

裁判字號：臺灣高等法院 臺南分院 102 年上易字第 538 號刑事判決

裁判日期：民國 104 年 06 月 25 日

裁判案由：違反政府採購法

臺灣高等法院臺南分院刑事判決 102年度上易字第538號

上訴人

即被告 黃年志

選任辯護人 謝凱傑律師

高嵐書律師

上訴人

即被告 黃崑勇

選任辯護人 黃厚誠律師

伍安泰律師

上訴人

即被告 林榮輝

選任辯護人 黃郁婷律師

嚴奇均律師

陳柏諭律師

上訴人

即被告 晉鴻營造有限公司

代表人 何秀美

選任辯護人 黃郁婷律師

陳柏諭律師

上列上訴人等因違反政府採購法案件，不服臺灣嘉義地方法院102年度易字第25號中華民國102年8月7日第一審判決（起訴案號：臺灣嘉義地方法院檢察署100年度偵字第7214號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

黃年志、黃崑勇、林榮輝、晉鴻營造有限公司均無罪。

理 由

壹、公訴意旨略以：黃年志、黃崑勇分係具乙等營造業資格之志永順營造有限公司（下稱志永順公司）負責人、總經理，林榮輝係具甲等營造業資格之晉鴻營造有限公司（下稱晉鴻公司）實際負責人。黃年志、黃崑勇基於意圖影響採購結果借用他人名義及證件（下稱借用牌照）投標之犯意聯絡，林榮輝基於意圖影響採購結果容許他人借用本人名義或證件參加（下稱出借牌照）投標犯意，黃年志、黃崑勇向無投標意願之林榮輝借用晉鴻公司牌照，準備並提供投標文件、押標金、履約保證金等，先後於民國97年12月間投標(一)、國立嘉義大學招標之「雲嘉南動物疾病診斷中心新建工程」（下稱「嘉大動物疾病診斷中心新建工程」）；(二)、嘉義市政府招標之「嘉義市○○路文化廣場及景觀風貌改善工程計畫-嘉義市原署嘉醫院闢建廣場工程」（下稱「嘉義市原署嘉醫院闢建廣場工程」）；(三)、於98年12月間投標嘉義縣政府招標之「民雄國中老舊校舍二期整建工程」（下稱「民雄國中校舍整建工程」），上開(一)、(二)所示工程得標，(三)所示工程則未得標。得標之工程，續由黃年志及黃崑勇即志永順公司實際進場施作，負責營建期間之管理、發包、與業主協商，以及工程款之請領及運用等，晉鴻公司並未實際參與，因認黃年

志、黃崑勇涉犯政府採購法第87條第5項前段借用牌照投標罪嫌；林榮輝涉犯同條項後段出借牌照投標罪嫌；晉鴻公司因其實際負責人執行業務違犯上開罪名，應科以罰金刑。

貳、按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實；不能證明被告犯罪或其行為不罰者，應諭知無罪之判決；檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法，刑事訴訟法第154條第2項、第301條第1項及第161條第1項分別定有明文。檢察官就被告犯罪事實，應負提出證據及說服之實質舉證責任，所提直接或間接證據倘不足為有罪之積極證明，或所指證明方法無從說服法院達通常一般人均不致有所懷疑之有罪確信心證，基於無罪推定原則，更不必有何有利證據，即應為有利被告認定之無罪諭知（最高法院92年台上字第128號、76年台上字第4986號及30年上字第816號等判例參照）。

參、

一、公訴意旨認被告黃年志、黃崑勇、林榮輝、晉鴻公司違反政府採購法前揭罪名，無非係以限定甲等營造業始具投標資格之「嘉大動物疾病診斷中心新建工程」、「民雄國中校舍整建工程」、「嘉義市原署嘉醫院闢建廣場工程」，皆由黃年志、黃崑勇以晉鴻公司名義投標，於前二項工程得標後，卻係由僅具乙等營造業資格之志永順公司提供押標金嗣轉為履約保證金，且進場實際施作，而業主嘉義大學撥付晉鴻公司之工程款，亦轉匯流向黃年志親友營設之公司或個人帳戶，有招標、金融帳務、公司登記暨資格證明、工程等相關文件佐證（除「嘉大動物疾病診斷中心新建工程」外，其餘工程之舉證相對缺漏），訊據黃年志、黃崑勇、林榮輝等人亦不否認，渠等就合夥並無書面契約，相關事項復概未約定，所辯不實，並以嘉義大學總務處營繕組組員周育慶調未曾與晉鴻公司接洽工務之證言等為論據。

二、訊據黃年志、黃崑勇、林榮輝、晉鴻公司等固不否認上揭公訴所指之客觀事實，惟均堅決否認犯行，併渠等辯護意旨如下：

（一）、黃年志、林榮輝略以：伊等歷來即經常合作工程，該「嘉大動物疾病診斷中心新建工程」及「民雄國中校舍整建工程」，亦係口頭約定三七比例分帳之合夥，由黃年志以志永順公司金融帳戶提供資金，與黃崑勇共同負責投標（含未得標之「嘉義市原署嘉醫院闢建廣場工程」）、現場施作、人工等，盈虧佔比七成，林榮輝所營晉鴻公司則佔三成，負責材料、機械、車輛、技師、工程品質管制、勞工安全衛生等，並僱黃崑勇為工地主任管理工程，由晉鴻公司所屬專任工程技師張滂為技術簽證，完工後才結算盈虧；晉鴻公司於98至100年度之在建工程明細帳，臚列了「嘉大動物疾病診斷中心新建工程」及「民雄國中校舍整建工程」關於鋼筋、水泥、機械、工資、油資等工項支出，核計約達各該工程合約總價之38%、27%，帳冊及統一發票原始憑據等稅務資料保存完整，確有投標意願並參與工程施作置辯。

（二）、黃崑勇略以：伊往年即常與黃年志所營志永順公司、林群鎮所營榮群營造股份有限公司（下稱榮群公司）合作工程，受僱擔任工地主任管理工程，「嘉大動物疾病診斷中心新建工程」及「民雄國中校舍整建工程」是黃年志與林榮輝之合夥，由伊負責以晉鴻公司印章處理投標事宜（含未得標之「嘉義市原署嘉醫院闢建廣場工程」），得標後受黃年志、林榮輝僱用擔任這二件工程工地主任，負責工程管理及請款事宜，工程期間亦以晉鴻公司加保勞工保險，視工程管理成效由

黃年志提供工程盈利之分紅，但不負擔虧損置辯。

(三)、晉鴻公司（代表人何秀美）則同實際負責人林榮輝之上揭抗辯。

肆、適用嚴格證明程序之證據，須有證據能力，始得踐行合法之調查，進而認定犯罪事實，惟不能證明被告犯罪或其行為不罰之無罪判決，未有犯罪事實之認定，並無作為判斷基礎之證據須有證據能力之問題，故無罪結論所由析論之證據暨其證明力之取捨與判斷，尤其關於祇作為爭辯證明力使用之證據，不以具有證據能力者為必要，自無庸就其證據能力之有無加以說明。

