

最 高 行 政 法 院 判 決

110年度上字第667號

上 訴 人 天合營造有限公司

代 表 人 林士元

訴訟代理人 蕭元亮 律師

被 上 訴 人 農業部農村發展及水土保持署臺北分署（更名前
為「行政院農業委員會水土保持局臺北分局」）

代 表 人 蔡金龍

訴訟代理人 林伯軒

李仁豪 律師（兼送達代收人）

上列當事人間政府採購法事件，上訴人對於中華民國110年8月19
日臺北高等行政法院108年度訴字第1096號判決，提起上訴，本
院判決如下：

主 文

原判決廢棄，發回臺北高等行政法院高等行政訴訟庭。

理 由

甲、程序部分：

一、按行政訴訟法於民國110年6月22日經總統公布修正部分條
文，並訂於112年8月15日施行。行政訴訟法施行法第19條規
定：「（第1項）修正行政訴訟法施行前已繫屬於最高行政
法院，而於修正行政訴訟法施行後，尚未終結之事件，由最
高行政法院依舊法審理。（第2項）前項情形，最高行政法
院為發回或發交之裁判者，應依修正行政訴訟法第104條之1
或第229條規定決定受發回或發交之管轄法院。」準此，本
件仍應依修正施行前規定審理，審理結果認應予廢棄發回原
審時，則依修正行政訴訟法依第104條之1第1項本文：「適
用通常訴訟程序之事件，以高等行政法院為第一審管轄法
院。」再依修正行政訴訟法第3條之1前段：「本法所稱高等
行政法院，指高等行政法院高等行政訴訟庭」應發回臺北高
等行政法院高等行政訴訟庭，先予指明。

01 二、本件行政訴訟上訴後，上訴人代表人由林章耀變更為林士
02 元，茲由新任代表人具狀向本院聲明承受訴訟，核無不合，
03 應予准許。

04 乙、實體部分：

05 一、緣上訴人標得被上訴人所辦理「龜子山三圳旁野溪治理工
06 程」（下稱系爭工程）的採購案，雙方於106年12月22日簽
07 訂工程契約書（下稱系爭契約），契約價金為新臺幣（下
08 同）7,848,000元。因上訴人於107年4月11日（樁號0K+108
09 既有跌水工補強左翼牆）、107年4月21日、22日（樁號0K+
10 030-0K+067段漿砌石護岸基礎）未通知監造單位查驗及混
11 凝土取樣，即逕行澆置作業，被上訴人以其違反系爭契約第
12 11條第6項第3款、第4款之約定，即依系爭契約第15條第6項
13 之約定，加強鑽心取樣測驗，以確認混凝土是否符合契約約
14 定。嗣以系爭工程107年7月24日混凝土抗壓取樣試驗不合
15 格，於107年10月25日增做混凝土抗壓試驗密集抽驗3組，經
16 鑽心試體取樣發現其中樁號0K+86甲式固床工、0K+134丙
17 式固床工兩處混凝土構造物皆含有卵石、塊石，依系爭契約
18 判定為不合格，已符合行為時政府採購法第101條第1項第8
19 款「查驗或驗收不合格，情節重大者」規定，被上訴人以10
20 7年11月15日水保北治字第0000000000號函（下稱原處分）
21 知依政府採購法第101條第1項第8款規定將刊登政府採購公
22 報，上訴人不服，提出異議，被上訴人以107年11月27日水
23 保北治字第0000000000號函之異議處理結果仍維持原處分
24 （下稱異議處理結果），上訴人不服，提出申訴，經行政院
25 公共工程委員會108年4月19日訴1070437號申訴審議判斷
26 （下稱申訴審議判斷）予以駁回及不受理（係關於請求被上
27 訴人負擔申訴費用部分，與本件無涉，不再贅提）後，遂提
28 起行政訴訟，並聲明：原處分（含異議處理結果）及申訴審
29 議判斷均撤銷。而被上訴人以上訴人違反政府採購法第101
30 條第1項第8款查驗或驗收不合格，情節重大，依政府採購法
31 第103條列為拒絕往來廠商，期間1年，在108年5月10日將上

