臺灣高等法院花蓮分院刑事判決

113年度上更二字第2號

上　訴　人
即　被　告　陳政雄
000000000000000000
000000000000000000
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，經判決後，由最高法院第二次發回更審，本院判決如下：

主　文

一、原判決撤銷。

二、陳政雄共同犯水土保持法第三十二條第一項之非法開發致水土流失罪，處有期徒刑陸月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。

事　實

一、緣陳○成透過劉○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○光以新臺幣(下同)36萬4,000元(含支付劉○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○清、陳○成委託邱○昌於民國109年8月6日向花蓮縣○○鄉○○0○○○○鄉○○0○○○○00地號土地上之茄苳樹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○○鄉公所於109年8月12日派員會勘、經田○光領勘後，田○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00地號土地外或在界線上，且非申請書所列，○○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○光、陳○成均明知

○○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)；亦知悉同段00之0、00之0地號國有土地及孫○芬、孫○財、孫○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及山坡地保育利用條例核定公告之山坡地及森林法所稱之林地(非保安林地)，均非田○光有權得使用之公有或私人山坡地或國有林區或他人私有林區內土地，竟為騙取陳政雄之買賣價金，而推由陳○成出面於109年9月25日以55萬元將本案茄苳樹出售予陳政雄，並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。而陳政雄在現場目視可知田○光、陳○成等人所指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，於未經主管機關許可下，不得在系爭土地上開發而任意挖掘與修建道路，但仍為順利搬運已購買之本案茄苳樹，而不違背其本意，與田○光、陳○成共同基於違反水土保持法之犯意聯絡，由陳政雄僱用同有違反水土保持法犯意聯絡之謝○吉、伍○龍、伍○麒及陳○崇，未經系爭土地之所有權人同意及主管機關許可，自109年10月1日上午8時許起至同年10月5日中午止，由謝○吉駕駛所有PC-200型挖土機與伍○龍、伍○麒及陳○崇，擅自在00之0地號土地上開挖掘起本案茄苳樹，並擅自以前開挖土機在系爭土地挖掘修建長約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，就此00地號土地部分，業經本院前審不另為無罪之諭知，已確定，非本院審理範圍)之道路以供搬運本案茄苳樹而為開發，破壞原有坡地植生，導致路面沖蝕、邊坡裸露殘壁零星崩塌、坡頂產生裂隙，致生水土流失之結果(陳○成、田○光、謝○吉、伍○龍、伍○麒及陳○崇均經原審判處罪刑確定)。

三、案經○○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：

㈠按110年6月16日修正公布、同月18日施行之刑事訴訟法第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。」；又刑事訴訟法第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」。再刑事訴訟法第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年度台上大字第5375號裁定參照)。

㈡本案檢察官起訴上訴人即被告陳政雄(下稱被告)於00地號土地及系爭土地，違反水土保持法第32條第1項（法規競合山坡地保育利用條例第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，被告提起上訴(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，被告犯罪不能證明，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(見本院更一卷第203、204頁)，於112年1月10日繫屬最高法院(見最高法院112年度台上字第855號卷第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，依刑事訴訟法第348條第2項但書規定，非被告上訴第三審之效力所及(見最高法院112年度台上字第855號判決第5頁)，是上開不另為無罪諭知部分已告確定，不在本院審理範圍。

二、證據能力：

本院認定被告犯罪事實之各項證據資料，其中屬供述證據者，均經本院踐行法定證據調查程式，檢察官及被告、辯護人迄至言詞辯論終結前均未聲明異議，本院審酌各項證據作成時之情形，認以之作為本案認定事實之基礎核屬適當，依刑事訴訟法第159條之5規定，均具有證據能力。其餘非供述證據，與本案均有關聯性，亦非實施刑事訴訟程式之公務員以不法方式取得，有證據能力，均得作為本院認定本案事實之基礎。

貳、實體部分：

一、上揭事實，業據被告於本院中坦承不諱，並為認罪之表示（見本院更二卷第213、223頁），且有下列供述證據及非供述證據可佐。職是，被告之任意性自白有下列證據足資佐證，堪認與事實相符，應予採信。被告於上開時間在系爭土地上，未經該等土地所有人同意及主管機關許可，擅自開挖掘起本案茄苳樹及挖掘修建道路以供搬運本案茄苳樹，致生水土流失結果之犯行，堪以認定。

