

臺灣彰化地方法院行政訴訟判決

110年度簡字第13號

原告 麥閣漏企業有限公司

法定代理人 蔡建明

訴訟代理人 劉淑華律師

被告 彰化縣政府

法定代理人 王惠美

訴訟代理人 沈雅娟

陳定函

上列當事人間因營造業法事件，原告不服內政部中華民國109年7月27日台內訴字第1090420354號訴願決定，提起行政訴訟，經臺中高等行政法院於民國110年4月9日以108年度訴字第300號裁定移送本院，本院判決如下：

主 文

原告之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

一、程序事項

(一)按行政訴訟法第111條第1項、第2項、第3項第2款規定：

「(第1項)訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但經被告同意或行政法院認為適當者，不在此限。(第2項)被告於訴之變更或追加無異議，而為本案之言詞辯論者，視為同意變更或追加。(第3項)有下列情形之一者，訴之變更或追加，應予准許：……二、訴訟標的之請求雖有變更，但其請求之基礎不變。」

(二)查原告因違反營造業法第4條第1項規定，經被告於民國108年3月19日以府建使字第1080089328號函(下稱前處分)處原告新臺幣(下同)100萬元罰鍰；原告不服，於內政部收文

01 日期即108年6月5日提起訴願，案經內政部訴願審議委員會
02 (下稱訴願機關)審認已逾訴願法定期間，以108年9月23日台
03 內訴字第1080057685號訴願決定(下稱前訴願決定)不受理，
04 並於決定書中敘明「……本案係因採購機關與有過失，因而
05 導致訴願人誤認資格合於規定，雖不能免罰，仍有符合行政
06 罰法第8條『但按其情節，得減輕或免除其處罰』規定之情
07 形。則被告未考量上開情節得依行政罰法第18條第3項酌減
08 處罰規定，以原處分處訴願人100萬元罰鍰，即有未
09 當……」等情，原告不服，乃於108年11月15日具狀向臺中
10 高等行政法院提起行政訴訟，請求撤銷前處分及前訴願決
11 定，經臺中高等行政法院以108年度訴字第300號案件受理在
12 案(下稱臺中高行案)。嗣經被告依前訴願決定意旨及行政罰
13 法第8條規定，於109年3月20日以府建使字第1090098073號
14 函(下稱原處分)撤銷前處分，重新處原告罰鍰最低額之三分
15 之一即33萬3,333元；原告仍不服，復提起訴願，經訴願機
16 關於109年7月27日以台內訴字第1090420354號訴願決定書
17 (下稱訴願決定)駁回訴願，原告不服而於臺中高行案109年8
18 月12日準備期日時變更訴之聲明為「1. 訴願決定及原處分關
19 於罰鍰部分均撤銷，2. 訴訟費用由被告負擔。」(見臺中高
20 行案卷第186頁)。臺中高等行政法院依原告前開聲明，認
21 原告請求撤銷之罰鍰金額為33萬3,333元，未逾40萬元，依
22 行政訴訟法第229條第2項第2款規定，應適用簡易訴訟程
23 序，依同條第1項規定，裁定移送本院審理。

24 (三)經核原告上開訴之變更，其訴訟標的之請求雖有變更，但請
25 求之基礎不變，且被告亦無異議，而為本案之言詞辯論，爰
26 依前揭規定予以准許。

27 二、爭訟概要：

28 原告未經取得營造業許可，並加入營造業公會，擅自於101
29 年至104間，承攬包含「彰化縣福興鄉管嶼國民小學103年度
30 北棟大樓及幼兒園屋頂防水防漏隔熱整建工程採購」(下稱
31 管嶼國小整建工程)及「彰化縣秀水鄉明正國民小學教學大