01 訴人刊登於政府採購網1年，拒絕往來期限至109年5月10
02 日，上訴人遂於110年1月11日具狀變更訴之聲明為：確認原
03 處分違法。原審以其訴訟標的之請求雖有變更，但其請求之
04 基礎不變，且有情事變更情形，亦認上訴人所為訴之變更，
05 洵屬適當，而予准許，並以108年度訴字第1096號判決（下
06 稱原判決）駁回上訴人於原審之訴。上訴人仍不服，乃提起
07 本件上訴。

08 二、上訴人起訴之主張及被上訴人於原審之答辯，均引用原判決
09 所載。

10 三、原判決駁回上訴人之訴，其理由略謂：

11 (一)上訴人107年4月10日至12日的檢驗停留點申請單僅通報於10
12 7年4月10日施作0K+108處之既有壩體補強基礎部分，因該
13 處混凝土是280kgf/cm²，與一般大量的210kgf/cm²不同，故
14 107年4月10日監造單位即昇暉工程顧問有限公司（下稱昇暉
15 公司）沈承毅有指示上訴人於模板搭置完成後須先進行查
16 驗，因為需要預拌混凝土車、昇暉公司、上訴人工地負責人
17 三方都同時在場做圓柱試體取樣後才可以灌漿。上訴人當下
18 已同意，但是上訴人仍在未事先告知昇暉公司或被上訴人之
19 前，就在107年4月11日先行施作完成。上訴人違約事實甚為
20 明確。又上訴人為系爭工程自備預拌混凝土，上訴人所提供
21 給被上訴人的預拌混凝土送審資料有兩部分，其一是幸孚預
22 拌混凝土廠股份有限公司（下稱幸孚公司）台北廠（地址為
23 ○○市○○區○○路000號），其二是瀛豐實業股份有限公
24 司。上訴人在107年4月21日、22日，施作樁號0K+030至0K
25 +067段漿砌石護岸基礎，其中107年4月22日使用的混凝土
26 是由幸孚公司五股廠所提供的事實，故上訴人在107年4月22
27 日使用的混凝土不是上訴人送審通過的廠商所提供，就不符
28 合契約關於混凝土需由上訴人送審廠商提供的約定。上訴人
29 此部分違約事實亦甚為明確。

30 (二)被上訴人所做的鑽心取樣是否符合系爭契約？

01 1.依系爭契約與圖說規定，系爭工程需結構物鑽孔穿透檢驗
02 至少2組。又上訴人分別有前述107年4月11日、22日兩次
03 違約情事，被上訴人為確認上訴人施作的混凝土是否合於
04 系爭契約，即於107年7月3日簽准除在系爭契約約定的2組
05 鑽心試驗（分別位於0K+014、0K+165）外，另依系爭契
06 約第15條第6項約定，加強2組鑽心取樣測驗，1組位於0K
07 +108壩翼處，另1組位於0K+45左護岸基礎頂下70公分。
08 穿透檢驗位置在0K+191.48、0K+140。其中系爭契約約
09 定進行的2組鑽心試驗0K+014、0K+165及加強鑽心其中1
10 組0K+108壩翼處均於107年7月20日取樣，其試驗結果均
11 合格。至107年7月24日取樣位置在0K+45左漿砌石護岸基
12 礎頂下約70公分處之取樣，其抗壓試驗數據為301kgf/cm²、
13 187kgf/cm²、67kgf/cm²，依行為時行政院農業委員會
14 水土保持局水土保持工程品質抽驗補充規定（下稱品質抽
15 驗補充規定）之附件一抽驗要領及容許標準表，關於檢查
16 對象為混凝土鑽心試體，其合格認定之容許誤差為：「三
17 個試體混凝土抗壓強度之平均值不低於設計混凝土抗壓強
18 度百分之八十五及單一值不低於設計混凝土抗壓強度百分
19 之七十五。」該處混凝土抗壓強度規定為210kgf/cm²，而
20 其中1顆試體抗壓強度數據為67kgf/cm²，小於75%即157.
21 5kgf/cm²（=210×75%），經被上訴人判定為不合格，並
22 無違誤。上訴人主張107年7月24日取樣違反規定且取樣位
23 置有誤部分，107年7月24日鑽心取樣位置與鑽心取樣如原
24 審卷二第405頁照片所示，取樣試體是經由代表上訴人的
25 陳德姬、代表被上訴人的林伯軒、及昇暉公司工地監造負
26 責人沈大勇三方簽名確認後始送驗，有送驗單可參，與10
27 7年7月20日取樣的3份送驗單相同，且107年7月24日之取
28 樣試體其中有1個因為過短而捨棄，可知上訴人對於試體
29 是否符合送驗規定已經確認無誤，依行為時品質抽驗補充
30 規定第3點第4項規定，上訴人不得以任何理由提出異議。
31 又依行為時CNS1238混凝土鑽心試體及鋸切長條試體取樣

