

發文單位：司法院

解釋字號：釋字第 538 號

解釋日期：民國 91 年 01 月 22 日

資料來源：司法院公報 第 44 卷 3 期 4-17 頁

司法院大法官解釋（十五）（99年5月版）第 12-32 頁

法務部公報 第 276 期 92-107 頁

總統府公報 第 6451 號 15-34 頁

相關法條：中華民國憲法 第 7、15、23 條

建築法 第 15 條

解 釋 文： 建築法第十五條第二項規定：「營造業之管理規則，由內政部定之」，概括授權訂定營造業管理規則。此項授權條款雖未就授權之內容與範圍為規定，惟依法律整體解釋，應可推知立法者有意授權主管機關，就營造業登記之要件、營造業及其從業人員準則、主管機關之考核管理等事項，依其行政專業之考量，訂定法規命令，以資規範（本院釋字第三九四號解釋參照）。內政部於中華民國八十二年六月一日修正公布之營造業管理規則第七條、第八條與第九條，對於申請登記之營造業，依資本額之大小、專業工程人員之員額，以及工程實績多寡等條件，核發甲、乙、丙三等級之登記證書，並按登記等級分別限制其得承攬工程之限額（同規則第十六條參照），係對人民營業自由所設之規範，目的在提高營造業技術水準，確保營繕工程施工品質，以維護人民生命、身體及財產安全，為增進公共利益所必要。又同規則增訂之第四十五條之一規定：「福建省金門縣、連江縣依金門戰地政務委員會管理營造業實施規定、連江縣營造業管理暫行規定登記之營造業，應於中華民國八十二年六月一日本規則修正施行日起三年內，依同日修正施行之第七條至第九條之規定辦理換領登記證書，逾期未辦理換領者，按其與本規則相符之等級予以降等或撤銷其登記證書」，乃因八十一年十一月七日福建省金門縣及連江縣戰地政務解除後，營造業原依金門戰地政務委員會管理營造業實施規定及連江縣營造業管理暫行規定，領有之登記證書，已失法令依據，故須因應此項法規之變更而設。上開規定為實施營造業之分級管理，謀全國營造業之一致性所必要，且就原登記證書准依營造業管理規則第七條至第九條規定換領登記證書，並設有過渡期間，以為緩衝，已兼顧信賴利益之保護，並係就福建省金門、連江縣之營造業一律適用，尚未違反建築法第十五條第二項之意旨，於憲法第七條、第二十三條及有關人民權利保障之規定，亦無違背。惟營造業之分級條件及其得承攬工程之限額等相關事項，涉及人民營業自由之重大限制，為促進營造業之健全發展並貫徹憲法關於人民權利之保障，仍應由法律或依法律明確授權之法規命令規定為妥。

理 由 書： 建築法第十五條第二項規定：「營造業之管理規則，由內政部定之」

，概括授權訂定營造業管理規則。此項授權條款雖未就授權之內容與範圍為規定，惟依法律整體解釋，應可推知立法者有意授權主管機關，就營造業登記之要件、營造業及其從業人員準則、主管機關之考核管理等事項，依其行政專業之考量，訂定法規命令，以資規範（本院釋字第三九四號解釋參照）。內政部於八十二年六月一日修正公布之營造業管理規則第七條至第九條、第十六條對於申請登記之營造業，依資本額之大小、專業工程人員之員額，以及工程實績多寡等條件，核發甲、乙、丙三等級之登記證書，並按登記等級分別限制其得承攬工程之限額，係對人民營業自由之限制，然因營造業需具專門技術與工作機具，直接影響人民生命、身體與財產之安全，主管機關乃依建築法第十五條第二項規定之授權，本其行政專業之考量，就營造業之分級登記及其考核管理等事項而為規定，以提高營造業技術水準，確保營繕工程之專業技能及施工品質，尚符憲法第二十三條規定之意旨，與憲法有關人民權利應予保障之規定，亦無違背。

行政法規公布施行後，制定或發布法規之機關依法定程序予以修改或廢止時，應兼顧規範對象信賴利益之保護。除法規預先定有施行期間或因情事變遷而停止適用，不生信賴保護問題外，其因公益之必要廢止法規或修改內容致人民客觀上具體表現其因信賴而生之實體法上利益受損害，如已採取合理之補救措施，或訂定過渡期間之條款，即屬符合憲法保障人民權利之意旨（本院釋字第五二五號解釋參照）。金門戰地政務委員會為符合戰地政務需要，原於福建省金門縣、連江縣頒布管理營造業實施規定及連江縣營造業管理暫行規定，就該地區營造業之分級登記與管理等事項作特別之處理。惟該地區戰地政務於八十一年十一月七日解除後，營造業依上述規定領取之登記證書即失法令依據，為因應此項變更，主管機關乃於八十二年六月一日增訂營造業管理規則第四十五條之一明定：「福建省金門縣、連江縣依金門戰地政務委員會管理營造業實施規定、連江縣營造業管理暫行規定登記之營造業，應於中華民國八十二年六月一日本規則修正施行日起三年內，依同日修正施行之第七條至第九條之規定辦理換領登記證書，逾期末辦理換領者，按其與本規則相符之等級予以降等或撤銷其登記證書。」於福建省金門、連江縣之營造業一律適用，嗣後就其管理考核與全國各地區之營造業，受現行相同法令之規範，為實施營造業分級管理，以增進公共利益，並謀全國營造業法令適用之一致性所必要。又該項規定不僅設有適用營造業管理規則之過渡期間，以為緩衝，並准予依該管理規則規定換領登記證書之方式辦理，所定過渡期間復無恣意裁量或顯非合理之情形，已兼顧此等營造業信賴利益之保護。上開第四十五條之一之規定尚未違反建築法第十五條第二項之授權意旨，於憲法第七條、第二十三條及有關人民權利保障之規定，亦無抵觸。

