

# 最高法院刑事判決

113年度台上字第4285號

上訴人 吳文棋

王耀賢

共 同

選任辯護人 范晉魁律師

上列上訴人等因違反建築法案件，不服臺灣高等法院中華民國113年6月20日第二審判決（112年度上易字第1590號，起訴案號：臺灣士林地方檢察署111年度偵字第19938號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院。

理 由

一、按刑事訴訟法第376條第1項各款所列之案件，第二審法院係撤銷第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，並諭知有罪之判決，被告或得為被告利益上訴之人得上訴於第三審法院，為該條項所明定。本件上訴人吳文棋、王耀賢所犯建築法第93條非法復工罪，核屬刑事訴訟法第376條第1項第1款之案件，原判決係撤銷第一審諭知無罪之判決，而改判有罪，依前開說明，上訴人2人自得上訴於第三審法院，合先敘明。

二、本件原判決以上訴人2人分別擔任○○市○○區○○段四小段0227-0000地號等34筆土地起造新建工程案（下稱本案工程）之工地主任、主任技師，而有本案工程經臺北市政府都市發展局（下稱北市都發局）勒令停工，竟未經許可擅自復

01 工，且經制止不從之犯行，因而撤銷第一審諭知上訴人2人  
02 無罪之判決，改判論處上訴人2人共同犯建築法第93條之非  
03 法復工經制止不從罪刑，固非無見。

04 三、按證據雖已調查，若尚有其他重要證據未予調查，或疑點未  
05 予釐清，致事實未臻明確者，即與未經調查無異，如遽行判  
06 決，仍難謂無應於審判期日調查證據而未予調查之違法。又  
07 刑法第24條第1項前段規定：「因避免自己或他人生命、身  
08 體、自由、財產之緊急危難而出於不得已之行為，不罰。」  
09 此即學理上所稱「緊急避難」，蓋行為人之行為雖然違反不  
10 得侵害保護法益之刑法規範、亦確實造成法益之危害，然避  
11 難行為符合整體法秩序之容許情狀，故例外得以阻卻構成要  
12 件該當行為之違法性。緊急避難之成立，除(1)客觀上必須存  
13 在「現時之危難（即法文所稱『自己或他人生命、身體、自  
14 由或財產之緊急危難』）」外，(2)行為人主觀上必須具備避  
15 難意思而實施避難行為，且(3)該避難行為係屬客觀上足以避  
16 免法益危害而必要者（手段與目的之相當性，即法文所稱  
17 『出於不得已之行為』），此外，(4)避難行為造成之法益侵  
18 害，尚需與避難行為所欲保護之法益侵害（即前述『現時之  
19 危難』）進行法益權衡，僅有避難行為所欲保護之法益「高  
20 於」所造成之法益侵害（「法益優越性」）時，始能阻卻其  
21 違法性。現時之危難係行為人故意或過失之可歸責前行為所  
22 招致者，即學理上所稱「自招危難」，於行為人係故意招致  
23 危難，以藉故遂行其犯罪行為者，係屬緊急避難權之濫用，  
24 不得主張緊急避難以阻卻後行為之違法性；其他自招危難之  
25 情形，則應適用較諸一般緊急避難更為嚴格之審查基準，而  
26 應審酌可歸責前行為之種類、避難行為之種類、保護法益之  
27 歸屬、保護法益是否明顯優越於所侵害之法益等具體情狀，  
28 綜合判斷避難行為是否具備社會倫理之適當性，而可依緊急  
29 避難而阻卻違法。具體而言，行為人倘非緊急避難權之濫用，  
30 而所實施之避難行為係屬避免法益危害所必要而不可欠缺、  
31 所保護之法益非僅限於行為人之個人法益亦包括他人甚

