高雄高等行政法院判決

）FKT64W1Z1X5LO;@107年度訴字第

108年11月13日辯論終結

原　　告　北華營造有限公司

代　表　人　吳貴香

訴訟代理人　沈昌憲律師

被　　告　嘉義縣政府

代　表　人　翁章梁

訴訟代理人　林振源

　　王木柱

上列當事人間營造業法事件，原告不服內政部中華民國107年1月23日台內訴字第1060087740號訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主　文

一、原告之訴駁回。

二、訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

一、程序事項：

被告代表人原為張花冠，於本件訴訟審理中變更為翁章梁，被告以新任代表人於民國108年1月16日向本院具狀聲明承受訴訟，核無不合，先此敘明。

二、爭訟概要：

原告為丙等綜合營造業者，於100年間因借牌予訴外人翁勳輝投標承攬嘉義縣○○鄉0000000鄉000000○○鄉○號道路人行空間改善計畫工程」（下稱系爭工程），經臺灣嘉義地方法院（下稱嘉義地院）102年度朴簡字第351號、352號刑事簡易判決原告公司因其從業人員執行業務

犯政府採購法第87條第5項後段之意圖影響採購結果及獲取不當利益，容許他人借用本人名義及證件參加投標罪，依同法第92條規定科處原告罰金新臺幣（下同）5萬元確定，義竹鄉公所乃以104年5月6日義鄉秘字第1040005702號函請營造業主管機關即被告依權責處理。嗣被告以104年5月12日府經建字第1040081843號函請原告向嘉義縣營造業審議委員會陳述意見後，經該會106度第1次會議審議決議略以：原告公司書面陳述意見表示確有借牌予他人使用經營營造業業務，違法事實明確；刑事責任已科罰金5萬元，行政處分不予罰鍰；另廢止許可部分請業務單位請示內政部營建署於行政裁處權時效之起算點確認方式後再製作決議書。其後，被告以106年2月3日府經建字第1060016588號函請內政部營建署就上開裁處權時效之起算點釋疑，經內政部營建署以106年5月17日營授辦建字第1060030522號函檢送法務部106年5月15日法律字第10603506430號書函說明三略以：「該公司於工程契約所訂保固期間屆滿前，依工程契約所應負擔之保固義務尚未消滅，仍須使用他人之名義及上開文件履行契約義務，故其違反營造業法第54條之行為於保固期間屆滿時始終了，而開始起算裁處權時效。」嘉義縣營造業審議委員會於是以106年10月12日決議書廢止原告營造業許可，被告並據以同日府經建字第1060193258號函（下稱原處分）通知原告廢止其營造業許可。原告不服，提起訴願，經遭決定駁回後，提起行政訴訟。

三、原告起訴主張及聲明：

(一)主張要旨：

1、原告縱有借牌給翁勳輝投標承攬系爭工程之情事，但義竹鄉公所辦理系爭工程採購案，於100年10月25日開標，該借牌

行為業已完成，行政罰法第27條規定之3年裁罰權時效即應起算，被告於106年10月12日始以原處分廢止營造業許可，違反行政罰法第27條規定。退步言，系爭工程驗收工程款已於101年5月9日由義竹鄉公所給付，而系爭工程後續保固部分，係由原告實際負責人蔡慶輝自行負責，非由翁勳輝進行保固，此有義竹鄉公所107年1月24日義鄉建字第1070000651號函可佐，並經證人魏宏昇於108年8月15日到庭證述：「（問：當時會同勘查的對象也是北華營造？）是的，是北華營造公司的蔡先生。（問：他是以北華公司名義或是個人公司行號的名義？）他是說代表北華營造來的，並辦理退保固的業務，但在我接辦業務以前，北華營造派來保固維修的人是否代表北華營造我就不知道了。」等語明確。又系爭工程保固保證金28萬1,100元（契約總價937萬元x 3%），義竹鄉公所於保固期滿後即匯入原告於義竹鄉農會之帳戶，且原告於領得保固款後並未曾匯給翁勳輝，即可證明系爭工程之後續保固責任與翁勳輝毫不相涉。因此，原告借牌給翁勳輝之行為，最遲於101年5月9日驗收後領得工程款已然終止，廢止許可之裁罰權時效，應自斯時起算3年，至104年5月9日時效即已屆滿，被告於106年10月12日始以原處分廢止原告營造業許可，亦違反行政罰法第27條3年裁罰權時效之規定。

