臺灣高等法院刑事判決

112年度上訴字第592號

上　訴　人
即　被　告　高正人
選任辯護人　李永然律師
　　谷逸晨律師
上　訴　人
即　被　告　宏華生活科技股份有限公司
兼
法定代理人　張美華
上2 人共同
選任辯護人　劉和鑫律師

上列上訴人即被告等因政府採購法等案件，不服臺灣臺北地方法院110年度審訴字第1283號，中華民國111年10月20日第一審判決（起訴案號：臺灣臺北地方檢察署110年度偵字第4327號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於沒收部分撤銷。

前開撤銷部分，高正人、張美華、宏華生活科技股份有限公司犯如附表所示各罪之犯罪所得，各沒收如附表所示。

其他上訴駁回。

高正人緩刑伍年，緩刑期間付保護管束，並應於緩刑期間內向檢察官指定之政府機關、政府團體、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體，提供壹佰貳拾小時義務勞務。

理　由

一、按上訴得明示僅就判決之「刑」、「沒收」或保安處分一部為之，刑事訴訟法第348條第3項定有明文。本案經原審判決後，被告高正人、張美華及宏華生活科技股份有限公司（下稱宏華公司，並與高正人、張美華合稱被告3人）提起上訴，其等上訴書僅記載對原判決之「刑」及「沒收」提起上

訴之理由（見本院卷第35至40頁、第55至60頁），經本院於民國112年3月28日準備程序期日向其等確認後，均表明僅就原判決之「刑」及「沒收」提起上訴（見本院卷第101頁），是本案上訴審理範圍，應僅及原判決之「刑」及「沒收（含追徵）」，而不及於犯罪事實，合先敘明。

二、被告3人共犯政府採購法第87條第5項前段之借用他人名義投標罪，高正人另犯同法第88條第1項之受機關委託監造之人員而對工法及材料違法審查以圖利罪，業經原判決認定在案，並以行為人之責任為基礎，審酌高正人身為環境工程技師之專業人員，並受招標機關委託監造「臺北市站前地下街污水系統新設工程（下稱本案工程）」，卻未恪遵「營、監分離」之工程基本原則，與宏華公司負責人張美華共同向森遠實業有限公司（下稱森遠公司）借牌投標後，轉予宏華公司施作，致生危害於政府採購之公正性。另高正人以違背監造職務之方式詐取財物，使國家承受損失，犯罪惡性非輕。復考量高正人、張美華犯後原否認犯行，惟於原審時坦認犯行，並繳回部分犯罪所得新臺幣（下同）560,988元，兼衡高正人、張美華之智識程度、家庭生活狀況、素行，暨宏華公司之代表人因執行業務犯政府採購法之罪的犯罪情節等一切情狀，分別量處如附表所示之刑，並就張美華所處之刑諭知易科罰金之折算標準，及敘明宏華公司所處罰金刑不諭知易服勞役折算標準之理由，復就高正人所犯上開2罪所處之刑，定其應執行刑為有期徒刑2年。所為量刑尚屬妥適，應予維持。

三、撤銷改判（即對「沒收」提起上訴部分）之理由

㈠原判決依憑卷內事證，估算高正人就原判決事實三部分之犯罪所得為435,973元（即每立方公尺單價2,109元×〈300-91.5〉立方公尺＝435,973元），被告3人就原判決事實二部分之犯罪所得則為1,719,172元（即本件工程結算核發工程費7,609,388元-森遠公司犯罪所得608,751元-高正人就原判決事實三部分之犯罪所得435,973元-中性成本4,845,492元＝

1,719,172元），經核於法尚無不合。高正人之辯護人雖於本院準備程序期日指摘原判決沒收435,973元部分有重複沒收之違誤云云（見本院卷第100頁），惟嗣已不爭執（見本院卷第123頁），則被告3人之犯罪所得金額，應堪認定。

㈡按共同正犯犯罪所得之沒收或追徵，應就各人所分得之數為之。倘若共同正犯內部間，對於不法利得分配明確時，應依各人實際分配所得宣告沒收；然若對於不法利得享有共同處分權限，惟彼此間分配狀況未臻具體或明確，自應負共同沒收之責。而所謂負共同沒收之責，則應參照民法第271條所規定數人負同一債務，而其給付可分者，除法律另有規定或契約另有訂定外，應各平均分擔之，以為沒收之標準（最高法院111年度台上字第3634號判決參照）。被告3人有關原判決事實二犯罪所得（即現金1,719,172元）之分配方式雖未臻具體或明確，然該犯罪所得在給付性質上既屬「可分」，復無法律特別規定或契約特別約定，依據前引說明，應各「平均」分擔之，以為沒收之標準。亦即高正人、張美華及宏華公司就此部分之犯罪所得均為573,057元（即1,719,172元÷3＝573,057元，元以下4捨5入）。又「高正人」先後於111年9月9日、112年5月9日、112年6月8日、112年6月12日及112年6月13日分別繳交犯罪所得560,988元、20萬元、25萬元、25萬元及4,157元予國庫（見原審卷第203頁，本院卷第148頁、第253至254頁、第269至272頁），合計1,265,145元，已逾其就原判決事實二、三之犯罪所得合計1,009,030元（即435,973元+573,057元＝1,009,030元）。至於超出之256,115元(即〈1,265,145元-1,009,030元＝256,115元)，因高正人並未表明欲用以繳交張美華或宏華公司之犯罪所得及其金額，爰平均計算之，即各為128,058元(即256,115元÷2＝128,058元，元以下4捨5入)。原判決認高正人、張美華及宏華公司就事實二之犯罪所得難以區分其分別取得之利得，固非無見。惟其對於「共同沒收之責」之定義容有誤會，亦未詳究「高正人」各次繳交者，究係「何人」犯「何

