

臺灣高等法院刑事判決

107年度上訴字第3763號

上訴人

即被告 廖煌銓

選任辯護人 林金鈴律師

上列上訴人因違反水土保持法案件，不服臺灣新竹地方法院106年度訴字第494號，中華民國107年10月26日第一審判決（起訴案號：臺灣新竹地方檢察署105年度偵字第9847號、106年度偵字第607號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

廖煌銓犯水土保持法第三十二條第四項之非法占用致水土流失未遂罪，累犯，處有期徒刑捌月。

事 實

一、廖煌銓、張俊輝（另經臺灣新竹地方檢察署【下稱新竹地檢署】檢察官以106年度偵字第6573號為不起訴處分確定）於民國100年7月4日與天晟育樂股份有限公司（下稱天晟公司）簽訂合作開發協議書，代為開發包括天晟公司負責人陳良強名下坐落在新竹縣○○鎮○○段○○○○段0000000000地號之土地，及天晟公司向陳福雄買受尚未移轉登記，坐落在同地段38-2、38-3、38-6、38-7地號之土地，並自101年間起，由廖煌銓實際參與經營及使用，並指示現場執行之太輝開發股份有限公司（下稱太輝公司）承辦上開代為開發事宜。詎廖煌銓明知上開土地鄰近非其所有之同地段37、59、149地號土地（分別為金同盛所有、國有土地），均業經行政院依山坡地保育利用條例及水土保持法核定公告列為山坡地，未經同意不得擅自占用，仍基於意圖不法利益未經上開土地所有權人之同意，於103年12月起至105年3月15日期間，擅自委由不知情之申春工程行或其他工程人員，占用上開新竹縣○○鎮○○段○○○○段0000000000地號如附件所示之山坡地上進行開挖、整地及堆積土石行為，面積達2,303.3平方公尺，使該處天然生成之河道原有之滯洪池功能

01 完全喪失，惟現場開發整地及堆置之土石，尚未因此致生水
02 土流失。嗣經新竹縣政府於104年8月25日、105年3月15日派
03 員至現場勘查後函送新竹地檢署，經新竹地檢署檢察官循線
04 追查，始悉上情。

05 二、案經新竹縣政府函送新竹地檢署檢察官偵查後起訴。

06 理由

07 壹、程序部分：

08 一、被告以外之人於審判外之陳述，雖不符合刑事訴訟法第159
09 條之1至第159條之4之規定，而經當事人於審判程序同意作
10 為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認
11 為適當者，亦得為證據，而當事人、代理人或辯護人於法院
12 調查證據時，知有上開不得為證據之情形，而未於言詞辯論
13 終結前聲明異議者，視為有前項之同意，刑事訴訟法第159
14 條之5第1項、第2項定有明文。本件判決據以認定犯罪事實
15 之被告以外之人於審判外之言詞及書面陳述，雖屬傳聞證據
16 ，被告及其辯護人於本院審理時均表示對於該等證據之證據
17 能力並無爭執，亦未於言詞辯論終結前聲明異議，本院審酌
18 該等證據資料製作時之情況，尚無違法不當或證明力明顯過
19 低之瑕疵，與本案待證事實復俱有關連性，認以之作為本案
20 證據應屬適當，揆諸前開規定，均具有證據能力。

21 二、其餘本案認定犯罪事實之所有證據資料（含書證、物證等）
22 ，均與本案事實具有關聯性，並無事證足認公務員有違背法
23 定程式或經偽造、變造等情事，且經本院依法踐行調查程序
24 ，檢察官及被告、辯護人對於證據能力均未爭執，故亦具有
25 證據能力。

26 貳、實體部分：

27 一、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

28 訊據被告固不否認與張俊輝於100年7月4日，共同跟天晟
29 公司簽訂上開合作開發協議書，代為開發包括天晟公司負責
30 人陳良強名下坐落在新竹縣○○鎮○○段○○○○段00000
31 00000地號之土地，及天晟公司向陳福雄買受、尚未移轉登

01 記坐落在同地段38-2、38-3、38-6、38-7地號之土地，並自
02 101年間由現場執行之太輝公司承辦上開代為開發事宜（見
03 本院卷第179頁），惟矢口否認是實際參與開發經營使用之
04 人，辯稱：太輝公司是有開發這些土地，這件事情沒有向新
05 竹縣政府陳報水土保持計畫，因為張俊輝雖然無法執行職務
06 ，但是董事會是羅達章主持的，他主持董事會的時候，按照
07 以往的經驗認為陳報新竹縣政府也不會過，所以他在董事會
08 經過其他董事也就是林鈺珍的同意，決定要施作這個工程，
09 也就是沒有經過陳報就施作，決定的日期就是現場勘查的時
10 候104年6月15、16日左右。太輝公司委託申春工程行開挖整
11 地依據合約是103年12月25日，但是因為遇到過年與下雨，
12 真正開工的時間是104年3月1日，跟申春工程行簽約本來是
13 要以我代理，但我沒有公司的印章沒有辦法代理，我就退回
14 去給公司了，契約上面代理人有我的名字，但我沒有簽名，
15 用的印章也是別人的名字，我就沒有代理了。跟佳境園藝有
16 限公司簽土地使用同意書的人是我，太輝公司沒有土地使用
17 權，是我、張俊輝跟天晟公司簽的，他們有簽土地使用權給
18 我，所以他們要蓋土地使用同意書去買土的時候是由我這邊
19 開具的；金同盛所有同地段37、59地號土地，管理員為周源
20 寶、曾阿統，歷今近70年查無該三人之去向，該地已由新竹
21 縣政府於101年4月註記公告屬地籍清理清查辦法第3條第11
22 款之無主地，天晟公司已合法占有逾20年，得請求登記為所
23 有權人，天晟公司再度開發時，即無庸取得其同意，且堆置
24 的範圍不包括59、149地號云云。本院經查：

25 (一)被告廖煌銓與證人張俊輝於100年7月4日共同和與天晟公
26 司簽訂合作開發協議書，代為開發包括天晟公司負責人即證
27 人陳良強名下坐落在新竹縣○○鎮○○段○○○○段00000
28 00000地號之土地，及天晟公司向陳福雄買受尚未移轉登記
29 ，坐落在同地段38-2、38-3、38-6、38-7地號之土地，並自
30 101年間由太輝公司承辦上開代為開發事宜等情，業據證人
31 張俊輝、陳良強、證人即太輝公司股東羅達章、林鈺珍於偵

