臺灣高等法院花蓮分院刑事判決

112年度原上訴字第12號

上　訴　人
即　被　告　張文成
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

選任辯護人　王政琬律師(法扶律師)

上列上訴人因竊佔案件，不服臺灣花蓮地方法院111年度原易字第19號中華民國112年1月5日第一審判決（起訴案號：臺灣花蓮地方檢察署110年度偵字第1754號），提起一部上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於刑之部分撤銷。

上開撤銷部分，處有期徒刑參月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。

事實及理由

一、本院審理範圍：

上訴人即被告張文成（下稱被告）於本院中已明示僅就刑一部提起上訴，並撤回除量刑以外之上訴，此有刑事一部撤回上訴狀附卷可稽（見本院卷第375頁、第393頁至第394頁、第613頁），則依刑事訴訟法第348條規定及其修法理由，本院審理範圍自僅及於原判決關於被告刑之部分，並以原判決所認定之犯罪事實及論罪作為審查量刑妥適與否之基礎。其未表明上訴之原判決關於犯罪事實、證據、理由、論罪（含罪名、罪數）、沒收則不屬本院審判範圍，該等部分均如第一審判決書之記載（如附件）。

二、被告上訴意旨略以：伊認罪，請求從輕量刑及給予緩刑宣告等語。

三、撤銷原判決科刑部分之說明及本院量刑：

㈠原審審理後，認被告犯罪事證明確，並依刑法第25條第2項

之未遂規定予以減輕其刑後，予以科刑，固非無見。惟量刑係法院就繫屬個案犯罪之整體評價，為事實審法院得依職權裁量之事項。量刑判斷當否之準據，應就判決之整體觀察為綜合考量，不可摭拾其中片段，遽予評斷。刑法第57條第10款所稱犯罪後之態度，本屬主觀事項，包括行為人犯罪後，有無悔悟等情形；犯後態度如何，尤足以測知其人刑罰適應性之強弱。被告在緘默權保障下所為之任意陳述，坦承犯行，不惟可節省訴訟勞費，使明案速判，更屬其人格更生之表徵，自可予以科刑上減輕之審酌（最高法院112年度台上字第168號判決意旨參照）。查被告於本院中認罪（見本院卷第375、613頁），此與其於偵查及原審否認犯行之情狀已有不同，堪認被告已面對己過，自得列為犯罪後之態度予以刑度減讓之考量因子，而此部分已影響刑之酌定，原審未及審酌而為量刑，稍有未洽。被告上訴意旨以其有前揭情事為由，主張原審量刑過重而提起上訴等語，尚非全無理由，自應由本院將原判決關於刑之部分予以撤銷改判。

㈡爰以行為人之責任為基礎，審酌被告在未合法取得系爭土地所有權前，即恣意自恃原住民身分而未經許可擅自墾殖系爭土地，對於山坡地之保育、水土保持及國有財產欠缺尊重，所為實不可取，惟念其終能面對己過而於本院中認罪，犯後態度之量刑因子已生有利於被告之變動，暨其本案行為尚未造成水土流失之實害結果，對環境所生危害非鉅，然迄今仍未將系爭土地騰空返還主管機關，兼衡其如臺灣高等法院被告前案紀錄表所示素行、犯罪手段及本案墾殖之面積、期間；暨被告於本院自述大學畢業之教育程度，在警察機關任職37年6月，目前退休務農等一切情狀（見本院卷第376頁），量處如主文第2項所示之刑，並諭知易科罰金之折算標準。