伍、經查：

一、前揭起訴所指黃年志、林榮輝分係具乙等營造業資格之志永順公司、具甲等營造業資格之晉鴻公司實際負責人，黃年志備置資金，與黃崑勇得林榮輝同意，由黃崑勇負責以晉鴻公司名義投標「嘉大動物疾病診斷中心新建工程」、「民雄國中校舍整建工程」及「嘉義市原署嘉醫院闢建廣場工程」，除後者外，前二者得標，且續由黃年志、黃崑勇實際負責進場施作，包括營建期間之管理、發包、與業主協商及工程款請領，其中業主嘉義大學撥付晉鴻公司之工程款，轉匯流向黃年志親友營設之公司或個人帳戶等客觀事實，均為黃年志、黃崑勇、林榮輝所是認（見100 年度偵字第7214號卷（下稱偵卷）頁27-41、45-49；原審卷頁111-112、258-262反），復有相關工程標單、開標決標紀錄、款項統一收據、公司資料查詢、招標公告、決標公告、工程標單兼切結書、廠商投標證件審查表、投標廠商聲明書、晉鴻公司營利事業登記證、晉鴻公司臺灣區綜合營造工程工業同業公會甲等會員證書、綜合營造業登記證書、變更登記表，以及嘉義大學撥付晉鴻公司之工程款，轉匯黃年志親友黃瑞堂、黃林鳳、陳成本、林秉賢、邱茂雄及堂勝建設有限公司名下各該金融帳戶之交易明細表、取款憑條、三親等查詢資料等可佐（見嘉義市調查站卷（下稱警卷）頁4-46、66-99），堪可認定。

二、林榮輝所營晉鴻公司與案外股東林群鎮所營榮群公司、黃年志所營志永順公司及黃崑勇個人間，屢有實際之工程合作前例，配合關係密切。

林榮輝為晉鴻公司實際負責人，與案外人林群鎮均為晉鴻公司股東，而林群鎮、劉國玄為榮群公司董事等情，各有晉鴻公司投標本件「民雄國中校舍整建工程」檢附之95年11月20日經授中字第00000000000 號晉鴻公司登記表暨公司章程、近年101 年12月20日經授中字第00000000000 號晉鴻公司登記表，以及榮群公司基本資料查詢單可稽（見本院卷(一)頁383-385，卷(二)頁571-573，卷(四)頁42-46）。而林榮輝前於92年間曾借用林群鎮、劉國玄所營榮群公司牌照，投標軍方發包採購之「裝步排戰鬥射擊場週邊排水系統整建等三案工程」、「將軍山裝步排射擊場控制室等五項新建工程」等，林榮輝、林群鎮、劉國玄、劉桂媚（林群鎮妻、劉國玄姊）經臺灣嘉義地方法院95年度嘉簡字第912 號判決論處借用、出借牌照罪刑確定，有該案判決書可稽（見本院卷(四)頁237-245）。又黃年志於本案偵查中主動供述其志永順公司與晉鴻公司合作之標案，尚包括「嘉義市民族國小95年度老舊危險校舍整建工程」，並提出落成啟用典禮照片、工程採購契約書佐證（見偵卷頁48、55-59），對照晉鴻公司承攬工程手冊確實載有該項工程無訛（見原審卷頁67），且由黃崑勇

擔任該工程之工地主任、黃年志擔任該工程之勞工安全衛生管理人員，有扣案晉鴻公司出具予業主之承包商工地負責人、勞安人員等授權書足憑（見本院卷四頁305-310），稽諸上述工程採購契約書所列載之連帶保證廠商則為榮群公司（見偵卷頁55-57）。而林榮輝與林群鎮是姑表兄弟，林群鎮則是劉國玄姊夫之親戚關係，亦據林榮輝供陳在卷（見本院卷三頁590）。綜上各情，復參酌黃崑勇、黃年志、林群鎮、劉國玄下述於嘉義縣○○鄉○○○○路鄉公所招標之境內各處農路修繕工程、「崇文國小地震受災重建第二棟教學大樓新建工程」、「嘉義市長青綜合服務中心新建工程」及「宣信國小校舍整建工程」等合作案例（見下列項次：四、（一）（二）（三），本判決頁7-9），足見林榮輝暨其所營晉鴻公司、林群鎮與劉國玄暨其等所營榮群公司，以及黃年志暨其所營志永順公司，均屬有工程實績之營造同業，於標取造價、規模不等之工程（不限特定等級營造廠始得投標之標案）採搭配合作策略，互為協力支援廠商，而黃崑勇則以其個人長於營繕工地管理之經驗，參與合作兼受僱各該得標營造公司擔任工地主任，範圍包括事前之投標規劃，以及得標後之工程施工、業主聯繫與請領款項等管理事宜，並視管理成效分受不等比率之利潤，上揭廠商與人員彼此間於業務上有緊密之實質合作關係，洵與單純牌照之借用或出借而投標者有間。此外，本件「嘉大動物疾病診斷中心新建工程」、「民雄國中校舍整建工程」及「嘉義市原署嘉醫院闢建廣場工程」等標案，黃年志或所營志永順公司或黃崑勇均非競標廠商，與晉鴻公司間並無「不同投標廠商間之投標文件（押標金來源）內容有重大異常關聯」之不法疑慮（政府採購法第50條第1項第5款參照）。

三、規模不一之營造業廠商間合作標案共同或分工施作，藉由雙方財務、人力及機具之互補或備援，整合閒置資源而予彈性之充分利用，共同承擔風險，有助於發展商機，擴大營收，累積工程實績，甚至提昇工程技術與管理能力，藉以增進中小企業之經營效率，此等策略運作模式，或稱「聯合承攬」、「短期結合」、「聯合經營」、「共同企業體」等，名稱不一（政府採購法第25條立法理由；公平交易法第14條第1項第7款前段參照）。政府採購法第87條第5項後段「容許他人借用本人名義或證件參加投標」，係指出借牌照者本身無意參與競標而言，相關廠商與人員之整體配合，尚有真實之協作，無論是技術面之土木營繕、知識面之工務管理、異質工項介面整合或資本面之彙集運用等，一概屬之，形式上固無共同承攬之名，然非無工程合作之實者，洵與單純牌照之借用或出借而投標之情形，有本質上之差異，難謂相關廠商人員有影響採購結果或獲取不當利益之不法意圖，亦難認合致該罰則之客觀構成要件。

四、黃崑勇係以工地管理之專業，逐案參與合作或兼受僱各該營造業廠商於所承攬之各該工程擔任工地主任，並視管理狀況分配利潤。

（一）、臺灣嘉義地方法院檢察署93年度偵字第309號案：

- 1、黃崑勇、黃年志（及蔡永樹、劉國玄）涉嫌違反政府採購法詐術圍標及借用牌照投標案件，案情略以：甲、黃崑勇於89年間①借用黃年志所營志永順公司、②蔡永樹所營久馨營造工程股份有限公司（下稱久馨公司）牌照投標嘉義縣○○鄉○○○○路鄉公所招標之境內各處農路災修、改善、排水等20餘件公共工程；乙、黃崑勇、黃年志借用劉國玄所營榮群公司牌照投標嘉義市招標之「崇文國小地震受災重建第二棟

教學大樓新建工程」。經檢察官偵查結果，就上開甲、所示部分，認其屬地方上之小額工程，本大多由當地廠商參與投標，無證據證明有圍標之事實；就上開乙、所示部分，認榮群公司以1億9,800萬元得標該工程，顧及金額龐大，乃與志永順公司研商集資承作，委由具有營造經驗之黃崑勇擔任工地主任，並發包下游廠商集體施作，無證據證明有何借用牌照或出借牌照投標之事實，因以犯罪嫌疑不足，均為不起訴處分確定，有不起訴處分書可參（見原審卷頁130-135）。