樓屋頂及外牆防漏修繕工程」(下稱明正國小修繕工程)等8件工程，並均已竣工及驗收合格在案。案經被告於106年7月19日召開彰化縣營造業審議委員會106年度第1次會議審議，認定原告違反營造業法第4條第1項規定，乃依同法第52條規定，以前處分處原告罰鍰100萬元；原告不服提起訴願，雖經前訴願決定不受理，但於決定書中指明被告未考量原告有符合行政罰法第8條但書之情形，得依同法第18條第3項規定酌減處罰而有未當等情，惟原告仍不服而向臺中高等行政法院提起訴訟。嗣被告依前訴願決定意旨，於108年12月31日召開彰化縣營造業審議委員會審議，並以原處分撤銷前處分，重新處原告罰鍰33萬3,333元；原告仍不服，再提起訴願，經訴願決定駁回訴願，原告遂於訴訟中變更其訴之聲明，請求撤銷訴願決定及原處分關於罰鍰33萬3,333元部分，而經臺中高等行政法院裁定移送本院審理。

三、原告主張及聲明：

(一)原告主張要旨：

- 1、原告是獨資商號，資本總額僅100萬元，登記所營事業為「室內裝潢業、廚具、衛浴設備安裝工程業、油漆工程業、防蝕、防銹工程業、球場跑道樹脂材料鋪設工程業、五金批發業、染料、顏料批發業、合成樹脂批發業、耐火材料批發業」，此有經濟部公司資料查詢文件在卷可稽。原告登記所營事業並無營造業法第8條所定之專業營造業登記之專業工程項目，原告非專業營造業者。原告違反行政法上義務之行為非出於故意或過失，依行政罰法第7條規定，應不予處罰。
- 2、管嶼國小整建工程及明正國小修繕工程之公開招標公告，就廠商資格摘要分別載明為：「丙等以上綜合營造業、專業營造業或具有施作能力之廠商（需提出相關承作之公共工程實績證明文件）」，及「1.廠商屬已立案之法人、機構或團體時，其項目列有防漏工程業或得以承攬關於油漆工程之業務者或2.公司或行號得以承攬關於防漏工程之業務者或3.土木

包工業或4.丙等以上綜合營造業者，取得合法登記或設立之證明文件，以及(相)關公會或職業工會會員證，並具備納稅證明者」；且被告亦於鈞院111年11月16日言詞辯論時稱投標廠商資格並不限於營造業者資格乙情。則原告參與投標係基於信賴採購機關明正國小、管嶼國小之上開公開招標公告內容，其並未要求原告提出加入營造業公會之證明文件，且原告簽訂之契約均已履約完成工程，並無任何瑕疵。

3、管嶼國小整建工程及明正國小修繕工程都是既有設備之防水防漏隔熱設備老舊，清除舊防水層後，重新塗佈防水防熱膠並非新建工程，均未涉及營造建築，且非專屬營造業法第8條所定之專業營造業登記之專業工程項目。是原告與採購機關明正國小、管嶼國小都不認識上開採購案屬於營造業之工程範圍。

4、原告並非營造業者，也不可能比採購機關更懂法令規定。原告與採購機關明正國小、管嶼國小都不認識上開採購案屬於營造業之工程範圍。原告因為信賴招標公告，才參與投標，原告自始不認識系爭工程項目是否專屬應由營造業承攬之工程範圍，而且原告購買防水漆等材料亦無資格限制，原告亦無經由材料供應商認識營造業之工程範圍之可能，即無可能認識應經許可，領有登記證書，並加入營造業公會始得參與投標。原告對於營造業法第52條規定之構成要件事實無認識之可能，對於違反行政法上義務之構成要件事實，欠缺故意，也無任何過失。依行政罰法第7條之規定，違反行政法上義務之行為非出於故意或過失，不予處罰。原處分及訴願決定關於處以罰鍰部分顯有違誤，應予撤銷。

5、縱認上開工程項目屬於營造業範圍，本件係因採購機關混淆投標廠商資格與有過失，而導致原告誤認資格合於投標規定，情節輕微，若課以罰鍰實屬過苛，應認符合行政罰法第8條所定免除其處罰之情形，自應免除裁罰。