四、本案不予宣告緩刑之說明：

被告雖請求本院對其為緩刑之宣告等語。然審酌被告為具有相當智識及經驗之成年人，且在警察機關任職37年6月，相

較於一般民眾，本應對法令更為熟稔，當知擅自墾殖山坡地、林地，破壞山林，極易引致土地涵水結構產生缺損，如遇豪雨侵襲之際，恐將引發土石流等災害，有害水土資源保育及災害減免，卻仍固執己見，恣意認為在系爭土地上墾殖即可依原住民保留地開發管理辦法取得系爭土地所有權，而未經主管機關同意，非法擅自墾殖系爭土地，主觀上惡性難謂可憫，雖幸未致生水土流失之結果，然其違法墾殖範圍面積甚廣，且迄至本院言詞辯論終結前，仍未有任何回復原狀之實際作為，甚至尚有持續擴大使用之虞，此有被害人原住民族委員會民國113年9月16日刑事陳述意見狀附卷可參（見本院卷第473頁），對於水土保持自有相當程度之危害影響，亦難認被告就其所為已有真誠彌補之意。從而，本院衡酌上情，認對被告本案所宣告之刑，仍有藉由刑之處罰，而達警惕被告不法之目的，而無以暫不執行為適當之情形，爰不予宣告緩刑。是被告請求給予緩刑部分，尚無可採，附此敘明。

五、退併辦之說明：

臺灣花蓮地方檢察署111年度偵字第4506號移送併辦意旨，以被告自108年底起非法墾殖占用系爭土地及花蓮縣○○鄉○○○段000地號土地，與起訴之犯罪事實具有繼續犯及部分事實同一之一罪關係，請求併案審理，然本案被告既僅就量刑部分提起上訴(檢察官並未提起上訴)，本院已無從再就併案部分之犯罪事實予以審究，則移送併辦之犯罪事實，縱與本案具一罪關係，本院亦不得併予審理，應退由檢察官另為適法處理，附此敘明。

據上論斷，應依刑事訴訟法第373條、第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官戴瑞麒提起公訴，檢察官黃怡君、鄧定強、劉仕國到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　10　　月　　18　　日

刑事第二庭審判長法　官　林慧英

法　官　李水源

法　官　謝昀璉

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　　113　　年　　10　　月　　18　　日

書記官　劉又華

●附件：

臺灣花蓮地方法院刑事判決

111年度原易字第19號

公　訴　人　臺灣花蓮地方檢察署檢察官

被　　告　張文成

選任辯護人　楊蕙怡律師(法扶律師)

上列被告因竊佔案件，經檢察官提起公訴（110年度偵字第1754號），本院判決如下：

主　文

張文成犯水土保持法第三十二條第四項、第一項之非法墾殖、占用致水土流失未遂罪，處有期徒刑四月，如易科罰金，以新臺幣一千元折算一日。未扣案之如附表所示之墾殖物均沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

犯罪事實

一、張文成為原住民，明知座落花蓮縣○○鄉○○○段000地號土地（下稱系爭土地，面積約37,825平方公尺）屬公有地，且為原住民保留地（由原住民族委員會〈下稱原民會〉管理，以花蓮縣秀林鄉公所〈下稱秀林鄉公所〉為執行機關），使用分區為「森林區」，使用類別為「農牧用地」，為山坡地保育利用條例及水土保持法所定之山坡地，未經向主管機關申請取得耕作權前，並無合法使用權源，依法不得

擅自墾殖、占用，竟基於在公有山坡地擅自墾殖、占用之單一犯意，於民國108年底起，在系爭土地種植如附表所示之墾殖物，而未經同意擅自墾殖、占用系爭土地迄今，惟尚未致生水土流失結果。嗣欣○興業股份有限公司（下稱欣○興業公司，該公司在系爭土地上領有礦業權）員工發覺系爭土地遭張文成占用、墾殖，遂於109年11月23日以該公司欣字第1091123002號函向秀林鄉公所檢舉，秀林鄉公所乃以109年12月1日秀鄉經字第1090031477號函向花蓮縣警察局吉安分局（下稱吉安分局）提出告訴，並在系爭土地插牌張貼該公所公告【本處及周邊土地，為公有土地，嚴禁私自占用，違者依法送辦】等事項，然張文成仍置之不理，迄今仍未將如附表所示之墾殖物清除，騰空返還系爭土地。

