

臺北高等行政法院判決

) FKT64W1Z1X5L0;@108年度訴字第

108年10月17日辯論終結

原告 振煜實業有限公司

代表人 林得貴 (董事)

被告 新北市政府

代表人 侯友宜 (市長)

訴訟代理人 陳啟聰

王晏維

劉煥文

上列當事人間營造業法事件，原告不服內政部中華民國108年3月22日台內訴字第1080014053號訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主 文

一、訴願決定及原處分關於罰鍰部分撤銷。

二、訴訟費用由被告負擔2分之1，餘由原告負擔。

事實及理由

一、爭訟概要

(一) 原告於民國106年12月間參與基隆市政府為該市信義區深美國民小學 (下稱深美國小) 代辦之「籃球場地整修暨購置設備器材案」 (下稱系爭採購案) 公開招標，並得標承攬該採購案籃球場地整修等工程，於107年5月7日竣工在案。嗣基隆市政府採購稽核小組 (下稱稽核小組) 於同年6月間審查發現，系爭採購案含有防水工程項目，應由專業營造業施工，原告非屬專業營造業，涉違反營造業法第52條規定，乃以107年11月7日基府稽核壹字第1070141421號函 (下稱基隆市政府107年11月7日函) 檢附營造業違規

審議通知單，移由原告主事務所所在地之直轄市政府即被告處理。

(二) 被告所屬工務局以107年11月9日新北工施字第1072149998號函(下稱工務局107年11月9日函)請原告陳述意見，經原告以107年11月15日函陳述意見後，被告審認依營造業法第8條第11款規定，防水工程屬專業營造業登記之專業工程項目，系爭採購案包含「屋頂防水工程」(下稱系爭工程)，原告非專業營造業卻予承攬施作，已違反營造業法第52條規定，惟審酌基隆市政府於系爭採購招標過程未限定廠商資格為專業營造業，故依行政罰法第8條及第18條等規定減輕其處罰，而以107年11月26日新北府工施字第1072212803號函(下稱原處分)，裁處原告新臺幣(下同)50萬元罰鍰，並勒令停止經營營造業業務。原告不服，提起訴願仍遭決定駁回，於是向本院提起行政訴訟。

二、原告主張要旨及聲明：

(一) 原告是依系爭採購案公開招標公告參與投標，對招標文件有關廠商資格內容逐一研讀，招標公告中寫明系爭採購工程部分非屬建築工程，並確認廠商資格也未限定須具備專業營造廠商資格，運動場地用設備工程業也可參與投標，才提出相關資格證明文件投標；開標前後也未因不符規定而不予開標或決標，並在得標後承攬施作，並未轉包自行履約完成，且經驗收完畢。原告承攬系爭採購案符合投標須知公告與政府採購法，工程品質無虞，嗣後卻因稽核小組認定不具營造業資格施行營造工程而遭裁罰，且系爭工程只將原防水層剷除再做新防水層，何來建築、結構之營造工程，原處分並不合理。

(二) 聲明：訴願決定及原處分均撤銷。

01 三、被告答辯要旨及聲明：

02 （一）原告於83年9月12日經被告核准設立，所營事業之項目，
03 及各該項目於經濟部公司行號及有限合夥營業項目代碼表
04 檢索系統之代碼，分別為「A102080園藝服務業」、「EZ1
05 1010球場跑道樹脂材料鋪設工程業」等，所營並無綜合營
06 造業、專業營造業或土木包工業等營業項目。故原告並非
07 向主管機關申領許可而登記為防水工程之專業營造業，自
08 不得從事營造業法第8條第11款所定之防水工程。惟原告
09 卻於106年12月間得標系爭採購案後承攬系爭工程，參看
10 系爭採購工程預算書所列工程項目，有「屋頂防水工程」
11 一項並編列費用，可知系爭該項工程屬專業營造業者始得
12 施作之防水工程無誤。原告並於107年5月7日竣工，被告
13 依此認定原告未經許可經營營造業，依營造業法第52條規
14 定裁處，且考量原告不知悉營造業法規，基隆市政府招標
15 應限定而未限定廠商資格，故適用行政罰法第8條及第18
16 條規定減輕處罰，以原處分裁處罰鍰50萬元並勒令其停業
17 ，於法並無違誤。

18 （二）聲明：原告之訴駁回。

19 四、爭點：

20 （一）原告承攬施作系爭工程，是否違反營造業法？

21 （二）如原告確有違法，是否有得以阻卻違法或有責性之事由？

22 五、本院的判斷：

23 （一）前提事實：

24 1.如爭訟概要欄所載之事實，有系爭採購案公開招標公告（
25 見訴願卷第181-183頁）、決標公告（見同卷第184-186頁
26 ）、原告與採購機關深美國小簽訂之工程契約書（見同卷
27 第23-78頁）、系爭採購工程竣工報告表（見同卷第189頁

