最高法院刑事判決

115年度台上字第493號

上　訴　人　黃國振

選任辯護人　林家祺律師
　　蔡鎮隆律師

上列上訴人因違反政府採購法案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國114年10月22日第二審判決（114年度上訴字第1662號，起訴案號：臺灣嘉義地方檢察署113年度偵字第6624、7477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。至判決究有無違法，與上訴是否以違法為理由，係屬二事。

二、原判決認定上訴人黃國振有如其事實欄所載犯行，因而維持第一審論處上訴人犯政府採購法第87條第3項之以詐術使開標發生不正確結果罪刑，以及諭知所處有期徒刑如易科罰金之折算標準，駁回上訴人在第二審之上訴，已詳敘其憑以認定的證據及得心證之理由。並就上訴人所辯各節，何以不足採信，於理由內詳加指駁。其所為論斷說明，俱有卷內證據資料可資覆按，自形式上觀察，原判決並無足以影響其判決結果之違法情形存在。

三、上訴意旨略以：

㈠本件翊騰營造有限公司(下稱翊騰公司)及吉寬營造有限公司(下稱吉寬公司)於參與「嘉義縣中埔鄉同仁國小(下稱同仁國小)109年度棒球場整修工程」標案（下稱本件標案）投標時，未附押標金，客觀上顯然不符投標規範，應不予開標。扣除上述2家公司後，未滿3家合格廠商參與投標，原即不得開標、決標，自無從發生使開標發生不正確之結果。又行政院已公告政府採購法第48條之修正草案，將刪除「3家以上」之限制規定，此將影響本件犯罪之構成要件與量刑依據。原判決疏未審酌上情，逕為不利於上訴人之認定，有適用法則不當之違法。

㈡翊騰公司之負責人陳翊勝(違反政府採購法業經緩起訴處分確定)配合上訴人參與投標，係其主觀上希望與上訴人維持良好關係，出於自主意願而為投標，上訴人並未指示或參與陳翊勝實際投標。又陳翊勝自承未填寫標價、未附押標金為其作業疏失，上訴人對此事前並不知情。況上訴人縱有受陳翊勝委請代送本件標案標單，亦係為避免寄送遲誤，單純將陳翊勝已彌封之標單送交投標單位，相當於信差角色。並無積極證據可證上訴人與陳翊勝間有犯意聯絡及行為分擔，應不成立共同正犯。原判決未調查陳翊勝就本件標案有無提出具體之建議及企劃，以判斷陳翊勝是否有投標真意，遽為不利於上訴人之認定，有調查職責未盡、理由欠備及適用法則不當之違法。

㈢本件標案乃同仁國小總務主任林宗毅拜託上訴人找認識的廠商前來投標，上訴人始聯繫陳翊勝及盛鋒營造工程有限公司(下稱盛鋒公司)負責人陳志盛，詢問投標意願，縱林宗毅及上訴人之邀標行為不甚妥適，亦係為避免本件標案無人投標致公共工程無法推動。以上訴人並未獲得任何報酬及利益，亦未支付借牌費用予盛鋒公司，並無施用詐術使採購單位陷於錯誤之欺罔意圖及行為，不該當政府採購法第87條第3項之構成要件。原判決未採取林宗毅所為有利於上訴人之證述，逕為上訴人不利之認定，其採證認事有違證據法則。

㈣原判決已認定上訴人與盛鋒公司為「借牌」關係，另認定上訴人係「協助」盛鋒公司處理標案事宜，前後顯有齟齬。又原判決認定本件標案之預算極差，顯然第1次開標並不存在競爭關係，更不可能破壞競爭機制及發生使開標發生不正確之結果。原判決就陳志盛是否知情？有無可能使開標發生不正確結果？等節，未予究明，遽行判決，有調查職責未盡、理由矛盾之違法。

㈤依同仁國小掛號及快遞郵件登記表之記載，吉寬公司、翊騰公司及盛鋒公司之本件標案投標文件，係於民國109年11月13日下午4時24分、35分、50分，分別陸續寄送予林宗毅。然原判決認定前揭公司之投標文件，係上訴人親自同時遞送，與卷附之文書證據明顯不符，有理由矛盾之違法。

㈥本件標案評審工作小組成員曹文發及林宗毅對於實際開標情形等節，所為證述大部分為不確定或不太能確定之臆測之詞，而陳翊勝實際上並不記得上訴人告知本件標案之訊息內容，其等之證詞均不得作為證據。原判決逕將之採為不利於上訴人認定之依據，違反刑事訴訟法第160條規定，有適用證據法則不當之違法。

四、經查：

㈠證人之個人意見或推測之詞，除以實際經驗為基礎者外，不得作為證據，刑事訴訟法第160條定有明文。

曹文發、林宗毅、陳翊勝於偵查或第一審審判中就本件標案所為相關證述，均係以其等實際參與本件標案之經驗為基礎。原判決以該等證述作為認定上訴人犯行之依據，並無違反刑事訴訟法第160條規定可言。此部分上訴意旨泛指：原判決採取其等所為無證據能力之證詞，據以認定犯罪事實違法云云，洵非合法之第三審上訴理由。

