

從契約當事人資格之觀點探討政府採購法 第87條第3項詐欺圍標罪規定 ——以臺灣屏東地方法院108年度訴字第 121號刑事判決、臺灣高等法院高雄分院 108年度上訴字第1260號刑事判決為例

薛西全*

壹、前言

政府採購行為乃私經濟行政（國庫行政），屬私法行為，政府機關採購須經過使用單位需求，編列預算、招標、廠商投標、開標、審標、決標、簽約、履約等階段，當中容易發生爭議者，除履約爭議外，以投標、開標、審標之階段最為常見。又政府採購雖屬私法行為，但政府為維護採購之公平性及品質、效率，對於非法影響投標、開標之行為，特別於政府採購法第87條第3項規定詐欺圍標罪，並於同條第6項規定未遂犯罰之。就廠商而言，與上開詐欺圍標罪有所聯結者，核屬投標行為，依上開詐欺圍標罪規定，除投標行為非法外，尚須「使開標發生不正確結果」，但廠商投標後，政府須審標，審查標封是否符合規定，認定是否列為三家合格廠商之一，開標後再審查該廠商資格是否符合招標公告所規定的廠商應具備之

資格。職是，三家合格廠商之認定及廠商資格之認定，攸關是否「使開標發生不正確結果」之認定至鉅，並涉及不能犯規定之適用。本案爭點涉及投標廠商未列入三家合格廠商之一（按：若因此不足三家合格廠商，即應宣佈流標）或資格不符，就私法行為而言，連充任系爭採購契約當事人的資格都不具備，根本未進入技術規範審查或價格比較（甚至價格標封未被拆開）之階段，即系爭投標遭宣佈廢標，又如何能「使開標發生不正確結果」，其因果關係如何認定？

貳、法院判決要旨

一、事實

甲為A公司實際負責人，乙為B企業行負責人，丙為C企業行負責人。台灣電力公司某電廠辦理「廠區割草、運棄及環境整理相關工作」採購案，甲有意承作該案邀請乙、

* 本文作者係執業律師，國立中山大學兼任助理教授

丙參與投標，甲填寫標價新臺幣（下同）518萬元，乙填寫標價620萬元，丙填寫600萬元，並約定乙、丙標封內均不檢附「營業人銷售額與稅額申報書」（攸關廠商資格之認定）及押標金，丙將投標文件（標封）交付甲，甲再將伊及丙的投標文件一起交付乙，由乙於107年5月8日上午9時23分持各該投標文件至該電廠行政大樓收發室同時投標，共計有A、B、C、D四家廠商投標，嗣於翌日即107年5月9日上午10時開標時，D公司負責人親自出席，又A由乙代理出席，B、C未簽名報到出席，惟該廠主持開標人員開啟A之標封後，發現A的代理出席審標人員為乙，出席審標異常，有政府採購法第50條第7款「其他影響採購公正之違反法令行為」之情形，並當場調閱107年5月8日投標時之錄影帶，同時發現投標也異常，有政府採購法第50條第5款「不同投標廠商間之投標文件內容有重大異常關聯」之情形，認為投標、出席審標均異常，開標程序涉有政府採購法第48條第2款「發現有足以影響採購公正之違法或不當行為」，無法繼續進行，並依法宣佈A廢標，由於僅開啟A之標封，另B、C、D之標封均未拆封，暫時保留，俟請示檢察官後經諭知拆封，因而未予決標。

二、法院判決意旨

第一審臺灣屏東地方法院判決理由：

（一）按「政府採購法第八十七條第三項之詐術圍標罪，以施用詐術或其他非法之方法，使廠商無法投標或開標發生不正確之結果，為其成立要件。所稱「詐術」，指足以使其他廠商或採購

機關陷於錯誤之欺罔手段而言。同案被告乙、被告丙實際上並無競標之意，僅為配合被告甲及A公司，對發包機關營造其等間有形式上之價格競爭，而實質上不為競爭，致發包機關誤信A、B、C等三家廠商與其它廠商D公司間確有競爭關係存在，破壞招標程序之價格競爭功能，自足使開標發生不正確之結果。」參照最高法院103年度台上字第414號判決要旨。

（二）經該院針對被告等人之圍標行為，會造本件工程之開標作業造成何種危害詢問發包機關，經該機關函覆表示：依88年工程會工程企字第8816122號函之意旨，所謂三家合格廠商之認定，是在開標時主標人開啟標封前，對廠商之投標文件做形式審查，審查標封有無政府採購法施行細則第55條所定情形。至於開啟標封後對廠商投標文件內容之審查，則屬實質審查。只要通過形式審查，便列入三家合格廠商。亦即，即使標封內空無一物，皆不影響政府採購法第48條及施行細則第55條對該標前三家合格廠商之判斷」等語（該發包機關108年3月22日○○字第1082356187號函，該院卷第127頁）。該院再承辯護人之請求，再函請行政院公共工程委員會函釋上開問題結果，該會認為：「採購法第48條第1項所稱『三家以上合格廠商』，係指開標時機關依採購法施行細則第55條規定，審查有三家以上廠商：依採購法第33條規定將投標文件送達於

招標機關或其指定之場所；無採購法第103條規定不得參加投標之情形者，即可進行開標。開標後經審查結果，縱僅一或二家廠商合於招標文件之規定，亦得續辦開標、決標。爰所詢三家以上合格廠商家數，不受開標後機關審查結果影響。本會88年8月26日（88）工程企字第8812292號、88年9月2日（88）工程企字第8812710號、88年10月21日（88）工程企字第8816122號三函，及91年7月24日工程企字第09100312010號令修正之「機關辦理採購之廠商家數規定一覽表」，併請查察。另如有三家以上廠商遞送標封，開標後，僅餘一家符合招標文件規定，且有2家以上廠商有本會95年7月25日工程企字第09500256920號令所列情形，機關得依採購法第48條第1項第2款或第50條第1項第7款規定處理，已開標者，該招標案不予決標（第48條第1項第2款），或不決標予該廠商（第50條第1項第7款）」（該會108年4月2日工程企字第1080009510號函，本院卷第263頁）。綜合以上機關之函釋可知，被告等人上開圍標行為，縱於開標後，可能符合資格之廠商僅餘一家而不予決標，或不決標予A公司，但因被告等人之圍標行為，會使辦理本件工程採購之機關認為形式上已有三家以上之廠商參與投標，並已依政府採購法第33條之規定，將投標文件送達，遂錯誤地進行開標、決標程序，自己