01 法（下稱CNS1238）第5.2鑽心取樣之規定，107年7月24日
02 取樣試體加載方向相對於混凝土澆置平面為垂直，並無含
03 金屬之試體狀況，亦有試驗送驗單可參，情形與107年7月
04 20日取樣的3組試體相同，而檢驗單位鑫鼎工程有限公司
05 材料試驗室（下稱鑫鼎試驗室）也是依據符合CNS1238規
06 定的試驗方法進行強度試驗而出具試驗報告，故上訴人主
07 張107年7月24日取樣違反規定且取樣位置有誤部分，並無
08 可採。

09 2.107年7月24日的取樣試驗結果不合格，上訴人申請複驗，
10 被上訴人依系爭契約第15條第6項約定、行為時品質抽驗
11 補充規定第4點第6項、第7項規定，擇定0K+44護岸基礎
12 頂下50cm、0K+86甲式固床工、0K+134丙式固床工、0K
13 +150順水左側護岸基礎鑽心取樣），加強抽驗共計4組，
14 包括原處1組，其他處加強抽驗3組，與上開約定或規定並
15 無違誤。又系爭契約第9條第17項規定：「機關於廠商履
16 約中，若可預見其履約瑕疵，或有其他違反契約之情事
17 者，得通知廠商限期改善。」而上訴人在107年4月11日、
18 107年4月22日的違約情事，已如前述，故107年7月24日之
19 後的各項查驗、檢驗，仍然是因為上訴人在申報竣工之前
20 違反系爭契約第11條第3項、第6項第3款、第4款等規定，
21 而依約進行的查驗、檢驗。也是因為該階段工程屬於事後
22 無法檢驗之隱蔽部分，所以依其性質必須先行查驗、檢
23 驗，無從等到全部工程申報竣工才開始檢驗，所以，被上
24 訴人依約享有的查驗、驗收權利，不因為上訴人申報竣工
25 就使被上訴人無法繼續完成所應進行的查驗、檢驗。被上
26 訴人仍得就該部分繼續依系爭契約規定進行查驗、檢驗。
27 至於系爭契約第15條第2項關於驗收程序的規定，與系爭
28 契約第11條第3項、第6項第3款、第4款的規定不僅並無衝
29 突，且分別有其適用的前提要件或階段，不可混為一談，
30 故上訴人主張被上訴人無權就此部分進行查驗、檢驗等
31 語，顯屬誤解系爭契約之規定，並無可採。

01 3.關於107年10月25日鑽心取樣試驗結果，是否合於系爭契
02 約？

03 (1)上訴人因107年7月24日0K+45基礎頂下70cm取樣檢驗不
04 合格，上訴人申請複驗，被上訴人依系爭契約第9條第1
05 7項、第18項約定，品質抽驗補充規定第4點第6項、第7
06 項規定加強抽驗共4組（0K+44護岸基礎頂下50cm、0K
07 +86甲式固床工、0K+134丙式固床工、0K+150順水左
08 側護岸基礎鑽心取樣）。107年9月3日僅進行0K+44護
09 岸基礎頂下50cm的1組鑽心取樣，3顆試體經檢驗均合
10 格。後續因無法配合而仍有3組未採。經多次通知，昇
11 暉公司訂於107年10月18日進行鑽心取樣，因溪水上漲
12 改訂於107年10月25日進行鑽心取樣，並無違法情形。

