

臺灣高等法院刑事判決

108年度上訴字第1066號

上訴人

即被告 曹來旺

黃國全

共同

選任辯護人 黃齡巧律師

上列上訴人等因違反山坡地保育利用條例等案件，不服臺灣宜蘭地方法院106年度訴字第419號，中華民國108年1月10日第一審判決（起訴案號：臺灣宜蘭地方檢察署106年度偵續字第60號），提起上訴，本院判決如下：

主文

原判決撤銷。

曹來旺共同犯水土保持法第三十二條第四項之非法占用、使用致水土流失未遂罪，處有期徒刑肆月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。緩刑貳年。

黃國全共同犯水土保持法第三十二條第四項之非法占用、使用致水土流失未遂罪，累犯，處有期徒刑參月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。

如附圖編號C1、C2、D1至D6所示之工作物均沒收。

事實

一、曹來旺為翡翠灣生技股份有限公司（下稱翡翠灣公司，有關該公司因其從業人員執行業務犯水土保持法第32條第4項之非法開發致水土流失未遂罪，法人犯水土保持法第34條之罪部分未據起訴）負責人，委任黃國全在宜蘭縣員山鄉（原判決誤○○○鄉○○○村○○路○○號開發長嶺鳳梨屋水上莊園休閒農場，經營露營區，均明知坐落宜蘭縣大同鄉（原判決誤載○○○鄉○○○○○段（原為宜蘭縣○○○鄉○○○段，於民國107年2月9日因行政區域調整改編）6-1地號土地為國有森林區之農牧用地（原判決誤為公告山坡地範圍），管理機關為財政部國有財產署（下稱國產署），未經國產署之同意不得占有使用，且未擬具水土保持計劃送請主管機關核定，

不得擅自墾殖、占用或從事水土保持法第8條第1項第2款至第5款之開發、經營或使用，竟共同基於單一違反水土保持法、森林法之犯意聯絡，未經向國產署同意，自105年7月間起，擅自僱請不知情之真實姓名年籍不詳之工人，於上開國有森林內，擅自墾殖、占用上開土地開挖整地、興建經營休閒農場及露營區之加強磚造鐵皮屋頂、瀑布水池區、八塊棧板帳區、營本部旁植栽區、雪山泉水游泳池區、專業培育區、櫻花栽培區（即如附圖C1、C2、D1至D6部分），占用、使用如附圖所示之位置、面積，總計6619.09平方公尺，惟尚未致水土流失而未遂。嗣經宜蘭縣政府接獲檢舉至現場勘查，始悉上情。

二、案經宜蘭縣政府告發臺灣宜蘭地方檢察署檢察官偵查起訴。 理由

壹、程序部分：

一、按被告以外之人於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第159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為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據；當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有第159條第1項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意，同法第159條之5第1項、第2項有明文規定。查本判決下列認定事實所引用之卷證所有證據（供述、文書及物證等），均經依法踐行調查證據程序，檢察官、上訴人即被告曹來旺、黃國全及辯護人均未主張排除前開證據能力，且迄於本院言詞辯論終結前均未表示異議，本院審酌前開證據資料製作時之情況，尚無違法不當及證明力明顯過低之瑕疵，其書證部分亦無刑事訴訟法第159條之4之顯有不可信之情況與不得作為證據之情形，且均與本案具關連性，認以之作為證據應屬適當，故揆諸上開規定，認上揭證據資料均有證據能力。

二、次按犯罪之競合，除想像競合外，尚有法規（條）競合。前者，刑法第55條前段設其規定，係指一行為發生數結果，觸

犯數罪名之競合狀態，而就所觸犯之數罪名中，從其較重之一罪處斷，但仍不排斥其競合之輕罪，僅不另加以處罰而已（至所從重之罪，在量刑上應受輕罪最低度刑之封鎖規範），屬於裁判上一罪。後者，則不見之明文，認應委諸於法理解決，乃一行為發生一結果，成立一罪名，同時有數法條可以適用之情形，而就競合之數法條中，擇一適用，並當然排斥其他法條之適用，而為單純一罪。從而，刑事訴訟法第95條第1款所稱「罪名之告知」，其屬想像競合者，被告應受告知之權利，自應包括重罪與輕罪之數罪名，缺一不可，至如為法規競合之情形，則被排斥適用之其他法條之罪名，既無礙於被告訴訟防禦權之行使，亦不生突襲性裁判問題，縱未為該項告知，於判決本旨及結果俱不生影響，自不得執為第三審之上訴理由（最高法院101年度台上字第2424號判決意旨參照）。

