

最高法院刑事判決

112年度台上字第318號

上訴人

(被告) 魏宗德

選任辯護人 蔣文正律師

林凱律師

上訴人

(被告) 陳至忠

選任辯護人 吳紹貴律師

許嘗訓律師

上訴人

即參與人 中興防震科技有限公司

代表人 蘇惠珍

代理人 蔡宜宏律師

上訴人

即參與人 隔減震有限公司

代表人 蔡宜珊

代理人 洪宗暉律師

上列上訴人等因被告等違反政府採購法案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國111年10月6日第二審判決（109年度上訴字第2335號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署104年度偵字第29060、29061號），提起上訴，本院判決如下：

主文

01 原判決撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。

02 理 由

03 壹、本件原判決認定上訴人魏宗德、陳至忠（下稱上訴人2人）
04 有如其犯罪事實欄(下稱事實欄)所載違反政府採購法而對材
05 料、設備為違反法令之限制(下稱限制競爭)等犯行，因而撤
06 銷第一審判決附表一編號3至15、17關於上訴人2人罪刑部
07 分、同附表編號16關於魏宗德罪刑部分，及對上訴人2人、
08 上訴人即參與人隔減震有限公司、中興防震科技有限公司
09 （分別簡稱隔減震公司、中興防震公司；下稱參與人2人）
10 宣告沒收部分之科刑判決，改判分別論處魏宗德、陳至忠共
11 同犯政府採購法第88條第1項之違法限制圖利7罪刑(即原判
12 決附表〔下稱附表〕一編號3至17「本院判決主文」欄所示
13 魏宗德部分)、1罪刑（即附表一編號13至15「本院判決主
14 文」欄所示陳至忠部分），並對上訴人2人、參與人2人諭知
15 相關之沒收、追徵。以及維持第一審分別對魏宗德、陳至忠
16 論處共同犯政府採購法第88條第1項之違法限制圖利2罪刑
17 （即附表一編號1至2「本院判決主文」欄所示魏宗德部
18 分）、1罪刑（即附表一編號16「本院判決主文」欄所示陳
19 至忠部分）部分之判決。固非無見。

20 貳、惟查：

21 一、關於依政府採購法受託辦理採購之得標廠商，將部分採購工
22 程「分包」予其他廠商代為履行，該分包廠商對材料、設備
23 為限制競爭之行為（即俗稱綁標行為），得標或分包廠商有
24 無政府採購法第88條第1項違法限制圖利罪規定之適用一
25 節，須視該廠商有無受政府採購法第3條所定辦理採購之政
26 府機關、公立學校或公營事業（下稱機關）之委託而定，未
27 可一概而論。析言之，關於違反政府採購法而對材料、設備
28 為違反法令之限制競爭的刑事處罰，政府採購法第88條第1
29 項前段固規定：「受機關委託提供採購規劃、設計、審查、
30 監造、專案管理或代辦採購廠商之人員，意圖為私人不法之
31 利益，對技術、工法、材料、設備或規格，為違反法令之限

01 制或審查，因而獲得利益者，處一年以上七年以下有期徒
02 刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金。」其立法理由在於，
03 受機關委託辦理採購規劃、設計、審查、監造、專案管理或
04 代辦採購廠商之廠商，若因職務之便，為限制競爭行為，以
05 謀取私人不法利益，此等行徑不僅嚴重斷傷正當廠商之商
06 機，亦使得在此不公平競爭之市場下，不肖廠商哄抬標價，
07 造成公帑不必要之浪費，甚至衍生經費追加、工期延宕、品
08 質不良等弊病。為有效遏阻此等不法行為，提升政府施政績
09 效與形象，有必要對此惡意之綁標行為明文處罰。惟上開規
10 定就本罪之行為主體既明文專指「受機關委託」而提供採購
11 規劃、設計、審查、監造、專案管理或代辦採購廠商之人
12 員。如並非直接受機關委託之人，基於罪刑法定原則，自難
13 比附援引成為本罪之行為主體。得標廠商依政府採購法第67
14 條規定，將採購之部分工程分包（一般以複委託方式為之）
15 予其他廠商代為履行時，該分包廠商如僅與得標廠商訂有分
16 包或複委託契約，並未與機關簽訂契約，則縱分包廠商就其
17 分包部分，依政府採購法第67條第3項規定，應與得標廠商
18 連帶負民事之瑕疵擔保責任，亦難認係受機關直接委託之
19 人，而可當然成為政府採購法第88條第1項前段違法限制圖
20 利罪之行為主體，否則即悖於罪刑法定原則，不可不辨。