13 (2)依品質抽驗補充規定第3點第3項規定：「混凝土鑽心取
14 樣位置，在無明顯品質不佳下，採隨機取樣或指定取樣
15 （由主管或抽驗人員指定抽驗位置），每次鑽心取樣至
16 少應有一組（在十平方公尺範圍內取三個試體）。」次
17 依品質抽驗補充規定之抽驗要領及容許標準表，混凝土
18 粗骨材之「標稱最大粒徑」應明定於施工圖說、單價分
19 析表中（或依國家標準為之）。一經抽驗發現摻有大於
20 「標稱最大粒徑」上一篩號粒徑者，即視為不合格混凝
21 土材料。0K+86甲式固床工、0K+134丙式固床工混凝
22 土抗壓強度為 210kgf/cm^2 （工程數量詳細表），粗骨材
23 標稱最大粒徑為4.75mm-37.5mm，上一號粒徑為4.75mm-
24 50mm。而系爭工程混凝土粗骨材之標稱最大粒徑為25m
25 m，但107年10月25日鑽取的試體含依目視與量測可知含
26 有卵石（卵石長徑尺度：15公分以下）、塊石（塊石長
27 徑尺度：15至40公分之間），皆大於100mm，屬於CNS12
28 38第5.1(b)所規定鑽心試體中若含有其他埋設物時，不
29 得用以測定混凝土強度的情形，故無法再送去實驗室進
30 行混凝土抗壓強度測試。又其中0K+86甲式固床工依設
31 計圖說其表面嵌塊石粒徑為40-60cm，嵌入深度為粒徑

之1/2，固床工上游面配有鋼筋及需組模澆置混凝土，取樣8個試體，僅1個符合，其餘7個試體中有塊石，試體合格率为12.5%，至於0K+134丙式固床工鑽心位置已脫離嵌塊石嵌入之影響範圍（該處橫斷面寬為頂面寬1.5M+取樣深度頂下0.8M*斜率0.3=1.5+0.24=1.74M），取樣7個試體，僅3個符合，其餘4個試體中有1個含塊石，3個含鋼筋，試體合格率为3/4=75%，予以判定不合格等情，有護岸及甲式固床工剖面圖、護岸及甲式固床工標準示意圖、護岸及甲式固床工平面圖、甲式固床工標準示意圖、丙式固床工剖面圖、護岸及丙式固床工標準示意圖、護岸及丙式固床工平面圖、取樣位置照片、混凝土抗壓強度試驗報告單（均註明：因鑽取試體內含卵塊石，依品質抽驗補充規定判定不合格，不進行混凝土抗壓強度）、被上訴人107年10月29日水保北治字第107000000號函可參，互核相符，被上訴人上開鑽心取樣及不合格之判定並無違法情形。故上訴人主張107年10月25日鑽心取樣試驗結果違法不得使用等語，尚屬無據。

(3)關於0K+86甲式固床工位置，採樣時雖因測量尺寸誤差而誤認是0K+67.37的甲式固床工，但由於該兩處均為甲式固床工，其設計皆相同，有系爭工程平面配置圖-1、平面配置圖-2、護岸及甲式固床工標準示意圖-1、護岸及甲式固床工標準示意圖-2可參，上訴人自應以相同方式施作並符合相同標準，故對於鑽心採樣並無影響。

(三)系爭工程經隨機抽驗兩座固床工，均不合格，不合格比率為100%，兩座不合格固床工佔總數6座固床工比率為33%，其比率甚高。又混凝土鑽心試體合格率为72.4%，8組抗壓試驗有3組不合格，不合格率達37.5%，複驗的4組就有2組不合格，不合格率为50%，品質不良的情形甚為明確。扣除利潤與管理費等，兩座不合格固床工施工費用為545,199元，