二、案經秀林鄉公所訴由吉安分局報告臺灣花蓮地方檢察署偵查起訴。

理　由

一、證據能力方面：

（一）證人張○財於偵查中之證述：

1、刑事被告對於證人之對質詰問權，固為憲法所保障之基本訴訟權，不容任意剝奪。惟基於當事人進行主義，被告就是否行使對質詰問權，自有處分權，倘被告同意證人審判外陳述之證據能力，且經法院予其聲請傳喚證人到庭對質詰問之機會，惟其未聲請法院傳喚，應認其已捨棄對質詰問證人之權，則法院縱未傳喚證人到庭與被告對質詰問，應無訴訟程序違法之可言（最高法院111年度台上字第3222號、同年度台上字第2511號、同年度台上字第2292號判決意旨參酌）。

2、被告張文成及其辯護人雖於111年2月16日答辯狀記載「證人於偵詢中之證述雖依同法（即刑事訴訟法）第159條之1第2項之規定例外有證據能力，但因未經過交互詰問有礙被告防禦權之行使及實體真實之發現，不能認係經合法調查，不得作為判斷之依據」等語（見本院卷第67頁），然

刑事訴訟法第159條之1第2項規定「被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。」，係以具有「特信性」與「必要性」，已足以取代審判中經反對詰問之信用性保障，例外賦予證據能力，故尚與被告於審判中是否行使對質詰問權無涉，而證人張○財於偵查中檢察官訊問時所為之證述，並無顯不可信之情形，自屬傳聞之例外而有證據能力，且被告及其辯護人迄本案辯論終結止，均未聲請證人張○財到庭對質，顯已捨棄其對質詰問之權，是依前揭判決意旨，證人張○財於偵查中檢察官訊問時之證詞，自得採為本案判決之基礎。

（二）其餘本判決引用採為認定被告犯罪事實之供述證據，檢察官、被告及其辯護人均未爭執其證據能力（見本院卷第65、67、221頁），迄於本院言詞辯論終結前亦未聲明異議，本院復審酌並無不適當之情形，依同法第159條之5規定，認均有證據能力。

（三）非供述證據之物證，或以科學、機械之方式，對於當時狀況所為忠實且正確之記錄，性質上並非供述證據，無傳聞法則規定之適用，如該非供述證據非出於違法取得，並已依法踐行調查程序，即不能謂其無證據能力。本件判決以下引用之非供述證據，經本院於審理時依法踐行調查證據程序，與本案待證事實具有自然之關聯性，且無證據證明係公務員違法取得之物，依法自得作為證據。

（四）至於被告及其辯護人所爭執證人張○怡於警詢中證言、證人楊○名於警詢及偵查中檢察官訊問時未經具結證詞之證據能力，但本院並未採為認定犯罪事實之證據，爰無贅述之必要。

二、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

（一）系爭土地之面積約37,825平方公尺，屬公有土地，使用分區為「森林區」，使用類別為「農牧用地」，為山坡地保育利用條例及水土保持法所定之山坡地，亦係原住民保留地，由原民會管理，以秀林鄉公所為執行機關等節，有土

地建物查詢資料、花蓮縣秀林鄉地籍圖查詢資料、花蓮縣地理資訊整合應用平台圖資、花蓮縣山坡地範圍界址圖（全圖、秀林鄉）、行政院農業委員會水土保持局花蓮分局111年3月17日水保花保字第1112060968號函文等證據在卷（見警卷第101、105、143頁，本院卷第49、55、91頁）可參，且為被告所不爭執（見本院卷第222頁），是系爭土地屬於山坡地保育利用條例、水土保持法所定之「山坡地」及森林法所定之「林地」，應堪認定，自有山坡地保育利用條例、水土保持法及森林法之適用，又系爭土地既屬公有土地，倘欲耕作墾殖系爭土地，自應依法向主管機關申請取得耕作權，方得為之，自不待言。