2、經本院調取上開案件卷宗核閱相關人員供述概要如下：

- (1)、關於上揭甲、①所示部分，黃年志、黃崑勇之辯詞一致，略以：黃崑勇代表志永順公司得標嘉義縣○○鄉○○○○路鄉公所招標之境內各處農路災修、改善、排水等20餘件工程，由志永順公司出資承作，黃崑勇負責以志永順公司大小章投標，並實際施工、請款，志永順公司除提供黃崑勇日常車馬、油資、膳食等費用開銷外，尚有獲利亦會提撥盈餘不等成數作為紅利，黃崑勇並未實際受僱於志永順公司，僅是掛名總經理，黃崑勇有營造專才，雙方是合作關係等情。
 - (2)、關於上揭甲、②所示部分，黃崑勇、蔡水樹之辯詞亦屬一致，略以：久馨公司與黃崑勇是合夥，由久馨公司負責資金及借支工資，黃崑勇負責投標、找工人、請領工程款，彼此約定盈虧各佔一半等情。
 - (3)、關於上揭乙、所示部分，黃年志、劉國玄之辯詞同略以：黃年志與劉國玄感情交好，志永順公司與榮群公司合作集資投標工程多年，並未簽訂（書面）契約，雙方口頭約定榮群公司與志永順公司三七分配利潤，由具甲等營造業資格之榮群公司得標承包「嘉義市崇文國小地震受災重建第二棟教學大樓新建工程」，工地主任為黃崑勇，完工前由黃年志的志永順公司負責一切管理與開銷，工程完工結算後才分配利潤，榮群公司與志永順公司經常相互調用工人施作工程等情。以上俱有相關供述筆錄可考（節錄影印卷宗隨卷外放）。
- (二)、臺灣嘉義地方法院檢察署94年度發查偵字第161號案：
- 志永順公司兼代表人黃年志涉嫌違反政府採購法借用牌照投標案件，案情略以：黃年志所營志永順公司於93年間借用具甲等營造業資格之榮群公司名義及證件投標嘉義市政府招標發包之「嘉義市長青綜合服務中心新建工程」。經檢察官偵查結果，引據黃年志、黃崑勇、劉國玄一致之證言，略以：黃年志所營志永順公司與榮群公司合作投標該工程，雙方約定三七分帳，除由榮群公司技師王均博在現場監工外，並共同合資僱用黃崑勇為工地主任，黃年志負責發放工資，而業主撥付榮群公司之工程款會轉匯給黃年志，待完工後再結算各得利潤，以黃年志無獲取不當利益意圖借用榮群公司牌照投標，且榮群公司非無監工施作品質之實際行為，核與單純借用或出借牌照投標之違法情形有間，因認犯罪嫌疑不足，均為不起訴處分確定，有該案不起訴處分書可參（見原審卷頁136-141），並經本院調取卷宗核閱無誤，俱有相關供述筆錄可考（節錄影印卷宗隨卷外放）。
- (三)、臺灣嘉義地方法院98年度易字第659號案：
- 黃崑勇曾於96年間觸犯行使業務登載不實文書罪，案情略為其擔任榮群公司得標承作嘉義市招標之「宣信國小校舍整建工程」工地主任時，不實登載該工程專職品管人員，據其於該案供認不諱，遭判處上開罪名確定，經本院調卷核閱無誤，有該案判決書可佐（見本院卷^(四)頁249-252）。

- (四)、從上揭黃崑勇前涉另案之情節與辯解，即已陳明係參與合作並受僱各該營造廠商擔任工地主任管理工程並視管理成效分配利潤以觀，核與本案之抗辯相同，足見此為其多年來從事工程營繕管理工作維生之運作模式，顯非臨訟飾詞。
- 五、由於能否透過競標獲得工程承攬權之不確定性高，營造業工程多採專案之經營模式，常為單一之營造工程成立臨時、短期結合之組織，且因專案工程之間難以密切地銜接，造成業務不穩定而不具連續性。在某一時期，營造廠商承攬業務量可能難以消化，反之，亦可能無在建工程而閒置機具、人力，兩種情況下之資源適切調配，確實是相當困擾之事。故營造業相較於其他產業，關於人力資源之運用，有採約聘方式之較高動機，或逕以協力或下包廠商之人力支應需求（班底）。其次，營造公司採約聘模式僱用工程人員，對於節省經常性支出之經營成本及經營壓力是顯而易見的，是以，許多營造廠運用臨時性人力，包括工地主任或專案經理，已成為常態。又綜合營造業相較於專業營造廠，由於營業範圍較廣泛，對班底之依賴程度較高（國立高雄應用科技大學土木工程與防災科技研究所碩士論文《專案工程不同時期及聘僱模式對組織行為之影響》；國立成功大學建築研究所碩士論文《提升國內營造業競爭關鍵性因子之研究》；《營造業人力資源採約聘僱略之現況與影響》，收錄於2004年營建技術暨管理研討會論文集參照，見本院卷(三)頁507-508，卷(四)頁251-259、267-275 節錄摘要）。

六、

- (一)、查調黃崑勇之勞工保險投保資料顯示，其於77年至88年間之投保單位為大臺南泥水職業工會、97年10月至100年8月間之投保單位則有晉鴻公司及其關係廠商榮群公司，經勞動部勞工保險局函覆投保資料明細表在卷（見本院卷(三)頁435-437），勾稽黃崑勇於98、99、100年度均有獲自榮群公司給付之所得，其中99年度，亦有獲自晉鴻公司給付之所得，有上開各該年度綜合所得稅各類所得資料清單足稽（見本院卷(三)頁237-241）。黃崑勇係獨立之契約工作者，於本件「嘉大動物疾病診斷中心新建工程」及「民雄國中校舍整建工程」，擔任晉鴻公司各該工程之工地主任，有承包商（晉鴻公司）工地負責人授權書、施工計畫書送審核章表及開工報告書可證（見警卷頁57；本院卷(四)頁289-290、341、349-351）可證。黃崑勇所憑藉者，乃其個人本身對營繕工程工地管理之知識、經驗與技能，營造廠商於得標各該工程後，專案聘僱具工程管理經驗之專才人員擔任各該工地主任，統合在該營造廠底下運作，此等非全時、繼續、專屬、固定任職於同一企業體之非典型僱傭關係，實係營造業界為節省人事成本所現實採行且習見之用人模式。又黃崑勇受僱各該工程之得標或合作廠商擔任個案工地主任，除基本開銷之報支外，主要可因其工地管理成效分配紅利，但不負擔虧損，此乃本案及前揭諸多另案相合之情節，無非為激勵工作表現而將報酬與個人績效掛勾之誘因性設計，亦屬社會上所常見業績取向之動態薪酬制度，可信被告等之辯解無違業界常態。
- (二)、黃崑勇並無固定雇主，由於常受不同營造業廠商僱用或因個人合作關係擔任工地主任，以致勞工保險之投保單位隨之異動，而各該聘僱黃崑勇擔任特定工程工地主任之各該營造業廠商，除係以黃崑勇為合作成員外，或兼係黃崑勇之法定雇主。對照黃年志早年（92年7月17日）於上揭93年度偵字第309號另案中即已供稱：黃崑勇承作志永順公司得標工程，由志永順公司提供車馬、油資費用，倘有獲利並可分紅，並