惟營造業之分級條件及其得承攬工程之限額等，涉及人民營業自由之重大限制，諸如營造業之分級條件、專業人員之設置、公會之設立及營造業之分級條件或其他改進等重要事項如何由有學識經驗之專家、營造業人士參與諮詢等，為促進營造業之健全發展並貫徹憲法關於人民權利之保障，仍應由法律或依法律明確授權之法規命令規定為妥。

大法官會議主席 翁岳生
大法官 劉鐵錚
吳 庚
王和雄
王澤鑑
林永謀
施文森
孫森焱
陳計男
曾華松
董翔飛
楊慧英
戴東雄
蘇俊雄
黃越欽
謝在全

附謝大法官在全提出之協同意見書。

協同意見書

大法官 謝在全

本件解釋系爭營造業管理規則第七至九條及第十六條規定，對於申請登記之營造業，依其資本額大小、專業工程人員員額及工程實績多寡等條件，區分甲、乙、丙三級登記證書，並按分級限制承攬工程金額，係對人民營業自由之限制，此項結論應值贊同。人民營業自由究係涉及憲法上人民何種權利之保障，本件解釋未予明言，惟按本院釋字第五一四號解釋，則已指明人民營業之自由為「憲法上工作權及財產權所保障」，於解釋理由書並謂：「基於憲法上工作權之保障，人民得自由選擇從事一定之營業為其職業，而有開業、停業與否及從事營業之時間、地點、對象及方式之自由；基於憲法上財產權之保障，人民並有營業活動之自由」。準此，可知人民之營業自由乃憲法上工作權及財產權保障之範疇。就營業自由涉及財產權之保障，國外學說及我國學者間多無爭論；惟營業自由是否為工作權性質之內涵，學說上即不無異見。本院於上開解釋雖明白承認營業自由屬工作權保障之意涵，論證則稍有未盡，本件解釋又完全未及。基於此，本席認有補充說明之必要，爰提出協同意見如下：

一、本院歷來對憲法第十五條工作權之詮釋：

本院自釋字第一七二號解釋伊始，明白援引憲法第十五條工作權之保障，其後漸及於多號解釋中均以工作權保障作為審查之論據。其歷來對工作權之意涵，多認係自由權並就其保障範圍加以詮釋，除前述釋字第五一四號解釋外，例如：本院釋字第一七二號解釋涉及工作年資計算之年齡，於戶籍登記之更正時，以提出原始證件為限，「對憲法所保障人民之工作權及服公職之權，亦無侵害」；本院釋字第一九一號解釋對於藥師開設藥局從事調劑並經營藥品販賣業務者，應辦理藥商登記及營利事業登記，「對於藥師之工作權尚無影響，與憲法第十五條並無抵觸」；本院釋字第二〇六號解釋禁止非醫師為醫療廣告，「既未限制鑲牙生懸掛鑲補牙業務之市招，自不致影響其工作機會，與憲法第十五條之規定，尚

無抵觸」；本院釋字第三九〇號解釋解釋理由書謂「關於人民違反該規則（工廠設立登記規則）之行爲，得予以局部或全部停工或勒令歇業之處分部分，已涉及人民工作權及財產權之限制」；本院釋字第四〇四號解釋則首次明確界定「憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，故人民得自由選擇工作及職業，以維持生計」，認醫藥分業及限制中醫師之業務範圍，「與憲法保障工作權之規定，尚無抵觸」；本院釋字第四一一號解釋亦謂限制土木工程技師之業務範圍，「與憲法對人民工作權之保障，尚無抵觸」；本院釋字第四三二號解釋對於會計師懲戒處分構成要件之概括規定，「與憲法第十五條保障人民工作權之意旨尚無違背」；本院釋字第四六二號解釋解釋理由書謂「憲法第十五條規定，人民之工作權應予保障，是以凡人民作爲謀生職業之正當工作，均應受國家之保障。對於職業自由之限制，應具有正當之理由，並不得逾越必要程度。大學教師升等資格之審查，……涉及人民工作權與職業資格之取得」。以上諸號解釋已對憲法第十五條保障之工作權本其自由權性質就其內涵詳加闡釋，對於憲法保障人民權利體系之建立，誠具重要意義（註一）。