01 查中證述明確（證人張俊輝之證述見新竹地檢署104年度他
02 字第3043號卷【下稱他3043號卷】第130至131頁；證人陳良
03 強之證述見第70頁背面至第71頁、第131至132頁、新竹地檢
04 署105年度他字第1291號卷【下稱他1291號卷】第40頁；證
05 人羅達章之證述見新竹地檢署105年度偵字第9847號卷【下
06 稱偵9847號卷】第109至111頁；證人林鈺珍之證述見新竹地
07 檢署106年度偵字第607號卷【下稱偵607號卷】第33至37頁
08 ）, 且與證人陳福雄於偵查中之證述（見他3043號卷70頁背
09 面）大致相符，復有100年7月4日合作開發協議書影本2份、
10 附件土地清冊影本1份、被告廖煌銓、證人張俊輝具名之101
11 年1月1日銓輝字第00000000號通知函影本、100年7月10日之
12 土地使用權同意書影本、土地買賣契約書、上開土地之土地
13 建物查詢資料各1份（見他3043號卷第76至90頁、第168至17
14 3頁、第95至96頁、第107至109頁、第19、21至23頁、25至
15 26頁）在卷可稽；而上開土地及鄰近該等土地之金同盛所有
16 同地段37、59地號土地、同地段149地號之國有土地，均係
17 經行政院核定公告列為山坡地，且被告廖煌銓、太輝公司未
18 先擬具水土保持計畫，太輝公司即委由不知情之申春工程行
19 人員或其他工程人員在其中即同地段35、37、37-1、38-2、
20 38-3、38-6、38-7、56地號土地上開挖整地、堆積土方等情
21 ，亦據證人即新竹縣政府農業處山坡地保育科僱員何應龍、
22 新竹縣政府水土保持服務團之水利技師張仕祺於偵查中指證
23 詳實（證人何應龍之證述見他3043號卷第45至46頁、第57頁
24 背面至58頁、第58頁背面、他1291號卷第38頁背面至39頁；
25 證人張仕祺之證述見偵9847號卷第108至109頁），亦有證人
26 即地主陳福雄、期間到過現場之證人陳良強、證人即太輝公
27 司股東羅達章於偵查中證述（證人陳福雄之證述見偵9847號
28 卷第27至28頁；證人陳良強之證述見第30至31頁；證人羅達
29 章之證述見偵9847號卷第109至112頁）相互勾稽如實一致，
30 並有新竹縣政府104年11月9日府農保字第1040169408號函暨
31 所附104年8月25日新竹縣山坡地違規使用案件現場會勘記錄

表1份、104年8月25日關西山坡地違規案（太輝公司）現場
照片36張、新竹縣關西鎮公所104年7月28日關鎮農字第1043
003635號函暨所附查報日期104年7月22○○○鎮○○段冀箕
窩小段38-2、38-7地號之山坡地違規使用查報表、104年7月
23日關鎮農字第1043003618號山坡地違規使用制止通知書各
1份、會勘日期104年7月22日關西鎮現場相片2張、新竹縣政
府105年5月10日府農保字第1050052427號函暨所附105年3月
15日新竹縣山坡地違規使用案件現場會勘紀錄影本1份暨現
場照片24張、新竹地檢署檢察官105年9月23日履勘現場筆錄
1份、新竹縣政府105年10月3日府農保字第1050153031號函
暨函附105年9月23日新竹縣○○鎮○○段○○○○段00地號
等13筆土地是否致生水土流失勘查紀錄各1份暨105年9月23
日關西山坡地違規（廖煌銓）致生水土流失案照片6張、新
竹地檢署現場會勘照片35張、新竹縣竹北地政事務所土地複
丈成果圖、新竹縣政府環境保護局稽查時間104年8月11日稽
查編號EPB-000000號稽查工作紀錄（含附件照片9張、相關
文件【合約書、經濟部函暨佳境園藝有限工司變更登記表、
土地使用同意書、新竹縣○○鎮○○段○○○○段00地號土
地登記第二類謄本、新竹縣○○鎮○○段○○○○段00地號
暨東豐段251-18地號建物查詢資料及地籍圖】）影本、稽查
時間104年10月28日稽查編號EPB-000000號稽查工作紀錄（
含環保報案中心陳情案件處理電腦管制單、附件照片2張、
網頁版地籍圖）各1份、103年12月25日之合約書編號：微風
之丘103-01A號工程承攬合約書（甲方：太輝公司，乙方：
申春工程行）暨附件工程預算表、圖說、施工說明書等影本
、承接業務協議書（工程名稱：微風之丘JKN三區整地及雜
項工程，業主：太輝公司，承接者：鬱金香建設股份有限公
司）影本、行政院農業委員會水土保持局106年9月19日水保
監字第1061832583號函暨函附98年8月4日農授水保字第0000
000000號公告、新竹縣○○鎮○○地○○地段000000
0000000號卷第1頁至其背面、第3至4頁、第7至18頁、第

47至50頁、他1291號卷第1頁至其背面、第5至12頁、偵9847號卷第25至26頁、第40至64頁、第67頁、第73至87頁、第88至91頁，原審卷第31、33至36頁、第170至185頁）附卷可佐，均為被告所不爭執（見本院卷第13頁），此部分事實首堪認定。

(二)本件現場開挖、整地及堆積土方之範圍、面積，如同附件新竹縣竹北地政事務所108年3月18日土地複丈成果圖所示，且包括同地段37、59、149地號，理由如下：

①本案曾經新竹地檢署檢察官於105年9月23日至現場勘查，依證人何應龍表示本件開挖利用、整地範圍，係以現場原有樹木及攔砂壩到道路邊緣為界，其餘部分均係填土利用範圍，並表示伊於104年8月25日初次到場查勘時，填土範圍係土地全部，僅現況溪流部分設一涵管，於105年3月15日再次到場勘查，現場地貌又有變更，涵管已遭挖取，而留有一水道，檢察官即諭請新竹縣竹北地政事務所羅盛雄就上開指界部分測繪後製作複丈成果圖，新竹縣竹北地政事務所旋依測量結果提出土地複丈成果圖至新竹地檢署等節，有新竹地檢署檢察官105年9月23日履勘現場筆錄1份、現場會勘照片35張、新竹縣竹北地政事務所土地複丈成果圖1份（見偵9847號卷第25至26頁、第47至64頁、第67至71頁）附卷可參。

②關於指界範圍部分，檢察官於當日曾向被告廖煌銓確認：「（檢察官問：今日會勘縣府承辦何應龍指界本件你所涉違法整地開發利用土地範圍，就是以現場道路、原地貌土地之樹林及攔砂壩為界？）答：是」、「（檢察官問：依何應龍表示他在104年8月25日查勘時現場河流處有埋設一涵管，土地係全部填滿河川地，可以直接走到對面土地？）答：是」、「（檢察官問：之後他在105年3月15日再次到場查勘時，涵管已被挖取，現況如今日勘查大致相同，意見？）答：沒有意見」等語（見偵9847號卷第29頁）。依上可見，檢察官勘查時，在請證人何應龍指界時，業經向被告確認範圍，被告對該指界範圍沒有意見，甚至對於104年8月25日上開土地

範圍係全部填滿土方設有涵管，現況則係挖取涵管留有一水道等情均為肯認。又現場地貌經開挖整地填土時，原生植物地貌，與經開挖整地後植物再生為芒草、雜草之地貌有明顯之區別，此觀本院受命法官於108年3月15日至現場勘驗之照片6張（見本院卷第59至61頁），及105年3月15日新竹縣山坡違規使用案件會勘紀錄所附之現場照片23張（見他卷第6至13頁）甚為明確。再者，本院受命法官於108年3月15日現場勘驗，依被告指出開發範圍至現場既有防止上方土坡崩塌之蛇籠位置後，經新竹縣竹北地政事務所再以Trimble R8型號衛星地位儀測量結果，現場蛇籠直線範圍確實已經超過35地號到達59地號，而依現場地貌經開挖整地填土時，原生植物地貌，與經開挖整地後植物再生為芒草、雜草明顯有○○○區○○○○道起始於149地號穿越56地號再穿越149地號至35地號，第37地號亦全部填土至與道路平行，可見37、59、149地號均在填土範圍內，與先前新竹縣竹北地政事務所105年10月5日之土地複丈成果圖相同，有附件新竹縣竹北地政事務所108年3月18日土地複丈成果圖在卷可證（見本院卷第65頁）。依上證據所見，本件現場開挖整地之範圍及堆積土方之範圍、面積即如同附件所示，包含同地段37、149、59地號無訛。

