



談 採購借牌圍標 陪標 法律責任

吳憲彰* / 台灣工程法學會 理事、中華工程仲裁協會 理事

營造業往往因不熟法令規定而違反營造業法第 54 條與採購法第 87 條第 5 項規定，除應負刑事責任外，尚衍生行政責任如押標金追繳、停權處分、罰鍰處分、廢止登記、補稅帶罰等情事論處；如廠商不具投標資格，單純為取得標案，借用他人名義或證件投標，又甲廠商不符合投標資格，卻借用符合資格但無投標真意的乙廠商公司大小章來投標，若得標，一樣使用乙廠商的名義履約，但實際執行者均係甲廠商；甚至本身具有投標資格廠商，擔心投標廠商不足 3 家，為符合採購法第 48 條規定須有 3 家以上合格廠商投標，而借用他人名義或證件投標。為健全營造業管理，維護營造經營環境，並遏止長期以來，營造業界牌歪風及營造清廉政府採購環境，防杜貪腐情形發生。

前言

政府採購法第 87 條第 5 項規定，是否同時處罰借牌、陪標行為？其立法理由僅提及係為處罰借用他人名義或證件投標之行為人，並未指明欲規範的對象。然修法過程中，於 90 年 10 月 8 日委員會審查時，主管機關公共工程委員會主委指出：此次修正「在防弊方面，增列中央及地方機關得成立或指定代辦採購機關之規定；增列禁止假性競爭行為（例如陪標〈按即投標者邀請其他具有投標資格之廠商參與投標，以製造假性競爭之情形〉之規定；另強化對不法行為之處罰，包括擴大處罰圍標、綁標之適用對象及適用情形；借牌投標及出借者將被處以 3 年以下有期徒刑…」等語。

政府採購法第 87 條僅適用於非公務，對照該次增修內容，尚包括同法第 50 條第 1 項第 5 款、第 87 條第 5 項及第 88 條第 1 項等規定，其中第 50 條第 1 項

第 5 款為防範假性競爭行為（例如陪標）之規定；第 88 條第 1 項則係處罰綁標之規定，可見第 87 條第 5 項的立法原意應係為處罰借牌投標及出借者之規定，而非處罰陪標之規定，再就文義解釋而言，借牌陪標和圍標之相同係虛增家數圍標，相異處係投標意願之有無為判斷。

營造廠商借（出）牌圍標後續處置法律責任

營造業借牌指的是借牌沒有合格的營造業登記證或不具該標所限制的營造業級別（甲、乙、丙級），因此借用其他具有合格營造業登記的廠商證件承攬或投標工程，此種租借牌照的亂象，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、稅捐稽徵法、政府採購法刑事責任以及營造業法廢止營造業牌照之行政裁罰等風險，租借牌照投標公共工程標案之行為經舉發者，出牌者相較於借牌者於行政罰上僅補稅了事，必須面臨行政機關暫時停權（採 103

* 通訊作者，wu0932220426@gmail.com

條予以3個月至3年)或永久廢除營造業登記剝奪更大風險,足見借用他人名義或文件投之行為,已影響採購公正甚明,亦即如依政府採購法第101條規定停權,即不能依營造業法第54條予以處100萬元至500萬元罰鍰之「一事不二罰」。其主要刑事與行政責任相關法律規定臚列如下:

