

最高檢察署

檢察官刑事大法庭言詞辯論答覆書
(109 年度台上大字第 3214 號)

檢察官 朱朝亮
吳巡龍
黃則儒
林俊言
蔡秋明
陳瑞仁

最高檢察署檢察官刑事大法庭言詞辯論答覆書

提出人 最高檢察署檢察官 朱朝亮

上訴人

即被告 林韋鳴 年籍詳卷

選任辯護人 許博森 律師

葉雅婷 律師

方伯勳 律師

本署於民國 110 年 7 月 30 日上午收受鈞院以電子郵件送達之本件(訂於 8 月 4 日開庭)被告辯護人許博森律師、葉雅婷律師提出之刑事辯論意旨狀，復同日下午收受辯護人方伯勳律師提出之陳述意見狀，謹針對此二份辯方意見書，答覆如下：

壹、對許博森律師、葉雅婷律師辯護狀之回應

辯：本件提案將問題限縮在條文後段之不法利益而不及於前段之違背法令與主觀意圖，有所不當（辯護狀頁 1-2）

檢：依提案意旨應是限於後段之不法利益，亦即其前提係公務員違背法令部分已經成立，故本次辯論應限於後段，否則是訴外裁判。至於辯方如對於前段部分有所爭執，可在本件之小法庭主張之。（按本件提案裁定早在今年五月間即已宣示從送達二造，辯方如對提案裁定所指之問題爭點範圍有所意見，亦應早日提出）

辯：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（頁 3）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」（頁 3）

檢：違章建築在開始興建之後，即處於違法狀態，但還沒有刑法上之意義（因為興建人沒有刑事責任）。一直到公務員知悉其存在（不論是被動或主動發覺）且違背法令不予拆除時才有其刑法上之意義（公務員有無刑事責任之問題）。此時違章建築即已進入「應減少而未減少」之狀態而以「不法利益」之形式出現。

辯：建築主管機關並非一旦發現違章建築即須立刻拆除（頁 4）

檢：本件事實審已認定本件行政程序已走到「應拆除」，且提案問題亦是以此為前提。

辯：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（頁 5）

檢：違章建築本就是自始處於不安定的法律狀態，所以市價低於一般合法房屋。但並非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，本署從未如此主張。

辯：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。（頁 5）

檢：政府政策是否妥適與本件法律爭點無關，違章建築之違法性與有無繳納房屋稅無關。

辯：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。（頁 8-9）

檢：貪污治罪條例第六條第一項第四款與第五款條文明文規定：「對於（非）主管或監督之事務，明知違背法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則或其他對多數不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定，」，則在判斷公務員行為有無違法性時既可以將法規命令與行政規則納入考量，何以到了後段之不法利益判斷時，就不能以行政法規做為判斷基準？

辯：肯定說之法網過密（頁 9）

檢：只要將公務員之違背法令行為限定在已著手查辦且程序已進行到「已無行政裁量餘地時」即不會有過苛之情形發生。

辯：提案裁定所援引之 103 年台上字第 3591 號判決，其基礎事實與本案並不相同，殊難比附援引：（頁 9-10）

檢：（一）本案第一審判決書已提出相同質疑，但不為第二審判決所採納。（二）此判決內之公務員雖然有發給使用執照使之合法化，但與否定說仍是有差別，因為依據否定說，違建本來就不是「不法利益」，那麼就沒有所謂合法化的問題（也就是依據否定說，縱使違法發給違建建照，也不會成立圖利罪，因為根本是不法利益）。而 103 年台上字第 3591 號判決認為發給使用執照成立圖利罪，其前提即認為繼續保有違章建築就是不法利益，所以 103 年台上字第 3591 號這個判決是在否定「否定說」，是可以做為肯定說之依據。（三）況且，違建之結案的正常結案方式是走二條路，一條是而進行補件給照，就地合法，一條是已經拆除而結案。違背法令的發給使用執照，是形式上合法化，違背法令的製造已經拆除之假象而結案，可稱之為準合法化，二者的實質效果都是一樣的，就是繼續保有使用違建，所以並不能說沒有給照就沒有不法利益。（四）形式的合法化與準合法化都可以構成圖利罪，因為都是「知悉違建之存在但違背法令而不予拆除」，只是一個後來有發照一個後來沒發照。僅是計算不法利益之數額會有不同而已，如果是形式之合法化（發給使用執照）那就應該以較高之市價計算，而不是以較低的違建物價值來計算。

辯：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（頁 12）

檢：本來僅是有被拆除之可能，在公務員到現場勘查確定有違建並簽報拆除，其遭到拆除之危險已變成既定之「應拆除」事實，當然是重大變化，也因此與公務員之行為產生因果關係。