二、工作權之性質與其功能：

憲法第十五條規定：「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。」規定之體例，與德國基本法第十二條第一項規定：「所有德國人均有自由選擇其職業、工作地點及訓練地點之權利，職業之執行得依法律管理之。」及日本憲法第二十二條第一項規定：「任何人於不違反公共福祉下，均享有居住、遷徙及選擇職業之自由。」第二十七條第一項規定：「所有國民，均有勤勞之權利與義務。」均有不同，德國基本法僅就職業自由予以規範，日本憲法則分就職業自由與勤勞權（所謂受益權）予以規定，均涇渭分明。且因上開第十五條規定之工作權與具典型受益權性質之生存權及自由權性質之財產權並列，致學說上對於憲法工作權保障之性質素有自由權說（註二）、自由權與受益權兼具說（註三）及受益權說（註四）之爭論。惟學說採具有自由權性質之見解，仍較爲多數，本院吳庚大法官於本院釋字第四〇四號解釋不同意見書中指出：「我國民初以迄現行憲法制定之際，社會主義、集體主義思潮瀰漫國中，五五憲草第十七條原僅定有保障財產權之文字，於制憲國民大會第一審查委員會審查時增加工作權、生存權，使二者與財產權並列爲保障之對象……。受此背景影響，將憲法第十五條工作權視爲純粹之受益權並解釋爲：人民於失業之際，請求國家予以適當就業機會，以維持其生存之權利……，上述見解且浸假成爲優勢之學說。實則將工作權作如此解釋誠屬捨近求遠，不切實際，若國家對人民現有之職業工作尚且不能盡其保障義務，遑論請求國家給予適當工作乎？捨工作之保障而不論，倡言應積極的提供工作，如縱未步上極權體制之後塵，不顧人民意願分派工作並強迫就業，亦何異於五十步笑百步也。……至於人民之具有工作能力者，國家應給予適當工作機會，憲法第一百五十二條已定有明文，若將第十五條工作權保障作相同解釋，憲法第一百五十二條豈非重複規定而成爲贅文。」抑有進者，工作自由權若不以憲法第十五條明文規定爲據，則必自憲法第二十二條概括條款下之基本權利中求之，致工作權成爲係由憲法授權法律訂定其保障範圍之基本權，即爲立法者之裁量，對人民工作權之保障反有不周。因之，本院上述解釋認憲法上所保障之工作權具有自由權性質，應屬有據。

按基本權利之濫觴，原確係爲保障人民之生命、身體、財產等自由權利得免於國

家之侵害、干預，具有防禦權之功能，迨現代給付國家概念興起，已逐漸向受益權功能、保護功能、程序保障功能、制度保障功能等多方向演進（註五）。就我國憲法上財產權之保障而言，學者自本院釋字第一八七號、第二〇一號、第三一二號、第三二〇號、第三八九號、第四三一號及四三四號解釋等推論對國家具有「公法上財產請求權」，「使財產權增加了受益權的色彩」（註六）；更有謂自史料推知制憲者之本意，視財產權為「請求國家積極提供給付的受益權的一種」。（註七）學者亦有指出勞動基本權雖被歸納為社會權，然其中常蘊含有自由權之性質（註八）。均可見學說與實務對憲法上基本權保障之多功能發展趨勢（註九）。是以本院上述解釋於目前將憲法上工作權保障定位為自由權性質，應無礙於其向兼具受益權性質發展（註十），如此亦與基本權之多功能發展趨勢一致，更無礙於基本權保障體系之建立。

三、憲法上營業自由之保障：

按營造業之設立，應報請內政部許可，並應於開業六個月前向內政部申領營造業登記證書。而其申請登記係依其資本額大小、專業工程人員員額及工程實績多寡等條件，區分甲、乙、丙三級登記證書，並按分級限制承攬工程金額，且非領有登記證書並加入營造業公會，不得營業（營造業管理規則第四條、第六條、第七至九條及第十六條參照），此自屬人民營業自由之限制。而營業自由乃憲法上工作權及財產權所保障，屬經濟自由之一環。詳言之，基於工作權之保障，人民有選擇從事一定職業之自由，由於選擇一定職業為其經營之事業，自己遂成為營業主體，於該營業之經營，享有營業之自由，包括開業、停業與否以及營業維持、存續之自由，且人民除營業自由外，並有營業活動之自由，亦即對營業之資本、財產及其商品之生產、交易或處分均得自由為之，此即為憲法上財產權保障之範圍（註十一）。可見營業自由非僅單屬財產權或工作權保障之問題（註十二）。又本件係為提高營造業技術水準，確保營繕施工品質，以維護人民生命、身體及財產安全，增進公共利益之社會政策積極目的，採營業許可制之手段，限制人民營業自由。是所採之限制措施，自須為實現上述積極目的所必要，具有正當性，其限制之方法及程度，並須符合憲法第二十三條規定之比例原則，自屬當然。倘積極目的之限制，具有限制目的之正當性，則關於限制之方法及程度，原則上屬立法裁量之範圍。惟本件係依建築法第十五條第二項規定，授權主管機關本其機關功能及行政專業之考量妥適規範，主管機關於訂定營造業管理規則時，為人民營業自由之上述積極目的的限制，固難謂無據，且尚無顯不合理之情形，應可謂符合憲法上保障人民工作權及財產權之意旨，然終究是人民權利之重大限制，為貫徹憲法上保障人民權利之意旨，自以由法律妥適規定為宜。然就執行法律之技術性、細節性次要事項，對人民產生不便或輕微影響者，尚非不得以法律明確授權之法規命令定之（本院釋字第四四三號解釋解釋理由書參照）。至就分級條件及其他有關建立營造業制度重要事項之擬定，若能由有學識經驗之專家及營造業人士等組成委員會予以審議，或營造業人士有聽證、與聞之機會，當更能符合憲法上正當程序保障之要求。

