臺灣高等法院刑事判決

108年度上訴字第1758號

上　訴　人
即　被　告　吳孟宗
選任辯護人　李傳侯律師
　　陳律維律師
上　訴　人
即　被　告　和豐生命禮儀社
選任辯護人　楊凱雯律師

上列上訴人即被告因政府採購法等案件，不服臺灣新北地方法院108年度訴字第6號、108年度易字第128號，中華民國108年4月26日第一審判決（起訴案號：臺灣新北地方檢察署106年度偵字第38097號、107年度偵字第4041號、第20017號，追加起訴案號：107年度偵字第31795號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於和豐生命禮儀社部分撤銷。

和豐生命禮儀社被訴部分公訴不受理。

其他上訴駁回（即吳孟宗部分）。

事　實

一、吳孟宗（綽號「幼齒」）係和豐禮儀有限公司（下稱和豐公司）之負責人，且於民國105年12月16日至107年8月7日期間實際綜理和豐生命禮儀社（下稱和豐禮儀社，105年12月16日設立，登記負責人為游惠秋、107年8月7日變更負責人為鄭易昀，於107年12月4日歇業，所涉違反政府採購法犯行，由本院另為公訴不受理諭知，容後詳述）之業務，為和豐禮儀社之實際負責人即從業人員，而和豐公司與和豐禮儀社位於同一辦公處所、員工相同，並使用新北市○○區○○路0段00號之雅苑會館(原名為願境會館，由吳孟宗所承租，於106年4月間改由陳致成承租，並更名為雅苑會館)。新北市政府民政局殯葬管理處(下稱新北市殯葬處)於105年12月22日為「106年度委託辦理聯合奠祭」限制性招標(經公開評選或公開徵求)之公告，並以準用最有利標之決標方式，需經

評選委員開會評選決議何家廠商得標，因「105年度委託辦理聯合奠祭」之標案係由和豐公司得標，吳孟宗乃有意願參加106年度之投標，繼續承作聯合奠祭之標案，然因和豐公司於105年間有跳票紀錄，不符參加標案之資格，且甫設立之和豐禮儀社，並無任何優良事績或承攬相似案件績效良好之紀錄，難於評選委員開會評選時獲選，吳孟宗為求順利得標，竟基於行使業務登載不實文書及使開標發生不正確結果之犯意，指示不知情之和豐公司兼和豐禮儀社員工黃聖凱，以將和豐公司前所得標之標案及承辦殯葬案件之相關資料，全數充作和豐禮儀社事績及紀錄之方式，製作內容不實之「106年度委託辦理聯合奠祭服務建議書」，並持向新北市殯葬處投標而行使之，致該標案評選委員誤認和豐禮儀社具優良事績且績效良好而陷於錯誤，於106年1月4日評定和豐禮儀社為第1序位，以新臺幣(下同)671萬5,000元得標，使開標發生不正確結果，足以生損害於新北市殯葬處辦理採購案決標之正確性。嗣於106年3月23日遭民眾檢舉始循線查獲上情。

二、案經法務部調查局新北市調查處移送臺灣新北地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

甲、有罪部分（即被告吳孟宗部分）

一、證據能力

按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 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。又當事人、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，同法第159條之5亦有明定。查本件檢察官、上訴人即被告吳孟宗及其辯護人就本判決下列所引被告以外之人於審判外陳述之證據能力均不予爭執，迄至言詞辯論終結，亦未對該等證據

之證據能力聲明異議（見本院卷第136至143頁、第175至192頁），本院審酌該些供述證據作成時，核無違法取證或其他瑕疵，認為以之作為本案之證據屬適當，自有證據能力。其餘資以認定被告犯罪事實之非供述證據，均查無違反法定程序取得之情形，依刑事訴訟法第158條之4反面規定，亦具證據能力。