使該機關對「是否有三家以上合格廠商」之形式審查發生錯誤，而難認為並無危險。故本案並無刑法第26條不能犯不罰規定之適用。核被告丙、甲（按：乙另行宣判）所為，均係犯政府採購法第87條第6項、第3項之妨害投標未遂罪。

第二審臺灣高等法院高雄分院判決理由：

被告甲、丙於第二審審理時認罪（按：乙第一審認罪，改以簡易程序判決處刑），所以判決理由與第一審相同。

參、本文見解

一、招標、投標與決標

一般採購契約之成立通常須經過招標、投標與談判，就契約內容做最後確認，始正式簽訂。招標是以業主為主體的活動，招標就業主而言，係從眾多投標競爭者中，由業主選擇認為最優者，與之成立契約，至於如何評選最優的投標者，業主大約考慮幾個方面：(1)技術（包括管理在內），(2)品質，(3)價格，(4)履約（進度規劃）。由業主比較投標者各方面的優劣予以綜合考量，並評選最優者。通常均由價格最低者得標，但有時亦不一定，最後還是須視業主的側重面來決定。選定最佳的承包商不能僅從其總報價的高低來判定，以工程採購為例，還要審查投標報價的一些細目價格的合理性，審查承包商的計劃安排、施工技術、財務安排等。依照業主的意願選擇得標者，而擇優的真正基礎應該建立在平等的競爭上，才能比較出投

標者的優劣。職是，業主通常均會編制招標資料，將招標資訊統一，由投標者依照統一的招標資料製作投標書。投標則係以廠商為主體的活動，投標就廠商而言，雖然業主可以依據自己的考量來訂定招標條件內容，並評選得標廠商，廠商也可以依據自己的意願，選擇是否參與投標，尤其政府採購一旦進入招標及投標階段，業主、投標者（廠商）雙方即會受到政府採購法規定的限制，以防止不公正、不平等的招標及爭議的發生。在市場經濟中，若將業主視為買方，廠商視為賣方，依目前採購實務，政府採購屬買方市場，從招標的性質觀之，廠商只有選擇是否參與投標的自由而已，對於招標資料中規定的內容及條件，無法置喙，至少在投標程序中是不得不接受的¹。

招標資料解釋權屬於業主，儘量做到讓投標廠商瞭解契約內容，知悉業主的需求及減少錯誤，避免爭議發生而已，亦即僅止於不瞭解之處，予以說明清楚，並不表示投標廠商有權要求更改契約內容，投標廠商須依照投標資料規定編制並遞交投標書，否則投標書無效，投標廠商須通過投標書有效性審查，被認為合格的投標書，才有資格進入技術或商務審查，否則即被列為廢標而予排除，投標廠商應自行承擔各種自然或人為風險，投標廠商若未得標，業主不予補償準備投標的各種費用，或對於未得標廠商不必說明未得標之原因²。業主為表示公開招標之公

正性，須公佈投標的開標日期、時間、地點並允許投標者到場監督開標，且須公佈開標的結果，決定得標廠商。但所謂公開，係指作業程序的公開，對於招標的底價及評審條件、程序及決策均為秘密，甚至對於投標廠商項目單價即使在開標後亦不公佈及洩露。業主雖在招標文件（包括投標須知、一般契約條件、技術說明書等）中，已經對契約內容作相當明確的規定，而且投標廠商於投標時也表明願意遵守，但實務上業主通常在決標後，會發出得標通知，給予一段時間與得標廠商進行談判確認，最後始敲定契約條文再行簽約。就業主而言，是實現其意圖達成契約的最後階段，就得標廠商而言，由於投標階段，廠商只能單向地決定是否投標而已，其他投標文件之內容均須依招標文件制作，不得有不符之情形，而此談判階段，正是簽訂契約書面前，雙方得以雙向談判之唯一機會，該談判之內容主要在原投標文件的基礎上，再次確認契約的標的（包括審標時廠商承諾之事項），即契約內容及範圍並調整契約文字使用不清之詞句，最後始達成一致的內容並簽訂書面的契約³。

二、政府採購法規定

採購是依照業主的意願選擇得標者，而擇優的真正基礎應該建立在平等的競爭上，才能比較出投標者的優劣，已如前所述。所以政府以公開方式採購須具備公開性（資

註1：湯禮智著（1998），《國際工程承包總論》，第31-34頁，淑馨出版社。

註2：湯禮智著，同前註，第48-49、51、57頁。

註3：湯禮智著，同前註，第186、187、193、214頁。

料)、廣泛性(禁止綁標、歧視待遇等)、公正性(程序公開)等特性,我政府亦秉此原則於民國(下同)87年5月1日制定政府採購法,並於88年5月27日實施。其中有關招標之方式,有公開招標、選擇性招標、限制招標、未達公告金額採購(小額採購),由於系爭案件涉及的招標方式為公開招標。職是,僅就公開招標程序中涉及政府採購法第50條第5款、第7款及第48條第2款、第87條第3項、第6項妨害投標未遂罪予以說明。

依據政府採購法規定公開招標之辦理程序如下⁴:

- (一) 確定需求及目的: 1. 了解需求情形及預算金額。2. 研擬採購標的之規格(第26條、第26條之1)。3. 研擬廠商之資格(第36條至第38條)。
- (二) 製作招標文件(第29條第3項)。
- (三) 公告(第27條、第28條): 1. 公告於政府採購公報。2. 公開於資訊網路。
- (四) 接受投標: 1. 應有合理的等標期限(第28條)。2. 公開發給或發售招標文件(第29條)。3. 投標廠商應將投標文件以郵遞或專人送招標機關(第33條)。4. 投標廠商依招標規定繳納押標金(第30條)。
- (五) 開標: 1. 查核金額以上採購之開標、決標及驗收時,應檢附相關文件報請上級機關派員監辦(第12條第1項)。2. 有三家以上合格廠商投標始得開標(第48條第1項),未達三家流標者,

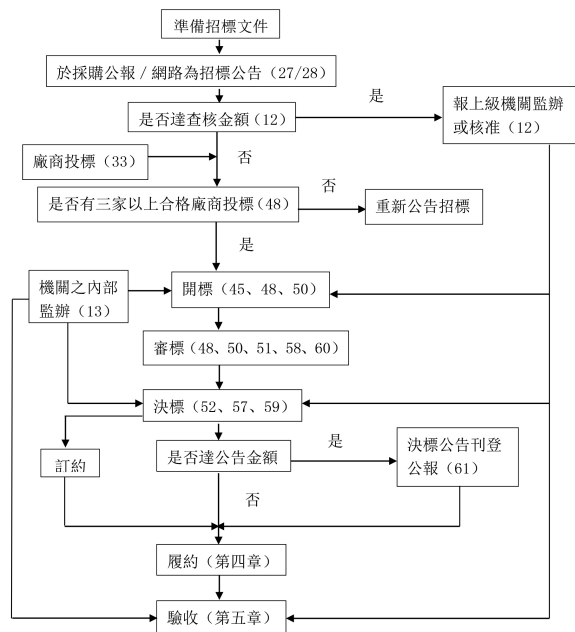
第二次招標之等標期間得予縮短並不受三家限制(第48條第2項)。3. 開標應依招標文件公告之時間及地點公開為之(第45條)。

