

臺灣臺中地方法院行政訴訟判決

111年度簡字第25號

111年7月21日辯論終結

原告 何修安
訴訟代理人 陳錦芳律師
被告 臺中市政府

代表人 盧秀燕
訴訟代理人 王一偉

上列當事人間營造業法事件，原告不服內政部中華民國110年11月22日台內訴字第1100052801號訴願決定，向臺中高等行政法院提起行政訴訟（111年度訴字第11號），經該院以本件應適用簡易訴訟程序而移送本院，本院判決如下：

主 文

訴願決定及原處分均撤銷。

訴訟費用由被告負擔。

事實及理由

一、事實概要：

緣原告自民國108年1月10日起至109年12月31日止擔任台展營造有限公司（下稱台展公司）專任土木工程人員期間，於109年1月30日申請大作土木技師事務所（下稱大作事務所），執行土木工程科技師業務，經行政院公共工程委員會（下稱工程會）以109年3月4日工程技字第1090001993號函（下稱核發執照函）准予核發請領技師執業執照，為大作事務所之執業技師，並副知被告。案經被告提交臺中市營造業審議委員會審議後，認定原告違反營造業法第34條專任工程人員應為繼續性之從業人員之規定，爰依同法第61條規定處原告警告之處分（下稱原處分），原告不服處分提起訴願遭駁回，遂提起本件行政訴訟。

二、原告主張略以：

01 (一)按營造業法第34條第1項規定：「營造業之專任工程人員，
02 應為繼續性之從業人員，不得為定期契約勞工，並不得兼任
03 其他綜合營造業、專業營造業之業務或職務。……」依照本
04 條文義觀之，只要營造業之專任工程人員以不定期勞動契約
05 之型態受聘，而非「臨時性」、「短期性」、「季節性」及
06 「特定性」工作者，並且未兼任其他綜合營造業、專業營造
07 業之業務或職務，即屬符合該條所之要求。然內政部於108
08 年12月18日以台內營字第1000000000號令釋（下稱系爭令
09 釋）所述：「……二、營造業之專任工程人員如於工作時間
10 內同時擔任二項以上繼續性之工作者，因已妨礙其執行專任
11 工程人員法定職責，即違反營造業法第三十四條應為繼續性
12 從業人員之規定。……」將營造業專任工程人員兼職限制擴
13 張及於「所有繼續性之工作」，不限於「其他綜合營造業、
14 專業營造業之業務或職務」，顯已逾越母法文義範圍，在未
15 具法律保留的情況下侵害營造業專任工程人員之工作權。是
16 以，上開令釋係內政部本於主管機關之職權，發布解釋性行
17 政規則，對人民依法律享有之權利增加限制之要件，與憲法
18 第23條法律保留原則牴觸，應不予適用。

19 (二)退步言之，即便系爭令釋並無違法（假設語），原告並無
20 「同時擔任二項以上繼續性工作」，並未造成「專任工程人
21 員法定職責之妨礙」，其所為符合營造業法第34條規定：

22 1.系爭令釋指出：「……二、如於工作時間內同時擔任二項以
23 上繼續性之工作者，因『已妨礙其執行專任工程人員法定職
24 責』，即違反營造業法第三十四條應為繼續性從業人員之規
25 定。」、「專任工程人員除不得兼任其他綜合營造業、專業
26 營造業之業務或職務外，如『不違反營造業法法定職責（營
27 造業法第三十五條、第三十七條、第三十八條及第四十一
28 條），於與專任工程人員法定工作相容而不衝突之原則
29 下』，得兼任其他業務或職務。」顯然係為確保營繕工程施
30 工品質，在法條文義所示形式要件外，更為考量營造專任工
31 程人員之兼任「實質上」是否造成營造業法所定職責之違

01 反。是以，在判斷行為人有無違反內政部令釋所揭示之「應
02 為繼續性從業人員」義務時，應以原告所兼任職務「實質
03 上」有無造成其執行專任工程人員法定職責之違反為判斷基
04 準，而非僅以形式上擔任兩項繼續性工作，即逕謂有違反營
05 造業法第34條規定。

