臺灣高等法院花蓮分院刑事判決

112年度原上易字第14號

上　訴　人
即　被　告　謝保芳
000000000000000000
000000000000000000

選任辯護人　林育萱律師（法扶律師）

上列上訴人即被告因違反建築法案件，不服臺灣臺東地方法院111年度原易字第21號中華民國112年4月28日第一審判決（起訴案號：臺灣臺東地方檢察署檢察官111年度偵字第101號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

謝保芳緩刑二年。

理　由

壹、本案經本院審理結果，認原判決以上訴人即被告謝保芳（以下稱被告）犯建築法第93條之非法復工經制止不從罪（以下稱系爭罪名），並審酌被告於上址進行新建工程，未取得建造執照，經勒令停工詎仍繼續施工，經再次制止亦不從，且所違建之物係鋼筋鐵皮建築，高度為2樓，面積約60平方公尺，造成市容、消防安全及主管機關對建築物管理之不利影響，犯罪致生損害非輕，顯見被告法治觀念薄弱，漠視建築法規保護民眾公共安全之意旨，兼衡被告犯罪手段及所生危害，另衡酌其無前科（詳被告前案紀錄表），素行良好，暨於原審自陳之智識程度，工作、家庭生活及經濟狀況（詳原審卷二第319頁）等一切情狀，量處有期徒刑3月（易科罰金折算標準為以新臺幣1,000元折算1日），且詳述不予宣告沒收之理由，核其認事用法並無不當，量刑及不予沒收之裁量亦屬妥適，應予維持，除以下補充（含本院認得宣告緩刑）部分外，餘均引用原判決記載之事實、證據及理由（如附件）。

貳、被告上訴及辯護人辯護意旨略以：

一、被告雖有在臺東縣○○鄉○○段000地號土地（以下稱系爭土地）上，未經申請，僱工以鋼構、鐵皮及水泥等建材建造房屋1棟（以下稱系爭房屋），先後經臺東縣政府發函勒令停工，並於補行申請建造執照等手續後，始得復工，且應停止施作並自行拆除，於收受函文後仍繼續施作而擅自復工之情形，然其係達悟族（即被告戶籍資料所載之雅美族）之原住民族人士，依達悟族傳統慣習，系爭房屋為家屋，已經建造即不得中斷，其主觀上並非故意為系爭罪名所定行為，即不具有涉犯該罪之故意。

二、系爭土地非部落灘頭之公共用地範圍，係被告家族過往丟棄往生者衣物之惡地，不可能作為部落祭儀、放置拼板舟、捕撈飛魚下海之部落灘頭或部落公共用地，依據國家文化記憶庫關於朗島船等領域之史料，可查到照片中有被告早年搭建之建物，灘頭後方始為被告建物位置，並不影響拼板舟及族人舉行招魚季，被告係為養家而到系爭土地開墾及後來建家屋，時任祭司耆老亦口頭同意被告使用，其並未竊佔系爭土地，亦無惡意占用部落土地私自建造家屋，應有權利可使用。

三、原審調查時，經原住民族委員會歷次回函及關華山教授回函等資料，可證被告作為蘭嶼朗島部落之達悟族男性，其具有自行建築家屋使命，無需申請建照，建屋不得中斷，否則將招來厄運、社會地位降低、族人嘲笑輕視，甚至不得參與喪禮及部落事務等傳統文化習慣存在，其為避免中斷建屋將招來厄運、族人嘲笑等危難而為不停工之行為，尚屬合理，被告即使知道勒令停工後非經許可不得復工之命令意涵，仍因上述文化慣習，蘭嶼全島高達9成為國有地，其中林業用地接近8成，建築用地不到百分之1，幾乎所有族人建屋或耕種使用之土地均屬國有原住民保留地之林業或農牧用地，全島皆屬違規使用土地及土地使用淵源難以釐清，幾乎所有自住或私有建築物均為不具有建照之違章建築，此為存在多年之

常態，且蘭嶼鄉公所均未取締處理等文化及社會脈絡下，有無法不違反系爭罪名之義務；又立法者基於憲法增修條文第10條第11、12項之規定而制定原住民族基本法，原住民族基本法第34條亦要求主管機關依該法之原則修正、制定或廢止相關法令，倘於未制定、修正或廢止前，應依原住民族基本法原則解釋、適用法令，參酌實務上曾對野生動物保育法第21條之1是否包含原住民狩獵非營利自用行為而有爭議，法院基於個案依原住民族基本法及法律解釋判決無罪，終促使主管機關及原住民族委員會依原住民族基本法第34條第2項會同發布解釋令，本案審酌被告是否涉犯系爭罪名時，亦應依循憲法增修條文及原住民族基本法對於被告之文化、傳統習俗之保障，且統一超商傳出違建爭議後，至今仍持續營業，行政機關未公告或宣導後續處置，製造違建不會有事之外觀，是被告有合理及相當理由信其行為為法律所容許，應屬有正當理由無法避免，有欠缺違法性認識之適用，且參酌實務承認義務衝突之情事，被告本案應有陷於建築法課予建屋時應取得建照且於取得前不得復工與上開傳統慣習之義務衝突，被告行為縱使構成系爭罪名，應仍有阻卻違法事由而得不處罰。

四、系爭房屋位於系爭土地部分範圍，為被告家族以前所使用之土地，惟因地籍位移嚴重，至今仍未能分割取得所有權，仍屬公有土地，且系爭土地編為林業用地，依法不得建築房屋，臺東縣政府民國111年10月6日函文雖稱依非都市土地原住民保留地住宅興建審查作業要點第5點規定，林業用地得變更為建築用地，然原住民於其使用之原住民保留地蓋攝自住房屋難認為興辦事業計畫，該要點亦要求申請人具有土地所有權，系爭土地為公有土地，因地籍位移之不可歸責因素，被告至今無法申請分割及回復取得原住民保留地所有權，故被告事實上根本無從取得建造執照，前述文化慣習並未超出憲法增修條文第10條第11、12項，及原住民族基本法第16、18、23條之保護框架，被告已只有繼續建屋而犯罪，或不繼

