

裁判字號：臺灣高等法院 高雄分院 103 年上更(一)字第 40 號刑事判決

裁判日期：民國 103 年 11 月 04 日

裁判案由：政府採購法

臺灣高等法院高雄分院刑事判決 103年度上更(一)字第40號

上訴人

即被告 胡振雄

選任辯護人 胡毓真律師

上列上訴人因違反政府採購法案件，不服臺灣屏東地方法院102年度訴字第314 號中華民國102 年9 月27日第一審判決（起訴案號：臺灣屏東地方法院檢察署101 年度偵字第7678號），提起上訴，判決後經最高法院發回更審，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

事 實

一、胡振雄係址設高雄市○○區○○路○○○ 號優異貿易有限公司（下稱優異公司）之登記負責人、址設高雄市○○區○○○路○○○ 號1 樓優大實業有限公司（下稱優大公司）之實際負責人，其實際負責該二家公司之營運及決策。緣台灣電力股份公司（下稱台電公司）第三核能發電廠（下稱核三廠）於民國101 年3 月間，辦理「壓縮機2ST 指定廠牌：HITACHI」財物採購之限制性招標作業（標案案號：0000000000），胡振雄見該採購案之招標方式為限制性招標，預見若僅一家廠商投標須與核三廠直接進行議價程序（須經減價程序），若二家以上廠商投標則為廠商間比價是否低於底標，倘若二家廠商之標價均低於底價，或其中一家廠商標價低於底價，則決標由最低標價者或該其中一家低於底價之廠商得標，無須再經減價程序，然其為規避僅一家廠商投標須與核三廠直接進行議價程序（須經減價程序）之情形，竟基於以詐術使開標發生不正確結果之單一犯意，於101 年3 月1 日前某日，在優異公司內，指示不知情之優異公司成年員工，分別以優異公司、優大公司名義，就核三廠上開壓縮機採購案於101 年3 月1 日第一次開標，製作標價金額各為新臺幣（下同）400 萬、416 萬之投標文件，以上開二家公司名義參與投標上開採購案，嗣因核三廠第一次開標時，發覺上開二家公司檢附之資格文件均不合格，經主持開標人員當場宣布廢標而未遂。嗣胡振雄復承前開以詐術使開標發生不正確結果之單一犯意，於101 年3 月15日前某日，在優異公司內，指示不知情之優異公司成年員工，分別以優異公司、優大公司名義，就核三廠上開壓縮機採購案於101 年3 月15日第二次開標，製作標價金額不詳之投標文件，再以上開二家公司名義

參與投標上開採購案，嗣因核三廠第二次開標前，發覺上開二家公司之投標標封連號，有政府採購法第50條第1項第5款所規定「機關於開標前發現不同投標廠商間之投標文件內容有重大異常關聯者，應不予開標」之情形，遂宣布流標而未遂。

二、案經台電公司核三廠政風組函送臺灣屏東地方法院檢察署檢察官偵查起訴。

理 由

壹、證據能力部分

- 一、被告胡振雄及其辯護人雖爭執證人林盈志於原審審理中陳述之證據能力。然查，按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定外，不得作為證據，刑事訴訟法第159條第1項定有明文，依上開條文之反面解釋，證人林盈志於原審審理時所為之陳述，係具結後於法官面前所為之陳述，且其係台電公司核三廠採購承辦人，其所為陳述係以實際經驗為基礎，從而，證人林盈志於原審審理中所為之具結陳述，自具有證據能力。
- 二、被告胡振雄及其辯護人雖又爭執台電公司核三廠號函文之證據能力。然查，觀諸上開函文內容，其性質係屬函覆臺灣屏東地方法院檢察署及臺灣屏東地方法院之資料，參諸刑事訴訟法第159條之4規定之立法理由，其係屬該條第3款所規定之特信性文書，具有證據能力。
- 三、按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據，刑事訴訟法第159條第1項定有明文。惟被告以外之人於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第159條之1至第159條之4規定，但經當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據，刑事訴訟法第159條之5第1項亦有明文。本判決所引用認定犯罪事實之其餘傳聞證據，經檢察官、被告及辯護人於本院審理時，均分別表示同意作為證據，本院審酌該等陳述作成時之情況及與本案待證事實間之關聯性，認以之作為證據要屬適當，是依刑事訴訟法第159條之5第1項規定，該等傳聞證據自有證據能力。
- 四、傳聞法則乃對於被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述而為之規範。本判決所引用之非供述證據，無刑事訴訟法第159條第1項傳聞法則之適用，且檢察官、被告及辯護人於本院審理時，均分別表示同意作為證據，本院審酌上開證據資料作成時之情況，因與本案待證事實具有關聯性，且無證據證明係公務員違法取得之物，依法自得作為本案之證據。