(六) 審標: 依招標文件規定條件審查(第51條)。

(七) 決標(第52條至第56條)。

(八) 訂約履行: 得標廠商依招標規定繳納保證金(第30條、第31條第7款、第32條)。

機關辦理公開招標流程圖示如下:



(資料來源:林鴻銘著,政府採購法實用權益第85頁)
(按:廠商投標(33)係筆者加註)

三、實行之開始——著手,因學說不同而異其結論

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

註4:林鴻銘著(2019),《政府採購法之實用權益》,3版,第83、84頁,永然文化出版社股份有限公司。

生不正確結果者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。」，同條第6項規定：「……第3項……之未遂犯罰之。」，該第87條第3項規定學者稱為詐術圍標罪，而系爭法院判決主文稱為妨害投標罪。從上開法條規定觀之，詐術圍標罪有2種類型，即1.以詐術或其他非法之方法，使廠商無法投標；2.以詐術或其他非法之方法使開標發生不正確結果。經核與系爭案件有關者，係「以詐術或其他非法之方法使開標發生不正確結果」，並有未遂犯之規定。刑法第25條規定：「已著手於犯罪行為之實行而不遂者，為未遂犯。未遂犯之處罰，以有特別規定者為限，並得按既遂犯之刑減輕之。」

所謂未遂係指著手於犯罪之實行，而未達到完全實現其犯罪之狀態。若完全實現則為既遂，刑法或刑事特別法之條文，通常係以既遂之形式規定之，職是，犯罪行為人各該條文構成要件之完成，即為既遂，所以既遂犯之處罰，乃理所當然，惟未遂犯之處罰，則須有明文特別規定，因此犯罪行為是否已達完成之狀態，係已著手於犯罪構成要件實行後之問題，在著手前之預備、陰謀，均非屬未遂之範圍。是以犯罪是否既遂或未遂，應由法律之觀點決定之，其行為已該當並充足犯罪構成要件時，法律上即視為完成，不受行為人之意欲之影響，行為人事實上之意圖雖尚未完全實現，仍應視為已達犯罪既遂之狀態⁵。

行為人著手於犯罪構成要件行為之實施，

稱為實行。準此實行之開始為著手，著手係預備與實行之分界，就犯罪成立之時間發展階段而言，在區別陰謀、預備與未遂，具有關鍵性的地位。行為人行為之著手，時期如何認定，有客觀說與主觀說，分述如下：

（一）客觀說：注重客觀之行為，主張由客觀行為之外形，以決定著手之時期，又分為形式的客觀說與實質的客觀說。形式的客觀說主張，從形式上客觀的觀察，行為人實施犯罪構成要件一部份之行為者（部分說），為著手，或謂與犯罪構成事實，有近接密切關係之行為者（密接說），為著手；實質的客觀說主張，從實質上客觀觀察，依通常經驗，係實行犯罪構成事實之行為者，即為著手。或謂對於完成犯罪有必要關係之行為，為著手；或謂以完成犯罪所不可缺之行為，為著手；或謂，對於法益侵害發生危險之行為，即對於法益發生現實之危險性者，為著手。（二）主觀說：注重行為人內心之意思，以決定著手之時期。主張應以行為人之行為，是否為犯意之顯著狀態為標準，以決定著手之時期。或謂犯意之遂行性為實行之著手者，主張行為人犯意之成立，由其遂行行動，而可明確地被認定時為實行之著手。或謂犯意之確定性為行為之著手者，主張由行為人表面上之行為，行為人犯罪意思，達於可確定的識別狀態時，為實行之著手。或謂犯意之客觀化為著手者，主張行為人犯意之飛躍表動，為實行之著手云云⁶。由於主觀說、客觀說均有所偏，蓋犯罪乃由主觀、客

註5：郭君勳著（1986），《案例刑法總論》，4版，第326-329頁，自行出版。

註6：郭君勳著，同前註，第330頁。

觀所綜合之行為，實行之著手，自應由主、客觀予以綜合考量，不可偏廢，遂形成第三說，即折衷說，略謂：採主觀說者，認犯罪行為，係為表現犯意所為之意思表動，著手，亦應以此為準；然犯意，應依其遂行行為方得確認。故著手實行，仍應從客觀的行為中求其基準。學說上雖趨向於採客觀說，仍應考慮行為人主觀的決意與計劃；即採主觀說者，亦應參酌行為之客觀的外部的行為，具有某程度客觀化之危險，即從行為人之全部計劃，觀察其侵害法益之危險性已否迫切為準，定實行之著手⁷。易言之，「實行之著手」，應以客觀說之立場為基礎，主觀方面行為人應有實現犯罪構成要件之意思，即須有構成要件的故意，客觀上，須認有犯罪構成要件內容之實行行為，即須為構成要件該當之行為，始足相當。亦即認有密切接近犯罪構成要件之行為，仍屬不足，須為有實現犯罪之現實危險性之行為，始為實行之著手。實行之著手，不僅為法理上之問題，且係事實上之問題，須從主觀及客觀方面，運用一般之經驗，就具體之犯罪事實，綜合觀察，予以確定⁸。我國實務上，最高法院早期判例採主觀說，嗣改採客觀說⁹。

招標是以業主為主體的活動，投標是以廠商為主體的活動，投標行為使廠商與業主發

生連結，而投標行為在法律上之性質，依最高法院62年台上字第787號判例意旨：「查投標單載明「投標人今願承包貴府工程，估計總價為七十六萬七千元」等語，此為被上訴人要約之表示，上訴人如欲承諾（決標）自須照被上訴人之要約為之。」，最高行政法院98年判字第38號判決意旨：「政府採購程序中的公告，即政府採購法第27條第1項規定：「機關辦理公開招標或選擇性招標，應將招標公告或辦理資格審查之公告刊登於政府採購公報並公開於資訊網路。公告之內容修正時，亦同。」在締結採購契約的過程中，應僅屬於要約引誘性質，而並非要約，然其與民法上之要約引誘並無任何法律上之拘束力者並不完全相同。蓋在政府採購法第74條、第75條第1項第1款、第2款，已經明文規定，招標公告後，若廠商對對招標文件規定或對招標文件規定之釋疑、後續說明、變更或補充有所異議，依該法規定之異議、申訴程序處理；而且，若廠商依照招標公告而提出投標，採購機關並無法隨意拒絕投標，必須依照招標文件所示條件，決標給最低標或最有利標之投標廠商。此與一般要約引誘之情形，原則上潛在的交易相對者對於要約引誘之內容，在民法上並無表示異議之權，且要約引誘人無必然要與某一提議訂約

