政府採購法第87條的量刑因子及操作基準

王子榮*

壹、前言

對司法刑事實務而言，量刑向來是長期為人詬病的一個領域，尤其相較於其他刑事程序不斷精緻跟嚴謹化，例如審理時交互詰問的落實、證據法則中的傳聞證據原則與例外、改良式當事人進行主義的確立、各種強制處分類型的發展與相應的程序保障，刑事案件的量刑卻有如處於未開發時期，不僅在於量刑時的調查幾乎付之闕如，也在於法官在具體量刑時並沒有去充足說理為何會量處這樣的刑度，而對於刑事案件的被告而言，當其遭到有罪判決後，刑度更是攸關其自由遭到限制時間的久暫，那為何法院卻惜字如金？更不用說在類似的案情下，卻常常看到不一樣的量刑結果[1]，這恐怕不是單純以不同被告所以不能相比一語帶過，量刑是刑事實務迫切要面對的議題。然而，當大法官做出第釋字第775號解釋後，以及刑事訴訟法第289條第2項、第3項增訂科刑辯論程序，確實已經給刑事實務量刑帶來新風貌，也帶來更多討論的空間[2]。於此同時，在發展量刑的基本原則下，從各種犯罪類型去歸納量刑的因子也是一條可行的方向。從而，筆者嘗試觀察刑事實務中對於政府採購法第87條各項違法情狀的量刑因子，並就量刑因子在判決中是如何敘述歸納出一定的規則，另外討論量刑因子的同時，必須強調在每個案件中，都應該要具備量刑的架構，在量刑架構下自然能慢慢歸納並開展穩定的量刑路徑，而回顧目前刑事實務在量刑領域的累積，固然司法院有所建置幾套輔助量刑預測的工具，不過其存在的問題點為何？最後回歸到如何在審判中落實，可能可以從法定證據方法中的量

＊本文作者係任職於臺灣雲林地方法院刑事庭審判長兼庭長，國立中正大學法律研究所碩士

註1：關於因為刑事判決刑度的差異引發的爭議，幾乎是媒體上隨手可以查詢到的熱議新聞，如「酒駕致死七成輕判」，蘋果日報，https://www.appledaily.com.tw/local/20190226/VMW5ZJLKQ3B762F3LNR2BLWN2Y/?utm_campaign=twad_article_share&utm_medium=social&utm_source=twitter&utm_content=share_link，最後瀏覽日期：20220906。

註2：除了大法官所做出的釋字第775號解釋外，最高法院其實更早前也慢慢透過各個判決發展量刑的原理原則，溫祖德（2022），〈定罪與量刑程序分離論──從我國最高法院數則判決論之〉，《月旦法學雜誌》，第325期，第117-121頁。

刑鑑定上出發，而法制面上則可展望在刑事案件妥適量刑法草案，以期在刑事案件的量刑中打下一個穩固基礎。

貳、司法實務的量刑現況

在探求政府採購法第87條各項的量刑因子前，仍有必要先檢視目前既有司法實務量刑的問題，以及盤點目前能讓刑事訴訟的當事人使用的量刑工具有哪些[3]，而在檢視量刑工具後，仍不免發現既有工具都有其結構上的欠缺，至多只能說是給予量刑參酌上的一個方向而已。

一、量刑上的個案差異與難以預測性

量刑的初一、十五不一樣早已被詬病已久，固然作為實務工作者可以說那是因為不同的被告、不同的個案都會有量刑因子考量上的差異，但實際上卻是忽略司法實務在量刑上向來存在的怠惰與缺少著墨，尤其當我們觀察一些類型化犯罪的量刑，就拿一般常見的酒駕案件來說，為何一樣的酒測濃度、一樣的違犯次數、一樣的行經道路種類，卻僅僅因為不一樣的法官就有數個月有期徒刑的差異，這要如何說服大眾，甚至對於個別案件中的被告來說，不就是真的上法庭靠運氣，落入「好運得時鐘、歹運得龍眼」的窘境，對司法實務工作者而言，或許只是每個月案牘勞形下的案件數字，不過對被告而言，可能是他這輩子唯一一次走入刑事程序，幾個月徒刑的差距是以自由為代價，如何不謹慎看待。

二、司法行政開發的量刑工具與既有的缺陷

作為支援司法審判的司法行政這幾年也不斷有積極作為，也是回應外界對於量刑的批評，最重要的是對於基層的法官而言，確實也需要司法行政投入人力、物力建置審判，而就相關的量刑輔助工具（系統）介紹如下[4]，並對於現在既有的量刑工具為何不足也提出粗淺的觀察。

（一）既有量刑工具的盤點

1.量刑資訊系統

量刑資訊系統，這是透過刑事法官、統計、資訊專業及編碼人員，從各類犯罪之法院判決書中，蒐集判決書上記載之刑法第57條各款量刑審酌事由所建置。當使用者於輸入欲查詢之量刑事由後，系統即會自動檢索相關判決，提供過往判決符合查詢條件之最高、最低刑度在內之量刑分布情況及刑種全貌圖[5]。

2.量刑趨勢建議系統

註3：量刑系統並不是只有法官可以使用，為了提高檢辯對於量刑的透明與信任，也有提供一般版供民眾使用，所以對參與訴訟的辯護人和檢察官都能在個案中妥適就量刑加以辯論，當然也包括告訴人、訴訟參與人及其等之代理人。