貳、實體部分：

- 一、訊據上訴人即被告胡振雄（下稱被告）固坦承係優異公司及優大公司之實際負責人，優異公司及優大公司均有參與投標核三廠招標之「壓縮機2ST 指定廠牌：HITACHI」採購案等事實，惟矢口否認有何違反政府採購法之犯行，辯稱：本件

為限制性招標，原以一家廠商即可投標，本件僅優異公司與優大公司具有投標資格，與其他廠商間並無競爭關係，而本件標案訂有底價，須進入底價方能得標；另優異公司與優大公司均具有履約能力，係分別為各該公司之利益投標，伊並未施用詐術，亦未使開標發生不正確結果云云。然查：

(一)被告係優異公司及優大公司之實際負責人，優異公司及優大公司參與投標核三廠招標之「壓縮機2ST 指定廠牌：HITACHI」採購案，均由被告決意為之，並由被告於101年3月1日前某日，授意不知情之優異公司成年員工，製作優異公司標價金額為400萬元與優大公司標價金額為416萬元之投標文件，並以上開二家公司名義參與投標上開壓縮機採購案，嗣因核三廠於101年3月1日第一次開標時，發覺上開二家公司檢附之資格文件均不合格，經主持開標人員當場宣布廢標；又被告於101年3月15日前某日，再授意不知情之優異公司成年員工，分別以優異公司及優大公司名義，就核三廠上開採購案於101年3月15日第二次開標，製作標價金額不詳之投標文件，再以上開二家公司名義參與投標上開採購案，嗣因核三廠於101年3月15日第二次開標前，發覺上開二家公司之投標標封連號，有政府採購法第50條第1項第5款之情形，而不予開標並宣布流標。嗣被告僅以優異公司一家廠商單獨投標核三廠上開標案於101年4月2日第三次開標，經議價與減價程序後，於101年4月5日由優異公司以390萬元得標上開採購案等情，業據被告於偵查、原審及本院審理時供陳在卷（見他卷第29至30頁；偵卷第21至22頁；原審卷第119頁反面；本院更一卷第29頁），核與證人即被告之妻亦即優大公司名義負責人姜林淑貞（見他卷第30頁；偵卷第22頁）、證人即核三廠採購人員林盈志（見原審卷第104頁反面至110頁）之證述情節相符；並有核三廠政風組101年4月26日核三政字第7031號函檢附優異公司及優大公司第一次投標上開採購案之投標文件、優異公司及優大公司第二次投標上開採購案之投標標封、優異公司及優大公司基本資料查詢、核三廠政風組101年12月6日核三政字第7122號函檢附台電公司101年3月1日開標、廢標紀錄、101年3月15日流標紀錄、101年4月2日開標紀錄、101年4月5日議價、決標紀錄、101年4月9日決標公告、優異公司第三次投標上開採購案之標價清單、投標廠商減價紀錄表、採購案件投標廠商資料紀錄表、投標廠商參與開標（議價）簽到表、投標廠商基本資格文件審查意見表、核三廠101年7月25日驗收紀錄及核三廠102年5月21日核三字第0000000000號函暨附件等件在卷可稽（見他卷第1至26頁；偵卷第25至38頁；原審卷第84至86頁）。是此部分事實，均堪以認定。