01)、工程結算驗收證明書（見同卷第191頁）、稽核小組1
02 07年6月29日製作之稽核監督複審意見表（見同卷第165-1
03 66頁）、稽核小組同年7月2日簽報之稽核複審結果說明（
04 見同卷第162-163頁）、基隆市政府107年11月7日函（見
05 同卷第172-174頁）、工務局107年11月9日函（見原處分
06 卷第13頁）、原告107年11月15日陳述意見函（見同卷第
07 15頁）、原處分（見同卷第17-18頁）、訴願決定書（見
08 同卷第101-105頁）等在卷可供查對屬實。

09 2.原告並未向轄區內營造業法主管機關申請取得從事防水工
10 程專業營繕工程項目之專業營造業許可，也未辦妥營造業
11 營業登記或加入營造業公會，此為兩造不爭之事實，且參
12 原告於經濟部之公司營業項目查詢結果（見訴願卷第231-
13 232頁），其登記營業項目中，雖有園藝服務業、球場跑
14 道樹脂材料鋪設工程業、運動場地用設備工程業等，但未
15 含防水工程專業營繕工程項目，亦可得證明。而系爭採購
16 由原告施作完成之工程中，確含防水工程，此觀卷附招標
17 機關基隆市政府提供之系爭採購案單價分析表（見同卷第
18 109頁）即明。

19 （二）原告承攬施作系爭工程違反營造業法第4條第1項規定，但
20 有欠缺期待可能性之阻卻責任事由，不應處以罰鍰：

21 1.應適用的法令及法理的說明：

22 (1)按營造業法是為提高營造業技術水準，確保營繕工程施
23 工品質，促進營造業健全發展，增進公共福祉而制定（
24 營造業法第1條規定參照）。所謂「營造業」，依同法
25 第3條第2款規定，指「經向中央或直轄市、縣（市）主
26 管機關辦理許可、登記，承攬營繕工程之廠商」；至所
27 謂「營繕工程」，按同條第1款規定，則指「土木、建

築工程及其相關業務」。而依同法第4條第1項規定：「營造業非經許可，領有登記證書，並加入營造業公會，不得營業。」同法第52條並規定：「未經許可或經撤銷、廢止許可而經營營造業業務者，勒令其停業，並處新臺幣1百萬元以上1千萬元以下罰鍰；其不遵從而繼續營業者，得連續處罰。」綜合前開規定可知，承攬土木、建築工程及其相關業務等營繕工程的營造業，因其業務品質良窳涉及公共福祉，倘僅仰賴進入市場不設門檻而完全開放之市場競爭機制自行發揮擇優汰劣功能，或待營繕工程發生弊端實害再追究相關法律責任，難以有效保障公共安全，故營造業法藉由對有意從事業者設定事前許可與登記公示之控管，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管制性不利處分，強化事前許可、登記與加入公會義務之貫徹，藉以達成該法前述立法目的。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；違法者，主管機關即得依同法第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，防止違法者繼續營業而破壞營造業法所劃定之營業競爭秩序。

- (2) 關於營造業法管制事前取得許可、辦妥登記並加入公會方得從事之營繕工程業務，同法第6條更具體區分為「綜合營造業」、「專業營造業」及「土木包工業」等3大類。各類營造業之定義，則見諸同法第3條第3款至第5款之規定，其中專業營造業，指「經向中央主管機關辦理許可、登記，從事專業工程之廠商」（同法第3條

第4款參照)。而專業營造業上開定義中所謂「專業工程」之範圍，另參見同法第8條定有12款專業工程之項目中，「防水工程」確屬須經向主管機關辦理許可、登記，始得從事之專業營造業工程項目(同法第8條第11款參照)。是依前述說明，有意從事防水工程之營繕工程的營業人，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，主管機關得依同法第52條規定辦理。再營造業法之中央主管機關雖為內政部(同法第2條規定參照)，但同法第5條規定：「營造業之許可、登記、撤銷或廢止許可、撤銷或廢止登記、停業、歇業、獎懲、登記證書及承攬工程手冊費之收取、專任工程人員與工地主任懲戒事項、營造業登記證書與承攬工程手冊之核發、變更、註銷、複查及抽查，中央主管機關得委託或委辦直轄市、縣(市)主管機關辦理。」內政部並依此以93年11月18日臺內營字第0930087610號函，委辦各直轄市、縣(市)政府辦理營造業之登記管理業務，與因委辦事項之獎懲事項，則各營業人主事務所所在地之直轄市、縣(市)政府，自有辦理轄區內營造業許可、登記之管理，及對違法者依法裁處之管轄權限。

