

刑事辯論意旨狀

股 別：滄股

案 號：109 年度台上大字第 3214 號

被 告

即 上 訴 人：林韋鳴

選任辯護人：許博森 律師

葉雅婷 律師

茲因 鈞院刑事大法庭審理109年度台上大字第3214號被告即上訴人林韋鳴涉犯違反貪汙治罪條例之法律爭議事件，提出辯論意旨如下：

壹、本案提案之法律問題

違章建築依相關法令係屬應即予查報、拆除者，主管該事務之公務員未依法予以簽報（拆除），致使原起造人仍得繼續保有該違章建物之整體用益狀態等情形，是否屬貪汙治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款所規定之圖其他私人不法利益？

貳、程序事項：

提案之法律問題尚非明確，概依台北市政府都市發展局違章建築勘查認定查報作業規定等相關法令規定，違章建築之查報、拆除，除需判斷興建之時間外，尚須審酌增建之範圍、修繕施工方式、有無危害公共危險、山坡地水

土保持、妨礙公共交通公共衛生、市容觀瞻或列為專案處理等不同之情況，為不同之處置，不僅有事實認定之問題，亦涉及價值判斷，則提案所謂「違章建築依相關法令係屬應即予查報、拆除」是否已將提案法律問題限縮到公務員對於違章建築已達裁量縮減至零，尚非明確。又提案前段並未探討公務員主觀上圖利自己或他人之主觀意圖，僅於後段記載「是否屬貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款所規定之『圖』其他私人不法利益」，則提案討論之重點是否亦排除討論圖利罪之主觀構成要件，僅就未依法查報、拆除違章建築而使違章建築之所有人得以保有繼續使用違章建築之利益本身是否為不法利益，進行探討，亦非明確。況查報、拆除在行政程序上為不同權責單位依照不同之規定及程序進行，依法查報亦非必然需依法拆除，本案被告林韋鳴雖有依法查報之權責，但並無決定拆除與否之權限，則與繼續保有使用違章建築與否，並不具有必然之因果關係，提案內容將查報及拆除一同探討，似乎與本案被告林韋鳴之情況，有所不同，核先敘明。加以提案內容所欲探討之重點，係在繼續保有使用違章建築之「不法利益」，著重點似為「不法」而非「利益」，然所援引之肯定說及否定說等實務判決，探討之重點並未聚焦於此，是否適當，亦有爭議之空間。

參、本案法律問題分析

一、違章建築之定義及法律性質：

- (一) 依建築法第 25 條及違章建築處理辦法第 2 條規定，違章建築係指違反建築法令，不能取得建築執照或使用執照，致無從辦理所有權登記之建築物。
- (二) 我國將違章建築定位為不動產，即民法第 66 條所稱之定著物，通說

認為其所有權之取得，係屬非因法律行為之原始取得，即由原始出資興建人施予勞力或支出費用之代價而原始取得，屬於人民所創設之財產，故人民對於原始取得違章建築之財產權，仍應受到憲法保障，殆無疑義。然違章建築在我國乃極為罕見之行政上違反建築法令而為不法，然在民事上除不能辦理所有權登記之外，起造人仍卻具有使用、收益、處分等事實上之權限，亦非檢察官提出之各國立法例所能比附援引或適用。

(三) 惟，國家基於行政管理及有效監督之目的，並維持社會秩序及增進公共利益，有管制人民興建建築物之必要性，自得透過法律或符合授權明確性的法規命令，對於人民原始取得之違章建築財產權所受保障加以限制，例如不予所有權登記、不得核發建築執照或經由合法手段與程序進行拆除等，故違章建築之財產權雖受憲法保障，其存續性仍有隨時遭到拆除之風險，但並非謂該等財產權自始即屬「應減少而未減少」之狀態。

(四) 因此，原始出資興建之人取得違章建築之財產權及其對於違章建築所得管領、使用、收益之整體用益狀態，就其法律性質而言，均非「不法利益」。

二、違章建築之管理及查報、拆除等，屬於中央或各縣市建築主管機關得透過訂定法規命令或行政規則處理之事項，自法位階之層面觀之，顯未涉及財產權取得或喪失：

(一) 查，違章建築雖違反建築行政法規，國家得基於管理或社會公益等考量，對於人民就違章建築之財產權加以限制，但違章建築之拆除，係建築主管機關以公權力干預人民財產權之行為，故仍應有明確法律