(二)按政府採購法之制訂目的，在建立公平、公開之政府採購程序，以提升採購效率與功能，確保採購品質，使政府採購程

序回歸市場競爭機制，藉以節省國庫支出。因之，倘參與政府採購發包案之不同廠商，彼此間雖有公司法規範之關係企業關係，或上、下游廠商之垂直關係，為獲取最大商業利益，各自以自身名義參與投標，並各自決定投標價格，形成政府採購程序之公平市場競爭環境，要無施用詐術或其他非法之方法，使開標發生不正確結果之行為；然倘參與投標之各該廠商，無論彼此間是否為關係企業，或各具獨立法人格，祇要該等廠商均係行為人能掌控、決策，並於投標時，實際決定以其中一家廠商投標金額略高於另一家廠商之方法，製造形式上價格競爭，而實質上不為競爭，致發包機關誤信所參與投標之廠商間確實有競爭關係存在，破壞招標程序之價格競爭功能，足使開標發生不正確之結果，即該當政府採購法第87條第3項規定詐欺圍標罪。至於是否已使開標發生不正確之結果，因同條第6項既設本罪未遂犯之處罰規定，僅為區別犯罪既、未遂之標準（最高法院103年度台上字第2754號判決意旨參照）。

- (三)查政府採購法所稱之限制性招標，係指不經公告程序，邀請二家以上廠商比價或僅邀請一家廠商議價，該法第18條第4項定有明文；而「合於招標文件規定之投標廠商之最低標價超過底價時，得洽該最低標廠商減價一次；減價結果仍超過底價時，得由所有合於招標文件規定之投標廠商重新比減價格，比減價格不得逾三次」，同法第53條第1項亦有明文。又「機關辦理限制性招標，邀請二家以上廠商比價，有二家廠商投標者，即得比價；僅有一家廠商投標者，得當場改為議價辦理」、「限制性招標之議價，訂定底價前應先參考廠商之報價或估價單」，依序為政府採購法施行細則第19條、第54條第3項所明定。足認在限制性招標情形下，若有二家以上廠商投標，係由廠商間比價是否低於底價，設二家廠商之標價均高於底價，由最低標價者進行優先減價，若減價後低於底價可直接決標；設一家廠商之標價高於底價、另一家廠商之標價低於底價，則由低於底價之廠商得標；設二家廠商之標價均低於底價，則由最低標價者得標，在後二種情況下，均無須進行任何減價程序；惟若以一家公司名義投標，因發包機關依政府採購法施行細則第19條規定，得當場改為議價辦理，再依政府採購法施行細則第54條第3項規定，限制性招標之議價，訂定底價前應先參考廠商之報價或估價單，是發包機關所訂底價必低於廠商之標價，故廠商與發包機關議價時，須再經減價方可低於底價而得標。是以，以二家公司名義投標，確有可能影響開標結果，至為明顯。再佐以政府採購法為落實公平競標、合理發包公共工程，確保採購品質之立法意旨，發包機關於辦理採購業務開標前、決標或簽約後，倘發現不同投標廠商間之投標文件內容有重大異常關聯之情形時，尚得依同法第50條之規定，分別為不予開標、不予決標、廢標、撤銷決標、終止契約、解除契約之決定

，可見不同投標廠商間之投標文件內容有重大異常關聯之情形時，確足生影響採購之結果及開標結果之正確性無疑。

(四)如上所述，政府採購法及其施行細則對於限制性招標之採購，已有規定若有二家以上廠商投標，依法進行比價程序；若僅有一家廠商投標，得當場改為議價程序，此為參與限制性招標之廠商，瀏覽相關政府採購法規所能了解之招標程序，應無疑義。衡諸常情，參與政府採購之投標廠商，對於投標相關方式、資格，理應事先了解，俾能順利完成參與投標之程序，被告身為優異公司負責人及優大公司實際負責人，業經被告所是認（見他卷第29頁），並以優異公司、優大公司參與系爭標案之投標，對於投標須知附加條款之內容，亦應有所了解。且台電公司系爭標案之投標須知附加條款業已載明：20.決標原則(1)最低標（1-1-1）規定「訂有底價之採購，以合於招標文件規定，且在底價以內之最低標為得標廠商」、□招標方式(3)限制性招標（3-3）規定「依採購法第22條第1項第4款辦理，並以公告程序徵求受邀廠商，作為比價、議價之用」等旨（見原審卷第33至37頁）。足認台電公司核三廠業已公告系爭標案採取限制性投標，並公開徵求廠商，再以比價、議價之方式辦理採購。職是，被告辯稱其主觀上確實不知系爭標案，以一家廠商投標或二家廠商投標就開標結果有所不同，而無使開標發生不正確結果之故意云云，顯與情理不合。

