最高法院刑事判決

109年度台上字第2149號

上　訴　人　咋豐魁（原名石豐魁）

選任辯護人　詹順貴律師

　　吳姿徵律師

上列上訴人因違反水土保持法案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國108年6月26日第二審判決（108 年度原上訴字第12號，起訴案號：臺灣南投地方檢察署106 年度偵字第1781號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。

理　由

一、本件原判決認定上訴人咋豐魁有其事實欄所載在行政院農業委員會林務局所管理南投縣○○鄉○○段 0000、0000之0、0000、0000之0、0000之0等地號之國有林地（屬南投縣魚池鄉巒大事業區第29林班地），未經同意而擅自占用上開土地（占用位置如第一審判決附圖所示A至I部分，下稱系爭土地），尚未致生水土流失結果之犯行，因而維持第一審依水土保持法第32條第4項、第1項規定，論處上訴人非法占用致水土流失未遂罪刑，而駁回上訴人在第二審之上訴，固非無見。

二、惟查：

㈠、證據雖已調查，但若仍有其他重要證據或疑點尚未調查釐清，致事實未臻明瞭者，即與未經調查無異，如遽行判決，仍難謂無應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。又水土保持法第32條第1 項之罪，以「在公有或私人山坡地、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」為要件，該條項之規定雖重在山坡地或林區之水土保持，但亦含有竊佔罪之性質，以未經土地所有權人同意，擅自墾殖、占用或開發、經營、使用為必要，如係土地所有權人本人或經土地所有權人之

同意而墾殖、開發、經營、使用者，縱違反規定，未依水土保持技術規範實施水土保持與維護或未先擬妥水土保持計畫，送請主管機關核定或未依核定計畫實施，乃屬違反同法第33條第1項規定，除有同條第3項之情形外，祇能處以罰鍰，不得援引第32條第1項予以處罰。

㈡、鑑於原住民族多處偏遠地區，因相對缺乏接觸、利用現代物質、經濟、科技、教育等資源之機會，而形成弱勢族群。為落實憲法增修條文第10條第12項保障原住民族之地位及政治參與，並基於對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展之本旨，原住民族基本法業於民國94年2月5日公布後施行。由於國家建立之前原住民族即已存在，山地本屬原住民族傳統生活領域，狩獵、採集及粗放農耕為其營生之方式，原住民族生息與土地攸關，有不可分割之關係，且國際間各國均尊重原住民族既有領域管轄權，並對於依附在領域管轄權所衍生之原住民族土地及自然資源權利也均予以承認，因此原住民族基本法第20條第1 項明定：「政府承認原住民族土地及自然資源權利。」第3 項規定：「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。」所稱原住民族土地，依同法第2條第5款規定，係指既有原住民保留地及原住民族傳統領域土地，而原住民族傳統領域土地，僅賦予原住民族部落使用權，不賦予個別原住民，此與原住民保留地賦予原住民所有權，有所區隔。關於原住民保留地之回復、取得部分，為落實原住民族土地轉型正義之政策，山坡地保育利用條例第37條業於 108年1月9日修正公布，原規定為「山坡地範圍內山地保留地，輔導山胞開發並取得耕作權、地上權或承租權。其耕作權、地上權繼續經營滿5 年者，無償取得土地所有權，除政府指定之特定用途外，如有移轉，以山胞為限；其開發管理辦法，由行政院定之。」修正後該條第1 項規定：「山坡地範圍內原住民保留地，除依法不得私有外，應輔導原住民取得承租

權或無償取得所有權。」第2項規定：「原住民取得原住民保留地所有權，如有移轉，以原住民為限。」亦即刪除設定耕作權、地上權繼續經營滿5年始取得土地所有權之限制。復稽諸此次修正之立法理由載稱：「原住民依原條文及其授權訂定之原住民保留地開發管理辦法第8條、第9條、第12條規定申請設定原住民保留地耕作權或地上權，繼續經營滿5年取得所有權。考量該等土地或於上開辦法施行前早已由原住民開墾完竣並世代使用，或已完成造林、居住使用，該辦法發布施行後，復規定其應先設定耕作權或地上權滿5年，方能取得所有權，實不盡合理，爰刪除繼續經營滿5年之限制，將原住民保留地所有權直接回復予原住民，並協助原住民辦理所有權之移轉登記。」等旨，其既謂原住民保留地所有權「直接回復」予原住民，已明白揭櫫原住民保留地之所有權，本為原住民所有，屬原住民族基本法第20條所定政府應承認之原住民既有權利，因此刪除上開限制，將原住民保留地直接回復原住民所有。又為因應此次山坡地保育利用條例之修正，原住民保留地開發管理辦法亦經行政院原住民族委員會以108年7月3日原民土字第10800384812號令修正，除刪除該辦法原第8條、第9條關於原住民設定耕作權及地上權之規定外，修正後該辦法第17條第1項亦規定：「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。」俾能透過原住民保留地開發管理辦法所定之程序，將原住民保留地所有權直接回復予原住民。從而，倘原住民保留地由該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。本件原判決事實認定上訴人自87年間某日起，擅自在系爭土地搭建鐵皮屋舍，並搭建蓋有帆布之水泥停車位、駁坎及

