

論營造業租借營造牌之歪風及投標公共工程之刑事行政責任競合探討

張簡明杰*

壹、營造業分級制度與借牌亂象

一、台灣鐵路局於110年4月2日因「鐵路行車安全改善六年計劃——北迴線K51+170-500山側邊坡安全防護工程」工程案之工程車涉違反「鐵路法」第61-2條第4款障礙物堆積以及其他工程行為之規定，工程車停止於施工便道斜坡上，施工便道坡度達12.6度，鋪面覆蓋泥土及砂石，輪胎與鋪面間摩擦力無法阻止大貨車向下滑動，施工便道更未設有安全護欄，未能阻止工程車由施工便道滑落邊坡，最終滑落止於東正線軌道上，與樹林站開往台東站第408次車行駛中的太魯閣號撞，奪走49條人命、百人輕重傷。於究責時，才發現得標廠商東新

營造並非實際施工者，而係以違法借牌給義祥工業社之負責人李義祥。此種營造業借牌的亂象頓時引起社會關注。

二、所謂營造業借牌指的是借牌者沒有合格的營造業登記證¹或不具該標案所限制的營造廠級別²，因此借用其他具有合格營造業登記的廠商的證件去承攬或投標工程。然而，按照目前營造業法第7條的規定，營造廠新設必須從丙級開始，達到一定條件方可依營造業法第43條及「營造業評鑑辦法」辦理評鑑升級，所以若丙級綜合營造業想要參與限制乙級綜合營造業以上資格的投標案，則僅有借牌一途；而丙級綜合營造業為了能早日升等，也會出借牌照與他人使用，藉此獲得業績已

* 本文作者係執業律師、執業土木技師及結構技師、日本沖繩縣執業行政書士、台灣電力公司訓練所政府採購法講師；日本京都大學建築學碩士、高雄大學法學碩士

註1：「建築法」第14條規定，建築物之承造人為營造業，而營造業以依法登記開業之營造廠商為限。因此建築施工之承攬人則必須為依營造業法設立之營造業。

註2：「營造業法」第7條將綜合營造業分為甲、乙、丙三級，並依「營造業承攬工程造价限額工程規模範圍申報淨值及一定期間承攬總額認定辦法」限制各級別營造廠所能承攬的工程金額及規模。如「太魯閣」事故案之義祥工業社本身並非營造業，又上開「鐵路行車安全改善六年計劃——北迴線K51+170-500山側邊坡安全防護工程」標案之工程預算為1億4千萬元，承攬廠商必須為甲級綜合營造業，故有施工意願的義祥工業社才必須向甲級綜合營造業的東新營造借牌，並以其名義投標及履約。

達到升等的條件。

- 三、此種租借營造牌照的亂象，在工程界早已經是公開的秘密，雖然出牌者可能必須面臨商業會計法³、稅捐稽徵法⁴及政府採購法⁵之刑事風險，以及上開法令及營造業法廢止營造牌照之行政裁罰。然借牌利益之龐大，仍有不少專營營造牌的業者，以此行為賺取巨額的利潤。

貳、借牌投標公共工程標案之行政與刑事責任競合

一、租借營造牌投標公共工程標案之主要行政責任

- (一) 稅捐稽徵法第44條⁶：借用他公司牌照進行商業交易，並取得他公司所開立之統一發票作為進項憑證申報扣抵銷項稅額，係違反稅捐稽徵法第44條所規定應自他人取得憑證而未取得之違章行為，故稅務上應以本條論處。
- (二) 政府採購法第101條第1款、第2款及第6款：
1. 政府採購法第101條「機關辦理採購，發現廠商有下列情形之一，應將其事實、理由及依第一百零三條

第一項所定期間通知廠商，並附記如未提出異議者，將刊登政府採購公報」

2. 政府採購法第101條第1款「容許他人借用本人名義或證件參加投標者。」；第2款「借用或冒用他人名義或證件投標者。」；第6款「犯第八十七條至第九十二條之罪，經第一審為有罪判決者」。分別對出牌者及借牌者有行政處罰之規定。

- (三) 營造業法第54條第1項「營造業有下列情事之一者，處新臺幣一百萬元以上五百萬元以下罰鍰，並廢止其許可」；同條第1項第1款「使用他人之營造業登記證書或承攬工程手冊經營營造業業務者。」及第2款「將營造業登記證書或承攬工程手冊交由他人使用經營營造業業務者。」亦分別對出牌者及借牌者有行政處罰之規定。