(五)參以被告於偵查中供稱：「我們實際的公司是優異，優大也是我的，……我們若是營業額超過3千萬，稅就要改成查帳，所以就乾脆再成立另外一家。這兩家公司標單是我寫的。我太太沒有在公司做事。後來是優異得標」等語（見他卷第29、30頁）；證人即核三廠採購承辦人林盈志證稱：「（問：一家投標或二家投標何者對你們價格較有利？）底價已在開標前先訂定好，只有一家投標，參考其價格，我們會重新訂定底價，這沒有一定的關係，就算一家投標，維持原底價對我們而言都是有利的，在我們已經定好價格的情況下，廠商來投標，以本案來講，預算430萬，我們只訂定410萬，假設其中一家投標400萬或416萬，就由400萬元得標，不用比價、減價，若只有一家獨家議價，他投標400萬元，我們還會議價，這樣的情形一家投標就可能比二家投標有利」、「（問：所以一家投標可能會比二家投標對你們有利？）對」、「（問：你們用限制性招標公開徵選的程序，台電希望實際負責人是同一人的同一家，還是實質上、形式上不同負責人的不同家公司來投標？）我們希望是實質上、形式上完全不同公司來投標，我們開放公開徵求，底價事先訂定，在開放市場公開互相競爭」等語（見原審卷第108頁反面至第109頁）。準此，被告以其實際上掌控之優異公司、優大公司參與系爭標案之投標，並決定填載優異公司、優大公司之投標價格，以優大公司之投標金額略高於優異公司之投標

金額，欲使優異公司得以順利得標（雖第一次投標因故宣布廢標，第二次投標因故宣布流標，惟此乃既、未遂問題，詳後述），則被告積極參與投標之行為，已使核三廠之招標程序，形式上雖具比價之名，實質上得標價格可由被告單獨控制，足見被告此舉業已破壞政府採購程序之市場競爭，造成假性競爭，使政府建立公平競爭、節省國庫支出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，洵可認定。

(六)綜上所述，在本件採取限制性招標方式且公開徵求廠商比價、議價之情形下，若有二家以上廠商投標，係由廠商間比價是否低於底價，倘若二家廠商之標價均低於底價，或其中一家廠商標價低於底價，則決標由最低標價者或該其中一家低於底價之廠商得標，無須再經減價程序；若僅一家公司投標，則須與核三廠直接進行議價程序，且議價程序中定須經減價方有可能低於底價而得標。被告分別以優異公司、優大公司名義投標核三廠上開標案，於外觀上已使人誤信有二家不同之廠商參與投標，似有價格競爭之作用，實則優異公司與優大公司之標價均由被告一人決定及操控，業已破壞政府採購程序之市場競爭機制，造成假性競爭，客觀上在其中一家公司標價低於底標時，該公司即可直接得標而無須再經減價程序，對於開標結果自可發生影響力，並非本質上手段之不能。是本件事證已臻明確，被告所辯係為卸責之詞，不足採信，其犯行洵堪認定，應予依法論科。

(七)被告及其辯護人雖於本院審理時聲請：(1)被告願受測謊鑑定；(2)向日立空壓機臺灣總代理（維恩實業股份有限公司）函詢本件招標案核三廠開標前向該公司詢價？除優異公司外核三廠有無可能再向其他廠商取得本件招標案之報價？欲證明核三廠之底價本即依照優異公司之報價所訂定，被告亦無法知悉核三廠要再重定底價云云。惟查，本案之爭點在於，被告以其實際掌控之優異公司、優大公司參與系爭標案之投標，並決定填載優異公司、優大公司之投標價格，以優大公司之投標金額略高於優異公司之投標金額，欲使優異公司得以順利得標，則被告積極參與投標之行為，已使核三廠之招標程序，形式上雖具比價之名，實質上得標價格可由被告單獨控制，足見被告此舉業已破壞政府採購程序之市場競爭，造成假性競爭，使政府建立公平競爭、節省國庫支出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等情，業經本院認定並詳述理由如前，則核三廠開標前向日立空壓機臺灣總代理（維恩實業股份有限公司）詢價？除優異公司外核三廠有無可能再向其他廠商取得本件招標案之報價？等項，與本案犯罪之成立與否，尚無直接、重要之關係。準此，本院認本案事證已臻明確，尚無再就上開事項函詢及對被告測謊之必要，附此敘明。