貳、實體部分：

一、本案認定犯罪事實所憑之證據及理由：

上揭事實，業據上訴人即被告曹來旺、黃國全於本院中均坦承不諱，並有下述證據足佐：

- （一）宜蘭縣○○鄉○○○○段（原為宜蘭縣○○鄉○○○段，於107年2月9日因行政區域調整改編）6-1地號土地分割前○○○鄉○○○段○○號土地，為國有，管理機關為國產署，並為森林區之農牧用地，其後6地號分割為6、6-1、6-2地號土地，6地號土地出租予黃宗銘使用（租期至114年3月31日止），6-2地號土地供作道路使用，國產署並同意提供予前揭6-2地號土地承租人使用以供通行，而本案之6-1地號土地國產署或所屬之北區分署宜蘭辦事處（下稱宜蘭辦事處）並未出租予他人，仍屬該署轄下之宜蘭辦事處管理使用中。另查，前揭分割後6-1地號土地，併同屬於被告曹來旺向前手黃宗銘買受而為曹來旺所有之同段7、8、9地號土地、黃宗銘同意曹來旺使用，並為黃宗銘向國產署北區分署（代理人：宜蘭辦事處）承租，同

01 段5地號、分割後6地號土地、國產署北區分署（代理人：
02 宜蘭辦事處）同意供作道路通行使用之同段6-2地號土地
03 ，均自105年7月間某日起經被告曹來旺授權被告黃國全開
04 發為長嶺鳳梨屋水上莊園休閒農場，作為經營鳳梨屋水上
05 莊園露營區之處所，其中分割後6-1地號土地上，被告曹
06 來旺委託被告黃國全興建設置有附圖所示C1、C2一層加強
07 磚造鐵皮頂屋、D1瀑布水池區、D2八塊棧板帳區、D3營本
08 部旁的植栽區、D4雪山泉水游泳池區、D5專業培育區、D6
09 櫻花栽培區等地上物占用系爭土地面積依序為504.83、99
10 .52、1261.94、1429.74、231.94、1328.72、809.63、95
11 2.77平方公尺，總計6619.09平方公尺之事實等情，業據
12 臺灣宜蘭地方法院現場勘驗無誤，並有臺灣宜蘭地方法院
13 106年度訴字第110號民事判決及宜蘭縣羅東地政事務所10
14 8年1月10日所製作之附圖在卷可憑，並有同段5、6（部分
15 ）地號土地國有耕地放租租賃契約書（見他卷第99至102
16 頁）、宜蘭縣宜蘭地政事務所106年5月12日宜地貳字第10
17 60004894號函檢附之土地登記謄本（見他卷第112至121頁
18 ）、鳳梨屋水上莊園網頁足佐（見原審卷第125至127頁）
19 ，且被告2人均自白承認，此部分應堪信為真實。

20 （二）黃宗銘為翡翠灣公司之股東，自94年間起，分別以其本人
21 及配偶陳淑鳳名義，向國產署北區分署承租原編為宜蘭縣
22 ○○鄉○○○段○○號及5地號國有土地，從事鱒魚養殖及
23 農作等，在該土地上墾殖、占用及開發，並興建魚池及鐵
24 皮屋等，從事經營與使用，因開發需大量資金之挹注，而
25 向被告曹來旺貸款周轉。原租賃期間於104年間3月及6月
26 屆滿，黃宗銘及陳淑鳳再依序於104年3月及6月間，與國
27 產署北區分署（代理人：宜蘭辦事處）續訂「國有耕地放
28 租租賃契約書（見106年度偵字第3244號卷第57至58頁）
29 」。嗣黃宗銘因財務問題難以繼續經營，乃與被告曹來旺
30 協商，雙方於105年1月21日簽訂股權買賣契約書，約定由
31 黃宗銘將其對於翡翠灣公司所占之股權30%及其實際擁有

01 宜蘭縣○○鄉○○路○○○ 號養鱒場之土地、建物與一切養
02 殖設施、生財器具、流動資產，暨破鑄坑段49地號土地出
03 賣與被告曹來旺，由被告曹來旺代為償還土地借款新臺幣
04 （下同）1,200 萬元，並辦理資產過戶，委由銀行履約保
05 證作業執行；另由被告曹來旺給付設備款所滋生之利息21
06 0萬元+利息3%，於約定黃宗銘服務期滿時一次現金支付
07 ；契約簽訂日起，黃宗銘之一切權益全部移轉與被告曹來
08 旺承受，有股權買賣契約書可稽（見同上偵查卷第56頁）
09 。被告黃國全受被告曹來旺委託後，即進行「鳳梨屋休閒
10 農場」之開發事宜，在所承受自黃宗銘已經開發使用之原
11 編為破鑄坑段6地號公有山坡地上整地並興建必要之建築
12 物與游泳池施作排水道及造景等工程等情，亦為被告曹來
13 旺所自承。經證人黃宗銘於原審中證稱：伊在94年左右買
14 受原破鑄坑段7、8、9地號土地在員山長嶺路195號養鱒魚
15 ，上手就已經有使用原編為5、6地號之土地，其中5地號
16 土地是以太太陳淑鳳名義向國產署租賃，6地號土地則是
17 以伊名義向國產署租賃部分土地，因為6地號土地上前手
18 有地上物占用，伊沒辦法承租，國產署要求要將地上物拆
19 除才可租賃，伊就有在使用地上物，但未承租土地部分，
20 有繳納土地使用補償金。105年7月間伊把鱒魚場轉讓給翡
21 翠灣公司，訂有股權買賣契約書，5地號土地有辦理退租
22 讓被告曹來旺承租，至於6地號部分土地因為地上物（就
23 是指魚池跟鐵皮屋）問題沒辦法辦理終止租約，6地號土
24 地承租範圍是以一條路的東邊為準，國產署一定知道這件
25 事，但國產署一定會說不同意使用，伊讓與翡翠灣公司時
26 ，伊有告訴黃國全承租5、6地號土地，但伊不記得有沒有
27 說6地號土地的部分等語明確（見原審卷第97至99頁）。
28 核○○○鄉○○○段○○號土地占用期間自102年7月至106
29 年6月，其後因土地分割為6-1地號土地，占用期間自106
30 年7月至107年6月，前開占有期間均經前手黃宗銘及被告
31 曹來旺繳交土地使用補償費在案，此有國產署北區分署宜

