

裁判字號：最高法院 106 年台上字第 3181 號刑事判決

裁判日期：民國 106 年 12 月 21 日

裁判案由：違反水土保持法

最高法院刑事判決

106年度台上字第3181號

上訴人 王耀輝

國榮窯業股份有限公司

上列一人

代表人 孫文齡

共同

選任辯護人 薛欽峰律師

上列上訴人等因違反水土保持法案件，不服臺灣高等法院中華民國105年11月9日第二審判決（105年度上訴字第1297號，起訴案號：臺灣新北地方法院檢察署103年度偵字第2287、32018、33038號），提起上訴，本院判決如下：

主文

原判決關於王耀輝部分撤銷，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

理由

壹、撤銷發回（王耀輝）部分

一、本件原判決撤銷第一審關於上訴人王耀輝部分之科刑判決，改判仍論處王耀輝犯水土保持法第33條第3項前段之違反水土保持規定致生水土流失罪刑，固非無見。

二、惟查：

（一）刑事訴訟法第159條之4第1款規定：除顯有不可信之情況外，公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書，亦得為證據。係因該等文書為公務員依其職權所製作，且經常處於可受公開檢查之狀態，符合例行性、公示性原則，正確性甚高，雖屬傳聞證據，仍例外容許為證據。若係針對具體個案，對於特定事項實施勘驗、鑑定所製作之會勘紀錄，因不具備例行性要件，自非上開規定所指公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書。又具特別知識經驗之人就特定個案陳述其判斷意見之鑑定書面，如該鑑定人係由審判長、受命法官或檢察官選任、囑託鑑定，並依同法第206條規定出具者，自為刑事訴訟法第159條第1項所稱法律明定之傳聞例外，具有證據能力。其屬性上因數量龐大（例如毒品或尿液鑑定）或具調查急迫性（例如火災原因調查）等特殊需求，由該管檢察長對於轄區內特定類型之案件，以事前概括選任鑑定人或囑託鑑定機關（團體）之方式著由司法警察或行政機關委託所為鑑定書面，性質上與檢察官選任或囑託鑑定者無異，亦應認係傳聞例外，具

有證據能力。故相關鑑定書面，除有上開情事或適用第159條之5之情形外，即應受傳聞法則規範，認無證據能力；但為補其不足並發現實體真實，非不得使該鑑定書面製作者在審判庭受詰問或訊問，具結陳述該書面係據實製作，再據以判明是否承認其證據能力。本件原判決採為判斷依據之民國102年12月26日新北市政府市轄非法砂石場聯合稽查會勘紀錄（下稱聯合稽查會勘紀錄）、新北市政府辦理違規使用山坡地案件現場會勘紀錄（下稱現場會勘紀錄），雖為各該公務員依職權製作而移送警察機關處理之文書，然因係針對具體個案會勘製成之紀錄文書，並非在例行性之公務過程中製作，不具備例行性之要件，自與刑事訴訟法第159條之4第1款所稱之特信性文書要件不合，且經辯護人於原審陳明不同意相關會勘紀錄作為證據，是如無其他法律規定得為證據之例外事由，自受傳聞法則限制。卷查上開聯合稽查會勘紀錄認定「現場道路往上囊底平台邊緣上土石堆積，並無適當退縮或防護，臨下邊坡坡度陡高差約有20公尺左右，回填土質鬆軟，遇水易沖蝕，有造成崩滑之虞（中華民國大地技師公會）」，及現場會勘紀錄依各單位意見（3.本案經水土保持技師服務團梁秉中認定已致生水土流失）於結論認定「1.基地現場裸露，已致生水土流失」各節，性質上乃具特別知識經驗之人就特定事項陳述其判斷之鑑定意見。原判決未詳依卷存現場會勘紀錄之結論所示「2.本案係配合新北地方法院檢察署檢察官指揮辦案」等項（見偵查卷一第186頁），探究前述水土保持專業意見已否經檢察官選任或囑託鑑定，抑或經檢察長事前概括選任或囑託鑑定之實情，即逕認前述聯合稽查會勘紀錄係同法第159條之4第1款公務員職務上製作之文書，另謂當事人、辯護人對於現場會勘紀錄之證據能力未表示爭執，同有證據能力等由，不無適用法則不當或與卷證資料不符之缺失，難謂適法。