06 2.按修正前營造業法第34條第1項本條規定：「營造業之專任
07 工程人員，應為繼續性之從業人員，不得為定期契約勞工，
08 並不得兼任其他業務或職務。但經中央主管機關認可之兼任
09 教學、研究、勘災、鑑定或其他業務、職務者，不在此
10 限。」嗣108年6月19日修正公布之營造業法第34條第1項規
11 定（即現行條文）：「營造業之專任工程人員，應為繼續性
12 之從業人員，不得為定期契約勞工，並不得兼任其他綜合營
13 造業、專業營造業之業務或職務。但本法第六十六條第四
14 項，不在此限。」其修正理由為：「營造業之專任工程人員
15 數十年來對於不得兼任其他業務或職務，存在法律上不確定
16 因素，致主管機關對於其他業務之認可窄化解釋幾乎全部不
17 允許，專任工程人員受聘之懲戒比比皆是，因此，應修正明
18 定專任工程人員不得兼任之業務或職務……」故營造業法第
19 34條當初修正之理由本即在於放寬專任工程人員兼任之限
20 制，以免其動輒因受聘遭到懲戒。是以，觀諸本條之修正目
21 的，並且考量內政部釋令本即對於條文文義作擴張性解釋應
22 更為謹慎，自不得反於修法目的，過度限制專任工程人員兼
23 職範圍，而應以「兼職『實質上』有無造成行為人法定職責
24 之違反」作為有無違反「應為繼續性從業人員」義務之判斷
25 標準。

26 3.基於營造業法確保營繕工程施工品質之立法目的、擴張解釋
27 應從嚴之精神，再觀諸修法前營造業法第34條但書仍容許兼
28 任「經中央主管機關認可之教學、研究、勘災、鑑定或其他
29 業務、職務」，以及本條修正理由為「放寬兼任限制」，自
30 應以實質認定行為人有無「同時擔任二項以上繼續性工
31 作」，而非以形式認定之，否則恐過度限制人民工作權，亦

01 違背修法美意。

02 4.查技師事務所技師執行之業務，並非全為繼續性工作，例如
03 修法前營造業法第34條但書所允許兼任之「鑑定」，即屬技
04 師所執行業務中「非繼續性」之工作內容。故原處分及訴願
05 決定逕以「同時擔任技師事務所執業技師及營造業專任工程
06 人員」，即認定原告違背專任工程人員法定職責實有未洽。
07 再者，原處分及訴願決定僅以原告擔任專任工程人員期間同
08 時「領有技師執業執照」，並未查得原告執行任何技師業
09 務，即認定有違法情事並處以原告警告處分，其所為處斷顯
10 不合理，亦有執法過苛之嫌。

11 5.訴願決定書雖以：營繕工程施工品質涉及重大公共安全，為
12 避免公安事故之發生，營造業法第34條乃明定專任工程人員
13 應為繼續性工作且有兼任限制，用以預先防範可能發生之危
14 險，技師執行業務並不以實際已執行業務為限，外觀上有執
15 業表徵，即已違反營造業法第34條規定云云。惟按，刑法上
16 雖有所謂「抽象危險犯」之概念，亦即立法者得依據生活經
17 驗，預先對重要法益容易發生實害的行為，透過法律加以約
18 束，不以該行為實際上已生具體危險為限。然此種規範模式
19 因為不以實害結果作為處罰基礎，而將「處罰前置化」，對
20 於行為人權利之限制甚高，故必須嚴格認定該等行為的「可
21 刑罰性」，才能確保國家提前刑罰的正當性與必要性。申言
22 之，必須該「構成要件行為」，依照一般人生活經驗判斷，
23 有極高之或然率必將肇生實害，而對法益之威脅特高，始足
24 當之。次按，行政不法與刑事不法間之區別，並未具有本質
25 上之差異，而僅為「量的區分」，已為我國司法院釋字第51
26 7號解釋所揭示。故在行政罰之領域，亦應有上開法則之適
27 用。

28 6.技師事務所技師執行之業務，並非全為繼續性工作，前已敘
29 明，則所謂「執業之表徵」，在社會一般通常觀念上，並
30 「不具」肇生公安事故發生之極高或然率，「不足以」構成
31 得提前處罰之理由。因此，基於法律適用應合憲性解釋之原

則，僅「同時擔任技師事務所執業技師及營造業專任工程人員」並未違反營造業法第34條，尚應審酌行為人實質上有無「同時擔任二項以上繼續性工作」。

7.綜上所述，原告既「未」執行任何技師業務，自無違反營造業法第34條規定，原處分及訴願決定顯有認事用法之違誤。

(三)工程會准予核發技師執業執照之處分，應有構成要件效力，被告應尊重其判斷：

1.工程會以核發執照函核發原告技師執業執照，准予原告於大作事務所執行土木工程科技師業務，其上明確記載：「主旨：台端申請於大作土木技師事務所執行土木工程科技師業務乙案，『經核符合相關規定』，准予核發技師執業執照，請查照。」、「六、另查台端業於108年1月10日以土木工程科技師任職台展營造有限公司專任工程人員（主任技師）在案，爰副知台端所任職之營造業、營造業所在地主管機關及內政部營建署中部辦公室。另請注意執業技師辦理工程設計監造業務時，不得同時擔任該工程施工廠商之專任工程人員。」

