

第 10 屆原住民族傳統習慣與國家法制研討會

文化衝突與原住民族司法實務的認事用法

研討會會議實錄及論文集

時間 2023 / 10 / 21 (六) am 9:00 - pm5:00

地點 國立臺灣大學 法律學院霖澤館 1301 多媒體教室

指導單位 原住民族委員會

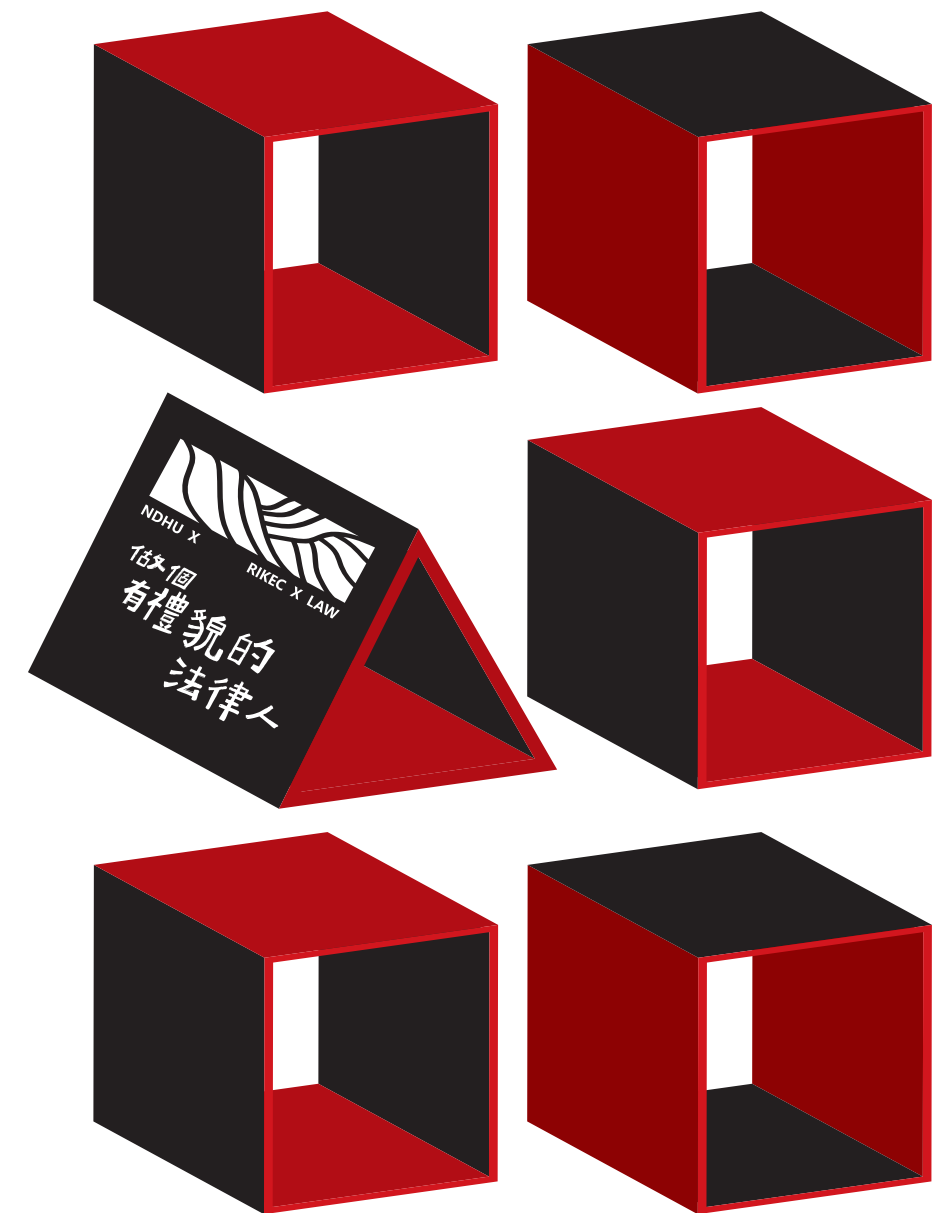
主辦單位 國立東華大學法律學系(含原住民專班)

第 10 屆原住民族傳統習慣與國家法制研討會

文化衝突與原住民族司法實務的認事用法

研討會會議實錄及論文集

salungan



第 10 屆原住民族傳統習慣與國家法制研討會以「文化衝突與原住民族司法審務的認事用法」為討論核心。並以 salungan 作為此次研討會的主要價值，salungan 在阿美族語為「合適」的意思。此次海報主視覺以「方體」與「三角體」的差異，隱喻原住民族文化與漢文化的根本差異，需要透過不斷的重新排列、翻轉，找尋合適的法律位置。一部適用於不同族群的法，並定充滿差異與拉扯，但透過族人、專家學者、審務界的對話討論交換，發展出一套「合適」於文化觀點，同時兼併公平、正義的法秩序，是為國家永續治理重要方向。歡迎大家一起認識彼此的文化，尊重多元差異，一起做個「有禮貌的法律人」。

做個
有禮貌的
法律人

第十屆原住民族傳統習慣與國家法制研討會

【文化衝突與原住民族司法實務的認事用法】

會議主題

第十屆原住民族傳統習慣與國家法制研討會
「文化衝突與原住民族司法實務的認事用法」

執行規劃說明

本項工作依計畫履約規範，應於履約期滿一年內提交「第十屆原住民族傳統習慣與國家法制研討會」之規畫初稿，並送貴會審查；復於第二年履約期間完成「第十屆原住民族傳統習慣與國家法制研討會」之辦理。

2017年9月8日總統府「司法改革國是會議成果報告」，揭示建立有效保障原住民族司法權益機制、提高司法專業人員對文化衝突之敏感度及原住民族相關專業法律知識之改革原則與目標。目前原住民族法制與權利的研究在法學理論與實務上雖有進展，但法律的生命在於經驗，研究上仍需要更多環繞實證與經驗的認識，並以此為基礎，援引跨領域的知識，從而拓展法學理論、司法與法律實踐的分析。實則，臺灣法制進入民主化的時代，法制必須容納多元文化差異，讓不同的聲音、看法與價值觀得以展現在權利的理論與實踐之中。甚且，權利體制必須不斷回應多元文化需求，一方面矯正過去多元傳統被忽略的法律現實，另一方面在對話中從理論與實踐上朝向符合多元文化理想的方向，以建構適當的規範、機制與原則。

第10屆原住民族傳統習慣與國家法制研討會以「文化衝突與原住民族司法實務的認事用法」為討論核心。並以 salungan 作為此次研討會的主要價值，salungan 在阿美族語為「合適」的意思。此次海報主視覺以「方體」與「三角體」的差異，隱喻原住民族文化與漢文化的根本差異，需要透過不斷的重新排列、翻轉，找尋合適的法律位置。一部適用於不同族群的法，並定充滿差異與拉扯，但透過族人、專家學者、實務界的對話討論交換，發展出一套「合適」於文化觀點，同時兼併公平、正義的法秩序，是為國家永續治理重要方向。歡迎大家一起認識彼此的文化，尊重多元差異，一起做個「有禮貌的法律人」。

辦理時間

中華民國 112 年 10 月 21 日（星期六）上午 9:00 - 下午 17:00

辦理地點

國立臺灣大學法學院霖澤館多媒體 1301 教室

活動議程

時間	第十屆原住民族傳統習慣與國家法制研討會	
09:00-09:20	報到	
09:20-09:30	開幕式	
09:30-10:30	主持人	鍾興華副主任委員 原住民族委員會
	專題演講	蔡明誠 教授 前司法院大法官 【從原住民族法學談原住民法體系定位與原住民族事件適用法制定及程序基本權保障之實踐】
10:30-10:40	茶敘時間	
10:40-12:20	主題討論（一）原住民族事件適用法-刑事案件	
	主持人	尤伯祥 大法官 司法院
	發表人	【原住民犯罪刑責認定問題之若干考察—從刑法解釋學觀點反思我國「文化抗辯」之實踐】 簡至鴻 助理教授 國立東華大學法律學系 吳志強 調辦事研究法官 司法院憲法法庭 【「文化鑑定」於刑事訴訟運用之可行性-從原住民族刑事案件談起】 林俊儒 律師 偵理法律事務所 【原住民族「近用」刑事司法？—刑事程序早期介入措施的實證研究反思】
	與談人	許恒達 教授 國立臺灣大學法律學院 林三元 律師 三元法律事務所 張道周 律師 張道周法律事務所
12:20-13:30	午餐	
13:30-15:10	主題討論（二）原住民族事件適用法-民事案件	
	主持人	周漢威 執行長 財團法人法律扶助基金會
	發表人	林育萱 律師 法律扶助基金會原住民族法律服務中心 【從近年司法實務案例看原住民族傳統慣習於民事裁判之適用】 黃松茂 助研究員 中央研究院法律學研究所 【原住民傳統規則於民事訴訟程序中適用之機會與意義】 吳宗謀 副研究員 中央研究院法律學研究所 【推動原住民族事件適用法構想的挑戰：政府法制的觀點】
	與談人	蔡穎芳 教授 靜宜大學法律學系 黃詩淳 教授 國立臺灣大學法律學院 吳從周 教授 國立臺灣大學法律學院

時間	第十屆原住民族傳統習慣與國家法制研討會	
15:10-15:20	茶敘時間	
15:20-16:40	主題討論（三）從文化衝突案件看臺灣司法的多元詮釋	
	主持人	雅柏甦詠·博伊哲努 處長 原住民族委員會綜合規劃處
	發表人	范耕維 助理教授 國立東華大學法律學系 【「原住民族案件」的認定難題：擺盪於身分基準與文化基準間的政策選擇】 林秉嶽 律師 法律扶助基金會原住民族法律服務中心 【原住民文化權的多元詮釋-以幾則臺灣司法判決為例】
與談人	吳豪人 教授 輔仁大學法律學系 楊坤樵 法官 臺北高等行政法院	
16:40-17:00	綜合座談	

salungun

2023 / 10 / 21



第十屆原住民族傳統習慣與國家法制研討會議程表

09:00-09:20 報到

09:20-09:30 開幕式

09:30-10:30 專題演講

主持人 鍾興華副主任委員 | 原住民族委員會

主講人 蔡明誠 教授 | 前司法院大法官

從原住民族法學談原住民法體系定位與原住民族事件適用法制定及程序基本權保障之實踐

10:30-10:40 茶敘時間

10:40-12:20 主題討論（一）原住民族事件適用法-刑事案件

主持人 尤伯祥 大法官 | 司法院

「文化鑑定」於刑事訴訟運用之可行性-從原住民族刑事案件談起

發表人 吳志強 調辦事研究法官 | 司法院憲法法庭

評論人 林三元 律師 | 三元法律事務所

原住民族犯罪刑責認定問題之若干考察—從刑法解釋學觀點反思我國「文化抗辯」之實踐

發表人 簡至鴻 助理教授 | 國立東華大學法律學系 (含原住民族專班)

評論人 許恒達 教授 | 國立臺灣大學法律學院

原住民族「近用」刑事司法?—刑事程序早期介入措施的實證研究反思

發表人 林俊儒 律師 | 偵 律事務所

評論人 張道周 律師 | 張道周法律事務所

12:20-13:30 午餐

13:30-15:10 主題討論（二）原住民族事件適用法-民事案件

主持人 周漢威 執行長 | 財團法人法律扶助基金會

「從近年司法實務案例看原住民族傳統慣習於民事裁判之適用」
發表人 林育萱 律師 | 法律扶助基金會原住民族法律服務中心
評論人 蔡穎芳 教授 | 靜宜大學法律學系

原住民傳統規則於民事訴訟程序中適用之機會與意義
發表人 黃松茂 助研究員 | 中央研究院法律學研究所
評論人 黃詩淳 教授 | 國立臺灣大學法律學院

推動原住民族事件適用法構想的挑戰：政府法制的觀點
發表人 吳宗謀 副研究員 | 中央研究院法律學研究所
評論人 吳從周 教授 | 國立臺灣大學法律學院

15:10-15:20 茶敘時間

15:20-16:40 主題討論（三）從文化衝突案件看臺灣司法的多元詮釋

主持人 雅柏甦詠·博伊哲努 處長 | 原住民族委員會綜合規劃處

「原住民族案件」的認定難題：擺盪於身分基準與文化基準間的政策選擇
發表人 范耕維 助理教授 | 國立東華大學法律學系(含原住民專班)
評論人 吳豪人 教授 | 輔仁大學法律學系