授權及合法之程序，始得為之；執行違章建築認定及拆除之公務員，尤應嚴格、謹慎辦理違章建築之查報拆除，以免輕易、過度干預或侵害人民之財產權。

(二) 準此，立法者於《建築法》第 97 條之 2：「違反本法或基於本法所發布命令規定之建築物，其處理辦法，由內政部定之。」授權內政部訂定法規命令，內政部則依據授權訂定《違章建築處理辦法》，並授權直轄市、縣(市)主管建築機關執行違章建築之拆除及查報工作。而直轄市、縣(市)主管建築機關，舉台北市為例，則就違章建築之查報拆除工作，另行訂定《臺北市違章建築處理規則》、《臺北市政府都市發展局違章建築勘查認定查報作業規定》等行政規則。

(三) 建築主管機關並非一旦發現違章建築即須立刻拆除，而係應先將建築物認定為違章建築，並由航空照片等資料判定違章建築之完工時間確認是否係屬新違章建築。而依行政罰法第 7 條立法理由：「三、現代民主法治國家對於行為人違反行政法上義務欲加以處罰時，應由國家負證明行為人有故意或過失之舉證責任，方為保障人權之進步立法。」在現存資料無法判定，違章建築之所有人又對於違章建築之完工時間有證明困難者，則應以其他權宜措施取代逕行查報拆除，否則即可能侵害人權，台北市政府於 100 年 4 月 1 日增修《台北市違章建築處理規則》第 33 條第 2 項規定：「違建經勘查後，其建築完成時間無法判斷，且其材質非屬新穎者，得拍照存證。」即係基於保障人權之考量所由設。

(四) 足見，違章建築如何認定、係屬既存違建或新違建、應拍照存證或查報拆除、依當時證據資料是否足以證明等事項，均屬於各直轄市、縣

(市)建築主管機關得自行訂定行政規則予以規範，並具裁量權之事項，該等事項自法位階之層面審查，應僅屬於行政機關執行主管行政事務之範疇，而非自法律位階剝奪或賦予人民就違章建築「原始取得」之財產權；且行政機關於執行違章建築查報拆除時，仍應負舉證責任，避免違反人權保障，亦足見其法位階低於人民受憲法保障之財產權。

(五) 因此，當公務員就違章建築未予查報拆除時，應僅屬於其於行政主管事務上有無違反相關行政規則之問題，對於違章建築之所有權人依其付出勞力、金錢興建而原始取得之所有權並受民法之保障及就違章建築使用、管理、收益之狀態，並無任何影響，更難認為其「未予查報拆除」之行為，直接發生「使人民的財產權應減少而未減少」之效果。

(六) 蓋，若從此邏輯加以理解，不啻於認為人民就違章建築原始取得之財產權，於取得或自遭人檢舉之瞬間起，即處於「應減少而未減少」之不安定狀態，而行政機關之公務員每多一分鐘未將違章建築予以查報拆除，則係圖利人民，使人民取得原應減少之財產權；稅捐稽徵機關對於「應減少」之違章建築課徵房屋稅之行為亦顯有重大謬誤存在。此等論述，將使行政機關所訂定之行政規則與憲法所保障之財產權，其法位階相互混淆，更明顯擴大公務員於執行地方主管機關行政事務之權責及裁量權至可以認定、賦予或剝奪人民財產權之範疇，顯非妥適。

三、公務員對於應拆除之違章建築未予拆除，並非使違章建築所有者取得不法利益，不構成貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款之圖其他私人不

法利益：

(一) 鈞院先前就「違章建築應簽報拆除而不報」之事實，已有多則明確見解認為非屬圖利他人，不成立圖利罪：

1. 鈞院 72 年台上字第 4607 號判決：

圖利他人之罪，必須所圖者為不法之利益，方屬構成，如未領建築執照，擅行興建房屋，僅不過違背行政規定，對於違章建築，不能視為不法利益，因之違章建築應簽報拆除而不報，尚難認為係圖利他人，自不成立圖利之罪。

2. 鈞院 85 年台上字第 2657 號判決：

按刑法上及貪污治罪條例上所謂圖利他人之罪，雖以有圖利自己或他人之意思而表現於行為者，即已成立，而不以實際上得利為必要。然必須所圖者為不法之利益，始克相當，倘所圖者不能視為不法利益，除犯他項罪名外，要難遽以上開罪名論擬。又所謂「違章建築」，係指違反建築法令規定未領得建築執照，擅行興建之建物者而言，縱該類建物本身未能取得產權之登記，不受建築法令之保護，惟建造人仍原始取得該建物之所有權，對單純使用該違章建築所有（或管領）者之獲益，似尚難認其該項利得即屬不法利益之範疇。

3. 鈞院 97 年度台上字第 5466 號、97 年度台上字第 5950 號判決：

貪污治罪條例第六條第一項第四款之圖利罪，須以明知違背法令，直接或間接圖自己或其他私人不法利益，因而獲得不法利益者，為其構成要件。所謂「不法利益」，係指合法利益以外之有形、無形之利益；此與「犯罪所得」之概念，並非相同。又未取得使用執照