受理具體案件，對相關之基本權利建構明確之體系與保障範圍，乃釋憲機關無所旁貸之責任，因懷於職責所在，爰不揣簡陋，提出協同意見書如上。

（註一）本院解釋中亦有以憲法第十八條人民有服公職之權利作為工作權保障之特別規定者，例如本院釋字第四一二號、第四九一號解釋。

- (註二) 此說認為人民有選擇工作之自由，國家不得任意侵犯。採此說者有本院吳庚大法官（見本院釋字第404號解釋不同意見書）；管歐著，中華民國憲法論第六十四頁（民國八十九年十月，九次修訂本）；李惠宗著，憲法工作權保障之系譜，劉孔中、李建良主編，憲法解釋之理論與實際第三五一頁（民國八十七年六月）；同氏著，憲法要義第二二三至二二四頁（二〇〇一年八月）。董保城、陳新民似亦採此說，法治斌、董保城著，中華民國憲法第一八二頁（民國九十年二月，修訂三版）；陳新民著，中華民國憲法釋論第七九五頁（民國八十八年，修訂三版）。
- (註三) 採此說見解者，如謝瀛洲謂：「工作權者，人民在社會上，得選擇認為與其身份才智相適應之工作，以維持其生存之權利也。」，即一、工作之選擇，應基於個人之自由，奴隸制度，不能生存。二、工作之結果，須足以維持其生存，故國家應規定工資之最低限度，同時並應准許勞動階級組織工會。三、人民若不能獲得相當之工作時，國家應救助之（見氏著，中華民國憲法論第六十三頁，民國五十八年四月，第十三版增訂本）；蔡茂寅則謂：「從同受憲法第十五條保障的財產權與生存權，一屬自由權，一屬受益權（社會權）的屬性以觀，將與此兩種權利並列的工作權解為兼具兩種屬性，在整合性上似乎較具合理性」（氏著，工作權保障與勞動基本權的關係及其特質，律師雜誌，第二一九期第二十五至二十六頁（民國八十六年十二月）。同氏著，社會權（二），許志雄等合著，現代憲法論第二一〇頁，一九九九年九月）。劉慶瑞亦採此說（氏著，中華民國憲法要義第八十三頁，民國六十五年九月，九版）。
- (註四) 此說認為國民有要求國家對於工作權，為必要措置之抽象的權利。在具體方面，為實現工作權之保障，應設立職業介紹、職業指示、失業保險等制度，林紀東著，中華民國憲法逐條釋義（第一冊）第二四五頁（民國八十二年一月，修訂七版）。採此說如薩孟武（氏著，中國憲法新論第一二七頁，民國八十二年八月，十版），本院大法官黃越欽（見本院釋字第五一四號解釋不同意見書）。
- (註五) 許宗力著，基本權的功能與司法審查（氏著，憲法與法治國行政第一六一頁，一九九九年三月）。德國聯邦憲法法院於基本權利解釋發展出國家之「保護義務」，雖然學說上仍有爭論，惟對於傳統基本權之防禦功能，已有強化其積極功能之意涵。（許宗力，上揭書，第一六四至一六八頁；李建良（譯），基本權利之保護義務，氏著，憲法理論與實踐第一〇三至一四九頁，一九九九年七月；李建良著，基本權利與國家保護義務，李建良、簡資修主編，憲法解釋之理論與實務第二輯第三二五至三七〇頁，民國八十九年八月）。日本學者亦有認為經濟自由、政治自由等基本權利，從提供其自我實現力量而發展所謂「積極之自由權論」，即對於憲法既有保障之自由權，請求國家提供實現該自由權之相關完善條件，賦予傳統自由權嶄新之實質意義。（大須賀明著，積極的自由權論序說，憲法學展望：小林直樹先生古稀祝賀第五〇三頁，有斐閣：一九九一年九月，初版一刷）。亦有從現代國家之權力結構重新檢討基本權利保障體系，而有從「免於國家干涉的自由」之自由權發展成為「向國家積極爭取之自由」之受益權概念。（松本昌悅著，現代憲法人權課題第八十四頁，成文堂：昭和五十五年四月，初版六刷）。

- (註六) 蘇永欽著，財產權保障與大法官解釋（氏著，違憲審查，第一〇一頁，一九九九年一月）。
- (註七) 許宗力，前揭（註五）書，第一六〇頁，註三之說明。
- (註八) 蔡茂寅，前揭（註三）書，社會權（二），第二〇三頁。
- (註九) 學者有謂：「（就財產權保障而言）由於國家作為債務人最後還是透過稅收來償債，故財產受益權愈被強調，人民自由支配的財產權範圍當然就愈小，兩者間可說存在明顯的矛盾，這一點和生存權、工作權的兼具兩重面向而無衝突不同。」蘇永欽，前揭（註六）書，第八十四頁；李惠宗，前揭（註二）書，第二四九頁。
- (註十) 本院釋字第四九一號解釋謂：「憲法第十八條規定人民有服公職權利，旨在保障人民有依法令從事於公務之權利，其範圍不惟涉及人民之工作權及平等權，國家應建立相關制度，用以規範執行公權力及履行國家職責之行爲，亦應兼顧對公務人員之權益之保護。」等語，對於工作權似已有受益權性質之意味。
- (註十一) 本院釋字第五一四號解釋，浦部法穗著，憲法學教室 I 第二七四至二七五頁（日本評論社：一九九七年四月，新版第七刷）；野中俊彥、浦部法穗著，憲法解釋第一九八至一九九頁（三省堂：一九九三年二月，二刷）；浦部法穗著，營業自由許可制，增刊，「憲法爭點（新版）」第一一六至一一七頁（有斐閣：一九八五年九月）；今村成和著，「營業自由」公權的規制，第四六〇期第四十二頁；中村睦男，社會經濟政策營業規制—小賣市場事件，憲法判例百選 I，別冊第二〇一頁（二〇〇〇年九月，第四版）。
- (註十二) 李震山則謂：「營業自由難完全由工作權涵蓋，應可由工作權及憲法第二十二條保護之。」氏著，論憲法未列舉之自由權利之保障—司法院大法官相關解釋之評析，第三屆「憲法解釋之理論與實務」學術研討會會議論文（二）第十四頁（中研院社科所：民國九十年三月）。