原住民文化權的多元詮釋-以幾則臺灣司法判決為例
發表人 林秉欽 律師 | 法律扶助基金會原住民族法律服務中心
評論人 楊坤樵 副廳長 | 司法院行政訴訟及懲戒廳

16:40-17:00 綜合座談

目錄

【專題演講】從原住民族法學談原住民族法體系定位與原住民族事件適用法制定及程序基本權保障之實踐.....	5
【主題討論（一）】原住民族事件適用法—刑事案件.....	17
[發表]原住民犯罪刑責認定問題之若干考察—從刑法解釋學觀點反思我國「文化抗辯」之實踐.....	19
[與談]原住民犯罪刑責認定問題之若干考察—從刑法解釋學觀點反思我國「文化抗辯」之實踐.....	43
[發表]「文化鑑定」於刑事訴訟運用之可行性—從原住民族刑事案件談起.....	49
[與談]「文化鑑定」於刑事訴訟運用之可行性—從原住民族刑事案件談起.....	69
[發表]原住民族「近用」刑事司法？—刑事程序早期介入措施的實證研究反思.....	75
[與談]原住民族「近用」刑事司法？—刑事程序早期介入措施的實證研究反思.....	119
【主題討論（二）】原住民族事件適用法—民事案件.....	125
[發表]從近年司法實務案例看原住民族傳統慣習於民事裁判之適用.....	127
[與談]從近年司法實務案例看原住民族傳統慣習於民事裁判之適用.....	147
[發表]原住民族傳統規則於民事訴訟程序中適用之機會與意義.....	151
[與談]原住民族傳統規則於民事訴訟程序中適用之機會與意義.....	161
[發表]推動原住民族事件適用法構想的挑戰：政府法制的觀點.....	165
[與談]推動原住民族事件適用法構想的挑戰：政府法制的觀點.....	177
【主題討論（三）】從文化衝突案件看臺灣司法的多元詮釋.....	181
[發表]原住民族案件的認定難題：擺盪於身分基準與文化基準間的政策選擇.....	183
[與談]原住民族案件的認定難題：擺盪於身分基準與文化基準間的政策選擇.....	199
[發表]從法院判決分析我國原住民(族)文化權的多元詮釋.....	203
[與談]從法院判決分析我國原住民(族)文化權的多元詮釋.....	229
【綜合座談】.....	235

【專題演講】從原住民族法學談原住民族法體系定位與原
住民族事件適用法制定及程序基本權保障之實踐

主講人 蔡明誠 教授 | 司法院前大法官

主持人 鍾興華 副主任委員 | 原住民族委員會

從原住民族法學談原住民法體系定位與原住民族事件適用法制定及程序基本權保障之實踐

蔡明誠

第十屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會

2023.10.21

1

原住民族法學之初探

- 將原住民法學獨立成類，使之成為社會科學中法學或法理論 (legal theory) 之一重要學科之可行性與條件探尋!術語學 (terminology) 與方法論 (methodology) 上之探討? 有認為整合而言，法理論係從各法律研究進為法之研究 (a progression from the study of laws to the study of Law)。 (參照 Ian McLeod, Legal Theory, 2003 2nd Ed., p.2)
- 社會科學係用科學方法，研究人類之各種種社會現象。例如社會學研究當代人類社會之現象，政治學研究政治、政策與其相關之活動，因資源有限，經濟學研究資源之公平與效率分配。

2

原住民族法學之初探

- 原住民法學(Indigenous Peoples jurisprudence或可簡稱“Indigenous jurisprudence”)：哲學、科學哲學、科學方法論與研究方法等範圍探討與方法上之運用。在法律術語上，可使用原住民法理論或英美法上用語(jurisprudence)，而係指“the jurisprudence of the indigenous peoples”或“Indigenous Peoples jurisprudence”(但於法國法係指法院判決之法研究)

3

原住民族法學之初探

- 原住民法(Indigenous Law)不只是原住民實定法或實定主義
- (positivism)思考，還應就其所處社會環境及現象，與原住民法思想發展及社會關係、活動等進行學術性之法科學或法理論之研究分析，探究其社會定位與影響力，這也是原住民法學之意義所在。
- 研究範圍：法律之本質(the Nature of law)、權利(rights)與正義(justice)之本質、運用法律而強制實現道德性(the use of law to enforce morality)等問題。(參照Ian McLeod, Legal Theory, 2003 2nd Ed., p.2)

4

談本研討會所探討之原住民適用法 權利保護與程序基本權保障之議題

- 主題：「文化衝突與原住民族司法實務的認事用法」
- 三項子題：
 - 從文化衝突案件看臺灣司法的多元詮釋
 - 原住民族事件適用法（草案）：“民事”
 - 原住民族事件適用法（草案）：“刑事”
 - 統整為一部普通法性質之“原住民程序法典”，例如原住民事件適用法(或稱程序法)(Verfahrenrecht)，可包含民刑行政程序與訴訟及訴訟外救濟之原住民權利保護與程序保障之普通法性質之法典。
 - 進一步探討以下有關原住民之特殊性與有關特別是原住民基本法規定與個別規範之體系與內容，可作為論證基礎!

5

原住民法之法源論

- 法律之淵源(法源)，不僅是形式意義法律，亦包含廣義或最廣義之法律，或所謂直接或間接法源。
- 憲法、法律、習慣法、自治規章、命令(法規命令、行政規則等)等成文法(參照憲法第170條、司法院釋字第573號解釋)。
- 法院判決與判例(於107年12月7日法院組織法修正施行前依法選編之判例且該裁判全文可資查考者之判例)、決議(參照法院組織法第57-1條規定)
- 行政函釋、決定與行政處分

6

原住民法之法源論

- 法理及學說
- 文化衝擊(cultural shock)(個人或組織面對新舊文化之差異，而生不同國家文化或環境中之跨文化之困境與衝擊)/民俗文化之衝擊與有無所謂善良風俗之明確性區分標準？誰有話語權？誰是最後裁判者(決定者)？
- 文化衝突(cultural conflict)(有作為犯罪學上一種理論)---文化價值觀、文化信仰與信念之間之衝突與價值失調及其找尋文化諧和(調和) (cultural harmonization)之道

7

原住民法之法源論

- 語言、宗教與習慣等多文化主義(文化權)(個人主義與共同體主義)之意涵與現代正義論及法制觀之難題與調適!
- 民法規定，民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。(第1條)民事所適用之習慣，以不背於公共秩序或善良風俗者為限。(第2條)
- 文化衝擊與公序良俗問題:習慣法之優先性與普通法性質/文化特徵(Characteristics of Culture)/文化特性(個性)(Individuality)
- 刑法規定，基於罪刑法定原則，禁止類推適用與適用習慣法。但從原住民之特殊性而論，有利於原住民時，是否可適用，值得考量!
- 行政法之法源，可能以類推、目的性限縮或習慣法適用，藉以補充法之漏洞或規範不足(Untermaß)。

8

原住民法之意義與規範內容

- 原住民族基本法(下稱原基法)之制定，係認落實憲法增修條文第10條第12項規定及總統政見「原住民族與台灣政府新的夥伴關係」、「原住民族政策白皮書」。(參照原基法於94年2月5日制定公布時公布第1條之立法理由)

9

國際條約、外國立法例與傳統文化習俗之影響

- 為落實「原住民族與台灣政府新的夥伴關係」，爰參酌憲法增修條文第10條第12項規定民族意願之意旨及聯合國原住民族權利宣言草案第31條實行原住民族自治之精神，訂定原住民族基本法第4條規定，政府應依原住民族意願，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。
- 參酌聯合國生物多樣性公約第八條J款尊重、維持原住民生物多樣性知識、作法之精神，及二十一世紀議程第26章反映原住民族自然資源管理維護知識及作法之意旨定之。
- 參酌聯合國「保護原住民族遺產的原則和準則」之精神，原住民族傳統智慧創作之維護，為保障原住民族文化權之基本，亦可藉由文化財產利益之回歸，使原住民族享有辛勤創作之成果，爰明定制定法律保護原住民族傳統智慧創作，且行政院於91年11月18日函送「原住民族傳統智慧創作保護條例」草案。(原基法§13)

10

國際條約、外國立法例與傳統文化習俗之影響

- 「部落」之定義，係參酌美國印地安原住民案例及臺灣原住民族傳統文化習俗，加諸行政認定程序結合而成，應能符合實際運作之需求，並據以落實總統政見「原住民族與台灣政府新的夥伴關係」有關部落傳統名稱之回復，以及為配合「原住民族傳統智慧創作保護條例」草案中有關部落之規定。(參照原住民族基本法第2條之立法定義及制定之理由)
- 參酌聯合國原住民族權利宣言草案第14條及第33條有關原住民族語言傳譯之精神定之。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。(原基法§30)

11

原住民法之規範內容與體系定位

- 原住民族尊嚴及原住民族人權: 民族自由與生存發展及平等等基本人權
- 原住民族之意願，保障其地位、政治參與及民族發展權，為憲法明文課予國家之義務，故為秉持尊重差異原則，以維護原住民族主體性，以促使原住民族享有管理自身事務的權力；加之自主發展原則，以實現民族自決的基本人權精神。(104年1月22日修正原基法第8條理由參照)
- 憲法增修條文第10條第12項規定/保障原住民族傳播及媒體近用權，以確保原住民之媒體及資訊權，及促進族群間之瞭解(原基法§12)
- 原住民族遷徙權利(原基法§32)
- 原住民族與台灣政府新的夥伴關係
- 原住民族基本法(母法地位)(原基法§34)

12

原住民法之規範內容與體系定位

- 原住民族別認定辦法
- 原住民身分法
- 自然資源之保育及利用，啟動部落之綠色經濟，並達到生態保育目標，恢復原住民與大自然和諧相處之倫理。(原基法§14)
- 環境正義權利與原住民族意願(原基法§31)
- 城鄉均衡發展及有效推展原住民族自治區之基礎公共工程建設及服務(原基法§15)
- 原住民族住宅政策與居住品質之提升
- 原住民族教育法
- 原住民族工作權保障法

13

原住民法之規範內容與體系定位

- 原住民族土地及自然資源權利與原住民族既有領域管轄權(原基法§20)
- 在國家需用原住民族領域土地時，如國家公園、水資源用地、森林用地等，應建立原住民族與國家共同經營管理的合作模式，以尊重該部落或民族的自主地位(原基法§22)(共管機制，參考美、加先進國家在國家公園及風景區所發展之先進管理制度)

14

原住民法之規範內容與體系定位

- 原住民族衛生醫療/醫療及社會福利資源的可近性是醫療品質及照護品質的重要指標，為維護公平原則及偏鄉正義原則，明定政府應寬列預算，補助距離最近醫療或社福機構一定應距離以上之原住民就醫、緊急醫療救護及後送，長期照護等醫療或社會福利資源使用之交通費用(104年6月9日修正原基法第24條理由參照)
- 原住民族地區天然災害防護及善後制度
- 原住民族地區之社會安全體系與社會保障(例如原住民參加社會保險或使用醫療及福利資源等)
- 國際視野與交流合作: 促進國民外交及促進原住民族與國際、兩岸及南島民族之交流與合作(原基法§33)
- 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，設置原住民族法院或法庭。且尊重原住民族之族語及傳統習俗，提供具體措施，以彌補語言、文化之差異(例如族語之傳譯)(原基法§30)
- 原住民族綜合發展基金之設置

15

原住民法與其他法律之衝突及諧和

- 原住民之狩獵文化與野生動物保育法第21條第1項第5款(有關獵捕野生動物方法之限制或禁止，即如第5款規定“使用獵槍以外之其他種類槍械”不得使用於獵捕野生動物)規定(原基法§19)(另參照司法院釋字第 803 號解釋)/憲法保障原住民從事狩獵活動之文化權利(原住民文化權)與動物權之衝突與調和/憲法上相關價值間之衡平
- 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。

16

制定原住民事事件適用法之立法原則、適用範圍與規範內容

- 參考目前行政院原住民族委員會網頁(參照 <https://law.cip.gov.tw/LawCategoryMain.aspx>)(最後瀏覽日期:112年9月3日)，其就現行原住民法規體系，主要係以各主管單位作為法規分類，例如綜合規劃處 30 筆、教育文化處 59 筆、社會福利處 37 筆、經濟發展處 45 筆、公共建設處 9 筆、土地管理處 23 筆、秘書室 1 筆、人事室 3 筆、主計室 1 筆、法規會 2 筆、訴願審議委員會及訴願決定 139 筆、原住民族文化發展中心 12 筆等。以上作法，如從實務上適用便利性，固有其優點。惟原住民法或法學觀點，就原住民法體系與法源、立法原則與目的、規範內容與權利本質及定位等實體法與程序法規範，學者專業可對之作出更體系性分類，以利研究與運用。

17

展望:制定原住民事事件適用法之意義與權利保護及程序保障之必要性

- 原住民事事件，在實務上認事用法上程序具有特殊性，且可呼應前述原住民基本法所欲實現原住民實體權利與正義之正當法律程序 (due process of law) 或程序基本權 (Verfahrensgrundrechte) 之憲法保障(包含憲法第16條人民訴願與訴訟權保障)，故制定原住民事事件事用法自有其法律上意義，亦有其可行性與必要性。

在法制用語上，現草案以“適用法”稱之，固有其特殊考量，比較現行法中，以適用法稱呼者，則只有42年制定之“涉外民事法律適用法”，其主要作為涉外民事事件之準據法(國際私法)，實體規定多於程序規定。

18

展望:制定原住民事事件適用法之意義與權利保護及程序基本權保障之必要性

- 原住民事事件適用法之性質:
- 原住民法之實體法與程序法之普通法典化議題
- 原住民法係實體法或程序法，或兩者兼具?原住民事事件適用法是否僅係準據法性質?
- 草案條文“本法之規定；本法未規定者，分別依民事、刑事、行政訴訟程序應適用之法律。”
- 原住民法係普通法與特別法?有無優先適用效力(優位性; 優先效力)?