（二）被告有於108年底起，在系爭土地種植如附表所示之墾殖物，後欣○興業公司員工發覺系爭土地遭張文成占用、墾殖，欣○興業公司遂於109年11月23日以該公司欣字第1091123002號函向秀林鄉公所檢舉，秀林鄉公所乃以109年12月1日秀鄉經字第1090031477號函向吉安分局提出告訴，並在系爭土地插牌張貼該公所公告【本處及周邊土地，為公有土地，嚴禁私自占用，違者依法送辦】等事項，然張文成仍置之不理，迄今仍未將如附表所示之墾殖物清除，騰空返還系爭土地等情，業據證人楊凱明於本院審理時、證人張○財於偵查中檢察官訊問時證述明確（見偵卷第168頁，本院卷第273至278頁），且為被告所不否認（見警卷第5至11、17至23、27至31頁，偵卷第37至39頁，本院卷第266至267頁），並有欣○興業公司109年11月23日欣字第1091123002號函暨所附資料、秀林鄉公所109年12月1日秀鄉經字第1090031477號、109年12月28日秀鄉經字第1090034092號函暨所附資料、吉安分局偵辦竊佔原住民保留地案件現場110年1月25日會勘紀錄暨會勘照片、吉安分局110年8月10日吉警偵字第1100011669號函附現場勘查紀錄暨所附現場照片、蒐證光碟，以及刑案現場照片在卷（見警卷第37至43、69至85、109至121、125至141頁，偵

卷第61至113頁）可憑，足認被告確有自108年底起，在系爭土地種植如附表所示之墾殖物而墾殖、占用系爭土地迄今之行為甚明。

（三）被告雖為原住民，但本案仍屬非法擅自占用公有土地：

1、原住民符合下列資格條件之一者，得申請無償取得原住民保留地所有權：一、原住民於本辦法施行前使用迄今之原住民保留地。二、原住民於原住民保留地內有原有自住房屋，其面積以建築物及其附屬設施實際使用者為準。三、原住民依法於原住民保留地設定耕作權、地上權或農育權，原住民保留地開發管理辦法第17條第1項定有明文。然觀諸前引系爭土地現場照片，得見該土地上並無任何自住房屋存在，且佐以證人即被告胞妹張○榮於本院審理中證稱：我們以前住在○○00號那邊，我父親都是走路去系爭土地上耕作等語（見本院卷第289頁），得認系爭土地上並無任何被告或其父執輩原有自住房屋在上，故被告並不符原住民保留地開發管理辦法第17條第1項第2款之情形。又系爭土地於原住民保留地開發管理辦法實施前，係由平地人洪○子、彭○芳二人租用，秀林鄉公所並於76年8月27日以府民經字第71025號函核定收回，且系爭土地並無登記他項權利人，且無合法使（租）用人，又被告迭於109年2月5日、同年3月2日向秀林鄉公所申請准予在系爭土地上耕作、農牧使用，然分經秀林鄉公所分以109年2月13日秀鄉經字第1090002505號、109年3月17日秀鄉經字第1090005154號函否准等節，有秀林鄉公所109年6月10日秀鄉經字第1090009361號、109年12月1日秀鄉經字第1090031477號、111年3月18日秀鄉經字第1110006423號函暨所附資料在卷（見警卷第77、181頁，本院卷第93至96頁）可佐，亦可認被告並無原住民保留地開發管理辦法第17條第1項第1款、第3款得申請無償取得原住民保留地所有權之資格甚明。