二、認定事實所憑之證據及理由

訊據被告吳孟宗固不否認有指示證人黃聖凱於製作上開「106年度委託辦理聯合奠祭服務建議書」時，將和豐公司之優良事績或承攬相似案件績效良好之紀錄列入上開服務建議書內，惟否認有行使業務登載不實文書及使開標發生不正確結果之犯行，辯稱：雖然兩家公司名稱不同，但承辦的人員均是相同，其有叫黃聖凱在建議書上寫清楚等語，辯護人則為被告吳孟宗辯稱：被告吳孟宗指示證人黃聖凱於製作和豐禮儀社之「106年度委託辦理聯合奠祭服務建議書」時，將和豐公司之優良事績或承攬相似案件績效良好之紀錄列入上開服務建議書內，係因和豐公司與和豐禮儀社之員工均相同，若和豐禮儀社得標，亦係由和豐公司之員工提供上開標案之勞務服務，並非故意以此方式混淆評審委員；被告吳孟宗自始即供承因和豐禮儀公司有退票紀錄無法參與政府採購，因此設立名稱相近、營業項目相同之和豐生命禮儀社以參與投標，此一方式完全合法並符合商業慣例，並無將和豐公司之實績充作和豐禮儀社之實績，此有上開建議書內皆未以「和豐禮儀社實績」為標題可佐；「和豐」係相當廣泛出現於我國公司及商號之名稱，參與本件標案資格審查或評審之人員就此自當有更高之注意義務；該服務建議書中和豐公司之實績包括承接98年臺北縣殯儀館無名屍體殯葬服務契約、95年及101年承接南投殯儀館經營權與105年的聯合奠祭等，內容完全屬實；服務建議書內容並無偽冒混充之情事，此一業務上文書並無不實；被告所為並不符合行使業務登載不實文書及妨害投標罪之構成要件等語。經查：

（一）被告吳孟宗係和豐公司之負責人，且於105年12月16日至107年8月7日期間實際綜理和豐生命禮儀社之業務，為和豐禮儀社之實際負責人，而和豐公司與和豐禮儀社位於同一辦公處所、員工相同，並使用新北市○○區○○路0段00號之雅苑會館(原名為願境會館，由吳孟宗所承租，於106年4月間改由陳致成承租，並更名為雅苑會館)。新北市殯葬處於105年12月22日為「106年度委託辦理聯合奠祭」限制性招標(經公開評選或公開徵求)之公告，並以準用最有利標之決標方式，需經評選委員開會評選決議何家廠商得標，因「105年度委託辦理聯合奠祭」之標案係由和豐公司得標，吳孟宗乃有意願參加106年度之投標，繼續承作聯合奠祭之標案，然因和豐公司於105年間有跳票紀錄，不符參加標案之資格，乃以甫設立之和豐禮儀社參加上開標案之投標，惟因和豐禮儀社並無任何優良事績或承攬相似案件績效良好之紀錄，吳孟宗便指示和豐公司兼和豐禮儀社之員工黃聖凱，以和豐公司前所得標之標案及承辦殯葬案件之相關資料，製作和豐禮儀社之「106年度委託辦理聯合奠祭服務建議書」後，持向新北市殯葬處投標，經該標案評選委員於106年1月4日評定和豐禮儀社為第1序位，以671萬5,000元得標。嗣於106年3月23日遭民眾檢舉後，新北市殯葬處106年5月25日發函和豐禮儀社，與之終止契約等情，為被告吳孟宗所不否認，核與證人游惠秋、游曉莉、黃聖凱、鄭皓文、唐永年、詹弘義、徐秀琴、林百誠、邱顯添於調詢、偵訊時之證述內容大致相符，並有和豐公司、和豐禮儀社之基本資料、和豐禮儀社加入新北市葬儀商業同業公會會員證書影本（見新北地檢署106年度他字第1036號卷《下稱他字卷》第45頁、第47頁、第270頁）、新北市政府105年12月13日新北府民殯字第0000000000函、新北市政府經濟發展局105年12月16日新北經登字第1055249483號函（見他字卷第13頁、第15頁）、新北市政府經濟發展局108年3月20日新北經登字第10804935

40號函暨檢附之和豐生命禮儀社商業登記抄本（原審108年度易字第128號《下稱原審易字卷》卷第40-1頁至第40-3頁）、新北市政府107年12月11日新北府民殯字第1073690626號函（原審易字卷第43頁、第44頁）、新北市殯葬處「106年度委託辦理聯合奠祭」招標之相關資料(含限制性招標公告、和豐生命禮儀社投標時所提出之廠商聲明書、服務建議書、繳納履約保證金資料、決標公告、招標須知、評選結果、第1次招標評選總表、評審會議紀錄等，見新北地檢署107年度偵字第20017號卷《下稱第20017號偵查卷》第19頁至第169頁)、新北市殯葬處106年5月25日新北殯館字第1063683653號函影本（見第20017號偵查卷第191頁）各1份在卷可稽，此部分事實洵堪認定。