19

展望:制定原住民事事件適用法之意義與權利保護及程序基本權保障之必要性

- 原住民事事件適用法(草案)，其目的在於實務上認事用法上程序，可供其適用準據，固其並非純屬實體法，而係程序法。因此，其法體系定位上，其較屬於原住民事事件程序法(Verfahrenrecht)，雖目前有所謂行政程序法與行政訴訟法之分，但如從其實體法與程序法區分，其屬於程序法，亦即其係指法院(如民事訴訟(Zivilprozess)或刑事訴訟(Strafprozess或稱Strafverfahren))或法院外國家行為(如行政處分)之形式程序之整體法規範(Gesamtheit der Rechtsnormen)。因此，於此可再思考者，在法術語上有更佳用語，以及其適用範圍是否擴大，甚至整合而為一部統一原住民權利保護及程序保障之程序法典，即所謂“原住民事事件程序法”!

20

【主題討論（一）】原住民族事件適用法—刑事案件

主持人 尤伯祥 大法官 | 司法院

發表人 吳志強 法官 | 憲法法庭調辦事研究

簡至鴻 助理教授 | 國立東華大學法律學系

林俊儒 律師 | 偵理法律事務所

與談人 林三元 律師 | 三元法律事務所

許恒達 教授 | 國立臺灣大學法律學院

張道周 律師 | 張道周法律事務所

【主題討論（一）】原住民族事件適用法—刑事案件

[發表]原住民犯罪刑責認定問題之若干考察—從刑法解釋學觀點反

思我國「文化抗辯」之實踐

發表人 簡至鴻 助理教授 | 國立東華大學法律學系

原住民犯罪刑責認定問題之若干考察
——從刑法解釋學觀點反思我國「文化抗辯」之實踐*
(初稿・請勿引用)

簡至鴻**

<u>壹、問題提起</u>	22
<u>貳、「文化抗辯」於我國判決實務之實踐現況概覽</u>	23
<u>一、典型事例與基本路徑</u>	23
<u>(一) 經典案例回顧</u>	23
<u>(二) 「文化抗辯」於判決之基本圖像</u>	25
<u>二、基本路徑的實踐與延伸</u>	27
<u>(一) 觀察點 1：基於文化慣習確信之實踐行為</u>	27
<u>(二) 觀察點 2：確保文化慣習實踐之週邊行為—兩個實例</u>	28
<u>三、小結</u>	33
<u>參、實務現況所呈現出的解釋論課題與反思</u>	34
<u>一、「文化抗辯」法理於犯罪論的體系定位</u>	34
<u>二、實踐課題—關於行為人的「主觀評價」</u>	35

* 第十屆原住民族傳統習慣與國家法制研討會（2023年10月21日）。

** 國立東華大學法律學系助理教授。國立臺灣大學・日本東北大學法學博士。

<u>(一) 文化衝突事件與「故意」</u>	36
<u>(二) 文化慣習實踐確信與違法性意識</u>	36
<u>三、實踐展望—期待可能性與國家標準說</u>	38
<u>肆、「文化抗辯」所突顯的未解課題—代結語</u>	40

壹、問題提起

一般在論及原住民刑事法律議題時，由來於文化衝突所衍生的犯罪現象，亦即，基於原住民文化的特殊性，原住民依循其固有文化慣習所踐行之行為，與既有刑事法規產生牴觸衝突一事，應可說是基本的問題意識與觀察視角。

關於此點，諸如《森林法》、《野生動物保育法》、《槍砲彈藥刀械管制條例》等規範內容本身，由於與原住民踐行經濟、文化生活之間密切關聯，在適用上，即容易衍生與原住民傳統生活模式相衝突的結論，若再加上犯罪化的法律效果，對於刑罰公平性的質疑即應蘊而生；著眼於此，從尊重原住民文化特殊性與自主性的觀點，進行法規的調整乃至除罪化的立法議論，就成為明確的解決途徑¹。只是，姑不論上開法律中的刑事處罰規範本身，所具有濃厚的行政犯性質，亦即透過刑罰手段強化其行政管制目的遂行之立法政策取向；從追求法適用一致性與穩定性為優先考量的判決實務立場出發，面對這類規範中法益的抽象性，乃至直接以規範目的替代法益內容的特色，則形式化、空泛化地適用條文一事，似乎是必然的結局。從此一問題意識出發，在原住民犯罪與刑事法適用的討論上，針對美國訴訟實務所發展出之「文化抗辯」(Cultural Defense)法理的移植與適用，即有從解釋論循求解決途徑的積極意義。

縱使定義描述上略有歧異——「某種行為，在被肯認係行為人遵循其所承繼的文化傳統，基於理性且真摯的信條所為時，行為人的刑事責任應加否定或減輕」²，亦即檢視行為人所處文化背景與其行為之間的關聯性，並以之作為刑責的阻卻或減免一事，應可說是文化抗辯概念的核心內涵。若是進一步探問行為人在什麼情況下可以主張文化抗辯，包括：「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」等情事就成為重要的判斷指標³。

立基於此一概念及定義，檢視我國原住民犯罪文化抗辯的實踐狀況不難發現，判決實務在面對被告提出文化抗辯時所採取的基本對應模式，固然是確認個案所涉文化慣習，乃至被告行為與該文化慣習實踐之間具有關聯性的基礎上，進行刑法規範的評價適用（詳後述）。值得注意的是，在被告依循固有文化慣習行為之評價適用上，判決實務多採取從行為人主觀面進行阻卻犯罪成立的說理方式，從這樣的適用傾向來看，也突顯出以下解釋學問題：第一、所謂的「主觀犯意」內涵究何所指？此毋寧涉及到行為人主觀上對於文化慣習的實踐確信，在評價上可能涉及特定行為類型（意圖）與責任層次的判斷。與此一

¹ 王皇玉「文化衝突與台灣原住民犯罪困境之探討」臺大法學論叢36卷3期（2007）273頁、290頁以下。

² 奈良俊夫「刑事責任論の新断面—外国人の違法性の意識」西原春夫先生古稀祝賀論文集編集委員会『西原春夫先生古稀祝賀論文集（第二卷）』（成文堂、1998）266頁。

³ 王皇玉「原住民犯罪的文化抗辯及其實踐」臺灣原住民族法學第1卷第1期（2016）32-33頁。

問題相對應，第二、原住民被告之文化慣習實踐行為在客觀層次應應該如何評價？易言之，該等依循傳統文化之行為是在可評價為系爭犯罪類型行為（客觀上已侵害法益）的前提下，因文化慣習實踐之理由而阻卻「主觀犯意」？又或者，系爭行為阻卻犯罪之實質理由，並不在於空泛的犯意欠缺一事，而是有其他情事足以說明實質違法性的欠缺？

不論何者，從個案判決中適用紛雜的現象觀之，透過文化抗辯的實踐，或許使原住民因文化衝突所衍生之犯罪實態得以在審理中獲得進一步地呈現；然而，若是在系爭行為的法律評價上無視刑法解釋的實質內涵，則文化抗辯在實務上的積極意義，將有如僅是給予法院在涉及原住民文化衝突的刑事案件時，能有一條跳脫刑法論理方式尋求無罪可能的途徑。如此一來，不但在系爭個案中，原住民犯罪問題與其所涉及之文化慣習的特殊性無從彰顯，由來於判決實務所形成（非原住民被告同樣會遇到）的固有解釋適用疑義，亦在這樣的認事用法過程中失去檢討的可能。

基於上述問題意識，本文試圖在有限的篇幅與撰寫時間內進行以下考察：(1)初步檢視我國判決實務在原住民犯罪的刑責認定中，有關「文化抗辯」的具體實踐樣貌；(2)釐清判決實務所突顯出的解釋論課題，進而，(3)回歸刑法解釋適用的法理進一步檢視、摸索可能的解決方向與契機。

貳、「文化抗辯」於我國判決實務之實踐現況概覽

一、典型事例與基本路徑

(一) 經典案例回顧

首先簡要回顧原住民犯罪文化抗辯實踐上成功的幾則經典案例⁴，藉此觀察其中所呈現出，判決實務在肯認文化抗辯時所採取的基本態度。

在著名之〔司馬庫斯竊取櫟木案〕為例，本件所涉及之文化抗辯爭點在於，居住於司馬庫斯部落的泰雅族原住民被告三人，依照部落會議之決議，前往載運因颱風及豪雨後倒伏於聯外道路的系爭櫟木殘餘部分回部落加以美化環境、雕刻及造景之用一事，被告等人是否可以據此事由阻卻森林法加重竊取森林主、副產物罪（森林法第 52 條）的成立。關於此點，有別於原審判決所採取的否定立場，最終更一審所作出的無罪判決，則是在確認本件所涉泰雅族之傳統文化及生活慣習之基礎上，肯認被告三人之上開行為係在傳統領域範圍內依

⁴ 案例選擇請詳參：王皇玉·前揭註1)「原住民犯罪的文化抗辯及其實踐」35頁以下。

循部落傳統文化及生活慣俗所為，進而認定被告三人主觀上並未具有本罪成立在解釋上所須之不法所有意圖⁵。

其次，在排灣族原住民被告於住所廣場前之藤椅上，因撫摸未滿 14 歲男童生殖器之行為而被涉犯加重強制猥褻罪（刑法第 224 條之 1）的〔排灣族阿力力案〕中。關於本件被告之行為係由來於文化慣習的主張，亦即身為被害人舅公的被告乃是依照排灣族的習俗，為了表示對於晚輩疼愛的意思，因而捧著輕拍男童的生殖器一事，本件判決經調查認定排灣族確實有藉由碰觸晚輩生殖器以表達關懷的習俗，在本件被告所為係與排灣族風俗習性相容之事實認定基礎上，肯定其並非出於「猥褻之犯意」觸摸被害人之性器官⁶。

最後，在〔頭目紅包賄選案〕中⁷，依公訴意旨所示，本件被告 A 為屏東縣瑪家鄉鄉長，在其所辦理之鄉長參選說明會上，向在場之 7 名排灣族大、小頭目等共同被告交付新台幣 1000 元、500 元不等之紅包；基此，被告 A 及身為頭目之 7 名共同被告分別涉犯投票行賄及受賄罪。在本案中，授受雙方是否成立犯罪的關鍵事實即在於，身為排灣族的頭目在公開場合收受紅包一事是否屬於原住民之習俗。關於此點，本件判決經調查確認——「排灣族文化中，如對頭目有所請示或於召集部落對部落有所騷擾時，不論係排灣族平民或外來人士，為表示對部落頭目之尊敬，確有於部落頭目住處或公開集會場合，交付禮物或金錢予部落頭目之習俗」——基此文化慣習，並且在無從認定本件系爭交付與收受金錢之行為，與投票權之行使與否之間具有明確對價關係的情況下，

⁵ 臺灣高等法院 98 年度上更（一）字第 565 號判決參照：「再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。……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，欲將上開樺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。」。

⁶ 臺灣高等法院花蓮分院 101 年度侵上訴字第 47 號刑事判決參照：「再根據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〉之碩士論文中研究發現：傳統排灣族的長輩會直接摸小孩的下體，表示關愛之情，但就只是觸碰而已。甚至是自己的阿公、阿媽，會把孩子抱起來親吻生殖器，這是對第三代的關愛之舉（第一審卷第 78 頁以下）。亦足以佐證證人高正治以及杜東龍證詞之真實性。既然被告所成長的環境有以碰觸晚輩生殖器，表達關懷之意的習俗，而如前所述，被告係在開放式空間、時間是在早晨，地點是在人來人往，家人可以進進出出之前院，方式是隔著褲子由下往上輕捧撫摸，被告是被害人長輩，被告並未一再強迫被害人接受撫摸等等，均與證人所述排灣族風俗習性相同，顯見被告並非出於猥褻之犯意，觸摸被害人之性器官」。

