臺灣高等法院花蓮分院刑事判決

112年度上更一字第2號

上　訴　人
即　被　告　陳政雄

選任辯護人　馮彥錡律師

上列上訴人因違反森林法等案件，不服臺灣花蓮地方法院110年度原訴字第53號中華民國110年11月11日第一審判決(起訴案號：臺灣花蓮地方檢察署109年度偵字第4313號)，提起上訴，本院判決後，經最高法院第一次發回更審，本院判決如下：

主　文

一、原判決撤銷。

二、陳政雄犯修正前森林法第五十二條第一項第四款、第六款之竊取森林主產物罪，累犯，處有期徒刑壹年陸月，併科罰金新臺幣玖拾伍萬參仟柒佰玖拾元，罰金如易服勞役，以新臺幣參仟元折算壹日。

犯罪事實

一、緣陳春成透過劉恭清(已歿，所涉違反森林法等罪嫌業經臺灣花蓮地方檢察署檢察官為不起訴處分)仲介，向花蓮縣○○鄉○○段00地號土地(山坡地、農牧用地，下稱00地號土地)之共有人田武光以新臺幣(下同)36萬4,000元(含支付劉恭清之仲介費用10萬4,000元)購買00地號土地上之茄苳樹3棵，並由劉恭清、陳春成委託邱永昌於民國109年8月6日向花蓮縣○○鄉○○0○○○○鄉○○0○○○○00號土地上之茄苳樹1棵(50年生、胸徑20至40公分、樹高8至10公尺，下稱A茄苳樹)，經卓溪鄉公所於109年8月12日派員會勘、經田武光領勘後，田武光在現場追加申請移植另2棵茄苳樹，因該2棵茄苳樹或在41號土地外或在界線上，且非申請書所列，卓溪鄉公所乃以109年8月17日卓鄉農字第1090012634號函文(下稱移植函)僅同意移植A茄苳樹。

二、因陳政雄有意購買茄苳樹轉賣營利，田武光、陳春成均明知卓溪鄉公所並未核准移植鄰近00地號土地之同段00之0地號國有土地(山坡地、林業用地，下稱00之0地號土地)上之森林主產物茄苳樹1棵(胸徑1.3公尺、樹高13.65公尺，山價為19萬758元，下稱本案茄苳樹)，陳春成乃於109年9月25日以55萬元出售本案茄苳樹予陳政雄，而田武光、陳春成亦知悉同段00之0、00之0地號國有土地及孫淑芬、孫金財、孫金萬3人共有同段00、00地號土地(以下就00之0、00之0、00、00地號土地合稱系爭土地)，均為行政院依水土保持法(下稱水保法)及山坡地保育利用條例(下稱山坡地條例)核定公告之山坡地及森林法所稱之林地(非保安林地)，未經主管機關許可，不得挖取森林之主產物，且未經所有權人同意及擬具水土保持計畫送請主管機關核定，亦不得從事水保法第8條第1項第2款至第5款之開發或使用，為騙取陳政雄之買賣價金，在現場向陳政雄佯稱本案茄苳樹為移植函所載00地號土地上之A茄苳樹，可以挖掘運走等語，陳政雄知悉田武光、陳春成等人在現場所指出售及許可移植之本案茄苳樹與移植函上所載之A茄苳樹胸徑大小差異甚大，明顯非同一棵茄苳樹，且周遭為山坡地，林木叢生，可預見本案茄苳樹係坐落在他人之林地上而非屬00地號土地之範圍，未經主管機關許可不得任意挖掘、搬運森林主產物，對於挖掘本案茄苳樹縱發生竊取他人所有山坡地上森林主產物之結果，仍不違背其本意，與田武光、陳春成共同意圖為自己不法之所有，結夥二人以上、僱使他人、使用車輛犯竊取森林主產物、違反水保法及山坡地條例之犯意聯絡，未擬具水土保持計畫送請主管機關核定而擅自在00之0號土地上挖掘本案茄苳樹，並於系爭土地上開闢道路(00地號土地部分，業經本院前審不另為無罪之諭知已確定)，由陳政雄僱用不知竊取森林主產物之情之謝明吉，謝明吉再僱用不知竊取森林主產物之情之伍偉龍、伍偉麒及陳英崇挖掘、搬運本案茄苳樹，而謝明吉、伍偉龍、伍偉麒及陳英崇均知悉系爭土地為山坡地條例、水保

法所規定之山坡地，仍與田武光、劉恭清、陳春成及陳政雄共同基於違反水保法及山坡地條例之犯意聯絡，自109年10月1日上午8時許起至同年10月5日中午止，在系爭土地，由謝明吉駕駛所有PC-200型挖土機擅自占用及修建長約150公尺，寬4.5公尺(位於00地號土地上之部分長度約占6分之1左右)之道路使用，致生水土流失，並與伍偉龍、伍偉麒及陳英崇分別使用謝明吉所有鏈鋸裁鋸本案茄苳樹、分枝修剪及以上開挖土機挖掘，使田武光、陳春成、陳政雄因而竊取本案茄苳樹得手。嗣伍偉龍於109年10月5日上午11時許，駕駛所有車牌號碼000-00號附加吊桿大貨車將本案茄苳樹掛吊至上開大貨車上載運，並搭載伍偉麒、陳英崇離去，於同日下午2時許，行經花蓮縣○○鄉○○部落上方產業道路時，為警當場查獲，並扣得前開大貨車、挖土機及鏈鋸等物(陳春成、田武光、謝明吉、伍偉龍、伍偉麒及陳英崇均經原審判處罪刑確定)。

三、案經卓溪鄉公所訴由內政部警政署保安警察第七總隊第八大隊報請臺灣花蓮地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、程序事項

