臺灣臺中地方法院刑事判決

114年度訴字第875號

公　訴　人　臺灣臺中地方檢察署檢察官
被　　告　謝杏芬
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
選任辯護人　張國楨律師
被　　告　鼎宸營造有限公司
000000000000000000
000000000000000000
兼　代表人　許金財
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
共　　同
選任辯護人　邊國鈞律師
　　周秉萱律師
　　黃婉婷律師

上列被告因違反政府採購法等案件，經檢察官提起公訴(110年度偵字第30412號、111年度偵字第47722號、第51777號)，本院判決如下：

主　　文

謝杏芬共同犯政府採購法第八十七條第六項、第三項之以詐術使開標發生不正確結果未遂罪，處有期徒刑貳月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。扣案如附表編號1所示之物沒收。

許金財共同犯政府採購法第八十七條第六項、第三項之以詐術使開標發生不正確結果未遂罪，處有期徒刑肆月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。扣案如附表編號2所示之物沒收。

鼎宸營造有限公司之代表人因執行業務犯政府採購法第八十七條第六項、第三項之以詐術使開標發生不正確結果未遂罪，處罰金

新臺幣拾萬元。

犯罪事實

一、許金財為鼎宸營造有限公司(下稱鼎宸公司)負責人，謝杏芬為鵬達土木包工業(下稱鵬達土木包)商業負責人。緣行政院農業委員會水土保持局臺中分局(下稱水保局臺中分局)於民國110年1月21日公告公開招標「G1、G2排水廊道洞口地錨邊坡檢修二期工程」採購案(下稱排水廊道二期標案)，以最低標方式決標，預算金額為新臺幣(下同)441萬1,558元，訂於110年2月2日9時許開標，許金財認有利可圖，欲以鼎宸公司名義順利標得標案，且為避免開標時因未達3家合格廠商投標而流標，前於110年2月2日9時許前某時，以不詳通訊方式請無投標意願之謝杏芬陪標，經謝杏芬允諾，同意另由鵬達土木包參與陪標。許金財與謝杏芬共同基於以詐術使開標發生不正確結果之犯意聯絡，推由許金財及不知情之第三人涂耕維於110年2月2日某時，分別將鼎宸公司及鵬達土木包之投標文件持送至水保局臺中分局辦理投標事宜，鵬達土木包並以顯無法得標之440萬3,887元(約為預算金額99.8%)參與投標，以此欺罔方式，致招標機關水保局臺中分局誤信該等廠商競爭存在，得以合法開標。嗣水保局臺中分局於110年2月2日9時許開標，尚有德暉營造工程有限公司(下稱德暉公司)、大地工程股份有限公司、贊勝營造有限公司、全龍營造有限公司及鼎宸公司等5家以上合格廠商投標，未使開標發生不正確之結果而未遂。嗣經警持本院核發之搜索票於110年9月23日8時45分許，在苗栗縣○○鄉○○○00○0號謝杏芬住所及其附屬建物等處執行搜索，扣得如附表編號1所示之物；復經許金財提出而扣得如附表編號2所示之物。

二、案經法務部廉政署移送臺灣臺中地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　　由

壹、證據能力部分：

一、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。查證人即被告謝杏芬於110年9月23日及同年月24日調查局調查員詢問時所為陳述，屬被告許金財以外之人於審判外所為之陳述，被告許金財之辯護人既爭執證人即被告謝杏芬於調查局調查員詢問時之證述並無證據能力【見本院卷㈠第338頁】，本院審酌證人即被告謝杏芬已於本院審理時以證人身分到庭具結作證，並經檢察官、被告許金財及其辯護人為交互詰問【見本院卷㈡第155-185頁】，且無刑事訴訟法第159條之2及第159條之3所規定得為證據之例外情形存在，揆諸前揭規定，關於本案被告許金財所犯以詐術使開標發生不正確結果未遂犯行之事實認定，應認證人即被告謝杏芬於調查局調查員詢問時所為陳述，並無證據能力。

二、按刑事訴訟法第159條之5規定：「（第1項）被告以外之人於審判外之陳述，雖不符前4條之規定，而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。（第2項）當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有第159條第1項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意」，立法意旨在於傳聞證據未經當事人之反對詰問予以核實，原則上先予排除，惟若當事人已放棄詰問或未聲明異議，基於證據資料愈豐富，愈有助於真實發現之理念，且強化言詞辯論原則，法院自可承認該傳聞證據例外擁有證據能力。經查，本案以下據以認定被告許金財與謝杏芬犯罪之其餘被告以外之人於審判外之陳述，公訴人、被告許金財與謝杏芬及其等辯護人於本院依法調查上開證據之過程中，已明瞭其內容而足以判斷有無刑事訴訟法第159條第1項不得為證據之情事，且在本院準備程序及審理時，已表示同意作為證據使用【見本院卷㈠第337-338頁、本院卷㈢第83-114、266-315頁】，該等證據之作成或取得均無違法或不當之情況存在，認以之作為證據為適當，依刑事訴訟法第159條之5第1項之規定，具有證據能力。