續建屋而違背文化慣習之選項，已達難以遵守法律規範之情形，縱使被告主客觀上構成系爭罪名，然依前述達悟族建屋之慣俗，依罪責原則之內涵，被告對於其行為不具可非難性，欠缺期待可能性，應得阻卻罪責而不成立系爭罪名。

五、原審未傳喚證人謝永泉等人、函詢內政部、臺東縣政府等單位及囑託原住民族司法諮詢委員會提供諮詢意見，以釐清本案有無文化抗辯適用、如何適用、因前開統一超商違建處理過程有無造成被告違法性認識錯誤之可能性，及與本案科刑之關聯，原審未詳盡調查證據，即判處被告有期徒刑3月，原判決有理由不備之違法。

參、本院之判斷：

一、犯罪故意乃行為人認識構成犯罪之客觀事實，而決心予以實現或容認其實現，是犯罪故意須對於與犯罪構成要件合致之具體事實有所認識。對犯罪客觀事實認識錯誤，即所謂「事實錯誤」，得阻卻故意責任。惟若行為人對於具體事實之認識並無錯誤，但對於該具體事實在法律上評價亦即行為違法性之認識有誤，即所謂「禁止錯誤」，於行為人之故意責任則不生影響，僅得依刑法第16條規定，視其是否有無法避免之正當理由而免除其刑事責任，或按情節減輕其刑。行為人之主觀關於行為之違法性認識有誤，與構成犯罪之客觀事實認識有誤，係屬二事，不得混淆（最高法院114年度台非字第60號判決意旨參照）。查被告於本院準備程序時，坦承其有收受原判決所載之臺東縣政府110年3月4日府建管字第1100035720號、110年3月22日府建管字第0000000000B號二函文，首次收受上開3月4日函文後，有繼續蓋，收受上開3月22日函文後，印象中均有施作，其係依達悟族文化繼續施工，亦不爭執於3月25日後繼續施工之事實等語（詳本院卷一第148、149、211、212頁），並有上開二函文、現場照片影本及各該送達證書在卷可稽（詳他字第367號卷第9至18、23、25頁），參以被告於收受上開3月4日函文後，即提出欲聘請建築師依法補行申請建築執照之申請書，及確有積極辦理系

爭土地分割，然因故致土地取得緩慢，影響申請補照進度，請臺東縣政府協助辦理之陳情書（詳偵字第101號卷第29、31頁），足認被告確有收受上開二函文後，仍有繼續興建系爭房屋之事實，而被告既明知系爭房屋未依建築法第25條規定經審查許可發給建築執照而擅自建造，先後經勒令停工及制止施作後，仍繼續建造，依上開說明，其主觀上對於系爭罪名所定構成要件之客觀事實，均屬明知且有意使其發生，自有故意，所指因達悟族不得中斷建造家屋傳統文化慣習，係涉及其繼續建造之動機，或屬有無阻卻違法事由及禁止錯誤之範疇（詳如後述），上訴意旨以此認被告並無為系爭罪名所定行為之故意，容有誤會。

二、被告建造系爭建物之行為符合達悟族傳統慣習，使用系爭土地亦非無正當理由：

㈠達悟族人確有上訴意旨所指已經建造即不得中斷，否則將招來厄運、社會地位降低、族人嘲笑輕視，甚至不得參與喪禮及部落事務之傳統文化，且無論為傳統建築或是現代式之鋼筋水泥建築，均需遵守該等文化乙情，有東海大學建築系退休教授關華山函覆原審之意見可參（詳原審卷一第391頁）；且達悟族人建屋會以私有土地進行，然因對惡靈之禁忌，故僅會在聚落內及邊緣興建，達悟族為平頭社會，部落公用土地若在聚落邊緣，有家族之孩子結婚，要建新屋，可選吉利地塊，經部落族人長老均同意下興建新屋，故無自行占用建屋，並主張為其自我權之展現之習俗，「家屋」係指日常居住之房子空間，自然不會有經營商業之建物，新婚媳婦一旦懷孕，丈夫要準備基地建二門屋，可不行落成禮，但須準備在原基地蓋三門屋，等孩子愈多，則可建四門屋，以此類推等情，亦據關華山教授函覆本院綦詳（詳本院卷一第349至350頁）

㈡被告於108年間因佔用系爭土地興建建物，經他人告發涉有水土保持法第32條第1項、第4項之在公有山坡地未經同意擅自墾殖、占用未遂及刑法第320條第2項竊占等罪嫌，經檢察

官偵查後，認依臺東縣○○鄉○○000○00○00○○鄉○○○00000000000號函之意見及證人謝金福之證述，認蘭嶼地區早期僅限於「家族用地」，始有誰先行使用或開墾即認定其所有之傳統觀念，然不排除被告對條件、範圍限制之認知與慣習有落差之可能，主觀上無竊佔及違反水土保持法之犯意，而為不起訴處分，有該案不起訴處分書可憑（詳本院卷一第261至263頁），並經本院依職權調取臺灣臺東地方檢察署109年度偵字第900號案件（以下稱另案）全卷核閱屬實；是系爭土地於被告經營之三條飛魚藝品店興建前，該部分係屬海灣礁岸，無耕作使用，土審委員表示系爭土地三條飛魚藝品店係公共海灣礁岸，為朗島村資產等情，雖經蘭嶼鄉公所以上開函文函覆明確（詳交查字第151號卷第42至43頁反面），然被告認其有權使用系爭土地而占用一節，既非全無所據，應對其為有利之認定。

㈢又檢察事務官於上開另案偵查中，於108年7月23日至系爭土地履勘結果，現場已有一樓之外表尚未整修之水泥結構建物，有現場照片為佐（詳交查字第151號卷第36頁），經與本案卷附之違章建築查報單、現場照片（詳他字第367號卷第7、11至14、17頁）比對結果，該水泥結構物顯為系爭房屋1樓，且依該水泥結構建物右側當時已有樓梯、違章建築查報單及照片顯示系爭房屋已有2樓等情，再參以被告確有5名子女（詳本院卷第265至273頁之全戶戶籍資料）、系爭房屋於查報時並未作為經營三條飛魚民宿、手工藝品店及餐廳使用（詳本院卷一第371至429頁之臺東縣政府115年3月10日府建管字第1150038165號函），足徵系爭房屋於開始興建時，即欲繼續建造至2樓，且迄未供商業經營使用。