2.查前揭系爭令釋及109年1月14日內授營中字第1090800894號函）發布之日期皆早於工程會核發執照函，而工程會身為技師之中央主管機關自應熟知相關法令、各主管機關對法規所為釋示，並於後續為行政行為時納入審酌。而由前開工程會核發執照函記載可知，工程會於審查原告技師執業執照申請時，已明確知悉原告業於108年1月10日以土木工程科技師任職台展營造有限公司專任工程人員，然其審查結果仍認可原告申請核發技師執業執照「符合相關規定」，顯然工程會於審酌營造業法第34條、內政部108年12月18日台內營字第1000000000號令、109年1月14日內授營中字第1090800894號函之後，認為原告單純領有技師執照之行為並「無」違反營造業法第34條情事。因此，工程會始於其核發執照函中敘明「請注意執業技師辦理工程設計監造業務時，不得同時擔任該工程施工廠商之專任工程人員。」提醒原告領有技師執業

01 執照後，不得有兼任之違法行為，而非拒絕原告之申請，蓋
02 單純領有執業執照並不會違反營造業法第34條。

03 3.承前所述，原告之技師執業執照，乃經工程會審查認定符合
04 相關法令後准予核發，是原告領有該技師執業執照應屬合
05 法，在該處分有效存續期間被告就此事實認定應予尊重，不
06 得逕為相反之判斷。原處分及訴願決定雖未直接認定工程會
07 核發之技師執業執照無效或違法，但其認定原告於擔任台展
08 營造公司專任人員期間，同時領有技師執業執照乃違反營造
09 業法第34條之行為云云，否認原告得合法領有該技師執業執
10 照，無異於認定該技師執業執照之核發違法，實際上已經與
11 工程會所作成之前行政處分認定相矛盾，故原處分及訴願決
12 定已經違背行政法上構成要件效力，應有違法瑕疵。

13 (四)查原告之技師執業執照，乃經工程會審查後以核發執照函准
14 予核發，且據該函第2頁第六點所載「另查台端於108年1月1
15 0日以土木工程科技師任職台展營造有限公司專任工程人員
16 （主任技師）在案……另請注意執業技師辦理工程設計監造
17 業務時，不得同時擔任該工程施工廠商之專任工程人員（主
18 任技師）」。是工程會所發之行政處分已使原告生有其兼任
19 技師事務所技師為合法，只要遵循「辦理工程設計監造業務
20 時，不得同時擔任該工程施工廠商之專任工程人員（主任技
21 師）」之教示，即「無」違反營造業法第34條之信賴，又原
22 告在申請時並未有以不實文件欺瞞等信賴不值得保護情事，
23 該信賴自應加以保護。原告並依據此信賴同時擔任台展營造
24 有限公司之專任工程人員、大作事務所之執業技師，應有信
25 賴保護原則之適用，被告不得再於嗣後以原告兼職違法為由
26 處罰原告。否則無異一方面同意原告技師執業之申請，一方
27 面同時執此為由處罰原告，以機關之行為陷原告於不法境
28 地，難謂合於行政程序法第8條所定誠實信用原則。

29 (五)由於專任工程人員、工地主任法定職責之不同，營造業法對
30 於其兼職的限制亦有所不同。分別規定於營造業法第30條第
31 2項、第34條第1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。」、「營造業之專任工程人員，應為繼續性之從業人員，不得為定期契約勞工，並不得兼任其他綜合營造業、專業營造業之業務或職務。但本法第六十六條第四項，不在此限。」前者基於工地主任需掌握並監督工地施工狀況、管理工程進度，故完全禁止其於施工期間兼任其他營造工地主任之業務；後者則僅要求專任工程人員兼任需在不違反其法定職責的情況下為之，此有系爭令釋可參。另太魯閣號事件違反營造業法之情形，係李義祥擔任義程營造負責人同時兼任東欣營造工地主任，違反營造業法第28條所定「營造業負責人不得為其他營造業之工地主任。」與本件所涉營造業法第34條規定並不相同，併此指明。