01 總數6座固床工施工費用為1,716,487元，總工程結算施工費
02 為6,467,387元，故兩座不合格固床工施工費用佔全部固床
03 工施工費用的31.76%（ $=545,199 \div 1,716,487 \times 100\%$ ），
04 佔總工程結算施工費8.43%（ $=545,199 \div 6,467,387 \times 100\%$ ）。比例不可謂為不小。又系爭工程所在位置上游為編
05 號：新北DF004之土石流潛勢溪流，順水右側為三芝、淡水
06 重要的水圳取水口及龜子山三圳，且「系列固床工係為保護
07 溪床免於被沖刷下切之多座橫向阻水構造物所組成，其對溪
08 床之穩定效能，與系列防砂壩類似，皆屬仿照階梯狀溪床結
09 構而設施。……固床工間距應小於固床工影響範圍，使後一
10 座固床工一定要在前一座固床工的防護範圍內，這樣才能起
11 到系列固床工的聯合作用。因此，系列固床工間距設計與其
12 穩坡固床之效能密切相關……據實務經驗得知，當系列固床
13 工間距大於25.0m時，因間距過大，恐無法發揮系列固床工
14 之間的相互保護效果，而間距小於7.0m時，也有過度設計之
15 虞。為此，系列固床工適當間距約介於7.0m至25m之間為
16 佳」等情，亦有水土保持手冊-工程篇2.3.5規劃設計原則可
17 參，另依系爭工程水理計算基本資料可知，本件集水區面積
18 為840公頃，洪水量為264.15C.M.S.，無固床工時的溪流流
19 速為7.653M/sec，系爭工程加入固床工及跌水工設計，可以
20 減緩流速至符合工程規範流速之6.1M/sec。由於龜子山三圳
21 樁號0K+108.5處原有的壩體已遭嚴重掏空，系爭工程目的
22 是為了就該部分進行改善，而樁號0K+86甲式固床工為水閘
23 門上游攔阻土砂及避免土砂掏刷之重要構造物，是0K+108.
24 5處原有的壩體上游距離最近的構造物，樁號0K+134丙式固
25 床工為既有跌水工改善之重要構造物，是0K+108.5處原有
26 的壩體下游距離最近的構造物，若兩處固床工因品質不良而
27 毀損，將造成系列固床工間距分別改變為41m（0K+67-0K+
28 108）及31m（0K+125-0K+156），使流速過快，加劇局部
29 掏刷現象，連帶影響其他構造物毀損，無法發揮原設計之功
30 能效果，以致無法達成系爭契約之主要目的，嚴重影響龜子
31

01 山三圳無法取水，使下游農田無法灌溉導致農作損失，而減
02 損系爭契約經濟價值之實現。而上訴人未事先通知昇暉公司
03 裨益查驗及取樣及進行，就逕自進行混凝土澆置作業，明顯
04 有違系爭契約履行之程序規範，以及實際使用之混凝土並非
05 上訴人送審通過之廠商所提供者，又無視系爭契約明文對固
06 床工塊石粒徑之規定，以致甲式固床工取樣8個試體僅有1個
07 合格，試體之合格是材料外觀之判斷，試體不合格者不得用
08 以測定混凝土之強度，上訴人明知相關程序及材料之約定，
09 卻仍執意逕自施作，其主觀之可責性，足堪認定。綜上，系
10 爭工程經查驗有上開違約不合格之處，上訴人仍置之不理，
11 且因抽驗不合格的比率過高，被上訴人考量系爭契約目的因
12 此未能達成所可能造成的危害結果等情節，認為上訴人有符
13 合政府採購法第101條第1項第8款規定查驗或驗收不合格，
14 情節重大之情形，依政府採購法第103條列為拒絕往來廠
15 商，期間1年，在108年5月10日將上訴人刊登於政府採購網1
16 年，拒絕往來期限至109年5月10日，於法有據，並無違反比
17 例原則之情形等語。

18 四、本院按：

19 (一)本件被上訴人以上訴人有政府採購法第101條第1項第8款所
20 規定「查驗或驗收不合格，情節重大者」之事由，以107年1
21 1月15日水保北治字第1070000000號函作成原處分，嗣經上
22 訴人以異議、申訴等程序請求救濟，終經申訴審議判斷予以
23 駁回。上訴人於108年6月27日提起行政訴訟（見原審卷□第
24 15頁起訴狀上原審收文戳記），適政府採購法關於第101條
25 第1項第8款刊登採購公報之要件、效果，於108年5月22日經
26 總統令公布修正，本件相關應適用之規定其修正前、後之條
27 文如附表所示。其中第101條第4項增訂適用比例原則所應考
28 慮之因素；修正第103條第1項第3款對於具有第101條第1項
29 第8款事由者，審酌廠商過往參與採購之表現情形，按其不
30 良紀錄之次數，課予長短不同之刊登期限令其退出採購市
31 場，其修法亦係出於手段與目的間應符合比例原則之考量，

均屬有利於廠商之變更。依本院101年度6月份第1次庭長法官聯席會議決議：「機關因廠商有政府採購法第101條第1項各款情形，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項所示於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，為不利之處分。其中第3款、第7款至第12款事由，縱屬違反契約義務之行為，既與公法上不利處分相連結，即被賦予公法上之意涵，如同其中第1款、第2款、第4款至第6款為參與政府採購程序施用不正當手段，及其中第14款為違反禁止歧視之原則一般，均係違反行政法上義務之行為，予以不利處分，具有裁罰性，自屬行政罰」之既定見解，原處分即具行政罰之性質。則依111年6月15日修正之行政罰法第5條規定：「行為後法律或自治條例有變更者，適用裁處時之法律或自治條例。但裁處前之法律或自治條例有利於受處罰者，適用最有利於受處罰者之規定。」暨其修法理由指明「所謂『裁處時』，除行政機關第一次裁罰時，包括訴願先行程序之決定、訴願決定、行政訴訟裁判，乃至於經上述決定或裁判發回原處分機關另為適當之處分等時點」經比較本件應適用之前開政府採購法規定修法前後之內容，修法前之內容並非對於廠商較為有利，原審對於原處分合法性之審查，即應適用前揭108年5月22日總統公布修正之條文。