行政責任

1. 稅捐稽徵法第44條規定:「營利事業依法規定應給與他人憑證而未給與,應自他人取得憑證而未取得,或應保存憑證而未保存者,應就其未給與憑證、未取得憑證或未保存憑證,經查明認定之總額,處5%罰鍰。…惟處罰金額最高不得超過1百萬元。」
2. 政府採購法第31條第2項第2、3款、第101條1、2、6款
 - (1) 第31條第2項第2、3款:「廠商有下列情形之一者,其所繳納之押標金,不予發還;其未依招標文件規定繳納或已發還者,並予追繳:…二、借用他人名義或證件投標,或容許他人借用本人名義或證件參加投標。冒用他人名義或證件投標。」第4項:「追繳押標金之請求權,因5年間不行使而消滅(行政程序法131)。」
 - (2) 同法第101條1款、2款、6款:「機關辦理採購,發現廠商有下列情形之應將其事實、理由及依第103條第1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:一、容許他人借用本人名義或證件參加投標者。二、借用或冒用他人名義或證件投標者。」
 - (3) 同法第103條第1項第2款:「…刊登於政府採購公報之廠商,於停權3年期間內,不得參加投標或作為決標對象或分包廠商」。且依第101條第6款:「犯第87條至92條之最,經第一審判處有期徒刑者者。」
3. 營造業法第54條:「營造業有下列情事之一者,處1百萬至5百萬元罰鍰,並廢止其許可:一、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。二、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。三、停業期間再行承攬工程者。」

4. 行政罰法第24條第1項規定:「一行為違反數個行政法上義務規定而應處罰鍰者,依法定罰鍰最高之規定裁處。但裁處之額度,不得低於各該規定之罰鍰最低哦。」
5. 行政罰法第26條
 - (1) 第1項:「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。」
 - (2) 第2項:「前項行為如經不起訴處分、緩起訴處分確定或為無罪、免訴、不受理、不付審理、不付保護處分、免刑、緩刑之裁判確定者,得依違反行政法上義務規定裁處之。」
 - (3) 第3項:「…行為經緩起訴處分或緩刑宣告確定且經命向公庫或指定之機關(構)或團體…支付一定之金額或提供義務勞務者,其所支付之金額或提供之勞務,應裁處之罰鍰內扣抵之。」
 - (4) 第5項:「…所為之裁處,由主管機關依受處罰者之申請或依職權撤銷之,已收繳之罰鍰,無息退還:一、因緩起訴處分確定而為之裁處,其緩起訴處分經撤銷,並經判決有罪確定,且未受免刑或緩刑之宣告。二、因緩刑裁判確定而為之裁處,其緩刑宣告經撤銷確定。」

刑事責任

1. 稅捐稽徵法第41條:「納稅義務人以詐術或其他不正當方法逃漏稅捐者,處5年有期徒刑,併科1千萬元罰金。」「犯前項之罪,個人逃漏稅額在1千萬元,營利事業逃漏稅額在5千萬元者,處1年至7年有期徒刑,併科1千萬至1億元罰金。」
2. 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3年有期徒刑,得併科1百萬元罰金。容許他人借用本人名義或證件參加投標者,亦同。」

廠商借牌陪標行為與營造業法 54 條間存在關係

營造業法第 54 條第 1 項的要件與政府採購法第 87 條第 5 項條之規定，營造業會遭受刑事與行政責任處罰並廢止營造業許可。若兩家公司各以本身名義參與投標，顯無交由他人使用公司名義或證件投標，亦無使用他人名義或證件投標之情事或如營造業將登記證書及承攬手冊「交由」他人（自然人）使用經營營造業務等，即違反相關法令規定而遭受處分（參最高法院 106 判 597 行政判決、法務部 97.11.10 法律 0970038040 號參照），筆者就借牌或容許他人以營造業證書與承攬手冊參與投標，衍生法律問題分析如下：

1. 工程契約所訂保固期間屆滿前，所負保固義務尚未消滅，仍須使用他人名義及文件履行契約義務，故其違反營造業法第 54 條行為於保固期間屆滿時或正式驗收無保固時即行為始終，開始起算裁處權時效，因裁處權已逾行政法 27 規定 3 年裁處權失效。

（法務部 106.05.15 法律 10603506430 號、高雄高等行政法院 104 年度訴 317 號及第 493 號判決、105 年度訴 27 號判決參照，相關法條：行政罰法第 26、27 條 / 政府採購法第 101 條 / 營造業法第 54 條）。

