

最高法院刑事判決

112年度台上字第220號

上訴人 姚正信

選任辯護人 賴鴻鳴律師

陳思紐律師

上列上訴人因違反政府採購法案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國111年10月5日第二審判決（111年度上訴字第408號，起訴案號：臺灣橋頭地方檢察署110年度偵字第4053、4681號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。至原判決究有無違法，與上訴是否以違法為理由，係屬二事。

二、本件原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院採證認事之職權，認定上訴人姚正信有如其事實欄所載之犯行，因而維持第一審關於論處上訴人共同犯政府採購法第87條第6項、第3項之妨害投標未遂罪刑，以及諭知所處有期徒刑如易科罰金之折算標準部分之判決，駁回上訴人在第二審之上訴，已詳敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之得心證理由。並就上訴人於原審審理時所辯各節，如何不可採信，於理由中詳為論駁。核其所為論斷說明，俱有卷內證據

01 資料可資覆按，自形式上觀察，原判決並無足以影響其判決
02 結果之違法情形存在。

03 三、上訴意旨略以：

04 (一)原判決僅說明其所引用具有傳聞性質之各項供述證據，以之
05 作為證據，應屬適當，依刑事訴訟法第159條之5規定，具有
06 證據能力。惟未綜合審酌各該供述證據製作當時之過程、內
07 容、功能等情況，以及是否具備合法可信之適當性保障等，
08 以資判斷；又就其所引用之卷附各項文書，究係以文書內容
09 所載之文義作為待證事實之證明，或係以物質外觀之存在，
10 作為待證事實之證明，未予調查、審認，有理由不備及違反
11 證據法則之違法。

12 (二)宜信精密能源科技有限公司（下稱宜信公司）與中德工程股
13 份有限公司（下稱中德公司），分別為獨立之法人。宜信公
14 司採用自產材料，中德公司採用進口材料，各自依採購成本
15 計算投標價額，欲通過比減價格之程序，取得標案，尚非全
16 無競爭關係。倘上訴人與原審共同被告即中德公司負責人張
17 東源已經合意由宜信公司得標，應使中德公司成為形式上之
18 合格標，豈會未附押標金而淪為不合格標？再者，本件採購
19 案係公開招標，上訴人無法控制由何廠商參與投標，縱上訴
20 人與張東源確有使開標結果發生不正確結果之犯意聯絡，亦
21 僅有二家廠商參與投標，仍不符政府採購法第一次開標所須
22 三家以上合格廠商參與競標之要件，自無從影響開標結果。
23 原判決未審酌上情，僅憑上訴人與張東源獲知彼此之投標價
24 格，率認上訴人與張東源有共同使開標結果發生不正確結果
25 之故意，有理由未備之違誤。

26 (三)中德公司、盈昱金工事業股份有限公司（下稱盈昱公司）均
27 未檢附押標金，於審標階段必然遭到剔除，縱因開標時未能
28 查覺，亦不予決標，在客觀上無助於構成假性競爭之外觀，
29 而無導致開標發生不正確結果之可能，應屬刑法第26條所稱
30 不罰之不能犯，而應諭知無罪。原審未就此詳加調查、釐

01 清，遽行論處上訴人共同妨害投標未遂罪刑，有調查職責未
02 盡及理由不備之違法。

03 四、惟查：

04 (一)證據之分類，依其證據方法與待證事實之關聯性，可分為供
05 述證據與非供述證據。而供述證據如屬被告以外之人於審判
06 外之書面陳述，其有無證據能力，應視是否合於刑事訴訟法
07 第159條之1至第159條之5有關傳聞法則例外決定；如屬非供
08 述證據，自無傳聞法則例外規定之適用，只需合法取得且非
09 偽造之物，並於審判期日經合法調查，即可容許為證據。又
10 依刑事訴訟法第159條之5同意或擬制同意傳聞證據可作為證
11 據使用規定之立法意旨「若當事人……於審判程序表明同意
12 該等傳聞證據可作為證據，基於證據資料愈豐富，愈有助於
13 真實發現之理念，此時，法院自可承認該傳聞證據之證據能
14 力」，係採豐富證據資料、擴大適用之立場，俾有助於真實
15 發現，而酌採當事人進行主義下證據處分權所為之規定。法
16 院如認為適當，自可承認該傳聞證據的證據能力。且法院於
17 審查各該傳聞證據是否有類如立法理由所指欠缺適當性的情
18 形（即證明力明顯過低，或該證據係違法取得等）後，如認
19 皆無類此情形，而認為適當時，因無損於被告訴訟防禦權，
20 於判決理由內僅須說明其審查的總括結論即可，要無就各該
21 傳聞證據製作當時的過程、內容、功能等，逐一說明如何審
22 酌之必要。另審判期日之訴訟程序，專以審判筆錄為證，刑
23 事訴訟法第47條亦定有明文。

24 原判決說明：檢察官、上訴人及其原審辯護人，對於認定上
25 訴人犯罪之供述證據之證據能力，屬於傳聞證據部分，均同
26 意有證據能力，且審酌該言詞陳述或書面作成時之情況，認
27 為適當者；非供述證據亦查無公務員違背法定程序而取得之
28 情事，亦均有證據能力等旨。而傳聞證據部分，因認具有刑
29 事訴訟法第159條之5第1項同意證據能力之效力，則原判決
30 就此為總括性質認定具有證據能力，引為認定犯罪事實之證
31 據，對上訴人之防禦權不生影響，自難指為違法。又稽之原