- (四) 從上開條文得知，租牌行為經舉發者，出牌者相較於借牌者於行政處罰上僅需補稅了事，必須面臨飯碗被行政機關暫時（政府採購法第103條，停權3個月至3年）或永久（營造業法第54條第1項，廢除營業登記）剝奪的更大風險，然經營牌照者也往往以養多

註3：商業會計法第71條第1款「以明知為不實之事項，而填製會計憑證或記入帳冊。」。

註4：稅捐稽徵法第44條第1款「納稅義務人以詐術或其他不正當方法逃漏稅捐者，處五年以下有期徒刑，併科新臺幣一千萬元以下罰鍰。」。

註5：政府採購法第87條第5款「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，處三年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。容許他人借用本人名義或證件參加投標者，亦同」。

註6：最高行政法院 96 年度判字第 1652 號判決、最高行政法院 87 年度判字第 1395 號判決參照。

牌照之方式因應（反正如果我如果被廢止一張營造牌，我手上還有其他營造牌可以使用，也因此租借營造牌照市場只能用「野火燒不盡，春風吹又生」來形容）。

二、租借營造牌投標公共工程標案之主要刑事責任

- (一) 政府採購法第87條第4款⁷「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，處三年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。容許他人借用本人名義或證件參加投標者，亦同」參照。
- (二) 稅捐稽徵法第41條⁸「納稅義務人以詐術或其他不正當方法逃漏稅捐者，處五年以下有期徒刑，併科新臺幣一千萬元以下罰金。」參照。

三、刑事責任與行政責任之競合

- (一) 就人民之「同一之行為」以不得重複另為刑事或行政處罰為原則，例外僅得視「行政目的」及「必要」之情形以定之。亦即行政機關就「一違反行政法上義務之行為」同時觸犯刑事罰及行政罰時，係以刑事罰為優先，例外在「行政目的」及「必要」下，方得併處刑事罰與行政罰。行政罰法第26條「一行為同時觸犯刑事法律及違

反行政法上義務規定者，依刑事法律處罰之。但其行為應處以其他種類行政罰或得沒入之物而未經法院宣告沒收者，亦得裁處之」參照。

- (二) 就政府採購法第87條之刑事責任與政府採購法第101條第1款及第6款之行政責任競合關係：

臺北高等行政法院99年度訴字第1187號判決（經最高行政法院100年度裁字第2185號裁定駁回上訴後確定）：「…此行為已據政府採購法第87條第5項前段與同法第101條第2款明文禁止，違反者，不惟須負行政責任，尚應受刑事處罰，足見借用他人名義或文件投標之行為，已影響採購公正甚明。」因此實務判決中亦認政府採購法第87條第5項規定及第101條第1項第2款規定分別指涉刑事責任及行政責任，似無必然關聯，自無行政罰法第26條刑事處罰優先原則。且第101條第1項第6款之要件為「犯第八十七條至第九十二條之罪，經第一審為有罪判決者」，顯然已將刑事處罰作為行政裁罰之前提要件，亦不生行政罰法第26條刑事處罰優先原則。

- (三) 就政府採購法第87條之刑事責任與營造業法第54條第1款及第2款之行政責任競合關係：

高雄高等行政法院109年度訴字第

註7：租借牌照亦含有刑法詐欺罪之本質，惟基於妨礙投標罪法已含括詐欺罪之本質之吸收關係，不另論詐欺罪。

註8：最高法院 93 年度台上字第 3387 號刑事判決。

274號判決認為「原告上開行為固屬一行為同時觸犯政府採購法第87條第5項所定刑事法律及違反營造業法第54條所定行政法上義務之情形，然營造業法第54條所定之廢止許可處分，核屬行政罰法第2條第2款所定「其他種類行政罰」，因其兼具維護公共秩序之作用，為達行政目的，依行政罰法第26條第1項但書規定及前揭說明，就該部分裁處尚無刑事優先可言」似認為政府採購法第87條之刑事責任與營造業法第54條第1款及第2款之構成要件並非一致，不生行政罰法第26條刑事處罰優先原則。

