認定，因為該等規範目的可能是空泛的、不切實際的、甚至是為規範而規範的東西⁹⁷，故對於刑事保護法益之認定，仍須從實質面向為論述，始可避免規範意識的膨脹與無邊際。

第二項 分類之必要性—個人法益與超個人法益

第一款 概說

⁹⁷ 從我國各法律之第 1 條中可看出，不乏此種虛無飄渺的規範規定。而我國政府採購法要求採購效率之規範目的，從整體法律所形塑出的採購制度來看，可知無異緣木求魚。除了實務面上採購品質多較相同品項之一般市場為差外，以最低價標即價格作為採購制度最主要的要素來看，可知政府採購的宿命幾乎就是不會有經濟上之效率，而這個宿命是無法僅憑靠刑事規定來為行為規範，即可加以改變或扭轉的。

於前項中，有論及保護法益功能之一的分類機能。而傳統學說上就刑法上各罪依法益大分成三個種類，即對於國家法益之罪、對於社會法益之罪、以及對於個人法益之罪⁹⁸，而我國關於各種刑法法規之編列，大致上亦符合此種「三分法」的意旨。此種分類主要是依據保護主體而為之，我們不能忘了，所謂「國家」與「社會」在某種程度上，亦是由個人所構成的，是以學說上有認為⁹⁹，保護法益的主體最一開始定是由個人所構成，之後才再展開「個人」與「非個人」之法益區分。而國家與社會之區別，乃是從「非個人」之法益中，所區分出來的第二階段。

本文以下對於政府採購法之保護法益探討，雖然亦係採三分論為基準下去檢視，但在檢視之前，有必要對於個人法益與超個人法益之區別作一釐清，而此又涉及到德國學說上的一元論及二元論之論爭。縱使在確立統合初步一致的想法後，仍有超個人法益與個人法益間如何連結的問題，此涉及學說上之還原論與重新評估（還原）論的想法，以下將就此些問題為簡要之介紹與討論。

第二款 一元論與二元論之爭

針對刑法之保護法益有無必要從個人法益中區分出其他類型之法益，以及縱使區分出來之後，該等法益與個人法益間有何不同，就此德國學說上有不少之討論，最具代表性的即為一元論與二元論之爭，以下將對此作概要之介紹。

第一目 Michael Marx 之「一元的個人法益概念」

德國學者 Michael Marx 強調，只有一元概念的個人才可能是唯一的法益主體，故如上述將法益區別為個人、社會、國家法益的三分法，在其見解下是沒有必要的。因為 Marx 認為，一個個人乃同時具有個體性與社會性，而藉此可以建構出一個同時包含個體與社會的法益概念，是以絕對沒有必要將法益建構在玄奧的超個人主體，如國家、民族、公眾等等之類的東西上。故在其想法下，刑法強

⁹⁸ Reinhart Maurach: deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, 1956, Einleitung, B, Die Rechtsgüterordnung des Besonderen Teils.轉引自韓忠謨（1967），〈妨害國家法益及社會公安之罪的比較研究（上）〉，《法學叢刊》，11卷3期，頁20。

⁹⁹ 原田保（1987），〈「超個人的法益」の「個人法益」への還元：公務執行妨害罪を素材として〉，《刑法雜誌》，28卷1号，頁1。

烈防衛特性之任務，即是保護對於人類個人之人格發展而言，所迫切需要的外在條件免受侵害，而這些被迫切需要的條件，即為刑法所欲保護之法益¹⁰⁰。

此外，Marx 認為，只要有與個人連結，即使是看起來遠離個人的國家、司法、經濟秩序、公共秩序等等，皆不一定會失去作為法益之資格，只要這些概念有著保障人類自我實現、促進人類自由發展時，即有成為刑法法益之可能¹⁰¹。故在此種「一元的個人法益概念（der einheitliche personale Rechtsgutsbegriff）」下，Marx 認為，法益類型的區分沒有必要分為「個人」與「超個人」，一般國家、司法與法秩序等所謂超個人法益，事實上就是由全體個人所共有，故應將法益區分為「（單一）個人法益」及「（全體）個人法益（社會法益）」¹⁰²。

綜上可知，Marx 並不否認在「（傳統）個人法益」外，對法益有另一種形式之歸類，其所反對的是「超」個人的法益概念，亦即跳脫對個人自我實現、自由保護等之保護框架，而對其他概念自我本身所為之保護。此外，在 Marx 所認定之分類下，其區別實益即在於處分權上，亦即，以全體個人為主體的法益，單一個人放棄並不會使它失去法益資格；然而，對於單一個人為主體的法益，則單一個人即可有效處分之。

第二目 「二元的法益概念」

在此概念下最極端的見解就是德國學者 Tiedemann 的想法了，其認為，在新型態社會來臨下，對於像經濟刑法等之附屬刑法而言的許多規範，都會呈現出抽象的法益，而這些法益帶著越來越濃的法秩序與經濟秩序的社會性，越來越難加以掌握。是以此進一步認為，國家與公眾乃獨立地出現，並在例如「經濟秩序的存續與運作」上，擔任獨立的法益主體，而與個體人類切斷了連結¹⁰³。

¹⁰⁰ Michael Marx, Zur Definition des Begriffs 《Rechtsgut》 -Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre, 1972, S. 60.轉引自鍾宏彬（2012），《法益理論的憲法基礎》，頁 155-156，臺北：元照。

¹⁰¹ Michael Marx, Zur Definition des Begriffs 《Rechtsgut》 -Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre, 1972, S. 79.轉引自鍾宏彬（2012），《法益理論的憲法基礎》，頁 156，臺北：元照。

¹⁰² Michael Marx, Zur Definition des Begriffs 《Rechtsgut》 -Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre, 1972, S. 83.轉引自鍾宏彬（2012），《法益理論的憲法基礎》，頁 157，臺北：元照。

¹⁰³ Klaus Tiedemann, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, S. 119.轉引自鍾宏彬

在 Tiedemann 如此的概念意義下，所謂「超個人法益」即是與「個人法益」無關而獨立地分立著。在這樣的二元法益架構中，個人保護與集體保護甚至是會有所衝突的、個人領域與社會領域甚至是有可能對立的，而所謂像經濟法益與社會法益的保護，即會成為獨立的自我目的，而將其服務人類的功能及目的性抽離，變成並非為了其他直接目的才做的技術性安排¹⁰⁴。

這樣二元論理解法益的深層背景，主要是來自對於國家任務理解，從「夜警國家」到「社會國」之轉變。19 世紀國家法學所主張的，是提供讓人民不用擔心會受到他人侵害，以及僅保障基本生活需求的國家；然而隨著國家與社會的變遷，各種新型態的資源、制度與科技翻新，使得國家任務之內容更加多元，也更加介入人民社會生活中，而為使得國家任務可以更順利進行與實現，各種制度運作的正常維持就變得十分重要，故因而引發了將國家及社會上諸多制度作為自我目的而保護之見解。

第三目 本文見解

上開「一元論」與「二元論」兩種見解的對立，看似水火不容，但在之後的學說論述的調整下，其實二者間已經慢慢地越來越接近，並擁有類似的共同價值。如支持二元論的學者們亦有認為，將超個人法益視為是獨立的自我目的，乃僅是針對個人「法益」而言，並非意味著其與個人「利益」完全無關，並進而主張，「二元法益結構的基礎也是（德國）基本法所預設的個人中心地位」¹⁰⁵。「一元論」與「二元論」在根本上其實亦互有優缺點，例如前者雖能將超個人法益限制在一定的範圍之內且較未干預人民自由，但是卻有著無法跟上社會及科技進步變遷的疑慮；而後者雖然有因時制宜之便，但卻有過度干預人民自由的危險¹⁰⁶。

惟本文以為，隨著時代的變遷，新型態法益的保護需求大增，若僅恪守傳統個人法益之保護，恐怕會使生活在現代社會中的人們，其基本之保障有所缺漏與

(2012)，《法益理論的憲法基礎》，頁 244，臺北：元照。

¹⁰⁴ Klaus Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, S. 119.轉引自鍾宏彬 (2012)，《法益理論的憲法基礎》，頁 156，臺北：元照。

¹⁰⁵ Roland Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, S. 75.轉引自鍾宏彬 (2012)，《法益理論的憲法基礎》，頁 245，臺北：元照。

¹⁰⁶ 鍾宏彬 (2012)，《法益理論的憲法基礎》，頁 247，臺北：元照。

不足。是以由於社會和時代脈動不會因為沒有刑法規制就停止轉動，故不能僅因有上述危險之存在可能，即讓刑法沒有任何介入之機會。此外，從實質上看，二元的法益學說其實也是以個人為起點，而所謂個人法益與超個人法益都是「人的」法益，皆具有供個人在社會中自我實現之功能，只是具體的作用方式有所不同而已¹⁰⁷，超個人法益更像是「透過在前階段保護個人法益」的方式，來間接地服務個人。

是以在有了共同價值的確立之後，必須要更進一步去觀察的，即是所謂的「超個人」與個人之間，是如何連結的？將於下款討論之。

第三款 「超個人」與個人之連結

在超個人法益如何與個人為連結之問題上，有基於一元論之立場而提出「還原論」的方法。然而若徹底將各個領域之問題，都要以能完全還原成個人的方法來解決的話，恐怕亦會有不少問題產生。以下就學說上「還原論」的提出，以及對「還原論」為檢討而提出稍微不同看法的「重新評估論」為簡要之介紹。

第一目 「還原論」之提出

「還原論」其實基礎的思想與前述一元論相同，皆否定國家、社會等制度可切離個人而作為自我目的獨自存在，亦即認同刑法應是針對個人而發動，並不保護超個人的主體之主張¹⁰⁸。該理論並進一步認為，無論是國家或社會這種超個人的存在，皆是以個人作為源頭而表現在法益論中，也就是將社會掌握為個人之集合，而把過去被認作是屬於國家法益或社會法益的概念，理解為對可能的特定人，或是不特定多數人（亦即公眾）之侵害¹⁰⁹。

針對還原的具體方法可能有很多種模式，例如德國在威瑪共和時期即認為，「透過正當管道選出之總統執行職務」與「國會中適法進行活動」如此的狀態，可以當作是每個國民個人的權利，此亦為將國家行為解釋還原為個人法益之集合

¹⁰⁷ 鍾宏彬，前揭註 106，頁 248。

¹⁰⁸ 原田保，前揭註 99，頁 2。

¹⁰⁹ 梅崎進哉（2001），〈社会法益論の再構成〉，收於：西嶋法友（編），《刑法における因果論と侵害原理》，頁 310-311，東京：成文堂。

的例子¹¹⁰。此外，亦有認為，須在超個人法益的犯罪構成要件當中，找出個人法益侵害的要素，並萃取出該要素後，將該要素所代表之個人法益解釋為該當超個人法益犯罪的保護法益¹¹¹，亦即乃基於刑法是不保護超個人主體的基本觀點，而認為所有超個人法益犯罪之解釋，都一定要能找到個人法益之根據，否則即應認定該刑事規定不具規範正當性¹¹²。而在找根據時，其往往會對傳統的國家與社會法益，解釋為在保護其背後的「國民」或「一般人與公眾」。

在這樣的觀念與解釋方法下，的確在某程度上限縮了超個人法益無限度恣意擴張的空間。此外，其亦直接面對傳統上，社會法益所具有的輕視個人利益、將法益觀念化、以及保護超個人法益之自我目的等問題，並一邊以「個人的保護」作為刑法的目的，一邊將社會法益以該法益與個人的關聯來解答¹¹³。在這樣論述下的最大成果，就是抑制了一直以來空泛法益所帶來的不當倫理化，並某程度解決了過度處罰及處罰範圍不明確之問題。

第二目 「重新評估論」之批判

「還原論」針對超個人法益的操作，成為了有力的見解，不過，就其具體之方法操作，學說上亦有不少檢討與反思，因而產生重新評估「還原論」內涵及具體方法之聲浪。

首先，針對前述威瑪時期德國將「總統執行職務」與「議會適法進行活動」之國家行為，還原為每個國民個人的具體權利之見解，有學說認為，如此硬拗而把所有東西都個人法益化的作法，並沒有辦法解決全部的問題，而且將所有東西都可解釋成由個人之權利或法益所構成，會讓「權利」或「法益」變成十分空洞而沒有內容的概念化操作¹¹⁴。

此外，針對認為所有超個人法益皆須找出個人法益根據之見解，雖然有否定超個人法益獨立性之成果，但其也忽略了犯罪的實質認定¹¹⁵。亦即，若在條文要

¹¹⁰ 原田保，前揭註 99，頁 3。

¹¹¹ 原田保（1991），《刑法における超個人的法益の保護》，頁 144，東京：成文堂。

¹¹² 原田保，前揭註 99，頁 4。

¹¹³ 梅崎進哉，前揭註 109，頁 311。

¹¹⁴ 原田保，前揭註 99，頁 4。

¹¹⁵ 原田保，前揭註 85，頁 4。

件中，無法明確找出（所還原的）法益內容與構成要件要素間之關係，則會導致無法以解釋論來說明之問題。例如像妨害公務罪之規定中，若對於具體個人（公務員）直接攻擊，尚能連結到超個人法益的危殆化，然而，在面對非具有如此明確的具體個人在其中的犯罪型態時，若強行還原的話，毋寧會招致混亂與弊害¹¹⁶。再者，若對這些犯罪型態牽強地朝向個人法益之還原，毋寧會帶來侵害概念的稀薄化或觀念化，例如，「還原論」可能會將過去被認為是性秩序保護的散佈猥褻物品罪，還原成「公眾的感情被侵害」。然而，有學說認為¹¹⁷，看不看猥褻物品並非倫理的問題，而是興趣的問題，若強行還原，該罪會變成保護「多數不想看到的個人之嫌惡感情」，但純粹基於個人興趣的感情，根本不值得用法律來加以保護，「還原論」若將此領域的社會問題強行還原到個人層次的話，結果會是容許了侵害性極低的犯罪成立。

亦有學者以經濟刑法之領域，來重新反思「還原論」之運用。在傳統日本學說上多認為，對於經濟犯罪的法益，縱使解釋為超個人法益亦應可還原為消費者或企業體的具體經濟利益¹¹⁸。然而有學者對此從刑法謙抑性之角度出發而為批評，其認為¹¹⁹：「……不認為經濟刑法中存在固有超個人法益而將個人利益當作法益的想法，從刑法謙抑性的觀點來看，的確頗具吸引力。然而，此種想法，除了有是否能作為解釋論而維持之疑問¹²⁰外，（該還原之作法）對於刑法謙抑性的維持來說，也不能說是完全有效的。……將危險犯規定很多的經濟刑法之構成要件，當作對個人法益的犯罪而整合性地解釋的話，將導致為了個人法益的保護而把刑法前置化，並將其當作抽象危險犯的結果。然而，若是為保護個人利益而輕易地容認此種『刑法前置化』的作法的話，反而是有違刑法謙抑性之要求」。故該學者在經濟刑法上，仍以「國民經濟利益」作為法益，並指出該等利益之重點¹²¹：「於今日之刑法上，亦有必要保護一定的國民經濟利益，而在這邊所謂的國民經濟利益，於最終亦是連接個人幸福的東西，故得承認其法益性。從而，該利益本身雖

¹¹⁶ 梅崎進哉，前揭註 109，頁 312-313。

¹¹⁷ 梅崎進哉，前揭註 109，頁 313。

¹¹⁸ 神山敏雄（1986），〈經濟犯罪行為と秩序違反行為との限界（三）〉，《刑法雜誌》，27 卷 1 号，頁 47 以下。

¹¹⁹ 京藤哲久（1989），〈經濟刑法の構成要件とその合目的的解釈〉，《刑法雜誌》，30 卷 1 号，頁 95-96。

¹²⁰ 此部份之問題即如前段所述。

¹²¹ 京藤哲久，前揭註 119，頁 96。

沒有還原個人利益之必要，然而，其利益自身對於個人利益之保護，亦必須有不可避免的意義上之關聯性」。

從以上對於傳統「還原論」的重新評估之論點中可知，至少在現今對於超個人法益乃集體利益之看法，是可以確立的。此外，在無法徹底還原成個人法益的超個人法益上，亦須不可避免地與個人利益有所關聯，而其個別之具體內涵及框架，則有待各自進一步之建構¹²²。

第四款 小結

德國學者 Hefendehl 為了避免「超個人」這個詞所可能產生之誤會，故使用了「集體法益」一詞來代替，明確地表態認為，類似法益與個人之關聯性、乃眾人所集體享有的，絕不會是以想像出的「超個人事物」為主體。

而在集體法益中，最難以解決的就是制度保護的解釋了。這主要是因為制度本身的非物理性、不具有現實性存在的關係，而使得其損害難以客觀驗證，但這並不表示制度的保護不具必要性及可能性。Hefendehl 從集體法益的功能面出發¹²³，而將該些法益區分為「為個人之自我實現創造自由空間的集體法益」及「保護國家架構條件的集體法益」，前者涉及可能耗盡的社會重要資源與對於社會、國家制度的信賴；後者涉及可能耗盡的國家資源與國家之運作條件。而後者與前者中對於國家制度的信賴，論者以為乃傳統三分法中國家法益之範疇，而所剩之前者即為傳統社會法益之範疇¹²⁴。

針對本文想探討之政府採購法刑事責任的保護法益為何之問題，首要者即須確定，其究為可還原而直接以個人法益作為保護的犯罪類型，抑或是屬於超個人法益亦即集體法益之保護。若屬後者的話，其究為何種功能制度面的保護，皆須為進一步之探討。下節將從本法刑事保護法益定位為個人法益的可能性，開始為討論。

¹²² Roland Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, S. 19.轉引自鍾宏彬（2012），《法益理論的憲法基礎》，頁 249，臺北：元照。

¹²³ 進一步詳細論述請參 Roland Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, S. 113.轉引自鍾宏彬（2012），《法益理論的憲法基礎》，頁 257 以下，臺北：元照。

¹²⁴ 鍾宏彬，前揭註 106，頁 270-271。



第三節 定位為個人法益之可能性

第一項 概說

承前節所述，無論是擇何立場都無法否認，個人法益之保護乃為現代刑法的核心任務。而欲將某刑事規定定位為個人法益之保護，乃須確認其行為客體，即欲保護之個人，以及其所受侵害之法益為何。而縱使有可得確認之行為客體及法益，亦須檢視其是否與現行刑法典所載明之規範有所重疊，若有的話，即須思考除了立法疊床架屋外，若刑度尚有不同，則系爭規定是否還有其他欲保護之利益？該被確認出的行為客體及法益，是否僅為判斷其他法益受侵害的標準之一，而非系爭規定所主要欲保護之刑事法益。

在政府採購法之刑事罰則規定當中，的確有部份條文是找不到明確地受侵害之個人，例如第 89 條之「洩漏採購祕密罪」，除了頂多有可能解釋成下方即將檢討之各納稅人及參標廠商的財產法益保護外，一般提到妨害個人祕密的相關刑事規制¹²⁵，多與個人隱私權或工商業團體祕密之保護相關。惟該罪中，「關於採購應祕密」之事項是否屬於刑法第 317 條之工商祕密，乃尚有疑義，縱使認屬之，亦可完全直接依刑法第 317 條處理即可，而無須再制定本罪且刑度提到五年之高。可見本罪另有其他欲保護者，且找不到明顯受害之個別個人。

然在本罰則中，的確亦有不少可被特定出而作為行為客體之個人，以及其可能受侵害之法益，此在本法第 87 條之圍標類型犯罪中，以及第 90、91 條強制類型犯罪中，最為明顯。惟本罰則中之刑事規定，主要真的是想保護這些個人之利益嗎？本文於本章中，無欲就個別條文依次討論其可能保護之個人法益為何，乃以統略法益定位之方法，來檢視各種可能的個人法益，是否為本章刑事規定所欲保護之利益。

¹²⁵ 即刑法典中第二十八章「妨害祕密罪章」之規定。

第二項 參標廠商之自由意志？

於政府採購法罰則之條文中，可見到不乏明顯涉及自由法益侵害的規定，如第 87 條第 1 項、第 90 條、第 91 條等。若要討論自由意志是否是該等規定所欲保護之法益的話，於此可區分成兩個探討之方向，一者乃認定該些規定本質上即僅為保護自由法益而訂立；另一乃該些規定為兼保護自由法益，亦即有可能為雙個人法益保護之規定。

若設定為前者的話，雖然於本法刑事罰則中，有許多對於強制行為之規制，但無法說明為何要在政府採購的相關法規裡，專門制定一個僅為保護自由法益的刑事規定之合理性，因為有關自由法益之保護，於我國刑法典中，即已有縝密之體系規定了。且從本法系爭條文中，除了行為態樣外，多有「意圖」內容之規定，而意圖內容亦有指向可能侵害法益類型之判斷功用¹²⁶，故從系爭條文所涉及之意圖內容可知，該些規定並非僅單純以保護自由法益為主。

若設定為後者的話，首先即須找出該些系爭規定中，除自由法益外所保護之另一個人法益為何，惟無論為何者，為何不在罪數競合中採取一行為侵害數法益時從一重的想像競合即可？若認為係實質結合犯規定，例如像刑法第 328 條強盜罪之規定一般，而將系爭政府採購法之刑事規定定位為對於個人之自由法益結合財產法益侵害的話，則其實可將系爭行為之規制回歸普通刑法典處理即可。

此外，若依上述後者定位之見解，從刑度來看，亦無法說明，為何像政府採購法第 87 條第 1 項之刑度，乃會與普通刑法中之強盜罪有所不同。此部份或有涉及將政府採購法刑事規定定位為保護個人財產法益之可能，將於下項中為說明。

第三項 參標廠商之財產法益？

此部份依照政府採購法罰則條文之規定形式，可將參標廠商於財產上可能受

¹²⁶ 一般意圖犯之基礎類型可粗分成兩種：一者是非針對「所計畫之法益侵害」本身，而是對類型化的行為人動機加以描述，此種意圖乃是對在法益侵犯外，行為人的特別可責性及危險性的動機的內在意向；另一種則涉及所保護法益之侵害本身，此時行為人行為的可罰性確立並非在法益侵害時即已成立，而須待確立意圖存在時始為完足，詳參柯耀程，前揭註 56，頁 11-12。後一類型在日本法上，乃近似「目的犯」之概念，本法刑事罰則之意圖犯類型，從規範形式以觀即近此種類型。

侵害之利益，區分為兩種：即「可能得標之利益」與「已得標案之利益」。而關於後者究屬債權性質之財產利益，抑或是如同前者而可能僅為財產上之期待利益，尚須端看採購契約生效時點之爭議的認定，以下將分述之。



第一款 可能得標之利益？

在政府採購法之刑事規定中，無論是行為人圍標、綁標、或是洩密之行為，皆有可能使得部份已投標或有意願參標之廠商，遭受無法擁有得標機會或機會變低，或是無法投標之損害。而這種「可能得標之利益」所涉及者，即乃其是否為期待利益，以及縱使為之得否被保護的問題。

所謂期待利益，民法學說上一般認為¹²⁷，乃指法律上所保護之權利或利益尚待一定事實發生或一定要件成就後始能具體化存在，而於其尚未完全發生前，當事人對於未來權利或利益之取得具有期待性，並可能依此有所計畫，此時當事人之期待即屬期待利益。雖然其實際內容常為抽象而不確定，但例如當事人在尚未訂約前，預期訂約並履行後可獲致之利潤，可認為是一種期待；此外像在繼承人在繼承開始前對於取得繼承財產、或當事人在法律行為之停止條件成就前預期可因條件成就後取得權利，亦屬一種期待¹²⁸。

然而，有學者從權利與利益概念具有相互流動性，將之區分並不當然具有正當性之概念出發，進而認為利益甚至期待利益之保護與否，應端看侵權行為之違法性大小與因果關係之遠近¹²⁹。是以有論者延續了此一觀點，並調和當事人權益保護與兼顧他人行動自由而認為¹³⁰：「若期待利益本身具有穩固性及確定性，例如僅待特定事實發生即可產生權利，同時侵權行為人可預見該期待利益之存在者，該等利益即應獲得保護，此時該期待利益應屬一種『期待權利』；反之，如期待利益之實現仍有賴於諸多不確定之要件配合或成就，則應否定此種期待利益獲得法律保護之地位」。

¹²⁷ 林誠二（2009），〈期待利益之保護〉，《月旦法學教室》，77期，頁14。

¹²⁸ 林誠二，前揭註127，頁14。

¹²⁹ 陳忠五（2007），〈論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再反省〉，《台大法學論叢》，36卷3期，頁51以下。

¹³⁰ 林誠二，前揭註127，頁15。

在系爭刑事規定中，尤其是圍標行為類型之犯罪，行為人無論是使參標廠商不為投標或無法投標或不為價格之競爭等等情形，由於皆屬未至決標程序之情形，故該參標廠商所受之損害即為失去可能得標的機會，以致無法進而與政府訂約而得到該筆生意之利潤。惟，該參標廠商縱使依正常程序投標而未受外力介入，其得標與否，本即仍受各種因素之影響，如其他參標廠商、本身形式要件具備與否、是否合乎政府之資格規定等等，故縱使其有期待能得標並從該標案得到利潤之利益，該期待利益仍有賴於諸多不確定要件之成就與配合，始可能實現，是以從前揭學說論述以觀，該期待利益並無法獲得法律上之保護地位。

以上雖係從民法的角度來觀察，然所謂「可能得標之利益」，既然是一個連民事法都不加以保護的財產利益，則其是否得作為刑事法中之財產法益而以刑罰保護，即不無疑義。

第二款 已得標案之利益？

此外，在政府採購法之刑事規定中，尤其是強制圍標罪中的部份犯罪類型，亦有針對以已得標之參標廠商作為對象之行為，此時，行為人所侵害者乃係該得標廠商對於系爭標案之利益。惟，承前章節所述，一般標案流程乃採購機關招標，並經由廠商投標，再經開、審、決標後，尚有一「訂約」之程序，爾後始為履約與驗收付款。而關於此處標案之利益本質，究屬期待締約之利益，抑或已屬一債權之利益，涉及到招標公告、投標的法律性質為何，以及契約生效時點認定之問題。

關於招標公告究屬「要約」或是「要約之引誘」，一般而言，若公告中含有具備契約之必要事項，如招標公告中之採購標的與價金等，的確是有可能被認定為「要約」。然而，就此之招標公告而言，其並不會因為廠商之投標行為即成立契約，而是尚須經由招標機關一連串之開、審、決標，甚至簽訂書面契約後，始可能成立契約。此外，投標廠商亦有可能因各種法定原因而無法繼續，例如資格不符、原本即被停權了還投標、未檢附相關資料文件等等，是以採購契約並非僅因廠商之投標即可成立，而招標公告亦非「要約」，而僅為「要約之引誘」¹³¹。

¹³¹ 羅昌發（2008），《政府採購法及政府採購協定論析》，頁 79，臺北市：元照。

而關於廠商之投標行為，因為其通常乃係對招標機關之招標公告內容為具體之報價，且即使該廠商得標，原則上其亦並沒有選擇是否要締約

之權利，甚至得標後如無正當理由不締約還會被公告成不良廠商，是以廠商之投標行為的法律性質，應屬民法上之要約¹³²。

惟廠商之投標行為既為「要約」，則採購機關對於得標機關之「承諾」是發生於何時？究為「決標時」抑或是「訂立書面契約時」？或有認從易於判斷的角度切入，而認為後者為是，若承此，則該得標廠商對於系爭標案之利益，即僅屬一種期待利益。然而，此種見解有違民法第 153 條之規定，故實務上有認為¹³³，於採購機關為決標決定時，即屬「承諾」而於雙方間成立採購契約，此時得標廠商對於系爭標案之利益，即屬一種債權上的利益。雖然實務上亦有函釋認為¹³⁴，如符合民法第 166 條之例外情況，即招標文件之內容有載明須雙方書面簽署後，始生契約效力的話，則系爭採購契約之生效日即非決標時，而為簽訂書面後，此時，該得標廠商對於系爭標案之利益雖為期待利益，然其應屬上述具有穩固性及確定性之期待利益，而得為法律保護。

然而，縱使此種利益可認定為刑法上所得保護之財產法益，但在其可能侵犯之行為態樣與刑法典財產法益保護規定有所雷同之情形下，恐有重複規範之慮。此外，睽諸本法中之刑事規定，多未有明顯財物或利益移轉外觀之結果要件，頂多也僅是規定於意圖要件中(如強制圍標罪之「意圖使廠商得標後轉包或分包」)，而不求其於客觀上有所實現即可成立本罪。故若將本章之刑事規定，定位為個人財產法益之保護的話，則即有將個人財產法益受侵害之未遂危險單獨成文化的情形，加之又有未遂犯的規定，等於是就個人法益的保護，而處罰未遂危險的危險，其是否妥當實有疑義，恐有違刑法謙抑性之慮。

第四項 各納稅人之財產法益？

由於政府採購之預算本質，多數係源於國民納稅金而來，故在本法罰則中所

¹³² 林家棋（2008），《政府採購競爭者訴訟之利益之研究》，國立中正大學法律研究所博士論文，頁 106。

¹³³ 如高等行政法院 91 年訴字第 597 號判決。

¹³⁴ 詳參行政院公共工程委員會（88）工程企字第 8805761 號函釋。

規制之行為，如圍標、綁標等，皆可能導致國家以較高之預算來進行該次採購，進而有可能對於「各個」納稅人之財產法益皆造成侵害。

然而，針對本法罰則中的行為類型，諸如俗稱「搓圓仔湯」的合意圍標等行為，其所直接攻擊之對象乃是一定的社會系統，如市場競爭秩序，而具體納稅個人僅是在其背後受到間接影響而已。亦即，該等行為對於要侵害到背後「各個納稅人的財產利益」，乃僅存極其遙遠之危險性¹³⁵，而若將如此遙遠且間接之危險性作為刑法發動的根據的話，在結果上會承認非常薄弱的抽象危險犯之成立，而有悖於刑法謙抑性之要求¹³⁶。

此外，在實際面上，若將本罰則之刑事規定定位為各個納稅人財產法益之保護的話，則有可能使得認定為被害人的全國每個納稅人，皆可針對個案行為人之行為，依刑事訴訟法第 487 條之規定，於刑事訴訟程序中附帶提起民事訴訟。其結果將帶來司法資源的耗費，以及社會秩序的紊亂。

第五項 小結

上項中，將「各個納稅人之財產利益」作為本罰則規定之保護法益而進行了檢討，並得到非屬本法刑事罰則之保護法益的結論。然而，若是將納稅人「集體」之財產利益作為單一之保護法益，也就是若將施行採購者，即國家政府之經濟利益作為一體而進行檢討的話，此涉及國家財產法益作為單一法益而為保護之問題，將於下節之國家法益定位中為討論。

惟無論如何，在結論上本文以為，對於保護法益的解釋，整體體系應為一致。於本法罰則中，除了第 87 條第 2 項加重結果犯之規定，是明顯保護個人之生命身體法益外，若將其餘規定皆定位為個人法益保護為主的話，除了有前幾項所述及之缺失外，亦會產生在同法條中的不同項，以及同法律章節中的不同條所保護之法益，可能有所不同，進而造成體系混亂、沒有保護核心目的而無法統一解釋之亂象。是以在結論上，應認本法罰則中之刑事規定，並非得定位為保護個人法益為主要目的。

¹³⁵ 梅崎進哉，前揭註 109，頁 315。

¹³⁶ 京藤哲久，前揭註 119，頁 95-96。



第四節 定位為國家法益之可能性

第一項 傳統國家法益之意義與內涵

從傳統見解來看，一般認為刑法上之各罪得依法益種類區分為：「對於國家法益之罪」、「對於社會法益之罪」、以及「對於個人法益之罪」，此見解大抵吻合對於刑事保護法益「三分法」之旨趣。然而自 18 世紀以降，市民意識之價值觀已從國家主義朝向個人主義進展，故有見解進一步以天賦之人性倫理價值為基礎，並將一切法制均視為不過是個人權力之附屬品，故過份置重個人具體利益而忽視其他價值¹³⁷。是以有像類前所述之極端法益一元論的產生，並有認為於刑法典中的排序，對於個人法益之罪章應優先於對於國家、社會法益之罪章¹³⁸。惟若從社會文化之進程以觀，無論各國皆是由團體支配發展而為個體自由之法律秩序，縱是在西方社會，亦是到近代封建制度沒落之後，個人生活利益始受到重視，故有認自古至今之法律秩序所關心者，皆不會漏去團體生活之穩定，是以在法制史上，社會法益既然先於個人法益而確立，且個人法益作為法律所保護之利益亦是隨著時代進展始擴及之，則社會、國家法益此種集體法益，並不可棄之如敝屣或認居於個人法益之下¹³⁹。此外，上述學者從個人主義出發而認應將對個人法益之罪章置於對集體法益之罪章前的見解，亦僅不過是批判國家、社會等成為自我目的而存在者，避免那樣的目的成為比個人更上位的價值而要求個人對其效勞與犧牲¹⁴⁰，以致利維坦的誕生。故從個人無法離群索居以及個人與團體之關係乃休戚與共的角度，並加之現代社會生活關係複雜，個人亦難以完全脫離團體組織而謀自身之生存發展下，對於國家、社會此種集體法益，並非將之視為不重要或是次等之利益，而是要如前幾節所述，找出其與個人利益之實質而不可避免之關聯，並排除保護獨立自我目的、價值之危險性。

¹³⁷ 韓忠謨（1967），〈妨害國家法益及社會公安之罪的比較研究（上）〉，《法學叢刊》，11 卷 3 期，頁 22。

¹³⁸ 平野龍一（1965），〈現代における刑法の機能〉，收於：平野他（編），《講座現代法 11・現代法と刑罰》，頁 7，東京：岩波書店。

¹³⁹ 韓忠謨，前揭註 137，頁 22。

¹⁴⁰ 平野龍一，前揭註 138，頁 8。

然而，針對從「個人」所區分出來的「非個人」法益中，有認為將國家與社會分別為兩種法益是沒有必要的¹⁴¹，其原因可能是從集體法益的性質出發，既然都是多數人的集合利益的話，則再區分國家與社會的，似乎會沒有多大的實益。本文以為，此二種法益類型除須與個人有所關聯，其所保護者仍為人類共同生活關係上所生之目的與需求，彼此間的關係亦極為密切，是以國家法益的確可說係廣大社會法益下的一分支。但在其所反射之利益上仍有所不同，國家作為支撐人們在社會上共同生活的法組織¹⁴²，故國家法益乃是從為增進國民福祉的國家機構得圓滑地運作之觀點來為認識¹⁴³，進而可能具有其特殊性。

是以若要瞭解國家法益在社會法益中的獨特性，須從其意義及內涵定位出發，來確認其有別於一般社會法益的特點。傳統憲法學上對於所謂「國家」，是指以固有的領域為基礎所組織而成的集團，並且對其集團之成員(國民)具有支配權，故領土、國民、以及統治權(主權)乃構成國家的三要素¹⁴⁴。然若從歷史發展來看，「國家」本即非先驗性或不可挑戰的，最狹義的現代國家概念之產生，亦不過是最近幾個世紀才逐步形塑出來。亦即人類社會的政治組織乃由散漫而趨向嚴密，當達到相當強固階段時，始有國家組織出現，而此組織之目的即在以政治權力確保共同生活利益，故雖然「國家」本身乃獨立之法人格，但其最終所導向的，仍是作為國家公務受益者的全體國民之利益¹⁴⁵。從法律觀點而言，國家以領土、主權、政府組織等為其存立基礎，並具有永久性之目的任務，故學說上有認，既然其本身即為法律上之人格主體，凡有妨害國家利益而危及其生存、破壞其體制、或擾亂其權力作用及治安秩序者，國家均有可能為了自衛而運用刑罰權¹⁴⁶。而從國家乃居於統治地位的獨立法人出發來看，其所包含之法益內涵亦與一般社會法益有所不同，傳統學說將其大別分為四種類型：其一，為「國家之人格法益」，此乃基於國家為政治組織體而有獨立人格，而為確保其人格如維持其自身之存立、安全、尊嚴及榮譽等之內涵；其二，為「維持統治機能之法益」，此乃基於國家

¹⁴¹ 原田保，前揭註 99，頁 2。

¹⁴² 中森喜彥(2011)，《刑法各論》，三版，頁 231，東京：有斐閣。

¹⁴³ 大谷實(1990)，《刑法各論の重要問題》，新版，頁 428，東京：立花書房。

¹⁴⁴ 野中俊彥(2012)，《憲法 I》，五版，頁 4，東京：有斐閣。

¹⁴⁵ 今井猛嘉、小林憲太郎、島田聡一郎、橋爪隆(2007)，《刑法各論》，頁 345，東京：有斐閣。

¹⁴⁶ 韓忠諫，前揭註 137，頁 23。

經由其機關組織並運用權力已達成政治目的，故關於維持其統治機能而使其免受不當干擾，亦為利益內涵之一；其三，為「國家之財產法益」，此乃國家基於法律人格者之地位，於從事各種目的活動時，必須自行擁有財產，且此財產與單純基於統治作用而生之對物支配，例如領土主權等，有所差別；其四，為「國家之一般政治利益」，此乃基於近代國家多以促進共同生活利益為目標，故對於服從其法權支配之一切人事物，均居於保護者之地位，故若從此政治觀點視之，則社會及個人利益多皆為國家之政治利益¹⁴⁷，惟此種利益內涵僅為傳統上大略、籠統的定位，是以對於諸種國家利益之內涵是否得作為刑法之保護法益，本文以為除了仍須與個人法益有所關聯外，對於系爭行為的判斷，亦須依循比例原則與上述利益為衡量。

雖然例如像「國家任務」等之執行，通常只有「國家」此種法人格始得為之，但是須避免變成將國家僅作為「超越個人的自己存在目的」而保護¹⁴⁸。亦即，對於所謂「國家利益」要有具反噬性的警覺，因為在古今中外的經驗上，很多「國家利益」最後常幻化成「執政者的利益」，是以若將與國家有關之事物均認作國家利益，並先驗性地將其代表全體國民之利益而獨立、特別加強、加重保護的話，最後受害的還是每個國民之自由。故在有可能被解釋為國家利益、甚至有可能作為刑事上國家法益的事物上，於法益體系定位時，應排除僅為國家自我目的而存在之利益保護，以及對於國家相關事物無限上綱地納進刑事保護法益中¹⁴⁹。

第二項 國家法益之體系分類

承前項所述，現代國家幾乎支配著所有公眾事務，其被期待的職能可說隨著時代推演益加增添。故有學者認為，在對外關係上，由於國際局勢往往詭譎多變，經濟、政治、甚至軍事上之鬥爭有增無減，對於國民生存之保障，須有賴國家之力；而在對內關係上，共同生活之安全秩序，乃是自古以來皆多由統治者確保之，縱是當代之政治型態，亦有賴國家予以確實維持；此外，對於經濟與文化等事業，

¹⁴⁷ 韓忠謨，前揭註 137，頁 22。

¹⁴⁸ 內藤謙，前揭註 74，頁 122-123。

¹⁴⁹ 此觀念於後述及妨害公務罪章時，就侮辱公署、侮辱公務員等，所謂保護國家尊嚴與榮譽之刑事規定，皆可能對該等規定之立法正當性產生影響。此外，就國家為達其行政目的所為之舉措，是否皆應視作國家利益而保護之，抑或須探究該舉措之內在具體的（對國民）利益為何始當，於本文想探討之環繞政府採購的相關刑事規則的法益定位上，亦會有所影響。

亦有由國家謀策執行以圖發展之需求¹⁵⁰。惟雖可確認在現今政治文化潮流中，國家之利益有其存在之必要性，然如何將其體系化並深化分類其內涵，亦為必須探究之工作，以此始得確認每項可能利益之內實並防免國家自我目的或是虛無利益之保護。

德國學者 Hefendehl 自功能性著手，而將國家之利益作成了三大分類¹⁵¹：

其一，為「對國家制度的信賴法益」，Hefendehl 將此法益又分成信賴遭受外部侵害以及信賴遭受內部侵害等二種情形，前者例如賄賂罪，雖然涉及的是位於內部的公務員，但因利益來源是外部人，故將其定位為來自制度外部的攻擊；後者例如枉法裁判、違法執行刑罰等濫權類型之犯罪，Hefendehl 並進而認為，該等濫權行為須達到可能對外部人產生影響，始可能動搖大眾對公務之信賴，而此種來自內部的攻擊，並沒有如來自外部攻擊可能實際上不影響公務體系公正性或是公務員悍然拒絕或僅假意接受賄賂之情形，既稱「濫權」，則在該等攻擊一為之時，即對國家制度的信賴法益造成嚴重侵害而沒有澄清、彌補之機會¹⁵²。然而，所謂對國家制度的「信賴」本身，其實是一種沒有客體附著其上的共同主觀，故此種表彰全體國民的內心情緒，大部分僅能以直覺來認定其之有無，而在實際操作上，這樣的心境內容其實是由個別法官來作認定，難免會因人而異標準不一，且流於恣意。是以學說上有認為，對於此種法益是否受侵害之認定，應注重其與個人利益之關聯性，或是是否有具體之客體存在，以作為防免認定上恣意之關卡¹⁵³。

其二，為「可能耗盡的國家資源法益」，Hefendehl 認為，國家之活動無論倚賴財物資源或人力資源，皆是有限的，故侵害國家資源的行為在特定條件下亦可能受刑事處罰。Hefendehl 並進一步將侵害此法益之行為區分成兩類型，一種是資源不當的浪費或消耗，此於妨害公務執行時可能會該當，亦即，國家在為具體活動時，其可動用的資源是有限的，而反抗和妨害行為可能會使國家付出的資源

¹⁵⁰ 韓忠謨，前揭註 137，頁 23。

¹⁵¹ 關於 Hefendehl 對國家法益之見解，以下詳參鍾宏彬，前揭註 106，頁 270-288。

¹⁵² 於我國刑法之規定中，賄賂犯罪類型尚有「不違背職務收賄罪」，且其行賄者亦不處罰；而對於濫權之犯罪類型，既是「濫權」，則系爭行為定皆為違背職務之行為，若從 Hefendehl 之見解以觀，該等類型之犯罪對於信賴法益之攻擊與前者相較下，更具有殺傷力，是以刑度上亦較為重。

¹⁵³ 李茂生（2012），《刑法總則講義》，2012 修訂，頁 19，台北：未出版。

被抵銷；另一種是將「侵害」之意義擴張，把潛在資源的損失，亦即應收入而未收入之資源也納入，例如逃稅罪或逃兵罪皆可能該當於此。

其三，為「國家運作條件法益」，Hefendehl 並進一步將此法益區分成兩類型，一種是保護國家本身存續，例如內亂及妨害國家安全等相關犯罪；另一種是保護特定憲法機關的運作能力，然而 Hefendehl 認為，對於保護國內直接執行國家意志之機關（多為行政機關）的運作能力之相關規定，其構成要件所保護的，乃是國家具體運作時的有限資源，因在該等規定之環境下，系爭執行機關常是直接與人民接觸，所以容易受到人民抵抗，而國家資源也容易受到額外消耗，故 Hefendehl 認為在此情形下已非得僅以抽象的「國家運作之機能」為其法益內涵，而較類同於可能耗盡的國家資源法益之保護。

關於我國刑法典中之國家法益體系，與上述 Hefendehl 之分類稍有不同，我國刑法典之前身源自清國之「大清新刑律」，而新刑律之內容乃由當時日本刑法學者所代為起草，故與日本刑法體系多有相像之處¹⁵⁴。自刑法分則編以觀，對於侵害國家法益之行為大別可區分為「侵害國家存立之犯罪類型」及「侵害國家作用之犯罪類型」，前者即第一、二、三章之內亂、外患及妨害國交罪；而關於後者，自現代民主法治國家多以三權分立型態展現以觀，對於所謂國家作用之侵害，各可分為對立法、行政、司法權作用之干擾，而除了第六章妨害投票罪此種廣義之立法權侵害不分內部或外部侵害外，對於司法權及一般行政權之侵害皆有內部侵犯（例如第四章之瀆職罪章）及外部侵犯（例如第五章之妨害公務罪章）之類型。而對於司法權圓滑運作的干擾，規定於第八、九、十章中，分別乃是對於司法權保全被告、證據、以及司法正當程序實行之侵擾。此外，從分則章節排序以觀，我國與日本刑法典一樣，皆將「侵害國家存立之犯罪類型」置於分則編之開頭，如此的體系安排所表現者，乃所謂「國家優位之想法」¹⁵⁵。此種將保護國家利益優先於個人利益之企圖，學說上對此亦有所批評，認為國家既僅有作為保護個人生命、身體、自由、財產之價值，則其利益之保護，在體系排列上應後於個

¹⁵⁴ 蔡墩銘（2000），〈台灣刑法之發展〉，《新世紀智庫論壇》，12期，頁45。

¹⁵⁵ 井田良（2012），〈ゼロからスタート・刑法"超"入門講義（第23回）国家的法益の保護〉，《法學教室》，380号，頁77。

人重要法益保護之刑事規定¹⁵⁶。

本文中欲探討的政府為採購所為之招標、簽約等行為，雖的確為國家之舉措無疑，但是否得認定為「國家任務」，實不無疑問，此部份將於後續章節討論之。而對於圍標、綁標、洩密等政府採購法中所規範之刑事行為，若欲定位為國家法益，於我國刑法的國家法益體系中，有可能會被解釋為從外部去侵犯行政權之圓滑行使。此外，從 Hefendehl 的功能性分類法來看，若置於對國家制度信賴法益之侵害中的話，則會有「政府採購標案流程」是否為此之國家制度之疑問；若認係對執行國家意志之行政機關運作能力的侵擾的話，則亦可能會有是否已具象為國家資源法益之疑問。然而，縱使認定是對於國家資源法益之侵擾，對於系爭資源之侵擾為何可以刑事處罰？此外，國家是否有分配資源的功能，而國家在經濟領域等制度下的圖像究竟為何？下項將環繞資源分配一事，來探究將政府採購法刑事罰則之保護法益定位成國家利益之可能性。

第三項 資源分配視角下的法益探討

第一款 概說

在政府採購的內涵上，其實可從兩個面向來切入，一個是「買進來」的工程、財物、或勞務；另外則是為了此些事物所「花出去」的資源。關於前者，或有謂政府採購法刑事罰則中之規定，即是要保護此些採買動作後所欲達成之行政目的，例如對於消防員防火衣之採購進行圍綁標行為，低價得標行為人進而在標的上偷工減料，可能會使消防及社會安全之行政目的不達，甚至造成消防員及國民之生命身體受侵害¹⁵⁷。然而，所謂「行政目的」本身即是含糊的不確定概念，而在不同的情境下所為之採購，其目的之輕重緩急與對於行政運行的影響程度本即不一，若對行政目的達成之侵擾行為一概以刑事手段、尤其是重刑化來處罰，恐不甚妥當¹⁵⁸。此外，對於此些行政目的之不達，通常行為人即為採購契約之另一方，故