註7：陳樸生、洪福增編著（1982），《刑法總則》，初版，第148頁，五南圖書出版公司。

註8：郭君勳（1986），前揭註5，第331頁。

註9：郭君勳，前揭註5，第332-333頁。

大理院4年統字第252號解釋、4年統字第348號解釋、7年統字第707號解釋、同院2年上字第68號判例、4年上字第283號判例、5年上字第314號判例均採主觀說。同院9年上字第839號判例採客觀說中密接關係說、最高法院18年上字第1380號判例、20年上字第1541號判例、30年上字第684號判例、32年上字第217號判例採客觀說中犯罪構成要件一部說。

者締結契約之義務，有所不同，此亦為本院向來見解，即以招標公告為要約引誘，廠商之投標為要約，而採購機關之決標，為承諾性質，且以決標時點意思合致為雙方契約成立時點。準此，採購契約內容於決標時即已確定，而嗣後契約之簽訂僅係將投標須知及公告相關事項，另以書面形式為之，故簽約手續並非契約成立或生效要件，且雙方對締約內容並無任何磋商空間，自不能將形式上之簽約日期視為契約實際成立時點，而應以決標日為契約成立日。」

上開最高法院及最高行政法院見解，明白指出業主公告招標是要約引誘之行為，廠商投標是要約，業主決標是承諾，決標後契約即為成立，招標、投標活動結束。

最高法院103年度台上字第414號刑事判決意旨略以：「同案被告數人並無競標的意思，對發包機關營造其等彼此間有形式上之價格競爭，而實質上不為競爭，致發包機關誤信確有競爭關係存在，破壞招標程序之價格競爭功能，自足使開標發生不正確之結果。」

最高行政法院103年7月8日第1次庭長法官聯席會議決議認為：「廠商於投標前基於使開標發生不正確結果之犯罪目的，合議不為競價，營造係不同廠商競標之假象，分別參與投標，足使招標機關之審標人員誤認彼等與其他廠商間確有競爭關係，破壞招標程序之價格競爭功能，縱因無法預知有若干競爭者及競爭對手之競標價格為何而未必能決定性左右決標結果，然客觀上已實質增加得標機會，仍有使開標發生不正確結果之危險。甲、乙關聯廠商之代表人既以合議不為競價

之假性競爭方式，分別以甲、乙廠商參與採購案投標，雖開標結果為流標或未得標，彼等代表人仍應成立共同犯政府採購法第87條第6項、第3項之以詐術使開標發生不正確結果未遂犯，而非不能犯。」

「同案被告乙、被告丙實際上並無競標之意，僅為配合被告甲及A公司，對發包機關營造其等間有形式上之價格競爭，而實質上不為競爭，致發包機關誤信A、B、C等三家廠商與其它廠商D公司間確有競爭關係存在，破壞招標程序之價格競爭功能，自足使開標發生不正確之結果。」，另又系爭案件第一審臺灣屏東地方法院、第二審臺灣高等法院高雄分院認為「綜合以上機關之函釋可知，被告等人上開圍標行為，縱於開標後，可能符合資格之廠商僅餘一家而不予決標，或不決標予A公司，但因被告等人之圍標行為，會使辦理本件工程採購之機關認為形式上已有三家以上之廠商參與投標，並已依政府採購法第33條之規定，將投標文件送達，遂錯誤地進行開標、決標程序，自己使該機關對「是否有三家以上合格廠商」之形式審查發生錯誤，而難認為並無危險（筆者按：危險犯部分後敘）」。

亦即系爭第一審判決理由亦與最高法院103年度台上字第414號刑事判決及最高行政法院103年7月8日第1次庭長法官聯席會議決議採相同理由，認為破壞招標程序之價格競爭功能云云，惟系爭第一審判決另進一步指出：被告等之圍標行為，使該機關對「是否有三家以上合格廠商之形式審查發生錯誤，而難認為並無危險」云云。

另學者指出：圍標行為雖影響採購招標之

結果，由於無法證明確有「財產損害」之構成要件要素，通說認為不成立刑法詐欺取財（得利）罪，惟圍標行為會對於採購過程的公平及採購結果的品質造成嚴重的影響。為建立公平、公開的政府採購制度以提升招標的功能及品質，立法者便會在政府採購法中，針對部分重大影響招標程序的行為設有特別處罰之刑罰構成要件¹⁰。

另學者亦指出：「著手係預備與未遂犯兩階段的分界線，目前通說採主觀、客觀混合理論，法律適用者便應針對行為人主觀上所想像（而非客觀上實際存在）的事實進行判斷。因為我們是以行為人主觀上的想像作為判斷的背景事實，所以本案兩則判決（筆者按：係指臺灣臺中地方法院97年度訴字第206號及臺灣高等法院臺中分院97年度上訴字第1535號刑事判決）所指出的「行為人所使用之方式根本不生使廠商無法投標或使開標發生不正確結果，亦無該等結果可能發生之危險性存在」這個事實，就不足以成為反對認定被告業已著手實行的理由。其實，就著手實行的判斷而言，本案的事實並不複雜，因為在行為人所想像的犯罪流程中，他已經完成所有實現構成要件所必要的步驟，所以無論是依照形式判準（法定構成要件行為）還是實質判準（危險性、中間行為、部分行為等），

均會被評價成已著手於犯罪之實行¹¹」。惟對於圍標行為構成詐術圍標罪之著手時點並未明確指出，只肯認確實已著手圍標行為。又上開最高法院判決亦同樣地未明確指出圍標著手構成要件行為之時點，而上開最高行政法院決議則明確指出：分別投標足使審標人員誤認有競爭關係，客觀上已實質增加得標機會，有使開標發生不正確結果之危險。上開臺灣屏東地方法院則更具體指出：圍標使機關誤認有三家以上廠商投標，而致形式審查三家合格廠商發生錯誤。易言之，均以投標為著手之時點。