(六)上開函釋所稱專任工程人員之法定職責，即營造業法第35條、第37條、第38條及第41條規定：「營造業之專任工程人員應負責辦理下列工作：一、查核施工計畫書，並於認可後簽名或蓋章。二、於開工、竣工報告文件及工程查報表簽名或蓋章。三、督察按圖施工、解決施工技術問題。四、依工地主任之通報，處理工地緊急異常狀況。五、查驗工程時到場說明，並於工程查驗文件簽名或蓋章。六、營繕工程必須勘驗部分赴現場履勘，並於申報勘驗文件簽名或蓋章。七、主管機關勘驗工程時，在場說明，並於相關文件簽名或蓋章。八、其他依法令規定應辦理之事項。」、「營造業之專任工程人員於施工前或施工中應檢視工程圖樣及施工說明書內容，如發現其內容在施工上顯有困難或有公共危險之虞時，應即時向營造業負責人報告。(第一項)營造業負責人對前項事項應即告知定作人，並依定作人提出之改善計畫為適當之處理。定作人未於前項通知後及時提出改善計畫者，如因而造成危險或損害，營造業不負損害賠償責任。(第二項)」，「營造業負責人或專任工程人員於施工中發現顯有立即公共危險之虞時，應即時為必要之措施，惟以避免危險所必要，且未踰越危險所能致之損害程度者為限。其必要措

01 施之費用，如係歸責於定作人之事由者，應由定作人給付，
02 定作人無正當理由不得拒絕。但於承攬契約另有規定者，從
03 其規定。」、「工程主管或主辦機關於勘驗、查驗或驗收工
04 程時，營造業之專任工程人員及工地主任應在現場說明，並
05 由專任工程人員於勘驗、查驗或驗收文件上簽名或蓋章。
06 (第一項)未依前項規定辦理者，工程主管或主辦機關對該工
07 程應不予勘驗、查驗或驗收。(第二項)」由此可知，營造業
08 法第34條規定並「非」禁止兼任行為，而是要求在不違反上
09 開義務之前提下，始能兼任其他工作。經查，技師事務所技
10 師執行之業務，並非全為繼續性工作，例如個案性之鑑定，
11 即屬技師所執行業務中「非繼續性」之工作內容，營造業專
12 任工程人員得在不影響其查核、現場履勘監督所屬工程等義
13 務的前提下，擇其他閒暇時間辦理之。

14 (七)綜上所述，原處分及訴願決定僅以原告「形式上同時擔任技
15 師事務所執業技師及營造業專任工程人員」，未查明原告
16 「兼任之業務實質上有何違反專任工程人員法定職責」，即
17 逕予以原告警告處分實有未洽等情，並聲明求為判決：1.被
18 告110年7月9日府授都工字第1100167908號函檢附中市營懲
19 字第(110)009號決議書及訴願決定均撤銷。2.訴訟費用由
20 被告負擔。

21 三、被告答辯略以：

22 (一)本件係工程會查得原告自108年1月10日起即受聘擔任為台展
23 公司之專任工程人員，期間亦向工程會申領技師執業執照，
24 為大作事務所之執業技師，爰副知原告所任職之營造業所在
25 地主管機關即臺中市政府；經被告函請營造業及原告提出陳
26 述意見說明，台展公司於答辯中略以：「…公司聘請該技師
27 擔任專任工程人員一職，不知技師有申請執業執照情事，且
28 該技師已於109年12月31日離職。…」另原告答辯略以：「…
29 本人受聘於營造業擔任專任工程人員迄今，無從事二項以上
30 繼續性之工作，且本人所設立之大作土木技師事務所才剛成
31 立，目前尚未執行任何兼任工作，懇本於無罪推定原則審

01 認。…」案經移送臺中市營造業審議委員會審議後認原告違
02 反營造業法第34條規定，被告爰依同法第61條規定處原告警
03 告處分，合先敘明。

04 (二)按系爭令釋略以：「有關營造業法第三十四條第一項規定之
05 執行方式如下，並自即日起生效：一、營造業法第三十四條
06 第一項規定相關要件之認定如下：……(二)繼續性之從業人
07 員：勞動契約如屬不定期契約工作者，即為繼續性之從業人
08 員……二、營造業之專任工程人員如於工作時間內同時擔任
09 二項以上繼續性之工作者，因已妨礙其執行專任工程人員法
10 定職責，即違反營造業法第三十四條應為繼續性從業人員之
11 規定。……。」此節亦有內政部台內訴字第1100420615號訴
12 願決定書可參。另查內政部109年1月14日內授營中字第1090
13 800894號函附件中帶有工程會109年1月2日工程技字第10800
14 29604號函說明二及三規定意旨略以：「…技師事務所技師執
15 行之業務，基於技師法所定職責，需於執行中持續性投入相
16 關工作，故應有「繼續性工作」之性質。爰擔任營造業主任
17 技師者，同時另以技師事務所執行技師業務，似屬內政部
18 「同時擔任二項以上繼續性之工作」情形，又難謂無影響其
19 履行營造業承攬工程之施工技術指導及施工安全暨相關法令
20 規定應盡之職責，似亦有同點「已妨礙其執行專任工程人員
21 法定職責」之情形，而違反營造業法第34條應為繼續性從業
22 人員之規定。」