6、至原告自91年至104年間，雖曾參與投標公共工程採購案共44件；然原告係油漆工程業，所以參與投標防水、防漏工

01 程，主要施作項目是塗抹防水、防漏合成樹脂等漆料，自合
02 於一般經驗法則，且該44件工程之採購機關並非均屬於學校
03 機關，是被告主張原告深黯學校對工程採購普遍上經驗不
04 足，選擇以學校單位辦理採購案進行投標云云，顯屬臆測之
05 詞。又上開44件採購案，僅有臺中市梧棲區梧南國民小學10
06 1年7月25日採購辦理「梧南國小101年度校舍整修工程」（下
07 稱梧南國小整修工程）及彰化縣芳苑鄉育華國民小學102年1
08 月23日採購辦理「屋頂防水隔熱整修改善工程」（下稱育華
09 國小改善工程）限定廠商資格為營造業，其餘42件均未限定
10 廠商資格需為營造業；易言之，依照被告提出之該44件採購
11 案公開招標公告內容，絕大多數之採購機關、得標廠商與原
12 告一樣，均不認識此等防水、防漏工程採購案屬於專業營造
13 業之範圍，更不知悉投標廠商資格須限定於營造業者，被告
14 以此主張原告有故意或過失，顯違反一般經驗法則。再者，
15 依據被告提出之44件採購案資料顯示，非營造業者參與投標
16 已經是普遍現象；雖依據被告提出之梧南國小整修工程，原
17 告未得標原因係資格文件未付或不符合規定，及育華國小改
18 善工程，原告未得標原因係因非屬營造業，依營造業法第4
19 條規定，不得營業營造工程，然此係因梧南國小及育華國小
20 採購案之公開招標公告均有明定廠商資格以營造業為限，因
21 此原告未得標。惟原告參與其餘42件採購案之公開招標公告
22 均不限定投標廠商資格，而且非營造業者參與投標是常見情
23 況，投標廠商資格限定營造業者反而是例外狀況，原告更不
24 可能發現其中有混淆之錯誤。是綜合觀察被告提出之44件工
25 程之公開招標公告內容，確實會使不具營造業資格之人信賴
26 此等採購案不屬於營造業之範圍，投標廠商資格不限定營造
27 業者，任何人均可以參與投標。由此可證，長久以來，無論
28 是採購機關、參與標廠商、原告，均不認識防水、防漏工程
29 採購案屬於營造業之專屬工程，更不知投標廠商資格須限定
30 於營造業者，所以多年來未曾發現公開招標公告混淆廠商資
31 格。從而，被告提出原告曾參與投標之44件工程資料，主張

01 原告具備故意或過失之主觀構成要件，應係誤解。

02 (二)聲明:1、訴願決定及原處分關於罰鍰部分均撤銷。2、訴訟
03 費用由被告負擔。

04 四、被告答辯及聲明：

05 (一)答辯要旨：

06 1、原告係於87年由經濟部核准設立之有限公司，非屬營造業申
07 請登記須知及營造業申請登記函第2點所規定：「營造業屬
08 獨資或合夥者，應以『○○營造廠』為名稱；屬公司組織
09 者，應以『○○營造○○公司』為名稱。營業項目統一登記
10 為『經營建築與土木工程』」，所營事業資料亦無營繕工程
11 類業項目。依營造業法第4條第1項規定：「營造業非經許
12 可，領有登記證書，並加入營造業公會，不得營業。」惟原
13 告未申請營造業籌設許可、申領登記及向經濟部申請專業營
14 造業之專業工程項目(防水工程)登記，仍違反前開規定承攬
15 彰化縣學校招標機關辦理防水防漏修繕工程，經臺灣省彰化
16 縣審計室稽核通知採購廠商資格不符，並由各發包工程之學
17 校填報營造業移涉違規審議通知單移付被告；原告違規事實
18 為未依營造業法規定領有營造業許可，亦無加入公會，擅自
19 經營營造業業務，違規承攬屬營造業法第8條專業營造業承
20 攬之專業營工程項目之防水工程，被告乃以原告違反營造業
21 法第4條規定，並依同法第52條處分罰鍰。

22 2、依據行政院公共工程委員會104年11月24日工程企字第10400
23 381190號函，機關辦理專案工程採購，綜合營造業及專業營
24 造業均可承攬，繼而建議投標廠商資格勿僅限定為專業營造
25 業，並無開放非營造業承攬專業工程。且本件認原告違反營
26 造業法第4條第1項規定之理由，並非從工程契約內容所認
27 定，係就公共工程中具有施作營造業專屬項目之事實所認。
28 另依據營造業法施行細則第15條：「本法第19條第2項但書
29 所稱承攬一定金額免予申請記載變更者，指專業營造業承攬
30 新臺幣100萬元以下之工程或土木包工業承攬新臺幣10萬元
31 以下之工程。」及營造業法第19條第2項但書：「但專業營