㈣是以，本院認被告本案興建系爭房屋之行為，尚符合其所指達悟族傳統文化慣俗，使用系爭土地亦有其所本，原判決亦已敘明經調查結果，認確有被告所指「不得中斷」之傳統文化（詳原判決第5頁），尚無未傳喚證人謝永泉等人，以瞭解蘭嶼地區達悟族文化慣習、土地等現況之違誤，本院認亦

無傳喚證人以確認被告是否擅自使用系爭土地之必要。

三、刑法上犯罪成立與否，乃先確認行為人之行為該當於犯罪構成要件之後，再依序從事違法性及罪責之判斷。關於違法性之判斷，刑法第21條至第24條固已明文規定阻卻違法事由，惟不足以規範變化無窮之社會現實，因此現代刑法思潮乃依據實質違法性觀點，以行為所造成之社會損害性，實質判斷有無違法性，不致因受限於法定阻卻違法事由，而有所疏漏。藉由超法規阻卻違法事由之運用，縱使行為該當犯罪構成要件，本質上既未與整體法規範價值相衝突，亦得以排除其違法性(最高法院111年度台上字第4677號判決意旨參照)。經查：

㈠本案無刑法第21條第1項所定依法令行為之阻卻違法事由：

1. 基本法在法位階上雖為法律，但其內容皆規範特定領域政策之基本指導原理原則方針，與一般法律並不相同。且基本法與其他作用法（實施法律）之關係，具有優越性、指導誘導性、非母法與子法之關係及準憲法意義；又基本法若屬制度立法型或政策立法型，因其內容為抽象的基本原則、方針，難以做為限制人民權益之直接依據，一般人民亦難以此等抽象的基本原則，作為裁判上請求權之依據，縱有規定權利義務必要之情況，亦均委諸作用法（個別法）具體規定。

2. 綜觀上訴意旨所指憲法增修條文第10條第11、12項，原住民族基本法第16、18、23條，乃至於「公民與政治權利國際公約」及「經濟社會文化權利國際公約」（按：該二公約施行法，經立法院審議通過，由行政院以98年10月29日行政院院臺外字第0980067638號令發布定自98年12月10日施行）中明文規定須保障國家內各民族文化、語言及傳統習俗之各該議定條款，內容均屬與領域、習俗、自然資源利用與管理、居住或社會福利等基本原理原則或基本方針，內容均屬抽象概括性及一般全面性，憲法增修條文第10條第12項、原住民族基本法第16條、18條並分別明定「其辦法另以法律定之」、「應策訂...政策，並積極推動...方案」，原住民族基本法

第34條亦規定主管機關應限期依該法之原則修正、制定或廢止相關法令及依此原則解釋、適用相關法令。

3. 準此，憲法增修條文第10條第11、12項、原住民族基本法第16、18、23條等規定，及「公民與政治權利國際公約」及「經濟社會文化權利國際公約」中相關條款之規範架構及性質，應為訓示規範或學者所稱努力義務規範，為抽象之基本原則，而非規範具體權利義務關係之性質，不能以抽象基本原則或方針，作為裁判請求權之依據，自不得作為刑法第21條第1項「法令」來源（本院109年度原上訴字第5號、最高法院110年度台上字第207號判決意旨參照），上訴意旨認被告本案係依上開憲法增修條文、原住民族基本法及二公約之保護框架內繼續建造系爭房屋，屬依法令之行為，應依刑法第21條第1項規定阻卻其違法性，尚難憑採。

㈡所謂「義務衝突」，係指義務人同時面臨多數在法律上應履行之義務，僅能透過犧牲其中部分義務之履行，始能履行其他義務之緊急狀況，不論是作為義務或不作為義務間之衝突，均應依複數義務所涉利益輕重，就利益權衡而為認定，唯有破壞較低或較少之法益，而保全較高或較多法益時，始得阻卻違法。即苟行為人面臨該二義務併存時，自應選擇遵守較高位階之義務，始得主張其行為阻卻違法（最高法院92年度台非字第168號判決意旨參照）。查被告本案繼續興建系爭房屋之行為，尚符合其所指達悟族傳統文化慣俗，使用系爭土地亦有其所本，已經本院認定如上，然建築法係以維護公共安全、公共交通、公共衛生及增進市容觀瞻，為其制定相關建築管理規範之目的，此觀該法第1條自明，依同法第30、32條規定，起造人申請建造執照時，應具備記載建築各部之尺寸構造及材料、必要結構計算書、必要建築物設備圖說及設備計算書、施工說明書之工程圖樣及說明書，即令依同法第99條之1規定制定，現仍有效之臺東縣簡化鄉鎮及偏遠地區建築管理自治條例第1條前段、第3條、第4條等規定，在蘭嶼地區建造之鄉村住宅，在一定條件下雖得免由建