註4：相關量刑工具介紹，參考司法院歸類整理，https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-83-57186-1ef46-1.html，最後瀏覽日期：2022年8月31日。

註5：蘇凱平，2010年所發生的白玫瑰運動，引起台灣政壇及司法界相當大的震盪，由於當時認為法院的

蒐集各類犯罪之法院判決，以統計迴歸方法，分析法官量刑時考量之量刑因子，與其對量刑影響力大小，並召開焦點團體會議，匯集審、檢、辯、學及相關民間團體對於分析實務判決所得之量刑因子及其影響力大小討論所形成意見，而量刑趨勢建議系統有八大區塊，包括：妨害性自主、殺人與傷害致死、搶奪、強盜、電信詐欺、槍砲、酒駕跟竊盜等，在使用者輸入量刑因子的選擇後會有建議的刑度和量刑區間，也能適度減少量刑歧異。

3.刑事案件量刑審酌事項參考手冊

英國之論理式量刑基準模式，重點論述量刑之原則與法官應注意事項，邀集審、檢、辯、學及相關婦幼、被害人保護民間團體等焦點團體，研議相關犯罪法官量刑時，應注意審酌從重或從輕之量刑事項，製作量刑審酌事項參考表供法官參考。

4.刑事案件量刑及定執行刑參考要點

在該參考要點中，主要是循著「宣告刑之裁量」及「數罪併罰之定執行刑」兩大主軸，而就「宣告刑之裁量」部分，例如第10點中的文字「審酌犯罪之手段，宜考量犯罪之具體方法及手段之強度。如為數人共同犯罪之情形，宜一併考量行為人與共犯間之分工及參與程度」，大抵是過去司法實務判決中建立出的原則性指示，其他如禁止就構成要件事實雙重評價原則、兼衡有利不利情狀原則、比例原則及平等原則都為司法實務耳熟能詳的法則。至於「數罪併罰之定執行刑」部分，則強調刑罰邊際效應隨刑期而遞減及行為人所生痛苦程度隨刑期而遞增之情形，並考量行為人復歸社會之可能性，明示執行刑之酌定，宜綜合考量行為人之人格及各罪間之關係，依具體情節酌定執行刑。

（二）對既有量刑工具的反思

1.回應社會上的快速變遷仍會「遲延」

作為實務第一線的刑事法官，對於司法院開發的各種量刑支援工具在態度上絕對是贊同的，筆者在案件進行時，為能充實量刑調查與量刑辯論，均會適時的提醒訴訟當事人可以依據上開量刑系統所得到的刑度數據作為論告或辯論的依據，但潛藏的疑慮仍然方興未艾，其中量刑資訊系統某種程度算是名存實亡，在相關刑度參考上所擷取的裁判資料年度有限，意味在這幾年刑度每每成為社會大眾關注所在時，刑度其實在刑

量刑似乎欠缺明確標準，因此司法院即順應相關討論著手開發這個量刑資訊的系統，妨害性自主罪也順應成為第一個著手整理的罪刑。司法院當時得以開發量刑資訊系統的原因，除了白玫瑰運動外，另一個原因則是替代役的人力協助，由於當時司法院有大量的司法替代役在各個廳服務，而司法院刑事廳也有大批的替代役人力，因此能不斷地進行coding，從原本的判決裡面將特定資訊code出來，再進行編碼以及做系統，也因此成為了現行司法院量刑資訊系統的結構，司法院量刑資訊系統之簡介與相關討論，
https://ai.iias.sinica.edu.tw/ml-on-penalty-measurement-minutes/，最後瀏覽日期：2022年8月20日。

事實務中已經有不少法官注意並回應，但後續的新的刑度數據無法被擷取與反應。另外在量刑資訊系統中固然依據不同類型犯罪設定「適用法條」、「加重減輕」、「犯罪工具」、「被害人人數」、「行為人與被害人關係」、「犯罪動機」、「犯後態度」等選項，但如果實際操作選項，會發現當選項複選時判決數會越來越少，甚至常常出現沒有判決可供搜尋狀況[6]。又量刑趨勢建議系統則相對更進步一些，最主要是量刑因子選項更細緻化，而且大致上都可以在既有的複數選項中出現「建議刑度」和「建議量刑區間」，不過能系統化的犯罪類型目前僅有「妨害性自主罪」、「殺人與傷害致死罪」、「搶奪罪」、「強盜罪」、「電信詐欺罪」、「槍砲案件槍砲彈藥管制條例第8條第4項持有輕型槍砲罪」、「槍砲彈藥管制條例第8條第4項寄藏輕型槍砲罪」、「不能安全駕駛罪」、「竊盜罪」，對應目前實務犯罪顯然是不敷使用，例如廢棄物清理法、毒品危害防治條例、偽造文書、貪污治罪條例等都百廢待興，這都需要司法行政這端加快腳步建置。至於刑事案件量刑審酌事項參考手冊[7]，在犯罪類型上比較廣泛，計有販賣毒品案件、人口販運防制法第31條、第32條案件[8]、不能安全駕駛動力交通工具罪、妨害性自主罪、（重）傷害致死罪、搶奪罪、殺人罪、槍砲彈藥刀械管制條例案件、與家庭暴力有關之犯罪、提供人頭帳戶等資料幫助詐欺罪、竊盜罪、強盜罪、營業秘密法案件，而對於在刑法第57條各款量刑事由下，對應在特定犯罪類型中哪些是從重量刑因