21 （一）原判決認定：王清林建築師事務所於標得附表三編號18所示
22 「臺中縣后里鄉（現改制為臺中市后里區，下同）公所后里
23 鄉鄉立圖書館改善工程」設計監造技術服務委任案後，將結
24 構設計部分複委託予天翔結構土木技師事務所（下稱天翔事
25 務所，負責人為陳至忠），陳至忠因而為替臺中縣后里鄉公
26 所（下稱后里鄉公所）提供採購規劃、設計及監造之人員等
27 情（原判決第12頁）。並敘明：天翔事務所標得上開工程之
28 設計監造技術服務委任案，陳至忠就上開工程為政府採購法
29 第88條所稱「受機關委託提供採購規劃、設計及監造之人
30 員」。魏宗德雖不具政府採購法第88條第1項所定「受機關
31 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」之身分，然其與有此身分之陳至忠，具共同
犯意聯絡及行為分擔，彼此分別朝同一犯罪目的，共同對於
有此身分者受機關委託提供採購規劃、設計及監造等事務，
意圖為中興防震公司之不法利益，而為前揭犯行，依刑法第
31條第1項、第28條規定，仍應論以共同正犯等語（見原判
決第21、66頁）。

（二）惟稽之卷內資料，原判決援引為前揭事實認定之證據，即王
清林建築師事務所與天翔事務所於民國97年12月12日所簽訂
之複委託契約書（見原判決第22頁、臺灣新竹地方檢察署10
2年度偵字第9140號卷〔下稱竹檢第9140號卷〕一第93
頁），係王清林建築師事務所將受託設計監造之后里鄉鄉立
圖書館增建工程中之「結構設計及有關圖說簽證」，複委託
天翔事務所參與，並非后里鄉公所與天翔事務所簽訂之委託
契約。如果無訛，則能否遽謂陳至忠係受后里鄉公所委託而
提供採購規劃、設計及監造等事務之人？本件究有無后里鄉
公所委託天翔事務所提供上開工程採購規劃、設計及監造相
關契約或文件？事證尚有未明。此攸關上訴人2人就此部分
是否共同犯政府採購法第88條第1項之違法限制圖利罪刑，
及對上訴人2人、參與人中興防震公司相關沒收、追徵金額
之判斷，自有調查、釐清明白之必要。原判決未調查明白，
遽認陳至忠此部分行為成立政府採購法第88條第1項之違法
限制圖利罪，並認魏宗德應依刑法第31條第1項、第28條規
定，論以共同正犯，及諭知相關沒收、追徵，自有調查職責
未盡及理由欠備之違法。

二、事實之認定，應憑證據，如未能發現相當證據，或證據不足
以證明，自不能以推測或擬制之方法，以為裁判基礎。又證
據雖已調查，若尚有足以影響判決結果之重要證據或疑點未
予調查釐清，致事實未臻明瞭者，即與未經調查無異，如遽
行判決，仍有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。

（一）原判決雖認定陳至忠本件犯罪所得合計達新臺幣（下同）29
萬4,000元等情，並敘明：第一審共同被告洪建興（業經判

決確定）取得附表三編號3至14所示之工程後，每件工程均係委由魏宗德製作規範圖說，魏宗德亦會於承包廠商購買挫屈束制斜撐後，以每支挫屈束制斜撐3,000元之代價給付洪建興報酬。依此而論，陳至忠本件所為，亦係與魏宗德共同以附表三編號15至18「圖說規範」欄所示之圖說內容，迫使各承包廠商僅能向中興防震公司或隔減震公司購買工程所需斜撐，而達限制競爭之目的，此舉一旦東窗事發，不僅涉及刑事責任，更會令天翔事務所之商譽盡毀，陳至忠亦可能遭懲戒撤銷執照，其承擔之風險不可謂不重，且陳至忠陳稱：其於本件前均未見過魏宗德等語。是陳至忠亦無任何人情壓力，實難想見其會願意無償承擔上開風險，為非親非故之魏宗德、中興防震公司及隔減震公司為本件犯行，足認陳至忠本件亦應能取得一定之報酬。再參以本件涉及大量工程之違法限制競爭，魏宗德並與不同之設計監造廠商合作，而中興防震公司、隔減震公司及魏宗德自身可取得之利益，均係以各工程所需斜撐之數量為據。綜合上情，堪認不同設計監造廠商可因而取得之報酬計算方式應相同，且均會以購買之斜撐數量作為計算基準。是陳至忠本件犯罪所得之計算，應與洪建興相同，即承包廠商購買之斜撐，每支陳至忠均可抽取3,000元至5,000元不等之報酬，又依罪疑惟利被告之原則，應認其每支斜撐可取得3,000元之報酬，故其本案犯罪所得共計29萬4,000元（計算式：附表三編號15至18「支數」欄總和共計98支，98支×3,000元＝294,000元）。且未扣案，應依刑法第38條之1 第1項前段、第3項之規定，宣告沒收及追徵等語（原判決第61、77頁）。惟稽之卷內資料，原判決並未援引陳至忠向承包廠商收取每支斜撐3,000元至5,000元不等報酬之任何供述或非供述證據，僅以第一審共同被告洪建興於附表三編號3至14所示之工程收取之犯罪所得，而推測陳至忠於附表三編號15至18所示之工程亦應收取相同之犯罪所得。然依原判決事實之認定，洪建興所為各犯行，陳至忠並未參與，其等本件所為各行為互殊，能否謂有何經驗或

