目　次

【議程表】／1

【議事規則】／5

【主辦單位致詞】／7

【貴賓致詞】／11

【專題演講】／15

- 達利・貝夫宜牧師／鎮西堡部落

【主題一：原住民族多樣性與人權保障】

- 對原住民保留地「超限利用」之民族科學檢視：以石門水庫集水區泰雅族部落為例／23
  - 官大偉、林士淵
- 法官審判時之認事用法應否考量原住民族之特性？／47
  - 邱忠義
- 習俗或犯罪？探討一群游移在傳統文化與國家法律的鄒族獵人／65
  - 浦忠勇 Tibusung’e Poicon
- 會議實錄／79

【主題二：文化多元與國家法制】

- 原住民犯罪的文化抗辯及其實踐—以近年來之刑事判決為中心／93
  - 王皇玉
- 部落賠罪習俗與性侵法制之啟動—從修復式正義觀點出發／109
  - 廖文忠
- 原住民族文化辯護與律師倚賴權—初探刑事訴訟法第 31 條修法之理論與實際／117
  - 梁家贏
- 會議實錄／147

【主題三：原住民族專庭／專股實務研討】

- 原住民族法庭實務運作之現況及展望—以嘉義地院刑事案例觀察為中心／157
  - 蔡廷宜
- 原住民族專業法庭（股）設置後法院實務變化之觀察與評析／175
  - 湯文章
- 與原住民相關案件之刑事實體與程序法初探—以實務若干見解出發／197
  - 施育傑
- 會議實錄／225

【專題演講】／235

- 林俊益廳長／司法院刑事廳

【主題四：本國、外國法院有關原住民族傳統習慣規範判決之深究與評釋】

- 原住民族權利保障及其界線／257
  - 王怡仁
- 原住民族專業法庭適用原住民族民事習慣法之研究／265
  - 黃居正
- 加拿大與澳洲法院實務中的原住民族習慣效力／279
  - 蔡志偉 Awi Mona
- 會議實錄／287

【主題五：原住民族行政事件】

- 成立原住民族行政訴訟專庭可能性之探討／299
  - 朱中和
- 原住民族權利與平等權違憲審查：以一則原住民族保留地超限利用案為中心／341
  - 黃傑
- 會議實錄／361

【主題六：原住民族習慣的傳統與現代】

- 臺灣日治時期的原住民族、習慣與國家法／369
  - 曾文亮
- 從兩人權公約檢視原住民之公平審判權及通譯制度／397
  - 鄭川如
- 會議實錄／423

【綜合討論】／427

【研討會照片集錦】／439

第四屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會

-議程表-

【第一天】

<table>
<tr><th></th><th colspan="2">10 月 19 日星期六</th></tr>
<tr><td>08:30-
08:50</td><td colspan="2">報　到</td></tr>
<tr><td>08:50-
09:00</td><td colspan="2">主辦單位致詞
高揚昇副主任委員／行政院原住民族委員會</td></tr>
<tr><td>09:00-
09:20</td><td colspan="2">貴賓致詞
蔡碧玉次長／法務部
林春榮董事長／財團法人法律扶助基金會</td></tr>
<tr><td>09:20-
10:20</td><td colspan="2">專題演講
主持人：國立東華大學原住民民族學院 吳天泰院長
演講者：達利・貝夫宜牧師／鎮西堡部落
翻　譯：羅恩加 Watan Talu 博士生／國立政治大學民族學系</td></tr>
<tr><td>10:20-
10:35</td><td colspan="2">茶　敘（大合照）</td></tr>
<tr><td rowspan="4">10:35-
12:30</td><td colspan="2">主題一：原住民族多樣性與人權保障
主持人：行政院原住民族委員會　謝亞杰副處長</td></tr>
<tr><td>發表人</td><td>與談人</td></tr>
<tr><td>對原住民保留地「超限利用」之民族科學檢視：以石門水庫集水區泰雅族部落為例
官大偉助理教授
（國立政治大學民族學系）
林士淵助理教授
（國立政治大學地政學系）</td><td>錢建榮法官
（臺灣桃園地方法院）</td></tr>
<tr><td>法官審判時之認事用法應否考量原住民族之特性？
邱忠義法官
（臺灣高等法院）</td><td>瓦歷斯・貝林耆老
（眉溪部落）</td></tr>
<tr><td>習俗或犯罪？探討一群游移在傳統文化與國家法律的鄒族獵人
浦忠勇 Tibusung’e Poicon~~u~~助理教授
（國立中正大學台灣文學研究所）</td><td>吳豪人副教授
（輔仁大學法律學系）</td></tr>
</table>

<table>
<tr><td>12:30-
13:30</td><td colspan="2">午　餐</td></tr>
<tr><td rowspan="4">13:30-
15:25</td><td colspan="2">主題二：文化多元與國家法制
主持人：行政院原住民族委員會　雅柏甦詠・博伊哲努專門委員</td></tr>
<tr><td>發表人</td><td>與談人</td></tr>
<tr><td>原住民犯罪的文化抗辯及其實踐
—以近年來之刑事判決為中心
王皇玉副教授
（國立臺灣大學法律學系）</td><td>黃明展主持律師
（華泓法律事務所）</td></tr>
<tr><td>部落賠罪習俗與性侵法制之啟動
—從修復式正義觀點出發
廖文忠法官兼庭長
（臺灣屏東地方法院）</td><td>蔡愛桂 vais.patada 總幹事
（社團法人屏東原住民部落工作永續發展協會）</td></tr>
<tr><td></td><td>原住民族文化辯護與律師倚賴權—初探刑事訴訟法第 31 條修法之理論與實際
梁家贏主任
（財團法人法律扶助基金會法務處）</td><td>張道周法官
（臺灣嘉義地方法院）</td></tr>
<tr><td>15:25-
15:35</td><td colspan="2">茶　敘</td></tr>
<tr><td rowspan="4">15:35-
17:30</td><td colspan="2">主題三：原住民族專庭／專股實務研討
主持人：司法院司法行政廳　黃國忠廳長</td></tr>
<tr><td>發表人</td><td>與談人</td></tr>
<tr><td>原住民族法庭實務運作之現況及展望
—以嘉義地院刑事案例觀察為中心
蔡廷宜法官兼庭長
（臺灣嘉義地方法院）</td><td>詹順貴主持律師
（元貞聯合法律事務所）</td></tr>
<tr><td>原住民族專業法庭（股）設置後法院實務變化之觀察與評析
湯文章法官兼庭長
（臺灣花蓮地方法院）</td><td>楊志航律師
（志航法律事務所）</td></tr>
<tr><td></td><td>與原住民相關案件之刑事實體與程序法初探
—以實務若干見解出發
施育傑檢察官
（臺灣高雄地方法院檢察署）</td><td>許恒達副教授
（國立政治大學法律學院）</td></tr>
</table>

第四屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會

-議程表-

【第二天】

<table>
<tr><th></th><th colspan="2">10 月 20 日星期日</th></tr>
<tr><td>08:30-
09:00</td><td colspan="2">報　到</td></tr>
<tr><td>09:00-
09:40</td><td colspan="2">專題演講
主持人：國立臺北教育大學教育經營與管理學系　蔡志偉 Awi Mona 副教授
演講者：司法院刑事廳　林俊益廳長</td></tr>
<tr><td>09:40-
10:00</td><td colspan="2">茶　敘</td></tr>
<tr><td rowspan="4">10:00-
12:00</td><td colspan="2">主題四：本國、外國法院有關原住民族傳統習慣規範判決之深究與評釋
主持人：法務部　林秀蓮參事</td></tr>
<tr><td>發表人</td><td>與談人</td></tr>
<tr><td>原住民族權利保障及其界線
王怡仁主任檢察官
（臺灣花蓮地方法院檢察署）</td><td>陳為祥秘書長
（財團法人法律扶助基金會）</td></tr>
<tr><td>原住民族專業法庭適用原住民族民事習慣法之研究
黃居正副教授
（國立清華大學科技法律研究所）</td><td>林三元法官
（臺灣高等法院臺中分院）</td></tr>
<tr><td>加拿大與澳洲法院實務中的原住民族習慣效力
蔡志偉 Awi Mona 副教授
（國立臺北教育大學教育經營與管理學系）</td><td>林淑雅助理教授
（靜宜大學法律學系）</td></tr>
<tr><td>12:00-
13:00</td><td colspan="2">午　餐</td></tr>
</table>

<table>
<tr><td rowspan="4">13:00-
14:20</td><td colspan="2">主題五：原住民族行政事件
主持人：行政院原住民族委員會　彭德成參事</td></tr>
<tr><td>發表人</td><td>與談人</td></tr>
<tr><td>成立原住民族行政訴訟專庭可能性之探討
朱中和法官
（臺灣台南地方法院行政訴訟庭）</td><td>林三加律師
（原理法律事務所）</td></tr>
<tr><td>原住民族權利與平等權違憲審查：
以一則原住民族保留地超限利用案為中心
黃傑碩士生
（國立臺灣大學法律學院）</td><td>余建國 DEMUGUMU 檢察官
（臺灣彰化地方法院檢察署）</td></tr>
<tr><td>14:20-
14:30</td><td colspan="2">茶　敘</td></tr>
<tr><td rowspan="4">14:30-
15:50</td><td colspan="2">主題六：原住民族習慣的傳統與現代
主持人：行政院原住民族委員會　阿浪・滿拉旺處長</td></tr>
<tr><td>發表人</td><td>與談人</td></tr>
<tr><td>臺灣日治時期的原住民族、習慣與國家法
曾文亮助研究員
（中央研究院臺灣史研究所）</td><td>黃唯玲博士生
（國立臺灣大學法律學系）</td></tr>
<tr><td>從兩人權公約檢視原住民之公平審判權及通譯制度
鄭川如助理教授
（輔仁大學法律學系）</td><td>郭書琴副教授
（國立成功大學法律學系）</td></tr>
<tr><td>15:50-
16:30</td><td colspan="2">綜合座談
陳成家主任秘書／行政院原住民族委員會
陳張培倫主任／國立東華大學原住民族發展中心</td></tr>
</table>

第四屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會

--議事規則--

一、 發言時間分配及按鈴規則如下：

(一) 本研討會論文發表人依議程順序發表論文，每人 20 分鐘，時間結束前 3 分鐘按鈴一響，並舉「餘 3 分鐘」之牌示示意；時間結束前 1 分鐘按鈴一響，並舉「餘 1 分鐘」之牌示示意；時間到按鈴兩響，並舉「時間結束」之牌示示意；之後每超過一分鐘按鈴一響。

(二) 與談人回應每人 8 分鐘，結束前 1 分鐘按鈴一響，時間到按鈴兩響，而後每超過 1 分鐘按鈴一響。

(三) 發表人回覆時間每人 3 分鐘，結束前 1 分鐘按鈴一響，時間到按鈴兩響，而後每超過 1 分鐘按鈴一響。

(四) 與會來賓提問問題每人 1 分鐘，時間到按鈴兩響，而後每超過半分鐘按鈴一響。

二、 會場使用注意事項：

(一) 會場內之各項設備、器具請妥為愛惜使用。

(二) 請將行動電話保持關機或靜音模式，以利議事進行。

(三) 會場內請勿飲食(開水除外)。

(四) 有任何疑問，可向現場工作人員詢問。

(五) 離開會場時，請不要忘記攜帶您的隨身物品，以免遺失。

主辦單位致詞

高揚昇

行政院原住民族委員會副主任委員

【主辦單位致詞實錄】

致詞（高揚昇 副主任委員）：

致詞之前，先跟各位報告，我不是重量級的人物。第一，我個子長得不高；第二，我也長得不夠胖；第三，社會地位也沒有這麼高，其實應該是我歡迎各位才對，我們原民會是這次活動的主辦單位，所以首先我要代表本會的林江義主任委員謝謝大家的到來。據我所知，今天參加研討會的兩百多位朋友裡，有很多是大學的博士生、碩士生，也有很多司法界的前輩、地方的耆老，還有很多在公部門裡工作的同仁，都非常關心這樣的議題，而來參加這個活動。其次，我們要特別謝謝東華大學的團隊承辦這次的活動。東華大學與本會合作的經驗非常多，幾乎每次委請我們東華大學所辦的活動都是成功收場，所以我要特別謝謝東華大學的每一位朋友，每次都用最專業的方式來舉辦原住民族的活動。主管我們國家檢察機關的首長，新上任的法務部蔡次長，我們除了恭喜她之外，也特別謝謝她在星期六的假日時間，法務部非常忙碌的情況之下，還撥空來給我們指導，我們特別致上感謝之意。在座有法扶會的林董事長，太多的感謝不知道怎麼說，法扶會長期在全國做有關法律諮詢、法律顧問的協助，甚至在幫忙做義務辯護的工作，尤其從今年4月1日開始，法扶會深切了解到我們原住民每次在訴訟過程當中，由於經濟弱勢或是對法律欠缺了解，所以幾乎是主動為本會提供協助，他們很願意提供原住民在法律方面更多諮詢、幫助，甚至願意幫我們義務辯護，因此要特別謝謝法扶會在這方面給我們的協助。

今年舉辦的研討會已經是第四屆，過去三屆都有很豐碩的成果。經過我們長期觀察，或是我們本身在司法上受到一些沒辦法解決的問題，所以很多人給我們建議，應該要辦類似這樣的研討會，能夠讓更多司法界的朋友針對原住民的傳統習慣，看看能不能試著從國家的法令中入法或給予幫助。我們很高興，在過去大家共同努力之下，近年來不管是司法院或法務部，他們都有很多新的作為，在法律方面提供原住民很多幫助，例如司法院今年指定了 9 個地方法院成立原住民族專庭或原住民族專股，來辦理原住民案件訴訟，法務部也在全國 21 個縣市指定了 48 位檢察官，由這 48 位檢察官來專責處理原住民案件，加上剛才提到法扶會也給我們許多協助，可以說我們在原住民的司法人權成功踏出了第一步。

但我覺得原住民的司法人權還有很大的進步空間，畢竟長期以來，台灣多元文化彼此在不同軌道運行時，我們不太能了解其他族群傳統的習俗，這些傳統的習俗在他的族群當中是神聖、高尚的，是生活中重要的一部分，可是進入司法系統裡，可能就變成不適用，甚至會因此而觸法。所以過去常常有很多，不能說是誤判，只能說是彼此對法律認知不同，例如有些原住民比較篤實的長輩或朋友會受到法律上的制裁，我想這是需要幫助我們族人的地方。雖然我們有這麼多成果，但我們更期待將來能夠更好，原住民的司法人權還有很長的路要走，我個人所想到的，包括以前我當立法委員時有提案，希望能成立原住民族專屬法庭，我也想過每年招考的司法官，在歷時兩年的訓練課程中，能不能安排一些原住民相關的課程，讓他們更了解一些原住民的習慣、作為與規範；或在司法官的考試中，會不會有一些與原住民的習慣和作為有關的考題，可能他們將來會更注意原住民相關的法條；甚至政府有沒有很有系統的來培養一些原住民的教育人才，在原住民特考裡，有沒有把司法放在原住民特考的其中一項，即使他考不上律師，或沒辦法當司法官，

最起碼將來通過特考的人員，可以到鄉鎮公所、到基層單位、到很多原住民的地區擔任法制人員，協助處理法律案件，所以法扶會就不必如此辛苦。

有很多都是我們將來要去努力、也需要很多公部門共同來完成的地方，這樣的道路我們已經走出了第一步，希望未來能走得更遠，當它尚未達到我們對原住民司法人權基本的期待時，類似今天的研討會，我們會不斷辦下去，期待透過這樣的研討會，讓更多人了解到，過去長期以來在不同軌道裡運行的族群，到後來能有更多交集，這交集的完成就是我們國家的司法體系可以更多元的時候，我想這是我們很多族人共同的期待，也是國際上如何來看待台灣在處理人權方面的一項重要指標，希望這樣的指標能讓國際上共同贊許，對我們有更多肯定。在座很多都是具備深厚法學知識的學者專家或碩、博士生，當他們有一天站在台上來跟各位講話時，他們所講的話就不會是我今天所說的，而會是很多值得稱頌的案例。因此，今天謹代表本會的林江義主任委員再一次謝謝法扶會給我們的協助，謝謝東華大學團隊長期以來給本會的支持，謝謝工作人員，更歡迎現場在座的每位朋友，相信這兩天議程會非常精彩，裡面有很多值得我們學習的地方。最後，祝福我們這次的研討會成功，也祝大家順利美滿，謝謝各位。

貴賓致詞

蔡碧玉　法務部次長

林春榮　財團法人法律扶助基金會董事長

【貴賓致詞實錄】

致詞（蔡碧玉 次長）：

高副主委、吳院長、林董事長，以及在座各位學者專家、法學先進，大家好。很榮幸應邀出席今天的研討會，雖然我剛到法務部不久，這部分也不是我熟悉的領域，不過長期作為一位檢察官，其實我們向來也很關心少數民族權益的問題，尤其這一、兩年，在法務部各項政策作為上，特別強調對原住民族各項司法權益的保護，不但很多行政措施，包括相關的教育訓練和行政令函都一一頒行、採取，所以讓我們基層檢察官有深刻感受到法務部對這件事情的重視。

自從2009年總統大力推動促成兩公約的簽署之後，也把兩公約國內法化，在兩公約的精神裡是揭櫫要保障少數民族，我們今年2月份也首次舉辦國家人權報告的初次審查，許多來自各國的人權專家學者到台灣來，審查我國人權措施的實行狀況。這次審查中，審查委員有提出81項結論與建議，其中有關原住民族權益保障的部分其實有好幾項，重點是希望我們各政府部門能確實落實執行《原住民族基本法》所揭櫫的一些保障原住民族的各項法制建設與精神，縮短我們在實務面和其他刑事司法的法制面中，與《原住民族基本法》的落差，關於這些建設性的建議，法務部已經陸續和總統府的人權諮詢小組、行政院的人權工作小組，以及相關的各政府部門，都在陸續檢討這些措施，並尋求一一改善之中。

最近這幾年，在刑事實體法或是在刑事程序法也好，都透過修法的推動，陸續達成一些工作。刑事實體法部分，例如根據原住民的生活習慣，在《槍砲彈藥刀械管制條例》、《野生動物保育法》都有一些新的修正，來保護我們原住民維持其原來的生活習慣而免於受罰。刑事程序法部分，最近的修正是對於原住民在訴訟上給予比較大的協助，例如強制辯護的採行，以及偵查中原住民當事人、被告沒有辯護律師時，我們也會請法扶基金會派法扶律師來協助等等。教育訓練方面，我們在本月初舉辦一梯次，針對檢察官與檢察事務官關於辦理原住民案件的教育訓練，事實上剛才高副主委也提到，我們檢察機關在全國各檢察署也要求指定專責辦理原住民案件的專責檢察官，一共有48位。這種種的措施都在在表示，我們和在座的各位一樣，都非常重視且關心我們原住民族司法權益的保護，但只有這樣還是不夠，因為即使指定專股檢察官、即使有辦教育訓練，這樣的觀念還是必須持續靠大家一起努力來推廣及深化。

今天研討會議程的安排，我們有很多在職的法官、檢察官來擔任報告人或與談人，議題的深度也非常足夠，讓我非常驚訝我們有那麼多法官和檢察官，對這個議題已經能有如此深的研究與認識，相信假以時日，持續辦理、推廣這樣的活動，將來一定會有越來越多我們司法實務的同仁，對原住民族司法權益的保障有更深度的認識，希望有一天，就和我們學習《民法》、《刑法》、《民事訴訟法》、《刑事訴訟法》等基本法一樣，原住民族司法權益的保護也可以成為我們基本的ABC。非常感謝原住民族委員會和各單位鼎力協助來促成這樣的研討會，最後敬祝今天的研討會圓滿成功，各位身體健康，假日愉快，謝謝。

致詞（林春榮 董事長）：

原民會高副主委、法務部蔡次長、東華大學吳院長、我們法扶會蔡董事，以及各位與會的先進，大家早。首先，代表法律扶助基金會感謝、也感佩原住民族委員會為這次活動辛勤的付出，因為舉辦活動一定要周詳的規劃，規劃就要付出許多時間與精力。其次，最重要的是有心，我們原住民朋友分散在各地，經常是比較弱勢的，如果主管機關不重視他們的權益，他們的權益又如何能夠保障呢？因此，希望藉著這個研討會，能把學理、實際的發生及法律結合在一起，藉著研討會發現問題，來解決問題。發現問題以後，我很期盼主管機關能把問題彙集成冊，送給各相關單位，如此一來，才能真正的落實，我們的研討會也才能真正成功。

另一點要跟各位報告，我們原住民朋友既然都分散在偏遠地區，一旦有法律事件發生時，要到哪裡去找律師諮詢？這是目前一個很大的問題點。法律扶助基金會雖然想要到每個鄉鎮去服務，但礙於預算經費的問題，沒辦法每天派人到每個鄉鎮去服務，所以現在司法院一再提醒、鞭策我們，一定要做視訊法律諮詢的工作。因此從6月開始到7月中旬，我跑遍全國各分會，也拜會當時的蔡檢察長，另外還拜會了台東縣長，台東縣長在7月16日當時同意台東縣政府一定會鼎力支持視訊法律諮詢，結果8月9日就啟用，所以8月9日在偏遠鄉鎮，在由縣政府主管的服務中心舉行視訊諮詢，還要推到各鄉鎮，包括綠島也要設立。當民眾需要視訊法律諮詢時，只要預約，預約後會安排時間，例如在台東縣就不需要跑到台東市，就地每個鄉鎮都可以做法律諮詢，這是台東縣目前的狀況。我也很期盼其他各縣市政府以及原民會，能夠協助法律扶助基金會來做這件事，如果每個縣市的鄉鎮都能做到，我想我們的原住民朋友真的是有福了，因為只要有問題，不需要跑到很遠的市區裡才能獲得法律諮詢，我也很期盼今年年底之前，大部分的偏遠地區都能夠做到。由於我等一下還要去主持全國律師公會聯合會的理事會和理監事聯席會，所以在此跟各位表示歉意，我沒辦法參與今天的研討會，但我們法律扶助基金會有好幾位同仁一起參與，相信最後結論都會再報上來，所以我會完整的了解整個會議過程。最後，敬祝我們的研討會成功，各位與會的先進身體健康，萬事如意，謝謝。

專題演講

演講者：達利・貝夫宜牧師／鎮西堡部落

翻　譯：羅恩加 Watan Talu 博士生／國立政治大學民族學系

【專題演講實錄】

主持人（吳天泰 院長）：

非常歡迎各位貴賓來參加第四屆研討會，我們除了希望原住民能夠了解國家法律、法治的概念，我們也希望透過這個研討會，讓法界也能了解原住民的傳統規範裡面，它的文化之美。像泰雅族 Gaga 文化核心的概念，它本身除了可以翻譯成祖靈或祖訓，待會牧師會跟大家介紹。它是在幾千年發展出來非常嚴密的一個傳統規範，他們可能也不需要警察、不需要法院，很多的糾紛透過 Gaga 做非常完整的規範。基本上它是一個整合的概念，一個整體的概念，包含了道德、宗教、法律，甚至家庭、親屬、經濟相關的一些議題。等於是說，我們碰到的很多問題，在原住民的社會裡面並不是要求定罪、處罰而已，它可能要解決的是很多人際上面的關係，我覺得這種深層的涵義，不同的文化邏輯，我們需要更多的理解。

今天非常高興邀請到泰雅族的達利爺爺—達利‧貝夫宜牧師，請他來跟我們介紹原住民的傳統智慧。

演講者（達利‧貝夫宜 牧師）：

各位與會的所有來賓大家好，今天非常高興能夠與各位在這裡分享。以下我大概從三個部分跟大家來談，我們山上的 Gaga，跟我們山上的習慣，向各位做報告。

如果我是漢人的孩子，我會講漢人的話；今天，我是原住民的孩子，我要講原住民的話。第一個跟大家分享的是我們 Tayal 的土地倫理，有怎麼樣的互動與產生什麼樣的關係。我們的祖先從南投發祥，從那邊開始去分土地，「肯卜大（Kbuta）」是我們泰雅族第一代的祖先，從發祥地開始繁衍到現在，到我現在是第十六代了。我所有十六代的祖先我都知道，包括我們怎麼遷徙，從第一代到現在，一直到思源啞口，從那邊怎麼分，我都非常的清楚。

我們有個祖先是往宜蘭大同那個地方，一個是往南澳那個地方，還有三個是往現今的梨山，台中部分我們的祖先是往現在的大霸尖山的方向去，從大霸尖山分到現在的鎮西堡部落這個地方，從鎮西堡又開始遷移到我們現在的秀巒國小，又從秀巒國小到現在下游的玉峰國小，又從那個地方移到復興鄉，又從這個地方遷到羅浮，又從羅浮到現在的大溪。

我們的祖先是沿著河流遷徙，一直到現在的萬華。在沿海地方工作是非常累，不好生活；在平原地區工作要彎腰，老人家覺得不舒服，大約在清朝的時候，跟我們的祖先在那邊爭戰，因為我們在那邊要守護我們的土地，就跟人家爭戰，我們把我們所有的弓箭都射出去了，但不管怎麼射，人就這麼的多，他們戴著斗笠，人像漲潮一樣一波一波地上來，那是他們做的假人。祖先就說我們和解好了，就把萬華沿海的土地給他們，我們又慢慢地回山上去。

回到祖先分給部落人的土地，回去那邊耕作。傳統的耕作是沒有現代的東西耕作的，我們最具代表傳統的農耕工具是鋤頭、鐮刀，是最重要的器具。我們的祖先說，你們一定要守住這個土地，如果我們不耕作，後代的孩子就要滅掉了，我們的祖先告訴我們說沒有土地，人不可能生活，沒有人是在空中生活的，指著 101 大樓，也是從地基開始做上去。老人跟他們說，土地是我們的生命，是我們的呼吸，沒有土地，後代子孫將要滅絕，所以我們部落的人非常重視照顧土地這塊工作上面。

但是我們的傳統土地耕作跟現代不一樣，不是一直在這塊土地上面一直做到老、做到死，我們在耕作的時候，這個土地用了三到四年之後，我們就會離開換一個土地，在我們要離開的時候，還要種樹，重新恢復它的地力，離開到新的土地做新的耕作，我們傳統耕作的地方是不會有土石流，不會發生土石流。

我們傳統有個很好的規範、規矩、Gaga，就是一個家族的老人家，都會平均分給他所有的男性的孩子，每一塊土地跟區域去耕作，如果沒有男性的就會分配給女性。老人跟我們說，我們的生活圈，我們的傳統領域是從鎮西堡一直到大霸尖山，這是我們傳統採集的地方，採野生植物跟動物的地方，我們在這一塊森林裡面也採集我們要做房子的材料，但是我們的老人家不會去砍活生生的樹，我們家裡蓋房子所使用的樹都是倒在森林裡面的。我們去狩獵不是每一天都在狩獵，每一年大概三次的狩獵季，一次是在現代人所講的祖靈祭，碰到現在外來的儀式之後，聖誕節去打獵了，第三次是在播種的時候，大概 3、4 月的時候去狩獵，夏天的時候不去狩獵，因為動物會臭掉，不好保存。我們也知道野生動物懷孕的時間，這個時候不會去狩獵；同樣地，河裡的魚什麼時候生產我們也知道，那個時候我們也不會去補魚，一條魚可以繁衍幾千隻，所以儘管以前的人喜歡去打獵、去補魚，但自然資源永遠是豐富的。

森林裡面的雜草花木不可以任意破壞，現在國家進到部落之後，做步道開墾危害到生態，我們以前的人在做步道是剛剛好人可以走就好，當你把這些森林都砍伐之後，所有的動物都要離開了，因為你把牠的棲息地破壞掉，牠沒有東西吃，野生動物也要離開這座森林。老人家說千萬不要做野生動物的買賣。在我們部落，女兒出嫁、娶媳婦進來，我們也會上山去打獵。至於現代怎麼破壞我們的傳統規範，我待會兒再跟大家報告。

現代我們的族人到田裡工作，被法律制裁。大約在五十年前，我在念完書的時候，有去跟外包商工作，做土地的劃分工作，五十幾年前，政府進到部落，沒跟部落的人講要做什麼事情，一進來就一直劃劃劃。更可惡的是，他們對我們說他們在劃分森林，還要我們把家裡最好的雞，養的東西拿給他們吃，每一戶都要奉獻給他們。我們老人很單純，不知道這對我們有什麼破壞，外來的人也沒講說要被林務局拿走，這個被政府拿走、這個被地方官拿走，按照他們的分類把好的土地劃分給他們自己，所以到現在才出現這麼大的問題，土地糾紛的問題。

我們原住民以前真的很笨，很容易被人家欺騙，或許我們的父母親不是漢人，很容易被騙，沒有這樣子的知識跟涵養去理解外面做的事情。所以到現在我們在耕作的時候，只要我們在耕作地區燒雜草，煙一出來，直升機就把我們空拍。那我們在耕作的時候，在開墾，他們也來舉報我們，不是漢人來，是我們在公所裡面上班的族人，因某種計畫回來拍我們，當我們反省現代的規範跟政府的法令跟我們傳統的，根本就是在打戰、在拉扯。所以我們堅決地反對外來的政策影響我們，我們不願意。那你們國家政府在台灣有多久的歷史？反觀我們原住民在這塊土地又有多長的時間？換句話說，你們應該要有規矩，在從事任何工作以前先取得我們在地人的同意，而不是按著你們的想法去做你們想做的事情。國家就是按照他想要的去欺壓我們，按著他的想法把我們的生活、把我們的規範都拔掉，要按照他的生活去生活。

試問，你們有跟我們的祖先簽過法令，簽過條約說我們要這樣做嗎？有沒有跟我們的祖先打契約？沒有！沒有的話，我們的土地就要還給我們。如果真的是這樣我們只好出草，我來跟你們說，在日本人時期我爸爸的故事。日本人帶著一種想要好好教化、照顧原住民的想法，在發生戰爭的時候，日本人上來尖石那個地方，阻止他們發生戰爭，我們跟日本人打了 13 年，有非常多

的老人家在那裡死掉，有一千多個人。日本人死了更很多的人，光是我的祖父就殺了一百多個人，殺掉日本人的軍人。

我們為什麼要去反抗？第一，擔心土地被拿走；第二，擔心我們的生活與規範被破壞；第三，怕他們搶奪我們的孩子與女人。後來打了很久後，日本人說可不可以和好，復興鄉的頭目也說大家一起和解，日本人上來便帶了柴米油鹽給我們。日本人給我們的醬油像血，大家開始害怕日本人在騙我們，他們又給我們味噌湯，部落人覺得這跟大便一樣，就把它丟掉。老人很怕會被毒害，不拿那個東西，後來我們的祖先就跟他們和解，好好的共同生活。日本人進來，他們教我們做水稻耕作、農事的工作、種田。

當然也有不好的地方，深山的檜木十個裡有三個都被他們砍掉，日本人砍掉剩小的留下來給土地。另外，在日治時期他們強制把我們移出部落，把我們從現在的山上，讓我們到前山。他把我們遷到那個地方什麼都沒有，鳥不生蛋的地方叫我們怎麼生活？一個部落大概有六百人，從不同的部落聚在一起，擠在不到十甲很小的地方生活。到後來無法生活下去，我們的老人家在日本人被打敗之後，從被遷的地方回到以前生活的地方。

那時日本人沒有明講，老人家是從日本人離開後，從他們臉上的表情知道他們戰敗。在我四歲的時候跟著老人家從前山回到我們以前的部落，回到現在的新光部落、鎮西堡部落，在那邊重新作耕作並保護祖先留給我們的土地。我可以告訴大家鎮西堡、新光還有沒有被砍的檜木群。那是因為在日治時代的時候，他們告訴日本人說：「如果你們砍了我們的檜木群，我們也要砍你們的人。你砍一個，我殺一個人頭。」之後日本人走了，國民政府進來，穿的衣服爛爛的，又拿著生鏽的槍來到台灣，老人就覺得那麼可憐的人，我們應該要同情他、幫助他，但是沒想到同情的後果就是我們被吃的死死的。

按照他們自己做出一套規矩，導致我們的規範被破壞。包括原基法的設置、擬定也沒有告訴我們原住民。21 條到 25 條也是沒有跟我們溝通，自己在訂的。

我們耆老看到原基法是很多漏洞的，對現在的生活是沒有利的。另外，在做水庫的這個議題，部落不願意做水庫。本來有好幾千萬的經費要在部落蓋攔沙壩，我們不同意。為什麼？ 我告訴你們。如果蓋了水壩之後又做了水道，大水來的話要怎麼走？祖先告訴我們水經過的地方是不可以阻擋的，水壩蓋了之後他們會往旁邊去挖，大水一來，旁邊的森林、所有的土都會下來，所有流失的土地跟土壤最後又流到下游。所以我們不願意，便阻止了這件事情，他們才沒有做。到現在我們部落底下的河川是非常好的、穩定的。另外，還有我們部落下游要蓋的高台水庫我們也不願意。除非我們都死了你們再來蓋；除非我們滅絕了你們再來蓋。蓋了水庫之後，是不是要像日本時代一樣，把我們移居遷到不好的地方？

前些日子我們有去那瑪夏推廣一些農業，我問那瑪夏的族人，你們以前住在哪裡？他們說我們住在深山裡面。我又問：你們為什麼會遷到這裡？他們說：政府跟我們說，你們搬到下面來吃魚。他們把住家都放在河岸兩邊，所以大水一來就把人跟家一同帶走。包括在林邊那個地方，原本部落的人好好活在山上，是誰讓我們活的那麼辛苦？讓我們滅絕？都是你們政府把我們從這麼好的環境拉到會被水沖掉的地方。所以到現在我們堅決反對，山上有我們的土地、有我們的方式、有我們的 Gaga、有我們的規範在守護我們的土地。我們在照顧土地有不一樣的做法，我們部落的規矩也有不一樣的規範，人跟人的生活與人的交通也有不一樣的規範、規矩。

現今的的部落社會可以看到很多的教派在部落林立，但是在我們的部落不會因為教派產生分

歧。不管你是拜拜的，還是天主教的、基督教的，我們一起在部落生活。部落大的事情都是我們集體一起參與、一起行動，包括娶媳婦，大家一起幫忙。部落有人過世，我們大家也不工作，一起休息、安息，這就是部落該有的生活與規範。那現在的規範與規矩，現在的政府告訴我們說，誣賴是我們從事農耕造成下游地區生活的困難。那你們可以去看我們的農田，沒有在土石流，這些崩塌的地方是在哪裡？

我告訴你們，十棵檜木大概有七顆被我們政府砍掉，剩三個。在蔣經國的時代砍伐森林的事情最嚴重，砍了樹之後賺的錢用來反攻大陸。有反攻嗎？錢呢？政府放到哪裡去了？以前他們不只在砍伐森林，他也把樹的根連根拔起，以至於過去的時代造成現在只要大水一來就會發生土石流，大家可以看我們跟宜蘭的交界，也可以去看台中、阿里山的森林，從哪裡發生土石流，就是因為政府砍伐山林所造成的後果。你們活該？還是我們活該？所以你們幹嘛要砍木頭？檜木是在幫助我們做水土保持，我們稱檜木為樹的神，現在部落週遭很難再看到了，也沒有再使用檜木。就用竹子、鐵杉來做建築與日常生活所需的，政府可不可以好好的想一想，不要再騙我們了。政府往往說了，去反應，又說他沒說，兩個舌頭。我們泰雅族是沒有兩個舌頭的人，所以說兩個舌頭是騙人，騙人的我們就把他剪掉。要經過我們同意再來作。這是我們祖先傳下來的規矩，我們傳統上的規矩是很好的，被分完土地後，不會去要別人的土地。

我期待在管理現代國家法治的人們要好好地思考一下弱勢族群、原住民應該擁有的權利，你們的生活不要只顧自己，也要想到我們，大家一起活。不要讓我們泰雅死，我們互相扶持，老了以後要背著我。政府應該要服務民眾，好好作你們的工作，我們的祖靈會祝福你們。討厭我們、仇視我們，我們的祖先會來找你們。真的！好好照顧你們的家人，部落或者社會，學生好好讀書、老師不要教歪了，教歪了他們會走歪。

主題一

原住民族多樣性與人權保障

主持人：謝亞杰副處長（行政院原住民族委員會）

■對原住民保留地「超限利用」之民族科學檢視：以石門水庫集水區泰雅族部落為例

發表人：官大偉助理教授（國立政治大學民族學系）
　　林士淵助理教授（國立政治大學地政學系）
與談人：錢建榮法官（臺灣桃園地方法院）

■法官審判時之認事用法應否考量原住民族之特性？

發表人：邱忠義法官（臺灣高等法院）
與談人：瓦歷斯・貝林耆老（眉溪部落）

■習俗或犯罪？探討一群游移在傳統文化與國家法律的鄒族獵人

發表人：浦忠勇 Tibusung’e Poiconu（國立中正大學台灣文學研究所）
與談人：吳豪人副教授（輔仁大學法律學系）

對原住民保留地「超限利用」之民族科學檢視：以石門水庫集水區泰雅族部落為例

官大偉[1]、林士淵[2]

[1]國立政治大學民族學系助理教授

[2]國立政治大學地政學系助理教授

摘要

從政府土地管理的角度，規範山坡地利用限度，對超限利用加以處罰，是維持國土保安的必要手段；從原住民族權的角度，這樣的規範往往侵犯了原住民族的土地權並造成生計上的困難。本文之目的是以石門水庫集水區泰雅族部落為例，從民族科學的角度，檢視現有可利用限度分類規定的合理性，並尋求建立符合原住民在地知識之土地管理規範的可能。本文之研究結合民族誌研究方法、文獻回顧與地理資訊系統等工具，進行幾個部分的工作：1）回溯研究區域中土地利用變遷的過程，分析形成當前土地利用方式的歷史與政策因素；2) 整理泰雅族傳統土地利用知識，並指出目前這些知識在研究區域中被實踐的情形；3)分析不同時期航照圖與期數值地形模型，檢視現今之土地管理規範的合理性；4)最後，本文將以此實證研究經驗為基礎，比較現代國家土地管理制度與原住民傳統生態知識之邏輯，進而對於如何建立結合原住民傳統生態知識之土地管理制度提出具體建議。

關鍵詞：原住民保留地、超限利用、民族科學

一、前言

在遭遇殖民政權之前，台灣原住民各族即以各自的社會組織、經濟生產與政治運作方式在其土地上生活著。日本殖民政府透過一系列的手段，將居住在山地地區之原住民族的大部分生活空間和傳統領域收歸國有，僅留下有限且零星的「蕃人所要地」，並配合「集團移住」、「水稻定耕」、「殖產授業」等作法，將原住民限縮在其上營生。在戰後，國民政府一方面維持山林國有化的政策，另一方面也推動「山地平地化」、「開發邊際土地」、「農業上山」等措施。然而，隨著近年來政府遭受的山坡地保育壓力日漸高過山地開發的任務需求，許多戰後早期政府政策性鼓勵下所形成的山地農業活動，卻在政策轉向下受到限制，並屢因違反限制而遭裁罰。

石門水庫集水區的原住民保留地所遭遇的「超限利用」問題，即是上述脈絡下的產物。1960年代，石門水庫的完工，當時在石門水庫的集水區內，如何使勞動力投入生產，是農業推廣工作重要的一環。早期的農業調查中，原住民被形容是「智識低落」、「文化落後」，隨著農推工作的進展，政府刊物中所描繪之山地農村的富饒繁榮景象，現代化的房舍、開墾有序的果園、可以快速運送農產品下山的水泥道路（林源欣，1967、1979；謝榮籐，1973，李榮雲，1991；洪文卿，1993）等等意味著對「自然」的征服的山地農業地景，皆是一種「進步」的象徵（顏愛靜、官大偉，2006）。然而，近年來，水庫淤積日增，多次颱風豪雨迅速夾帶大量泥沙進入庫區，造成水庫停止供應下游用水，引發下游民生問題，水庫上游山區部落的農業遂被視為對水庫造成威脅的負面因素。

政府於 2006 年在石門水庫及其集水區整治計畫中訂定了保留地復育的項目，由行政院原住民族委員會聘僱在地泰雅族人，成立「保留地復育團」，對石門水庫集水區中保留地超限利用及土地非法使用進行舉報，以期減少「濫墾濫伐」的現象。然而，這種雇用族人「參與」執行現有法令的管理，因為缺乏原住民在地土地使用的觀點，常常造成原住民生計的困擾，而這些管制亦無法被完全落實(官大偉，2008；顏愛靜等，2010)。本子計畫的目的，是以石門水庫集水區之泰雅族部落為例，從民族科學（ethno-science）的角度，探討泰雅族的土地知識，尋求建立符合原住民在地知識之土地管理規範的可能。

民族科學一詞最早出現於 1960 年代的人類學研究之中，它意指一個文化與環境互動、感知世界的方式，以及對世界的解釋。民族科學的研究方法主要是透過民族誌研究，系統性地了解一個民族使用的語言、動植物的分類、醫療方式等等。法國人類學家 Augé (1999:118)指出，民族科學研究是試圖以全面的文化主位（emic）觀點著手，重新建構過去被現代科學所肢解的整體性，這個整體性包括了觀看自己的方式、對世界的分類，甚至是這些分類之間相互連結的形式，從而以文化本位觀點出發與現代科學對話。

本文之研究結合民族誌研究方法、文獻回顧與地理資訊系統等工具，進行幾個部分的工作：1）回溯研究區域中土地利用變遷的過程，分析形成當前土地利用方式的歷史與政策因素；2) 整理泰雅族傳統土地利用知識，並指出目前這些知識在研究區域中被實踐的情形；3)分析不同時期航照圖與期數值地形模型，評估這些知識在水土保持上的作用；4)最後，本文以此實證研究經驗為基礎，比較現代國家土地管理制度與原住民傳統生態知識之邏輯，進而對於如何建立結合原住民傳統生態知識之土地管理制度提出具體建議。

二、石門水庫集水區發展過程與土地使用現況

泰雅族的祖先再從台灣中部往北的遷移過程中，分別在現今的新竹縣尖石鄉、桃園縣復興鄉一帶，形成了 Mrqwang、Knazi、Gogan、Msbtunux 等部落群，每一個部落群的領域，和河流的流域都有高度的重疊。清治末期，清朝政府試圖改變其無法有效控制山地地區的狀況，乃進行「開山撫番」政策，在本研究區域中之 Msbtunux 部落群，即和清朝軍隊有多次激烈的戰鬥，一直到清治結束，清朝政府的軍事、經濟與行政控制都無法及於山地地區，但在 1895 年的馬關條約中，台灣的山地地區卻連同平地地區一起被割讓給日本。

1928 年，台灣總督府結合在 1910 到 1914 進行的林野調查的結果，發佈了「森林事業計畫規程」規程中將山地分成三種分區（要存置林野、不要存置林野、準要存置林野），其中「要存置林野」是為了水土保持必須保存的地區，「不要存置林野」是可以開發的地區，「準要存置林野」則設「高砂族保留地」，將原住民限制在內居住和耕作的地區，亦即今日原住民保留地的前身。日治時期的山林治理，透過這三種分區，在山地的內部形成空間分工，使不同的分區用不同的生產關係與平地地區連結。「要存置林野」的「保存」，「不要存置林野」的「開發」，都是為了創造整體殖民經濟的最大產出，也都是構成了整個殖民地空間秩序的一部份（顏愛靜、官大偉，2006）。

二次世界大戰後，國民政府以「高砂族保留地」為基礎，劃定「山地保留地」，並於1948年訂定「臺灣省各縣山地保留地管理辦法」，規定保留地權屬仍歸國有，僅賦與原住民使用、收益權，禁止原住民將配賦使用之保留地私自交換、買賣與典押。這樣的土地產權國有化制度的背後，隱含著由國家力量有效管制、合理調節資源的思考邏輯。然而，隨著社會條件的變遷，保留地的管理法規經過了數度的修改，賦予原住民於設定耕作權、地上權並自行經營滿一定時間後，得取得土地所有權[1]，使得保留地的地權制度在五十餘年之間，經歷了從全盤國有到部分私有的轉變，而成為水庫的集水區和山地農業的形成這兩件事，也一樣是在這五十餘年內同時發生。

1950年代，台灣平地的土地改革完成，而在山地的部分，石門水庫於1956年，正式動工；1964年，石門水庫完工，成為台灣第一個兼具防洪、灌溉、給水、發電等功能的大型水庫。同年，桃園台地開始有水稻種植。從開始運作到1990年代末期，石門水庫灌溉二十二個鄉鎮，五萬多公頃農田，生產八百八十四萬噸稻米；提供九十六億四千多千瓦電力；同時供應一百八十萬人口每天七萬噸的用水（經濟部水利署北區水資源局，）。雖然這這個水庫對平地的發展造成了極大的利益，但是居住在預定淹沒區的泰雅族卡拉社部落則必須接受強制遷村的苦果。石門水庫將它們祖先數百年遺下的部落淹沒，也斷送其原本的土地和生活。政府將其強制移住到大溪，不久之後移民新村又在颱風中被摧毀與淹沒，乃重遷到觀音，然而此地因工廠排放毒廢水而引起鎘污染，居民大量死亡，經過三次遷村的顛沛流離，族人逐漸凋零離散（王墨林，1986；官鴻志，1986；楊索，1994；李順仁，1996）。

1975年台灣省政府公布「台灣省集水區治理辦法」，是為專為集水區管理的行政命令，但同時，集水區中的土地亦同時受到水土保持法、自來水法、飲用水管裡條例、山坡地保育利用條例

[1] 政府於1966 年，完成了全省30 個山地鄉及六個平地鄉的保留地測量，並修改上開管理辦法，且規定於地籍測量完竣區，原住民得就使用之保留地，屬農地者須設定登記「耕作權」，續耕滿10年無償取得土地所有權；屬建地者須設定登記「地上權」，無償使用並隨農地一併無償移轉。至於林地、牧地，僅得承租經營10 年。嗣於1990 年3 月由行政院頒布新的「山胞保留地開發管理辦法」，規定將保留地耕作權及地上權之設定，由宜農地、自用建地，擴充至農牧用地、養殖用地、林業用地，並將設定取得他項權利後自行繼續經營之年限，由10 年縮短為5 年。近於1995 年3月，政府將上開辦法更名為「原住民保留地開發管理辦法」；最近一次修正發布為2007 年4 月。

等規範，而形成不同的分區和限制（參見表1），雖然有法令規範體系零散、管理機關眾多的問題（張石角，1995；於幼華，1995；葉俊榮，1995），但基本上的思維都是以管制上游的活動達成保護下游的目的。另一方面，政府農政部門則是以發展農業為「山地施政」的重點。其工作包括了「獎勵實施定耕農業」、「推動利用保留地措施」、「改善農業環境」、「發展新興作物」、「教育產銷技能」、「投資公共設施」等等。這些工作在一九在1970年代以前，是著重在組織土地、勞力、資本等生產因素，降低生產成本，有效利用山地資源；1970年代以後，則是著重在於提高產物的價值，於是像是高冷蔬菜、水密桃等作物逐漸被引入山地（洪澄堯，1966；林源欣，1967、1979；李榮雲，1991；洪文卿，1993），農業生產規模的擴張和集水區保護的限制逐漸衝突，而形成了今日「超限利用」的狀況，也就是「集水區整治」所要整治的對象。

依據《水土保持法施行細則》第 26 條規定，所謂「超限利用」，乃在宜林地或加強保育地之山坡地上，從事農、漁、牧業之墾殖、經營或使用。而宜農或宜林的判定標準，則是依據《山坡地保育利用條例施行細則》所定之《山坡地可利用限度分類標準》（參見表 2），本研究區域之保留地分布、非都市使用，以及可利用限度查定結果，則如圖 1、圖 2、圖 3 所示：

表1 石門水庫集水區中各種分區之土地使用限制

法令名稱	立法時間	規範內容
自來水法	1966年	在水庫集水區內，自來水事業得申請劃定公布「水質水量保護區」。在此區域內將禁止一切貽害水質水量的行為，在這個範圍內的建築物或土地利用，如果經認定有貽害水質水量的可能，必須在一定時間內拆除、改善或改變使用。另外依據同法，在「水質水量保護區」內如果從事妨害水量涵養、流通或污染水質的行為，在經制止而不改善的情形下，將被處有期徒刑、拘役或罰金。
飲用水管理條例	1972 年	在水源水質保護區或飲用水取水口的一定距離內，不可以有污染水源水質的行為。違反這項規定將處以一年以下有期徒刑、拘役且得併科的罰金。 在此範圍劃定公布之後，原有的建築物或土地利用，如果會污染水源水質，應該要拆除、改善或改變使用。
區域計畫法	1974年	非都市土地使用管制
山坡地保育利用條例	1976年	山坡地可利用限度查定
水土保持法	1994年	水庫集水區屬特定水土保持區，集水區內應設置「保護帶」，在「保護帶」範圍內的土地，水庫管理機關應辦理徵收，徵收前，管理機關得限制或禁止其使用收益，或指定經營及保護之方法；另，經依山坡地保育利用條例規定查定為「宜林地」或「加強保育地」內，不實施造林，而從事農、漁、牧業之墾殖、經營或使用者，為山坡地超限利用，應處以罰鍰。

表 2 山坡地可利用限度分類標準

土地等級		土地特性	備註
一級地		甚深層之一級坡。 深層之一級坡。	依中央主管機關規定之水土保持技術規範實施水土保持。
二級地		甚深層之二、三級坡。 深層之二級坡。 淺層之一級坡。	同上
三級地		甚深層之四級坡。 深層之三級坡。 淺層之二級坡。	同上
四級地	1	甚深層之五級坡。 深層之四、五級坡。 淺層之三、四級坡。 甚淺層之一、二、三級坡。	同上
	2	淺層之五級坡。 甚淺層之四級坡。	1. 土地利用僅限於種常年地面覆蓋不須全面擾動土壤之多年生果樹或牧草。 2. 如必須栽種勤耕作物，應由主管機關指定其水土保持設施。
五級地		甚深層、深層、淺層之六級坡。 甚淺層之五、六級坡。 淺層之五級坡，土壤沖蝕嚴重者。 甚淺層之四級坡，土壤沖蝕嚴重或下接硬質母岩者。	應行造林或維持自然林木或植生覆蓋，不宜農耕之土地，初期造林有沖蝕嚴重現象時，應配合必要之水土保持。
六級地		沖蝕極嚴重、崩坍、地滑、脆弱母岩裸露等，應加強保育處理，減免災害發生之土地。	依主管機關指定方式實施水土保持。

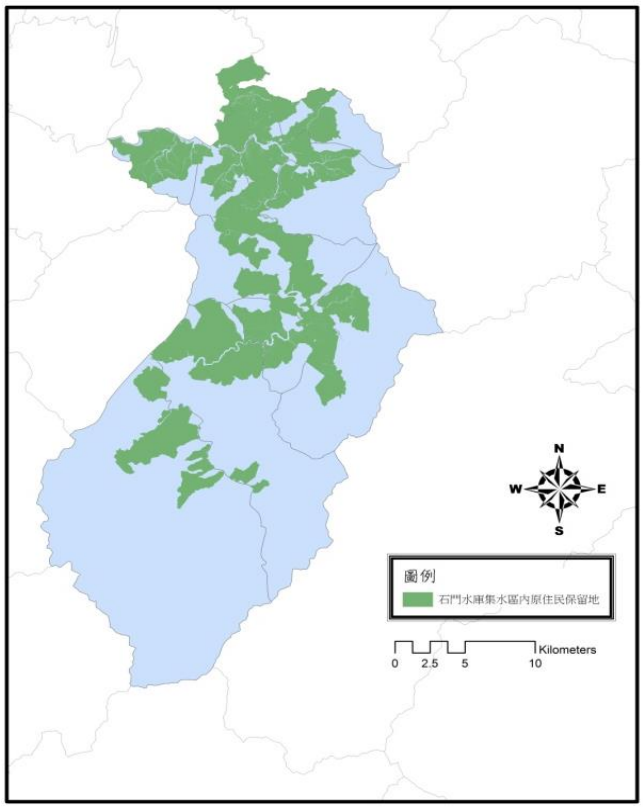


圖1 石門水庫集水區中的原住民保留地

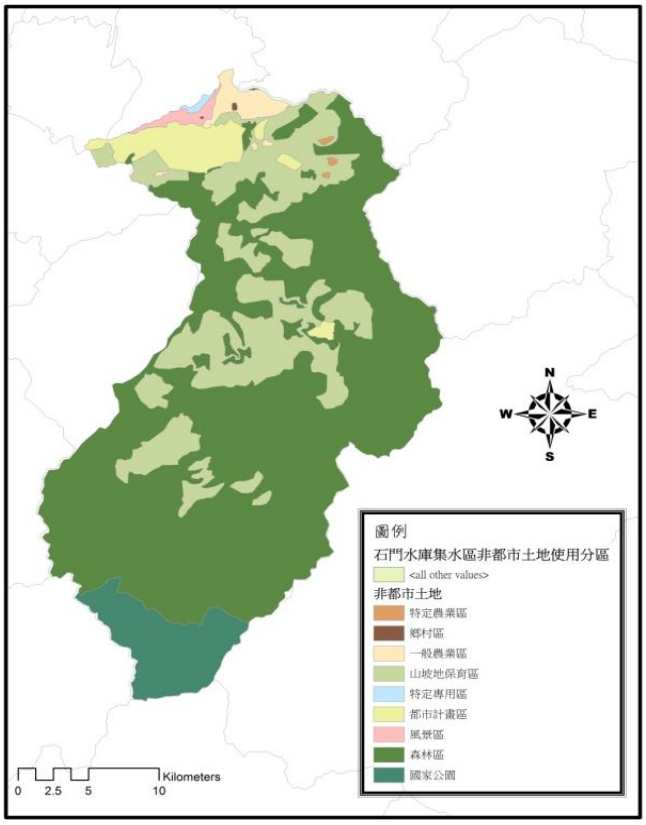


圖2 石門水庫集水區中的非都市使用分區

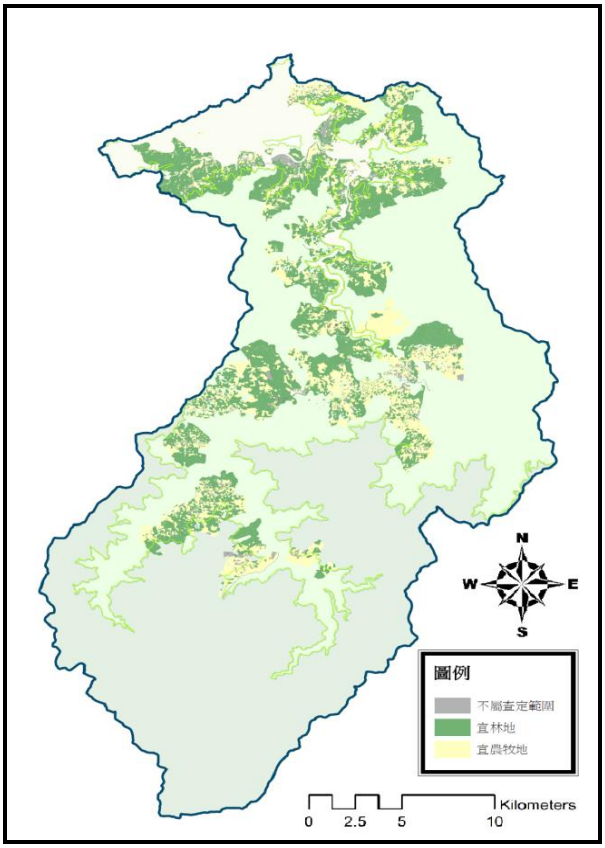


圖3 石門水庫集水區中的可利用限度查定結果

從政府土地管理的角度，規範山坡地利用限度，對超限利用加以處罰，是維持國土保安的必要手段；從原住民族權的角度，這樣的規範往往侵犯了原住民族的土地權並造成生計上的困難。操作上，這樣的管理方式也因為在地原住民土地利用知識與規範有相當的差異，而付出相當高的執行成本，仍無法被完全落實[2]。因此，回到原住民文化的脈絡重新理解原住民傳統土地利用方式的生態學意義，並檢討現今國家所強制施加之土地管理規範的合理性，進而設計結合原住民生態知識的土地管理規範，便成了重要的思考方向。

三、重新理解泰雅族傳統土地利用方式中的生態知識

泰雅族人的遷移、擴散路線，以及部落的形成，和河流的分布有很大的關係，而部落和部落之間各種不同生計活動之收穫的交換和分享，也都是建立在河流及其支流所展開的空間格局(spatial pattern)上（官大偉、林益仁，2008；官大偉，2013）。本研究結合民族誌研究方法與文獻回顧等方式，將泰雅族傳統的土地利用方式中的生態知識，整理成以下三個層次：

1.從跨流域的尺度理解的泰雅族的生態知識

在泰雅語中，有一系列涉及地理空間與社會空間的語彙，從 niqan、galang、q'yunan 到 qutux llyung，意味著不同的群體範圍(參見表 3)，它們各自具有物質性的或社會性的特徵，在不同的物質空間中，若人們能共同遵守一套 gaga，則可以創造、維持和物質空間相對應的社會空間，也就是創造、維持一個社會關係的範疇；作為一種觀念，gaga 因被共享(共同遵守、執行)而得以實踐（王梅霞，2003），而它被共同遵守、執行的基礎是建立在共享的資源之流、血緣之流，以及語言之流的 lmuhuw(流動、穿越)之上（官大偉，2013）。在這一系列指涉空間的語彙中語中 qutux llyung 一詞，意指共享一條河流的人，是在河流的串連之下形成共享機制或共擔攻守義務的社會範疇(亦可說是社會空間)，而這個社會空間的形成，一方面有流域作為它的物質空間基礎，另一方面則有賴於屬於其中的人們共享和共同實踐作為 qutux llyung 所應有的 gaga（規範）而維持的社會關係。在圖 4 此一示意圖中，屋型圖例代表家戶，不同顏色代表不同部落群，而不同的圓圈則代表了必須共享一套 gaga 的群體範圍，它解釋了在流域的物質性基礎上存在有不同尺度的社會空間，這些社會空間因共享和共同實踐的 gaga 而被創造和維持。

[2] 例如 kuan(2009)的研究即指出，政府所雇用由在地原住民所組成之保留地復育團、北水局河川巡守隊，乃至於鄉公所的基層公務員，因為承受地方的壓力而對於上級交付之舉報「超限利用」任務敷衍了事或有「睜一隻眼、閉一隻眼」的現象。

表 3：泰雅語中指涉社會範疇與空間的字彙以及它們和河流的關係

泰雅語中的字彙	意涵	和河流的關係
Kinholan	出生地	沿河流遷移過程中產生
Qutux niqan	一起分享食物的共食團體(有必須遵守之共食的 gaga)	食物的生產和河流有關(如前述之捕魚、狩獵與耕作) / niqan 則是以親屬關係為基礎所形成
Qutux qalang	居住在同一聚落(有必須遵守的部落內之共同的 gaga)	沿河流和支流建立
Q'yunan	部落群的共同獵場，存放資源的地方(有必需遵守照顧獵場的 gaga)	通常以流域(或子流域)為範圍
Qutux llyung	一起分享一條河流的一群人(有必需遵守的分享一條河流的 gaga)	共享河流和支流的一個部落群 / 共享上游和下游的不同部落群

資料來源: 修改自 Kuan(2009:163)

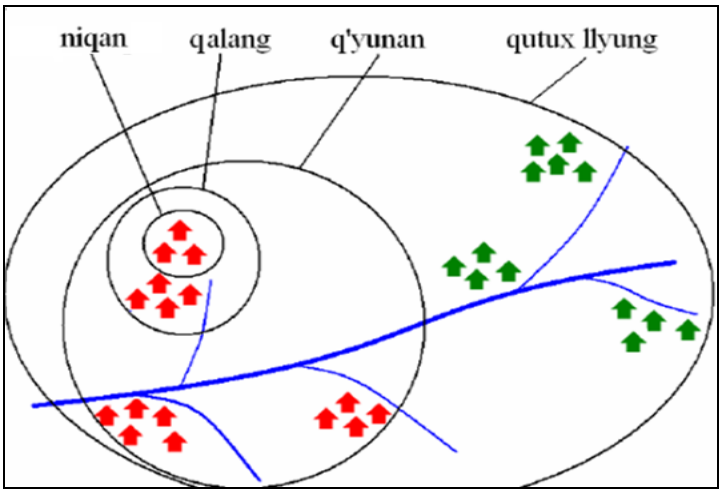


圖 4: 在流域中因共守不同層次的 gaga 而形成的不同社會範疇

資料來源: 修改自 Kuan(2009:163)

根據泰雅族耆老也是文化研究者—黑帶巴彥的分類，泰雅族有小遷移和大遷移兩種模式（黑帶巴彥，2013），這樣的分類解釋了遷移和土地承載力之間的關係。所謂的大遷移，是指從一個流域擴散到另一個流域，而進行大遷移的原因，往往是因為流域內的土地已不敷遊耕使用（黑帶巴彥，2013）。大遷移是形成上述以流域為空間單位之亞群認同的開始。林益仁（2013）則指出分散居住的方式可降低土地承載的壓力，並指出由於遷移並非幾個家族離開，其他家族留在原居地，而是每個家族都會有部份人共同參與遷移，因此在原居地所遵守的規範，到了新居地同樣也可以被延續執行與遵守。換言之，泰雅族人在降低土地承載壓力/尋求新的可利用土地的同時，會透過社會性的作法 (參與遷移成員的組成)，來維持其原有的社會約束力，這樣的遷移，既是一種人在環境中尋求最適生存方式的文化適應，也是一種生態知識的展現。

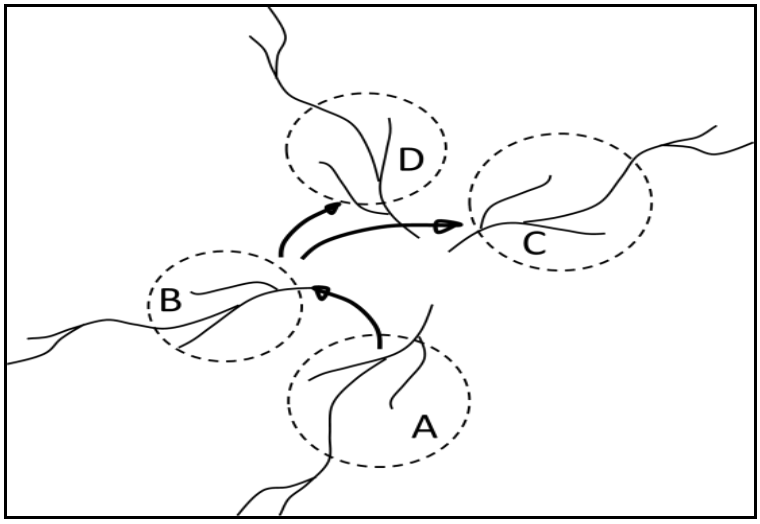


圖 4: 泰雅族跨流域遷移擴散示意圖

2. 從流域的尺度理解泰雅族的生態知識

黑帶巴彥（2013）所謂的小遷移，則是指在流域內因在不同地點間進行遊耕而改變聚落的位置。傳統上，泰雅族人在一塊土地上的耕作通常以三年為期，三年後即需要另換新的耕作地點，耕作後的土地則是需要等十年後才可以再來耕作。對於已耕作三年的土地並不是棄置不管，而是會在其上種植 ibok(赤楊)等樹木。赤楊樹生長快速，且落葉多，落葉會變成土壤的養分，新的樹種很快回到這片土地上藉由赤楊的落葉所提供的養分生長，大約十年後，這塊土地會再長成茂密的次生林。因此，族人依耕作的狀態對土地也有不同的名稱，像是 guqi 意指農作過後的區域，這樣的土地需要完全休耕，kmahan 意指正在從事農作、農耕的土地，而 pincyowagan 則是部分暫時休耕、部分持續進行耕作的土地（官大偉，2012）。

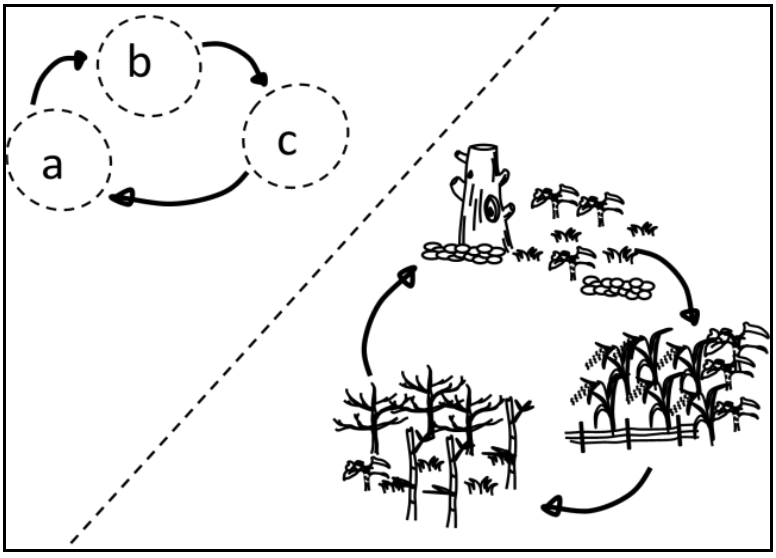


圖 5: 泰雅族在一流域中遊耕示意圖

除了農業上的遊耕之外，流域中漁獵資源的分享也展現了動態的特質。舉例來說，一個流域

內各部落因其所在的海拔高度的不同，而有居於高處和低處的差別。共享一個 q'yunan 的部落群包含了居於高處近獵場及較低處近河谷的部落，鄰近河谷的部落的成員前往山上森林狩獵時，居於高處離獵場較近的部落非但不會阻止他們的活動，還會將自己的獵物，送給來自鄰近河谷的部落的人。因為，在泰雅的觀念裡，距離森林較遠的部落要取得這些獵物比較辛苦，所以要讓他們多帶一些回去；同樣的，當住在高處的部落的人去到河谷射魚時，鄰近河谷的部落也會將自己一部份的魚獲送給他們帶回山上，這是一種互惠(reciprocity)的資源使用權利關係(官大偉、林益仁，2008：130)。

互惠的資源使用權利關係，和現代的、固定界線的產權概念不同，它對於資源的利用權利是建立在動態的人際關係上。以捕魚來說，就會因為捕魚的方式的不同，而必須和不同的人群合作：若是個人進行射魚，雖屬個人行為，但仍須跟qutux niqan(共享食物的一群人，通常是親戚關係接近的一群人)裡的人分享，下一次別人射魚時也才會和你分享；若是進行毒魚，則依照毒魚河段的範圍，而可能是部落內、部落間、或部落群和部落群間分工並分享收穫。因此，關於捕魚的知識，就不只是河流的狀態、魚類名稱、習性，也包括種魚的技術，以及和不同人動態協商的過程。而在土地上的狩獵亦是需要有動態協商的知識，例如，即使是屬於不同部落群而各自擁有各自獵場的人，只要經過姻親的同意和帶領，不要動到別人已經做過記號的陷阱，同時將獲得的獵物和對方分享，則可以進入到對方的獵場中打獵，這意味著需要隨著更細緻的、告知者和被告知者的關係的調整，而對資源使用權利作境遇式(situational)的決定(官大偉、林益仁，2008：130)。

3. 從一塊土地的尺度理解泰雅族的生態知識

若將視野聚焦在一塊土地的耕作之上，仍可以看出傳統泰雅族土地利用的動態特性。傳統的遊耕經尋覓適當的土地後，接下來則是要焚燒地面上的樹木，樹木焚燒後則是清理地上的石頭，利用這些石頭堆成 hanga(砌石邊坡)，hanga 也有用木頭架成。至於焚燒後仍固著於地面上的大樹，則予以保留；大型的石頭有時讓它留在原地，有時則以焚燒的方式使其碎裂後移開。在同一塊 qmayah(在論及耕作時意指田地，但亦 qmayah 可指個人去狩獵的地方。自己耕作的土地和獵場都可稱為 qmayah，但同一部落群的所有耕作和獵場的範圍則稱 qyunan)中，不同的區塊都有不同的作物，例如：在砌石邊坡、木架邊坡，或是保留未移開的大石頭邊，會種植爬藤類(像是豆類、南瓜)的植物，在較寬廣的區塊上，則是種植小米，在其他零星的區塊，則是種植地瓜、甘薯之類的作物(蔬菜的部分則採集野菜)，而這些作物的耕種都有其不同的時節，因此一年都會有食物的產出。此外，在耕地內會設置趕鳥器，在耕地的周邊則會設置陷阱捕捉小型動物，一方面維護作物，一方面則作為食物的來源之一。

這樣的耕作方式所展現出非常豐富多樣的地景，也就是說，在一塊耕地上，一年四季都可以有不同的食物產出，同時就回應季節性的氣候現象可能帶來的災害而言，是很好的風險分散的策略。同時，播種之前的整地並不會大面積的翻土，而是用小鋤頭在要播種的地方挖洞埋入種子，其餘的地方不予翻動，則是避免對土地造成大規模、深層的侵擾。整體而言，泰雅族傳統土地利用背後的邏輯，包括透過遷移和遊耕減低對土地的壓力，以及在土地上的耕作過程中，依照細微之地形變化進行動態的耕作策略調適，從環境適應的角度來看，這些土地利用都具相當的生態學意義。

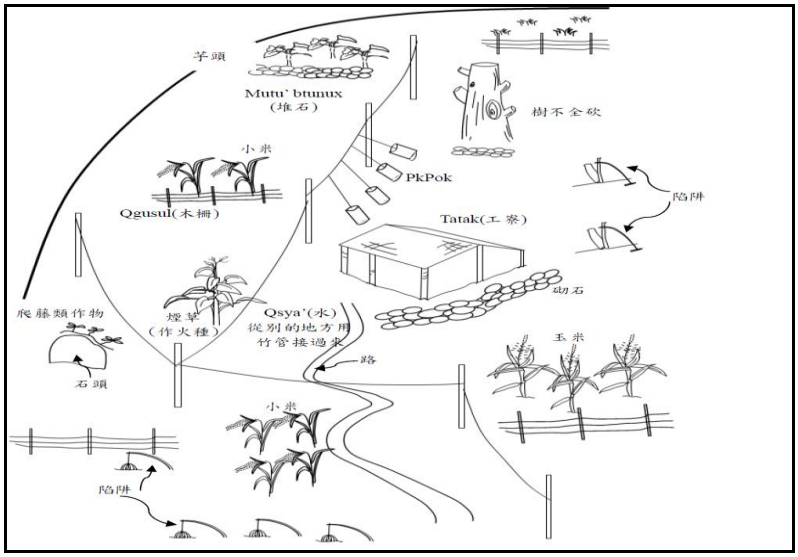


圖 6：傳統泰雅族農耕的地景示意圖

資料來源：官大偉、阿棟優帕斯、芭翁都宓、羅恩加（2012）

綜合來看，上述三個尺度之生態知識的空間關係，則如圖 7 所示：

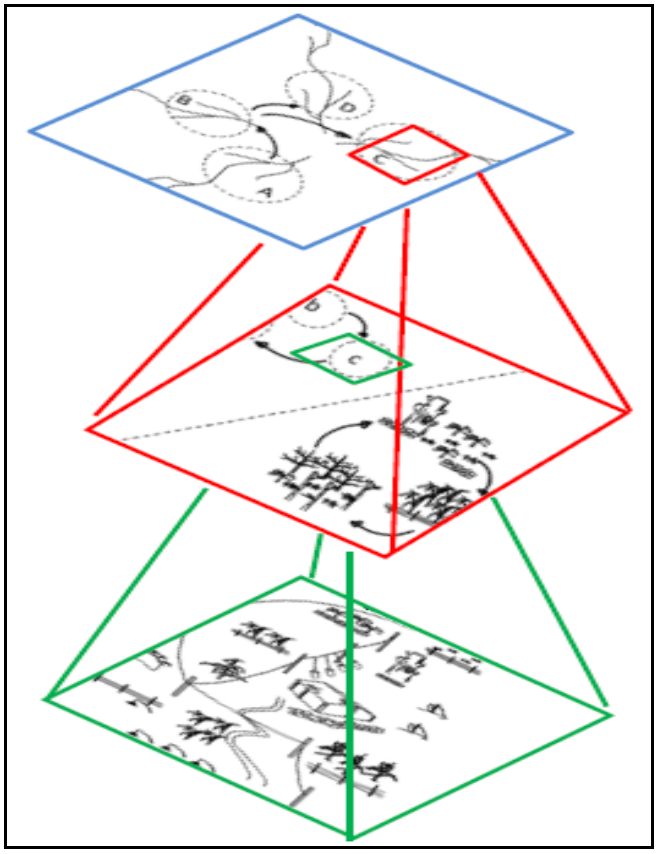


圖 6：三個尺度之傳統生態知識的空間關係

四、石門水庫集水區保留地現地調查

上述傳統生態知識，關於流域間遷移以及流域中遊耕的部分，雖然因為保留地制度與定耕政策，而無法在當代直接的繼續實踐，但本研究透過對於研究區域之現地調查，發現當代對於個別土地的維護，仍有許多延續著傳統生態知識的操作，例如：

1.在坡度較陡處砌石形成小平台



圖 7：石門水庫集水區保留地農耕現勘照片（1）



圖 8：石門水庫集水區保留地農耕現勘照片（2）

2.田地保留大石頭與樹頭



圖 9：石門水庫集水區保留地農耕現勘照片（3）



圖 10：石門水庫集水區保留地農耕現勘照片（4）

3.碎石坡種植爬藤類作物



圖 11：石門水庫集水區保留地農耕現勘照片（5）



圖 12：石門水庫集水區保留地農耕現勘照片（6）

4.配合地形種植多種作物



圖 13：石門水庫集水區保留地農耕現勘照片（7）

5.田邊混植不同樹種



圖 14：石門水庫集水區保留地農耕現勘照片（8）



圖 15：石門水庫集水區保留地農耕現勘照片（9）

6.田間不完全除草



圖 16：石門水庫集水區保留地農耕現勘照片（10）



圖 17：石門水庫集水區保留地農耕現勘照片（11）

7.非耕作期放任雜草生長



圖 18：石門水庫集水區保留地農耕現勘照片（12）



圖 19：石門水庫集水區保留地農耕現勘照片（13）

以上這些操作，具有穩定邊坡、避面對於土壤過度擾動，以及增加土壤植被、保持水土、減少逕流的功能，從本研究之現地調查結果可以看到，當代原住民的農業耕作，有很多延續著傳統生態知識之細微的土地維護方式。

五、「超限利用」土地空照圖判讀

本研究進一步透過不同時期的空照圖與衛星影像圖的比對，檢視現今之可利用限度查定的合理性。

首先，本研究運用我國農委會農林航空測量所於 2003 年、2004 年所拍攝之多張空照圖，經過合併與校正後，形成圖 20 之「92 航照」與圖 21 之「93 航照」兩張正射影像圖，並利用 Google Earth 所提供之法國 SPOT 衛星影像圖，製作成圖 22 之「102 衛星影像」。此三張圖所涵蓋的區域皆同為屬於石門水庫集水區之 mrqwang 溪流域（以下簡稱樣區），而圖 20 與圖 21 中紅色線所框之範圍，則是經判讀後所標示出的樣區中實際農耕地區。

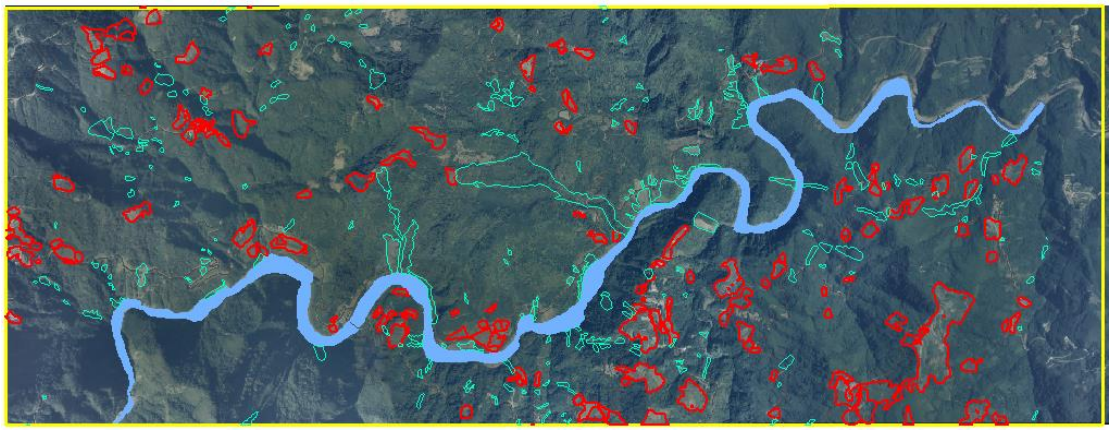


圖 20：92 航照

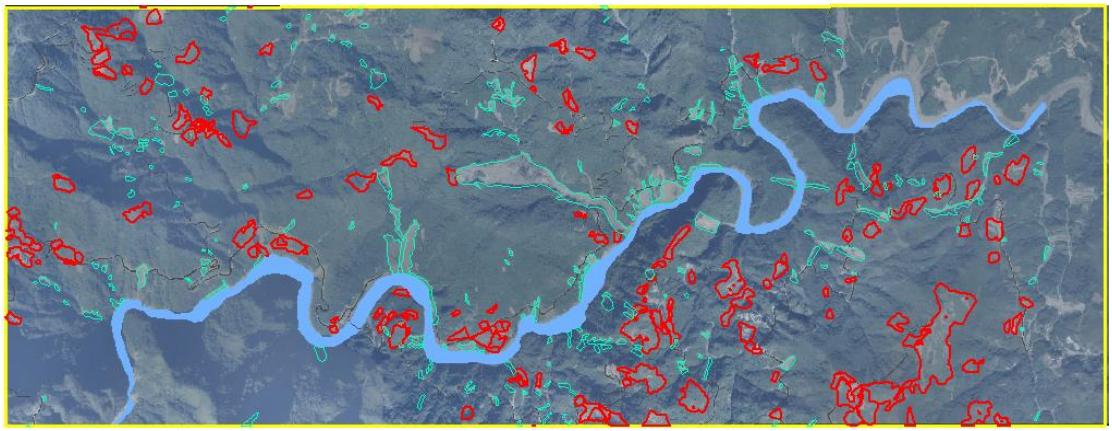


圖 21：93 航照



圖 22：102 衛星影像

圖 23 乃本研究對照可利用限度調查（2008 年）以及土地利用調查圖資（2006 年）之結果，圖中黑色為底又同時為紅色框線所標示的區域，及為按照現行法規所認定之「超限利用」土地。

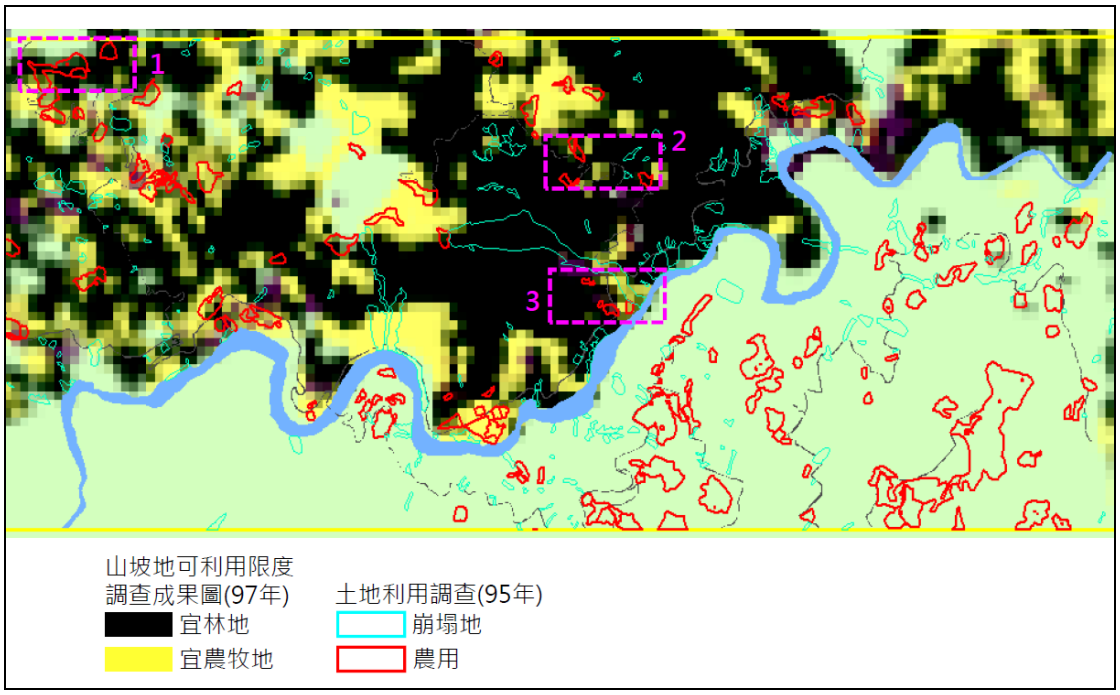


圖 23：102 衛星影像

然而，經過本研究擇定期中較明顯之區塊（圖 23 中所標示的 1、2、3 三區，以下簡稱第 1 區、第 2 區、第 3 區）進行歷時性的地表變化分析之後，則得到以下結果：圖 24 對第 1 區之歷時性地表變化分析顯示，此區雖然為「超限利用」之宜林地，但經歷數度颱風之後，並未有崩塌之情形；圖 25 對第 2 區之歷時性地表變化分析亦顯示，此區雖然為「超限利用」之宜林地但經歷數度颱風之後，並未有崩塌之情形；圖 26：對第 3 區之歷時性地表變化分析則顯示，此區雖然為「超限利用」之宜林地但經歷數度颱風之後，並未有崩塌之情形，而鄰近區域之宜農牧用地，反而在 2004 年的颱風後發生崩塌。

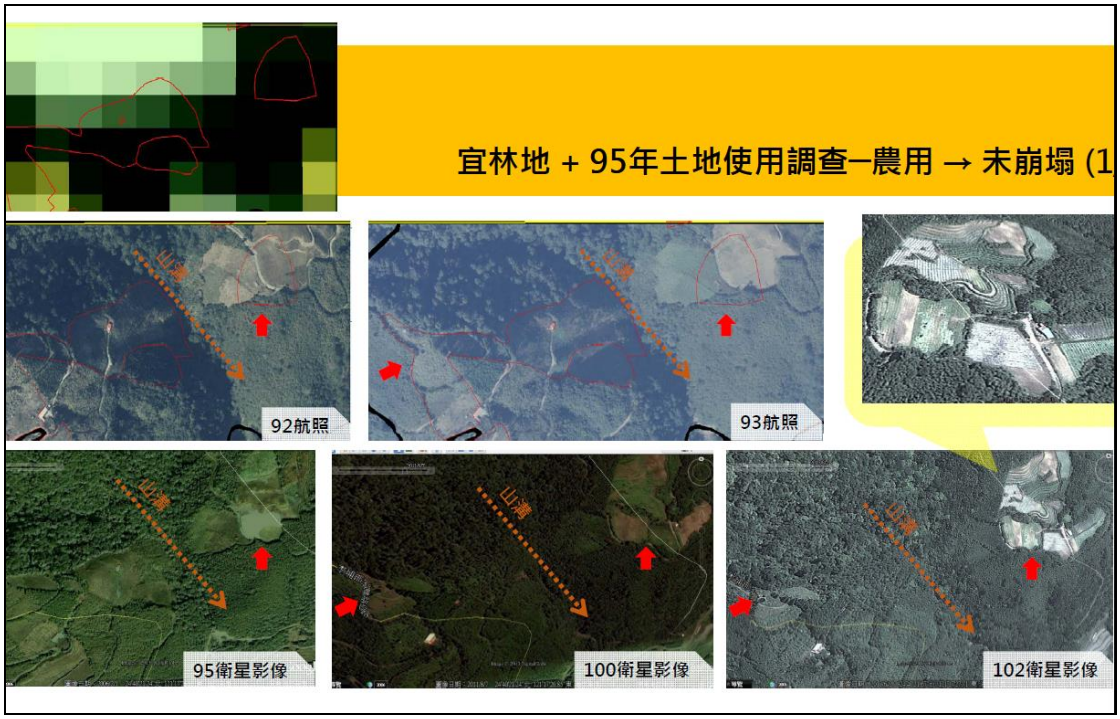


圖 24：對第 1 區之歷時性地表變化分析

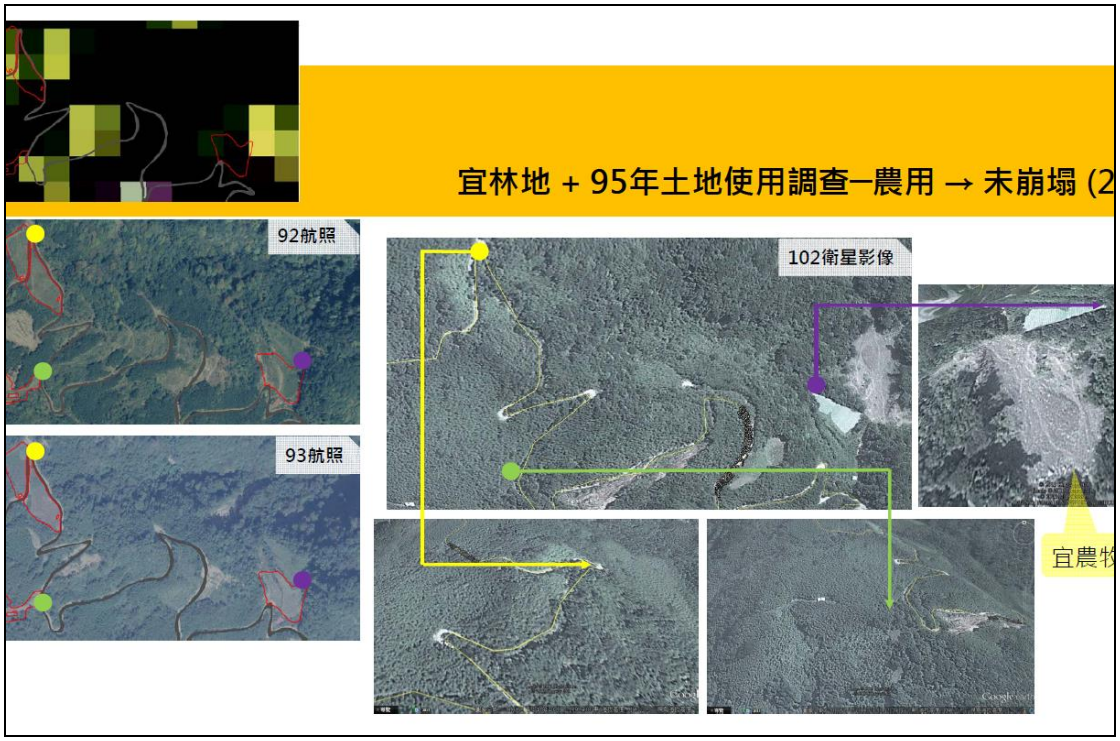


圖 25：對第 2 區之歷時性地表變化分析



圖 26：對第 3 區之歷時性地表變化分析

換言之，從結果論的角度來看，使原住民之土地利用動輒得咎之現行超限利用判定標準，其有效性實值得懷疑。

六、分析與討論

從以上資料來看，被判定為「超限利用」的土地，經歷颱風之後，不一定有崩塌，而非超限利用的土地反倒發生崩塌，因此，建立結合在地原住民土地知識的土地管理規範，就更有其正當性。

現有超限利用判定標準，是從固定的地形/地質條件進行判定是否適合農用的作法，且一經劃定分區界線，使用方式即被固定下來，但是泰雅族傳統農耕知識，是由動態的維護方式/種植的作物/細微的地形條件等因素，決定是否為適當的耕作，而本研究之現地調查顯示，雖然因為保留地制度與定耕政策的限制，現今的泰雅族人無法進行游耕，但其農業操作，仍部分運用傳統上維護土地的方式。表 4 顯示了可利用限度查定分類標準與泰雅族農耕之邏輯間的差異：

表 4：可利用限度查定分類標準與泰雅族農耕之邏輯的比較

	可利用限度查定分類標準的邏輯	泰雅族農耕的邏輯
判定面積	最小分割面積 0.25 公頃	隨著細微的地形而有動態的變化
判定可利用方式	坡度、土壤深度、沖蝕程度	依照作物決定耕作的方式，進而判斷耕作是否恰當
判定機制	由來自部落以外，經過訓練的公務員進行判定	由有經驗的實際農業操作者進行判定

以上的比較顯示，未來要將土地利用規範與在地之泰雅族傳統生態知識結合，有幾個方向：首先，在判定的面積上，應該改變現有固定面積的方式，而改以隨著作物種類及數量有所調整；再者，在判定的標準上，應該動態考量耕作和維護的方式，而非拘泥於地質條件的因素；此外，在判定的機制上，也應該加入部落審議的機制，使在地的知識，能夠經由人的參與而進入到決策體系之中。

七、結語

本研究從石門水庫集水區發展過程出發，呈現了此一這發展過程中政策性的引導作用，也呈現了把所謂的「超限利用」怪罪於原住民身上是如何的去脈絡且忽略了當初政府引導的政策責任。經由重新理解泰雅族傳統土地利用方式，本研究指出其中的生態意義，以及各個不同層次之生態知識的空間關係，本研究也顯示了，許多存在於傳統土地利用方式中的生態知識，在當代仍被延續，而對照國家現行「超限利用」規範的有效性問題，更突顯出土地管理規範在地化的正當性。透過可利用限度查定分類標準與泰雅族農耕之邏輯的比較，本研究提出了後續建立結合原住民傳統生態知識之土地管理制度之建議，若是這樣的建議能夠對於相關的政策制度思考稍有助益，也就不負作者進行本研究之目的。

八、參考文獻

經濟部水利署北區水資源局，石門水庫營運四十週年特刊
http://www.wranb.gov.tw/wranb_spring/index1.asp

王梅霞 2003。從 gaga 的多義性看泰雅族的社會性質。**臺灣人類學刊**。臺北：中央研究院民族學研究所，1 (1) :77-104。

林源欣，1967，「山胞農推工作報告」，農業推廣文彙，第十期，頁212-218

------，1979，「漫談山胞農業推廣教育計畫」，農業推廣文彙，第二十二期，頁316-329

李榮雲，1991，「山地農業推廣現況檢討」，農業推廣文彙，第三十四期，頁 65-70

洪文卿，1993，「台灣省山地農政措施」，農業推廣文彙，第三十六期，頁 9-14

官大偉、林益仁 2008。什麼傳統？誰的領域？從泰雅族馬里光流域的傳統領域經驗談空間知識的轉譯。**台大考古人類學刊** (69)：109-142。

官大偉、阿棟優帕司、芭翁都宓、羅恩加 2012。原住民生態知識在當代農業的實踐：從 gaga 的去脈絡化與再脈絡化談起。發表於 2012 年第十六屆台灣地理學會，臺北。

顏愛靜; 官大偉 ,兩岸四地土地學術研討會石門水庫上游集水區保育的生態政治初探-以環境論述與原住民部落的關係為中心

官大偉 2006。從「資源」、「地方」到「居所」：說一個由河流串起的泰雅故事。**野生動物保育彙報及通訊** [*Ye sheng dong wu bao yu hui bao ji tong xun*] 0(4)：14-22。

—— 2008。從泰雅族部落的人河關係看石門水庫集水區治理：一個結合民族生態學與政治生態學的觀點。**生態台灣季刊** 20。

—— 2013 (出版中)。原住民生態知識與流域治理：以泰雅族 Mrqwang 群之人河關係為例。**地理學報** 69。

官大偉、林益仁 2008。什麼傳統？誰的領域？從泰雅族馬里光流域的傳統領域經驗談空間知識的轉譯。**台大考古人類學刊** (69)：109-142。

官大偉、阿棟優帕司、芭翁都宓、羅恩加 [Kuan, T. W. ,Yupas, A. T. ,Tomi, P. G. ,Luo, E. J.] 2012。原住民生態知識在當代農業的實踐：從 gaga 的去脈絡化與再脈絡化談起 [Yuan zhu min sheng tai zhi shi zai dang dai nong ye de shi jian cong gaga de qu mai luo hua yu zai mai luo hua tan qi]。發表於 2012 年第十六屆台灣地理學會，臺北 [Fa biao yu 2012 di shi liu jie tai wan di li xue hui, Taipei]。

法官審判時之認事用法應否考量原住民族之特性？

邱忠義*
台灣高等法院法官

摘要

法院的刑事審判實務，經常承辦關於原住民族涉犯案件之常見類型有幾？法官為判決時，應否考量「原住民族」之特性，而非單純依據「以非原住民為基礎之社會一般通念」來認事用法？這是一個正反意見極端相佐的議題，本文歸納了法院在審判實務上經常承辦關於原住民族涉犯刑事案件之類型，並嚐試以質性及量化研究之方式，呈現原住民族之特性，並試圖回答題旨所示問題。就結論而言，本文認為，不能單純地以「漢人」的社會通念，強加於「原住民族」的傳統習慣、文化及社會制度，其等傳統特性應獲得尊重，吾等漢人應多加深究原住民族犯罪之成因，倘與其等傳統特性有根深蒂固的密切關聯，法院在審判時不妨特予考量。

另外，刑訴法第 31 條之原住民族律師依賴權，究是強制辯護案件或僅僅為一般無償律師依賴請求的平台？若解為係強制辯護制度，可能產生「標籤化」其等特殊身分之負面效應。又原住民族可否選擇自行辯護而不必律師在場？本文一併說明。

* 臺灣高等法院法官、國立交通大學科技法律研究所兼任助理教授。

壹、前言

法院在審判實務上，經常承辦關於原住民族涉犯刑事案件之類型，略有「森林法」、「竊盜」、「竊佔」、「酒駕」、「傷害」、「水土保持法」、「山坡地保育利用條例」、「野生動物保護法」、「漁業法」、「槍砲」、「通姦」、「與原住民未成年人為性行為」等類型，上開類型之案件，法官為判決時，應否考量「原住民族」之特性，而非單純依據「以非原住民為基礎之社會一般通念」來認事用法？

而所謂原住民族之特性為何？法官在審判案件時，是否應特予注意並多加考量？本文就此問題採取開放態度，首先以對第一線執法警察做問卷調查（量化及質性研究），以呈現此面向之部分觀點。其次，本文亦以負責任之態度，「自我省視」近年來個人所為幾則判決之認事用法（質性研究），有無充分考量原住民族之特性？另外，本文亦一併檢視刑事訴訟法新修正「原住民律師依賴權」之性質，評析此項修法究係在保護原住民族，抑或標籤化其等特殊身分之負面效應。

貳、問卷調查之研究

一、研究方法及限制

筆者之研究方法，係於 2013 年 8 月間，以「法官審判時之認事用法應否考量原住民族之特性？」為主題，對新竹縣警察局及各分局（含派出所）、交通隊執法員警，發出 500 份問卷（問卷內容如下表一），問卷內容除了就特定問題先予確定後，再開放受訪者自由回答其餘有關之問題，[1]以補充問卷設計之不足部分。截至同年 9 月 10 日，回收問卷 191 份，回收率為 38.2%。本文並以問卷調查所得資料，進行量化及質性研究。

[1] 王雲東，社會科學研究方法：量化與質性取向及其應用，頁 256 以下（2008）。

[表一]

問 卷 調 查

為「第四屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會」之需要

委請各位填寫問卷，謝謝大家!

一、 您的性別是?

❒女　　❒男

二、 您的年齡是:

❒15-19 歲　❒20-30 歲　❒31-40 歲　❒41-50 歲　❒51-60 歲　❒61-70 歲

三、您是否具原住民血統?

❒是　　❒不是

四、您平日有無和原住民朋友接觸的經驗?

❒沒有　　❒偶爾　　❒經常

五、如果被告是原住民族，涉犯某些刑事案件（例如：森林法、酒駕公共危險、漁業法、野生動物保護法等類型），法官的判決應否考量「原住民族」的特性而判決？

❒應該（理由：　　）

❒不應該（理由：　　）

六、如果被告是原住民族，除了上開您所舉出的類型之外，您認為還有無其他類型案件，法官的判決也應考量「原住民族」特性？您的理由是什麼？

七、您認為原住民族和犯罪有關的特性為何？您的理由是什麼？

八、您對本議題還有何建議？

謝謝您的合作

在研究限制上，本文以新竹縣警察局及各分局（含派出所）、交通隊執法員警為問卷對象，最主要是要瞭解「經常或偶爾與原住民朋友接觸交流」之第一線執法員警對本議題之看法（至少對原住民之特性有較深入之瞭解），此雖不能代表全體民眾意志，惟新竹縣警察人數近 1 千人，而新竹縣原住民人口約有 2 萬多人（截至 2013 年 8 月底之統計數據為 20,523 人，如下表二。按此為官方公布之既存資料，屬於次級資料分析[2]），除了無邵族及撒奇萊雅族設籍外，其中又以泰雅族、賽夏族及阿美族居多，其次是排灣族、太魯閣族、布農族等族群，[3]而亦有少數其餘各族群設籍，可為全國 14 族原住民族約 52 萬人口的部分縮影，[4]故該地區員警平日查緝之原住民族所涉及之刑案類型，及其等處理之心態、看法為何，應可供各界參考指教。

又本文不專以原住民族為問卷調查對象，以避免是否有利益衝突迴避之疑慮，取而代之以至少對原住民之特性有較深入瞭解之「經常或偶爾與原住民朋友接觸交流」之第一線執法員警就本

[2] 關於既存統計資料（或稱官方統計資料、次級統計資料）分析，參羅清浚，社會科學研究方法：打開天窗說量化，2 版，頁 108 以下（2011）；王雲東，同前註書，頁 367 以下。

[3] 原住民族人口數統計資料，參行政院原住民族委員會網站：http://www.apc.gov.tw/portal/docDetail.html?CID=940F9579765AC6A0&DID=0C3331F0EBD318C2AB2B779E5235D9A5（最後瀏覽日期: 2013 年 9 月 17 日）。

[4] 原住民族分佈，參行政院原住民族委員會網站：http://www.apc.gov.tw/portal/docList.html?CID=6726E5B80C8822F9（最後瀏覽日期: 2013 年 9 月 17 日）。

議題之看法；而問卷對象雖為執法員警，但警察同仁亦有少數具原住民身分，則為免問卷結果失真，乃不刻意排除，均附此敘明。

[表二]

項次	鄉鎮名	平地原住民(男)	平地原住民(女)	平地原住民(合計)	山地原住民(男)	山地原住民(女)	山地原住民(合計)	總人口數
1	竹北市	201	230	431	180	254	434	865
2	竹東鎮	256	301	557	1689	2221	3910	4467
3	湖口鄉	216	256	472	275	410	685	1157
4	新豐鄉	128	154	282	102	193	295	577
5	新埔鎮	48	70	118	48	83	131	249
6	關西鎮	183	155	338	79	138	217	555
7	芎林鄉	34	42	76	65	82	147	223
8	橫山鄉	39	31	70	95	142	237	307
9	寶山鄉	28	36	64	28	41	69	133
10	北埔鄉	12	9	21	14	34	48	69
11	峨眉鄉	2	6	8	5	17	22	30
12	尖石鄉	30	82	112	4179	3538	7717	7829
13	五峰鄉	19	47	66	2226	1770	3996	4062
	13 鄉鎮市合計	**1196**	**1419**	**2615**	**8985**	**8923**	**17908**	**20523**

◎資料來源：新竹縣政府網站：http://abostat.hsinchu.gov.tw/web/AboReport.aspx（最後瀏覽日期: 2013 年 9 月 17 日）

二、問卷之統計質性及量化研究

（一）可能與原住民族特性相關之犯罪

由上開問卷之設計以觀，本文除了就特定問題先予確定後，再開放受訪者自由回答其餘有關之問題，[5]以補充問卷設計之不足部分。故而，在問卷設計上，並非漫無方向、目的地隨意讓受訪者即興回答，先予敘明。

其次，本文仿效質性訪談「紮根理論」之方式，做問卷回覆內容的質性研究，[6]亦即將原始

[5] 王雲東，同前揭註 1。

[6] 關於紮根理論之質性研究方法，參 Benjamim F. Carbtree & William L. Miller 著，黃惠雯等譯，最新質性方法與研究，頁 157-177（2007）；Mats Alvesson & Kaj Sköldberg 著，施盈廷等譯，反身性方法論：質性研究的新視野，頁 18-59（2011）；

問卷資料打成逐字稿（原始資料），其後再開放式編編（coding），找出原始問卷回覆資料中有意義之字眼，其後再進一步主軸編碼，給予家族化命名。[7]本文以下僅針對問卷回覆內容之開放式編碼及主軸編碼所呈現之內容，歸納出具有意義之結果，並提出分析（見下表三），至於原始訪談資料及編碼表，囿於文章體例、格式及篇幅限制，無法逐一臚列，併予說明。

應予說明者，無論是贊成或不贊成法院審判時應考量原住民族之特性，回覆問卷者在「原住民族和犯罪有關的特性為何？」乙項問題上，除後述 11 名未曾與原住民族接觸者外，均或多或少描述了與原民犯罪相關之特性及理由（只不過，後述 79%之多數回覆者仍認為法院不應考量此種原民特性）。

[表三] 編碼後歸納表(編碼表)

編號	原住民較常涉犯之刑案	犯罪成因（與原住民之何種特性相關）
1	森林法	本罪與山地林木之砍伐或枯倒木之搬運（例：司馬庫司櫸木事件）是否為其傳統生活方式產生衝突。
2	竊盜	本罪之發生，除同前述傳統生活方式之同一緣由外，在部落間亦留有同居共財之傳統概念，故偶有未經同意而竊取他人財物之現象。
3	竊佔	本罪經常涉及與原住民族傳統領域（土地）的衝突有關。
4	酒駕	原住民族因生性樂天開朗，傳統生活習慣上有飲酒（尤其是小米酒）助興之風俗，本罪經常發生於酒後駕駛動力交通工具在部落間穿梭來回。
5	傷害	本罪常發生於原住民族天性與山林為伍，無論打獵、捕魚或自幼生活方式，均以武力展現其部族勇士與獵人的威猛，故倘以打架解決紛爭，與緣於此項特性有關。
6	水土保持法	水土保持法及山坡地保育利用條例之違反，亦與原民部落對傳統領域之固有管理用益之方式有關，極易觸法。
7	山坡地保育利用條例	同上。
8	野生動物保護法	野生動物保護法、漁業法之違反，經常係緣於原住民族認為在其等傳統領域內之上山、下水打獵捕魚行為，係其傳統生活方式。
9	漁業法	同上。
10	槍砲	持槍狩獵為原住民之傳統生活方式，常有不諳法律而購買或改造獵槍而觸法之情事。
11	通姦	原住民同胞天性熱情的性格，故其等在「性行為」方面，相對而言較為開放。
12	與原住民未成年人為性行為	同上。

[7] 關於編碼，參 Benjamim F. Carbtree & William L. Miller 著，黃惠雯等譯，同前註，頁 179-195；Mats Alvesson & Kaj Sköldberg 著，施盈廷等譯，同前註，頁 35-44；鈕文英，同前註，頁 384 以下。

鈕文英，質性研究方法與論文寫作，頁 375-398（2012）；高淑清，質性研究的 18 堂課：揚帆再訪之旅，頁 103-120（2008）。

按法院在審判實務上，經常承辦關於原住民族[8]涉犯刑事案件之類型，確實與上開問卷回覆內容之歸納相符，略再扼要補充如下：

關於竊盜及森林法問題，雖現今僅有少數部落維持共同財產制（如司法庫司部落）外，大部分均已採分別財產模式，惟根深蒂固的財產分享概念仍遺留在族人心中，故偶有未經同意而竊取他人財物之現象，此情形非謂其法敵對意識強烈使然。又原住民族慣習上，對於山中的資源是採取一種開放的財產態度，採集果實、搬運木料等行為，恆被允許而可自由利用。[9]

又關於竊佔問題，確實經常涉及與原住民族傳統領域（土地）的衝突有關，[10]《聯合國原住民族權利宣言》亦宣示了原住民族不應被強行遷離其土地或領土（宣言§10）、原住民族有維護及加強其與其歷來所有或佔有且使用之土地、領域等資源間之權利（宣言§25）、各國應在法律上承認及保護原住民族有擁有其歷來所有、佔有或以其他方式使用或取得之土地 、領域及資源（宣言§26）、原住民族有為發展或利用其土地或領土與其他資源（宣言§32）……等項，尤其涉及原住民被控竊佔所謂的「國有土地」案件時，其衝突更形明顯。

而與傷害有關之刑案，本罪常發生於原住民族以打架來解決紛爭之場合，與上開編碼表編號5所示之特性有關。要之，勇士與獵人均係是原住民部落中之重要角色，此不但標誌著自身的榮譽與地位，也與整個部落的生存與發展息息相關，現在雖然傳統的部落形式不再，但勇士和獵人仍常轉換以另一種形式存在著。[11]

再者，原住民各族對於性事，某些族群接受通姦後離婚並再成親之情事，是對於通姦行為，其行為模式及觀念，與非原住民並非相同。有文獻即記載如下：[12]

〔……台灣的原住民對於性的觀念非常保守，但是男女接受的方式比較平等，不論男女，只要被視為偷情者，將以嚴厲的懲法來處置男女，例如：泰雅人非常注重貞操，絕對嚴格禁止婚前性關係，若是犯了婚前性行為，神靈會處罰他們，被人發現了，就不替他們刺面，沒刺面的泰雅人是不准結婚的，更嚴厲禁止婚外性行為和偷情事；**平埔族男人發現妻子和人通姦，只能到姦夫家裡，捉兩三隻豬回家，事情就此打住，不再追究姦夫或妻子，但可以提出離婚要求。**女人通姦被捉到後，不能再犯，否則男人可以把私通的男女殺掉。**但是平埔族對於婚前性行為，視為尋常事**，但有一定的婚後行為約束。……〕

最後，與原住民未成年人為性行為之類型，在筆者從事司法偵查、審判十幾年來之實務經驗發現，緣於原住民同胞天性熱情的性格，故其等在「性行為」方面，相對而言較為開放，其等較

[8] 按所謂原住民族，依行政院原住民族委員會 102 年 8 月 30 日以原民企字第 1020048117 號函覆司法院之函文認為，原住民族依原住民身分法第 11 條第 1 項之規定，採取登記生效主義，亦即，當事人之原住民身分及民族別，非經登記於戶籍資料，不生效力。是以，原住民身分認定實務係以當事人之戶籍資料知原住民身分登記，認定其是否具原住民身分。法院審理案件時，得逕以當事人之戶籍資料是否登記為原住民身分認定之；惟若有顯然應具原住民身分而未登記於戶籍資料，或其他顯然有戶籍登記遺漏、錯誤等情事之個案，亦得敘明當事人姓名、出生年月日、身分證統一編號等個人資料及認定其戶籍登記錯誤之理由，函送行政院原住民族委員會確認原住民身分。

[9] 見臺灣高等法院 98 年度上更(一)字第 565 號司馬庫司櫸木案刑事確定判決。

[10] 李永然，「從法律觀點談台灣對原住民族土地之保障」，2013 年 5 月 13 日，網址：http://big5.showchina.org:81/gate/big5/www.humanrights.cn/cn/book/4/t20130513_1037213.htm(最後瀏覽日期: 2013年9月14日)。

[11] 見欣新聞專題報導，「部落尋奇／現代勇士與獵人 展現不同的原民族精神」，2013 年 2 月 15 日，網址：http://www.xinmedia.com/n/news_article.aspx?newsid=237219&type=0（最後瀏覽日期:2013 年 9 月 14 日）。

[12] 分見黃品瑜、王品昇，「台灣社會性觀念研究」，網路社會學通訊，第 73 期，2008 年 10 月 15 日，網址：http://www.nhu.edu.tw/~society/e-j/73/73-12.htm（最後瀏覽日期:2013 年 9 月 14 日）。

不側重「性自主決定權」(或所謂的「貞操」)之保護。亦有文獻持相同觀察：[13]

〔……一談到原住民的性/別關係，「亂」是漢人老師一般的用字與說法，究其「亂」的內涵主要包括三方面：男女之間界線不清、性侵害比例高、同性戀傾向。守仁(遠山國中訓導主任)認為「原住民的性別，男女之間的關係比較『青菜』(閩南語，「隨便」之意)」。天豪(綠屋國中訓導主任，男)的觀察：一般我們看到男女學生會交男女朋友，一般是高年級男生找低年級女生，我們學校有些高年級女生會找低年級男生，就交男女朋友，他們不會因為年齡的關係，他們看到好就去，他們會主動…原住民吃東西是共食的嘛，像阿公阿嬤在家，看床有睡其他小朋友，不會怎樣…管教方面，你去聯絡家長，家長也覺得沒有問題啊……天豪主任點出一個值得我們思索的重點：原/漢之間對性/別關係看法及做法上的差異。「貞節」是漢人的概念，大約從漢代開始倡貞節，唐代女論語由於言語淺顯，影響後世更大，明清對貞節更是極力獎勵。幾千年來的貞節觀念不可能因幾十年的婦女運動就消失；原住民族性/別關係也不會因漢化而完全趨於一致。當不同的性/別觀點相遇，放在老師對學生權力關係的天枰下來看，漢人教師是否在不知不覺中強加自以為「對」的概念在原住民學生身上？……〕

（二）贊成與不贊成「原住民族特性」應納入審判考量之理由

要加說明者，本問題之癥結點乃：何謂原住民族之特性？究係在特定類型犯罪應考量原住民族特有之狩典文化？或原住民族傳統生活習慣上有飲酒（尤其是小米酒）助興之風俗（因生性樂天開朗）？抑或原住民族在其傳統領域內之上山、下水打獵捕魚係其傳統生活方式？[14]某些犯罪屬於其等傳統文化生活領域內之使用或利用？[15]或上開編碼表所列各犯罪成因，均為其特性？而每個部族均有不同之生活習慣、文化及社會制度，是否應各別考量各個部族之特性？本文就此問題採開放性態度，沒有固定答案，以下僅呈現問卷回覆之正反意見，供各界批評指教。

A.贊成之理由

以上種種原因，即係所謂原住民族之特性，故而法官在審判案件時，基於下述問卷回覆「贊成」之理由，應特予注意並多加考量。

1.原住民族知識水平均、法律常識均尚未普及或較薄弱，經常因為對法令的概念缺乏認識而觸法，此係社會責任的一環；

2.原住民族之資訊及資源相對較為缺乏（不對等）；

3.上開犯罪類型均與原住民族之生活息息相關，涉及原住民之傳統生活方式；

---

[13] 李淑菁，「怎一個『亂』字了得？漢人教師對原住民族學生性/別關係的詮釋」，教育部性別平等教育季刊，第 44 期，網址：http://www.nhu.edu.tw/~edusoc/Recommend/testRecommend/lishuching-5.pdf（最後瀏覽日期: 2013 年 9 月 14 日）。

[14] 例如著名的司馬庫司櫸木事件，參「櫸木事件 還原現場」乙文，2007 年 4 月 25 日，該文略以：……主人（司馬庫斯族人）在自己的家裡拿風倒木，之後被客人（林務局）說：我們是趁他們人力不足之下，強行盜取橫倒在路邊的櫸木。主人在自家裡拿風倒木來取用，是千百年來天經地義之事，難道原住民族在其固有的傳統領域內拿幾個野菜，枯木也要向相關單位申請？……」網址：http://blog.yam.com/smangus/article/9720100（最後瀏覽日期: 2013 年 9 月 14 日）。

[15] 併參台灣原住民族政策協會，「原住民族和台灣政府新的夥伴關係」，2000 年 9 月 10 日，重要內容訴求包括：承認台灣原住民族之自然主權、推動原住民族自治、與台灣原住民族締結原住民族土地條約、恢復原住民族部落及山川名稱 、恢復部落及民族傳統領域與土地 、恢復傳統自然資源之使用，促進民族自主發展、原住民族國會議員回歸民族代表等。網址：http://www.oceantaiwan.com/eyereach/20010403.htm（最後瀏覽日期: 2013 年 9 月 14 日）。上開諸多訴求，在《原住民族基本法》中已見到曙光。

4.原住民族生性較為單純直樸，其所以涉犯某些犯罪，常係被平地人利用（當人頭）所致；

5.原住民係社會之弱勢，故某些犯罪係為了討生活才不得已涉案。

B.不贊成之理由

相對地，不贊成者認為，法院應基於下述問卷回覆之各種理由，審判時不應考量原住民族之特性，而係應以法律宣導取代，以增加其法律觀念及素養，並非在審判時給予特殊對待：

1.上開諸犯罪成因雖係原住民族之特性，但基於不分種族，法律之前人人平等之憲法平等原則（憲法第 7 條），不應有差別待遇；

2.均受同等教育；

3.社會已多元化，原住民族不過係其中一元而已，其他種族、宗教、文化等族群亦恐會比照辦理；

4.法律並非社會福利，法院的審判不能援引社會福利補助政策之取向；

5.犯罪之惡性不應因為人種而異其評價；

6.平地人與原住民在教育、資訊、文化等層面之交流已極其順暢，無須特別考量所謂的特性；

7.原住民族目前之生活方式、工作及住居環境等，均與平地人相同；

8.避免心存僥幸而惡習相傳；過度保護恐讓原住民族肆無忌憚；

9.過度強調原住民族之特性反而是一種歧視（次等、弱勢之標籤）；

10.犯罪與應尊重多元文化無關；

11.審判若過度強調原住民族之特性，形成一國兩法制之割裂現象；血統並非特殊考量之因子；

12.上開各類型案件，「所侵害之法益」與原住民族之生活習習相關，更應加以保護該特定原住民的法益，若因特殊考量而輕判，反而對法益的保護不周。

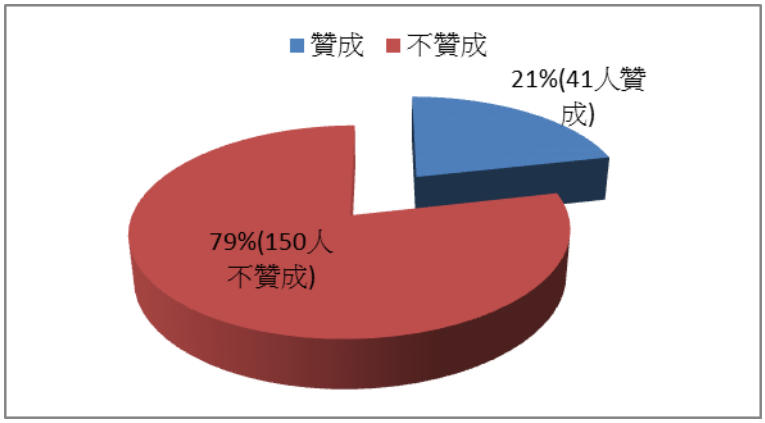
C.疑問

然而，在上開類型之案件，法官為判決時應否考量「原住民族」之特性時，究應以「原住民族之通念立場」來切入，或單純依據以「非原住民為基礎之社會一般通念」來認事用法？本文以下呈現問卷調查結果之統計資料供指教。

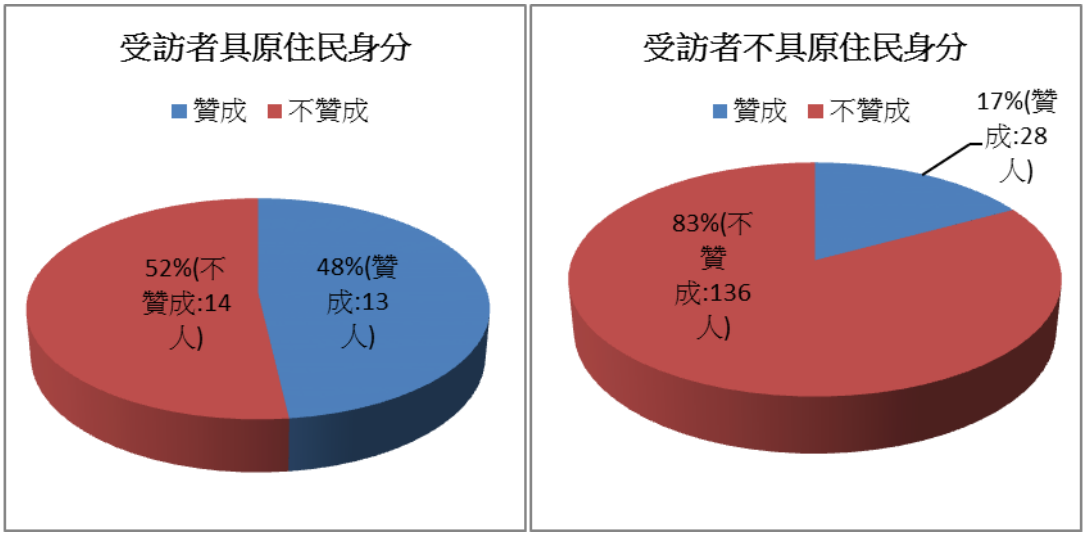
（三）審判應否考量原住民族之特性

首先，在法院審判原住民族涉犯刑案時，應否考量原住民族之特性乙項問卷，贊成之員警僅為 41 人，佔回收受訪對象之 21%，不贊成者有 150 人，佔回收受訪對象之 79%。（圖示如下）

應否考量原住民族之特性	人數
贊成	41
不贊成	150



其次，本問卷有 27 位受訪對象具原住民身分，其中不贊成及贊成審判應考量原住民族特性者，分別為 14 人及 13 人，可謂平分秋色；而在受訪之 164 位非原住民員警中，不贊成審判應考量原住民族特性者，高達 136 人，贊成者為 28 人，**可見不贊成審判應考量原住民特性者，大部分是非原住民受訪員警**。而這些不贊成者，大部分均有一個共通理由：雖然原住民族有傳統特性，但基於平等原則的考量，仍應一視同仁，不能差別待遇。（圖示如下）



有趣的現象是，受訪對象中，僅有 11 人未與原住民朋友接觸過，且該 11 人均不贊成審判應考量原住民族之特性，**惟因該 11 人均因平日未接觸原住民族而不瞭解原民之特性，故其等意見是否應排除？此留供各界批評指教。**

就上開問卷調查之結論以觀，可知多數受訪者係單純以「非原住民為基礎之社會一般通念」來期許法院之認事用法，而非基於「原住民族通念」之立場來考量，這也正說明了為何目前法院的多數判決，大抵不區分究係原住民或非原住民涉犯上開特定類型案件，而沒有差別地為判決之緣故。[16]

[16] 筆者試圖區分原住民及非原住民之身分，循司法院裁判書公告查詢系統查詢上開各類型之犯罪，法院審判時有無考量原住民族之特性，初步查詢結果，並無明顯區別。**而司法院所設計之妨害性自主、不能安全駕駛、 槍砲案件、毒品、幫助詐欺、竊盜等案件之量刑資訊系統，其量刑因子亦未區分是否為原住民身分。**

叁、判決評析之質性研究

（一）《聯合國原住民族權利宣言》及《原住民族基本法》之宣示

按關於被告有罪時的量刑，我國刑法第 57 條規定：「科刑時應以行為人之責任為基礎，並審酌一切情狀，尤應注意下列事項，為科刑輕重之標準：一、犯罪之動機、目的。二、犯罪時所受之刺激。三、犯罪之手段。四、犯罪行為人之生活狀況。五、犯罪行為人之品行。六、犯罪行為人之智識程度。七、犯罪行為人與被害人之關係。八、犯罪行為人違反義務之程度。九、犯罪所生之危險或損害。十、犯罪後之態度。」惟該 10 款規定，不過係一種例示性質，法官量刑時仍應審酌「一切情狀」，此係開放性之概括規定，容許法官科刑時考量各種可能的理由，使判決更有生命，而能更貼近現實，這尤其並未排除應考量原住民族之特性。甚至，我國刑法第 59 條亦規定「犯罪之情狀可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑」，此之「犯罪之情狀可憫恕」乙節，若係原住民族所涉案件與其等傳統特性有關者，亦不妨列入考量因素之一。此種解讀，觀諸聯合國大會 2007 年 9 月 13 日表決通過之《原住民族權利宣言》(United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples)，其中第 27 條規定：「各國應與有關的原住民族一起，在適當承認原住民族的法律、傳統、習俗和土地所有權制度的情況下，制定和採用公平、獨立、公正、公開和透明的程式，以確認和裁定原住民族對其土地、領土和資源，包括對他們傳統上擁有或以其他方式佔有或使用的土地、領土和資源的權利。原住民族應有權參與這一程式。」[17]益臻明確。詳言之，上開規定可以「延伸」適用於法院審判時，應適當考量原住民族的法律、傳統、習俗和土地所有權制度，並在公平、獨立、公正、公開和透明的訴訟程序中，衡量原住民族對其土地、領土和資源（包括其等傳統上擁有或以其他方式佔有或使用的土地、領土和資源）的權利。

實則，我國《原住民族基本法》的制定，亦係在明知原住民族向來處於弱勢情境下，所為的立法保障。亦即，為了保障原住民族基本權利，促進原住民族生存發展，建立共存共榮之族群關係（第 1 條），規定政府應依原住民族意願，本多元、平等、尊重之精神，保障原住民族教育之權利（第 7 條），政府對原住民族傳統之生物多樣性知識及智慧創作，應予保護，並促進其發展〔因而制定了《原住民族傳統智慧創作保護條例》〕（第 12 條），[18]原住民以傳統文化、祭儀或自用為限，得在原住民族地區依法從事獵捕野生動物、採集野生植物及菌類、採取礦物土石、利用水資源等非營利行為（第 18 條之 1）等等各相關保障原住民族傳統特性的條文，故法院在審判原住民族所涉犯之上開問卷調查所得之各類與原住民族傳統特性有關之刑事案件時，豈有不額外考量原住民族傳統特性之理？此恆屬刑法第 57 條所定「一切情狀」之重要量刑因子，實不能一味地如同多數意見單純以「非原住民為基礎之社會一般通念」來充當法院之認事用法基準，在涉及與原住民之傳統特性有關之案件，更應基於「原住民族通念或慣例」之立場加以考量，始為妥適。尤有進者，在被告無罪之案件裡，所應審酌之因子，更應包括原住民族之傳統特性，無罪定

[17] UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, Article 27：States shall establish and implement, in conjunction with indigenous peoples concerned, a fair, independent, impartial, open and transparent process, giving due recognition to indigenous peoples' laws, traditions, customs and land tenure systems, to recognize and adjudicate the rights of indigenous peoples pertaining to their lands, territories and resources, including those which were traditionally owned or otherwise occupied or used. Indigenous peoples shall have the right to participate in this process.http:\\ http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_en.pdf(last visited Sept. 18, 2013).

[18] 詳參林三元，原住民族傳統智慧創作專用權之法學實證研究，國立交通大學科技管理研究所博士論文，2012 年。

讞之司法庫司櫸木案，即屬適例。[19]

準此立論基礎，筆者也必須自省所為之判決，是否亦能植基於上開觀點而認事用法，故不迴避地提供以下三則筆者所為判決，供本研討會批評指教。

（二）判決評析

A．原民被告家暴傷害原民太太致死案件

本案係筆者所承審之臺灣新竹地方法院 98 年度訴字第 226 號刑事判決，一審判決被告傷害致死 5 年有期徒刑後，原告及被告均未上訴而確定。簡介如下：

1. 犯罪事實：

江Ｏ鴻與張Ｏ櫻皆為泰雅族原住民且為夫妻，具有家庭暴力防治法第 3 條第 1 款所定之家庭成員關係。江Ｏ鴻與張Ｏ櫻二人於民國 98 年 6 月 12 日前往張Ｏ櫻之堂姐張Ｏ玲位於新竹縣尖石鄉秀巒村之果園幫忙採集蜜李後，張Ｏ櫻、江Ｏ鴻及在場十餘人並於當日中午時起，開始在上開果園工寮一同吃午飯並飲用酒類助興，張Ｏ櫻吃飯飲酒結束後乃於同日下午 4 時 30 分許，前往張Ｏ玲位在新竹縣尖石鄉秀巒村 7 鄰泰崗***號住處聊天。江Ｏ鴻旋於同日下午 5 時 30 分許，略帶酒意（尚未達精神障礙或心智缺陷狀態）前往張Ｏ玲家中尋找張Ｏ櫻，竟又發現張Ｏ櫻醉倒在張Ｏ玲家中客廳沙發上，江Ｏ鴻原即對張Ｏ櫻經常性之飲酒習性而疏於操持家務乙情已偶生怨言，當下便誤以為張Ｏ櫻復在張Ｏ玲住處飲酒而勃然大怒，乃上前質問張Ｏ櫻何以又再度飲酒而發生爭吵，江Ｏ鴻在客觀上對於腰腹部為人身要害，若受猛力撞擊，極易造成嚴重傷勢，甚且導致死亡結果乙節有預見可能性之能力，惟主觀上竟因疏忽而不預見可能導致死亡結果之發生，竟仍基於傷害之故意，先掌摑張Ｏ櫻一巴掌，並拉住張Ｏ櫻之衣領往地上甩去，張Ｏ櫻頭部因此撞上電視旁之櫃子，張Ｏ櫻從地上爬起，江Ｏ鴻又掌摑張Ｏ櫻二巴掌，繼而以穿著咖啡色膠製雨鞋之腳猛力踹張Ｏ櫻之腰部及臀部數下，並將張Ｏ櫻推拉進浴室，用水瓢舀冷水往張Ｏ櫻頭部澆淋後，江Ｏ鴻復徒手將張Ｏ櫻架到客廳沙發上，命張Ｏ櫻同行返家，張Ｏ櫻不從，江Ｏ鴻再掌摑張Ｏ櫻一巴掌，並拉扯其上衣欲拖行回家，惟衣服被扯破，而致張Ｏ櫻跌坐在地，江Ｏ鴻因怒氣未消又抓住其衣領使頭往地上撞二下，又猛力踹其腰腹部二腳；此時張Ｏ櫻爬起跟隨張Ｏ玲欲至張Ｏ玲房間換衣，江Ｏ鴻見狀而尾隨在後又將張Ｏ櫻從後推倒在地，並朝其腰腹部再度猛力踹一腳，江Ｏ鴻旋拖著張Ｏ櫻雙腳，由房間拖至客廳，致其頭部於拖行過程中撞上門框，又於客廳踹張Ｏ櫻腰腹部一腳，張Ｏ櫻對著在旁之張Ｏ玲喊著很冷，張Ｏ玲立即將張Ｏ櫻身上已溼透之橘紅色上衣換成咖啡色上衣，惟張Ｏ櫻因傷重而尿失禁，江Ｏ鴻見狀再朝張Ｏ櫻的腰腹部猛力踹二腳，大聲辱罵並喊叫：若數到三不隨江Ｏ鴻返家，今後再也不許進家門等語，並數數後始悻悻然

[19] 最高法院 98 年台上字第 7210 號刑事判決發回意旨認為：原住民族之傳統習俗，有其歷史淵源與文化特色，為促進各族群間公平、永續發展，允以多元主義之觀點、文化相對之角色度，以建立共存共榮之族群關係，尤其在原住民族傳統領域土地內，依其傳統習俗之行為，在合理之範圍，予以適當之尊重，以保障原住民族之基本權利。本此原則，原住民族基本法第 30 條第 1 項已經揭示，……從而原住民族在其傳統領域土地內，依其傳統習俗之行為，即不能完全立於非原住民族之觀點，而與非原住民之行為同視。

本案臺灣高等法院 98 年上更(一)字 565 號更一審判決，則遵循最高法院發回意旨審理此案，除上述有利證據及所引法條均被採用外，在其**無罪判決書**中，更進一步主動指出森林法之立法目的係為保育森林資源，發揮森林公益及經濟效用（**依國立台灣大學人類學系所進行調查研究報告指出，在泰雅族的慣習上對於山中的資源是採取一種開放的財產態度，採集果實、搬運木料等行為是被允許可自由利用的**）。而本案櫸木乃自然風倒，主幹已被林務局截取載走，剩下殘幹由被告 3 人依司馬庫斯部落決議運回供部落美化景觀之用，並未破壞森林自然資源，且發採櫸木最大之公益及經濟效用，並未違反森林法之立法目的，不具有社會倫理非難性。此即係考量原住民族特性所為之判決。

離去，張O櫻在江O鴻步出張O玲家門時曾試圖爬起，惟仍不支倒地，後因張O櫻臉色發白，手、臉冰冷，向張O玲哀泣著又痛又冷，張O玲見狀發覺並不尋常，乃跑出屋外追呼江O鴻折返，江O鴻見狀立即對張O櫻施以壓胸急救，惟張O櫻仍漸漸失去意識，江O鴻為免張O櫻失去意識，而朝張O櫻頸部咬去，惟仍迴天乏術，終致張O櫻頭皮下出血於兩枕部、脾臟破裂，腹部鈍性傷致腹腔內出血造成出血性休克而死亡(該超越其犯意所生之死亡結果係江O鴻在客觀上能預見可能會發生，惟江O鴻主觀上卻不預見）。

2.　　論罪科刑所考量之理由：

本件檢察官起訴求刑 10 年，法院最後判決被告江O鴻犯傷害致人於死罪，處有期徒刑 5 年（按傷害致死罪係無期徒刑或最輕本刑 7 年以上有期徒刑之重罪）確定，法院科刑時所，亦特別考量原住民之特性而減輕刑罰，理由略為：

> 按國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、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；又為保障原住民族基本權利，促進原住民族生存及發展，政府應積極辦理原住民族社會福利事項，規劃建立原住民族社會安全體系，此分別為憲法增修條文第 10 條第 12 項及原住民族基本法第 1 條、第 26 條所明定；又聯合國大會 2007 年 9 月 13 日亦表決通過「原住民權利宣言」(United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples)，其中明文要求各國應保護原住民之人權。揆以上開規定對於原住民族之特別保護理由，乃因原住民族向來係法律、政治及經濟上之弱者，是政府應對其生存發展給予特別保護及扶助，故對於先天上之法律上弱者，倘有可憫恕之情狀，尤應特別注意。次按刑法第 59 條規定，犯罪之情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑，同法第 57 條規定，科刑時應審酌一切情狀，尤應注意所列 10 款事項，作為科刑重輕之標準，兩條適用上固有區別，惟所謂「犯罪之情狀」與「一切情形」等語，並非有截然不同之領域，於裁判上酌減其刑時，應就犯罪一切情狀（包括第 57 條所列舉之 10 款事項），予以全盤考量，審酌其犯罪有無可憫恕之事由，例如有無特殊之原因與環境等，在客觀上足以引起一般同情，以及宣告法定低度刑，是否猶嫌過重等，以為判斷。故適用第 59 條酌量減輕其刑時，並不排除第 57 條所列舉 10 款事由之審酌，惟其程度應達於確可憫恕，始可予以酌減（最高法院 70 年度第 6 次刑事庭會議決議參照）。經查，被告江O鴻為泰雅族原住民族，除因曾有酒後駕車之情形外，並無其他前科紀錄，素行非惡，與被害人為夫妻，平時感情尚屬和睦，二人平常均有喝酒之習慣，本次犯案之主因，僅是希望讓被害人清醒一點，欲勸被害人少喝點酒而用錯方法，一時出手過重鑄成大錯，導致此不可挽回之悲劇發生，且事後發現慟失愛妻後，痛哭不已，預料其將一輩子接受良心譴責，且本次犯案後，已深表悔悟並坦白承認犯行，對於「妥速審判」所要求之促進訴訟功能頗有助益，又被告尚與被害人共同收養一名女兒江O菱（尚未經法院認可）而共同生活，仍亟待被告照顧等情，為被告及被害人家屬張O珠所一致是認（見本院卷第 70 頁反面），本院考量上情，兼衡前述原住民族向來係法律、政治及經濟上之弱者，是國家應對其生存發展給予特別保護及扶助等情，綜合判斷而認其所犯之傷害致死罪係無期徒刑或最輕本刑 7 年以上有期徒刑之罪，衡其情節可謂情輕法重，在客觀上顯足以引起一般之同情，並非全

無不可憫恕之處，本院認即令處以法定最低刑度，仍嫌過重，爰依刑法第 59 條規定，酌量減輕其刑。爰審酌被告素行非惡，與被害人原為夫妻關係，因細故口角，竟基於一時氣憤，徒手毆打傷害被害人致死，雖有不該，惟參酌被告上開犯罪動機、目的、手段、生活狀況、智識程度及犯後坦承犯行，願意認錯之態度，並當庭真誠向被害人家屬鞠躬道歉等一切情狀，公訴人就被告前揭犯行求處有期徒刑 10 年，尚嫌過重，爰量處如主文所示之刑。

本件判決理由是否妥適，尚請各界批評指教。

B．命原民醫生至山地部落巡迴醫療替代入監服刑案

本件係筆者承審之臺灣新竹地方法院 101 年度審易字第 789 號刑事案件，為 2 位原住民醫師及護士詐領健保費案，法院命其等無償醫療服務，以代替徒刑之執行，亦因原告及被告均折服而未上訴，一審判決即告確定。簡述如下：

1. 主 文

A 犯詐欺取財罪，處有期徒刑 6 月，如易科罰金，以新臺幣 1000 元折算壹日。緩刑 3 年，緩刑期內付保護管束，並應於判決確定後 2 年內，依附表一所示內容提供 240 小時之無償醫療服務。

B 共同犯詐欺取財罪，處有期徒刑 6 月，如易科罰金，以新臺幣 1000 元折算壹日。緩刑 3 年，緩刑期內付保護管束，並應於判決確定後 2 年內，依附表一所示內容提供 240 小時之無償醫療服務。

C 共同犯詐欺取財罪，處有期徒刑 6 月，如易科罰金，以新臺幣 1000 元折算壹日。緩刑 3 年，緩刑期內付保護管束，並應於判決確定後 2 年內，依附表一所示內容提供 240 小時之無償醫療服務。

附表一：命被告 A、B 及 C 為無償醫療服務之條件
於週五下午 6 時許起至週六下午 6 時許止，在新竹縣尖石鄉玉峰村衛生室（新竹縣尖石鄉玉峰村 4 鄰 58 號），提供總計 240 小時之無償醫療服務。

2. 犯罪事實：

(1) A 自民國 92 年 1 月間擔任新竹縣尖石鄉衛生所醫師（原民），B 自 95 年間擔任新竹縣尖石鄉衛生所醫師（原民），C 自 96 年 1 月間擔任新竹縣尖石鄉衛生所擔任護理師，其 3 人均係從事醫療業務之人。

(2) A、B 均明知依醫師法第 11 條第 1 項規定，醫師非親自診察，不得施行治療、開給方劑或交付診斷書，仍分別基於意圖為自己不法所有之詐欺取財犯意及行使業務登載不實文書之犯意，A 明知並未親自為楊O美、張O崴、張O凱、張O煬及張O紳等人診察；B 明知並未親自為張O凱、張O煬、張O紳、曾O佳、陳O家、楊O美及曾O宏等人診察，亦均無醫師法第 11 條第 1 項但書規定之例外情形，A 接續於附表二（略）所示就醫日期、B 接續於附表三（略）所示就醫日期，在新竹縣尖石鄉衛生所，分別將有為附表二、三（略）所示個案診察等不實內容登載於附表二、三（略）所示個案之門診處方箋及病歷表上，並分別持以向行政院衛生署中央健康保險局（下稱健保局）行使以申請診察費用給付，使健保局承辦人員陷於

錯誤，分別給付附表二、三（略）所示申請診察費金額及門診獎勵金金額，均足生損害於健保局對於健保費用支出管理之正確性。

(3)C明知其配偶曾O佳及其子曾O宏未受B診察，亦無醫師法第 11 條第 1 項但書規定之例外情形，竟與B共同基於上開犯意聯絡，於附表三（略）曾O佳、曾O宏項下所示之就醫日期，接續在新竹縣尖石鄉衛生所內，將為不知情之曾O佳、曾O宏診察之不實資料登載於曾O佳、曾O宏門診處方箋及病歷表上，並持以向健保局行使以申請診察費用給付，使健保局承辦人員陷於錯誤，給付附表三（略）曾O佳、曾O宏項下所示申請診察費金額及門診獎勵金金額，足生損害於健保局對於健保費用支出管理之正確性。

3. 論罪科刑所考量之理由──以原住民住居之山區為無償醫療服務為條件給予緩刑。

法院衡酌被告A、B具原住民身分，被告 3 人所服務之新竹縣尖石鄉，為原住民住居而醫療資源相較新竹縣其他鄉鎮顯為缺乏，尤以後山村落（以「鞍步山脈」將尖石鄉劃分為前山及後山兩個區域）之玉峰村及秀巒村，因對外交通聯繫不便，亦無公車客運通行，更難享有醫療資源利益。故法院為預防被告等 3 人再犯刑責，並參酌渠等願意提供免費義務醫療服務之心意（見本院卷第 42 頁），及其等依本院之建議所提出之「新竹縣尖石鄉玉峰村免費義務醫療服務計畫」內容（見本院卷第 43 至 50 頁），並考量新竹縣尖石鄉後山山地部落地理環境、生活型態之因素，爰依刑法第 74 條第 2 項第 8 款之規定，諭知被告等 3 人於判決確定後 2 年內，於週五下午 6 時許起至週六下午 6 時許止，在新竹縣尖石鄉玉峰村衛生室（新竹縣尖石鄉玉峰村 4 鄰 58 號），分別提供總計 240 小時之無償醫療服務，以期渠等能效法「史懷哲」、「南丁格爾」之無私貢獻精神，發揮醫療專業長才，以原住民服務原住民之精神，提供新竹縣尖石鄉後山山地部落居民更完善之醫療內容及衛教知識，以志工服務之心態，由被告 3 人組成一個蘊涵有「用心、貼心、熱心、愛心、耐心」之醫療團隊（醫療志工俗稱：五心上將），填補該地區定點巡迴醫療之不足，並能藉由渠等實際下鄉執行定點醫療服務之行為，以預防渠等日後之再犯可能性。

本件判決理由是否妥適，尚請各界批評指教。

C・命被告在原民小學植樹以利水土保持案

本件係筆者所承審之臺灣新竹地方法院 101 年度審訴字第 115 號違反水土保持法刑事案件，法院判命被告彭O梅有期徒刑 3 月，緩刑 2 年，緩刑期內付保護管束，並應於民國 101 年 3 月 31 日前在本案非法開挖之山坡地種植 2 米二年半生之臺灣山櫻樹 5 棵。簡述如后：

1. 犯罪事實：

彭O梅為開闢其所有坐落於新竹縣尖石鄉義興段義興小段 716 、718 地號土地之聯外道路，明知坐落於新竹縣尖石鄉義興段義興小段 704 、705 地號土地，係由行政院原住民族委員會所管理之國有土地，及新竹縣尖石鄉同段同小段 700 地號土地為余O勝、余O福、余O養所共有，且均經核定為山坡地保育區，未經同意不得擅自從事開挖整地之開發，竟基於擅自在公有及私人山坡地修建道路之犯意，於民國 99 年 9 月 29 日上午 8 時許起至翌（30）日 10 時許止，

未經余O勝、余O福、余O養及行政院原住民委員會之同意，擅自僱用不知情之司機張O棋駕駛挖土機在上開山坡地開闢農路，剷除原有地形地貌，總計擅自開挖面積 0.0473 公頃，幸未致生水土流失之結果。嗣因新竹縣尖石鄉嘉興國小義興分校校長葉O發（原住民族）發覺校地即上開 704 地號土地遭人擅自開挖，遂報警處理，經警偕同新竹縣政府承辦人員會勘後而查獲上情。

2. **論罪科刑所考量之理由──以在原住民部落種植山櫻花為條件給予緩刑**

> 命被告種樹以利水土保持之條件：法院斟酌本案犯罪情節，由具有農業相關專長背景之承審法官，居中協調並聽取檢察官、被害人即新竹縣尖石鄉嘉興國小義興分校校長葉 O 發及被告等各方之意見，認為本案能夠回復原狀並防止被害土地水土流失之最佳方法，非植栽莫屬（見本院卷第 12 頁背面、第 16 頁背面），雖最初具原住民身分之葉 O 發校長強烈建議種植其等原住民族較為喜愛且獨具意義之櫸木【見司馬庫司櫸木案；又櫸木具有獨特之芳香，且係木雕之優良材料，向來為原住民族在族群文化及生活習慣上所認同，相關文獻，較初淺之心得報告，可參考 2009 年來自私立德光中學高三學生吳沛穎之著作＜原住民族習慣與國家法律規範衝突之探討＞乙文；其深入頗析，則詳參 2012 年國立交通大學科技法律研究所林三元博士論文＜原住民族傳統智慧創作專用權之法學實證研究＞乙文】，惟幾經協調後，乃以兼具水土保持及美觀功能之臺灣山櫻樹為植栽樹種，故法院認為，為保護被害人之安全，爰依刑法第 74 條 第 2 項第 7 款之規定，諭知被告應於 101 年 3 月 31 日前，在本案非法開挖之山坡地種植 2 米 2 年半生之臺灣山櫻樹 5 棵，以達到水土保持並兼顧美觀之功效，替地球之綠化盡一分心力。【按，此時間點係以被害人葉 O 發校長對於樹種、天候、土壤等專業判斷及建議為據，被害人並表示會協力完成】

本件判決理由是否妥適，尚請各界批評指教。

肆、刑訴法新修正原住民（及無資力民眾）律師依賴權性質

刑事訴訟法（下稱刑訴法）第 31 條新增原住民（及無資力民眾）之律師依賴權之爭點：此究係強制辯護，抑僅為一個無償律師依賴請求的平台？[20]

2013 年 1 月 4 日立法院亦三讀通過了刑訴法第 31 條條正案[21]，其中第 1 項第 4~6 款規定：

---

[20] 本議題之相關看法，作者亦曾於修法後為文發表意見，見邱忠義，新修正刑法「可易刑處分與不可易刑處分」之數罪併罰問題及刑訴法「原住民及無資力民眾律師依賴權」性質之探討，月旦法學教室，頁 73-80，2013 年 4 月號（2013.3.15）。今特於此研討會再提供予各界批評指教。

[21] 修正之第三十一條條文：

有下列情形之一，於審判中未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人或律師為被告辯護：

一、最輕本刑為三年以上有期徒刑案件。

二、高等法院管轄第一審案件。

三、被告因智能障礙無法為完全之陳述。

四、被告具原住民身分，經依通常程序起訴或審判者。

五、被告為低收入戶或中低收入戶而聲請指定者。

六、其他審判案件，審判長認有必要者。

前項案件選任辯護人於審判期日無正當理由而不到庭者，審判長得指定公設辯護人或律師。

被告有數人者，得指定一人辯護。但各被告之利害相反者，不在此限。

指定辯護人後，經選任律師為辯護人者，得將指定之辯護人撤銷。

(1)被告具原住民身分，經依通常程序起訴或審判者（第 1 項第 4 款）、(2)被告為低收入戶或中低收入戶而聲請指定者（第 1 項第 5 款）、(3)其他審判案件，審判長認有必要者（第 1 項第 6 款），於審判中未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人或律師為被告辯護。

惟關鍵問題在於，上開新增三類型是否亦屬於強制辯護案件，而依同法第 284 條前段規定：「第三十一條第一項所定之案件無辯護人到庭者，不得審判。」否則構成同法第 379 條第 7 款之判決當然違背法令？抑或僅為一個律師依賴請求的平台，若被告未表明希望律師到場協助，或積極表明無須律師到場協助，則法院逕行審判，不得指為違法？

按司法院刑事廳認為[22]，被告具原住民身分，經檢察官依通常程序起訴或聲請簡易判決處刑經法院改依通常程序審判等案件，屬強制辯護案件，**「不得」改依簡易程序終結**，惟尚可適用簡式程序或協商程序等特別程序迅速終結，既充分保障原住民被告之辯護依賴權及受迅速審判權，亦不致於過度增加法院之負擔。

惟另一種看法認為，上開修正規定「被告具原住民身分，經依通常程序起訴或審判者（第 1 項第 4 款）」，於審判中未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人或律師為被告辯護，倘起訴後法院認為被告認罪，案情單純，無庸行通常程序而欲改行簡易程序逕以簡易判決處刑，**實無庸禁止法院改行簡易程序**。以美國為例，聯邦最高法院在 *Faretta v. California* 一案中，即明白宣示被告有「自行辯護」之憲法權利（right to proceed pro se）[23]，其理由在於國家不得強迫無意願接受指定律師協助之被告有「忍受義務」，否則形同國家指派律師主宰被告的訴訟權，此時已非被告之防禦，故被告可以選擇自行辯護，在知悉其權利下，基於真摯而明智地決定，放棄律師依賴權利[24]，國家實不必過度干預。

職是，此種與上述美國聯邦最高法院相同之看法，認為上開第 31 條第 1 項第 4~6 款三類型，只要提供被告一個無庸自行付費之律師扶助平台即可，即類似同法第 95 條「權利告知」之效果，不必然強迫必須「強制」辯護，此與同條第 1 項第 1~3 款「最輕本刑為三年以上有期徒刑案件、高等法院管轄第一審案件、被告因智能障礙無法為完全之陳述」等三類型，本質上屬重罪（倘判刑確定必須入監執行長期自由刑或剝奪生命）而法律關係複雜，或無法完全陳述必須仰賴律師扶助者，性質上迥不相同，故絕亦不能將原住民及（中）低收入戶與「**被告因智能障礙無法為完全之陳述**」等同視之，否則亦無異於嚴重的變相歧視。

被告倘為原住民身分或（中）低收入戶，參照其立法緣由表示，憲法增修條文、原住民族基本法及國際發展趨勢都強調保護原住民族權利的重要性，而國內原住民族普遍認為目前的司法制度欠缺考量原住民族傳統文化及風俗習慣，加上原住民族因本身所處環境、文化、語言隔閡或經濟弱勢之故，難以提供相對應之法律知識，而不諳法律及訴訟程序，及無能力聘任律師為其主張

被告或犯罪嫌疑人因智能障礙無法為完全之陳述或具原住民身分者，於偵查中未經選任辯護人，檢察官、司法警察官或司法警察應通知依法設立之法律扶助機構指派律師到場為其辯護。但經被告或犯罪嫌疑人主動請求立即訊問或詢問，或等候律師逾四小時未到場者，得逕行訊問或詢問。

[22] 見 2012 年 12 月 26 日司法院刑事廳於「法官論壇」貼文意見，網址：http://eforum.intraj/Article.php?grp=jdg&brd=crm&id=88189&tid=88136（最後瀏覽日期: 2013 年 9 月 14 日）。

[23] *See* Faretta v. California, 422 U.S. 806, 837, 839-40, 845, 849, 852(1975).

[24] *Id.* at 834. 併參王兆鵬，刑事訴訟法講義，元照，四版，2009 年 9 月，頁 463-437。

訴訟上權利，都導致原住民族無法透過訴訟制度保護權利，原住民族司法人權亟待保障。本文深表贊同，故亦支持提供被告一個無庸自行付費之律師扶助平台的立法模式，以維護原住民族、低收入戶及中低收入戶等經濟弱勢之訴訟權。惟具原住民身分或（中）低收入戶者，未必均處於與平地人隔閡或經濟弱勢之境地，其資質優異者所在多有，其等未必應強制依賴律師，否則亦將產生另一個缺失：**即「標籤化」其等特殊身分之負面效應。吾人應知曉，原住民族要的是尊重與理解，而不是歧視性的保護！**

較為可惜的是，上開新修正之刑訴法第 31 條各項款間，並未清楚區分究是強制辯護案件，或僅僅為一般無償律師依賴請求的平台，如此之制度設計，會讓人直覺地以為均屬於強制辯護，被告無選擇放棄之權利，否則即屬判決違背法令。

伍、結論

本文臚列了經常或偶爾與原住民族接觸者之問卷回覆所呈現之原住民族特性，並歸納了法院在審判實務上，經常承辦關於原住民族涉犯刑事案件之類型，而這些犯罪類型，當事人一方（除了被告，也許是被害人）為原住民族時，本文在問卷回覆之結論中，發現 79%之多數受訪者認為，法官為判決時，不應考量「原住民族」之特性，而單純依據「以非原住民為基礎之社會一般通念」來認事用法即足，這也正說明了何以法院目前的多數判決，均不區分究係原住民或非原住民涉犯上開特定類型案件，而沒有差別地為判決之緣故。

然而本文主張，不能單純地以「漢人」的社會通念，強加於「原住民族」的傳統習慣、文化及社會制度（統稱傳統特性），其等傳統特性應獲得尊重，吾等漢人應多加深究原住民族犯罪之成因，倘與其等傳統特性有根深蒂固的密切關聯，法院在審判時，不妨特予考量，此不僅符合刑法第 57、59 條之意旨，亦能落實《聯合國原住民族權利宣言》及《原住民族基本法》之宣示。

另外，上開新修正之刑訴法第 31 條各項款間，並未清楚區分原住民族之律師依賴，究是強制辯護案件，或僅僅為一般無償律師依賴請求的平台，如此之制度設計，**將產生「標籤化」其等特殊身分之負面效應。吾人應知曉，原住民族要的是尊重與理解，而不是歧視性的保護！**析言之，國家不得強迫無意願接受指定律師協助之原住民被告有「忍受義務」，否則形同國家指派律師主宰原住民被告之訴訟權，此時已非原住民被告之防禦矣，原住民被告為了迅速審判，不妨可選擇自行辯護。吾人期許未來修法時，司法及立法當局能予以調整，讓原住民被告有選擇是否依賴律師之權利，以免強加不必要的歧視性保護。（完）

習俗或犯罪？

－探討一群游移在傳統文化與國家法律的鄒族獵人[1]

浦忠勇

國立中正大學臺灣文學研究所助理教授

摘要

狩獵文化，在鄒族社會一直被著引人遐想的山林活動，也是在媒體報導中的血腥殘忍的野蠻行為，一熱一冷與南轅北轍的觀點，成了我想探討此一主題的動機。　本論文係一篇描述性研究，旨在指出原住民狩獵細緻的現象以及它所扣連的社會文化議題，並未深入涉及狩獵所涉及的公民身份問題，藉著觀察當代鄒族區域的狩獵文化習俗，討論族人游移在傳統文化與國家法令的吊詭現象，進一步討論在習俗與法律多重力量的拉扯中，原住民建構其公民身份在國家法律與多元文化之間所面臨的抉擇困境。本論文認為，鄒族／原住民狩獵文化之差異性已經深深織入日常生活的肌理之中，狩獵也成為鄒族重要且無法揮去之文化網，甚至成了在地生命經驗的一部份，這些都顯示族群差異文化之事實。然而在文化復振、國家法律以及社會認知識多重社會力量的牽動下，鄒族獵人卻難以獲得對狩獵文化意義的共識，因而游移在多重力量的拉鋸中，文化身份難以建構。本文認為，應在法律的解釋上多考量文化差異之事實，允許原住民獵人在傳統狩獵的規範下擁有其差異與特殊的公民身份，藉此造就多元文化之現代社會。

[1] 本論文於研討會發表後尚須做資料補充，請暫勿引用。

壹、楔子

文化，一直是身份建構的重要社會力量。而狩獵文化[2]，一來在鄒族社會時常被著引人遐想的山林活動，一來卻也是在媒體報導中的血腥殘忍的野蠻行為，一熱一冷與南轅北轍之間，成了我想探討此一主題的動機。1994 年，我在鄒族部落大學開設狩獵文化班，這一班吸引了不少部落人士參加，族人希望在課堂裏學習如何狩獵，也想知道更多的傳統狩獵知識、技能和禁忌規範，那一年在部落大學評鑑工作中，這一班獲得相當好的評價，似乎狩獵可以在當代社會存在，但事實上每一段時間在新聞就會出現原住民獵人鋃鐺入獄。因而，我開課的主要目的根本不是想討論狩獵實務，因為課堂裏的學生大多已經是部落的老獵人，他們早已熟悉這些技術，課程重點是希望在課堂上討論並回應當代原住民的狩獵困境。

在台灣社會文化脈絡下談原住民狩獵，已經無法單純地談狩獵技術，因它牽扯了許多社會議題。例如，民國九十三年，林務局依野生動物保育法第十七條第二項劃設狩獵區之需要，及增訂之第二十一條，原住民族基於傳統文化祭儀之需要，得以合法從事狩獵活動，辦理「93 年度原住民基於傳統文化祭儀需要試辦狩獵計畫」。在林務局的新聞稿中表示，該試辦計畫主要工作項目包括[3]：(一)結合原住民傳統狩獵文化及現代生物多樣性保育之合理永續利用原則，訂定合法、合理、合情、合宜、合時之狩獵規範，兼顧原住民傳統狩獵文化的傳承。(二) 持續監測當地野生動物現況，作為修正試辦狩獵計畫之基礎。(三) 以社區林業精神輔導當地社區，發展合乎永續利用規範及非消耗性之綠色產業與生態旅遊活動，降低對自然資源之消耗性使用。(四) 利用所獲得的野生動物樣本，進行野生動物遺傳多樣性、族群、結構、食性、傳染病、寄生蟲等相關學術研究。(五) 加強巡護管理及違獵行為取締，降低違法狩獵壓力，導向合法規範。如果我們細細閱讀這份「狩獵活動」訴求，我們發現它已涉及了傳統文化、生物多樣性、生態永續、野生動物研究及族群監測、綠色產業、旅遊活動以及國家法令等複雜面向，我們發現，這樣的狩獵根本已經不是單純的原住民的傳統狩獵，而且這一計畫在出爐之前就被批判得體無完膚，林務局不得不在社會輿論壓力下收回計畫。從這裏可以看出，在當代社會情境下，狩獵習俗與國家法律之間的的矛盾扞格，使得原住民狩獵成為充滿爭議的文化。

本論文是一篇描述性研究，旨在指出原住民狩獵現象所扣連的社會文化議題，以及原住民形構公民身份問題，藉著觀察當代鄒族狩獵文化習俗，討論族人游移在傳統文化與國家法令的吊詭現象，進一步討論在習俗與法律多重力量的拉扯中，原住民建構其公民身份在國家法律與多元文化之間所面臨的抉擇困境。

貳、糾結拉扯的社會力

一、傳統狩獵習俗

與鄒族獵人談話，我總強烈地感受到這些獵人對這種身份的自信與驕傲。狩獵是鄒族傳統生活方式，就文化與歷史情感而言，狩獵是生活的一部份，是應該要延續的習俗與文化資產。狩獵

[2] 鄒族的狩獵觀念，包含了狩獵和河川捕撈，而「獵場」(鄒語稱 hupa) 觀念同樣包括了山林獵區和河川捕撈區域，因而本文所指之狩獵文化也概括這兩種活動。

[3]參見林務局林業新聞，2004/12/23，http://www.forest.gov.tw/ct.asp?xItem=5663&ctNode=486&mp=1

的意義是多層次的，簡而言之，可從幾個面向概述。從個人層次來說，一個獵人的成長過程，要習得山林生存的知識技能，學習部落集體智慧和社會規範，這一社會化過程中，獵人除了可以解決基本的生存需求，進而可以賴以擁有社會地位，台灣的山林子民，如鄒族、布農族或泰雅族等高山民族，對獵人的訓練極為重視，為了成為獵人，需鍛練體魄，學習狩獵技術，認識山林生態植被，聽部落長老口述狩獵制度與狩獵禁忌，熟悉獵區動物棲息生態，遵守狩獵規範和相關的禁忌，學習狩獵分享的規範，這是族人從自然人成為社會人或文化人的成長歷程，好獵人因而有資格接受社會賦予的榮耀象徵。這些象徵地位的符號，留在民族的神話和詩歌裏頭，靜態地陳列在獸骨亭、男子會所、祭屋、服飾或部落圖騰內，也動態地展演在各類祭典儀式、歌舞、藝術創作等等民族文化經典，因而，獵人成了部落的人格典範。質言之，部落男子的社會化，其實是形塑一個稱職的部落獵人。

再就部落社會的層次來說，狩獵是部落生產方式，也是社會關係的支柱。獵人擔負起保護部落土地的責任。獵人的活動領域──獵場，鄒族稱為 hupa，即是族人所認定的「部落疆界」，也即是當今所稱的原住民族傳統領域，對這一生活領域，它有源自民族神話、傳說、史詩和歷史故事為背景的認同基礎，是民族生存的空間領域。獵人不但要熟知其界限，維持部落疆界的完整性，族人認為 hupa 其實就是生命的源頭，也是生命的居所，甚至認為「獵場就是我的身體」，失去了 hupa，那麼部落和個人，也將無法再生存下去。這樣的領域認同，是原住民族土地所有權的核心，要維持完整的土地所有權，獵人是最重要的實踐者，平時除了以狩獵生產之外，獵人還要藉種種儀式活動強化自己與獵區的關係。這其中也包含了人與土地、人與神靈、人與人的關係的維繫。獵人為了要防止異族（他者）的進入，如果有人入侵獵區，獵人將成為第一線的捍衛者，所謂的「出草」，即是獵人捍衛部落疆界的出征行為。在那樣密切的土地互動當中，自然而然地發展出多樣內涵的土地倫理和土地認同，其中包含社會關係、環境秩序、獵區制度、部落規範以及人神關係，這是狩獵文化的哲學理路，是以山林為家的台灣原住民所賴以生存的「傳統文化資本」。

二、文化復振點燃狩獵傳承意識

被主流社會忽略或鄙視的狩獵文化，卻在台灣文化復振運動下，強化了原住民對狩獵傳承的想法，換言之，強調傳統狩獵文化意識，其實是在八０年代臺灣本土風潮以及「原住民文化復振」的大旗下被開展。臺灣原住民權力運動，族人為爭取其傳統文化的維續，有其民族命運的自主性的行動，也是將臺灣民主發展更推進了一步。在標榜自由民主的台灣社會，民眾的理解與想像中，台灣的山林資源應屬台灣全體民眾共有，任何對資源的開發利用，理應透過公共領域的辯論，於發展共識之後再訂出一個符合多數群體的政策，這是數人頭的民主政治常態。然而，少數群體的權利卻經常在數人頭的過程中被忽略或遺忘。這就是為什麼原住民族經常在要求公民權之外，又特別再爭取民族權利的原因。二十幾年的「台灣原住民族權利運動」，也是一個「文化認同」和「民族權利」的運動史，原住民希望藉此找回長期以來被壓抑、隱藏甚至被歧視的東西。（謝世忠，1987；汪明輝，2000）這些年來，我們看到原住民族權利的法制建構、民族教育活動、藝術創作等多樣化「展演」（performance），甚至努力爭取原住民自治（施正鋒，2001）。這些發展現象，再再地證明原住民希望找到一條異於過去的同化之路，亦即「走自己的路」。（夷將‧拔路兒，1994；楊長鎮，2001；趙中麒，2001；趙貴中，1990；高德義，1992）在這樣的情境脈絡底下，原住民又被牽引新的狩獵想像：我們可以延續傳統狩獵習俗吧！

查諸『聯合國原住民宣言』、『台灣原住民族基本法』以及『野生動物保育法』第 17 與 21 條的主要旨意，基本上也是在尊重多元、文化尊重以及社會發展的思維下，要讓原住民能維持其傳統文化，此乃民族權利的基礎。如上所述，狩獵文化應屬原住民的文化資本，亦是固有主權和文化權，對原住民認同和社會發展應有重要的意義。推動狩獵活動，就原住民觀點而言，其不僅止於商品或消費行為，在某種程度上更是維護其祖先留下的習俗和土地資源。在文化復振運動的脈絡下，延續傳統狩獵幾乎成了當代原住民社會的重要共識。

三、國家治理限制狩獵文化意義

在文化復振的旗幟下，傳統狩獵被喚醒，然而國家法律是殖民統治的治理工具，是一套硬道理，但不見得符合原住民傳統習俗延續要求。原住民狩獵行為涉及的國家法律主要是森林法、野生動物保育法以及槍砲彈藥刀械許可及管理辦法，這些法律不只限制了原住民狩獵行為，也和前面提到的文化復振矛盾衝突。我們在部落大學上的狩獵文化的部份課程，是到玉山國家公園內進行，但玉山國家公園僅能允許「狩獵文化解說，不能進行實際的狩獵操作」，換言之，原住民可以進行狩獵文化課程，但終究不能在傳統領域內進行狩獵，否則就可能違反國家相關法令。近年來，原住民違反國家法律而遭法辦的新聞事件時有所聞，雖然已有法院依「原住民事務的特殊性」而判原住民持私有獵槍判無罪的例子[4]，然而這這一判例能否成為台灣社會對國家法律的共識或通則，仍是未定之論。

十七世紀以降，殖民政權陸續統治台灣，原住民的土地所有權和土地利用亦隨之改變。明清時期的「開山撫番」，台灣原住民逐步同化於強勢文化；又荷西時期，台灣開始被迫納入世界生產體系，改變了生產方式和生產關係，雖然仍維持部落傳統農作生產，然因市場之需求，族人或獵捕梅花鹿、或栽植經濟作物，部落發展漸漸朝向資本化的發展型態。（陳心怡，2001；孫大川，2006）而這些改變在資本主義擴張之下所埋下了部落資本化現象，儼然是一無法逆轉的趨勢。二十世紀初，日據時期之高壓統治，理蕃計畫施行皇民化教育，依法強制將原住民土地收歸國有，殖民統治徹底伸入部落，台灣原住民族的政治、經濟、教育及社會文化，產生前所未有的變化。（陳偉智，1998）終戰以後，國民政府又實施中國同化教育，並承繼日據時期之土地政策，將原住民土地限縮於「山地保留地」之內，並推動定耕經濟農業，開始禁止狩獵活動。這一系列的變化，將台灣原住民的生產方式和生產關係，從自給自足的型態，轉化成為經濟型的商品生產。（浦忠勇，2000；夏鑄九、陳志梧，1988）部落獵人已經無法再滿足家庭生計之時，獵人知識體系與社會意義也轉趨式微。這樣的國家治理結果導致了強勢社會所主導的民族發展政策忽略民族權利，而其根源常起因於對文化差異的忽視與無知，或者對文化差異的排斥（浦忠成，1999 ；施正鋒，2005）。殖民政府將其習以為常的社會文化強加於少數群體，例如宗教信仰、社會組織、語言文化、建築風格和身體妝扮等，任何食衣住行的樣式。（胡家瑜，2005）臺灣社會中存在支配族群文化的意識型態，如有異於主流社會的風尚樣式，則是落伍、無知、迷信或不標準。如同世界其他的原住民族，台灣原住民不斷承受著文化同化的事實，而此同化的過程摻伴隨著原住民自我否定的歷史（瓦歷斯˙尤幹， 1994）。當原住民族想要喚回自我認同或民族認同時，卻常常

[4]如 2013 年 3 月台東地方法院原住民法庭援引聯合國 2 人權公約及憲法等，判決一件排灣族原住民私自持有槍械的案件無罪，即為一例。這一判例乃司法院審酌原住民族事務的特殊性之考量，在 9 所地院設置之原住民族專業法庭中，台東地院這件判決也是原民法庭成立後第一件判決。

自問:「我是誰？」。殖民歷史的結果，我們清楚地看到世界的原住民族不斷地想找回屬於自己的資產，這也包括了圍繞狩獵活動的文化、價值與知識體系。縱然 2004 年「森林法」修正通過原住民在其傳統領域內資源使用的特殊權益，「野生動物保育法」通過進一步尊重原住民傳統文化對野生動物資源的利用行為，然而，主張「由下而上」的自然資源管理取徑所強調「在地化」與「鬆綁」，這樣的管理特色並不等同於傳統狩獵文化，反而極有可能是新自由主義（neoliberlism）所主張的國家治理（governmentality）的特徵，反映了過去十多年來臺灣一連串政府組織改造的新國家治理哲學。（闕河嘉、浦忠勇，2005）在這樣的國家治理下，原住民狩獵是否真的把傳統狩獵活動納入考量？還是只允許定型化或規範化的新遊戲規則下，使其脫離文化情境，純粹的從事「獵捕行為」，或者是提供「個人的機會」，這樣的狩獵容易流於機會主義和沒有規範的商業化狩獵，對文化復振其實又是對立的社會力量。

參、在夾縫中的鄒族獵人

一、誰的身體？

對鄒族而言，獵物的味道，幾乎是已經到了上癮的程度，難以戒除，特別是對獵人來說，野味幾乎已經成了他們身體的一部份，甚至有獵人直說「獵場是我的身體」。這種的現象令人聯想到 David T. Coutwright 在其「上癮五百年」大作中所提到的酒、菸草、咖啡、茶、巧克力、鴉片、嗎啡、大麻等等令人容易上癮的飲品，對族人而言，獵物就是這樣，它是正味，甚至是具有魔力的食物，早已馴化獵人的味蕾。除了祭典儀式一定要準備獵物作為土地神的貢品，也作為族人家族團圓共食儀式的必要食物，在小米祭還要特別準備至少一隻的松鼠當作貢品，因為族人認為，一隻松鼠在小米女神的目中等同於一隻大山豬，另外在小米播種祭中，儀式主祭長老在清晨天未亮之前，要帶幾條鮰魚到小米田進行儀式性地食用，鄒人稱鮰魚為 yoskʉ-aʉlʉ 意思是「正宗的魚或最好的魚」。在某種意義上來說，山林間的諸多神靈好像都喜歡吃野味，帶著野味供奉，就能感覺比較能夠親近諸神，這也是為什麼好像想不到有什麼儀式會讓族人忽略野味的存在。不只儀式如此，很多族人要小聚，總會設法弄一兩道野味，野味可以讓族人相聚的意味更濃，也可讓請客的人有足夠的面子，我經常看到族人會特別提醒客人吃幾口桌上的野味，客人吃了，主人通常會露出得意的表情，甚至自動分享取得這些野味的故事，其它一般菜餚就不會如此。族人如果要拜訪長者或朋友，提一點野味當拌手禮通常是首要考量，最好是山豬肉，沒有山豬肉，水鹿、山羊或山羌也不錯，好像野味就是極品，不會擔心會失禮，收到禮物的長者也可以從中感受到來自晚輩的敬重。訪問中還有族人提到，他的獵人父親病重，在過逝之前對孩子最後要求，「能不能拿到新鮮的山肉，我想吃」，他的孩子們就設法弄來讓他吃，沒吃幾口就離開人間。

鄒人對獵物的口味要求相當簡單，最好能吃到山肉原味，不會過份講求料理技術。在訪問獵人中我特別問過，「這些山肉野味要怎麼煮才好吃？」，得到的答案通常都是「沒什麼特別的，就直接用水煮就好，加一點生薑和鹽巴就可以」[5]，生薑在鄒語也有「正宗的、最好的辣椒」之意，獵物配上最好的佐料就有最好的口味。吃鮰魚最好要吃到魚肚的苦味才是正味，還有的說法認為，「要讓孩子吃一點苦花的味道，這樣他才不會怕冷」，所以族人捕撈溪裏的魚，最好馬上就用

[5] 本論文訪問過程均以鄒語對談，較能當呈現語言文化之精髓與趣味，但為撰寫原因均將訪問內容譯成中文。

水清煮，喝了魚湯就會說「好吃的苦味！」；如果到離部落較遠的獵場捕撈，例如到楠梓仙溪上游河段，往來要二三天時間，無法把最新鮮的魚肚帶回來，獵人就會準備竹筒，把苦花魚肚裝入其中烤熟，這樣同樣可以把「好吃的苦味」帶回家跟家人分享。

有些部落資深獵人鍾情於獵物特殊的味道，甚至已經被這些怪味道馴化，甚至有些已經到了不可思議的程度。例如，獵人會活捉到水鹿和山羌，他們會現場剖肚，取出肝臟生吃，獵人認為「這樣很好吃，有點甜味，也可以稍微解渴」；有的獵人把獵物的內臟取出之後，其中大部份的糞便尚未清除就下鍋，整鍋湯呈現深綠又濃濁狀，有點像是中葯水的色調，沒有特別加什麼佐料就可以上桌，這種內臟吃法鄒語稱 bunʉ-ta-kuzosi，原意是「吃獵物不好的部位」，這特殊野味通常只由參與狩獵的男性在獵場或獸骨屋分享，女性分享不到。但我訪問的婦女認為，「這些男人小氣，說我們吃了會犯什麼禁忌，就說是 bunʉ-ta-kuzosi，其實那才是最好吃的」。可見不只是男獵人喜歡吃有重口味的山肉，女性也同樣喜歡。

另外鄒人對長鬃山羊肉的口味也有特別之處，獵人認為「當山羊肉放了幾天之後，開始有點異味，就是 nafonku 之味，那時才最好吃」，所以有的獵人刻意把山羊擺放幾天再解剖，為了就是想吃那種味道，甚至有的老獵人會煮已經長了蛆的山羊肉，吃肉渴湯就把煮熟的蛆蟲跟著吃下肚。因而有族人要請吃山羊肉，有的就直接說「到家裏來吧，好像還有 nafonku 可以吃」。

當然傳統鄒人對野味的處理也不是一成不變，除了嗜吃山肉原味之外，原木烤肉或把肉燻乾，讓山肉有股火烤煙燻的味道，也可以算是正味，而且可以藉此儲存獵物。許多婦女也擅長處理這些，我採訪一位八十幾歲的婦女，他的先生是典型的鄒族獵人，為了保存這些獵物，她就嚐試各種儲存方式，他特別提到有一種鄒語稱為 timatva 的處理方式，鄒語原意有點難譯，可轉譯為「生鮮山肉乾燥的保存方式」，這是火烤煙燻之外比較特殊的方法，可以暨可以留住山肉的生鮮味，也可以保存的久一些。這些都是鄒族獵人以及獵人之妻保存野味的知識和技能。

有一回訪問一位老獵人，我特別帶他到玉山西鹿、鹿林山的山頂上，讓他坐在高台上望著傳統獵場談談自己過去的狩獵經驗。在這種場域，獵人自然顯出莫名的興奮和驕傲，他如數家珍地指出哪些是水鹿、山羊的棲息地、水源的位置、指出穿梭在山林之間的狩獵小徑，又分享在獵場遇見布農獵人的暨緊張又詭異的互動氣氛。談到狩獵，這位獵人幾乎就在談他精彩的生命史。印像最為深刻的是他指著山玉山腳下、楠梓仙溪士三溪的廣闊山林說，「自己年紀大了，很久沒來了，但這些是我們過去的 hupa（獵場之意），我年輕時就在這裏打獵，獵場是我們的身體」。這是幾句可以令人產生許多文化想像的獵人敘事，特別是獵場與身體之間的關聯，整個獵場土地似乎構築了一個獵人的心靈地圖。獵場對鄒族獵人而言，可以是有物質性的土地、河川、山林與獵物，也可以是人與超自然神靈之間的互動舞台，獵人終其一生都得將心力在此揮灑，身心靈才能得到妥適的安置，所以對獵人而言，「獵場是身體」是可以理解的敘事，失去獵場的獵人，真的就找不到可以安身立命的文化網。

也許，我們可以進一步將獵人身體理解為已經融入了獵場土地氣息的身軀，這個氣息是活生生地雜揉了長期以來吃下肚裏的各種野味，味道可能鮮美甘甜或血腥腐臭，但同樣都難以清除，記憶也無法抹滅。只是這片傳統獵場早已屬於國家所有土地，今天已經是完全禁止狩獵的國家公園。我問這位老獵人對這國家公園的感覺，他只淡淡地回應，「這有什麼辦法呢？我過去打獵是

自由自在的，把獵物帶回家跟親友一起享用的感覺很好，平地買的豬肉比不上這裏的山肉，但現在年青人要打獵只能像小偷一樣抄小徑進來，甚至被抓去法辦，可憐哦」。國家法律載明「原住民因傳統文化、狩獵、祭典等生活需要」之原因得擁有自製獵槍，也可以申請狩獵活動，這樣的法制設計多少能兼顧原住民傳統狩獵與捕撈的「生活需要」，法令的解釋能否觸及差異文化的核心領域，還是有一段很大的落差。這樣的落差，獵人幾乎只能長嘆：傳統狩獵難以持續。

二、誰的規範？

傳統狩獵文化的核心，並不在於客觀又量化的程序和結果，而在於遵行部落共同形構的禁忌與規範。然而，當代獵人必須依法申請才能進入獵場，野生動物保育法第二十一條之一之內容，允許「台灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物」，但我們進一步探究要完成狩獵的程序規定，就與傳統規範多有扞格。例如規定「獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准，其申請程序、獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域及其他應遵循事項之辦法，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。」這些規定表面上看來是大方允許原住民進行傳統狩獵，但如果細究其內容，會發現這些程序規定根本無法與傳統狩獵文化扣連，其間的格格不入，實有許多耐人尋味之處。

首先，傳統狩獵習俗卻是依季節時令以及鳥占、夢占等規範進行，這個現象是許多民族誌文獻都已經記載的習俗，當然除了這些還有其他作為參考的徵兆，如在路上遇見蛇就是不吉利的現象，即便到今天還有部份鄒族獵人遵循或在意這些規範和徵兆，打獵除了在農閒期間舉行，族人認為還得向超自的土地神的允許才能行獵，能不能打獵涉及了農閒季節的人力調配，也涉及族人的神靈信仰，因而許多規範細節在宗教規範的層次上被概括，質言之，獵人的狩獵行為自然受到層層的管制與要求。然而，我們看野生動保育法規定「應經主管機關核准」，申請狩獵就得完整填寫「申請程序、獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域」等等程序方式，但鄒族的獵人認為，在禁忌規範的限制下，接下來的狩獵程序、方式是視實際獵場狀況而定，不論犬獵、陷阱獵或機關獵，對獵人而言均依當下情境而定，狩獵知識根本就是動態情境知識，這樣的依法申請程序已經脫離狩獵的脈絡而流於形式。

其次，關於獵捕種類或數量，是動物保育團體所關注的焦點，但這範疇就更不是獵人可以事先預知的結果。鄒人會在祭祀土地神的祈禱中說，「我們今天來了，請您保佑我們平安，也請您恩賜您在山林所飼養的」，沒有獵人膽敢向山神要求什麼動物？又要求多少數量？在獵人的觀念中，這是對山神無禮，難有獵獲。這種情況鄒語稱 mateoyas'i，是不懂狩獵的人才會違反這規範，也會被經驗老道的獵人一笑置之。現在的狩獵申請要具體寫明狩獵種類與數量，同樣的也脫離原住民狩獵脈絡，難怪有不少獵人認為，「我們去依法申請狩獵，好像已經不把土地神放在眼裏，填那些申請表好像被羞辱一般」。

再者，讓獵場的獵物滋養豐饒，是所獵人的期待與責任。因而每個氏族對自己的獵場一定會盡其所能地維護其豐郁和完整，不許外人任意侵入獵場，關心獵場是否崩塌或流失，也定期或不定期地舉行獵場的相關儀式（參考表一），從這些儀式行為我們發現，縱然鄒人沒有客觀的物種及數量觀念，但獵場生態是被一套涉及社會與宗教的行為所保育，因而狩獵千年仍然維持其平

衡。由此觀之，國家法令與鄒族的狩獵習俗，難以接軌。

表一：鄒族與漁獵相關的祭儀簡表

儀式	說明
山川祭祀 sʉ'tʉ	鄒族在小米收穫祭結束之前做此儀式，祭祀土地神 ak'e-mameoi，祈求獵場、漁場以及農作之豐收，家族人員平安。
河祭 miokai	在小米祭結束之後，部落獵人集體前往氏族漁場河段，舉行河祭儀式，這也是小米祭之除聖儀式。
毒魚祭 mee-otfo	鄒族傳統行毒魚當天清晨，參與毒魚的族人行此儀式，長老以酒祭祀土地神，另一長老裸身躍入河中游泳，並以仰泳模擬魚類被毒後翻身模樣，其他人在排列河岸做撈魚動作。行此儀式後，毒魚活動正式開始。
祈福與詛咒儀式 topeohʉ	鄒語 topeohʉ 儀式有兩種目的，一是祈福儀式，祈求土地神賜予山川豐收，人員平安；另一是詛咒，詛咒侵入獵場漁場之人，也詛咒他人獵場崩塌。
其他	鄒族夜宿山區或河溪，在到達之時會先以酒祭祀土地神。此種祭儀不定期舉行。鄒人獵獲野生動物，在動物流血之處，取出一些酒向動物祭祀，一來感謝動物將其身軀貢獻為獵獲，二來也請動物魂魄再邀請牠們同伴前來獵區。

資料來源：2012 研究者整理

三、誰的獵物？

鄒族狩人觀念中，獵物是家族的食物，具有集體財產的意味。人類學家莫斯（Marcel Mauss）在其著作《禮物》一書，生動地描寫了許多太平洋島嶼的部落關於禮物的流動及其社會意義，當然鄒族獵物也有類似的禮物流動，而禮物的內容主要是獵物。在財產私有化的法律學理而言，獵物所當屬於獵獲者，就像釣魚一般，魚獲就歸那位釣者。可在鄒傳統狩獵的習俗，獵物就不能只是專屬於那位獵人，縱然是獵人單獨山上扛了獵物回來，他還是要依部落規範將山肉分出去。許多人稱這樣的狩獵習俗為「分享文化」，鄒族茶山部家家戶戶蓋了涼亭，說是要「延續鄒族狩獵的分享文化」。然而在我採訪部落老獵人的過程中發現，獵物是要分享，但不是根據個人喜好感覺去分享，而是有一套部落規範強制獵人去分配獵物。特別的是在鄒族的狩獵文化中，山豬 fuzu 的意義最具指標性，山豬肉（獵獲）的分配規矩也最顯著，從中可以明顯看出鄒族狩獵具強制性的「經濟分配」和「社會規範」。鄒族稱獵物分享為 aangae，山豬切肉的分配方式和規矩最講究也最複雜，這是因為族人認為山豬如果不依規範去分配，是可能會有噩上身，換言之，獵物分配已被納入狩獵的禁忌體系，同樣涉及超自然的神靈信仰。其他的獵物，如水鹿、山羊和山羌的獵物分配規範比較少，而且不須將皮分出去，看起來規範得較為鬆散，但獵人同樣會依循獵物分配原則讓親友分享。

鄒族獵物分配也深入涉及超自然的神靈，似乎諸神也得分享這一大地資源。在重要儀式如戰

祭 mayasvi 或建屋之際，要獵山豬祭拜神靈 hicu，此儀式要用的供品除了酒之外，山豬獵物的供品包括 umo（舌）、beahci（肉，包括前腿及後腿的肉）、h'onx（肝）、t'uhu（心）、skuzu（胰）等五種肉。另外，要切這些部位右側的肉。在舉行小米收成祭 homeyaya 時，是用豬肉（不是山豬）的五種部位作為供品，包括肝、肉、胰、心以及帶毛的耳肉等五種。

獵人同儕之間也藉著獵物的流動分享，建立互動關係。通常獵人背著獵物返家的途中，如果遇見正要前往獵區的獵人，就會停下來，分一點獵物給他，因為剛要上山的獵人還沒有獵獲物可吃，就由返回的獵人贈予。這種在獵徑上偶遇而贈的方式，山肉數量和部位沒有一定，主要是給他在山裏面自己吃的份量即可。這也是鄒族獵人相互尊重的做法，但別以為這是可贈可不贈的做法，如果一個獵人不懂得這樣的習俗，在部落一定被族人數落他小氣。

當然，有些獵物分配具有男女性別的差異。鄒族傳統的 h~~u~~fu~~-~~獸骨架(或稱為獸骨屋)是家族獵人存放狩獵器具以及戰利品的地方，其內的 tvofsuya 是祭祀土地神和獵神的地方（與祭祀小米女神的 ketb~~u-~~不同），現已放置在小米祭屋內，大部份的家族仍然會做相關的祭祀儀式，此神台是專屬男性的地方，女人不得碰觸。過去獵到山豬，獵人要將山豬頭、一部份腰間的肉和盤骨以及內臟拿到獸骨屋內烹煮食用，女人不能吃。另外，熊肉不能帶回部落吃，是禁忌，只能在野地由男性獵人共食。女人不能吃。獵物的胎兒，鄒語稱為的 hcuv'o，只有老人可以吃。當然，如果是在部落附近獵到的山豬，通常是直接拿到男子會所廣場解剖分割，並分送部落的所有家族，幾乎是全部落一起享用。

獵物分配幾乎已經成了具有固定形式的制度，依此制度理路，習俗行為是在共識之下運行。例如，山豬的切肉法和分配需依規範處理，收到獵物的家族長老即可依據所獲得的獵物部位、數量，推知此行的獵物收獲概況，也大略知道獵物分成幾分。達邦及特富野兩社的獵物分享規範雖有差別，但大同小異。但同一家族之間的特殊關係，也會在獵物分配上表明出來。例如被收養的亞氏族，通常會呈供給本家氏族較多的獵物。

下表即作者記錄之獵物分配概況，我們可以從中領會，狩獵這一傳統部落的經濟生產活動，是具有很濃厚的集體性特質，將大地山林取來的獵物視為部落集體的獵獲，在此意義上顯示其社會意義，這與國家法律上的私有財產觀念是有很大的區隔。

表二：鄒族分配山豬獵物簡表

獵物歸屬者	意義與規範	獵物分配內容
nu-no-hupa 屬於獵場擁有者	一、公山豬要分給獵場主人。大山豬才做獵物分享，太小的山豬就不作此禮數。 二、如未將 nu-no-hupa 分給獵場主人，獵場主人不悅可行詛咒 ekuzkuzo 儀式，獵人或其家屬會遭遇不吉之事，即 meahupa。 三、如果獵物已依規範將獵物分給獵場主人（或家族），而獵場主人不滿意，講不好的話 ekuzkuzo，則獵場主人或其家屬也會遭遇不吉利的事，此情形鄒語稱為 muisihupa。 四、如上述之 meahupa/muisihupa 是因為觸犯了土	一、umo 舌頭 二、feofeu 山豬肚皮的部位 三、sn~~u~~fu~~-~~ 很厚的山豬皮 四、beahcisi 山豬肉

	地神 ak'e-mameoi。鄒族對家族所屬的河川也有同樣的規範，不遵守規範也會遭遇不吉之事，鄒語稱為 meac'oeha，這是觸犯河神 ak'e-c'oeha 的結果。	
nu-no-momu 屬於搏鬥刺殺山豬者	團體狩獵，獵人將山豬抓住，與之搏鬥之後刺殺山豬，此人將獲此獵物；但必須經過與山豬搏鬥的過程，此搏鬥鄒語稱 momu，這樣才配得 nu-no-momu。如果山豬是用箭或槍身殺，或者是將小刀接上木棍後刺殺，也無法獲得。	一、h~~u~~ng~~u~~hsi 山豬里肌肉 二、可再加一些山豬的厚皮 sn~~u~~f~~u~~
nu-no-mayo 屬於獵到山豬者	獵到山豬的獵人（與 momu 不同）所得到的獵物。這些獵物具有特殊的意義，因為可以保存下來，存放在獸骨屋內，作為戰利品，也作為獵人取得社會地位的象徵。	一、fnguu 山豬頭 二、yasng~~u~~ 山豬下顎 三、paf'u 山豬腰部的皮和肉 四、山豬胸前的皮和肉 五、ceuceu 脊椎骨
nu-no-mahafo 屬於背負者	一、獵物請其他人幫忙背回家，背負者獲分給一份獵物。 二、會依路程的遠近來斟酌分配獵物之大小。 三、如果兩個人一起背負獵物，該一份獵物由二人均分。 四、有時為了尊敬沒有參加狩獵的獵人，會在將近到部落的地方將獵物放下來，請那位獵人把獵物背回部落，就可以分到 nu-no-mahafo。	一、sn~~u~~f~~u~~ 山豬的厚皮 二、beahcisi 山豬肉
nu-no-maapaso 屬於切肉者	鄒族為了尊敬長者，有時會請長者（雖然他沒有參加狩獵）在山豬切一刀，並將山豬下顎 yasng~~u~~ 拉開，這樣就可以分獵物給那位長者。	山豬脖子前緣的皮肉
butis'i 將獵物分給部落其它家族	鄒族傳統狩獵，會將獵獲物分享給部落其他家族，這種分配獵物的習俗稱為 butis'i，這是將前面該分配給獵場主人、搏鬥者、獵到者、背負者、切肉者以及屬於獵狗的部份分完之後，其餘剩下的山豬肉、山豬皮和骨頭，全要平均切好，再用繩索串起來，要分送給其它家族。此將要分送的一肉串，鄒語稱為 tis'i。	包括所有剩下的肉、皮和骨頭
nu-no-av'u 屬於獵犬的	一、如果是以犬獵方式，狗的主人會多得一份獵物。 二、獵狗會以獵物的內臟餵食。	與 **butis'i** 的份量一樣

資料來源：研究者於 2010 年採訪整理。

四、誰在啃噬獵場？

在媒體報導中，原住民狩獵經常跟破壞生態、殘忍、原始、噬血、野蠻等等標簽黏貼在一塊，

好像狩獵就是破壞大地毀滅生態的元凶一般，然而，原住民從來就是以最輕柔的方式踩踏土地，傳統獵人也絕對的義務去保護獵場。

獵場，鄒語稱 hupa，係鄒族土地權屬、財產與經濟分配的核心概念。一般通稱為「獵場」，然而獵場這樣的空間概念似乎只限於狩獵的土地範圍，實際上 hupa 包含了部落外圍的所有土地和河川，其範圍則含括了鄒族人認定的傳統領域，在此土地領域上擁有主權、財產所有權以及管理使用的權利，因此，*hupa* 的空間概念包括獵場、漁場以及耕作地等土地範圍。另外值得關注的是鄒族關於「整體主權」與「氏族權利」的概念，在整體主權的概念下，所有的土地均屬鄒族整體，鄒族全體擁有該土地領域，鄒人共同捍衛所有的生活領域，例如異族入侵鄒族的 *hupa*，鄒人不分氏族將共同保護土地領域，這時候即不分哪一個氏族的土地被入侵，都需要部落共同保護；接著，在整體主權的前提下，鄒人將實際的管理及使用的「權利」（rights）分配給各氏族去擁有，並擔負實際的管理和生產活動，平時的捕撈活動和宗教儀式亦由氏族自行決定。質言之，在部落規範下獵場是要拼老命去保護的土地。

鄒族的狩獵技術並不講求科學精密，卻在輕柔的捕撈活動無形中維繫了山川生態原貌，千百年來幾乎不變。我們舉鄒族對河川的維護做例子，鄒人在河川捕撈的活動並不頻繁，因為農耕活動是經濟生產的主要途徑，狩獵所獲取之獸皮、鹿角、山豬獠牙、帝雉和藍復鷴尾羽等戰利品，可以藉此累積獵人的社會地位，但透過河川捕撈活動卻沒有同樣取得社會地位的機會，換言之，鄒族社會並不鼓勵年輕人花心力在河川的捕撈活動上，甚至還戲稱擅於捕撈的人為「snooknoko」，這句話的原意是指「像水獺一般地會玩水的人」，暗指這個人生性懶惰，不會狩獵又不從事農作生產，整天只會學著水獺在水裏玩耍。因而鄒族的神話傳說中，多有尊崇勇猛擅獵的男性，也肯定努力耕作的族人，但對河川捕撈行為並未特別著墨，只視之為非關正事的閒暇或遊戲活動。基於此理由，鄒族人待留在河川捕撈的時間就相對減少，也因此鄒族部落附近的河川受動擾的時間也比較少，大部份的河川維持其原有的自然生態樣貌。鄒族人的河川捕撈方式同樣是以原始自然的方式為之，在採訪中，我記錄鄒族十餘種捕撈技術（如表三），這已經是傳統捕撈的所有技術，這些方式會依特定季節、河川水量和魚群種類使用，這些捕撈工具和方法幾乎都是就地取材，比起現代科技產品，材料和技術均為簡易程度，同樣的這些捕撈器具和技術對河川的擾動破壞也極為有限。

捕撈活動如此，整個傳統狩獵活動對土地環境的擾動程度也是如此。我在部落跟老獵人談及新聞指出「原住民狩獵破壞自然自態」的說法，獵人也只笑稱，「我自己年老了，也不常上山了，我的獵場遙遠，徒步走路得花一兩天時間，所以我的獵袋不大，還能背多少獵物？能破壞多少土地？我的手臂力量比不過一台超限挖掘土地的小怪手啊！」我想，這位老獵人說的才接近事實，只是對環境破壞的真像，一直是我們不願去面對的課題。

表三：鄒族河川捕撈技術簡表

捕撈技術	說明
maaseu 用網捕撈	鄒語 maaseu 是用網捕撈之意，此通常指颱風天趁河水瀑張並有土石流，河水污濁之際前往捕撈的方式，主要捕撈鯽魚、岩鰍。
siyungu 魚筌捕魚	鄒語 yungu 是魚筌之意，siyungu 通常會在秋季河水量減少之際，將魚筌擺放在比較狹窄的河道，各類魚、蝦、河鰻均可捕獲。

siyoi 用網捕撈	鄒語 yoi 是瀑布深潭之意，口大尾小，siyoi 專指在瀑布有落差的水潭，捕撈溯游跳躍水面上的鱒魚
toalungu 釣魚	鄒族釣魚的季節主要颱風過後，河床上魚類食物少，容易上鉤；另外釣魚的季節是在春秋之季，水量較少的期間，河床上有青苔及魚類食物，此時的釣魚稱 tomafeusu，釣魚技術與颱風季節的釣法略異。
tohi'u 以草束撈魚	鄒語 hi’u 是野草束之意，鄒人會採野草綑成一束，直接置於平靜的河潭，誘使溪蝦進入草束中，幾天之後再將草束迅束移至河邊，再撿取其中的溪蝦。
tufngi 叉魚	鄒族的傳統魚叉是以竹子製作，之後以鐵條取代，可叉刺魚蝦；傳統鄒族持火把在河溪間叉魚。
otfo 毒魚	傳統鄒族以魚藤毒魚，此藤類之毒性比較弱，通常魚類受毒昏迷，一段時間之後就復原，因而不致趕盡殺絕。
mahfuyo 涸漁法	鄒族人會將水量較少的支流，徒手改變河道，趁河床乾河之際撿取魚蝦
mamtesngusngu 潛水射魚	鄒族傳統潛水射魚並未戴水鏡，之後才有水鏡配備
tusin’ngi 掃帚撈岩鰍法	岩鰍會貼在河流的石壁間，鄒族會製作竹掃把，利用夜間在河床石壁間將岩鰍掃至魚網，這種捕撈方法至少兩人協力，一人掃動，另一人在下游處網捕。
ma'tatopeapo 在突然乾涸的河床撿魚	通常在夏天颱風季節舉行，如果因為河岸崩塌堵注水流，河床暫時乾涸，族人趁此時檢拾魚類
msohsa'o	通常在冬天河水少的季節舉行，將河水導引他處，造成河床乾涸即可捕撈或檢拾魚蝦
tokeupu 撒網	鄒族傳統的撒網袋，是以苧麻自製的魚網，現已利用購買的魚網。

肆、結論：當鄒族獵人怎麼走？

我前段分別從幾個面向來討論鄒族傳統獵人所具有的狩獵文化性格，其實獵人已經在生活的各個層面上染上許多文化色彩，食衣住行如此，連內在的知識體系、技術、品味、習性以及價值觀都被鑄上了深厚的文化刻痕。這樣的現象令人聯想到布爾迪厄（Pierre Bourdieu. 1930-1996)所提出的「生存心態」（habitus）概念。這源於希臘文 habitus，原是指「習慣、習性」之意，今引申生存心態所指的是一套「稟性系統」，促使行動主體以某種方式行動或反應，也就是人們知覺和鑑賞的基模，一切行動均由此衍生。生存心態是在特定的歷史條件下，個人無意識內化社會結構影響的結果，特別是特定社會化過程中個人意識的內化和象徵的結果。如生存狀態、環境條件、言行表現、心態以及身體的姿勢、服飾打扮，也是一組教化的、社會化的、個體歷史經驗、結構的、持久的、衍生的以及可轉換的生存樣態。鄒族獵的的身心靈，鐵定是異於主流社會所教化或馴化的身心靈。因而，從鄒族獵人的探討可以確定的是：因著狩獵習俗，差異的文化身份使得鄒族獵人具有多重性與混雜化的公民身份。這也符合 Bhabha、Bramadat、Friedman 以及 Hall 等學

者所論及的多重身份概念。例如後殖民理論家霍米・巴巴(Homi Bhabha, 1994)所提出文化混雜性理論認為，在全球性與後殖民的脈絡下，民族、文化和身分都是由論述建構而成，任何一種族群性（ethnic）均非原生、也非固定不變的文化實體，它是被建構出來的，有關原生的血緣、親屬、祭儀、習俗或傳統文化等等連帶，以及族群文化的界域，均會隨著各種不同的權力關係與論述形構而變動不居。因而，族群性、族群文化以及身份認同，同樣是處在眾多文化之間並置、嫁接、移植以及混合的情況下，暫時地被形成，也暫時地被穩定下來。質言之，文化讓不同的人或族群擁有雜揉又變動的身份底蘊。而這一身份底蘊被台灣本土化以及原住民文化復振的社會力量被牽動，成了原住民渴望擁有的族群身份。

一般化或稱主流社會的講求普遍性的分民身份通常會要求個人「把出自個人經驗的觀念感受全部拋諸腦後」（Keith Faulks），這也是自由主義公民身份理論的基本原則，因自由主義公民身份主張普世性的平等、權利與責任。然而依 Iris Young 以及 Will Kymlicka 的主張，認為自由主義的公民身份主張在實際運作中根本沒有辦法達成實質的權利平等，因為社會本身的分歧多樣性事實，會在抽象虛無的分民身份概念被忽視或被宰制，所以提出了「差異」與「多元文化公民身份」的理論。他們認為要正視特別團體與族群的權利問題，因為團體或族群可以「造就一個人」，各種社會團體的差異性這麼懸殊，若非團體成員就無法充分理解該團體所受到的根本壓迫，特別是弱勢的群體需求，這正是前段提及鄒族獵人「生存心態」的細膩又重要的差異性。Kymlicka（1995:6）進一步提出了「弱勢權利」的理論，主張在多元文化的國家當中，要能兼顧因團體差異而不同的權利，認為對弱勢者的文化應保障其「特殊地位」。他認為特殊弱勢族群應享有三種權利，即自治權、多元族群權以及特別代表權。這一特殊權利的宣稱，在台灣也曾引發了一般化公民身份與多元性公民身份的論辯。然而，在傳統文化與國家法律的兩種社會力的夾縫中，已經扭曲變形的狩獵文化，鄒族獵人將難以建構其合理的公民身份，除非我們的國家法律這樣一套剛硬體系滲入一些差異與多元文化公民身份的思維理路。如果從我國的憲法增修條文、原住民族基本法的立法意旨均宣稱，臺灣應該要走多元文化公民身份的路徑。現在眼前的問題是，模稜兩可的多元文化如何定義？進一步的現實問題是，面對原住民狩獵文化習俗，剛性的國家法律該如何滲入多元文化的詮釋與裁判？這些都是左右原住民族群身份建構的重要機制。

參考文獻

王嵩山（1995）。《阿里山鄒族的社會與宗教生活》。台北：稻香。

王嵩山編（2003）。《阿里山鄉誌》。嘉義：阿里山鄉公所。

佐佐木毅、金泰昌主編（2008）。《地球環境與公共性》。中文版人民出版社出版。

汪明輝（1997）。〈鄒：一個建構中的族群〉。收於《台灣原住民歷史文化學術研　究會論文集》，頁 201-227。南投：台灣省文獻會。

李艷紅等譯（1998）。《環境與社會－環境問題中的人文視野》。天津人民出版社發行。原書 Environment and Society: Human Perspectives on Environmental Issues. Charles L. Harper. Prentice Hall, Inc. 1996.