- (四) 刑罰與行政罰兩者向來有質的區別說及量的區別說，實務見解認為兩者並無本質之區別，而應遵循行政罰法第26條刑事處罰優先原則。然政府採購法第87條之刑事責任與政府採購法第101條第1款及第6款產生競合時，由於僅課以刑法上無法達到政府採購法第101條「防止該廠商未來再危害其他機關之目的」⁹，因此，此情形仍可例外處以刑罰後再處以停權之處分。

四、政府採購法第101條停權處分與營造業法第54條1項廢止營業登記之行政責任競合

- (一) 實務見解向來以「營造業法之立法目的，與政府採購法之立法目的不同」、「保護之法益有異」等理由，

認定依政府採購法第101條停權處分併為營造業法第54條1項廢止營業登記之處分，與行政罰法第24條2項無違。

- (二) 最高行政法院106年度判字第597號判決「…上訴人主張招標機關以其違反政府採購法第87條第6項、第3項之行為，另案通知上訴人擬將依同法第101條第1項第2款規定刊登政府採購公報3年之停權處分固然屬實，然該3年之停權處分其性質上屬於「裁罰性不利處分」，核與本件被上訴人原處分（系爭罰鍰及廢止其營造業許可）性質上雖均屬「裁罰性不利處分」，但該兩者處罰種類不同，故本件被上訴人所為原處分並無「重複裁處」或違反「一事不二罰原則」。況營造業法之立法目的，與政府採購法之立法目的不同，其所保護之法益有異，尚難謂其兩者間存有特別法與普通法之關係等語。因將原決定及原處分均予維持，駁回上訴人之訴」參照。

- (三) 然，筆者認為，政府採購法第87條第5項之刑罰處罰目的即在抑制「影響政府採購之不法行為」，又同法第101條第1項第6款有關刊登公報規定亦係以第87條之罪為前提，同法第101條第1項第1款有關刊登公報規定亦與營造業法第54條第1項第2款規定之違法樣態相同。故政府採購法第101條第1項第1款及第6款刊登公報之行政目的，乃在避免政府採購受不法行為影響而限制

註9：立法院公報第86卷第2期2894號，第168頁。

廠商於刊登公報期間不得再行投標標案；另營造業法第54條第1項第2款之廢止許可，其立法目的乃在健全營造業管理，避免營造業借牌情形發生，即有避免營造業經營有名實不符之違法問題，此種名實不符違法問題於公共工程標案即會生「影響政府採購」之結果。故於營造業投標公共工程採購案之情形，營造業法第54條第1項第2款及政府採購法第101條第1項第1及第6款二者目的恐有相似之處。實務之見解恐有待商榷。

肆、政府採購法第101條第1項第1款及第6款，與營造業法第54條1項之裁處權時效認定

一、政府採購法第101條第1項第1款及第6款之裁處權時效起算點為開標時

- (一) 最高行政法院103年6月第1次庭長法官聯席會議意旨「廠商偽造投標文件，參與採購行為，使公平採購程序受到破壞，此破壞公平採購程序係於開標時發生。因此，廠商有政府採購法第101條第1項第4款情形，機關依同法第102條第3項規定刊登政府採購公報，即生同法第103條第1項所示一定期間內不得參加投標或作為決標對象或分包廠商之停權效果，為不利處分，具有裁罰性，其適用行政罰法第27條第1項所定之3年裁處權時效，除經機關於開標前發現不予開標之情形外，應自

開標時起算」。該決議雖為政府採購法第101條第1項第4款之裁處權時效起點之論述，然依「維持採購秩序」之體系解釋，是否應擴及政府採購法第101條第1項各款情形，尚未有定論。

- (二) 然依行政院公共工程委員會業依工程企字第10300435550號函釋，敘明政府採購法第101條第1項各款之裁處權時效起算點，其中第1款「容許他人借用本人名義或證件參加投標者」之裁處權時效係依照最高行政法院103年6月第1次庭長法官聯席會議自開標時起算；政府採購法第101條第1項第6款「犯第八十七條至第九十二條之罪，經第一審為有罪判決者」之裁處權時效以構成要件事實發生時起算。