一、本院審理範圍

(一)按110年6月16日修正公布、同月18日施行之刑事訴訟法(下稱刑訴法)第348條規定：「(第1項)上訴得對於判決之一部為之。(第2項)對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限。(第3項)上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。」；次按同日修正公布、施行之刑事訴訟法施行法第7條之13規定：「中華民國110年5月31日修正通過之刑事訴訟法施行前，已繫屬於各級法院之案件，於施行後仍適用修正前刑事訴訟法第348條規定；已終結或已繫屬於各級法院而未終結之案件，於施行後提起再審或非常上訴者，亦同。」；又刑訴法第348條第2項但書立法

理由載明：「未經聲明上訴之部分，倘為無罪、免訴或不受理者，應使該無罪、免訴或不受理部分不生移審上訴審之效果而告確定，以避免被告受到裁判之突襲，並減輕被告訟累，且當事人既無意就此部分聲明上訴，將之排除在當事人攻防對象之外，亦符合當事人進行主義之精神。又本項但書所稱『無罪、免訴或不受理者』，並不以在主文內諭知者為限，即第一審判決就有關係之部分於理由內說明不另為無罪、免訴或不受理之諭知者，亦屬之」。再刑訴法第348條修正施行前已繫屬於第一審或第二審法院之案件，在修正施行後始因上訴而繫屬於第二審或第三審法院者，應適用修正後規定以定其上訴範圍(最高法院110年度臺上大字第5375號裁定參照)。

(二)查本案檢察官起訴被告於00地號土地及系爭土地，違反水保法第32條第1項及山坡地條例第34條第1項之罪，經原審判決(按本案起訴部分係於110年8月2日繫屬於原審)判處罪刑後，上訴人即被告陳政雄提起上訴(於111年3月3日繫屬本院)，經本院以111年度上訴字第25號(下稱前審)判決認00地號土地部分犯罪不能證明，而不另為無罪之諭知，嗣僅被告就本院前審判決有罪部分提起上訴(見本院卷第203、204頁)，於112年1月10日繫屬最高法院(見最高法院卷第5頁)，最高法院審理後，除將本院前審判決有罪部分撤銷發回本院審理外，並於理由欄說明上開不另為無罪諭知部分，依刑訴法第348條第2項但書規定，非被告上訴第三審之效力所及(見112年度臺上字第855號判決第5頁)，是上開不另為無罪諭知部分已告確定，自不在本院審理範圍。

二、證據能力

(一)本案檢察官、被告及其辯護人，就本案以下援引之被告以外之人之供述證據，於本院行準備程序及審理時同意有證據能力(見本院卷第124、204、205頁)，復未於言詞辯論終結前聲明異議(見本院卷第206至218頁)，本院審酌該等供述證據作成時之外在情況及條件，核無違法取證或其他瑕

疵，亦無證明力明顯過低之情形，認為以之作為證據為適當，依刑訴法第159條之5第1項規定，應具有證據能力。又被告及其辯護人亦捨棄對該等供述證據之證人之對質詰問(見本院卷第124頁)，而該等供述證據復經本院於審理期日依法提示調查、辯論，業已合法踐行此部分之調查證據程序，是該等供述證據，均得作為本案判斷之依據。

(二)本案判決所援引之非供述證據，均與本案犯罪事實具有關聯性，且無證據證明係公務員違背法定程序或經偽造、變造而取得，檢察官、被告及其辯護人復均同意有證據能力，依刑訴法第158條之4規定反面解釋意旨，應具有證據能力。又經本院於審理期日依法提示調查、辯論，合法踐行此部分之調查證據程序，是上述非供述證據，均得作為本案判斷之依據。

(三)另被告就本案犯罪事實所為部分自白(即自白違反水保法及山坡地條例之犯行)，經核並無刑訴法第156條第1項出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正方法之情事，且調查結果亦與卷內其他證據資料所呈現之犯罪事實相符，依刑訴法第156條第1項之規定，自得作為證據。

貳、實體事項

一、訊據被告固坦承違反水保法及山坡地條例犯行，惟矢口否認違反森林法犯行，辯稱：伊係遭陳春成欺騙而購買、挖掘本案茄苳樹，並無竊盜森林主產物犯意等語。

二、經查：

(一)關於被告違反水保法等部分：此部分事實，業據被告於本院審理時坦認在卷(見本院卷第204、214頁，本院前審卷第335頁)外，並有後述(二)1(1)(2)所載供述證據及非供述證據可佐，是其在國有及他人私有山坡地，未經同意擅自開發、闢建道路以供挖掘、載運本案茄苳樹使用，致生水土流失之犯行，堪以認定。

(二)關於被告違反森林法部分：

1、關於①00地號土地(山坡地、農牧用地)為田武光與他人共有，鄰近之00之0及00之0地號土地為國有、00及00地號土地為孫淑芬、孫金財、孫金萬等3人共有，均為行政院依水保法及山坡地條例核定公告之山坡地及森林法所稱之林地(非保安林地)；②陳春成透過劉恭清仲介，向田武光以36萬4,000元(含支付劉恭清之仲介費用10萬4,000元)購買00地號土地上之茄苳樹3棵，並由劉恭清、陳春成委託邱永昌於109年8月6日向卓溪鄉公所申請移植A茄苳樹(50年生、胸徑20至40公分、樹高8至10公尺)，經卓溪鄉公所於109年8月12日派員會勘、經田武光領勘後，田武光在現場追加申請移植另2棵茄苳樹，因該2棵茄苳樹或在田武光41號土地外或在界線上，且非申請書所列移植樹木，移植函僅同意移植A茄苳樹；③卓溪鄉公所並未核准移植本案茄苳樹(胸徑1.3公尺、樹高13.65公尺，山價為19萬758元)，陳春成於109年9月25日以55萬元出售本案茄苳樹予被告；④謝明吉僱用不知竊取森林主產物之情之伍偉龍、伍偉麒及陳英崇挖掘、搬運本案茄苳樹，被告並出示移植函與謝明吉觀看，自109年10月1日上午8時許起至同年10月5日中午止，在系爭土地，由謝明吉駕駛所有PC-200型挖土機擅自占用及修建長約150公尺，寬4.5公尺(位於00地號土地上之部分長度約占6分之1左右)之道路使用，致生水土流失，並與伍偉龍、伍偉麒及陳英崇分別使用謝明吉所有鏈鋸裁鋸本案茄苳樹、分枝修剪及以上開挖土機挖掘之；⑤被告、陳春成、劉恭清於系爭土地開闢道路及挖掘本案茄苳樹時均在場；⑥被告、田武光、陳春成等人均未取得系爭土地所有人同意，且未擬具水土保持計畫送請主管機關核定，而為開闢道路及挖掘本案茄苳樹；⑦伍偉龍於109年10月5日上午11時許，駕駛所有車牌號碼000-00號附加吊桿大貨車將本案茄苳樹掛吊至上開大貨車上載運，並搭載伍偉麒、陳英崇，於同日下午2時許，行經花蓮縣○○鄉○○部落上方產業道路時，為警當場查獲，並扣得前開大貨車、挖土機