01 論理上之關聯性，而可在無其他證據支持之情形下，予以比
02 附援引？仍有疑問存在，自應詳加調查，以發現真實。乃原
03 審未予調查、釐清明白，遽行以推測或擬制之方法，認定陳
04 至忠之犯罪所得，並諭知相關沒收、追徵（含宣告對中興防
05 震公司之沒收、追徵數額），已有率斷。

06 (二)原判決認定附表三所示各工程施工廠商向中興防震公司購買
07 強化式挫屈束制消能斜撐之「支數」「總價(含稅)」，係依
08 卷附「起訴書附表二之契約書影本」卷（下稱契約書影本
09 卷）內之合約書為據(見原判決第22頁)。並於附表三編號15
10 工程之「支數」欄記載38(原審判決誤載為30)、「總價(含
11 稅)」欄記載4,426,800元(原審判決誤認為360萬元)；附表
12 三編號9「總價(含稅)」欄記載5,208,000元、編號10「總價
13 (含稅)」欄記載4,578,000元。惟稽之卷內資料：

14 1、依附表三編號15施工廠商義錦營造有限公司（下稱義錦公
15 司）與中興防震公司之買賣合約書及合約附件報價單所示，
16 義錦公司向中興防震公司購買挫屈束制消能斜撐(EPSRBRB)3
17 0支、位移型阻尼器(EPSX-RADAS)8組，二項產品總價442萬
18 6,800元（含稅），其中「挫屈束制消能斜撐」未稅單價為1
19 2萬元，30支複價合計360萬元，「位移型阻尼器」未稅單價
20 7萬7,000元、8組複價合計61萬6,000元，加計5%營業稅後之
21 總額為442萬6,800元（見契約書影本卷第295至321頁）。如
22 果無訛，則施工廠商義錦公司所購買之挫屈束制消能斜撐之
23 數量，似僅為30支。

24 2、附表三編號9施工廠商安固營造工程股份有限公司（下稱安固公
25 司）與中興防震公司之買賣合約書固記載總價為520萬8,000
26 元(含稅)，但依該合約書附件之報價單所載，安固公司購買
27 48支挫屈束制消能斜撐，複價為480萬元(未稅)、1支EPS RB
28 RB性能保證試驗，金額為16萬元，合計複價496萬元（未
29 稅），加計5%營業稅後之總額為520萬8,000元（契約書影本
30 卷第197至215頁）。又附表三編號10工程施工廠商溢春營造
31 有限公司（下稱溢春公司）與中興防震公司之買賣合約書固

01 記載總價為457萬8,000元(含稅)，但依該合約書附件之報價
02 單所載，溢春公司購買40支挫屈束制消能元件(EPS RBRB)，
03 複價為420萬元(未稅)、1支EPS RBRB性能保證試驗，金額為
04 16萬元，合計複價436萬元(未稅)，加計5%營業稅後之總
05 額為457萬8,000元(契約書影本卷第245至265頁)。

06 3、原判決遽行將義錦公司同一合約所購買之8組「位移型阻尼
07 器」價金，均併入該公司所購買「挫屈束制消能斜撐」之總
08 價金中。並將上開各該EPS RBRB性能保證試驗費用，分別併
09 入安固公司、溢春公司所購買挫屈束制消能斜撐(元件)之總
10 價金中，惟均未釐清及說明其認定之理由，自屬速斷。