¹⁵⁶ 平野龍一，前揭註 138，頁 9。

¹⁵⁷ 廖傳賀（2012），《圍標犯罪之研究-以政府採購法第八十七條規定為中心》，國立中正大學法律學研究所碩士論文，頁 132。

¹⁵⁸ 除非為達該項行政目的之執行舉措，得認定為刑法上的公務執行，且行為人之行為亦得被認定為有該當妨害，而有妨害公務罪之討論可能（此部份將於下方款目中討論），否則，單純泛有礙行政目的達成之行為，難認得輕易加以刑罰化。

國家對於此種有違民事契約之情形，本即得經由民事上債務不履行等相關規定解決，縱使如上例中，有瑕疵之防火衣最後致使消防員死傷，在得牽起一定因果關係下，亦可從刑法中保護生命身體罪章之規定處理；且對於廠商以惡性低價強標並於事後供給品質低落之採購標的之情形，政府採購法第 58 條已有程序上之防免措施，亦即在得標廠商標價偏低顯不合理，而有降低品質或不能誠信履約之虞等情形，採購機關得限期命該廠商說明或提擔保，故將本法罰則之刑事保護法益定位為行政目的達成之維護，似稍嫌寬泛。

是以對於政府採購法中刑事罰則之規制目的，應該主要還是環繞在國家給出資源，亦即「資源分配」一事上。而針對於此，又可分成兩個層面為探討，其一在量上來說，此些資源最直接即是涉及國家的預算、財產，而本法罰則中所規制之行為會影響的採購類型，通常皆具有一定之規模及數額，此外，從本法第 6 條規定中，可將本法之精神歸類出幾項原則¹⁵⁹，即：「公共利益原則」、「公平合理原則」、「平等待遇原則」、及「為適當之採購原則」，故有認政府採購的著眼點通常涉及「安全性」、「效率性」、及「公開公正性」，以達採購預算的最有效運用¹⁶⁰。若從這個角度來看，本法中刑事行為之規制，可能即在保護國家財政預算被不當地減損之情形，也就是保護國家財產利益的概念，是以有就此為定位檢討之必要性。此外，既然系爭行為所涉之採購多具一定數額、規模，則在本法罰則中無論是圍標、綁標、或洩密等行為，皆可能造成有得標可能性之潛在或顯在廠商，無法公平接受國家資源分配之情形，而本法刑事保護法益是否即為此種國家資源分配公平性之保護，亦值得探究。其次在質上來說，在為資源分配之一事上，本法刑事罰則是否乃針對負責分配者的失職行為而進行規制，從綁標等規定來看似乎如此，但此種對於資源分配職務之公正性要求，與我國刑法與特別刑法中之瀆職規定對於公務員之要求是否相同？亦即本法中綁標相關刑事規定之主體究否為公務員，而對於其職務公正性之要求是否為該等規定所欲保護之主要法益，亦有待討論。而另一方面，若將整個政府採購體制的圓滿實行當作「公務」的一種展現的話，本法中所規制的刑事行為，亦可能直接是在保護此種「公務」被阻撓而無法正常運作的情況。若從這個角度來看，本法中的刑事行為，即可能被歸類為

¹⁵⁹ 但不一定即皆為本法刑事規定之保護法益。

¹⁶⁰ 黃榆楹，前揭註 69，頁 232。

「妨害公務」之特別犯罪類型（國家行政權作用的圓滑行使）。然對於此種內含資源分配的制度之侵害，是否得認為乃對於國家任務之侵害？抑或其尚包含了其他領域層面之內實？本文以下將從妨害公務犯罪類型的體制面出發，來為進一步討論。

惟無論是上述何者，皆須從探討其是否值得保護，即需保護性出發，並檢討其是否值得用刑法加以規制。而縱使肯認得使用刑罰處理，則該處罰的線可以劃到哪種程度，亦即可前置到怎樣階段的行為，以及從本法罰則中所規範之構成要件與相關條文來看，是否的確是欲直接保護其所稱之利益，皆是以下各款討論中想處理的目標。

第二款 國家財產法益？

第一目 作為國家財產之資源—國家資源種類的差異性

首先，如前面項款中所述，所謂「可能耗盡的國家資源法益」中之資源，有著各種面向，Hefendehl 對於透過課予人民給付義務來保護國家潛在資源的犯罪類型，區分為違反金錢給付之「逃漏稅罪（我國相關規定於稅捐稽徵法中）」與違反人身給付義務之「逃避兵役罪（我國相關規定於妨害兵役治罪條例中）」¹⁶¹。Hefendehl 因這兩種義務乃直接寫在德國憲法中，故並不質疑以其為核心之刑事處罰規定的正當性，而雖然我國憲法第 19 條及第 20 條，亦有將此些義務寫入憲法中，惟本文以為這並非當然意謂著，此等義務即可直接作為刑法上之保護法益。一來是此些徵來之人力物力，雖然最終多用於完成國家任務上，即亦是服務全體國民，但其終究非如憲法中之基本權利，而為課予人民提供資源之義務。或有謂：「有權利即應負義務」，進而認為權利與義務是處於同等地位。然縱是憲法中的義務，亦是人們所立，負擔義務本身通常即代表著權利之受侵害，而部份基礎之基本權利應是與生俱來的自然狀態，但憲法中的義務除了是人為外，甚至會隨風土國情不同而有所差異，故是否得將權利與義務視作同等地位，進而將違反憲法義務行為之可責性，當然地與侵害基本權利之行為劃上等號，並作為刑事處罰規

¹⁶¹ 鍾宏彬，前揭註 106，頁 281-282。

定的正當化依據，不無疑義。此在以刑法手段要求人民為人身給付之強制兵役義務上，更顯其不妥性，如我國之徵兵制國家，通常係因國防安全且有潛在或顯在敵國之原因，始須強制人民服兵役，此時對於人力資源此種國家資源而言，少一個人力資源就是多一分對國家資源之實害，但此在我國目前的環境狀態下是否成立，實令人懷疑¹⁶²。此外，對於兵源此種人力資源得否作為國家財產的問題上，本文以為，雖然從實然面的角度，軍人基於服從義務其實就如同國家的旗子一般，故將其當作國家之財產似亦不為過，但從人性尊嚴與法律解釋的角度來看，並無法認同將此種國家人力資源直接當作國家之財產法益。

相對於此，對於人民納稅之金錢給付義務，也不會因為寫入了憲法就當然成為刑事法上的保護法益。國家財源乃進行國家行政活動所必要的，甚而有認國家有關取得、管理、及使用必要財力的財政舉措，僅是達成國家目標的手段而非自我目的，但應合理地利用國家財源，以使該達成國家目標之手段乃是「為了國民的」財政手段¹⁶³。是以對於此種金錢國家資源會有基礎性的需求，在國家結構上的所有運作，如人員的聘請、事物的購買，若無金錢財力的支撐皆無法進行，除了嚴重時會影響國家存立外，若無相關財政措施則亦無法實行「為了國民的」諸種國家目標，故金錢等財物資源，應是所謂「國家財產法益」的直接內涵。惟對於「逃稅罪」此種侵害國家應收入而未收入之財產法益的犯罪類型，其所保護之法益是否即為國家財產法益，學說上亦容有爭議：有認此種行為乃係侵害了國家為確定其租稅債權而為課稅處分之權利，亦即將「國家的課稅高權」當作保護法益，此時課稅處分一事即有如公務之執行一般，而行為人即乃妨害公務執行；惟亦有認，此行為乃是直接侵害了「租稅債權」此種國家之財產權¹⁶⁴。若從後者之見解，則金錢財物等國家資源，確實有可能作為國家財產法益，而以刑罰之手段保護之。

¹⁶² 亦即，以刑罰手段推行徵兵制而強制要求人民服兵役的前提，應是在國家有確實明顯危險之假想敵，以及對此應對之完善兵役措施後，始得為之。但從我國之義務兵役教育內容（對於內務、洒掃、唱軍歌等要求成為主要目標而非實戰訓練）與服役期間長短，以及高階退役軍官和假想敵國軍方的頻繁交流來看，我國自上到下似乎並沒有創設了一個得以容許國家強行徵召人民服兵役、並對抵抗者處以刑罰的體制與環境。相反地，從前陣子著名的洪仲丘等軍中冤死案來看的話，我國徵兵制似已成為「生雞蛋嘸，放雞屎有」的制度了，對於抵抗此種義務之行為，直接以憲法有保護此種資源之明文為由，而刑事處罰，其正當性不無疑慮。

¹⁶³ 石森久広（2011），《財政民主主義と經濟性》，頁3、40，東京：有信堂高文社。

¹⁶⁴ 芝原邦爾（2005），《經濟刑法研究（下）》，頁853，東京：有斐閣。

第二目 國家財產法益之本質



然而，對於侵害國家財產法益之行為，是否與侵害一般個人財產法益之行為有所不同，而須更加強地防免侵害行為與保護此種法益，亦即國家財產法益之本質究竟為何？

或有認國家財產法益在其來源上，乃屬全體納稅人財產的集合，且國庫金額的數量及規模，與一般個人之財產相比，皆差距甚大；此外，國家財產預算對於國家得以完整運作與執行，具有支撐性的作用，甚而最終會影響到國家之存立，故對於該些侵害此種不特定個人集體財產法益之行為，亦即侵害國庫利益之行為，有必要以刑罰作為手段而前置加強地特別保護。然而學說上有認為，對於財物之實質財產價值，基本上是客觀的，例如對特定個人竊盜一台電腦和竊取國家的一台電腦，或是對特定個人竊取兩萬元和竊取國庫之兩萬元，在財產價值上的意義均屬相同的，國家被竊取的那台電腦不會因為它是國家的電腦，在財產的客觀價值上就會有所不同¹⁶⁵，故對於國家財產法益與一般個人財產法益之保護解釋，是否要有所不同，值得深思。此外，國庫的財產雖係全體納稅人集體財產之集合，但如前述財產法益之客觀本質與個人生命身體法益之本質，本即有所不同，故是否要因國庫利益乃不特定多數人財產法益之集合，即前置加重保護，不無疑義。

在我國刑法典中，類似可能侵害國家財產法益之規定，當屬刑法第 138 條的「毀損公務上掌管文書物品罪」。從該罪的行為與客體來看，其與刑法毀損罪章之規定並無不同，僅是限縮行為客體於「與公務相關之文書物品」上，以此看來，似乎是在特別保護國家所擁有之財產，進而從刑度比較上來看，似乎是認為國家財產有加強保護之必要。然而，從該罪整體條文規範形式及體系編排以觀，該罪乃置於妨害公務罪章中，且系爭文書物品既限於「公務員職務上掌管或委託第三人掌管」，則該等品項重點應是在於與公務執行有關，而該物究為公有物或私人物品，均非所問。是以該罪應屬妨害公務罪之附帶犯罪類型，非主要保護國家財產法益之刑事規定，與一般觀念中所謂「毀損公物罪¹⁶⁶」並不相同。

¹⁶⁵ 黃榮堅（2012），〈侵害財產法益的貪污犯罪？--評最高法院 99 年度台上字第 3 號及 100 年度台上字第 459 號等刑事判決〉，《法令月刊》，63 卷 9 期，頁 5。

¹⁶⁶ 事實上，依我國刑事法規定，對於毀損非屬刑法第 138 條客體之一般公物，多以毀損罪章之

綜上所述可知，侵害國家財產法益的行為，還是侵害財產法益，並不因為侵害的是「國家的」財產法益，其行為的違法性就會比較高，是以其行為對於國家財產法益侵害的危險性認定，還是與侵害一般財產法益的認定相同，至多僅是例外地將國庫當作擁有獨立人格之個人。惟我國政府採購法中之刑事罰則規定，是否主要即為保護此種法益，以下將從條文規範形式以及我國政府採購之型態切入來為討論。

第三目 作為保護國家財產的刑事規定？

一、可能的解釋路徑

對於如圍綁標等類似政府採購法刑事罰則中之行為，有認為在該等情形下，會造成系爭得標價格比起藉由公正自由競爭所形成的得標價格來的高，進而給予實施採購的政府機關等團體經濟上之損失，造成國民的稅金有無謂之浪費，是以得對該等行為處以刑罰¹⁶⁷。亦有將圍標相關行為，視作如同租稅犯罪、補助金詐欺等，而定位為經濟刑法中保護國家財政之刑罰法規領域的見解¹⁶⁸，亦即將系爭行為是否能左右「施行採購者之經濟利益」，作為該等規定該當與否的認定標準¹⁶⁹。

若從政府採購案之經費來自於國家的預算來看的話，由於國家預算即國庫的內容組成，主要是來自於人民的納稅，是以若用不當違法之手段、程序影響標案的話，可能會使得國家用較高的預算費用，來達到其採購之行政目的，進而減損了國庫之利益，亦即將本法第 6 條中「政府採購須符合公共利益」之「公益」，與國庫財產利益作上了直接連結。此外，亦有認為此可能是保護國家資源分配的公平性¹⁷⁰，惟姑不論若將該「公平性」與市場競爭秩序脫勾後其之內涵尚存有什

一般規定處之。

¹⁶⁷ 西田典之（1998），〈談合罪についての覚書〉，收於：芝原邦爾、西田典之、井上正仁（編），《松尾浩也先生古稀祝賀論文集（上）》，頁 429，東京：有斐閣；島田聡一郎等，前揭註 145，頁 366。

¹⁶⁸ 山中敬一（鄭善印譯）（1996），〈日本經濟刑法的發展與課題〉，《東海法學研究》，10 期，頁 359。

¹⁶⁹ 橋爪隆（2000），〈競争入札妨害罪における「公正を害すべき行為」の意義：最近の最高裁判例の検討を契機として〉，《神戸法学雑誌》，49 卷 4 期，頁 44-45。

¹⁷⁰ 黃榮堅（2009），〈從個別化公務員概念看政府採購中的公務員身分——評最高法院九十七年度台上字第四八一三號等判決〉，《月旦法學雜誌》，172 期，頁 293。

麼，其所彰顯的實質，最後應該還是會歸於對國家財政預算即國庫的利益保護。

對於此種國庫利益的保護，其實細緻來講的話，即是保護國家的財產法益。如同前述，國家的正常運作、執行，很大部份端須財政預算在背後作為支持，故維護國庫的利益有其必要性。然國庫並非一具體之個人，故對於國家財產法益的直接侵害，需要以特別的規定來規制特別的行為態樣。至於是否可用刑罰來處置此些行為態樣，從法益歸屬主體來看，不應因國庫財產非屬特定個人之財產即認為不受保護，尤其在傳統見解認國家基於集體國民意志而為一獨立人格之見解下，更是如此；從觀察立法者態度的角度來看，如貪污治罪條例中之舞弊罪¹⁷¹，以及租稅刑法中之逃稅罪¹⁷²，皆可瞭解立法者對於直接侵害國家財產法益的不當行為，認可立法明文以刑罰來處理；而從前述法益本質來看的話，既然國家財產法益之本質亦為財產法益，則我們既然在刑法典中規範了保護個人財產法益的罪章，那作為一個集體財產集合概念的國庫(或有如前述認直接將國庫擬制為一個人的概念)，對於其之財產法益的侵害，當然亦有可能以刑罰處理。然須釐清者為，怎樣情況下的怎樣的行為，始可對其侵害財產法益為刑事處罰？更甚者，是否可對其侵害「可能」的行為為刑事處罰？以下將以系爭罰則之規定為例，以及從我國採購標案型態切入，觀察本法刑事規定與國家財產法益間之連結性與定位可能性。

二、系爭行為與本法益侵害結果之連結

如前章所述，所謂圍標行為，一般指政府採購法第 87 條之規定，即行為人或以強制手段、或以詐術相關手段、或以合意等方式，來使可能與其競標之廠商無法或甘願不與其競爭；而所謂綁標行為，一般指本法第 88 條之規定，即行為人放水而為違法之限制或審查，而可能使得特定廠商較容易或較不容易得標；而本法第 89、90、91 條之洩密與強制行為，實行者或受影響之行為客體乃為採購之一方，就其行為之性質，無論是洩密後對於廠商日後受審查或競標時的便利，或是事先強制採購方為一定之審查等決定，多可認定為類似綁標性質之較前階段行為。

¹⁷¹ 貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 3 款：「三、建築或經辦公用工程或購辦公用器材、物品，浮報價額、數量、收取回扣或有其他舞弊情事者。」

¹⁷² 稅捐稽徵法第 41 條：「納稅義務人以詐術或其他不正當方法逃漏稅捐者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣六萬元以下罰金。」

在上述各罪中，除了本法第 87 條第 3 項之詐術圍標罪外，多有特殊責任要件，即「意圖」之規定。而學說實務上對於此種意圖犯的規定，多認為其意圖內容是否在客觀上有所實現，並非成立該些犯罪所必要，亦即意圖內容縱未現實達成，也不影響既遂犯罪之成立¹⁷³。惟，姑不論該些意圖內容究係表彰公平市場競爭秩序抑或是國家財產法益的保護而有所爭議，縱使認為系爭規定是保護國家財產法益，其與一般刑法典中所規制之侵害財產法益行為，如竊取、搶奪、強盜、侵占、詐欺等行為態樣相較，本罰則所規制者僅是單純的「強制」、「施詐術」、「搓圓仔湯」、「借牌」、「違法限制審查」、「洩密」等行為，並無物或利益等財產移轉的內涵存在，甚至根本未對財產法益造成未遂危險或根本沒有行為客體之規定，而若再加以該些規定中之意圖內容僅須持有不必實現，即可成立本罰則之犯罪的話，則系爭規定似即是前置處罰對於侵害國家財產法益之「危險」，亦即乃將侵害財產之未遂危險行為，獨立成罪化的刑法前置規定，就單純保護國家財產法益來說，似乎系爭行為與法益侵害結果間之距離過於遙遠、連結性過於薄弱，而有違刑法謙抑性之慮。

三、從民事交易習慣觀察財產損害之認定

對於廠商圍標或因綁標而得標等情形，從國庫利益的觀點來觀察的話，該等情形就有如使得政府有被影響而用較高價格買到所需求之採購標的、或買到性價比不高的採購標的之「可能性」（因為從條文規範的形式與結果來看，其並不要求相關廠商現實得標為必要。例如有其他未受行為人影響之廠商投標並得標、有關單位決標之決定未受行為人之影響、行為人本身因投標文件要件不備或其他程序上原因而提前出局等等情形），而國庫在行為人所塑造的這些狀況下所可能會多付出的價額，即是其可能會受到的財產損害。惟，在一般人交易買賣的場合中，被出賣人影響而以比市值還高的價格買了貨品，或買了性價比不高的情形在所多有，然此種爭議的解決，一般頂多僅循民事途徑來處理。回到政府採購法的刑事規定中，若認該等規定僅係為保護國家財產法益的話，在政府仍受有對價給付的情況下，其因「買貴」而受有財產損害之「可能性」，是否值得使用刑罰來處罰，即成為問題。也就是說，這種使國家有類似民法上「純粹經濟上損失」的「可能

¹⁷³ 蔡墩銘（2008），《刑法各論》，修訂六版，頁 223 以下，台北：三民書局。

性」的行為，在將國家的財產利益當作保護標的的設定下，是否具可刑罰性，不無疑問¹⁷⁴。

然而事實上，對於如類似合意圍標之相關行為，在比較法上，無論德國或日本之實務判決，皆有認為應處以刑法詐欺罪的見解。

日本大正 6 年朝鮮高等法院的判決認為¹⁷⁵：「以假借要投入競爭的形式而投標，事實上是要以虛偽串通後的內容投標，進而使採購者誤信反於真實的事實乃是真的之行為，應認構成詐欺罪的欺罔手段，施用該欺罔手段使契約擔當者陷於錯誤，進而讓最低價投標廠商成為得標廠商之情形，……，構成使人受欺罔並進而得到財產上不法利益的刑法 246 條 2 項詐欺罪」；然而高等法院連合部認為¹⁷⁶，若「投標者相互間未約定任何利益授受，單純為具營業上正當性而以承包價額維持為趣旨的協議，並基此而投標之情形，得依刑法第 35 條業務上正當行為之規定，阻卻其犯罪之成立」。此判決的背景乃是因二十世紀前段日本殖民朝鮮半島時期，日本為有效治理該地而推動交通現代化，故在半島上以鐵道工程為中心之公共工程十分興盛，業者間為了避免競爭，紛紛於投標前進行價格合意（日文稱「談合行為」），並使從事談合仲介之「圍標居間者（日文為談合屋）」亦橫行於工程界，而因為業者須支付高額談合金來進行不正工程，故時有偷工減料工程與工資未給付等問題產生¹⁷⁷，因而在當時實務判決上，可能因對此未有明文規定，卻急需刑罰以遏止該等行為，故為如此解釋之情形。相對於此，在同時期日本本島之大審院，卻採相反之見解而不認系爭行為得成立詐欺罪¹⁷⁸，大審院的理由可從兩個角度切入：其一，大審院認為此種藉由競標而締結承包契約之情形，採購者通常都會附有預定價格（類似我國之「底價」制度），而採購者既然認可該投標價格為相當並以之決定得標者，則其對於價格此點上，應不存在任何的錯誤；其二，大審院認為，此種投標者聯合起來的「談合」行為，並非是使採購者

¹⁷⁴ 或有認為國庫屬於多數人集體之財產法益，所以對於該等法益侵害之情節較一般侵害個人財產法益之情節為重，故須加重並提前處罰。但對於並非生命身體的財產法益，是否亦可作此解釋，並不無疑問。

¹⁷⁵ 詳參日本朝鮮高等法院判大正 6・5・10・新聞 1286 号 23 頁。

¹⁷⁶ 詳參日本高等法院連合部昭和 6・7・30・高等法院刑事判決錄 18 卷 81 頁。

¹⁷⁷ 武田晴人（1994），《談合の経済学：日本の調整システムの歴史と論理》，頁 180 以下，東京：集英社。

¹⁷⁸ 詳參大判大正 8・2・27・刑錄 25 輯 252 頁。

對於價格裁奪產生錯誤之手段，而是投標者主張對己有利之價格的方法，故針對承包工程而協議投標一事，並非詐欺罪中之欺罔手段，不管有沒有談合金之授受，皆應係如此¹⁷⁹。當時的日本刑法學界大多數亦認可大審院之見解，其中牧野英一採取部份贊同之立場，其認為若沒有談合行為的話，可能會有對於採購者而言更有利的價格形成，故應認存在損害之結果而該當詐欺罪之構成要件，然而，談合行為乃相對於採購者利用投標者們的競爭，而屬投標者相互間為了保護自己的利益而「聯合」起來，故如此之聯合行為並不具有違法性¹⁸⁰。然而，另一學者宮本英脩卻認為，該等行為應該連詐欺罪之構成要件都不該當，因為縱使得承認存在欺罔行為，通常所進行之談合並未造成實質上損害，而不得成立詐欺罪，雖然在談合金額很大但協議價格不相當之情形，有保留成立詐欺罪的可能性，但整體來說，應將談合理解為實質上不違法之行為¹⁸¹。是以小野清一郎進而認為，對於此種合意圍標之談合行為，不能論以刑法中之詐欺罪，而應就其當罰性另外立法解決¹⁸²。

相對於此，在德國刑法學界，向來認為如合意圍標等相關行為，並無法成立刑法之詐欺罪，因為無法認定因該等行為所造成之財產上損害。然而於德國聯邦最高法院 1992 年之一個判決中卻認為，從以下數項指標中，應得認定圍標行為可能造成財產損害：圍標所提出之標價應該會比市場行情更高，不然沒有意義，因依正常競爭之情形，在探知對手所可能提出的價格後，競爭者應當都會提出較為低廉的價格；此外，從有給付金額給圍標的同行，以及未參與招標之潛在參標者一事可知，合意圍標之目的是要透過協議來提供高於市場行情之價格以牟利，因而採購之機關即須付出與市場行情不相當之對價，因而受有財產損害¹⁸³。然而，德國學界對於此判決多所批評，如 Hassemer 即認為，詐欺罪之構成要件中的「財產損害」，應是全有或全無的客觀事實，但該判決卻把此要件當作法官證據評價之事，而變成只要或多或少可能有損害即該當，其並進一步認為，若根本無法證明財產損害額的話，則應依罪疑唯輕原則處理；Baumann 亦認為，沒有一個法官

¹⁷⁹ 齋野彥弥（1995），〈独占禁止法上の不当な取引制限の罪と刑法の談合罪との関係について（二）〉，《公正取引》，537 卷，頁 53。

¹⁸⁰ 牧野英一（1939），〈談合行為と詐欺罪の成立〉，《刑法研究》，7 卷，頁 291。

¹⁸¹ 宮本英脩（1934），〈談合行為の刑法上の性質〉，《法学論叢》，30 卷 1 号，頁 158。

¹⁸² 小野清一郎（1938），《法学評論（上）》，頁 138，東京：弘文堂。

¹⁸³ 林東茂，前揭註 3，頁 163-164。

可以明確地指出，什麼是市場行情下的競爭價格，若此種價格得由官方訂立，則營業競爭就也不需要了，故既無法明確指出市場競爭價格之數字，則更不可能以得標價格與其相比，並稱採購機關受有財產損害¹⁸⁴。

綜上所述可知，對於合意圍標等行為，有認應成立詐欺罪，然而從行使詐術使人陷於錯誤以及財產受損害之認定上，皆有難認該當之處。亦即，縱使認為圍標行為人們單純商議標價而協議由某人得標以分享利益之「搓圓仔湯」行為，得認定為詐術之行使，但招標機關既然認為該投標價格頗為相當進而決定得標廠商，則在價格上即難謂其屬陷於錯誤。此外，在財產受有損害此要件之舉證上亦難以為之，因此處財產之侵害，是指「競爭狀態下之得標價格」與「圍標所產生之得標價格」的差額，但由於競爭狀態下之得標價格乃是理論上的價格，故事實上難以認定¹⁸⁵。或有見解從體系上解釋，認為刑法上之詐欺罪乃保護個人財產法益，而系爭規定之行為所侵害者，並非特定個人之財產，乃屬集體之國家利益，故難以詐欺罪規範之¹⁸⁶。此看法甚為有理，不過向來將系爭行為以詐欺罪入罪之見解，多係將採購者也一同視作受財產法益罪章所保護之客體，此外，財產之本質，亦不會因其所有人不同而為改變，故仍有討論之必要。

四、從標案制度觀察

按政府採購法第 46 條，我國之招標程序原則上於開標前須先訂定底價。亦即，採購機關就其個案採購，應依其機關之預算分配估計該筆採購之「預計金額」，此數額依本法第 27 條第 3 項並得載於招標文件中給予欲參標之廠商參考，其後再為「預估底價」，並依據預估底價範圍內核定「本案底價」，而底價之訂定，應參酌其所知之最近行情或購價、招標文件之規定及時空環境之差異性後，並加計稅捐等相關法令應列之費用與廠商之合理利潤後估列¹⁸⁷。此種訂定底價之原則規定，於決標中佔有重要地位，其目的乃是將底價價額作為機關對於採購標的所認定之合理價格，並以此來檢驗投標廠商之標價，須在底價以內之最低標價，始可

¹⁸⁴ 林東茂，前揭註 3，頁 164。

¹⁸⁵ 薛嘉珩（1999），《公共工程圍標與公平交易法》，國立政治大學法律研究所碩士論文，頁 44。

¹⁸⁶ 謝杞森（2002），〈政府採購法與公平交易法對綁標、圍標、陪標的交錯規範〉，收於：石世豪（編），《新世紀經濟法制之建構與挑戰：廖義男教授六秩誕辰祝壽論文集》，頁 1188-1189，台北：元照。

¹⁸⁷ 唐國盛，前揭註 14，頁 193-194。

能決標¹⁸⁸。比較法上，日本公家採購招標制度亦有類似我國底價規定之機關「預定價格」存在，故有認為，即使廠商間合意圍標而有哄抬價格之慮，但因存有預定價格而不會無上限地使價格上升，是以從制度面上主張「制度談合擁護論」¹⁸⁹。

在招標制度訂有底價之情形下，對於系爭規定之行為是否會直接侵害國家財產法益，即有疑義。尤其是在合意圍標之情形，可從兩個角度切入為探討：

其一乃圍標價格較採購機關所訂之底價為低的情形。有認為採購機關已預先將關於工程價格予以預算化，則在此底價程度下，即乃採購者認為屬可容許之價格，故該範圍內之價格即為適正的價格，相較之下，進行相互間削價競爭而使採購價格降低一事，說不定更有害該對該產品、工程的「適正價格」¹⁹⁰。而既然該圍標價格在機關所容許之預算額度內，且該價格亦是經招標機關所認可為相當之金額，則該合意圍標之行為是否有造成財產法益之侵害，不無疑問¹⁹¹。且縱認採購機關說不定得以低於圍標價格之金額決標，並以此間之差距作為國家財產法益受侵害額之依據，然而，對於所謂「競爭價格」亦僅是種現實中不存在之理想值，圍標之價格亦有可能與確實進行競爭後之價格相同甚至更低¹⁹²，則在此種情形下，國家財產法益並未受有侵害¹⁹³。此外，縱使系爭圍標價格頗高逼近底價，但對於如合意等圍標行為，除非是找齊了所有可能的潛在參標廠商來「搓圓仔」，否則難認行為人一為該等行為即對於國家財產法益產生侵害，是以從系爭諸規定之刑度與一般財產法益罪章之刑度相較下，若將本法罰則定位為國家財產法益之保護，則似有罪刑不均之疑慮。

其二乃圍標行為的另種作業形式，即協議聯合以高於底價之價格投標，而使系爭標案流標，致使採購機關不得不提高底價的情形。然而，若謂此屬侵害國家財產法益之行為，亦稍嫌過速。首先，對於此種操作形式，除非能確定已聯合了所有可能欲參標的潛在廠商，否則只要有未加入協議廠商以低於底價甚至平底價之金額投標，則行為人等即有無法得標之風險，故此種行為並不一定必然會造成

¹⁸⁸ 潘秀菊，前揭註 11，頁 167。

¹⁸⁹ 鄉原信郎（1998），〈談合処罰をめぐる諸問題（上）〉，《公正取引》，577 卷，頁 50。

¹⁹⁰ 鄉原信郎，前揭註 189，頁 50-51。

¹⁹¹ 謝杞森，前揭註 186，頁 1189。

¹⁹² 雖然在現實實務運作中，此種情形較少發生，但並不無可能。例如對於重在取得國家工程的承包經驗與名聲，而不惜成本之談合行為人。

¹⁹³ 京藤哲久，前揭註 119，頁 102。

流標，僅是種「賭賭看」的行為，其對於國家財產法益侵害之可能性並不高。此外，政府採購法在制度結構上，對於投標廠商中之最低標價超過底價或逾預算金額時，依本法第 53、54 條之規定，亦有減、比價程序足以因應，且縱使流標後提高底價再行招標之結果，該決標標價是否會高於原第一次招標時之底價，亦屬未定。故此種行為對於國家財產法益侵害之因果流程時在過於遙遠，是否有必要為了此種法益而作這麼前置的刑事處罰，並不無疑義。

此外，我國政府採購之決標方式，除了作為原則的最低價標決標外，尚有以最有利標決標之情形。最有利標之內涵及制度介紹，已如前章所述，其評定方式雖亦以標價價格為核心標準之一，但部份評選方式亦有以固定價格給付為前提或不過度重視價格要素之情形，因而針對採擇此些決標方式之標案進行圍綁標之行為，若僅探究其對於國家財產法益侵害之可能性與程度，似不足以重刑處之。

五、從行為客體之法益指向觀察

所謂行為客體，於刑法評價對象之結構中，乃指行為攻擊或作用的對象，其乃實際有形存在之形體或形象，可能是人或物，而針對保護客體即法益此種抽象認知的內容是否受行為所侵害，從其本身並無法得出，必須仰賴行為客體的作用方得以判斷之。此乃因作為保護客體之法益概念，乃是一種思想上的價值或利益，實體的行為如果沒有可以接觸的實體作為媒介，則難以想像其對於法益所形成之侵害，因而行為客體即成為判斷法益侵害之行為攻擊的實體對象¹⁹⁴。而當系爭規定有行為客體時，法益侵害結果僅能透過對行為客體之作用而產生，此時行為客體的規定亦具有限定行為態樣之作用，故對於沒有行為客體的犯罪類型，於解釋時即較易擴張侵犯法益的行為態樣。綜之，行為客體除了得限定行為態樣外，並得對於結果之判定提供作用¹⁹⁵，故從行為客體本身通常可得出該規定之保護法益指向，亦即其乃彰顯法益侵害的一種現實態樣與表徵。

我國政府採購法第 87 條第 4 項的「合意圍標罪」，與日本刑法典中第 96 之

¹⁹⁴ 柯耀程（2004），〈行為客體〉，《月旦法學教室》，26 期，頁 40。

¹⁹⁵ 學說上有對結果之定義採取三層意義之見解：其一為「法益的危殆化」，即環繞著行為客體的外界變動，此時尚不會被視為「結果」；其二為「強烈推定法益侵害之作用」，即及於行為客體的有形性事實作用；其三即為「法益之侵害」。詳參李茂生（2012），《刑法總則講義》，頁 111。

2 第 2 項¹⁹⁶的「談合罪」，於規範形式上幾乎完全相同，惟我國「合意圍標罪」之後段，多了「使『廠商』不為投標或不為價格之競爭」之規定，關於此究為行為客體之規定，抑或僅為合意內容的明示，容有爭議，於前章已述及。而若採結果犯說而認此乃行為客體之規定的話，則對於「使廠商不為投標或不為價格之競爭」所侵害的法益，較難以直接指向「國家財產法益」之侵害，反而似較偏向廠商個人利益，或是某種制度保護的法益內涵。

六、從本法採購主體範圍及模式之反論

若認政府採購法刑事罰則之保護法益，主要為國家財產法益的話，則對於政府有所補助之採購案，大部分皆應適用本法之規定。然而，依本法第 4 條之規定，法人或團體接受機關補助辦理採購者，須 1.該筆補助金額占採購金額半數以上，且 2.補助金額在公告金額（一百萬）以上者，始適用本法之規定，並受該補助機關之監督。惟若本法刑事罰則主要為保護國家財產法益，則對於僅符合第 4 條規定之一之補助採購，何以不適用本法規定即令人費解，例如農漁會或農田水利會接受農委會補助而辦理兩千萬元之採購，該筆補助金額若為數百萬，但因未達採購金額之半數，故仍不適用本法之規定。此外，針對政府機關與民間企業合作投資，而依契約設立的公司，依行政院公共工程委員會之函釋，並非政府採購法中所稱之機關，進而其採購並不適用政府採購法之規定¹⁹⁷。例如：（前）台中縣台中航太工業區開發工作委員會，是由台中縣政府與民營企業台灣土地開發信託投資公司依契約而成立，故其動支該公司經費購置公務所需之設備，並不適用本法的規定；再如，高雄進出港聯合服務中心，是由政府機關與民間團體像高雄區漁會、魷魚公會等共同組成，該中心所為之購置行為，亦不適用本法¹⁹⁸。從以上此些函釋之內容可知，縱係政府有所投資而成立之機構，其採購亦有可能不適用政府採購法之規定。惟該些機構之採購作業流程中，仍可能有圍、綁標等相關之行為態樣發生，若認本法罰則之刑事規制是欲保護國家財產利益的話，則為何於此獨漏公私合資公司之採購呢？

¹⁹⁶ 我國條文規範形式與日本略有差異，日本法典的第 x 条の 2 乃如同我國的第 x 條之一，以此類推。

¹⁹⁷ 詳參行政院公共工程委員會（88）工程企字第 8811698 號函。

¹⁹⁸ 詳參行政院公共工程委員會（88）工程企字第 8813225 號函。

再者，從採購模式以觀，對於小額、公告金額十分之一以下之採購，並未設有公開競爭之招標制度，而本法罰則中所規制之行為，多係針對公開招標制度下所為，若認係為保護國家財產法益，則為何闕漏此種採購模式中可能造成的法益侵害行為¹⁹⁹，難道十萬元以下的國家財產即毋須受保護了？此似與向來對於財產犯罪之認定有所違背²⁰⁰。此外，對於民間投資興辦政府所規劃或核准之建設，亦即所謂 BOT 或 BOO 之情形，依本法第 99 條之規定，其甄選程序亦適用本法。雖然此種甄選廠商之程序，其性質與一般政府採購有別，於 BOT 之甄選程序中，價格並非考慮之唯一要素，故圍標廠商若僅以價格為協議，並不一定能達到圍標效果；此外，BOT 之得標廠商並非著眼於興建工程本身，而是其興建完成後之營運收益，故廠商若將圍標所付出之成本以工程偷工減料補貼之的話，對於日後因工程瑕疵造成營運困難所形成的損失，該廠商即須照單全收，是以傳統圍標方式並不一定能使其獲益，其圍標之意願自然大為降低²⁰¹，不過，對於不計成本因其他因素而僅為取得興建案之廠商而言，仍有進行圍標之可能。另外在綁標方面，雖然於 BOT 模式中，政府於相關建設只是作初步之規劃，詳細的計畫仍須由業者提供，因而招標機關針對特定廠商之利益而設定工程規格或廠商資格之機會將有所減少，但並無法排除此模式中發生綁標之可能²⁰²。綜上所述可知，於民間投資興辦政府所規劃或核准之建設的甄選程序中，仍有圍綁標行為發生之可能，且因其適用本法，故亦可能得成立本法刑事罰則之犯罪。惟若認系爭規定所保護者為國家財產法益的話，對於此種國家並未參與投資並付出建設經費之建案所為之圍綁標行為，則不應有任何成立本法罰則之犯罪的可能性，故對於保護法益認定為國家財產法益之見解，似有所疑義。

七、小結

綜上所述，可知以國家財產法益作為本法罰則中刑事行為的保護法益，無論在可刑罰性、整體法條規範形式與實務解釋上，都尚有未竟之處。縱使在系爭規定下，最終還是可能會保護到國家財產法益，但其充其量僅能謂是保護某種法益

¹⁹⁹ 例如，小額採購廠商與採購者勾結，皆浮報價額為九萬多元。

²⁰⁰ 一般縱使是侵害符合可罰違法性中絕對輕微型案例之財產法益，亦非認該等行為不具違法性，而是因為違法量過輕而不成罪。

²⁰¹ 何愛文（1997），〈公共工程採 BOT（Built-Operate-Transfer）模式所生法律問題之研究〉，《律師雜誌》，213 期，頁 58。

²⁰² 何愛文，前揭註 201，頁 58。

下的反射利益而已，故若認本法罰則所保護者僅為此法益，則系爭刑事規制恐即無正當性。既然系爭行為之規定形式因距離過遠而並非保護此法益本身，則是否是在保護此法益本身前階段之某種價值理念，亦即是否在保護「國家資源分配之公平性」一事？



第三款 「資源分配公平性」作為法益？

國家之財政預算與財產，乃屬於國家資源重要的一環，對於此種資源保護之必要性，自不待言。在國家使用此些資源時，在外觀上會行使一種類似分配的行為，而無論是福利政策、教育措施、乃至於政府採購，事實上皆有可能認作是國家資源之分配行為。然而，對於此種國家資源分配的「公平性」本身，是否屬於國家的功能之一，亦即是否為國家本身存在的義務要求，尚值得進一步探究。縱認答案為肯定，其能否作為刑法上具體的保護法益而存立之，即一般人對於此種「公平性」的侵害行為，其實質內涵為何，所表彰的是國家利益（義務）的危害，抑或是什麼其他價值？以下將從國家之功用出發，進一步來探究其是否有進行「資源再分配」之義務，此外，對於政府採購之行為，是否亦得歸為此種國家功能之作用中，亦須加以說明。最後將提出，對於在政府採購行為中，此種「公平性」要求之實質內涵所較可能之方向。

若從社會契約論的觀點出發，或會認為既然人民將其財產與權利交給國家，則國家對於收集而來的資源，於再行分配出去時，應有公平分配之義務。然而，從自由至上主義論者的意見來看²⁰³，若對於國家要求其有公平分配資源之義務的話，則必然會尋求一個功能與權力更多的國家，但理想中的國家應該是僅具備保護人們免受暴力、竊盜、詐欺等治安上危險，以及得強制履行契約的「最小限國家（minimal state）」，若有超出此範圍而擁有其他權力的國家，將會侵犯人們不被強迫去作某些事的權利，亦即若要求一個極度干預主義的政府，最終常可能會遭受反噬，尤如論者所言²⁰⁴：「國家不可能是作為什麼的手段而存在，那些把國家看作是一種手段的人，常相反地只淪為被國家拿來當作手段的下場」。對於此

²⁰³ ROBERT NOZICK, ANARCHY, STATE, AND UTOPIA 9 (1974).

²⁰⁴ 柄谷行人（2006），《世界共和国へ---資本=ネーション=國家を超えて》，頁 125，東京：岩波書店。

種最小限國家的形成，論者認為乃誕生於類似市場經濟中之「看不見的手」一樣，是一種自然發生的過程，並非來自所謂的契約訂立與權利轉讓²⁰⁵，是以國家行為雖可能會有分配資源的情形，但公平地、尤其如同 John Rawls 之差別原則而進行的資源再分配，並不是國家的主要功能與義務，故只要依循市場機制，即可維護分配的公平性。從此等論者的論述來看，國家不具有公平分配資源的義務，而若國家不具此「義務」，則資源被公平分配的情狀即非刑法上所欲保護之主要「國家」利益，而可能呈現在其他須保護之社會利益的內涵要素中。

在政府採購的情形當中，雖然此種私經濟行政之行為，並不涉及國家任務之行使而無依法行政的問題，但是在實際面上，國家的採購行為於擇定得標廠商的時候，亦會有透過國家財產資源的運用形成財產利益（即對於參標廠商而言的「商機」）的分配關係，故此等行為對於人民而言，也會有公平、平等原則之問題存在²⁰⁶。然而，縱使認為國家有公平分配資源的義務，如此的「商機資源分配」是否涵蓋在一般對於國家是否有再分配義務的爭論中，實有疑義。一般關於國家資源再分配之討論，主要聚焦於全體國民上，亦即國家是否有義務將所收入之稅金，透過預算支出之方式，而用於經濟、教育、國防或是福利政策上等等；然而政府採購本身即為一有對價性給付之行為，與一般單純的資源分配決定不同，而在系爭規定中所要求的公平性，大多是僅針對潛在的參標廠商們，此種公平性之要求，與上述所討論者是否屬於同一層次，非無疑問，毋寧說系爭採購行為目的之公平性而非採購行為本身，較偏向該爭論所欲探討者。

此外，這種「國家資源分配之公平性」的利益，其較像是憲法中平等原則精神之彰顯，將其直接作為刑事法上具體的保護法益，除了無法確認其與個人的什麼利益間有不可避免的關聯性，而與具體個人法益間之連結過於稀薄外，國家關於資源分配之行為，在制度上及實然面上，本來即難達到完全的公平。亦即，所謂政府對於國家資源的分配要公平，乃是一種理念、價值觀、甚至是國家道德倫理的要求，然在事實上，無論在任何國家，對於國家資源的分配從來未公平過²⁰⁷，

²⁰⁵ See ROBERT NOZICK, *supra* note 205, at 118-119.