林官明等譯（2002）。《環境倫理學》。北京大學出版社。原書 *Enviromental Ethics: An Introduction to Environmental Philosophy*. Joseph R. Des Janlins, 2001.

林益仁（2013）。〈原住民狩獵：行或不行？〉。天下雜誌－獨立平論。

紀駿傑（1996）。〈從環境正義觀點看原住民的狩獵文化〉。生態教育與原住民狩獵文化研討會論文資料。

黃俊龍譯(2003)。《公民身份》。台北:巨流。原著 *Citizenship*. Copyright Keith Faulks 2000. Originally published by Routledge.

浦忠成（2010）。《台灣原住民族文學史綱》。台北：里仁。

浦忠成（1993）。《台灣鄒族風土神話》。台北：常民文化。

浦忠成（1994）。《鄒族神話研究》。文化大學中文系博士論文。

浦忠成(2013)。〈尋找文化與保育的平衡點〉。刊於 2013 年 7 月 18 日台灣立報:庫巴之火。

浦忠成(2009)。〈正視曾文溪攔沙壩問題〉。2009.10.7.刊於中國時報時論廣場。

浦忠成(2012)。〈一條鯛魚的警示〉。2012.3.8.刊於台灣立報「庫巴之火」專欄。

浦忠勇（1996）。《台灣鄒族生活智慧》。台北：常民文化。

施正鋒（2005）。《台灣國家認同》。台北：國家展望文教基金會出版。

施正鋒（2005）。《台灣原住民族政治與政策》。新台灣文化教育基金會出版。

陳其南（1996）。《文化產業發展與社區總體營造》。台北：臺灣原住民文化藝術傳承與發展系列報告書。

Bhabha, H. K. (1994). *The Location of Culture*. New York: Routledge.

Bhabha, H. K. (1995). Signs Taken for Wonders. In B. Ashcroft, G. Griffiths & H. Tiffin (Eds.), *The Post-colonial Studies Reader* (pp. 29-35). New York: Routledge.

Bramadat, P. A.（2001）. *Shows, selves and Solidarity: Ethnic Identity and Cultural Spectacles in canada.* Commissioned by the Department of Canadian Heritage for the Ethnocultural, Racial, Religious and Linguistic Diversity and Identity Seminal, Novenber 1-2, 2001.

Friedman, Jonathan. (1994). *Culture Identity and Global Process*. London: Sage.

Hall, S.(1990). Cultural identity and disapora. In Rhtherford, J.(ed.).

Hall, S. (1996). New Ethnicities. In D. Morley & K.-H. Chen (Eds.), *Stuart Hall: Critical Dialogues in Cultural Studies* (pp. 441-449). London: Routledge.

【主題一場次會議實錄】

與談人（瓦歷斯・貝林 耆老）：

大家好，也是前幾天收到要來與談，應該是要從法律人的角度與談，而我用部落的角度來與談，我叫瓦歷斯・貝林。今天邱法官論述的對於審判官的認事用法，我想他講得已經很清楚，原住民的特性，特別帶有人的特性，其實用在警察執行人員的問卷調查是滿特別的。事實上，基本上它就是讓一個執行人員依據法條來執行人的調查，所有原住民、非原住民都是用一樣的條文，那條文有沒有原住民的特性和涵義，很清楚地會呈現在這個問卷結果。不意外的，大部份都不會考量原住民的特性，因為條文裡面就很明確，像砍一棵樹跟砍一半的樹，都是違反森林法，按照這樣的原則，警察會覺得一個人在砍樹的時候，砍枝葉是違反森林法，砍全部也是違反森林法，但原住民會認為，如果這個樹枝擋到路，需要砍掉。但是執法人員不會考量到整個環境和原住民族的生活習慣特性，所以變成執行人員很容易用同一把尺考量。

第二個原因我想是整個國家的教育，從歷史文化的推演進化來看，確實國家對原住民特性的呈現以及使一般民眾了解原住民族這個區塊的教育是不夠，我常會想台灣原住民族在台灣政治的歷史真相是什麼？對於土地環境的真相是什麼？如果我們看台灣通史，在這本重要的一本書─台灣通史開宗名義說，台灣 300 年前無人為番也，就是 300 年沒有人只有番，那什麼是番？其實番不是沒有文明的意思，在說文解字中是指野獸的腳印，所以台灣不是沒有人，是有腳印但看不到人，這什麼意思呢？在中原漢民族到台灣時對於原住民的角度，從歷史的背景來看，一開始對原住民特性和生活習俗完全用中原思想、漢民族的思維考量，所以像在台灣通史裡，他描寫吳沙蠻橫過台灣到噶瑪蘭平原，其當中提到「還好有吳沙這一批人開疆闢土，並把這些豺狼趕走，要不然這些土地會被豺狼所有」，這對於整個歷史的背景，所謂原住民的特性並沒有說明，甚至不尊重，但不要說尊重，在我們的法律裡頭，尤其在憲法增修條文後的「肯認」多元文化，願意承認這個字是說明我們具有多元文化的存在，這就是要特別承認有不同文化的存在，在原住民特性這區塊裡需要用承認作為前提，尤其在原住民族基本法通過相關條文之後，原住民族群的特性應該是要在審判法官的考量之內。像是荷蘭時代，荷蘭人第一個接觸是西拉雅人，他們就對西拉雅人說，我們來了五、六百個荷蘭人，要吃種植的蔬菜和肉食動物蛋白質之類，希望西拉雅人可以提供，西拉雅人的想法是「我很忙，為何要幫你們去狩獵與耕種，我有自已的生活模式」，所以荷蘭人就到福建沿海地區，收了很多的漢民族和遊民到台灣，幫荷蘭人工作，做農、獵梅花鹿等，荷蘭人就將梅花鹿皮賣到日本，這種生活模式跟西拉雅完全不一樣，西拉雅認為這個部落區域是我的生活範圍要養家活口，我的生活方式不必為你做勞力或奴隸等，那時候他們的觀念就是這樣。

我的意思是說，我認為應從考量原住民特性的思維出發，但自從漢民族文化進來之後，規範

全部人的法律條文就變成從漢民族思維出發，沒有考量原住民的特性，像剛我們所談的槍砲彈藥刀械管制條文裡，原先法案的提出就非常明顯。我第一個說，我們原住民族有我們自己的生活方式，但整場的立法委員幾乎都不認同，他們認為擁有槍，就是擁有凶器，就是有殺傷力，他們認為，槍有殺傷力就易致人於死。但我們原住民是絕不可能空手去獵山豬，要用到槍，講這個又講不通的時候，我們原住民族就說明用傳統獵槍，並不把它做一般的獵槍，傳統獵槍是祖先留下來的，何況我家還有一把槍，如果政府要判定這是非法持有，但這是我的傳統財產，老人家留給我的財產，為何我的財產權政府要用這種方式來制裁我？認為我犯了刑法？所以從這個角度去看這件事的時候，就完全就不一樣，也因此在改制條例時，原住民族使用傳統獵槍的管理辦法就隨之訂出。

在法律上如果要考量到原住民的生活習俗和習慣，真的是不容易，我碰到幾個案例，像法官剛剛所講的「侵占」，尤其在我當主委任內處理的一個案件，阿美族人住在台糖的土地，房子就在台糖隔壁，土地是台糖的，我們問說為什麼你們會住在這裡？他們說五十年前就都住在這裡，只是日治時期的台糖公司是把土地拿來種甘蔗，那時台糖就請我們一起種，作長期工人，並且會給生活費用和居住的地方。但是國民政府來台後，所有產權全部收到中華民國政府，此時，當地族人的生活沒有改變還是住在那裡，但卻被台糖的人說侵占土地，然後到法院告當地阿美族人侵占台糖的土地，雖然族人說他們已經住在這裡 50 年，不是侵占，法院請他們拿出證據，但族人哪裡拿得出證據？口頭說明根本就拿不出地籍、土地所有權狀，過去也沒有，過去只是合作關係，打官司發現沒證據可以提，並且占有的時間太久，台糖想用民事的無權占有來要求族人拆屋還地，拆掉地上權建築物，這就出問題了。後來調查結果，在台糖裡面工作的原住民的占地，包括房屋基地和工作地，將近一百公頃的土地，我就和行政院談，說這個不能夠用司法程序這樣解決，看能不能由我們編預算買下這塊土地再還給原住民，就只有用這個方法。政府左手的錢到右手，還是他們的錢，但我們就取得了財產權。這個長期使用的習慣用地，在法律裡沒有辦法規範，自然在審判的時候很難去裁定與認識這種習慣用法。

今天在這個討論當中，確實我們需要一個傳統習慣法的法律限制，我認為這對原住民的特性，就是在憲法所謂的肯認多元文化的部份，就如剛剛法官說的刑事訴訟法第 31 條，我蠻認同強制辯護是原住民所需要的，因為很多原住民到法官面前就怕了，但是強制辯護的意思，重點是要幫忙辯護的人，到底認不認識原住民的特性？這個非常重要，他所提供的東西是不是原住民的想法，這也是一個問題。我蠻肯定今天的報告，但在原住民族特性的認識方面我們還是要共同來努力，謝謝！

與談人（吳豪人 副教授）：

謝謝主持人、還有浦老師，這篇論文完全不像浦老師所說的那樣凌亂，相反它是動人的一篇

文章，尤其像浦老師說的，這篇文章的可看性，就是他做的田野調查，詳細的去做敘述、記錄，鄒族做一個獵人文化的民族和原住民族，他們是如何和獵場自然共存千年？從沒有讓獵場遏止。

鄒族獵人的傳統文化智慧，也表現在傳統法律規範上，這點和本場次第一場官大偉老師所說的泰雅族土地使用，完全是異曲同工不謀而合，我們在這個時候尤其這兩天，有很多實務的例子及法官參與，我是覺得法律系在四年大學，三年的研究所，都沒有好好的教導原住民的多元文化，使得我們的法律變成剛性、僵硬、愚蠢，現在還有人說台灣不是一國兩制，台灣一直以來都是一國兩制啊！什麼時候沒有？我們難道還執著於 19 世紀的一國家一主權的想法？不然我國為何要簽訂兩公約，台灣已經是很現代的國家，有很多法律讓渡給國際組織了。我們這種法律在台灣適用時間很短，相對的要面對在這裡的剛性行政或律法，我認為現在唯一可能的救贖方法，是司法，尤其是實務判決。在這篇論文一開始，浦老師就舉此例說，93 年度林務局的計劃，在 80 年代以前純粹沒有開發新興國家，原住民當然是殖民地，80、90 年代之前沒有一條法律和原住民有關，全都是行政命令，那個時代就是拼命想要同化，要不然就是隔離，但是慢慢有所謂民主化、進步化之後呢？有些新興的思想，環保、動物保育、永續經營、生態保護等進入到行政體系，理論上這是可喜的現象，但是實際上又變成我們剛才所提到的─超限利用設計。

現在好像很可喜，我們現在想說要鼓舞狩獵文化，但管理者的治理，由上而下的角度認為，如要發揮狩獵文化並且要同時顧慮到這麼多東西，文章第 2 頁就談到要以社區經營的精神來輔導，可以動輒產業、生態旅遊活動、降低對自然資源消耗性使用，運用獲得的野生動物樣本，還要進行遺傳多樣性族群學術上使用，還要加上巡山管理取締導向合法規範，有的沒有講了一大堆，傳統文化多樣性族群的監測、旅遊活動、國家法律，全都要這個狩獵文化族群來承擔。當然這是荒唐的事情，而且我們知道林務局本來就跟我們原住民是死對頭，針鋒相對膠著的事最多，但其實也互相最了解對方，反而制定的高層人員比較搞不清楚。

既然如此，林務局事實上是承認，列出這個東西林務局認為是可行的，不然以鄒族為例，林務局幫鄒族的狩獵文化背書，狩獵文化可以達到這麼多效果，不是這樣嗎？那如果是這樣，再回頭看林務局的觀點，如果是正確的話，就要問我們最高法院認為原住民族基本法是普通法，森林法水土保持法反而是特別法？把原住民普通法讓位給特別法。正好相反啊！因為原基法的精神就是狩獵文化的精神，狩獵文化可以包含這麼多的目的，可以落實他們傳統的方式。現在你這種森林水保法所想像的超限利用，這些都被一一證明這個不存在，所以這種情形，順位上把原基法當成一個普通法，是大錯特錯的想法。在這個地方，因為我們長期關注原住民的權利朋友，比如說最近 20 年來看，我們越來越憂心，剛剛講過說原基法訂出來後，沒有任何的子法可以出原民會立法，你想要怪罪原民會，但去原民會接觸就知道，原民會在行政院是最可憐的，在行政院沒有人把原民會當對手，所以行政大概都是無可奈何。即使在立法上也沒有用，原住民立委就只有六個人啊！如果說一個族群有六個委員的話，而且這裡面還要保證，我雖是原住民，但我更是忠誠

的某某某黨員…。

這情形之下，我們唯一能夠冀望的就是現在願意來做原住民專庭，願意嘗試去了解原民文化，雖然還不熟悉，但透過學習和實務，你們有很多機會可以做出很棒的判決，就我們實務的法官，雖然說我們專庭只有一審，但實際上還有很多機會，而且最高法院偶爾會作出蠻不錯的刑事判決，我覺得影響審判的法官，可能性就是比較高，這點而言，這篇文章裡面有關於細部的鄒族狩獵文化是哪些內容？就變成非常棒的法庭證明，它可以做出更具體的東西，就跟浦老師的研究一樣，都可以在法院上成為非常棒的專家，證明為何傳統規範原始假設勝過西方的資本主義、私民法的設定。我們現在相信的這套資本主義法已經走到盡頭，我舉個例子，日本曾經遇到乾旱的事件，在他們統治朝鮮韓國的時候，他們要證明朝鮮是非常落後的國家，人民貧窮外，平均壽命很短不如日本人，而日本人自認文明，就要來照顧韓國人所以要併吞，結果發現韓國人比日本人平均壽命長，野蠻人其實過的比文明人好。

我再舉個例子，一百年前發生日本人跑去研究原住民族番族習慣調查裡面，發現有很多原住民的法律裡，尤其像排灣族、卑南族，覺得奇怪「為什麼這裡沒有死刑、重大身體刑，刑法很輕這是為什麼?」，我猜他沒有辦法回答，他當時調查報告說「因為這些排灣族、卑南族住在遼闊平原，土地肥沃過得很快樂，不像我們現在文明國家苦於種種的犯罪…」那你來這邊幹什麼？我們為什麼要文明？所以這個東西我們要好好思考一下，今天連續兩場我看後面有好多重要的，我覺得我們第一場是把問題掏出來，後面有很多的行為考慮和解決方法，我發現都已經出來，所以我希望至少法官們要堅持到底不要走掉，謝謝大家！

與談人（錢建榮 法官）：

主持人、兩位報告人大家好！我記得我第一次的與談，那時原住民有幾族都搞不是很清楚，一直覺得很慚愧。今天小六的兒子最後一次運動會，他就和我抱怨說為何來參加與談沒有來參加他的運動會？我就跟兒子說，可是覺得原住民同胞權益更重要，說實在我昨天晚上講出來的時候，我都沒有問題意識到說兩位報告人這篇文章，找我與談到底我要講什麼？

我開始在想超限利用的問題，報告人在文章結論最後一段話覺得很感動:「國家把超限利用怪罪原住民身上，這如何去理解，且國家也忽略了當初政府引導的政策責任」，也就說明基於環境保護在山坡地、水土保持條例，都訂下所謂超限利用都必須要處罰，但超限利用的這個詞，今天早上我就起個大早，跑去辦公室搜尋一下，因為文章也提到超限利用的定義，是在水土保持法的施行細則第 22 條規定，指山坡地保育地利用條例，被查定為宜林地或加強保育訂立，你卻從事農林漁牧業墾殖的經營與使用，這邊的意思就是指宜林地應該要種植林木或是特別加強水土保地，結果你種植農作物，甚至是牧業使用。那實際上這一條定義是說，我已經判定是林地如果去做別的就會導致水土流失，可是法律還是從另外一邊思考，各位想想看法位階的問題，所謂超限

利用是一個重要的定義，但卻被訂在施行細則裡面，在水土保持法、山地保持法利用條例，法律直接規定山坡地超限利用就要怎麼樣處罰，如果水土保持法裡面的超限利用就應該要怎樣處罰，那麼超限利用的定義施行細則卻要交給主管機關，所以山坡地主管機關是內政部，然後就去訂成這樣情況，問題來了，我還是搞不懂什麼叫做宜林地？宜林的林是什麼？什麼林地才能夠水土保持？梅樹可不可以？

我想在各位面前講這個自己很不好意思，高雄高等行政法院及最高行政法院有一個判決，我一直覺得這一次應該來找林三加律師比較好，因為這個是委任他的訴訟，我把判決唸給大家聽：在被認定為宜林地的地方，卻常常是原住民保留地，但是原住民保留地的保育法律裡，法律規定辦法規定，原住民保留地就是要保留原住民的生活習慣，保留給原住民作為他的生活習慣，包含經濟利用和生存的目的，人一定能要生存，才有人性尊嚴，在原住民保留地兩位報告人提到，你不懂原住民生活習慣，所謂專家就說，這個土地一定要種植林木否則會水土流失，石門水庫會造成淤泥淤沙的情況，是真的因為原住民同胞們做了所謂無視林地的使用造成嗎？這個報導不只打問號根本是打大叉叉，因為搜尋的結果發現，有非常多篇的報導以及專家都說明這個不是主因，甚至連次要的因素都很難成立。剛剛官老師的圖可看到都是非常小的地方，你只要被判定為宜林地，那就不能夠種所謂林務以外的東西，我在想梅樹就不是嗎？如果梅樹種了三十年，難道它就不可能抓土嗎？我讀這段判決給大家聽，我看了是很有感覺。

以上例子是高雄高等行政法院，而我自己現在是在桃園地方法院訴訟庭，我看到行政法院這樣說明我自己汗顏，這邊提到原告雖然主張這些新生土地是祖先遺留下來的，種梅樹也長達三十年，原告的保留地絕大部分是林木用地，很少有農牧用地，為何 97 年後完全不能工作？而這個土地是原告全家賴以生存的土地，原告小孩都靠梅子的收成來繳交學校生活費，原告全家都靠梅子收成的錢過日子，原告繳不出這些大筆的的罰款（6 至 30 萬的罰款），以前公所鼓勵種梅子，現在又叫我們把經濟作物砍掉？為何沒有任何的一個單位，正視原住民族的農耕生計問題云云。

我們判決所講的「云云」意思就是說你胡說八道，不知大家知不知道這類用語，就等於法官要反駁他的話。接著，他又說水土保持法在 83 年制定，以後就規定超限運用的違規，那水土保持法公布施行前，就存在的這些梅子樹種植 30 年，法律是在 83 年就訂了，你的梅子樹還是繼續長，這就說明了，這個時候沒有法律不溯既往原則的適用，行政法的規定三年的時效就要從頭開始，所以就算是這樣種經濟作物，但是仍不能減免水土保持法的行政責任，更何況山坡地超限利用處理計畫，也規定了我們有六年的輔導期要輔導你，讓你領獎勵金。我還看到另一個判決，原住民樹種壞了，獎勵金還要追回？為什麼原住民要幫你做這些？我種在那裡是因為我的土地，結果我要配合你政府政策使用，結果壞掉了，追著我拿獎勵金，我被迫配合部分林務，弄壞了還得追回獎勵金的政府政策，這樣的規定他說你不可以全家身計為由，拒絕改為免責的事由，那我想請問的是，原住民同胞本來在這地方，就因為你的所謂計畫。

我甚至去看超限利用處理計畫，根本就連法律層次要放在什麼地方？既不是法律，也不是法規，更不是命令，就是一個政府的政策。政府隨便頒布一個行動綱領，就可以說你必須做，他的依據在哪邊？沒有啊！換言之，超限利用所謂只要宜林地就不可以種植農林牧，這個定義我認為已經超出法律的授權，根本沒有清楚的定義，因為它完全剝奪了財產權的空間，更不用講原住民基本法裡強調原住民保留地，一定要尊重原住民族的生活習慣，這個基本法的規定，它位階當然是所謂的憲法，原住民生活的基本的憲法，任何法律規定你可以訂得比它寬，如果訂得比它嚴而侵害它的話，就牴觸原住民族基本法。如果法院都無法理解把原住民基本法放在前面，說實在話，僅從法位階理解這些情況就可以得到根本是違法的處罰，但問題來了，律師們去上訴一樣被駁回，用兩頁判決直接駁回，大家知道若六萬以上四十萬以下就是簡易判決，簡易判決上訴到最高行政的時候，必須要有重要法律上的意義，最高行政才可以接受許可審查，這個案子才可以辨論，但我每次從沒有看過最高行接受辯論。

因為時間的問題，其實律師寫了好多的理由，包括原住民基本法位階的問題、定位怎麼定、施行細則可以超出法律的命令？超限空間的使用難道沒有超過比例原則？因為法院根本沒有做出那地方的考量。甚至所謂的專業的判斷怎麼判定？他的裁量怎麼做出？依據什麼理由？有沒有在法院經過詰問、鑑定都沒有說明，這難道不是重要法律問題？結果我們最高行政法院總會說，這都是當事人的一己私見，不是法律重大問題，然後就駁回，我每次看到最高行政講這些理由，我還是只有汗顏。

我前一陣子藥師法 711 號的解釋宣布藥師法司法違憲，當初那個藥師法一樣有好幾次上訴，有很多理由說要辯論，最高行政法官都說這不是重要的法律問題，結果到大法官認為是重要問題並拿出辯論題討論，最後宣告法律違憲，所以我一直覺得行政法院的法官，要了解行政法的位階關係，這還最低層次，就像剛剛老師們講的，絕不要把一個簡單的問題，那麼簡單脈絡歷史化，只是很機械性的操作法律，結果還操作的荒腔走板。最後我只能說法官們一定要鄭重思考，每一個案件的當事人他的生活，因為可能一個判決就決定他一生的生活，就依你的判決去判決行動，不是說以片斷的瞭解，這樣他後面怎麼過生活日子和社會互動？其實很多都變成法官害的，結果後來就說這些人不能保護，有時候真的很無奈，因為時間問題我不講了，謝謝！

主持人（謝亞杰 副處長）：

是不是請我們報告人和與談人可以再上座？謝謝！那我們現在開放大概兩位提問人好不好？有沒有嘉賓要針對我們剛剛談的那三個部分，請教我們各位老師或是說我們實務界的法官。

與會者：

各位好，常常聽到原住民針對超限利用或水土保持法有個非常束縛的提問，我再把問題提出來看看法院能幹嘛，他說：水土保持就是水土保持嘛，那應該是這樣，如果說有發現水土流失情

勢的事實，那要罰他，而不是根據訂的很奇怪的宜林地，我種樹怎麼樣，不用這麼複雜，就很簡單，有水土流失的就要罰他，沒有的話就不用罰他。我們原住民提問的就是這樣，但他看到的情況就是這樣「噢！他那個水土崩塌沒有超限利用哦？那蓋廟整座山挖掉通通沒有超限？」可是我在這邊好好種果樹、好好的照顧土地，但我因為違反超限利用標準我就被罰？他就講說，這樣被罰的不用調查，我每天看到，應該就是林務局，希望有人可以做說明。

主持人（謝亞杰 副處長）：

針對這個問題有老師可以協助回應嗎?

與談人（錢建榮 法官）：

謝謝喔，我其實不是很懂超限利用，我讀一下這個農委會水土保持局網頁上的 Q&A，我看到真的嚇一跳，如前面所講，它第二個問題就在問說：何謂山坡地超限使用？水土保持局怎麼解釋呢？就是依照很機械式的，利用山坡地法利用條例就是宜林地，如果你不實施造林，而是做農漁業的墾殖使用就叫超限利用，但重點是在後面，如果你在上述的土地內從事開發建築、經營遊憩、設置墳墓等非農業使用，是違規使用行為，但不屬於山坡地超限，講得都是你剛剛提到。

如果另外你是在國有林事業區內從事農漁牧業，那就是超限使用，國有林事業區內，從事的農民漁業的墾殖、經營獲利用的話，因為該土地依照山坡地保育利用條例辦理查定，就是沒有被查訂為宜林地，所以也不屬於山坡地超限，我看到主管機關解釋這樣就真的傻眼，也就是說他很拘泥於施行細則。我剛講的施行細則是誰訂？也是他訂，他訂的施行細則和把超限利用這麼機械化，說實在就是空洞化一個定義之後，自己再去解釋說，要農漁牧才算，於是蓋廟然後甚至在山裡蓋大房子不算，那真的可笑。所以所謂超限利用的立法目的，就是剛剛講的要造成水土流失之虞嘛，甚至官老師他們提到泰雅族，他們自己會去做種植漁牧的，會去做自己所謂的水土保持，結果你不是去做這樣的調查，也就如剛剛吳豪人老師講的，像今天報告的資料，都是在法院裡面原住民同胞可以要求申請鑑定，再請官老師來，然後就在法庭上就做詳細的鑑定，確定有無水土流失，但根本沒有違反超限利用的立法目的。現在問題就是說，法官願不願意接受這所謂的鑑定，如果法官確定專業的傳統文化要去調查，法官當然要接受，這就要去說服法官。法院不是機械文字訂在那邊，而是背後立法目的是什麼？只要沒有破壞水土流失之虞，他就不是超限利用，否則光聽他自己回答覺得很好笑，謝謝！

主持人（謝亞杰 副處長）：

很謝謝錢法官的回應。

與會者（林淑雅 助理教授）：

大家好我是淑雅，我有這個問題是看邱法官的報告，一方面非常敬佩願意從不一樣的角度去

看一些司法實務上的斟酌和考量，但另一方面，我也是有點膽顫心驚，我這個問題不管是不是法律人，都想要聽聽看大家對這件事的意見。首先就是只講那個家暴傷害致死的案子，雖然這個案中提到要斟酌量刑，應考慮到我們的兩公約，還有考慮到憲法裡面原住民基本法對原民的基本尊重，但對於家暴致死情況假設把原住民的身分去掉，我想請問邱法官如果這不是一個原住民，他因為有經濟上弱勢，或者他們夫妻希望阻止喝酒而在酒後耽誤家務的一些事情，還有執行的過當，如果是任何一個族群、一個漢人來說，是不是你仍然會對他犯罪的情況可堪饒恕，假設他有經濟上的困難，如果是這樣的話，表示說那完全不是基於原住民上的特性，在這個個案當中，那原住民特性是什麼？

另外我擔心的是，當我們在講說一個族群的特殊性，其實在問的是，這個族群集體和社會當中，所謂行為的規範是什麼？而不是說在主流社會考慮原民特殊性的時候，就因為他單純宣稱原住民的身分，因此會受到一些不同的對待，就是現在我們司法實務當中最擔心的開後門，或原住民可以宣稱自己身分但礙於一些國家法律。但事實上，不管是我們憲法、基本法和兩公約，都不是說原住民個人的各式各樣考慮通通可以被納入司法實務中思考的，反而是說在司法實務的審判當中，探究出原住民集體真正的行為規範是什麼？那這樣子才有助於作為一個立法權上的主體納入國家的規範當中。

我想說很快地舉一個例子，假設現在碰到的個案是沒有保母執照的部落婦女照顧別人家小孩，他可能因為沒有執照而違法，原住民的特殊性會是如何被展現出來？如果我們可以去深究這個族群，在部落裡面社會的一個脈絡、社會的組織、部落的孩子，這個定位不是只在這個家庭，所以沒有像我們法律上面的考試過後的執照，那我們是不是應該也可以徵求這個特殊性，集體的規範、良好的、互相照顧的，探究這樣的議題，才能成為司法實務上面特殊機能的判斷，那這一方面是我的問題，一方面就覺得應該是不同的，就是所謂特殊上面應該要在更慎重一些，謝謝！

主持人（謝亞杰 副處長）：

我們請邱法官。

發表人（邱忠義 法官）：

我剛就有注意到你，因為我講到的時候她突然皺眉頭，我無法回答你說現在一個非原住民的時候怎麼處理，但是我想看情形情況特殊的話法官會考量，不會分原住民或非原住民，我不想說從這個案子不在原住民身上會怎麼判？我主要討論說，他們因酒後出問題，集體特性是喝小米酒文化，小米酒喝了會怎麼樣？我以前當過檢察官，去查案的時候常常會去山地部落，車子開到一半車子必須停下來，因為有人在中間睡覺，喝完酒後就讓他睡在哪那邊，族人就說沒關係，我們很難想像還要移開他們，族人都說沒關係習慣就是這樣，你們外來人就要自己遵守，所以喝酒而導致出來各種特性，我們可以做一個說法是他的小米酒文化，因為他天性樂觀就會有後面的出

現，我們可以說喝酒之後就要自己去注意，不可以有那些有的沒的、越矩行為，但我不敢這樣說，這個案子集中在做了事情前喝酒這個文化，我強調如果是別的案子會有怎樣的考慮？我是不知道，例如你們剛說的僭越，我是覺得蠻不錯，意思是要適用法律的人民，不要說看到原住民就給他減就對了，不是一概都這樣，而是要特殊保護他，但是文化在哪邊本來就是一個問題，剛剛原民會的長官也是說要他列舉文化怎麼可能？這個可能需要長時間的民族誌，有調查才有辦法，我只是拋磚引玉，沒有特別要解決問題，剛特別講過，只是把問題提出來，採開放性的態度，謝謝你把問題提出，以上報告，謝謝！

主持人（謝亞杰 副處長）：

我們請官老師。

發表人（官大偉 助理教授）：

對不起我不是法律人，也不是報告和評論這篇的，不過想稍微回應一下淑雅，我大概聽得懂淑雅的意思，到底原住民族是怎麼看待喝酒這件事情？是單一行為問題還是集體共同規範？如果說在一個原住民社會裡面普遍共同接受的這種行為，而且是社會認為的好行為的話，那這樣行為卻和主流社會的法律有所衝突的話，這樣行為和主流社會的法律有所衝突的時候，可能會出現剛剛所說的適用性的問題。可是剛有聽到一些其實是個人的行為，個人行為其實在原住民社會裡面未必被認可，那我們就要去問一下，原住民社會認可的行為是什麼？原住民共同規範是什麼？那問題就回到原住民社會集體上面，就要說去問社會的一個集體，認為我們的共同規範是什麼？這比較像淑雅講的，我們要求法律為我們開一個後門、小門，說那別人不能違反的事，其實是我們有自己規範的方式，也是我們違反也是要被處罰，問題不是不受罰，而是到底規範的內容，那個主體性應該是在原住民社會或部落和集體上，我不知道這樣有沒有回應到淑雅，謝謝。

與會者（林淑雅 助理教授）：

非常謝謝邱法官，另外一個，難道我們主流社會漢人不會酒後打人和家暴嗎？因為這是一個常見問題，難道我們要說這是一個文化嗎？我們可能喝的是清酒、台啤、威士忌，難道說我們這是因為文化所以情堪理恕，還是說這不能達成文化上面的理由，當然另一方面就是泰雅族作的一些回應。

主持人（謝亞杰 副處長）：

那我們歡迎吳豪人老師。

與談人（吳豪人 副教授）：

剛剛邱法官在報告的時候，我其實跟淑雅老師一樣坐立難安，你一直告訴我列出很多對於原

住民制式的看法，也許因為我們長期處理原住民事務，對於原住民有比較了解，了解越多介入就越深，所以放掉這種世俗的一些社會觀念，而且這些社會觀念荒謬絕倫。事實上邱法官自己也常一直說，你所謂的判決，你是比較同情原住民，你願意了解他，但你瞭解還不夠，當然淑雅的問題絕對不會導致你說，淑雅你說得很對，不是因為原住民就可以豁免，這完全相反，淑雅不是問這個問題吧！她在問的是說，你說原住民喝醉酒是因為他們有喝小米酒文化，這個邏輯就大有問題了。小米文化引起喝醉酒打人的話，那我們有紅酒文化、白酒文化、清酒文化、威士忌文化、高粱文化，怪不得國家會亂七八糟，法官適用法律也是沒有錯，我剛剛為何要建議法官，因為法官可能是族群問題裡面最後的救贖可能，因為你們還有獨立審判的空間，可以解釋法律，你們要了解現在法律是有問題，你可以放任大型演唱會完全不會觸犯集會遊行法，儘管他嚴重影響路權，但一個人在總統府面前照相就被起訴。

剛剛列入的那幾種裡面其中講到「性」，我們講原住民對通姦的忍受度很大，所以你說他們有時候也不一定要告，只要拿山豬去賠償，但這個正好相對中華民國這所謂文明的國家，居然還把婚外情當成刑事，認為國家有權介入人民的感情權力，還可以處罰，哪一個比較落後？你剛看到說原住民在部落裡面沒有對通姦刑事處罰的概念，要佩服讚嘆。這不只一次，我跟大家講，把我們法律再研究深一點，國家法案基本設定很幼稚，我們最近在討論，在高雄上課「正義的理念」那本書裡有一個故事，「印度有三個小孩搶一隻笛子，A說因為只有他會吹笛子，笛子給他，盡的效益最大，這是功利主義說法；第二個說因為我最窮，沒有其他玩具，我的快樂最大；第三個說這個笛子是我做的，這是我的怎麼會被人搶，然後經濟和社會學家從不同角度來看，會有不同的講法說這個笛子要給誰。」我問我們學生設定都不要想別的，只要想現在法律會怎麼判？大家都說當然私有財產絕對，應該要判給原始的持有者。這個很狹窄的觀念在支配我們，我們好不容易有特殊文化告訴我們，其實法律不是死的，是可以變活的，可以顧及到正義的時候，是很好的，不要說因只有 2%的人口很可憐，是需要被保護的人所以要施捨他。不是耶！它是非常重要的教材，它提供很多可以讓我們現在法律更完備正義、顧及更多，完整的寶庫啊！要用這種態度去了解原住民的文化,那不然我們今天早上找達利牧師講這麼多的目的是什麼？不是這兩天的論壇變成全民法官要有共識，一起去同情一下原住民，有罪還是要立罪的，原住民有缺陷，但正好相反，你現在看到根本沒有飲酒文化,人類學上面什麼時候有長期喝酒打老婆文化？可在家裡打老婆不會出事的是中華文化，是中華父權兩千年打到死也沒什麼事，通姦都對妻沒有對夫，所以一夫多妾當然沒有必要通姦，還可以嫖妓。老婆不堪家暴脫逃出去陷入愛河，通姦被老公抓到帶回來，可以憑夫嫁賣，這是中華父權兩千年，那到底誰比較文明？國家的制度和原住民的傳統規範衝突，不是說我們國家就有什麼了不起，不是，是你後面有陸海空軍…。

與談人（瓦歷斯・貝林 耆老）：

我補充一分鐘，其實剛提到婚姻和性的概念，原住民的婚姻文化和 Gaya 非常的吻合，我們法律上三等親有效，但在原住民有血統的關係，不會問你幾等親，只要你違背這個長者，你是我們家族，這婚姻一輩子都不會被承認，如果當中有越矩的行為，有可能是把你開除出這個家族，將來打獵不分肉給你，結婚喜事不會通知給你，所謂內部行為治理的規範，事實上你要用到習慣法裡頭，要怎麼去運用？法官認知上要怎麼理解？這方面是很重要的，不是說從同情去看，是從另一個角度去看，我做一個補充。

主題二

文化多元與國家法制

主持人：雅柏甦詠・博伊哲努專門委員（行政院原住民族委員會）

■原住民犯罪的文化抗辯及其實踐—以近年來之刑事判決為中心

發表人：王皇玉副教授（國立臺灣大學法律學系）
與談人：黃明展主持律師（華泓法律事務所）

■部落賠罪習俗與性侵法制之啟動—從修復式正義觀點出發

發表人：廖文忠法官兼庭長（臺灣屏東地方法院）
與談人：蔡愛桂 vais・patada 總幹事
（社團法人屏東原住民部落工作永續發展協會）

■原住民族文化辯護與律師倚賴權—初探刑事訴訟法第 31 條修法之理論與實際

發表人：梁家贏主任（財團法人法律扶助基金會法務處）
與談人：張道周法官（臺灣嘉義地方法院）

原住民犯罪的文化抗辯及其實踐—以近年來之刑事判決為中心

王皇玉
國立臺灣大學法律學系副教授

摘要

原住民出於傳統文化所為之行為，不管是持槍狩獵野生動物，捕魚文化，採集森林產物文化等等，可以說是出於原住民傳統文化慣習而來的行為。然而當原住民主張所為之行為乃出於傳統慣習或文化而來，基本上這樣的辯解已屬「文化抗辯」之範疇。文化抗辯（cultural defense）乃美國訴訟審判實務上，因應不同文化背景之犯罪人，所發展出來的排除或減輕刑責之抗辯手段。文化抗辯的理論基礎在於，每個人行為的選擇都植基於文化背景，因此司法審判也必須尊重個人成長過程的文化脈絡，並設法保護個人依循其文化脈絡行動的自由空間。因此一旦犯罪人的行為，是源自於其文化背景，但卻與刑法規範發生衝突時，法院有義務審酌涉及文化背景的相關證據，以認定被告是否構成犯罪。

近年來，原住民犯罪問題，已經慢慢出現原住民被告以文化抗辯方式，主張自己的行為合乎原住民傳統文化。實務判決對於原住民所提出之文化抗辯，如何審理、是否採納，仍處於意見紛歧之狀態。本文試著整理出文化抗辯之成功與失敗之案例，以檢討法院見解對原住民文化抗辯之發展趨向。

壹、從原住民採集愛玉子案件談起

民國 96 年我在進行原住民犯罪問題之國科會研究計畫時，曾經與一位高雄地院刑庭法官談到他所審判的原住民犯罪案件。案情是這樣的。一位七十幾歲的原住民祖父帶著未滿十二歲的孫子到山上取採箭筍。在回程的路上，兩人被巡山的林務局人員攔下，林務局人員發現這兩位原住民祖孫盜採森林副產品箭筍數十公斤，因此將兩人一起移送法辦。這個案件檢察官以罪證確鑿為由起訴。這位原住民祖父不僅違犯了森林林法上竊取森林副產品罪，且因為當時還攜帶了刀子作為採箭筍的工具，因此必須論以攜帶兇器之加重竊盜罪，法定刑是 6 月以上 5 年以下有期徒刑。除此之外，由於祖父帶著未滿 12 歲的孫子一起犯罪，根據兒童福利法的規定，此屬「利用兒童而犯罪」，另應加重其刑至二分之一。因此，這位原住民祖父的採集箭筍行為，成為一個至少應判 9 月以上有期徒刑的犯罪。

告訴我這個故事的法官說，這件案件他從頭到尾都判不下去，只好冒著積案風險把案件一直擱置不判。最後，這個案件一直擱置到原住民祖父死亡後，以不受理判決結案。

類似這個案件的另一個原住民採集愛玉子案件中，被告就沒有那麼幸運了。民國 96 年間，一位居住在高雄縣桃源鄉復興村之布農族原住民，騎機車進入由告訴人所承租之林班地，此名原住民被控告以番刀竊取林班地內的愛玉子 2 袋（總重約 132 台斤）。在法庭中，被告抗辯的內容是，原住民歷來均可在林班地撿拾愛玉子云云，然而法院仍然判處被告竊取森林副產物罪，處有期徒刑 8 個月，減為有期徒刑 4 個月，併科罰金新臺幣 15133 元[1]。

《愛玉子案》中的法官認為，原住民根據森林法第 15 條第 4 項規定，「森林位於原住民族傳統領域土地者，原住民族得依其生活慣俗需要」，此處所稱採取之森林產物，就如同一般漢人在森林中可以採取的物品一樣，僅限「雜草」、「枯枝」、「落葉」。然而本案原住民所採集的森林副產物，卻是有相當經濟價值之「愛玉子」，且採集的手法也不是「撿拾」，而是以番刀割取，顯不符合第 15 條第 4 項之立法目的。並認為，根據現行森林法規定，原住民如果要在森林中採集竹木或森林副產物，仍須向事先向管理機關「專案申請」核准始得為之，並非全然不受法律之規範[2]。

前面這個《愛玉子案》，發生於民國 96 年 1 月，且於民國 97 年地方法院宣判被告有罪。其實在這段期間內，著名的新竹縣尖石鄉玉峰村司馬庫斯泰雅族青年搬運風倒櫸木案件，仍然正在審理中，且尖石鄉的櫸木案件審理過程中，不僅原住民族各部落群情激憤，為此設立了一個部落格：「當上帝的部落遇到國家」[3]，多少關心原住民司法權利的團體與人士，也在媒體上或網路上發表言論，要求司法審判應該體認與尊重原住民的傳統慣習，諸如提出「參與這個案件的行政、檢警、司法人員，是否能夠理解整個事件過程背後，是觸及了族群之間深層的文化與世界觀差異？還是從頭到尾，都用主流社會的價值觀、和反應此價值觀的法律來理解、評斷此案」[4]；「司馬庫斯事件不是法律解釋的爭議。…這次荒謬的衝突...反映出對土地利用、資源善用的矛盾思維。」

[1]臺灣高雄地方法院 96 年度易字第 2938 號判決。

[2] 臺灣高雄地方法院 96 年度易字第 2938 號判決。

[3] 參見網站〈當上帝的部落遇到國家〉：http://blog.yam.com/user/smangus.html。

[4] 參見蕭惠中，《司馬庫斯風倒木事件中的「新夥伴關係」》，載於網站〈當上帝的部落遇到國家〉，http://blog.yam.com/smangus/article/9888906。

[5] 等想法。但從事起訴工作的檢察官或是擔任審判工作的法官，對於原住民的「文化抗辯」，似乎仍然視而不見、充耳不聞，仍是如同《愛玉子案》一樣，傾向於將原住民等同於漢人對待，且習慣將原住民問題視為單純的「法律解釋」與「法律適用」問題，在法律的世界裡自顧自的「依法審判」。

然而不可諱言的是，一樣是原住民採集森林產物案件，原住民在山上或森林中採集愛玉子、劍筍、山蘇、蕨類等植物，如果要求一一事先申請專案核准，實在是對原住民極不友善的「刁難」與「敵意」見解。然而如果原住民砍伐或盜採珍貴樹種或具保育價值之樹木，如扁柏、檜木、七里香或牛樟木等，這樣的行為即便在原住民社群中，也一樣會受到撻伐。換言之，原住民與漢人在某些保護森林產物的價值選擇上，並非全然迥異。

本文以下的論述將以原住民犯罪的文化抗辯主軸，其中本文又將「文化抗辯」的可能模式作進一步的類型區分，並以數則判決檢驗原住民的文化抗辯在目前刑事司法實務上的實踐情形。

貳、原住民犯罪可能的抗辯模式

一、文化抗辯（cultural defense）模式

原住民出於傳統文化所為之行為，不管是持槍狩獵野生動物，捕魚文化，採集森林產物文化等等，可以說是出於原住民傳統文化慣習而來的行為。然而當原住民主張所為之行為乃出於傳統慣習或文化而來，基本上這樣的辯解已經屬於「文化抗辯」之範疇。文化抗辯（cultural defense）乃美國訴訟審判實務上，因應不同文化背景之犯罪人，所發展出來的排除或減輕刑責之抗辯手段。文化抗辯的理論基礎在於，每個人行為的選擇都植基於文化背景，因此司法審判也必須尊重個人成長過程的文化脈絡，並設法保護個人依循其文化脈絡行動的自由空間。因此一旦犯罪人的行為，是源自於其文化背景，但卻與刑法規範發生衝突時，法院有義務審酌涉及文化背景的相關證據，以認定被告是否構成犯罪。[6]

至於在什麼樣的情況下，被告可以主張文化抗辯而排除刑責，在美國法上可以整理出三個考量的基本要件，如果具備此三個要件，刑事個案的審判時時，就應該要考量此等被告的文化淵源，此三要件如下：

(1) 被告是否為特定文化族群的一分子？
(2) 該文化族群是否具有特殊傳統？
(3) 被告犯罪時是否受到該特殊文化傳統之影響？[7]

以一則實際發生於美國的案例來觀察，被告 Krasniqi 是一位阿爾巴尼亞裔的穆斯林，在公開場所觸摸 4 歲女兒的下體而被控性侵害。本案在德州刑事法院審判時，一位專家證人出庭指稱，在阿爾巴尼亞的文化之下，觸碰女兒下體是一種表示疼愛的方法，在其文化中這是父愛的展現，

[5] 參見劉惠敏，《環境透視：國家的「竊盜罪」》，台灣立報，2007 年 5 月 14 日。

[6] 參考許恆達，「東亞法院與法律繼受」學術研討會（二）2013 年 6 月 7 日台大法律學院霖澤館多媒體室。關於文化抗辯之文獻另可參考 Alison Dundes Renteln, THE CULTURAL DEFENSE, 6-7 (2004); Doriane Lambelet Coleman, *Individualizing Justice through Multiculturalism*, 96 Colum. L. Rev. 1093, 1094 (1997). 相關論文，亦可參考蕭宇軒(2011)，《文化辯護於刑事實體法上之效果》，頁 25-26，國立成功大學法律學系碩士論文。

[7] 許恆達，同上註。

法院因而認為被告並無性侵害意思，最後認定不成立犯罪。在這個案例中，被告顯然有阿爾巴尼亞的穆斯林文化認同，而該行為經由專家證人供述，也屬於特殊文化的一種善意行為表現，故最後法院接受被告的文化抗辯，基於欠缺性侵害意圖而不成立刑責[8]。

另一個與原住民有關的案例則是 People v. Croy 案，該案被告 Croy 為居住於北加州的印第安原住民，長年均與當地白人有紛爭。Croy 因某事而與白人警察發生爭執，因而警察想要逮捕 Croy。在追捕過程中，Croy 殺死了一位白人警察，結果被檢察官以殺人罪起訴。第一審法院判決被告有罪，並判處死刑，本案最後上訴至加州最高法院，被告則主張文化抗辯：因為他長年與白人有衝突，無法信賴白人，當然也無從信賴白人警察，當白人警察要逮捕 Croy 時，Croy 當然基於其既有的文化印象認為這是對他的一種侵害，為了保護自己而進行正當防衛，加州最高法院接受了 Croy 的主張，進而判決其無罪[9]。

前面兩個案例的特色均在於，被告本身具有特別的文化背景，這些文化背景是否成為形塑被告人格與行為模式的重要因素，必須作為審判中判斷被告刑責是否成立的依據。一旦法院肯認被告行為的確是受到本身所屬族群之特殊文化傳統影響，就可以此「文化抗辯」為由而排除被告刑責。

其實，文化抗辯雖然是美國法的產物，但是其核心思想在歐陸刑法上並不陌生。文化抗辯屬訴諸的主軸，乃傳統文化習慣對於特殊族群之人具有行為指導的作用與影響力，因而根據傳統文化習慣所為之行為，有可能是行為人根本處於欠缺違法性認識的情況下而為，亦即不知此等行為是違法的（例如前面阿爾巴尼亞裔的穆斯林行為人觸摸女兒下體行為）；亦有可能是即便知道自己的行為與主流法律規範牴觸，但仍然選擇站在自己傳統文化的這邊（例如前面提及的 People v. Croy 案）。前者乃不知自己行為違法，屬於欠缺違法性認識的情況，在刑法理論中，就是「不法意識錯誤」所要處理的問題；後者乃即便知道自己的行為與主流法律規範牴觸而仍然為違法行為，此涉及規範責任論的要素之一─「期待可能性」問題，也就是說，刑事責任的基礎在於期待每個人都能遵守規範，但如果法律有「強人所難」之處，就必須思考法律的實踐與行為人的內在發生衝突時，是否可以強迫行為人遵守法律，如果不能期待行為人遵守法律，就必須給予免除或減輕罪責。

二、良心犯（Gewissenstäter）抗辯模式

文化抗辯雖然是美國法的產物，但是類似此等「法律不能強人所難」之期待可能性思想，在歐陸刑法上也是存在的。歐陸刑法傳統以來，一直有所謂「確信犯」的概念。確信犯（Überzeugungstäter）本來是指一個人明知行為是法律規範所禁止的違法行為，但是出於政治、宗教或倫理信仰之故，不得不違背法律規範。[10]

然而到了二次世界戰後，德國制定了基本法第 4 條第 1 項：「信仰、良心、宗教及價值認知之自由，不得侵害」[11]之後，德國刑法學說漸漸將「確信犯」概念轉換成「良心犯」概念，如果行為人根據自己的信仰、良心、宗教或價值認知而選擇了其內心認為是「善」或「對」的行為，

[8] 許恆達，同上註。

[9] 許恆達，同上註。

[10] 王皇玉，原住民犯罪與不法意識之研究，收錄於「刑罰與社會規訓」，2009 年 4 月，第 268 頁。

[11] Artikel 4 I GG: „Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sind unverletzlich.“

然而行為人選擇的「善」或「對」，卻是違反刑法規範，此際會形成一個「刑法義務」與「道德／文化／價值義務」間的衝突關係，行為人若依其個人立場實施特定行為，將構成犯罪；然而倘若行為人遵守刑法規定，又違反其個人內在良心。這種法律／個人價值間的衝突兩難困境，就是「良心犯」所要處理的概念。[12]

德國學說上提及的良心犯案例，例如醫師出於個人宗教信念，拒絕為危險妊娠婦女實施人工流產手術；信仰回教的土耳其人，因為宗教信仰，在宰殺羊隻時必須同時誦唸可蘭經，否則羊隻的肉不得食用，此等宰殺羊隻的方式被控告為虐待動物行為而起訴。良心犯要如何除罪，實務與學說則有不同看法，德國實務及通說見解均認為，由於刑法典中並無良心犯的明文，行為人面臨信仰、良心或文化衝突等情事，只能透過良心犯的概念而作為量刑事由，尚難直接作為獨立的免責事由[13]，然而此等看法實過於輕忽「期待可能性」而有「法律強人所難」之情形。因此也有不少學說認為，國家不得強制個人違反自己的內在信仰與良心，要求其遵循一定行為規範，因此有認為國家應該出於尊重多元文化與價值的理由，放棄對良心犯的處罰，甚至允許將德國基本法第 4 條直接作為阻卻違法事由的依據[14]。

三、援引憲法與國際公約的抗辯模式

前面德國學說認為，行為人可以直接將德國基本法第 4 條第 1 項作為阻卻違法事由的看法，在今日尊重多元文化的憲政秩序下，對於原住民犯罪問題的處理，實有其重要性。刑法上的阻卻違法事由，是一種將行為置放到較為鉅觀的整體法律秩序加以觀察，尤其必須考慮「整體法律秩序的一致性與無矛盾性」（Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordung）。因此即便刑法上沒有明文規定的阻卻違法事由，如果一國的憲法已明文規定應遵守某些價值與原則，則根據此一價值原則而來的行為，就不能被評價為犯罪行為，否則就是與憲法價值秩序相矛盾。

我國憲法增修條文第 10 條第 11、12 項規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、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，其辦法另以法律定之。」既然憲法已將保障原住民族之多元文化視為現在的憲法價值秩序，則原住民根據傳統文化所為的舉動，就必須放在整體憲法秩序中去判斷。

近年來，台東地方法院有一系列的原住民自製獵槍案件，均直接援引憲法增修條文第 10 條第 11、12 項，以及「經濟社會文化權利國際公約」與「公民與政治權利國際公約」兩公約，作為有利於原住民被告之認定。例如台東地方法院 101 年重訴字第 4 號判決中，判被告持有自製獵槍無罪，其理由如下：

1、按憲法增修條文第 10 條第 11、12 項規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、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，其辦法另以法律定之。」我國憲

[12] 許恆達，國家規範、部落傳統與文化衝突—從刑法理論反思原住民犯罪的刑責問題，台灣原住民族季刊第 6 卷第 2 期，2013 年夏季號，第 68 頁。

[13] Böse, Die Glaubens- und Gewissensfreit im Rahmen der Strafgesetze (insb. § 34 StGB), ZStW 113 (2001), S. 74 f.

[14]許恆達，國家規範、部落傳統與文化衝突—從刑法理論反思原住民犯罪的刑責問題，台灣原住民族季刊第 6 卷第 2 期，2013 年夏季號，第 70 頁以下。

法明文肯定及保障原住民族之多元文化。

2、經濟社會文化權利國際公約第 1 條及第 15 條分別規定:「所有民族均享有自決權，根據此種權利，自由決定其政治地位及自由從事其經濟、社會與文化之發展。」、「本公約締約國確認人人有權：(一)參加文化生活；(二)享受科學進步及其應用之惠；(三)對其本人之任何科學、文學或藝術作品所獲得之精神與物質利益，享受保護之惠。」

3、公民與政治權利國際公約第 1 條、第 26 條及第 27 條分別規定「所有民族均享有自決權，根據此種權利，自由決定其政治地位並自由從事其經濟、社會與文化之發展。」、「人人在法律上一律平等，且應受法律平等保護，無所歧視。在此方面，法律應禁止任何歧視，並保證人人享受平等而有效之保護，以防因種族、膚色、性別、語言、宗教、政見或其他主張、民族本源或社會階級、財產、出生或其他身分而生之歧視。」、「凡有種族、宗教或語言少數團體之國家，屬於此類少數團體之人，與團體中其他分子共同享受其固有文化、信奉躬行其固有宗教或使用其固有語言之權利，不得剝奪之。」

前面判決可以說是直接將憲法條文與兩公約內容，作為原住民的阻卻違法事由，其實其內容也幾乎就是肯認原住民的「文化抗辯」。

自本號判決開始，台東地方法院做出類似理由的一系列判決，包含 101 年重訴字第 5 號判決，101 年重訴字第 9 號判決，101 年訴字 167 號判決(刑事第二庭)，101 年重訴字第 8 號判決（刑事第四庭），101 年度訴字第 166 號判決（刑事第三庭）等。其判決內容，除了援引憲法第 10 條第 11、12 項保障原住民族之多元文化，此外，就爭議已久的自製獵槍規格，可否比警政署函釋與內政部於民國 100 年增訂「槍砲彈藥刀械許可及管理辦法」第 2 條第 3 款所規定之規格，更為精良、進步，判決認為原住民有權「追求進步，享受科學成果以自製獵槍」，因此引用「經濟社會文化權利國際公約」及「公民與政治權利國際公約」，因而提及，原住民有自決權，得自由從事其經濟、社會及文化發展，且有權享受科學進步及其應用之惠，並援引「原住民族基本法」第 30 條規定之「應尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化及價值觀，保障其合法權益」等，主張隨著交通發展、經濟水準之提升，物料材質的取得更加方便，原住民族亦有權以更精良的製作技術提昇其槍枝之性能及安全結構。

參、原住民犯罪文化抗辯之實踐

一、文化抗辯成功的案件

（一）尖石鄉搬運風倒櫸木案

《櫸木案件》，是 2005 年 9 月發生於尖石鄉司馬庫斯部落搬運風倒櫸木事件。三名泰雅族原住民被告被控以竊取森林主產物罪，一、二審均判處被告竊盜罪有罪判決，但經最高法院撤銷發回更審後，高等法院更一審時改判被告三人「無罪」開釋。

在《櫸木案件》中，被告的抗辯有涉及「文化抗辯」的內容，亦即：被告主張是依部落會議之決議，受指派前往現場載運系爭櫸木搬回部落，作為美化環境、雕刻及造景之用，並無竊盜之

犯意。辯護人並替被告等主張：被告等自信其行為為法律許可而有正當理由之違法性錯誤，應阻卻犯罪之成立。

法院最後判決被告無罪，其中判被告無罪的高等法院更一審判決中，對被告的「文化抗辯」作了善意的回應：[15]

基於民族平等及多元文化的發展、延續，從《原住民基本法》第20條第1項、第19條規定及《森林法》第15條第4項前段規定，足見政府承認原住民族土地及自然資源權利，並尊重原住民族之傳統文化及生活慣俗。

(1)專家證人己於本院前審證稱：斯馬庫斯部落是屬於泰雅族「馬里光」群，他們是集體共同經營生活方式。就是不分個人收入、所有收入為共同集體所有。而斯馬庫斯部落決議將倒木作為雕刻造景之用與泰雅族習慣吻合。…他們運回倒木並沒有違反部落法律。（問：本案櫸木倒下後經林務局噴漆、蓋鋼印處理後，依部落習慣，這是否列為禁忌不得採取？）部落中沒有這種樹木經國家噴漆不得採取的禁忌。這應該是國家法律禁止。

(2)另據行政院原住民族委員會委託國立台灣大學人類學系進行調查之研究報告中指出：近百年來，泰雅族森林動植物資源的使用觀念沒有太大的變化，在部落公有的領地範圍內，動植物資源由部落成員共享，不屬於任何個人所有，大家均可採用，在泰雅族的慣習上，對於山中資源是採取一種開放的財產態度，採集果實、搬運木料等行為是被允許的。

(3)依上開調查研究報告及專家證人己所述，足徵被告三人依部落決議，在泰雅族馬里光群傳統領域範圍內，將上開櫸木殘餘部分運回部落，以作為部落造景美化景觀之用，係合於上開政府承認原住民族土地及自然資源權利，並尊重原住民族之傳統文化及生活慣俗之立法意旨。

除了「文化抗辯」部分的回應，本判決另外值得一提的是就法律適用與解釋部分。本案最高法院 98 年台上字第 7219 號判決針對森林法第 15 條第 3 項與第 4 項的差異，提出了重要見解，亦即：森林法第十五條第三項所規定「國有林林產物之種類、處分方式與條件、林產物採取、搬運、轉讓、繳費及其他應遵行事項之處分規則，由中央主管機關定之。」乃關於採取「國有林林產物」之一般規定。而同法條第四項所規定「森林位於原住民族傳統領域土地者，原住民族得依其生活慣俗需要，採取森林產物，其採取之區域、種類、時期、無償、有償及其他應遵行事項之管理規則，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。」則係為對於「位於原住民族傳統領域土地，採取森林產物」之特別規定。兩者所規範之範圍，並非同一。

前開最高法院的看法，非常明確，亦即森林法第 15 條第三項所稱之「處分規則」，與第四項所稱之「管理規則」，乃不同的規定，前者有關國有林林產物的採集，是對一般人而言，後者原住民對林產物的採集是針對原住民而言，也就是兩者所要規範的對象並不相同。因此最後無罪判決的判決理由中，就明白表示，被告三人行為，「自不適用或準用《國有林林產物處分規則》，須向管理機關「專案申請」核准之規定；亦不能因上開管理規則尚未訂定即遽認被告三人之行為

[15]臺灣高等法院刑事判決 98 年度上更(一)字第 565 號判決。

應科以森林法之罪責。」[16]換言之，本文一開始提到的《愛玉子案件》中，法官認為原住民採集愛玉子，也必須根據《國有林林產物處分規則》，先向管理機關「專案申請」核准之判決理由，基本上是與最高法院判決牴觸的不當見解。

（二）排灣族阿力力案

《排灣族阿力力案》，是 2011 年 6 月發生於台東之案件。某排灣族原住民被告，為顯露長輩對晚輩的關懷，依習俗伸手觸摸男童「阿力力（睪丸）」，結果此一行為遭檢察官以強制猥褻罪起訴，後來經被害人撤回告訴而判決公訴「不受理」。[17]

本案中，被告的抗辯內容是，雖然坦承有觸摸男童的生殖器，但堅決否認有何強制猥褻犯行，辯稱：我並不是基於猥褻的犯意或是為了滿足自己性慾而去撫摸他，而是在案發當時，因為我身為男童的舅公，男童來找我玩，我為了表示對於晚輩疼愛的意思，才會按照排灣族的習俗，用手去捧著跟輕拍男童的生殖器。

當時男童的祖母於法院審理時也證稱：按照我的經驗，被告摸我孫子的小鳥是因為孫子的父母親都不在了，被告因此更想對我孫子表現出對他的疼愛。我弟弟、妹妹也都很疼他們，常跟他們在那邊玩，何況又不是故意脫掉小孩的褲子來摸。我們有一個原住民的習俗是阿公去摸孫子的小鳥有沒有長大了，來表達之阿公對孫子的疼愛。我想說奇怪這樣的事情怎麼會上法院，我搞不懂，我們是原住民，我們從小也是會這樣子摸自己孩子的小鳥，就只是為了表達疼小孩，我也會摸我孫子的小鳥；被告一向都很疼自己孫子，而且在孫子的父母親還沒有死以前被告就會摸孫子了，並不是在父母都去世之後才會這樣做。

本案發生前的四個月，2011 年 10 月 9 日曾有台東縣排灣族百歲女性人瑞以觸摸部落男性的阿力力之方式來慶生的新聞報導，當時還出現部落男性爭相排隊的盛況，新聞也以此為非常有意義的傳統習俗來做正面的報導，本案發生時間與此新聞僅距離四月有餘，原本排灣族傳統習俗頓時成為犯罪問題。

本案判決之爭議問題，乃排灣族傳統慣習中，長輩以觸摸同族男孩下體阿力力，表達關愛、關懷之意，可否論以刑法第 224 條強制猥褻罪，或性騷擾防制法第 25 條乘機觸摸罪。對於原住民被告以傳統慣習為由主張「文化抗辯」，本案回應的方式頗值得肯認。法院在審判過程中傳喚了多位熟悉排灣族傳統慣習之證人，以調查並確認長輩觸摸男孩生殖器行為，的確是排灣族長久以來的傳統習俗，例如：

臺東縣金峰鄉衛生所主任第一審證稱：「在太麻里溪流域的排灣族群，包括我的部落還有被告所屬的新園部落，小時候都會被長者、長輩叫過去，觸摸我們的性器官，甚至五、六個會輪流去觸摸，他還會親吻，那種親善、關心還有接納的感覺一開始會不習慣，但是一直到我們青春期的時候，回到部落或是有儀式也是會這樣子觸摸，那時候就會覺得很榮耀自己是男的性別。我在台大修過人類學的課，也看過很多文化人類學的書，我覺得這個跟性角色的認定有關，另外一個就是統合感覺的部分，我們自己的肢體系統對於生殖器官他是周圍神經系統，可以透過這種觸摸會有本體的感覺。排灣族對於觸摸生殖器官都是初次見面或是很久沒有見到，基於想念他會輕輕的觸摸你，如果是經常相處在一起，想要表示親密的時候，也隨時會做，如果是自己家裡的人，

[16]臺灣高等法院刑事判決 98 年度上更(一)字第 565 號判決。
[17]臺灣臺東地方法院刑事判決 101 年度侵訴字第 8 號。

這個頻率可能會增加，甚至他會去親吻生殖器官。另外，因為我自己是頭目家族，我印象中這大部分是在公開場合，很多人的時候，只要是部落的長者還有家族的長輩，父輩以上的都可以作這樣子的行為，他會叫小孩子過來，然後就摸，碰一下，不會再捏一下，大概五秒左右。如果小孩不要的話，他會跑掉脫身，摸的人也不會勉強。」

證人杜 OO 也於第一審證稱確實有這樣的習俗：「我在排灣族的部落擔任長老，我們平常在家裡跟孫子們、孩子們同樂的時候，我們很久沒有看到他或是想念他、疼愛他的時候我們就會順便去動他，就是摸了閃過去，不同的長輩可能會有不同方式。平常就是同在一個客廳或是同樂的時候，地點沒有限制，也不會偏向在公開場合裡，只要家屬在都可以，不過有的時候只有一個長輩跟一個晚輩在場，也會去摸晚輩的生殖器。這個長輩必須要是家屬、親戚，外人不行，也沒有年齡的限制，像舅公對自己的孫子也行，這是疼愛他的表示，有時候被摸的人會不好意思，就會掙扎、笑一笑、跑一跑，印象中國小的都可能被摸。」

針對「文化抗辯」之調查後，本案法官進而認為，被告為碰觸行為時，主觀上並無猥褻之犯意，也非出於滿足自己性慾之意圖，故並不符合刑法上「猥褻」之概念，從而無法論以強制猥褻罪之刑責。排灣族長輩觸摸男孩生殖器以表達關愛之情，乃該族長久之傳統，即便行為人不能直接以此「傳統慣習」而阻卻行為之違法性，也應考慮原住民乃根據「傳統慣習」而行為，主觀上根本欠缺強制猥褻罪或性騷擾罪的「不法意識」。故本判決以傳統慣習認為被告欠缺主觀犯意，作有利行為人的解釋，乃肯定本案被告所進行之「文化抗辯」，值得肯認。

（三）頭目紅包賄選案

《頭目紅包賄選案》，是 2005 年發生於屏東縣瑪家鄉之案件。當時身為瑪家鄉鄉長侯選人之被告，在社區建設座談會的場合上，對排灣族 7 名大、小頭目給予 1,000 元，500 元不等之紅包，被檢察官起訴是對有投票權人交付賄賂，因而以投票行賄罪起訴被告。法院最後判決被告無罪。[18]

本案中，被告的抗辯內容主要為，以紅包代替實物致贈排灣族 7 名大、小頭目，乃根據排灣族習俗，在公開場合表達對頭目的尊重及慰問之意，與選舉無關，更無賄選之意。

被告主張，在排灣族的傳統文化中，關於各種公開集會活動慶典場合，為表示對於目頭之尊重，有致贈實物，或以金錢即紅包代之之習俗等情，法院判決中則是進行了一番調查，亦即傳喚熟悉排灣族習俗且當時擔任行政院原住民委員會專任委員子 OO，與證人即國立東華大學民族學院院長王 OO，分別於地方法院及高等法院審理時，出庭作證，確認排灣族確實有相關傳統習俗，因而認定被告致贈大小頭目金錢時並無「行賄」之意思，也未與受賄者達成「約定」投票權應為一定之行使或不行使，且被告是在公開場合，眾目睽睽之下致贈紅包，故應與賄選無涉。

本案涉及的「文化抗辯」，乃排灣族的傳統對頭目的尊敬習俗。一般漢人法官或許並不知道，也無法理解，排灣族並非人人平等之社會，而是依其出生身分上之差異享有不同的地位與權力。主要差異係頭目與平民之間，前者擁有部落土地，保護領導與管理其他平民，平民則向頭目租借土地來耕種，並受頭目保護與領導，且這些階級身分係來自於世襲。因頭目是部落領域內所有資

[18] 參照臺灣屏東地方法院 94 年選訴字 17 號刑事判決。

源之擁有者，是以，平民雖可在頭目許可下使用土地、森林、河流等資源，但需繳交一部農漁或狩獵之所得給頭目作為賦稅或稱為納貢。[19]重要慶典、結婚典禮需殺豬宴客，必須把上等肉交由頭目。[20]

本案中，被告所主張之文化抗辯乃是，給予七位頭目紅包，係基於對排灣族階層制度中對頭目之尊重，係入境隨俗之行為。在排灣族中頭目對於領域內所有資源屬於擁有者，並有權力可以接受納貢，其意義是象徵頭目保護平民得到豐收結果。本案法院在審理時，傳喚兩位專家證人，兩人皆證實「在排灣族的傳統文化中，關於各種公開集會活動慶典場合，為表示對於目頭之尊重，有致贈實物，或以金錢即紅包代之之習俗等情」，此屬一種對於文化抗辯證據的調查，最後原審法院及第二審法院亦採取其證詞，認定本案被告與頭目雙方之間，並非出於行賄及受賄之意思，約定以此紅包作為投票權為一定行使或不行使的不法報酬。法院在此案中之訴訟程序與判決理由，均可視為承認原住民所為之「文化抗辯」。

一、文化抗辯失敗的案件

台灣的法官與檢察官，目前仍以漢人法官或檢察官為絕大多數。過去原住民犯罪事件中，被告進行「文化抗辯」時，法官常常無法認同，或是根本不當一回事。前面舉出的三則判決，算是少數的司法個案，法官對於原住民「文化抗辯」雖不明瞭，但至少還會傳喚熟悉原住民傳統慣習的專家證人，在法庭上作證，以證明原住民「文化抗辯」的內容。然而，許許多多原住民被告主張的「文化抗辯」，卻湮滅在荒煙蔓草之中，法官可能想都不想，就立即以「法律規定」或「法律解釋」如何如何，來否認原住民的抗辯。以下茲舉幾個案件加以說明。

（一）設陷阱獵捕案

《設陷阱獵捕案》，是一個原住民獵殺保育類動物時常見的案件類型，亦即原住民將陷阱設在山豬出沒的地方，但是卻是保育類動物山羌掉進陷阱裡的案件。本案事實約略為：甲、乙、丙均為山地原住民，於民國 97 年 1 月在宜蘭縣大同鄉原住民保留地內，共同設置鋼絲線圈、捕獸夾作為陷阱。數日後，三人再次前往上開原住民保留地，將捕獲之臺灣長鬃山羊 1 隻及山羌 2 隻搬運下山時，被警察查獲。

本案中的原住民抗辯，因為設陷阱的地方，農作物及竹子都被山豬挖，是整片的，所以判斷有山豬出沒，因為該處海拔較低，山羌不會出現在那裡，長鬃山羊則是在峭壁活動，也不會出現在那裡，所以設置陷阱時，並沒有想過會捕獲山羌及長鬃山羊云云。然而，法院仍然判決甲、乙、丙共同犯《野生動物保育法》第 41 條第 1 款、第 3 款之非法獵捕保育類野生動物罪，各處有期徒刑陸月。[21]

本案判決中，原住民抗辯，設置陷阱是設在山豬出沒之處，且是為了捕捉山豬，但卻誤捕保育類動物山羌及山羊。對於此等主張，一般不曾在山裡住過的漢人檢察官或法官，是根本不會相

[19] 譚國昌(2007)，《排灣族》，頁 39 以下，初版，台北：三民。

[20] 吳清生(2011)，《原住民頭目制度淡化對文化保存之衝擊－以東排灣族 Tjaqau 部落為例》，頁 30，國立台東大學公共與文化事務學系碩士論文。

[21] 臺灣宜蘭地方法院 97 年訴字第 160 號判決。

信「山豬有山豬走的路徑，山羌有山羌走的路徑」這種辯詞。因而法院連此等「文化抗辯」的內容都不予以調查，就直接駁斥，「既然山豬肆虐，損壞農作物嚴重，何以設置陷阱長達 10 日，不僅未捕得山豬，反而捕獲臺灣長鬃山羊 1 隻及山羌 2 隻，又依捕獲山羌之數量可知，被告等人設置陷阱之地點應係適宜山羌棲息、出沒之處所」。因此認定，被告對於獵捕山豬以外之「保育類野生動物」有預見，且事後攜帶下山並無違其等之本意來認定原住民被告有刑法第 13 條之未必故意。

其實，本案原住民抗辯的內容常常出現在法庭中，亦即原住民主張，設置陷阱的位置是根據山豬的路徑而設，或是設在山豬出沒範圍。然而，只要掉入陷阱的不是山豬而是其他保育類動物，法院便會認為原住民具有「未必故意」。此類判決就是典型的「原、漢衝突」判決，漢人以自己的無知凌駕原住民的智慧之上。漢人檢察官與漢人法官均沒有在山林裡打獵的經驗，因此對於原住民被告此類抗辯，幾乎均以漢人思維加以判決，亦即不相信「山豬有山豬走的路」此類說法，甚至還會要求原住民設陷阱時，「應盡注意義務」防止保育類動物如山羌掉入陷阱。

（二）誤殺山羌案

《誤殺山羌案》，乃發生於民國 97 年 3 月間。兩名排灣族平地原住民甲、乙，由甲開車載乙前往台東縣山區打獵。結果誤殺保育類動物山羌。檢察官起訴書記載，甲、乙明知上開山區內常有保育類動物山羌出沒，本可預見在該山區內持槍獵捕野生動物，如未確認獵物之種類，即恣意對之開槍射擊，有可能射傷甚或擊斃保育類野生動物，但仍在不違背二人之本意下，共同基於非法獵捕保育類野生動物未必故意之犯意聯絡，由甲使用上述土造獵槍射擊獵捕保育類野生動物山羌 1 隻，因而觸犯《野生動物保育法》第 41 條第 1 項第 1 款，判決甲有期徒刑 8 月，乙處有期徒刑 7 月。

本案判決理由略為，「被告甲、乙本可預見在前揭山區內持槍獵捕野生動物，如未確認獵物之種類，即恣意對之開槍射擊，有可能射傷擊斃保育類野生動物，竟仍開槍射擊物種不明之野生動物，因而獵得前開山羌，被告二人主觀上皆已具有該行為果真發生構成要件所預定之結果，亦在所不惜，聽任結果發生之內心情狀，足認其均有非法獵捕保育類野生動物不確定故意之犯意甚明。[22]

對於原住民「誤殺」保育類動物之行為，不管是射擊時誤射，或是設陷阱時，保育類動物掉入陷阱，在司法審判中，法官只要看見獵物屬「保育類動物」，多半直接認定原住民狩獵行為違反野生動物保育法，而不去深究「誤殺」或「動物誤入陷阱」的辯詞是否有理。對於被告主觀上有無獵殺保育類動的故意，均會做出類似本案判決一樣的推論，亦即，在山區內持槍獵捕野生動物，如未確認獵物之種類，即恣意對之開槍射擊，有可能射傷擊斃保育類野生動物，竟仍開槍射擊物種不明之野生動物，因而獵得前開山羌，主觀上皆已具有該行為果真發生構成要件所預定之結果，亦在所不惜，聽任結果發生之「不確定故意」。

此等對射殺保育類動物的推論，基本上，就是一個不從事狩獵活動，也不瞭解狩獵知識技術的「漢人法官」之典型觀點，認為保育類動物的保護，應遠遠凌駕於原住民狩獵傳統文化的思維邏輯。此外，法官也常認為，「設陷阱」或「夜間朝著動物發亮的眼睛射殺」之前，應該再三確

[22] 臺灣台東地方法院 97 年訴字第 148 號判決

認或謹慎小心，以避免所獵殺之動物為保育類動物。惟此等要求未確認獵物之種類前不得獵殺捕捉之規範命令，是否現實上得以實踐？如果法官認為在「夜間」狩獵開槍之前，原住民獵人應確認再三，該動物是否為保育類動物還是一般野生動物，則是否應明確指出是否真的有此等狩獵法則與確認方式？如果法官不知道有何方式可以確認，是否應該請熟悉狩獵的原住民專家到法庭加以說明，是否有何夜間可辨識動物物種的方式，以防誤射？

原住民持獵槍進行狩獵活動，多如本案一樣，是在夜間進行。通常在夜間狩獵時，只要看見動物眼睛發光，就會朝動物射擊，此乃原住民狩獵的方式。然而根據目前的野生動物保育法之規定，如果射中之動物為一般野生動物，固屬不罰行為，如為保育類動物，則仍屬犯罪行為。惟從刑法理論來看，不知道所獵殺之動物屬保育類動物，乃是行為人對於犯罪構成要件的「客體」認識錯誤，此屬「構成要件錯誤」，應阻卻故意的成立。換言之，必須行為人認識到其所射殺的動物為保育類動物且有意為之，如此才算有犯罪故意。然而目前相關判決均不將此等誤殺保育類動物行為，解釋為「構成要件錯誤」，而一概認為行為人有獵殺保育類動物未必故意，顯然就是以漢人想法進行法律推論，不顧原住民「文化抗辯」的見解。故本文認為，此類誤殺案件，均應以構成要要件錯誤為由，認定原住民被告主觀上欠缺獵殺保育類動物之故意，判決被告無罪，始較妥適。

（三）蘆藤捕魚案

《蘆藤捕魚案》，發生於民國 89 年 10 月，布農族原住民被告被檢察官起訴，控訴被告明知採捕水產動植物，不得使用麻醉物方式採捕，竟將預先在山上採集具有麻醉成分之蘆藤搗碎後，投入高雄縣桃源鄉溪中，使魚類因遭蘆藤所含物質麻醉後浮出水面而撈捕之，以此方式共捕得固魚（俗名「苦花」）37 台斤，違犯《漁業法》第 48 條第 1 項第 3 款之使用麻醉物捕魚罪。檢察官將被告起訴後，遭法院判決違反《漁業法》，處拘役肆拾日，如易科罰金，以參佰元折算壹日。[23]

本案中，被告所進行的抗辯為：以蘆藤捕魚為原住民之生活習慣，魚類雖經中毒浮出水面，但過一下子就會活過來，不致於影響生態。審判中，法院為了瞭解布農族原住民是否依該族習慣，有以蘆藤捕魚之習俗，因而傳喚證人乙（亦為布農族人）到庭結證：「（問：布農族人捕魚之習慣為何？）我們是將蘆藤以石頭搗一搗後放在溪中然後魚就會浮出水面」、「（問：這是布農族之捕魚習慣？）是，我們不釣魚的」。

然而法院即便進行了「文化抗辯」之調查，訊問證人後確認布農族原住民的確有以蘆藤捕魚的習俗。然而最後仍然敵不過《漁業法》之規定，認為《漁業法》既明訂採捕水產動植物不得使用麻醉物，且客觀上尚有其他合法採捕方式（如釣捕方式）可供使用，縱認被告所屬部落原有以蘆藤採捕之習俗，亦不能據以阻卻其違法性。

對原住民而言，狩獵與採集森林產物固屬原住民傳統生活方式，然而捕魚行為，也一直是原住民傳統生活方式之一。甚至可以說，捕魚行為應屬廣義的原住民「狩獵權」之範疇。[24]以鄒族為例，其傳統領域即在濁水溪與荖濃溪上游，和江河流域緊密聯繫，河川之水與其孕育之動植物

[23] 臺灣高雄地方法院 89 年訴字第 2490 號判決。

[24] 鄭川如，由生存權、文化權而來的狩獵權—從美國最高法院判決談台灣原住民的狩獵權、魚權，台灣原住民族研究學報第 2 卷第 1 期（2012/春季號），第 102 頁以下。

對鄒族社會提供重要經濟維生基礎，無論有形技能與知識，無形之宗教信仰儀式與宇宙觀都與之相生相息，故有學者稱為鄒族之河川文化。從其氏族對於河流分配、捕撈技術與河川一事都可以顯現鄒族對於河川有「公共性」之觀念。[25]

蘆藤毒昏魚的撈捕技術，此藤類毒性弱，魚類受毒昏迷通常一段時間後就會恢復，惟因毒藤汁是順水流而下，對於下流流域之魚群生態也會有所影響，故毒魚之前須告知下游魚場氏族擁有者，因而甚至有「共同毒魚」之習俗，魚獲亦是共同從事毒魚活動者共同分配，此亦為公共性之展現。[26]

用蘆藤毒昏魚之捕捉技術雖與釣魚或以草束撈魚之技術相比，固然侵害水流域面積較為廣大，但蘆藤的毒性弱，有害性低， 不僅不會導致魚群死亡，該等被蘆藤毒暈的魚亦仍可食用，因此原住民才會以此方式捕魚以供食用。

從立法論來看，「野生動物保育法」第 20 條之 1 第 1 項已針對原住民狩獵方式作了放寬的規定，亦即原住民使用獵槍、使用陷阱、獸鋏或特殊獵捕工具等方法獵捕非保育類野生動物，屬除外不罰之行為。對於原住民的捕魚權，在「漁業法」卻沒有類似規定，實屬立法漏洞。不過，民國 101 年 6 月 6 日所發布施行「原住民基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」，其中就原住民各族群於特定祭儀使用蘆藤（魚藤）捕溪魚、溪蝦有附表規定，申請人僅需於獵捕活動開始前一定期間項主管行政機關其出申請，取得許可即得以蘆藤捕魚。此以管理辦法某程度補足了「漁業法」的立法漏洞。

本案從尊重原住民傳統捕魚權的觀點來看，應允許原住民行使「文化抗辯」，即便「漁業法」沒有類似野生動物保育法第 20 之 1 條除外不罰之規定，也應該為有利於原住民被告的類推適用，亦即類推適用野生動物保育法第 20 之 1 條之規定，判決被告無罪，以真正落實維護原住民傳統文化之目的。

肆、文化抗辯的棘手案件─採伐珍貴樹木《七里香案》

近年來，法院設置原住民專業法庭之後，已有許多案件，法院是認同原住民被告的「文化抗辯」。然而在原住民提起「文化抗辯」時，有一類棘手案件，是目前法院緊抓在手中不放，且不認同原住民「文化抗辯」的案件，亦即盜伐珍貴樹木的案件。此類案件中，尤其以下面所述之《七里香案》判決[27]，最為重要。

本案案情如下：甲為排灣族，以每人每日工資新台幣 2000 元，僱用不知情之乙、丙、丁，以架設鋼索，使用鋼索剪刀、鐮刀、鋤頭、馬達、備用鋼索、工具箱、鋼索滑輪五個及起重鏈等工具，挖掘砍伐坐落在屏東縣春日鄉○○段八七地號國有土地（非保安林地，下稱系爭土地）上之七里香二株（一株約 400 年，另一株約 450 年樹齡）。盜伐完成後，由甲將其中一株七里香載運至經營之民宿庭院內栽種；另一株七里香則載運至芒果園栽種內，後來經警查獲。

本案中，原住民的抗辯內容為，自己具有當地原住民身分，依原住民族基本法之規定，得於

[25] 浦忠勇，河川公共性的轉化：曾文溪上游治理的人文反思，台灣原住民研究論叢，第 12 期，頁 96-99。

[26]浦忠勇，同前揭註，頁 100-105。頁 105 對毒魚祭儀式有說明：「鄒族傳統行毒魚當天清晨，參與毒魚的族人行此儀式，長老以酒祭祀土地神，另一長老裸身躍入河中游泳，並以仰泳模擬魚類被毒後翻身模樣，其他人在排列河岸做撈魚動作。行此儀式後，毒魚活動正式開始。」

[27]最高法院 99 年度台上字第 6852 號

原住民族地區採集野生植物自用，並有於原住民族土地上分享土地開發及資源利用之權利。因此採伐該區內屬於原住民族傳統領域上兩棵七里香以供自用，非法所不許。然而，法院判決審理後，仍然判處甲犯森林法第 52 條第 1 項第 6 款之竊取森林主產物罪，處有期徒刑壹年肆月，併科罰金新臺幣壹佰柒拾肆萬元，罰金如易服勞役，以罰金總額與壹年之日數比例折算。判決理由不採被告採挖樹木以自用的「文化抗辯」，認為：「甲固具有山地原住民族身分（屬排灣族），且系爭七里香坐落之屏東縣春日鄉係屬原住民地區，亦有前揭行政院函可憑，此部分固無疑義。惟甲國有林地內，挖掘系爭七里香，係為種植於其所經營之民宿庭院內，美化環境，增加民宿生意，既未依法定方式為之，亦不符原住民族生活慣俗需要或傳統文化、祭儀、自用之目的，擅自僱工在國有土地（原住民族傳統領域土地）挖掘竊取森林主產物，依森林法第五十二條第一項第六款規定論罪科刑，經核於法並無不合。」

此外，本案最高法院 99 年度台上字第 6852 號判決還提出了一項法律適用上的重要見解，亦即：

1、原住民族基本法性質上為普通法、廣義法，森林法為特別法、狹義法，依特別法、狹義法優先於普通法、廣義法之原則，應優先適用森林法。

2、原住民族基本法第 19 條第一項規定：「原住民得在原住民族地區『依法』從事下列非營利行為：……二、採集野生植物及菌類。……前項各款，以傳統文化、祭儀或自用為限」，顯見原住民族於傳統領域內採取森林產物、野生植物及菌類，除須具有原住民族身分，並符合傳統文化、祭儀、自用等目的及非營利行為之外，尚應依法定方式辦理，為上開條文之當然解釋，非謂原住民在原住民族地區採集野生植物，全然不受法律之規範。

本案件最高法院見解，近年來成為原住民採集森林產物爭議問題的重要指標性判決。本案被告竊取國有林內之珍貴樹木七里香兩株，一株樹齡約為 400 年，另一株為 450 年。即便被告與辯護人主張，被告為原住民，可根據森林法第 15 條第 4 項規定採集森林產物，然而最高法院仍認為，根據原住民族基本法第 19 條第 1 項規定，原住民必須在原住民族地區「依法」從事下列「非營利」之採集野生植物及菌類行為。此外，必須以傳統文化、祭儀或自用為限。但將七里香種植於自己經營之民宿院子，以美化環境，並不符合原住民生活慣習，也非出於傳統文化、祭儀或自用之目的。

前開由最高法院發展出來的原則，對於「原住民族基本法」的法律位階，已有所貶抑，暗示原住民不能僅根據「原住民族基本法」主張合法採集森林產物之法源依據，仍必須受到森林法之拘束。故原住民必須「依法」採集，而非毫無限制。惟目前主管機關尚未根據森林法而制定出相關子法，以供原住民遵循，此等見解，等同於變相否認原住民完全採集森林產物，因為原住民根本沒有可能「依法」採集。

本文認為，原住民族基本法應該承認具有指導法律解釋與法律適用之位階，而非受到森林法之排擠。至於「依法」採集森林產物，如尚未制定出詳細法律規定或管理辦法，應允許原住民依「法理」而採，所謂法理，則可溯及憲法保障原住民族多元文化的憲法價值來解釋。然而本案被告所採集之七里香，樹齡分別為 400 年與 450 年，屬珍貴樹木。保護珍貴樹木，目前不僅是原住民也是漢人所一致遵守的價值，因此即便本文不贊同案判決將原住民族基本法的法律位階如此貶抑，但從利益衡量觀點來看，盜採珍貴樹木而作為美化民宿之用，仍應認為不符合原住民生活慣

習，也非出於傳統文化、祭儀或自用之目的。

關於原住民採集森林產物的適法性問題，本文希望主管機關應盡速針對森林法第 15 條第 4 項之母法，制定相關管理規則，且除了本於原住民族文化慣習之尊重外，應就採集之採集地區、期間、植物種類等，制定相關管理規則。就森林「副產物」，例如愛玉子、山蘇、蕨類、箭竹筍等植物的採集管理，應以「原則允許，例外禁止」的方式規範，此等森林副產品即便具有經濟價值，原則上仍應尊重原住民傳統採集文化，允許原住民本於靠山吃山的傳統而採集。例外禁止採集的森林副產物，則應以特殊、珍稀、保育必要性之物種者為限，例如牛樟芝。對於森林「主產物」之樹木，則是反過來，應採「原則禁止，例外允許」方式進行規範。所謂例外允許，應以事先經過核准，法令允許採集（如風倒木、漂流木），，原住民族部落會議決定，或保育價值較低者，始可以砍罰或採集。至於是珍稀樹種，例如千年神木，或是樹齡百年的七里香、檜木、扁柏等樹木，仍應屬禁止砍伐之森林產物。

部落賠罪習俗與性侵法制之啟動

—從修復式正義觀點出發

廖文忠

台灣屏東地方法院少年家事庭法官兼庭長

摘要

原住民部落裡，少年小志因受色情影片之影響，強制性侵同部落小二女生英花，經學校發現通報後，小志被移送法院審理，英花則被緊急安置於寄養家庭，家人幾無法會面。學校保密通報之做法，引起部落族人的強烈抗議，揚言讓學生集體轉學，學校當局深感不解。在傳統部落裡，性侵事件之當事人及其家族，是可以透過頭目長老們仲裁調解方式，以賠罪儀式修復雙方關係，一方面加害人真誠道歉及賠償物品，並且接受族人監督約束。另一方面則經由當事者的對話，被害人接受對方之歉意與賠償，原諒對方行為，以撫平被害人之創傷。讓雙方及早復原破壞關係，並且再次融入部落生活，這一種懲罰踰距行為的特殊文化習俗，竟然與修復式正義之做法及精神不謀而合。反觀，現行法制固然有社工員、心理輔導專家的介入輔導，並採取安置措施。然而當事者雙方不一定需要調解，大多無對話機會，加害人能否真心悔改，被害人能否澈底諒解對方，要非所問。只是，傳統部落賠罪習俗終非現行法制下的規範，保密通報復阻礙賠罪儀式之啟動，如何使二者融合，必須依據兒童及少年福利與權益保障法所揭櫫，最佳利益原則、優先保護原則、與社區處遇原則等理論，在啟動現行法制之同時，也通知部落調解委員會安排賠罪儀式，既能開展少年事件處理程序，也能踐行修復式正義，並且藉由運用不同的傳統習俗，更有助於矯正少年偏差行為。

壹、案情摘要

原住民少年小志之非行事實摘要：

小志生長於某原住民部落，父母離異後，各自在平地工作，將小志交由居住部落之祖母扶養，小志在國小五年級時，經常與同學在家中觀看色情影片，對性充滿好奇，某日見同部落之英花（小二）、美花（小三），年幼無知，以邀請至家中觀看影片為由，先後強制性侵二人多次。某日學校老師發現被害人行止有異，於晤談確認後，依法通報社會處，嗣經少年隊製作筆錄後，將小志移送少年法庭審理，不久，轉學他校。被害人英花因家庭功能不彰，隨即被社會處緊急安置於寄養家庭。小志經過少年法庭調查審理結果，裁定保護管束，並於執行保護管束中要求小志參加性侵加害人小團體接受專業輔導，期間表現良好。

貳、現有性侵法制快速秘密

依性侵害犯罪防治法第 12 條規定：「因職務或業務知悉或持有性侵害被害人姓名、出生年月日、住居所及其他足資識別其身分之資料者，除法律另有規定外，應予保密。」 準此，任何接觸本案件之人員，不論是教育人員、警察人員、社工人員、醫事人員、司法人員等，因業務上或職務上知悉或持有被害人性侵相關資料，均負有保密之義務，不得無故洩漏結與業務或職務不相關之第三人。否則，一旦違反保密義務，將涉有洩密罪刑責之問題。

本案被害人英花在學校與老師談話時，發現被害人言行有異常，經追問後，乃透露曾被性侵事實，學校立即召開性別平等委員會調查屬實，過程皆嚴予保密，接著並啟動性侵害犯罪防治法之機制，依法通報地方主管機關即屏東縣政府社會處，經派社工員訪談相關同學有關性侵案情，並通知婦幼隊製作筆錄，確認加害人與被害人之後，再由少年隊將少年小志移送法院處理。整個處理過程既快速，也非常秘密，部落族人於第一時間無人知悉小孩子之間發生性侵事件，遑論安排賠罪道歉之餘地。

參、部落家長抗議，長老遺憾

一、部落的疑惑

在部落中， 雖然沒有一個常設性質的司法機構，遇有任何紛爭，大部分的案件多是交由頭目來裁決，較少採納他人的意見。若是遇到 一些較為重大的案件時，則會由幾個代表性的家族到頭目家中會商之後才判決。（註一）

依據上開部落傳統習俗，只要是部落裡發生的任何事情，都是透過頭目裁決或長老等介入協議，以解決兩造間的紛爭，化解雙方家族間的衝突。本件少年小志性侵事件，明明是部落裡孩子之間的事，何以自己部落的人，部落的機制不能介入處理？只能任憑學校及政府機關處理而已嗎？

二、家長及長老們的不滿

啟動性侵法制之通報、安置、及移送後，便已切斷加害人與被害人家族間之對話機會，部落傳統的賠罪習俗，只能擺在一旁。加害者與被害者間關係無從修復，還造成部落家族間的對立和不諒解。現有的少年法定保護程序，全然忽視部落原有的裁決機制與傳統賠罪習俗。在未知會與尊重部落長老意見之情形下，將犯錯的小孩直按移送法院，引起加害人家族的不滿。另外，將受害人直接強制安置於寄養家庭，導致家屬無法會面的做法，被害家族更無法理解與接受，長老們並揚言，要部落裡所有的孩子轉學，引起學校當局的震驚。

肆、學校的困惑與失望

依據性侵害防治法第八條規定：「醫事人員、社工人員、教育人員、保育人員、警察人員、勞政人員、移民業務人員，於執行職務時知有疑似性侵害犯罪情事者，應立即向當地直轄市、縣（市）主管機關通報，至遲不得逾二十四小時，通報之方式及內容，由中央主管機關定之。」學校主管身為教育人員，又發現性侵害犯罪情事，依照上開規定，即負有通報之義務。學校主管表示一切皆依法定程序於第一時間內通報，至於被害之小孩是否被安置，乃社會處訪視後所做的決定，學校並無參與決策之機會。至於小志是否應該被移送於少年法庭，學校也無權做決定。因此，對於部落家長們對學校做法的抗議與不能諒解，學校主管真的非常的困惑。平日與家長們互動良好，對學生們的辛苦付出與努力教學，竟得不到家長的認同，深深地感到失望與無奈。

伍、漢原文化的衝突

學校主管來自平地之漢人，第一次處理原住民部落內兒童性侵害事件，依照自己的專業素養，直接訴諸法律規定。對於部落內傳統習俗的做法如何，頭目及長老們會如何處理，亦即對於原住民處理機制與文化，全然無知。因此只能依據現有之法制程序處理。其結果是，原住民部落之族人固為不能諒解學校的處理方式，而抵制學校而召開之家長會，就連校內原住民同仁也不支持主管的做法。漢人學校主管第一次真實地感受到不同族群的文化衝突，已經在本次事件中，如此強烈地呈現出來。

陸、部落的賠罪習俗

一、組成部落調解委員會

部落內如有人做了踰距行為，或有紛爭發生，輕微的案件，由頭目裁決即可，如有重大事件發生，通常會由頭目、村長、社區理事長、牧師及由部落選出之長老代表，共同組成調解委員會主持仲裁或調解，由被害人請求調解委員會安排仲裁調解解決之。

二、賠罪儀式

一旦性侵事件經調解委員會仲裁調解成立，加害人家族必需帶領加害人到被害人之家裡進行道歉和交付依調解應予賠償之物品。由長老主持賠罪儀式，不僅加害人認錯賠償，而是整個加害人家族表示道歉賠罪。被害人家族則必需接受道歉及賠償物品，雙方握手言和後，所有之傷害及過錯均一筆勾銷。長老也要求加害人不可再犯錯，同時也要求被害人要盡棄前嫌，雙方以後要和平相處。

三、賠償方式

部落內發生踰距行為，如果為性侵害（強姦）行為，原則上依結婚聘禮應給之物品種類及數量，以賠償對方。至於種類多少，數量多寡，則依被害人是平民或貴族或頭目的身分而有不同。

通常賠償物品之種類有：年糕、酒、小米、豬肉、陶壺、琉璃珠項鍊、老鷹羽毛、花圈、勞役活動等。（註二）

柒、修復式正義的意涵

修復式正義（Restorative Justice。或譯：**修復式司法**）基於「和平創建」（peace-making）的思維，主張處理犯罪事件不應只從法律觀點，而是也應從「社會衝突」、「人際關係間的衝突」觀點來解決犯罪事件。強調「社會關係」的修復，亦即，當事者的權利、尊嚴應得到滿足，個人、團體與社區已損壞的關係亦得到應有的修復。換言之，社會復歸不只加害人，連同被害者及社區

均需復歸的刑事政策理念－－在國家制度保障下，透過任一方都不吃虧的程序，讓各方當事人早日回歸正常生活。（註三） 換言之，修復式正義（RESTORATIVE JUSTICE 或稱修復式司法）是對於因犯罪行為受到最直接影響的人們，即加害人、被害人、他們的家屬、甚至社區的成員或代表，提供各式各樣對話與解決問題的機會，讓加害人認知其犯行的影響，而出於自願負起責任，以及努力去修復被害人等情感創傷及填補實質損害。相對於以刑罰為中心的現行刑事司法制度，修復式司法關注的重點不在懲罰或報復，而是國家如何在犯罪發生之後，療癒創傷、恢復平靜、復原破壞等關係，並賦予「司法」一種新的意涵，即在尋求真相、尊重、撫慰、負責與復原。（註四）

捌、修復式正義的起源

大約自 1970 年代中葉開始，一些司法人員和被害者團體開始注意到被害人於傳統的刑事訴訟中不被重視的境況，只是個被傳喚來作證的證人。為了促使被害人及其家屬的傷痛被國家重視，為了讓犯人認識他造成怎樣的傷害，給犯人道歉或彌補的機會，所以在加拿大、紐西蘭等地開始仿傚當地原住民的風俗，試行**修復式正義**。

第一個個案 1974 年出現在加拿大的安大略省，是兩名少年犯的案件。一位與當地原住民熟絡的少年觀護人覺得印地安人的習俗值得效法，於是他請求法官在判決之前給他一些時間，讓他去調解被告與被害人的關係，讓被害人有機會向被告陳述他受到什麼樣的傷害，希望對案件怎樣處理。出乎意料的是，被害人們大多表示希望由這兩位少年做出彌補，而不要判刑關他們。被告因此有機會在瞭解自己造成的損害之後對被害人道歉，並執行雙方同意的彌補方案。這個試驗性的做法，很快變成加拿大的「被害人－犯人－調解計畫」（英語：Victim-Offender Reconciliation Programs (VORPs)；德語：Opfer-Täter-Ausgleich (OTA) 。（註五）

玖、現行性侵法制與修復式正義

一、被害人被緊急安置於寄養家庭，與家人、社區隔離。

從本件性侵事件被發現後，被害人因家庭因素立即被安置於寄養家庭，並轉學於他校，甚至家人都無法隨時會面探視，遑論與加害人有何接觸機會，更不可能面對面的對話。

二、依保密規定，被害人與加害人家屬於移送前，不知有侵害情事。

依據性侵害犯罪防治法第 8 條：「醫事人員、社工人員、教育人員、保育人員、警察人員、勞政人員、移民業務人員，於執行職務時知有疑似性侵害犯罪情事者，應立即向當地直轄市、縣（市）主管機關通報，至遲不得逾二十四小時。通報之方式及內容，由中央主管機關定之。前項通報內容、通報人之姓名、住居所及其他足資識別其身分之資訊 ，除 法律另有規定外，應予保密。」本條保密規定，也令加害人與被害人家屬無從知悉本件性侵害內容與事實，而導致被害人與加害人家屬對學校的不諒解，已如前述。

三、法庭審理性侵案件，通常採取隔離訊問方式。

性侵害防治法第 16 條：「被害人之訊問或詰問，得依聲請或依職權在法庭外為之，或利用聲音、影像傳送之科技設備或其他適當隔離措施，將被害人與被告或法官隔離。被害人經傳喚到庭作證時，如因心智障礙或身心創傷，認當庭詰問有致其不能自由陳述或完全陳述之虞者，法官、軍事審判官應採取前項隔離詰問之措施。」法官為保護被害人，避免二度傷害，通常採取隔離訊問之方式，進行調查或審理。尤其本件被害人是兒童，又是強制性侵案件，理應如此。

四、少年法庭所為之處分在於矯正少年之偏差行為

少年法庭裁定之保護處分，係針對加害少年之偏差行為，應如何輔導其行為，或矯正其性格，或改變其環境而為考量。至於被害人與加害人應否改善修復其關係，或加害人應否向被害人道歉

賠償，或改善修復社區關係，並非法官審理之重點。

拾、賠罪習俗與修復式正義

一、原民部落的裁判機制---部落人解決部落事。

在以前的部落中，並沒有一常設性質的司法機構，大部份的案件多是由頭目來裁決，較少採納他人的意見。若是遇到一些較重大的案件時，則會由幾個代表性的家族到頭目家中會商之後才裁決。這些代表性的家族有：受害者的家人、犯罪者的家人、部落中被公認為公平行事者、以及頭目的家人。（註六）本件為強制性侵案件，應屬較重大之案件，依據少年生長之部落，本應由部落調解委員會進行仲裁調解，已如前述。它的組成成員皆來自兩造家屬、部落領袖、公正人士，所有參與者均是相互熟悉之社區人士，所做出之任何裁決必然符合部落之傳統習俗，有助於復原已破裂的關係。

二、賠罪習俗所採之方式---對話與賠償。

加害人家族、被害人家族、頭目家族、及其他部落公正人士的參與裁決，提供各式各樣的對話與解決問題的機會，讓加害人認知其犯行的影響，而出於自願道歉與負起責任，以及努力去修復被害人等情感創傷及填補實質損害。而被害人及其家屬也在對話中表達他們的傷痛，並願意接受對方的賠罪，進而原諒加害人勾銷所有的仇恨。因此，藉由加害人與被害人的參與，去修補已遭破壞的關係，以及決定未來的關係。

三、賠罪後的制約---部落強力監督

加害人於賠罪之後，能否履行調解之內容，能否不再犯錯？原住民社區因受地形影響，自成較為封閉之族群團體，又有特殊語言文化的共通性，族群認同性非常強烈。（註七）由於兩造及調解委員會之成員均為部落裡的人，彼此認識而且熟悉，人和人之間自然形成一股約束力量，加害人的一舉一動，必需接受部落所有人的監督，加害人在這種環境之下，無形之中，難有再犯之機會。

四、國內學者認同賠罪習俗是踐行修復式正義之方式

綜上所述，部落賠罪之習俗，其仲裁或調解者，本身即是部落社區裡之意見領袖，或公正人士，或家族代表，有著非常明顯的特定社區意識，在此一情形下，彼此間擁有同質性極高的生活文化。在此一前提下，和解過程中的對話元素與賠償內容，易於表達與理解，道歉與諒解可接受度自然較高，復原加害人與被害人破壞關係或社區關係，就更為可能了。加上居住生活於同一封閉性社區，部落情感的緊密度比一般平地人相對較高，一旦仲裁調解成立以後，雙方立即受到眾人約束，對加害人約束的力量尤為強大。因此，國內有學者研究發現，台灣的原住民社會中以祖靈概念，尊重耆老之和解機制，也是一種修復式司法。（註八）

拾壹、在現行法制下如何踐行賠罪習俗—結論

一、保密通報規定與賠罪習俗的衝突

學校教育人員礙於保密通報之規定，不能洩漏相件性侵害案件之內容，造成部落頭目或長老會議不能於第一時間取得相關信息，等到案件通報並移送法院之後，被害人與加害人雙方家族之間，又因加害人與被害人之隔離，讓性侵事實真相難以釐清，最後結果竟是無從對話之困境，以致賠罪儀式也無法進行。

就學校之立場而言，依性侵事件規定流程處理，遵守法律保密與通報規定，本無可議之處。然而，就部落而言，整個事件讓族人相當的錯愕與不解，畢竟發生於部落孩子間的事，竟不能由部落人

自行解決，學校啟動現行法制之結果，完全排除了傳統賠罪儀式，令加害者與被害者家族間仍心存芥蒂，彼此傷痕關係並沒有得到復原，這造成了部落對學校有諸多的不滿與指責。

學校只有想到依法保密與通報的程序，一切完全依法律規定快速地辦理。部落長老則希望部落紛爭由部落依習俗解決即可，根本不必也不需要上法庭去處理。這是雙方處理性侵事件，有截然不同的立場，也是文化衝突的癥結所在。

二、賠罪習俗符合兒少最佳利益原則

本件性侵少年與被害人家族皆屬同族之原住民族群，擁有共同的生活環境與文化關係，並且有著相同的社會價值觀，況且他們之間尚保存著傳統的賠罪儀式，倘若由部落調解委員進行仲裁或調解，對於少年與被害人、被害人家族、及部落社區的關係修復，必然具有優勢的效果。較之現行法制採取隔離、割裂的處理方式，只讓被害人在訴訟上擔任指證角色，以及毫無對話與關係修復的概念，顯然更有助於矯正少年之偏差行為。因此，對於加害少年而言，採用賠罪儀式反而比現行司法體制更能達到處遇的效果。基於兒少最佳利益原則，法院應允許或主動啟動部落的調解委員會，安排賠罪儀式，以修復式正義的精神，協助少年回歸部落生活，並撫平被害人的創傷。

三、賠罪習俗符合兒少保護優先與社區處遇原則

少年司法政策以保護兒少為優先考量，因此對兒少之偏差行為盡可能予以除刑化，也就是以保護優先代替刑事處罰，目的在於避免少年過早進入監獄，日後延長在監獄的時間。此有別於刑事司法程序之特有程序，既為「保護」則更有運用修復式正義以修復加害少年、被害人、社區關係之迫切必要。（註九）加害人、被害人來自同一族群，又生長於同一社區，更因為原住民社群互動的緊密性，透由賠罪儀式行為，一方面更加落實保護優先原則。另外，由於賠罪全或是部落公開的儀式，在公眾之下進行和解道歉儀式，讓原本在社區成長的孩子，不論是加害人或被害人，藉由社區人士的協助，復原所有的自他關係，重新回歸社區生活。由於部落社區具有親族綿密的約束力，並且擁有封閉性地域的向心力，與特有的族群認同感，在在都可以強化監督少年的處遇效果。

四、部落賠罪習俗與現代法制的融合可能性

在現行性侵司法體制下，如何讓部落踐行具有修復式正義的賠罪儀式？首先，所有處理性侵害事件流程之相關人員，包括教育人員、社工人員、警察人員、檢察官、觀護人、法官等法定處理人員，都應該熟悉原住民部落的賠罪習俗與文化，並認同它具有修復式正義的內涵與功能，願意讓部落啟動調解委員會。其次，當兒少性侵案件發生時，發現加害人與被害人同屬原住民族群時，在通報並移送少年法庭後，法官可以基於兒少最佳利益原則與修復式正義的需要性，暫緩調查及審理程序，命調查官在取得加害人與被害人家長同意，經確認被害人亦無安置之急迫性，評估加害人與被害人均適於對話之情形下，積極協調少年所屬部落啟動調解委員會進行調查仲裁，並展開賠罪儀式。此時有如少年調查程序中之緊急輔導，亦即以原住民特殊文化之需保護性，取代現行法制對加害人之責付、收容，並且通知社會處暫緩對被害人採取緊急安置之措施，以方便雙方家族接受調解。

此外，履行保密通報義務與賠罪儀式之最佳利益，何者優先？

從法規範上來看，似乎保密通報係屬法定優先義務，實則不然。依兒童及少年福利與權益保障法第五條第一項：「政府及公私立機構、團體處理兒童及少年相關事務時，應以兒童及少年之最佳利益為優先考量，並依其心智成熟程度權衡其意見；有關其保護及救助，並應優先處理。」第二項規定：「兒童及少年之權益受到不法侵害時，政府應予適當之協助及保護。」從學校、社會處、警察機關皆為政府所屬機關之一，法院亦然。本條所揭櫫「兒少最佳利益原則」是處理兒少事務之最高指導原則。準此，學校人員保密通報義務亦不例外，倘若某一個案之保密通報，顯然會發生不利於少年之結果，政府機關為避免此種不利結果之發生，應該採取其他更有利於少年之適當方式為之，否則該項處理方法，便已違反兒少最佳利益原則。在本案少年性侵案件之當事人同屬

原住民族群，本具啟動傳統習俗的賠罪儀式之必要性，對當事者又是最佳的選擇。在諸多有利於兒少當事者之條件下，倘能在通報社會處的同時，亦選擇通知特定部落頭目或意見領袖等適當人士，以便發動賠罪儀式，似乎是最佳的處理方式。

從心理層面來看，本件少年性侵案件所引發原住民部落人士的集體抗議，是來自部落傳統文化長期遭到蔑視和踐踏，所累積的憤怒，也是對漢族多數統治，採取強勢文化的同化政策，所產生的不滿和無奈。倘若在司法體制上，依據上開規定與原則，由少年法庭正式地承認並接受傳統賠罪習俗之修復機制，並且政府各機關處理人員均能虛心尊重，與運用它的優勢效果，自然能喚起原住民族群之自信心與自尊心，當恢復部落紛爭由部落習俗解決之後，至於學校應否執行保密通報規定，就已不再是爭論的問題。

註、一：陳枝烈博士論文，排灣族文化之田野研究，八十四年六月，第 196-197 頁。

註、二：作者實地訪查屏東縣三地門鄉德文村頭目，並由洪梅花老師翻譯所得資料。

註、三：維基百科中文版，修復式正義條目內容。

註、四：陳靜如著，修復式司法在我國實踐之探微（三），刊法務通訊第 2518 期第 3 版。

註、五：同註三。

註、六：同註一。

註、七：許春金、洪千涵著，修復式正義對被害者損害影響─以泰雅族為例，刑事政策與犯罪研究論文集（12），第 34 頁。

註、八：陳靜如著，修復式司法在我國實踐之探微（二），刊法務通訊第 2517 期第 3 版。

註、九：佘青樺著，從修復式正義理論構築我國社區處遇制度（二），刊法務通訊第 2574 期 3 版。

原住民族文化辯護與律師倚賴權—
初探刑事訴訟法第 31 條修法之理論與實際

梁家贏
財團法人法律扶助基金會法務處主任

摘要

針對民國 102 年 1 月 25 日所施行之刑事訴訟法第 31 條規定，本文認為是在刑事訴訟法領域上實踐「糾正過去之惡」、「多元文化與實質平等的實現」等兩項原則，原則上是具有正當性的。

從憲法的角度分析本次立法的合憲性，審查標準應適用中度審查標準。目的合憲性，不論係為保障原住民族文化辯護與律師倚賴權或是追求整體原住民族之社會福利地位都應該是重要之公共利益。但手段合憲性方面，立法者以具有原住民身分者做為與文化辯護間之關聯，仍然應該認為手段與目的間具備實質關連，但如果以原住民族社會福利之立法目的而言，由於具有原住民身分者並非都是社經地位較差者，因此在涵蓋過廣之分析上，完全沒有排富之設計，就無法通過中度審查標準。

本文並從實際執行層面提出條文修正意見，建議改採原住民刑事案件全面諮詢與部分案件律師辯護之作法，從而刑事訴訟法第 31 條第 1 項，不須再增加「經依通常程序起訴或審判者」之要件，但可考慮將偵查中已選任辯護人並自白，而檢察官聲請簡易判決處刑之案件排除。第 5 項建議修改讓法律扶助基金會可以視案情提供諮詢或律師辯護，並且將重罪案件偵查中列為強制辯護，不得由被告或犯罪嫌疑人放棄律師辯護。

壹、前言與問題意識

民國 102 年 1 月 25 日所施行之刑事訴訟法第 31 條第 1 項規定，被告具原住民身分，經依通常程序起訴或審判者，於審判中未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人或律師為被告辯護。又同條第 5 項規定，被告或犯罪嫌疑人因智能障礙無法為完全之陳述或具原住民身分者，於偵查中未經選任辯護人，檢察官、司法警察官或司法警察應通知依法設立之法律扶助機構指派律師到場為其辯護。但經被告或犯罪嫌疑人主動請求立即訊問或詢問，或等候律師逾四小時未到場者，得逕行訊問或詢問。

這是第一次刑事訴訟法將原住民及依法設立之法律扶助機構入法。但施行日當天自由時報的一篇報導，提出對於本次修法的質疑[1]：

> **原民、智障同列法扶對象 惹議**
>
> 刑事訴訟法修正增訂，將原住民與智能障礙者，同列為需要法律扶助的對象，偵訊中要通知法扶律師到場為其辯護，立意雖良好，不過二者等同對列，被批有如「扣帽子的良善」，貶抑、看不起原住民及種族歧視之嫌；嘉義縣原住民縣議員汪志敏認為，修法扶助原住民，要站在原住民的立場，而不是將原住民與智障者劃上等號。…
>
> **律師：有貶抑原住民之嫌**
>
> 張蓁騏律師則有不同看法，他說，美其名是好意，但將原住民與智障者同列是種族歧視，好像看不起原住民，事實上，原住民也有律師及醫師，不能一概而論，認為都需要法扶，修法的心態可議，有貶抑原住民之嫌。
>
> **原民縣議員認為被標籤化**
>
> 嘉義縣原住民縣議員汪志敏也說，多數的原住民面對法律有扶助的必要，但也要考量個人的隱私及原住民的尊嚴，應尊重當事人的決定，且用語及對象也不應只針對原住民，弱勢的文盲、獨居老人及外配等也都有法扶的必要。
>
> 他認為，原住民需要的有尊嚴的法律扶助，修法應更友善及考思周詳，不能將原住民「標籤化」與智障者劃上等號，誤導外界錯誤聯想，這對原住民是很大的傷害。

上開報導中主要有兩個觀點，認為本次修法不妥。第一個觀點是原住民也有醫生跟律師，不是都需要法律扶助。另一個觀點是修法特別將原住民標示出來，是一種標籤化，尤其跟智能障礙者並列，有歧視原住民的意涵。這兩種觀點都突顯出本次修法針對原住民與非原住民間平等權的問題，第一種觀點似乎是質疑本次修法有涵蓋過廣的問題，例如有些原住民不論從資力或是從對法律的理解上而言，根本不需要法律扶助。另外一個觀點則是質疑這樣的立法反而有弱化原住民的意涵。學者李明政也指出[2]，向來我國政府將原住民族整體刻板化比擬成低收入者

[1] 吳世聰，原民、智障同列法扶對象 惹議，自由時報，2013 年 1 月 25 日，http://www.libertytimes.com.tw/2013/new/jan/25/today-center3.htm，最後瀏覽日期:2013 年 9 月 18 日。

[2] 李明政，原住民族社會福利體制的建構，台灣原住民族研究學報，第 2 卷第 2 期，2012 年夏季號，頁 38。

或職場上的身心障礙者，或許就是一種制度化的歧視結構。

事實上在我國原住民族法制的逐漸建構中，這問題就一直不斷浮現。石忠山從當代政治哲學分析我國原住民族法治建構之正當性，其從羅爾斯的正義理論、補償正義觀點以及當代多元文化主義之論述中論證國家致力於原住民族法治建構是具有正當性的[3]。蔡志偉指出當代原住民族權利的法律地位與發展，實係建構在三項立法原則上，包括「糾正過去之惡」、「多元文化與實質平等的實現」、「原住民族自主、自治與自決的發展」[4]。

由於罪刑法定原則，原住民族習慣規範如欲成為國家法的一部分，只有透過習慣立法一途[5]，過去從刑事實體法實踐上開立法原則之例有野生動物保育法第 21 條之 1 第 1 項[6]、森林法第 56 條之 3 第 2 項[7]、槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項[8]。本文認為本次立法是在刑事訴訟法領域上實踐「糾正過去之惡」、「多元文化與實質平等的實現」等兩項原則，原則上是具有正當性的。

本文首先嘗試從憲法的角度分析本次立法的合憲性。另外，再從實際執行層面，從法律扶助基金會的統計數據，以及司法判決中分析本次修法的妥當性。本文認為，本次立法之所以合憲的基礎在於其立法目的係為保障原住民族文化辯護之律師倚賴權[9]，本文最後也將從實際執行面提供未來修法建議。

貳、刑事訴訟法第 31 條的合憲性分析

一、刑事訴訟法第 31 條的立法過程及其目的

為分析刑事訴訟法第 31 條之合憲性，本文擬先從相關立法文獻分析本次修法之立法理由。本次修法係為落實憲法增修條文、原住民族基本法及國際發展趨勢強調保護原住民族權利，且因目前的司法制度欠缺考量原住民族傳統文化及風俗習慣，加上原住民族本身所處環境、文化、語言隔閡或經濟弱勢，不諳法律及訴訟程序，無能力聘任律師，導致原住民族司法人權低落，司法權利亟待提昇，加上社會救助法業已修正，為發揮法律扶助法之功能，落實法律扶助之精神，鄭天財委員等 23 人乃擬具刑事訴訟法第 31 條修正草案[10]，原條文第 1 項係規定只要被告具原住民身分，審判中未經選任辯護人，審判長應指定公設辯護人或律師為其辯護，司法及法制委員會審查後增加「經依通常程序起訴或審判者」之要件。又原條文第 5 項係規定通知財團法人法律扶助基金會，又等候逾六小時得進行訊問或詢問，審查會通過後條文係通知「依法

[3] 石忠山，差異與肯認—初探多元民主國家之原住民族法治建構，原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會，2010 年 11 月 14 日至 15 日，頁 84-92。
[4] 蔡志偉，從客體到主體:台灣原住民族法制與權利的發展，台大法學論叢，第 40 卷特刊，2011 年 10 月，頁 1537。
[5] 蔡桓文，國家法與原住民族習慣規範之衝突與解決，國立台灣大學法律研究所論文，2007 年 7 月，頁 198-199。
[6] 野生動物保育法第 21 條之 1 第 1 項規定:台灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，不受第十七條第一項、第十八條第一項及第十九條第一項各款規定之限制。
[7] 森林法第 56 條之 3 第 2 項規定，原住民族基於生活慣俗需要之行為，不受前條及前項各款規定之限制。
[8] 槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項規定，原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍、魚槍，或漁民未經許可，製造、運輸或持有自製之魚槍，供作生活工具之用者，處新臺幣二千元以上二萬元以下罰鍰，本條例有關刑罰之規定，不適用之。
[9] 有關辯護倚賴權之憲法依據、理論基礎，參蘇素娥，刑事訴訟制度與司法為民—以無資力被告辯護倚賴權的保障為中心，刑事法雜誌第 56 卷第 6 期，頁 58-61。
[10]立法院第 8 屆第 2 會期第 2 次會議議案關係文書，院總第 161 號，委員提案第 13892 號，2012 年 9 月 26 日印發。

設立之法律扶助機構」等文字，且就等候律師到場時間為「四小時」不同。另外修正後條文也增加了被告或犯罪嫌疑人主動請求訊問或詢問，得逕行訊問或詢問之規定，此為法務部之意見（法務部另主張第五項應該增加經拘提、逮捕到場之要件）[11]。

本次修正並未同時修正第 158 條之 2 有關證據能力之規定，惟原本立法委員陳根德等 22 人針對刑事訴訟法第 31 條及第 158 條之 2 另有提案，其提案係修正第 31 條第 1 項為「最輕本刑為三年以上有期徒刑或高等法院管轄第一審案件或被告、犯罪嫌疑人因智能障礙無法為完全之陳述，於偵查中，未經選任辯護人在場者，法律扶助基金會應指派律師到場…」，第 158 條之 2 修正為，違背第三十一條第一項規定，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限[12]。

整個修正草案大致在司法及法制委員會 12 月 10 日世界人權日上的審查即確定，原住民立法委員孔文吉質詢時表示認同這樣的立法，對於其太太及妹妹涉入賄選案深表不滿(後來一、二審均判無罪，檢察官依刑事妥速審判法無法上訴定讞)，其質疑檢警調人員辦案過程中有瑕疵。其質詢法務部長時表示，不要把原住民的選舉用一個有色眼光看待，認為我們都有買票[13]。

立法過程中法律扶助基金會開辦原住民警詢時律師陪同到場專案，自 101 年 7 月 15 日起試辦 3 個月，於 10 月 15 日完成，為瞭解試辦成效，司法院於 10 月 30 日召開成效檢討會，由刑事廳林俊益廳長主持，邀集相關機關參與討論，俾作修法參考。檢討會中，警政署說明，司法警察對於拘提、逮捕、通知、自首或自行到場之犯罪嫌疑人，由戶役政系統查詢確認具原住民身分者，告知可由法扶基金會指派律師免費陪同詢問。犯罪嫌疑人願意等候律師到場者，由警察機關主動傳真通知法扶基金會指派律師到場陪同詢問。自 8 月 27 日至 10 月 15 日，共受理 323 件犯罪嫌疑人具原住民身分之刑事案件，以公共危險罪 164 件（50.77%）、竊盜罪 39 件（12.07%）、毒品罪 21 件（6.50%）居前 3 名。其中同意由律師陪同偵訊詢問者有 36 件；281 件（87%）拒絕辯護人到場陪同詢問；6 件辯護人因故未能到場。經分析，拒絕之主要原因為犯罪嫌疑人表示案情單純、不願等候辯護人到場，以免延滯詢問時間；另亦有認於後續訴訟程序時，再行選任辯護律師即可，警詢階段尚無需要[14]。法律扶助基金會之檢討報告可參見本文下述叁、一、(一)部分。

綜上立法過程之說明可以知道，本次修法之目的係為落實憲法增修條文、原住民族基本法，提昇原住民族之司法權利，發揮法律扶助法之功能，落實法律扶助之精神。修法過程中，司法院、警政署及法律扶助基金會先行試辦提供實務數據供立法參考，又為了避免實務上如無律師到場將無法訊問等窒礙難行之處，故於第 31 條第 5 項增加但書之規定。為審查本條是否違

[11]立法院第 8 屆第 2 會期第 16 次會議議案關係文書，院總第 161 號，委員提案第 13892 號之 1，2013 年 1 月 3 日印發。
[12] 立法院第 8 屆第 1 會期第 11 次會議議案關係文書，院總第 161 號，委員提案第 13477 號，2012 年 5 月 9 日印發。
[13] 立法院公報第 102 卷第 1 期委員會紀錄，頁 1549-1551。
[14]司法院辦「原住民警詢時律師陪同到場」試辦成效檢討會，司法周刊電子報第 1618 期，2012 年 11 月 2 日，http://www.judicial.gov.tw/jw9706/1618_main.html，最後瀏覽日期:2013 年 9 月 18 日。

憲，除有必要探討立法目的外，審查標準之確立亦為重要。

二、審查基準:種族優惠性差別待遇應適用中度審查標準

刑事訴訟法第 31 條係以被告或犯罪嫌疑人是否具原住民身分，而區分是否應由審判長指定公設辯護人或律師為其辯護，或是否應通知依法設立之法律扶助機構指派律師到場辯護。簡言之，本條係以是否具原住民身分而有不同之差別待遇。但由於非原住民身分者如符合本條其他規定所指情況者，仍得適用本條享有國家為其指定律師之辯護倚賴權，也得自行委任律師辯護或申請法律扶助，因此本條並未限制非原住民身分者之訴訟權或其他憲法上所保障之基本權利，而係牽涉種族優惠性差別待遇。

針對視覺障礙者之優惠性差別待遇，我國大法官曾經於釋字第 649 號表示其見解。釋字第 649 號解釋針對非視覺障礙者，不得從事按摩業之規定，認為係以保障視覺障礙者工作權為目的所採職業保留之優惠性差別待遇，亦係對非視障者工作權中之選擇職業自由所為之職業禁止，自應合於憲法第七條平等權、第十五條工作權及第二十三條比例原則之規定。解釋文中認為應具備重要公共利益，手段應與目的間有實質關聯[15]。

在目的審查方面，大法官認為憲法基本權利規定，包括第 155 條後段及增修條文第 10 條第 7 項本即特別著重弱勢者之保障[16]，顯已揭櫫扶助弱勢之原則。職是，國家保障視障者工作權確實具備重要公共利益，其優惠性差別待遇之目的合乎憲法相關規定之意旨。但大法官在立法手段之認定上則認為，系爭規定施行近三十年而職業選擇多元之今日，仍未能大幅改善視障者之經社地位，目的與手段間難謂具備實質關聯性，從而有違憲法第七條保障平等權之意旨[17]。

美國最高法院在 Warren 法院的時期，發展出平等權的雙重審查基準。當審查社會經濟分類時，法院使用傳統的合理審查標準。但當法規係基於「嫌疑分類」(suspect classification)或對基礎性權利產生重大負擔(significantly burdens fundamental rights)時，嚴格審查標準就會被採用。在 Burger 法院時期，第三種中度審查標準開始被採用，特別是在「性別」或是「非婚生子女」的案件[18]。另外平等權審查標準在討論目的與手段關係時，「規範不足」(under- inclusiveness)與

---

[15]大法官於釋字第 649 號中提到，視障**非屬人力所得控制之生理狀態**，系爭規定之差別待遇係以視障與否為分類標準，使多數非視障者均不得從事按摩業，影響甚鉅。基於我國視障者在成長、行動、學習、受教育等方面之諸多障礙，可供選擇之工作及職業種類較少，其弱勢之結構性地位不易改變，立法者乃衡酌視障者以按摩業為生由來已久之實際情況，且認為視障狀態適合於從事按摩，制定保護視障者權益之規定，**本應予以尊重，惟仍須該規定所追求之目的為重要公共利益，所採禁止非視障者從事按摩業之手段，須對非視障者之權利並未造成過度限制，且有助於視障者工作權之維護，而與目的間有實質關聯者，方符合平等權之保障**。

[16]憲法第一百五十五條後段規定：「人民之老弱殘廢，無力生活，及受非常災害者，國家應予以適當之扶助與救濟。」以及憲法增修條文第十條第七項規定：「國家對於身心障礙者之保險與就醫、無障礙環境之建構、教育訓練與就業輔導及生活維護與救助，應予保障，並扶助其自立與發展。」

[17] 大法官似乎是以時空變遷做為最主要認為違憲之理由，其認為六十九年殘障福利法制定施行之時，視障者得選擇之職業種類較少，禁止非視障者從事按摩業之規定，對有意選擇按摩為業之視障者確有助益，事實上視障就業者亦以相當高之比率選擇以按摩為業。惟按摩業依其工作性質與所需技能，原非僅視障者方能從事，隨著社會發展，按摩業就業與消費市場擴大，系爭規定對欲從事按摩業之非視障者造成過度限制。而同屬身心障礙之非視障者亦在禁止之列，並未如視障者享有職業保留之優惠。在視障者知識能力日漸提升，得選擇之職業種類日益增加下，系爭規定易使主管機關忽略視障者所具稟賦非僅侷限於從事按摩業。

[18] *See* Jerome A. Barron and C. Thomas Dienes, Constitutional Law, Sixth Edition, Black Letter Series, 2003 by West Group, at

「涵蓋過廣」(over-inclusiveness) 兩個概念也時常被使用。規範不足係作為差別待遇之標準只將部份需作差別待遇之人士列入，而將其他亦應作差別待遇者忽略；涵蓋過廣則剛好相反，是指將不需作差別待遇者也一併施予差別待遇。因此一項法律可能同時出現規範不足與涵蓋過廣的情形，或是各只出現一種狀況。然而出現規範不足或涵蓋過廣不一定有違憲之疑慮，還必須考慮上述所說之審查標準，也就是只有在採取嚴格審查標準時，原則上才不容許兩種情形出現，若是採用合理審查標準則可容許一些不精確分類出現[19]。

由上可知，區分標準是否是嫌疑分類在美國法上平等權之討論相當重要，一般而言，已經確定採用嚴格審查標準之分類標準主要是種族、膚色、外國人或原族裔。種族優惠性差別待遇應否適用嚴格審查標準，於美國法上爭議已久，美國聯邦最高法院目前較為傾向仍應適用嚴格審查標準，不因此差別待遇之目的或結果係對於少數族群教有利而有所不同[20]。許宗力大法官則認為當法律採取優惠性差別待遇之目的是在實踐憲法委託，由於係屬憲法的特別授權，所以司法者宜從寬審查適度尊重[21]。

本文傾向採取許宗力大法官之見解，認為沒有必要適用嚴格審查標準，適用中度審查標準即為已足。原因主要因為本條並未限制非原住民身分者之訴訟權或其他憲法上所保障之基本權利，未對基礎性權利產生重大負擔，又在憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項有特別授權立法者積極維護發展原住民族文化，及應依民族意願，保障原住民族之地位之下，違憲審查即應放寬審查標準，不應該適用嚴格審查標準來審查對於原住民之優惠性差別待遇。另外釋字第 649 號解釋係對非視障者之工作權產生重大負擔，大法官尚且採用中度審查標準，故此處對於刑事訴訟法第 31 條之違憲審查，不應採取更嚴格之審查標準。

三、目的合憲性分析:原住民族文化辯護與律師倚賴權

湯文章法官曾分析，台灣的原住民因其文化傳統所違犯的犯罪，約有三種犯罪類型:(一)因採集森林出產物而違反森林法；(二)因狩獵傳統而宰殺野生動物而違反野生動物保育法；(三)因狩獵而持有槍枝違反槍砲彈藥刀械管制條例。其也指出修正前之刑事訴訟法第 31 條強制辯護制度保護不足。原住民經常觸犯之違反山坡地保育利用條例、水土保持法、森林法、刑法之竊占罪、違反槍砲彈藥刀械管制條例、漁業法、野生動物保育法等犯罪類型，均不屬於強制辯護之案件，而實務上該類案件，聲請指定辯護者更是少見。況刑事訴訟歷經多次修改後，擴大簡易判決處刑之適用範圍，並增設緩起訴程序、簡式審判程序，導致能利用正式審判程序審理之案件，已大幅減少，此亦間接造成犯罪之原住民欲聲請指定辯護，更加困難[22]。此係原住民族律師

214.