2. 營造業法第 54 條第 1 項第 2 款規定處 100 萬至 500 萬元罰鍰並「廢止其許可」，所稱「廢止許可」，係廢止營業許可，使被處分者向將來完全喪失經營營造業之資格，不得再承攬工程，屬於行政罰法第 26 條所稱之其他種類行政罰，主管機關之裁罰權限並不因同一行為涉及刑事處罰而受影響（法務部 104.1.20 法律 10403500030 號函參照）。
3. 裁處權時效之計算與法院刑事處罰之判決確定日無涉，其罰鍰裁處權時效係自緩起訴處分確定日起算，裁處罰鍰時，已支付緩起訴處分金內扣抵，惟仍得在依本法規定「廢止其許可」（法務部 97.11.10 法律 0970038040 號、最高法院 106 判 597 行政判決參照）。

4. 違反營造業法第 54 條第 1 項與政府採購法第 87 條 5 項，二者之行為似數相同，該公司違反借牌事實，業經法院依採購法第 92 條處以刑罰（刑事判決確定）。

- (1) 行政罰法第 24 條第 1 項規定「一行為不二罰」，係指同一人不能以同一行為而受二次以上之處罰，即行為違反數個行政法上義務規定而應處罰鍰者，如因行為單一，且違反數個規定之效果均為種類相同之罰鍰，從其一重處已足達行政目的時，僅得裁處一個罰鍰，如已依政府採購法第 103 條予以停權處分，不得再依營造業法第 54 條第 1 項對該公司裁處罰鍰。

（司法院釋字 503 號、法務部 94.11.18 法律 0940043047 號參照）。

- (2) 若裁處罰鍰時，已支付緩起訴處分金內扣抵（行政罰法第 26 條第 3 項）。

惟仍得在依營造業法第 54 條第 1 項規定「廢止其許可」，但如逾行政罰法第 27 條規定 3 年裁處權期間失效（法務部 97.11.10 法律 0970038040 號、最高法院 106 判 597 行政判決參照）。

- (3) 最高行政法院 103.6.10 第 1 次庭長法官聯席會議決議，係針對違反政府採購法第 101 條第 1 項第 4 款規定所為「刊登政府採購公報」之情形，與本件違反營造業法第 54 條規定所為「廢止許可」之情形並不相同；其中所述內政部台內訴字第 1040081410 號訴願決定書，則係針對未得標廠商之情形，亦與本件屬已得標廠商之情形不同。

投標採購案參與廠商有投標意願，且各自決定投標，可認均有投標真意，不問其取得本件標案之資訊來源係自行上網路探知或透過參與廠商之告知，只要三家公司基於各自之真意而參與本件之投標行為，於法即無違失，若依政府採購法第 48 條第 1 項規定：「機關依本法規定辦理招標，除有下列情形之一不予開標決標外，有三家以上合格廠商投標，即應依招標文件所定時間開標決標」為虛增家數參與圍標，即認彼此間具有家族企業或相互持股之關係企業型態，即謂其參與

本件招標中之相同標案，係基於詐欺故意而施用詐術及借牌圍標之行為，但有相關實務判決不一見解如下：

1. 台灣高等法院台南分院 94 年度上訴 523 號刑事判決亦認為：「倘若關係企業廠商基於各自投標意願就同一機關之同一採購標案進行投標，縱然該投標廠商」之間有家族關係而透過彼此得知投標訊息，只要該關係企業廠商各自有投標真意，且並無任何事證證明有施以詐術或相當詐術之手段，足發生使其他廠商無法投標或開標不正確之結果者，無法僅以投標廠商之間違關係企業，而認定其投標行為即構成採購法第 87 條第 3 項、第 5 項所稱之犯罪。
2. 按營造業法第 54 條第 1 項第 1、2 款規定，凡使用或借用他人的登記證書或承攬手冊參與投標，無論是否得標，已經構成營造業法第 54 條第 1 項第 1 款及第 2 款所規定的「經營營造業業務行為」。仍得依同條項規定廢止其許可，故除設民法之無權代理、刑法之造文書罪外，仍會依營造業法第 54 條處罰（法務部 97.11.10 法律 0970038040 號）、採購法第 31 條第 2 項及第 3 項、工程會 95.12.28 工程企 09500477630 號函、最高行政法院 96 判 01478 號判決、最高行政法院 94 判 00583 號判決、最高行政法院 100 判 1808 號判決。