註6：

註7：該手冊在網路上有完整的公開，
https://sen.judicial.gov.tw/pub_platform/Reference_book.pdf。

註8：以人口販運為例，過去著眼的大多為發生在國內的人口販運，甚至較多是在無良仲介和外籍移工身上，可是近期在台灣地區卻發生了引發輿論的將臺灣民眾假借各種出國工作緣故，讓他們前往柬埔寨，繼而變成買賣的標的，
https://www.appledaily.com.tw/international/20220820/7496E958E119525B66012F96C7，最後瀏覽日期：2022年8月20日。

子、哪些是從輕量刑因子都有明確例示，而且也融入焦點團體意見，能適度融入社會大眾對於量刑上的意見與在意的因子，不過上開參考手冊並沒有陸續有新的編訂，也會留有無法和社會與時俱進的遺憾。

2.多重馬車下的各種量刑指引會不會相互衝突

盤點既有的量刑工具，不免會發現上面這幾種量刑指引都有自己的論理跟脈絡，但對於司法實務來說，究竟第一線的法官、檢察官跟辯護人，在個案操作上要援用，究竟是要用「量刑資訊系統」、「量刑趨勢建議系統」、「量刑審酌事項參考表」哪一個會比較適當？如果只參考一種的話會不會掛一漏萬？量刑因子的解讀會不會因人而異？從重或從輕的劃分是否可以截然區分？例如以累犯為例，可能有人會認為要看本案和前案的犯罪種類是否相同，也有人會覺得不管有無類似犯行，你一再違背刑罰規範，代表有顯著惡性仍要加重刑度，這樣的情況並不難想像。倘若法官判決所引用的刑度數據跟上開指引都所不同時，已經見到不少作為據以上訴的理由，也經上級審法院撤銷發回指謫[9]，但同時也在加重法院端在判決中量刑部分的說理義務[10]。

3.AI的智能量刑工具可能是新的風貌

除了司法院目前已經對外正式上線的量刑工具外，行政端並沒有就此停佇，不斷從使用者一端回饋的經驗與意見，尤其在大數據及AI智能時代下，可以想見透過資料探勘（Data Mining）是機器學習（Machine Learning）機器學習，將可能讓訴訟當事人面對量刑時更能有預測性[11]。

三、建立司法實務的量刑的架構為當務之急

（一）量刑的正當法律程序[12]

釋字第775號解釋是針對困擾刑事實務的累

註9：如臺灣高等法院臺中分院於111年度上訴字第1090號：「被害人家屬亦表示不再追究刑事責任，及刑法第57條各款所規定之事項，參酌辯護人所提出之司法院量刑系統查詢結果、量刑趨勢建議系統在被告坦承犯行、自首，惟未考量履行賠償和解情形下平均刑度為12年10月；另被告於偵審中坦承犯行且始終一致、未獲被害人家屬原諒、業已依和解條件履行，在未考量自首之條件下之建議量刑區間為11年5月至13年5月，量刑建議刑度為12年5月（見本院卷第133、135頁），認原審量處被告有期徒刑12年6月，非無過重，容或可議。被告提起上訴指摘原判決量刑過重，自非無憑，當屬可採，應由本院撤銷改判」。

註10：如臺灣高等法院臺南分院於107年度上訴字第1204、1212號判決就提到「惟司法院所建置「量刑資訊系統」內之相關數據，係為統計分析法院對於同類型個案之量刑情形，僅供法院量刑參考，且個案犯罪情狀有別，尚難據該量刑資訊系統所查得之資料及其他案件之量刑情形拘束法院對個案之裁量，或進而指摘個案之量刑失當」，顯然必須對量刑工具有所回應，進而成為賦予法院更多的說理義務。

註11：文家倩（2022），〈AI與量刑的交會──淺談司法院量刑資訊系統的革新〉，《當代法律》，第10期，第11-12頁。

註12：針對正當法律程序於量刑討論時，也因為死刑手段最為嚴峻，所以外國法上著墨也甚多，如美國死

犯制度做出解釋，然而在解釋理由中，特別對於量刑時的調查與程序多所著墨，在該號解釋中明白表示「對累犯者加重本刑涉及科刑。目前刑事訴訟法，僅規定科刑資料之調查時期應於罪責資料調查後為之（刑事訴訟法第288條第4項參照），及賦予當事人對科刑範圍表示意見之機會（刑事訴訟法第289條第3項參照），對於科刑資料應如何進行調查及就科刑部分獨立進行辯論均付闕如。為使法院科刑判決符合憲法上罪刑相當原則，法院審判時應先由當事人就加重、減輕或免除其刑等事實（刑法第47條第1項及第59條至第62條參照）及其他科刑資料（刑法第57條及第58條參照），指出證明方法，進行周詳調查與充分辯論，最後由法院依法詳加斟酌取捨，並具體說明據以量定刑罰之理由，俾作出符合憲法罪刑相當原則之科刑判決」，這段大法官解釋的文字無疑照亮過往刑事實務中對量刑漠視的一隅。觀諸大法官認為在過去刑事訴訟法中固然有科刑資料調查及對科刑表示意見，可是顯然在程序面的保障仍是不足的，尤其欠缺了量刑資料調查這一塊，這其實就是回應到大法官向來不斷建構的正當法律程序的內涵，不僅需要形式正當，也要實質正當。在大法官所擘畫的正當法律程序審查基準中，過往最低的程序保障是至少給予告知與陳述意見的機會[13]，但釋字第775號卻訂下一個更高的標準，因為從審查基準來看，涉及基本權利限制最嚴峻的非刑罰效果莫屬，尤其量刑的結果對應到的是拘束人身自由、刑期的長短，這時過往對於量刑的調查與辯論，若不在既有量刑證據的蒐集上和程序將之獨立分開上，顯然不足以充足程序保障，而必須填補此一漏洞，這也是正當法律程序篩漏的功能，程序正當外，更要實質正當。