之違章建築物雖為地政機關所不許登記，尚非不得以之為交易標的，並非毫無交易價值。

4. 最高法院 85 年度台上字第 6081 號判決：

查上開起造人吳世欽、吳世仁二人委託包商郭美榮建造系爭增建部分（該違建部分之建造費用新台幣二十八萬元），縱因違反建築法令規定無法取得產權登記及領取建築使用執照，而不受建築法令之保護，惟吳某二人既為該增建部分建物所有權之原始取得者，彼等對單純使用該違章建築之獲益，得否即謂為應屬不法所得之私人不法利益，已非無疑義。尤以上訴人核發上開使用執照，除起造人吳某二人正式向建管機關申請而合法建築之建物部分外，是否尚且及於系爭增建違章建築之部分，殊屬未明。倘上開增建違章部分，未因上訴人之核發使用執照而合法化，其一經發覺被查報仍須依法拆除，此部分既並不因吳某二人持有合法建築部分之使用執照，即可免予拆除而受有利益。

（二）法務部於 87 年亦援引 鈞院 72 年台上字第 4607 號判決之意旨，研擬（採乙說）認為該判決已明確揭示公務員消極未拆除違建，性質上僅屬違反行政法規，而非不法之利益：

「乙說：……按依最高法院七十二年度台上字第四六〇七號判決雖載有圖利他人之罪，必須所圖者為不法之利益，方屬構成，若擅行興建房屋，僅不過違背行政規定，於違章建築，不能視為不法之利益，因之違章建物應簽報拆而不拆尚難認其圖利他人。惟上開判決其意係指公務員消極未拆除違建且違建性質上係屬違反行政法規而非不法之利益而言，然若公務員明知所審核之建物其有部分建物係違建，其依法不得核發建物使用執照，意在所職掌之公文書登載不實而積

極使該建物形式上合法化，以避免日後再被查報拆除其部分之違建，則與上開判決要旨並不相同，自應犯貪污治罪條例第六條第一項第四款之罪。」

(三) 準此，鈞院先前諸多見解，確已針對本案提案之法律問題所涉基礎事實，明確揭示其一貫之見解，即公務員消極未拆除違章建築，僅屬於違反行政法規，並未使違章建築所有人獲得不法利益，違章建築所有人對違章建築所享有之權益，係基於興建而原始取得之所有權及交易價值，並非不法利得。本案提案之基礎事實既亦係公務員消極未就違章建築查報拆除（暫不論其未拆除之原因涉及公務員依行政規則認定為既存違建或未經民眾舉報等具體事實認定之問題），提案問題亦係該等就違章建築未予簽報拆除是否構成圖利罪之同一問題，自無另以歧異見解區別適用之必要。

(四) 又，前述內政部所訂定之《違章建築處理辦法》，及地方主管機關如台北市政府所訂定之《台北市違章建築處理規則》、台北市違章建築處理要點（已於100年4月15日廢止）、台北市政府公務局王張建築勘查認定查報作業規定、台北市政府都市發展局處理施工中心違建即時強制拆除作業規定等，均有針對違章建築應即予查報拆除，或依情形予以緩拆、免拆等措施，亦即地方建築主管機關具有認定違章建築及是否予以拆除之權限及裁量權。則，而「違章建築之查報拆除」既屬得以行政規則加以規範之事項，縱有違反，亦僅屬於違反行政規定層面之問題，而不涉及貪污治罪條例所規範之圖利罪，至為明確。
若認為對於違章建築應予拆除而未拆係屬於貪污治罪條例第6條第1項第4款所規定之圖其他私人「不法利益」，無異於認同行政機關得透過法規命令或行政規則，去定義、限縮或擴大解釋刑法圖利罪