²⁰⁶ 黃榮堅，前揭註 165，頁 10。

²⁰⁷ 比較極端的例子，例如某財團為興建大型體育館而剷除周遭樹木，違反規定運送棄土，卻能有警察等公權力資源幫忙開路。再如，一樣都是屬於國民義務教育的國中小學，位於首都的此些學校，卻幾乎班班都有台電腦及冷氣。此外，尚有台灣省政府「無公可辦」，台灣省諮議會「無事可議」，卻仍每年編列數億元預算之情事，詳參蘋果日報「3年不曾提案 省諮議員

甚至在制度上定義何為公平分配時，即會產生諸多歧義。而若認得用刑法去保護一個從來不存在或不可能存在的虛幻理念，或是想用刑法去引導出一個根本無法落實的行為規範，都會是過度看重了刑罰的功能。很多行政行為都會涉及到國家資源的分配，例如在本法中所規定的小額採購中，採購機關對於文具等日用器材，長期與固定商家合作之情形，雖本法罰則未就此為規定，但若將此種公平性作為刑事保護法益，豈非亦有刑事入罪之可能？若果真如此，則除了有違刑法謙抑性外，亦有侵害人民自由之慮。

事實上，在政府採購上，對於此種公平性之要求所衍生出的兩方面，始有作為刑事保護法益之可能性：其一乃認為，國家並沒有本質上公平分配資源的義務，是以其本身亦無法作為刑法上的保護法益，而如此的要求，充其量不過是對於作為國家手足之延伸的公務員，於進行職務時應該遵守如平等原則等行政原則之要求，而此種要求之不達，於具體上乃屬對於「職務公正性」的侵害；其二乃認為，此種公平性之要求，於實質上要保護的，並非潛在參標廠商受公平分配國家資源的可能性，而是保護其得以在參與某種制度時，可信賴該制度而放手競爭的公平性。前者之論述仍未脫於國家利益色彩之保護，於下款中，將就此之定位可能性而為討論。

第四款 政府採購職務之公正性？

承前款所述，若是將對於國家資源分配之公平性的侵擾，衍生解釋為於採購職務中，其舉措未符合平等原則之結果的話，首先須解決的，乃是此種「職務公正性」的意含為何，其次則是，對於造成此種公正性侵害之主體有無限定，而本法刑事罰則規定中之主體，是否有所該當。關於前者，乃涉及從內部侵犯國家作用行使的實質內涵為何之問題；而關於後者，則涉及系爭規定之主體能否侵害到此種內涵，亦即是否得被認定為公務員之問題。

在近代以來，對於從內部侵犯國家作用行使的實質內涵，有認為乃是公務員

爽領 300 萬出席費」，<http://goo.gl/reSV7Z>（最後瀏覽日：8/1/2014）；以及在我國特有的國庫通黨產，並予以特定人利益的現象，詳參蘋果日報「黨員投保，全民買單！國民黨產幸福人壽不幸福」，<http://goo.gl/jRGr9O>（最後瀏覽日：8/15/2014）。更不用說本身存立即有所爭議的「蒙藏委員會」花費公帑至中國「考察稀土」一事，詳參三立電子報「這你也懂？蒙藏委員會編 62 萬考察稀土」，<http://goo.gl/wwYfLE>（最後瀏覽日：9/1/2014）。

違背了其自身應該具有的清廉義務，即所謂「清廉義務說」，而此種義務之違反，會影響國家作用的嚴正中立性，故須以刑罰處之²⁰⁸。然而，此種見解將侵害國家作用行使之實質內涵，聚焦在公務員職務行為的義務違反性，而非在於具體、客觀的法益侵害上，將會把「公務員倫理」此種道德價值，過度置於刑法領域中，有不當擴大入罪範圍的可能²⁰⁹。如此將造成實際上地要求公務員須具有人格、品行上的廉潔性，會無法順應保護法益「從身分保障發展到職務保障」的傾向，並違反去除身分刑法的當代潮流²¹⁰。從而對於此種內部侵害的實質內涵，應自「職務行為」本身之角度來觀察，又可分「職務行為不可收買性」與「職務行為公正性」。前者所謂「不可收買」乃指，藉由禁止公務成為「收益」的對象，而得保護公務遂行的「公平」性。也就是說，若將公務認作金錢等利益的「對價」，則於公務遂行時，僅有提供利益者得受到有利對待的「對價」之機率就很高，此乃因收受賄賂者在人情上，通常會產生對提供利益者有利對待的心理；相反地，此即意味著，未提供利益者將會受到不利對待，而有「不公平」的產生，故為了避免此種情形，而應全面地禁止針對職務行為收受作為對價的賄賂²¹¹。然而，從內部侵害國家作用的情形，系爭行政作為不一定皆會有相對應的對價關係存在，亦即不一定是被「收買」；再者，以上如此之推論，僅是止於形式上的說明而已，還是沒有釐清將「不可收買性」作為保護法益的內實，而其本質上的內涵，恐怕還是得從上述後者「職務行為公正性」的「信賴保護說」或「純粹性說」來理解²¹²。而關於此二者之區別，本文於此即不多加贅述，主要乃認為，由於所謂「信賴」的內涵太過廣泛，且存有不明確性²¹³，故應認於此所保護者，乃是決定得到利益而持動機去危害職務公正性，乃至於危害職務公正性的危險性，即將職務之「純粹性」當作於此保護法益之內涵²¹⁴。

關於本法刑事罰則所規制者，是否為藉由從內部破壞「職務公正性」而侵擾

²⁰⁸ 小野清一郎（1949），《刑法講義·各論》，新訂版，頁 48，東京：有斐閣。

²⁰⁹ 內藤謙（1965），〈第二十五章瀆職の罪〉，收於：団藤重光（編），《注釈刑法 4<各則 2>》，頁 398，東京：有斐閣。

²¹⁰ 李茂生（2002），〈新修公務員圖利罪芻議〉，《月旦法學雜誌》，91 期，頁 162。

²¹¹ 川端博（2012），〈賄賂罪の保護法益についての覚書き〉，收於：酒巻匡（編），《三井誠先生古稀祝賀論文集》，頁 467，東京：有斐閣。

²¹² 山口厚，前掲註 73，頁 605。

²¹³ 山口厚，前掲註 73，頁 606。

²¹⁴ 林幹人（2007），《刑法各論》，二版，頁 442，東京：東京大学出版会。

國家作用圓滑運轉利益之行為，亦即是否將「職務行為公正性」作為此之保護法益的實質內涵，須觀系爭規定之主體，有無符合得侵害此種法益之資格。若欲從國家內部破壞「職務公正性」，則行為人必須得認乃公務員，始可能該當，而綜觀本法罰則規定，僅關於第 88、89 條之綁標及洩密行為之主體，較有討論的可能。從此二條來看，其所規定之主體最有可能符合者，乃刑法第 10 條第 2 項 2 款之「委託公務員」，亦即乃「機關依法委託」且「受託處理機關權限之公共事務」者，而該等事務尚須具有公權力行使之特點²¹⁵。然而，行政機關委託民間機關或個人辦理之事務，並非各項事務皆涉及行政機關之法定權限，即公務上之權利，故若於委託範圍內，亦無行政機關公務上之權利可資行使的話，則無認係「委託公務員」予以規範之必要²¹⁶。而從上述系爭規定來看，本罪的行為主體，僅限於受機關委託而決定採購標的規格、品項計畫、以及審查驗收等之私人，其所為者，僅是決定採購品項內容、工法、材料、規格等事項，雖然最後關於決標之決定，因會涉及到政府預算分配而具有高度公益色彩，惟該受託私人只是純粹「受託辦理招標事務」，真正與國家預算有直接關係者，仍是最終公務員對於招標事務的決定處分，縱使採購機關通常會依該受託私人之意見辦理招標，但因其之間僅為民事契約，而該建議對於採購機關亦無絕對之拘束效力，故就算採購機關未依其建議辦理招標，也並非必定違法²¹⁷。是以該受託私人只是民事上受託處理事務而已，並不具有行使公權力之權限，而非屬公務員。再者，關於廠商得標後之履約階段，受託私人所為者，乃係對於該得標廠商之審查與監工，而於此之整個過程與公權力的運作亦無關聯，其就有如採購（民事）契約中之一方當事人（政府）所另行委託之專業人士，代為驗收對造廠商所提出的給付，並不涉公權力之行使，亦難以認定其屬刑法概念上之委託公務員²¹⁸。綜上所述可知，系爭規定所規制之主體，既然非得認定為公務員，則恐怕並無從內部破壞所謂「職務公正性」之可能。

此外，從另一方面而言，關於公務員瀆職等相關規定，於我國之「刑法」及

²¹⁵ 甘添貴（2010），〈新修正刑法公務員的概念〉，收於：台灣刑事法學會（編），《刑法公務員概念的比較研究》，頁 11-13，台北：台灣刑事法學會。

²¹⁶ 詳參最高法院 100 年度台上字第 2783 號刑事判決。

²¹⁷ 許恆達（2013），〈政府採購法第 88 條刑事責任之研究〉，東吳大學法學院主辦之《工程法律座談會「第一回」》，頁 9。

²¹⁸ 許恆達，前揭註 217，頁 8。

「貪污治罪條例」中，已皆有明確且完整之規定，若認系爭規定亦屬從內部侵害職務公正性之犯罪的話，則有重複規範之慮²¹⁹。再者，系爭規定之刑度，與刑法瀆職罪章之規定相較下，亦較為輕，而若將系爭規定認屬職務公正性之保護的話，則無法說明的是，為何對於採購職務公正性之侵害，其違法性會較輕微。且系爭規定之立法理由亦指出：「辦理採購之公務員，若涉及綁標行為，因『刑法』及『貪污治罪條例』中已有規定，故本法不另予規定」，從該立法理由所揭示之意旨可知，對於從內部侵害職務公正性的情形，應回歸其他相關之規定，而本法罰則之規定，有另外欲加以保護之法益。然而，包括招標流程的整個採購程序之執行，是否得認作係公務，仍尚待說明；此外，系爭規定是否會是規制從外部侵擾國家作用圓滑行使的行為，亦涉及妨害公務犯罪類型的「公務」意義為何，以及政府採購作為於此之公務的適格性與其實質內涵，將於下款中一併討論。

第五款 資源分配公務執行之侵害？

第一目 前言—什麼「公務」？

從政府採購法第 1 條之立法宗旨：「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」中可知，對於採購制度此種資源分配程序之執行的公正性維護，乃是達成國家採購目的的重點所在。而承前款所述，若是將整個政府採購任務之執行，視作為公務之執行的話，縱使行為人不具公務員身分，而無法從內部破壞採購職務之公正性，惟行為人仍有可能該當從外部侵害國家作用的圓滑行使，亦即成立類似妨害公務之犯罪類型。

於此首先須討論者，即為政府採購行為是否得認乃國家任務行為，以及此種非行使強制權力的國家舉措，是否為妨害公務類型犯罪中之「公務」？若認答案為肯定，進而將本法罰則之規定，作為保護此種特殊公務之公正執行的話，則從系爭規定之刑度較一般妨害公務規定為輕之情形下，僅憑一般妨害公務罪之保護意義與目的，似乎仍無法確實地掌握系爭規定之內實，亦即，系爭規定在被認作

²¹⁹ 關於我國「貪污治罪條例」之規定，與刑法中瀆職罪章之規定和保護目的多有重疊，甚至有放寬部份要件之情形，故除了有重複規範的問題外，甚至會有恢復身分刑法之質疑。若再將本法系爭規定解釋為「職務公正性」的保護的話，恐即生「疊床架屋的疊床架屋」。

保護國家行為不受干擾而行使之外衣下，應該尚有其他所欲保護之重點價值。

再者，關於上述「採購執行公正性」之具體意義為何，國內學說對此並未有深入之論述。而比較法上，日本學說針對政府招標的「公正性」意涵，尚分別有著不同角度切入之見解：有認既然為採購而採行之招標程序，既為公家所為或所委託，則對於妨害投標等相關行為，應理解為妨害公務罪的一種，故其保護法益乃「作為公務的標案公正圓滑執行」，即所謂「公務侵害說」；另一方面亦有認為，既然相關規定多聚焦在招標程序上，則可認其乃係保護在招標程序中，藉由競爭參加者們自由且公正的競爭進行，而形成得標價格的競爭機能，即保護公平競爭市場秩序之「競爭侵害說」²²⁰。

以下將從妨害公務罪章之保護意義開始探討起，並檢視我國關於從外部侵害國家作用行使的相關規定，進而予以體系化。最後從政府採購行為的本質，以及本法刑事罰則之規定形式，來探討系爭規定作為妨害公務類型之犯罪的可能性。

第二目 妨害公務罪章之保護意義

若欲將本法刑事罰則之規定，定性成從外部妨害公務執行的話，首須觀察此種犯罪類型之處罰根據為何，亦即為公務圓滑行使之需保護性的探討。

承前所述，我國刑法典之訂立乃承襲日本刑法典而來，在日本舊刑法典中，對於妨害公務類型犯罪之處罰依據，涵蓋了三個層面²²¹：其一，為反抗國家權力的面向，此乃基於國民有尊重、服從國家權力的義務；其二，為對於官吏侮辱的面向，此乃因國民除了對國家權力本身外，對於執行該權力的官吏，亦負有尊重、服從之義務；其三，為反抗依法所為之執行的面向，此乃基於禁止侮辱法律本身之要求。在這三種基礎層面中，前二者尤其是第二個面向，乃基於傳統官尊民卑的思想始然，而第三個面向乃是以強調對法律之服從的近代法治國思想為依據。

從而，對於為何要以刑罰制裁妨害公務之行為，亦即妨害公務所保護之實質內容為何，一般可從兩個角度下去解釋，即「國家威信」之保護或是「法治國家

²²⁰ 伊藤涉、小林憲太郎、齋藤彰子、鎮目征樹、島田聡一郎、成瀬幸典、安田拓人（2007），《アクチュアル刑法各論》，頁 469-470，東京：弘文堂。

²²¹ 村井敏邦（1977），〈公務執行妨害罪の研究：その二--わが国における公務執行妨害罪規定の諸問題〉，《一橋大学研究年報-法学研究》，10期，頁 263-264。

主權證立」之保護。前者著重在認為，國家基於主權經由政府機關之公職人員而實現其意志此等程序之運作，不容遭到非法之妨害與阻撓，否則國家意志就無法圓滿地執行與實現，政府之威信亦將受到破壞，即強調「國家威信」之保護；後者論述認為，自形式而言，此等妨害行為之妨害標的係公務員執行之公務，然自實質而論，實係阻撓國家意志之執行與實現，無異對於國家主權之一種反抗行為，故妨害公務行為之本質乃在於反抗國家主權²²²，而此種主權之權源，乃來自國民全體意志下的集合。

重視國家威信的說法，或許在前幾個世紀國家主義盛行的年代，有其背景性。但在當代民主憲政體制下的國家，過度重視國家威信的保障，甚至將其提昇為刑法保護的主要目的，都不免會令人有國家機器作為利維坦而生之聯想，也容易會讓人忘記作為國家的最重要要素——人民。故就此實質之保護內容，仍以國家主權之證立為是，然就主權為何，仍須為進一步之論述。亦即，公務執行妨害罪之「公務」，之所以比私人的業務在刑法上享有較優厚保護的根據，乃在於將「國民主權」當作基礎的公務，是作為（擬制）國民的全體意見而被給予權威，故其圓滑且公正的運用，對於國民的幸福追求是不可或缺的²²³。是以妨害公務罪之保護目的，雖終歸為「國家的適法執行權」²²⁴，而在表面上是對於所有公務為一般性保護，然其實際上之內涵，無非是防止對國家權力意思行使的暴力抵抗，故於此所保護之「公務」亦須與主權意志之行使有關，即須限於保護權力性公務²²⁵。

綜上所述，雖然有認為對於妨害公務類型之犯罪，並不要求公務之適法性，亦無須限定公務之種類，甚至不要求公務妨害目的及結果的發生，但如此之處罰依據是十分薄弱且曖昧的²²⁶。基於法治國原則以及實現國家主權意志之目的，是在解釋論上，除了應強調系爭公務執行的適法性外，對於此類型犯罪之處罰範圍，應限於依法所為之權力性公務的行使，且行為人對其乃抵抗國家的權力行使之情狀，亦應有所認識²²⁷。亦即，針對此象徵公權力行使之公務妨害行為，若欲

²²² 曾淑瑜（2011），《圖解知識六法—刑法分則編》，二版，頁 101，臺北市：新學林。

²²³ 大谷實（2007），《刑法各論》，三版，頁 344，東京：成文堂。

²²⁴ 大野平吉（1964），〈公務執行妨害罪〉，《法學セミナー》，95 号，頁 67。

²²⁵ 藤木英雄（1972），〈公務執行妨害罪における職務の適法性〉，《法曹時報》，24 卷 7 号，頁 3 以下。

²²⁶ 村井敏邦，前揭註 221，頁 264。

²²⁷ 村井敏邦，前揭註 221，頁 267。

以刑罰加以規制，則無論是狹義妨害公務執行罪中的「公務」範圍，或是為例外廣義公務保護之特別規定的確認時，皆不宜過度擴張解釋，以免國家機能的肥大與恣意，而有違刑法謙抑性。



第三目 我國妨害公務罪章之體系

我國刑法典承襲了日本舊刑法時代之思想與規定，於分則第五章中為「妨害公務罪章」，規定有第 135 條第 1 項的（狹義）「妨害公務罪」、第 135 條第 2 項的「職務強制罪」、第 136 條的「公然聚眾妨害公務罪」、第 137 條的「妨害考試罪」、第 138 條的「侵害公務上掌管文書物品罪」、第 139 條的「妨害封印或查封標示罪」、第 140 條第 1 項的「侮辱公務員罪」、第 140 條第 2 項的「侮辱公署罪」、及第 141 條的「侵害文告罪」²²⁸。

自分類上來看，「妨害公務」、「職務強制」、「侮辱公務員」，乃屬狹義的妨害公務執行，而「公然聚眾妨害公務」乃衍生行為形式之加重規定；除此之外的罪名，可總稱為廣義的妨害公務執行罪。此外，從施作形式來看，「妨害公務」、「職務強制」、「公然聚眾妨害公務」、「侮辱公務員」，通例上是直接對公務員施與的行為；而除此之外的罪名，通例上則是以間接的方式對公務員施與行為的犯罪。再者，自保護實質內涵來看，除狹義的妨害公務執行罪是直接針對「公務執行」外，「侵害公務上掌管文書物品」與「妨害封印或查封標示」之犯罪實係保護封印、公文書等公物品；「侮辱公署」與「侵害文告」涉及公務員、職務或公署之

²²⁸ 日本現代刑法典之妨害公務罪章，僅有四條規定，分別是第 95 條第 1、2 項的「妨害公務罪」及「職務強制罪」；第 96 條的「毀棄封印罪」；第 96 條之 1 的「妨害強制執行罪」；第 96 條之 2 第 1、2 項的「妨害拍賣招標罪」及「談合罪」。學說上認為，後三條與第 95 條一般性地保護公務作用有所不同，乃是保護沒收、強制執行、及公家拍賣招標等具有一定屬性的特定公務作用，是以並不限定暴力、脅迫等，較為強力之手段，詳參伊藤涉等，前揭註 220，頁 459。

惟本文以為，姑不論是否得在保護公權力行使的權力性狹義公務外，另外規定對於特殊公務的刑事保護，在此些規定中，除了第 96 條尚可能認定屬權力性狹義公務外，第 96 條之 1、之 2 的規定，似乎皆非對於權力性狹義公務之妨害，前者之強制執行除了可交由民間代執行而非國家專屬外，對於該罪之保護法益，尚有國家作用機能之妨害（詳參西田典之（2010），《刑法各論》，五版，頁 421，東京：弘文堂）與債權人債權利益之實現（詳參中森喜彥（2011），《刑法各論》，三版，頁 250，東京：有斐閣）的爭論，是以將此些規定放入妨害國家作用行使之罪章中，是否妥適，非無疑義。而我國之妨害公務罪章與日本規定相較下，置入了更多莫名其妙的規定而未修廢，尤其是連法治較為落後的國家皆已未出現的侮辱公務員、公署等相關規定，此部份容後討論。

名譽的保障；「妨害考試」則係保護國家治權之一的考試權。

針對狹義妨害公務執行罪，比較法上，日本有學說認為，像該罪類型的犯罪，在某些事案上會帶有政治犯性質之情形²²⁹。所謂政治犯性質，是指有受到當時權力者政治判斷而左右其處罰之虞，為了排除這個政治判斷的介入，在類似此種類刑之犯罪審理上，不僅須貫徹審判過程應予公開之要求，在刑的量定上亦傾向朝減輕方向運作，此外，有關構成要件的解釋則應以嚴格的態度要求，進而希望盡可能廣泛肯認其政治犯罪性²³⁰。惟有反對見解認為²³¹，上述見解之導向，雖然在專制國家與獨裁國家中應該是具有意義的議論，但在民主主義的政治體制中，該等見解恐如同偏向意識型態而欠缺妥當性的方法論。且反對見解並認為，公務執行妨害罪若以政治性目的觸犯，或是在政治活動過程中實行的話，多數情形皆包含以爆裂物等殺傷人之衝突而不擇手段，故認為政治犯罪性導向之見解不切實際。本文以為，我國台灣雖在形式上屬民主政體，然無論在代議制失靈、政黨牽制失衡、行政權每每獨大於其他分立之權力、罷免權與公投權形同虛設等情形上²³²，皆可看出我國乃屬「不成熟」的民主政體，雖然不一定要像上述見解一樣皆極端地廣泛承認政治犯罪性，但就該罪適用上的反思與避免擴大運用的方向來說，是正確的。此外，針對反對見解認為本罪之實行上常伴隨嚴重危險性之手段的情形，在台灣反而比較少見，甚至於集會抗議場合中，面對重裝警力的威脅，還有以「拍手給值勤員警鼓勵」、「作資源回收證明自己非暴民」、「大半夜在員警面前吃泡麵」等等消極之抵抗方式出現。總言之，在我國對於「公務」之認定，從抵抗國家機器過大的角度而言，無論是狹義或廣義的妨害公務，似乎皆不宜將範圍放太過寬泛。

此外，針對本章之「侮辱公務員」、「侮辱公署」、「侵害文告」等罪，與刑法第 309 條一般的公然侮辱罪相較，在實質解釋上可說主要是保護公務員、職務或

²²⁹ 頃安健司、河上和雄、久木元伸（1999），〈第 5 章 公務の執行を妨害する罪〉，收於：大塚仁、河上和雄、佐藤文哉、吉田佑紀（編），《大コンメンタル刑法第二版》，頁 88，東京：青林書院。

²³⁰ 村井敏邦，前揭註 221，頁 278-288。

²³¹ 頃安健司等，前揭註 229，頁 88。

²³² 這些現象，從近幾年不斷發生的社會問題與衝突中皆可明顯看出，如服貿事件所引發的 318 學運、在環保議題上不理會司法判決而堅持協助開發的行政權專擅、將沿街募款的兩三人及獨自行走於凱達格蘭大道的民眾皆以違反集會遊行而限制其人身自由、以妨害公務為由傳喚僅是在國會牆上噴標語的民眾等等事件。

官署的「尊嚴」。惟，姑且不論此種空泛的規定是否具有需保護性與可刑罰性，這樣的規定直接地限縮了人民對於特定公務以及公署政策的「言論自由」，並不可採。再者，若真有妨害個別公務員名譽時，亦有妨害名譽罪章可為處理，從而結論上應考慮此些罪名是否有廢除之必要，並視個案回歸個人法益保護的範疇即可。是以學說上有認為，對於權力性公務之保護，並非保障國家權力的尊嚴始可達成，而應著眼於近代法治國家下的法治主義之維護，故並非以言語或行動侮辱公務員或公署，即必然會導致對於「法」之侮辱²³³，毋寧說至少須使法律執行與主權意志之實現受阻時，始可能對於法治精神造成影響，而以妨害公務類型之規定，即足以達成此目的，應沒有單獨訂立侮辱公務員、公署等罪之必要。結論上本文以為，在刑法妨害公務罪章中，應將執行廣義非權力性公務之保護規定、甚至實際上非屬公務，僅涉及國家公務員、官署面子之規定排除。而不僅刑法典中如此，在特別刑法之規定中，亦應從上述原則之方向來解釋，故就廣義公務不得一般性地概括保護，而應另尋其有否值得刑法保護之內涵。

第四目 作為保護「廣義公務」執行之刑事規定？

一、可能的解釋路徑

從政府採購法刑事罰則所規制之行為以觀，多是針對在招標及審監驗收之情形，若將此些程序委託由一般私人辦理，則該私人是否得視作公務員，而其所為者是否乃委託公務員之公務，前已述及；若由編制內的公務員來處理此些程序，而有系爭規定之行為時，即有瀆職罪等規定之適用可能。惟內部侵害如瀆職罪中之「職務」，與外部侵害所涉及之「公務²³⁴」間，其範圍是否完全重合而相等，容有疑義，亦即，是否從外部侵害所有「公務員執行之職務」，皆可認成立妨害公務類型之犯罪，有待進一步討論。若將政府採購整體視之的話，或可認為，因為政府於採購時，會涉及到國庫預算之執行，故可能得承認其公務關係，進而將政府採購流程之執行，作為廣義之公務而以刑法加以保護。

²³³ 村井敏邦，前揭註 221，頁 267。

²³⁴ 我國刑法第 135 條妨害公務罪條文中所使用之文字為「職務」，惟此處為與內部侵害職務公正性之「職務」相區別，故就外部所侵害之標的，使用通俗之「公務」字眼。

比較法上，日本刑法第 96 條之一²³⁵的「妨害強制執行罪」與第 96 條之二²³⁶的「拍賣投標妨害罪」及「談合罪」，在日本學說上，即有認屬於廣義之妨害公務行為；然亦有認比起保護國家作用圓滑行使之法益而言，該些罪其實應該更偏向財產利益之保護²³⁷。我國政府採購法第 87 條所規定的圍標行為類型之犯罪，與日本刑法第 96 條之二的規範形式頗為相似，而日本刑法之該條乃置於「妨害公務執行罪章」中，故若以比較法形式來對比的話，因為具有類似性，則本罪從此角度而言，亦有可能得定位為廣義妨害公務之犯罪類型。

亦即，將採購程序當作廣義的「公務」之一環而為保護。針對此種公家的採購程序，鑑於國民稅金之投入和其結果可能對於國民生活有所影響，亦即侵害此種採購制度即有可能侵害其採購背後之行政目的，故承認其比私人的採購有更高的需保護性。是以對侵害其程序公正的行為，可認乃廣義的妨害公務行為，而得以刑罰處之。

二、政府採購行為之本質

然而，政府機關在從事採購時，並非是以其公權力主體的地位，命令或強制相對人為一定行為，而多為立於私法上當事人或財產權主體的地位，與私人基於平等地位，從事形式上屬於私法性質的行為，例如：向廠商訂購財物、委託從事技術指導，或訂立工程承攬契約等國庫行政行為²³⁸。亦即，政府機關從事採購時，僅係「私經濟行政（國庫行政）」下的「行政輔助」行為，也就是國家以私法方式獲致日常行政活動所需的物資或人力之「需求滿足行為」，此並非公任務之直接履行，乃純粹私法行為。是以從政府採購作業實務以觀，政府採購行為之本質，應認屬私法性質，即無論是在招標程序或是履約程序中，採購機關與一般私人均居於相同之地位，只是因其乃執行政府預算，故受到較多行政監督及限制，尚非得認其乃居於公權力主體之地位行使統治權，而乃是處於與一般私人無異之地位

²³⁵ 日本刑法第 96 條之一：「以逃避強制執行為目的，而隱匿、損壞、虛意讓與財產，或是承擔虛假債務者，處兩年以下懲役或五十萬元以下罰金。」（條文為本文作者所譯）

²³⁶ 日本刑法第 96 條之二：「使用詭計或強暴威嚇，而為足以妨害公家的拍賣或投標的公正之行為者，處兩年以下懲役或兩百五十萬元以下罰金。以害於公正價格或是獲取不正利益為目的，而為談合者，與前項同。」（條文為本文作者所譯）

²³⁷ 頃安健司等，前揭註 229，頁 83。

²³⁸ 黃鈺華、蔡佩芳，前揭註 20，頁 13。

與廠商訂立採購契約²³⁹。

惟在實務見解上，對於政府採購之情形，有認應採所謂「雙階理論」來處理²⁴⁰，亦即在締約前之招標程序，乃屬公法關係；締約後之履行政序，始屬私法關係。然而，此種理論之適用，會有將單一之社會生活關係，割裂為公法與私法關係兩個階段，導致不同階段之爭議，人民亦因此須適用不同的法律救濟途徑，而在實務上引起困擾與影響法安定性之問題，故有學者主張，於此有必要去視為一個整體的行政行為，而在理論上有視為行政處分、行政契約、以及行政私法行為等三種可能性²⁴¹。此外，從該理論之來源來看，其乃是德國學者為了因應行政機關基於公權力，為公共利益而執行給付行政(補貼貸款與否)所面臨之法律困境，亦即當行政機關否准補貼貸款時，依當時德國之法律見解，因補貼貸款屬國家之私法行為，人民不得對之提起行政訴訟，又因契約自由原則，人民亦不得對之提起民事訴訟，以致無法律救濟途徑，故學者始就此種情形提出前公法後私法之二階段法律關係²⁴²。然而，縱使認為雙階理論有其特定之功能性意義，但該理論之公、私法區別，終究僅係為救濟途徑所虛構之法律概念，是以有認為在運用該理論之範圍上應予以限縮，即至多僅針對如上述給付行政中之補貼行為²⁴³。

按政府採購法第 74 條之規定，廠商對於招標、審標、決標所生之爭議，得依本法規定提出異議及申訴。又按本法第 83 條之規定，關於異議及申訴後之審議決定，視為訴願決定，故依此似可認，本法於規範上，對於招標程序採取了得行政救濟之途徑，而有呼應雙階理論之味道。然而，即便於招標等程序時，得為行政上之救濟，進而認為於此階段中屬公法關係，但對於公法上的公私法關係之判斷，也不應得完全取代刑法上「公務」範圍認定之判斷。而綜觀我國刑法妨害公務罪章之規定，對於「公務」之判斷，似多係基於公權力地位所執行之職務，是以政府採購之流程得否直接認定為刑法上之公務執行，不無疑義。

²³⁹ 王珍玲(2001)，〈論政府採購法中異議及申訴制度〉，《月旦法學雜誌》，73期，頁121。

²⁴⁰ 詳參最高行政法院97年5月份第1次庭長法官聯席會議。

²⁴¹ 陳敏(2004)，《行政法總論》，四版，頁680以下，台北：新學林。

²⁴² 詳參最高行政法院95年裁字第372號裁定。

²⁴³ 吳志光(2007)，《行政法》，修訂二版，頁7，台北：新學林。

三、刑法上妨害「公務」之概念

對於妨害政府採購行為一事，究竟是否得定性為妨害公務類型之犯罪，須從一般妨害公務罪之「公務」內涵為何，開始討論起。比較法之日本實務判決上，對於此種妨害公務執行犯罪的「職務」範圍，並未予以限定，亦即「廣泛地就公務員所處理的各式各樣事務，皆包含在內²⁴⁴」；我國早期之實務亦有類似見解，認為只要是公務員依法令執行職務，縱使是私法上事務亦符合本罪之「職務」要件²⁴⁵。然而，從前目中所討論之妨害公務罪的保護意義以觀，此處之「公務」仍須與主權意志之行使有關，且過度放大此「公務」之範圍，不免有給予國家機器濫權之藉口，而後者之弊端在我國屢見不鮮，前已述及，於此不再贅述。故本文以為，妨害公務類型之犯罪規定所針對者，應限於居公權力地位所行使之權力性公務而已，除此之外的公務執行，如基於私法上關係所執行之職務，縱使對之為侵擾，亦不成立此類型之犯罪，而須觀察有無其他待保護之利益²⁴⁶。

而承前目所述，政府採購行為應認係屬非權力性的私法行為，此種國家機關的採購事務本身，同人事事務一樣，乃是國家機關如何達成其統治人民或服務人民的內部技術問題，並非對人民之統治行為或給付行為，事實上並不符合國家任務行為之概念²⁴⁷，是以其不該當妨害公務類型犯罪之「公務」要件。此外比較法上，針對日本刑法典將妨害政府採購標案程序之行為，認乃廣義公務之妨害，而置於妨害公務執行罪章所衍生之「公務侵害說」，日本學說上亦有所批評。學者認為²⁴⁸，該說法除了從刑法謙抑性的觀點來看，可能無法得出限定處罰範圍之合理理由外，該罪中保護的是什麼，亦未明確地表示其利益之實質；再者，與其他公務相較下，為何標案程序得受此特別規定之特別保護？若僅以「公務執行被妨

²⁴⁴ 詳參日本最決昭 59・5・8・刑集 38 卷 7 号 2621 頁。

²⁴⁵ 例如司法行政部台 57 令刑一字第 7821 號中指出：「公營事業之職員亦為刑法上之公務員，其在火車上執行查票之行為，自可認為係依法令從事公務之行為，以強暴脅迫妨害查票刑惟者，自應成立本罪」。

²⁴⁶ 實務後來亦有同此之見解，如司法院（70）廳刑一字第 253 號認為：「.....妨害公務罪屬侵害國家權力之罪，公務員必也依據法令執行公法上之行為，使具實行國家權力之性質，亦因此際公務員之地位特殊，而有特加保護其執行行為之必要。苟若所執行者為私法上之行為，則國家係與該私法行為之相對人立於相對等之法律地位，並非實行國家權力之屬，縱對執行該行為之公務員施以強暴脅迫，亦不構成妨害公務罪」。

²⁴⁷ 黃榮堅，前揭註 165，頁 10。

²⁴⁸ 橋爪隆（2000），〈競争入札妨害罪における「公正を害すべき行為」の意義：最近の最高裁判例の検討を契機として〉，《神戸法学雑誌》，49 卷 4 期，頁 46。

害之避免」來說明，而未能使成為公務實質內容之一定利益的侵害賦予關連的話，並無法正當化刑法之利用²⁴⁹。事實上，日本刑法當初在二戰期間，之所以將該等行為認作妨害公務之犯罪，乃源於當時「統制經濟」之思想所致，在戰時國家為了戰事的順利進行，必須對產業與經濟進行直接地控制，而為維持統制經濟體制，則必須積極地使用刑罰來威嚇介入²⁵⁰。此種對於物資經濟等領域加強控制的國家主義思想，與我國早期的經濟模式有所類似，惟到了 21 世紀的現在，無論是日本或是我國，早已都較為偏向「自由經濟」之發展模式，對於此種舊思維之遺緒，是否要使其繼續留存，非無疑義²⁵¹。

結論上，針對認為有關單位從招標到決標之過程屬公務執行之見解，本文以為，此僅是公家為採購流程之一部份，尚非公權力行使，故縱為公務，亦非屬妨害公務罪規定中之權力性公務。這類的決定過程，在民間公司法人之採購業務中，亦時常可見，且依政府採購法第 5 條之規定，此種採購流程本得委託法人或團體代辦，故針對標案程序所為之可能妨害行為，並非屬妨害公務類型犯罪中之「公務」。

四、從系爭規定觀察定位妥適性

承前所述，若認政府採購此種國家預算之執行，亦為妨害公務類型規定所保護之「公務」的話，則針對如本法第 88 條之受託私人綁標時，或可認為，因會特別要求該受託行為人特別尊重委託處理公務之關係，故當其藉由綁標行為而干擾預算的正確分配與執行任務時，即可能構成從外部侵害國家作用圓滑行使之犯罪²⁵²。然而，從第 88 條之規定以觀，該罪主體之受託私人僅是純粹受託辦理招標事務，而真正與國家財產有直接關係者，仍是最終採購機關公務員對於招標事務的處分決定，該受託私人的建議並無絕對拘束採購機關之效力，也就是說，縱使該受託私人違反了其與採購機關間的契約而為綁標之行為，然因該契約之違反與公權力受到擾動之間，僅屬於間接而非直接關係，故學說上認為，此與違反軍

²⁴⁹ 京藤哲久（1987），〈競争と刑法——競売入札妨害罪を素材として〉，收於：広瀬善男（編），《法と政治の現代的課題 - 明治学院大学法学部 20 周年論文集》，頁 372，東京都：第一法規。

²⁵⁰ 在當時的日本，所謂「經濟警察」的角色，亦十分吃重，詳參芝原邦爾（2005），《經濟刑法研究（上）》，頁 7，東京：有斐閣。

²⁵¹ 松宮孝明（2008），《刑法各論講義》，二版，頁 417，東京：成文堂。

²⁵² 許恆達，前揭註 217，頁 10。

需契約直接妨害國家安全、偽證行為直接干國擾司法公正等情形，顯然有相當的差異，從而認系爭規定中之行為會「直接」侵害國家作用行使，似稍嫌過速，是以定性成妨害公務罪並不妥適²⁵³。再者，於第 88 條中，廠商得標後的履約、驗結階段，絕對是純粹之民事關係，此時之綁標行為並無法認定為妨害公務，又基於法益應該是條文的抽象保護價值，不應切割觀察，故無論就本條中事前招標或事後履驗之階段，皆不應理解為妨害公務罪之規定²⁵⁴。

此外，在一般（狹義）的妨害公務執行罪中，其行為態樣僅限於以強暴、脅迫的方式為之，然若認政府採購流程屬廣義的公務執行之一環，而從政府採購法罰則中的行為態樣來看，不啻是肯認了妨害非核心公務執行的制裁行為態樣，可較妨害狹義公務執行來得多，不免有輕重失衡之慮。或有認政府採購此種國家行為的規模，與一般妨害公務罪中之公務多為暫時性相較下，通常比較大，故須規範較多種行為態樣以達到完整的保護。然而，狹義之公務規模有時不一定比較小，且亦不一定只會被強暴、脅迫等方式妨害，例如環保局、衛生局人員大舉突襲稽查有問題之工廠、食品廠時，遭廠方人員以欺瞞方式應對，而使其稽查作業無法順利進行，此時亦無法成立一般妨害公務罪。此外，我國刑法典於妨害公務罪章中，並未如日本刑法典一樣有就廣義公務而為特別規定之保護，此或可認我國立法者選擇了不對非權力性的廣義公務妨害為處罰。

五、國家色彩下的保護實體

結論上，縱認立法上即是將政府採購行為擬制成廣義之公務，而欲特別立法保護此種非核心公務之順利執行。然從刑度上來看，對於此種廣義公務，若未明確探究其保護之利益實質為何，而僅將其當作公務而加以概括保護的話，並無法說明，政府採購行為為何可較其他狹義公務，或未被特別立法保護之其他廣義公務，受到更特別更多面向及更重的保護，其正當性何在²⁵⁵？是以本文以為，妨害公務就是妨害公務，沒有分什麼比較重要或比較不重要的公務²⁵⁶，皆是從外部對於國家作用的圓滑行使而為侵害的行為，而系爭規定會比較重，絕對不是因為採

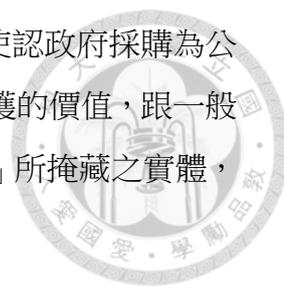
²⁵³ 許恒達，前揭註 217，頁 10。

²⁵⁴ 許恒達，前揭註 217，頁 10。

²⁵⁵ 橋爪隆，前揭註 248，頁 45-46。

²⁵⁶ 然本文以為，在解釋上應限定對於權力性公務執行之妨害，始具有可刑罰性。

購公務比較重要、或是因為其乃特殊的妨害公務罪的關係。縱使認政府採購為公務執行，而披有國家色彩的外衣，但系爭規定實質內涵所欲保護的價值，跟一般保護公務執行的目的完全不同，而在這「保護國家法益假象下」所掩藏之實體，即為本文所欲找尋的。



第四項 小結

綜上所述，可知若將法益定位為「國家財產法益」之保護的話，則恐有行為侵害性過於稀薄，以及與本法規定及採購招標制度尚有未符之缺。而就「資源分配公平性」本身，是否得作為刑事保護法益一事，本即有所疑慮，若將其認乃本法罰則之主要保護目的，恐亦有與現實不相吻合及打高空之批。

另一方面，從公務執行的面向來看，於職務公正性上除了本法刑事罰則之主體皆難以認定為公務員，而無法有內部侵害國家法益之可能外，在刑法瀆職罪章以及特別刑法的貪污治罪條例外，另行增設保護職務公正性的規定，不免有疊床架屋之慮。此外，若從外部侵害的角度觀察，而將「作為公務的標案公正圓滑執行」當作本法罰則之保護法益的話，在其非明顯為行使強制力之公權力的情況下，成為其實質內容的一定利益侵害之關聯並不顯著，且系爭規定所規制之行為對於公權力的影響亦非直接，是以在走向自由經濟而非統制經濟的當代台灣社會中，是否要將本法罰則僅定位為公務執行之順暢，恐不無疑問。

在確認本法罰則並非保護個人利益，以及非以國家為主體而具有國家色彩之法益保護後，即有必要轉向社會制度中，來探勘是否有本法罰則所欲保護之利益。而在政府採購制度中，招標流程乃與經濟體系中的競爭制度最具有關聯性，故下節中即欲探討探討，將政府採購法罰則定位為保護社會上經濟競爭制度機能之可能性。

第五節 社會法益之確立--經濟競爭制度的守護



定位

第一項 概說

本節開始要處理的是，將政府採購法刑事保護法益定位為社會法益之可能性。在現代社會生活中，經濟制度隨著科技與時代的進步，發展得越加縝密及完善，政府採購於公開招標程序中所採用之外部市場監督，亦是屬於經濟制度中的競爭秩序之一環。然而，對於此種屬於社會法益之市場公平競爭秩序的保護，還有些許問題尚待解決與釐清，例如市場公平競爭秩序此法益之需保護性何在？行為態樣與程度須到如何之界限、標準，始可認定有破壞市場公平競爭秩序之危險而具可刑罰性？以及侵害政府所為的標案採購競爭市場與侵害一般民間之標案採購競爭市場是否有所不同？此些問題都仍尚待之後進一步的探討與研究。

以下將從作為社會法益的經濟刑法概念理論出發，並帶出其下位之競爭刑法領域。從而於保護市場競爭制度的歷史與思想中，逐步描繪出在該制度下，所欲保護之實質內涵為何，藉以找出其刑罰性的正當基礎。接著，本文將對於政府採購的競爭市場與一般採購的競爭市場之不同略作說明，以突顯政府採購法的刑事規定較公平交易法中之類似刑事規定為重之原因。最後，並就本法刑事罰則之保護法益定性，作出本文之結論。

第二項 經濟犯罪之理論基礎

第一款 前言--作為社會法益之內涵

若是從上世紀前半期，亞洲各國所盛行的統制經濟模式以觀，雖然有關經濟統制之法規，在立法當時多被認屬行政法規，而就其所立之刑罰，亦多被認乃行政刑法之規定；然而，隨著當時統制經濟的發展，如鄰國日本之學說，逐漸對於違犯此類經濟法規之行為，承認其違反國家道義之性格，並強調此種行為之惡質性與刑法犯之連續性，進而將此類法規之違犯行為轉化成刑事犯²⁵⁷。當然，在如

²⁵⁷ 島田聡一郎（2008），〈（特集・刑法典の百年）經濟刑法〉，《ジュリスト》，1348期，頁95。

此的見解下，其認為系爭行為所侵害者，應為國家法益，是以日本刑法典亦將類似違犯經濟法規之行為，規定於國家法益之罪章體系中，而未就經濟刑法的概念為嚴密之規劃。

然而，姑先不論經濟刑法究為行政刑法之範疇，抑或應有獨立之概念體系²⁵⁸，在二戰結束上世紀後半葉起始，各國既然回復到資本主義下的經濟體制，為促進自由競爭主義下的經濟發展，原本誕生於戰時管制經濟的刑罰規定，照理應就此終止規制了，然而卻因著經濟發展而生的新社會問題，致成現代經濟犯罪論的濫觴，亦即，為維護資本主義的經濟秩序，乃衍生了經濟刑法的再發展，以保護基於市場經濟下自由競爭之經濟秩序，進而確保個人的實質平等²⁵⁹。我國與日本之經濟模式，於戰後皆逐漸走向以自由經濟為主之資本主義社會，而在自由經濟體制下，對於如經濟市場等之認知，即為「市場並非國家所有的」、「國家不得過度干預市場」等思考。在這之上，對於破壞經濟體制之相關規定的行為，其所侵害者即應為不帶國家色彩之社會上利益，然而，此利益之內涵為何，其與個人間之關係如何，尚待進一步討論。

所謂的「社會」，並非完全脫離每個個人而存在的超個人實體，雖具有「社會組織」與「社會過程（例如高度分化的生產與流通過程）」作為其存在之事實基礎，然此社會仍不是統一的實體，不如說是每個個人行動的各種過程乃至於作用的綜合，其最終仍係維持每個人的行動。況且每個個人現實意識與情感乃各自獨立，不應認存在有社會自身的意識或情感，是以有認為，在社會法益中，並無超越個人而獨立存在的「社會」利益或價值²⁶⁰。此與「現代化」打破封建制度的歷史進程，有著密切地關聯，一般所謂「現代化」的起始，會提到有兩個層面，其一乃承認人是社會中存在的個體，而非僅將社會看做一個整體；其二乃發現個性、承認人的權利，亦即個人意識的覺醒以及人性、人道主義的重視²⁶¹。

不過，傳統上在二戰前，的確有將社會與國家置於個人之上，此種「公益優

²⁵⁸ 此部份將於下幾款中為討論。

²⁵⁹ 王正嘉（2009），《卡片犯罪立法中的經濟刑法原理與社會機能》，國立台灣大學法律學研究所博士論文，頁 141、144。

²⁶⁰ 內藤謙，前揭註 74，頁 123。

²⁶¹ 史明口述史訪談小組（2013），《史明口述史（一）--穿越紅潮》，頁 70，台北：行人文化實驗室。

先」之思想，使得社會上諸種秩序等利益，成為獨立且優於個人之價值，如當時日本學者小野清一郎即謂²⁶²：「（我們）並非輕視人格中的價值，但在普遍性生命之前（指社會、國家），個人的生命或人格皆是虛無、空泛的」。然而，部份被當作社會法益而非實在性的「理想秩序」，經常被觀念化、抽象化，以致成為保護的對象常非當下客觀的秩序，而為「法官認為應該是妥當」的觀念性秩序，而若僅以法官的評價來決定違法性的話，等於根本沒有法益論，是以此種傳統的社會法益論，除了會透過抽象化個人而有社會法益自我目的保護之危險性外，還會有因法益的觀念化而造成法益論空洞化之危險性²⁶³。

傳統社會法益論在檢討社會法益時，常在其判斷要素中避開了個人之存在，而以「某某秩序、制度的完整運行」來作為先驗性的前提。然於此須先確立者為，刑法並非將社會存在自身作為自我目的而保護著，其乃是在與社會中生存的具體個人之關連中，以為了社會之存在保障所不可或缺的限度上，保護著社會利益，亦即，所謂社會法益亦須與個人利益間有不可或缺之關聯性²⁶⁴。此種主張「刑法的任務終極地在於個人之保護」的個人主義刑法論，乃是人們經歷法西斯慘劇後所提出之「普遍性真理」，在這樣的思想下，作為自我完結不可分而存在著之個人，對於社會而言乃是更根本之存在者，無視個人及犧牲個人的國家或社會利益，皆不應被保護。然而，並非謂「社會」即僅是多數個人的集合，此乃過於單純化之要素主義想法。誠然，個人是自我完結而不可分的存在者，但個人亦是在社會的環境中，透過與其他人格邂逅後而發現其各種能力，進而擴大其行動自由之存在者，亦即，個人之個性的發現可能性，乃是透過社會的存在而觸發的，是以個人並非閉鎖的存在，而是透過社會觸發始讓其個性蓬勃開展的存在，個人與社會二者是在如此之相互關係中所成立的，故社會性存在並無法全部還原至個人性存在，有時候保護社會中個人間，於人際關係上之某種連結，亦是有其必要性。所以結論上，使「社會性的事物」具有法益性，與刑法保護個人為主之目的並不相斥，也就是說，如果想保障個人個性之豐富發現的話，不只個人性利益，對於社會性利益的保護也是不可或缺的²⁶⁵。

²⁶² 小野清一郎（1943），《日本法理の自覺的展開》，四版，頁 66，東京：有斐閣。

²⁶³ 梅崎進哉，前揭註 109，頁 308。

²⁶⁴ 梅崎進哉，前揭註 109，頁 309-310。

²⁶⁵ 梅崎進哉，前揭註 109，頁 319-320。

在經濟犯罪之態樣當中，所謂廣義的經濟刑法，乃指除了直接保護個人經濟利益外，亦包含了保護國民經濟利益等整體經濟秩序之刑罰法規；而狹義的經濟刑法，則是指直接保護國民經濟利益等整體經濟秩序之刑罰法規²⁶⁶。在 amongst，尤其對於狹義的經濟刑法而言，所謂國民經濟利益等經濟秩序之概念，若從傳統古典自由主義論者之觀點恐會認為，此種抽象的機制並非具體某些個人的利益，故將此當成刑法上之法益來保護的話，可能會讓刑法變成「嫌疑刑法」²⁶⁷。或有認，可將此種國民經濟利益當作達到個人利益之「中間法益」來為理解，然而這樣的思考邏輯，除了將（個人）法益抽象化外，更是將犯罪類型的性格予以抽象化，如此前階段化刑法保護的邏輯，反而是悖於刑法謙抑性之要求²⁶⁸。是以本文結論上承前所述，只要刑法之出動並非單以保護該秩序或機制本身為目的，並且個人藉由與此種社會機制、秩序的相互運作，得有益加發展個性之可能性，亦即其與個人利益之保護間有不可避免之關聯性的話，則對於經濟制度、秩序等，仍可能有以刑法保護之必要性，只是對於所保護之內實及侵害之對象為何，尚須進一步探究。

在現代科技資訊與交通網絡日益發達之社會中，人們於經濟上之結合益加緊密化，而為了維持人類經濟關係的經濟制度，也益加高度地技術化，從而在脆弱性亦增加不少的社會中，維持一定經濟制度之機能，乃是為了保護個人經濟上利益所必要的，而所謂國民經濟利益等之經濟秩序、機制，與個人之幸福與利益間，亦有不可避免之關聯性，個人得以透過與制度之交互作用，發展其個性與生活的更多可能。此外，隨著現代經濟活動質的變化與擴大，無形中也發展出型態數量不少的新型態經濟犯罪，對於人民基於理性而為合理判斷來守護自己的經濟利益之可能性大為降低，加之現代人民資產運用的多樣化、以及高齡化社會中老年生活不安等社會狀況益增，將社會上人民的經濟生活利益，作為社會法益實質內涵之一而以刑法加以保護，應是有其必要性的²⁶⁹。