未實際受僱於志永順公司，僅是掛名總經理等語（見項次：四、（一）2(1)（本判決頁8）），且線上查證經濟部商業司建置之公司及分公司基本資料庫，顯示志永順公司確未設有經理人。職是，所謂黃崑勇為志永順公司總經理一節，乃過度化約且非必正確之武斷式稱謂，無足憑採，本案判斷黃崑勇之身分定性，不因其常為黃年志所營志永順公司或相與合作之營造廠商管理個案工地之密切關係，曾掛名志永順公司總經理職銜於業界接洽工務，或其本身基於情誼或分紅來源而以「我公司董事長」稱呼黃年志，率謂其從來即祇為志永順公司正式或專任之經理人或營運幹部，進而否定其主張於「嘉大動物疾病診斷中心新建工程」、「民雄國中校舍整建工程」代表晉鴻公司處理工地事務相關辯解之真實性。暫置法律屬性不論，單就人際網絡接觸而言，黃崑勇對外之名銜稱呼，反倒是因其受僱管理之個案工程，而被視作該承攬廠商之經營幹部，毋寧較貼近社會實態，此觀扣案之「民雄國中校舍整建工程往來公文」，其中有100年5月3日由該工程監造人華峰建築師事務所主持之工地會議紀錄簽到表列載「晉鴻公司：黃崑勇總經理」，表示黃崑勇係以營造廠商晉鴻公司代表之身分出席會議，即甚明瞭（見本院卷^(四)頁281-284）。

- (三)、黃崑勇既經晉鴻公司授權使用印章投標「嘉大動物疾病診斷中心新建工程」，得標後復擔任晉鴻公司依營造業法第30條規定所聘置統籌該工程工地事務之工地主任，經晉鴻公司出具「承包商工地負責人授權書」，敘明「指派黃崑勇為本公司承包……之工地負責人，於工程契約有效期間全權處理本工程相關統籌事宜。……此致國立嘉義大學」（見警卷頁57），則黃崑勇與業主嘉義大學或該校承辦人周育慶之一切業務接觸，包括經晉鴻公司授權使用印章為公文聯繫並請領款項等事宜，於法律上及事實上即係代表晉鴻公司，名實相符，自無以周育慶個人認黃崑勇為志永順公司人員，投標及工程期間未曾與晉鴻公司人員接洽之主觀意見，遽為不利被告等之認定。又對外以晉鴻公司名義為相關工務事宜，或可推證緣於借用晉鴻公司牌照使然，惟借用牌照與否本身即為尚待釐清之疑義，以待證事項（是否因此）作為解釋其結果（所以因此）之依據，無異循環論證，難謂係堅強之論據。何況，黃崑勇代表晉鴻公司全權處理工程事宜，綜據卷證，非不得謂係出於適法合作關係之本然現象，是不足遽以合法掩護非法視之。

七、

- (一)、內政部營建署為瞭解營造業營運情形及變動趨勢，作為釐訂營造業政策及相關服務措施參考，並提供經濟統計分析及估算國內營造業生產值，自88年起每年辦理「營造業經營概況調查」，調查對象包括甲、乙、丙等綜合營造業、專業營造業及土木包工業。依該署《98年營造業經濟概況調查報告》（按前後年度僅實證之調查統計數據差異，內容架構大抵相同）、《營造業績效探討》等專題分析指出：大型營造廠轉型，從以往所有工程全攬需要大量工程人員，到目前將工程承包後專業分包給下游營造業，而成為專業管理單位，所需人力因此減少。甲等綜合營造業因進行專業分包，因此專門技術人員、管理及佐理等「職員」所佔從業員工人數，明顯高於工程技術工及普通工等「工員」，且使用派遣勞工人數最多。營造業從業員工人數減少，可能因近年來營造業部分施工方法以機械代替人工，或部分大型業者朝經營管理角度

發展，不再大量僱用工員等原因所致（詳見內政部營建署全球資訊網，節錄列印紙本見本院卷(三)頁521-525、549）。由是可知，綜合營造廠係結合資金、技術、人力、機械及管理知識的企業組織，視其營運策略之選擇，多有降低實際施工之營運佔比，朝向高附加價值知識型經營管理者發展之趨勢，土木工程之施作，作為是否實際參與之判斷因素，宜考量上述之產業變化。

- (二)、晉鴻公司為具甲等資格之「綜合營造業」廠商，有其臺灣區綜合營造工程工業同業公會甲等會員證書可佐（見警卷頁79），依營造業法之定義性規定，相較於「專業營造業」係從事專業工程之廠商（該法第3條第4款參照），「綜合營造業」則乃綜理營繕工程「施工及『管理』」等整體性工作之廠商（該法第3條第3款參照），並有晉鴻公司綜合營造業登記證書登載上開法定營業事項可考（見本院卷(一)頁387）。

亦即晉鴻公司參與其所承攬之工程，除本身親為施工或分包予其下游協力廠商施作外（政府採購法第67條第1項參照），尤兼及工程營繕管理之知能範疇，具體而言，包括其合作成員或所屬員工關於工程進度、品質、勞安管理或技術簽證等事項之作為。而在專案工程之生命週期中，施工階段是動員人力最多，執行工程品質、成本、進度管理之主要階段，負責的營造廠商承接工程後，幾乎所有實質工作都由外包商完成，營造公司主要負責採購發包及工程管理業務。而工程營繕管理目的與功能，不外控制進度、預算、掌握工期，嚴格品管、撙節開支及施工安全等，與工程施作品質良窳關係至切。工程管理者在整體工程中具有極大的影響力，是佔有相當重要地位之靈魂人物，對工程之成敗有絕對責任（國立高雄應用科技大學土木工程與防災科技研究所碩士論文《專案工程不同時期及聘僱模式對組織行為之影響》參照，見本院卷(四)頁251-254節錄）。

- 八、晉鴻公司就「嘉大動物疾病診斷中心新建工程」、「民雄國中校舍整建工程」有真實之投標意願及管理參與。

- (一)、晉鴻公司聘僱兼合作成員之黃崑勇為工地主任統籌工程進度、材料、人力調配及勞安等事宜，另由其專任工程人員張澎督察施工計畫、圖說等技術事項，並於相關文件上簽核，均屬晉鴻公司就各該工程之實際管理作為。

- 1、黃崑勇既係晉鴻公司合作成員兼聘僱之工地主任、勞工安全衛生及品質管理人員（黃年志亦為品管人員之一），有承包商工地負責人授權書、承包商勞安人員授權書、技術士證、受訓結業證書、品管人員登錄表及開工報告書可稽（見警卷頁57-59、63-64；原審卷頁204；本院卷(四)頁351-353），就晉鴻公司所承攬之「嘉大動物疾病診斷中心新建工程」、「民雄國中校舍整建工程」為工地事務、施工品質及勞工安全衛生之管理，負責諸如：依施工計畫書執行按圖施工、填報施工日誌、管理工地人員機具及材料、維護公共環境與安全、通報工地緊急異常狀況、於勘（查）驗或驗收工程時在現場說明；督導工地勞工安全衛生暨檢查；訂定施工要領、品管標準、檢驗程序、自主施工檢查等事項（營造業法第32條第1項、第41條第1項，前勞工安全衛生法第14條第1項及行政院發布《公共工程施工品質管理制度》參照）。而晉鴻公司就「民雄國中校舍整建工程」則係僱用葉彥銘擔任工程品管人員，並向林榮輝支領薪水，據葉彥銘結證明確（見原審卷頁168），復經晉鴻公司於99年3月15日為員工葉彥銘加辦勞工保險，迨100年11月22日始退保（按「民雄國中校舍整建工程」於99年2月間開工，迄100年9月間竣工