「不法利益」的範圍，此顯已逾越地方主管機關訂定行政規則之目的及法律保留原則。

(五) 況，若認為公務員對於應拆除之違章建築未予拆除，即屬於圖利違章建築所有人，則比照相同邏輯，依我國現存眾多違章建築之情形，我國中央及地方政府之建築主管機關及職掌違章建築查報拆除事務之公務員，應存在大量賦予人民不法利益、圖利他人之情形。又，舉例如人民於路邊違規停車之行為，其依《道路交通管理處罰條例》本不得於禁止停車之道路或道路區段停車，但仍違規停車者，警察機關依法應對之加以處罰，而若警察機關未就轄區內所有違規停車案件全數予以處罰者，是否亦屬圖利他人，而構成貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款之圖其他私人不法利益？甚而，依刑事訴訟法第 228 條第 1 項規定：「檢察官因告訴、告發、自首或其他情事之有犯罪嫌疑者，『應』即開始偵查」。若以前開推論，勢必推導出檢察官若知有犯罪嫌疑消極未予開始偵查，是否即有圖利他人之嫌？則由上開例證，不然看出此舉將造成公務員若未能全面就所轄違法事件或犯罪案件舉發或開始偵辦，即有圖利他人之可能，不僅過度苛求公務員，亦將造成法秩序大亂，執法推論顯然將公務員消極為執行職務推論其主觀上即具有圖利他人之不法意圖，混淆兩者為不同層次之議題，亦將公務員之法定義務無限擴張，恐有過當。

四、鈞院 109 年度台上大字第 3214 號提案裁定所援引之肯定說見解，其基礎事實與本案並不相同，殊難比附援引：

(一) 查，提案裁定所援引之肯定說見解為 鈞院 103 年台上字第 3591 號判決，其判決意旨略為：「……依原判決之認定，本案違章建築依法

令規定並無取得農業產銷必要設施興建核准函、建築執照、使用執照之可能，本應依法拆除，而因黃琮福、李駿成、鄭武鵬等人之不法行為使本案違章建築獲得免於被拆除之整體利益，且渠等之行為均係使本案違章建築免於被拆除不可或缺之一環，原判決乃認係直接圖第三人即徐雪玉、陳新發得以保留本案建物之不法利益經核並無不合……」等語。

(二) 但，由上述判決內容即可知悉，**該案之案例事實並非為「違章建築應予拆除而未拆除」**，而係針對民眾購買都市計畫內農業區之土地後，未經依法向主管機關申請核發建築執照，即擅自在農業區土地上動工興建房屋；具有公務員身分之被告則容許該民眾以農業產銷必要設施之集貨場（倉庫）名義，先申請核發都市計畫農業區農業用地申請興建農業設施之使用許可，再補辦建築執照、使用執照之方式進行，使違章建築「就地合法」，成為可合法登記之建築，免於違章建築可能遭到拆除之風險而言。該判決之案例事實及法律見解相關內文，均無一字提及「消極不予拆除」或「明知為違章建築而消極未予簽報」等描述。

(三) 本案之基礎事實，則係公務員針對民眾所檢舉之違章建築，依相關建築主管機關所制訂之行政規則進行其屬既存違建或新違建之判別，就無法判斷為新違建之違章建築則未予查報拆除，**所涉及者僅為單純使用該違章建築所有或管領者之獲益**，被告即上訴人林韋鳴並未就違章建築核發建築執照或使用執照，亦無任何使違章建築「合法化」之職務行為，縱就未經民眾檢舉之違章建築或經認定非屬新違建之違章建築未予查報拆除，亦未使該等違章建築因此免於日後遭到拆除之風險。因此，本案基礎事實，與上述 鈞院 103 年台上字第

3591 號判決之基礎事實，針對公務員對違章建築核發建築執照、使用執照，賦予其合法權源，使違章建築「就地合法」，致使該民眾免除違章建築可能遭到拆除之風險，獲得免於遭拆除建築物之利益相較，二者顯不相同，該案法官依據卷證資料所為評價及意見，自難於本案比附援引，提案裁定逕將之作為本案法律問題之肯定說見解，似有未洽。

(四) 至於本案提案裁定擬採之法律見解(肯定說即屬不法利益)，雖載稱：「……準此，未經取得使用執照之違章建築，除屬所謂既存而毋需立即拆除之舊有違章建築外，即均應予查報、拆除。故該等違章建築，依法既無從充分享有、發揮物權法上相關處分權能，其物之通常使用、收益及擔保權能自明顯降低，並負有違章拆除之危險。若公務員明知應即予簽報、拆除，故意隱而不簽報或不予拆除，使該違章建築得以繼續違法留存、用益，此種使原始起造人應減少而未減少致可繼續享有違章建築留存之整體用益部分，即應屬貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款規定之不法利益。」等語（請參提案裁定第 3 頁第 17 至 26 行）。然查：

1. 違章建築依法無從分享有、發揮物權法上相關處分權能，應係基於國家、行政機關管理及公益上之目的，依據建築相關法規，不予核發建築執照、使用執照而來；但違章建築作為不動產，本身即具有經濟價值，起造人就其原始取得所有權及使用、管理、收益之權利，為規範違章建築之交易，則另將「事實上處分權」建構為習慣創設之物權，並以房屋稅籍登記作為公示與取得事實上處分權之必要條件，故違章建築縱使違反建築相關法令或行政規則，其是否進行拆除，均未使違章建築所有人對違章建築所享有之權利及用益發