- ③再者，(1)證人陳福雄於偵查中證稱略以：我所有之同地段38之2等地號土地係位在現場的馬路旁邊，我的土地再進去下方為河床、河川，另有1塊狹長田地在河床與我土地中間，我的土地最低處距道路約10多米，距河床落差約3、4米，那邊是山坡地，90多年時河川寬度約3、4米，100年後也是3、4米河寬，排放山上留下來的野溪，現場填土的深度約10多公尺，因為填到與道路平寬等語（見偵9847號卷第28頁）。(2)證人張俊輝亦證稱略以：100年有看過現場地貌，從路面到野溪是緩坡地，路面距離溪底，高度至少有2層樓，我只是大概目測而已，現場底部有一野溪，野溪旁邊係河川地，旁邊就是緩坡向上的泥土地道路面等語（見偵9847號卷第30

頁)。 (3) 證人陳良強亦證稱略以：100年間證人陳福雄賣地給我們時，現場地貌如同證人張俊輝所述，後續我有到場多次，包含104年8月25日縣府到場查勘時，當時我有告知被告不要亂填土，他表示最多罰錢而已，沒有關係，之後他繼續填土，範圍超過野溪對岸的土地，105年3月15日我也有到場，現場填土範圍變大，土石甚至高過路面等語（見偵9847號卷第30頁）。 (4) 依證人陳福雄、張俊輝、陳良強三人之上開證述，對照上開105年10月5日之土地複丈成果圖、108年3月18日土地複丈成果圖，以及105年3月15日新竹縣山坡違規使用案件會勘紀錄所附之現場照片23張，以及被告提出之上證4地形圖之標示可知（見本院卷一第84頁），野溪起始點水柵門之高度為218.82，至填土終點149地號之高度為218.63，而野溪旁至道路38-2地號最低之高度為233.16，野溪另側高度大約為219.34至220.45，可見未開挖填土前，現場中央原有野溪與柏油道路間相隔證人陳福雄所有之38-2、38-3、38-6、38-7地號土地，他側土地則依序為同地段149、56、59地號土地，溪底距柏油道路或他側土地泥土地道路面均有相當程度之落差，而本院受命法官於108年3月15日至現場勘驗結果，現場野溪至道路已填平，野溪至道路旁已無落差，係遭人為填土至與道路同一高度無疑。

④ 依檢察官於105年9月23日至現場勘查時，證人何應龍表示其於104年8月25日初次到場查勘時，填土範圍係全部填滿河川地，可以直接走到對面土地，僅現況溪流部分設一涵管，於105年3月15日再次到場勘查，涵管已遭挖取，而留有一水道，此為被告當日經訊問時所肯認，業如上述；再對照104年8月25日、105年3月15日、同年9月23日現場勘查之照片，104年8月25日現場照片，柏油道路與其旁之土地確實平高，該處土方相較鄰近土地土色偏紅，且在土方下埋設有一涵管連接後方裸露之水道，涵管上方全部為土方掩蓋，可直接行走至對面土地，涵管上方土方與後方裸露水道之相鄰土地確有明顯高度落差，而105年3月15日、同年9月23日現場照片，

柏油道路與其旁之土地仍然平高，惟涵管已遭挖取擺放在柏油道路旁土地之地面上，現場則留有一水道，亦有104年8月25日新竹縣山坡地違規使用案件現場會勘記錄表所附現場照片36張、105年3月15日新竹縣山坡地違規使用案件現場會勘紀錄影本1份暨現場照片24張、新竹地檢署現場會勘照片35張附卷足資佐憑（見他3043號卷第7至18頁、他1291號卷第7至12頁、偵9847號卷第47至64頁）。由是足見，迄至104年8月25日原有野溪處已改設為一涵管，其上覆蓋土方至與柏油道路路面平高，其土方堆積範圍為全部，甚可直接走至他側土地，又於105年3月15日勘查時，該涵管已遭挖取後擺放一旁，衡以涵管本身為人工製造、且上開遭挖取涵管均擺放在高處地面上，顯然該處涵管埋設、土方堆積、涵管遭人挖取均係人為無訛。況依被告提出之上證6林務局農林航空測量103年7月17日航照圖及上證7之104年6月15日航照圖，上開土地地貌仍屬一致，上證8即106年9月26日之航照圖，現場地貌已經改變，野溪旁兩側大面積團狀深綠色植物消失變成淺綠色草，益證上開土方堆積並非天然沖積而成，確係經人為填土。

⑤新竹縣○○鎮○○段○○○○段000地號土地該處兩側鄰近之土地分別為同地段35、38-3、37、37-1及56地號土地，有105年10月5日之土地複丈成果圖可稽（見偵9847號卷第67頁），而其中之同地段35、38-3、37-1及56地號土地，於100年7月4日後，均係被告、證人張俊輝與天晟公司簽訂合作開發協議書內容開發之範圍，且嗣為太輝公司依上開協議書代為開發之範圍，亦經本院認定如前。是衡情除在現場施工之太輝公司外，並無可能另有他人在同地段149地號土地上堆積土方。再參以103年12月25日之合約書編號：微風之丘000-00A號工程承攬合約書（甲方：太輝公司，乙方：申春工程行）暨附件工程預算表、圖說、施工說明書等影本所載，工程名稱：微風之丘JKN三區整地及雜項工程，工程○○○區○○○段糞箕窩小段「35」、…、「56」、…地號等，開工期

限：乙方（申春工程行）應於接到甲方（太輝公司）通知日起7日內正式開工等情，有上開合約書1份（見原審卷第173至185頁）附卷憑參；再考諸太輝公司與佳境園藝有限公司104年8月12日合約書及所附104年8月1日土地使用同意書所載，雙方約定於104年8月12日起3個月內或佳境園藝有限公司綠化完成即完成合約，且被告願意提供「新竹縣○○鎮○○段○○○○段00地號土地」予案外人羅偉國做土地改良及整地工程等情，亦有上開合約書、使用同意書附卷憑參（見偵9847號卷第77至78頁、第81頁），此佐以新竹縣政府環境保護局104年8月11日、104年10月28日稽查工作紀錄，案外人羅偉國確有在同地段35地號土地或其他工程人員有在同地段35、56地號土地上堆積土石，亦有上開稽查工作紀錄各1份附卷可參（見偵9874卷第73至74頁、第88頁），均足顯示太輝公司於103年12月25日以後確有至新竹縣○○鎮○○段○○○○段000地號相鄰之土地施作工程，現場土石方並非天然沖積而成至現況高度。