及鏈鋸等物。均為被告所不爭執(見本院卷第124至126頁)外，並有下列證據可佐：

(1)供述證據部分：證人即同案被告劉恭清、傅明光於警詢、證人邱永昌、卓溪鄉公所農技技士朱祖昊分別於警詢及偵訊、證人即造林檢測員蘇維俊於偵訊、證人即共同被告陳春成於警詢及偵訊及原審及本院前審、證人即同案被告田武光、謝明吉、伍偉龍、伍偉騏、陳英崇分別於警詢及偵訊及原審等證述；

(2)非供述證據部分：

①田武光與陳春成之買賣契約書(見警卷第41頁)、陳春成與被告之苗木買賣合約書(見警卷第43頁)、車輛詳細資料報表(見警卷第99頁)、贓物認領保管單(見警卷第165頁)、○○段非法開路150公尺空拍圖(見警卷第167頁)、扣押物品目錄表(見警卷第199至213頁)、責付保管單及現場照片(見警卷第221至242頁)；②花蓮縣玉里地政事務所109年10月19日玉地登字第1090005495號函附00地號土地謄本及地籍異動索引(見偵一卷第155至162頁)、同所110年4月7日玉地登字第1100001610號函附00地號土地及系爭土地謄本(見偵二卷第113至121頁)；③卓溪鄉公所移植函附移植許可申請文件審查表、花蓮縣原住民保留地林產物移植申請書、公私有林林產物移植跡地計畫書、土地所有權人竹木採運同意書、00地號土地謄本、地籍圖謄本、土地所有權人竹木採運委託書、茄苳樹所在位置GPS地圖及照片、公私有林林產物移植許可申請案會勘紀錄表、○○鄉○○段00地號移植計畫書(見偵一卷第351至399頁)、同公所109年10月8日卓鄉農字第1090015336號函附行政院農業委員會108年1月10日農授水保字第1071858779號函、109年10月27日花蓮縣山坡地違規使用涉及致生水土流失案件現場會勘紀錄、卓溪鄉鎮市公所山坡地水土保持查報人員執行表、移植函等件(見偵一卷第257至319、337至349頁)、

同公所109年10月19日卓鄉農字第1090015891號函附109年8月12日公私有林林產物移植許可申請案會勘記錄表(見偵一卷第163至165頁)、同公所110年4月6日卓鄉農字第1100004724號函附函稿、簽稿會核單、卓溪鄉鎮市公所山坡地水土保持查報人員執行表、GPS地圖及現場照片、00地號土地及系爭土地查詢資料、移植函等件(見偵二卷第67至112頁);④花蓮縣政府109年11月3日府農保字第1090215884號函(見偵一卷第253至255、333至335頁);⑤行政院農業委員會水土保持局(下稱水保局)109年12月1日水保監字第1091815240號函(見偵一卷第323至326頁)、水保局110年3月31日水保監字第1101803317號函(見偵二卷第63、64頁);⑥行政院農業委員會林務局(下稱林務局)109年12月14日林企字第1091643691號函(見偵一卷第327、328頁)、林務局110年4月1日林政字第1100212147號函(見偵二卷第65頁)、林務局110年4月14日林企字第1101610055號函(見偵二卷第137至154頁)、林務局花蓮林區管理處110年7月17日花玉作字第1108630892號函(見偵二卷第191頁);⑦內政部警政署保安警察第七總隊第八大隊109年12月11日保七八大刑字第1090004948號函(見偵一卷第329頁)、遠傳資料(門號0000000000號)查詢(見偵二卷第13至23頁)、109年度數採字第32號採證報告及被告持用行動電話內之對話紀錄及照片(見數採卷)、花蓮縣○○○○里○○000○0○0○○○○○○0000000000號函職務報告(見本院卷第165至167頁)。

2、被告固以前詞置辯,而田武光、陳春成等亦有為騙取被告之買賣價金,而於現場佯以本案茄苳樹為移植函所載00地號土地上之A茄苳樹等語欺騙被告,然查:

(1)按刑法對於故意有兩種規定,刑法第13條第1項規定:「行為人對於構成犯罪之事實,明知並有意使其發生者,為故意」;第2項規定:「行為人對於構成犯罪之事

實，預見其發生而其發生並不違背其本意者，以故意論」。前者為確定故意(又稱直接故意)，後者為不確定故意(又稱間接故意)，均屬故意實行犯罪行為之範疇。判斷行為人是否預見，更須依據行為人的智識、經驗，例如行為人的社會年齡、生活經驗、教育程度，以及行為時的精神狀態等事項綜合判斷(最高法院111年度臺上字第1519號判決參照)。