生變化。

2. 上述見解所持理由，並未敘明違章建築無法充分發揮物權法上相關處分權能，與其所敘述之「公務員明知應即予簽報、拆除，故意隱而不簽報或不予拆除，使該違章建築，得以繼續違法留存、用益」等內容，有何關聯；在論述違章建築之物之通常使用、收益及擔保權能明顯降低後，即銜接至若公務員未將之拆除，應屬貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款規定之不法利益云云，其邏輯顯有未洽。又，上述見解亦未敘明其為何認為原始起造人就違章建築所享有之物權係處於「應減少」之狀態，似有認為建築物若未能取得使用執照，其起造人就該建築物即自始不應取得所有權（物權），或縱使取得所有權，其所有權亦屬「應減少」，此見解並無法律上之依據，並有將行政機關對於違章建築之管理與民法物權關於所有權之定義混淆之問題。
3. 蓋，縱使依上述見解所述，違章建築因無法取得使用執照，致其通常使用、收益及擔保權能明顯降低，並負有拆除之危險，此亦應就違章建築本身之法律性質，起造人於違章建築完工時，即已取得其所有權及用益處分之權利，並負擔日後遭到拆除之危險，並不因公務員有無將之簽報拆除而有任何變化。。

五、經被告即上訴人查詢，其餘 鈞院見解亦有闡述「違章建築合法化」與「違章建築應簽報拆除而未簽報拆除」二種情形，係屬不同基礎事實者，謹一併提出以供 鈞院卓參。

（一）鈞院 90 年度台上字第 1988 號判決，即明確提出「違章建築應簽報拆除而不報」與「依法不得核發使用執照而核發」，二種情形迥不相

同之見解：

查本院七十二年度台上字第四六〇七號刑事判決謂：「圖利他人之罪，必須所圖者為不法之利益，方屬構成，如未領建築執照，擅行興建房屋，僅不過違背行政規定，對於違章建築，不能視為不法利益，因此，違章建築應簽報拆除而不報，尚難認為係圖利他人，自不成立圖利之罪。」係就違章建築「應簽報拆除而不報」之情形所為法律見解之闡述。此與前開建物因與設計圖樣不符，依法不得核發使用執照而核發之情形，迥不相同。原判決任意比附援引，亦有判決適用法則不當之違法。至不得核發使用執照而違法核發，使成為合法建築物，其所加值之利益，即屬不法之利益，本院前次發回時，業已闡釋綦詳。

(二) 鈞院 87 年度臺非字第 135 號判決，提出「依法不得核發使用執照而核發」所賦予之不法利益，係使違章建築變為合法建築所增加之經濟價值。則，對比本案之基礎事實，違章建築之所有人並未因被告未拆除違章建築而獲有其他利益，違章建築之經濟價值亦未因此增加：

又查建築物因違章不得請領使用執照，固仍不乏其一般用益之經濟價值，惟既不得請領使用執照，連帶不能申請合法供水、供電，又須隨時擔負行政罰被勒令拆除違建物之風險，更無法辦理建築改良物之所有權保存登記後，充分發揮交易上應有之融通性及處分權能，凡此依生活體驗所得無不充分顯示違章建築與合法房屋間存有截然不同之經濟價值，倘對違章建築竟違背規定逕予核發使用執照，使成合法房屋，其因此不當巧取之經濟加值，自難謂非不法利益。