2、又被告辯稱系爭土地原由被告之父親耕作至81年過世止等

語，雖與證人張○財於偵查中、證人張○榮於本院審理時之證述情節（見偵卷第167至168頁，本院卷第278至289頁）大致相符，被告並提出張○財、張○能所書立之證明書為證（見偵卷第53、157頁），惟縱認被告所辯情節屬實，然觀諸前引秀林鄉公所函文（即系爭土地並無登記他項權利人，且無合法使〈租〉用人），得認被告父親生前並未曾辦理耕作權、地上權或農育權設定登記事宜，而此節亦為被告所不否認（見本院卷第63頁），是系爭土地縱原為被告父親所耕作、占用，自本應由使用人即被告父親申請辦理原住民保留地耕作權、地上權或農育權設定，然因被告父親尚未申請設定取得耕作權、地上權或農育權，就已經往生，故被告自無從依原住民保留地開發管理辦法第17條第5項後段主張因繼承而申請無償取得系爭土地所有權或耕作權灼然。

3、是承上各節，秀林鄉公所迄今並未准允被告使用或租用系爭土地，被告亦不符合原住民保留地開發管理辦法第17條所定得申請無償取得所有權之情形，卻仍擅自占用、墾殖系爭土地，自屬非法擅自占用公有土地，且被告自承知悉土地要申請才能使用（見本院卷第63頁），但其卻在未經秀林鄉公所允許之狀況下，擅自占用系爭土地，更在秀林鄉公所為前揭公告後，繼續占用系爭土地，益徵被告主觀上確有非法占用公有土地之犯意無疑。

（四）被告擅自墾殖、占用系爭土地，但尚未生水土流失之結果：

本案被告固有非法占用、墾殖系爭土地之事實，然系爭土地上僅有一般行車通過痕跡及植被增生，無重機械及疑似重機械行駛痕跡，亦無開挖整地情形，有秀林鄉公所111年9月26日秀鄉農字第1110024697號函文暨所附現場會勘紀錄、現勘照片在卷（見本院卷第205至211頁）可參，且依前引吉安分局及秀林鄉公所之勘查紀錄、現場照片等資料所示，系爭土地及周圍未發現有何裸露、沖蝕情形，且

坡面並無不連續、塌落等現象，復無拆除或破壞原有水土保持設施之跡證，是本案並無證據證明有「致生水土流失」或「毀損水土保持處理與維護設施」之情事，足見被告雖已著手實施非法墾殖、占用之行為，但尚未發生水土流失或毀損水土保持之處理與維護設施之實害結果無疑。

（五）綜上所述，本件事證明確，被告上開違反水土保持法等犯行，洵堪認定，應依法論罪科刑。

三、被告所辯不可採之理由：

（一）被告否認有本案竊佔、違反水土保持法等罪之犯行，被告暨辯護人辯（護）略以：

１、「原住民保留地由原住民世代居住或使用，嗣並依法回復取得土地所有權者，縱其時之居住或使用未事先申請許可，仍難謂係非法擅自占用他人之土地」，最高法院109年度台上字第4588號、同年度台上字第2149號判決意旨得參，而被告在系爭土地上種植作物，係基於原住民之身分，並且在原住民保留地開發管理辦法施行前即由被告父輩開始使用系爭土地，故被告使用系爭土地應屬合法。

２、縱認被告係違法占用系爭土地，但被告種植作物已超過20年，本案追訴權時效亦已完成。

（二）惟查：

１、政府承認原住民族土地及自然資源權利，原住民族或原住民所有、使用之土地、海域，其回復、取得、處分、計畫、管理及利用等事項，另以法律定之，原住民族基本法第20條第1項、第3項定有明文，而依該等規定觀之，得見關於原住民保留地之回復、取得部分，固為落實原住民族土地轉型正義之政策，惟有關土地之調查及處理組織及相關事務使用之土地回復、取得等事項，仍應以法律為之，並非賦予原住民族可任意占用及使用之相關權利，此觀諸被告之辯護人所引最高法院判決均強調「嗣並依法回復取得土地所有權者，始屬合法占用」自明。而被告雖為原住民，但不符合原住民保留地開發管理辦法所定得申請無償