第二款 經濟刑法之體系定位簡述

²⁶⁶ 京藤哲久，前揭註 119，頁 92。

²⁶⁷ 林東茂，前揭註 3，頁 75。

²⁶⁸ 京藤哲久，前揭註 119，頁 97。

²⁶⁹ 芝原邦爾（2005），《經濟刑法研究（上）》，頁 40-41，東京：有斐閣。

早於羅馬法時代，即有對於經濟交易等秩序之破壞行為為處罰之規定，例如確保穀物供給之「食糧法」，及對於鐵器或武器等特定商品之輸出禁止。而有關經濟犯罪的「經濟刑法」有規模之發跡，應是始於一戰時期歐陸各國為了規制、監督國家經濟，而透過刑罰的威嚇效果進行了一連串的經濟統制，此在二戰時期的納粹德國達到了高峰，藉由擴大經濟刑法之機能而造成刑罰權氾濫於國家經濟政策中。同時期的日本亦有相同際遇，除了於二戰時期制定臨時措置法與國家總動員法等相關規定來為經濟上之統制外，尚對於該些違反經濟統制之行為以刑罰處之，此種將權威性的國家秩序作為前提，而將原應自由的市民經濟秩序收入國家之中，並將「具權威性的國家秩序」、「統制經濟體制」、「軍需生產體制」三者劃上等號之情形下，經濟犯罪的體系地位並不明顯，充其量僅為擔保軍事權威國家的經濟秩序之刑罰規定²⁷⁰，其注重在違反國家道義之性格上，並未嚴密地刻劃經濟刑法概念之體系定位。

不過，該時期亦有少數論者將經濟刑法之概念提出了明確地定位，如學者美濃部達吉認為²⁷¹：「經濟刑法為行政刑法的一部分，乃是國家為了保持國民經濟之健全性，而命令人民於經濟上之生活行動做或不做某些事，並就人民違反該等命令之行為，予以刑事制裁之規定」。從而在此見解下，基於行政犯乃係違反國家命令之本質而與刑事犯有異的前提，可導出經濟犯罪作為行政犯之各種結論，例如行政犯比起刑事犯更近似於民事的不法行為責任，故得肯定法人與無責任能力人之刑事責任，且對於非系爭命令對象而不具身分之參與者，亦否定其作為共犯之可罰性。此種將經濟刑法作為行政犯之一種而定位之見解，於總論上即以行政刑法理論為依歸，而將關於統制經濟之諸法規的解釋作為各論，使得經濟刑法可說半獨立地形成了一套學問領域²⁷²。

此外，對於違反經濟規範之行為，向來尚有區分經濟犯罪行為與秩序違反行為之不同，亦即從結果的客觀重大性以及行為人行為之重大非難性，來限制刑罰的範圍，而日本學者神山敏雄就其之區別分成兩大類下的四種態樣²⁷³，亦即「質

²⁷⁰ 吳志強（2011），《經濟刑法之背信罪與特別背信罪的再建構》，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，頁 37-38。

²⁷¹ 美濃部達吉（1944），《經濟刑法の基礎理論》，初版，頁 1，東京：有斐閣。

²⁷² 島田聰一郎，前揭註 257，頁 95。

²⁷³ 神山敏雄（1984），〈經濟犯罪行為と秩序違反行為との限界--ドイツの法制度・学説・判例を中心に-〉，《刑法雜誌》，26 卷 2 号，頁 256-303。

的區別說」：認為此兩者間在行為或是法益或是應罰性上，具有本質上的差別、「量的區別說」：認為此兩者只是在行為違法量上有輕重之別而已、「折衷說」、「廢止區別說」等。惟無論是採何種見解，其背後之意義所預設者，皆係為保護自由經濟秩序，亦即，縱使認對於秩序違反行為處以行政罰、而對於經濟犯罪行為之經濟刑法規制，認屬行政刑法之一環，若單以違反行政法規之刑罰為論述重點時，此見解似無不妥；然而，對於經濟刑法本身，卻不得認乃單純之行政刑法，此乃因二者間有本質上之不同。行政刑法乃是為了達成行政上之目的，以及為實現政策之良好狀態或為除去不欲其存在之狀態，而基於國家統治權對國民的基本權利加以限制或課予義務負擔，並且為了擔保其實效性，對於違反系爭義務者處以刑罰之規定，此在過去統制經濟之時代，或可如美濃部達吉所認，經濟刑法即屬行政刑法之一環，因為在該時代下，對於經濟的嚴厲控管即為國家處要的行政目的之一；惟，二戰後各國多逐漸邁向資本主義下之自由市場經濟秩序，此時之經濟刑法已脫離行政刑法而獨立，並以經濟法原理作為其運作與保護之依歸，在此種市場經濟下，經濟刑法乃是藉由刑罰來保護自由競爭秩序，並確保社會上個人之實質平等²⁷⁴，是以前與行政刑法乃為維持社會生活秩序，而將重點置於國家行政目的之靜的狀態不同，經濟刑法乃是以現存之動的經濟生活秩序為規範對象，並為擔保該秩序正常運作之刑罰規定²⁷⁵。

綜上所述，現代之經濟刑法應認係為了因應資本主義下的自由市場經濟秩序中所產生的各種經濟犯罪問題而設，在當代資訊科技瞬息萬變的社會中，對於高知識、技術下的經濟犯罪之防治，以刑法來進行維護並成為解決問題之工具，已經是客觀上無法否認之事實。是以在立法論上，應就其立一套完整且獨立明確的體系，反而是更可能防止刑法工具化而恣意擴張之方式。

第三款 經濟刑法之分類與保護目的

向來對於經濟刑法的體系分類，可從三種面向來為探討²⁷⁶：首先為與經濟制

²⁷⁴ 王正嘉，前揭註 259，頁 143-144。

²⁷⁵ 黃朝義（2006），〈新世紀經濟犯罪與追訴〉，收於：楊君仁（編），《新世紀的法律課題》，頁 131，台北：威仕曼文化。

²⁷⁶ 以下分類參考自林東茂，前揭註 3，頁 76-81。

度之關連性所作之分類，此又可分「與經濟制度無關²⁷⁷」、「相對有關²⁷⁸」、以及「內在於經濟制度²⁷⁹」之經濟刑法規定。然而，此種分類下，事實上反而容易讓經濟刑法的體系更加紊亂，而以經濟制度的關連性來作區分，可能會造成法理上之不統一，且此種分類並無作用上之實際效益。此外，尚有以法功能指向所作之分類，此又可分「對抗經濟交易上結構性危險²⁸⁰」、「為克服急切之經濟危機²⁸¹」、「無直接經濟目的²⁸²」之經濟刑法規定。然而，此種分類方法除了分類上將過多別於現行經濟制度之例外獨立成一類型外，有時又會無法為嚴格區分，進而失去了區分之實益。最後一項，乃於德國學說中最常被援用的分類方法，亦即以保護對象所作之分類，此又可分成「保護國家財政經濟」，例如保護國家通貨制度與租稅收入之刑事規定；「保護總體經濟」，例如維護自由競爭制度、金融證券制度、以及信用交易與保險給付制度之刑事規定；「保護營業經濟」，此類規定主要是在保護提供市場上勞務與財貨之營業單位，例如保護智慧財產權、營業單位信用能力、以及營業單位生產設備之規定；「保護一般市民與消費者之經濟利益」，此分類除了有保護消費者免受財產詐欺之規定外，關於重利刑法以及保護一般債權人財產之破產刑法，甚至保護人民生命身體健康的環境刑法，亦被歸於此。這個分類較之前二者相對上較為明確，惟本文以為，對於得歸屬於經濟刑法之刑罰規定，仍須至少與人民財產上等經濟利益有間接上之關聯，較為妥適。此外，從保護對象來對經濟刑法為分類，固然有其明確與方便性，但若能從保護法益著手，則得避免經濟刑法的體系與分類概念過於肥大化，進而可能達到更加明確且限縮之功能。

針對經濟刑法之保護法益，基本上可能從兩個方向來掌握：其一，乃以較為具體的個人經濟利益之保護來掌握；其二，乃將國民經濟利益自身當作一種超越

²⁷⁷ 指在任何經濟制度底下都會出現的經濟刑法，例如電腦犯罪相關之刑事規定。然而關於電腦刑法究否可歸為經濟刑法之一環，學說上尚有爭議。

²⁷⁸ 指與經濟型態以及經濟交易所使用的特定工具相對有關之經濟刑法，例如與卡片犯罪相關之刑事規定。

²⁷⁹ 指與立法國所實施之經濟制度絕對有關的經濟刑法，例如在實施貿易本國保護主義的國家中，會出現的相應關稅規範或走私處罰規定；再如禁止自由買賣外匯國家中，始有禁止外匯自由買賣之刑事規定。

²⁸⁰ 指以刑罰之手段，來防止經濟生活分工上所可能展現之危險，例如保護人民免受商品交易危險的生活物資類刑法、保護經濟上弱者免受不合理契約內容威脅的重利刑法。

²⁸¹ 指為了當下之經濟困境，而須急迫為經濟管制之相關刑事規定，例如石油危機時期對於物價的價格管制刑法、戰爭時為進行糧食等管制而限制營業買賣的相關法律。

²⁸² 指對於高科技相關產品之輸出的管制規定，例如我國貿易法之相關規定。

具體個人性格之利益來掌握。相對於此，日本刑法學者神山敏雄教授認為，可將經濟犯罪之法益分成三種視角：一者乃「一般消費者之經濟利益」、二者乃「企業等經濟交易主體之經濟利益」、三者乃「國家統制的經濟制度」，而承前所述，在當代之經濟刑法中，應係以前二者為核心來進行討論。神山教授之見解在根本上乃是認為，於經濟刑法中，所有保護利益最終皆係還原到消費者或是企業交易主體個人的具體財產利益，結論上並不承認於經濟刑法中有超個人法益之存在，亦即是採終極之還原論²⁸³。此見解從刑法謙抑性之觀點來看，似乎有其合理性，然而，將經濟刑法僅考量在對於個人利益的保護，於客觀上是不符實際的，因為關於經濟關係的諸項法規在多數情形，皆非僅考量個人之利益，如此之解釋乃有悖於立法之合目的性解釋；此外，從多數經濟刑法之構成要件中可知，存在著許多危險犯之規定，若將經濟刑法整合地解釋為對於個人法益之犯罪的話，則會得出為了個人法益之保護而將刑法保護前階段化，並將其作為抽象危險犯之結論，從「利益須是脆弱且重大的始可將刑法保護前階段化」之邏輯來看，於此承認個人財產利益一概得以抽象危險犯前置保護之，恐反而有違刑法謙抑性之要求²⁸⁴。除此之外，日本刑法學者芝原邦爾教授則認為，經濟刑法所保護之法益可分為兩類：其一為「交易之公正性」，亦即確保一定之交易公正，以及社會信用制度、經濟秩序的維持；其二為「交易參與者之財產上利益」，亦即以參與交易之消費者、存戶、投資人等之財產上利益的保護為目的，而此二法益可能在部份犯罪類型中可能呈現重疊性存在外，對於上述第二個法益，芝原教授認為其雖較第一個法益具體，但亦非與一般財產犯罪所保護之個人財產利益相等，毋寧說是參與某種型態交易之人們的總體財產上利益，亦即，其得視作超越個人法益的總體財產上利益²⁸⁵。

事實上，在個別具體的情況中，有時具體個人經濟利益之追求與國民經濟利益之保護是相矛盾的，例如於企業聯合降價之情形，雖在降價時對於消費之個人是有財產上利益的，但到了聯合之企業將市場中的競爭者皆排除之後，即可能開

²⁸³ 神山敏雄（1985），〈最高裁の石油価格カルテル刑事事件判決の検討--經濟刑法の観点から-〉，《經濟法学会年報》，6号，頁41-42。

²⁸⁴ 京藤哲久，前揭註119，頁95-96。

²⁸⁵ 芝原邦爾，前揭註269，頁11-13。

始進行壟斷漲價，最終侵害了國民經濟利益而招致全體消費者的不利益²⁸⁶。是以綜上而論，對於經濟刑法之目的，以國民經濟利益的保護來加以掌握，應是較為妥適的，然而對於此利益的實現，須盡可能地展開合目的性以及限定的解釋論，此乃為經濟刑法各論中所欲進一步作業的。

而在脫離戰爭時期的統制經濟體制，並邁向自由市場經濟制度且以國民經濟利益為目的之經濟刑法下，政府對於經濟活動所為之規制，基本上即是以完備一個得基於自由且公平競爭而為交易行為之經濟制度當作目的，亦即重視制度機能之保護。在此之下，經濟刑法所規制之核心類型應有下列幾項²⁸⁷：其一，乃規制使「競爭」本身失靈的行為，例如公平交易法中關於禁止限制競爭之規定²⁸⁸；其二，乃規制於競爭中，對於各人參加系爭交易與否之決定給予不當影響的行為，例如政府採購法罰則中之圍標罪等規定²⁸⁹；其三，乃規制於自由交易中，以散布虛偽情報與利用地位誤導一般人，而使他人無法作出正確判斷的行為，例如證券交易法中有關公開說明書及財務報表等禁止虛偽記載之規定，此外，有關企業內部之情報，對於外部之投資人等常難以知悉，故在消費者與生產者間存在著情報落差的情形，為了消除此種情報落差而使用刑罰也是有可能的，例如上市公司違反公開說明義務等情形；其四，乃規制影響證券市場競爭交易之公正與投資人對於證券市場之信賴的行為，例如證券交易法中有關內線交易與操縱市場之相關規定；其五，乃將某些營業行為當作許可制，而處罰無許可營業之規制手法，然而，從比例原則的觀點來看，對於系爭營業行為不設門檻僅要求其運作時遵守規則之手段，恐較事前為規制許可更為和緩，故就此種事前規制許可營業的相關規定，應盡量限縮於較和緩之手段無法應付重大或廣泛的受害設想時，始可使用。

綜上可知，對於經濟刑法之歸屬範疇，主要係為給出一個得基於自由公平競爭的各種交易市場及秩序，而保護此些經濟制度、市場之機能，始可能達到維護國民經濟利益之目的。而在市場經濟制度的內涵中，保護從事商業買賣等交易相關人得公平且自由地行動的競爭機制，即成為經濟刑法討論之核心重點之一²⁹⁰。

²⁸⁶ 京藤哲久，前揭註 119，頁 109。

²⁸⁷ 島田聡一郎，前揭註 257，頁 103-105。

²⁸⁸ 日本法即如獨占禁止法中的不當限制交易等罪。

²⁸⁹ 日本法即如刑法第 96 條之 2 的暴力妨害投標罪。

²⁹⁰ 事實上，基於刑法謙抑性，對於保護市場競爭機制是否能直接一概使用刑罰介入，頗值得探

第四款 經濟犯罪領域中之競爭刑法



於今日以自由經濟為主之社會中，居於經濟刑法核心位置的，乃是保護市場經濟的刑罰法規。而在自由市場經濟中，「競爭」機能的實現乃是此種經濟模式的中心要素，是以為了保護市場經濟，對於競爭之機能的維護極其重要，而有關競爭制度保護的刑事規定，亦即競爭刑法，乃作為經濟刑法之各論而成為了檢討經濟刑法問題時所考察之核心。

所謂「競爭刑法」，常指藉由刑罰而將競爭（制度）之機能本身當作保護對象之刑事規定²⁹¹。然而承前所述，於經濟刑法中得區分為廣義及狹義，前者係有關除去財產犯後之經濟活動的刑罰法規，除保護個人經濟上利益外亦包含保護國民經濟上利益的刑罰法規；後者則指純粹保護國民經濟上利益之刑罰法規，而本文認為經濟刑法中所欲探討的核心領域應屬此為是。是以，若將競爭刑法依上述經濟刑法之保護對象來分類的話，在有關保護競爭（制度）之機能的相關刑罰法規中，雖不只有保護國民經濟利益的規定，而尚存有保護個人經濟上利益之刑事規定²⁹²，然對於競爭（制度）之機能本身之保護，始為本文焦點所在。亦即，向來關於不正競爭防止之規定，多聚焦於以不正之手段方法，而致有損害被害人自由意思與利益之危險的競爭行為，並以此之確保作為競爭制度成立的前提條件，然而，儘管此前提要件被確保了，但競爭制度之機能無法作用之情形仍是所在多有²⁹³，故是否有必要以刑罰介入保護該機能，尚待進一步探究²⁹⁴。

在自由經濟之市場中，既然「競爭」是其核心之特色要素，則在市場中妨害自由公平競爭之行為，即有受規制之必要，此乃無論本文中所欲探討之政府採購市場，或是一般商業市場皆然。然而，關於「競爭」之概念，並非係一自然意義下的產物，毋寧為人類經由歷史過程的諸種經濟生產模式後，所歸結出之價值，故對於其發展脈絡以及思想為何，以及就此種概念下所發展之制度或秩序，是否

討，此將於下項中討論之。

²⁹¹ 然而關於保護之對象，其實學說上容有爭議，此部份亦將於下項中為討論。

²⁹² 例如我國營業祕密法之規定，雖然其立法目的乃「維護產業交易公平競爭秩序」，然從其第 13 條之 1 的刑事罰則規定以觀，其所側重者仍為個人之經濟上利益。

²⁹³ 例如日本刑法中之談合行為即屬之。

²⁹⁴ 京藤哲久，前揭註 119，頁 92-93。

得藉由刑罰來予以保護，則為下一項中所欲處理之目標。



第三項 競爭刑法之定位與構造

第一款 「競爭」之概念

所謂「競爭」，在抽象一般意義上，是指在類似公平與平等之規則與環境下，追尋他人同時亦在追尋的利益之行為；在商業經濟上，則是指一種市場環境中，擁有兩個以上之眾多獨立買賣家（事業體）以較對方有利之價格、數量、品質、服務等條件爭勝，並得與他人自由交易，且維持著自由進出市場的權利²⁹⁵。一個有「競爭」的市場，始得增進合理資源分配以及提昇事業經營效率，例如亞當·斯密（Adam Smith）即曾於「國富論（The Wealth of Nations）」中提到，「競爭」使人無法有丁點的自滿，從而得以刺激生產效率。因為透過「競爭」，能使市場當下居於優勢地位的強者，得時時接受新進競爭者之挑戰，並會顧及潛在競爭者崛起或弱勢者轉強，而必須不斷提昇其所供給之貨物或服務的品質，以保持其優勢²⁹⁶。

第一目 「競爭」之內涵

在競爭市場中，有位於光譜兩端的二種概念，其一為「完全競爭市場（perfectly competitive market）」，此乃指各個市場中的自由競爭，皆包含以下五個嚴格的假設前提²⁹⁷：1. 市場中的所有人（即眾多生產者與消費者）對於現在與將來的一切供需情況完全掌握；2. 資源與市場參加者的完美流動性；3. 所有參加者所為之理性行為（消費者最大化效用、生產者最大化利益）；4. 潛在偏好、技術、條件等的穩定性，以達均衡狀態；5. 消費者或生產者間沒有市場相互依存關係（即皆為自主決策）。在這樣的前提條件下，完全競爭市場具有著四種特性²⁹⁸：其一乃「價格接受者（price taking）」，亦即在此種市場中有很多買賣方，而不論是哪個廠商或是消費者，其產量或購買量對於市場價格幾乎沒有什麼影響力，故廠商

²⁹⁵ WILLIAM G. SHEPHERD, THE ECONOMICS OF INDUSTRIAL ORGANIZATION 1 (4th ed. 1996).

²⁹⁶ 張佳弘（2000），〈從政府管制探討競爭政策〉，《公平交易季刊》，8卷3期，頁21。

²⁹⁷ See WILLIAM G. SHEPHERD, *supra* note 299, at 38.

²⁹⁸ 謝振環（2005），《個體經濟學》，頁259-260，台北：臺灣東華。

與消費者在訂定決策時，皆視市場價格為已知；其二乃「產品同質性 (homogeneous product)」，即指產品之間乃相同或類似而可完全相互替代，在此種情形下，沒有廠商得提高價格而不會損失全部或大部分銷售量；其三乃「買賣雙方對市場價格具完全資訊」，既然在此市場中，買賣雙方有承前述對於現在與未來供需情況的完全掌握，則在完全競爭市場中，消費者與生產者應係充分了解市場價格的，而此種特色與產品同質性結合之下，將使得買賣雙方只存在一個市場價格，亦即，消費者能以最低價格成交；其四乃「生產者得自由進出市場 (free entry and free exit)」，即新廠商要加入或因無法獲利而退出產業，都不會有額外成本，是以買方可很容易地轉換供給者，供給者亦得輕易進入或退出市場，此種特色下，無論現有廠商或潛在競爭者，皆能夠獲得相同的技術及生產因素。然而，除了農業市場以外²⁹⁹，在真實世界中，很少市場是完全競爭的，亦即市場中的各個廠商對同質的商品，並非皆面對一個完全水平的需求曲線，且廠商亦不一定得自由進入或離開產業³⁰⁰。然而此種理論概念雖並非完全成立，但並不代表此種模型全無用處，僅是在某些市場無法具有其所內涵之前提或特色時，即為不完全競爭市場，而此時即得將其與理想中的完全競爭市場來作比較。

在競爭秩序中所欲維持的「競爭」並非「完全競爭」，而為「有效競爭」，亦即事業必須以改進生產技術、提高生產效能的方法，使其商品或服務之成本降低而提昇品質，方得比其競爭者提供更有利的交易條件，進而爭取交易相對人與其成立交易之意願³⁰¹。有效的競爭內涵三項核心，此些要素可以在各個競爭者間形成並維持合理且平衡的狀態，並對每一位競爭者產生壓力，各要素分別是³⁰²：1. 至少五個競爭者：此可避免哄抬價格行為和對市場的控制；2. 沒有市場支配者：若達到真正的競爭均衡，則沒有任何一家公司可擁有超過 40% 的市場份額，且所有競爭公司中，每一家的市場份額不低於 10%；3. 對於新競爭者而言容易進入：

²⁹⁹ 多數農產品市場皆趨近於完全競爭市場，例如：成千上萬的農夫生產小麥，然也有成千上萬的買方購買小麥以生產麵粉或其他產品，是以沒有一個農夫或買方有能力影響小麥的價格。詳參 Robert S. Pindyck, Daniel L. Rubinfeld (著)，劉純之、游慧光、林恭正 (譯) (2002)，《個體經濟學》，頁 8，台北：華泰文化。

³⁰⁰ Robert S. Pindyck, Daniel L. Rubinfeld (著)，劉純之、游慧光、林恭正 (譯) (2002)，《個體經濟學》，頁 315，台北：華泰文化。

³⁰¹ 廖義男 (1996)，《公平交易法之試論與實務--第一冊：立法目的、事業、罰則》，頁 3，台北：三民書局。

³⁰² See WILLIAM G. SHEPHERD, *supra* note 299, at 3.

亦即不存在進入系爭市場的壁壘，此確保了競爭的壓力並避免了競爭的無效率。然而趨利避害、永保安逸是人類的本性，在市場中，亦可能有「勝出」之贏家全拿，進而壟斷市場成為主宰，並為了保全自己的市場地位而為限制競爭之舉動。此種「競爭」與「壟斷」間的相互運作通常是這樣的³⁰³：首先，市場中所有廠商皆追尋著更廣大的市場份額以獲得更高的利益，而當此些廠商奮力併吞其他廠商卻受阻礙時，即會存在有效競爭，此種有效競爭帶來了成本降低、低市場價格、急速的創新等廣泛的益處。然而，當一家或少數的部份廠商成為了市場的領導者，此時競爭可能變得沒效率，此種市場支配力量將導致更高的價格、更少的產量，並加深無效率、更慢的創新節奏、收入及財富的分配不公、選擇的自由被削減等弊端。是以如何避免限制競爭的行為，並讓市場時時置於有效競爭的環境中，即成為重要的課題之一。

第二目 「競爭」之悖論

然而，有認為競爭本身存有兩難且具備自我摧毀的特質，進而反對競爭。亦即，任何一位競爭者皆為了獲取更高的回報而努力著，但當有勝出者時，競爭常會被壟斷所替代，例如一間位於支配地位的公司獲得高額利潤時，其往往會利用這些資源進行壟斷的行為以鞏固其地位，並限制競爭的可能，亦即當一家公司開始在市場中得到發展優勢時，其自然地會漸漸擁有大量財富，並將其公司規模以包括壟斷的各種形式來發展，以鞏固其優勢地位。在體育「競爭」中，是以分組的方式來解決此一問題，亦即將選手們依不同年齡、身材條件、性別等特徵分不同組，縱使競技失敗亦為暫時的，每一場、每一季、每一年的賽程都是新的，在同樣起跑點上的每位選手或隊伍皆是重新開始，且隨著自然年齡的增長，再優秀的選手都會衰退，而其地位即成為他人的競爭對象，也就是說，「競爭」不斷地重啟並經常有效，只因其具有合理的比賽規則及冷酷的老化過程；在產業市場中，因為沒有這樣的分組規則與自然年齡法則，是以在重塑競爭時，以政策等外力來識別及避免限制競爭之行為，是很重要的。雖有認為限制壟斷並恢復競爭的作法乃是「懲罰了出色的效率」，但縱使肯認出眾的公司須獲得充分回報，亦不能當然地否定競爭的存在價值與其消失之弊害，「競爭」雖在大多數的真實市場中都

³⁰³ *Id.* at 4.

是有效並平衡的，但不可置疑的，其亦常處於不穩定與脆弱的狀態中³⁰⁴，且一旦完全失去要再恢復重塑就即為困難³⁰⁵。



第三目 「競爭」之益處與不足

「競爭」除了帶來效率外，在產業上的價值主要呈現在兩個層面，其中一個層面乃「成為發展與表現個體才能的正當程序」；另一層面則「成為保護免受壟斷之控制與剝削」，二者並有許多衍生而出之利益。從前者來看，「競爭」乃是一個發展與形成基礎社會態度的社會功能過程，其促進了信仰多元化、堅忍、以及個人上進心，這些精神價值都是在壟斷下所不容的，而「競爭」促進了（個體的）獨立自主，並推動了社會各階層間之交流³⁰⁶；再者，人類總是有各式各樣的興趣，就如同「科技始終來自於人性」一語所道，而「競爭」得促進多樣性，亦即在自由競爭市場中之行為，最能表現人類的利益與天賦，亦最能提供更豐富的產品與服務以滿足人們的需求，此種「文化多樣性」，亦是「競爭」所衍生出之利益³⁰⁷。此外，保護免受壟斷的「競爭」，亦會帶來「政治上之民主」，其使得權力和資訊儘量為整個社會共享，而非集中在少數人手中。在歷史脈絡上，從前世紀部份國家的發展中，亦可見到經濟權力的集中所導致的腐敗，其損害了政治上的民主，並代之以權力集團或獨裁政體。是以，政治上的競爭乃是民主制度的基礎，而此基礎卻容易受到經濟壟斷的迫害，例如在美國，大企業憑恃其經濟實力，不但能挑起各地方政府之鬥爭而從中獲取利益，甚至往往得影響州或聯邦政府的施政導向或選票競爭之結果，而大如跨國企業之公司，在國際間對於部份小國家更是可能有著上述之影響。而經濟與政治上壟斷的相互作用影響下，最後展現的通常即為對於人民在各個層面的剝削。綜而言之，壟斷與嚴格寡頭，通常會使產品與服務的種類變少，即限制了產品及服務的型式與利益之多樣性，此外，壟斷體亦會傾向降低對公眾社會的作用，並減少其分公司對於當地之貢獻，而相對於「競爭」給予無論消費者或生產者最大化的選擇自由，壟斷則是不管在本質或實際上，皆

³⁰⁴ 無論是自人類社會中的經濟發展，或是下款將述及的「反托拉斯」歷史中皆可得知。

³⁰⁵ See WILLIAM G. SHEPHERD, *supra* note 299, at 19-20.

³⁰⁶ *Id.* at 136-137.

³⁰⁷ *Id.* at 37-38.

限制著此種自由³⁰⁸。

然而，「競爭」在本質上亦有其侷限與弊害之處。例如其有可能造成短視近利的結果，亦即為了獲取成功及存續下去的壓力，使得競爭者無法顧及更長遠的目標，因而變得緊張且狹隘；此外，短視近利的結果有可能使競爭者行為的選項變窄，變得只會用削減成本等無創造性及想像力的方是來應付，而此點剛好亦成為「競爭」之雙面刃。再者，「競爭」所造成聖者為王敗者為寇之極端結果，雖然相當公平，但也十分殘酷，且會使得人們之間易產生不和或關係過於緊張，使個人經常感到精疲力盡³⁰⁹。不過，在他領域中的個人間競爭，如上述的代價確實是可能會帶來嚴重傷害的，然而，於產業間的競爭，此些代價並不一定會直接使個人受到損害³¹⁰，且縱使真的產生此些負面代價，其所耗費之成本亦通常小於「競爭」所帶來的巨大益處；此外，對於僅會削減成本等以競爭之短視近利行為，在理論概念上，縱使有近利亦為短期，其終將會被淘汰，例如航空公司為削減員工住宿成本而令機組人員在颱風天亦須飛行，將導致人力資源的出走，再如缺乏創新力的企業於產業界中出現嶄新產品而致整體產業轉向時，再怎樣地削低如員工薪資等成本，也是無濟於事。綜而言之，無論是人力資源的妥善運用，或是創新技術等之開發，都乃為競爭之一環，真正的「競爭」並不是導致此些結果的終結原因，反而是淘汰此些因素的根本精神。是以在產業市場中，均應提倡公司企業間之有效競爭，唯有如此始得讓公司保持高度水準之績效。

第四目 競爭制度之功能

承前所述，「競爭」的本質亦有可能致使負面成本的產生，亦即充分競爭的結果，有時短期內並不一定能完全達到有效競爭之精神，亦不能保證公平的實現，是以此時即須一套制度來釐清市場競爭秩序，主權者的任務並非介入此市場，而是設立符合社會公平且合理的競爭規範，並使市場內之事業得於此範圍內進行合理的商業競爭，而此套制度的目的並不只在於避免危害競爭之壟斷等情形發生，

³⁰⁸ *Id.* at 139-141.

³⁰⁹ *Id.* at 137-138.

³¹⁰ 當然，企業是由個人所組成的，而對於小型企業來講，公司所面臨的極度競爭壓力，還是會對個人產生影響。但是對大企業、大公司而言，產業間之競爭與個人間之競爭，還是有所差別的，而會影響市場力量的，通常亦僅為大企業。

其同時亦志向於避免無效率競爭，以達有效競爭之實現³¹¹。

為達到上述之目標，此套競爭制度在不同的面向中，得分別發揮不同之功能³¹²，例如在企業活動方面，其得藉由消除事業活動中一些不公平的限制，並促使個別事業能夠自由經營，進而激發事業的創造動機；在消費者方面，其維持了自由競爭，而使消費者能夠間接獲得更高品質及更低廉價格之產品選擇，並導引事業生產或供給更多符合消費者需要的產品與服務，進而使消費者利益與經濟福利達到最大；在中小企業方面，其所提供之公平且自由競爭之環境，具有鼓勵中小企業加入市場與大企業一拼高下的動機，進而有助於中小企業之健全發展，而中小企業之自由蓬勃發展則可激發經濟活力，在實質面上預防獨占與經濟力量之過度集中；在自由貿易方面，基於市場乃係公平且自由的競爭環境，故國外商品、勞務、甚至資本得自由進入國內市場，而將國內市場適度開放於國際上之結果，可促進國內市場的競爭力。

然而，無論是以上關於「競爭」之益處或是其功能，都難免被認為乃理論上的想像成果，且於「競爭」過程中所為之行為，亦不一定皆屬有益於市場機能³¹³，故要達到趨近理想中完全競爭之效果，必須存在著一套競爭制度（秩序），但此秩序是否存在，其思想理念為何，更甚者，是否得為了保護其而使用刑罰，皆是需要進一步探討的，此將於以下各款中為處理。

第二款 競爭制度之發展流變

為了實行競爭政策的法體系，在日本有所謂獨占禁止法、美國有反托拉斯法、歐盟則稱為競爭法，而於我國最為相關且完整之規制規定，即為公平交易法。但現代的競爭法精神，並非係一步到位的，其發展經過了久遠的歷史進程，最遠甚可追溯到古羅馬時期。以下即簡短介紹有關競爭法的發展歷史，與其在國際間的發展趨勢。

³¹¹ 黃榆楹，前揭註 69，頁 4-5。

³¹² 白裕莊（1996），〈競爭法與競爭政策之概觀〉，《公平交易季刊》，4 卷 2 期，頁 117-118。

³¹³ 相反地，看似違反競爭理念的行為，亦不一定會侵害到市場機能，例如日本學說上就所謂談合行為，即有就其協議之內容與協議主體之規模來為判斷是否有侵害市場機能之可能，而非行為人一為談合行為即成罪，更詳細內容將於後續討論。

原始型態的競爭法，是從因應暴利行為、投機行為開始的，即禁止藉由暴利與投機行為而貪得哄抬價格上之暴利。歷史上對此有相關記載的是著名的古代羅馬法制，如西元前 50 年的「食糧法」(Lex Julia Annona) 與西元 301 年的戴克里先聖旨，皆禁止了在中市場中買斷、惜售、妨害市場、藉由哄抬價格之暴利行為等等³¹⁴。

然而，現代世界中的競爭法與前述這些古代法間，有怎樣程度系譜上的關係並不明確。現代競爭法的起源，可從英國普通法 (common law) 中之禁止交易限制的法思想以及判例中看出，例如中世紀英國普通法亦與古羅馬法接軌，而禁止「買(壟)斷」(forestalling) 以及「掠奪(市場)行為」(engrossing)³¹⁵。其處罰原因除了該等行為會使物價高漲而致人民窮困外，與中世紀以來基督教之宗教傳統上的「貪慾之罪」(Sin of Avarice) 思想也有關係³¹⁶。

到了中世紀末期至近代初期的英國普通法制中，關於「獨占」有名的判例，當屬 Darcey v.s. Allen 事件了。此事件肇因於英國女王伊莉莎白一世給予宮廷官員製造撲克牌的獨占權，而被普通法法院以違反有關獨占之普通法而宣告無效³¹⁷。然而上述案例中，該普通法之違反，並非基於當代以違反公益及有害競爭秩序為主軸的禁止獨占思想，而是有其政治鬥爭之背景，因為「該獨占是女王所給予的」。也就是說，在那個資本主義剛蓬勃發展的時代，從事毛織品等工業的中產階級與宗教上的清教徒(新教)代表的是所謂的新興勢力，其與王權和宗教上的英國國教會在多方面是呈現對立的狀態，而普通法即是給予新興勢力朝初期資本主義發展前進的助力³¹⁸。此事件之後，英國議會甚至制定了關於製造撲克牌的法律，而賦予了「行會」(「Guild」，又稱「吉爾特」，也就是現代公會的前身)製造的獨占權，並認定此即無違反普通法之問題。

其後，隨著普通法法理的發展，關於交易限制的約定情形，已不僅是須顧及當事人間之公平的問題，亦產生須考慮「公共利益」之原則，進而逐漸邁向當代

³¹⁴ 松下滿雄 (2006)，《經濟法概說》，四版，頁 3，東京：有斐閣。

³¹⁵ W. LETWIN, *The English Common Law Concerning Monopolies*, 21 UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW 355, 355 (1954).

³¹⁶ R. H. TOWNEY, RELIGION AND THE RISE OF CAPITALISM 48-74 (1998).

³¹⁷ 松下滿雄，前揭註 314，頁 4。

³¹⁸ 詳細過程可參 Paul Mantoux (著)，周憲文 (譯) (1976)，《十八世紀的產業革命》，台北：台灣銀行經濟研究室。

競爭法的基礎法思想。然而，這種從普通法中的交易限制法理，往競爭法法制的現象，在普通法起源的英國並不顯著，反而是在當時英國的殖民地即北美洲大陸上大為發達，是以在講到競爭法法制的母國，反而多是以美國為主³¹⁹。

美國於近代 19 世紀中之南北戰爭後，發生了「企業革命」(corporate revolution)，於顯著經濟發展上確立了大企業體制，而在此過程中有著各式各樣的「托拉斯」。所謂「托拉斯」，原本是指信託的意思，亦即在美國早期的大企業中，設置了受託大企業股份的「托拉斯(信託)機關」，其受託各大企業的股份議決權，並藉由行使該議決權而將多數的大企業收於傘下，而因為這樣的產業支配方式十分發達，故早期美國的獨占體被稱作「托拉斯」³²⁰。而大型企業聯合行為的展現，最初是在基礎設施等建設領域中，大規模的基礎設施工程，例如鐵路修建等工程，需要具有規模而能掌握全局的超大型公司聚集或聯盟。是以在 19 世紀末，透過修建複雜縝密的鐵路網絡，美國國內市場逐漸邁向統一，而經濟的集中態勢也越趨明顯，終於導致超大型公司的正式登場。為了追求效益，尤其是規模經濟，大公司們往往都在擴大生產，而由於生產過剩又導致價格下跌，甚至還低於成本，是以為了保證市場的價格穩定地在獲利水準之上，企業們紛紛聯合起來迴避競爭。

最有名的應屬標準石油的「石油壟斷事件」了，除此之外，在當時尚有砂糖壟斷、鐵道壟斷等各種壟斷風行著。而以這些壟斷來進行之經濟力濫用，除了如石油壟斷的市場獨占外，對於第三人(特別是一般底層勞動者)的差別對待行為等等也盛行著，故引起了農民、勞動者以「格蘭傑運動³²¹」(Granger Movement)之形式來進行「反托拉斯運動」。最後終於導致美國在 1890 年制定了聯邦的反托拉斯法，即「休曼反壟斷法案」(Sherman Antitrust Act)³²²。

進入二十世紀後，1929 年美國因紐約證券市場的暴跌，進而引起華爾街股災，整個美國經濟陷入不景氣的大蕭條中，為了處理此種情況，當時的美國總統

³¹⁹ 松下滿雄，前揭註 314，頁 5。

³²⁰ 松下滿雄，前揭註 314，頁 5。

³²¹ 在美國南北戰爭後數十年間，在美國中西部以農民聯盟為首，為反對壟斷的糧食運輸所進行之運動。詳見大英百科全書網站，Encyclopedia Britannica，<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/241647/Granger-movement> (最後瀏覽日：5/6/2014)。

³²² 松下滿雄，前揭註 314，頁 5-6。

羅斯福以凱因斯的經濟學理論作為基礎推行新政，並藉由制定「全國產業復興法」(National Industrial Recovery Act)來承認總統對於經濟的大幅度介入權³²³。然在新政初期，反托拉斯政策並不是那麼地穩固，直到後期伴隨著羅斯福總統的「反獨占咨文」始認識到，企業間基於反托拉斯法的競爭維持，對於經濟活力的維繫是極其重要的，故開始強化施行被稱為「新休曼法」的反托拉斯法³²⁴。自此之後，反托拉斯法可說獲得了作為美國市場經濟基本法之地位至今。

二戰後不久，美國於政治、經濟以及軍事等方面，皆成為了國際領袖，在其強力影響力下，西方各國紛紛建立起有關競爭法之法制。而在 1957 年設立歐洲經濟共同體 (European Economic Community) 的羅馬條約中，第 85 條與第 86 條也放入了禁止限制競爭之協定，以及禁止濫用市場支配性地位等規定。而在歐洲經濟共同體發展成歐盟 (European Union, EU) 之後，這些競爭規定成為了各會員國間共同市場整合的重要要素，並成為了共同體的基本法制之一。這些競爭規定成為了其後修訂羅馬條約的阿姆斯特丹條約中的第 81 條與第 82 條以及結合規則，且與美國的反托拉斯法並列，被認作是具有世界上最重要的競爭法規之一。接近二十世紀尾端時，蘇聯垮台以及東方世界的各國逐漸市場經濟化，亦皆紛紛認識到競爭法的重要性，而制定施行了有關競爭法之規定³²⁵。

此外，關於國際組織對於競爭法的動向亦值得注意。在 1940 年代後期，國際間所嘗試設立之「國際貿易機關」(The International Trade Organization)，其基本憲章「哈瓦那憲章」(Havana Charter) 的第 5 章，即是關於競爭限制的國際上規制，可惜的是，該憲章因美國國會拒絕批准而未生效³²⁶。此後，關於國際競爭限制之規制，亦有在關稅貿易總協定 (GATT) 中為檢討，而貢獻最大者應屬「經濟合作暨發展組織」(Organization for Economic Co-operation and Development, OECD)，其轄下之競爭政策委員會進行了相互通報制度、用語統一、以及各種方針等等之制定，有助於其會員國有關競爭法法制的發展。而在 1995 年設立的「世界貿易組織」(WTO)，擴大了過去 GATT 之範圍，不僅貨物貿易，連有關服務貿易以及智慧財產權貿易等方面，也納入了規律的對象範圍，並且對於該等規律之

³²³ 松下滿雄，前揭註 314，頁 6。

³²⁴ T. ARNOLD, *FOLKLORE OF CAPITALISM* (1937). 轉引自松下滿雄，前揭註 314，頁 6。

³²⁵ 松下滿雄，前揭註 314，頁 8。

³²⁶ 松下滿雄，前揭註 314，頁 8。

違反制定了強力的紛爭處理程序。該組織為了實現自由貿易之目的，不僅減輕、廢止各國政府對於通商之限制，對於為妨礙自由貿易的私人企業所進行之貿易限制，也是其禁止的對象。此外，該組織於 1997 年的部長級會議中，決定設置關於「貿易與競爭」的作業檢討小組，並於其後數年中，進行了將 WTO 體制內的競爭政策以何種型態導入國際協定中之檢討³²⁷，雖然尚未定案，但可預期的，此種將 WTO 框架內的競爭政策導入國際協定而成為國際標準的路徑，已成為了未來必然的趨勢。

綜上述可知，競爭制度的思想以及法制，最初乃是始於古羅馬法以及英國的普通法，而在二戰後由於美國的強力推行而廣布到世界各國去。此外，在國際組織中，從哈瓦那憲章到 OECD 以至 WTO 之確立與發展，可確定的是，關於競爭制度的思想與法制化等等趨勢，已成為幾乎適用於全世界的基本原則了。

第三款 競爭制度之思想

在以上競爭制度發展的歷程中，對於其內涵之基本思想，在不同領域之觀點及學說中，有著不同的見解。而在這些思想中，除了有基於一定的經濟理論外，尚有某程度政治哲學的支持，將該等思想以完整的形式為討論，並再某程度加以體系化的，主要是美國與歐洲的學者們。以下將從各種政治經濟學派的角度，來觀察競爭制度的基本思想，並從中思索我國競爭制度的模型。

第一目 芝加哥經濟學派（Chicago School of Economic）³²⁸

美國芝加哥大學向來人才輩出，除了犯罪學及社會學領域外，在經濟學上亦有其一方之地。而在此之中，弗利曼（Milton Friedman）當為最具代表性之人物，其將芝加哥經濟學派的特點彰顯並確立，認為經濟學應作為一種實證科學，而不斷反覆循環「應用」、「檢定」、「改進」三種過程而成；此外，其在經濟政策上，亦認為唯有「自由市場」才能有效組織資源，並懷疑政府干預經濟事務之成效³²⁹。

³²⁷ 松下滿雄，前揭註 314，頁 9。

³²⁸ 有關芝加哥經濟學派的詳細論述和思想，可參 ROBERT H. BORK, THE ANTITRUST PARADOX (1978)；RICHARD POSNER, ANTITRUST LAW : AN ECONOMIC PERSPECTIVE (1976)。

³²⁹ 吳惠林（2002），〈臺灣自由經濟之路〉，收於：吳惠林（編），《芝加哥經濟學派、奧國學

此學派在競爭秩序上之思想認為，競爭制度的目的在於實現資源的最佳分配、產業產出的極大化、以及達成經濟上的效率性。從而其認為，競爭制度中的規制，應僅限於針對妨害經濟效率以及削減產出之行為，例如哄抬價格的聯合行為乃是藉由限制競爭而限制了產出與供給，該等行為並未有任何經濟上的價值而應屬違法；然而，就企業合併與垂直競爭限制等行為，有時具有合理化生產及流通系統而增大產出之功能，故應個案判斷之³³⁰。

該學派的核心理念，對於規制限制競爭的訂立，可說僅限於最小限的必要程度，此乃因為該學派重視企業乃至於產業的效率性，進而持著對於市場有效性之信賴。也就是說，他們認為，就算有巨大化企業的產生，該巨型企業濫用經濟力的概率也會很少，因為若是該巨型企業濫用經濟力（例如不當地漲價等等），會誘發新的公司企業、產業之加入，而終導致獨占情形的破滅。所以說，該學派認為，只要維持新公司企業加入的可能性、確保其等加入之自由，則不僅經濟力濫用的情形不易發生，獨占情形亦無法長時間存續著³³¹。在這樣的意義下，由於該學派對於市場本身的矯正力乃至自己淨化功能，有著高度的信賴，故對於政府等權力藉由競爭法或其他法律手段，來過度介入市場運作的方法是不以為然的。亦即，此學派的論者認為，競爭法的介入應是「最小限度」的手段。

然而，此學派將經濟上的效率性以及產量的增加當作唯一或是主要的目標，進而不承認將其他價值基準作為基本原則的路徑。例如其他學派所主張的政治上自由、多元社會、公正的競爭、中小企業自由的確保等等，在本學派的思想中並無法被檢視出來，故恐怕無法在競爭制度的法制化上，給予有關法律適用的有用準則³³²。此外，雖然此學派之思想某程度上對於美國反托拉斯法有著極大的影響，然亦有學者從防免貧富不均的意義上，認為「消費者利益的保護」才是反托拉斯法的制定目的³³³，以及有學者從此學派所主張之經濟上效率性出發，認為該效率性之利益應及於「多數消費者」始妥³³⁴。此外，針對企業乃至產業的效率化，亦

派、古典學派與經濟思潮》，頁 149-150，台北：華泰文化。

³³⁰ 松下滿雄，前揭註 314，頁 10。

³³¹ 松下滿雄，前揭註 314，頁 11。

³³² 松下滿雄，前揭註 314，頁 10。

³³³ ROBERT H. LANDE, *Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged*, 34 HASTINGS LAW JOURNAL 65, 71 et seq (1982).

³³⁴ HERBERT HOVENKAMP, *Legislation, Well-Being, and Public Choice*, 57 UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW 63, 63 et seq (1990).