(二)次按，本件刊登政府採購公報之事由為「查驗或驗收不合格，情節重大者」，系爭契約對於系爭工程之查驗程序有兩造合意之約定如下：系爭契約第11條「工程品質」第2項：「廠商自備材料、機具、設備在進場前，應依個案實際需要，將有關資料及可提供之樣品，先送監造單位/工程司審查同意。如需辦理檢(試)驗之項目，得為下列方式(由機關擇一於招標時載明)，且檢(試)驗合格後始得進場：■檢(試)驗由廠商依機關指定程序辦理：廠商會同監造單位/工程司取樣後，送往機關指定之檢(試)驗單位辦理檢(試)驗，檢(試)驗費用納入契約價金，由機關以代收代付方式支

付。」第11條第3項：「廠商於施工中，應依照施工有關規範，對施工品質，嚴予控制。隱蔽部分之施工項目，應事先通知監造單位/工程司派員現場監督進行。」第6項第4款：「本工程如有任何事後無法檢驗之隱蔽部分，廠商應在事前報請監造單位/工程司查驗，監造單位/工程司不得無故遲延。為維持工作正常進行，監造單位/工程司得會同有關機關先行查驗或檢驗該隱蔽部分，並記錄存證。」第9項：「有關其他工程品管未盡事宜，契約施工期間，廠商應遵照公共工程施工品質管理作業要點辦理。」（見原審卷一第314頁至第316頁）。又公共工程施工品質管理作業要點第18點明文「各機關得依本要點，另訂定有關之作業規定。」行政院農業委員會因而訂有品質抽驗補充規定，供作所屬各機關執行工程抽驗踐行步驟之依據，依系爭契約第11條第9項均屬契約約定之一部，於本件相關者如附表所示行為時規定。

(三)查本件上訴人標得系爭工程，因有未通知監造單位查驗及不得使用非經送審通過之混凝土等違反前揭系爭契約約定之情事。被上訴人遂辦理加強鑽心取樣測驗，分別有位於0K+014、0K+165之2組鑽心試驗，及位於0K+108壩翼處（穿透檢驗位置在0K+191.48）、位於0K+45左護岸基礎頂下70公分（穿透檢驗位置在0K+140）之2組加強鑽心取樣測驗。結果取樣位置在0K+45左漿砌石護岸基礎頂下約70公分處之取樣，經被上訴人依鑫鼎試驗室測試結果判定為不合格。上訴人乃依品質抽驗補充規定第4點第6項規定，申請複檢。被上訴人再擇定0K+44護岸基礎頂下50cm、0K+86甲式固床工、0K+134丙式固床工、0K+150順水左側護岸基礎鑽心取樣，加強抽驗共計4組。遂先於107年9月3日進行0K+44護岸基礎頂下50cm的1組鑽心取樣，3顆試體經檢驗均合格。惟迄107年10月25日採取樁號0K+86甲式固床工、0K+134丙式固床工兩處混凝土構造物，因鑽心試體發現卵石、塊石，依目視與量測可知皆大於100mm，依品質抽驗補充規定之抽驗要領及容許標準表之要求，如經抽驗發現摻有大於「標稱最大粒徑」上一篩號