另學者洪偉修律師認為：「政府採購法第87條第3項及第6項規定保護之法益係「政府採購之公平競爭秩序」，在政府採購的防弊制度下，並非圍標廠商一為投標行為，就會對「政府採購之公平競爭秩序」產生具體特定的危險，因為政府採購制度會將某些不適格的競爭者或是競爭行為從頭就排除在外，而無法進入競爭市場，故若要對「政府採購之公平競爭秩序」此法益產生具體特定的危險，至少要從進入競爭市場開始，亦即若將「政府採購之公平競爭秩序」此法益的實害結果置於「決標」時點上，最早能夠對「政府採購之公平競爭秩序」產生具體特定危險的時點有可能是會在進入「開標」之時，而

註10：蔡聖偉（2010），〈政府採購法第87條第3項之非法影響投開標罪——評台中地院97年訴字第206號判決及高等法院台中分院97年上訴字第1535號判決〉，《月旦法學雜誌》，第176期，第244頁。

謝哲勝、李金松合著（2019），《政府採購法實用》，2版，第543頁，元照出版社，謂：「然該等行為既破壞公平競爭的市場機制，造成假性競爭，又影響採購的公平性及採購品質，具有非難性與違法性。因此，為確保採購招標過程的公平性及市場競爭機制，以確保採購品質及效率，採購法第87條乃將圍標行為入罪化，針對借牌、陪標、圍標等重大影響採購招標程序的行為，立法課以刑事責任。」等語。

註11：蔡偉聖，前揭註10。

不應前置到「投標」之時，投標行為對詐術圍標罪來說有可能僅在於預備階段，而未達著手實行時點。在政府採購市場中犯罪與一般犯罪有極大的不同，圍標廠商縱為投標行為，此投標行為欲造成「政府採購之公平競爭秩序」具體特定的危險，仍有相關的機制阻擋在其中，亦即投標行為不代表已經進入競爭市場當中，因此無論是採客觀理論，抑或是主客觀混合理論，皆不應忽視政府採購市場本身所具有的個性，否則無法見樹又見林。政府採購法為過濾出適格的廠商來參與競爭並確保競爭，在政府採購法及其施行細則中是定有諸多規定予以防弊，應以「開標」作為競爭市場開啟的起始點¹²。」

本文認為：共同被告等之行為（按：投標、出席審標均異常，詳見本文第1-2頁），欲決定其著手之時期，若採主觀說，行為人既已投標，即與機關之招標活動發生聯結，明顯表示已有遂行犯罪之意思，足見行為人等有犯意之飛躍表動，由行為人等之投標遂行行為（投標、出席審標異常），也可明確認為其等有以詐術圍標之犯意，且被告等該圍標之犯意已達確定可以識別之顯著狀態。職是，依主觀說之各種見解，均應認為共同被告等投標行為之時點，即係實行系爭案件詐術圍標罪之著手時點。若採客觀說，行為人雖已投標，與機關招標活動發生聯結，但機關尚未形式審查是否有符合三家以上合格廠商投標之規定，還未進入開標、審標實質

審查之階段，要無對「政府採購之公平競爭秩序」發生侵害之危險，招標活動既未進入形式審查、實質審查之階段，自難謂有詐術圍標行為之犯罪事實，或係為詐術圍標行為之近接密切之行為，或係於完成犯罪上具有必要關係之行為，或實行詐術圍標罪構成要件之一部行為。職是，共同被告等之投標行為尚未達於著手之階段，只能論以預備犯，但預備犯無處罰之規定，機關僅得依規定為追繳押標金之處分。若採折衷說（通說），共同被告等的投標行為，其主觀上有詐術圍標之意思，甚為明灼，但僅完成形式審查尚未進入開標程序，即為機關發現投標異常，出席審標也異常，立刻中止將進行之開標活動，顯然處於尚未實現犯罪之階段，亦即對於「政府採購之公平競爭秩序」之現實非有危險性。是以共同被告等之行為只處於預備階段¹³。上開實務判決及決議見解認為圍標廠商一經分別投標，即已著手實行詐術圍標罪之行為，雖開標結果未得標或流標，均屬障礙未遂云云，顯係採取主觀說。

另有學者律師認為應以開標之時點為著手詐術圍標行為之時點，惟筆者認為從契約當事人資格而論，可分為積極資格與消極資格。所謂積極資格，就是投標廠商必須具備招標公告所規定廠商應具有的資格，機關始得決標並與之成立契約。所謂消極資格，係指投標廠商不得有違反法令禁止規定之情形，若有此情形，機關不得決標，不得與之

註12：洪偉修著（2019），〈論詐術圍標罪之可罰性界限——評析最高法院103年7月8日第1次庭長法官聯席會議決議〉，《裁判時報》司律評台，第86-88頁，月旦出版社。

註13：郭君勳，前揭註5，第326-336頁。

成立契約。招標是以採購機關（業主）為主的活動，第一步須先準備招標文件¹⁴，其中最重要的事項即明示採購規格及參與投標之廠商資格，政府採購法就採購規格部分（防止綁標）第26條有明文規定，因與本文無關，不予論述，另第36條、第37條則規定投標廠商之資格，依政府採購法第36條規定：「機關辦理採購，得依實際需要，規定投標廠商之基本資格。特殊或巨額之採購，須由具有相當經驗、實績、人力、財力、設備等之廠商始能擔任者，得另規定投標廠商之特定資格。外國廠商之投標資格及應提出之資格文件，得就實際需要另行規定，附經公證或認證之中文譯本，並於招標文件中訂明。第一項基本資格、第二項特定資格與特殊或巨額採購之範圍及認定標準，由主管機關定之。」、政府採購法第37條規定：「機關訂定前條投標廠商之資格，不得當限制競爭，並以確認廠商具備履行契約所必須之能力者為限。投標廠商未符合前條所定資格者，其投標不予受理。但廠商之財力資格，得以銀行或保險公司之履約及賠償連帶保證責任、連帶保證保險單代之。」，其中特別資格部分也與本文無關，亦不予論述，茲僅就廠商之基本資格部分說明之。基本資格的內涵包括兩大要項¹⁵，一為合法經營之廠商；一為具履行該項採購契約的基本條件。依「投標廠商資格與特殊或巨額採購認定標準」之規定，基本資格包括：「一、與提供招標標的有關者。二、與履約能力有關者。」

（第2條），前者如「廠商登記或設立證明」、「廠商納稅證明」、「廠商依法加入工業或商業團體證明」（第3條）；後者如「廠商具有製造、供應或承做能力之證明」、「廠商具有如期履約能力之證明」、「廠商或其受雇人、從業人員具有專門技能之證明」、「廠商具有維修、維護或售後服務能力之證明」、「廠商信用之證明」（第4條）。