⁷ 臺灣屏東地方法院 94 年度選訴字第 17 號刑事判決參照。

肯認本案授受雙方在主觀上並無「交付或收受賄賂之犯意」，系爭行為客觀上亦難以評價為行賄或受賄之行為。

(二)「文化抗辯」於判決之基本圖像

綜合觀察前舉事例，應不難發現在面對「文化抗辯」時，判決實務所採取的基本對應模式——(1)確認所涉文化慣習存在，並且被告之行為確實是由來於該文化慣習；進而，針對被告依循其文化慣習所為之行為，(2)在法律適用的涵攝上，即便細部評價或有不同，行為人因「主觀面」受固有文化慣習所影響，進而阻卻犯罪成立一事，應可說是共同的理解。

關於(1)點，無疑是判決面對文化抗辯時的判斷重心，同時也可說是判斷上較無疑義之處。質言之，針對被告行為是否符合該文化內涵與踐行方式，藉由專家證人或相關調查報告確認所涉文化慣習存在一事，毋寧是提供了相對清楚明確的判斷基礎。以同樣事涉原住民被告利用教會長老身分撫摸 13 名被害人（未滿 14 歲）下體的〔阿力力抗辯案〕為例，縱使辯護人主張，被告之系爭行為係排灣族阿力力文化的表現，法院在確認排灣族阿力力文化內涵與踐行方式的基礎上，即可清楚辨明被告所為「已逸脫該傳統習俗之行為模式及精神」⁸。又或者，在類似「自不待言」的情境中，例如被告坦承賄選行為，辯護人以「文化抗辯」作為爭取刑法第 59 條酌減刑度事由之〔村長選舉賄選案〕，判決即是以「現金」買票行為並無「文化上特殊意義」為由，否定本案有「情堪憫恕」之減刑事由⁹。

解釋論上必須觀照的重點毋寧在於(2)點的判斷，亦即針對被告依循固有文化慣習行為之法律評價一事。一如前述，針對原住民被告從事依其文化慣習所容許之行為，既有判決實務傾向係著眼於行為人之主觀面，藉以評價阻卻犯罪

⁸ 最高法院105年度台上字第275號判決參照：「上開邱○○、江○○、「樹德科大研究論文」就排灣族「阿力力文化」之說明，雖未盡一致，但就該行為應屬長輩對晚輩，尤其多對嬰兒、幼童為之，及其漸長（約十一、二歲），則較少見，代表對晚輩的祝福、關愛、敬重、安撫等，未見有猥褻之意涵見解則相近。依前開說明，上訴人為本件行為，何以有上下搓揉、滑動、來回撫摸，或撫摸數分鐘之久情形？何以有脫被害人褲子，甚或口交、強制性交行為？何以上訴人竟認係受被害人「誘惑」所致？原判決以上訴人自承「其撫摸被害人性器時，旁邊沒有人目擊，亦無對被害人為祝福的語言」等語，據以說明上訴人就附表一觸摸被害人等生殖器行為，已逸脫該傳統習俗之行為模式及精神，不能以此脫免罪責……」。

⁹ 最高法院104年度台上字第3388號判決參照：「（原判決）針就上訴人所謂之「原住民文化抗辯」，利用長約五頁之篇幅，詳加剖析：上訴人已經第三度參選村長，竟分別以一票新台幣三千、五千或一萬元，進行買票賄選，可見非貧窮、弱勢人；且係以現金為之，有別於早期之「殺豬」、「請吃檳榔」原住民傳統，足見無具文化上特殊意義；明知前屆競選，已有其他候選人賄選被判刑情事發生，竟在自己二度落選後，同步後塵」。

之成立；如此一來，與之相對應的是，在這類涉及依循文化慣習實踐之個案中，從犯罪成立的客觀層面來看，關於系爭行為的不法內涵一事，判決又是如何理解？

首先，從客觀行為態樣出發，在前舉〔排灣族阿力力案〕中，本件判決固然是從被告系爭行為「是否屬於「足以興奮或滿足性慾之行為」」的脈絡下進行論理；值得注意的是，雖然判決基於整體行為情事，質疑本件客觀上「猥褻行為」之成立，但是最終仍在未正面說明客觀上是否該當猥褻構成要件的情況下，僅強調被告依循傳統文化慣習之系爭行為一事，足以說明其主觀上不具有猥褻故意。易言之，本件判決並未積極從被告主觀上欠缺性滿足傾向（意圖）一事，肯定系爭猥褻行為之不成立，就此點而言，本件見解實未超越判決實務在性犯罪類型的基本解釋立場¹⁰。

同樣的，觀察前舉〔頭目紅包賄選案〕之判決論理脈絡亦不難發現，本件判決固然強調系爭在「公開競選」場合中致贈頭目紅包之行為，實係由來於「尊重部落頭目」之文化慣習，並依此明確肯認本件涉案雙方主觀上不具有行賄及受賄之故意。然而，本件之所以無罪的關鍵，終究是在客觀上，特別是在本件所涉集會並非行賄被告之參選說明會，而是「社區建設座談會」的事實認定基礎上，否定本件所涉交付金錢之行為與約定投票權行使一事之間的對價關係。

與此相對，回頭檢視〔司馬庫斯竊取檫木案〕判決可知，一如前述，本件最終更一審無罪判決肯認，被告等人依部落會議決議搬運風倒檫木回部落加以利用之行為，主觀上欠缺不法所有意圖。值得注意的是，在看似行為該當「竊取森林主副產品」之形式構成要件而自不待言的脈絡下，判決又進一步說明，系爭行為未破壞森林自然資源，並且發揮該檫木之公益及經濟效用；基此，在行為未違反森林法規範目的之脈絡下——「依據慎刑原則，唯具有社會倫理非難性的不法行為，始有動用刑法手段之必要；然如上所述，被告三人之行為，既符合原住民族之傳統文化及生活慣俗；且與國家財政資源分配使用之目的，不相違背；又未違反森林法之立法目的，是被告三人之行為，並不具有社會倫理非難性」，似乎曖昧地肯認本件不具實質違法性¹¹。

只是，在本件客觀上已形式該當系爭犯罪行為類型之前提下，所謂行為未侵害森林資源等公益，因而未違反森林法規範目的的一事，與其說是作為與其他公益相衡量的違法判斷標的，毋寧應從本件行為並未實質侵害系爭森林法關於

¹⁰ 關於此處實務立場的考察，請參拙著「刑法妨害性自主犯罪的基礎考察」李茂生教授六秩晉五祝壽論文集編輯委員會編『主體、理性與人權的彼岸：李茂生教授六秩晉五祝壽論文集』（新學林、2020）444-446頁。

¹¹ 對此曖昧不明的論述，學者即有從「實質可罰性」之角度加以理解。許恒達「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）41頁。

竊取森林主副產物犯罪類型之保護法益內涵的方向加以理解。關於此點，判決並未詳加說明。

綜上初步分析，可以理解到在面對經由文化抗辯所突顯出之文化衝突個案時，判決實務所採取的基本對應模式圖式。值得注意的事，針對行為人出於實踐文化慣習確信下之行為，判決實務著眼於行為人主觀面之評價傾向所呈現出的，正是系爭行為所涉之不法內涵欠缺充分、明確說理的疑慮。以此為觀察主軸，接下來分別從文化慣習之實踐行為與其週邊行為兩個脈絡，進一步考察判決實務對此一問題意識的態度。

二、基本路徑的實踐與延伸

(一) 觀察點 1.：基於文化慣習確信之實踐行為

首先觀察涉及行為人實踐其固有文化慣習之個案。於此，有別於前述同樣〔司馬庫斯竊取樺木案〕無罪判決的論理，在〔國有林地葬母案〕中，判決在文化衝突的刑法評價處理上則呈現類似的思考方式¹²。

本案係泰雅族原住民被告遵循傳統文化慣習，在未經林務局核准同意之情況下，於國有林地埋葬母親、建造墳墓而涉犯森林法第 51 條第 1 項擅自占用他人林地罪嫌。對此，被告主張其族人死亡後都埋葬在系爭墓地，依泰雅族傳統習俗，死亡後必須要跟祖先葬在一起；本件之辯護意旨即為一「被告之行為符合泰雅族傳統慣習，且所葬之地點係原住民族傳統領域，應不構成犯罪。」對此，本件判決則有以下認定。

首先，在構成要件的部分，判決基於被告系爭行為已符合客觀構成要件，主觀上亦知悉所設置之系爭墳墓位於國有林地內而具有故意。值得注意的是，從判決說明的脈絡中，針對本件所涉及之「不法所有之意圖」要件，則有以下理解：a) 森林法第 51 條所訂於他人森林或林地內，擅自墾植或占用之行為，其犯罪之本質當然含有刑法財產犯罪類型之竊佔罪質，主觀上自應具有「不法所有之意圖」¹³；b) 關於不法所有意圖之解釋—「應以行為人主觀上認知或可得而知其行為在現行法律秩序下不被許可，足認其具有此不法意識」，而非納入文化、信仰等觀點考量；c) 本案被告主觀上知悉系爭墓地屬於國有林地，被告將系爭墳墓葬在該土地上，以自己實力支配管領之意圖占用該土地，無正當

¹² 以下，臺灣臺北地方法院101年度審訴字第1139號刑事判決參照。

¹³ 意即，本罪雖無意圖要件之規定，但參照刑法竊佔罪而有此一解釋。森林法第51條第1項參照：「於他人森林或林地內，擅自墾殖或占用者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣六十萬元以下罰金」。

合法之權源，主觀上即具有不法所有之意圖——「不因其行為係依循原住民傳統文化而排除不法意識」。

接著，在本件所涉及傳統文化慣習的部分，判決經調查確認，泰雅族原住民有將往生者葬於祖先墓地附近之傳統慣習，被告之部落族人陸續往生者，均埋葬在系爭墓地，且系爭墓地位於泰雅族原住民傳統領域範圍內，被告將往生之母親埋葬於系爭墓地，符合傳統慣習。此外，判決基於本件系爭墓地雖位於國有林地，惟該區域已經通盤檢討變更編定為公墓用地，只因作業疏失而未完成相關作業程序一事，認定被告系爭行為並無影響現有之森林保育資源。

綜上，本件判決基於：(1)系爭行為未影響現有之森林保育資源，對於森林並無實質侵害；(2)且系爭墓地位於原住民傳統領域範圍，被告遵循傳統慣習埋葬母親於系爭墓地兩項事由，肯認系爭行為不具實質違法性之認定——「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，認被告之行為應不具社會非難性，得阻卻違法而不成立犯罪」，基此作出無罪之認定。

(二) 觀察點 2：確保文化慣習實踐之週邊行為—兩個實例

1、〔三根羽毛摘除案〕

(1) 本案事實及原審見解

被告 K 與告訴人 Z 同為排灣族來義部落之原住民，兩人分屬該部落中邏發尼耀家族及吉羅夫敢家族之成員。在該部落射箭場所舉辦豐年祭慶典上，K 見 Z 佩戴具備頭目象徵之 3 根鷹羽毛頭飾，趁 Z 在歌舞中未及反應之際，當眾拔取告訴人 Z 所佩戴 3 根鷹羽毛頭飾，Z 當場因而痛哭落淚。¹⁴

本案經檢察官依刑法第 309 條公然侮辱罪加以起訴，依公訴意旨所示，其理由即在於，被告是在「明知排灣族原住民所佩戴鷹羽毛頭飾乃身分地位之象徵」的理解下，基於公然侮辱犯意作出本件系爭行為，足以貶損告訴人之人格及社會地位。本案最終在第一審判決無罪後，經檢察官提出上訴並遭二審法院駁回。值得注意的是，本案歷審判決雖然都肯認被告主觀上欠缺故意，最終亦作出無罪之認定，然而在論理脈絡上則呈現出截然不同的思考。

首先觀察本件被告之抗辯內容¹⁵——「依據排灣族傳統文化，在慶典中佩戴羽毛是有一定的規矩，大頭目只有 1 位，可以佩戴 3 根羽毛，告訴人是平民家

¹⁴ 依本件公訴意旨改寫事實。臺灣屏東地方法院107年度原易字第8號刑事判決參照。

¹⁵ 以下，原審臺灣屏東地方法院107年度原易字第8號刑事判決參照。

族，所以不適合戴 3 根羽毛，我很委婉的向告訴人祖母林玉秋勸了 2 次，第 3 次我拿麥克風講，我很委婉的說請大家彼此尊重，若有不合乎身分的，請主動拿下，我們等待之後，告訴人及其家人均不理會，因為這次很重要的祭典，是一年一次的豐年祭，若不拿掉羽毛，會影響以後的傳統價值，為了維護傳統，所以我把告訴人的羽毛拿下」（底線為筆者所加，下同）。