2、系爭工程係由原告自行保固，而非由翁勳輝保固，原告借牌給翁勳輝之行為，於101年5月9日驗收後，已然終止，被告廢止許可之裁罰權時效，應自斯時起算3年，至104年5月9日時效即已屆滿。被告及訴願決定機關均以系爭工程保固切結書記載保固期限為104年1月20日，而依法務部106年5月15日法律字第10603650643O號書函，認定原告違反營造業法第54條第1項規定之行為，於保固期間屆滿時始終了，而開始起

算裁處權時效，未依上述客觀事實個案判斷，其認事用法均有錯誤。

3、原告僅犯一個借牌予他人投標之行為，已經刑事判決處罰金在案，甚至亦經採購機關處停權之處分，並再追繳押標金，被告再以原處分廢止許可，顯已一行為四罰，除就同一違反行政法義務之行為重複處罰，違反一行為不二罰原則外，且完全未審酌法益侵害之輕重，一概裁處完全剝奪營業之廢止許可，亦有違反行政程序法第7條規定之比例原則。

(二)聲明：訴願決定及原處分均撤銷。

四、被告答辯及聲明：

(一)答辯要旨：

1、原告借牌給翁勳輝投標承攬系爭工程之行為，業經嘉義地院102年度朴簡字第351號、352號刑事簡易判決原告公司因其從業人員執行業務犯政府採購法第87條第5項後段之意圖影響採購結果及獲取不當利益，容許他人借用本人名義及證件參加投標罪，依同法第92條規定科罰金5萬元，被告依法務部97年11月10日法律字第0970038040號函釋意旨，未對原告裁處行政罰鍰，而依營造業法第54條第1項第2款規定廢止許可，並無違反一行為不二罰及行政罰法第26條規定。

2、又營造業法第54條未授權主管機關得裁量免予廢止許可，是被告既依行政罰法第26條第1項規定未再對被告裁處行政罰鍰，已選擇對人民權利損害最少之方法，故無違反行政程序法第7條比例原則之規定。

3、至原告主張裁處權已罹於時效乙節，經被告函請內政部營建署就裁處權時效起算點釋疑，內政部營建署106年5月17日營授辦建字第1060030522號函復被告，依法務部106年5月15日法律字第10603506430號書函說明三略以：該公司違反營造

業法第54條之行為於保固期間屆滿時終了，而開始起算裁處權時效。系爭工程依義竹鄉公所工程保固切結書所載，其保固期限為104年1月20日，故本件裁處時效應至107年1月19日始屆滿，原告此部分主張，並不足採。

(二)聲明：原告之訴駁回。

五、爭點：被告以原處分廢止原告之營造業許可，是否已逾行政罰3年裁處權時效？原處分有無違反一行為不二罰原則及比例原則？

六、本院的判斷：

(一)爭訟概要欄所載事實，有原告基本資料查詢單（訴願卷第72頁）及系爭工程採購案決標記錄（第1頁）、嘉義地院102年度朴簡字第351號、352號刑事簡易判決書（第15-23頁）、義竹鄉公所104年5月6日義鄉秘字第1040005702號函（第24頁）、被告104年5月12日府經建字第1040081843號函（第25頁）、原告104年5月25日陳述意見書（第28-30頁）、嘉義縣營造業審議委員會106度第1次會議紀錄（第33頁）、被告106年2月3日府經建字第1060016588號函（第34-35頁）、內政部營建署106年5月17日營授辦建字第1060030522號函（第37頁）、法務部106年5月15日法律字第10603506430號書函（第38-39頁）、嘉義縣營造業審議委員會106年10月12日決議書（第42-45頁）及原處分（第40頁）附原處分卷影本可查。