（二）被告吳孟宗及其辯護人雖以前開情詞置辯。惟查：

1、和豐公司於86年7月7日經核准設立，迄上開「106年度委託辦理聯合奠祭」標案投標時，仍在營業中，登記之營業項目為「殯葬禮儀服務業、祭祀用品零售業、殯葬場所開發租售業、殯葬設施經營業等」，有該公司之公司基本資料1份（見第20017號偵查卷第249頁)在卷可參。而和豐禮儀社於105年12月16日經核准設立，與「106年度委託辦理聯合奠祭」標案之公告招標時間105年12月22日僅相距6日，且和豐禮儀社登記之營業項為「殯葬禮儀服務業、祭祀用品零售業、殯葬場所開發租售業等」，此亦有商業登記基本資料1份（見第20017號偵查卷第250頁）附卷可佐。

2、觀諸卷附「106年度委託辦理聯合奠祭」標案之公告（日期：105年12月22日)及更正公告(日期：105年12月26日）之「是否訂有與履約能力有關之基本資格」欄均載明「是、廠商應附具之基本資格證明文件或物品：1.廠商信用之證明」（見第20017號偵查卷第21頁、第28頁），足見此標案對於投標廠商之信用資格有一定之要求。且依證人游曉莉即和豐公司、和豐禮儀社之經理、亦係被告吳孟宗之前妻於106年11月30日偵訊時證稱：因為和豐公司有跳票

紀錄，債信不好，無法投標任何公家標案，也無法請領支票使用...，所以請會計師事務所申請設立和豐禮儀社等語（見他字卷第158頁、第159頁）；證人鄭皓文即和豐禮儀社之禮儀專員於106年11月30日偵訊時亦證稱：和豐公司營運和週轉不靈，公司跳票，為了殯儀館的標案，...因為跳票的公司無法去爭取標案，...成立了新的公司，就是和豐禮儀社等語（見他字卷第243頁）；證人黃聖凱即和豐公司及和豐禮儀社之員工於106年11月30日偵訊時亦證述：和豐禮儀社是是吳孟宗決定要成立，因為和豐公司要投標新北市殯葬所辦理之聯合奠祭標案，但是投標廠商要有具備沒有被退票紀錄，可是和豐公司之前有過退票紀錄，資格不符無法投標，所以吳孟宗就成立和豐禮儀社去投標等語（見他字卷第282頁、第283頁），核與被告自承和豐公司於105年間有跳票之紀錄乙節相符，顯見被告吳孟宗確係因和豐公司有跳票紀錄無法參與上開「106年度委託辦理聯合奠祭」之標案，始於105年12月間成立和豐禮儀社。

3、觀諸卷附「106年度委託辦理聯合奠祭」標案之公告（日期：105年12月22日）及更正公告（日期：105年12月26日）之決標方式係採「準用最有利標」（見第20017號偵查卷第19頁、第25頁），而依最有利標評選辦法第6條規定，機關應依「與採購目的有關」、「與決定最有利標之目的有關」等決定同辦法第5條所規定之評選之項目及子項，如技術、品質、功能、管理、商業條款、過去履約績效等，而上開「106年度委託辦理聯合奠祭」標案之投標須知第十二點服務建議書亦載明，製作服務建議書時建議記載「預定工作進度及投標廠商如期、如質之履約能力。」、「廠商組織、人力之簡介...」、「附件(包括廠商、專業負責人、工作團隊人員之學、經歷、實績證明文件、廠商於截止投標日前5年內之『工程履歷』、『受獎懲情形』...」等內容(第20017號偵查卷第138頁、第139頁)，可知

係除要求投標廠商提出人力即工作團隊之學、經歷及實績證明外，尚求投標之廠商提出本身之實績證明文件及受獎懲情形等資料，是依上開規定、評選辦法及投標須知等，和豐禮儀社於參與上開「106年度委託辦理聯合奠祭」標案時，所應提出者係其自身即和豐禮儀社之實績證明文件及受獎懲情形等資料，而非與其工作人員相同之和豐公司之實績證明文件及受獎懲情形等資料，為自明之理。是被告吳孟宗及其辯護人稱被告吳孟宗指示員工於服務建議書內檢附和豐公司之實績資料，係為了讓評選委員知悉和豐禮儀社有承辦上開標案之能力云云，顯屬事後飾卸之詞，委無足採。

