

議題研析

一、題目：政府採購法有關廠商借牌適用圍標罪之研析

二、議題所涉法規

政府採購法

三、背景說明

為維護政府採購公平競爭秩序，政府採購法第87條¹規定禁止圍標行為，司法實務²並將其區分為「強制圍標罪」、「詐術圍標罪」、「合意圍標罪」及「借牌圍標罪」等態樣。

惟對於廠商借用他人名義或證件投標情形，究應如何適用相關規定，尚存不同意見而有討論空間。

四、探討研析

(一) 司法實務認應區分借用廠商本身是否具有投標資格，而分別適用「詐術圍標罪」或「借牌圍標罪」

¹ 政府採購法第87條：「意圖使廠商不為投標、違反其本意投標，或使得標廠商放棄得標、得標後轉包或分包，而施強暴、脅迫、藥劑或催眠術者，處1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣300萬元以下罰金（第1項）。犯前項之罪，因而致人於死者，處無期徒刑或7年以上有期徒刑；致重傷者，處3年以上10年以下有期徒刑，各得併科新臺幣300萬元以下罰金（第2項）。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5年以下有期徒刑，得併科新臺幣100萬元以下罰金（第3項）。意圖影響決標價格或獲取不當利益，而以契約、協議或其他方式之合意，使廠商不為投標或不為價格之競爭者，處6月以上5年以下有期徒刑，得併科新臺幣100萬元以下罰金（第4項）。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3年以下有期徒刑，得併科新臺幣100萬元以下罰金。容許他人借用本人名義或證件參加投標者，亦同（第5項）。第1項、第3項及第4項之未遂犯罰之（第6項）」。

² 最高法院99年度台上字第3425號刑事判決：「……政府採購法係為建立政府採購制度，依公平、公開之採購程序，提昇採購效力與功能，確保採購品質為其立法目的；圍標行為之所以具有可非難性與違法性，在於破壞政府採購程序之市場競爭機制，造成假性競爭，使政府建立公平競爭之採購機能形同虛設。本法關於不正競爭禁止之刑事罰責所由設，即第87條第1項『強制圍標』、第3項『詐術圍標』、第4項『合意圍標』及第5項『借牌圍標』等罪，均係針對出於圍標行為參與之人或廠商所為規範。……」。

廠商借用他人名義或證件投標，大致可分為「本身具有投標資格」，為符合政府採購法第48條第1項³規定須有3家以上之合格廠商投標，而借用他人名義或證件投標（借牌陪標）；以及「本身不具投標資格」，單純為取得標案，而借用他人名義或證件投標（借牌投標）等兩種情形。

司法實務認⁴，政府採購法第87條第5項前段之法條用語係：「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』」，而非規定：「意圖影響採購結果或獲取不當利益，而借用他人名義或證件『投標』或『陪標』」，可見立法者欲規範的對象應係「本身不具投標資格」，而借用他人名義或證件投標之情形；政府採購法第87條第5項後段所規範者，乃指具備投標資格者，將其證件或名義借用予「不具投標資格」者，容任該借用人以其名義參與投標，而使政府採購之公開招標發生不公平競爭之情形；至於「本身具有投標資格」，而借用他人名義或證件投標之情形，則應適用政府採購法第87條第3項規定處罰，並非同條第5項欲規範之對象。

³ 政府採購法第48條第1項：「機關依本法規定辦理招標，除有下列情形之一不予開標決標外，有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：一、變更或補充招標文件內容者。二、發現有足以影響採購公正之違法或不當行為者。三、依第82條規定暫緩開標者。四、依第84條規定暫停採購程序者。五、依第85條規定由招標機關另為適法之處置者。六、因應突發事故者。七、採購計畫變更或取銷採購者。八、經主管機關認定之特殊情形」。