(2)移植函說明欄第三點記載：「本所僅同意申請○○段00地號標的物50年生，胸徑20-40公分，樹高8-10公尺之茄苳共1株(即A茄苳樹)機械搬運砍伐作業，...不得有下列之行為：(五)盜伐、擅伐或誤伐林產物等情事發生。」等語(見偵一卷第352頁)，而本案茄苳樹之胸徑為1.3公尺、樹高13.65公尺，業據證人朱祖昊於警詢中證述明確(見警卷第158頁)，並有贓物認領保管單、本案茄苳樹照片附卷可憑(見警卷第165、239、241、242頁)，是本案茄苳樹與A茄苳樹在胸徑、樹高明顯差距甚大，客觀上易於以肉眼辨識。被告於警詢時供稱：「我有看過移植證明，有看得很仔細」、「我用肉眼判斷(本案茄苳樹)胸徑約4.6臺尺(約138公分)，未裁枝之前約15公尺至16公尺高，裁枝後約12公尺左右，重量約17公噸」、「(問：昨(5)日你所買賣之茄苳樹與卓溪鄉公所〈移植函〉所核准之樹木的胸徑及樹高明顯不同，你做何解釋？)我要挖樹之前有拿卓溪鄉公所的移植證明文件問陳春成，為何文件上的尺寸與要挖的茄苳樹尺寸差那麼多，陳春成跟我說申請文件的代書說就是今天挖得這一棵，叫我挖就對了」等語(見警卷第52、53頁)，再於本院前審準備程序時改稱：「快挖到樹的時候，才發現要挖的樹怎麼跟公文上差這麼多，我就問陳春成他們，陳春成、劉恭清就說就是這棵樹」等語(見本院前審卷第174頁)，除坦言其在挖掘載運本案茄苳樹之前，即以肉眼辨識發覺本案茄苳樹與所細看移植函內容上所載A茄苳樹差距甚大，並

見其就本案茄苳樹是否為移植函所載A茄苳樹，已生質疑。再參以移植函發文時間為109年8月17日(會勘時間為同年月12日)，距被告係於同年10月1日僱請謝明吉等人前來開路挖樹，僅約1月半，茄苳樹顯無可能於短如1月半時間突然增長胸徑及樹高之常情，被告應可懷疑陳春成所稱移植函所載A茄苳樹即係本案茄苳樹等語非真。是由上情以觀，被告主觀上應知悉本案茄苳樹並非移植函上所載且為陳春成所購得坐落在00地號土地之A茄苳樹。

(3)被告於本院前審準備程序時直承：「沒有移植的公文，樹下來的話，警方會攔，我被騙很多次，也被攔很多次，警方都會要看移植的公文」、「移植有很多種公文，以本件來講，就是說有公文，但不是隨便哪一棵都可以挖，一定要是公文上的樹才可以挖」等語(見本院卷第173頁)，可徵依被告過去多次購樹及遭騙之經驗，知悉除需主管機關核准移植文件外，仍須就移植文件所載樹木內容與現場所挖掘林木實際狀況(如胸徑、樹高等)進行核實，尚不能單憑賣方所述即可任意挖掘、運送林木，否則極易觸法，亦見被告尚無僅因陳春成、劉恭清、田武光等人佯稱移植函所載00地號土地上之A茄苳樹即係本案茄苳樹等語，而誤信受騙，足見其主觀上應知悉陳春成、田武光等人上開所言非真。

(4)陳春成於本院前審審理時證稱：「一般行情，我要向地主買(茄苳樹)的，直徑有5尺大約一棵20萬元左右，5尺是約一人高這樣的直徑，因為我們還要花很多花費在那邊，差不多20至25萬元左右，還要看樹的美醜，高度不影響，幹有影響。價格依尺寸跳，6尺、7尺，現在買不到這種尺寸，我現在有辦法買到的頂多在5尺內」、「3尺的樹現在價錢不好，差不多在幾萬元而已」等語(見本院前審卷第291-292頁)，證人劉國能於本院前審同日審理時證稱：「(問：那棵樹的旁邊是否還有種其他樹？)...好像類似原始林還沒開發過，我知道就是進去

時候有檳榔樹，其他是原始林...」、「那棵樹旁邊是原始林」、「他(指陳春成)有說上面還有，小小的，我還跟我弟弟(指被告)講說大老遠跑來挖那小棵幹嘛，根本划不來」、「他(指陳春成)有附帶(移植函附在買賣契約)，因為現在沒有申請公文誰敢去挖」、「就是有看到陳春成附帶移植公文」、「我還叫被告將移植公文要留起來，還拿去7-11叫他影印起來保護自己」、「現在挖樹沒有移植公文誰要買，很多騙人的，一大堆騙子」、「(問：你做這些相關園藝、樹木的事物大概做了多久？)將近10年了。也是因為這樣跟被告比較熟，是同行也是同鄉」、「(問：你剛才有強調現在沒有申請公文的話，誰敢去挖樹，如果現在要去別人土地移植樹木，相關流程為何？)一定要先找到地號，現在科技很發達，我們都會準備像GPS定位的，是不是這個人，地號出來之後，名字對不對，範圍有多大，也有圖好看，我做的是這樣。如果我要買賣一定要這樣做，因為以前被騙太多了」等語(見本院前審卷第304至314頁)。依上開證人所述，可知移植函上之A茄苳樹胸徑僅20-40公分(按1尺為30.3公分，A茄苳樹胸徑〈測量者胸前高度的樹木直徑〉為1尺多)，除明顯與本案茄苳樹胸徑(4.6尺)相距甚大【詳前述（2)】外，價格亦相差甚遠，被告在劉國能告知「大老遠跑來挖那小棵幹嘛，根本划不來」下，應知悉此等差異之情；況與被告均曾多次受騙、同行看樹之劉國能尚能於購樹時使用GPS定位系統確認土地地號，以免誤買他人土地上林木而上當受騙，同行業之被告應無難以使用GPS定位系統確認本案茄苳樹是否坐落在00地號土地之情，以查證陳春成所述與移植函內容所載是否相符，顯無輕易聽信田武光、陳春成等人說詞之理，被告猶不加以確認、核對或要求陳春成提出本案茄苳樹之許可移植函，復未以GPS定位系統確認，執意繼續挖掘本案茄苳樹，顯見其主觀上已預見本案茄苳樹非位於移植函