01 造業及土木包工業承攬工程手冊之工程記載事項，經中央主
02 管機關核定於一定金額或規模免予申請記載變更者，不在此
03 限。」是對於承攬工程100萬元以下之專業營造業承攬工
04 程，可免予送件註記；換言之，承攬工程超過100萬元之專
05 業營造業承攬工程，即應向被告申請註記。而管嶼國小整建
06 工程及明正國小修繕工程之契約金額及結算總價均已超過10
07 0萬元，自應依上開規定向被告申請註記。

08 3、原告確有違反營造業法第4條及第52條之故意、過失：

09 (1)原告自91年起未經許可即經營營造業業務，自91年至104年
10 間參與公共工程採購案投標件數達44件，共得標29件工程，
11 亦包含系爭管嶼國小整建工程及明正國小修繕工程，堪認原
12 告對於政府採購法令及投標廠商資格規定，應有優於一般人之
13 認識，且原告因承攬機關標案業務受有相當獲利，應有較
14 多資源可尋求協助，以知悉其事業可經營之相關法規，自不
15 能主張對營造業相關法規不甚瞭解，以此脫免行政責任，也
16 無從主張行政罰法第8條但書規定之減輕或免除其處罰。

17 (2)原告自91年至104年間投標之工程中有15件未得標，其中2件
18 工程分別為梧南國小整修工程及育華國小改善工程，摘要該
19 2件工程決標公告之開標結果為「因資格文件未附或不符合
20 規定」及「因非屬營造業，依營造業法第4條規定，不得營
21 業營造工程」，故原告主張不知且無從知悉系爭管嶼國小整
22 建工程及明正國小修繕工程為營造業法第3條、第8條所規定
23 之營繕工程云云，核與事實不符，顯有違反營造業法之故
24 意、過失事實。

25 (3)深究原告自91年至104年間，以臺中、彰化等地區學校單位
26 為招標機關之投標案件多達37件，投標結果得標有27件，得
27 標比率高達73%，以此投標歷史脈絡觀之，足見原告深黯學
28 校對工程採購普遍上經驗較不足，選擇以學校單位辦理工程
29 採購案進行投標，以此操作手法逐年累積施工能力之實績，
30 提升學校此類招標機關對其信賴程度，則更難遽謂原告對於
31 違反營造業法義務之行為並無故意、過失之存在。

01 4、綜上，原告違反營造業法之事實明確，被告以原處分處原告
02 罰鍰33萬3,333元，於法有據。

03 (二)聲明：1、原告之訴駁回。2、訴訟費用由原告負擔。

04 五、如爭訟概要欄所載之事實，除下列爭執事項外，其餘為兩造
05 所不爭執，並有原告提出之承攬公共工程驗收日期及保固期
06 明細表(見本院卷一第173頁)、明正國小修繕工程及管嶼國
07 小整建工程之公開招標公告(見本院卷一第293至294、295至
08 298頁)、明正國小修繕工程之決標公告、103年12月11日開
09 標/決標紀錄、原告與明正國小簽立之契約條款、原告投標
10 資料、明正國小104年4月8日驗收紀錄、工程結算驗收證明
11 書、工程標價清單(見本院卷一第299至301、315至319、323
12 至351、359至368、369至374頁)、管嶼國小整建工程之決標
13 公告、管嶼國小104年4月2日驗收紀錄、工程結算驗收證明
14 書、工程保固切結書、原告投標資料、103年12月5日開標/
15 決標紀錄(見本院卷一第375至377、392至394、395、396至4
16 02、403頁)、關於原告之營造業管理資訊系統查詢資料(見
17 本院卷一第303頁)、106年7月19日彰化縣營造業審議委員會
18 106年度第1次會議決議書(見本院卷一第123至124頁)、前處
19 分(見本院卷一第121至122頁)、前訴願決定(見本院卷一第1
20 28至131頁)、108年12月31日彰化縣營造業審議委員會會議
21 記錄及會議決議書(見本院卷一第132至143頁)、原處分暨送
22 達證書(見本院卷一第150至151、154頁)及訴願決定(見本院
23 卷一第156至161頁)等在卷可稽，自堪認為真正。是依原告
24 主張及被告答辯意旨以觀，本件兩造之爭點為：