三、復按刑事訴訟法第159條至第159條之5有關傳聞法則之規定，乃對於被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述所為之規範；至非供述證據之物證，或以科學、機械之方式，對於當時狀況所為忠實且正確之記錄，性質上並非供述證據，應無傳聞法則規定之適用，如該非供述證據非出於違法取得，並已依法踐行調查程序，即不能謂其無證據能力。本案下引之其他非供述證據，均與本案待證事實具有關聯性，公訴人、被告許金財與謝杏芬及其等辯護人皆不爭執其證據能力，且無證據證明有何偽造、變造或公務員違法取得之情事，復經本院依法踐行調查證據程序，自得作為證據，而有證據能力。

貳、實體部分：

一、認定犯罪事實所根據之證據及理由：

訊據被告謝杏芬對於本案犯罪事實固坦承不諱，惟被告許金財則矢口否認有何以詐術使開標發生不正確結果未遂之犯行，辯稱：伊僅向其等表示梨山有個標案，當時想投標看看云云；辯護人則為被告許金財辯稱：被告許金財僅單純告知被告謝杏芬此標案已公告招標，被告許金財與謝杏芬各自投標，被告許金財並未掌握對方是否投標，更未因此操縱開標結果，客觀上並未湊足3家投標，實務上其他案件行為人至少都會找2家，甚至找到3家廠商參與投標，被告許金財主觀上並無詐術投標犯意；被告謝杏芬以較高金額投標或許係出於好意幫忙，實務上常有邀標情形，廠商多始可以互相競爭價格，被告許金財邀請被告謝杏芬投標，在實務上實屬常見；實務上投標金額達採購案預算90%以上，且決標者並非罕見，被告鼎宸公司以預算94.75%投標，無從逕認構成詐術投標罪；本件扣除鵬達土木包後仍有3包以上投標，應該尚未著手，更不是未遂；政府採購法第48條第1項規定3家以上廠商投標始可開標，延伸實務上湊滿3家廠商投標之情形，已有立法委員提案修法云云。惟查：

㈠被告許金財為被告鼎宸公司之負責人，被告謝杏芬為鵬達土

木包之實際負責人。水保局臺中分局有於110年1月21日公告辦理排水廊道二期標案之公開招標，預算金額為441萬1,558元，且採公告公開招標方式，並以最低標方式決標。上開標案除鵬達土木包外，另有德暉公司、贊勝營造有限公司、大地工程股份有限公司、全龍營造有限公司及被告鼎宸公司等5家以上合格廠商投標，經開標後由德暉公司以最低標價得標等情，業為被告許金財與謝杏芬所不爭執【見本院卷㈢第166、316頁】，核與證人涂耕維於警詢及偵訊時證述相符【見臺灣臺中地方檢察署109年度他字第2790號偵查卷宗(下稱2790號他卷)第675-680、687-691、697-701頁)，且有經濟部商工登記公示資料查詢服務(鼎宸公司)、經濟部商工登記公示資料查詢服務(鵬達土木包)各1份【見臺灣臺中地方檢察署110年度偵字第30412號偵查卷宗(下稱30412號偵卷)第719、799-801頁】、排水廊道二期標案投標文件(鵬達土木包)、排水廊道二期標案投標文件(鼎宸公司)各1份【見臺灣臺中地方檢察署111年度偵字第47722號偵查卷宗(卷二，下稱47722號偵卷二)第445-479、481-522頁】、法務部廉政署搜索/扣押筆錄暨扣押物品目錄表(謝杏芬)1份【見臺灣臺中地方檢察署111年度偵字第47722號偵查卷宗(卷四，下稱47722號偵卷四)第395-398頁】、扣押物品清單、扣案物照片(許金財)各1份【見臺灣臺中地方檢察署111年度偵字第47722號偵查卷宗(卷五，下稱47722號偵卷五)第9、19-20頁】、法務部調查局中部地區機動工作站扣押物品目錄表(許金財)1紙在卷可稽【見臺灣臺中地方檢察署110年度聲他字第1416號偵查卷宗(下稱聲他卷)第7頁】；此外，復如附表編號1及2所示之物扣案可資佐證，足認此部分事實應堪認定。