築師設計及監造或由營造業承造，核發審查人員資格亦不受建築法第34條第2項規定限制，然於申請建造執照時，仍應檢附記載基地位置圖、地盤圖、配置圖、平面、立面、剖面圖、各層結構平面圖之工程圖樣，是臺東縣簡化鄉鎮及偏遠地區建築管理自治條例雖有簡化申請建造執照及審核程序，然並未排除建築法第25條第1項前段所定建築物非經主管建築機關審查許可並發給執照，不得擅自建造之規定，系爭房屋又無同法第98條所定特種建築物經行政院許可而不適用同法全部或一部規定之情事。衡諸上開申請建造執照之相關規定，可知現行法規課以建築物建造前，須檢附相關工程資料提出申請，經審查許可取得建造執照，始能建造之義務之目的之一，當係為避免擅自興建之建築物因強度不足或其他缺失，導致於施工過程中或施工後使用期間，產生傾斜、毀損、倒塌等情事，危及公共安全，甚至造成施工或居住（使用）人員，乃至於不特定公眾傷亡之鉅大實害，乃藉由審查相關工程圖說之程序，初步確認安全無虞後，始能開始建造，俾符合上揭建築法第1條之公益需求，是被告本於其為達悟族人之身分，為避免遭致厄運、受族人嘲笑等情，而有遵守前述達悟族傳統慣習之義務，故經制止後仍繼續建造系爭房屋，雖非無據，然相較於上述須依建築法等相關法規檢附相關資料申請，並取得建造執照後，始能開始或繼續建造系爭房屋之義務所欲保障之法益，實難認遵守其傳統慣習，係屬較高位階之義務，依上開說明，尚難援引「義務衝突」之法理，認其本案行為可阻卻違法。

四、被告本案行為難認有違法性錯誤：

刑法第16條規定：「除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑。」此即有關違法性錯誤（或稱禁止錯誤）之規定，係採責任理論，亦即依違法性錯誤之情節，區分為有正當理由而無法避免者，應免除其刑事責任，而阻卻犯罪之成立，至非屬無法避免者，則不能阻卻犯罪成立，僅得按其情節減輕其刑。且

此以行為人不知法律為前提要件，並非有所謂正當理由等情事，即得據以減輕其刑（最高法院113年度台上字第4364號判決、114年度台上字第5144號判決意旨參照）；而所謂不知法律，則包含消極之不認識自己行為為法律所不許，以及積極之誤認自己行為為法律所許二者（刑法第16條立法理由參照）。經查：

㈠依被告於本院準備程序時之陳述、卷附之送達證書，足認其確有收受臺東縣政府110年3月4日府建管字第1100035720號、110年3月22日府建管字第0000000000B號二函文一節，已經本院說明如前，而法律頒布，人民即有知法守法義務，本應詳加注意，不可擅自判斷，任作主張，縱屬國家為貫徹其一定行政上目的所規定之法定犯，法令公布後，人人皆得知悉，尤其頒布已久之法令，更可推認為社會共識，且上開二函文說明欄除詳列建築法第25條、第86條有關非經發給執照，不得擅自建照，若有違反者之處罰規定，更載明建築法第93條之規定，以資提醒及警示，此觀該二函文自明，是被告並無不知建築法第93條所定系爭罪名之情事，應屬無疑，尚難認有消極不認識自己行為為法律所不許之情形。

㈡上訴意旨所指統一超商於103年間有意進駐蘭嶼，係聽聞蘭嶼鄉公所講的，蘭嶼的建築物至少九成五是違建等情，業經被告於原審陳述明確（詳原審卷一第47頁）；又蘭嶼鄉公所於110年1月1日起，查報違章建築案件共22件，110年前之違章建築舉發案件，因歷任承辦人未做好統計與交接，已不可考；另自108年起，每年或半年舉行一次蘭嶼鄉6個部落下鄉巡迴業務宣導活動、教育宣導及訓練會議，並告知當地居民於興建房屋實須申請建造執照等情，有臺東縣○○鄉○○000○0○00○○鄉○○○0000000000號函（詳原審卷一第383頁）及112年2月4日蘭鄉財字第1120000700號函所檢附之建築執照申請說明會及宣導會相關資料可憑（詳原審卷二第97至221頁）；再者，被告除系爭房屋外，另有在系爭土地上擅自建造另一建物，與系爭建物於107年施工後，於108年及

110年違章查報，屬於施工時即查報之違章建物等情，有前開臺東縣政府115年3月10日府建管字第1150038165號函暨檢附之現況照片及辦理過程公函可憑（系爭房屋為後棟，上述另一建物則為前棟，相關位置圖詳本院卷一第381頁），參以被告興建前棟建物時，已遭民眾檢舉，經蘭嶼鄉公所製發違章建築查報單（日期為108年1月10日，詳本院卷一第429頁），臺東縣政府並以108年1月28日府建管字第1080020836號函命被告勒令停工，並依建築法規定補行申請執照，說明欄內同有列載前揭建築法第25條、第86條及第93條等規定（詳本院卷一第425、426頁），且依上開現況照片所示，可知承辦人員除於107年12月14日前往被檢舉人即被告施工現場拍照並張貼制止書（詳本院卷一第383至387頁），另於同年月7日、26日前往系爭土地拍攝另一遭檢舉之黃姓民眾施工現場狀況，同年月20日數度致電請該民眾勿再動工，26日並張貼制止書（詳本院卷依第389、391頁）。是以，被告除系爭房屋外，前於興建上開前棟建物時，已經蘭嶼鄉公所依法查報違章建築在案，蘭嶼鄉公所更無未告知、宣導興建房屋時須申請建造執照，且均未取締處理違章建築之情事，上訴意旨就此部分所指，容乏其據，尚難認被告有何因主管機關均未取締處理蘭嶼地區之違章建築，致誤信其經制止後仍繼續興建系爭房屋之行為為法所允許。

㈢揆諸前揭說明，被告本案尚難認有違法性錯誤，而得阻卻其刑責或減輕之；又上訴意旨所指與本案有關之達悟族傳統慣習、蘭嶼地區就統一超商等違章建築處理方式等情，均難執此認被告有阻卻違法事由或有違法性認識錯誤，已經本院說明如前，自無函詢相關單位或提供諮詢意見，以確認有無文化抗辯適用、如何適用、違建處理過程有無造成被告違法性認識錯誤之可能性之必要。