㈠供述證據部分：證人即同案被告劉○清、傅○光於警詢；證人邱○昌、○○鄉公所農業技士朱○昊分別於警詢及偵訊；證人即造林檢測員蘇○俊於偵訊；證人即共同被告陳○成於

警詢及偵訊及原審及本院前審、證人即同案被告田○光、謝○吉、伍○龍、伍偉騏、陳○崇分別於警詢及偵訊及原審等證述。

㈡非供述證據部分：①田○光與陳○成之買賣契約書(見警卷第41頁)、陳○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頁至第213頁)、責付保管單及現場照片(見警卷第221頁至第242頁)；②花蓮縣○○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頁至第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頁至第121頁)；③○○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頁至第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、○○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頁至第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、○○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頁至第112頁)；④花蓮縣政府109年11月3日府農保字第10902158

84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10991815240號函(見偵一卷第323頁至第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頁至第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頁至第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(見本院更一卷第165頁至第167頁)。

二、論罪：

㈠按山坡地保育利用條例係65年4月29日公布施行，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，發揮整體性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、堆積土石及開挖等處理、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五以上者劃定範圍，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」，雖山坡地保育利用條例第1條亦規定：「山坡地之保育及利用，依本條例之規定；本條例未規定者，依其他法律之規定」；復於75年1月10日修正其第5條關於山坡地保育利用之名詞定義規定，及於87年1月7日修正第34條、第35條關於罰則之規定，無非配合水土保持法之規定而為修正，是山坡地保育利用條例就一般法律例如土地法之徵收規定、刑法之竊盜、竊佔規定而言，係屬特別法，但就水土保持法而言，自其相關之立法沿革、法律體例、立法時間及立法目的整體觀察結果，應認水土保持法係山坡地保育利用條例之特別法。倘行為人之行為，皆合於該二法律之犯罪構成要件，自應優先適用水土保持法；又水土保持法第32條第1項之罪，以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、占用或從事同法第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為成立要件，該條之規定雖重在山坡地或林區內水土保持之處理與維護，惟尚兼及個人財產法益之保護，自涵括刑法第320條第2項竊佔罪質，屬竊佔罪之特別規定，自應優先適用水土保持法之上開規定；職是，倘一行為該當於水土保持法第32條、山坡地保育利用條例第34條及刑法第320條第2項竊佔罪等相關刑罰罰則，此自屬法規競合現象，應僅構成單純一罪，依法規競合之特別關係法理，優先適用水土保持法第32條之規定論處。

㈡核被告所為，係犯水土保持法第32條第1項前段之非法開發

致水土流失罪。

㈢按繼續犯以一行為持續侵害同一法益，行為人雖僅有一個犯罪行為，自法益侵害發生持續至行為終了，犯罪始行終結。被告於事實欄所示時間，在系爭土地範圍內從事挖掘修建道路與開挖本案茄苳樹，因果歷程未曾中斷，顯係基於單一犯意所為，故其本案所為非法開發系爭土地之行為，應論以繼續犯之一罪。

㈣被告與田○光、陳○成、謝○吉、伍○龍、伍○麒、陳○崇就本案犯行，有犯意聯絡及行為分擔，為共同正犯。

㈤本案不依刑法第47條第1項規定加重其刑：

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。

㈥本案無刑法第59條規定之適用：

按刑法第59條酌量減輕其刑之規定，必其犯罪之情狀顯可憫恕者，認科以法定最低刑度仍嫌過重者，始得為之。而所謂「犯罪之情狀顯可憫恕」，必須犯罪另有特殊之原因與環境等情，而在客觀上足以引起一般同情，認為即予宣告法定最低度刑期猶嫌過者而言。被告所犯水土保持法第32條第1項前段之罪之法定刑為「6月以上5年以下」，依前開所述，本院審酌本案情節，已裁量不依累犯規定加重其刑，是本案並無科以法定最低刑度仍嫌過重之情，且其本案犯罪情節對自然環境造成破壞及影響非微，客觀上亦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，故被告請求適用刑法第59條規定酌減其刑，並無理由。