又廠商投標資格與採購規格（規範）俗稱資格標、技術標二種係不同概念，應予釐清。機關採購程序，通常均由機關內部使用單位（即需求單位），開出採購品名及數量之需求，經機關同意後，交由使用單位制作技術規範（按：包括品質、功能、施工……等內容），再改交由採購單位（按：即行政部門，通常為總務科或另設立發包中心）依政府採購法之規定公告採購事項。是以，廠商投標時，除須遵守政府法規外，尚須符合採購公告內容所規定之事項，機關始能開標、決標。

政府採購法第48條規定：「機關依本法規定辦理招標，除有下列情形之一不予開標決標外，有三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、依第八十二條規定暫緩開標者。四、依第八十四條規定暫停採購程序者。五、依第八十五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。」

註14：詳見本文第8頁機關辦理公開招標流程圖。

註15：林鴻銘，前揭註4，第119頁。

八、經主管機關認定之特殊情形。第一次開標，因未滿三家而流標者，第二次招標之等標期間得予縮短，並得不受前項三家廠商之限制。」

政府採購法施行細則第55條規定：「本法第四十八條第一項所稱三家以上合格廠商投標，指機關辦理公開招標，有三家以上廠商投標，且符合下列規定者：一、依本法第三十三條規定將投標文件送達於招標機關或其指定之場所。二、無本法第五十條第一項規定不予開標之情形。三、無第三十三條第一項及第二項規定不予開標之情形。四、無第三十八條第一項規定不得參加投標之情形。」

第33條規定：「廠商之投標文件，應以書面密封，於投標截止日期前，以郵遞或專人送達招標機關或其指定之場所。前項投標文件，廠商得以電子資料傳輸方式遞送。但以招標文件已有訂明者為限，並應於規定期限前遞送正式文件。機關得於招標文件中規定允許廠商於開標前補正非契約必要之點之文件。」

第50條規定：「投標廠商有下列情形之一，經機關於開標前發現者，其所投之標應不予開標；於開標後發現者，應不決標予該廠商：一、未依招標文件之規定投標。二、投標文件內容不符合招標文件之規定。三、借用或冒用他人名義或證件，或以偽造、變造之文件投標。四、偽造或變造投標文件。五、不同投標廠商間之投標文件內容有重大異常關聯者。六、第一百零三條第一項不得

參加投標或作為決標對象之情形。七、其他影響採購公正之違反法令行為。決標或簽約後發現得標廠商於決標前有前項情形者，應撤銷決標、終止契約或解除契約，並得追償損失。但撤銷決標、終止契約或解除契約反不符公共利益，並經上級機關核准者，不在此限。第一項不予開標或不予決標，致採購程序無法繼續進行者，機關得宣布廢標。」

從上開各該規定觀之，所謂三家合格廠商之認定，是在開標時主持人開啟標封前，對廠商之投標文件做形式審查，審查標封有無政府採購法施行細則第55條所定情形，只要通過形式審查，便列入三家合格廠商。嗣即應依政府採購法第48條規定，開啟標封（開標）審查投標文件有無依照規定投標及其內容，此即為實質審查¹⁶，實質審查依政府採購法施行細則第50條：「辦理開標人員之分工如下：一、主持開標人員：主持開標程序、負責開標現場處置及有關決定。二、承辦開標人員：辦理開標作業及製作紀錄等事項。主持開標人員，由機關首長或其授權人員指派適當人員擔任。主持開標人員得兼任承辦開標人員。承辦審標、評審或評選事項之人員，必要時得協助開標。有監辦開標人員者，其工作事項為監視開標程序。機關辦理比價、議價或決標，準用前五項規定。」，開標時採購單位（即施行細則第50條規定所稱主持開標、承辦開標人員）須先審查投標廠商之資格（俗稱資格標），是否符合法律規定及公告內容所載之投標資格，如果資格不符，因連出賣商品的資格都沒有（亦即當事

註16：謝哲勝、李金松合著，前揭註10，第366頁。

人資格不符，不夠格與機關做生意），應即予剔除，不列入投標廠商技術規範之競標家數。如果符合資格，即進入技術規範審查，由使用（需求）單位派員審查（即施行細則第50條規定所稱承辦審標、評選或評審事項之人員），審查結果雖不符合技術規範之要求，仍須列入合格（即先前已審查具備投標資格）廠商家數，用以計算是否有三家合格（符合資格）廠商競標，但不進入底價（投標金額）之評比，無法得標。究其原因，公告採購事項為機關發出之要約引誘，廠商之投標係要約，廠商雖符合投標資格，但技術規範審查結果不符公告所載內容，亦即廠商欲賣給機關之物品不符業主之需求，雙方就採購（買賣）標的（內容）無法一致，當然不可能成立採購契約，該投標廠商投標之金額就不用評比，但仍應列入合格廠商家數之列，因該廠商投標資格是符合的，也有列入評比內容（審查技術規範）。此際，如原有三家以上合格廠商，因技術規範審查結果，致只剩一家或二家廠商符合技術規範，仍應進入投標金額之評比，即開標、決標。準此，投標廠商之資格須具備積極資格，即符合政府採購法第33條規定將投標文件送達於招標機關或其他指定場所，另亦不得有消極資格，即政府採購法第50條規定不予開標或

決標及第103條不良廠商應限制投標之各該情形，就投標廠商而言若未具資格，其所投之標單，即為無效之標單，俗稱廢標。至於未達三家以上合格廠商投標，應否開標，法條疏漏未明文規定。但從政府採購法規定體例上觀察，即從政府採購法第48條第2項及實務作法比較觀察，應該是不能開標、決標¹⁷，俗稱流標。但此流標係指整個採購程序不予開標、決標。易言之，流標係就機關之採購程序而言，廢標係針對該特定（個別）投標廠商而言，二者不同，應予釐清¹⁸。由於開標是採購程序的一環，時間上在廠商投標之後，機關進行審標之前。開標就是「開啟廠商投標文件之標封」的意思，其目的在於了解廠商參與投標的情形，並確保採購公開、公平地進行。因此，開標之時間及地點通常會在招標文件訂明¹⁹。茲以開標為形式審查與實質之區隔時點說明，即

（一）形式審查：

1. 廠商投標之標封（尚未啟封）是否符合採購法第33條規定於投標期限截止前，將標封送達機關。
2. 有無第103條規定，不良廠商應限制投標之情形。
3. 標封之外觀有無做記號或其他不正當之表徵或非機關規定之標封。如果形式