4、證人黃聖凱於106年11月30日偵訊時證述：「吳孟宗請我製作和豐禮儀社投標聯合奠祭標案之投標文件中的服務建議書，可是我要開始製作文件時，發現和豐禮儀社沒有資力與經歷，等於無法製作文件，我就用和豐公司的內容去製作，但越做越覺得不妥，我有跟吳孟宗反應，說這樣做下去好像不行，因為公司名稱不同，他就跟我說做就對了，後面他會處理」、「和豐禮儀社根本沒有這些經歷跟資力，我有跟吳孟宗反應，但是他就叫我做就對了，我就去做了」等語（見他字卷第283頁），核被告吳孟宗於106年6月1日13時51分55秒許以其所持用之門號0000000000號行動電話撥打予李慶偉所持用之門號0000000000號行動電話時，向李慶偉稱「真的是我們的企畫書書面的內容洗沒有洗乾淨，那個員工把舊的和豐禮儀公司，去年的聯奠的東西拿出來改和豐生命禮儀社，這個名字沒有改乾淨，留下很多的，因為我新的名字是和豐生命禮儀社嘛」等語(見他字卷第238頁）相符，足認被告吳孟宗明知和豐禮儀社參與上開「106年度委託辦理聯合奠祭」標案係須檢附自身之經歷及實績等資料，為求能順利得標，便要求員工即證人黃聖凱將和豐公司之經歷、實績及受獎情形混充係和豐禮儀社之經歷、實績及受獎情形而製作服務建議書，並

持之向新北市殯葬處投標。

5、按政府採購法第87條第3項之妨害投標罪，以施用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之結果為其成立要件。所稱「詐術」，乃指足以使其他廠商或採購機關陷於錯誤之欺罔手段而言，所稱「其他非法之方法」，相較於同條第1項強制圍標罪之強暴、脅迫、藥劑或催眠術等而言，當係指詐術以外，其他和平、非暴力之不法手段（最高法院103年度台上字第414號、101年度台上字第6035號判決意旨參照）。本件被告吳孟宗上開將和豐公司之資料混充係和豐禮儀社之資料，而製作內容不實之服務建議書之目的，顯係在使評選委員誤認和豐禮儀社具有建議書所載之各項實績及受獎紀錄等，其所為確屬詐術無疑。而上開「106年度委託辦理聯合奠祭」標案，因被告吳孟宗為上開詐術行為，致使評選委員誤認和豐禮儀社之經歷、實績及受獎情形良好而將之評選為最高分，和豐禮儀社進而得標，顯已使此標案發生不正確之結果，故被告吳孟宗所為之詐術行為與該標案發生不正確之決標結果間具有因果關係，自不待言。

（三）綜上，被告吳宗孟上開所辯，顯屬事後推諉卸責之詞，不足採信，此部分事證均臻明確，被告吳孟宗上開犯行已堪認定，應予依法論科。

三、法律適用

核被告吳孟宗所為，係犯刑法第216條、第215條之行使業務登載不實文書罪、政府採購法第87條第3項之妨害投標罪。被告吳孟宗以一行使業務登載不實文書之行為同時犯上開2罪，為想像競合犯，應依刑法第55條規定從重論以政府採購法第87條第3項之妨害投標罪。

四、上訴駁回之理由

（一）原審適用政府採購法第87條第3項，刑法第11條前段、第216條、第215條、第41條第1項前段、第55條等規定，審酌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，被告吳孟宗以上開方式製作內容不實之服務建議書，製造和豐禮儀社係一具有優良績效、經驗豐富廠商之假象，所為已導致上開標案缺乏公平之競爭，使政府採購法所期待建立之投標制度無法落實，有害於公益，兼衡酌被告吳孟宗國中畢業之智識程度、家庭經濟狀況小康等生活狀況，及犯後始終否認犯行，未見悔意等一切情狀，量處有期徒刑6月，如易科罰金，以新臺幣1,000元折算1日。經核原審認事用法，並無違誤，量刑亦無不當，原判決應予維持。