所載00地號土地上，對於挖掘本案茄苳樹縱發生竊取他人林木之結果，仍容任其發生。

(5)被告係從事園藝造景業(見警卷第52頁，偵一卷第126頁，本院前審卷第314頁)，加以其前有多次購樹及遭騙之經驗【詳前述（3）】，參以其曾①因在山坡地保育區盜伐七里香，違反山坡地條例，經臺灣苗栗地方法院以102年度訴字第375號判決判處有期徒刑5月確定；②在公告之山坡地、林業用地未經申請水土保持計畫、以怪手挖掘向他人購買非所有權人之茄苳樹而涉嫌違反森林法、山坡地條例、水保法等案件，經臺灣臺東地方檢察署檢察官認被告所辯聽信非所有權人所言，誤認所購買之樹木為該人所有等語，尚非無據，以108年度偵字第1883號為不起訴處分確定；③挖掘竊取國有土地上茄苳樹，經臺灣屏東地方檢察署檢察官以110年度偵續字第55、56號提起公訴等情，有上開判決書、起訴書(見偵一卷第173至196頁，本院前審卷第97至153頁)及臺灣高等法院被告前案紀錄表附卷可稽，其於本案購樹及開路挖掘前，當知悉若事先調查、測量土地確實位置，以免非法開發採伐到相鄰國有或私人山坡地、林區之林木而重蹈覆轍，且其於另案，所僱用之人曾以GPS定位所購買茄苳樹之位置，復經他人告知該茄苳樹為出售人所有，經臺灣屏東地方檢察署檢察官認被告係因聽信他人而無不法所有意圖，以110年度偵字第2997號、109年度偵字第11469號為不起訴處分確定(見本院前審卷第123至133頁)，可徵其尚能以GPS定位系統確認所購買茄苳樹坐落位置。又證人蘇俊維於偵訊中證稱：00地號土地周遭均為原始林，私有地與國有地無明顯區隔，停車處有種一點點苦茶樹，走上去全部都是原始林，走到申請移植處耗時約20分鐘等語(見偵二卷第32頁)，在本案茄苳樹係坐落在未有明顯界標、界址之林地內情況下，被告更應以事先查證確認，以免觸法。是由其職業、前科、多次

購樹及遭騙經驗，顯具有較諸一般人為高之認識與經驗，則其於本案已發覺本案茄苳樹與移植函所載00地號土地上之A茄苳樹不同，陳春成等人所言明顯虛假，本案茄苳樹坐落在未有明顯界標、界址之林地內情況下，應可預見本案茄苳樹非位於00地號土地而屬國有或他人土地上林木之高度可能性，猶放棄事先查證確認(如向林務局或管轄地政機關申請辦理鑑界等)，縱挖掘本案茄苳樹發生竊取他人林木之結果，仍容任其發生，已有竊取森林主產物之不確定故意。

(6)綜前，被告知悉本案茄苳樹非移植函所載00地號土地上之A茄苳樹，陳春成等人所言本案茄苳樹係移植函所載00地號土地上之A茄苳樹等語明顯虛假，本案茄苳樹係坐落在未有明顯界標、界址之林地內，依其職業、前科、多次購樹及遭騙經驗，主觀上可預見本案茄苳樹非位於00地號土地範圍內而竊取他人林木之可能性甚高，猶未查證確認，執意挖掘本案茄苳樹，對於挖掘本案茄苳樹縱發生竊取他人林木之結果，仍容任其發生，是被告確有竊取森林主產物之不確定故意甚明，被告及辯護人上開所辯，均非可採，而證人陳春成於本院前審審理時證稱：劉恭清說本案茄苳樹可以挖、被告不知是在國有土地上、伊沒有看公文等語，以及劉國能於同日證稱：被告簽約時，陳春成有附移植公文，說買的就是本案茄苳樹等語，均不足為有利被告之認定。

3、按共同正犯在主觀上須有共同犯罪之意思，客觀上須為共同犯罪行為之實行。所謂共同犯罪之意思，係指基於共同犯罪之認識，互相利用他方之行為以遂行犯罪目的之意思；共同正犯因有此意思之聯絡，其行為在法律上應作合一的觀察而為責任之共擔。至於共同正犯之意思聯絡，不以彼此間犯罪故意之態樣相同為必要，蓋刑法第13條第1項、第2項雖分別規定行為人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者，為故意；行為人對於構成犯罪之事實，

預見其發生而其發生不違背其本意者，以故意論。前者為直接故意，後者為間接故意，惟不論「明知」或「預見」，僅認識程度之差別，間接故意應具備構成犯罪事實之認識，與直接故意並無不同。除犯罪構成事實以「明知」為要件，行為人須具有直接故意外，共同正犯對於構成犯罪事實既已「明知」或「預見」，其認識完全無缺，進而基此共同之認識「使其發生」或「容認其發生（不違背其本意）」，彼此間在意思上自得合而為一，形成犯罪意思之聯絡。故行為人分別基於直接故意與間接故意實行犯罪行為，自可成立共同正犯(最高法院101年度第11次刑事庭會議決議意旨、105年度臺上字第712號判決參照)。查田武光、陳春成為騙取被告之買賣價金，在現場佯以本案茄苳樹為移植函所載00地號土地上之A茄苳樹等語而欺騙被告，然被告知悉本案茄苳樹非移植函所載00地號土地上之A茄苳樹，陳春成等人所言非真，主觀上可預見本案茄苳樹非位於00地號土地範圍而竊盜他人森林主產物之可能性甚高，猶執意僱工開路挖樹，對於挖掘本案茄苳樹縱發生竊取森林主產物之結果，仍不違背其本意，其等雖動機不一(陳春成等係為詐騙被告之買賣價金，被告為取得本案茄苳樹)，惟就竊取本案茄苳樹森林主產物、違反水保法及山坡地條例之認識完全相同，進而基此共同之認識，容認竊取本案茄苳樹、違反水保法及山坡地條例之行為發生，依前揭說明，彼此間在意思上自得合而為一，形成犯罪意思之聯絡，由陳春成在現場向被告指示本案茄苳樹為移植函所載00地號土地上之A茄苳樹，可以挖掘運走，並由被告僱工開路挖樹，而有行為分擔。