㈡被告許金財及其辯護人雖以前詞置辯，然：

1.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）；次按依政府採購法第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。上開有三家以上廠商投標方得開標之規定，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，即屬以欺罔之方法致招標機關誤信競爭存在，足使開標發生不正確結果（最高法院100年度台上字第6650號判決意旨參照）。

2.依證人即被告謝杏芬於本院審理時具結後證稱：伊係鵬達土木包之負責人，且為明緯營造有限公司之實際負責人，因為營造可以標工程案金額大，一般小案會用鵬達土木包投標，投標次數有20次以上，決定投標時要考慮施作成本，包含工班、原則成本及運費成本都要考慮，施作場域熟不熟悉、路途距離、施工項目是否需要很多其他工班協助都要考慮；關於投標金額之決定要考慮路途、距離、工班、成本，比較別的工法，成本要比較高，伊沒有機械、材料，需要依賴別

人，伊幾乎沒有自有工班，依照伊計算習慣，會視工程案件性質及材料不同，決定投標金額通常會抓成本後再額外加上10%，如果是景觀工程或是裝修會抓到預算百分之95以上，若是土木工程會抓到預算百分之85作為投標金額，投標場域大部分都是苗栗與臺中，工作上都是伊在處理比較多，涂耕維是由伊分配工作去做什麼，排水廊道二期標案係由涂耕維幫忙跑腿等語【見本院卷㈡第155-161頁】，依被告謝杏芬以證人身分證述其就土木類工程投標，通常投標金額約落於預算金額85%，堪認被告謝杏芬往常計算投標金額模式應係一般廠商出於得標之目的，決定投標金額之一般常情。

3.復參諸證人即被告謝杏芬先係於本院審理時具結後證稱：伊認識被告許金財，在水保局投標時認識，認識約5、6年、7、8年，大家都在開標場合認識，有些材料不知道會問一下，沒有嫌隙仇怨，伊稱之「財董」，伊知道鼎宸公司是被告許金財所有，明緯公司、鵬達土木包與被告許金財經營之鼎宸公司間比較少業務往來，因為伊與被告許金財參與標案屬性不同，被告許金財係比較大間營造廠，有些案件相關類似時，伊始會詢問被告許金財，平時不會什麼事情都聯絡；伊曾經做梨山工程，只是時間比較久之前，剛好與被告許金財聊天時，被告許金財表示還有這一案就大家寄一寄，聊天時間已太久，不記得，聊天方式也忘記，伊當時想法是梨山案件有時候不容易標出去，很少廠商有意願投標，所以被告許金財表示：「工程我們一起給他寄一寄，讓它趕快標出去」等語，然後伊就去投標，但是伊不知道究竟被告許金財有找誰或叫誰來標，伊也沒有很想要去做，被告許金財要伊投標目的就是將工程標出去，伊等後來完全沒有討論，當時伊會寫比較高標價，好像九成多投標金額，依照伊參與投標經驗是比較難標到，說真的，真的比較遠，確實比較難標到，因為伊也沒有很想做，所以投標金額才會寫那麼高，礙於被告許金財邀請始幫忙投標；伊參與陪標，常理上投標金額高於被告許金財投標金額，涂耕維不知道伊要陪標，被告

許金財沒有提到湊3家這件事，押標金係由伊支應，標案係由伊去領，被告許金財沒有給予好處，伊與被告許金財沒有事不會聯繫，有時候很久始聯繫一次，平時比較少有特別聯繫等語【見本院卷㈡第161-185頁】，且於於偵訊時亦具結後證述：係被告許金財要求伊陪標，被告許金財希望排水廊道二期標案能標出去，伊不知道會有多少人投標，被告許金財表示趕快寄一寄讓它趕快標出去，不要一直流標，其實伊沒有想要做，因為比較遠，所以伊就將金額寫很高，伊參與投標係因為被告許金財，伊與被告許金財熟，廠商都會互相，伊沒想要得標，所以伊將投標金抓預算金額逾90%等語(見30412號偵卷第267-268頁)，互核證人即被告謝杏芬前開證述內容，迭為證述其因礙於與被告許金財之交情、廠商間互相幫忙，遂允諾參與陪標，故意背於過去計算投標金額模式，將投標金額提高至顯難得標之預算金額99.8%，就其主觀上缺乏投標真意、受被告許金財邀約以高投標金額陪標免於流標之經過等情甚詳且前後一致。被告謝杏芬過去並未參與上開相關標案投標，此有依廠商得標與未得標結果1份附卷供參(見47722號偵卷二第441-443頁)，已見被告謝杏芬過去與該類工程並無任何連結，且其委託涂耕維投標前後，更自始未曾指示在可能進行減價階段應如何減價，此經證人涂耕維於偵訊時證述明確(見2790號他卷第688頁)。倘被告謝杏芬果真有競標意願，衡情當會就日後可能之減價空間預作準備或指示，不致完全未作任何交待。則其自始未為任何減價指示，益徵被告謝杏芬主觀上缺乏投標真意，在本案參與投標僅係受被告許金財邀約而以高價陪同性質，並無意在比價或減價程序中與其他廠商進行實質競爭。