註17：黃鈺華主編（2008），《政府採購法解讀——逐條釋義》，3版，第198頁，元照出版社。

註18：林鴻銘，前揭註4，第160頁，略謂：「依前揭政府採購法的規定，似乎只有「未滿三家」的情形才稱為「流標」，其他無論是因「廠商不法行為」、「無法決標」、「投標人串通開標」等，均稱為「廢標」。依實務作業慣例，如於開標前因廠商家數不足等因素，不符開標之條件者，稱為流標；如係開標後發現有不能決標之情事，而須將該招標歸於無效者，稱為廢標。亦即二者係以開標作為區別之時間點，因開標前發現之事由致無法開標者，稱為流標，如係開標後發現之事由而歸於無效者為廢標。」。

註19：林鴻銘，前揭註4，第154頁。

審查不合格，即應予剔除，屬無效之標單，若合格即應開啟投標廠商之標封。

(二) 開啟標封後，進入另一階段的審查，通說認為係實質審查，已如前述，但筆者認為仍屬形式審查階段，蓋審查之內容，乃審查標封內有無檢附招標公告內載明必須具備之形式文件²⁰，例如：

1. 押標金。
2. 履約能力證明文件（例：營業人銷售額與稅額申請書）。
3. 使用之標單是否符合政府之規定。……等各情形，如果不符合規定即屬無效之標單，應予剔除，如果符合規定，即屬合格廠商，此際必須有3家以上合格廠商，才進入開啟價格標封（按：系爭案件價格沒有另外密封，所以不用開啟）進行比價。

另外標案公告如果有涉及技術規範（規格）之問題，尚須進行技術審查，此階段即真正的實質審查，如果審查不

合格也應剔除，不進行價格評比，但此際該廠商仍列入合格廠商之家數，不影響合格廠商家數之計算²¹。

從上開流程及相關各該規定觀之，開標後投標廠商資格之審查，其審查內容係投標文件有無依照規定投標，外觀上應仍屬形式審查，不能算真正實質審查。尤其政府採購法第50條第1項各款規定不予開標之情形，依工程會之函釋，並非政府採購法第48條第1項所稱3家以上合格廠商之要件，而係作為機關對個別投標廠商所投之標不予開標或不決標予該廠商的依據，直接將該廠排除不適用²²，從而投標廠商雖依據政府採購法施行細則第55條規定被認定為合格廠商，惟於開標後，仍可被認定為不合格之廠商，筆者認為惟有開標後經審查符合資格，進行採購規格（技術規範）審查時，始真正地進入市場競爭，蓋依上開最高行政法院98年判字第38號判決意旨：「政府採購程序中的公告，在締結採購契約的過程中，應僅屬要約引誘性質，而並非要約，然其與民法上之要約引誘並無任何法律上之拘束者並不完全相同。若廠商依

註20：謝哲勝、李金松合著，前揭註10，第366頁，略謂：「有採購法第50條第1項規定不予開標的情形，則未必可以於開啟外標封前就發現，往往必須開標後才能發現，即使有採購法第50條第1項規定不予開標的事由，並不當然即不列入合格廠商之列，判斷重點還是要回到開啟外標封前的時點來看，個案判斷是否能夠發現違反採購法或投標須知規定，答案若是肯定，即不列入，反之，則應列入。」。

註21：林鴻銘著上揭書，第156頁，略謂：「審標，指招標機關針對廠商之投標進行審查，審標的目的在於決定得標的廠商，其程序之進行在開標之後、決標之前。通常審查時係依招標文件之規定來進行，審查事項有四：一是審查是否有法定不得參與投標情形，如本法第50條第1項以不實文件投標行為、第103條不得參加投標情形、施行細則第33條、第38條之情形等；二是資格標審查：即是廠商等級、資本、業績等資格是否符合要求；三是規格標審查：即是提送的技術、工法、貨品規格等是否符合要求；四是價格標查：即是價格的審查，包括是否有單價分析、是否低於底價、是否為最低標價等（第51條）。」。

註22：謝哲勝、李金松合著，前揭註10，第366頁。
行政院公共工程會88工程企字第8816122、8811282號函。

照招標公告而提出投標，採購機關並無法隨意拒絕投標，必須依照招標文件所示條件，決標給最低標或最有利標之投標廠商。」，此際對於「政府採購之公平競爭秩序」之現實有發生侵害之危險，應堪認為著手詐術圍標罪行為實施之時點。

四、「有無使開標發生不正確結果」之危險性

不能犯係指行為人之行為，無發生結果之可能，即其行為在實質上，並無危險性，致構成要件，無實現可能²³。刑法第26條規定：「行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰。」，準此，不能未遂可分為有危險與無危險之情形，只有在不能發生結果又無危險之情形，始符合刑法第26條規定不罰，如果不能發生結果但仍有危險，則歸類為普通未遂之範疇，只能依刑法第25條第2項規定減輕其刑²⁴。是以不能未遂仍須有犯罪之意思，實行之著手與普通未遂之區別，在於有無危險性。但如何認定有無危險性，學說上，有（一）客觀危險說，以行為人之行為，在客觀上，有無發生結果之可能性為準，而分不能為絕對不能與相對不能，絕對不能為不能未遂犯，相對不能為普通未遂犯。此說將危險加以抽象地考慮，捨棄一切具體事實，抽象地、客觀地判斷，行為對於

結果有無危險性。行為如抽象地、客觀地，對結果之發生並無危險性，則屬不能未遂，否則為普通未遂犯。（二）具體危險說，以行為人所認識，及一般人可能認識之情況為基礎，從一般人之見地，判斷客觀之危險性，其無發生結果之危險者，即無具體危險，為不能未遂犯，其有發生結果之具體危險者，為普通未遂犯。（三）抽象危險說（主觀危險說），以行為人所認識之情況為基礎，從一般人之見地，判斷其客觀的危險性之有無，其無危險性者為不能危險犯，有此危險者為普通未遂犯。（四）純主觀說，認未遂之本質，乃在意思之危險性上，行為人如有危險的意思表動，均為未遂犯。就行為人所認識之事情，如行為人本身，認為有結果發生之可能性，即為有危險，故皆為未遂，不認有不能未遂犯與普通未遂犯之界限。以上各說，爭議頗大，惟行為人之行為係主觀、客觀的統一體，其行為是否具有實現構成要件之可能性（危險性），核屬構成要件該當性之問題，所以應當以行為之具體狀況為基礎，以社會一般人之見解判斷之，不得僅依行為人認識之事實予以判定，是以抽象危險說確有不妥之處，而具體危險說，以行為人認識之事實，及一般人可得認識之事實為基礎，立於行為時，由一般人之判斷而決定有無結果發生之可能性，故學者認為

