

# 裁判憲法審查暨暫時處分裁定補充聲請書

案號：111年度憲民字第3913號

憲法法庭收文
112. 4. 27
憲A字第 1007 號

聲請人

姓名或名稱：藍重豐

身分證明文件字號：

住(居)所、所在地、事務所或營業所：

電話： 傳真：

電子郵件位址：

送達代收人：林石猛律師

送達處所： 高雄市苓雅區建國一路109號14樓

1 為補充聲請裁判憲法審查事，茲就聲請裁判憲法審查暨暫時處分裁定  
2 之下列事項補充理由如下：

## 3 補充事項

4 就本案最高法院111年度台上字第2479號刑事判決暨臺灣高等法院高  
5 雄分院109年度重上更二字第2號判決（以下簡稱最後事實審判決）所  
6 認定之事實證據，就貪污治罪條例第6條第1項第4款（下稱系爭條  
7 文）規定構成要件涵射，應屬「不能犯」，終局有罪判決顯係「法官  
8 造法」的錯誤擴張解釋，存在違背憲法上權力分立原則、罪刑法定主  
9 義、法律保留原則之爭議，應屬違憲侵犯憲法所保障聲請人之基本權  
10 利。

## 11 補充理由

12 壹、今特就本案聲請憲法訴訟主要爭點事項第二點關於終局有罪判  
13 決顯係「法官造法」的錯誤擴張解釋，存在違背憲法上權力分  
14 立原則、罪刑法定主義、法律保留原則之爭議，特委託國立台

1 北大學法律學院刑法學者吳景芳教授針對「最後事實審判決所  
2 認定之事實證據，涵射貪污治罪條例第6條第1項第4款圖利罪之  
3 構成要件，是否屬『不能犯』？」之法律問題做出法律鑑定意  
4 見書（附件14），綜合其法律鑑定意見摘要羅列如下：

5 一、最高法院111年度台上字第2479號刑事判決暨臺灣高等法院高雄  
6 分院109年度重上更二字第2號刑事判決暨最高法院105年度台上  
7 字第1507號刑事判決，均認定被告藍重豐，應成立貪污治罪條  
8 例第6條第1項第4款之犯罪。但本文以為，基於下列兩項理由：  
9 （一）、被告藍重豐之行為欠缺結果要件，（二）、被告藍重豐之  
10 行為構成不能犯，因此，被告藍重豐不成立本罪。茲詳細分析  
11 說明如下：

12 （一）、因欠缺結果要件而無罪

13 上揭三件刑事判決均認為：「在刑事不法之概念上，該不法行為  
14 既因各該土地已辦理所有權移轉登記予藍重豐而圖利既遂，自  
15 不因事後各該土地再經塗銷登記而回復為望安鄉所有，即使該  
16 既遂行為變為未遂，」。

17 本文以為，上揭三件刑事判決在該當於「結果要件」問題上所  
18 持見解，恐有爭議。舉例言之，某甲以殺死某乙之故意，舉槍  
19 對某乙射擊。某乙被送至醫院急救時，曾經一度失去生命跡  
20 象，不過，最後終於恢復生命跡象，某乙被救回一命而並未死  
21 亡。對於此種案例，通說見解均認為某甲應成立殺人未遂犯，  
22 而非殺人既遂犯。其理由無他，蓋因某乙雖然曾經瀕臨死亡，  
23 但最終並未死亡，因此，殺人罪之結果要件並未該當，某甲只  
24 應成立殺人未遂犯。

25 據此檢視上揭三件刑事判決所謂之「在刑事不法之概念上，該  
26 不法行為既因各該土地已辦理所有權移轉登記予藍重豐而圖利  
27 既遂，自不因事後各該土地再經塗銷登記而回復為望安鄉所  
28 有，即使該既遂行為變為未遂，」論點，實有疑義。

29 淺見以為，被告藍重豐即使成立貪污治罪條例第6條第1項第4  
30 款之「圖利行為」，但是並未產生「圖利結果」，故而，只應成  
31 立「圖利未遂」，而非「圖利既遂」。由於貪污治罪條例第六條  
32 只處罰第一項第四款之既遂犯，而不處罰第一項第四款之未遂  
33 行為。因此，根據本文所述理由，被告藍重豐並不成立犯罪，  
34 此一部分實應諭知無罪判決為妥。

1 (二)、因構成不能犯而無罪

2 再者，上述三種情形中之第三種情形，在上揭三件刑事判決中均  
3 完全未予論述。本文以為，根據上揭三件刑事判決中所載犯罪事  
4 實，被告等人之行為，應屬貪污治罪條例第6條第1項第4款犯罪  
5 之「不能犯」。本文所持理由，將詳細分析說明如後。

6 上揭三件刑事判決之裁判日期，分別為民國111年10月6日(最高  
7 法院111年度台上字第2479號刑事判決)，民國111年3月9日(臺灣  
8 高等法院高雄分院109年度重上更二字第2號刑事判決)，及民國  
9 105年6月16日(最高法院105年度台上字第1507號刑事判決)，根  
10 據刑法第2條第1項「從舊從輕原則」，自應適用民國95年7月1日  
11 開始施行之刑法新修條文第26條，亦即：「行為不能發生犯罪之  
12 結果，又無危險者，不罰。」。