有短期與長期的分別，例如藉由企業合併而形成巨大企業的情形中，雖在短期內能實現該當企業之效率性，然而，長期來看，由於企業合併導致市場集中，終會使該產業從競爭中衰退，並減少其創新性，故不能僅以某時點中某企業的效率化來當作檢討合併等行為的判斷基準，維持產業中良好的競爭環境，也是必須考量的重要條件³³⁵。

第二目 民粹主義思想 (Populism)

此思想從美國反托拉斯法訂立初期至今日，在美國國會中仍有某程度之影響力。美國立國者中之傑佛遜總統 (Thomas Jefferson) 與麥迪遜總統 (James Madison)，受到此思想之影響，認為國家之政治權力應該由立法、行政、司法三權間，相互「抑制與均衡」而分立著，在中央與地方之關係上，也認為須藉由聯邦制而使聯邦政府與各州政府間，存在著權力的均衡關係³³⁶。此種思想乃根基於對於權力的不信任，故其認為，於政治制度和憲法體制中最重要的控制與實現，就是「三權分立原則」與「聯邦制」。此思想認為，獨立的農民與獨立的小企業群所形成的社會，乃是最好的社會，此也反應在美國建國初期的經濟社會情勢，亦即在那種獨立農民與獨立小企業群立的社會中，不容有權力集中的專制政治³³⁷。

競爭制度的模型在這樣的思想下，不僅政治權力的集中，甚至連經濟權力的集中也是其極力排除之目標，以維持小規模企業所形成的多樣且多元的經濟社會³³⁸。此思想也反應在早期美國反托拉斯的判例上，例如最具代表性的「標準石油 (standard Oil)」事件判決中，美國最高法院認為³³⁹，所謂的「交易的限制」，是必須涉及到「壟斷」或是其結果始當之。最高法院並進一步定性出三種結果，即高價格、產出減少、以及品質下降。從以上判決可知，在這樣的思想下，雖然反對經濟權力的集中，但並非機械式地禁止一切壟斷的貿易，而是禁止不合理的壟斷交易。

總結來說，在這樣的思想概念下，其認為小型企業所形成的多元經濟社會成

³³⁵ 松下滿雄，前揭註 314，頁 12。

³³⁶ 松下滿雄，前揭註 314，頁 12。

³³⁷ 松下滿雄，前揭註 314，頁 12。

³³⁸ 松下滿雄，前揭註 314，頁 13。

³³⁹ Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911).

果較佳，且算是將財富平均分配於社會全體之結構；對於巨大型企業、以及藉由企業合併集中經濟權力之情形，認為應提出嚴格取締等之相應措施³⁴⁰。然而，從現代所提出的理論，例如產業組織經濟學對於企業與競爭的研究角度來看，這種「古典的」反托拉斯觀點或許已經落後於時代的潮流了³⁴¹。但無論如何，當代美國的反托拉斯思想或多或少仍是有某程度此種理念的色彩。

第三目 秩序自由主義思想 (Ordoliberalism)

在二次大戰前，德國經濟上充斥著聯合行為，直到戰後的西德，才逐漸開始建立有體系、有組織的競爭制度之思想，而這種思想一般稱為「秩序自由主義」(Ordoliberalism)³⁴²，是由 Hero Moeller 所提出，主要乃藉由法律或政策執行來防止市場壟斷等限制競爭之情況發生，並且其亦將市場機制之保護作為經濟上主要目標之一，進而維持自由競爭的市場運作；此外，其亦透過高額稅率以及完善的福利政策，來進行財富重分配。在這之中，國家所扮演的角色，即為貫徹反壟斷的法律制定與政策執行，而此種「社會市場經濟 (social market economy)」制度下的理論，迅速地讓戰後之德國經濟回升，其不但是現今德國規制限制競爭的法律之理論基礎，也成為了「歐洲委員會」(European Commission, EC) 的競爭法之理論根據³⁴³。

而在戰後提倡此思想的學派，一般稱為「佛萊堡學派」(The Freiburg School)，其思想的基礎乃認為，所謂自由、公正、繁榮的社會，必須通過自由競爭來實現、來維持，且此意義下的競爭原理，並不僅單純留於抽象的原理與競爭法的個別法領域，而尚必須是國家構成的根本原理³⁴⁴。也就是說，此學派認為，「競爭秩序」乃國家社會的秩序政策或是秩序原理，其所求之價值，已不單是經濟效率性等純

³⁴⁰ 松下滿雄，前揭註 314，頁 13。

³⁴¹ 松下滿雄，前揭註 314，頁 13。

³⁴² 關於此主義的詳細內容與批判，詳參 RALF PTAK, *Neoliberalism in Germany: Revisiting the Ordoliberal Foundations of the Social Market Economy*, in THE ROAD FROM MONT P LERIN: THE MAKING OF THE NEOLIBERAL THOUGHT COLLECTIVE 98-138(Philip Mirowski、Dieter Plehwe eds., 2009).

³⁴³ 此乃由於德國在歐洲委員會內的經濟事務上，有極大的影響力所致。

³⁴⁴ DAVID J. GERBER, *Competition Law and International Trade: The European Union and the Neo-Liberal Factor*, 4 PACIFIC RIM LAW & POLICY 37, 39-40 (1995).

然的經濟價值了，而是如同個人自由、人性尊嚴此種「政治哲學」的價值³⁴⁵。

秩序自由主義所發展的論證邏輯是以古典自由主義為基礎，從規制政府之自由理念出發，其認為競爭不僅是為了增強經濟的福利所必要，對於「經濟自由」的維持也是必要的，而經濟自由乃是政治自由所必須的條件，亦即，藉由競爭的維持，經濟上的意思決定與其給政府，不如交於私人企業手中，以此防止政府權限的肥大化，從而避免極權主義（Totalitarianism）的復甦³⁴⁶。

不過，若僅從限制政府權力來守護個人其實是有所不足的，所以此學派認為，從防止私人經濟權力的濫用來守護個人也是十分重要的，亦即，政治權力的控制與經濟權力的控制，皆有其必要性，有效支配此二者，始有可能維持存有個人自由與尊嚴的健全經濟社會³⁴⁷。該學派發展出之如此思想，乃是對於在威瑪時代以及納粹時代中，剝奪了個人自由而與政治極權主義結合的私人經濟濫用的深刻反省，因此在其思想中認為，不只應排除獨占之情形，尚應該限定存在於市場中而支配著市場的企業數量，望能將市場導向以中小企業為主要結構的經濟體制³⁴⁸。

學說上認為，該學派的思想體現在三權分立的政治體制上，也有其區別性。在政治決定的過程中，由於不希望行政權限的擴大，所以立法與司法權即有其各自重要的任務，也就是說，在競爭法作為國家經濟體制以及政治體制的中心法制之前提下，立法機關的任務是構築一個可以實現競爭理念及秩序政策的競爭法制，並設置實施此法制之行政機關，而該行政機關僅得於其任務框架內執法，並受司法機關監視審查其執行之適法性³⁴⁹。總而言之，其實想闡明者，乃是即使為競爭制度，也應受到現代民主三權分立的架構所拘束，不得有過多行政權之介入與獨大。

此種秩序自由主義之思想，如前所述乃是對於戰前納粹的政經體制之反思，故將個人自由與尊嚴的保障當作經濟社會體制的基本原理來定位競爭政策，可說是結合了政治經濟哲學各種價值的思考路徑。

³⁴⁵ 松下滿雄，前揭註 314，頁 14。

³⁴⁶ 松下滿雄，前揭註 314，頁 14。

³⁴⁷ 松下滿雄，前揭註 314，頁 14。

³⁴⁸ 松下滿雄，前揭註 314，頁 15。

³⁴⁹ 松下滿雄，前揭註 314，頁 15。

第四目 小結

從以上各派學說對於競爭制度基本思想的見解中，可約略歸納出「經濟效率價值」與「公平、自由等其他多元價值」。芝加哥經濟學派主要重視的為前者，該學派的精髓從其另一位代表人物之一波斯納（Richard Allen Posner）的見解中即可觀出，其認為，反托拉斯法的終極目標乃「效率」，至於競爭，只是一個中間的過程，故經濟學意義上的效率應作為本法的主要且唯一之目標，因此，如果發生有壟斷反而比競爭更有效率之情形時，即無反托拉斯法適用之餘地³⁵⁰。

相對於此，民粹主義與秩序自由主義皆認為，除了經濟效率價值外，在競爭制度中亦應包含如公平、自由等其他多元價值，例如消費者之福祉、中小企業免受巨大型企業之妨害、保護企業免被輕易入侵、鼓勵交易行為的公平性³⁵¹，以及營業上、交易上、以及對於私有財產上的競爭自由，對於壟斷等獨占是採取相對較保守之非難態度。對於國家位置之定位上，秩序自由主義論者則是明確地反對國家權力在經濟上的過度集中，並賦予國家在立法上建構完善競爭法制、在行政上確實執行防免競爭市場受侵害之任務。

第四款 適於台灣之競爭制度基礎

雖然台灣的經濟是從政府高度干預到適度放鬆以至自由化的漸進式過程，但粗略來講，1990 年代開始可算是正式邁入經濟自由化的時期。而造成此時期急速朝經濟自由化的原因，除了「台灣錢淹腳目」所致外，國際上尤其是美國的壓力，以及我國欲加入國際上的貿易組織，也是原因之一。詳言之，台灣從 1980 年代後逐漸累積了大量的外匯、新台幣也不斷升值，高度的經濟成長使得人民富裕起來，想要開始享受生活，對於外國貨的需求以及到國外旅遊的流行，皆使得人民對於經濟自由化的要求不斷提昇；此外，1980 年代後台灣的對外貿易亦開始轉向出超，且主要對象即美國，故美方於 80 年代中後期對台之貿易談判中，除要求我國降低關稅率及去除非關稅障礙而開放台灣市場外，並要求我國取消政府

³⁵⁰ RICHARD A. POSNER, ANTITRUST LAW 3 (2001).

³⁵¹ HERBERT HOVENKAMP, ECONOMICS AND FEDERAL ANTITRUST LAW 41-42 (1985).

對產業的租稅減免措施，因美方認該等補貼措施違反了公平貿易競爭之原則³⁵²。

是以我國在 1990 年代積極加入國際貿易組織前，即已開始制定規範我國競爭秩序的相關法律。最具代表性者即為「公平交易法」，該法於 1986 年將其草案送進立院，並於 1990、1991 兩年間迅速完成一讀至三讀之程序，並於 1992 年施行並成立公平交易委員會。從該法第 1 條³⁵³之規定可知，其主要目標乃在於維護市場公平競爭之機能，使得事業經營者得在公平的基礎上為競爭，進而提高事業經營效率，促進整體經濟資源和分配³⁵⁴，並使消費者在事業間公平競爭的秩序制度下，得以間接受益。

從以上公平交易法之規範目的架構上來看，我國競爭制度的基礎思想應非係以「經濟效率價值」作為唯一之依歸。此外，我國鄰近日、韓等國之經濟社會中，多以大企業作為核心，並在獨占資本支配下而形成企業間之從屬關係。然而，我國之經濟社會狀況並不相同，從經濟起飛以來，作為我國經濟體制支柱者，即為活躍又多元林立的中小企業群，台灣的中小企業既具有無窮活力又韌性十足，在例如 1997 年全球經濟風暴突發，其他國家表現不佳之際，台灣經濟猶能屹立不搖³⁵⁵。在這樣的經濟環境，以及貿易全球化、經濟無國界之情勢愈來愈明顯的態樣下，我國競爭制度所要求的基礎思想，除了經濟效率等經濟價值外，從政治經濟哲學以觀，中小企業群得以公平、自由交易的價值，亦必須包含進來，而政府的任務應在維持國內環境的更開放、公平、公正，讓企業主得更發揮靈活本質，使「國際分工」更為淋漓盡致地發揮³⁵⁶。是以，應使綜合評價各項價值重要性的競爭秩序與制度，存立於我國以中小企業為主的經濟社會中。

第五款 作為刑事保護法益之「競爭秩序」內涵

³⁵² 于宗先、王金利（2003），《一隻看得見的手：政府在經濟發展過程中的角色》，頁 104，臺北市：聯經。

³⁵³ 公平交易法第 1 條：「為維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭，促進經濟之安定與繁榮，特制定本法；本法未規定者，適用其他有關法律之規定。」

³⁵⁴ 黃榆楹，前揭註 69，頁 6。

³⁵⁵ 吳惠林（1999），〈何去何從的台灣中小企業？〉，《新世紀智庫論壇》，8 期，頁 95-96。

³⁵⁶ 吳惠林，前揭註 355，頁 98。

第一目 市場經濟下的公平自由競爭秩序

承前所述，在我國目前經濟體制所傾向之自由市場經濟下，「競爭」可說扮演著核心之重要角色，有效率的「競爭」除了可提高生產力外，其亦可能帶來文化多元及政治民主的鞏固，可說是使社會獲取繁榮的最適手段。然從前述之「競爭」的諸種思想中可整理出，基於自由且公平之競爭，始為發揮有效競爭之核心精神。其中，有關最小化政府等公權力干預經濟市場之理念，除了廠商應得自由進出市場外，尚包括消費者得自由選擇之情形，亦即所謂「消費者主權 (consumer sovereignty)」³⁵⁷。在有中央政府計畫官員決定要生產的產品和服務，以供消費者選擇之情形，消費者選擇的是計畫官員決定好的生產項目，在此種體系中，乃是否決「消費者主權」的；相對於此，在自由經濟市場體系中，消費者的購買行為才是決定生產的主因，亦即消費者之自由選擇，決定了廠商之生產行為，在此種賦予「消費者主權」的情況下，始可能帶來前述有效「競爭」之利益，並使國民經濟擁有發展之動力³⁵⁷。此外，於維護市場環境的公平方面，主要是藉此始得確保市場效率，例如不平等待遇或是壟斷、限制競爭等不公平作為，皆會破壞市場經濟中商品資本迴圈之自然機制，並影響優秀事業進入市場的欲望，進而造成市場萎縮等弊端。在國際競爭法制的相關規定例如政府採購協定 (GPA) 中，即有禁止差別待遇的「國民待遇原則以及不歧視原則 (National Treatment and Non-discrimination)」，而我國的大型產業交易市場例如政府採購市場中，政府採購法亦有像禁止圍標、綁標、洩密等限制競爭行為之規定。

惟所謂公平自由競爭秩序的保護，畢竟是個較為籠統之概念，若欲認得以刑罰處之，則尚須探究所保護之實質內涵究屬為何。亦即針對壟斷、限制競爭、圍綁標等行為之規範，其所欲保護之實質利益為何，即成為問題。以下將從較為具體的個人利益之保護討論起，此部份前已有所論及，然對於競爭市場中參與者之保護，除了財產權等經濟上利益外，是否有將「競爭」作為個人權利的可能性，將於此作討論；此外，特定族群的各個個人之經濟利益，是否可能成為規範限制競爭行為的保護目標，亦即是否乃保護一般消費者之經濟利益，亦須檢討之；最

³⁵⁷ Charles E. Lindblom (著)，胡瑋珊 (譯) (2002)，《市場不只一隻手 (The Market System)》，頁 196-197。台北：新新聞文化。

後，是否直接將相關經濟利益抽象化成「市場」本體的保護，抑或保護該市場的「機能與狀態」，將於下幾目中依序討論之。



第二目 市場主要參與者之財產經濟上利益

此種見解認為，對於競爭市場等概念之保護，主要是為維護例如企業等經濟交易主體之市場參與者的財產經濟上利益，並且進一步認為，縱使侵害了自由經濟秩序，但於實際上並未使企業等經濟交易主體之經濟財產上利益受到損害的話，則不能視作刑事犯罪行為，至多僅以行政罰因應系爭違反經濟秩序之行為即可³⁵⁸。然而承前所述，例如系爭規範限制競爭、壟斷等之規定，所保護者是否能皆如此具體地還原到個別個人利益上，容有疑義；再者，對於保護競爭秩序所涵射到之個人利益，並非僅限市場中之經濟交易主體，以此些個人主體來判斷市場秩序或機能是否受到侵害，固然有理，但若認未有此些利益受侵害，即認對於競爭秩序之侵害行為無可刑罰性基礎，似稍嫌過速。

此外，若將「競爭」作為一種個人所具有之「權利」，則系爭限制競爭等行為，縱使無侵害到具體個人之財產經濟上利益，仍有可能影響到此種個人公平競爭之權利。惟，對於參與市場之經濟交易主體的經濟上利益，是否得包括「競爭權」此種權利，實有所爭論。有認為所謂之「競爭」，乃是商品經濟條件下，以營利為目的的企業或其他經濟實體之一項權利，即所謂「競爭權」，而其實質具體內涵為「公平競爭權」，乃經營者在市場公平競爭過程中，依據競爭法制而享有之權益，亦即得要求其他經營者及相關主體進行公平競爭，以保障其在市場經濟體制中，可以經由提供商品或服務之有利交易條件供交易相對人選擇，進而爭取交易機會以獲得發展自身業務之合法競爭利益³⁵⁹。然而，此種將民商法的法權性格，套用在競爭法制上是否妥適，非無疑義。首先在享有權利之主體認定上即難以確定，一個具體市場中之經營者多如牛毛，要確定哪些經營者具有或不具有「競爭權」，即是項浩大工程；再者，於競爭市場中尚有「潛在經營者(參標者)」之情形，而對於維持一個具有彈性生產、創造力的競爭機制來說，保護潛在競爭

³⁵⁸ 神山敏雄(2001)，《日本の經濟犯罪：その実情と法的対応》，新版，頁26-27，東京：日本評論社。

³⁵⁹ 王紅霞、李國海(2012)，〈「競爭權」駁論---兼論競爭法的利益保護觀〉，《法學評論》，2012年04期，頁93。

者自由進入市場之機會，並使其不受市場力量之不正當限制與排擠，亦為競爭法制之重要目標，是以既然形成市場競爭秩序之主體應包括同一相關市場的現實經營者與潛在經營者，則對於潛在競爭者之利益保護即有所必要。然而，所謂「競爭權」之概念，並無法納入此種主體，因為潛在競爭者並不具備經營者身分，其自然亦不具有經營者之權利能力，更無法享有所謂之「競爭權」。另一方面，從「競爭」的本質上來看，乃是藉由競爭者間利益上之張力，而讓經濟資源達到高效率配置，並使市場參與者均得從此競爭機制中受益且提昇整體社會福利。亦即此種利益乃是包含了經營者與消費者在內的整體社會互動合作之結果，且該利益亦為全體社會所共享，是以在市場經濟領域中，多元主體與多種利益間複雜密切的關聯和互動下所產生之利益，並無法抽萃為個別經營者所享有，個別經營者亦無法排擠其他主體享有該利益³⁶⁰。故結論上，競爭法制所維護的秩序與利益，僅得以整體之狀態存在，難以將其個別化及具體化，是以將「競爭」設立成權利並非競爭法制之目標，而競爭法制藉由限制行為人權利所保護之標的亦非僅有權利，所以將競爭秩序之保護內涵設定為經營者「競爭權」之保護，並不符合競爭法制以限制權利為主之法權性格，而非妥適之解釋路徑。

第三目 一般消費者之經濟利益

此種見解認為，若將競爭秩序之內涵單純僅定性成「自由競爭經濟秩序」之保護的話，則不免將刑罰之保護法益過於觀念化、形式化，是以應將競爭秩序之內涵定位成保護更具體性的東西，亦即「一般消費者之利益」，並對於此種利益保護，以實害犯來加以掌握，即系爭行為須達到對消費者利益產生具體急迫之危險或侵害，始得成罪。此種見解不僅得避免抽象化利益，並以更具體的利益來掌握保護法益，進而在解釋論上有較為明確之益處外，其亦切合競爭法制思想中之部份基本精神³⁶¹。

然而，一來，如前所述，刑法所保護之利益不一定是僅限於個人之具體利益，尚可能包括社會中個人間之人際網絡關係所型塑出之某種與維持整體個人利益

³⁶⁰ 王紅霞、李國海，前揭註 359，頁 96-97。

³⁶¹ 中山研一、神山敏雄、齊藤豐治（1999），《經濟刑法入門》，三版，頁 185，東京：成文堂。

有不可或缺關聯性之機制與制度秩序，此種刑法保護法益須終極還原至個人法益上之思想，並不符合當代刑法潮流，故以此而推斷這裡之競爭秩序內涵即完全等於一般消費者之利益，亦稍嫌過速。此外，此見解於事業間為防止新競爭者進入市場，而於其寡占市場中全員聯合降價之場合中，由於對於一般消費者而言，反而屬有利之情況，是以在此見解下，僅能至多處以行政罰等措施，而不認系爭行為之刑事違法性³⁶²；縱使消費者之具體利益有受侵害，於多數場合中，雖然其所受侵害合計加總起來可能具有一定規模，但對於每個個人而言（尤其是如潛在參標者等），其可能幾乎未確實感受到利益侵害，因此實際上，僅是將行為態樣較為明顯之行為立案，亦即，如此之結果，於現實上即非處罰造成一定利益侵害結果之行為，而是處罰招致消費者激憤的外顯行為態樣，而趨向行為刑法之處罰思想³⁶³。若認為保護消費者具體的個人利益而承認刑法之介入的話，則於例如違反統制價格而侵害消費者利益（且消費者之具體利益侵害很容易被觀念化）的情形中，即得全部以刑罰處之，此種統制經濟刑法之思想，並非找出「犯罪」之受害者，反而是製造出「刑罰」的受害者³⁶⁴。

是以在結論上，既然競爭法制的基本態度乃是認為，任何市場支配力的形成自身，皆會在「最終」上對於消費者帶來不利益，則部份規範中之行為縱使於特定時空情況中會對消費者有利，亦應一律禁止，亦即，此種將「消費者之利益」考量為競爭刑事保護法益的見解並不妥適，其至多僅可能為與競爭法基本原理相異質之犯罪構成要件³⁶⁵。

第四目 應然面的自由競爭秩序本身

於比較法上，日本之實務與學說多認為，單純的自由競爭「秩序本身」，即為保護之目標³⁶⁶。亦即將行為當時不一定存在之「應然面的自由競爭秩序本身」當作抽象化的價值規範來保護，是以當只要違反有關自由競爭秩序之有關規則時，

³⁶² 京藤哲久（1989），〈独占禁止法違反と刑事責任〉，收於：經濟法学会（編），《独占禁止法講座（7）--独占禁止法の運用 公正取引委員会》，頁 100，東京：商事法務研究会。

³⁶³ 京藤哲久，前揭註 119，頁 104-105。

³⁶⁴ 京藤哲久，前揭註 119，頁 110。

³⁶⁵ 芝原邦爾（1986），〈独占禁止法違反の罪（二）〉，《法律時報》，58 卷 7 号，頁 100。

³⁶⁶ 鄉原信郎，前揭註 189，頁 50。

即可視作對於此秩序本身之侵害，而得以刑罰制裁³⁶⁷。

然而，此種將對於競爭制度、秩序有害之行為認具可罰性而為刑罰之見解，會有將刑法導向擔保經濟社會中行為規範本身之遵守的危險。亦即，所謂「應然面的自由競爭秩序本身」之概念，乃是觀念性的價值、權利，其並無法被侵害，亦無法成為行為危殆化或侵害之危險性的判斷對象，反而是將法益的價值化、規範化與規範的妥當狀態混同且等置的一種態樣，使得法益概念喪失了限制立法的體系批判機能³⁶⁸。此外亦有學者認為，日本實務上雖多直接以「自由競爭經濟秩序」作為刑事保護法益，但是從實務判決中所認成罪的案例來看，系爭行為皆可理解為於一定交易領域中，會現實上實質地導致限制自由競爭之結果。因此，相較於「自由競爭經濟秩序」此種文義上抽象的名詞，判決中所承認的基於系爭犯罪行為而生出之結果，其實乃是非常具體且實質的意義，是以就如同人性尊嚴、道德倫理等過於抽象性的價值觀念無法作為刑法保護法益一樣，所謂「競爭秩序之保護」只是一種上位的價值理念，而僅將「自由競爭經濟秩序」此概念名稱，作為展現刑法保護法益之實質內涵，是不妥當的³⁶⁹。

第五目 本文見解--實然面的市場機能與維護現存競爭狀態

一項制度或秩序想完成所欲達成之目的，其結構的完整性以及機能的有效運作，乃是不可或缺之條件。是以對於「自由經濟市場競爭秩序」的完善與否，應從該市場的機能運作程度視之，亦即，於確認某項行為是否違背了「自由經濟市場競爭秩序」時，須從其是否具有達到侵害市場機能之程度或危險性以觀之。故作為競爭秩序之實質內涵，而得成為刑事上所保護之法益者，應為「競爭市場制度之機能」。或有認為，此種見解對於所謂侵害市場或競爭制度之機能的意義，以及其程度之判斷，會成為問題³⁷⁰，進而認為應以「消費者對於制度的信賴」作為此之實質內涵。然而，姑不論所謂的「信賴感」有落於保護人們抽象情緒的危險性，其意義本身亦具有一定程度之模糊性及判斷困難性；此外，這種信賴感保

³⁶⁷ 神山敏雄，前揭註 358，頁 20。

³⁶⁸ 伊東研祐（2009），〈保護法益としての「競争秩序」（再論）--防衛庁燃料談合事件最高裁判決等の評価を契機に〉，《慶應法学》，14 号，頁 67。

³⁶⁹ 芝原邦爾，前揭註 269，頁 27。

³⁷⁰ 中山研一、神山敏雄、齊藤豊治，前揭註 361，頁 185。

護之實質，恐怕仍有將制度或秩序以刑法加以保護的危險，進而有前目所述及之缺失。是以對於上述批評之回應，本文嘗試粗淺地以應用經濟學領域中之「產業組織經濟論（The Economics of Industrial Organization）」來說明所謂「侵害市場或競爭制度之機能」的實質內涵。



一、產業組織經濟論下的競爭市場機能

在一個社會中的「經濟發展」概念，通常可以視為是排除了使自身達成持續成長的障礙與瓶頸之過程，而這些障礙與瓶頸通常展現於兩個層面，一者乃生產方面，例如生產成長率與生產結構轉變遲滯等；此外乃係產業組織方面，亦即造成瓶頸的稀少性資源被在經濟社會中相對少數的企業家或政府部門所控制，進而形成各種型態之「進入障礙」，並使得潛在廠商因而無法加入競爭，致成存在壟斷性局面而使發展停滯³⁷¹。一般而言，傳統的產業組織論是將市場分成結構-行動-成果（structure-conduct-performance；簡稱 S-P）此三要素，並透過其間相互關係之分析，亦即結構如何決定行動、行動如何決定成果，此基本體系乃係呈現結構→行動→成果的流程性因果關係³⁷²。市場結構中所包含之元素，例如賣方集中、買方集中、產品差異化、進入障礙、市場需求的成長等等，皆可用來說明市場結構之狀況，亦即市場的獨占程度，而在這之中，「進入障礙」可說是串起此些要素之最主要因子。所謂「進入障礙」通常乃是指市場中之現有廠商能夠抬高價格並超過某一特定競爭性水準，卻不引起新廠商加入市場之比例，亦即現有廠商相對於新進欲加入之廠商，在競爭上所具有的優位性³⁷³。

形成此「進入障礙」的種類大別可分作四種³⁷⁴：其一乃「規模經濟性障礙」，例如就規模經濟很大的產業而言，市場中之現有企業皆已採取大規模生產，新加入者必須獲得相當之市場占有率，才能夠達到有效產銷，惟其既在成本上無法和現有企業對抗，短時間內亦難以獲得相對上較大之產銷規模。其二乃「必要資本量障礙」，亦即新加入市場者欲加入某一產業的最低限度產銷必要資本數量，若是初進入該產業即需要龐大的資金數量，則即可能因資金調度困難及高風險而形

³⁷¹ 周添城（1991），《台灣產業組織論》，頁 9，台北：二十一世紀基金會。

³⁷² 植草益（著），邱榮輝（譯）（1990），《產業組織論》，一版三刷，頁 4。台北：台灣經濟研究院。

³⁷³ 周添城，前揭註 371，頁 10-12。

³⁷⁴ 植草益，前揭註 372，頁 95。

成此一障礙。其三乃「製品差別障礙」，亦即於消費者已對現有企業的產品有所偏好之產業市場中，加入企業為了爭取消費者之選擇改向，而須長期投入巨額之促消費費用及活動，形成企業加入之障礙。其四乃「絕對優位性障礙」，指現有企業排他性地擁有、支配例如原料來源、專利技術、銷售通路、運輸網路，以及受市場所在地的法律、政策等之保護，相反地即會帶給新加入者限制，致成進入市場之障礙。在其他狀況相同下，通常上述各種進入障礙越大，則市場獨占度將隨之增大；反之越小的話，則市場競爭越激烈。但縱使具有以上之進入障礙，其畢竟是自然運作下的條件，若是產業利潤率在長時間仍高居不下的話，仍有可能誘使企業投入市場，此時，該產業市場中之既存企業，即可能透過某些人為操作下的「市場行動、政策」，來加深市場結構中的部份進入障礙。

在政策方針上，有所謂「阻止加入的價格政策」，亦即若於賣方集中高度化的寡占產業中，現有企業可以相互間透過合意與協調，將市場中之利潤率控制到符合該產業加入障礙極高之程度，進而阻止新進企業之投入。此外，在新進企業可能或實際上已經加入之情況中，現存企業為了阻止其加入或壯大，也可能採取兩項「阻止加入的破壞性對抗措施或排他壓制性市場行動」：其一為暫時地全面降低價格，亦即對於新進企業所加入之地區及顧客群，實施全面有關連商品價格暫時下降；其二乃透過刻意操作而加深「絕對優位性障礙」，例如於現存企業間進行協調動作和價格設定規制，或是以卡特爾（cartel）等限制競爭之手法，來達到現存企業對於無論是原料、生產技術、銷售通路、運輸網路以及金融行使等方面之獨占，更甚者尚有以暴力、詐欺等手段，來將競爭者強行排除³⁷⁵。此些「市場行動」大部分皆會影響到「市場成果（績效）」的展現，而一個競爭市場制度之機能完善運作下的市場成果，通常以是否有具體地符合企業最適規模、平均利潤率、慢性設備過量、銷售費用比率、技術進步的著實進行等具體指標來判斷³⁷⁶，當系爭行為過度影響此些指標而引起所屬市場中不理想的市場成果時，即須進一步檢視該等行為。

綜上所述可知，具有一定「構造」之市場中，廠商間彼此的反應或臆測可能會產生一定的「行動」，利用該等行動會及於市場「成果」之影響的一般經濟法

³⁷⁵ 植草益，前揭註 376，頁 96-97。

³⁷⁶ 館龍一郎、小宮隆太郎（1964），《經濟政策の理論》，頁 384-385，東京：勁草書房。

則，可預先確定具可刑罰性之競爭制度機能侵害的高度危險之界限。亦即，刑法雖不能介入市場構造（不能以刑罰力強制扭轉自然條件下的進入障礙形成），但能介入市場行動，而其介入若著眼於「該行動給予影響之成果」的結果的話，則系爭刑罰規制即成為保護競爭市場機能此社會法益之結果犯的危險犯規定。是以所謂「競爭市場機能之侵害」，乃藉由系爭行為會引起所屬市場中之不理想市場成果來加以確認；而其「侵害之危險」，即係惹起此結果之高度概然性。而關於侵害競爭原理的更細緻化實質內容與適用，尚須觀競爭刑法中不同種類及領域之條文規定來解釋，本文所欲討論者乃政府採購法刑事罰則規定中，對於競爭制度之機能的侵害可能與關聯性，此部份容於後討論。

二、維護現存市場競爭狀態之限定

此外，對於競爭秩序作為刑事法益之內涵，有見解承續前述保護自由競爭秩序本身之看法，認為限制「非現存」之「應然面競爭」的行為³⁷⁷即應加以規制³⁷⁸，亦即，即使對於本來就沒有競爭意思的人為之，因為該些人並不是被強制才不為競爭、且想競爭的話亦不是不可能，故仍有競爭的自由，而正因缺乏（非現存之應然面）競爭，所以法律得介入要求之。然而，有學者認為，此種「要求」之處罰正當性缺乏實質的根據，縱使認為踏入市場相關領域之人，即負有競爭義務而得要求之，亦僅係留於形式論之探討。是以應認為於此所保護之「競爭秩序」內涵，乃是該當系爭規定之構成要件行為進行之際，所現存之「競爭的進行狀態」或「競爭狀態自身」，而針對破壞此種進行狀態之態樣，除了使競爭狀態喪失之本身外，尚包含了使該種受破壞之狀態維持以得利。綜之，於此所欲保護者乃競爭市場機能存在的妥當狀態，而非將競爭市場概念抽象化、價值化後以「非現存的應然競爭」來保護，此即有如屍體並不被認為乃殺人罪的保護法益，而應將所關心者放置在對於尚有生命之人的殺人行為³⁷⁹。

三、小結

於此所謂「競爭」，簡言之即為達到自由市場的形成與維持之對抗性事業活

³⁷⁷ 例如在選擇性招標的情形中，行為人對列於政府清單中但無競爭意願之廠商為借牌陪標、合意圍標等行為。

³⁷⁸ 大塚誠（2008），〈官製談合事件における競争の有無〉，《ジュリスト》，1346号，頁164。

³⁷⁹ 伊東研祐，前掲註368，頁71-74。

動全體。而一個公正且自由並能達到有效的競爭制度及其機能，對於自由主義下的市場經濟來說，是極為重要之核心。然而，人是多變又富有創造力的，為了牟利而在產業市場中的行為無所不有，針對怎樣的行為須多加注意，甚至得以刑罰處之，應從該行為所侵害之對象內涵來判斷。本文以為，若泛泛地僅以「應然面的自由公平競爭」的保護來作為刑罰正當化之依據，除了恐有所不足外，亦會喪失法益概念限制立法的體系批判機能，進而造成法益保護思想實質的放棄與崩壞。是以對於作為刑事保護法益的「競爭秩序」之實質內涵，應具體聚焦在競爭市場制度機能之維護上，僅於系爭行為導致該當市場成果有受到影響之實害或高度危險性時，始考慮刑法之介入；此外，於判斷系爭行為是否侵害競爭市場制度之機能時，尚應注意於行為時應現存有競爭的進行狀態，不得對未存在競爭狀態之行為為規制。是以結論上，受刑法所保護的「競爭秩序」內涵，應認為係競爭狀態運作下的競爭市場機能。

第四項 政府採購法刑事保護法益之再確認

第一款 概說—回溯立法歷史背景與政經潮流

承前面章節所述，我國當初推生政府採購法之主要動力，乃是為了要加入「世界貿易組織」(WTO)。當時各國均以我國須簽署「政府採購協定」(GPA)作為支持入會的條件之一，惟該協定對於各國間相互開放政府採購市場、招標程序、等標期、決標、資訊公開、廠商申訴制度等等，均有廣泛之規定，且各簽署國必須切實履行。故我國為簽署此協定以跟國際接軌，並配合未來簽署後國內各機關之作業需要，是以先推動了政府採購法之立法，讓我國有關政府採購的相關事務能與世界先進各國同樣，有一公開、透明、公平並具備良好競爭環境之程序制度。

惟，WTO 下的政府採購協定，其要求各國須具有協定所要求之完善採購程序制度，可想見的，並非是欲保護各國的公務圓滑執行或是各國的財政利益。相對地，該制度是要能讓簽署協定的 WTO 會員國間，可以依對等原則自由貿易、公平競爭，此當然也包含了自由地競標他國之政府採購案。故政府採購制度的建立，首要即為創制一個得以公平競爭的環境，不僅讓國內廠商，亦係讓外國廠商得以在平等互惠、不歧視之原則下，得到國民待遇而參與競標。

是以從政府採購法制定之歷史沿革與訂立背景來觀察，本法罰則之刑事行為所欲直接保護的核心價值，應為「市場自由公平競爭秩序」，亦即保護競爭制度之機能與現存競爭狀態之維持，進而防免利用標案採購之競爭市場萎縮。以下將從本法之目的出發，確立政府採購制度及市場之屬性定位，並探究系爭刑事罰則中所規制之行為性質，及其與競爭秩序侵害間之關聯性，最後作出本法刑事責任之保護法益的定位結論。此外，有必要針對本法與公平交易法於系爭行為上之規定為一簡單釐清，在本法未公佈施行之前，有關之部份系爭行為實即交由公平交易法處理，惟如此是否妥當以及公平交易法先行政後刑法的處理方式是否合適，亦將為簡單說明。

第二款 政府採購市場之性質

第一目 政府採購法之立法目的

政府採購法立法之緣由，已承前所述，除了乃是欲加入世界貿易組織並簽訂國際間之政府採購協定外，尚因我國向來在政府採購實務上，缺乏統一的標準與基本法，以及缺乏一個主管機關就政府採購所發生之問題，於政策、法令、實務等各方面予以通盤掌握與檢討，並進而採取有效之管考與改進措施。是以行政院公共工程委員會以國際間之政府採購協定為藍本，訂立了以保護「市場自由公平競爭」為主之政府採購法。

在公共工程委員會所編輯之政府採購相關資料彙編中，可知當時訂定政府採購法主要有以下五個目標的期許³⁸⁰：

- 一、建立公開、透明、公平、競爭之政府採購作業制度，減少弊端。
- 二、提昇採購效率，配合政府施政及經濟發展需要。
- 三、創造良好之競爭環境，使廠商能公平參與。
- 四、引入外國優良措施，改善現有制度之缺失，創新政府採購作業。

³⁸⁰ 行政院公共工程委員會，前揭註 1，頁 4-2。

五、落實分層負責、權責分明之採購行政。

從此些目標的訂立可知，我國政府採購的法體制在其核心成份中，有很大一塊是環繞著競爭制度運作，是以在進行有關政府採購時，對於競爭制度之機能得圓滿運作的保護，也就成為極重要的議題。然而，為何政府採購會涉及到競爭機制，以及競爭機制會對於政府採購帶來怎樣的成果，皆有進一步論述之必要。

第二目 競爭機制下的政府採購體制

若認國家所為之一切行為皆具有強制力而為公權力行為的話，則對於此種具有「強制性」、「最高性」、「服從性」的行為，應該不得容許競爭之存在，亦即在沒有選擇機會的情形下並不存在著競爭，從而亦不會有競爭法制相關規定等之適用。然而，政府雖為公權力的主體，但並非其所為之行為皆居於高權主體的地位而具有拘束性。承前所述，政府亦有立於私人地位而以私法型態為行政之時，包含了為滿足其日常行政活動所需的物資或人力，而僅係間接、輔助行政目的達成的「行政輔助行為」、以及為增進國庫收入而以企業者身分從事營利活動的「行政營利行為」、尚有以私法方式履行行政任務的「行政私法行為」，此即所謂「私經濟行政行為」³⁸¹。是以欲認定何者為市場的私經濟行為而進一步探究有無競爭法制適用時，並非係從「行為的主體」來思考，而是從「行為的本身」切入，亦即，怎樣的行為會影響市場機能（尤其是價格機能）。當政府的行為在市場上有導致競爭之可能性時，該行為還是會影響到市場的運作，不因主體為政府而有所差別，是以對於政府採購與私人採購之行為皆一視同仁，不因乃不同之行為主體而得逸脫競爭制度精神的範疇³⁸²。

而從上述的目標訂立以及政府採購法第 1 條的明文中可知，在政府採購上，很大程度重視的是所謂「效率」之問題，簡單講即係用最合適的價格³⁸³購得採購機關所需之財物或勞務。在採購事務上具有效率，對於不論是公家機關或是私人

³⁸¹ 李建良（2013），《行政法基本十講》，四版，頁 71-72，台北：元照。

³⁸² 張向昕（1999），〈公平交易法、政府採購法與工程招標--從公平會實務見解談政府之採購行為〉，《公平交易季刊》，7 卷 3 期，頁 2。

³⁸³ 一般論述上會以最低價格作為最適價格。在通常的採購上的確如此，但政府採購的型態與對象種類複雜，除了財物外尚有勞務等服務性標的，最低價格所取得的對價，不一定會是最有效率及符合要求的，此從我國決標方式除最低價標外，尚有最有利標及綜合型態中可看出。

機構而言，皆是達到整體運作效率上的一個主要因素，然而，在成本因素的考量上，政府採購和私人採購還是有所不同的：私人採購所消耗的是自己的經費，所採買來的品項最後也是要對自己有利最大益處，是以無論在經費花用上或是對於採買品項的質量上，多會吹毛求疵地計較；相對於此，政府採購的經費來源多為預算之使用，亦即源於廣大納稅人之稅收上，由於並非實際進行採購行為者的錢，所以在使用上有可能不會像私人採購那樣錙銖必較，亦即政府採購的效用函數在求取極大化的過程中，尚必須加入「代理成本」甚至相關單位人謀不臧的「道德風險成本」³⁸⁴。是以政府採購之採購者的效用函數和私人採購者有所不同，且其利益的實際歸屬者亦不相同之情況下，政府採購較有可能會產生無效率之現實。針對這種政府採購的「無效率」，或可透過「私有化」、「公部門改革」、「提高整體經濟上競爭」等方式來加以修正，而在國際間之政府採購協定，即是以後者來因應簽署國所可能面臨之問題，亦即以提高競爭為核心，衍生出「加強自由化」、「擴大世界貿易」、「防止歧視」、及「促進採購程序透明化」等目標，此些目標無不與自由公平的競爭秩序有所相關³⁸⁵。而參照國際間政府採購協定訂立政府採購法之我國，對於此種無效率之困境，亦以加強並細緻化內部及外部管控機制來因應：即在「內部監督」上，乃是透過機關內部的層層稽核，來避免怠職甚至違法舞弊之行為；於外部控管上，則是引進競爭機制，委由市場這雙「看不見的手」來予以監控，進而增進採購效率及品質³⁸⁶。而後者此種「市場監督」要能有效運作，即須對於競爭制度機能的維護加強著墨，是以在政府採購法中，有必要明確地確立競爭制度機能的重要性及獨立性，惟有透過公平的競爭，採購市場中的經營者始得立於相等之地位來爭取交易機會並獲得利潤，同時採購機關亦始得將財政預算的效用達到極致，故在結論上，要達到立法目的上之採購效率最大化，對於市場競爭制度機能之健全發展是不可或缺的。

此外，政府於採購時，與一般大眾皆位在同一競爭市場架構下，且其所扮演者多為「需求者」之角色，在此種「一對多」的模式下，競爭多存於提供商品服務等之廠商間。而政府採購法中保護競爭制度之規定，雖然最終亦可能是為了國家利益，但並不代表規制侵害政府採購市場競爭之行為，即直接是為了保護某種

³⁸⁴ 張向昕，前揭註 382，頁 3。

³⁸⁵ 黃榆楹，前揭註，頁 11-12。

³⁸⁶ 張向昕，前揭註 382，頁 3。

國家利益，應認其尚為保護屬於競爭秩序一環之政府採購市場上的自由公平競爭之機能。

從政府採購法的政策措施中亦可看出圍繞著公平競爭維護之規定，例如為落實公開、透明的採購程序，採購機關原則上應依法將招標或決標資訊刊登在政府採購公報、資訊網路上，使得任何人均可隨時透過這些媒介獲得各級政府最新之採購案相關資訊，此種真正且實質之公告周知，有利於防免不當圖利、私相授受等不正當限制競爭之情形；此外，本法對於營繕工程等之辦理，就有關工程材料、設備之價格資料庫、商情資訊及廠商資料等體系化及制度化，更透明地提供予承辦人員作為預算編列、底價訂定、工法選擇或選商時之參考，有利於防免廠商欺採購機關不具市場敏銳度及專業性，而以聯合壟斷等限制競爭之方式來擾動採購效率；再者，市場中之廠商於競標時遭遇不公平情事而無法公平競爭，亦有異議及申訴制度作為救濟程序³⁸⁷；而本文所欲探討之政府採購法刑事罰則中所規制之行為，於本文見解下，亦傾向定性為限制競爭之行為。

於結論上可知，縱係政府採購市場，亦不脫於競爭秩序之一環，而維護自由公平競爭制度之運作，即是為了確保採購效率等市場成果的不受影響，並進而防免大眾對於進入市場因疑慮而裹足不前造成市場萎縮。是以對於侵害競爭機能運作的行為即有規制必要已如前述，而政府採購法罰則行為與限制競爭間之關聯性為何，將於下款中為討論。

第三款 政府採購刑事行為之屬性

關於「競爭制度機能」作為刑事保護法益的合目的性，亦即其受不法侵害結果的嚴重性已如前述。而政府採購程序中關於競爭之問題，通常聚焦在採購機關濫用市場力量以及投標廠商間聯合行為以限制競爭等兩方面。是以承前章所介紹者，於政府採購法刑事罰則之規定中，大別可分為圍標行為、受託者綁標行為、受託者洩密行為、以及強制行為等類型，於此將簡要確認這些行為類型究否皆與競爭制度機能之受侵害危險具有關聯性，亦即得否將本法刑事罰則的全體規定定

³⁸⁷ 洪明瑞、謝鎮財、林志棟（1999），〈淺談政府採購法與公共工程（一）〉，《現代營建》，231期，頁 86-89。

性成「競爭制度機能之侵害」。此外，針對個別條文的細部重新檢視，將於下一章中再為簡單之處理。

首先就圍標行為類型，其基礎型態即係以合意方式為之，即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，相互協議調整投標之內容、條件，進而依協調之結果投標，而無論是以暴力或是以詐欺等其他不法手段替代協調，皆係其加強態樣。圍標的動機與目的即是為了限制以及減少競爭的產生，是以該行為本身即具有濃厚違背競爭制度的限制競爭性質，在政府採購法為施行前，乃是歸由我國競爭法制母法的公平交易法處理，亦即針對足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者，為公平交易法第 14 條所禁止之聯合行為；而透過脅迫、利誘或其他不正當之手段達成圍標協議者，則可能成立公平交易法第 19 條所禁止之限制或妨礙公平競爭之虞行為。在政法採購法施行後，將此種針對公共工程及採購進行圍標之行為規制，具體且明白地規定在條文當中，乃是將某種特別態樣的限制競爭行為予以明文化之一例。

其次，在綁標行為方面，其成因除了有官商勾結為圖利特定廠商而綁規格或資格標以排除其他競爭參與者外，尚可能因採購相關規範不明確或是採購人員不熟悉法規而導致，有時候採購方可能會為了提昇品質等而不小心造成綁標之情形發生。不過，就上述後者而言，政府採購法第 6 條對於辦理採購業務之相關人員制定了開創性的保護措施，亦即只要不違反本法，則該等人員尚得基於公共利益、採購效益或專業判斷，為適當之採購決定³⁸⁸。

此外，對於綁標行為是否得由競爭面向切入而為管制，學說上容有疑義，而比較法例上，日本及美國對於採購方的限制行為皆未從競爭層面的角度審視之。或有認為，機關既然依私法關係而立於與人民平等之地位為交易，其在法律適用上即應與人民相同，而採購行為究竟宜以公開招標、直接議價、或綁定一定資格、規格為之，民間公司會評估何種方式較為有利而去選擇，此種選擇並非競爭法制所得介入取代私人的選擇；是以相同地，基於契約自由原則，政府機關於採購時也應作有利的評估，採購承辦人應有如同私人公司般足夠之裁量權去選擇及設限

³⁸⁸ 行政院公共工程委員會，前揭註 1，頁 4-9。

始妥適³⁸⁹。然而，既然採購方與人民立於平等地位而適用法律，則在私人事業若具備一定市場地位時，其縱有選擇交易相對人以及交易方式內容之自由，但仍不得破壞市場競爭制度之機能，並對其交易相對人為無正當理由之差別待遇，且從政府在市場上往往具有相當大的市場力量，以及綁標行為的動機與目的常常即係在遏阻投標者之公平競爭而使特定人得利以觀，對於綁標行為類型仍有必要從競爭法的思想層面去檢視之³⁹⁰。此在政府採購法施行前，對於此種綁規格、資格標之行為，多以公平交易法第 19 條第 2 款為「差別待遇」的妨礙競爭行為處之。