對此，第一審判決在依相關證言及資料，確認本件所涉之文化慣習，亦即在排灣族之階級文化中，依身分地位象徵，有關衣著及配帶羽毛頭飾之方式與數量有其規範，並在此傳統文化的理解基礎上作出以下認定：

a) 被告主觀上認為依告訴人之身分地位，不得佩戴僅大頭目方得佩戴之 3 根鷹羽毛頭飾而作出系爭行為，其並無「故意貶損告訴人之犯罪動機」。

b) 依被告之行為方式來看，亦即被告是在私下請求或公開廣播之方式間接要求告訴人自行取下羽毛未獲回應下始採取系爭行為——「益徵被告所為係因其主觀上認告訴人之衣著牴觸排灣族之傳統文化而採取之作為，並非直接對於告訴人之人格予以羞辱或故意有所貶抑」。

c) 被告行為或足使告訴人感到不快——「然究非出於毫無依據之行為或貶損告訴人人格評價之意思，客觀上難認已屬足以貶損他人名譽之侮辱行為，主觀上亦難認被告具有侮辱故意」，基此，否認本件公然侮辱罪之成立。

(2) 本件判決見解

有別於原審的判斷脈絡，本件終局審之高等法院判決則是採取相異的判斷途徑¹⁶。首先，針對本案所涉傳統文化慣習的調查，判決在排灣族階級文化的基礎上，進一步著眼於本件來義部落中的家系與頭目文化等內涵，並且確認被告所屬的邏發尼耀家族係來義部落之大頭目，係擁有「統治權、土地、魚獵分配權、懲戒權、收稅權」之家系，包括告訴人所屬家族亦必須尊重大頭目家族之規定；同時依據相關證人的說明，確認被告胞姐（家族頭目）對於發生在來義部落有關排灣族傳統習俗之事件，擁有懲戒權。

基此認識，判決首先肯認被告於豐年祭慶典上拔取告訴人所佩戴 3 根鷹羽毛頭飾之本件系爭行為，已使告訴人因此感到丟臉，客觀上已足以貶低侮辱告人人之人格。接者，在主觀犯意的判斷上，本件判決則是著眼於被告係在慶典上依頭目要求作出系爭行為一事——「則被告拔取告訴人頭戴 3 支羽毛之行為，係執行來義部落大頭目高貴花行使懲戒權之命令」。據此，判決認定被告主觀上無公然侮辱告訴人之意思，維持原審無罪之結論。

總的來說，在本案例中，原審判決將被告行為之評價重點置於「維護傳統文化」，並基此行為動機否定本件該當公然侮辱罪客觀行為及主觀故意。與此

¹⁶ 以下，臺灣高等法院高雄分院108年度原上易字第20號刑事判決參照。

相對，本件高等法院判決則是將被告行為著眼於傳統文化慣習之實踐，亦即「依頭目命令行使懲戒權」一事；基此，系爭行為在客觀上縱然可評價為係公然侮辱之行為，但在文化慣習實踐的脈絡下，被告主觀上即欠卻本罪之故意。

2、〔卡大地布遷葬抗議案〕

(1) 本案事實及事件經緯

被告 C 為「卡大地布」陳情抗議團體之發起人，其以「宣揚傳統文化及捍衛祖靈活動」為由，向臺東縣警察局申請集會遊行，並獲核發許可通知書，並由其擔任該集會遊行之負責人。嗣被告 C 與被告 K、被告 L、被告 S 等人共同基於侮辱公署之犯意聯絡，攜帶雞蛋及漆彈（廣告顏料），於遊行至臺東縣政府前廣場時，即手持預先分配好之上開雞蛋及漆彈等物，朝臺東市公所、臺東縣政府之大門門面丟擲，時間分別持續約 3 至 5 分鐘。¹⁷

本案經檢察官在被告等人系爭行為「致蛋液濺於大門玻璃及地面，使不特定洽公民眾得以共見共聞，足以貶抑臺東市公所、臺東縣政府於執行公務時之威信與公眾評價」的理解下，以涉犯集會遊行時侮辱公署罪嫌¹⁸，將被告等人加以起訴。本案最終經第一審判決無罪，檢察官提出上訴亦遭第二審法院駁回後確定。

值得注意的是，本案雖看似僅涉及一般集會遊行時，相關陳抗行為可能衍生的不法評價；然而，本件陳抗活動的發起，則是由來於台東市公所基於開發名義，在尚未取得部落共識情況下，即要求知本卡大地布部落等部落之公墓限期遷葬，並對外招標動工¹⁹。進一步言，從被告等人的抗辯意旨可知：(1)其等陳抗活動的訴求為「拒絕遷葬、還我傳統領域、捍衛原住民族基本法」，(2)此等訴求所要確保的，即是原住民的固有文化信仰²⁰。

¹⁷ 依本件公訴意旨改寫事實。臺灣臺東地方法院102年度原易字第93號刑事判決參照。

¹⁸ 集會遊行法第30條參照：「集會、遊行時，以文字、圖畫、演說或他法，侮辱、誹謗公署、依法執行職務之公務員或他人者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣六萬元以下罰金」。另，本案事實發生在2012年10月12日，刑法第140條第2項公然侮辱官署罪業已於2022年1月12日修正公布刪除。

¹⁹ 苦勞網「捍衛祖靈 卡地布部落拒遷葬台東市公所：緩施工 再溝通」（2012年9月25日）（網址：<https://www.cooloud.org.tw/node/70776>；最後瀏覽日期：2023年10月10日）。

²⁰ 依被告等人於原審準備程序所主張：「先人死後下葬就不能移動，因為第六公墓是先祖在一百多年前就已經選定的區域，族人的信仰是：「先祖死後，形體其實還是跟族人在一起，會眷顧族人」，若擅自把祖先的遺骸移走即代表伊等不要祖先了，這是會遭受到詛咒的，遷走祖先的遺骸就是切斷族人的信仰，也等於切斷文化的根源，祖靈信仰及遷葬行為是矛盾並且違背」。

因此，本件歷審判決均以相當篇幅²¹，說明本件所涉及之卡大地布部落之殯葬習慣及祖靈信仰，以及公墓確實位在部落傳統領域，乃至直指臺東縣政府、臺東縣臺東市公所就本案公墓強制遷葬之行政行為，已破壞該部落之傳統殯葬文化、祖靈信仰與傳統領域，亦即嚴重破壞卡大地布部落卑南族人之文化根源，更與保障原住民文化及傳統習俗之法治精神相違背。進而，在確認系爭行為所涉背景事實的基礎上，歷審判決則是從不同的論理方式作出本案無罪之認定。

(2) 原審見解

原審判決的評價重點，即在於本件系爭行為是否該當（舊）刑法第 140 條第 2 項侮辱公署罪之「侮辱」行為。對此，原審判決立基於前揭背景事實，亦即在被告等人陳抗活動與訴求內容具備正當性的前提下，肯認本件系爭行為本身僅是表達訴求，認定被告等人主觀上無貶低、減損公署名譽或社會地位之侮辱犯意。

進而，針對本件系爭行為的客觀評價，原審判決指出——「況據現今社會一般通念，行為人或團體故意向公署丟擲雞蛋及漆彈，社會大眾通常僅認為有團體在對政府政策抗議，並未因此即認定政府做錯事情而降低對政府之信賴，亦難認即會減損、貶低公署之威信」，據此認定，被告等人所為尚未達減損本案相關公署之威信、名譽或社會地位減損之「侮辱」程度，否定本案侮辱公署行為之成立。

(3) 本件判決見解

有別於原審判決，本件判決從侮辱公罪之保護法益內涵出發，亦即在「機關名譽權」確保的理解下²²，其認為，本件系爭行為係屬於「較為激烈」之抗爭方式——「係藉該行為表達其等不滿之情緒或訴求，且衡情朝公署建築物丟擲雞蛋，客觀而言亦具有使公署難堪，而有輕蔑、貶損公署之意」，據此肯認本件系爭行為該當本件所涉集會遊行中侮辱官署罪之構成要件。

接著，判決在本件所涉「言論自由」與「名譽權」保障之衝突與衡量的脈絡下，進行系爭行為是否具有違法性的審查。關於此點，本件判決首先認定集會遊行法第 30 條侮辱公署罪同樣適用刑法第 311 條「善意發表言論不罰」之規

²¹ 以下，原審見解：臺灣臺東地方法院102年度原易字第93號刑事判決；本件判決見解：臺灣高等法院花蓮分院104年度原上易字第27號刑事判決參照。

²² 臺灣高等法院花蓮分院104年度原上易字第27號刑事判決參照：「至地方自治團體屬公法人，其行政機關雖不具獨立法人人格，但其代表地方自治團體從事公共事務，具有單獨法定地位，依法律成立各單位執行公務，其組織較諸私法人更為嚴謹，在其機關內從事公務之人員，有榮辱與共之意識，若其機關受到侮辱，則社會上一般人對該機關之評價即會產生貶損，因此，行政機關與公私法人相同，均需有名譽權保護之必要」。

定；進而，在真實惡意原則的審查上，本案集會、遊行所涉議題雖屬可受公評之事，然而被告等人所為「丟擲雞蛋、漆彈（廣告顏料）」之「激進手段」與遷建政策聯結性甚低，非屬合理、適當之評論表現，無阻卻違法事由。

最後，值得注意的是，本件判決作出無罪認定的依據，則是在責任階段中對於被告等人不法意識之否定。於此，判決首先肯認，被告等人選擇「丟擲雞蛋、漆彈（廣告顏料）」行為作為抗爭手段一事，已是該部落在先前多次之陳情、抗爭活動無效，面臨傳統領域、祖靈文化將受侵害，為求社會關注以獲得協助而必須升高抗爭強度的背景下所為；此外，在特定證言：「丟雞蛋跟漆彈是學漢人的，這不是我們的傳統文化，我們只有出草，但是政府禁止我們拿刀槍，都被政府沒收了」的支持下，肯認被告等人系爭行為係由來於部落傳統文化慣習。

基此，判決在被告等人——「行為雖非出於善意，但確實無以貶損上開二公署為主要之目的，且此之抗爭方式相較於卡（大）地布部落昔日以「出草」（即取敵人首級）排除祖靈地侵擾之手段顯然緩和，所侵害之法益亦較小，屬無可避免之情形。」——的理解下，認定被告等人有正當理由，誤信其等行為係法律所容許，屬於無法避免之違法性錯誤，被告等人不具有法的非難性，阻卻犯罪之成立。²³

要言之，本件歷審判決對於無罪理由的見解轉折，毋寧也是兩判決對於本件系爭行為究竟是作為「維護部落傳統文化、信仰及傳統領域」的手段，亦或是如本件判決的理解，將系爭丟雞蛋、漆蛋（廣告顏料）等「過激」之抗爭手段視為是對於捍衛部落存續、尊嚴等傳統文化慣習之具體實踐（出草）一事，所呈現出不同的評價。

²³ 臺灣高等法院花蓮分院104年度原上易字第27號刑事判決參照：「本院衡酌祖靈信仰確實為卡（大）地布部落的文化命脈，臺東市公所及臺東縣政府就該部落之傳統領域知本第六公墓強制遷葬之行政作為，破壞卡（大）地布部落卑南族人與祖靈之連結，切斷族人與祖靈的臍帶關係，嚴重影響該部落之傳統習俗等因素；及卡（大）地布部落為維護傳統祖靈文化，曾經就知本第六公墓拒絕遷葬事宜，已進行多次之陳情抗議活動，依該部落族人之認知，臺東市公所已於101年9月17日承諾將舉行公聽會暫不動工，卻又違反承諾，動員警力保護廠商企圖動工之歷程，其等見先前之抗爭活動毫無效果，面臨傳統領域、祖靈文化將受侵害，為表達上開二公署未尊重該部落最中心思想之初衷外，並獲取媒體、社會大眾關注、認同，進而協助，而升高抗爭強度，所採取之「丟擲雞蛋、漆彈（廣告顏料）」行為雖非出於善意，但確實無以貶損上開二公署為主要之目的，且此之抗爭方式相較於卡（大）地布部落昔日以「出草」（即取敵人首級）排除祖靈地侵擾之手段顯然緩和，所侵害之法益亦較小，屬無可避免之情形。依上開說明，被告等人應有合理及相當之理由，信其等行為為法律所容許，基於刑法立基於「責任原則」，其等有正當理由而屬無法避免之違法性錯誤，應不具有法的非難性，阻卻其等犯罪之成立」。