01 蘭辦事處107年8月10日台財產北宜一字第10725009120號
02 函可參（見原審卷第114頁），黃宗銘編交租金及土地使用
03 補償金迄於107年12月，有黃宗銘繳交租金及土地使用
04 補償金收據、國有財產署北區分署宜蘭辦事處繳納通知書
05 等在卷可憑（見原審卷第101至104頁、本院卷第152至160
06 頁），並有本院公務電話紀錄在卷可參（見本院卷第178
07 頁），依上觀之，被告曹來旺既向黃宗銘買受同段7、8、
08 9地號等土地，又需辦理黃宗銘、陳淑鳳同段5、6地號土
09 地退租再由被告曹來旺承租國有地之事宜；其後尚發生因
10 為6地號土地上有魚池及鐵皮屋等地上物逾越承租範圍，
11 導致無法退租再由被告曹來旺承租之事件；另向國產署承
12 租部分繳交租金，未承租部分繳交土地使用補償費，則原
13 編為6地號土地合法承租與未合法承租之處置不同，兩者
14 間區分至為清晰，另就黃宗銘有關養鱒場土地、建物及一
15 切建物辦理股權轉讓予被告曹來旺事宜，黃宗銘、曹來旺
16 尚且簽有股權買賣之書面契約書，自當曾釐清契約雙方之
17 權義關係；此外，6地號土地承租範圍及非承租範圍，係
18 以已另編為6-2地號土地之道路為界，界址清楚，使用範
19 圍及位置明確，前手黃宗銘及後手被告曹來旺顯係知悉6
20 地號土地承租與未承租之使用範圍及位置分界。

21 （三）次查，被告黃國全係自105年7月間開始開挖整地，興建
22 休閒農場、露營區之相關設施，於105年8月23日宜蘭縣
23 政府即接獲電話檢舉，該縣即交辦員山鄉公所山坡地巡查
24 員於105年8月23日前往確認，經該所回報開挖整地，部分
25 覆蓋水泥，使用大型機具屬實，並於105年8月31日前去與
26 被告曹來旺共同會勘，當時國產署北區分署宜蘭辦事處之
27 會辦意見即明載：○○○鄉○○○段○○○號係部分出租耕
28 地在案，惟部分有未耕作之情形，會就租約內容，檢討租
29 約，另未為承租部份，本處續依『占用作業要點』續處」
30 ，被告曹來旺於105年8月31日下午2時30分出具「宜蘭縣
31 政府水土保持案件意見陳述書」，陳明「6號國有財產局

，7、8、9 為自有土地」，行為目的「雜草太高毒蛇很多，所以清除地表雜草」，復參當時現場照片所示，6、7、8 地號土地尚屬於開挖整地，鋪設碎石，建制景觀環境、開發建築、堆置土石階段，游泳池部分已鋪設完成，但原有魚池上方僅加蓋鋼構屋頂及水泥地，並無內裝陳設，瀑布區石砌尚未鋪設完備，顯見刻正興建中等事實，有宜蘭縣政府107年3月7日府農保字第0000000000 A號函所附案件事紀、紀錄回報單、現場勘查紀錄表、意見陳述書、現況照片為證（見他卷第1至22頁），被告曹來旺斯時在場見聞，被告黃國全亦自承斯時已知悉逾界使用承租之6-1地號土地部分，依當時情形，顯然露營區設施只在整地、堆置土石，興建少數地上物階段，然被告2人在知悉後猶續加興建露營地相關設施、擴大使用範圍，益見被告2人係故意越界使用無任何合法權源之6-1地號土地，以作為新建的休閒農場、露營區之用。

