

臺灣高等法院刑事判決

110年度原矚上訴字第1號

上訴人

即被告 吳憲昌

上申營造有限公司

上一人

代表人 陳嘉琪

上二人

共同選任辯護人 張進豐律師

上列上訴人即被告等因違反政府採購法等案件，不服臺灣桃園地方法院106年度原矚訴字第2號，中華民國109年12月30日第一審判決(起訴案號：臺灣桃園地方檢察署105年度偵字第6181號)，提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

事 實

一、吳憲昌係上申營造有限公司(下稱上申公司)之實際負責人(登記負責人陳嘉琪為吳憲昌之妻)，而為政府採購法第8條所稱之廠商代表。桃園市龍潭區之德龍國小之「風雨操場改善教學環境設備工程」採購案於民國102年12月13日第1次上網公開招標，於同年月27日上午因投標廠商未達3家，宣布流標，旋於同日下午第2次上網公開招標，並定於103年1月7日開標。依該採購案投標須知第63條規定，投標廠商需為「公司登記或商業登記室內裝修業或土木包工業以上之合法廠商」；復依政府採購法第48條第2項規定，第2次招標得不受前項需有3家以上合格廠商投標始能開標之限制，故本件

01 第2次招標即使僅有1間合格廠商投標，亦得進行開決標程  
02 序。黃錦城(上訴本院後撤回上訴，此部分已確定)基於意圖  
03 影響採購結果而借用他人名義或證件投標之犯意，於103年1  
04 月7日開標前某日，向原無投標意願之吳憲昌借用上申公司  
05 名義投標，吳憲昌亦基於容許他人借用本人名義或證件參加  
06 投標之犯意，同意提供上申公司之名義及文件為黃錦城投  
07 標，並由該公司不知情人員以黃錦城所告知之標價填寫標  
08 單、製作投標所需文件，再由黃錦城所指示不知情之李榮林  
09 拿取上申公司大小章及投標文件至德龍國小投標。嗣於103  
10 年1月7日開標當日，因僅有上申公司1家投標，經議價後，  
11 由黃錦城所借得之上申公司得標。

12 二、案經法務部廉政署移送臺灣桃園地方檢察署檢察官追加起  
13 訴。

14 理 由

15 壹、證據能力部分

16 一、按刑事訴訟法第159條之5立法意旨，在於確認當事人對於傳  
17 聞證據有處分權，得放棄反對詰問權，同意或擬制同意傳聞  
18 證據可作為證據，屬於證據傳聞性之解除行為，如法院認為  
19 適當，不論該傳聞證據是否具備刑事訴訟法第159條之1至第  
20 159條之4所定情形，均容許作為證據，不以未具備刑事訴訟  
21 法第159條之1至第159條之4所定情形為前提。此揆諸「若當  
22 事人於審判程序表明同意該等傳聞證據可作為證據，基於證  
23 據資料愈豐富，愈有助於真實發見之理念，此時，法院自可  
24 承認該傳聞證據之證據能力」立法意旨，係採擴大適用之立  
25 場。蓋不論是否第159條之1至第159條之4所定情形，抑當事  
26 人之同意，均係傳聞之例外，俱得為證據，僅因我國尚非採  
27 徹底之當事人進行主義，故而附加「適當性」之限制而已，  
28 可知其適用並不以「不符前四條之規定」為要件。又法院於  
29 何種情況，得認為適當，應審酌該傳聞證據作成時之情況，  
30 如該傳聞證據之證明力明顯過低或係違法取得，即得認為欠  
31 缺適當性；惟是否適當之判斷，係以當事人同意或視為同意