借牌陪標行為之刑事責任，各應適用何規定加以處罰

關於借牌的定義要件，如廠商本無投標之意思、他人有向本人借用名義或證件、他人以本人名義或證件參與投標（最高行政法院 100 判 1808 決）。按借牌投標係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。不符合招標文件規定投標資格之廠商，向符合資格之廠商借用相關證件，並以該符合資格廠商名義投標。借牌陪標和圍標之差異，相同處為虛增家數圍標，相異處為投標意願之有無。法院實務有不同的見解，有認為均依採購法第 87 條第 5 項處罰者，亦有不同見解者；前最高法院 110 年台上 4735 號刑事判決出現最新見解見解如下：

1. 何謂「借牌」者：係指廠商本身不具投標資格，

單純為取得標案，而借用他人名義或證件投標。例如：甲廠商不符合投標資格，卻借用符合資格但無投標真意的乙廠商公司大小章來投標，若得標，一樣使用乙廠商的名義履約，但實際執行者均係甲廠商。

2. 何謂「陪標」者：係在湊投標家數，本人雖無得標意願，但確有參加投標（押標自行處理之情形），出借名義（或證件）投標，則是本人未參加投標（押標金、標單非自行處理），而將名義（含證件）出借給他人投標。亦即本身具有投標資格之廠商，擔心投標廠商不足 3 家，為符合同法第 48 條規定須有 3 家以上之合格廠商投標，而借用他人義或證件投標。例如：甲廠商要投標某標案，但害怕投標廠商家數不足而流標，於是找了乙、丙廠商一起來投標，但已事先約好乙、丙廠商的投標價要低於自己，形式上湊足了 3 家廠商以求順利讓甲廠商得標（台北高等行政法院 108 訴 285 決 / 最高行政法院 105 判 600 決、台北高等行政法院 108 訴 299 決）。
3. 「參與投標之陪標」，而與「出借名義投標」之行為態樣不同，合致政府採購法第 101 條第 1 項 1 款規定。依台北高等行政法院 108 訴 273 判決、最高法院 110 台上 4735 刑決：駁斥陪標一律停權的看法，或謂陪標行為，亦破壞採購之競爭公正性，然因廠商或承辦人員於查中自白犯罪而獲緩起訴處分，主管機關卻無法刊登政府採購公報，有失允當。
3. 按借牌、陪標都是讓政府採購投標結果發生不正確的行為，但兩者的行為態樣不同，但是否都適用採購法第 87 條第 5 項與營造業法第 54 條第 1 項規定，實務仍有不同見解（最高法院 97 年度臺上字第 6855 號、99 年度臺上字第 6983 號、100 年度臺上字第 3053 號、第 6650 號判決意旨、臺灣高等法院高雄分院 103 年度上訴字第 583 號、臺灣高等法院臺中分院 97 年度上訴字第 1535 號刑事判決刑事判決、臺灣高等法院臺中分院 97 年度上訴字第 1535 號刑事判決參照）。對此，關於圍標之嫌型態如下：