25 (一)管嶼國小整建工程及明正國小修繕工程是否屬營造業法第8
26 條規定之專業營造業之專業工程？

27 (二)原告未依營造業法第4條第1項規定辦理，而承攬上開工程，
28 是否構成同法第52條規定之違規事實？

29 (三)原告是否有違反營造業法第52條規定之故意或過失？

30 (四)原告主張其應適用行政罰法第8條但書規定免除其處罰，是
31 否有據？

01 六、本院之判斷：

02 (一)應適用之法令及法理之說明：

- 03 1、按營造業法第1條規定：「（第1項）為提高營造業技術水
04 準，確保營繕工程施工品質，促進營造業健全發展，增進公
05 共福祉，特制定本法。（第2項）本法未規定者，適用其他
06 法律之規定。」第3條規定：「本法用語定義如下：一、營
07 繕工程：係指土木、建築工程及其相關業務。二、營造業：
08 係指經向中央或直轄市、縣（市）主管機關辦理許可、登
09 記，承攬營繕工程之廠商。三、綜合營造業：係指經向中央
10 主管機關辦理許可、登記，綜理營繕工程施工及管理等整體
11 性工作之廠商。四、專業營造業：係指經向中央主管機關辦
12 理許可、登記，從事專業工程之廠商。……」第4條第1項規
13 定：「營造業非經許可，領有登記證書，並加入營造業公
14 會，不得營業。」第6條規定：「營造業分綜合營造業、專
15 業營造業及土木包工業。」第8條第11款規定：「專業營造業
16 登記之專業工程項目如下：…十一、防水工程。」第9條規
17 定：「（第1項）專業營造業應具下列條件：一、置符合各專業
18 工程項目規定之專任工程人員。二、資本額在一定金額以
19 上；選擇登記二項以上專業工程項目者，其資本額以金額較
20 高者為準。（第二項）前項第一款專任工程人員之資歷、人數
21 及第二款之一定金額，由中央主管機關分別按各專業工程項
22 目定之。」第52條規定：「未經許可或經撤銷、廢止許可而
23 經營營造業業務者，勒令其停業，並處1百萬元以上1千萬元
24 以下罰鍰；其不遵從而繼續營業者，得連續處罰。」
- 25 2、依前開規定可知，承攬土木、建築工程及其相關業務等營繕
26 工程的營造業，因其業務品質良窳涉及公共福祉，為保障公
27 共安全，是營造業法藉由對有意從事業業者設定事前許可與登
28 記公示之控管，並強制從業人加入行業自律性與配合間接行
29 政之公會組織，透過對違法者之罰鍰制裁處罰與勒令停業之
30 管制性不利處分，強化事前許可、登記與加入公會義務之貫
31 徹，藉以達成該法之立法目的。故有意從事營繕工程之營業

人，自應依營造業法第4條第1項規定，先經主管機關許可，領有登記證書，並加入營造業公會，方得從事營造業之業務。又營造業法第8條已明定專業營造業定義中所謂「專業工程」之範圍，而同條第11款既已明定「防水工程」係屬「專業工程」項目，則有意從事「防水工程」業務之廠商，自應先依營造業法第4條第1項規定，向主管機關申請專業營造業之許可，領有登記證書，且加入營造業公會，方得從事該項營造業之業務；違反者，主管機關自得依同法第52條規定，處以罰鍰之制裁，或以勒令停業之管制性不利處分。

(二)管嶼國小整建工程及明正國小修繕工程係屬營造業法第8條規定之專業營造業之專業工程，原告未先依同法第4條第1項規定辦理，即承攬上開工程而經營營造業業務，確已構成同法第52條規定之違規事實：