01 為前提，即當事人已無爭議，故法院除於審理過程中察覺該  
02 傳聞證據之作成欠缺適當性外，毋庸特別調查，而僅就書面  
03 記載之方式及其外觀審查，認為適當即可(最高法院97年度  
04 台上字第563號判決參照)。經查，本判決下列所引用之上訴  
05 人即被告(下稱被告)吳憲昌、上申公司以外之人於審判外之  
06 陳述，業經原審及本院於審理中依法定程序調查，檢察官、  
07 被告吳憲昌、上申公司及辯護人於本院言詞辯論終結前均未  
08 聲明異議，本院審酌上開證據資料製作時之情況，尚無違法  
09 不當及證明力明顯過低之瑕疵，認為以之作為證據應屬適  
10 當，爰依刑事訴訟法第159條之5規定，認前揭證據資料均有  
11 證據能力。至於被告吳憲昌、上申公司及辯護人固爭執同案  
12 被告黃錦城(以下逕稱其姓名)於廉詢(向廉政署人員)所為陳  
13 述及偵查中向檢察官所為未經具結之陳述，無證據能力等語  
14 (見本院卷三第199頁)，然本判決僅引用黃錦城於偵訊時具  
15 結後之證述作為本判決之基礎，因此即無庸對未引用之黃錦  
16 城於偵查中未經具結之陳述及廉詢之陳述，說明其證據能力  
17 有無，併此敘明。

18 二、本判決所引用卷內之非供述證據之證據能力部分，並無證據  
19 證明係公務員違背法定程序所取得，且檢察官、被告吳憲  
20 昌、上申公司於本院亦均未主張排除下列非供述證據之證據  
21 能力，且迄本院言詞辯論終結前均未表示異議，審酌上開非  
22 供述證據，並無顯不可信之情況與不得作為證據之情形，依  
23 刑事訴訟法第158條之4反面解釋及第159條之4之規定，應認  
24 有證據能力。

## 25 貳、實體部分

### 26 一、認定事實之證據及理由

27 (一)被告吳憲昌、上申公司登記負責人陳嘉琪否認有何容許借牌  
28 之犯行，被告吳憲昌辯稱：我是跟黃錦城合作投標，且我是  
29 有意投標，後來也實質參與採購案的履行；被告上申公司登  
30 記負責人陳嘉琪辯稱：同被告吳憲昌所述。

31 (二)德龍國小「風雨操場改善教學環境設備工程」採購案於102

01 年12月13日第1次上網公開招標，於同年月27日上午因投標  
02 廠商未達3家，宣布流標，旋於同日下午第2次上網公開招  
03 標，並定於103年1月7日開標。依該採購案投標須知第63條  
04 規定，投標廠商需為「公司登記或商業登記室內裝修業或土  
05 木包工業以上之合法廠商」，第2次開標時由唯一投標而具  
06 綜合營造業資格之上申公司得標之事實，為被告吳憲昌、上  
07 申公司所不爭執，並有本件採購案之投標須知、公開招標公  
08 告（投標須知第63條載明上開資格；公開招標公告載明，於  
09 103/01/07此次開標之廠商資格為「商業登記室內裝修業或  
10 土木包業以上之合法廠商」，各見廉政署犯罪事實十非供述  
11 證據卷一第3392至3396、3447頁反面）、桃園縣政府教育局  
12 函文（關於德龍國小此採購案第1次、第2次公開招標之開標  
13 作業不克派員參加，請德龍國小保留決標，各見廉政署犯罪  
14 事實十非供述證據卷一第3437、3450至34511頁）、德龍國小  
15 簽呈及函文（102年12月27日第1次開標是流標，為保留經  
16 費，定於同年月27日再次公開招標並定於103年1月7日開  
17 標；第2次公開招標由唯一投標廠商上申公司得標，各見廉  
18 政署犯罪事實十非供述證據卷一第3446頁、同名稱卷二第35  
19 38、3527頁）、開標/議價紀錄、決標紀錄及決標公告（見廉  
20 政署犯罪事實十非供述證據卷二第3523、3536、3539頁）、  
21 上申公司投標資料（廉政署犯罪事實十非供述證據卷一第34  
22 57至3477頁）、上申公司綜合營造業登記證書及會員證書  
23 （見廉政署犯罪事實十非供述證據卷二第3479至3480頁）可以  
24 佐證，首堪認定。

25 (三)依被告吳憲昌、上申公司登記負責人陳嘉琪所辯，爭執點應  
26 為被告上申公司投標之舉，係被告吳憲昌容許黃錦城借牌所  
27 致，或被告吳憲昌與黃錦城合作而有意投標所為？綜合判斷  
28 如下：

