

刑事大法庭陳述意見狀

案 號 109 年度台上大字第 3214 號

案 由 違反貪污治罪條例案件刑事大法庭案件

上訴人即

被 告 林韋鳴

選任辯護人 方伯勳律師

就刑事大法庭之提案法律問題，依法提出陳述意見事：

壹、因公務員違背法令行為，致使違建所有人獲有利益之類型：

一、因公務員違背法令之行為，致使違建所有人得以將違建「登記為合法建物之利益」。

二、因公務員違背法令之行為，致使違建所有人取得「違建坐落土地之無權占有利益」。

三、因公務員違背法令之行為，致使違建所有人繼續保有對於「違建本身使用、收益」狀態之利益。

貳、依照提案庭所提之法律問題，本件爭點在於第三種類型，亦即因公務員違背法令未予簽報拆除之行為，致使違建所有人繼續保有對於「違建本身使用、收益」狀態之利益，是否屬於貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款所指之「不法利益」？

一、依本件裁定提案法律問題：「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？」，顯然本件之法律爭點在於『因公務員違背法令之行為，致使違建所有人繼續保有對於「違建本身使用、收益」狀態之利益』是否屬於不法利益？而未及於前述第一、二種類型。

二、然觀諸最高檢察署言詞辯論意旨書及本件裁定所舉所謂「鈞院採取肯定說」之案件，事實上均是前述第一、第二種類型，而與本件提案之法律問題無涉：

(一)因公務員違背法令之行為，致使違建所有人得以將違建「登記為合法建物之利益」：

1. 【最高法院 87 年度台非字第 135 號】

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。

2. 【最高法院 90 年度台上字第 1988 號】

依建築法第七十三條規定，建築物非經領得使用執照，不准接水、接電、或申請營業登記及使

1 用。故未能取得使用執照之建築物，非但無法辦
2 理所有權第一次登記，抑且不能供水、供電，無
3 從發揮法律上之處分權能，及物之通常使用、收
4 益權能，並負有違章拆除之危險，其交易價值與
5 合法建築物顯不相同。從而違法核發使用執照，
6 使成為合法建築物，其所加值之利益，即屬不法
7 之利益。如果公務員對於主管或監督之事務，直
8 接或間接圖私人之此項不法利益者，殊難謂不
9 該當於貪污治罪條例第六條第一項第四款之
10 罪。

11 3. 【最高法院 103 年度台上字第 2262 號】

12 所謂「利益」，依立法理由說明，係指一切足使
13 圖利對象（本人或第三人）之財產，增加經濟價
14 值之現實財物及其他一切財產利益，不論有形
15 或無形、消極或積極者均屬之，且與「犯罪所
16 得」之概念，並非相同。又一般未取得使用執照
17 之建築物雖為地政機關所不許登記，尚非不得
18 以之為交易標的，並非毫無交易價值，私人因公
19 務員違法核發使用執照或修建建照執造之圖利
20 行為，所獲得之不法利益，應係指原建築物成為
21 得向地政機關登記之建築物或其後修建，因而
22 取得或增加之價值。

23 4. 【最高法院 103 年度台上字第 3591 號】

24 本案違章建築依法令規定並無取得農業產銷必
25 要設施興建核准函、建築執照、使用執照之可

1 能，本應依法拆除，而因黃○○、李○○、鄭○○
2 ○等人之不法行為使本案違章建築獲得免於被
3 拆除之整體利益，且渠等之行為均係使本案違
4 章建築免於被拆除不可或缺之一環，原判決乃
5 認係直接圖第三人即徐○○、陳○○得以保留
6 本案建物之不法利益經核並無不合。

7 本件提案庭及最高檢察署言詞辯論意旨書，俱
8 將 103 年台上字第 3591 號判決列為 鈞院就本
9 件法律問題採取「肯定說」之事例。然該案件所
10 涉之事實，係花蓮縣議員以其子名義購買農業
11 區土地後，擅自於農業區土地上興建建築物，經
12 壽豐鄉公所查報為應拆除之新違建後，時任花
13 蓮縣政府建管課課長之被告為使該違建就地合
14 法化，乃以違背法令核發興建農業設施使用許
15 可、補辦建築執照、使用執照之方式，使該違建
16 成為合法建物而免於遭受拆除。可知在該案件
17 違建所有人因被告違背法令行為所獲取之利
18 益，亦係使違章建築變更為合法建物之利益，顯
19 與本件法律問題所指因未予查報單純使違建所
20 有人繼續保有該違章建物之整體用益狀態之情
21 形有別¹。

22 (二)因公務員違背法令之行為，致使違建所有人取得
23 「違建坐落土地之無權占有利益」：

¹ 原判決內容提及：「仍基於共同對於主管事務違背法令而圖利第三人之犯意聯絡，使徐雪玉及其配偶陳新發因而取得該建物之建造執照，因而獲得該建物免於拆除之整體利益。」

1 【106 年度台上字第 2190 號】(維持臺灣高等法院
2 104 年度重上更(三)字第 35 號刑事判決)