五、本案尚難依「期待可能性」之法理阻卻被告責任：

刑事法學上所謂的「期待可能性」，一般在「罪責」或「有責性」的層次討論，乃責任要素之一，係指依行為時之具體

情狀，可得期待行為人避免做出犯罪行為而為適法行為的可能性，為法理上創造之概念，法律並無明文規定，其是否屬「超法規阻卻責任事由」，尚有爭論。雖有認「期待可能性」作為「超法規阻卻責任事由」的適用，可實現法律追求公平合理之思想及符合刑法謙抑精神，展現人性的關懷，但亦有違及法律安定性的質疑。特別在故意作為犯的論證中，對於符合犯罪構成要件並具違法性且無法定阻卻責任事由之行為，是否適用超法規之「期待可能性」以排除行為人罪責，尤應慎重，除非在極為例外之情形，於具體個案中慎重斟酌判斷之。否則在「期待可能性」概念不明確之情形下予以適用，將削弱刑法一般預防的作用，反而有害法治國家的刑事司法制度（最高法院104年度台上字第3528號判決意旨參照）。經查：

㈠被告於原審審理時，自陳其學歷為高中夜校補校畢業（詳原審卷二第319頁），又具狀陳明其曾搭建木屋販售其製作之手工藝品店，且於該店旁搭建之鐵皮屋因其子女有時外出求學，導致家中有閒置空房，偶爾會於夏季觀光旺季時，將閒置房間提供觀光客住宿等情（詳本院卷二第3、4頁），雖其同時強調非以經營民宿為業，然依被告自陳之個人學、經歷，可知其應有相當之智識程度及社會經驗，且其先後均有經查報違章建築，而知悉系爭罪名乙情，已如前述，足認其應有完足之辨別是非及控制行動能力。

㈡系爭土地類別為林業用地，管理者為原住民族委員會，登記事項為原住民保留地，依原住民保留地開發管理辦法第17、20條規定，原住民可取得原住民族管理之原住民保留地，除有土地法第14條及水利法第83條等不得私有規定土地外，就登記使用地類別屬林業用地者，尚無限制原住民取得原住民保留地之情形；再依非都市土地原住民保留地住宅興建審查作業要點第5點規定，申請非屬農牧用地、養殖用地或林業用地等情形之一者，應駁回申請案，林業用地可依上開要點變更編定為建築用地，有臺東縣政府111年10月6日府建管字

第1110194767號函在卷可查，且為被告所不爭執（詳本院卷一第213頁），且前已申請系爭土地分割，經蘭嶼鄉公所函覆將受理分割鑑界案列冊管理，於臺東縣蘭嶼鄉多目標圖幅整合建置計畫執行完畢後，再依序協助辦理，有被告提出之蘭嶼鄉公所110年3月23日蘭鄉農字第1100003647號函可參（詳原審卷一第169頁）。

㈢本院依前開各項具體情狀整體觀察，認被告之責任能力既無欠缺，客觀上亦非毫無使其興建系爭房屋時符合前揭建築法、臺東縣簡化鄉鎮及偏遠地區建築管理自治條例等相關規定之合法管道，難謂已無從期待被告可避免實施系爭罪名所示本案犯行，尚無從援引期待可能性之法理，認被告本案犯行欠缺可責性而阻卻其責任。

六、原判決量刑尚無違法或不當：

㈠刑之量定，係實體法上賦予事實審法院得依職權裁量之事項，如已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，在法定刑度內，酌量科刑，無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則者，亦無偏執一端，致明顯失出失入情形，即不得任指為違法。

㈡查原判決於量刑時，已敘明所審酌之各項情節，已如前述，即已以行為人之責任為基礎，綜合考量刑法第57條各款所定之犯罪情節及行為人屬性事項，在罪責原則下，於法定範圍內行使其裁量權，尚無事實誤認、評價錯誤之情形，所宣告之刑度，為法定刑種即有期徒刑之低度刑，亦在法定刑度範圍內，且屬得易科罰金之刑，核無顯然違反比例、公平及罪刑相當等原則，尚難遽認違法或不當。

㈢上訴意旨徒憑己意，指摘原判決量刑違法，尚難遽採；至於上訴意旨所執被告行為與達悟族傳統慣習相符乙情，允宜於本院認本案尚得宣告緩刑部分予以審酌，附此敘明。

七、綜上各節，被告上訴為無理由，應予駁回。

肆、併宣告緩刑之理由：

一、緩刑之宣告，除應具備刑法第74條所定條件外，並須有可認

為以暫不執行刑罰為適當之情形，始得為之。所宣告之刑是否以暫不執行為適當，應由法院就被告之性格、犯罪狀況、有無再犯之虞及能否由於刑罰之宣告而策其自新等一切情形，審酌裁量（最高法院113年度台上字第2444號判決意旨參照）。又行為經法院評價為不法的犯罪行為，且為刑罰科處的宣告後，究應否加以執行，乃刑罰如何實現的問題。依現代刑法的觀念，在刑罰制裁的實現上，宜採取多元而有彈性的因應方式，除經斟酌再三，認確無教化的可能，應予隔離之外，對於有教化、改善可能者，其刑罰執行與否，則應視刑罰對於行為人的作用而定。倘認有以監禁或治療謀求改善的必要，固須依其應受威嚇與矯治的程度，而分別施以不同的改善措施（入監服刑或在矯治機關接受治療）；反之，如認行為人對於社會規範的認知並無重大偏離，行為控制能力亦無異常，僅因偶發、初犯或過失犯罪，刑罰對其效用不大，祇須為刑罰宣示的警示作用，即為已足，此時即非不得緩其刑的執行，並藉違反緩刑規定將入監執行的心理強制作用，謀求行為人自發性的改善更新。而行為人是否有改善的可能性或執行的必要性，固係由法院為綜合的審酌考量，並就審酌考量所得而為預測性的判斷，但當有客觀情狀顯示預測有誤時，亦非全無補救之道，法院仍得在一定之條件下，撤銷緩刑（刑法第75條、第75條之1參照），使行為人執行其應執行之刑，以符正義（最高法院111年度台上字第4582號判決意旨參照）。

二、經查：

㈠被告前未因故意犯罪受有期徒刑以上之宣告，有法院前案紀錄表可參，且原判決量處有期徒刑3月之刑，尚無不當一節，已經本院認定如前，本案符合刑法第74條第1項第1款所定得宣告緩刑之要件。