取得所有權之要件，且被告迄今亦未依法取得系爭土地之所有權或使用權，均已如前述，故被告所為自屬無權、非法占用系爭土地，是被告辯稱其係基於原住民身分合法使用原住民保留地云云，要無足取。

2、被告及其辯護人辯（護）稱本案已逾追訴權時效，顯不可採：

（1）被告係自108年底起，在系爭土地上種植如附表所示之墾殖物，業如前述，且證人張○財亦於偵查中證稱：我父親於81年過世，父親過世後，系爭土地就沒有人在使用了，一、二年前被告有帶我去看過系爭土地，當時我有看到被告在系爭土地上種植檳榔等語（見偵卷第168、181至182頁），足認被告辯稱其早於20年前即開始在系爭土地上種植植物云云，顯不足採。

（2）另犯罪行為有繼續之狀態者，其追訴權時效自行為終了之日起算，刑法第80條第2項定有明文。又水土保持法第32條第1 項，在公有或私人山坡地，未經同意擅自墾殖、占用、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罪，為繼續犯；如墾殖、占用、開發、經營、使用之行為在繼續實行中，則屬犯罪行為之繼續，而非犯罪狀態之繼續，其犯罪之完結須繼續至行為終了時，此與竊佔罪為即成犯，於其竊佔行為完成時犯罪即成立，以後之繼續占用乃狀態繼續，不再予論罪之情形不同（最高法院106 年度台上字第322號及108 年度台上字第3870號刑事判決意旨參照），而本案被告所涉者為違反水土保持法之犯行，業經本院認定如前，是其所為屬繼續犯，縱被告所辯為真，然其墾殖、占用系爭土地之行為迄今仍在繼續中，自無罹於追訴權時效之情形甚明。

3、綜上，被告所辯各端，均不足採。

四、論罪及刑之酌科：

(一)核被告所為，係犯刑法第320條第2項竊佔罪、森林法第51條

第1項於他人林地內擅自墾殖占用罪、山坡地保育條例第34條第1項擅自墾殖占用公有山坡地罪及水土保持法第32條第4項、第1項非法墾殖、占用致水土流失未遂罪。

(二)本案被告自108年底起迄今仍墾殖、占用系爭土地，係繼續侵害系爭土地之水土保持法益，屬繼續犯，應僅成立單純一罪。

(三)被告所犯前揭罪名，應依法規競合之特別關係法理，優先適用水土保持法第32條第4項、第1項之規定論處：

1、山坡地保育利用條例係65年4月29日公佈施行，該條例有關保育、利用及水土保持之實施範圍，僅及於行政院依該條例第3條規定公告之「山坡地」，其他高山林地、水庫、河川上游集水區、水道兩岸、海岸及沙灘等地區之水土保持工作，則不包括在內。嗣政府鑑於臺灣國土資源有限，地陡人稠，土質脆弱，加以山坡地過度開發利用，致地表沖蝕、崩塌嚴重，每逢颱風豪雨，常導致嚴重災害，為建立完善之水土保持法規制度，積極推動各項水土保持工作，發揮整體水土保持之治本功能，乃針對經濟建設發展需要及水土保持發展情形，於83年5月27日制定水土保持法，將所有需要實施水土保持地區作一整體之規範，並將山坡地保育利用條例中有關山坡地之水土保持事項一併納入本法之規定範圍，於第8條第1項第5款明定山坡地之開發及堆積土石等處理、利用，應經調查規劃，依水土保持技術規範實施水土保持之處理與維護。該法所稱之山坡地，依同法第3條第3款規定，係指國有林事業區、試驗用林地、保安林地，及經中央或直轄市主管機關參照自然形勢、行政區域或保育、利用之需要，就標高在100公尺以上，或標高未滿100公尺，而其平均坡度在百分之5以上者劃定範圍，報請行政院核定公告之公、私有土地，其範圍已較山坡地保育利用條例第3條所稱之山坡地為廣，且該法第1條第2項規定：「水土保持，依本法之規定；本法未規定者，適用其他法律之規定」。是就立法沿革、法律體例、立法時間及立法目的而言，水土保持法係山