（二）被告吳孟宗執前詞提起上訴否認犯罪，指摘原判決不當，惟就如何認定被告犯妨害投標罪及其所辯如何不可採之理由，原審業已詳予論述認定之理由，被告上訴意旨指摘各情，無非係對原審判決已說明事項及屬原審採證認事職權之適法行使，持憑己見而為不同之評價，且重為事實之爭執，自非可採。綜上，本件被告吳孟宗提起上訴，為無理由，應予駁回。

乙、公訴不受理部分（即被告和豐生命禮儀社部分）

一、公訴意旨略以：同案被告吳孟宗係和豐公司及被告和豐禮儀社實際負責人，係從事殯葬禮儀服務之人。緣新北市殯葬處105年12月22日第一次招標公告106年度委託辦理聯合奠祭標案（下稱：系爭標案），採限制性招標（經公開評選或公開徵求）並準用最有利標之決標方式，而需經評選委員開會評選決議何家廠商得標，因105年度之同一標案係由和豐公司得標，同案被告吳孟宗有意願續於106年度承作該標案，然因和豐公司於105年間有跳票紀錄，無法參標，且同案被告吳孟宗雖於105年12月16日成立被告和豐禮儀社，然被告和豐禮儀社甫新設立，並無任何優良事蹟或承攬相似案件積效良好之紀錄，難於評選委員開會評選時獲選，詎同案被告吳孟宗為求順利得標，竟先基於行使業務登載不實文書及使開標發生不正確結果之犯意，指示不知情之和豐公司員工黃聖

凱，以將和豐公司前所得標之標案及承辦之殯葬案件，全數充作和豐禮儀社之方式，製作不實之「106年度委託辦理聯合奠祭服務建議書」，並持向新北市殯葬處投標而行使之，致系爭標案評選委員陷於錯誤，誤認被告和豐禮儀社具優良事蹟且績效良好，而於107年1月4日評定被告和豐禮儀社為第1序位，以671萬5,000元得標，即以此詐術使開標發生不正確結果，足以生損害於新北市殯葬處辦理採購案決標之正確性。因認被告和豐生命禮儀社所為，因其從業人員吳孟宗犯政府採購法之罪嫌，應依政府採購法第92條規定，處以100萬元以下之罰金刑云云。

二、按身為訴訟主體之被告已不存在，而檢察官仍向該管法院起訴時，自屬起訴程序違背規定（臺灣高等法院民國90年庭長法律問題研討會決議亦同此見解）。又起訴程序違背規定者，應諭知不受理之判決，刑事訴訟法第303條第1款定有明文。再商業終止營業，依商業登記法第18條規定為歇業登記後，該商業主體即為消滅，與法人已不存續之情形類似。

三、經查：本件被告和豐生命禮儀社於107年12月4日辦理歇業登記、商業主體消滅在案，此有商業登記抄本附卷可稽（見原審108年度易字第128號卷第40之3頁），而檢察官係於108年1月9日對被告和豐生命禮儀社追加起訴，於108年2月22日繫屬於原審法院，有追加起訴書及原審收文戳章文附卷可佐（見108年度易字第128號卷第7至12頁），揆諸首揭說明，本件乃就不存在之訴訟主體予以訴追，自屬起訴程序違背規定，應諭知不受理之判決，原審判決就此部分諭知被告和豐生命禮儀社應依政府採購法第92條規定科以同法第87條第3項之罰金刑，並量處罰金新臺幣20萬元，即有未合，自應由本院將原判決關於被告和豐生命禮儀社部分予以撤銷，並諭知如主文第2項之不受理判決。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條、第369條第1項前段、第364條、第303條第1款，判決如主文。

本案經檢察官劉文翰偵查起訴及追加起訴，檢察官孫治遠到庭執

行職務。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　9　　月　　19　　日

刑事第十八庭　審判長法　官　吳炳桂

法　官　何俏美

法　官　葉乃瑋

以上正本證明與原本無異。

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

書記官　程欣怡

中　　華　　民　　國　　108　　年　　9　　月　　19　　日

附錄：本案論罪科刑法條全文

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。

中華民國刑法第216條

（行使偽造變造或登載不實之文書罪）

行使第 210 條至第 215 條之文書者，依偽造、變造文書或登載不實事項或使登載不實事項之規定處斷。

中華民國刑法第215條

（業務上文書登載不實罪）

從事業務之人，明知為不實之事項，而登載於其業務上作成之文書，足以生損害於公眾或他人者，處 3 年以下有期徒刑、拘役或 5 百元以下罰金。