然而，本法刑事罰則中所規制的綁標行為主體，僅限於受委託提供採購規劃、設計、審監、專案管理及代辦之人員而未列委託機關之人員，故綁標行為若由該等受託人員所為，是否得認有侵害到市場競爭制度機能，容有疑義。或可能有認為，因委託機關居於監督地位，縱其主張不具招標主導地位，或已授權代辦單位全權辦理，其實際上仍為最後真正之交易決定者；惟本文以為，受託設計、監造者雖多非交易相對人，然其依專業而在實際上已有足夠程度影響交易決定及秩序，是以應肯認受託者有侵害市場自由公平競爭制度機能之虞。有問題者反而是在此種情況下，委託之採購機關本身所作之最終決定，是否具有侵害競爭制度機能之行為性質。本文以為，從其具有監督指導之責並參與審查核駁以觀，縱使其主觀上可能無侵害故意，且亦非本法對於綁標之刑事罰則所主要規制之主體，然而在違法性上，其與為綁標行為之受託者並無差別，此種看法於共犯論上之認定可能即會具有實益。

洩密、強制行為方面，前者除了與本法罰則之綁標行為所限定之主體相同，而有一樣的問題外，一般洩密行為多乃係圍綁標的前階段行為，例如洩漏日後可能會行限制的規格、資格內容，或是最常發生的洩漏底價之情況。在這之後，往往使得參與競爭之特定廠商得以輕鬆地得標，或是順利地藉由圍標而得利。然而，該規定中所謂「洩漏、交付應祕密之文書等」，實應有所限定：若將本罪從國家法益或個人法益之角度切入，而認該等文書資訊有如國防以外祕密或個人商業祕密的話，則行為人僅須洩漏交付「制度上」原則不公開之文書即符合本條要件；然而，若從競爭制度侵害的角度切入以觀，則應認該些文書資訊等之洩漏，須有

³⁸⁹ 謝杞森，前揭註 186，頁 1183。

³⁹⁰ 黃榆楹，前揭註 69，頁 47。

害於競爭始得以本條相繩，亦即在本文見解下，政府採購罰則中的洩密行為仍須具有侵害競爭機能性始得成立。此外，在強制行為型態方面，雖然若從國家任務的角度切入，對於採購人員為強制行為的態樣，乃類似於妨害公務犯罪之延伸，然而本文不採此種解釋途徑，並認為無論是強制採購人員違反本意而下決定，或是強制採購人員洩密，皆應注重於其透過強制行為的實施，而間接達成限制競爭手段的可能性。

第四款 與公平交易法之比較

第一目 維護競爭機制的相同取向

競爭法體系在各國皆有所建制，例如美國的休曼法（Sherman Antitrust Act）、日本的獨占禁止法等，而於我國則是以公平交易法為代表。然而，無論是美國或日本的競爭法制，對於政府採購之行為皆排除了該法制之適用：例如美國聯邦最高法院即認為，休曼法雖禁止任何人為限制競爭之契約，但此並不適用於政府機關而僅限私人事業³⁹¹；另一方面，獨占禁止法對於其適用主體，乃係以是否該當「事業」為要件，就政府採購行為而言，多認採購機關只是為尋求交易相對人，而未有「提供商品或服務並收取對價」之繼續、反覆性提供經濟對價行為，故不該當「事業」要件而不適用該法³⁹²。

我國於政府採購法施行前，關於政府採購行為亦是以公平交易法為母法之相關法規等來為處理。然而，按公平交易委員會之見解，行政機關之私法行為必須是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，始受公平交易法等相關法規之規範³⁹³，這種限制與日本法相同，將會排除大半政府採購行為適用公平交易法之可能。此種解釋方向可能與我國向來對於政府採購一事的态度有關，亦即，我國實務縱使於政府採購法施行後，對於本法之保護重點，仍多聚焦在財政預算意義上之保護和政府採購行為之順暢，惟本文以為，縱使認為政府採購法中的有關規定乃有為維護國家利益之取向，然於罰則中對於圍綁標

³⁹¹ 黃義豐（1998），〈事業可否利用政府行為達成反競爭效果--美國法漫談（二十三）〉，《司法周刊》，896期，版3。

³⁹² 黃榆楹，前揭註69，頁57。

³⁹³ 詳參公平交易委員會釋字第○九○號解釋。

等行為之刑事規制，主要仍係為鞏固市場競爭制度之機能，此部份無論是公平交易法或是政府採購法皆無不同。比較法上，亦有將政府採購之精神立於競爭機制上者，如德國於前世紀末所修正之「營業競爭限制防止法」，即新增了一章予「公務發包（或稱政府採購）」行為，此領域乃是向來「營業競爭限制防止法」所完全陌生的領域，這也代表德國立法者選擇將主管競爭事務機關之權限，從過去單純對限制競爭行為之管制，擴張到對公務發包之審核³⁹⁴。此外，這種趨勢也確立了德國的採購相關法規本身，乃是以確保發包過程中存在最大競爭可能性之機制為目標，歷史脈絡上此修法乃是受到過去為建立統一之歐洲採購市場的歐洲共同體（European Community）³⁹⁵所影響，是以德國自此後對於採購法之理解，已從原始單純之預算法意義，轉變為競爭上的意義；而我國當初訂立政府採購法時，許多部份亦是以德國法為範本，亦即採取了為轉換歐體之政府採購監督指令所發展出來的丹麥模式立法³⁹⁶。是以縱使是以政府為主體的採購法，仍有可能以保護競爭制度的機能為主要目的。

第二目 對「先行政後刑法」模式之批判

此外，從法律責任的規制來看，我國公平交易法於 1999 年修法後，對於侵害競爭機制之行為乃係採取「先行政後刑法」之模式。在公平交易法施行之初我國人民對於防止限制競爭之概念尚未完全熟悉建立時，此種模式具有緩和刑罰權機制之功能³⁹⁷，且從刑事政策來看，亦可能符合刑法謙抑性之思想。然而本文以為，此種立法模式仍有諸多不當³⁹⁸：首先，在罪刑法定主義之要求下，對於刑罰使用之要件應嚴謹，並須避免彈性擴張或模稜兩可之不明確概念及用詞，於不得已之條件下始可能有所例外（如空白刑法或規範性構成要件要素等），而在上述模式下，即會使得何時可使用刑罰須繫於不確定之彈性條件，而有違明確性原則；其次，在行政救濟程序與刑事偵查程序競合之情形下，此種模式會使得司法機關

³⁹⁴ 劉華美（2001），〈德國營業競爭限制防止法--第六次修正〉，《公平交易季刊》，9 卷 1 期，頁 40。

³⁹⁵ 已於 2009 年廢止，由歐盟（European Union；EU）所承接。

³⁹⁶ Ulrich Bälz（劉華美 譯）（2002），〈德國營業競爭限制防止法有關政府採購規範之發展〉，《公平交易季刊》，10 卷 1 期，頁 162。

³⁹⁷ 白忠志（2004），《論聯合行為之刑事處罰》，國立台北大學法律系研究所碩士論文，頁 125。

³⁹⁸ 白忠志，前揭註 397，頁 108-125。

認定犯罪與否須受限於行政機關之裁量，且若最高行政法院對於行政訴訟事件與最高法院對於刑事事件之最終認定不一的話，將會使人民無法預測而有損司法威信；再者，此種模式所制裁之行為多是基於單一概括意思，客觀上乃係一行為，而對同一保護目的於立法上創設先行政秩序罰再刑罰之模式，從刑罰謙抑性的角度來看，即有可能違反一事不二罰等禁止雙重評價之法治國原則。不過當然地，行政罰與刑罰二者並不是完全不得同時併罰，因為本文以為行政罰與刑罰之違法性，乃是在「質」上即有所不同，然而，「先行政後刑法」之模式，學說上多認乃係行政執行之變體³⁹⁹，其乃以刑罰促進行政義務之履行，並對不履行義務者科以刑罰，即企圖以刑罰之威嚇效果達到行政制裁之目的。但對於繼續性違反秩序之行為，其重點應在督促行為人改善及履行義務，而非一直對過去行為加以處罰，在手段上最適合的還是行政強制執行之措施而非刑罰，是以此種模式之想法，無非僅是將刑法之規範目的定位在強化行政機關的行政處分之權威性，並藉由刑罰來強化行政法規之威信，而刑法上之保護法益反而最多僅是受到反射性之保護，與刑法法益保護原則並不相符⁴⁰⁰。

故本文以為，採取「先行政後刑法」之模式除有以上問題且恐有所不足外，在明白確立行政罰與刑罰於制裁目標的「質」上有所不同後，於立法論上，應將公平交易法中之行為、主體規模細緻化，將影響市場機能較鉅之行為（例如政府採購法中所規定之具體行為）直接刑罰化（或是同時亦具有行政目的時採行雙罰）；而影響市場機能與成果較小者，因僅是為達行政目的而針對其違反行政義務之行為，故至多論以行政罰即可。詳細之判準歸納等作業，須觀公平交易法規定而分別論之，然此部份非本論文研究之主要對象，故不再深論而留待日後續行研究。

第三目 政府採購法之獨有領域規定

在政府採購法訂立前，雖於公務發包中有關限制競爭行為，乃是交由公平交易法處理，然該法其實並無法涵蓋政府採購中所有限制競爭之相關行為。縱使在政府採購法施行後，二法間雖有競合之領域，但亦有政府採購法始得處理的區塊。

³⁹⁹ 李震山（2003），《行政法導論》，頁 377，台北：三民書局。

⁴⁰⁰ 許玉秀（1992），〈水污染防治法的制裁構造—環境犯罪構成要件之評析〉，《政大法學評論》，45 期，頁 214。

其中，在主體部份，政府採購法乃是以規範「機關」為主，而承前所述，實務上認為政府之採購行為須符合「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」，始受公平交易法規範；相對地，公平交易法則是規範「事業」為主，然此處之「事業」並非從其組織型態，而應從行為導向來為理解，亦即理論上包括供給、需求、及干涉市場之行為，縱屬政府方所為，亦有可能受公平交易法所規範。然而，實務上承前述見解，認為如國民義務教育之國中、小學，應排除於「事業」之領域⁴⁰¹，此外，對於政府採購行為之目的，若非為提供私經濟目的之商品或服務，亦不受公平交易法規範。綜上可知，我國公平交易法規定配合實務之解釋方向，會將部份政府採購行為排除於競爭法規範外，若不將政府採購法明確地定位為競爭法制機能維護之一環的話，則有保護不足之疑慮。

此外，在客體方面，承前章所述，政府採購法並不適用於政府租、售國有非公用不動產之行為，然此些行為本質上與私法之租賃、買賣並無不同，且於政府為此些行為時，亦須透過標租、標售等競爭程序。是以若符合實務「事業」之認定，且未有國有財產法之特別規定明文排除的話，則關於政府出租及變賣國有財產之行為，仍有公平交易法之適用可能。亦即，只要並非是具有公權力之公法行為，所有私經濟行為縱使乃政府所為，亦須受競爭法制之規範。

最後，在門檻介入限制方面，政府採購法只要求達到一定公告金額以上的政府採購行為，踐行符合政府採購法之市場監督程序；相對於此，公平交易法對於所規範之事業行為，則無金額門檻之限制。而從此可知，對於被排除於公平交易法適用之外的政府採購行為，若其係未達公告金額之採購，則在有限制競爭等情形發生時（例如採購機關為不當之差別待遇），反而會落得無有關競爭法制可處理之窘境。

第四目 加重保護政府採購市場競爭之理由

承前述可知，我國競爭法制的建構恐怕過於紊亂且治絲益棼，除了較可能被定位為競爭法制母法的公平交易法不能涵蓋所有情形下之競爭行為外，各個有關

⁴⁰¹ 詳參公平交易委員會第 182 次委員會決議。

競爭機制保護的規定，亦散落在不同法律中，例如就政府買入及賣出之私法行為中所可能面臨的競爭情形，即被分開規定於政府採購法與國有財產法中。本文以為，就些些類似性質且有關競爭機制維護之領域，若能如德國之「營業競爭限制防止法」一樣，規定於一兩部法律中，在體系及結構上或許會較為清晰完整。此外，若認政府採購市場中之主要部份亦為競爭市場之一環，即政府採購法中之刑事罰則亦為維護競爭機制的話，則必須說明的是，為何政府採購法中所規定之刑責，會較作為競爭母法的公平交易法來的重。亦即，加重保護政府採購市場競爭之理由為何。

於此可從政府採購市場之本質，以及本法罰則中所規定之行為人主客觀態樣來為說明。首先可從市場力量來為觀察，一般市場中的私人企業在為採購時，就其所為之採購決定作成是否有競爭法上之疑慮時，常以該企業是否具有市場地位而為判斷，當系爭企業並非傾向為獨占事業，且亦未與其他事業作成如聯合之協議時，原則上基於契約交易自由，其可自由地決定是否與交易相對人進行交易，是以若認政府於採購之私法行為上與一般人並無不同的話，理論上其亦應有此種自由。然而，在現實環境上，政府常是某些特定產品的少數購買者之一，且其乃確定有購買力之人，在市場上具有相當強大的市場力量，故在政府採購雖居之市場中，其採購之一舉一動即應成為競爭法制須特別關注的議題，因為若政府不正當地對於無論顯在或潛在之交易相對人施以差別待遇的話，即會產生嚴重之排擠效應，使得系爭交易相對人之競爭機會在其他交易機會亦缺乏的情形下（因需求者較少），面臨完全被剝奪之處境⁴⁰²。此外，政府在採購市場中，常為少數且有相當後盾不會跑路的需求者，卻經常對於採購標的之領域等缺乏專業，而在此種類似一對多而非如一般市場中多為多對多之採購模式中，若是供給方針對其之採購行為進行如圍標等之聯合協議的話，常很容易地即可破壞系爭市場中之競爭機制，並削弱廠商自我提昇之動機而形成另一種形式的市場劃分。

另一方面，政府採購法僅對於符合一定公告金額以上之採購案，始要求須踐行符合本法之市場監督程序，亦即本法刑事罰則中所涉及之政府採購市場，多具一定之金額、規模，若侵擾此市場中之競爭機制，則所影響之市場成果不可謂不

⁴⁰² 黃榆楹，前揭註 69，頁 12。

大，故須謹慎處之⁴⁰³。此外，由於國家較難走向須破產、重整之結果，對於經費之籌措與穩定性來說，雖不致源源不絕但與一般公司甚至大企業相較下，一夕倒台之情形比較難發生，且縱真如此，其所得受到的國際及各方援助亦是跨國大企業難以比擬的。是以政府在採購市場中之行為，常具有某程度份量的示範效果，若此市場涉及到侵害競爭機制之情事，則一般人也恐會產生「連政府採購的市場中，遊戲規則都這麼地不被遵守，可見所有市場競爭機制都是玩假的」之想法，進而對於邁入競爭市場裹足不前致市場萎縮。亦即此對於無論是市場成果本身，或是大眾對於競爭機制的信賴而言，皆會造成較嚴重之減損。

再者，承前所述，政府採購本身有所謂「代理成本」、「道德風險」等問題，由於採購者處理的是「別人」的錢，故較易出現無效率之情形。而針對政府採購市場此種無效率之宿命，除了機關內部稽核監督外，最重要的就是市場競爭機制的外部監督，是以政府採購市場在於此之本質上恐即較為脆弱，而須更完善堅強之競爭機制來鞏固其效率，故對於此市場中競爭機制之運行，當更須加強保護之。

最後從本法罰則所規制之行為規定來看，客觀上與公平交易法中所規制之限制競爭和不公平競爭行為相較下，除了更為具體外，從因果歷程來看，系爭行為對於市場成果受侵害之可能性亦較公平交易法中之行為還接近，亦即本法中之限制競爭行為的侵害手段更為具體強烈。此外，政府採購法罰則中所規範之行為，幾乎皆為意圖犯，在主觀層面上，較之違反一般限制競爭行為規定，恐更具可責性。

第五款 小結—守護競爭秩序的解釋路徑

結論上本文以為，政府採購法刑事罰則中所保護之主要法益，定位為環繞著競爭機制之維護較為妥適，雖對於究屬競爭秩序本身之保護，或是競爭機能之保護上，尚有所爭議，然朝此方向之解釋路徑應是較無疑義的。此從我國為加入WTO而訂立政府採購法之歷史緣由，或是我國所參照之立法藍本，亦即國際間之「政府採購協定」以及德國的「營業競爭限制防止法」來看，即可得知。此外，從政府採購市場本身無效率的宿命，以及引進完整的市場監督機制進入政府採購

⁴⁰³ 張向昕，前揭註 382，頁 20。

體系來看，亦可知市場競爭機制已在政府採購行為當中，佔有核心的重要地位，故如何保護此種競爭機制的正常運行，即成為本法主要的任務之一。是以從本法刑事罰則之規定形式中，可看出其所規制之行為，以及從意圖規定中所判斷得出之可責的主觀內容，皆明顯地係以侵害市場競爭機制之行為為規範目標。

比較法上，彼岸的中華人民共和國於 1997 年修訂之新刑法典中，即對於競爭市場內之圍、綁標等行為態樣，明訂以刑法加以規制（該國將之稱為「串通投標罪」⁴⁰⁴），並將系爭犯罪置於其刑法分則第三章「破壞社會主義市場秩序罪」之第八節「擾亂市場秩序罪」中。是以從國外立法例上來看，亦不乏有將政府採購程序中所發生之圍、綁標等行為，定位為保護市場競爭秩序者⁴⁰⁵。此外，縱使日本刑法典將圍標等行為定位成公務侵害性質，於日本仍有越來越多學者認為，過去的立法乃是基於統制經濟體系下的思考所為，對於自由競爭經濟下的「經濟犯罪」來說，與其將系爭犯罪定位為對於國家法益之罪，毋寧認為在全球化浪潮中，尤其是面對到 1990 年代後日本經濟泡沫化而須加強「經濟犯罪」認識與規制之聲浪，將系爭犯罪定位為超越國家法益範疇，而乃為有害於經濟公正且自由的競爭機制的社會法益之罪，應該是較為妥適之解釋路徑⁴⁰⁶。

然而，針對此種「競爭秩序」的實質內涵如何，或可能被認為是同時包含了國家法益（施行採購機關之財產）、社會法益（競爭秩序）、以及個人法益（消費者、納稅者之經濟利益）在內，從而將本罰則定位成兼及多重法益保護之刑事章節。此外，日本學說上有更細緻化被認定為多重法益之情形，而將此時之保護法益區分為「主要」及「副次」者，亦即在同一刑罰法規有兩個保護法益被包含之情況中，若主副兩法益皆未受侵害或危殆化，則不成罪；反之，若皆受侵害或危殆化，則該罪成立。當然有疑義的是，當共同被包含在刑罰規定中之「副次」法益，其受侵害之危險性完全不存在時，該如何認定的問題。或有認從限定犯罪成

⁴⁰⁴ 中華人民共和國刑法第 223 條：「投標人相互串通投標報價，損害招標人或者其他投標人利益，情節嚴重的，處三年以下有期徒刑或者拘役，並處或者單處罰金。投標人與招標人串通投標，損害國家、集體、公民的合法利益的，依照前款的規定處罰。」

⁴⁰⁵ 該國之系爭犯罪規定中，雖有「損害個人或國家等相關利益」之文字存在，然本文以為，從體系上來看，此不過是類似雙法益或主副法益的明文規定，並不礙對於系爭犯罪主要保護法益之認定。

⁴⁰⁶ 松宮孝明（2008），《刑法各論講義》，二版，頁 417，東京：成文堂。此外，鄉原信郎（1998），〈談合処罰をめぐる諸問題（下）〉，《公正取引》，578 卷，頁 50，亦有類似之見解。

立的法益機能出發，此時應否定系爭犯罪之成立；然亦有認為，其儘管同為法益，但不過是「副次」之事物，是以縱使該副次法益侵害的抽象危險並不存在，亦有可能承認犯罪之成立⁴⁰⁷。在我國學說上，有學者就此提出了精闢之見解，即承上述後說之認定，進而認為在刑法的諸犯罪類型中，並不是沒有雙重法益的規定，只不過通常都是以一種法益為主、另一法益則僅是輔助，但是此種輔助法益有個很重要的功能，即「減輕加重」或「限制罪責」的功能。亦即，例如個人法益有時候會作為輔助法益，而使以國家或社會法益為主要法益之犯罪，產生減輕加重罪責之情形⁴⁰⁸。然而，對於經常為抽象化、形式化的國家、社會法益而言，為了賦予其實質的需保護性根據，而將個人法益放入其內部中，雖然有其合理性，但是若與系爭輔助之個人法益完全獨立，而將主要系統法益本身之保護當作問題時，仍須解決為何將該法益認定為「副次」之疑問⁴⁰⁹。此外，於找不到承擔個人法益之行為客體時，或是對於輔助之個人法益的侵害未達急迫危險性即認定不成罪，恐亦稍嫌過速而有疑義。是以本文以為，與其過度強調置放個人法益進去變成副次法益，不如不要有副次法益的概念，而只要透過細緻化系爭法益內涵，並以解釋學的方式找出該國家、社會法益的入罪門檻即可，亦即此門檻並不一定要從個人法益的受侵害或危險性來切入。對此學說上亦有認為，在欲表明一規範秩序（通常作為社會法益而以抽象危險犯呈現）的具體動盪程度時，於解釋上所尋找的入罪關卡並不一定為個人法益，尤其在新型態的社會法益犯罪之立法模式中，因常於條文中找不到得承擔個人法益的行為客體，所以必須要靠解釋來創設出得據以認定系統受影響的具體變化⁴¹⁰。

回到本文討論脈落中，對於政府採購法刑事罰則的保護法益定位，這裡亦不認同混合法益的看法，亦即將系爭罰則定性成個人法益或國家法益與社會法益的兼保護體並非妥適。所謂「競爭秩序」受侵害一事，當然有可能從相關的個人所受之利益侵害來切入，但是本文以為，從整體來看仍須視系爭行為有無具體侵害到市場競爭制度之機能，以致影響了該當市場之成果。此部份粗略來講，可從「質」

⁴⁰⁷ 鎮目征樹（2009），〈社会的・国家的法益〉，《法律時報》，81卷6号，頁68。

⁴⁰⁸ 李茂生（2004），〈刑法新修妨害電腦使用罪章芻議(上)〉，《臺灣本土法學雜誌》，54期，頁240。

⁴⁰⁹ 鎮目征樹，前揭註407，頁69。

⁴¹⁰ 李茂生，前揭註96，頁152。

的觀點以及「量」的觀點觀察⁴¹¹，前者乃是探究系爭採用之競爭手段是否正當合理的問題。例如合意圍標者間之協議內容為「雙方皆避免採用『掠奪性傾銷（Predatory Dumping）』的手段價格」時，雖然亦為企圖聯合影響價格之行為，但是從競爭制度機能是否受侵害之角度來看，由於「傾銷行為」本質上其實乃破壞競爭條件，亦即該行為乃業者怠於經營努力，而使用與改善市場成果不相關連的「傾銷行為」以排除競爭者於市場外，縱使可以使系爭市場之平均利潤率高度地安定，然而亦會招致相關產業技術進步的停滯等結果，是以若合意者間以「不為此傾銷行為」當作協議內容的話，反而毋寧說是維持而非侵害競爭制度之機能；後者則是判斷競爭受侵害的可能性到何種程度，是否有侵害自由的、功能性競爭內涵之問題。例如在協議圍標之場合當中，參與協議者的數量僅是可能參標者之極少部份，對於系爭標案的影響程度過於輕微；或是參與協議之業者的生產性極低，其投標價在系爭標案中完全不成為問題（此在以最有利標、綜合型態等方式決標時會有實益），在此些情形中，由於該等行為乃是未具影響市場成果程度之小規模行為，是以並不具有侵害該當市場中之競爭制度機能的危險性。

綜上所述，對於政府採購法刑事罰則之保護法益的定位，本文結論上乃以「市場競爭秩序」之守護作為核心，而聚焦在系爭行為是否侵害了市場競爭制度之機能。此種機能是否受侵害的入罪門檻設定上，並不一定必須從某種個人法益受侵害之危險性來切入，而應以解釋學來更細緻化競爭秩序機能之內容。當然，對於更類型化以及體系化的門檻設立，本文於此尚力有未逮，僅能粗略地從質與量兩方面切入，來進行列舉式的限縮可能，此部份仍待日後的進一步研究與處理。綜之在結論上，若政府採購法刑事罰則中之系爭行為沒有具體侵害到競爭制度之機能的話，則至多對其施以公平交易法中的行政措施即可，此外，針對公平交易法中之先行政後刑法的模式應重新考量，將侵害程度達一定量的具體行為直接刑罰化，而對於僅是違反秩序規定而未具體威脅機能之行為予以行政處置，應是較為妥適之解釋路徑。

⁴¹¹ 楊君仁（1994），〈競爭秩序與法律規範--兩岸競爭法相關規定之比較研究〉，《經社法制論叢》，14期，頁253。

第六節 本章結論

關於政府採購法之刑事保護法益，實務與學說多未為深入探討，承前所述，或有認為本法針對政府採購圍標、綁標等不法行為處罰的著眼點，乃係行為人不法行為的本身，無論該行為是否已達破壞競爭秩序之程度，均為其處罰之對象。亦即，此種見解認為政府採購法主要乃係以「政府採購能符合最大公益」為目的，因此不以競爭之促進為最終理想，並認為市場競爭監督制度的引進，僅是行政機關達成行政效率的一種「手段」而非「目的」⁴¹²。然而，刑事處罰以外的政府採購法本身，雖的確會有公共利益保護的需求及必要，此從本法第 6、64、82、84 條等規定中可推知，但針對本法中「刑事規制」的保護利益，是無法用空泛地用「政府採購所能符合之最大公益」來作為其保護法益，而應更具體地去探究，所稱之公益內涵為何。詳言之，就政府採購所能符合的公益而言，基本上可分為國家財產、資源，亦即對於國家財產的直接侵害，以及對於國家資源分配公平性的侵害；此外，亦可將採購任務的達成視作公益，進而可能分別從內部或外部對此任務造成侵害。

上述後者之採購任務，若非得認係對權力性公務執行為妨害，尚難以刑罰處之。不過就此種廣泛性的公務，仍須探究其實質內容為何，並進一步確認是否有其他值得加以保護之利益。於此，初步可認其實質內容乃係由於系爭行為對於經濟上利益造成侵害，惟此種經濟利益的具體內容為何，實有疑義。其中一種可能性為「採購者利益侵害說」，此即同上述將保護法益定位在國家財產法益侵害之見解；另一種可能性為「競爭侵害說」，亦即系爭行為雖然是具有侵害廣泛性公務的外觀，但其實然面上乃是侵害了經濟制度中的競爭機能，而此種機能與人們社會生活上普遍的經濟利益是有所關聯的。

本文見解主要將本法刑事保護法益定位為上述後者，亦即以維護「市場自由公平競爭秩序之機能」為主要目的，而持此見解與「採購者利益侵害說」間，會有處罰範圍上的差異。首先，乃是「採購者利益侵害說」不處罰、但「競爭侵害說」會處罰的情形，例如投標廠商間以「競爭價格（如市價）」為內容而進行合

⁴¹² 張向昕，前揭註 382，頁 15。

意圍標。在此種場合中，對於採購者而言，其並未受到太大的經濟財產上之損害，故若持「採購者利益侵害說」的話，並不值得出動刑法加以處罰；然而，從競爭制度機能的角度來看，此種協議會讓相關廠商產生安逸、倦怠於經營努力及產業的突破發展，長期下來更會導致技術進步的停滯等有關競爭制度機能之減損，故仍須加以規制。其次，乃是「採購者利益侵害說」會處罰、而「競爭侵害說不處罰」的情形，例如同前述，廠商間進行避免以掠奪性傾銷價格進行投標的協議。在此種場合中，若僅從價格來看，掠奪性傾銷價對於採購者採買所需付出的價額而言，是絕對有利的，故此種合意圍標之內容有減損採購者經濟利益之虞，當然須加以規制；但是，從競爭制度機能的角度來看，承前所述，由於傾銷行為本身即是在破壞競爭條件，其不但與改善市場成果無關，且易使競爭制度之機能蕩然無存，故排除此種行為之合意內容，毋寧說是符合競爭要求的。其三，乃是此兩種見解皆不處罰的情形，例如參加協議人數規模過小而對於該當標案影響程度極微，或是參與協議的業者之生產性極低而其投標價於該當標案中不成問題。在此種場合中，由於採購者財產幾乎沒有受侵害之危險，且影響市場成果之可能性亦不大，所以可能不具有得論以刑罰之違法量⁴¹³。

不可諱言的，政府財政預算的妥善使用，是政府採購終極上所想要達成的目的之一，但不得因此就直接將政府採購刑事罰則的保護法益，認定為採購者即國家財產的保護，仍須從刑法解釋學來檢視系爭條文，以及系爭規定所規制之行為條件，來確認系爭規定所欲保護之法益為何。本文從本章中所欲確立的結論，即乃係維護「市場自由公平競爭秩序之機能」。

此外，關於個人法益保護部份，若認係維護參標廠商財產利益，則系爭規定行為不免侵害性過低且亦過於遙遠；而在參標廠商之自由意志部份，確實從條文中可見到參標廠商之意思形成過程受到影響，然而，侵害自由意志本即為侵害競爭原理實體層面的必要條件，其乃判斷系爭行為侵害競爭原理強度的依歸，並以之區分強制圍標與合意圍標等不同類型，而非得謂系爭規定乃併同保護參標廠商之個人自由意志。不過，是否得將個人自由意志受影響之程度，作為本罰則系爭犯罪之入罪門檻，並細緻地刻劃出其界限所在，本文力有未逮，尚待日後進一步

⁴¹³ 京藤哲久，前揭註 119，頁 101-104。

之研究。



第四章 政府採購法刑事規定之重新檢視



第一節 概說

在確立本文對於政府採購法刑事罰則規定的保護法益定位後，於此欲進行的作業，乃是重新檢視我國政府採購法的刑事責任。本法罰則當初在訂立上不無因事設法之歷史背景與緣由，是以與刑法典乃以保護法益概念細分章節而為編排有所不同，此種以特別刑法方式呈現的條文立法技術上，若未釐清該刑事罰則所主要保護的利益為何的話，常會東找西尋其他相關法條的規定形式而訂立，以致對於主要應保護之法益維護上，產生處罰過廣或過狹之不妥適情況。

若從本文所認定之競爭原理機能的保護出發，則政府採購法罰則中之規定主要可分兩個層面來檢視，即「程序層面」以及「實體層面」：前者乃指個人基於自由意思形成而參加投標並提出標價，因此採購者必須保障參標者們平等參加之機會，故若發生優遇特定人或是使特定人以外者無法參加競爭之事態，皆係已欠缺自由競爭之前提，而侵害了競爭原理的程序層面，此種行為類型主要如「綁標行為」、「洩密行為」、以及「強制行為」；相對於此，後者乃非影響程序本身，而是去影響參加者是否參加投標，或是以怎樣的金額投標的意思形成過程，此種行為類型主要如「圍標行為」。是以不僅在參加競標程序機會之層面，即使在不當地介入參加者意思形成過程的實體層面，亦有侵害競爭原理之可能；然而，對於行為人介入參加者意思形成過程之行為類型，是否應一律地處罰容有疑義⁴¹⁴，此將於下節第一項中為說明。

本文以下將依此而從政府採購法罰則之各條規定出發，分別探究所謂圍標行為、綁標行為、洩密行為、以及強制行為，在理論概念上以及實務操作上，因立法條文規定形式所可能產生之問題，以及若恪守本文對於本法罰則之保護法益定位的話，所可能導出之解釋方向。

首先，在圍標行為部份，例如強制圍標罪中的四個規範類型，若以本文所認

⁴¹⁴ 橋爪隆，前揭註 169，頁 48。

定之保護法益來審視，是否皆屬妥適容有疑義；此外，如詐欺圍標罪，其乃本法罰則規定中，唯一非屬意圖犯之類型，且亦是唯一於條文中有明確規範指向保護法益之結果，然其可罰嚴重性與前項之強制圍標以及後項之合意圍標相較下，究竟如何定位之仍有疑問。而實務現今多將「借牌陪標」之行為，歸為本項犯罪類型，此是否妥適亦值進一步探究；再者，如合意圍標罪，其條文之訂立形式與日本法的談合罪相較下，有著些微的不同，而此差距使得本項犯罪是否歸屬於行為犯，以及其既遂時點為何，產生疑義。而此種類似公平交易法中「聯合行為」的規定，若著眼於其之可刑罰性，該如何從保護法益下去為本罪行為態樣方向之限縮解釋，亦屬作業之一；最後，關於借牌投標罪，須從其增修之歷史緣由出發，而對該當之背景態樣為限縮解釋，並從市場競爭秩序的機能來檢視其在立法論上存立的妥適性。

其次，在綁標行為部份，除了本法第 88 條之主體範圍是否涵蓋公務員，及因此而生之共犯問題外，條文中「因而獲得利益」的類似結果規定，與本條犯罪之保護法益的關聯性為何，亦須進一步釐清。此外，對於 2002 年修法後，本條犯罪之範圍擴張至履約階段亦可能有其適用，此種修正自本罰則保護市場競爭秩序機能的角度來看，是否妥適仍不無疑義。再者，對於本條行為之刑度為何較部份圍標行為以及洩密行為還高，亦須從侵害市場競爭秩序機能的視點加以說明之。

其三，在洩密行為部份，除了行為主體與前條綁標規定完全相同外，從本條犯罪行為態樣來看，其實質上亦常屬綁標行為的前階段之一，即透過洩漏採購祕密來給予特定廠商占有獨特優勢之競標利益，進而可能造成不公平的投標結果。於此首先須面對的問題即為，本條所稱的「祕密」之性質與範圍為何，若將本法罰則定位為本文所認定之「市場競爭秩序機能」的保護的話，則本條犯罪類型所洩漏的「祕密」性質，是否即非屬個人（包括自然人及法人）或國家之祕密，而乃係刑法典所未規範的「洩漏社會祕密」犯罪類型？惟在刑度上為何會與洩漏國家祕密（如刑法第 132 條）有所差距？此外，對於系爭「祕密」之範圍，除了本法第 34 條所規定之事項外，採購機關與本條主體簽立的契約內容中所規範之應祕密事項，是否須完全涵蓋進來，此亦涉及到對於本罪法益之解釋途徑。

針對強制行為部份，無論是強制決定或強制洩密之犯罪類型，皆不以行為人

所強制之內容於客觀上實現為必要。然而，對此種於較前階段侵害市場競爭秩序機能之行為，不但以意圖犯及抽象危險犯之形式規範之，且條文設計上尚增訂了未遂犯規定，亦即，將此種不求結果發生，僅要求意圖之間接正犯予以明文化的立法模式是否妥當，乃不無疑義。

最後於第三節中，將以在實務上，與政府採購相關之刑事判決中所常出現的爭議問題，亦即「借牌陪標」之現象作為討論核心。從此行為類型的特徵出發，並整理實務判決中對於此種態樣之不同見解，最後提出在本文將保護法益定位在「市場競爭秩序機能」下，而對此所為之限縮解釋與立法論上之建議。

第二節 各罪問題爭點與條文再反思

在政府採購法罰則之各條規定中，可見幾乎以「意圖犯」作為主要之立法形式，此可能係因對於「競爭秩序機能」這種抽象的規範機制之新型態法益保護，在先天客觀上有著落入規範論論述之危險，是以針對其主觀可責性及惡意為加強要求。然而，此種立法形式亦須注意於客觀部份佐證意圖存在素材之認定，否則極易變成恣意判斷行為人有此主觀意圖，進而直接認定成罪。此外，本法罰則各項犯罪之條文文字中，乃以未有具體結果、行為客體規定之抽象危險犯為主，然而對於各罪處罰上，卻同時廣設未遂罪之規定。此種廣泛地將對於制度機能之「危險的危險」明文成罪化的立法模式，又未於條文規定上有明確地限制門檻規定，在刑法謙抑性之思考上恐有所不妥。

第一項 圍標行為犯罪類型

「圍標」這個名詞第一次出現在我國法律條文規定，乃是於機關營繕工程及購置定製變賣財物稽察條例第 19 條中（已廢止），當時所應對之情況包含了投標廠商先協議出最低標廠商，或是利用租借牌照虛增投標廠商，惟政府採購法並未沿用此一名詞，而乃係以其行為態樣描述之⁴¹⁵。故二者間之涵蓋範圍雖可能重疊，但因立法目的與保護內涵有所差異，是以其所適用之對象行為態樣亦不一定完全

⁴¹⁵ 行政院公共工程委員會，前揭註 1，頁 4-55。

相等。

此外，有論者將圍標行為區分成「廠商對廠商的圍標」以及「廠商對採購人員不法行為的圍標」，前者即如本法第 87 條中之各罪，後者通常是廠商結合黑道不法份子，以強暴脅迫方式迫使承辦人員於採購過程中，作出對其有利之決定或不作為，即如本法第 90、91 條之強制行為類型⁴¹⁶。然而本文以為，上述犯罪類型之行為人，雖在實務上多以參標廠商為多數，然從條文規定形式上，並未限定行為人之身分，亦即縱非系爭標案之參標者，也可能成為本法罰則中之犯罪主體。此從保護法益的概念來看，即使非屬系爭標案之參標者，亦有侵害市場競爭秩序機能之可能性，是以上述區分概念似無實益且易生誤解。

承前概說所述，圍標行為中的各個態樣，乃係以行為人介入其他參標者自由意思決定之程度而為區分，其中手段最直接亦最強烈者，即是又被稱為「黑道圍標」的「強制圍標罪」。而「詐欺圍標罪」與「合意圍標罪」雖侵害參標者自由意志之程度較「強制圍標罪」微弱，然其二者間刑度有些微差異之區別，以及與侵害競爭原理之關聯性為何，仍有待說明。

第一款 強制圍標罪之問題與反省

強制圍標罪依其意圖內容之不同，可區分為「使廠商不為投標罪」、「使廠商違反其本意投標罪」、「使得標廠商放棄得標罪」、以及「使得標廠商得標後轉包或分包罪」。然而上述內容中的態樣並不要求一定要於客觀中實現，僅須行為人持該等意圖而對（潛在）參標廠商為強暴、脅迫、藥劑或催眠術之行為，即可成立本罪。此種不要求結果的立法模式，或可能得認乃以意圖內容具否，來判斷系爭行為是否符合行為危險性之「適性犯」；然而若從結果反價值的立場來看，縱認本罪為抽象危險犯之規定，仍會要求有一抽象危險結果之存在，而因條文中並未明確規範此種結果型態，故須從對於保護法益的解釋與客觀情狀來判斷系爭行為。亦即，行為人客觀上之強制行為，是否對於「市場競爭秩序」已經產生了抽象危險之結果。

然而，上述為使廠商「放棄得標」或「轉、分包」而施強制行為之兩種情形，

⁴¹⁶ 林鴻銘，前揭註 34，頁 272-273。

從侵害市場競爭秩序機能之可能性來看，由於皆是已經過招標制度中競爭機制運作後之結果，故對於市場競爭秩序機能之侵害，似乎並不明顯，此即如同我們不會認為強制搶取他人鈔票之行為，會與侵害「貨幣制度」有直接相關⁴¹⁷；會侵害國家貨幣發行權的時點，多於製造、行使貨幣之時，同理，會造成市場競爭制度的侵害，亦應係於招標競爭運作過程之中。或可能有認為，若在廠商未投標前，行為人持該等意圖而對最有得標希望之廠商為系爭強制行為的話，仍有成立本罪此部份情形之可能，然而，本罪法條文字將該些意圖之行為客體限定於「得標廠商」，在競爭機制未運作出結果前，是不可能產生此種客體，故似仍無法為這種擴張解釋。此外，政府採購法第 65 條本即採「禁止轉包、允許分包」之原則，惟此主要乃係為防止得標廠商將原採購之履約責任轉由他人負責，易致使轉包工程之品質可能較無保障，並非為維護市場競爭機制；且對於轉包情形發生時，採購機關得依本法第 66 條解除契約、終止契約或沒收賠償金，並得請求得標廠商與轉包廠商連帶負履行及賠償責任。是以對於「已得標之標案」，乃係已經過市場競爭運作後之產物，屬於一種財產上之具體利益，而行為人持該等意圖而為強制行為時，應回歸普通刑法典之判斷。由於本罪條文中並未規範有「至使不能抗拒」及「利益移轉」等文字，故視客觀具體之情狀，行為人於此種情形可能該當刑法第 304 條強制罪或第 328 條強盜罪之既、未遂犯。

在未為法律修正前，上述情形於解釋論中唯一可能侵害市場競爭機制的例子，乃是針對規劃、設計之勞務委任採購上。亦即，行為人意圖使得標廠商轉、分包之用意，乃在於使自己或友好廠商成為規劃、設計者後，可以對於接下來之政府工程建造、採買等標案上，為有利自己的資格、規格限制，或先行探知底價等，以方便其於接下來之標案競爭上順利得標。此種情形雖可能造成接續標案的競爭機制有被侵害之危險，然不免有行為與結果間牽連過遠之慮；若有上述限制、洩密等情，亦已有本法第 88、89 條為因應，且此際之違法性與持本罪前二種意圖而為強制行為似亦非等價，是以對於此種情形之成罪認定，解釋上仍須從嚴。

⁴¹⁷ 關於諸如偽變造貨幣罪之保護法益，向來有「公共信用秩序」與「國家貨幣發行權」二說對立，雖近來以前者見解為多數說，然本文以為，我國刑法典之體系編排上，並未有偽變造外國貨幣罪，亦即乃將外國貨幣認作有價證券而非貨幣。故在偽變造貨幣罪之保護法益認定上，似以維護國家貨幣高權較為妥適。

第二款 詐欺圍標罪之問題與反省



詐欺圍標罪之規定乃本法罰則中，唯一無疑義有具體結果之條文，然而無論是「使廠商無法投標」或是「使開標發生不正確」之結果，皆仍須具有指向侵害市場競爭機制之性質始該當。亦即，例如行為人誤導實際上並不符合投標資格之廠商，致其錯過等標期而無法投標，在此情形中，系爭廠商本來即無法進入競爭機制的正式運作，是以行為人縱係採取詐欺等非法方法而使該廠商無法投標，由於未侵害到市場競爭機制，故不成立本罪。

此外，詐欺圍標雖與強制圍標相較下，其介入參標廠商之意思形成過程較輕微，然而縱使如此，亦並非所有以詐欺等手段介入參加者意思決定之情形，皆會造成競爭原理實質地危殆化。例如行為人買通其他欲參標新手廠商之顧問，欺瞞該廠商系爭標案的行情價通常於某金額以上即可輕鬆得標，且扣除成本後尚會有大量利潤，並散播行為人廠商將以高於該金額兩倍價格投標之謠言，致使該新手廠商僅以略高於該金額之價格投標，最終開標結果乃以不到該金額一半之標價投標之行為人廠商得標。在此種情形中，行為人雖以欺騙手段介入了該新手廠商的意思形成過程，然而系爭廠商對於是否採納顧問意見，以及是否相信行為人廠商投標價之流言，仍有自由意思決定之可能，是以此種單純的流言及謊話，姑不論其是否為施用詐術仍有疑義，在評價是否侵害競爭原理上，似乎亦未達侵害市場競爭機制之程度，而不得認屬本罪條文中之「開標發生不正確結果」⁴¹⁸。

從刑度上來看，介入參標廠商意思決定較深的強制圍標罪，對於競爭機制侵害的可能性與嚴重性更強烈，是以其一年以上七年以下之刑度，較詐欺圍標罪五年以下為重，應無疑義。然而，若認詐欺圍標罪與強制圍標罪，皆為合意圍標罪之加重類型的話，則平和互達協議之合意圍標罪其刑度為六個月以上五年以下，卻較詐欺圍標罪為重，似有疑問。此外，從本罪之條文立法形式來看，其亦為本法罰則中唯一非意圖犯，且有具體實質結果之規定，然對於客觀上製造了指向法益侵害結果之行為，刑度卻為三者中最低，此種立法結論似頗值商榷。

再者，實務上對於所謂「借牌陪標」或「冒名投標」等情形，亦常歸為本罪

⁴¹⁸ 橋爪隆，前揭註 169，頁 49。

之範疇。然而從保護法益之角度視之，本文對此等見解尚有疑義，詳細討論容待下一節中再為探究。



第三款 合意圍標罪之問題與反省

合意圍標罪乃是公平交易法中「聯合行為」部份類型之具體化，主要是行為人與其競爭對手就價格方面為限制競爭之協議。政府採購法中之本罪規定，除了額外要求影響決標價格及獲取不當利益之意圖外，就後段「使廠商不為投標或不為價格之競爭」之性質為何，容有疑義。承前所述，若將此段條文內容認作乃協議內容之明示的話，則本罪有可能被解釋成行為犯之規定，亦即僅須行為人持系爭意圖而為協議時，即成立本罪，此與公平交易委員會處理聯合行為時之態度較為一致；相對於此，多數實務判決乃認本罪屬結果犯之規定，亦即行為人間之協議於客觀上，須成功有使廠商不為投標或不為價格競爭之情形，始成立本罪。本文以為，此區別僅於將本罪主體限定在「提出協議者」時，始有其意義，若認所有參與協議者皆可能該當本罪的話，則會將系爭條文內容規定認作是「複行為犯」。亦即，廠商間相互協議拘束對方之行為（相互拘束行為），一直到廠商基於該協議而個別調整價格或退出之行為（遂行行為），乃係在一個獨立的構成要件中，所兼含之兩個實行行為，而縱使認系爭條文非為結果規定，仍得於實際客觀情況中，探尋是否有侵害市場競爭機制的抽象危險結果來限罪。

以上如此解釋之方向，於認定本罪主體範圍上會有其實益。實務上多數見解認為⁴¹⁹，從法條規定形式以觀，本罪之規範主體應係「使」廠商不為投標或不為價格競爭「之人」，故單純被動遵循協議而不為投標及價格競爭之廠商，並非屬本罪主體；然而，既稱「合意」圍標，則本罪之成立本即須複數主體以上始可能達成，是以所有明知系爭標案而又參與該協議之廠商，皆應認其具有影響決標價格或獲取不當利益之意圖，而系爭條文文字僅是將複數行為中的後部份行為明文化而已，故所有參與協議之廠商皆應為本罪主體範圍所涵蓋。此不論從日本判決

⁴¹⁹ 詳參台中地院 90 年度訴字第 2599 號判決、台中地院 91 年度訴字第 1294 號判決、基隆地院 90 年度訴字第 421 號判決。

對於談合罪主體之認定、或是下項之「借牌投標罪」亦將「借牌者」規範納入主體範疇來看，皆可推得此結論。最重要的是，從侵害市場競爭機制以觀，所有參與協議圍標之廠商，皆有對本罪之保護法益造成侵害危險，並非獨有提出協議之人。