[19] *See* Thomas E. Baker and Jerre S. Williams, Constitutional analysis in a nutshell, Second Edition, St. Paul: Thomson/West, 2003, at 395-396.中文文獻參見：陳長文、林超駿，論人民返國入境權利之應然及其與平等權、國籍等問題之關係─以釋字第五五八號解釋為中心，政大法學評論第 92 期 (頁 121-215)，2006 年 8 月，頁 157-160。

[20] 席致強，從憲法平等權觀點檢視我國原住民學生大學升學考試優惠之相關規定—以優惠性差別待遇及多元文化主義為取徑方法，國立高雄大學法學院法律學系碩士論文，2010 年 6 月，頁 149-150。

[21] 許宗力，違憲審查程序之事實調查，收錄於「民主、人權、正義—蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集」，2005 年 9 月，頁 362。轉引自席致強，前揭論文，頁 153。

[22] 湯文章，設置原住民法庭或法院可行性之研究，台灣花蓮地方院 97 年度研究發展項目研究報告，2008 年 11 月，頁

倚賴權應加以擴大之理論基礎。

又我國憲法增修條文第 10 條規定，國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及「文化」。且國家應依民族意願，保障原住民族之「地位」及政治參與。因此，立法者呼應憲法增修條文之規定，在刑事訴訟程序上特別保障原住民之地位，讓原住民的文化習俗能透過律師辯護提出，參照釋字第 649 號之見解，應屬於重要之公共利益。

除了形式上保障原住民於偵查審判中有律師為其辯護外，本條實質上之目的應該認為係為讓原住民享有提出文化辯護之權利。文化辯護在美國法律實務比我國常見，乃指少數族群的被告在訴訟中主張自己的行為因為受到文化習俗的規制力影響，故欠缺故意或罪責，應被判處無罪或減輕刑罰[23]。雖然學者許恆達有不同之見解，認為客觀、主觀構成要件及不法意識等成罪積極要件，原則上不應該過度考量欠缺一致、共通特點的他種文化脈絡，但其認為在成罪的消極要件，包括阻卻違法、減免罪責等事由，應盡可能考量非主流文化的他種文化，其中當然包括原住民的部落慣習[24]。因此於目的合憲性上，立法者為保障原住民族文化辯護與律師倚賴權應係重要之公共利益。

另外一個可能之目的係因為原住民族的處境，在台灣整體社會中仍處於結構性的弱勢地位，不論是在國民所得、教育程度，與台灣整體社會做比較，仍有相當大的差距[25]，為拉近原住民與整個社會生活條件之差距，本條立法之目的也可能係為追求整體原住民族之社會福利地位。此一目的仍應屬重要之公共利益。

四、手段合憲性分析：是否涵蓋不足或涵蓋過廣？

手段合憲性上，或有質疑本條是否涵蓋不足，尤其從條文第 1 項及第 5 項比較被告或犯罪嫌疑人若為低收入戶或中低收入戶，於偵查中並無得享有如同具原住民身分者所得享有之權利，再者非原住民涉犯重罪於偵查中亦無受律師為其辯護之權利。然因本條之目的係為保障原住民族文化辯護與律師倚賴權，故非原住民者當然無法主張，至於立法者是否應另外立法保障非原住民者涉犯重罪於偵查中之律師倚賴權，則是另一問題。縱然認為立法者未擴大非原住民者於偵查中律師倚賴權之不作為係違憲，就具有給付性質之法規，參酌釋字第 455 號解釋翁大法官協同意見書[26]，亦應該認為在憲法增修條文特別保障多元文化前提下，刑事訴訟法縱然只給

124-125。

[23] 蕭宇軒，論文化辯護於我國刑事審判上實行之研究，國立成功大學法律學研究所碩士論文，2011 年 8 月，頁 17。

[24] 許恆達，國家規範、部落傳統與文化衝突—從刑法理論反思原住民犯罪的刑責問題，台灣原住民族研究季刊第 6 卷第 2 期，2013 年夏季號，頁 76。

[25]李明政，前揭註 2 文，頁 28。

[26] 釋字第 455 號解釋翁大法官協同意見書認為:「近來因國家職能之擴張，給付行政漸受重視，以法律給予人民一定利益或賦予人民向國家請求給付之權利等情形亦日益增多，人民據此所取得之權利與其信賴利益，應受保障。而給付行政因涉及國家財政資源分配，於不違背憲法之原理原則之前提下，立法者得作合理的調整。故當此類法令經釋憲者評價為違憲時，基於人民既有權利之維護與立法者形成自由之尊重等考量，對其效力宣告之方式不應一成不變，以因應時代潮流。此於其係違反憲法之平等原則時，尤有必要。按具有給付性質之法規，如因授予特定對象特權而被釋憲者認為違反平等原則時，因此本屬額外利益之給予，由釋憲者以宣告該法規無效之方式除去此違憲狀態，固無不可。然若該法規所規範者係國家應為之給付，而立法者僅賦予一部分人權利，就其他應予包括者則排除在外或漏未規定，此時，由於受益者本有依法請求給付之權利，釋憲者如斷然宣告此法規失去效力，一併剝奪原受益者之權利，將更不符

予原住民偵查中之律師倚賴權亦屬「國家應為之給付，而立法者僅賦予一部分人權利」而不能宣告此法規失其效力，一併剝奪原住民之權利。

比較值得懷疑者乃是並非所有原住民犯罪皆與文化辯護有關，所以本條立法或許有涵蓋過廣之問題。固然如野生動物保育法、森林法以及槍砲彈藥刀械管制條例等可能跟原住民文化辯護有關，不過除此之外的其他刑事法律，立法上根本無法事先於個案尚未發生前，即抽象地從法條之構成要件得知是否與文化辯護有關，因此在中度審查標準下，立法者以具有原住民身分者做為與文化辯護間之關聯，仍然應該認為手段與目的間具備實質關連。

不過如果以原住民族社會福利之立法目的而言，由於具有原住民身分者並非都是社經地位較差者，因此在涵蓋過廣之分析上，完全沒有排富之設計，就無法通過中度審查標準[27]。

參、刑事訴訟法第 31 條的實務運作檢討

一、法律扶助基金會數據分析

(一)試辦時期

為加強原住民司法保護及法律扶助，法律扶助基金會於 101 年 6 月 22 日第 3 屆第 2 次及 101 年 7 月 6 日第 3 屆第 3 次臨時董事會提案，通過試辦「原住民檢警偵訊律師陪同到場專案」，專案之試辦期間為 101 年 7 月 15 日起至 101 年 10 月 15 日止，試辦 3 個月。本專案適用於犯罪嫌疑人依原住民身分法認定具有原住民族身分者，於遭警方拘提逮捕時，不以重罪案件為限，任何犯罪皆具有申請本專案之資格。「原住民檢警偵訊律師陪同到場專案」扶助範圍包括：司法警察官員第一次偵訊（再次傳訊非本專案辦理範圍）、檢察官複訊至聲請羈押辯護。

總案件量部分(參附表一)，101 年 7 月 15 日至 10 月 15 日符合專案申請資格之申請案件共計 163 件，其中，申請人於申請後撤回者共計 27 件，准予律師陪訊之件數合計為 136 件。其中，派案成功 119 件，派案失敗 17 件，實際派遣律師比例為 87.50%。各分會申請量部分(參附表二)，試辦期間符合專案申請資格之申請案件以台東分會為最，共計有 24 件申請案，其次為花蓮和桃園分會，申請案為 20 件。彰化及雲林分會尚無申請案件。涉犯案由部分(參附表三)，此段期間犯罪嫌疑人涉犯案由前三名分別為「公共危險」、「竊盜」及「傷害」。

合憲法意旨。如前所述，憲法平等原則之旨意，乃在禁止國家權力對人民為不合理之差別對待，故因法規違反平等原則所造成之違憲狀態，有時尚須有關機關之調整與修正，方能完全除去，以真正達成平等之法秩序。至於此等違憲狀態之除去，究應㈠刪除原有賦予權利之規定、㈡將受不利對待者納入目前有利之規範中、或㈢重行規定賦予權利之要件，原則上立法者應有其自由形成的空間，釋憲者應斟酌個案情形，不宜一律宣告該規範無效或逕自將受不利待遇者納入有利之規範中，以免侵害原受益者之權益或干預立法者之形成自由。」

[27]不過釋字第 485 號解釋似乎採取比較寬鬆之審查標準，針對國軍老舊眷村改建條例及其施行細則分別規定，原眷戶享有承購依同條例興建之住宅及領取由政府給與輔助購宅款之優惠，就自備款部分得辦理優惠利率貸款並未宣告違憲，僅認為:「鑒於國家資源有限，有關社會政策之立法，必須考量國家之經濟及財政狀況，依資源有效利用之原則，注意與一般國民間之平等關係，就福利資源為妥善之分配，並應斟酌受益人之財力、收入、家計負擔及須照顧之必要性妥為規定，不得僅以受益人之特定職位或身分作為區別對待之唯一依據；關於給付方式及額度之規定，亦應力求與受益人之基本生活需求相當，不得超過達成目的所需必要限度而給予明顯過度之照顧。立法機關就上開條例與本解釋意旨未盡相符之部分，應通盤檢討改進。」

試辦期間，共計有 44 件申請案件律師未陪同到場，其原因分別為「申請人撤回申請」及「派案失敗」。44 件律師未陪同到場之申請案件中，共計有 27 件律師未到場之原因為「申請人撤回申請」，此類案件占總申請案件之 16.56%。部份申請人表示係「拒絕律師陪訊」而撤回案件。44 件律師未陪同到場之申請案件中，共計有 17 件律師未到場之原因為「派案失敗」，此類案件占總申請案件之 10.43%，其中以花蓮地方派案失敗率較高，小夜時段（17:00~24:00）及大夜時段（24:00~09:00）派案亦較為困難。

(二)新法施行

新法施行後，以 102 年 2 月至 7 月為計算基礎，法律扶助基金會原住民檢警陪偵案件派案成功率已提高至 96%[28]，原住民刑事強制辯護案件准予扶助比例亦高達 98%[29](參附表四)。

以縣市別來看(參附表五)，原住民檢警陪偵申請案件量最多的縣市前三名分別是，花蓮縣、桃園縣、台北市，實際派遣律師成功案件最多的縣市前三名則分別是:台東縣、新北市、台北市[30]。原住民刑事強制辯護案件申請量最多的前三名分別是，花蓮縣、新北市、台東縣，准予扶助最多的縣市前三名也同樣是:花蓮縣、新北市、台東縣。這些縣市除台北市外，基本上也是原住民人口數較多之縣市(參附表七)。

以案件類型來看(參附表六)，原住民檢警陪偵實際派遣律師成功最多的案件類型前四名分別是:公共危險、竊盜、毒品、傷害。原住民刑事強制辯護准予扶助最多的案件類型前四名分別是:傷害、妨害性自主、竊盜、詐欺。

另外從 102 年 2 月至 7 月數據來看可以得知，檢警陪偵撤回案件將近占全部申請案件之 60%，即超過一半以上之案件法律扶助基金會所接到之檢警傳真通知上即載明不需派遣律師。再仔細分析附表五可以得知，扣除案件量本來就比較少的雲林縣及嘉義縣，撤回比例最高的縣市分別是花蓮縣(約 81%)、屏東縣及桃園縣(約 75%)。從附表六進一步分析撤回之案由，則似乎看不出案件類型不同在撤回率方面有太大之差異。

而未能成功派遣主要係因為律師皆已出勤中或是排班律師手機未開機等無法成功聯繫律師之情況。不符資格駁回之情況則主要是在試辦時期非法律扶助基金會專案施行範圍，或新法施行後非犯罪嫌疑人提出申請。至於刑事強制辯護案件，因法律扶助基金會董事會決議，刑事訴訟法第 31 條修正施行後，針對被告或犯罪嫌疑人具原住民身分者於偵查中；或經依通常程序起訴或審判者於審判中，未經選任辯護人者，得不審查資力。又法律扶助基金會對於強制辯護案件顯無理由之審理訂有注意要點，原則上不會認為係顯無理由，故駁回比例僅有不到 2%。駁回之理由大部分是申請人已坦承犯行，事證明確，量刑部分依照申請人所述或相關資料觀之，無

[28] 派案成功率係以實際派遣律師數/(實際派遣律師數+未能成功派遣律師數)。
[29] 准予扶助比例係以准予扶助案件數/(准予扶助案件數+駁回案件數)。
[30] 台北市原住民人口數 15013 人，佔全國原住民人數僅 2.83%，但檢警陪偵申請量及實際派遣量卻能在前三名，應該是因為從外地來台北的原住民較多，通常就地申請陪同偵訊，又檢警陪偵案件之縣市別是以「法律扶助基金會各地分會所在地」分類所造成。

扶助空間，或是已有義務辯護人或公設辯護人等。

另外法律扶助基金會於新法施行後也遇到部分縣市的地方法院檢察署不願意預先將訊問日期較遠之案件先行轉介給法律扶助基金會各分會，以便分會可以先與當事人或其家屬連絡來會申請。如此造成的問題是法律扶助基金會因此必須每次都用檢警陪偵排班律師臨時性派案，而扶助律師也無法先行了解案情，甚至可能每次派出去的律師都是不同人。不予轉介的理由有認為條文僅係「通知」，與轉介不同，且轉介涉及其他個人資料之提供，為避免違反個人資料保護法，故不適合將案件事先轉介給法律扶助基金會。

二、刑事判決分析

筆者以法源法律網全國 21 間地方法院之刑事判決為搜尋對象，判決期間為 2013 年 1 月 25 日至 8 月 2 日，關鍵字為原住民。從判決書上確認是否為原住民，若否則刪除，另刪除違反社會秩序維護法之裁定。共同被告一人為原住民即保留，一共 236 件法院裁判，205 件判決，10 件裁定，其他 21 件為協商判決用宣示判決筆錄以代判決書，案號一覽表如附表八。

從案件類型來看，涉犯公共危險罪最多，有 110 件，約佔全部裁判之 46%。違反槍砲彈藥刀械管制條例居次，有 20 件，竊盜案件有 19 件，各約佔 8%，違反森林法案件有 17 件，約佔 7%。另外筆者也觀察到，新竹地方法院高度使用協商判決並指定公設辯護人，另外法院使用公設辯護人之比例似乎也比轉介法律扶助基金會為高。

進一步從裁判內容分析，有下面五點值得一步討論：

(一)身分認定依照戶籍資料及原住民身分法

如台中地院 102 年易字第 358 號判決認為：「本案被告雖原稱其為原住民，惟查被告之戶籍資料並無原住民註記，其父段盛卿出生地為湖南省邵陽縣，亦無原住民註記，此有戶役政資訊系統資料查詢結果在卷可證，被告之母全月琴之戶籍資料，則無從由前述資訊系統查獲。故被告之母全月琴縱即為原住民，惟被告之父為非原住民，而被告從其非原住民身分之父之姓，依原住民身分法第 4 條第 2 項之規定，被告即未取得原住民身分」而認為本案毋庸依刑事訴訟法規定指定公設辯護人或律師為其辯護。

(二)原住民身分成為量刑因素

1.原住民身分為從輕量判之因素

如台北地院 102 年審交簡字第 112 號判決針對被告犯刑法第 185 條之 3 第 1 項之不能安全駕駛動力交通工具罪案件考量**「被告係原住民身分，其飲食文化、社會教育與一般都市國民尚有差異」**，認為原住民身分得成為從輕量刑之因素之一。

針對違反野生動物保育法之案件，如南投地院 102 年原投刑簡字第 4 號判決認為被告**「其**

身為原住民從事狩獵活動，對於野生動物之保育觀念尚屬薄弱」，「所為無非係自山地原住民傳統之狩獵文化而來」而予以緩刑。又如花蓮地院 102 年原花簡字第 62 號判決認為「狩獵為原住民之傳統生活方式，且渠等獵捕山羌、野山羊之目的係供渠等與家人食用，並非藉此牟利」而予從輕判決。台東地院 102 年原訴字第 8 號判決念及被告均為原住民身份，有其特有之打獵文化而予輕判。同樣為台東地院，101 年重訴字第 8 號判決認為被告為原住民，對於法令之宣導容或不甚熟稔，而觸犯刑章，參以打獵係本屬原住民基於文化傳統所形成之特殊生活習慣，乃眾所週知之事實，其因從事原住民習俗中之狩獵活動，對於野生動物之保育觀念尚屬薄弱而予輕判[31]。

屏東地院 101 年訴字第 1599 號判決則兼衡被告為原住民，因原住民得在原住民族地區依法獵捕野生動物，原住民族為歲時祭儀或供生活之用，常需利用部落週邊自然資源，而森林位於原住民族傳統領域土地者，原住民族得依其生活慣俗需要，採取森林產物等情，為原住民族基本法第 19 條第 1 項第 1 款規定及立法意旨所斟酌而明定。本件雖未合於該條文供生活所需之要件，且其所獵殺者為保育類動物，本院仍得斟酌原住民之狩獵習俗，在量刑上與一般人民純為娛樂而獵捕野生動物之行為區隔之。

又如嘉義地院 102 年原嘉簡字第 5 號判決，審酌被告國中學歷、智識程度、係鄒族原住民，「**對法律的認知及敏感性不足**」。高雄地院 102 年易緝字第 33 號審酌被告為平地原住民，自小居住純樸之臺灣東部， 93 年間進入本案高盛公司工作時又年僅 22 歲。依此背景，被告胡珍瑄當時顯係一般由東部前來臺灣西部求職涉世未深之年輕人，對於複雜之職場，未保持高度警戒，因一時失慮，致罹刑章。花蓮地院 101 年訴字第 78 號判決審酌被告**已年逾 60 歲，為太魯閣族原住民，不諳國語，到庭溝通理解均需透過原住民語通譯，且其所為之虛偽證詞未獲法院採納，亦未造成錯誤裁判結果**。

竊盜[32]、竊占罪[33]及施用毒品罪[34]亦有法官考量被告具有原住民身分而減輕。

2. 原住民身分為從重量判之因素

如苗栗地院 102 年訴字第 61 號判決認為被告均身為原住民，「**理應瞭解原住民部落及其文**

[31]比較特別的是台東地院 101 年訴字第 253 號判決考量原住民身分，但卻認為「其獵捕保育類野生動物係供食用，與其原住民固有風俗習慣之祭祀無關」。

[32]如台北地院 102 年審易字第 500 號判決認為:被告為高中肄業之平地原住民，此次一時失慮行竊鄰居財物，惟所竊得之財物價值甚低，亦未造成任何侵害居家安寧以外之家宅實害，是綜合被告兩度犯罪之情狀以觀，若仍科以法定最低度刑（有期徒刑 6 月）以上，顯有情輕法重之憾，情堪憫恕，故依刑法第 59 條之規定，就被告所犯之兩罪均酌減其刑，並均依法先加後減之。屏東地院 102 年簡字第 784 號判決:其等均為居於非都市地區之原住民，該社區內樹木之管理、用途並非嚴謹，倒下之樹木可以砍伐（不能賣、要交給村長）等情，足徵其等行徑雖仍為竊盜，但漠視法紀、他人財產權利之程度，不宜與一般竊盜犯行等同視之。

[33]如新北地院 102 年訴字第 903 號判決認為:被告具平地原住民身分，犯罪後坦承犯行，且施用毒品係自戕行為，對他人法益尚無具體危害，及其施用毒品之動機，兼衡被告智識程度為小學，目前從事臨時工，屬經濟上之弱勢，及家庭生活狀況等一切情狀，酌情量處如主文所示之刑，以資懲儆。

[34] 如新竹地院 102 年審原訴字第 12 號判決認為審酌被告孫皖穎前無任何刑事紀錄，有臺灣高等法院被告前案紀錄表 1 份可佐，足徵素行良好，然被告為圖一己私利，擅自占用國有林地，砍筏其上竹林，並鋪設水泥地面，足以破壞原生植被、危害林地之完整及森林資源之保育，損害非微，惟念及犯後坦認犯行，態度良好，且為年近 50 歲之原住民謀生不易因一時失慮方才觸犯刑法等一切情狀，量處如主文所示之刑，併諭知易科罰金之折算標準，以示懲儆。

化之發展與森林緊密依存、息息相關，並深知傳統中珍惜土地山林的文化價值，然其等竟為一己之私欲，結夥於國有林班地內竊取上開具有高經濟價值、養護不易之牛樟木，無視國家禁令，危害林地之完整及森林資源之保育，對於國家財產及森林重要資源造成損害不輕」，認為應從重量刑。

類似認為應從重之判決亦有高雄地院 102 年簡字第 588 號判決審酌被告雖係原住民，但對於山羌係受保護之保育類野生動物已有認識，卻未能體會野生動物保育法所欲彰顯之保育野生動物，維護物種多樣性，與自然生態之平衡之立法目的，「**在現今原住民生活型態已有改變之時，未能適時適當改變自己的觀念**」，為自己私欲任意宰殺保育類動物，破壞山野生態及其他人為環境生態復育之努力，所為實屬非是。

(三)槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條適用爭議

槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項規定，原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍、魚槍，供作生活工具之用者，處新臺幣二千元以上二萬元以下罰鍰，本條例有關刑罰之規定，不適用之。同條第 2 項規定，原住民相互間或漁民相互間未經許可，販賣、轉讓、出租、出借或寄藏前項獵槍或魚槍，供作生活工具之用者，亦同。針對違反槍砲彈藥刀械管制條例之案件，法院判決認為不適用上開除罪規定之判決有：

1. 認定非供生活工具之用：

(1) 如**宜蘭地院 102 年訴字第 192 號判決**，認被告雖具有原住民身分，然被告持有上揭改造槍枝之行為，**係在留供紀念其胞兄之用，尚非被告因維持其原住民傳統生活所需要之工具**。

(2) 又如花蓮地院 102 年原訴緝字第 1 號判決認為，被告雖為阿美族之原住民，然其係以從事邊坡工程粗工、鐵工維生，**並非以打獵謀生，亦不曾上山打獵**，業據被告供承在卷，足徵被告持有上開土造長槍並非供作生活工具之用，故槍枝既非供作生活工具之用，當無槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 2 項規定適用之餘地。

(3) 同樣採此見解者，如花蓮地院 102 年原簡字第 11 號判決認，被告於偵查中所稱：現在兆豐農場從事種植西瓜之臨時工作，早於 7 、8 年前從事隧道之臨時工作，均係**從事臨時工作維持生計，非賴打獵為生**等語明確，顯未持以從事其太魯閣族之祭典或活動，並非基於太魯閣族之文化傳統或特殊習慣而持有，自難僅以其身分上係太魯閣族原住民，即遽以認為符合槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項之要件。

2. 認定非自製之獵槍：

(1) 如**台中地院 101 年訴字第 1661 號判決**，係以：「原住民自製之獵槍」應解釋為「原住民本

於其文化傳統所形成之特殊習慣，專為其於生活中從事狩獵、祭典等活動使用，而以「傳統方式」所製造、運輸或持有之「自製簡易獵槍」（最高法院 101 年度臺上字第 1563 號刑事判決參照）。換言之，「原住民自製之獵槍」係指原住民傳統習慣專供捕獵為生之生活工具，由申請人自行獨立或與非以營利為目的之原住民協力，在警察分局核准之報備地點製造完成；其結構、性能需逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，以打擊底火或他法引爆，將填充物射出。所謂填充物，則指可填充於自製獵槍槍管內，遠小於管內徑之固體物如玻璃片、彈丸等（與制式獵槍所使用之具彈頭、彈殼及火藥之子彈不同），供發射之用，蓋該類槍枝屬原住民傳統文化習俗專供獵捕維生之生活工具，且其性能、結構及殺傷力遠不及一般獵槍，86 年、90 年修正槍砲彈藥刀械管制條例時，遂將原住民自製之獵槍予以除罪化，此觀諸內政部 100 年 2 月 11 日臺內警字第 00000000000 號函之解釋及槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第 2 條第 3 款之規定亦明。查系爭槍枝是否屬於原住民自製之獵槍乙節，業經本院函詢內政部，其覆以：「按原住民自製之獵槍屬『前膛槍』，裝彈速度較慢，威力有限。查系爭土造長槍及發口徑 0.27 吋打釘槍用空包彈，其擊發原理與擊發『子彈』之方式相同，可擊發適用之子彈（具彈頭、彈殼及火藥），槍枝構造與傳統原住民自製之槍枝迥異，審認係屬本條例第 4 條第 1 項第 1 款所稱『其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲』，自非屬原住民自製之獵槍」等語，有該內政部 101 年 12 月 11 日內授警字第 0000000000 號函在卷可憑。是由**系爭長槍之擊發原理與槍枝構造，參酌前開對原住民自製獵槍之認定基準，可知系爭長槍與原住民自製之槍枝不同**，應非屬原住民自製之獵槍無疑。

(2) **彰化地院 102 年訴字第 114 號判決**同樣認為：扣案槍枝經送內政部警政署保安組鑑定，結果認為扣案槍枝係屬槍砲彈藥刀械管制條例第 4 條第 1 項第 1 款之「其他可發射金屬或子彈具有殺傷之各式槍炮」，非屬同條例規定之原住民自製獵槍等情，此有內政部 102 年 3 月 25 日內授警字第 0000000000 號函 1 件可參。且被告於本院審理中亦供稱原住民使用的獵槍，以前是像荷蘭人留下來的長槍，須裝填火藥，現在原住民使用的獵槍槍柄比較長等語，即與本案扣案槍枝為手槍之槍枝種類、外型不同。從而，**扣案槍枝非屬原住民自製獵槍**一節甚明。

3. 認定既非供生活工具之用，亦非自製獵槍：

如**花蓮地院 102 年原簡字第 3 號判決：**扣案槍枝構造與原住民族傳統習慣使用之獵槍完全不符，經警察機關否准被告關於使用證照之申請，亦經花蓮縣警察局吉安分局 101 年 10 月 29 日吉警偵字第 0000000000 號函覆綦詳，益徵上開槍枝是否為自製之簡易獵槍已有疑義，更且，被告持有上開槍枝實乏合法權源。矧被告於本院準備程序時供陳：伊務農為生，不知周姓友人原先持有該槍枝做何使用，伊係因山豬破壞農地、啃食農作物，有意使用該槍枝擊射山豬，此為預想之唯一用途，並無持以從事阿美族之祭典或活動，且未經合法登記，故之後亦未曾用以狩獵等語明確，堪認被告之所以持有前開土造長槍，純粹為驅

趕害及其農耕之動物，並非基於阿美族之文化傳統或特殊習慣而持有，亦未用以從事狩獵生活、祭典活動使用，揆諸前開見解，自難僅以其身分上係阿美族原住民，又將之用在經營農業生活上使用，即遽以認為符合槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項之要件。

但也有判決採取較為寬鬆之見解，認為所謂「供生活工具之用」並不以恃狩獵為生或以狩獵為其生活主要內容者為限。

如**宜蘭地院 102 年易字第 11 號判決**基於我國憲法肯認多元文化，兩公約、原住民基本法明示應尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化、價值觀及槍砲彈藥刀械管制條例立法理由、修法之意旨，認為被告平時雖以搭蓋房子之木工為業，然亦供稱：伊雖無漁民證，但也算是漁民，平日有在岸邊浮淺、放網捕魚帶回家給爸媽吃，因為想說石頭縫裡也有魚，就想帶這隻魚槍去捕魚等語。足證本案被告**雖非全憑捕魚維生，然其使用該扣案魚槍捕魚確有助於其日常生活之進展**。且參以被告自始均坦承持有魚槍，未推諉卸責，僅不知魚槍亦須事先申請許可之規定，則在無任何證據顯示被告持有上開魚槍具有其他不法目的之情形下，為貫徹憲法維護原住民族文化之意旨，應認被告持有該支魚槍確係供作生活工具所用，而屬法律不罰之行為。

類似見解，如**台東地院 102 年原重訴字第 1 號判決，**係以：被告李三雄係山地原住民，其持有上開槍枝期間，曾持以外出打獵等情，業據證人宋秀英到庭證述明確；而被告李三雄學歷係國小肄業，其在臺東地區與宋秀英一同受雇幫人耕種薑田，已如前述，顯然係社會經濟能力弱勢族群，可見被告李三雄陳稱：**伊製造系爭槍枝之目的，係為原住民豐年祭典及為了打獵維持生活等語，應非虛妄**；尤其，被告李三雄製造槍枝之初倘非為打獵生活使用，而係為犯罪使用，其大可製造毋庸逐次填充子彈，可連續擊發，或者使用席格丁作為擊發動力，或其他火力較為龐大之槍枝，反而製造本案須逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，操作較為不易，安全性亦較低之簡易獵槍；此外，在無任何證據顯示被告李三雄製造系爭長槍之初，即具有其他不法目的之情形，為貫徹憲法維護原住民族文化之意旨，避免原住民打獵之傳統文化流失之情形下，應認不宜率依槍砲彈藥刀械管制條例有關刑罰之規定相繩。

台東地院 101 年訴字第 166 號判決解釋得更為清楚，其認為解釋上應不以恃之狩獵為生或以狩獵為其生活主要內容者為限，是因為國民經濟生活已普遍提升，野生動物之獵捕已受野生動物保育法之規範，無法任意捕捉，客觀環境之改變已甚少有原住民族僅憑單純之狩獵維生者，**倘將槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項所稱「供作生活工具之用」嚴格限縮在恃以維生或主要生活所用之程度，本條之適用範圍將大幅縮減，顯然有背於多元文化之憲法精神與立法旨趣**；再者，人類生活之需求應不僅侷限於追求溫飽之經濟生活，更多的需求來自於尊嚴、文化及情感所形成之生活模式之認同，缺乏了這些內涵，表面上的物質生活固不會產生影響，但卻實質地影響到個人因為認同所產生之尊嚴及生活價值的斷裂。判決進而認定被告**係為維持居住安全及維繫日常生活，而被告係基於繼承關係取得系爭槍枝，本質上亦有文化傳承及對先人生活模式認同之意涵**，是其持有仍可認持有之自製獵槍係供作生活工具所用，應仍屬法律不

罰之行為。

該判決亦不認同內政部於 91 年 10 月 2 日頒佈之「槍砲彈藥刀械許可及管理辦法」，認為本案被告所持有之扣案槍枝係以木質槍身及土造金屬槍管組合而成，又依卷附照片所示，扣案土造長槍之外型簡單，結構甚為簡略、材質亦屬粗糙，甚至有氧化、鏽蝕之情形，可認係非屬制式或固定兵工廠生產，而為簡易自製之獵槍無訛，應屬該條例第 20 條第 1 項所稱之「自製之獵槍」；該槍枝雖係「以打擊霰彈底火藥，引爆其彈內火藥為發射動力」，非「逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，打擊底火或以他法引爆，將填充之射出物射出」，與上揭管理辦法所載「自製獵槍」之定義不符，然該管理辦法就「自製獵槍」之定義有違反立法意旨及逾越授權範圍之情形，適法性容有疑慮；此外，傳統需從槍管填充黑色火藥之方式，由於底火片容易受潮，造成無法射擊，加上從槍管填充的火藥也比較容易引爆，對持槍的人較不安全，**原住民族為增加使用槍械的安全性**，遂有發展出以工業底火取代傳統底火片等方式來製造槍械之情形，本件扣案槍枝雖更進一步使用霰彈，惟所以如此替換之原因，除了擴大打擊面以增加擊中獵物的機率外，主要仍應與以工業底火取代傳統底火片之原因相同，即係為增加使用之安全性，究其根柢，**並未改變其為該槍枝之自製簡易性質**[35]。

(四) 檢察官聲請單獨宣告沒收違禁物均遭駁回

針對檢察官單獨聲請宣告沒收土造獵槍，搜尋到之判決均係駁回，此部分應加以檢討何以檢察官仍會提出聲請。詳細之論述例如台北地院 102 年聲字第 449 號判決認為:關於「原住民間，未經許可，製造運輸或持有自製之獵槍或漁民未經許可，製造、運輸或持有自製之漁槍，供作生活工具之用者」之行為，槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項除規定「處新臺幣 2 千元以上，2 萬元以下罰鍰」之外，並且明文規定「本條例有關刑罰之規定，不適用之」，該條例既就此類行為予以除罪化，自包含屬於「刑罰」之「沒收」在內。...被告 2 人持有本件扣案土造獵槍與火藥等物，依槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條之規定，並不構成刑事犯罪，則對該等扣案物，亦不能以具有刑罰性質之沒收從刑處之，否則仍屬對被告 2 人之刑事處罰，有違上揭規定意旨。從而，雖本件扣案之土造獵槍 3 支，經鑑定均具有殺傷力，扣案之火藥經鑑定認係黑色火藥，有卷附鑑定書可參，然被告 2 人之行為既不構成刑事犯罪，即難認上揭扣案物具有違禁物之性質，檢察官聲請予以單獨沒收，尚屬無據，應予駁回[36]。

(五) 砍伐牛樟木培養牛樟芝、施用毒品並非傳統文化

苗栗地院 102 年原訴字第 2 號判決審理被告竊取森林主產物及搬運贓物罪認為，被告某甲於審理時雖稱其所屬泰雅族原住民傳統習慣，原即有砍伐牛樟木培養牛樟芝之習慣。但判決中援引中央研究院民族學研究所臺灣總督府臨時臺灣舊慣調查會番族慣習調查報告書，認為**依日治時期所進行之臺灣原住民習慣調查，泰雅族原住民在菇類作物中，僅有採取香菇食用之紀**

[35]其他較寬鬆之見解如台東地院 101 年訴字第 209 號判決、101 年重訴字第 8 號判決、101 年重訴字第 10 號判決、101 年訴字第 167 號判決、101 年重訴字第 9 號判決。
[36]類似判決如台中地院 102 年聲字第 2775 號判決，以及屏東地院 102 年聲字第 982 號判決。

錄，而無培養牛樟芝供作食用或藥用之資料，且在該族傳統文化中，未經許可擅取他人物品，仍可引起部落內部之糾紛，而遭到相對應之處罰，故認定被告所辯不可採。但判決中針對另一被告則**依據泰雅族傳統文化，認為乃為擔負照顧家庭責任之人**，又其家境並非寬裕，核屬經濟上弱勢族群，苟驟然令其因無力支付易科罰金之款項而入監服刑，勢必令其家庭陷入困境，實非社會之福，而給予被告緩刑。

苗栗地院 102 年訴字第 52 號判決同樣針對違反森林法之案件，同樣援引中央研究院民族學研究所臺灣總督府臨時臺灣舊慣調查會番族慣習調查報告書，認為本件被告黃某及謝某雖均為泰雅族原住民，相較於多數之漢民族而言，於經濟及文化上均屬弱勢，然**在泰雅族原住民傳統文化中，未經許可擅取他人物品，仍可引起部落內部之糾紛，而遭到相對應之處罰**，可知被告謝某在未經許可之情形下，與被告黃某擅取他人已盛裝成袋之牛樟木殘材，縱依其傳統文化，亦屬可予責難之行為，是其顯無文化上特殊之原因，堪認有何客觀上足以引起一般同情之情狀。

針對施用毒品罪，屏東地方法院 102 年原易字第 31 號判決依據函詢國立東華大學原住民民族學院、中央研究院民族學研究所、國立台灣大學、行政院原住民族委員會等結果，認為**依現今對原住民傳統慣習之理解，並無原住民族有何使用具有麻醉效果、興奮效果之植物、藥物之傳統習慣**，且依其函詢衛生署之結果，參照第二級毒品甲基安非他命係於西元 1919 年由化學家合成，自引進之始即屬於禁止醫療使用之麻醉藥品等情，則該等經化合所得之甲基安非他命毒品顯非屬於原住民族依其傳統慣習所得使用之物無訛，是被告所犯本件施用毒品之犯行即難認有何與其原住民族身分有關之情事[37]。

(六)違反野生動物保育法案件立法者已有決定

台中地院 101 年選訴字第 2 號判決認為，當原住民族基於其人格之自伊實現而實施狩獵活動時，即難以避免地與保育野生動物此一抽象之公益產生價值衝突，如何調和、取捨即應由具民主正當性之立法者善加抉擇。

依原住民族基本法第 19 條之文義[38]，似指原住民族基於傳統文化、祭儀或自用之目的，而不具營利性者，即可獵捕野生動物，包括保育類野生動物及一般類野生動物，然**該法文同時揭示「依法從事」，所依之法除原住民族基本法外，自應包括野生動物保育法**。

再依野生動物保育法第 21 條之 1 之文義[39]，似亦指原住民族基於其傳統文化、祭儀而有獵

[37] 類此判決有屏東地院 102 年原訴字第 12 號判決。
[38]原住民族基本法第 19 條規定：「原住民得在原住民地區依法從事下列非營利行為：一、獵捕野生動物。二、採集野生植物及菌類。三、採取礦物、土石。四、利用水資源。前項各款，以傳統文化、祭儀或自用為限。」
[39]野生動物保育法第 21 條之 1 規定：「臺灣原住民族基於其傳統文化、祭儀而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，不受第 17 條第 1 項（指獵捕一般類野生動物之限制）、第 18 條第 1 項（指獵捕保育類野生動物之限制）及第 19 條第 1 項各款（指獵捕方式之禁止）規定之限制。前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准，其申請程序、獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域及其他應遵循事項之辦法，由中央主管機關會同中央原住

捕之必要，即可獵捕野生動物，包括保育類野生動物及一般類野生動物。然原住民族違反第 21 條之 1 第 2 項規定，未經主管機關許可，獵捕、宰殺或利用一般類野生動物，供傳統文化、祭儀之用或非為買賣者，處新臺幣 1 千元以上 1 萬元以下罰鍰，但首次違反者，不罰，野生動物保育法第 51 條之 1 定有明文，該條僅就一般類野生動物作有規範，而未包括保育類野生動物，是以未經主管機關許可獵捕、宰殺或利用保育類野生動物者即應依野生動物保育法第 41 條受刑事制裁，**蓋情節較輕微之未經許可獵捕一般類野生動物尚須處以行政罰鍰，情節較重之未經許可獵捕保育類野生動物既無行政責任，倘又無刑事責任，豈不輕重失衡**。

再者，野生動物保育法第 21 條之 1 之規定係於 93 年 2 月 4 日增訂公布，該條規定於立法院三讀通過時，立法者另作有附帶決議表示：「有關第 21 條之 1 第 2 項之許可辦法，應特別尊重原住民族之傳統飲食文化，對一般類野生動物之種類、區域、及數量予以妥適訂定。」，亦可資說明野生動物保育法第 21 條之 1 第 2 項僅授權主管行政機關就原住民族獵捕、宰殺或利用一般類野生動物之相關許可事項訂定法規命令，而未包括保育類野生動物，況且，依野生動物保育法第 4 條第 1 項規定，保育類野生動物可包括瀕臨絕種、珍貴稀有及其他應予保育之野生動物 3 類，依同法第 3 條之定義規範，瀕臨絕種野生動物係指族群量降至危險標準，其生存已面臨危機之野生動物，**如認為原住民族縱未經許可亦可任意獵捕瀕臨絕種野生動物，野生動物保育法所欲達成維護物種多樣性之立法目的豈不落空**。

判決經過一番推演之後認為，立法者就原住民權益及野生動物保護之調和已作有決定，即原住民獵捕一般類野生動物者，仍須經主管行政機關許可，未經許可者，施以行政制裁，至於**未經許可獵捕保育類野生動物者，則應依野生動物保育法第 41 條以刑罰制裁之**。立法者此一依野生動物之稀有性而為行政或刑事管制之區分是否得當，容或有隨時、空環境之變遷而得加以調整之情形，然在立法者為進一步之修法前，僅得依此一管制模式適用法律，最後認定被告仍為有罪，惟予以宣告緩刑 2 年，以啟自新[40]。

三、從實務運作面檢討刑事訴訟法第 31 條

從法律扶助基金會的統計數據可以知道檢警陪同偵訊部分有超過半數之原住民係不須律師到場陪同偵訊，其原因除試辦期警政署曾提出犯罪嫌疑人表示案情單純、不願等候辯護人到場，以免延滯詢問時間；另亦有認於後續訴訟程序時，再行選任辯護律師即可，警詢階段尚無需要等，未來應再深入研究其原因。目前法律扶助基金會係盡量由分會同仁與申請人直接溝通，告知其權益，可以確保原住民申請人係真正自願放棄這項權利。但若所犯為重罪案件，本文認為仍應採強制辯護制度，不得由被告或犯罪嫌疑人放棄律師辯護之權利。另外檢察官如可事先將案件轉介法律扶助基金會，讓扶助律師對案情事先了解，則對於原住民被告之實質辯護

民族主管機關定之。」

[40]同樣見解，如台東地院 101 年訴字第 209 號判決，最後因被告係年紀甚大之原住民，從小到大多在部落裡面生活，對外界訊息幾近隔絕，認定其辯稱不知獵捕白鼻心係違法行為，於經驗法則上甚有可能，雖不得因不知法律而免除刑事責任，然酌量被告不知法律之原因、情節，認被告之可責性甚低，而減輕其刑。

較有助益。刑事審判中強制辯護，從目前數據來看，以花蓮、台東等律師資源較少的地方案件量多，案由部分則仍以輕罪居多。駁回理由部分尚須檢討，尤其刑事一審縱然事證明確，但量刑部分是否毫無律師辯護空間則有待審查委員仔細依照目前實務狀況而為判斷。

至於法院判決則有幾個觀察點可以提供未來討論。第一，身分認定依照戶籍資料及原住民身分法可能會讓部分長年居住原住民部落，認同原住民文化或確實有原住民血統，但未依原住民身分法取得身分者，無法適用刑事訴訟法第 31 條之問題[41]。第二、原住民身分成為量刑因素的正當性，從刑法第 57 條而言，應可認為屬於「犯罪行為人之生活狀況」之考量因素，但本次觀察到從重量刑之判決，其量刑理由頗有道德審判之味道，似乎並不妥當。第三、槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條適用見解分歧有統一解釋之必要，這也是未來司法實務需要努力之處。第四、對於未違反槍砲彈藥刀械管制條例之案件，檢討檢察官單獨聲請宣告沒收土造獵槍之必要性。第五、法院如何調查傳統文化勢必成為未來各種文化辯護之焦點，理論上應該可以利用現行鑑定制度來調查文化證據[42]。第六、為保障原住民狩獵之文化權，野生動物保育法是否有再度修法之必要及修法方向為何，亦是未來須探討的地方[43]。

現行體制中，原住民身分與資源享用之間的關係密不可分，具有原住民身分便享有教育、文化、社會福利等多項資源，這種齊頭式平等的想法，有學者稱為係蘇伊士運河之思考法。另外一種打破齊頭式平等的想法是所謂巴拿馬運河思考法，亦即對於具原住民身分者，依照個人狀況不同，享有資源程度不一。例如原住民社會福利資源，排除某些經濟能力已達一定水準之原住民，或是參加聯考加分之福利，讓居住都市，教育資源較豐富者，分數加少一點[44]。

由於法律扶助之資源有限，全部原住民刑事案件不論案情輕重，或於偵查、審判中，均採律師強制辯護之妥適性，確實可以加以檢討。如從前面所提到巴拿馬運河思考法，打破齊頭式平等，將全部案件先由法務人員或律師給予一定之資訊提供或諮詢，再將有限之律師資源配置於重罪或案情有文化辯護空間等需要律師陪同到場或辯護之案件，或許是一個較為可行之方法。

肆、結論

本文認為本次立法是在刑事訴訟法領域上實踐「糾正過去之惡」、「多元文化與實質平等的實現」等兩項原則，原則上是具有正當性的。從憲法的角度分析本次立法的合憲性，審查標準應適用中度審查標準。目的合憲性，不論係為保障原住民族文化辯護與律師倚賴權或是追求

[41] 相同之問題參見王皇玉，原住民持有槍械問題研究，原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會論文集，2011 年 10 月 15-16 日，頁 12。
[42] 有認為我國刑事訴訟法第 198 條應修法讓被告有參與選任鑑定人之機會，不用讓被告所選任之專家學者以證人之證據方法提出，反而有使證詞可能因刑事訴訟法第 160 條而無證據能力之風險。參蕭宇軒，前揭註 23 論文，2011 年 8 月，頁 160-161。
[43] 認為現行保育類野生動物名錄的認定，並未納入原住民族傳統自然生態知識與文化系統的監測機制，參蔡志偉，前揭註 4 文，頁 1551。建議將狩獵管理權交由傳統社會中的決策單位，參全皓翔，台灣原住民族狩獵權之研:布農族、排灣族個案探討，國立東華大學民族發展研究所碩士論文，2010 年 6 月，頁 127。
[44] 參林修澈計畫主持，原住民身分認定的研究，1999 年 6 月，頁 45-49。

整體原住民族之社會福利地位都應該是重要之公共利益。但手段合憲性方面，立法者以具有原住民身分者做為與文化辯護間之關聯，仍然應該認為手段與目的間具備實質關連，但如果以原住民族社會福利之立法目的而言，由於具有原住民身分者並非都是社經地位較差者，因此在涵蓋過廣之分析上，完全沒有排富之設計，就無法通過中度審查標準。

從實際執行層面，為了在有限的律師資源下滿足原住民之律師需求，建議改採原住民刑事案件全面諮詢與部分案件律師辯護之作法，從而刑事訴訟法第 31 條第 1 項，為避免大部分具有文化辯護空間之輕罪案件落入簡易或協商程序，無從適用強制辯護規定，建議修改為被告具原住民身分，於審判中未經選任辯護人者，審判長即應指定公設辯護人或律師為被告辯護，**不須再增加「經依通常程序起訴或審判者」之要件，但可考慮將偵查中已選任辯護人並自白，而檢察官聲請簡易判決處刑之案件排除**。第 5 項建議修改為:「被告或犯罪嫌疑人因智能障礙無法為完全之陳述或具原住民身分者，於偵查中未經選任辯護人，檢察官、司法警察官或司法警察應通知依法設立之法律扶助機構**提供法律扶助**。但**所犯非最輕本刑為三年以上有期徒刑或高等法院管轄第一審案件**經被告或犯罪嫌疑人主動請求立即訊問或詢問，或等候律師逾四小時未到場者，得逕行訊問或詢問。」如此法律扶助基金會可以視案情提供諮詢或律師辯護，並且將重罪案件偵查中列為強制辯護，不得由被告或犯罪嫌疑人放棄律師辯護。

附表一:法律扶助基金會原住民檢警陪偵專案試辦期間總案件量統計表

期間	申請案件	申請人撤回	應派遣律師件數（a）	實際派遣律師件數（b）	實際派遣律師比例（b/a）
101 年 7 月 15 日至 10 月 15 日	163	27	136	119	87.50%

附表二: 法律扶助基金會原住民檢警陪偵專案試辦期間各分會案件量統計表

分會	轄區內合作警分局數	案件申請量	申請人撤回	應派案件數	派案失敗件數	實際派遣案件數	派案成功率
台北	9	2	1	1	0	1	100%
台中	7	11	1	10	2	8	80%
台南	6	4	1	3	0	3	100%
高雄	16	9	1	8	0	8	100%
花蓮	5	20	5	15	10	5	33%
桃園	3	20	4	16	4	12	75%
新竹	5	15	6	9	0	9	100%
彰化	2	0	0	0	0	0	無
宜蘭	5	6	0	6	0	6	100%
台東	4	24	5	19	0	19	100%
基隆	4	3	0	3	0	3	100%
苗栗	2	2	0	2	0	2	100%
雲林	1	0	0	0	0	0	無
嘉義	3	1	0	1	0	1	100%
屏東	6	10	0	10	0	10	100%
南投	3	4	1	3	0	3	100%
板橋	9	19	2	17	1	16	94%
士林	6	13	0	13	0	13	100%
小計	96	163	27	136	17	119	87.5%

註:統計期間:101 年 7 月 15 日至 10 月 15 日

附表三: 法律扶助基金會原住民檢警陪偵專案試辦期間涉犯案由統計表

期間	次序	涉犯案由	案件數	占比
101 年 7 月 15 日至 10 月 15 日	1	公共危險	79	48.47%
	2	竊盜	24	14.72%
	3	傷害	9	5.52%

附表四: 法律扶助基金會刑事訴訟法第 31 條原住民案件量統計表

統計期間:102 年度 1 月至 7 月										
扶助類型 / 月份	原住民檢警陪偵案件（刑事訴訟法第 31 條第 5 項）					原住民強制辯護案件（刑事訴訟法第 31 條第 1 項）				
	申請件數	實際派遣律師件數	未能成功派遣件數	撤回	不符資格駁回	申請件數	准予扶助	駁回	撤回	其他
1	106	76	10	19	1	28	27	1	0	0
2	214	110	7	96	1	145	136	9	0	0
3	206	98	4	104	0	238	226	10	2	0
4	292	114	2	175	1	174	174	0	0	0
5	324	124	7	193	0	193	190	0	3	0
6	331	124	2	205	0	157	157	0	0	0
7	386	107	5	273	1	184	179	0	3	2
總計	1859	753	37	1065	4	1119	1089	20	8	2

附表五: 法律扶助基金會各縣市刑事訴訟法第 31 條原住民案件量統計表

統計期間:102 年度 1 月至 7 月										
扶助類型 / 縣市	原住民檢警陪偵案件（刑事訴訟法第 31 條第 5 項）					原住民強制辯護案件（刑事訴訟法第 31 條第 1 項）				
	申請件數	實際派遣律師件數	未能成功派遣件數	撤回	不符資格駁回	申請件數	准予扶助	駁回	撤回	其他
臺北市	214	110	0	103	1	42	41	1	0	0
新北市	166	113	0	53	0	172	165	4	2	1
臺中市	135	77	5	53	0	71	71	0	0	0
臺南市	88	36	2	48	2	16	12	4	0	0
高雄市	159	60	0	99	0	31	31	0	0	0
桃園縣	261	57	7	197	0	130	124	1	5	0
新竹縣	51	17	6	28	0	52	51	1	0	0
苗栗縣	57	22	1	34	0	24	24	0	0	0
彰化縣	23	13	1	9	0	11	11	0	0	0
南投縣	15	13	1	1	0	48	48	0	0	0
雲林縣	1	0	0	1	0	0	0	0	0	0
嘉義縣	22	2	0	20	0	16	16	0	0	0
屏東縣	89	21	0	67	1	76	74	2	0	0
宜蘭縣	35	17	7	11	0	38	35	3	0	0
花蓮縣	306	55	3	248	0	206	203	2	0	1
臺東縣	195	116	3	76	0	164	161	2	1	0
澎湖縣	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
金門縣	6	3	1	2	0	1	1	0	0	0
基隆市	36	21	0	15	0	21	21	0	0	0
連江縣	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
總計	1859	753	37	1065	4	1119	1089	20	8	2

註：檢警陪偵案件之縣市別以「法律扶助基金會各地分會所在地」分類；刑事強制辯護案件之縣市別以「申請人住居所所在地」分類。

附表六: 法律扶助基金會刑事訴訟法第 31 條原住民案件案由統計表

統計期間:102 年度 1 月至 7 月										
扶助類型 / 案件類型（**複選**）	原住民檢警陪偵案件（刑事訴訟法第 31 條第 5 項）					原住民強制辯護案件（刑事訴訟法第 31 條第 1 項）				
	申請件數	實際派遣律師件數	未能成功派遣件數	撤回	不符資格駁回	申請件數	准予扶助	駁回	撤回	其他
公共危險	794	252	16	525	1	107	104	3	0	0
竊盜	227	104	4	118	1	120	117	2	1	0
毒品	194	62	1	129	2	74	70	3	1	0
傷害	150	61	2	87	1	166	162	2	1	1
詐欺	95	54	0	41	0	117	112	2	3	0
妨害性自主	59	43	1	15	0	124	120	2	2	0
槍砲彈藥刀械管制條例	43	19	5	19	0	42	42	0	0	0
殺人	32	16	0	16	0	44	44	0	0	0
毀損	27	9	0	18	0	12	12	0	0	0
偽造文書	25	20	0	5	0	41	40	0	1	0
強盜	23	18	0	5	0	25	24	1	0	0
貪污	22	19	2	1	0	14	14	0	0	0
妨害公務	20	8	1	11	0	9	9	0	0	0
侵占	20	8	0	12	0	30	30	0	0	0
恐嚇	18	8	1	9	0	15	15	0	0	0
妨害自由	16	6	0	10	0	14	14	0	0	0
家庭暴力防治法	16	9	1	6	0	9	9	0	0	0
森林法	12	5	1	6	0	65	64	1	0	0
過失致死	12	10	0	2	0	33	32	0	0	1
組織犯罪	10	5	1	4	0	3	3	0	0	0
野生動物保育法	5	1	0	4	0	21	20	1	0	0
水土保持法	2	1	0	1	0	15	15	0	0	0
其他	145	52	5	87	0	124	119	4	1	0
總計	1967	790	41	1131	5	1224	1191	21	10	2

註：因案由可複選，故總計案件量較上二表為多。

附表七:全國各縣市原住民人口數統計表

（統計日期:102 年 7 月，資料來源:行政院原住民族委員會網站）

縣市別	原住民人口數 （包含山地及平地原住民）	佔全國原住民人口數百分比
花蓮縣	90983	17.14%
臺東縣	79289	14.94%
桃園縣	63676	12.00%
屏東縣	57487	10.83%
新北市	52580	9.91%
高雄市	31550	5.94%
臺中市	30202	5.69%
南投縣	28519	5.37%
新竹縣	23916	4.51%
宜蘭縣	16013	3.02%
臺北市	15013	2.83%
苗栗縣	10875	2.05%
基隆市	8880	1.67%
臺南市	6623	1.25%
嘉義縣	6614	1.25%
彰化縣	5183	0.98%
雲林縣	2080	0.39%
金門縣	733	0.14%
澎湖縣	380	0.07%
連江縣	160	0.03%
總計	530756	100%

附表八:各地方法院刑事庭被告為原住民之裁判一覽表

（裁判日期為 2013 年 1 月 25 日至 8 月 2 日間，資料來源：法源法律網。）

地方法院	裁判案號	裁判類型	日期	案由
台北地院	101,審易,2998	判決	1020708	竊盜
台北地院	102,審交簡,112	判決	1020520	公共危險
台北地院	102,交簡,630	判決	1020426	公共危險
台北地院	102,審易,500	判決	1020329	竊盜
台北地院	102,聲,449	裁定	1020308	聲請單獨宣告沒收違禁物
台北地院	102,審簡,216	判決	1020225	竊盜等
台北地院	102,審簡,190	判決	1020218	業務過失致死
新北地院	102,簡,4829	判決	1020731	竊盜
新北地院	102,易,1881	判決	1020731	竊盜等
新北地院	102,交簡,2957	判決	1020731	公共危險
新北地院	102,交簡,2950	判決	1020731	公共危險
新北地院	102,交簡,2866	判決	1020726	公共危險
新北地院	102,交簡,2859	判決	1020726	公共危險
新北地院	102,交簡,2841	判決	1020726	公共危險
新北地院	102,交簡,2839	判決	1020726	公共危險
新北地院	102,交簡,2757	判決	1020722	公共危險
新北地院	102,簡,4673	判決	1020718	竊盜
新北地院	102,交簡,2645	判決	1020716	公共危險
新北地院	102,易,1758	判決	1020715	竊盜
新北地院	102,交簡,2656	判決	1020715	公共危險
新北地院	102,交簡,2652	判決	1020715	公共危險
新北地院	102,交簡,2649	判決	1020715	公共危險
新北地院	102,交簡,2620	判決	1020715	公共危險
新北地院	102,交簡,2576	判決	1020712	公共危險
新北地院	102,交簡,2564	判決	1020711	公共危險
新北地院	102,交簡,2570	判決	1020709	公共危險
新北地院	102,簡,4416	判決	1020708	竊盜
新北地院	102,交簡,2508	判決	1020708	公共危險
新北地院	102,交簡,2519	判決	1020705	公共危險
新北地院	102,交簡,2509	判決	1020705	公共危險
新北地院	102,交簡,2495	判決	1020705	公共危險
新北地院	102,交簡,2430	判決	1020705	公共危險
新北地院	102,交簡,2518	判決	1020704	公共危險
新北地院	102,交簡,2477	判決	1020704	公共危險
新北地院	102,交簡,2472	判決	1020704	公共危險
新北地院	102,交簡,2456	判決	1020704	公共危險
新北地院	102,交簡,2439	判決	1020704	公共危險
新北地院	102,交簡,2460	判決	1020703	公共危險
新北地院	102,交簡,2444	判決	1020703	公共危險
新北地院	102,交簡,2418	判決	1020701	公共危險
新北地院	102,交簡,2413	判決	1020628	公共危險
新北地院	102,交易,592	判決	1020628	公共危險
新北地院	102,交簡,2372	判決	1020627	公共危險
新北地院	102,交易,573	判決	1020627	公共危險
新北地院	101,交易,1393	判決	1020627	公共危險
新北地院	102,交簡,2287	判決	1020625	公共危險
新北地院	102,交簡,2343	判決	1020624	公共危險

新北地院	102,交簡,2320	判決	1020624	公共危險
新北地院	102,交簡,2273	判決	1020621	公共危險
新北地院	102,交簡,2289	判決	1020620	公共危險
新北地院	102,訴,903	判決	1020618	毒品危害防制條例
新北地院	102,交簡,2126	判決	1020611	公共危險
新北地院	102,交簡,2033	判決	1020610	公共危險
新北地院	101,交易更,1	判決	1020610	公共危險
新北地院	102,交簡,1998	判決	1020607	公共危險
新北地院	102,交簡,2041	判決	1020606	公共危險
新北地院	102,交簡,2017	判決	1020605	公共危險
新北地院	102,交簡,1999	判決	1020604	公共危險
新北地院	102,交簡,1949	判決	1020604	公共危險
新北地院	102,交簡,1902	判決	1020531	公共危險
新北地院	102,交易,521	判決	1020531	公共危險
新北地院	102,交易,410	判決	1020531	公共危險
新北地院	102,交簡,1898	判決	1020529	公共危險
新北地院	102,交簡,1889	判決	1020529	公共危險
新北地院	102,簡,3349	判決	1020521	竊盜
新北地院	102,易,939	判決	1020520	詐欺
新北地院	101,易,3489	判決	1020520	竊盜
新北地院	102,交易,329	判決	1020516	公共危險
新北地院	102,交易,397	判決	1020515	公共危險
新北地院	102,交簡,1671	判決	1020509	公共危險
新北地院	102,交簡,1624	判決	1020508	公共危險
新北地院	102,交簡,1564	判決	1020501	公共危險
新北地院	102,交簡,1522	判決	1020429	公共危險
新北地院	102,交易,213	判決	1020429	公共危險
新北地院	102,交簡,1540	判決	1020426	公共危險
新北地院	101,交易,1183	判決	1020426	公共危險
新北地院	102,簡,2584	判決	1020423	贓物
新北地院	102,交簡,1439	判決	1020423	公共危險
新北地院	102,易,493	判決	1020419	竊盜
新北地院	102,交簡,1411	判決	1020418	公共危險
新北地院	102,交簡,1387	判決	1020417	公共危險
新北地院	102,交易,62	判決	1020412	公共危險
新北地院	102,交簡,1285	判決	1020410	公共危險
新北地院	102,交易,225	判決	1020410	公共危險
新北地院	102,簡,644	判決	1020322	毒品危害防制條例
新北地院	102,交簡,1085	判決	1020320	公共危險
新北地院	102,交簡,943	判決	1020315	公共危險
新北地院	102,簡,1512	判決	1020308	賭博
新北地院	102,交易,106	判決	1020227	公共危險
新北地院	102,交簡,648	判決	1020220	公共危險
新北地院	102,交簡,620	判決	1020220	公共危險
新北地院	102,交簡,516	判決	1020205	公共危險
新北地院	101,交簡上,322	裁定	1020128	過失傷害(因身分再開辯論)
宜蘭地院	102,訴,192	判決	1020731	違反槍砲彈藥刀械管制條例
宜蘭地院	102,交簡,508	判決	1020703	公共危險
宜蘭地院	102,聲,342	裁定	1020610	聲請撤銷羈押之處分
宜蘭地院	101,侵易,1	判決	1020502	違反性侵害犯罪防治法

宜蘭地院	102,易,11	判決	1020327	違反槍砲彈藥刀械管制條例
宜蘭地院	101,交訴,77	其他	1020326	公共危險
宜蘭地院	102,簡,133	判決	1020312	違反野生動物保育法
宜蘭地院	101,聲,829	裁定	1020208	停止羈押
基隆地院	102,基交簡,408	判決	1020801	公共危險
桃園地院	102,審原訴,8	判決	1020531	偽造文書等
桃園地院	102,審原交易緝,2	判決	1020531	公共危險
桃園地院	102,審原交易,13	判決	1020522	公共危險
桃園地院	102,審原交易,12	判決	1020522	公共危險
桃園地院	102,審原交易,10	判決	1020522	公共危險
桃園地院	101,聲判,57	裁定	1020517	聲請交付審判
桃園地院	102,審交訴,16	判決	1020329	肇事遺棄罪
桃園地院	101,審侵訴,41	裁定	1020227	妨害性自主罪(因身分再開辯論)
桃園地院	102,原桃交簡,25	判決	1020221	公共危險
桃園地院	102,原壢交簡,22	判決	1020221	公共危險
桃園地院	102,原壢交簡,14	判決	1020220	公共危險
桃園地院	102,原桃交簡,24	判決	1020131	公共危險
桃園地院	102,原壢交簡,21	判決	1020131	公共危險
桃園地院	102,原桃交簡,19	判決	1020130	公共危險
桃園地院	102,原壢交簡,23	判決	1020130	公共危險
桃園地院	102,原桃交簡,14	判決	1020129	公共危險
桃園地院	102,原壢交簡,16	判決	1020129	公共危險
桃園地院	102,原壢交簡,9	判決	1020125	公共危險
新竹地院	102,審原訴,19	其他	1020801	違反水土保持法
新竹地院	102,審訴,343	其他	1020730	違反毒品危害防制條例
新竹地院	102,審原訴,25	其他	1020725	違反毒品危害防制條例
新竹地院	102,審原訴緝,1	判決	1020723	違反森林法
新竹地院	102,審原易,22	其他	1020722	贓物
新竹地院	102,審原易,14	其他	1020722	竊盜
新竹地院	101,審易,905	判決	1020722	業務侵占
新竹地院	102,審原訴,26	其他	1020712	違反毒品危害防制條例
新竹地院	102,審原易,3	判決	1020712	違反森林法
新竹地院	102,審原易,17	其他	1020709	違反毒品危害防制條例
新竹地院	102,審原易緝,1	判決	1020627	違反毒品危害防制條例
新竹地院	102,審原易,12	其他	1020627	違反毒品危害防制條例
新竹地院	102,審原交易,8	判決	1020627	業務過失傷害
新竹地院	102,審原易,15	其他	1020620	違反毒品危害防制條例
新竹地院	102,審原易,10	其他	1020618	強制罪
新竹地院	102,審原易,8	判決	1020531	侵占等
新竹地院	102,審原交易,5	判決	1020531	過失傷害
新竹地院	102,審原訴,2	判決	1020527	違反森林法
新竹地院	102,審原訴,18	其他	1020527	違反森林法
新竹地院	102,審原易,9	其他	1020523	違反森林法
新竹地院	102,審原易,6	其他	1020514	違反槍砲彈藥刀械管制條例
新竹地院	102,審原訴,11	判決	1020507	違反森林法
新竹地院	102,審原訴,15	其他	1020430	違反森林法
新竹地院	102,審原訴,12	判決	1020426	竊佔等
新竹地院	102,審原訴,10	其他	1020423	違反森林法
新竹地院	102,審原交訴,1	判決	1020416	公共危險等

新竹地院	102,審原訴,4	判決	1020410	妨害自由
新竹地院	102,審原訴,2	判決	1020402	違反森林法
新竹地院	101,竹簡,767	其他	1020327	賭博
新竹地院	102,審原交易,1	其他	1020319	公共危險
新竹地院	100,易,317	判決	1020307	詐欺
新竹地院	101,審易,1195	其他	1020227	恐嚇
新竹地院	101,審訴,838	其他	1020221	違反毒品危害防制條例
新竹地院	101,審交易,356	判決	1020220	過失致死等
苗栗地院	102,原訴,4	其他	1020626	違反森林法
苗栗地院	102,訴,61	判決	1020529	違反森林法
苗栗地院	102,原訴,2	判決	1020514	違反森林法
苗栗地院	102,訴,6	判決	1020416	毒品危害防制條例
苗栗地院	102,訴,52	判決	1020402	違反森林法
台中地院	102,中簡,1437	判決	1020802	詐欺
台中地院	102,聲,2775	裁定	1020718	聲請單獨宣告沒收
台中地院	102,交易,440	判決	1020610	公共危險
台中地院	101,訴,2421	判決	1020508	毒品危害防制條例
台中地院	102,聲,1283	裁定	1020429	聲明異議
台中地院	102,交易,362	判決	1020429	公共危險
台中地院	102,交易,376	判決	1020417	公共危險
台中地院	102,侵訴,17	判決	1020402	妨害性自主罪
台中地院	101,訴,2639	判決	1020402	貪污治罪條例
台中地院	101,易,270	判決	1020401	詐欺
台中地院	101,選訴,2	判決	1020326	違反公職人員選舉罷免法等
台中地院	102,訴,324	判決	1020320	搶奪
台中地院	101,訴,2259	判決	1020220	公共危險
台中地院	101,訴,1661	判決	1020207	違反槍砲彈藥刀械管制條例
彰化地院	102,訴,114	判決	1020620	違反槍砲彈藥刀械管制條例
彰化地院	102,交簡,539	判決	1020320	公共危險
南投地院	102,原訴,10	判決	1020723	違反森林法等
南投地院	102,原易,7	判決	1020711	竊盜
南投地院	100,訴,249	判決	1020711	違反貪污治罪條例等
南投地院	102,原投刑簡,4	判決	1020527	違反野生動物保育法
南投地院	102,原埔刑簡,3	判決	1020514	違反野生動物保育法
南投地院	102,原訴,1	判決	1020502	違反森林法
雲林地院	102,交訴,1	判決	1020313	公共危險
嘉義地院	102,原嘉交簡,21	判決	1020724	公共危險
嘉義地院	102,原嘉交簡,20	判決	1020718	公共危險
嘉義地院	102,原嘉交簡,19	判決	1020702	公共危險
嘉義地院	102,原嘉交簡,15	判決	1020621	公共危險
嘉義地院	102,原嘉簡,5	判決	1020513	竊盜
嘉義地院	102,原嘉交簡,11	判決	1020513	公共危險
嘉義地院	102,原嘉交簡,9	判決	1020426	公共危險
嘉義地院	102,原嘉簡,2	判決	1020326	違反毒品危害防制條例
嘉義地院	102,原嘉交簡,8	判決	1020320	公共危險
嘉義地院	102,原嘉交簡,6	判決	1020306	公共危險
嘉義地院	101,易,599	判決	1020219	竊盜
台南地院	102,交簡,1738	判決	1020709	公共危險
台南地院	102,交簡上,101	判決	1020628	公共危險

台南地院	102,訴緝,25	判決	1020430	違反毒品危害防制條例
台南地院	101,交簡上,159	判決	1020411	公共危險
高雄地院	102,選易,1	判決	1020730	妨害投票
高雄地院	102,易緝,33	判決	1020708	詐欺
高雄地院	101,選訴,8	判決	1020607	違反公職人員選舉罷免法
高雄地院	102,重訴,3	判決	1020520	違反槍砲彈藥刀械管制條例
高雄地院	102,原訴,4	判決	1020509	違反槍砲彈藥刀械管制條例等
高雄地院	102,審原訴,1	判決	1020329	違反森林法等
高雄地院	102,簡,588	判決	1020321	違反野生動物保育法
花蓮地院	102,原訴緝,1	判決	1020710	竊盜等
花蓮地院	102,原訴,2	判決	1020619	山坡地保育利用條例
花蓮地院	101,訴,78	判決	1020509	偽證
花蓮地院	102,原花簡,62	判決	1020430	野生動物保育法
花蓮地院	102,原簡,11	判決	1020430	違反槍砲彈藥刀械管制條例
花蓮地院	101,易,400	判決	1020409	竊盜
花蓮地院	102,原簡,5	判決	1020329	野生動物保育法
花蓮地院	102,原簡,3	判決	1020225	違反槍砲彈藥刀械管制條例
台東地院	102,原東簡,77	判決	1020730	違反水土保持法
台東地院	102,原重訴,1	判決	1020718	違反槍砲彈藥刀械管制條例等
台東地院	102,原訴,13	判決	1020621	違反森林法
台東地院	101,訴,166	判決	1020517	違反槍砲彈藥刀械管制條例
台東地院	102,聲,154	裁定	1020516	宣告沒收
台東地院	102,原訴,8	判決	1020510	違反野生動物保育法
台東地院	101,易,326	判決	1020429	侵占漂流物
台東地院	102,原訴,5	判決	1020419	違反水土保持法
台東地院	101,選訴,5	判決	1020416	違反公職人員選舉罷免法等
台東地院	101,訴,209	判決	1020301	違反槍砲彈藥刀械管制條例等
台東地院	101,訴,158	判決	1020225	違反槍砲彈藥刀械管制條例
台東地院	101,訴,253	判決	1020207	違反槍砲彈藥刀械管制條例等
台東地院	101,重訴,8	判決	1020201	違反槍砲彈藥刀械管制條例等
台東地院	101,重訴,10	判決	1020201	違反槍砲彈藥刀械管制條例等
台東地院	101,訴,167	判決	1020130	違反槍砲彈藥刀械管制條例
台東地院	101,重訴,9	判決	1020128	違反槍砲彈藥刀械管制條例
屏東地院	102,聲,982	裁定	1020723	聲請宣告沒收
屏東地院	102,原易,31	判決	1020719	違反毒品危害防制條例
屏東地院	101,易,918	判決	1020605	傷害等
屏東地院	102,原訴,12	判決	1020514	違反毒品危害防制條例
屏東地院	102,簡,784	判決	1020508	竊盜

屏東地院	101,易,825	判決	1020501	竊盜
屏東地院	101,訴,1599	判決	1020430	違反槍砲彈藥刀械管制條例等
屏東地院	101,重訴,13	判決	1020403	違反槍砲彈藥刀械管制條例

【主題二場次會議實錄】

與談人（黃明展 律師）：

謝謝主持人，各位報告人、各位來賓大家好，首先針對這些報告我非常肯定王教授，提出一個新的文化抗辯來供大家參考，這個文化抗辯看起來像是可以當成獨立阻卻犯罪。其次對於報告人這邊，我一開始有一點被誤導，報告人在編排、大綱上，他把原住民犯罪的抗辯分成三種，一是文化抗辯；二是量刑犯的抗辯；三是憲法跟國際條約的抗辯。一開始我會想說文化抗辯是獨立於其他兩個，這是三種不同的抗辯，但是看到後面好像也是屬於文化抗辯之一，不曉得我的理解是不是這樣，如果是的話，在二的標題上犯罪抗辯跟文化抗辯中會有下列幾種：一種是獨立式的像是在美國；另外一個是在德國類似量刑犯的抗辯；第三種是結合我們的憲法跟國際條約。個人一開始是有被誤導，後面的幾個案例事實上大部分是沒有直接援以文化抗辯，而是把文化、憲法與國際條約結合，國內目前通行的法院判決都是採取這樣的作法，這是一個建議。第二個剛剛王教授有提到建議法官去參加狩獵，上個月我都還在法官學院服務，我們法官學院有辦一系列的原住民文化習俗研討課程，都有安排狩獵的課程，已辦兩屆是分別在釜山、司馬庫斯山，現在我知道看穿山甲的洞狩獵牠，事實上這是司法院有在做的。

還有幾點在報告中提到的法律問題，我都覺得非常有趣，我挑兩點來回應：第一個是槍砲彈藥刀械管制條例之原住民自製獵槍跟持有獵槍的問題，事實上兩年前王教授就有報告過有關槍砲的，我也是在贊同王教授的概念，像我們台東、花蓮這邊，花蓮高分院都在有關自製獵槍部分採取較寬鬆的解釋，我們槍砲彈藥刀械管制條例對原住民可以持有自製獵槍有兩點限制：一個是限於自製獵槍；第二個是傾於生活工具所有，大概是這兩個。判決是針對這兩個來解釋，第一個自製獵槍區分只要不是兵工廠或是制式的獵槍都是專供生活工具所用，他把這個生活放得很寬，包括生活、習俗、祭典等，他是從這一方面來做規定的，但是這有個問題要來思考，要放到多寬，因為槍是個危險的東西，要讓原住民持槍，社會治安是必須去省思。

回到基本問題，為什麼原住民可以持獵槍，這個問題我個人解釋，是好像不是原住民就有權持獵槍，而是原住民持有獵槍是保存它的狩獵文化，經由狩獵文化產生的上山去教導他的下一代狩獵，經過狩獵的過程讓大家一起分享、追捕獵物等等，結合文化的傳承，這個意義才允許原住民持有獵槍，而不是原住民天生就可以持有獵槍，我的理解是這樣。在這樣的理解情況之下，你持有的獵槍必須去做這樣的限制，基於你要傳承狩獵文化所必需的範圍之內，當然我們首先是要注重安全性，所以槍的安全性是一定要注重的，那你採取前膛槍就可能不被允許，但是剛剛報告人有推演到判決跟主張都隨著交通發展、經濟提升、易於物料的取得，性能與安全性提高，我是沒有什麼意見，但是槍枝的部分就稍微有點遲疑，你性能愈好的槍，你就不需要太多的狩獵技巧，狩獵技巧你原本要傳承狩獵文化，可能又稍微被減弱，這個中間是要如何去平衡，我想這是個問題，之前在警政署探討，立法目的是在原住民自製獵槍的殺傷是比較低，提升性能可以，但殺傷力不能過大，這要法官個案去判斷，那樣的槍是沒有逾越立法的目的，而不是有無限上綱，可能要去思考這一部份。

另外是有關森林法第 4 項的問題，最高法院在 98 年才判決 7210 號，這判決肯定在森林法

第 15 條第 4 項，也就是說事實上第 4 項是採取正面規定，原住民「得」，得就是可以，得在傳統領域或是為了他的文化習俗的需要可以去採集，但現在問題來了，他的管理規則必須要由行政機關來訂定，可是到目前為止管理規則都還沒有訂定出來，在訂出管理規則前，到底原住民可不可以去採集，我個人的見解是說，可以，就是行政或立法怠惰的問題，但是基本上法律是肯定只要原住民符合以上兩個要件，事實上你是可以去採集，如果你要去限制他，你應該用行政機關再來去限制他，你自己都不去限定，憑什麼去否認之前法律所明文給原住民族的權利，我是覺得這樣的解釋方法是不對的，大致上我覺得最高法院判決也有提出一個看法，應該去探究第 3 項與第 4 項為什麼不一樣，有那個意思但他沒有講得很明白，所以我覺得有關第 4 項的解釋，是需要這樣，這是我簡單的回應，謝謝。

主持人（雅柏甦詠・博伊哲努 專門委員）：

我們謝謝律師，請我們總幹事對於這篇文章做與談。

與談人（蔡愛桂 總幹事）：

大家好，我以部落的觀點來跟大家做一些與談，我這邊是針對兒少性侵的案例，談部落賠償習俗與性侵害法治，可能有很多人不了解原住民部落的組織跟關係，在組織關係裡面，剛廖庭長有提到是比較封閉式，過去的原住民封閉程度，封閉的情況到孩子帶出來的安全性，我可以跟大家做一個分享。以前的部落，父母親在工作時連孩子也是跟著，爸爸媽媽在哪邊，孩子就會在哪邊，我們過去部落不會有所謂的性侵害問題存在。性侵害的標準，我就以部落的人來看待，我們的耆老、長輩、父母親看孩子是他的寶貝，親密程度是對這個孩子從頭髮到腳趾都親吻，我不知道別的族群會不會這樣，甚至於幫他換衣服、尿布也是會親他的生殖器官，所有的部分都是寶貝的，他的親密程度我都還有印象，我不知道這會不會構成性侵。

我要跟大家做分享，部落裡面關係是非常緊密，部落耆老是一個教導者，部落裡面有些制度跟一些行為，他會直接的教導你或直接責罵你，到現在都會存在的一個關係。這個關係到你這個行為不好都沒有改變，但部落耆老有教導你，跟未來的結婚有沒有關係，如果你的人際關係不好，跟未來你要談婚事也是有關係，我們原住民現在談婚嫁，還有一個討論、規劃的時間，因為過去你們男方曾經對我們女生有怎麼樣，我們心裡很不舒服，要男方想辦法讓我們女方心裡舒坦之後我們才要繼續談，才會進入這個協商，前面要去表明我喜歡你們家的孩子，那個是協商之前的動作，好幾年前的事情都會被挖出來，因為在部落裡面關係緊密到這個程度，長輩在教導你，你不受教，你後面還要承擔很多事情，那個關係是這樣子的，連婚姻生活跟生存都會有關係，部落的耆老扮演的角色是非常重要。以前我在協商機制裡面，部落的頭目是其中一個，加害人跟被害人他會進來，要結婚的男方、女方也會進來，傷害的部分都會去頭目的家做協商，嚴重的話，不會是一次、兩次就搞定。70 年前是有一個案例是我們部落發生的一個案件，是從來都沒有過，是因為遷徙，遷來遷去，部落跟部落之間就混在一起，他是非常嚴重，這是第一件性侵害，部落是怎麼處理的，協商好幾次，但都沒有成功，女方的家族都要拿番刀出來砍人了，最後協商的結論，女方說這個小女孩算是死了的人，你們要用娶這個人的方式來賠償，男方不能說不要，女方說什麼加害人都要做到，殺豬在部落算是一個最嚴重的賠償方式，所有該有的都要有，就像是嫁一個女兒一樣，這是賠償的一個方式，這是過去一個不好的經驗，部落從來沒有過的性侵害，傷害罪

對青少年，被責罰的不是加害者，而是他的長輩，就是回到被害者的農地去做工，而且是做好幾天的工，對現在的人做工算什麼，但對那時候的人是又要幫人工作、還要養小孩，這是很嚴重的責罰。

聽到廖庭長說的這些報告中有許多的感觸，這是滿友善的處理方式，如果說決策跟執行是外面來的，部落的耆老跟頭目，部落裡的沒有參與，那個機制會慢慢地削弱，我們原住民部落還有這樣的習俗，從結婚也知道是非常隆重的。對我來講是非常好的消息，如果是用這個方式來看待我們的兒童或是青少年，就不會讓第一線的社工感到兩難，第一線的教育者如果他是身為原住民，是有壓力存在，這是十幾年前就存在的問題，我們第一線社工人員常常在通報系統裡面，常常在矛盾到底要不要通報，家暴和暴力是要這樣做，還是我們自己做協商，這十幾年前就有這樣的問題，今天聽到這樣的報告，對第一線的社工、教育者等等都帶來一個好訊息，我的與談大概就是這樣，謝謝。

主持人（雅柏甦詠・博伊哲努 專門委員）：

謝謝總幹事的與談，接下來我們請張道周法官來與談。

與談人（張道周 法官）：

發表人梁主任、梁律師，各位來賓，很謝謝讓我又有這個機會再回到這個會場來學習、思考，楊主任這篇文章主要是回應到目前社會各界，好像有部分的人對於原住民受辯護這個權利是有些雜音，這樣感覺說是有些不公平，為什麼我沒有。我覺得台灣人很喜歡不平而鳴，都覺得你有、我沒有，為什麼這麼不公平，但台灣人很少想說為什麼他有這一項，這一項東西對他有什麼意義與目的，台灣人很少從這邊思考，所以很多人都會覺得說一個福利，我沒有，給的人心裡面有另外一把尺。我想楊主任這篇文章裡面，他第一個部分就是要來回應這個問題，讓他在這個狩獵物權的平等權，給一個加強的論述；第二個他用一個豐富的實務判決來說明，在這個新訴訟法規定裡面，在實務上法官是怎麼來回應原住民的議題，個人是學習到很多。

在這邊我可以補充的是，在思考上面來講，很多人都把這個修法是把原住民看成跟低收、殘障畫上一個同等的符號，我個人是比較不喜歡這樣的看法，我認為是一個比較有獨立的類型、目的、手段，我這張表就簡單來說，目前我們的被告受辯護權這個法律上的類型，主要第一個類型是重刑，罪行 3 年以上，第二個是智能障礙，第三個是原住民，第四個是低收入戶，其實每一個都有它特定的範圍，適用的範圍以及指定的方式也是不一樣，程序跟處分都有它不一樣的想法在裡面，所以是不太一樣的。我們主要說的是在原住民這一塊，個人比較傾向於目的的正當性，其實是在於說原住民確定進入國家刑法權的程序，不只有關於他個人要不要被處罰的問題，更重要的是說在背後一個原因，在一個社群或區域的原住民部落，要怎麼回應族人面對現代國家法律這個問題，所以在目的性上面來講，他是一個不只要特別考慮到的自己行為而自行負責，這個基本刑法架構的問題，而是如何集體主義，在這個新的修法程序裡面把原住民看是一整體，可以把這個議題挑出來。

另外在手段方面來講，其實在目前的立法上有做了一些差別待遇，這些差別待遇裡面，其實適用的範圍的打擊面沒有很廣，就是適用的對象不會太廣，我個人認為重罪的部分在這裡就變無權了，他適用是訴訟程序，其實就我們過去的一些案例，跟原住民有關的爭議，其實通常都在訴

訟程序，罪都不重，但卻牽涉到原住民整個文化，例如森林法、野生動物保育法，其實這些都不是我們刑法上的重罪，但是這是一個有關的議題，這個議題是非常重要，個人覺得說這個範圍已經把它給限制了。在這邊我來簡單介紹一下，在美國的立法律上都可以找出一個相對應的地方。第一個要說的是，在美國其實原住民的法庭之規定是很特別的，我們常常講說美國的第六修正案，關於被告授權律師辯護權，其實這規定在原住民不怎麼適用，為什麼？因為原住民被視為一個獨立的主權國家，它的基礎不在聯邦憲法，它的法律基礎是在條約，所以在美國的原住民法庭，原住民的保留區跟原住民的法庭之成立，他們都是獨立成一個很特別的，是說在美國目前的聯邦州都會受到第六修正案的限制，任何一個刑事被告都有一個訴訟律師有辯護的權利，但是很特別的是目前在美國的印地安法律裡這個權益是沒有被承認的，他們規定是規定在國會通過的一個法律叫做印地安民權法，印地安民權法裡面的規定很特別，被告有受辯護律師的權利，但是要被告自己花費，而不是政府來出錢。這個立法的目的是很特別的，因為當年在立法的時候，這個美國國會是考慮到說這個律師錢誰出，美國律師費很貴這是大家都知道的，因為印地安政府是一個獨立主權的國家，如果我們在跟印地安給付被告的權利，但是誰要買單，到時候是印地安政府買單，但印地安政府都說他們無力負擔，1968 年這個法律成立的時候，照他們的調查是他們全美國只有 25 名律師在印地安保留地職業，而且在印地安某州是沒有一個律師的，所以他們這個考慮是有一個訴訟經濟，訴訟效率上的考慮來做變化。

我這邊特別要講的是，美國說他們在印地安的法律有特殊的規定，但其實在實質上的效果是跟我們有點類似的，因為在美國聯邦的管轄，在印地安區的犯罪，若是屬於重大犯罪，他們還是歸給聯邦的法院，聯邦法院就有強制辯護，而且在美國的印地安法，在印地安保留區有重大犯罪是很鮮少的。根據一個研究顯示，它的統計說某年在印地安保留區裡面大概有四百件的重大案件，但以外有兩千多件的案件是由原住民法庭自己處理，原住民法庭規定，如果是被告有可能受到一年以上的有期徒刑以及五千塊美金的罰金，這個部分就會給他一個辯護權，跟我們的很類似，它有點畫一個範圍給他，但是其他很多案件還是沒有他的辯護權。我這邊要說明的是，我們要怎麼思考，其實辯護權的建立，法官的回應可以看到，法官這個意義在於他有標示的功能，原住民法庭或是律師都會特別注意到原住民身分，這是他最大的功能。但從楊律師的判決裡面，我們可以看到法官有很多的同情心態和施捨的心態在裡面，過去的傳教師為什麼要到殖民國家、非殖民國家去，他當作他在施捨嗎？我個人認為說其實下一步應該要思考，我們是不是要把傳統的辯護模式繼續運用在原住民案件，還是要發展出一個獨特的辯護模式，我這邊質疑的是說，有個美國學者曾說，我們應該要很小心在處理原住民的案件，有一個很大的誘惑就是，我們會把傳統的模式，就是一個人要不要處罰放進這個辯護的模式裡面，在原住民案件我們討論的是犯罪的成因，如何在裡面部落、政府、律師、檢察官進來對話，最後來改變整個部族所想要的生活，以上是我的評論，謝謝。

主持人（雅柏甦詠・博伊哲努 專門委員）：

謝謝法官評論，接下來的時間還剩 15 分鐘，我開放給現場，各位對報告跟與談的內容有評論或是提論，一個人是 1 分鐘。

與會者（楊志航 律師）：

各位先進午安，我是楊律師，下一場的與談人，關於槍砲的部分，我自己有個經驗，民國59年到64年的時候，原住民以泰雅族為例，他持用的槍是日本軍人留下的槍，過兩、三年國民政府就說，我用制式的獵槍跟你換軍槍，就把獵槍發配給有紋面像我祖父那一代的人，叫他們用這個打獵，之後國民政府過十年又跟這些有紋面的獵人說，你們這個可以賣出，他用一個手段把槍買回來，好像是用五千塊，後來槍拿走了，但錢卻沒有給打獵的人。從現在開始你們再回去，重新做茅、射槍之類的，民國七十幾年的時候，才會有行政署規定說，所謂傳統獵槍一定要那個樣子，其實早在一、二十年前，他們用的獵槍都是制式的獵槍，這是僅供大家參考，謝謝。

主持人（雅柏甦詠・博伊哲努 專門委員）：

謝謝楊律師，請後面那一位。

與會者：

主持人、各位先進、各位在場的朋友，我是布農族的，我第一個想要回應的是說，我們承辦單位東華大學，還有今天開會的會友們，這真的是世界級的先進，因為我有參加過寮國的會議，我也有去過東南亞，只剩下兩個地方沒去，像是去大陸也是，都會很刻意去接觸當地的原住民，能夠像我們這樣討論，說主流主體跟原住民這樣很誠懇地對答，在世界級我們算是第一名，若說三分之一的話，我們算是前面的第一名，應該感到很榮耀的事情。第二個，漢人非常關心我們，所以我們之後原住民的活動應該要讓他們多參加，讓他們多了解，甚至給他們原住民的名字，這些法官、檢察官已很認同我們，讓他們在有關我們的活動中給他們多多觀察，因為這些法律有他們意識形態的成分，我覺得我們原住民的活動要多辦，這個承辦單位辦得很成功，謝謝。

主持人 （雅柏甦詠・博伊哲努 專門委員）：

謝謝我們這位布農族的朋友，後面還有。

與會者（Lowking 先生）：

我來自部落，沒有很高的學位，但我聽了大家的分享，我有點動怒，因為我不想拍馬屁，本來原住民過的安安穩穩什麼事都沒有，但這個法律套上來變得我們都有罪，變成說用這法律來約制我們，按照你們的遊戲規則去玩，你派個律師來幫我們一下，我們跟不上，這樣剛剛好而已，給個人權，再來跟我們來講。獵槍部份我們謝謝教授，上一次我玩過獵槍，還好沒有被抓到，不然魏德聖不會要我，當然這是題外話，還有前面律師講得還不錯，我覺得獵槍為什麼要強調性能，你如果要打死獵物，一定可以打死人，打不死獵物也打不死人，那我拿這把槍幹什麼，而且我們已經用到最落後的，以前我爸爸是拿來福的槍，但我用的有時候是自己做火藥的，自己放，且用久之後會它那塊會腫起來，有繼續用的才會知道。其實早上我聽了也是很火，很多漢人都不了解原住民的文化跟傳統，說什麼小米酒就變成喝小米酒喝酒醉，以前我們長輩把小米酒看待成多珍貴的東西，吃都來不及了，能夠喝到小米酒是在祭典，打獵回來，女人在家做酒來犒賞打獵回來的男人，他們才有喝酒。我們酒醉都要去怪那個公賣局，小米酒在以前是難得才能喝到，還讓我

聽到小米酒是個酗酒文化，我這個一定要強力的反駁一下。我還有聽到一個很刺耳的，一大早到現在我一直聽到傳統領域、傳統領域的，我們歷代的原住民委員會之前有做了一些調查，早點公告就不會造成現在的狀況，感覺上我們的法律，情理法我們都站得住，可是那個長官在阻擋，去詢問原民會是不是傳統領域，所以你早點公告不就沒事了嗎，我們土地是怎麼樣流失的，我不需要你們可憐我們，我們要的是尊重我們，我們要的是尊嚴，我們原本的生活錯了嗎?謝謝。

主持人（雅柏甦詠・博伊哲努 專門委員）：

謝謝，我們差不多還有 6 分鐘的時間，最後我們給每一位發表人、與談人、現場參與者都可以來提出一些看法，大約每個人兩分鐘的時間，我們先從王教授開始。

發表人（王皇玉 副教授）：

我想先請教黃律師，上次是黃法官，法官跟檢察官上山是用什麼槍?

與談人（黃明展 律師）：

當然我們不能持槍。

發表人（王皇玉 副教授）：

你們不能持槍那是誰打彈，所以是原住民打給你們看?

與談人（黃明展 律師）：

對，就是講解獸徑要怎麼看，在什麼環境下會有怎麼樣的獵物，應該要用什麼辦法去獵捕。

發表人（王皇玉 副教授）：

打獵一定要在夜間打，為什麼不能白天打?

與談人（黃明展 律師）：

夜間比較多獵物。

發表人（王皇玉 副教授）：

所以一定要在夜間打就是了，來這邊我才知道，剛剛黃律師提到說，與實際去判決，那是屏東法官寫的，但我非常贊同，原住民要給他一把有殺傷力的槍，才能打死獵物，若給他沒有殺傷力的破槍，剛剛我們有提到，尊重他的文化卻限制這麼多，我的想法跟剛剛那位聽眾一樣，再來拿槍還需要什麼祭典文化、什麼生活所需，說真的對原住民來說家裡供奉一把槍，那就是一種文化象徵，那有一種療癒作用，這種療癒作用你不能剝奪，你別說拿了這把槍一定要怎樣，這樣一種象徵原住民的療癒作用，不是漢人能理解，雖然我是漢人也很理解。然後我再提出一個，這是我文章之後要寫的，我提倡原住民使用十字弓獵物，因為以前原住民可以用獵槍、弓箭獵，那為什麼現在十字弓不行，十字弓被槍砲彈藥刀槍管制條例警政署給歸列為刀械，怎麼會是刀械呢，又長的不像，你覺得十字弓很危險，原住民古代可以用弓箭獵，現在應該可以用十字弓獵，其實

我兩年前就開始訴求，我們只要給原住民日治時代的茅射槍等，我想回到過去原住民一定很滿足，我的回應到此結束。

主持人（雅柏甦詠・博伊哲努 專門委員）：

謝謝王教授，我們現在請庭長。

發表人（廖文忠 庭長）：

其實這是我一個很意外的收穫，我自己看這個以及實地訪查之後，我很感謝國小洪老師帶我去跟部落的長老對話，把那個內容作全部的了解，了解之後才知道部落裡面本有這個機制，他們有復原力的機制，當那個關係被破壞後，他們有自己的復原力，有療傷、治痛的一個機制存在，我必須說這是文化之中要互相尊重的，希望能夠讓原住民走回他們原來使用的機制，這是我滿驚訝的一個發現，謝謝。

主持人（雅柏甦詠・博伊哲努 專門委員）：

謝謝我們的廖庭長，我們請主任。

發表人（梁家贏 主任）：

其實剛剛沒有提到，他有一部份講法是說 31 條有標籤還是歧視的一個作用，我當然不知道要如何去回答這個問題，我想只有原住民朋友才能夠回答，這個到底算不算是個歧視？還是一個立法的方式且剛好排列在一起，我的報告其實沒有很琢磨在這裡，剛有聽到說國家法律不是原住民習俗規範的這一套，我覺得國家應要多派個橋梁工作，律師最主要的角色就是傾聽當事人的聲音，把它作為國家制度的一個轉化，看能夠做一些怎麼樣的抗辯，剛剛張法官也有點到了一點，我們去看到法院現在以從一個輕量刑或施捨式的判決，去做這樣的抗辯而會不會落入都在量刑上琢磨一個抗辦存在，未來可能在律師辯護上面，說量刑要輕一點以及申訴勝敗的一個溝通，以上謝謝。

主持人（雅柏甦詠・博伊哲努 專門委員）：

謝謝主任，三位與談人有沒有人要表達。

與談人（黃明展 律師）：

因為剛剛大家對我的回應有些意見，我在這裡補充一點，我剛剛沒有去限定原住民能夠拿的獵槍是什麼，而是要從原住民為什麼可以持獵槍這個考量去思考，若我們是要保存他的狩獵文化，那要限於狩獵文化區域的範圍內，這樣去思考這樣的問題，還要思考他的範圍到哪裡，而不是他的殺傷力到底要到哪裡，我並沒有說原住民一定要持怎麼樣的槍，這個法是要給他一個目的，這個目的是要到哪，你拿槍性能越來越好，或是拿一把連發的霰彈槍去森林掃射，這是沒有意義的，而是去考慮他是有一個界線，以上我的補充，謝謝。

與談人（蔡愛桂 總幹事）：

對部落的賠罪，主要是去彌補傷害，而不是要給對方負擔那個沉重的壓力去彌補那個傷害，我們部落裡面，所有的孩子都是我們的孩子，還有那種觀念在，所以在部落的青年會、兒童也是集體作照顧、教育，我們原住民部落還有這一個事實存在，有耆老、頭目做一個善意的機制在，希望未來能夠看見我們現在推的一些理想，期待對我們部落是有個更好的方式來對待傷害這個部分，謝謝。

與談人（張道周 法官）：

我想漢人是遊戲規則制定者，而漢人法官是遊戲規則的總裁者，我們今天的問題所有都跳出這個框框，這個框架若沒有打破，就永遠都會發生說沒有住在山裡的漢人，他去替原住民決定他要怎麼看待山裡的一些事情，所以我覺得我們在法治理的終極目標是朝著原住民完全的自治，原住民成立自己的法院，自己來決定自己的規範，若這是一個終極目標的話，我想今天討論的權利是終極目標，其實這個遊戲的總裁者知道這個目標的重要，那終極的目標應該是說，這個遊戲的總裁者應該要知道議題不是對於部分而是整體的重要，長期的目標是要讓原住民坐上法堂，自己跟自己的族人對話，讓整個部落的方向向前走，這可以確定出來，最終的一步是讓原住民自治，謝謝。

主題三

原住民族專庭／專股實務研討

主持人：黃國忠廳長（司法院司法行政廳）

■原住民族法庭實務運作之現況及展望—以嘉義地院刑事案例觀察為中心

發表人：蔡廷宜法官兼庭長（臺灣嘉義地方法院）
與談人：詹順貴主持律師（元貞聯合法律事務所）

■原住民族專業法庭（股）設置後法院實務變化之觀察與評析

發表人：湯文章法官兼庭長（臺灣花蓮地方法院）
與談人：楊志航律師（志航法律事務所）

■與原住民相關案件之刑事實體與程序法初探——以實務若干見解出發

發表人：施育傑檢察官（臺灣高雄地方法院檢察署）
與談人：許恒達副教授（國立政治大學法律學院）

原住民族法庭實務運作之現況及展望—

以嘉義地院刑事案例觀察為中心

蔡廷宜

臺灣嘉義地方法院法官兼庭長

摘要

司法院指定臺灣高等法院所屬九所(含嘉義)法院，自102年1月1日起成立原住民專業法庭(股)，本文乃筆者以在原住民專業法庭(股)審理案件之經驗，從原住民專庭(股)案件審理範圍(含與其他專庭競合之處理)、原住民身分之認定、強制辯護與法律扶助、傳譯等角度，觀察嘉義地院原住民被告(以阿里山鄒族原住民被告為主)，自民國90年迄102年8月31日為止之原住民涉訟案件(自102年1月1日後歸由原民專庭辦理)之實務運作分析；目前專業法庭之設置目的，由於並非採原住民參審或陪審或觀審之模式，其設置目的所稱「保障原住民司法權益」之內涵，較近於保障原住民族權利，而非原住民司法自治架構，本文乃於提出期能自原住民傳統習慣採集管道及資料之建立、原住民傳統習慣在刑事判決適用之地位等展望，逐步充實原住民傳統習慣在刑事審判適用之內容，使司法實務從了解、尊重原住民傳統習慣而正確適用法律，除落實「等者等之，不等者不等之」之平等原則，或能為原住民司法自治逐步築起其立基石。

壹、前言

一、原住民族法庭緣起

現行臺灣原住民族法制之建立，除以「聯合國原住民族權利宣言」為最高原則，另「國際人權公約」、「兩公約施行法」分別揭示外，在國內憲法及法律層次，規定於我國憲法增修條文第10條第11款揭示對原住民文化之肯定及維護[1]，依法院組織法第14條規定「地方法院分設民事庭、刑事庭、行政訴訟庭，其庭數視事務之繁簡定之；必要時得設專業法庭。」、原住民族基本法第30條第2項規定「政府為保障原住民族之司法權益，得設置原住民族法院或法庭。」等，經司法院召開相關會議及座談會後[2]，於101年5月30日修正發布「各級法院法官辦理民刑事與行政訴訟及特殊專業類型案件年度司法事務分配辦法」第13條第2項增訂「(第二項)為保障原住民族之司法權益，司法院得指定法院設置原住民族專業法庭或專股。」，司法院並於101年10月8日[3]函，指定臺灣高等法院所屬臺灣桃園、新竹、苗栗、南投、嘉義、高雄、屏東、臺東、花蓮等9 所法院，並指定自102年1月1日起成立原住民專業法庭(股)。筆者服務之臺灣嘉義地方法院即依此設立原住民族專業法庭專庭(股)[4](以下簡稱原民專庭(股))。

二、探討重點

原民專庭(股)實務之運作探討重點，本文擬如下：

一、原住民專庭(股)案件審理範圍(含與其他專庭競合之處理)

二、原住民身分之認定。

三、強制辯護與法律扶助

四、傳譯

五、嘉義地院刑事案件統計(分析其類型及爭點)

六、原住民傳統習慣採集管道及資料之建立

七、原住民傳統習慣在刑事判決適用之地位

三、研究方法

本文以筆者從事原民專庭角度，以實證研究嘉義地院自民國90年迄102年8月31日為止之原住民涉訟案件(自102年1月1日後歸由原民專庭辦理)之實務運作分析；由於嘉義地院轄區內主要之原住民族為位於阿里山之鄒族，本文由於篇幅所限，對原民專庭運作之展望，主要自阿里山鄒族原住民角度出發5。

本文為研討會初稿，請暫勿引用。

[1]憲法增修條文第 10 條第 11 款：國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。

[2] 司法院於 101 年 5 月 15 日召開座談會，邀請立法委員、行政院原住民族委員會代表、學者專家、臺灣高等法院及受理原住民身分、傳統習俗、文化及價值觀案件較多之法院代表、法官與司法院廳處主管共同參與。參 101 年 6 月 19 日祕台廳司一字第 1010017346 號函。

[3] 司法院 101 年 10 月 8 日院台廳司一字第 1010028460 號函。

[4] 筆者即為嘉義地院二位專股法官之一(迄 102 年 9 月 4 日止)，本院自 102 年 9 月 5 日後於三個刑事庭中各選取一位法官為專股法官，本庭(刑三庭)即為其中一庭。

[5]鄒族主要居住於嘉義縣阿里山鄉，亦分布於南投縣信義鄉，以上合稱為「北鄒」；而分布於高雄縣桃源鄉及三民鄉兩鄉

原住民議題甚廣，如何於審判上為落實「等者等之，不等者不等之」之平等原則，而為特別之處理，有其近程及中長期作法，本文借用王泰升教授在九十二年間完成之「原住民保留地土地專屬法庭設置研究」內所提之「立即可行的建議」(設置專業法庭、專屬管轄、設置原住民法院)、「中長期建議」(原住民習慣規範等議題立法)之方案為區分標準[6]，本文研究目的集中探討「立即可行的建議」內之第一階段——專業法庭之設置，其運作現況上是否已符合設置之目的，或能供作為未來「立即可行的建議」之第二、三階段（專屬管轄、設置原住民法院)、甚至「中長期建議」(推動原住民特別立法)之參考。

原住民被告刑事案例之統計，由本院統計室及分案室取得之案件數為基礎，其中少部分為未經登錄為原住民身分，但筆者曾參與審判而知悉其為原住民者，案例蒐集期間為自90年1月1日至101年12月31日止為一批，另自102年1月1日至同年8月1日止為一批。

貳、原住民專庭(股)設置目的、運作現況

一、設置目的

(一)落實原住民族基本法第 30 條第 2 項

101 年 5 月 30 日修正發布「各級法院法官辦理民刑事與行政訴訟及特殊專業類型案件年度司法事務分配辦法」第 13 條第 2 項增訂設置原民專庭(股)立法理由，為「因原住民族基本法第三十條第二項規定，政府為保障原住民族之司法權益，得設置原住民族法院或法庭」，而原住民族基本法第 30 條第 2 項明文「政府為保障原住民族之司法權益」之立法意旨，在於考量(1)「原住民固有法律概念迥異於漢民族，判決中具有其特殊性及複雜性，」(2)外國立法例(例如紐西蘭、美國及加拿大)多已設置原住民法院或部落法院[7]。究其最終目的在於承認原住民固有法律概念在判決中之特殊性及複雜性，為原住民族應受保障之司法權益。

(二)原住民族司法權益之內涵

所謂「原住民族司法權益」之具體內涵，首應辨識有無建立「**原住民族權利的特殊性(複雜性)，在以原住民族作為權利主體**」的概念，易言之，如果「原住民族司法權益」係指原住民族於憲法基本權架構下之公民權或國民權(並非以原住民族作為權利主體)；抑或是自原住民族基於先於國家存在的事實，本於殖民歷史經驗所據以主張之修復式正義觀點，為體現人權價值中的多元文化與實質平等的原則，依循原住民族傳統文化與習慣規範，所據以行使的文化本體的權利內

者，稱之為「南鄒」。本文探討之鄒族指分布於阿里山鄉為主之北鄒。北鄒又稱「阿里山鄒」，有「特富野」、「達邦」、「伊姆諸」與「魯富都」四社，後二社已廢社。
http://www.apc.gov.tw/portal/docList.html?CID=F07B48DFDA79CF95&type=D0BD0AE75F4158D0D0636733C6861689(原民會網址內容)及 http: //zh.wikipedia.org /zh-hant/ %E9%84%92 %E8%AA%9E(維基鄒族網站)。

[6] 參王泰升，行政院原住民族委員會委託研究報告－原住民保留地土地專屬管轄專屬法庭設置研究，行政院原住民族委員會，92 年 5 月。

[7] 原住民族基本法第 30 條第 2 項立法理由：原住民固有法律概念迥異於漢民族，實自成一特別法制，且於判決中具有其特殊性及複雜性，觀諸紐西蘭、美國及加拿大等外國立法例，多已設置原住民法院或部落法院。為保障原住民權益，政府應推動法院組織設置專屬法院，或於特定地區，針對業務需要，設置專屬法庭或土地法庭，選擇對原住民法律概念嫻熟之法官擔任審判，再配置其他措施，實有其急迫性與必要性。

容(以原住民族為權利主體)。本文就前者暫以「原住民族權利」，後者以「原住民族傳統領域權」稱之[8]，後者在強調原住民族土地、傳統領域以及自然資源權利等的確立之權利內容，並係以建構原住民族傳統知識、文化習俗、法律體系為其依循基礎而建立之原住民族傳統[9]，即已進入「原住民司法自治」之概念。

目前原民專庭(股)設置仍在各級地方法院之下，審判法官並非原住民，非採原住民參審或陪審或觀審之模式[10]，亦非原住民司法自治之架構[11]，其「保障原住民司法權益」之內涵，應較近於前者保障原住民族權利，而非後者原住族傳統領域權，目前應以「**透過如何依習慣或相關特別法處理原住族相關案件**」為主要目標[12]。

二、運作現況

(一)範圍--審理案件範圍類型及案號字別一覽表、補充函示

依司法院及臺灣高等法院函示13，揭示「原住民專業法庭審理案件範圍類型及案號字別一覽表」如下14：

案件別	審理案件範圍類型	案號字別	備註
刑事案件	被告為原住民之刑事案件，不論何種犯罪類型，均由原住民族專業法庭（股）審理。	案號字別：於原有字別前加註「原」字，以資區別。	
民事事件	一、應由原住民專業法庭（股）審理之民事事件類型：	案號字別：於原	基於原住民族專庭（股）審理之民事事件

[8]黃居正。2011。〈從 St. Catherine's Milling Co.案到 R. v. Sparrow 案─加拿大法下的原住民族傳統領域權〉，《台灣原住民族研究學報》，第 1 卷第 2 期，第 39-59 頁。蔡志偉，以文化以文化脈絡回應司法論述：澳洲與我國有關傳統領域權的判決比較，第二屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會論文集，100 年 10 月 15、16 日發表。

[9] 蔡志偉，以文化以文化脈絡回應司法論述：澳洲與我國有關傳統領域權的判決比較，第二屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會論文集，100 年 10 月 15、16 日發表。

[10] 目前司法院與行政院版之人民觀審試行條例草案，在原住民被告之觀審案件，觀審員之選取並無強制加入原住民名額。另其他版本如「陪審團法草案」、「國民參與刑事審判法草案」(有吳宜臻立委及柯建銘立委二版本)，亦均無此設計，據了解，如允許強制加入原住民身分觀審員之設計，其他從宗教、性別、黨派區分，亦應等同設計，難期公平。

[11] 關於原住民參與審判之論述，參考張道周，原住民參與審判—原住民審判主體地位的建立，台灣原住民族研究季刊，第 41 至 82 頁，第 5 卷第 3 期，2012，國立東華大學原住民民族學院。

[12]如同王泰升教授在司法院 101 年 5 月 15 日召開之「評估設置原住民族專法庭之可行性」座談會內發言「如果能夠透過專庭或專股的方式，不斷累積如何依習慣或相關特別法處理原住族相關案件，假以時日，才有可能實現原住民司法自治….可以從實際的司法個案當中，慢慢累積如何因應原住民族的歷史文化，去做特別的處遇，將來如果原住民要特別立法才有憑據」，參司法院 101 年 6 月 19 日祕台廳司一字第 1010017346 號函附之座談會會議紀錄。

[13] 司法院 101 年 10 月 8 日院台廳司一字第 1010028460 號函、臺灣高等法院 101 年 10 月 12 日院鎮文孝字第 1010006785 號函。

[14]有關原住民族專業法庭（股）之庭（股）數及法官是否兼辦其他案件部分，屬法院院長權限，由被指定之法院院長為之。

	（一）兩造當事人為原住民、部落、原住民族之民事事件（不區分案由）。 （二）一造當事人為原住民、部落、原住民族之下列事件：「返還（交還）土地」、「損害賠償（包括債務不履行及侵權行為）」、「履行或終止契約或租約事件」、「第三人異議之訴」、「返還不當得利事件」、「排除侵害」、「確認土地或房屋所有權存在或不存在」、「確認耕作權或地上權存在或不存在」、「確認租賃關係存在」、「塗銷耕作權或地上權登記」、「分割共有物」、「確定界址」、「遷讓房屋」、「債務人異議之訴」。 二、得聲請由原住民專業法庭（股）審理之民事事件類型：一造當事人為原住民、部落、原住民族而非屬前項（2）案由之民事事件，經當事人聲請由原住民專業法庭（股）審理，受訴法院認為適當者。	有字別前加註「原」字，以資區別。	類型並非專屬管轄，故有關得聲請由原住民族專庭（股）審理之民事事件，其聲請應於當事人為本案言詞辯論前為之，並由承辦法官將該訴訟事件簽請院長或經院長授權之庭長核准後報結，將事件移送原住民族專業法庭（股）審理。至於已為本案言詞辯論者，基於訴訟經濟，應認不得再為前開聲請。

依此表運作結果，司法院就未明之處逐次函示如下：

就訴訟案件以外之非訟裁定、刑事裁定案件言，認為民事事件之聲請支付命令、本票裁定及拍賣抵押物等非訟程序事件，均不屬前揭表列之原住民專庭(股)案件；另刑事裁定部分，除交付審判、再審案件外，其餘均裁定(例如聲請觀察勒戒、聲請羈押)均不屬原民專庭(股)案件[15]。

就原住民族有無原民專庭(股)審理之選擇權言，司法院函示認為(一)民刑案件如符合由原民專庭(股)審理之範圍，即「應」由原民專庭辦理，**尚無斟酌當事人意願之餘地**；(二)如係「得聲請」由原民專庭(股)審理之民事事件，應由受訴法院斟酌其意願是否適當，決定移由原住民專庭受理或自為判決；(三)所定由原民專庭(股)審理之民事事件類型**並非專屬管轄**，故若由非原民專庭(股)依法判決時，並不生判決違法令問題[16]。

就原住民族及非原住民族為共同被告之審理言，有關案件之被告有數人，其中僅部分被告具有原住民族身分，就民事案件言，倘符合「原民案件一覽表」所定應由原民專庭(股)審理之民事事件，**應全案**由原民專庭(股)審理。就刑事案件言，共同被告中僅有部分被告具有原住民族身分，

[15]司法院 102 年 3 月 15 日院台廳司一字第 1020007224 號函。
[16]司法院 102 年 4 月 24 日院台廳司一字第 1020007938 號函。

基於訴訟經濟及避免裁判歧異，**原則上**應由原民專庭(股)承辦[17]。

就**專庭競合**情形言，在民事案件方面，就勞工、國家賠償、選舉案件認為，當事人如同時具有原住民族身分，且符合應由或得由原民專庭(股)審理之案件範圍者，宜由原民專庭(股)辦理[18]。

原住民族涉犯性侵害案件時，因該性侵害案件之審理有其高度專業性及特殊性，而與原住民族傳統習俗、文化較無關聯，允由性侵害專庭(股)輪分辦理為宜[19]。原住民族涉犯智慧財產案件時，亦因該智慧財產刑事案件之審理有其高度專業性及特殊性，而與原住民傳統習俗、文化及價值關較無關聯，允由智慧財產專股輪分辦理為宜[20]。

至於同一被告因數案件經法院通緝，若其中一案為性侵害、智慧財產案件，對緝獲後應分由「同一法官」之行政規定限縮解釋為限於均非專庭(股)審理之案件、或應同一專庭(股)審理之案件。至於不同專庭(股)審理之專業案件，則不併由同一法官審理。[21]

另因軍事審判法於 102 年 8 月 13 日公布修正後，現役軍人非戰時犯陸海空刑法或特別法之罪，由現行依軍事審判法追訴、處罰，修正為由普通法院依刑事訴訟法追訴、處罰，司法院修正規定[22]，如軍事專庭案件與性侵、原住民、貪污等案件競合時，由軍事專業法庭優先審理。準此，競合之優先順序為：**軍事審判>智慧財產或性侵>原住民>以外之一般案件**

(二)原住民身分之認定—原則上採登記生效制

原住民身分法第 11 條第 1 項規定：「原住民身分取得、喪失、變更或回復之申請，由當事人戶籍所在地之戶政事務所受理，審查符合規定後於戶籍資料及戶口名簿內註記或塗銷其山地或平地原住民身分及族別，並通報當事人戶籍所在地之鄉（鎮、市、區)公所。」目前原住民族委員會(下稱原委員)函釋[23]，依原住民身分法第 4 條、第 11 條規定，認為原住民身分之得喪變更，**係以當事人向戶政事務所申請並登記於戶籍資料後始生效力**，是以當事人之父母因戶籍或其他原因，未登記原住民身分而未取得原住民身分，除法律另有規定者外，當事人依法不得取得原住民身分。

司法院於原民專庭(股)成立後，旋於 102 年 1 月 8 日函釋援引前開函釋，除法律另有規定外，依其戶籍登記資料認定[24]。目前司法實務上司法院要求相關司法偵查機關於第一次訊（詢）問犯罪嫌疑人之相關文書註記是否具有原住民身族身分，以辨識繫屬案件之被告是否具有原住民族身分[25]，並於送達被告之傳票、權利告知書或準備程序注意事項等註記到庭時提出原住身分之戶籍資料供查核[26]。

至於顯然應具原住民身分而未登記於戶籍資料，或其他顯然有戶籍登記遺漏、錯誤等情事之

---

[17]同上註。

[18]司法院 102 年 3 月 15 日院台廳司一字第 1020007224 號函、102 年 4 月 1 日院台廳司一字第 1020006530 號函。

[19]司法院 102 年 7 月 15 日院台廳司一字第 1020016160 號函。

[20] 同上註。

[21]司法院 102 年 7 月 30 日院台廳司一字第 1020017251 號函。

[22] 各級法院法官辦理民刑事與行政訴訟及特殊專業類型案件年度司法事務分配辦法第二條第一項第四款附表二修正為六、軍事專業案件，(所涵括案件之種類)一、現役軍人非戰時犯陸海空刑法或其特別法之罪。二、上開案件與其他專業案件(如性侵、原住民、貪污等)競合時，由軍事專業法庭優先審理。

[23]原民會 100 年 5 月 9 日原民企字第 1001025103 號函。

[24]司法院 102 年 1 月 8 日院台廳司一字第 1020000935 號函。

[25]司法院 101 年 12 月 22 日祕台廳司一字第 1010036012 號函。

[26] 臺灣高等法院 102 年 1 月 25 日院鎮文廉字第 1020000731 號函。

個案，亦得敘明當事人姓名、出生年月日、國民身分證統一編號等個人資訊及認定其戶籍登記錯誤之理由，可函送原民會確認原住民身分[27]，但對於平埔族或依原住民身分法無法取得、或喪失原住民身分情形[28]，依現行法無戶籍上之原住民登記身分，而無法享受相關權利。

(三)強制辯護與法律扶助

原住民身分之認定，在刑事案件影響強制辯護、權利告知及聲請法律扶助之律師，刑事訴訟法第 31 條規定(102 年 1 月 25 日生效)：「有下列情形之一，於審判中未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人或律師為被告辯護：(第一項)…四、被告具原住民身分，經依通常程序起訴或審判者。…(第五項)被告或犯罪嫌疑人因智能障礙無法為完全之陳述或具原住民身分者[29]，於偵查中未經選任辯護人，檢察官、司法警察官或司法警察應通知依法設立之法律扶助機構指派律師到場為其辯護。但經被告或犯罪嫌疑人主動請求立即訊問或詢問，或等候律師逾四小時未到場者，得逕行訊問或詢問。」

同法第 95 條規定(102 年 1 月 25 日生效)「訊問被告應先告知下列事項：一、犯罪嫌疑及所犯所有罪名。罪名經告知後，認為應變更者，應再告知。二、得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述。三、得選任辯護人。如為低收入戶、中低收入戶、原住民或其他依法令得請求法律扶助者，得請求之。四、得請求調查有利之證據。」

被告具原住民身分，經依通常程序起訴或審判者，必須指定辯護，可能由法院公設辯護人或義務辯護律師為擔任，但並無妨礙其藉由聲請法律扶助律師之權利(法律扶助律師為選任辯護人)。

另不論為通常程序起訴或審判者，亦須告知得請求法律扶助律師之權利。至於如以通常程序起訴(指起訴依通常程序審理)或審判(例如簡易程序經法院改依通常程序審理)後，被告自白而經法院改依簡易判決處刑，由於曾經起訴或審判，仍屬強制辯護之案件。

法律扶助基金會自 101 年 7 月 15 日起試辦「原住民檢警偵訊律師陪同到場專案」，適用於犯罪嫌疑人依原住民身分法認定具有原住民身分者，於經警逮捕時，不以重罪為限，嗣依試辦成果修法，102 年 1 月 25 日刑事訴訟法第 31 條 5 項修正通過，原住民身分之被告或犯罪嫌疑人於偵查中，檢察官即應通知法律扶助律師到場為辯護[30]，但往往於檢警漏未通知時，受理聲請羈押之法院會代為通知法律扶助律師[31]。

(四)傳譯

原住民族基本法第 30 條第 1 項規定「政府處理原住民族事務、制定法律或實施司法與行政

[27]臺灣高等法院 102 年 9 月 12 日院鎮文廉字第 1020006092 號函。

[28] 參原住民身 分法第 3、7、9 條規定。

[29]立法上將原住民與智能障礙者同列一款，有招歧視原住民之議；嘉義縣原住民縣議員汪志敏認為：修法扶助原住民，要站在原住民的立場，而不是將原住民與智障者劃上等號。自由時報，2013 年 1 月 25 年日網路新聞。

[30]以 2012 年為例，原住民檢警專案之法律扶助，總申請案件為 231 件，駁回 6 件，實際派遣 177 件，參 2012 年度法律扶助成果回顧，法律扶助季刊，第 39 期，21 頁。

[31]司法院於 102 年 1 月 29 日修正「法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第 34 點規定「被告因智能障礙無法為完全之陳述或具原住民身分，於偵查中檢警漏未通知或被告主動請求立即訊（詢）問或等候法扶律師逾四小時未到場，而無法律扶助機構指派律師到場辯護，羈押訊問時請求法院通知者，『法院宜通知』依法設立之法律扶助機構指派律師為其辯護。」

救濟程序、公證、調解、仲裁或類似程序，應尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化及價值觀，保障其合法權益，原住民有不諳國語者，應由通曉其族語之人為傳譯。」原民專庭(股)審理時涉及當事人、證人、鑑定人或其他訴訟關係人為原住民時，應主動徵詢有無傳譯之需求，此本為法院組織法第 98 條、民事訴訟法第 207 條、刑事訴訟法第 98 條明文，司法院並頒訂行政命令建置特約通譯名冊供各法院參考。

參、嘉義地院刑事案例之觀察

一、案件分類及統計

本文囿於篇幅，僅討論刑事案件，不及於民事案件，整理自 90 年 1 月 1 日至 102 年 8 月 31 日「已判決」之刑事案件為對象(其中自 102 年 1 月 1 日原民專庭成立後另列一表)，刑事案件「件數」之統計，並非以法院審理之案號件數為單位，而係以每份判決之原住民被告人數計算，此係基於個別罪名統計上之精確考量，以著名之頭目蜂蜜案
為例，二名被告均原住民，均判決有罪，即列為二件，以利追蹤查證個別被告、個別被訴犯罪事實，但此統計目的在供此議題之案例類型討論，統計過程可能因判決書內無出現原住民說明漏末納入，先予敘明。

編號	案由(90 年至 101 年)	件數	刑度
1	非法持有具殺傷力槍枝(含子彈)[32]、製造販賣槍彈	19 件	1 年、1 年 2 月、1 年 4 月(3 件)、1 年 6 月(2 件)、1 年 7 月、1 年 8 月(3 件)、3 年 2 月、免刑(4 件)[33]、無罪[34]、9 年及 6 年 6 月[35]
2	單純非法持有子彈	7 件	徒刑 3 月[36]、4 月(3 件)[37]、6 月(2 件)[38]
3	非法捕獵保育類野生動物罪	5 件	徒刑：3 月、6 月、8 月、10 月(以上同一案判決[39])、6 月
4	森林法-竊取森林產物	6 件	徒刑：4 月(3 件[40])、6 月[41]、1 年 2 月、1 年 4 月[42]

[32] 持有自製改造槍、及制式或土造霰彈，不符免刑事由，93 年度嘉簡字第 1015 號、91 年度訴字第 18 號、93 年度嘉簡字第 775 號、97 年度訴字第 592 號、98 年度訴字第 1038 號、99 年度訴字第 648 號、100 年度嘉簡字第 310 號、101 年度訴字 71 號判決(引 59 條酌減)、101 年度訴字第 16 號判決(另犯野生動物保育法第 41 條第 1 項第 1 款)、101 年度訴字第 126 號

[33] 原住民自製土造槍枝(長槍、霰彈獵槍)，法官認山地原住民，以自製土造槍枝射擊捕獵供日常生計，依槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項(90 年 11 月 14 日修正前)免除其刑，90 年度訴字第 476 號判決、90 年度訴更一字第 1 號、90 年度訴字第 173 號判決、90 年度訴字第 424 號判決。

[34] 持有土造獵槍及土造子彈，供生活工具用，法官認槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條除罪條款之「自製獵槍」，含子彈在內(解釋為隱藏性要件)，判處無罪。97 年度訴字第 744 號判決。

[35] 原住民田光明夫妻製造販賣槍彈案，被告為原住民記載於卷證，96 年訴字第 919 號判決。

[36] 本件同時持有自製獵槍、制式霰彈，認為槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條之「獵槍」，不含子彈而判決，96 年訴字第 990 號判決。

[37] 持有非制式霰彈三顆，99 年度嘉簡字第 1239 號判決。非法持有制式霰彈 8 顆，98 年度訴字第 963 號判決。

[38] 此為射擊協會理事(非原住民)業務侵占霰彈販賣予二名原住民被告案，同案二名原住民被告購入制式霰彈持有，99 年度訴字第 415 號判決。

[39] 被告四名均原住民，持合法自製獵槍、非法制式霰彈獵長鬃山羊，98 年度訴字第 963 號判決。

[40] 於保安林結夥竊採牛樟菇案，90 年度訴字第 268 號判決，援引刑法第 59 條酌減其刑。

[41] 被告為原住民，鋸盜伏倒牛樟木案，101 年度嘉簡字第 25 號判決。

[42] 共同至保安林鋸盜牛樟木案，94 年度訴字第 337 號判決，量刑審酌有敘及被告為原住民身分，生長該處而未愛護之情

5	酒駕公共危險	3 件	拘役 59 日、有期徒刑 5 月、無罪
6	選舉罷免法	26 件	徒刑：6 月、2 月[43]
7	詐欺取財	1 件	徒刑：4 月
8	恐嚇危安	1 件	徒刑：7 月
9	偽造有價證券	1 件	徒刑：6 月
10	製造二級毒品	1 件	徒刑：10 年[44]
11	強盜未遂	1 件	徒刑：2 年 6 月[45]
12	對於公務員強暴脅迫、侮辱	1 件	徒刑：3 月、拘役 50 日
13	肇事逃逸	1 件	徒刑：6 月
14	公然侮辱	1 件	徒刑：30 日
15	搶奪	2 件	徒刑：均 6 月(緩刑二年)[46]
16	竊佔及違反區域計劃法	1 件	無罪[47]

編號	案由(102 年至 8 月 31 止)	件數	刑度
1	公共危險-酒駕	23 件	罰金(3 件)、拘役 (4 件)、有期徒刑 15 件(2 月 4 件、3 月 7 件、4 月 2 件、5 月、6 月)、不受理判決(死亡)
2	違反保護令	2 件	拘役：2 件(20 日、40 日)、有期徒刑 4 月
3	竊盜	2 件	拘役：20 日、有期徒刑 4 月
4	傷害	1 件	不受理（撤回告訴）
5	森林法-竊取森林產物	1 件	徒刑：6 月[48]
6	施用二級毒品	1 件	徒刑：4 月
7	妨害家庭-通姦	1 件	不受理（撤回告訴）
8	行使業務登載不實	1 件	徒刑：3 月
9	業務侵占	4 件	徒刑：6 月、6 月、3 月、3 月[49]
10	偽造私文書	2 件	徒刑：3 月[50]
11	幫助詐欺取材	1 件	拘役：40 日

二、案例觀察

狀。

[43] 此 26 件係同案 26 位原住民被告，94 年度選訴字第 4 號判決，為鄉長候選人邀宴賄選案。

[44] 製造第二級毒品案，其中一名被告為原住民(泰雅族)，被告認罪，94 年度重訴字第 9 號。

[45] 本件為被告酒後攔車傷人劫車未遂案，94 年度訴字第 53 號。

[46] 此件即著名之頭目蜂蜜案(92 年度簡字第 1064 號、92 年度簡上字第 151 號)，二名被告均原住民(鄒族)，被告否認犯罪。

[47] 七名被告，一名為原住民，被訴竊佔原住民保留地建屋且拒拆案，89 年度訴字第 629 號判決。

[48] 竊取森林牛樟木，102 年度嘉簡字第 7 號。

[49] 此 4 件為四名原住被告同案判決，102 年度原訴字第 2 號判決。

[50] 102 年度原嘉簡字第 1 號。二名被告為原住民家族會計，辦理小米祭活動，將不符核銷品項剔除而虛增可得核銷品項，進而偽造收據申請補助。

(一)類型之分析—與原住民族傳統生活型態相關

從統計結果可以得知，原住民犯罪案件之統計，類型上以違反《森林法》、《槍砲彈藥刀械管制條例》、《野生動物保育法》、酒後駕車為四大類型，另外違反公職人員選舉罷免法案件，判決件數雖少(僅 1 份)，但被告人數眾多(統計上列為 26 件)。

前三類型規範涉及原住民族傳統日常生活與文化內容，而各有納入原住民族傳統慣俗的條款，而有行政罰阻卻違法、刑罰除罪化或免刑情形。詳言之，森林法第 15 條第 4 項(保障原住民族依其傳統習慣採集森林產物的權利)[51]、第 56 之 3 條第 2 項(保障原住民族利用森林自然資源的文化行為)[52]、野生動物保育法第 21 條之 1(保障原住民族依其傳統習慣獵捕野生動物的文化權利)[53]、第 51 條之 1(原住民族依其傳統習慣獵捕一般類野生動物除罪化) [54]、槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條(保障原住民族依其傳統習慣自製獵槍、魚槍進行狩獵之文化權利)[55]， 以上開條款之明文，可以窺知原住民族司法審判上易生扞挌之處，確係受其傳統習慣及生活型態重大影響。

至於違反公職人員選舉罷免法案件，僅一案，但被告 26 人，雖未列入條款除罪化範疇，但對於原住民集會文化仍有扞挌之處。

另酒後駕車公共危險案件，雖可謂件數佔原住民犯罪數量中最高者，以 102 年 1 月 1 日至 8 月 31 日止之酒後駕車公共危險案件，本院約 950 筆，原住民被告佔其中 23 件(含鄒族以外原住民至少 3 件)[56]，以目前嘉義縣市在籍人口合計約 80 萬人[57]，原住民(鄒族)阿里山鄉在籍人數約 4 千餘人[58]，以人口比例言，約 200 分之 1，與案件比例約 49 分之 1 相比，此類型案件比例略高，但尚難逕謂原住民飲酒文化與其酒後駕車公共危險犯行有明顯關連。

---

[51] 森林法第 15 條第 4 項：森林位於原住民族傳統領域土地者，原住民族得依其生活慣俗需要，採取森林產物，其採取之區域、種類、時期、無償、有償及其他應遵行事項之管理規則，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。

[52]森林法第 56 條之 3 第 2 項：有左列情形之一者，處新臺幣一千元以上六萬元以下罰鍰：一、未依第卅九條第一項規定辦理登記，經通知仍不辦理者。二、在森林遊樂區或自然保護區內，有下列行為之一者：（一）採折花木，或於樹木、岩石、標示、解說牌或其他土地定著物加刻文字或圖形。（二）經營流動攤販。（三）隨地吐痰、拋棄瓜果、紙屑或其他廢棄物。（四）污染地面、牆壁、樑柱、水體、空氣或製造噪音。三、在自然保護區內騷擾或毀損野生動物巢穴。四、擅自進入自然保護區內。原住民族基於生活慣俗需要之行為，不受前條及前項各款規定之限制。

[53]野生動物保育法第 21 條之 1：台灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，不受第十七條第一項、第十八條第一項及第十九條第一項各款規定之限制。前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准，其申請程序、獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域及其他應遵循事項之辦法，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。

[54]野生動物保育法第 51 條之 1:原住民族違反第二十一條之一第二項規定，未經主管機關許可，獵捕、宰殺或利用**一般類野生動物**，供傳統文化、祭儀之用或非為買賣者，處新臺幣一千元以上一萬元以下罰鍰，但首次違反者，不罰。

[55]槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條：原住民未經許可，製造、運輸或持有**自製之獵槍**、魚槍，或漁民未經許可，製造、運輸或持有自製之魚槍，**供作生活工具之用者**，處新臺幣二千元以上二萬元以下罰鍰，本條例有關刑罰之規定，不適用之。原住民相互間或漁民相互間未經許可，販賣、轉讓、出租、出借或寄藏前項**獵槍**或魚槍，**供作生活工具之用者**，亦同。前二項之許可申請、條件、期限、廢止、檢查及其他應遵行事項之管理辦法，由中央主管機關定之。主管機關應輔導原住民及漁民依法申請自製獵槍、魚槍。第一項、第二項情形，於中央主管機關報經行政院核定辦理公告期間自動報繳者，免除其處罰。

[56] 全院案件數以司法院法學資料檢索系統查詢(內部網站)，原住民案件數為自本院統計室及分案室查詢，查詢期間為 102 年 9 月 14 日止。另有二件為布農族、一件阿美族，由於部分判決上未載明原住民屬於何族，已查詢得資料為至少三件非鄒族原住民被告。

[57] 內政部統計處網站。查詢時間為 102 年 9 月 14 日。

[58]根據內政部在民國八十年統計鄒族人口共 6192 人(包括都市原住民、平地原住民身分)，以山地鄉人口，則信義鄉 108 人，阿里山鄉 3664 人，以上為北鄒人；另有魚池鄉 208 人，水里鄉 39 人，應是北鄒人，合計 4770 人。參考嘉義縣阿里山鄉公所全球資訊網，另 http://www.alishan.gov.tw/content/index.asp?m=1&m1=4&m2=101&gp=84， 另 96 年統計結果亦約 6 千 4 百人。

(二)主要類型之常見爭點

以《森林法》類型案件而言，主要為違反森林法第 52 條之竊取森林主副產物案件，在本院統計上原住民有單獨犯之，或結夥犯之。其中 90 年度訴字第 268 號判決，被告三人均原住民，於保安林結夥至枯死之牛樟木上竊採牛樟菇，此案判決被告僅辯稱不知採牛樟菇為違法，該判決法官引用原住民平時居住阿里山、對法令陌生、向來以自然界動植物為生活依靠為由、採集為其山地族人習慣，援引刑法第 59 條酌減其刑，此案之採集習慣並非為阻卻違法內容，而係酌減至法定刑以下之情狀。

在違反《槍砲彈藥刀械管制條例》類型，往往與《野生動物保育法》類型態息息相關，例如持自製獵槍、獵捕保育類野生動物，而獵槍所需之子彈(多為霰彈)則另觸非法持有子彈之罪，而槍彈來源，衍生販賣製造槍彈之案例(例如 96 年訴字第 919 號田光明夫妻案)，(一)持有自製獵槍部分，如合於槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條，供作生活工具之用者，自得為免刑(依 86 年 11 月 24 日修正條文)或無罪(依 90 年 11 月 14 日後修正條文)之諭知。(二)持有子彈部分，有自罪刑法定主義觀點，認為同條例第 20 條本條例有關刑罰規定不適用之範圍(除罪條款)，僅限於槍枝，而不及於子彈；有認為槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條除罪條款之「自製獵槍」，含子彈在內(解釋為隱藏性要件)，判處無罪(97 年度訴字第 744 號判決)。 (三)製造槍枝及子彈販賣部分，最著名者為 96 年訴字第 919 號田光明夫妻案，由於原住民長期有槍彈獵捕野生動物之需求，該案被告長期製造長槍，進而販賣土造長槍及霰彈牟利，雖無以原住民習慣抗辯，然原住民既得以自製槍枝供生活工具，而自製槍枝之風險高於自常業製槍者購得之風險，近年來審理中被告所稱之「自製」獵槍，除簡陋老舊者外，實則藏有犯罪黑數在內。

在《野生動物保育法》類型，主要抗辯在於本法第 21 條之 1 第 2 項對於獵捕一般類野生動物之除罪化，是否及於保育類？本院 101 年度訴字第 16 號判決自立法理由觀察，採否定見解，然認為被告為山地原住民、基於傳統狩獵習慣、對法令認知不足、獵捕供己食用而非牟利等情狀，就同時違反較重之槍砲彈藥刀械管制條例案件部分，引用刑法第 59 條規定酌減其刑。

(三)強制辯護與法律扶助之利用

本院原民專庭(股)自成立後，由於以通常程序起訴或審理者，應強制辯護，目前本院辯護人來源有公設辯護人、義務辯護律師、法律扶助律師三種。

但對於原住民法律特別研究之律師少見[59]，以民國一百零二年為例，台灣地區律師總人數約 1 萬 1 千人，目前嘉義律師公會目前 400 名登錄律師，但目前嘉義律師公會及法律扶助基金會嘉義分會並無具鄒族身分登錄之律師，亦無其他原住民族身分登錄之律師。目前法律扶助基金會嘉義分會曾阿里山、山美村地區進行法律諮詢[60]，另有接受行政院委託(102 年 4 月 1 日起)，進行「原住民法律扶助專案」協助原住民法律扶助，與一般法律扶助不同之處，在於「資力審查」與

[59]目前有一名楊姓女律師其夫為原住民，對原住民議題較深入且較常接受原住民委託，法律扶助時亦常為原住民請求指定為扶助律師。

[60]但根據法律扶助基金會嘉義分會執行祕書游瑞華律師表示，由於原住民犯罪案件少，民事糾紛之案例亦不多，兼以青壯人口外流，前來法律諮詢之原住民所提出之法律問題數量、類型均少。

「案情審查」標準較寬[61]，但有部分法律扶助律師表示未加入排富條款，有浪費原住民資源之虞。

有原住民身分法律學者表示，理想上任何部落應有一位熟悉法律的人，協助部落族人解決法律問題，但目前全台八百多個原住民部落，約五分之二原住民設藉於都會區，大部分設藉原鄉，部落法律諮詢資源缺乏且服務弱勢[62]，與目前嘉義地區鄒族面臨之問題相同。

自前揭原民專庭(股)成立後之案由觀察，並非複雜案件，以酒後駕車公共危險案件經起訴者為例，由於酒精測定結果已無爭議，居住於山區之原住民被告，往往困惑為何不能簡易判決處刑，而須配合辯護人庭期到庭審理一至二次始能結案，強制辯護對原住民被告而言，反而成為負擔。

(四)傳譯之利用

本院管轄區域之原住民主要為鄒族，案例上偶有布農族、泰雅族被告，主要以鄒族被告為主，一般學者將鄒族分為南、北二群，北鄒包括特富野群（Tfuya）、達邦群（譯為 Dabangu 或 tapangu）、鹿都群（Luhgu）、以及已消失的伊母祝群（Imucu），前兩群主要分佈在嘉義縣阿里山鄉的達邦、樂野、來吉、里佳、山美、新美、茶山等七個村，此即是構成阿里山鄒族的主要人口[63]，阿里山鄒族目前使用特富野社方言(tfuya)、達邦方言(Dabangu 或 tapangu)[64]。

本院備有一名通曉鄒族語言之法警供傳譯(阿里山鄉茶山村原住民)，然在審判實務上，原住民被告幾乎均能通曉國語，而少有使用傳譯需求，本院歷年來僅曾有約三件使用通譯之需求，但件數之少與原住民犯罪件數甚少亦有關聯，尤其早期對原住民身分並無特別要求註記、酒後駕車公共危險案件未以刑罰處罰之時代，原住民犯罪件數少，如原住民被告使用國語，即使未甚流利，常有被忽略原住民身分而未告以傳譯需求之情形。

此外，高等法院及其分院檢察署建置特約通譯名冊及日費旅費報酬支給要點，亦明定關於原住民特約通譯之報酬支給內容，並編列特約通譯名冊，101 年度之名冊內編有經鄒族族語認證合格之特約通譯一名[65]。

在本院案例審理經驗，雖因使用國語即可溝通，但原住民被告往往所須傳譯的並非僅是語言，法律用語的族語化，及對係原住民生活習慣及部落內之習慣法觀念，應更為重要，並非傳譯人員單純傳譯之範疇[66]。

肆、展望

如同本文研究方法所確立方向，目前原民專庭設置目的所欲保障原住民司法權益內涵，指原

---

[61] 案情審查以「非顯無理由」、資力審查為如不符合一般資力標準或勞工訴訟立即扶助專案標準者，凡通過案情審查之原住民身分申請案件，即為本專案之扶助案件。

[62] 參蔡志偉、鄭川如，原住民需要什麼樣的法律扶助，法律扶助季刊，第 35 期，第 25 至 30 頁，2012 年 2 月。

[63] 參考嘉義縣阿里山鄉公所全球資訊網 http://www.alishan.gov.tw/content/index.asp?m=1&m1=4&m2=101&gp=84

[64]除南投信義鄉望美村的久美方言(luhtu)外，北鄒使用「特富野」方言(tfuya) 的有達邦村的特富野社區、茶山村、來吉村、樂野村，使用「達邦」方言(tapangu)的有達邦村的達邦社區、里佳村、山美村、新美村，參張雅音，鄒族語復原說明，收錄於中央研究院民族學研究所編譯，番族慣習調查報告書第四卷—鄒族，第 10 頁，中央研究院民族學研究所出版，90 年 9 月初版。

[65] 湯德懷先生，本名冊公布於司法院內部網站—審判資訊服務站—特約通譯專區。

[66] 對此蔡志偉、鄭川如兩位學者建議，一、製作該管法院轄區內族語人才通訊錄，二、各法院針對地區需求，雇用全職或兼職族語傳譯人員，三、對傳譯人員為充足的法學教育訓練，參蔡志偉、鄭川如，原住民需要什麼樣的法律扶助，法律扶助季刊，第 35 期，第 25 至 30 頁，2012 年 2 月。

住民族於憲法基本權架構下之公民權或國民權(並非以原住民族作為權利主體)，易言之，係以保障原住民族權利，而非後者原住族傳統領域權為討論前題，本文對原民專庭之展望，以如何依**習慣或相關特別法**處理原住民族相關案件為主要目標。

誠如最高法院 98 年度台上字第 7210 號判決(司馬庫斯櫸木案)所揭示之原住民族在其傳統領域土地內，依其傳統習俗之行為，即不能完全立於非原住民族之觀點，而與非原住民之行為同視之意旨，實係憲法上「等者等之，不等者不等之」之實質平等原則實現，本文以原民專庭法官立場，認為欲落實之展望方向有二，一為習慣採集管道之建立，即如何認定原住民族在其傳統領域土地內依其傳統習俗之行為。二、習慣在刑事判決個案中之適用，即在犯罪構成要件該當性、違法性及有責性之犯罪理論觀念中適用而不罰或減免其刑。

一、原住民傳統習慣採集管道及資料之建立

採集習慣目的，在供裁判之法源，固難之處在於發現習慣存在、證明該習慣具有獨特性(sui generis)、證明於現行法制之前即已存在(predated) [67]，習慣之發現及證明即應為原民專庭之第一個展望。

以本文探討之阿里山鄒族為例，傳統上該族其中心部落稱為大社 hosa，以會所 kuba(庫巴)為組織中心。大社移民至新開拓地所建立殖民部落即為小社 denohiu。部落以**長老會議**為首，長老會議中最大氏族的長老為頭目(目前經 99 年鄒族長老會議統一稱為「**領袖**」[68])，是部落會議的召集人，一切重要部落事務皆由部落會議來通過決定。部落會議 的執行命令則由各氏族之族來執行，鄒族的社會組織分為大社(hosa)、聯族（aemana）、氏族（ongo-no-emo）和亞氏族（emo）。傳統經濟生活以山田燒墾耕作為主，在對燒墾用地、獵場和漁場的管理方面，仍維持公有制，在各氏族及聯合家族的範圍內，保有相當大選擇與使用自由，由於採取公有制，故"部落公法"乃為重要依據[69]。然部落公法在現行法制下，公有財產之財產權歸國有或縣政府、鄉所有，而各部落在外來文化(例如教會)、或國家權力介入(例如村辦公室)後，部落公法之傳達，以鄉公所、村辦公室、社區發展協會、教會、小學等為途徑。

目前鄒族二社傳統之長老會議仍存在，但現任鄉長進一步為呼應傳統及統合二社會議內容，近年來於阿里山鄉公所對鄉內施政，鄉長會召開部落內長老會議供施政重要參考[70]，早期部落會議並無正式會議文字記錄，目前阿里山鄒族自 97 年間開始建立部落會議書面記錄(正式名稱為鄒族長老會議)，書面紀錄由鄉公所社會課將書面記錄公文發送鄉內各部落居民周知，長老會議之內容[71]，多涉及自治區籌備會、鄒族公有建物之使用、傳統名稱之決定；族長老會議可謂原住民

---

[67] 蔡虔霖，魯凱族的百合花崇拜與法律多樣性(上)(下)，司法周刊 1627、1628 期，民國 102 年 1 月 4 日、1 月 17 日。

[68] 99 年度鄒族長老會議決議為：鄒語達邦社稱為 icangaya，特富野社稱為 gingatu。參嘉義縣阿里山公所 100 年 5 月 17 日阿鄉山社字第 1000005060 號函文及附件。

[69] http://www.abohome.org.tw/index.php?option=com_content&view=article&id=3280:tinycontent-105&catid=77:14(祖靈之邦網站)

[70] 此為現任鄉長陳明利為統合二社意見為全面性施政參考而於任內召開，並非法令要求，並無傳送縣政府或原民會，為本文 102 年 9 月 16 日電話訪談陳明利鄉長之內容紀錄，可謂跨社或全族之長老會議。

[71] 以 99 年、100 年度鄒族長老會議為例，其討論內容如鄒族頭目用鄒語如何統一稱呼及國語如何稱呼、歲時祭儀之統一放假日應放在何時為妥當、自治區籌備會討論、鄒族自然文化中心營運辦法、本族所稱之 yoifo(巫師)如何用國語稱呼、建請將達邦社、特富野社現有之庫巴用地無償承租予嘉義縣鄒族庫巴達邦社文化發展協會及嘉義縣鄒族庫巴特富野社文化發展協會，參嘉義縣阿里山鄉公所 100 年 5 月 17 日阿鄉山社字第 1000005060 號、101 年 4 月 19 日阿鄉山社字第 1010004672 號函文及附件。

本於其傳統習慣，形成部落公法形成之重要依據，亦與現行法制內容之形成相關（例如祭儀日期之決定）[72]。

此外，在日據時代，「臺灣總督府臨時臺灣舊慣調查會」作成「番族慣習調查報告書第四卷」，詳細介紹該族之傳統習慣[73]，雖可供作對鄒族習慣之初步認識(例如毀飾、易簀[74])，至於對習俗及裁判之介紹限於本族之間，介紹上亦較簡略[75]，如涉及對原住民與非原住民間衝突則無介紹。

司法個案上，例如頭目蜂蜜案、達娜伊谷護魚糾紛[76]即為典型案例，在司法判決上關於鄒族傳統習慣之闡述不多(詳前述)，習慣採集之管道及資料除前揭(1)部落長老會議、(2)鄒族長老會議、(3) 「番族慣習調查報告書第四卷」編譯本、(4)司法判決(詳前參、嘉義地院刑事案例之觀察)外，如發生司法個案時，可能途徑為向部落長者採集，或向政府機關(如原民會)、或學術單位(例如中央研究院、原住民學院)然目前由於外來文化移入(例如漢文化、西洋文化、日本文化)、及宗教(例如教會)、平地經濟型態(觀光、商業)進入，在阿里山鄒族間，發生傳統習慣及文化認同流失之問題，加上人口減少(目前僅 4 千餘人)，習慣之採集管道及資料建立相較於其他各族更為不易，即使有部分明顯之傳統習慣(例如達娜伊谷漁場公有公用[77])，仍須行政命令支持，往往以行政命令、或於法規中以其他文字型態表現，例如狩獵習慣，倘以非狩獵文字出現，以槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條「供作生活工具之用」為例。

二、原住民傳統習慣在刑事判決中之適用地位

習慣在刑事判決個案中之適用，可謂上承發現、證明後之第二步，刑事判決中習慣之適用，如以犯罪理論之三階理論說明，可自犯罪構成要件、違法性及有責性觀察，如適用習慣而為不罰或減免其刑，即可能自阻卻故意或意圖(阻卻主觀構成要件該當性)、阻卻違法、阻卻或減輕責任適用。

阻卻故意或意圖之案例，如以頭目蜂蜜案為例(本院 92 年度簡字第 1064 號、92 年度簡上字第 151 號)[78]，被告主要抗辯即為無不法所有之意圖，本文不評論個案判決之妥適與否，倘此抗辯成立，即可能以阻卻主觀構成要件該當性而判決無罪；另以本院另一引用臺灣習慣而阻卻故意案例為本院 89 年度訴字第 178 號火化嬰屍被訴侵害屍體案(上訴至臺灣高等法院 89 年上訴字第

---

[72]原民會公告該年度原住民歲時祭儀放假日日期，此日期為依「紀念日及節日實施辦法」第 4 條第 6 款公告，民法第 122 條所稱之紀念日。

[73] 目前由中央研究院民族學研究所以中文編譯，番族慣習調查報告書第四卷—鄒族，中央研究院民族學研究所出版，90 年 9 月初版。

[74] 鄒族毀飾文化有二種，一為穿耳、一為鑿齒，易簀(簀指竹片編成的蓆子)則指病危至將氣絕時，地上舖以月桃草蓆(古時舖獸皮)，將病人扶至蓆上為其更衣使之仰臥，為其反穿生前美服、護腿褲、戴帽，待其一斷氣即將之抱起使作蹲踞狀，以細藤綁住使之面向東北再以三根木頭由三支撐住以免屍體倒下，參中央研究院民族學研究所編譯，番族慣習調查報告書第四卷—鄒族，第 92、111 頁，中央研究院民族學研究所出版，90 年 9 月初版。

[75] 同前註，第 202 至 203 頁。

[76] 本件為原住民巡守隊護魚而向平地遊客收取費用，發生糾紛，遊客指控原住民恐嚇取財，本件未進入偵審程序。

[77]位於阿里山鄉山美村達娜伊谷漁場也如同獵場（兩者在鄒語中都稱為 hupa）一般，被分配給各氏族管理，因此傳統上河川的擁有者一向都是氏族，而非個人或各別的家庭，傳統上溪流流經土地由莊、安、汪、湯四氏管理，但歷經國家管理，後來山美村成立山美觀研究小組(村內各鄰長組成)，並訂立公約，參林妍伶，tanoyiku 到達娜伊谷空間中的再現權力與抵抗，東華大學民族發展研究所碩士論文，第 8 至 10 頁，99 年 1 月出版。

[78] 即使此案經判決有罪且附以緩刑確定，但緩刑乃刑之恩赦觀念，緩刑期滿刑之宣告失其效力，但對原住民而言，在財產的傳統習慣法上，引發未受尊重之議，雅柏甦詠．博伊哲努、楊曉珞，文明社會的野蠻誡命—從嘉義地方法院九十二年度簡上字第一五一號判決談鄒族傳統財產權，台灣原住民族研究季刊第 5 卷第 3 期，第 121-157 頁。

1462 號無罪確定)，則引用「臺灣地區」之「風俗習慣」與「一般之習慣方式」，認被告火化嬰屍後掩埋之殯葬方式應無遺棄屍體骨灰之故意，而阻卻故意。

阻卻違法性・阻卻或減輕可責性之案例，以槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條「供作生活工具之用」為例說明，(1)早期依舊法(90 年 11 月 14 日修法前)，並未除罪化，而係有罪免刑，其似自原住民自製獵槍狩獵為其生活工具，可責性較低(其可責性內涵應係不具期待可能性)，而為減刑之規定；(2)嗣 90 年 11 月 14 日修法除罪化，似為出於阻卻違法之觀念，立法理由在於「原住民自製獵槍進行狩獵行為而供作生活工具所用，其法律上評價係為原住民使用獵槍是有其生活上之需要，以法律制裁持有生活必需品之行為，是對原住民人權之嚴重傷害，因此，原住民持有獵槍者只要登記即可合法，而未經登記者則以行政罰加以處罰，這不但符合行政程序法之規定，也保障了原住民基本之生活權益。」。

因於阻卻或減輕可責性、阻卻違法性之異，立法理由不同，對構成其中「供作生活工具之用」，判決寬嚴不一，以本院五則判處免刑(90 年度訴字第 476 號判決、90 年度訴更一字第 1 號、90 年度訴字第 173 號判決、90 年度訴字第 424 號判決)及一則無罪(97 年度訴字第 744 號判決)觀察，前五則免刑判決其多以(1)山地原住民，(2)捕獵動物供己食用，(3)無證據證明供用其他犯罪等情狀認定；然自 97 年度訴字第 744 號判決乃別於舊法時代免刑判決認定，進一步闡明『社會整體發展急遽變遷，原住民社會型態亦隨之改變，其專以狩獵為生或以狩獵為主要生活內容者，已極為罕見。…基於尊重原住民文化傳統及特殊生活習慣之立法本旨，只要原住民本於其文化傳統所形成之特殊習慣，專為於生活中從事狩獵活動之目的，而自行製造或持有獵槍，即應認係供作生活工具，不以恃狩獵為生或以狩獵為其生活主要內容者為限。…(證人證述)「祭典是我們以前作戰的時候，每一個家族要拿山豬、小米酒、年糕去祭拜及長矛、弓箭、番刀全副武裝參加，祭拜完後，要請外賓來吃山豬肉、喝小米酒。」、「特富野社的豐年祭，家族會拿山豬肉去祭祀，山豬肉是事先用打獵或設陷阱取得。」等語，足認狩獵固非被告恃以為生之方式，但仍是被告在部落生活之重要象徵與技能。』從而原住民習慣在刑事判決中之地位，從有罪免刑(可責性減輕)，轉變為阻卻違法性時，同為「供作生活工具之用」，然其內容已隨之變遷、更為寬廣。

此外，立法院於 98 年 3 月 31 日第七屆第三會期第六次會議審議通過《公民與政治權利國際公約[79]》、《經濟社會文化權利國際公約》(以上兩件公約簡稱兩公約)以及《公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法》[80](簡稱兩公約施行法)，引用經濟社會文化權利國際公約第 1 條及第 15 條分別規定：「所有民族均享有自決權，根據此種權利，自由決定其政治地位及自由從事其經濟、社會與文化之發展。」、「本公約締約國確認人人有權：（一）參加文化生活；（二）享受科學進步及其應用之惠；（三）對其本人之任何科學、文學或藝術作品所獲得之精神與物質利益，享受保護之惠。」；公民與政治權利國際公約第 1 條、第 26 條及第 27 條分別規定「所有民族均享有自決權，根據此種權利，自由決定其政治地位並自由從事其經濟、社會與文化之發展。」、「人人在法律上一律平等，且應受法律平等保護，無所歧視。在此方面，法律應禁止任何歧視，並保證人人享受平等而有效之保護，以防因種族、膚色、性別、語言、宗

[79] 第貳編第二條「一　本公約締約國承允尊重並確保所有境內受其管轄之人，無分種族、膚色、性別、語言、宗教、政見或其他主張民族本源或社會階級、財產、出生或其他身分等等，一律享受本公約所確認之權利。二　本公約締約國承允遇現行立法或其他措施尚無規定時，各依本國憲法程序，並遵照本公約規定，採取必要步驟，制定必要之立法或其他措施，以實現本公約所確認之權利。」

[80] 98 年 4 月 22 日公布。

教、政見或其他主張、民族本源或社會階級、財產、出生或其他身分而生之歧視。」、「凡有種族、宗教或語言少數團體之國家，屬於此類少數團體之人，與團體中其他分子共同享受其固有文化、信奉躬行其固有宗教或使用其固有語言之權利，不得剝奪之。」，在兩公約施行法經 98 年 4 月 24 日公布後，前揭國際人權文件即具有國內法或優於國內法之效力，未來如法院如有此等案例[81]，應可引用前開公約內容之國際人權觀點，於判決中進一步闡釋，原民專庭法官或秉持此公約意旨、或引為國內法依據，為原住民自治之精神在司法審判中充實其內涵。

伍、結語

如同美國知名前大法官霍姆斯（Oliver Wendell Holmes）的經典名言，「**法律**的生命**不在邏輯**，而在於經驗，」（The life of the law has not been logic, it has been experience），原民專庭法官對原住民傳統習慣之採集固然不易、且於刑事判決中適用地位因習慣內容、個案內容而異，對於習慣形式法律判決之裁判者而言，如何(1)發現習慣存在、(2)證明該習慣具有獨特性(sui generis)、(3)證明於現行法制之前即已存在(predated)，實非易事；以阿里山鄒族為例，由於人口、文化、宗教的變遷，其習慣之發現、證明及適用，艱難處更倍於其他。

引用一名原住民著名學者的話，「…哈漠天神[82]已不知在何方，而過去外來文明縱然以豐腴的容顏改變了這個古老部落，卻也讓族人產生更多的迷思，今後族人該如何站在更寬廣的角度來面對部落的過去與現在，就靠族人自己去抉擇，畢竟傳統與現代應該可以相容的」（足印傳奇—鄒族的源起），原住民族在現代豐腴文明前，或衝突、或相容，抑或消失、豐富，均為時代巨輪下必然的軌跡之一，但在原住民抉擇之前，絕對應讓原住民族傳統習慣有被發現、重視及在判決中展其豐富內涵之機會。

原民專庭之成立，乃原住民司法權益保障的重要一步，雖然目前存在諸多滯礙，然筆者自我期許，以一個現行法制實務傳譯者的角色，傳譯法律實務語言，或能成為媒介，而完成原民專庭第一個任務---「透過如何依習慣或相關特別法處理原住族相關案件」[83]，準此，個人以提出「採集管道及資料之建立」(發現並證明習慣)、探討刑事判決中之適用地位(如何適用習慣)為原民專庭的二大展望，期能達到本文之初所提「中長期建議」(推動原住民特別立法)之準備，為「以原住民族作為權利主體」之未來更進一步。

參考書目

1、王泰升，行政院原住民族委員會委託研究報告－原住民保留地土地專屬管轄專屬法庭設置研究，行政院原住民族委員會，92 年 5 月。

2、黃居正。2011。〈從 St. Catherine’s Milling Co.案到 R. v. Sparrow 案—加拿大法下的原住民族傳統領域權〉，《台灣原住民族研究學報》，第 1 卷第 2 期。

3、蔡志偉，以文化以文化脈絡回應司法論述：澳洲與我國有關傳統領域權的判決比較，第二屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會論文集，100 年 10 月 15、16 日發表。

[81] 最近之國有林地葬母無罪案，即引用兩公約內容。臺灣臺北地方法院 101 年度審訴字第 1139 號判決。

[82] 哈漠(HAMO)天神，阿里山鄒族古老神話傳說，在鄒族的創生神話中，天神哈莫（Hamo）是人類和其他事物的創造者，老一輩的鄒族人相信，所有的人類都是由鄒族的天神運用不同的樹葉所創造出，參考台灣原住民歷史語言文化大詞典。

[83] 行政院原民會自 2002 年起開始辦理「原住民族傳統習慣規範之調查、研究整理及評估納入現行法制」之研究。

4、張道周，原住民參與審判—原住民審判主體地位的建立，台灣原住民族研究季刊，國立東華大學原住民民族學院，第 5 卷第 3 期，2012。
5.雅柏甦詠・博伊哲努、楊曉珞，文明社會的野蠻誡命—從嘉義地方法院九十二年度簡上字第一五一號判決談鄒族傳統財產權，台灣原住民族研究季刊第 5 卷第 3 期，2012。
6、2012 年度法律扶助成果回顧，法律扶助季刊，第 35 期
7、2012 年度法律扶助成果回顧，法律扶助季刊，第 39 期
8、張雅音，鄒族語復原說明，收錄於中央研究院民族學研究所編譯，番族慣習調查報告書第四卷—鄒族，中央研究院民族學研究所出版，90 年 9 月初版。
9、蔡虔霖，魯凱族的百合花崇拜與法律多樣性(上)(下)，司法周刊 1627、1628 期，民國 102 年 1 月 4 日、1 月 17 日。
10、番族慣習調查報告書第四卷—鄒族，中央研究院民族學研究所出版，90 年 9 月初版。
11、林妍伶，tanoyiku 到達娜伊谷空間中的再現權力與抵抗，東華大學民族發展研究所碩士論文，第 8 至 10 頁，99 年 1 月出版。
12、台灣原住民歷史語言文化大詞典。

原住民族專業法庭（股）設置後法院實務變化之觀察與評析

湯文章*
臺灣花蓮地方法院法官兼庭長

摘要

司法院有鑑於原住民事務之特殊性，並考量尊重原住民族之傳統習俗、文化及價值觀，於102年1月1日起在9所地方法院設立原住民族專業法庭（股）。惟專業法庭成立後之分案方式，竟將不涉及傳統文化爭議之多數案件，移交專業法庭審理，致使當事人之程序選擇權受到妨礙。但也因專業法庭之成立，法院也多較能遴選具有族群觀點的法官、調解委員及通譯來擔任專業法庭的事務，但就現況而言，專業程度仍然不夠。

專業法庭成立後，就原住民涉及刑事案件之裁判內容，在自製獵槍方面，已多能以多元文化之觀點，諭知無罪判決，但在原住民違反野生動物保育法、森林法等案件，仍依特別法優於普通法之觀點來論以刑責。有關刑事判決斟酌原住民族文化傳統作及身分作為量刑理由之情形，日益增多，但仍不脫以漢民族種族優越之觀點來看待原住民族。至於原住民涉及民事事件之裁判內容，現行原住民保留地開發管理辦法規定，將原住民保留地耕作權、地上權之取得、塗銷作不同方式處理，並無必要。另原住民保留地耕作權設定登記滿5年未申請辦所有權登記，其耕作權並不當然消滅。而原住民保留地以人頭借名登記之交易方式，應認為無效。依債權物權化之觀念，已對於傳統上認為土地登記有絕對效力起了相當程度的改變。公地撥用所侵害者為所有權以外之私權，與徵收係對於所有權之侵害尚屬有別，所以公有土地上之私權因撥用而喪失。另在習慣法作為民事裁判依方面，實務見解猶僅限於親屬部分，在繼承、物權方面，仍不承認原住民族習慣之效力。總而言之，原住民族專業法庭成立後，對法院之運作及組織，以及法官裁判之內容雖然起了些許變化，但尚待努力的方面仍然很多。

* 臺灣花蓮地方法院法官兼庭長、國立中正大學法律學研究所博士生

壹、前言

原住民族特有之傳統文化，長期以來遭受到各國主流社會刻意的漠視與壓制，已趨於沒落，近年來由於國際社會逐漸重視原住民族的生存權利，通過一系列保護原住民族的宣言、公約，影響，臺灣受此趨勢的影響，在原住民族立法委員及學者專家的催促呼籲下，於 2005 年制定通過原住民族基本法，可算是對於原住民族基本人權的保障往前邁出一大步，但因該法規範的內容都屬於宣示性、抽象性之規定，雖然該法通過至今已經 7 個年頭，但相關的 22 個子法，迄今無一完成。該法第 34 條規定：「主管機關應於本法施行後三年內，依本法之原則修正、制定或廢止相關法令。」[1]現今看來極為諷刺，如果國家連自己通過的法律都無法遵守，如何要求人民來遵守國家的法律。因此，若要落實原基法的規定，行政機關仍要加把勁，但在行政機關未研擬制定修改相關法律前，原住民族傳統文化習慣、生活方式受到侵害的事件仍層出不窮，原住民族的立法委員在等不及行政機關的回應下，乃轉而要求司法機關，能按照原住民族基本法第 30 條第 2 項「政府為保障原住民族之司法權益，得設置原住民族法院或法庭。」規定，設置原住民族專業法庭（股）。司法院有鑑於原住民事務之特殊性，並考量尊重原住民族之傳統習俗、文化及價值觀，遂於 102 年 1 月 1 日起，在臺灣桃園、新竹、苗栗、南投、嘉義、高雄、屏東、臺東、花蓮等 9 所地方法院設立原住民族專業法庭（股）[2]。專業法庭設置後，改變法院以往分散受理原住民涉訟之方式，集中由受過訓練的專業法官來辦理，應較能兼顧原住民族之傳統習俗，避免再發生與傳統習俗衝突之裁判。但專業法庭（股）運作至今已近一年，在先天條件（相關法律）缺乏下，對於原住民族權益的保障，究竟發揮多少功能？起了多少作用？產生什麼問題需要解決？均亟待釐清。本文不揣簡陋，就個人一年來觀察所得，略述己見一二。

貳、法院分案與組織變化之觀察與評析

一、原住民族專業法庭（股）設置後分案之變化

在原住民族專業法庭（股）設置前，原住民涉訟案件仍依一般案號列計，導致每年每月究竟有多少原住民涉訟案件，並無精確的統計資料，專庭（股）設置後，為區別專庭（股）審理案件之範圍及類型、案號字別名稱，司法院秘書長指示各法院專庭（股）受理：「（一）刑事案件部分： 1、被告為原住民之刑事案件，不論何種犯罪類型，均由原住民族專業法庭（股）審理。 2、案號字別：於原有字別前加註「原」字，以資區別。（二）民事事件部分：1、應由原住民族專業法庭（股）審理之民事事件類型：(1) 兩造當事人為原住民、部落、原住民族之民事事件 （不區分案由）。(2) 一造當事人為原住民、部落、原住民族之下列事件 :「返還（交還）土地」、「損害賠償（包括債務不履行及侵權行為）」、「履行或終止契約或租約事件」、「第三人異議之訴」、「返還不當得利事件」、「排除侵害」、「確認土地或房屋所有權存在或不存在」、「確認耕作權或地上權存在或不存在」、「確認租賃關係存在」、「塗銷耕作權或地上權登記」。2、得聲請由原住民族專業法庭（股）審理之民事事件類型：一造當事人為原住民、部落、原住民族而非屬前項(2)案由之民事事件，經為當事人之原住民、部落、原住民族聲請由原住民族專業法庭（股）審理，受訴法

[1] 該條文雖無拘束立法機關之效力，但只要主管機關願積極作為，應該仍有一定成效。雅柏甦詠．博伊哲努，原住民族基本法與原住民族法制建構，收於原住民族權之詮索，東華大學原住民民族學院出版，頁 188，2008 年 11 月。

[2] 司法院秘書長 101 年 10 月 8 日院台廳司一字第 1010028460 號函。

院認為適當者。3、案號字別：於原有字別前加註「原」字，以資區別。」[3]至於當事人聲請核發支付命令、本票裁定及拍賣抵押物等非訟程序事件，雖當事人同時具有原住民身分，因非訴訟事件，且支付命令之聲請係以債權人主張請求原因事實及債務人未異議為其確定法律關係之基礎，就債權人主張之事實，法院並未先為調查，本票裁定及拍賣抵押物等非訟事件，法院亦僅為形式上審查，並未審究當事人間實體法上法律關係存否等爭執，基於該等事作之目的係為追求迅速解決紛爭，節省當事人時間勞資不宜分由原住民專庭（股）審理。另於刑事附帶民事訴訟事件，若當事人同時具有原住民身分或該被害人雖不具原住民身分，但被告具有原住民身分，刑事案件既由原住民專庭（股）審理，刑事附帶民事訴訟事件亦宜併由該庭審理。若附帶民事訴訟事件經裁定移由民事庭審理，因該事件係當事人一造（被告）為原住民之侵權行為損害賠償事件，仍應由原住民專庭（股）審理。此外，關於裁定類案作（例如：聲請觀察勒戒、聲請羈押等），被告若為原住民，考量法官人力之運用及案件處理之即時性，除被告為原住民之交付審判及再審案件應由原住民專庭（股）審理之外，其餘裁定類案件依各法院分案規則辦理[4]。又在刑事案件部分，原住民涉犯性侵害案件，因該性侵害案件及智財產權刑事案件之審理有其高度專業性及特殊性，而與原住民族傳統習俗、文化及價值觀較無關聯，允由性侵害專庭（股）專股及智慧財產專股輪分辦理為宜[5]。易言之，刑事案件以身分，民事事件則兼採身分與事件性質，作為分案之標準，且以身分作為分案標準者，屬於強制規定[6]，但排除性侵害、智慧財產刑事案件、非訟事件及刑事裁定類案件[7]。此種區分標準應係受到司法院 101 年 5 月 15 日下午 2 時 30 分舉辦之「評估設置原住民族專業法庭之可行性」座談會學者發言之影響[8]，此種分案方式顯然是為了便於案件數量的統計[9]。惟專庭（股）設置之宗旨在於原住民事務具有特殊性，並考量尊重原住民族之傳統習俗、文化及價值觀，與上述意旨無關之案件，均應排除在專庭（股）辦理之範圍，不應僅具有原住民身分即將案件納入專庭（股）辦理。否則，以身分作為分案標準，實務運作上已將造成原住民涉及的酒醉駕車、施用毒品、傷害等，及借貸、車禍等，與其傳統習慣、文化及價值觀毫無關係之民刑事案件，均歸由專庭（股）辦理之情形[10]，反而一些涉及原住民族傳統習俗的民事事件，例如：非原住民的兩造分別借用原住民身分買賣保留地，係涉及保留地乃是維繫原住民族傳統習俗、文化的根源所在，故不能出售予非原住民的事件，卻僅因兩造均非原民，即將該類「借名登記」事件不歸專業法庭審理，對於原住民族傳統文化的維護，並沒有產生提昇的效果。另以事件性質作為分案標準，所列類型過少，以原住民保留地買賣為例，買賣關係成立或不成立請求移轉所有權記或返還占有之土地，屬於專庭（股）辦理的案件，但確認買賣關係成立或不成立，卻不屬於專庭（股）辦理的案件，極不合理。惟原住民保留地共有土地分割，若繼承人中有非原

[3] 101 年 7 月 2 日以秘台廳司一字第 1010018637 號函。

[4] 102 年 3 月 15 日院台廳司一字第 1020007224 號函。

[5] 102 年 7 月 15 日院台廳司一字第 1020016160 號函。

[6] 102 年 4 月 24 日院台廳司一字第 1020007938 號函。

[7] 少年事件及行政事件，目前亦排除原住民族專業法庭（股）之設置。

[8] 參照該座談會會議紀錄王泰升教授之發言。

[9] 所以，臺灣高等法院 102 年 3 月 20 日院鎮文孝字第 1020001784 函：「為落實原住民族涉訟案件統計資料之正確性，請各法院辦理當事人為原住民族之民、刑事案件時，應確實維護當事人為原住民族身分別之資料。」（依司法院 102 年 3 月 15 日院台廳司一字第 1020007224 號函辦理）

[10] 102 年 1 月 23 日修正刑事訴訟法第 31 條將「被告具原住民身分，經依通常程序起訴或審判者」之案件列入強制辯論。102 年 4 月 1 日起，行政院原住民族委員會更將原住民之民事涉訟事件，專案委託法律扶助基金會辦理，原住民若有民事涉訟，得向法扶會申請扶助，使得法律扶助案件大幅成長，惟多數均與原住民族傳統習慣、文化及價值觀無關，此種制度設計，亦值得檢討。

住民身分者（例如：原住民與非原住民結婚，自願申請喪失原住民身分），又為何不是專庭（股）辦理的案件？實務上亦曾發生原住民族涉訟之「國家賠償」事件，是否屬於專庭（股）承辦事件之議，嗣經司法院函釋認為國家賠償事件性質上屬於「損害賠償事件」，應納入專庭（股）辦理[11]。關於原住民性侵害案件，例如：排灣族的長輩摸小孩的「阿力力（睪丸）」，是否構成強制猥褻（臺灣台東地方法院 101 年度侵訴字第 8 號刑事判決）？智慧財產權刑事案件，例如：原住民族的「傳統知識」，是否為著作權保護？司法實務上認為：「被告所用原住民手執雙蛇之圖案於排灣族服飾及其他圖案上及陶壺上附有蛇紋等屬常見之圖騰，告訴人之圖案乃襲自原住民古老圖騰，已不具有原創性，因此被告並未侵害告訴人之著作權。」（臺灣高等院高雄分院 89 年度上易字第 2183 號刑事判決），均與原住民族傳統習俗、文化有高度關聯性。司法院以其審理有高度專業性及特殊性，而與原住民族傳統習俗、文化及價值觀較無關聯，及現行擔任原住民族專庭（股）之法官未必已受過相關性侵害防治之專業訓練課程，對於性侵害犯罪被害人權益之保障恐有未足，若由其辦理與性侵害犯罪防治法之立法意旨相違，故該二類案件允由性侵害專庭（股）專股及智慧財產專股輪分辦理[12]，並不恰當。既然專庭（股）成立的目的是因考量原住民族傳統文化習慣之特殊性，避免國家法律不當侵害其文化權，則凡是涉及傳統文化習慣之案件，均應屬專庭（股）辦理的範圍。但因是否涉及傳統文化習慣的案件，法院分案人員、書記官並無法辨認，所以，若無法在分案時即予判定，至少在結案時應由承辦法官予以認定。

若案件之原、被告有數人，僅其中部分原、被告具有原住民族身分，在符合民事訴訟法第 53 條各款之情形（普通訴之合併），基於訴訟經濟，避免裁判歧異，當事人固得選擇一同起訴或一同被訴，惟若案件之性質屬於前述司法院指定之類型，依實務見解應全案歸由原住民專庭（股）審理。但因原住民專庭（股）審理之民事事件類型並非專屬管轄，故若由非原住民專庭（股）依法判決時，並不生判決違背法令問題。另在刑事案件，共同被告中僅有部分被告具原住民族身分，基於訴訟經濟及避免裁判歧異，原則上應由原住民專庭（股）承辦[13]。依此看法，應可演繹出在民事訴訟法第 56 條必要共同訴訟之情形，只要原、被告一造中之一人具有原住民族身分，不論案件性質為何，均應歸由原住民專庭（股）審理。然而為何原住民專庭（股）就有優先處理當事人間非原住民身分者訴訟之權利？假設專庭（股）的法官都具有專業知識，都能了解原住民族的需求，處理案件時可能會朝向有利於原住民身分者之方向，是否即剝奪了非原住民身分者之程序選擇權？即不無疑問。

專業法庭僅設於一審法院，二審法院並未設置專業法庭，且專業法庭受理之事件不包括家事及行政事件，仍有缺憾。另因臺灣傳統法學教育並不重視族群文化教育，法官普遍缺乏多元文化素養，司法院為培訓專業法庭法官熟悉原住民特有之傳統文化，亦僅於 101、102 年先後舉辦過 3 期講習，猶嫌不足。

二、原住民族通譯、調解委員之遴選

原住民族基本法第30條第1項規定：「政府處理原住民族事務、制定法律或實施司法與行政救濟程序、公證、調解、仲裁或類似程序，應尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化及價值觀，

[11] 102 年 4 月 1 日院台廳司一字第 1020006530 號函。
[12] 司法行政廳 102 年 7 月 26 日於法官論壇表示之意見。
[13] 102 年 4 月 1 日院台廳司一字第 1020006530 號函。

保障其合法權益，原住民有不諳國語者，應由通曉其族語之人為傳譯。」聯合國「公民及政治權利國際公約」第14條第3項規定：「審判被控刑事罪時，被告一律有權平等享受下列最低限度之保障：第1款：迅即以其通曉之語言，詳細告知被控罪名及案由；第2款：給予充分之時間及便利，準備答辯，並與其選任之辯護人聯絡。…第6款：如不通曉或不能使用法院所用之語言，應免費為備通譯協助之。」因此，原住民因不諳國語涉訟時，由通曉族語之人為其傳譯，為其訴訟基本權。但現行通譯非但人數不足，能力也不足，可謂既不通也不譯，僅存二大功能：一、法官開庭要提示證據、文書給當事人閱覽時，負責傳遞證據、文書之工作。二、負責錄音。司法院為解決通譯功能不彰的問題，乃設立「特約通譯」制度以資因應[14]，現今各法院所遴聘之「特約通譯」有外語、手語、原住民、 客語等類。就原住民特約通譯而言，因原住民族群繁多，通常法院會就各個不同族群，聘請各個不同特約通譯[15]，遇各別原住民犯罪或訴訟時，當事人甚至會自行偕同種族之族人到庭擔任翻譯[16]。雖然多年來政府實行推行國語運動及同化（assimilation）政策的結果，大部分原住民均通曉國語，但語言習慣係文化之表達，原住民族之語言習慣與漢民族不同，通曉語言並不等於知悉語言所傳遞內容的真意，且現行法律主要係延襲歐陸法制而來，與屬於南島民族之原住民之傳統習慣亦不同，而特約通譯並非法律專家，屬於任務編組性質，缺乏專業訓練，責任又未明，經常無法適切表達當事人之真意，致生糾葛[17]。為強化特約通譯教育訓練，自102年起司法院委請臺灣高等法院及其分院確實辦理特約通譯之教育訓練[18]，成效如何，仍待日後觀察。但就現行特約通譯的遴選產生方式並未改變，行政機關曾建議要設置通譯官，惟目前國家財政拮据，恐無多餘財源增設通譯官，且現行通譯制度已成效不彰，設置通譯官亦極有可能成為冗員，所以比較適合的方式，是仿財團法人法律扶助基金會之形式，以設置財團法人之方式來強化通譯人員[19]。

現行調解制度可分為鄉鎮市調解及法院調解二種，前者委員之產生係由鄉、鎮、市長遴選鄉、鎮、市內具有法律或其他專業知識及信望素孚之公正人士，提出加倍人數後，並將其姓名、學歷及經歷等資料，分別函請管轄地方法院或其分院及地方法院或其分院檢察署共同審查，遴選符合資格之規定名額，報縣政府備查後聘任。調解委員會調解成立所作成之調解書，須送經法院核定後，始生與民事確定判決有相同效力（鄉鎮市調解第3條第1項、第27條第2項）。後者由法院遴聘，並無資格限制，調解成立與訴訟上和解有同一效力，而和解成立復有確定判決有同一效力（民事訴訟法第416條第1項、第380條第1項）。法院調解號可分為任意調解與強制調解（民事訴訟法第403條）。現行調解制度的最大功能是幫法院疏減訟源，但調解制度存在之目的，應非只是為了疏減訟源，調解結果固然不能違背法律規定，但調解的目的是希望透過當事人參與調解之過程，達到諒解、包容、體恤、賠償之效果，而非以懲罰為目的，因之透過調解可以實現修復

[14]手語通譯部分，臺灣高等法院曾頒布「臺灣高等法院暨所屬法院遴選義務手語通譯實施要點」。至於原住民通譯及外語通譯部分，司法院僅以 86 年 8 月 4 日（86）院台廳司一字第 17548 號函，及 90 年 7 月 26 日（90）院台廳司一字第 18758 號函，要求各法院遴聘，並沒有另外頒布要點或辦法。

[15]司法院秘書長於 102 年 5 月 3 日以秘台廳司一字第 1020011795 號函行政院原住民族委員會，表示目前特約通譯語言別有 22 種，人數有 40 人。惟臺灣現行通行之原住民族族語尚有 44 種。

[16]為了節省開庭時間，法官通常都會准許。但會命其具結以擔保通譯內容的正確性。

[17]監察院就「當前司法及行政機關使用通譯之功能不彰，當事人權利受損」乙案所提出之糾正案中，司法院所提使用通譯之書面說明，有關特約通譯部分之（5）：「有些通譯外語能力雖可，但對法律用語或專業術語之翻譯較有困難。」該調查報告，頁 71。但真正的問題，應不只是法律用語或專業術語之翻譯問題，而是文化背景不同的問題。

[18] 司法周刊第 1645 期，第 1 版，102 年 5 月 17 日。

[19] 行政院原住民族委員會名開「自決與永續發展—21 世紀原住民族國政會議之法政發展議題」之「原住民族傳統習慣之司法保障」小組研商會議第一場次，102 年 5 月 17 日會議紀錄。

式司法正義（restorative justice）。傳統原住民社會裡，有其特有的調解制度，以泰雅族為例，發生於同一血族團體內的犯罪行為，其影響層面不大，如偷竊、傷害、近親相姦等罪行，由被害者父母、加害者父母及雙方親屬內推派有聲望及才幹者長老各一人，組成調解委員會；同一部落內如發生違反生產禁忌與公共危險，以及殺人、叛逆通敵等案情嚴重或破壞祖靈等犯行，則由被害者的父母及同一血族長老、加害者的父母及同一血族長老、頭目，組成調解委員會；部落間發生的案件，則由被害者的頭目，家屬代表若干名、犯罪者的頭目，家屬代表若干名，組成調解委員會，一旦因案件發生成立調解委員會後，務必以調解方式解決衝突[20]。調解過程中由犯罪人認罪、提出賠償、接受訓斥、雙方和解，最後殺猪與族人分食以表歉意，而被害人接受道歉，議定後全體服從[21]，任何一方不服所議決之事項而再鬧事，必將被放逐社外，不准返回部落，如果調解不成則交由祖靈審判[22]，看哪一方能獵取或獵取到較多的獵物，表示祖靈證明那一方是清白的，並能為居民接受。這些處理衝突的方式，與近代新興的修復式正義不謀而合，目的皆是修復衝突所造成的損害，預防犯罪者未來再犯，並重視被害者的地位以及其所受到的損害，以公正的第三人為犯罪與被害雙方進行調解，使社會團體秩序得以恢復[23]。原住民族專業法庭（股）成立後，所受理之民刑事案件，現行法並未規定須先行調解，此在日後民事訴訟法修法時或可納入研議。但有些法院，例如：臺灣花蓮地方法院，欲讓調解制度能在原住民爭訟事件發揮更大的功效，即積極延聘原民社會素孚眾望之人士出任調解委員，希望藉其聲望及對原住民社會傳統習慣之了解，能將傳統社會解決糾紛之方式帶進法院，俾調解結果可以符合當事人之期待。

參、刑事判決變化之觀察與評析

一、違反槍砲彈藥刀械管制條例中關於「自製獵槍」之認定，已多援用兩公約之精神為無罪判決

目前實務見解，例如：釋字第 329 號：「經立法院審議通過之條約位階等同法律。」、台灣高等法院 79 年度上更（一）字第 128 號判決：「依憲法第 141 條『尊重條約』之規定，條約之效力應優於內國一般法律（參照最高法院 23 年上字第 1074 號判例）而居於特別規定之地位，故條約與內國一般法律牴觸時，依特別法優於普通法之原則，自應優先適用條約之規定。又特別法優於普通法之原則，於特別法為舊法（即前法）普通法為新法（即後法）之情形亦然…」、法務部民國 77 年 11 月 19 日（77）法參字第 20108 號函：「從憲法第 141 條規定之精神以觀，條約與法律有所牴觸時，原則上似宜以條約之效力為優。」均認為條約效力優先於法律。但我國並非聯合國會員國，亦未簽署公民與政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Right, ICCPR）及經濟社會文化權利國際公約（International Covenant on Economic, Social and Cultural Right, ICESCR）（以下簡稱兩公約），雖然我國已於 98 年 4 月 22 日制定兩公約施行法，於同年 12 月 10 日施行，依上開施行法第 2 條、第 3 條規定，兩公約所揭示保障人權之規定，僅具有國內法之效力。因此兩公約在我國是否有優先於內國法律之效力？仍有疑慮[24]。實務上關於

[20] 廖守臣，泰雅族的社會組織，私立慈濟醫學暨人文社會學院，頁 177，1998 年 8 月。

[21] 張韶青，原住民社區修復式正義實施機制之研究—以花蓮縣秀林鄉「太魯閣族」為例，國立台北大學犯罪學研究所碩士論文，頁 47—53，2007 年。

[22] 廖守臣，泰雅族的社會組織，私立慈濟醫學暨人文社會學院，頁 177，1998 年 8 月。

[23] 洪千涵，修復式正義對被害者損害影響—以泰雅族為例，國立台北大學犯罪學研究所碩士論文，頁 3，2008 年 7 月。

[24] 有認為基於人權規範本質理論，國際人權公約國內法化後，應具有優先的規範效力。鄧衍森，人權保障的規範理論：

原住民違反槍砲彈藥刀械管制條例案件中關於「自製獵槍」之認定，向來均認為須具備「一、『自製獵槍』：指原住民傳統習慣專供捕獵維生之生活工具，由申請人自行獨力製造或與非以營利為目的之原住民在警察分局核准之報備地點協力製造完成，以逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，打擊底火或他法引爆，將填充之射出物射出，非使用具有彈頭、彈殼及火藥之子彈者。二、『射出物』：指供自製獵槍引爆槍管內火藥後發射之用，填充於槍管內，遠小於槍管內徑之固體物，如玻璃片、彈丸等，且不含具有彈頭、彈殼及火藥之子彈。」（內政部 87 年 6 月 2 日臺（87）內警字第 8770116 號函解釋）。100 年 11 月 7 日修正發布槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第 2 條第 3 款則將自製獵槍定義為「自製獵槍：指原住民傳統習慣專供捕獵維生之生活工具，由申請人自行獨力或與非以營利為目的之原住民協力，在警察分局核准之報備地點製造完成；其結構、性能須逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，以打擊底火或他法引爆，將填充物射出。其填充物，指可填充於自製獵槍槍管內，遠小於槍管內徑之固體物如玻璃片、彈丸等，供發射之用。」若未符合前開定義則非屬於自製獵槍，由於該等定義極為嚴格，甚難符合，導致原住民自製獵槍大多被課以違反槍砲彈藥刀械管制條例罪責。專業法庭（股）設置後，上開實務判決有了變化，例如：臺灣台東地方法院 101 年度重訴字第 8 號陳００違反槍砲彈藥刀械管制條例，判決理由內容記載「因此本案應在憲法、兩公約、原住民族基本法肯定及尊重原住民族多元文化規範的前提下，解釋槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項規定『自製之獵槍』及『供作生活工具之用』之定義。」[25]而判決原住民自製獵槍無罪。換言之，該判決係以憲法、兩公約、原住民族基本法之規範，作為解釋適用槍砲彈藥刀械管制條例之指導原則，並沒有直接引用憲法、兩公約、原住民族基本法作為判決基礎[26]。但何以憲法、兩公約、原住民族基本法揭示之精神就有優先於槍砲彈藥刀械管制條例之效力？實務判決並未說明。本文認為，如不承認兩公約有優先於內國法之效力，或可認為「後法優於前法」即兩公約施行法係訂定在槍砲彈藥刀械管制條例之後，或「特別法優於普通法」即兩公約所揭示之文化權保障，係在保障住民族特殊之傳統文化習慣，有優先於槍砲彈藥刀械管制條例之效力。至於憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項所揭示之原住民族條款，屬於

序曲，臺灣法學第166期，頁126-127，2010年12月。兩公約施行法第2條雖規定，兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律效力，應理解為本條之意義，係再度揭示兩項人權公約規範已併入我國法律體系，而具有直接適用性，並非指其僅具普通國內法律位階，否則將違反國際法理論詮釋所呈現締約國在兩項人權公約所負之義務。徐揮彥，從兩項人權公約論原住民族傳統文化習慣之保障，發表於第三屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會，頁187，2012年10月14日。臺灣高雄地方法院98年度簡上字第201號民事判決稱「…依98年4月22日總統公布之『公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法』第2、4條規定，兩公約所揭示保障人權之規定具有國內法律之效力，各級政府機關行使其職權，應符合兩公約有關人權保障之規定，避免侵害人權，保護人民不受他人侵害，並應積極促進各項人權之實現，是以法院行使審判職權時，自應遵循、審酌此二公約之規定、精神，甚應優先於國內法律而為適用（施行法第8條規定施行後2年內各級政府機關應檢討所主管之法令及行政措施而就不符部分為制（訂）定、修正或廢止，其意旨即應具優先性）。」

[25]相類似判決有愈來愈多的傾向，例如：臺灣台東地方法院 101 年度重訴字第 5、9、10 號、101 年度訴字第 158、209 號、臺灣高等法院蓮分院 102 年度上訴字第 20、27、39、48 號。至於「供作生活工具之用」實務見解向來均認為國民之經濟生活已普遍提升，野生動物之獵捕已受野生動物保育法之規範，無法任意捕捉，客觀環境之改變已甚少有原住民族僅憑單純之狩獵維生者，倘將槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項所稱『供作生活工具之用』嚴格限縮在恃以維生或主要生活所用之程度，本條之適用範圍將大幅縮減，顯然有悖於多元文化之憲法精神與立法旨趣。再人類生活之需求應不僅侷限於追求溫飽之經濟生活，更多的需求來自於尊嚴、文化及情感所形成之生活模式之認同，缺乏了這些內涵，表面上的物質生活固不會產生影響，但卻實質地影響到個人因為認同所產生之尊嚴及生活價值的斷裂，是被告雖非全憑狩獵維生，然其使用自製獵槍狩獵確有助於其日常生活之進展並促進其個人尊嚴、生活價值之開拓，仍可認持有之自製獵槍係供作生活工具所用，為法律不罰之行為。」（臺灣高等法院 101 年度上訴字第 2325 號刑事判決），亦即不認為須為「專供獵捕維生之生活工具」，此見解於原住民族專業法庭（股）成立後，並未變更。

[26]此涉及國際條約於內國法是否直接生效之問題。依 ICCPR 第 9 號一般性意見第 11 段說明，應屬於自動生效，判決內容可直接引用。惟此點在國內尚有不同見解。

基本國策，實務判決援引其精神作為判決基礎，並不適當。雖然憲法增修條文第 10 條大部份之規定係以國家「應」如何之方式鋪陳，其中於第 12 項中特別在「應」如何做為之規範後，再加上「其辦法另以法律定之」之用語，所以至少可視為一種憲法委託，該憲法委託具有構成立法裁量性之界線[27]，故 2005 年通過之原住民族基本法，應可認為係落實憲法增修條文原住民族條款之規定，惟是否可以得出原住民族基本法有優先於槍砲彈藥刀械管制條例之效力，則仍待商榷。

二、違反野生動物保育法案件仍未顧及原住民族之文化權

違反野生動物保育法之案件，實務見解猶認為：「按原住民族基本法第 19 條規定：『原住民得在原住民族地區依法從事下列非營利行為…』…依野生動物保育法第 51 條之 1 規定：『原住民族違反第 21 條之 1 第 2 項規定，未經主管機關許可，獵捕、宰殺或利用一般類野生動物，供傳統文化、祭儀之用或非為買賣者，處新臺幣 1 千元以上 1 萬元以下罰鍰，但首次違反者，不罰』，該條僅就一般類野生動物作有規範，而未包括保育類野生動物，是以未經主管機關許可獵捕、宰殺或利用保育類野生動物者即應依野生動物保育法第 41 條受刑事制裁，蓋情節較輕微之未經許可獵捕一般類野生動物尚須處以行政罰鍰，情節較重之未經許可獵捕保育類野生動物既無行政責任，倘又無刑事責任，豈不輕重失衡。」（102 年 3 月 1 日臺灣台東地方法院 101 年度訴字第 209 號事判決，此判決意旨應係參考最高法院 101 年度台上字第 3572 號刑事判決而來）仍強調原住民族基本法第 19 條的依「法」包括野生動物保育法，所以不得獵捕保育類野生動物。惟原住民族基本法是否具有優先森林法、野生動物保育法之效力？實務見解向來認為原住民族基本法性質上為普通法、廣義法，森林法為特別法、狹義法，依特別法、狹義法優先於普通法、廣義法之原則，應優先適用森林法（最高法院 99 年度台上字第 6852 號刑事判決）；原住民族基本法性質上為普通法，野生動物保育法為特別法，依特別法優先普通法之原則，應優先適用野生動物保育法（臺灣高等法院花蓮分院 99 年度上訴字第 238 號刑事判決）。學者更有認為「基本法只是立法院通過的法律，對立法院本身就沒有不得違反的拘束力，大法官也不能作有無違反基本法的法律審查，因此與任何其他法律牴觸，都可以解讀為特別法或後法，而不管它的本性。更糟的是，因為基本，所以高來高去，沒有實際可供執行或主張的權力或權利，久了以後，大家都知道，這種法律和標語差不多，看看就可以，不能太認真。把本質上屬於政策方針的東西變成法律，原本希望強化它的訴求，結果卻稀釋了法律規範性格。」[28]然此似僅從法規名稱為「基本」及規範內容包含原住民族多項基本權利，且多為宣示性條文缺乏具體的實踐項目之角度來論，實則原住民族基本法既係為落實憲法增修條文第 11 條、第 12 條原住民族條款保障文化權而設，應定位為憲法之「施行法」，具有憲法基本權利的位階與性質利[29]。所有實施原住民族基本法的子法或其他法律的修正、制定、廢止或解釋，都應該遵循原住民族權利概念的保障，不得任意違背、逾越、限縮[30]。易言之，在適用森林法、野生動物保育法之相關規定時，應考量有無與原住民族傳統文化習慣相衝突，若有衝突即應進而考量該項衝突是否源於不同文化傳統的差異性與價值觀的矛盾所導致，若為肯定即應優先適用原住民族基本法。此外，若認為原住民族基本法第 19 條的

[27]李惠宗，憲法要義，元照出版，頁 685，2009 年。
[28]蘇永欽，基本法怎麼個基本法，司法週刊，第 995 期，2001 年。
[29]蔡志偉，從客體到主體：臺灣原住民族法制與權利的發展，台大法學論叢第 40 卷特刊，頁 1537，2011 年 10 月。
[30]黃居正，憲法解釋與原住民權利，廖福特主編，憲法解釋之理論與實務第 6 輯下冊，頁 429-465，中央研究院法律學研究所籌備處。

依「法」包括野生動物保育法，然就野生動物保育法第 21-1 條第 1 項規定：「台灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，不受第十七條第一項、第十八條第一項及第十九條第一項各款規定之限制。」之文義來看，似乎認為無論一般類野生動物或保育類野生動物，原住民族基於「傳統文化」或「祭儀」之需要，均得以獵捕、宰殺或利用之，並不當然得出「不得獵捕保育類野生動物」之結果。因此，若欲認為保育類類野生動物不在原住民族基本法第 19 條規定得獵捕之範圍，似應探討保育類野生動物不得獵捕之立法目的，是在於該類動物族群數量已極為稀少，有滅絕的危險，給予特別保護，使其族群數量恢復，有助於區域生態的平衡與復甦的重大政府利益（important public《governmental or state》 interest）存在，故原住民族基本法第 19 條第 2 項及野生動物保育法第 21-1 條第 1 項原住民族基於傳統文化與祭儀之需要，獵捕、宰殺或利用野生動物，解釋上必須排除保育類野生動物[31]。至於實務判決強調不得獵捕保育類野生動物，但原住民族傳統獵捕野生動物方式除使用獵槍外，大多以使用陷阱、獸鋏等獵捕工具為之，野生動物保育法第 19 條第 1 項第 6 款規定，獵捕野生動物不得使用陷阱、獸鋏等獵捕工具，已與原住民族傳統獵捕野生動物之習慣相違，若進而認為使用陷阱、獸鋏等獵捕工具，即隱含有獵捕保育類野生動物之不確定犯罪故意[32]，更是完全否定原住民族之文化權，殊非妥當。此外，實務見認為原住民族基本法第 19 條規定，按原住民得在原住民族地區，依法從事獵捕野生動物、採集野生植物及菌類、採取礦物、土石及利用水資源之行為者，以非營利行為，且以傳統文化、祭儀或自用為限，因此，狩獵、採集野生植物均限於「自用」[33]，不能「營利」（102 年 3 月 7 日最高法院 102 年度台上字第 847 號刑事判決），且原住民依野生動物保育法第 21 條之 1 規定經主管機關核准後所合法獵捕、宰殺後之保育類野生動物或其產製品，應依同法第 35 條之規定經主關機關同意後買賣之，否則即違反同法第 40 條第 2 款之規定（臺灣台東地方法院 101 年度訴字第 243 號刑事判決）。該等法條之立法目的係為避免過度狩獵、採集或將獵物、植物販售牟利等市場經濟行為，而影響野生動植物生態平衡，以保護野生動植物，但如何認定屬於「自用」？例如：太魯閣人在：一、社會關係之變化。不具或是具有血緣關係或共居、共食的人之關係發生變化時，如：拜師學藝（學習打獵等）、結婚、斷絕與人的關係等。二、人與物的關係之雙化。當個人與家添購新物，而物品本身曾有使用上的危險時。如購買新的獵刀、獵槍、新的車子。三、生活空間的轉換。如：上山打獵、新屋落成、在外地賺錢回到故鄉、遠洋返臺等。四、個人行為涉及 gaya 之不潔或罪責，出現生病、作夢、違反性禁忌、偷竊、殺人、說謊等情形，會透過分食儀式，祭告祖靈、向村落宣告、並取得當事人的認知、原諒或寬恕[34]，此種分食儀式是否屬於自用？容有疑問[35]。況且，所謂文化生活，不僅包含原住民歌舞、祭祀活動，其獨