01 粒徑者，即視為不合格。0K+86甲式固床工、0K+134丙式
02 固床工之混凝土材料粗骨材標稱最大粒徑為4.75mm-37.5m
03 m，上一號粒徑為4.75mm-50mm。而系爭工程混凝土粗骨材之
04 標稱最大粒徑為25mm，但107年10月25日鑽取的試體含依目
05 視與量測可知含有卵石、塊石，皆大於100mm，且依CNS1238
06 第5.1(b)之規定：「除符合5.1(c)者外，鑽心試體中若含有
07 鋼筋（不包括纖維）或其他埋設物時，不得用以測定混凝土
08 強度。」故於該2處採取之試體，不得用以測定混凝土強
09 度，故無法再送實驗室進行混凝土抗壓強度測試。因0K+86
10 甲式固床工所取得之8個試體，僅1個符合，其餘7個試體中
11 有塊石，試體合格率为12.5%；0K+134丙式固床工鑽心位
12 置，取樣7個試體，僅3個符合，其餘4個試體中有1個含塊
13 石，3個含鋼筋，試體合格率为3/4=75%，乃予以判定不合格
14 等情。經原審調閱卷證及審酌兩造辯論結果後，認定被上訴
15 人上開鑽心取樣及不合格之判定並無違法情形。

16 (四)上訴意旨主張試體採取之位置不符約定，不得據以判斷工程
17 是否合格，原判決未就取樣不當部分說明上訴人主張何以不
18 可採，就判定試體為不合格所依據之數據如何計算得出，亦
19 未敘明，有不備理由及證據矛盾之違背法令等語。關於上訴
20 意旨所稱試體採取之位置不符約定之情形，其中0K+45鑽心
21 試體部分，已經原審依其調查證據所得，詳敘該部分取樣經
22 過如何經兩造代表及監造廠商昇暉公司之工地監工負責人沈
23 大勇共同確認始予送驗（見原判決第14頁），而依品質抽驗
24 補充規定第3點有關抽驗作業之規定，第4項規定鑽心試體取
25 樣後及試驗前，廠商應先確認試體無爭議後始得進行試驗，
26 若廠商於試體試驗前無異議，嗣後即不得以任何理由對試驗
27 所得結果提出異議，因認被上訴人以所採取之0K+45鑽心試
28 體送驗，為合法有據等語。經核原審就此所為事實之認定，
29 與證卷資料相符，依品質抽驗補充規定第3點第4項所為論
30 斷，亦合於兩造契約約定之意旨，並無違誤。上訴人之代表
31 既於採樣當時於送驗單上簽認該採樣結果（見原審卷三第12

7頁），即不得再有異議，故其於訴訟中提出前述質疑，法院實無加以審究之必要，是其上訴主張重敘其於原審之爭執，即無可取。故被上訴人接續再依上訴人之申請進行複檢，並無不當。惟於複檢程序所採集之0K+86甲式固床工、0K+134丙式固床工2處取樣，原審以鑽心取樣之試體均含卵石、塊石，依品質抽驗補充規定之抽驗要領及容許標準表之要求，為不合格之試體，依CNS1238第5.1(b)之規定，不得用來測定混凝土強度，故無法送驗，固非無據。然被上訴人陳述採樣之過程，提及上訴人之員工在場參與取樣，惟拒絕簽認鑽取之鑽心試體等語（見原審卷二第363頁），則該等試體顯未經上訴人確認而得認為無爭議，依前揭品質抽驗補充規定第3點第4項之規定，似不得遽以該等試體供作判定合格與否之標的。乃原審就此疑義未予調查，並敘明何以在未經上訴人確認採取之試體，仍可作為判定標的，實有理由未備之違誤。又上訴人主張甲式固床工、丙式固床工係採混凝土砌塊石施工法，分區塊進行於砌一層塊石後鋪混凝土漿一層；砌第二層塊石再鋪混凝土漿一層；逐層施工，費時耗力，混凝土與塊石無明顯界限，混凝土中有塊石，塊石中有混凝土（見原審卷二第353頁），在0K+86、0K+134固床工程河道堰體混凝土砌石區之塊石均大於40公分，係依契約所施作，則鑽心之結果，當然含有超過10公分以上粒徑之塊石。而此乃依契約之要求所加入，被上訴人自不得以之為混凝土構造物進行取樣，否則有違誠信原則等語；上訴時復提出此一施工法已經被上訴人核定之公函及施工及品質計畫書節本為證（見本院卷第123至136頁）。另有證人沈承毅為昇暉公司之土木技師參與系爭工程之設計，其於109年9月15日原審行準備程序時到庭為證，其依上訴人代表人持被上訴人於原審提出之被證8甲式固工床、丙式固工床之剖面圖（見原審卷一第421頁）之詢問，為如下之證詞：「（原告代表人）如果你是代理技師職務的話，被證8的設計圖是不是用混凝土砌塊石施工？（提示被證8之設計圖予證人沈承毅閱覽）」