此外，關於合意圍標向來尚有究屬「繼續犯」抑或是「狀態犯」之爭論，二者雖皆認於完成相互拘束之合意行為時，犯罪即已既遂，但前者認為此時犯罪行為對於法益侵害仍繼續著，直至完成具體遂行後犯罪行為始終了；而後者乃認為合意時犯罪即已既遂且終了。此間之區別實益在於公訴時效的起算點，以及共犯關係的解釋上，亦即，繼續犯說於遂行行為前公訴時效皆未起算，而狀態犯說則係於和相互合意拘束行為完成後即可開始起算；此外，狀態犯說對於犯罪行為終了後之行為乃評價為不可罰，亦無法加入共犯，而繼續犯說認於合意拘束行為後，仍有加入共犯之可能⁴²⁰。惟本文以為，政府採購法對於屬聯合行為之一型態的合意圍標，處以刑事制裁且刑度不輕，姑不論對於聯合行為多有刑事除罪化之聲浪，從刑法謙抑思想及法益保護之概念以觀，對於合意圍標之刑事入罪標準應從嚴解釋。是以本文認為，單純之合意行為無論如何皆難以認有至嚴重侵害市場競爭機制之程度，而應將「合意相互拘束行為」與「基於該合意而實施之遂行行為」認乃一個獨立的構成要件中所兼含之複數行為。

然而，本文對於複行為犯之未遂認定，並不採所謂「部份構成要件實現說」，因此等學說有過度前置處罰之疑慮，故縱使行為人已為「合意相互拘束行為」，仍非必然該當本罪之未遂。是以在本文見解下，合意行為至多僅為對於法益侵害之廣義實行行為，須有具體實施該合意內容之客觀情事，亦即犯行所引發的侵害效果，至少要達到接近構成要件的保護領域的緊鄰時空關係，始可能認定著手⁴²¹。於「不為價格競爭」之部份，系爭廠商具有意圖而為相互合意拘束行為時，對於法益侵害結果而言僅屬廣義實行行為，而為複數行為之前階段，至該等廠商投標時，始可認其對於市場競爭機制之侵害已屬具體而為著手，因此時已與保護領域具有時空的密接關係，直至等標期屆至之時點，即可認乃本罪既遂；於「不為投

⁴²⁰ 芝原邦爾，前揭註 164，頁 775-776。

⁴²¹ 許恆達（2011），〈重新檢視未遂犯的可罰基礎與著手時點：以客觀未遂理論及客觀犯行的實質化為中心〉，《臺大法學論叢》，40 卷 4 期，頁 2408-2409。

標」之部份，則是於等標期屆至之前一刻，或是廠商可投標時點之最後一刻，始對市場競爭機制之侵害產生危殆化，而同樣亦於等標期屆至之時，即可認乃本罪既遂。此見解雖與上述繼續犯說有所類似，惟本文以為須至少於完成遂行行為時，始可能對於法益侵害產生危殆化。此外，與結果犯說之不同在於，除了對於本罪主體範圍之認定會有所差異外，當系爭廠商以協議之價格投標或是不為投標時，並非當然即成立本罪之既遂犯。

針對本罪意圖規定中之「決標價格」內涵為何，亦須從本文所認定之保護法益為解釋，即該決標價格乃指「於市場競爭機制下的公正價格」，行為人須意圖影響此公正價格，始符合本罪之主觀要件，然而，此公正價格之判斷標準為何，容有爭議。過去曾有認應以「工程成本費用加上通常利潤之金額」作為標準，當行為人意圖使決標價高於此數額時，即符合此主觀要件，然而，此種價格認定脫離了系爭標案而為判定，亦即所謂工程實際成本費用以及利潤，會因廠商間基於競爭努力而就不同標案為不同程度之削減，是可變且彈性的，故此見解乃是無視自由競爭經濟原理之理論。是以近來多以「競爭價格說」來判定所謂公正價格之內涵，亦即不應脫離系爭標案而為客觀價格之判定，而應以系爭標案中，若進行公正且自由之競爭的話，所得形成之得標價格為依歸，故所謂「影響決標價格意圖」之內涵，即是指認識到「若不合意圍標而進行公正自由之競標的話，則會以更低之價額得標(我欲競爭的話，必須投以更低之標價)」，並為了避免此種情形，而決定對決標價格為影響之主觀意圖⁴²²。

從此所衍生之問題即為，若廠商間合意不以低於一般成本之價格(即日本法所稱之「出血價格」)競標的話，則是否會侵害市場競爭制度之機能。本文於此認為，於主觀意圖上，對於其他廠商可能會以比自己之成本更低的價額投標應有所認識；其次，競爭得標價本即有可能包含出血價格，所謂競爭即是各企業不斷於各方面探尋自己底限之過程，為了以較他人成本為低之價格得標且尚有利潤，必須在生產技術、員工效率、企業體制上為持續地革新和改進，是以適度刺激而迫使廠商脫離高平均利潤率之溫室，反而有可能增進市場技術進步及產業提昇，故出血價格並不必然會侵害市場競爭制度之機能，協議不以低於出血價格投標之

⁴²² 西田典之，前揭註 167，頁 443-447。

情形反而有侵害可能。然而，此須與前述避免以「傾銷價格 (dumping price)」競爭之情形相區別，所謂掠奪性傾銷價格乃是以市場獨占為目的，其本身即屬破壞市場競爭秩序之行為，故合意不為傾銷價格競爭之協議，只要與具體的投標價格沒有關係，即不該當本罪⁴²³。



第四款 借牌投標罪之問題與反省

本項犯罪乃於 2002 年修正政府採購法時所增訂，該修正乃以增訂本項之方式來處罰「借用他人名義或證件投標」或「容許他人借用本人名義或證件參加投標」之情形，而非修正同條第 3、4 項，顯見該二項之原規範意旨，並未將此種情形之行為列入處罰之範疇。是以若於修正前為此種行為，因行為時並無處罰之規定，基於罪行法定主義，即不可依本法處罰之⁴²⁴。

是以於此須釐清者，即是部份見解將屬於他項犯罪範疇之情事，歸屬於本罪之錯誤適用。首先是有關「冒名投標」，亦即行為人冒用其他廠商之名義或證件，而對政府招標案投標之情形。或有認本項犯罪中之「借用」他人名義或證件，應涵蓋行為人未經他人同意而「冒用」之情形⁴²⁵，然而，除了於法條文義解釋上難以想像二者得完全重合外，從本項犯罪後段所規定的「容許他人借用...」等語亦可推知，所謂「借用」應不包含未經他人同意之「冒用」手段。此外，從過去政府採購實務所遭遇之問題，以及本項犯罪之意圖內容，可推知當初立法者增訂本項犯罪，似乎亦有可能係為解決所謂「借牌陪標」之情事，亦即虛設廠商以製造假性競爭之現象。然而，姑不論「借牌陪標」本身對於本法罰則保護法益之侵害可能性（詳後述），在本罪訂立後，亦有不少實務判決仍將此種情形歸為三項犯罪而非本項。理由乃係本項犯罪的立法背景，在本項犯罪增訂前之 1999 年底，我國發生了「九二一大地震」，政府在震後檢討中認為，部份建築物遭震毀乃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、偷工減料或施工不符合施工規範所致，為規範借牌及合意出借牌照之人，政府決定正視此種於工程界已久之借牌陋習⁴²⁶。再者，從文義以觀，本項條文既稱「借用」他人名義或

⁴²³ 京藤哲久，前揭註 119，頁 103。

⁴²⁴ 詳參台灣高等法院高雄分院 91 年上訴字第 2064 號刑事判決。

⁴²⁵ 蕭華強（2008），《圖解知識六法--政府採購法》，二版，頁 84-85，台北：新學林。

⁴²⁶ 詳參最高法院 99 年台上字 3425 號刑事判決。

證照，則該「他人」自然必須非屬「無真正競爭之意思仍出面參與陪標」，因為若屬此種情形，則該他人之「名義」及「證照」均未借予行為人，顯然不符本罪之要件。是以本條法律上所稱「借用」他人「名義」或「證照」之情形，顯然僅限於行為人自己並無公司登記、營業執照或其他證照，而必須借用執照者之「名義」或借用其「證件」，來給自己參與投標，故綜合上述文義及立法意旨，本項前段犯罪之行為人，乃係指本無合法名義或證件，而借用他人名義或證件投標者而言⁴²⁷。

從上述限縮本罪於「本無合法資格之人借用有資格者之名義投標」來看，其實此情形乃是一種類似「轉包」之快速類型，亦即行為人未經「轉」的動作，而直接附著在具資格者身分上，以接受工程承作，其結果與具資格者得標後轉包給行為人無異。此外，睽諸本法第 65 條之規定，原則上乃是禁止轉包的，其理由即是為防免轉包工程之品質較無保障，此與我國當初增訂本項犯罪之意旨有所相似。然而，本法第 66 條對於轉包行為之制裁，僅有民事上債務不履行的連帶請求權，以及行政上列為不良與拒絕往來廠商之措施，而未對此論以刑罰，故對於有相同類似性的本項犯罪，於偽造文書等相關犯罪外，是否有另增訂刑罰來制裁其行為之必要，似不無疑問。

或有認本項犯罪亦有侵害本法罰則保護市場競爭秩序機能之可能，故仍有增訂之必要，亦即，此項行為將造成招標機關喪失尋求合理締約廠商之機會，同時亦減少了價格競爭之機能⁴²⁸。然而，上述見解可能是混淆了「借牌陪標」與本罪「借牌投標」之區別，在本罪之情形中，縱使有未具資格之廠商借用他人名義投標，對於採購招標機關而言，其並未喪失尋求合理締約廠商之機會，且價格競爭之機能亦未受減損。此乃因在系爭標案中，還是有著開放給其他廠商投標之可能性，而該些廠商之自由競爭公平性亦不見減損。是以對於招標機關而言，其僅是多了與非合理廠商締約之風險，但是此部份本文以為，應由加強行政查察等措施來著手，而非一概以刑罰加以嚇阻，在本罪對於市場競爭制度機能的侵害尚屬輕微、且系爭行為仍可能以其他刑事規定因應之情況下，對於沒有具體結果規定表

⁴²⁷ 黃鈺華等，前揭註 20，頁 340。

⁴²⁸ 黃榆楹，前揭註 69，頁 212。

徵其所指向之法益侵害的本項犯罪，似乎有加以刑事除罪化之必要。

第二項 綁標行為犯罪類型

承前章所述，本罪行為主體乃限於「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」，從文義上可知，其等並非嚴格意義下的編制內組織公務員。關於本罪行為人是否該當刑法第 10 條「委託公務員」之問題，雖然其等的確為機關「依法委託」，但所從事之工作從本條文義以及實務運作來看，由於其並不具有最終決定權，且只是在民事上受託處理事務而已，是以該些受託事項並不具有機關權限之公權力特點，而本罪之主體亦不屬於委託公務員。

是以本條犯罪並非公務員犯罪的類型之一，而乃是欲規制採購方面相關人員未保障參標者在程序上得平等參加之機會，進而侵害了市場競爭秩序機能。而對於非藉由委託而處理採購事務之組織公務員，涉及綁標等侵害競爭機制行為時，為何未有相關規定之疑問，本文以為此或可能乃係因於公務員為類似本罪之行為時，其必然會觸犯如圖利等瀆職罪之規定，是以在立法技術上直接選擇不對此再加規範。亦即，若條文中有出現「公務員」為主體之犯罪，其通常意謂著所保護之主要對象乃職務公正性等利益，若特別規定公務員綁標之行為，反而會混淆主要所欲維護之法益為何。當然，更有可能的情況是，立法者並未想那麼多，這只是於立法時未釐清系爭罰則之保護法益為何，而因事設法之規定。此從本條犯罪之立法文字，與刑法第 131 條圖利罪之內容極度相似可推知。然而，縱使立法模式乃參考圖利罪之規定，亦不得直接斷言本罪乃保護公務員執行職務之公正性，並將本罪主體認作公務員，而仍須從系爭行為所侵害的內容與方向去作判定。

是以本罪中「因而獲得利益」之結果規定，其意涵為何，以及是否與市場競爭秩序機能具有關聯性，即有所疑義。一般而言，條文中之具體結果規定，應具有表彰法益實質侵害或侵害可能性之本質，然而，若認本罪之保護法益為「市場競爭秩序之機能」的話，則以行為人「因而獲得利益」來作為結果規定，即會有些怪異。可能的解釋為，若系爭行為人未獲得任何利益，則其依專業所為之決定應給予彈性空間，不得濫用刑罰處之；然而，除了在本罪條文中已有要求不法得

利意圖之規定外，若於客觀上發生事後因情事變更而使行為人無法實際獲利之情形，則僅得對其論以未遂罪似亦有不足之處，因此時本法罰則所欲保護之法益，早已被行為人之綁標行為所侵害，不會因行為人是否有獲利結果而有所不同。在未修法將本罪修正為舉動犯，或是替以其他表彰法益侵害之具體結果前，對於「因而獲得利益」此結果與市場競爭機制之關聯，或許僅能從大眾信賴為解釋，亦即，要使公平、自由之競爭發揮機能，需要有一套足以令人信服的作業流程及標準，而當此流程的某個環節是可以利用財物等收買來發生錯誤的話，則會使嚐到甜頭的廠商怠於經營努力、不思技術改進，而未得利之廠商則會趨之若鶩地仿效此法，最後終致整個競爭制度喪失機能而市場萎縮。

此外，於 2002 年修法時，本罪之受託主體增列了「審查」、「監造」之人員，且把「招標規範」除去，而將不當限制之對象範圍擴及於「履約階段」。然而，此修正從本法罰則之保護法益來看是否妥適，非無疑義。招標之目的乃在於實現競爭性，亦即使多數廠商在不知對手出價情形下，競相提出其交易條件，以供招標機關選擇，而一般所稱之綁標行為，即是直接地扼殺了此一競爭機制而使競爭不公平⁴²⁹。然而，在有廠商得標後，即是訂約履約階段之問題，此時作為競爭機制核心的招標作業已告完成，競爭亦已有了結果，故在此階段為違法之審查、放水等，其所侵害者主要已非市場競爭機制。此時可能乃行為人與採購機關間之民事契約問題（對施作及監造廠商），或是行政罰等措施發揮作用之際，於刑罰方面所涉及者，亦應是如背信罪等欲處理之範疇。是以該次修法將綁標行為之範圍擴及於「履約階段」，並非妥適，似有再次研議修正之必要。

最後，乃是於刑度比較方面的問題。由於立法者制定本罪時，似除了條文形式參考圖利罪外，連刑度皆與刑法第 131 條圖利罪相同⁴³⁰，此可能乃因當時立法者認為本罪屬公務員圖利罪之具體類型。然而，若真認定乃公務員圖利罪之具體類型的話，恐怕並無實益，至多僅能認乃貪污治罪條例之減輕規定，但再如何地減輕，其刑度仍僅是回歸到普通刑法典之圖利罪規定而已，且罰金還較普通圖利罪高。此外無法說明的是，為何委託公務員以綁標手法圖利時，其違法可罰性會

⁴²⁹ 唐國盛，前揭註 14，頁 314。

⁴³⁰ 一年以上七年以下有期徒刑。此外，若從特別刑法之貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款的五年以上有期徒刑來看的話，則為減輕規定。

例外地較輕微，而得處以較低刑度？

若將本罪定位為本文所認之保護法益的話，則本罪主體並非公務員、且系爭行為所侵害者亦非如同瀆職罪章所欲保護之法益，而是與本法罰則其他犯罪類型相同，皆欲維護市場競爭機制。是以，由於本罪並未嚴重介入他人意思形成過程，而乃是從程序上破壞競爭機制之公平性，是以其違法性與圍標行為之基礎類型，即本法第 87 條第 4 項之合意圍標罪，以及以洩密之方式破壞競爭機制之公平性，即本法第 89 條之洩漏採購祕密罪相同，而應將本罪刑度下降至五年以下有期徒刑之程度，似較為妥適。

第三項 洩密行為犯罪類型

本條乃規制行為人洩漏或交付關於採購應祕密事物而獲利之行為，然而本罪之主體與前條綁標行為相較下，二者皆限定於受採購機關委託為勞務之人，但本罪少了受託審查或監造者，此可能乃因該等人員與預知規劃、設計內容無涉，其工作內容上的祕密，與之後參與建造標之廠商間的自由公平競爭機制較無相關，故縱其洩漏所負責事務內容，亦不會同其他人員洩密一樣，產生如同綁標行為從程序上實質阻礙公平競爭、侵害競爭機制之情形。此外，採購機關須委託私人辦理規劃、設計、專案管理或代辦採購之案子，往往乃係涉及巨大數額之採購交易，故系爭受託人若圖私人不法利益，而藉由職務之便洩漏其所「規劃、設計內容及文件」相關訊息，即會造成特定人士之不當利得，而嚴重侵害政府採購市場交易競爭之公平性⁴³¹。

其次，則是所謂採購上「應祕密」之範疇為何，以及該等祕密的本質如何定性之問題。於政府採購法第 34 條中規定了機關之保密義務，分別是辦理招標公告前，對於招標文件應予保密；開標前，應就底價及其他涉及競爭事項予以保密；決標前，原則上就底價仍應為保密。從此可看出，政府採購法要求辦理採購之相關人員所應保密之事項，幾乎皆位於招標流程的競爭機制中，故在解釋本罪所稱之「關於採購應祕密事項」範圍時，亦應從本文所認之保護法益出發，亦即該等祕密之洩漏交付，須係有害於市場競爭機制的運作施行，始為該當。然而對於本

⁴³¹ 唐國盛，前揭註 14，頁 316。

罪之範圍，除了本法第 34 條應保密事項以及其他法令另有規定外，對於委託採購機關與受託或代辦業務廠商，於契約中所約定應保密事項是否包括在內，學說上容有疑義。或有採肯定說，認為只要是法令及約定上明確須保密之事項，皆屬本罪之範疇⁴³²；然亦有認為，該等契約乃私法契約，縱使違反亦僅屬債務不履行之範圍，而與刑事責任無關⁴³³。然若從保護法益切入去解釋，則針對此一問題採肯否說並無實益，無論是法令上所列舉，或是契約上所約定之應保密事項，所須觀者僅為系爭保密事項之洩漏交付，是否會損及市場競爭機制的運作，若為肯定則可能該當本罪。此在形式上雖偏向肯定說，但是在實際面上其實更似否定說，因為就競爭機制有關的祕密保護內容，多已規定於本法第 34 條及相關法令之中。

綜上所述，若從保護法益角度出發，則對於本罪主體及應祕密範圍的實務具體運用上，即可能有解釋之空間。於主體部份，例如 A 機關將某工程委託 B 建築師事務所設計，而 B 再將其中有關工程雜項設計、規劃、製作工程預算等業務，委由被告所屬之 C 公司承辦，C 於接受該業務一陣子後，始將系爭業務交由當時剛回國之被告承辦，而被告嗣後將其業務中所製之「預算書」，交付予其他廠商。在本案例中實務認為，由於被告非直接受採購機關委託之人，其即非本罪主體而無本罪之適用可言⁴³⁴；然而本文以為，本案被告乃係分包承辦系爭設計案一部分之人，其對於所負責之業務內容，若係涉及競爭機制運作之祕密而仍洩漏交付出去，則仍可能該當本罪，亦即本罪「受機關委託.....之人員」並不限於「直接受機關委託之人」，而應將分包出去的承辦者亦認可為本罪之主體，始不會讓本罪法益之保護有未竟之處。其次，於應祕密範圍部份，實務上最常產生爭議者，即「預算書」是否該當本罪之事項。例如 A 公司得標某政府工程的規劃設計監造案，並提出預算書圖後，將預算價格洩漏、交付予之後可能投標建造案之 B 公司。在本案例中，有實務認為預算書圖中之預算價格，即係本罪所謂之「應祕密事項」，被告提出預算書圖予機關後，其中之預算價格仍係被告與機關間所應保密的事項⁴³⁵；然而本文以為，自本法第 27 條之規定以觀，有關政府機關採購案件之預算及預計金額，依法得於招標公告中公開，是以該等資料是否為本罪所定之應祕密

⁴³² 潘秀菊，前揭註 11，頁 291。

⁴³³ 尹章華等，前揭註 65，頁 254。

⁴³⁴ 詳參台灣高等法院 90 年上訴字第 3609 號刑事判決。

⁴³⁵ 詳參台灣高等法院 97 年上訴字第 1291 號刑事判決。

文書，非無疑義。再者從保護法益以觀，預算書圖之製作，本即為參考價值，採購機關在建造案中所定之底價，會較此數額高或低並不一定，是以並不具有明確之公信且乃原即可公開之項目。故若僅將此數額洩漏，因未嚴重影響市場競爭機制，而不應認屬本罪中應祕密之事項。

在理論架構上，關於本罪祕密之本質亦值得加以確認。我國刑典中，有關洩漏祕密之犯罪，在國家法益部份，有洩漏國防祕密及國防以外祕密罪；在個人法益部份，則有妨害祕密罪章以及營業祕密法等特別刑法之規定。然而，於本罪中「關於採購應祕密之事項」，若側重在其競爭機制的維護性質上，則係屬社會法益祕密之色彩較重，此於將本罪與刑法第 132 條第 3 項非公務員洩漏國防以外祕密罪（下稱系爭犯罪）為區別時，在解釋上會有實益。承前所述，本罪主體並非公務員，故於其洩漏交付因業務所知悉或持有之採購祕密時，會有是否該當刑法第 132 條第 3 項之疑慮。所謂「國防以外祕密」，實務上認為，舉凡與國家政務或事務上具有利害影響者，皆可能符合，並非以有明文規定為唯一審認標準⁴³⁶，是以政府採購雖非國家高權任務，但仍不可否認其屬國家事務之性質，故洩漏政府採購事務上之祕密，仍有該當系爭犯罪之可能。然而，從刑度上來看，本罪乃五年以下有期徒刑、系爭犯罪則是一年以下有期徒刑，其間之差別不可謂不大。造成此種刑度差距之原因，或可從二者間祕密之範圍與性質，以及本罪條文規定形式來觀察：所謂「國防以外祕密」，若從實務之解釋來看，其範疇可能包山包海，影響層面亦可大可小，亦即在公務系統的任何面，皆可能有「應祕密」之層面，但對其之洩漏並不一定皆會造成重大影響，是以對於此種未造成更進一步具體危害的祕密洩漏刑度較輕微；然而，本罪從條文內容來看，除了尚要求圖利意圖外，所洩漏之祕密乃涉及市場競爭機制是否得正常運作而舉足輕重，此種社會制度中具體祕密之保護，與該制度機能之發揮有所牽連，是以本罪行為於客觀違法性上，與圍標、綁標等行為無異，而較單純洩漏國防以外之國家祕密為重⁴³⁷。

⁴³⁶ 詳參最高法院 57 年台上字第 946 號刑事判決。

⁴³⁷ 本文對於國家祕密的獨立保護性，基本上亦是採取較為否定之態度。現代民主國家既以人民為主，則在國家事務上大部分其實亦應以公開、透明作為準則，國家會有需要保護之祕密，亦須觀該等祕密與真正欲保護的目的間之關聯性，例如國家安全與存立、司法獨立性等等，原則上應否定將國家祕密當作獨立的保護利益之取向。

在本罪之討論上其實亦是如此，綜觀我國所有刑事規定，並無特別保護社會法益下的祕密規

是以在罪數競合上，當本罪受託之行為人洩漏採購上無涉競爭機制之祕密時，可能該當刑法第 132 條第 3 項之犯罪，而當行為人所洩漏之祕密與市場競爭機制有關時，則想像競合從一重而成立本罪。此外，公務員持圖意圖而為本罪行為時，則可能該當瀆職罪章或特別刑法之犯罪，若未具該等意圖，則亦有可能成立刑法第 132 條第 1 項之犯罪。

第四項 強制行為犯罪類型

無論是本法第 90 條的強制決定罪或第 91 條的強制洩密罪，其立法理由皆乃係鑒於機關人員於辦理採購之過程，遭遇不法人士恐嚇、施暴之情形，有逐漸增多之趨勢，故訂立二條而使採購人員在執行公務之過程中，能多一層人身保障。然而，姑不論採購相關人員的生命身體是否特別嬌貴，而得在刑法原有的生命身體法益罪章、自由法益罪章、及妨害公務罪章外，另外訂立一年以上七年以下以及五年以下的刑度保護之，就採購人員常遭不法人士恐嚇施暴之問題，實因從政策體制上減少誘因，例如制度上不讓單獨幾個採購決策者得為決定、決策流程公開透明、完善的監督機制、司法檢調制度的組織配合，以及執法上的完善落實著手，而非因事設法另外訂立有疊床架屋之慮的重刑來因應。否則是否只要相關政府業務在社會某段時期有受威脅之虞，即可立法保護執行該等職務之人員的生命身體安全？此外，從本二條之規定形式來看，頗有將「形成共犯⁴³⁸危險」之行為人入罪化的意味存在，然而，不論是刑度設計的比較（明文化的共犯其刑度與正犯⁴³⁹相當？），或是立法的妥適性（可以因事設法而將本應由刑總處理的問題特別成文化嗎？如此一來是否亦可訂立「強制登載不實」、「強制枉法裁判」等獨立犯罪？）上來看，皆有疑義。本文以為，基本上還是要看系爭規定所規制之行為，對於欲保護法益間之關聯性及緊密度來作確認，似較妥適。

從此二犯罪之條文規定以觀，乃是採取意圖行為犯之形式，亦即不以客觀上行為人所強制之目的果真實現為必要，行為人如持系爭意圖而已施行強制行為，

定，是以本文雖將本罪之祕密定性成社會法益中之祕密，但其仍須與社會制度的運行有密切關聯，亦即單純社會祕密本身，並不足以作為刑事上保護之法益。

⁴³⁸ 若從通說之見解，則以「間接正犯明文化」作為概念，會更容易理解。不過本文並不採間接正犯之概念，故仍以二者間可能形成共犯來為說明。

⁴³⁹ 當然，受強制之採購人員可能並不成罪，但其行為之違法性仍會連帶給強制行為人。這裡為容易理解，始稱受強制而可能實施綁標洩密行為者為正犯。

犯罪即成立。此外，行為人若已採取行動而尚未及於強暴或脅迫對象者，則為本罪之未遂，亦得處罰之。然而，系爭行為縱使達到強暴脅迫之程度，其與市場競爭機制受侵害之結果間，尚有段距離，因為受強制人並不一定會確實地真為非法決定或洩密等行為，若再對於此種犯罪設立未遂規定，則該等行為之危險性與保護法益間之關聯，似即過於淡薄而不應以刑罰處理。再者，有認從條文形式以觀，犯本罪之行為，並不限定在招標階段以前，即便在履約階段亦可能發生⁴⁴⁰。然而本文以為，從法益保護有效性的觀點來看，強制履約階段之採購人員為非法決定或洩密，大多已與市場競爭機制無涉，故原則上本罪行為時點，仍應限於招標階段，且該等決定與祕密尚須與競爭機制有所關聯。在行為客體方面，本二條犯罪之強制對象，並不限於本法第 88、89 條主體的受機關委託之採購相關人員，而規定擴及於機關之採購相關人員，此係因無論強制受託或非受託之採購人員，皆有侵害競爭秩序機制之可能，只是就機關採購人員的相關行為，乃是由瀆職等相關規定處理，而不再於本法中另為規定，前已述及。

此外，從立法理由及保護法益來看，本二條犯罪或可認乃維護自由法益加上市場競爭機制的實質結合犯。然而，學說上對於實質結合犯的立法模式仍有所疑義⁴⁴¹，亦即，若將本二條犯罪和一般行為人犯多數犯罪的評價方式作對照，前者顯然是捨棄了刑法上的競合規則，而另為重刑之規定，然其在刑法理論上並無任何可被接受的正當性理由存在，是以此種不公平的立法評價模式存在有法理上之嚴重問題。再者，縱使競爭機制脆弱且不容挑戰，但對於所有可能侵害其之遙遠前階行為，是否皆得以刑罰予以規制，於刑法謙抑性的角度來看似亦有待商榷。退萬步言，即便肯認此種立法模式，然本二條犯罪在刑度訂立上亦有值得檢討之處。無論是強制決定或是強制洩密罪，其與一般所謂「廠商對廠商」之圍標行為不同，乃係「廠商對採購相關人員」之犯罪類型，亦即其並非於實體面上侵害競爭原理，而是企圖影響競爭原理於程序面上的公平性。然而，從刑度上來看，第 90 條之「強制決定罪」乃一年以上七年以下有期徒刑，但縱使其乃強制採購相關人員為綁標等侵害公平競爭之行為，由於本罪並未有被強制者已著手實施等具體危險結果之規定，是以刑度上將其與第 88 條綁標行為等同視之，似有所不妥；

⁴⁴⁰ 蕭華強，前揭註 425，頁 165。

⁴⁴¹ 黃榮堅（2008），〈強盜罪概念的重構〉，收於：林山田教授紀念論文集編輯委員會（編），《刑與思—林山田教授紀念論文集》，頁 295，台北：元照。

其次，第 91 條之「強制洩密罪」亦有同樣之問題，其刑度乃五年以下有期徒刑，且亦未有具體危險結果等規定，卻不問系爭行為對於法益侵害之危險程度，而將本罪強制洩密行為之違法性與第 89 條採購人員洩密罪等同視之，在立法修正上，似應將本二條犯罪之刑度下修適用，較為妥適。



第五章 結論

第一節 本文總結



政府採購法從其功能上來看，不可諱言地乃是道道地地的一套行政用法律，其就政府機關等之採購行為做了提綱挈領的方向與原則。不過在本法中，尚有對於政府採購所為之干擾行為的刑事罰則規制，若不深入地去探究，即可能會認為系爭刑事規定之目的，亦係與整套政府採購法的廣泛目標相同，皆為保護政府採購所可能花費之預算即國家財產，或是確保採購標的之品質不會造成國家運作之不便及危害，甚而將整個採購流程之運作視作公務執行而概略地維護其運作順暢性，亦即定位成國家法益保護的解釋取向。然而，縱使認為政府採購事務本身有濃厚的國家色彩存在，而有值得加以保護其執行過程之必要，但從本法罰則條文規定的形式及內容以觀，雖與該等利益有所牽連，惟仍難以認定乃係直接保護上述利益，而似有更具體實質內涵所欲保護的價值存在，此從刑度比較上亦可推知。

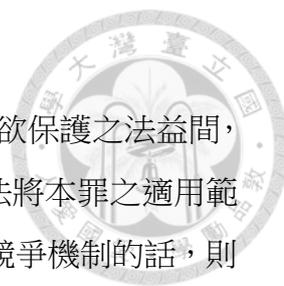
於此思考下，本文首先從政府採購法立法前之實務法理問題，以及立法前的國際經濟脈動出發，理解到在新自由主義的全球化發展下，我國為加入國際性經濟組織所不得不然的立法動機。此外，在立法架構上，亦係參考注重政府採購中如何確保公平自由競爭的政府採購協定，此種將政府採購之相關規定與競爭法制牽連起來的立法模式，乃是近來歐洲國家的主要思考路徑。是以在系爭政府採購規定中，所首要保護的，恐怕亦非屬於國家法益層次的「國家資源財產」以及「國家執行事務的順暢性」，此從本法系爭刑事規定與此二種利益間之牽連性亦可觀出。

故本文進而認為，這個隱藏在「保護國家法益假象下」的價值實體，應從社會經濟制度下的「競爭秩序」來為思考。在政府採購的程序中，除了內部的稽察監督外，尚引進了外部市場監督，此即體現在政府採購之公開招標制度中。而此種招標制度，即係令潛在與顯在的參與者，在程序上得受公平相等之對待，在實體上得自由基於己意提出條件而參加競標。是以就「綁標」、「洩密」等不公平之行為，以及「圍標」等介入參標者自由意志形成之行為，即有必要加以規制。縱使系爭規定規制之結果，可能間接有反射利益至國家上，恐亦非本法刑事罰則所

主要欲確保的。

是以系爭規定最重要的目標，乃是維護「市場競爭秩序」的存續，然而對於此種秩序的實質內涵為何，仍必須更進一步地加以界定，否則即有成為將該等秩序作為上位規範價值，並將違反該秩序遊戲規則之行為，一律論以刑罰之危險性。本文於此從「產業組織經濟學」的角度切入，認為一般產業市場應得分為「市場結構」、「市場行動」、以及「市場成果」，而人為法律雖然無法介入自然形成「進入障礙」的市場結構中，然得對於一定「構造」之市場中，基於廠商間彼此的反應或臆測，而可能會產生影響市場「成果」的「行動」，予以規制。就系爭行動是否有影響市場成果，則得從企業間是否有達最適規模之可能、平均利潤率的水準、是否有慢性設備過剩情形、是否會致使企業怠於經營努力、相關產業之技術開發與進步是否會有所停滯等等方面為指標來判斷。在確保市場成果不受嚴重影響的情況下，始得認競爭機制達到其有效性，此即「市場競爭秩序之機能」。故在認為政府採購法刑事罰則條文之保護法益，並非廣泛地保護國家執行事務或資源的利益，而應僅是維持市場競爭機制之有效性的情況下，回頭來審視本法系爭罰則規定所產生之實務問題，即會有不同之解釋方向。

於圍標行為犯罪類型之部份，就與招標程序無關的「廠商得標後強制其放棄、轉分包」之強制圍標行為，由於與競爭侵害間之關係薄弱，故在立法論上應予以刪去，修法前的限縮解釋應限於「針對規劃、設計之勞務委任採購」標案上，應對於此種標案的強制轉包，可能會致其後之建造標案競爭程序上的不公平。此外，在詐術圍標之情形，除了其結果之解釋應切合競爭的侵害外，對於其刑度與同條項之犯罪比較後，亦有稍作修正之必要。再者，關於合意圍標之情形，應其實際上介入參標廠商之意思形成過程並非十分嚴重，是以學說上容有一律除罪化的聲浪，惟本文以為，改變意思思考的走向亦得認係介入的一種，更重要的是，該等行為對於市場成果的影響及競爭機制的侵害，有時亦不可謂不大，故應要求的是，如何從「市場競爭秩序之機能」去切入，進而限縮此項犯罪之成立態樣。而關於借牌投標之情形，其違法性應該限定在行為人不思經營努力及藉由競爭來獲取投標資格，以走偏門的方式投標有違公平競爭之規則，而非將「陪標」等行為皆一併納入本項犯罪行為態樣中。然而，縱使如此，單純借牌行為是否有嚴重到侵害市場競爭之機能，是有疑義的，立法論上恐怕仍係將其除罪，改純由行政規制為



佳。

於綁標行為犯罪類型之部份，除了條文中之得利結果，與所欲保護之法益間，並不具有強烈之關聯性，立法論上應予以修正外，2002 年修法將本罪之適用範圍擴及於「履約階段」亦有所不妥，若認系爭規定所保護者為競爭機制的話，則對於競爭結果已出爐而非招標階段行為的規制，似皆難認有保護本法刑事保護法益之有效性，而應交由其他法律中之既有規定處理。此外，本罪主體限於受託辦理採購相關事務之人，由於其對於最終決定之影響乃間接而非直接，故尚難認其乃委託公務員，是以本罪之違法性應純係針對該行為侵害競爭機制而言。然而，從刑度上來看，本罪行為未介入參標者意思形成過程，且對於市場成果之侵害亦屬於危害性質，故與合意圍標、詐欺圍標等罪相較下，刑度似有下修之必要。

於洩密及強制行為之部份，前者規定中之「應祕密」範圍，應切合競爭機制之保護來為解釋，亦即對於競爭尚未有具體實質侵害之祕密洩漏，如預算書等之流出，似仍不得該當本罪之客體範圍；後者則有疊床架屋，以及將共犯名文化之疑慮，將其作為更前階段的行為規制規定是否有其必要，容有疑義。此外在刑度上，強制洩密罪與洩漏採購祕密罪完全相同，然而，前者乃較為前階之行為，且系爭條文亦未有具體結果呈現，僅將相關規定置於主觀意圖內容中，似非妥適而有修正之必要。

總結來說，本文對於向來認為刑法萬能的思考方向是存疑的，同樣地，若認為政府採購法的刑事罰則中之規定，應涵蓋所有與採購面有關的黑暗面事物的話，未免也打擊過廣，我們無法要求一個以規範採購制度為主的法律，能在其刑事規定中，達到直接防止國家財產減損及採購品質保證等之多層面效果。與其治亂世用重典，不如好好地檢討執法效能以及相關社會政策與措施的完整性，恐較屬上策。回頭來說，究竟本法想要達到的真正「競爭」有何意義？其實即是欲維持各項產業生態的多樣性以及反抗可能性。亦即保持台灣中小企業為主的競爭制度、環境，雖在某些方面可能有較大企業存在之必要，但防免超大型壟斷性企業之產生，與競爭維持的意義上可說互為表裡。壟斷勢力、一家獨大、鉅型企業對人類社會所會產生的危害，已不僅是經濟上而已的了，尚可能會牽扯到政治、甚至人民的健康安全上。例如即曾有跨國企業的大老闆，對於爭取民主法治精神的社會

運動，作過「民主不能當飯吃」的言論⁴⁴²，此可能即係因為於事業上的企圖過於旺盛，而抱持什麼都想拿下、擁有的心態，卻發現自己僅具有經濟獨占能力時，即會轉向政治權力，而遺憾的是，此種奧援尋求通常亦是投向獨裁權力懷抱，並藉由獨斷性政治等多方力量，來繼續維持及擴張其經濟上的壟斷力，最終遭殃的，當然是這兩種力量都不具備的一般人民。是以如本文前開所介紹過的「秩序自由主義思想」即認為，經濟自由與政治自由乃係相輔相成的，民主制度固然有其問題性存在，但是以民主政治為主的國家，較能提供穩定的經濟環境，以及較能保障個人財產權。此外，民主公之穩定的經濟發展而非暴起暴落的經濟成長，才會帶給本地人或外資對於發展之信賴，並進而始可能成為受歡迎的投資環境。更重要的是，民主法治國家會更加注重以民為主的社會建設以及人民福利，在此基礎上的經濟發展，始可能永續並源遠流長。另一方面，經濟壟斷的情形亦可能危害人們健康安危，此從 2014 年 9 月間，於我國爆發的「餿水油事件」即可得知，佔有大部分市場份額的上游製油公司一出包，全國各地的相關食品品項幾乎無一倖免，若是存在多數競爭之情形下，是否此種傷害結果即可能有所削減呢？

瞭解到競爭之重要性，並確定政府採購法刑事罰則乃是以保護「自由公平市場競爭秩序之機能」為主要目的後，下節將探討政府採購實務上常發生之「借牌陪標」行為，除了問題介紹及整理實務意見外，最後並以本文見解來詮釋此爭議作為結論。

第二節 實務議題之重新分析--以「借牌陪標」為核心

確立本文對於政府採購法刑事保護法益定位之結論，以及執此等概念對本法罰則中的犯罪類型規定所為之限縮解釋後，本節將探討一個在實務上經常發生，但卻在定性其犯罪類型上有所歧異之行為概念，姑且可將其視作一種共通的行為概念類型，此即「借牌陪標」之行為。

⁴⁴² 詳見蘋果日報「郭董批學運 民主不能當飯吃」報導，<http://goo.gl/TxBPk6>（最後瀏覽日：6/30/2014）。

第一項 問題爭點與緣起

「借牌陪標」乃是政府採購實務上時常發生之情況，然而就其概念亦常生混淆，尤其是與「冒名投標」及「借牌投標」間之區別。其次，在「借牌陪標」的法條適用上，實務亦多有不同見解：或有認其屬本法修法後新增訂之第 87 條第 5 項，即是欲處理此一問題，故基於罪刑法定原則，於修法前並不處罰此一行為；亦有認屬第 87 條第 4 項之「合意圍標」類型，因此與行為人間串通影響標價之情形無異；近來實務判多認為，此種情形應屬使用詐術，而該當第 87 條第 3 項之「詐術圍標」類型。

所謂「借牌陪標」，乃指行為人拉攏無競標意願卻符合資格之廠商參與投標，藉由虛增投標家數，而在形式上製造出確有三家公司以上廠商參與競標之假象，以達到政府採購法所要求之基本參標廠商數規定。從此型態所衍生之類型即所謂「冒名陪標」，亦即行為人未經同意而偽造其他符合投標資格廠商之印章、印文、私文書，並進一步冒用該等廠商之名義投標，以達本法基本參標廠商數之要求。其間之區別在於，有無經過被使用名義之廠商同意，進而確認可否處罰名義者，若系爭名義廠商有同意陪標，則拉攏者及陪標者皆該當「借牌陪標」所屬之犯罪；若無，則僅冒用者成立。

此外，從「是否冒名使用」及「使用來『投』標或『陪』標」以觀，可區分成四種類型，即「冒名投標」、「冒名陪標」、「借名投標」、「借名陪標」。其中關於「借名投標」，乃指行為人本身無投標資格，而借用符合條件廠商之名義進行競標，此種情形乃本法第 87 條第 5 項之典型，前已述及，應無疑義。其次，關於「冒名投標」，則是「借名投標」之衍生類型，不同處在於其並未經過名義者同意，故該名義者不該當第 87 條第 5 項後段（未「容許」），然而，對於冒名人之行為是否該當該條項前段之「借用」，容有爭議，實務上雖然有認亦應該當之見解，惟承本文前章所述，此可能過度解釋條文範圍，且會形成該條項前後意旨不一致之情形。必須承認的是，本文如此之解釋方向，可能會造成一般觀感上惡性較為重大之「冒名投標」行為，反而不會該當本法罰則之任何犯罪。但此乃因本文對於 5 項犯罪本即採除罪化之立場，在未修法前，對於系爭犯罪之適用範圍，當然是越加縮減越好，且其不該當本法罰則之犯罪，並不代表其即免除其他

如偽造文書等之刑責；此外，「冒名投標」此種情形，在實務運作上本即較少。試想，若無名義廠商之配合，要得到相關證件資料並通過機關審查以參與投標，已有一定難度，想再進一步得標、締約而繼續「騙」下去，在現實可行性上即可能缺乏誘因，因於公共工程實務上，招標機關事後皆會將開標結果通知參與投標的公司，冒名行為人若非僅係將該名義廠商作為陪標者，而係使該被冒名廠商得標的話，豈不是辛苦一場為人作嫁？

另外兩種「陪標」類型中，關於「冒名陪標」的性質，撇除其偽變造文書等部份，其與「借牌陪標」並無不同，亦即所需探究者乃係，對於「陪標」一事究竟該如何去評價的問題。然而，實務見解對於此種情形究屬本法第 87 條的何種圍標犯罪類型，容有歧異，下項中將整理實務上對於「陪標」問題之不同見解。

第二項 實務判決整理⁴⁴³

第一款 對於「冒名陪標」之定性

對於「冒名陪標」，即冒用符合資格之廠商名義進行投標，但不為真正競爭，而僅係為達政府採購法基本最低參標廠商限制之要求。實務上對此種行為之見解，可參考台灣高等法院 101 年上訴字第 510 號判決。本件中，被告甲為使其 A 事務所取得「桃園市長德里等 35 里監視設備購置安裝工程委外規劃設計監造案」之承攬，竟利用 B 事務所人員先前提供技師執業執照、公會會員證、技師證書及稅捐證明等文件予 A 參與私人採購案之機會，未經 B 同意，擅自使用上開文件，以 B 名義參與上開監視設備監造案之投標；另利用不知情刻印店人員偽造 B 暨其負責人乙之印章各 1 枚，再指示不知情之某員工在勞務採購報價單等相關投標文件上，接續蓋用上開偽造之 B 事務所大、小章，以偽造該等印文，進而偽造桃園市公所勞務採購報價單之私文書，以此方式假冒長誼電機名義投標。

本件判決見解認為：「……依政府採購法第 48 條第 1 項之規定，除有該條第 1 項所列 8 款情形不予開標決標外，有 3 家以上合格廠商投標，即應依招標文件所定時間開標決標。上開有 3 家以上廠商投標方得開標之規定，係欲藉廠商間相

⁴⁴³ 本章節判決中之部份人名、企業名，皆已由本文改以代稱。此外，所有刪節號、粗體、底線及字型變化，皆為本文所加。

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 家公司以上廠商參與競標之假象，係意圖使市場上競爭之狀態不復存在，使政府採購法所期待建立之競標制度無法落實，即屬以欺罔之方法致招標機關誤信競爭存在，足使開標發生不正確結果。是以冒用他人名義參與政府採購法之工程案投標，而製造該工程確有 3 家公司以上廠商參與競標之假象，使該工程承辦機關陷於錯誤，誤認該工程投標合於開標之條件因而決標，即屬政府採購法第 87 條第 3 項規定『以詐術使開標發生不正確結果』之罪。查被告為使本件監視設備監造之採購案達於 3 家以上廠商投標，冒用 B 名義參與投標；然因本件採購案已有 A、睿智開發公司、德鑑樓公司、遠東電機、晨翔公司 5 家廠商投標，雖經招標單位判定德鑑樓公司、晨翔公司資格不符，扣除被告所冒用之 B，仍已達法定最低 3 家投標廠商（即 A、睿智開發公司、遠東電機）之門檻；嗣遠東電機報價最低為 0% 經認定不合理，故決標予次低標之 A，故 B 是否參與本案投標尚對本件開標之結果不生影響，被告上開以假冒 B 之名義投標之詐術行為，並未使本件開標發生不正確之結果，自應以未遂犯論處。……另政府採購法於 91 年 2 月 6 日雖增訂第 87 條第 5 項：(略)，所稱『借用他人名義投標』，係屬該他人有同意借牌陪標之情形，此觀同條項後段對「容許他人借用本人名義參加投標」者設有相同處罰規定即明。本案被告甲未經乙同意，擅自以偽造之證件，假冒 B 參與投標，所為係屬同條第 3 項所之範疇。上訴意旨認本件屬政府採購法第 87 條第 5 項之借牌陪標，尚無可取」。

上述高院之意旨認為，所謂「冒名陪標」行為，乃係藉由偽變造等非法手段來施行詐術，並進而使招標機關陷於錯誤，誤認系爭招標案合於開標之條件因而決標，是以此種情形應該當本法第 87 條第 3 項之「詐術圍標罪」。此外，本判決亦認為，由於現實中之參標廠商數量，縱未加入行為人及其冒名者，即為已足，故行為人是否冒名廠商來陪標，對於開標結果皆不生影響，是以就行為人冒名陪標之行為，應認僅屬未遂。另一方面，從本判決評論 2002 年增訂之本條第 5 項規定來看，其似乎將本文所認之「借牌陪標」，亦即名義者有為同意而參與陪標之情形，認屬本條第 5 項之範疇，而與本案「冒名陪標」屬本條第 3 項之情形有所不同。