㈡細繹被告所辯內容，可知其就系爭房屋經查報為違章建築，並經勒令停工後又復工之客觀事實並不爭執，僅係以基於文化慣俗認不可任意終止興建，且因蘭嶼地區土地現況，應有

阻卻違法及阻卻罪責事由，不應繩以建築法第93條之罪等情置辯，本案固無其所指阻卻違法及罪責事由等情，業經本院認定如前，然關於不可任意終止興建之慣俗確實存在，且被告就系爭房屋所坐落土地之使用，不能排除其對「先行使用或開墾即認定為其所有」之條件、範圍限制之認知與慣俗有落差之可能，系爭房屋亦未經被告做為民宿、餐廳及手工藝品店等營利使用等節，均經說明如前，足認被告尚無蓄意曲解，甚至杜撰達悟族文化慣俗，以牟其經營民宿等商業之利益，且其本案犯行非無囿於上述不得任意終止興建之慣俗所致，雖不能因此阻卻其違法及罪責，然尚堪認其動機非劣，惡性非重，系爭房屋亦幸未因違規興建而有損壞，甚或坍塌等情事，致生實害於公共安全，雖對於前述建築法所欲保障之法益非無影響，然侵害容非甚鉅，經此程序，當知警惕，本院認經原判決所宣告之刑，應以暫不執行為適當，依刑法第74條第1項規定，併予宣告緩刑2年，以勵自新。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，刑法第74條第1項第1款，判決如主文。

本案經檢察官陳金鴻提起公訴，檢察官黃東焄、聶眾、謝雨青到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　6　　月　　30　　日

刑事第二庭審判長法　官　林慧英

法　官　顏維助

法　官　黃鴻達

以上正本證明與原本無異。

本件不得上訴。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　6　　月　　30　　日

書記官　徐珮綾

附錄本案論罪科刑法條全文：

建築法第93條

依本法規定勒令停工之建築物，非經許可不得擅自復工；未經許可擅自復工經制止不從者，除強制拆除其建築物或勒令恢復原狀

外，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科三萬元以下罰金。
附件：

臺灣臺東地方法院刑事判決

111年度原易字第21號

公　訴　人　臺灣臺東地方檢察署檢察官
被　　告　謝保芳
選任辯護人　林育萱律師(法扶律師)

上列被告因違反建築法案件，經檢察官提起公訴（111年度偵字第101號），本院判決如下：

主　文

謝保芳犯建築法第九十三條之非法復工經制止不從罪，處有期徒刑參月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。

事　實

一、謝保芳明知建築物非經主管建築機關審查許可並發給執照，不得擅自建造，竟於民國110年2月間某日起，未經申請，僱用不知情之工人，在臺東縣○○鄉○○段000地號土地上，以鋼構、鐵皮及水泥等建材建造房屋1棟（面積約60平方公尺、高度約5公尺），經臺東縣政府分別於110年3月4日、3月22日，分別以府建管字第1100035720號、第0000000000B號函勒令停工，核備補領建造執照，補辦開工手續後，始得復工，並應於文到後立即停止施作並自行拆除。謝保芳分別於110年3月10日、3月25日收到該公文後，明知依建築法規定勒令停工之建築物，非經許可不得復工，竟基於違反建築法之犯意，經主管建築機關制止後猶不從，復於同年4月間某時起，繼續僱用不知情之工人施工建造。嗣於同年4月6日，經臺東縣蘭嶼鄉公所派員至上址勘查，發現仍有繼續施工之情事，始悉上情。

二、案經臺東縣政府函送臺灣臺東地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、程序部分

本判決所引用據以認定事實之各項傳聞證據，均經被告謝保

芳、辯護人於本院審理中同意有證據能力，且檢察官、被告、辯護人於本院調查證據時，已知其內容及性質，均未於言詞辯論終結前聲明異議。本院審酌各該證據作成之情況，俱無違法、不當取證或顯有不可信之情形，作為證據使用均屬適當，依刑事訴訟法第159條之5規定，認均得作為證據使用。另其他非供述證據部分，本院於審判期日，依各該證據不同之性質，以提示或告以要旨等法定調查方法逐一調查，並使當事人表示意見，本院亦查無法定證據取得禁止或證據使用禁止之情形，故認所引用各項證據資料，均具有證據能力。

貳、實體部分

一、訊據被告固坦承有於前述所載之時間及地點，於收受臺東縣政府勒令停工之命令，且能理解該「勒令停工」之意思，並有違反該命令繼續建造該屋之客觀事實，惟矢口否認有何違反建築法第93條之非法復工經制止不從犯行，被告辯稱及其辯護人為其辯護稱：(1)依照達悟族之傳統，對於土地之利用，僅需是其所使用管領之土地，即可任意使用，是蘭嶼達悟族並無興建房屋前申請建造執照之認識，且因行政機關長期不取締或糾正蘭嶼當地違章建築之事實，而導致被告認興建建物毋庸聲請建造執照，舉例言之於103年間統一便利商店蘭嶼門市，即為違建，斯時引發全島爭議，且蘭嶼鄉之建築物高達95%為違章建築，亦不見主管機關有何積極作為，難以期待被告於興建建築物時，申請建造執照；(2)且又因蘭嶼地處偏遠，資源稀少，進而導致並無建築師願意遠赴蘭嶼協助取得建造執照，況蘭嶼鄉多數土地多屬非建地，易增加被告取得建造執照之困難度，且再觀建築法相關申請建造執照之相關規定，有關於「土地權利證明文件」乙節，即難符合規定，就本案而言被告並非土地權利人，且該土地之使用地目為「林業用地」，且被告及其家族使用該土地已長達90餘年，惟因原住民保留土地開發管理辦法之相關規定及修正，導致被告根本無從就該土地與主管機關成立租賃關係，