（二）依據釋字第775號修正的刑事訴訟「量刑」新面貌

在大法官做出解釋後，刑事訴訟法旋即回應予以修正，在刑事訴訟法第289條[14]將向來沒有明白分野的罪責調查和量刑調查畫出明顯的程序間隔，也就是程序二分，而在立法理由也明白指出「犯罪事實有無之認定，與應如何科刑，均同等重要，其影響被告之權益甚鉅，現行條文第三項僅給予當事人就科刑範圍表示意見之機會，而未經辯論，尚有未足，爰依司法院釋字第七百七十五號解釋意旨，將現行條文第三項移列第二項，明定當事人、辯護人就事實及法律辯論後，應依第一項所定次序，就科刑範圍辯論之，俾使量刑更加精緻、妥適」[15]，上開刑事訴訟法

刑判決之量刑基準及正當法律程序這樣的介紹，朱朝亮（2021），〈從量刑法則之應然，談我國現行量刑實務問題〉，《法官協會雜誌》，第22期，第46-50頁。

註13：陳怡如（2007），〈司法院大法官正當法律程序原則違憲審查標準之探究〉，《弘光人文社會學報》第6期，第202頁。

註14：刑事訴訟法第289條：「調查證據完畢後，應命依下列次序就事實及法律分別辯論之：
一、檢察官。二、被告。三、辯護人。前項辯論後，應命依同一次序，就科刑範圍辯論之。於科刑辯論前，並應予到場之告訴人、被害人或其家屬或其他依法得陳述意見之人就科刑範圍表示意見之機會。已依前二項辯論者，得再為辯論，審判長亦得命再行辯論。」

註15：關於立法理由，參考：
http://inlaw.judicial.gov.tw/FLAW/default.aspx，最後瀏覽日期：2022年8月31日。

的修正帶給第一線刑事審判很大的影響，首先，對於傳統請檢察官提出證明證據及對待證事實之證明方法，這都是集中在檢察官對於罪責證據的範疇，如酒駕案件要舉出交通隊道路交通事故當事人酒精測定紀錄表、傷害案件要有關於傷勢的診斷證明書諸如此類，但隨著修法之後，為能充實量刑調查與辯論，實務也要求在準備程序提出與量刑有關證據，就算訴訟當事人（多為被告方）在準備程序時還來不及提出，也讓其在審理前有一定的緩衝期間可以準備並提出，以筆者而言，也會對量刑證據進一步追問，究竟是連結到刑法第57條的哪幾款，如被告方面常常會提出其日常善心捐款或從事公益活動的相片，這時就會追問這是要作為哪一款的量刑證據。再者，在程序進行上也落實程序二分[16]，準備程序會詢問雙方是否提出科刑資料（證據），進到審理後，則會在罪責辯論後，才又接著是對量刑的辯論[17]，對照過往，在量刑的調查與辯論上均大大的提升質與量，過往被視為過水及空洞化的量刑開始逐漸充實。

（三）量刑的框架需要簡化

1.以刑法第57條作為主結構

一件案件在量刑的考量上應該考慮什麼，一直是實務上的難題，而且每個案件無疑都是一位被告生命中的一段歷程，可是法院在量刑時，卻容易聚焦到被告個案中的行為惡性，一方面也是實務目前對於量刑證據資料累積上的缺乏，量刑資料被評價為品格證據，在程序上也不常見到有人會去獨立操作的量刑調查，縱然這幾年已經不少法官有意識的對量刑這塊加以著墨，但普遍來說欠缺一個比較SOP的作法，也連帶使量刑在後端資料化處理上要花費更大心力與成本。實則，量刑上必須先回到法條結構，亦即在刑法第57條「科刑時應以行為人之責任為基礎，並審酌一切情狀，尤應注意下列事項，為科刑輕重之標準：犯罪之動機、目的。犯罪時所受之刺激。犯罪之手段。犯罪行為人之生活狀況。犯罪行為人之品行。犯罪行為人之智識程度。犯罪行為人與被害人之關係。犯罪行為人違反義務之程度。犯罪所生之危險或損害。犯罪後之態度。」框架下去操作[18]。當然，量刑的架構或框架的講法已有多位論者提出，如朱朝亮提出量刑因素時的判斷法則，就分為「刑罰框」、「責任框」和「預防框」[19]，又如謝煜偉指出量刑基本框架，並認為要進一步將刑法第57條結構化[20]。然而，落實到司法實務案件的

註16：筆者擷取目前筆錄例稿，在準備程序有下列的程序與記載：

註17：筆者擷取目前筆錄例稿，在審理程序有下列的程序與記載：

註18：王子榮（2019），〈以「累犯」作為量刑觀察視角－兼評司法院釋字第775號解釋〉，《民主法治的經驗與見證－江義雄教授七秩晉五華誕祝壽論文集》，第178-179頁。