4、至被告辯稱：謝明吉自己來說要幫伊開挖，非伊找他去挖，且田武光於開闢道路及挖掘本案茄苳樹時並未在場等語(見本院卷第126頁)，然查：

(1)謝明吉於偵訊中供稱：「(問：是何人找你過去？)被告」、「(問：工資如何計算？)我跟被告承包17萬，付

了頭款7萬」、「(問：為何協助被告開挖並載運茄苳樹？)被告打電話給我，說有公文、合法，就委託我」、「開路是被告叫我開的，被告說沒問題就這樣開過去」等語(見偵一卷第127至129頁)，參以被告及陳春成均於警詢中供稱：2人協議由被告自行挖取等語(見警卷第34、55頁)，果被告未僱請謝明吉前來開路挖樹，謝明吉顯無由且自行負擔高額工程費用為被告開路挖樹？足見被告確有僱用謝明吉前來開路挖樹，被告此部分所辯，尚非可採。

(2)謝明吉於偵訊時供稱：109年10月1日上午8時許開挖時，現場有買方被告、賣方田武光及陳春成在場等語(見偵一卷第129頁)，接稱：當天係自稱向田武光買樹男子與被告、田武光一起來等語(見偵一卷第442頁)，而田武光於警詢及偵訊中供稱：其於10月3日下午有到現場看，挖土機已經開到樹旁邊等語(見警卷第6頁，偵一卷第134頁)，參以田武光係出售本案茄苳樹予陳春成，陳春成再轉售予被告，於開路挖樹履行買賣契約時，衝情，賣方田武光應到場親自指示點交，況田武光及陳春成業已坦承與被告共犯本案，並經原審判決判處罪刑確定(見原審卷第452、453、523至534頁)，足徵田武光確有於開路挖樹時在場，被告此部分所辯，亦非可採。

(三)綜上所述，被告所辯均非可採，其犯行事證明確，應依法論科。

三、論罪科刑

(一)被告行為後，森林法第52條第1項已於110年5月5日修正公布，於同年月7日施行，修正前森林法第52條第1項之法定刑為「1年以上7年以下有期徒刑，併科贓額5倍以上10倍以下罰金」，修正後森林法第52條第1項則將以贓額倍數計算罰金數額之方式，修正明定罰金之最低額及最高額為「併科新臺幣100萬元以上2000萬元以下罰金」，是依修正前規定，本案被告竊取之茄苳樹之山價為19萬758元（總售價20

萬元減去總生產費9,242元），有林務局花蓮林區管理處函附之價格查定書在卷可憑(見原審卷第163、165頁)，是以此換算併科贓額5倍至10倍後，可併科95萬3,790元以上190萬7,580元以下罰金，其本案得併科之罰金上限低於修正後規定，是經比較新舊法結果，修正後森林法第52條第1項規定並未較有利於被告，依刑法第2條第1項前段之規定，自應適用修正前森林法第52條第1項之規定。

(二)相關法律見解及說明：

1、按森林係指林地及其群生竹、木之總稱。依其所有權之歸屬，分為國有林、公有林及私有林；國有林林產物之種類、處分方式與條件、林產物採取、搬運、轉讓、繳費及其他應遵行事項之處分規則，由中央主管機關定之，森林法第3條第1項、第15條第3項分別定有明文。而依前開條文授權訂定之國有林林產物處分規則第3條第1款規定：主產物：指生立、枯損、倒伏之竹木及餘留之根株、殘材。本案茄苳樹係生長於00之0地號國有土地上，使用分區為山坡地保育區，使用地類別為林業用地，依森林法施行細則第3條第1款之規定為國有林地，有林務局函文在卷可稽(見偵卷一第327頁)，足認本案茄苳樹為森林主產物。

2、次按刑法第28條所規定之共同正犯，其正犯性理論係採「一部行為全部責任」原則，依犯罪共同說，共同正犯之成立，各參與犯罪之人，在主觀上具有明示或默示之犯意聯絡（即共同行為決意），客觀上復有行為之分擔（即功能犯罪支配），亦即，行為人彼此在主觀上有相互利用對方行為，充當自己犯罪行為之意思，客觀上又呈現分工合作，彼此互補，協力達成犯罪目的之行為模式，始能成立。又依司法院釋字第109號解釋「以自己共同犯罪之意思，事先同謀，而由其中一部分人實施犯罪之行為者，均為共同正犯」之意旨，明示將「同謀共同正犯」與「實施共同正犯」併予納入刑法第28條共同正犯之內涵。至於刑法分則或刑法特別法規定中所謂結夥二人或三人以上之犯

罪(下稱結夥犯罪)，應以在場共同實行或在場參與分擔實行犯罪之人為限，並不包括同謀共同正犯在內；所稱以在場共同實行或在場參與分擔實行犯罪之人為限，旨在排除同謀共同正犯，非謂僅限在犯罪場所之人始計入結夥人數，縱未在犯罪場所之內，但在附近或經聯繫得及時到場馳援之把風或接應者，既足以排除犯罪障礙或助成犯罪之實現，不問其間有無物理阻礙或隔絕，仍應計入結夥之內，方符結夥犯罪加重法定刑之立法本旨(最高法院112年度臺上字第855號判決參照)。查謝明吉等人使用挖土機等器具開路挖掘本案茄苳樹時，被告、田武光、陳春成均在現場(詳如前述二(一)(二)2)，陳春成在現場向被告指示本案茄苳樹為移植函所載00地號土地上之A茄苳樹，可以挖掘運走，並由被告僱工開路挖樹，以遂行竊取森林主產物，均為實行共同正犯，亦該當修正前森林法第52條第1項第4款所規定之「結夥二人以上」要件。

3、再按修正前森林法第52條係刑法第320條第1項、第321條之特別規定(最高法院106年度臺上字第971號判決參照)，而水保法係山坡地條例之特別法(最高法院97年度臺上字第2635號判決參照)，依特別法優於普通法原則，應分別優先適用修正前森林法第52條、水保法。