罪」之犯罪所得及其「金額」，且未及審酌高正人於112年5月9日、112年6月8日、112年6月12日及112年6月13日另再繳交犯罪所得20萬元、25萬元、25萬元及4,157元予國庫之事實，所為沒收追徵之諭知，自有未洽。爰就被告3人之犯罪所得依法諭知沒收，並就張美華、宏華公司未繳交之犯罪所得444,999元（即573,057元-128,058元＝444,999元）部分，諭知於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額，詳如附表所示。

四、上訴駁回（即對「刑」提起上訴部分）之理由

㈠被告3人上訴意旨略以：

1.高正人上訴意旨略以：我是因為考量本案工程有時間上之急迫性，加以施作上有其困難性，才會在第1次公開招標流標後便宜行事，致罹刑典。犯後我已知錯，並深感悔悟，乃於原審時認罪。又我長期擔任義工，獲得社會團體肯定，未來也將持續參與。另本案工程迄仍運作良好，所生危害程度尚非嚴重。請依刑法第59條、第57條規定酌減其刑，並從輕量刑云云。

2.張美華上訴意旨略以：本案工程均由高正人聯繫處理，我雖係宏華公司負責人，但僅係依高正人指示處理公司會計事務，並無實質決策權。我已於原審時認罪，且未因本案而實質獲利，請審酌我尚須扶養失明老母及小孩，從輕量刑，並諭知緩刑云云。

3.宏華公司上訴意旨略以：本案工程迄仍運作良好，所生危害程度尚非嚴重，原審量處罰金10萬元，尚屬過重云云。

㈡按刑法第59條規定之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，認為即使予以宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用。高正人身為環境工程技師之專業人員，並受招標機關委託監造本案工程，卻未恪遵「營、監分離」之工程基本原則，向森遠公司借牌投標後轉予宏華公司施作，復以違背監造職務之方式詐取財物，除破壞政府採購之公正性外，亦使國家承受損失，應予

相當程度之非難。又高正人雖以本案工程有時間上之急迫性，加以施作上有其困難性，才會在第1次公開招標流標後便宜行事，致罹刑典云云，然此僅係其犯罪之動機，縱或屬實，亦應立即向招標機關反應以尋求解決，而非私下借牌投標，甚而以違背監造職務之方式詐取財物。至高正人犯後於原審時認罪，並長期擔任義工，且本案工程迄仍運作良好等情，均難認屬特殊之犯罪原因與環境。經綜合本案一切情狀後，認客觀上尚無即使宣告法定最低度刑（政府採購法第87條第5項前段借用他人名義投標罪為有期徒刑「2月」，同法第88條第1項受機關委託監造之人員而對工法及材料違法審查以圖利罪為有期徒刑「1年」），猶嫌過重，而足以引起一般同情之情形，自無刑法第59條酌減其刑規定之適用。是高正人請依刑法第59條酌減其刑云云，委無足取。

㈢按量刑之輕重及執行刑之酌定，均屬法院得依職權裁量之事項。苟法院於量刑時，已斟酌刑法第57條各款所列情狀，而未逾越法定範圍，又未顯然濫用其職權，即不得遽指為違法。經查，原判決業已審酌包含被告3人「犯罪之手法及所生危害程度」、「於原審時坦承犯行之犯後態度」、「家庭生活狀況」及「素行」在內等一切情狀，其所為刑之量定，並未濫用自由裁量之權限，亦無逾越職權或違反比例原則、罪刑均衡原則，縱與被告3人主觀上之期待不同，仍難指為違法。至原判決雖未及審酌臺北市市場處112年5月2日北市市工字第1123008797號函略稱：本案工程經驗收通過後，尚無使用單位就工程保固範圍提出應予改善意見等旨（見本院卷第139至144頁），及上訴後另再繳交犯罪所得20萬元、25萬元及25萬元予國庫之事實，然經綜合本案其他量刑因子後，認仍不影響原判決有關「刑」之量定。是被告3人上訴意旨徒執前詞，指摘原判決「刑」之酌定違法、不當云云，尚無可採，其等所為此部分之上訴均無理由，應予駁回。