坡地保育利用條例之特別法，行為人所為，倘皆合於上揭2法律之犯罪構成要件，自應優先適用水土保持法。（最高法院94年度台上字第3745號、97年度台上字第2635號判決意旨得參）。

2、又森林法第51條、水土保持法第32條等規定，就「於他人森林或林地內」、「在公有或私人山坡地或國、公有林區或他人私有林區內」，擅自墾殖、占用者，均設有刑罰罰則，考其立法意旨，均在為保育森林資源，維持森林植被自然原貌，維護森林資源永續利用，及確保水源涵養和水土保持等目的，其所保護之法益均為自然資源林木及水源之永續經營利用，為單一社會法益，就擅自占用他人土地而言，復與刑法第320條第2項之竊佔罪要件相當；第以各該刑罰條文所保護者既為內涵相同之單一社會法益，是則一行為而該當於上揭森林法、水土保持法及刑法竊佔罪等相關刑罰罰則，此即為法規競合現象，自僅構成單純一罪，並應依法規競合吸收關係之法理，擇一適用水土保持法第32條規定論處（最高法院96年度台上字第1498號判決意旨參照）。

3、是承上說明，被告係以一行為而該當於水土保持法第32條第4項、第1項、山坡地保育利用條例第34條第1項、森林法第51條第1項及刑法第320條第2項竊佔罪等相關刑罰罰則，應依法規競合之特別關係法理，優先適用水土保持法第32條第4項、第1項之規定論處。公訴意旨認應從一重依山坡地保育條例第34條第1項處斷（見本院卷第290至291頁），容有誤會。

(四)又本件起訴法條雖漏未論及森林法第51條第1項、山坡地保育利用條例第34條第1項、水土保持法第32條第4項、第1項等規定，然前述各罪間屬法規競合關係，業如前述，起訴之基本社會事實實屬同一，且本院並已告知該等罪名（見本院卷第62、219、259至260頁），對被告防禦權之行使並無妨礙，爰變更起訴法條予以審理。

(五)刑之減輕與否之說明：

１、水土保持法第32條第1項之罪，係具體危險犯，此觀其規定「致生水土流失或毀損水土保持之處理與維護設施」自明。同法第32條第4項亦設有處罰未遂犯之規定。倘行為人已著手於構成要件之實行，惟未生具體危險之結果者，如有未遂犯之處罰明文，自應論以未遂犯行（最高法院97年度台上字第3519號、100年度台上字第3632號判決意旨亦均同此見解）。被告未經同意擅自占用、墾殖系爭土地，並在系爭土地上栽種如附表所示之墾殖物，然尚未致生水土流失或毀損水土保持之處理與維護設施，自應論以水土保持法第32條第4項、第1項之未遂犯，本院並審酌被告墾殖之植物種類、未使用重機械開挖整地，對於生態影響較低等情，爰依刑法第25條第2項之規定減輕其刑。

２、又被告本案非法占用、墾殖公有山坡地，雖未釀成災害，然占用時間甚長，且經秀林鄉公所公告非法占用迄今均未主動將如附表所示之墾殖物清除，騰空返還系爭土地，尚難認被告情節輕微，顯可憫恕，是自無水土保持法第32條第1項後段減輕或免除其刑規定之適用，附此敘明。