註19：朱朝亮（2021），〈從量刑法則之應然，談我國現行量刑實務問題〉，《法官協會雜誌》，第22期，第56頁。

註20：謝煜偉（2021），〈從量刑目的論形構量刑框架及量刑理由之判決架構〉，《法官協會雜誌》，第22期，第64-72頁。

操作，是否有可能予以簡化，而在個案中成為容易操作的架構，應該是司法實務上比較容易接受的觀點，是以筆者認為仍是要以刑法第57條作為架構，而進一步僅需要從所列事由中找到跟個案攸關部分取出來評價即足矣。

2.盤點最後成為散沙

倘若依照過往對於刑法第57條所臚列事由逐一盤點，最終的結果就是沒有量刑說理可言，只會成為一盤散沙，因為即便到現在，其實司法實務也只能區辨出怎樣的量刑因子應該加重，怎樣的量刑因子應該減輕，至於是加重多少或減輕多少具體刑度，則仍眾說紛紜，更可能是一人一把號，看不出在個案中的犯行因為什麼量刑因子而有所酌加或酌減。在刑法第57條所謂的10款事由並非全然和本案會有密切相關，有可能個別款項不足以量化到可以成為左右量刑考量事由，刑法第57條所列10款科刑應特別注意之事由，於科刑輕重所佔比例多寡，固難以量化，誠如臺灣高等法院臺南分院105年度上易字第650號判決所指出「然若其中某項（或某幾項）事由所依據之事證特別強烈，顯可視為個案犯罪的明顯特徵，又為犯罪與行為人責任間的重要連結，則該項事由與責任具有重大關係，科刑的評價結果應受該事由影響最鉅，此時應於量刑理由特予權衡、強調，形成量刑輕重中可得明顯識別及受檢驗之理由，而非機械般臚列10款事由中之幾項事證，即謂已可辨識被告責任與刑度之高低」，進一步來說，在從重因子多於從輕因子下，刑度的光譜自然會往較輕的刑度方向過去，反之則亦然[21]。

參、政府採購法第87條的量刑因子觀察[22]

一、第87條第1項、第2項[23]之量刑因子

關於政府採購法第87條第1項的妨害投標罪，手段上為「施強暴、脅迫、藥劑或催眠術」而去妨害投標行為，包括使廠商不為投標、違反其本意投標，或使得標廠商放棄得

註21：具體的操作在筆者幾號判決中都有類似模式，如臺灣雲林地方法院109年度訴字第139號刑事判決、108年度重訴字第2號、109年度訴字第90號判決、110年度重訴字第7號判決。

註22：筆者是以各地院刑事判決作為資料庫，以100年的時間點作為基準，將案由設定為「政府採購法」，而主文欄則依序輸入「政府採購法第87條第1項、第2項」、「政府採購法第87條第3項」、「政府採購法第87條第4項」、「政府採購法第87條第5項」作為檢索，而同條第6項為未遂，在量刑因子上應不用另外獨立觀察，再者，之所以會選擇100年作為觀察的時間點，最主要在於99年爆發了白玫瑰運動，對司法開始了撲天蓋地的撻伐，其中不乏對於量刑的檢討，繼而開始在司法實務中有不少法官對判決的量刑開始多所著墨。

註23：政府採購法第87條第1項：「意圖使廠商不為投標、違反其本意投標，或使得標廠商放棄得標、得標後轉包或分包，而施強暴、脅迫、藥劑或催眠術者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金」第2項：「犯前項之罪，因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑，各得併科新臺幣三百萬元以下罰金」。

標、得標後轉包或分包，而同法第2項為加重結果犯的立法，如果有前開手段因而致人於死或重傷之結果，經查尋計有5筆判決[24]。進一步觀察各該判決中的量刑因子，會提及政府採購法的立法目的，如「政府採購法制訂之初衷乃在建立政府採購制度，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」；有提到公平、公開的採購程序才能避免浪費國庫財源，且維護工程品質，如「非確實經由公平、公開之採購招標程序，不僅將造成國庫公帑無謂之支出，形同浪費，嚴重者更將危及公共工程之品質」；有提及妨害投標的手段，如「以強暴、脅迫、勸說等方式逼使欲參予工程投標之廠商配合其等開小標」；有連結到公共秩序，如「以脅迫之手段使欲參與投標系爭工程之廠商不為投標，致工程發包單位無從藉由投標程序將工程交由最適當之廠商施作，進而影響公共工程之支出成本及品質，其所為已然危及公共安全、社會秩序」。

二、第87條第3項[25]之量刑因子

關於政府採購法第87條第3項的妨害投標罪，手段上為「以詐術或其他方法」而去妨害投標行為，包括使廠商無法投標或開標發生不正確結果，經查尋計有245筆判決，為違反政府採購法中最大宗的案件來源。進一步觀察判決中提到的量刑因子，除了在前開所提到政府採購法的立法目的以外，尚有提到市場機制健全，如「政府採購程序回歸市場自由競爭機制」、「投標案缺乏價格、品質上之實質競爭」；有提到對被冒名者產生危害，如「製造形式上符合法定投標家數之假象，除架空政府採購法所期待建立之競標制度，亦損及被冒名者之權益」；有提及採購金額，如「爰審酌招標案件金額」、「於履約結算後，獲得原本不應得標之不法利益計69,972元」；有連結到社會觀感的，如「對公眾形成負面示範」；有具體描述詐術手段的，如「在公共工程施工日誌、施工日報表、監工日誌、公共工程監工報表等文書上為不實之登載，進而行使，嚴重破壞政府採購法建立之政府採購制度，其等之犯罪情節當難遽認輕微」、「被告為使全存保公司標得本件採購案以賺取利潤，竟變造「〇〇大學委託鑑定報告之送樣及試驗日期後，持以參與投標而行使之，以此等詐術使承辦本件採購案之公務員誤信〇〇公司已備齊參與投標文件而具投標資格，而將上開不實之事項登載於職務上所掌管本件採購案之相關公文書（投標廠商證件審查表、決標紀錄）上，使不得參與投標及作為決標對象得標」；有提及得標後卻無法履約造成政府機關公務上的困難，如「本案之標案經得標後尚無因未履約而造成招標機關設施使用困難之情形」；有提及工程未能完成造成公務機關執