01 審審判筆錄，原審審判長於審判程序調查證據時，俱依卷內
02 證據之性質逐一提示並告以要旨，並詢問上訴人及其辯護人
03 之意見（見原審卷第182至195頁），所踐行之證據調查程
04 序，於法尚無不合。此部分上訴意旨泛詞指摘：原判決有理由
05 由不備、適用證據法則不當之違法云云，並非合法之上訴第
06 三審理由。

07 (二)證據的取捨、證據的證明力及事實的認定，都屬事實審法院
08 自由裁量、判斷之職權；如其此項裁量、判斷，並不違反客
09 觀存在的經驗法則或論理法則，即無違法可指，觀諸刑事訴
10 訟法第155條第1項規定甚明。且既已於判決內論敘其何以作
11 此判斷的心證理由者，即不得單憑主觀，任意指摘其為違誤
12 ，而據為提起第三審上訴的合法理由。

13 政府採購法第87條第3項規定「以詐術或其他非法之方法，
14 使廠商無法投標或開標發生不正確結果者」，所稱「發生不
15 正確結果者」，係指本不會發生該結果，卻產生不正確結果
16 之情形。而同法第48條第1項所定須有三家以上合格廠商投
17 標方得開標之規定，係藉廠商間相互競爭以節省支出，惟如
18 有虛增投標廠商，形式上有三家以上廠商參與競標，致招標
19 機關誤信參與投標之廠商間確已達法定要件，且有競爭關係
20 存在，實質上不合招標程序及有礙價格競爭，足以發生不正
21 確結果，即該當於同法第87條第3項規定以詐術使投標或開
22 標發生不正確結果之要件。

23 而刑法第26條規定行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，
24 不罰。故不能犯，係指已著手於犯罪之實行，但其行為未至
25 侵害法益，且又無危險者；其雖與一般障礙未遂同未對法益
26 造成侵害，然須無侵害法益之危險，始足當之。所謂「不能
27 發生結果」，係指絕無發生結果之可能而言，此與「未發生
28 結果」，係指雖有發生之可能而未發生者不同。

29 原判決主要依憑上訴人所為不利於己部分之供述，佐以張東
30 源、證人洪旻吟、袁震興、謝瑋霖、姚彥誠、徐綺縵之證
31 詞，以及卷附理由欄所示之供述證據、非供述證據等證據資

料，相互勾稽，而為前揭事實之認定。並進一步說明：宜信公司與中德公司倘均有參加競標「台灣中油股份有限公司採購處南部採購中心（下稱中油南採中心）採購一組」公開招標之「第十硫磺工場E-1403換熱器更新（採購帶安裝）IS T」財物類採購案（標案案號：000000000，下稱本件採購案）」之真意，上訴人與張東源實無可能共同決意各該投標金額，且宜信公司低於中德公司，並由上訴人指示其員工同時準備宜信公司與中德公司之投標資料，使宜信公司之技術、標價策略得以保持秘密，並對於中德公司之押標金全未進行相關規劃，直接排除中德公司得標之機會，俾宜信公司順利得標。且在中油南採中心僅能於開標前就標封、投標時間與方式等外觀進行審查，而未能開啟標封檢查有無繳納押標金之情形下，形式上已製造出宜信公司與中德公司進行價格競爭之外觀，然實質上卻無競爭，導致中油南採中心誤信參與投標之宜信公司、中德公司確實有競爭關係存在，於開標日亦因本件採購案尚有第三家廠商即盈昱公司投標，符合有三家以上廠商投標而進行開標程序，破壞價格競爭功能，並足使發生不正確之結果。因認上訴人與張東源有共同基於上述詐術之方式而使開標結果發生不正確結果之故意等旨。原判決並載敘：本件採購案開標當日因投標廠商滿三家，而進行開標程序，僅因當場發現中德公司、盈昱公司均未檢附押標金而不予決標。若非承辦人員即時發現本件採購案有異狀，有可能完成開標程序，並可能由宜信公司以最低標得標。則上訴人與張東源著手詐術圍標行為，已危害法律安定性及法律秩序，具有發生犯罪結果之危險性，應屬未遂犯，而非不能犯等旨。

原判決所為論斷說明，尚與經驗法則、論理法則無違，係原審採證認事職權行使之事項，不得任意指為違法。此部分上訴意旨任意指摘：原判決論處上訴人共同妨害投標未遂罪刑違法云云，自非合法之上訴第三審理由。

01 五、綜上，上訴意旨係置原判決所為明白論斷於不顧，或就原判
02 決已詳細說明事項，徒憑己意而為相異評價，或重為有無犯
03 罪事實之爭執，或對於事實審法院採證、認事職權之適法行
04 使，任意指摘，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情
05 形，不相適合。依照首揭說明，應認本件上訴為不合法律上
06 之程式，予以駁回。

07 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

08 中 華 民 國 112 年 3 月 30 日

09 刑事第五庭審判長法官 李錦樑

10 法官 周政達

11 法官 蘇素娥

12 法官 錢建榮

13 法官 林婷立

14 本件正本證明與原本無異

15 書記官 黃秀琴

16 中 華 民 國 112 年 4 月 7 日