註23：郭君勳，前揭註5，第375頁。

許澤天著（2021），《刑法總則》，2版，第400頁，新學林出版公司。略謂：「不能未遂（untauglicher Versuch），或稱為不能犯，係指行為人因事實上或法律上的原因無法實現其行為決意，即在客觀上無法實現構成要件。由於不能未遂的行為人在想像上誤認為自己可以實現客觀構成要件，與欠缺故意的構成要件錯誤剛好相反，可謂是一種反面構成要件錯誤。」

註24：許澤天，同前註，第401頁。

具體危險說較為可採²⁵，但有不同解²⁶，最高法院19年上字第1335號判例採具體危險說：「刑法處罰未遂罪之精神，係以其著手於犯罪之實行，雖因意外障礙不遂，而有發生實害之危險，不能不加以制裁，故刑法第三十九條第一項後段之不能犯，亦係指該項行為有發生實害之危險者而言，如實際上本不能發生損害，即無何種危險之可言，自不成立犯罪。本案上訴人侵入某甲家，雖意在將其殺害，但某甲既早已出外，絕無被害之危險，按照上開說明，究難令負殺人未遂罪責。」、30年上字第2671號判例意旨：「犯罪之故意，祇須對於犯罪事實有所認識而仍實施為已足，不以犯人主觀之認識與客觀事實不生齟齬為必要。上訴人率人向被害人屋內開槍射擊，雖因被害人事先走避未遭殺害，然上訴人既認其尚在屋內而開槍，不能謂無殺人事實之認識及發生死亡結果之希望，而其犯罪結果之不能發生，既係由於被害人事先走避之意外障礙，則上訴人對此應負故意殺人未遂之責，自屬毫無疑義。」，改採抽象危險說。2005年修法後的不能未遂，實務上在有無危險的認定趨向嚴格立

場，反而更走向主觀理論²⁷。

「使開標發生不正確之結果」為詐術圍標罪之構成要件要素，系爭案件因尚未進行開標的程序，即被發現投標、出席審標均有異常而告終止程序之進行，所以無論採取以「開標」時點或「投標廠商基本資格查後，進入採購規格審查」之時點，均認為尚未著手實行詐術圍標罪之構成要件，屬預備階段，不成立詐術圍標罪。但退步言之，設若開標後，乙、丙標封內均未檢附「營業人銷售額與稅額申報書」及押標金，為主持開標或承辦開標人員以不符合招標規定予以淘汰，但疏忽未發現異常，致投標廠商A公司進入採購規格審查程序，此際是否會造成「使開標發生不正確之結果」之危險性（可能性），若有危險性，即無不能未遂之可言。若採客觀危險說，A公司既已進入採購規格審查，在客觀上即有得標之可能。若採具體危險說，A公司本身相信有得標之可能，固無問題，一般人若亦相信有得標之可能，則為障礙未遂，若一般人不相信有得標之可能，則屬不能未遂，但在系爭案件假設進入採購規格審查之情況下，一般而言，一

註25：郭君勳，前揭註5，第378頁。

許澤天，前揭註23，第401-402頁，採具體危險說，但於該書註51略謂：「此處，要提醒注意的是，判斷不能未遂有無危險的具體危險說，與具體危險犯的具體危險概念不同，而比較接近抽象危險犯的行為危險性，（刑法第26條的「危險」應是「抽象危險」）。」。

註26：蔡聖偉，前揭註10，第251頁，對於不能發生犯罪結果，有無危險的判斷，採重大無知標準，略謂：「只有當行為人主觀上的犯罪計劃是基於一個「完全偏離於一般因果法則的想像」時，亦即行為人對於眾所周知的因果關聯有極嚴重的誤認時，方屬第26條放棄刑罰的規範依據。」。

註27：許澤天，前揭註23，第405頁，略謂：「2005年修法後的不能未遂，法律效果由舊法的減免其刑改為不罰，實務在無危險的認定上趨向嚴格立場。亦即，修法後不論採取如本書支持的具體危險判斷方式，抑或出於重大無知標準，抑或混搭具體危險、出於重大無知以及印象理論的標準，刑法第26條之適用遠較過去更為罕見，未遂犯反而更走向主觀理論，幾乎除了中止未遂外，就判斷為障礙未遂。」。

般人均會相信 A 公司有得標之可能。若採抽象危險說，在 A 公司已進入採購規格審查之情況下，一般人會認為 A 公司有得標之可能。若採純粹主觀說，A 公司在主觀上當然認為有得標之可能。因此無論採何學說做為認定有無危險之標準，以系爭案件之上開假設情況，均不會成立不能未遂犯甚明。

五、代結論——事實之欠缺與不能犯，應有區別

所謂「事實之欠缺」，又稱構成要件之欠缺，係指犯罪之未完成，非關於行為人之行為，而係由於欠缺構成要件。易言之，犯罪之主體、客體、手段、行為之狀況等構成要件要素等事實有欠缺者，因構成要件之實現，核屬不可能，故不成立犯罪。職是，「事實之欠缺」應與不能犯有所區別，不能未遂，其行為雖不能發生犯罪結果，但仍具備構成要件，是修法前刑法第26條規定，僅得減輕或免除其刑（按：修法後，改為「不罰」），而事實之欠缺，則係欠缺構成要件中之主體、客體、手段、行為之場所等要素，乃未具構成要件該當性，故不成立犯罪，二者仍有所區別²⁸。實務上，

最高法院21年上字第2051號判例意旨：「刑法第一百八十條第一項之誣告罪，以向

該管公務員申告為成立要件，故欲使人受刑事處分而申告於無偵查犯罪職務之省政府，根本上不能成立本罪。」

最高法院28年上字第2075號判例意旨：「上訴人向某甲開槍時，某甲已為某乙毆斃，是其所射擊者為屍體，而非有生命之自然人，縱令該上訴人意在殺人，因犯罪客體之不存在，仍不負殺人罪責。」

24年7月刑庭會議：「事實之欠缺及迷信犯，不包括本條未遂犯之內。」

查政府採購法第87條第3項規定：「以詐術或其他非法之方法，使廠商無法投標或開標發生不正確結果者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。」

準此，上開第87條第3項構成要件有：(1)詐術、(2)或其他非法之方法、(3)使廠商無法投標、(4)或使開標發生不正確結果。

查被告甲、乙、丙均未符合投標資格（按：犯罪主體欠缺），又未檢附「營業人銷售額與稅額申報書」及押標金（按：犯罪手段欠缺）。核屬均為無效之標單，俗稱廢標，是以被告甲、乙、丙等就本案事實之欠缺甚明，自應為無罪之判決。退步言之，廢標亦無從依形式上合法競標，毫無影響決標價格之可言，易言之，即無危險性，依刑法第26條規定，亦屬不罰。

註28：郭君勳，前揭註5，第383-386頁。