抄洪〇換即萬〇營造廠聲請書

受文者：司法院

主 旨：為行政院八十六年度判字第二三八二號確定判決所適用之營造業管理規則第四十五條之一規定（內政部八十二年六月一日修正公布），發生牴觸憲法之疑義，依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定，聲請解釋，請鑒核。

說 明：

一、聲請解釋憲法的目的

緣聲請人洪〇換即萬〇營造廠，就憲法所保障之工作權及財產權、營業自由等受侵害，經依法定程序提起行政訴訟，因行政院八十六年度判字第二三八二號確定終局判決所適用之法令有牴觸憲法疑義，爰提出本聲請案。

二、本件事實經過

（一）聲請人原依金門戰地政務委員會管理營造業實施規定，於金門地區解除戰地政務前提出申請換領營造業登記證書，至八十二年十二月方獲內政部營建署核准發給乙等營造業登記證書。嗣因金門地區於八十一年十一月七日解除戰地政務

，一切規制回復平時狀態，聲請人乃依內政部八十二年六月一日修正公布之營造業管理規則第四十五條之一規定，於八十五年五月三十一日，向金門縣政府申請辦理換領登記證書。經金門縣政府初審後，函請聲請人補件，聲請人補送相關資料後，因所承攬之工程竣工者有八件，累計金額僅新台幣三二、九三一、九一一元，又以聲請人由金門縣稅捐稽徵處所核發之完稅證明單記載，聲請人於八十三年至八十五年五月三十一日前所申報之承包工程總額為六六、六九九、〇一二元，均未達同規則第八條第一項第二款所規定最近五年內承攬工程累計額達新台幣一億元以上之標準，經原處分機關提交金門縣營造業審議委員會第五次會議審議決議，乃予以降級為丙等，並以八十五年十月九日府建字第一九三六七號函知聲請人。

- (二) 聲請人不服，循序提起訴願、再訴願及行政訴訟，經行政法院八十六年度判字第二三八二號判決，以原處分機關適用行為時有效之法規（即上揭規則之規定），其所為降等處分，洵無違誤云云，駁回聲請人之訴，聲請人不服，聲請再審，然因逾法定不變期間，經行政法院八十七年度裁字第四八一號裁定駁回確定在案。

三、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

- (一) 關於本件適用營造業管理規則第四十五條之一規定之情形：

1. 依營造業管理規則第四十五條之一規定：「福建省金門縣、連江縣依金門戰地政務委員會管理營造業實施規定、連江縣營造業管理暫行規定登記之營造業，應於中華民國八十二年六月一日本規則修正施行日起三年內，依第七條至第九條之規定辦理換領登記證書，逾期末辦理換領者，按其與本規則相符之等級予以降等或撤銷其登記證書。」本件聲請人係於上開規定期間內辦理換領登記證書，自無本條後段針對逾期辦理換領者，予以降等規定之適用，合先敘明。
2. 惟依本條前段規定，就於所定期限內辦理換領證照者，該規定卻仍要求主管機關依修正施行後之同規則第七條至第九條規定辦理，而依修正後管理規則第八條規定，申請登記為乙等營造業者，其條件為：
 - (1) 資本額限制：資本額在新台幣一千五百萬元以上；
 - (2) 實績限制：領有丙等營造業登記證書滿二年，並於最近五年內置有專任工程人員期間，其承攬工程竣工累計額達新台幣一億元以上；
 - (3) 專業人員限制：置有專任工程人員一人以上。
3. 然本件聲請人因位於金門地區，原處戰地政務狀態，其承攬工程亦僅限於金門地區，故營業實績僅有三千餘萬，縱依申辦時之營造業管理規則（八十四年十二月七日修正公布）第八條第一項第二款規定，資本額在新台幣一千五百萬元以上，應於最近五年承攬工程竣工累計額達新台幣一億元以上等條件，聲請人原本即受限於金門實施戰地政務，地區營造業限建之影響，業績難免影響，且欲於八十二年十二月領得乙等營造業登記證書，至八十五年五月三十一日申辦換證時，三年內即達上述業績標準，殊有困難。
4. 按聲請人依原規定既核准登記為乙等營造業，為符合申請時管理規則第八條第一項所定乙等營造業者之條件規定，亦均自行增資至一千五百萬元以上，並置有專任工程人員，惟關於同條項第二款所定之「於最近五年內置有專任工程人員期間，其承攬工程竣工累計額達新台幣一億元以上」條件，原本金門地區因戰地政務關係，不僅當地有嚴格之限建規定，且當地營造業者不得前來台灣地