29 1.黃錦城於103年8月25日、同年9月1日偵訊時以證人身分具結  
30 後一致證稱：就德龍公司的採購案，我一開始是用弘兆錦公  
31 司等3家公司去投標，但因為這3家公司資格不符，所以流

01 標，後來我才借上申公司的牌去標德龍國小的標案，我都是  
02 跟上申公司的實際負責人接洽，我都叫他「吳董」（見他字  
03 第2753號卷一第86至87、97頁反面至99頁），並於原審109年  
04 3月10日審理時具結證稱：第1次開標這次我是找弘兆錦公司  
05 等3家公司去投標，結果流標，原因是因為這3公司都是裝潢  
06 業，不符合標案要找的裝修業資格，後來有人推薦我去找上  
07 申公司借牌來投標，我就主動找被告吳憲昌。我先跟被告吳  
08 憲昌講會有人去拿上申公司的大小章，我吩咐久弘公司的李  
09 榮林去拿，李榮林就去拿到上申公司的大小章，我找李榮林  
10 在103年1月7日開標當天去現場出席、議價決標。我當時掛  
11 上申公司的經理，李榮林掛上申公司的工地主任，我有先讓  
12 被告吳憲昌知情。在得標後，被告吳憲昌就印名片給我。我  
13 得標後，有分包給李榮林作天花板的油漆。我也有跟林浚  
14 講我第2次去標德龍國小的案子是借用上申公司的牌。對於  
15 被告吳憲昌在偵查中所說：一開始的確是他將上申公司的牌  
16 借給我，上申公司的人知道本採購案是我的，投標跟議價的  
17 金額都不是他決定，投標金額是我決定的，而後來他發現很  
18 多問題，怕搞壞上申公司商譽，所以他把案子拿回來執行的  
19 經過，我沒有意見（見原審原矚訴2卷六第99頁反面至107  
20 頁）。

21 2. 證人林浚於103年11月18日偵訊時具結後證稱：第1次開標  
22 時我看到李榮林拿3支標去，這是黃錦城找的，是裝潢業，  
23 但德龍國小是要求裝修業。後來黃錦城去借上申公司的牌去  
24 標，有標到。黃錦城有跟我簽協議書，因為黃錦城是借牌去  
25 標，沒有賺，他跟我白紙黑字寫清楚，如果有追加工程的  
26 話，要分我工程款3成，但後來沒有（見偵13227卷三第239至  
27 243頁）。而證人李榮林於原審109年7月8日審理時證稱：德  
28 龍國小採購案第1次開標，我有拿牌去投標，但因採購案限  
29 制是裝修業，黃錦城說他是裝潢業，他沒有辦法，我跟他  
30 說，你要標就是要找一個資格符合的人。第2次開標，我有  
31 去上申公司拿上申公司大小章，以上申公司名義投標，是黃

01 錦城交代我去的。我對德龍國小說我是上申公司的工地主任。  
02 得標後有部分工程是我做的。對黃錦城說他是借上申公司  
03 的牌去標的，我沒有意見(見原審原矚訴1卷九第79至114  
04 頁)。

05 3.上開證人所證述本次德龍國小採購案第2次開標是黃錦城向  
06 被告吳憲昌借上申公司的牌去投標之情節相符，且有下列事  
07 證足資補強，自堪採信，分述如下：

08 (1)黃錦城與被告吳憲昌、上申公司人員、證人李榮林等人如附  
09 表所示之對話(均通訊監察譯文)。

10 (2)被告上申公司於開標、決標時，均係委託李榮林代理出席開  
11 標，且手寫李榮林為工地主任，有授權書、開標簽到冊在卷  
12 可證(見廉政署犯罪事實十非供述證據卷一第3458頁、同名  
13 稱卷二第3526、3537頁)。