[31]張瓊文，野生動物保育與原住民族狩獵文化保存之衝突—以野生動物保育法第二十一條之一違憲審查為中心，天主教輔仁大學法律學系碩士論文，頁 194—195，2011 年 7 月。

[32]總不能在在設置陷阱、獸鋏時，在上面標示「凡是保育類野生動物，請勿踏入陷阱，否則後果自負」。

[33]相較於野生動物保育法第 21-1 條並未將「自用」納入狩獵目的，因傳統狩獵目的是在獲取動物高蛋白，以強健體魄，故應將狩獵納入自用之目的，但現代社會　取得高蛋白來增強體力的方式甚多，無需藉狩獵來取得，因此論者有認為應刪除以自用為目的的狩獵。張瓊文，野生動物保育與原住民族狩獵文化保存之衝突—以野生動物保育法第二十一條之一違憲審查為中心，天主教輔仁大學法律學系碩士論文，頁 148，2011 年 7 月。實務判決，例如：臺灣台東地方法院 102 年度原訴字第 9 號刑事判決，亦多認為「獵捕保育類野生動物係為供己食用，尚與原住民固有風俗習慣之祭祀無關」仍課以違反野生動物保育法刑責。

[34]王嵩山，台灣原住民・人族的文化族程，遠足文化出版，頁 74，2011 年 9 月。

[35]原住民於選舉期間宰殺山豬，分送與親朋、鄉民、鄰居，實務見解大多認為構成行賄罪（參照臺灣花蓮地方法院 99 年度選訴字第 16 號、臺灣高等法院花蓮分院 100 年度選上訴字第 13 號刑事判決）。因而導致現今部落於選舉期間，不敢辦理婚喪喜慶等活動。

特的生活方式、維生手段，也是其文化生活的一部分，同樣應該要獲得保障。因此僅將原住民狩獵的目的限縮在「文化祭祀」、「自用」，禁止原住民用獵得的動物去換取其他原住民所需要的生活必需品（例如：自來水、瓦斯、電話費、小孩子的教育費…等等），並不符合原住民的基本需求，也不符合兩公約中關於文化權的要求，等於是違反了原住民的基本人權[36]。從而，行政院農業委員會會同行政院原住民族委員會依野生動物保育法第 21 條之 1 第 2 項規定於 101 年 6 月 6 日所訂定「原住民基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」第 12 條規定：「獵捕活動所得之野生動物之宰殺、利用須用於傳統文化、祭儀活動，不得有販賣或其他營利行為。」完全棄守依母法第 35 條第 1 項規定原本由主管機關決定得否買賣之同意權，顯有「保護不足」[37]之情形，屬於侵害原住民族之基本人權。

人類所謂的「生活」，除了經濟、物質生活外，尚應包含傳統文化、語言、習俗、價值觀及社會規範等各個層面的精神生活。原住民族的狩獵行為，除了為獲得獵物食用外，更重要的是在狩獵的過程中，合作圍捕獵物，分擔背負獵具、獵物，學習互助精神及在山林中之生存技能，並在回到部落後，與族人共同分享狩獵的成果，維繫族人間之情感，且藉由狩獵行為訓練膽識，並追求個人及家族的榮耀，提昇在部落中之地位，確立個體生命的價值，獲得部落族人的認同。故原住民族持有自製獵槍獵捕野生動物，乃屬原住民族傳統生活中建立及維繫部落秩序的重要行為，近年來，雖因生活型態之改變，專以狩獵維生之情形雖已極為少見，惟原住民族所居住之部落仍有持自製的獵槍於慶典時或工作之餘進入山林狩獵及驅趕獵捕果園、菜園中之野生動物之習俗，此仍為原住民族群體生活及對自我認同的重要行為[38]，亦屬於對於自我的尊嚴、文化及情感所形塑生活模式之認同，缺乏這些表徵，表面上的物質生活不會產生影響，但卻實質地影響到人因為認同所產生之尊嚴及價值的斷裂。因此，在肯認多元文化的同時，即應承認原住民族的文化權，具體案件中若原住民以文化權作抗辯，即應以欠缺主觀不法要件諭知無罪之判決[39]。

三、違反森林法案件仍以違反國有林林產物處分規則論罪

在原住民保留地內使用車輛搬運他人未搬離之森林主產物牛樟木，因為住民保留地開發管理辦法第 31 條規定「原住民保留地天然林產物之處分，本辦法未規定者，依國有林林產物處分規則之規定」、第 34 條規定「原住民保留地內天然林產物有下列情形之一者，得向鄉（鎮、市、區) 公所申請，經直轄市或縣（市）主管機關專案核准採取之：一、政府機關為搶修緊急災害或修建山地公共設施所需用材。二、原住民於直轄市、縣（市）主管機關劃定之區域內無償採取副產物或其所需自用材。三、原住民為栽培菌類或製造手工藝所需竹木。四、造林、開墾或作業之

[36]鄭川如，由生存權、文化權而來的狩獵權—從美國最高法院判決談台灣原住民的狩獵權、漁權，第二屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會，頁 353-354，2011 年 10 月 16 日。但應注意原住民族的經濟活動因受資本主義經濟的影響，狩獵所應遵守的儀式文化已逐漸流失，因此營利行為亦應侷限於生活必需。根據「原住民基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」第 6 條第 2 項附表所列全台灣原住民族的「傳統文化與祭儀」共有 131 個，幾乎每個月都有祭儀，平均下來台灣每 2.8 天原住民就可以申請一次狩獵！難怪會有人假借祭典期間，未經申請就上山狩獵。在此種狀態下「狩獵文化」變成「狩獵行為」，原住民就變成生態殺手。

[37]基本權有保護義務的功能，如果國家所採取的立法保護措施或具體行政給付無法充分使該基本權具有實現的可能性力，即屬違反比例原則。李建良，基本權利與國家保護義務，收錄於中央研究院「憲法解釋之理論與實務」第 2 輯，頁 325、352 以下，2000 年 8 月。

[38]參照臺灣台東地方法院 101 年度重訴字第 11 號刑事判決。

[39]實務判決已有以欠缺主觀不法要件為由，諭知無罪判決之案例，例如：臺灣高等法院台中分院 91 年度上訴字第 1377 號刑事判決、臺灣高等法院高雄分院 95 年度選訴字第 11 號刑事判決（頭目紅包案），在司馬庫斯櫸木案，法院亦以欠缺主觀不法要件為由，諭知無罪判決。

障礙木每公頃立木材積平均在 30 立方公尺以下者。」而所謂森林主產物，依國有林林產物處分規則第 3 條第 1 款之規定，係指生立、枯損、倒伏之竹木及餘留之根株、殘材而言，所以仍構成違反森林法第 52 條第 1 項第 6 款之為搬運贓物，使用車輛竊取森林主產物罪（102 年 2 月 21 日臺灣南投地方法院 101 年度訴字第 842 號刑事判決），惟系爭原住民保留地既屬於森林，仍有森林法之適用，亦即認為森林法為特別法，應優先於原住民保留地開發管理辦而適用。但國有林林產物處分規則係依據森林法第 15 條第 3 項規定所訂定之規則，乃關於採取國有林林產物之一般規定，與同法條第 4 項係對於「位於原住民族傳統領域土地，採取森林產物」所作之特別規定，兩者所規範之範圍，並非同一[40]。亦即第 3 項所稱之「處分規則」，與第 4 項所稱之「管理規則」，應分別訂定，且除有適用或準用之明文外，依第 3 項訂定之「處分規則」，並不當然適用或準用於第 4 項，最高法院 98 年度台上字第 7210 號司馬庫斯案中已表示上開見解，由於中央主管機關迄今尚未會同中央原住民族主管機關依森林法第 15 條第 4 項規定，訂定其「管理規則」[41]，司法實務見解，包括最高法院嗣後之見解（102 年度台上字第 847 號刑事判決）仍認為「處分規則」＝「管理規則」，違反「處分規則」即認為構成犯罪，並未進一步論述「管理規則」尚未訂定之事實，忽略山林對於原住民之意義，有違維護多元文化之意旨。

四、刑事判決多有斟酌原住民族文化傳統作及身分作為量刑理由

（一）引用文獻作為量刑之理由

「被告黃００及謝００雖均為泰雅族原住民，相較於多數之漢民族而言，於經濟及文化上均屬弱勢，然在泰雅族原住民傳統文化中，未經許可擅取他人物品，仍可引起部落內部之糾紛，而遭到相對應之處罰（參見中央研究院民族學研究所，臺灣總督府臨時臺灣舊慣調查會番族慣習調查報告書第一卷泰雅族，86 年 6 月初版，第 255 頁。本書書名雖有種族歧視之嫌，惟此乃翻譯日治時期著作所致，併此敘明）。可知被告謝００在未經許可之情形下，與被告黃００擅取他人已盛裝成袋之牛樟木殘材，縱依其傳統文化，亦屬可予責難之行為，是其顯無文化上特殊之原因，堪認有何客觀上足以引起一般同情之情狀。」（102 年 4 月 2 日臺灣苗栗地方法院 102 年度訴字第 52 號刑事判決），惟應注意傳統文化習慣，是浮動的，原住民受漢人統治達半世紀之久，政府長期推行同化政策的結果，難免對原住民的傳統文化會產生若干的改變，各族間早已逐漸失去傳統習慣，是否可以拿之前的調查報告作為現在原住民傳統習慣之認定依據？且有些傳統習慣不在之前調查報告所記載之範圍內，例如：排灣族的長輩摸小孩的「阿力力（睪丸）」，是表示長輩對晚輩的關心（臺灣台東地方法院 101 年度侵訴字第 8 號刑事判決），是否就可認為非原住民

[40]尤其，國有林林產物處分規則將原本森林法規定之「原住民傳統領域」限定於「原住民保留地」，此限定是否合於法律保留原則容有檢討餘地。蓋原住民土地權（包含對其上之自然資源之管領）之限制應以法律限定之，則森林法中既未限定於立法時即已存在之「原住民保留地」，而使用「原住民傳統領域」之用語，則可見其並無將原住民得採取林木之處所限定於保留地之內之意思，處分規則第14條第2項規定「依前項第七款、第八款及第十一款核准採取者，以原住民保留地內之竹木為限」，顯然逾越本法之授權範圍。許萃華，原住民族基本法之司法實踐─原住民族土地權為中心，司法新聲第106期，頁33。

[41]截至目前為止，依據森林法第 15 條第 4 項授權，而訂立之規範，僅有行政院農業委員會與原住民族委員會於 2007 年 10 月 18 日共同頒布之「新竹縣尖石鄉玉峰村及秀巒村原住民族採取森林產物作業要點」。該作業要點係用來規範該地區原住民族若要依森林法第 15 條第 4 項生活慣俗需要，申請採取森林產物，所須具備的條件。

的傳統習慣？均不無疑問。至於現在許多學術機構受原住民委員會委託所作之田野調查告，大多訪問自原住民部落之耆老，彼等之陳述是否與現狀相符，仍有探討之餘地。

（二）斟酌原住民之習俗作為量刑理由

「因原住民得在原住民族地區依法獵捕野生動物，原住民族為歲時祭儀或供生活之用，常需利用部落周邊自然資源，而森林位於原住民族傳統領域土地者，原住民族得依其生活慣俗需要，採取森林產物等情，為原住民族基本法第 19 條第 1 項第 1 款規定及立法意旨所斟酌而明定。本件雖未合於該條文供生活所需之要件，且其所獵殺者為保育類動物，本院仍得斟酌原住民之狩獵習俗，在量刑上與一般人民純為娛樂而獵捕野生動物之行為區隔之。」（102 年 4 月 30 日臺灣屏東地方法院 101 年度訴字第 1599 號刑事判決）惟刑法第 57 條所列量刑時應審酌之 10 款事由，並不包括習俗不同，故本案所稱「斟酌原住民之狩獵習俗」在現行法之解釋上，應歸屬於犯罪動機或目的之審酌範圍，較為妥當。惟應注意者，國家基於特定目的，透過法律管制將原住民原本生活習慣或習俗上不認為違法之事務，認為具有違法性，以致於原住民可能因法律規定與原本習俗相異而遭受法律上之不利益，例如：原住民原本賴以維生之獵捕行為，因野生動物保育法而受管制，其等拾取漂流木或砍罰林木以建造房屋之行為，受森林法、山坡地保育利用條例之管制。就此等行政刑法或環境刑法而言，倘原住民確因本身生活習俗與法律規定相異，以致罹於刑章，始有考量其是否因本身法律、經濟上弱勢地位以致為犯罪行為，進而依刑法第 59 條之規定予以酌減之可能。若與原住民本身之生活風俗無關，例如：殺人、竊取貨車、 吸毒等，即不能以之作為量刑理由。

（三）以原住民之身分屬於弱勢作為減刑理由

審判實務上經常可見以原住民之「身分」屬於弱勢作為減刑理由，例如：「惟其上訴原審狀另載：出生及成長在偏僻之烏來原住民部落，見原住民常持空氣槍獵鳥，因學歷僅國中畢業，長年在家鄉與父母從事勞力工作，見識淺薄，又接手家業，不善經營，負債累累，告貸無門，精神大受打擊，始網購上開空氣槍，因附具規範卡，而不知觸法，迄收到第一審判決始知事態嚴重等情。果若無訛，上訴人之違法情節，是否另有特殊之原因與環境，而在客觀上顯然足以引起一般同情，而得減輕其刑？」（102 年 3 月 7 日最高法院 102 年度台上字第 870 號刑事判決）。其實在專業法庭設置前，實務見解即經常援引原住民「身分」作為減刑理由，例如：新竹地院在一件傷害致死案件審理過程中，法官審酌死者及被告為原住民族籍之夫妻，丈夫工作返家後因不滿其妻又醉倒在朋友家，對其妻飲酒習性而疏於操持家務積怨已久，其在略帶酒意及氣憤之下強行拖其妻離開並發生爭執、毆打其妻，最後毆死其妻等情，乃於判決內文中援引聯合國原住民族權利宣言中所宣示各國應保障原住民人權，以及我國對原住民族保障之特別法律，認為以該等規定為原住民族之特別保護理由，乃因「原住民族向來係法律、政治及經濟上之弱者，是，政府應對其生存發展給予特別保護及扶助」，故認為其為先天法律上之弱者，認定其為情狀可憫恕者而依此為犯罪行為人減刑之依據（臺灣新竹地方法院 98 年訴字第 226 號刑事判決）。惟此係從主流主會的價值觀作判斷，認為依一般社會通念，原住民知識程度不高、生活條件惡劣、經濟情況欠佳

等理由，因同情而給予減刑，無形中已寓含或貶抑原住民族為次等族群之意涵[42]。且就刑法第 59 條規定之減刑事由而言，「必須審酌一切犯罪情狀，在客觀上顯然足以引起一般同情，認為即予宣告法定最低度刑猶嫌過重者，才有其適用。」（最高法院 38 年度台上字第 16 號判例、45 年度台上字第 1165 號判例，及 51 年度台上字第 899 號判例）。換言之，刑法第 59 條之減刑必須是針對案件所發生之具體情形，與客觀一般性之觀念相較，是否有值得同情憫恕之處，才能據之減刑。原住民族成為社會上之弱勢族群，一直以來都是因為經濟及資源分配之不均，惟並不表示原住民族＝弱勢族群＝當然減刑，仍應就個別被告之犯罪情狀認定是否足以引起一般同情始得為減刑。換言之，在原住民犯罪案件在量刑上考量原住民之身分，須注意酌減其刑是否會有助於原住民人格的開展，倘若只因為行為人具有山地原住民血統，便認為較易因其文化及個人教育而一時失慮，此種認定實已貶低原住民身分的意義，亦與憲法多元文化原則及尊重原住民文化的立法相違背[43]。但本案法官刻意強調「原住民」身分之舉亦有其特殊意涵，且首次將原住民族權利宣言規範之意旨帶入我國司法審判體系當中，讓各界注意到我國對於原住民族權利之保障應該以宣言為基礎，且國內對於此方面權利落實之落後從原住民族基本法至今仍未徹底實行及發揮其保障效用，甚至法官於涉及原住民族權利之案件仍未對之加以引用，更遑論所有原住民族權利保障國際基礎規範之宣言於我國之地位，故本判決對於我國原住民族權利司法實務上著實有一定程度之貢獻[44]。

肆、民事判決變化之觀察與評析

一、耕作權及所有權塗銷訴訟，應歸由行政法院審理

原住民若符合原住民保留地開發管理辦法第 8 條第 1 款「本辦法施行前由原住民開墾完竣並自行耕作之土地」規定，得申請設定耕作權登記，惟調查何人自行耕作係由鄉（鎮、市、區）公所調查後，送請土地權利審查委員會審查，並將審議結果報請上級機關核定。若於嗣後發現有因調查不清楚或僅作形式認定[45]，甚至調查人員有循私舞弊等情形，或借用占用原住民之土地，嗣後以自己名義申請設定耕作權，或已遷移他處，長久時間未在保留地上耕作，保留地已為他人占用耕作，仍取得耕作權設定登記[46]，又有從老人家處繼承分得系爭土地，因在外地另有工作，而遭其他繼承人申請設定耕作權登記[47]等情形，致使實際上耕作之人與申請設定耕作權登記之人不一致。另非原住民藉收養原住民子女，但因原住民子女尚年幼無法自任耕作[48]、拋棄耕作權（不知簽署之文書為拋棄書、不知拋棄為何意），或者耕作權拋棄書係偽造等原因，致耕作權取得並不符合法令規定，則由鄉公所撤銷耕作權之登記。此等耕作權之設定、撤銷主體，除國家之外，其餘私人均無法該當；其設定之目的，係為維持國家原住民政策之公法上目的；其設定之過程，

[42]站在多元文化的角度來看，任何人要選擇怎樣的生活方式、過怎樣的生活，都應該給予尊重。從而，並無一個族群優於其他族群之問題。

[43]李耿誠，由文化觀點論台灣原住民相關犯罪─兼評相關司法實務判決，國立中正大學法律學研究所碩士論文，頁 40，2012 年 6 月。

[44]許玲瑛，從文化主體性論國際法對原住民族受教權之內容及我國實踐，國立東華大學財經法律研究所碩士論文，頁66、69，2010年7月。

[45]例如：臺灣花蓮地方法院 96 年度重訴字第 33 號民事判決。

[46]例如：臺灣花蓮地方法院 101 年度訴字第 1 號民事判決。

[47]例如：臺灣花蓮地方法院 100 年度花簡字第 335 號民事判決。

[48]例如：臺灣花蓮地方法院 101 年度簡上字第 27 號民事判決。

其申請者除須具備系爭管理辦法中所規定之條件外，並須依法定程序由國家輔導為之，且國家就准否設定，擁有實質審查權、握有核准與否之權利，與申請之原住民並非立於均等地位，亦非屬當事人間因意思表示而發生一定「私法效果」之法律行為，故原住民保留地耕作權、所有權等物權之設定、取得，乃係國家高權所為具有高權特性之行政處分（102 年 4 月 18 日臺灣台東地方法院 102 年度原訴字第 2 號民事判決）。至於原住民取得耕作權後，若違法轉讓或出租、死亡無人繼承、無力自任耕作、遷徙或轉業致不能繼續使用者，則由鄉公所向普通法院訴請塗銷之[49]（第 15 條第 1 項、第 16 條、第 19 條）。若耕作權登記未被撤銷或塗銷，則於登記後繼續自行經營滿 5 年，即得向當地登記機關申請辦理所有權移轉登記。惟不符合耕作權取得之要件，由鄉公所撤銷耕作權登記，則耕作權取得後有法定原因，將塗銷耕作權登記之訴交由普通法院審理，並非必要。至於塗銷所有權移轉登記之訴，亦以耕作權登記是否合法及登記後有無繼續自行經營滿 5 年為前提，由於普通法院並無審查行政處分合法性之權限者，行政處分之存續力而產生構成要件效力及確認效力，對法院亦應有拘束之效果，若行政處分有無效或違法之情形，當事人應先依行政爭訟程序加以確定，普通法院在行政爭訟程序確定前，應停止審判程序（行政訴訟法第 12 條），只是延滯訴訟而已。所以，耕作權及所有權塗銷訴訟，應歸由行政法院審理。

二、原住民保留地耕作權（或地上權，下同）設定登記滿 5 年未申請辦所有權登記，其耕作權並不當然消滅

原住民保留地耕作權設定登記滿 5 年後，原本得申請辦所有權登記，但若未申辦所有權登記而土地已遭第三人占用，原耕作權人得否再向主管機關申辦所有權登記？此點涉及原住民保留地耕作權設定登記期滿後申請辦所有權登記，耕作權是否歸於消滅的問題。按山坡地保育利用條例及原住民保留地開發管理辦法對於原住民保留地耕作權消滅之原因，均定有明文。例如：「山坡地超限利用者，由直轄市或縣（市）主管機關通知土地經營人、使用人或所有人限期改正；屆期不改正者，依第 35 條之規定處罰，並得依下列規定處理：一、…登記耕作權之山坡地屬於公有者，…撤銷其耕作權…」（山坡地保育利用條例第 25 條第 1 款）；另「原住民取得原住民保留地之耕作權、地上權、承租權或無償使用權，除繼承或贈與於得為繼承之原住民、原受配戶內之原住民或三親等內之原住民外，不得轉讓或出租。」（系爭管理辦法第 15 條第 1 項）、「原住民違反前條第 1 項規定者，除得由鄉（鎮、市、區）公所收回原住民保留地外，應依下列規定處理之：一、已為耕作權…登記者，訴請法院塗銷登記。」（系爭辦法第 16 條第 1 款）、「原住民取得耕作權…之原住民保留地，因死亡無人繼承、無力自任耕作、遷徙或轉業致不能繼續使用者，經原住民保留地土地權利審查委員會通過後，由鄉（鎮、市、區）公所收回之。前項耕作權…之登記，應訴請法院塗銷。但於存續期間屆滿後，由直轄市或縣（市）主管機關囑託登記機關辦理塗銷登記。」（同辦法第 19 條）等。至於原住民保留地耕作權於登記 5 年存續期間屆滿後，在申辦、等待、補正無償取得系爭土地所有權之期間，即該耕作權有前揭消滅規定以外之情形時，則該耕作權是否即因前揭登記存續之期間屆滿，而當然消滅？則法無明文。實務見解曾認為「按地上權係屬物權，依物權法定主義，地上權應予登記，而地上權登記定有存續期間者，於期間屆滿時消滅。地上權期滿後，除法律有更新之規定外，並不當然發生更新之效果，地上權並無如民法第 451 條規定，於存續期間屆滿後，自不生當然變更為不定期限之效果，因而定有存續期間之地上權，

[49]實務上常見原住民之被告以普通法院無管轄權之辯解，例如：臺灣高等法院花蓮分院 101 年度上字第 26 號民事判決。

於期限屆滿時，地上權當然消滅。」（臺灣高等法院台中分院 95 年度上易字第 287 號民事判決）。但專業法庭設置前，多數實務見均認為：按「…其耕作權…繼續經營滿五年者，無償取得土地所有權…。」（系爭條例第 37 條）；「中央主管機關應會同有關機關輔導原住民…取得…所有權。」（系爭辦法第 7 條）、「原住民保留地所在之鄉（鎮、市、區）公所應設原住民保留地土地權利審查委員會，掌理下列事項：…二、原住民保留地土地…所有權移轉…申請案件之審查事項。…鄉（鎮、市、區）公所應將…原住民保留地土地權利審查委員會審議結果，報請上級主管機關核定。」（系爭管理辦法第 6 條第 1 項第 2 款、第 4 項）。故前揭規定，乃係使原住民先取得保留地耕作權，嗣經占有及使用繼續經營滿 5 年後，再無償予以系爭土地之所有權。再觀其立法意旨，無非係讓原住民使用該耕地，以確保受配住原住民之生活，並避免他人以脫法取巧，造成原住民流離失所，乃具有維持國家原住民政策之公法上之目的，並促進原住民保留地合理利用，已安定原住民生活、發展原住民地區經濟。耕作權登記之存續期間為 5 年，故申請人須在耕作權繼續經營滿 5 年後，始取得向系爭土地所在之鄉（鎮、市、區）公所，申請無償取得土地所有權之資格，復須經前揭鄉公所設置之原住民保留地土地權利審查委員會審查通過、報請上級主管機關核定後，始得取得系爭土地之所有權，據此，縱在系爭耕作權登記存續期間屆滿後，仍須歷經相當之審查作業期間甚明。據此，系爭耕作權 5 年存續期間之登記，僅係讓申請人取得申辦無償取得系爭土地所有權之基本門檻條件，並不因系爭耕地登記期間屆滿，而取得所有權。否則申請人之系爭耕作權，在 5 年登記存續期間屆滿之時，即瞬間消滅，將致使申請人幾乎不可能及時向系爭土地所在之鄉（鎮、市、區）公所，申請無償取得系爭土地所有權、及受前揭原住民保留地土地權利審查委員會之審查作業，則此情非但不合情理，亦與系爭條例、系爭管理辦法係為使原住民在符合一定條件下無償取得原住民保留地耕作權、所有權，以保障原住民生計之立法目的相違甚明。況且，實務運作上管轄原住民土地之鄉鎮市公所之實務運作上，原住民在耕作權登記存續期間屆滿後，而尚未取得所有權之前，國家機關並不會主動予以塗銷，原住民亦仍得就該原住民保留地繼續耕作、使用（100 年 12 月 30 日臺灣台東地方法院 100 年度簡上字第 5 號、101 年 12 月 14 日臺灣新竹地方法院 101 年度簡上字第 9 號民事判決）。另行政院原住民委員會亦認為：原住民保留地制度係以行政程序輔導原住民取得保留地，以達到回復原住民土地所有權之目的，是本案權利人耕作權登記存續期間屆滿後，取得辦理所有權移轉登記之公法上請求權，於尚未辦理所有權移轉登記前，就該筆土地仍有使用管理之權（行政院原住民委員會 101 年 4 月 5 日原民地字第 1010018522 號函、101 年 5 月 3 日原民地字第 1010024805 號函、101 年 10 月 29 日原民地字第 1010058674 號函）。論者對此種見解亦多表贊同[50]。此種見解在專業法庭成立後，仍為實務見解所援用（102 年 5 月 3 日臺灣南投地方法院 100 年度訴字第 95 號民事判決）。

耕作權屬用益物權之一種，與一般用益物權不同之處在於，依系爭辦法規定於過渡期間屆滿後，取得申請為所有權人之地位，進而取得所有權，因此耕作權並非因存續期間屆滿而自動失效，反而耕作權是因取得所有權而失效，且耕作權期滿後尚需經主管機關審核通過，才能取得所有權，殊難想像耕作權人於耕作權消滅之瞬間，即能請求登記為所有權人，況且山坡地保育利用條例第 37 條亦未限制取得所有權之期間，而行政程序法第 110 條第 3 項亦規定「行政處分未經

[50]楊清民，臺灣原住民保留地相關法律問題之研究—以地上權、所有權及設置專業法庭為中心，國立中正大學法律學研究所碩士論文，頁 114、167—173，2010 年 5 月。

撤銷、廢止，或未因其他事由而失效者，其效力繼續存在。」換言之，耕作權之設定在經撤銷、廢止或失效前，仍然有效。所以，耕作權期滿後未申請辦所有權登記，其耕作權並不當然消滅。

三、借名購買原住民保留地契約應屬無效

依據原住民保留地開發管理辦法第 18 條第 1 項規定：「原住民取得原住民保留地所有權後，除政府指定之特定用途外，其移轉之承受人以原住民為限。」該管理辦法之立法意旨在於保護原住民之生計，避免該土地遭受不必要之炒作，從而限縮取得原住民保留地之資格。然因原住民保留地的價格較便宜，且有些坐落於生活機能良好的地點，因此，常見不具原住民身分之人為取得原住民保留地，與具有原住民身分之人約定由其出名取得土地所有權之移轉登記，而雙方當事人間成立借名登記契約，此種借名登記契約的效力為何？在實務上常有爭議，最高法院 100 年度台上字第 775 號（原審判決案號：臺灣高等法院 98 年度上字第 978 號）裁定認為「系爭土地為原住民保留地，承受人以原住民為限，上開系爭土地買賣契約及借名契約均屬脫法行為，依法無效」亦即不具有原住民身分之人，不得透過借名契約間接取得原住民保留地。然而，臺灣高等法院 101 年度上字第 382 號判決則認為「法律並無禁止將不動產借用第三人名義之強制規定，即難認此借名登記係脫法行為。…金００與張００間就系爭土地成立買賣契約，並非虛偽買賣，並約定將系爭土地所有權登記予具有原住民身分之陳００，則該契約即非以不能給付為標的，仍屬有效；且亦非屬脫法行為。」即承認借名登記契約並非脫法行為。

就一般土地買賣約定借名登記契約，實務見解大多以契約自由原則，類推適用委任契約，而承認為有效。但近來實務見解對於農地買賣借名登記契約，認為「惟按農業發展條例第 3 條第 11 款規定『耕地，指依區域計畫法劃定為特定農業區、一般農業區、山坡地保育區及森林區之農牧用地』。又按『私法人不得承受耕地，但符合第 34 條規定之農民團體、農業企業機構或農業試驗研究機構經取得許可者，不在此限。』同條例第 33 條亦有明文。其立法理由載明：開放農企業法人得購買耕地，以導引資金投入資本密集或技術密集之農業生產，加速農業升級。規定農企業法人以外之法人不可購買耕地，乃考量農業經營利潤不高，而一般私法人以追求利潤為第一優先，如准予承受耕地，未必能專注農業之經營而引起農地之廢耕或從事土地之炒作，甚至多方設法變更農地之使用，有違農地農用之原則等語。查系爭土地使用分區為山坡地保育區，使用地類別為農牧用地，有土地登記簿謄本附卷可稽，依農業發展條例第 3 條第 11 款係屬耕地。原審既認定系爭土地被上訴人原借名登記於其法定代理人之女朱００名下，嗣借名登記於蔡００名下。而被上訴人係私法人，其營業項目為何？是否係符合同條例第 34 條規定之農企業法人，有無取得許可而得承受耕地？何以先後借名登記於朱００、蔡００名下，其目的何在？有無農地農用？上訴人就此於事實審抗辯：被上訴人為借名登記，係脫法行為等語。」（102 年 5 月 23 日最高法院 102 年度台上字第 959 號判決）已認為借名登記契約屬於脫法行為而無效。

借名登記契約是否屬脫法行為而無效，應視其有無存在「確實正當之原因」。如係為了規避強制規定，例如：規避無自耕能力之人不得取農地（修正前土地法第30條第1項）、規避未具國宅承購資格之人不得承購國宅（修正前國民住宅條例第7條第3項）、借用人頭帳戶來規避利息所得課稅、規避強制執行等，均應認為屬於脫法行為而無效。若非規避強制規定，例如：父母為節省稅賦，借用未成年之名義登記為財產權人、為隱私權之保障而借用他人名義登記不動產等，則非不正當原因，應承認其效力。原住民保留地限制土地所有權不得由非原住民取得之核心價值在

於保障原住民此一身分所應享有之權益，此乃強制規定，若可成立借名登記契約法規範將形同具文，直接嚴重侵害法規範之核心價值，故該等類型之借名登記契約應屬無效[51]。

四、土地登記絕對效力趨於緩和

土地法所為之登記，有絕對效力，土地法第 43 條定有明文，所謂依土地法所為之登記，縱使有登記無效之原因，在該登記未經依法塗銷以前，仍不失其效力。因此，原住民保留地已經登記為國有或他人所有，原住民欲以習慣或傳統領域主張為其所有，依現行實務見解並無勝訴空間。且長久以來，實務見解認為債權之主要特性在於債權只在特定人及特定人間創造拘束力，即債之相對性，而物權之特性乃係對物或權利支配之絕對性，可以對抗不特定人，此絕對性效力表現在物權之追及性、排他性、優先性。因此，土地使用協議書僅在當事人間發生效力，若土地所有人將土地移轉予第三人，第三人並不受協議書效力之拘束。但土地登記制度之目的，在使第三人得以知悉不動產目前之狀態，惟登記並非不動產唯一的公示方法，公示方法僅是保護交易安全的手段，涉及不動產之權利義務，其事實為第三人所明知者，因已具備使第三人知悉該狀態的公示作用，縱然未依法定方法公示，也具有與不動產的法定公示方法（登記）公示的相同效果，即可以對第三人發生效力，此即所謂「債權物權化」。實務判決以「按行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法，民法第 148 條第 2 項定有明文。所謂誠信原則，係指一切法律關係，應各就其具體的情形，依正義衡平之理念加以調整，而求其妥適正當。故物之受讓人若知悉讓與人已就該物與第三人間另訂有債權契約，而猶於該契約成立後惡意受讓該物之所有權者，參照大法官會議釋字第 349 號解釋及民法第 148 條第 2 項所揭櫫之誠信原則，該受讓人仍應受讓與人原訂債權契約之拘束。」認為被繼承人之受讓人知悉分管協議書之存在應受拘束（102 年 1 月 29 日臺灣花蓮地方法院 101 年度簡上字第 35 號民事判決），即使原僅具有相對性之債權，賦予對抗第三人之效力，緩和土地登記之絕對效力。換言之，物之受讓人須知悉讓與人已就該物與第三人間另訂有債權契約，猶惡意受讓該物之所有權者，該受讓人即應受讓與人原訂債權契約之拘束，惟第三人若無法證明受讓人為惡意，仍應承擔不利之結果，而此主觀之意思極難證明，實有必要進一步認為，隨土地所有權移轉的債權契約可以拘束受讓人，債權契約如涉及土地使用，諸如土地使用協議、土地互換協議、土地互易契約、意定的相鄰關係，因契約是針對土地的占有利用，只要契約內容非以存在特定當事人為限，通常即隱含拘束受讓人之意[52]，以減緩第三人之舉證責任。

五、公有土地上之私權因公地撥用而喪失

按「非公用財產類之不動產，各級政府機關為公務或公共所需，得申請撥用。」、「前項撥用，應由申請撥用機關檢具使用計畫及圖說，報經其上級機關核明屬實，並徵得財政部國有財產局同意後，層報行政院核定之。」國有財產法第 38 條第 1 項前段、第 2 項定有明文。又非公用財產類之不動產出租後，基於國家政策需要，變更為公用財產時得解約收回；此觀同法第 44 條第 1 項第 1 款之規定即明。另國有不動產撥用要點第 15 點第 3 項亦規定：國有不動產，於報奉行政院核准撥用後，原管理機關訂有租約或其他私權契約時，應由原管理機關辦理終止租約事

[51]相同見解，黃子峻，借名法律關係之研究，國立中正大學法律學研究所碩士論文，頁 62，2012 年 12 月。

[52]謝哲勝，債權物權相對化（三）—最高法院九十七年台上字第一七二九號民事判決評釋，月旦裁判時報第 5 期，頁 48-49。

宜。易言之，國有非公用不動產，基於政策需，得變更為公用財產。近年來為保障原住民基本權利及恢復原住民部落傳統領域土地之人文、自然生態規劃及國土保育政策需要，將一些國有非公用不動產變更為公用財產，但這些國有非公用不動產在更前已有出租予第三人使用之情形，則應由國有財產局先行辦理終止租賃契約。然而，第三人因終止租約所受之損失，依國有財產法第 44 條第 2 項規定得請求補償，補償標準由財政部核定之。惟關於如何請求補償？補償效力如何？則無明確之相關規定。此點涉及撥用補償前，第三人是否仍得合法占用土地的問題。或有認為應類推適用土地徵收之法理，而主張在受領補償前仍得繼續使用系爭土地，租賃關係應仍存在。

依土地法規定，公有土地，為國有土地、直轄市有土地、縣（市）有土地或鄉（鎮、市）有之土地（第四條）。「撥用」乃指對於不同行政主體（機關）間取得公有土地使用權之公法上行政行為。換言之，公有土地撥用，係各級政府機關因公務、公共用途或其他公益上之需要，需使用他機關管理之公有土地時，依循法定程序，報經核准後，取得其土地使用權。公有土地之撥用，在土地行政實務上是相當普遍、常見之情事，但因撥用之公有土地上經常已存有私法之法律關係，致土地撥用時經常引起爭端。會引起這個問題主要在於公有土地撥用之法律性質為何？是屬於繼受取得？還是原始取得？司法實務見解有採取原始取得說者，例如：最高法院 52 年台上字第 4031 號判例認為：「各級政府機關，因舉辦土地法第二百零八條所列公共事業，需用公有土地，經依同法第二十六條規定由該管市縣政府層請行政院核准撥用者，乃政府基於公法上之權力，使需用土地之機關取得該土地之權利，而該土地原使用人之權利，因與此不能並存，遂歸於消滅，此與耕地三七五減租條例第十七條所定終止租約之情形有別。」最高法院 53 年台上字第 959 號判決：「訟爭土地，係屬公地，復經行政院核准撥用為建校基地，其原有租賃關係即從此消滅，無須另以其他原因終止契約之必要。」另採取繼受取得說者，例如：最高法院 56 年台上字第 584 號判決認為：「土地法第二十六條規定各級政府機關需用公有土地時，應商同該管市縣政府層請行政院核准撥用者，乃對於政府機關使用公有土地在行政監督權方面所為之規定，經核准撥用之公有土地，因其他法律關係而有私權之存在時，在通常狀態下，該私權尚不因核准撥用而當然歸於消滅。至政府機關需用公有土地，如為舉辦土地法第二百零八條所列之公共事業時，其經層奉行政院核准撥用後，是否與公用徵收發生同一之效果，法律亦乏明文，縱令在法理上有同一之適用，但公用徵收，對於土地所有人或使用人之權利，設有若干保障，如土地法第二百三十一條規定需用土地人應俟補償地價及其他補償費發給完竣後，才得進入被徵收土地實施工作，及依同法第二百三十四條、第二百三十五條之反面解釋，市縣地政機關，非於被徵收土地應受之補償發給完竣後，不得限令土地權利人或使用人遷移，及土地所有權人，對於其土地之權利義務，仍未終止， 並有繼續使用之權等是。此為憲法第十五條規定人民財產權應予 保障之必然結果，殊不因其權利存在於公有土地而有差異。」

採原始取得說者係將「撥用」等同於「徵收」，而「徵收」一向被認為是原始取得，在徵收前已存在於土地上之權利，因徵收而當然消滅。但因徵收係屬於對於人民財產權之重大侵害，因此為緩和原始取得之性質，土地法第 235 條規定「被徵收土地之所有權人，對於其土地之權利義務，於應受之補償發給完竣時終止，在補償費未發給完竣以前，有繼續使用該土地之權。」然而，而公地撥用僅係公有土地之管理機關發生變動，縱使被撥用土地上有人民私權（例如：租賃權、耕作權）存在，但並未涉及私人所有權之得、喪、變更，其效力本不及徵收強大，彼此之間性質並不相同，能否謂公地撥用之補償程序均得完全類推適用徵收之補償程序，尚有斟酌餘地。

縱使認為有類推適用之必要，因公地撥用所受之損失，僅為所有權以外其他私權，例如：租賃權、耕作權等權利之喪失，與土地所有權人被徵收者係所有權之喪失，所受損害大小不同，法律上所給予之保護程度亦應有別，因此，前開土地法第 235 條補償效力之規定，應不在類推適用之列。

六、以原住民之傳統習慣作為判決基礎

民事事件係採取私法自治、契約自由原則，只要原住民之傳統習慣，不違反法律強行規定及公序良俗，均為有效。在民法債篇、物權篇修改前，及祭祀公業條例制定前，漢民族關於合會、最高限額抵押權、典當及祭祀公業等習慣，法院均肯認有習慣法之效力[53]，而關於原住民傳統習慣經判決肯認其效力者，目前僅在親屬事件，例如：原住民結婚要殺豬，如未殺豬宴請親友則認為未舉行公開儀式[54]，但在繼承事件，例如：排灣族採長嗣（vusam）繼承、阿美族採長女優先繼承等習慣，仍未獲法院肯認，惟法院實務見解已有認為「…參酌兩造為阿美族原住民，習俗上由長女承繼家產，而被告之婚姻又係招贅婚，故父親林００將系爭土地之持分贈與原告，乃依據當時之風俗習慣為之，尚難認有何以贈與及讓與系爭土地惡意損害被告之使用借貸債權情形，核與上揭 100 年度台上字第 463 號判決意旨之基礎事實不同，不容比附援引。」（101 年 12 月 12 日臺灣花蓮地方法院 101 年度訴字第 222 號民事判決），肯認原告取得繼承土地之合法性。至於土地權利，法院仍以登記作為判斷權利誰屬之標準[55]，不承認許多原住民族以物易物即生效力之交易習慣。而在傳統領域之議題上，原住民族雖仍多持原住民族基本法第 20 條第 1 項「政府承認原住民族土地及自然資源權利」規定，認為該等土地係原住族在國家建立前，即由原住民族傳統占有（the traditional occupancy）及其與該土地之聯繫（the connection with the land）所取得之土地權利，該等原住民族土地權（native title）優先存續於現代國家主權及土地所有權之取得（native title to land survived the Crown's acquisition of sovereignty and radical title），原住民族土地權經國家法律承認後，即構成對國家制定法所定土地所有權之限制、負擔或責任（burden），另原住民族土地權係依原住民族之律法及習慣而發生（existed in accordance with the laws and customs of indigenous people），且該土地權利尚未為政府公法行為所滅卻（extinguished by governmental acts）時始有其存在[56]。惟實務見解認為，依原住民族基本法 20 條第 3 項規定「原住民族或原住民所有、使用之土地、海域，其回、取得、處分、計畫、管理及利用等事項，另以法律定之」故原住民族土地之所有仍需依相關規定辦理，並非一經主張係屬原住民族土地，即當然取得權利，從而並不承認原住民族對於傳統領域擁有所有權[57]。就目前原住民族基本法相關子法多未制定下，該種見解並無改變的徵兆。

伍、結論

[53]論者認為法院會承認合會及祭祀公業有習慣法之效力，主要因為 1950 年代所調查完成之「台灣民事習慣調查報告」已就該等習慣，有過完整之調查。王泰升，在法學與國家法中看見原住民族法律，第三屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會，頁 20，2012 年 10 月 13 日。

[54]例如：臺灣花蓮地方法院 92 年度婚字第 149 號、94 年度婚字第 264 號民事判決。

[55]例如：臺灣桃園地方法院 100 年度訴字第 1506 號、臺灣南投地方法院 100 年度訴字第 95 號、臺灣台東地方法院 102 年度原訴字第 2 號民事判決。

[56]有關 native title 之意涵，可參考林長振，論原住民族土地權—原住民族基本法第 20 條第 1 項之立法與解釋，第二屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會，頁 5—16，2011 年 10 月 15 日。

[57]例如：臺灣高等法院花蓮分院 100 年度再易字第 3 號民事判決。

司法院成立原住民族專業法庭，原希望就涉及原住民族之傳統習俗、文化及價值觀等特殊事務，藉由專業法庭之審理來保障原住民族之權益。惟專業法庭成立後之分案方式，並未秉持上述專業法庭設置之意旨，竟將不涉及傳統文化爭議之多數案件，移交專業法庭審理，致使當事人之程序選擇權受到妨礙。但也因專業法庭之成立，法院也多較能遴選具有族群觀點的法官、調解委員及通譯來擔任專業法庭的事務，就目前而言，專業程度仍然不夠 ，但假以時日，應有成長的空間。另專業法庭成立後，就原住民涉及刑事案件之裁判內容，在自製獵槍方面，已多能以多元文化之觀點，諭知無罪判決，但在原住民違反野生動物保育法、森林法等案件，則仍認為該二法為原住民族基本法之特別法，而以該二法論以刑責。另觀察發現，專業法庭成立後，刑事判決斟酌原住民族文化傳統作及身分作為量刑理由之情形，日益增多，惟此仍不脫以漢民族種族優越之觀點來看待原住民族。至於原住民涉及民事事件之裁判內容，就現行原住民保留地開發管理辦法規定，原住民保留地耕作權、地上權之取得是由主管機關以行政處分方式為之，若申請遭否准，則以提起訴願、行政訴訟之方式尋求救濟，惟在原住民取得耕作權後，若違法轉讓或出租、死亡無人繼承、無力自任耕作、遷徙或轉業致不能繼續使用者，則由鄉公所向普通法院訴請塗銷，同屬財產權之取得、喪失，二者並無作不同方式處理之必要。另在原住民保留地耕作權設定登記滿5年未申請辦所有權登記，其耕作權是否當然消滅乙節，專業法庭成立後之見解，趨向於並不當然消滅。而原住民保留地之取得限於原住民，實際交易上卻常以人頭方式借名登記，此與將原住民保留地留給原住民之立法目的不合，應認為無效。近年來債權物權化之觀念，已廣泛為司法實務界所接受，從而基於債權而占用土地，對於土地之受讓人仍得主張有權占有，此等見解對於傳統上認為土地登記有絕對效力起了相當程度的改變。公地撥用所侵害者為所有權以外之私權，與徵收係對於所有權之侵害尚屬有別，所以公有土地上之私權因撥用而喪失。另在習慣法作為民事裁判依方面，實務見解猶僅限於親屬部分，在繼承、物權方面，仍不承認原住民族習慣之效力。總而言之，原住民族專業法庭成立後，對法院之運作及組織，以及法官裁判之內容雖然起了些許變化，但尚待努力的方面仍然很多。

參考文獻

一、書籍

王嵩山，台灣原住民‧人族的文化族程，遠足文化出版，2011 年 9 月。

李建良，基本權利與國家保護義務，收錄於中央研究院「憲法解釋之理論與實務」第 2 輯，2000 年 8 月。

李惠宗，憲法要義，元照出版，2009 年。

雅柏甦詠‧博伊哲努，原住民族基本法與原住民族法制建構，收於原住民族權之詮索，東華大學原住民民族學院出版，2008 年 11 月。

廖守臣，泰雅族的社會組織，私立慈濟醫學暨人文社會學院，1998 年 8 月。

二、期刊論文

許萃華，原住民族基本法之司法實踐─原住民族土地權為中心，司法新聲第106期。

黃居正，憲法解釋與原住民權利，廖福特主編，憲法解釋之理論與實務第 6 輯下冊，中央研究院法律學研究所籌備處。

蔡志偉，從客體到主體：臺灣原住民族法制與權利的發展，台大法學論叢第 40 卷特刊，2011 年 10 月。

謝哲勝，債權物權相對化（三）—最高法院九十七年台上字第一七二九號民事判決評釋，月旦裁判時報第 5 期。

鄧衍森，人權保障的規範理論：序曲，臺灣法學第 166 期，2010 年 12 月。

蘇永欽，基本法怎麼個基本法，司法週刊，第 995 期，2001 年。

三、研討會論文

王泰升，在法學與國家法中看見原住民族法律，第三屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會，2012 年 10 月 13 日。

鄭川如，由生存權、文化權而來的狩獵權—從美國最高法院判決談台灣原住民的狩獵權、漁權，第二屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會，2011 年 10 月 16 日。

四、學位論文

李耿誠，由文化觀點論台灣原住民相關犯罪─兼評相關司法實務判決，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2012 年 6 月。

洪千涵，修復式正義對被害者損害影響—以泰雅族為例，國立台北大學犯罪學研究所碩士論文，2008 年 7 月。

許玲瑛，從文化主體性論國際法對原住民族受教權之內容及我國實踐，國立東華大學財經法律研究所碩士論文，2010年7月。

黃子峻，借名法律關係之研究，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2012 年 12 月。

張韶青，原住民社區修復式正義實施機制之研究—以花蓮縣秀林鄉「太魯閣族」為例，國立台北大學犯罪學研究所碩士論文，2007 年。

張瓊文，野生動物保育與原住民族狩獵文化保存之衝突—以野生動物保育法第二十一條之一違憲審查為中心，天主教輔仁大學法律學系碩士論文，2011 年 7 月。

楊清民，臺灣原住民保留地相關法律問題之研究—以地上權、所有權及設置專業法庭為中心，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2010 年 5 月。

與原住民相關案件之刑事實體與程序法初探──以實務若干見解出發

施育傑
臺灣高雄地方法院檢察署檢察官

摘要

本文從若干法院實務見解出發，歸納與原住民／族較為相關的森林法、槍砲彈藥刀械管制條例、野生動物保育法等見解。從實務的趨勢來看，針對槍砲彈藥刀械管制條例的案件，法院已經形成相對不同的看法。至於其他特別法的案件，除了少數較為著名的案件之外，反而都存在穩定的入罪及刑罰宣告；但這樣的刑罰，是否真能夠達到刑事政策的效用，本文抱持懷疑態度。從上揭特別法的案例中，共通的程序法議題，就是原住民／族的生活文化能否澄清的問題。然而，不論是實體法上的刑罰規範界線，抑或程序法上的關鍵問題，並不僅僅存於特別法的案件；只要牽涉到與原住民／族相關的刑事程序，這樣的問題都會浮現。原住民專庭專股的設立，和實務的見解改變與否的趨勢之間，目前似乎沒有顯著相關的連結存在；但在價值的理解上，應該可以期待專庭專股的設立改變思考的出發點。結論上，本文認為目前實務的困境，關鍵應該在訴訟證明以及規範的入出罪問題。前者必須透過橫向的整合與資源的可接近性，讓實務工作者可以充分理解，並充實鑑定人來源以解決此一問題；後者除了思考點的改變之外，亦須再調整刑事政策。最終的展望，則應透過資源的重新分配，讓原住民／族文化不在刑事司法裡形成，而有真實茁壯的空間。

壹、前言[1]

原住民／族的文化，看來和刑事司法的關連總是「有點黏又不太黏」[2]；從早期的「湯英伸殺人案」，到先前的「風倒櫸木案」，乃至於近來的「頭目搶奪案」、「摸阿力力案」多多少少都引起注目[3]。原住民族與非原住民族間的摩擦，甚至原住民個人與原住民族群體間的摩擦，在實務上已經多多少少出現一些固定見解。因此，本文擬以歸納的方式，畫出刑事司法對於相關案件的見解體系；並且觀察刑事司法長河中，與原住民相關案件在整體國家權力地位下的關連。以下本文擬就與原住民較為相關的森林法、槍砲彈藥刀械管制條例、野生動物保育法，先行作出刑事司法實務見解的歸納（本文貳），其次，嘗試從這些特別刑法中抽繹出共同的問題意識（本文叁），並續行問題意識的脈絡，簡評、印證不同刑罰法律的案件中，所具備相通的價值議題（本文肆）。最後以提供相關的建議作為代結語（本文伍）。

貳、從若干實務見解談起

一、森林法：上山採藥

（一）主要爭點

原住民採取森林主副產物之合法性應如何認定？應如何量刑[4]？

---

[1] 本文係筆者自身研究心得，不代表任何官方意見。併以此文一併感謝最高法院法官蔡彩貞、花蓮地方法院湯文章庭長、黃鴻達、戴韻玲、梁昭銘法官，台北地方法院周泰德法官，高雄地方法院林英奇法官，以及高雄地檢署徐弘儒、鄭博仁、林志祐、黃弘宇、陳建宏、吳韶芹檢察官對於筆者在職及在學的鼓勵與協助。尤其感謝湯文章庭長、黃鴻達法官、鄭博仁檢察官對本文部分觀點的啟發。文多舛誤，責任則當然由筆者自負。

本文參考文獻，中文分別為：王皇玉，原住民犯罪的文化困境與除罪化，收錄於：刑罰與社會規訓──臺灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變，第 203 頁以下，2009 年 4 月；王皇玉，原住民犯罪與不法意識之研究──兼評新竹縣尖石鄉風倒木竊取案件，收錄於：刑罰與社會規訓──臺灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變，第 251 頁以下，2009 年 4 月；王泰升，台灣法律史概論，2012 年 9 月；李建良，淺談原住民族的憲法權利，收錄於：人權思維的承與變，憲法理論與實踐（四），第 347 頁以下，2011 年 9 月；李建良，憲法變遷中原住民族權利－原住民族自治權的法理論述－，收錄於：人權思維的承與變，憲法理論與實踐（四），第 367 頁以下，2011 年 9 月吳豪人，野蠻與文明的辯證：台灣原住民傳統規範在殖民地時代的意義，收錄於：人權理論與歷史論文集，2004 年 11 月，第 638 頁以下；林山田，刑法通論（上），2008 年 1 月；林永謀，刑事訴訟法釋論（中），2006 年；林孟皇，找回法官失落的審判靈魂，2013 年 6 月；林鈺雄，新刑法總則，2011 年 9 月；林鈺雄，刑事訴訟法（上），2010 年 9 月；許澤天，刑法規範的基本權審查，收錄於：黃舒芃主編，憲法解釋之理論與實務（第七輯），2010 年 12 月，第 259 頁以下；黃榮堅，基礎刑法學（上），2012 年 3 月；蔡志偉，人體研究與原住民族集體權：人權規範與發展的新課題。外文及翻譯部分為：Beulke, Strafprozessrecht, 9 Aulf, 2006; Trechsel, Human Rights in Criminal Proceedings, 2005; Meyer-Ladewig, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 2002; 伊能嘉矩等著，滿田彌生、蔣斌主編，石村明子、吳建翰、張家銘譯，原住民的山林及歲月，日籍學者臺灣原住民族群生活與環境研究論文集，2012 年 12 月。本文所引判決，均可在司法院法學檢索系統（http://www.judicial.gov.tw/）搜尋，最後瀏覽日均為本文完稿日 102 年 9 月 13 日。為節省篇幅，在後述的引用上，除「最高法院」，對於「台灣高等法院」則以「台灣高等法院」、「高等法院」或「台高院」代之，高等法院各分院則以地名高分院代之（如花蓮高分院，以此類推），各地方法院則以地名地院代之（如花蓮地院，以此類推），檢察體系亦同。本文後述字體不同、字數刪節部分均為筆者自行為之。

又，必須說明的是，由於檢察體系的書類（聲請簡易判決、起訴書、不起訴處分書、緩起訴處分書、上訴書等），數量也很龐大，而且電子資料沒有對外公開，限於證偽的困難、資料的繁雜以及本文所能承載的篇幅問題，因此本文除在必要範圍或行文順暢指出（或先行引用）檢察體系的相關見解之外，主要以法院實務作為中心，待主客觀條件成熟後，再就檢察體系的部分另文為之。此外，本文所引用之判決均經筆者搜尋判決挑出被告為原住民身分者，至於非原住民者犯相同法令的情形，則不在本文引用之列。

[2] 本文所稱「原住民」、「原住民族」的用語，在彼此對照時，原則上前者指「個別」的原住民，後者指「群體」的原住民族（indigenous peoples）。但為節省篇幅及行文順暢，本文所稱「原住民」在上下文脈絡無礙理解時，亦用以指稱原住民群體。關於用語方面，請參照李建良，憲法變遷中原住民族權利－原住民族自治權的法理論述－，註 1 書，第 372 頁及註腳 8 部分。

[3] 參照王皇玉，原住民犯罪的文化困境與除罪化，註 1 書，第 205-206 頁。

[4] 森林法主要相關條文：

（二）若干實務見解[5]

實務上的案例，不免要提到著名的「風倒櫸木案」[6]。依照歷審的判決書，關鍵到後來限縮成一個主要的爭點：被告三人鋸下「風倒櫸木」帶回部落，為美化環境、雕刻及造景之用，是不是可以認為「依其生活慣俗需要，採取森林產物」，而阻卻違法（或以其他理由不構成「竊取森林主、副產物」的犯罪）[7]？觀察歷審的判決，一開始的新竹地院 96 年度易字第 4 號判決中，爭點包括風倒櫸木的所有權歸屬、被告的主觀竊盜故意與不法所有意圖。到了台灣高等法院 96 上訴字第 2092 號判決中（下稱「第一次高院判決」），關於阻卻違法的爭點更明確的浮現，直到最高法院 98 年度台上字第 7210 號判決，針對阻卻違法的爭點發回後，台灣高等法院才以 98 年度上更（一）字第 565 號判決（下稱「第二次高院判決」）判決無罪，後來確定[8]。

從歷審的判決來看，在第一次高院判決，其實並不是沒有調查相關證據，在該次訴訟，確實是有專家證人到庭作證的。只不過依據判決所記載證人的證詞是：「……根據伊和部落的人接觸，他們知道即使觸法還是會撿拾，因為這是根據部落法律，他們也知道被林務局查獲會觸法……」，也因此成為被告三人的主觀犯意證據[9]。但同樣的證詞，到了第二次高院判決，理由則是：「撿拾流木通常係供己用；與本件被告三人係依司馬庫斯部落決議，將上開櫸木殘餘部分運回部落，以作為部落造景美化景觀之用，兩者間主觀上之目的不同」，而認定並無法推論不法所有意圖[10]，

第 15 條第 4 項：
森林位於原住民族傳統領域土地者，原住民族得依其生活慣俗需要，採取森林產物，其採取之區域、種類、時期、無償、有償及其他應遵行事項之管理規則，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。
第 52 條第 1 項：
竊取森林主、副產物而有左列情形之一者，處六月以上五年以下有期徒刑，併科贓額二倍以上五倍以下罰金：
一、於保安林犯之者。
二、依機關之委託或其他契約，有保護森林義務之人犯之者。
三、於行使林產採取權時犯之者。
四、結夥二人以上或僱使他人犯之者。
五、以贓物為原料，製造木炭、松節油、其他物品或培植菇類者。
六、為搬運贓物，使用牲口、船舶、車輛，或有搬運造材之設備者。
七、掘採、毀壞、燒燬或隱蔽根株，以圖罪跡之湮滅者。
八、以贓物燃料，使用於礦物之採取，精製石灰、磚瓦或其他物品之製造者。

[5] 與該法相關案例介紹與評釋另請參照王皇玉，原住民犯罪的文化困境與除罪化，註 1 書，第 225-230 頁。

[6] 該案評釋請參照王皇玉，原住民犯罪與不法意識之研究──兼評新竹縣尖石鄉風倒木竊取案件，註 1 書，第 251 頁以下。

[7] 其餘爭點參照同前註，第 258 頁以下。

[8] 本案其餘爭點，包括櫸木是否為無主物？有無不法所有意圖？阻卻違法事由，阻卻違法的依據，是否包含森林法第 15 條第 4 項前段、原住民基本法第 19 條第 1 項？然因限於篇幅，因此僅針對後來限縮的主要爭點討論。本案審判的脈絡是：新竹地檢署 94 年度偵字第 5734 號（聲請簡易判決處刑）→新竹地院 96 年度易字第 4 號判決（判決被告均有罪）→高等法院 96 年度上訴字第 2092 號判決（原判決撤銷，被告均有罪緩刑）→最高法院 98 年度台上字第 7210 號判決（撤銷發回）→高等法院 98 年度上更（一）字第 565 號（原判決撤銷，無罪確定）。並詳後述。

[9] 「……被告三人又辯稱：取走附表所示櫸木係依部落會議之決議，載回作為美化環境、雕刻及造景之用云云，辯護人則主張：被告等自信其行為為法律許可而有正當理由之違法性錯誤，應阻卻犯罪之成立云云，並經證人即司馬庫斯部落耆老兼教會長老……於本院證稱：部落有決議將倒木載回到部落，後來發現樹幹已經被載走，因此決議將剩餘部分載回等語（見本院審判筆錄第 4 頁）。然……本案被告 3 人主觀上應知並無適法權利取走附表所示櫸木已如前述，則渠等此部分所辯即令屬實，仍難謂無為自己及第三人不法所有之意圖。且他人土地之出產物，未經所有權人同意，不得擅自據為己有，乃一普遍之法律常識。被告等雖未受高深之法學教育，但均非智識低下之人，對於此一法規範所禁止之事項當有認識，訊之被告等亦均坦言知悉國有林地不能擅自砍伐（見原審卷第 103 頁）。且被告等人聲請傳訊之專家證人林益仁亦到庭證稱：根據伊對原住民部落之研究經驗，很多撿拾流木被判刑，這些案件部落都知道，也有討論，再根據伊和部落的人接觸，他們知道即使觸法還是會撿拾，因為這是根據部落法律，他們也知道被林務局查獲會觸法等語（見本院審判筆錄第 9 頁），益徵被告等人確實知悉其等竊取櫸木之行為係屬觸法，自不得僅以部落會議決議為由免除刑責。被告等及辯護人上揭辯詞、主張，皆無足採。」

[10] 「另林益仁於本院前審雖證稱：根據伊對原住民部落之研究經驗，很多撿拾流木被判刑，這些案件部落都知道，也有討論，再根據伊和部落的人接觸，他們知道即使觸法還是會撿拾，因為這是根據部落法律，他們也知道被林務局查獲會觸法等語（見上訴字卷第八七頁）；惟撿拾流木通常係供己用；與本件被告三人係依司馬庫斯部落決議，將上開櫸木殘餘部分運回部落，以作為部落造景美化景觀之用，兩者間主觀上之目的不同；且打撈漂流木，係屬森林法第十五條第三項規定之範疇，而依國有林林產物處分規則第十四條第一項第十二款規定，須專案核准；此與本案應適用森林法第十五條第四項之規定不同。是尚難因原住民族知悉撿拾流木會被判刑，即推論本件被告三人於搬運系爭櫸木時具有不法所有

第二次高院判決，並引用同一位證人的證詞，認為「……三人係基於部落傳統文化及生活慣俗，遵循司馬庫斯部落決議，欲將上開櫸木殘餘部分運回部落，以作為部落造景美化景觀之用，渠等主觀上並未具有不法所有之意圖……」，並且引用台灣大學人類學系所調查研究報告作為佐證[11]。

但除此之外，實務上的違反森林法，似乎都沒有出現如同風倒櫸木案的爭點[12]。大宗案件，集中在同法第 52 條第 1 項的「竊取森林主、副產物」類型[13]。依照該條的刑度，是有期徒刑 6 個月起跳，還必須要併科罰金，可以算是相當嚴厲的處罰。雖然森林法第 15 條第 4 項規定：「森林位於原住民族傳統領域土地者，原住民族得依其生活慣俗需要，採取森林產物，其採取之區域、種類、時期、無償、有償及其他應遵行事項之管理規則，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之」，但實務上對於森林法第 15 條和第 52 條彼此如何應用的見解，並沒有太多著墨。原因雖然不得而知，但一般竊取森林主副產物的類型──與風倒櫸木案不同──，多半非出於當地（傳統領域）原住民自身，而是外地非原住民、或雖為原住民但並非當地傳統領域者，而且採取的行為並不是為了「生活慣俗需要」，而係為其他的需要而採取。例如花蓮高分院 101 年度上訴字第 170 號中，法院就在判決理由中認定：「……二、被告……曾……違反森林法……又被告等遠從住居之苗栗縣……，長途跋涉至花蓮林管處立霧溪事業區第 63 林班地，未經主管機關許可，以分組方式採取森林副產物桑黃，於發現警察埋伏時，先行離開，嗣再前往藏放地點伺機載運，足見其等均明知採取桑黃係屬不法，所為係出於為自己不法所有之意圖。三、依原住民基本法第 19 條之規定，原住民須非基於營利之目的，始得因傳統文化、祭儀或自用，而在原住民地區從事採集野生植物及菌類。本件被告等於原審審理時均已供承採取桑黃之目的是為了出賣；既係基於營利之行為，即無採取桑黃之合法性。辯護人辯以被告之行為屬於原住民之生活慣俗，應可阻

之意圖，併予敘明」。

[11] 「行政院原住民族委員會委託國立台灣大學人類學系進行調查研究報告『原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制第二期委託研究—泰雅族、太魯閣族』一書中指出：近百年來，泰雅族森林動植物資源的使用觀念沒有太大的變化，其核心概念一直是部落公有的領地範圍內，動植物資源可由部落成員共享，其他部落不會越界取用，彼此也會互相尊重。 由於對慣習法（gaga）及主宰賞罰之祖靈（rutux）的敬畏，人人都會遵守規定。…從傳統泰雅族對於山林資源的利用，可知野生植物不屬於任何個人所有，大家均可採用，這是一種分享的概念。也可說在泰雅族的慣習上對於山中的資源是採取一種開放的財產態度，採集果實、搬運木料等行為是被允許可自由利用的等語……依上開國立台灣大學人類學系所進行調查研究報告指出，在泰雅族的慣習上對於山中的資源是採取一種開放的財產態度，採集果實、搬運木料等行為是被允許可自由利用的；又證人林益仁亦證稱司馬庫斯部落決議將倒木作為雕刻造景之用與泰雅族習慣吻合。準此，足徵被告三人依司馬庫斯部落決議，於九十四年十月十四日，在泰雅族馬里光群傳統領域範圍內，欲將上開櫸木殘餘部分運回部落，以作為部落造景美化景觀之用，係合於上開政府承認原住民族土地及自然資源權利，並尊重原住民族之傳統文化及生活慣俗之立法意旨……系爭櫸木雖經林務局竹東工作站人員先將樹幹運走，再將殘餘部分噴紅漆烙鋼印，惟被告三人係基於部落傳統文化及生活慣俗，遵循司馬庫斯部落決議，欲將上開櫸木殘餘部分運回部落，以作為部落造景美化景觀之用，渠等主觀上並未具有不法所有之意圖」。

[12] 少數有較相關聯者，例如最高法院 99 年度台上字第 6852 號判決。該案中，被告主張：「……系爭七里香係坐落於屏東縣春日鄉，依行政院九十一年一月二十三日台（九一）原民企第九一０一四０二號函示，屬於『原住民地區』之五五個鄉（鎮、市）之一。上訴人具有當地原住民身分，依原住民族基本法之規定，得於原住民族地區採集野生植物自用，並有於原住民族土地上分享土地開發及資源利用之權利。上訴人採伐該區內屬於原住民族傳統領域上之系爭七里香以供自用，非法所不許」。最高法院對此一爭點則以：「（一）、原住民族基本法性質上為普通法、廣義法，森林法為特別法、狹義法，依特別法、狹義法優先於普通法、廣義法之原則，應優先適用森林法。況原住民族基本法第十九條第一項亦規定……顯見原住民族於傳統領域內採取森林產物、野生植物及菌類，除須具有原住民族身分，並符合傳統文化、祭儀、自用等目的及非營利行為之外，尚應依法定方式辦理，為上開條文之當然解釋，非謂原住民在原住民族地區採集野生植物，全然不受法律之規範。又森林法第十五條第四項規定：森林位於原住民族傳統領域土地者，原住民族得依其生活慣俗需要，採取森林產物，其採取之區域、種類、時期、無償、有償及其他應遵行事項之管理規則，由中央主管理機關會同中央原住民族主管機關定之。本件上訴人固具有山地原住民族身分（屬排灣族，有戶籍謄本附於第一審卷第九頁可稽），且系爭七里香坐落之屏東縣春日鄉係屬原住民地區，亦有前揭行政院函可憑，此部分固無疑義。惟上訴人於上開國有林地內，挖掘系爭七里香，係為種植於同鄉力里段六六二地號其所經營之民宿庭院內，美化環境，增加民宿生意，既未依法定方式為之，亦不符原住民族生活慣俗需要或傳統文化、祭儀、自用之目的，擅自僱工在國有土地（原住民族傳統領域土地）挖掘竊取森林主產物。原判決以上訴人有原判決事實欄所載之犯行，乃依森林法第五十二條第一項第六款規定論罪科刑，經核於法並無不合」。

[13] 參照最高法院 102 年度台上字第 3085 號、第 2761 號、第 2586 號、第 1891 號、第 847 號、第 590 號、101 年度台上字第 3144 號、100 年度台上字第 6201 號、第 3788 號、第 1027 號、99 年度台上字第 6852 號。

卻違法云云，於法未合」[14]。此外，實務上也曾有出現被告主張「類推適用」槍砲彈藥刀械管制條例相關規定者，但花蓮高分院 99 年度上訴字第 171 號判決認為兩者不能相提並論，駁回被告的主張[15]。

觀察實務以往對於原住民採取主副產物的量刑，似乎是採取較嚴的態度。例如在最高法院在 88 年度台上字第 5658 號判決中，對於花蓮高分院判決免刑的理由不認同而撤銷發回，判決首先提出刑法第 16 條規定，免刑必須是到「欠缺違法性認識已達於不可避免之程度者，始足當之，如其欠缺未達於此程度，其可非難性係低於通常，則僅得減輕其刑」，並質疑原判決的免刑理由認為：「……本件原判決...『...衡酌被告為原住民，長期住於山區，往昔均採集箭竹筍為生，習以為常，主觀上自信其行為為法律所許可，而政府為照顧原住民之生活，故對其免經申請無償採集森林副產物以供生活必需，一向均予從寬處理，客觀上，亦有正當理由』云云，認被告行為合於免刑之規定，惟所謂政府對免申請（在國有森林內）無償採集森林副產物以供生活必需，向從寬處理，究何所據？從寬處理究如何處理？被告何以欠缺違法性之認識？是否達於不可避免之程度？原判決均未予以調查說明……，應認有撤銷發回之原因」。後來花蓮高分院以 88 年度上更(一)字第 82 號判決中，把箭竹筍（55 公斤）計算價額之後，判處被告有期徒刑 6 月併科罰金，並經最高法院以 91 年度台上字第 1015 號判決駁回被告上訴[16]。

不過，觀察近來違反森林法案件的量刑／減刑／緩刑問題，在實務上近來也是相對穩定：對於違反森林法的案件，對於初犯者，多以法定刑最輕的 6 個月有期徒刑作為宣告刑，部分並諭知緩刑；但對於非初犯者，則會超過 6 個月的刑度[17]。此外，也有依照刑法第 59 條的「情堪憫恕」條款予以減刑的案例[18]。見解少部分較為分歧之處，出在刑法第 59 條的「情堪憫恕」見解有所

---

[14] 業經最高法院 102 年度台上字 847 號判決駁回上訴。

[15] 「……按槍砲彈藥刀械管制條例對於未經許可而製造、販賣、運輸槍砲彈藥等違禁物之行為設有多條刑罰規定，然因對原住民傳統狩獵文化之尊重，同條例第 20 條第 1 項關於原住民未經許可而製造、運輸或持有供作生活工具之用之自製獵槍，僅處罰鍰而不適用刑罰，核其規定之意旨，係將原住民未經許可『製造、運輸或持有供作生活工具之用之自製獵槍』之行為排除於刑事處罰之外。惟本案被告之犯罪行為係森林法第 50 條『竊取森林主、副產物』之罪，而本罪並非處罰行為人持有違禁物，與前揭槍砲彈藥刀械管制條例之刑罰除外規定迥不相侔，並無相類之處，自無類推適用該條例規定之餘地」。

[16] 令人費解的是，這件案子，在撤銷發回後，對於「不法意識」乃至於減、免刑的問題，都沒有提及。

[17] 近來判決參考：最高法院 102 年度台上字第 3085 號判決（高雄高分院 102 年度上訴字第 73 號，對於累犯、有類似前案者，分別處有期徒刑 8 月、9 月，餘處有期徒刑 6 月）；102 年度台上字第 2761 號（花蓮高分院 102 年度上訴字第 26 號，除累犯者主有期徒刑 8 月外，餘均處有期徒刑 6 月，緩刑 3 年）。須附帶說明者，對於具體犯罪的行為人競合條文、事後悔悟態度、行為情狀與竊取相關產物的數量、重量，也會是判決量刑審酌的要素，但因篇幅限制，本文僅就較關鍵的緩刑與減刑宣告之處分析。

[18] 例如台中高分院 101 年度上訴字第 1908 號、第 1911 號判決中，理由認為：「原住民族基本法性質上為普通法、廣義法，森林法為特別法、狹義法，依特別法、狹義法優先於普通法、廣義法之原則，應優先適用森林法。況原住民族基本法第 19 條第 1 項亦規定：『原住民得在原住民族地區依法從事下列非營利行為：……二、採集野生植物及菌類。……前項各款，以傳統文化、祭儀或自用為限』，顯見原住民族於傳統領域內採取森林產物、野生植物及菌類，除須具有原住民族身分，並符合傳統文化、祭儀、自用等目的及非營利行為之外，尚應依法定方式辦理，為上開條文之當然解釋，非謂原住民在原住民族地區採集野生植物，全然不受法律之規範。又森林法第 15 條第 4 項規定：森林位於原住民族傳統領域土地者，原住民族得依其生活慣俗需要，採取森林產物，其採取之區域、種類、時期、無償、有償及其他應遵行事項之管理規則，由中央主管理機關會同中央原住民族主管機關定之（最高法院 99 年度臺上字第 6852 號判決參照）。本件被告……固係布農族之原住民（見本院 101 年上訴字第 1908 號卷第 45 頁之個人戶籍資料），且原住民之傳統向來有打獵、墾殖之習俗，被告……擁有原住民之特有習慣，因而會夥同被告……等人進入山區採取靈芝或牛樟木加以利用，希望能貼補一點家用，始會一時不查而涉犯刑典。又森林法第 52 條規定就竊取森林主、副產物之行為，應予論罪科刑之目的，乃在於保護森林資源，以防免不肖分子以不法方法破壞林相，進而影響整體之生活環境。惟因行為人竊取森林主、副產物之類別有異，原因動機不一，犯罪情節亦未必盡同，所造成危害森林環境之程度自屬有異，如行為人之竊取行為較為輕微，且對環境之維護影響不大，而依其情狀處以 6 月以下有期徒刑，即足以懲儆，並可達立法之目的者，自非不可依客觀之犯行與主觀之惡性二者加以考量，而適用刑法第 59 條之規定酌量減輕其刑，以期個案裁判之量刑能符合比例原則……。顯見被告……所砍伐，其竊取之木材數量及價值均非鉅，故考量被告……等人之惡性及犯罪情節尚非重大，影響森林環境之程度亦屬輕微，本院認所犯之罪縱處以最低之有期徒刑 6 月，猶嫌過重，犯罪情狀尚堪憫恕，爰依刑法第 59 條規定酌減其等 3 人之刑，並就被告……部分先依二次加重其刑後減輕其刑、被告羅國嶂部分加重其刑後減輕之」。

不同。例如花蓮高分院 102 年度上訴字第 26 號，對於一審就某被告以情堪憫恕減刑的見解不認同。該案中，一審認為該名被告承擔扶養責任，家計負擔非輕，因此認為本案該被告「……所稱為治療家中長輩行動不便，始竊取牛樟木，固不足信，惟若謂其欲自行培養牛樟芝出售，所得以供家用，俾減輕其經濟負擔，則非全然不可想像，是其本案犯罪情狀，容有可憫之處……法重情輕……而依刑法第 59 條酌減其刑」；而二審首先細數被告有多項前案紀錄，並與該案的行為情狀、侵害法益比較，提出質疑：「……足見被告……素行不佳，且前已有攜帶兇器未遂之加重竊盜前科，再為本件……犯行，所竊得之森林主、副產物之重量均非些微，豈有情堪憫恕，客觀上足以引起一般同情之處？」，緊接著就該案犯罪的原因加以分析，認為：「況本件係被告……提議，且係聽聞牛樟木很貴，欲賺錢，始結夥 2 人以上，攜帶如附表所示之工具前往竊取森林主產物牛樟木殘材，及森林副產物牛樟芝……則被告……為本件犯行，其動機無非貪圖暴利，至立於提議者之地位，結夥 3 人共同竊取，縱使造成環境破壞與自然資源枯竭，亦在所不惜，客觀上亦豈有可憫之處？……被告……於本院 102 年 3 月 13 日準備程序中業已自承不知道如何培養牛樟芝等語……僅憑其等所竊得 7 塊牛樟殘材，又如何能夠量產，而達到出售以供家用之程度？」，最後並認為：「原審輕信被告……缺乏根據之辯解，顯有未洽，其遽以認為此符合情輕法重之要件，更有未合。至於被告……尚須扶養多名親屬，固值得同情，惟非屬『犯罪之情狀』，尚非衡量其犯行客觀上是否情輕法重，有可憫恕之處所應審酌之情狀，原判決對此，亦容有誤會」[19]。

二、槍砲條例 I：獵槍習俗

（一）主要爭點

「原住民製造、運輸或持有而供作生活工具之用之自製獵槍」應該如何認定？換言之，具體案件中，如何認定「自製獵槍」的「合法性」[20]？

---

[19] 以家境、經濟情況不足作為減刑事由者，並參花蓮高分院 101 年度上訴字第 104 號：「……上訴人於短短一年內即有 3 次違反森林法之犯行被查獲……所為對生態、環境之危害實甚重大，故其坦承犯行雖具一定悔意，然經通盤考量後，認其犯罪行為在客觀上無法僅因其原住民身分而引起一般同情；參照上訴人上訴所引用之最高法院 70 年度第 6 次刑庭會議決議內文，實難認其犯行達於可憫恕之程度，故無刑法第 59 條規定之適用」，並參花蓮高分院 99 年度上訴字第 171 號：「……被告係以攜帶兇器之手段竊取森林副產物，依據刑法第 321 條第 1 項第 3 款規定，加重竊盜罪之法定刑為有期徒刑 6 月以上 5 年以下，且被告為累犯，自不符刑法第 74 條第 1 項任一款之緩刑法定要件，依法無由給予緩刑。況原判決已綜合審酌被告因肝病而竊取牛樟芝供己食用，竊取森林副產物之價值、對國家林務造成之損失，以及犯罪後坦承犯行，已見悔意，態度良好等情，而從輕量處接近法定刑最低刑度之 7 月有期徒刑，顯然未逾越法定刑度，徵諸前述說明，自不得遽指原判決有何違法，被告上訴意旨第(三)點所辯（按：上訴人請求依刑法第 59 條減刑），亦無理由」。

[20] 槍砲彈藥刀械管制條例主要相關條文：

第 8 條第 1 項至第 4 項：

未經許可，製造、販賣或運輸鋼筆槍、瓦斯槍、麻醉槍、獵槍、空氣槍或第四條第一項第一款所定其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲者，處無期徒刑或五年以上有期徒刑，併科新臺幣一千萬元以下罰金。

未經許可，轉讓、出租或出借前項所列槍枝者，處五年以上有期徒刑，併科新臺幣一千萬元以下罰金。

意圖供自己或他人犯罪之用，而犯前二項之罪者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑，併科新臺幣一千萬元以下罰金。

未經許可，持有、寄藏或意圖販賣而陳列第一項所列槍枝者，處三年以上十年以下有期徒刑，併科新臺幣七百萬元以下罰金。

第 12 條第 1 項至第 4 項：

未經許可，製造、販賣或運輸子彈者，處一年以上七年以下有期徒刑，併科新台幣五百萬元以下罰金。

未經許可，轉讓、出租或出借子彈者，處六月以上五年以下有期徒刑，併科新台幣三百萬元以下罰金。

意圖供自己或他人犯罪之用，而犯前二項之罪者，處三年以上十年以下有期徒刑，併科新台幣七百萬元以下罰金。

未經許可，持有、寄藏或意圖販賣而陳列子彈者，處五年以下有期徒刑，併科新台幣三百萬元以下罰金。

第 20 條第 1 項：

原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍、魚槍，或漁民未經許可，製造、運輸或持有自製之魚槍，供作生活工具之用者，處新臺幣二千元以上二萬元以下罰鍰，本條例有關刑罰之規定，不適用之。

（二）若干實務見解[21]

關於此部分，實務見解大多數是以：槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項所稱「原住民製造、運輸或持有而供作生活工具之用之自製獵槍」，依據立法理由，應該是「原住民本於其文化傳統所形成之特殊習慣，專為其於生活中從事狩獵、祭典等活動使用，而以傳統方式所製造、運輸或持有之自製簡易獵槍」[22]。而觀察實務多數見解的脈絡，都是以比較寬鬆的態度面對。尤其所謂「供作生活工具之用」，並不需要以此長期謀生的情況下才算數[23]，也「包括僅供一時興趣而狩獵或每年度短期之祭典所用」[24]。標準雖然看起來並不嚴格，但也不能太「超過」，拿來「當玩具」，甚至恐嚇他人的話，就不在上列的合法認定範圍[25]。至於原住民合法所有的獵槍倘若作為非法用途，該獵槍是否屬於「違禁物」，必須視所有權人本身有無違禁來論斷[26]。

「供作生活之用」的界線，實務上雖然採取了寬鬆的認定態度，但未必因此認定「獵槍」的合法性。花蓮高分院 102 年上訴字第 43 號判決中，就針對行政部門與最高法院所認定的「獵槍」見解作出詳細的整理。依照該判決，行政部門方面，最主要的認定標準是內政部台內警字第 8770116 號函釋（87 年）、台內警字第 1000870215 號函認定「原住民自製之獵槍」基準（100 年）、「槍砲彈藥刀械許可及管理辦法」定義「自製獵槍」（100 年），結論上，行政部門最後的認定標準大致與內政部 87 年台內警字第 8770116 號函釋相同[27]。至於最高法院的見解，花蓮高分院則是認為：「……足徵最高法院之見解，係從槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項之立法及修法目的出發，首先將原住民自製之獵槍，限縮在土造、供為漁獵，結構、性能及殺傷力，較諸制式槍枝為差者；再進一步認係指原住民本於其文化傳統所形成之特殊習慣，專為其於生活中從事狩獵、祭典等活動使用，而以『傳統方式』所製造、運輸或持有之『自製簡易獵槍』。業已從規範目的闡釋並提出其對於槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項所謂『自製之獵槍』之標

---

[21] 相關歷史脈絡、實務見解與評釋並請參王皇玉，原住民犯罪的文化困境與除罪化，註 1 書，第 238 頁-243 頁。

[22] 最高法院 99 年度台上字第 5771 號判決：「……自應以原住民本諸其文化傳統所形成之特殊習慣，專為其於生活中從事狩獵、祭典等活動使用，而以傳統方式所製造、運輸或持有之自製簡易獵槍，始符立法本旨。若與原住民之生活無涉，而非供為生活上所需要之工具，甚且持供非法用途者，自無該條項之適用，仍應適用該條例有關刑罰規定論罪科刑」。

[23] 台高院 101 年度上訴字第 2325 號判決：「……要不得以被告打獵之次數非多，遽認被告為日常生活所用即不該當於槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項規定之要件」。並參同院 100 年度上訴字第 3665 號判決：「……已甚少有原住民族僅憑單純之狩獵維生者，倘將槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項所稱『供作生活工具之用』嚴格限縮在恃以維生或主要生活所用之程度，本條之適用範圍將大幅縮減，顯然有背於多元文化之憲法精神與立法旨趣」。並參花蓮高分院 99 年度上訴字第 1 號判決、台中高分院 97 年度上訴字第 1843 號判決。

[24] 台高院 99 年度上訴字第 4077 號、99 年度上訴字第 3253 號、花蓮高分院 95 年度上訴字第 18 號、96 年度上訴字第 249 號判決都採取這個見解。

[25] 最高法院 101 年度台上字第 2277 號判決：「……上訴人另有土製獵槍一支，已向管區警所辦理登記，係供其生活工具之用，為上訴人供明，而此空氣槍則『當玩具使用』，足見非供生活工具之用，況非屬「自製」之獵槍、魚槍，不合於原住民除罪規定情形」。並參照臺灣嘉義地方法院 99 年訴字第 648 號判決（持有可擊發口徑 12 GAUGE 制式霰彈之土造長槍恐嚇他人）。

[26] 最高法院 94 年度台上字第 6587 號判決：「違禁物固不問屬於犯人與否均應沒收，但該物苟係屬於第三人所有，則其是否違禁，即應視該第三人有無違禁情形為斷」（被告持其他原住民所有槍枝犯案）。警察實務不同的看法有：北市警保字第 09840065600 號：「原住民未經許可所持有、製造供作生活工具之用之獵槍等，依槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條規定僅科以行政罰係基於其身分、用途特殊之考量，難謂該等獵槍即非刑法第 38 條所稱之違禁物」，並在該函要求警察機關「……查獲違反槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項之槍枝，因屬違禁物，自應依刑事訴訟法規定，移由該管檢察機關聲請單獨宣告沒收，並將副本通報該行為人戶籍所在地之警察機關，以嚴密槍枝管理作業」。

[27] 依照該判決考據的過程大致上是：「自衛槍枝管理條例」（民國 35 年）→槍砲彈藥刀械管制條例（72 年，但內政部未制定管理辦法）→槍砲彈藥刀械管制條例（85 年）→內政部制定「生活習慣特殊國民獵槍魚槍刀械管理辦法」（86 年）→槍砲彈藥刀械管制條例（86 年，並訂定第 20 條）→內政部台內警字第 8770116 號函釋（87 年）→槍砲彈藥刀械管制條例（90 年，並修正第 20 條除罪條款）→內政部台內警字第 0910076416 號發布「槍砲彈藥刀械許可及管理辦法」（91 年）→內政部台內警字第 0910076566 號廢止「生活習慣特殊國民獵槍魚槍刀械管理辦法」（91 年）→內政部台內警字第 1000870215 號函認定「原住民自製之獵槍」基準（100 年）→「槍砲彈藥刀械許可及管理辦法」定義「自製獵槍」（100 年，內容與內政部（87）台內警字第 8770116 號函釋大致相同）。

準。而就如何認定原住民自製之獵槍之具體標準，雖有參考前開內政部（87）台內警字第 8770116 號函釋予以認定」，但馬上接著說：「然非認法院必須受內政部上開原住民自製獵槍函釋之拘束」[28]。

再仔細觀察上述判決所引的見解及其他實務看法，的確多是依據台內警字第 8770116 號函釋（的內容）檢視具體案件的「獵槍」。例如，最高法院法院判決曾經認為[29]：「……（一）按……該條例第二十條第一項所稱『原住民製造、運輸或持有而供作生活工具之用之自製獵槍』，自應解釋為『原住民本於其文化傳統所形成之特殊習慣，專為其於生活中從事狩獵、祭典等活動使用，而以傳統方式所製造、運輸或持有之自製簡易獵槍』，始與立法本旨相契合。若與原住民之生活無關，而非供為生活上所需要之工具，甚且持供非法用途者，自無該條之適用，仍應適用該條例有關刑罰之規定論罪科刑。又所謂『自製獵槍』，依內政部八十七年六月二日台八七警字第八七七○一一六六號函說明：係指『原住民依傳統習慣專供捕獵維生之生活工具，由申請人自行獨力製造或與非以營利為目的之原住民在警察分局核准之報備地點協力製造完成，以逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，打擊底火或他法引爆，將填充之射出物射出，非使用具有彈頭、彈殼及火藥之子彈者。射出物：指供自製獵槍引爆槍管內火藥後發射之用，填充於槍管內，遠小於槍管內徑之固體物，如玻璃片、彈丸等，且不含具有彈頭、彈殼及火藥之子彈。』是以，此之『自製獵槍』結構簡單，常見者是一端開口，另一端則封閉而留下細微小孔之鐵管，裝設固定架在木質槍托上，再於槍托上設一彈簧連接扳機及擊錘，火藥及射出物由開口一端填入，以鐵條伸入鐵管，將火藥與射出物擠壓至封閉端，當扣動扳機時，可藉彈簧作用使擊錘向前撞擊封閉鐵管一端，使得所裝填之火藥藉封閉端之小孔與擊錘接觸撞及產生火花引燃爆炸，再將裝填於槍管內之射出物射出，以達射殺獵物目的。『自製獵槍』與『土造霰彈槍』雖均為土造長槍，但『自製獵槍』所擊發者非預先製造完成之霰彈，而是以火藥逐次填塞在槍管內，再與射出物相配合後擊發者；且『自製獵槍』是於槍管開口裝入火藥及射出物，並非在後膛裝彈，屬最原始結構之槍枝；其特徵為：發射速度慢、無法連發（無預先製造之子彈，射擊時需逐次裝填火藥、射出物，再以鐵條自槍管前端伸入壓實）、不穩定（以擊錘直接撞及黑色火藥或底火引爆，火藥品質、裝填技術均影響其能否順利射擊）、威力不大（火藥非集中裝填於藥筒內，而是與射出物共同散落於槍管內，影響爆炸力）、攜帶不便（長約一・五至二公尺為制式霰彈槍之二倍，又需另行攜帶火藥、小彈丸及通槍鐵條供配用）。故可發射『制式霰彈』之『土造霰彈槍』，即非本條例第二十條所指之「自製獵槍」。本件上訴人所製造如附表一編號一之『土造霰彈槍』，既經鑑定可擊發編號二之 12 GAUGE 之『制式霰彈』，並非以打擊底火或他法引爆槍管內火藥而將填充射出物射出之方式使用，該槍枝即非屬槍砲彈藥刀械管制條例第二十條所稱原住民自製之獵槍。則原判決依行為時同條例第十一條第一項規定，論以未經許可，製造可發射子彈具有殺傷力之土造霰彈槍罪刑，自屬正當合法……」。此外，在具體案件中，也有就「獵槍性能」爭執不一的情形，但終究僅是對於「具體案件的長槍是否為合法獵槍」作出界定──亦即，對於抽象上界定「合法獵槍」類型的函釋（內容）並沒有爭執，但就個案中具體的「長槍」是否合乎「合法獵槍」，有不同看法而已[30]，並不算是對於函釋（內容）標準的直接排斥。

[28] 最高法院 89 年度台上字第 2790 號、96 年度台上字第 1674 號判決、99 年度台上字第 5771 號、100 年度台上字第 4580 號、101 年度台上字第 1563 號判決。

[29] 參最高法院 96 年度台上字第 1674 號判決。

[30] 例如：台灣高等法院 101 年度上訴字第 434 號、99 年度上訴字第 3253 號判決採認該函釋（內容）判決無罪（符合該

然而，針對上開函釋（內容）所畫出的「合法獵槍」範圍，實務上近年來也出現較為鬆動，而不依函釋（內容）認定合法獵槍類型的情形[31]。例如高等法院 100 年度上訴字第 3665 號判決中，檢察官上訴意旨認為該案中的「獵槍」顯然是性能較佳的長槍，並不符合上開函釋所稱的「逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，打擊底火或他法引爆，將填充之射出物射出，非使用具有彈頭、彈殼及火藥之子彈者」，所以不能認為是所謂的「合法獵槍」。但高等法院仍然駁回檢察官的上訴，理由認為「……內政部 101 年 1 月 2 日函 100.11.7 修正公布及內政部警政署台（87）內警字第 8770116 號函釋，係主管行政機關依職權所為之解釋性行政規則，其就自製獵槍之定義增加法律所無之限制，有違憲法多元文化之精神及槍砲彈藥刀械管制條例歷次修法所揭示之意旨，並無拘束法院之效力，法院得不予援用」[32]。無獨有偶，也有見解以違背法律保留的看法不採該函釋，例如台南高分院曾經指出[33]：「……至槍砲彈藥刀械管制條例第二十條所定原住民自製或持有獵槍、子彈，若未為任何限制，是否可能造成原住民自製獵槍氾濫或遭濫用於不法用途，係屬立法時價值衡量問題，若認有限制必要，亦應由主管機關循立法途徑以法律為之，尚不得在法無明文之情況下，逕以行政函釋附加除罪要件，致損及人民權益……」。

除了形式上的「法律保留」之外，亦有判決進一步批判了函釋的實質內容[34]：「……立法者……認為自製獵槍之殺傷力既然遠不及於制式獵槍，在考量原住民族狩獵、祭祀文化中均有使用槍枝之傳統，予以減輕或免除刑事責任，進而於 90 年 11 月 14 日修法予以除罪化，依此，應認凡供原住民生活使用，而非屬制式或固定兵工廠生產之簡易自製槍枝即有槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條之適用始合法意。惟內政部上開函釋係以土造獵槍與自製獵槍作比較，實難知其比較之基礎何在。縱使警政單位認仍有管制原住民持槍之必要，而需在槍砲彈藥刀械管制條例第 4 條第 1 項第 1 款所稱「其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲」之概括規定下定義自製獵槍，並與土造獵槍有所區別，則考量之因素亦應以殺傷力之角度出發，上開函釋不謀此途，反著重在槍枝之外觀（口徑）、擊發方式、動力來源等，顯有背於前揭修法旨趣，增加槍砲彈藥刀械管制條例所無之限制。再者，隨著原住民族政治、經濟地位之漸受重視，原住民族之教育程度、專業知識也較以往精進，物料材質之取得更隨著交通發展、經濟水準之提升而更加方便，原住民族之製槍技術及使用材質均優於以往，致自製獵槍之槍枝結構略有修正，此情亦為內政部 97 年 3 月 19 日內授警字第 0970870372 號函所肯認（偵卷第 55 頁），主管行政機關自不能無視於現狀之進

函釋（內容）所稱獵槍要件）。

[31] 宜蘭地院 97 年度訴字第 148 號：「……內政部上開函釋核屬機關內部之函釋，此不但非屬法律授權之命令，且同條例第 20 條第 3 項關於授權中央主管機關訂定行政許可管理辦法之法源，亦係 90 年 11 月 14 日修正時增訂之立法授權，而內政部前揭函釋，則早於 87 年 6 月 2 日即存在，其就原住民『自製之獵槍』另為定義規範與功能限制，於法本屬可議，本院自不得枉顧立法者為兼顧國家對原住民族群傳統生活文化之尊重，乃迭次修正槍砲彈藥刀械管制條例如上述，而逕予援引攀附之」。

[32] 但沒有了函釋，獵槍的合法性如何認定？高等法院在該案件中直接檢視該案土造長槍，認為該長槍「外型簡單、結構簡略、材質亦屬粗糙，甚至有氧化、鏽蝕之情形……可認係簡易自製之槍枝無訛」，而「用自製獵槍狩獵確有助於其日常生活之進展並促進其個人尊嚴、生活價值之開拓，仍可認持有之自製獵槍係供作生活工具所用」，而駁回檢察官上訴。

[33] 台南高分院 97 年度上訴字第 678 號判決。相同見解並參：台南高分院 97 年度上訴字第 450 號判決（兩案不同庭）。

[34] 宜蘭地院 97 年度訴字第 160 號。該判決並任該函違反法律保留：「內政部 97 年 3 月 4 日內授警字第 0970870276 號函即本此精神，認本件送鑑槍枝 2 把（槍枝管制編號 1102026571、1102026572 號）係屬以工業用彈作為發射動力之土造獵槍，至於該 2 把土造獵槍是否屬於槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條所指「原住民自製獵槍」，應視持有人之身分（是否為原住民）及使用、持有目的（是否因狩獵、祭典等生活需要）等因素判斷（偵卷第 53 頁），此一觀點揚棄土造獵槍與自製獵槍定義上之糾纏，實屬難得。至於前引內政部 87 年 6 月 2 日台內警字第 8770116 號、96 年 1 月 31 日以內授警字第 0960870185 號、97 年 5 月 23 日內授警字第 0970083010 號等函釋均屬主管行政機關依職權所為之解釋性行政規則，其等就自製獵槍之定義增加法律所無之限制，有違憲法多元文化之精神及槍砲彈藥刀械管制條例歷次修法所揭示之意旨，無拘束本院之效力，本院均不予援用」。

展，墨守陳規，一昧地引用不合時宜之函令限制人民之自由權利，換言之，法律並非靜止之概念，其乃孕育於一持續更新之國家成長過程中，當不能排除時代演進而隨之有所變遷之適用」。

另外，必須附帶說明者係：對於「原住民」身分的認定，是採取形式認定，僅有親屬為原住民或在原鄉長大，都不能認為是槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條所指的「原住民」；但對於這種「準原住民」的情形，實務判決也有在量刑審酌，而予以減刑的案件[35]。

三、槍砲條例 II：獵槍子彈案

（一）主要爭點

原住民持有獵槍與具底火之子彈，是否應依槍砲彈藥刀械管制條例追訴？換言之，槍砲彈藥刀械管制條例所稱的「子彈」，在原住民自製獵槍時若有子彈，應該如何認定[36]？

（二）若干實務見解

如同前所述的「獵槍」外沿及內涵的界定；基此而來的子彈，依據內政部 87 年 6 月 2 日台 87 警字第 87701166 號函，也必須是「如玻璃片、彈丸等，且不含具有彈頭、彈殼及火藥之子彈」。簡單來說：原住民縱算是自製獵槍，但一併所持有的子彈必須是「最原始」的狀態。從而，如果是超過原始狀態的「子彈」（→含具有彈頭、彈殼及火藥之子彈），就不在允許之列。

但這樣的見解－如同獵槍的認定一樣－未必是受到各地法院的一律支持。例如近來有的實務意見認為[37]：「……槍砲彈藥刀械管制條例第二十條第一、二項雖僅係規定原住民為供作生活工具之用，製造、運輸、持有、販賣、轉讓、出租、出借、寄藏『自製之獵槍』，不適用本條例有關刑罰之規定，而未明示是否包括該自製之獵槍所用之『子彈』在內。然觀諸上述立法意旨，既然允許原住民為供作生活工具之用，得製造、運輸、持有、販賣、轉讓、出租、出借、寄藏『自製之獵槍』，而該『自製之獵槍』，又係指槍砲彈藥刀械管制條例第四條第一項第一款所指之其他可發射金屬或『子彈』具有殺傷力之『土造獵槍』，則舉重以明輕，顯然該條例第二十條第一、二項規定原住民為供作生活工具之用，製造、運輸、持有、販賣、轉讓、出租、出借、寄藏『自製之獵槍』，應即包括該『自製之獵槍』所適用之『子彈』，此乃法律條文與法規體系之當然解釋，故該『自製之獵槍』所適用之『子彈』應即為該條項規定之『隱藏性』要件，否則該條項規定所欲達成之立法意旨即無從實現」[38]。相對的，對於這類意見，法院也不是一概採用，也有判決見解認為[39]：「……縱如辯護人所主張：空有槍枝而無子彈，該槍枝即形同無槍枝之功能，槍砲彈藥刀械管理條例第二十條第一項尊重原住民生活習慣之立法意旨將無從實現。惟此係槍砲彈

[35] 苗栗地院 96 年度訴字第 867 號判決：「另考量被告因其母……為原住民……自小常見原住民持有類似槍枝供生活所用，故一時思慮不周，而持有本件槍、彈、火藥，然僅持之供山豬踐踏其菜園時驅趕所用，並未持之犯罪，其危害社會尚屬輕微……依被告上開犯罪一切情狀觀之，倘處以法定最輕本刑即 3 年有期徒刑，仍屬失之過苛而不盡情理，不免予人情輕法重之感，亦難謂符合罪刑相當性及比例原則，是其犯罪情狀相較於法定之重刑，在客觀上足以引起一般人之同情，情節尚堪憫恕，爰依刑法第 59 條之規定，酌量減輕其刑」。相關評釋，參王皇玉，原住民犯罪的文化困境與除罪化，註 1 書，第 248-249 頁。

[36] 主要相關法條請參前述「獵槍習俗」部分。

[37] 台南高分院 98 年度 450 號判決（判決駁回檢察官上訴，原審案號：嘉義地院 97 年度訴字第 744 號）。

[38] 相同意旨的判決參照：台高院 95 年上訴字第 1948 號判決（土造霰彈槍及 12 gauge 制式霰彈）、同院 95 年度上訴字第 1948 號判決、新竹地院 94 年度訴字第 861 號判決、南投地院 97 年度重訴字第 7 號判決、花蓮地院 97 年度訴字第 126 號判決。

[39] 台南高分院 97 年度上訴字第 678 號（獵槍部分判決無罪，子彈部分有罪，上訴駁回，緩刑 2 年，原審案號：嘉義地院 96 年度訴字第 990 號）。

藥刀械管制條例第二十條第一項於立法時，是否有疏漏未盡之處、是否應於未來修法時為通盤考量之問題；尚難以此遽行踰越現行法律之明文規定，而認槍砲彈藥刀械管制條例第二十條第 1 項所定之『自製之獵槍』包含『子彈』」。

四、野生動物保育法：迷路山羌案

（一）主要爭點

原住民未經許可捕獵、宰殺保育類野生動物，是否涉有刑責？如有，量刑如何認定[40]？

（二）若干實務見解[41]

依照目前的野生動物保育法，野生動物分為「一般類野生動物」與「保育類野生動物」，而後者在法檢字第 0960801277 號函中，記載對於野生動物保育法相關問題，曾作出座談會結論（台東地檢署）。該提案的案由假設事實為：「具有原住民族基本法及野生動物保育法所稱之原住民族身分者，基於其傳統文化、祭儀，如未經許可獵捕野生動物保育法所稱之保育類野生動物，是否涉有刑責？」。此一問題，分別有甲說和乙說。甲說的結論依照原住民基本法第 19 條第 1 項、野生動物保育法第 21 條之 1 第 1 項認為：未經許可捕獵保育類野生動物，僅能依該法第 51 條之 1 科以罰鍰。乙說則以，野生動物保育法第 51 條之 1 是規定「一般類野生動物」，而不是「保育類動物」，同法第 21 條之 1 第 1 項所稱之「野生動物」，也應該指「一般類野生動物」，在此體系解釋下，一般類的野生動物違法捕獵屬於行政罰，保育類野生動物是刑罰。而且如認同法第 21 條之 1 第 1 項所稱之「野生動物」包括保育類及一般類之野生動物，則情節較輕微之未經許可獵捕一般類野生動物尚需處以罰鍰，情節較重之未經許可獵捕保育類野生動物不僅無須負刑責，甚且無須科以罰鍰，豈非輕重失衡？並且依照主觀歷史解釋（該函文稱為「立法解釋」），野生動物保育法第 21 條之 1 立法附帶決議是：「關於第 21 條之 1 第 2 項之許可辦法，應特別尊重原住民族之傳統飲食文化對一般類野生動物之種類、區域、及數量予以妥適訂定。」。亦提及同法第 21 條之 1 第 2 項之許可辦法係僅就一般類野生動物所為規定，並

---

[40] 野生動物保育法第 4 條第 1 項：
野生動物區分為下列二類：
一、保育類：指瀕臨絕種、珍貴稀有及其他應予保育之野生動物。
二、一般類：指保育類以外之野生動物。
第 21 條之 1：
台灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，不受第十七條第一項（按：獵捕一般野生動物）、第十八條第一項（按：獵捕保育類野生動物）及第十九條第一項各款（按：獵捕方法）規定之限制。
前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准，其申請程序、獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域及其他應遵循事項之辦法，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。
第 41 條：
有下列情形之一，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣二十萬元以上一百萬元以下罰金：
一、未具第十八條第一項第一款之條件，獵捕、宰殺保育類野生動物者。
二、違反第十八條第一項第二款規定，未經中央主管機關許可，獵捕、宰殺保育類野生動物者。
三、違反第十九條第一項規定，使用禁止之方式，獵捕、宰殺保育類野生動物者。
於劃定之野生動物保護區內，犯前項之罪者，加重其刑至三分之一。
第一項之未遂犯罰之。
第 51 條之 1：
原住民族違反第二十一條之一第二項規定，未經主管機關許可，獵捕、宰殺或利用一般類野生動物，供傳統文化、祭儀之用或非為買賣者，處新臺幣一千元以上一萬元以下罰鍰，但首次違反者，不罰。

[41] 其餘相關實務見解及評釋並參：王皇玉，原住民犯罪的文化困境與除罪化，註 1 書，第 230 頁-238 頁。

不包括保育類野生動物。再從該法的修正情形來看，一般情形原住民僅能獵捕一般類野生動物，除有情況緊急，不能獵捕保育類野生動物；而為了要貫徹野生動物保育的目的，從結論來看，地檢署一直到高檢署，都是採乙說（刑罰說），法務部研究意見並補充理由：原住民族基本法性質上為普通法，野生動物保育法為特別法，依特別法優先普通法之原則，應優先適用野生動物保育法。依原住民族基本法第 19 條第 1 項規定「原住民得在原住民族地區依法從事下列非營利行為：一、獵捕野生動物。…」，原住民得在原住民族地區從事獵捕野生動物之非營利行為，惟須「依法」為之。依「臺灣原住民基於傳統文化祭典需要獵捕野生動物管理事項」第 5 點前段規定：「獵捕物種以一般類野生動物為限」，足見主管機關有意排除保育類野生動物之獵捕。因此，結論採取「刑罰說」而非「行政罰說」。

法院判決實務上的見解，似乎相去不遠，對於未經許可獵捕「保育類野生動物」者，也是採取應以刑罰處罰的態度[42]。例如宜蘭地院 97 年度訴字第 160 號判決先以原住民人格自我實現與野生動物法益之間的權衡問題認為：「……（一）原住民族向來即有狩獵之習慣，在以往經濟、物質生活尚未發達之年代，狩獵係原住民族獲取食物來源之管道，時至今日，國民經濟生活已普遍提升，保育之觀念亦漸受重視，客觀環境之改變已甚少有原住民族賴狩獵維生者，然狩獵在原住民族之傳統祭儀中仍具有重要之意義，尤其原住民族之政、經地位長期處於弱勢，在主流文化的衝擊、同化下，狩獵文化作為原住民彰顯其自我意識及人格開展之象徵即顯重要，此在肯認多元文化精神之我國更是如此（有關多元文化，詳見後文）。然而，如前所述，隨著保育觀念之抬頭，野生動物之保護亦屬重要之公共利益，基於維護物種之多樣性及自然生態之平衡，我國亦制定有野生動物保育法。是以，當原住民族基於其人格之自我實現而實施狩獵活動時，即難以避免地與保育野生動物此一抽象之公益產生價值衝突，如何調和、取捨即應由具民主正當性之立法者善加抉擇」，隨即指出應該依照立法意旨採取「刑罰說」：「……（二）按原住民族基本法第 19 條規定：『原住民得在原住民地區依法從事下列非營利行為：一、獵捕野生動物。二、採集野生植物及菌類。三、採取礦物、土石。四、利用水資源。前項各款，以傳統文化、祭儀或自用為限。』依其文義，似指原住民族基於傳統文化、祭儀或自用之目的，而不具營利性者，即可獵捕野生動物，包括保育類野生動物及一般類野生動物，然該法文同時揭示『依法從事』，所依之法除原住民族基本法外，自應包括野生動物保育法。野生動物保育法第 21 條之 1 規定：『臺灣原住民族基於其傳統文化、祭儀而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，不受第十七條第一項（指獵捕一般類野生動物之限制）、第十八條第一項（指獵捕保育類野生動物之限制）及第十九條第一項各款（指獵捕方式之禁止）規定之限制。前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准，其申請程序、獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域及其他應遵循事項之辦法，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。』依其文義，似亦指原住民族基於其傳統文化、祭儀而有獵捕之必要，即可獵捕野生動物，包括保育類野生動物及一般類野生動物，然原住民族違反第 21 條之 1 第 2 項規定，未經主管機關許可，獵捕、宰殺或利用一般類野生動物，供傳統文化、祭儀之用或非為買賣者，處新臺幣 1 千元以上 1 萬元以下罰鍰，但首次違反者，不罰，野生動物保育法第 51 條之 1 定有明文，該條僅就一般類野生動物作有規範，而未包括保育類野生動物，是以未經主管機關許可獵捕、宰殺或利用保育類野生動物者即應依野生動物保育法第 41 條受刑事制裁，蓋情節較輕微之未經許可獵捕一般類野生動物尚須處以行政罰鍰，情節較重之未

[42] 參考花蓮高分院 84 年度上訴字第 243 號、台東地院 96 年度訴字第 71 號。

經許可獵捕保育類野生動物既無行政責任，倘又無刑事責任，豈不輕重失衡，再者，野生動物保育法第 21 條之 1 之規定係於 93 年 2 月 4 日增訂公布，該條規定於立法院三讀通過時，立法者另作有附帶決議表示：『有關第 21 條之 1 第 2 項之許可辦法，應特別尊重原住民族之傳統飲食文化，對一般類野生動物之種類、區域、及數量予以妥適訂定。』（立法院公報 93 卷 6 期第 245 頁），亦可資說明野生動物保育法第 21 條之 1 第 2 項僅授權主管行政機關就原住民族獵捕、宰殺或利用一般類野生動物之相關許可事項訂定法規命令，而未包括保育類野生動物，況且，依野生動物保育法第 4 條第 1 項規定，保育類野生動物可包括瀕臨絕種、珍貴稀有及其他應予保育之野生動物 3 類，依同法第 3 條之定義規範，瀕臨絕種野生動物係指族群量降至危險標準，其生存已面臨危機之野生動物，如認為原住民族縱未經許可亦可任意獵捕瀕臨絕種野生動物，野生動物保育法所欲達成維護物種多樣性之立法目的豈不落空。是以，綜上所述，應認立法者就原住民權益及野生動物保護之調和已作有決定，即原住民獵捕一般類野生動物者，仍須經主管行政機關許可，未經許可者，施以行政制裁，至於未經許可獵捕保育類野生動物者，則應依野生動物保育法第 41 條以刑罰制裁之。立法者此一依野生動物之稀有性而為行政或刑事管制之區分是否得當，容或有隨時、空環境之變遷而得加以調整之情形，然在立法者為進一步之修法前，本院僅得依此一管制模式適用法律」。看起來，座談會結論和法院實務見解採取的觀點是相對一致的[43]。

縱使在個案中，被告辯解是因為習俗，但法院也因為證人的證述沒有採納。例如高雄高分院 101 年度上訴字第 135 號判決中，被告表示獵捕並宰殺燒烤臺灣野山羊 1 隻、山羌 3 隻、臺灣獼猴 1 隻，其中一個理由是獵捕野生動物是當時布農族射耳祭的慶典活動。法院對此調查後，認為：「……高雄市桃源區寶山里於 100 年 4 月 12 日至同月 15 日，固有舉辦 100 年度布農族射耳祭儀暨農特產品促銷活動，然該活動內容並無關於獵殺野生動物部分，主辦單位於申請活動期間，亦無捕殺野生動物之計畫，固經證人即高雄市桃源區寶山里里長……證陳在卷……。惟布農族射耳祭典中所謂『報戰功』，係指原住民於祭典中狩獵回來，要將全部獵得之獵物放在主祭臺上，讓所有部落的人看之情，業經證人即高雄市政府警察局六龜分局茂林分駐所員警……結證在卷。而前開活動計畫案中，亦確有『報戰功』之記載再佐以射耳祭係布農族最大祭典，此祭典係與野生動物有關，因為『射耳』的意思就是射山鹿的耳朵，在古代，射耳祭的活動內容一定要捕殺野生動物，現行法律雖不允許獵捕保育類野生動物，但除了保育類野生動物外，山豬在原鄉因會破壞農作物，原住民為了保護農作物，所以會獵捕山豬。至於獵捕山豬不一定是在射耳祭時，若農作物被破壞，不論是否射耳祭均會獵捕山豬等情，亦經證人……結證在卷；另……證人……均表示布農族之射耳祭確有狩獵活動……則上開寶山里舉辦之活動計畫內容雖無特別有關於獵殺野生動物之規畫，惟該活動並不禁止布農族原住民於射耳祭期間狩獵，且確有原住民於該活動期間狩獵，殆可認定……惟現代因有野生動物保育法，所以法律並不允許射耳祭獵捕『保育類野生動物』，亦經證人……證述綦詳……；酌以寶山里此次舉辦布農族射耳祭並未向主管機關高雄市政府農業局申請核可『獵捕或宰殺育類野生動物』……由之足見雖布農族原住民於射耳祭期間有狩獵野生動物之傳統，亦不得狩獵『保育類野生動物』。再由被告 2 人前開舉措，足徵其等自始即有獵捕保育類野生動物之故意，所辯係因射耳祭活動始獵捕上開保育類野生動物等語，尚無足採」。

見解穩定的不僅僅是犯罪的構成與否，在量刑上，實務也傾向以較輕或暫不執行的結論來處

[43] 相同見解參台中高分院 100 年度上訴字第 1884 號判決。

理。申言之，這類獵捕野生動物保育法的案件中，在量刑審酌部分，多以被告為原住民，生活習性、狀況不同[44]，或審酌其前案紀錄、智識程度等理由[45]，除非有累犯或類似前科，否則大多量處得亦科罰金的刑度或緩刑[46]。

叁、刑事實體法與程序的交錯

一、實體法的異與同

（一）標準的浮動與一致

實體法的問題，大致上是對於「容許／禁止」範圍，以及刑罰的量定問題。犯罪構成要件的適用，往往在客觀上，以為很明確的容許標準，在現實上卻是極為模糊，而導致適用產生了浮動的情形。最明顯的例子，就是關於槍砲彈藥刀械管制條例的出罪條款問題，在森林法的少數案件，也曾出現爭議。

至於量刑輕重與緩刑，並不是單單出現在原住民相關的特別法案件而已，毋寧在實務上是普遍性的問題。雖然，看起來適用上並無問題──由刑法第 57 條出發[47]，從最低度刑量起，個案儘

---

[44] 花蓮高分院 84 年度上訴字第 243 號：「茲審酌被告係原住民，獵捕野生動物固為其生活習性，惟其亦不得違法獵捕保育類野生動物（就原住民之獵捕野生動物，同法第二十一條第五款及但書設有容許規定，被告自應依該規定為之），然其犯後態度並非良好等情，仍同原審量處被告有期徒刑六月……。」；花蓮高分院 84 年度上易字第 44 號：「原審……審酌被告為居住山區之原住民，智慮不足，本案所宰殺之保育類動生動物僅有一隻，情節尚非重大，其他犯罪之動機、目的、手段、被告之生活狀況、品行、智識程度等一切情狀，衡情量處罰金三千元，……認事用法，尚無不合……查被告為原住民，以務農為生，智慮淺薄，又犯罪情節尚非嚴重，已知悔悟，原審量處罰金三千元，已足生教育警惕之效果，尚無不妥……」。

[45] 宜蘭地院 97 年度訴字第 160 號（均處有期徒刑 6 月，緩刑 2 年）。

[46] 參台中高分院 100 年度上訴字第 1884 號判決：「……查被告 3 人均係布農族山地原住民……
基於傳統狩獵觀念尚未完全根除，對於國家法令禁止狩獵宰殺保育類野生動物之意識不足，再者，本件被告 3 人獵捕宰殺系爭保育類野生動物之目的係為供己或族人食用，並非為販賣與山產店之營利行為……本案係屬初犯，就其等之犯罪情狀顯可憫恕，本院認科以最低刑仍嫌過重，爰依刑法第 59 條之規定，酌量減輕其刑……爰審酌被告……3 人非法獵捕、宰殺保育類野生動物，危害自然生態環境，增加國家護野生動物之困難，影響保育類野生動物生存，且被告 3 人獵捕、宰殺之野生動物數量為山羌 3 隻、臺灣水鹿 4 隻，惟考量被告 3 人均為布農族山地原住民，狩獵活動對被告 3 人而言，有其歷史、族群之背景，且被告 3 人犯後均坦承犯行，犯後態度良好，原審蒞庭檢察官請求從輕量刑……等一切情狀，分別量處如主文第 2 項及第 3 項所示之刑，並諭知易科罰金之折算標準。又被告……經本次科刑教訓，當知所警惕，信無再犯之虞。」。另台東地院 95 年度訴字第 193 號中，法院認定被告為山地原住民，「意圖供己食用」，持自己製造之土造獵槍 1 把，獵捕 3 隻山羌、2 隻白鼻心，並持其所有客觀上可作為兇器使用之鐮刀 1 把，竊取價值共計新臺幣（下同）2,500 元之森林副產物藤心 83 支，關於違反野生動物保育法及森林法部分，判處應執行有期徒刑 1 年，併科罰金 2,500 元，緩刑 3 年。
此外，前述提及的台東地院 97 年度訴字第 148 號雖然就獵槍部分認為應該是原住民文化而判處無罪，但就保育類野生動物之處刑則是分別判處 8 月及 7 月，量刑理由謂：「爰審酌被告……有前揭論罪科刑及執行情形已如上述（按：有違反野生動物保育條例前案紀錄），素行堪認不佳，而被告……亦有犯罪事實欄一所載之論罪科刑情形（按：違反槍砲刀械彈藥管制條例前案紀錄），現仍在緩刑期間內，此有臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可考，素行尚非良善，又被告……雖均為排灣族平地原住民……惟被告二人共同獵捕保育類野生動物山羌係供己食用，尚與其原住民族群固有風俗習慣之祭祀無關，且其非法獵捕山羌，對自然生態環境之保育已造成相當之破壞，然念及被告二人犯後均坦承犯行，兼衡酌其智識程度不高、家庭生活狀況欠佳及犯罪之動機、目的、手段、二人犯罪情節輕重有所差異等一切情狀，分別量處如主文所示之刑」。類似情形，請另參考台東地院 96 年度訴字第 71 號判決。

[47] 刑法第 57 條：
科刑時應以行為人之責任為基礎，並審酌一切情狀，尤應注意下列事項，
為科刑輕重之標準：
一、犯罪之動機、目的。
二、犯罪時所受之刺激。
三、犯罪之手段。
四、犯罪行為人之生活狀況。
五、犯罪行為人之品行。
六、犯罪行為人之智識程度。
七、犯罪行為人與被害人之關係。
八、犯罪行為人違反義務之程度。
九、犯罪所生之危險或損害。

量予以緩刑的適用[48]，而在法定刑較高的犯罪，則以刑法第 59 條減刑[49]。但更深層的關鍵恐怕是：以刑罰來處理原住民相關的案件，恐怕未必是好的選擇。刑罰的作用，除了應報、個別預防以及一般預防之外[50]，背後牽扯的或許是原住民族在現代生活下無可奈何的經濟、傳統與文化問題。當「草藥」和「山羌」都不是為了生活需要，而是為了非原住民的商業利益需求時，實務見解出現輕刑／緩刑的選擇似乎也是一種必然。單單將原住民／族的利益與其他超個人法益作為權衡標的，刑法技術的規範操作，當然不免會陷入有罪／無罪的框架，進而僅能在個案儘量作出輕刑／緩刑的決定。這些問題的深層關鍵價值，毋寧是一種「社會達爾文主義」，但卻只能隱藏在一個個的案件背後，隨著刑罰表面的效用，消失在無止盡的循環當中[51]。

（二）對實務的影響

實體法的層次上，法院對於「價值判斷」的標準，基本上還是應該具備「可預測性」。當然，並不是「一致」就等於好，「分歧」就等於壞。但在類似案件，終究應該要取得相對穩定的看法──可預測性，畢竟還是法律和司法解釋應該追求的目的。然而，從前面「獵槍」、「子彈」類型案例的分歧見解，不論採取何說，似乎都還有待終審發揮統一見解的功能；不過，更快速有效的方式，或許是由行政立法部門依據現有的事實資訊作出合理的判斷。回過頭來說，現今司法實務見解的不同，最直接的影響就是個案被告現實生活中究竟如何措其手足的問題[52]。**間接影響的，包括實務上的第一線的警察處理態度，乃至於檢察官、法官對於案件的認定，因著不同的價值判斷，導致案件處理上的躊躇不前**。在與前揭案件相關的偵查實務的處理，檢察官經常是被動接受第一線執法警察的移送偵辦；而槍砲彈藥刀械管制條例的案件，在實務上經常也是警察受到「績效要求」的類型。未來固定的見解會如何，雖然還在未定之天，但可以預見的是：在變動的實務見解下，短期內不論是如何種類的案件（尤其是槍砲案件），未來仍然會源源不絕。縱使是前述提到相對穩定的見解，也仍然必須面臨刑罰的問題（詳後述）。

最後，姑且不論實體法的標準一致與否，從程序法上來說，看起來相對明確的標準，訴訟證明也仍然常常出現「如何認定」的窘境，更使上揭類型的案件認定困難程度雪上加霜。實務上最大的困擾是：對於涉及「原住民傳統文化」的判斷，經常出現存在（續）與否不明的情形。簡之，就是訴訟證明問題。

十、犯罪後之態度。

[48] 刑法第 74 條第 1 項：
受二年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，而有下列情形之一，認以暫不執行為適當者，得宣告二年以上五年以下之緩刑，其期間自裁判確定之日起算：
一、未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者。
二、前因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後，五年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者。

[49] 犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑。

[50] 刑罰功能僅參見黃榮堅，註 1 書，第 13 頁以下。

[51] 例如黃榮堅，註 1 書，序文指出：「面對全球化之新自由主義（neoliberalism）的風潮，個人人格要被開放，**所以廣大勞動者要在血汗工廠『追求卓越』，換來每個月新台幣兩、三萬元以支應一家人生存所需**。……**所以像非洲人必須與血鑽石為伍一般**，我們的生活不能沒有三聚氰胺，不能沒有瘦肉精，也不能沒有 SSCI。抽象層面上，法律體系作為國家概念的一個環節，其刑事法理論也不例外的在『自由』的旗幟底下開放。……第一個面向是對於國際強權的開放…第二個面向是對於國內社會人民的開放…最後一個面向是對於執政者之私人的開放…… 以上三個刑事法理論開放的面向，不但技術上不可分割，**更重要的是背後一致的哲學，亦即統治人類價值思維領域者仍然是生物學上的達爾文主義**」，可供參考。

[52] 許澤天，註 1 文，第 270 頁：「較為一般人忽略的，制裁條款尚會成為國家追訴機關啟動刑事追訴之理由，使得僅據犯罪嫌疑的人民面臨強制處分……與其他如媒體報導等伴隨刑事程序的不利情狀，而產生『**程序本身，就是處罰**』（The Process is the Punishment）得干預現象」，並參同頁註腳 20 引用林子儀、李震山大法官釋字第 646 號不同意見書之節錄。此外，當然，部分「不當期待」的來源未必是法院見解的問題，而是「訴訟文化」的問題。然此非本文所能探討，於茲不贅。

二、程序法：訴訟證明的關鍵

對於原住民／族的生活、習慣，並非往往能夠讓一般法官、檢察官，以及警察所能知悉。縱使具體案件的承審法官、承辦檢察官常在同一地生活，也未必能以「法院職務上已知」或「眾所周知」來認定事實[53]。到了最後，還是回到訴訟程序上關鍵的老問題，就是：如何澄清系爭事實？

「訴訟證明」問題，一言以蔽之，就是實務上對於原住民／族的生活習俗極為欠缺「堅強的澄清來源」，在刑事訴訟法的證據方法來說，就是欠缺「鑑定人」的選任來源[54]。畢竟，「文化傳統」或「生活習慣」，恐怕並非被告或檢察官──甚至是法院說了就算。現行實務上，對於涉及文化傳統與生活習慣的案件，實務工作者未必具備解讀／否證的能力，也因此才會對於相同的證據資料，有不同的評價。和原住民／族相關的案件，除了森林法、槍砲彈藥刀械管制條例、野生動物保育法案件之外，形形色色的案件也可能出現原住民的文化價值問題，而這類的文化價值問題，都未必如我們所想像，卻關係著個案的認定。

肆、從特別到一般

一、若干實務見解的評釋

（一）森林法案件

風倒櫸木案中，依照該案訴訟流程與判決結果來看，其實針對案件本身來說，專家證人和台大的人類學調查報告，是本案的關鍵。而「如何」解讀（→涵攝）專家證人的證詞和學術報告，也成了有罪與否的主要依據。重點在於：「本案被告的行為，是否主觀有不法意圖，或客觀上有否構成要件的倫理非難性；或有否阻卻違法」。實則，前者在主觀不法意圖的層次上，後者則在阻卻違法，但思考層次仍然是：「被告等人搬走了櫸木」（符合森林法盜伐的構成要件）→「規範上可容許」（森林法第 15 條等）的流程。倘若如此，則依照多數看法的的「三階犯罪階層理論」，被告等人所為的行為，仍然受到「規範訴求」應該特別謹慎的[55]。換言之：僅是因為有阻卻違法事由，因此不構成不法而已。但如果依照憲法和原住民基本法的規定，其實原住民對於自己傳統領域的使用，似乎自始應該是原住民自治的範圍；國家的森林法規範，也應當僅僅是避免「恣意濫用」的情形。因此，倘將原住民傳統領域的利用行為作為「原則」，而「禁止規範」作為例外情形，而作出對於本案被告的有利推定，不難發現思考流程應該是「被告搬走櫸木」（原則容許）→「訴訟上證明規範不允許」（例外禁止：非作為部落使用等）。在構成要件該當性與違法性的考

---

[53] 刑事訴訟法第 157 條：「公眾週知之事實，無庸舉證」，最高法院 82 年台上 6213 號判例要旨：「刑事訴訟法第一百五十七條所稱無庸舉證之『公眾週知之事實』，係指具有通常知識經驗之一般人所通曉且無可置疑而顯著之事實而言，如該事實非一般人所知悉或並非顯著或尚有爭執，即與公眾週知事實之性質，尚不相當，自仍應舉證證明，始可認定，否則即有違認定事實應憑證據之法則」。同法第 158 條：「事實於法院已顯著，或為其職務上所已知者，無庸舉證」。最高法院 94 年度台上字第 4035 號判決要旨並提到：「……所謂事實為法院職務上所已知者，指該事實即屬構成法院之法官於職務上所為之行為，或係其職務上所觀察之事實，現尚在該法官記憶中，無待閱卷者而言。苟該事實仍有待專門學問之人診察或鑑定，始足以判斷者，自不包括在內」（該案為毒品案件，但對於「公眾週知」的解釋可供參考）。

[54] “Sachverständiger”, dazu Vgl. Beulke, a.a.O.(Fn.1), Rn. 197. 並參照林鈺雄，刑事訴訟法（上），第 545 頁。

[55] 黃榮堅，基礎刑法學（上），第 185 頁：「採取三階層理論者認為，犯罪構成要件該當與違法性的兩分法據有訴求作用（Appelfunktion），亦即可以警告行為人，在具備犯罪構成要件該當性的情況下，即使有阻卻違法的前提事實存在，他的行為在根本上還是侵害了他人的法益，應該保持特別審慎的態度，也應該注意到他的行為的合法性」。並參同頁黃榮堅教授的批評。

慮上，亦有區別。

然而回到其他的森林法案件，實則可以發現類似「風倒櫸木案」的爭議問題，在實務上絕無僅有。從這樣的情形似乎也可以窺見：森林法的案件如果擴大案件量來看，重點不是有無違法，**反而是刑罰問題**。但相對穩定的輕刑／減刑／緩刑，所考量的個案因素往往是出於被告個人的經濟問題；出於此種因素的考量，以易刑處分或短期自由刑的處罰，換來的卻是缺點大於優點的刑事執行效果[56]，以及無法追訴的幕後黑手（要盜取森林產物也要有買家才行），使得相關森林法案件的刑罰效用愈發薄弱。因此，是否要採取更積極的行政作為以取代刑罰，值得深思。

（二）槍砲案件與野生動物保育法

從上述的案件可知：原住民持有獵槍部分，司法實務大致上已經形成共識：在有證據可得釋明被告倘若具有**原住民身分**，且有**從事狩獵、祭典等活動**的事實（不限於長期維生），原則上對於「獵槍」的認定採取了比較寬鬆的審查密度。但是對於「**子彈**」，就是以較為嚴格的態度認定。這樣的看法，不難發現是始作俑者是內政部警政署的函釋。對於「獵槍」與「子彈」的形式認定，內政部警政署先後主要有兩號函釋，分別是 87 年的台內警字第 8770116 號及台內警字第 1000870215 號。兩號函釋雖然時隔 10 餘年，但對於子彈合法範圍的認知內容差別並不大。前者認為「**『射出物』：指供自製獵槍引爆槍管內火藥後發射之用，填充於槍管內，遠小於槍管內徑之固體物，如玻璃片、彈丸等，且不含具有彈頭、彈殼及火藥之子彈**」，後者認為「**所謂填充物，係指可填充於自製獵槍槍管內，遠小於槍管內徑之固體物如玻璃片、彈丸等（與制式獵槍所使用之具彈頭、彈殼及火藥之子彈不同），供發射之用**」。

這樣的函釋與嚴格態度的見解，或許是因為憂慮子彈的流竄而造成法益危險，其來有自。但似乎根本地忽略了原住民在持有與獵槍相合的子彈時，也是為了該自製獵槍擊射所用的用途。姑且不論「祭典」與「狩獵」的用途未必相同，界線為何相同的問題；現實上限制原住民只能依恃這樣的「獵槍子彈」作為「供作生活工具」－如同部分實務見解－也似乎是禁絕了原住民在法益與風險平衡的狀態下，追求不同古往的狩獵用具可能性──照這樣來說，槍砲彈藥刀械管制條例其實不需要開放原住民持有獵槍，反而要澈底禁絕，並且要求於原住民族用弓箭狩獵才是[57]。其實，從法益的觀點來看，禁止槍砲、子彈的製造、交付、持有，毋寧是為了一般的生命身體法益受害風險而設的抽象危險規範[58]；但在供作原住民生活工具的情形，且在火力不至於太過強大的情況下，似乎不會有法益顯然失衡的情形。準此，有無必要就「子彈」限縮出罪的範圍，似仍值

---

[56] 短期自由刑是「**短得不足以使人變好，長得卻足以使人變壞**」的制度，宜允慎用，就此請參林鈺雄，新刑法總則，第 25 頁。再加上原住民在這類犯罪原因均常為經濟因素，因此易科罰金未必可行，分散而長期的易服社會勞動，對於經濟弱勢的原住民來說，恐怕也是難以承受之重。

[57] 例如宮本延人，高砂族の物質文化，吳建翰譯，高砂族的物質文化，原文收錄於：民族學研究 18(1-2): 41-48 (1954)，收錄於：伊能嘉矩等著，滿田彌生、蔣斌主編，石村明子、吳建翰、張家銘譯，原住民的山林及歲月，註 1 書，第 101 頁以下。該文即提及過往原住民族的武器包括火槍、弓箭、長矛與刀等，「**火槍得自漢人商販或者走私販**」，且「**由他們親手改造的火繩式為多**」（第 102 頁、第 118 頁）。另外，實務見解例如：花蓮高分院 102 年上訴字第 43 號判決，分別剖析歷來函釋、最高法院見解、原住民使用火槍歷史，並自憲法的平等原則、體系正義觀點、法學方法的歷史解釋、目的論解釋，正確地指出：「**原住民自製之槍枝在簡易構造之前提下，且本於其文化傳統所形成之特殊習慣，專為其於生活中從事狩獵、祭典等活動使用之限制下，應容許適度之改良**」。

[58] 並參考釋字第 669 號解釋理由書：「槍砲彈藥刀械管制條例第八條第一項規定：『未經許可，製造、販賣或運輸鋼筆槍、瓦斯槍、麻醉槍、獵槍、空氣槍或第四條第一項第一款所定其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲者，處無期徒刑或五年以上有期徒刑，併科新臺幣一千萬元以下罰金。』**係為防止暴力犯罪，以保障人民生命、身體、自由及財產等之安全，立法目的符合重要之憲法價值**」。

思考。誠然，以「立法者」仍然禁絕、法益風險考量的理由，司法裁判對於立法機關權衡的作為，並非毫無道理[59]；把這樣的見解不一怪罪司法機關，可能不太公允──畢竟立法機關的立法先天不足在前，行政機關的函釋後天失調在後，要求司法機關在不算太長的期間內，在各個法院、法官獨立審判的情形下，要形成固定見解，似乎強人所難。因此，除了倚賴最高法院一槌定音外，最節省資源也最讓第一線執法的警察處理有明確依據的方式，還是必須透過行政部門、立法機關再次透過現有的事實資訊，明確畫出規範[6061]。

相對於「獵槍」、「子彈」分歧的不法要件見解，槍砲彈藥刀械管制條例與野生動物保育法案件的量刑，大致上也是相對穩定的輕刑／減刑／緩刑。但這樣的結果，看來卻使得行政、立法部門似乎越顯怠惰[62]。不論是不知從何而來的行政部門（關於槍枝和子彈）函釋，也不論是究竟基於何種價值選擇的立法，看來並沒有隨著時間經過，而有明顯不同的選擇。刑事立法與司法的肥大化，並不是新聞[63]；本來應該仰賴行政部門、立法部門乃至於民事司法的案件，因著實務上無力或根本不放心力，刑事司法的刑罰作用反而也愈顯無力。原住民的「獵槍」、「子彈」、「動物」案件，從實務的運作情形看來，更像是犯罪的生產線，而不像是刑罰的預防功能。

二、「普通」的「特別」問題

（一）共通的實體法問題

承前所述，從特別刑法抽繹出的一般問題，涉及的深層關鍵是原住民族／非原住民族的摩擦，以及原住民族集體權、傳統文化與現代諸類型法益衝突的議題。而這類議題，在刑法也看的到潛藏的影子。如果說，本文前述的特別法問題涉及的是原住民族傳統文化與「超個人法益」間的衝突，或許火苗還沒有想像中旺盛；但涉及原住民／非原住民「個人法益」之間的衝突，就更可突顯這樣的價值議題。例如嘉義地院 92 年度簡上字第 151 號判決所記載的事實是：「……父子……於民國九十二年二月十九日下午三時四十分許……途經該公路四四點二公里路段即汪建光承租之里佳村大埔事業區第一一七號林班地旁時，見車牌號碼ＲＫ—九一七○號汽車停放路邊，（某人）在車外逗留，二人乃下車，由（父）予以盤問，（某人）答以上山採蜜，（父）又見（某人）乘用之汽車內有蜂蜜一桶重約三十五臺斤（未實際測重）及採蜜器具、濾網……（父）揚稱：「山是我的，所以蜂蜜也是我的。」不顧（某人）解釋蜂蜜係養蜂所得，趁（某人）不備，自行開啟（某人）乘用之汽車後車廂門，將該桶蜂蜜搬下，再由（子）搬入二人乘用之汽車內，而搶奪該桶蜂蜜，得手後隨即離去」。該案中，被告父子辯解的主要理由是：該人形跡可疑，蜂

[59] 簡之，就是原住民傳統文化與防止暴力犯罪，保障生命、身體、自由及財產等之安全的利益權衡，已經由立法部門作出決定。

[60] 許澤天，註 1 文，第 286 頁指出：立法機關擁有評價優先原則，但也有義務從事事實調查工作，如否，則限制基本權的行為條款仍屬違憲，而非理性地濫用評價優先權限，也無法通過適宜性的審查。

[61] 現行制度下出現的難解問題是：在立法部門的指示可能未盡明確，而分屬不同機關的－刑事審判與憲法審判－權限時，目前對於「判決」本身目前並沒有憲法訴願的管道，在「法律可能合憲，但判決對於法律的解釋可能違憲」的情況時，就會出現憲法救濟的漏洞。甚至，倘若在大法官作出合憲宣告或定期失效的違憲宣告時，很有可能導致司法部門以外的權力機關予以漠視個案的窘境，以及在落日前惡用的狀況，這也是本文並未主張交由憲法法庭裁判的原因。

[62] 王皇玉，原住民犯罪與不法意識之研究──兼評新竹縣尖石鄉風倒木竊取案件，註 1 書，第 278-279 頁，針對「子彈」未除罪的立法認為：「目前特別刑法對於原住民基於傳統文化得以除罪化的規定，往往只有『半套』」；另參照許澤天，註 1 文，第 30 頁，於探討法定刑過於嚴苛的立法時，引用許玉秀大法官於釋字第 646 號的不同意見書指出：倘若此種情形均依賴刑事訴訟法的職權不起訴（第 253 條）緩起訴（第 253 條之 1）、刑法的減刑（第 59 條）、緩刑（第 74）時，則「該等司法權調節制度的存在，正好變成立法者違憲侵害人民基本權的幫兇」。可值參考。

[63] 林山田，註 1 書，第 48 頁。

蜜來源也有問題，父子是要將蜂蜜送到派出所當證物，因為父是鄒族頭目，得悉親人過世，依習俗必須趕赴弔喪，所以先抄下陳登茂的車牌號碼，打算回程再向派出所報案，沒有搶奪的不法所有意圖等詞。而在判決理由中，法院首先對於所謂「行跡可疑」的辯詞認為：「……被告等既自承其承租之林班地內只有野蜂築巢，沒有養蜂（本院第二審卷第一六三頁），顯未生產蜂蜜，且公路本為任何人得自由往來、停留之處所，被害人客觀上更無進入林地竊取蜂巢、採取蜂蜜之現行犯舉止、表徵，足使被告等對其產生在林班地內竊盜之合理懷疑，自不得因被害人適巧路過休憩，即以被害人形跡可疑，彼等權益受損為藉口，進而掠取被害人之蜂蜜，是被告等有搶奪之不法所有意圖甚明」。且認定被告等人取走蜂蜜後也從未報案，也沒有抄下車牌號碼（判決理由（三））。至於文化衝突的問題，法院注意到了憲法增修條文第 10 條、第 12 條保護原住民族文化的規定，但也指出私人財產權的保障是憲法第 15 條的規定認為：「.....因此，凡涉及原住民族與非原住民族之權利衝突事項，除法律基於正當理由，另以明文規定對於原住民族特別採取較優勢保護外，尚不能因原住民族係眾所公認之弱勢族群，即允其逸脫一般法律規範，對於他人之財產法益予以侵害」。

從判決的理由看來，應該是指利益的權衡，是交由立法機關處理，除非立法有差別性優惠待遇，否則無法在法律規範下採取過度造法的看法，因此仍然必須回到一般刑法的階層理論去解決。緊接著，法院就「不法意識」的問題認為：「刑法第十六條前段規定，不得因不知法律而免除刑事責任，而搶奪本為文明社會一致處罰之行為，被告（父）供稱於日治時期曾就學三年，被告（子）供稱學歷為高中畢業（本院第二審卷第一六三頁），且被告（父）陳稱其為鄒族頭目，並自許為『質樸木訥、認真盡責、恪遵傳統祭儀禮之男子』』……另依公知之鄒族習俗，被告（子）將來亦有可能繼承其父之頭目職銜，顯見二人均為文明社會之成員，且為該原住民族現在與未來之精神領袖，彼等當認識『不得搶奪』乃放諸四海皆準之道德規範與法律誡命，是本案被告並不存在對於刑法禁止規範不知或認識錯誤之情狀」，因而認定被告父子所辯解的：「我們並沒有想要欺侮任何人，並沒有想要傷害任何人，我們只是在不懂法律的狀況下，很多的行為我們沒有辦法知道我們在做什麼」、「在我的觀念裏頭認為這個蜂蜜是從我的林班地裏盜採，在我的觀念裏頭就是占有我本人的權益」說法並不可採。最後駁回上訴，維持原審的被告有期徒刑及緩刑 2 年[64]。

甚至現代「智慧財產權」制度下的實務案件，也有這類價值衝突的情形。例如智慧財產權法院 97 年度刑智上易字第 27 號案件中，被告涉嫌改作「涼山情歌」，其所持的辯解恰恰也是該歌曲是合併民國 59、60 及 62 年間在林班流傳的歌謠「自從和你認識了以來」及「難忘的心上人」，而且這些歌在五燈獎唱過很次，還被公開發行[65]。但仍經法院駁回並判處有期徒刑是 6 月，量刑

[64] 相關評釋參吳豪人，註 1 文，第 650 頁；王皇玉，原住民犯罪與不法意識之研究──兼評新竹縣尖石鄉風倒木竊取案件，註 1 書，第 274 頁；林孟皇，註 1 書，第 424 頁以下。

[65] 「……被告……辯稱：(一)「涼山情歌對唱組曲」是其合併其於 59、60 年間在大社林班創作之「自從和你認識了以來」及 62 年間在舊平和林班創作之「難忘的心上人」2 首歌曲而來，對唱組曲在 60 年間即已在林班流傳；(二)其未曾聽過羅○○著作之「涼山情歌」，是在歌謠祭看到羅○○提出之『涼山情歌』歌譜才發現與其歌曲很像；(三)又羅○○之涼山情歌歌譜是 F 調，根本無法彈奏演唱，可見該首歌是羅○○聽來後抄寫的，不是羅萬斗原創； (四)其於 96 年 9 月提出所著作之『涼山情歌合唱曲』及『涼山情歌對唱組曲』時，張○○與溫○○在電視五燈獎五度五關節目上已經公開演唱系爭歌曲多次，此為眾所周知，且於 69 年 2 月海山唱片公司已將張○○與溫○○在電視五燈獎五度五關節目公開演唱之系爭『涼山情歌』納入為山地民歌專輯之一公然發行，是『涼山情歌』已經被公開改製、演出、散布之高度侵權情形下，而未見告訴人採取任何行動。復自 62 年間以來『涼山情歌』未曾附註告訴人為作詞作曲者，導致外界社會人士普遍均認知其為無著作權之歌曲；況被告於 96 年 9 月提出所著作之『涼山情歌合唱曲』及『涼山情歌對唱組曲』之前，已將上開著作提出於歌謠祭籌備會議，嗣經四次會議，各社區理事長、村長與告訴人均一同參加，此期間無人對其創作有所質疑不妥，告訴人亦未表異議，故縱認涼山情歌為告訴人所創作，亦因有上述之情況而難認其有未經同意而擅自改

理由則是：「……爰審酌被告剽竊他人智慧結晶、漠視他人著作權，所為實不足取，且否認犯行，毫無悔意，迄未與告訴人達成和解，賠償告訴人之損失，以及系爭『涼山情歌』已傳唱 30 餘年，年代久遠，致其著作人……固為被告所知悉，惟經本件偵查及審判過程詳予調查始獲釐清，暨其素行、犯罪動機、目的、手段，對告訴人所生危害等一切情狀，量處如主文所示之刑，並諭知易科罰金之折算標準」。

與前述的若干實務見解處理模式如出一轍，上述兩個判決也同樣是認定有罪但以輕刑／緩刑終結。但無論是本文前述的「森林」、「槍砲」、「動物」乃至於「搶奪」或「智慧財產權」案件，除了少數案件外，對於不法意識的處理和量刑的問題，在目前的現實上似乎僅能繫諸裁判者的一言而決，而沒有另外的出路[66]。

（二）共通的程序法問題

如本文前述的特別法案例，程序的共通問題是欠缺特別知識以輔助法院判斷的「鑑定人」。這樣的程序法問題，並不只是出在特別刑法案件，以前述的「頭目搶奪案」為例，似乎也沒有看到有相關的鑑定人出現[67]。又例如近來的「摸阿力力案」，被告涉嫌在擺設於甲男住所廣場前之藤椅上，反覆用手撫摸甲男之生殖器為強制猥褻之行為。一審台東地院以 101 年度侵訴字第 8 號判決不受理，認為該案僅有涉嫌性侵害防治法的問題，而無強制猥褻，其中主要的理由就是甲男祖母證稱：「……按照伊的經驗，被告摸伊孫子的小鳥是因為伊孫子父母親不在了，伊弟弟、妹妹都很疼他們，跟他們在那邊玩，又不是故意脫褲子給他摸，我們有一個原住民的習俗是疼愛孫子，阿公給你摸有沒有長大了，……我們是原住民，我們從小也是會這樣子摸自己孩子的小鳥，就是疼小孩，伊也是會摸孫子的小鳥，伊跟他們玩，這也不是什麼大事情」，加上其他證人在法院證述摸的時間、次數並不若甲男在警詢所述的情形，後來撤回告訴，因此判決不受理。檢察官進一步上訴到花蓮高分院，依據花蓮高分院判決書所載的理由，檢察官上訴意旨是「……甲男於警詢中指述被告摸小鳥很多次，被害人父母死之前，被告都不敢摸，被告有多次撫摸甲男性器官之行為，而且被告撫摸的時間很久，由下往上撫摸，足證甲男所述非虛，其證詞應可採信，被告以強制力長時間不顧甲男推拒，違反甲男意願強行猥褻，自構成強制猥褻罪等語資為上訴之理由」[68]。而花蓮高分院除了考慮現場狀況的因素外，進一步將原審調查的證人證詞列出，包括衛生所主任、部落長老及樹德科技大學人類性學研究所一編題為「臺灣排灣族性文化的調查研究」之碩士論文認定確有此習俗，對於檢察官上訴意旨則以「……被害人未滿 14 歲，對於時間尚乏明確的觀念，自難僅以警詢中片言隻語，即行認定被告確實有長時間撫摸猥褻被害人性器官之犯行。況且，依照前述排灣族之習俗，被告身為被害人之舅公，撫摸晚輩生殖器，其行為之模式既為排灣族習俗所容許，自難僅以被害人前後不一之陳述，認定被告確實有長時間撫摸被害人生殖器，

作系爭歌曲之故意云云」。

[66] 例如林孟皇，註 1 書，第 428-432 頁，指出以多元思維作為核心的公正裁決，可以在同樣的法律體系與語意下重新發現正義，並參照該書第 438 頁，註腳 12 所引用許恆達教授見解（許恆達，規範、良知與文化衝突──從刑法理論反思原住民犯罪的的刑責問題，第二屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會，2011 年 10 月 15 日）。

[67] 從該判決並沒有一併駁回證據調查聲請的記載來看，該案似乎也沒有相關的聲請，故應可排除法院認定無鑑定必要性情況。此外，該案也沒有記載有鑑定證人。

[68] 經筆者查證，該案係台東地檢署 101 年度上字第 93 號，其中上訴理由強調被告撫摸甲男性器官之行為態樣，提出甲男警詢中陳述，主要上訴的論據是：「……阿公摸伊小鳥很多次，從伊父母死後(約於 100 年 6 月 15 日起)一直到 7 月份某天早上止，伊父母死前，阿公不敢摸。阿公每次摸的時間很久，伊有用手將阿公的手推開，但是其力氣很大，伊推不開，伊叫阿公『不要摸，我打電話叫警察抓你喔』，阿公回伊說『好阿，我不怕警察』，且其中 1 次，伊的姐姐有看過等語綦詳(見警卷第 6 頁迄第 9 頁)……」。

被告係以猥褻之犯意撫摸被害人之生殖器」而駁回上訴[69]。

從本文提到的案例來看，不難發現：實務上案件鑑定人的欠缺，在特別刑法案件和普通刑法案件都存在。雖然實務上多有（鑑定）證人或相關「論文」的出現，但能否清楚地釐清待證事實（尤其是被告行為時點的主觀與客觀出／入罪要件），很可能隨著時間無法接軌、證人可能存在的偏頗性，而導致各自解讀的局面。必須要注意的是：和鑑定證人不同[70]，鑑定人在現行法的定性仍然偏向是「從事於補充法院之知識」的「輔助機關」[71]。因此，鑑定人並非檢察官或被告一方的證人，也有「中立性」（impartiality）存在[72]。和「論文」、「研究報告」的不同，鑑定人可以透過法院、被告、辯護人、檢察官的訊（詰）問及審查等嚴格證明的調查程序釐清爭點，讓訴訟參與者都能有檢視、挑戰的機會[73]；而鑑定人的鑑定事項，除了就事實的澄清，也包括法律適用問題[74]；在原住民相關案件中，射程更可以到原住民的傳統習慣及「口傳法」[75]。但無論如何，不論是個人鑑定或機關鑑定，也不論是事前概括選任[76]，或偵查、審理中的具體選任，都仍然要透過「選任」的程序[77]；鑑定人的來源，才是實務上最棘手也無解的問題，必須要透過學術機關或主管機關提供相對應的鑑定人來源才能化解。

三、附論：專庭專股之後

依據各級法院法官辦理民刑事與行政訴訟及特殊專業類型案件年度司法事務分配辦法[78]，其中第 13 條規定：「為妥速審理金融、與工程有關之貪污案件或其他社會矚目之重大刑事案件，司法院得指定法院設置專業法庭或專股辦理」（第一項）。「為保障原住民族之司法權益，司法院得指定法院設置原住民族專業法庭或專股」（第二項）。「前二項案件之範圍，由司法院指定之」（第三項）。依據 2012 年 5 月 30 日修正理由指出：「原住民族基本法第 30 條第 2 項規定政府為保障

---

[69] 相關評釋請參照林孟皇，註 1 書，第 251 頁以下。

[70] 刑事訴訟法第 210 條：
訊問依特別知識得知已往事實之人者，適用關於人證之規定。

[71] 林永謀，註 1 書，第 182 頁。

[72] 刑事訴訟法第 200 條：
當事人得依聲請法官迴避之原因，拒卻鑑定人。但不得以鑑定人於該案件曾為證人或鑑定人為拒卻之原因。
鑑定人已就鑑定事項為陳述或報告後，不得拒卻。但拒卻之原因發生在後或知悉在後者，不在此限。

[73] 林鈺雄，刑事訴訟法（上），第 547 頁：「……法官必須以中立第三人之立場，自主地判斷鑑定人之鑑定意見是否可採」，同頁註 101：「……就本法（按：刑事訴訟法）之設計理念而言，基本上認為專家之專業意見必須接受鑑定程序之檢驗……」，可供參考。

[74] 林永謀，註 1 書，第 183 頁。

[75] 林孟皇，註 1 書，第 435-436 頁。

[76] 最高法院 99 年度台上字第 84 號判決：「現行刑事訴訟法關於『鑑定』之規定，除選任自然人充當鑑定人外，另設有囑託機關鑑定制度。依同法第一百九十八條、第二百零八條之規定，不
論鑑定人或鑑定機關、團體，固均應由法院、審判長、受命法官或檢察官視具體個案之需要而為選任、囑託……然於司法警察機關調查中之案件，為因應實務，或因量大、或有急迫之現實需求，且有鑑定之必要者，基於檢察一體原則，得由該管檢察長對於轄區內之案件，以事前概括囑託鑑定機關、團體之方式，俾便轄區內之司法警察官、司法警察對於調查中之此類案件，得即時送請先前已指定囑託之鑑定機關、團體實施鑑定，以求時效。此種由司法警察官、司法警察依檢察官概括囑託鑑定機關、團體所為之鑑定結果，與檢察官囑託為鑑定者，性質上並無差異，同具有證據能力」（該案為懲治走私條例，惟法條解釋意旨可供參考）。

[77] 刑事訴訟法第 198 條：
鑑定人由審判長、受命法官或檢察官就下列之人選任一人或數人充之：
一、就鑑定事項有特別知識經驗者。
二、經政府機關委任有鑑定職務者。
同法第 208 條第 1 項：
法院或檢察官得囑託醫院、學校或其他相當之機關、團體為鑑定，或審查他人之鑑定，並準用第二百零三條至第二百零六條之一之規定；其須以言詞報告或說明時，得命實施鑑定或審查之人為之。
應予注意：「私請鑑定」，只能回到傳聞法則作為證人，而不能作為鑑定人。參林鈺雄，註 1 書，第 551 頁。

[78] 該辦法係依據法院組織法第 79 條第 2 項訂定，參該辦法第 1 條。

政府為保障原住民族之司法權益，得設置原住民族法院或法庭，故增列第二項規定」[79]。雖然《原住民基本法》早在 2005 年就已經公布施行，但為何上開辦法在 2012 年間－而不再更早之前－才定出原住民族專庭專股的規定，現實上似乎看不出有何特別的原因[80]。

專庭專股的設立，不乏呼籲的聲音[81]；作用除了「保障原住民族之司法權益」外，更細致的解釋則是：「……獨立的司法，目的即在避免政府濫用權力，將人民視為『魚肉』，更可避免多數意志殘暴地對待少數人。因為以多數決作為遊戲規則，在某程度上，也可以說是欺凌少數原住民族的幫兇、壓迫的工具」[82]。不過，專庭專股設立之後，實務上的見解或訴訟進行有沒有太大的改變？從本文整理的案例看起來，看不出來目前整體實務見解有明顯相關連的變動。但在理解專庭專股的作用後，應該可以期待在未來法院的思考脈絡發揮一定功能──簡之，是價值觀與思維的改變[83]。不過，刑罰規範仍在，程序規範也未改動，在鑑定人來源貧乏的狀況下，僅僅法院組織的變動，雖然在思維上可能較容易接受以現有的審查體系找出平衡空間，但在訴訟證明上仍然是無解的問題，現行的作法，似乎是以「文獻」和「（鑑定）證人」來彌補這個空缺；但這樣的作法，在待證事實的精準度來說，和「鑑定人」所能發揮的功用和訴訟資源的節省，仍然還有一定的差距存在。

總而言之，專庭專股的效用雖值期待，但恐怕並非審判原住民／族相關案件的萬靈丹。回頭看實務處理的案例中，在未設立專庭專股之前，也不乏有深入剖析、理解文化的判決[84]。在現行法制下，最急迫也最容易達成的目標，應該是鑑定人來源的確立──在相關傳統文化、生活習俗都可以經由鑑定人形成事實與法律的聚焦後，所有的法庭或法官，都可以是專庭專股。

伍、許多未解的難題──代結論

> 「要明白，在某種程度上，這個龐大的法院組織永遠懸在半空中，如果一個人在他的位置上獨自作了一些改變，他很可能移除了自己立足之地，可能會摔落，但即使受到小小的干擾，那個龐大的組織也很容易就能在另一處加以彌補──畢竟一切都是相連的──而維持不變，甚至可能變得更封閉、更警覺、更嚴格、更凶惡。」[85]

回頭看過去的文獻與實務判決，法律社群其實對於原住民／族歷史的研究與高呼檢討的聲浪

---

[79] 相關設立過程並參照：林孟皇，註 1 書，第 413 頁：「司法院於 101 年 10 月 16 日發布新聞稿指出：審酌原住民事務的特殊性，基於對原住民族傳統習俗、文化及價值觀的尊重，並為落實《原住民族基本法》的規定，充分保障原住民族的訴訟權益，本院已發函指定臺灣高等法院所屬桃園、新竹、苗栗、南投、嘉義、高雄、屏東、臺東、花蓮等 9 所地方法院，自 102 年 1 月 1 日起設立原住民族專業法庭（股），同時函釋審理案件範圍及案號字別」。

[80] 並請參照原住民基本法第 30 條：「政府處理原住民族事務、制定法律或實施司法與行政救濟程序、公證、調解、仲裁或類似程序，應尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化及價值觀，保障其合法權益，原住民有不諳國語者，應由通曉其族語之人為傳譯。政府為保障原住民族之司法權益，得設置原住民族法院或法庭」。第 34 條：「主管機關應於本法施行後三年內，依本法之原則修正、制定或廢止相關法令」。

[81] 例如王皇玉，原住民犯罪與不法意識之研究──兼評新竹縣尖石鄉風倒木竊取案件，註 1 書，第 279 頁：「前面這些刑事判決（按：槍砲、森林法案件），顯示了司法人員對原住民傳統文化行為仍存著誤解、不解與隔閡，更凸顯了我國司法審判體系下，應設置原住民專屬法庭的必要性，如此始能改變目前原住民族所面臨的司法不利處境」。

[82] 林孟皇，註 1 書，第 423 頁。

[83] 林孟皇，註 1 書，第 436-437 頁，指出：在現行司法行政對於專業法庭（股）有類型過多、欠缺專業，且法官絕大多數非原住民身分的問題，而原住民專業法庭（股）只是保障的第一步而已。

[84] 此外，有些法學方法的問題恐怕也不是價值觀或者思維的問題。例如所謂「普通法」與「特別法」的關係，從個別的規範來說，應該是後者包含了前者的構成要件要素，並且有其他構成要件要素，因此適用上應該以特別規範優先適用；縱使以適用對象、範圍的不同加以區分優先順序，特別刑法也是針對特定人、事、時、地的特別需要而制定的刑法規範（林山田，註 1 書，第 46 頁），但若不同規範的性質彼此間沒有特別畫出來的目的或範圍，甚至「某部法律」本身所規制未必和「他部法律」的目的、範圍僅有部分的交錯時，能否以「特別法」優於「普通法」作為理由，恐怕還有疑問。

[85] Kafka, Der Prozess, 姬健梅譯，審判，2013 年 6 月，第 139 頁。

並未少見[86]；但近年實際採行的行動，除了個案之外，似乎對於原住民的地位並沒有太大改變。單就刑事司法來說，就算新近立法採行的「原住民辯護」保護措施，以身分而非實質的辯護能力作為區分[87]，似乎沒有意識到「優惠性差別待遇」可能導致另一種歧視，而辯護人是否也全面的作好準備，並沒有太多的資訊。此外，也不禁讓人存疑以形式的區分固然省事，但實際上是否產生資源分配的不均和無效率[88]。再者，當焦點放在原住民族的集體權以及文化傳統時，原住民族長久的傳統文化與非原住民的觀點，乃至於與「近現代西方法制」的扞格[89]，似乎還有一段路要走。移開了這個眼光，到達另一個層次──亦即，原住民個人與原住民族的傳統文化──的摩擦衝突似乎已經隱隱然浮現。但無論如何，在刑罰的效能似乎有些失靈的情況下，刑事程序的承載與無限增益，卻只能徒耗資源，讓個案中的原住民進入刑事案件的加工生產線。當「犯罪人」一批接著一批製造出來時，各該條款的需刑罰性，應該到了再行檢視的時間了[90]──刑罰，真的是這類型案件的「最後手段」嗎？。

再者，現實上，價值觀的衝突，已經導致原住民（族）和非原住民之間──乃至於原住民（個人）和原住民族（群體）之間，摩擦的情形時而可見。刑事司法上，前者的問題，在現行的制度下，或有其解決管道；但後者的問題，在「**原住民族傳統文化**」和「**原住民個人價值觀**」開始衝突時，國家究竟要否介入、如何介入，甚至在「過度干預禁止」（Übermaßverbot）與「保護不足禁止」（Untermaßverbot）間的立法、司法衝突，很有可能成為未來的新課題[91]。而後者，並不是以「**原住民族傳統文化**」就可以作為順利解決的手段。

目標往往無法一蹴可幾，綜上所述，消除困難的方式，**最有效也最可行的短期策略，應該是建立鑑定人來源及整合資料庫**[92]，讓刑事偵審的檢察官、法官甚至是律師──乃至於其他執法人員，可以經由這些證據及資料瞭解個案衝突所在，避免具體個案原住民的傳統文化問題，隱而未現，或因為誤用而延宕訴訟。這樣的訴訟資源，在往後可能發生相關的民事訴訟、行政訴訟都應

---

[86] 例如王泰升，註 1 書，第 19-23 頁（及所引用的文獻）；李建良，淺談原住民族的憲法自治，註 1 書，第 349-355 頁；吳豪人，註 1 文，第 650 頁，早在 2004 年即認為：「**其實從整個人權大勢觀之，原住民走向自治，甚至獨立，已經是天風海雨，逼人而來。其他族群無非裝聾作啞，意圖拖延而已**」。

[87] 刑事訴訟法第 31 條第 1 項

有下列情形之一，於審判中未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人或律師為被告辯護：

一、最輕本刑為三年以上有期徒刑案件。

二、高等法院管轄第一審案件。

三、被告因智能障礙無法為完全之陳述。

四、**被告具原住民身分，經依通常程序起訴或審判者**。

五、被告為低收入戶或中低收入戶而聲請指定者。

六、其他審判案件，審判長認有必要者。

[88] 例如林鈺雄，刑事訴訟法（上），第 211 頁註腳 8 分析立法列舉的指定辯護及強制辯護事由共通基準，經由比較歐洲人權法院發展的基準，要之有：1、**欠缺資力**，2、司法利益考量，包括**案件複雜程度、被告在無律師協助情形下有無能力勝任本案程序的進行、本案可能刑罰效果的嚴重程度**。現行刑事訴訟法第 31 條第 5 項，雖然有規定「**被告或犯罪嫌疑人因智能障礙無法為完全之陳述或具原住民身分者，於偵查中未經選任辯護人，檢察官、司法警察官或司法警察應通知依法設立之法律扶助機構指派律師到場為其辯護。但經被告或犯罪嫌疑人主動請求立即訊問或詢問，或等候律師逾四小時未到場者，得逕行訊問或詢問**」，但此一規定，除了仍然是以形式上的「原住民身分」為依據外，場景也似乎鎖定在訊、詢問的情形，而非整體偵查程序的全程辯護介入。僅以「原住民身分」在偵查、審理中一概地強制辯護，似乎不若直接就偵查中針對無資力或一定條件的原住民有強制辯護權，集中資源後，更能保護弱勢原住民的權利。例如，偵查程序，除了訊、詢問之外，還可能有很多強制處分及證據蒐集（調查）的程序（如搜索、勘驗），甚至被告也可得聲請調查對自己有利的證據，這些情形，在弱勢的原住民涉入刑事案件後，在偵查中應該都有倚賴辯護人的必要。

[89] 用語引自王泰升，註 1 書，第 101 頁。

[90] 許玉秀大法官於釋字第 594 號解釋協同意見書：「在國際刑法思潮中，自從 20 世紀 50 年代以來，刑法學理檢討刑事立法時，在法理（法釋義學）上的檢驗準據是應罰性(Strafwürdigkeit)，在刑事政策上的檢驗準據是需罰性(Strafbedürftigkeit)」。

[91] 並參許澤天，註 1 文，第 284 頁：「**刑法具有『雙面刃』的性質，一方面干預人民基本權，另方面也在旅行國家保護基本權在內之公益義務，而有所謂的『不足禁止』**（Untermaßverbot）**知要求**」。

[92] 例如蔡志偉，註 1 文，第 106 即有提到相關學門已經獲致為數可觀的數據資料、研究成果。

該有其作用；本文雖然聚焦在刑事司法的問題上，但未來不管是民事訴訟、行政訴訟，應該也會面臨原住民／族的集體／個人權利問題；專業的鑑定人來源的提供，對於司法實務以及原住民／族權利的實現，應該是較為可行的方針。其次，立法上的「刑罰迷思」或許短期內難以破除，增訂相關條文鼓勵行為人提供線索追訴上游來源者，讓相關案件的原住民有較多的出罪或免於追訴的機會，或許也是刑事政策上一條可行的方向。**長期來看，應該檢討刑罰的效用**，節省下來可觀的刑事司法資源，應當可以注入更多的支援到行政部門乃至於非政府組織[93]。最後，可以思考的是，不僅要將原住民／族的「權利」還諸於原住民／族，也應該要將原住民／族的「權力」還諸於原住民／族──只要能夠設立相當的個人保護機制（例如原住民和原住民族間的衝突），讓原住民族就自治事項委由原住民族自行處理，實在不必過於介入[94]。甚至，刑事司法的「法庭」──或者稱，「裁決機制」，都未必要如現行刑事訴訟制度進行[95]。

原住民的文化、生活和價值──或許會隨著時間，會有不同的變化，或許也會隨著空間有所差異，但是，終究不應該是在法庭上形成，也不應該由法庭作最後的決定[96]。

---

[93] 許澤天，註 1 文，第 315 頁，正確地指出：「**在有限的刑事司法資源下，浮濫的刑事立法，只會導致實務工作者為求避免超量的工作負荷，更加選擇辦案的態度，以致降低整體犯罪追訴的能力，進而降低刑法的威嚇效果，而使法益無法獲得有效之保全，甚至讓人民產生是非價值判斷上的遲鈍與無所謂的態度**」。這一點在原住民相關案件應該更有實益。

[94] 李建良，淺說原住民族的憲法權利，註 1 書，第 363 頁：「……**『原住民自治』的理念與制度設計，基本上與『地方自治』類同……此等權利與權力，究僅屬法律層次，抑或源自憲法，乃至於國家能否放棄部分的權力（特別是立法權、司法權）……若從『依民族意願』作為立法者訂定相關原住民族法律的前提要件以觀，可以推知其應屬為原住民族『量身訂作』的法律體系。……從而自治體制及其相關配套機制的建立，毋寧是當然的結果**」。其他法理上的推解，亦請參照同作者，憲法變遷中的原住民族權利－原住民族自治權的法理論述－，註 1 書，第 385 頁以下。

[95] 例如林孟皇，註 1 書，第 433-434 頁，引用湯文章法官的意見（湯文章，原住民族在訴訟法上地位之研究，憲政時代，第 31 卷第 1 期，2005 年 7 月，第 53 頁），認為：輕微案件給與一定的刑罰效力、並可設立榮譽制的部落警察執行等構想，是極富創見且具可行性的。此外，縱然是「法官」有選任來源的疑義，但只要裁決機制只要是依法建構，且中立性與獨立性無虞，其實也不是不能交還給原住民／族自身處理。以歐洲為例，歐洲人權法院（European Court of Human Rights, ECtHR）就針對歐洲人權公約第 6 條的「公平審判條款」認為，「法庭」應該是實質定性依法建構而中立、獨立者，而不拘泥於形式（Trechsel, *supra* note 1, at 47-49）；實則，在不同的內國裁判者來源，也並不完全相同（例如德國的「名譽法官」（"ehrenamtlicher Richter". Dazu vgl. auch Meyer-Ladewig, a.a.O.(Fn. 1), Art. 6, Rn. 29a），並不會有太大的問題。

[96] 本文完稿前，據報載（聯合報，102 年 9 月 12 日）有標題為「首例！國有林地葬母 原民判無罪」之報導。經筆者查證後應為台北地院 101 年度審訴字第 1139 號判決，且似非原住民專庭／股。該判決中，引用證人蔡○○（族人，新北市某里幹事兼調解委員會秘書）、黃○○（部落長者），證人蔡○○（族人，某里幹事）之證詞，並「函詢」新北市政府原住民族行政局有關「泰雅族傳統 習慣、文化中，就往生者之埋葬方式為何？是否有將往生者埋葬在祖先墳墓附近之傳統慣習？此種埋葬方式與祭祀 祖先、土地使用之關係為何等問題。並且一併函詢行政院原住民族委員會（102 年 6 月 7 日原民地字第 1020031324 號函）認定「**系爭墓地係位於原住民族傳統領域範圍內**」，衡量法益認為「**是被告於系爭墓地埋葬，並無影響現有之森林保育資源**」，且「……系爭墓地自民國 53 年部落遷移以來使用迄今，其上已有 28 座墳墓，包括被告之父親、兒子等親屬，區 **公所不僅修築階梯、排水溝，每年復撥預算供除草掃墓，** 此墓地雖位於國有林地，但政府已通盤檢討變更編定為公墓用地，**惟因作業疏失，迄今仍未完成相關作業程序，被告於系爭墓地內埋葬，並非於其他國有林地內濫葬**……」，從而：「……系爭墓地位於泰雅族原住民傳統領域範圍，本屬原住民族集體共同使用的山林、河川、海域等空間，包括傳統的獵區、漁區、耕墾及其他自然資源採集區域、傳統祭典、祖靈聖地等土地，**被告依循傳統慣習，將母親葬在原住民傳統領域範圍內之系爭墓地，屬原住民自然資源權利之體現，基於尊重傳統多元文化及原住民對於傳統領域土地使用的深刻關係，自應予尊重、保護**。此外，被告並非濫葬於其他國有林地，故未影響現有之森林保育資源，對於森林並無實質侵害，經權衡尊重原住民傳統文化、森林法保育森林資源之立法目的」，**並認為「被告之行為應不具社會非難性，得阻卻違法 而不成立犯罪**，行為自屬不罰，應為被告無罪之諭知」。在該案中，（鑑定）證人與前述本文情形類似，不過有比較接近「鑑定」的「機關函詢」。因此並不影響本文的脈絡──證據方法仍然有疑，是否能以此充分說服。

附錄：

內政部 87 年台內警 字第 8770116 號函釋全文

發文單位： 內政部
發文字號： （87）台內警 字第 8770116 號
發文日期： 民國 87 年 06 月 02 日
資料來源： 內政部公報 第 3 卷 12 期 100 頁
相關法條： 生活習慣特殊國民獵槍魚槍刀械管理辦法 第 3、6 條 (86.03.24)
要旨： 原住民依生活習慣特殊國民獵槍魚槍刀械管理辦法自製之獵槍之認定

主　　旨：
原住民依生活習慣特殊國民獵槍魚槍刀械管理辦法自製之獵槍依說明認定之，請　查照。
說　　明：
一　「自製獵槍」：指原住民傳統習慣專供捕獵維生之生活工具，由申請人自行獨力製造或與非以營利為目的之原住民在警察分局核准之報備地點協力製造完成,以逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，打擊底火或他法引爆，將填充之射出物射出，非使用具有彈頭、彈殼及火藥之子彈者。
二　「射出物」：指供自製獵槍引爆槍管內火藥後發射之用，填充於槍管內，遠小於槍管內徑之固體物，如玻璃片、彈丸等，且不含具有彈頭、彈殼及火藥之子彈。
三　副本分行：立法委員瓦歷斯、貝林、法務部、本部總務司 (刊登公報) 、法規委員會、臺灣省政府警政廳、台北市、高雄市政府警察局、各國家公園警察隊。

內政部 100 年台內警 字第 1000870215 號

發文單位： 內政部
發文字號： 台內警 字第 1000870215 號
發文日期： 民國 100 年 02 月 11 日
資料來源： 行政院公報 第 17 卷 26 期 4233 頁
臺北市政府公報 100 年第 38 期 51-52 頁
相關法條： 槍砲彈藥刀械管制條例 第 20 條 (100.01.05)
要旨：
「原住民自製之獵槍」係專供原住民捕獵維生之生活工具，其結構性能遠不及制式獵槍，須逐次由槍口裝填火藥於槍管內，以打擊底火或他法引爆
，將填充物射出。須在警察局核准之報備地點，由申請人或與非營利之原
住民製造完成
全文內容：
一、槍砲彈藥刀械管制條例第二十條規定「原住民自製之獵槍」，依據八十六年、九十年修正除

罪化之理由，係乃基於原住民所自製之獵槍，係屬傳統習慣專供捕獵維生之生活工具，且其結構、性能及殺傷力，均遠不及制式獵槍。爰其認定基準如下：指原住民傳統習慣專供捕獵維生之生活工具，由申請人自行獨力或與非以營利為目的之原住民協力，在警察分局核准之報備地點製造完成；其結構、性能須逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，以打擊底火或他法引爆，將填充物射出。所謂填充物，係指可填充於自製獵槍槍管內，遠小於槍管內徑之固體物如玻璃片、彈丸等（與制式獵槍所使用之具彈頭、彈殼及火藥之子彈不同），供發射之用。

二、本解釋令自即日生效。

法務部法檢字第 0960801277 號（座談會）

發文字號： 法檢字第 0960801277 號

發文日期： 民國 96 年 04 月 17 日

座談機關： 臺灣臺東地方法院檢察署

資料來源： 法務部

相關法條： 臺灣原住民基於傳統文化祭典需要獵捕野生動物管理事項 第 5 條 (85.01.26)

原住民族基本法 第 19 條 (94.02.05)

野生動物保育法 第 17、18、19、21 條 (83.10.29)

野生動物保育法 第 4、17、18、19、21-1、41、51-1 條 (93.02.04)

案　　由：

具有原住民族基本法及野生動物保育法所稱之原住民族身分者，基於其傳統文化、祭儀，如未經許可獵捕野生動物保育法所稱之保育類野生動物，是否涉有刑責？

說　　明：

（一）甲說：否定說

1.按原住民得在原住民族地區依法從事獵捕野生動物之非營利行為，原住民族基本法第 19 條第 1 項第 1 款定有明文。次按台灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，不受第 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項及第 19 條第 1 項各款規定之限制，野生動物保育法第 21 條之 1 第 1 項亦定有明文。又觀諸野生動物保育法第 4 條第 1 項之規定，野生動物區分為保育類及一般類之野生動物，則原住民族基本法第 19 條第 1 項第 1 款及野生動物保育法第 21 條之 1 第 1 項僅規定「野生動物」，自包括保育類及一般類之野生動物，原住民自可獵捕保育類野生動物。

2.野生動物保育法第 17 條第 1 項係就一般類野生動物所為規範，同法第 18 條第 1 項係就保育類野生動物所為規範，而同法第 21 條之 1 第 1 項既規定原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕野生動物之必要者，不受第 17 條第 1 項及第 18 條第 1 項規定之限制，自表示原住民如基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕野生動物之必要者，可獵捕保育類及一般類之野生動物。