- 1、觀諸管嶼國小整建工程之公開招標公告及決標公告（見本院卷一第295至298、375至377頁），該工程標案名稱為「彰化縣福興鄉管嶼國民小學103年度北棟大樓及幼兒園屋頂『防水防漏隔熱整建工程』採購」，「標的分類代碼及名稱」為「工程類5153-『屋頂及防水工程』」；又該工程之主要工作內容包含伸縮縫處理、伸縮縫兩側防水層刮除及加勁防水布膜毯、既有PU損壞局部刮除全面研磨加高分子底材、新作厚塗型斷熱層、新作防水防熱膠、外牆壓克力防水膠布塗佈等，有該工程結算驗收證明書(主要工程內容)在卷可憑（見本院卷一第394頁）。而明正國小修繕工程之公開招標公告及決標公告（見本院卷一第293至294、299至301頁），該工程標案名稱為「彰化縣秀水鄉明正國民小學教學大樓屋頂及外牆『防漏修繕工程』」，「標的分類代碼及名稱」亦為「工程類5153-『屋頂及防水工程』」；且該工程之主要工作內容亦包含既有防水層全面刮除研磨粗糙面+高分子底材、地坪新作5mm強化耐水整平砂漿、新作厚塗型斷熱層、新作防水防熱膠、牆面壓克力膠防水膠塗佈等，此亦有該工程結算驗收證明書(主要工程內容)附卷可稽（見本院卷一第371

頁)。足見上開2工程確係施作「防水、防漏工程」無訛。

2、雖原告以上開2工程並非新建工程，未涉及營造建築，而主張應非營造業法第8條所定之專業營造業所指之專業工程項目。惟營造業法第3條已明文規定，營繕工程係指土木、建築工程及其相關業務，是營造業法所指之營繕工程並不限於新建工程或建築工程而已，尚包含其他相關業務之營繕工程；而防水工程應為關係營繕工程品質良窳之重要工程項目之一，則上開2工程之主要工作內容既有諸多關於防水、防漏之工程項目，為確保營繕工程之施工品質，自應認上開2工程屬營造業法第8條第11款所定，需經登記為專業營造業者始得施作之專業工程項目。故原告主張管嶼國小整建工程及明正國小修繕工程非屬營造業法第8條規定之專業營造業之專業工程乙節，自難憑採。

3、再原告係於87年間經核准設立登記，所營事業項目為「室內裝潢業、廚具、衛浴設備安裝工程業、油漆工程業、防蝕、防鏽工程業、球場跑道樹脂材料鋪設工程業、五金批發業、染料、顏料批發業、合成樹脂批發業、耐火材料批發業」，有原告之公司基本資料在卷可按(見本院卷二第11頁)，堪認原告之營業項目並未包含土木、建築工程或專業營造業之專業工程項目；且原告亦非經許可，領有登記證書，並加入營造業公會之營造業廠商，此除原告自承在卷外，並有被告提出之關於原告之營造業管理資訊系統查詢資料可憑(見本院卷一第303頁)，則原告未經取得營造業許可，擅自承攬屬於專業營造業之專業工程，而經營營造業業務，確已構成同法第52條規定之違規事實，洵堪認定。

(三)原告有違反營造業法第52條規定之主觀歸責要件：

1、按行政罰法第7條規定：「(第1項)違反行政法上義務之行為非出於故意或過失者，不予處罰。(第2項)法人、設有代表人或管理人之非法人團體、中央或地方機關或其他組織違反行政法上義務者，其代表人、管理人、其他有代表權之人或實際行為之職員、受僱人或從業人員之故意、過失，推定為

該等組織之故意、過失。」而該條所稱之「故意」，係指行為人對於違反行政法上義務之構成要件事實，明知並有意使其發生，或預見其發生而其發生並不違反其本意；又該條所指之「過失」，則係指行為人對於違反行政法上義務之構成要件事實之發生，雖非故意，但按其情節應注意、能注意而不注意，或雖預見其能發生而確信其不發生。故行為人無不能注意之情事，竟未注意，致違反行政法上義務之構成要件，即有過失。