(三) 前述法務部 87 年之研擬意見，亦明顯區別「公務員消極不拆除違章建築」及「公務員明知建物屬於違章建築，而核發建照，積極使該建

物形式上合法化」兩種態樣，併予陳明。

六、針對最高檢察署所提出檢察官刑事大法庭言詞辯論意旨書，有關本案法律問題之各項意見，上訴人認為其中所持見解及結論均不適用於本案，謹答辯於下：

- (一) 我國大法庭裁判，係基於特定案件，在相同事實之前提下，進行評議及裁定，其審理過程中應連結至具體之案件事實，並非單純針對抽象的法律問題進行探討，因此當事人在參與大法庭言詞辯論程序，所做出之法律意見，亦不應脫離本案事實而單純探討對於法律問題之見解。最高檢察署所提出之言詞辯論意旨書雖主張其就本案探討之法律問題擬採肯定說，即違章建築依相關法令係屬應即予查報、拆除（已無裁量空間時），而未予簽報（拆除）時，該管公務員屬於貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款所規定之圖利），但又稱若「單純的不予舉發並不會成立圖利罪」，不致發生否定說所稱之「血流成河」、公務員動輒得咎等情形云云，顯然其並未連結至本案具體事實，即逕行認為本案應採肯定說，殊嫌速斷。
- (二) 最高檢察署援引實務見解，主張圖利行為包括消極不作為，雖無違誤，然其並未具體區分具體情形，亦未考量其主張是否適用於本案事實，就公務員未舉報違規行為之情形一概論以圖利罪，不符大法庭應就特定、具體之事實所適用之法律問題進行辯論及裁判之宗旨。
1. 我國圖利罪之公務員行為違背法令部分，雖包含最高檢察署所論述之「消極不作為」，但並非單純只憑其客觀上之「不作為」，即對其以圖利罪相繩，仍應從其主觀上是否存在圖利之意思及對於自己之「不作為」有所認知，而具體個案判斷。否則，若徒憑公務

員有「未主動舉發、舉報」之客觀情事，即認定其消極不作為且屬於圖利罪，此無異於使社會上所有存在之違規現象，若未即時遭到取締、處理者，該管之公務員均將構成圖利罪。

2. 最高檢察署雖援引最高法院 89 年台上字第 5102 號、108 年台上字第 3328 號及台灣高等法院高雄分院 108 年重上更（二）字第 2 號判決等見解，主張依該等見解可知我國公務員在已無裁量餘地時故意違反作為義務，即屬違法云云。但，其所援引之見解，均就公務員之「消極不作為」或「無裁量餘地」之情形，設有必要之前提，其中最高法院 89 年台上字第 5102 號判決係以警員「知悉」轄區內之色情營業而「不予取締舉發」為要件；台灣高等法院高雄分院 108 年重上更（二）字第 2 號所引述最高法院 108 年台上字第 3328 號判決之見解，則係以警員「明知」部屬正在製單舉發，而「關說部屬免開單放行」為要件。亦即，二者皆係以「明知」而「故意」不作為之主觀要件為前提，並無可能僅因該等色情營業或交通違規等違法情事「處於存在且可被察覺之狀態」，而公務員「未主動搜索、察覺並予取締」，即認為該公務員觸犯圖利罪。
3. 最高檢察署在言詞辯論意旨書第 33 頁第 4 行亦明確陳述：「單純的不予舉發並不會成立圖利罪，僅有再行政程序已經進行到別無裁量空間時仍消極不作為，始能成立圖利罪。」等語，顯然亦認同確實可能發生公務員主觀上並不知悉違法情事，而未予舉發、取締之情形，並亦認為在此等情形下，並不會構成圖利罪。
4. 因此，最高檢察署援引上開實務見解後，並未論究本案上訴人即林韋鳴於當時係適用何法令或相關規定？依該等法令規定應對本案

各違章建築為查報拆除或拍照存證？林韋鳴就本案各違章建築是否知悉其存在？有無「明知違章建築存在」而不予取締之情況？是否已達到裁量縮減至零之程度？如何認定裁量縮減至零與否？如何區分「裁量縮減至零而未舉發」與「單純的不予舉發」？即逕行採行肯定說之結論，並主張只要公務員未依法簽報拆除違章建築，均屬貪污治罪條例第6條第1項第4款之圖利罪，顯欠合理論據，亦不符大法庭應就特定、具體之事實所適用之法律問題進行辯論及裁判之宗旨。

(三) 最高檢察署以我國縱使採行「非贅文說」，即將「結果不法性」獨立於「公務員行為不法性」外進行判斷，然只要結果為「狀態之不法」，均可認為係貪污治罪條例第6條第1項第4款之不法利益云云為由，主張：(1)違章建築物之所有人對違章建築物之占有及使用均屬違法狀態之繼續；(2)若使違章建築物之起造人保有違章建築物之整體用益狀態，較諸其他被查獲之人民即有不公平之現象而違反憲法第7條之平等原則。然查，

1. 違章建築所為「不法」，僅係違反行政規定而應承受日後隨時可能將遭致拆除之風險而言，其於物權法上仍受保障而屬於人民所有之財產，且違章建築之起造人係基於興建之事實行為取得對違章建築之所有權，其使用自己之物，不應構成「不法使用或占有」。
最高檢察署將違章建築所有人對違章建築之占有或使用，指為違法狀態之持續、圖利罪所規範之不法利益，似有違反本件一再探討之法位階問題，並侵害人民財產權之疑慮。
2. 依最高檢察署之論述，違章建築依相關法令應即予查報、拆除，卻