(二)原處分未逾行政罰3年裁處權時效：

1、應適用之法令：

(1)營造業法第27條第1項第8款：「營繕工程之承攬契約，應記載事項如下：…… 驗收及保固之規定。」

(2)同法第54條第1項第2款：「營造業有下列情事之一者，處新

臺幣100萬元以上500萬元以下罰鍰，並廢止其許可：……）將營造業登記證書或承攬工程手冊交由他人使用經營營造業業務者。」

(3)行政罰法第27條第1項及第2項前段：「行政罰之裁處權，因3年期間之經過而消滅。前項期間，自違反行政法上義務之行為終了時起算。」

2、原告對其有借牌給訴外人翁勳輝投標承攬系爭工程之事實，並不爭執（本院卷第180頁、第426-427頁）。另依翁勳輝借用原告名義與義竹鄉公所簽訂之系爭工程契約文件投標須知第27條：「投標廠商資格文件：參加投標之廠商應將下列文件等影本……一併交寄，不依規定提送者所投之標無效。－廠商登記或設立之證明。—承攬工程手冊……。」（本院卷第226頁），可知原告確有將其營造業登記證書及承攬工程手冊借給翁勳輝使用經營營造業業務，被告認定原告有違反營造業法第54條第1項第2款之禁止規定，並無違誤。

3、又依翁勳輝借用原告名義與義竹鄉公所簽訂之系爭工程契約第12條：「保固期限：本工程之保固期限為自全部完工經驗收合格日之日起，保固3年。」（本院卷第218頁），契約文件投標須知第17條：「各項保證金：……LL保固保證金：……可以剩餘為領回之……保留款抵付。」（本院卷第222頁），契約文件履約條款4.16：「保固保證金：保證承包商履行保固責任。……保固保證金其間為自工程驗收合格之次日起，迄工程契約規定保固期滿，工程人員簽發保固合格通知日止。」（本院卷第236頁），契約文件特定條款第1條：「承包商於工程完工驗收完畢後付清尾款前……應繳納工程結算金額（不含供給材料費）百分之3之保固保證金……。」（本院卷第263頁）等約定內容，可知翁勳輝借用原告營造

業登記證書及承攬工程手冊承攬系爭工程之範疇，含括保固工程在內，非驗收即已完成承攬業務，翁勳輝依約在保固期間，仍須借用原告名義履行承攬義務。經查，系爭工程驗收日期為101年1月20日，保固期間則於104年1月20日屆滿，此有系爭工程保固切結書附本院卷（第284頁）可稽，足見於斯時系爭工程業務方為結束，原告將其營造業登記證書、承攬工程手冊借給翁勳輝使用之行為始為終了。從而，被告於106年10月12日作成廢止許可之原處分，並未逾越行政罰法第27條第1項所定3年裁處權時效，應可認定。

4、原告雖主張其將營造業許可之證冊交由翁勳輝使用之行為於開標日100年10月25日即已行為終了，裁處權時效應自開標日起算，核與本院上述理由不同，尚無可採。再者，原告雖另提出義竹鄉公所107年1月24日義鄉建字第1070000651號函及保固金匯入原告於義竹鄉農會之帳戶存摺影本（本院卷第49-52頁），主張系爭工程之後續保固，係由其實際負責人蔡慶輝自行負責，原告借牌給翁勳輝之行為，最遲於101年5月9日驗收後領得工程款時已然終止，廢止許可之裁罰權時效，應自斯時起算3年，至104年5月9日時效即已屆滿等語。惟系爭工程係由翁勳輝借用原告名義與義竹鄉公所簽訂承攬契約，已如前述，是以義竹鄉公所通知保固勘查、退還工程保固金之對象，自為名義上之契約相對人即原告，乃屬當然，原告所提之上述證物，並不影響本件原告違反行政法義務之行為終了時點之判斷。至原告主張其於領得保固款後並未曾匯給翁勳輝部分，核屬其與翁勳輝之私權法律關係，亦不能影響本件原告違反行政法義務之行為終了時點之判斷。是以，原告前述主張，均難為其有利之認定。

(三)原處分並無違反一行為不二罰原則及比例原則：

1、應適用之法令：

(1)行政罰法第2條：「本法所稱其他種類行政罰，指下列裁罰性之不利處分：[限制或禁止行為之處分：限制或停止營業、吊扣證照、命令停工或停止使用、禁止行駛、禁止出入港口、機場或特定場所、禁止製造、販賣、輸出入、禁止申請或其他限制或禁止為一定行為之處分。) 剝奪或消滅資格、權利之處分：命令歇業、命令解散、撤銷或廢止許可或登記、吊銷證照、強制拆除或其他剝奪或消滅一定資格或權利之處分。……。」