三、小結

綜合前揭案例，應可進一步描繪出「文化抗辯」在判決實務中之實踐圖像。首先，針對行為人出於實踐文化慣習確信下，行為模式為既有傳統文化規範所容許之情形，判決基本上不會因此直接據以肯認整體行為不具備系爭構成要件行為類型。另外，而是從欠缺主觀認識的面向出發否定犯罪之成立。要言之，面對行為人係由來於「文化慣習實踐之確信」一事，從判決中所使用的「主觀犯意」、不法所有意圖，乃至不法意識等用語來看，不論是欠缺系爭行為之構成要件主觀認識，或是特定行為類型所需之主觀意圖等固然是基本理解；甚或是，回歸責任層次進行主觀評價（〔卡大地布遷葬抗議案〕）亦是可能的選項。

其次，在系爭行為所涉客觀不法內涵的評價上，值得注意的是，在前舉涉及森林法的案例中，如同〔司馬庫斯竊取樺木案〕無罪判決留下的伏筆，〔國有林地葬母案〕則明確地定位違法性審查的論理；亦即，以構成要件形式該當行為（雖然主觀上欠缺不法所有意圖）在系爭個案中未違反森林規範目的為基調，進行實質違法性的判斷。姑不論概念的誤用或論理瑕疵等有待商榷之處，這樣的思考取徑毋寧也突顯出，在森林法的刑罰規範中，即便具有財產犯罪行為外觀的犯罪類型，從規範目的從新檢討其保護法益內涵之必要性。

最後，如果從行為人出於文化慣習實踐信念所衍生的週邊行為來看，或許可以進一步佐證上開觀察。事實上，在這種情形當中，由於行為本身並非傳統文化風俗之實踐，亦即，在基於確保傳統文化信念趨動下之系爭行為本身，並無涉文化衝突行為之犯罪成立評價一事，充其量僅涉及犯罪動機與量刑評價之問題。在前揭〔三根羽毛摘除案〕、〔卡大地布遷葬抗議案〕兩案之原審判決中，試圖以此等動機作為行為內涵的見解固然有明顯的違誤；然而，對照兩案例之終局審判決，試圖將行為內涵與文化慣習實踐相連結，以回歸行為人主觀面阻卻犯罪成立的作法，除了連結基礎是否確實的疑慮（例如天外飛來一筆的「出草文化」），更突顯出兩件無罪判決在面對文化抗辯個案時，有如必須（一律）在文化衝突犯罪脈絡下，另辟蹊徑以循求除罪可能性的困境。

如此一來，接下來必須探問的是，既有的刑法解釋論述是否能適切地回應上開適用疑義。

參、實務現況所呈現出的解釋論課題與反思

一、「文化抗辯」法理於犯罪論的體系定位

從判決實務所呈現出，將原住民被告之文化慣習實踐行為從主觀面進行阻卻犯罪成立評價的適用傾向來看，上揭事例或可說適足以突顯出以下解釋學課題。首先即是此處所涉及的行為人主觀面向，其內涵究何所指？如同前述，姑不論在犯罪論體系定位與適用上所呈現的雜亂現象，事實上，在看似明確使用概念用語的背後，諸如將「不法所有意圖」與「不法意識」混同（〔**國有林地葬母案**〕），又或者，有如必須立基在「原住民出草文化」之上以證立「誤信可以採取激烈抗爭手段（侮辱公署）」進而欠缺不法意識的奇妙見解（〔**卡大地布遷葬抗議案**〕）；在在都顯示出，縱使判決實務試圖從行為人之主觀面阻卻被告因文化慣習實踐行為所涉之刑責，然而，不論是概念內涵乃至其具體適用上，實有誤解乃至誤用的疑義。

在進一步檢討之前，首先必須回應的是從行為人主觀面阻卻犯罪成立的基本論調。於此，簡要回顧「文化抗辯」之理論生成背景與概念要點，應可提供一個適切的觀察座標。

從理論生成背景來看，「文化抗辯」概念的提出，應可說是呼應美國多元文化社會形成過程中的產物。申言之，在 1965 年新移民法制定大幅放寬既有之移民限制之後，特別是 1970 年代以降中南半島各國因共產主義政權誕生，爆發大規模政治難民潮等各地移民流入美國社會，基於語言條件限制等因素，這些來自各地的新移民，形成個別獨自的語言文化圈而無法融入美國社會；進而，在行為人依循所出身文化圈之行動模式、社會規範行事，卻未認識到其行為已違反新的生活場域所應適用之法規範的情況下，因此被訴追的刑事案件也相繼發生²⁴。基此，作為法律解釋上的救濟理論，於 1980 年代中登場的文化抗辯論述，其問題意識就在於，在面對這種由來於新入國者之文化規範與美國既有法規範之間相衝突、矛盾，從而欠缺違法性認識的特殊類型，亦即針對這類行為人因自身所處文化背景的差異，進而未能認識自己行為違法的情形若仍加以處罰，除了有違反責任非難的核心概念之外，刑事處罰在這類案件的適用，毋寧也透露出少數族群的文化、價值觀受到主流規範否定的訊息，對於當時正在承接大量移民的美國社會而言，並不利於其健全發展²⁵。

²⁴ 清水真「文化的背景に由来する抗弁」に関する一考察」獨協法学103号（2004）94-95頁參照。經典事例如，來自於寮國蒙族(Hmong)的青年依其「搶婚」慣習將被害人女性強行帶至家中並為性交行為，事後向該女雙親請求同意結婚而涉犯誘拐、強制性交之事案。說明詳見：奈良俊夫「カルチャー・ギャップ」と刑事責任—“Cultural Defense”の検討(1)」獨協法学34号（1992）104-105頁。

²⁵ 清水・前掲註24）96頁、奈良・前掲註24）109頁以下參照。

值得注意的是，相對於確保多元文化的觀點，對於文化抗辯持否定論的論述傾向即在於：(1)如何判斷行為人主觀確實受其文化背景所影響乃至其所受影響之程度，亦即如何特定文化抗辯適用的對象一事，並無明確的基準²⁶；其次，(2)容許行為人依循自己的價值觀行動，或是僅針對全體社會組成員中的特定集團寬容處理不知或誤解法律一事，不論是從社會秩序維護或是刑法規範公平性的角度來看，均有其疑慮；此外，(3)在個案所涉之傳統文化慣習與近代個人自由主義、權利價值觀相對立，例如在對妻子施暴、搶婚、女性割禮等涉及家父長制慣習的情形，文化抗辯的肯定一事，並無助於傳統文化慣習中居於弱勢地位被害人的保護²⁷。

要言之，從文化抗辯論的生成脈絡與關聯問題意識來看，其所欲處理的，正是在「不知法律不免責」(ignorantia juris non excusat)的刑法基本原則下，試圖循求新的解釋與調和之法理；值得注意的是，從文化抗辯所涉及有關具體責任內容(1)、處罰公平性(2)、與多元主義社會實質內涵衝突(3)等爭議來看²⁸，實突顯出來自於相異文化背景脈絡下的個人，與既存法規範秩序的緊張關係。這同樣可說是歐陸法脈絡下的刑法理論中，作為責任論核心內涵(期待可能性)的基本問題意識。

因此，從文化抗辯論所欲處理的行為人責任評價問題來看，前揭我國實務案例所呈現出，有關原住民被告基於實踐文化慣習確信之系爭行為，從行為人之主觀認識進行阻卻犯罪成立的論述一事，基本上應是正確的思考途徑。

二、實踐課題—關於行為人的「主觀評價」

承上，從行為人主觀面出發，接下來的問題就在於，基於刑法責任論的概念與內涵，在前舉事例中，判決對於行為人責任評價的說理是否適切？

²⁶ 肯定論者或有提出諸如：①行為人在系爭事件發生時為止滯留於美國的時間與環境、②行為人的年齡與教育程度、③行為人文化所屬集團的規模、④同種行為再發生的蓋然性、⑤犯罪的重大性等要件，作為實務上可能的判斷標準；只是，姑不論標準欠缺明確性的疑慮，在犯罪成立有無的判斷上加入③④⑤等要素即顯有疑義。以上說明詳參：清水·前揭註24) 97-98頁。

²⁷ 森川恭剛「多文化主義とフェミニズムの対立？—犯罪論で差別を問題にする方法」*琉大法学*61号(1999) 22頁以下。另外，論者亦指出，從婦女保護運動的發展來看，針對家暴情境中受虐女性殺害施暴配偶提起正當防衛權的主張與訴求，即是在多有發生施暴者因主張文化抗辯而減輕刑事責任事案的脈絡下開展。詳見，森本陽美「被虐待女性の正当防衛權と急迫性要件の変更」三原憲三先生古稀祝賀論文集編集委員会編『三原憲三先生古稀祝賀論文集』(成文堂、2002) 368頁。另外，有關傳統文化慣習與犯罪現象關聯性之本土研究，張憶純「原住民婦女遭受家庭暴力問題之探討—以某泰雅族部落為例」*社區發展季刊*149期(2015) 261頁。

²⁸ 或有謂文化抗辯論正是試圖迴避這些基本質疑所創設之新法理。奈良·前揭註24)「刑事責任論の新断面」276-277頁。

(一) 文化衝突事件與「故意」

首先，作為責任判斷的前提，故意係指行為人對於「犯罪事實」有所認知並有意使其發生一事；故意的認識對象，亦即「犯罪事實」的核心內容，就在於構成要件該當各要素所對應之事實。要言之，與故意內容相應的判斷基礎，亦即行為人「基於犯罪事實之認識而作出犯罪行為」的客觀事態，即在於客觀上行為人針對系爭行為可能合致構成要件的理解，而不涉及行為人主觀上對此事態的特殊評價。

如前所述，在〔頭目紅包賄選案〕之判決論理脈絡中，本件被告等人是否有行賄或受賄之故意，其論理基礎並不僅在於被告等人所依循「尊重部落頭目」之傳統文化慣習，而是在本件所涉客觀情事無從認定系爭金錢交付與收受之間的對價關係，亦即客觀上並無「賄賂」行為的認定；進一步言，在本件中，藉由文化抗辯所突顯的文化慣習資訊，應可說是具有提供客觀事實判斷基礎之積極意義。同樣的，在〔三根羽毛摘除案〕之原審判決中，其著眼於被告出於維護傳統祭典文化之動機，肯定系爭行為並未該當「侮辱」行為之構成要件，在此前提下否認被告具有侮辱故意；如此一來，是否意味著構成要件行為類型所彰顯的法益侵害態樣，實有隨著行為人「動機」之內容而加以浮動之可能？本件高等法院判決似乎意識到這個明顯的錯誤，進而在肯定客觀行為該當性的前提下，將被告出於文化慣習實踐（執行部落頭目之命令）之確信一事，評價為不具有構成要件故意。然而，這樣的理解同樣有如是將引發行為之「動機」置於不法層次進行實質審查，亦即在無視主客觀構成要件之對應要求下，錯置故意之實質內容。

(二) 文化慣習實踐確信與違法性意識

其次，在行為人對於犯罪事實有所認識並產生決意的前提下，責任判斷上所要進一步審查的即是行為人是否具有違法性意識（不法意識）的可能性。就這點而言，前舉〔卡大地布遷葬抗議案〕判決於確認系爭行為所涉之構成要件該當性與違法性之後，在系爭行為屬於被告等人基於文化慣習實踐確信所為的認識前提下，於責任判斷階段針對被告之不法意識加以評價一事，就論理步驟與取徑而言固屬正確。只是，一如前述說明，本件判決以傳統文化規範確信為基底作為阻卻不法意識評價基礎的思維方式，實有以下值得商榷之處。

質言之，本件判決所呈現的判斷理路毋寧是——(1)被告等人係在維護傳統祖靈文化（肯認抗爭訴求之正當性）的動機趨使下，並且，(2)基於傳統文化慣習（為了排除祖靈地侵擾而出草）的實踐確信，作出系爭「丟擲雞蛋、漆彈（廣告顏料）」等「較為激烈」（相比「出草」侵害法益較小）的抗爭行為，基此肯認被告等人有合理且相當之理由確信行為為法律所容許。

如此一來，第一，本件判決實有將被告等人違法性意識之內容，亦即違法性認識的對象置於「傳統文化慣習」規範之上的疑慮。易言之，被告等人有如在行為符合傳統慣習規範的確信下，認為系爭行為係法規範所容許而不具有不法意識。關於此點，觀察學說的檢討脈絡可知，諸如將「人倫」、「國民道義」、「事物道理」、「行為不純正有愧良心」等作為違法性意識內容的說法，由於這類「前法律規範」之內涵並不明確，在適用上更有擴張的傾向；以違反此類規範的意識作為刑事責任評價基礎一事，顯然並不適切亦為學說通說所不採²⁹。進一步言，誠如學者指出，不具有實證性的倫理、文化道德規範本身具有多樣性的內容，以此等具有個別差異性的非刑法規範作為不法意識的內容，勢將造成刑責成立界限的浮動與不穩定；基此，不法意識的認知對象，仍然必須關連至現有實證法律秩序³⁰。