㈣張美華雖未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，而符刑法第74條第1項第1款要件，然其仍有444,999元犯罪所得尚

未繳交（詳如前述），且其所受之刑如易科罰金，其金額（即12萬元）與上開犯罪所得存有相當差距，此與高正人已全數繳交犯罪所得，且所受為不得易科罰金之刑相較，尚屬有別。從而，張美華所受刑之宣告，尚無暫不執行為適當之情形，其請求諭知緩刑云云，礙難准許。

五、按刑法第74條規定得宣告緩刑者，以未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，或前因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後，5 年內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告為條件。所稱「受有期徒刑以上刑之宣告」，係指宣告其刑之裁判「確定」而言。又如係受有期徒刑以上刑之宣告，並諭知緩刑，且緩刑期滿未經撤銷緩刑者，因依刑法第76條規定，其刑之宣告已失其效力，自與未曾受徒刑之宣告者相同。經查：

1.高正人前曾因業務侵占案件經臺灣士林地方法院以96年度簡字第337號判處有期徒刑1年，緩刑2年確定，嗣該緩刑於99年8月3日期滿且未經撤銷，有本院被告前案紀錄表在卷可查（見本院卷第245頁），自非「曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告」。又高正人雖因詐欺未遂案件，經臺灣新北地方法院於112年1月5日以111年度簡字第4924號判處有期徒刑5月，惟案經上訴後，迄未確定，有本院被告前案紀錄表及公務電話紀錄在卷可查（見本院卷第246頁、第273頁），亦非「曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告」。從而，高正人目前仍符法第74條第1項第1款之緩刑要件。

2.高正人此次係因一時失慮，致罹刑典，犯後除於原審時為認罪之陳述外，並先後於111年9月9日、112年5月9日、112年6月8日、112年6月12日及112年6月13日繳交犯罪所得560,988元、20萬元、25萬元、25萬元及4,157元予國庫，而已全數繳回犯罪所得。本院於斟酌全案犯罪情節後，認其在經歷本案偵審程序及刑之宣告後，應能知所警惕，而無再犯之虞，因認所宣告之刑以暫不執行為適當，爰依刑

法第74條第1項規定，宣告緩刑5年，以啟自新。另為使其確實知所警惕，並深刻瞭解法律規定及守法之重要性，爰依刑法第74條第1項第5款規定，諭知其應於緩刑期間內，向檢察官指定之政府機關、政府團體、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體，提供120小時義務勞務，併依刑法第93條第1項第2款，諭知於緩刑期間付保護管束，以觀後效。

3.前開義務勞務為緩刑宣告附帶之條件，依刑法第75條之1第1項第4款規定，違反上開之負擔情節重大，足認原宣告之緩刑難收其預期效果，而有執行刑罰之必要者，得撤銷緩刑之宣告，附此敘明。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條、第369條第1項、第364條、第299條第1項，判決如主文。

本案經檢察官葉詠嫻提起公訴，檢察官張紜瑋到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　6　　月　　30　　日

刑事第十四庭　審判長法　官　王屏夏

法　官　潘怡華

法　官　楊明佳

以上正本證明與原本無異。

犯政府採購法第八十八條第一項圖利罪部分，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，其未敘述上訴之理由者並得於提起上訴後20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」。

其餘部分，不得上訴。

書記官　尤朝松

中　　華　　民　　國　　112　　年　　6　　月　　30　　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。
政府採購法第88條
受機關委託提供採購規劃、設計、審查、監造、專案管理或代辦採購廠商之人員，意圖為私人不法之利益，對技術、工法、材料、設備或規格，為違反法令之限制或審查，因而獲得利益者，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。
其意圖為私人不法之利益，對廠商或分包廠商之資格為違反法令之限制或審查，因而獲得利益者，亦同。
前項之未遂犯罰之。
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

姓名	犯罪事實	原判決罪刑及應執行刑之諭知	本院沒收之諭知
高正人	原判決事實二	共同犯政府採購法第八十七條第五項前段借用他人名義投標罪，處有期徒刑8月	犯罪所得新臺幣573,057元沒收
	原判決事實三	犯政府採購法第八十八條第一項受機關委託監造之人員而對	犯罪所得新臺幣435,973元沒收

		工法及材料違法審查以圖利罪，處有期徒刑1年8月	
	（空白）	應執行有期徒刑2年	（空白）
張美華	原判決事實二	共同犯政府採購法第八十七條第五項前段借用他人名義投標罪，處有期徒刑4月，如易科罰金，以新臺幣1千元折算1日	犯罪所得新臺幣573,057元沒收，其中新臺幣444,999元於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其等價額
宏華公司	原判決事實二	因代表人執行業務，犯政府採購法第八十七條第五項之借用他人名義投標罪，處罰金新臺幣10萬元	犯罪所得新臺幣573,057元沒收，其中新臺幣444,999元於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其等價額