4.再者，被告謝杏芬持用之門號0000000000號行動電話(下稱A)前經實施通訊監察，被告謝杏芬前於110年2月2日10時53分11秒許，接獲證人即被告謝杏芬之子涂耕維持用之門號0000000000號行動電話(下稱B)來電，B於電話中提及：「喂！媽。」、「我們是陪標的嘛！」等語，A答稱：「你不要亂

講啦！什麼陪標的，對啦！」等語，B陳稱：「我知道啦！我出來外面講電話。」等語，A答稱：「嘿啦！」等語，B詢稱：「我們是標那一件！」等語，A答稱：「那個那個什麼幾號幾號集水井那個啦！」等語，B詢稱：「那一個路段的啊」，A答稱：「喔！好啦」等語，B陳稱：「你不要亂講喔」等語，B回稱：「我知道啦」等語，A接著詢問：「你沒有遇到那個？」等語，B答稱：「財董阿伯咩」等語，A陳稱：「嘿啊」等語，…，B復而陳稱：「有」、「他一下車就跟我說謝謝，我就知道了」等語等情，此有臺灣臺中地方檢察署110年2月20日中檢增謙109他2790字第1109017526號函暨檢附臺灣臺中地方檢察署檢察官陳報書1份、偵查報告暨通訊監察譯文、本院110年聲監續字第25號通訊監察書暨電話附表各1份、中華電信資料查詢、己身一親等資料各1紙、本院110年2月23日中院麟刑恆110年聲監可字第14號函1份在卷可稽(見2790號他卷第269-272、275-277、279-281、283、285、287頁)、中華電信資料查詢2紙【見臺灣臺中地方檢察署111年度偵字第47722號偵查卷宗(卷二，下稱47722號偵卷二)第419-421頁】，上開通訊監察錄音復經本院勘驗屬實，此有本院勘驗筆錄1份附卷供參【見本院卷㈡第185-187頁】。而上開通話係於排水廊道二期標案開標後，被告謝杏芬與其子涂耕維間所為，對話內容係指上開標案，「他一下車就跟我說謝謝，我就知道了」所指之人即為被告許金財，所稱「財董阿伯」係指被告許金財，而被告謝杏芬當日亦無參與其他標案投標等情，業經被告謝杏芬於本院審理時證述明確【見本院卷㈡第168-169、184頁】，核與證人涂耕維於偵訊時證述相符(見2790號他卷第687-691、697-701頁)。又被告謝杏芬於開標當日遭其子直言「我們是陪標的嘛！」等語，被告謝杏芬非但未予否認事實本身，反僅稱「你不要亂講喔」等語，以求謹慎用詞，適足徵認被告謝杏芬與其子涂耕維均明知鵬達土木包僅係配合被告許金財陪標，而被告許金財於現場見及涂耕維時亦當場表達致謝，益