14 (3)德龍國小採購案實際由黃錦城將鷹架等工程分包給立辰工程  
15 行、明泉水電工程行、嘉業大室內裝修有限公司，法務部廉  
16 政署人員於黃錦城前妻蘇玉盆處所扣得之(廠商)付款簽收  
17 單、相關單據及契約、廠商報價單附卷可證(見廉政署犯罪  
18 事實十非供述證據卷三第3960至3963、3966、3972、3974  
19 頁)。另有黃錦城與林浚泓協議：「上申工程經理黃錦城承  
20 諾德龍國小工程追加款的3成給付林浚泓。恐口說無憑，立  
21 此據」、「若無追加款，此協議無效」，有對黃錦城執行而  
22 扣案協議書1紙在卷可證(見廉政署犯罪事實十非供述證據卷  
23 三第3976頁)。倘黃錦城並非為自己得標而借牌，豈會於偵  
24 查及原審具結證述如上，並將工程分包給他人且付款，又單  
25 獨全權與林浚泓約定，如該工程有追加工程，允諾要給付追  
26 加工程款3成之理。

27 4.又被告吳憲昌於103年7月11日廉詢時、105年11月21日偵訊  
28 前階段供稱：我是上申公司實際負責人，陳嘉琪只是登記負  
29 責人，事情都是我一個人決定。上申公司是綜合營造業，所  
30 以符合德龍國小採購案的資格。黃錦城當初來找我的意思，  
31 我大概知道是要我以上申公司的牌來替他自己得標本採購

01 案。公司的人知道本採購案是黃錦城的，他跟我說，他會要  
02 人來跟我拿投標文件跟上申公司大小章，之後久弘公司的李  
03 榮林來拿上申公司的大小章去投標、開標，我就知道是黃錦  
04 城派來的。我請陳嘉琪於投標前打電話給黃錦城，要他決定  
05 投標金額。一開始的確是我將上申公司的牌借給黃錦城，後  
06 來我怕黃錦城亂搞，會搞壞上申公司商譽，就全部拿回來做  
07 （見廉政署犯罪事實十供述證據卷第3190至3194頁、偵6181  
08 卷二第104頁）；陳嘉琪於103年7月4日廉詢時供稱：我是上  
09 申公司的登記負責人，實際負責人是我先生即被告吳憲昌。  
10 被告吳憲昌有叫我上網領德龍國小採購案第2次開標的標  
11 單，並製作投標文件，他有叫我問黃錦城，德龍國小採購案  
12 的投標金額要填多少。我問被告吳憲昌為何要投標，他回答  
13 說，有一個久弘公司的李先生(按即證人李榮林)跟他說，因  
14 為久弘公司沒有營造牌(見廉政署犯罪事實十供述證據卷第  
15 3196至3198頁)等語，均與上開事證(指上開證人及附表：德  
16 龍國小之通訊監察譯文所示內容)相符。從而，德龍國小之  
17 「風雨操場改善教學環境設備工程」採購案設定投標資格為  
18 裝修業等資格，於第1次公開招標時，係由李榮林受黃錦城  
19 指示，持3家不符該投標資格之廠商文件投標，遂告流標，  
20 德龍國小旋即為第2次公開招標，此際黃錦城基於自己得標  
21 之目的，向被告吳憲昌借得符合投標資格之上申公司投標，  
22 而被告吳憲昌亦容許借牌，嗣黃錦城向上申公司人員指定標  
23 價，並指示李榮林至上申公司拿取上申公司大小章及投標文  
24 件，由李榮林代至德龍國小投開標、決標，嗣由黃錦城開始  
25 將工程分包之事實，均堪認定。

26 (四)被告吳憲昌、上申公司固以前詞置辯，其等辯護人於原審辯  
27 稱沒有借牌費，應不會是借牌。然而：

28 1.被告吳憲昌於上述廉詢時供稱：我是借牌給黃錦城，投標金  
29 額是黃錦城決定，後來我全部拿回來做，卻於上開偵訊後階  
30 段改稱：黃錦城來借牌時，我拒絕，後來我跟黃錦城一起合  
31 作，投標金額是我自己決定等詞。不但前後不一，更與上開