11 (三)原判決依據卷附附表三編號11至13所示工程之合約書及工程
12 發包承攬書(見竹檢第9140號卷二第349至357頁)，而認定：
13 附表三編號11至13所示工程挫屈束制消能元件之「總價(含
14 稅)」各為「450萬元」、「288萬元」、「450萬元」(見原判
15 決第22、86頁)。惟稽之卷附上開3件工程之工程發包承攬
16 書，所載之承包總價(即工程合約總價)固與原判決附表三編
17 號11至13所載之總價金額相同，惟各該工程發包承攬書之
18 「營業稅5%」欄皆勾選「外加」，「附註」欄均標明「(未
19 稅)」(見竹檢第9140號卷二第350至351、353至354、356至
20 357頁)。如屬實在，則上開各工程之總價應係未稅之金額，
21 如含營業稅5%，則總價應分別加計各該工程合約總價之5%。
22 則原判決就上開各工程挫屈束制消能元件之「總價(含稅)」
23 之記載，已有違誤。

24 (四)原判決載敘：魏宗德於另案審理時證稱：「(問：從這個合
25 約〔即附表三編號19龍總公司向隔減震公司採購84支斜撐的
26 合約書〕裡面，你看得出來單價稅前每支86,000元，一般來
27 講這樣的利潤約多少?)這個很難抓，要跟長短、出力噸數
28 有關，這個案子的利潤我忘記了，一般我們公司的利潤約在
29 20%、30%左右。」等語。而中興防震公司所販售之挫屈束制
30 斜撐規格與隔減震公司一致，其盈餘利潤亦應大致相同。參
31 與人2人之獲利，應以魏宗德上開所證約為工程款之20至30%

01 較為可採，亦即，參與人2人於本件販售挫屈束制斜撐利潤
02 為扣稅後販售金額之20%，魏宗德則可取得其所招攬業績20%
03 扣稅後10%之報酬。隔減震公司主張附表三編號19所示工程
04 其販售之84支挫屈束制斜撐利潤應為6至7.03%，中興防震公
05 司主張其販售挫屈束制斜撐利潤應為6至7%各情，均不可採
06 等語。惟稽之卷附財政部中區國稅局民權稽徵所函所檢送參
07 與人2人之96至98年度營利事業所得稅結算申報書(損益及稅
08 額計算表)，其中所載參與人2人96至98年營業「毛利率」分
09 別為20.58%、20.21%、21.34%（中興防震公司部分），及2
10 0.45%、20.45%、23.23%（隔減震公司部分）等情（見原審
11 卷三第111至123頁），與魏宗德所證參與人2人之利潤約工
12 程款之20%、30%左右等語，大致相符。又上開參與人2人之9
13 6至98年度營利事業所得稅結算申報書(損益及稅額計算
14 表)，另記載參與人各該年度純益率分別為6%、7%、6.36%
15 （中興防震公司部分），及7.03%、7%、7.54%（隔減震公司
16 部分）等情，該項記載與參與人2人所辯其等因本件各該工
17 程所獲得之純益利潤相當。則魏宗德所證參與人2人之利潤
18 究係指毛利率抑或純益率？參與人2人之實際利潤為何？均
19 屬未明。

20 (五)原判決另載敘：中興防震公司所獲取之盈餘為「144萬1,18
21 8」元（計算式：7,205,940×20%；見原判決第77頁）。隔
22 減震公司本件因魏宗德犯罪而取得之犯罪所得為129萬7,069
23 元（計算式：「1,441,188」×90%；見原判決第78頁）。其
24 中隔減震公司本件因魏宗德犯罪而取得之犯罪所得之計算式
25 中所載「1,441,188」元，與所載中興防震公司所獲取之盈
26 餘為「144萬1,188」元相同，則原判決有無混淆中興防震公
27 司與隔減震公司因魏宗德犯罪而取得犯罪所得之情形？亦有
28 疑義。

29 (六)以上諸端，攸關上訴人2人罪刑，以及上訴人2人、參與人2
30 人相關沒收、追徵數額之判斷，核屬對上訴人2人、參與人2
31 人之利益有重大關係事項，自有進一步研求、審認必要。乃