- ⑥依新竹縣政府環境保護局104年8月11日、104年10月28日稽查工作紀錄分別記載，「本日至上開地址稽查，現場目視該地土地有大量不明紅色及灰色土方，另查現場有挖土機乙台即進行整地作業，…，據現場施工負責人羅偉國君表示，該地回填土石係後續種植金針花用，回填土方係地主要求，土石來源為土石方資源堆置場及砂石場所購買，…，另該地地號為新竹縣○○鎮○○段○○○○段00號」、「本日會同微風之丘接待中心人員廖煌銓至上開陳情地址稽查，現場發現乙台挖土機正進行整地作業，另勘查該地有回填大量土石方（黃色及灰色等），另該地間有一條三屯圳，該圳上方有鋪蓋部分黃色土石，…，據微風之丘接待中心人員廖君表示，該地係私人土地，現場回填土方及整地部分，係地主要求，後續以利種植使用，『另表示部分黃色土石覆蓋之屯圳，係因整地時便道需要，故暫時鋪蓋，俟整地結束後立即挖除，該地地號為新竹縣○○鎮○○段○○○○段00○○地號』」

等語，此有上開稽查工作紀錄附卷憑參（見偵9847號卷第73、88頁）。依上可證，鄰近同地段35地號堆積之土方係另外購置，而該處涵管埋設、土方堆積、涵管遭人挖取，均係太輝公司為在同地段56地號土地上整地刻意為之，太輝公司並非在現場疏浚河道，而是在填土整地，被告於原審提出之疏浚前照片4張，103年12月25日之合約書編號：微風之丘000-00A號工程承攬合約書載有施作「攔水閘疏浚及修整鄰地」、「攔水閘疏浚及廢土載運」等，謂太輝公司在同地段149地號土地係為疏浚行為，然該等照片拍攝時間、地點或該等工程施作地點均屬不明，且該工程施作內容亦乏相關說明，且與上開事證不符，自不足採信。

⑦綜上，本件太輝公司開挖、整地及堆積土方之範圍、面積確包含同地段37、149、59地號土地實至為明確，另衡以太輝公司上開與申春工程行等簽訂施作工程之時間均在103年12月25日以後，亦如上述，則太輝公司為本件開挖、整地及堆積土方之行為時間即應為103年12月25日迄至本案105年3月15日遭查獲為止，亦堪以認定。本件實際在新竹縣○○鎮○○段糞箕窩小段等土地上開挖、整地及堆積土方之範圍、面積如附件所示，且該等土方堆積均為人為，並非天然沖積甚明。是被告辯稱係因20年的土石堆積導致滯洪池功能喪失云云，即非實在。又被告上訴意旨謂：本件原地政事務所105年10月5日之土地複丈之測量方法錯誤，當時指界錯誤，真正之填土範圍西邊應係以蛇籠岸壁為界乙節云云。此部分業經本院受命法官偕同被告及新竹縣竹北地政事務所，以上開方法重測，亦如上所載，是此部分指界並無違誤；被告又辯稱：依地籍圖示、行政院農委會林務局航空測量所103年7月17日、106年9月26日拍攝之航照圖，該滯洪池於94年即為乾涸窪地，該地號早已被土石填滿並無水流，現場是疏浚149地號之水道在進行149地號外之填土工程，太輝公司是在該處從事河道疏浚，挖出土石之後，再堆積到兩側云云；根據被告提出之工程合約書，現場有三個區域，最先動工的是J

01 區，訂約是在103年12月25日，動工在104年3月1日，請款單
02 的地號，動的是哪一區清清楚楚的，這個在契約書不會寫，
03 我身為顧問建議從J區開始做，不可能三區一起動工，都是
04 一區一區做。現場有三個工區J、K、N區，J區是從3月1日到
05 104年5月底的時候就中斷了，系爭工程K、N區就中斷了，後
06 來董事會決議用最少的錢做N區，N區就是案發地點，系爭的
07 地號都是N區，案發地點就是104年8月開始的，真正動工時
08 間是104年8月，到同年10月就疏濬、填土完成了，J區沒有
09 在起訴書、原審判決的地號範圍內云云，然且上開工程合約
10 書、請款單僅係單純之書面記載，且與本院認定之上開證據
11 不符，足見被告提出之上開書據並非依現場實際施作之事實
12 所記載，均不足以採信。

13 (三)太輝公司執行上開地號之開挖、整地及堆積土方行為，均未
14 取得同地段37、59、149地號土地所有人之同意，其餘部分
15 則均獲有同意，理由如下：

16 ①被告或太輝公司在同地段149地號土地為上開堆積土方、開
17 挖整地行為，並未取得中華民國或主管機關之同意，此觀財
18 政部國有財產署中區分署新竹辦事處向之追償不當得利之補
19 償金自明；又被告提出之上開天晟公司所簽署「國有非公用
20 山坡地同意合併開發契約書」2份，經財政部國有財產署中
21 區分署（斯時為財政部國有財產局中區辦事處）同意合併開
22 發之國有土地，並未包含上開地號，亦有上開契約書2份（
23 見他3043號卷第112頁至第113頁、第114頁至第115頁）在卷
24 可證。被告辯稱，國有財產署准許天晟公司將該水道擴充為
25 滯洪池及設置攔水閘完成，顯係同意使用該土地，惟就此部
26 分並未舉證以實其說，況且被告與天晟公司簽訂之上開合作
27 開發協議書附件土地清冊影本並未包含上開地號，則被告或
28 太輝公司即無從主張有合法開挖整地之權源。再新竹縣○○
29 鎮○○段○○○○段○地段00○00地號土地，雖經註記為地
30 籍清理清查辦法第3條第11款之土地，並有各該地號之土地
31 建物查詢資料各1份附卷可稽（見他3043號卷第20頁、他129

1號第16頁），然此係主管機關為清查權利內容不完整或與現行法令規定不符之地籍登記，為釐清權利內容及權屬者所為之清理程序，此觀地籍清理條例第3條之內容自明，尚非得逕謂該等土地為無主土地，且因上開土地均經登記為金同盛所有、管理員為周源寶、曾阿統，亦非未經登記之土地，自非民法第769條、第770條得時效取得之標的。是以，姑且不論天晟公司是否和平、公然、繼續占有該等土地，亦無從主張上開權利，況縱如被告所述，天晟公司對此得請求登記為所有權人，亦尚未為之，遑論遍觀被告、證人張俊輝與天晟公司所簽訂之100年7月4日合作開發協議書所附土地清冊影本，亦未包含上開土地在內，亦有該合作開發協議書、附件土地清冊影本各1份附卷可憑（見他3043號卷第76至90頁）。是被告乃至後續承辦開發業務之太輝公司，對於上開地號土地，均無從對該等土地取得適法占有之權利，被告上開所辯，即非有理由。

②新竹縣○○鎮○○段○○○○段○地段000000000地號土地分別為金同盛、中華民國所有等情，業經本院認定如前。關於被告對上開土地是否有使用權源，被告雖於原審辯稱：前者土地之所有權人為金同盛、管理員為周源寶、曾阿統，歷今近70年查無該三人之去向，該地已由新竹縣政府於101年4月註記公告屬地籍清理清查辦法第3條第11款之無主地，天晟公司已合法占有逾20年，得請求登記為所有權人，天晟公司再度開發時，即無庸取得其同意；後者部分，天晟公司於80年間開發「關西鄉村高爾球場」時，與國有財產局簽訂有「國有非公用山坡地同意合併開發契約書」，雖同地段149地號土地未列入申購範圍，惟國有財產局既准天晟公司將該水道擴充為滯洪池及設置攔水閘完成，顯係國有財產局同意使用，太輝公司將滯洪池淤積疏浚，使其水流暢通，乃公益行為云云，依上所述，即非有理由。