區承攬工程，而第四十五條之一卻規定業者應於修正施行日起「三年內」辦理換領證照，故聲請人縱欲大量承攬工程，以符合承攬工程實績之條件要求，然於三年內客觀上亦不可能達成，故其實績要求顯然有違行政法上期待可能性原則。

5・惟原判決卻仍適用營造業管理規則第四十五條之一前段及第八條第一項第二款規定，認本件原處分機關所為之降等處分為適法，此種因政策變更，而致法令之適用從特別法回歸一般法的情形，營造業管理規則第四十五條之一未設有明確之過渡性規定，其結果使聲請人原有取得乙等營造廠等級之地位，因政策、法令之變更，卻反遭受不利益，乃侵害聲請人憲法第十五條所保障之工作權及財產權，並牴觸憲法第七條平等原則及第二十三條法律保留原則、法令不溯及既往原則及信賴保護原則之規定。

6・又，與本件案情相同之另案，卻經行政法院八十六年度判字第290六號判決撤銷原降等之處分，足見適用上開營造業管理規則第四十五條之一前段及第八條第一項第二款規定所為降等處分之結果，顯有可議。

(二)關於營造業管理規則第四十五條之一規定牴觸憲法之疑義：

1・聲請人受憲法第十五條所保障之工作權、財產權受侵害：

(1)按聲請人原依金門戰地政務委員會管理營造業實施規定，取得內政部營建署核發之乙等營造業登記證書，今卻因戰地政務解除，回復一般規制常態，基於營造業管理規則第四十五條之一規定，乃要求聲請人應於八十二年六月一日本規則修正施行日起三年內，依第七條至第九條之規定換發證照，致聲請人原依金門戰地政務委員會管理營造業實施規定，符合乙等營造業之條件，今依申辦時之營造業管理規則第八條規定，反而不符合該條所定之條件資格，而依營造業管理規則第四十五條之一規定換領證照之申請時，遭主管機關逕予以降為丙等。

(2)聲請人受憲法第十五條保障之工作權及財產權受侵害：

按不同等級之營造廠其承攬工程限額即有不同，依營造業管理規則第十六條規定，丙等營造業承攬新台幣二千二百五十萬元以下之工程，乙等營造業承攬新台幣七千五百萬元以下之工程，而原先聲請人依金門戰地政務委員會管理營造業實施規定申請，經核准登記為乙等營造業，依上揭舊規定，金門地區乙等營造業承攬工程並無金額限制，而今卻遭降為丙等，適用營造業管理規則第十六條規定之結果，所得承攬工程之規模前後受有極大差距之限制，以致聲請人所得承攬之工程範圍縮減，工作機會減少，且因此降低聲請人原於乙等營造業時，所得獲取之利潤及營業上利益，故營造業管理規則第四十五條之一適用第八條規定之結果，顯然侵害聲請人受憲法保障之工作權及財產權。

2・系爭規定牴觸憲法第七條平等原則、第二十三條之法律保留原則、比例原則，以及行政法上之法令不溯及既往原則、信賴保護原則：

(1)牴觸憲法第七條平等原則：

營造業管理規則第四十五條之一前段規定，就原屬金門地區之營造業，依所定期限換領證照者，仍以該規則所定等級、資格及條件，和處於平時狀態之台灣地區營造業為一體適用，未考慮金門前屬戰地地區之特殊狀況（例如：限建、禁建等限制），而為不同處理，尤其於上開規則第八條規定應於最近

「五年內」達於上開條件之業績，惟第四十五條之一卻規定「三年內」達成上開業績條件，則縱使聲請人遲至期限最後一日再申辦換領，若為維持原乙等營造業之地位，其因地域條件之限制，亦難於「三年內」達到上開業績資格之條件。何況聲請人因所處營業地區背景之關係，與台灣地區之營造業，立足點上已不平等，如遽於戰地政務解除，回歸一般規制狀態後，即一律回歸適用營造業管理規則之規定而無過渡性措施，對聲請人不僅不合情理，亦有違「相同案件，應相同對待，不同案件，應不同對待」之實質平等原則。此種形式上之平等，係未顧及事件、規範對象之差異，而為一致處理，有違實質上之平等原則

(2) 牴觸憲法第二十三條之法律保留原則：按本件營造業管理規則第四十五條之一規定，對於原屬乙等營造業者賦予主管機關得為降等處分，使其將來所得承攬工程之限額顯著受到限制，預期之營業利益大為減低，甚且原可承攬至更高金額之工程，今卻被降為丙等，致原有之投資血本無歸，此一形同不利益之裁罰性行政處分，限制人民之權利自由，應經法律具體明確之授權，此一意旨已見諸鈞院釋字第三九四號解釋。然本件營造業管理規則第四十五條之一前段規定未經母法建築法之具體明確授權，賦予主管機關得逕為降等處分，顯有違反法律保留原則。

(3) 牴觸行政法上之法令不溯及既往原則及信賴保護原則：

上開規則第四十五條之一規定係於八十二年六月一日修正公布，而如聲請人等一般乙等營造業者均係於該規則修正前即已依照原金門戰地政務委員會管理營造業實施規定，提出乙等營造業登記證書之申請，且於嗣後獲內政部核准登記，內政部於上揭條文修正後，既仍適用原有規定核准為乙等營造業，聲請人亦已信賴內政部之核准行為，並於承攬工程上未再作符合營造業管理規則一般資格條件之安排，則豈有於核准人民乙等營造業登記後，再依上揭第四十五條之一規定，令人民重新申辦換領證照，再將原不適用於金門地區營造業之高額業績條件，溯及適用於原乙等營造業者之情形，此種法令變更卻未作明確之過渡性規定情形，亦違反行政法上之信賴保護原則及法令不溯及既往原則。

