

最 高 行 政 法 院 裁 定

108年度裁字第1878號

上 訴 人 高 雄 市 政 府 工 務 局

代 表 人 吳 明 昌

訴 訟 代 理 人 洪 國 欽 律 師

張 志 堅 律 師

被 上 訴 人 愛 光 有 限 公 司

代 表 人 廖 聰 明

上列當事人間營造業法事件，上訴人對於中華民國107年12月11日高雄高等行政法院107年度訴字第183號判決，提起上訴，本院裁定如下：

主 文

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

一、按對於高等行政法院判決之上訴，非以其違背法令為理由，不得為之，行政訴訟法第242條定有明文。依同法第243條第1項規定，判決不適用法規或適用不當者，為違背法令；而判決有同條第2項所列各款情形之一者，為當然違背法令。是當事人對於高等行政法院判決上訴，如依行政訴訟法第243條第1項規定，以高等行政法院判決有不適用法規或適用不當為理由時，其上訴狀或理由書應有具體之指摘，並揭示該法規之條項或其內容；若係成文法以外之法則，應揭示該法則之旨趣；倘為司法院大法官解釋，則應揭示該解釋之字號或其內容。如以行政訴訟法第243條第2項所列各款情形為理由時，其上訴狀或理由書，應揭示合於該條項各款之事實。上訴狀或理由書如未依此項方法表明，或其所表明者與上開法條規定不合時，即難認為已對高等行政法院判決之違背法令有具體之指摘，其上訴自難認為合法。

二、被上訴人未取得營造業許可，於民國103年11月19日與第三人勞動部勞動力發展署雲嘉南分署（下稱雲嘉南分署）簽訂合約，以金額新臺幣（下同）88萬9,200元承攬雲嘉南分署

所有之「電機館屋頂PU防水整修採購案」（下稱系爭採購案），由其負責系爭採購案整體施作，並於103年12月29日竣工及驗收合格在案。嗣雲嘉南分署於106年3月24日以南分署自字第1061500296號函檢附營造業疑涉違規審議通知單及證據資料移由上訴人查處，上訴人爰於106年4月6日以高市工務建字第10632073100號函予以舉發，經上訴人106年10月25日召開之106年度第2次高雄市非營造業者違反營造業法審查會議審查結果，核認被上訴人承攬系爭採購案，違反營造業法第4條規定之事實明確，上訴人乃於106年11月7日以高市工務建字第10638367700號函（下稱原處分），依營造業法第52條規定裁處被上訴人100萬元罰鍰，並勒令停止經營營造業業務。被上訴人不服，提起訴願遭駁回，循序提起行政訴訟，經高雄高等行政法院（下稱原審）以107年度訴字第183號判決（下稱原判決）撤銷訴願決定及原處分。上訴人不服，遂提起本件上訴。

三、上訴意旨略謂：（一）、行政罰法第7條第1項所定非出於故意或過失之行為，係指被上訴人從事防水工程卻未曾依營造業法之規定申請內政部許可並加入公會而承攬防水工程，有無出於故意或過失為斷，被上訴人有無曾向主管機關或地方公會請求釋明，是否有依前例而無需申請可參等，始得謂被上訴人就違反營造業法第4條、第52條規定無故意或過失可言。故被上訴人只需明確知悉及所從事係屬防水工程之項目（採購案名為「電機館屋頂PU防水整修採購案」），無論採購機關就政府採購法上之定性為何及是否具有解釋錯誤之情形，均無礙被上訴人明知且實際從事防水工程，而未依營造業法規定辦理「專業營造業」始得從事之特定項目之認定。況且採購機關並非為從事工程之專業，縱有誤認或為便於被上訴人參與標案，而曲解採購性質及內容進行招標，亦無影響被上訴人非營造業而實質從事防水工程，進而違反營造業法之事實。被上訴人既以防水工程為業，並經原判決認定已符合營造業法第52條之客觀處罰構成要件，則被上訴人對前揭已