④被告係實際指示太輝公司施作本案37、59、149地號開挖、整地及堆積土方之實際占用者，理由如下：

01 ①本件依：(1)證人陳良強於偵查中證稱略以：太輝公司有分銷
02 售部門與工程部門，銷售部門負責整地後賣給客戶，工程部
03 門負責規劃、整地、開發，銷售部門是羅達章負責，工程
04 部門是由被告負責，因為他是土木技師，通常我在工地現場
05 看到的是被告在場調度與指揮監督，因為這些整地法規及技
06 術，被告比較懂等語（見他3043號卷第131至132頁）。(2)證人
07 張俊輝於偵查中亦證稱略以：我們成立太輝公司時，我、被
08 告、林鈺珍、羅達章都有開會同意進行合作開發協議書內土
09 地的開發，原本我應該要負責銷售，但我跟被告因開發意見
10 不合，且我生了一場大病，我在101年4月1日迄今就沒有到
11 工地，沒有實際參與太輝公司運作，相關土地開發整地僅有
12 被告負責，別人都無法插手，公司的經營都是由被告一手操
13 作等語（見他3043號卷第130至132頁、他1291號卷第39頁背
14 面、偵9847號卷第109、111頁）。(3)證人羅達章於偵查中亦
15 證稱略以：太輝公司確實有承作天晟公司土地委託開發，但
16 委託的範圍都有確定的地段地號，現場的施作要現場實際負
17 責的人才能確定，太輝公司沒有做違法的決策；證人張俊輝
18 因為被告理念不合，對於公司的經營比較消極，現場的施工
19 係由被告負責，因為被告是專業的土木技師，工人跟小包都
20 是他找的，這部分其他的股東沒有介入等語（見偵9847號卷
21 第108至109頁）。(4)證人林鈺珍於偵查中亦證稱略：天晟公
22 司將土地開發委託給被告、證人張俊輝，他們要進行相關開
23 發事宜才邀集我、證人羅達章成立太輝公司；剛開始約定由
24 證人張俊輝、被告處理土地開發事項，我與證人羅達章負責
25 出資及財務管理，太輝公司100年10月登記成立後約8個月，
26 因為證人張俊輝、被告常意見不合，101年下半年證人張俊
27 輝就很少出現在董事會；太輝公司的土地開發案，是由被告
28 負責設計規劃及現場施工，證人張俊輝因為與被告意見不合
29 ，很少參與開發案的實際運作，從101年下半年之後，土地
30 開發案的執行及現場實際負責人都是被告；董事會當初只是
31 依照天晟公司的委託去進行土地開發，沒有授權被告可以違

01 法開發等語（見偵607號卷第33至37頁）。(5)依上開太輝公
02 司之股東、董事或天晟公司負責人，均一致指證太輝公司開
03 發案之開發工程均係由被告設計規劃，現場施工指揮執行，
04 其他人均無介入參與，尤證人張俊輝於101年過後即少參與
05 太輝公司之經營，事實上本案之執行人是被告，而被告亦為
06 實際執行本件開發案之負責人。再依100年8月8日合作開發
07 責任分工協議書（立協議書人：被告、證人張俊輝、羅達章
08 ）影本1份所示，被告等為使與天晟公司簽訂「合作開發協
09 議書」之開發作業順利進行，其等約定被告負責該開發案各
10 區塊土地規劃設計、測量、土地合併分割、鑽探、水土保持
11 計畫申請、雜項執照及完工證明申請，土地銷售計畫等及其
12 他有關該開發案之行政作業及進度管控，有該合作開發分工
13 協議書1份附卷足佐（見他3043號第174頁），且被告確係具
14 有專業之土木工程技師乙節，亦有被告103年7月1日換發之
15 技執字第001691號技師執業執照影本1份（見偵9847號卷第
16 39頁）附卷可憑。又依被告於原審審理程序中供稱：「（審
17 判長問：太輝公司董事是否僅你具有專業土木經驗？）答：
18 對。（改稱）所謂專業土木經驗是有證照，張俊輝、羅達章
19 以前是共同合夥承包台電工程，他們本身對工程也懂，不然
20 怎麼去承接台電的土木工程，他們都有土木工程的經驗，而
21 且開發對他們而言是簡單的工程，…」等語（見原審卷第25
22 9頁）。可見被告相較於其餘股東、董事就工程施作之規劃
23 、設計、執行，更具有專業無訛，則上開證人證述本案太輝
24 公司開發工程之規劃設計、現場施工執行均係由被告負責乙
25 節，應係屬實。

26 ②又依103年12月25日之合約書編號：微風之丘103-01A號工程
27 承攬合約書（甲方：太輝公司，乙方：申春工程行）（見原
28 審卷第86頁）所示，立合約書人除太輝公司及其法定代理人
29 用印外，另列「代理人廖煌銓」等字樣；又太輝公司與佳境
30 園藝有限公司於104年8月12日所簽訂之買賣合約書，雖未再
31 載有「代理人廖煌銓」等字樣，然佳境園藝有限公司羅偉國

01 提出之104年8月1日土地使用同意書，係由被告簽名用印出
02 具，由其同意提供同地段35地號土地予羅偉國作土地改良及
03 整地工程，亦有上開合約書、使用同意書附卷憑參。又被告
04 於原審準備程序中亦自承：我負責有關工程的技術問題、土
05 地調查規劃測量、工程發包部分，我製作標單、合約書交給
06 公司開董事會議決議發包給申春工程行等語（見原審卷第40
07 頁）。再者，證人何應龍於偵查中亦證稱略以：104年8月25
08 日10時40分許協同關西鎮公所人員現場勘查時，發現坐落在
09 新竹縣○○鎮○○段糞箕窩小段35、37、37-1、56、38-2、
10 38-3、38-5、38-6、38-7、38-8、56、149地號土地違法開
11 發經營及使用，現場僅有看到被告，他表示上開土地開發案
12 是由太輝公司負責，後續我們在105年3月15日與關西鎮公所
13 承辦人有到場勘查，在4月7日時請被告到縣府陳述意見，被
14 告表示太輝公司實際負責人為證人張俊輝，他是依照太輝公
15 司決議在現場工作，我們幾次到場會勘太輝公司都是被告在
16 場實際負責開發工作等語（見他1291號卷第38頁背面至第39
17 頁），有上開104年8月25日、105年3月15日新竹縣山坡地違
18 規使用案件現場會勘記錄表各1份附卷憑參。況依新竹縣政
19 府環境保護局104年10月28日稽查工作紀錄觀之，該次亦係
20 「會同微風之丘接待中心人員廖煌銓至上開陳情地址稽查，
21 現場發現乙台挖土機正進行整地作業，另勘查該地有回填大
22 量土石方（黃色及灰色等），另該地間有一條三屯圳，該圳
23 上方有鋪蓋部分黃色土石，…，據微風之丘接待中心人員廖
24 君表示，該地係私人土地，現場回填土方及整地部分，係地
25 主要求，後續以利種植使用，另表示部分黃色土石覆蓋之屯
26 圳，係因整地時便道需要，故暫時鋪蓋，俟整地結束後立即
27 挖除，該地地號為新竹縣○○鎮○○段○○○○段00○○地
28 號」等情，如同前述，是現場屢次經勘查，被告均有在場，
29 甚至被告亦表示係依決議在場執行，或以「微風之丘接待中
30 心人員」身份對當時整地作業內容、將來計畫為具體說明，
31 益證被告係在現場實際負責執行本案開發工程之施作無訛。