23 (三)另原告主張工程會既准予其核發技師執業執照，應尊重其所
24 為原告兼職合法之判斷，查工程會非營造業法之中央主管機
25 關，自無認定原告有無違反營造業法之權責，工程會依技師
26 法第8條規定核發技師執業執照予原告，不表示原告即得不
27 受營造業法第34條規定兼任限制。原告既為營造業之專任工
28 程人員，基於營繕工程施工品質涉及重大公共安全，為避免
29 公安事故之發生，隨時當受營造業之支配應付工地突發狀
30 況，故營造業法第34條明定專任工程人員應為繼續性工作且
31 有兼任限制，用以預先防範可能發生之危險，不論原告領得

技師執業執照後有無實際執行業務，外觀上已有執業之表徵，即已違反營造業法第34條規定，原告為營造業之專任工程人員，又同時為大作事務所之執業技師，已有執業之表徵，尚難以事務所甫設立，無執行任何業務做為免罰之理由。

(四)綜上所述，原告違反營造業法第34條規定，被告依同法第61條規定處原告警告之處分，係為裁量最輕之罰則，於法有據並無不當，是原處分應予維持，原告之訴為無理由，請依法駁回原告之訴等語，資為抗辯，並聲明求為判決：1.原告之訴駁回。2.訴訟費用由原告負擔。

四、本件如事實概要欄所載之事宜，有臺中市政府110年7月9日府授都工字第1100167908號函暨臺中市營造業審議委員會決議書(中市營懲字第(000)000號)(見本院卷第51頁至第56頁)、內政部110年11月22日台內訴字第1100052801號函暨內政部台內訴字第1100052801號訴願決定書(見本院卷第58頁至第63頁)、臺中市營造業疑涉違規審議移送單(第9案)(見本院卷第65頁至第67頁)、行政院公共工程委員會109年3月4日工程技字第1090001993號函(見本院卷第69頁至第70頁)、臺中市政府109年3月12日府授都工字第1090054519號函(見本院卷第71頁至第72頁)、台展營造有限公司110年3月9日台字第1100309號函(見本院卷第77頁)、臺中市政府都市發展局110年1月8日中市都工字第1100003642號函(見本院卷第79頁至第80頁)、營造業管理資訊系統列印資料(見本院卷第119頁至第122頁)等附卷可稽，堪信為真正。兩造之爭點為：原處分是否適法？

五、本院之判斷：

(一)本件適用之法令及函釋：

1.按營造業法第3條第9款規定：「本法用語定義如下：……九、專任工程人員：係指受聘於營造業之技師或建築師，擔任其所承攬工程之施工技術指導及施工安全之人員。其為技師者，應稱主任技師；其為建築師者，應稱主任建築師。」

第34條規定：「營造業之專任工程人員，應為繼續性之從業人員，不得為定期契約勞工，並不得兼任其他綜合營造業、專業營造業之業務或職務。但本法第六十六條第四項，不在此限。營造業負責人知其專任工程人員有違反前項規定之情事者，應通知其專任工程人員限期就兼任工作、業務辦理辭任；屆期未辭任者，應予解任。」第61條規定：「營造業專任工程人員違反第三十四條、第三十五條第一款至第七款規定之一、第四十一條第一項規定或違反各該技師公會章程，按其情節輕重，予以警告或二個月以上二年以下停止執行營造業業務之處分；其停業期間，並不得依技師法或建築師法執行相關業務。第六十六條第四項之技師有違反各公會之章程情節重大者，亦同。……」