公布實施多年之法律規定竟未予注意，未經許可及辦理專業營造業登記，即參與雲嘉南分署招標之系爭防水工程，對於因而違反營造業法第4條第1項規定，自有應注意、能注意而未注意之過失，原判決未察於此，卻以被上訴人信賴採購機關所為之招標文件及相關履約內容，認為被上訴人違反營造業法之相關規定，非出故意或過失，依行政罰法第7條第1項規定認不予處罰，即有適用法律錯誤之違誤。(二)、被上訴人從事防水工作之營業事項，自應依營造業法規定辦理營業登記並加入所在地公會，且被上訴人自90年至103年間，參與政府採購投標件案達67件，其中參與政府採購機關雲嘉南分署之採購案達61件，接近9成，其中除本件「電機館屋頂PU防水整修」，亦有「機械館電腦數值控制機械班實習工廠環境衛生改善整修、銲接班氬氣及CO2氣體管路增設與修改工程、機械館實習工廠地板工安改善」需具備專業執照項目，惟採購機關均以勞務採購發包（採購機關亦有發包工程案件），難謂被上訴人就政府採購乃至相關營業所需遵循之法令均無所悉，原判決未予說明被上訴人經營事業有何不需事先審究依法令有無資格限制之必要，即以機關招標文件未予限制資格，認定被上訴人主觀上無故意或過失，亦有認定事實錯誤、判決不備理由之違誤等語。惟原判決已敘明：被上訴人自67年9月9日經高雄市政府經濟發展局核准設立登記，所營事業項目不曾包含防水工程專業營造業。雲嘉南分署於103年11月7日上網公告系爭採購案之招標，表明系爭採購案為勞務採購，廠商資格需提出公司登記或商業登記證明文件、納稅證明及廠商信用之證明等，經被上訴人檢附相關資料及文件參與系爭採購案之投標並得標。系爭採購案於投標須知及採購契約抬頭均表明為勞務採購，且系爭採購案之招標文件並未限定投標廠商之資格，雲嘉南分署於移送被上訴人予上訴人調查後，其仍肯認系爭採購案應屬勞務採購，足見系爭採購案之招標機關，不但不認識系爭採購案屬於防水工程，亦不認識該採購案屬於專業營造業登記之專業工程，更不

知悉該採購案須由經許可之營造業者施作，始符合營造業法之規定，佐以招標機關對被上訴人施作完成之內容，業已驗收合格並付款，自難期待被上訴人有超越招標機關認識系爭採購案屬於防水工程之可能。被上訴人不僅不知悉系爭採購案屬於營造業業務，亦不知悉系爭採購案須經許可始得施作，而被上訴人從事系爭採購案前，既未曾從事防水工程，原本即未必認識並瞭解營造業業務，而購買防水漆及其材料試驗報告復無資格限制，被上訴人亦無經由材料供應商認識營造業業務之可能，甚至在系爭採購案之招標機關對該採購案屬營造業業務都不認識的情形下，實難認為被上訴人有可能知悉其施作之「電機館屋頂PU防水整修」係屬營造業法所規範的專業營造業登記之專業工程業務，則被上訴人對其違反營造業法第52條規定之構成要件事實既無認識之可能，難認為有過失等得心證之理由。經核其上訴理由，無非係就原審取捨證據、認定事實之職權行使，以其主觀見解，指摘其為不當，並就原審已論斷者，泛言未論斷，而非具體表明原判決合於不適用法規、適用法規不當、或行政訴訟法第243條第2項所列各款之情形，難認對該判決之如何違背法令已有具體之指摘。依首開規定及說明，應認其上訴為不合法。

四、據上論結，本件上訴為不合法。依行政訴訟法第249條第1項前段、第104條、民事訴訟法第95條、第78條，裁定如主文

中華民國 108 年 12 月 31 日

最高行政法院第四庭

審判長法官 鄭 小 康

法官 劉 介 中

法官 林 文 舟

法官 帥 嘉 寶

法官 林 玫 君

以上正本證明與原本無異

中華民國 109 年 1 月 6 日

書記官 張 鈺 帛