出借牌名義投標法律規範

採購法 規範	出借名義投標 (§87V) — 借牌投標罪	• 「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。」 • 容許他人借用本人名義或證件參加投標者，亦同。 - 處 3 年有期徒刑得併科 1 百萬元罰金。		
	借用他人名義或證件 投標 (§101) 借用	他人	採 8 所稱廠商，包括公司、合夥或獨資之工商行號及其他得提供各機關工程、財物、勞務之自然人、法人、機構或團體。	
		不以有償為前提（「借用」≠「冒用」）		
	容許他人借用本人名 義或證件參加投標者	「容許」：不管是明示同意或是消極默示或是概括授權，均屬於「容許」之解釋範疇 → 不以有無獲得報酬為前提。		
	備 註	* 常見借用者提供採購案標的 7% 至 12% 不等比例之酬金予提供名義、證照者，作為支付稅捐費用及利潤分配。 * 以次一等級資格廠商借用高一等級資格廠商名義參加投標、受停權或停業處分之廠商借用其他廠商名義參加投標為最多見。 * 實務案例：110 台上 4735 決 / 中分院 109 上訴 917 決 南分院 108 上易 85 決 / 南分院 102 上易 538 決 / 金門分院 107 上易 12 決		
構成 要件	意圖影響採購結果	足以使採購結果發生變動之任何情狀，其態樣可能為滿足三家投標廠商始能開標之最低門檻，借用其他廠商證照名義參加投標之情形，使該次招標型式上有三家以上廠商參加投標，因而進入第二階段之投標廠商資格審查。		
	獲取不當利益	未依正當程序、未依正當方法取得之利益。		
態樣	1. 基於同業間之情誼陪標。 2. 為了得標後可以虛增或累計本身之營業實績。 3. 藉由出借牌照牟利。			
營造 業法 54 條	借牌 圍標	* 使用他人登記證書或承攬手冊經營營造業業務者。 * 將登記證書或承攬手冊交由他人使用經營營造業業務者。	* 第 1 項 1、2 款及第 2 項。 • 處新台幣 100 萬至 500 萬罰鍰。並廢止其許可。 • 營造業自廢止許可之日起 5 年內，其負責人不得重新申請營造業登記。	* 違反營造業第 54 條判決與函釋 • 高雄高等行政法院 109 訴 274 決。 • 台北高等行政法院 100 訴 148 決。 • 內政部 104.1.16 內授營中 1040800123 號函。

- (1) 不肖人士蒐集領標名單。
- (2) 領標期間於機關門口有不明人士徘徊、投標文件筆跡、內容雷同。
- (3) 保證書 / 支票連號、所繳納之票據雖不連號卻由同一家銀行開具、押標金退還後流入同一帳戶。
- (4) 投標文件由同一處郵局寄出、掛號信連號。
- (5) 招標人員洩漏底價。

結語

行政院公共工程委員會為營造清廉政府採購環境，防杜貪腐情形發生，於 111 年 11 月 14 日工程企字第 1110100607 號函訂定「政府採購各階段防弊機制及執行要點」，該要點貳（招標決標階段）之項次一及參（履約驗收階段）之項次二，分別訂有「開標時注意投標廠商借牌圍標行為」及「確認廠商自行履約，避免廠商轉包或借牌」之防弊機制，並列舉廠商投標文

件疑有異常關聯及可能借牌轉包情形之態樣。除應負刑事責任外，尚衍生行政責任如押標金追繳、停權處分、罰鍰處分、廢止登記、補稅帶罰等情事論處。

為確保政府採購作業之公平、公開，提昇其效率、功能與品質，政府採購法第 87 條第 5 項與營造業法第 54 條第 1 項第 1、2 款規定，藉由廠商負責人違以行政及刑罰制裁，係為健全營造業管理，維護營造經營環境，並遏止長期以來，營造業界牌歪風及營造清廉政府採購環境，防杜貪腐情形發生，特明定使用或交由他人營造業登記證書經營營造業務，因此，單純之借牌情形，而不及於開標發生不正確之結果，若行為人已參與投標，嗣因探悉與參標廠商是否達法定最低家數，另借牌投標充足，使原來不能開標變成可以開標，使意圖為市場上競爭之狀態不復存在，並期待建立之競標制度無法落實，即屬以欺罔之手法致招標機關誤信競爭存在，足使開標發生不正確結果。🚧