2.按內政部108年12月18日台內營字第IU000000000號令：「有關營造業法第三十四條第一項規定之執行方式如下，並自即日生效：一、營造業法第三十四條第一項規定相關要件之認定如下：……(二)繼續性之從業人員：勞動契約如屬不定期契約工作者，即為繼續性之從業人員……二、營造業之專任工程人員如於工作時間內同時擔任二項以上繼續性之工作者，因已妨礙其執行專任工程人員法定職責，即違反營造業法第三十四條應為繼續性從業人員之規定。三、專任工程人員除不得兼任其他綜合營造業、專業營造業之業務或職務外，如不違反營造業法法定職責（營造業法第三十五條、第三十七條、第三十八及第四十一條），於與專任工程人員法定工作相容而不衝突原則下，得兼任其他業務或職務……」

3.內政部109年1月14日內授營中字第1090800894號函：「……二、按……本法第34條……三、次按本部108年12月18日台內營字第1000000000號令公告有關第34條第1項執行方式……四、旨案營造業專任工程人員，另以單獨設立技師事務所或與其他技師組織聯合技師事務所執行技師業務，是否涉違反本法第34條第1項規定1節，請依本函說明二及三規定意旨及行政院工程委員會109年1月2日工程技字第108002960

01 4號函……本權責就具體個案事實依法審認。……」

02 4.工程會109年1月2日工程技字第1080029604號函：「……

03 二、……(一)設立事務所或組織聯合技師事務所之執業技師，
04 其執行業務狀態及情形是否得比照公司負責人職務，以繼續
05 性工作認定：1.技師事務所係以『自然人』執業型態提供其
06 技師科別之技術服務，並非『公司』組織；亦非勞動基準法
07 規範之僱傭型態……2.技師事務所技師執行之業務，基於前
08 述技師法所定職責，需於執行中持續投入相關工作，故應有
09 『繼續性工作』之性質。爰擔任營造業主任技師者，同時另
10 以技師事務所執行技師業務，似屬貴部108年12月18日台內
11 營字第1000000000號令第二點『同時擔任二項以上繼續性工
12 作』情形……似亦有同點『已妨礙其執行專任工程人員『法
13 定職責』之情形……」

14 5.按行政罰法第7條第1項規定：「違反行政法上義務之行為非
15 出於故意或過失者，不予處罰。」究其立法目的，係現代國
16 家基於「有責任始有處罰」之原則，對於違反行政法上義務
17 之處罰，應以行為人主觀上有可非難性及可歸責性為前提，
18 如行為人主觀上並非出於故意或過失情形，應無可非難性及
19 可歸責性，故明定不予處罰。行政罰法第26條第1項及第2項
20 條文中所稱「違反行政法上義務規定者」，依同法第1條規
21 定：「違反行政法上義務而受罰鍰、沒入或其他種類行政罰
22 之處罰時，適用本法。但其他法律有特別規定者，從其規
23 定。」及94年2月5日之立法理由：「一、對於違反行政法上
24 義務者，依法處罰，乃現代民主法治國家之基本原則。以往
25 由於政府行政事務繁雜，為達行政目的，採用不同之處罰方
26 法或手段，致行政法規所定之行政罰種類繁多，名稱互異，
27 處罰形式不一，且實務上裁罰時之法律適用與理論見解分
28 歧，常生困擾，不但影響行政效能，且關係人民權益至鉅。
29 二、本法之立法目的，乃在於制定共通適用於各類行政罰之
30 統一性、綜合性法典，期使行政罰之解釋與適用有一定之原
31 則與準繩。為明確其適用範圍，爰於首條明定，限於違反行

01 政法上義務而受罰鍰、沒入或其他種類行政罰之處罰時，始
02 有本法之適用。」可知，政府為達行政目的，訂定各種行政
03 法規，課以人民應遵守之義務（包含應作為或不作為之義
04 務，前者乃行政法上訂有「命令規範」或「誡命規範」，行
05 為人有作為義務，但違反該規範而不作為，為不作為犯；後
06 者乃行政法上訂有「禁止規範」，行為人有不作為義務，但
07 違反該規範而作為，為作為犯），如有違反，則應依其所定
08 法律效果處罰之。上開條文所稱「違反行政法上義務」係指
09 行為人違反其應遵守之行政法上義務，積極作為或消極不作
10 為以實施違章行為，因而符合相關違章構成要件而言，而
11 「行政罰」則是依該違章規定所定之法律處罰之，前者為後
12 者之前提。