01 ③況且被告於偵查中亦曾經供稱：工程發包是太輝公司發包，
02 我僅是幫忙調查資料做顧問，本件因為證人張俊輝對工程不
03 瞭解，我本身有施工經驗，且他常不在現場，我逼不得已才
04 出面處理等語（見他3043號卷第58頁背面）；太輝公司發包
05 後沒有實際的負責人，是公司董事會全體決議本件填土工程
06 ，因為證人張俊輝都不到工地，而本件開發協議是我與證人
07 張俊輝、陳良強簽訂，我只能到場監督工程進度等語（見他
08 3043號卷第71頁背面）；「（檢察官問：你就現場開發有阻
09 塞水流之情形意見？）答：我有指示包商工程絕對不可以阻
10 塞水流」、「（檢察官問：你除了指示包商外有無其他監督
11 或預防、避免之行為？）答：沒有。因為我都是依照太輝公
12 司與包商之合約執行」、「（檢察官問：你既然有指示包商
13 之權力及行為，是否代表你是太輝公司現場負責人？）答：
14 我雖然有指示包商之權力與行為，但我認為現場負責人是張
15 俊輝」等語（見他1291號卷第39頁至其背面）。惟證人即太
16 輝公司股東李建銳於原審審理中則證稱略以：關於太輝公司
17 在關西的高爾夫球場那邊開發農舍工程及一些開發行為，我
18 印象中蠻多位太輝公司董事會成員到現場勘查攔水壩，其中
19 證人羅達章、林鈺珍有去，當中所談的內容，我不是很清楚
20 ，是證人羅達章、林鈺珍、張俊輝、被告他們決定這個案子
21 要怎進行；勘查完工地後，被告好像有在董事會提議要請1
22 個監工，我忘記公司的決議為何，好像是委託被告吧等語（
23 見原審卷第238至239頁）。是依被告先前於偵查中之供述及
24 證人李建銳之證述，以及上揭證據互相勾稽明確可證，本件
25 實際負責在現場指示包商施工、監督工程進行者，確係被告
26 至為明確。被告及其辯護人上訴意旨辯稱，本案應負責任者
27 為太輝公司云云，顯係卸責之詞，不足採信。

28 ④被告及其辯護人上訴意旨辯稱：被告僅係單純執行董事會或
29 太輝公司之決議云云，然此部分既與上揭本院認定之證據相
30 悖，且無任何證據足資佐憑被告所辯為真，是被告上開空言
31 辯解既與上開證據不符，自無從採信。又被告固提出卷附各

該太輝公司會議記錄、太輝公司104年薪資統計表影本，辯稱證人張俊輝方為太輝公司實際負責人云云，惟該等證據僅能證明證人張俊輝於101年1月為開發部，被告為營業部，嗣證人張俊輝曾參與部分會議、或自太輝公司領有薪水，然均不悖於前揭證人張俊輝於101年4月1日後已較少參與公司之經營之事實，尤無從依此為有利於被告之認定。至被告固提出三重中山路郵局存證號碼646號、745號、681號郵局存證信函影本為據（見他3043號卷第233至240頁、偵9847號卷第38頁），據以辯稱：自己於104年6月間解除合作開發責任分工協議書後即不管事云云。然上開文書內容僅能代表被告對證人張俊輝、羅達章等解除該契約內容並欲求償，不能證明被告未再繼續參與太輝公司事務，遑論依前揭事證，包含104年8月11日、8月25日、10月28日、105年3月15日等等現場勘查情形，同地段35地號土地於104年8月1日由被告提供予案外人羅偉國施作等等，均已明白揭示被告104年6月後仍有在處理太輝公司關於開發工程之事務，且由該內容提及「合作開發分工協議書第4條第2項及第3項所規定之施工、銷售、會計帳務、人事等管理、基地合併分割，微風之丘及其他等對外所有人、事、地問題之協商、談判即處理等事務，自101年4月1日張俊輝肇事後皆由本人及羅達章二人主導並委請李建銳幫忙處理及順利完成，張俊輝自始至終約三年皆無參與過程」等語，益徵太輝公司實際上確係由被告主導，證人張俊輝實際上未參與太輝公司經營。是本件依上開事證，均在在顯示太輝公司於101年4月後承辦上開代為開發事宜，尤於本案行為期間，關於該等地號土地開發案之工程規劃設計、發包，乃至現場工程之指示、監督執行，均係由被告負責，被告實際參與太輝公司之經營，更為太輝公司在該等山坡地為開挖整地、堆積土方之經營使用人無訛。是被告及其辯護人辯稱，被告僅係在執行太輝公司決議，非負責人云云，自非有理由。

⑤至於原審公訴人固認被告或太輝公司對證人陳福雄所有之同

地段38-2、38-3、38-6、38-7地號之土地亦無使用權源，然天晟公司於81年間確有向證人陳福雄買受上開土地，僅未經移轉登記乙節，業經證人陳福雄、陳良強分別證述明確（見他3043號卷第70頁背面、第71頁），且有土地買賣契約書（甲方：天晟育樂股份有限公司，乙方：陳福雄、陳克榮）影本1份在卷可佐憑（見他3043號卷第107至109頁），是天晟公司雖無該等土地之所有權，然並非無得依該買賣契約對上開土地主張占有或使用之權利。再者，天晟公司於100年7月4日與被告等簽訂合作開發協議書時，確包含合作開發上開土地，並同意授權被告使用該等土地，亦有上開100年7月4日合作開發協議書、附件土地清冊影本、100年7月10日之土地使用權同意書影本（見他3043號卷第95頁）附卷可考，則被告或嗣後承辦該等開發業務之太輝公司，自得依天晟公司之授權取得上開土地合法占有、使用之權利。是公訴意旨認被告或太輝公司就此部分土地均無使用權源，容有誤會。

(五) 本案系爭37、149、59地號土地之開挖整地、堆積土方、填土等行為，至本院言詞辯論終結時，尚未致生水土流失，理由如下：

① 依卷附105年9月23日新竹縣○○鎮○○段○○○○段00地號等13筆土地是否致生水土流失勘查紀錄中，新竹縣水土保持服務團專業技師意見載明「經現場實勘，現況野溪兩側堆置土方，其高度皆大於5公尺、部分植生覆蓋，另表面有沖蝕溝及裂縫產生」、「野溪通水斷面遭堆置土石阻礙水流，且基腳已有沖刷崩落之現象」、「本案違規於野溪通洪斷面堆置土石阻礙水流通行，恐有致生水土流失之虞」等情，有上開勘查紀錄1份暨致生水土流失案照片6張（見偵9847號卷第40至45頁）在卷可稽。依上開勘查紀錄之記載，當時現況僅係「恐有致生水土流失之虞」，然並未經鑑定確已有致生水土流失之事實。