二、營造業法第54條第1項2款之裁處權時效起算點為保固完成時

- (一) 內政部營建署106年5月17日營授辦建字第1060030522號函檢送法務部106年5月15日法律字第10603506430號書函說明三略以：「該公司於工程契約所訂保固期間屆滿前，依工程契約所應負擔之保固義務尚未消滅，仍須使用他人之名義及上開文件履行契約義務，故其違反營造業法第54條之行為於保固期間屆滿時始終了，而開始起算裁處權時效。」
- (二) 高雄高等行政法院107年度訴字第110號判決「…依翁勳輝借用原告名義與義竹鄉公所簽訂之系爭工程契約第12條：「保固期限：本工程之保固期限

為自全部完工經驗收合格日之日起，保固3年。」…可知翁勳輝借用原告營造業登記證書及承攬工程手冊承攬系爭工程之範疇，**含括保固工程在內，非驗收即已完成承攬業務**，翁勳輝依約在保固期間，仍須借用原告名義履行承攬義務。經查，系爭工程驗收日期為101年1月20日，保固期間則於104年1月20日屆滿，此有系爭工程保固切結書附本院卷（第284頁）可稽，足見於斯時系爭工程業務方為結束，原告將其營造業登記證書、承攬工程手冊借給翁勳輝使用之行為始為終了。從而，被告於106年10月12日作成廢止許可之原處分，並未逾越行政罰法第27條第1項所定3年裁處權時效，應可認定」。

- (三) 然依營造業法第42條第1項「營造業於承攬工程開工時，應將該工程登記於承攬工程手冊，由定作人簽章證明；並於工程竣工後，檢同工程契約、竣工證件及承攬工程手冊，送交工程所在地之直轄市或縣（市）主管機關註記後發還之」；再依營造業法施行細則第14條「營造業於承攬工程開工時，應將該工程登載於承攬工程手冊，由定作人簽章證明，並依契約造價填載承攬金額；工程竣工後，應檢同工程契約、竣工證件及承攬工程手冊，送交工程所在地之直轄市或縣（市）主管機關註記後發還之」之規定得知，營造業法第54條第1項2款之

處罰行為係「將營造業登記證書或承攬工程手冊交由他人使用經營營造業業務」，然營造業登記證書或承攬工程手冊於竣工驗收註記時即已使用完畢，即「交由他人使用」之犯行於廠商驗收竣工註記時已終了，至於保固期間若干，因已非屬使用營造業登記證書或承攬工程手冊之行為，基於「行政罰法定主義（或罪刑法定主義，併採『量的區別說』）」，自不能予以含括。

- (四) 末參，營造業法第54條第1項2款之「將營造業登記證書或承攬工程手冊交由他人使用經營營造業業務者」行為與政府採購法第101條第1項第1款「容許他人借用本人名義或證件參加投標者」，實為營造業投標公共工程之同一違法樣態，而產生法條競合之情形，破壞公平採購程序亦於開標時發生，故裁處權時效起算點，是否應採不同之見解，似仍有商榷之空間。

伍、結論

- 一、租借營造牌行為之依據為營造業法54條1項2、3款，定義是借給他人或向他人借「營造業登記證書或承攬工程手冊」來經營營造業務。然而即使沒有將「實體的」營造業登記證書或承攬工程手冊交給借用人，不須為實體直接借牌行為，提供營造業登記證字號、負責人在相關文件簽名用印，等

間接行為亦屬之¹⁰。

二、然租借營造牌與「分包」、「聯合承攬、經營」等合法策略運作模式，存在一定的模糊空間。目前實務判斷出借牌照與技術合作的關鍵點，為出牌人是否自工程款中扣除4%至5%不等之「租牌費用」後，方將其餘款項匯入借牌人之帳戶¹¹。各位道長若有營造業法第54條之行政訴訟案件，可從此本質面說服法院對於租借牌照之行為

認定。

營造業禁止「借牌行為」之立法，實為了「健全營造業管理，維護營造業經營環境，並遏止長期以來營造業借牌歪風」，透過具國家認證領有專業執造之廠商施做工程，保障工程品質與居住正義；望營造業者踏實經營，愛惜羽毛，政府亦應研擬更健全有關租借營造牌照之稽核制度，徹底斷絕租借營造牌照之歪風。

註10：最高行政法院判決101年度判字第1020號判決。

註11：高雄高等行政法院106年度訴字第214號判決。