二、論罪部分：

(一)核被告所為，係犯政府採購法第87條第6 項、第3 項之以詐術使開標發生不正確結果未遂罪。

(二)按數行為於密切接近之時地實施，侵害同一之法益，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會觀念，以視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，較為合理，屬接續犯。被告基於以詐術使開標發生不正確結果之單一犯意，先後二次以優異公司、優大公司名義參與投標上開核三廠標案之行為，均係為達同一目的所為之數舉動，且於密接之時、地實施，侵害同一之法益，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會觀念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續施行，合為一行為予以評價，較為合理，應論以接續犯。

(三)被告先後二次以優異公司、優大公司名義著手投標上開核三廠標案，致核三廠辦理該採購案之承辦人員，以為優異公司、優大公司均有競標之真意，於101 年3 月1 日第一次開標時，因上開二家公司均未檢附所需資格文件而廢標，於101 年3 月15日第二次開標時，因核三廠承辦人員發現上開二家公司投標文件內容有重大異常關聯，依政府採購法第50條第1 項第5 款規定不予開標而流標，均尚未開標發生不正確之結果，參諸前開說明，其行為僅止於未遂階段，係為未遂犯，應依刑法第25條第2 項之規定減輕其刑。

三、原審以被告罪證明確，因而依政府採購法第87條第6 項、第3 項、刑法第11條前段、第25條第2 項、第41條第1 項前段等規定，並審酌被告以自己實際經營之優異公司、優大公司參與投標核三廠系爭標案，欲使開標發生不正確之結果，破壞招標之公正性及公平性，所為實有不該；其犯後否認犯行，未見悔意；惟念其前未曾有任何犯罪前科紀錄，有臺灣高等法院被告前案紀錄表存卷足憑，且其行為尚屬未遂，所生危害較輕，及其智識程度、生活狀況、犯罪之動機、目的、手段暨檢察官之求刑等一切情狀，因而量處有期徒刑6 月，並諭知以1 千元折算1 日之易科罰金折算標準。經核原判決認事用法均無違誤，量刑亦稱允當，被告上訴意旨否認犯罪，而指摘原判決不當，為無理由，應予駁回。

四、被告之選任辯護人雖請求倘認定被告有罪時，請給予緩刑宣告云云。然查：

(一)被告於101 年9 月14日本案偵查之初，於檢察官詢問其是否認罪，並曉諭倘其願意認罪，願給予緩起訴處分時，不僅矢口否認犯罪，並堅拒檢察官上開給予緩起訴處分之提議（見偵卷第21至22頁），期間歷經檢察官偵查終結提起公訴、原審審理、本院上訴審審理、最高法院發回更審，迄至103 年10月14日本院更一審審判期日，距離偵查期日已逾二年之後，被告之選任辯護人始請求倘認定被告有罪時給予緩刑宣告（見更一卷第77頁），然被告仍矢口否認犯行，陳稱此只是有罪與無罪的差別（見更一卷第77頁反面）。足見被告自始

至終均矢口否認本件犯行，毫無悔意，不僅未珍惜檢察官願意給予緩起訴處分之機會，更耗費珍貴之司法資源，洵不符合緩刑制度係為促使惡性輕微之被告或偶發犯、初犯改過自新而設之立法目的。職是，本院爰認不宜依被告選任辯護人之請求，遽為被告緩刑之宣告。

- (二)本件被告係受有期徒刑6月，如易科罰金以1千元折算1日之宣告，倘因而確定移送執行，自得依刑法第41條第1項規定，向檢察官聲請易科罰金，檢察官亦得依刑法第41條第1項規定，審酌是否難收矯正之效或難以維持法秩序，而決定是否准予被告易科罰金，併予敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官羅正平到庭執行職務。

中 華 民 國 103 年 11 月 4 日
刑事第六庭 審判長法官 翁慶珍
法官 李政庭
法官 孫啟強

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受本判決後10日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴理由者，並得於提起上訴後10日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

中 華 民 國 103 年 11 月 4 日
書記官 梁雅華

附錄本件判決論罪科刑法條：

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 3 百萬元以下罰金。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 3 百萬元以下罰金。

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 1 百萬元以下罰金。

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 1 百萬元以下罰金。

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 1 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。

第 1 項、第 3 項及第 4 項之未遂犯罰之。