徵雙方存有陪標之犯意聯絡及行為分擔甚明。

5.更甚之，被告謝杏芬前於110年3月12日8時40分20秒許，曾以前開行動電話門號A接獲被告許金財持用之門號0000000000號行動電話(下稱B)來電，A陳稱：「喂，財董」等語，B答稱：「謝小姐早」等語，A陳稱：「今天又上網了」等語，B答稱：「那裡啊，我知道啊，隧道那個啊」等語…，A陳稱：你看，今天早上才公告而已，你可以去看」等語，B陳稱：「沒關係啦，反正過兩天再看看，對不對」等語，A陳稱：「你要是有去我們才有得跟啊，你要是沒去我們就沒得跟啊」等語，B答稱：「不知道啊，就去看看有沒有辦法，現在很難講，現在一些人都跑光光了」等語，A隨即提及：「哈哈哈，跑光光了，沒代沒誌還弄輸一間小間的，哈哈哈」等語，B則答稱：「那有法度，啊沒伊法。不是，我現在比較麻煩的是，我那些鋼正板400多萬，不知要怎麼辦」等語等情，此有通訊監察譯文1份附卷供參(見2790號他卷第303-306頁)、中華電信資料查詢2紙、本院110年聲監續字第185號通訊監察書暨電話附表1份(見47722號偵卷二第419、423、431-433頁)，而上開對話內容係針對排水廊道二期標案所為，所稱「沒代沒誌還弄輸一間小間的」係指開標結果係由其他不知名廠商標得等情，業經被告謝杏芬於本院審理時證述：因為被告許金財只要向伊表示：「我們大家都去寄一寄」等語，伊不知道之後被告許金財有沒有叫其他人參與投標，但後來開標結果係另一家不認識廠商得標，伊始而對被告許金財開玩笑說：「你怎麼標輸一家小的」等語，如果被告許金財標得該標案前往梨山工作，伊等就可以去梨山玩等語甚詳【見本院卷㈡第169-170、182頁】，被告許金財對此亦自承上開對話係針對其未能標得排水廊道二期標案，被告謝杏芬事後嘲笑談話內容(見47722號偵卷二第181頁)，可見被告謝杏芬就排水廊道二期標案開標結果竟由其他廠商以低價標走乙事所為之調侃與對話，更徵認定被告許金財事先積極備料並主導上開標案布局，而被告謝杏芬僅係陪標參與，

對於開標結果毫不在意。

6.況依水保局臺中分局改制前後統計數據及決標明細分析，同類型土木工程於有意競標之情況下，正常投標金額多落於預算金額72%至90%之間，此有行政院公共工程委員會114年9月17日工程資字第1140023372號函暨檢附農業部農村發展水土保持署臺中分署108年至112年預算金額4百萬至5百萬之間工程類案件決標明細、農業部農村發展水土保持署臺中分署114年9月24日農保中防字第1142763690號函暨檢附排水廊道二期標案相關資料(含行政院農業委員會水土保持局臺中分局工程開標/保留/紀錄、底價單、行政院農業委員會水土保持局臺中分局工程發包底價核定表)、總表分析暨相關分析表各1份附卷供參【見本院卷㈡第405-408、411-419頁、本院卷㈢第129-146頁】。反觀本案排水廊道二期標案計有德暉公司、大地工程股份有限公司、贊勝營造有限公司、全龍營造有限公司、鵬達土木包及鼎宸公司等6家廠商投標，預算金額441萬1,558元，底價金額433萬2,149元，鼎宸公司以418萬元(約為預算金額94.75%)參與競標，鵬達土木包則以顯無法得標之440萬3,887元(約為預算金額99.8%)參與競標，開標結果由德暉公司以335萬元為最低標得標，此有農業部農村發展水土保持署臺中分署114年9月24日農保中防字第1142763690號函暨檢附排水廊道二期標案相關資料(含行政院農業委員會水土保持局臺中分局工程開標/保留/紀錄、底價單、行政院農業委員會水土保持局臺中分局工程發包底價核定表)1份附卷供參【見本院卷㈡第411-419頁】。依照上開投標金額所揭，具有得標意願之德暉公司、大地工程股份有限公司、贊勝營造有限公司投標金額與預算金額比約在75.9%至88.8%之間；反觀鵬達土木包投標金額則高達440萬3,887元，已達預算金額99.8%，甚至逼近底價，依通常經驗顯無得標可能，形同第一階段即直接排除得標，核與真實有意得標之廠商為求得標所應採取之計算投標金額策略顯不相符，亦與被告謝杏芬前開證述因無承作意願，為配合陪標而故意

填寫極高金額之情節完全吻合，已堪認定鵬達土木包本件投標金額顯屬異常偏高，其參與投標純屬虛偽形式，實質上不為競標之事實為真。是被告許金財及其辯護人所辯，洵不足採。

㈢被告許金財之辯護人雖辯稱：被告許金財僅單純告知被告謝杏芬此標案已公告招標，被告許金財與謝杏芬各自投標，被告許金財並未掌握對方是否投標，更未因此操縱開標結果，客觀上並未湊足3家投標，實務上其他案件行為人至少都會找2家，甚至找到3家廠商參與投標，被告許金財主觀上並無詐術投標犯意云云，惟按政府採購法第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，蓋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（最高法院114年度台上字第3232號、105年度台上字第2953號判決意旨參照）。本案許金財係以「工程我們一起給他寄一寄，讓它趕快標出去」為由，邀同對於排水廊道二期標案毫無承作意願之被告謝杏芬出面陪標，被告謝杏芬遂以高達預算金額99.8%之價格參與陪標，且於開標當日，更見被告許金財對於現場對前來協助投標之涂耕維致謝，業如本院認定如前，顯見被告許金財並非單純提供招標資訊，而係透過虛增投標家數，製造實質競標之假象，已然破壞招標程序之競爭功能甚明；又政府採購法第48條第1項規定公開招標原則上須有3家以上合格廠商始

