臺中高等行政法院判決

）FKT64W1Z1X5LO;@109年度訴字第

原　　告　蔡國興

被　　告　苗栗縣政府

代　表　人　徐耀昌

上列當事人間營造業法事件，原告不服內政部中華民國109年10月26日台內訴字第1090054737號訴願決定，提起行政訴訟。本院判決如下：

主　文

原告之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

理　由

一、緣訴外人通勇營造有限公司（下稱通勇公司，屬甲級綜合營造業）承攬被告辦理「苗栗縣西湖鄉西湖國小北棟校舍拆除重建工程」（下稱系爭工程），承攬金額為新臺幣（下同）5,991萬5,000元，屬營造業法第30條規定應設置工地主任之工程，經通勇公司函報指派葉晉武擔任上開工程之工地主任在案。原告為通勇公司依法聘任之專任工程人員，嗣通勇公司於民國109年7月15日以通勇建字第1090000503號函通知監造建築師並副知被告，因系爭工程之原工地主任葉晉武另有任用，故工地主任欲變更由原告擔任。被告審認原告為通勇公司依法設置之專任工程人員，依營造業法及契約規定不得兼任工地主任，乃以109年7月23日府工土字第1090144131號函（下稱109年7月23日函）知通勇公司略以：查本案所報人員原告為貴公司依法設置之專任工程人員，依法不得兼任工地主任，請原工地主任葉晉武賡續依約執行業務。原告不服109年7月23日函，提起訴願，經內政部109年10月26日台內訴字第1090054737號訴願決定（

下稱訴願決定）不予受理，原告遂提起本件訴訟。

二、原告起訴主張及聲明：

㈠主張要旨：

1.依憲法第15條規定，人民工作權之限制應以法律定之。若專任工程人員依法取得工地主任執業證，因工地主任執業場所僅為營造業承攬工程之工地，依營造業法第34條規定，受聘營造業之專任工程人員不得兼任其他綜合營造業、專業營造業之業務或職務，故僅能在其受聘營造業執行工地主任業務。原告應受憲法保障之工作權被違法侵害，實已直接損害原告行使工作權以獲得報酬之權利及利益。

2.營造業法第34條第1項規定將第66條第4項規定予以排除，顯然其所稱不得兼任為非專任工程人員受聘之營造業業務或職務。另依同法第28條及其施行細則第19條規定，營造業專任工程人員得為該營造業負責人或其他業務人員。故工地主任應為營造業其他業務人員，專任工程人員得依法兼任，被告109年7月23日函曲解法令規定，依法無據。

3.系爭工程之契約係參照行政院公共工程委員會（下稱工程會）定頒之工程採購契約範本，該契約範本第9條第4款條文於103年1月20日前並無工地主任不得兼任工地其他職務之規定，依其103年1月20日之修正說明，係依營造業法第32條第1項第2款規定，工地主任應按日填報施工日誌，是工地施工期間工地主任應專駐於工地。惟依同法第32條規定可知，營造業之專任工程人員得同時辦理免設工地主任之工程中工地主任應負責辦理之工作，該工作均含「按日填報施工日誌」，故營造業之專任工程人員若取得工地主任執業證專駐於其受聘營造業承攬之單一工程工地擔任工地主任，辦理營造業法第32條規定之工作，為營造業法所

容許。是以內政部96年3月12日台內中營字第0960019321號函及工程採購契約範本依該函釋所訂「工地主任應專駐於工地」之意旨，並無規範專駐於工地之工地主任不得為該營造業之專任工程人員。另依契約範本第9條第4款於104年1月7日之修正說明可知，所謂不宜於同一工地擔任其他職務，參照營造業法第40條規定，營造業在無施工工程期間仍應設置專任工程人員，故專任工程人員非工地職務，所稱工地其他職務實為依公共工程施工品質管理作業要點應於工地設置之品管人員及依職業安全衛生管理辦法第3條所規定應於工地設置之職業安全衛生管理人員。

4.系爭工程之契約採用工程採購契約範本，應屬行政規則，若以該條文工地主任應專駐於工地即規範工地主任不得兼任其他任何職務，已違反法律保留原則，限制人民之工作權。故該條文應無限制工地主任得依法兼任其他職務，被告109年7月23日函曲解營造業法及契約條文規定，侵害原告應受憲法保障之工作權，為違法之行政處分。

㈡聲明：

1.請求撤銷被告109年7月23日函及訴願決定。

2.請求被告同意通勇公司函報以原告擔任系爭工程之工地主任。

3.訴訟費用由被告負擔。

三、被告答辯及聲明：

㈠答辯要旨：

1.按系爭工程契約第9條第4款後段規定、工程會104年1月7日修正頒布之「工程採購契約範本」修正對照表說明內容及內政部96年3月12日台內營字第0960019321號函釋之意旨，系爭工程按營造業法第30條所置之工地主任，應按營