且縱然取得該土地合法使用權源，但因受限該土地為「林業用地」，無法作為興建住宅使用，是被告客觀上根本無法申請建造執照；（3）被告於收受主管機關勒令停工之函文後，旋即請求蘭嶼鄉公所給予必要之協助，並積極尋找建築師協助申請建造執照相關事宜，故被告對於犯非法復工經制止不從罪並無故意；（4）依據蘭嶼達悟族之傳統文化，興建中的房屋不可任意終止興建，且無論是傳統之半穴式建築抑或是現代鋼筋水泥式建築均須遵守該傳統文化，是臺東縣政府勒令停工之命令，顯然與達悟族之傳統文化相違背。(5)立法及行政機關怠惰未依原住民族基本法第16條、第18條、第23條及第34條修正建築法令以落實保障尊重原住民族依其文化慣習選擇住房方式之權利，在建築法令修訂前，被告在原住民族地區建造建築物，係依原住民族基本法等規定為之，得主張屬刑法第21條規定阻卻違法事由或是認被告因「義務衝突」而可主張超法規阻卻違法事由。綜合前開理由，因認被告欠缺違反建築法第93條之非法復工經制止不從罪之故意，縱然認被告具有違反建築法第93條之非法復工經制止不從罪之故意，因認被告欠缺違反性之認識、具有阻卻違法事由或是並無遵守建築法第25條及第93條之期待可能性，而欠缺有責性云云。經查：

(一)被告於事實欄一、所載之時間地點，僱用不知情之工人，以鋼構、鐵皮及水泥等建材建造房屋1棟，經臺東縣政府以事實欄一、所載之函文勒令停工，核備補領建造執照，補辦開工手續後，始得復工，並應於文到後立即停止施作並自行拆除，然被告於收受該公文後，雖能理解該「勒令停工」函文之內容，惟仍於同年4月間某時起，繼續僱用不知情之工人施工建造乙節，以及該建築物所座落之土地為「林業用地」，所有權人為中華民國，管理者為原住民族委員會，且該筆土地並無何人申請承租及申請回復權利，倘私人如欲於上開公有土地申請建築使用，應取得土地之機關出具公有土地使用權同意書。又「林業用地」客觀上可依法或依申請，

變更編定為建築用地等情，為被告坦承不諱或為被告所不爭執事項，並有臺東縣政府110年4月26日府建管字第11007140 5號函暨附件臺東縣蘭嶼鄉公所函、違章建築查報單、臺東縣政府函及照片影本、臺東縣政府送達證書等、臺東縣臺東地政事務所110年7月14日東地所登記字第1100004539號函暨附件土地登記公務用謄本、臺東縣○○鄉○○000○0○00○○鄉○○○0000000000號函暨附件建物現況照片影本、臺東縣○○鄉○○000○00○00○○鄉○○○0000000000號函暨附件照片、臺東縣政府111年4月25日府建管字第1110079956號函暨附件土地建物查詢資料等、臺東縣政府111年10月6日府建管字第1110194767號函暨附件在卷可稽(他卷第3至27、45至47、51至59、65至69頁，本院卷一第227至237、397至430頁)，此部分之事實首堪認定。

(二)參以卷附相關資料可知統一超商於103年間有意進駐蘭嶼事件，媒體爭相報導（本院卷一第146至147頁），同時亦指出蘭嶼鄉建物多坐落於原住民委員會所有之原住民保留地，土地未登記為私有而無法取得建照，致多數建物屬違建之問題，隨著媒體大肆報導，斯時對於建物若無建照即屬違建可能面臨拆除或無法使用乙節應為公眾所週知，且被告亦自陳知悉該報導（本院卷一第47頁），實無諉為不知「興建房屋時需申請建造執照」之理；另蘭嶼鄉公所於108年起即每年或每半年舉行一次蘭嶼鄉6個部落巡迴業務宣導活動，且告知當地居民「於興建房屋時需申請建造執照」，並有辦理相關意見交流座談會暨原住民族土地政策意見交流會等情，此有臺東縣○○鄉○○000○0○00○○鄉○○○0000000000號函1紙及112年2月4日蘭鄉財字第1120000700號函附相關座談會照片、議程表、活動照片等在卷足憑（本院卷一第383頁，本院卷二第97至221頁）。是依前揭事證可知，被告於110年2月間興建該建物前，對於興建房屋須經許可並取得建造執照乙節應可知悉。況被告興建建物之坐落土地為「林業用地」並非「建築用地」，且所有權人為中華民國，管理者

為原住民族委員會，並佐以辯護人為被告辯護稱：該土地之使用地目為林業用地，被告及其家族使用該土地已長達90餘年，惟因原住民保留土地開發管理辦法之相關規定及修正，導致被告根本無從就該土地與主管機關成立租賃關係，是被告客觀上根本無法申請建造執照，再佐以被告110年6月2日陳情書中載明：「本人(即被告)申請朗島段544地號國有原住民保留地分割乙事，因所屬地段位移嚴重，致使土地取得緩慢，直接影響申照進度」，此有該陳情書1紙在卷可佐(本院卷一第79頁)，均足徵被告顯然知悉倘若欲興建房屋，然該地並非其有權使用或非可供興建住宅之用地，須先取得合法使用權源並變更地目後，再申請建造執照，然因各種主客觀因素，而導致被告申請困難，從而故意違反建築法相關申請建造執照之誡命。是被告辯稱及其辯護人為被告辯護稱被告不知悉「興建建物需申請建造執照」云云，顯不可採信。

(三)至於被告辯稱及其辯護人為其辯稱：自行建造的房屋不可「中斷」建造工程，且就建造房屋本身即是取得社會地位以及部落認同之過程，且房屋興建中，即不得參與部落相關事務以及喪事喪禮等情，此乃達悟族之傳統文化，是主管機關「勒令停工」之命令顯然與達悟族之傳統文化有所扞格，是被告欠缺違反建築法第93條之非法復工經制止不從罪之故意，或欠缺違反性之認識或是並無遵守建築法第25條及第93條之期待可能性或是有義務衝突之情，而欠缺有責性云云。查達悟族對於「建造房屋」具有被告辯稱及其辯護人為被告辯護稱之傳統文化，且無論為傳統建築或是現代式之鋼筋水泥建築，均需遵守該等文化乙情，此有東華大學建築系退休教授關華山於111年9月23日之函文在卷可佐（本院卷一第391頁），是達悟族對於興建房屋確實有「不得中斷」之傳統文化，此部分事實固堪定。然被告暨先是「自己」故意違反建築法「興建建物需申請建造執照」之要求，本院實殊難想像，倘若行為人已故意違法在先，嗣後經主管機關命改正或制止(本案即勒令停工)，卻反而主張主管機關之命令或所依