01 至多數人之法益、保護法益（如生命法益）明顯優越於所侵  
02 害之法益（如居住之安寧）者，雖係自招危難，即非不得依  
03 緊急避難而阻卻其違法性。

04 四、本件依原判決之記載，上訴人2人未依臺北市政府公告之修  
05 正前「臺北市禁止從事妨礙安寧行為之區域範圍及時段」第  
06 6條第2款（現為第7條第2款）規定，就本案工程擬具計畫書  
07 向目的事業主管機關申請夜間、假日施工許可，仍繼續於夜  
08 間、假日施工，遭北市都發局於民國110年11月23日勒令停  
09 工，仍擅自復工，經制止不從，而成立建築法第93條之罪；  
10 至本案工程地層雖屬「極軟弱」至「軟弱」地層，有3分之2  
11 地層極容易坍塌，鄰房經鑑定，於施工前即存在1/95至1/70  
12 之傾斜率，若未連續施作連續壁工程，將造成開挖壁面崩  
13 塌，加劇鄰房傾斜率，造成居民及施工人員死傷，而有連續  
14 施工之必要，然上開危難係上訴人2人故意違反應事先申請  
15 夜間施工規定所致，係自招危難，不得主張緊急避難等旨  
16 （見原判決第2、9頁）。惟查，依原判決之認定，本案工程  
17 地層既屬「極軟弱」至「軟弱」地層，有3分之2地層極容易  
18 坍塌，且依卷附本案工程承造人即地樺營造事業股份有限公  
19 司（下稱地樺公司）回覆北市都發局之回函（見他卷第55  
20 頁）中，亦稱「連續壁當日進行挖掘作業，過程中因有坍孔  
21 情形，立即進行處理，避免造成鄰房側坍塌危險」（見他卷  
22 第55頁），則本案工程所生地層坍塌、鄰房傾斜甚至坍塌等  
23 「現時之危難」，似非上訴人2人未申請夜間、假日施工許  
24 可所致，而係本案工程之施作所致，則上訴人2人縱未申請  
25 夜間、假日施工許可，是否即屬自招危難？即有不明；且依  
26 原判決之認定，吳文棋為地樺公司聘用之工地主任、王耀賢  
27 為地樺公司聘用之主任技師，上訴人2人是否負有依「臺北  
28 市禁止從事妨礙安寧行為之區域範圍及時段」第6條第2款規  
29 定，就本案工程擬具計畫書向目的事業主管機關申請夜間、  
30 假日施工許可之義務？亦攸關上訴人2人是否確有原判決所  
31 指故意不申請夜間、假日施工許可之情，原判決未予調查釐

01 清，致事實未臻明瞭，亦非無調查未盡及理由欠備之違法。  
02 又前開「臺北市禁止從事妨礙安寧行為之區域範圍及時段」  
03 係本於噪音管制法第8條之授權而公告，然臺北市政府另依  
04 建築法第67條之授權，訂定「臺北市建築工程施工時段管制  
05 辦法」（見第一審卷一第465至466頁），其中第4條第1項第  
06 1款、第2項前段規定「連續壁施工作業」為該辦法管制之施  
07 工作業，平日不得於下午10時至翌日上午8時施工，例假日  
08 不得於上午8時前，中午12時至下午2時或下午6時後之時段  
09 施工；第5條第1項則規定「施工場所有下列各款情形之一，  
10 需於前條不得施工時段作業者，起造人、承造人、監造人或  
11 拆除人應於施工5日前向都發局提出申請，經核定後始得施  
12 工：一、實施施工特殊管制地區。二、工地周界起算50公尺  
13 範圍內無人居住。三、地下室安全措施組立需連續作業。」  
14 上開管制辦法係以起造人、承造人、監造人或拆除人為申請  
15 義務人，且需符合上述3款情形之一，始得申請夜間或假日  
16 施工。對此，本案鑑定人即新北市土木技師工會技師林祐全  
17 業到庭證稱：本案工程50公尺內有鄰房，故無法依臺北市建  
18 築工程施工時段管制辦法第5條第1項第2款規定申請夜間施  
19 工，亦無法依同條項第1款規定申請夜間施工，至於第3款沒  
20 有人用這款提送，無法確定等語（見原審卷二第180至181  
21 頁、184至185頁），則上訴人2人是否為申請夜間、假日施  
22 工許可之義務人？本案工程是否本即無從依上開管制辦法申  
23 請夜間及假日施工？即有詳加究明釐清之必要。原審對上述  
24 疑點未加以調查釐清，徒以鑑定人林祐全就與本案無關之新  
25 北市法規命令所為證言為不利於上訴人2人之認定，而未本  
26 於前開「臺北市建築工程施工時段管制辦法」規定為必要之  
27 調查，致事實未臻明瞭，遽認上訴人2人係故意不申請夜間  
28 及假日施工，係自招危難，嗣後擅自復工行為即不得主張緊  
29 急避難阻卻違法，自難謂無調查未盡及理由欠備之違法。又  
30 縱依原判決之認定，上訴人2人應依相關規定就本案工程向  
31 主管機關申請夜間、假日施工許可，卻故意不為申請，而屬

01 自招危難，然所採取之避難行為是否係避免法益危害所必要  
02 而不可欠缺者？避難行為倘係侵害居住之安寧等較輕微之法  
03 益，以保護多數人之生命、身體、財產等重大法益，依前開  
04 說明，是否即當然無緊急避難規定之適用？原審亦未詳予調  
05 查、說明，同難謂無調查未盡及理由欠備之違法。

06 五、以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，  
07 且原判決前揭違法情形，影響於本件事實之認定及法律適用  
08 之基礎，本院無從自為判決，應認原判決此部分有撤銷發回  
09 更審之原因。

10 據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

11 中 華 民 國 114 年 1 月 9 日

12 刑事第二庭審判長法官 徐昌錦

13 法官 何信慶

14 法官 林海祥

15 法官 江翠萍

16 法官 張永宏

17 本件正本證明與原本無異

18 書記官 邱鈺婷

19 中 華 民 國 114 年 1 月 13 日