四、聲請人對本案所持之立場

(一) 按「金門戰地政務委員會管理營造業實施規定」原係對位處戰地之營造業，基於地域特殊性需要而課以營造業於營建管理上較輕之負擔，以符合戰地政務之需要。嗣後戰地政務雖解除，金門地區之營造業固然亦應回歸一般規制狀態，惟修正後之「營造業管理規則」第四十五條之一規定，縱令業者應辦理換領登記證書，然既為「換領」，自應僅為形式上之審查而換為同等級之證書，本無重為實質上之審查後，竟使原乙等營造業者喪失原有地位之理。

(二) 此種因政策或法令之變更，致人民原有之有利地位受不利之變動或侵害，於立法技術上本應有過渡性規定，以保障人民對舊立法狀態之信賴，並於過渡期間內為符合新立法狀態之準備，然營造業管理規則第四十五條之一卻未為明確之過渡性規定，以致主管機關竟誤解為應重新適用新立法狀態下所定之條件，其結果反侵害人民憲法所保障之權利，至為明顯。

五、為此謹懇請 鈞院鑒核，賜准進行違憲審查，以維人民權益，至感德便。

六、關係文件之名稱及件數：

- (一) 行政法院八十六年度判字第二三八二號判決影本乙件。
- (二) 行政法院八十六年度判字第二九〇六號判決影本乙件。
- (三) 內政部八十二年六月一日修正營造業管理規則條文乙件。

聲 請 人：洪〇換即萬〇營

造廠中華民國八十八年四月二十六日

(附件一)

行政法院判決

八十六年度判字第二三八二號

原 告 洪〇換即萬〇營造廠

被 告 金門縣政府

右當事人間因有關建築事務事件，原告不服內政部中華民國八十六年六月三日台（八六）內訴字第八六〇二一六七號再訴願決定，提起行政訴訟。本院判決如左：

主 文

原告之訴駁回。

事 實

緣原告原係依金門戰地政務委員會管理營造業實施規定，領有乙等營造業登記證書之營造廠。嗣因金門戰地政務解除，原告依營造業管理規則第四十五條之一規定，於八十五年五月三十一日，向被告申辦換領登記證書，經被告初審後，函請原告補件，經原告補送相關資料後，因其承攬之工程竣工者為八件，累計金額僅新台幣三二、九三一、九一一元，未達同規則第八條第一項第二款之規定，經被告提交金門縣營造業審議委員會第五次會議審議決議，予以降級為丙等，並以八十五年十月九日府建字第一九三六七號函知原告，原告不服，循序提起行政訴訟。茲摘敘兩造訴辯意旨於次：

原告起訴意旨略謂：一、按營造業管理規則第八條規定：「申請登記為乙等營造業者，應具下列條件……」之規定，該條文所規範者係為「申請登記升等為乙等營造業者，應具備之條件」，而非「主管機關得依該條文內容將已獲准執業登記為乙等營造業降低為丙等營造業」，另觀諸該條文之內容亦無相關之規定，自無適用營造業管理規則第八條規定之可能。二、主管機關在通知營造業辦理換證時，亦沒有指明同等級之營造業應具備竣工累計金額達多少元，亦無指明丙等升乙等所具備的竣工累計金額適用於同等級換證規定，使人民在接受政府訊息上認知有所不清，未能即時作擴大營業的考慮。三、另如被告以原告雖已獲准登記為乙等營造業者，但嗣後因戰地政務解除，致使應用營造業管理規則第八條之規定，惟源於法的安定性及信賴保護原則，法律原則上應不溯及既往，且關於「負擔性之法規」及「刑事法律」，禁止溯及既往亦應屬立法原則，方符合法治國家之信賴保護原則。按國家機關之行爲，如非基於保護或增進公共利益之必要，或因人民有忍受之義務，不得罔顧人民值得保護之信賴，使其遭受不可預計之負擔或損失，此即信賴保護原則，查營造業管理規則第八條於七十八年三月十七日、八十二年六月一日及八十四年十二月七日修正後之規定，與金門戰地政務委員會管理營造業實施規定第八條之規定相較下，營造業管理規則顯係課以原告較重之負擔，即依前揭規定申請為乙等營造業者，將對原告之權益造成極重大之影響，且營造業管理規則並未規定該法規係屬溯及既往者，因之，基於法律禁止溯及既往及信賴保護原則，原告自無庸溯及適用營造業管理規則第八條之規定。請判決撤銷一