2.經查，本件原告登記營業項目有園藝服務業、球場跑道樹脂材料鋪設工程業、運動場地用設備工程業等，但未向主事務所所在地直轄市政府即被告申辦防水工程專業營繕工程之專業營造業許可、登記，此經本院查明如前。但原告卻於參與系爭採購案招標而得標後，承攬、施作系爭採購案當中之防水工程，確有違反營造業法第4條第1項所定行

政法上義務，未經許可而經營營造業業務，依同法第52條規定，被告固得勒令原告停止違法之營造業業務，以此管制性不利處分，防止原告繼續違法從業，以維護營造業法保護之營業秩序。原處分就勒令原告停止營造業務部分，經核於法並無違誤。然就原處分裁處罰鍰而言：

(1)原告客觀上有未經許可違法經營專業營造業之行為，且依原告所自承，其取得招標文件後，即細究招標文件有關廠商資格與系爭採購工程內容，確認廠商資格未限定需具備專業營造廠商資格，運動場地用設備工程業也可參與投標，才參與投標等情，原告對於自己未領有營造業許可而不得參與營造業之行政法上義務，也應注意、能注意，並施加注意，但最終仍因系爭採購招標公告之記載，與招標、採購機關之開、決標與採購措施（見下述）之誤導，而疏未注意，致實際從事防水工程之專業營造業務，核有過失無誤。且原告承攬、施作系爭防水工程，雖是依系爭採購案之招標公告參與投標，並經招標機關基隆市政府依招標文件所定資格開標、決標予原告得標，由原告與採購機關深美國小締約施作，其參與政府採購之情節，縱未違反政府採購法相關行政法上義務，但政府採購法是為建立政府採購制度，依公平、公開之採購程序，提升採購效率與功能，確保採購品質而制定（該法第1條立法目的參照），此與營造業法第4條第1項、第52條規定奠定之營造業事前許可、登記與加入公會制度，所欲達成之公共利益，明顯有所不同。簡言之，政府採購法有關採購制度之規範，並非營造業法形塑營造業營業秩序之特別規定，廠商遵守政府採購法令與招標文件之規範參與政府採購，也不因此即阻卻其

違反營造業法前開行政法上義務之違法性。原告主張其參與系爭採購案投標均合於政府採購法規定，即不應處罰部分，容有誤會，並不可採。

(2) 惟行政罰法第8條規定：「不得因不知法規而免除行政處罰責任。但按其情節，得減輕或免除其處罰。」其立法理由是以：「一、本條係規定行為人因不瞭解法規之存在或適用，進而不知其行為違反行政法上義務時，仍不得免除行政處罰責任。然其可非難程度較低，故規定得按其情節減輕或免除其處罰。二、……此部分實務上應由行政機關本於職權依具體個案審酌衡量，加以裁斷。三、參考刑法第16條。」由此可知，欲適用行政罰法第8條但書規定對違反行政法上義務的行為人予以減輕或免除其處罰時，以行為人「不知法規」為前提。而所謂「不知法規」，指行為人不知法規所「禁止」或「要求應為」的行為或不行為義務為何，或對個案事實中行為應屬違法行為之違法性評價，認識有誤而言；也就是學說上所稱「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竟是違反哪一法規規定有所認知。所以，行為人如已知悉法規所禁止或要求應為的行為義務為何，且對自己行為應屬違法行為之評價認識，並無錯誤者，就該違反行政法上義務的行為而言，行為人即已具備不法意識（違法性認識），應無行政罰法第8條但書規定適用的餘地。然而，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」的規定，如行為人欠缺違法性認識是有正當理由而無法避免者，即應免除其處罰。且關於禁止錯誤是否

無可避免，尚可參考德國聯邦法院刑事庭在卡特爾（Kartell，即公平交易法所禁止之聯合行為）違反秩序罰法的裁判中針對「無可避免性」所建立的判斷標準：「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的認知，推定對自己行為的違法理解，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。但按其應有的認知理當知悉其行為違法時，仍應負責」（詳參吳庚、盛子龍，行政法之理論與實用，十五版，第467-468頁，三民，2018年7月）。