註24：政府採購法第87條第1項的地院判決有：臺灣花蓮地方法院101年度訴字第64號刑事判決、101年度訴字第64號刑事判決、101年度訴字第64號刑事判決；臺灣宜蘭地方法院104年度訴字第451號刑事判決；臺灣高雄地方法院100年度訴字第103號刑事判決；至於同條第2項則未有判決。

註25：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者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。」。

行公務上的困難，如「本案之標案經得標後尚無因未履約而造成招標機關設施使用困難之情形」；有針對共犯間分工角色加以著墨的，如「審酌被告○○○自本採購案設計監造至驗收各階段均參與故涉入犯罪情節最深、被告○○○則擔任穿針引線之重要角色、被告○○○為規劃得標廠商代表人且開標後有打電話給證人○○○、被告○○○為陪標廠商但於開標前後撥打電話予○○公司人員、被告○○○則僅單純被動擔任陪標廠」。

三、第87條第4項[26]之量刑因子

關於政府採購法第87條第4項的妨害投標罪，手段上為「以契約、協議或其他合意方法」而去妨害投標行為，包括使廠商不為投標或不為價格之競爭使廠商無法投標或開標發生不正確結果，經查尋計有63筆判決，除了跟前面幾項量刑因子都有提到政府採購法的目的外，尚有描述具體如何為投標分配協議，如「為投標分配暨不為投標協議，使其等所任職、經營之公司，除各自負責投標之分項標外，不另投標其他分項標，損害本採購案之採購正確性」；有提到採購金額，如「本案招標案件金額非低」；有詳細描述犯罪手法的，如「與參與本案工程投標之其他廠商，以開小標會議之方式，於本案工程決標前先行議定投標金額，營造投標廠商間已為公平競價之假象，導致本案工程之投標過程缺乏價格競爭」；有特別計算出工程毛利及回扣金額，並連結到工程品質的，如「作本案工程僅得獲取毛利約209萬元之情況下，竟猶能給付高達100萬元之回扣金，而此占據毛利幾近半數之回扣金，是否將使○○公司為牟取相當報酬而犧牲本案工程之施工品質」；有提到是避免廠商惡性競爭的，如「或因投標廠商彼此惡性競爭，導致得標廠商全無利潤」；有提及圍標件數及圍標金額的，如「其圍標之工程件數多達12件，廠商得標之金額在175萬至680萬元」。

四、第87條第5項[27]之量刑因子

關於政府採購法第87條第5項的妨害投標罪，手段上為「借用他人名義或證件」而去妨害投標行為，這也是司法實務上很常見的借牌行徑，並使投標發生不正確結果，經查尋計有255筆判決，在量刑上多有提及政府採購法的立法目的外，尚有連結到社會風氣的，如「破壞政府採購法所期待建立之公平競標制度，惡化借牌風氣，有害於社會公益，更對公眾形成負面示範」；有提及借牌行為將會影響工程品質的，如「影響公共工程之施作品質」、「同意借用被告○○公司之名義參與投標，除影響採購案之公平性

註26：政府採購法第87條第4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」。

註27：政府採購法第87條第5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。」。

外，更可能生有公共工程不可預料之危險」；有提及借牌公司的資本規模、投標金額和盈虧狀況的，如「被告○○公司資本總額為2千萬元，109年度有投標2個政府機關工程，投標金額約各1、2百萬元，109年度營業額為虧損之營業狀況」；有在共犯中區分參與程度的，如「再斟酌被告○○○係實際執行投標及謀議覓得陪標廠商等事宜，是就該次犯罪屬主導地位參與程度甚深，而被告○○○及○○○均係應被告○○○之邀而萌生借牌投標或借牌參標之犯意進而參與，非主導犯罪之人」；有針對被告的職業類別特別說明的，如「被告○○○為有建築師執照之開業建築師，為具有高度專業性之專業職業人員，其專業能力為社會交易上所高度仰賴，當有一定之社會責任…竟因貪圖小利而罔顧其責任違背職業倫理」；有提及借牌時間、得標工程件數及獲利金額，如「被告本件借牌犯行期間持續長約2年之久，並使證人○○○得標標案達至38件之多，而己身所獲不法利益更高達423萬1,162元」。