未予查報、拆除者，即較諸其他被查獲違建之人民產生不公平之現象云云。然而，依我國規範違章建築之相關法令規定，違章建築係指未依建築相關法規領取建築執照、使用執照而無從辦理所有權登記之建築物，其自建成伊始，即均處於應遭主管機關查報、拆除之狀態。僅係地方主管機關基於人力、物力等各方面考量，對於違章建築制訂行政規則，將違章建築區分為應即時拆除、緩拆，或無法判斷係屬既存違建或新違建時，可先拍照存證等數種不同情形，但此均不影響違章建築屬於人民財產，同時亦違反行政規定之本質，而無論是否遭查報，違章建築仍不會立即遭到拆除，亦沒有免除隨時可能遭到查報拆除之風險。則，若依最高檢察署論述之邏輯，任一違章建築存在於我國社會之中而未遭發現、查獲時，均將對其他興建違章建築卻遭到查獲之人民產生不公平之現象。若此，「占有使用違章建築之不法利益」實比比皆是，且所有建築主管機關之公務員均能共見共聞且消極不作為，而均屬圖利罪之共犯。是以，不法利益之認定實不能如此放寬、擴張至「占有使用違章建築，未遭簽報拆除」之程度。

- (四) 最高檢察署雖援引 鈞院 106 年台上字第 2190 號判決維持台灣高等法院 104 年重上更(三)字第 35 號判決對於不法利益之計算方式，將「使用」列為「利益」之一種，並稱 鈞院 104 年台上字第 2246 號判決亦贊同「不法使用」本身即屬於「不法利益」云云，認為圖利罪之不法利益包括現實財物及其他之無形利益(含使用利益)。然最高檢察署其對於所援引之 鈞院判決，並未具體審認各該案例事實不同，其中關於 鈞院 106 年台上字第 2190 號判決維持台灣高等法院 104 年重上更(三)字第 35 號判決之案例事實乃係業者「不符合

授權目的使用國有之烏來地區原住民保留地」；鈞院 104 年台上字第 2246 號判決之案例事實則係墓主「未經許可擅自使用公有墓地」，二者所「不法使用」之客體均為國有地或公有地，並非「違章建築」，即一概而論稱「使用」應屬於「利益」，並執此主張本件對「違章建築之使用」亦應計入圖利罪之不法利益云云，洵有違誤。

- (五) 最高檢察署雖主張，圖利罪之不法利益產生時點，係在「公務員應排除違建物之違法狀態而不排除」後，其「所有權之保有」即與公務員行為建立起因果關係，故於斯時起即產生不法利益(包含違章建築之現存價值，及繼續使用違建營業之利益)云云。但，最高檢察署並未考量到其見解反將使不法利益之認定產生混淆難辨之問題。蓋，
1. 違章建築自建築時即已投入成本，並自興建完成時具備經濟價值，且為起造人基於事實行為所取得之財產，要無疑義。依最高檢察署之論點，無異認為人民使用違章建築，一開始均不生不法利益之問題，但將會在某一不詳且無法特定之時點，因公務員察見或知悉而瞬間轉變為不法利益，此等論點將使人民之財產及經濟價值處於不安定之情況，亦有認定困難之虞，更必然發生最高檢察署所提到「對其他違章建築所有人不公平」之情形。
 2. 又，依我國現行違章建築查報拆除之實務運作情況，違章建築並非一經查報，即予拆除；若依最高檢察署之見解，以「公務員應拆除違章建築而未拆除」作為不法利益產生時點，實務上之認定將有混淆及窒礙難行之處。例如：違章建築縱經查報，若未於查報後立即拆除，違章建築所有人亦仍繼續保有對違章建築可為使用收益之狀態，則主管機關全體公務員是否均為促生並使人民保有不法利

益之共犯？ 抑或是違章建築一經查報，縱使未拆除，也不會產生任何不法利益？

3. 再者，違章建築若由地方主管機關制訂行政規則，認定屬於「既存違建」而不需查報拆除者，是否其使用違章建築即不會產生任何不法利益？又如台北市政府於 100 年 4 月 1 日增修《台北市違章建築處理規則》第 33 條第 2 項：「違建經勘查後，其建築完成時間無法判斷，且其材質非屬新穎者，得拍照存證。」就無法判斷是否屬於既存違建者，准予拍照存證而非要求該管公務員就地查報拆除等類似規定，因依該等規定，公務員並無查報拆除違章建築之必要，是否亦不會產生任何不法利益？則，為何「使用違章建築」屬於不法利益，但「使用既存違章建築」或「使用之違建，公務員無法判斷其是否屬於既存違建」卻非屬不法利益？此間差異何在？
4. 刑法上「不法利益」之標準，若可由地方政府機關藉由行政規則或法規命令來認定，則有法位階混淆之問題；若不可，則地方主管機關制訂行政規則使既存違建或無法判斷是否為既存違建之違章建築，得以豁免於遭拆除之風險，是否亦屬圖特定人之不法利益，而構成圖利罪？
5. 以上種種問題，皆係基於最高檢察署所採「公務員應排除違建物之違法狀態而不排除後，違章建築之所有權保有即產生不法利益」之見解，所將衍生之不法利益認定問題，足見其不予區分具體案例事實之情況，對於違章建築未拆除後，即認定違章建築之保有存在屬於不法利益，而構成圖利罪云云，實有重大漏洞及窒礙難行之處。