（四）宜蘭縣政府於105年10月4日以府農保字第0000000000A號函通知被告曾來旺就同段6、7、8地號土地未擬具水土保持計畫送主管機關核定，擅自開挖整地、堆積土石及開發建築用地，違反水土保持法第23條第2項規定，應即恢復原狀並實施植生覆蓋，被告曹來旺即於105年10月13日以申覆函回覆宜蘭縣政府農業處水土保持之改善處理情形，其中說明三明確載「旨揭山坡地範圍之國有土地○○○鄉○○○段○○○號）占用，業將依『國有非公用土地提供申請開發案件處理要點』及『休閒農業輔導管理辦理』申請國有非公用土地合併開發及休閒農場籌設同意。」等語，並經被告曹來旺簽名、蓋印在案（見他卷第23至26頁），並附水土保持改善處理說明書附有現況地形圖、現況照片圖、環境水系圖等，顯見被告曹來旺早在105年8月31日前揭會勘未久即已知悉6地號土地已屬無正當權源之國有地並進而要求作為休閒農場之用（見他卷第28至38頁），準此，被告曹來旺為翡翠灣公司負責人之名義，送呈前

開文件予主管機關，被告黃國全受被告曹來旺委託為現場
施工負責人，其等有竊佔之意圖至明。

(五) 按在公有或私人山坡地或國、公有林區或他人私有林區未
經同意擅自占用者，水土保持法第32條第1項定有處罰之
明文。而此條項雖屬刑法第320條第2項竊佔罪之特別規
定，如在公、私有山坡地或國、公有林區擅自墾殖，當然
含有竊佔之性質。同理，森林法第51條第1項之罪，亦具
有竊佔性質，而為刑法第320條第2項之特別規定，自應
相同解釋，行為人在竊佔後之「繼續墾殖行為」，亦應受
上開森林法相關規定之拘束。又刑法之繼續犯，有狀態繼
續與行為繼續之別，如犯竊佔罪，竊佔行為完成時，犯罪
行為業已完成，嗣後之竊佔狀態，固屬於狀態繼續而已，
不予論罪。但違反水土保持法第32條第1項規定，如其占
有公有山坡地或國有林區「墾殖之行為繼續實行之中」，
則屬行為繼續而非狀態繼續（最高法院99年度台上字第64
29號、84年度台上第5764號判決意旨參照）。倘行為人占
用公有山坡地或林地後，拆除舊建物並加以改建且擴大新
建物規模，此已非僅侷限在原有竊佔行為之舊狀態或範圍
中，而係已發生另一個新的占用行為，亦應受上開水土保
持法、森林法或山坡地保育利用條例相關規定之拘束。又
刑法竊佔罪雖係即成犯，竊佔行為完成時，犯罪行為業已
完成，嗣後之竊佔狀態，屬於狀態之繼續，不予論罪，然
此所指者乃該次竊佔之行為人，倘該行為人將所竊佔之不
動產交予第三人使用，而該第三人在主觀上有「為自己
不法所有利益之意圖」，客觀上有「對該不動產實際重為
支配占有管領」之「竊佔」行為，則該第三人自應就其對
該不動產實際重為支配占有之時起，另負其竊佔罪責，而
要無繼受前手違法竊佔狀態，不另論罪之理。蓋刑法所
採者乃行為人責任，行為人是否應負刑事責任，應由行為
人各自行為判斷，亦無繼受他人違法狀態之理。查本案
被告2人係知悉黃宗銘早有竊佔使用前開國有森林區土地之事

實，業如前述，被告2人填平原養殖魚池，在其上加蓋如附圖所示之加強磚造鐵皮屋頂、瀑布水池區、八塊棧板帳區、營本部旁植栽區、雪山泉水游泳池區、專業培育區、櫻花栽培區（即如附圖C1、C2、D1至D6部分），均係拆除舊建物並加以改建且擴大新建物規模，此已非僅侷限在原有竊佔行為之舊狀態或範圍中，依前揭說明，而係已發生另一個新的竊佔墾殖行為，自仍應負水土保持法等非法占有使用之罪責。

（六）末以被告未經同意擅自占有及使用國有林地，經宜蘭縣政府會同臺灣省水土保持技師公會於106年12月14日前往現場進行現況鑑定初勘，判斷屬無明顯擾動開挖行為，尚無致生水土流失情事等情，有宜蘭縣政府106年12月20日府農保字第1060209039號函暨所附鑑定初勘紀錄表、現況照片等為證（見原審卷第24至28頁），足徵本件應無致生水土流失之結果。

（七）綜上，被告2人於前揭時、地，未經土地管理機關國產署同意，亦未擬具水土保持計劃送請主管機關核定，即擅自在上開森林區土地上堆置土石、開挖整地，進而興建休閒農場、露營區等，占用、使用如附圖所示位置，面積總計6619.09平方公尺，惟尚未致水土流失而未遂之事實至明，被告2人前開出於任意性之自白與事實相符，本案事證明確，被告2人犯行洵堪認定。