13 6.對於違反行政法上義務之人處以行政罰時，除法律別有特別
14 規定外，應按行政罰法及其相關法理所建構之（主、客觀）
15 構成要件該當性、違法性及有責性³ 階段分別予以檢驗，確
16 認具備無誤後，方得處罰。行政罰法第7條第1項所定：「違
17 反行政法上義務之行為非出於故意或過失者，不予處罰。」
18 係就行為人之主觀構成要件加以規範。主管行政機關除應證
19 明行為人有符合客觀構成要件之行為外，尚須就行為人之行
20 為係出於故意或過失詳加舉證。倘所提出之證據不能確實證
21 明違法事實之存在，其處罰即不能認為合法，行政法院32年
22 度判字第16號、39年度判字第2號判例可資參照。

23 (二)經查，原告自108年1月10日起至109年12月31日止擔任台展
24 公司專任工程人員期間。原告另於109年1月30日申請大作事
25 務所，執行土木工程科技師業務，經工程會准予核發請領技
26 師執業執照，為大作事務所之執業技師，並副知被告等事
27 實，為兩造所認，並有前揭行政院公共工程委員會109年3月
28 4日工程技字第1090001993號函（見本院卷第69頁至第70
29 頁）、臺中市政府都市發展局110年1月8日中市都工字第110
30 0003642號函（見本院卷第79頁至第80頁）、營造業管理資
31 訊系統列印資料（見本院卷第119頁至第122頁）等在卷可

01 按，堪信為真實。

02 (三)雖被告主張原告身為營造業專任工程人員，基於營繕工程施
03 工品質涉及重大公共安全，為避免公安事故之發生，隨時當
04 受營造業之支配應付工地突發狀況，故專任工程人員應為繼
05 續性工作，且有兼任限制，用以預先防範可能發生之危險，
06 不論原告領得技師執業執照後有無實際執行業務，外觀上已
07 有執業之表徵，即已違反營造業法第34條規定，原告同時為
08 大作事務所之執業技師，已有執業之表徵，尚難以事務所甫
09 設立，無執行任何業務做為免罰云云。

10 1.惟觀諸營造業法第34條第1項規定「營造業之專任工程人
11 員，應為繼續性之從業人員，不得為定期契約勞工，並不得
12 兼任其他綜合營造業、專業營造業之業務或職務。第六十六
13 條第四項，不在此限。」內容；暨其立法理由為：「一、為
14 確保工程品質、維護公共安全，並落實營造業之專任工程人
15 員之專職專責，第一項明定營造業專任工程人員應為繼續性
16 之從業人員，不得為定期契約勞工，並不得再兼任其他業
17 務。惟為考量實際業務及服務之需要，例外規定凡經中央主
18 管機關認可之兼任教學、研究、勘災、鑑定或其他業務、職
19 務，不在此限。」另參酌內政部營建署108年10月4日營署中
20 建字第1081198617號函所檢該署108年9月18日研商營造業法
21 第34條條文於108年6月19日修正公布後之執行方式會議紀錄
22 所載內容「說明：……(三)查營造業專任工程人員違反本法第
23 34條規定，係依同法第61條處以罰責；至違反本法第34條規
24 定係指營造業之專任工程人員違反「應為繼續性之從業人
25 員，不得為定期契約工，並不得兼任其他綜合營造業、專業
26 營造業之業務或職務。」之規定，而非僅違反「不得兼任其
27 他綜合營造業、專業營造業之業務或職務。」者。故修法
28 後，有無違反本法第34條規定，應視專任工程人員有無事實
29 行為違反該條文第一項規定之三要件予以認定，即「繼續性
30 之從業人員」、「定期契約勞工」、「兼任其他綜合營造
31 業、專業營造業之業務或職務。」……七、決議：(一)營造業

專任工程人員違反營造業法第34條規定三要件之認定方式：

1.定期契約勞工：事業單位與勞工訂定之勞動契約如屬勞動基準法所稱「臨時性」、「短期性」、「季節性」及「特定性」工作者，即為定期契約勞工。2.繼續性之從業人員：如屬不定期契約工作者，即為繼續性之從業人員；即不屬「臨時性」、「短期性」、「季節性」及「特定性」工作者。3.不得兼任之業務或職務：依本法第34條第1項正面表列之規定，即其他綜合營造業、專業營造業之業務或職務。(二)實務上，對於營造業之專任工程人員如於工作時間內同時擔任二項以上其他繼續性之工作者，即違反營造業法第34條規定應繼續性之從業人員，不得為定期契約勞工之規定。(三)專任工程人員如在不違反營造業法賦予職責下（營造業法第35、37、38、41條）從事兼任其他業務或職務（除其他綜合營造業、專業營造業之業務或職務外），應與專任工程人員法定工作相容而不衝突之原則下，始得兼任。(四)有關「工作時間」及「繼續性工作」認定部分，請參照勞動部103年6月5日勞動條3字第1030065655號函及89年3月31日（89）台勞資二字第001136二號書函辦理。……」綜上所述，可知營造業法第34條第1項之構成要件，須視行為人有無事實行為從事違反「營造業之專任工程人員」、「繼續性之從業人員」、「定期契約勞工」、「兼任其他綜合營造業、專業營造業之業務或職務。」等工作之構成要件，足證前揭規定係屬「禁止規範」，行為人負有不作為義務，如違反該規範而作為（從事構成要件之行為），實施違章行為，即符合營造業法第34條第1項所規定之「禁止規範」，方可依同法第61條規定對行為人加以處罰。