2、查管嶼國小整建工程及明正國小修繕工程之公開招標公告及決標公告，均已載明「標的分類代碼及名稱」為「工程類5153-『屋頂及防水工程』」，而原告設立登記所載之營事業項目並不包括「屋頂及防水工程」，則原告於投標上開工程時，自負有應注意其承攬上開工程是否符合相關法令規定之注意義務。況其前於101、102年間已曾因投標育華國小改善工程，該工程之「標的分類」亦為「工程類5153-『屋頂及防水工程』」，但經育華國小以其「因非屬營造業，依營造業法第4條規定，不得營業營造工程」為由，認定審標不合格，而未能得標，此有被告提出之育華國小改善工程101年12月18日公開招標公告及102年1月23日決標公告附卷可憑（見本院卷二第299至306頁），則原告自能預見其投標承攬「工程類5153-『屋頂及防水工程』」標的工程，可能需具營造業資格，方能承攬該標的工程；詎原告竟未查明營造業法之規定，即於103年間再投標承攬已載明相同標的工程之管嶼國小整建工程及明正國小修繕工程，致違反營造業法第4條第1項規定，而構成同法第52條規定之違規事實，故原告主觀上就本件違規事實，縱無故意，亦有應注意營造業法規定之義務，且無不能注意之情事，竟疏未注意之過失。從而，原告確有違反營造業法第52條規定之主觀歸責要件，亦堪認定。

3、雖原告主張管嶼國小整建工程及明正國小修繕工程之公開投標公告均未限制投標廠商資格須以營造業者為限，其係因信

01 賴投標公告而參與投標，其自始不認識上開2工程係專屬營
02 造業者承攬之工程範圍，且依其經驗也無認識之可能等情，
03 而否認其主觀上有何故意、過失。惟觀諸原告曾投標之育華
04 國小改善工程之公開招標公告所載，除其工程標的之記載，
05 均與管嶼國小整建工程及明正國小修繕工程所載相同，其
06 「廠商資格摘要」之記載為「丙等以上綜合營造業、專業營
07 造業或具有施作能力之廠商（需提出相關承作之公共工程實
08 績證明文件）」（見本院卷二第44頁），核與管嶼國小整建工
09 程之公開招標公告上「廠商資格摘要」之記載完全相同，足
10 見育華國小改善工程之公開招標公告亦未要求投標廠商資格
11 限於營造業者；然育華國小仍以原告非屬營造業，依營造業
12 法之規定，不得經營營造工程為由，認定原告投標資格不
13 符。則原告依其先前投標經驗，自己可認識縱投標公告未限
14 定須營造業者始能參與投標，仍應依投標參與之工程標的項
15 目，判定是否專屬於營造業始得投標承攬之工程範圍。況按
16 行政罰法第8條規定：「不得因不知法規而免除行政處罰責
17 任。但按其情節，得減輕或免除其處罰。」考其立法理由，
18 乃係規定行為人因不瞭解法規之存在或適用，進而不知其行
19 為違反行政法上義務時，仍不得免除行政處罰責任，然其可
20 非難程度較低，得按其情節減輕或免除其處罰。是有關行為
21 人故意或過失之判斷，並不包括行為人是否知悉其行為有無
22 違反行政法上義務之判斷，亦即不包括違法性認識之判斷，
23 故行為人尚不能以其不知法規而否認其有故意或過失之責
24 （最高行政法院107年度判字第440號判決意旨參照）。從而，
25 原告以前情否認其主觀上有何故意、過失云云，尚難憑採。

26 （四）原告尚不得主張其應適用行政罰法第8條但書規定，免除其
27 處罰：

28 1、按行政罰法第8條但書規定對違反行政法上義務之行為人予
29 以減輕或免除其處罰時，須以行為人有「不知法規」存在為
30 前提。而所謂「不知法規」，係指行為人不知法規所「禁止
31 （不得作為）」或「誡命（要求作為）」之行為或不行為義