13 二、據此，上揭三件刑事判決中之犯罪事實，是否成立其他犯罪，  
14 乃是另外一項值得深入探究之問題。但是，根據民國95年7月1  
15 日開始施行之刑法第26條，上揭三件刑事判決所指涉之被告藍  
16 重豐觸犯貪污治罪條例第6條第1項第4款之「對於主管事務圖利  
17 罪」部分，實有改弦更張，諭知無罪之必要。茲詳述理由如  
18 下：

19 (1)首先，關於「行為不能發生犯罪之結果」部分。

20 上揭三件刑事判決認為被告藍重豐成立貪污治罪條例第6條第1  
21 項第4款之「對於主管事務圖利罪」之理由為：「被告等人圖利  
22 私人之土地，依土地法第十四條第一項第五款規定，係不得轉  
23 讓為私人所有之土地，該買賣債權行為及所有權移轉之物權行  
24 為，均因違反法律禁止規定而當然、絕對、自始無效。但是，  
25 在刑事不法之概念上，只要將該土地辦理所有權移轉登記予某  
26 私人，即成立圖利既遂。」

27 但是，本文以為，最高法院111年度台上字第2479號刑事判決暨  
28 臺灣高等法院高雄分院109年度重上更二字第2號刑事判決暨最  
29 高法院105年度台上字第1507號刑事判決既然認定：「被告等人  
30 圖利私人之土地，在行政法上既然依法不得轉讓為私人所有，  
31 在民法上該買賣債權行為及所有權移轉之物權行為，均因違反  
32 法律禁止規定而當然無效、絕對無效、自始無效。」，據此推  
33 論，在刑法上，此種圖利私人之行為，乃是「方法當然不能、  
34 方法絕對不能、方法自始不能」發生犯罪之結果。

35 (2)其次，關於「又無危險」之部分。

1 關於上揭三件刑事判決中之被告等之行為，是否係屬「無  
2 危險」者？本文以為與我國法律規定相近之日本實務見解，實  
3 可供我國參考。茲說明其中較重要之見解如下：(一)1917年日  
4 本大判大正6・9・10刑錄23輯999頁〔278〕判例：「被告讓被害  
5 人飲用硫黃而試圖殺害被害人的案件，大審院認為用這種方法  
6 殺人，屬於「絕對的不能」，因此判決被告不成立殺人未遂罪，  
7 而成立傷害罪。」；與(二)1954年日本東京高判昭和29・6・16  
8 東時5卷6號236頁〔279〕判例：「被告出於殺人犯意拉開手榴彈  
9 的保險栓，向被害人投擲過去，由於手榴彈長時間埋在地下，  
10 已經喪失了手榴彈本身的性能，即便拆開安全裝置撞擊撞針也  
11 不會誘發爆炸，對此，東京高等裁判所認為不存在發生危險狀  
12 態之虞，因此判決被告不成立殺人未遂罪。」；以及(三)1962年  
13 日本東京高判昭和37・4・24高刑15卷4號210頁〔280〕判例：  
14 「被告試圖私造興奮劑，但因主要原料並非真正的原料而未能  
15 成功製造，對此，東京高等裁判所判決被告不成立製造興奮劑  
16 罪未遂罪。」，三則日本判例所持之見解，足供我國參考採酌。

17 再者，如果根據學說，深入檢討上揭三件刑事判決中之被  
18 告藍重豐之行為，是否係屬「無危險」者？本文認為亦應屬  
19 「無危險」者，茲分析說明如下。

20 關於有無危險之認定標準，如果根據前揭之「具體的」，乃  
21 是根據行為當時一般人可能認識之情事，以及行為當時行為人  
22 特別得知之情事，作為判斷之基礎，用以認定該項行為有無  
23 「具體的危險」。亦即，一般人與行為人均認為「有危險」時，  
24 方才成立未遂犯；如果一般人認為「有危險」，但行為人根據特  
25 別得知之情事而認為「無危險」時，則屬「無危險」，而不成立  
26 未遂犯，僅是不能犯而已。

27 如果根據前揭之「客觀的危險說」，所謂客觀的危險說，乃  
28 是經由事後的、客觀的判斷，來認定行為是否具有危險。「有危  
29 險」時，可成立未遂犯；「無危險時」，則不成立未遂犯，僅是  
30 不能犯而已。

31 如果根據前揭之「假定的蓋然性說」，在判斷結果發生的可  
32 能性時，既要探究「未發生結果的原因與情況」，同時也要探究  
33 「出現何種情況變化便得以發生結果，以及，這種情況變化具  
34 有多大程度的蓋然性」。只有在經過這種探究之後，仍然得出並  
35 無結果發生的蓋然性時，或者，結果發生的蓋然性極低時，方