3.綜上，如原住民未經許可獵捕保育類野生動物，僅得依野生動物保育法第 51 條之 1 科以罰鍰，而無刑責。

（二）乙說：肯定說

1.依體系解釋：

（1）按原住民族違反第 21 條之 1　第 2　項規定，未經主管機關許可，獵捕、宰殺或利用一般類野生動物，供傳統文化、祭儀之用或非為買賣者，處新臺幣 1　千元以上 1　萬元以下罰鍰，但首次違反者，不罰，野生動物保育法第 51 條之 1　定有明文。該條僅規定「一般類野生動物」，並未規定保育類野生動物，顯見情節較輕微之未經許可獵捕一般類野生動物係科以罰鍰，情節較重之未經許可獵捕保育類野生動物則係以同法第 41　條處以刑罰，因此依體系解釋，同法第 21 條之 1　第 1 項所稱之「野生動物」，係指一般類野生動物，並未包括保育類野生動物。

（2）如認同法第 21 條之 1　第 1　項所稱之「野生動物」包括保育類及一般類之野生動物，則情節較輕微之未經許可獵捕一般類野生動物尚需處以罰鍰，情節較重之未經許可獵捕保育類野生動物不僅無須負刑責，甚且無須科以罰鍰，豈非輕重失衡？

2.依立法解釋：野生動物保育法第 21 條之 1　之規定係於 93 年 2 月 4　日增訂公布，該條規定於 3　讀通過時有下列附帶決議：「有關第 21 條之 1　第 2　項之許可辦法，應特別尊重原住民族之傳統飲食文化對一般類野生動物之種類、區域、及數量予以妥適訂定。」，亦提及同法第 21 條之 1　第 2　項之許可辦法係僅就一般類野生動物所為規定，並不包括保育類野生動物。

3.依歷史解釋：

（1）野生動物保育法第 21 條之 1　第 1　項之規定係於 93 年 2 月 4　日增訂公布，並刪除同法第 21 條第 5　款，增訂公布前係規定在同法第 21 條第 5　款（於 83 年 10 月 29 日修正公布）：「野生動物有下列情形之一，得予以獵捕或宰殺，不受第十七條第一項、第十八條第一項及第十九條第一項各款規定之限制。但保育類野生動物除情況緊急外，應先報請主管機關處理：……五　臺灣原住民族於原住民保留地，基於其傳統文化祭典，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者。……」，增訂前後之內容大致相同，觀之增訂公布前之第 21 條但
書規定，保育類野生動物仍受保護，亦即一般情形原住民僅能獵捕一般類野生動物，除有情況緊急，不能獵捕保育類野生動物。

（2）民國 85 年 1　月 26 日公布施行之「臺灣原住民基於傳統文化祭典需要獵捕野生動物管理事項」第 5　點規定，原住民族獵捕物種以一般類野生動物為限，亦認原住民不得獵捕保育類野生動物。

4.依目的解釋：野生動物保育法第 4　條第 1　項規定，保育類野生動物係指瀕臨絕種、珍貴稀有及其他應予保育之野生動物。為保護保育類野生動物，因此對於獵捕保育類野生動物者，以同法第 41 條之規定處以刑罰。如解釋同法第 21 條之 1　第 1　項所稱之「野生動物」包括保育類及一般類之野生動物，而認原住民縱未經許可獵捕瀕臨絕種之野生動物，亦僅科以罰鍰，則該瀕臨絕種之野生動物豈非果成絕種？此豈無法達成野生動物保育法為保護保育類野生動物之立法目的？顯見同法第 21 條之 1　第 1 項所稱之「野生動物」，係指一般類野生動物，並未包括保育類野生動物。

5.綜上，如原住民未經許可獵捕保育類野生動物，應依野生動物保育法第 41 條之規定負刑事責任。

討論意見：採乙說

審查意見：

決　　議：

臺灣高等法院檢察署研究意見：

採乙說（即肯定說）。

法務部研究意見：

（一）同意臺灣高等法院檢察署研究意見，採乙說。

（二）理由補充如下：

5.原住民族基本法性質上為普通法，野生動物保育法為特別法，依特別法優先普通法之原則，應優先適用野生動物保育法。

6.依原住民族基本法第 19 條第 1 項規定「原住民得在原住民族地區依法從事下列非營利行為：一、獵捕野生動物。…」，原住民得在原住民族地區從事獵捕野生動物之非營利行為，惟須「依法」為之。

7.依「臺灣原住民基於傳統文化祭典需要獵捕野生動物管理事項」第 5 點前段規定：「獵捕物種以一般類野生動物為限」，足見主管機關有意排除保育類野生動物之獵捕。

（臺灣臺東地方法院檢察署法律問題提案）

參考法條：臺灣原住民基於傳統文化祭典需要獵捕野生動物管理事項 第 5 條（85.01.26）

原住民族基本法 第 19 條（94.02.05）

野生動物保育法 第 17～19、21 條（83.10.29）

野生動物保育法 第 4、17～19、21-1、41、51-1 條（93.02.04）

【主題三場次會議實錄】

與談人（詹順貴 律師）：

各位好，很高興今天來這裡與談，辦這個我每一次大概都有來參加，剛其實聽了我們三位論文發表人，看到現在讓我最大的感慨是，我是那個辯護律師，這樣一路看下來，有關這種原住民傳統領域傳統生活涉及到這種案件的問題，似乎這個案件還是屬於稀有的保育類判決，這真的是讓人覺得真的比較遺憾的。我想回歸主題，蔡庭長的這篇大作，當然他主要是從嘉義地院的刑事來作觀察，說原住民法庭這個運作上面的展望，大作的大部分我都贊同，尤其是說把這個原住民的這種習慣及原住民相關特別法的處理，落實到原住民相關的案件中，這應該是原住民專庭主要的目標，以及到最後展望的部分。就是說如何去作原住民習慣的這種採集以及他的資料，最後就是如何把他作一個定位，也特別引用到了兩人權公約，如果說適用到案件上面，我想這其實真的非常難得，尤其就這個兩公約會如何的運用到我們的司法判決上面，對我個人來講感觸其實還蠻多的。

最近有兩公約訂了施行法施行法之後，我手邊有兩個這樣子的案例，一個當然是刑事庭的高院法官，這個沒有寫在判決裡面，他就講說兩公約不是只有聯合國會員才適用嗎?我們不是會員國也適用嗎?施行法已經訂過之後，另外一個是寫在判決理由書的，剛好這案子是在高等行政院的法官，他覺得說這個兩公約應該是適用在未開發的國家，才有這個兩公約的適用，台灣已經是已開發國家應該不適用，那我們兩公約施行法早就已經訂了，那不是法律那是什麼？其實真的都還是有這樣的問題發生，我想或許法院平常的工作也特別的操勞，相對來講對於這種不實用的，就是說工作上一般遇不到的這些法律會比較陌生。很難得像今天這三位發表人，至少我覺得他們對除了這種程序制度之外，對於相對不同其他平常比較碰不到的這些領域的相關法律跟其他的議題，真的是花了很多的關注，這是讓我們比較佩服的地方。

針對蔡庭長這個，我大概有幾點可能意見不太一樣，也是想要就他的問題，我想他在前半段有詳細的介紹說原住民專庭以及實施了之後，其實光一個細節的也要有很多比較細節的措施，蔡庭長也詳細介紹了司法院，他也作了很多這個配套措施。剛剛湯法官所介紹的，我個人看法會比較期待就是說，原住民專庭應該要審查的是跟原住民傳統文化或者傳統生活習慣有關係的案件，他不一定說一定要這麼刻板的以原住民的身分來作區分，其實這一部分蔡庭長在他論文的裡面也有提到，就像一些喝醉酒的或者說那種偽照文書，這些東西其實從頭到尾都是與原住民族他本身的生活習慣比較沒有相關的，這一部分有沒有要放在專庭裡面，其實蔡庭長沒有講得很清楚，但是我想他應該也有這樣子的疑問。

至於這個專庭盡可能的部分，蔡庭長的軍事審判法應該是說優先，再來智慧財產權或性侵，其實接下來該原住民，最後才是一般的案件，那其實最主要是提到阿力力的這個案件，如果這個案件他第一時間認為是性侵害的案件，像這樣的案件他跟原住民傳統習慣有沒有關係?當然有!所以這個情況之下，其實如果第一時間是分給性侵害專庭去辦，那在接辦之後是不是讓他有機會回到原住民法專庭的空間，我覺得這是值得探討的。就智慧財產的部分，我個人也有一個思考，就是說如果他是涉及到原住民傳統文化的智慧財產的創意，就這一部分他可能產生的民事也好、

刑事也好，就是說可能是侵犯智慧財產權的這種權益的時候，要不要在我們的智慧財產法院裡面去辦，還是也有可能到原住民專庭去辦?當然我想其實現有的智慧財產法院，或許每個法官都有高度的專業，但這個專業表現出他的判決書裡面到底是不是那麼有智慧財產權的智慧，不然其實在律師界也有不同的看法，他們專業訓練不夠還是那個經驗的問題，其實當然也是個思考，我個人認為如果是涉及到原住民的智慧財產的部分，其實應該有不同的思考方式。

我本來最希望看到的就是同樣一個法院或同樣一個法官，在原住民的專庭設立後，法律法規幾乎都沒有明顯的變更，但是審判前後有沒有明顯的差異，我想因為裡面跟原住民有關的，大概在今年以來只有一個案件，還是判有罪，只是說比較特殊的是因為竊取牛樟芝的竊取案，看起來就跟原住民傳統文化裡面的關聯性，但從這個案例中比較看不出來，那或許未來、明年、後年的時候，這樣案例累積多了，其實這部分是可以好好的去作一些比較，我想這可能是未來原住民專庭實施的效果好或不好，應該是最重要的參考依據，我想時間的關係，先交給下一位與談人。

與談人（楊志航 律師）：

各位午安，我是楊志航，泰雅族，當律師已經將近 22 年了，在民國 90 年的時候原民會委託王教授，那時候我們一起到紐西蘭考察毛利人、毛利法庭，我們在那邊將近 10 天，作了一系列跟毛利法庭相關的人員、官員及法官作一個研究，我們寫出了一個報告交給行政院原住民族委員會。當初我們的規劃以及我們的建議，對於今天司法院的原住民法庭，我的心得是一般廣告會說「這不是肯德基」，這不是我們要的原住民法律，王教授以及我個人或者說以我是原住民的身分，以及對原住民認識及感情，我認為這不是我要的肯德基。

實際上原住民的刑事方面，最大的問題還是關於行政法令的問題，就是環境法令的問題，原住民在他的傳統領域裡面求生活，回去他們的文化就會被這些法令給約束了，例如:槍砲、山坡地保留、森林法…，原住民個人或是說民族，在這個環境求生存就會碰到這些國家法令的限制，以前國家沒有到這邊來的時候，他們很愉快，沒有紛爭、沒有困擾，也沒有這一類的法律問題。現在文明國家來之後，這些都變成了荒廢，所有的文化狩獵、採集都是違法的，這對原住民來講事是一個很大的打擊，我個人認為如果要所謂的原住民法庭，我們應該把一般的刑事案件，殺人、放火、性侵、公共危險…，實在真的不是很重要的案件。真正重要的案件是說原住民在這邊生活，你還要他認為這是犯罪的，這其實涉略了一個重要的法庭，法官是依法審判，法律說這是犯罪，我們不可能說這不是犯罪，所以這個重點是說，恐怕立法這方面，這國家怎麼看待原住民，在這個衍生的環境裡面原有的一些生活及文化形態，是不是國家的法治能夠退卻一點，能夠退讓一點，這恐怕是比較重要的重點。否則的話，我們生一千個原民法庭也好，但法令就是不對，他拿比較先進的槍會被認為是犯罪，確實違反法律，這個都是違法的事情，就變成說國家的刑法都這樣對待原住民，其實這部分牽拖到比較上位的，就是說所有文明國家來統治殖民當地原住民族，就叫條約，日本再怎麼野蠻把中國打趴了，簽了一個甲午戰爭之後的馬關或說英法聯軍的不平等條約，我用武力先來鎮壓你，後面一定要有一個條約作為他合法性的依據，或適合法性的殖民，就像紐西蘭有一個條約，對於當地的毛利人來說，對不起我佔據了，拜託你幫我簽條約，把你祖先 98%轉讓給英法。但是中國以前沒有這個習慣，所以他到台灣感覺就是台灣本來就是他們的土地，所以從以前到現在日本人、中國人來到台灣以後，沒有跟台灣人簽過任何條約說「拜託!雖然這以前是你的土地，但是能不能讓我跟你簽個條約把這個讓地給我」，到現在都沒有，所以我

們是不是嘗試用這個方式，這方面的看法跟作法來讓這個國家的司法、刑法，這個距離能不能大家來緩和一下，這是一個重點。

另外原住民法庭真正要保護的是原住民的土地，原住民土地會有原住民之間的糾紛，原住民個人跟國家的糾紛乃至於整個民族跟國家的糾紛，如果說這個案件的型態就非常精彩了，我覺得說如果能把原住民法庭關注的重點在土地，因為原住民離不開土地，原住民離開了這個土地，他什麼都不是，恐怕是這樣。我個人 22 年的經驗，以及我跟王教授所一起完成的報告都這麼認為，經過一段的運作，我個人認為真正的肯德基是要成立一個原住民法院，一定要成立，至於原住民法院的內涵，為什麼要成立法院？其實我剛大致把這個過程講出來，至於比較深刻的讓我們集思廣義的就這方面的立論，應該怎麼樣做一個原住民法院，這是大家應該共同想的，謝謝。

與談人（許恒達 副教授）：

謝謝在座幾位的與談，剛剛有提到說來這邊很像是狗尾續貂，講什麼都贊同，也不用到 3 分鐘，只要 30 秒就夠了，所以我一開始蠻惶恐今天到底要談些什麼，我想竟然我都來了，就談一些個人的想法，可以提出一些心得來跟各位分享。其實都提到程序面跟實際面的這兩個問題，也就是說跟原住民犯罪的這些問題，有一些是實證法的面向，從單純行政執法的部分來看，其實最關鍵的問題在於原住民依據他長久以來的慣習所做的行為，為什麼在現在的法律構成犯罪，這個問題在法官面前會用另一種提問方式，也就是說法官他到底有沒有辦法來去把從漢人的角度變成除罪化，這對法官而言其實是很關鍵又困難的問題。第二個是程序法，程序法其實像剛剛法官都提到過，我們現在有這個原住民法庭，在這原住民法庭裡面我們有賦予一個翻譯的問題，也有所謂強制辯護的問題，我們希望透過這些實質法律上的扶助，讓原住民在法庭的活動過程中，這個法是基於我們漢人或是說我們基於漢人所建的這個法秩序，原住民在這過程中能夠感覺到舒服一點，或是說能夠給他們多一點的保障，這是兩個不同面向。

我想提出一個反省，或許從幾個面、幾個點來談，當然我不反對這程序或是成立原住民法庭，這是一件非常非常重要的事情，也是憲法增加條文裡及兩公約裡面所要求的事。可是我比較關切的反而是說在這個法庭裡面，法官或許在這個成長訓練中已經得到，例如說法官要參與打獵，法官必須了解原住民的方法，法官必須跟長老溝通，法官必須參與原住民的婚禮，當然成立了這個法庭的法官都有得到訓練，可是問題在今天成立了原住民法庭，成立在地方法院，可是法庭的判決其實不是以地方法院的判決為判決，他還會再上訴。換句話說，假設就像當時發生在司馬庫斯部落，再出現的話，以現在這個收到原住民司法的過程，法官就判他們無罪，可是檢察官不會得到相同的訓練，檢察官或許還是堅持了立場，他把案子上訴，上訴到二審、三審之後，法官還是以他原本保守的方式來對原住民的案件審判，所謂上訴制度及檢察官上訴，並不必然成為法庭中的原住民的訓練，這樣子的審判結構會使原住民法庭本身所希望達到落差。

我不知道說這樣子的推論是不是因為並沒有很清楚的證據，但是你可以從最高法院很多類似的判決，你就會發現說這對最高法院的看法，其實是相當保守的，如果最高法院是這麼保守的話，那今天一直談原住民法庭到最後會說非常保守，其實這樣子的結果並沒有達到我們原先期待的理想跟盼望。比方說像最高法院，子彈就是犯罪行為，而槍枝不是犯罪行為，對於這種槍枝及子彈的區別，應該只有最高法院可以導出這樣的結論，這很顯然是保守的看法，相對的，比方說像森林法那兩條文的差異性，就是原住民採集的這個並沒有出來，當然就要回歸無法去審判，可是其

實在辦案中，最高法院還是用最舊的方法，他認為不管了，還是有罪。比方說剛提到保育類案例，我設這個陷阱獵山豬，結果跑了一個山羌進去，這個其實在刑法上都有解決的方法，簡單說這是故意，如果你在故意的判斷上已經做好防備措施，而且其實在長久的經驗有可能跑山羊，這就可以認定是過失，就不成立犯罪，可是最高法院或是上訴的法官還用舊有保守的方式，我想到最後原住民法庭產生的功能是或許受到相當限制的。我們要怎麼解決這個問題呢？台灣現有的訴訟制度所引發的困擾，就是說不管怎樣最高法院還是終審，最高法院並沒有所謂的原住民專庭，這個問題我個人不知道該怎麼解釋，或許可以成立原住民法庭，他在台灣目前的審判，要完全符合上訴，原住民法案還要分一審、二審，那原住民法院要設在哪裡，如果說以現在台灣全島跟外島的原住民爆出訴訟，這些問題我今天沒有辦法在這地方做全面性或精緻的研究，我想強調的一點就是說，現在這個想要尊重原住民，不是只是成立一個話題就好了，我們還必須關注背後許多的訴訟背景跟訴訟的成本，以及法官對刑法、對原住民慣習的保有，我覺得這是更需要去突破，更需要去打擊的最主要的一種法門。

最後一點，其實剛也提到了一個蠻有意思的問題，就是說有沒有一種可能，被漢化的原住民去跟一個堅守原住民價值的發生爭議，剛提到的那個案子，本來就有一些爆料者，就是原住民中會有一些認同漢人，不認同原住民，或者說他其實跟他有內在的，沒有辦法在判決上面看得出來，我覺得這個其實是一個非常有意思的提議，也就是說當我們這些漢人的整個文化，漢人的思考方式已經大幅度的透過現代的媒體、現在的社會結構已經整個涵括到原住民，你會要求原住民用弓箭打獵，當然不會，還是用獵槍。所以在這個情況，我們如何去應對這個未來可能會發生的事，我現在也沒有什麼明確的看法，但或許這是未來必須對應的問題，謝謝大家。

主持人（黃國忠 廳長）：

我個人認為可能要進一步的觀察，因為特別通譯需要具結，真實的傳譯的話他會復譯，128條文，並不是完全沒有責任。第二個就是為什麼不以性質，而以人的身分，來做專庭的區別，這其實當初也考慮過了，現在台灣總共的原住民是 56 萬 6700 位，那真正的山地原住民 23 萬多人，大多都已經都市化了，那如果說完全從他的性質來講，我們也考慮過，但是可能會有一些問題，最近的軍事專庭可以看得出來，專庭裡面也提到說軍人犯普通刑法，也是由軍人來審判，那如果我們把他回到軍刑法的話，包括那個逃亡、酒駕、吸食毒品…還有普通刑法的案子，根本就沒有他的專業性，但基於司法行政的立場，有些時候必須先運作一部分，一段時間以後再來做更細緻的分割，必須跟各位做一個說明，避免各位產生誤解。那聽完三位與談人的報告之後，我們現在請發表人回應，各三分鐘。

發表人（蔡廷宜 庭長）：

第一個問題，剛才主持人有詳細說明，其實我可以提出一個觀點，我們分原住民案子，我們以身分來區分或是以傳統文化來區分的話，當然是以身分區分比較多，一個專庭的成立要用身分區分應該會處理的效率會比較高，大家注意率也會比較高。

是不是剛才與談人提出來的案件區分的問題，我從案件來看，當然我也發現很多事跟傳統文化是沒有關係的，但是如果從原住民本來受到法律上的知識，現在強制辯護都只是剛好而已，這是一個從比較弱勢的觀念來看，原住民他要的就是尊重，當然他本身在法律的保障上是比較弱勢

的，你如果要從弱勢的觀點來看的話，那個身分區分及辯論保護都是同一個出發點。第二個，我的報告是講軍事優於性侵，才是原住民，這個順序是目前實務的運作，並不是我個人的見解，剛好廳長在這裡，應該可以幫我們回答一些問題。第三個，各判決不同，案件變多了，今年的案件量我們就有 89 件，那以前的 92 年至 101 年，我們的判決書就 48 件，為什麼會突然變多了?因為我們現在對於原住民身分的查核越來越詳細了，當然案件量是第一個改變，謝謝。

發表人（湯文章 庭長）：

謝謝指教，我想我不是說完全不用負責任，我重點是在於對目前來講素養可能還不夠，當然拒絕要刑法治理，只是說這一部分要怎麼去教育的問題，現階段這種分類分式，沒辦法中的辦法，其實常人眼光的話應該是要更精緻，短時間來看的話現階段必須這樣做。第二部分剛剛楊律師講說，要從立法上來探討原住民，我想這是一個目標，原住民最終的目標是自治，這個很多年了，我想以後不知道會多少年。我想講一句悲觀的話，很難。因為太小了，你不像尼加拉瓜那麼大對不對，他們有自己的礦產，可以自己交易，台灣那麼小，你想要在 14 族有自治區我想真得很難。再來說很多國家，條約跟日本人、跟中國人的定義，其實世界各國，像加拿大本身有皇家、紐西蘭也有，可是日本人來台灣根本不用這套，他根本不甩這套。日本來的時候第一條法令皇室什麼都收歸國有，所以今天原住民土地位為什麼這麼多問題，其實從日據時代就來了，到現在還是沒辦法解決，從 100 多年前，大家都知道這個土地是原住民的根，原住民真正的問題就是文化，都是從土地出來的，楊律師跟王教授的報告也提到，連他們的土地糾紛，事實上是大於原住民跟原住民，其實真的問題應該是原住民專庭要處理的事，是一些核心的問題，而不是把資源放在一些阿里不答的，老實說是資源的浪費，根本沒達到預期的效果，謝謝。

發表人（施育傑 檢察官）：

謝謝許教授，不過我還是要推一下制度，第一個認為有組織的效力反而會侵害原本的權利，例如說像剛剛講的性侵或是說原住民有這個分配的方式，在一個地方法院如果像這樣，再成立一個專庭的話，第一個法定法官原則我很擔心，因為全部的案件都進入特定的一、兩個庭，已經足夠會有法定法官的問題。第二個，如果以檢察官的立場，他會想把案件留到什麼樣的法庭，他就必須…，我認為這是非常危險的事情。第三，再說如果特定專庭，庭長一定不會有，但是庭長歧視或是有偏見的話，依現在這個迴避的保守見解，幾乎是服從申請法官的，我覺得這是很危險的事情，更不用說檢察官在這邊會變成什麼問題，所以我個人還是非常推銷這個制度。呼應剛才許老師的說法，各個組織上在一審、二審，在一審可能會有所作用，但是二審可能沒有，我認為這就是組織上可能會有問題。可是我目前採取樂觀的看法，只是說如果只關心組織而不關心其他權益的話，我覺得有點危險。第二個，最後回應許老師剛剛的所謂原住民之間的各個問題，我文章寫的 181 頁有智慧財產權，大家回去可以參考，謝謝。

與會者（劉世傑 秘書）：

大家好，我剛剛聽湯庭長有一個敘述，我是原民會秘書劉世傑，因為剛剛聽到原住民的祭典，一年到頭很多個，但是如果我們都開放週邊的話，怕對野獸動物會有一些負擔。其實因為我之前做公共電視「我們的島」的生態節目，大部分對於物種更大破壞性的是棲地，你看花蓮這麼多的

檳榔園沿路都是，其實那個棲地的破壞對物種的繁衍才是最大的。狩獵也已經進行了這麼久，如果會滅絕的，就滅絕了，其實棲地的破壞還是最重要的，可是我們相對對那些違規的檳榔園都沒有在做什麼處理，抓到一、兩隻山羌就會越來越嚴重，所以這個影響是個問題。

發表人（湯文章 庭長）：

傳統來說很多人認為原住民是生態殺手，其實這觀念不對，真正的生態殺手是漢人，機器進步之類的，那個掌握的破壞絕對，只是稍微強調剛剛那個論點而已，因為現在的法律是說可以自用，這是自用非營利，如果今天你要把他們放寬一點，還是要稍微做一個限制，因為這個慶典活動好像依照原民會的統計一年都會有，統計大概是 2.8，我看到資料是每 2.8 天就會有一個慶典活動，我的意思是說，你萬一不是為了慶典呢？那你開放說是可以營利的話，也就是說你可以把道具賣了。我覺得說還是要限制，我的意思是這樣子，謝謝。

主持人（黃國忠 廳長）：

謝謝湯庭長，還有哪位要提問題？

與會者（拔尚 先生）：

我代旁邊這位早上說話的泰雅爺爺提問，他有三點意見請教各位，第一點就是說日本跟中民國來都沒跟原住民打契約，就把原住民的土地全部占走了，他是認為說日本人其實是跟泰雅族 sbalay 了，那為什麼中華民國沒有 sbalay 就占地，sbalay 當然就是說你要道歉和解好，但是我沒有辦法跟你共管這個土地，當然最好不要這樣，把土地還我們，可是我們至少 sbalay，然後一起管理，這是第一點，那就是為什麼中華民國沒有?第二個是說，也是立法裡面常見的問題，如果毒蛇到家裡我們不能把他打死嗎?還是要讓毒蛇跟法官說?第三個，關於這個森林的盜採或者是盜獵這一類的問題，比如說今天查看到牛樟芝，原住民常常有個疑問就是說，市面上那些在賣牛樟芝每一個都大發，甚至去付工錢雇用原住民去拿牛樟芝，那去拿牛樟芝都亂拿也沒有按照傳統的慣例，他不認為去拿牛樟芝是盜，而是說你有沒有按照 gaga 來做？在你自己傳統領域裡面，按照這個實際的狀況，我們現在只管說你們是不是盜林?那他比較在意是說，為什麼那個主起事者沒事，那做工的人，被叫去採牛樟芝的原住民就要受到刑法?照理說那個主起事者應該更糟糕，但是他就在那邊大登廣告賣錢賺錢，表示認為我們採牛樟芝是好事可以賺錢，但是那個工人要不要判罪?然後他說為什麼會這樣?

主持人（黃國忠 廳長）：

因為這個涉及到司法實務的問題，那湯庭長要不要做個回應?

發表人（湯文章 庭長）：

第一個問題跟那個泰雅族的我不曉得，文獻是說沒有地是屬社會國有。第二個問題是說毒蛇跑到家裡面能不能把他打死?這個法律也有規定，你遇到一些緊急狀況的時候當然可以打死，不然等他咬。第三個問題，我想那個主事者，當然如果政府的話就是要負責，不然教唆放話就更不正法了。就法的角度是這樣子，不過問題是在於說，就很像很多犯罪的一樣只出一張嘴巴而已，

很難查證。重點應該在這邊，現場被抓的人當然人贓俱獲沒話講，我想現在的犯罪手法沒那麼笨，比如說我叫你去，我把名字給你，身分證字號給你，然後要抓一起抓，怎麼可能，他一定透過別人對不對，或者說冒名，我可能叫阿花，然後也不留地址給你，什麼都不留給你，結果現場抓的時候，說什麼人叫我來，問題是查不出來，大部分都這個樣子，所以不是說沒有犯錯的人，而是說證據。證據裁判主義，然後你沒有證據，到後面我們怎麼去辦法，這是實務上犯法的問題。

與會者（賴俊兆 先生）：

我是卑南族的，我想要問一下關於我們現在設的這個原住民專庭專股，就是今天發表人蔡庭長有提到說，設置這個專股的目的，第一個就是要發現習慣，第二個就是把習慣的東西判成適用。我想要請問的就是說，包括剛剛王老師有提到說文化抗辯成功的案例，如果說我們設置專庭的目的是要發現習慣進而適用，然後增加文化抗辯成功。目前看起來這樣的分案，是以原住民這樣的分案，這樣的分案是不是能達到這樣的目的。那反過來，如果說像一般的文化衝突或者說這樣的文化傳統習慣沒有關係的案件，跟到專庭的話，除了剛法官有提到的，法定法官原則的問題以外，那會不會有一個標籤化的反面作用，也就是說一般的這種民事案件，其實是不是原住民這身分應該不是重要的，反而是在這種文化衝突困境的案件去突顯原住民的身分，而把這樣的案件分給專庭，才有必要去彰顯原住民這個身分，至於其他什麼家暴、殺人、殺害，為什麼要特別突顯原住民的身分在這個案中，而把他分給專庭裡面特定的一、兩位法官。

發表人（蔡廷宜 庭長）：

這個問題，你舉的那個例子，其實很多抗辯是在分案之後才出現的，比如說我們不用原住民的身分，我以這個審判者來看，用身分來區分變成原住民案件，進入專庭當然是很教化，根本沒辦法探討傳統習慣這個東西，沒辦法直接但是往往很多傳統習慣的抗辯，都是在審判之後才發生，如果沒有分案件，先分案的打擊會比較廣，那可能會涵蓋有一部分是傳統的，如果我們用傳統習慣來分案的話，是技術上可能做到，因為他沒有分案，他怎麼抗辯呢?除非我們分一般案件之後，才看他作抗辯，我們在最後分成一個原住民案件，那在這個時候可能時間就拖比較久了，而且你沒辦法很多資源都留在原住民身上，這是我目前的經驗，這是我第一個針對分案的回應。

第二個，我在審判的時候常常會發現，早期的實務會把原住民當成弱勢族群來看待，所以我們從這個觀念去給他最後免刑，最後用尊重的角度去承認他文化本身的獨特性，所以認為他無罪，所以會有這樣的演變，但是在這個情況下比較明顯。但是在其他的案子裡面，我們還是會必須要承認說，原住民在法律資源取得的方面是真的比較弱勢的，所以分原住民的身分，當作這個案件的區分，除了本身的內涵就有了，我們必須要承認原住民的法律資源比較弱勢，還有必須要尊重他的傳統習慣，這兩個觀點去看他，必須同時注意這兩個觀點，所以會有標籤化嗎。會，真的會，但是這個標籤化也是提醒大家要尊重這個弱勢的另一種觀點，這是我的回應，謝謝。

主持人（黃國忠 廳長）：

其實我可以做個補充說明，就是完全從人的部分在立法上，現在的刑事訴訟法強制辯論裡面，當時在立法的時候我們跟幾位原住民立委朋友也說，把它跟醫療、智能不足擺在一起，看起來很怪，應該是要獨立打一個條文出來，免得法院因為原住民感覺上在歸類是屬於那一部分的，

其實立委沒有這個用意，有幾位的原住民立法委員，他覺得說原住民的司法受益權要積極的照顧。所以法律先過，法律先過了之後，如果出現什麼問題的話再去修正，否則你如果回到用人的部分來看，刑事訴訟法 34 條把原住民跟醫療、智能不足的通通列在一起，這立法上是有問題的，那時間上的關係我們是不是請最後一位朋友。

與會者（馬千里 先生）：

大家好，我是卑南族的馬千里，我這邊也有幾個問題請教各位。第一個就是說我們主辦單位下一次是不是可以邀請一些司法警察官，好像會看到一些長官法官很精密的一些觀念。可是有一些人員是不是有這些觀念，應該要被教育的，下次辦這樣的活動應該也要邀請，這樣比較好是因為像獵槍這個問題，在部落裡面很常發生，就是警察因為業績的需求，胡亂去移送，也因為檢舉獎金的關係，部落的族人可能就會去檢舉他的鄰居，因為他檢舉的獎金可能是他一個月的酬勞，第一個是建議這個部分。

第二個就是說有提到日本政府來到台灣沒有對原住民作任何條約的簽定，也就是說中華民國政府能接受這樣的權利，我在小時候就常聽到我父親在講，他的爺爺跟他說，走了一個強盜又來了一個土匪，我不是說各位是強盜法官，是指歷史上像這樣的問題，我們雖然提到說我們可能沒有辦法把台灣這麼小小的區塊，做那麼多自治區的分割，那我們是不是該追根究底、根源的問題來解決，是不是應該制一個新憲法，原住民族跟台灣這個土生土長的台灣人，應該重新制定這個土地上的新憲法，我覺得這是解決這個問題最好的方式。第三件就是說檢察官，如果你在花蓮有吃到山羌的話，來台東就請你吃那個酒糟的田鼠肉，好不好，也謝謝你，然後也恭喜詹律師今年新婚。

主持人（黃國忠 廳長）：

其中跟司法比較有關的，應該是這位大部分提到的釋憲法高度或憲法政治的問題，那因為我們今天談的是專庭的部分，是不是作一個回應?

發表人（施育傑 檢察官）：

第一個是共犯的問題，我個人主張文章有寫就是說看能不能選，或是不要去追訴，這樣子會提高誘因，這樣會提高犯罪，因為在偵查上面最難的就是往後去追，而原住民案件我遇到的很多因為經濟弱勢的關係，或許後面形成一個有什麼誘因我們不知道，我們也只能到那個地步，這是最困難的，關於那個專庭專股的，我還是再次推薦制度，我覺得所有的庭院法官都是專庭股的，或許到最後都是最好的，然後我非常贊同最後一位提問的人。

發表人（湯文章 庭長）：

我回到第一個問題，剛剛講到邀請司法警察，其實因為這四屆來都是東華大學主辦的，因為這真的很難找，那時候大概 3、4 月，他希望我幫他找一些人，打了好多電話然後很多都被婉拒，所以勉強擠了幾個朋友來撐場面，所以我想這有他的困難度，當然我知道這個行政署有開過幾次會，沒有錯，他們對於這個槍砲的定義，到現在還是抱持傳統的見解，到現在 100 年了，他們就覺得說那殺害不能太大，所以說這個當然是要溝通，不過這研討會能夠邀請這麼多層面的人來非

常好，但真的執行上面有點困難，謝謝。

主持人（黃國忠 廳長）：

很抱歉，因為主持人沒有把時間控制好，好在明天各位還有參加有關於司法的議題，可以提出共同再討論，今天整個研討會對我來講，非常享受，一個法律文化的饗宴，尤其幾位發表人跟提問，都可以作為以後司法、行政的參考，也許不能完全從司法角度切入，而必須從使用者的看法來作一個判別，無論如何，我們很高度的期待，當專庭運作一段時間的話，也許在不久的將來會維持審制專庭之外，還有法官研習的部分，我們應該更強旺，時間上的關係我們今天就此打住，謝謝各位。

專題演講

林俊益

司法院刑事廳廳長

原住民族刑事訴訟權之保障

-被告受辯護人協助權之建構與實踐

主講人：林俊益
（司法院刑事廳廳長）

日期：102.10.20.

一、刑事訴訟法之目的

國家制定刑事訴訟法之目的，在於對特定被告之特定犯罪事實，經由審判程序以決定國家刑罰權對之存在與否及其範圍，【實施刑事訴訟程序之公務員】，自應兼顧實質的真實發現及程序之正義，以保護被告之合法權益（最高法院96年度台上字第2865號判決要旨）。

※實施刑事訴訟程序之公務員：

司法警察(官)—檢察事務官—檢察官----法官

（詢問）　--(詢問）　--（訊問）--（訊問）

從一則故事說起

- 1986年所發生的臺灣社會重大事件。湯英伸是原住民族曹族人，18歲，就讀嘉義師專，當年從阿里山鄉下到臺北洗衣店打工，因為怒遭欺壓和歧視，情緒失控而殺害僱主一家三口，最終被判死刑，得年19歲。

二、刑事被告受辯護人協助權

- 法官或檢察官調查該管案件時，本於職權負有於被告有利或不利事項一律注意之客觀義務。然單純客觀法律義務本身，仍不足以有效保障被告之程序主體地位及其防禦權利。
- 唯有依賴具有專業知識之辯護人，協助被告而督促國家機關實踐其應負之客觀法律義務，進而動搖其不利於被告事項之判斷，藉以落 實「無罪推定」、「武器平等」等原則，並符憲法對公平審判之要求，此亦即被告受辯護人協助權利之憲法基礎（或稱被告之辯護倚賴權）

- 根據湯英伸的同學、朋友、家人所說，湯英伸本來是個純良、正直的山地青年，沒想到才到臺北9天，就變成殺人兇手。由於他想打工補貼家計，在臺北求職時掉入了求職陷阱，僱主扣起他的身分證，也沒發給薪水，反而要湯英伸抵押現金。湯英伸在走投無路情緒失控下犯下罪行

辯護倚賴權

刑事被告在訴訟上有依賴律師為其辯護之權，為憲法保障人民訴訟權所衍生之基本權，旨在使被告充分行使防禦權，俾與控方立於平等地位，而受法院公平之審判，一般稱之為辯護倚賴權（最高法院102年度台上字第1743號判決要旨）。

刑事辯護制度之目的與功能

- 刑事辯護制度係為保護被告之利益及維 持審判之公平而設，其功能在輔助被告防禦對造檢察官或自訴人對被告所實行之攻擊，囿於被告一般均欠缺法律智識，且處於被訴立場，難期能以冷靜態度，克盡防禦之能事，故由辯護人補其不足，俾與檢察官或自訴人立於平等之地位而受法院公平之審判，此為人民依憲法第16條享有之訴訟權所衍生之基本權。

第100-2條準用第95條

(一)法律規定(2)

刑訴法100-2規定：本章之規定，於司法警察官或司法警察【詢問】犯罪嫌疑人時，準用之。

被告受辯護人協助權之內涵

- 最高法院102年度台上3050判決
- 按刑事被告有受律師協助之權利，此觀刑事訴訟法第一編「總則」編於第四章定有「辯護人、輔佐人及代理人」專章即明。所謂被告律師協助權，係指被告於各審級有受律師實質、有效協助之權利，其內涵應包括(1)國家機關不得否定被告有此項權利，(2)國家機關不得干涉辯護人的重要辯護活動，例如被告與律師的充分溝通權，以及(3)辯護人應提供有效之協助，以確保被告辯護倚賴權應有的功能，並應排除辯護人利益衝突之情形。被告律師所提供之辯護如非實質、有效的辯護，即屬無效之律師協助，固得構成合法 上訴之理由，以維護公平正義與被告利益。

司法警察(官)之詢問

- 100台上4863判決要旨：

司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人時，應先告知刑事 訴訟法第95條所列各款事項，此觀同法第100條之2準用第 95條之規定甚明。此之【詢問】，舉凡只要是在功能上相當於對犯罪嫌疑人為案情之【詢問】，不論係出於【閒聊】或教誨之任何方式，亦不問是否在偵訊室內，均應有上開規定之準用，不以製作犯罪嫌疑人詢問筆錄時為限，而告知之情狀，祇須犯罪嫌疑人之地位形成即負有告知之義務，不管其身心是否受拘束。

三、刑事訴訟原住民之受告知權

(一)法律規定(1)

102.1.23.公布修正刑事訴訟法第95條第1項

（檢察官、法官）訊問被告應先告知下列事項：

一、犯罪嫌疑及所犯所有罪名。罪名經告知後，認為應變更者，應再告知 。

二、得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述。

三、得選任辯護人。如為低收入戶、中低收入戶、【原住民】或其他依法令得請求法律扶助者，得請求之。

四、得請求調查有利之證據。

司法警察(官)漏未告知之法律效果：原則上不得作為證據

(二)法律效果(1)：刑事訴訟法158-2條規定：

Ⅰ違背第93條之1第2項、第100條之3第1項之規定，所取得被告或 犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，【不得作為證據】。但經證明其違背非 出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限。

Ⅱ檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問受【拘提、逮捕】之被告或犯罪嫌疑人時，違反第95條第2款、第3款之規定者，【準用前項規定】。

未受拘提逮捕之情形原視情形而定

(二)法律效果(2)最高法院100台上4863判決要旨：

- 至於違反之效果，在犯罪嫌疑人受拘提、逮捕，其身心受拘束之情況下，司法警察官或司法警察詢問時，如有違反第95條第2款緘默權與第3款辯護權之告知義務，依同法第158條之2第2項準用第1項之規定，其所為自白或其他不利之陳述，除符合第一項但書所定「善意原則之例外」，應予絕對排除。
- 惟在犯罪嫌疑人 身心未受拘束之情形下，若有違反刑事訴訟法第95條之告知 義務時，則應落入同法第158條之4之概括條款，由法官為具體權衡是否排除。

10台上4625判決

- 刑事被告在訴訟上有倚賴律師為其辯護之 權，此為人民依憲法第16條享有之訴訟權所衍生之基本權，其性質係以確保實體上基本權為目的之程序上基本權。依刑事訴訟法第271條第1項之規定，審判期日，除傳喚被告或其代理人，並應通知檢察官、辯護人或輔佐人。期使被告得充分行使防禦權，俾與檢察官或自訴人立於平等之地位，而受法院公平之審判，法院於訴訟程序之進行，對於此項辯護權之實踐，自不得恣意漠視。

續前

(二)法律效果(3)：最高法院100台上2266判決

- 司法警察 詢問犯罪嫌疑人如違背上開規定，其所取得被告或犯罪嫌疑人之 自白或其他不利筆錄，究竟有無證據能力，即應分別依刑事訴訟法第158條之2、第158條之4等規定，審酌所取 得之自白或其他不利陳述是否出於供述者之自由意志、司法警察 違背該法定程序之主觀意圖、客觀情節，本於人權保障與社會安 全之均衡維護精神，依比例原則，具體認定之。

續前

- 又刑事訴訟法第28條、第33條分別規定：「 每一被告選任辯護人，不得逾三人。」「被告有數辯護人者，送 達文書應分別為之。」是於被告依規定選任數辯護人，為使其倚 賴各律師為其辯護之權獲得充份之保障，法院自應將所訂期日分 別通知各辯護人，以維護訴訟上之程序正義，與辯護人收受通知 後無正當理由不到場，二者並無關聯。

四、原住民得隨時選任辯護人

原住民得隨時（偵查或審判中）選任辯護人

- 刑事訴訟法第 27 條第 1 項規定：「被告得隨時選任辯護人。犯罪嫌疑人受司法警察官或司法警察調查者，亦同。」
- 犯罪嫌疑人→被告------→被告---→被告

司法警察(官)—檢事官—檢察官—法官

（詢問） --(詢問)-(訊問)(訊問)

五、強制辯護制度之建置

一、從案件來看，某些案件，例如，(1)犯罪嚴重、(2)案情繁難、(3)【被告亟需保護】之案件，【一定要有】辯護人協助被告進行訴訟，才能確保其訴訟權，稱之為強制辯護案件。

二、如被告未自行選任辯護人或選任辯護人未到庭辯護，則由國家積極介入，指定公設辯護人或律師為被告辯護，以貫徹辯護制度，藉由辯護人本其法律專業，協助被告維護其訴訟權益之制度。

強制辯護之案件
（刑訴法第31條第1項之案件）

一、最輕本刑為3年以上有期徒刑案件。（重罪）

二、高等法院管轄第一審案件。（指內亂、外患、妨害國交罪之案件）

三、被告因智能障礙無法為完全之陳述。

四、被告具原住民身分，經【依通常程序起訴】或【審判】者。

五、被告為低收入戶或中低收入戶而聲請指定者。

六、其他審判案件，審判長認有必要者。

違反強制辯護規定之法律效果

刑訴法第379條第7款規定：

有左列情形之一者，其判決當然違背法令：

七、依本法【應用辯護人之案件】或【已經指定辯護人之案件】，辯護人未經到庭 辯護而逕行審判者。

判決當然違背法令，構成上訴第三審之理由

刑訴法有關強制辯護之規定

刑訴法第284條規定：

【第31條第1項所定之案件】無辯護人到庭者，不得審判。但宣示判決，不在此限。

---非有辯護人到庭辯護不可（即應用辯護人之案件）

- 強制辯護之案件，既然非有辯護人到庭辯護不可，但原住民族被告沒錢選任辯護人時，如何落實強制辯護制度之設計？
- 指定辯護制度

刑訴法對原住民訴訟權的特保

結論：

依刑事訴訟法第31條第1項及第284條規定可知，被告具原住民身分，經【依通常程序起訴】或【審判】者。---【一定要有】辯護人協助被告進行訴訟，否則法院絕對不可以審理或判決

指定辯護制度之建置

- 102年台上1662判決要旨指出：

由國家積極介入，強制【指定辯護人】為被告辯護，以貫徹辯護制度藉由辯護人本其法律專業，(1)一則強化被告訴訟上主體之地位，協助被告有效行使防禦權等訴訟上之程序權利 ，並督促法官、檢察官等實施刑事訴訟程序公務員，善盡刑事訴訟法第2條所規定對被告有利事項之注意義務，而對訴訟進行作 有利被告之導向，使被告獲致更有利之判決結果，(2)再則彌補被告與國家間實力落差，確保訴訟當事人間之實質對等，促成國家刑 罰權適當行使之制度目的，俾落實被告利益之保障，並兼顧審判 公平之維護，而追求司法利益之最大化。

立法委員提案修正刑事訴訟法

陳根德委員提案修正第31條

林正二委員提案修正第31條（101.6.6.臨時修正動議）

鄭天財委員提案修正第31條（ 101.6.6.臨時修正動議）

鄭天財、吳宜臻委員提案修正第31條（101.12.5.臨時修正動議）

七、偵查中之通知指派辯護

- 刑事訴訟法第31條第5項：
- 被告或犯罪嫌疑人因智能障礙無法為完全之陳述或【具原住民身分】者，於偵查中未經選任辯護人，檢察官、司法警察官或司法警察【應通知】依法設立之法律扶助機構【指派】律師到場為其辯護。但(1)經被告或犯罪嫌疑人主動請求立即訊問或詢問，或(2)等候律師逾4小時未到場者，得逕行訊問或詢問。

六、審判中之指定辯護

- 102.1.23.公布修正刑訴法第31條第1項規定：

有下列情形之一，【於審判中】未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人或律師為被告辯護：

一、最輕本刑為三年以上有期徒刑案件。

二、高等法院管轄第一審案件。

三、被告因智能障礙無法為完全之陳述。

四、被告具原住民身分，經【依通常程序起訴】或【審判】者。

五、被告為低收入戶或中低收入戶而聲請指定者。

六、其他審判案件，審判長認有必要者。

違反第31條第5項之法律效果：不得作為證據

- 擬修正刑事訴訟法158條之2第1項規定：

違背第31條第5項之規定，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限。

102.5.13.立法院司法及法制委員會一讀過

得指定公設辯護人

- 刑事訴訟法第31條第2項規定：
- 前項案件選任辯護人於審判期日無正當理由而不到庭者，審判長得指定公設辯護人或律師。-----一旦指定，就成為【已經指定辯護人之案件】

刑訴法第379條第7款規定：

有左列情形之一者，其判決當然違背法令：

七、依本法【應用辯護人之案件】或【已經指定辯護人之案件】，辯護人未經到庭 辯護而逕行審判者。

法律扶助基金會 102年度 原住民檢警專案案件量統計

102.10.3.法務處統計

月份	申請案件量(c=a+b)	符合申請資格准予扶助(a)	撤回	實際派遣律師件數	未能成功派遣件數	不符合申請資格駁回(b)
一月	106	105	19	76	10	1
二月	215	214	97	110	7	1
三月	211	211	108	99	4	0
四月	293	292	176	114	2	1
五月	326	326	195	124	7	0
六月	333	333	206	125	2	0
七月	389	388	276	107	5	1
八月	390	390	296	88	6	0
九月	396	396	296	95	5	0
總計	2659	2655	1669	938	48	4

法扶會案件類型統計

- 102年度(1月-7月)總申請案件為1,859件，其中犯罪嫌疑人涉犯案由前五名如下：

1.「公共危險（酒駕）」818件（44.01%）
2.「竊盜」347件(18.67%)
3.「毒品」233件（12.53%）
4.「傷害」147件（7.91%）
5.「詐欺」95件（5.11%）

八、上訴第二審之保障

- 強制辯護案件（被告如為原住民族），被指定之公設辯護人，應為被告撰寫第二審上訴理由書
- 最高法院100台上7086判決要旨：刑事被告有受其每一審級所選任或經指定之辯護人協助上訴之權利，此觀刑事訴訟法第346條之規定，賦予原審辯護人得為被告利益上訴之權，以及終局判決後原審辯護人仍得檢閱卷宗及證物等權利至明 。

向法扶基金會申請時段之分析

- 102年度(1月-7月)總申請案件為1,859件，
- 816件案件之申請時段為日間時段，
- 635件案件之申請時段為小夜時段，
- 408件案件之申請時段為大夜時段。

其中以日間時段申請為最大宗，占43.89%。

續前

- 倘若被告在第一審經法院指定辯護人為其辯護，則被告於上訴期間內提起之第二審上訴，如未據其原審辯護人代作上訴理由書 狀者，本乎被告在第一審之辯護人倚賴權係至上訴發生移審效力為止之當然延伸，及刑事訴訟法第346條與公設辯護人條 例第17條等規定之相同法理，被告自得請求第一審指定辯護人 代作上訴理由書，第一審指定辯護人亦有代作之義務，此屬被告 受辯護人協助權能之一部，非僅為辯護義務之延伸。

原住民檢警案件來源分析

102年度(1月-7月)總申請案件為1,859件，其中以警方轉介為最大宗，占83.16%。

1.民眾申請：46件（2.47%）
2.警方通知：1546件（83.16%）
3.檢察官通知：203（10.92%）
4.法院通知：17（0.92%）
5.調查局通知：30(1.61%)
6.其他（包括軍方、移民署）17（0.92%）

續前

- 上訴人被訴 涉犯販賣第三級毒品（十三罪）罪嫌，屬刑事訴訟法第31條第1項所定之強制辯護案件，第一審雖指定辯護人為上訴人辯護 ，但上訴人收受第一審判決正本後，以該院提供之例稿書狀提起第二審上訴，僅記載「1.判決判太重，希 望從輕量刑2.希望法官指派辯護人為我辯護」，是否寓有委以該 指定辯護人為其提出具體上訴理由之意，而其僅係先行具狀聲明上訴，並未以該書狀為其上訴理由？即不無研酌餘地。

續前

- 倘上訴人 前揭書狀所載，係請求指定辯護人為其代作上訴理由書，則第一 審未探求其前揭書狀所載真義為何，原審亦未究明，逕認前揭書 狀已敘述上訴理由，未定期間先命補正，於上訴人指定辯護人為 其代撰上訴理由前，遽以其上訴不合法律上程式，且不經言詞辯 論，逕行駁回其第二審上訴，即無異剝奪其強制辯護案件有受實 質訴訟救濟保障之辯護倚賴權，自非適法。

續前

4.檢察官聲請羈押被告之指定辯護人（將立法）
5.審判中強制辯護案件之指定辯護人（已完成立法）
6.上訴第2審時之律師協助撰上訴理由書（實務運作）
7.上訴第3條強制辯護案件之指定辯護人（將立法）

九、第三審上訴之保障

- 102.5.13立法院司法及法制委員會一讀通過之修正刑事訴訟法第388條第1項及第2項：
- 第31條第1項所定案件，非經辯護人提出上訴理由書或答辯書，不得判決。但有第395條所定應以判決駁回之情形者，不在此限。
- 除第384條情形外，前項案件，於送交卷宗及證物前，未經選任辯護人，原審法院審判長應指定公設辯護人或律師為被告辯護，提出上訴理由書或答辯書，並於第三審法院認有辯論必要時，到庭辯護。

- 報告完畢
- 謝謝聆聽
- 敬請指教

十、結論

刑事訴訟法對原住民族的訴訟權保障，在原住民立法委員的努力下，自102年起，有突飛猛進的進步，結如下：
1.警詢時、檢察官訊問時、法官訊問時告知得選任辯護人（已完成立法）
2.警詢時之通知指派律師為辯護人（已完成立法）
3.檢察官訊問時之通知指派律師為辯護人（已立法）

【專題演講實錄】

主持人（蔡志偉 副教授）：

大家早安，我想今天第二天的議程，很高興大家都能準時到，因為早起的鳥兒有蟲吃，早上來聽專題演講的朋友收穫一定會很多，原因是我們今天很高興能夠邀請到司法院刑事廳的廳長來演講，我想先掌聲歡迎他，我想廳長在法院實務的相關經歷是相當完整，從檢察官一直到最高法院法官，他每一層都經歷過，而且廳長他在各項有關司法人員的考試，不是第一名就是第二名，幾乎大部分都是第一名，就是我們的榜首，就這個部份大家都可以從他的專業分享上學習到很多。另外就是，我記得以前上大學念法律系的時候，在這個系上課也好或考試也好，習慣都要寫這個甲說、乙說折衷說，有一些比較權威的老師，就像學刑法要寫林山田說法、蔡墩銘說法，我們林俊益廳長在刑法上面的成就，我想很多學生也都會寫林俊益說。所以整個在刑事法教學上面的研究，我們廳長也沒有因為從事公職而忽略掉。第三個就是我們為什麼今天想要邀請他來，主要是我們扣緊這次研討會的主題，就是希望能夠強化這個原住民族在整個司法訴訟上的保障，大家也會知道從今年的 1 月 1 號開始，我們設立了原住民族專庭，今年也有一個非常重大修法工程的完成，就是刑事訴訟法第 31 條、第 95 條等，列入了原住民族強制辯護的法條，背後的功臣除了立法委員之外，最大的我想非林廳長莫屬了。他在整個有關於刑事訴訟法第 31 條的修正，要把原住民族的概念放進來，其實他在背後的著力跟遊說也好，或者是推動，其實是我們在旁邊看，或者是參與者都非常感動跟感念，所以從這樣對原住民族司法權權利的關注跟實際上推動，所以我們就特別懇託他，希望能夠邀請他來研討會上面來跟我們大家分享，對於原住民族特別是在於刑事權利的保障上面或者是總體的司法人權的保障議題上的高見，就不浪費大家聆聽他專題演講的時間，我們再一次用最熱烈的掌聲歡迎他。

演講者（林俊益 廳長）：

蔡教授還有與會的各位先進，大家早安，謝謝，今天是因為我在法律扶助基金會認識蔡教授，然後感念他對於原住民法制的建設跟精進，真的是著墨很多，所以跟他學習很多。他今天辦這個研討會，這麼一聲令下，我一定要趕過來，因為要跟他共襄盛舉，依他所講的，我在司法院的刑事廳，對於刑事訴訟的法制是由我負責，所以我有義務來做一個報告，就是整個刑事訴訟，對於我們原住民刑事訴訟權益，究竟做了哪些？那麼一直講到最後結論的時候會回應，假如我還有機會的話，我希望再做一個叫做「原住民刑事訴訟權益保障卡」，有這個保障卡，假如我們的原住民朋友，因為刑事而涉案的時候，這一份原住民族刑事訴訟保障卡就會告訴我們的原住民朋友有哪些權益。

我的主題是原住民族刑事訴訟權益的保障，刑事訴訟權益的保障很多，我們今天就特別專門講被告受辯護人權的建構與實踐，這個建構目前還少了一點點小區塊，就是還有刑事訴訟法的修正，現在卡在立法院，假如在今年立法委員、司法及法制委員的召集人告訴我說 12 月一定可以過，那個小區塊就補足了。各位，等一下我報告完了你真的會想到說，原住民這個刑事訴訟法對我們的原住民朋友真的保障，真是一個完整的體系，我才會想到說要用一個小卡片，就叫做「原

住民族刑事訴訟權利保障卡」。

我們從一則故事說起，這是去年 101 年我們在偶然的機會學生傳給我，他本來傳給我的文章是說，我的爸爸是原住民，然後因為涉案被判死刑，判死刑的這個法官覺得這個原住民朋友犯了罪，可是罪不及死，所以就幫他四處奔走研究，最後還是判死刑了，那這一個原住民被告在執行槍決之前，法官又再去看他，他就託付他說：「我有一個孩子剛出生，希望你給他好的教育。」那法官後來退去當律師，就收養了這個原住民朋友所生的兒子，後來當然就培養他長大成人，一直到最後告訴他說這麼一段緣起。

我後來再去查這些相關的資料是什麼，結果網路上就有這一段，就是 1986 年發生在台灣社會的重大事件，有一位湯英伸是原住民鄒族人，18 歲就讀嘉義師專，當年從阿里山鄉到台北的洗衣店，因為他們語言溝通的問題，跟他的雇主溝通不良，然後在很特殊的情境下情緒失控，結果就把洗衣店雇主一家三口，老闆、老闆娘跟幼小的嬰兒全部殺死了。這樣的過程真的是因緣際會，就在去年 101 年 5、6 月間，我的學生傳給我，剛好那個時候我們也在立法院的司法法制委員會研究如何強化原住民訴訟權益的保障，這個湯英伸的事件還有網路流傳的那一篇故事讓我非常感動，就覺得我有能力應該為這個區塊多做一點，因為刑事訴訟法制的建制，要跟法務部還有檢政署各方面，所以我就利用可能做的機會把這個區塊做好。這個事件，在 19 歲還沒成年就被判死刑，這個都是網路上所記載的，根據湯英伸的同學、家人所說，他本來是一個純良、正直的山地青年，沒想到才到台北 9 天就變成殺人兇手，由於他打工補貼家計求職時掉入了求職的陷阱，就是扣他身分證，可是身分證為什麼被扣？就因為這樣起衝突，然後溝通不良而產生的，那也沒發薪水給他，反而要湯英伸壓現金，湯英伸走投無路下，情緒失控犯了這樣一個罪，那從這一則故事我就想起，我們的原住民朋友假如因為這樣的一個情境下而進入整個司法體系的時候，到底國家給他特別的保障是什麼？

我們都知道刑事訴訟的訴追過程，第一關就是到警察局，警察局裡我們面對的人就叫做司法警察或司法警察官，然後司法警察、警察官問完了才送給檢察官，再送到地檢署，地檢署會由檢察事務官、檢察官來問，然後就起訴到面對法官，然後一審、二審、三審。我今天就要跟各位報告，假如要按著警察局、到地檢署、到地方法院、到第二審、第三審，這一連串五個階段，到底刑事訴訟有沒有給我們原住民朋友特別的保障，我目前可以告訴各位在 12 月法律修正案三讀通過完成後，那保障是絕對有的。現在來講刑事訴訟法要給原住民朋友的保障，我們就想：到底刑事訴訟法的目的是在做什麼？所以從這邊可不可以讓我們一起省思，國家制定刑事訴訟法的目的是什麼，就是針對一個人、一個事實，例如說湯英伸的這個事實，國家的法院經過了審判程序，一審、二審、三審這個程序來確定國家對他這樣的一個事件存在幾個處罰的權，處罰的權就是刑罰的權，到底是一個還是三個的程序，當然最重要的目的是國家對於這樣的人、這樣的事實有沒有刑罰的權，可是這個過程我們要強調的是什麼？就是程序證明，就是說有沒有這件事實，實體的真實，這個過程很重要，叫程序正義。最高法院有一則判決告訴我們說，實施行政程序的公務人員應兼及實質的真實發現跟程序正義以保障被告的合法權益，實施刑事訴訟的公務人員要做到這件事情，那實施刑事訴訟的公務人員是哪些人？怎麼樣做到程序的保障？我們剛剛有講一個案子的第一線就是到警察局，再來就是地檢署，然後就是法官，我在念政大博士班研究所的時候，我們的博士班上課會跟碩士班的同學一起上，結果碩士班有一個同學坐我旁邊，他說刑訴我都不知道在念什麼，我說怎麼可能，你都研究生了還不懂。他說有一次他的男朋友載著他騎機車跟人

家發生了爭執送到了警察局，結果他學完刑訴了，可是腦袋瓜裡只有八個字－程序正義保障人權。可是他不知道現在到警察局要做什麼？我又有什麼權益保障？我今天就是利用這個機會來跟大家分享一下，整個程序有什麼保障，最起碼我們的法律、最高法院的判決都告訴我們說整個流程的司法警察、司法警察官、檢察官、檢察事務官、法官都必須要注意到什麼，程序正義要來保障被告的權益，而不是說我是法官、我是檢察官，所以要怎樣就怎樣，不是，是要遵守一個法律的程序來保障被告。為什麼要保障被告？因為被告是一個人，可是我們國家是動用公權力這個龐大的機器對付人民，萬一你有什麼閃失是影響到人民的權益，所以最高法院就告訴我們的法官說，要謹守這個正當程序，以保護被告的合法權益。

保護被告的權益是我們實施刑訴的公務人員本來就要去保障的，可是我們要想到說，要求法官、檢察官去保障被告權益，可是負責案件的檢察官就是偵查、法官就是審判，真正能夠保障到被告的權益，難免會有不足的地方，所以我們就想到說法官、檢察官調查該管案件，本來就應該依職權，要對於被告有利、不利的地方都要加以注意，這是一個客觀義務，可是單純的客觀義務本身恐怕還不足以有效保障被告人的權益，國家法律在制定的時候也想到了這一點，所以我們特別設立了辯護制度，被告、訴追嫌疑人在整個刑事訴訟的過程中，他是被追訴的對象、被審判的對象，這個時候要求法官、檢察官真的落實客觀義務，難免有所不足，一定要有一個強而有力的機制來保障，就是辯護制度。所以我們說，唯有仰賴專業的辯護人協助被告，督促國家機關去監督、實踐及負有客觀法律義務，督促檢察官、法官及施行刑事訴訟程序的公務人員，你對被告有利、不利之處都要加以注意，進而動搖其不利被告的事項判斷，檢察官會起訴被告，那事項一定是對被告不利的，但是這不利的是對還是不對，辯護人要啟動站在維護被告的權益，去讓法官對這個不利之處產生動搖，落實無罪推定及武器平等原則，並符合憲法公平審判的要求，這個權利講半天就是被告受辯護人協助的權利，太長了，我們把它簡稱為「被告之辯護人的倚賴權」，辯護人倚賴也就是說整個刑事訴訟、訴追犯罪的過程中，檢察官你有客觀義務對於有利、不利之處都要加以注意，除此之外國家又設立辯護人制度，提供被告有效的協助，我們知道被告的辯護倚賴權且這個辯護倚賴權利的位階非常高，就是刑事被告在訴訟上有倚賴律師為己辯護之權，這是憲法保障人民訴訟權所衍生的基本權，被告如果有這個權利，可以仰賴律師來幫助，這個權利是憲法保障刑事訴訟權所衍生的基本權，權利的位階這麼高，所以如果沒有落實就衍生違憲，這樣的權利目的旨在使被告充分行使防禦權，能夠跟控方即檢察官立於公平、平等的地位接受法院審判，這叫做辯護倚賴權，我講到這邊，起碼法制上我們知道被告有這樣的權利。

整個來講，刑事辯護制度是為了保護被告的權利，維護審判的公平，功能就在於輔助被告防禦對檢察官、自訴人對被告的攻擊，那對被告一般而言，除非你是法律系畢業的，不然你對法律的規定一定不清楚，一定不知道說刑事訴訟法還有一個被告仰賴辯護人的權利，這個憲法刑事訴訟法所衍生的基本權，一般沒有學法律一定不知道，所以基於被訴的立場，我經常在講說，任何一個人他只要在進到警察局，他都是驚弓之鳥、不知所措。我剛才講說我們的研究生同學進到警察局腦海中只有八個字，可是我不知道我現在要做什麼，我做什麼會產生什麼樣的利益？這個時候難以冷靜的態度、特定的防禦的模式，所以這個時候要辯護人來補及不足，讓他跟檢察官立於平等的地位而受法院的審判，這就是辯護制度。那這個權力我們從法律的規定上知道有辯護制度，被告有仰賴辯護人為己協助的權利，那它的內涵是什麼？它具體要幫助我們的被告什麼？最起碼我們可以說它的內涵第一個，國家機關不可否定被告有這樣的權利，那我所謂國家機關是

誰？就是司法警察、司法警察官、檢察官、法官，你要知道這個是被告的重要權利，而且這個權利是從憲法的訴訟權所衍生，不能否定它。第二個，國家機關不得干涉辯護人的重要辯護活動，例如說當辯護人出現在警察局、出現在檢察官偵查、出現在法官審理，你不能說「你不能問」、「你不能講」，這是憲法所保障的權利，不可以去干涉，除此之外，辯護人要非常的強，不是說國家給了你這麼多辯護的職權，你自己不精進，沒有相對應的提升自己的能力去保障被告，這就是裡面重要的內涵。

我們講到這邊，前面只是告訴我們說整個刑事訴追的過程，我們的刑事訴訟法制怎麼樣來保障被告，接著就要進入我們的主題，那跟我們原住民朋友有什麼關係？我說我們的原住民朋友假如因為涉案而被送到了警察局，那從地檢署，乃至法院審理的過程中，他有什麼權利？剛才那些權利我相信一般的被告不清楚，我們的原住民朋友更是不清楚。所以這個時候第一個，原住民的受告知權，這個受告知權是我們原住民朋友特別享有的，在我們今年的 1 月 23 號，我剛才跟我們的蔡教授在聊天我說，今年 102 年真的是我們的原住民朋友的司法元年，因為今年開始我們有原住民的專用法庭，我們原住民的專用法庭在我們的刑事訴訟也有相對應新的措施，這個重要措施就是第 95 條，那 95 條規定說，訊問被告應該先告知下列事項，這個訊問被告他的主詞沒有規定，其實這個是針對檢察官、法官的，也就是說檢察官、法官你問任何一個被告，假如是原住民的話，你除了告訴他犯什麼罪，然後你可以不用講話，這是你的權利，保持緘默而陳述，最重要的是什麼？我們告訴一般的被告說你可以選任律師。可是假如是我們的原住民朋友的時候，我們的檢察官、我們的法官還要特別說，你是原住民，你根據法律扶助的規定，你可以請求律師協助，那我們法律扶助基金會有對應的措施、有扶助的機構、有扶助的方法，你可以去那邊學習，讓我們的原住民朋友知道的更清楚，我因為案子涉案而被送到地檢署、法官，這個時候法官告訴我可以仰賴律師協助，還可以到法律扶助機構去請求協助，那這一開始讓我們的原住民朋友知道說，我可以有這樣的權利請求這樣的協助，那我們的 95 條法條只有規定說訊問被告，那這是為檢察官、法官而規定的。假如我們的司法警察、司法警察官怎麼辦？一樣的，我們的刑事訴訟第 100 條之 2 說剛才的 95 條是準用的，也就是說現在我們的原住民朋友被警察約談，或者是加以狙擊逮捕之後，司法警察、司法警察官就一定要告訴我們的原住民朋友說，因為你是涉嫌犯什麼案，例如因為你酒駕了，那我等一下問你話你可以不用說任何的話，可以保持緘默，可以不用講話，除此之外你可以選任律師，你可以尋求法律扶助機構來幫助你，這是特別為我們原住民朋友而設的，假如是一個原住民，我聽到這個的時候，接著怎麼辦？

那剛才講到說司法警察的詢問，我們就知道，法條規定在詢問，簡單來講就是問，警察來問我們的原住民朋友，那我們一般都知道警察有在做筆錄才叫做問，可是這邊真的要跟大家分享，我們最高法院隨著人權保障思維的進步而進步，最高法院告訴我們的法官說，所謂警察問被告，這個問不限於在做筆錄，範圍非常的廣。第一個，這樣的詢問只要在相當對犯罪行為、案情的詢問，不論是出於閒聊，一般我們警察要來做筆錄之前一定是會先請我們的原住民朋友吃檳榔、抽菸，再喝點茶，這個過程中，實務上就叫做什麼？套話、搏感情，取得了他的信任然後就可以話源源不斷，其實這個閒聊，我們的警察就要告訴我們的原住民朋友等一下我閒聊之前我先告訴你，你可以請律師、你可以請求法律扶助機關的協助，要先講，而不能說在這個個閒聊的過程中全部把話都套出來了，最後要做筆錄的時候再說，我現在要做筆錄了，你可以請求法律扶助機關、法律扶助基金會提供律師的協助，太慢了，這樣是不行的，前面所講的那些不算話的，所以這就

很進步，不是說只有做筆錄的時候才告訴他。教誨，什麼叫教誨？就是：唉呀！你怎麼做這樣的行為，很不對。像現在例如說我們的原住民朋友跑到警察局最多的就是什麼？酒駕。那個報紙不是說喝酒不開車嗎？你怎麼又開車了，這個就是有教誨的意義，那這個情形之前你要先告訴他，這就是我們整個審判實務進步的地方。

剛才我們說，不管是司法警察、警察官、檢察官、法官你要問被告話之前，你都要先告訴他說你可以選任律師，那經常我們遇到一個問題，法院規定應如何如何，偏偏不這樣做，會怎樣？當然有一定的法律效果，法律效果非常的強，假如是司法警察、司法警察官，對於拘提、抓過來的被告、犯罪嫌疑人問他話之前，你沒有告訴他說你可以請律師，這樣會產生什麼樣的效果？會產生徒勞無益，你所做的筆錄都不能當證據，我們法條有規定，是在第 2 項（刑事訴訟法第 158 條之 2 第 2 項），說檢察事務官、司法警察、司法警察官詢問受拘提、逮捕的被告或犯罪嫌疑人，所謂拘提、逮捕就是抓過來的人，你在問他話之前，你沒有告訴他，違反了 95 條的第 3 款，你沒有告訴他，你可以請律師，然後就做筆錄，所得到的任何資料，有沒有用？沒有用。準用前項的規定，前項的規定是什麼？不得做為證據。所以這個給我們的司法警察、司法警察官很大的震撼，就是說，你要做到真的尊重人民的權利，而且要去落實，假如你不尊重人民的權利、不去落實它，你所做的是什麼？做白工。這樣的權利設計才能夠得到落實。

那我們剛才分為兩種情形，就是對於被抓過來的被告你沒有告訴他你可以選任律師，對於我們的原住民朋友，你沒有告訴他有法律扶助機構可以請求協助，所做的筆錄原則上都是沒有證據能力的。那假如不是抓過來的？譬如說用傳的，就是通知書，不是抓過來的，一樣的，我們有 158 條之 4，一樣的，我們要看情形，也會判斷成什麼？沒有證據能力的可能性。

現在我們的司法警察、司法警察官都告訴我們的原住民朋友說，你可以請求我們法律扶助基金會的協助，我們的原住民朋友說，那我可不可以自己來選呢？因為請求協助，我萬一不知道怎麼協助，或是我的朋友就是律師，我可不可以就請求律師來幫忙？可以，我們有一個權利就是第 27 條，我們刑事訴訟法告訴我們說，任何一個被告、任何一個犯罪嫌疑人，你都可以選任辯護人，我們第 27 條說：「被告得隨時選任辯護人。犯罪嫌疑人受司法警察官或司法警察調查者，亦同。」其實這個條款所謂的「隨時」是指什麼？就是起訴以前檢察官在偵查的階段、起訴以後法律的審理階段到第一審、第二審、第三審你都可以，anytime，你都可以隨時去選任律師。那後段就是犯罪嫌疑人，所以我後面有一個圖表，我們一般人民從到警察局、到地檢署、到法官，那大概他的身分、他的名稱，從送到警察局的時候，叫做犯罪嫌疑人，送到檢察官的時候名稱改變了，叫做被告，送到法官一審、二審都稱為被告，那司法警察在問犯罪嫌疑人，那個「問」我們給他一個名稱，就叫做詢問，就比較客氣一點。檢察事務官在問被告，客氣一點叫詢問；另外一個到了檢察官問被告、法官問被告換了一個名詞，就叫做訊問，那這些就是整個流程。這個流程你任何一個階段，只要我想要選任律師，我隨時都可以選任律師，這個是我們原住民朋友第一個可以享用的權利。

既然我們有這樣的一個權利，那假如我是原住民、假如我是被告，我已經選任律師了，法官可不可以置之不理？不行，我們剛才有講說被告倚賴辯護人協助的基本內涵第一個是什麼？國家不可以對辯護人置之不理，所以只要已經通知檢察官、法官說我選任律師了，這個時候你就要去重視他，怎麼去重視他？你就要發傳票，該開庭的時候你就要去傳喚他、通知他，所以我們說要通知檢察官、辯護人、輔佐人，使被告得充分行使防禦權，讓他跟檢察官及自訴人站在一個平等

的地位受公平的審判，這個是我們司法警察、司法警察官、檢察官、法官都要注意的，讓辯護人能夠來行使他的權利。

那我說要去選任辯護人，選任辯護人要錢，現在一個小案子起跳點也要三萬塊，然後四萬、五萬，經濟這麼不景氣的情況之下，你想想看哪來的三萬塊？那你會覺得說國家規定了半天，那個權利是空的，會不會這樣子？一定會。所以有法律扶助基金會來協助我們的原住民朋友，除此之外，我們的刑事法也特別規定，因為我們有些案件比較困難，有些案件犯罪比較嚴重，例如說犯罪比較嚴重，一判就是三年，那各位假如有機會到我們法院去旁聽，法院的服裝，每個人在執行公務的時候都要穿一定的法袍，像我們法官穿的法袍的這個邊，就是人家說的藍色，那我說是青色，為什麼？因為包青天大老爺；檢察官的邊我們說是紫色，因為是紅得發紫，那麼這個紅就是積極打擊犯罪；假如我們辯護人，我們的邊就是白的，辯護人我們就說黑白分明；但是有一種人出現了，他的是綠色的邊，綠色的邊在我們的法院編制叫做公設辯護人，我們有一個名言叫綠色和平，綠色代表和平，只要這樣綠色邊的法袍，公設辯護人出現在法庭的時候，他就好高興，因為竟然是國家指定一個公設辯護人來幫忙，可是高興的同時也要擔心，為什麼？因為當這個人出現，法官的判刑起跳點就是三年，就是判了重罪。就是說針對重罪的案件，有一些案件複雜的，比如說重罪的案件，或者牽涉到國家內亂、外患、妨害國家罪的這些案件，還有被告亟需要保護的案件，例如說智能障礙，他會講不清楚，那怎麼來進行程序？對於這類案件，我們國家特別設立一個機制，就是說這些案件一定要有律師，那既然一定要有律師，可是被告沒錢請律師，沒關係，國家就送你一個律師、國家就指定律師，國家指定律師就是我們剛才的公設辯護人來當。

講到強制辯護這個名詞，這種強制辯護我們叫做強制辯護案件，這種案件一定要有律師，只不過這個律師的來源你可以自己選任，你沒自己選任，國家幫你的忙來指定。那我們剛才講到法院的人都有穿法袍，那你知道有一個人他坐在法官的前面，那個叫書記官，書記官的法袍大家都知道是什麼顏色？黑色。你知道為什麼是黑色嗎？因為以前我們的書記官不是用電腦打字，是用寫的，可是一直寫一直寫，那個筆又不好，水漬會噴出，結果就噴黑了，這是笑話一則。這樣的一個辯護制度就是告訴我們說，國家針對一些特殊的案件、案情非常嚴重、對被告影響非常的大，被告需要特別保護的，這個時候你可以自己去找律師，沒錢找律師國家要幫你忙，就是指定律師，所以指定公設律師來幫被告辯護以貫徹他的辯護制度，藉由辯護人本其專業來協助被告。那我們講到強制辯護，各位會不會覺得說強制辯護跟我們原住民有什麼關係？假如昨天各位也有來聽演講，大概就知道我們的刑事訴訟法第 31 條第 1 項是法院審判的問題，最輕判刑三年以上有期徒刑，就是重罪，只要公設辯護人出現的時候他就判重罪，那你會覺得說那我們原住民是放在第 4 款「被告具原住民身分，經依通常程序起訴或審判」，也就是說當檢察官把一個原住民朋友起訴了，不管什麼罪名，輕的罪、重的罪，只要起訴，原住民朋友有錢選任律師最好，沒有錢選任律師你也放心，國家會指定一個公設辯護人，可是你會說：你剛才不是說遇到一個穿綠色法袍的公設辯護人就判三年？不是，我們原住民的朋友特別例外，特別的權利保障，只要我們的原住民朋友被檢察官經起訴程序提起公訴，這個時候原住民朋友有選律師最好，沒有的話，國家就指定一個公設辯護人來幫你。各位知道我們的法院審理程序大概有兩大類，一大類就是起訴的程序，一大類就是申請的程序。申請簡易判決表示這個案件是簡單的，不需要勞師動眾、不需要開庭，起訴都是要開庭的，剛才我們說申請簡易判決那個「申請」是不用開庭的，假如那個申請的案件最後法官認為說不行，還要開庭，就叫做「審判」，這個時候也要有辯護人來幫忙，原住民朋友沒

有自己選任律師，國家就要幫他指定辯護人。

這些案件一定要有律師，剛才有講到了。那你說一定要有律師做什麼？如何強化他的法律效果？我們第 284 條說，第 31 條第 1 項所定的案件無辯護人到庭不得審判。「不得審判」四個字、「審判」兩個字，有什麼特別？很重要，不得審理、不得判決，什麼叫不得審理？連開庭你都不可以開。法官要問話，你沒有辯護人你根本都不能問話、都不能進行，多麼嚴重，縱然審理了，也不能夠判決，表示什麼？一定要有辯護人到庭來維護我們被告人的權益，所以非常的重要，那你說不能到庭，我法官偏偏就不理，我照常開，會怎麼樣？白開了，判決白寫了，為什麼？因為是構成上訴的理由。

第 379 條第 7 款：「依本法應用辯護人之案件…，辯護人未經到庭辯護而逕行審判」判決當然違背法律。所以做一個整理，我們大概是說，原住民的朋友被檢察官提起公訴，你沒有找律師，國家就一定要幫你選任一個律師，沒有選任、沒有指定一個辯護人來幫你辯護的話，可不可以開庭？不可以開庭；可不可以判決？不可以判決。法官偏偏不理，故意去開庭、故意去判決，有沒有影響？有，刑事訴訟法第 379 條第 7 款告訴我們說等於白開了，判決白寫了，構成上訴第三審的理由，那你說上訴第三審會怎樣？當然我們的最高法院把它撤銷、發回，重新再來一次，所以你就會知道說刑事訴訟法對於我們的原住民朋友權益的保障就是一定要有律師，你不用去選任律師也一定會有公設辯護人來幫你的忙。

所以我們下一個結論就是說，依刑事訴訟法第 31 條第 1 項、第 284 條規定，被告具原住民身分者，只要經檢察官依通常程序起訴或轉為通常程序來審判，一定要有辯護人協助也一定會有，假如沒有的話他的判決會構成上訴第三審的理由，到這邊，我想我們的原住民朋友一定會想說好棒，刑事訴訟法對我們的權益都有保障。

那你說強制辯護的案件要有辯護人不可，對於我們的原住民朋友剛才講指定對不對？那怎麼指定？就是有指定辯護。剛才有強制辯護，就是這個案件是原住民朋友的案件，一定要有律師，就叫做強制辯護，可是偏偏沒有律師怎麼辦？這個時候國家就要設立一個指定辯護，所以我們今天最起碼有兩個名詞，「強制辯護」跟「指定辯護」，那強制辯護的這個案件一定要有律師，律師來源可能你自己去聘請，你沒有聘請國家幫你指定，這個指定我們說由國家積極介入強制辯護人為被告辯護，它有兩個目的，第一個，可以強化被告訴訟主體的地位，第二個可以彌補被告跟國家實力的落差。第一個，原住民被告被起訴了，我不弱勢，被告有一個辯護人來幫被告的忙，這個叫做強化被告主體的地位，我被告不是弱勢，不是說只有法官來對付我而已，我還有一個律師可以來跟法官做權利上的主張，這樣就可以縮短被告跟國家實力上的差距，這就是指定辯護最主要的目的。

這邊我真的要非常謝謝我們的原住民立法委員，那關於我們第 31 條，昨天我想已經有人做專題報告了，各位都知道這一條是在今年的 1 月 23 日，123 是自由日，各位很好記對不對？，102 年自由日就是我們原住民朋友的司法元年，這個條文的產生其實是我們要謝謝幾個立法委員，是陳根德立法委員提 31 條，然後林正二委員跟鄭天財委員他們在 101 年 6 月 6 號臨時動議，把原來的條文修得更好，本來這個條文是搭配目前停留在立法院的刑事訴訟修正案，我剛才說立法院還有一個大不同的刑事訴訟法修正案，等看在 12 月能不能順利通過，本來這第 31 條是搭配在裡面，可是我們非常聰明、機智、機警的鄭天財委員他說放在那邊不知道要延到什麼時候，就把第 31 條單獨抽出來，當做一個單獨的提案，跟我們的吳玉珍委員說，這一條比較重要先把它

抽出來，這是在去年的十二月，這邊要謝謝我們林正二委員、鄭天財委員在我們整個立法過程中對我們原住民朋友的幫助，我以前不認識鄭天財鄭委員，可是鄭委員是立法院司法及法制委員會的委員，每一次的提案都看到原住民朋友的權益，整個刑事訴訟保障的權益完全就靠第 31 條。你不要以為只有第 31 條加剛才我們介紹的第 95 條，等一下的說明就會知道這就是一個源頭，一個源頭就啟動了整部體系，所以我在立法院司法及法制委員會有機會碰到鄭委員，我說我以前不認識你，可是我真的非常佩服你，結果他其實跟我還有一點關係，我在台大法律系念的時候他是高我一屆的學長，後來才相認，才有更多的機會跟他特別請教、學習。所以各位你有機會遇到這個鄭委員你要跟他說你好棒，給你按個讚。

接著就是要介紹我們的指定辯護，指定辯護就是當一個案件有原住民的時候一定要有律師，我們原住民朋友沒有選任律師，國家要積極的介入來幫他指定。整個刑事訴訟的過程從偵查到審判，我們先講審判這個區塊，因為審判是第 31 條，那第 31 條第 1 項第 4 款就是我們剛才所介紹的「被告具原住民身分，經依通常起訴程序起訴或審判者」就一定要指定。

現在的重點就在什麼？偵查中，其實我們的法官都知道，很多案件這樣一審、二審、三審審不完，他的源頭是什麼？就是他的最上游，（司法）警察、（司法）警察官詢問的時候，那邊沒有弄清楚，那個源頭沒有弄清楚，到後來你再怎麼審都永遠弄不清楚，所以在偵查的階段如何強化原住民朋友的訴訟權益保障，那是更重要的。第 31 條第 5 項這邊規定說：被告或者是犯罪嫌疑人，因為智能障礙無法做完整的陳述，或被告、犯罪嫌疑人具有原住民身分，在詢問過程中沒有選任辯護人，檢察官、司法警察官、司法警察應通知依法設立的法律扶助機構，指派律師到場為其辯護，這個是我們在今年 1 月 23 日跨出的第一步，那這個跨出的第一步其實在我們去年的 101 年 5 月間就審了。可是因為內部刑事訴訟法太多意見了，所以沒有過，那我在去年 101 年我知道這個法一定要讓它過，而且一定會過，所以我在 101 年去年的六月，我們召集了內政部警政署法律扶助基金會，我們說這個法一定會過，我們要不要來先做試辦？所以我們從 7 月 15 號試辦到 10 月 15 號，真的特別感謝我們的法律扶助基金會特別動員了全國的法扶律師，在任何司法警察、警察局在詢問我們的原住民朋友的那一剎那間，我們警察就通知我們的法律扶助機構，我們法律扶助機構就會指派律師到場，而且我們的法律扶助律師一定要在 4 個小時之內一定到，實行的成效非常良好，所以在去年的 11 月、12 月在立法院審議的時候我就說很好可行，一定要做，這麼一說當然立法委員就沒有意見，所以在我們的 101 年的 12 月我們的 31 條就過了，在今年 102 年 1 月 23 號我們就順利的施行了，在偵查中原住民朋友因為犯罪嫌疑而被警察、檢察官約詢到警察局、地檢署的時候，警察、檢察官要主動通知我們的法律扶助機構、法律扶助基金會，他就會指派律師來協助我們的原住民朋友，所以說到這邊最起碼我們知道了，當我們的原住民朋友一犯罪，這個時候我們的原住民朋友有審判律師到我們的審判中，或法官也會指定律師、公設辯護人來幫忙協助，這個體系有什麼關係？我們在一路看下去。

剛才有講到說司法警察要通知法律扶助機構來指派律師，那假如他不指派？或者是說司法警察沒有通知？檢察官沒有通知？這個時候怎麼辦？效果怎麼樣？目前的沒有規定，那你會不會覺得說白規定了？不會，我們有一個刑事訴訟法修正案現在還躺在立法院，希望 12 月能過，這能過的話我們的漏洞就補足了，各位看違背第 31 條第 5 項的規定所取得的犯罪嫌疑人是極大不利的，原則上是不得做為證據，不然你剛才講說要通知，他偏偏就不通知又做一大堆筆錄有沒有用？沒有用對不對？所以一定要強化它的法律效果，這樣的破網把它補足了。

102 年從 1 月到 9 月現在判刑了多少案件，我們看得出來，實際派遣律師 938 件，那沒有成功派遣的還有 48 件，沒有辦法派遣的大概就是連繫上的問題，這有強化的空間，可是我們可以說從零到有，最起碼從 1 月到 9 月有 138 件是成功的獲取律師的協助。大概是哪些類型呢？大概最多的就是公共危險酒駕，再來就是竊盜案件、毒品案件、傷害案件，那酒駕我想跟我們原住民朋友的傳統習慣有關係，就是喝酒過量了就產生這個問題。我們法律扶助基金會哪一個時段申請的案件量最多？就是白天的時段，那白天的時段會最多，我想喝了一整天的酒，第二天才被抓到，所以這個白天協助的人機會比較多。

我們原住民朋友請我們法律扶助基金會協助他的案源、協助的方式，警方的通知最多，我們真的要謝謝司法警察有這個觀念，警察要去查原住民朋友的時候要尊重他，他有這個基本人權，你要告訴他可以請律師，你不請律師的話我可以通知法律扶助基金會，那這樣子原住民朋友同樣在警察局你會發現今天有兩個犯罪嫌疑人，同時被約到警察局，我們的警察會通知他你要不要請律師？你不要請律師我會通知法律扶助基金會的律師來。另外一個不是原住民的朋友，警察會不會通知他我要通知法律扶助基金會的律師來？不會，因為法律沒有這樣規定，這個時候原住民朋友在我們的警察局權益的保障相對特別多，其實法律扶助基金會就算沒有法律的規定，我們也有一個檢警的專案，就是什麼都有。

剛才從檢察官問案到一審審判，你說在我們的刑事訴訟法在第一審法院碰到了強制辯護的案件，碰到了原住民朋友的案件，經依通常程序起訴，他要選任律師，法官依照法律規定要替被告申請一個辯護人，那審完、判了，我們的原住民說我不服，我要上訴，現在上訴不容易，因為刑事訴訟法第 361 條規定上訴要寫具體理由，所謂具體理由是什麼？你要寫說原判決有如何如何的違背法令 ，原住民朋友說我怎麼會寫？我不會寫對不對，那這個時候怎麼辦？我上訴已經被駁回，等於沒有救，對不對？可是各位朋友不要忘記了，我們原住民朋友是屬於什麼案件？強制辯護的案件，既然是強制辯護的案件，這個辯護人就要幫我們的原住民朋友寫上訴理由書，一次包到底，別的人有沒有？沒有，這就是上訴第二審的保障，強制辯護的案件，就是被告是原住民朋友的案件，被指定的公訴辯護人應該要給被告寫第二審上訴理由書，這是我們最高法院 100 年度台上字第 7068 號告訴我們的，時間的關係各位只要知道這樣就好了，原住民的案件一審沒有請律師，法官要幫他指定公設辯護人，還要幫他寫上訴理由書，因為時間的關係我們先講到這裡，跳到第三審。

剛才是第二審，第二審有指定辯護人來幫忙我們的原住民朋友寫上訴理由書，當然我們的第二審也要有律師來幫助我們的原住民朋友，假如我們的原住民朋友他選任最好，沒有，第二審的法官還要幫他指定公設辯護人，這個第二審還要指定辯護人之後那當然就上訴到第三審，上訴第三審更難了，我們的上訴第三審叫做法律審，刑事訴訟法第 388 條規定說，我們的刑事訴訟法規定的強制辯護不適用之、現行法不適用之，那會不會覺得很奇怪，為什麼一審、二審要強制他請律師，沒有請國家要幫他指定，可是到第三審就沒有，會不會很奇怪？我也覺得很奇怪，所以在刑事訴訟廳我就提一個刑事訴訟法的修正案，認為第三審強制辯護人案件也要有律師，我提了一個條文就是第 388 條第 1 項，說第 31 條所定的案件，各位看到這 31 條所定的案件有沒有想到什麼？只要 31 條所定的案件各位就知道了，原住民的案件，31 條就是原住民的案件的代名詞，那這種案件未經辯護人提出上訴的理由書、答辯書不得判決。也就是說什麼，原住民的案件從第二審到第三審也要有辯護人幫你寫上訴理由書或答辯書，我們的原住民說可是我沒有選任律師，沒

關係，我們的第二審審判書會幫你的忙，第 384 條，我們看後面這一段，原審法院指定公設辯護人律師為被告辯護，提出上訴理由書、答辯書，所以我們介紹到這邊各位有沒有發現，我們從刑事訴訟對於我們原住民朋友從警察約詢要告訴他，從檢察官到我們一審、二審、三審是不是整個都體系完整？不過這邊要請各位幫一下忙，因為這個條文是今年 5 月 13 號通過，現在還躺在立法院要等待協商，所以請幫幫忙去告訴我們的立法委員說趕快過，不然我們原住民的權益第一審、第二審，結果到第三審就沒有權益了。

我們說整個原住民刑事訴訟保障權益體系在哪裡？第一，在我們警察局警察官在問我們原住民朋友前要先告訴他可以選任律師，第二個在警察局檢察官碰到原住民朋友的時候，我們的檢察官要主動的通知法律扶助基金會選任辯護人，第三個，檢察官申請羈押，這個時候的指定辯護將立法，所謂的將立法是什麼？就是還躺在立法院，12 月通過就有。各位有沒有聽過一個名詞叫做「聲請羈押」？檢察官認為這個被告犯的罪非常的重，向法院聲請羈押，各位知道羈押是什麼嗎？就把人押起來押在看守所，偵查中一關就關四個月，這就是剝奪人身自由，這個時候是不是更需要律師來協助？所以我們刑事訴訟法的修正，法條第 101 條就說，當檢察官針對強制辯護人的案件，針對第 31 條的案件你聲請羈押的時候，沒有律師時，法院要指定律師，各位只要想到 31 條的案件你就想到原住民朋友的案件，所以當我們檢察官要對我們原住民朋友聲請羈押的時候，我們法院將要完成的法律就是告訴我們的法官說你要指定律師來幫他的忙，再來就是審案中強制辯護，我們剛才講了第一審、第二審原住民朋友的案件你沒有選任律師，法官第一審要幫他指定、第二審也要幫他指定，再來就是上訴第二審，我們的指定律師要幫我們的原住民朋友寫上訴理由書，第三審也要寫。所以講到這邊整個體系都非常完整了，可是希望在 12 月我們刑事訴訟法通過之後，就可以畫一張非常漂亮的卡，叫做原住民訴訟權益保障卡，就把我們的七項權利全部列上去，那個卡就是我們涉案的原住民朋友一個保障的最重要的卡片，那個卡片應該要廣泛的發給我們的原住民朋友，告訴原住民朋友說這是你的權益保障卡，你拿這張卡就好像我們皇帝所賜的那十二道金牌，金牌在這邊，律師要幫助我。

主持人（蔡志偉 副教授）：

我們非常感謝廳長為我們做這樣的分享，我想他剛剛的身分是從廳長轉換到老師，我覺得如果有機會可以聆聽他的課也是非常的享受。首先我想先轉換一下身分，剛剛您提到那個保障卡，我們兩個都是法扶董事，秘書長也在，我想我們的法扶制度也可以用這樣的保障卡，也可以針對原住民在法扶可以得到的一些協助跟幫忙也做一個小卡片，這樣子來做發送的話，也能夠對這個部分有一些正面的協助，我想從廳長跟我們分享、說明，過去我們的司法跟人民的距離確實是存在的，特別就是原住民長期對於國家法律不瞭解，甚至產生比一般人更大的距離感，我想經過這幾年各界的努力，確實把原住民族在司法權這樣的權利建構上的工程，慢慢達到一個大家都可以肯定的方向去，我想平常要跟廳長對話的機會不多，像我一個月也只碰到廳長一次，所以如果大家不反對、廳長也不介意的話，我們是不是可以跟大家有一個對話的空間？或者說在座的各位朋友有沒有要做什麼樣的一個提問或想法，針對廳長今天的分享，或者是有什麼疑問的地方，那還是麻煩請您先介紹一下你自己。

與會者（胡龍雄 校長）：

大家早安，我是朗島國小校長，來自對岸，巴士海峽對岸，在蘭嶼，剛才我聽到原住民有這樣的權益，就是公設辯護人或強制辯護人的一個權力，那如果嫌疑犯在整個案件審理期間，他之前不具原住民身分，但是在審理期間他取得了原住民身分，他是否仍有這個權力？

演講者（林俊益 廳長）：

謝謝校長，他問了一個非常棒、非常棘手的問題。我想我們在完成第 31 條的法條就看到了，根據我們初步的看法以起訴時為準，詢（訊）問你的時候你具有原住民的身分，例如說犯罪嫌疑人在司法警察的階段你有原住民身分，那時候我就應該給你特別的保障，至於說一審你沒有原住民身分，可是進到二審的時候取得了原住民的身分，只要你提得出證明，而這個證明目前是已取得登記，你取得這個身分的時候國家就要給你這樣的保障，否則整個訴訟程序會產生違法的問題，就這樣子。其實在我們刑事訴訟法有一個原則，就是有疑利於被告，當產生適用上有懷疑的時候，我多給你的保障不會怎麼樣，萬一，你少給他保障，應該給沒給的時候反而對不起人家，所以我們寧願多一點保障，所以會產生這樣的一個見解。

主持人（蔡志偉 副教授）：

好，謝謝廳長，還有沒有其他朋友要分享或者是提問的，時間有限，有沒有？

演講者（林俊益 廳長）：

沒關係，假如現在沒有想到問題，未來有想到都可以透過管道或者是請我們蔡教授跟我講一下，我們都會想辦法來解決，那其實剛才這樣一路講下來，我們真的還有很多需要改進的空間，我們希望在 12 月能夠完成，完成之後我們那個保障卡可以完全徹底去落實，其實講再多還不如實際去操作。

主持人（蔡志偉 副教授）：

那我們就用最熱烈的掌聲謝謝我們的廳長。

主題四

本國、外國法院有關原住民族傳統習慣規範判決之深究與評釋

主持人：林秀蓮參事（法務部）

■原住民族權利之保障及其界線

發表人：王怡仁主任檢察官（臺灣花蓮地方法院檢察署）
與談人：陳為祥秘書長（財團法人法律扶助基金會）

■原住民族專業法庭適用原住民族民事習慣法之研究

發表人：黃居正副教授（國立清華大學科技法律研究所）
與談人：林三元法官（臺灣高等法院臺中分院）

■加拿大與澳洲法院實務中的原住民族習慣效力

發表人：蔡志偉 Awi Mona 副教授（國立臺北教育大學教育經營與管理學系）

與談人：林淑雅助理教授（靜宜大學法律學系）

原住民族權利保障及其界限

王怡仁
臺灣花蓮地方法院檢察署主任檢察官

摘要

臺灣人民之種族亟具多樣性，除十餘族原住民族外，復有明、清朝之閔、客移民、國民政府退守移民，及現今外籍新娘的新新移民。為彰顯對原住民族權益保障的重視，民國 94 年 6 月 10 日修正通過之中華民國憲法增修條文第 10 條（基本國策）第 11 款及第 12 款明文：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、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，其辦法另以法律定之。」在保障原住民權益的前提下，立法上已通過原住民族基本法，原住民族自治法亦躍躍欲試亟欲通過立法，原本已立法通過之法令在解釋上似乎也有逐漸朝向原住民族權利擴張的方向解釋，甚而行政程序上也要求對於原住民族為差別之待遇。然而民族主義或族群意識向來為紛爭之始，遠由大日耳曼民族、大俄羅斯民族屠殺猶太民族、二次大戰之民族擴張主義、泉、漳州移民械鬥、近年之 911 爆炸案，在在提醒民族融合與民族尊重居同等重要地位。而針對原住民族權益之保障進行差別性立法固非無當，但立法、法律解釋及行政處遇是否朝向民族逐步融合前進會更符合全民利益？差別性立法、法律解釋及行政處遇是否符合憲法對於比例原則及平等原則的要求？以長久的觀點觀察是否更符合原住民的利益？本文儘量脫離學術名詞的桎梏及學術論文之引用，試圖以淺顯的實務觀察為立論，討論原住民族權益之保障的諸多作法是否逾越了憲法的界限，提出實務運作上的看法。

壹、前言

邇來為更進一步落實保障原住民權益，通過多件立法案件，且法律適用上，也進一步擴張法律適用，試圖保障原住民法律上之權益，其小者諸如要求各地方法院審理原住民案件時應設立原住民案件專庭、檢察署偵辦原住民犯罪應成立原住民專股；大者要求原住民被告原則上應有律師在庭辯護，擴大槍砲彈藥刀械管制條例中原住民合法持有槍枝之範圍、甚至原住民族基本法對於傳統領域之劃設及正爭取中之傳統領域上的自治權，然而，在保障原住民權益之餘，上開立法及法律適用是否符合全國人民之利益，而符合憲法比例原則及平等原則，實有探討之必要。

貳、憲法比例原則與平等原則

一、比例原則：釋字第476號解釋認為，國家對人民基本權利的限制，「倘與憲法第23條所要求之目的正當性、手段必要性、限制妥當性符合，即無乖於比例原則。」綜合學說與實務，認為比例原則之審查可分四階段：

1.前階段：目的合憲性之審查

依德國學者Maurer見解，第一階段是審查系爭手段所欲追求目的之合憲（法）性，亦即首要之務即在於確立該立法目的何在，其後才能進行比例原則之審查；而第二階段則係由比例原例下之三個派生原則予以檢視其手段與目的之合比例關係。因此，關於目的合憲性的審查，首先是要求系爭國家行為消極面向上不得追求明顯違憲之目的，如種族隔離或男尊女卑等違憲目的。

2.手段適當性之審查

按適當性原則要求限制基本權利的手段必須適合於所追求公益目的之達成，就消極而言，若是一個措施加深目的達成之困難或根本毫無效果、或甚至是有害的，則該手段自屬不適合；反之，就積極而言，若該手段對目的之達成究應達到何種適合程度，始得肯認其適當性原則之要求，則不無疑問。對此，依德國聯邦憲法法院之見解，即使只有部份（zum Teil）有助於目的之達成，即不違反適當性原則。質言之，只要手段不是完全（völlig）或全然（schlechthin）不適合，即不違反適當性原則。而此種寬鬆的審查標準，學理上有稱為「完全不適合」準則。本文採用前者之見解以進行審查。

3.手段必要性之審查

所謂手段必要性之審查，係指要求立法者應在所有同樣適合達成目的之限制基本權的手段中，選擇對私人基本權限制最小者為之。因此，學理上亦有稱為「最小限制原則」。由此定義可知，必要性原則實以「相同有效性」與「最小侵害性」兩者共同構成其內涵。

4.手段合比例性之審查

倘系爭手段已通過適當性及必要性原則之審查後，最後尚須審查是否合於狹義比例原則之要求，於此，必須審查「手段是否與所追求之目的不成比例」。換言之，在此須審查限制基本權的手段所追求或增進之公益是否大於對私人所造成之損害或不利益。

二、平等原則：中華民國憲法第7條之規定，中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。而憲法要求的是實質平等而非形式上平等或立足點平等，在不違反公序良俗及以公平原則的情況下仍可為差別待遇。司法院大法官釋字211號「平等原則為所有基本權的基礎；國家對人民行使公權力時，無論其為立法、行政或司法作用，均應平等對待。」指出了立法機關於立法時候同樣受到平等原則拘束，平等原則由「法律執行的平等」進一步要求「法律制定的平等」。司法院大法官釋字211號解釋說明平等原則的內涵，「憲法第七條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平

等，立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事務性質之差異而為合理的區別對待」。也就是，不論法律執行的平等抑或是法律制定的平等，都要求「相同者，相同對待之；不同者，不同對待之」。這中間就產生了「差別待遇」的問題，如果立法者恣意形成差別待遇，則法律的平等原則無法維持，平等原則遭受破壞，然而因為社會多樣，不可能完全無「差別待遇」，此乃在尊重個人人性尊嚴的前提下，為對應人類種種源於先天及後天原因之事實上、社會上原因之當然要求，司法院大法官釋字第485號解釋「故法律或相關機關就個別案件事實上之差異及立法目的，作合理之不同處理，並不違背憲法之意旨」，換言之，「差別待遇」若在合理範圍內，即不違反平等原則。

參、傳統領域實際案例（兼論原住民族自治法）之違憲審查

一、 案例：清水農場濫墾案件：

位於花蓮縣卓溪鄉新生段之清水農場，其管理機關原為國有財產局，於93年間經國有財產局同意開始放租原由管訓隊員所開墾之土地（實際使用狀況為梯田），隨即零星發生租地外越界開墾茶園情事。唯上開土地於92年間納入「原住民傳統領域調查工作計畫」，並於94年間以「原住民保留地以外公有土地漏報增編計劃」，將上開土地由國有財產局移撥予行政院原住民族委員會管理，經行政院於94年11月函准，並於95年完成土地變更登記管理單位為原住民族委員會。惟原住民族委員會並無人力及設備進行管理，乃委託花蓮縣政府轉委託卓溪鄉公所為土地之管理。清水農場自97年起發生嚴重濫墾情事，由政治人物勾結漢人以大型機械大肆開墾陡峭山坡地後，交由原住民及漢人種植農作，並轉租他人，濫墾地水土流失嚴重，隨時可能造成土石流。合計明確之濫墾面積達32公頃（因部分土地種植生薑，焚林種植數年後即棄置移種他處，而無法明確查明原開墾人，勘查人員亦無法進入原開墾地，而無起訴）。

二、 問題之發生：

A、 清水農場及其附近山區原屬早期布農族原住民之活動空間，惟警備總部時期列管制區，由管訓隊員人力開築山坡地作成梯田種植蔬菜自給自足，斯時土地管理嚴格，除清水溪下游沖積扇之清水、卓溪等部落外，已無原住民居住山區，93年後漢人為開發上開地區，利用大型機具大肆開墾後，雇用臨近之卓溪鄉原住民種植，或轉租他人使用。其濫墾期間雖間有少數原住民前往狩獵，然狩獵人數甚少，雖發現有濫墾、濫伐情事，但或肓於部分受雇用之原住民生計，或畏於政治勢力之介入，少數獵戶實不足以阻止大量開墾或形成輿論之焦點。而政府對於山林之管理，若僅仰賴少數原住民之自覺，恐係螳臂擋車。

B、 為因應林務工作之廣泛性、多樣性、複雜性，非各地地方政府或其他基層機關可竟其功，政府乃於行政院農委會下設林務局，統籌全國林務之巡查、管理、保林、造林、治山防洪、發展森林與保育等工作，林務局在林務管理上獨具專業性不言可諭。然本案因清水農場原屬警備總部管訓隊員之地點，因其特殊背景而輾轉劃歸國有財產局管理，該管理機關之管理能力逐步衰退（包括管理人力、物力、管理設備及管理規範），原已遠低於林務單位，而衍生零星越界開墾之犯行，迨94年移撥原住民族委員會後，原住民族委員會無法編列足夠之人力、物力及設備管理該地，乃轉而委由同樣欠缺人力、物力及管理設備之卓溪鄉公所管理，至此，擅於管理之林務單位自始未能介入管理，尚有微薄管理能力之國有財產局籍管理機關之變更而順理成章地退出管理，改由更無管理能力之卓溪鄉公所管理，清水農場幾成無政府狀態，濫墾之挖土機等設備逕行放置於山上大肆開墾，甚至於山頭設置大型儲水設施（遇大豪雨恐有崩潰而沖擊山下原住民村落之虞）而無力阻止。直至事態逐漸惡化，卓溪鄉民一再透過議員質詢、監察院陳情，卻自始未曾有任何檢舉函、卓溪鄉公所告發函或被害人告訴狀將上開情事告知臺灣花蓮地方法院檢察署，直至議會關切之新聞登上地方報紙，而經本署剪報分案，偵辦中獲行政院大力支持而順利偵辦。

三、 個案問題建議可能之解決方向：

應由專業機關介入管理：各行政管理機關之分工，專業機關應凌駕於各地方自治機關之上，

取得管理權。易言之，林務局對於森林之管理應凌駕於原住民委員會、花蓮縣政府、卓溪鄉公所等地方自治機關之上而共同管理；礦務局對於礦區之管理應凌駕於原住民委員會、卓溪鄉公所等地方自治機關之上而共同管理，不應僅因管理機關劃歸原住民委員會而退出管理。同理，對於租用林地使用之礦區管理，同時具有林務及礦務之專業領域，應由林務局及礦務局均介入共同管理，管理機關不應取其一而捨其他。

四、 問題之再衍生：

A. 原住民保留地之管理：同以「原住民保留地以外公有土地漏報增編計劃」，劃歸原住民族委員會之土地，包括其他原住民保留地，其劃設零散、大量，其管理脫逸於林務局之外，卻無任何其他機關可掌控。

B. 原住民族自治法之通過，設立之管理機構恐疊床架屋。是否因而排除其他專業管理機關之介入頗值得觀察。如依立法原意，原住民族自治法理當對其領域有獨立的管控權力，然而臺灣土地中有逾七成面積屬於山林，在原住民族有限之行政人力及行政資源下，對於廣闊的森林的管理，其能力是否足以排除其他人（包括原住民及其他民族）的侵入，才是問題的關鍵。

C. 傳統習俗之尊重，是否應介入評價？還是應完全尊重傳統習慣，而將原住民傳統習慣認為有法律位階之效力，而排除原處罰法令之適用？焚林、陡峭林區之種植習慣是否應有節制之機制？此於（肆、強制猥褻實際案例之違憲審查）中再行提出。

五、違憲之審查：（手段適當性之審查）

按適當性原則要求限制基本權利的手段必須適合於所追求公益目的達成，就消極而言，若是一個措施加深目的達成之困難或根本毫無效果、或甚至是有害的，則該手段自屬不適合。本案而言，原住民族委員會將清水農場附近土地劃歸傳統領域之目的，在於尊重布農族傳統領域之特殊文化傳承目的，針對土地開發、資源利用、生態保育及學術研究，取得諮詢、同意或參與之權利，固屬合法合憲，然而將土地之管理機關改列為原住民族委員會，而排除原住民族委員會以外之其他專業機關、管理機關介入，是否足以達成上開目的？以上開案例之結果論而言，則彰顯因原住民族委員會之管理廣大土地之能力不足，恐怕難以達成促進傳統領域之特殊文化傳承目的，且更難以保障傳統領域遭受其他非法破壞的基本目的。清水農場濫墾案件僅冰山之一角，原住民保留地之管理問題及劃區獨立管理之原住民族自治法，其土地管理機關必須有足夠的管理能力，否則土地管理問題日後將是清水農場案件之再衍生擴大。如何在保障傳統領域之文化傳承目的，與適當的土地管理之間取其平衡點，是在立法之初即應全盤考量的重點。

肆、強制猥褻實際案例之違憲審查

一、案例：原住民父執輩長者違反未滿 14 歲之原住民族少男之意願，撫摸其性器官案件：

關於原住民父執輩長者違反未滿14歲之原住民族少男之意願，撫摸其性器官之相關案件，經檢察官認為所為係犯「加重強制猥褻罪」而提起公訴，經法院認為加重強制猥褻罪部分罪嫌不足，被告所為僅涉嫌違反性騷擾防治法之「性騷擾罪」而逕行變更法條，並因撤回告訴或未經告訴，而判處不受理判決。（臺東101侵訴字第8號及花高分院101侵上字第47號、花蓮102原侵訴字第15號）臺灣臺東地方法院之判決稱：傳統排灣族的長輩有直接摸小孩的下體，表示關愛之情的習俗，並援引證人證述排灣族部落傳統習俗之證詞如下「1.在太麻里溪流域的排灣族群，包括我的部落還有被告所屬的新園部落，小時候都會被長者、長輩叫過去，觸摸我們的性器官，甚至五、六個會輪流去觸摸，他還會親吻，那種親善、關心還有接納的感覺一開始會不習慣，但是一直到我們青春期的時候，回到部落或是有儀式也是會這樣子觸摸，那時候就會覺得很榮耀自己是男的性別，我在台大修過人類學的課，也看過很多文化人類學的書，我覺得這個跟性角色的認定有關，另外一個就是統合感覺的部分，我們自己的肢體系統對於生殖器官他是周圍神經系統，可以透過這種觸摸會有本體的感覺。2.我的經驗中排灣族對於觸摸生殖器官都是初次見面或是很久沒有見

到，基於想念他會輕輕的觸摸你，如果是經常相處在一起，想要表示親密的時候，也隨時會做，如果是自己家裡的人，這個頻率可能會增加，甚至他會去親吻生殖器官。另外，因為我自己是頭目家族，我印象中這大部分是在公開場合，很多人的時候，只要是部落的長者還有家族的長輩，父輩以上的都可以作這樣子的行為，他會叫小孩子過來，然後就摸，碰一下，不會再捏一下，大概五秒左右。如果小孩不要的話，他會跑掉脫身，摸的人也不會勉強。3.排灣族這個文化，應該差不多到我這個年齡，下一輩的就比較少見，最近這一兩年部落裡面還是會有這樣子的文化存在，不過不是普遍性的，是有差異性的。如果接受現代教育的人，沒有在部落裡面參加儀式或是活動就比較少會有這種習慣，但我們也不會排斥這樣的習慣動作。4.當一個強調共同價值、共同習慣的民族跳入現在的自由、經濟、公平、自主時，會有很多矛盾跟盲點，所以文化跟語言的合適性很重要，文化的習慣有時候像魔鬼一樣控制你，我們的孩子現在到學校去就要接受性防治法，但是他回到部落裡面，他又喜歡老人家對他有善意，善意的方式比如說觸摸身體、頭髮，有的在公眾場合會觸摸你的性器官。」另臺灣花蓮地方法院之判決則採信被告關於「原住民（本案為阿美族）部落中，年長者時會以查看生殖器是否成長戲鬧幼童」及被害人之母所述「原住民部落中，長輩會以此方式開幼童玩笑，除被告外尚有其他長者會如此開玩笑…被害人對被告印象不佳，然此或起於原住民部落常見長輩對幼童開玩笑之舉，被告會鬧之、開玩笑，有如玩具、要求脫褲查看是否長大、說笑話、拉生殖器等方式開玩笑；被告戲鬧被害人之方式甚多，伊見過被告拉被害人生殖器，被害人哭泣，轉述予父親知悉」等證詞，認為被告所為（或原住民部落內之長輩所為）不過基於玩笑心態，而非性侵害，故認僅成立性騷擾罪。

二、問題之發生：對於原住民族之傳統習俗，是否不介入價值判斷，均應一律尊重。

上開案例突顯許多問題，包括：臺灣臺東地方法院之判決既然認為排灣族長輩撫摸未成年晚輩性器官，其主觀上是一種親善、關心、接納的具體表現，何以又認為被告所為係「意圖性騷擾」，乘人不及抗拒而觸摸其他身體隱私處，而成立性騷擾罪。臺灣花蓮地方法院之判決關於阿美族是否有上開習慣一節，除引用關係人之證詞外，似未進行任何查證，甚至僅因認為阿美族有「常見長輩對幼童以拉生殖器之舉開玩笑」而令刑事性侵害犯罪之處罰因而發生退讓？法院適用原住民傳統習慣是否會因一案例之突破後，因過度倚賴而擴張使用於明顯不適當的案例（例如未探討前案在被告主觀犯意不明之狀態下撫摸性器官係在公眾場所隔褲撫摸，後者係在被告至少基於開玩笑之主觀犯意，於住家脫褲撫摸，是否均適用傳統習慣之犯罪構成要件之排除）？上開問題或許有較為明確的爭議或看法，惟更深層的討論，是否可以不介入價值判斷，對於原住民族習俗均應一律尊重而排除法律適用，則是饒富爭議的問題。對於原住民族之習俗進行價值評價，實難逃脫強勢民族（漢民族）對於弱勢民族（原住民族）的威權統治的陰影。然而，如果該原住民族人民對於某特定原住民習慣，亦認為不應持續存在，或其存在已危及同部落其他原住民的人身安全，或該習慣之存在已成為原住民族全體的負擔（例如飲酒習慣），是否仍應僅因該原住民族確實曾經存在該傳統習慣，即應無限制「尊重」該習慣而排除法律適用？其爭也大。尤其當民族與民族間具有高度融合性時（不同原住民族間、原住民與漢民族間、原住民與外籍人士的大量通婚、交流），現今原住民週遭已非處於全然屬同一民族而共同享有相同之習俗之環境，為和平共處，各民族應犧牲、切割多少傳統習慣以促進和諧，法官在法律適用時得容忍多少違背法令之傳統習慣？此將是原住民族及法官共同面臨的課題。

三、違憲之審查：（目的合憲性之審查及手段合比例性之審查）

1.目的合憲性之審查：

首先本案可考慮審查系爭手段所欲追求目的之合憲（法）性，亦即首要之務即在於確立法目的何在，其後才能進行比例原則之審查。依本案而言，若不介入任何法評價，而尊重所有原住民族傳統習慣與文化，在法律適用時得以原住民族傳統習慣與文化作為原法律構成要件之排除依據，則相當於賦予原住民族傳統習慣與文化特別法的法律地位。倘若某特定之傳統習慣之存在，是該民族進化的阻力而非助力，放任該習慣、文化之存在，將損及該原住民族之群體利益，則保障該傳統習慣或文化將失其目的合憲性，故對於某原住民族成員亦認為無保留必要之傳統習慣或文化，似應因欠缺保障之目的性而不予尊重。例如上開臺灣花蓮地方法院之案例，假設阿美族確

有「長輩對幼童以拉生殖器之舉開玩笑」之傳統習慣，則該開玩笑之方式若非大部分阿美族人所得認同，並認為應繼續存在之習慣，則該傳統習慣失其保障之目的性，刑法之適用應無退讓之理。

2.手段合比例性之審查：

其次，擴張一方的法律權利，常會牽動或限縮他人之法律權利，放任該習慣、文化之存在，將損及其倘若某特定之傳統習慣之存在，是民族進化的阻力而非助力，放任該習慣、文化之存在，將損及其他處於同一環境之原住民或他族群之權益，甚至造成傷害，則保障該傳統習慣或文化的同時，其他人亦將提高其風險，故如何合理分配法律權利，將是法律適用上的一大課題。例如上開臺灣臺東地方法院之案例，假設排灣族確有「長輩直接摸小孩的下體，表示關愛之情」的傳統習俗，則認同該習俗而排除法律適用，將同時也認為與被告同處一處之其他族人，甚至無該習俗之其他民族亦應認同該習俗而容忍其事件之再發生（或稱拋棄原法律關於強制猥褻罪之保障）。此在我國常存在各民族間之通婚及共同生渚之情況下，是否足以賦予原住民族傳統習俗如法律位階之地位而逕予排除原法律適用，則應考慮手段（保障該傳統習慣之存在，排除原法律對於強制猥褻之制裁）與目的（維護原住民族之傳統文化）之間是否合於比例。

伍、律師強制辯護實際案例之違憲審查

一、實務：我國刑事訴訟法於今年（2013）年初修正刑事訴訟法第31條與第95條之規定，新修正刑事訴訟法第95條增訂（偵查中）檢察官訊問低收入戶、中低收入戶或原住民被告應先告知得請求法律扶助，及無辯護人之被告表示已選任辯護人時，應即停止訊問。但被告同意續行訊問者，不在此限。另同法第31條第1項修正為：「有下列情形之一，於審判中未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人或律師為被告辯護：一、最輕本刑為三年以上有期徒刑案件。二、高等法院管轄第一審案件。三、被告因智能障礙無法為完全之陳述。四、被告具原住民身分，經依通常程序起訴或審判者。五、被告為低收入戶或中低收入戶而聲請指定者。六、其他審判案件，審判長認有必要者。」，增訂具原住民身分之被告以通常程序起訴或審判者，亦同屬強制辯護案件，藉以保障原住民被告之辯護權。是以倘被告係原住民，且以通常程序起訴或審判，審判長未為其指定公設辯護人或律師辯護，依刑事訴訟法第284條之規定，法院不得審判。如法院未為強制辯護案件指定辯護人，構成刑事訴訟法第379條第7款「依本法應用辯護人之案件或已經指定辯護人之案件，辯護人未經到庭辯護而逕行審判者」之事由，判決當然違背法令，可上訴第三審。

二、問題之發生：端就原住民部分而言，依上開規定，檢察官於訊問原住民被告時，應先告知得請求法律扶助，由法律扶助基金會無償為其聘請律師擔任辯護人，案件進入法院後，更將之列入強制辯護案件，且不作任何限制（包括資力限制、惡性限制或法定刑度限制），只要被告具有原住民身分，均應為伊聘請律師。實屬「種族優惠差別性待遇」之具體實現。

三、違憲之審查：（手段合比例性之審查、平等原則之審查）

本件立法者顯然並非因為推定原住民必為低收入戶或中低收入戶而與之同列保障範圍，而係認為原住民於司法上常居於訴訟弱勢，而為特別保障。輿論或有批評該法條將「原住民」與「低收入戶或中低收入戶」同列顯有未當，然該立法技術上之疏失尚不在本文討論範圍，本文討論之重點僅在於花費大量公帑為所有原住民被告聘請律師，造成全民經濟上不利益之手段，是否與所追求原住民訴訟公平之目的間符合比例？及當訴訟被告為原住民時，特別花費全體國民之金錢為其聘請律師，是否就足以認為係在「合理範圍內」為適當的差別待遇而不違反平等原則？

1.手段合比例性之審查

現行法制在上開法條修正前，除重罪之強制辯護外，並無其他單為特定人或特定對象要求免費提供律師辯護之規定，為填補無資力人民訴訟之弱勢，乃設立法律扶助基金會，無資力人得提出無資力者證明及案件資料，向法律扶助基金會申請扶助，經基金會所聘任之審查委員與申請者面談後，共同評議，經過半數委員同意，始得准予扶助，以將有限之資源投注於無資力之弱勢人民且非顯然勝訴無望之案件，然新修上開法令未為任何節制，只要是原住民犯罪，於偵查中均應

告知被告得請求法律扶助，於審判中則逕屬強制辯護案件，無論被告是否自白、是否有資力、是否重罪，一律強制辯護，然而原住民犯罪之大宗實為簡易之竊盜、施用毒品、酒醉駕車等案件，上開案件常於偵查中即已自白犯罪，或證據著重於物證（如呼氣酒精濃度測試單及尿液中毒品鑑定報告書），甚至被告亦自認無庸聘請辯護人，而辯護人到庭常未曾見過被告，亦未曾閱卷，僅能簡單陳述「請從輕量刑」或「請依法判決」，於實務上委任辯護人顯欠缺其必要性，倘須耗費如此鉅大之公益成本及人力、物力與時間，對執行機關造成不可期待的負擔，其手段與欲行達成之目的顯不符比例原則。

2.平等原則之審查

司法院大法官釋字211號「平等原則為所有基本權的基礎；國家對人民行使公權力時，無論其為立法、行政或司法作用，均應平等對待。」指出了立法機關於立法時候同樣受到平等原則拘束，平等原則由「法律執行的平等」進一步要求「法律制定的平等」。本案應斟酌規範事務性質之差異而為合理的區別對待，如果立法者恣意形成差別待遇，則法律的平等原則無法維持，平等原則遭受破壞，反之，司法院大法官釋字第485號解釋「故法律或相關機關就個別案件事實上之差異及立法目的，作合理之不同處理，並不違背憲法之意旨」，換言之，「差別待遇」若在合理範圍內，即不違反平等原則。本案以種族差異作為立法保障之唯一依據，要求對於具原住民身分者之起訴案件一律強制辯護，唯種族差異是否足以認為具有足夠的差異性而立法為「差別待遇」，實有論述空間。畢竟原住民犯罪與一般人民犯罪，在實務上絕大多數並不具有差異性，易言之，原住民犯酒後駕車、竊盜及施用毒品案件，在實務上均與其他民族同等對待，並不因種族差異而特為審判程序或判決，就上開無特殊性之案件針對原住民被告強制辯護之立法，實係忽視平等原則之作法。

陸、結論

我國對於原住民保障之立法、執行固有其必要，然似乎對於是否能達成原目的，或達成目的所將支出之成本未詳細斟酌。事實上社會衡處於有限利益之分配問題，部分人民取得較多的利益，勢必影響其他人民之權益，舉例而言，對於原住民槍枝之持有愈持開放態度，則對於沒有槍枝之其人民的保障亦形降低，而受害者常是取得槍枝者週遭之人民或其家人（例如持槍盜伐林木案件、持槍家暴案件），立法、執行時應如何取捨，立法保障原住民權益時，應將法界限劃於何處，將是司法永遠的難題，然無論如何立法、執行，或應於立法、執行之時，衡以憲法比例原則、平等原則其基礎再三審度，才能在保障原住民權益之際，仍能逐步民族融合。

傳統慣習作為準據法－原住民族專業法庭適用原住民族民事習慣法之比較研究

黃居正*
國立清華大學科技法律研究所副教授

摘要

原住民族基本法第 30 條規定，政府在實施司法與行政救濟程序、公證、調解、仲裁或類似程序時，應「尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化及價值觀，保障其合法權益」。惟在實施上是應轉型重建「法律多元主義」，抑或透過司法實踐，逐漸確立原住民族之完整的普通法體系，還是僅視傳統慣習為次順位之補充法源？在「原住民族專業法庭（股）」已於今年成立並開始運作之際，本文嘗試透過比較法制之研究與對台灣司法實踐之回歸分析，確立即使未能即時制定或修法明文承認原住民族傳統慣習之法效，仍得藉由繫屬法院之積極行使闡明權，逐案使傳統慣習被系統化建立為平行取代市民法之「族群法域」。

* 現任國立清華大學科技法律研究所專任副教授，國立台灣大學法律學院兼任副教授。加拿大 McGill 大學法學博士（DCL）。

一、前言：「習慣法體系近用權」之本國實踐

2007 年為聯合國大會所通過之「原住民族權利宣言」[1]第 27 條規定，「各國應…充分承認原住民族的法律、傳統、慣習和土地所有權制度，…」，第 34 條復規定，「原住民族有權…促進、發展與保持其體制架構及其獨特的習俗、精神性、傳統、程序和做法，以及已有的『司法體系或慣習（judicial systems or customs）』」。對於宣言所揭示如上之「習慣法體系近用權（right to use customary systems of law）」，應如何在內國落實，宣言本身沒有進一步規定，各國對其定位與拘束力的看法也不一[2]。這當然和各國與原住民族間互動的歷史，以及在既存憲政結構、社會組織上的差異有關。因此，在實踐上也發展出不同的態樣。較進步的非線型憲政組構的國家[3]，可能藉由修憲或制定基本法，以轉型正義之力量逆時重建「法律多元主義（legal pluralism）」。至於部分已採線型憲政組構的國家，則除了承繼殖民時期即已奠定基礎組構的「法律多元主義」外[4]，也可以透過擴充普通法之內容，來接納原住民族之習慣法體系為可供平行適用之「族群法域（ethnic enclave）」。

所謂「法律多元主義」，是指在同一社會－地理空間秩序下，就特定社會活動允許平行、而非階層式地適用一個以上的法律體系[5]。在「法律多元主義」的解釋原則下，後設國族國家中各個由不同次級民族或社群之慣習所區劃的「社群法域（community enclave）」或「族群法域」，共同組成了競合的「混合法制（mixed legal system）」[6]，從而發生以社群或族群身分連結適用之各法域的適用問題，即所謂「屬人法的衝突（interpersonal conflict/ extra-nationality issue）」[7]。此時，繫屬法院得依適當之連接因素，決定應適用哪一個法域的屬人習慣法。由於對屬人性的判斷集中在連接因素，應適用之社群或族群法域之內容，並不限於身分相關之法律，也可能因社群或族群法域之規範特性，而擴充至財產權等其他私的交易關係規範上。

對於那些已經透過條約關係與原住民族確立線型憲法時間的國家來說，即使不採取如上基進的「混和法制」，仍可藉由平行適用原住民族之習慣法體系，來實現多元文化主義。特別是採取普通法系的聯邦國家，因為慣於在地方分權與因此而生之州際或省際規範之衝突下，適用不同法域的普通法，面對如分權法域之普通法般的原住民傳統慣習，並不會發生太大的困難。典型的適例如紐西蘭上訴法院在 Takamore v. Clarke 案判決中[8]，即將原住民族之傳統慣習視為如英國「地方習慣（local custom）」般的普通法，而依普通法之選法理論逕行適用。當然，在此方法下，並不是所有原住民族之傳統慣習都會被承認為普通法。法院必須透過闡明權之行使，逐案審視後決定是否將其納入。又，為加速轉型正義，也有直接透過修憲而賦與普通法源地位的。像南非就是藉由 1996 年憲法第 221 節第 3 項之規定[9]，將傳統慣習納入普通法。該條規定法院應以原住民

[1] Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, G.A. Res. 61/295, U.N. Doc. A/Res/61/295 (Sept. 13, 2007)

[2] http:// www.ainc-inac.gc.ca/ap/ia/stmt/2007/undir-eng.asp.

[3] 關於線型與非線型憲法組構，參閱：黃居正，〈憲法解釋與原住民權利〉，《憲法解釋之理論與實務》第六輯，頁 429-465（中央研究院法律學研究所，2009 年 07 月）。

[4] N. Lerner, *Religious and Legal Pluralism in Comparative Theoretical Perspective*, 25 EMORY INT'L L. REV. 829, 846 (2011).

[5] F. V. Benda-Beckmann & K. V. Benda-Beckmann, *The Dynamics of Change and Continuity in Plural Legal Orders*, 53-54 J. LEGAL PLURALISM & UNOFFICIAL L. 1, 14 (2006) and J. Griffiths, *What is Legal Pluralism?*, 24 J. LEGAL PLURALISM & UNOFFICIAL L. 1, 3 (1986).

[6] W. Twining, *Normative and Legal Pluralism: A Global Perspective*, 20 DUKE J. COMP. & INT'L L. 473, 510 (2010)

[7] M. B. HOOKER, LEGAL PLURALISM: AN INTRODUCTION TO COLONIAL AND NEO-COLONIAL LAWS (Oxford: Oxford Univ. Press, 1975) and W. MENSKI, COMPARATIVE LAW IN A GLOBAL CONTEXT (2d ed.)(Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2006), 243.

[8] Te Weehi v. Regional Fisheries Officer, *infra* note 17.

[9] S. Afr. Const., 1996 §211(3), and T.W. Bennett, *Legal Pluralism and the Family in South Africa: Lessons from Customary*

族之傳統慣習作為司法裁判所依據之法。

台灣在 2000 年通過了憲法增修條文第 10 條第 10 項，規定「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化」。為施行該條文而於 2005 年制定之原住民族基本法，也在第 7 條明文規定，國家應本於「多元…之精神」，保障原住民族教育之權利[10]。加上基本法之其餘輔助條文（「依原住民意願」（第 10 條、第 11 條）、「應尊重原住民族選擇」（第 23 條）、「應依原住民族特性」（第 24 條）），以及實現基本法揭示權利的立法漸次完成，應可推斷在法制上，台灣已經是一個「多元文化主義」的國家。

在司法體系方面，基本法第 30 條固亦對應規定，「政府處理原住民族事務、制定法律或實施司法與行政救濟程序、公證、調解、仲裁或類似程序，應尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化及價值觀，保障其合法權益，原住民有不諳國語者，應由通曉其族語之人為傳譯。（二）政府為保障原住民族之司法權益，得設置原住民族法院或法庭」，不過卻未要求另訂或修改法律，俾在實施司法與行政救濟程序、公證、調解、仲裁或類似程序時，「尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化及價值觀，保障其合法權益」。政府是應該基進轉型，重建「法律多元主義」，還是透過司法實踐，逐漸確立原住民族普通法為乙可供平行適用之「族群法域」？甚或只是聊備一格，將原住民族之傳統慣習為當成民法總則第 1 條所規定之次順位補充法源（「法律所未規定者依習慣」），即已算數？

在基本法實施快 8 年後（2012 年 10 月），司法院以院台廳司一字第 1010028460 號函指定了包括桃園等 9 所地方法院，自 2013 年 1 月 1 日起設立「原住民族專業法庭（股）」。司法院祕書長在籌設專庭的座談會中曾表示，專業法庭設置之原則，「首要評估案件特殊性，在不修法之原則下，汲取國外相關經驗設立專庭或專股，可適度達到專業資源整合及案例累積之作用」[11]。不過實務學者卻因此悲觀認為，設置專庭將不代表各族群之傳統慣習得與國家法律並存，甚至取代國家法律之規範地位。[12]

如果沒有透過主流立法體系制定或修改現行法，明文肯認原住民族傳統規範具有法之效力，「族群法域」就不能被指示為準據法嗎？而原住民族專庭就不能藉由積極行使闡明權，諭令兩造在所提出之攻防中，提供原住民族傳統慣習之質性研究與敘述，包括該規範與適用族群之現實關聯，逐案建立平行取代市民法之習慣法體系嗎？對於這兩個將有助於啟動台灣「法律多元主義」的關鍵問題，或許我們可以透過司法院秘書長致詞時的兩個（不管是不是故意的）暗示－「汲取國外相關經驗」，以及「案例累積之作用」，以比較法制與對台灣司法實踐之回歸分析，來尋找答案。

回歸分析自 2000 年憲法增修條文第 10 條第 10 項施行後迄今與原住民族相關之民事判決可發現，固有相當數量仍堅守一元規範體系之信念，認為原住民族之傳統慣習僅為民事法律未規定時之次順位補充性法源；若民事法律已有明文，則即無適用慣習之餘地（典型示例如臺灣花蓮地方法院 96 年度簡上字第 32 號民事判決：「本件上訴人雖主張原住民間之買賣契約應依原住民間之習慣為判斷依據云云，惟習慣僅於法律無明文規定時始有補充之效力，我國民法既已就買賣之

Law Reform, 25 EMORY INT'L L. REV. 1029, 1035 (2011).

[10] 「政府應依原住民族意願，本多元、平等、尊重之精神，保障原住民族之平等地位及自主發展，實行原住民族自治；其相關事項，另以法律定之」。

[11] 林三元，〈原住民族專業法庭之意義與未來展望〉，《原教界》，第 53 期，2013 年 10 月號，頁 11。

[12] 同上註。

意義及成立為明文規範，即無從如上訴人所述憑原住民間「習慣」認定之餘地」）[13]，但也有部分判決逐漸承認原住民族之傳統慣習，為乙平行於市民法之實體規則，應藉由適當之連接因素，指示其適用（例如臺灣宜蘭地方法院 95 年度簡上字第 55 號民事判決，藉由極為有限且不成文之傳統慣習知識，確認泰雅族原住民成立土地與房屋財產權利之規範，為本案之準據法：「其就系爭土地原有房屋係由部落的人協助拆除，嗣後系爭土地即由曾 XX 占用而興建房屋之事實並未爭執。參酌證人…證稱：曾 XX 在系爭土地興建房屋時，部落的人有來協助之證詞，顯見 30 餘年前，兩造之被繼承人古 XX 及曾 XX 在系爭土地上拆除房屋及興建房屋時，均由部落的人共同協助，此與當時原住民部落之物資缺乏，仰賴部落成員互助之情形相符。且由曾 XX 興建而現由被上訴人壬享有處分權之系爭房屋占有使用系爭土地迄今，已逾 30 餘年，古 XX 及上訴人仍在附近居住…」）[14]。更有一方面承認原住民族之傳統慣習得以平行取代市民法原則，適用於具原住民族身分當事人間之爭執，一方面卻又不認為傳統慣習得作為乙「完整的法（completeness of indigenous law）」，而被適用於系爭事件之所有爭執（如臺灣臺東地方法院 98 年度訴字第 30 號民事判決）[15]。如此兩價性的發展，固難免抵銷了在原住民族之傳統慣習被體系甚至成文化前，透過個案實務解釋漸次組合以形成原住民族普通法之力量，卻也驗證了即使沒有制定或修改現行法，繫屬法院還是可以藉由行使闡明權，協助兩造舉證傳統慣習之內容與適用方法，從而確立平行取代市民法之習慣法體系。

二、傳統慣習的規範特徵與其作為乙「完整的法」

不論是「法律多元主義」或是將傳統慣習納入普通法，都是承認社群或族群法域是一個可供平行適用的、完整的「規範主權（sovereignty）」[16]，法院要選擇適用該「規範主權」作為裁判依據，必須先確立傳統慣習規範體系之內容。若借用法律衝突方法論來解釋，就是必須先確立有一個由傳統慣習組成的完整法律體系。固然其存在與內容有賴專家證人意見之輔助[17]。

在討論以傳統慣習作為乙供平行適用之完整法律體系前，必須先了解傳統慣習的幾個共同的規範特徵[18]。首先，傳統慣習並非乙建構在先驗或習知預設價值上的體系式法律，而是隨線型時空發展的生活界實體法，所以其往往是以口傳方式被記述，較少被成文化與系統化，且規範也較欠缺全面性。其次，傳統慣習是一種動態的規範，其內容與效力可能不斷對應文明的流變而發展。第三，傳統慣習規範之對象，是社群全體，而非特定事件之當事個人，因此其所欲實現之正義，多屬於平均的正義或以尋求妥協、回復社群和諧為主要目的。最後，基於上述特徵，傳統慣習中屬於程序性質的規範比例較低，包括選法規則、舉證責任或法庭組成等程序性規範，都是因個案或隨機被確立，且具有高度的調整空間。

由上述特徵可知，傳統慣習在本質上並不易被成文化。固然在實踐上有例可循，如瑞典、挪

[13] 採一元論之判決尚有：臺灣高雄地方法院 90 年度訴字第 3262 號民事判決。
[14] 採取二元論的判決還有：臺灣高雄地方法院 97 年度簡上字第 226 號民事判決、臺灣花蓮地方法院 101 年度訴字第 222 號民事判決。
[15] 採相同論理的判決還有：臺灣高等法院花蓮分院 99 年度上更（一）字第 1 號民事判決、臺灣花蓮地方法院 97 年度家聲字第 91 號民事裁定、臺灣屏東地方法院 93 年度家訴字第 25 號民事判決，以及最高法院 92 年度台上字第 2211 號民事裁定、臺灣高等法院 92 年度家上字第 65 號民事判決。
[16] S. E. Merry, *Legal Pluralism*, 22 LAW & SOC'Y REV. 869, 870 (1988)
[17] Te Weehi v. Regional Fisheries Officer [1986] 1 NZLR 680 (HC)
[18] R. Perry, *Balancing Rights or Building Rights? Reconciling the Right to Use Customary Systems of Law with Competing Human Rights in Pursuit of Indigenous Sovereignty*, 24 HARV. HUM. RTS. J. 71, 78 (2011) and B. Connolly, *Non-State Justice Systems and The State: Proposals for a Recognition Typology*, 38 CONN. L. REV. 239, 242 (2005).

威與芬蘭政府，曾分別於 1971 年、1978 年與 1990 年依撒米族（Saami）傳統畜養慣習制定「麋鹿畜養法（Reindeer Herding Act）」，但是在未能有效完整性理解該慣習之全體性文化脈絡與使用條件下，如是的成文法條適用起來仍是困難重重[19]。

然而原住民族傳統慣習這種不成文且非體系化的特徵，對長期慣於繼受成文法與其先驗硬性解釋規則的台灣司法實踐來說，確實是一套極為陌生的「準普通法（quasi-common law）」。因此繫屬法院必須勉強自己充實相關知識，積極行使闡明權，導引兩造揭露所屬族群之規範紀錄與關聯之生活事實，賦與規範力與可操作性，使能逐案依線型時間秩序漸次組合為乙較完整的「習慣法體系」。而且此組合必須有助於對系爭事件之定性、確定規範適用條件與效果，並外顯為乙統整、扣緊的解釋體系，才能有效與其他競合的市民法制平行適用，否則往往反而使傳統慣習被降位為工具層次之補充性法源，甚至造成去規範化與去道德化的反效果[20]。

傳統慣習作為乙供平行適用之法律體系，必須被認知為乙「完整的法」，即使在外觀上沒有成文化與系統化，且欠缺全面性，繫屬法院在精神上仍應確立該「族群法域」是乙完整的法域，並使其能拘束所有的爭執，不任意割裂適用，或逕將市民法之實體規範與原住民族傳統慣習混用，而使後者被實質降位為補充性法源。

以臺灣高等法院花蓮分院 99 年度上更（一）字第 1 號民事判決為例，該案繫屬法院依原住民族身分之被繼承人與繼承人間所適用之傳統慣習，判定系爭事件中土地之分割，為被繼承人之全體繼承人間就屬於遺產之系爭土地先行合併再予分割，而非繼承後雙方對土地移轉範圍另為協議之分割，儘管在依市民法繼承前，該被繼承財產已依傳統慣習先登記為長女所有。因此其分割協議為有效，應允予登記。惟該案判決在適用法上，一方面以原住民族之傳統慣習平行取代市民繼承法原則，使之適用於具原住民族身分當事人間之爭執（「確認當時確實準備依照庫莫唔生前的意思，將土地分別劃歸朱豔月以及朱坤明所有」），一方面卻又因系爭事件中依原住民族之傳統慣習所為分產之結果，與適用市民法之結果相合，才予以採納（「既然是庫莫唔留下之財產，以當時庫莫唔之子女共計 4 位，其中朱坤才因為招贅而未分財產，其餘 3 人將財產分平成為 3 份，分別由朱坤明、朱豔月、朱坤茂各得 1 份，亦與民法繼承之法理相合，於情理亦無違背。而朱坤茂因為已經取得 1 份，其餘 2 筆土地即 769 以及 769 之 1 分別由朱坤明以及朱豔月取得，亦屬當然」），使得傳統慣習被實質降位為乙不完整的、補充性的法源。

正確的方法是應適用法律一般原則（即法理）－即自市民法中抽繹或類推出得藉以獲致公平與良善結果的規範原理，對應系爭事件所涉及之文化條件，加以補充（參閱本文後述「較現代的方法論」），促使原住民族之普通法能被以乙「完整的法」來適用，進而維護其實體性與拘束力。

不可否認，在原住民族普通法被逐案建立之初期，由於規範內容還呈現團塊化的現象（集中在身分、土地相關之實體規範），繫屬法院無可避免會在裁判過程中混用相對較完整之市民法原則，以利完成判決。前舉臺灣宜蘭地方法院 95 年度簡上字第 55 號民事判決，就出現採取市民社會之時間觀（30 年為最長之時效取得時間度量），來衡量傳統慣習中時間要素的現象：「縱認為古阿星與曾阿利就系爭土地並未有買賣契約存在，然曾阿利興建之系爭房屋已存在系爭土地上

[19] M. Ahrén, *Indigenous Peoples' Culture, Customs, And Traditions And Customary Law - The Saami People's Perspective*, 21 ARIZ. J. INT'L & COMP. L. 63, 102 (2004).

[20] 典型的例子如臺灣屏東地方法院 93 年度家訴字第 25 號民事判決。該判決一方面否定原住民族律法的平行適用性，一方面又藉由割裂與任擇性適用原住民族之傳統律法（「被告乙○○亦陳明願遵守法律規定，摒棄習俗，令原告亦得分配遺產，就上開遺產按如附表 2 之分割方法予以分割，即按原告與被告乙○○之應繼分各 2 分 1 予以繼承後，依附表 2 所示應有部分比例同意繼續保持分別共有」），完全破壞了排灣族傳統繼承律法之強制性與排他的適用性。

30 餘年，古阿星亦居住於附近，但從未表示異議，顯見古阿星就系爭土地由曾阿利無償使用一節，有默示同意之意思」，「如曾阿利係無權占有系爭土地，何以期間古阿星及上訴人從未向相關警察或司法機關請求救濟，甚至請部落成員協助排解？實與常情有違」。市民社會的時間觀，在泰雅族長達數百年的時間度量裡，是否具有相同的規範意義，當然值得深究，但是為有效建立原住民族普通法，有時必須與訴訟效率進行妥協。

三、傳統慣習之構成要件與解釋原則

適用原住民族傳統慣習為地方慣習的普通法古典方法論認為，傳統慣習要被適用為準據法，必須滿足三要件[21]：一、傳統慣習必須是相關社群全體（例如全族）所接受之「普遍原則（general rule）」，長期被適用於特定客觀領域，不應僅屬少數個人之實踐[22]；二、傳統慣習不得與實定法相牴觸，三、傳統慣習必須在「衡諸所有情事（taking the whole of the circumstances into consideration）」後，認為其具有「合理性（reasonable）」。學說上總和三要件認為，一個傳統慣習要被承認為普通法，必須是乙源自亙古、不可記憶之時間迄今的慣習，在時間上不應被中斷，亦不得被實定法取代或「自行廢止（extinguishment）」。傳統慣習規範實體權利，其內容應具有「確定性（certainty）」與「合理性」，不得「違反公序良俗與正義道德（repugnant to justice and morality）」。以下分就各該要件作進一步的討論。

首先，所謂源自亙古、不可記憶之時間迄今的慣習，是指在時間上必須具有「延續性（continuity）」。因此，如果該法律已經被市民法所取代，或由族群自行廢止，則不得視為普通法[23]。在實務上，所謂被市民法所取代或自行廢止，必須有明確、直接的實體法規定或其他歷史紀錄作為證據。不得僅因欠缺完整證據，即認為該習慣已經被取代或失效。不過，由於此要件，在漫長的征服與壓迫過程中，能符合「延續性」要件的原住民傳統慣習，多半是與公共生活較無直接關係的身分規範，如婚姻、父母子女與繼承制度。

在時間的「延續性」要件上，要求原住民族當事人舉證證明慣習具有絕對的時間長度，甚至是源自亙古、不可記憶之時間迄今，對部分原住民法域如紐西蘭，或是近期才被復權或正名的原住民族（如台灣的撒奇萊亞族）來說，有技術上的困難。妥協的解釋原則是，當事人必須證明該慣習是乙「一致且長時間的實踐（consistent and long-standing practice）」，「以先行之規範體系續存（continuity with a preceding legal system）」[24]。

前述臺灣宜蘭地方法院 95 年度簡上字第 55 號民事判決，就是一個接受傳統慣習是「以先行之規範體系續存」、經「一致且長時間的實踐」，但不要求其具有絕對時間長度的例子：「系爭土地係 30 餘年前由曾阿利向上訴人之被繼承人古阿星購買，因當時有關原住民社會生活機制及規範，多係以泰雅族之習俗及禁忌，或長老主持與神明見證方式為依據，系爭土地買賣契約合意成立後，古阿星即將其在系爭土地上之原有建物拆除，並將可利用之建材搬運後，將系爭土地交付予曾阿利，曾阿利旋在系爭土地上興建系爭房屋，於興建房屋過程中及迄今 30 餘年來，古阿星均未出面主張權利或表示異議」、「上訴人雖否認拆除之原因係因買賣之關係，然其就系爭土地原

[21] Public Trustee v. Loasby (1908) 27 NZLR 801 (SC), and subsequently, Proprietors of Parininihi Ki Waitotara Block v. Ngaruahine Iwi Authority [2004] 2 NZLR 201 (HC).
[22] Takamore v. Clarke [2011] NZCA 587, [2012] 1 NZLR 573
[23] Campbell v. Hall (1774) 98 ER 848 (KB)
[24] M. D. Walters *The 'Golden Thread' of Continuity: Aboriginal Customs at Common Law and Under the Constitution Act, 1982*, 44 MCGILL L J 711, 721(1999).

有房屋係由部落的人協助拆除，嗣後系爭土地即由曾阿利占用而興建房屋之事實並未爭執」。

另外，對於傳統慣習的內容必須具備「確定性」，亦有對應原住民族文化特性而調整的必要。因為原住民族之社會結構與傳統內容，並非處於活化石的狀態。英國樞密院在 Arani v Public Trustee of New Zealand 案判決中即強調[25]，原住民族的傳統慣習與欠缺「準立法權能」之英國地方行政體的「地方習慣」不同。原住民族內部享有自我治理的權能，有能力與權力自我改變，因此，可能透過共識決來修改或調整慣習之內容。是以，原住民族的傳統慣習既具有時間上的傳統性，同時又被生活界所對應調整，是一種動態的規範，對應著文明的流變而發展。

接下來是關於「合理性」的解釋。一個傳統慣習是否具有「合理性」，普通法實務上採取的是消極說；只要沒有任何「正當的法律上理由（good legal reason）」反對該慣習，即可滿足「合理性」要件。當事人無須舉證該慣習是否具有任何「正當法律上的理由」[26]。若從實體性與程序性要件觀點檢視「合理性」，則實務認為，若依通常觀點認為社群成員不可能接受該慣習，或該慣習之規範力來源欠缺正當性（例如源自暴力、專制之壓迫，或意外事件），則該慣習將被認為欠缺「合理性」要件。因此，如果慣習內容是偶發的，或是與普遍性正義概念相違背，也會被認為其缺「合理性」[27]。在前述 Takamore 案的前審級裡，法院就認為如果系爭慣習與其他普通法之原則「合理相容（reasonable to fit in and accommodate）」[28]，即可認定其具有「合理性」。

四、「較現代的方法論」作為調和工具

不可否認，上述傳統慣習之要件，還是有相當比例受到主流規範價值的影響，例如時間上的「延續性」，以及規範內容之「確定性」。為了解決這個問題，紐西蘭法院近年來採取了轉型正義觀的解釋原則，加以補充：法院稱此方法為「較現代的方法論（more modern approach）」，亦即在方法論上，將地方習慣視為一般普通法的解釋基礎，包括解釋普通法時，應採擇地方習慣中蘊含的「文化考量（cultural consideration）」，如此，即使地方習慣本身未能滿足如上之合理性要件，仍可被實質適用於系爭案件中。

「較現代的方法論」是以被條約關係化的多元文化主義憲政秩序為基礎所發展出的方法論。其目的是促使普通法能承認原住民族文化之集體性質。繫屬法院應考量在現在時空下，系爭族群之集體決策結論。在操作上，此一考量應以當事人之積極舉證為前提；當事人必須以行動證明，相關族群確實可以透過這個「在文化上適當的程序（culturally appropriate process）」，取得遵守系爭慣習之最大共識，以解決爭端。如果族群無法藉此形成共識，或是系爭社群不同意進行討論，則該習慣就不能被適用。總言之，「較現代的方法論」有助於將文化流變的因素導入慣習之內涵中，唯一的限制是當系爭社群之多數成員堅守傳統慣習之原始內容或族群內部之權力關係而拒絕變動時，則此一工具將不會有作用[29]。

以最高法院 92 年度台上字第 2211 號民事裁定及其原審級台灣高等法院 92 年度家上字第 65 號民事判決為例，對具原住民族身分之兩造是否成立婚約，法院因上訴人無法舉出具合理性之傳統慣習，即逕以證人證述不利於上訴人之傳統慣習，套用於系爭情境（「依我們原住民習俗，訂

[25] Arani v Public Trustee of New Zealand [1920] AC 198 (PC)
[26] Halsbury's Laws of England (4th ed, reissue, 1998) vol 12(1) at 609.
[27] *Id*.
[28] *Clarke v Takamore* [2010] 2 NZLR 525 (HC) at 83
[29] L. Lincoln, *Takamore v Clarke: An Appropriate Approach to the Recognition of Maori Custom in New Zealand Law*? 44 VICT. U. WELLINGTON L. REV. 141, 166 (2013).

婚一定會通知親戚，並殺豬請客，但都沒有・・・」（原審卷第一宗第一一九頁），或「兩造沒有訂婚，依山地人習俗訂婚需要殺豬或請老人家講話，但什麼都沒有・・・」（原審卷第一宗第一一九頁），以及「上訴人亦自認被上訴人係原住民，依習俗男女在一起，要殺豬表示兩人訂婚，而被上訴人沒有殺豬（最高院卷第四四、五八頁）」），而不考量在集團性社會，決定婚約是否成立之自治主體，可能不限於締結婚約之個人，而是包括與婚姻關係之效果利害相關的個人所屬家族，或其他親屬團體，甚至可能包括依部落或族群規範有權力表達意思之其他成員，例如部落或家族之頭目、耆老。

如果該案判決能採用「較現代的方法論」，則上訴人自身即使無法有效舉證符合合理性要件之族群慣習（「上訴人亦自認被上訴人係原住民，依習俗男女在一起，要殺豬表示兩人訂婚，而被上訴人沒有殺豬（最高院卷第四四、五八頁）」），仍可請求法院允許其回溯調查形成、並繼續維護與適用系爭傳統習慣（以殺豬作為定婚之要式）之族群團體，對於該慣習之確實內容、適用條件與限制的現在認知，參考其所屬族群或部落、家族之全體性意思（而非僅少數報導人），證明其內容、適用範圍、適用條件與例外；並探知在現在時空下，該規範之解釋向度是否繼續「扣緊演進（cogent transition）」，以決定其確實具拘束力之成分。而不致如是僅將傳統慣習自社會情境中被抽繹、去脈絡化，而導引出「上訴人所屬族群訂婚一定要殺豬，因此沒有殺豬就沒有訂婚」之結論！

五、個人之自主權與族群法域之文化整體性

另一個關於合理性的重要問題，是具族群身分之個人的自主權。個人雖具有族群之身分，但因特殊考量自主選擇不遵守該慣習，此時，是否可認為該慣習對個人欠缺適用之合理性？依普通法的方法論，如果慣習與「普通法之基礎（root of common law）」相違背，即被認為不合理。因此，吾人必須探究系爭慣習是否與普通法之基礎原理相違背。例如，倘若適用慣習之結果，將使個人依憲法所享有之自由與自主權受限制，是否即屬不合理？紐西蘭之普通法實務上認為，如果個人並未在事實上明白選擇不遵守該慣習，如離開部落或族群生活圈，則不得認為慣習之適用違背個人自由與自主權而屬不合理[30]。

臺灣花蓮地方法院 97 年度家聲字第 91 號民事裁定，可以作為法院在適用傳統慣習時，必須盱衡承認個人價值選擇對所屬族群文化之整體影響的一個極佳借鏡。該案中之聲請人，為具阿美族原住民身分之人，其要求變更為母姓之理由為生父死亡，而生母年邁，依其所屬之部落律法，若不變更為母姓，將因不符部落繼承律法而無法受贈保留地，致生不利其生活現況之影響。法院最後認定其聲請符合民法第 1059 條第 5 項所規定之事實要件－「足認子女之姓氏對其有不利之影響」：「考量聲請人之生母為阿美族原住民，為尊重阿美族原住民之母系社會文化與其信仰，可認聲請人若變更為其母親之姓氏將對其較為有利，若保留原來姓氏對聲請人則顯然有不利之影響」，因此裁定准其變更姓氏為母姓。

然而，該案裁定書對民法 1059 條之演繹結果，等同於透過個人之選擇，確認在阿美族原住民社會中，子女若承父姓，將對其人格權（包括維繫其完整人格所需之成長或繼嗣、財產、名譽、自尊、親情互動）生「不利之影響」。如此概括的結論，明顯與聲請人所屬族群的全體性文化與價值系統具有高度關聯，更嚴重的是，聲請人並未離開部落生活圈。

[30] Takamore v Clarke [2011] NZCA 587, [2012] 1 NZLR 573

其實，該案裁定書亦自承「姓氏屬姓名權而為人格權之一部分，具有社會人格之可辯識性，除與身分安定及交易安全有關外，尚有家族制度之表徵」，因此始賦予父母選擇權。個人若欲加以變更，法院自應綜合原賦與親權之理由與情勢變更（如父母一方死亡而長期負擔扶養義務之一方有期待子女易姓之利益），並衡平個人選擇對目前所屬族群文化整體性之影響。阿美族原住民是否如法院所認定，屬於母系社會，固容有討論空間，[31]惟原承父姓是否主要基於表徵家族制度所需，抑或有其他傳統律法考量？阿美族之社會價值與信仰對承父姓子女之全體性評價如何？承父姓子女之族群地位、利益之維護，是否因生父之死亡而變更？生父死亡即應變更為母姓是否為阿美族族群之生活現況？這些都是在作成裁判時應該與個人自主權進行仔細對比之群體性考量。

六、國際人權基準與傳統慣習之衝突

除了受上述普通法方法論之限制外，平行適用原住民族之傳統慣習還可能會受到來自國際人權法之挑戰，而其結論也可能因繫屬法院對系爭案件中個人權利與集體文化完整性之評量偏向，而有所不同。

國際人權法是建立在普世、抽象的共通價值基準上的法律。其所揭示的權利內容如天賦尊嚴與平等地位，都是無分種族、膚色、性別、民族本源與社會階級得享有的一般性權利。但相對的，許多原住民族的傳統律法對權利之取得與行使，是以族群身分、階級甚至性別為條件，其目的在維繫族群文化與經濟生活之緊密完整性，以對抗普世價值與其所挾帶之市場聞名的侵蝕。換言之，其價值解釋體系是以族群為中心，例如對於平等權，即是以族群而非個人所能獲致之平等，作為衡量基準[32]。因此，當繫屬法院選擇有差別近用權利條件的族群法域作為準據法時，就必須面對該選擇是否違反「國際強行法（*jus cogens*）」而無效的問題[33]。

美洲人權法院在 Lovelace v. Canada 案判決中即認為[34]，原告所屬部落因其外婚非原住民族，而依部落律法剝奪其部落身分與權利，致使其喪失了近用族群文化與語言之機會，侵害了原告依「公民與政治國際權利盟約（ICCPR）」第 27 條應享有之權利[35]，部落律法應為無效。不過，相對的，在 Kitok v. Sweden 案裁定中聯合國人權委員會卻認為[36]，原住民族群體之文化續存利益，應高於其成員個人依 ICCPR 第 27 條應享有之個人權利[37]，從而認定原告所屬撒米族有權依其傳統慣習，剝奪原告畜養麋鹿群之權利，以確保撒米少數族群本身之福祉。二判決之差異，其實並非對維護族群文化獨特性之優先利益有所質疑，而是因為前案之原告並未選擇離去部落生活圈，反而是試圖藉由主張個人人權重回部落生活，承認其個人權利，將有助於群體文化之維護，因此美洲人權法院會作成如此介入性的判斷結果[38]。

綜言之，如果否定傳統慣習之拘束力，將影響其所屬族群之獨特的生活方式與文化，則該慣

---

[31] 可參閱：台灣總督副臨時台灣舊慣調查會，《番族慣習調查報告書》，第二卷，阿美族・卑南族，頁 88（中央研究院民族學研究所，2000），以及行政院原住民族委員會，《原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制研究：阿美族、噶瑪蘭族、撒奇萊雅族》（蔡中涵等主持），頁 42 以下（2011 年 12 月）。

[32] J. S. ANAYA, INDIGENOUS PEOPLES IN INTERNATIONAL LAW (2d ed.) (New York: Oxford University Press, 2004), p. 97.

[33] 關於國際強行法，參閱：黃居正，《**判例國際公法 I**》（自版，2013），頁 22-3。

[34] Sandra Lovelace v. Canada, Communication No. R.6/24, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/36/40) (1981)

[35] 「凡有種族、宗教或語言少數團體之國家，屬於此類少數團體之人，與團體中其他分子共同享受其固有文化、信奉躬行其固有宗教或使用其固有語言之權利，不得剝奪之。」

[36] Kitok v. Sweden, Communication No. 197/1985, U.N. Doc. A/43/40 (1988)

[37] International Covenant on Civil and Political Rights, Dec. 16, 1966, U.N.T.S. 171, art. 27/999

[38] S. James Anaya, *International Human Rights and Indigenous Peoples: The Move Toward the Multicultural State*, 21 ARIZ. J. INT'L & COMP. L. 13, 22 (2004).

習應優先於成員個人依國際人權法所享權利而被適用。採取此一解釋之理由，是為了保障在多元文化主義下，原住民族群藉由部落律法確定與區隔成員身分以自保之權利[39]。

可以預期，在台灣目前已開始施行 ICCPR 的情況下，未來前述情形會隨著台灣法院適用原住民族之傳統慣習為乙族群法域而發生。特別是當法院適用那些以世襲之社會性團體為其社群統治基礎的原住民族，如排灣族或魯凱族之傳統律法時，即可能發生個人主張之平等權或言論自由，與部落慣習相衝突的情形（例如頭目可能拒絕黨民穿著頭目家特權的服裝或飾品[40]，或僅有頭目家族有權主張特定文化表現方式之傳統智慧創作專用權[41]）。法院必須在實現普世價值與確保部落社群之社會組織與文化完整性二者間，尋求最適當的平衡。

七、傳統慣習程序規則之稀薄與其解決方法

另外一個與屬人法的衝突相關之問題，就是連接因素的內容與選擇方法。在普通法的實踐上，若兩造均為形成系爭慣習之社群的成員，則其共同身分可能被視為最適當之連接因素。但是如果僅有一造具社群身分，或另一造屬於其他社群之成員，則法院多半無法逕行適用該慣習[42]。此時，判斷連接因素是否適當，並非單純借自國際私法之推理邏輯（即連接因素不存在），而係導引自前述對慣習之合理性的評量。這當然與原住民習慣法體系本身欠缺完整與系統化的程序性規則有關。在此情形下，對於連接因素之選擇，被等同於一種判斷當事人與準據規則間是否具有「文化上關聯性（cultural relations）」的程序。普通法院多半倚賴專家證人對適用該習慣法對當事人之文化意義的評價，決定是否加以適用。例如英國樞密院在 Mullick v Mullick 案判決中[43]，即以習慣法之適用對象的福祉與快樂等文化敏感表徵，作為指示規範適用之連接因素：「規範主體的利益與義務，是在其權力範圍內確保受治理人民之福祉，（當應適用之）宗教感情不受尊重時，沒有人民會感到高興…」，不適用系爭傳統慣習，「非但將傷害過世之頭目之遺屬，且必然將傷害相當大比例該族群之成員」。此時，族群法域便因法院對文化敏感表徵之評量結果，而與系爭事件適當連結。

以前述臺灣南投地方法院 101 年度婚字第 24 號家事判決為例，在該案中，賽德克族傳統律法就婚姻關係成立要件之規定，被視為乙族群法域，與市民法之婚姻要件規定平行被適用。此由判決所引證人證詞，以其是否依賽德克族之傳統律法認知系爭殺豬行為等同於公開結婚之儀式，可以得見：「證人徐建忠、徐治德證稱兩造有於 93 年間殺豬，並分送豬肉予親友，眾人均知悉兩造結婚，亦證被告所辯兩造有於 93 年間因結婚而殺豬之主張為真實」；相對的，兩造或與宴者是否依市民親屬法之要件認定其具有舉行結婚儀式之意義（「兩造當時未穿著傳統服飾，未一同敬酒，現場無喜宴佈置，客人自行取食物食用…）」，則因非適用法，在所不論。而該判決之所以選定賽德克族傳統慣習作為判斷系爭婚姻關係是否成立的準據法，則是因為兩造均為賽德克族人，具有該法域所屬族群之身分。該共同身分就是指示適用賽德克族傳統慣習最適當的連接因

[39] S. Sloan, *Accommodation and Rectification: A Dual Approach to Indigenous Peoples in International Law*, 51 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 739, 768 (2013).

[40] 台灣總督副臨時台灣舊慣調查會，《番族慣習調查報告書》，第五卷，排灣族‧第四冊，頁 13（中央研究院民族學研究所，2004），以及行政院原住民族委員會，《原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制研究：排灣族及雅美族個案》（高德義等主持），頁 30 以下（2008 年 12 月）。

[41] 黃居正，《傳統智慧創作與特殊權利—評析「原住民族傳統智慧創作保護條例》，〈台灣原住民研究季刊〉第三卷第四期，頁 11-46，2010 年 12 月（冬季號）。

[42] Public Trustee v Loasby (1908) 27 NZLR 806 (SC)

[43] Mullick v Mullick (1829) 1 Knapp 245 at 247.

素:「兩造為賽德克族,倘兩造有舉行殺豬之儀式,可認兩造有依該族之習俗舉行公開結婚儀式」。

南投地院上述判決藉由闡明權，引導當事人所屬族群成員舉證台灣原住民族族群法域之存在，絕對是一個值得肯定的嘗試。不過與日後所有適用台灣原住民族普通法為私法律關係之準據法的訴訟相同，法院必須面臨慣習程序規則空洞化所造成的以下困題：設若本案兩造中有一位為漢人或其他族屬之台灣原住民族人，甚至為外國人，則其適當之屬人法連接因素為何？又台灣目前有 14 個法定原住民族，是否每個原住民族之傳統身分律法均應被定性為與市民屬人法相衝突之準據法域，或均以原住民身分為排他適用該法域之連接因素？另外，當各族之準據法原則相衝突時，應如何選擇適用？

具體的事例如臺灣高雄地方法院 97 年度簡上字第 226 號民事判決。該判決認為花蓮縣布農族上訴人（男方）於訂婚宴後，載高雄縣布農族被上訴人（女方）返回花蓮途中，遭被上訴人哥哥攔下，表明伊沒事先知會女方家屬說要離開女方家便將被上訴人帶走，違反了訂婚後女方家屬應陪同前往之約定，因此認定上訴人違反兩造間有關訂婚後女方家屬應陪同前往之約定在先，則上訴人主張被上訴人竟下車隨女方家屬離去，為可歸責於被上訴人之重大事由，始當場解除婚約云云，即屬無據。判決選擇適用布農族原住民之傳統律法，作為判斷婚約是否違反之準據法，並未深究所謂的「布農族原住民」作為一個為國族國家所後設的族群單位，是否即可代表一個完整的族群法域單位,亦或其中仍存在有次級規範體系間的衝突一例如高雄縣之布農族部落與南投縣或花蓮縣的布農族部落，其所遵循之傳統律法之內容可能有所差異、變異？判決中所引證布農族人之陳述，其實已說明了這種可能存在的變異：「依高雄縣布農族習俗，女方家屬會陪同至男方家，而基於關心小孩，有跟男方（上訴人）談到訂婚當天女方家屬要陪同被上訴人至男方（上訴人）家裡，且約定由女方（被上訴人）的母親、二哥一起跟著過去」;「花蓮縣的布農族於訂婚儀式結束後，女方就要到男方家去，有時女方的家屬也有陪同至男方家，但有時沒有陪同，並不一定，要看男女雙方當時的約定」。若兩縣布農族之婚俗慣習內容不一，究應依男方之身分所指示之族群法域作裁判，還是有其他適當之選擇？

如前所述，由於習慣法體系所欲實現者，多屬平均的正義或以回復社群和諧為目的，因此其程序性規範之密度異常稀薄，適用族群法域為準據法之選法規則，以及指定準據法之連接因素等本質上屬於程序性規則的習慣法，幾乎不可見。即使是如目前行政院原住民族委員會已投入鉅資，委託專家學者調查製作「原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制」研究，且部分判決已加以引用，不過，既有成果之內容，並未涵蓋任何程序性規則。此時，欲實現「習慣法體系近用權」，法院未必須透過市民法選法規則中之最適關聯說，進行類推解釋，而造成對傳統慣習之割裂性適用[44]。況且慣於遵行準據法一般確定式裡硬性規則的台灣法院，並未如採取個別確定式的美國法院般，已累積足夠判斷屬人法衝突中以部落利益為中心之最適關聯經驗[45]。

在欠缺成文選法規則下，法院其實可以參酌上述普通法的選法方法論，將連接因素之確立，即通常所謂的「定性（characterization）」程序本身，等同為判斷「文化上的關聯」之程序，進而指示準據慣習之適用。前舉南投地院依最高法院 70 年台上字第 713 號判決要旨認為，如果系爭宴客係為表達兩造結為夫婦之意義而舉行，而該意義又為與宴者所瞭解，則無論有無世俗所謂拜天地拜高堂乃至進洞房等節目之進行，應均不失為公開之結婚儀式。對此一「瞭解」，則轉引證

[44] 割裂性適用的例子如前述台灣花蓮地方法院 96 年度簡上字第 32 號民事判決，逕類推適用涉外法之選法規則：「習慣是法律之判決要素之一，若兩造皆係原住民，應依習慣為之」。

[45] Z. D. Clopton, *Extraterritoriality and Extranationality: A Comparative Study*, 23 DUKE J. COMP. & INT'L L. 217, 257 (2013)

同族證人證述，間接呈現族人對傳統律法之認同與信賴：「伊（女方母親）認為結婚就是要請客，男方要給女方殺豬，但他們沒有請客、殺豬，兩造之子 1 歲多時，原告說已經辦好結婚登記，但伊認為仍應請客、殺豬」、「兩造為了結婚有殺豬、送豬，當天伊在原告家幫忙殺豬，…兩造未特別打扮，殺了 2 頭豬，女方爸媽有來，部落的人大約來了 4、50 位，都知道兩造結婚，豬肉先分解再分給鄰居、親友，然後分一頭豬給女方家」，其實就是一種連結系爭事件與準據慣習間「文化上的關聯」的陳述。

另外，在確立連接因素過程中導入「文化上的關聯」性判斷，還可以避免因傳統慣習程序法之稀薄，而剝奪原住民族應享有之程序利益如審級保護。在前舉最高法院 92 年度台上字第 2211 號民事裁定中，最高法院在完全未探究原審級適用傳統慣習之解釋方法是否正確之前，即逕行認為「原審係綜合被上訴人所立同意書內容、證人證言及兩造未依原住民訂婚習俗殺豬宴客等情，認定兩造未訂立婚約，非以殺豬宴客為婚約成立之要件，…原審未…行使闡明權，亦無違背法令可言…」，依據民事訴訟法第 467 條、第 470 條第二項，「對於第二審判決上訴，非以其違背法令為理由，不得為之。又提起上訴，上訴狀內應記載上訴理由，表明原判決所違背之法令及其具體內容，暨依訴訟資料合於該違背法令之具體事實」從而認定上訴不合法。若最高法院不能在確立連接因素等程序中，即導入「文化上的關聯」性判斷，提前探知前審對傳統慣習之錯誤解釋，則多數就原住民族傳統慣習之適用方法有爭執之訴訟，均將因前審判決「無違背法令可言」，而無法合法上訴至該審級，從而剝奪當事人之程序利益。

參考文獻

國際公約

Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, G.A. Res. 61/295, U.N. Doc. A/Res/61/295 (Sept. 13, 2007)
International Covenant on Civil and Political Rights, Dec. 16, 1966, U.N.T.S. 171, art. 27/999

外國判決

Arani v Public Trustee of New Zealand [1920] AC 198 (PC)
Campbell v. Hall (1774) 98 ER 848 (KB)
Clarke v Takamore [2010] 2 NZLR 525 (HC)
Kitok v. Sweden, Communication No. 197/1985, U.N. Doc. A/43/40 (1988)
Mullick v Mullick (1829) 1 Knapp 245
Proprietors of Parininihi Ki Waitotara Block v. Ngaruahine Iwi Authority [2004] 2 NZLR 201 (HC)
Public Trustee v Loasby (1908) 27 NZLR 806 (SC)
Sandra Lovelace v. Canada, Communication No. R.6/24, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/36/40) (1981)
Takamore v Clarke [2011] NZCA 587
Takamore v Clarke [2012] 1 NZLR 573
Te Weehi v. Regional Fisheries Officer [1986] 1 NZLR 680 (HC)

外文文獻

Ahrén, M., *Indigenous Peoples' Culture, Customs, And Traditions And Customary Law - The Saami People's Perspective*, 21 ARIZ. J. INT'L & COMP. L. 63 (2004).
ANAYA, J. S., INDIGENOUS PEOPLES IN INTERNATIONAL LAW (2d ed.) (New York: Oxford University Press, 2004).
Anaya, S. J., *International Human Rights and Indigenous Peoples: The Move Toward the Multicultural State*, 21 ARIZ. J. INT'L & COMP. L. 13 (2004).
Benda-Beckmann, F. V., & Benda-Beckmann, K. V., *The Dynamics of Change and Continuity in Plural Legal Orders*, 53-54 J. LEGAL PLURALISM & UNOFFICIAL L. 1 (2006).
Bennett, T.W., *Legal Pluralism and the Family in South Africa: Lessons from Customary Law Reform*, 25 EMORY INT'L L. REV. 1029 (2011).
Clopton, Z. D., *Extraterritoriality and Extranationality: A Comparative Study*, 23 DUKE J. COMP. & INT'L L. 217 (2013).
Connolly, B., *Non-State Justice Systems and The State: Proposals for a Recognition Typology*, 38 CONN. L. REV. 239 (2005).
Griffiths, J., *What is Legal Pluralism?*, 24 J. LEGAL PLURALISM & UNOFFICIAL L. 1 (1986).
HALSBURY'S LAWS OF ENGLAND (4th ed., reissue, 1998) vol 12(1).
HOOKER, M. B., LEGAL PLURALISM: AN INTRODUCTION TO COLONIAL AND NEO-COLONIAL LAWS (Oxford: Oxford Univ. Press, 1975).
Lerner, N., *Religious and Legal Pluralism in Comparative Theoretical Perspective*, 25 EMORY INT'L L. REV. 829 (2011).
Lincoln, L., *Takamore v Clarke: An Appropriate Approach to the Recognition of Maori Custom in New Zealand Law*? 44 VICT. U. WELLINGTON L. REV. 141 (2013).
MENSKI, W., COMPARATIVE LAW IN A GLOBAL CONTEXT (2d ed.) (Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2006).
Merry, S. E., *Legal Pluralism*, 22 LAW & SOC'Y REV. 869 (1988).
Perry, R., *Balancing Rights or Building Rights? Reconciling the Right to Use Customary Systems of Law with Competing Human Rights in Pursuit of Indigenous Sovereignty*, 24 HARV. HUM. RTS. J. 71 (2011).
Sloan, S., *Accommodation and Rectification: A Dual Approach to Indigenous Peoples in International*

Law, 51 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 739 (2013).
Twining, W., *Normative and Legal Pluralism: A Global Perspective*, 20 DUKE J. COMP. & INT'L L. 473 (2010).
Walters, M. D., *The 'Golden Thread' of Continuity: Aboriginal Customs at Common Law and Under the Constitution Act, 1982*, 44 MCGILL L J 711 (1999).