務為何而言，即學說上所謂之「禁止錯誤」或「欠缺違法性認識」，而非指違反行政法上義務行為人必須要對自己的行為究係違反何法規之規定有所認知。是以，行為人如已知悉法規所禁止或要求應為之行為義務大致為何，就該違反行政法上義務之行為而言，行為人即已具備不法意識（違法性認識），應無行政罰法第8條但書規定適用之餘地。至所謂「按其情節，得減輕或免除其處罰」之情況，除可參酌刑法第16條「除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑」之規定外，亦可參考德國聯邦法院刑事庭對卡特爾（Kartell）違反秩序罰法之裁判中，針對「無可避免性」所建立之判斷標準：「依行為人於事件發生時所處情境、其個性、生活圈及職業圈應有之認知，推定對自己行為之違法理解，且雖經運用其精神上辨識力，或曾產生懷疑而經深入思考甚至必要時曾諮詢他人，仍無法克服其錯誤時，便屬於所謂無從避免性。但按其應有之認知理當知悉其行為之違法者，仍應負責」（詳參吳庚，行政法之理論與實用，增訂12版，頁477-478頁，三民，101年9月）。是如以行為人本身之社會經驗及個人能力，仍無法期待其運用認識能力而意識到該行為之不法，抑或對於其行為合法性有懷疑時，經其深入思考甚至必要時曾諮詢有權機關解釋，仍無法克服其錯誤時，始具有所謂「無可避免性」（最高行政法院106年度判字第542號判決、108年度上字第1017號判決意旨參照）。

- 2、查管嶼國小整建工程及明正國小修繕工程之公開投標公告關於「廠商資格摘要」之記載均未明定限於營造業者，致有混淆投標廠商資格之虞，並使原告因而以其係屬具有施作能力之廠商資格參與投標；且採購機關復疏未注意上開2工程係屬專業營造業之專業工程項目，需具營造業資格者方得承攬，而決標予未具營造業資格之原告得標承攬，採購機關顯與有過失；再原告所承攬之上開2工程均已如期施作完畢，且均經驗收合格，並已保固期滿，此除原告陳明在卷外，並

01 有上開2工程之驗收紀錄、工程結算驗收證明書、工程保固
02 切結書等在卷可憑。則被告衡酌上情，依行政罰法第8條但
03 書及第18條第3項等規定，以原處分裁處原告法定罰鍰最低
04 額之三分之一即33萬3,333元罰鍰，顯已依行政罰法第18條
05 第1、3項規定，斟酌原告係因被告之過失，致誤為參與投
06 標，並得標承攬上開工程，及其違章情節應受責難程度、所
07 生影響及所得利益等情而為裁罰，並未違反比例原則，亦無
08 裁量濫用情形。

09 3、原告雖主張應依行政罰法第8條但書規定免除其處罰；惟原
10 告於參與上開2工程投標前，既已曾參與相同標的工程及廠
11 商資格要求之育華國小改善工程之投標，然經育華國小以其
12 「因非屬營造業，依營造業法第4條規定，不得營業營造工
13 程」為由，認定資格不符，而未能得標，則原告依其經驗，
14 理當會對於其投標承攬相同標的工程之合法性有所懷疑，其
15 自得依政府採購法第41條第1項規定，向招標機關請求釋
16 疑；詎原告竟未進行必要之查詢，即逕行投標承攬，實難遽
17 認其具有「無可避免性」之違法性認識錯誤，是依其情節，
18 自無從認應免除其處罰，故原告主張其應符合免除其處罰之
19 情形乙節，自難認有據。

20 七、綜上所述，原告主張各節，均無可採。被告以原處分依營造
21 業法第52條、行政罰法第8條但書及第18條第1、3項等規
22 定，對原告裁處法定最低罰鍰100萬元之三分之一即33萬3,3
23 33元罰鍰，核其認事用法均無違誤，訴願決定予以維持，亦
24 無不合。原告訴請撤銷訴願決定及原處分，為無理由，應予
25 駁回。

26 八、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及訴訟資料，經
27 本院斟酌後，認對本判決結果不生影響，爰不一一論駁，併
28 予敘明。

29 九、據上論結，本件原告之訴為無理由，依行政訴訟法第236 條
30 、第98條第1 項前段，判決如主文。

31 中 華 民 國 111 年 4 月 21 日

行政訴訟庭 法官 簡璽容

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決，應於判決送達後20日內，向本院提出上訴狀並表明上訴理由（原判決所違背之法令及其具體內容或依訴訟資料可認為原判決有違背法令之具體事實），其未載明上訴理由者，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，如未按期補提上訴理由書，則逕予駁回上訴），並應繳納上訴裁判費新臺幣3000元。

中 華 民 國 111 年 4 月 21 日
書記官 蔡旻珊