發文字號：法務部 107.08.29 法律字第10703512520號書函

發文日期：民國 107 年 08 月 29 日

要　　旨：法務部就有關營造業法第34條第1項但書，因中央主管機關發布之行政規則變更，所涉委託地方主管機關辦理之尚未裁處或已裁處案件涉及行政罰等相關疑義之說明

主　　旨：有關營造業法第 34 條第 1 項但書，因中央主管機關發布之行政規則變更，所涉委託地方主管機關辦理之尚未裁處或已裁處案件疑義乙案，復如說明二至四，請查照參考。

說　　明：一、復貴署 106 年 9 月 12 日營授辦建字第 1061350518 號函。

二、按懲戒罰與行政罰之區隔，須從處罰之組織、程序、要件及種類予以實質觀察，惟因現行法規中對於專技人員懲戒制度之選擇及設計，故非能以名稱定為「懲戒」，即認為其屬懲戒罰。各主管機關仍應就主管法規相關規定予以檢視，釐清其性質，如係因違反行政法上義務而予制裁者，應屬行政罰；如非違反行政法上義務，而純係因違反內部紀律所為之制裁者，則屬懲戒，而無行政罰法之適用（本部 102 年 12 月 24 日法律字第 10203514330 號函參照）。貴署來函說明四所指移付審議中或懲戒之案件，宜先確認其性質，再據以認定有無行政罰法之適用。

三、次按營造業法第 34 條第 1 項規定：「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，並不得兼任其他業務或職務。但經中央主管機關認可之兼任教學、研究、勘災、鑑定或其他業務、職務者，不在此限。」上開規定所稱「經中央主管機關認可」，其究係具通案認可之性質而屬於法規（法規命令或行政規則）？抑或具個案認可之性質而屬於行政處分？貴署來函主旨及說明三、四似將之定性為行政規則，惟依來函所附內政部 93 年 7 月 28 日台內營字第 0930085146 號函（下稱貴部 93 年 7 月 28 日函）及 106 年 9 月 11 日台內營字第 1060812785 號令（下稱貴部 106 年 9 月 11 日令）內容觀之，均係就營造業法第 34 條第 1 項但書之「執行方式」為規範，是否具有「認可」之性質？尚有疑義。且貴部 93 年 7 月 28 日函說明二之（三）及貴部 106 年 9 月 11 日令第四點均規定應經貴部認可後始得兼任，故如何僅依該函、令即發生「認可」之作用？宜請先予釐清。又貴署來函詢及本件涉及行政規則之「變更」，惟觀諸貴部 93 年 7 月 28 日函，其係就營造業法第 34 條第 1 項但書之「兼任教學、研究、勘災、鑑定」為說明，

而貴部 106 年 9 月 11 日令則係就營造業法第 34 條第 1 項但書之「兼任其他業務、職務」為說明，二者欲處理之客體（行為）並不相同，何以有「變更」之問題？亦併請釐清之。

四、末按行政罰法第 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。」所謂「不知法規」係指行為人不知法規所「禁止」或「要求應為」之行為或不行為義務為何而言，並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，本件來函所稱兼任其他業務或職務之人如已知悉法規所禁止或要求應為之行為義務為何，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），即無行政罰法第 8 條但書適用之餘地（本部 99 年 2 月 22 日法律字第 0999005633 號函、95 年 10 月 5 日法律決字第 0950037688 號書函參照）。

正　　本：內政部營建署

副　　本：內政部（第 1、2 類）、本部法律事務司（4 份）