，見原審卷頁81晉鴻公司承攬工程手冊），有勞工保險局出具之投保清單可稽（見原審卷頁36-37），互核吻合，可予認定。加以訊據證人陳中政、陳瑩吉俱結證：伊等均曾受晉鴻公司僱用施作「嘉大動物疾病診斷中心新建工程」及「民雄國中校舍整建工程」，向晉鴻公司支領薪水等語在卷（見原審卷235-239），在在難認晉鴻公司就上開二件工程未有實際施作之參與。

- 2、張滂為土木科工業技師，係晉鴻公司身為營造業廠商依法必須聘僱之專任工程人員（營造業法第13、15、34條參照），負責營造業法第35條各款所列工程相關文件之查核、簽章、督察施工、查驗說明、現場踐履勘驗等工作，有經濟部技師登記證書、依營造業法第19條第1項第3款規定於承攬工程手冊登載之簽名及印鑑、96至102年各類所得扣繳暨免扣繳憑單（扣繳單位晉鴻公司）及其查核親自或授權簽章之「嘉大動物疾病診斷中心新建工程」驗收（複驗）紀錄、「民雄國中校舍整建工程」估驗申請書、計畫書送審核章表可佐（見警卷頁87；原審卷頁61；本院卷(一)頁191-193，卷(四)頁50、135、197-209、290、317），亦據張滂大致結證在卷（見本院卷(四)頁375-387），並有黃崑勇所提張滂督察「嘉大動物疾病診斷中心新建工程」、「民雄國中校舍整建工程」工地施工之照片可佐（見本院卷(一)頁183-189），上開工程經承造之晉鴻公司所僱用繼續性專任工程人員出具法律上不可或缺之技術簽證無誤。

- (二)、就「嘉大動物疾病診斷中心新建工程」、「民雄國中校舍整建工程」支出材料、機械、車輛、油資、人工等花費，經晉鴻公司登載「在建工程明細帳」申報營利事業所得稅。調查晉鴻公司施作本件「嘉大動物疾病診斷中心新建工程」、「民雄國中校舍整建工程」橫跨98至100年間，於各該年度申報營利事業所得稅，經國稅局書面審查、調帳查核核定之帳務資料，其中「在建工程明細帳」列載支應鋼筋、混凝土、機械、車輛、人工等工項花費，在「嘉大動物疾病診斷中心新建工程」支出達4,839萬8,684元，佔該工程契約總價1億3,399萬元（見本院卷(四)頁313-314、318工程結算驗收證明書、結算總表）之比例約36.1%（ $48,398,684 / 133,990,000 = 0.361$ ）；在「民雄國中校舍整建工程」支出達1,905萬7,432元，佔該工程契約總價7,256萬元（見本院卷(三)頁131工程結算驗收證明書，卷(四)頁299工程契約書）之比例約26.2%（ $19,057,432 / 72,560,000 = 0.262$ ），均列表如下，絕大部分支出俱有統一發票等原始憑證可稽（按申請估驗計價，祇以工程進度暨完成工項為要，毋需查核原始憑證），與財政部南區國稅局查覆晉鴻公司之99年度在建工程明細帳及於此三個年度之已（未）完工程成本分析表等相關資料44紙勾稽（見本院卷(三)頁37-132），亦相吻合，堪予採信。此等事證雖無足證明係晉鴻公司自有資金所支應，然晉鴻公司在檢調發動本案搜索（100年9月1日）前之98、99年度在建工程明細帳中，既已列明並申報上開在建工程工項支出，從其所佔各該工程契約總價之比率，僅約二成多至三成多之份額，足徵林榮輝、黃年志關於約定晉鴻公司負擔三成盈虧，工程結束後結算之辯詞，並非事後杜撰。再者，上揭晉鴻公司於各該年度之在建工程明細帳所載支出，於關於本件二工程外，併申報其餘諸如：嘉義縣鹿草鄉農會辦公大樓；辦理教育部98年度推動教育優先區計畫整建；臺電雲林縣四湖鄉三條涼亭植栽新建；各地溪流堤段護岸復建

、防災減災暨環境改善等工程支出（見本院卷(二)頁19-111、127-189、233-297、309-337），益見非虛。

【晉鴻公司98-100年度在建工程明細帳（整理節錄）】

		98年度	99年度	100年度
嘉大動物疾病診斷中心新建工程	材料、機械、車輛、人工、.....等工項花費（不含油資）	鋼筋 6,319,303 混凝土 2,242,889 預拌混凝土 4,259,096 竹節點焊網 3,278,925 混凝土輸送 571,428 挖土機工資 106,400 鋁門窗工程 1,428,572 直接人工 5,949,999 （略） + 26,955,814	混凝土 3,666,171 混凝土 2,995,802 工程人工 2,129,542 山貓工資 48,260 挖土機工程 22,500 鋁門窗工程 3,242,094 天花板隔間工程 5,714,285 挖土機工資 1,122,200 （略） + 21,442,870	--
	合計	48,398,684		
民雄國中校舍整建工程	材料、機械、車輛、人工、.....等工項花費（不含油資）	--	鋼筋 45,400 水泥 408,713 混凝土 559,676 伙食費 145,105 土方處理費 50,680 挖土機零件 48,400 山貓工資 21,800 （略） + 1,406,249	鋼筋 6,862,435 水泥 569,776 工程人工 6,276,560 泵浦車輸送油 32,314 挖土機工資 393,703 鋁門窗工程 1,702,857 天花板隔間 53,333 （略） + 17,651,183
	合計		19,057,432	
卷證：				
一、98年度在建工程明細帳、統一發票（見本院卷(二)頁113-125（嘉大動物疾病診斷中心新建工程），卷(二)頁257-295）。				
二、99年度在建工程明細帳、統一發票（見本院卷(二)頁191-231，卷(二)頁297-359（嘉大動物疾病診斷中心新建工程）；卷(二)頁299-307，卷(二)頁361-375（民雄國中校舍整建工程））。				
三、100年度在建工程明細帳、統一發票（見本院卷(二)頁339-363，卷(二)頁377-425（民雄國中校舍整建工程））				
註：98、99、100年度，晉鴻公司有除本件嘉大動物疾病診斷中心新建工程、民雄國中校舍整建工程以外之在建工程，其所支出買受油資之統一發票金額各合計為858,808元、1,552,631元、45,501元（見本院卷(二)頁365-617），因無法區分各該在建工程，乃略而不計。				

九、「嘉大動物疾病診斷中心新建工程」之開工日期為98年4月24日，實際竣工日期為99年7月21日（見本院卷(四)頁315-316「嘉大動物疾病診斷中心新建工程」工程結算書）；「民雄國中校舍整建工程」之開工日期則為99年2月間，實際竣工日期為100年9月間（見原審卷頁81晉鴻公司承攬工程手冊）。參照扣案晉鴻公司「承包工程保固保證金明細表-100

