

最 高 行 政 法 院 判 決

109年度上字第597號

上 訴 人 得意營造有限公司

代 表 人 柯宗昇

訴訟代理人 林雅儒 律師

被 上 訴 人 台灣自來水股份有限公司第四區管理處

代 表 人 穆岳鈞

訴訟代理人 洪崇欽 律師

上列當事人間政府採購法事件，上訴人對於中華民國109年3月19日臺中高等行政法院108年度訴字第250號判決，提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

一、本件被上訴人代表人由蕭淑貞變更為穆岳鈞，茲據其現任代表人具狀聲明承受訴訟，核無不合，應予准許。

二、緣上訴人投標承攬被上訴人所辦理「大雅區中和路等汰換管線工程」（下稱系爭工程）採購案，於民國104年5月14日得標承攬系爭工程，嗣簽訂工程契約書（下稱系爭契約）。嗣被上訴人認系爭工程有轉包予訴外人徐敏華施作情事，以108年2月13日臺水四工字第1080002579號函（下稱原處分）通知依108年5月22日修正公布前政府採購法第101條第1項第11款規定將刊登政府採購公報（下稱公報），上訴人不服，循序提出異議、申訴均遭駁回，遂提起本件行政訴訟，並聲明：確認原處分、異議處理結果及申訴審議判斷均違法。經原審法院判決（下稱原判決）駁回後，提起本件上訴。

三、上訴人起訴主張及被上訴人於原審之聲明及答辯，均引用原判決之記載。

01 四、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：

02 (一)依政府採購法第65條第3項規定，廠商履行財物契約，其需
03 經一定履約過程，非以現成財物供應者，仍準用轉包禁止之
04 規定。系爭採購案屬帶料發包之工程採購，但因需經一定履
05 約過程，仍有轉包禁止規定之適用。惟工程材料部分，不論
06 係上訴人自行製作、抑或向他人購得均可，故工程材料提供
07 部分自非判斷上訴人是否構成轉包行為之依據。系爭工程是
08 水管等汰換管線工程，依該工程契約所檢附之投標須知第2
09 節第16款規定，顯見本件招標文件已依政府採購法施行細則
10 第87條規定，標示系爭工程之主要部分。又依系爭契約所附
11 自來水管埋設工程施工說明書目錄第二章「自來水管埋設」
12 之第1.1.2點、第1.2.1點約定，益知上訴人所需施工項目為
13 「提供自來水管埋設之一切工作」，內容包括各型管種以及
14 其他相關配接管件之裝接及埋設施工，例如安全防護、管溝
15 定線、路面切割、管溝挖掘、水管放置裝接、警示帶放置、
16 回填、夯實、試壓、廢棄土清除棄運、抽排水、檢驗、試水
17 等工作。

18 (二)依上訴人與訴外人徐福秀簽訂之「大雅區中和路等汰換管線
19 工程承攬合約書（下稱承攬合約）」第2條約定：「乙方
20 （即徐福秀）施作AC切割與鋪設、接管、鋪鋼板與安全設
21 施、工地灑水、止滑鋼板與路面清洗、警示帶鋪設、CLSM澆
22 築；……」第4條約定：「乙方自備本工程施工人員，工
23 具、車輛、挖掘機、鏟裝機、交維設施。」足見系爭工程主
24 要部分之管溝定線、路面切割、管溝挖掘、管線裝接、澆置
25 控制性低強度回填材料（CLSM）、鋪設臨時AC路面、管線試
26 壓、用戶外線銜接至水表前、管線改接、AC刨除加封等項，
27 上訴人均交給徐福秀施作，此情並經證人徐敏華（即徐福秀
28 之子）於上訴人及其前任代表人葉秀娟所涉臺灣臺中地方檢
29 察署105年度偵字第24098、28204號業務過失傷害案件（下
30 稱相關偵案）偵訊中證稱，及於臺灣臺中地方法院106年度
31 訴字第730號損害賠償民事案件（下稱相關民案）供稱明