五、對政府採購法第87條量刑因子的觀察與建議

在盡可能檢視依據政府採購法第87條第1項到第5項的量刑因子後，不免發現在實務判決中，對於政府採購法第87條量刑因子並未有足夠的量刑說理。首先，大部分的判決都會先訴諸政府採購法的立法目的，但在說明完各種妨害投標行為後，並未進一步討論違反公平的不同程度，例如借牌圍標行為，借牌數目跟公平性會不會有關？這都可以進一步發展。又如不少判決將整體犯罪事實幾乎重複寫在量刑考量的事由，但這樣一來，反而無法細緻區分出量刑上到底考量了哪些因子，而關於工程標案的金額、獲得的利潤，照理說應該是違法政府採購法第87條犯行時，給予法律評價必須加強考慮的因子，但卻只有不多的判決特別著墨並給予篇幅。妨害投標行為必然會有公平性違反外，是否必然伴隨工程品質堪慮？這恐怕是一個未知數，大多的判決是以想像中這樣工程品質就會低落去描述量刑因子，不免有推論太快的危險，只有少數判決特別將工程毛利率跟回扣金額做一比對，用來說明這樣的金額下未來施工品質不佳，顯然是較符合論理法則和經驗法則。再者，政府採購法第87條，在和同法第92條[28]併用下，是可以處罰法人罰金刑，但絕大多數的判決對於為何會得出罰金刑度卻語焉不詳，也是只有少數判決去針對法人公司的營業額、標案金額去說明，在這一塊仍有待實務努力。

肆、量刑調查程序及法制面的建構

一、量刑鑑定程序為量刑調查上的解方

（一）量刑證據向來空洞化

量刑資料之證據該如何蒐集刑訴法第288條第4項規定審判長應就被告科刑資料為調查，並採行論罪事實與科刑資料分離調查程序，以避免與犯罪事實無關之科刑資料影響職業

註28：政府採購法第92條：「政府採購法第92條廠商之代表人、代理人、受雇人或其他從業人員，因執行業務犯本法之罪者，除依該條規定處罰其行為人外，對該廠商亦科以該條之罰金」。

法官認定事實之心證。沒有經過科刑調查的量刑辯論，缺少科刑證據的支撐，不免造成檢、辯「各說各話」及法院依主觀認定。關於科刑資料之提出，對於被告不利之量刑事實，由檢察官負舉證責任，對於被告有利之量刑事實，由被告負舉證責任。科刑資料應如何調查，雖然法無明文，依照吳燦所指出[29]，舉凡與科刑有關之事項與資料，自仍必須在此一階段經過一定之調查，使當事人、辯護人等有陳述意見之機會，並得以對不利之科刑資料進行防禦。解釋上當然亦包括依刑訴法第288條之1第2項規定，審判長應告知被告得以提出或聲請調查對其有利之科刑證據，始與同法第288條第4項修法意旨相契合。司法實務上要如何去蒐集量刑資料的證據，科刑資料的證據原則上應由檢察官和被告雙方各自就本案攸關的科刑證據提出於法院，並用以作為爭取、說服法官量刑上從重或從輕的考量，但現實面上，囿於案件的繁多和沒有重視量刑的建構，檢察官大多能提出的科刑資料不外乎被告的素行紀錄、犯後態度這類的量刑資料，反之，在被告這邊，即便有辯護人協助下，除了有和被害人達成和解這類的書面外，也不乏搪塞諸如好人好事代表、捐款公益團體等收據作為量刑上的證據，卻也無法指出究竟這些資料或證據要連結到刑法第57條的哪幾款事由，另外就法院而言，也不容易有切入的角度，對於量刑資料證據的匱乏，著實是司法量刑實務上的難題。

（二）善用「鑑定」的法定證據方法

1.最高法院早已開啟量刑鑑定

量刑鑑定應該會是充實刑事實務量刑的一個解方，最高法院早於106年時就指出「法院若就犯罪行為人有無教化矯正之合理期待可能性，採取以囑託心理衡鑑進行實證之調查時，該項供以評估、判斷資料之取得，應非僅以犯罪行為人『經臨床晤談時之片面供述』為足，尤應考量其人格形成及其他相關成長背景等資訊，儘量蒐集可供鑑定人對犯罪行為人充足瞭解之客觀資料，使鑑定人得經以綜合評價與分析以後，提出正當之專家判斷，以供法院參酌及採用。是法院為上揭事項之囑託鑑定時，有義務主動蒐集或調取與鑑定事項相關之資料，提供鑑定人為完善鑑定之內容，以增強鑑定結果之有效性與正確性」[30]，其實已經為量刑鑑定鋪路。

2.量刑鑑定的多元團隊與實施方式

所謂的量刑鑑定，必須委託專業背景的人士組成團隊，並用訪談方式去累積相關的量刑資料所需的證據，例如司法院也有頒發「刑事案件量刑及定執行刑參考要點」，依據該要點第5點所指「法院於必要時，得囑託鑑定人、醫院、學校或其他相當之機關、團體為精神、心理鑑定或量刑前社會調查報告。」其中所提及之量刑前社會調查報告，乃因刑法第57條所列10款事項，以第4款、第5款及第6款，與法律、社

註29：參考吳燦（2019），〈再論累犯刑罰之適用——對於釋字第775號解釋之回響〉，《司法週刊》第2-3頁。

註30：最高法院106年度台上字第1373號判決。

工師與心理師之專業領域息息相關，法院對被告進行量刑或處遇方案之審酌，可囑託該領域的專家，對於被告量刑事項或量刑情狀進行調查，以提供法院相關必要資訊之鑑定方法，不失為一種可能的出路，這也是法官認為在適合的個案中，可以委託專業人士組成的團隊，針對上開第4款至第6款實施量刑鑑定的理由，在筆者經手過的個案中，就已經開始發展這樣的量刑鑑定，委託組成具有法學、司法精神暨醫療、諮商心理等跨領域的專業團隊為量刑鑑定。