.4.30.止」顯示：（其餘嘉義市民族國小等諸項工程（略））「嘉大動物疾病診斷中心新建工程」之保固，「起迄時間99.11.1. -102.11.1.」、「保證金額270 萬7,934 元」、「已驗收保固金由工程款扣除」；「民雄國中校舍整建工程」之保固，「起迄時間（空白）註記：民雄國中完工期限尚未確定，因有追加工程，所以可能展延，故金額尚未確定（合約尚未變更）」（按依該工程契約第24條約定保固期為自完工驗收合格次日起五年）、「保證金547 萬5,000 元」（見本院卷^(四)頁465-469）。本件檢察官於偵查時迨101 年底起訴前，各該工程尚有上開保固保證金為業主保留中，須視工程瑕疵暨修補動支狀況始能確定返還金額，上述二工程之所以猶未結算，訊據黃年志前於偵查中即已供稱：要等到二件工程都完成後再一起結算，民雄國中那件已報完工，要等缺失改善通知等語（見偵卷頁48），難謂不合情理，則黃年志、林榮輝、黃崑勇因受刑事調查，乃儘速依當初之約定列計明細結算盈虧，自難偏斷係矯飾脫罪之舉。茲經黃年志將各該工程毛利（結算工程款減去總支出）暫先扣除上揭保固保證金得出淨損、淨利相加為淨毛利142 萬8,739 元，按黃年志（70%）、林榮輝（30%）、黃崑勇（黃年志所獲70%中之25%）之比例分配總盈餘，由黃年志開立志永順公司面額42萬9,000 元（JH0000000）、25萬250 元（JH0000000）之支票各一紙交付林榮輝、黃崑勇，有101 年5 月10日盈虧計算暨分配比例簽認清單，以及上開支票影本（含簽收）可稽（見101 年度交查字第1263號卷（下稱交查卷）頁13-17、31-35），經檢察官查證兌現者各為晉鴻公司、黃暉傑（按為黃崑勇之子）明確（見交查卷頁71）。細繹上述盈虧計算方式，因各該工程毛利，由來於結算工程款與總支出之差額，接續計算得出淨損、淨利作為黃年志、林榮輝分配之基礎，亦即林榮輝所營晉鴻公司確實分擔工程虧損無訛，顯與無償或僅收取不等利益卻不負擔虧損之典型單純出借牌照案例有間，此等合作經營模式是否符合借用或出借牌照投標罪構成要件所禁止之定型，容有疑義。

十、

(一)、依前揭內政部營建署《98年營造業經濟概況》、《營造業績效探討》等專題分析指出：綜合生產、製造及服務之工程承攬營造業，近年來之營業特性轉變為資金、技術、人力高度整合之行業。統計資料顯示，整體營造業自有資本率（實收資本／資產總額*100（比率愈高代表資本結構愈健全））持續降低，自91年之28.49 %最高，降至96年之23.63 %，98 年略昇為25.4%、99年則復降為17.08 %，亦即每100 元的總資產中，只有17至28元是股東出資，其餘為長短期負債或公積及盈餘，自有資本率偏低，財務結構不良。綜合營造廠因有較多在建工程及預收工程款，且常需短期融資以支應下游廠商工程款及備料貸款，短期償債能力不算太好；且其工程期長，在建工程價值金額龐大，負債比率（總負債／資產總額*100（比率愈高代表經營風險愈高））高達75%以上，98年為74.6%、99年為82.2%（詳見內政部營建署全球資訊網「各年度營造業經濟概況」，節錄列印紙本見本院卷^(三)頁531、541-543）。細究晉鴻公司所提99年度資產負債表顯示（見本院卷^(一)頁215），其自有資本率為55%（100,000,000 / 181,457,482 = 0.551）高於業界平均，而負債比率為48.7%（88,419,476 / 181,457,482 = 0.487）則低於業界平均，可徵晉鴻公司財務結構優於一般同業，經營策略傾

向保守，反應出其結盟黃年志提供資金競標工程僅佔三成盈虧之背景。

- (二)、觀照晉鴻公司98至100年間之在建工程明細帳，除承攬本件「嘉大動物疾病診斷中心新建工程」及「民雄國中校舍整建工程」外，尚有嘉義縣鹿草鄉農會辦公大樓、辦理教育部98年度推動教育優先區計畫整建、臺電雲林縣四湖鄉三條涼亭植栽新建、各地溪流堤段護岸復建防災減災暨環境改善等多件工程施作中（見本院卷(二)頁19-111、127-189、233-297、309-337），因資金不足或已支應其他在建工程而難以週轉，此等情形於綜合營造業界尋常可見。林榮輝所營晉鴻公司與黃年志或其所營志永順公司有實質之合作關係，前已述及，由合作之協力廠商黃年志個人或所營志永順公司出讓押標金、墊付工程花費，透過個案資金整合，爭取工程標案施作，避免人力、機具資源閒置浪費，揆以上述營建署之實證統計分析，亦係業界普遍之現象，業如前述（按即營造業工程多採專案之經營模式，常為單一營造工程成立臨時、短期之資金與人員之結合組織），同時兼有降低承攬造價高昂工程風險之作用。復次，政府採購標案之押標金及保證金固由廠商繳納，然本不限於廠商自有資本（金），舉凡現金、金融機構簽發之本票或支票、保付支票、郵政匯票、無記名政府公債、設定質權之金融機構定期存款單、銀行開發或保兌之不可撤銷擔保信用狀繳納，或取具銀行之書面連帶保證、保險公司之連帶保證保險單，概無不可（政府採購法第30條第2項參照）。且除各項保證性質之款項外，包含工程施作過程所需花費，不論是廠商得標後舉債，抑或競標前覓妥合作對象提供資金，本無實質差異（甚或尋求管理知能等技術支援），而提供資金、技術、人力之協作統合者，泛為個案工程之股東，黃年志及其所營志永順公司，之於林榮輝及其所營晉鴻公司，洵乃金主兼合作夥伴之實質參與關係，洵亦為甲等營造廠晉鴻公司之班底，依渠等間之約定，志永順公司於工期中之墊付款，由業主撥付予晉鴻公司之估驗款歸墊，經晉鴻公司轉匯志永順公司或黃年志親友帳戶，待工程結束後再行結算，不足為被告等之不利認定。

十一、

「合夥」為二人以上互約出資，以經營共同事業之契約，出資得為金錢或以勞務、信用或其他利益代之，然應估定價額為其出資額，且公司不得為他公司無限責任股東或合夥事業之合夥人，固為民法第667條及公司法第13條第1項所明定，然民法債編第二章「各種之債」所規定之有名契約，本無法涵蓋所有類型之債，當事人所真實合意訂定而不能歸類之其他無名契約，本於私法自治之契約自由，苟無違公序良俗者，並非無效，遇有爭議時，非不得類推民法相關規定以為解決。再者，民法「合夥」要件規定之意義，在於該等契約內涵理想狀態之法律定義與類型化，典型「合夥」（有名契約）之「應然」規範，不足以否定非典型某種「合作」關係（無名契約）之「實然」存在，兩者並非一事。而刑事審判以論究行為人之行為責任為重心，關於事實層面之抗辯，當以存否之判斷為關鍵（有無合作關係），規範上之評價或定性（是否民法定義之「合夥」），於此尚非關緊要。黃年志或其所營志永順公司與林榮輝或其所營晉鴻公司，包括林群鎮、劉國玄所營之榮群公司，甚至以個人身分參與個案工程之黃崑勇，歷年來合作之工程數量眾多，於前揭諸多另案及本案之一致供述略謂：渠等間係個案工程之合夥關係等情，質言而論，核係以真實之合作為「合夥」，個案工程是所謂