㈡證據的取捨、證據證明力的判斷及事實的認定，都屬事實審法院的裁量、判斷職權；此項裁量、判斷，倘不違反客觀存在的經驗法則或論理法則，即無違法可指。

原判決主要依憑上訴人不利於己部分之供述，及吉寬公司負責人陳女蘭、盛鋒公司員工潘雅琪、陳翊勝、陳志盛、林宗毅、曹文發之證詞，並佐以本件標案相關之公開招標公告、廠商領標紀錄、廠商評選初審會議紀錄、開標/決標紀錄、決標公告、合作同意書等卷內相關證據資料，相互勾稽、印證，而認定上訴人有前揭犯罪事實。

原判決並說明：依陳翊勝、陳女蘭、林宗毅、陳志盛、潘雅琪之證述，及陳翊勝所提出之服務建議書可知，上訴人確實知悉陳翊勝對於本件標案並無投標意願，仍多次請託陳翊勝幫忙，陳翊勝乃以翊騰公司及不知情之吉寬公司參與本件標案之投標，且翊騰公司、吉寬公司之投標文件，均未檢附押標金，亦未填寫總標價。而翊騰公司、吉寬公司先前皆有多次投標公家單位採購案之紀錄，卻因漏未填寫總標價及檢附押標金而遭認定為不合格標，顯不合常理。又陳翊勝所提供之服務建議書，並未檢附相關履約實績證明、完工證明等文件，係虛應故事，製造有意投標本件標案之假象。上訴人更親自收受陳翊勝所交付翊騰公司、吉寬公司之投標文件，遞送至同仁國小參與投標，堪認陳翊勝係受上訴人所託而陪標。以上訴人因資格限制無法親自投標，乃以簽訂合作同意書、代表盛鋒公司之方式參與本件標案，上訴人與陳翊勝就本件標案之投標，確有共同決意以虛偽投標之方式而施用詐術之情形，藉以製造形式上確有3家以上公司參與競標之假象，自屬以欺罔之方法，致招標機關誤信參與投標之廠商數達3家以上，進行開標而發生由盛鋒公司以最低標保留決標之不正確結果，而該當政府採購法第87條第3項之犯行。又此以詐術使開標發生不正確結果罪，並不以主觀有獲利意圖或客觀有實際獲利為構成要件，上訴人是否因本件標案獲利，不影響其罪名之成立等旨。

本件標案須繳納押標金，惟尚未提供廠商線上繳納押標金，有公開招標公告在卷可憑。而押標金除現金外，廠商得將其押標金附於投標文件內遞送，於未開標前，並未發覺廠商未

檢附押標金。本件標案係於投標廠商資格/價格/規格審查時，經審查人員發現翊騰公司及吉寬公司均未依招標須知第32條規定檢附押標金，而遭判定不合格（見他字卷第32至35頁），致生盛鋒公司以最低標保留決標之不正確結果。而政府採購法第48條關於需3家以上合格廠商投標之規定，迄未修正，自難執該規定之修法草案指摘原判決違法。又上訴人與盛鋒公司係簽訂合作同意書，代表盛鋒公司參與本件標案之投標。原判決說明上訴人有協助盛鋒公司順利取得本件標案之動機，並認定盛鋒公司並未參與施用詐術而取得本件標案，對於上訴人違反政府採購法第87條第3項之犯行不知情等節，並無理由矛盾之處。此外，林宗毅於第一審審理時證稱：盛鋒公司、翊騰公司及吉寬公司之投標文件不是郵寄到校，是同一段時間點，有人親自遞送至同仁國小，其當時回到座位就看到有3個標放在我桌上，其有看到標單就在同仁國小掛號及快遞郵件登記表上記載3個不同時間，係以大概的時間點所記等語（見第一審卷第242至243頁）。原判決採信林宗毅之證述，因認前揭投標文件係為同日時遞送予本件標案之承辦人林宗毅收受，自屬有據。又原審審判長於審判期日訊以：「尚有何關於論罪之證據請求調查？」，檢察官、上訴人及其原審辯護人均答稱：「無」各等語。原審未再傳喚陳翊勝到庭作證，贅為調查其有無投標真意，自難認有此部分上訴意旨所指調查職責未盡之違法。而原判決既已採取林宗毅所述不利於上訴人之證言，自不採不相容之其他證言，此為採證之當然結果，縱未逐一論列各陳述相異細節之取捨情形，仍於判決結果無影響。

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。上訴人就原判決已詳予說明之事項，任憑己意，再為單純犯罪事實有無之爭論，難認有據。上訴意旨泛言指摘：原判決之採證認事違背證據法則，並有調查職責未盡、理由矛盾及欠備，暨適用法則不當之違法云云，均非合法之上訴第三審理由。

五、綜上，上訴意旨係就原審採證、認事裁量職權之適法行使，或原判決已明白論斷說明之事項，仍持己見，漫為指摘違法，或單純就犯罪事實有無，再為爭執，難認已符合首揭法定之第三審上訴要件。至於其餘上訴意旨，均非確實依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決有如何違背法令情形。應認本件上訴為違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　7　　月　　30　　日

刑事第三庭審判長法　官　李錦樑

法　官　周政達

法　官　吳秋宏

法　官　楊皓清

法　官　蘇素娥

本件正本證明與原本無異

書記官　林君憲

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　3　　日