得開標，究其規範意旨亦在於防範陪標，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，則行為人無論係邀集1家或數家廠商參與陪標，倘其行為意在製造形式上有廠商參與競標之假象，均係著手於詐術使開標發生不正確結果行為之實行。被告許金財主觀上唯恐該標案因參與家數不足而流標，為圖順利進入開標程序以利自己得標，始邀集被告謝杏芬以鵬達土木包名義參與陪標，其主觀上具備虛增競爭廠商家數，藉以該欺罔手段使開標程序順利進行之犯意聯絡至明，被告許金財縱僅邀集1家或未能完全掌握其他廠商投標狀況，亦無解於上開以陪標方式製造投標程序中，表面價格競爭之事實，辯護人此部分辯解，於法尚有誤會，自非可採。

㈣被告許金財之辯護人另辯稱：被告謝杏芬以較高金額投標或許係出於好意幫忙，實務上常有邀標情形，廠商多始可以互相競爭價格，被告許金財邀請被告謝杏芬投標，在實務上實屬常見，實務上投標金額達採購案預算90%以上，且決標者並非罕見，被告鼎宸公司以預算94.75%投標，無從逕認構成詐術投標罪云云，然實務上適法之邀標，抑或同行知會招標訊息，係指鼓勵具有履約能力及投標意願之廠商各自本於成本評估提出標案參與競標，形成真實市場競爭機制，倘廠商間於招標程序中形成實質競爭關係，固為實務上所常見，尚難逕認違法。然依前揭事證，被告謝杏芬自始並無競標意願，僅係礙於情面應被告許金財之請，刻意顯然以無法得標之投標金額參與陪標，且未指示任何減價方案，亦如前述，則本案被告許金財邀集無得標意願之廠參與陪標，藉以營造競爭假象，自為詐術行使，無從非單以被告鼎宸公司自身之投標金額即為有利於被告許金財之認定。自堪認定此種陪標行為實質上完全不為競爭，反係以欺罔招標機關誤認市場競爭存在，顯非合法正當之商業邀標行為，而被告許金財投標金額多寡，無從掩飾其與他人謀議以虛增家數之詐術本質。是辯護人此部分所辯，無非混淆形式陪標與實質競爭區別。

又辯護人另以政府採購法第48條第1項規定3家以上廠商投標始可開標，延伸實務上湊滿3家廠商投標之情形，已有立法委員提案修法云云置辯，惟現行政府採購法第48條第1項有關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之規定，其立法目的在於藉由廠商間相互競爭為國庫節省支出，確保採購品質之立法目的，業如前述，縱有修法提案之倡議，然上開草案究非現行有效之法律，要無從推翻現行有效施行之法令，本院自應現行有效之法律予以適用，尚不得逕以未經完成立法程序之修法主張，作為解免被告許金財罪責之依據。辯護人此部分所辯，亦非可採。

㈤辯護人另為被告許金財辯稱：本件扣除鵬達土木包後仍有3包以上投標，應該尚未著手，更不是未遂云云，然被告許金財與謝杏芬分別於110年2月2日公告開標當日，將鼎宸公司、鵬達土木包之投標文件送交水保局臺中分局辦理投標，鵬達土木包並以前揭顯然無法得標之440萬3,887元參與競標行為，均已如前述，被告許金財與謝杏芬業已共同實行以陪標方式製造市場表面競爭假象之詐術行為，並非僅止於犯罪預備階段，自屬已著手於本罪構成構要件之實行；又上開標案縱然扣除鵬達土木包外，仍有德暉公司、大地工程股份有限公司、贊勝營造有限公司、全龍營造有限公司及鼎宸公司等合格廠商投標，已合於政府採購法第48條第2項所定3家以上合格廠商投標之開標門檻，水保局臺中分局原即得依法合法開標，足認被告許金財與謝杏芬上開施以詐術行為業已著手，客觀上尚未使開標發生不正確結果，其情即應論以未遂犯。辯護人此部分所辯，亦屬誤會，並非可採。