（三）官方版的量刑鑑定可以作為指引

量刑鑑定迄今已經從略具雛形到有完整的操作指引手冊，事實上司法院已經完成「重大矚目刑事案件量刑前調查鑑定評估手冊」[31]，針對刑法第57條第4、5、6款規範一套當遇到重大矚目案件時，如小燈泡案件、嘉義殺警案、南投行刑槍決案等案件時，得以在被告審理前能完整的評估跟鑑定出量刑事由，而比較值得注意的是在該手冊中尚且對「社會復歸」做一個評估，這確實是第一線司法人員判決當下很不容易去覺察跟獲得相關的證據資料。

二、刑事案件妥適量刑法草案為法制面上的解方

除了在司法實務中，善用量刑鑑定這樣的方式外，更迫切的可能在於對量刑給予法制面的規範，這當然不是指現存於實體法中，如刑法第57條、刑事訴訟法第289條的現有法律，畢竟量刑是在認定犯罪事實後，在經由量刑證據調查、量刑辯論後才會啟動的法律評價，直指審判核心的領域，目前單單僅依靠司法院以司法行政手段提供的各類量刑工具，以及在個案中上級審可能因為下級審違背了依據量刑工具所查詢出的數據而撤銷原判，固然可以慢慢形塑實務量刑的樣貌並累積量刑的論理，但仍無法一步到位，透過法制面的建置，或許是一個可以畢其功於一役的方式，而刑事案件妥適量刑法[32]應該會是一個解答，該法[33]預計是在司法院設立獨立的

註31：關於手冊內容及檔案，
https://jirs.judicial.gov.tw/JudLib/EBookQry04.asp?S=all&S=R&S=S&S=U&S=V&S=W&S=X&S=Y&Y1=&M1=&D1=&Y2=&M2=&D2=&sn=%E9%87%8F%E5%88%91&sa=&src=&kw=&sdate=&edate=&sname=%E9%87%8F%E5%88%91&sauthor=&ssource=&keyword=&EXEC=%E6%9F%A5++%E8%A9%A2&scode=V&seq=6，最後瀏覽日期：2022.09.04。

註32：目前該法草案已經司法及法制委員會審查，可以參見立法院議事及發言系統之查詢紀錄，
https://lis.ly.gov.tw/lylgmeetc/lgmeetkm?.b62c07F0002100000000000000000^000010000A1000000020FA1003f72，最後瀏覽日期：2022.09.03。

註33：關於草案總說明及條文內容，參考：
https://www.judicial.gov.tw/Public/lawprogress/%E5%88%91%E4%BA%8B%E6%A1%88%E4%BB%B6%E5%A6%A5%E9%81%A9%E9%87%8F%E5%88%91%E6%B3%95%E8%8D%89%E6%A1%8857626.8/%E5%88%91%E4%BA%8B%E6%A1%88%E4%BB%B6%E5%A6%A5%E9%81%A9%E9%87%8F%E5%88%91%E6%B3%95%E8%8D%89%E6%A1%88.pdf，最後瀏覽日期：20220903。

「刑事案件量刑準則委員會」，並由該會訂定「刑事案件量刑準則」（下稱量刑準則），而量刑準則將具有一定的法規範效力，會對法官在個案中的量刑產生拘束，倘若法官要使量刑操作更為精緻，提升量刑的妥適、透明、公平及合理可預測性，避免不合理的量刑歧異，而法官對於個案中如果量刑上跟量刑準則有所不同，則必須要負起判決中的說理義務，倘若立法能順利通過，可以期待在刑事案件量刑上會是新的一個紀元。

伍、結論

對每位從事刑事實務的法官而言，如何能妥適在個案中量刑，始終是一個無法完整解答的課題，而這幾年除了學界陸續投入此議題的研究外，實務工作者也見到相當多的人給予此議題養分[34]，甚至如同前面所述，未來將可能有法制面的規範，而筆者認為目前透過各類型犯罪去聚焦討論量刑因子，確實是一個可行的方法，而如果能在判決中都扣緊目前所發展的量刑因子，將有助於個案中量刑論述的穩定。在量刑架構上從刑法第57條出發，固然目前有各種量刑架構的說法跟操作模式，不過如何能簡化讓實務容易操作，應該是當務之急。再者，觀察政府採購法第87條各項的量刑因子，多半重複敘述政府採購法的立法目的，但立法目的以外，實際上攸關政府採購法的標案金額、圍標借牌數量、公司規模等的敘述非常稀少，這反應出對於量刑證據或資料的蒐集上的困難，不管是個案審判上無法投注更多心力，或是無法在每一個案件發動量刑鑑定使然，都是司法實務要正視的問題。尤其，如果對一位被告而言，量刑的結果代表著其將受到最強烈的基本權利干預，那代表各種類型犯罪都應該盡量使量刑因子穩固（包括種類、從輕、從重），並讓司法實務的判決依循這些量刑因子操作，如此一來將增加量刑的穩定及可預測性，逐漸達到量刑妥適與公平的目的。

註34：如文家倩法官、廖晉賦法官、吳志強法官、黃建榮法官、施志遠法官、許凱傑法官，都在近年都有與量刑相關的文章或研究報告，內容上都非常詳盡的介紹了量刑的理論基礎，以及給予實務上該如何操作的具體建議。