二、論罪：

（一）按水土保持法第32條於105年11月30日修正公布，並自105年12月2日施行。修正前水土保持法第32條規定：「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沒收之」；與修正後水土保持法第32條規定：「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」，除修正第5項沒收規定外，其餘文字內容並無不同，且本案被告自105年7月間開始整地、開發，所犯水土保持法第32條之罪，屬於不法繼續利用使用土地之行為，已如前述，其開發作為露營區至106年5月8日地檢署至現場勘驗測繪可認占有行為完成（他卷第70頁），自均不生新舊法比較之問題，應逕適用裁判時法即修正後之水土保持法第32條規定，合先敘明。

（二）按森林法第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）。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，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，本質上為竊佔罪之特別規定，應予優先適用（最高法院98年度台上字第5782號、94年度台上字第6798號判決意旨參照）。則一行為而該當於水土保持法第32條、森林法第51條、刑法第320條第2項竊佔罪等相關刑罰罰則，此法規競合現象，自僅構成單純一罪，應依法規競合之特別關係法理，優先適用水土保持法第32條之規定論處。是核被告二人所為，係犯水土保持法第32條第4項、第1項之在國有林區內未經同意擅自占用及從事同法第8條第1項第5款之使用致生水土流失未遂罪。起訴書僅認被告本件犯行涉犯刑法第320條第2條之竊佔罪（起訴書所指犯山坡地保育條例第34條第1項之非法占用、使用罪部分係指宜蘭縣員山鄉破鑄坑2、5、7、8、9、11、33地號部分，詳後述不另為無罪諭知部分），漏未敘及被告所涉水土保持法第32條第4項、第1項之非法占用、使用致生水土流失未遂罪及森林法第51條第1項於他人森林或林地內，擅自墾殖

或占用罪，惟此與起訴之社會生活基本事實相同，且業經
本院依法諭知較重之水土保持法罪名並予以辯論，本院自
應予審理，爰依刑事訴訟法第300條變更起訴法條如上。

(三) 被告2人就所犯，有犯意聯絡及行為分擔，應為共同正犯
，渠等利用不知情之真實姓名年籍不詳之工人犯上開之罪
，為間接正犯。又被告2人自105年7月間某日起至106
年5月8日完成營地設施止，係基於單一犯罪決意，於本
件山坡地為前揭非法占用、使用行為，係於密接時間、空
間持續侵害同一法益，依一般社會健全觀念難以強行分離
，各行為之獨立性甚低，應評價為接續犯，僅成立一罪。

(四) 被告黃國全前因不能安全駕駛致交通安全罪，經法院判處
有期徒刑6月，於103年5月1日徒刑易科罰金罰金出監
而執行完畢等情，有本院被告前案紀錄表在卷可稽，其於
5年內故意再犯本件有期徒刑之罪，為累犯。惟依司法院
釋字第775號解釋意旨，如不分情節一律加重最低本刑，
致個案過苛部分，不符憲法罪刑相當原則及比例原則，為
避免發生罪刑不相當之情形，法院就該個案應依該解釋意
旨，裁量是否加重最低本刑。本院審酌被告黃國全雖有刑
法第47條第1項之情況，然揆諸前揭意旨敘明，審酌被告
黃國全所犯之前案為公共危險案件，與本案之犯罪間尚難
認具有相同或類似之性質，本案亦非屬暴力等具有重大惡
性特徵之犯罪類型，考量本案情節被告黃國全之主觀惡性
及危害程度均屬非鉅及罪刑相當原則，爰不依刑法第47條
第1項規定加重其刑。又水土保持法第32條第1項在公有
或私人山坡地內未經同意擅自墾殖、占用或從事開發、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，為實害犯，以發生水土流失或毀損水土保持之處理
與維護設施之結果為必要；如已實施上開犯行，而尚未發
生水土流失或毀損水土保持之處理與維護設施之結果者，
應屬同條第4項未遂犯處罰之範疇（最高法院90年度台上
字第5821號判決參照）。查上開土地經被告2人之使用、

01 利用行為，未發現水土流失現象，業如前述，是核被告2
02 人所為，係犯水土保持法第32條第4項、第1項之非法占用
03 、使用致水土流失未遂罪，應依刑法第25條第2項規定減
04 輕其刑。

05 三、不另為無罪之諭知部分：

06 (一) 公訴意旨略以：被告曹來旺、黃國全共同意圖為自己及翡
07 翠灣公司不法之利益，自105年7月間起，就宜蘭縣○○
08 鄉○○○段○○○ ○○○ ○○○ ○○○ ○○○○ ○○○○號、宜蘭縣○○
09 ○鄉○○○段○○○號等土地，未經許可，擅自墾殖、占用及
10 從事開發、經營與使用，因認被告2人就前開地號土地另
11 涉犯竊佔罪及前開土地宜蘭縣○○鄉○○○段○○○ ○○○
12 ○○○○ ○○○○號部分另涉犯山坡地保育條例第34條第1項之
13 罪云云。