01 事證(指黃錦城、李榮林、陳嘉琪上開證詞及附表：德龍國  
02 小之通訊監察譯文)相違，並無可採。而證人李榮林之證  
03 述，除上述與事證相符，可以採信，其於偵查、原審之其餘  
04 證言，均避重就輕、前後翻異其詞，莫衷一是，如廉政署犯  
05 罪事實十供述證據卷第3186頁之陳述(103年7月30日廉詢  
06 時)，就黃錦城是否找上申公司借牌的問題，竟接連改口4  
07 次，且於原審審理具結作證，先證稱黃錦城、吳憲昌是合夥  
08 關係，又證稱有叫黃錦城不用再去，第2次投標是被告吳憲  
09 昌叫我去投的等語，嗣受檢察官反詰問及審判長、受命法官  
10 訊問時，竟又改證稱無法斷定黃錦城、吳憲昌是何關係，來  
11 作證只是要證明我有幫忙投開標的事，其他事情不是我要證  
12 明的，甚至證稱我當上申公司的工地主任，是德龍國小在投  
13 標時叫我自行填寫等詞(見原審原矚訴1卷九第82至85、85至  
14 98頁)，其所證顯是要撇清責任，惟已與上開諸項事證相  
15 違，是以，證人李榮林除上述(三)2.所述與卷證相符為可採  
16 外，其餘之證詞均不足作為有利或不利被告吳憲昌等人之認  
17 定。

18 2.政府採購法第87條第5項所定犯行，係以一方為自己目的，  
19 向他方借牌，而他方容許，准以他方名義投標於政府採購  
20 案，即屬既遂，與事後如何演變、施作、有無給付所謂借牌  
21 費，並無關係。如上述，本件係黃錦城得標並開始分配工作  
22 給李榮林等人施作一段時間後，被告吳憲昌見施作情況不  
23 佳，為維上申公司商譽，才開始介入並拿回工程施作等情，  
24 固有被告吳憲昌及其辯護人所提被證一、二(見原審原矚訴2  
25 卷六第107至111頁)等單據可以參酌，連同黃錦城未給付借  
26 牌費在內之情節，大致上為黃錦城、被告吳憲昌於調詢及偵  
27 查前階段所不爭執，然此等情事，縱然屬實，也是在上開犯  
28 行既遂後發生之情節，況依黃錦城與被告吳憲昌、上申公司  
29 人員、證人李榮林於上開通訊監察譯文(詳附表：德龍國小  
30 部分通訊監察譯文)中之對話，已清楚呈現本件借牌、容許  
31 借牌投標於本採購案之經過，且黃錦城尚與林浚就若有追

01 加工程，就所追加工程款如何朋分予林得浚，有所協議，並  
02 簽立協議在卷可查(如上述)，若非該標案係黃錦城向被告吳  
03 憲昌借上申公司名義投標而得標，豈會由黃錦城一人單獨允  
04 諾給林得浚高達3成追加工程款之情乎。是被告吳憲昌、上  
05 申公司及其等辯護人上開諸般所辯，均無足取。又辯護人以  
06 原審所提出之被證一(即工程標單明細表)及被證二(領據2張  
07 分由黃錦城、蘇玉盆簽字)，欲證明被告吳憲昌在工程開標  
08 前之1/4即將鷹架、水電工程交由黃錦城承包，及鷹架、水  
09 電工程款由黃錦城、蘇玉盆簽收之領據。然查：被證一上之  
10 「1/4」就日期之表達，指1月4日或4月1日均有可能，又被  
11 證二：工程款由黃錦城書寫金額33萬7000元，與由蘇玉盆簽  
12 收之工程款為40萬元並不相符，且參酌扣案「水平線鷹架租  
13 賃契約」上之「品項」「1/4鷹架管」，簽約日期103年4月  
14 11日(見廉政署犯罪事實十非供述證據卷3第3963頁)在卷可  
15 查，足見被證一之「1/4」應指103年4月1日方與本件工程之  
16 發包進度相符，是以被證一、二尚無足證明被告吳憲昌與黃  
17 錦城於103年1月4日即就鷹架及水電工程有分包協議，且辯  
18 護意旨所陳之待證事實，亦與認定如事實欄所載事實之證據  
19 資料均相互歧異，是被證一、二尚無從為被告吳憲昌等人有  
20 利之認定。另辯護人為被告等人辯護稱：本案外觀上是借  
21 牌，實質上投標前即有合作約定云云，然如前述諸證據所  
22 示，黃錦城於103年1月7日開標前某日，向原無投標意願之  
23 被告吳憲昌借用被告上申公司名義投標，被告吳憲昌亦基於  
24 容許他人借用本人名義或證件參加投標之犯意，同意提供被  
25 告上申公司名義及文件為黃錦城投標，並由上申公司不知情  
26 人員以黃錦城所告知之標價填寫標單、製作投標所需文件，  
27 再由黃錦城指示不知情之李榮林拿取被告上申公司大小章及  
28 投標文件至德龍國小投標，嗣以議價方式由上申公司得標承  
29 作之事實認定，是辯護人援引最高法院102年度台上字第206  
30 6號等判決意旨，主張本件並無政府採購法第87條第5項後段  
31 規定「容許他人借用本人名義或證件參加投標者」之適用云