㈥被告許金財之辯護人聲請函詢水保局臺中分局，查明排水廊道二期標案是否已有內定廠商？如有，該廠商為何？是否已完工通過驗收？有無施工品質不良之情形【見本院卷㈡第205-206、399-400頁】，待證事實被告許金財是否為內定廠商、其他廠商壓低投標金額，造成工程施作品質不良，惟政府採購法第87條第6項、第3項以詐術使開標發生不正確結果

未遂罪，其立法目的在維護政府採購程序中招標機關對於投標廠商間存在真實競爭關係之信賴，屬對於採購程序本身之維護，核與得標廠商是否為招標機關內部屬意對象，抑或工程施作品質之良窳，自屬二事，足認上開聲請調查證據所欲證明者核與本案犯罪是否該當尚無具體關連，自無再就此部分調查之必要，爰依刑事訴訟法第163條之2第2項第2款及第3款，駁回被告許金財及其辯護人上開調查證據之聲請，附此敘明。

㈦綜上所述，被告謝杏芬之自白核與事實相符，被告許金財及其辯護人所辯無非事後飾卸之詞，不足採信。本案事證已臻明確，被告許金財與謝杏芬前開犯行堪以認定，應予依法論科。

二、論罪科刑：

㈠核被告許金財與謝杏芬所為，均係犯政府採購法第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。被告許金財為被告鼎宸公司之代表人，則被告鼎宸公司因其代表人執行業務，犯政府採購法第87條第6項、第3項之罪，應依同法第92條之規定，對被告鼎宸公司科以同法第87條第3項之罰金刑。

㈡起訴意旨雖認被告許金財與謝杏芬已使該等標案之開標發生不正確結果，而係犯政府採購法第87條第3項之以詐術使開標發生不正確結果罪嫌。惟按政府採購法第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，蓋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（最高法院114年度台上字第3232號、105年度台上字第2953號判決意旨參照）。至於是否已使開標發生不正確之結果，則為犯罪既、未遂之區別標準（最高法院113年度台上字第4271號判決意旨參照）。本案公訴意旨固以被告許金財與謝杏芬分別以前揭廠商參與投標為據，而認被告許金財與謝杏芬在排水廊道二期標案中，業已因其等詐術使開標發生不正確結果等語。然上開標案，即使因扣除參與陪標之鵬達土木包後，尚有計有德暉公司、大地工程股份有限公司、全龍營造有限公司及鼎宸公司等5家以上合格廠商參與投標，原即得以開標，然開標結果最終由不具犯意聯絡之德暉公司得標，被告許金財與謝杏芬本案所為，應未使開標發生不正確之結果，行為僅止於未遂階段。而公訴意旨上開所認尚有未洽，惟僅行為態樣有既遂、未遂之分，且本院於審理時當庭告知被告許金財與謝杏芬上開論罪法條【見本院卷㈢第81-82頁】，已足使被告許金財與謝杏芬得以充分行使防禦權，且其等基本社會事實既屬同一，無庸變更起訴法條，附此敘明。

㈢被告許金財與謝杏芬就本案犯行，具有犯意聯絡及行為分擔，應論以刑法第28條之共同正犯。又被告謝杏芬利用不知情之涂耕維為本案參與投標行為，遂行本案犯行，為間接正犯。

㈣被告許金財與謝杏芬已著手實施以詐術使開標發生不正確結果犯行，然未使開標發生不正確之結果而不遂，為未遂犯，爰依刑法第25條第2項之規定，按既遂犯之刑度減輕之。被告鼎宸公司並同依刑法第25條第2項之規定，按既遂犯之刑度減輕之。