14 (二) 惟按在公有或私人山坡地或國、公有林區或他人私有林區
15 內未經同意擅自墾殖、占用或從事水土保持法第8條第1
16 項第2款至第5款之開發、經營或使用，致生水土流失或
17 毀損水土保持之處理與維護設施者，為非法開發，致水土
18 流失罪；水土保持法第32條第1項定有明文。復按未經同
19 意係指無正當權源而擅自墾殖、占用、開發、經營或使用
20 ，始得成立。再按行為人必在公有或他人山坡地上，無正
21 當權源而擅自墾殖、占用、開發、經營或使用，始得成立
22 ，是須行為人明知其無法律上權利，而對他人持有之不動
23 產擅自墾殖、占用、開發、經營或使用，始成立該罪。至
24 於如土地所有權人本人，或經土地所有權人之同意而墾殖
25 、開發、經營、使用，縱有違反規定，未依水土保持技術
26 規範實施水土保持與維護，乃屬違反水土保持法第33條之
27 規定，視其情節分別處以行政處罰或刑罰之範疇，不得援
28 引水土保持法第32條予以處罰，此觀水土保持法第8條、
29 第32條、第33條之規定自明。

30 (三) 經查，前開宜蘭縣○○鄉○○○段○○○ ○○○ ○號土地乃為被
31 告曹來旺所有，業如前述，則被告曹來旺使用自有土地，

01 並委託被告黃國全使用自有土地，同段5地號土地則屬於
02 黃宗銘合法承租，其後被告曹來旺向黃宗銘購買土地使用
03 權使用國產署北區分署宜蘭辦事處管理之土地之情形，參
04 照上開之說明，自不應構成竊佔罪或山坡地保育條例第34
05 條第1項之罪至明。次查，就同段2、10、11、33地號土
06 地及長嶺段49地號土地部分，其中同段2地號土地屬於野
07 溪與砌石邊界處，並無明顯圍籬及紅漆之使用分界，經原
08 審再次測量已無逾越使用之情形，至同段11、33地號土地
09 則並無被告2人施設之地上物於其上，長嶺段49地號土地
10 則為頂溪坑溪流用地，均難認有何竊佔使用之事實，乃經
11 原審107年2月2日勘驗確認，並囑託地政機關測繪如附
12 圖所示，核無占用之事實，被告2人所為，核與水土保持
13 法第32條第1項規定有間。

14 (四) 綜上，依卷內證據資料尚無法證明被告2人有上開公訴意
15 旨所指之犯行，此部分既然不能證明犯罪，本應為被告2
16 人無罪之諭知，然此部分既與被告2人前述開挖整地、設
17 置休閒農場、興建露營區地上物等遊憩設施犯行，具實質
18 上一罪關係，爰不另為無罪之諭知，併此敘明。

19 四、撤銷改判及科刑審酌部分：

20 原審認被告2人所犯罪證明確，予以論罪科刑，固非無見。
21 惟查：(一)被告2人對於犯水土保持法第32條第4項、第
22 1項之在國有之山坡地內未經同意擅自占用及從事同法第8
23 條第1項第5款之使用致生水土流失未遂罪犯行，嗣於本院
24 審理中均坦承認罪，是被告2人犯罪後態度核與原審量酌其
25 刑時之情狀不同，原審未及審酌於此，容有未合；(二)按
26 刑法第47條第1項規定：「受徒刑之執行完畢，或一部之執
27 行而赦免後，5年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累
28 犯，加重本刑至二分之一。」有關累犯加重本刑部分，雖不
29 生違反憲法一行為不二罰原則之問題。惟其不分情節，基於
30 累犯者有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱等立法理由，一律
31 加重最低本刑，於不符合刑法第59條所定要件之情形下，致

生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害部分，對人民受憲法第8條保障之人身自由所為限制，不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第23條比例原則。於此範圍內，有關機關應自本解釋公布之日起2年內，依本解釋意旨修正之。於修正前，為避免發生上述罪刑不相當之情形，法院就該個案應依本解釋意旨，裁量是否加重最低本刑（司法院釋字第775號解釋文及解釋理由書參照）。原判決雖認定被告黃國全為累犯，然未敘明被告黃國全行為以何惡性而應據以加重其刑之具體事由，僅以其曾受有期徒刑之執行完畢後5年內故意再犯本案，而逕依刑法第47條第1項規定，加重其刑，與前揭釋字第775號解釋意旨不符，有違罪刑相當原則，核有未當；（三）現行水土保持法第32條第5項之規定，係在刑法有關沒收之規定修正後，始行修正公布施行之法律，並無刑法施行法第10條之3第2項規定之適用，本案仍應依刑法第2條第2項之規定，優先適用現行水土保持法第32條第5項關於沒收之規定。徵諸水土保持法第32條第5項修法之立法理由考量山坡地因其自然條件特殊，不適當之開發行為易導致災害發生，為減少違規行為人僥倖心理，爰修正擴大沒收範圍，將第5項作為刑法第38條第2項之特別規定，其規定係採義務沒收主義，祇要合於前述規定，法院即應為相關沒收之諭知。依水土保持法第32條第5項於修正後業已擴大其適用之範圍，課予及於行為人以外之第三人所有之物一概沒收之法律效果。本件被告2人上揭犯行既違反水土保持法，為減少違規行為人僥倖心理，及避免不適當之開發行為導致災害發生，是就其所設置之工作物，均應依水土保持法第32條第5項規定予以宣告沒收。至於新修正刑法為符合比例原則，兼顧訴訟經濟節省法院不必要之勞費，及考量義務沒收對於被沒收人之最低限度生活產生影響，固於刑法第38條之2第2項增訂過苛條款，允由法院依個案情形，就應沒收之物，不予宣告沒收或給予酌減，然此係屬事實審法院得依職權裁量之事項，由法院就