辯：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。（頁 13）

檢：形式上給予合法化發給使用執照，是不法利益之擴張，與準合法化（製造業已拆除之假象）之差別僅在於不法利益計算之數額多寡而已，已如前述。

辯：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（頁 14）

檢：本署並未主張只要有消極不作為就成立圖利罪，而是主張公務員之圖利罪本質上即包括不作為犯，至於有無圖利犯意並非本件之法律爭點

辯：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。（頁 16）

檢：本件提案明白指出：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。辯方前述指摘都是屬於條文前段之公務員行為之違背法令問題，並非本件大法庭之爭點，應屬小法庭之問題，已如前述。

辯：本署所引之烏來案與公墓案二者所「不法使用」之客體均為國有地或公有地，並非「違章建築」，與本案無關（頁 18）

檢：本署引用此二案例之目的在於說明使用利益亦屬於不法利益，以及不法利益之計算方式，當然與本件有關連性。而且我國之圖利罪並不以損害他人為要件，國家有無受害與構成要件無關。

辯：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？（頁 19）

檢：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，受影響者是前段之公務員行為是否違背法令之認定問題，與後段之不法利益無關。

貳、對方伯勳律師陳述意見狀之回應

辯：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。最高檢所引之肯定說判決都限於第一或第二類案型，並無第三類案型。（意見書頁1）僅第一類與第二類之利益屬於不法利益，第三類之利益應不屬於不法利益，而本件是屬於第三類。（意見書頁11）

檢：（一）第一類（積極發照形式合法化）與第三類（不予拆除結案）之區別無重大意義，因為都成立圖利罪，僅在不法利益之計算有其意義而已，請參前述之本署對許博森律師、葉雅婷律師辯護狀之回應，於此不再贅述。（二）第二類之案型通常會夾雜違建物之存在，況且國家或個人有無遭受損害（土地有無被無權占有）與圖利罪之構成要件無關，所以第二類之分類亦無重大意義。（三）問題重點仍應在於「使用利益是否為財產利益」以及「可以被排除之利益故意不被排除」是否為「不法利益」，這一點在這三種類型都是共通的問題。

辯：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，是在談因果關係而不是定義（頁6）

檢：二位教授文章之原文請參閱本署言詞辯論意旨書頁9，許玉秀教授部分係：「受賄罪中的不正利益和公務員圖利罪中的私人不法利益其實並無不同，但後者直接依行為是否違背法令而定義」；謝煜偉教授部分係「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」，並非僅在談論因果關係，而是在談論定義問題。（按：本署110年6月16日言詞辯論意旨書頁9提及許玉秀教授文章時漏未引註，謹補充其出處：許玉秀，貪污罪—廣義的公務員圖利罪，台灣本土法學雜誌，36期，2002年7月，該文第2頁）。

辯：義大利圖利罪之構成要件與我國不同，故該國最高法院之判決得否援引（頁7）有疑義。

檢：（一）外國法院判決屬於學理之探討，本得參考（二）這種平等待遇之觀念我國亦有，最高法院判決常有「破壞國民對公務員廉潔及公正執行職務之信賴」等語，就是公平性之追求。因此法理上是共通的。

辯：是否具有「不法性」之判斷，自應係以民法及其他財產法上之規定作為判斷之準據（第8頁）提案庭以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」之依據似不無再行研求餘地。（頁10）

檢：（一）民國90年11月7日第6條修訂之立法理由二指出：「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。」，所以前段與後段之認定標準是容有不同標準。（二）如果如許玉秀教授所說，不法利益與行收賄罪之不正利益是一樣的，那麼依據最高法院21年上字第369號刑事判例：「所謂不正利益，指賄賂以外足以供人需要或滿人慾望一切有形無形之利益而言」，則根本不用去探討不法性之問題，只要是「客觀上足以供人需要或滿人慾望一切有形無形之利益」就屬之了。（三）依本署見解，不法利益之範圍大於「不法所有」，不能僅以民法及其他財產法上之規定作為判斷之準據。亦即，圖利罪前段之公務員違背法令之判斷標準是大於「不法所有」，因為有加入行政法之規定（僅是排除內規），而圖利罪後段之「不法利益」範圍則又比前段之「違背法令」更大，還加入憲法之平等原則等上位概念（請參義大利最高法院判決與我國最高法院有關「國民對公務員廉潔及公正執行職務之信賴」等判決）。

綜上所述，本件仍以採肯定說為當。

此致

最高法院

中 華 民 國 110 年 8 月 2 日

檢察官 朱朝亮

吳巡龍

黃則儒

林俊言

蔡秋明

陳瑞仁