⁴ 最高法院110年度台上字第4735號刑事判決：「……在實務上，借用他人名義投標，大致可分為本身具有投標資格之廠商，擔心投標廠商不足3家，為符合同法第48條規定須有3家以上之合格廠商投標，而借用他人名義或證件投標，以及本身不具投標資格，單純為取得標案，而借用他人名義或證件投標。則上開規定規範之對象是否包括以上兩種情形？……就文義解釋而言，政府採購法第87條第5項前段之法條用語係：『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』』，而非規定：『意圖影響採購結果或獲取不當利益，而借用他人名義或證件『投標』或『陪標』』，更可見立法者欲規範的對象應係本身不具投標資格，而借用他人名義或證件投標之情形。至於本身具有投標資格，而借用他人名義或證件投標（即陪標），涉及圍標之情形，已破壞政府採購程序之市場競爭機制，應適用同條第3項規定處罰，並非本條項欲規範之對象。……」；最高法院109年度台上字第2104號刑事判決：「……依同法第87條第5項規定：『意圖影響採購結果或獲取不當利益，而借用他人名義或證件投標者，處3年以下有期徒刑，得併科新臺幣100萬元以下罰金。容許他人借用本人名義或證件參加投標者，亦同。』該項後段所規範之容許借牌行為，乃指具備投標資格者，將其證件或名義借用予不具投標資格者，容任該借用人以其名義參與投標，而使政府採購之公開招標發生不公平競爭之情形；就主觀上而言，容許借牌之人或廠商，知悉借用人不具投標資格，仍基於獲取借牌費用之不正當利益，或影響採購結果之意圖，容許不具資格之人或廠商借用其名義或資格參與投標，對於借牌後之領標、投標、締約程序，及後續之履約、瑕疵擔保等契約責任，任由借用人自行承擔而言。……」。

亦即，司法實務認⁵，政府採購法第87條第3項「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」，係指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」，其行使對象，非僅限「其他投標廠商（被害廠商）」，尚包括「招標機關人員」。因而「借牌陪標」行為，將導致招標機關誤信參與投標廠商間確有競爭關係存在，足使開標發生不正確結果，即屬政府採購法第87條第3項詐術圍標罪，而不是同條第5項借牌圍標罪。

（二）對於「借牌陪標」究應適用「詐術圍標罪」、「合意圍標罪」或「借牌圍標罪」，尚有不同意見

雖司法實務認政府採購法第87條第3項詐術圍標罪的行為客體包括「其他投標廠商（被害廠商）」及「招標機關人員」，而得適用「借牌陪標」情形。

惟有論者認⁶，政府採購法第87條第3項僅規定「以詐術或其他非法之方法，使『廠商』『無法投標或開標發生不正確

⁵ 最高法院111年度台上字第2951號刑事判決：「……政府採購法第87條第3項規定『以詐術或其他非法之方法，使廠商無法投標或開標發生不正確結果者』，是『以詐術或其他非法之方法，使廠商無法投標』或『以詐術或其他非法之方法，使開標發生不正確之結果』，均係該條項規範之對象，非僅以前者為限，而後者所稱『使開標發生不正確結果者』為一般用語，並非法律專有名詞或模糊難懂之語詞，顧名思義，依一般人理解應係指標案本不會發生該結果，卻產生如此不正確之結果。因開標乃採購人員之職務，若對採購人員行使詐術，使開標發生不正確結果，即屬該行為態樣之一。而同法第48條第1項所設須有3家以上合格廠商投標方得開標之規定，乃係欲藉廠商間相互競爭為國庫節省支出，惟如有陪標，虛增投標家數，形式上藉以製造出確有3家以上廠商參與競標之假象，致招標機關誤信參與投標之廠商間確有競爭關係存在，破壞招標程序之價格競爭功能，足使開標發生不正確結果，即屬同法第87條第3項規定以詐術使開標發生不正確結果之罪，基此理解，並未逾該條項之文義。……」；最高法院108年度台上字第2983號刑事判決：「……政府採購法第87條第3項規定『以詐術或其他非法之方法，使廠商無法投標或開標發生不正確結果者』，是『以詐術或其他非法之方法，使廠商無法投標』或『以詐術或其他非法之方法，使開標發生不正確之結果』，均係該條項規範之對象，非僅以前者為限，而後者所稱『使開標發生不正確結果者』為一般用語，並非法律專有名詞或晦澀模糊之語詞，顧名思義，依一般人理解應係指標案本不會發生該結果，卻產生如此不正確之結果。因開標乃採購人員之職務，若對採購人員行使詐術，使開標發生不正確結果，即屬該行為態樣之一。而同法第48條第1項所設須有3家以上合格廠商投標方得開標之規定，乃係欲藉廠商間相互競爭為國庫節省支出，惟如有陪標，虛增投標家數，形式上藉以製造出確有3家以上廠商參與競標之假象，致招標機關誤信參與投標之廠商間確有競爭關係存在，破壞招標程序之價格競爭功能，足使開標發生不正確結果，即屬同法第87條第3項規定以詐術使開標發生不正確結果之罪，基此理解，並未逾該條項之文義。……」。