- （二）違反水土保持規定是否致生水土流失之鑑定，雖非以土壤流失公式進行土壤流失量及水理計算為必要，然若以水土保持法施行細則第35條第1項第1至7款之情形及其他情事為有否「致生水土流失」之參考標準者，仍應依實際情形，就違反水土保持規定之行為與所生水土流失結果之具體狀況及其間因果關係詳予認定，方為適法。原判決雖以證人梁宥崧（原名梁秉中）於第一審證述「因為現場有開挖及堆置土方的情況，排水紊亂有土石沖刷的情況，所以認定有致生水土流失的情形，當天有下雨，土石泥濘，如果下雨天就有土石崩落的情形，就符合致生水土流失的要件」等詞，輔以現場會勘紀錄所示「基地現場裸露，已致生水土流失」結論及會勘、蒐證相片，為其認定本件致生水土流失結果之論據。然王耀輝既否認原判決所指水土流失結果係因本案之堆積土石犯行所致（見第一審卷第244

頁），而原判決憑以論斷之會勘結論及相片僅說明所認水土流失之結果，另水土保持技師梁宥崧於第一審以證人身分證述之見聞內容，復未就二者之因果關係說明其鑑定經過及結果，且未據原審就卷存聯合稽查會勘紀錄認定「現場道路往上囊底平台邊緣上土石堆積，並無適當退縮或防護，臨下邊坡坡度陡高差約有20公尺左右，回填土質鬆軟，遇水易沖蝕，有造成崩滑之虞」等情，進一步調查釐清，究明其認定致生水土流失之情形、原因及與堆積土石行為間之因果關係，並為必要之論斷及說明，非無調查職責未盡及判決理由欠備之違失。

（三）原判決雖依卷存事證說明本件應提出水土保持計畫經主管機關核定之論據。然針對王耀輝否認本件主觀犯意所憑之「營建剩餘土石方處理方案」，係地方政府及公共工程主辦（管）機關執行營建剩餘土石方處理業務相關事項之政策指導原則，充其量屬地方政府及公共工程主辦機關主管業務，其規範重點為「積極推動營建剩餘土石方回收減量，強化運送營建剩餘土石方流向管制機制，檢討收容處理場所審議程序及管理效能，加強營建剩餘土石方多元化處理及交換再利用」（見原審卷第184頁），是依上開目的擬具之「工程剩餘土石方處理計畫書」，與水土保持法規範目的及水土保持機關管理、核定重點顯不相同，何以無足否定其主觀犯意；及本件98年10月起堆積土石之使用行為，何以非屬主管機關於68年間核准且「已完成」開發、經營或「使用」之有利情形；又如有違反水土保持規定，堆積土石致生水土流失之使用行為，乃法律禁止之不正當行為，何以無從阻卻違法等節，原判決未及詳為論敘，不無理由欠備之虞。

三、以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，應認原判決上開部分有撤銷發回更審之原因。至原判決就王耀輝不另為無罪諭知部分，基於審判不可分之原則，應併予發回。

貳、上訴駁回（國榮窯業股份有限公司，下稱國榮公司）部分

一、按刑事訴訟法第376條第1項各款所規定之案件，經第二審判決者，除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提起上訴外，其餘均不得上訴於第三審法院，為該條項所明定。

二、本件上訴人國榮公司因違反山坡地保育利用條例案件，經原判決撤銷第一審科刑之判決，改判仍論處其因從業人員執行業務犯山坡地保育利用條例第35條第3項前段之違反水土保持規定致生水土流失罪，而依同條例第35條之1規定科處罰金刑。核屬刑事訴訟法第376條第1項第1款之案件。雖修正實體法之沒收為刑罰及保安處分以外之法律效果，具有獨立性，已非刑罰（從刑）；然法院諭知「刑事沒收」與宣告

「罪刑」之判決，既同以被告之刑事違法（或犯罪）行為存在為前提，則關於第二審判決諭知沒收被告犯罪所得財產部分，得否上訴第三審法院，自應與刑罰部分同依所涉犯罪是否屬於同法第376 條所定不得上訴第三審法院之案件為斷。依首開說明，國榮公司既犯專科罰金之罪，且經第一、二審均論罪，其刑罰及沒收部分，均不得上訴於第三審法院。國榮公司猶提起上訴，顯為法所不許，應予駁回。至國榮公司委任非律師王清平為代理人，依刑事訴訟法第38條準用第29條但書規定，不予許可，附此說明。

據上論結，應依刑事訴訟法第397 條、第401 條、第395 條前段，判決如主文。

中 華 民 國 106 年 12 月 21 日

最高法院刑事第八庭

審判長法官 吳 燦

法官 李 英 勇

法官 鄧 振 球

法官 何 信 慶

法官 朱 瑞 娟

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 106 年 12 月 22 日

資料來源：司法院法學資料檢索系統