(2)同法第24條：「（第1項）一行為違反數個行政法上義務規定而應處罰鍰者，依法定罰鍰額最高之規定裁處。但裁處之額度，不得低於各該規定之罰鍰最低額。（第2項）前項違反行政法上義務行為，除應處罰鍰外，另有沒入或其他種類行政罰之處罰者，得依該規定併為裁處。但其處罰種類相同，如從一重處罰已足以達成行政目的者，不得重複裁處。……。」

(3)同法第26條第1項：「一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，依刑事法律處罰之。但其行為應處以其他種類行政罰或得沒入之物而未經法院宣告沒收者，亦得裁處之。」

(4)準此，一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，依刑事法律處罰之；但其行為應處以其他種類行政罰，因兼具維護公共秩序之作用，為達行政目的，行政機關仍得併予裁處。又違反行政法上義務行為，依所違反之規定，除罰鍰外，如另有其他種類行政罰之處罰時，除其處罰種類相同，不得重複裁處外，因處罰之種類不同，自得採用不同之處罰方法，以達行政目的。

2、原告借牌予訴外人翁勳輝投標承攬系爭工程之行為，雖經嘉義地院102年度朴簡字第351號、352號刑事簡易判決依政府採購法第92條規定科原告罰金5萬元，並經義竹鄉公所以103年12月27日義鄉秘字第1030015679號函追繳系爭工程押標金35萬元及刊登政府採購公報1年（原處分卷影本第7頁、第8頁。惟義竹鄉公所以103年12月27日義鄉秘字第1030015679號函追繳系爭工程押標金35萬元之處分，並非裁罰性之不利處分，故非屬行政罰。又原告縱經嘉義地院依政府採購法第87條第5項後段科罰金5萬元，依前述行政罰法第26條第1項規定，仍不妨礙主管機關對原告處以罰鍰以外之其他種類行政罰；又政府採購法第102條第3項、第103條第1項刊登政府採購公報並受停權處分之行政罰，僅限制原告於一定時間內不得參與政府採購標案，而未限制原告從事政府採購標案以外之其他經濟活動，與營造業法第54條第1項第2款廢止原告營業許可之行政罰，係全面禁止原告從事凡須使用其營造業登記證書之一切經濟活動，核屬有不同行政目的之行政罰，是原告縱使已受義竹鄉公所處以刊登政府採購公報停權1年之行政罰，被告仍得依營造業法第54條第1項第2款規定廢止其營業許可。是原告仍執前詞主張原處分違反一行為不二罰原則，自不足採。另營造業法第54條第1項第2款已明定營造業有將營造業登記證書或承攬工程手冊交由他人使用經營營造業業務之情事，即應廢止其營造業許可，並未授權主管機關裁量權，是原告主張原處分違反比例原則，亦不足採。

(四)綜上所述，原告主張均無可採，被告認原告有將其營造業登記證書及承攬工程手冊交由他人使用經營營造業業務之情形，而以原處分廢止原告之營造業許可，並無違誤；訴願決定予以維持，亦無不合。原告請求判決撤銷訴願決定及原處分

，為無理由，應予駁回。又本件事證已臻明確，兩造其餘主張舉證，經核於判決結果不生影響，爰不逐一論列，附此敘明。

七、結論：本件原告之訴為無理由。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　11　　月　　29　　日

高雄高等行政法院第一庭

審判長法官　　蘇　秋　津

法官　　邱　政　強

法官　　孫　國　禎

以上正本係照原本作成。

一、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）。未表明上訴理由者，逕以裁定駁回。

二、上訴時應委任律師為訴訟代理人，並提出委任書。（行政訴訟法第241條之1第1項前段）

三、但符合下列情形者，得例外不委任律師為訴訟代理人。（同條第1項但書、第2項）

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　　108　　年　　11　　月　　29　　日

書記官　　楊曜嘉