共同經營之「事業」，參與盈虧分配或投入管理知能僅享紅利者則為所謂之「股東」，合於渠等非法律專業之樸素認知，難認虛構。是黃年志偵訊供稱：志永順公司所分之七成部分，黃崑勇是技術入股，看工程大小給予10至20%（或25%）股份等語（見偵卷頁48），形同黃崑勇係以工程獲利為條件，分受佔工程總盈餘約7%至14%（或18%）之紅利（總盈餘七成之10%至20%（或25%）），享有特別之股權（不分擔虧損），既有依管理貢獻程度按比率分受紅利之權利，口語泛稱為股份，屬廣義之股東，難謂乖謬於事理；而「民雄國中校舍整建工程」發包圖索引表上「民雄國中由晉鴻營造佔30%『林榮輝代』，志永順營造佔70%合夥『黃年志』」字跡（見偵卷頁54），亦為契合之事證，姑不論黃年志、林榮輝、黃崑勇間究係以個人身分抑負責人身分代表各該公司而相約「合夥」，亦不論渠等間自以為之法律關係是否屬於民法所定義之「合夥」，然渠等就各該工程確有合作之意思，則屬實情。此訊據時任志永順公司會計之戴伊汝針對「嘉大動物疾病診斷中心新建工程」、「民雄國中校舍整建工程」之帳務亦結證：因為晉鴻公司林榮輝時常來志永順公司，黃崑勇會要求我將該月支出項目拿給林榮輝看；伊每月會將這二件工程之廠商請款單彙整給黃崑勇，他會再彙整給黃年志、林榮輝，伊每月作出來的帳，黃崑勇、黃年志、林榮輝都會看過，以確定是否要發帳款，資金是由黃年志處理，因為他們三人都會看帳，所以我認為他們有合作關係等語（見交查卷頁11；原審卷頁150-153），揆係基於親身經驗之事實所為之供證，核與林榮輝初於調查站警詢時否認出借牌照，初即略辯以：與黃年志合作（夥），並授權黃崑勇處理相關事務之情相符（詳見下列勘驗譯文說明），殊難執渠等應非民法上之「合夥」，據以否定渠等間實際存在之合作關係，進而論斷係違法借用或出借牌照投標。

十二、

林榮輝於嘉義市調查站警詢時之不利供述筆錄記載與事實不符。

關於被告或犯罪嫌疑人之訊問及其記錄，刑事訴訟法特設有應全程連續錄音，必要時並應全程連續錄影，筆錄內所載被告或犯罪嫌疑人之陳述與錄音或錄影之內容不符者，原則上其不符之部分，不得作為證據等規定（刑事訴訟法第100條之1第1項、第2項、第100條之2參照）。良以筆錄乃依法記載受訊問者原始供述之派生文書證據，而機械性之錄音或錄影，較諸曾經人為解讀整理要旨後所製作之筆錄文書，明顯能如實完全重現受訊問者之原始供述，合於直接審理之旨趣，且基於真實發現之考量，除積極之矛盾、錯誤，當以錄音或錄影為準外，就筆錄所不及備載之消極闕漏，亦應由錄音或錄影所呈現之原始供述內容加以補足，經以適當之設備顯示其影音內容並踐行法定調查程序後，應綜據為審理之證據資料，俾為完整週延之調查。林榮輝前於調查站警詢時所稱：「（……晉鴻公司除出借牌照外，有無分擔本工程任何工作？）本公司雖無實際參與本工程施作，但會關心工程進度，同時仍負擔三成盈虧」一節（見偵卷頁30），經本院勘驗取供過程問答，製有勘驗筆錄暨詳細文字譯文可參（見本院卷(二)頁205-206、209-210，如本判決未附表），林榮輝就是否僅單純出借晉鴻公司牌照卻未出資或實際施作一節，從其答話提及「（須問工地負責人）黃崑勇」、「（……啊你們除了借牌以外，有沒有分擔什麼工程？）這就有明細

表啊」、「（有沒有出到錢？）……資金流向是這樣……」、「我沒有在借牌的」、「（授權他們去處理啦？）嘿啦嘿啦，這樣啦」、「啊我們去公司參與發包，就共同來……共同來經營這樣」、「公司有授權給那個……給那個黃崑勇」、「這（裡）就有明細表」、「這就是開戶在那裡（按指板信商銀軍輝簡易分行之晉鴻公司活期儲蓄存款帳戶）」、「我沒有在借牌」、「我們去公司參與發包，就共同來……共同來經營這樣」、「（談完）負擔三成」、「談完算是三七分」等語，可窺其意旨係否認罪嫌，該份筆錄所載「本公司雖無實際參與本工程施作」一語，實為調查員「雖無……那個……分擔工程的施作」、「所以一些工程什麼的都由他們去做」、「本公司雖無實際參與工程的施作啦」之理解字句，綜據林榮輝整體回答脈絡，難認其自白單純出借晉鴻公司牌照予黃年志、黃崑勇借用投標，自無足為不利被告等之認定。

十三、

事實之法律評價，在法學方法上乃法律構成要件之涵攝，而法律涵攝之可能性，係依法律解釋而定。法律解釋並非祇是單純概念式之邏輯演繹，毋寧應觀照或回歸現實之社會時空，藉由社會普遍存在現象之反思，協助規範之辨認與其正確意義之尋繹，庶免作為社會秩序最後防衛手段之刑罰法律，過度干預人民經濟活動之自由。政府採購法第87條第5項前段「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」、後段「容許他人借用本人名義或證件參加投標」，其規範目的，徵諸該法第1條揭櫫提升政府採購公正、效能、品質之立法意旨，除同條第3項詐術圍標、第4項任意圍標等非法情形外，釋義借用牌照或出借牌照投標罪所欲處罰者，乃足以侵害上開法益之借用無真實投標意願他人牌照，而該他人允予出借之情形。茲於本案事例：僅限甲等營造業始具投標資格之營繕工程採購招標案，個人或較低等級營造廠商尋求甲等營造同業策略聯盟（反面觀之，即甲等營造廠商透過與個人或較低等級營造廠商合作拓展業務量），彼此基於資金、人力、機具、技術等資源整合充分利用以增進經營效率，或增加工程實績之考量，有真實合作之投標意願，嗣並切實共同施作之情形，縱使甲等營造廠高度倚賴合作成員個人之專業經驗技能及乙等營造廠商作為班底所提供之資金與人力，然此乃規模較大、承攬工程造价總額較高之甲等綜合營造業低自有資本率、高負債比率，且趨向資源整合管理角度發展之普遍現象（見前述項次：七（一）、十（一）所述營造業經濟概況與績效探討研究分析，見本判決頁12-13、19）。此等演進中之經濟活動，對整體營造產業之利弊影響，並非法律問題，於法益（政府採購之公正、效能、品質）之危害性，卷存事證亦甚隱微，尚乏認定之充分根據。而經濟事項之規整，苟無明顯且具體之法益侵害性，刑罰原即非合適之手段，蓋其徒能禁止而已（亦不無合憲性之疑慮），對健全產業發展之因勢利導則無能為力，相對而言，行政權力作為或行政屬性之法規範，始為適切之工具性手段。果爾，倘透過單純文義解釋之法學方法操作，將類此型態之涉訟案件，涵攝於借用或出借牌照罪構成要件中，自不能免除以刑罰違反比例地用於規整社會經濟秩序之質疑。換言之，借用或出借牌照罪罰本身並不違憲，但倘解釋涵攝事實之司法作用，造成其規範效力及於不適切之對象（經濟活動自由），斯時，毋寧應慎思規範解釋與事實涵攝之論證，容或已脫逸了規範本旨。從而，營造業既有朝資源整合管理發展之現