據之相關法規，違反其之傳統文化，而謂欠缺違反性、有責性或使被告陷入義務衝突之理。即如同刑法上之緊急避難行為，須以災難之發生非出於行為人之故意或過失所致為前提，若災難之發生係由於行為人之故意或過失所致，則其故意或過失之行為自應依法處罰，殊無主張緊急避難之餘地。即所謂「自招危難行為」不得主張緊急避難。本於相同法理，本案而言，被告暨已「故意違法」在先，且被告亦自陳收受勒令停工之命令後，應先暫停施工(本院卷一第47頁)，實難再可認被告違反主管機關「勒令停工」之命令，縱然該「勒令停工之命令」與達悟族之傳統文化有所扞格，而有何違法性認識的欠缺或是構成阻卻罪責之事由，更遑論主張是依「原住民族基本法或其他法律」之行為而構成阻卻違法之可能。

(四)至被告辯稱及其辯護人為其辯護稱主張因蘭嶼鄉之傳統文化與生活經驗、多數違建未經取締處罰致被告深信建屋毋須申請建照，及因立法、行政怠惰未依原住民族基本法第34條修訂符合蘭嶼鄉現況之建築法令，與因位處離島建築成本高昂及建築人才缺乏，或因其他原因導致地目變更困難或是取得使用權利困難，無法期待被告建築房屋前合法取得建造執照（即理由欄貳、一、1、2、3、5所載之辯稱內容）云云，而認被告欠缺違法性認識、無實質違法性、依法令行為阻卻違法，及欠缺有責性等語，然查建築法第93條係處罰「非法復工經制止不從」之行為，而被告此部分之辯稱及辯護人前揭所辯實係針對此誡命行為之前提事實即「興建建物需申請建造執照」之要求是否適妥之答辯，兩者實屬不同層次之問題。

(五)公訴人雖另聲請傳喚證人即東華大學原住民民族學院民族事務與發展學系楊政賢副教授；被告另聲請傳喚證人謝加輝以及謝永泉，然該等證人所欲證明之事項，即系爭：「達悟族興建建物是否有不中斷」之傳統文化，然此部分業有前揭所載東華大學建築系退休教授關華山於111年9月23日之函文在

卷可參，其待證事證已臻明確，均欠缺調查之必要性。

二、綜上所述，被告所辯，核屬犯後卸責之詞，要無可採，其就事實欄一、所載之犯行事證明確，洵堪認定，應依法論科。

三、論罪科刑

(一)核被告所為，係犯建築法第93條之非法復工經制止不從罪。被告自110年3月10日、3月25日收受臺東縣政府函制止其擅自復工行為起，經蘭嶼鄉公所於同年4月6日至上址勘查，發現仍有繼續施工之情事，則其漠視主管建築機關依建築法規定勒令停工之命令，未經許可擅自復工，經制止不從，係於密接時、地實施，侵害法益同一，主觀上應係本於同一違反建築法之犯意為之，屬接續犯之包括一罪。又被告利用不知情之成年建築工人數名遂行前揭犯行，為間接正犯。

(二)爰以行為人之責任為基礎，並審酌被告於上址進行新建工程，未取得建造執照在先，經勒令停工詎仍繼續施工，經再次制止亦不從，且所違建之物係鋼筋鐵皮建築，高度為2樓，面積約60平方公尺，造成市容、消防安全及主管機關對建築物管理之不利影響，犯罪致生損害非輕，顯見被告法治觀念薄弱，漠視建築法規保護民眾公共安全之意旨，所為實有不該，兼衡被告犯罪之手段及所生之危害，另衡酌其無前科（有臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷足稽），素行良好，暨其於審判中自陳高中夜間部補校畢業之智識程度，家中尚有2名子女及配偶待其扶養、職業為打零工、月收入不穩定，家庭經濟狀況勉持（本院卷二第319頁）等一切情狀，量處如主文所示之刑，並諭知易科罰金之折算標準。

(三)又辯護人雖主張應為緩刑之宣告，然本院考量被告明知未取得建築許可執照，明知屬違章建築仍執意興建，是本院認為仍有使其受一定刑罰之必要，本案被告就上開宣告徒刑部分，尚無「暫不執行為適當」之情形，與緩刑要件難謂允合。

(四)又被告非法復工經制止不從，則臺東縣政府依建築法第93條後段規定，本得依法強制拆除其建築物或勒令恢復原狀，系

爭建物既為被告本案違反建築法行為之構成犯罪之物，且建築法亦無有關沒收之特別規定，是本案建築物即應回歸由專責行政機關酌處，應不予宣告沒收，併此敘明。

據上論斷，應依刑事訴訟法第299條第1項前段，建築法第93條，刑法第11條前段、第41條第1項前段，刑法施行法第1條之1第1項，判決如主文。

本案經檢察官陳金鴻提起公訴，檢察官莊琇棋到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　4　　月　　28　　日

刑事第一庭　法　官　蔡政晏

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，並應敘述具體理由；其未敘述上訴理由者，應於上訴期間屆滿後20日內向本院補提理由書（均須按他造當事人之人數附繕本）。「切勿逕送上級法院」。告訴人或被害人對於本判決如有不服，請書具不服之理由狀，請求檢察官上訴者，其上訴期間之計算係以檢察官收受判決正本之日期為準。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　4　　月　　28　　日

書記官　林慧芬

附錄論罪科刑法條：

建築法第93條

依本法規定勒令停工之建築物，非經許可不得擅自復工；未經許可擅自復工經制止不從者，除強制拆除其建築物或勒令恢復原狀外，處1年以下有期徒刑、拘役或科或併科3萬元以下罰金。