國內判決

最高法院 92 年度台上字第 2211 號民事裁定
臺灣花蓮地方法院 101 年度訴字第 222 號民事判決
臺灣花蓮地方法院 96 年度簡上字第 32 號民事判決
臺灣花蓮地方法院 97 年度家聲字第 91 號民事裁定
臺灣屏東地方法院 93 年度家訴字第 25 號民事判決
臺灣屏東地方法院 93 年度家訴字第 25 號民事判決。
臺灣高等法院 92 年度家上字第 65 號民事判決
臺灣高等法院花蓮分院 99 年度上更（一）字第 1 號民事判決
臺灣高雄地方法院 90 年度訴字第 3262 號民事判決
臺灣高雄地方法院 97 年度簡上字第 226 號民事判決

中文文獻

台灣總督府臨時台灣舊慣調查會，中央研究院民族學研究所編譯（2000）。《番族慣習調查報告書》，第二卷，阿美族・卑南族。
台灣總督府臨時台灣舊慣調查會，中央研究院民族學研究所編譯（2004）。《番族慣習調查報告書》，第五卷，排灣族・第四冊。
行政院原住民族委員會（2008）。《原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制研究：排灣族及雅美族個案》（高德義等主持）。
行政院原住民族委員會（2011）。《原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制研究：阿美族、噶瑪蘭族、撒奇萊雅族》（蔡中涵等主持）。
林三元（2013）。〈原住民族專業法庭之意義與未來展望〉，《原教界》，53 期。
黃居正（2009）。〈憲法解釋與原住民權利〉，《憲法解釋之理論與實務》，第六輯，頁 429-465。
黃居正（2010）。〈傳統智慧創作與特殊權利—評析「原住民族傳統智慧創作保護條例〉，《台灣原住民研究季刊》，3 卷 4 期，頁 11-46。
黃居正（2013）。《判例國際公法 I》。

加拿大與澳洲法院實務中的原住民族習慣效力[1]

蔡志偉 Awi Mona
國立臺北教育大學教育經營與管理學系

摘要

我國憲法增修條文第 10 條第 11 項明文規範，國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化；同條第 12 項進一步表示，國家應保障原住民族之地位，並依原住民族之意願，對其教育文化、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展。2005 年公布施行的《原住民族基本法》第 30 條更呼應了聯合國《原住民權利宣言》第 34 條，要求政府處理原住民族事務、制定法律或實施司法與行政救濟程序、調解、仲裁或類似程序，應尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化及價值觀，保障原住民之合法權益；若有原住民不諳國語，亦應由通曉其族語之人協助傳譯。《原住民族基本法》第 30 條第 2 項並指出，政府為保障原住民族之司法權益，得設置原住民族法院或法庭。為實現上述規範要旨，司法院自 2013 年 1 月開始於桃園、新竹、苗栗、南投、嘉義、高雄、屏東、台東、花蓮等九所地方法院，設立原住民族專業法庭（或專股），以加強保障原住民族之司法權。然而，在目前以非原住民族社會規範所建構之法律結構下欲保障原住民族之權利，絕非單純設置特別審理程序、設立原住民族法院或專屬法庭即可徹底解決，而應從根本探究原住民族傳統習慣、文化與非原住民族社會之差異。具體來說，實現憲法增修條文價值中心的核心作法在於，國家法律如何理解原住民族傳統習慣與文化，進而作為爭端解決機制的實體內容，相對地，如何使原住民族傳統習慣法律與社會規範能夠被成文化與系統化，以作為司法實務審理的準據法，是解決問題的核心方法。

因此，本文試以透過制度法學的比較法觀點，對上述原住民族傳統習慣在加拿大與澳洲兩國實務見解中的實踐意義、性質與影響進行初步的解析，希冀未來能夠做為我國在原住民族專業法庭發展上行進一步的探究。

[1]研討會初稿

原住民族傳統習慣與法院用法

從實證法主義來論，民法上所謂之習慣，係指「習慣法」而言 。但是，在司法實務運作中，原住民族傳統習慣的地位又是如何？從歷史經驗中以觀，原住民族向來被視為社會下層的民族，而其文化也被認為是不如殖民者與主流社會。時至今日，即使這樣的理論已被宣告為科學性的錯誤，但實際上這樣的觀念卻一直被保留下來，且下意識的深植於那些應用法律的人的心中。回到現行司法實務狀況來看，原住民族傳統習慣與文化遭致國家法排除適用的情形比比皆是。在相關司法實務判決中，仍一再地呈現以所謂的「社會通念」來理解原住民族文化行為，諸如指稱被告為原住民，受教育程度非高，對於法治觀念尚屬薄弱云云，罔顧相關法規確立之原住民族權利，逕自依此作為裁決量刑之參據。

在英法普通法的系統中，財產權的證立係建立在有效的占有，即如 occupation is nine tenths of the law 法諺所指。究其實質，即在探究作為合法性占有的權利主體與權利依據之內涵。因此，原住民族傳統領域權的主張與確立，在英美普通法實務下所欲處理的習慣法效力，主要即在探究原住民族社群實體與原住民族土地治理規範是否能夠符合普通法所建立之基準。

澳洲

澳洲國家法制，不問是在法院的系統，抑或是國會立法的方向，均已肯認並保障所謂原住民族傳統領域權（native title）之概念及其發展。在整體澳洲司法判決上有關原住民族傳統領域權利的發展，主要是環繞在兩項基礎上：其一為，何謂承認原住民族傳統領域權（recognition of native title）；其二則係，何謂官方主權的確立（the assertion of sovereignty）。在適當的條件下，澳洲普通法對於依據原住民族傳統法律與習慣而持有之土地權及其衍生權利，賦予合法性的權利承認，並在其遭致侵害時，提供權利與利益之強制措施救濟。

在澳洲最高法院審理 Mabo v. Queensland [No. 2]所著重者，計有四個面向：1）墾殖社會所生原住民族權利存續爭議；2）原住民族傳統領域權利的建立；3）原住民族傳統土地權利的本質與內涵；以及 4）原住民族傳統土地權利的消滅。首先，最高法院審視殖民地法律繼受的問題上指出，原則上所有權的取得無法對於已經他人占有之土地而為合法主張。因此，法院見解駁回了昆士蘭政府有關主權確立永遠伴隨著對於所有土地具有受益權能的主張，並決議原住民族所具有之先存權利（pre-existing rights），在王權取得澳洲大陸主權之後，繼續有效存在。其次，有關建立原住民族傳統領域權利的論證上，法院見解指出普通法上之原住民族傳統領域權利作為一項權利態樣，實係源生自傳統習慣並且必須遵循此一規範系統，確係受到普通法國家系統的承認與保障。因此，法院見解進一步說明原住民族傳統領域權利合法存在的基礎不在於立法或行政部門的承認。再者，原住民族傳統領域權利即便受到普通法的承認，卻仍非普通法範疇的一項規範制度。綜合來說，判決見解認為，原住民族傳統領域權屬有其固有權源，且其權利本質與內涵係由其傳統習慣所定義，此等傳統習慣法律系統實受到該領土內之原住民族所依循。另以，原住民族傳統領域權利本質及其衍生內涵，必須參據這些法律與習俗，作為事實來做確認。

復以，財產權的建立必須具備普通法所確認的有效性占有模式，判決見解並列示三項條件作為判斷傳統習慣有效性的基準：1）具有可識別之社群或群體的存在。2）社群或群體具有依據傳統法律與習慣，形塑渠等與土地之傳統緊密連結或對土地的占有。3）此項連結關係持續實質

的存在。

經此判決之後，澳洲法制揭示了對於原住民族傳統領域權地承認，必須建立在原住民族傳統法律與習慣的舉證，這項司法準則，並透過 1993 年的原住民族傳統領域權法的立法，成為國家法律內容之一部。依據該法對於原住民族傳統領域權的定義，原住民族傳統領域權的定義與權利內容如下：

第 223 條：原住民族傳統領域權（普通法上權利或義務）

第 1 項：原住民族傳統領域權或原住民族傳統領域權之權利與利益，指有下列情形時，原住民族或托雷斯海峽島民對於土地或水資源的公共、團體或個人權利：

第 a 款：該權利或利益之擁有，係原住民族或托雷斯海峽島民的傳統法律所承認，且遵守其傳統習俗；且

第 b 款：原住民族或托雷斯海峽島民，依其法律和習俗，與土地或水資源有聯繫；且

第 c 款：該權利與利益為澳洲普通法所承認。

第 2 項（包括狩獵、採集、及捕漁）：在不限制第 1 項適用之情形下，該款所指權利和利益包括狩獵、採集或捕魚的權利和利益。

第 3 項（法定權利與利益）：除了第 3A 款及第 4 款之外，若如第 1 款所述之原住民族傳統領域權利與利益被或在過去任何時間，曾被強制轉換或取代為法定權利或利益，而在同一土地或水域被原住民族或托雷斯海峽島民持有或名義者，該法定權利或利益也受到原住民族傳統領域權或原住民傳統土地權利及利益之概念所涵括。

第 3A 項（第三項不適用法定使用權限）：第三項不適用於本法第二部分第三章細則 Q 所賦予之權利或利益（處理原住民族傳統領域權賠償事宜的法定使用權限）。

第 4 項（不屬於第三項之情形）：為避免爭議，第三項不適用於因下述保留或條件所創設之權利和利益（且非原住民族傳統領域權利與利益者）：

第 a 款：在 1994 年 1 月 1 日之前授予之牧場租地權；或

第 b 款：1993 年 7 月 1 日前提出之立法，且保留或條件係因牧場租地之授予而適用，且於 1994 年 1 月 1 日前授予者。

第 224 條：原住民族傳統領域權之主體

原住民族傳統領域權之主體，適用於原住民族土地權者，係指：

第 a 款：若指定之法人團體登記為國家原住民族土地權人，作為信託持有原住民族土地權利與利益—該指定之法人團體；或

第 b 款：在任何其他情形—該個人或數人持有原住民族土地權者

第 225 條：原住民族傳統領域權之確定

原住民族傳統領域權之確定是一個原住民族傳統土地權在特定土地或水域區域（系爭區域）是否存在之決定，若存在，則為：

第 a 款：該些人或每個群體的人，持有之為原住民族傳統領域權所包含的一般或群體權利；且

第 b 款：原住民族傳統土地權利與利益之性質與程度涉及系爭區域；且

第 c 款：任何其他利益之性質與程度涉及系爭區域；且

第 d 款：權利和利益間之關係在第 b 款與第 c 款中（考慮到本法的效力）；且

第 e 款：在土地或水域的系爭區域中，並非受非排他農業租地權或非排他牧場租地權涵括，不論原住民族傳統土地權利與利益授予系爭土地或水域之權利持有者，係可排他的所有、占有、使用與享有之原住民族傳統土地權。

此項立法係將原住民族傳統習慣內涵透過習慣立法的方式完成法制化，惟該項立法非但未能善盡原住民族傳統領域權保障的功能，甚且帶給原住民族權利訴求上的繁重負擔。換言之，原住民族當事人必須證明權利的使用、傳統習慣與法律的持續存在，且須將傳統習慣轉化成為普通法上的權利概念。在此基礎架構內，原住民族傳統領域權利亦無空間作為商業或營利目的之行使，亦無法作為自治權之主張立論。

果不其然，在 1998 年 Fejo v. Northern Territory 乙案，最高法院限縮了原住民族傳統領域權的內容，甚而弱化了原住民族傳統領域權之特殊權性質。取而代之的是，原住民族傳統領域權屬與利益的限縮內容，反映了一般非原住民族和法院系統對於土地與所有權之概念。根據此項論證邏輯，不管是承認或不承認的標準，都屬於澳洲普通法的權責，原住民族傳統領域權實際上已成為普通法下所認定的產物。因此，原住民族傳統領域權似又重回澳洲國家法制下的虛構態樣，本案藉由國家對於原住民族傳統土地所為完全所有權的授予，造成原住民族傳統領域權屬與利益的永久性消滅，否定了原住民族傳統習慣與法律制度，並認定依據原住民族傳統習慣與法律所確認的權利與利益，在澳洲國家法律制度中，不具有任何效力。

再者，對於依據原住民族傳統習慣與法律所建立之占有作為財產權主張的基礎論述，在 2002 年 Yorta Yorta v. Victoria 的判決中遭致根本性的重組，特別是對於 Mabo 所建立之三項基準，1）具有可識別之社群或群體的存在。2）社群或群體具有依據傳統法律與習慣，形塑渠等與土地之傳統緊密連結或對土地的占有。3）此項連結關係持續實質的存在。

原住民族原告當事人主張下級審法院法官錯誤地採取所謂的「時間凍結」的論證原則，認為審理法官並沒有盡到職責，瞭解所謂的原住民族傳統習慣與法律，隨同環境與時間的變遷所可能產生的變化與發展能力，因而錯誤地將原住民族傳統領域權的存在基礎，等同於「傳統社會」（traditional society）或「傳統生活方式」（traditional lifestyle）的存在。此外，原住民族當事人證稱，重點應該不是在於探究該群體從過去持續保留至今的傳統，而是該群體現今的法律和習慣能否溯本歸源至在前的先祖們。

然而，判決認為原住民族上訴人所指，「傳統」一詞指涉一種法律或習慣傳遞的方式。傳統法律或習慣係指在一個社會中透過世代間傳遞的內涵，通常藉由口語以及日常行為。然則，在原住民族傳統領域權法的架構下，「傳統」實則涵蓋兩項要素。首先，這項概念標示一項對於傳統年代的理解，亦即系爭法律或習慣內容的起源，必須先於大英國協建立主權之前已存在。也就是說，只有那些規範內容才是本項法律中所指的「傳統」法律和習慣。其次，同樣重要的，判決認為依據受到原住民族所承認與遵循的傳統法律和習慣所持有之土地或水源的權益，在前開所指法制架構下，必須是自主權建立伊始即已存在且持續至今的規範系統。如果該項規範系統經過時間的流逝而不復存在，原本附著於其上的權利和利益也不會存在了。任何之後的嘗試復振，如果要符合屬於原住民族傳統領域權的定義，將不可能重新建構原初傳統法律和習慣的狀態。綜合來說，判決對於原住民族傳統習慣的法效力，認為當社會的法律和習慣之自主性不再存在，這些法律和

習慣所建立的土地權利和利益也不會存在。如果先前的法律和習慣為後來的新社會所接受，這些法律和習慣將會有新的生命，亦即後來被社會承認和遵行的法律習慣，並非是現今被視為從過去至今繼續存在的法律和習慣。土地的權利和利益為被再次接受的法律和習慣所授予，並不根源於前主權時期所確立之傳統法律和習慣，其基礎實係新社會的法律和習慣。

從 Mabo 到 Yorta Yorta 的十年間的判決轉變，突顯出一個原住民族傳統習慣所面臨的當代挑戰，也就是對於那些位於開發較早或人口及土地利用較密集的區域之原住民族而言，Yorta Yorta 所指出之爭議尤其明顯，引發了何謂「傳統」的爭議，以及如何的「傳統」內涵，才能作為原住民族傳統領域權之法律正當性基礎的辯證。

實則，在認定本案上訴人 Yorta Yorta 原住民族不再依循同一固有規範系統，而該一規範系統係賦予國家在取得主權之際的一項法律上之信託責任負擔，澳洲最高法院多數見解確認一項自我建立之極端主張，表示主張原住民族傳統領域權之 Yorta Yorta 原住民族，實際上與那些確實保有該項權利的 Yorta Yorta 原住民族社群或團體是不一樣的群體。此等判斷標準，再次確認了原住民族傳統領域權的法律承認要件與內容，持續在最高法院的見解發展下，越來越難以解釋與理解。

加拿大

加拿大原住民族傳統習慣在司法保障上的發展，可以藉由判決實務進行綜合性的理解與建構。總體來說，在 1973 年的 Calder v. British Columbia (Attorney General)之前，加拿大土地訴訟實務上的討論，都是以法律文義的解釋與適用為主。在此一判決之後，有關原住民族社群歷史的觀點與資訊，特別是關於土地使用與更多一般性的生活習性與需求議題，愈發顯現在判決審理的焦點中。即如 1980 年加拿大聯邦法院審理 Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Development，J. Mahoney 法官採取了歷史性的土地治理模式觀點，指稱原住民方的原告當事人，欲舉證其為所有權人，必須證明它們的祖先曾經以有組織的社會，排他性地占有特定領土。再者，該項排他性地占有必須在大英國協建立主權之時，即以合法存在。雖說 Baker Lake 乙案從未上訴至上級審，Mahoney 法官所建立的原則，也成為加拿大法院審理原住民族訴訟的檢測基準。

其後，反對原住民族傳統習慣作為權利基礎者，繼而提出「權利凍結原則」（frozen rights doctrine），作為弱化原住民族習慣之正當性。簡要來說，該項理論主張原住民族權利僅存在於歐洲人確立主權之時的傳統習慣型態。進一步來說，若是一項傳統習慣的行為，受到外來者的互動影響而大規模的改變，則將失去作為文化表現形式的傳統習慣權利資格，無法獲得法律的保障。此項法律上的推定，始終無法獲得法院實務的一致見解，迄至 1990 年加拿大最高法院審理 Regina v. Sparrow 乙案，才明確推翻該項原則，確立原住民族傳統習慣權利，能夠以現代形式作為法律所保障的實體權利而存在。

作為 20 世紀結束前，加拿大司法實務審理原住民族權利最重要的一項判決，Delgamuukw v. British Columbia 延續前揭兩項判決實務見解的思辯，更進一步地引發學術上長期以來有關文化內涵的論辯，亦即傳統文化的延續性與轉化，尤其是當 Mahoney 檢測原則與權利凍結原則在訴訟舉證的應用上所呈現的衝突。舉其要者，Delgamuukw 乙案的審理法官對於大英國協何時再系爭原住民族領土上建立合法性主權的論證。該項不確定的法律時點，對於原住民族當事人與民族歷史專家證人如何舉證其已實行有效性的占有，即有實際上的困難。為求保險起見，該案原住民

族上訴人相信，他們必須至少提出始自 James Cook 抵達美洲大陸的時點，迄至 19 世紀末的這段時間，先人的生活方式與土地治理模式能夠符合 Mahoney 檢測原則的要求。

然而，原住民族上訴人卻遇到了文獻上短缺的問題，無法滿足舉證上的條件。甚且，既有的文獻不分更指稱該案原住民族社群所運行的部落習慣、組織系統、文化模式，係與外來者互動接觸後所逐步轉化與創造。未能克服前述兩項舉證上的挑戰，該案原住民族社群與上訴人獲得了人類學者的協助，進行了一項大規模的口述歷史紀錄的計畫，完成部族領土的地圖繪製、部族歷史的紀錄，並闡明部族土地治理的運作系統模式。

代結：法律多元與原住民族傳統習慣

臺灣因存在多元族群文化，本有複數的規範價值體系，其中原住民族因歷史背景及文化差異而在法律的議定權力上處於受支配者之地位，且過去獨尊一元的法律並非以承認多元民族國家為前提，致使原住民族傳統習慣與國家法制產生衝突，時有所聞。在原住民涉及民事爭訟的案件審理上，不論是傳統土地之利用、不動產所有權之移轉等涉及財產權之權利行使與變動之行為，抑或婚姻締結之儀式與繼承制度，司法實務均時常面對是否承認原住民族有別於主流社會之實定法的傳統習慣等問題。謝世忠將原住民族傳統習慣與現行法制的衝突分為積極衝突及消極衝突，前者指現行法制對於「傳統慣習所容許的行為」加以限制或禁止，使原住民在進行此類行為時，因為牴觸現行法制受到處罰；後者指現行法制對於「違反傳統慣習的行為」加以正當化、合法化，使遵循傳統慣習的原住民，因國家之不罰，而懷疑是否要繼續遵循傳統習慣。衝突的結果，造成了原住民族於傳統慣習下享有的權利喪失，或遭到剝奪；另一方面，由於原住民爲了避免牴觸國家法制而受罰，不得不改變或放棄傳統習慣所容許的行為，形成現行法制凌駕於傳統習慣的印象，也因此動搖傳統習慣在原住民個人及其族群整體心中的權威地位，造成原住民族傳統價值觀之崩解。

《原住民族基本法》第 30 條指引司法部門於訴訟程序中探尋原住民族傳統習慣規範作為裁判的依據，並指導未來的立法依實際需要，採取將原住民族習慣規範作為法律條文，或於法律中規定某事項依原住民族習慣。這也反映出原住民族權利相關法律或命令之特殊性，對於例如《原住民保留地開發管理辦法》、《原住民身分法》、《原住民族傳統智慧創作保護條例》、《原住民族工作權保障法》等基於原住民族之傳統習慣與文化所訂定之特殊民族法制，若非依上述適用原則，即無法妥當加以解釋與適用。欠缺妥當解釋與適用法律之能力，導致規範的合法正當性喪失，此由無論是司法院的官方資料，或者是媒體、學術單位以及民間機構的調查結果，都可證明。在原住民相關審判事件中當然也是如此，呈現出司法信賴度偏低的情形。復以法學的高度封閉性，形成了一般民眾不易跨越的高牆，很容易因為發生司法負面事件而降低對法院的評價。

加拿大自 1973 年的 Calder 案，迄至 1997 年的 Delgamuukw 案，加拿大最高法院的實務見解，建構了原住民族權利存在與範圍的五階段檢驗準則：（1）特徵、（2）地點、（3）時間、（4）獨特文化的組成，以及（5）持續性。Delgamuukw 案明確指出，原住民族的土地權並不等同於一般法律所認定之土地所有權和使用權，而是一種受到憲法保障，並由原住民族公同所有之集體權利。原住民族傳統以來即與土地存在一種特殊之聯結關係，並孕育其特殊文化。因此，對於原住民族土地權之理解，亦應有別於一般土地使用與所有權限之理解。尤其重要的是，該項判決確認口述歷史具有書面文書，而傳統習慣的法效力亦獲確認。然而，2000 年以來的實務發展顯示，

愈來愈多的案件環繞在原住民族傳統習慣與相關法律條款之內容，是否違反《加拿大權利與自由憲章》（Canadian Charter of Rights and Freedoms）規定之爭議。

另以澳洲的實務發展來看，1889 年 Cooper v. Stuart 即已確認新南威爾斯為無人佔領之地，該項見解迄至 1971 年的 Milirrpum v.Nabalco Pty Ltd，審理法院認為澳洲既然在法理上被認定為開發之地，那麼，原住民族即使擁有傳統的土地制度，就沒有普通法所認定的土地權。其後，1979 年的 Coe v. Commonwealth，審理法院除了認定澳洲的主權並非透過征服、而是經過墾殖而來，更認為原住民族並沒有足以行使行政權、立法權、或是司法權的政治組織，因此不能作為政治實體存在，當非屬具有主權的民族。澳洲司法實務對於原住民族傳統習慣法效力的闡釋，最重要的轉折點當係 1992 年的 Mabo v. Queensland [No. 2]，Brennan 大法官認為「原住民族傳統土地權的本質與類型必須確認為一具體事實，並參考當時的法律與習俗而定。」意即原住民族是否取得傳統土地權，應視當時原住民族該傳統規範的習俗及規範而定，關於當時之習俗並不一定要與現今所實行的完全一樣，只要能證明該族群與土地的聯繫尚未消失即可。從澳洲司法實務見解有關原住民族法制與權利的發展過程觀之，原住民族傳統習慣權利確立之目的在於，建構一個能夠讓原住民族各部族間存在的地方性法律系統，與傳統習慣制度持續運作的法律空間，甚至進而採納部分那些原住民族傳統法律與習慣內容，成為澳洲普通法內容之一部。

然而，2002 年澳洲最高法院在 Yorta Yorta v. Victoria 一案，提出「時間凍結」的論證原則，作為瞭解所謂的原住民族傳統法律習慣，必須等同於「傳統社會」或「傳統生活方式」的存在。本案判決所呈現的結果，突顯出一個我國原住民族法制當代發展的問題，也就是對於那些位於開發較早或人口及土地利用較密集的區域之原住民族社群而言，確認了原住民族對於司法保障的渴望與期待，實際上與藉由原住民族傳統習慣的主張據以實現那些渴望和期待，這兩者之間存在著相當大的分歧與差距。特別是在證明要件的解釋，以及有關「傳統」概念的特定意涵，實係造成前開顯著落差與分歧的主要因素。澳洲司法實務對於何謂「傳統」的爭議，以及如何的「傳統」內涵，才能作為原住民族傳統習慣權利之法律正當性基礎的辯證，當可作為我國未來發展之借鏡。

綜合前述各項說明，本文最終從法律多元主義與原住民族傳統習慣的未來發展架構來看，「多元文化主義法律論述」通常係指兩個以上的法律系統並存於同一社會場域之中。傳統的法律多元論述之討論範疇著重於歐洲殖民國家之法律與被殖民國家之地方法律兩者間的互動關係。但目前法律多元主義相關論述的關注焦點，已轉向在一個進步的工業化社會之中，在種族、宗教、文化等方面居於主導地位之優勢民族所使用的正式法律規範，與弱勢民族所擁有的非正式社會規範，兩種規範之間的法律互動參與情形 。

根據「多元文化主義法律論述」，國家制定法並非唯一運行於社會的法律，地方習慣法、社會規範、文化、權力關係等規範力量其實是同時併存，並於同一法律運作場域不斷產生互動。臺灣是多元文化的國家，存在多樣的族群文化，併存複數的規範價值體系，確證對原住民族傳統習慣法效力之肯認與妥善適用，實為國家司法制度合法正當性之基礎。從原住民族權利作為一項特殊權利（sui generis）的性質立論，傳統習慣法律與文化規範作為部族存在之實體，並被具體化而受原住民族專屬爭端解決機制之適用，足以表徵在多元文化憲政主義下，我國法制保障原住民族人權的基本原則。

【主題四場次會議實錄】

與談人（陳爲祥 秘書長）：

我想從王檢察官的報告裡面看得出來，第一個，我們實務界已經意識到這個問題了，也試著去處理這個問題。從幾位主講人的發表內容更加看得出來這是一個相當複雜、困難的工作，所以我首先要非常肯定實務界，勇於面對這樣的問題。

針對王檢察官的部分來做回應，我想他採用違憲審查的方式對傳統領域、傳統的慣習以及原住民強制辯護三個部分來作論述，這是一個非常有趣的方式，但我有些不是很完全了解的部分。第一個是關於審查的對象到底是指把傳統領域交還給原住民自主管理和使用這類的政策，還是具體的把原來某個行政部門的管理權限移轉給另一個原住民主管機關的權限這類的行政決定？或是當談到有關原住民傳統習慣，譬如說裡面提到的習慣，到底是要審查那個所謂被認定出來的原住民的傳統習慣的本身，還是要審查後來法院對這樣的傳統習慣做的判決？到底審查的對象是哪一個，以及對於律師偵查中強制辯論的問題，是認為這樣的律法違憲嗎？可能等一下特別請王檢察官跟我們說明一下。

我想違憲審查有一個前提：是誰的憲法？這是非常有趣的問題，當然指的是中華民國的憲法，對剛剛講的這三個領域來做審查，那審查的手段就是平等原則和比例原則，這大概是王檢文章裡面的架構。基本上，我並不反對這樣的方式，但特別要提醒有關原住民的這些相關問題，其實從國際法和外國比較先進的法院的裁判，跟我們自己的憲法增修條文到後來的原住民基本法，其實是一個體系下來的，所以如果只以平等原則和比例原則作為審查的基準，恐怕會漏掉其他非常多應該要考量的東西，這也是我看過的文獻中少數用這種方式來進行所謂原住民相關議題的審查方式，是蠻有趣的問題。

針對有關清水農場的事，王檢察官一直非常關心，其實裡面提醒我們很多事情，包括國土、保育等，不過比較需要釐清的是，我並不認為把某個國有土地的管理從某行政機關的某部門移轉給原民會這是所謂的傳統領域歸還，我認為這只屬於行政管理的轉換。真的很抱歉，我並不認為原民會有辦法完全的代表原住民自主的管理，所以我覺得這部分恐怕還要需要某種程度的釐清。那王檢察官裡面有提到整個國有土地的管理，以這個案的情形看起來，國家其實是獨佔所有的武力，獨佔所有管理的強制手段。今天不管是警總、林務局、國有財產局、原民會，所管理的土地被佔領，都只能回到司法的系統去排除，並不會因為是林務局而能夠自主的去排除。當然可能因配備了森林警察、配備了很多的資源，比較能夠去查清到這事情，但是當面臨到問題，恐怕還是要面臨司法處理的途徑。所以，其實這一塊等一下可以請王檢察官再跟我們說明，到底是原住民傳統歸還領域整個的大方向有問題，還是說裡面也有某些技術上的部分需要調整。我其實有聯想到一個例子，但不見得非常的貼切。因為我的觀念認知裡面認為要把原住民的傳統領域還給原住民就好像，以前你的財產被侵占了，如今我要求你返還的時候你跟我講：「你比較弱，你比較不會管理，還是我幫你管理好像比較保險」，這樣我是覺得有點怪怪的。

那有關傳統習慣的部分，因為剛剛兩位已經講了很多，因此我只針對偵查中原住民強制辯護的部分提供一點我的看法。因為我本身在法扶服務，這業務基本上是法扶的業務，我其實聽到很多人覺得這是違憲，認為這違法平等原則，為什麼在原住民的場合就要給他權利，非原住民的場合就不給他權利。我的想法剛好是顛倒，我認為這本來就要給所有嫌疑人的權利，是我們法制上沒有給所有的人偵查中強制辯論的權利，因為以前沒有這個概念，所以我認為要全面去檢討偵查中嫌疑人的辯護權。當然技術上是可以調整的，我認為並不見得所有的強制辯論一定要採取律師面對面的協商，但是要給他這權利，這權利可以是面對面的，也可以透過打電話的方式。譬如說今天大家提到很多酒駕，難道酒駕的人他不需要了解所有的法律訴訟程序嗎？他不需要打電話問問看他會產生什麼後果嗎？是不是一定要靠律師，我認為是可以討論的。另外，我要再提醒一點，我們的法制常常一直強調後面的審判中，最有必要的偵查中反而是一直被忽略的。這是大家普遍的常識，可是我們對這一塊幾乎是沒有強制，除了後來心智障礙、原住民，那現在這兩塊先做了，但卻被解讀成因為你先做了所以是違憲，因為其他人都沒有，那我覺得這概念剛好顛倒，所以稍微提供我個人的意見，謝謝！

與談人（林三元 法官）：

主持人、三位報告人、兩位與談人以及在座佳賓大家好。

好，再來我就針對黃老師的這文章提出我自己的一些看法，那他有照片我也有照片，但是在他秀他的 poewrpoint 之前我不知道他有照片，那差別只是在於他的照片是他自己照的，我的則是從新聞網站上抓下來的。我抓下這張照片，其實本來是要給黃老師看的，因為他從加拿大留學回來了，這是加拿大原住民的抗議場合，那這種抗議場合感覺上都滿像嘉年華的，這是最新的抗議場合。剛剛黃老師有提到，宣言剛好在今年是屆滿六週年，今年屆滿時，加拿大的原住民在十二日那天，在宣言公布的前一天，加拿大的原住民團體就出來說，他們希望將來在關於他們的傳統領域土地上的政策決定，請加拿大政府要終止殖民式的運作及操作方式。我當時看到這新聞時，有點嚇到，因為我們常常在台灣談原住民議題時，會把加拿大、澳洲、紐西蘭搬進來看，但即便是在加拿大的原住民，還是覺得他們的政府做得不夠，那做得不夠的原因其實黃老師的文章給予我很好的啟發，我們一直還是沒有辦法做到所謂的平行法系這樣子的事情，如果有辦法做到平行法系，把很多原住民的事務，交還到原住民手上，尤其在傳統領域這一塊，我想這樣子的問題可能就會比較少。

所以從加拿大的例子來看，他們在宣言屆滿六週年的時候都還有這樣子的聲音，我們就不用太難過，知道嗎？我們這研討會也才辦第四年，表示我們還有很多很多可以努力的空間。關於專庭設立的時間問題，剛剛黃老師有提過，也就是它設置的目的或法源，我覺得比較重要的目的是在於設專庭時強調要尊重原住民的傳統習俗文化和價值觀，這是設專庭時本來就講的。所以尊重原住民的傳統習慣和價值觀，是設專庭之後一定要做的事情。在今天發給大家原教界 53 期的雜誌中，我在裡面有提到說，我認為設專庭只是一個起步，我也不認為設專庭之後，原住民的傳統慣習就馬上在法庭上能夠被運用。可是，黃老

師的這篇文章卻給我一個特別的看法，他覺得即使不修法，仍然有可能在法院的實踐上面去接受原住民的傳統慣習，這張 PPT 表示司法院在設原住民專庭的公文的後面所附的，到底原住民專庭審理的案件有哪些？因為黃老師所討論的主要是關於民事案件，民事案件會讓專庭審理的，如果是兩造當事人是原住民部落或原住民族的民事事件，這是全部由專庭來審理；如果當事人一造是原住民部落，另外一造不是，或者一造當事人是原住民部落原住民族，但不是前面所說的這些跟土地財產有關係的，他也是一樣可以去申請原住民的專庭來做審理。所以從這表上面可以看得出來，黃老師在這個文章裡面談的，我想主要的點應該是在這表的第一項，是兩造當事人是原住民部落或原住民族的民事事件中，我們去討論關於原住民傳統的慣習是不是有適用的空間，假如說案件的類型，紛爭的類型就依照是原住民時，這時候法官選法，或當事人的選法，他們要適用的實體規範到底是原住民的傳統慣習還是國家法律，我想在這地方就可能比較有一些討論的空間。所以，我想重點應該還是在於，當兩造當事人都是原住民時，法官應不應該，或是法官應該如何去接受原住民的傳統慣習，作為紛爭解決的依據以及實體的規例。如果說兩造當事人有一造是原住民、一造不是原住民，這時候我們可能沒有辦法強迫當事人，因為有原住民，所以你要用原住民的傳統慣習，或是另外一造不是原住民時，對方要求要用市民法，產生法衝突時要怎麼樣去處理，這裡我就非常贊成黃老師說的「應該要建立所謂的多元並存的法體系」，這點我是贊成的。假設說兩個多元並存的法體系建立之後，這時候才有所謂選法的問題，因為當我碰到原住民和非原住民時，我可以闡明讓當事人知道現在你們這紛爭，假如是土地買賣的紛爭，關於土地買賣合約的成立按照市民法的規定、國家法律的規定，要書面為之。原住民的傳統慣習可能只要口頭承諾就可以了，那請問你們在這紛爭解決上要用哪個法律？我想法官如果做到這樣的闡明，當事人在具體的個案訴訟上對於法條的使用可能會更清楚，不過這裡我們會遇到的問題就是黃老師在這裡所提的族群法律的問題，我看完這文章就在想，族群法律如何去建立，這才是最困難的地方，為什麼困難呢？因為我們現在所謂族群的名稱都是外部命名而來的，原住民自己沒有叫自己是什麼族，這族是外部命名而來的，我們先用這種外部的命名去告訴他說：你是布農、你是卑南、你是阿美族，然後你的傳統慣習應該是什麼，好像又有一點倒過來了，我的意思是說應該要從部落出發、從原住民的觀點來出發，我的原住民慣習到底是什麼，所以這一點可能是將來我們要去討論的，當然你要去除這外部命名是相當困難，也要回到傳統上假如是不同部落，可能彼此就不是同一國了。即便是在布農族裡面，卓社、卡社碰在一起，不同的氏族、不同的家系時，他們不會認為他們是同一個部落、同一民族的，所以所謂的高雄的、台東的、和南投的，經過幾千、幾百年的遷徙，其實已經發展出完全不同的所謂族群法律這樣的概念，這是我覺得非常困難的部分。

再來是在黃老師文章裡所做的研究裡面，我非常感動的部分是，他能透過很多個案去累積規範的內涵，在這些分析當中質性的分析裡面，把法官判決背後所代表的意涵做了更深入的說明，其實這對法官來說是很有幫助的，因為法官可以讓別人知道，也讓自己知道，原來我寫的判決，其背後可能包含了這樣的意義在裡面，這點是非常不容易的。那將來就是說我們有沒有考慮到，當慣習衝突時如何去解決，這是我剛剛講到的。

還有一點要說明的是，當事人可不可以主張規範選擇權？這一點當然也是牽涉到我前面所說的，如果是在不同當事人時，黃老師有提出傳統慣習的認定標準，他提了三個，分別是持續性、確定性及合理性，那我這裡提另外一個就是英國的牛津大學很有名的法理學教授所寫的，他在裡面提了，如果要承認慣習文化的判準有六個，其實其他的四個都可以用黃老師剛剛所提到所謂的合理性去涵蓋，但是我提這個只是告訴大家要如何建立傳統慣習作為法效力的判準，其實要經過一段時間的努力，尤其是需要經過實務案判決的累積才有辦法建立，不過我想黃老師這篇文章確實提供了我們很好發想的起點。謝謝大家！

與談人（林淑雅 助理教授）：

主持人、報告人、還有在座的各位來賓，針對 Awi 老師的這篇文章，因為也是時間的關係，我想主要會跟大家分享兩個大的部分，第一個部分比較想要先去談當我們在國家把體系當中想要試圖去納入原住民的傳統關係的時候，事實上有很多作法是違反平等原則，這是一個國家在主權上面，如果沒有意識到必須要有所退讓時，或是跟原住民族事實上是在一個主權分享的結構，那我們很難預期國家會有一個對原住民的規範、對原住民的真正的尊重。那另外一個部分，雖然在這兩天的討論當中，大家很多都是從規範的角度去談，或從我們現有的制度中如何去納入我們原住民族的規範來談，但我覺得好像有一個非常核心的問題，就是我們甚至是連事實到底是什麼？什麼是原住民的規範這件事各位有非常多的誤解，所以想要稍微跟大家分享一下。

我們從剛才雖然 Awi 老師有提到在加拿大和澳洲的發展當中，可能有一些目前國家在主權上面的堅持，或者在要求原住民去證實他的傳統習慣規範時，其實附加了一些對於原住民舉證的負擔，甚至是它所設置的一些條件老實說是有一些不合宜的。譬如說在證明傳統領域時，會要求固定性、並且是要在很長一段時間的不變動，甚至是跟其他族群之間的不重疊，但如果我們去想想看，現在當台灣問說釣魚台是誰的這件事情，或是中國大陸的土地會不會是我們的？如果說連一個所謂的現代的國家都有這樣子的問題，那族群彼此之間因為遷徙或是有共同使用的海域、領土上的重疊，甚至每一個族群的內部又有許多的次級團體，在使用傳統領域時，那會是一個既有原則，但仍然是有些變動性的概念。所以如果我們對於原住民的傳統習慣規範，甚至所管理土地上的範圍都有這樣的要求，顯然是不太合宜的。另外如果我們又要求原住民證明對於傳統領域土地上的管理權限是具有排他性的，可是不管在現代國家的公法或私法中，關於土地權，我們都看到大部分的權利其實並非排他。同樣的一塊國有土地，可能上面有一半是林務局的管理，也有野生動物保育法上面其他主管機構和規範上的使用。它甚至還可能是重疊於一個國家公園的土地，如果又是某種特定的保育區，那河流從上游到下游都包含了各個不同的地方政府和中央機關的管理。所以我們如何能夠要求原住民去證明排他性的管理，私人的使用上面其實也是如此。

那如果又要求原住民必須說明它的傳統權利是什麼，才能夠確定它是一個習慣規範，然後要受到國家的承認，如果這樣來說，那麼不管任何一個國家，假如以前並沒有消費者保護法，那我們永遠都不能去生成這樣新的權利；過去從來沒有認為動物的權利是一個該於保護的，也並不認為電宰、屠宰等方式

必須要改變，那我們也就不能夠有所使用；以前也沒有所謂的公民教育法，那為什麼我們現在要有公民教育法，所以我們看到國家在態度上面的對待，如果去比對這國家的法律體系，很明顯的並不公平。當然很好的狀況是，似乎某些國家如澳洲的原住民不用再證明在國家主權成立之時，他們的什麼東西就已經存在，可是如果比較台灣的狀況，如果我們問說：台灣是不是一個國家，如果答案是定的話，那根本不用跟原住民談說原住民的主權要如何納入，因為原住民自然就是一個主權獨立的擁有者。如果台灣是一個國家，關於國家的生成條件中有效和平的長期戰友沒有挑戰的這件事，請問當時任何的武力跟原住民爭戰，或是有簽過約嗎？或是過去的二、三十年，日本統治時期，我們各地的原住民族部落都不時在挑戰國家主權的存在，那我們是不是可以說在這種條件之下，台灣主流社會的人自認為是國家，可是從原住民族的角度，它是事實上仍然是一個不穩定的、不確定的，等於是國家必須要先舉證為什麼它在原住民的傳統土地上面建立了它所謂國家的主權。所以如果我們從這每一個角度來看的話，會看到我們要把原住民族的傳統習慣拉到一個在這現代的國家當中一個分享的地位，也是一個立法者應該要進入到國家的規範體系當中成為另外一個規範者，它的前提是，我們每一個，不管是立法機關或是司法機關的法院實務，其實都必須要去思考這樣的問題。另外要比對的就是剛才有提到的加拿大和澳洲，這可以給我們的一些警示就是，澳洲當它試圖要去成文法化原住民的一些傳統習慣規範時，對於原住民造成的一些干擾，或是反而會是造成權利喪失的原因。加拿大比較用協商、開放性的方式，也許是一個政策式的，但那剛好可以去反映原住民族的習慣規範會隨著時代的差別，在當代反應出特殊的傳統和現代之間的結合。當面臨新的問題時，它仍然是一個自我決定的主體、跟一個國家一樣有對等的協商，這也許是建立原住民的普通法時，不管是透過判決，或是在跟國家行政部門協商時，他們比較有可能完整的給這族群主動且對等的空間去形成規範的很重要的部分。

另外，如果說我們想要去挑戰或是覺得原住民的法體系不夠完整，不夠一致、明確，可是我們學法律的人，去想我們法律裡面完全無法迴避的不確定的法律概念，我們甚至連徵收土地是否符合公共利益，國內的法學界也吵不停。或是我們在講說核四是不是安全這件事，也並沒有一致的見解，我們甚至連警察在取締集會遊行法中所謂的必要取締行為時，其實也一樣一頭霧水。或者是說我們其實正在建立我們自己的普通法，我們正在建立我們的慣習。所以從原住民社會的角度來說，如果我們也平等地對待且有這樣的權限，那我相信我們會用更寬容的角度去看待所謂的不確定這件事情。另外大家可能會常提到，假設我們尊重原住民的傳統慣規範，那在這族群當中的個人要是受到侵犯該怎麼辦？其實前面有文章也一直提到這樣的問題。但我們真的不要忘記，當我們在憲法裡面提到建立國家、保障基本人權時，前提是人和人一定衝突、人和集體一定衝突，這是必然的現象，而且這是正常的，在一個法體系裡面，就是把這視為常態，然後去尋找衡平之道。所以國家的保護義務在今天之所以對原住民的集體為什麼會升高它的責任，是因為過去長期以來，原住民只被當作一般性的個人，甚至他的獨特性是沒有被看重的，更何況集體是從來不會被保護的主體。那我們現在只不過去突顯他，讓他有一個法律上的地位可以去呈現他自己，那至於之後有可能經過去檢視，就發現他有確實可能發生了個人跟個人之間的衝突或是族群和

族群之間、族群和他們自己個人之間的衝突。現在不管國內和國外的體系本來就有他的解決之道，所以這也不能夠拿來說原住民的傳統習慣規範好像當我們一旦要承認時，似乎是我們國家把體系好像是動搖國本，是很可怕的一件事情。另外在 Awi 老師的 Powerpoint 中也有提到，但是關於翻譯的問題並沒有被強調，或是我們都會談說那有通譯。不過，從發現事實的角度來說，如果我們單純是把泰雅族語翻譯成中文，然後把鄒語翻譯成中文、把賽夏族語翻譯成中文，然後在法庭上面去呈獻的話，其實出現了另一危機，我們誤以為翻譯之後所使用的中文就是我們一般的漢人或主流社會中所使用文字上面的意思。鄒族的頭目當年發生了被認為是搶奪的蜂蜜事件時，他曾經在法庭上面說：「我自己心裡面認為這山是我的啊。」(他是用母語講的，但是翻譯成中文變成如此)「我不知道我們不能夠做這樣子的事情。」那法院如何去解讀呢？一、你佔地為王，而且還不認為自己有什麼錯；二、你以你認為，你雖然是頭目可是並不文明，所以你並不知道這是不可以搶奪的。光是這兩件事情，不管我們回去問通譯族人的這位長輩，或是我們去詢問那脈絡，事實上他在說的是：「我心裡面感受、認為這山是我的。」他其實並不是在講所有權，他講的是管理的權限以及他身為一個頭目應該要負擔起的責任。「我不知道不能夠做這樣子的事情。」他的意思是說身為頭目的自己對這件事情是有管理權限的，而且因為這漢人過去在族人的眼光當中他前科累累，想知道為何在不可能產生野蜂蜜的季節當中，他哪裡來的這些東西，但不知道為何在自己的土地上面管理這件事會被認為是不可以的。可是我們的法官看到中文這樣翻譯，會變成完全不同的詮釋。所以對於前面所講到國家的主權問題，如果我們心裡面並沒有一個理解，我們事實上並不知道那個事實是什麼、不知道什麼是事實的描述、不知道什麼是事實的脈絡，就連事實呈現的意義我們也不知道，如果這些事情我們通通都不知道，我們就會很容易的跟昨天很像，就是我們認為喝酒是一個文化。待會我們可以做一下公投，哪一個族群認為喝酒喝到醉醺醺，而且可能會家暴甚至酒駕會是族群的傳統習慣，規範或是習慣的規範可能是普遍或常常發生，可是常常發生的事情並不表示他是一個行為上面的規範，如果我說忍不住要打擊錯誤一下，就是如果我們在講說摸生殖器這件事情，在漢人的社會裡面哪一個男生沒有被阿魯巴過，這阿魯巴到底是漢人的社會一種表現親善關係、接納的具體表現，還是說只是一個開玩笑？如果它很常見，那我們如何看待，我們就會如何看待在原住民社會出現的某種行為。可是，我們會發現，即使別人單純的、事實的描述，我們其實都在做一個並不合理的差別對待，謝謝！

發表人（王怡仁 主任檢察官）：

各位，非常確定地知道我們立場都是不一樣的，所以角度也是不一樣，合理的期待也是這個樣子。我們國家對現在釋憲，對於有沒有違憲這件事情，這兩部分是絕對沒有問題的，因為就是在立法上面。國家政府立的法到底有沒有違憲？第一個可以作違憲審查，第二個就是對於法院的判決。當然，大多數的人認為，法律的判決如果違反憲法的規定、各式原則，如平等原則、比例原則等，當然也是可以作為違憲審查的課題。所以，我認為這在我列舉的這三個案子中，第一個有關於濫墾的問題，舉例來說當你的原住民族自治法要通過，這即將通過的法律如果沒有辦法達成憲法的目的，那就是違憲的。如果這還

沒有通過的法律是違憲的，那當然就要審酌。如果要不讓它違憲很簡單，把缺點彌補掉，讓它可以達成目的，這就不違憲了。有關於濫墾的部分，最大的打擊點在於，原住民土地取得的法令以及原住民族自治法的通過，有沒有辦法達成兩個目的：第一個目的保障原住民的生存權、經濟權；第二個目的，你這個目的會不會造成對其他人過多的損害。如果不行，我們修正它，如果我們即將通過的原住民族自治法就解決方案沒有提出來，我們設法提出來，那就沒有違憲的問題。另外，有提到外國的法律，我必須承認，我們在這裡討論的有關原住民族的慣習的部分，一定要將它切割成兩部分，一個是民事的，一個是刑事的。刑事的要求要非常的嚴格，為什麼？一個例子來說，這不就是把欠我的還給我而已，不是這是民事的，漢民族占據的原住民土地，或是其他經濟的利益，要一併還給人家，這是民事的。所以當你要引用外國法令的解決方式達到公正、公平的目的，這是非常好的。刑事的部分沒有還不還的問題，爸爸殺人和兒子殺人沒有關係，兒子如果殺了人，對於這個殺人的行為，你有沒有極度的民族融合到達漢民族和原住民族不再有差別？我也引用錯誤一下，關於酒醉駕車到爛醉去開車這部分，原住民族跟漢民族有沒有差別？沒有差別，因為大家都認為一樣。當漢民族和原住民族在刑事犯罪上面在同等地位時，要不要做差別待遇那又是另一回事。我們就跳到強制辯護的案子來講，酒醉駕車這案子如果發生在金素梅小姐的身上，你們覺得要不要請律師？我告訴你：請自費！但是如果發生在高金素梅女士身上時要不要？公費。為什麼？因為金素梅小姐在金素梅時代並不是原住民，她從父姓，而父親不是原住民。那為什麼要從高呢？因為她要選立法委員，是原住民代表，且她要為原住民盡一份心力，改姓高之後，她取得原住民資格，所以如果有一天她酒醉駕車了，不用請律師，有公費幫她請，你覺得公平嗎？我不曉得，這個是可訴訟公平的事情，是立法的，所以我在做違憲審查時認為這是一個法律，我們通過了 31 條和 95 條，你認為這個法律有沒有違憲呢？有沒有違反平等原則呢？當兄弟兩個人一起酒醉騎摩托車出來，哥哥，公費幫你請律師；弟弟，請你自己付錢，為什麼？因為一個從父姓，一個從母姓；一個從原住民姓，一個從漢民族姓。從原住民姓的，他的血統會比其他人高嗎？不一定。各位，你們去研究一下原住民族會發現真的只有從原住民姓，一看下來就算只有百分之一也是原住民。那我呢？我認為我有超過一半的原住民血統，從漢民族的移民史以及平埔族和各族消失的蹤跡來看，我認為自己至少也有一半的原住民血統。但是為什麼要差別待遇？因為我當你混血的時候，究竟是走漢民族的生活方式，還是走原住民的生活方式？如果你走原住民的生活方式，我們一定要特別保護，沒有特別保護的話；若你走漢民族的生活方式，其實就融合了，你想不想要平埔族融合的事蹟再次發生我並不曉得，但如果你站在民族融合的地位，我覺得是 OK 的。

有關於清水農場的部分，我覺得很抱歉，因為清水農場只是一個引子，是一個沒有辦法釋憲的具體個案，可是它卻引起了其他案子，我剛剛已經講過了，就是自治法以及原住民取得土地的所有法條，例如有沒有違憲等。但我漏講了一件事情，就是我為什麼覺得當原住民的土地被劃歸為原住民族委員會來管理時是沒有辦法實質上產生管理能力的，因為這案子難道是有人移送嗎？你們認為原住民族會保障自己的土地到什麼程度呢？清水農場大部分是在狩獵，狩獵的人會不會去打擊在那裡工作的原住民？當在

這塊土地上，有六十個原住民在那裡耕田，而你要狩獵，如果這裡不能就到下座山頭，你會不會去得罪那六十幾個原住民？實務的認定是沒有，你不敢去得罪他們，因為你只有一人也可以換地方，而對方有六十人且無法換地方，那是他們的生存權。那原住民會不會去打擊自己人呢？這是有道德上的風險。這案子一直到開始發生山崩、土石流崩落的現象時，才在報紙上有檢察官簡報登案然後開始察覺，我認為在這案子裡面，要再三提醒的是，如果你的立法沒有辦法達成現行上的目的，也就是保障原住民的生活，那這立法是要修正的。而這三個立法，包括清水農場的案子，包括原住民土地取得，也包括自治法，如果立法上面要修正，我們應該要設法修正，這就是我們開會的目的，我們修正以後才可以保障大家的權益，謝謝！

與會者（馬千里 先生）：

主持人、與談人、發表人以及各位來賓大家好，我是卑南族的。在這邊想請教一下剛剛聽王檢的發表時，我有聽到幾個比較有意思的東西。首先我想先回應有關卑南族猴祭這部分，為什麼後來會從真的猴子變成草猴，不是因為殘忍，而是日本人要求的，所以我們是被迫的。那這個祭典本身的意涵是什麼，透過青少年時期的訓練，透過這個祭儀本身，是讓你習慣未來成人之後要面對的所謂真的人的戰爭，你可能必須要去面對人，你要去殺所謂的敵人。那你在養成訓練的過程當中，猴子是青少年他們自己去養的，到了祭典的時間他們必須要把他殺掉。人生有時候就是這麼的殘忍，那背後的意義在這裡。所謂的傳統慣習跟國家現代的實定法上面的關係，我們總認為國家實定法好像比較文明、比較高級。我舉一例子來說明，因為野生動物保育法的關係，我們現在要去狩獵必須要填表格，我要打幾隻的山羌、幾隻獵物。有一次，我拿著這表格回到我的部落，要請長輩們討論怎麼填這個表格，那長輩就說：「不對，我們憑什麼決定我們上山可以打到幾隻獵物？這些獵物是山神、祖先應允我們才打得到的，不是我們決定要打幾隻就有幾隻。」從這關係裡面你去看國家實定法和原住民傳統慣習裡面對待野生動物的態度，這是我現在舉的例子。

那我其實對於王檢提到有關清水農場的事蠻有感觸的，因為十年前我們初鹿部落聯合了卑南族所有的部落針對初鹿牧場我們有進行抗爭，針對這土地權利的爭取，這部分其實到最後已經歸國有財產局，有幾位立法委員也有召開公聽會，那時候他們的承諾是指歸國有財產局，因為「我們不曉得要還給誰，如果你們可以成立組織的話，我們就還給你們這土地」。可能的程序就是從國有財產局撥交給原民會，然後原民會再交還給這組織。也就是因為這樣的關係，我們卑南族後來成立了自己的民族議會，而且我們成立民族議會的當下，也決定不去申請成為內政部的社團法人，我們不認為我們是在內政部管轄之下的民族議會，這是我們的認知。那民族議會在推選的過程是怎麼產生的，這些議員怎麼產生的，首先，十個部落的部落代表是由自己部落本身的人，透過身分證字號的簽名去聯署、推舉自己部落的主代表，第二高票的則是副代表。在議會的進行當中，我們都是透過民族議會共識決的方式去決議一件事情，那這議會曾經處理過怎麼樣的問題？我實際舉個例子，像部落台東領域的侵犯問題、獵場的問題，也都會透

過議會的討論去決議的，所以實際上我們也是在操作我們本身內部的自主管理、決策的能力。我想提問關於初鹿牧場這樣的土地議題，不曉得像法扶中心會不會特別為了這樣的事情來做研究？因為這種國家和原住民族之間爭議的議題在原民部落普遍發生，所以針對這個問題，我想請教一下在場的各位，謝謝！

主持人（林秀蓮 參事）：

我想各位主任、教授與三位發表人，有沒有人要回這個問題？

發表人（蔡志偉 副教授）：

我其實沒有要回應，作為這個研討會的執行者，真的對大家感到抱歉。我們建議說，可不可以先結束，可以在休息時間先在外面做一個比較開放式的討論。因為對於下一個會議的進行，我們剛剛也請同仁及各位來賓調整時間，延後幾分鐘後再進行，真的不好意思各位來賓，那這一場次都先到這邊。

主題五

原住民族行政事件

主持人：彭德成參事（行政院原住民族委員會）

■成立原住民族行政訴訟專庭可能性之探討

發表人：朱中和法官（臺灣台南地方法院行政訴訟庭）
與談人：林三加律師（原理法律事務所）

■原住民族權利與平等權違憲審查：以一則原住民族保留地超限利用案為中心

發表人：黃傑碩士生（國立臺灣大學法律學院）
與談人：余建國 DEMUGUMU 檢察官（臺灣彰化地方法院檢察署）

成立原住民族行政訴訟專庭可能性之探討

朱中和

臺灣台南地方法院行政訴訟庭

摘要

文化多樣性的趨勢與尊重，含對於原住民族法制之尊重與建立，2013 年司法院更根據原住民基本法第 30 條第 2 項之規定，在九個地方法院（花蓮、台東、桃園、新竹、苗栗、南投、嘉義、高雄、屏東）設立了九個原住民族專庭，符合多元文化的政策，符合了前三屆原住民傳統習慣規範與國家法制研討會之呼籲與期盼，我們肯定政府施政。但在講求專業分工之法制化政策下，是否尚有成立原住民族行政訴訟專庭之可性。在第二屆研討會時國立高雄師範大學通識教育中心陳竹上助理教授曾就「當部落與國家相遇:我國行政法院關於原住民保留地爭議之判決分析」作深入討論，並疾呼急迫地需要一個由對原住民族文化有理解的法官所組成的特別法院，來審理這些民刑事訴訟。實際上應含行政訴訟。目前原住民族專庭已成立。是否尚須進一步成立行政訴訟專庭，本文從「行政訴訟之意義與特色」、「法治國家行政訴訟之起源與發展」、「原住民族傳統上之統治關係，與紛爭解決方式」、與「實務上與原住民族相關之行政訴訟事件之類型與數量分析」等四個取向分析，獲得「成立原住民族訴訟專庭之可能性之三項結論：「一、多元文化主義下的原住民族文化保護（文化性）二、現代法治基礎下的原住民行政訴訟專庭（合憲、合法性）三、成立之必要與時程（必要性與急迫性）」

壹、序言

神佑主內原住民，回顧台灣原住民的血淚史，與世界其他少數民族纍同，不論種族或與文化相關之器物、制度及理念等，多在逐步滅絕中，但這都是人類有形（ tangible culture heritage）或無形的文化資產（ Intangible culture heritage），一旦滅絕，即永遠消失，永不再現。 有鑑於此，聯合國教科文組織（ United NationsEducational,Scientific and Cultural Organization,UNESCO）（設愛菲爾鐵塔下）繼 2001 年 11 月通過《教科文組織世界文化多樣性宣言》（ UNESCO Universal Declaration on CulturalDiversity）後，幾經召開多次的獨立專家會議和政府專家會議，於 2003 年 12 月集結會員國簽定了「保護無形文化遺產公約」（Convention for the Safeguarding of the Intangible of Cultural Heritage ），又於 2005 年 10 月 20 日通過《保護與促進文化表現形式多樣性公 約》（ UNESCO Convention on the Protection and Promotionof the Diversity of Cultural Expressions，簡稱《文化多樣性公約》）。該公約須經 30 個國家批准，並將批准文書遞交聯合國教科文組織秘書處 3 個月後生效。

這項 30 個國家批准的門檻，在 13 個國家與歐盟於 2006 年 12 月 18 日遞交批准文書後正式跨越，文化多樣性公約於 2007 年 3 月 18 日正式生效。而文化多樣性公約自 2005 年 10 月於教科文組織大會通過後，僅一年多的時間，批准的國家數已超過生效所需數目，也是該組織所有有關文化的國際公約中批准的國家數增加最快的一個公約。

文化多樣性公約反映國際間保護文化之概念，強調在尊重人權與基本自由、尊重國家主權、加強國際合作、達成經濟與文化發展、永續發展、促進公平的進入管道以及開放與平衡等原則下，達成保護與促進文化表現形式之多樣化、在互利基礎下豐富文化與自由交流、促進對話、廣泛與平衡地從事文化交流等目標，並確認各國在擬訂旨在保護和促進文化表現形式多樣性，以及加強國際合作的文化政策與措施方面，擁有主權。

雖然聯合國教科文組織大會在最後表決文化多樣性公約草案時，有美國及以色列表示反對，其餘國家幾乎一面倒的支持。因此，美國對文化多樣性公約「力排眾議」的態度，多少影響美國未來參與聯合國教科文組織活動以及對該公約的態度，但多元文化主義已成世界潮流。尚非美國所能阻檔。（註一）

上揭公約均極力保護少數民族文化傳承與制度等。拜此之賜，國際間多元文化價值倍受肯定，絕對優越文化主義，幾乎已被摒棄。本國首先於 2005 年 2 月 5 日公布施行「原住民族基本法」，本國文化資產保存法於日亦修正公布，採「發揚多元文化」政策，不再採取單元之「發揚中華文化」而已。同年 6 月公布施行之憲法修正案更明確「肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化」，自此沈淪已久之少數民族才變為「珍貴稀有」保育類。偶而也看到路上有人穿原民傳統衣服，這是過去沒人作的嘗試。2013 年司法院更根據原住民基本法第 30 條第 2 項之規定，在九個地方法院（花蓮、台東、桃園、新竹、苗栗、南投、嘉義、高雄、屏東）設立了九個原住民族專庭，符合多元文化的政策，我們肯定大院的作法。我相信 UNESO 及國際社會也肯定這樣的作法。

「文化」所指，係人類在歷史發展過程中創造的總成果。包括宗教、道德、藝術、科學等各方面（參見教育部重編國語辭典修訂本）。所以， 人類文化本有「器物、制度、理念」等三個層次，在時空轉移下，原住民族之制度與理念，也逐漸的在流失與滅絕之中。原住民族專庭之設立，乃有助於原住民族傳統習慣規範即法制之尊重與保存。至於成立原住民族專庭後，究否須本於法制之專業性，進而分設關於原住民族之各類專業法庭，如少年家事法庭、智慧財產法庭或行政訴訟法庭等等，則有待研究討論。本文先試就行政訴訟法庭成立之可能性，作一探討。

貳、行政訴訟之意義與特色

一、意義

要探討原住民族行政訴訟專庭成立之可能性，自應對所謂之「行政訴訟」之意義有所瞭解，即須正名。否則，名不正即言不 順。就國內著名學者與實務上見解之所述，如後；

1、學者吳庚使用源自於日本之慣用語，將行政訴訟之前置程序訴願納入定義之範圍，將行政訴訟較廣義的稱之為「行政爭訟」，認為行政爭訟者，係指最終審級歸行政法院管轄之公法爭議事件的審理程序，行政爭訟法即規範此一程序之法規的總稱。上述定義之內涵可析述如下:(一)屬於行政爭訟程序除行政法院審理案件之行政訴訟程序外，尚包括其前置之程序，即訴願及相當於訴願之程序。(二)並非一切公法爭議事件皆屬行政爭訟法規範之對象，必須以行政法院為最終管轄之審級者，始足相當。是故憲法性質之公法爭議事件，而有司法院大法官審理案件法適用者; 雖屬行政法上之爭議事件，但已屬其他審判機關掌理者，如選舉訴訟一向劃歸民事法院審判。(三) 事件本身須屬公法 (行政法)性質外，應具有爭訟 (議)性 (Streitigkeit)，所謂爭訟性不限於有兩造當事人對立，並由法院居間就爭執之標的為裁判之通常意義的爭訟性，亦包含對公權力主體單方面所為之處分行為，有所不服而生之爭議在內。（註二）

2、學者兼實務工作者徐瑞晃直接就行政訴訟下定義，認實質上之意義，依現行法之規定，係指行政法院就公法上之爭議，依訴訟程序而為裁判之過程。形式上之意義，則為行政訴訟法第 3 條所規定之撤銷訴訟、確認訴訟及給付訴訟。關於實質意義之行政訴訟，須再作進一步的說明:第一、行政訴訟係由行政法院，亦即司法之一環為裁判。在採司法二元制之我國，行政法院與普通法院，均屬司法機關，而與立法權及行政權相對立。第二，行政訴訟，係就公法上之爭議為裁判。此所謂公法上爭議，係與私法上爭議相對立之概念，而應適用行政法規即公法法規。公法上之爭議。應適用行政訴訟法;私法上之爭議，則應適用民事訴訟法。關於公法與私法之區別，學說上尚無一明確固定之基準，實務上常視個案而採不同之判斷標準。行政訴訟與民事訴訟區別之界限，仍欠明瞭。第三，行政訴訟須依正式之訴訟程序，而為裁判。此所謂正式之訴訟程序，係指裁判制度經過歷史的發展之過程，累積無數之經驗，形成具有保護訴訟當事人或利害關係人之權利，公正的認定事實，正確的適用法律等原則之訴訟程序。（註三）

3、學者陳清秀認為行政訴訟之理念之一，乃是對於違法行政處分，給予人民權利救濟，並謀求行政之適正，維持行政法秩序，終極的以實現社會正義為目標，亦即通過爭訟之裁斷，保障行政之合法性，同時對於人民權利所遭受行政權之侵害謀求救濟。行政訴訟法第 1 條即規定:「行政訴訟以保障人民權益，確保國家行政權之合法行使，增進司法功能為宗旨。」明示行政訴訟之目的，在於藉司法救濟，以保障人民權益及確保國家行政權之合法行使。（註四）

4、依現行行政訴訟法之規定，所謂行政訴訟係指以保障人民權益，確保國家行政權之合法行使，增進司法功能為宗旨。就公法上之爭議事項，所提起撤銷訴訟、確認訴訟及給付訴訟。（行政訴訟法第 1 條、第 2 條、第 3 條參照）

二、行政訴訟之功能與特質

1、行政訴訟依現行行政訴法之規定，功能有三:「保障人民權益」、「確保國家行政權之合法行使」、「增進司法功能」; 依學說上對於行政訴訟之功能，有不同之見解: 一為法規維持說，此說認為行政訴訟之功能，在於促使法規之正當適用，以維護法規之尊嚴，至個人權利之保護僅屬附帶之結果而已。二為權利保護說，此說認為行政訴訟以保護個人之權利為主要目的，審判時雖涉及行政處分有無違法之爭議，而審判之作用在於排除違法之行政處分，亦僅係保護個人權利之手段或方法而已。三為訴願補充說，此說認為訴願僅係行政機關自我審查之措置，由行政機關自行裁決本身之行政處分是否違法，難期客觀公允，而行政訴訟係由第三者之司法機關，居於客觀超然之立場為公平之判斷，故行政訴訟在補充訴願之不足。四為行政控制說 (或稱行政監督說),，此說認為行政訴訟之目的在防止行政機關之專橫，以期民主體制之完整 。然其中訴願補充說，可謂係本末倒置，尤其在訴願前置制度逐漸取消之潮流下，更顯灼然:行政控制說與法規

維持說，實則為一體兩面之問題。故學說上之爭諭，主要在於法規維持說與權利保護說。行政訴訟法第 1 條之規定，顯然就係採兩說併存。（註五）

2、行政訴訟所審理之事件係公法關係所生之爭議：國家為達成行政上之任務，得選擇以公法上行為或私法上行為作為實施之手段。其因各該行為所生爭執之審理，屬於公法性質者歸行政法院，私法性質者歸普通法院。惟立法機關亦得依職權衡酌事件之性質、既有訴訟制度之功能及公益之考量，就審判權歸屬或解決紛爭程序另為適當之設計。此種情形一經定為法律，即有拘束全國機關及人民之效力，各級審判機關自亦有遵循之義務(釋字第 540 號解釋)。依釋字第 448 號解釋理由書:「司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及公務員之懲戒，憲法第 77 條定有明文，可知民事與行政訴訟之審判有別。又依憲法第 16 條人民固有訴訟之權，惟訴訟應由如何之法院受理及進行，應由法律定之，業經本院釋字第 297 號解釋在案。我國關於行政訴訟與民事訴訟之審判，依現行法律之規定，係採二元訴訟制度，行政訴訟與民事訴訟分由不同性質之行政法院及普通法院審理。關於因公法關係所生之爭議，由行政法院審判，因私法關係所生之爭執，則由普通法院審判，各有所司，不容混淆。」因此，一個具體法律關係之爭訟，如歸屬於公法上爭議性質，除法律另有特別規定外，原則上即應劃歸行政法院審判，反之，如歸屬於私法上爭議性質，原則上劃歸普通法院審判。因此，一個法律上爭訟是否為公法上爭議，首先應加以判斷。至於公法與私法的區分，並非容易，學說概有下述幾種：

一、依據主體說，乃以當事人是否立於權力服從關係 (如是即屬公法) 或立於平等規律關係 (如是即屬私法)為區別標準，此說尤其在公法上契約無法充分說明。

二、另依據新主體說，亦即特別法說，認為公法乃是其權利或義務之歸屬主體，排他的專屬於高權的權力主體之所有法規的綜合觀念。因此，其法律關係如至少有一方是由公權力主體以高權主體之功能參與者，即屬公法關係。公法是高權的權力主體及其機關之公務法，據此並非任何人得為權利義務之歸屬主體，而必須惟有高權的權力主體或 (大部分)特定機關，始能享受權利或負擔義務者。對此新主體說，德國實務上有肯定之者。

三、另部分學者對於新主體說，亦嘗試加以若干修正，認為決定公法之標準，並不是以高權主體排他的享受權利負擔義務為準，而應以高權主體本身，亦即以其作為高權主體之特殊的資格地位，享受權利負擔義務為準。（註六）

四、司法院大法官會議解釋於釋字第 695 號認為：我國關於民事訴訟與行政訴訟之審判，依現行法律之規定，分由不同性質之法院審理。除法律別有規定外，關於因私法關係所生之爭執，由普通法院審判；因公法關係所生之爭議，則由行政法院審判之（本院釋字第四四八號、第四六六號解釋參照）。至於人民依行政法規向主管機關為訂約之申請，若主管機關依相關法規須基於公益之考量而為是否准許之決定，其因未准許致不能進入訂約程序者，此等申請人如有不服，應依法提起行政爭訟（本院釋字第五四〇號解釋參照）。行政院農業委員會為接續清理前依臺灣省政府中華民國五十八年五月二十七日農秘字第三五八七六號令公告「臺灣省國有林事業區內濫墾地清理計畫」，尚未完成清理之舊有濫墾地，於九十七年四月二十三日訂定發布國有林地濫墾地補辦清理作業要點（下稱系爭要點）暨國有林地濫墾地補辦清理實施計畫，將違法墾植者導正納入管理，以進行復育造林，提高林地國土保安等公益功能。行政院農業委員會林務局所屬各林區管理處（下稱林區管理處）於人民依據系爭要點申請訂立租地契約時，經審查確認合於系爭要點及相關規定，始得與申請人辦理訂約。按補辦清理之目的在於解決國有林地遭人民濫墾之問題，涉及國土保安長遠利益（森林法第五條規定參照）。故林區管理處於審查時，縱已確認占用事實及占用人身分與系爭要點及有關規定相符，如其訂約有違林地永續經營或國土保安等重大公益時，仍得不予出租。是林區管理處之決定，為是否與人民訂立國有林地租賃契約之前，基於公權力行使職權之行為，仍屬公法性質，申請人如有不服，自應提起行政爭訟以為救濟，其訴訟應由行政法院審判。係以政府機關即高權機關林區管理處，基於其公務法即森林法及其相關規定之公權力行使職權行為之法律關係，即為公法關係，宜認係採學說上之新主體說。

3、行政訴訟不同於民事訴訟與刑事訴訟：

我國採司法二元制，行政訴訟與民事訴訟分由不同之法院審理，兩者區分之基準何在，此

即公法私法二元論之問題所在。公私法之區別，關係著審判權之所屬。亦即以民事訴訟解決私法上之爭議，確定私法上之權利義務關係; 以行政訴訟解決公法上之爭議，確定公法上之催利義扮關係。行政訴訟法第 2 條雖明定，以公法上之爭議，為行政訴訟審判權之範圍，惟關於公私法關係應如何區別，仍是一大難題。

就特定事件得提起民事訴訟者，通常不許再提起行政訴訟; 反之，得提起行政訴訟者，亦不許再提起民事訴訟。民事訴訟與行政訴訟審理之對象，可說是處於兩個極端之私法關係與公法關係，某一特定之法律關係同時具備私法與公法之法律關係，亦即行使公權力之行為與私法上之法律關係併存，而得同時提起民事與行政訴訟，理論上似不可能。惟在事件之先後關係，則不無可能。例如廠商與機關間關於招標、審標、決標之爭議，依政府採購法第 74 條之規定提出異議及申訴後，得提起行政訴訟; 就同一採購事件於決標後，廠商與機關間關於履約之爭議，亦得提起民事訴訟。

刑事訴訟係確定國家刑罰權及其範圍之程序，而行政訴訟則係公法法律關係爭議事件之審理程序，兩者自有不同。惟從行政罰與刑罰僅屬量的差別而非質的不同之觀點，則可知兩者並非完全風馬牛不相及。蓋原屬刑罰適用對象之犯罪行為，因立法政策改變可能一夕之間即變成適用行政 (秩序)罰之行政事件。而現時法制上仍有行政事件，歸刑事法院管轄者，諸如違反社會秩序案件，蓋其性質上相當於違警微罪，且有涉及人身自由之限制 (拘留)。自以依刑事訴訟程序處理為宜。另如法制上將性質原屬行政處分之交通裁決事件長期以來，均視為刑事事件處理，迨民國一百年修法始將之劃歸地方法院行政訴訟庭管轄。（註七）宜認行政處分法律關係之爭議即應歸行政訴訟，有別於刑事訴訟，故兩程序確有不同。

參、法治國家行政訴訟之起源與發展

學者有將訴訟制度區分為行政國家型與司法國家型，其原因在於傳統上英美法系的國家，官吏與人民均受法之支配，人民對於官吏之違法行為所受之損害，不認官吏具有特權，亦採取民事訴訟程序，追究其責任，並未有特別程序之設計，故稱為司法國家。至於大陸法系國家，行政訴訟之萌芽，係因掌握行政權之國王，具有統治人民之強大權力。行政權與人民之關係，有別於市民相互間之市民法，(即私法)，而受行政法 (即公法)之規範。公法上之秩序，係由行政權之自律來維持，而保留在行政權本身之手中。行政權行使妥當與否，由行政組織內部所設立之行政法院來審判，有異於民事訴訟程序。關於行政權之行使，設置行政特有的審判制度之國家，稱為行政國家。我國承襲大陸法系之行政訴訟制度，不同於英美法系之司法一元制度，而在普通法院之外，另設有行政法院。但隨著歐陸行政訴訟制度之發展，我國的行政法院並非在行政組織內設立之法院，隸屬於行政權，而係司法之一環，為司法機關，與行政權相對立。因此，我國之行政訴訟，既非司法國家型，亦非行政國家型。（註九）

自民國初年設行政法院起，即賦予其獨立於行政部門以外之地位，在結構上類似南德諸邦、奧地利及日本戰前之行政裁判制度。國民政府成立以還因採五院建制，行政法院隸屬司法院仍與行政體系隔離。因此我國之行政法院與法國諮政院及西歐若干受法國制度影響之國家，有明顯之區別: 此等國家之行政法院能發揮獨立審判功能，固無疑問，但在名稱或屬性上從建制伊始即帶有之行政機關色彩，迄今並未消除，此亦為值得注意之現象。司法院於完成行政訴訟法修正之後，為配合新設計之訴訟制度，並從事行政法院組織法之修訂工作，於八十二年四月完成修正提案送請立法院審議。立法院則在完成行政爭訟二法之立法程序後，於八十八年元月十五日三讀通過行政法院組織法修正案，共四十八條、員額基準表附表二件。民國一百年九月為配合行政訴訟法增設初審法庭於地方法院，行政法院組織法及法院組織法均配合修改。（註十一）

肆、原住民族傳統上之統治關係，與紛爭解決方式：

原住民族傳統上之統治關係，與紛爭解決方式承上所述，行政訴訟是在解決公法上法律關係之紛爭，而一方是由公權力主體以高權主體之功能參與者，即屬公法關係。公法是高權的權力主體及其機關之公務法。是以，統治者與被統治者間，因高權功能所產生之公法上關係之爭議，即屬行政訴訟之審判事件。原住民究否須成立行政訴訟庭，自應瞭解其傳統之統治關係上，就其

統治者與被統治者間，有無因高權之功能而生之爭議，在組織或程序上，採取如何之申訴及解決之方式？以為成立行政訴訟庭之參考。

截至 2013 年 7 月為止，台灣之原住民人口為 530,756 人，分屬即阿美族 (Pangcah:Amis)、泰雅族 (Atayal;Tayal)、排灣族 (Paiwan)、布農族 (Bunun)、魯凱族 (Rukai)、鄒族 (Tsou; Cou)、卑南族 (Puyuma)、賽夏族(Says.Says iat)、雅美族 (Tao; Yami: 今稱達悟族)、邵族(Thao)、噶瑪蘭族(Kavalan)及太魯閣族(Ta roko ; Tt-uku)、撒奇萊雅 (Sakizaya)、賽德克族 (sediq) 等 14 族。以下就前三大族群之社會組織上相關之統治關係作一概述：

1、一般認為，阿美族社會的運作是由 Kakita' an 「部落領袖制度」、Kaput 「年齡組織」、Cikawasay 「祭司 (巫師)」、Marinina'ay 「母系繼嗣」等四大要素所構成。但是，一般來說真正治理部落事務時是由部落領袖和年齡組織來共同執行 (詳見表)。(註八)

附表：阿美族社會組織功能表

阿美族社會組織	職能特色	類比現代國家組織功能
頭目暨年齡組織	1、 男性組織 2、 公共工作之執行 3、 階層嚴格 4、 領袖由推舉產生	行政
Cikawasay	1、 具醫療功能 2、 秩序的掌握與詮釋 3、 具神聖力量	司法
母系繼嗣	1、 女性為主 2、 財產權的擁有與繼承 3、 掌握子女之歸屬	立法

2、傳統的泰雅族社會以狩獵及山田燒墾為生，聚落以集居式的村落為主。大體而言，泰雅族的社會組織可以分成下列幾個團體：(1)部落組織；(2)祭祀團體；(3)共負罪責團體(gaga)；以及(4)狩獵團體。現簡單分述如下：

(1)部落組織：其部落的形成以血緣基礎，以父系中心，由諸兄弟形成聯合家族，財產與房舍共同擁有。由具聰明英勇有才智，有領導能力的人擔任部落領袖，遇到部落有重大事情的，則由頭目召集長老會議以決策之(泰雅社會中原來沒有頭目，是日治時期日本人為其治理之便而產生的。

(2)祭祀團體：有共同祭祀對象的家庭祖合，如為了祖靈祭之進行而組成的團體。

(3)共負罪責團體(gaga)：是共同遵守誡律和規範的團體。泰雅人稱之為 gaga (一般稱為祭團)，gaga 是一種社會規範，是泰雅人日常生活、風俗習慣的誡律，也是最具有約束力與公權力的團體，可以算是泰雅社會中行為道德與社會律法的最高維護與審判者。

(4)狩獵團體：同一個獵團，集體狩獵時大家分工合作共勞共食共享。(改寫自鄉土文化教學與鄉土文化研究)這四個團體的成員有互相重疊的特質，在不同部落，祭祀團體可能大於狩獵團體，其他的部落可能狩獵團體大於任何一個團體。但基本上各地的差異性頗大，無法一概而論。在這四個團體當中，由於 gaga 的性質最特別，也在學界當中獲得最多的關注，成為不少學者的研究議題。(參閱 Wikipedia)

3、排灣族屬於階序制度（ hierarchy），大致上分為頭目、貴族、勇士、平民四個階級。貴族階級有特殊裝飾的專利權，頭目與貴族也享有裝飾上的特權，例如酷似百步蛇紋的熊鷹羽毛、高貴的琉璃珠、特殊的圖案（人頭紋、百步蛇紋）。貴族階級講究門當戶對，以同階級間的聯姻為理想的婚姻形式。藉著婚姻關係可以擴展自我的領地。階級低的族人希望能與比自己階級高的人結婚，藉以提升自己的階級，因而在婚生子女中會有階級昇降的有趣現象。頭目是地主階級，擁有土地、河流與獵場是一個部落的統治者，也是精神支柱的象徵。屬下的子民為其耕作，並將收穫所得納稅予頭目，頭目則主持部落重大事務如爭戰、祭儀、或與外村的外交工作。東部 (東台灣)排灣族部落普遍存在會所制度，該會所建築稱做 cakalj 或 palakuwan，後者的稱呼與卑南族無異，在此聚會討論部落事務的是「青年會」。青年會是一支以男性為核心的年齡階級組織，也包含婚後不居住在會所的男性。在會所裡有三個階級，各階級有不同的名稱與責任，屬於通名制（ terminal system ），彼此以哥哥或弟弟互稱。以太麻里鄉大王部落（ Tjavualji）的 palakuwan 為例，最小的階級稱為 takuvankuvan，是國小的孩子，他們是屬於學習的階段；國中、高中生是 valisen，從事較耗費體力的勞務；最大階級稱做 maqacuvuncuvun，是會所下達指令、教育弟弟們的階級。婚後的男性為 maketanketan，仍有扶持、監督會所運作的責任。繼承製度為長嗣繼承製：也做雙系繼承，就是出生第一位孩子無論男女，就是繼承者。(參閱 Wikipedia)另據行政院原住民委員會委託東華大學調查發現排灣族之政治首長及其權力為：政治首長及其權力

1.產生方式

國家現行法律	排灣族傳統習慣		
	日治時期(番族慣習調查報告書第五卷)	台灣省通誌稿與國內其他相關文獻	本研究調查
憲法 35 條:「總統為國家元首，對外代表中華民國」	在本族頭目門第來即一定，該家家長為黨之當然頭目。(中研院，2003c:12)	世襲宗主權領袖:首創建部落之頭人家，常極自然被尊重為該部落之大頭(kangusamang)，此大頭人一方面為代理領袖，另一面對外系頭人亦依先入為主之原則，為本部落內頭人階級之領袖(衛惠林，1980，卷八同冑誌排灣族第四章:21)。 頭目是這些創始部落的貴族脂直系後裔。(吳燕和，1993:75)	比方說，就我了解，過去部落的頭目產生，我所聽過的就是看誰能抬得動某個大石頭，那他就是我們的頭目。因為這樣的一個考題是從他的力量和智慧來考量的。這樣最初的頭目就選定了。但是他死了之後，頭目的位置會由他的後代來承接(三地門，牧師，65 歲)

2.首長權力

(1)土地收益權

國家現行法律	排灣族傳統習慣		
	日治時期(番族慣習調查報告書第五卷)	台灣省通誌稿與國內其他相關文獻	本研究調查
稅捐稽徵法第三條:稅捐由各級政府主管稅捐稽徵機關稽徵之，必要時得委託代徵;其辦法由行政院定之。	本族地主向使用收益其土地者收取定期或臨時之使用費。茲總稱之為地租(中研院，2003c:220)。	頭人宗家享有向其電民徵收各種租賦(vids)之特權(衛惠林，1980，卷八同冑誌排灣族第四章:18)。 由於土地領有權產生頭人宗家向其佃民徵收租賦的特權(衛惠林，	過去，頭目可以在他的傳統領域裡決定所有事務，他擁有屬於他的山川、狩獵場，當部落族人狩獵、耕作時，會將部份所獲得的獵物、農作物貢獻給頭目，回饋給頭目。(達仁鄉，曾任鄉長，53 歲)

		1960:92)。	

(2)仲裁權

國家現行法律	排灣族傳統習慣		
	日治時期(番族慣習調查報告書第五卷)	台灣省通誌稿與國內其他相關文獻	本研究調查
憲法 77 條:司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及公務員之懲戒。	一黨內所生之諸般糾葛由頭目親自裁判，或是委交黨老或是息輔佐役裁(中研院，2003c:29)。	凡兩造屬同一頭人另主權範圍之犯罪事件，原則上由其頭人、社頭、陪臣與差役，查問情形處理之(衛惠林，1980，卷八同冑誌排灣族第四章:23)。 團內人民的糾紛，由團主負責解決(石磊，1969:218)。	通常是先長老來，不行的話就請頭目。頭目是很少在講話的啦，都是在聽底下的人在亂烘烘的。他很少在講話的。但只要他一開口，這件事情就要有決定。(金峰鄉，縣議員，55 歲)

表格參（註十一）

綜上三大台灣原住民族群，於政治組織及其權力關係上，仍不出人類較早期之氏族與部落組織之型態，雖然，上揭學者以現今之行政、立法、司法等權力分立理論加以分析，惟已否進入較現代化之城邦或國家政府之型態？仍待調查發現，而行政訴訟之理論與制度如前所言，係現代法治國家為審理統治者與被統治者間之公法上之法律關係而設，台灣原住民族是傳統上已否有類似之傳統制度，仍待進一步之發掘調查。

伍、實務上與原住民族相關之行政訴訟事件之類型與數量分析

實務上較受矚目之原住民行政訴訟爭議事件，要以「原住民族工作權保障法」、「身分認定之爭議」、「原住民保留地的爭議」及「智慧創作的爭議」為主。（註十二）本文並選擇三所高等行政法院中，原住民族相關事件較多且較代表性之台北高等行政法院，100 年度所審理結案之與原住民族相關之事件，加以統計，發現其案由及訴訟類型如下：

一、類型：

1、依案由及訴訟程序分類：

100 年度臺北高等行政法院審結與原住民族相關案件統計（由司法院法學檢索系統關鍵字檢得）：

類型	案由	案號	數量統計	備註
撤銷訴訟	原住民族工作權保障法	1. 100 年度訴字第 1250 號 2. 100 年度訴更一字第 85 號 3. 100 年度訴字第 37 號	42	

		4. 100 年度訴字第 814 號 5. 100 年度訴字第 732 號 6. 100 年度訴字第 230 號 7. 100 年度訴字第 307 號 8. 100 年度訴字第 159 號 9. 100 年度訴字第 73 號 10. 99 年度簡字第 906 號 11. 99 年度再字第 102 號 12. 99 年度訴字第 2366 號 13. 99 年度簡字第 728 號 14. 99 年度訴字第 1916 號 15. 99 年度訴字第 1225 號 16. 99 年度簡字第 172 號 17. 99 年度訴更一字第 69 號 18. 99 年度訴字第 621 號 19. 99 年度再字第 103 號 20. 99 年度簡字第 250 號 21. 99 年度訴字第 882 號 22. 99 年度簡字第 460 號 23. 99 年度訴字第 136 號 24. 99 年度訴字第 905 號 25. 99 年度訴字第 850 號 26. 99 年度訴字第 57 號 27. 99 年度訴字第 54 號 28. 99 年度訴字第 501 號		

		29. 99 年度簡字第 86 號 30. 98 年度訴字第 2384 號 31. 98 年度訴字第 2044 號 32. 98 年度訴字第 1183 號 33. 98 年度訴字第 2222 號 34. 98 年度訴字第 2030 號 35. 98 年度簡字第 336 號 36. 98 年度訴字第 332 號 37. 98 年度訴字第 850 號		
	全民健康保險	1. 98 年度訴字第 1502 號 2. 98 年度訴字第 2498 號 3. 98 年度訴字第 2499 號		
	原住民保留地	1. 100 年度訴字第 647 號		
	補助費	1. 99 年度簡字第 38 號		
課予義務訴訟	有關補償事務	1. 100 年度訴字第 1380 號	1	
給付訴訟	有關醫政事務	1. 100 年度訴字第 925 號 2. 100 年度訴字第 502 號	12	
	全民健康保險	1. 100 年度簡字第 123 號 2. 100 年度訴字第 690 號 3. 100 年度訴字第 13 號 4. 99 年度簡字第 881 號 5. 97 年度訴字第 2697 號 6. 97 年度訴字第 1133 號 7. 97 年度訴字第 1132 號 8. 97 年度訴字第 2585 號 9. 97 年度訴字第 1131 號 10. 97 年度訴字第 1473 號		

確認訴訟	原住民族工作權保障法	1. 99 年度簡字第 853 號	2	
	原住民身分法	1. 99 年度訴字第 2306 號		

二、重要行政訴訟事件之內容摘要：

1. 北高行*13(工作權保障法*7 原住民身分法*1 原住民保留地* 用*1)
2. 中高行*2 (原住民保留地*2)
3. 高高行*5 (水土保持法*1 公務員選罷法*1 山坡地保育條例*1 營業稅法*1 政府採購法*1)

合計:20 件

（壹）、台北高等行政法院

（一）、原住民族工作權保障法

1.102 年度簡上字第 37 號

上 訴 人 香港商壹傳媒出版有限公司台灣分公司

代 表 人 裴偉（經理）

訴訟代理人 蔡世祺 律師

劉威德 律師

何念屏 律師

被上訴人 行政院原住民族委員會

代 表 人 孫大川（主任委員）

主旨:政府採購法關於雇用員工總人數基本配比之規定內容:按「（第 1 項）依政府採購法得標之廠商，於國內員工總人數逾 1 百人者，應於履約期間僱用原住民，其人數不得低於總人數百分之 1。…（第 3 項）得標廠商進用原住民人數未達第 1 項標準者，應向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金。」、「前項及第 12 條第 3 項之代金，依差額人數乘以每月基本工資計算。」原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項及第 3 項、第 24 條第 2 項定有明文。又「本法所稱採購，指工程之定作、財物之買受、定製、承租及勞務之委任或僱傭等。」、「本法所稱勞務，指專業服務、技術服務、資訊「 服務、研究發展、營運管理、維修、訓練、勞力及其他經主管機關認定之勞務。」、「本法所稱廠商，指公司、合夥或獨資之工商行號及其他得提供各機關工程、財物、勞務之自然人、法人、機構或團體。」、「本法所稱主管機關，為行政院採購暨公共工程委員會…」、「得標廠商其於國內員工總人數逾 1 百人者，應於履約期間僱用身心障礙者及原住民，人數不得低於總人數百分之 2，僱用不足者，除應繳納代金，並不得僱用外籍勞工取代僱用不足額部分。」、「本法 施行細則，由主管機關定之。」政府採購法第 2 條、第 7 條第 3 項、第 8 條、第 9 條第 1 項、第 98 條、第 113 條分別著有明文。是有關原住民族就業基金代金之徵收對象及範圍，業經上述原住民族工作權保障法及政府採購法所明定。

而行政院公共工程委員會依政府採購法第 113 條授權訂定之行為時（即 99 年 11 月 30 日修正前）政府採購法施行細則，就執行政府採購法第 98 條所稱「國內員工總人數」、「履約期間」及「代金金額」如何認定、計算之細節性、技術性事項，於其第 107 條、第 108 條規定：「（第 1 項）本法第 98 條所稱國內員工總人數，依身心障礙者保護法施行細則第 12 條第 1 項規定辦理；所稱履約期間，自訂約日起至廠商完成履約事項之日止。（第 2 項）依本法第 98 條計算得標廠商於履約期間應僱用之身心障礙者及原住民之人數時，各應達國內員工總人數百分之 1，並均以整數為計算標準，未達整數部分不予計入。」 、「（第 1 項）得標廠商僱用原住民之人數不足前條第 2 項規定者，應於每月 10 日前依僱用人數不足之情形，向原住民中央主管機關設立之原住民族就業基金專戶，繳納上月之代金。（第 2 項）前項代金之金額，依差額人數乘以每月基本工資計算；不足 1 月者，每日以每月基本工資除以 30 計。」並未牴觸母法授權之範圍及內容，且與原住民族工作權保障法及身心障礙者保護法之立法意旨相符，自得予適用；不生違反授權明確性原則之問題。而原判決亦援引司法院釋字第 480 號解釋理由書及司法院釋字第 612 號解釋意旨，針對上述施行細則規定何以屬政府採購法第 113 條概括授權範圍，無違授權明確原則乙節，詳予論述在案。上訴意旨主張政府採購法第 98 條規定，並未對代金之繳納額度及計算方式為明確規定或授權，而政府採購法第 113 條之概括授權，有悖授權明確性原則，上開施行細則應不予適用，原判決逕予適用，係有適用法規不當及理由不備之違法云云，乃係其主觀法律歧見，洵無可採。又上訴人無視原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項及身心障礙者權益保障法（ 96 年 7 月 11 日修正前名稱為「身心障礙者保護法」）第 38 條第 2 項已明定依政府採購法得標，而於國內員工總人數逾 1 百人之廠商，應於履約期間僱用人數不得低於總人數百分之 1 之身心障礙者或原住民，猶執政府採購法第 98 條就得標廠商「應僱用身心障礙者及原住民人數合計不得低於總人數百分之 2 」較籠統規定，指摘上述施行細則第 107 條第 2 項有關「得標廠商於履約期間應僱用之身心障礙者及原住民之人數時，各應達國內員工總人數百分之 1」規定，係增加母法所無之限制云云，自無足取。

2.101 年度訴字第 1581 號

原　　告　長庚醫療財團法人高雄長庚紀念醫院

代　表　人　陳肇隆

訴訟代理人　林鳳秋　律師

複代理人　　許佩霖　律師

被告　行政院原住民族委員會

代　表　人　孫大川（主任委員）

主旨:被告(行政院原住民族委員會)就原告（即得標廠商）於履約期間應僱用之原住民人數，以勞保「投保單位」為計算基準，是否違誤？

3.101 年度訴字第 1489 號

原　　告　臺鹽實業股份有限公司

代　表　人　洪璽曜（董事長）

訴訟代理人　楊東軒

被　　告　行政院原住民族委員會

代　表　人　孫大川（主任委員）

訴訟代理人　何岳儒　律師

複代理人　　黃煒迪　律師

訴訟代理人　李述奇

主旨:被告(行政院原住民族委員會)依原住民族工作權保障法第 12 條第 3 項規定，追繳原告(臺鹽實業股份有限公司)原住民就業代金 829,440 元，是否適法？

4.101 年度再字第 168 號

再　審原告　東南旅行社股份有限公司

代　表　人　黃正一（董事長）

訴訟代理人　吳啟孝　律師

再　審被告　行政院原住民族委員會

代　表　人　孫大川（主任委員）

主旨:原住民族工作權保障法，係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」而設，此由該法第 1 條規定之立法目的文義觀之甚明。又依前述政府採購法第 98 條、原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項及第 3 項規定，依政府採購法得標之廠商，於國內員工總人數逾 1 百人者，應於履約期間僱用原住民，其人數不得低於總人數百分之 1，如僱用原住民人數未達上開標準，應向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金，以供立法所欲實現輔導原住民就業之政策目標，乃係具有「專款專用」之特別公課性質，該「代金之金額，依差額人數乘以每月基本工資計算；不足 1 月者，每日以每月基本工資除以 30 計」（政府採購法施行細則第 108 條第 2 項）。上開代金其課徵目的、對象、額度有前揭法律明定，並有法律具體明確之授權，由主管機關於授權範圍內以命令為必要之規範，核與保障原住民就業之法規範目的達成具有合理之關聯性，與憲法第 7 條平等原則、第 15 條人民財產權之保障及第 23 條比例原則並無牴觸，自應憑為裁判之依據。

5.100 年度訴字第 1569 號

原　　告　香港商・蘋果日報出版發展有限公司

代　表　人　葉一堅

訴訟代理人　蔡世祺律師

　　李維剛律師

被　　告　行政院原住民族委員會

代　表　人　孫大川（主任委員）住同上

訴訟代理人　李述奇

　　何岳儒律師

主旨: (一)原住民族工作權保障法第 12 條及政府採購法第 98 條是否違反憲法第 7 條平等原則及第 23 條比例原則？(二)政府採購法第 113 條是否違反授權明確性原則？同法施行細則第 107 條及第 108 條第 2 項是否違反法律保留原則？(三)原處分是否違反行政程序法第 7 條之比例原則？(四)原處分是否因認定事實錯誤而違法？(五)本件得否依嗣後修正之政府採購法施行細則第 107 條之規定而認原處分違法？

6.99 年度簡字第 906 號

原　　告　鴻集實業股份有限公司

代　表　人　林鑑堂（董事長）

被　　告　行政院原住民族委員會

代　表　人　孫大川（主任委員）　Paelabang danapan

主旨:被告審認原告標得政府採購案後，在履約期間僱用原住民之人數不足法定比例，而適用原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項、第 3 項及政府採購法第 98 條等規定，作成原處分課以原告繳納原住民就業代金，有無違法？

7.100 年度訴字第 230 號

原　　告　聯合報股份有限公司

代　表　人　王必成（董事長）

訴訟代理人　林銘龍　律師

複 代 理人　王文成　律師

被　　告　行政院原住民族委員會

代　表　人　孫大川（主任委員）

訴訟代理人　李述奇

　　賴怡雯　律師

主旨:被告以原告(聯合報股份有限公司)標得政府採購案，於履約期間內進用原住民人數未達原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項之標準，乃依同條第 3 項規定，追繳原告原住民就業代金

8,200, 512 元，是否合法？

（二）、原住民身分法

1.99 年度訴字第 2306 號

原　　告　萬盈綠

　　萬盈穗

　　萬盈恩

兼上　三人

法定代理人　萬淑娟

原　　告　萬正雄

　　萬佟素英

　　萬森澤

　　萬森泠

兼上　二人

法定代理人　萬俊明

原　　告　穆麗君、萬俊揮、羅文能、羅商霖、羅金文、葛中和、穆寶純、哀良文、穆道榮、哀淑貞、穆秋滿、佟安靜、佟李秀葉、穆羅春花、佟炎聰、羅路賞　葉金珠、戴宮幸、卓翠麗、卓天與、哀俊佑、哀俊廷

兼上　二人

法定代理人　哀長志

原　　告　哀德正、哀美杏

　　李恩榮

　　李恩惠

　　李恩琦

兼上　三人

法定代理人　李金川

原　　告　卓永政

羅秀麗

卓輝生

卓家丞

卓怡君

兼上　二人

法定代理人　卓輝龍

原　　告　萬以理

卓鳳輝

卓佳璋

卓明慧

羅李秋琴

羅佳昕

羅兆邑

兼上　二人

法定代理人　羅志雍

原　　告　卓鳳對

葛敬獻

羅秀玉

劉雅珍

穆淵源

穆益新

穆標淑美

穆采暄

兼　　上

法定代理人　穆春蘭

原　　告　卓鳳招、王鐘麗蓉、潘馬力、李國煌、買清香、穆伊莉、羅新祝、卓李桂枝、穆有

福、洪思蓉、馬洪智彥、洪雲長、洪楊桂花、洪詩晴、李文良、蕭英娥、蕭可以、蕭文煌、陳麗珠、楊素珠、楊榮、楊雅鈞、楊承翰、楊雅婷、楊春連、楊登彩、標素美、標雅純、池茂長、陳坤材、卓憲良、張卓鳳鶯、李義昌、穆上正、買朱陵、兵芳璟、張鴻寶、買木川、潘進福、潘木水、乳日春、蘇鐘麗雀、向志明、向順治、鐘秀　、楊德和、鐘麗婉、潘枋輝、潘正嘉、潘童沂、潘菁惠、朱進安、朱秀兒、朱信安、潘信宏、潘怡君、潘來富、姚永坤、姚明維、李秋鴻、潘明昆、潘政宏、李玉峰、羅金德、李羅金蓮、穆素生、穆雅琍、穆俊傑、曹阿美、羅世明、羅雅萍、羅雅婷、吳羅金蘭、羅素梅、羅素吟

共　　同

訴訟代理人　林永頌　律師

　　陳怡君　律師

輔助參加人　臺南市政府

代　表　人　賴清德（市長）住同上

訴訟代理人　江小芳

被　　告　行政院原住民族委員會

代　表　人　孫大川（主任委員）

訴訟代理人　羅明通　律師

複 代 理人　朱秀晴　律師

輔助參加人　內政部

代　表　人　江宜樺（部長）住同上

訴訟代理人　林佑熹

主旨:原告或其等直系血親尊親屬係於日據時期設籍於臺南縣，且日據時期之戶口調查簿等文件種族欄註記為「熟」、「平」，惟原告主張之省府 46 年代電，並非原告取得原住民身分之依據，而原告或其等直系血親尊親屬復未於 45、46、48、52 年等四個年度依省府 45 年 10 月 3 日令、46 年 5 月 10 日令、48 年 4 月 7 日令、52 年 8 月 21 日令發布之期間內補辦申請平地山胞（即現行所稱平地原住民）登記有案，是原告並未符合原住民身分法第 2 條第 2 款規定平地原住民之身分，至為灼然，是被告相關函釋認定原告並非平地原住民，純係依原住民身分法之相關規定而為發布，亦難認有何違誤。第 2 條（原住民身分之認定）本法所稱原住民，包括山地原住民及平地原住民，其身分　之認定，除本法另有規定外，依下列規定：

一、山地原住民：臺灣光復前原籍在山地行政區域內，且戶口調查簿登記其本人或直系血親尊親屬屬於原住民者。

二、平地原住民：臺灣光復前原籍在平地行政區域內，且戶口調查簿登記其本人或直系血親尊親屬屬於原住民，並申請戶籍所在地鄉（鎮、市、區）公所登記為平地原住民有案者。戶籍法第 66 條（戶籍謄本之申請）戶籍謄本之申請，得向任一戶政事務所為之。但申請閱覽戶籍登記原始資料，或日據時期戶口調查簿數位資料未全國連線前之戶籍登記資料，應向原戶籍登記之戶政事務所為之。

（三）、原住民保留地

1.100 年度訴字第 1583 號

原　　告　吳榮三

訴訟代理人　陳榮輝律師

複代 理 人　呂紹聖律師

被　　告　行政院原住民族委員會

代　表　人　孫大川（主任委員）

訴訟代理人　伍念祖

主旨:系爭土地是否為原住民保留地，可否為確認訴訟之適格標的？原告以系爭土地業經記載於山地保留地暫行管理地籍清冊，而認系爭土地係於辦理山地保留地所有權總登記時，漏未登記，是否有據？

說明:現行原住民保留地開發管理辦法第 3 條規定：「本辦法所稱原住民保留地，指為保障原住民生計，推行原住民行政所保留之原有山地保留地及經依規定劃編，增編供原住民使用之保留地。」本件原告主張系爭土地為原住民保留地，且於 36、37 年間即由其父使用耕作，故如原告所述為真，系爭土地應係日治時代因維護山地人民生計及推行山地行政所保留之國有土地，且曾經主管機關依當時山地保留地管理辦法納入管理，然查原告雖主張其父吳榮宗有於系爭土地上持續占有耕植，惟並未提出系爭土地曾因納入山地保留管理之相關資料，是原告此部分之主張，已難認有充分證據可佐。

2.101 年度訴字第 233 號

原　　告　蘇家宏

訴訟代理人　蕭萬龍　律師

複代理人　　黃曼瑤　律師

被　　告　桃園縣政府

代　表　人　吳志揚（縣長）住同上

訴訟代理人　楊志航　律師

主旨:按山坡地保育利用條例第 37 條明定：「山坡地範圍內山地保留地，輔導原住民開發並取得耕作權、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，以原住民為限；其開發管理辦法，由行政院定之。」而行政院據此授權訂定之原住民保留地開發管理辦法第 17 條第 1 項規定：「依本辦法取得之耕作權或地上權登記後繼續自行經營或自用滿 5 年，經查明屬實者，由中央主管機關會同耕作權人或地上權人，向當地登記機關申請辦理所有權移轉登記。」由上開規定可知，欲於原住民保留地上登記為所有權人者，須先取得原住民保留地之耕作權並自行繼續經營或自用滿 5 年甚明。

3.100 年度訴字第 1675 號

原　　告　浩恩股份有限公司

代　表　人　王明琳（董事長）

訴訟代理人　蔡丁鈴　會計師（兼送達代收人）

被　　告　財政部臺北市國稅局

代　表　人　陳金鑑（局長）住同上訴訟代理人

柳正忠（兼送達代收人）

蘇敏雄

主旨:

1.按山坡地保育利用條例第 37 條規定：「山坡地範圍內山地保留地，輔導原住民開發並取得耕作權、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，以原住民為限；其開發管理辦法，由行政院定之。」行政院依上開規定之授權，於 79 年 3 月 26 日發布施行之「山胞保留地開發管理辦法」第 8 條第 1 項第 1 款規定：「山胞於左列山胞保留地，得會同省（市）政府民政廳（局）向當地登記機關申請設定耕作權登記。一、本辦法施行前由山胞開墾完竣並自行耕作之土地。……」嗣於 84 年 3 月 22 日，將該辦法名稱修正為「原住民保留地開發管理辦法」，並將第 8 條第 1 項第 1 款修正為：「原住民於左列原住民保留地，得會同省（市）政府民政廳（局）向當地登記機關申請設定耕作權登記。一、本辦法施行前由原住民開墾完竣並自行耕作之土地。……」又於 87 年 3 月 18 日修正為：「原住民於下列原住民保留地，得會同省（市）政府原住民事務委員會向當地登記機關申請設定耕作權登記：一、本辦法施行前由原住民開墾完竣並自行耕作之地。……」至原同條第 2 項規定，則與原第 9 條第 2 項規定合併修正移列至第 17 條第 1 項。該辦法第 8 條第 1 款復於 89 年 2 月 16 日修正為：「原住民於下列原住民保留地，得會同行政院原住民委員會向當地登記機關申請設定耕作權登記：一、本辦法施行前由原住民開墾完竣並自行耕作之土地。……」。

2.依上開規定可知，「原住民保留地開發管理辦法」關於申請設定耕作權登記之相關規定，係根據山坡地保育利用條例第 37 條之授權而訂定，其目的在於輔導原住民能在既有墾殖之事實下，取得法律上之耕作權利，而保障原住民之權益，同時避免非原住民擅自取得或占用原住民保留地，進而侵害國土保育。且依行為時該辦法第 8 條第 1 款規定，申請設定耕作權登記者，解釋上應限於該辦法 79 年 3 月 26 日發布施行前，已由原住民開墾完竣並長期不間斷地自行耕作者，始足當之，是期間內原住民如有未自行耕作、任其荒廢、轉讓第三人占用或任由他人無權占用者，自不符合賦予申請設定耕作權登記之立法本旨。且原住民於原住民保留地縱有墾殖或耕作之事實，惟於依法設定耕作權登記前，並未取得法律上所保護且具有排他性之耕作權利。是原告

鄭添田主張伊自 56 年 9 月 29 日土地總登記起，即登記為系爭土地之租使用人，並於 79 年 3 月 26 日「山胞保留地開發管理辦法」施行後，即有公法上權利於系爭土地申請登記耕作權之外觀，並有權排除第三人無權占有之侵害云云，容有誤會，尚不足採。

3.依行為時「原住民保留地開發管理辦法」第 2 條第 3 項規定：「本辦法之執行機關為鄉（鎮、市、區）公所。」第 6 條規定：「（第 1 項）原住民保留地所在之鄉（鎮、市、區）公所應設原住民保留地土地權利審查委員會，掌理下列事項：……二、原住民保留地土地分配、收回、所有權移轉、無償使用或機關學校使用申請案件之審查事項。……四、申請租用原住民保留地之審查事項。……（第 3 項）原住民保留地申請案件應提經原住民保留地土地權利審查委員會審查者，鄉（鎮、市、區）公所應於受理後一個月內送請該委員會審查；委員會應於一個月內審查完竣，並提出審查意見，逾期未提出者，由鄉（鎮、市、區）公所逕行報請上級主管機關核定。（第 4 項）鄉（鎮、市、區）公所應將第 1 項第 1 款事項以外之原住民保留地土地權利審查委員會審議結果，報請上級主管機關核定。」是原住民就原住民保留地申請耕作權登記，係由鄉（鎮、市、區）公所受理申請，勘查審核並填造審查清冊，提請鄉（鎮、市、區）原住民保留地土地權利審查委員會審查。審查通過者，經鄉（鎮、市、區）公所核定後，填造土地耕作權登記申請書件核蓋鄉（鎮、市、區）公所印信，送請地政事務所辦理登記。亦即鄉（鎮、市、區）公所對於原住民申請耕作權設定登記，擁有最終之核定權限，是如鄉（鎮、市、區）公所於核定後，發現原核定有違法情事，自非不得依法撤銷原核定處分，且不以經鄉（鎮、市、區）原住民保留地土地權利審查委員會審查通過為必要，原告主張鄉（鎮、市、區）公所核定後，如欲撤銷原核定，應先經原住民保留地土地權利審查委員會審查通過云云，應不足採。

相關法條：保育利用條例第 37 條、行政院依上開規定之授權，於 79 年 3 月 26 日發布施行之「山胞保留地開發管理辦法」第 8 條第 1 項第 1 款、於 84 年 3 月 22 日，將該辦法名稱修正為「原住民保留地開發管理辦法」，並將第 8 條第 1 項第 1 款修正、該辦法第 8 條第 1 款復於 89 年 2 月 16 日修正。「原住民保留地開發管理辦法」第 2 條第 3 項。

4.97 年度訴字第 1668 號

原　　告　邱寶琳（兼如附表所示陳先進等 9 人之選定當事人）

被　　告　花蓮縣秀林鄉公所

代 表 人　許淑銀（鄉長）住同上

訴訟代理人　張維明

一、原告主張：原告及如附表所示陳先進等 9 人於 96 年 10 月 1 日就系爭土地，依原住民保留地管理辦法第 20 條第 1 項第 1 款向被告申請為改配，被告未參考原告具備原住民保留地開發管理辦法第 8 條原住民保留地耕作權之要件及同辦法第 20 條第 1 項第 1 款「與該土地具有傳統淵源關係」之要件，應取得分配優先順序之事實，又未斟酌原告提出之四鄰證明、耆老口述歷史及日據時期之地圖等證據，擅以原告就系爭土地並無使用權源證明文件為由，而予否准，原告提起訴願，花蓮縣政府逾期不為訴願決定，為此提起本件課予義務訴訟，求命判決如聲明第 1 項所示。又被告以原告未能提出使用權源證明為由否准原告請求，惟被告其實應存有上開文件，依原住民保留地管理辦法第 7 條之規定，被告有義務輔導原告取得耕作權，為此提起給付訴訟，請求被告交付上開文件，以利原告耕作權登記之申請云云。

二、被告則以：依原住民保留地開發管理辦法第 6 條第 1 項第 2 款及第 4 項規定，關於原住民保留地分配申請案件，係由被告之上級主管機關予以核定，被告無權核定。系爭土地雖經台電公司於 91 年 3 月 29 日終止租約，經收回列管，惟原告其前已受配有自主房用地，對系爭土地復未能提出使用權源證明，其申請改配系爭土地，於法不合。且被告擬於於系爭土地興建太魯閣族

文化館，該土地非得分配予原住民。至於原告申請被告應提出之文件，被告從未持有，無從交付等語，資為抗辯。

三、法院判斷法規略以:「山坡地範圍內之山地保留地，輔導原住民開發並取得耕作權、地上權或承租權。其耕作權、地上權繼續繼續經營期滿 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，以原住民為限；其開發管理辦法，由行政院定之。」山坡地保育利用條例第 37 條定有明文。行政院依此授權制定原住民保留地開發管理辦法（下稱管理辦法），其中第 2 條：「本辦法所稱主管機關：在中央為行政院原住民族委員會；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府。有關農業事項，中央由行政院農業委員會會同中央主管機關辦理。本辦法之執行機關為鄉（鎮、市、區）公所。」第 6 條：「原住民保留地所在之鄉（鎮、市、區）公所應設原住民保留地土地權利審查委員會，掌理下列事項：

一、原住民保留地土地權利糾紛之調查及調處事項。二、原住民保留地土地分配、收回、所有權移轉、無償使用或機關學校使用申請案件之審查事項。三、原住民保留地改配土地補償之協議事項。四、申請租用原住民保留地之審查事項。前項原住民保留地土地權利審查委員會之委員，應有五分之四為原住民；其設置要點，由中央主管機關定之。原住民保留地申請案件應提經原住民保留地土地權利審查委員會審查者，鄉（鎮、市、區）公所應於受理後一個月內送請該委員會審查；委員會應於一個月內審查完竣，並提出審查意見，屆期未提出者，由鄉（鎮、市、區）公所逕行報請上級主管機關核定。鄉（鎮、市、區）公所應將第一項第一款事項以外之原住民保留地土地權利審查委員會審議結果，報請上級主管機關核定。」第 8 條：「原住民保留地合於下列情形之一者，原住民得會同中央主管機關向當地登記機關申請設定耕作權登記：一、本辦法施行前由原住民開墾完竣並自行耕作之土地。二、由政府配與該原住民依區域計畫法編定為農牧用地、養殖用地或依都市計畫法劃定為農業區、保護區並供農作、養殖或畜牧使用之土地。」第 20 條第 1 項：「依本辦法收回之原住民保留地，得由鄉(鎮、市、區)公所公告三十日後，按下列順序辦理改配與轄區內之原住民：一、原受配面積不足，且與該土地具有傳統淵源關係者。二、尚未受配者。三、原受配土地面積較少者。」分別就原住民保留地耕作權登記與收回之原住民保留地改配之實體要件及審查核定有所規定，核屬法律授權範圍，合於法律保留原則，應為裁判之依據。依上開管理辦法，原住民保留地耕作權登記與收回之原住民保留地改配，二者不僅實體要件不同（分別規定於第 8 條、第 20 條第 1 項），其審查核定之機關復有所異。細繹上開規定，原住民保留地耕作權之申請，除第 8 條第 1 款所規定於管理辦法施行前即由原住民開墾完竣並自行耕作之土地外，餘者（第 8 條第 2 款）則以政府業已土地分配予特定原住民為前提，是故，申請原住民保留地耕作權登記由鄉（鎮、市、區）公所審查核定即可，無須報請上級主管機關核定，蓋原住民耕作權登記不過為原住民保留地分配之下位概念，土地既經分配確定，耕作權登記即無非為形式彰顯，上開管理辦法主管機關行政院原住民族委員會訂定之「原住民保留地各種用地申請案授權事項及申請作業要點」第 2 點即明揭此旨；至於申請收回之原住民保留地改配則應由原住民保留地所在之鄉（鎮、市、區）公所設置之原住民保留地土地權利審查委員會審查，並由該鄉（鎮、市、區）公所將審議結果報請上級機關核定（管理辦法第 6 條第 1 項、第 3 項、第 4 項參照），蓋原住民保留地分配不僅事涉原住民財產權益，更涉及山坡地保育利用之機制，論其實際，上開管理辦法之授權依據乃山坡地保育條例，該條例之立法目的即未必與原住民權益全然相符，故而，原住民保留地是否分配、如何分配事涉各項利益權衡，並非鄉（鎮、市、區）公所所能定奪，應由山坡地保育條例及原住民保留地開發管理辦法共稱之地方主管機關為之，始能周全。雖前揭行政院原住民族委員會訂定之「原住民保留地各種用地申請案授權事項及申請作業要點」第 12 點就此亦規定得逕由鄉（鎮、市、區）公所審查核定，然此作業要點無非行政機關內部作業準則，原不得剝奪行政機關權限，況且，上開管理辦法已明定中央主管機關、地方主管機關各有權限，中央主管機關行政院原住民族委員會就非其權限之地方主管機關權限也無從「授權」予鄉（鎮、市、區）公所，合先敘明。

（四）、任用

1.100 年度訴字第 346 號

原　　告　許仲志

訴訟代理人　詹順貴　律師

　　翁國彥　律師

被　　告　內政部警政署警察電訊所

代　表　人　沈伯陽（所長）

訴訟代理人　林美倫　律師

複　代理人　陳勵新　律師

主旨:原告於 98 年 7 月 29 日訓練期滿成績及格，並取得考試院核發之考試及格證書，依公務人員任用法第 12 條、公務人員考試及格人員分發辦法第 14 條、公務人員特種考試原住民族考試規則第 10 條第 1 項等相關規定，應由占實務職缺之機關即被告分發任用。惟被告以原告罹患情感性精神病為由，在原告訓練期間即函知依公務人員任用法第 28 條第 1 項第 9 款規定不得任用為公務員，並應自實務訓練期滿之次日（98 年 7 月 30 日）辦理離職手續。原告雖係辦理「離職」，因而不具現職人員身分，惟原告於 98 年 7 月 29 日訓練期滿成績及格，翌日即「離職」，其未經銓敘部銓敘審定合格後，再由銓敘部函送被告任命之任用程序，是原告未經占實務訓練職缺之機關分發任用，堪以認定，此與公務人員經任用後再離職之「再任」情形不同。對此，原告 99 年 3 月 25 日請求任用遭被告否准後，曾向公務人員保訓會提起復審，惟該會以 99 年 9 月 17 日公保字第 0990012518 號函稱原告雖經上開考試及格，取得公務人員任用資格，惟是否任用為公務人員，仍須經用人機關依法派代，原告未經依法派代為公務人員，非屬公務人員保障法第 3 條所稱依法任用之有給專任人員，因此不得循復審程序救濟等語（本院卷 1 第 237 、238 頁之原證 31）。倘原告請求任用屬於再任，其主張權益受損應屬公務人員保障法保障之對象，而為公務人員保訓會所受理，足見原告確實從未獲任用為公務人員，屬考試及格、取得任用資格後準備獲得第一次任用之人員。原告既未經分發任用，其請求任用公務人員者，係屬初任而非再任，揆諸前開說明，原告應訴請被告予以分發任用，此與再任由用人機關即內政部警政署首長否准者有異。被告雖稱原告曾辦理離職、不屬現職人員，故本件屬於再任事件云云，惟依此解釋，用人機關將可拒絕任用考試及格之人員，俟該人員嗣後提出任用請求後，再主張此為請求再任事件，而享有裁量權限可拒絕任用，形同對於經考試院認定考試及格之人員，用人機關竟享有審核權限可拒絕任用，其不合理至明，是被告上開所辯，不足採信。

（貳）、臺中高等行政法院

（一）、原住民保留地

1.100 年度訴字第 187 號

原　　告　魏永樂

訴訟代理人　　國慶　律師

被　　告　南投縣仁愛鄉公所

代　表　人　張子孝

訴訟代理人　許秀珍

　　何昌國

參　加　人　王雅各

事實概要：原告前於民國（下同）85 年 7 月 10 日送件，以原住民身分符合原住民保留地開發管理辦法第 8 條規定，向被告申請在南投縣仁愛鄉松崗段 44 地號原住民保留地 14910 分之 5828 權利範圍（全部面積 14,910 平方公尺）內設定耕作權登記，經被告核准登記在案。嗣並因原告取得之耕作權登記後繼續自用滿 5 年，符合原住民保留地開發管理辦法第 17 條規定，經主管機關查明屬實後，另於 91 年 3 月 26 日取得上開權利範圍土地之所有權。迄至 99 年 7 月 12 日，參加人另以原住民身分，主張符合原住民保留地開發管理辦法第 8 條規定，向被告申請在上開原住民保留地 14910 分之 4642 權利範圍內設定耕作權登記，經被告審查後，以 99 年 7 月 20 日仁鄉土管字第 0990013116 號函（下稱原處分）核准登記在案。惟原告不服，提起訴願，主張：依被告核准參加人設定耕作權登記之測量圖顯示，參加人所指耕作權位置，恰與原告原取得耕作權之耕作位置相重覆，侵害到原告之權益，原處分顯有錯誤，應予撤銷等語，因訴願管轄機關逾 3 個月未為訴願決定，原告遂逕行提起本件行政訴訟。

主旨:本件是否有原告所稱耕作權位置設定重複之問題？是否響原告之權益？被告若未予審酌即作成原處分，是否有違誤？

說明:本件被告受理參加人於 99 年 7 月 12 日申請在上開原住民保留地 14910 分之 4642 權利範圍內設定耕作權登記案件，本應依行政程序法第 36 條及第 43 條，對當事人有利及不利事項一律注意，並於斟酌全部陳述與調查事實及證據之結果，依論理及經驗法則判斷事實之真偽，然其竟疏未注意前揭耕作權設定重疊，及參加人並不具備原住民保留地開發管理辦法第 8 條第 1 款所規定應由原住民開墾完竣並自行耕作之要件等不利參加人之事實，僅以後來之實地會勘結果及參加人出具 60 年前已自行耕作之切結書等件，即以原處分核准參加人在系爭原住民保留地 14910 分之 4642 權利範圍內設定耕作權登記，即難謂無事實調查及採證上之違誤。

2.97 年度訴字第 98 號

原　　告　涂碧珠即萬中砂石行

訴訟代理人　繆璁　律師

被　　告　臺中縣政府

代　表　人　黃仲生

訴訟代理人　曾慶崇　律師

複代理人　　王德凱　律師

事實概要:緣原告於民國（下同）91 年 6 月 4 日提出原住民保留地使（租）用申請書，向台中縣和平鄉公所申請租用台中縣和平鄉南勢段 1342、1344、1345、1345-2 地號等 4 筆原住民保留地（以下簡稱系爭土地，面積 1.8779 公頃），經被告 92 年 7 月 1 日以府民原字第 0920171897

號函，就原告申請案審核同意原告於文到一年內取得各該目的事業主管機關核准設立後准予租用。嗣經被告依原告之申請，於 93 年 6 月 21 日以府民原字第 0930157880 號函，同意延長 6 個月之申辦期間。惟原告於尚未完成申請程序前，於系爭土地擅自設置砂石碎解洗選場並堆置土石，經被告於 92 年 2 月 25 日函文要求原告立即停工，惟原告未停止前揭違法行為，被告於 94 年 8 月 5 日以府民原字第 0940206150 號函指示台中縣和平鄉公所撤銷租用，並副知原告。原告就此表示不服，提起訴願亦遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟。

主旨:原告在申請目的事業主管機關合法化程序前，是否應停止使用系爭土地？原告是否得適用信賴保護原則？

說明:按「為促進原住民保留地礦業、土地、觀光遊憩、加油站、農產品集貨場倉儲設施之興建、工業資源之開發、原住民文化保存或社會福利之興辦，在不妨礙國土保安、環境資源保育、原住民生計及原住民行政之原則下，優先輔導原住民開發或興辦。原住民為前項開發或興辦，申請租用原住民保留地時，應檢具開發或興辦計畫圖說，申請該管鄉（鎮、市、區）公所提經原住民保留地土地權利審查委員會審查通過，層報中央主管機關核准，・・・・。公、民營企業或未具原住民身分者申請承租開發或興辦，應由鄉（鎮、市、區）公所先公告 30 日，公告期滿無原住民申請時，始得依前二項規定辦理。」為原住民保留地開發管理辦法第 24 條所明定，而原住民保留地編定之目的，旨在透過行政手段保障依法受配原住民之生活，扶助原住民藉由原住民保留地之開發使用，得以自立更生，維持生活所需，避免他人脫法取巧，使原住民流離失所。依前開辦法規定，為開發或興辦而申請原住民保留地之承租，主管機關應就各申請案之核准，依職權主動調查相關情事，參酌原住民族基本法、水土保持法、山坡地保育利用條例等各相關法律之規定及立法目的，審慎評估各申請案核准後對國土保安、環境資源保育、原住民生計及原住民行政之妨礙程度後，於法律授權範圍內為適當裁量，依職權審酌是否核可承租。

（參）、高雄高等行政法院

（一）、水土保持法

1.100 年度簡字第 248 號

原　　告　黃水源

送達代收人　黃水保

被　　告　高雄市政府

代　表　人　陳菊　市長

訴訟代理人　蘇振得

事實概要:緣原告於高雄縣桃源鄉（99 年 12 月 25 日改制為高雄市桃源區）勤和段 243 地號經查定為宜林地之山坡地（下稱系爭土地）上種植梅子樹，前經高雄縣政府（99 年 12 月 25 日改制為高雄市政府）以其屬超限利用，乃依水土保持法第 22 條第 1 項規定，以 99 年 10 月 28 日府農保字第 0990282682 號函限原告應於 100 年 1 月 31 日前完成改正，將農作物移除改行造林。嗣被告於 100 年 4 月 28 日派員至現場勘查結果，發現系爭土地上仍種植梅子樹而作農業經營使用，並未在指定期限內改正，違規面積約 0.8 公頃，核已違反水土保持法第 22 條第 1 項規定，乃依同法第 33 條第 1 項第 1 款規定，以 100 年 5 月 17 日高市府四維水保字第 1000050765 號函附裁處書處以原告新臺幣（下同）8 萬元罰鍰，原告不服，提起訴願，經遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟。

說明:原告為系爭土地之所有人，屬水土保持法第 4 條所稱之水土保持義務人，其在經查定為宜林地之系爭土地上種植梅子樹，前經高雄縣政府以其屬超限利用，乃以 99 年 10 月 28 日府農保字 0990282682 號函限原告應於 100 年 1 月 31 日前完成改正，將農作物移除改行造林。嗣被告於 100 年 4 月 28 日派員至現場勘查結果，發現系爭土地上仍種植梅子樹而作農業經營使用，未在指定期限內改正，此有系爭土地登記查詢資料、現場會勘紀錄及照片附原處分卷可稽，且原告對於其仍在系爭土地種植梅子樹乙事，亦不否認，其超限利用之違規事實，至為明確。原告雖主張：83 年水土保持法頒布前，原住民族依「山坡地保育條例（65 年制定）」及「原住民保留地開發管理辦法（79 年制定）」為土地耕作使用。83 年水土保持法制定後，限縮原住民族對於原住民保留地之使用規範，影響原住民族生計，違反比例原則云云。惟查，水土保持法第 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。」由此觀之，水土保持法就立法體例，應係立於特別法之地位，僅水土保持法未規定時，始可適用其他法律。故水土保持法為山坡地保育利用條例法之特別法，應優先適用。而山坡地保育利用條例係於 65 年 4 月 29 日制定公布，其條文第 20 條規定：「山坡地未依土地可利用限度之規定使用者，由縣（市）主管機關通知使用人限期改正；逾期不改正者，依第 32 條之規定處罰・・・。」；另 75 年修正後第 16 條規定：「山坡地供農業使用者，應實施土地可利用限度分類，並由省（市）主管機關完成宜農、牧地、宜林地、加強保育地查定。土地經營人或使用人，不得超限利用。」第 25 條規定：「山坡地超限利用者，由直轄市、縣（市）主管機關通知使用人限期改正；逾期不改正者，依第 35 條之規定處罰・・・。」其禁止山坡地超限利用之規定，皆比 79 年 3 月 26 日訂定之原住民保留地開發管理辦法還早，至於原住民保留地開發管理辦法係依山坡地保育利用條例第 37 條規定訂定之，旨於山坡地範圍內山地保留地，輔導原住民開發並取得耕作權、地上權或承租權，故其有關水土保持部分，仍應受相關法令規範，並非水土保持法制定後限縮原住民族對於原住民保留地之使用規範，是原告上開主張，顯有誤解。又按山坡地經查定公告為宜林地者，即為應行造林、維持自然林木或植生覆蓋之土地，不宜作為農耕使用，如於宜林地種植果樹、檳榔、茶等農耕使用行為，均屬超限利用，此經農委會 86 年 2 月 12 日農林字第 86104478A 號函釋示有案。次查，系爭土地為宜林地，有農委會水土保

持局查定資料成果查詢附卷可稽，原告既為系爭土地之水土保持義務人，並經前高雄縣政府以 99 年 10 月 28 日府農保字第 0990282682 號函明確告知其在系爭土地種植梅子樹之行為已屬超限利用，並限期應於 100 年 1 月 31 日前完成改正，自應於期限前將農作物移除，改行造林，以避免山坡地之水土流失，造成災害，惟卻仍繼續種植梅子樹，原告就其行為有義務且有能力注意，卻未注意，難謂無過失。從而被告衡酌本件違規面積約 0.8 公頃，第 1 次違規，依據水土保持法第第 33 條第 1 項第 1 款規定暨高雄市政府處理違反水土保持法案件罰鍰裁罰基準處以原告 8 萬元罰鍰，於法並無違誤，原告主張被告依水土保持法裁罰原告，有過當之嫌云云，亦非可採。

（二）、公務人員選罷法

1.99 年度訴字第 130 號

原　　告　萬淑娟

被　　告　臺南市選舉委員會

代　表　人　謝世傑　主任委員

訴訟代理人　楊明澤

事實概要:緣原告係臺南縣轄區內居民，有意以西拉雅族身分參選 99 年臺南縣市合併改制為直轄市後（下稱改制後）之臺南市平地原住民市議員。其雖已依臺南縣政府為解決西拉雅族戶籍登記問題，函頒之「臺南縣辦理日據時期種族〝熟〞之縣民申請登記平地原住民作業要點」申請取得臺南縣新化戶政事務所函覆准其登記為平地原住民之書函，惟因原住民民族別認定辦法第 2 條未將西拉雅族明列其中，復因內政部修正戶政資訊系統原住民身分及民族別登記原住民族別代碼，刪除民族別選項之「其他」乙項，致原告無法於戶役政資訊系統以其他族別登記為原住民；原告因此對其是否得以平地原住民身分參選市議員，仍有疑義，乃於 98 年 12 月 2 日具函請求合併前之臺南縣選舉委員會確認。臺南縣選舉委員會援用行政院原住民族委員會 98 年 7 月 24 日原民企字第 0980035198 號函文：「中央選舉委員會辦理原住民選舉事務，有涉及原住民身分之認定，應以戶籍謄本之記載為準，至臺南縣戶政機關以紙本登記（非戶役政系統登記）並註記為平地原住民身分或其他族別之文件，均不得作為具有原住民身分之證明文件，即持有上開文件者，依法尚未取得原住民身分。」答覆原告應俟選舉公告發布後，候選人登記期間內，如原告已於選舉區內繼續居住期間 4 個月以上，且繳送之戶籍謄本資料記載具有平地原住民身分，則具備平地原住民候選人資格。原告認為臺南縣選舉委員會未具體答覆，使其是否具有 99 年改制後臺南市平地原住民市議員候選人資格，法律上地位陷於不明確，乃提起本件行政訴訟。

主旨:爭點首在於有權認定原告是否具備平地原住民市議員參選資格之機關應為被告或是中央選舉委員會？原告有無提起本件確認訴訟之即受確認判決之法律上利益？

說明:

（一）按「・・・確認公法上法律關係成立或不成立之訴訟，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之。・・　・」行政訴訟法第 6 條第 1 項前段定有明文。所謂有即受確認判決之法律上利益，係指原告之權利或法律上利益，原告主觀上認其在法律上之地位有不安之狀態存在，且此種不安之狀態，能以確認判決將之除去者而言，若縱經法院判決確認，亦不能除去其不安之狀態者，即難認有受確認判決之法律上利益。

（二）次按「・・・直轄市議員、・・・選舉，由中央選舉委員會主管，並指揮、監督直

轄市・・・選舉委員會辦理之。」「各種公職人員選舉候選人資格，應由主管選舉委員會審定公告。」公職人員選舉罷免法（下稱選罷法）第 7 條第 1 項、第 34 條第 1 項分別定有明文。準此可知，有權審定直轄市市議員候選人資格之主管選舉委員會應為中央選舉委員會；被告祇是受中央選舉委員會指揮監督辦理改制後臺南（直轄）市市議員選舉之機關，並無審定原告是否具有 99 年改制後直轄市原住民市議員候選人資格之權限，原告引據選罷法第 7 條第 1 項主張被告有本件候選人資格之審定權，應屬誤會。

（三）原告雖引選罷法施行細則第 4 條第 1 項第 3 款規定：「各級選舉委員會依本法第 7 條規定辦理選舉時，其主辦之選舉委員會區分如下：三、直轄市議員、直轄市長選舉，由直轄市選舉委員會主辦，受中央選舉委員會指揮、監督。」及臺南市選舉委員會辦事細則（下稱辦事細則）第 6 條第 6 款規定：「第一組掌理下列事項：・・・六、立法委員區域、原住民、直轄市議員、直轄市長、里長選舉候選人登記之受理及資格審查。」主張被告為直轄市市議員選舉候選人資格審定之法定權責機關云云。然查，選罷法關於選舉罷免事務，係分由主管選舉委員會與主辦選舉委員會負責，此除有前引選罷法第 7 條第 1 項、第 34 條第 1 項將直轄市議員選舉之候選人資格之審定公告規定由主管選舉委員會即中央選舉委員會為之之法條可參外，另由選罷法施行細則第 18 條：「本法第 29 條（候選人登記之撤銷、當選無效之訴之提起）所定之選舉委員會，為主管選舉委員會・・・。」第 25 條：「本法第 41 條第 1 項（競選經費最高限額）所定之選舉委員會，為主管選舉委員會。」第 27 條：「本法第 43 條第 3 項及第 6 項（補貼競選費用）所定之選舉委員會，為主辦選舉委員會。」第 28 條：「本法第 47 條第 5 項（政見內容違反第 55 條規定之通知）所定之通知，由主辦選舉委員會為之。」第 45 條：「公職人員之罷免案，應向本法第 7 條所定之主管選舉委員會提出之。」第 47 條第 3 項：「本法第 79 條第 2 項（罷免案提議人名冊之補正）所定之選舉委員會為主管選舉委員會。」第 48 條：「本法第 80 條第 3 項（罷免案連署人名冊）所定之選舉委員會為主辦選舉委員會。・・・」第 52 條：「本法第 120 條（當選無效之訴之提起）及第 121 條第 1 項（資格不合當選無效之訴）所定之選舉委員會為主管選舉委員會。」等規定，亦可知選罷法及其施行細則關於主管選舉委員會及主辦選舉委員會之權責劃分規定甚為明確。原告引用選罷法施行細則第 4 條第 1 項第 3 款規定，顯係對主辦機關與主管機關未予釐清所生之誤解，自不足採。至辦事細則係被告為辦理選舉罷免事務就其機關內部工作項目分配所定之行政規則，不能牴觸上位階之選罷法及其施行細則；其中辦事細則第 6 條第 6 款所稱臺南市區域立法、原住民、直轄市議員、直轄市長等選舉候選人資格審查，經核祇是被告身為受理登記機關，於受理各該候選人登記後送請主管選舉委員會審定前，基於下屬分工所為之內部審查作業而已，此對照同條第 7 款被告對其主管之里長選舉之里長候選人資格係以「審定」稱之，明顯不同，足見被告不因辦事細則第 6 條第 6 款而取得直轄市市議員候選人資格之審定權限。因此直轄市議員候選人資格審查之權責機關究為主管選舉委員會即中央選舉委員會或主辦選舉委員會即被告，自應回歸選罷法及其施行細則之規定認定，是本件亦難以辦事細則第 6 條第 6 款認定被告具有有審定原告是否具備 99 年改制後臺南市平地原住民市議員候選人資格之權限。

（四）原告雖又以司法院釋字第 546 號之聲請案例（即最高行政法院 89 年度判字第 1356 號判決）事實乃該案原告於 87 年 10 月 21 日向該案被告即桃園縣選舉委員會申請登記為第 4 屆立法委員候選人，經該案被告以其具學生身分，違反當時之選罷法第 35 條第 1 項第 2 款規定為由，拒絕受理其登記為據，主張其以被告為對造當事人提起本件確認訴訟並無違誤云云。然查，上開案例係發生於 87 年間，而當時有效施行之 86 年 6 月 18 日公布施行之選罷法，固亦分別於第 7 條第 1 項、第 11 條第 3 款規定：「中央公職人員、省（市）議員及省（市）長選舉，由中央選舉委員會主管，並指揮、監督各級選舉委員會辦理之。」「各級選舉委員會分別掌理左列事項：三、候選人資格之審定事項。」然並無如同現行選罷法於第 34 條第 1 項明定「各種公職人員選舉候選人資格，應由主管選舉委員會審定公告」，而係於當時之選罷法施行細則第 31 條第 6 項規定「表件不全或不符規定者，受理登記機關應拒絕受理其登記之申請。」是上開案例應適用之法規與現行法迥異，自不能比附援引。況自原告提出之新化戶政事務所依據臺南縣政府函頒「臺南縣辦理日據時期種族〝熟〞之縣民申請登記平地原住民作業要點」以 98 年 5 月 27 日南縣化戶字第 0980000887 號函發給原告准其登記為平地原住民之書函中，業已載明：「有關平地原住民之參政權、公民權之爭議，最後須由中央選舉委員會決定，・・・。」（見本院卷第 13 頁），原告復以被告應為有權審定直轄市市議員候選人身分之權限機關資為爭議，洵非可取。

（五）因此，被告既無審定原告是否具備平地原住民市議員候選人資格之權限，原告對之

提起本件確認訴訟，縱經判決，因判決效力不及於中央選舉委員會，中央選舉委員會不受拘束，則原告能否以平地原住民身分參選 99 年改制後臺南市市議員選舉之爭議仍無法藉由本件確認判決獲得解決。原告提起本件確認訴訟之目的既無法因本案而達成，與行政訴訟法第 6 條即受確認判決之法律上利益要件不符。

（六）至原告聲請本院命中央選舉委員會及原民會輔助參加被告訴訟，及聲請本院裁定停止訴訟，聲請司法院大法官會議解釋原住民身分法第 2 條是否合憲一節，因本件原告欠缺即受確認判決之法律上利益，已如前述，該法條是否合憲所涉之實體爭議，本院即無審酌之必要，亦無命中央選舉委員會及原民會輔助參加被告訴訟之必要，併予駁回。

（三）、山坡地保育利用條例

1.97 年度訴字第 573 號

原　　告　董信安

訴訟代理人　湯瑞科　律師

被　　告　屏東縣獅子鄉公所

代　表　人　侯金助　鄉長

訴訟代理人　洪條根　律師

事實概要:緣原告以其在坐落屏東縣獅子鄉外獅段（下稱外獅段）166、166-1 及 166-2 地號 3 筆原住民保留地（下稱系爭土地）耕作，因民國 96 年柯羅莎颱風侵襲造成農作損害，於 96 年 10 月 16 日委由訴外人黃振龍向被告申請農業天然災害現金救助。經被告於 96 年 10 月 31 日派員初勘及於 96 年 11 月 17 日進行複勘。嗣屏東縣政府促請被告陳報該鄉申辦柯羅莎颱風天然災害現金救助統計表，經被告於 96 年 11 月 22 日以獅鄉觀農字第 0960010401 號函報獅子鄉 96 年柯羅莎颱風農業天然災害現金救助統計表（統計表含原告在內）。惟被告以原告未補正身分證件及其他合法之耕作證明，未核發原告災害救助金。原告向被告及屏東縣政府陳情後，被告以 97 年 1 月 24 日獅鄉觀農字第 0970000457 號函復原告，否准所請。原告不服，提起訴願，經遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟。

主旨:原告是否為適格之申請人？其申請是否有已逾期限？

說明:

（一）按「本辦法所稱天然災害，係指因颱風、焚風，豪雨、窪雨、冰雹、寒流或地農所造成之災害。前項以外之天然災害發生且有救助之必要時，得由中央主管機關專案認定之。」「本辦法救助對象，係指實際從事農、林、漁、牧生產之自然人。」「前項救助對象，有下列情形之一者，不予救助：一、經營農、林、漁、牧業依有關法令應辦理登記或核准而未辦理者。二、使用土地、水源及設施，不符有關法令規定。」分別為農業天然災害救助辦法第 4 條、第 5 條第 1 項、第 2 項第 1 款及第 2 款定有明文。又「農業天然災害救助辦法之救助對象指實際從事農、林、漁、牧之自然人，故宜對土地經營權者給予救助，而此一土地土地經營權除因擁有土地所有權而隨之取得外，餘以因經營租賃關係或委託經營方式而取得合法經營權者為限，並且經營權在存續或有效期間。」亦經農糧署 96 年 12 月 24 日農糧企字第 0961023230 號函釋在案。揆諸函釋核屬執行農業天然災害辦法第 5 條所為之解釋，並未增加該條所無之限制，且與該條規定意旨相符，自得予以援用。揆諸上開函釋可知請求農業天然災害救助之適格者，除土地所有權人外，尚包括經營租賃及委託經營而取得合法經營權之人。

（二）次按山坡地保育利用條例第 37 條規定：「山坡地範圍內山地保留地，輔導原住民開發並取得耕作權、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，以原住民為限；其開發管理辦法，由行政院定之。」另按「原住民取得原住民保留地之耕作權、地上權、承租權或無償使用權，除繼承或贈與於得為繼承之原住民、原受配戶內之原住民或三親等內之原住民外，不得轉讓或出租。前項原住民保留地，原住民為擴大經營面積或便利農業經營，得經直轄市、縣（市）主管機關核准後交換使用，並辦理權利變更登記。」「原住民違反前條第 1 項規定者，除得由鄉（鎮、市、區）公所收回原住民保留地外，應依下列規定處理之：一、已為耕作權或地上權登記者，訴請法院塗銷登記。二、租用或無償使用者，終止其契約。」為原住民保留地開發管理辦法第 15 條及第 16 條所明定。首揭原住民保留地開發管理辦法係依山坡地保育利用條例第 37 條授權訂定，而依前揭山坡地保育利用條例第 37 條之規定僅限制原住民取得原住民保留地「所有權」移轉，並未規定原住民「取得」原住民保留地之耕作權、地上權、承租權或無償使用權之轉讓或出租之限制，亦未明定原住民保留地所有權人取得所有權後，將其耕作權、地上權或承租權之轉讓或使用之限制。從而，原住民保留地開發辦法第 15 條之規定，應僅指原住民原來「取得」原住民保留地之耕作權、地上權、承租權或無償使用權後之轉讓或出租行為，尚非限制原住民取得原住民保留地「所有權」後，轉讓或出租耕作權、地上權、承租權或無償使用權部分。

（三）經查，本件原告以其在訴外人郭貴花所有系爭原住民保留地耕作，因 96 年柯羅莎颱風侵襲造成農作損害，原告於 96 年 10 月 16 日委由訴外人黃振龍向被告申請農業天然災害現金救助，嗣經被告於 96 年 10 月 31 日派員初勘，並於 96 年 11 月 17 日再派員複勘，複堪結果受災損失率均達 20%以上，符合現金救助標準，被告乃將系爭款項列入現金救助名冊及統計表，經被告以 96 年 11 月 22 日獅鄉觀農字第 0960010401 號函屏東縣政府，復經農委會 96 年 12 月 3 日農授糧字第 0961041436 號函同意核發在案等情，有原告申請表、系爭土地之土地登記第二類謄本、被告 96 年 11 月 22 日獅鄉觀農字第 0960010401 號函、農委會 96 年 12 月 3 日農授糧字第 0961041436 號函暨現金救助名冊及行政院農量署補助款撥款單附於原處分卷可稽，堪信為真實。足見被告於 96 年 10 月 31 日確實派員初勘，並於 96 年 11 月 17 日再派員複勘，複堪結果受災損失率均達 20%以上。又查，系爭土地係所有權人郭貴花於 91 年 1 月 14 日出具同意書同意將系爭土地抵押予原告，並同意將系爭土地、使用及地上農作物耕作管理一併歸予原告。另依郭貴花於 96 年 12 月 19 日在被告秘書室受訪談紀錄陳稱，目前抵押給董信安，因為經濟困難予以抵押董信安・・・；系爭土地自抵押後由董信安負責耕作並請工人現場耕作及管理；我是同意將系爭土地租賃給董信安等語；原告訴訟代理人於本院 98 年 6 月 16 日準備程序亦陳稱，郭貴花係原所有權人向原告借款設定抵押權，以借款利息抵租金讓原告使用土地，同意原告種植，原告係承租人給付租金使用土地等語，此並有同意書、土地登記第二類謄本、郭貴花之訪談紀錄及本院 98 年 6 月 16 日準備程序筆錄附卷可憑。足證系爭土地係土地所有權人郭貴花抵押予原告，並同意由原告負責耕種，原告為實際耕種人，而有請求農業天然災害救助之權利，且亦不違反原住民保留地開發管理辦法第 15 條或第 18 條之規定。至被告抗辯原告之受託人即訴外人黃振龍曾主張自己為現耕人云云。然查，訴外人黃振龍於 98 年 7 月 14 日在本院準備程序證稱，其以原告名義提出本件申請案，並非以黃振龍名義申請等語，有本院 98 年 7 月 14 日準備程序筆錄附於本院卷可稽，且觀之被告於 96 年 11 月 22 日函送屏東縣政府「柯羅莎颱風現金救助統計表（詳報）」、農委會 96 年 12 月 3 日農授糧字第 0961041436 號函附備查之救助名冊，亦載明應受補助人為「董信安（即原告）」，被告倘認訴外人黃振龍為現耕人，何以在上揭報表記載應受補助人為原告，被告此部分之抗辯，尚無可採。

（四）又按「本辦法所稱主管機關：在中央為行政院農業委員會；在直轄市為直轄市政府；在縣(市)為縣(市)政府。」「農業天然災害現金救助之作業程序及辦理期限如下：一、農民應於中央主管機關公告救助地區日翌日起 10 日內填具申請表，向受災地鄉（鎮、市、區）公所提出申請，必要時得邀請當地農、漁會協助，逾期不予受理。二、各鄉（鎮、市、區）公所應於公告救助地區日翌日起 30 日內完成勘查，並填具申請救助統計表層報直轄市或縣（市）主管機關。三、直轄市或縣（市）主管機關應於接到鄉（鎮、市、區）公所申報日翌日起 7 日內完成轄區鄉（鎮、市、區）公所申請案件之抽查，並填具申請救助統計表，報請中央主管機關辦理。四、中央主管機關應於接到直轄市或縣（市）主管機關申報救助日翌日起 7 日內完成申請案件之審核，並應將核定之現金救助款逕撥直轄市或縣（市）主管機關，轉由鄉（鎮、市、區）公所或委託農、漁會發放。」農業天然災害救助辦法第 2 條及第 12 條第 1 項分別規定甚明。可知農業天然災害現金

救助流程須經鄉（鎮、市、區）公所「受理」、直轄市或縣（市）主管機關「抽查」及農委會「審核」，並前階段審查通過才會啟動次階段之審查，且如經最終審查機關行政院農業委員會「審核」通過後，鄉（鎮、市、區）公所僅單純係發放補償金之「執行機關」，鄉（鎮、市、區）公所並無權限決定是否發放。本件原告於 96 年 10 月 16 日委由訴外人黃振龍向被告申請農業天然災害現金救助，被告並已將原告受災情形載於其所製作之救助統計表，分別經屏東縣政府及農委會「審核」通過，並經農委會發放補償金 214,000 元置於被告處等情，有原告申請表、被告 96 年 11 月 22 日獅鄉觀農字第 0960010401 號函及農委會 96 年 12 月 3 日農授糧字第 0961041436 號函暨現金救助名冊附於原處分卷足稽。又查，被告訴訟代理人於本院 98 年 2 月 17 日行準備程序陳稱：「・・・經農委會核撥救助金 21 萬 4 千元・・・」「補助金現在還在被告機關」等語。據此，被告係已於農委會公告申報期間（96 年 10 月 13 日至同年月 22 日）內「受理」本件申請，並認本件申請合法始有後續之「勘查」並造冊送屏東縣政府，則被告再以原告申請證件不備（包括未附委託書、欠缺國民身分證等），已逾申請期限，自有矛盾。且被告所主張期限有 96 年 10 月 22 日（被告 97 年 1 月 24 日獅鄉觀農字第 097000457 號函）、96 年 10 月 24 日（97 年 1 月 10 日獅鄉觀農字第 0970000366 號函）及 96 年 11 月 22 日（被告 97 年 8 月 5 日所提出之答辯狀），並不一致，益證被告主張原告申請已逾期限，亦無足採。況縱如被告所述被告所屬人員曾要求訴外人黃振龍限期於 96 年 10 月 25 日前補送國民身分證等證件，被告不另予通知等語，惟因原告於農委會公告申報期間向被告申請本件補助，雖原告 96 年 10 月 16 日委由訴外人黃振龍向被告申請時，未具備完整資料，然被告業已「受理」並實際勘查受災情狀，事後並將原告受災情形載於其所製作之救助統計表，分別經屏東縣政府及農委會審核通過，並經農委會發放系爭補償金 214,000 元置於被告處，縱原告遲至 96 年 12 月間始補正（被告於 98 年 2 月 17 日在本院準備程序陳述在卷），然該瑕疵已因嗣後之補正而治癒。綜上所述，本件補助補償金之處分，係由農委會審核作成，尚非由被告作成補償金之處分，則被告對農委會「審核」通過之補助金，僅為「執行機關」，並無權限決定是否發放，業如前述，且農委會審查核准系爭補償金，亦無不合，被告自不得據此拒絕給付系爭補償金，故原告對此已經審認之系爭補償金 214,000 元，請求被告給付，符合農業天然災害救助辦法第 12 條之規定，為有理由。

（四）、營業稅法

1.97 年度訴字第 00952 號

原　　告　保證責任臺東縣新園原住民建築勞動合作社

代 表 人　王喜菊

輔 佐 人　王正榮

被　　告　財政部臺灣省南區國稅局

代 表 人　邱政茂　局長

訴訟代理人　謝春秀

顧為慧

王永富

事實概要:緣原告於民國 92 年 3 月至 95 年 10 月間銷售勞務，將應稅銷售額新臺幣（下同）422,192,375 元申報為免稅銷售額，涉嫌逃漏營業稅，經被告查獲並審理違章成立，除核定補徵營業稅 21,057,552 元外，並按所漏稅額處 2 倍之罰鍰計 42,115,100 元（計至百元止）。原告不服，申請復查，未獲變更。提起訴願，亦遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟。

主旨:依相關規定與行政機關之函釋，政府或公益團體委託代辦之業務，可僱用非社員勞力，亦

未限制原告僱用事務員與技術員之人數與資格，被告非合作社業務之主管機關，以原告僱用之事務員與技術員，非社員人數過多為由，認定原告不符原住民族工作權保障法第 8 條依法經營之要件，並無法律依據，且逾越權限；原告係信賴稽徵機關核課稅之核定，而申報免營業稅，被告自不應作不利於原告之處分；又與原告同樣情況之合作社未受相同處罰，故本件顯有違平等原則；況原告已行文主管機關陳報解散，並經主管機關公告、准予備查，依法即有效力，不容被告任意推翻而為課稅及處罰。

說明:

甲、補徵營業稅部分：

（一）按「營業人當期銷項稅額，扣減進項稅額後之餘額，為當期應納或溢付營業稅額。」「依本法第 4 章第 1 節規定計算稅額之營業人，於使用統一發票時，應區分應稅、零稅率或免稅分別開立，並於統一發票明細表課稅別欄註記。」為營業稅法第 15 條第 1 項及統一發票使用辦法第 8 條第 2 項所明定。次按「本法之保障對象為具有原住民身分者。」「政府應依原住民群體工作習性，輔導原住民設立各種性質之原住民合作社，以開發各項工作機會。」「第 1 項原住民合作社，指原住民社員超過該合作社社員總人數百分之 80 以上者。」「原住民合作社依法經營者，得免徵所得稅及營業稅。但自本法施行之日起 6 年內應免徵所得稅及營業稅。」「本法第 8 條所稱原住民合作社依法經營者，指依合作社法及其相關法令規定設立、經營，且原住民社員符合本法第 7 條第 3 項所定比率之合作社。前項原住民合作社依本法第 8 條但書規定免徵所得稅及營業稅期間，自中華民國 90 年 11 月 2 日起至中華民國 96 年 11 月 1 日止。」分別為原住民族工作權保障法第 2 條、第 7 條第 1 項、第 3 項、第 8 條及同法施行細則第 5 條第 1 項、第 2 項所規定。又按「合作社之種類及業務如左：‧‧‧5、勞動合作社：提供社員勞作及技術性勞務等業務。」「前項以外之合作社，除政府或公益團體委託代辦之業務外，應受左列限制：‧‧‧5、勞動合作社、運輸合作社不得僱用非社員勞力。」亦為合作社法第 3 條第 1 項第 5 款及第 3 條之 1 第 2 項第 5 款所規定。準此可知，設立原住民勞動合作社之宗旨，即在由無一定雇主之原住民勞動者，以共同經營方式組成專營性組織，藉共同向外承攬勞務，開發工作機會，提供原住民社員從事勞作及技術性勞務等業務，保障原住民之工作權。為達上述之立法目的，原住民族工作權保障法第 8 條更以免徵所得稅及營業稅為方法，鼓勵多成立原住民合作社。是參諸前揭原住民族工作權保障法及合作社法相關之規定，原住民勞動合作社於承作政府或公益團體委託代辦之業務時，固不受合作社法第 3 條之 1 第 2 項第 5 款不得僱用非社員勞力之限制，而得僱用非社員勞力，惟其若欲享有原住民族工作權保障法第 8 條免繳所得稅及營業稅之優惠，則其僱用之勞力仍應以社員為主，否則前揭原住民族工作權保障法第 7 條及第 8 條透過租稅優惠，鼓勵成立原住民勞動合作社以保障原住民工作權之立法目的不僅無法達成，反會形成利用成立原住民合作社，並承作政府或公益團體委託代辦之業務，一方面可僱用非社員之勞力，另一方面其營業行為及所得卻得免稅之租稅不公，而此自非原住民族工作權保障法第 8 條關於租稅優惠規定之本旨。則原住民勞動合作社而非以社員為主要勞力來源之營業行為，依法即不合原住民族工作權保障法第 8 條所稱依法經營規定。

（二）經查，原告經營之業務為：1.承攬土木建築：水電、裝潢、塗漆、板模、空調、表面處理、鋼構設施。2.相關性工作：建築修繕、建築周邊綠化工程、建築棄土處置及回填、水下工程、勞務人力派遣。3.政府機關及民營企業與工程項目相關之顧問規劃、設計技術、施工委辦及委託提供勞務合作開發等業務。4.接受社員委託興建社員住宅或其他工程事務，並登記社員人數 44 人，原告以其原住民社員超過該合作社社員總人數 80％以上，設立原住民勞動合作社，於 92 年 2 月至 95 年 7 月間承攬工程計 114 件，依其 92 至 95 年申報之薪資扣繳人數分別為 148 人、844 人、1,012 人及 279 人，而其中 92 及 93 年僱用社員人數各為 1 人，94 年 7 人，95 年則未僱用社員，並於系爭期間將其銷售額 422,192,375 元申報為免稅銷售額等情，為兩造所不爭執，並有臺東縣政府 91 年 12 月 16 日合作社登記證、原告 92 年 4 月至 95 年 10 月之營業人銷售額與稅額申報書（彙總）、原告個人社員名冊、92 至 95 年度綜合所得稅 BAN 給付清單、原告僱用勞動人數分析表及補徵營業稅統計表附原處分卷可參，準此可見，原告於 92 年至 95 年間，其僱用非社員人數與社員人數比例懸殊，顯然違反前揭原住民勞動合作社成立宗旨，未符原住民族工作權保障法第 1 條所定，促進原住民就業，保障原住民工作權及經濟生活之立法目的。雖原告主張依內政部 96 年 9 月 3 日內授中社字第 0960026752 號函，其承辦政府或公益團體委託代辦之業務，

不受不得僱用非社員勞力之限制，亦未限制原告僱用事務員與技術員之人數與資格，被告並非主管機關，以原告僱用之事務員與技術員，非社員人員過多為由，認定原告不符原住民族工作權保障法第 8 條依法經營之要件，並無法律依據，且逾越權限云云。惟查，原告既依法成立原住民建築勞動合作社，本應依上開法律規定意旨，給予原住民社員工作機會；且原告輔佐人於本院 98 年 2 月 6 日準備程序時陳述：「原住民學習能力比較弱，聘任技術員是要完成技術上履約及提高社員競爭能力，以便日後社員能夠自己去解決。」另於 98 年 3 月 25 日言詞辯論時亦稱：「原告承接業務首先也會於社員中選任分派，但如社員中無此工作能力，乃聘用技術員，一方面藉能順利完成履約，一方面藉以訓練及帶動社員職技能力，冀早日習得專業職技能力，提高就業競爭能力，．．．．」「．．．承攬一個工程，當初也是認為可以承作，只是承作後發現有不能做到的地方，就必須尋求外面資源，來拉拔原住民的素質，立於平等地位。」等語，有前開準備程序及言詞辯論筆錄附本院卷可參，顯見原告應知該社成立宗旨在給與原住民社員工作機會，然而，原告 92 年 2 月至 95 年 7 月間承攬工程計 114 件，且其 92 至 95 年所申報之薪資扣繳人數分別為 148 人、844 人、1,012 人及 279 人，但原告於 92 及 93 年卻僅僱用社員人數各為 1 人，94 年 7 人，95 年則未僱用社員等情，已如前述，可知原告所承包之前揭工程，絕大部分均非其社員所能承作之業務。況原告所承攬工程中，如屏東縣恆春鎮 21 座公墓雜草樹木清除工程、屏東加工區圍籬修補工程等業務，係屬一般勞力工作，原告之社員應有能力承作；且原告所承攬之上開多項工程，亦與其合作社登記證所載業務範圍相同，然原告卻仍大量僱用非社員之員工，其僱用非社員比例過高之行為，明顯已違反該社成立宗旨，有違原住民族工作權保障法第 8 條給予免稅之立法目的，揆諸前揭法律規定及說明，原告 92 年 3 月至 95 年 10 間銷售勞務之行為，自不得適用原住民族工作權保障法第 8 條給予免稅之規定。至內政部 97 年 10 月 30 日內授中社字第 0970027042 號函釋，僅在說明「合作社法第 3 條之 1 第 2 項關於政府或公益團體委託代辦業務除外規定，目的在便於政府或公益團體得以委託合作社辦理其職權範圍內之業務，該業務是否委託合作社辦理或委託範圍為何，悉由政府或公益團體自行決定」；而內政部 96 年 8 月 3 日內授中社字第 0960026752 號函釋說明三內容，亦僅在闡明「有關原住民勞動合作社因社員無專業技能而無法勝任之工作，得依相關規定，由理事會聘任技術員，該等技術人員係屬合作社聘用之專業人技術人員，與合作社之社員有別」，並未明揭原住民勞動合作社在承接政府或公益團體委託代辦之業務或聘用事務員及技術員時，其雇之非社員勞力即可漫無限制，致違反原住民勞動合作社成立之宗旨與原住民族工作權保障法第 8 條給予免稅之立法目的。是原告上揭主張顯為推卸之詞，委無足取。

（三）又按「營業人除本法另有規定外，不論有無銷售額，應以每 2 月為 1 期，於次期開始 15 日內，填具規定格式之申報書，檢附退抵稅款及其他有關文件，向主管稽徵機關申報銷售額、應納或溢付營業稅額。其有應納營業稅額者，應先向公庫繳納後，檢同繳納收據一併申報。」「稅捐之核課期間，依左列規定：1.依法應由納稅義務人申報繳納之稅捐，已在規定期間內申報，且無故意以詐欺或其他不正當方法逃漏稅捐者，其核課期間為 5 年．．．。在前項核課期間內，經另發現應徵之稅捐者，仍應依法補徵或並予處罰，在核課期間內未經發現者，以後不得再補稅處罰。」分別為營業稅法第 35 條第 1 項、稅捐稽徵法第 21 條第 1 項第 1 款及第 2 項所明定。如上所述，原告 92 年 3 月至 95 年 10 月所僱用非社員比例過高之行為，明顯已違反該社成立宗旨，有違原住民族工作權保障法之立法目的，自不得適用該法第 8 條給予免稅之規定，原告自應依上揭營業稅法規定核實申報，不得以被告未發現其申報錯誤，即謂被告已核認其申報內容為合法。且租稅之核課及免除決定，為具有確認性質之行政處分，亦即確認符合課稅法定要件之稅額或免徵之法定要件，其本身並非創設權利，因課稅要件之成立或減免係依據法律規定而成立或減免，則被告核認原告並無原住民族工作權保障法第 8 條給予免稅規定之適用，而為補徵稅捐處分，於法並無不合；否則，稅捐稽徵法第 21 條之規定恐將淪為具文，而無適用之餘地（最高行政法院 94 年度判字第 1605 號判決參照）。原告主張因信賴稅捐機關核課之稅額，並據以申報銷售額與稅額，被告不應作不利於原告之處分云云，尚無可採。

（四）另原告雖主張與原告同樣情況之合作社未受相同處罰，顯有違平等原則云云。然「不法者」不得主張平等權之保護，而免其應受法律上之制裁，因「不法者」若可主張平等權，而要求行政機關應比照其他同樣「不法者」（未受處罰之人）相同之對待，不啻是讓行政機關違法，是人民於此更無主張「不法平等」的權利。則原告上開爭執，縱然屬實，無非係主張不法平等，仍難採為有利原告之論據。準此，原告 92 年僱用員工 148 人，其中僅 1 人為社員；93 年僱用員工 844 人，其中僅 1 人為社員；94 年度僱用員工 1,012 人，其中僅 7 人為社員；95 年度僱用員

工 279 人，並未僱用社員。其所僱用非社員人數與社員人數比例懸殊，顯然違反上揭原住民勞動社成立宗旨，未符原住民族工作權保障法第 1 條所定促進原住民就業，保障原住民工作權及經濟生活之立法目的，自無適用原住民族工作權保障法第 8 條予以免稅之規定。

（五）末按解散之合作社於清算完結應將表冊提請社員大會承認後，依合作社法第 65 條規定，尚須向主管機關登記備查，惟向主管機關登記，僅為備案性質，是否發生清算完結之效果，應視是否完成合法清算而定，若尚未完成合法清算，縱經主管機關為准予清算完結之備查，仍不生清算完結之效果。再按合作社法第 61 條規定，清算人之職務為了結現務、收取債權、清算債務、分派賸餘財產。合作社法第 64 條更規定，清算人於就任後 15 日內，應以公告方法，催告債權人限期（不得少於 15 日）報明債權，對於所明知之債權人，並分別通知。本件原告固經臺東縣政府以 96 年 7 月 26 日府社行字第 09600567174 號函同意備查其申請清算登記，並檢發合作社清算登記證及註銷公告，固有上開函文及公告附原處分卷可稽，惟查，原告係於 96 年 7 月 8 日召開社員大會選任清算人，清算人於 96 年 7 月 20 日就任，並於同日即提出清算終了報告書等情，此有臺東縣政府 97 年 4 月 22 日府社行字第 0970033088 號函所檢送原告 95 年度第 1 次社員大會會議紀錄、合作社清算人就任報告書、合作社清算終了報告書等附原處分卷可參，準此可知，原告並未依合作社法第 64 條規定，於清算人就任後 15 日內，以公告方式，催告債權人限期報明債權，並分別通知明知之債權人，尚難認其已踐行合法清算程序，揆諸前開說明，自難認其法人人格業已消滅，原告就未繳清之稅捐仍有繳納之義務。是原告主張其已解散，並報主管機關核准備查且經公告，依法即有效力乙節，並不足採。則被告以原告並無適用原住民族工作權保障法第 8 條免稅之規定，核定補徵營業稅額 21,057,552 元，即無違誤。

乙、罰鍰部分：

按「納稅義務人，有左列情形之一者，除追繳稅款外，按所漏稅額處 1 倍至 10 倍罰鍰，並得停止其營業：．．．7.其他有漏稅事實者。」為營業稅法第 51 條第 7 款所明定。經查，本件原告 92 年 3 月至 95 年 10 月銷售勞務，不符原住民族工作權保障法第 8 條免徵營業稅規定之適用，卻將應稅銷售額 422,192,375 元申報為免稅銷售額，已如前述，並有原告 92 年至 95 年營業人銷售額與稅額申報書附原處分卷可憑。又如前述，原告明知該社成立主要宗旨在給予原住民社員工作機會，卻仍承包絕大部分為其社員無法承作之業務，並大量僱用非社員之員工。原告既為從事營業活動之營業人，在投入營業活動之前，應先知悉其所從事之行業，是否符合適用營業稅免稅之要件，原告未正確了解即投入營業活動，而將應稅銷售額 422,192,375 元申報為免稅銷售額，顯有過失，則被告依上開法律規定，按所漏稅額 21,057,552 元處 2 倍之罰鍰計 42,115,100 元（計至百元止），核無不合。

（五）、政府採購法

1.97 年度訴字第 507 號

原　　告　林永隆即大盈成工程行

被　　告　交通部公路總局第五區養護工程處

代 表 人　伍振男　處長

訴訟代理人　陳振榮律師

　　蔡碧仲律師

複 代理人　陳怡禎律師

事實概要:緣原告參與被告辦理之「97 年度阿里山工務段 169 線 21K+923～51K+600 路肩割草及邊溝積土雜草清除（預估）」採購案（採購預算金額新台幣《下同》6,040,021 元，下稱系爭採購案),因不服被告依政府採購法第 22 條第 1 項第 12 款採限制性招標限定投標廠商資格為政府立案之原住民勞動合作社，經向被告異議，復不服被告民國 97 年 1 月 29 日五工養字第 09701000560 號函之異議處理結果，遂向行政院公共工程委員會（下稱公共工程會）提起申訴，亦遭審議判斷駁回，遂提起本件行政訴訟（系爭採購案 97 年 1 月 22 日決標結果係由訴外人有限責任高雄縣楠梓仙溪原住民園藝勞動合作社得標）。

主旨:本件所應審究者為原處分即被告就系爭採購案採取限制性招標限定投標廠商資格為政府立案之原住民勞動合作社之處分是否符合政府採購法第 22 條第 1 項第 2 款之規定？

說明:

（一）按「機關辦理公告金額以上之採購，符合下列情形之一者，得採限制性招標：．．一二、購買身心障礙者、原住民或受刑人個人、身心障礙福利機構、政府立案之原住民團體、監獄工場、慈善機構所提供之非營利產品或勞務。」固為政府採購法第 22 條第 1 項第 12 款所規定。惟按「（第 1 項）採購之招標方式，分為公開招標、選擇性招標及限制性招標。（第 2 項）本法所稱公開招標，指以公告方式邀請不特定廠商投標。（第 3 項）本法所稱選擇性招標，指以公告方式預先依一定資格條件辦理廠商資格審查後，再行邀請符合資格之廠商投標。（第 4 項）本法所稱限制性招標，指不經公告程序，邀請 2 家以上廠商比價或僅邀請 1 家廠商議價。」「機關辦理公告金額以上之採購，除依第 20 條及第 22 條辦理者外，應公開招標。」則為同法第 18 條、第 19 條所明定。準此可知，機關辦理公告金額以上之採購，除符合政府採購法第 20 條及第 22 條之選擇性招標及限制性招標要件外，應採取公開招標，辦理採購機關於上開範圍以外，並無裁量餘地。機關辦理採購如不符合政府採購法第 22 條之規定，卻採取限制性招標，規避政府採購法第 19 條公開招標之適用，則其採取限制性招標限定廠商資格之決定即屬違法。因此，本件應探討者，為被告依政府採購法第 22 條第 1 項第 12 款採取限制性招標，是否合法？

而被告主張系爭採購案得採取如上述之限制性招標無非以：系爭採購案之履約地點位於嘉義縣阿里山鄉原住民地區,被告本於踐行原住民工作權保障法第 1 條促進原住民工作權之立法目的，並基於原住民立法委員之要求，依公共工程會 91 年 9 月 2 日工程企字第 09100377770 號函釋有關對於機關以身心障礙者、原住民或受刑人個人為採購對象，且採購其自製、加工或提供智慧或勞力之產品或勞務，如係扶助弱勢者，以培養或維持其基本生活之目的者，即可認為符合政府採購法第 22 條第 1 項第 12 款「非營利」之規定，而不以廠商應否課徵營業稅及營利事業所得稅為判斷標準之意旨，因而對系爭採購案採取限制性招標，並無不合等語，資為論據。

（二）查，87 年 5 月 27 日制定公布之政府採購法第 22 條第 1 項第 12 款立法過程，行政院提案條文為：「購買殘障、慈善機構或受刑人之產品或勞務。」嗣經立法院審查結果，認為上開條文應及於原住民，並為防範濫用上開名義參與限制性招標，爰修正為「購買殘障、原住民、慈善機構或受刑人所提供之非營利性產品或勞務。」其後，於 91 年 2 月 6 日為配合身心障礙者保護法之用詞更改「殘障」乙詞並增訂得為採購對象之個人、機構或團體，上開條文復修正公布為：「購買身心障礙者、原住民或受刑人個人、身心障礙福利機構、政府立案之原住民團體、監獄工場、慈善機構所提供之非營利產品或勞務。」（即現行條文）。是政府採購法第 22 條第 1 項第 12 款限制性招標之要件，並非僅以廠商之身分為判定標準，申言之，並非凡是向身心障礙者、原住民或受刑人個人、身心障礙福利機構、政府立案之原住民團體、監獄工場、慈善機構者購買產品或勞務者，即得採取限制性招標，上述條文尚加上以購買具備該等身分者之「非營利」產品或勞務為框架，始得採取限制性招標。而是否屬於營利性質之產品或勞務，應視採購案所欲採購之產品或勞務，是否屬於提供該產品或勞務之廠商之營利行為；而是否為營利行為除斟酌廠商之身份性質外，尚應視採購之內容而定；上開條文並無僅以採購廠商之身分為唯一適用標準之意，否則立法過程毋需加上「非營利」之要件。蓋以身心障礙者、原住民個人、政府立案之原住民團體為例，渠等亦可從事一般營利行為，未能一概而論。同一採購產品或勞務案件，不會因為向上開個人、機構、團體採購即為屬非營利性質，惟如改成向其他廠商採購就變成是營利性質，政府採購法第 22 條第 1 項第 12 款文義甚明。

（三）再者，政府採購法第 22 條第 1 項第 12 款規定之採購對象包括身心障礙者、原住民或受刑人個人、身心障礙福利機構、政府立案之原住民團體、監獄工場、慈善機構，並未獨厚於原住民團體。且條文係指購買「政府立案之原住民團體」所提供之「非營利」產品或勞務，並非規定購買「原住民合作社」之產品或勞務；申言之「政府立案之原住民團體」至少需相當於身心障礙者福利機構、慈善機構、監獄工場等具有社會公益性質之團體而言，並非指為「原住民合作社」。政府採購法第 22 條第 1 項第 12 款之規定並非專為扶助原住民合作社之保障性立法，與原住民工作權保障法之立法目的並非相同。依原住民工作權保障法（90 年 10 月 31 日公布施行）第 7 條規定：「（第 1 項）政府應依原住民群體工作習性，輔導原住民設立各種性質之原住民合作社，以開發各項工作機會。（第 2 項）原住民合作社之籌設、社員之培訓及營運發展等事項，應由各目的事業主管機關輔導辦理；其輔導辦法，由中央各相關目的事業主管機關會同中央主管機關定之。（第 3 項）第 1 項原住民合作社，指原住民社員超過該合作社社員總人數百分之 80 以上者。…」第 8 條：「原住民合作社依法經營者，得免徵所得稅及營業稅。但自本法施行之日起 6 年內應免徵所得稅及營業稅。」第 11 條：「各級政府機關、公立學校及公營事業機構，辦理位於原住民地區未達政府採購法公告金額之採購，應由原住民個人、機構、法人或團體承包。但原住民個人、機構、法人或團體無法承包者，不在此限。」及其施行細則第 5 條：「（第 1 項）本法第 8 條所稱原住民合作社依法經營者，指依合作社法及其相關法令規定設立、經營，且原住民社員符合本法第 7 條第 3 項所定比率之合作社。（第 2 項）前項原住民合作社依本法第 8 但書規定免徵所得稅及營業稅期間，自中華民國 90 年 11 月 2 日起至中華民國 96 年 11 月 1 日止。（第 3 項）第 1 項原住民合作社設立後，因社員出社、退社、除名或新社員之加入，致原住民社員人數未達本法第 7 條第 3 項所定比率者，應繳納未達比率月份之所得稅及營業稅。（第 4 項）前項應繳納之所得稅，應以當年度所得額依規定稅率計算之稅額為準，按未達比率月份占全年之比例計算之。」第 8 條第 1 項：「本法第 11 條所稱原住民機構、法人或團體，指經政府立案，其負責人為原住民，且原住民社員、會員、理監事、董監事及股東之人數，達百分之 80 以上，經所在地直轄市、縣(市)主管機關證明者。但原住民合作社依本法第 7 條第 3 項規定認定之。」及原住民合作社輔導考核及獎勵辦法第 6 條：「原住民合作社應依合作社法規定召開會議並製作下列報表，報請合作社主管機關查核或備查，並報原住民事務主管機關及目的事業主管機關備查：一、營業收支月報表。二、年度業務報告：包括資產負債表、損益計算表、財產目錄及盈餘分配表。」等規定觀之，可知原住民合作社並非等同於原住民機構、法人或團體，實則前者祇是後者其中一種類型甚明；參以合作社法第 1 條：「本法所稱合作社，謂依平等原則，在互助組織之基礎上，以共同經營方法謀社員經濟之利益與生活之改善，而其社員人數及股金總額均可變動之團體。」第 2 條：「合作社為法人。」第 3 條：「合作社之種類及業務如左：合作社之種類及業務如左：一、生產合作社：經營各種生產、加工及製造之全部或一部分業務。二、運銷合作社：經營產品之運銷業務。三、供給合作社：提供社員生產所需原料、機具及資材等業務。四、利用合作社：購置生產、製造及儲銷等設備供社員生產上使用業務。五、勞動合作社：提供社員勞作及技術性勞務等業務。六、消費合作社：經營生活用品之銷售業務。・・・九、信用合作社：經營銀行業務。一〇、保險合作社：經營保險業務。・・・・。」第 4 條：「合作社之責任，分左列 3 種：一、有限責任，謂社員以其所認股額為限，負其責任。二、保證責任，謂社員以其所認股額及保證金額為限，負其責任。三、無限責任，謂合作社財產不足清償債務時，由社員連帶負其責任。」第 9 條之 1：「合作社章程，應記載左列事項：一、名稱。二、責任。三、社址。四、組織區域。五、經營業務種類。六、社股金額及其繳納或退還之規定。七、保證責任合作社社員之保證金額。八、社員之權利及義務。九、職員名額、權限及任期。一〇、營業年度起止日期。十一、盈餘處分及損失分擔之規定。一二、公積金及公益金之規定。一三、社員資格、入社、退社及除名之規定。一四、社務執行及理事、監事任免之規定。・・・・。」第 24 條：「合作社盈餘，除依前條規定提出外，其餘額之分配，以社員交易額之多寡為標準。前項餘額，經提出社員大會決議不予分配時，得移充社員增認股金或撥作公積金。」等規定，足知原住民合作社除就社員身分限制需有百分之 80 為原住民外，與一般合作社無異，均係由社員繳交社股金額共同經營一定業務以達到謀求社員經濟利益之一種法人組織。再從營業稅法第 8 條第 1 項第 10 款規定合作社除依法經營銷售與社員之貨物或勞務及政府委託其代辦之業務可免徵營業稅外，其餘銷售貨物或勞務均應課徵營業稅觀之，亦可得知原住民合作社因其經營之業務而有銷售貨物或勞務時，原則上需依所得稅法及營業稅法繳交營利事業所得稅及營業稅，祇是原住民工作權保障法第 8 條及其施行細則第 11 條為了達到鼓勵原住民設立合作社依法經營，特別明定給予免稅之優惠期間而已。此種得以誘導性租稅優惠措施鼓勵合作社成立之方式，於合作社法第 7 條：「合作社得免徵所得稅及營業稅。」亦見相同，所差別者，僅是有關原住民合作社係以法律明文具體化希望在所定優惠期間達到成