本文以為，此判決似有部份未竟之處。首先於未遂認定方面，本判決似乎混

淆了「開標」與「決標」之不同：「開標」乃係指依招標文件所標示的時間及地點，開啟廠商投標文件之標封，並宣布廠商之名稱或代號、家數及其他招標文件規定之事項，而如有標價亦宣布之；而「決標」則是機關決定得標者為何之程序。在開標前，採購機關不得先行開啟廠商投標文件進行審查，故於開標與決標間，通常尚有一「審標」之程序，二者間雖在實務部份情形中，可能具有時空密接性，然而究屬不同概念。本判決以除行為人及其冒名廠商外，尚有其他諸家廠商參標，進而認系爭行為所不生影響者，現實上應為「決標結果」而非「開標結果」，因為在形式上，若認冒名陪參標乃屬不正當之情形，則在開啟標封並公佈相關事項時，此不正確的結果即已產生，而非本判決所認之未遂。此外，本判決將「冒名陪標」與性質相類似的「借牌陪標」，區分成不同類型之犯罪，除有相類性質事件而為不同解釋之慮外，亦與本文將 5 項犯罪限於不具資格者借牌投標之情形有所扞格，詳於後說明。

第二款 定位為「詐術圍標」之見解

將「借牌陪標」之行為定位為製造假性競爭，進而有施用詐術之虞的見解，可說是近來實務上最有力大宗的看法。尤其是在對於第 87 條第 5 項之條文適用及解釋有所歧異的情形下，不少判決即將政府採購實務常出現的「陪標」行為，歸為本項犯罪類型。

如最高法院 100 年度台上字第 6650 號判決即認為⁴⁴⁴：「……機關依政府採購法規定辦理招標，除有政府採購法第 48 條第 1 項第 1 至 8 款所示情形不予開標決標外，有三家以上合格廠商投標，即應依招標文件所定時間開標決標，係欲藉廠商間相互競爭為國庫節省支出，惟如有陪標、虛增投標家數，形式上藉以製造出確有三家公司以上廠商參與競標之假象，係意圖使市場上競爭之狀態不復存在，使政府採購法所期待建立之競標制度無法落實，即屬以欺罔之手法致招標機關誤信競爭存在，足使開標發生不正確結果。是以借牌圍標之方式參與政府採購法之工程案投標，而製造該工程確有三家公司以上廠商參與競標之假象，使該工程承辦機關陷於錯誤，誤認該工程投標合於開標之條件因而決標，即屬政府採

⁴⁴⁴ 相同見解之判決尚有：最高法院 97 年度台上字第 6855 號、99 年度台上字第 6983 號、100 年度台上字第 3053 號判決；台灣高等法院台南分院 102 年度上訴字第 236 號判決。

購法第 87 條第 3 項規定以詐術使開標發生不正確結果之罪，至於同法條第 5 項之借牌投標罪，則僅指單純借牌之情形，而不及於『探悉與標廠商未達法定最低家數，另借牌投標充足，使原來不能開標變成可以開標、並得標』之情形」。

此外，與「冒名陪標」不同，在「借牌陪標」的情形中，關於「陪標者」之責任歸屬，實務上多認其乃與借用者形同共同正犯，而同樣該當於本項犯罪。如台灣高等法院高雄分院 99 年度上易字第 831 判決即認定：「.....查上開採購案原僅有頌○公司及北○公司具有投標意願，並未達 3 家廠商，惟因黃○舜商由莊○君、甲（本案被告）等人以雷○公司及 A 公司（本案被告）陪標，招標機關原應依政府採購法第 50 條第 1 項第 3 款規定不予投標廠商開標或投標，惟招標機關未察，並經審標結果，誤認上開採購案有 3 家廠商符合招標文件規定而予開標，並由北○公司得標，自屬使開標發生不正確結果。核被告 A 公司，因其受雇人甲執行業務犯政府採購法第 87 條第 3 項之妨害投標罪所為，應依同法第 92 條規定，科以同法第 87 條第 3 項之罰金」。惟姑不論「借牌陪標」行為是否具有刑事可罰性，縱採肯定見解，則「陪標者」是否亦應當然地一併入罪化，容後討論。

第三款 定位為「合意圍標」之見解

部份少數實務見解認為，於「借牌陪標」之情形中，要求者並非自己不具資格，而借其他廠商之牌照來投標，而乃是要求者請陪標者一同參與投標，但是因為是「陪」標，故陪標者之標價當然會較要求者來得高。此種「說好了」的情形即有如聯合行為一般，而屬合意圍標之態樣，此見解並認為不論陪標者是否本即有或無參標意願。

如最高法院 99 年度台上字第 6983 號判決即認為：「.....政府採購法第八十七條第四項之合意圍標罪，係以意圖影響決標價格或獲取不當利益，而以契約、協議或其他方式之合意，使廠商不為投標或不為價格之競爭，作為犯罪之構成要件，俗稱「搓圓仔湯」條款，固以行為人間要約、允諾給予一定之利益作為酬庸，較為常見，但不以此為必要，觀諸其構成要件中並非以「獲取不當利益」作為唯一之選項，而兼有「影響決標價格」之情形即明。細繹之，無論強烈有意得標之廠

商，為免競標過於劇烈，影響標價，而和其他廠商約定不為投標或不為價格競爭；或得標與否、可有可無之廠商，意圖藉與標之方式，獲取不當利益，而有強烈得標企圖之廠商，達成上揭約定者，均構成犯罪……」。

此外，亦有判決從修正增訂 5 項犯罪之論述著手，進而認為若該當本法第 87 條第 4 項之要件，則「借牌陪標」之行為仍非不得成立合意圍標罪，故修法前對於「借牌陪標」之行為並非不罰。從該判決意旨來推論，其應亦是認為，陪標者本身是否原有參標意願，並不影響本案合意圍標罪之成立。如台灣高等法院台中分院 96 年度上更(一)字第 97 號判決即認為：「……復按機關依據政府採購法辦理採購，不論係採限制性招標指定 2 家以上廠商比價，或採公開招標公告邀請不特定廠商投標，均係欲透過公平、公開之方式，經由市場競爭機制，以決定價格，苟係利用借牌進行圍標，各廠商間既以契約、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，當屬『聯合行為』……。又政府採購法於 91 年 2 月 6 日修正公布，……以增列條項之方式對借牌投標、陪標行為加以明確規定處罰，並非以修正該法第 87 條第 4 項條文之方式為之，雖足徵僅是『單純借牌投標、陪標』之行為，並非該法第 87 條第 4 項所規範之對象，而屬前揭修正後條文所欲處罰之範疇，自不得因被告等人自承有借牌投標、陪標行為，即遽以該法第 87 條第 4 項論之；惟如借牌與他人投標之行為有足以認定係經過一定方式（包括契約、協議等方式）之合意而認已屬互相圍標、陪標，因而認與政府採購法第 87 條第 4 項之構成要件仍該當時，則仍應有該項規定之適用。……亦即 91 年 2 月 6 日修正前，雖未就『借用他人名義或證件投標者暨容許他人借用本人名義或證件參加投標者』予以明定處罰，惟依其情形如主觀意思具有影響決標價格或獲取不當利益之意圖，客觀行為有以契約、協議或其他方式之合意為手段，使廠商不為投標或不為價格競爭者，即有可能該當於政府採購法第 87 條第 4 項之規定；至修正後將借用他人名義或證件投標者、或容許他人借用本人名義或證件參加投標者，明定其處罰方式、罰則之刑度，以與修正前之涵蓋處罰規定予以區分，就此並非修正前規定無處罰明文，而即得謂修正前對於一切借用他人名義或證件參加投標、或容許他人借用本人名義或證件參加投標者均不應予以處罰……」。

然而，實務上多數見解仍係認為，既稱「陪」標，則陪標者本應即無參與競

標之意願，然本法第 87 條 4 項之合意圍標罪，其前提乃係參與協議者皆為原有意願參與競標之廠商，故對於「借牌陪標」之情形，自不得論以本條之犯罪。資以新近之最高法院 103 年度台上字第 2473 號判決作為代表：「.....另政府採購法第八十七條第四項之合意圍標罪，係以意圖影響決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，為犯罪之構成要件，即為俗稱「搓圓仔湯」條款。係指行為人係以上開方法，使「**原有意願參與競標**」之廠商，不為投標或價格上之競爭，與依原判決認定之事實，祥裕等三家公司，原並無投標之意願及真意，而單純出借公司牌照，供葉冠億之偉承公司得以符合三家廠商競標之形式而為陪標之情形自不相同。上訴意旨指原判決認定葉冠億向上開公司借牌陪標，係與上開「搓圓仔湯」條款混淆而矛盾，自有誤會.....」。

第四款 定位為「借牌參標」之見解

實務上有一部份見解認為，2002 年修訂政府採購法所增列之第 87 條第 5 項，即是欲處理「借牌陪標」之問題，故在修法後針對此議題，當然地適用該條項。然而，持此見解者對於本條項之適用主體，非如本文前述限於無投標資格者，亦即其對「借」之定義，即非僅借來予己使用，尚擴張包括「借」其他廠商來一同參與投標之情形。是以無論行為人本身有無投標資格、其借牌係為投標抑或陪標，皆一律適用本罪。

例如台灣高等法院 100 年度上易字第 1682 號判決即認為：「.....政府採購法第八十七條第五項規定（略），觀以條文規定，並未將借用他人名義或證件之行為主體限於無投標資格或證件者，且若有投標資格或證件者，除自行參與投標外，復借用他人名義投標以陪標之行為，亦係製造競爭投標之假象，致政府採購法比價制度無法落實，亦應為上揭條文前段所欲處罰者.....第八十七條第五項前段之文義，對於『借用他人名義或證件投標者』之身分，並未就『本即具有投標資格者』部分排除處罰。又就該條項全部規定而論，亦無排除『本即具有投標資格者，除本身參與投標外，並借用他人名義或證件參加投標』之情形可言。是就『本即具有投標資格者』自本條項規定之『借用他人名義或證件投標者』之身分中予以排除之解釋，顯逾越文義解釋之範疇。另如由不具投標真意之『陪標』名義者得

標，主辦採購之政府機關將與該『陪標』名義者簽訂採購契約，惟實際履行契約者卻非該『陪標』名義者，此時即產生簽約名義者與實際履約者不一致，責任歸屬不確定等情形，多茲困擾。且若認此條項將『本即具有投標資格者』部分排除，顯又因實務見解，滋生另一法律漏洞，凡此均非政府採購法增訂此條項之真意」。

在這樣的認定下，借牌者與陪標者只要一起為投標行為，即該當本罪既遂，而非如將「借牌陪標」認定為「詐術圍標」之見解一般，尚須判斷是否有「使開標發生不正確」之結果。如台中地方法院 91 年度訴字第 2886 號判決 即認為：「.....公訴人另以被告甲○○因擔慮投標家數不足而流標，另行萌生意圖影響採購結果之犯意，復向徐源鴻借用寶璽公司之名義、證件以投標改善工程，而徐源鴻亦容許而提供寶璽公司之公司執照、營利事業登記資料影本與公司大、小印章予甲○○作為投標該本工程案之使用，認被告甲○○意圖影響採購結果，而向徐源鴻借用寶璽公司之名義、證件投標本工程部分之所為，雖有涉犯政府採購法第八十七條第五項前段規定之嫌；但同條第六項規定：(略)，亦即同條第五項之『未遂犯』係在不罰之列，.....，則難令被告甲○○就此部分犯行負何種罪責，復因此部分犯行與前開論罪科刑部分，認有方法結果之牽連犯關係，而予不另為不起訴處分云云；然按政府採購法第八十七條第五項行為之未遂，應係指行為人基於影響採購結果或獲取不當利益的意圖，而著手借用他人名義或證件投標，或容許有此意圖之他人借用本人名義或證件參加投標，但未能完成「投標」(非開標亦非得標)之行為等一切情形。故只須完成向招標機關投交標書(單)之行為，其犯行即屬既遂。本件被告甲○○所為此二行為(即違反政府採購法第八十七條第四項、第五項之行為)，雖係出於同一意圖，惟尚不能認此二行為係屬裁判上一罪之想像競合犯或目的方法、原因結果之牽連關係，此二行為如均構成犯罪，應認係數罪而非一罪，公訴人既未就此部分犯行提起公訴或聲請簡易判決處刑，應認不為本件起訴效力所及，附此敘明」。

第三項 本文評析—從保護法益思考之除罪化路徑

綜上所述，實務對於「陪標」之行為，無論是冒名為之抑或是借牌為之，多認定具有違法性，而應以刑罰規制。所不同者僅在於，系爭行為該以何種犯罪類型論處之問題。有認此種虛設廠家數量來誤導招標單位已達最低要求之行為，乃

屬「詐術」的行使，並進而導致招標單位之開標結果不正確，故應以本本法第 87 條第 3 項「詐術圍標罪」論處；亦有認找無意願投標之廠商來陪標，本身即係一合意過的聯合行為，而既稱「陪」標，則系爭陪標廠商當然就不會為價格之競爭，在可認定具有不當得利意圖時，應以第 87 條第 4 項「合意圍標罪」論處；此外，亦有從修法理由及文義推斷，認為所謂「借」牌，並不僅限於借來給未具資格的自己使用之情形，縱係找人陪標來充足法定最低投標家數，亦為「借」的一種而應包含在內。故於 2002 年修法前，因對此種行為未有明文，且從本法第 101 條第 1 項乃將第 1、2、6 款分開規定，以及修法乃是新增條項而非修正第 87 條第 3、4 項內容來看，對於系爭行為基於罪刑法定原則，應不得加以處罰，然於修正後，即得將之論處第 87 條第 5 項「借牌參標罪」。

上述實務論述就「陪標」行為，多認定其可刑罰性，有歧異者僅在於適用條項上。然而本文以為，此些見解皆未從本法罰則罪章之保護法益著手，去判定系爭行為之可刑罰性。亦即，若認乃保護「公務制度之圓滑執行運作」的話，則「陪標」此種誤導招標單位，而使其可能無法依公務流標規則運行，以達到預想中之開標結果的行為，即可能得論以刑事處罰；此外，若認乃僅保護「競爭秩序」此種規範運作的話，則當行為人不照競爭遊戲規則（不論是實質上的競爭規則抑或是人們所訂立的形式上規則）而遊走邊緣，即認有侵害競爭秩序之虞，得處以刑罰；然而，若從本文見解而認定本法罰則乃保護「市場競爭秩序之機能」的話，則系爭「陪標」行為是否得以刑罰處之，實容有疑義。

實務上針對「陪標」行為，多一致認定其已破壞政府採購程序之市場競爭機制，並造成假性競爭，而使政府建立公平競爭之採購機能形同虛設，並使承辦招標程序之公務員陷於錯誤而予以決標。然而本文以為，此種未經具體論證的推演，似稍嫌速斷。首先，於 2002 年修法前的委員會審查中，主管機關公共工程委員會的主任委員即明白指出：「此次修正在防弊方面，增列處罰三種違法行為類型：禁止假性競爭行為（例如陪標）之規定；擴大處罰圍標、綁標之適用對象及情形；借牌投標及出借者將被處罰三年以下有期徒刑」。而其所謂三種違法行為類型，若參照該次增修內容，乃為第 50 條第 1 項第 5 款、第 88 條第 1 項、第 87 條第 5 項。從各條立法理由來看，防範假性競爭之「陪標」行為者，乃係指第 50 條第 1 項第 5 款，其處理方式僅是「不予開標或決標」；而第 87 條第 5 項乃是以刑罰

處罰借牌投標及出借者之規定，不應混為一談⁴⁴⁵。部份實務判決中，對於第 87 條第 5 項之增列，亦多認乃係有感於業界借牌陋習已久，且在 921 大地震後的修復工程招標中尤其嚴重，故為規範借牌及合意出借牌照之人所增訂之處罰。當然，承前所述，對於此種「單純借牌」之行為處以刑罰的合適性，是有所疑慮的，但若從公平競爭程序上來看，似尚可勉強解釋，亦即，所謂公平競爭機制乃是大家在大致相等的條件、起跑線下為競爭，但未經努力而取得資格者，卻可以藉由「走小徑（借牌）」來跟大家站在同樣的起跑線上的話，那對於合格的競爭者們來說，還有必要努力經營、提昇管理與技術，去達到可為競爭的前提資格嗎？是以似可認此種行為在競爭原理的程序面上，有其可議之處。

然而，部份實務對於「借牌陪標」行為之違法性，卻認定較「單純借牌」還重，並多認乃「詐術圍標」之犯罪類型⁴⁴⁶。惟本文以為，縱認「借牌陪標」行為具有假性競爭之形式上外觀，而有可能違市場競爭規則，其卻不一定有侵害到市場競爭秩序之機能，此可從幾個面向來加以說明。首先，過去欲防範「陪標行為」，可能乃係因政府張貼、刊登實體招標公告等方式，不一定能普及給所有廠商即時知悉，且廠商須前往特定地點領標、投標等，可能會受到各種因素的影響而無法即時為之。故若延長招標期間或流、廢標後再行招標，則有很大機會使更多符合資格之廠商來參與競爭、促進採購效能，「陪標」行為則可能會有礙潛在可能之競爭；惟近來我國政府採購多採取電子招標公告、領標、投標，甚至對於符合條件者，尚可能藉由電腦系統主動通知，故在政府採購 e 化的現今實務上，可能的情形之一，乃是有許多人藉由電子投標，此時縱使行為人找廠商陪標，對於實質競爭亦無影響，甚至增添政府規費，另種情形，乃是有不足三家廠商投標之虞，此時可推知應沒多少人要承作，與廢標後重行招標浪費公帑及勞力時間相比，此種陪標行為或許對採購效率更為有利？惟無論如何，可確認的是，縱使陪標行為違反了市場競爭規則，但卻未嚴重影響市場成果及競爭機能。

其次，從對本法第 48 條規定之解釋來看，於公開招標的情形⁴⁴⁷，原則上當

⁴⁴⁵ 黃鈺華等，前揭註 20，頁 340。

⁴⁴⁶ 詳參最高法院 102 年度台上字第 3567 號刑事判決。

⁴⁴⁷ 由於「限制性招標」依本法第 18 條第 4 項之規定，僅須邀請兩家以上廠商比價或僅邀請一家廠商議價即可，而「選擇性招標」依本法第 21 條之規定，在辦理廠商資格審查之階段，原則上亦不要求須三家以上合格廠商投標，是以此二種招標方式均不適用本法第 48 條第 1 項「三家以上合格廠商投標」之限制，該條項未將此二種情形排除在外，應是立法疏漏。

符合該條第 1 項「達三家以上合格廠商投標」之要求時，機關即應依招標文件所定時間開、審、決標；而從該條第 2 項反面解釋以及採購實務來看，當「未達三家以上合格廠商投標」時，即不得開決標。然而，若因未滿三家而流標的話，則第二次招標除了等標期得縮短外，亦得不受前項須三家廠商投標之限制，此乃為避免採購機關因投標廠商未達三家而一再流標，無法達到真正競爭目的卻又延宕採購之時機⁴⁴⁸。是以，系爭「陪標」行為在此規定下，不但減輕了可責性，反而成為行為人多此一舉的手段。亦即，行為人在幾乎沒其他有意願之投標廠商的標案中，縱使未拉人來陪標，依第 48 條第 2 項，其於流標後第二次招標時，對於得標幾乎十拿九穩，而其之所以於第一次招標時拉人陪標，僅不過是為了畢其功於一役，減省為得標所可能多加耗費的勞力時間成本，與侵害市場競爭機能之情形，尚有所差異。

此外，從競爭原理來檢視，這種拉本無意願的人進來，並要求其不為競爭之行為，於程序上，並未影響公平性，亦即其他欲參標廠商仍受有公平競標之保障，且行為人亦未較該等廠商具有更為優勢之得標機會，縱使形式上行為人對於陪標者而言具有得標優勢，然陪標者本即非參與實質競爭之人，故對其有得標優勢並無競爭實益，進而亦未侵害市場競爭機能之本質；於實體上，由於該些陪標者本來就沒有參與競標之意志，故亦無所謂介入其競爭意思形成過程之情形發生。其實，所謂「競標」，本來就不是看陪標的廠商多即會有利，仍須觀其所給之競爭條件，而找來陪標的廠商，本來就不會給出對招標機關而言的好條件，基本上在競爭的觀點上是所謂的「雜魚」，並未影響實質競爭。是以對於此種僅係不遵守遊戲規則之「陪標」行為，至多以行政手段，例如公告不良廠商、行政罰等等措施因應即可，且反而較快又有效，並無刑罰之必要性，亦即作為事後處理機制的刑法，所保護者並不能單純是競爭規範這麼廣泛又籠統的概念。此外，從本法第 50 條規定來看，對於「陪標」行為，亦有行政上不予開、決標、撤銷決標之措施，以及民事上解除、終止契約與求償等相關規定，亦已足因應。

在回應實務判決中的條文適用上，針對第 87 條第 3 項，本文以為陪標行為並未致成「使廠商無法投標」之結果，因現實上陪標者外的其他廠商之投標意志

⁴⁴⁸ 潘秀菊，前揭註 11，頁 192。

皆未受影響；此外，就「使開標發生不正確」之結果而言，本文以為對於所謂「不正確」，應限縮解釋在「須嚴重到侵害市場競爭機能」始為之，亦即該不正確之開標結果，須有使廠商怠於經營努力、並嚴重影響市場成果及產業技術進步之可能性。此外，針對第 87 條第 4 項，由於是廠商間合意影響價格並限制競爭，故該等廠商皆須係本即有競標意願者始對市場競爭機能有所影響，此亦為多數實務見解所認同。而針對第 87 條第 5 項，本文亦認為應限於「無投標資格者單純借牌」之行為始該當，亦即此種行為若真要論其對於競爭機制上的違法性，乃係在於其越過了達到投標資格所需之競爭努力而偷吃步。惟無論如何，單純之「借牌陪標」行為與此尚有不同，原則上因系爭行為未嚴重到侵害市場競爭機能，故不應處以刑罰。退萬步言，縱使認為系爭行為具有違法性而該當「詐術圍標」，亦應區分「借牌者」與「陪標者」，對於後者無論如何都不應論以該罪。除了陪標行為有時是因人情壓力而被業界慣習所迫外，實務上亦有認為陪標者並非施以詐術或其他非法方法之人，反而有可能得認乃「被」施以其他非法方法之人，故從「詐欺圍標罪」之主體應限於「使廠商無法投標或開標發生不正確之施詐術或其他非法方法之人」來看，陪標者並無法成立該罪⁴⁴⁹。

綜上所述，就單純「借牌陪標」之行為，本文持走向除罪化的思考路徑，主要乃係因該等行為對於政府採購法刑事罰則所欲保護之法益，即「市場競爭秩序之機能」並無嚴重影響及侵害。在實務上雖然此種傾向之見解不多，但仍有可看出類似軌跡之判決，資以台灣高等法院 97 年度上易字第 2622 號判決為例：「……按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，提升採購效率與功能，確保採購品質為其立法目的，而政府機關有感於業界借牌陋習已久，為規範借牌及合意出借牌照之人，乃於九十一年二月六日修正時將政府採購法第八十七條第五項規定移列至第六項，另增訂第五項（略）。其立法理由，即在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。是關於政府採購法第八十七條第五項所欲規範處罰之對象，應是其行為具有「惡性」之「無合格參標資格廠商」而借用有合格參標廠商之借牌參標行為，藉以確保採購程序之公平性；且所謂借牌或允以借牌者，係指該允以借牌者本身初始即無意參與投標或競價之意思。亦即，該人之主觀意思在允以借牌之前、之後均為無意

⁴⁴⁹ 詳參台灣高等法院台中分院 96 年度上更（一）字第 97 號刑事判決。

投標競價，其並未因允以借牌而使得主觀意思產生變化。.....政府採購法並無一般廠商及其關係企業不得同時參與投標規定之限制，而現代分工精密之商業經濟活動，每多垂直或水平整合之各廠商共同經營同一或類似之營業內容，以求更具效率之運作並創造各企業廠商間之最大利潤，故於同一投標採購案，為求集團間或上下游廠商間均能獲取商業利益，自得以各自之名義參與投標以獲得最大之得標機會。查百吉定公司、富暘公司均屬具有系爭招標案相關營業內容之廠商，已如前述，且該二家公司於參與投標前、後，亦有實際營業之情，.....足見百吉定公司、富暘公司並非屬「空殼廠商」。是縱使百吉定公司、富暘公司有前述密切之關係，惟如經營公司之乙○○、甲○○均有參與系爭招標案之意願，自仍得同時參與投標。.....乙○○、甲○○固以渠等所經營之百吉定公司、富暘公司名義參與系爭招標案，惟該招標案既採公開招標方式，若有其他廠商參與投標，是否能得標尚須視其他廠商投標之金額決定。查系爭招標案除百吉定公司、富暘公司外，另有聖堡宏開發股份有限公司（下稱聖堡宏公司）參與投標，.....系爭招標案既確有除百吉定公司、富暘公司以外之聖堡宏公司參與投標，復查無何其他確切證據可資證明聖堡宏公司與乙○○、甲○○經營之百吉定公司、富暘公司間有何關於系爭招標案之協議或關聯性存在，則乙○○縱借得甲○○所經營之富暘公司陪標，亦難保證必能順利標得系爭招標案，顯無由達到公訴意旨所認之「圍標」結果。況政府採購法第四十八條第二項規定，第一次開標，因未滿三家而流標者，第二次招標不受三家廠商之限制。準此，若系爭招標案第一次投標不符三家以上合格廠商投標之條件，乙○○設立之百吉定公司於第二次投標時，除有不予開標決標之例外情形，即使僅百吉定公司一家廠商投標，亦可得標，故乙○○實無何借用富暘公司名義投標之動機及實益」。

修法轉向及見解的變更，本非得一蹴可幾之事。然刑罰本身即有其侷限性，作為事後處理機制的刑事法之手段，其須時常保有謙抑性與反省性的本質，若將刑法視為萬靈丹，最終恐怕僅會淪為統治者的工具。是以針對沒有刑罰必要性及有效性之行為，若僅從「治亂世用重典」、「一上刑天下無難事」的思考去處理，恐怕最終亦無法解決問題。而對於身為特別刑法的政府採購法罰則來說，若未釐清所真正欲保護之目標為何的話，則易落於因事設法而喪失刑罰的限縮性，是以無論是在本法罰則條文之適用解釋，或是政府採購實務上常發生的「陪標」問題，

皆應持此概念去面對，始為正道。



參考文獻



壹、國內文獻

(按作者姓名筆劃排列、譯者按作者姓氏字母順序排列)

一、專書(含書之篇章)

- 于宗先、王金利(2003)。《一隻看得見的手：政府在經濟發展過程中的角色》，臺北：聯經。
- 尹章華、邱奕澄、倪文興(2006)。《政府採購法實務與運用》。臺北：文笙。
- 史明口述史訪談小組(2013)。《史明口述史(一)——穿越紅潮》。臺北：行人文化實驗室。
- 行政院公共工程委員會(1999)。《政府採購法相關資料彙編》，三版。
- 吳志光(2007)。《行政法》，修訂二版。臺北：新學林。
- 吳庚(2007)。《行政法之理論與實用》，十版。臺北：元照。
- 吳惠林(2002)。〈臺灣自由經濟之路〉，收於：吳惠林(編)，《芝加哥經濟學派、奧國學派、古典學派與經濟思潮》，頁。臺北：華泰文化。
- 李建良(2013)。《行政法基本十講》，四版。臺北：元照。
- 李震山(2003)。《行政法導論》。臺北：三民書局。
- 周添城(1991)。《台灣產業組織論》。臺北：二十一世紀基金會。
- 林山田(1995)。《刑法特論(上)》，再修訂五版。臺北：三民書局。
- 林東茂(1996)。《危險犯與經濟刑法》。臺北：五南圖書。
- 林鴻銘(2007)。《政府採購法之實用權益》，八版。臺北：永然文化。
- 唐國盛(2009)。《政府採購法律應用篇》，七版。臺北：永然文化。
- 陳敏(2004)。《行政法總論》，四版。臺北：新學林。
- 陳櫻琴(2008)。〈論政府採購犯罪〉，收於：林山田教授紀念論文集編輯委員會(編)，《刑與思——林山田教授紀念論文集》，頁。臺北：元照。
- 曾淑瑜(2011)。《圖解知識六法——刑法分則編》，二版。臺北：新學林。
- 黃朝義(2006)。〈新世紀經濟犯罪與追訴〉，收於：楊君仁(編)，《新世紀的法律課題》，頁。臺北：威仕曼文化。

- 黃鈺華、蔡佩芳（2011）。《政府採購法解讀：逐條釋義》，四版。臺北：元照。
- 黃榮堅（2008）。〈強盜罪概念的重構〉，收於：林山田教授紀念論文集編輯委員會（編），《刑與思—林山田教授紀念論文集》，頁 267 以下。臺北：元照。
- 廖義男（1996）。《公平交易法之試論與實務—第一冊：立法目的、事業、罰則》。臺北：三民書局。
- 監察院（2011）。《政府採購法公布施行 10 年來，關於限制性招標、最有利標、最低標之成效檢討》。臺北：監察院（秀威代理）。
- 劉尚志（2012）。〈競爭法規範與各國反托拉斯法制簡介〉，收於：賴清陽（編），《綁架市場價格的幕後黑手》，頁。臺北：五南圖書。
- 潘秀菊（2009）。《政府採購法》，一版。臺北：新學林。
- 蔡墩銘（2008）。《刑法各論》，修訂六版。臺北：三民書局。
- 蕭華強（2008）。《圖解知識六法—政府採購法》，二版。臺北：新學林。
- 謝杞森（2002）。〈政府採購法與公平交易法對綁標、圍標、陪標的交錯規範〉，收於：石世豪（編），《新世紀經濟法制之建構與挑戰：廖義男教授六秩誕辰祝壽論文集》，頁。臺北：元照。
- 謝振環（2005）。《個體經濟學》。臺北：臺灣東華。
- 鍾宏彬（2012）。《法益理論的憲法基礎》。臺北：元照。
- 羅昌發（2008）。《政府採購法及政府採購協定論析》。臺北：元照。

二、譯著

- Charles E. Lindblom（著），胡瑋珊（譯）（2002）。《市場不只一隻手（The Market System）》。臺北：新新聞文化。
- Robert S. Pindyck, Daniel L. Rubinfeld（著），劉純之、游慧光、林恭正（譯）（2002）。《個體經濟學》。臺北：華泰文化。
- Ulrich Beck（著），汪浩（譯）（2003）。《風險社會—通往另一個現代的路》。臺北：巨流。
- 山中敬一（口述），鄭善印（譯）（1996）。〈日本經濟刑法的發展與課題〉，《東海法學研究》，10 期。

植草益（著），邱榮輝（譯）（1990）。《產業組織論》，一版三刷。臺北：台灣經濟研究院。



三、期刊論文

Ulrich Bälz（劉華美 譯）（2002）。〈德國營業競爭限制防止法有關政府採購規範之發展〉，《公平交易季刊》，10 卷 1 期。

王珍玲（2001）。〈論政府採購法中異議及申訴制度〉，《月旦法學雜誌》，73 期。

白裕莊（1996）。〈競爭法與競爭政策之概觀〉，《公平交易季刊》，4 卷 2 期。

立法院公報處（1997）。〈立法院第 3 屆第 3 會期預算、財政、法制、司法、內政及邊政五委員會第 1 次聯席會議紀錄〉，《立法院公報》，87 卷 20 期。

立法院公報處（2001）。〈立法院第 4 屆第 6 會期科技及資訊委員會第 3 次會議紀錄〉，《立法院公報》，90 卷 49 期。

何愛文（1997）。〈公共工程採 BOT (Built-Operate-Transfer) 模式所生法律問題之研究〉，《律師雜誌》，213 期。

吳惠林（1999）。〈何去何從的台灣中小企業？〉，《新世紀智庫論壇》，8 期。

李建中（1999）。〈政府採購法及其相關子法〉，《營造天下》，42 期。

李茂生（2002）。〈新修公務員圖利罪芻議〉，《月旦法學雜誌》，91 期。

李茂生（2004）。〈刑法新修妨害電腦使用罪章芻議(上)〉，《臺灣本土法學雜誌》，54 期。

李茂生（2009）。〈風險社會與規範論的世界〉，《月旦法學雜誌》，173 期。

林發立（1999）。〈WTO、政府採購協定與政府採購法〉，《萬國法律》，103 期。

林誠二（2009）。〈期待利益之保護〉，《月旦法學教室》，77 期。

柯耀程（1995）。〈「意圖犯」意圖實現於刑法之評價〉，《東海大學法學研究》，9 期。

柯耀程（2004）。〈行為客體〉，《月旦法學教室》，26 期。

洪明瑞、謝鎮財、林志棟（1999）。〈淺談政府採購法與公共工程（一）〉，《現代營建》，231 期。

胡偉良、張景河（1996）。〈圍標風波下的省思〉，《營造天下》，4 期。

- 張向昕（1999）。〈公平交易法、政府採購法與工程招標--從公平會實務見解談政府之採購行為〉，《公平交易季刊》，7卷3期。
- 張佳弘（2000）。〈從政府管制探討競爭政策〉，《公平交易季刊》，8卷3期。
- 許永欽（1996）。〈圍標、綁標、聯合承攬與公平交易法（上）〉，《司法周刊》，788期，第3版面。
- 許玉秀（1992）。〈水污染防治法的制裁構造—環境犯罪構成要件之評析〉，《政大法學評論》，45期。
- 許恒達（2011）。〈刑法法益概念的茁生與流變〉，《月旦法學雜誌》，197期。
- 許恒達（2013）。〈政府採購法第88條刑事責任之研究〉，《東吳大學法學院主辦之工程法律座談會「第一回」》。
- 許恒達（2011）。〈重新檢視未遂犯的可罰基礎與著手時點：以客觀未遂理論及客觀犯行的實質化為中心〉，《臺大法學論叢》，40卷4期。
- 陳忠五（2007）。〈論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再反省〉，《台大法學論叢》，36卷3期。
- 黃義豐（1998）。〈事業可否利用政府行為達成反競爭效果--美國法漫談（二十三）〉，《司法周刊》，896期，第3版面。
- 黃榮堅（2009）。〈從個別化公務員概念看政府採購中的公務員身分——評最高法院九十七年度台上字第四八一三號等判決〉，《月旦法學雜誌》，172期。
- 黃榮堅（2012）。〈侵害財產法益的貪污犯罪？——評最高法院99年度台上字第3號及100年度台上字第459號等刑事判決——〉，《法令月刊》，63卷9期。
- 楊君仁（1994）。〈競爭秩序與法律規範--兩岸競爭法相關規定之比較研究〉，《經社法制論叢》，14期。
- 劉華美（2001）。〈德國營業競爭限制防止法--第六次修正〉，《公平交易季刊》，9卷1期。
- 蔡墩銘（2000）。〈台灣刑法之發展〉，《新世紀智庫論壇》，12期。
- 韓忠謨（1967）。〈妨害國家法益及社會公安之罪的比較研究（上）〉，《法學叢刊》，11卷3期。

四、學位論文

- 
- 王正嘉 (2009)。《卡片犯罪立法中的經濟刑法原理與社會機能》，國立台灣大學法律學研究所博士論文。
- 白忠志 (2004)。《論聯合行為之刑事處罰》，國立台北大學法律系研究所碩士論文。
- 吳志強 (2011)。《經濟刑法之背信罪與特別背信罪的再建構》，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。
- 林家棋 (2008)。《政府採購競爭者訴訟之利益之研究》，國立中正大學法律研究所博士論文。
- 莊定凱 (2002)。《黑道圍標犯罪偵防之研究》，國立中央警察大學刑事警察研究所碩士論文。
- 黃佳彥 (2009)。《論刑法第一百九十條之一保護法益--從刑法機能角度觀察》，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。
- 黃榆楹 (2004)。《競爭法與政府採購法對於圍標、綁標行為規範之比較研究》，國立台北大學法學系研究所碩士論文。
- 廖傳賀 (2012)。《圍標犯罪之研究-以政府採購法第八十七條規定為中心》，國立中正大學法律學研究所碩士論文。
- 薛嘉珩 (1999)。《公共工程圍標與公平交易法》，國立政治大學法律研究所碩士論文。

貳、國外文獻

一、日文部分

(按作者姓名五十音順序排列)

(一) 專書 (含書之篇章)

- 今井猛嘉、小林憲太郎、島田聰一郎、橋爪隆 (2007)。《刑法各論》。東京：有斐閣。
- 石森久広 (2011)。《財政民主主義と經濟性》。東京：有信堂高文社。
- 伊藤涉、小林憲太郎、齊藤彰子、鎮目征樹、島田聰一郎、成瀬幸典、安田拓

- 
- 人 (2007)。《アクチュアル刑法各論》。東京：弘文堂。
- 梅崎進哉 (2001)。〈社会法益論の再構成〉，《刑法における因果論と侵害原理》。東京：成文堂。
- 大谷実 (1990)。《刑法各論の重要問題》，新版。東京：立花書房。
- 大谷実 (2007)。《刑法各論》，三版。東京：成文堂。
- 小野清一郎 (1938)。《法学評論 (上)》。東京：弘文堂。
- 小野清一郎 (1943)。《日本法理の自覚的展開》，四版。東京：有斐閣。
- 小野清一郎 (1949)。《刑法講義各論》，新訂版。東京：有斐閣。
- 川端博 (2012)。〈賄賂罪の保護法益についての覚書き〉，收於：酒巻匡 (編)，《三井誠先生古稀祝賀論文集》。東京：有斐閣。
- 柄谷行人 (2006)。《世界共和国へ—資本=ネーション=國家を超えて》。東京：岩波書店。
- 神山敏雄 (2001)。《日本の経済犯罪：その実情と法的対応》，新版。東京：日本評論社。
- 京藤哲久 (1987)。〈競争と刑法——競売入札妨害罪を素材として〉，收於：広瀬善男 (編)，《法と政治の現代的課題 - 明治学院大学法学部 20 周年論文集》。東京：第一法規。
- 京藤哲久 (1989)。〈独占禁止法違反と刑事責任〉，收於：経済法学会 (編)，《独占禁止法講座 (7) —独占禁止法の運用 公正取引委員会》。東京：商事法務研究会。
- 金尚均 (2001)。《危険社会と刑法—現代社会における刑法の機能と限界》。東京：成文堂。
- 頃安健司、河上和雄、久木元伸 (1999)。〈第 5 章 公務の執行を妨害する罪〉，收於：大塚仁、河上和雄、佐藤文哉、吉田佑紀 (編)，《大コンメンタル刑法第二版》。東京：青林書院。
- 芝原邦爾 (2005)。《経済刑法研究 (上)》。東京：有斐閣。
- 芝原邦爾 (2005)。《経済刑法研究 (下)》。東京：有斐閣。
- 武田晴人 (1994)。《談合の経済学：日本的調整システムの歴史と論理》。東京：集英社。

- 
- 館龍一郎、小宮隆太郎（1964）。《経済政策の理論》。東京：勁草書房。
- 中山研一、神山敏雄、齊藤豊治（1999）。《経済刑法入門》，三版。東京：成文堂。
- 中森喜彦（2011）。《刑法各論》，三版。東京：有斐閣。
- 内藤謙（1965）。〈第二章瀆職の罪〉，收於：団藤重光（編），《注釈刑法4〈各則2〉》。東京：有斐閣。
- 内藤謙（1991）。《刑法講義総論（上）》。東京：有斐閣。
- 内藤謙（2007）。〈保護法益・性質・分類・順序〉，收於：《刑法理論の史的展開》。東京：有斐閣。
- 西田典之（1998）。〈談合罪についての覚書〉，收於：芝原邦爾、西田典之、井上正仁（編），《松尾浩也先生古稀祝賀論文集（上）》。東京：有斐閣。
- 西田典之（2010）。《刑法各論》，五版。東京：弘文堂。
- 野中俊彦（2012）。《憲法I》，五版。東京：有斐閣。
- 林幹人（2007）。《刑法各論》，二版。東京：東京大学出版会。
- 原田保（1991）。《刑法における超個人的法益の保護》。東京：成文堂。
- 平野龍一（1965）。〈現代における刑法の機能〉，收於：平野他（編），《講座現代法11・現代法と刑罰》。東京：岩波書店。
- 松下満雄（2006）。《経済法概説》，四版。東京：有斐閣。
- 松宮孝明（2003）。〈「積極的一般予防論」と刑事立法の限界〉，收於：松宮孝明（編），《刑事立法と犯罪体系》。東京：成文堂。
- 松宮孝明（2008）。《刑法各論講義》，二版。東京：成文堂。
- 美濃部達吉（1944）。《経済刑法の基礎理論》，初版。東京：有斐閣。
- 山口厚（2005）。〈危険犯総論〉，收於：西原春夫（編），《危険犯と危険概念》。東京：成文堂。
- 山口厚（2007）。《刑法総論》，二版。東京：有斐閣。

（二）譯著

- Günther Jakobs（著），川口浩一（譯）（2005）。〈どのようにそして何を刑法は保護するのか？—異議と予防，法益保護と規範妥当の保護〉，《姫路口

一・ジャーナル》，1号。



(三) 期刊論文

- 伊東研祐 (2009)。「保護法益としての「競争秩序」(再論)--防衛庁燃料談合事件最高裁判決等の評価を契機に」，《慶應法学》，14号。
- 井田良 (2012)。「ゼロからスタート・刑法"超"入門講義(第23回)国家的法益の保護」，《法学教室》，380号。
- 小田直樹 (2002)。「危険社会論」，《法学教室》，264号。
- 大塚誠 (2008)。「官製談合事件における競争の有無」，《ジュリスト》，1346号。
- 大野平吉 (1964)。「公務執行妨害罪」，《法学セミナー》，95号。
- 嘉門優 (2007)。「法益論の現代的意義」，《刑法雑誌》，47巻1号。
- 神山敏雄 (1984)。「経済犯罪行為と秩序違反行為との限界--ドイツの法制度・学説・判例を中心に-2-」，《刑法雑誌》，26巻2号。
- 神山敏雄 (1985)。「最高裁の石油価格カルテル刑事事件判決の検討--経済刑法の観点から--」，《経済法学会年報》，6号。
- 神山敏雄 (1986)。「経済犯罪行為と秩序違反行為との限界(三)」，《刑法雑誌》，27巻1号。
- 京藤哲久 (1989)。「経済刑法の構成要件とその合目的的解釈」，《刑法雑誌》，30巻1号。
- 郷原信郎 (1998)。「談合処罰をめぐる諸問題(下)」，《公正取引》，578巻。
- 郷原信郎 (1998)。「談合処罰をめぐる諸問題(上)」，《公正取引》，577巻。
- 齋野彦弥 (1995)。「独占禁止法上の不当な取引制限の罪と刑法の談合罪との関係について(二)」，《公正取引》，537巻。
- 芝原邦爾 (1986)。「独占禁止法違反の罪(二)」，《法律時報》，58巻7号。
- 鎮目征樹 (2009)。「社会的・国家的法益」，《法律時報》，81巻6号。
- 島田聡一郎 (2008)。「(特集・刑法典の百年)経済刑法」，《ジュリスト》，1348期。
- 橋爪隆 (2000)。「競争入札妨害罪における「公正を害すべき行為」の意義：

最近の最高裁判例の検討を契機として、《神戸法学雑誌》、49巻4期。
原田保（1987）。〈「超個人的法益」の「個人法益」への還元：公務執行妨害罪
を素材として〉、《刑法雑誌》、28巻1号。
藤木英雄（1972）。〈公務執行妨害罪における職務の適法性〉、《法曹時報》、24
巻7号。
牧野英一（1939）。〈談合行為と詐欺罪の成立〉、《刑法研究》、7巻。
宮本英脩（1934）。〈談合行為の刑法上の性質〉、《法学論叢》、30巻1号。
松原芳博（2007）。〈犯罪論と刑罰論との関係〉、《刑法雑誌》、46巻2号。

二、英文部分

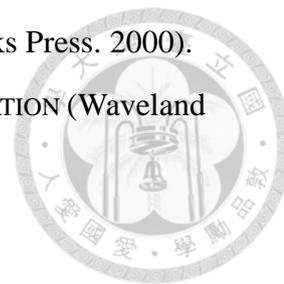
（按作者姓氏字母順序排列）

（一）專書

- DAVID HARVEY, *A BRIEF HISTORY OF NEOLIBERALISM* (Oxford University Press. 2007).
- HERBERT HOVENKAMP, *ECONOMICS AND FEDERAL ANTITRUST LAW* (West Group Press. 1985).
- JOHN WILLIAMSON, *What Washington Means by Policy Reform, in LATIN AMERICAN ADJUSTMENT HOW MUCH HAS HAPPENED?* (Institute for International Economics Press. 1990).
- R. H. TOWNEY, *RELIGION AND THE RISE OF CAPITALISM* (Transaction Publishers Press. 1998).
- RALF PTAK, *Neoliberalism In Germany: Revisiting The Ordoliberal Foundations Of The Social Market Economy, in THE ROAD FROM MONT P LERIN: THE MAKING OF THE NEOLIBERAL THOUGHT COLLECTIVE* (Philip Mirowski、Dieter Plehwe ed. 2009).
- RICHARD A. POSNER, *ANTITRUST LAW* (University Of Chicago Press. 2nd ed. 2001).
- ROBERT H. BORK, *THE ABTITRUST PARADOX* (Basic Books Press. 1978).
- ROBERT NOZICK, *ANARCHY、STATE、AND UTOPIA* (Basic Books Press. 1974).

THURMAN W. ARNOLD, THE FOLKLORE OF CAPITALISM (Beard Books Press. 2000).

WILLIAM G. SHEPHERD, THE ECONOMICS OF INDUSTRIAL ORGANIZATION (Waveland Press. 1996).



(二) 期刊論文

David J. Gerber, Competition Law And International Trade: The European Union And The Neo-Liberal Factor 4pacific Rim Law & Policy 39-40(1995).

Herbert Hovenkamp, *Legislation, Well-Being, And Public Choice*, 57 UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW 63(1990).

Robert H. Lande, *Wealth Transfers As The Original And Primary Concern Of Antitrust : The Efficiency Interpretation Challenged*, 34 HASTINGS LAW JOURNAL 71(1982).

W. Letwin, *The English Comon Law Concerning Monopolies*, 21 UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW 355(1954).

三、簡體中文部分

王红霞、李国海 (2012)。〈「竞争权」驳论---兼论竞争法的利益保护观〉，《法学评论》，2012年04期。

參、網路資料

李茂生 (2012)。《刑法總則、分則講義》：

http://www.law.ntu.edu.tw/main.php?mod=document&func=show_document&show_edu=main&site_id=0&show_folder=24

(最後瀏覽時間：2014年9月15日)

行政院公共工程委員會 (2012)。《最有利標作業手冊》：

<http://www.pcc.gov.tw/pccap2/FMGRfrontend/DownloadQuoteFile.do?fileCode=F2>

[014030150](#)

(最後瀏覽時間：2014 年 6 月 28 日)

行政院公共工程委員會 (2012)。〈政府採購法規概要〉，《採購專業人員訓練教材-基礎課程》：

<http://www.pcc.gov.tw/pccap2/FMGRfrontend/DownloadQuoteFile.do?fileCode=F2>

[012100045](#)

(最後瀏覽時間：2014 年 9 月 15 日)

吳景欽 (2012)。〈又是限制性招標惹的禍〉，《Nownews 今日新聞網站》：

<http://www.nownews.com/n/2012/12/03/359916>

(最後瀏覽時間：2014 年 4 月 20 日)