② 本案現場係開發堆置填土石至與臨近道路平行，已如上述，再依本院受命法官於108年3月15日至現場勘驗之照片顯示，

01 現場填土後之植物、雜草生長狀況覆蓋良好，水流暢通，肉
02 眼可見並無水土流失之情況，有卷附現場勘驗照片6幀在卷
03 可證。雖然現場係經填土致原有窪地滯洪池之功能喪失，而
04 填土之部分，在颱風季節或遇大雨沖刷後，不無可能因此致
05 生原有河道阻塞而致生水土流失，並釀成重大災害之可能性
06 ，然依目前現場現況所示，仍無任何證據足以證明已致生水
07 土流失甚明，且此部分事實甚為明確，自無庸贅為不必要之
08 鑑定。是公訴意旨認本件上開填土行為，已致生水土流失，
09 尚有誤會。

10 (六)綜上所述，本件被告係於103年12月起至105年3月15日期間
11 ，實際參與經營太輝公司，且負責太輝公司開發工程之設計
12 規劃、發包、監督及現場執行，而在上開系爭土地開挖整地
13 、堆積土石之實際經營及使用系爭土地之人，且被告領有土
14 木工程技師執照，依其專業智識明知在公有、私人山坡地內
15 ，未經同意不得擅自為上開占用行為，仍未經同意占用上開
16 私人及公有之37、59、149地號，進行如附件所示範圍之開
17 挖、整地及堆積土石等行為，惟尚未因此致生水土流失，事
18 證明確，堪予認定，自應依法論罪科刑。

19 二、論罪科刑部分：

20 (一)按水土保持法所稱山坡地，依第3條第3款規定指國有林事
21 業區、試驗用林地、保安林地與經中央或直轄市主管機關參
22 照自然形勢、行政區域或保育、利用之需要，就標高在100
23 公尺以上或標高未滿100公尺，而其平均坡度在5%以上者
24 劃定範圍，報請行政院核定公告的公、私有土地。其範圍較
25 山坡地保育利用條例第3條所稱山坡地為廣；且水土保持法
26 第1條第2項規定：「水土保持，依本法之規定；本法未規
27 定者，適用其他法律之規定」。因此就立法沿革、法律體例
28 、立法時間及立法目的而言，水土保持法屬於山坡地保育利
29 用條例的特別法。行為人所為若皆合於上述二法律的犯罪構
30 成要件，應優先適用水土保持法（最高法院93年度台上字第
31 3380號判決意旨參照）。又按水土保持法第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構成要件，除在保護水土資源之保育法益外，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，應予優先適用，自不另論以刑法之竊佔罪。

(二)本件被告於103年12月起至105年3月15日之期間，占用上開無使用權利之37、59、149地號之私人及國有土地上，未經同意擅自開挖整地、堆積土方等行為，尚未致生水土流失之情形，核其所為係犯水土保持法第32條第4項、第1項前段，非法占用致水土流失未遂罪。檢察官起訴意旨認係犯同條第1項之既遂罪，尚有未洽，業如前述，惟既、未遂僅係行為狀態不同，不生變更起訴法條之問題。

(三)被告僱請不知情之申春工程行或其他工程人員，在上開土地上進行開挖整地、堆置土方等行為，係間接正犯。又被告係於緊接時間內於上開土地為各該開挖整地、堆積土方之行為，顯然係在密切接近之時、地實施，侵害相同法益，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全概念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上，自應各視為數個舉動之接續施行，各合為包括之一行為予以評價，係單純一罪。

(四)被告前於101年間因偽造文書等案件，經本院以102年度上易字第1733號判決處有期徒刑6月確定，甫於103年11月11日易科罰金執行完畢等情，有本院被告前案紀錄表在卷可按，本件係於上開有期徒刑執行完畢後，5年以內因故意再犯有期徒刑以上之罪，依刑法第47條第1項之規定為累犯。按累犯之加重，係因犯罪行為人之刑罰反應力薄弱，需再延長其矯正期間，以助其重返社會，並兼顧社會防衛之效果。立法者之所以在原違犯條款所規定之處罰外，再以系爭規定一加重本刑之處罰，理由在於行為人前因犯罪而經徒刑執行完畢或一部之執行而赦免後，理應產生警惕作用，返回社會後能因

此自我控管，不再觸犯有期徒刑以上之罪。然而行為人卻故意再犯後罪，足見行為人有其特別惡性，且前罪之徒刑執行無成效，其對於刑罰之反應力顯然薄弱，故認有必要加重後罪本刑至二分之一處罰。本院審酌本件被告所犯並無符合刑法第59條所定之要件，且被告前亦曾有違反罪質相近之山坡地保育利用條例之犯罪科刑紀錄，有本院被告前案紀錄表在卷可稽，顯見被告對於類此案件確具有特別惡性，且前罪之徒刑執行無成效，對於刑罰之反應力顯然薄弱，適用上開累犯之規定加重，亦不致生被告所受之刑罰超過其所應負擔罪責，導致其人身自由因此遭受過苛之侵害，而有不符憲法罪刑相當原則，進而牴觸憲法第23條比例原則之情形，爰參照司法院釋字第775號解釋意旨，依刑法第47條第1項規定加重其刑。

(五) 本件被告所犯行為尚未致生水土流失，係屬未遂，應依刑法第25條之規定，減輕其刑，並依法先加後減之。

(六) 爰以被告之行為人責任基礎，審酌被告係領有土木工程技師之專業執照，具有相關之專業智識背景，明知在公有或私人山坡地內，未經同意不得擅自占用而為上開行為，竟僅因為開發35、37-1、56、38-2、38-3、38-6、38-7地號之土地貪圖利益與方便而將上開37、59、149地號一併占有之犯罪動機與目的，並在上開土地上開挖整地、大量堆積土方，面積如附件所示之犯罪手段與違反義務之程度，前有因違反山坡地保育利用條例案件，經法院判刑確定而執行之紀錄，素行非佳，犯後仍無悔意，且現場堆置之土石目前雖尚未有致生水土流失之情形，然原有天然之滯洪池既因此喪失功能，難保日後遇颱風或豪大雨，不會發生致生水土流失或河道阻塞，並因而釀成災害之犯罪情節；兼衡被告自述仍從事土木技師工作、經濟狀況普通、無須扶養子女之家庭經濟狀況及大學畢業、領有專業證照之教育程度等一切情狀，就其所犯量處如主文第二項所示之刑，以符罪刑相當原則。

三、關於沒收部分之說明：

(一)被告雖未取得同地段37、59、149地號土地所有權人之同意，即擅自占用在該等土地為各該經營及使用行為，使第三人天晟公司獲得相當於租金之不法利益。惟刑法沒收新制施行後，沒收已為獨立之法律效果，並非必然附隨於主刑，且本件亦無事證足以證明天晟公司有非善意占用上開土地之意思，自難率認天晟公司已有獲得相當於租金之不法利益，況且檢察官復未就此部分聲請宣告沒收，則參酌最高法院106年度台上字第1658號裁判意旨，本院自無庸就此部分為裁判。