效，而後者尚無採取相同措施而已，除此之外，難謂原住民合作社與其他合作社有所不同。至於原住民工作權保障法第 11 條有關各級政府機關、公立學校及公營事業機構，辦理位於原住民地區「未達政府採購法公告金額」之採購，「應由」原住民個人、機構、法人或團體承包之規定，祇是更進一步之保障措施而已，其目的則係在保障原住民在上開範圍內具有採購案之承包權而已，即便如此，亦未因此否定其採購上開工程所具有之營利性質，進而具有憑此條文將政府採購法第 22 條第 1 項第 12 款推到無限適用之功能，以致於逾越該條文所設定之「非營利」性質之範圍。是原住民合作社因經營業務而有銷售貨物或勞務時非能一概以非營利行為視之，殆無疑義。又公共工程會 91 年 9 月 2 日工程企字第 09100377770 號函釋：「‧‧如何認定個人提供之產品或勞務屬『非營利』性質乙節，機關以身心障礙者、原住民或受刑人個人為採購對象，且採購其自製、加工或提供智慧或勞力之產品或勞務，如係扶助弱勢者，以培養或維持其基本生活之目的者，可認定為符合本法第 22 條第 1 項第 12 款之規定。」僅係針對採購對象係身心障礙者、原住民或受刑人「個人」之解釋，並因對上開個人採購之目的僅為培養或維持該個人基本生活為限度，因而認定在該範圍內之採購屬於「非營利」；是上開函釋並非針對「原住民合作社」所為之解釋，二者非能相提併論，自難比附援引。又公共工程會 91 年 4 月 24 日（91）工程人字第 91015217 號函訂「政府採購法涉及原住民相關福利措施之規定」第 1 條第 1 款：「一、依政府採購法（以下簡稱本法），機關對原住民所提供之工程、財物或勞務，可採行之採購方式如下：(一)依據本法第 22 條第 1 項第 12 款之規定，以議價或比價方式向原住民個人或政府立案之原住民團體（例如原住民勞動合作社）採購非營利產品或勞務，不必公開招標。本項優惠措施，其採購標的不包括工程。」之規定，其對政府採購法第 22 條第 1 項第 12 款所稱之原住民團體雖舉原住民勞動合作社為例，惟其設定之要件並非以此為限，尚必須是向該勞動合作社採購「非營利產品或勞務」為必要，故亦難以此規定導出祇要是向原住民勞動合作社採購產品或勞務，即不可問其採購之實質內容，即認為均屬「非營利產品或勞務」而均有政府採購法第 22 條第 1 項第 12 款之適用。故被告援引上開公共工程會之函釋主張其因系爭採購案之履約地點位於嘉義縣阿里山鄉原住民地區，為踐行原住民工作權保障法第 1 條促進原住民工作權之立法目的，並斟酌原住民立法委員之要求，即可以對系爭採購案採取如上所述之限制性招標云云，核係對法令之誤解，洵非可採。

（四）次查，從系爭採購案之內容觀察，其履約地點雖在嘉義縣阿里山鄉原住民地區，惟就位於原住民地區之政府採購案件，原住民工作權保障法第 11 條已明定屬於未達政府採購法公告金額之案件，應一律由原住民合作社承包，以障原住民之工作權，至於超過政府採購法公告金額以上之案件，則未予以特殊之保障，而是與其他人民平等對待，均得參與公開招標。尚難僅以系爭採購案係位在原住民地區，即謂有政府採購法第 22 條第 1 項第 12 款之適用。查系爭採購案為超過政府採購法公告金額以上之勞務採購案件，其預算金額高達 6,040,021 元，且有關公路路肩割草及邊溝積土雜草清除等勞務作業工作係屬政府機關包括被告在內應經常性辦理之採購，此觀原告提出之數則履約期限均在 97 年間，且預算金額均超過公告金額之招標及決標公告（預算金額在 100 萬元以上至 1 千 4 百萬元之間），其中屬於被告辦理者除本件以外，尚有 97 年 1 月 23 日開標之阿里山工務段台 18 線 64K＋000～96K＋453 路段、97 年 2 月 5 日決標之阿里山工務段 169 線 21K＋923～51K＋600 路肩路段、96 年 12 月 12 日決標之新化工務段台 86 線路肩、97 年 2 月 13 日決標之阿里山工務段台 18 線 64K＋000～96K＋453 路肩；此外，諸如交通部台灣區國道高速公路局南區工程處辦理之國道 1 號楠梓至高雄　段暨國道 10 號一般勞務作業工作、交通部公路總局第三區養護工程處辦理 97 年度縣道 199 線 0K＋000～29K＋500 及 199 甲 0K＋000～8K＋510 間路容整修工作、小林監工站轄內台 21 線路肩邊坡割草邊溝疏修工程、經濟部水利署第七河川局管理課美濃溪河道雜草清除計畫等等自明（詳見本院卷第 2 卷第 367 頁至第 378 頁）；參以系爭採購契約條款，（見本院卷第 1 卷第 247 頁至第 251 頁），核與一般採購營利性質之勞務承攬契約無異，並其施工預算表（見本院卷第 1 卷第 272 頁）亦包含營業稅在內；再從被告提出之得標廠商及其他參與投標之廠商（均屬原住民合作社）資料觀察，均屬辦有營業登記及應申報營業稅之銷售人，有各該營業登記證、營業稅繳款書及營業人銷售額與稅額申報書附本院卷（第 1 卷第 263 頁、第 264 頁、第 302 頁、第 309 頁、第 320 頁、第 321 頁、第 332 頁、第 333 頁、第 339 頁、第 350 頁、第 351 頁）可稽，再佐以系爭採購案得標廠商「有限責任高雄縣楠梓仙溪原住民園藝勞動合作社」之設立資料觀之，其係於 96 年 3 月 9 日經高雄縣政府府社行字第 0960054293 號函准設立，社員 30 人，登記經營業務為景觀工程業、園藝服務業、種苗業、造林業及清潔服務業，股金總額 600,000 元（已繳 500,000 元），卻承包系爭數百萬元之採購案件，且總計其 96 年、97 年間透過限制性招標方式承包類似性質之採購案金額合計高達千萬元，此外，尚有其他經公開招標得到之數件承攬案件，此有決標公告附本院卷（第 2 卷第 368 頁至第 378

頁）可資參照，則其顯係追求利潤為目的之營利事業甚為顯然。從而綜上各情，在在足見系爭採購案乃屬被告辦理之經常性勞務採購，此種採購對廠商而言屬於承攬勞務追求營業利潤之營利性質案件，並非僅以扶助弱勢而培養或維持其基本生活為限度之勞務承攬，並非政府採購法第 22 條第 1 項第 12 款所欲規範購買政府立案之原住民團體之非營利產品或勞務之採購類型，洵堪認定。被告以前詞主張其為保障原住民工作權，並基於原住民立法委員之要求，依公共工程會 91 年 9 月 2 日工程企字第 09100377770 號函釋採取限制性招標，合乎政府採購法第 22 條第 1 項第 12 款之規定云云，洵非可取。從而原處分有關採取限制性招標限定投標廠商資格為政府立案之原住民勞動合作社之處分即與政府採購法第 22 條第 1 項第 12 款規定不符，被告未採取公開招標而採取限制性招標即屬違法，原告訴請確認其違法，洵屬有據。

（五）又政府採購法第 85 條第 1 項、第 3 項規定審議判斷指明採購行為違反法令者，招標機關應另為適法之處置，廠商得向招標機關請求償付其準備投標、異議及申訴所支出之必要費用；行政法院以撤銷判決或確認判決，確認採購機關之採購行為違法，原處分機關及審議機關皆受判決結果拘束，不得再另為不同之判斷，其效力甚於審議判斷指明原採購行為違法之效力，廠商自得依政府採購法第 85 條第 3 項規定，請求採購機關償付所支出之必要費用（最高行政法院 97 年度判字第 976 號判決參照）。次按民法第 233 條第 1 項前段及第 203 條規定：遲延之債務，以支付金錢為標的者，債權人得請求依法定利率計算之遲延利息；應付利息之債務，其利率未經約定，亦無法律可據者，週年利率為 5%。本件原處分採取限制性招標限定廠商資格為原住民勞動合作社而未採取公開招標，既屬違法，已由本院確認在案，而原告起訴前因申訴程序支出申訴費用 3 萬元，有原告提出之收據影本 1 張附本院卷（第 1 卷第 21 頁）可稽，是依上開規定，原告請求被告給付其 3 萬元及自起訴狀繕本送達被告翌日即自 97 年 6 月 19 日起至清償日止按週年利率百分之 5 計算之利息，核屬有據，應予准許。

伍、結論：成立原住民族訴訟專庭之可能性

一、多元文化主義下的原住民族文化保護（文化性）人類因意識到生物（人）多樣性的內在價值，和生物多樣性及其組成部分的生態、遺傳、社會、經濟、科學、教育、文化、娛樂和美學價值，還意識到生物多樣性對進化和保護生物圈的生命維持系統的重要性，確認保護生物多樣性是全人類共同關切的問題，於 1992 年 6 月 5 日生物多樣性公約（ CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY）訂於里約熱內盧。

有鑑人類有形（ tangible culture heritage）或無形的文化資產（ Intangible culture heritage），一旦滅絕，即永遠消失，永不再現。，聯合國教科文組織（ United NationsEducational,Scientific and CulturalOrganization,UNESCO）（設愛菲爾鐵塔下）繼 2001 年 11 月通過《教科文組織世界文化多樣性宣言》（ UNESCOUniversal Declaration on CulturalDiversity）後，幾經召開多次的獨立專家會議和政府專家會議，於 2003 年 12 月集結會員國簽定了「保護無形文化遺產公約」（ Conven tion forthe Safeguarding of the Intangible of Cultural Heritage），又於 2005 年 10 月 20 日通過《保護與促進文化表現形式多樣性公約》（ UNESCO Convention on the Protect ion and Promotionof the Diversity of Cultural Expression s，簡稱《文化多樣性公約》）。

就台灣的原住民族截至 102 年 7 月行政院原住民委員會之統計總數為 530,756 人，與二千三百萬人口之台灣而言，僅占五分之一有餘。又分為 14 個不同族群，其中人口數最多之阿美族，為 196,565 人，最少的二族群如撒奇萊雅族僅剩 737 人，邵族僅剩 740 人。就占多數之漢人族群而言，確屬少數民族。甚且其中尚有瀕絕族群，以生物多樣性而言，文化多樣性而言，均屬珍貴稀有。就多元文化主義之立場，屬亟待保護延續之文化。其中當然包括法制文化在內。

因此，早期中國對於台灣原住民族稱之為「番」，又將番分為兩類:(一)山番、野番、生番。(二)埔番 (平埔番)、化番、熟番等族群歧視；以及美國聯邦最高法院於 1831 年在 Cherokee Nation v. Georgia 一案之判決中否認印地安部落之自治權及土地權等藉由司法制度，壓迫原住民族等現象，在 1970 年代以後已有所改變，全球逐漸出現「族群復甦」的現象，強調對於原住民族權利之保護。經過多年努力，聯合國於 2007 年 9 月 13 日經第 107 次全體會議通過了「世界原住民權利宣言 (United Nations Declarationon theRights oflndigenous Peoples)。保護原住民族

權利之浪潮，在我國亦不例外，制憲機構自民國 81 年開始即以所謂「山胞條款」出現在憲法，再於 83 年將「山胞」正名為「原住民」.88 年廢除「平地原住民」與「山地原住民」的不當區分，最後終於在 94 年憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」;「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、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，其辦法另以法律定之。」。（註十三）足認在條件成熟時，能成立原住民法庭含行政專庭，應符合聯合國文化多樣性即多元文化主義之宗旨。

二、現代法治基礎下的原住民行政訴訟專庭（合憲、合法性）

2005 年 1 月 21 日立法院已三讀通過原住民族基本法第 30 條: 「政府處理原住民族事務、制定法律或實施司法與行政救濟程序、公證、調解、仲裁或類似程序，應尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化及價值觀，保障其合法權益，原住民有不諳國語者，應由通曉其族語之人為傳譯。政府為保障原住民族之司法權，得設置原住民族法院或法庭。」

明定法律之制定應符合原住民族之傳統文化習慣，且依基本法第 34 條規定應於該法施行後三年內，針對現行法律之缺失予以修正、制定或廢止相關法令。同年憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」;「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、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，其辦法另以法律定之。」

於 2013 年司法院根據原住民基本法第 30 條第 2 項之規定，在九個地方法院（花蓮、台東、桃園、新竹、苗栗、南投、嘉義、高雄、屏東）設立了九個原住民族專庭。而如前所述本國與英美法系不同，係採取行政與民事訴訟二元化之制度。依法能成立審理民事訴訟之原住民族專庭，自亦能成立原住民之行政訴訟專庭。只是有無必要？有無急迫而已？

三、成立之必要與時程（必要性與急迫性）

1、就目前學術上或實務上所調查發現之傳習規範，是否台灣原住民族傳統上確已到達較現代化之國家（較符國家四要素）或機關等組織之行政作用，所形成之行政處分或公法上之行政契約等事實。在未有系統發現行政爭訟有關聯之傳習前，依現制系由各地方法院之初級行政訴訟專庭與三所高等行政法院及最高行政法院所掌理，至目前尚未有特別爭論之原住民行政訴訟事件提出，（註十三）即尚可勝任；是否已有成立之必要，或待將來累積更多與行政爭訟有關聯性之傳習後，必要時才設立，為時不晚。

2、我國承襲大陸法系之行政訴訟制度，不同於英美法系之司法一元制度，而在普通法院之外，另設有行政法院。而目前已在九個地方法院設有原住專庭，原住民專業法庭（股）審理案件範圍及類型如下：被告為原住民之刑事案件，不論何種犯罪類型，均由原住民族專業法庭（股）審理。應由原住民專業法庭（股）審理之民事事件類型，則分為以下 2 種：

（1）兩造當事人為原住民、部落、原住民族之民事事件；

（2）一造當事人為原住民、部落、原住民族之「返還（交還）土地」、「損害賠償（包括債務不履行及侵權行為）」、「履行或終止契約或租約事件」、「第三人異議之訴」、「返還不當得利事件」、「排除侵害」、「確認土地或房屋所有權存在或不存在」、「確認耕作權或地上權存在或不存在」、「確認租賃關係存在」、「塗銷耕作權或地上權登記」、「分割共有物」、「確定界址」、「遷讓房屋」、「債務人異議之訴」等民事事件。至於一造當事人為原住民、部落、原住民族而非屬上述（ 2）類型之民事事件，經當事人聲請由原住民專業法庭（股）審理，受訴法院認為適當者，亦得由原住民專業法庭（股）審理。據此可知，原住民專業法庭並未審理行政訴訟事件。原住民有關之行政訴訟事件仍歸各行政法院系統審理。似在貫徹司法二元制。但就目前同為專業法院之智慧財產法院所管轄之案件觀之，依其第 3 條規定　智慧財產法院管轄案件如下：「一、依專利法、商標法、著作權法、光碟管理條例、營業秘密法、積體電路電路布局保護法、植物品種及種苗法或公平交

易法所保護之智慧財產權益所生之第一審及第二審民事訴訟事件。二、因刑法第二百五十三條至第二百五十五條、第三百十七條、第三百十八條之罪或違反商標法、著作權法、公平交易法第三十五條第一項關於第二十條第一項及第三十六條關於第十九條第五款案件，不服地方法院依通常、簡式審判或協商程序所為之第一審裁判而上訴或抗告之刑事案件。但少年刑事案件，不在此限。三、因專利法、商標法、著作權法、光碟管理條例、積體電路電路布局保護法、植物品種及種苗法或公平交易法涉及智慧財產權所生之第一審行政訴訟事件及強制執行事件。四、其他依法律規定或經司法院指定由智慧財產法院管轄之」案件。其所管轄之案件含行政「因專利法、商標法、著作權法、光碟管理條例、積體電路電路布局保護法、植物品種及種苗法或公平交易法涉及智慧財產權所生之第一審行政訴訟事件及強制執行事件。」即行政與民事訴訟均由同一法院管轄，為司法一元制之規定。足見若案件確有特殊專業性質，不妨由同一法院或法庭審理，即一元化審理，倘原住民族專庭確因特殊專業而成立，不妨行政訴訟之初審，亦由其審理為妥。如此，即無另立行政訴訟專庭之必要。

3、依上揭 100 年度臺北高等行政法院審結之與原住民族相關案件統計表，可知總計審結 57 件，案由則有：原住民族工作保障法、全民健康保險法、原住民保留地、補助費、醫療業務與原住民身份法等。此類事件案由與當前實務學者所提出之原住民族所面臨的重要法律爭議，為身分認定、繼承、原住民保留地、智慧創作、原住民基因研究等爭議之範圍大致相符。(註十五)。就此類行政訴訟之事件，確有其特殊性存在，且身分之認定涉及十四族群之認定，繼承問題涉及各族不同之男女不同之繼承傳統，原住民保留地涉及較早之傳統領域及日據時期之準要存置林野地，智慧財產權創作涉及傳統歌舞表演藝術及生物多樣性，原住民基因涉及原住民族之起源等事項，各項爭議法律問題，均可追溯到原住民很久遠以前之傳統與淵源。自有其傳統上之特性，倘能由一群具有專業或傳統認識之法官從事相關之審判，必然對其行政事件判決之準度、信度與效度，有所助益。

就行政事件之數量而言，參照上揭台北高行政法院 100 年度之審結之與原住民族相關案件數量僅 57 件，與本院（台灣台南地方法院）本年度（ 102）八月份之刑庭各股受理案件收結情形統計表，(如附表）每位法官即每一股之審結案件，最少者 21 件，最多者 56 件。取其中間值，則每位法官之平均可結案量，為 38.5 件。則台北高等行政法院之全年審結之案數，不足本院一位法官二個月之結案量。或以行政訴訟案件較之一般刑案等案情繁複，結案量必然較少。惟以 57 件分給一股即一位法官承審，其平均每月之結案量亦僅 4.75 件。以一位法官每月只能審結 4.75 件而言，實在不符審理訴訟之成本效益。況且，台北高等行政法院轄區包括有：臺北市、新北市、桃園縣、新竹縣（市)、基隆市、宜蘭縣、花蓮縣、金門縣及連江縣等 9 縣市。若要在此各縣市所在之地方法院內廣設原住民訴訟專庭顯更不合訴訟之成本效益。

因此，可能之方式，僅能設專股審理，且該專股尚須兼辦其他類型案件。是以，就案件量而言，目前設立原住民行政專庭之經濟效益，尚待評估。

4、當今世界上，較著名之少數民族法院當推南島語族有關之紐西蘭毛利土地法院；此外則係美國之印地安法院。惟此兩國法律係統均屬採司法一元制之英美法系。其行政訴訟係採用民事相關之法律程序，與我國之司法二元制不同。但毛利土地法院之目的係保護並促進毛利人之土地權利，甚至法官可依職權協助毛利人進行土地相關位訴訟程序。台灣之原住民族亦屬南島語族，而關於台灣原住民爭訟最多部分，亦為原住民保留地之行政訴訟問題。以目前之行政訴訟制度或可勝任，但原住民仍屬訴訟上之弱勢，毛利土地法院之程序或可供借鏡。不妨派本國專業人員作確實深入之學習考察。

附表：

區分		本月份刑庭各股受理案件收結情形統計表				本月份刑庭各股羈押被告情形統計表			
庭別	股別	舊收	新收	已結	未結	舊收	新收	開除	實押
刑一庭	餘	6	8	3	11	0	0	0	0
	冬	58	36	41	63	0	0	0	0
	收	44	33	33	44	0	0	0	0
	律	22	31	31	22	2	1	1	2
刑二庭	調	31	17	15	33	1	1	0	2
	盛	23	24	21	26	1	0	0	1
	設	52	33	26	59	3	0	1	2
刑三庭	黃	31	27	22	36	1	1	1	1
	陽	31	36	39	28	0	0	0	0
	宇	23	38	35	26	3	1	0	4
	日	24	31	25	30	2	0	0	2
刑四庭	洪	15	8	5	18	0	0	0	0
	張	40	26	31	35	2	1	0	3
	荒	20	40	38	22	1	2	1	2
	懷	25	27	28	26	3	0	0	3
刑五庭	定	23	19	17	25	1	0	0	1
	寒	39	40	38	43	1	0	0	1
	宿	52	34	31	55	3	0	0	3
刑六庭	呂	21	25	22	24	2	0	0	2
	藏	24	31	35	20	1	1	0	2
	黍	27	39	37	29	1	3	0	4
刑七庭	廣	13	17	22	8	0	0	0	0
	雲	53	40	28	65	1	2	0	3
	臧	42	39	30	51	1	2	1	2
刑八庭	來	19	13	12	20	1	1	0	2
	岡	36	35	28	43	1	0	0	1
	列	29	32	22	39	3	0	2	1
	通	6	15	13	8	0	0	0	0
刑九庭	中	17	25	21	21	0	2	1	1
	昃	25	34	34	25	0	0	0	0
	覺	58	41	33	66	0	0	0	0
刑十庭	華	16	19	24	11	0	0	0	0
	黃	53	24	21	56	3	0	1	2
	玄	23	36	35	24	1	1	1	1
刑十一庭	鳳	15	1	2	14	0	0	0	0
	地	24	40	39	25	1	3	0	4
	行	33	49	56	26	5	1	5	1
刑十二庭	成	8	12	11	9	1	0	0	1
	善	42	39	40	41	0	1	0	1
	國	32	31	31	32	2	0	2	0
	潔	25	44	33	36	0	0	0	0
	維	28	44	49	23	0	1	0	1
刑十四庭	往	15	18	17	16	0	0	0	0
	天	34	36	33	37	1	0	0	1
	暑	38	39	34	43	3	1	1	3
刑十五庭	秋	22	21	22	21	1	0	0	1
	元	59	30	38	51	2	0	0	2
	育	18	48	40	26	1	0	1	0
刑事庭	忠	2	3	1	4	0	0	0	0
合計		1426	1428	1338	1516	56	26	19	83
行政訴訟庭		階段別：審查				階段別：審理			
	司	1	1	2	0	2	3	3	2
	專	16	8	9	15	24	14	8	30
	業	13	8	14	7	16	17	10	23
合計		30	17	25	22	42	34	21	55

註記
一、本表為102年8月份之統計。（不含聲搜、拘提案件；行政訴訟庭分列審查、審理之數據）
二、本月份遲延案件：24件；視為不遲延案件21件，合計：45件。
三、本月份宣告緩刑人數24人與得緩刑人數132人百分比為18.18%。

註釋：

註一：參見 UN News, New UNTreaty to Preserve World's Rich Cultural Diversity to Come into Force inMarch ,2006 年 12 月 19 日。林男錡 96 年 1 月 9 日網路新聞報導。

註二：見吳庚著，行政爭訟法論，2012 年 11 月自版，元照出版有限公司總經銷，第 1—3 頁。

註三：見徐瑞晃著，行政訴訟法，2012 年 9 月五南圖書出版公司三版一刷，第 1—5 頁。

註四：陳清秀著，行政訴訟法，2012 年 10 月元照出版有限公司五版一刷，第 2 頁。

註五：徐瑞晃前揭書，第 16—17 頁。

註六：陳清秀著前揭書第 15—19 頁。

註七：吳庚前揭書第 9 頁參照。

註八：蔡中涵、陳俊男著，原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制第七期委託研究一阿美族、噶瑪蘭族、撒奇萊雅族，2011 年 12 月行政院原住民族委員會初版，第 40 —42 頁。

註九：徐瑞晃前揭書，第 3—4 頁。

註十：吳庚前揭書第 28—29 頁。

註十一：高德義、石忠山、羅國夫、楊逸翔、楊鵑穎、全皓翔合著，原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制研究: 排灣族反雅美族個案，97 年 12 月行政院原住民族委員會主辦，第 96—88 頁。

註十二：見湯文章著，淺談當前原住民族面臨的重要法律爭議一文，司法人員研習所 101 年原住民族專業法庭法官研習會。

註十三：見林三元著，紛爭解決與制度設計: 設立原住民族法庭之必要性與可行性，第 2 屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會論文集，第 202—203 頁。

註十四：但並非完全沒有，只是不若刑案中如司馬庫斯櫸等案件熱列，如學者王泰升等對西拉雅族人身分之認定之探討，林三加等對於原住民保留地之超限利用處罰案例之探討等。

註十五：見同註十二湯文章，前著文。

附表:台南地方法院 8 月份刑事暨行政庭各股受理案件收結情形統計表。

原住民族權利與平等權違憲審查：
以一則原住民保留地超限利用案為中心

黃傑*

國立臺灣大學法律學院碩士生

壹、問題意識與本文架構

居住於高雄市桃源區（改制前為高雄縣桃源鄉）之一布農族人，在其所有之土地上種植梅樹等果樹，而該土地為位處山坡地，經中央主管機關行政院農業委員會依據《山坡地保育利用條例》第 16 條之規定查定為「宜林地」[1]；然改制前之高雄縣政府以《水土保持法》第 22 條[2]與《水土保持法施行細則》第 26 條[3]認定族人種植果樹之情形屬「超限利用」，乃依《水土保持法》第 22 條第 1 項規定，命族人應於期限內完成改正，將農作物移除改行造林[4]。嗣後主管機關派員至現場勘查結果，發現系爭土地上仍種植梅子樹等果樹而作農業經營使用，並未在前揭指定期限內改正，違反《水土保持法》第 22 條第 1 項，並依同法第 33 條第 1 項第 1 款規定，裁處新臺幣 10 萬元罰鍰[5]。族人不服，提起訴願後遭駁回[6]，向高雄高等行政法院提起行政訴訟[7]。

從憲法觀點檢視本案例，涉及者無非為《水土保持法》之「超限利用」規定是否過度侵害當事人基於憲法第 15 條所保障之財產權或其他權利，亦即從自由權面向進行違憲審查，當中尤其

---

* 國立臺灣大學科際整合法律學研究所碩士班。

[1] 山坡地保育利用條例第 16 條：「山坡地供農業使用者，應實施土地可利用限度分類，並由中央或直轄市主管機關完成宜農、牧地、宜林地、加強保育地查定。土地經營人或使用人，不得超限利用。（第 1 項）前項查定結果，應由直轄市、縣（市）主管機關於所在地鄉（鎮、市、區）公所公告之；公告期間不得少於三十日。（第 2 項）第一項土地可利用限度分類標準，由中央主管機關定之。（第 3 項）經中央或直轄市主管機關查定之宜林地，其已墾殖者，仍應實施造林及必要之水土保持處理與維護。（第 4 項）」。

[2] 水土保持法第 22 條：「山坡地超限利用者，或從事農、林、漁、牧業，未依第十條規定使用土地或未依水土保持技術規範實施水土保持之處理與維護者，由直轄市或縣（市）主管機關會同有關機關通知水土保持義務人限期改正；屆期不改正或實施不合水土保持技術規範者，得通知有關機關依下列規定處理：
一、放租、放領或登記耕作權之土地屬於公有者，終止或撤銷其承租、承領或耕作權，收回土地，另行處理；其為放領地者，所已繳之地價予以沒入。　二、借用、撥用之土地屬於公有者，由原所有或管理機關收回。　三、土地為私有者，停止其開發。（第 1 項）
前項各款之地上物，由經營人、使用人或所有人依限收割或處理；屆期不為者，主管機關得會同土地管理機關逕行清除。其屬國、公有林地之放租者，並依森林法有關規定辦理。（第 2 項）」。

[3] 水土保持法施行細則第 26 條：「本法第二十二條所稱山坡地超限利用，係指於依山坡地保育利用條例規定查定為宜林地或加強保育地內，從事農、漁、牧業之墾殖、經營或使用者」。

[4] 民國 99 年 10 月 28 日府農保字第 0990282682 號函。

[5] 100 年 5 月 17 日高市府四維水保字第 1000050763 號裁處書。

[6] 行政院農業委員會中華民國 100 年 10 月 14 日農訴字第 1000141622 號訴願決定。

[7] 第一審判決為高雄高等行政法院簡易判決 100 年度簡字第 244 號，原告敗訴後上訴經最高行政法院 101 年度裁字第 751 號裁定上訴駁回；嗣後提起再審後，經最高行政法院 101 年度裁字第 1612 號裁定再審聲請部分駁回，再經最高行政法院 101 年度裁字第 1613 號裁定移送於高雄高等行政法院，高雄高等行政法院因新行政訴訟法施行，故另以高雄高等行政法院 101 年度簡再字第 5 號裁定移送臺灣高雄地方法院行政訴訟庭，目前仍於臺灣高雄地方法院行政訴訟庭進行再審審理程序，尚未確定。

涉及「比例原則」的考量。在此實質內容之前，本案於形式合憲性上亦大有問題；本案中所據以裁罰之法規基礎為《水土保持法》第 22 條第 1 項與同法第 33 條第 1 項第 1 款，惟對於「超限利用」之定義卻明文於《水土保持法施行細則》第 26 條，而該條條文將其所欲規範之「超限利用」又再轉以使用上是否違反《山坡地保育利用條例》第 16 條所查定之限制類型，此情形是否違反「法律優位原則」不無疑義。此外，「超限利用」本身是否違反「法明確性」亦有商榷之餘地。

上述從自由權面向出發，粗略設想之違憲疑點固然有討論價值，然而本文認為從平等權之觀點切入思考本案，似蘊含更多值得深入探討之議題。

「超限利用」此一行政管制手段固然係基於「**保育水土資源，涵養水源，減免災害，促進土地合理利用，增進國民福祉**」之目的（水土保持法第 1 條第 1 項參照）；然而，該法所規範之客體「山坡地」，卻多屬臺灣「原住民族」之居住地。就此而言，國家行政管制與原住民族生存出現了「緊張關係」，亦即，超限利用之管制手段是否應顧及臺灣原住民族世居山林間之事實，而有「不等者應不等之」的法律設計？

本文以下先從超限利用此一行政管制手段，對於臺灣原住民族而言是否形成了「差別對待」，而此可以從兩個角度切入觀察：

其一，《水土保持法》第 22 條第 1 項與同法第 33 條第 1 項第 1 款規範「超限利用」之法規看似中立，但在執行上是否形成對於特定族群之不利益，亦即是否有所謂「間接歧視」之差別對待存在？（後文「貳、一」）

其二，大法官解釋時常出現之公式，如釋字 593 號解釋理由書：「**按等者等之，不等者不等之，為憲法平等原則之基本意涵。是如對相同事物為差別待遇而無正當理由，或對於不同事物未為合理之差別待遇，均屬違反平等原則**[8]」，在國土水土保持之目的下，未能尊重、正視台灣原住民族對土地的「特殊意涵」形成「不等者卻等之」之情形，是否應有「差別對待」之法律設計？（後文「貳、二」）

以上述討論為基礎，若確立本案例中有「差別對待」（或應差別對待）時，司法者於違憲審查上應以何種審查標準來進行審查？若以本案為例，其涉及之事務領域與「原住民族」相關，然而我國大法官至今仍未針對「原住民族」相關憲法爭議表示過具體意見[9]，因此釋憲實務操作上並無可供參考之前例，故本文嘗試對於如何擇定審查標準以及背後論理提出初步建議（後文「參、二」）；擇定好審查標準後，接著進行具體違憲審查之操作，亦即手段關聯性之審查（後文「參、三」），最後則為結語（肆）。

---

[8] 本文以下直接引用之文字皆以標楷體呈現。

[9] 本文於司法院大法官網站搜尋到兩筆「不受理決議」：

其一為 101 年 9 月 14 日大法官第 1393 次會議議決不受理案件（會台字第 10945 號），案件事由與貪污治罪條例有關，內容較不具參考價值，決議則認為：「**並未具體指摘系爭條例與辦法等規定，於客觀上究有何牴觸憲法之處；且依現行法制，法院裁判本身及其所持見解，尚非得為憲法解釋之客體**」。

其二為 101 年 5 月 18 日大法官第 1388 次會議議決不受理案件（會台字第 10761 號），本聲請案與本文同樣涉及到原住民保留地之爭議，然而該案聲請人認為「解編錯誤」原住民保留地與「增編錯誤」未予相同處理之爭議，應違反憲法第 7 條與第 15 條。決議認為：「**惟查系爭函釋係內政部就臺灣省政府所陳『撤銷增編原住民保留地原則』一案，針對臺灣省政府辦理增編原住民保留地或有檢討撤銷增編必要之情形，而列出處理之原則，並非針對劃編原住民保留地有檢討撤銷必要之情形所作處理原則。聲請人爭執確定終局判決未類推適用系爭函釋，並泛稱系爭辦法及系爭函釋未就劃編錯誤明定得聲請解編為違憲，尚難謂已具體指明確定終局判決所適用之法令客觀上有何牴觸憲法之處**」。

貳、「有無」差別對待與「應」差別對待

一、間接歧視

本案系爭《水土保持法》第 22 條第 1 項（超限利用要件規定）同法第 33 條第 1 項（違反之效果規定）兩條文文義本身，其實並未明文「直接歧視」之差別對待，而僅係規定使用山坡地時，不得逾越行政機關所認定的界線；亦即，行政機關依據《山坡地保育利用條例》第 16 條所查定屬於「宜林地」之山坡地，若該山坡地之使用人、所有權人未為「林」，而為「農」時，行政機關復依《水土保持法施行細則》第 26 條（超限利用定義規定）與《水土保持法》第 22 條第 1 項，若認定屬「超限利用」時，即按同法第 33 條第 1 項裁處罰緩。

從上法規適用可知，系爭法規「並非直接」針對原住民族為直接歧視，惟本文認為，系爭法規具體適用上，確實對於多居住於山坡地之原住民族，形成顯著不成比例之不利影響，而構成學理上所謂之「間接歧視」。本文以下就間接歧視之定義、內涵，以及我國憲法第 7 條是否兼保障間接歧視，還有間接歧視的認定爭議，依序討論。

「間接歧視」此一用語於我國實定法中，就本文搜尋能力所及，發現《性別工作平等法施行細則》第 2 條中規定：「**本法第七條至第十一條、第三十一條及第三十五條所稱差別待遇，指雇主因性別或性傾向因素而對受僱者或求職者為直接或間接不利之對待**」（粗體為本文所加）應為適例；復按，《消除對婦女一切形式歧視公約》（Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women）的第 28 號一般性意見書中即提到「indirect discrimination」（間接歧視）一詞，其意義依據該號意見書：「**對婦女的間接歧視，係指法律、政策、方案或做法看似對男性和女性並無偏頗，但實際上造成歧視婦女的效果。因為明顯中性的措施並未考慮原本存在的不平等狀況。此外，因為不承認歧視的結構、歷史模式，以及男女之間不平等的權力關係，可能使現有的不平等狀況因間接歧視更為惡化**[10]」。

按我國《消除對婦女一切形式歧視公約施行法》第 2 條規定，「**公約所揭示保障性別人權及促進性別平等之規定，具有國內法律之效力**」，復按同法第 3 條規定：「**適用公約規定之法規及行政措施，應參照公約意旨及聯合國消除對婦女歧視委員會對公約之解釋**」，因此《消除對婦女一切形式歧視公約》之第 28 號一般性意見書中所揭示之「間接歧視」，可謂我國實定法之內容。

比較法上，司法院大法官釋字第 666 號解釋許宗力大法官協同意見書中即有引介德國學說，其提到德國有論者認為，間接歧視（indirekte Ungleichbehandlung）尚可區分為「隱藏性歧視」（versteckte Diskriminierung）與「事實上不利益」（faktische Benachteiligung）；前者為立法者將歧視意圖「隱藏」在表面中立之法規中，所以評價上等同於直接歧視；後者則是「適用結果」事實上卻壓倒性只對一方不利[11]。

比較法上除了德國以外，美國學理討論上則有所謂「差別影響歧視[12]」（disparate treatment

---

[10] 英文原文請參考：CEDAW General recommendation No. 28 para.16, *available* at: http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/472/60/PDF/G1047260.pdf?OpenElement (last visited Sep. 12, 2013).中文翻譯請參考：行政院性別平等會網站：http://www.gec.ey.gov.tw/news.aspx?n=846C92191EDD5C4C&sms=FC42EC924E9A3E28（最後瀏覽日：2013 年 9 月 12 日）。

[11] 司法院大法官釋字第 666 號解釋，許宗力大法官協同意見書「二」（尤其是註 10 之部分）。

[12] 焦興鎧，美國聯邦最高法院與就業歧視問題，收於：氏著，勞工法與勞工權利之保障—美國勞工法論文集（一），1995

discrimination）與「差別對待歧視[13]」（disparate impact discriminatioon）。而所謂的「差別影響歧視」，係指一項表面中立無歧視故意的法令或措施，卻會對於某一群體及其成員產生不成比例的不利效果[14]。。

承上述討論，可知所謂「間接歧視」係指：表面上中性之規定，形式上並不構成直接歧視，但是具體適用之結果使具有特定人別特徵群體者，有很高比例遭受不利影響。雖然「間接歧視」之禁止為我國法律所保障，但是否為我國憲法第 7 條所保障？不無疑義。

反觀我國，司法院大法官釋字 666 號解釋理由書中提到：「按性交易行為如何管制及應否處罰，固屬立法裁量之範圍，社會秩序維護法係以處行政罰之方式為管制手段，而系爭規定明文禁止性交易行為，則其對於從事性交易之行為人，僅處罰意圖得利之一方，而不處罰支付對價之相對人，並以主觀上有無意圖得利作為是否處罰之標準，**法律上已形成差別待遇**（粗體為本文所加），系爭規定之立法目的既在維護國民健康與善良風俗，且性交易乃由意圖得利之一方與支付對價之相對人共同完成，雖意圖得利而為性交易之一方可能連續為之，致其性行為對象與範圍廣泛且不確定，固與支付對價之相對人有別，然此等事實及經驗上之差異並不影響其共同完成性交易行為之本質，**自不足以作為是否處罰之差別待遇之正當理由，其雙方在法律上之評價應屬一致**」，緊接著話鋒一轉提到：「再者，系爭規定既不認性交易中支付對價之一方有可非難，卻處罰性交易圖利之一方，鑑諸性交易圖利之一方多為女性之現況，**此無異幾僅針對參與性交易之女性而為管制處罰**，尤以部分迫於社會經濟弱勢而從事性交易之女性，往往因系爭規定受處罰，致其業已窘困之處境更為不利」。

就本號釋字段落安排而觀，大法官首先即已認為該違憲疑義法規已有（直接）差別待遇，故違反憲法第 7 條，而後附帶論及間接歧視，可知本號釋字係以「直接歧視」而違憲，「間接歧視」僅是附帶論及，並非本案違憲認定之主要因素。因此我國憲法第 7 條是否亦禁止「間接歧視」，從本號釋字難以論斷。

由於「間接歧視」涉及到立法者主觀上並無歧視，但是法規「客觀適用」上卻與直接歧視之效果相同，美國最高法院至今仍未肯定間接歧視亦受美國憲法所保障，反而還一再強調必須亦證明出「隱藏的歧視」。本文認為，美國最高法院對於「隱藏」的認定與見解，其實是一種沒有必要的堅持，除了隱藏起來的東西容易使人「視而不見」外，更形成司法審查上另一種「恣意空間」。

「間接歧視」在比較憲法上，之所以較難直接被認定違憲，涉及到許多法規其實只要設計出來，難免會對於不同類之各種人有不同程度之影響，如果只要有「不利影響」即認屬違反平等，恐怕導致國家在各種行為上窒礙難行，到頭來承受不利的還是人民自己，基於「共同體」的概念，

年 11 月，頁 329。

[13] 黃昭元，論差別影響歧視與差別對待歧視的關係：評美國最高法院 *Ricci v. DeStefano* (2009)判決，中研院法學期刊，第 11 期，2012 年 9 月，頁 6（尤其註 4 之部分）。

[14] 黃昭元，前揭註 13，頁 22（尤其是註 47 之部分）。

然而，在討論美國所謂「差別影響歧視」時必須注意，美國聯邦憲法增補條文第 14 條本身是否亦蘊含禁止差別影響歧視之意，美國最高法院於 *Washingtion v. Davisu* 一案中確立，認為縱使是表面上中立之法規，也應該要證明立法者有歧視的目的或意圖，似類同於德國學理「間接歧視」概念下之「隱藏性歧視」而不及於「事實上不利益」，*See* Washingtion v. Davisu, 426 U.S. 229, 238 - 239 (1976). *See also* JOHN E. NOWAK & RONALD D. ROTUNDA, CONSTITUTIONAL LAW 712-713 (7th ed. 2004).

我們對於此類不利於「何程度」將會被視為違憲，其最主要之判斷基準應在於：「顯著不成比例之不利影響」與「此影響並不具有合理之理由」；可前者謂為間接歧視之「成立要件」，後者則屬此種歧視（差別待遇）是否有合理之理由。

我國憲法第 7 條保障範圍是否涵蓋到「客觀適用上」形成歧視之間接歧視？本文認為，探究立法者是否具有「主觀歧視」或「隱藏之歧視」，並不重要；重要的是，這種「間接歧視」如何認定。換言之，不利影響是否達到「顯著不成比例」才是真正的重點。因為，當有如此顯著情事存在，就可發現「差別待遇／歧視」是確實存在的，而且是「不著痕跡」的。

立法者是否有歧視亦意圖或許僅是一種責任歸屬之認定，而憲法肯認保障間接歧視之意義在於，凸顯「結構性」問題何在，實際上，歧視意圖即展現在「社會結構」與「歷史脈絡」中，責任歸屬之對象即為「社會結構」與「歷史脈絡」。本文認為，是否肯認「間接歧視」為我國憲法第 7 條所保障，或許只是「價值選擇」的展現，憲法釋義學之功能其實並不大；透過充實、具體化憲法第 7 條平等權之內容，以期迫使國家正視「結構性／脈絡」的不公平，而此對於台灣原住民族更為重要。

故本文認為，我國憲法第 7 條所保障之平等，除了禁止「直接歧視」外，亦應包含禁止「表面中立無主觀歧視故意之法令，其具體適用結果卻對於某一特定群體及其成員產生『顯著不成比例』之不利影響」；至於是否符合我國憲法第 7 條所禁止之間接歧視，應以是否有「顯著不成比例之不利影響」為判定基準。

承上所述，此處最爭議之問題在於，到底何種程度的「不利益」始為憲法所欲禁止之「歧視／差別待遇」？因為此類歧視非屬「主觀」歧視，在歧視之認定上應嚴格加以解釋，就如同許宗力大法官於司法院大法官釋字第 666 號解釋之協同意見書中所言，各種法規皆有可能對於不同對象有程度不一的事實上不利益，究竟至何程度始為間接歧視，應嚴格認定之[15]。美國實務與學理上，除了從統計學上提供實證之資料外，更進一步討論如何透過統計資料論證轉化為是否成立歧視之法律評價[16]。

在論證是否屬於「顯著不成比例」之不利影響時，本文認為最重要者應為比例之「母數」如何擇取的問題[17]，此涉及到司法審查者之「價值取捨」。透過論證過程可以檢視其「是否」以及「如何」看待事實；以下就前揭個案為例，嘗試利用統計資料，說明會何「超限利用」之行政管制，對於原住民族形成「間接歧視」。

依據行政院農業委員會水土保持局所統計之宜林地面積約有 21 萬多公頃[18]，而 101 年行政院原住民族委員會所統計之數據，原住民族保留地約有 26 萬多公頃[19]。我國法制上對於「原住民保留地」主要規範法令為《原住民保留地開發管理辦法》，保留地制度簡言之，係國家先將原住民

---

[15] 司法院大法官釋字第 666 號解釋，許宗力大法官協同意見書「二」（尤其是註 10 之部分）。

[16] 美國法上詳細說明，請參看：黃昭元，前揭註 13，頁 28-32。

[17] 就此，美國法上相關討論可參看：請參看：黃昭元，前揭註 13，頁 33-36。

[18] 參看：山坡地土地可利用限度查定成果統計表，載於行政院農業委員會水土保持局網站：http://www.swcb.gov.tw/class2/index.asp?ct=statistics3_1&Ty=2011&m1=15&m2=273（最後瀏覽日：2013 年 9 月 12 日）。

[19] 參看：101 年度原住民保留地權利分配統計，載於行政院原住民族網站：http://www.apc.gov.tw/portal/docList.html?CID=B5B3BBBF5F48079E（最後瀏覽日：2013 年 9 月 12 日）。請注意此統計資料並不僅為所有權之統計，此亦對照到水土保持法中之水土保持義務人不限於所有權人，使用人等亦包含之。

族土地收歸國有，再劃出原住民保留地供「保障原住民生計」與「推行原住民行政」之用。原則上保留地仍屬公有地性質，族人得經由辦法中所設之程序，獲得對於保留地的其中一部份之使用權；待原住民持續自用相當期間之後，可以無償取得所分配保留地的所有權。分配給原住民使用的保留地，不得轉讓或轉租，原住民取得所有權的私有保留地，所有權移轉對象限於原住民[20]。

因此，「原住民保留地」與「原住民具有所有權之土地」概念上並不相同，族人對於保留地不一定有所有權，其可能只有使用權，但只要符合《水土保持法》與《山坡地保育利用條例》之要件，仍可能是水土保持義務人，進而有可能受罰。反之，「原住民具有所有權之土地」其可能亦為原住民保留地，但亦可能非屬之，相同者，只要符合《水土保持法》與《山坡地保育利用條例》之要件，亦有可能受罰。

由上述可知，原住民保留地並非全然為受超限利用規範之山坡地，本文於有限時間內並未能搜尋至近期「宜林地中有多少比例為原住民族保留地」之實證資料，雖有實證資料顯示原住民保留地中有高達 74%為「宜林地」[21]，但此無法證立本文所關切者，亦即《水土保持法》適用上對於原住民族有顯著不利之影響，分類之標準再與是否為原住民族，因為就邏輯上而言，若所有宜林地皆出現超限利用之情事，行政機關依據《水土保持法》第 22 條第 1 項與第 33 條第 1 項裁處當事人行政罰時，究竟有多少比例是族人受罰，而此應取決於「宜林地中有多少比例之原住民族保留地」此一命題。

雖然「原住民保留地中有 74%為宜林地」彰顯了國家在土地政策上對於原住民族的不正義[22]，本文認為此一事實並無違誤，但就《水土保持法》第 22 條等規定是否違反憲法平等權而言，「間接歧視」成立與否之討論上，自應將論證焦點放在「受裁罰之人是否顯著為族人」。

本文所關心之「母數」為「原鄉地區之族人」，其因違反超限利用而受裁罰之比例有多高，之所以挑選「原鄉地區」係因原鄉地區多屬偏遠地區，經濟來源有限，不如平地或都市多樣，而多僅能利用山區之地為農，以供自用或販售；另外，挑選「族人」而非「保留地」已如前所述，族人所有（或利用）之土地不一定為保留地，保留地非僅為族人所有（或利用），亦可能為國家所有，因此挑選「原鄉地區族人」為母數，觀察其中有多少比例受到裁罰，應可推論系爭規定（禁止超限利用）是否屬於間接歧視（形成對於原鄉族人顯著不成比例之不利影響）而受憲法第 7 條所禁止。

然而，本文未能直接取得可證立上述焦點之實證資料，但從其他資料推敲可以發現，雖上段落所述之邏輯區分有所必要，但是「超限利用」所規範到進而裁罰的客體其實大部分仍為「原住

[20] 關於原住民保留地制度之介紹與歷史沿革請參看：林淑雅，解／重構台灣原住民族土地政策，臺灣大學法律學研究所博士論文，2007 年 1 月，頁 80-101。

[21] 就此統計資料，本文係參考：林櫻櫻，從「準要存置林野」 到「原住民保留地」－從財產權觀點探討我國原住民保留地之增編與劃編，國有財產雙月刊，2009 年 8 月（本文為電子期刊，僅有日期未有刊期），載於財政部國有財產署網站 http://www.fnp.gov.tw/BoardAndPublish.php?page=MonthlyArticle&MS_ID=311（最後瀏覽日：2013 年 9 月 12 日）。然而該文並非直接之實證資料，據該文稱，此比例為民國 55 年政府所做之調查（宜農保留地 19.24%，宜牧保留地 1.20%，宜林保留地 73.68%，其他保留地 5.88%）。

[22] 就此請參看：陳竹上，我國原住民保留地政策之當代課題與司法案例分析，台灣原住民族研究季刊第 5 卷第 2 期，2012 年 6 月，頁 97-98。

民保留地」，依據施瑩艷對於台灣山坡地超限利用之統計研究顯示，原住民超限利用之比例高[23]，因該論者係從統計調查之研究方法切入，並未有帶有評價或詮釋，但是其發現到裁處案件多處於「集水區」，因為就水土保持之目的，集水區之管制必要性的確更高，然而集水區與台灣原住民族之分布範圍大致相同，導致族人被裁處之數量與可能性皆高於非原住民。

小結上述，本文認為，依據以上種種實證數據，應可證立《水土保持法》之超限利用規範形成對於原鄉族人之「顯著不合比例之不利影響」而有間接歧視之「差別對待」，至於此差別對待是否有合理之理由，亦即「手段關聯性」之審查，則處下一層次問題，容後詳述。

二、不等者卻等之

上段從間接歧視之角度切入討論完後，在此接續討論「不等者卻等之」，意義在於：除了是否構成「間接歧視」在認定上仍有辯論空間（抑或是難以成立）外，在此類表面上中立之法規，從另一個面向切入思考，立法者是否有「應差別對待卻相同處理」？因為平等權的要求並非僅是要求不可以差別對待，對於應差別對待卻未為之者，當亦屬平等之違反[24]。在原住民族事務領域中，本文認為「應差別對待卻相同處理」或許更可能為平等權的另一大戰場。因此初步釐清「應差別對待卻相同處理」在平等權違憲審查上之應如何進行操作，對於原住民族在平等權上的主張，應有益處。

司法院大法官釋字第 593 號解釋理由書中所述：「**按等者等之，不等者不等之**（粗體為本文所加），**為憲法平等原則之基本意涵。是如對相同事物為差別待遇而無正當理由，或對於不同事物未為合理之差別待遇，均屬違反平等原則**」，雖然「不等者不等之」此一措辭容易使人認為是否將落入所謂「形式平等」[25]的審查，但本文本意並非在此，而僅是利用此一用語來突顯「應該要差別對待卻相同處理」之爭議。德國法上有所謂「相同對待禁止」[26]之用語，但字面理解上可能無法直接與「應該要差別對待卻相同處理」或「不等者不等之」連結，故本文選擇不使用之。

從違憲審查的觀點來看，「間接歧視」所攻擊的是，系爭條文的存在本身就是彰顯歷史脈絡與結構性之歧視，而間接歧視的存在（手段）必須要與立法目的間有「關聯」，否則系爭條文就是違憲；然而，「不等者卻等之」則不從歧視的觀點出發，而是就「應不同處理者卻相同處理」，其相同處理（手段）與立法目的間也必須有「關聯」，否則就是違憲。

從上述可以發現，「應差別對待卻相同處理」的論證重點不是在「有無」差別對待，而是「是否應」差別對待上，進而質疑「相同處理」此一手段的「合理性／手段關聯性」；思考上，本文初步心得發現，此處在論證構造上應有其特殊性；我們在此並不是去找出「歧視／差別待遇」存不存在，而是應該是希望有差別對待。故，本文認為，在論證層次上，我們必須先討論「是否應差別對待」，若認為應差別對待後，進而檢視「相同處理」之手段與立法目的間之「合理性／手段關聯性」。因此，本文以下嘗試就本文前揭個案為例，進一步討論「是否應差別對待」。

---

[23] 施瑩艷，台灣山坡地超限利用之研究，臺灣大學農業經濟學研究所碩士論文，2005 年 7 月，頁 33-34。

[24] 許宗力，從大法官解釋看平等原則與違憲審查，收於：氏著，法與國家權力（二），2007 年 1 月，頁 143。

[25] 關於形式平等與實質平等的討論請參看：司法院大法官釋字第 571 號解釋林子儀大法官協同意見書（尤其是註 6 之部分）。

[26] 李建良，德國基本權理論攬要：兼談對台灣的影響，月旦法學雜誌，第 100 期，2011 年 2 月，頁 43。

將視野先拉回本案例之系爭法規：《水土保持法》，同法第 1 條第 1 項明文：「**為實施水土保持之處理與維護，以保育水土資源，函養水源，減免災害，促進土地合理利用，增進國民福祉，特制定本法**」，該法中所規範之客體原則上是所有土地，其立法目的已如條文所示，而受「超限利用」規範之客體如前述，只要是「山坡地」皆屬受規範之客體。若以此為出發點，我們必須進一步討論，原住民族土地在水土保持之目的下，「是否應」差別對待？

在討論是否應差別對待前，應先釐清「原住民族土地」之概念，以及其權利性質。依照《原住民族基本法》第 2 條第 5 款，「原住民族土地」係指原住民族「傳統領域土地」及既有「原住民保留地」，而本案所涉及者為後者，「原住民保留地」之超限利用爭議；惟本文認為，討論上不應僅侷限於原住民保留地，而更應關照到其上位概念，亦即「原住民族土地」。「原住民保留地」制度大抵可說是「結果上」為原住民族所擁有之土地，但是其並未能呈現出原住民族土地之特出意涵，原住民保留地自始即非單純的土地政策，其背後牽涉到許多政治意涵，尤其是「殖民」觀點[27]。

故本文認為，在憲法層次上討論原住民族土地權利時，不宜僅侷限於保留地制度，而應回到上位概念進行討論，否則將落入以法律解釋憲法之困境；再者，本文所認定之「原住民族土地」亦非僅侷限於《原住民族基本法》第 2 條第 5 款之規定，更應體認到國際法上已針對原住民族土地，形成共識，認為所謂的原住民族土地係指：係指原住民族土地、領域及自然資源（indigenous peoples' lands, territories and resources），其範圍可涵蓋陸地、冰原、海域、礦物、水資源、動植物及其遺傳資源等等[28]。「土地」對於原住民族而言，並非僅是主流文化認定的，那種「使用、收益」的概念，而是與文化、生活型態、傳統知識…等等難以分割的。聯合國特別研究員 José R. Martínez Cobo 於 1986 年既已精確指出：

> 「**對於原住民而言，土地不僅代表著一種擁有物或生產工具的一種…。這對於原住民與大地間特殊而深邃的靈魂關係也是基本的，他們將大地視做其生存與所有信仰、風俗、傳統與文化的起點**[29]」。

因為原住民族與其土地間之特殊關係，國際法上皆認為原住民族對於其土地之權利並不僅限於「物權概念上」之土地權，而是連結到文化權，甚至為自決權[30]；經濟社會文化權利國際公約第 21 號意見書第 36 點亦揭示：

> 「原住民族文化生活的強烈族群性對於其生存、福祉和充分發展是不可或缺的，並且包括對於其歷來擁有、佔有或以其他方式使用或獲得的土地、領土和資源的權利。原住民族與其祖先的土地及其與大自然的關係相連的文化價值觀和權利應予尊重和保護，以防止其獨

---

[27] 關於原住民保留地制度之討論，詳細請參看：林淑雅，前揭註 20，頁 80-101。陳竹上，前揭註 22，頁 97-98。

[28] *See* Indigenous peoples and their relationship to land Final working paper prepared by the Special Rapporteur, Mrs. Erica-Irene A. Daes, E/CN.4/Sub.2/2001/21 (Jun. 11 2001).

[29] *See* Martínez Cobo, José R., *Study of the problem of discrimination against indigenous populations*, E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, p.39, *available* at: http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N87/121/00/PDF/N8712100.pdf?OpenElement (last visited Sep. 12, 2013).

[30] 詳細請參看：S. James Anaya 著，蔡志偉譯，國際法中的原住民族，2010 年 9 月，頁 172-181。國際法上關於原住民族土地權利，詳細論述 *See also* JÉRÉMIE GILBERT, INDIGENOUS PEOPLE' LAND RIGHTS UNDER INTERNATIONAL LAW: FROM VICTIMS TO ACTORS (2006).

特的生活方式受到侵蝕，包括喪失維生手段、自然資源，乃至最終的文化特性。因此，締約國必須採取措施，承認和保護原住民族擁有、開發、控制和使用其土地、領土和資源的權利，並且，如果未經他們的自由和知情的同意而被以其他方式居住或使用，則應採取步驟歸還這些土地和領土[31]」。

從國際法上關於原住民族土地權利之論述，皆可發現，原住民族之土地權可謂為「複合性」之權利概念，她並非僅為「財產權」的概念，所以本文認為，當國家高權對於原住民族土地進行管制時，自應關照到原住民族與其土地之特殊關係，而並非同對於主流文化定義下的土地；換言之，當國家基於水土保持或國土保育之觀點，進行超限利用之行政管制時，應該體認到原住民族土地權利之特殊性。

然而，於今年（2013）初所首次進行的「兩公約初次國家報告國際審查[32]」時，國際專家所做出之「結論性觀察與建議」之中（Concluding Observations and Recommendations），即質疑台灣政府並未能釐清其對於土地之政策：「專家們進一步建議必須釐清「原住民土地」的定義，過程中要諮詢原住民族，並且有原住民族的直接參與（The Experts further recommend clarification of the definition of "indigenous land (territories)" in consultation with and the direct participation of, indigenous peoples.[33]）」，兩公約國際審查過程中可以清楚地發現[34]，連行政院原住民族委員會，其作為原住民族事務之中央主管機關，皆未能妥適扮演溝通、教育行政院各部會之角色，自難期待行政機關能對於原住民族土地，立基於原住民族主體權利觀點，進行原住民族土地政策之整體規劃。

在比較憲法上，加拿大最高法院於 *R. v. Côté*[35]一案中即有注意到，國家高權對於其區域內之

---

[31] *See* ICESCR General comment No. 21 Right of everyone to take part in cultural life (art. 15, para. 1 (a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), pare. 36, *available* at: http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm. (last visited Sep. 12, 2013).

英文原文：「States parties should take measures to guarantee that the exercise of the right to take part in cultural life takes due account of the values of cultural life, which may be strongly communal or which can only be expressed and enjoyed as a community by indigenous peoples. The strong communal dimension of indigenous peoples' cultural life is indispensable to their existence, well being and full development, and includes the right to the lands, territories and resources which they have traditionally owned, occupied or otherwise used or acquired. Indigenous peoples' cultural values and rights associated with their ancestral lands and their relationship with nature should be regarded with respect and protected, in order to prevent the degradation of their particular way of life, including their means of subsistence, the loss of their natural resources and, ultimately, their cultural identity. States parties must therefore take measures to recognize and protect the rights of indigenous peoples to own, develop, control and use their communal lands, territories and resources, and, where they have been otherwise inhabited or used without their free and informed consent, take steps to return these lands and territories.」。

[32] 關於兩公約國際審查之詳細資料可參看：法務部人權大步走專區網站：http://www.humanrights.moj.gov.tw/mp200.html（最後瀏覽日：2013 年 9 月 12 日）。

關於本次審查之相關評述，請參看：施逸翔，馬政府打假球，民間 NGO 玩真的！檢視台灣兩公約初次國家報告國際審查結果，司法改革雜誌，第 95 期，2013 年 3 月，頁 18-21。張文貞，台灣政府，能不慚愧嗎？非政府組織在兩公約國家報告國際審查的角色與定位，司法改革雜誌，第 95 期，2013 年 3 月，頁 26-27。張文貞，兩公約國際審查的困局：法務部作為秘書處的定位失當，台灣人權學刊，第 2 卷第 1 期，2013 年 6 月，頁 141-150。

[33] *See* Review of the Initial Reports of the Government of Taiwan on the Implementation of the International Human Rights Covenants Concluding Observations and Recommendations Adopted by the International Group of Independent Experts, para. 35. 中文翻譯請參看：結論性意見及建議中文版（102 年 4 月 9 日總統府人權諮詢委員會第 11 次會議核定），載於法務部人權大步走專區網站：http://www.humanrights.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=298634&ctNode=33698&mp=200（最後瀏覽日：2013 年 9 月 12 日）。

[34] 本文作者忝為 NGO 志工，代表 NGO 參與兩公約國際審查。

[35] R. v. Côté, [1996] 3 S.C.R. 139. 判決全文請參考：http://csc.lexum.org/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/en/item/1421/index.do

原住民族，為權利限制或行政管制時，在所有關係到廣泛大眾利益與原住民族權利或權利之間，所可能存在的衝突處理，必須要採以更為縝密思考與規劃考量的立法與政策規劃[36]。

回到本案例，依據《原住民保留地開發管理辦法》第 3 條規定，保留地制度是希望「保障原住民生計」與「推行原住民行政」；然而，原住民保留地大多位於山區，當國家高舉「水土保持」之目的時，保留地之使用方式均難避免遭受限制。簡言之，此處表面上涉及到「國家水土保持」與「原住民族土地財產權」兩者之衝突，但實則蘊含了國家基於水土保持之目的，對於原住民族土地為超限利用管制時，自應考量到原住民族土地權利之特殊性，而為差別處理。

而此誡命並非從國際法論述而來，本文前面討論國際法上論述，是為了揭示出原住民族土地權利之特殊性，尤其是其與文化權難以切割之特色；據此，依據我國憲法增修條文第 10 條第 11 項與第 12 項前段：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化（第 11 項）。國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、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，其辦法另以法律定之（第 12 項前段）」，國家有義務必須按照憲法所體現之「目標規定」[37]為一切行為，維護原住民族文化發展亦為憲法所揭示的國家義務。

因此本文認為，行政機關基於國家水土保持之目的，進行超限利用之行政管制時，對於原住民族之土地，依據我國憲法所揭示之誡命，自應考量其權利之特殊性，而有差別對待之必要。

行文至此，本文於此附帶論及一個憲法釋義學上之問題。「應差別對待卻相同處理」，我們或許會認為此時國家應為差別對待卻怠未為之，意即主動「請求」國家給予不等者「積極平權措施」（Affirmative action）[38]，從德國憲法學理而言，此究竟是屬「基本權防禦面向」[39]或者屬於請求國家為一定「給付」，亦即有所謂的「主觀法效力」？若屬後者，當然必須探求該人民有無此請求權[40]。本文認為，此討論不僅於德國學理脈絡下有實益，本文認為於美國脈絡討論下亦有實益，因為縱使是在以「實質平等」為基礎討論平等權之美國法，其亦認為人民並無主動請求「積極平權措施」之權利，理由亦同德國法，認為此處除涉及到立法形成自由，其實更是因為司法者本身能力的侷限[41]。

本文之所以提出這個釋義學上的問題，最主要的目的在於避免，思考上或許會認為此種「應差別對待卻相同處理」，在權利主張上會傾向「要求」國家為差別對待，因此落入原住民族於此處是否有「主觀法效力」之探求；然而，就本文所見，「應差別對待卻相同處理」其實仍亦為一

(last visited Sep. 12, 2013).

[36] Awi Mona（蔡志偉），原住民族權利的變遷與發展：美國、澳洲、紐西蘭、加拿大與國際組織之判決選輯及解說，2011 年 10 月，頁 299。

[37] 關於我國憲法增修條文中原住民族條款之性質，有學者定性為基本國策，並依據比較法研究後認為應屬「國家目標規定」，國家各機關皆有依循「目標規定」所揭示意旨為行為之義務。就此請參照：林明昕，原住民地位之保障作為「基本權利」或「基本國策」，收於：氏著，公法學之開拓線：理論、實務與體系之建構，2006 年 9 月，頁 16-21。

[38] 中文譯詞擇取爭議討論請參看：廖元豪，可疑分類之嚴格審查：種族歧視相關案例研析與比較，月旦法學教室，第 83 期，2009 年 9 月，頁 39-40。本文亦同該文見解，認為譯作「積極平權措施」較為妥適。

[39] 李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，收於，氏著，憲法理論與實踐（一），1999 年 7 月，頁 58-59。

[40] 李建良，前揭註 39，頁 59-60。

[41] *See* Cass R. Sunstein, *The Anticaste Principle*, 92 MICH. L. REV. 2410, 2439-41 (1994). 廖元豪，美國「種族優惠性差別待遇」（Racial Affirmative Action）合憲性之研究：兼論平等原則之真意，東吳法律學報，第 9 卷第 2 期，1996 年 8 月，頁 42。同氏著，憲法平等權之意義，月旦法學教室，第 68 期，2008 年 6 月，頁 58。

種「基本權利防禦權」之展現，亦即，排除相同處理之侵害權利手段。至於怎麼做、如何做、內容應為何？則屬另一層次問題了。且本案例中「並非」屬於已有差別對待，亦即系爭法規屬於積極平權措施，進而由非原住民族主張違反憲法第 7 條，兩種情況並不相同，亦應加以釐清。

三、小結

本文依據相關實證資料，認為《水土保持法》第 22 條第 1 項與同法第 33 條第 1 項，對於「超限利用」之規範在適用上對原住民族有顯著比例之不利影響，應已構成「間接歧視」；間接歧視是否為我國憲法第 7 條所涵蓋保障，本文認為重點在於系爭法規是否對於特定群體有「顯著比例之不利影響」，而不應放在立法者的歧視主觀是否直接顯現，或間接隱藏，因為持續探究立法者之主觀容易使司法者（尤其是違憲審查時）過於恣意，而難以形成預見性，且亦無實益，因為歧視即彰顯於「社會結構」與「歷史脈絡」中。

再者，本文檢視國際法上對於原住民族土地權利之論述，其皆認為原住民族土地權並非僅為財產權性質，而是一種複合性權利，尤其是與文化權息息相關；並按我國憲法增修條文中，原住民族條款所揭示之「目標規定」，可知行政機關應負有「維護並協助發展原住民族文化」之行為義務，故行政機關於水土保持之公益目的下，負有考量原住民族土地權利特殊性之義務，原則上有差別處理之義務，至於其未為差別對待而為相同處理自應有「合理性／手段關聯性」，始無違憲法平等權之規定，則屬下一層次之問題，容後詳述。

參、手段關聯性之審查：
一、審查模式之爭論：「德國模式」與「美國模式」

當立法者作出差別對待時並不代表直接違反憲法平等權，司法院大法官釋字 596 號解釋文謂：「立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之差別對待」，司法院大法官釋字 682 號解釋理由書謂：「法規範是否符合平等權保障之要求，其判斷應取決於該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，其所採取之分類與規範目的之達成之間，是否存有一定程度之關聯性而定」，然而此處所謂「合理與否」與「是否具有關聯」實為重心之所在，此即為平等權審查之第二層次，而其最主要之重點即在於「審查標準」之擇定。

在判斷立法者所為之差別待遇是否為憲法所容許時，大法官曾用是否屬「恣意之禁止」、是否「合理」或「必要」等用語[42]，看得出深受德國憲法學理之影響[43]，而德國聯邦憲法法院基本上多依「差別對待」的強度，亦即差別對待對於系爭當事人的「影響強度」來建構審查標準[44]。然而有論者比較美國法之發展後，認為審查標準之擇取，著實受個案中「以何作為分類」之基礎影

[42] 請參看：黃昭元，平等權審查標準之選擇問題：兼論比例原則在平等權審查上的適用可能，臺大法學論叢，第 37 卷第 4 期，2008 年 12 月，頁 256-257，所作之整理。

[43] 德國學理上關於平等權之釋義學簡介，請參看：李建良，前揭註 26，頁 42-44。從該文中所運用之字詞與架構，頗與早期我國大法官解釋相近。另外，從德國學理對於我國大法官解釋進行分析者，請參看：陳愛娥，對憲法平等權規定之檢討：由檢視司法院大法官相關解釋出發，收於：憲法解釋之理論與實務第五輯，2007 年 3 月，頁 229-239。

[44] 李建良，前揭註 26，頁 43。

響[45]；其進一步認為，由於德國審查模式係將中心放在「影響強度」上，思考上與自由權受干預之情形相近，運用比例原則進行審查或許可以想像，但平等權審查的核心即在於個案中「分類標準」為何，就「分類標準」之層次上借用比例原則進行審查，似乎顯得格格不入[46]。

本文認為，上述德國與美國模型之論爭應與其憲法條文規定方式有很高相關性，德國模型並不是不注重分類，德國基本法第 3 條的規定方式使得向來學說多將之區分為一般／特別平等權[47]，進而適用不同的審查標準，再加上差別待遇之「影響強度」作為調整「標準」之參數，因為德國基本法已經對於特定類型表示意見，對於「分類」的論述當然會較少，但也不太代表德國模式下並無注意到分類影響到審查標準[48]；反之，相較於美國憲法增補條文第 14 條之規定模式，條文中其並未對於類型表示意見，因此本文推測美國最高法院才必須要逐步形成類型，進而區分出嫌疑分類[49]…等。

承上述，分類的標準既然是影響審查標準的主要因素之一，我國憲法條文又是如何表示意見，應有探求之必要。我國憲法第 7 條特別明文「**無分男女、宗教、種族、階級、黨派**」，其意義究竟何在？有論者從性別平等之角度切入，認為條文明文「**男女**」，並參增修條文第 10 條第 6 項之規定，可以認為類同德國對於性別歸類於「特別平等類型」的模式[50]。本文認為，德國基本法對於性別有特別分項，其制（修）憲者亦是基於「一般／特別」之觀點進行明文化，就我國憲法第 7 條所明列的類型是否得以「一般／特別」的角度進行解釋，並非無商榷之餘地。

憲法第 7 條所明列的類型，應僅表示制憲當時制憲者對於各該類型較為關切，有其歷史脈絡背景的因素，憲法規範意涵亦具變遷之特性[51]，如同憲法增修條文第 10 條明文化之時空背景；況且條文所明列之類型亦非皆適宜以相同審查標準處理，故本文認為我國憲法並非基於「一般／特別」平等權，條文中所明列的類型也僅是「例示」[52]，因此，需觀照憲法整體規範始可知對於各該類應採何種審查標準。

小結上述，立法者如何「分類」對於審查標準之擇取當然為重要參數之一，然而因為德國基本法與美國憲法增補條文之規範模式不同，導致學理上之論爭，但兩方皆有注意到「分類」的影響是不爭事實。本文認為德國模式下之「比例原則」非不得用於平等權審查，而是運用於「分類效果」審查；另一方面，美國法認為「應否分類」以及「分類是否精確」亦應加以審查[53]，本文認為德國模式亦有處理此問題，只是似乎轉化在比例原則之操作中。

除了學理上肯定「分類標準」係影響審查標準之要素之一外，我國司法院大法官對於審查標準應如何擇取，林子儀大法官曾在司法院大法官釋字第 571 號協同意見書中提到：「**司法審查標**

---

[45] 黃昭元，前揭註 42，頁 258-259。

[46] 黃昭元，前揭註 42，頁 273。

[47] 利用德國之區分方式對我國大法官解釋進行討論者：陳愛娥，前揭註 43，頁 229-239。

[48] 德國學理上對於審查類型建構之討論，請參看：Juliame Kokott 著，李惠宗譯，聯邦憲法法院判決中的平等原則與歧視禁止，收於：蘇永欽等譯注，德國聯邦憲法法院五十周年紀念論文集（下冊），2010 年 10 月，頁 141-155。

[49] 關於美國法上區分類型審查之各類型介紹，*See* NOWAK & ROTUNDA , *supra* note 14, at 685-692。

[50] 陳愛娥，前揭註 43，頁 228-229, 242-243。

[51] 張文貞，中斷的憲法對話：憲法解釋在憲法變遷脈絡的定位，臺大法學論叢，第 32 卷第 6 期，2003 年 11 月，頁 63-70。

[52] 對於我國憲法第 7 條類型性質之詳細分析，請參看：黃昭元，平等權案件之司法審查標準：從釋字 626 號談起，收於：廖福特編，憲法解釋之理論與實務第六輯，2009 年 7 月，頁 565-569。

[53] 亦即「分類標準」之審查，請參看：黃昭元，前揭註 42，頁 273。

準寬嚴之決定，係司法釋憲者基於權力分立制衡之理論上及實際上需求、民主制度之反省（包括司法釋憲者對自身在民主制度中的角色及其民主正當性基礎之認知）、自身專業能力、與特定議題之社會共識等考量，而在審查不同類型案件時，對於政治部門已作之決定要介入到多少程度之判斷」[54]，嗣後對於平等權之相關解釋多以「權利類型」與「事務領域」作為審查標準擇取的要素之一，似乎已體認到類型化的必要，進而如司法院大法官釋字 666 號解釋理由書中所陳：「形成差別待遇者，須與立法目的間具有**實質關聯**，始與平等原則無違」（粗體為本文所加），將比例原則之精神落實在是否具「一定程度之關聯性」上[55]。

二、原住民族事務之審查標準：以本實務案例為中心

以本實務案例為中心，最主要考量到本文其實並未處理爭議更大的「積極平權措施」，故本文以下之論述，自非可相比擬，合先敘明。原住民族事務應如何進行審查標準之擇定，本文其實大可高舉「嫌疑分類」抑或憲法第 7 條有明列「種族」進而提高審查標準。在比較憲法研究上，有論者即認為司法者在處理平等權主張或爭議時，特別是於社會給付或是其他社經議題上，往往讓司法者必須直接面對這些通常是在國會處理之議題；因此，如何發展司法判決之可預測性，將會有助於司法者在上開領域中扮演適當角色，並且進而維護基本權利[56]。「審查標準」之擇定若有充分論理，可提升法院裁判的可預測性與可檢驗性的正面功能[57]，因此然而本文在此段更想要釐清，原住民族事務「為何得以」嫌疑分類，又「為何」應提高審查標準等具體的論證理由。

立法者對於是否應差別對待固然有其形成自由，但其亦受憲法第 7 條與憲法體系之拘束乃屬當然，論及原住民族「事務領域」是否需要不同考量時自應關照憲法整體規定。

我國憲法本文第 7 條所舉出之類型即有「種族」，再者，憲法增修條文第 10 條第 11 項與第 12 項前段亦明文：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化（第 11 項）。國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、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，其辦法另以法律定之（第 12 項前段）」，我國憲法增修條文第 10 條之性質，大多數學說認為應屬「基本國策」性質[58]，而基本國策之意義有論者比較德國學理認為係一種「社會國原則」之展現[59]，至於性質為基本國策之原住民族條款對於基本權利有何影響，學說多認為基本國策雖然不具有直接請求之權利，亦即僅具客觀法效力，但應具有對於基本權利「補充」之效力[60]。而社會國原則對於基本權的效力即彰顯在國家負有一定之行為義務，因此立法者對於差別對待之形成自由受到限制，釋憲者因而得提高審查標準。

再者，從「權利類型」切入觀察，本案例中系爭之《水土保持法》第 22 條第 1 項與同法第

---

[54] 司法院大法官釋字第 571 號林子儀大法官協同意見書「三」。

[55] 請參看：司法院大法官釋字第 571 號林子儀大法官協同意見書「三」。並請參看：黃昭元，前揭註 42，頁 278（尤其是註 63 之說明）。。

[56] *See* Kate O' Regan & Nick Friedman, *Equality*, *in* COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 473,496 (Tom Ginsburg & Rosalind Dixon eds., 2011).

[57] 黃昭元，前揭註 42，頁 279。

[58] 相關討論請參看：林明昕，前揭註 37，頁 7-10。

[59] 陳愛娥，自由－平等－博愛：社會國原則與法治國原則的交互作用，臺大法學論叢，第 26 卷第 2 期，頁 3-5。

[60] 林明昕，前揭註 37，頁 16-27，29-31。

33 條第 1 項第 1 款固然使當事人利用土地之權利受到限制，以致於有侵害到憲法 15 條權利之疑慮；然而，如此思考脈絡應屬「自由權」審查之模式，就本文中心「平等權」而言，其權利類型其實就是「平等權」。超限利用案中其實涉及到「自由權與平等權」之競合，尤其是違憲審查時，應該以和權利為先？又兩種權利之審查標準不一時，又有何相互關係？本文於此必須先加以說明。

當個案中涉及到「自由權」與「平等權」違憲爭議時，有論者認為，兩種權利在審查順序上，應視系爭管制手段是對於「部分人」，亦或是「全部人」；若為「部分人」則屬平等權之審查，因為此情形下，對於自由權之侵害，其實是源自於差別對待，所以僅以平等權加以審查即可，自由權則可化約至差別待遇之「程度」審查上；反之，若屬對於「全部人」之限制，則屬自由權之審查與平等權無涉[61]。

本文於前段落所討論之「間接歧視」與「應差別對待卻相同處理」即體現，超限利用案中其實是對於「原住民族」之差別對待（或應為差別對待），所以自由權（亦即財產權或複合性權利）受到限制，故本文認為超限利用案運用平等權審查可能更為貼切，透過論述亦揭示出歷史脈絡與結構性對於台灣原住民族之不公。

如此一來，即可發現平等權之違憲審查標準，其擇取依據之重心，在於差別對待（或應差別對待）之「分類標準」何在。就超限利用案而言，即為「原住民族」，此也呼應到前述「事務領域」之討論；然而，在討論「原住民族」此一分類標準時，其實也必須參照自由權審查所涉及之權利類型，亦即「原住民族土地權利」之內涵，進而充實、具體化「原住民族」此一分類為何得以拉高審查標準之論述。

如本文前述，原住民族土地具有「複合性」權利性質，並非僅有財產權，而更具有文化權、甚至自決權之內涵，係台灣原住民族「集體權」[62]之問題，此為一般案件下較無討論之處，亦為原住民族事件在違憲審查上特徵之所在。原住民族之「集體權」是否為我國憲法所保障，除了從國際人權論述之潮流觀察外，有論者認為，「集體權」之所以可以做為憲法基本權利，乃是希望將過去被忽略的某些利益以及該利益所歸屬的主體辨識出來，以使利益衡量能夠完整而無偏頗之虞[63]。原住民族的集體權其實與原住民族人「個人」有極為密切之關聯，而且原住民族權利其實並無法靠個人權利保障即可達成，其必須要以「集體權」之觀點，始得釐清其內容[64]。

為何本文得以認為原住民族關於土地權利應從「原住民族集體權」之觀點切入？雖然《水土保持法》超限利用之規定限制了原住民保留地之利用，看似僅屬憲法財產權保障受到限制（抑或侵害）而違反平等原則，但本文認為釋憲者更應該，也必須設身處地體認到台灣原住民族，其「群體」對於土地的「特殊」關係，或可謂「情感」，以及台灣原住民族在歷史脈絡下，為何失去土

---

61 黃昭元，平等權與自由權競合案件之審查：從釋字 649 號解釋談起，法學新論，第 7 期，2009 年 2 月，頁 35-36。

62 就原住民族集體權之論述，請參看：李建良，淺說原住民族的憲法權利：若干初探性的想法，台灣本土法學雜誌，第 47 期，2003 年 6 月，頁 115-125。同氏著，憲法變遷中的原住民族權利：原住民族自治權的法理論述，憲政時代，第 31 卷 1 期，2005 年 7 月。辛年豐，原住民族權利保障的建構與實踐：從平等權出發到落實平等保障，國立中正大學法學期刊，第 34 期，2011 年 7 月，頁 200-220。

63 林淑雅，台灣原住民族運動之憲法意義，臺灣大學法律學研究所碩士論文，1998 年 6 月，頁 47。

64 關於原住民族權利之特殊性，詳細論述請參看：蔡志偉（Awi Mona），從客體到主體：台灣原住民族法制與權利的發展，臺大法學論叢，第 40 卷特刊，2011 年 11 月，頁 1525-1535。

地之結構性困境。

在台灣的歷史脈絡下，原住民族之土地權爭議更應考量到，台灣原住民族長久以來，因為土地流失所造成的傳統、文化、語言…等生活模式之崩毀對於其族群集體所帶來的重大侵害，誠如林淑雅教授所言：

> 「歷史上，台灣原住民族土地定位的變遷，也就是原住民族地位的變遷。當然，這個變遷是從國家的角度決定或宣稱的。國家將原住民族視為敵對者，且保持距離避免接觸時，原住民族土地就是『界外』。國家覬覦原住民族土地與自然資源的經濟利益時，就必須將隔離原住民族的『邊界』稱為國境內的『行政界』，將原住民族稱為臣民或叛亂中的臣民或非人，原住民族土地就是『國家領土』或『國有地』。國家決定了社會文明進步的方向時，原住民就必須脫離民族，學習私有財產、定住農耕、密集生產，原住民族土地就開始化整為零，以供有效開發」[65]。

以排灣族為例，傳統上土地是屬於頭目所有，但此仍為「集體所有」之概念，且非財產權概念；然而國家（殖民）主權進入後，原有社會構造崩解，土地變成國家所有，再以原住民保留地模式「授予」原住民「個人」，頭目制度轉變乃至消失，整個文化亦復如此。

歷史脈絡、結構性困境，以及原住民族土地權利之特殊性，在在顯示了本案例中之「權利類型」此一法律詞彙其背後應彰顯的意義。釋憲者作為憲法權利守護者，本文認為在超限利用案中，其實僅有採取「嚴格審查標準」一途。

三、目的／手段間關聯性審查

關於平等權之違憲審查，司法院大法官早期有使用「合理」此一用語（司法院大法官解釋第 179 號、第 211 號解釋參照），此明顯係繼受德國聯邦憲法法院所發展出來的「比例性」之審查模式，德國法上亦將比例原則運用於平等權之違憲審查，以精緻化德國聯邦憲法法院向來所採之「恣意禁止公式」[66]，故比例原則於此實為細緻化平等權違憲審查之方法。

然而，我國大法官晚期漸漸改用「關聯性」此一用語（司法院大法官解釋第 649 號、第 666 號解釋參照），而此則明顯受美國最高法院審查模式之影響[67]，採取依據不同審查標準，而有不同程度之目的／手段間關聯性之要求。再者，有論者研究我國大法官解釋對於「比例原則」之繼受與在地化發展，認為我國大法官所操作之比例原則，已經整合成為「一個原則，三種標準」，亦即「類型化（層級化）比例原則」，而是用於平等權以外之其他領域案件；並且認為平等權則是採取美國「三重標準架構」[68]。

本文認為，我國司法院大法官所發展出來的「類型化（層級化）比例原則」應亦可適用於平等權之違憲審查上，因為美國的三重標準架構亦是在處理「手段與目的間之關聯性」，比例原則

---

[65] 林淑雅，前揭註 20，頁 282。

[66] Juliame Kokott 著，李惠宗譯，前揭註 48，頁 139-141。

[67] 關於美國違憲審查模式之說明，請參看：黃昭元，憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析，臺大法學論叢，第 33 卷第 3 期，2004 年 5 月，頁 84。

[68] 黃昭元，大法官解釋審查標準之發展（1996-2011）：比例原則的繼受與在地化，臺大法學論叢，第 42 卷第 2 期，2013 年 6 月，頁 247。

亦是。本文認為三重標準架構之嚴密剪裁（嚴格審查標準）與合理關聯（寬鬆審查標準），大體而言或許可以分別歸類為手段必要性（甚至為狹義比例性）與手段適合（有效）性[69]。因此，本文採取我國在地所發展出來的「類型化（層級化）比例原則」即可涵蓋美國之三重標準架構，而更具有精緻性，且違憲審查上亦無必要區分平等權領域與否，而異其審查模式。故本文以下依序檢視目的正當性、手段適合（有效）性、手段必要性、狹義比例性（利益衡量）。

本文前段已說明超限利用案應以「嚴格」審查標準檢視，因此超限利用之行政管制，其目的必須是追求「重大迫切利益」，而其目的可於《水土保持法》第 1 條第 1 項窺見之：「**為實施水土保持之處理與維護，以保育水土資源，涵養水源，減免災害，促進土地合理利用，增進國民福祉，特制定本法**」，顯見，管制超限利用之目的在於「水土保持」，而國土之「水土保持」在「氣候劇烈變遷」之現時點下，更具有重大迫切性，故其目的應屬追求重大迫切利益。

再者，限制山坡地之利用方式，對於水土保持有一定程度之有效性，應無人會加以質疑。然而，於「手段必要性」本文認為應有討論之空間。手段之「必要性」，若於嚴格審查標準下，可以說是手段與目的間須有「嚴密剪裁」（narrowly tailored）、「完美吻合」（perfit fit）；德國法上認為之「必要性」則係指「最小侵害性」，美國法上則認為不一定要是最小侵害手段，只要是「別無較小侵害手段」[70]即可，但無論如何，實際上其實都是指「別無他法之不得已手段」[71]。

「別無他法之不得已手段」在平等權領域中，可以說是限制「不得涵蓋過廣或過狹」[72]，否則即非「嚴密剪裁」（narrowly tailored）。於超限利用案中，本文認為應屬「涵蓋過廣」而有「違手段必要性」，用語上或可謂「非屬嚴密剪裁」之關聯性；申言之，為達到國土水土保持之目的，對於山坡地為一律禁止超限利用之管制手段，其實可能造成對於原住民族土地權利，更甚者乃為本文前述所提及，原住民族對於土地「複合性」權利特性之過度侵害。

縱或本案中當事人所種植者為「經濟作物」，或許思考上會認為土地的利用方式並無不同，但本文認為行為人所種植之作物是否為經濟作物，更能體現對於原住民族的結構性不利處境。原住民族世居山林間，限於環境，經濟來源之途徑並不如都市或是山下多元，原鄉族人所能謀生之途徑其實僅剩「經濟作物」，若國家為了水土保持之目的，完全抹煞原住民族最基本的生存機會，又有何可能達到「維護原住民族文化」之憲法誡命？再者，原住民族多數所利用之山坡地，其實多在部落之上方（本案例亦同），部落長輩即說，依據向來原住民族的傳統文化，不可能會在自己家上面做危害水土保持的事務，因為到頭來直接受害的還是部落。

資本主義自上世紀後半進入部落文化後，對於部落文化帶來的衝擊不言可喻，族人種植經濟作物其實亦是受到資本主義影響，而偏離了原住民族傳統自給自足、部落共生、分工之社會經濟模式，如今卻要反過頭來指責族人不應種植經濟作物以免危害水土保持，清楚體現了主流文化的「宰制」。再者，從此爭議即可看出文化間彼此之不熟悉，因此導致了觀點的不同，故如何使文化間彼此了解、相互承認，或許對於原住民族權利之保障更有幫助[73]。

---

[69] 同此見解請參看：黃昭元，前揭註 67，頁 84。

[70] 黃昭元，前揭註 67，頁 84。

[71] 許宗力，前揭註 24，頁 192。

[72] 黃昭元，前揭註 67，頁 84。

[73] *See* Joseph H. Carens, *Liberalism and culture*, 4(1) CONSTELLATION, 35, 37 (1997).

總結上述，本文認為系爭規定應屬「涵蓋過廣」，亦即手段上不夠細緻，應該考量原住民族土地權利之特殊性，於超限利用之規範上針對原住民族為差別對待之處理，否則手段與目的間即非「嚴密剪裁」（narrowly tailored），而違反憲法第 7 條之規定。若思考上還是認為，一律開放原住民族不受超限利用管制可能會有不利影響，其實重點還是在於，應該要將管制「手段細緻化」，並且考量到原住民族權利之特殊性，而非一律不受管制或一律皆受管制。至於最後一個層次「狹義比例性」，因本文認為前一層次即已宣告違憲，自無深論之必要。

肆、結語

《水土保持法》中關於超限利用之規定，本文認為實已構成對於原鄉族人之「間接歧視」，且「間接歧視」亦應受我國憲法第 7 條平等權之保障；另一方面，從國際法論述與我國憲法增修條文所揭示之意旨，行政機關於超限利用規範中，就原住民族土地應為差別對待。再者，於手段／目的間之關聯性審查，本文嘗試從事務領域、憲法體系價值、權利類型之各途徑，證立超限利用案應以「嚴格審查標準」進行審查；接著，本文利用我國司法院大法官所發展出來的「類型化（層級化）比例原則」進行關聯性之審查，發現本案中於「手段必要性」之審查層次，並不符合「嚴密剪裁」（narrowly tailored），亦即非「別無他法之不得已手段」，手段並不夠細緻，故違反憲法第 7 條。

本文初步嘗試從平等權角度，對於原住民族事務進行違憲審查，一來我國釋憲實務上未有先例；二來，本文發現到平等權違憲審查對於司法權的意義在於：司法權幾乎難以避免要去面對背景「脈絡」的問題，尤其是在平等權領域更是如此[74]，因為從判定「是否有差別對待存在」（參前文貳、一），或是「應否為差別對待」（參前文貳、二），一直到「審查標準」之擇定（參前文參、二）、「具體違憲審查之操作」（參前文參、三）展現了法律論證與事實脈絡的「匯流」。

本文認為此種匯流並非僅止於「法律論證中乘載價值」而已，美國著名詮釋人類學者 Clifford Geertz 曾在一篇法律與人類學的文章中說道：

> 「…『詮釋性的』那種人類學－便在此處切入了法律研究的領域…將我們自己那種版本的議會人心靈（council-man mind）與其他種類的地方知識並列以觀，不僅將使我們的心靈更了解那些異於它自己擁有的那種法律感性之形式，也將使之更明白它自身所具之法律感性的精確性質。…它（按：詮釋人類學）比較是在將自我知識、自我覺知、自我理解的過程與他人的知識、他人的覺知和他人的理解焊接起來，從而確認－或者用極為近似的說法－辨明我們是什麼樣的人，而我們周遭的人又是什麼樣的人。如此，它一方面可以幫助我們避免錯謬地再現我們自己將事物陳述為法律可操作形式的方法，另方面又可迫使我們心不甘情不願地認知到關於『如何將事物陳述為法律可操作形式』之種種相歧異的觀點，就算這些觀點比我們的觀點更教條，他們也並沒有

然而本文對於 Carens 教授於文中所主張者，尤其是對於原住民族文化之「承認權利」（recognition rights），並不完全贊同。

[74] Juliame Kokott 著，李惠宗譯，前揭註 48，頁 139。黃昭元，前揭註 13，頁 35-36。另外也請參看：司法院大法官釋字第 666 號解釋，許宗力大法官協同意見書，頁 7-8。

比較不合邏輯」[75]。

Clifford Geertz 認為法律是一種「意義」而非機制，本文雖然嘗試操作邏輯化（抑或是封閉化）之法律論證，但亦希望從中思考：由國家制定出來的「表面上中立」之法規，對於至今仍持續受到壓迫的台灣原住民族，究竟呈現出何種意義[76]。

參考文獻

中文部分（依作者姓氏筆劃排）

書籍

Awi Mona（蔡志偉），原住民族權利的變遷與發展：美國、澳洲、紐西蘭、加拿大與國際組組織之判決選輯及解說，2011 年 10 月，臺北：行政院原住民族委員會。

Clifford Geertz 著，楊德睿譯，地方知識：比較觀點下的事實與法律，收於：氏著，地方知識：詮釋人類學論文集，2 版，2009 年 3 月，臺北：麥田。

S. James Anaya 著，蔡志偉譯，國際法中的原住民族，2010 年 9 月，臺北：行政院原住民族委員會。

論文

Juliame Kokott 著，李惠宗譯，聯邦憲法法院判決中的平等原則與歧視禁止，收於：蘇永欽等譯注，德國聯邦憲法法院五十周年紀念論文集（下冊），2010 年 10 月，頁 135-171。

李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，收於，氏著，憲法理論與實踐（一），1999 年 7 月，頁 58-59。

淺說原住民族的憲法權利：若干初探性的想法，台灣本土法學雜誌，第 47 期，2003 年 6 月，頁 115-125。

憲法變遷中的原住民族權利：原住民族自治權的法理論述，憲政時代，第 31 卷 1 期，2005 年 7 月。

德國基本權理論攬要：兼談對台灣的影響，月旦法學雜誌，第 100 期，2011 年 2 月，頁 38-50。

辛年豐，原住民族權利保障的建構與實踐：從平等權出發到落實平等保障，國立中正大學法學期刊，第 34 期，2011 年 7 月，頁 187-243。

林明昕，原住民地位之保障作為「基本權利」或「基本國策」，收於：氏著，公

[75] Clifford Geertz, *Local knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective*, in LOCAL KNOWLEDGE: FURTHER ESSAYS IN INTERPRETIVE ANTHROPOLOGY 167, 181-82 (1983).中文譯文節自：Clifford Geertz 著，楊德睿譯，地方知識：比較觀點下的事實與法律，收於：氏著，地方知識：詮釋人類學論文集，2 版，頁 249（2009 年）。

[76] 本文於此舉出詮釋人類學者之見解，意旨並非方法論上之討論，而僅是思路感想之陳述。

法學之開拓線：理論、實務與體系之建構，2006 年 9 月，頁 4-31。

林淑雅，台灣原住民族運動之憲法意義，臺灣大學法律學研究所碩士論文，1998 年 6 月。

解／重構台灣原住民族土地政策，臺灣大學法律學研究所博士論文，2007 年 1 月。

林櫻櫻，從「準要存置林野」 到「原住民保留地」：從財產權觀點探討我國原住民保留地之增編與劃編，國有財產雙月刊，2009 年 8 月。

施逸翔，馬政府打假球，民間 NGO 玩真的！檢視台灣兩公約初次國家報告國際審查結果，司法改革雜誌，第 95 期，2013 年 3 月，頁 18-21。

施瑩艷，台灣山坡地超限利用之研究，臺灣大學農業經濟學研究所碩士論文，2005 年 7 月。

許宗力，從大法官解釋看平等原則與違憲審查，收於：氏著，法與國家權力（二），2007 年 1 月，頁 141-192。

陳竹上，我國原住民保留地政策之當代課題與司法案例分析，臺灣原住民族研究季刊第 5 卷第 2 期，2012 年 6 月，頁 83-114。

陳愛娥，自由－平等－博愛：社會國原則與法治國原則的交互作用，臺大法學論叢，第 26 卷第 2 期，1997 年 1 月，頁 1-21。

對憲法平等權規定之檢討：由檢視司法院大法官相關解釋出發，收於：憲法解釋之理論與實務第五輯，2007 年 3 月，頁 229-239。

張文貞，中斷的憲法對話：憲法解釋在憲法變遷脈絡的定位，臺大法學論叢，第 32 卷第 6 期，2003 年 11 月，頁 61-102。

台灣政府，能不慚愧嗎？非政府組織在兩公約國家報告國際審查的角色與定位，司法改革雜誌，第 95 期，2013 年 3 月，頁 26-27。

兩公約國際審查的困局：法務部作為秘書處的定位失當，台灣人權學刊，第 2 卷第 1 期，2013 年 6 月，頁 141-150。

焦興鎧，美國聯邦最高法院與就業歧視問題，收於：氏著，勞工法與勞工權利之保障—美國勞工法論文集（一），1995 年 11 月，頁 329-388。

黃昭元，憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析，臺大法學論叢，第 33 卷第 3 期，2004 年 5 月，頁 45-148。

平等權審查標準之選擇問題：兼論比例原則在平等權審查上的適用可能，臺大法學論叢，第 37 卷第 4 期，2008 年 12 月，頁 153-184。

平等權與自由權競合案件之審查：從釋字 649 號解釋談起，法學新論，第 7 期，2009 年 2 月，頁 15-39。

平等權案件之司法審查標準：從釋字 626 號談起，收於：廖福特編，憲法解釋之理論與實務第六輯，2009 年 7 月，頁 551-580。

論差別影響歧視與差別對待歧視的關係：評美國最高法院 *Ricci v.*

DeStefano (2009)判決，中研院法學期刊，第 11 期，2012 年 9 月，頁 1-63。

大法官解釋審查標準之發展（1996-2011）：比例原則的繼受與在地化，臺大法學論叢，第 42 卷第 2 期，2013 年 6 月，頁 215-258。

蔡志偉（Awi Mona），從客體到主體：台灣原住民族法制與權利的發展，臺大法學論叢，第 40 卷特刊，2011 年 11 月，頁 1499-1550。

廖元豪，美國「種族優惠性差別待遇」（Racial Affirmative Action）合憲性之研究：兼論平等原則之真意，東吳法律學報，第 9 卷第 2 期，1996 年 8 月，頁 42。

憲法平等權之意義，月旦法學教室，第 68 期，2008 年 6 月，頁 48-58。

可疑分類之嚴格審查：種族歧視相關案例研析與比較，月旦法學教室，第 83 期，2009 年 9 月，頁 32-41。

英文部分（按作者名字母順序排）

Carens, J. H. (1997). Liberalism and culture. *Constellations*, 4(1), 35-47.

Geertz, C. (1983). Local knowledge: fact and law in comparative perspective. In Geertz, C, *Local knowledge: Further essays in interpretive anthropology* (pp. 167-234). New York, NY : Basic Books.

Gilbert, J. (2006). *Indigenous peoples' land rights under international law: from victims to actors*. Ardsley, NY: Transnational Publishers.

Nowak, John E. & Rotunda, Ronald D. (2004) . *Constitutional Law.* 7th ed.. St. Paul, MN: Thomson/West.

Regan, Kate O’ & Friedman, Nick (2011). Equality. In Tom Ginsburg & Rosalind Dixon (Eds.), *Comparative Constitutional Law* (pp. 473,496). UK: Edward Elgar Pub.

Sunstein, C. R. (1994). The anticaste principle. *Michigan Law Review*, 92(8), 2410-2455.

【主題五場次會議實錄】

與談人（林三加 律師）：

謝謝主持人，今天很高興有這個機會來一睹法官的大作，提供一些小小的想法來分享，看朱法官的文章後，發現朱法官前面有一部分，非常有意思的是在談這個阿美族還有排灣族不同民族的傳統制度，上面是不是有一個行政這樣的一個舊制，這樣的一個制度，我看到這個我覺得驚艷，就是說是不是未來，在我們討論原住民法案的時候，有一部分是跟這個有一點相關，就是說每一個民族他都有自己獨特的一個法律的制度跟系統。那昨天法官也是有提到，他蠻贊同將來其實最終的目標是要建立原住民族法院，我覺得朱法官在前半部就這個不同民族的這樣一個傳統制度來判，應該會有助於未來假如說要成立原住民族法院，有非常有利的幫助。另外一個就是朱法官後面的論述，是從這個實定法的實務的相關分析，然後歸納出目前這個行政訴訟原住民的這些案例有哪些類型，然後數量等等，基本上我非常贊同就是說朱法官的結論，肯定原住民族法庭的設置，不管是專庭或者是專股。只是說朱法官第三是認為行政訴訟案件統計起來，並沒有這麼多，所以原住民族行政訴訟專庭是否設置，似乎沒有他的急迫性，好像是我的理解就是這個樣子。

那我就從朱法官這三個結論，之前我提過幾個論點，就是比如說是不是有可能我們考慮參考這個美國社區法院的設置，也是呼應大家最後其實朱法官提到也許就是制裁法案，跟人民有關的就一起來審。那美國的 cunmuty cort 事實上是同時審理不同的案子，他不是說民事庭審民事案件，刑事庭審刑事案件，民事刑事加設少年通通都和在一起，當他們在設置這個社區法院的法官，就是可能資源也有關，他們不認識的法官，然後他這個法官受到當地的愛戴，那法院的很多工作人員很多都是當地社區的居民，也就是用社區法院這個概念把這個社區整個重新凝塑出來，所以我在想這個法院的概念事實上可以供我們未來，假如說長久的目標是設立原住民法庭的話，也許我們應該開始思考這個部落法院這樣的一個設計。

特別是其實現在在九個地方法院的原住民族專庭，事實上也是試辦，那照今天早上所講的，如果說要挑剔的話，這個怎麼可以在九個地方法院而已，為什麼不是全國每一個法院都要設計，比如說像台北法院，不是這個被選到專庭，但是也有很多都市的原住民他們認為說為什麼我被排除在外，為什麼有一些法院有試辦，有一些法院沒有試辦。所謂的試辦就是今天早上秘書長陳律師他有提到，這個就是說實驗嘛，那如果今天是在實驗的話，事實上我們應該也要考慮多做幾個考驗，我們部落法院也應該要成為實驗的一個方式。比如說，這個法官昨天有提，有一些布農的族人在講，說參與這個很多法官，他都覺得非常好，應該都要賜與一個原住民的名字，然後我就在想說，也許法官將來部落法案，假如說還沒有辦法一蹴可及，說有部落族人自己擔任法官的話，假如說是這個漢人法官的話，他也必須要得到部落族人的認可，比如說用選舉的方式，或者是這個部落賜與他一個部落的族名，這種漢人法官才有資格擔任這個部落法院的這個法官，那同時這個法官也應該要學習族語，就是說也要學習這個多元化相關的課程。那我甚至認為部落法院應該以族語為原則，不只是用國語，而是剛好顛倒，那比如說今天早上淑雅老師有特別在談那個頭目蜂蜜案件，頭目所講的話後來的確有通譯翻成中文，翻成中文的這個記

載，事實上又跟頭目真正的意思不一樣，那我個人承辦的譬如說台東的卡地布部落的反遷葬的案件，那頭目遠道從台東到高雄行政法院開庭，有好幾十位族人一起過去開庭，當時我就跟頭目講說，你一定要用族語發言，這個部分有兩個功能，就是說用中文發言，雖然頭目也會講中文，但並沒有說那麼完整的能夠說出來他真正的意思，當他用族語的時候非常的流暢，雖然當時我也聽不懂，但是我們協助的族人有做翻譯，他講的那段話非常非常的感人，原民台在關心的這個記者，後來也請我去法院調這個法庭的整個錄音供他參考這樣，所以我覺得這個非常的重要。

另外一方面也是希望說讓法官知道，你現在審理的這個案件，並不是他裡面有的一個異民族的文化差異存在，讓法官提醒原住民族基本法 30 條被遵守。最後還有兩點就是說，今天早上有一位先進提到說，將來多元試辦可以審，那是不是應該考慮就是讓族人來當陪審員，或者是參審制，我甚至認為就是說讓族人來當審判長，然後兩個假如說是漢人法官的話，他們來當陪席法官，那最後一個部分就是說整個部落法院對傳統慣習積極試用，才可以保護原住民族的這個傳統文化，也是可以依照這個國際公約的標準，累積相關案例然後讓傳統慣習成為法治平行的起步，謝謝。

主持人（彭德成 參事）：

好，我們謝謝，林律師有提供與談稿，請大家參閱。以下我們來歡迎余建國檢察官來進行與談，歡迎。

與談人（余建國 檢察官）：

其實這個黃傑同學這篇論文，我大概第一次看是在棲蘭山莊看到的，其實他這篇論文的範圍很大，所以要處理的議題也很廣，包括平等權跟自由權進而的論述模式，這在目前的法學界看起來比較是一個新開發，也不算是新開發，只是說它是一個一直存在的領域，只不過它因應著司法院大法官的解釋，所以它目前最近有一些不同的論述模式以及檢驗的標準。我是認為說黃傑同學這篇論文，從憲法上平等權的角度來討論高雄原住民族人的案例類型，並且附帶來說在我國目前法治上，還沒有討論到這個間接歧視的定義，然後他還認為說這個間接歧視的定義應該要受我國憲法第 7 條的保障，原則上不會同意這個結論，那它最後引用了憲法價值體系、事務領域、權利體系來闡述原住民保留地的違建審查論證，我認為他的報告相當完整。

關於就一般的憲法釋憲案來講，對於過度親民的行政手段，比如說像是財產權還有人身自由權，很多時候在論證上大部分都是會在自由權的角度來討論，這篇文章卻能從平等權的角度來討論，我認為論點非常清晰，不過可能因為時間太趕的關係，又或者是行政資料不夠、不足，所以這裡面的一些論文的模式跟理論的基準點，我是覺得說應該還需要再加強。關於公不公平的這個議題，事實上我今年應該說是被害人，真的是被害人，這個從強制辯護的刑事法規修正了之後，只要出現在台中地院或者彰化地院和台灣的地檢署，大家就會問我說:「你覺得這樣公平嗎？」因為那時候對平等權的概念還不是這麼清晰，事實上是真的有點心虛。舉一個案例來講，有一個布農族的原住民族，他的爸爸是一個非原住民，那他在 19 歲以前幾乎都是從父姓，按照原住民基本法的規定，沒有取得原住民的身分，因為他常常犯罪，到了 19 歲的時候，有人跟他說其實你可以改回從你媽媽的名字，那你就有強制辯護的權利來享受，他就真的去更改他

的名字，並且從母姓。開庭的時候就問他說，你有見過你媽媽嗎？他說他這一輩子從來沒有見過他媽媽，所以在那個案子發生後，我們按照法律規定，當然一定是馬上通知辯護人來到場為他辯護，不過就這個承辦的警察來講，他們非常非常的不愉快，因為他也知道在這個檢察官偵辦案件的時候，有律師的參與跟沒律師的參與，事實上對於被告的壓力那個影響可能會有程度上的差異，也會影響到他認罪的意願，那個案子他事實上涉及的是一個販賣毒品重罪的案子，也有可能包括品性也有一些不良，從他之前的行為就似乎是如此，自從他改了原住民的姓之後，從原住民身分之後，他法律上的權益馬上獲得完整的保障，並且在一些公訴的案件，他都可以擊敗檢察官，這是第一個案例。

在第二個案例裡面，就是一個墳墓的地籍問題，今年的這個案件也有報導過，但在去年的二林鎮公所，有一個漢族警察，因為他爸爸的墓基就是放在二林鎮，因為從使用的關係看起來，他們應該是很早就取得系爭土地的使用權，不過後來因為那個地方是公墓地，所以二林鎮公所事實上有通知他們來遷墓，後來這警察就認為說，我事實上已經長久取得這個墓地的地籍了，所以他不願意搬遷，事實上用久了，大家都會有一些感情，不願意搬遷，後來二林鎮公所就把這個案件告發到地檢署，我們一項一項去審查它的要件，因為那時候二林公所的態度就是說你只要願意開庭，就願意給他緩起訴，那我們當然不想把事情鬧大，但是他很堅決他對這塊土地非常的有感情，並且從他的先祖一一跟我追訴說，他就是長期使用這塊墓地，所以他也沒有辦法，所以在這樣的情況下，被我起訴了，我起訴了之後檢察官差不多兩個月案子就下來了，他在法院同意認罪。那在於說我們台北縣新北市的這個案子爆發後，這個一審的法官判無罪，本來我們檢察官後來要繼續追去上訴，我馬上論談這個話題，因為事實上在我們部落裡面使用墓地，就是族人家人都葬在一起的，只不過差別就是說在於他有的地點可能是在保留地，也可能是在所謂的國有林地，所以我把事實上的經驗跟這案子連結就沒有再上訴。所以我想提到了平等這個領域，目前在國內是一直在發展，原住民取得優惠，進而保障措施從我這一代，差不多有三、四十年代了，這樣優惠性的待遇，是不是需要存在的，到底要補償到什麼時候結束，我想這一直是我們同學跟一些大家討論的一個議題，回應到這個黃傑的這一篇論文，他之後是用了，他是採取美國模式的方式來討論，規定違反平等權一個規範，這是一個大法官最新的解釋方式，那這種解釋的方式，似乎看起來對我們原住民民族不會非常的不利，不過說至於他的內容還是要去充實，然後再把內涵加以結構化。最後跟林三加律師說個謝謝，其實他起訴、上訴一直都很完整的將原住民所有的法條都用進去了，而且重點是他還有歷史脈絡跟社會結構的關係，敘述原住民族應該適用這個權利。

主持人（彭德成 參事）：

好，我們謝謝余建國檢察官的見解，以下是發表人回應的時間，每位有三分鐘，那我們先請朱中和法官來回應。

發表人（朱中和 法官）：

其實談到這文章我沒有辦法去實證調查，所以確實從現有的統計數量上跟文獻上做一些分析，最重要的是我還分析了最多案件的台北行政法案，事實上案件沒有這麼大，所以我才建議說把它跟智慧財產權歸併到同一個法院就好，雖然合法、合憲、合理、合乎文化傳統，但是訴

訟上經歷我的建議，原住民專庭就是行政都來辦，沒有什麼不好，那麼最後一個大律師建議了一個社區法庭，這個社區法庭可能在美國，美國這個社區法庭他們的方式，我們也不是很了解，不過聽他這樣講我也覺得設這個法庭，由我們原住民來選舉法官，然後我們自己來參與，然後確實用我們的語言來審判，非常棒，只是說這個可能性還是要深入的去考察。那麼最後一個就是說，談到了部落法官，來經過部落才能夠怎麼樣，我看很困難，原住民憲法都是漢人幫我們表決的，哪有可能說這個法官由我們來選舉。雖然都要原住民自治，可是你知道嗎？原住民的自治沒有這個東西，在原住民的基本法看不出來這個字眼，如果真的要自治，是不是就要自治政治、自治議會，所以自治不可能，我們只能趨近自治，連現在這個自治要我們來選這個法官，如果這點能夠做的話，以後修改原住民基本法的時候，我的建議是由我們的自治議會幫忙審查，幫忙立法會比較恰當，也符合我們的要求，不要由很多的漢人代表，哪有一個別的民族幫別的民族表決他的憲法，多矛盾，謝謝回應。

主持人（彭德成 參事）：

好我謝謝朱法官，那我們請黃傑，來進行回應。

發表人（黃傑 碩士生）：

先謝謝余檢察官的與談，就是他指出這個論文不足的地方，因為論史料這個部分索取上有非常大的困難，何況是我挑選的那個方式，在一般的行政機關的資料，不會特別去做這樣的篩選，這個部分是我一直覺得很可惜的，其實正如這樣子，這個也是未來更需要發展的，因為這個議題其實不是我自己去想的，在歐洲這幾年都受到關注，特別是對於比較不一樣的情況跟族群，或者是這樣子的文化族群問題都有相當多的討論，我就覺得原住民更應該要去做這樣一個，因為我們很多的法規都看起來很友善，但其實都不友善，那就使透過平等權的方式去做一個微小的抵抗。

然後關於律師強制護辯的部分，我也有些簡單的想要說，就是我自己還沒有開始執業，總是會遇到很多親朋好友，好比去警察局陪同，事實上不只是我，也是聽到蠻多親戚朋友跟我說，很多時候警察都會有一點拖「沒有很難，沒有必要要請律師吧，你就簽一下這個同意書」，很多時候像制度上需要關注，實際的操作成果就更需要有人去監督，而不是說我們覺得原住民族人已經很好，就到這邊了，大家更應該要去關注說，有這樣的制度後，到底對於族人們是好是壞，我們要怎麼去檢討，從這一點出發，已經不只是族人跟一般主流文化的衝突對話，更是我們族人之間得到一個積極對話的空間，雖然會有很多相互的質疑，那我就講到這邊，謝謝。

與會者：

彭參事，還有我們在座的法官還有其他人，小弟是從南投仁愛鄉的賽德克族，以前檢察官跟我是同鄉，也可以說是同事，我是那羅部落的，小弟以前在鄉公所從事業務的，後來十幾年以前自己跳出來，目前在投資基層事業，所以對山地保留地部分，我也有很多的感觸，在從事這十幾年登記保留地登記的業務時，我看到很多的不公平，還有很多不平等的施政，包含剛剛我們朱中和法官所提出來的醫療改善育幼院，有一個案件是針對清境農場的違法占用保留地的事件，這個案件也是我整理出來的，目前進行訴訟當中。今天我只要談的是一個原住民保留地

的議題，大家知道原住民很早就已經進來，台灣的土地本來是我們原住民的，那原住民保留地這一個名詞，小弟本身就非常不贊同，它應該稱做原住民土地就可以了，為什麼要加保留地，加保留地這三個字以後，延伸出非常多行政上對我們原住民很不公平的事情出來。從我們黃研究生所整理出來講到是原住民保留地是在民國 56 年的時候，政府辦理總登記時，把所有的原住民土地全部收歸國有，然後再依據政府所訂定的相關辦法，你只要符合程序，只要符合規定，我才給你，他講權利，我才給你收權狀，所以到目前為止，我們的最高主權單位針對原住民土地的態度還是一樣，他認為說原住民土地就是屬於國有，不是屬於我們原住民的，所以我們在申請土地權利的時候，只要有一個環節不符合規定，我就不給你權利。剛剛黃研究生所提到的土地超限利用，就好比今天我在這塊土地上面，已經先訂了一個地上權，我買了五年，我要先申請權狀，但是因為我沒有實施造林，我去種植其他東西，時間到了，我可以去申請權狀的時候，我可不可以？不是因為說我土地超限利用，我不給你權狀，所以這個部分有沒有針對我們原住民的權利，在平等上面，還有比例原則上面，我想可以請黃研究生來幫我們來做一個解套一下。

還有最後一點，就是針對清境農場的土地，朱中和法官所整理出來的案件，他在最後有特別提到主旨的部分，因為這些土地都是在我們南投縣仁愛鄉山地保留地籍管理新設立的土地，到了行政法院，結果最高法院就已經判決下來了，他們判決我們輸，因為最高法院認為說這些土地要我去舉證，他懷疑要我們去改正這些土地是保留地，我們鄉公所裡面已經列在山地保留地地籍管理新設立裡面的土地它一定是保留地，但是最高法院不這麼認為，他們認為說還要我們提出更有力的證據，才可以去認定說那個才是保留地，所以這個部份現在我們還是在等，我們也希望說我們的行政院原住民族委員會對於這個案子，能夠多加留意及幫忙，以上，謝謝。

主持人（彭德成 參事）：

因為時間的因素，我就請黃傑針對第一個問題回應，第二個問題的部分，建議留到等一下綜合座談的時候，再來回應。

發表人（黃傑 碩士生）：

謝謝，剛剛是說到跟保留地有關的部份，其實如果硬要說保留地的制度跟平等權有關的話，可能還要再思考一下，因為我現在還想不太到，但是我是覺得保留地的詞本身就是一個非常具有問題的，在文章裡面有簡單的講到，當然我所引的相關性，有研究報告的一位老師，他是老師所以比我更清楚，就是很容易彰顯並不是一個單純土地的問題，其實是歷史上所造成的族群問題，仔細想就會發現國家為什麼會把所有的地都歸國有後再發回來，而且發回來之後到現在的狀況就變成是很多爭議，所以我就覺得這個制度本來就更需要全盤再思考，關於他剛剛說如果是最高法院，依我自己的理解，畢竟他是法院，如果他是好的法官的話，其實不應該這樣做的，因為就這個部份，有些權限就是行政機關本來就有其專業可以去做判斷，法院這邊本來就要做一些轉換。

主持人（彭德成 參事）：

好，謝謝，可能各位還有很多的提問，因為時間的因素，建議留到綜合座談再來提問，這個階段就到這個地方，謝謝。

主題六

原住民族習慣的傳統與現代

主持人：阿浪．滿拉旺處長（行政院原住民族委員會）

■臺灣日治時期的原住民族、習慣與國家法

發表人：曾文亮助研究員（中央研究院臺灣史研究所）
與談人：黃唯玲博士生（國立臺灣大學法律學系）

■從兩人權公約檢視原住民之公平審判權及通譯制度

發表人：鄭川如助理教授（輔仁大學法律學系）
與談人：郭書琴副教授（國立成功大學法律學系）

台灣日治時期的原住民族、習慣與國家法*

曾文亮**
中央研究院臺灣史研究所

摘要

台灣日治時期原住民族習慣與國家法的關係，涉及原住民族概念、習慣的意義以及習慣與國家法的關係等面向的問題。殖民政府基於殖民統治考量，借用清治時期以來對原住民的分類概念，區分為熟蕃、化蕃、生蕃，另一方面則根據原住民在近代歐陸標準下的文明進化程度，以及是否服從帝國統治，而決定是否採取法律統治。結果日治時期的原住民習慣與國家法的關係，不僅止於司法上的法源問題，而同時包含國家統治形態（法律/司法/行政）的問題。

熟蕃很早就被認為法律上等同本島人，適用一切本島人法律與法院制度。結果有關熟蕃民事習慣應否被承認成為習慣與國家法上的重要問題。平地蕃人隨時間發展到 1910 年代後逐漸朝向普通行政/法律統治，但是身分上仍屬蕃人，因此民事上採取保護措施，而刑事上則透過行政監督逐漸放寬法律的適用；惟整體而言司法介入空間仍屬有限。最後是 1910 年代中期被納入國家統治權的蕃地蕃人，其法律上人格遭到否定，幾乎沒有司法介入空間。惟不論平地蕃人或蕃地蕃人，雖然司法介入有限，使得法制習慣運用空間大，但透過理蕃行政措施，原住民整體生活習慣卻面臨行政機關強大的文明改造壓力。

要言之，日治時期原住民習慣與國家法之間的關係，與原住民是否被納入法律統治息息相關。而原住民納入法律統治的前提，則是其文明程度達到近代文明生活標準。所謂理蕃的目的，即在於從原住民生活面向提升其文明程度。在這樣的思維下，原住民進入法律生活，即意味著被同化為本島人。而如果被排除在法律統治外，雖然較能延續其法制習慣，但是卻因為被認為文明程度低下，而在生活習慣方面必須面臨國家全面性的改造。結果原住民法律地位的認定，乃至原住民習慣在國家法上的運用，都與原住民習慣的保存或生活方式的延續無關，而只是殖民者改造原住民生活的不同手段之選擇而已。

---

*本文僅供研討會使用，請勿引用。

**中研院台史所助研究員。E-mail：twliang@gate.sinica.edu.tw。歡迎來信指教。

一、前言

本文探討原住民族的習慣跟國家法之間的關係。[1]關於這個問題，有兩個概念需要先說明。第一是習慣的意義。習慣是指一群人長久以來所形成的習慣性行為或價值。存在於人類生活的各種領域中。但是本文所要處理的是習慣跟國家法之間的關係，所以就不得不從國家法關心的角度來限縮習慣的範圍。在這樣的問題意識下，習慣的意義便產生分化，法學上將習慣區分為一般習慣跟法制習慣，即為此意。

第二個需要說明的概念是原住民族。台灣的原住民族，並不是鐵板一塊。清治時期以社為單位區分，到日治時期則透過人類學家的調查，將之區分為七到八個不同的種族。有關原住民的習慣研究大致是依照種族分類。但因為國家法的基本性質強調領域內的統一性、普遍性，因此總督府在台灣的舊慣統治，在方法上也盡可能將各地習慣整合為本島人習慣。臨時台灣舊慣調查會對台灣漢人的舊慣調查即是如此。而原住民的習慣調查，雖然有區分種族差異，但是在岡松參太郎的研究中，則是以法學體系整合各族習慣的方式處理。[2] 但是在原住民政策上，則可能採取其他分類方式。

例如 1903 年總督府關於蕃政問題的檢討，不依種族而依照進化程度，區分為生蕃、化蕃與熟蕃，但是對於這三類蕃人的法律地位，則重新依照其對帝國服從程度與文明進化程度，決定其法律地位。亦即熟蕃乃進化與漢人程度相當，位於普通行政區內，事實上為帝國臣民。化蕃為稍有進化之蕃人，亦有幾分服從的國之跡象，但位於普通行政區外，事實上尚未成為帝國臣民。生蕃則是進化最慢，位於普通行政區外，完全沒有服從帝國主權之事實。[3]

至於生蕃的法律地位，持地六三郎區分蕃地與蕃人，其中蕃地因為馬關條約領土割讓已經包含其中，因此自為日本主權所及。但是領土主權並不等於住民的臣民資格。從結論言，蕃地雖為日本領土，但蕃人未必取得臣民資格；由於生蕃為服從帝國主權，因此國家不賦予其臣民籍。且國家與生蕃關係也非國際法上關係，而是國內法上關係。由於尚未得到國家的承認，因此僅為社會學上的人類，不具法律上的人格。[4] 持地的論理主要是為解決總督府對蕃地蕃人的統治法理，但是對於國家法如何看待原住民族習慣以及影響原住民習慣而言，具有重要的參考價值，特別是其關於原住民的分類，對後續總督府的實際措施具有重要參考價值。

持地六三郎的原住民分類，與本文所要探討的主題----原住民族習慣與國家法的----有密切關係。首先是關於原住民的分類，台灣的原住民不是鐵板一塊，加上清治以來原住民與漢人之間的接觸經驗，在官府的治理上已經出現熟蕃、化蕃與生蕃的區分。這些區分在日治時期為總督府所延續並加以轉化的結果，在 1903 年形成了熟蕃、化蕃與生蕃的法律上地謂差異。[5] 這三種人群的區分，隨著 1910 年代總督府統治權地進入蕃地，最後成為三種不同的治理型態。

其次，由於此一分類係國家係依照文明進化程度區分人群，是則這三類人群內部果真存在一致的習慣？對此首先必須釐清的是原住民族習慣與國家法的關係中，原住民族習慣是由誰所決

[1] 本文寫作時間充促，文中許多用詞未及統一。另關於原住民概念之使用，多有直接使用「蕃人」、「熟蕃」、「生蕃」、「化蕃」或「蕃族」等用語之處，純係作為歷史名詞使用，並不具任何評價目的，尚請理解。
[2] 參見岡松參太郎，參見岡松參太郎，《台灣番族慣習研究 4》，台北：南天，1995[1921]。
[3] 參見持地六三郎，〈持地參事官の蕃政問題に關する意見〉，台灣總督府警務局編，《理蕃誌稿》第一卷，東京：青史社，1989[初版]，頁 179-186。
[4] 參見持地六三郎，同上註，185-186。
[5] 參見持地六三郎，〈持地參事官の蕃政問題に關する意見〉，台灣總督府警務局編，《理蕃誌稿》第一卷，東京：青史社，1989[初版]，頁 179-186。

定？從習慣跟國家法的關係而言，國家法的存在乃是這個問題的前提。也就是說，原住民族習慣跟國家法的關係之所以成為問題，乃是因為原住民族為國家所征服之後才發生的事情。因而習慣與國家法的問題之所以發生，乃源自國家法的需要，從而對於何謂習慣，必須從國家法觀點切入，才符合本文的需要。此一國家法觀點的習慣分析，至少會衍生出兩個重要的問題：首先是原住民習慣在多大程度上被納入國家法體系？其次則是國家法對原住民習慣有何影響？這兩個問題不論何者，其對象或範圍都受到國家法概念的影響，也就是說，法制習慣是習慣跟國家法所關心的重點。

持地六三郎的報告中，對於進化程度不同的原住民，賦予不同的法律地位。這種法律地位的差異，即可能影響到習慣與國家法的關係。另一方面，由於生蕃被認為不具法律上人格，而不實施法律統治。因此，在討論原住民習慣與「國家法」的問題時，勢必要對國家法採取較寬鬆的定義，否則無法將被排除在法律統治外的原住民納入檢討範圍。職是之故，本文中所謂的國家法，除了立法機關制定的法律之外，還包含行政機關的命令。

二、熟蕃的習慣與國家法

19 世紀台灣仍是地域社會時期，以國家法域空間做為社會邊界的情況尚未形成。日本統治台灣後，透過馬關條約取得台灣全島主權，但是在接收過程中已經將台灣島區分為兩個空間。日治時期對於原住民族是否適用法律的問題，並不認為理所當。日本取得台灣主權後，已經知道清治時期台灣的原住民有熟番與生番之分，而且兩者有不同的地位。熟蕃的部分隨日軍接收已進入國家統治，但界外生番則暫時採取綏撫政策，但同時進行相關調查。因而在日治初期關於台灣原住民的調查中，可區分為熟番與生番兩個範疇。

1、原住民與國家關係的建立

平埔族在清治時期被稱為熟蕃。但是須注意的是，所謂熟蕃乃政治分類已如前述，如果依照伊能嘉矩在台灣蕃人事情中的分類，平埔族共有 10 個小群，馬淵東一則分為 10 個族。對於這些平埔族，總督府延續清治以來的熟蕃認定，1896 年 4 月民政時即為普通行政管轄，司法設則自 1896 年 5 月（7 月開廳）地法院所管轄。雖與漢人同屬普通行政區，但是在施政上仍區分熟蕃與漢人。例如戶口調查時也依照人群差異而分開調查。

雖然納入普通行政，但是在初期仍區分熟蕃與漢人，在政策上略有差異。例如 1897 年時總督府推行的熟蕃土民兵、護鄉兵的政策即為明顯之例。[6] 1898 年土地調查事業中，在承認熟蕃與漢人一樣具有業主權資格，並決定買斷蕃大租後，熟蕃等於本島人的法律上地位被進一步確認。1903 年持地六三郎的復命書中，以熟蕃進化上已經跟漢人無異，因此肯定其帝國臣民地位，在國家法上確立熟蕃=本島人。[7] 熟蕃主體性消失，在國家法上不再被特別強調。1905 年戶口調查中，熟蕃被放入本島人內部的子分類中，也就是成為行政機關施政的考量，但是在法律上或司法上基本上不考慮漢人與熟蕃的差異性。

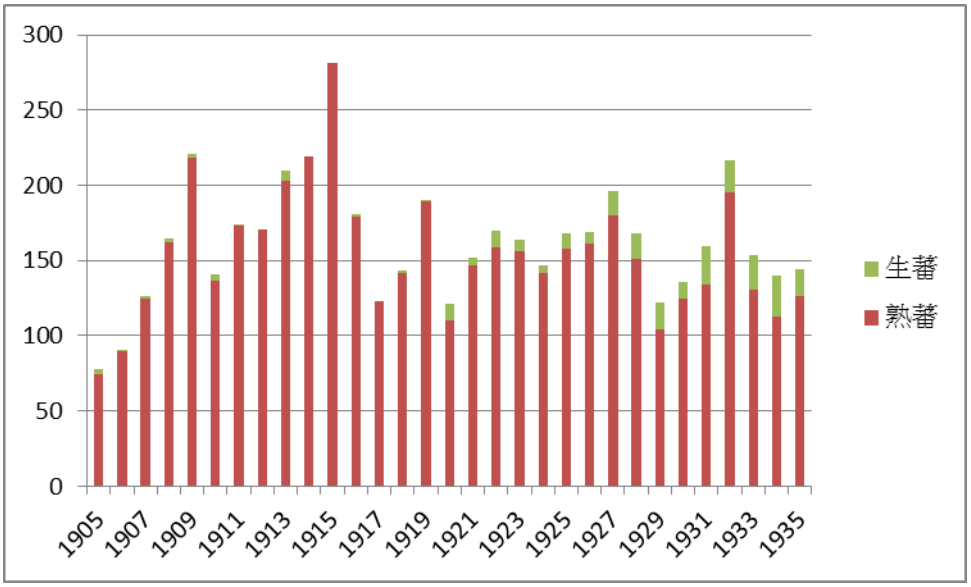
[6] 有關此一政策，參見近藤正己，

[7] 參見持地六三郎，〈持地參事官の蕃政問題に關する意見〉，台灣總督府警務局編，《理蕃誌稿》第一卷，東京：青史社，1989[初版]，頁 179-186。

2、熟蕃得依用舊慣問題與國家法

平埔族雖然從清治以來仍可清楚區分，但其蕃社團體到 1900 年代初期已經不是必然存在。[8] 1903 年總督府的熟蕃社調查，顯示蕃社頭目的職務除了管理蕃社財產、為持社內和平外，於蕃丁不合時也有調停和解。[9] 但是蕃社在國家法上並不具有重要地位。例如土地調查中蕃社重要財產的大租在遭到買斷後，即喪失穩定的收入來源。加上行政上除了初期的熟蕃政策下有賦予熟蕃政治上的任務外，熟蕃在法律上的地位與漢人無異。而在司法事務方面，自 1896 年的六三體制下，熟蕃與漢人同受普通行政機關與司法機關的管轄範圍。因此，不論在行政或司法制度上，熟蕃都被視為本島人。刑事方面從 1896 年 5 月開始受帝國刑法，因此刑事上適用帝國刑法。根據總督府的犯罪統計書，每一年熟蕃的犯罪人數大約在 150 人上下。

圖表 1：熟蕃歷年犯罪人數統計



繪圖：曾文亮

資料來源：台灣總督府犯罪統計書，1905-1942 年。

民事方面，則根據 1898 年律令第 8 號、第 9 號被納入本島人範疇，對於只涉及本島人與清國人間的民商事項，依照舊慣處理。這兩個基本法律規範只在民視法上區分內地人與本島人，至於本島人內部則未再加以區分。所謂本島人指漢人，本島人舊慣=漢人舊慣。舊慣調查會或法院有志慣習問答，都採取北中南三個區域的地區習慣區分檢討，但沒有針對漢人或熟蕃的習慣加以區分，調查過程中也沒有針對熟蕃社習慣特別留意。唯一的例外是土地調查局的業主查定過程中，因為清治時期熟蕃土地禁止買賣的規定而衍生的蕃人出典土地業主權認定問題，涉及漢蕃交易習慣。

就此問題，一開始的主管機關為臨時台灣土地調查局，但是相關的法律論理，則與臨時臺灣舊慣調查會有關。而後因為人民向法院提起訴訟，而使得總督府法院也必須處理這類問題。結果

[8] 伊能嘉矩的台灣蕃人事情中已經指出有些平埔族已漢化。
[9] 參見〈熟蕃社ノ現狀調查〉，1903 年 6 月 1 日，總督府公文類纂，第 4254 冊，文號 59。

在國家面對蕃漢交易的習慣上，可能出現不同的看法。在 1902 年總督府法院判決中即有一件涉及熟蕃與漢人間的土地紛爭。該案的背景是土地調查局將熟蕃社出賟給漢人耕作的土地查定為承賟人所有。[10] 結果有人以解除賟耕契約為由，向總督府法院提起訴訟。該案件所涉及的核心爭點為：在清治時期禁止熟蕃地買賣的規定下，蕃社買賣土地時是否有不作成杜賣字而以賟耕名義交易者？總督府覆審法院在 1902 年 8 月 15 日針對其中一件「小作契約解除請求事件」，判決業主權應歸於熟蕃所有。其理由有二：1、在清治法令禁止熟蕃土地買賣下，雖可看到胎典形式而轉移業主權之情事，但是沒有透過賟耕移轉之例。2、劉銘傳清丈時所發的丈單，有以招賟者為業主，亦有以承賟者為業主，因此無法僅憑丈單即認定業主為誰。[11] 覆審法院所提到的第一個判決理由，即是根據漢人與熟蕃的土地交易習慣認定賟耕契約是否具有移轉熟蕃土地業主權的效果。

熟蕃與漢人的習慣差異，也存在於家族制度中。1915 年阿緱廳長曾就熟蕃繼承登記問題請示總督。該請示中提到熟蕃與漢人習慣的差異，包括：熟蕃女子與男子同樣有繼承權，且繼承亦不以同姓為必要。該廳曾就此問題詢問台南地方法院，而台南地方法院則回答則認為女子繼承可依舊慣，而姓氏問題如冠男方姓氏則不可繼承女家之財產。不過法務部經詢問覆審法院後，卻得到舊慣不明、不置可否的答案。[12] 登記機關及地方法院雖然堅持異姓不得繼承，但是如此一來熟蕃女子將因婚姻對象是否同姓而影響繼承權利。從隔年一項報導中，可以知道總督府最後還是承認熟蕃的女子繼承習慣，而認為不論是否同姓，也不論繼承發生在婚姻前後，熟蕃女子均得繼承家產。[13]

不過如果紛爭發生於熟蕃之間，則總督府法院可能依照熟蕃社的習慣來判決。例如 1907 年有關於蕃社習慣認定的判決。明治 40 年控民第 180 號，同年 5 月 24 日判決。本件涉及蕃社公借貸金。法院同意控訴人主張，即蕃社頭目有世襲制，亦有由蕃丁選舉產生者，未可一概而論。因此不能單以頭目子孫一事即推定為頭目。被控訴人對於控訴人為蕃社頭目或蕃社財產管理人之點，既然無法證明，其請求自無由成立。如果紛爭發生於熟蕃與漢人之間，總督府法院的判決可能根據漢人習慣為之。例如 1923 年合民 121 號中，蕃人女子訴請解消妾關係。被告漢人主張：其與原告夫妾關係之成立，係得到原告父母同意，經警察官署許可。因此要終止夫妾關係也應踐行同樣程序。但法院判決理由認為：本島夫妾關係之解消，可由任一方提出，即使是蕃人亦同，無須特別條件。[14]

身處近代司法制度下的熟蕃，隨時間經過也可能逐漸熟悉此一近代國家制度。1916 年的台法月報中有一篇關於宜蘭熟蕃訴訟的報導。該報導中提到的訴訟，是熟蕃人間關於其公業（番社共業）的訴訟。特別值得注意的是，該報導中提到這個案件背後有一位著名的查某訟棍偕夏氏阿悲在籌劃。根據該報導，該查某訟棍富有健訟之氣，擁有近兩萬資產；雖曾一度被控詐欺取財，並遭地院判刑八個月，但經控訴後無罪。[15] 這名偕夏氏阿悲在 1928 年並利用公證制度作成遺言。[16]由此以觀，可以知道至少到 1910 年代以後，熟蕃中已經出現嫻熟司法制度並以協助他人官司

[10] 參見〈業主權に關する事實調查方の義に付內申〉，「台灣總督府公文類纂」，第 4644 冊，文號 14。
[11] 參見覆審法院 34 年控民 124 號，1902 年 8 月 15 日判決。《台灣慣習記事》第 3 卷第 5 號（1903 年 5 月），頁 40-42。亦收於小森惠編，《覆審高等法院判例補遺 1》東京：文生書院，1997，頁 84-86。有關該案中所涉及的台中地區熟蕃業主權問題，更詳細的討論可參見柯志明，〈視而不見：地稅改革政策下的岸里社蕃小租〉，《台灣史研究》第 15 卷 1 期（2008 年 3 月），頁 31-79。
[12] 參見〈熟蕃人女子相續件に關する件〉，《總督府公文類纂》第 11179 冊，文號 64。
[13] 參見田中賢三，〈熟蕃人女子の家產承繼權と其の婚姻〉，《台法月報》第 11 卷 12 號（1917 年 8 月），頁 29-32。
[14] 日治法院檔案，台中地方法院，合民判決原本第 15 冊，頁 245-248。
[15] 參見林確堂，〈熟蕃同士の訴訟沙汰〉，《台法月報》第 10 卷 8 號（1916 年 8 月），頁 65-72。
[16] 參見日治法院檔案，臺北地院，公正證書原本昭和 3 年望月第 44 冊，第 2188 號，頁 518-523 。

謀生的人。

三、平地蕃人的習慣與國家法

日治初期法制區分普通行政與蕃地，法律上則區分本島人與蕃人。但是在持地六三郎的調查報告中，則提出行政中不妨再區分生蕃與化蕃而施以不同行政的建議。當時東部之蕃人，雖劃入普通行政區，但尚未施行普通行政，而是採取蕃社行政，可謂此種特別行政的實踐。對於這些東部蕃人，總督府並未如南庄、恆春下蕃社等陸續歸入普通行政區，使之在法律上成為熟蕃=本島人。但也沒有在五年理蕃計畫完成後併入蕃地蕃人，而是一方面賦予土地業主權，另一方面在行政上逐漸朝向普通行政前進。結果普通行政區蕃人逐漸成為一種有別於本島人與蕃地蕃人的法律上概念。而平地蕃人的習慣與國家法的關係，也不同於本島人與蕃地蕃人。

1、平地蕃人的出現與普通行政

平地蕃人的概念雖然很早就被提出，但一開始並不具有法律上的意義，而只是用於指稱居住在平地的蕃人。由於 1896 年確立的六三體制，將台灣區分為普通行政區與蕃地；此一領域的區分，大致上也具有人群區分界線的意義，亦即：普通行政區即清治時期已經接受官府治理的民人所居住，而蕃地則是不受王化的蕃人所居住。只是這種人群跟地域的界線劃分，因為人群是活動的，因而往往未能完全一致。例如台灣東部即因清末開山撫番的關係，在花蓮台東一帶逐漸形成漢蕃混居的情況。日治初期的接收過程中，一開始將東部劃歸台南廳，但是其轄區內有不少原住民，這就使得普通行政區=民人、蕃地=蕃人的等式無法成立。結果在 1897 年地方制度改革時，將東部台東支廳獨立為台東廳，使得東部成為地方行政上特殊的地區。

東部蕃人的特殊性，如果依照持地六三郎的復命書中對蕃人的法律與行政地位之說法，可以理解為法律上屬於蕃人（相對於本島人），但在行政上則屬於化蕃（相對於蕃地蕃人的生蕃）。正因為東部蕃人的存在，使得 1898 年開始的土地調查事業中暫時排除東部地區，而 1905 年的戶口調查雖將之納入調查對象，但是戶口制度亦未實施於東部蕃人。此外在行政上，亦不同於平埔族或西部化蕃於土地調查事業後被劃入街庄普通行政，東部的蕃人在行政上，是根據各地方漢人人口多寡及蕃人進化程度而決定採取街庄行政或蕃社行政。[17]

1907 年 1 月，總督府確立蕃地經營方針，[18] 同年 5 月又接受台東廳長建議，對台東廳下平地蕃人發表蕃社行政的內訓。該蕃社行政的要旨為：以蕃社過去以來的習慣為基礎，在地方官監督下，組織蕃社役場、頭目例會等。而蕃社行政只限於行政區域內的蕃社（第 1 條），並以蕃社舊有習慣為依據，只有在沒有習慣或雖有習慣但違反蕃社利益時，才會協定新的習慣。（第 2 條）並在地方官監督下組織蕃社役場與頭目例會，由頭目處理蕃社役場事務。（第 8 條）[19]

平地蕃人此種行政上的特殊地位，除了 1909 年在台東廳內分出花蓮港廳外，一直到 1930

---

[17] 根據 1905 年 7 月 8 日民政長官給台東廳長通牒，其標準為：1、社內雖有漢人居住而尚未有庄之名稱者，稱該社名。2、社內有漢人居住且已有庄名者，且區域獨立者，於明確劃分邊界後，各稱其社名與庄名。3、前項情形，若民蕃雜處且地域錯綜，其地界劃分以人數多者為主，但分別稱其社名與庄名。日後整理統計表時，將居住民庄之蕃人與蕃社內蕃人合併計算。但備考欄內應註明某社蕃人戶數及居住某庄之人數。4、新遷入民庄地域蕃人，於統計時仍併入原社計算。但備考欄記載方式同前項。5、行政區域內鄉的境界，只包含平地蕃（阿美卑南）分布區域及太麻里沿海一帶土人庄。以往報告將太魯閣蕃所在地稱為蓮鄉，與阿緱廳交界各社為南鄉，雖為誤記，畢竟係因缺乏明確鄉界所致，應於土地調查地圖詳細記載邊界線。參見台灣總督府警察本署編，《理蕃誌稿》，第一卷，台北：編者。1918，頁 394-395。

[18] 參見台灣總督府警察本署編，《理蕃誌稿》，第一卷，台北：編者。1918，頁 481-482。

[19] 參見台灣總督府警察本署編，《理蕃誌稿》，第一卷，台北：編者。1918，頁 549-550。

年代基本上均延續此一模式，並未因 1920 年地方制度改正而有所影響。1920 年後花蓮港廳、台東廳仍維持廳/支廳制，且由警察官擔任的支廳長在這兩個廳仍繼續擔任下級行政官員。1933 年台東廳警務課長仍認為平地蕃人脫離理蕃行政只是形式上的，實質上其精神、物質程度仍難與本島人、內地人相比。不過上述說法在幾年後卻有重大轉變。1937 年 10 月總督府認為成立街庄自治團體的時機已經成熟，在東部實施地方制度改革，廢支廳改設郡，廢區改設庄，分別設郡守、庄長，實施街庄制。並組織廳協議會與街庄協議會，同時賦予平地蕃人選舉街庄協議員與廳協議員權利。[20] 也就是說，阿美族與卑南族的蕃社頭目處理蕃設事務的習慣，在蕃社行政下面臨來自近代國家的行政監督，但到 1937 年後則為街庄制度所取代。

此一到 1930 年代後期為止的蕃社行政或支廳行政的措施，讓平地蕃人既有別於熟番（普通行政），也有別於生蕃（蕃地行政）。如果用持地六三郎的理論來看，東部蕃人的法律地位即相當於化蕃，而蕃地蕃人則為生蕃，因此兩者在行政上有所區別。但是總督府顯然未完全依照持地六三郎的理論處理平地蕃人事物。在 1910 年開始的東部土地調查事業中，總督府承認平地蕃人可以擁有業主權。[21] 土地業主權的賦予，讓平地蕃人的法律地位超越了持地六三郎所認為的化蕃仍不應擁有所有權的觀點。但是根據岡松的研究，台灣的原住民族已有土地財產觀念，只是其沒有權利概念，也沒有區分物權、債權或其他財產權的意識。[22] 但是如果從文明法制的權利種類來看，東部阿美族跟卑南族的土地習慣，可以稱為私有權制。也就是承認個人可以擁有土地財產。[23]

持地與岡松的論理差異，反映了政治與學術觀點的差異。惟總督府承認平地蕃人得為土地業主權人，絕非源自對原住民習慣的尊重，而是有其移民政策考量。因此雖然賦予平地蕃人土地所權，卻大幅限縮其範圍；又在權利主體方面，也不是依照原住民的舊慣，而是依照近代個人主義原則。[24] 雖然總督府的權利賦予有其自身政治考量，但平地蕃人的生活形態已是農耕為主，屬於文明生活形態，加上長期以來「漢蕃雜處」的漢化影響，即使從法律論理的觀點而言，似乎也很難將之完全排除在文明生活之外而全面否定其人格。此一法律主體地位的承認，不僅標誌著其與蕃地蕃人的差異，也縮小了平地蕃人與本島人在國家行政中的差異。

例如隨著土地業主權的承認，登記機關也必須處理平地蕃人的土地權利登記問題，而隨土地調查而賦予原住民土地業主權的同時，1913 年府令第 107 號規定，自 1914 年 1 月 1 日起，正式實施台灣地租規則，對平地蕃人徵收地租。[25] 1914 年 3 月，又根據民警第 271 號，將戶口規則適用於台東廳與花蓮港廳。[26] 雖然將戶口規則適用於普通行政區內的蕃人，但是考慮到其與本島人間的習慣差異，總督府對這兩個廳內的蕃人戶口事務，也有特別措施。1914 年 6 月 27 日警戶第 2745 號〈蕃人戶口事務取扱に關する件〉中，提到蕃人與本島人舊慣不同，因此蕃人戶口事務之處理不依照本島人舊慣，而應斟酌蕃情舊慣、準據內地法（民法、戶籍法等）為適法

[20] 有關總督府對平地蕃人的行政措施變遷，參見黃唯玲，〈日治時期「平地蕃人」的出現及其法律上待遇（1895-1937）〉，《台灣史研究》第 19 卷 2 期，頁 99-150（2012 年 6 月），頁 118-121。

[21] 有關東部林野調查的實施過程，可參見李文良，，〈林野整理與東臺灣土地所有權之成立型態（1910-1925）〉，頁 169-195。

[22] 參見岡松參太郎，《台灣番族慣習研究 4》，台北：南天，1995[1921]，頁 312。

[23] 參見岡松參太郎，《台灣番族慣習研究 4》，台北：南天，1995[1921]，頁 315-318。

[24] 參見李文良，〈林野整理與東臺灣土地所有權之成立型態（1910-1925）〉，頁 169-195，頁 172-179。

[25] 府令內容見《府報》第 386 號，1913 年 12 月 25 日，頁 79。

[26] 參見〈臺東、花蓮港廳下ノ行政區域居住ノ生蕃人ニ戶口規則適用〉（1914 年 1 月 15 日），《總督府公文類纂》第 2255 冊，文號 1。另參見黃唯玲，〈日治時期「平地蕃人」的出現及其法律上待遇（1895-1937）〉，《台灣史研究》，第 19 卷第 2 期（2012 年 6 月），頁 122-125。

處理。[27] 也就是說，國家對於蕃人的家族關係，是以原住民習慣跟國家法為主要根據。

2、平地蕃人法律地位與習慣問題

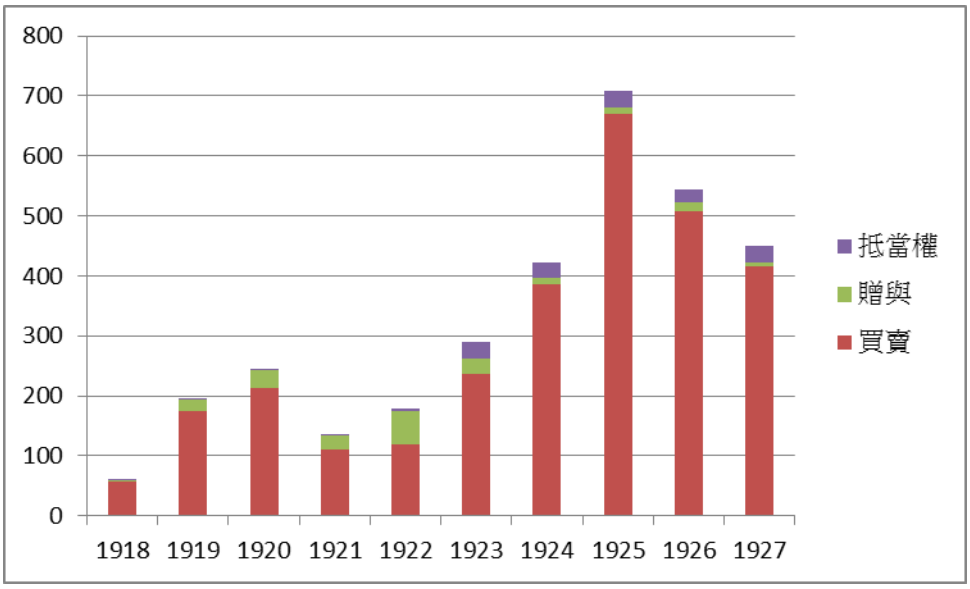
隨著 1910 年代上半一連串的行政措施，平地蕃人不僅在行政上接近本島人，甚至在民法上亦取得土地業主權主體地位。但原住民不論在文化、生活上都與漢人、日本人有別，因此即使其權利主體地位得到承認，總督府對於涉及平地蕃人的土地或家族事項，基本上採取保護行政措施。

首先是土地方面。承認土地業主權，意謂業主權人對該土地有使用、收益、處分的權利，亦即原住民得將其土地權利出售或出租等。根據 1905 年土地登記規則，凡涉及業主權、胎權、典權、賸耕權的設定、移轉變更、處分限制或消滅，未依規定辦理登記者不生效力。（第 1 條）但總督府認為原住民社會文化落後，如果放任土地自由買賣，恐怕反有害於原住民，因此在 1913 年 12 月 25 日，以府令 108 號修改臺灣土地登記規則施行規則，增列第 17 條，「土地登記申請中涉及蕃人者，其申請書應取得所轄廳長之認印。」[28] 總督府認為廳長於蕃人買賣土地時，至少應注意其價格是否相當；透過這種方式，保護原住民的土地權利。[29] 總督府此一保護規定，暗示了原住民無法從近代社會觀點判斷土地正確價值，因而即使承認其業主權，也有必要保護其權利行使。

到 1923 年後因為法制內地延長的實施而受影響。根據民商法內地延長的結果，蕃人法律關係並未設置例外規定，因此有關蕃人土地權利應適用內地民法。伴隨內地民法施行，有關土地登記規定亦改適用內地不動產登記法。1922 年 12 月 13 日總督府以府令第 170 號制定「不動產登記法施行規則」，並自 1923 年 1 月 1 日起施行，同時廢止「臺灣土地登記規則施行規則」以及「臺灣不動產登記取扱手續」。由於新實施的「不動產登記法施行規則」中，並未針對原住民採取特別規定，此前由廳長審核用印方式保護原住民土地權利的作法，失其依據。在此情況下，行政機關無法管制原住民的土地交易。而原住民土地權利處分情況也在 1923 年後明顯增加。1925 年，花蓮港廳透過警察內規，要求蕃人土地登記前，要向警察機關報備。[30] 由於是花蓮港廳內的行政命令，因此其適用範圍只限於花蓮港廳之平地蕃人。從和田博提供的 1923 前後五年花蓮港廳蕃人土地登記數據來看，似乎向警察機關報備並不像經廳長認印不便，因而對登記數據的影響較為有限。

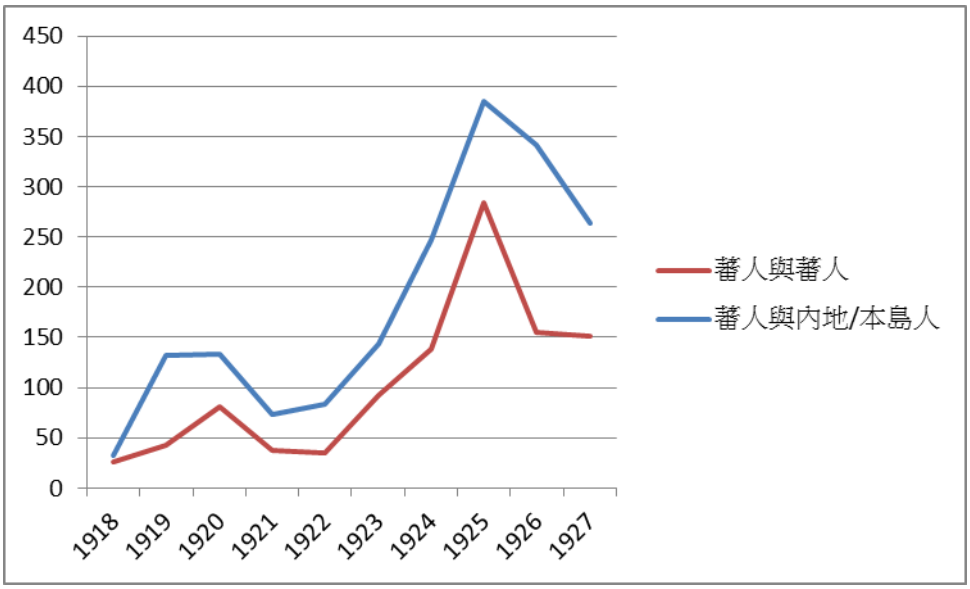
[27] 相關規定參見台東廳警務課，《台東廳警察法規》，台東：台東廳警務課，1931 年 12 月，頁 672-713。
[28] 見《台灣總督府府報》第 386 號，1913 年 12 月 25 日，頁 79。1920 年 9 月 1 日，因應地方制度改正，另以府令 68 號將廳長改為「廳長或郡守」。
[29] 參見和田博，〈蕃人の土地自由賣買に就て〉，《台法月報》，20 眷 2 期（1926），頁 60-64。
[30] 參見和田博，〈アミ族蕃社の社會變遷〉下，《社會事業之友》9，1929 年 8 月，頁 60-64。

圖表 2：1918-1927 年花東原住民土地處分情況統計



資料來源：和田博，〈アミ族蕃社の社會變遷〉下，《社會事業之友》9，1929 年 8 月，頁 60-62。

圖表 3：1918-1927 平地蕃人土地處分件數



繪圖：曾文亮。

資料來源：和田博，〈アミ族蕃社の社會變遷〉下，《社會事業之友》9，1929 年 8 月，頁 60-62。

和田博在 1929 年一篇關於阿美族社會變遷的文章中，認為阿美族人對於土地的認知，乃屬於家族所有，而不屬於個人。但是在新的國家法下，除了林野調查所附與的土地所有權外，對於官有林野也可透過拂下申請取得所有權，而後對於土地，則在法令許可範圍內，自由使用、收益。拂下地的開墾為家族共同之努力，而最後的土地所有權人名義則可能屬於戶主個人。和田博認為

一旦有人教以個人所有、長子繼承，將可能大大影響阿美族社會之面貌。[31]

和田博也認為，在蕃社中所實施之日本民法，乃源自德國。日本輸入後，內地人猶感困難，而蕃人對於民法文字尚且不知，遑論知悉法律行為、意思表示之意思。而在此情況下，卻要以日本民法作為日常生活之規範，有其困難。[32] 和田博並舉 1923 年 1 月 1 日日本民法實施後五年與前五年阿花蓮港廳關於蕃人土地權利登記件數為例，認為民法實施後，原住民土地交易件數大量增加，果針對其而言乃幸福之事乎？和田的憂慮，終日治之世，似乎未變成事實。從蕃人所有土地調查數據來看，不論是花東或蕃地蕃人，其所有人數量相當穩定。顯示其土地流失到漢人手中的情況不嚴重。蕃人對土地的利用，仍受到社會傳統影響。[33]

表格 1：1932-1940 年花蓮港廳與台東廳平地蕃人土地所有情況

年度	1932	1933	1934	1935	1936	1937	1938	1939	1940
人數	7892	8460	8202	7620	9254	9475	8171	8477	8518
面積（甲）	12591	12877	12865	13256	12723	12828	13794	12280	12219

製表：曾文亮

資料來源及說明：本表係根據台灣總督府警察統計書（1932-1940 年）中有關蕃人所有土地之統計數據整理而成。人數部分只統計普通行政區內蕃人，土地面積部分，甲以下採取四捨五入。

1914 年 3 月民警 271 號，總督府同意對居住在普通行政區域內的蕃人，全面實施戶口規則。[34] 並以原住民習慣跟國家民法、戶籍法規定為主要根據，已如前述。但是這主要是從戶口行政觀點所為的規定。對於人跟人之間的家族身分關係如何認定的問題，根據台東廳警務課長給各支廳長的通達，總督府決定花東兩廳行政區域內生蕃人適用戶口規則其中有關戶口關係規定如下：生蕃人之戶口關係根據習慣，同一種族間為統一處理。[35]

但是戶口制度實施後，東部原住民可能遇到的人事關係，並不只限於同種族間，也可能遇到異種族間的人事關係。此時應該如何處理即成為問題。特別是根據臨時臺灣舊慣調查會的調查報告，阿美族人以母系繼承原則，男子要離開家中，女子方面，長大結婚後也要分家，因此最後結婚的么女會留在家中繼承家產。[36] 在這種家族習慣差異下，究竟要根據本島人習慣或阿美族習慣處理跨種族家族關係？最後總督府考慮到原住民與本島人習慣的差異，而限制本島人不得因結婚或收養關係而進入普通行政區域內居住的蕃人之家。[37]

這樣的區別對待，又引起不同的問題。1921 年台東廳長指出，恆春廳有阿美族被編入熟蕃者，這些人與本島人通婚時依照本島人戶口制度沒有問題，與同族蕃人之家則無法受理，甚為不便。結果總督府指示，1914 年所定之通達內容，已有加以調整之必要，對蕃人因與本島人有婚姻或結親關係時，於得到廳長承認後，得入戶蕃人之家。[38] 從上述蕃人適用戶口規則後衍生的

[31] 和田博，〈アミ族蕃社の社會變遷〉下，《社會事業之友》9，1929 年 8 月，頁 58-60。
[32] 和田博，〈アミ族蕃社の社會變遷〉下，《社會事業之友》9，1929 年 8 月，頁 60。
[33] 參見郭祐慈，〈台東平原的農業民族：馬蘭社阿美族社會經濟變遷〉，政治大學民族學系博士論文，2008 年 6 月，頁 200-204。
[34] 參見〈行政區域內ニ在住スル生蕃人ニ戶口規則適用〉，總督府公文類纂第 2240 冊，文號 5。
[35] 參見〈行政區域內に居住する生蕃人に戶口規則適用に關する件〉，台東廳警務課，《台東廳警察法規》，台東：台東廳警務課，1931 年 12 月，頁 672。
[36] 參見臨時臺灣舊慣調查會，《蕃族慣習調查報告書第二卷》，台北：臨時台灣舊慣調查會，1915 年 3 月，頁 141。
[37] 參見〈行政區域內ニ在住スル生蕃人ニ戶口規則適用〉，總督府公文類纂第 2240 冊，文號 5。
[38] 參見〈蕃人ノ家ニ入戶セントスル本島人ノ取扱方通達（臺東花蓮港廳）〉，總督府公文類纂第 3215 冊，文號 8。另參

蕃漢人事關係問題，可知不同種族間的家族法律關係之複雜性，以及官方措施隨時間推移而有調整。

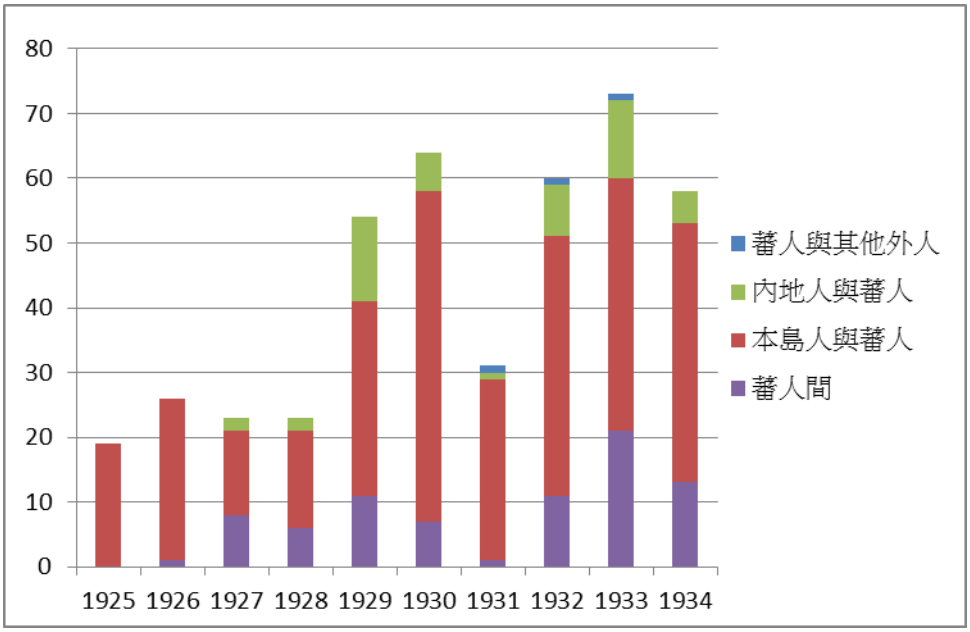
1930 年 8 月 18 日警理字第 816 號〈關於蕃人保護取締之件〉對於蕃地與普通行政區居住之蕃人與普通人間因結婚而生之子女，採取如下方式處理：[39]

一、、蕃人女（不論蕃地或普通行政區）與普通人結婚，並於婚姻期間生下之子女，採取與普通人相同之處理。

二、蕃人（不論蕃地或普通行政區）及前項蕃人女，如果進化程度尚低，風俗習慣與依般蕃人狀態無異者，暫時依下列方式處理~:

訴訟關係方面，平地蕃人在 1920 年代後刑事上已經適用刑事法，民事方面，1923 年民商法內地延長後，由於蕃人不是本島人，因此東部平地蕃人將面臨適用日本民法的問題。惟實際上是否如此？尚缺乏確切的數據。但是從總督府統計書中可以看到民事爭訟調停制度適用於原住民的情況。根據 1925-1934 年間的調停案件統計，每年全島的民事調停案件數量大約在 10000 件上下，其中涉及蕃人的調停事件約 20-80 件，亦即只有千分之二到千分之八，且全數發生在花蓮港與台東兩廳。[40] 也就是說，平地蕃人在民事紛爭處理上，有部分進入國家司法制度中的民事紛爭調停。如果再進一步分析這些蕃人民事調停紛爭的當事人種族背景，其結果如下圖：

圖表 4：蕃人相關民事爭訟調停當事者別處理件數統計



繪圖：曾文亮

資料來源及說明：本圖根據之數據參見黃唯玲，〈日治時期「平地蕃人」的出現即其法律上待遇（1895-1937）〉，《臺灣史研究》第 19 卷地 2 期（2012 年 6 月），頁 99-150，頁 130。原始統計數據見台灣總督府官房調查課編，《台灣總督府統計書》第 29 回-38 回（大正 14 年至昭和 9 年），（台北：台灣總督府官房調查課，1927-1936）。

見〈行政區域內に居住する生蕃人に戶口規則適用に關する件〉，台東廳警務課，《台東廳警察法規》，台東：台東廳警務課，1931 年 12 月，頁 672。

[39] 參見台灣總督府警務局編纂，《台灣警察法規》上，台北：台灣警察協會，1933，頁 8-9。

[40] 參見黃唯玲，〈日治時期「平地蕃人」的出現及其法律上待遇（1895-1937）〉，《台灣史研究》，第 19 卷第 2 期（2012 年 6 月），頁 129-131。

根據上圖，蕃人民事調停事件中最多的是發生在本島人與蕃人之間。蕃人之間的紛爭進入調停制度者，每年平均不到 10 件，最多的一年也只有約 20 件。如果將紛爭解決的方式依照習慣與國家法之間的光譜安排區分為民間習慣—國家行政—國家司法（民事調停/司法裁判），則可以認為平地蕃人的民事紛爭，主要仍透過習慣或行政機制，只有一小部分會進入國家司法機制。

從總督府對蕃人業主權所為的限制措施來看，其在與國家的關係以及與私人的關係上，分別採取了不同的作法。在與國家的關係上，朝向與本島人一體化的方向改變，包括戶口行政、地租規則等的適用，都更加確立平地蕃人帝國臣民的法律地位。但是另一方面，對於土地權利的私法面向，則傾向於限制。總督府這種對蕃人土地所有權公、私領域的不同對待，係以原住民的智識不足為前提。當面對國家時，國家作為權利賦予者，自然不會侵害原住民權利，因此只有在其與一般民人的關係上，需要特別保護。總督府此一賦予權利又限制其權利行使的作法，正是由國家權力作為私法權利前提，亦即總督府行政司法官僚對於近代法律權利的解釋。

刑事方面，普通行政區的蕃人一開始因為蕃人身分，雖被劃入普通行政區，但是在國家權力上並未採取分立模式，而是由行政權兼司法權的方式處理。1900 年的刑事特別規定。總督將行政權介入司法權的行使。檢察官起訴前應取得總督許可。這項規定一直到 1920 年 8 月才改變。從總督府檔案中可以看到這些檢察官報請總督許可的案件。1931 年通達，要求普通行政區蕃人刑事案件，應先適用一般刑法，只有在例外情況下才適用其他規定。

從上述刑事法制適用於普通行政區蕃人的過程來看，平地原住民的刑事習慣在刑事案件中仍有適用空間，只是該空間隨時間而逐漸遭國家法壓縮。1908 年台東廳「蕃人懲罰內則」出現之前，東部蕃人的刑事制裁委由行政機關行政裁量。例如 1907 年台東廳特別行政，係以各社之習慣為基礎。1908 年台東廳長以內達形式發布蕃人懲罰內則，將蕃人的惡行區分為「違害公安或不法行為」以及「違犯蕃社習慣」兩類，前者之處罰包括死刑、徒刑、禁錮、拘留、痴刑、勞役、賠償等，後者則是交由頭目處罰。（第 1-2 條）[41] 亦即承認原住民刑事習慣的效力。但是隨時間經過，台東廳有朝向適用一般刑法的意圖。

1909 年花蓮港廳成立，台東廳的管轄範圍縮小。與此同時隨著東部土地調查，蕃人納入普通行政區的過程逐漸進行。此後台東廳對於普通行政區蕃人的刑事規定有朝向普通刑事強化的趨勢。1912 年關於蕃人懲罰辦法之件，對要求對蕃人犯罪案件依特定格式記錄，以資將來刑事警察參考；不僅用語接近一般刑事用語，有關刑之裁量也要求符合刑法規定。

1920 年總督府地方制度改革後，蕃地亦納入州廳管轄，結果台東廳對於普通行政區與蕃地蕃人之刑事事項採取不同的措施。先是 1920 年 8 月總督府內訓第 5 號規定普通行政區蕃人刑事案件之起訴，不用再取得總督許可，亦即放寬進入普通司法的門檻。1921 年 6 月 15 日東警蕃地 738 號通牒又規定對於蕃地蕃人處罰之處罰，不依照 1908 年蕃人懲罰內則。[42] 根據上述兩個規定，如果普通行政區蕃人有不法行為，理論上應先考慮是否構成內訓第 5 號的普通刑事案件，如果沒有再考慮是否是否違反蕃人懲罰內則規定。

1930 年 4 月東警保第 1071 號，從兩個方面進一步限縮懲罰內則的適用範圍。只有在下列兩種情況才能適用蕃人懲罰內則：1、犯罪手段或犯人心神幼稚，與本島人有顯著差異。2、有一般

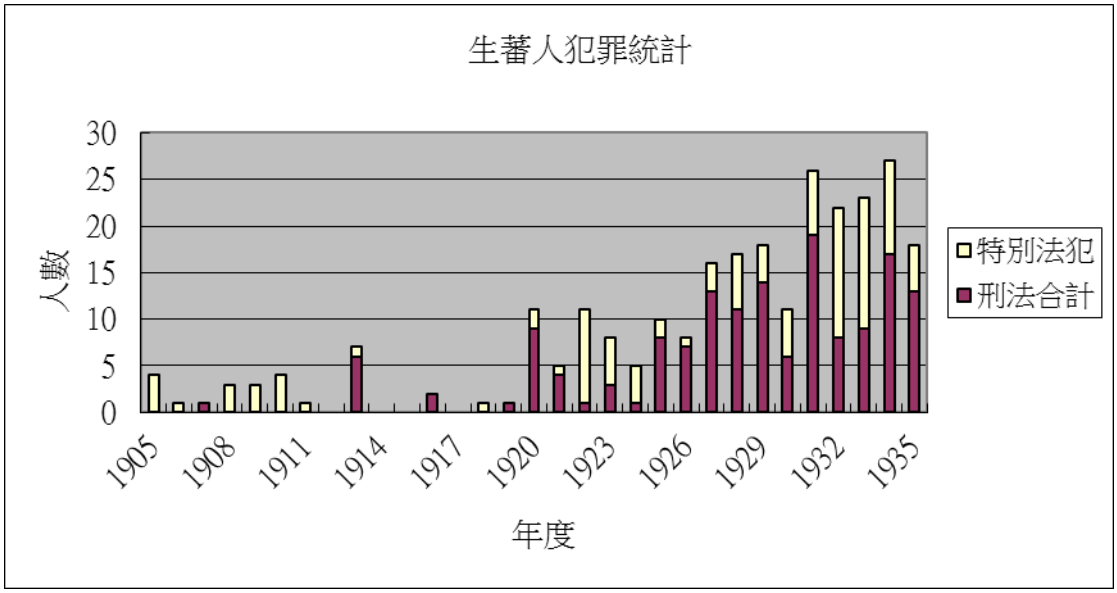
[41] 完整的規定，參見台東廳警務課編，《台東廳警察法規》，台北：台東廳警務課，1923，頁 817-818 令關於該規定的分析，可參見王泰升，頁 60-62。。

[42] 參見王泰升，頁 63。

刑罰令難以適用的特殊情況。[43] 根據此一規定，顯示在 1930 年代以前蕃人普通內則的適用情況較為普遍。1931 年花蓮廳花警保地 4812 號通達，亦要求對阿美族犯罪案件，應盡量擴大一般刑法適用範圍，只有在無應適用之法律或有不得適用的特殊情況下，才能根據過去的懲戒制度。[44] 也就是說，1930 年代的普通行政蕃人刑事案件，進一步適用普通刑法而縮減原住民習慣的適用。

在上述國家法的規範下，平地蕃人的刑事習慣與國家法的關係，反映在兩個方面：首先是國家刑法的部分滲透，其次則是在行政裁量的成文化。在國家行法的滲透方面，可以從總督府犯罪統計書中有關生蕃人犯罪的資料來看：

圖表 5：生蕃人歷年犯罪統計



繪圖：曾文亮

資料來源及說明：台灣犯罪統計，1905-1935 年。1936 年後因為統計書中於本島人項下不再區分，因此無從得知確切數字。

根據總督府犯罪統計，在 1905-1920 年共有 20 人。此一數字與總督府公文類纂中檢察官向總督府請示的數字大致相符。也就是說，這些生蕃犯罪統計幾乎都是來自東部平地蕃人。[45] 1920 年以後生蕃人犯罪人數分別在 1921 以及 1931 年兩度明顯增加，時間上正好跟 1920 年與 1931 年的兩項規定相吻合。換句話說，此一規範上從行政裁量向普通刑法轉向的過程，在犯罪統計數據上可以得到證據支持。進入法院的案件，法官即依照國家法審理，從日治法院檔案來看，法院並沒有針對原住民身分而有特殊討論。[46] 如果再進一步分析這些生蕃人犯罪的罪名，其人數統計如下：

[43] 參見王泰升，頁 62-63。
[44] 參見王泰升，頁 52。
[45] 有關總督府公文類纂中關於生蕃起訴案件的整理，參見王泰升，頁 40-43。
[46] 例如 1921 年刑 1298 號放火罪判決、1933 年 4918 號放火罪判決。日治法院檔案 ， 臺北地院 ， 刑事判決原本大正 10 年第 4 冊 4 月 ， 第 428-4344 頁 ， 大正 10 年第 1298 號。日治法院檔案 ， 臺北地院 ， 刑事判決原本昭和 8 年第 10 冊 10 月 ， 第 119-122 頁 ， 8 年 4918 號。

表格 2：蕃人犯罪主要罪名人數統計：

罪名	竊盜	傷害	屠畜	賭博	阿片令	放失火	蕃產交易	殺人	合計
人數	60	23	19	16	16	15	12	10	171
占總數百分比	22.7	8.7	7.2	6.1	6.1	5.7	4.5	3.8	64.8

製表：曾文亮

資料來源及說明：根據台灣犯罪統計書，1905-1931 年統計資料作成。1936 年後因為不再區分種族別，無法確認具體數據。

上表為 1905-1935 年間蕃人犯罪人數累計 10 人以上的罪名整理。可以看出竊盜、傷害、賭博為最普遍的犯罪類型，此與本島人類似。但屠畜規則、放失火與蕃產交易則顯示對蕃人生活改造的影響。另外殺人罪的比例偏高，則是國家對殺人禁止的強調。

除了進入司法制度的犯罪制裁外，日治時期對於國家法對原住民刑事習慣的影響，也可能是透過行政處分。例如理蕃誌稿中，在 1915 年之後即經常可以看到有關蕃人懲罰的記錄。這些記錄反映了總督府行政權進入蕃地後對蕃地原住民的行政支配實態。[47] 除此之外，1932-1940 年間，總督府警務局的警察統計中，也有關於蕃人懲罰的統計資料。這些蕃人懲罰的統計，在性質上跟理蕃誌稿中的記錄一樣，都是理蕃機關對蕃人惡行的懲罰記錄。

四、蕃地蕃人的習慣與國家法

日治時期國家法上的人群分類為內地人、本島人與蕃人，但是在 1903 年持地六三郎的復命書中，首度提出在行政統治上就蕃人在區分為生蕃與化蕃的建議。而在後來的總督府施政上，對於東部平地蕃人與蕃地蕃人，在行政上也逐漸有些不同的對待，因而使得兩者在習慣與國家法的關係上，有些不同之處。

1、蕃地蕃人法律地位問題

蕃地原住民族在日治時期始終被排除在法律統治之外，在這個意義上，蕃地原住民的部分不存在狹義國家法上的習慣問題。但是如本文一開始所言，如果採取廣義的習慣跟國家法意義，則不論國家對原住民族的統治是否採取法律統治，都可以將國家如何看待、使用原住民族的習慣這個問題納入討論對象。

1903 年持地六三郎的報告中，已經區分蕃地跟蕃人的問題。且不論蕃地或蕃人，其範圍都因時間而有所變動。因此必須注意到不同時期蕃人、蕃地的指涉範圍未必一致。例如日治初期蕃地跟蕃人同時包含清治時期的化蕃地區，但是隨土地調查事業過程中賦予部分蕃人業主權，後來總督府以遺漏的舊普通行政區行補編入普通行政區。而東部的平地蕃人，也自 1896 年起到 1910