確。而系爭工程確轉包徐福秀，故施工日誌全部由徐敏華負責填載，現場全部是徐敏華所僱用人員，上訴人之人員皆無在場。另依系爭工程竣工圖說所示，其使用100公厘水管長度為6,009公尺，50公厘水管為787公尺，共計6,796公尺，與徐福秀所提工程估驗請款單所載數量為6,784.2公尺幾近相同；另本件汰換管線「用戶」數量為438戶，亦與徐福秀所提工程估驗請款單所載用戶數量完全相同，更印證上訴人確實將系爭工程主要部分交由徐福秀施作。雖前開證人徐敏華在上開證言或陳稱中係使用「分包」用語，但「轉包」與「分包」為法律專有名詞，有不同定義，一般人未必能嚴謹區分，是彼等間之實質關係仍應以其實際之承攬內容為準。上訴人與徐福秀簽約之項目係屬系爭工程之主要部分，且該主要部分與系爭工程之其他成分具不可分性而構成契約之重要部分，自應以此實質關係為論斷基礎。另上訴人所舉相關民案判決內容認系爭工程上訴人係「分包」委由徐福秀施作等語，然此係因該民案判決係有關損害賠償事件，並未引用上開政府採購法第65條及第67條規定論究上訴人與徐福秀間之承攬關係究竟為何，自難逕採為本件認定事實之依據。況行政機關對於是否構成行政罰之事實認定，本得依職權為之，並不當然受民事法院認定之事實所拘束。是上訴人將系爭工程交由徐福秀承包，自屬「轉包」而非「分包」關係。

(三)上訴人雖以系爭工程經被上訴人結算工程總價為新臺幣（下同）25,492,536元，然依其與徐福秀間末期工程估驗請款單，其支付工程總價僅8,627,726元，兩者金額相差甚鉅，足見上訴人並無轉包情事云云為主張。惟依上訴人與徐福秀簽訂之承攬合約第5條約定，上訴人須提供材料，而徐福秀所承攬部分則僅為現場施工，是被上訴人給付上訴人連工帶料的費用，自與徐福秀僅承攬相關施工費用之情形有所不同。況被上訴人主張其計算上訴人提供材料之費用金額，經扣除該等材料費用，並加計相關修復費用後，即與徐福秀所請領之施工款項接近等事實，為上訴人所不否認。而工程材

料部分，不論係上訴人自行製作或向他人購得均可，故工程材料提供部分自非判斷上訴人是否構成轉包行為之依據，是上訴人之上開主張，亦難為有利上訴人事實之認定。

(四)上訴人就系爭工程得標後，於104年5月20日與被上訴人簽訂系爭契約，隨後即於同年6、7月間將系爭工程轉包予徐福秀，依被上訴人製發之系爭工程結算驗收證明書所載，系爭工程之開工日期為104年5月29日，實際竣工日期為105年7月15日，且依卷附相關偵案不起訴處分書及徐敏華偵查筆錄所載，在工安事故發生之時間105年3月26日，承包商徐福秀之人員仍在現場施工。依上開說明，上訴人以其他廠商代為履行之違章行為終了後，迄至被上訴人於108年2月13日作成原處分時，顯未逾3年裁處權時效。是上訴人主張本件已罹於3年之裁處權時效云云，即非可採，並因而將上訴人原審之訴駁回。

五、上訴意旨略以：

(一)政府採購法第65條禁止轉包之立法理由為「工程、勞務採購，為避免廠商變相之借牌，應禁止得標廠商轉包，爰於第一項明定不得轉包。」即禁止轉包之立法目的為避免得標廠商將標案轉予不具參標資格之其他廠商施作，以牟取中間差價，且恐造成無法確保公共工程品質之結果。然系爭工程經被上訴人驗收合格，且保固期間亦無工程缺失為被上訴人所不否認，是被上訴人於驗收合格並逾保固期間後之108年2月13日始發函表示將上訴人刊登公報，此方法顯無助於目的之達成，且被上訴人於工程無缺失且未受有損害之情況下，逕自對於上訴人課予最嚴厲之停權處分，有違行政程序法第7條之比例原則至為明確，且原審就其主張原處分違反比例原則何以不足採納，理由中並未說明其不採之理，是原判決有不適用法規及不備理由之違法。

(二)原判決認「是否構成轉包，則應視交由其他廠商代為履行之部分，與主要部分之其他成分是否具不可分性而構成契約之重要部分而定」，然參諸原審所援引政府採購法第65條立法

理由：「工程、勞務採購，為避免廠商變相之借牌，應禁止得標廠商轉包，爰於第一項明定不得轉包」為據，兩者間似無論理關聯性存在，即政府採購法第65條立法理由似無從導出原審上開認定判斷標準之結論，是原判決此部分認定顯然有違論理法則，並違反行政訴訟法第189條第1項之規定。