2.依刑法與行政罰學理上，就不法行為是否發生實害，可分為實害犯、危險犯。實害犯必須其違反秩序行為的客體發生事實上的損害或傷害。如果只是單純的危害法益，尚有不足。危險犯不同於實害犯之發生實害結果，係就法益（或法規範秩序，下併稱法益）遭侵害危險性為規定，並依危險程度，

區別為抽象危險犯、具體危險犯。其中「抽象危險犯」係立法擬制，由立法者就某些行為，因社會通念咸認有侵害法益之危險，且危害甚大，故提前禁制，定其處罰，僅需符合法令規定行為即構成處罰事由；惟於具體案件，若依行為時具體事實可確定排除法律預設之抽象危險存在（亦即確定無發生具體危險或實害之可能性時），因無危險而不具處罰正當性，始例外不構成該抽象危險犯。而「具體危險犯」則由法院審核判斷其危險是否確實存在，乃與論處，法條文字上通常以「足以生損害」作為特徵，但仍有別於實害已經真實發生。是以，營造業法第34條第1項應以行為人（即營造業之專任工程人員）須已實際從事「繼續性之從業人員」、「定期契約勞工」、「兼任其他綜合營造業、專業營造業之業務或職務。」等工作之構成要件，如此方足以影響營繕工程施工品質，有釀成重大公安事故之危險，是前揭法律規定，並非抽象危險犯之規定，原告僅單純成立大作事務所，領得土木技師執業執照，尚未實行構成要件之違章行為，無法認定其違反前揭「禁止規範」，自不得依同法第61條規定對其裁罰。

3. 被告僅能證明原告自108年1月10日起至109年12月31日止擔任台展公司土木工程人員期間，申請成立大作事務所，執行土木工程科技師業務，經工程會核准其為大作事務所之執業技師在案，但無法證明原告確有從事營造業法第34條第1項「禁止規範」之構成要件行為，業據被告於本院審理時陳明在卷，有本院111年5月26日言詞辯論筆錄（見本院卷第142頁）在卷可按。再者本院依職權調查原告108至110年度綜合所得稅申報相關資料結果，亦無法認定原告有何從事違反營造業法第34條第1項規定之行為，亦有財政部中區國稅局沙鹿稽徵所111年6月1日中區國稅沙鹿綜所字第1112455873號函暨檢附原告108年度綜合所得稅結算申報書影本（見本院卷第165頁至第168頁）、財政部中區國稅局雲林分局111年6月2日中區國稅雲林綜所字第1112303772號函（見本院卷第

169頁）、財政部中區國稅局沙鹿稽徵所111年7月13日中區國稅沙鹿綜所字第1111457911號函（見本院卷第207頁）在卷可憑。綜上所述，依現有事證僅能證明原告於任職台展公司土木工程人員期間，申請成立大作事務所，領得土木技師執業執照，作為大作事務所之執業技師，但無法證明其有何從事違反營造業法第34條第1項規定之行為甚明。

六、綜上所述，本院認原告並無違反造業法第34條第1項規定之違章行為，原告否認有違反該規定之事實，尚非無據。原處分以原告違反營造業法第34條之行為，依同法第61條規定，裁罰原告如原處分，容有違誤，訴願決定未予糾正，亦有未洽。是原告訴請撤銷訴願決定及原處分，為有理由，爰應予撤銷，以維原告之權益。

七、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊、防禦方法，核與判決結果不生影響，爰不逐一論述。

八、本件第一審裁判費，應由敗訴之被告負擔，爰判決如主文第2項所示。

九、據上論結，原告之訴為有理由，爰依行政訴訟法第98條第1項前段，判決如主文。

中 華 民 國 111 年 8 月 5 日
行政訴訟庭法 官 楊萬益

上為正本係照原本作成。

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）。上訴理由應表明關於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。

中 華 民 國 111 年 8 月 5 日
書記官 林柏名