01 原審未詳為調查釐清明白，遽行判決，致本院無從為適用法
02 則是否允當之審斷，而有調查職責未盡、理由欠備及矛盾之
03 違誤。

04 三、數罪併罰酌定應執行刑時，係對犯罪行為人本身及所犯數罪
05 之總檢視，自應權衡行為人之責任與刑罰經濟及恤刑之目的，
06 俾對於行為人所犯數罪為整體非難評價。在行為人責任
07 方面，包括行為人犯罪時及犯罪後態度所反應之人格特性、
08 罪數、罪質、犯罪期間、各罪之具體情節、各罪所侵害法益
09 之不可回復性，以及各罪間之關聯性，包括行為在時間及空
10 間之密接程度、各罪之獨立程度、數罪侵害法益之異同、數
11 罪對侵害法益之加重或加乘效應等項。在刑罰經濟及恤刑之
12 目的方面，包括矯正之必要性、刑罰邊際效應隨刑期而遞減
13 （採多數犯罪責任遞減之概念）、行為人所生痛苦程度隨刑
14 期而遞增、行為人復歸社會之可能性，以及恤刑（但非過度
15 刑罰優惠）等刑事政策，並留意個別犯罪量刑已斟酌事項不
16 宜重複評價之原則，予以充分而不過度之綜合評價。

17 被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭
18 知較重於原審判決之刑，刑事訴訟法第370條第1項前段定有
19 明文，此即學理上所稱之「不利益變更禁止原則」，旨在確
20 保被告或為被告之利益而上訴之人，不致因其正當行使上訴
21 權利以循求救濟，反而經上訴審法院諭知較重於原審判決所
22 處之刑，俾落實憲法所揭示訴訟權保障之實質內涵及二重危
23 險禁止之理念。數罪併罰酌定應執行之刑時，依同法第370
24 條第2、3項之規定，亦有不利益變更禁止規定之適用。是
25 以，倘第一審法院為分論併罰及定應執行刑之判決，上訴後
26 經第二審法院認部分分論併罰之犯行係接續犯，僅論以一
27 罪，科刑亦較第一審該分論併罰部分各刑合併之刑期為輕，
28 如再與其他犯行所處之刑合併定應執行刑，在其他量刑審酌
29 條件不變之前提下，因原審判決所定應執行刑之基礎已有改
30 變，罪數、罪質、具體情節及罪責程度等，與第一審判決所
31 定應執行刑相較，顯已變輕，故倘僅被告上訴或為被告之利

01 益而上訴之場合，第二審法院所定執行刑之罪責評價應相對
02 降低，始能符合罪刑相當原則及不利益變更禁止之規定。

03 (一)原判決就陳至忠關於事實欄一、(三)1.(1)至(3)所示共同犯
04 政府採購法第88條第1項之違法限制圖利犯行部分，撤銷第
05 一審所為分論併罰之科刑判決，改判認陳至忠此部分犯行係
06 於密切接近之時間、同一地點，就同一機關發包之工程，以
07 相似之方式為違法限制圖利行為，係基於同一犯意，於密接
08 之時、地所為，各行為間之獨立性極為薄弱，依一般社會健
09 全觀念，在時間差距上，難以強行分開，應視為數個舉動之
10 接續施行，合為包括之一行為予以評價，其違法限制圖利犯
11 行，僅成立接續犯之單純一罪（見原判決第67、70頁）。並
12 於科刑時處有期徒刑1年6月（見原判決第83頁附表一編號13
13 至15）。較第一審分論併罰（3罪）所處各有期徒刑（1年2
14 月、1年2月、1年1月）合併之刑期有期徒刑3年5月（見第
15 一審判決第42至43頁）為輕。

16 (二)惟原判決就陳至忠此部分接續犯行，與其維持第一審就陳至
17 忠關於事實欄一、(三)2.所示犯行之科刑判決（處有期徒刑1
18 年1月），2罪所處之刑經合併定應執行刑為有期徒刑1年8
19 月，與第一審就4罪分論併罰所處之刑所定應執行刑相同。
20 惟在其他量刑審酌條件不變之前提下，因原判決所定應執行
21 刑之基礎已有改變，罪數、罪質、具體情節及罪責程度等，
22 與第一審所定應執行刑相較，顯已變輕。又稽之卷內訴訟資
23 料，此部分僅陳至忠上訴於原審，檢察官並未為陳至忠之不
24 利而上訴，依上開說明，原審所定應執行刑，自與罪刑相當
25 原則及不利益變更禁止之規定不合，有適用法則不當之違
26 法。

27 參、上訴意旨指摘及此，本件上訴為有理由，而原判決之前揭違
28 誤，影響於事實、量刑及沒收、追徵之認定，本院無從據以
29 自行判決，應認原判決有撤銷發回更審之原因。

30 據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

31 中 華 民 國 112 年 2 月 15 日

01	刑事第六庭審判長	法官	李英勇
02		法官	鄧振球
03		法官	洪兆隆
04		法官	楊智勝
05		法官	邱忠義
06	本件正本證明與原本無異		
07		書記官	林怡靚
08	中 華 民 國	112 年 2 月 23 日	