第二，本件判決以被告等人之「特定主觀確信」作為判斷基準一事，即有造成違法性意識判斷內涵空洞化的疑慮。進一步言，若是從被告等人因為基於傳統文化慣習的實踐確信，從而未認識到行為違法的角度來理解本件判決，則姑不論對於特定規範的信仰是否足以阻隔行為人認識法規範的可能性；這樣的理解方式，同樣可說是誤解違法性意識的概念內涵。

申言之，與故意所指涉之心理狀態有別，違法性意識作為獨立的責任要素，其所預設的是行為人在已產生犯罪決意之心理狀態下，若具有相應的規範意識，行為人即能因此抑制其作出違法行為的意思決定，進而不作出違法行為；因此，針對行為人是否具有違法性意識一事所欲評價的內容，就在於行為人是否具有因理解法規範而形成反對動機（不作出違法行為意思決定）的可能性³¹。值得注意的是，於此之所以使用「可能性」一語，無非在於違法性意識的判斷內涵並非「有無」與否的事實認定問題。一如我國刑法第16條「不得因不知法律而免除刑責」的規範用語所示，在預設現代社會中每個人皆有知法義務的前提下，違法性意識的判斷內涵，係針對行為人「確實不知法律」一事所進行是否可以阻卻責任的規範評價（例如條文所示之「正當理由」）。

若再進一步思考，違法性意識之所以作為責任要素，其被賦予的機能正是在國家期待人民知法，卻發生個人確實因不知法律而違法一事所呈現的緊張關係中，所進行的調和與判斷³²。進一步言，在所謂行為人是否有「正當理由」不知法律或誤解法律的命題中，在判斷上並非著眼於人民應有知法義務，進而針對行為人個人因素之有無，進行正當與否的規範評價；反之，則是應從行為人是否有形成反對動機的可能性，亦即行為人是否處於可以正確接收、知悉理

²⁹ 內藤謙『刑法講義總論（下）I』（有斐閣、1991）1031-1032頁。

³⁰ 許恆達，前揭註11）「國家規範、部落傳統與文化衝突」56-57頁。

³¹ 內藤·前揭註29）『刑法講義總論（下）I』1017頁。

³² 內藤·前揭註29）『刑法講義總論（下）I』1036-1037頁。

解法規範內涵的情境中加以判斷³³。要言之，違法性意識所欲進行的判斷內涵，與其說是人民知法義務的審查，毋寧是對於國家是否已確實盡到使人民理解法規範義務一事的評價與反思。

回到本件判決的判斷理路，不難發現，判決對於被告等人是否具有違法性意識的判斷內容，並不在於其等對於諸如：集會遊行法及刑法中有關侮辱公署之規範內涵與成立界限，又或者是最低限度，在陳抗活動中不能採取「過激」抗爭手段之誡命，乃至「向政府機關建築丟雞蛋、漆彈」屬於「過激」抗爭手段等系爭規範所涉及的認識可能性進行判斷³⁴；反之，判決僅是在被告等人確信行為是法律所容許的基調上，以傳統文化慣習實踐一事加碼此等主觀確信的正當性。如此一來，判決不但將面臨「為何基於特定主觀確信作出違法行為即可免責」的公平性質疑之外，這樣的說理方式毋寧也傳遞出：對於依循固有傳統文化慣習生存之特定族群（例如本件判決以奉行出草文化理解被告等人），並無法如一般人（平均人）一樣具有知法義務之期待可能性。——不得不質問，如此認事用法的方式，真的是在尊重原住民的文化嗎？

三、實踐展望—期待可能性與國家標準說

事實上，在〔卡大地布遷葬抗議案〕中，本件判決在被告等人的責任判斷上所面臨的問題，與其說是被告等人基於文化慣習實踐的確信，誤信行為係法規範所容許；毋寧應說是被告等人在文化慣習實踐的確信下，面臨到縱使理解行為可能違法的情況下，仍不得不執意進行的處境。進一步言，一如判決所示，本件被告等人已是在多次與公部門溝通協商無效後，面臨傳統領域、祖靈文化將受侵害，為求社會關注必須「升高抗爭強度」的情況下作出系爭行為。易言之，本件所涉及的責任判斷難題，就在於這種明知行為違法，但基於文化慣習實踐確信而無法遵守法律的客觀情境，是否仍有阻卻犯罪成立之可能性？

關於此點，國內學者有借鏡德國學理上關於確信犯、良心犯的概念進行極具參考價值之論理開展³⁵。在良心犯的概念脈絡下，當原住民明知實踐固有文化慣習之行為抵觸刑法規範，仍出於其信念執意為之時，學者即指出以下適用良心犯減免罪責前提：(1)系爭原住民規範已提供明確的善惡區分標準，而善的標準與刑法規範相衝突；(2)原住民在面臨上述規範價值觀的差異，而選擇依其信念優先踐履部落文化規範時，其個人必須有不得已的情事存在；(3)系爭原住

³³ 內藤·前揭註29)『刑法講義總論(下)I』1037頁。

³⁴ 就這點而言，本件原審判決對於在抗爭場合「向公署丟擲雞蛋及漆彈」未減損公署威信的「社會一般通念」的認定，或許亦適足以作為此處的說明。

³⁵ 王皇玉·前揭註3)「原住民犯罪的文化抗辯及其實踐」6頁；許恒達·前揭註11)「國家規範、部落傳統與文化衝突」67頁以下參照。

民規範所提供的善惡區分標準，並未悖反於憲政秩序所提供的多元文化保護框架，亦即系爭行為必須是多元文化的可能選項³⁶。

以上述論點為觀察座標進行反思，應可清楚理解到，原住民所涉及之文化衝突犯罪問題，其核心內涵與其說是傳統文化規範與既有法秩序之間的衝突，毋寧是原住民在面臨是否依循文化慣習確信實踐其行為的選擇上，與既存法秩序之間所呈現出的緊張關係（2）。此即是期待可能性所欲對應的問題。

所謂的期待可能性，就定義而言，係指依行為時的具體情事，能期待行為人作出（違法行為以外）適法行為的可能性³⁷。質言之，作為超法規的阻卻責任事由，期待可能性的概念內涵即是在確認行為人具有犯罪決意的心理狀態，並且無從依循違法性意識形成反對動機的前提下，依行為人所處之客觀「情境」進行責任評價。也因此，在學理討論上的重要問題意識，就在於期待可能性判斷基準的選擇，大別有「行為人標準說」、「平均人標準說」及「國家標準說」等說法。對此，議論上或有認為，相較於行為人標準說欠缺實踐可能性、平均人標準說涉及類型化的難題，若是理解到所謂「被期待」的適法行為內涵，終究不得不取決於當代社會對於「妥當」規範一事的理解，在此意義下國家標準說即有其正當性³⁸。對此，學者亦有從社會安全需求與個人困境間的衡平，在兼顧人格權尊重與國家、社會利益的脈絡下，肯認國家標準說係相對周延的說法³⁹。

在期待可能性的判斷基準上採取國家標準說，毋寧正面突顯出刑事責任判斷的本質，終究是在國家與個人之間的緊張關係中所作出的決斷。進而，面對「在行為人所處之客觀情境是否有作出適法行為可能性」的命題時，採取國家標準說所進行的判斷內容，並不在於「個人」乃至「平均人」應有如何的能力、素質等個人因素一致性的探求；反之，則是應著眼於行為人所處的客觀情事，就其系爭行為情事是否足以阻卻責任一事加以類型化的判斷⁴⁰。進一步言，國家標準說的內涵並非法秩序立於期待主體的地位，針對行為人是否符合期待一事進行有如自問自答的操作，而是正視期待主體（國家）與被期待客體（個人）的緊張關係下，就法秩序實踐所依存的客觀環境（例如前述國家是否提供違法性認識的契機）是否合理進行判斷。基此意義，以國家標準說為內涵

³⁶ 許恒達·前揭註11)「國家規範、部落傳統與文化衝突」73頁。

³⁷ 內藤·前揭註29)『刑法講義總論(下)I』1185頁。

³⁸ 嘉門優=中村悠人「超法規的違法性・責任阻却事由の要否」立命館法学335号(2011)409-410頁。

³⁹ 黃榮堅『基礎刑法學(下)四版』(元照、2012)621-622頁。國內學說之不同觀點可見：張麗卿「期待可能性在刑法的運用」劉幸義主編『法學理論與文化—李岱教授祝壽論文集』(新學林、2008)891頁；甘添貴=謝庭晃『捷徑刑法總論』(2006)224頁。

⁴⁰ 因此，亦有認為從判斷的內涵來看，國家標準說應從「類型化的行為情事標準說」來理解較為精確。內藤·前揭註29)『刑法講義總論(下)I』1210頁以下參照。

的期待可能性在具體實踐上，毋寧可說是為既有法秩序的合理性，提供反省的契機。

如此一來，在〔卡大地布遷葬抗議案〕判決脈絡中，本件被告等人是否得以阻卻責任的基礎，並不僅止於其等所依循之文化慣習確信內容的正當性，更應從被告等人所處之客觀情事，是否足以使其等不作出實踐該確信之行為一事進行評價；此時，諸如本件所涉犯集會遊行法中之侮辱公署規範，其在執行上所可能產生的客觀犯罪實態（例如是否在適用上是否極易使人入罪）等，都應該納入評價視野。於此無法再細述，有待日後在實務案例積累的基礎上進一步加以分析。

肆、「文化抗辯」所突顯的未解課題—代結語

行文至此，仍必須強調，在〔卡大地布遷葬抗議案〕中，本件判決之所以如此迂迴地以將被告等人系爭行為與文化慣習實踐一事相連結，進而在責任層次以其等對於自身文化慣習的確信為基礎尋求無罪空間，實由來於判決未能針對系爭行為所涉不法內涵進行精確的評價適用。質言之，本案在客觀上所涉及的終究是特定集會遊行、陳抗行為是否侵害抽象國家法益侵害的問題，縱使被告等人係出於保護傳統文化的信念，充其量僅是強烈的動機，實與原住民傳統文化慣習的實踐乃至文化衝突無涉。

檢視本件判決對於本案所涉及不法內涵的評價可知，不論是構成要件該當性乃至違法性，其均難謂有進行實質意義的論理。進一步言，判決所預設的「機關名譽權」法益不但未能證立正當性⁴¹，系爭行為是否足以表徵法益侵害態樣，又或者是在極度抽象的「機關名譽權」與本件所彰顯集會遊行自由、原住民傳統文化確保等利益衝突衡量的判斷上，均成了自不待言、無須證立的內容。

究其問題根底，或許還是基於法律適用的一致性與穩定性的考量，使得判決實務在面對原住民文化抗辯所突顯的文化衝突犯罪事案中，形成這種不得不在客觀不法內涵進行確保一致性的形式認定，進而在主觀責任評價上進行例外排除的基本模式。

事實上，從前述〔排灣族阿力力案〕中所突顯，「不具有性意識」之撫摸行為是否該當猥褻行為，乃至不帶強制力之觸碰行為是否能被評價為「違反意願」等解釋論上的固有課題；又或者在〔司馬庫斯竊取櫟木案〕與〔國有林地葬母案〕等涉及森林法財產犯罪行為外觀的事案中，判決對於構成要件形式該

⁴¹ 質言之，何以機關內從事公務之人員「榮譽與共之意識」可以作為機關需有名譽權保護必要的理由？縱或肯認此處的「機關名譽權」概念，從法定刑觀之，何以機關名譽可以較私人名譽（公然侮辱）有較高的不法程度？

當行為（雖然主觀上欠缺不法所有意圖）在系爭個案中未違反森林規範目的的說明，實則也為森林法的保護法益內涵與相應侵害態樣的檢討留下伏筆。就此意義而言，文化抗辯與其說反映出原住民在文化慣習實踐上與既有法秩序之間的緊張關係，進而有如必須在行為人主觀面加以解套，毋寧更突顯判決實務中既有未解的法律適用課題。

——如此一來，若原住民文化衝突犯罪呈顯出，刑法公平與尊重原住民文化之間的對立，作為調合兩者的共通基礎，毋寧還是建立在依循刑法解釋原理為基礎的裁判規範，以進行正確的法律適用之上。