(六)爰以行為人之責任為基礎，審酌被告：（1）前未曾經法院判決徒刑以上之罪，有臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可參，素行勉稱良好；（2）自述前擔任警察37年6月（見本院卷第270頁），相較於一般民眾，本應對相關法令更為熟稔，且應知倘擅自墾殖、占用公有山坡地、林地，破壞山林，極易引致土地涵水結構產生缺損，如遇豪雨侵襲之際，恐將引發土石流等災害，卻仍未經許可即擅自占用、墾殖系爭土地，所為實不足取；（3）本案尚未造成水土流失之實害結果，對環境所生危害非鉅，然迄今仍未將系爭土地騰空返還秀林鄉公所；（4）雖於偵審中均否認犯行，極力提出對己有利之辯解，然此係為其正當權利之合法行使，難謂其犯後態度不佳；（5）自陳警大畢業，做過警員、刑警、外事警員、警官、刑事組巡官、組長等職務，現退休務農，已婚，育有二名成年子女，生活費靠退休金及土地租金收入，

小康之經濟狀況（見本院卷第270頁）等一切情狀，量處如主文所示之刑，並依刑法第41條第1項前段諭知如易科罰金之折算標準。

五、關於沒收：

依水土保持法第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。查系爭土地上如附表所示之墾殖物為被告所種植，且迄今仍存於系爭土地上乙節，此據被告供述明確（見本院卷第267頁），並有前引現場勘查紀錄、現場照片在卷（見偵卷第63至113頁）可憑，得認均屬被告本案犯罪之墾殖物，雖均未扣案，仍應依水土保持法第32條第5 項、刑法第38條第4 項之規定，不問屬於被告與否，均宣告沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

據上論斷，應依刑事訴訟法第299條第1項前段、第300條，刑法第11條，判決如主文。

本案經檢察官戴瑞麒提起公訴，檢察官曹智恒到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　1　　月　　5　　日

刑事第三庭　審判長法　官　吳明駿

法　官　林敬展

法　官　李珮綾

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受判決後20日內向本院提出上訴書狀，並應應敘述具體理由。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」。

辯護人依據刑事訴訟法第346條、公設辯護人條例第17條及律師法第32條第2項、第36條等規定之意旨，尚負有提供法律知識、協助被告之義務（含得為被告之利益提起上訴，但不得與被告明

示之意思相反）。

書記官　戴國安

中　　華　　民　　國　　112　　年　　1　　月　　5　　日

附表：

編號	墾殖物名稱	數量	備註
1	檳榔樹	40至50棵	即現場勘查紀錄編號2
2	木瓜樹	1至20棵	即現場勘查紀錄編號4
3	芭樂樹	10棵	即現場勘查紀錄編號5
4	檳榔樹	10棵	即現場勘查紀錄編號6
5	木瓜樹	2棵	即現場勘查紀錄編號7
6	芭樂樹	4至5棵	即現場勘查紀錄編號8
7	檳榔樹	4棵	即現場勘查紀錄編號9
8	檳榔樹	1棵	即現場勘查紀錄編號10
9	檳榔樹	2至3棵	即現場勘查紀錄編號11
10	木瓜樹	1棵	即現場勘查紀錄編號12
11	木瓜樹	1棵	即現場勘查紀錄編號16
12	檳榔苗	3株	即現場勘查紀錄編號17
13	檳榔樹	40餘棵	即現場勘查紀錄編號18
14	芭樂樹	1棵	即現場勘查紀錄編號21

附錄本案論罪科刑法條：

中華民國刑法第320條第2項

意圖為自己或第三人不法之利益，而竊佔他人之不動產者，依前項之規定處斷。

森林法第51條第1項

於他人森林或林地內，擅自墾殖或占用者，處6月以上5年以下有期徒刑，得併科新臺幣60萬元以下罰金。

山坡地保育利用條例第34條第1項

違反第10條規定者，處6月以上5年以下有期徒刑，得併科新臺幣

60萬元以下罰金。

水土保持法第32條第1項、第4項、第5項

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8條第1項第2款至第5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6月以上5年以下有期徒刑，得併科新臺幣60萬元以下罰金。但其情節輕微，顯可憫恕者，得減輕或免除其刑。

第1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。