3 被告劉○○、林○○、蕭○○對於主管之事務，明
4 知違背法律授權之法規命令，直接圖私人不法利
5 益，致茂英企業社獲得不被收回原承租使用之土
6 地（面積 7833 平方公尺）、免遭受拆除其上建物
7 及溫泉設備，而得以在保安保護區繼續違法經營
8 日月光溫泉山莊，自 96 年 2 月起計至 97 年 8 月
9 止，依茂英企業社銷售額與稅額申報書顯示總營
10 業額為 4715 萬 4607 元（見調查卷第 150 至 159
11 頁）；營業成本每月約 190 萬元，20 個月共計約
12 3800 萬元，而 96 年間員工人數約 30 餘位，薪資
13 成本比 97 年多 240 萬元，業據茂英企業社負責人
14 林○。於調查局詢問中供陳在卷（見調查卷第 104
15 頁），是總營業額 4715 萬 4607 元扣除經營成本約
16 4040 萬元（3800 萬+240 萬=4040 萬），營業淨收
17 益共計 675 萬 4607 元。

18 鈞院 106 年度台上字第 2190 號案件所涉之事實，
19 係茂英企業社原本向烏來鄉公所合法承租原住民
20 保留地從事洗、採砂石之業務，於承租期間因法
21 令禁止開採砂石，故茂英企業社轉而於承租土地
22 上違法興建日月光溫泉山莊，並經營溫泉浴室、
23 餐廳及住宿等業務。嗣於茂英企業社之租期屆滿
24 時，因無法從事原有洗、採砂石租賃目的之行為，
25 依法不得再續租使用原住民保留地，然該案被告

卻違背法令核准同意茂英企業社續租，該租約違反法律禁止規定無效，而使茂英企業社獲有繼續使用日月光溫泉山莊違建坐落土地及經營之無權占有利益。該案件所指涉之事實，實際亦非本件法律問題所指因未予查報單純使違建所有人繼續保有該違章建物之整體用益狀態之情形。

參、我國貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款、第 5 款之條文，既同時將公務員「違背法令之行為」及圖利對象因而獲取之「不法利益」並列為圖利罪之構成要件要素，圖利對象是否獲有「不法利益」顯係獨立判斷之要素，並非公務員一有違背法令之行為，因此致生之利益即屬「不法」：

一、依照民國 90 年 11 月 7 日貪污治罪條例修正時之第 6 條立法理由說明：「實務上對『違背法令』與『不法利益』之『不法』內涵所作之判斷不完全一致，二者即仍有併存之必要，以免日後適用上產生窒礙。」等語，可知立法者有意將公務員違背法令及圖利對象獲取之不法利益，區分為不同之構成要件要素而作個別之判斷，因此條文中所謂圖自己或其他私人「不法」利益，顯然並非贅文。

二、最高檢察署言詞辯論意旨書雖援引許玉秀、謝煜偉二位教授之撰文，說明許玉秀、謝煜偉二位教授認為只要是行為違背法令，其所致的利益就屬不法云云。然細譯二位教授文中所指：「公務員圖利罪中的不法利益，則無法脫離違背法令的行為而存在」、「私人的不法利益其實是依據承辦公務員是否違背法令而來」之

見解，事實上均僅在闡明圖利對象獲取之不法利益與公務員違背法令行為，二者以具有因果關係為必要，並非指公務員一有違背法令之行為，因此致生之利益即必屬「不法」²，檢察官此部分之說明似有誤會。

三、再者，最高檢察署言詞辯論意旨書另援引義大利最高法院判決，認為我國縱使採行「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，然只要公務員違背法令之行為，產生不公平現象而違反憲法第 7 條之平等原則時，即具有「結果之不法」，而得認屬貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款之「不法利益」云云，固非無見。然觀諸義大利刑法第 323 條公務濫用罪：「公務員或負責公務之人在職行其職務或服務時，違背有關其行為之法律或具有法律效力之特別規定，且已無裁量餘地時；或在面對自己或親人之利益或其他法定情形時，未能迴避，而故意獲得自己或他人之不正利益（ingiustovantaggio）或造成他人之損害者，處一年至四年之有期徒刑。但構成更重之罪名者，依該罪論之。」之規定，係以公務員或負責公務之人濫用職權而使自己或他人取得「不正利益」為構成要件要素，此與我國貪污治罪條例第 6 條第 4 款、第 5 款之圖利罪中，係以違背法令公務員圖自己或其他私人「不法利益」為構成要件要素，二者明顯有別，能否直接援引義大利最高法院判決見解，作為判斷我國貪污治罪條例第 6 條第 4 款、第 5 款圖

² 亦即必須在尚未判斷公務員違背法令行為之前，該利益即屬「不法利益」。然後才有判斷違背法令行為與不法利益之間是否具有相當因果關係之問題。

1 利罪中利益是否「不法」之標準？如此比附援引之結
2 果，是否仍謂符合罪刑法定原則之要求？顯然俱非無
3 疑。

4 **肆、貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款、第 5 款圖利罪條文**
5 **所謂之「利益」，既係指公務員違背法令之行為，使圖利**
6 **對象獲有經濟價值之財產利益，該項利益是否「不法」？**
7 **自當以財產法作為判斷之準據：**