(三)核被告在水保法公告之國有、私有山坡地，結夥田武光、陳春成等2人以上、僱使謝明吉等人修建道路開發使用及在國有林地內挖掘本案茄苳樹，並使用大貨車搬運載離等所為，係犯水保法第32條第1項之非法開發、使用，致水土流失罪及修正前森林法第52條第1項第4款、第6款之結夥二人以上、僱使他人、使用車輛搬運而犯竊取森林主產物罪。

(四)被告、田武光、陳春成、謝明吉、伍偉龍、伍偉麒、陳英崇就違反水保法部分，有犯意聯絡及行為分擔，均為共同正犯。又被告利用謝明吉、伍偉龍、伍偉騏、陳英崇竊取森林主產物部分，為間接正犯。再被告、田武光、陳春成就竊取森林主產物犯行，雖動機不同，惟就竊取本案茄苳

樹森林主產物之認識完全相同，進而基此共同之認識，容認竊取本案茄苳樹行為發生，自具有犯意聯絡，且有行為分擔，應論以共同正犯。又結夥竊盜罪本質即為共同犯罪，爰不於主文諭知係共同犯罪(最高法院83年度臺上字第2520號判決參照)。

(五)被告所犯上開2罪，時、地有重要之重疊，又係自始出於同一竊取牟利之目的，依社會通念，應評價為一行為較為合理，其以一行為觸犯二罪名，為想像競合犯，應依刑法第55條前段之規定，從一重以修正前森林法第52條第1項第4款、第6款之罪處斷。

(六)被告前因重利、恐嚇等案件，經法院判刑確定，復經法院裁定應執行有期徒刑1年11月確定，入監執行後假釋出監，於105年3月29日假釋期滿執行完畢等情，有臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可按。被告於前揭徒刑執畢後5年以內，故意再犯本案有期徒刑以上之罪，為累犯。然考量被告上開犯行之罪質均與本案迥異，檢察官復未舉證證明被告有何刑罰特別惡性或對刑罰反應力薄弱之情形，爰不依刑法第47條第1項規定加重其刑。

(七)被告曾多次因違反水保法、山坡地條例、森林法等案件經移送偵辦，當更為謹慎，猶為本案犯行，對自然環境造成破壞及影響非微，客觀上並無足以引起一般人之同情，認為宣告法定低度刑期仍嫌過重情形，尚無依刑法第59條酌量減輕之餘地。

四、撤銷改判之理由、量刑、沒收

(一)原審以被告事證明確，因予論罪科刑，固非無見，然查：

1、被告、田武光及陳春成就竊取森林主產物部分，雖動機不同(陳春成等係為詐騙被告之買賣價金，被告為取得本案茄苳樹)，然就竊取本案茄苳樹森林主產物之認識完全相同，進而基此共同之認識，容認竊取本案茄苳樹之行為發生，自具有犯意聯絡，由陳春成在現場向被告指示本案茄苳樹為移植函所載00地號土地上之A茄苳樹，可以挖掘運走，並

由被告僱工開路挖樹，而有行為分擔，均為實行共同正犯，該當於修正前森林法第52條第1項第4款「結夥二人以上」要件，原判決認田武光、陳春成意在騙取被告之買賣價金，與被告處於利害對立，尚難該當「結夥二人以上」要件，尚有未洽。

2、被告業於本院前審及本次審理時均坦認違反水保法犯行(見本院前審卷第335頁，本院卷第204、214頁)，復已購買樹苗、僱工在系爭土地上種植(見本院卷第187至193頁)，可徵其終能悔悟，反省本案己身此部分所為，犯後態度尚可，犯罪後所生損害亦略有降低，原審量刑基礎情狀已有鬆動，應可往對被告有利方向擺盪，原審未及審酌，亦有未合。

3、被告否認竊取森林主產物犯行，提起上訴，雖無理由，惟原判決既有前揭未洽之處，自應由本院撤銷改判。

(二)量刑：

1、爰以行為人之責任為基礎，審酌：

(1)被告所為本案犯行係為轉賣茄苳樹牟利之動機及目的。

(2)僱工使用PC-200型挖土機開路挖掘、以鏈鋸裁鋸本案茄苳樹、分枝修剪、使用附加吊桿大貨車將本案茄苳樹掛吊上車載運等犯罪手段及情節。

(3)就違反水保法部分，經花蓮縣政府案發後會勘結果，所開挖道路之路面已有沖蝕情形發生，道路上邊坡，裸露殘壁已有零星崩塌情形，開挖整地之棄土方，直接在道路下邊坡山谷隨意堆置，道路坡頂已有裂隙，易造成坡面滑動及土砂災害(見偵一卷第262頁)，另經內政部警政署保安警察第七總隊第八大隊於110年9月15日再往複勘結果，入口處道路上邊坡土石裸露，遭盜挖現場除一處有部分土石滑落及一塊巨石滾落至道路路面，原開鑿道路路面、上下邊坡及挖掘茄苳樹周遭邊坡土石方皆已雜草叢生(見原審卷第281至291頁)，惟被告嗣已購買樹苗、僱工在系爭土地上種植(見本院卷第187至193頁)，

犯罪後所生損害亦略有降低；就竊取森林主產物部分，被告所竊本案茄苳樹已發由卓溪鄉公所保管(見警卷第165頁)，被告嗣後協助移植安置至卓溪鄉公所部落遊憩區內(見原審卷第259頁)，犯罪後所生損害亦有降低。

(4)被告前有二(二)2（5）(經檢察官為不起訴處分部分，不在審酌範圍內)、三(六)所示前科紀錄之素行品行。

(5)就違反水保法部分，被告雖於原審否認犯罪，飾詞卸責，然於本院前審及本次審理時均坦認此部分犯行，犯罪後態度尚可；就竊取森林主產物部分，猶飾卸其責，犯罪後態度非佳。