造業法第32條所定工地主任應負責工作項目，包括「按日填寫施工日誌、工地遇緊急異常狀況之通報」等，均有賴工地主任親蒞現場辦理，始有確實掌握工地狀況並即時通報緊急狀況之可能。

2.另按內政部營建署100年10月21日營署中建字第1003510303號函釋之意旨，系爭工程依營造業法第30條設置之工地主任，為法定營造業專職專責人員，契約亦已明定「施工期間應專駐於工地負責一切廠商應辦理事項，並不得兼任工地其他職務」。究其意旨，其與系爭工程另為明定之「查核金額以上之工程，品管人員應專職，不得跨越其他標案，且施工時應在工地執行職務……」及「專職安全衛生人員於施工時，應在工地執行職務（常駐工地），不得兼任其他與安全衛生無關之工作」，均明確規範工地專職人員「不可兼職」且「施工時應在工地執行職務以確保工程品質並維護公共安全；而營造業依法設置之專任工程人員，雖非工地職務然亦屬法定營造業專職專責人員，自無法兼任同屬專職專責人員之工地主任職務。

3.且依內政部營建署108年12月18日核釋營造業法第34條第1項規定之執行方式可知，專任工程人員得兼任其他業務或職務，應考量「工作時間內是否會妨礙其執行專任工程人員法定職責」以及「應與專任工程人員法定工作相容而不衝突」，然系爭工程工地主任係為承包商依法設置之專職專責人員，施工時應在工地執行職務，如允許由專任工程人員兼任工地主任，將無法符合系爭工程契約約定，並違背營造業法第32條、第35條所定法定職責。

4.再按營造業法第35條規定，專任工程人員需視工程需要親赴各工地現場執行包括勘驗、查驗或驗收等應到場說明之

應辦工作，系爭工程承包商當時施工中之公共工程標案計有8件，惟承包商僅依法設置1名專任工程人員，倘允許其擔任系爭工程工地主任，將違背營造業法規定應履行之法定職責，亦無法合乎系爭工程契約之約定。又系爭工程契約業已明定工地相關人員（工地主任、品管人員、安衛人員）之提報及變更均應報府核定作為決定，實非由承包商自行審酌而定，且按契約約定「廠商工地負責人不稱職時，得要求廠商更換，廠商不得拒絕」，是被告實有准駁本案人員是否適任之決定權。

5.綜上所陳，被告109年7月23日函係綜整工程契約、相關法令規定及函釋，以及承包商實際承攬狀況等綜合考量所為決定，係為確保系程工程施工期間各專職專責人員（工地主任、品管人員及安衛人員）得以克盡其法定職責，常駐工地執行應辦工作，以確保工程品質並維護公共安全，於法並無違誤。

㈡聲明：

1.原告之訴駁回。

2.訴訟費用由原告負擔。

四、本院的判斷：

㈠被告109年7月23日函並非行政處分，原告對之聲明撤銷，並不合法：

1.按提起行政訴訟法第4條第1項之撤銷訴訟，須人民因中央或地方機關之違法行政處分，認為損害其權利或法律上之利益，經依訴願法提起訴願而不服其決定者，或提起訴願逾3個月不為決定，或延長訴願決定期間逾2個月不為決定者，始得向高等行政法院提起撤銷訴訟。所稱行政處分者，依行政程序法第92條第1項規定，係指行政機關就公法

上具體事件所為之決定或其他公權力措施，對外直接發生法律效果之單方行政行為而言，凡行政機關之行為，而未對外發生法律效果者，均應排除於行政處分之外。故行政機關所為單純事實之敘述、理由之說明或就法令所為之釋示，均非對人民之請求有所准駁，既不因該項說明而生何法律上之效果者，自非行政處分，人民即不得對之提起行政爭訟（最高行政法院44年判字第18號、59年判字第245號、62年裁字第41號判例參照）。是以如對於非屬行政處分提起撤銷訴訟，則其起訴即欠缺訴訟要件，行政法院應依行政訴訟法第107條第1項第10款所規定不備其他要件而不能補正，以裁定駁回其訴。

2.查被告109年7月23日函，並非行使公權力對外發生法律上效果之單方行為，即非行政處分，而係被告依系爭工程契約條款，對於通勇公司申報變更系爭工程之工地主任所為之回覆。則原告聲明請求撤銷被告109年7月23日函，為不備起訴要件，並不合法，且不能補正，應予駁回。

㈡按「原告之訴，依其所訴之事實，在法律上顯無理由者，行政法院得不經言詞辯論，逕以判決駁回之。」行政訴訟法第107條第3項定有明文。

㈢次按「人民與中央或地方機關間，因公法上原因發生財產上之給付或請求作成行政處分以外之其他非財產上之給付，得提起給付訴訟。因公法上契約發生之給付，亦同。」行政訴訟法第8條第1項固有明文規定。惟「人民請求中央或地方機關為財產上之給付或作成行政處分以外之其他非財產上之給付，必基於公法上原因（包括公法上契約）始有可能，亦即人民對中央或地方機關請求為某種財產上之給付或作成行政處分以外之其他非財產上之給付，必須在法律上存有公法上