(三)政府採購法第65條立法理由明載「工程、勞務採購，為避免廠商變相之借牌，應禁止得標廠商轉包，爰於第一項明定不得轉包」，即禁止轉包之目的在於為避免得標廠商將標案轉給不具參標資格之其他廠商施作，藉此牟取中間差價，或恐造成無法確保公共工程品質之結果，始立法禁止不得轉包，是如從立法理由解釋同條第2項所指「主要部分」，由其他廠商代為履行，是否構成轉包之實質內涵為何，即應參酌「禁止變相借牌牟取中間差價」及「維護採購品質」之立法目的而為認定為是，原判決所為之認定顯與其援引政府採購法第65條立法理由無涉，而有違論理法則。

六、本院查：

(一)政府採購法第65條規定：「（第1項）得標廠商應自行履行工程、勞務契約，不得轉包。（第2項）前項所稱轉包，指將原契約中應自行履行之全部或其主要部分，由其他廠商代為履行。（第3項）廠商履行財物契約，其需經一定履約過程，非以現成財物供應者，準用前2項規定。」第67條第1項規定：「得標廠商得將採購分包予其他廠商。稱分包者，謂非轉包而將契約之部分由其他廠商代為履行。」行為時同法第101條第1項第11款規定：「機關辦理採購，發現廠商有下列情形之一，應將其事實及理由通知廠商，並附記如未提出異議者，將刊登政府採購公報……：十一、違反第六十五條之規定轉包者。」政府採購法施行細則第87條規定：「本法第六十五條第二項所稱主要部分，指下列情形之一：一、招標文件標示為主要部分者。二、招標文件標示或依其他法規規定應由得標廠商自行履行之部分。」兩造亦於系爭契約第9條第14款第1目約明上訴人不得將系爭契約轉包其他廠商履

01 行。是政府採購法及其施行細則對於轉包之認定有明確規
02 定，得標廠商將契約中應自行履行之全部或其主要部分，由
03 其他廠商代為履行，即構成所謂「轉包」。而所謂「主要部
04 分」，除招標文件標示為主要部分者外，凡招標文件標示或
05 應由得標廠商自行履行之部分，亦屬主要部分，尚不以標示
06 於招標公告為必要。

07 (二)經查，系爭工程由上訴人得標後，上訴人與徐福秀簽訂承攬
08 合約，其中第2條、第4條約定，可見系爭工程主要部分之管
09 溝定線、路面切割、管溝挖掘、管線裝接、澆置控制性低強
10 度回填材料（CLSM）、鋪設臨時AC路面、管線試壓、用戶外
11 線銜接至水表前、管線改接、AC刨除加封等項，上訴人均交
12 給徐福秀施作，並據證人徐敏華於上訴人及其前任代表人葉
13 秀娟所涉相關偵案偵訊中證稱，及於相關民案供稱明確；且
14 系爭工程施工日誌全部由徐敏華負責填載，現場工作人員全
15 係徐敏華所僱用，上訴人之人員皆無在場；另依系爭工程竣
16 工圖說所示，其使用100公厘水管長度為6,009公尺，50公厘
17 水管為787公尺，共計6,796公尺，與徐福秀所提工程估驗請
18 款單所載數量為6,784.2公尺幾近相同；另本件汰換管線
19 「用戶」數量為438戶，亦與徐福秀所提工程估驗請款單所
20 載用戶數量完全相同，足證上訴人確實將系爭工程主要部分
21 交由徐福秀施作。至於上訴人支付徐福秀工程總價8,627,72
22 6元，與系爭工程經被上訴人結算工程總價為25,492,536元
23 固有差距，惟依上訴人與徐福秀簽訂之承攬合約第5條約
24 定，上訴人須提供材料，而徐福秀所承攬部分則僅為現場施
25 工，此與被上訴人給付上訴人「連工帶料」的費用所致，而
26 上訴人亦不否認結算工程總價扣除其提供材料費用及相關修
27 復費用，即與徐福秀所請領之施工款項接近等情，故工程材
28 料提供部分自非判斷上訴人是否構成轉包行為之依據；又證
29 人徐敏華在上開證言或陳稱中係使用「分包」用語，但「轉
30 包」與「分包」為法律專有名詞，有不同定義，一般人未必
31 能嚴謹區分，上訴人與徐福秀簽約之項目係屬系爭工程之主