(6)被告自陳高職畢業(見原審卷第385頁，本院前審卷第337頁)之教育及智識程度。

(7)被告自陳現已離婚、須扶養1未成年子女及父母、之前從事園藝工作、現無業、在外欠債等家庭經濟生活狀況(見原審卷第385頁，本院前審卷第337頁)。

本院審酌上開各情，並參酌檢察官、被告及其辯護人之意見，暨衡酌「罪刑相當原則」等一切情狀，量處被告如主文第二項所示之有期徒刑(刑種及刑度)。

2、按110年5月5日修正公布前之森林法第52條第1項贓額之計算係以原木之「山價」為準，並不以交易價格「市價」為準，所謂「山價」，依土地徵收條例授權內政部訂定之農作改良物徵收補償費查估基準第3點關於有利用價值造林木之規定，其查定方式，係依查估時該木材「市價」減去必要之生產(伐木及搬運)費用(最高法院110年度臺上字第5684、4565號判決參照)。本案茄苳樹總售價為20萬元，搬運費用為9,242元，山價為19萬758元(見原審卷第165頁)，辯護人主張應扣除被告支付謝明吉之報酬，並無理由。本院考量被告所盜取之贓木贓額，以及其參與程度、於山坡地破壞水土保持之犯罪情節、智識程度、經濟狀況等情，依修正前森林法第52條第1項規定，併科贓額5倍(19萬758元×5=95萬3,790元)之罰金，並諭知罰金如易服勞役，以3,000

元折算1日。

(三)沒收：

1、扣案之本案茄苳樹已發由卓溪鄉公所保管(見警卷第165頁)，被告應無犯罪所得，尚難依刑法第38條之1第1項規定宣告沒收。

2、按森林法第52條第5項規定「犯本條之罪者，其供犯罪所用、犯罪預備之物或犯罪所生之物，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。」，次按水保法第32條第5項規定：「犯本條之罪者，其墾殖物、工作物、施工材料及所使用之機具，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。」，均係採義務沒收主義，並為刑法第38條第2項前段關於職權沒收之特別規定，自應優先適用之(最高法院111年度臺上字第5173號、107年度臺上字第4337號判決參照)，又刑法第38條之2第2項過苛調節條款，乃將憲法上比例原則予以具體化，不問實體規範為刑法或特別刑法中之義務沒收，亦不分沒收主體為犯罪行為人或第三人之沒收，復不論沒收標的為原客體或追徵其替代價額，同有其適用，仍有上述過苛條款之調節適用(最高法院109年度臺上字第2512號、108年度臺上字第2760號判決參照)。查扣案鏈鋸1支、挖土機1台均為謝明吉所有，分別供被告、田武光、陳春成等人竊取森林主產物、違反水保法所用，扣案附加吊桿之大貨車則為伍偉龍所有，供竊取森林主產物所用，業據謝明吉、伍偉龍等供陳在案，原應依上揭規定，不問屬於犯罪行為人與否，宣告沒收之，然上開鏈鋸、挖土機、吊卡貨車財產所有人為遭被告利用於犯竊取森林主產物者，其等就此部分為不知情之人，又上開扣案物品中固有用於違反水保法犯行，然挖土機及吊卡貨車等大型機具均具相當價值，如將之沒收，恐有過苛之虞，爰依刑法第38條之2第2項規定，不予宣告沒收。

據上論斷，應依刑訴法第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官蕭百麟偵查起訴，檢察官崔紀鎮到庭執行職務。
中　　華　　民　　國　　112　　年　　10　　月　　18　　日
刑事第一庭審判長法　官　林信旭
法　官　張健河
法　官　顏維助
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，其未敘述理由者，並得於提起上訴狀後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」。
告訴人或被害人如對於本判決不服者，應具備理由請求檢察官上訴，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　　10　　月　　18　　日
書記官　秦巧穎
附錄本案論罪科刑法條全文：
修正前森林法第52條
犯第五十條第一項之罪而有下列情形之一者，處一年以上七年以下有期徒刑，併科贓額五倍以上十倍以下罰金：
一、於保安林犯之。
二、依機關之委託或其他契約，有保護森林義務之人犯之。
三、於行使林產物採取權時犯之。
四、結夥二人以上或僱使他人犯之。
五、以贓物為原料，製造木炭、松節油、其他物品或培植菇類。
六、為搬運贓物，使用牲口、船舶、車輛，或有搬運造材之設備。
七、掘採、毀壞、燒燬或隱蔽根株，以圖罪跡之湮滅。
八、以贓物燃料，使用於礦物之採取，精製石灰、磚、瓦或其他物品之製造。
前項未遂犯罰之。
第一項森林主產物為貴重木者，加重其刑至二分之一，併科贓額十倍以上二十倍以下罰金。
前項貴重木之樹種，指具高經濟或生態價值，並經中央主管機關

公告之樹種。
犯本條之罪者，其供犯罪所用、犯罪預備之物或犯罪所生之物，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。
第五十條及本條所列刑事案件之被告或犯罪嫌疑人，於偵查中供述與該案案情有重要關係之待證事項或其他正犯或共犯之犯罪事證，因而使檢察官得以追訴該案之其他正犯或共犯者，以經檢察官事先同意者為限，就其因供述所涉之犯罪，減輕或免除其刑。
水土保持法第32條
在公有或私人山坡地或國、公有林區或他人私有林區內未經同意擅自墾殖、占用或從事第八條第一項第二款至第五款之開發、經營或使用，致生水土流失或毀損水土保持之處理與維護設施者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣六十萬元以下罰金。但其情節輕微，顯可憫恕者，得減輕或免除其刑。
前項情形致釀成災害者，加重其刑至二分之一；因而致人於死者，處五年以上十二年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金；致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣八十萬元以下罰金。
因過失犯第一項之罪致釀成災害者，處一年以下有期徒刑，得併科新臺幣六十萬元以下罰金。
第一項未遂犯罰之。
犯本條之罪者，其墾殖物、工作物、施工材料及所使用之機具，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。