1 可否定結果發生的可能性，而認定為不能犯。

2 本文以為，上揭三件刑事判決中均認定：「又原判決事實已  
3 認定：甲○○自一〇一年三月三十日起擔任秘書，執掌襄理望  
4 安鄉鄉務、文稿審核，於知悉乙○○、丙○○、丁○○、戊○  
5 ○等人為順利遂行本件土地之標售計畫，及明知土地管理自治  
6 條例有澎湖縣政府不同意備查之適法性問題，仍基於與乙○  
7 ○、丙○○、丁○○、己○○、戊○○共同遂行該標售計畫，  
8 以圖利戊○○之犯意聯絡，由甲○○經鄉長乙○○同意並指示  
9 後，將第二版土地管理自治條例逕予公告、施行，又依據該土  
10 地管理自治條例規定，草擬望安鄉財審會設置要點，再經乙○  
11 ○之同意，召開望安鄉財審會第一次（籌備）會議，由甲○○  
12 擔任主任委員，審議本件土地之標售事宜，甲○○未經與會委  
13 員實質討論、表決，即強力主導會議，並於會中表示已決議通  
14 過及儘快辦理本件土地標售案，復作成會議紀錄，用以遂行圖  
15 利戊○○之計畫等情，……」。

16 亦即，上揭三件刑事判決認定被告藍重豐等人係「甲○  
17 ○……，於知悉乙○○、丙○○、丁○○、戊○○等人為順利  
18 遂行本件土地之標售計畫，及明知土地管理自治條例有澎湖縣  
19 政府不同意備查之適法性問題，仍基於與乙○○、丙○○、丁  
20 ○○、己○○、戊○○共同遂行該標售計畫，以圖利戊○○之  
21 犯意聯絡，由甲○○經鄉長乙○○同意並指示後，……」。被告  
22 藍重豐既然「明知土地管理自治條例有澎湖縣政府不同意備查  
23 之適法性問題」，因此，無論根據「具體的危險說」或「客觀的  
24 危險說」或「假定的蓋然性說」，被告等之行為均應屬「又無危  
25 險」者。

26 據此，上揭三件刑事判決中所謂之「被告等之此種圖利私  
27 人之行為」，對於成立貪污治罪條例第6條第1項第4款「對於主  
28 管事務圖利罪」而言，應係「又無危險」者。

29 (3)綜上所述，依據民國94年我國刑法修正後之刑法第26條：  
30 「行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰。」，上揭三件  
31 刑事判決關於貪污治罪條例第6條第1項第4款之「對於主管事務  
32 圖利罪」部分，既然係「行為不能發生犯罪之結果」，而且「又  
33 無危險」者，依據本判決所載犯罪事實，此一部份實應根據刑  
34 法第26條而諭知無罪判決，方為妥適。

35 如上所述，最高法院105年度台上字第1507號刑事判決，並未查

1 明裁判當時我國刑法第26條已經修正成為：「行為不能發生犯罪  
2 之結果，又無危險者，不罰。」，因而產生適用法律錯誤之違  
3 失。

4 而最高法院111年度台上字第2479號刑事判決暨臺灣高等法院高  
5 雄分院109年度重上更二字第2號刑事判決，亦是重蹈覆轍，在  
6 未查明我國刑法第26條已經修正為：「行為不能發生犯罪之結  
7 果，又無危險者，不罰。」之情況下，沿襲最高法院105年度台  
8 上字第1507號刑事判決中之錯誤見解，判決被告藍重豐成立貪  
9 污治罪條例第6條第1項第4款之犯罪。

10 三、綜上所述，此等刑事判決雖然指控被告藍重豐觸犯貪污治罪條  
11 例第6條第1項第4款之「對於主管事務圖利罪」。但是，依據民  
12 國94年修正後之刑法第26條之「行為不能發生犯罪之結果，又  
13 無危險者，不罰。」規定，被告藍重豐被指控之「關於貪污治  
14 罪條例第6條第1項第4款之對於主管事務圖利罪」部分，依據判  
15 決書所載犯罪事實中被告藍重豐之行為，根本係「行為不能發  
16 生犯罪之結果」，而且「又無危險」者。因此之故，實應根據刑  
17 法第26條而諭知被告藍重豐無罪判決，方為妥適。

18 （詳細鑑定意見請參考附件14、刑法學者吳景芳教授所著法律  
19 鑑定意見書原文）

20 貳、綜上可得鑑定結論：本案依法應屬圖利罪不能犯，原判決對本案  
21 圖利罪構成要件之推論與解釋誠屬「法官造法」錯誤擴張解  
22 釋，司法權侵犯立法權之典型，違反憲法權力分立原則，亦違  
23 背憲法保障人民之罪刑法定主義、法律保留原則之規定，謹將  
24 上述學術法律鑑定意見呈予貴憲法法庭，祈請斟酌。

25 供證明或釋明用之證據

證據編號	證據名稱或內容	備註

26 附屬文件之名稱及其件數

文件編號	文件名稱或內容	備註
------	---------	----

附件13	刑法學者吳景芳教授所著法律鑑定意見書正本壹份。	

1

2 此致

3 憲法法庭公鑒

4

5 中華民國112年4月25日

6

具狀人 藍重豐



7

撰狀人