8 一、依 鈞院 102 年第 3 次刑事庭會議決議：『貪污治罪
9 條例第六條第一項第四款圖利罪，除公務員對於主
10 管或監督之事務，明知違背法律、法律授權之法規命
11 令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則或其
12 他對多數不特定人民就一般事項所作對外法律效果
13 之規定，直接或間接圖自己或其他私人不法利益外，
14 尚須該公務員圖利之對象因而獲得利益，始克成立；
15 而此所謂「利益」，依立法理由說明，係指一切足使
16 圖利對象（本人或第三人）之財產，增加經濟價值之
17 現實財物及其他一切財產利益，不論有形或無形、消
18 極或積極者均屬之』之說明，貪污治罪條例第 6 條第
19 1 項第 4 款、第 5 款圖利罪條文所謂之「利益」，既
20 限於所謂「財產上之利益」，則公務員違背法令行為
21 所致圖利對象獲取之財產上之利益，是否具有「不法
22 性」之判斷，自應係以民法及其他財產法上之規定作
23 為判斷之準據³。

³ 實務及通說關於「不法」所有（得利或利益）意圖的判斷，亦採取同樣標準。故債權人以強制或妨礙行動自由方式討債，不會構成強盜罪、恐嚇取財罪或擄人勒贖罪，因為行為人的所有意圖並無「不法」，這個不法就是指違反民法上財產利益分配之規定。因為行為人對於相對人有債權，且取得之財物仍在債權範圍內，所有沒有這裡的「不法」。但行為人手段具有不法，

1 二、再者，「建築物非經申請直轄市、縣（市）（局）主管
2 建築機關之審查許可並發給執照，不得擅自建造或
3 使用或拆除」建築法第 25 條第 1 項前段固定有明文，
4 然該規定性質上係行政法上之管制措施，並非財產
5 法上介定是否具有不法性質之規定。申言之，違章建
6 築雖依建築相關法規領取建築執照、使用執照而無
7 從辦理所有權登記之建築物，然違章建築物與合法
8 建築物本質上均屬建築物，同為不動產，而建築物係
9 因建造行為而形成，無須法令之界定，且建造乃一事
10 實行為，並非法令所創設，因此縱使其創造自由受到
11 法令限制，亦不影響建築物存在之事實及其權利之
12 形成，仍由出資興建者原始取得違建所有權，並不因
13 違反行政法上之管制措施而屬「違法之財產上利
14 益」。因此，鈞院在 72 年度台上字第 4607 號、85
15 年度台上字第 2657 號、85 年度台上字第 6081 號、
16 92 年度台上字第 6071 號等判決中，亦一再闡明：『所
17 謂「違章建築」，係指違反建築法令規定未領得建築
18 執照，擅行興建之建物者而言，縱該類建物本身未能
19 取得產權之登記，不受建築法令之保護，惟建造人仍
20 原始取得該建物之所有權，對單純使用該違章建築
21 所有(或管領)者之獲益，似尚難認其該項利得即屬不
22 法利益之範疇』，所持之法律見解，確屬的論。

23 伍、違建所有人本於所有權對於「違建本身使用、收益」之合
24 法財產上利益，並不因公務員未予查報拆除之違背法令行

因此會構成刑法第 304 條強制罪或第 302 條之妨害行動自由罪。

為，而變更為「不法」之財產上利益：

一、本件提案庭採取「肯定說」之見解，認為：「未經取得使用執照之違章建築，除屬所謂既存而無須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。」，固非無據。然違建所有人對於違建所享有使用、收益之財產上利益，既係本於所有權之合法權原而屬「合法之財產利益」，縱使公務員未依法查報拆除，亦無從使違建所有人之「合法之財產利益」在財產法上變更為「不法利益」。本件提案庭認為公務員明知應即予簽報、拆除，故意隱而不簽報或不予拆除，該違章建築得以繼續「違法」留存、用益即屬「不法利益」之見解，顯然係以行政法上之管制措施，判斷作為違建所有人利益是否「不法」之依據⁴，似不無再行研求餘地。

二、實則，如以前揭因公務員違背法令行為，致使違建所有人獲有利益之三種類型分析，在第一種及第二種類型中，無論是因公務員違背法令行為，使「違建所有

⁴ 此標準已使「違背法令行為」的判斷等同不法利益之「不法」的判斷，而使立法者認為的二個要素成為同一個要素的判斷，因而違反罪刑法定原則及刑法論理結構。

1 人得將違建登記為合法建物」或「使違建所有人取得
2 違建坐落土地之無權占有利益」，圖利對象因公務員
3 違背法令行為而取得之利益，於財產法上本無合法取
4 得之權源，自當屬貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款
5 規定之不法利益。而第三種類型違建所有人對於違建
6 使用、收益之權能，既是本於之民法上所有權之權原，
7 並不因行政法上管制措施而變更其利益之性質，本質
8 上自非貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款規定之「不
9 法利益」。

10 陸、委任狀正本乙份。

11 謹 狀

12 最高法院刑事大法庭 公鑒

13 中華民國 110 年 7 月 30 日

14 具 狀 人：方伯勳律師