⁶ 陳柏涵，《政府採購法圍標罪之研究—以實務判決為中心》，國立中正大學法律學系碩士論文，109年7月，頁81。

結果』，因而司法實務將「詐術圍標罪」之行為客體涵蓋「招標機關人員」，明顯超越文義解釋之範疇，有違「罪刑法定原則」之嫌。因此，「借牌陪標」之借牌廠商與陪標廠商應分別適用政府採購法第87條第5項前段與後段之「借牌圍標罪」，而非同條第3項「詐術圍標罪」。

另有論者認⁷，司法實務見解完全忽視政府採購法第87條第3項之行為客體僅限「廠商」，法條文字並未涵蓋「招標機關人員」。且認為在透過修法方式變更政府採購法第87條第3項的文字敘述前，應改以同條第4項「合意圍標罪」作為「借牌陪標」的處罰依據。

（三）立法政策上，政府採購法第87條第3項規定尚存討論空間

觀諸政府採購法第87條第3項規定之文義，該條項規範之行為客體，是否僅限於「廠商」，抑或涵蓋「招標機關人員」，確如論者所言，不無疑義。司法實務⁸就此亦曾因存有不同見解而提出討論。

雖論者對於「借牌陪標」究應適用「詐術圍標罪」、「合意圍標罪」或「借牌圍標罪」，尚有不同意見。然在現行司法實務認為政府採購法第87條第3項規範行為客體涵蓋「招標機

⁷ 蕭宏宜，〈借牌陪標行為的刑事責任問題〉，《法學叢刊》，第59卷，第3期，103年7月，頁56。

⁸ 臺灣高等法院104年度上訴字第1255號刑事判決：「……政府採購法第87條第3項『詐術圍標』罪，行為人須施以詐術或其他類如詐術之藥劑、催眠術等方法為手段，致其他參與投標之廠商無法投標或開標因而發生不正確之結果，始構成該罪（例如某廠商與審標人員勾串，塗改其他參標廠商之標單造成無效標），亦即，施用不法手段之行為人乃行為主體，受此不法手段之其他參與投標之廠商乃行為客體，此乃法條文義解釋及立法理由就其他不法手段所為之明確說明暨刑法關於行為手段之例示與概括關係（例如詐欺取財罪、強制性交罪等）解釋下之當然結果，借牌陪標者並不該當。……」；臺灣高等法院暨所屬法院104年法律座談會刑事類提案第18號：「法律問題：甲公司負責人A欲取得某鄉公所之工程案獲取利益，並避免未達3家以上廠商競標而流標，乃商請原無競標意思之乙公司負責人B及丙公司負責人C，分別以乙、丙公司名義參與投標，且以較高之價格配合投標，嗣開標結果由甲公司以最低價得標。問：A、B、C各涉犯何罪？討論意見：甲說：……由上開政府採購法第87條第3項之立法理由及過程，可知該條項所規範之受騙對象僅限於廠商，而本件A並無以詐術使B、C陷於錯誤，自無從成立該罪。……因A僅係單純向B、C借牌投標，應係犯政府採購法第87條第5項前段之借用他人名義投標罪，B、C則係犯政府採購法第87條第5項後段容許他人借用本人名義參加投標罪。乙說：A、B、C應均犯政府採購法第87條第3項以詐術使開標發生不正確結果之罪。……審查意見：採乙說。研討結果：……照審查意見通過……」。

關人員」之見解未有改弦易轍的前提下，論者亦認⁹，如為配合現行司法實務見解，政府採購法第87條第3項宜修正為：「以詐術或其他非法之方法，使廠商無法投標或『使招標機關』開標發生不正確結果者，……」，以避免爭議。

綜上，立法政策上，是否參考論者意見並配合司法實務見解修正政府採購法第87條第3項規定，尚存討論空間。

撰稿人：陳世超

⁹ 蕭宏宜，同前註，頁61；陳柏涵，同註6，頁95；馮世墩，《公共工程採購刑事責任之研究—以圍標與綁標行為為核心》，東吳大學法學院法律學系碩士在職專班法律專業組碩士論文，107年8月，頁56。