三、不另為無罪諭知部分：

㈠公訴意旨雖以被告有購買茄苳樹以轉賣之需求，遂找陳○成尋找茄苳樹，陳○成再透過劉○清找到田○光。而渠等為取得本案茄苳樹以賣得更高價，竟共同謀議以合法掩護非法之方式，先由田○光委由劉○清、陳○成委託不知情之邱○昌向○○鄉公所申請移植前開坐落於田○光上開土地上A茄苳樹，迨○○鄉公所同意該移植後，渠等即共同意圖為自己不法之所有，基於結夥二人以上僱使他人使用車輛犯竊取森林主產物之犯意聯絡，由被告僱用不知竊盜之情之謝○吉，謝○吉再僱請不知竊盜之情之伍○龍、伍○麒及陳○崇，於109年10月1日上午8時許至同年10月5日中午間，由謝○吉與伍○龍、伍○麒及陳○崇挖掘本案茄苳樹，劉○清、陳○成及被告則均會至現場觀看。嗣伍○龍於109年10月5日下午2時許，駕駛車牌號碼000-00號附加吊桿大貨車載運本案茄苳樹並搭載伍○麒、陳○崇行經花蓮縣○○鄉○○部落上方產業道路時，當場為警查獲。因認被告涉犯森林法第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犯竊取森林主產物罪嫌云云。

㈡惟查，陳○成於警詢供述、本院前審審理時證稱：其透過介紹人劉○清以36萬元向田○光購買包含本案茄苳樹在內的茄苳樹共計3棵，田○光說這3棵茄苳樹都是他阿公種的，都在他的土地上，當初介紹人劉○清好像有地籍圖，其看不懂，劉○清也有拿出地籍謄本給其看，其有看到地主有田○光的名字，但其沒有測量過，不知道本案茄苳樹實際是在國有地上。之後其帶被告看樹時，地主田○光沒有到場，其有拿移植函給被告看，並以1棵55萬元將本案茄苳樹轉賣給被告，已經收25萬元，其於109年10月5日到花蓮縣○○鎮○○里要向被告收取尾款時，因警方到場所以尚未拿到等語（見警卷第32頁；本院前審卷第285、287至291、294、296、301頁）；核與證人即陪同被告至現場看樹友人劉○能於本院前審審理時證稱：伊與陳○成、被告去看本案茄苳樹時，陳○成說該樹是私有地主的，伊和被告都不知道該樹實際坐落在

國有林地，從頭到尾都沒有見過地主，被告看完後決定購買，就和陳○成簽訂買賣合約書，以55萬元向陳○成購買本案茄苳樹，我是買賣契約的見證人等語大致相符（見本院前審卷第304、306至307頁）。另田○光於警、偵訊時供述並以證人身分具結證稱：劉○清及買家（指陳○成）都不知道挖的這棵茄苳樹是在國有土地上，伊認為大棵茄苳樹的價格最好，所以就騙劉○清及買家核准的就是這棵大的；不認識被告等語（見警卷第6頁，偵一卷第135頁至第136頁）明確。綜合其等上開陳述及卷附田○光與陳○成買賣樹木契約書（見警卷第41頁）、陳○成與被告苗木買賣合約書（見警卷第43頁），堪認被告係向陳○成購得本案茄苳樹並已支付部分價金，且該樹之第一手賣主田○光確向陳○成表示該樹是其祖父種植在自己私有土地上，未曾告知本案茄苳樹位在國有土地上，嗣陳○成於將該樹轉售與被告時，亦係將自田○光處得悉之上開資訊如數告知被告，則被告辯稱：本案茄苳樹是其以55萬元向陳○成購得，並已依約支付第1、2期款項共計25萬元，給付尾款當日因運樹途中突遭警盤查並告知涉嫌違法而尚未交付，其不知本案茄苳樹係國有林地之森林主產物，無不法所有意圖等語，應屬有據，尚非子虛。