(二)按「山坡地開發利用回饋金之繳交義務人，為擬具水土保持計畫或簡易水土保持申報書之水土保持義務人。」、「本回饋金之計算方式，應依其開發利用程度之類別，以水土保持主管機關核定水土保持計畫或簡易水土保持申報書之計畫面積與其當期公告土地現值乘積百分之六至百分之十二計算。」山坡地開發利用回饋金繳交辦法第4條、第5條第1項雖然分別定有明文，然上開辦法係依森林法第48條之1第2項規定訂定之，此觀上開辦法第1條之規定甚明。但森林法第48條之1第1項、第2項僅係關於回饋金之來源及計算、繳交方式之規定，然水土保持法及山坡地保育利用條例並未明定或授權主管機關得徵收上揭回饋金，亦即上開辦法乃係無法律授權之行政規則而已，並非法規命令，水土保持義務人依法並無繳交上開回饋金之法律上義務。是以，本件依法自亦不能適用上開無法律授權規定之辦法，逕行估算認為被告有依上開辦法減省應繳納之山坡地開發利用回饋金之犯罪所得。

(三)被告行為後，刑法關於沒收之規定業已於104年12月17日修正，認沒收為刑罰及保安處分以外具有獨立之法律效果，並於105年7月1日施行，明確規定與非拘束人身自由之保安處分，均應適用裁判時法。又刑法關於沒收之規定，既已全盤修正，自應回歸刑法一體適用，而於刑法施行法第10條之3增訂：「中華民國104年12月17日及105年5月27日修正之刑法，自105年7月1日施行。105年7月1日前施行之其他法律關於沒、追徵、追繳、抵償之規定，不再適用。」，明白揭示

01 後與優於前法之原則。再「供犯罪所用、犯罪預備之物或犯
02 罪所生之物，屬於犯罪行為人者，得沒收之。但有特別規定
03 者，依其規定。」、「前二項之沒收，於全部或一部不能沒
04 收或不宜執行沒收時，追徵其價額。」刑法第38條第2項、
05 第4項亦定有明文。另105年11月30日修正之水土保持法第32
06 條第5項規定：「犯本條之罪者，其墾殖物、工作物、施工
07 材料及所使用之機具，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。
08 」，係在上開刑法有關沒收之規定修正後公布施行之法律，
09 自無刑法施行法第10條之3第2項規定之適用，是本案仍應依
10 刑法第2條第2項之規定，優先適用現行水土保持法第32條第
11 5項之規定，至其餘有關沒收之規定則回歸適用新修正刑法
12 第五章之一等規定。

- 13 ①水土保持法第32條第5項修正立法理由係以：考量山坡地因
14 其自然條件特殊，不適當之開發行為易導致災害發生，甚至
15 造成不可逆之損害，為減少違規行為人僥倖心理，避免該等
16 犯罪工具因非屬犯罪行為人所有而無法沒收，致使犯罪成本
17 降低，而無法達到嚇阻之目的，乃修正為不問屬於犯罪行為
18 人與否，沒收之，以為刑法第38條第2項之特別規定。則依
19 特別法優先於普通法之原則，水土保持法第32條第5項係特
20 別規定，自應優先於刑法第38條第2項前段之適用，至於與
21 沒收有關之其他事項，水土保持法既無特別規定，依法律適
22 用原則，仍應回歸適用刑法。修正刑法就沒收部分，為符合
23 比例原則，兼顧訴訟經濟，節省法院不必要之勞費，及考量
24 義務沒收對於被沒收人之最低限度生活產生影響，增訂過苛
25 條款，於第38條之2第2項明定：「宣告前二條之沒收或追徵
26 ，有過苛之虞、欠缺刑法上之重要性、犯罪所得價值低微，
27 或為維持受宣告人生活條件之必要者，得不宣告或酌減之」
28 。所謂「宣告前二條之沒收或追徵」，依其文義、立法體例
29 及立法精神，自係指依第38條、第38條之1規定宣告之沒收
30 、追徵而言，其中第38條部分，當然包括該條第2、3項前段
31 與但書在內，而非僅限於前段規定，始有適用（最高法院10

7年度台上字第4337號判決意旨參照)。

②本件被告係利用不知情之申春工程行犯罪，已如上述，申春工程行就本件被告犯行並無任何責任可言，且本案犯罪工具均非屬被告所有，既非屬違禁物，亦非專供本案犯罪之用，且具有替代性，若予宣告沒收對減少違規行為人即被告僥倖心理，預防被告犯罪難認有何關聯性與重大實益；且本案經本院受命法官於上揭時地當場勘驗時，現場均已無任何機具及工作物，已無法特定機具及工作物之範圍，亦有上開勘驗照片可稽，復未經檢察官聲請沒收，則若對毫無責任可言之所有人申春工程行宣告沒收，即顯有過苛之虞，衡諸憲法比例原則，並參諸上開最高法院106年度台上字第1658號、107年度台上字第4337號裁判意旨，本件所使用之機具及工作物，均以不予宣告沒收或追徵，始符合比例原則，附此敘明。

四、不另為無罪諭知部分：

公訴意旨認被告就同地段38-2、38-3、38-6、38-7地號之土地亦無使用權，係有誤會，已如上述；又公訴意旨補充被告廖煌銓亦為新竹縣○○鎮○○段○○○○段0000000000地號等土地之水土保持義務人，且未先擬具水土保持計畫送請主管機關核定，即在上開土地堆積土石、開挖整地等事實，乃具狀聲明擴張並更正該部分事實（見原審卷第51至54頁），亦涉犯同法第33條第3項致水土流失罪等語。惟按水土保持法第33條第1項規定，「有下列情形之一者，處新台幣六萬元以上三十萬元以下罰鍰：」係屬行政罰之規定，同條第3項固規定「第一項第二款情形，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；因而致人於死者，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；致重傷者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣六十萬元以下罰金。」，但並未處罰未遂犯，此觀該條文之規定甚明。本件被告所為尚未致生水土流失，已如上述，則上開未經許可擬具水土保持計畫即開發38-2、38-3、38-6、38

01 -7、35、37-1、56地號部分，僅有同條第1項行政罰責之適
02 用，尚不構成犯罪。惟公訴意旨認此部分果成立犯罪，亦與
03 上開有罪部分有想像競合之裁判上一罪關係，爰不另為無罪
04 之諭知，附此敘明。

05 五、撤銷改判之理由：

06 原審因予論罪科刑，固非無見，惟查：原審判決理由欄認為
07 被告已構成累犯，應依法加重其刑，然主文卻未諭知累犯，
08 已有矛盾；又未經鑑定，逕為推論認本案已致生水土流失，
09 認定事實及適用法律均有違誤。被告上訴意旨不可採之理由
10 ，亦據本院一一指駁如上，惟原審判決既已有上開違誤，自
11 仍應予撤銷改判。

12 據上論斷，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第299
13 條第1項前段，水土保持法第32條第4項、第1項前段，刑法第11
14 條、第2條第2項、第47條第1項、第25條第2項、第38條之2第2項
15 ，判決如主文。

16 本案經檢察官黃嘉慧提起公訴，檢察官陳正芬到庭執行職務。

17 中 華 民 國 108 年 5 月 29 日

18 刑事第十九庭 審判長法官 曾淑華

19 法官 楊秀枝

20 法官 陳文貴

21 以上正本證明與原本無異。

22 如不服本判決，應於收受送達後10日內向本院提出上訴書狀，其
23 未敘述上訴之理由者並得於提起上訴後10日內向本院補提理由書
24 （均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

25 書記官 洪宛渝

26 中 華 民 國 108 年 5 月 29 日

27 附錄：本案論罪科刑法條全文

28 水土保持法第32條

29 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
30 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
31 、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。