01 云，惟案情不同並無參考上開法律意見之餘地，併此指明。

## 02 二、法律適用說明

03 (一)核被告吳憲昌就德龍國小部分(即本判決事實欄所示)所為，  
04 係犯政府採購法第87條第5項後段之妨害投標罪。

05 (二)被告上申公司因其代表人執行業務，犯上開政府採購法之  
06 罪，應依同法第92條規定，科以同法第87條第5項所規定之  
07 罰金。

08 三、原審就其上開事實欄所示(德龍國小)認事證明確予以論處，  
09 並審酌被告吳憲昌將上申公司借牌出借給黃錦城投標於德龍  
10 國小之採購案，違反政府採購程序之公平性、公正性，而危  
11 害社會公益(重申法益侵害性，並非量刑事項)，衡酌被告吳  
12 憲昌除廉詢陳述外，均執詞否認之犯罪後態度，且有如事實  
13 欄所載之犯罪分工及角色、動機、目的、手段，兼衡被告吳  
14 憲昌(高職畢業)之智識程度、(已婚、與配偶育有3名子女，  
15 經濟狀況尚可之)家庭生活狀況等一切情狀，量處有期徒刑5  
16 月，並諭知易科罰金之折算標準；而被告吳憲昌身為被告上  
17 申公司之實際負責人，因執行業務犯上開之罪，審酌全案情  
18 節後，就上申公司科以新臺幣5萬元之罰金。又公司屬法人  
19 組織，實際上無法服勞役代替罰金之執行(最高法院82年度  
20 台非字第176 號判決意旨參照)，故就上申公司所科之罰  
21 金，不論知易服勞役之折算標準等旨，經核原判決就上開部  
22 分認事用法俱無違誤，量刑亦稱妥適。被告吳憲昌、上申公  
23 司上訴本院均否認犯行，其等所持各項辯解之詞，均不可  
24 採，被告吳憲昌、上申公司之上訴均無理由，應予駁回。

## 25 四、不宣告沒收之說明：

26 被告吳憲昌等人行為後，刑法關於沒收之規定已修正公布並  
27 自105年7月1日施行。依修正後刑法第2條第2項等規定，沒  
28 收適用裁判時法，無庸為新舊法比較。又被告吳憲昌出借上  
29 申公司名義供黃錦城參與本採購案之投標，依現存卷內事  
30 證，並無事證資料證明被告吳憲昌、上申公司因此獲得任何  
31 不法利益，是被告吳憲昌、上申公司均不予宣告沒收。

01 五、被告上申公司之登記負責人陳嘉琪經本院合法傳喚，無正當  
02 理由不到庭，爰不待其陳述，逕行判決。

03 據上論斷，應依刑事訴訟法第368條、第371條，判決如主文。

04 本案經檢察官黃榮德追加起訴，檢察官劉成焜到庭執行職務。

05 中 華 民 國 112 年 3 月 14 日

06 刑事第十九庭 審判長法官 曾淑華

07 法官 陳文貴

08 法官 黃惠敏

09 以上正本證明與原本無異。

10 不得上訴。

11 書記官 吳錫欽

12 中 華 民 國 112 年 3 月 14 日