小徑，用以作為居住並兼營小賣店之用，而以此方式占用系爭土地等情，惟卷查上訴人於原審辯稱其已申請系爭土地補辦劃編原住民保留地等語，原判決雖於理由內引用修正前原住民保留地開發管理辦法第8條、第9條規定，認為若非原住民保留地，即無依法申請設定耕作權或地上權之餘地，且上訴人早於87年間某日起，即擅自在系爭土地搭建鐵皮屋舍、搭建蓋有帆布之水泥停車位、駁坎及小徑致生水土流失未遂等違法情事，縱認事後系爭土地規劃為原住民保留地，仍無解其先前所為非法占用犯行（見原判決第14頁倒數第9行至第15頁第19行）。然原判決所引用修正前原住民保留地開發管理辦法第8條、第9條規定，因山坡地保育利用條例之上述修正，業經刪除，已如前述，原判決未及審酌，而為上開理由之論敘，即有商榷餘地。再稽諸卷內南投縣政府108年2月11日府授原產字第0000000000號函暨所附107年度第6批（11─12月份）補辦增劃編原住民保留地清冊影本，以及南投縣魚池鄉公所108年5月23日魚鄉觀字第0000000000 號函、108年11月20日魚鄉觀字第0000000000號函、土地所有權狀影本所載（見原審卷第133、134、177 頁，及本院卷第133、139至157 頁），系爭土地經劃編為原住民保留地，且經土地測量分割登記為○○段0000、0000-0、0000-0、0000-0、0000-0地號，上訴人並於109年2月21日登記為該等土地之所有權人。而上訴人於偵查中供稱：其父母於60年左右就住在南投縣○○鄉○○村○○路000之0號（即上述鐵皮屋舍之門牌）等語（見偵卷第111 頁），復參酌卷內南投縣魚池鄉公所107年4月19日魚鄉觀字第0000000000號函所載：「所送劃編號原住民保留地申請案，經申請人（指上訴人）所附之相關佐證資料（切結書、四鄰證明、稅籍證明、用電憑證…等）及現場會勘，符合公有土地劃編原住民保留地審查作業規範77年2月1日前即已使用迄今之要件。」等旨（見原審卷第25頁），似符合前述山坡地保育利用條例修正之立法理由所稱，於原住民保留地開發管理辦法施行前（即79年3 月26日前）

已由原住民世代使用或已居住使用之情形。倘若無誤，上訴人似已依108 年1月9日修正公布後山坡地保育條例第37條，及108 年7月3日修正發布後原住民保留地開發管理辦法所定之程序，回復取得系爭土地所有權，亦即該等土地所有權本為上訴人所有，依原住民族基本法第20條第1 項之規定，屬政府應承認之上訴人既有權利，既已直接回復予上訴人，能否謂上訴人未經同意擅自占用系爭土地？即有加以審究研求之餘地。原判決以系爭土地事後規劃為原住民保留地，認為仍無解於上訴人先前所為非法占用犯行，除與上述山坡地保育利用條例之修正意旨不符外，亦與原住民族基本法第20條規定旨在特別保障原住民弱勢族群基於既有領域管轄權所衍生土地及自然資源權利之立法目的有悖。原審未詳加究明釐清，遽為不利於上訴人之認定，依上述說明，尚嫌速斷，自有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。

㈢、以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，而原判決上開違誤影響於本件事實之認定及法律之適用，本院無從據以自行判決，應認原判決有撤銷發回更審之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第397 條、第401 條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　6　　月　　4　　日

最高法院刑事第六庭

審判長法官　徐　昌　錦

法官　蔡　國　在

法官　林　恆　吉

法官　江　翠　萍

法官　林　海　祥

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　　華　　民　　國　　109　　年　　6　　月　　9　　日