請求權，其請求始可能有理由。如人民對中央或地方機關請求為某種財產上之給付或作成行政處分以外之其他非財產上之給付，而無公法上請求權，其對之提起一般給付訴訟即屬無理由。」（最高行政法院96年度裁字第2671號裁定參照）。

㈣末按「（第1項）營造業承攬一定金額或一定規模以上之工程，其施工期間，應於工地置工地主任。（第2項）前項設置之工地主任於施工期間，不得同時兼任其他營造工地主任之業務。」、「本法第30條所定應置工地主任之工程金額或規模如下：一、承攬金額新臺幣5千萬元以上之工程。」營造業法第30條第1項、第2項及同法施行細則第18條第1款定有明文。又依系爭工程契約第9條第4款規定：「適用營造業法之廠商應依營造業法規定設置專任工程人員、工地主任。依營造業法第31條第5項規定，工地主任應加入全國營造業工地主任公會。工地施工期間工地主任應專駐於工地，且不得兼任工地其他職務。應設置技術士之專業工程特定施工項目、技術士種類及人數，依附錄2第9點辦理。」系爭工程契約附錄2第1點規定：「契約施工期間，……。廠商應於開工前，將其工地負責人之姓名、學經歷等資料，報請機關查核；變更時亦同。機關如認為廠商工地負責人不稱職時，得要求廠商更換，廠商不得拒絕。依法應設置工地主任者，該工地主任即為工地負責人。」可知，營造業承攬一定金額或一定規模以上之工程，其施工期間，應於工地置工地主任。系爭工程契約並約定，工程依法應設置工地主任者，該工地主任即為工地負責人，並應由廠商於開工前或有變更時，將其工地負責人之姓名、學經歷等資料，報請機關查核。機關如認為廠商工地負責人不稱職時，得要求廠商更換，廠商不得

拒絕。

㈤經查，通勇公司屬甲級綜合營造業，其承攬被告辦理之系爭工程，承攬金額為5,991萬5,000元（本院卷第63至119頁），屬營造業法第30條規定應設置工地主任之工程，並經通勇公司函報指派葉晉武擔任上開工程之工地主任在案。原告則為通勇公司依法聘任之專任工程人員，嗣通勇公司於109年7月15日以通勇建字第1090000503號函通知監造建築師並副知被告，因系爭工程之原工地主任葉晉武另有任用，故工地主任欲變更由原告擔任（本院卷第123至127頁）。經被告以109年7月23日函（本院卷第25至26頁），予以否准。準此，依據上揭規定及說明，系爭工程工地主任之指派與變更，應由廠商報請機關查核，經機關同意後設置或更換。被告109年7月23日函之對象，亦係系爭工程之得標廠商即通勇公司，而非原告，雖原告主張其為通勇公司之專任工程人員，其應受憲法保障之工作權被違法侵害云云，惟此乃其與得標廠商通勇公司間之內部私法上關係，僅因此於經濟上、事實上具有利害關係，原告既非得標廠商，就通勇公司函報被告變更工地主任人選經否准一事，尚難認其具備逕行請求被告同意變更工地主任之公法上請求權，其訴顯無理由，應予駁回。

五、結論：本件原告之訴一部不合法，一部顯無理由，爰併以判決駁回。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　3　　月　　8　　日

臺中高等行政法院第三庭

審判長法　官　王　德　麟

法　官　張　升　星

法　官　林　靜　雯

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決，應於送達後20日內，向本院提出上訴狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書（均須按他造人數附繕本）；如於本判決宣示或公告後送達前提起上訴者，應於判決送達後20日內補提上訴理由書（須附繕本）。未表明上訴理由者，逕以裁定駁回。

上訴時應委任律師為訴訟代理人，並提出委任書，但符合下列情形者，得例外不委任律師為訴訟代理人：

得不委任律師為訴訟代理人之情形	所需要件
（一）符合右列情形之一者，得不委任律師為訴訟代理人	1.上訴人或其法定代理人具備律師資格或為教育部審定合格之大學或獨立學院公法學教授、副教授者。 2.稅務行政事件，上訴人或其法定代理人具備會計師資格者。 3.專利行政事件，上訴人或其法定代理人具備專利師資格或依法得為專利代理人者。
（二）非律師具有右列情形之一，經最高行政法院認為適當者，亦得為上訴審訴訟代理人	1.上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親具備律師資格者。 2.稅務行政事件，具備會計師資格者。 3.專利行政事件，具備專利師資格或依法得為專利代理人者。 4.上訴人為公法人、中央或地方機關

	、公法上之非法人團體時，其所屬專任人員辦理法制、法務、訴願業務或與訴訟事件相關業務者。
是否符合（一）、（二）之情形，而得為強制律師代理之例外，上訴人應於提起上訴或委任時釋明之，並提出（二）所示關係之釋明文書影本及委任書。	

中　　華　　民　　國　　110　　年　　3　　月　　16　　日

書記官　李　孟　純