- (3) 查本件系爭採購案之辦理招標程序機關為基隆市政府，依前述關於營造業法主管機關之說明，其本身即為辦理轄區內營造業許可、登記，並得對違法者依法裁處之主管機關。然而參照卷附基隆市政府在所承辦之系爭採購案公開招標公告上，卻清楚揭示採購「標的分類：工程類5137-運動及娛樂工程」、「本採購案是否屬於建築工程：否，本案非屬建築工程」、「廠商資格摘要：綜合營造業（E101011）或土木包工業（E102011）或運動場地用設備工程業（EZ14010）或（ZZ99999）除許可業務外，得經營法令非禁止或限制之業務」等語（見訴願卷第181-182頁），使不特定有意參與採購投標之廠商，由身兼當地營造業法主管機關公開之招標文件中，即能清楚判斷採購之標的僅是運動、娛樂相關工程，與營造業務之營繕工程所指「土木、建築工程及其相關業務」，並無關連，甚至投標廠商資格也不以營造業為限，更指明非營造業之「運動場地用設備工程業」（營業項目代碼：EZ14010），也得參與投標而得標承攬施作。

而原告登記營業項目就包含營業項目代碼EZ14010之「運動場地用設備工程業」（見同卷第231-233頁），與上述投標廠商資格相符。再者，系爭採購案於嗣後開、決標程序中，連兼為營造業法當地主管機關之招標機關基隆市政府，也未能正確依法評價並察覺系爭防水工程已涉及營繕工程，應只有經許可並登記之營造業才得承攬施作，甚而決標予原告，嗣後也由原告與採購機關深美國小締約，並進而履約完成、通過驗收。綜合此等情節，均顯見原告本於參與類似運動、娛樂工程採購經驗之認知，縱使對不得參與營繕工程採購已保持應有之注意義務，並謹慎從招標公告上予以辨識，但在營造業主管機關自己表明，根本無庸再諮詢他人之情境下，無可避免地，仍會受到基隆市政府在招標文件上錯誤評價之影響，誤認不具營造業從業資格之運動場地用設備工程業廠商，也得參與投標並承攬施作系爭工程，此由決標公告上其他3家參與投標但未得標之廠商，從名稱上就可判斷均屬運動場地用設備工程業者（見同卷第185頁），顯亦均受招標文件錯誤引導，而產生「施作系爭工程不涉營繕工程」之違法性認識錯誤，與原告所述之情吻合，且採購機關深美國小也同受影響，與原告締約並任其履約完成加以驗收，均可得進一步佐證。

(4) 承上所述，原告參與系爭採購案投標並承攬施作系爭工程，即使客觀上該防水工程依營造業法之正確客觀評價，已屬營繕工程，依法應由事前取得可、完成登記並加入公會之營造業者，才得從事該營造業務，但依原告於事件發生時所處情境，及職業圈應有的認知，運用應有辨識力思考，在營造業法主管機關自己表明不違法而無

01 必要再為適法性諮詢之前提下，原告實有正當理由而無
02 從避免地，即會發生前述違法性認識錯誤，誤認系爭工
03 程無涉營造業務，以自己運動場地用設備工程業之從業
04 身分，也得合法施作。是則原告雖然因過失而未經許可
05 從事營造業務，然依行政罰法第8條但書規定，其違法
06 性認識錯誤已達應免除處罰之程度。就此而言，被告也
07 認原告確有違法性認識錯誤，但依其情節僅認定應減輕
08 其處罰，以原處分裁處營造業法第52條所定罰鍰最低額
09 2分之1之50萬元，未審認原告違法性認識錯誤實出於前
10 述正當理由而無從避免之情節，經核於法乃有違誤，故
11 原處分裁處罰鍰部分，於法有違，應予撤銷。

12 六、綜上所述，本件原告未經許可經營營造業務，違反營造業法
13 第4條第1項所定行政法上義務而違法，原處分就勒令停止違
14 法經營營造業務部分，以其管制性不利處分重在客觀行為對
15 管制秩序破壞之回復與維護，不論行為人主觀責任如何而言
16 ，於法並無違誤，原告訴請撤銷受維持之原處分關於管制處
17 分部分，並無理由，應予駁回。至就原處分裁處罰鍰50萬元
18 部分，因原告有正當理由而無從避免地發生違法性認識錯誤
19 ，依行政罰法第8條但書規定，應免除處罰，原處分仍處罰
20 鍰部分，即有違誤，訴願決定未予糾正，亦有未合，原告訴
21 請撤銷該部分，為有理由。

22 七、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及舉證，經核均
23 與判決結果無影響，爰不分別論述，附此敘明。

24 八、結論，本件原告之訴為一部有理由，一部無理由，判決如主
25 文。

26 中 華 民 國 108 年 11 月 7 日

27 臺北高等行政法院第五庭

審判長法官張國勳
法官楊坤樵
法官梁哲瑋

一、上為正本係照原本作成。

二、如不服本判決，應於送達後20日內，向本院提出上訴狀並表明上訴理由，如於本判決宣示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（須按他造人數附繕本）。

三、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）

四、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	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

，亦得為上訴審訴訟代理人	。 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 7 日
書 記 官 林 苑 珍