證人：樁號不敢肯定，但依被證8這2種固床工的形式，下游面是砌塊石，上面一樣是一般的混凝土構造，因為一樣是搭模板，下面有鋼筋。」「（原告代表人）：混凝土砌塊石是不是一層一層的石頭而上去分層施工？證人：砌塊石的工向是一層一層疊上去沒有錯。」等語（見原審卷二第505、506頁），核其證詞內容與上訴人主張甲式固工床、丙式固工床之施工方法似無不同。則倘上訴人主張為真，0K+86甲式固床工、0K+134丙式固床工2處即非混凝土構造物，對之所為之鑽心取樣是否適法，即非無再予研求之必要。乃原審就此上訴人之主張並未論斷如何不可採取，亦有理由未備之違誤。

(五)另查，揆諸首揭說明，本件原處分之合法性應適用裁判時已經生效之108年5月22日經總統令公布修正如附表所示政府採購法之規定，除應該當政府採購法第101條第1項第8款之要件外，須審酌同條第4項所揭示判斷情節重大之因素，包括被上訴人所受損害之輕重、上訴人可歸責之程度及其實際補救或賠償措施等情形，乃原審固已由不合格比例、查驗不合格所致工程品質可能肇致農作之損失等節，論斷被上訴人所受損害非輕，固非無據。惟依原判決所確定之事實，被上訴人於複檢時所擇定查驗為0K+44護岸基礎頂下50cm、0K+86甲式固床工、0K+134丙式固床工、0K+150順水左側護岸基礎鑽心取樣等4組，先於107年9月3日進行0K+44護岸基礎頂下50cm的1組鑽心取樣，3顆試體經檢驗均合格（見原判決第17頁），嗣107年10月25日採取樁號0K+86甲式固床工、0K+134丙式固床工兩處鑽心試體，其中0K+86甲式固床工取樣8個試體，僅1個符合，其餘7個試體中有塊石，試體合格率为12.5%；0K+134丙式固床工鑽心取樣7個試體，僅3個符合，其餘4個試體中有1個含塊石，3個含鋼筋，試體合格率为3/4=75%（見原判決第19、20頁），似未論及0K+150順水左側護岸基礎鑽心取樣之取樣及送驗情形；又0K+134丙式固床工鑽心取樣7個試體，僅3個符合，則試體合格率應為3/7，何以為

3/4=75%？原審繼而論斷「混凝土鑽心試體合格率僅72.4%，8組抗壓試驗有3組不合格，不合格率達37.5%，複驗的4組就有2組不合格，不合格率為50%」等語（見原判決第22頁），與前述在0K+44護岸基礎頂下50cm、0K+86甲式固床工、0K+134丙式固床工鑽心取樣3組所得結果之合格率有所未合，實有調查證據認定事實未符論理法則之違誤。而此關係上訴人驗收不合格，情節是否重大之判斷，自應命被上訴人舉證說明不合格率之採認及計算標準。又原審認原處分刊登政府採購公報期限1年為合法，惟原審並未審酌現行政府採購法第103條第1項第3款刊登期限1年，必須廠商已有累計2次以上之刊登情事，而究明上訴人是否具有此款規定之情形，亦有理由未備之違誤。乃上訴意旨主張其在接獲原處分通知前5年，僅有1次遭刊登停權，此次縱使該當驗收不合格情節重大之要件，應被刊登政府採購公報之期限應為6個月一節是否屬實，亦攸關原處分之合法性，自有予以調查之必要。

(六)綜上，原判決既有前述理由未備等違背法令之違誤，且前開未明之爭點，均攸關原處分之合法性判斷而於判決結論有所影響，上訴人請求予以廢棄，即有理由，就此事證未明之處，自應發回原審另為調查審理，本院尚無從自為判決，爰將原判決廢棄，發回原審更為適法之裁判。

據上論結，本件上訴為有理由。依行政訴訟法第256條第1項、第260條第1項，判決如主文。

中 華 民 國 112 年 8 月 29 日

最高行政法院第二庭

審判長法官 胡 方 新

法官 梁 哲 瑋

法官 林 玫 君

法官 洪 慕 芳

法官 李 玉 卿

以 上 正 本 證 明 與 原 本 無 異

01 中 華 民 國 112 年 8 月 29 日
02 書記官 高 玉 潔