㈢檢察官所舉之被告供述及移植函(見偵一卷第351頁至第376頁)，固能證明被告主觀上知悉本案茄苳樹之胸徑、樹高，與移植函所載不符，而可預見本案茄苳樹並非該函所同意移植之樹木，則在未經主管機關同意下挖掘該樹，將違反水土保持法規定而有觸法之虞。惟該移植函究非確認本案茄苳樹所有人之證明，更無從憑該移植函之記載即當然可推知田○光並非該樹之所有人，或本案茄苳樹係坐落在國有林地，又依卷附土地登記謄本所載，00地號土地之使用地類別為「農牧用地」（見偵一卷第157頁），證人即○○鄉公所造林檢測員蘇○俊亦證稱：「（問：該處的私有地與國有地是否有明顯區隔？）都是原始林，看不出來」等語明確（見偵二卷第32頁），而栽種樹木者因地界區隔不明致有越界栽種之

情，亦時有所聞，則被告主觀上雖然知悉本案茄苳樹並非移植函所載之茄苳樹，然仍尚難遽此推認其主觀上對與00地號土地相鄰之本案茄苳樹實際坐落之00之0地號土地使用地類別為「林地」，及本案茄苳樹實際係坐落00之0地號「林地」故屬森林主產物等節有所認識或預見之可能。此外，本案茄苳樹經當地園藝商鑑價結果，園藝價格為20萬元等情，有林務局花蓮林區管理處110年8月12日花作字第1108163762號函檢附之價格查定書附卷可參（見原審卷第163頁至第165頁），而陳○成將本案茄苳樹轉售被告約可賺20萬元等情，亦經陳○成於本院前審審理時具結證述明確（見本院前審卷第294頁至第295頁），則苟若被告於陳○成帶領至現場看樹及閱覽該移植函後，主觀上即有預見本案茄苳樹並非陳○成購得來源之地主田○光所有，而有高度可能係其他私人或國家所有，恐屬會使己身陷入竊取他人之物法網之來源不明樹木，其豈有可能以高出該樹通常園藝價值甚多之價格向陳○成購入，並確實依約按期支付價金。從而，綜合被告確實以高於該樹園藝價值之相當對價向陳○成購買，並依約支付價款，且與本案茄苳樹實際坐落土地相鄰且單憑肉眼並無法區隔邊界之00地號地主田○光向陳○成表示本案茄苳樹為其祖父種植，而明示該樹權利歸屬，陳○成復可提出其與田○光所簽訂買賣包含本案茄苳樹在內之契約，且該契約書上亦載明「乙方（即田○光）保證樹木來源明確，及無其他非法情事，如有任何違反法律情事發生，一切與甲方（即陳○成）無關，乙方需負起完全法律責任，並賠償甲方一切損失」等語（見警卷第41頁），堪認被告辯稱：伊有向陳○成購買本案茄苳樹，陳○成也有提出其向地主兼樹主購買本案茄苳樹的契約，故伊相信自己已合法購得該樹，始僱工將之挖掘搬運移植，並無不法所有意圖等語，尚非虛妄。縱被告未能仔細求證（如使用GPS儀器定位或請地政機關鑑界）本案茄苳樹坐落位置，致未能察覺田○光欲牟利所設計之前開騙局而有所疏失，惟此疏失不夠警覺之處，與其主觀上可預見本案

茄苳樹乃坐落在國有林上之森林主產物仍不違背其本意而僱使他人挖掘竊取，以圖不法所有之竊取森林主產物犯意仍屬有別。自不得單以被告未能以上開方法仔細求證本案茄苳樹坐落位置，即逕為被告不利之認定。

㈣基上，檢察官所提出之證據及指出證明之方法，均無從說服本院形成被告確有不法所有意圖及竊取森林主產物犯意之心證，此外，復無其他證據足資認定被告確有公訴人所指森林法第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犯竊取森林主產物犯行，然此部分與被告前開經本院認定有罪之犯行具想像競合犯之裁判上一罪關係（起訴書亦同此見解），爰不另為無罪之諭知。