具體個案情形，衡以公平正義及犯罪預防之目的，為自由裁量權之行使。查被告2人前揭之所犯，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，其犯罪之完結須繼續至行為終了時，且考量森林區之農牧用地因其自然條件特殊，不適當之開發行為易導致災害發生，甚至造成不可逆之損害，故本件被告2人於上開土地所設置之工作物，應有沒收之必要，尚無過苛條款之適用，原判決漏未就本案之6-1地號土地上如附圖所示之工作物宣告沒收，尚有未洽。被告2人上訴後於本院坦承犯行，經審酌其等犯後已知悔悟，其情尚屬可憫，其上訴為有理由，且原判決既有上開可議之處，自應由本院將原判決予以撤銷改判。爰以行為人之責任為基礎，審酌邇來臺灣各處國有林地遭人濫墾濫挖，自然環境屢遭人為破壞，每當颱風雨季來臨，土石洪流造成生命財產嚴重損失，此為眾所周知之事。被告2人既未經國產署同意，亦未擬具水土保持計劃送請主管機關核定，即擅自在國有森林地上堆置土石、開挖整地、施設營區，經多次制止猶仍續予為之，使用總面積達6619.09平方公尺，破壞山坡地之保育，迄今仍未回復土地原狀，本應嚴予非難，惟考量國產署北區分署宜蘭辦事處職員到場表示，近日已與翡翠灣公司方面洽談土地交換事宜，若有成功即不予追究等語（見原審卷第166頁），課責程度已降低，兼衡被告2人於本院坦承不諱之犯後態度、未致生水土流失之結果、被告2人分別之犯罪情節、被告曹來旺大學研究所畢業，為3、4百人公司之負責人，已婚，子女已婚，母親需其扶養，被告黃國全高中畢業，目前在鐵工廠擔任作業員，之前在環境清潔公司工作退休，已婚，有二男一女，配偶需其扶養（見原審卷第165頁）等智識、生活及經濟狀況等一切情狀，各量處如主文第2、3項所示之刑，並均諭知易科罰金之折算標準。

五、緩刑：

被告曹來旺未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，有本

01 院被告前案紀錄表附卷可稽，審酌被告因一時失慮，致罹刑
02 章，然犯後已坦承犯行，且已繳納相當金額之國有土地使用
03 補償金予財政部國有財產署北區分署，堪認其犯後態度良好
04 ，受此罪刑之宣告後，應知所警惕，而無再犯之虞，本院因
05 認對被告宣告之刑以暫不執行為適當，爰依刑法第74條第1
06 項第1款規定，併予宣告緩刑2年，以啟自新。

07 六、沒收：

08 （一）被告本案行為後，刑法關於沒收業於104年12月17日修正
09 ，認沒收為刑罰及保安處分以外具有獨立之法律效果，於
10 105年7月1日施行並明確規定與非拘束人身自由之保安
11 處分，均應適用裁判時之法律。又刑法關於沒收之規定既
12 已全盤修正，自應回歸刑法一體適用，而於刑法施行法第
13 10條之3增訂：「中華民國104年12月17日及105年5月
14 27日修正之刑法，自105年7月1日施行。105年7月1
15 日前施行之其他法關於沒收、追徵、追繳、抵償之規定，
16 不再適用」。再按「供犯罪所用、犯罪預備之物或犯罪所
17 生之物，屬於犯罪行為人者，得沒收之。但有特別規定者
18 ，依其規定」、「前2項之沒收，於全部或一部不能沒收
19 或不宜執行沒收時，追徵其價額」修正後刑法第38條第2
20 項、第4項定有明文。另水土保持法第32條第5項規定，
21 係在前開刑法有關沒收之規定修正後始修正公布施行之法
22 律，自無刑法施行法第10條之3第2項規定之適用，是本
23 案仍應依刑法第2條第2項之規定，優先適用現行水土保
24 持法第32條第5項之規定。又徵諸水土保持法第32條第5
25 項修法前後之區別，觀諸立法理由即載明：考量山坡地因
26 其自然條件特殊，不適當之開發行為易導致災害發生，甚
27 至造成不可逆之損害。為減少違規行為人僥倖心理，避免
28 該等犯罪工具因非屬犯罪行為人所有而無法沒收，致使犯
29 罪成本降低，而無法達到嚇阻之目的。爰修正擴大沒收範
30 圍，將第5項修正為「犯本條之罪者，其墾殖物、工作物
31 、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」，以為刑法第38條第2項之特別規定等語，可見水土保持法第32條第5項於修正後業已擴大其適用之範圍，及於行為人以外之第三人所有之物，且課予一概沒收之法律效果。再按於地上、地下施工使成為具有特定用途之設施者，即可稱之為工作物，如道路即屬之（最高法院79年度第1次刑事庭會議決議（二）、97年度台上字第5312號判決意旨可資參照）。再按修正後刑法之第38條之1規定「犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。但有特別規定者，依其規定。犯罪行為人以外之自然人、法人或非法人團體，因下列情形之一取得犯罪所得者，亦同：（一）明知他人違法行為而取得。（二）因他人違法行為而無償或以顯不相當之對價取得。（三）犯罪行為人為他人實行違法行為，他人因而取得。前二項之沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。第1項及第2項之犯罪所得，包括違法行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳息。犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵」。