實，則即便甲等營造廠商得標之工程，逕以其形式上由協力之乙等營造廠商主導，論斷為借用或出借牌照，恐嫌速斷，是否虛偽之牌照借用或出借之評價判斷，關注重點仍在於甲等營造廠商投標意願之真實性。無可諱言者，本件身為甲等營造廠商之晉鴻公司就其所得標之各該工程，雖非無參與，然相對較少，以致不無脫法疑慮，但透過實際施作或管理工程之參與程度，以及分享利潤暨分受損失等面向加以釐清判斷，單以其屈居從屬地位，並無足否定雙方合作廠商間真實分配盈虧之投標意願與確實之工程協力作為，應難認合致於上開借用牌照或出借牌照投標之構成要件。

十四、

黃年志所營志永順公司出資投標並墊付以晉鴻公司名義得標之「嘉大動物疾病診斷中心新建工程」及「民雄國中校舍整建工程」工期中花費，因係各該工程主要之出資金主，積極追求高份額之盈利分配，相對地，自須承受較高之虧損風險，此亦與林榮輝所營晉鴻公司採擴張抑保守之經營策略有關，同時涉及風險承擔之意願問題，故僅具乙等營造業資格之志永順公司相較具甲等營造業資格之晉鴻公司，關於各該工程之盈虧佔比即便較高，宜認係廠商間受保障之經濟活動自由，而此等盈虧成數合意，與晉鴻公司在建工程明細帳所載工項支出，於各該工程合約總價之前述佔比若合符節，適足證明晉鴻公司非無真實之投標意願，於未得標之嘉義市政府招標「嘉義市原署嘉醫院闢建廣場工程」亦然，更非無參與得標工程施作之實據，黃年志、黃崑勇雖統籌資金、投標、營建管理及請款，然非不法借用晉鴻公司牌照投標；林榮輝亦非不法出借晉鴻公司牌照；晉鴻公司自無因其實際負責人林榮輝執行業務觸犯上開罪名而科以罰金之問題。

陸、本件起訴黃年志、黃崑勇、林榮輝、晉鴻公司等前揭相關罪嫌，難認公訴意旨已充分論證其理由並為說服，復未能提出其他適合於證明被訴事實之其他積極證據，並指出調查之途徑暨說明其關聯性予以補強，實無法滿足刑事訴訟證據裁判及嚴格證明法則所要求須達使一般人均得確信而無合理懷疑存在之程度。於此須強調者，本院並非積極肯認被告等之合作模式全然適法，絲毫無借用或出借牌照之疑慮，而係因有上揭諸項可為有利認定之事證存在，綜合全案證據及辯論意旨，認檢察官之舉證及論據不足說服本院產生有罪確鑿之心證，乃從證據裁判、無罪推定原則，認不能證明被告等犯罪。原審疏未查明，遽認被告等違反政府採購法罪名成立而予論罪科刑，容有失當。被告等上訴俱否認犯罪，指摘原判決違誤，為有理由，應由本院將原判決撤銷，均改諭知無罪之判決。

據上論結，應依刑事訴訟法第369 條第1 項前段、第364 條、第301 條第1 項前段，判決如主文。

本案經檢察官蘇南桓到庭執行職務。

中 華 民 國 104 年 6 月 25 日
刑事第四庭 審判長法 官 沈揚仁
法 官 林欣玲
法 官 蔡憲德

以上正本證明與原本無異。

當事人均不得上訴。

書記官 劉素玲

中 華 民 國 104 年 6 月 25 日
附表

調查筆錄所載問答：「（如你前述，志永順公司負責人黃年志使用晉鴻公司牌照投標本工程，押標金、履約保證金均由志永順公司支付，投標文件均由志永順公司製作，開標由志永順公司人員出席，簽約亦由志永順公司人員與嘉義大學簽訂，本工程所有施工由志永順公司負責，驗收作業由志永順公司處理，嘉義大學核撥工程款至晉鴻公司帳戶，該帳戶亦交由志永順公司使用，晉鴻公司除出借牌照外，有無分擔本工程任何工作？）本公司雖無實際參與本工程施作，但會關心工程進度，同時仍負擔三成盈虧。」

勘驗上開記載問答詳為：

警員A：現在說，如你前述啦，志永順公司負責人黃年志是使用你的公司牌照去投標這個工程，押標金跟履約保證金都是由志永順他們去負責的、去支付，招標文件也是由志永順公司去製作，開標那時候出席的時候，係由…開標由志永順公司人員出席，黃崑勇也是志永公司…志永順的人啊，所以這個工程……的施工是由志永順負責，啊驗收是交由志永順公司處理……。

林榮輝：驗收？哪有驗收？

警員A：驗收啦，工程驗收。

林榮輝：喔好，那個黃崑勇……。

警員A：嘉義大學工程款是撥去你們的帳戶，這個帳戶你也是交給志永順公司去使用嘛，對不對，啊你們除了借牌以外，有沒有分擔什麼工程？

林榮輝：啊這個就……因為……這就有明細表啊……。

警員A：他都有明細表讓你知道就對了？

林榮輝：嘿啊，剛剛那個就是……。

警員A：你就是有分擔盈虧就對了？

林榮輝：嘿嘿嘿，這裡就有明細表。

警員A：本公司……本公司雖無……。

林榮輝：資金流向……。

警員A：雖無……那個……分擔工程的施作，但是……這個……公司的資金啦，本工程的資金啦，啊盈虧啦，我們都有……。

警員B：你有沒有出到錢？你有沒有出到錢？

林榮輝：啊這……這就是開戶在那裡。

警員A：但你沒有支出啊，這就是工程款在那邊週轉而已。

林榮輝：嘿，這個……資金流向……。

警員B：你有沒有出到錢？你有沒有出到錢？

警員A：你等於也沒有出到錢，你哪會出到錢，你裡面就沒有啊？

林榮輝：嘿……這個這樣……資金流向是這樣。

警員B：你那時候借牌……。

林榮輝：我沒有在借牌的！

警員B：你除了那牌給他使用以外，你還有做什麼？

林榮輝：啊我們去公司參與發包，就共同來……共同來經營這樣。

警員B：你說具體一點。

林榮輝：啊就共同啊……現在資金流向就是這個……

警員A：你最主要就是你都授權給他們去處理啦，對不對？

林榮輝：嘿啦嘿啦，這樣啦。

警員A：本公司就授權給志永順公司人員去全權處理了，所以一些工程什麼的都由他們去做，你們只有負責盈虧的分擔而已嗎？

林榮輝：嘿嘿嘿。

警員A：對不對，我們只分擔本工程的盈虧啦，你們是負責三成？

林榮輝：嘿，三成。

警員A：盈虧的三成。

林榮輝：嘿。

警員A：三成的盈虧啦。本公司雖無實際參與工程的施作啦……但有分擔三成的盈虧啦。

林榮輝：公司有授權給那個……給那個黃崑勇。

警員A：這個差不多照你講的這樣啦。

| 林榮輝：好。

| 警員 B：你們就是負擔三成就是了？

| 林榮輝：嘿，負擔三成。

| 林榮輝：談完負擔三成，談完算是三七分。

資料來源：司法院法學資料檢索系統