㈤爰以行為人之責任為基礎，審酌被告許金財與謝杏芬均為營造公司之負責人，對於政府採購及公平競爭原則本應知之甚詳。其等為使被告鼎宸公司順利得標，推由被告謝杏芬以鵬

達土木包名義陪標，製造達3家合格廠商投標之假象，致水保局臺中分局經辦採購人員誤認達開標標準而開標，破壞招標程序價格競爭之功能及政府採購之公平性，所幸被告鼎宸公司未能順利得標，所為於法仍屬未合；考量被告謝杏芬犯後坦認犯行，已生悔意，被告許金財則猶仍否認犯行，未見悔意，兼衡被告謝杏芬曾有詐欺、偽造文書、違反政府採購法等前科，素行不良；被告許金財除於95年間，曾有行使偽造私文書案件經法院科刑紀錄外，迄今再無其他前科，素行普通；被告鼎宸公司過去並無犯罪紀錄，此有法院前案紀錄表各1份在卷可稽【見本院卷㈠第41-44、69、67頁】，暨被告謝杏芬具二、三專肄業學歷，目前經營土木工程公司並從事農作，參與公益及社會教育，須照顧患病配偶及家境一般之生活狀況；被告許金財具小學畢業學歷，目前從事營造工作及家境一般之生活狀況，業據被告謝杏芬及許金財陳明在卷【見本院卷㈢第118頁，且有被告謝杏芬等提出之刑事答辯一狀暨檢附詳診斷證明書及感謝狀1份附卷供參，見本院卷㈠第343-357頁】，再審酌被告許金財過去參與政府採購案件，多有獲獎，並無違約之不良紀錄，此有獲獎文件1份附卷供參【見本院卷㈡第359-369頁】等一切情狀，分別量處如主文所示之刑，併就被告謝杏芬及許金財部分均諭知易科罰金之折算標準。另被告鼎宸公司因其代表人執行業務違反政府採購法，衡酌被告許金財因執行業務而違反政府採購法之情節及不法程度等情，科以如主文所示之罰金刑。至被告鼎宸公司既為法人，與自然人有別，事實上無法以服勞役代替罰金之執行，故所科罰金不予諭知易服勞役之折算標準（最高法院82年度台非字第176號判決意旨參照），附此敘明。

㈥沒收：

1.違反政府採購法妨害投標犯行之不法性在於取得訂立採購契約機會之方式，要非採購契約之履行本身，而契約價金本為招標機關為執行標案所應支出成本，並為廠商實際履行契約

之對價，難認與犯罪行為具直接關聯性，是以關於犯罪直接利得之認定，應限於廠商因取得訂立採購契約機會可賺取之利潤，至於因合法履行採購契約而支出之營業成本及費用，本非以不法方式取得締約機會之直接利得，自始不在犯罪所得範圍內。查，被告許金財與謝杏芬為使被告鼎宸公司順利得標，推由被告謝杏芬以鵬達土木包名義陪標，製造達3家合格廠商投標之假象，被告謝杏芬否認曾有因本案獲有任何報酬等語【見本院卷㈡第170頁、本院卷㈢第316頁】，卷內亦無證據可認被告謝杏芬曾分得不法利得，被告許金財最終亦未標得上開標案，自始未能取得訂立採購契約機會，並無積極具體證據足認被告許金財與謝杏芬確有因本案犯罪因而獲有任何犯罪對價，自不生犯罪所得應予沒收之問題，爰均不予宣告沒收或追徵其價額。

2.扣案如附表編號1及2所示之物分別為被告謝杏芬及許金財所有，供本案聯繫使用，業據被告謝杏芬及許金財陳述明確【見本院卷㈢第311頁】，核屬供前開被告為本案犯罪所用之物，爰依刑法第38條第2項前段之規定，宣告沒收。至如附表編號3所示文件固為被告許金財所製作供本案排水廊道二期標案投標使用，惟其僅為證明被告許金財參與投標之證明，如附表編號4所示存摺則為被告許金財所提出參與本案投標使用，然得由被告許金財另行申請補發，並無實際財產上之價值，亦難換算為實際金錢數額，是無論沒收實物或追徵價額，均無實益而認欠缺刑法上之重要性，依刑法第38條之2第2項，均不予宣告沒收，附此敘明。

據上論斷，應依刑事訴訟法第299條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官張時嘉提起公訴，檢察官蕭佩珊、林岳賢、陳昭德到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　10　　月　　20　　日

刑事第七庭　審判長法　官　湯有朋

法　官　丁智慧

法　官　林皇君

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀（應附繕本）。

書記官　巫偉凱

中　　華　　民　　國　　115　　年　　10　　月　　20　　日

附錄本案論罪科刑法條

政府採購法第87條第3項、第6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1百萬元以下罰金。

第1項、第3項及第4項之未遂犯罰之。

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。

附表：

編號	品名	數量	所有人/持有人	備註
1	APPLE廠牌行動電話(含門號0000000000號SIM卡1張)	1支	謝杏芬	見47722號卷四第398頁。
2	APPLE廠牌行動電話(含門號0000000000號SIM卡1張)	1支	許金財	見47722號偵卷五第19頁、聲他卷第7頁。
3	「G1、G2排水廊道洞口地錨邊坡檢修二期工程」投標資料	1份	許金財	見47722號偵卷五第20頁、聲他卷第7頁。
4	華南銀行存摺(鼎宸公司)	1份	許金財	見47722號偵卷五第20頁、聲他卷第7頁。