[47] 參見台灣總督府警務局編，《理蕃誌稿》，第一至五編，台北：台灣總督府警察本署，1918-1938。

年代中期陸續納入普通行政區。[48] 因此，這理的蕃地蕃人，指的是 1903 年時尚未納入國家統治權範圍，而後隨隘勇線推進、五年理蕃計劃，至 1915 年後確立國家實質統治權的蕃地之蕃人。這些最晚進入國家統治權的蕃人，正是持地六三郎理論中的典型生蕃人，所不同者只在於 1910 年代中期後，這些蕃人絕大部分已為國家統治權所及，從而也使得蕃地蕃人法律上地位的問題不再只是學理上的問題，同時也是國家施政中必須面對的現實問題。

總督府雖然透過武力征服確立對蕃地蕃人的統治權後，持地六三郎理論中的生蕃人統治成為現實中的問題。對此總督府以蕃地蕃人的智能不發達或文明程度低落等為由，排除一般國家法的適用。即使在 1920 年地方制度改正後，將蕃地劃入各地方州廳，但仍維持蕃地特殊行政，而與普通行政區有別。隨著國家對蕃地統治權的確立以及理蕃行政的確立，蕃地蕃人法律地位再度成為檢討的對象。

例如在**佐佐木忠藏，高橋武一郎合著，於** 1909 年初版、1915 年再版的台灣行政法論著中，對於生蕃人的法律地位，仍認為生蕃人有人格，且為帝國人民，但為企圖反抗國權之犯罪者。此一定義包含左列結果：一、生蕃人有人格。二、生蕃人為日本人。三、生蕃人企圖反抗國權，不服從我統治權，因此事實上統治權不及於生蕃人。四、生蕃人為犯罪者，以其反抗統治權且為敵對行為，故為犯罪者。五、生蕃地界亦即生蕃人割據之土地為我帝國之領土。根據上述各點，作者歸結出下列原則：

1、由於生蕃人企圖反抗國權，且統治權事實上不及於生蕃，現今所有法令不適用於生蕃。2、蕃地為帝國領土，蕃人為日本臣民，因此得對生蕃及蕃地行使統治權，只是事實上未行使統治權而已。以統治權為絕對之故，不問生蕃服從與否，得強制其服從。3、現行法規不適用於生蕃，且對生蕃不行使統治權，因此統治權的發動乃自由的。4、歸順不是取得我國籍的方式。歸順只能確定我統治關係。5、生蕃不受私法上的一切保護固不待言，也不受公法上的自由權等保障。其結果，殺傷生蕃人者構成殺傷罪，對生蕃人亦不成立財產上之犯罪。至於生蕃人得否為犯罪主體？又可分兩個部分：第一，生蕃人得否為現行刑法上的犯罪主體？第二，可能犯現行刑法規定以外的罪否？生蕃人就其行為不對外國負責任，但基於生蕃人為日本臣民之原則，國家就生蕃人對外國人所加之一切損害，不得不負擔責任。[49] 此種法律是否適用於蕃地或山地原住民的問題，在 1920 年以前與其說是法律上的問題，毋寧說是事實上的問題。蓋當時尚未能有效統治山地地區，因此法律命令在山地地區自然難具實際效力。

相較於此種只強調對蕃地蕃人統治權，而完全否定生蕃人法律地位的看法，進入 1920 年代後，隨著總督府對蕃地統治的落實，有關生蕃人法律地位的看法也有了變化。1922 年，總督府高等法院覆審部長山田示元應警察官及司獄官練習所之邀，以生蕃人的國法上地位為題，發表演說，該講稿嗣後刊登於台灣警察協會雜誌上。[50] 根據山田示元的看法，生蕃乃廣義本島人，其餘 1897 年 5 月 30 日同樣取得帝國臣民地位。[51] 但因為生蕃的進化狀態問題，因而有熟蕃、化蕃與生蕃之別，其中熟蕃與本島人同，而化蕃與生蕃則有特別保護之必要。此所以有普通行政與

---

[48] 參見黃唯玲，〈日治時期「平地蕃人」的出現及其法律上待遇（1895-1937）〉，《台灣史研究》，第 19 卷第 2 期（2012 年 6 月），頁 110-111。

[49] 佐佐木忠藏，高橋武一郎合著，《台灣行政法論》，台北：1915 年再[1909 初版]。

[50] 參見山田示元，〈生蕃人の國法上の地位〉，《台灣警察協會雜誌》第 57 期（1922 年 2 月），頁 18-30，頁 24-25。本文為山田於 1921 年底在警察官及司獄官練習所的演講。當時山田示元為台中地方法院院長，隔年初又被任命為總督府判官懲戒委員會委員，因此其見解具有相當的官方色彩。有關山田示元的履歷，參見〈台中地方法院長の新任〉《台法月報》第 12 卷 6 號（1918 年 6 月），頁，頁 85。〈敘任辭令〉，《台法月報》第 16 卷 2 號（1922 年 2 月），頁 86。

[51] 參見山田示元，〈生蕃人の國法上の地位〉，《台灣警察協會雜誌》第 57 期（1922 年 2 月），頁 24-25。

蕃地行政之別，對於蕃地出入管制，以及生蕃與內地人本島人之間的法律關係，應制定特別法。山田並從不動產、婚姻、繼承、交易、勞役等方面說明生蕃人與本島人社會之間的差異，以作為特別保護與應制定特別法的論據。。[52]

在山田示元的演說後數年，1927 年間的台灣警察協會雜誌上也出現蕃人國法地位的討論。先是由署名三角生的作者在 1927 年 7 月引述慣習記事徵文比賽中評審委員安井勝次的觀點。[53] 而後辯護士岡野才太郎則根據其 20 年前參加徵文比賽的文章中的觀點，提出反駁。[54] 而後三角生又提出反論。[55] 警察協會雜誌上出現蕃人國法地位的檢討，顯示在警察中同樣存在將原住民排除在國法外的疑問。這個疑問在 1930 年霧社事件後，更引起中央側目。當時的主管單位承諾加速蕃地立法。1935 年甚至因此提出蕃地特別立法的議案，但不知為何無疾而終。

霧社事件之後關於生蕃人法律地位問題的檢討，可以曾擔任過總督府法務部長、後轉任辯護士的長尾景德在 1934 年新版的台灣行政法著作為代表。在 1923 年初版的《台灣行政法大意》中，長尾景德有關蕃地統治與生蕃人法律地位的討論，完全抄自另一本台灣行政法的研究。但是在 1934 年新版的著作中，則提出不同的看法。[56] 長尾首先對蕃人提出定義，指出領臺以前即定居於本島之本島人以外者，即蕃人。蕃人一語，蓋指其非文化的生活形式，惟蕃人之分布雖以普通行政區外之蕃地占大部分，其居住於普通行政區內者亦復不少。又此等蕃人中亦有相當程度教養、理解文化地社會生活而與一般人民無異者。對於這些人，在法制上雖無與一般人區別之理由，蕃地蕃人則概營原始生活，蒙昧而未解社會生活為何物，缺乏國家觀念，無法適應法律生活。

長尾景德認為，蕃人雖然無法適應法律生活，但現行法中並沒有將原住民排除在外的規定，因此論理上原住民仍適用法律，只是在個別案件中，認定其特殊性而予以排除。但現實中的作法正好相反，乃是國家法律原則上不適用於蕃人，只有在個案時視其情況例外適用。長尾認為這樣的見解在法理論上是站不住腳的，因此應該制定「關於蕃人不適用一般法令而應依另外特別制定之法令」法規，以賦予現實中之處理方式法律上之依據，而使行政現狀合法化。換言之，蕃地蕃人的行政治理現狀是欠缺法律依據的。

長尾景德對總督府理蕃行政的批判，已經是霧社事件發生後。在該事件後總督府也考慮過將蕃地統治的法律化，並制定草案，但最後不知何故胎死腹中。而後則是先處理行政上的普通行政化。1937 年地方長官會議中，對於理蕃課的指示事項中，有「蕃地を普通行政地域に編入準備方の件」，其中提到：

> 從最近理蕃情勢觀之，高砂族有明顯的進化，全島蕃情歸於平順之日已在不遠，解放全島蕃地，移至普通行政之時期亦可預見，此時，應致力於以下幾件事情，即先就比較進步的山腳地帶或特殊地域等調查檢討，同時討論指導訓練預定編入區域內高砂族之方法，使其具備成為普通行政下人民之資格。[57]

---

[52] 參見同上註。

[53] 三角生，〈法律上蕃人の身份如何〉，《台灣警察協會雜誌》第 121 期（1927 年 7 月），頁 64-69。〈法律上蕃人の身份如何〉，《台灣警察協會雜誌》第 122 期（1927 年 8 月），頁 73-82。

[54] 岡野才太郎，〈法律上蕃人の身份如何を駁す〉（一）~（四），收於《台灣警察協會雜誌》第 123-125、129 期`（1927 年 9 月-11 月、1928 年 3 月），頁 53-60、95-112，72-86、79-83。

[55] 三角生，〈「法律上蕃人の身分如何を駁す」に答ふ〉，《台灣警察協會雜誌》第 130 期（1928 年 4 月），頁 48-56。

[56] 參見長尾景德，《新稿台灣行政法大意》，頁 255 以下。

[57] 參見〈全島地方長官會議〉，《理蕃の友》昭和 12 年 5 月號（1937），頁 3。

此一納入普通行政區的討論，顯示總督府方面認為對原住民的改造或教化已有相當的成效，因而開始討論縮小其與本島人法律地位落差的問題。就在此地方官會議召開後不久，總督府於同年（1937）10 月，在花蓮與台東地區實施廳制及街庄制，為蕃地普通行政區劃增添了新的一頁。在此一廳制及街庄制下，總督府陸續實施了街庄議會，從當時的協議會員名單中，可以看到也有高砂族人的名字。在高砂族居住的地區實施地方自治制度，從琉球的經驗來看，意味著部分蕃人已經跟本島人一樣進入賦予參政權的準備階段了。

此一本島人與蕃人在地方行政上的進一步融合，可能與戰爭時期的皇民化運動有關。在皇民化運動下，不論是本島人或蕃人，都被強迫從精神到生活，全面捨棄自己的文化，轉向認同日本的文化。在這樣的需求下，本島人與原住民的差異性可以被忽略，轉而強調其共同作為日本臣民的同一性。此一同一性的強調，乃是基於國家總動員需要，而從思想層面、文化層面以及經濟層面分別加以灌輸。思想層面，即是所謂的皇國精神、國體本義，在此基礎上，不論是內地人、本島人或蕃人，都必須配合時局需要，轉變為皇國臣民。而東部兩廳的地方制度中，內地人、本島人及蕃人可以同列協議會員，共同為此一皇國使命而奉公，正是此一不分種族皇民奉公的最佳體現。

為了進一步將臺灣住民改造為皇民，總督府對本島人及蕃人分別設有各自的改造組織，即皇民奉公會與高砂族自治會。而後，在此皇民改造基礎上，總督府於 1941 年 11 月 22 日所召開的全島青年團大會中，更進一步統合了本島人與原住民的青年團。1942 年總督府實施特別志願兵時，同樣實施於本島人與高砂族。青年團與特別志願兵的例子顯示，總總督府透過教育手段，所培養出來的新一代國民，不論是本島人或原住民，其共同的目標，都是作為天皇的子民而為日本帝國的前途效忠。換句話說，在皇民的新身分之下，本島人與高砂族的界線就顯得不是那麼必要了。

順應這樣的趨勢，高砂族也成為特別志願兵招募的對象。原住民從軍服役，對於原住民法律地位問題而言，具有重大意義。長久以來，原住民被認為不具法律上的主體資格，因而否定其法律生活的可能。但這些被國家法否定為「人」的人，如今卻參與承擔了國家生活中最重要的義務。此一國家法上的嚴重失衡現象，使得提升原住民法律地位進一步受到關注。例如理蕃之友中，即出現原高砂族戶籍問題。[58] 同時也有呼籲理蕃之友致力養成高砂族遵法觀念。[59]

理蕃現場官員的呼籲，總督府方面很快有所回應。1943 年 2 月 11 日，總督府以府令 22 號，將戶口規則適用於整個臺灣，亦即將原住民納入戶口行政，讓原住民在戶口行政上取得與本島人相同的地位。到了 1945 年，總督府進一步構想以十年內完全結束蕃地特殊行政，編入普通行政區域的計畫，作為始政 50 週年的紀念事業之一。台灣總督府也宣示將自昭和 20 年以降以十年計畫完全終結理蕃行政，並且將來適用一般法令。[60] 此一普通行政區的構想如果實現，則原住民不僅在戶口行政，在空間行政上均取得與本島人同樣的地位。而後剩下的就是台灣地域與日本內地之間的憲法統合問題。但是隨著緊接而來的敗戰，這樣的構想終究未能實現。結果直到日本統治結束，在國家法上原住民仍不算真正的「人」。

---

[58] 〈高砂族に對する戶籍法の問題〉，《理蕃の友》昭和 17 年 6 月號（1942），頁碼待補。

[59] 〈高砂族遵法觀念の育成〉，《理蕃の友》昭和 17 年 9 月號（1942），頁 1。

[60] 參見〈台湾在住民政治処遇調査に関する資料〉，JACAR（アジア歴史資料センター） Ref. B02031291200。〈朝鮮及台湾在住民政治処遇調査会二回総会に於ける会議要録〉，JACAR Ref. B02031290500。以上均參考自アジア歴史資料センターhttp://www.jacar.go.jp/ ，閱覽日期：2011/10/26

2、從蕃人到蕃地的特殊行政與蕃人習慣問題

1910 年代之前，總督府對於蕃地沒有實質統治力，有關蕃人的法律規定，只有在普通行政區內的部分較有實質意義。1910-1914 年五年武力征討後，至 1914 年大致確立統治權。1915 年後，總督府主要透過行政輔導的方式進行統治，雖然事實上存在各種民事行為，但是其紛爭並不進入法院解決，而是由警察處理。刑事方面也是如此。從 1915 年開始的文明化政策，可以看出日本對原住民的理論，乃文明/野蠻以及對法律乃文明社會規範的具體實踐。因此要先將原住民族教化為文明的農耕民族，然後才使以法律統治。至於文明化的對象，則有 1930 以前以本島人為範本，而 1930 以後則轉向日本人。

理蕃政策的主要內容強調原住民生活的文明開化。亦即作為進入法律生活的準備階段。因此在理蕃政策的討論上，幾乎不會處理到蕃人習慣在國法中的問題。從警察協會雜誌的內容來看，雖然在 1920 年代後期出現有關蕃人國法上地位的討論，換言之相當於持地六三郎時期的翻版。但是在具體統治過程中，仍然延續蕃人不具文明生活因而不適用法律統治的政策。

在否定蕃地蕃人法律地位的前提下，有關蕃地蕃人的行政不適用普通行政而採取蕃地特殊行政，而在紛爭解決方面，也不交由法院依照法律規定審理，而是交由蕃地行政機關依照自由裁量決定之。1920 年 8 月又以內訓第 5 號規定居住在一般行政區域內的蕃人之犯罪，不適用 1906 年 1 月訓令第 1 號。也就是說，1920 年後只有蕃地蕃人的犯罪，如果要提起告訴應向總督報告並受其指揮。此一訓令將總督府對蕃人的刑事制裁區分為普通行政區與蕃地行政區兩類，前者由檢察官自行決定，無須總督許可，後者（蕃地蕃人）則仍由行政機關裁量處分。因而，在原住民惡行的制裁方面，原則上由蕃地行政機關依照裁量處分。因此原住民習慣中涉及刑罰的部分，其與國家的關係，主要發生在行政領域內，而非司法刑事案件中。[61]

將高山族原住民事務交由行政機關支配，排除近代法治原則適用。另一方面，行政支配對原住民習慣的影響，則可分兩個面向來看：首先是司法體制的改變。總督府的行政支配雖不採行近代法治，但行政支配的確立，意味司法機關由頭目轉為國家行政官僚；而行政支配下的行政裁量處分，也意味傳統審判機制由行政裁量制度取代。例如在總督府的警察統計中，曾經出現原住民因為「依狩獵判決」或擅自制裁通姦者而遭到處罰的案例。[62] 換言之，由近代國家權威所支持的總督府行政支配體制，統一取代了原住民各部族的司法習慣。

接著就犯行種類來看。1900 年出版的台灣蕃人事情中，提到原住民社會中治罪標準由酋長據情應事，依習慣或有無馘首，定其罰則。家族相當發達，各族對於成壯丁與否有不同標準，其效果也稍有不同。[63] 刑罰方面，各族共同認為罪惡者有姦罪與爭執是非曲直而經酋長裁判為非曲者。其他各族各有重視之特殊犯罪，因不同族而有竊盜、不敬長老或殺人等特殊犯罪。另外其治罪方面採取非成文方式，但刑罰項目固定，並輕重相應，計有斬殺、社外放逐、所有物沒收、笞罰、攫髮、譴責以及贖罪。[64] 習慣方面，區分為婚姻關係、生兒、疾病、埋葬、祭祖、馘首、

[61] 雖然說幾乎沒有，但也非完全沒有。例如台北地方法院 1942 年刑第 303 號，即有原住民與日本人共同強盜殺人的案件。不過該案中原住民原住民協助日本人強盜殺人的原因是畏懼日本人。參見日治法院檔案，臺北地院，刑事判決原本昭和 17 年第 5 冊 B5 月，昭和 17 年第 303 號，頁 353-384。

[62] 參見台灣總督府警務局，《台灣總督府警察統計書》，台北：臺灣總督府警務局，1934，頁 254。同統計書，1935 年版（關於 1934 年統計），頁 253。

[63] 參見伊能嘉矩、粟野傳之丞，《台灣蕃人事情》，台北：台灣總督府民政部文書課，1900 年 3 月，頁 113-115。

[64] 參見伊能嘉矩、粟野傳之丞，《台灣蕃人事情》，台北：台灣總督府民政部文書課，1900 年 3 月，頁 115-118。

宗教、生活禮節等方面。[65]

法學出身的岡松參太郎，其主持的臨時台灣舊慣調查會於 1910 年代完成漢人舊慣調查後，轉而開始調查蕃族習慣，並於 1914 年起陸續出版蕃族習慣調查報告，1917 年岡松參太郎更在此基礎上，出版其台灣蕃族習慣研究。[66] 根據上述報告書與研究成果，蕃族的犯行習慣可以區分如下：

表格 3：蕃族習慣中的犯行及制裁：

利益	犯刑	制裁
生命、身體	殺人、傷害	沒收財產、贖財、禁閉、不許復仇。視輕重決定贖財額度
財產侵害	毀損、賊盜、出火、侵偷	贖財或賠償。出火區分失火與放火，前者有些不罰，後者皆罰。贖財或毆打、責罵等。
名譽侵害	暴行、侮辱、誹謗	謝罪加贖財
貞操侵害	強姦、通姦、私通、近親通婚	毆打、贖財等。通姦另有本夫殺死權。且因有時代及種族差異，加上母系問題，最複雜。
社會利益侵害	規則違反	規則違反包括禁忌、習慣，贖財。
	公益侵害	只有排灣族、サリセン族有。贖財、責罵等。

製表：曾文亮

資料來源：岡松參太郎，《台灣番族慣習研究 4》，台北：南天，1995[1921]，頁 109-152。

1940 年代的刑法學者安平政吉對於蕃地蕃人的刑罰習慣之分類，也是參考人類學者的研究，而將之區分為生命、身體、財產、名譽、通姦等類犯行，至於制裁方式，則以贖罪主義為主，體罰、放逐或沒收為輔。[67] 安平政吉對蕃人犯行的區分與岡松參太郎相同。上述原住民習慣中的犯行類別，在日本統治下會面臨甚麼樣的改變？以下根據總督府警察統計書中關於蕃人懲罰的統計資料，說明國家法與原住民習慣中的犯行認定之間的關係。

表格 4：1937-1940 年蕃人犯行懲罰統計

犯行分類/年度		1937		1938		1939		1940		合計	
侵害利益	犯行	人數	社規	人數	社規	人數	社規	人數	社規	人數	社規
生命身體	殺人	7		9		4		13		33	0
	殺人未遂							1		1	0
	傷害	10	6	27	1	14		10		61	7
	過失致死					1				1	0
財產	竊盜	73	26	59	17	73	21	65		270	64

[65] 參見伊能嘉矩、粟野傳之丞，《台灣蕃人事情》，台北：台灣總督府民政部文書課，1900 年 3 月，頁 122-131。

[66]

[67] 參見安平政吉，

	放火	2				1				3	0
	失火	13	7	8	6	15	15	14	2	50	30
名譽	暴行	63	2	30	10	8	4			101	16
貞操	強姦	2	1			2				4	1
	通姦	18	9	45	24	28	11	19	1	110	45
	私通	7		15	4	5	1	6	3	33	8
	猥褻	2	1	13	13					15	14
習慣改造	毒草捕魚	40	35	21	18	31	30	16	16	108	99
	山野燒毀			8						8	0
	祈禱			4	2					4	2
	領域侵害	8	4							8	4
行政管理	官命違反	280	215	238	234	216	207	110	105	844	761
	密交換	73	45	34	10	63	8	46	20	216	83
	無斷旅行	20	16	39	17	79	50	57	46	195	129
	密通							8	1	8	1
	密獵							4	3	4	3
	虛偽申告	5	3	15	15			3	3	23	21
	規約違反			3	1			2	2	5	3
社會秩序	不穩或虛構言動					6	3	5		11	3
	風紀紊亂					6		6		12	0
刑法犯	器物毀損			6	6					6	6
	脅迫					1		3	3	4	3
	恐嚇					1				1	0
	詐欺					1		3		4	0
	誣告							1		1	0
	橫領					2	1			2	1
	飲料水污毒							1		1	0
	公務妨害							1		1	0
其他	其他	95	45	71	39	63	30			229	114
單年度合計		701	409	550	399	620	381	394	205		
									各年度合計	2265	1394

製表：曾文亮

資料來源及說明：1、本表係以總督府警察統計書 1937-1940 年關於蕃人懲罰統計資料為基礎。此前 5 年統計數據係以地方為基礎再區分犯行與懲罰，就犯行區分較不易。此四年度則不再區分

地區而只跟據犯行區分，有利於犯行之再分類。再根據岡松參太郎對原住民犯罪習慣的類型整理整理以及筆者就犯行分類而成。2、犯行分類有兩層。先根據侵害利益區分：生命身體、財產、名譽、貞操等為岡松對蕃人犯罪習慣之分類。生活管理、行政義務、社會秩序與刑法犯則是習慣之外由國家導入之新的犯行。

從侵害利益的觀點來看，原住民刑事習慣中有關生命身體、財產、名譽以及貞操利益的侵害行為，在日治時期同樣會受到懲罰。只是不同的犯行在官罰與社規之間輕重有別。生命身體的利益侵害，在原住民習慣中因為背後理由不同，可能有不同的評價。例如基於復仇而為者，是不會受到處罰的。但是在理蕃行政下，對於原住民部落間的殺傷行為，不論是否基於復仇，一律給與負面評價，因而即使是基於復仇而殺人，也被視為惡行而處罰之。[68] 因此在懲罰內容上，如果涉及生命利益，絕對是以官罰處理，社規沒有介入空間。如果是傷害案件，則有可能斟酌原住民習慣。生命身體利益之外，其他如財產利益的竊盜、失火、名譽利益的暴行、貞操利益的通姦等，都是原住民習慣中常見的犯行而為國家所承認者。

從上表可以觀察到的第二點是有些行為在原住民習慣中是被允許的，但是在新的國家秩序下則被禁止。上表中歸類為習慣改造者，即屬此類。其中最明顯者即毒物捕魚，也就是原住民以魚藤草捕魚的習慣，在日治時期是被禁止的，但是從因違反此禁止規定而受處罰的人數來看，可知原住民此一習慣之普遍性。另外如原野燒毀則是與原住民游耕習慣有關。同樣屬於習慣行為禁止的，還有上表中無法反映的行為，即原住民的出草問題。在原住民習慣中，具有重要文化意義的出草馘首，在新的國家秩序下被認為是陋習。雖然對於原住民出草殺害內地人或平地漢人國家法原則上不予處罰。然此非謂馘首完全不受處罰。理蕃誌稿中可以看到原住民出草而遭蕃地警察處罰之案例。[69] 另一方面，也有少數重大案件總督府會許可檢察官起訴，而將原住民犯罪移送司法體系審理。但是在國家強力禁止下，所謂蕃害問題到 1930 年代中期後完全絕跡。

除了原住民習慣犯行或習慣禁止的懲罰外，上表中還可以看到許多在日治時期才出現的新型態犯行。本文將之區分為行政管理、社會秩序與刑法犯三種。行政管理是指行政機關為了治理原住民而制定的各種行政規則，從內容上可以區分為原住民對行政機關的義務以及行政機關對原住民生活秩序的改造。對原住民生活秩序的改造，最明顯的是禁止私下交換蕃產，以及禁止任意遷徙移動。這兩種犯行都跟國家要控制/改造原住民生活有關。除此之外，任何官方命令的違反，也都會構成處罰的條件，因此可以看到官命違反是各種犯行中受到懲罰人數最多者。社會秩序類的利益則是跟理蕃政策中的蕃情考量有關。最後刑法犯指的是符合國家刑事法中的犯罪態樣。這類犯行到此時才開始零星出現，在當時亦被解讀為原住民社會的複雜化已見初端。

如前所述，關於蕃人的犯行懲罰，在日治時期是由行政機關自由裁量處分。而根據安平政吉的研究，行政機關於裁量時，雖然不直接已習慣為根據，但是在其裁量中仍會參考舊慣是沒有疑問的。[70] 安平政吉的這個推論，可以從理蕃誌稿到 1920 年代中期所記錄的蕃人懲罰案例中得到證據。問題在於：行政機關所參考的習慣，是否應該確定一定的標準？換言之，即對於蕃人懲罰習慣應否成文化的問題。上表中關於各項犯行除了統計人數外，還有一欄關於依社規懲罰的人數，即在於區別官罰與社規兩種不同的懲罰機制。所謂社規乃是指蕃社規約，指的是將蕃人懲罰

[68] 理蕃誌稿第四冊，頁 6。
[69] 參見蔡桓文，頁 81-84。
[70] 參見安平政吉，〈台灣高砂族の犯罪と刑罰（一）〉，《台法月報》第卷期，年月，頁 4-5。

習慣（認定程序、犯行種類乃至懲罰內容）轉化為成文規定，官罰則是指由行政機關依裁量處分的方式。這樣的區分之意義在於，前者更多考慮到原住民習慣。

當時各州廳對於蕃人懲罰習慣應否成文化的問題，存在不同作法。1915 年宜蘭廳長即曾請示民政長官，得到依向來之例臨機處置、如有理蕃上重大關係再行內議的回答。[71] 1924 年台北州警務部則以北警例第 81 號通牒蘇澳、羅東、文山、海山郡守，有關蕃人處罰之件（蕃人処罰に関する件），內有蕃人處罰注意要點。該要點對處罰手段、處罰程序以及處罰與犯行關係為規定，但沒有針對蕃人習慣成文化。[72] 台中州也於 1923 年 7 月 10 日的中警理第 1506 號依命通達中指出蕃務行政官自由裁量之當否，於理蕃上實有重大關係，因此於實施制裁之際，應仔細考量蕃人進化程度及風俗習慣，而為適當處分。不過該通達既未賦予蕃社頭目以司法權，也沒有制定懲罰標準，而是要求行政機關記錄相關懲罰事件內容，以做為將來制訂蕃人制裁法規之參考。[73]

相較於台北與台中的作法，高雄州在 1923 年 7 月採取了另一種特別方式，即仿效保甲規約的社內規約。該社內規約全文共 34 條，是一種自治規約，其中針對蕃人的非行社有一定的過怠處分條項。例如第 30 條規定，「**違反本規約者，由社長審查其輕重，徵詢勢力者以上之人的意見，決定處分方法，並接受郡守指示決行。**」所謂社長，即指各蕃社之長（頭目），但事實上當時社長權限均由住在該蕃社的警察官吏行使，因此安平政吉認為，這些社會規約的過怠罰制裁，事實上的主體乃帝國官吏。[74] 這種將蕃人非行制裁成文化的方式，可以說是行政領域內的舊慣成文化、標準化。

台南州同樣可區分官罰與社罰兩種。1927 年 4 月 28 日蕃人部族規約標準。[75] 以保持部族內安寧、改良習俗、涵養純樸思想及獎勵授產，以培養善良國民為目的。劃分區域設立部族規約，區域內部族均應加入，社眾應遵守事項。違反者由社長審查輕重、徵詢勢力者以上者之意見後，決定處分方式，經受郡守指示後處分之。處罰內容分勞役及過料兩種。（第 11-12 條）至於不依本規約旅行處罰或有重大事件而加重時，由郡守為處罰。（第 14 條）

關於社規與官罰的差異，可以從台東廳 1921 年有關蕃社社罰管理的規定看出。[76] 該規定在前言中肯定行政區域內蕃社的社罰舊慣乃維護蕃人共同生存秩序的重要手段，但同時也認為存在不少弊端，因此不能放任蕃社社罰，而應合理誘導，使其朝向保甲規約的過怠金方向發展，將來蕃人教育普及進化後，可逐漸運用保甲制度。有關社罰重要之點有二：一為關於社罰規定以金錢為限，並依所犯行為性質、貧富程度決定金額。但不堪繳納者得改為勞役。（第 1-2 點）二為社罰由蕃社頭目甲長決議後，經所轄派出所轉交支廳長承認後決行。（第 4 點）由上述規定可知，社罰乃是蕃社司法習慣之修正。由此可知其與官罰不論在處罰程序上以及處罰手段上，均有不同。[77]

以下根據總督府警察機關在 1932 年到 1940 年的蕃人懲罰統計資料，從懲罰內容與官罰、社規的關係，檢視有關蕃地蕃人習慣與國家法的關係。由於統計方式的變動，這 9 年度的蕃人懲罰

---

[71] 參見〈1915 年 10 月本理第 470 號之 1 民政長官回答〉，收於台北州警務部，《台北州警察法規》下，台北：台北州警務部，1932，頁 111。

[72] 參見台北州警務部，《台北州警察法規》下，台北：台北州警務部，1932，頁 111-112。

[73] 參見〈蕃人制裁方に關する件〉，收於台中州警務部編纂，《台中州警察法規全》III，台中：台中州警務部，1930 年 1 月，頁 1080。

[74] 參見安平政吉，〈台灣高砂族の犯罪と刑罰（一）〉，《台法月報》第卷期，年月，頁 19。

[75] 參見〈蕃人部族規約標準〉，收於台南州警務部編纂，《台南州警察法規》，台北：帝國地方行政學會，1931，頁 10-11。

[76] 參見 1921 年 2 月 16 日〈蕃社に於ける社罰取締の件〉，《台東廳警察法規》，台東廳：台東廳警務課，1931 年 12 月，頁 615-616。

[77] 這應該是台北州在蕃人處罰規定中強調不可混淆官罰與蕃人舊慣制裁的原因。

統計資料共有三種不同格式：1932 年統計中以各方機關統計資料呈現，亦即分為台北、新竹、台中、台南、高雄、台東、花蓮港廳，各地方再區分犯行、懲罰及社規等項目。1933-1936 年改採犯行為主軸，在依地方行政區別分列人數、懲罰及社規等統計數據。1937 年後則取消地方行政區的區分，只統計犯行、懲罰與社規。因此有關各年度所無之數據，系筆者根據統計資料重新計算所得。

由於總督府對蕃地蕃人採取理番警察的特別行政治理方式，有關蕃地蕃人的刑事懲罰並不透過司法機關，而是由蕃地行政機關以行政處分的方式為之。統計書中特別統計了根據社規舊慣作成的行政處分數量。

表格 5：1932-1940 年蕃人懲罰中依照社規舊慣的比例

年度	件數	社規舊罰	社慣%	人數	社規舊慣	社慣%
1932	—	—	—	1595	492	30.8%
1933	—	—	—	1033	403	39.0%
1934	—	—	—	1231	553	44.9%
1935	—	—	—	595	202	33.9%
1936	323	—	—	565	248	43.9%
1937	279	—	—	717	429	59.8%
1938	466	303	65.0%	638	419	65.7%
1939	293	180	61.4%	620	381	61.5%
1940	282	159	56.4%	396	207	52.3%

製表：曾文亮

資料來源：台灣總督府警察統計書，1932 年~1940 年，台北：台灣總督府警務局，1934 年-1942 年。說明：1、1936 年開始增加件數統計，1938 年起件數資料中又增加依照社規舊慣的統計。2、包含花東地區平地蕃人。

根據上述表，可以看出依照社規舊慣處理蕃人懲罰事務的比例，從 1932 年的 30%，到 1937 年以後超過 50%。這種趨勢跟霧社事件以後強調原住民的自治訓練相吻合。不過這種依照社規舊慣處理的方式，並不是全島一致的。第二個表所顯示的是各地方對社規的運用情況。由於 1937-1940 年的統計資料只有全島性記錄，因此本表只取 1932-1936 年的部分，整理後結果如下：

表格 6：1932-1936 年各地方州廳蕃人懲罰中的社規運用情況

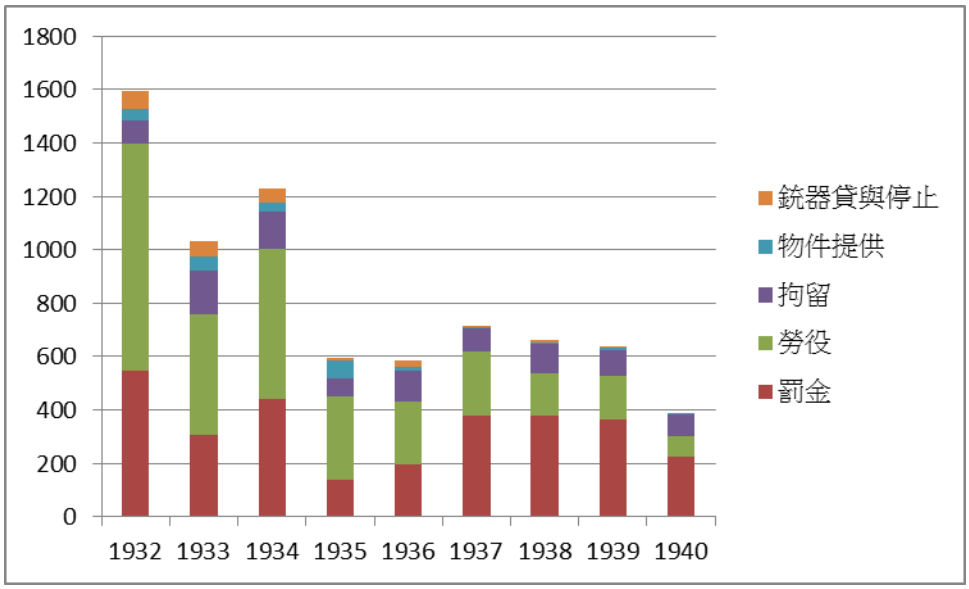
項別/州廳別	台北	新竹	台中	台南	高雄	台東	花蓮港
總數	362	484	908	50	2021	587	508
社規	0	29	8	50	1366	245	233
百分比	0%	6%	1%	100%	68%	42%	46%

製表：曾文亮

資料來源：台灣總督府警察統計書，1932 年~1936 年，台北：台灣總督府警務局，1934 年-1937 年。台東與花蓮港廳統計數據包含平地蕃人。

根據 1932-1936 年的統計資料，本島 7 個州廳就原住民犯罪的處分是否依照社規舊慣，呈現兩種不同的態度。在台北、新竹、台中三個州，幾乎不使用社規舊慣，而台南、高雄則有相當高的比例是依照社規舊慣。這樣的區別，與前述各地方機關是否將蕃社習慣成文化有關。因此其反映的正是不同地方對蕃人懲罰中應否將裁量基準標準化的立場差異。為了進一步釐清行政裁量是否依照社規舊慣，與行政機關是否參考原住民習慣，兩者之間的關聯性，以下進一步比較蕃人懲罰內容與社規之間的關係。根據警察機關的統計，蕃人懲罰不論官罰或社慣，均不外乎罰金、勞役、拘留、物件提供與停止貸與銃器等五種懲罰。這五種懲罰手段中，罰金跟物件提供與原住民習慣中的贖財跟賠償較為接近，拘留雖與禁閉有些類似，但仍然有別。而勞役跟銃器貸與禁止則是原住民習慣中所無的懲罰手段。下圖是 1932-1940 年行政機關對這五種懲罰手段的運用情況：

圖表 6：1932-1940 年蕃人懲罰型態統計



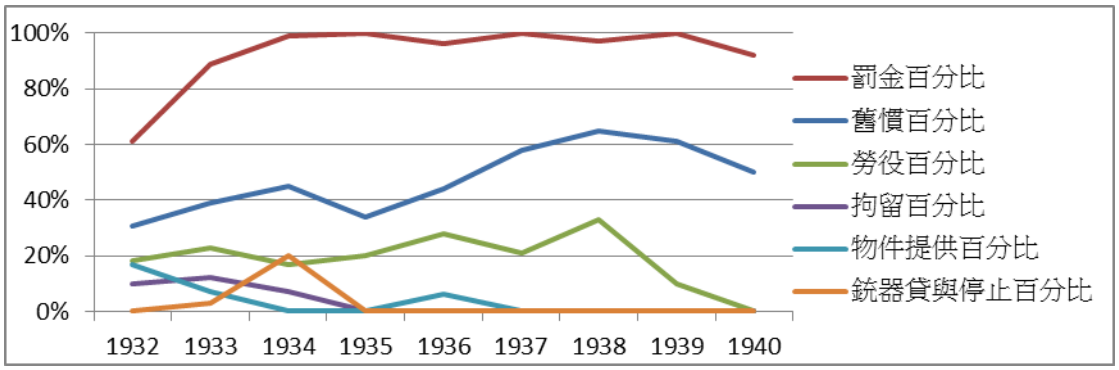
繪圖：曾文亮

資料來源：總督府警察統計書，1932 年度到 1940 年度，蕃人懲罰統計表。

根據上圖顯示，在這五種懲罰手段中，理蕃機關最常用的是罰金、勞役以及拘留，至於物件

提供與停止貸與銃器，則越到後期越少見。而在懲罰手段與社規的關係上，則可整理如下圖：

圖表 7：1932-1940 年蕃社社規在不同懲罰手段中的運用情況



繪圖：曾文亮

資料來源：總督府警察統計書，1932 年度到 1940 年度，蕃人懲罰統計表。

根據上圖，首先可以看到依照社規舊慣懲罰的整體比例（舊慣百分比）不斷提高，到 1930 年代後期，已經超過一半的案件都是依照社規舊慣處理。如果從不同型態的懲罰手段來看，在絕大多數的年份中，罰金的懲罰手段都有九成以上是依照舊慣決定的。其次佔有相當高比例的勞役懲罰，則有 20%左右是依照社規決定的。也就是說，原住民的贖財習慣在理蕃行政下被轉成社規，這意味著勞役成為一種新的社規舊慣。使用數量第三的拘留，則絕大多數時候都是以行政裁量的方式做成處分。

除了惡行制裁的習慣之外。蕃地蕃人其他習慣因為蕃地行政的關係，也不免受到國家行政的影響。最明顯的當然是理蕃行政下對原住民文明改造工程。包括農耕授產、國語教育、蕃產交易、建築、生活等各方面的改造，都在影響原住民固有的生活習慣。如果從與權利有關的法律習慣來思考，則可從財產權、家族關係與繼承等方面來觀察原住民習慣與國家法的關係。關於蕃地蕃人的土地所有習慣，岡松參太郎曾經從近代歐陸法觀點區分為如下表之情況：

表格 7：原住民族土地所有關係之區分

所有權制	個人私有制	多數泰雅族、南投賽德克、阿美族、卑南族	理由：休耕時亦不喪失權利，他人欲耕作時仍須取得前耕主承諾，且通常須支付報酬。因此雖承認土地私有權，但是否為真正意義的個人土地所有權不無疑問。只有耕地為私有。
	宗族族有制	賽夏族、鄒族、（布農族）	土地為宗族私產，得讓與、借貸、權利設定或其他處分。
非所有權制	公有制	中部泰雅族、花蓮賽德克族	不承認土地所有關係，無私產，只有公共用地。屬公法上關係。
	家有制	排灣族	黨域內土地為頭家自有。黨民使用土地須付貢租，非依契約而是如租稅般負擔。

製表：曾文亮。

資料來源：岡松參太郎，《台灣番族慣習研究 4》，台北：南天，1995[1921]，頁 315-324。

也就是原住民土地習慣，可以區分為所有權制與非所有權制。前者依照權利主體區分，又有私有權與族有權兩種類型。後者則可再分為公有制與家有制。但是日本當局對於蕃地蕃人土地習慣，採取全面否定其法律權利的立場。日本當局在取得台灣主權後不久，即宣告山林原野地除清治時期已有明確契據可證明為私人所有者外，均歸國有，即是在否定原住民具有權利主體資格的前提下所為之宣示。這樣的宣示隨著 1903 年持地六三郎的調查報告確立其法理基礎。一方面認為原住民尚未發展出國家組織，因此在日本帝國到來後，由日本帝國取得蕃地主權。而在私權方面，則透過否定蕃地蕃人的法律主體資格，而剝奪高山族原住民的土地所有權。

1910 年代中葉以後，隨著日本帝國進入蕃地確立統治權後，原住民族的土地全部被納入帝國支配下。由於否定原住民族的權利主體地位，對於蕃地蕃人的統治不採用法律統治，而委由蕃地特殊行政，認為總督府對蕃地蕃人負有文明教化的義務，因而對於蕃地蕃人以社為單位，劃分一定土地為保留地，對於居住在深山的原住民，並透過集團移住措施將其遷至淺山地區，傳授其農耕技術，希望將蕃地蕃人教化為農耕民族，俟其文明提升後，再承認其土地所有權。

被否定擁有近代土地權利的高山族原住民，最後只能在地國劃定的保護地範圍內取得土地利用的權利。但是此一所有權的否定對原住民保留地內的土地關係，特別是原住民彼此間的土地關係，究竟有何影響？筆者目前尚不確定。另一方面，從土地所有權的觀點而言，也有極少數的蕃地蕃人例外取得土地所有權。[78] 是總督府發給蕃地開墾事業的範圍內如果有蕃地蕃人存在時，透過要求事業主協助輔導原住民的方式，在事業完成後賦予這些原住民土地所有權，從而形成日治後期有極少數蕃地蕃人擁有土地所有權。

總督府否定蕃地蕃人土地所有權，顯示其對原住民族的土地習慣，在國家法上賦予不同的效力。這樣的國家法上措施，既與人類學者或舊慣調查會的觀點不同，也跟總督府法制官僚的主張有別。日治初期的人類學或法學者所進行的蕃族習慣調查報告中，均可看到原住民族的土地習慣，而理蕃當局也認為原住民有相當強烈的土地觀念。只是原住民習慣中的土地所有或所有的型態，與近代歐陸法所發展出來的權利型態有別。[79] 以持地六三郎為代表的法制官僚，則認為所謂土地權利乃是法律權利，必須以文明生活為前提。而蕃人因為不具文明生活，因此其土地所有只是事實占有，而不具法律上的效力。[80]

另外，在家族事項方面，雖然國家在蕃地也實施戶口制度，但是對於蕃地蕃人的親屬繼承事項，並不以戶口登記為生效要件，因此蕃地蕃人的親屬繼承關係，原則上依照各自的習慣應無疑義。惟隨著國家對蕃地蕃人的文明改造工程，蕃地蕃人親屬繼承習慣中的某些行為，可能被評價為陋習，因而面臨改造的問題。這類習慣的改造，如果屬於近代國家法所不關心的事項，例如埋葬方式，會被歸類為生活習俗的改造，但如果涉及民法上的親屬繼承事項，即涉及蕃地蕃人民事習慣的改造。例如台北州在 1927 年 9 月就蕃人婚姻事項定有規定中，第 1 條即規定廢止過去以來的買賣婚姻以及聘金制度，並以結納金取代聘金，同時限定結納金的金額。（第 1-3 條）而婚姻的效力，則以結納金交付時為生效時點。（第 4 條）此外並就婚姻中夫妻的義務、婚姻祝賀宴

[78] 根據 1930 年代的統計資料，大約有 200 餘名蕃地蕃人取得土地所有權。參見總督府統計書，警察統計資料。
[79] 岡松參太郎在其研究中指出：蕃人雖有財產觀念，但未有權利觀念，也沒有意識到物權、債權與其他各種財產權的區分。因此其使用文明法制的權利分類標準來說明原住民財產習慣，只是為了論述上的方便。參見岡松參太郎，《台灣番族慣習研究 4》，台北：南天，1995[1921]，頁 312。
[80] 參見持地六三郎，

的形式、離婚、遺產分配等也都有所規定。[81] 雖然對蕃人間的婚姻習慣有諸多修改調整之處，但是對於發生紛爭時之解決方式，則規定應依蕃社會議協定處理。（第 23 條）

除此之外，另一個可能影響蕃地蕃人親屬繼承習慣的情況是蕃地蕃人與其本島人或內地人結婚而衍生的家族關係，包括婚姻效力、親子關係認定以及繼承資格等問題，即涉及蕃地蕃人習慣與本島人家族舊慣或日本家族法之間的衝突問題。從總督府的實務措施來看，因為蕃地蕃人在法律上同屬蕃人，除有如前述台北州之特別規定外，前述平地蕃人中總督府的規定應有一體適用。亦即基於對蕃人的保護行政，國家傾向於原住民習慣優先。蕃地蕃人在民事關係方面適用本島人習慣或日本民法的情況很少，且每每被認為是理蕃教化的成功事例。從另一方面而言，即意味著蕃地蕃人民事事項在相當大程度上仍維持既有的習慣。

五、結語

台灣日治時期原住民族習慣與國家法的關係，涉及原住民族概念、習慣的意義以及習慣與國家法的關係等面向的問題。殖民政府基於殖民統治考量，借用清治時期以來對原住民的分類概念，區分為熟蕃、化蕃、生蕃，另一方面則根據原住民在近代歐陸標準下的文明進化程度，以及是否服從帝國統治，而決定是否採取法律統治。結果日治時期的原住民習慣與國家法的關係，不僅止於司法上的法源問題，而同時包含國家統治形態（法律/司法/行政）的問題。

首先是法律統治與否的問題。日治時期的國家法上，只有內地人/本島人之分，因而所謂蕃人問題，如果進入法律統治則被歸類為本島人，如果被排除在法律統治外，則稱為蕃人，但因為日治初期蕃人尚有行政支配與否的問題，因而又有所謂化蕃與生蕃之分。如果再考慮到行政區域的劃分，則蕃地只有生蕃人，普通行政區則在行政上有本島人與化蕃，在法律上則為本島人與蕃人。

此一熟蕃、化蕃與生蕃的概念區分係借用自清治時期的概念，但隨著日本對蕃地統治權的建立，情況有些改變。其中一個主要的差異在東部平地蕃人的行政跟法律地位差異。依照持地六三郎的理論，化蕃在進化到熟蕃之前，不賦予業主權，不採普通行政。但是東部的阿美、卑南族原住民，在 1910 年代則漸採普通行政、並承認其業主權，只是在土地交易跟戶口行政上採取保護政策。換言之，持地理論中化蕃的法律地位偏向蕃人，而總督府的政策實踐上，平地蕃人的法律地位偏向本島人。持地的理論中，普通行政較單純，總督府的實踐中則是蕃地行政較單純。

不管總督府如何分類原住民，或者是否將之納入法律統治，至少到 1920 年以後總督府已經確立對原住民的統治。此一國家統治權的確立，對原住民統制習慣的改變。例如頭目之上還有國家，以及國家帶來的官命服從、禁止殺人等價值觀的改變。至於總督府對原住民是否採取法律統治，則是國家權力的分配問題。由於六三體制所確立的殖民地法制，在國家法上只有內地人與本島人，因而納入法律統治的原住民，將被歸入本島人的範疇，適用法律。

熟蕃在法律上被納入本島人範疇，而根據 1898 年所確立的民商及土地法制，有關涉及本島人間的民商事項或土地問題，是依照本島人習慣處理。但是這裡的本島人習慣，從臨時台灣舊慣調查會、舊慣立法到法院實務，都是以漢人習慣為本位。因而原住民在遇到法律紛爭而依照習慣解決時，實際上面臨的是異族習慣而非原住民族自身習慣。其結果，法律統治遂成為加速同化的

[81] 台北州在 1927 年 9 月北警例第 59 號〈蕃人婚姻規約之件〉，1931 年北警例第 26 號修正。參見台北州警務部，《台北州警察法規》下，台北：台北州警務部，1932，頁 107-108。

武器。清治時期的熟蕃、化蕃在日治時期被認為屬於熟蕃=本島人，即屬此類。

另一方面，被排除在法律統治外的原住民，因為不直接適用國家法，而是由總督府行政權統治，結果原住民習慣有較大的運用空間。清治時期的生番為化外之民，到日治時期將之納入國家統治權範圍，但排除法律統治而將一切委由理蕃特別行政。但因為東部地區原住民被認為文明程度較佳，於 1910 年代逐步納入普通行政統治，使得清治時期的生番到日治時期出現平地蕃人與蕃地蕃人兩種不同的範疇。

平地蕃人雖然納入普通行政，但施政上乃逐漸排除番社統治習慣，漸進採取近代國家的政治組織，透過土地業主權賦予，平地蕃人的土地所有習慣在國家法上被改造，影響所及，原住民的土地財產習慣也受到國家法的衝擊，例如土地交易乃權利的交易，必須辦理登記才生效。戶口行政的實施，並未介入平地蕃人的家族生活秩序，例如婚姻與財產繼承等方面，原住民習慣仍為國家所尊重。刑事制裁方面，在日治前期因為屬於蕃人範疇，在總督介入下以行政裁量為原則，並將原住民習慣納入考量。1920 年代以後隨地方制度改正與蕃地蕃人地納入地方行政區，平地蕃人的刑事制裁逐漸導向國家司法，雖然比例上仍偏低，但是在行政裁量案件中已可看出原住民習慣影響力的降低。

蕃地蕃人在日治時期被排除在法律統治外，一直到日治結束都只採取蕃地特殊行政。在蕃地行政下，國家法的介入程度最低，因而原住民習慣的適用範圍最大。從紛爭處理過程中習慣與國家法的關係來看，不論民事或刑事均委由行政裁量處理。由於民事紛爭不進入法院，因而不受國家法影響。刑事問題方面，雖然採取行政裁量，但國家為確保平地人在蕃地的安全，對原住民殺傷人的懲罰判准加以改造成符合國家法的標準，其餘財產、名譽等方面的制裁習慣，則盡可能維持番社習慣，但是在懲罰形式上引進新的官罰態樣，此外官方亦在原住民惡行習慣外，創造了新的犯罪型態。

綜上所述，日治時期對台灣原住民的統治，在法律上並不考慮到原住民的主體性，而只區分為內地人與本島人二元範疇。原住民如果被納入法律統治，首先必須在文明程度上達到本島人的標準，所謂理蕃的目的，即在於在生活面現象提升原住民的文明程度，使其成為本島人（1930 年霧社事件後則是直接成為內地人）。在這樣的思維下，原住民一旦被納入法律統治，即意味著必須依循本島人或內地人的法律習慣。而如果被排除在法律統治外，雖然各族紛爭解決習慣較可能被維持，但是卻因為被認為文明程度低下，而在生活習慣方面必須面臨國家全面性的改造。結果原住民法律地位的認定，都與原住民習慣的保存或生活方式的延續無關，而只是殖民者改造原住民生活的不同手段之選擇而已。

從兩人權公約檢視原住民之公平審判權及通譯制度

鄭川如
輔仁大學法律學院法律系助理教授

摘要

受公平審判是人民享有的基本人權之一，而公平審判權的內涵，包括：人人在法庭面前一律平等、公平公開的審判、無罪推定原則、一罪不二罰、不得無故推延庭期…等等。然而，這些權利的實踐，端視被告能否流利地使用法庭所使用的語言。因此，公民與政治權利國際公約第 14 條第 3 項第 6 款即規定，當被告不通曉或不能使用法院所使用的語言時，國家應免費提供通譯協助之。公民與政治權利國際公約中所說的公平審判權之語言保障，其權利內涵為何？台灣的相關法律規定是否符合公政公約之要求？而台灣原住民的公平審判權，是否受到充分的保障？透過文獻分析及問卷調查，本文發現台灣法院組織法及刑事訴訟法關於刑事被告之語言保障之部分，與公政公約之規定尚有一段差距，相關單位應儘速修法，以符合公政公約之最低要求。而原住民法庭通譯，不管是數量或質量上，仍有許多改善的空間。

關鍵字：原住民、公民與政治權利國際公約、公平審判權、法庭通譯

壹、前言

2013 年 5 月 30 日，新聞報導花蓮地檢署檢察官以相當不客氣的口吻審問一名七十多歲的原住民婦人，引發司改會的痛批。報導中指出，該原住民婆婆因為被檢察官大聲訊問嚇的說不出話來，且因有氣喘，還被檢察官嚇到一度咳嗽。[1]此新聞引起筆者的注意，原因不在於檢察官以不當的態度訊問犯罪嫌疑人（這類事情時有所聞），而是因為，根據作者在部落生長十幾年以及每年定期回部落探望家人的經驗，部落裡六十歲以上的老人，絕大多數聽不太懂華語（國語），且其華語字彙量也非常少，花蓮地檢署檢察官以流利、快速的國語審問她，她是因為聽不懂檢察官在說什麼所以沒有答話，還是因為被檢察官的態度嚇到說不出話來呢？

按台灣是一個以由多民族、多種族、多語言所組成的移民社會，除了大家平日最常聽到的華語、河洛語、客語外，還有包括由 50 多萬台灣原住民族所使用的 14 族 42 種方言別，[2]以及由將近 46 萬外籍勞工[3]以及由 45 萬外籍配偶[4]所使用的印尼語、馬來西亞華語、菲律賓語、泰語、越南語、蒙古語、東埔寨、日語、韓語…等等。雖然中華民國之法律並未規定何種語言為官方語言，然而，所有政府機關（包括司法院）的公文書習慣上一直以中文作為其唯一的書寫語言，而絕大多數的政府官員（包括法官、檢察官）也是以國語作為其唯一的溝通語言。[5]因此，在需要與政府打交道時，不諳中文的人必須仰賴中文識讀能力較佳的親戚朋友幫忙。通常，因為時間較為充裕，民眾最終能夠將事情完成，而且行政人員經常也會想辦法用對方聽得懂的語言解釋清楚，以提供民眾完善的服務。

然而，不同於一般行政程序，在刑事訴訟程序中，犯罪的偵查、犯罪嫌疑人的緝捕到案，通常需要與時間賽跑，且一旦判決確定，其剝奪的是一個人最重要的人身自由權甚至是生命權。由於當事人必須要直接面對檢察官、法官的問話，倘若檢察官、法官認定犯罪嫌疑人聽得懂國語而選擇不請通譯，那麼，犯罪嫌疑人很有可能因誤會對方的意思答錯一句話，判決結果造成一輩子的遺憾。

每一個人都有受公平審判的權利，此為《國際人權宣言》（The Universal Declaration of Human Rights）與《公民與政治權利國際公約》（International Covenant on Civil and Political Rights，以下簡稱 ICCPR）保障之基本人權之一，依據 ICCPR，所謂受公平審判的權利，不僅包括訴訟過程之公平公正公開，訴訟程序的迅速、確實、不拖延，還包括所有犯罪嫌疑人不會因為其身分、地位、階級、性別、種族的不同而遭受到不平等的待遇（不歧視）等等。然而人民受公平審判的權利能否實踐，取決於當事人能否流利地使用法庭所使用的語言。[6]為了使犯罪嫌疑人不因其不熟悉法庭所使用語言而受到不公平的待遇，兩人權公約作了一些基本規定，到底，這些基本要求為何？而台灣現行的法律以及實際執行現況，是否有符合 ICCPR 之基本規定？又，原住民公平審判權的實踐，取決於原住民通譯制度的完善與否，目前，台灣原住民通譯制度又是如何？其問題何在？又其可能的改善方案

---

[1] 邱薇而、張政捷，<逼供 7 旬原民婆婆司改會控惡檢！>，2013 年 5 月 30 日，
http://news.cts.com.tw/cts/politics/201305/201305301251443.html

[2] 行政院原住民族委員會委託、國立臺灣師範大學進修推廣學院研究，原住民族語言調查研究三年計畫-第 1 期實施計畫調查研究報告，頁 2，2012 年 11 月 30 日。

[3] 行政院勞工委員會職業訓練局，<外勞人數：按國籍分>，
http://www.immigration.gov.tw/lp.asp?ctNode=32419&CtUnit=17279&BaseDSD=7&mp=1

[4]內政部入出國及移民署，<各縣市外籍配偶人數按國籍分與大陸（含港澳）配偶人數，100 年統計報表>，
http://www.immigration.gov.tw/lp.asp?ctNode=32419&CtUnit=17279&BaseDSD=7&mp=1

[5] 依據法院組織法第 97 條的規定，法院審判時，應用國語。

[6] 陳宜倩，法庭通譯，廁所中的花瓶？-語言霸權主義下的失衡公義，司法法革雜誌，第 61 期，頁 22。2006 年。

為何？在回答上述諸多問題前，本文首先簡述國際人權公約中公平審判權之語言保障之權利內涵。

貳、兩人權公約中公平審判權之語言保障

《公民與政治權利國際公約》第 14 條規定人民有受公平審判的基本權利，這些權利包括：人人在法庭面前一律平等（第 1 項）、公平公開的審判（第 1 項）、無罪推定原則（第 2 項）、一罪不二罰（第 7 項）、不得強迫被告自供或認罪（第 3 項第 7 款）、不得無故拖延審判期間（第 3 項第 3 款）、到庭受審（第 3 項第 4 款）、親自或間接詰問他造證人（第 3 項第 5 款）…等權利。其中，關於公平審判權之語言保障的部分，規定於同條第 3 項第 1 款及第 6 款：「審判被控刑事罪時，被告一律有權平等享受下列最低限度之保障：（一）迅即**以其通曉之語言**，詳細告知被控罪名及案由；…（六）如**不通曉**或**不能使用**法院所用之語言，應**免費**為備**通譯**協助之；…。」[7]第 3 項第 1 款及第 6 款之規定，筆者稱其為公平審判權之語言保障，其權利範籌，簡介如下：

一、起訴時

根據 ICCPR 第 14 條第 3 項第 1 款的規定，當犯罪嫌疑人被控刑事罪名時，國家（檢察機關）應迅速地以其通曉（或熟悉）的語言，告知其被控罪名及案由。

（一） 適用對象

根據 ICCPR 第 13 號一般性意見書，本款之適用對象，包括所有遭受刑事控訴的人，因此，不管其有無遭受羈押，國家都必須要迅速以其通曉的語言，告知其被控罪名及案由。[8]

（二） 以被告通曉的語言（in language he understands）

由於全球化，許多地方／區域／國家皆已成為多民族、多語言所組成的社會，社會的成員間，除了本身的母語外，可能還會官方語言以及一至二個地方語或外國語。例如，一個從小在部落裡長大的阿美族原住民，高中畢業到高雄工作了幾十年，其母語是阿美語，但他同時講著一口流利的河洛語，但其中文能力不佳。在此情形下，檢察機關應以阿美語或是以河洛語告知其罪名及犯罪事實？

關於此點，ICCPR 以及一般性意見書裡並未說明。然而，就條文的立法目的來看，其主要是為了讓犯罪嫌疑人能夠了解發生了什麼事，並且可以立即採取必要的措施，因此，國家（檢察機關）應可自由選擇犯罪嫌疑人熟悉的語言之一。以上述的例子而言，不管是其母語或是河洛語，只要犯罪嫌疑人可以**理解**（understand）其意即可。

（三）被告知的內容

除需以被告通曉的語言告知外，國家告知的內容，不僅僅包括其被控告之**罪名**，亦應告知其所

[7]原文如下：「…In the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality: (a) To be informed promptly and in detail in a language which he understands of the nature and cause of the charge against him;… (f) To have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court;…」

[8] 一般性意見，第 13 號，第 8 段，ICCPR General Comment No. 13, para.8

依據之法律及被告之犯罪事實。[9]

（四）迅速地（promptly）

除此之外，國家以被告通曉的語言告知其被控罪名及案由，必須是迅速地，以確保被告受公平審判的權利（例如：找合適的訴訟代理人、思考下一步）。那麼，何謂「迅速地」？根據 ICCPR 第 13 號一般性意見第 8 段指出，「有關當局一旦提出指控，就應立即以規定的方式通知被告。」換句話說，在當庭羈押的當下，有關單位就要立即以被告熟悉的語言告知其被控告之罪名、所依據的法律及犯罪事實。而在不需要羈押的情形下，檢察機關應將中文起訴書的內容，連同翻譯後的起訴書一同寄予被告。

（五）國家有確認的義務

倘若國家無法以犯罪嫌疑人最流利的語言告知其罪名，而必須以其第二或第三語言告知，那麼，國家是否有義務確認被告是否了解？而其了解的程度必須要達到什麼程度？

由於 ICCPR 第 14 條第 3 項係保障所有公民在刑事訴訟程序中的基本人權，而第 2 條第 2 項亦規定國家應採取必要步驟，以實現本公約所確認的權利，[10]因此，國家（檢察機關）有義務去確認被告確實理解其被控罪名及所依據的犯罪事實。

而理解的程度，必須達到充分（adequately）理解的程序，亦即，犯罪嫌疑人對於檢察機關陳述之罪名及犯罪事實，真的知道它背後所代表的意義，而非模擬兩可的大致了解。倘若被告僅點頭示意或發出「嗯」的聲音，不能認為被告已充分理解。

實務上，在面對犯罪嫌疑人為外籍人士時，常以人別訊問去確認對方是否聽得懂中文，但人別訊問並不是一個很適當的判斷方式，因為回答自己的名字、地址並不需要多麼高深的中文能力。例如，幾乎每一位 4 歲小孩都可以說出他的名字、父母的名字甚至其家裡的地址，但我們可以很確認的是，4 歲小孩應該還無法理解過失致人於死或是終身監禁所代表的意義。

二、審判過程中

除了國家應以被告熟悉的語言告知其罪名外，ICCPR 第 14 條第 3 項第 6 款亦規定，在審判過程中，倘若被告不懂或不會說法庭上所使用的語言，那麼，他有權獲得免費的通譯協助。

（一）適用對象

此款的適用對象，依據 ICCPR 第 13 號一般性意見書第 8 段，適用於本國人及外國人被告。[11]因此，不管是本國籍或外國籍，只要被告不懂或不會說法庭上所使用的語言，在審判過程中，他們就有權要求法庭提供免費之通譯。

然而，因 ICCPR 第 14 條第 3 項主要在保障刑事被告之公平審判權，因此，民事事件之當事人，

[9] 一般性意見，第 13 號，第 8 段，ICCPR General Comment No. 13, para.8

[10] ICCPR, art. 2, section 2:""

[11]一般性意見，第 13 號，第 8 段，ICCPR General Comment No. 13, para.13

無法依據本條之規定要求法院提供免費通譯（但他可自費聘請通譯）。

（二）何謂不懂或不會說法庭使用的語言？

依據 ICCPR 第 14 條第 3 項第 6 款的規定，在 2 種情形下，刑事被告皆可要求法院提供免費的通譯。第一個情形在刑事被告**不理解**（cannot understand）法庭使用的語言的情形。所謂不理解，係指刑事被告**無法領會或了解**法庭所使用的語言。那麼什麼叫無法領會或了解？當一個只會說英文不會說中文的外國人被起訴時，我們可以很直接且正確地判斷他不理解法庭使用的語言，那麼，若是一個已經在台灣生活了很多年的外國人（可能是美國人、印度人、菲律賓人、印尼人、或原住民），我們要如何判斷他是否能夠**領會**或**了解**法庭所使用的語言（國語）呢？而 ICCPR 中所說的不理解（cannot understand），到底是指什麼程度的不理解呢？

依據劉英林所著之《漢語水平等級標準與語法等級大綱》，目前華語文能力可概分為三等五級，其每一級別的語言能力描述，如表一所述，其中，可以作為本文判斷的標準者，為各級聽力的描述。在初等一級的漢語聽力方面，受測者可以在實際交際中，進行內容熟悉的簡短問答。而在初等二級的漢語聽力方面，受測者可以在實際交際中，進行內容熟悉的一般性談話。而在中等三級的漢語聽力方面，受測者可以在實際交際中，進行語速正常（180－220 字/分）的會話、談話，並且聽懂題材熟悉的新聞廣播。那麼，到底 ICCPR 所要求的能夠**領會**或**了解**法庭所使用的語言能力，屬於漢語能力的第幾級呢？

表一：漢語水平等級標準之語言能力描述[12]

		言語能力	讀	聽	寫
初等水平	一級	具有初步的讀、聽、說、寫能力	同課文類似的記敘文：長度 400－500 字，速度 100 字/分，理解 90％以上。含 1％生詞的同類短文：速度 80 字/分，理解 80％以上	課堂上：同課文類似的材料，長度 300－400 字，語速 160 字/分。實際交際中：**內容熟悉的簡短問答**，語速 150 字/分	聽寫已學過的簡短語段，速度 10 字/分，漢字准確率 90％以上。抄寫速度 15 字/分 模仿課文寫 300 字以內的記敘文
	二級	具有基本的讀、聽、說、寫能力	題材熟悉的短文：速度 120 字/分，理解 90％以上 含生詞 2％以內的淺顯文章：速度 100 字/分，理解 80％以	課堂上：含 2％生詞的話題熟悉的材料，長度 500－600 字，語速 180 字/分。實際交際中：**內容熟悉的一般性談話**，語速 170 字/分	聽寫由學過的語句組成的較長語段，速度 13 字/分，漢字准確率 90％以上。兩小時內寫題材熟悉的記敘文，字數 500 字以上

[12] （粗體字為本文作者所加）

			上		
中等水平	三級	具有一般性的讀、聽、說、寫能力，基本具备在中國高等院校入系學習的語言能力	同課文類似的一般性文章：速度 150 字/分，理解 90％以上。含生詞 3％以内的一般性文章：速度 120 字/分，理解 80％以上	課堂上：内容熟悉的連貫性講解，語速正常（180－220 字/分）。實際交際中：**語速正常（180－220 字/分）的會話、談話；題材熟悉的新聞廣播**	聽寫由學過的詞彙、語法任意组合的語段，速度 15 字/分，漢字准確率 90％以上。整體聽記較長語段（300 字以上）要點的能力，速度 10 字/分。兩小时内寫出命題作文，字數 600 字以上。
高等水平	四級	基本符合漢語的規范性，初步體現漢語的多樣性，初步顯示漢語運用的得體性，基本適應不同語體的不同需要。對所學漢語的“文化背景”和語義内涵應有一定的了解和初步的運用能力	含生詞 4％以内的内容較為複雜的文章：速度 135 字/分，理解 80 以上 一般性文章的快速閱讀和查找信息的能力：速度 180－220 字/分	課堂上：有一定深度的連貫性講解，語速稍快（180－240 字/分） 實際交際中：語速稍快（180－240 字/分）的會話、談話。語速正常（180－220 字/分）的一般性新聞廣播、电視節目	整體聽記較長語段（400－600 字）要點的能力。兩小时内寫出命題作文，字數 700 字以上
	五級	具有從事較高層次的學習、社交活動和帶有一定專業性工作的能力。言語活動符合漢語的規範性，體現漢語的多樣性，顯示漢語運用的得體性，適應不同語體的不同需要。對所學漢語的“文化背景”和語義内涵應有較深的了解和活用的能力，並初步具備運用漢語進行思維的能力	含生詞 3％以内、文言詞語 2％以内的原文：速度 150 字/分，理解 80 以上。各類文章的快速閱讀和查找信息的能力：速度 180－240 字/分	課堂上：帶有某種專業性的講解、課堂討論和辯論，語速較快（180－260 字/分）。實際交際和工作中：語速正常或稍快（180－240 字/分）的講話、對話和新聞廣播，語速較快（180－260 字/分）的會話和講話	整體聽記較長語段（600－800 字）要點的能力 兩小时内寫出命題作文，字數 800 字以上。撰寫畢業論文，字數不少於 5000 字

目前，聯合國人權委員會或是歐洲人權委員會，並未針對當事人的語言能力作明確的等級區分，但聯合國人權委員會在數個案件中，重覆使用**充分地**（adequately）一詞來表達，認為，當事人必須要能夠**充分地**（adequately）理解法庭所使用的語言以及能夠**充分地**（adequately）使用法庭所使用的語言來表達自己的意思，國家才可免除此義務。[13]

由於每一位法官的中文能力有別、語言習慣有別，而法院內也未規定法官審理過程中必須使用何種程度的中文，因此，本文認為在判斷是否應提供被告法庭通譯的服務，應採**相對**標準，而非**絕對**標準。

蓋中文能力可分為初等、中等與高等水平，同樣的事物，我們可以選擇用初等、中等或高等中文表示，例如：請對方說出他未來的志向，我們可以說「說說看你以後想做什麼」，中等中文我們可說「談談個人的志向」，高等中文者則為「盍各言爾志」。三句話的意思都是一樣的，但僅具初等中文程度的人應不理解「盍各言爾志」的意義。因此，法院（國家）是否該為被告聘請通譯，應採**相對標準**。例如，當法官使用高等中文進行審判，而原住民被告僅具中等中文的理解能力，那麼法院就應為其聘請通譯；當法官使用中等中文審理而原住民被告僅具初等中文的理解能力時，法院也應為其提供通譯；倘若法官使用初等中文審理而原住民被告具初等中文的理解能力，那麼法院就無需為其聘請通譯。

第二個刑事被告可以請求法院提供免費通譯的情形，在刑事被告**不能說**（cannot speak）法庭使用的語言（國語）之情形。所謂的**不能說**，並不是指一個中文字都不會說的情形，只要他無法以國語**流利地表達自己**，那麼，就符合 ICCPR 的條件。倘若對照表一的「漢語水平等級標準」，被告的國語口說能力，必須要達到什麼樣的標準才符合 ICCPR 以國語充分地／流利地來表達自己的意思呢？筆者認為，被告應至少能夠達到「初等二級」，也就是在實際交際中，能夠進行內容熟悉的一般性談話的等級，才能夠達到「充分地以國語流程地表達自己」的標準。

以台灣為例，台灣目前有將近 46 萬的外籍勞工[14]以及 45 萬的外籍配偶，[15]雖然他們在台灣已經居住若干年，也能夠聽懂部分的國語，但絕大部分的外籍勞工以及部分外籍配偶，並無法以國語「充分地」表達其真正的意思（或者用國語表達有困難[16]）。因此，在此情形下，他們可以請求法院提供免費的通譯人員。

（三）免費的通譯服務

獲得公平審判是每一位公民的權利，又人人在法律上一律平等，不因種族、膚色、性別、語言…而受到歧視（ICCPR 第 26 條），由於母語並非個人的選擇，而語言的學習又與後天家庭環境、地理位置以及生活周遭環境有關，這些都不是個人可以控制的因素，因此，為保障每一位公民受公平審判的權利，通譯人員的支出，必須由**國家完全負擔**，國家不得將此費用以任何方式轉嫁到犯罪嫌疑

[13] Barzhig v. France, Communication No. 327/1988, para. 5.5.

[14] 行政院勞工委員會職業訓練局，<外勞人數：按國籍分>，
http://www.immigration.gov.tw/lp.asp?ctNode=32419&CtUnit=17279&BaseDSD=7&mp=1

[15]內政部入出國及移民署，<各縣市外籍配偶人數按國籍分與大陸（含港澳）配偶人數，100 年統計報表>，
http://www.immigration.gov.tw/lp.asp?ctNode=32419&CtUnit=17279&BaseDSD=7&mp=1

[16] Sarah Joseph, Jenny Schultz, and Melissa Castan, The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary, 449, 2nd ed., Oxford University Press, 2004.

人身上，同時，通譯人員的費用也不能作為法院懲罰罪犯的手段或方式。[17]

（四）國家義務

由於受到公平審判為人民的基本人權，而為不熟悉法庭所使用語言的犯罪嫌疑人提供免費通譯服務是國家的義務，因此，國家不得以不知道犯罪嫌疑人聽不懂國語、找不到合適的通譯、通譯沒有空、國家沒有錢請通譯為由，推卸其責任。

（五）權利的限制

以上為人民受公平審判權之語言保障的權利內涵，然而，這樣的權利仍然有其限制，例如：一、人民沒有選擇語言的權利；二、當通譯人員能力不足時，當事人（而非國家）有義務通知法庭。

由於人口不斷地移動，許多國家或者地區同時存在著多語人口，亦即，該社會是由多民族多語言所組成之社會。一般來說，生活在這些多語言社會的人們，也同時具有使用多語的能力，只是每個人使用不同語言的程度有所不同（包括法院裡的法官）。例如：住在加拿大渥太華的人，同時會說英文及法語，但有些人的法語能力比英語能力強，因為他們的父母從小跟他們說法語，而有些人的英文能力比法語能力強，因為他身邊的人主要的溝通語言為英文。在此情形，當事人其實具備多語能力，也能夠理解或以法庭所使用的語言表達自己，此時，他能否要求法院提供免費的母語通譯？

在 Barzhig v. France[18]一案中，人權委員會認為，只要當事人可以**充分地(adequately)理解**法庭所使用的語言，同時也可以**充分地**以法庭所使用的語言表達自己，那麼，法院就沒有義務提供其母語通譯。[19]又，人權委員會在 Guesdon v. France 的案件中也持相同見解，認為當事人並沒有選擇法庭語言的權利（即使法官會說地方語言）。委員會並進一步闡釋，只有在刑事被告對於法庭所使用的語言有**理解上的困難**或者是**表達上的困難**時，國家才有義務提供通譯之服務。[20]

受公平審判權之語言保障的權利的第二個限制，在於當通譯人員之能力不足時，當事人（而非國家）有義務向法院提出異議，要求及時撤換通譯人員。在 Griffin v. Spain[21]一案中，當事人 Griffin

---

[17] Rhona K.M. Smith, Textbook on International Human Rights, 269, 4th ed., Oxford University Press, 2010.

[18] Barzhig v. France, Communication No. 327/1988, CCPR/C/41/D/327/1988, 本案事實經過：Hervé Barzhig，法國公民，生於 1961 年，定居於法國 Bretagne 的 Rennes 城鎮。Barzhig 被法國法院控訴於 1987 年 8 月 7 日於 21 號公路逆向行駛，Barzhig 於 1988 年 1 月 7 日出庭應訊。Barzhig 出庭應訊時向法院表示，希望能用 Breton 語，也就是 Barzhig 的母語表達意見，並且要求法院提供通譯。法院反駁其要求並繼續以法文進行訴訟程序。最後，法院判 Barzhig 四個月的有期徒刑以及 5,000 元法郎的罰金。Barzhig 於 1988 年 9 月 9 日向人權委員會提出投訴（individual complaint）。

[19] Barzhig v. France, Communication No. 327/1988, para. 5.5.

[20] Sarah Joseph, Jenny Schultz, and Melissa Castan, The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary, 449, 2nd ed., Oxford University Press, 2004.

[21] Griffin v. Spain, Communication No. 493/1992, U.N. Doc. CCPR/C/53/D/493/1992(1995). 按件事實經過：Gerald John Griffin，加拿大公民，1948 年出生。1991 年 3 月，Griffin 和一個朋友 R.L.開始到歐洲進行背包客的旅行，在 Amsterdam 時，他們租了一個露營車，R.L.建議用 Griffin 的信用卡付錢，因為他的自己的信用卡是有限額的，並且說之後會再付現金給他。在 Amsterdam 時，R.L.介紹 Griffin 給另一位加拿大人 I.G.認識，(R.L.經常和 I.G.去酒吧，沒有帶 Griffin)，有一天，R.L.和 I.G.租了另一台露營車回來，說之前租的壞了。I.G.就說，那我們在 Morocco 的 Ketama 再碰面吧！然後，Griffin 和 R.L.就開車過去了，他們在 Ketama 待了 5 天。1991 年 4 月 17 日，在開車回荷蘭的路上，Griffin 和 R.L.被西班牙的警察 Melilla 扣押，說 R.L., I.G.和他的另一個 Moroccan 朋友在露營車上藏有 68 公克的 hashish（印度大麻花及葉製成的麻醉藥）。R.L.馬上承認他有罪，並跟警察說，Griffin 是無辜的。但警察不相信，而且，即使警察知道他們這幾個人並不會說西班牙文，警察也不會說英文，在訊問過程中也沒有請任何通譯。筆錄是用西班牙文寫的。1991 年 4 月 18 日，進入法院的時候，法院有請一位通譯，那個通譯馬上跟 Griffin 說，R.L.有跟警察說他有罪，而且說 Griffin 是無辜的。Examining magistrate（行政官）於是跟 Griffin 說，如果他過去五年內沒有犯罪紀錄，過幾天他就會被放走了。Griffin 回說，他在 1971 年時曾因攜帶 28 克的麻醉葯被判 6 個月的緩刑。Griffin 一直被關在

為一位只會說英語的加拿大公民，在歐洲旅遊行經西班牙時被西班牙警察依毒品罪起訴，由於 Griffin 不會說西班牙語，因此法院為其聘請一位通譯，該通譯只會說一點點英語以及流利的法語。由於通譯能力不足，導致 Griffin 被判處 8 年 4 個月又 1 天的徒刑。Griffin 後來向人權委員會投訴。人權委員會認為，由於在整個訴訟過程中，Griffin 都未曾主動向法院提出關於通譯人員語言能力不足的問題，因此，西班牙並未違反 ICCPR 第 14 條的規定。也就是說，人權委員會認為，國家沒有義務去確認通譯人員的語言能力是否足夠，當犯罪嫌疑人對通譯的能力有疑異時，應主動向法院提出異議，以確保自己的公平審判權。[22]

三、起訴前的偵查階段

ICCPR 第 14 條第 3 項第 1 款及第 6 款，只有規定國家在起訴時必須以被告通曉的語言告知其罪名，以及在審判過程中，必須提供當事人免費的通譯服務，但並未規定檢察機關在提訊犯罪嫌疑人時，是否需注意犯罪嫌疑人的語言權。那麼，在檢調偵訊過程中，檢察機關是否不需顧及犯罪嫌疑人的語言能力？

關於這個問題，人權委員會在第 13 號一般性意見第 8 段認為，當法院或檢調單位決定對刑事犯罪嫌疑人採取相關的訴訟程序時（例如：提訊、羈押…等），也必須符合第 3 項第 1 款的規定，也就是說，檢調單位在尚未正式起訴前，在調查程序中，也必須以該被告熟悉的語言，告知其罪名、其所依據的法律條文及犯罪事實。[23]（但人權委員會並未說明檢調機關在偵訊過程中是否應為犯罪嫌疑人免費提供通譯服務。）

以上為 ICCPR 第 14 條公平審判權中語言保障之具體內涵。

參、 原住民公平審判權中語言保障之具體實踐

立法院於 2009 年 3 月通過《公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法》，於同年 12 月 10 日施行，自此，ICCPR 之相關人權規定，具有國內法律之效力（第 2 條）。而為使國內既有之法令符合國際人權之規範，同法第 8 條規定，「各級政府機關應依兩公約規定之內容，檢討所主管之法令及行政措施，有不符兩公約規定者，應於本法施行後二年內，完成法令之制（訂）定、修正或廢止及行政措施之改進。」那麼，關於原住民公平審判權中之語言保障，台灣既有的法律規定為何？是否符合 ICCPR 第 14 條第 3 項之最低要求？就實際執行面而言，台灣的司法機關在面對原住民犯罪嫌疑人時，是否確實做到相關的語言保障措施？若有執行上的落差？原因為何？

一、台灣相關法令與 ICCPR 之比較分析

Melilla。10 月 28 日，在 Melilla 的 Audiencia Provincial 法院進行審判，在過程中法院有請通譯，但通譯只會講一點點英文，大部分都翻成法文，但 Griffin 和 I.L.都不會說法文，Griffin 的律師沒有提出任何異議。法官問 Griffin：「R.L.開露營車的時候，你是否一直跟著 R.L.？」，因為通譯的錯誤翻譯，Griffin 就說「是的。」結果 Griffin 就被判 8 年 4 個月 1 天。Griffin 於 1993 年 1 月 13 日向人權委員會投訴。

[22] Griffin v. Spain, Communication No. 493/1992, U.N. Doc. CCPR/C/53/D/493/1992 (1995), para.7.5

[23] ICCPR General Comment no.13, para.8, "…In the opinion of the Committee this right must arise when in the course of an investigation a court or an authority of the prosecution decides to take procedural steps against a person suspected of a crime or publicly names him as such. The specific requirements of subparagraph 3 (a) may be met by stating the charge either orally or in writing, provided that the information indicates both the law and the alleged facts on which it is based.

（一）檢察機關

中華民國相關法令中，與 ICCPR 相對應的規定，為刑事訴訟法第 95 條、第 99 條，以及法院組織法第 98 至第 100 條之規定。依據法院組織法第 98 條之規定，「訴訟當事人、證人、鑑定人及其他有關係之人，如有不通國語者，由通譯傳譯之，其為聾啞之人，亦同。」同法第 99 條規定，「訴訟文書應用中國文字。但有供參考之必要時，應附記所用之方言或外國語文。」又第 100 條規定，「前三條之規定，於辦理檢察事務時，準用之。」再者，刑事訴訟法第 95 條規定，檢察機關在訊問被告前，應該告知犯罪嫌疑及所犯所有罪名。同法第 99 條之規定，當被告為聾或啞或語言不通者，檢察機關得用通譯，並得以文字訊問或命以文字陳述之。

依據現行之法院組織法及刑事訴訟法之規定，檢察機關在犯罪偵查及訊問階段，如遇犯罪嫌疑人為不通國語者，檢察機關有權決定是否命通譯傳譯，此為檢察官之裁量權，[24]由於 ICCPR 第 14 條與一般性意見書中並未指出檢察機關於偵訊過程中必須提供免費通譯，因此，此部分並未違背 ICCPR 之要求。

然而，如前所述，當法院或檢調單位決定對刑事犯罪嫌疑人採取相關的訴訟程序時，也必須及時地以犯罪嫌疑人熟悉的語言，告知其罪名、其所依據的法律條文及犯罪事實，現行刑事訴訟法中並未有類似的規定，擬應修法增訂之。

又，關於起訴之程式與起訴書應記載事項，刑訴訟法第 264 條規定，起訴書應記載被告之姓名、性別、年齡、籍貫、職業…犯罪事實及證據並所犯法條。又檢察機關依據法院組織法第 98 條及第 100 條之規定，起訴書之內容，原則上也是以中文來書寫。由於該節並未提及任何通譯規定，也未有任何準用法條，因此，在犯罪嫌疑人不懂中文的情形下，檢察機關也無需將起訴書的內容翻譯成其熟悉的語言。此部分似違反 ICCPR 之規定。蓋依據 ICCPR 第 14 條第 3 項第 1 款的規定以及第 13 號一般性意見書，檢察機關於起訴時，不論犯罪嫌疑人是否被羈押、是否為本國人、是否以書面或口頭告之，都必須以被告通曉的語言告知其罪名，因此，檢察機關目前的作法（起訴書僅以中文呈現），並不符合 ICCPR 第 14 條第 3 項第 1 款的規定。

（二）法院

而關於審判過程中犯罪嫌疑人之語言保障，其相關規定又是如何？依據法院組織法第 98 條，「訴訟當事人、證人、鑑定人及其他有關係之人，如有不通國語者，由通譯傳譯之…。」同樣地，實務見解認為，是否命通譯傳譯之，屬法院之裁量權。[25]然而，ICCPR 第 14 條第 3 項第 6 款排除犯罪嫌疑人語言障礙以保障其公平審判權，係基本人權，既是基本人權，其所列之（最低）要求皆為強制規定，而非任意規定。因此，只要經判斷犯罪嫌疑人無法充分地理解法庭所使用的語言或者無法充分地以法庭所使用的語言表達自己時，國家（法官）即有義務為其聘請通譯，以保障其公平審判權。換言之，現行法院組識法的相關規定，並不符合 ICCPR 之規定。

以上為台灣現行法律條文與 ICCPR 條文落差之部分。下一個問題是，在實際的執行上，原住民的公平審判權是否受到保障？以下分析之。

[24] 最高法院 98 年度台上字第 4051 號判決，
[25] 最高法院 98 年度台上字第 4051 號判決，

二、原住民公平審判權中語言保障之執行落差

過去六十多年來，原住民接受外來漢人政權之統治，經歷各式各樣之同化融合政策，與語言能力相關者，包括自 1968 年起實施的 9 年國民義務教育以及由省政府積極推動的國語運動。由於此二政策的成功，目前，絕大多數的原住民青壯年皆有至少國中以上之學歷，並且能夠流利地與一般人用中文進行對話。然而，部落裡，仍然有一群老人，沒有接受過任何國民義務教育，生活上之主要溝通語言為當地原住民母語與日語，或者是曾經接受幾年的國小教育，但之後的生活中心仍以部落為主，所以其國語口說能力非常有限。部落族人，因為中文能力有限，也因為其生活方式、範圍與漢人社會脫離，並不懂得中華民國的律法與價值觀，因此，常常因為幫同族的人一些忙被控賄賂罪（如本文前文中之七十歲原住民婦人）、或者因為到後山去採集竹筍、山蘇而被控竊取森林主、副產物（森林法第 50 條）。台灣之司法人員是否充分了解部落原住民的語言能力？當檢察及司法機關遇到中文能力不佳的部落原住民，其通常的作法為何？又司法人員如何判斷其中文能力？目前的作法是否足以保障原住民的公平審判權？

為回答上述問題，本文於研究期間（2013 年 8 月）共蒐集了 27 份由現職檢察官或法官所作的問卷，接下來的研究分析，係以上述所蒐集之問卷為分析對象。然而，礙於有限的研究經費、人力、時間，此研究僅為初步研究成果，詳細數據尚待進一步深入研究。

（一）檢察機關面對原住民犯罪嫌疑人之具體作法

針對檢察機關面對原住民犯罪嫌疑人之具體作法，筆者搜集了由現職檢察官所作之 15 份問卷，15 位檢察官之資歷中，有 4 位任職 10-15 年，7 位任職 5-9 年，4 位任職 0-4 年，而其服務單位包括台南、台北、台中、彰化、屏東與台東地檢署。

針對 50-60 歲原住民青壯年中文能力的了解，有 6 位檢察官認為其中文能力很好，7 位認為普通，1 位表示不知道，1 位表示不一定。而針對 60 歲以上原住民老年人的中文能力，1 位認為很好，10 位認為普通，1 位認為很差，2 位表示不知道，1 位認為不一定。（表？）由此可知，多數檢察官認為 50 歲以上原住民的中文能力，都在普通以上。

表？：檢察官認知中原住民的中文能力

50-60 歲原住民的中文能力		60 歲以上原住民的中文能力	
很好	6	很好	1
普通	7	普通	10
很差	0	很差	1
不一定	1	不一定	2
不知道	1	不知道	1

然而，這樣的認知與經常代理原住民案件的律師的認知有很大的出入。根據受訪律師所述，原住民的中文能力，與年齡比較沒有關係，與他的教育程度以及生活所在地有比較大的關係，若該原

住民只有國中小學學歷（甚至連小學學歷都沒有）而其長期生活在部落裡，那麼他通常無法用中文流利地表達意見，有時候甚至連國語都聽不太懂。若該原住民有高中職以上學歷，那麼通常他的中文能力就比較好，能夠以國語與他人溝通。[26]此認知上的差異可能源自於接觸原住民犯罪嫌疑人的數量多寡以及其本身對於原住民部落的了解程度。在 15 份問卷調查裡，14 位受訪者對於原住民的中文能力，皆直接勾選「很好」、「普通」、「很差」或「不知道」，僅有一位受訪者在 2 個問題中皆勾選「不一定」，同時加註說明「…居住在鄉鎮城市等地區之原住民中文能力普通良好，若是從小生長在部落地區之原住民，中文聽、說、表達能力未必良好，甚至有可能聽不懂…。」此受訪者，根據筆者了解，應為從小生長於部落的原住民，因此，其對於原住民中文程度的認識，較接近於經常代理原住民案件的律師。

在關於其如何判斷犯罪嫌疑人是否需請通譯，因 9 位受訪者沒有遇過中文不好的原住民，因此不需填寫此問題，另外，有 3 位受訪檢察官表示，會在人別訊問以及告知其權利時，加以判斷，有 2 位受訪檢察官表示，若犯罪嫌疑人有表達不清、表示聽不懂或答非所問時，就應請通譯，另外有 1 位受訪檢察官表示，其判斷方式為犯罪嫌疑人的年紀及其生活地區，假若他年紀較大且其生活地區在偏遠的山區，那麼就有可能需要請通譯。由此可知，目前檢察機關對於如何判斷犯罪嫌疑人之語言能力，尚無統一、明確的判斷標準及程序。

此問卷調查最重要的調查內容，在於檢察官面對中文不佳的原住民犯罪嫌疑人之具體作法為何。在受訪的 15 位檢察官中，有 6 位表示曾經遇過中文不佳的原住民犯罪嫌疑人。其中，有 3 人表示，被告係由家屬或親友陪同應訊，由家屬或親友代為翻譯或回答；有 1 位直接請現場法警翻譯，未請通譯；有 1 位未請通譯，因為檢察官認為與被告溝通上大致可行，且案情較簡單，不需要請通譯；最後 1 位表示因為找不到通譯，因此未繼續偵查。換句話說，在 6 件需要請通譯的情況中，5 位檢察官決定不請通譯，而由陪同被告的家屬或現場的法警充當通譯，而在 1 位無家屬陪同又機關內無人可充當臨時通譯的情況下，因為找不到合作的特約通譯，而不得不放棄偵查。

此問卷結果顯示，第一、檢察官對於原住民語言能力的認知，仍有一段落差。第二、檢察機關在判斷犯罪嫌疑人之語言能力上，尚無統一及明確的判斷方式及程序。第三、在偵查及訊問過程中，即使遇到不諳國語的原住民犯罪嫌疑人，檢察官使用通譯之情形，非常之少。第四，原住民（特約）通譯數量不足，在需要聘請通譯時，找不到通譯。綜上所述，目前檢察機關在保障原住民公平審判權之語言保障的部分，仍有改善的空間。

（二） 法院在面對原住民犯罪嫌疑人之具體作法

那麼，法院的情形，又是如何？筆者搜集了由現職法官所作之 12 份問卷，12 位刑庭法官之資歷中，1 位為 10-15 年，3 位為 5-9 年，8 位為 0-4 年，其服務單位包括台北、士林、苗栗、南投、彰化等地方法院。

針對 50-60 歲原住民青壯年中文能力的了解，有 3 位法官認為其中文能力很好，6 位認為普通，3 位表示不知道。而針對 60 歲以上原住民老年人的中文能力，4 位認為普通，2 位認為很差，6 位表示不知道。因問卷數量太少，無法作進一步的分析。然而，總的來說，法官認知中 60 歲以上原住民

[26] 受訪者 A01。

的中文能力比 50-60 歲原住民的中文能力較差，此點符合原住民之語言能力現況。

表？：法官認知中原住民的中文能力

50-60 歲原住民的中文能力		60 歲以上原住民的中文能力	
很好	3	很好	0
普通	6	普通	4
很差	0	很差	2
不一定	0	不一定	0
不知道	3	不知道	6

在如何判斷被告的中文能力部分，因 12 位法官中，僅有 2 人遇過原住民被告中文不佳的情形，因此，此部分僅由 2 人填寫，其判斷方式為「…是否具備能理解法官問題之能力，是否能以中文順利表達意思」以及「只要該員對詢問之問題表現無法理解，或對於問題之發問、回答過於緩慢…」

在前述 2 份問卷中，二位法官皆有請原住民通譯，而翻譯的方式，一位採取逐步口譯，一位採取摘要口譯。所謂逐步口譯，係指在講者把話講到一個段落後，會停下來等通譯，而這時候通譯會將句子如實無誤地（不加以修改、摘錄、省略、增加）翻譯出來。[27]而摘要口譯，則是口譯員在仔細聆聽講者的說話後，將內容濃縮並重點譯出。[28]

此問卷結果顯示，第一、法官對於原住民語言能力的認知，較符合部落原住民語言能力的現況。第二、司法機關尚無判斷被告語言能力之統一、明確的判斷方式及程序，第三、司法機關無使用通譯的固定方式或具體規則，口譯過程中，採何種口譯方式，係由該案法官決定。

三、 原住民通譯制度的現況及問題

原住民公平審判權的保障，除了仰賴司法執行者的確實實踐外，亦端視原住民通譯制度的完善與否，其中包括原住民通譯人員數量是否足夠、其語言能力是否足夠、通譯人員是否了解法庭上經常使用的法律專業名詞、其是否能夠遵守相關的專業責任及倫理規範、其勞動條件（例如：薪資）是否合理、原住民通譯之在職訓練是否充足等等的問題。為了回答上述之問題意識，筆者除搜集既有的文獻資料外，亦與 1 位原住民律師以及 3 位原住民特約通譯進行一對一、面對面、半開放式之深度訪談，其研究結果如下所述。

（一） 量的部分

1. 原住民通譯數量不足

[27] 鄭家捷、戴羽君，法庭通譯 ABC：通譯的功能與定義，司法改革雜誌，61 期，頁 19-20。

[28]鄭家捷、戴羽君，法庭通譯 ABC：通譯的功能與定義，司法改革雜誌，61 期，頁 21。

目前，台灣的司法通譯，依正式僱用與否，可概分為三類：現職通譯、特約通譯、臨時通譯。

現職通譯，係指行政或司法機關現行正式聘用的通譯，其具公務人員身分。目前正式聘用的原住民通譯有多少名呢？由於相關之統計資料中並未以原住民身分作為統計項目，因此我們無從得知。但根據監察院之調查報告指出，截至 2010 年 8 月止，司法院共有 154 名通譯（表？），其中僅有一名任職於台東地方法院三等通譯登錄通曉阿美族語，[29]由於阿美族語並非台灣通常使用的語言（例如：中文、河洛語），且學習阿美族語並不若學習英語、日語如此方便，若非本身即為阿美族人或是從小生長在部落，恐怕無法通曉阿美族語，因此，筆者合理推論，其應為阿美族人。換句話說，現存的 154 名法院正職通譯裡，僅有 1 名原住民通譯。[30]

表？：各級法院通譯員額調查表（2010 年 8 月）[31]

法院	法定員額	預算員額	現職員額
台灣高等法院	40-80	24	20
台中高分院	20-40	8	8
台南高分院	10-20	6	6
高雄高分院	10-20	12	11
花蓮高分院	5-10	2	1
台北地院	27-53	16	15
士林地院	27-53	4	4
板橋地院	27-53	8	8
桃園地院	27-53	7	6
苗栗地院	13-26	1	1
新竹地院	13-26	5	5
南投地院	13-26	2	2
台中地院	27-53	9	9
雲林地院	13-26	3	3
彰化地院	27-53	5	5
台南地院	27-53	7	7
嘉義地院	13-26	4	3
屏東地院	13-26	4	4
高雄地院	27-53	4	4
花蓮地院	13-26	1	1
台東地院	7-13	3	3
基隆地院	13-26	2	2
宜蘭地院	7-13	3	1

[29] 調查報告，頁 299。

[30] 2013 年 8 月 19 日下午經電話詢問，確認該名通譯為阿美族人。

[31]監察院，調查報告，派查字號：0990800608，審議日期：101/04/11，頁 83。

澎湖地院	3-6	3	3
高雄少年法院	2-3	2	2

資料來源：

除了法院通譯外，法務部亦設有正式之通譯人員，同樣具有公務人員資格。根據監察院之調查報告，至 2010 年 10 月，各級檢察機關之通譯員額，共 48 位。而此 48 位通譯人員裡，沒有一位通譯具有原住民身分或通過原住民語認證。

表？：各級檢察機關通譯員額調查表（2010 年 10 月）[32]

法院	法定員額	預算員額	現職員額
最高法院檢察署	2-4	0	0
高檢署	30-60	3	3
台中高分檢	15-30	1	1
台南高分檢	15-30	1	1
高雄高分檢	15-30	1	1
花蓮高分檢	1-3	0	0
金門高分檢	0	0	0
台北地檢	27-53	8	7
士林地檢	27-53	3	3
板橋地檢	27-53	3	3
桃園地檢	27-53	3	3
苗栗地檢	7-14	1	1
新竹地檢	15-30	1	1
南投地檢	7-14	1	1
台中地檢	27-53	4	4
雲林地檢	15-30	1	1
彰化地檢	27-53	2	2
台南地檢	27-53	2	2
嘉義地檢	15-30	2	2
屏東地檢	15-30	2	2
高雄地檢	27-53	5	5
花蓮地檢	7-14	2	2
台東地檢	3-6	1	1
基隆地檢	7-14	0	0
宜蘭地檢	7-14	1	1
澎湖地檢	1-2	1	1

[32]監察院，調查報告，派查字號：0990800608，審議日期：101/04/11，頁 85-86。

金門地檢	0	0	0
連江地檢	0	0	0

資料來源：

第二種通譯人員，為特約通譯，係指行政或司法機關特別約聘之通譯人員，其並不具有公務人員身分，僅在司法機關需要的時候，臨時僱用。任何人只要具備一定的語言能力（例如：通過原住民族語能力認證）、向法院或檢察署申請，即可成為特約通譯。

根據司法院網站顯示，目前與法院簽約的原住民特約通譯約為 41 人，其中，人數最多者為阿美族，有 16 人，而 14 族中，賽夏族、達悟族及邵族並無原住民特約通譯。（表？）

表？：原住民各族總人口數與特約通譯人數

	族別	總人口數	特約通譯人數
1	阿美族（包括北部、中部、南部、海岸阿美語）	188,797	16
2	排灣族	90,811	5
3	泰雅族	81,848	5
4	布農族	52,824	5
5	太魯閣族	27,071	3
6	卑南族	12,357	1
7	魯凱族	12,183	1
8	賽德克族	7,275	2
9	鄒族	6,840	1
10	賽夏族	6,019	0
11	達悟族	3,956	0
12	噶瑪蘭族	1,258	1
13	邵族	704	0
14	撒奇萊雅族	569	1
	總計	492,512	41

資料來源：司法院官方網站，作者整理。

從人口數言，原住民總人口數占全台灣 2%，倘若犯罪嫌疑人之族群身分比例同人口比例，[33]則行政與司法機關之正職通譯中，至少應有 4 人（總人數 202 人）具原住民身分（或具原住民語言能力），然而，現存通曉原住民語的正職通譯人數僅為 1 人。為何正職通譯中的原住民通譯如此之少？此與過去司法及行政機關通譯人員考選任用程序有很大的關聯。根據「法院書記官通譯及執達員遴用遷調實施要點」（2006 年 7 月 26 日廢止）第 13 點規定，委任通譯應經法院通譯或能適用於通譯之一般行政職系考試及格者遴用之，而第 14 點規定，薦任通譯應就曾任通譯、法院書記官或擔任適用

[33] 很遺憾地是，截至本文撰寫為止，中華民國各項刑事統計資料（包括各種統計年鑑）中，並不見任何原住民刑事犯罪之統計資料。

一般行政職系任用資格職務三年以上，具有薦任職任資格…者遴用之。因此，法院現職 154 名通譯中，就有 138 名為委任通譯。[34]

再者，通譯考科的設計非常不利於原住民。依據考試規則，法院通譯之考試科目分為以下 4 大科：①國文（作文與測驗）；②公民與本國史地大意；③民事訴訟法大意及刑事訴訟法大意；④國語、閩南語及客家語翻譯（將一篇文章分別以三種語言視譯方式譯出）。四大科裡有二大科皆與語言有關，但沒有一個語言考試為原住民母語，因此，若原住民考生無法在公民、本國史地、民訴及刑訴考試上有顯著的表現，根本無法通過通譯考試。由此可見，目前法院正職通譯考試係專為台灣漢人而設，非為原住民所設。

理論上，正職通譯、特約通譯之人數及語言別應以**實際需求**為主，而非單純以人口數為聘用因素，然而，可惜的是，不管是內政部警政署、司法院暨所屬機關之業務統計結果，僅係針對案件數量、案件類型、結案數量等做統計，並未針對原住民被告或犯罪嫌疑人有單獨之統計資料，[35]更無是否需要或實際使用原住民通譯之數量統計，因此，本文無從判斷之。然而，根據筆者與原住民特約通譯、原住民律師深入訪談的結果顯示，除阿美族外，[36]其他族群或多或少都有通譯人數不足之情形。

原住民通譯人數不足的情形共有三種。第一種情形是，雖然法院聘有該族特約通譯，但由於通譯年齡太大（七十多歲），恐無法長期持續協助法院（例如：太魯閣族），而年紀較輕的通譯由於法庭通譯責任太大且薪資太低，所得與風險不成比例，並無意願協助法院辦案；[37]第二種情形是，法院聘有該族特約通譯，但通譯數量太少，案件應接不暇，當該通譯時間無法配合時，法院則被迫必須更改庭期；（例如：排灣族、卑南族、魯凱族、賽德克族、鄒族、噶瑪蘭族、撒奇萊雅族）；第三種情形為法院並無聘請該族的特約通譯（例如：賽夏族、達悟族、邵族），因此，當法院需要通譯時，必須委請同部落的人幫忙。[38]

2. 應用但未用通譯

與通譯人數沒有直接相關，但與聘用原住民通譯有關的另一個問題是警察及司法機關**應用但未用通譯**的問題。

根據受訪律師所述，某日三更半夜警察逮捕一位原住民犯罪嫌疑人，並將之帶回警局偵訊。該律師接到電話後迅速至警局陪同該名原住民。該原住民嫌疑犯明顯聽不懂中文，但警察並沒有找原住民通譯，不斷地對嫌疑犯說「你聽得懂我說的話厚！」「你聽得懂嗎？」嫌疑犯面有難色的點點頭，警察於是開始進行訊問。[39]

---

[34] 調查報告，頁 82-83。

[35] 筆者翻閱由內政部警政署刑事警察局編印之《中華民國 100 年中華民國刑案統計》，裡頭從頭到尾沒有一項原住民犯罪之統計資料。

[36] 受訪的阿美族原住民特約通譯中，一位在過去一年中，參與過 0-5 次的法院審理，一位在過去一年中，參與過 10-15 次法院審理（平均每個月 1 件）。經詢問後，2 位通譯皆認為，阿美族通譯數量應該足夠。

[37] 受訪者 D02 表示，到法院擔任法庭通譯，必須要簽署一份「證人結文」，內容為倘若翻譯有誤，恐受刑法偽證罪之處罰。然而，相較於擔任通譯的風險，每次去地方法院擔任通譯的費用，只有台幣 536 元，為了 536 元可能會遭到刑法偽證罪之處罰（七年以下有期徒刑），所得與風險根本不成比例，因此，許多曾經擔任特約通譯的原住民，後來都不做了。

[38] 受訪者 B03。

[39] 受訪者 A01，電話訪問，日期：2013 年 8 月 5 日。

檢察機關亦有**應用但未用通譯**的問題。根據問卷調查資料顯示，曾有一名檢察官於偵查及訊問期間遇到原住民犯罪嫌疑人無法用中文溝通的情形，該名檢察官並未透過臺灣高等法院檢察署的特約通譯名冊中請懂該族語言的約特通譯前來協助，而是**直接請現場的法警**翻譯。[40]然而，因法警受僱於該檢察署，其立場顯明，並不適合擔任通譯的工作。

這一類**應用但未用通譯**的問題，亦發生在法院裡。根據受訪律師所述，其經常遇到原住民被告聽不懂法官及檢察官問話的情形。這一類的原住民被告通常只有國小或國中學歷，而其主要生活範圍在原住民部落，因此，他們雖然會說中文，但僅限於日常生活中的簡單對話，至於較高階的中文對話，例如：「陳述意見」、「是否同意檢察官所述」等語則完全聽不懂。因此，當法官、檢察官以其習慣的中文用語（非法律專業名詞）訊問被告時，他只是楞在那裡，無法回答。受訪律師表示，雖然他會立即向法官說明被告聽不懂艱澀的中文，請法庭再用白話文說一次，此時，部分法官會用較淺顯的中文重述問題，但也曾經遇到法官怒氣沖沖地回說：「**本庭要用什麼語言問話是本庭的權利**」。[41]

法院應用通譯但未用通譯之情形多不多，礙於研究限制（時間、人力），本文無法回答，但從國際人權的角度言，警察及司法機關（國家）實已侵犯犯罪嫌疑人基於 ICCPR 第 14 條第 3 項第 6 款之公平審判權。理由在於依據人權委員會的見解，只要被告無法**充分地**理解法庭所使用的語言，或者無法以法庭所使用的語言**充分地**表達自己的意見，國家即有義務為其聘請通譯。前段實際發生的案件中，原住民被告僅具有初階的中文理解能力，但法官執意以中階甚至高階的中文進行審判，則該原住民被告已經無法**充分地**理解法庭所使用的語言，那麼，按照 ICCPR 第 14 條的規定，法庭（國家）即應為其聘請通譯。

另一種情形為，原住民被告的中文能力不佳，但為顧及其顏面，在法官詢問其是否聽得懂國語時，仍點頭示意或口頭同意，因此，法官以為被告聽得懂國語同時也能夠用國語流利地表達自己，然而，在詢問的過程中，律師很明白被告並不是百分之百地了解法官、檢察官在說什麼，而他自己也沒有辦法用國語流利地為自己辯白。[42]

這一類**應用但未用通譯**的問題，不僅僅出現在原住民犯罪嫌疑人的案件，也同樣發生在其他外國籍的刑事犯罪嫌疑人。[43]探其原因，主要在於司法院及行政院所屬機關辦理並無關於辦理刑事案件時使用通譯之**判斷基準**及**各項程序**規定，[44]使得是否為犯罪嫌疑人聘請通譯完全落入承辦該案的檢察官或法官之自由心證。而犯罪嫌疑人能否受到公平的審判，也全憑其運氣。

（二）質的部分

除了數量不足的問題外，另一個問題是原住民通譯人員素質不足的問題。這裡可以分為二個部分來討論，一為**語言能力不足**的問題，一為**專業倫理道德不足**的問題。為進一步了解現行原住民通譯員的專業素質，筆者與 3 位現職的原住民特約通譯員進行一對一、半開放式的訪問（其中 2 位為

[40] 受訪者 C02。
[41]受訪者 A01，電話訪問，日期：2013 年 8 月 5 日。
[42] 受訪者 C02。
[43] 林渭富，雞同鴨講理與力爭：法庭通譯何去何從？司法改革雜誌，61 期，頁 17。
[44] 監察院報告，頁 273。

面對面，1 位為電訪）。3 位原住民特約通譯中，1 位為太魯閣族，擔任特約通譯員已 1 年多，過去一年內曾協助法院共 1 次。1 位為阿美族，擔任特約通譯分別已 1 年多，過去一年內曾協助法院辦案共 10-15 次（平均 1 個月 1 件）。1 位為阿美族，擔任特約通譯已 5 年多，過去一年內曾協助法院約 0-5 次（選舉期間次數增加為 5-10 次）。每位的訪談時間皆超過 1 小時。

1. 原住民通譯員的語言能力

首先，司法通譯的主要功能，在於能將法官、檢察官、刑事被告所說的話如實無誤地轉述給彼此聽，使得刑事被告不會因其語言障礙而使其受公平審判的權利遭到侵害。因此，原住民通譯人員不僅僅要有流利地的中文能力與該族族語能力，其必須也要懂得法庭內常用的基本法律用語，以求在偵查、審判過程中，能夠擔任稱職的通譯，以保障刑事被告的公平審判權。現行的原住民通譯員是否具備上述的基本條件呢？

根據筆者對三位現職的原住民特約通譯之深度訪談資料顯示，三位特約通譯皆有一定程度的中文與族語能力，在進行法庭逐步口譯時，他們能夠聽懂絕大多數法官、檢察官所說的中文，並將之翻譯成族語給被告聽，而其也能聽懂絕大多數被告所說的族語內容，並將之翻譯成中文給法官、檢察官聽。[45]

然而，原住民特約通譯的語言能力也有若干侷限。例如，受訪者誠實地說明，由於上了年紀（受訪者年屆 60），記性不太好，倘若法官要求他聽一段過去的錄音內容，並確認錄音帶中之被告所說的族語內容跟筆錄裡的中文翻譯是否符合，他就沒有辦法做確認。[46]亦有受訪者表述，因其長期在都市裡生活，較少說族語，某些名詞一時會忘了族語怎麼說。[47]

另一種與通譯語言能力無直接相關性但與翻譯時的精確度有關的是**原住民母語詞彙無法直接對應中文詞彙**的問題。

除了中文與族語能力外，通譯亦需懂得法庭上經常使用的基本法律用語，才能將法官、檢察官所使用之法律語言精確地翻譯給被告聽，使被告明白其所處的狀況。而原住民特約通譯對於基本法律用語的認識，是否足夠？為了研究此一問題，筆者於深度訪談時問其對「緩起訴」及「緩刑」的理解，並且在「緩起訴」問題下設有 4 個選項，3 位受訪者中有 2 位選擇了第 4 個選項同時也是正確的選項，即「暫時不要起訴（以後還有可能會起訴）」。有一位受訪者，因為當筆者提出此問題時，沒有看到問卷裡的 4 個選項，回說：「雖然被判刑，但是判了之後因為態度覺得良好，只要在幾年內不再犯的話…」。但說著說著發現自己將緩刑與緩起訴搞錯，立即更改成「若在法庭的這段期間表現很好，可能就有緩起訴，即不起訴的機會。」

另外，受訪者對於「緩刑」的理解，一位通譯認為緩刑是「有罪，但用其他方法來罰。」一位通譯認為緩刑是「因為是初犯、或懷孕、或年紀太大，不用去坐牢，或易科罰金。」由此可知，受訪者對於這些法律用語理解並非完全。此調查結果呼應另一位受訪原住民律師之意見，即原住民特

[45] 受訪者 D01、D02、D03。
[46] 受訪者 D02。
[47] 受訪者 D02。

約通譯普遍無法**精確地**將法律名詞翻譯給被告聽。[48]

原住民特約通譯員對於法庭所使用的基本法律用語認識的不完全，主要在於特約通譯的任用方式。首先，法院特約通譯多由個人自行申請或由縣政府原住民行政局向法院推薦後，由高等法院或地方法院聘請成為特約通譯，申請書中僅需填寫個人資料及通曉語言，因此，法院並不知道申請人是否具有法律背景或是否理解法庭常用語言。再者，早期法院並未對特約通譯提供相關教育訓練課程，因此，想當然爾，特約通譯是否了解法庭常用的基本法律用語，全憑個人努力。雖然臺灣高等法院早在 2008 年即訂有「臺灣高等法院特約通譯教育訓練辦理方式及審查標準」，但根據受訪者所述，相關教育訓練課程係從 2012 年開始，包括一次在地方舉行為期 3 天 24 小時的課程以及一次在中央舉行為期 2 日 16 小時的訓練課程。[49]根據臺灣高等法院度特約通譯教育訓練計畫，特約通譯教育訓練的課程，包括：法院業務簡介 2 小時、法律常識 6 小時、各類審理程序或相關程序概要 12 小時、以及傳譯之倫理責任 2 小時。[50]雖然訓練課程內容有法律常識，但由於訓練課程結束後並未舉行任何考試，因此也無法確保通譯人員是否都能夠完全吸收課程內容。受訪的 3 位原住民約特通譯，皆參加了上述地方以及中央的課程，但從其回答的內容來看，通譯人員並未完全理解法律用語。

原住民特約通譯未能將法律用語精確地翻譯成原住民族語言，還有另外一個原因。一個族群的語言豐富程度受其生活方式、地理環境、現代化程度…等的影響，由於台灣之現行法制為既受西方法，許多中文的法律詞彙中並無法找到相對應的原住民語詞彙，因此，原住民通譯員僅能透過**解釋**的方式，讓犯罪嫌疑人了解其真意。然而，如上所述，現行的原住民特約通譯中，能夠真正完全理解這些法律概念者，又微乎其微，而理解法律概念的原住民律師，又因為與被告有利害關係而不適合擔任通譯員，因此，現行原住民特約通譯員的語言能力（包括中文、族語、法律用語），仍有進步的空間。

2. 原住民通譯員的專業倫理道德

法庭通譯員為一具高度專業的職業，除需具備流利地雙語翻譯能力外（包括逐步口譯、同步口譯、視譯），必須要遵守一定的專業倫理道德規範，包括（但不限於）**保持中立**（不向犯罪嫌疑人分析可能的結果、向被告建議更換委任律師、不誘導訊問、不建議被告如何回答）、**公正**（不偏袒法官檢察官或刑事被告）[51]、**保持風紀**（未經法官指示不得擅自訊問被告、不催促被告回答、不建議被告如何回答）、**保密**（在案件進行中不與他人討論案件內容）、**為案件做準備**、[52]**避免翻譯的失真**（省略、增加資訊、翻譯中參雜個人看法、對沒聽清楚或聽不懂的內容不依自己的臆測翻譯或乾脆不譯）…等等。換句話說，法庭通譯員必須能夠將自己化為**傳聲筒**，如實無誤地把法官的話說給被告聽，把被告說的話翻譯給法官聽，在傳譯的過程中不帶有任何個人情感或喜好。倘若通譯員「積極」參與審判程序，錯以為自己是正義的代言人、法官的化身或是保護刑事被告的人，則其已逾越身為通譯員的本份。原住民通譯員普遍的專業素養是否足夠？

根據與 3 位原住民特約通譯深度訪談的結果，其皆認為通譯的角色為法庭的傳聲筒、翻譯機，

[48]受訪者 A01，電話訪問，日期：2013 年 8 月 5 日。

[49] 受訪者 D01。

[50] 臺灣高等法院度特約通譯教育訓練計畫。

[51] 闕文三，日本司法通譯之現狀及其啟示，頁 216，淡江外語論叢，2005 年 12 月，No. 6。

[52] 鄭家捷、戴羽君，通不通，有關係！通譯的專業與常犯錯誤，頁 29，司法改革雜誌，第 61 期。

不應偏坦任何一方，應儘量保持公正、中立（教育訓練裡有提到），但 3 位中有 2 位曾經未經法官指示訊問被告，情形有許多種。第一種情形是，被告可能因為沒有聽懂問題或是因為太過緊張而胡亂回話，通譯員聽到後，直接（未詢問法官）用母語向他重述法官剛剛的問題，請他再次回答；第二種情形是，被告扯遠了，通譯員直接（未詢問法官）用母語請他只要回答法官的問題即可，不要再多說什麼；第三種情形是通譯員也聽不太懂被告到底在說什麼，在未詢問法官的前提下，直接用母語跟被告確認「你剛剛說的是…這個意思嗎？」。不管是前述哪一種情形，法官都會立刻詢問通譯員剛剛跟被告說了些什麼，或者是直接打斷通譯員的問話。[53]除了偶爾有未經法官指示訊問被告外，當聽不懂法官、檢察官說的部分話語時，有時也會略為不翻。[54]

由於筆者並未參與過特約通譯教育訓練課程，而法院也沒有相關的特約通譯工作守則、指導方針或是專業倫理規則，因此，筆者無法判斷通譯員未經法官指示訊問被告的情形之所以較常發生，是因教育訓練課程的問題亦或是該通譯員個人的問題。然而筆者合理推測，二者皆有可能。首先，關於通譯員的教育訓練方面，由於截至目前為止，台灣並未訂定法庭通譯的專業倫理規則，因此，在教育訓練課程中，係請專業口譯人員來上課，然而，一般口譯與法庭通譯，存在著些許差異，例如，在一般口譯中，口譯人員在未聽懂來源語時，必須與講者先行確認後，再翻譯成目標語，但在法庭口譯中，即使通譯人員知道被告並未回答法官的問題或者是扯遠了，法庭通譯仍然必須將被告所說的話，完完全全、如實無誤地翻譯出來，由法官來做專業判斷。

另外，此也有可能係通譯員個人的問題。一般來說，能夠擔任原住民特約通譯員者，皆為部落知識水準、教育程度較高的長者，且因其經常出入法院，對於刑事訴訟程序、如何做才能使法官做出有利於自己的判決，較為清楚。再加上對於同族族人的感情，在擔任法庭通譯過程中，很難抗拒自己幫助族人的衝動，因此，才會有指導被告如何回答的情形。

以上為現行原住民通譯制度的現況及問題。

肆、建議（代結論）

受公平審判的權利，為每一個公民所享有的基本人權，此為《國際人權宣言》、《公民與政治權利國際公約》（ICCPR）所揭櫫，而此項人權能否實踐，取決於當事人能否流利地使用法庭所使用的語言，[55]因此，ICCPR 第 14 條第 3 項第 1 及第 6 款特別詳列犯罪嫌疑人語言保障之相關規定。然而，如前所述，台灣原住民犯罪嫌疑人的公平審判權，仍然因為法令規定的不足以及原住民通譯制度的不完善而受到侵害。因此，本文擬建議如下：

一、修改及增訂相關法律

依據《公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法》第 8 條，「各級政府機關應依兩公約規定之內容，檢討所主管之法令及行政措施，有不符兩公約規定者，應於本法施行後二年內，完成法令之制（訂）定、修正或廢止及行政措施之改進。」因此，行政及立法機關應先行針對刑事訴訟法以及法院組織法不足之部分進行修法。

[53] 受訪者 D02、D03。

[54] 受訪者 D03。

[55] 陳宜倩，法庭通譯，廁所中的花瓶？-語言霸權主義下的失衡公義，司法改革雜誌，第 61 期，頁 22。2006 年。

首先，應將刑事訴訟法第 98 條之規定修改為**強制規定**，只要經過一定程序判定其需要通譯者，國家即有義務為其聘請通譯；第二，刑事訴訟法第 264 條關於起訴書內容之規定，應增列一款翻譯規定，倘若犯罪嫌疑人不諳國語者，則起訴書的內容，應由通譯翻譯後，連同本文一同寄送給被告。

再者，行政及司法機關應擬定一**判斷**犯罪嫌疑人是否需要**通譯之方式及程序**，使犯罪嫌疑人之公平審判權不再落入任一警察、檢察官、法官之任意裁量。

除了修訂相關法令以符合國際人權規範之最低要求外，另外亦應制定法院通譯員之專法，藉由確立法院通譯員的聘用資格、工作內容、工作順序、範圍、工作行為準則…等，以確實保障每一位犯罪嫌疑人的公平審判權。

二、改善原住民通譯制度

除了法制的修訂外，同時應改善原住民通譯制度，其中包括原住民通譯的專業證照制度、專業在職訓練、提升通譯員薪資等，以下分述之。

（一）專業證照制度

不同於一般商業口譯，司法通譯為一項足以左右他人命運的專門職務，[56]因此，司法通譯員除了要有相當的語言能力及口譯技巧外，必須還要通曉法律用語、了解刑事偵查、審判程序、了解當事人的文化、社會風俗習慣甚至法律制度，以及必須遵守專業倫理道德。[57]換句話說，司法通譯為一專門職業，而非一般職業。既然為專門職業，即應將其證照化，使所有司法通譯人員（包括原住民通譯員）皆具備一定的專業品質。

1. 美國加州法庭通譯員認證方式

以美國加州法庭通譯為例，加州法庭通譯共分為二種，一為「法庭認證通譯員」（certified court interpreter），一為「法庭註冊通譯員」（registered court interpreter），二者皆需通過加州所舉辦之考試以及登錄法庭名冊（enrollment），當法院有需要時，即連絡名冊上合格的通譯員。法庭認證通譯員與法庭註冊通譯員唯一的差異在於該外國語是否為加州法庭所認證的語言（certified languages）。通過認證後，二種通譯員都可能成為加州法庭的全職通譯員（staff interpreter）或兼職通譯員（individual interpreter）（視法院需求）。

法庭認證通譯員，其考試方式為：（1）一次以**英語**進行的筆試，共 135 題單選題，考試範圍涵括:①英文文法;②法庭常用語;③專業倫理道德。以及（2）一次口試（bilingual oral interpreting exam），考試範圍涵括：①雙語視譯；②雙語逐步口譯；③雙語同步口譯（如表？所示）。通過考試後，考生需將自己的名字登錄在法庭名冊上，當加州法庭需要某個語言的全職或兼職通譯員時，法庭係從該名冊上通知面試。

法庭註冊通譯員，其考試方式為：（1）一次以**英語**進行的筆試，共 135 題單選題，考試範圍涵括：①英文文法；②法庭常用語；③專業倫理道德。；（2）一次口試，主要在測試其英語口說程度

[56]闕文三，日本司法通譯之現狀及其啟示，頁 225，淡江外語論叢，2005 年 12 月，No. 6。
[57]闕文三，日本司法通譯之現狀及其啟示，頁 225，淡江外語論叢，2005 年 12 月，No. 6。

（oral English proficiency exam）。

表？：加州法庭通譯員考試科目（認證通譯員與註冊通譯員）

	筆試(英語)[58]	口試(certified languages)[59]
法庭認證通譯員 (certified court interpreter)	1. 英文文法(general English grammar) 2. 法庭常用語(court-related terminology) 3. 專業倫理道德(ethics and professional conduct)	1.雙語視譯(bilingual sight translation) 2.雙語逐步口譯(bilingual consecutive interpreting) 3.雙語同步口譯(bilingual simultaneous interpreting)
法庭註冊通譯員 (registered court interpreter)	1. 英文文法(general English grammar) 2. 法庭常用語(court-related terminology) 3. 專業倫理道德(ethics and professional conduct)	1. 英語熟練度 (oral English proficiency exam)

資料來源：http://www.courts.ca.gov/7996.htm

法庭認證通譯員與法庭註冊通譯員皆可能成為全職法庭通譯，擔任全職法庭通譯者，其年薪從 68,000 美金起跳，另會加上相關福利（健康保險…等）。[60]然而，絕大多數的通譯員為兼職的通譯，其通譯費用為 156 美金（半天）或 282 美金（全天）。

2. 台灣通譯員認證方式

考量到同步口譯、逐步口譯的訓練費用所費不貲，而絕大多數的原住民並不富裕，因此，本文建議台灣原住民通譯員之認證方式，應採二階段。

第一階段由專責機構負責舉辦考試，理想上可採加州法庭通譯員考試的方式，即以電腦進行考試，試題全為單選題，考試範圍包括：（1）中文；（2）法庭常用語；（3）專業倫理道德。考生可於任何時刻報名並上機考試，通過者即可進入第二階段的訓練與考試。而報名考試者，必須於報名時提供通過族語認證之相關證明。

第二階段先由專責機構負責提供免費的訓練課程，其課程內容可以包括（但不限於）：（1）雙語視譯技巧；（2）雙語逐步口譯技巧；（3）專業倫理；（4）偵查及審判程序。課程結束後學員才可參加第二階段的考試，考試科目包括：（1）雙語視譯；（2）雙語逐步口譯。通過第二階段考試者的學員，即正式取得通譯證照。

如此，應可以確保，任何具有通譯證照的原住民通譯，至少都有一定程度之專業水準。

（二）持續的在職訓練

[58] 筆試總共 135 題選擇題，涵括英文文法、　　法庭常用語、專業倫理道德三個領域。
[59] 若非法院所列的 certified languages，則考生只需要考英文能力即可。
[60] 加州法院官方網站，http://www.courts.ca.gov/

許多專門職業都需要在職訓練，通譯員亦不例外。由於法院對於原住民特約通譯的需求量不大，原住民通譯員每月至法院協助辦案的次數不到 1 次，因此，對於通譯員的角色、法律程序、法律專有名詞或許容易生疏，因此，本文建議法院應提供特約通譯每年至少 1 次的在職訓練課程，而其課程內容應包括（但不限於）：偵查及審判程序、法律常用語、醫學常用語、口譯實務與練習（同步口譯、逐步口譯、視譯）、專業責任及倫理規範（案例分析、資深通譯分享）等，以確保其通譯品質。

（三）培育原住民通譯人員

1. 專案培育原住民通譯人員

原住民通譯人員為一需要專門技術的職業，通譯人員除了需要懂得流利地中文以及該族語言外，還要理解法庭運作的順序及具備基本的法律常識，同時必須遵守相當嚴格的專業倫理道德規範，以具體落實犯罪嫌疑人的公平審判權。目前除了任職於台東地方法院的 1 位阿美族正職通譯外，其他的原住民通譯，皆為法院特約通譯，而原住民特約通譯，如前段所述，其語言能力及專業倫理道德都有可加強之處。每一位公民（包括原住民）皆有受公平審判的權利，而提供不懂法庭所使用語言的被告免費的通譯，是國家不可推卸的責任，因此，國家有義務主動培育原住民通譯員。

現行的原住民特約通譯，絕大多數為部落受敬重的長者（五、六十歲以上），其可提供通譯服務的期間，並不是很長，因此，本文建議由負責原住民事務之中央行政機關，行政院原住民族委員會（以下簡稱原民會），專案培育原住民通譯人才，同時建立**原住民通譯人才庫**，供檢察及司法機關隨時查詢。

而專案培育原住民通譯人才，可以分為二部分，一為法律系原住民學生，一為族語流利的部落年青人。針對前者，因為其已具有基本法律常識，原民會所需提供者僅為密集族語課程、通譯技巧及專業倫理課程；而針對後者，原民會所需提供者，僅為密集法律課程、通譯技巧及專業倫理課程。並鼓勵其於結業後參加通譯人員的認證考試。

2. 專案聘僱原住民通譯人員

自 2013 年 1 月 1 日起，司法院指定 9 所地方法院（桃園、新竹、苗栗、南投、嘉義、高雄、屏東、臺東、花蓮）設立原住民族專業法庭（股），專門審理原住民之案件。理論上，原住民專庭應聘請正職的原住民通譯，然而，礙於現行法院正職通譯員額有限，恐無法僱用正職的原住民通譯。又目前法院支予特約通譯的薪資非常低，[61]且其擔負的責任非常重（可能會有偽證罪），一般人若無崇高的使命感，並不願意淌此混水。[62]因此，本文建議原民會成立基金會，專案聘僱原住民通譯人員（通過認證考試者），於平時協助基金會之運作，而當警察機關、檢察機關、司法機關需要時，即可透過基金會窗口，派人予以協助。

三、司法人員在職訓練

公平審判權是否能夠落實，取決於司法人員之具體實踐，因此，除了法制的修訂以及改善原住

[61] 根據受訪者 D02 所述，到地方法院擔任通譯的費用，一次為 536 元（500 元出席費、36 元為交通費），到高等法院擔任通譯的費用較高，為 2,536 元。

[62] 受訪者 D02。

民通譯制度外，更重要者，在於加強司法人員在職訓練。如前段所述，目前警察機關、檢察機關、司法機關常有應用通譯但未用通譯之情形，未來應於相關教育訓練中，加入相關通譯之課程，其內容應包括（但不限於）：兩人權公約中關於公平審判權的具體規定及案件分析、如何判斷原住民犯罪嫌疑人是否需要通譯、聘請通譯的程序及規則等。如此，應可確保原住民（以及生活在台灣的人民）之公平審判權。

參考文獻

專書

Sarah Joseph, Jenny Schultz, and Melissa Castan, The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary, 449, 2nd ed., Oxford University Press, 2004.

Rhona K.M. Smith, Textbook on International Human Rights, 269, 4th ed., Oxford University Press, 2010.

期刊論文

闕文三，日本司法通譯之現狀及其啟示，淡江外語論叢，2005 年 12 月，No. 6，頁 203-231。

陳宜倩，法庭通譯，廁所中的花瓶？-語言霸權主義下的失衡公義，司法法革雜誌，第 61 期，2006 年，頁 22-26。

鄭家捷、戴羽君，法庭通譯 ABC：通譯的功能與定義，司法改革雜誌，61 期，頁 19-21，2006 年。

鄭家捷、戴羽君，通不通，有關係！通譯的專業與常犯錯誤，司法改革雜誌，第 61 期，頁 28-30，2006 年。

林渭富，雞同鴨講理與力爭：法庭通譯何去何從？司法改革雜誌，61 期，頁 15-18，2006 年。

專書論文及其他

監察院，調查報告，派查字號：0990800608，審議日期：101/04/11。

行政院原住民族委員會委託、國立臺灣師範大學進修推廣學院研究，原住民族語言調查研究三年計畫-第 1 期實施計畫調查研究報告，2012 年 11 月 30 日。

內政部入出國及移民署，<各縣市外籍配偶人數按國籍分與大陸（含港澳）配偶人數，100 年統計報表>，http://www.immigration.gov.tw/lp.asp?ctNode=32419&CtUnit=17279&BaseDSD=7&mp=1

行政院勞工委員會職業訓練局，<外勞人數：按國籍分>，
http://www.immigration.gov.tw/lp.asp?ctNode=32419&CtUnit=17279&BaseDSD=7&mp=1

邱薇而、張政捷，<逼供 7 旬原民婆婆司改會控惡檢！>，2013 年 5 月 30 日，
http://news.cts.com.tw/cts/politics/201305/201305301251443.html

加州法院官方網站，http://www.courts.ca.gov/

法規條文、釋字、行政函釋

法院組織法，

刑事訴訟法，

公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法，

國際人權宣言（The Universal Declaration of Human Rights），

公民與政府權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights），

ICCPR，一般性意見，第 13 號，

Barzhig v. France, Communication No. 327/1988,

Griffin v. Spain, Communication No. 493/1992, U.N. Doc.

最高法院 98 年度台上字第 4051 號判決，

【主題六場次會議實錄】

與談人（黃唯玲 博士生）：

對曾研究員的這一篇文章，台灣日治時期的原住民族、習慣以及國家法，分享我自己的感想跟心得，曾老師是我非常尊敬的學長，我本身在做國際發展研究的時候，從他那邊我得到非常多的啟發，能夠參與到這場與談感到非常榮幸，我等等在討論這篇文章會使用大量的生番、熟番以及番人這些用語，只是單純做一個歷史名稱。這篇文章涉及的面向非常廣泛，日治時期基本上是五十年，這五十年針對原住民族的法律體制都做了一些研究，剛都有聽到報告，報告人花很多心思，很多面向都處理到了，能夠用三萬多字來把這些議題都處理到是非常困難，且這是一篇非常好的文章，回去可以好好地再讀一下。首先原住民族的習慣法會產生這個議題，是因為日本以一個現代型的國家進入台灣以後，它遇到了原住民族，現在的國家法跟原住民族之間，必定在他們的傳統法治規範等都有些衝突，進而產生了這個議題。簡單來講，這整個文章剛剛學長也有提到，它是從國家統治的面向去看，了解日本當局是如何在五十年之間針對原住民族做一些統治政策，基本上在我的理解裡頭，日本統治當局不是去用各族群來區分，而是用文明進化程度來區分，這沿襲了清朝的統治方法，最大的分法就是生番跟熟番，後來中間還會出現一個化番，熟番基本上就跟漢人一樣，在日本人的觀念裡頭，熟番會跟漢人一樣的統治方式，生番的話就是不被當成統治權，就是日本人剛來的時候，是不被統治權所及於的，之後被統治就把它畫成在同一個番裡，就是畫外圈的樣子，他把特別的畫在一個番地裡面，他的統治方法不是用法律統治也不是用司法統治，而是利用行政警察來做一個裁量、統治，我們一般的法律幾乎是不會進入到這一塊的。

剛剛學長報告也有提到，中間有一個過渡就是叫化番，最初的理想狀況化番是介於生番與熟番之間的過渡狀態，他的進化程度已經慢慢地漢化、文明，當他的文明進展到一個程度時，可以被納入普通行政區，脫離番地且被分到普通行政區裡面，跟熟番一樣接受普通統治，包含了法律統治等，這是一個生番、熟番、化番的理想規範。化番我們看文獻像是新竹縣的賽夏族，還有日月潭的也是化番，很明顯的他都用化番來形容這些部落的人，後來他們也因為一些原因，也確實被發配到普通行政區去，跟熟番的處置態度一樣。剛剛學長也花了很大的篇幅來講平地番人，那一群比較特殊的人，他應該算是生番，住在普通行政區域裡頭，這是一個人群混雜，因為他自己文明進化而跟漢人越來越相似且被同化，而是它本身的環境條件使他跟漢人居住在一起，日本統治當局把他做一個區分，你這塊是番地，你這塊是普通行政區，但在他的眼睛裡頭他們是生番人，所以在他的統治方式會有所改變，不能完全用化番的態度去面對他，也不能完全用生番的態度去面對他，就會出現平地番人，而他就跟番人做出一個切割。相對的，我們在後面看到的文獻講到有關於生番人，他會運用到法律的，這時候我們必須特別仔細考量到這裡的生番人可能都是平地番人。在整個報告討論中很清楚說，熟番跟漢人一樣比較少的特殊待遇，如果是平地番人的話，反而在生番裡頭最有可能運用到現在法律的統治的就是平地番人，他們都被劃至法律以外，學長有說他可能會慢慢的透過警察統治，警察畢竟有一些現代型的法律素養，可能會把現代的法律帶進去，還有接受他們一些的習慣。

我講一點小小的意見，在第 293 頁有關戶口部分，想討論說有關於這個地方，番人跟普通行

政區的人結婚引用的部分好像有點漏掉，想要再補充一個，1932 年總督府有做一個決議，本島的男人跟生番的女人結婚，戶口是可以登記為生番人的，理由是說普通行政區的阿美族之習慣，如果依台灣父系的規定把小孩定位為本島人的話，他的家可能就沒有了，會影響到他們原本的統治，後來他還是有參酌後來的習慣，在這做個補充。另外還有一個小小的問題，在做這個研究的時候，學長有講到很多番地、番人有用到社規和舊慣的部分，我自己在做研究時也會遇到一些困境，社規跟舊慣我們從統計數據上都是官方做的統計及定義，跟番社原住民族自己的社規跟舊慣實際的差異，我們在做這個實質研究時就會遇到一些困境，不管是使用統計數據還是人類學家的資料，都是外來的族群，要如何做實質的研究，想要再深入了解這個部分，謝謝大家。

與談人（郭書琴 副教授）：

鄭教授的這篇文章對我來說是非常有啟發，我認為對於未來原住民訴訟專庭設立或是今天大家都有提到的原住民法的設立，在程序的部分、通譯的設置以及如何再去思考通譯整個程序和功能、內涵，而不只是程序上的法條，大家都知道他提出來的問題意識是非常有意義，也做了很紮實的實證研究，從中提出來對於現行通譯制度在原住民當事人的部分，在量的部分以及質的部分，都提出了非常深入且精確地批評，這點讓我收穫非常多。今天我想要從鄭教授文章有提到的，當兩個文化相互交遇時，剛才老師也有提到說這邊到底是國際私法的問題，還是同在一個民族底下視為同一個法體系底下能夠處理的問題，我覺得應該要這樣講，鄭教授的題目是原住民的公平審判權，我的專長是在民事訴訟法以及法律的研究，也是放在法律語言的特殊性，以及法律技術的特殊性，法律語言跟法律技術，從我的研究看起來是障礙了不同語言的人之使用，即便是使用同樣語言，法律語言是相當高的門檻，可以通譯，法律語言對一般的文章，法律語言也是相當高的門檻。像老師提到的任意規定或強行規定，就算是在一般的漢語語境裡面，也算是一個很特殊的語言，這邊不會去用鄭老師文章裡面的高階中文。我下面有舉例說，盍各言爾志，何不說自己的志向呢？這是高階文言文，我想講的是法律語言，我比較不會去認定它是一種高階中文，而是具有一種專業類型的，專業化、專業技術的門檻，它的類型化很特別，這一點鄭老師的文章裡也有提到通譯「質」的問題，當兩個不同的文化相互產生衝突問題的時候，到底怎麼翻譯才能翻譯？你的文化不見得會有這個類型，我的文化裡面是有這個類型的，我的文化卻對你的文化有個強制力的效果，我覺得這個是一個非常困難的地方。

回到剛剛我講的這個公平審判權，這個公平審判權，我想用兩個部分來說，它的內涵是程序保障，程序保障就連接到今天的主題通譯制度，通譯制度目前是最低門檻，原住民是否能夠正當、正確、適當參與這個程序，另外一個部分是實體保障的部分，這是在這兩天的場次裡面都有提到，原住民的文化慣習這是不是要納入實體判決的考量裡面，所以公平審判權我想它還在這兩個程序保障、實體保障，但是焦點在這篇文章裡面是放在通譯制度，對於通譯制度的部分，我是想要藉由老師的文章，以它的實證來去思考說通譯在這兩個文化產生衝突的時候，譬如說審理的法官是漢人法官，或是在一個漢文化的法律下且吸納了西方法律之後，在面對原住民當事人的時候，那通譯到底是什麼角色，在這邊我想藉用民事訴訟法的規定，像是總則篇、訴訟篇或是民事訴訟法的審判筆錄及辯論筆錄的記載，通譯的地位都是在證人跟鑑定人是放在一起的。我簡單的講一下，民事訴訟法 484 條是有一個必須要上訴第三審法院的事件，第二法院則不得抗告，下列裁定是可以抗告的，其實大家都可以從我這樣念就能知道這樣的專業技術門檻真的有點高。第二，對於證

人與鑑定人或通譯或持有文書刊物的第三人處以罰款的裁定，這個裁定是可以提出異議的，我想講的是在民事訴訟法裡面很多把通譯、鑑定人、證人擺在一起，比對它的總總處理，可以提出異議，在審判筆錄裡面，這三者是等同的，我們可以來想想看某程度都是因為異文化的遭逢，像老師提到的通譯可能不經法官的詢問而自己跑去問當事人，因為他要去確認這到底是什麼，通譯居於他的正義感，基於他想要照顧族人，所以他自己去發問，他這邊是否會違反通譯的倫理性？可是我想要追問的是，這邊是通譯他想要出一己之力來縫合文化的裂縫，也就是異文化的裂縫，通譯在任何個案法庭上面想要去縫合這個裂縫，因此，在這個時候他一開始會類似像是專家證人，而通譯對於當事人講的話，他某種程度又在鑑定他問法官他所講的，其實又是代表著我們漢人法院的另一種類型，我想表達的是在民事訴訟法裡面他某程度滿足了理想的通譯，好像因為他跟證人、鑑定人地位是放在一起，他感覺是這三者是分開的，我們從外界的眼光，這三者對審判程序是非常重的，儘管他的設計制度是不同的，這三者等重又隱含了我們對原住民當事人的通譯在兩個文化之間，希望他擔任一個良好的溝通角色，我們希望他是三合一的角色，事實上他是做不到，鄭老師的研究裡面看出來在實際上的執行竟然有這麼大的困難。

因為時間的關係，最後我想舉兩個例子是對於通譯擔任證人，台中高分院找到一個判決，在請求裁判離婚，審理的當事人其實希望說在場通譯都看到了，煩請法院請通譯來當證人，另外這個構成在如果不喜歡通譯當證人，構成再審事由判決理由不當，當事人期待通譯功能是有證人的功能。第二個就是我遇到這個越南籍的通譯，我的研究有涉及外籍配偶，越南籍的通譯來告訴我說，他其實面對這個通譯工作，老師有提到錢很少、責任很大，同時他還有生命的危險，因為他說他分別哪裡一邊或是翻譯哪一邊都會認為他是跟主流文化合流的買辦，他是站在主流文化這一邊，於是他要如何回去，要花比在法庭上更多的時間，跟兩方面講他所持的立場是什麼，然後他還要花更多的時間用越南話對他的族群做更深入的法治教育，更深入地做調解功能，我覺得這都是在異文化的遭逢之下，通譯這個角色非常為難的地方，以上很抱歉佔用大家的時間，若我有很多誤解鄭老師文章的部分，可請鄭老師在回應時糾正我，謝謝。

發表人（曾文亮 助研究員）：

謝謝與談人，他的理解其實還滿正確的，我補充兩點就好，第一他提到社規舊慣的問題，其實不管是日本時期還是現在，原住民的習慣與國家跟現在，重點是在於原住民的習慣，日本時代是用行政權，我們講的番地、番人的話，在特殊行政之下，法律權跟司法權進不來，行政官員的警察都在做同樣一件事，第一個原住民習慣裡面的司法，就紛爭解決機制要不要被承認，就有比較輕微的犯行，他就直接成文化，規定某些行為就由該番社的頭目，或是依照他們的習慣認定去處理，就由國家紛爭解決機制把權力賦權給他，原住民習慣裡面保護的利益，如果我們把它作為刑法習慣來看，刑事習慣來講，他的保護的利益而國家要不要承認，大家都想提到出草，國家對生命法律的保護，這是絕對禁止的，以前對有些族的原住民背後是有很深刻的宗教意義，所以對於原住民族出草、殺人這件事，國家法也不處理，他透過其他的方式教育或禁止，一直到 1930 年，有一個統計，稱為傷害，內地人或本土人被原住民族處罰，真的是保護利益的問題，再來是懲罰，用什麼懲罰，原住民最常見的他所謂的贖罪，但其他還有引進來像說自由刑，要不要關起來的問題，他是在行政處分上要不要把習慣上的懲罰搬進來，我先講到這邊，行政權跟司法權雖然權利分級不一樣，其實做的事情很像。

發表人（鄭川如 助理教授）：

謝謝郭老師，剛剛這麼精闢的見解，我回應兩個部分，法令語言的部分跟通譯角色的問題，一部分郭老師有提到說法令語言不會把它設為高階位，而是一個技術門檻的一個語言，這是我非常同意，一般來講通譯，我們法院裡面的審判過程中，我們會有兩種不同的人擔任不同的角色，第一個是律師，他就是幫忙當事人處理這個法律技術層次的問題，所以律師對於法律語言非常熟悉，律師就會跟當事人解釋這是什麼意思，另外一個人跟律師角色非常不一樣，他是法庭通譯，法庭通譯只需要在法庭翻譯就好，就是當事人說了什麼話，就翻成另外一個語言讓另外一個人了解，通常法官在詢問的當中，一般來講他都是事實的詢問，他不會問你懂不懂法律的這個名詞，所以在過程中，一般通譯只要在中文的語言程度上跟法官一樣的中文程度，以及原住民語言就可以擔任這個角色，當在法院的審判過程當中，法律的名詞會出現在對話裡面，比如說那就緩刑，那我們檢察官說緩處分，這時候通譯雖然不是念法律的，這幾個詞常出現在我們的法定過程中，他一定要知道，所以我認為說法庭通譯他必須具備基本的法律專業名詞，當然他在母語裡面會沒有這些詞，他必須要用一種解釋的方式，比如說我們講緩刑這兩個字，可是母語他可能講五分鐘，他其實要解釋那個詞，在原住民母語裡面沒有緩刑這兩個字，文章裡頭有提到相對的概念而不是敵對的概念，現在實際上發現的狀況是有些法官他會用一些高深的中文去問被告問題，被告是原住民他聽不懂，原住民律師就說法官大人，我們原住民被告他聽不太懂你說的話，可不可以請你用白話文再問一次，法官就會說我要用什麼語言問話是我的權力，就很兇，其實法官說的這句會是違反法官公約的規定，我的文章要講的是這個。第二個部分關於通譯要彌補他的角色，因為通譯的角色就是要做為一個傳聲筒，當然我的角色去講這個是很奇怪的，所以我是很痛苦的，因為如果是我去當通譯我也會想辦法去把他所講的話變成有利於他的話，因為我們是同族的人，當原住民通譯是很痛苦的一件事情，可能你講這句話會背叛友情，可是他還要把他翻譯給法官聽，所以當通譯很痛苦，因為他們都有道德的問題，都會發生很多細節的狀況，我這邊就先不詳細敘述，謝謝。

綜合座談

陳 成 家　行政院原住民族委員會主任秘書
陳張培倫　國立東華大學原住民族發展中心主任

【綜合座談實錄】

主持人（陳張培倫 主任）：

陳主秘、鄭委員，以及在座的各位朋友，大家午安。從昨天上午的爆滿情況到現在，原本以為只有小貓兩、三隻，但很難得比我想像中還要多人，可想而知這個議題對我們整個原住民社會實在影響很大，而且這幾年來已經辦了幾屆，看起來也有一定的口碑，大家也覺得是一個蠻適合溝通的場合，看起來吸引很多人。我們接下來就開始40分鐘的綜合座談，原則上每人發言一次，時間最多1分鐘，各位只要看到我或陳主秘臉上稍微有點微笑時，就請各位縮短一點時間。不過，在正式開始我們的綜合座談之前，還是要請鄭委員致詞，因為鄭委員不但是立委、法律系畢業，而且他其實在我們今天所討論的許多司法訴訟權的問題上致力頗多，才有我們今天要去討論的這些內容，所以請各位與會者以掌聲請鄭委員給我們講幾句話，謝謝。

與會來賓（鄭天財 立法委員）：

陳主秘、陳張培倫教授、各位教授、原民會的阿浪處長、王副處長、劉秘書，以及各位與會者，大家好。我其實是來這裡致謝，尤其是原民會以及各位專家學者，這幾年來持續辦理這非常有意義的研討會。在過去這段時間，如果從相關的判決書來看，我們研討會所產出一些非常好的論文也都有被相關的法官所引用，所以真的是來這裡跟大家致謝。當然我們未來還有很多需要努力的地方，昨天和今天都提出非常好的論文，也提供非常多意見交換，我相信這些未來受委託單位如果能把資料好好整理的話，在國家法制還不是很完備時，許多文獻就能作為法官很好的參考資料。以傳統領域土地為例，行政院認為因為原住民族土地法尚未制定，所以會認為《原住民族基本法》第21條還無法適用，在行政部門會是這樣，在檢察官也許也會是這樣，但到了法院，對於《原住民族基本法》第21條，不會認為原住民族土地法還沒有公布，所以原住民族傳統領域還沒有劃設，《原住民族基本法》第21條不適用。法官會參考很多文獻，來看這地方是不是傳統領域土地，我最希望它最好是土牛界線，越是不劃設，都有可能引用的地方。兩個禮拜前，我質詢新任的法務部羅瑩雪部長，因為她過去曾經負責過原住民族法案的審查，但她都不審，我說你不審沒有關係，我特別引用了幾個法院的判決告訴她，法官不會因為行政怠惰而不界定我們的傳統領域，因為傳統領域是清楚而明確的，而且很多文獻都有，我也舉了一些文獻。所以我們很多的相關研究，真的是要謝謝各位專家學者，越多文獻資料的呈現，在法制還沒有明確的時候，反而對我們有利，所以特別期盼這樣的研討會能夠持續辦理。當然更重要的是，原民會如何能多協助專家學者從事這方面的研究，尤其傳統習慣這方面更為重要，在此特別謝謝大家，也祝福所有的好朋友平安健康喜樂，謝謝。

主持人（陳張培倫 主任）：

謝謝鄭委員，在各位提問之前，先請這次會議的主辦單位原民會代表陳成家主秘為我們致詞。

主持人（陳成家 主任秘書）：

陳張培倫教授、鄭天財委員，以及與會嘉賓和學者專家，辛苦大家兩天的參與。因為法政的周延對原住民的未來發展極為重要，所以原民會很重視法政的研討，已經舉辦了四年，許多寶貴意見都納入我們施政的重點基礎，希望這次的研討會也一樣，大家能夠把這兩天下來的心得，或是我們會裡的規劃、發展政策有不周延的地方，可以提供一點方向讓我們了解，讓我們在後端做真正的結合。最後，祝大家身體健康，謝謝。

主持人（陳張培倫 主任）：

謝謝陳主秘，接下來原則上先請兩、三位與會者發言之後，稍微會停一下，看在場的專家學者、主管官員或鄭委員有沒有可以幫我們回應的地方，大家不要客氣，有哪位與會者要先提問？發言之前也請先報上您的大名和單位，謝謝。

與會者（賴俊兆 先生）：

兩位主持人好，我是卑南族的賴俊兆，參加了這兩天的研討會，個人覺得收穫相當豐碩，而我前幾屆也有參與。今年原住民專庭、專股設立之後，感覺這次研討會更加聚焦在一些特定的議題上，綜合了審、檢、辯、學與主管機關，包含司法行政、法務行政及原民行政主管機關都有參與的情況下，我覺得跨文化的對話非常珍貴。

回到這次研討會討論的議題，我想提出兩點意見，可能也是就教在場的專家學者，或提供未來辦理研討會的建議。第一，針對目前所辦的研討會及配合原住民族專庭、專股的設置，如果借用日本時代的國家法制，例如「生蕃」、「熟蕃」的概念納入原住民族傳統規範，這兩天聽到很多「生漢」、「熟漢」相關的發表意見，針對一些有勇氣投入這領域的法官或檢察官，都很值得鼓勵，只是未來辦理的方式，有沒有可能考慮擴大邀請各法院或檢察署都可以派人來參與？目前主辦單位或承辦單位可能是透過關係去邀稿，其實也蠻辛苦。實際上像有些行政業務，例如台北市每年都會辦國賠研討會，會邀請各地的法院派人來參與，我覺得未來研討會是不是也可以考慮用這樣的方式，如果考量到要邀請公務員來參與，星期六、日的時間可能有時參與度會比較低，這可能可以一併考量。

另外，在未來的討論上，有沒有可能針對個案的判決來特別著重個案的評釋，增加實務與學說的對話。例如這幾天我們一直談到排灣族的阿力力案，這也涉及到排灣族人對於猥褻的認定是什麼，是否和法官認定的一樣，甚至有涉及個人和集體的衝突。包括也看到新竹地院的判決，對原住民的特性，法官很善意的引用，但看起來好像有複製主流角度刻板印象的可能，這些個案其實都很珍貴，也許可以著重個案的評釋來增加對話。

第二，因為涉及到《原住民族基本法》第30條的實際執行，從2005年制定《原住民族基本法》一直拖到今年，好不容易設置了專庭、專股，我覺得這也是一個起點。而針對專庭、專股的設置，有沒有可能也考量其他沒有設置專庭的法院？另外，分案除了身分別之外，是否有考量案件的性質？最後，最重要的，這是一個試辦，也是一個過渡，但如果以長程來看，這是我們要的東西嗎？如果要回到我們原住民族想要的，例如司法、自治，關於期程方面，不曉得主管機關有沒有具體規劃？謝謝。

主持人（陳張培倫 主任）：

謝謝，再請下一位朋友。

與會者（胡龍雄 校長）：

兩位主持人、鄭立委，以及與會的各位來賓，大家好。我來自蘭嶼，經過兩天的研習之後，其實所得非常多，「有土斯有財」的觀念不只深植在漢人的觀念裡，其實原住民亦然，因為失去了土地，我們原住民的文化也沒辦法發展下去，所以如何處理原住民的土地問題是國家應該要面對的。雖然我們的原民會在面對其他部會時，針對原住民傳統領域都受到掣肘，可是這部分原民會一定要先處理，這是一個負責任的國家、負責任的政黨所應該要去優先處理的部分，因為失去了土地，我想原住民的文化很快就會流失掉，我們沒有必要失去土地、失去山海的自治法。第二，我對於一個原住民族法庭的想像，今天聽到有原住民族專庭，但統計結果最大的服務對象是酒駕，其實我們的司法資源不應該浪費在這裡，原住民族法庭應該提升它的位階，要處理的是原住民族和國家的糾紛，例如蘭嶼核廢料的問題已經侵害到蘭嶼原住民的環境權與生命權，這才是我們在原住民族法庭裡應該要探討的東西，而不是把資源浪費在雞毛蒜皮的事情上，雖然看起來我們有提升原住民的人權，但事實上不然，謝謝。

主持人（陳張培倫 主任）：

謝謝，接下來再請一位朋友。

與會者（黃拔貴 主任）：

大家好，我姓黃，是新北市財政局的會計主任，自行來參加，雖然我沒有全程參與，但我聽了很多。我想建議原民會，除了邀請很多認同原住民的法官，很多對於原住民傳統習慣的考量方面，如果要讓其他官員能夠接受，希望最好能邀請庭長或其他高階官員來參加，例如司法院院長或副院長有人列席，讓他們能夠納入許多觀念，在他們的教育訓練過程，或是在判例、案例的形成過程中，當作案例的訓練，讓更多人能夠了解有沒有需要原住民族法庭的專責成立，也讓一般的法官能夠接受這樣的觀念。因為讓更多人了解的話，才不會造成像昨天有個新竹的判例，台灣高等法院的法官有很多想法，但一般人可能感覺起來就不太一樣，這是我的建議，謝謝。

主持人（陳張培倫 主任）：

謝謝黃主任，我們先這三位朋友的意見，在場的專家學者、行政機關或在場的朋友有沒有要回應？沒有的話，還是先請陳主秘來回應。

主持人（陳成家 主任秘書）：

感謝三位朋友提供的寶貴意見，今天辦這個研討會，目的就是希望能夠突顯有些問題，例如一些政策的規劃、法規的制定一定會有過程，我們現在初步設立九個專庭，希望在設立之後所產生一些效益，利弊方面我們可以來做案例上的抽離，在案例抽離之後，我們再來歸類，與相關單位協調後端的改善機制。當然這不僅僅是跨部會的問題，也可能是跨院際的問題，剛才有朋友說要提升層級，當然要真正釐清出一些問題，才能突顯問題，把這些問題告訴長官，當然我們是要藉用理論上的和實務上的，把這些問題一一點出來，當然我們也和考試院做相關的協調聯繫，未

來司法官的考試及培訓講習，原住民的專章也好、法律案件也好，希望都能夠納入講習的一環，落實到整個司法官的培訓，未來在實務的司法路線上有多一層思考。有些慣習當然希望能夠廣為周知，尤其在司法界，我們希望再透過幾次的研討，讓司法人員、檢調人員能夠充分了解這些原住民族慣習。剛剛有位朋友說九個法庭都是酒駕問題，某個層次來講，這是好事，我們原住民的族人除了酒駕問題，都沒有涉及其他案子。另一個層次來講，今天面對司法案件，如何來協助我們的族人，當然未來我們希望能強化通譯的機制，也希望在司法實務上，有些能告訴我們的族人與判例司法的單位，當然酒駕是警察的工作，我們也希望擴及到檢調，尤其是賄選案件，未來類似這樣的研討會或其他領域的講習，希望能夠增加邀請這些對象，這兩天的研討會沒邀請到內政單位和警察單位，可能有些議題的設立沒有考慮到這點，也許他們有時間上安排的問題，很多層次與面向，也許有不周延的地方，需要各位幫忙點出一些問題，後端我們會好好檢討，納入政策上的推動，以上是綜合的檢討意見，謝謝。

主持人（陳張培倫 主任）：

鄭委員好像有些回應，請鄭委員。

與會來賓（鄭天財 立法委員）：

今年1月1日開始，司法院公布的是九個專庭、專股，雖然我今年不在司法法制委員會，但我每一次只要有司法院或法務部在司法法制委員會、在業務報告或相關法案審查時，我還是會去。所以我在上一個會期特別提案，除了九個地方法院之外，希望其他的地方法院最起碼也能有個專股，事實上司法院已經開始做了，所以在新北市來講，也都設有專股。我們最近所看到有關烏來濫葬在國有林地的案子，事實上它是在原住民的專股裡，新北市不在那九個地方法院裡，但還是設有專股，所以現在是所有的地方法院，除了人少的金門、馬祖之外，其他都設有專股。另外，剛才所講烏來的案子，法官還是引用了傳統領域，雖然是在國有林地裡，也提到一些行政的怠惰，還好後來檢察官沒有上訴便定讞，以上跟大家補充說明。

主持人（陳成家 主任秘書）：

謝謝鄭委員，接著還有哪位朋友要提問？

與會者（拔尚 先生）：

大家好，我是原住民政策協會的拔尚，我接續剛剛胡校長所說的問題。大家在這裡談半天，有一種感受是，國家法和原住民族慣習法之間的糾紛，對原住民是非常重大的一件事，可是在我們這種國家法的操作之下，變成是在處理原住民的身分、酒駕，變成個案化，這個案化是在整個國家法裡處理上的困難，剛剛我旁邊的耆老，昨天也聽了很多，他有一個感受，法官也好、學者也好，或是政府行政部門也好，有空的話為什麼不跟原住民族談？國家法和原住民族慣習法之間，現在基本上是國家法在統治，原住民族慣習法沒有地位，原住民族慣習法的權利主體很清楚就是原住民族，所以如果能藉著這樣的思維往前走，原民會唯一最重要要做的事情，就是承認各族的權利主體，這不需要立自治法，每次講到這點就要說要等自治法通過才可以做，天底下沒有這樣的事，其他國家也從來沒有這樣的經驗，是先有主體才有可能有自治法，先有主體才有代表

原住民族慣習說話的立場，才能夠來跟這些法官對話，國家的主體、司法界整個組織很清楚，但原住民不見了。最重要的，原住民族慣習法的權利主體就是原住民族，但原住民族在我們的談論當中被客體化，變成他們要解決問題的對象，談了半天，變成在講我們的聲音，沒辦法有一個公平對話的管道，酒駕那些對我們來講都是非常小的事，土地是大事，謝謝。

主持人（陳張培倫 主任）：

後面那位朋友。

與會者（Lowking 先生）：

我是來自花蓮的賽德克族，真正的名字叫Lowking Yudaw。土地對我們原住民的生計和重要性我就不贅述，大家都很清楚，但是我要講的是，所謂的傳統領域，之前原民會的官員有找很多耆老，花很多時間和金錢，做了很完整的報告，但推托之詞是有很多地方重複，你們可能要五個台灣或十個台灣才分得下去，我覺得那是推託之詞。今天來講，重複沒有關係，可以共管，這是一個很好的機會，今天一旦公告，就可以遏止我們土地的流失。知道陸資的可怕嗎？陸資已經進來我們的觀光業、運輸業和飯店業，中國人過來都把錢賺走，我們只是更悲哀的被剝削我們的土地，所以是不是懇請原民會的長官能夠趕快公告執行，其他技術問題我覺得那很好辦，謝謝。

主持人（陳張培倫 主任）：

我來回應一下，拔尚所談的其實是一個大問題。我常常很感嘆的講，1983、1984年開始原運，1994、1995年原住民才入憲，再過十多年有原基法，現在是後原基法的階段，很多事情都十幾年才爬一階。目前要說服整個司法界稍微尊重原住民的方式，看起來好像其實是先以個體為主，我們先著眼的是在司法訴訟當中，原住民個人可能因為他的身分弱勢和文化差異，在司法訴訟當中陷於不利的地位，先處理這個部分。當然最理想的是，等到大家慢慢接受了這點之後，再往上跳到以集體為單位的權利法制化建構的問題，很多事情我覺得原民會單打獨鬥對其他部會，有時候也不太曉得到底能不能成功，我們從司法訴訟的角度去切入，至少讓法界比較願意慢慢接受。大家可以發現滲透的效果嗎？剛才鄭委員也報告過，在烏來的濫葬案裡，其實是談個人權益的問題，但是他把它跳到間接承認這地方是一個傳統領域，所以其實不太簡單，我預估恐怕還要十幾年的時間才能慢慢爬過去，整個法律的主體從所謂的原住民個人，再慢慢跨到以集體為主，等到我快要退休的時候不曉得能不能完成，但是這個方向要走下去，只要有一點點突破，就有這個機會。

另外，在座的各位，不只在這個地方，甚至在這兩天的各場次裡，常常提到土地的問題，昨天和幾位朋友聊天、開玩笑提到，在司法訴訟的部分能夠有一點點突破，其實是連辦了這幾次會議之後稍微有些效果，我們有幾位朋友建議，原民會搞不好連土地議題的部分也比照這種會議的型態嘗試，不管是跟土地相關的法律或是像內政部有關土地行政、林務局那邊有關實際森林管理，能不能以類似這樣的會議塑造一個平台，花個幾年的時間，讓大家能夠把一些問題談開，也進行一些軟土深掘的工作，因為講句坦白話，現在比較多只是內政部辦內政部的會議，原民會辦原民會的會議，內政部未必會理你，最後內政部和原民會這兩個單位面對面、硬碰硬，到底能講到多少我不太曉得，我比較相信土地行政的官員，他們不完全是鐵板的官，就像法官、檢察官一

樣，多談之後也慢慢理解原來彼此心目中所期待的東西是什麼、能夠接受到的程度是什麼，想辦法去妥協，這是我小小的回應，不過因為涉及到土地的問題，還是得請陳主秘來回應。

主持人（陳成家 主任秘書）：

陳張培倫教授已經點到問題，因為土地問題跨及到其他機關，在相關子法尚未訂定之前，當然要公告有困難。司法的入法是一條漫長的路程，像滴水穿石般需要一步步往前推，像鄭委員剛才所講的，今年1月1日開設九個原住民族專業法庭，而6月也由法務部函請48位檢察官在業務上的需要配置，這就是一步一步來的成效，當然成效目前看起來不是相當卓著，但有各位的智慧，我們整合大家的意見，如果牽涉到土地正義，政策的方向需要跨部會去協調，子法的訂定不是我們送行政院就出得了行政院的門，必須牽涉到各部會之間的協調，彼此共同的認知也好、讓步也好，或促進彼此雙贏、三贏也好，這都要有耐心去釐清。我們也聽到大家的關心，原民會和族人站在同一陣線上，我們會繼續努力，請大家當我們的後盾，以上是簡單的回應，謝謝。

與會者：

各位長官、各位來賓大家好，我是噶瑪蘭族的，這兩天的研討會中，個人有非常深切的省思與收穫，原住民案件在漢人法庭規範中的處境和難處，對漢文化、多元文化和質疑差別待遇的迷思，也回歸到自己的文化裡重新思考後，縝密的評估和調整，也創造出一個雙贏或多贏的局面，收穫很多。我有兩點建議，希望下次的研討會能夠納入。第一，相較平埔族群的身分法和相關議題，這次的研討會似乎比較少，希望下次研討會能夠增加一些平埔族群土地的利用或人權相關的議題。第二，研討會能不能再融合最近的相關事件，例如增加遷葬、美麗灣事件或日月潭邵族土地利用的議題，謝謝。

與會者（劉世傑 秘書）：

大家好，我是原民會的劉世傑秘書，關於傳統領域部分已經公布在原民會的網站上，所以關心的朋友可以去看。我去年也有參加，其實每次來這邊看到很多法官很支持，看到他們都覺得很溫暖，可是一年才聽一次有點可惜，所以有個建議是，是不是應該請原民台做一個原住民電視法庭，讓這些法官、判例，讓這些關心原住民立場的聲音可以在電視上常常被聽見，判例可以讓更多人聽到，因為法庭畢竟是在最後一線去阻擋，如果在更早之前就能夠讓大家多了解這些涉及自身權益的部分，像今天覺得也很好，可以聽到日治時代那時是這樣處理的，我們對於我們這一百年的變化，其實很少有這樣的資訊，讓不是只有來參與研討會的人，也讓部落裡的族人就可以看到，讓大家激發更多不同的想法。我已經聽到兩次法官的說法，從我前年來就一直說原基法是特別法，又聽到最高法院的法官判決是普通法，所以我不曉得究竟這部分是怎麼樣的方式，可以去推動或解決這個問題，謝謝。

與會者（舵厚菓 講師）：

主持人以及來賓，大家好，我是出生在台東縣鹿野鄉瑞源村，目前職業是部落講師，跟各位分享個人的真實經驗。我為了我父親在台東鹿野山區的土地，舅舅、外公、外婆、爺爺、奶奶以前都在那裡耕種過，戶籍有地址證明，我們具有居住事實、有耕種事實，而且我父親是高砂義勇

軍，有高砂義勇軍的證明，他民國12年生，早於國民黨。我已經坐三次飛機下台東，到關山地政事務所去查證，還去鹿野鄉公所查證，竟然沒有查到我們居住在山區的地址，所以在這部分我很不信任漢族的行政，因為他們把我們居住在山區的地址抹煞掉，變成我們沒有在山區居住的事實。我認為行政院原住民族委員會要積極的為我們原住民族爭取，其實我們沒有拋棄權，因為他找不到我們拋棄權的證據，我覺得要用我的繼承權去繼承我們那片土地，只要登記為我們的，這才是真正的依據。我深切體認到，並且認為他們把我們的土地拿去了，讓我們沒有使用，但我們沒有超限利用。據我們觀察，在陽明山、烏來，以及新店安坑，他們已經超限利用滿山坡，房子都已經蓋到山頂，我們那座山區都沒有人居住，還保有綠色，那是非常環保的，所以到底是漢族超限利用台灣的土地，還是原住民族超限利用台灣的土地？你們用眼睛去觀察台灣的這片土地，原住民的土地還是綠色的，這就是我強烈要求原民會要積極為我們原住民族爭取原住民族的土地，感謝各位。

主持人（陳張培倫 主任）：

謝謝，再來請達利牧師。

與會來賓（達利・貝夫宜 牧師）：

我很勉強用華語，因為我的翻譯官回家了。第一，請問我們的主委為什麼不來？不是說主任秘書不可以，但是我們的主委應該要在場才對。第二，兩天的研討會，從昨天開始到今天結束，我覺得沒有談到土地歸還的問題，聽到很多還是在拍馬屁，這個我不接受，因為好像法界都在談他們的文字遊戲，法官的用字，多一個字就贏，少一個字就輸。我們現在還有在講中華民國的憲法，部落所有的文化、習慣與規範，我們都是用自然法去處理，所以我問一個高院的檢察官，中華民國的憲法和自然法的權威在哪裡？他沒有回答我。我的問題就這樣，謝謝。

主持人（陳張培倫 主任）：

大家都忘了，其實我不是學法律的，有些問題待會還是要請在場的專家學者回應，我這裡簡單提兩點。第一，這個會議如果明年再辦的話，我自己其實蠻建議，原基法和其他法律的競合關係，最癥結的地方在於普通法和特別法的問題，我覺得原民會倒不如主動把這問題挑大一點，當作主要的議題談談看，因為現在只是單方面的，可能是某一個行政機關或司法機關的見解，其他地方的見解又不太一樣，可能要有比較深刻的學理討論，或許我們明年可以再談這個問題。第二，土地的問題其實也是一樣，就如同剛才所講的，這兩天各種問題三不五時就會提到土地，不管是土地所有權或是山坡地的利用，明年我們可能一、兩個主題會特別集中在一些偏土地權和土地利用相關的法律問題，或是建議原民會另起一個新的爐灶來專門談土地的問題，尤其把法令的問題拉進來。有些問題我沒辦法回應，有沒有在場的朋友可以幫忙回應？都忘記淑雅在場，就請淑雅來回應。

與會來賓（林淑雅 助理教授）：

我先附議一下剛才俊兆所提議的，我們在辦這樣的研討會時，其實可以以個案為中心去談。假設我們今天知道和原住民關係密切的是土地或是傳統領域的問題，也許我們透過一個個案，但

我們邀請來的也許一樣可以有6篇文章，但是有人可以從那個個案、那個族群，甚至是那個部落去談原住民族傳統的規範，有人從地理或傳統領域的概念，或是與其周邊族群對於如何去界定重疊、歷史的遷移等等來看，也可以從《原住民族基本法》的位階如何介入到讓我們拿來去詮釋現有的土地法令，即使沒有修改。因為在我個人的角度，我認為《原住民族基本法》其實有很多條文完全不需要其他子法，它本來就是立刻要用的，像剛才鄭委員其實有提到，甚至連《原住民族基本法》作為像憲法這樣的地位，居然都還有法官說它是普通法，我覺得如果是在完全是漢人的法體系當中，其實是不會出這種錯誤，這種應該是法律的ABC，可是只要是涉及原住民族，卻都還會有這樣的現象，表示我們確實很需要透過一個個案，反覆的去讓大家看出什麼叫做特別、什麼叫做普通、什麼叫做高位階的法的規範，以及即使沒有子法，難道我們會不知道原住民的傳統領域，就是只要像剛才達利牧師所講的，我們問了部落不是就知道了嗎？否則請問原民會網站上如何去劃出每個族群分布的領域呢？我想這就是一個最好的證明。確實在我們的研討會中，如果可以盡可能從一個個案的角度出發，但是從完全不同分析的切入點，特別是在場的與會者有來自部落，或特別邀請來的檢察系統、警察系統或司法系統的實務工作人員，他們大概也會比較容易在這辯論或討論的過程中，去發現他自己在認識和用法上的一些盲點，這是我的建議，謝謝。

主持人（陳張培倫 主任）：

謝謝淑雅的回應，因為時間有限，開放最後一個問題。

與會者：

大家好，我是光復鄉公所的課員，已經從法律系畢業三年，我對於原住民法律這塊都是很有興趣在研究，可是我發現工具書數量似乎不足，例如原民會的《原住民族法規彙編》是2011年5月出版，接下來就沒有最新的版本，因為法律是會一直變動的東西，也不是每個人都會在全國資料庫搜尋原住民相關的法規，而原住民相關的判例或判決也沒有一本專門的工具書，讓我們這些後輩可以好好努力學習研究。另外，我之前在國家圖書館發現找不到去年第三屆研討會的論文集，如此一來，社會大眾就看不到去年或今年相關的論文集，是很可惜的事，因為這些都是最新的資料，而且與時事有關的議題，所以希望可以幫忙，謝謝。

主持人（陳張培倫 主任）：

論文集的問題我們想辦法解決，法規彙編的部分，今天主管的處長都在這裡，最後請陳主秘幫我們做個總結。

主持人（陳成家 主任秘書）：

大家好，在最後總結之前，我還是回應幾個問題，因為剛剛有朋友說為什麼沒有把平埔族群的身分法議題納進來，其實我要跟各位報告，平埔族群這個議題，現階段還不是原住民族，所以在平埔族群議題，我們有專設一個議題，委託研究在做論述，所以在此澄清一下。另外，達利牧師關心主委為什麼沒有出席，因為主委有很多行程要跑，所以請大家諒解，今天就請我來跟大家互動，各位的建議我回去會跟主委報告，期待我們可以改進。最後，代表本會謝謝各位兩天下來提供的寶貴意見，站在行政院原民會的立場，我們很高興看到這麼多朋友願意提供建議，讓我們

納入未來執行政策的參考，也謝謝各位學者專家這兩天的指導，謝謝。

主持人（陳張培倫 主任）：

我們本屆的會議到此圓滿成功，感謝各位。

研討會照片集錦

<table>
<tr><td> 
</td><td> 
</td></tr>
<tr><td>報到處實況</td><td>主辦單位高揚昇副主任委員致詞</td></tr>
<tr><td> 
</td><td> 
</td></tr>
<tr><td>與會來賓蔡碧玉次長致詞</td><td>與會來賓林春榮董事長致詞</td></tr>
<tr><td> 
</td><td> 
</td></tr>
<tr><td>達利・貝夫宜牧師專題演講</td><td>蒞臨貴賓合影</td></tr>
</table>

研討會照片集錦

<table>
<tr><td>  </td><td>  </td></tr>
<tr><td>會議實況</td><td>茶敘時間原住民風味餐點</td></tr>
<tr><td>  </td><td>  </td></tr>
<tr><td>與會來賓於休息時間進行意見交流</td><td>與會來賓提問</td></tr>
<tr><td>  </td><td>  </td></tr>
<tr><td>會議實況</td><td>林俊益廳長專題演講</td></tr>
</table>

研討會照片集錦

<table>
<tr><td>  </td><td> 
</td></tr>
<tr><td>會議實況</td><td>會議實況</td></tr>
<tr><td>  </td><td> 
</td></tr>
<tr><td>與會來賓於茶敘時間進行意見交流</td><td>綜合座談</td></tr>
<tr><td>  </td><td> 
</td></tr>
<tr><td>會議實況</td><td>與會來賓於綜合座談進行提問</td></tr>
</table>