（二）查本案6-1地號土地上，被告曹來旺委託被告黃國全興建設置有如附圖所示之工作物，占有使用上開土地開挖整地、興建經營休閒農場及露營區之加強磚造鐵皮屋頂、瀑布水池區、八塊棧板帳區、營本部旁植栽區、雪山泉水游泳池區、專業培育區、櫻花栽培區（即如附圖C1、C2、D1至D6部分），占用、使用如附圖所示之位置、面積，總計6619.09平方公尺，均係於地上施工使成為具有特定用途之設施，揆諸前揭說明，核屬工作物，均應依水土保持法第32條第5項之規定為沒收之諭知。

（三）就犯罪所得部分，查被告2人無正當權源擅自墾殖、占用如附圖所示之6-1地號土地，受有相當於租金之不當得利，屬被告之犯罪所得，告訴代理人亦於本院當庭同意以土地使用補償金計算其犯罪所得（見本院卷第139頁），被告曹來旺就占有使用部分均有繳納土地使用補償金，已如

前述，並經告訴代理人確認無訛，有本院公務電話查詢紀錄表在卷可參（本院卷第178頁），性質上應可認犯罪所得已繳還予被害人，依刑法第38條之1第5項規定，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、第300條，水土保持法第32條第4項、第1項、第5項，刑法第11條前段、第25條第2項、第47條第1項、第41條第1項前段、第74條第1項第1款，判決如主文。

本案經檢察官曾忠己到庭執行職務。

中 華 民 國 108 年 5 月 30 日

刑事第十一庭 審判長 法官 楊力進

法官 蘇揚旭

法官 沈君玲

以上正本證明與原本無異。

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（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

書記官 彭于瑛

中 華 民 國 108 年 5 月 30 日

附錄本案論罪科刑法條全文：

水土保持法第8條

下列地區之治理或經營、使用行為，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：

一、集水區之治理。

二、農、林、漁、牧地之開發利用。

三、探礦、採礦、鑿井、採取土石或設置有關附屬設施。

四、修建鐵路、公路、其他道路或溝渠等。

五、於山坡地或森林區內開發建築用地，或設置公園、墳墓、遊憩用地、運動場地或軍事訓練場、堆積土石、處理廢棄物或其他開挖整地。

六、防止海岸、湖泊及水庫沿岸或水道兩岸之侵蝕或崩塌。

01 七、沙漠、沙灘、沙丘地或風衝地帶之防風定砂及災害防護。

02 八、都市計畫範圍內保護區之治理。

03 九、其他因土地開發利用，為維護水土資源及其品質，或防治災
04 害需實施之水土保持處理與維護。

05 前項水土保持技術規範，由中央主管機關公告之。

06 水土保持法第32條

07 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
08 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
09 、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
10 者，處6月以上5年以下有期徒刑，得併科新臺幣60萬元以
11 下罰金。但其情節輕微，顯可憫恕者，得減輕或免除其刑。

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

16 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
17 併科新臺幣60萬元以下罰金。

18 第1項未遂犯罰之。

19 犯本條之罪者，其墾殖物、工作物、施工材料及所使用之機具，
20 不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。

21 森林法第51條

22 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
23 下有期徒刑，得併科新臺幣60萬元以下罰金。

24 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
25 ，處5年以上12年以下有期徒刑，得併科新臺幣100萬元以
26 下罰金，致重傷者，處3年以上10年以下有期徒刑，得併科
27 新臺幣80萬元以下罰金。

28 第1項之罪於保安林犯之者，得加重其刑至二分之一。

29 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
30 併科新臺幣60萬元以下罰金。

31 第1項未遂犯罰之。

- 01 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，
02 不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。