要部分，且該主要部分與系爭工程之其他成分具不可分性而構成契約之重要部分，自應以此實質關係論斷係轉包。另相關民案判決內容認系爭工程上訴人係「分包」委由徐福秀施作等語，然此係因該民案判決係有關損害賠償事件，並未引用上開政府採購法第65條及第67條規定論究上訴人與徐福秀間之承攬關係究竟為何，自難逕採為本件認定事實之依據。況行政機關對於是否構成行政罰之事實認定，本得依職權為之，並不當然受民事法院認定之事實所拘束，是上訴人將系爭工程交由徐福秀承包，自屬「轉包」而非「分包」關係，為原審調查證據及斟酌全案辯論意旨結果所論明，經核與卷附佐證相符，且與經驗法則及論理法則均無牴觸。

(三)依政府採購法第65條第1項之立法理由：「工程、勞務採購，為避免廠商變相之借牌，應禁止得標廠商轉包，爰於第一項明定不得轉包。」及同條第2項之規範意旨，凡將原契約中應自行履行之全部或其主要部分之履行，由其他廠商代為履行，即符合「轉包」之要件，轉包行為，將使公共工程有變相借牌、賺取差價或其他影響工程品質之虞；至於得標廠商與代為履行之其他廠商內部關係為何，以及得標廠商是否從中牟取差價利益，則均非所問。是原判決既係認定上訴人將系爭契約所約定之主要部分交由徐福秀施作，自係符合政府採購法第65條第1項、第2項規定之要件。則上訴人主張系爭工程嗣經被上訴人驗收合格，歷經兩年保固期間亦無工程缺失，且徐福秀向其請領之工程款，與系爭工程結算工程總價扣除其提供材料費用及相關修復費用相近，是其並無藉以獲取不當中間價差，與政府採購法第65條立法目的無違；另以原判決認主要部分之其他成分是否具不可分性而構成契約之重要部分而定，與政府採購法第65條立法目的無論理關聯性存在云云，無非係其對政府採購法第65條規定所執之歧異見解，指摘原判決違反論理法則、行政訴訟法第189條第1項規定，自非可採。

01 (四)依行為時政府採購法第101條第1項第11款規定，機關辦理採
02 購，發現廠商有違反同法第65條之規定轉包者，應將其事實
03 及理由通知廠商，並附記如未提出異議者將刊登公報，此係
04 為杜絕廠商違反政府採購法第65條明文規定，避免其再危害
05 其他機關，並利建立廠商間之良性競爭環境所制定；此與行
06 為時同條項第3款、第8款及第10款另設有「情節重大者」之
07 規定，與同條項第12款同係涉及「重大違約」之情形，尚應
08 就違約情節是否符合「情節重大」進行判斷，有所不同。易
09 言之，廠商如違反同法第65條之規定轉包者，機關依法即應
10 刊登公報。上訴人雖以其於原審審理中業已主張本件原處分
11 違反比例原則，惟原判決並未論述，自有理由不備之違法云
12 云，並援引本院103年度判字第535號判決為據。惟上訴人此
13 部分主張，仍係執其歧異見解，對原判決依法所為之認定而
14 為指摘；至於本院103年度判字第535號判決所涉事實，該事
15 件之機關係以廠商發生行為時政府採購法第101條第1項第12
16 款事由（重大違約）而刊登公報，故尚應就是否符合違約情
17 節重大進行判斷，與本件所涉同條項第11款係直接違反同法
18 第65條規定（違法）之轉包事由迥然不同，自無從拘束本
19 件。原判決未就上訴人此項抗辯為何論述，尚難認有何理由
20 不備之情事，是上訴人此部分之上訴意旨，亦非可採。

21 (五)綜上所述，原判決將申訴審議判斷、異議處理結果及原處分
22 均予維持，而駁回上訴人在原審之訴，核無違誤。上訴論
23 旨，仍執前詞指摘原判決違法，求予廢棄，為無理由，應予
24 駁回。

25 七、據上論結，本件上訴為無理由。依行政訴訟法第255條第1
26 項、第98條第1項前段，判決如主文。

27 中 華 民 國 110 年 11 月 11 日

28 最高行政法院第一庭

29 審判長法 官 侯 東 昇

30 法 官 王 碧 芳

31 法 官 簡 慧 娟

01

法官蔡紹良

02

法官鍾啟煌

03

以上正本證明與原本無異

04

中華民國 110 年 11 月 11 日

05

書記官蔡宜婷