四、原判決撤銷改判及量刑之理由：

㈠原審就被告上開有罪部分，認事證明確，予以論罪科刑，固非無見。惟查，被告上訴後就違反水土保持法部分已認罪，復已購買樹苗、僱工在系爭土地上種植樹木，經主管機關於113年9月3日勘查沿線未發現任何坍塌痕跡，並已漸回復原有林相，此有內政部警政署保安警察第七總隊第八大隊113年9月11日保七八大刑字第1130003534號函檢附之職務報告、蒐證照片與空拍影片光碟附卷可參(見本院更二卷第157頁至第173頁)，可徵其終能悔悟，反省本案己身此部分所為，亦有積極彌補犯罪所生損害之舉，是犯後態度此一量刑因子已生有利於被告之變動，原審未及審酌，尚有未合。又被告僱工挖掘本案茄苳樹，依照卷內證據尚不足以證明被告有不法所有意圖及竊取森林主產物犯意，已如前述，原判決就此部分認被告亦犯結夥二人以上僱使他人使用車輛犯竊取森林主產物罪，亦有未洽。從而，被告就水土保持法部分主張原審未審酌上訴後量刑因子已有前述變動而量刑過重，並否認加重竊取森林主產物犯行，提起上訴，為有理由，自應由本院予以撤銷改判。

㈡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型挖土機在系爭土地上修建道路並挖掘本案茄苳樹等犯罪手段及情節。

③犯罪所生損害：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)，惟被告於案發後已協助本案茄苳樹保管人○○鄉公所將該樹移植安置至○○鄉公所部落遊憩區內(見原審卷第259頁)，並陸續購買樹苗、僱工在系爭土地上種植(見本院更一卷第187頁至第193頁)，經主管機關於113年9月3日勘查沿線未發現任何坍塌痕跡，並已漸回復原有林相，業如前述，堪認被告犯後已有積極彌補之舉並降低犯罪所生損害。

④如臺灣高等法院被告前案紀錄表所示之素行品行。

⑤被告雖於原審否認犯罪，飾詞卸責，然終能知所悔悟而於本院中坦認犯行，並為上述積極彌補犯罪所生損害之舉，已見反省悔悟之意，犯後態度此一量刑因子已生有利於被告之變動 。

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名未成年子女及父母、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)。

⑧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，量處如主文第2項所示之刑。

五、扣案物不予沒收之理由：

㈠扣案鏈鋸1支、挖土機1台：

按水土保持法第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」，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，固應優先適用。但法律縱有「不問屬於犯罪行為人與否」之沒收條款，亦不得違反憲法上正當法律程序及比例原則之要求。因而，就踐行正當法律程序以觀，所稱「不問屬於犯罪行為人與否」，仍應區別可能沒收主體為「犯罪行為人」或「犯罪行為人以外之第三人」，而踐行相應之刑事沒收程序，就運用比例原則而言，不論可能沒收之物係犯罪行為人所有或第三人所有、不分沒收標的為原客體或追徵其替代價額，均有刑法第38條之2第2項過苛條款之適用，始合乎沒收新制之立法目的及立法精神（最高法院108年度台上字第2421號判決意旨參照）。查扣案鏈鋸1支、挖土機1台均為共犯謝○吉所有，供被告與共犯共同犯本案水土保持法犯行所用，此據謝○吉供陳在案（見警卷第86頁、原審卷第448頁），原應依上揭規定，不問屬於犯罪行為人與否，宣告沒收之，然考量扣案鏈鋸1支、挖土機1台均有相當之市場價值，亦非專供本案犯罪之用，若逕予沒收該等扣案物，實有過苛之虞，不符比例原則，爰依刑法第38條之2第2項規定，均不予宣告沒收。

㈡扣案本案茄苳樹1棵：

扣案本案茄苳樹1棵已發由○○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。

㈢至扣案吊卡貨車及扣案手機等其餘扣案物（詳見花蓮地檢署109年度保管字第446號扣押物品清單所示，見偵一卷第197頁、原審卷第153頁；花蓮地檢署扣押物品收據，見偵一卷第227頁；內政部警政署保安警察第七總隊扣押物品目錄表所示，見警卷第203、213頁），並無證據證明與刑法、水土保持法沒收規定相合，爰均不予宣告沒收。

據上論斷，應依刑事訴訟法第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提起公訴，檢察官鄧定強、劉仕國到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　2　　月　　27　　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　　114　　年　　2　　月　　27　　日

書記官　劉又華

附錄本案論罪科刑法條：

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。

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5年以上12年以下有期徒刑，得併科新臺幣100萬元以下罰金；致重傷者，處3年以上10年以下有期徒刑，得併科新臺幣80萬元以下罰金。

因過失犯第1項之罪致釀成災害者，處1年以下有期徒刑，得併科新臺幣60萬元以下罰金。

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。