再訴願決定及原處分等語。

被告答辯意旨略謂：一、原告於八十五年五月三十一日申請換領營造業登記證書，本府初審後，以八十五年六月十二日（八五）府建字第一〇七三五號函通知補件，並於該廠補送相關資料後，提送本縣營造業審議委員會第五次會議審議，因原告承攬工程竣工為八件，累計僅達新台幣捌仟貳佰玖拾捌萬壹仟玖佰壹拾壹元整，不足營造業管理規則第八條規定所需承攬竣工之金額（壹億元以上），經委員會決議應依營造業管理規則第四十五條之一、第八條規定予以降等，並無違誤。二、本府於八十五年十月九日（八五）府建字第一九三六七號函公告萬成營造廠由原乙等營造廠降為丙等營造廠，該廠並於八十六年一月二十四日依規定攜帶印證及證冊規費新台幣捌仟元整至本府辦理有關領證手續。三、營造業管理規則第四十五條規定「本規則修正發布日前，已領有登記證書之營造業，得維持其原登記之資本額。但逕行申請登記為甲等之營造業，應維持其原登記之條件。」係指依據本規則領有登記證書而言，此觀之本規則第四十五條之一就福建省金門縣、連江縣而為特別規定自明。本案原告前係依「金門戰地政務委員會管理營造業實施規定」辦理，與本規則第四十五條情形不同，自不得援用第四十五條作為維持原等級之依據，原告之訴為無理由，請予判決駁回等語。

理 由

按「福建省金門縣、連江縣依金門戰地政務委員會管理營造業實施規定、連江縣營造業管理暫行規定登記之營造業，應於中華民國八十二年六月一日本規則修正施行日起三年內，依第七條至第九條之規定辦理換領登記證書，逾期末辦理換領者，按其與本規則相符之等級予以降等或撤銷其登記證書。」「申請登記為乙等營造業者，應具左列條件：一、……。二、領有丙等營造業登記證書滿二年，並於最近五年內置有專任工程人員期間，其承攬工程竣工累計達新台幣七千五百萬元以上。」八十二年六月一日修正發布之營造業管理規則第四十五條之一及第八條第一項第二款定有明文。本案原告係依金門戰地政務委員會管理營造業實施規定，領有乙等營造業登記證書之營造廠。嗣因金門戰地政務解除，原告依營造業管理規則第四十五條之一規定，於八十五年五月三十一日，向被告申辦換領登記證書，經被告審查結果，以原告承攬之工程竣工者為八件，累計金額僅新台幣三二、九三一、九一一元，又縱依金門縣稅捐稽徵處所核發之完稅證明單亦載明，其八十三年至八十五年五月三十一日前所申報之承包工程總額為六六、六九九、〇一二元，均未達同規則第八條第一項第二款之規定，經被告提交金門縣營造業審議委員會第五次會議審議決議，予以降級為丙等，並函知原告。原告訴稱：營造業管理規則第八條並無得將已獲准執業登記為乙等營造業者降低為丙等營造業之規定；主管機關通知換證時未指明同等級營造業應備竣工累計金額達若干元，或指明丙等升乙等所具備累計金額適用於同等級換證規定，使人民未能即時作擴大營業之考量；原告原已獲准登記為乙等營造業者，因戰地政務解除，致應適用營造業管理規則第八條之規定，課原告以較金門戰地政務委員會管理營造業實施規定第八條所定較重之負擔，基於信賴保護及法律不溯既往原則，原告無庸溯及適用營造業管理規則第八條之規定云云。惟按八十一年十一月七日金門戰地政務解除，一切規制回復常態，即應適用國內普遍通行之法規制度，八十二年六月一日發布之營造業管理規則第四十五條之一即係針對金門、連江二縣營造業之管理事項因應此一體制之變更所為之修正規定，於戰地政務解除後，該二縣管轄申請登記、換領登記證書及審核營造業等級之條件等自應悉依營造業管理規則相關之規定；其中換領登記證書時，應依營造業管理規則第七條至第九條之規定辦理，同規則第四十五條之一訂定甚明。原告

前依金門戰地政務委員會管理營造業實施規定，領有營造業登記證書，惟於戰地政務解除後，其依存該實施規定所領有之證書已失所據，而應適用營造業管理規則，原告於八十五年五月三十一日申辦換領證書時，其承攬之工程竣工者八件，累計金額新台幣三二、九三一、九一一元，又縱依金門縣稅捐稽徵處核發之完稅證明記載，其八十三年至八十五年五月三十一日前申報承包工程總額為六六、六九九、〇一二元，均未達營造業管理規則第八條第一項第二款及其他乙等營造業者所規定條件之標準，此為原告所不否認之事實，並有原處分卷附原告承包工程之經歷表暨各工程合約書、開標、驗收紀錄等及再訴願案卷所附原告營業稅報繳資料登記卡影本可稽，原告既不符合乙等營造業者之條件，被告提交金門縣營造業審議委員會議決，予以降為丙等，並函知原告，係依行為時有效之法規所為之適法處分，與信賴保護原則並無違背，亦不生法規溯及既往之問題。次查營造業管理規則係經公布施行之法規，原告經營營造業，對其本業之相關法規理應關注熟知其內容，主管機關並無促其知悉之義務。原告所訴各節均無可採。從而原處分揆諸首揭規定，洵無違誤。一再訴願決定遞予維持，俱無不妥。原告起訴論旨，非有理由，應予駁回。

據上論結，本件原告之訴為無理由，爰依行政訴訟法第二十六條後段，判決如主文。

中華民國八十六年九月三十日

（本聲請書其餘附件略）

參考法條：建築法 第 15 條 (90.11.14)

營造業管理規則 第 7、8、9、16 條 (82.06.01)

營造業管理規則 第 45-1 條 (89.10.02)

中華民國憲法 第 7、15、23 條 (36.01.01)