(六) 最高檢察署言詞辯論書雖載稱，圖利罪應否廢止並非本件爭點，我國

關於圖利罪已是最嚴格的立法，且僅有在行政程序已經進行到別無裁量空間時仍消極不作為，始能成立圖利罪，故本件若採肯定說並不會發生否定說所述之血流成河之情形云云。惟，本件尤應分辨者為，圖利罪應否廢止，雖非本件爭點，然最高檢察署提及此事，正係因學界與實務界對於圖利罪若採肯定說，將有公務員涉及法定作為義務之不作為情事時，均遭以圖利罪相繩之困境，因而主張應限縮圖利罪之適用範圍（此亦可參照最高檢察署言詞辯論書第9頁最後1行至第10頁第3行處）。因此，本件雖無須討論圖利罪是否應廢除之法律問題，但就本案事實仍應正視上訴人林韋鳴並無違反法令規定而對應查報拆除之違章建築不予查報拆除之行為，即尚無達到「裁量縮減至零」之程度；若就本件事實，仍輕易地採行肯定說，則無異認為違章建築或其他違規狀態存在於社會上，該管公務員之裁量空間即刻縮減至零，而構成圖利罪，此不僅將使我國公務員動輒得咎，亦明顯擴張圖利罪之認定範圍，不符合最高檢察署所稱「近來立法及各界紛紛主張應限縮圖利罪適用」之意旨，而不合時宜。此豈能如最高檢察署所言，「本件若採肯說並不會發生否定說所述之血流成河之情形」？

- (七) 加以，最高檢察署雖援引各國立法例做為參考，然觀諸各該立法例所探討之內容與提案議題並不相符，違章建築乃我國相當罕見為行政不法，但民事法上卻肯認其具有事實上之處分權之特殊型態，此乃為適應社會變遷情況下為考量適法性、公益性以及現實上執行困難等種種因素而為之衡平措施，最高檢察署所援引之立法例，實不足以論出提案所支持之肯定說，亦請鈞院審酌。

肆、結論及意見

- 一、原提案之肯定說、否定說所採取之基礎事實並不相同，上訴人即林韋鳴認為本案應遵循最高法院先前就相同事實案例所採取實務見解，即維持否定說為當。
- 二、因圖利罪之處罰，以行為人之主觀上須認識其所為之行為具體違反執行職務所應遵守之義務，另一方面須有不法得利之意圖，即意圖藉由違反職務行為謀得非法利益，始該當之，且此意圖須依證據認定之，不能單純以公務員之行為，已使人民獲得利益之結果，反向推論而謂該行政行為即為圖利行為，此亦為 鈞院提案裁定所援引之肯定說見解（鈞院 103 年台上字第 3591 號）揭示甚明；而圖利罪屬結果犯，以「因而獲得利益」為犯罪構成要件之一，是否獲得利益應依嚴格證據證明之，亦有 鈞院 97 年台上字第 4644 號、78 年台上字第 295 號、97 年台上字第 6327 號等判決意旨可供參照。大法庭就提案之法律爭議所作成之裁定，對於本案具有拘束力（法院組織法第 51 條之 10 參照）。故，被告即上訴人林韋鳴認為，本案就提案裁定所設計之法律問題中「不法利益」所為認定，若 鈞院擬採肯定說時，尚應從具體個案之基礎事實認定違章建築依「當時」之資料是否屬於應即予查報拆除者、相關證據是否足以認定係屬新建違建、公務員有無圖利他人之主觀犯意、不法利益是否經過嚴格證明等事項；並應考量依提案法律問題，若公務員明知違章建築應予拆除而未查報拆除，係屬貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款所規範之不法利益時，該不法利益應如何認定、如何與違章建築所有人就違章建築原始取得之財產權區分、如何證明等各面向予以討論、判斷，不應僅單純、空泛地針對「違章建築應查報拆除而未查報拆除，是否屬於圖其他私人不法利益」為裁判，

懇請 鈞院明鑒。

最高法院刑事庭 公鑒

中 華 民 國 1 1 0 年 7 月 3 0 日

具 狀 人：林韋鳴

選任辯護人：許博森律師

葉雅婷律師