【主題討論（一）】原住民族事件適用法—刑事案件

[與談]原住民犯罪刑責認定問題之若干考察—從刑法解釋學觀點反

思我國「文化抗辯」之實踐

與表人許恒達 教授 | 國立臺灣大學法律學院

謝謝大法官，謝謝簡老師，非常非常具有深度的討論，那我就針對簡老師剛提出了幾個問題分析我個人的一些很初步的想法。

第一個問題是涉及到文化抗辯在台灣刑事法的適用，簡單的說 **culture defense** 它並不是一個嚴格來講，並不是一個大陸法系，或說在台灣的一個理論平台上，可以直接運用的東西，也就是說文化抗辯，它其實是一個在最主要應該是美國的法院，它為了解決就像剛簡老師提到，它為了解決這個多民族的族群衝突上，它會發展出一些涉法在美國刑事司法上來排除刑事責任，來尊重多元文化的一個法律機制，那透過文化抗辯，它可以產生一個具體的效果，就是讓一些本於文化特殊理由，也就是說它可能會連接到這個文化不必然會很直觀，它反而會通常會連接到種族的問題，它可能會連接到宗教的問題，它可能會連接到族群的問題，這個本身它在這個文化的表現態樣上都有一些不一樣的地方，但總而言之，但不管怎樣，它的源頭都是涉及到兩個不同的文化淵源的行為人跟被害人或者說行為人跟國家之間，它在文化上的一種抗爭的權衡關係，這是美國法上的一個作法。

我覺得在這個意義上，我覺得美國法上它其實有一個特色，因為美國法跟台灣法不一樣，它並不是直接去把文化抗辯直接說它就是刑法的問題，他們反而不太把文化抗辯當做一個純粹的刑法解釋問題來觀察，相反的美國法上的這個文化抗辯，它其實是一個很多元的概念，很多元的概念就是說，它可以適用範圍跟它可以適用的規範效果，其實跟台灣法是有很明顯的差異性的。

而我舉兩個案子來看：第一個案子，叫 **pronounce moua**，**MOUA**。這個是一個苗族的案例。那這個苗族的案例裡面，它其實最主要就是說叫『搶親』，剛剛接到簡老師也有稍微提到，就是說苗族他們認為說，我就是可以把這個女孩子，我已經跟她結婚了，我就可以把她搶親。那一開始檢察官就去學校裡面把他帶走，把一個女孩子強行帶走，那檢察官一開始，就是用違反意願的妨礙自由、妨礙性自主的這種法條，違反意願的方法去起訴這個被告，結果這個被告在這個案例中就主張，她這個是具有 **culture background**，它並不是像美國的人這樣，是一個白人社會，或者說白人的這一種文化傳統，也就是說他們其實還是存在一定程度會尊重這種搶親的文化慣習的，所以法院經過審酌的時候，它就有承認在這邊有存在 **ulture defens**，所以他就認為說這個在認定上是同意的行為。那當然其它的刑事責任還是有，但是它畢竟它認為說這個其實是一個同意的形式同意的行為，所以他所謂，用台灣法來說他就不會成立強制性交罪，不會成立所謂的妨害自由的刑事責任。好，所以後面好像是用過失妨害自由吧，台灣是沒有這個法條的。

另外一個很有名的案例是印第安人的 **case**，就是說印第安人他長時間與當地的白人警之間存在一個非常緊張的關係，所以有一天白人警察好像他覺得一個警察是要加害於他，所以他就把這個白人警察給殺了。那這個印第安族的被告，他認為他就在這個訴狀上主張說，我今天長期受到這個白人警察的壓迫，所以我認為我是正當防衛，我才認為這個是正當防衛。那最主要的問題就是說，你這個被害

人是這個白人警察就是長期找麻煩的這種白人警察，而且是長期去找印第安人麻煩的這種白人警察。在個案中你會不會能不能夠符合正當防衛的要件。這個問題如果說投射在台灣法上是不可能的事情，這是不可能的。因為台灣法上，我們長期受到這個德國解釋學的影響，我們對這個犯罪成立的實體法效果有一個非常非常明確的要件，類似的案例其實不止在這種地方，它會像這種更無奈的家暴的案例。我們幾乎沒有台灣法，幾乎不可能因為說老公要去睡覺，通常家暴的是老公，老公說等我睡醒我就要把你揍一頓，他就跑去睡覺，然後被害不是，是加害的這一個婦女呢，她就在趁著老公睡覺就把他殺了，然後因為老公起來了可能要打他一頓。所以在這種案例中在台灣好像幾乎沒有辦法被成立正當防衛，可是在英美法上他們就有時候會考量到加害人跟被害人的這一種特殊的關係，那在投射這一個情況當中。就是加害人白人跟印第安人的。就被害人是白人跟行為人的印第安人種族的這種特殊緣由，而可不可以成立正當防衛，他認為說在這個地方 **culture defense** 是可以的。所以從這樣子的一個脈絡發展下，你就會發現說，因為 **culture defense** 他其實並不是一個堅實的實體法概念，它反而是一個在美國法概念上，發展出來用來平衡種族多元性的一種媒介，他沒有辦法直接投射刑法概念上的某一個區塊，所以你可以說它是一個相對開放，那它所能夠應用的領域，比方像剛剛會變成是同意變成不同意，不同意變成同意，或者說沒有正當防衛情況因為考量文化的素材、文化的特殊性的時候變成是可以成立正當防衛的。

所以從這樣的觀念就說文化抗辯它本身存在一個高度的理論的歧異性。好那這個是可以大概就說是文化抗辯，它在美國法上的一個實際上應用的一個狀況，如果把這樣子的美國法實際的應用狀況拉到台灣的法來思考的話，我覺得可以有幾點可以來提出來檢討。

第一點就是說呢，我個人認為說文化抗辯恐怕不能直接當作是一個原住民跟國家本於文化慣習而跟國家之間發生刑事責任成立與否衝突的時候的一個直接的抗辯適用。我不是說文化抗辯不用考慮，而是說你不能說我是要主張文化抗辯所以我無罪，這是一個破壞的推論，這樣子的一個推論，其實它沒有辦法。一方面沒有辦法說服實務的法官，因為實務法官他沒有在他們長期的實務的發展過程中，從來一個排除刑責的理由叫做文化抗辯，這個恐怕沒有辦法說服實務法官。

那第二它在整個說理上恐怕是沒有那麼的明確，也就是說我要我認為有文化理由，所以我就不成立犯罪了，可是它是這樣子的一個說法是過度籠統的。所以我想強調第二個就是，一旦個案中存在這種文化抗辯的事由的時候，它必須要具體的應對到犯罪成立的某一個原理，犯罪成立或排除犯罪成立的某一個特定元素，剛剛簡老師就有提到，他認為這個文化抗辯可能，我不知道你是不是這樣解讀，文化抗辯大部分它會是應用到主觀要件，我覺得這個是一個非常具有啟發性的觀察方向，也就是說，的確在台灣刑事司法上，這一種等於文化抗辯的理由往往都會主張所謂主觀要件的缺乏，就像剛剛司馬庫斯、阿力力或者所謂的紅包的賄選案，基本上最後法院都是設法，透過主觀要件的不滿足，主觀要件的不成立排除

這個犯罪者，就是原住民被告他的刑事責任，這個其實是台灣法目前的一個現象，那針對這個現象，簡老師其實還有一個非常銳利尤其敏銳的觀察，不過我針對這個問題，我覺得還有幾點，也就是我想要強調的第三點，比如說我們對現象這樣的反思，這樣的做法是否是合理的？或者說這一種把文化抗辯變成是主觀抗辯，是不是對原住民能夠提供更有力的保障，我個人提出三點觀察：第一個觀察就是因為台灣的法律在規定上，它其實有很多地方對於不成立犯罪的理由的立法上，其實是相對比較缺乏的，我們在台灣的立法上往往是說這個行為要犯罪，可是在很多的情況之下，它可能同時存在不應該成立犯罪的具體立法規範，可是站在不成立犯罪的具體立法規範，它本身的規範密度往往是非常非常低的，比方說像司馬庫斯當時的規定就是，當時的主要問題是在於說，它的林業法裡面它應該要有一個除罪的特別行政規則，那叫授權規範的適用。但是實際上原住民族委員會當時一直苦於就是，可能是有很多部落之間沒有辦法，找到一個共識的關係一直等到很後面，我記得是 2019 年還是 2020，2019 年的時候，才真正把這個規定實現出來，所以你就可以發現，這個除罪的規定在立法上，它本身的規範是密度過低，這個可能才是真正的一個源頭。

第二個觀察就是：為什麼法院在面對一旦沒有這種阻卻違法的時候，規範密度不夠的時候，它就會傾向用主觀呢？我覺得有一個關鍵性的理由就是這個主觀是法院可以在有一個相對寬廣的裁量空間，也就是說像剛剛簡老師有特別提到他基本上客觀構成要件，或者說排除阻卻違法，排除刑事責任的特殊理由都找不到的時候，法院只好說，我覺得你這個沒有犯意，什麼叫沒有犯意，這個就看你怎麼樣解釋，但是我必須強調就是說這樣子的一個沒有犯意的解釋，恐怕在個案中並不是那麼的理想的，尤其像比方說像司馬庫斯這個案子，他認為說是沒有阻卻沒有不法所有因素，還有他想要拿這個東西，把這個搬回部落的時候沒有想要把這個東西據為已有的不法所有意圖，可是我個人認為像司馬庫斯這個案子比較合理的分析，反而是應該認為說這些行為他明明知道，他的行為是抵觸林務局的相關規範，但是他認為部落長老的要求跟林務局的規範的明顯抵觸的狀況之下，他有義務要優先服從長老的義務，所以說在這個意義上我個人認為，應該要考慮的不是過快的直接變成是一個不法所有意圖上面判決，相反的，我們應該直接說這個原住民他是在執行一個客觀上的文化權利。

好，原住民他基於長老的要求，他基於在自己的固有的領域裡面，在這個過程去執行把這個檺木搬回部落美化部落，而且沒有私人的使用的行為，其實是一個執行客觀意義的文化權。那既然是屬於客觀意義文化權的執行，那它其實就應該是一個明顯的阻卻違法事由可以適用的。在這個地方法院，如果即使在沒有任何具體的阻卻違法的授權規範的時候，他其實可以考慮也發展了超法規的阻卻違法事由，甚至尤其在 803 解釋之後，他可以去透過基本權，這個理由來直接阻卻違法，我覺得這樣子的一個發展方向恐怕會比我國法院慣常適用的這種主觀式的視角，會有應該有更好的一個發展的方式。

那最後我再講 30 秒就好。所以就是說有關不法意識的問題，剛簡老師已經做了非常詳細的看法和分析，我個人認為這個不法意識在判斷上，其實應該要相對比較有實證法優先的視角比較恰當，要不然各位也可以思考，如果今天有一個黑道，他說我認為我應該優先遵從，黑道頭目手裡的命令，然後去執行黑道所要求的阻殺行為，這樣子也可以認定不法意思嗎？我認為這樣不恰當，但是我要再強調的是我這樣的解釋的確有一定程度實證法優先的一個基礎，但是必須要重點應該是要在於說文化權的客觀面向，其實才是真正能夠落實人民保障的這一種規範機制，這個政府在某些不太合理的地方去扭曲刑法的解釋，我想這個都是大家所不樂意的事，也沒有辦法真正能發出長久以來能夠應用到實務的具體見解，以上是我的分享，謝謝。

【主題討論（一）】原住民族事件適用法—刑事案件

[發表]「文化鑑定」於刑事訴訟運用之可行性—從原住民族刑事案件談起

發表人 吳志強 法官 | 憲法法庭調辦事研究

「文化鑑定」於刑事訴訟運用之可行性

—從原住民族刑事案件談起—

吳志強¹

摘要

本文以原住民族司法諮詢制度建置為契機，就文化鑑定於刑事訴訟運用可行性進行研究。針對我國原住民族刑事案件對原住民族傳統慣習之調查方式，揀選部分案件進行歸納，並參考比較法上之應對方式，而認原住民族傳統慣習屬於文化專業知識之一環，在調查方式上認為或宜採行文化鑑定，我國司法實務上亦有實質上踐行文化鑑定之先例，配合文化測試之問題，使法律與文化專業能在法庭活動中交流、對話，重視多元文化之發展，促進原住民族刑事案件在審判上之公平。

關鍵字：文化專業知識、文化鑑定、文化辯護、文化測試、原住民族傳統慣習、原住民司法諮詢委員會

¹ 司法院憲法法庭調辦事研究法官；國立臺灣大學法律學研究所博士候選人。

壹、問題意識

依總統府司法改革國是會議成果報告，為保護弱勢族群在司法中的處境，落實憲法增修條文第 10 條第 12 項，聯合國原住民族權利宣言及原住民族基本法等保障原住民族司法權益之精神，中期部分即包含研擬增設原住民族司法諮詢委員會（下稱原諮會）²，而依原住民族事件適用法草案（下稱原民事事件適用法草案）第 12 條³、第 13 條⁴規定及相關說明⁵將原諮會之定位為機關鑑定，並希冀原住民族傳統慣習及多元文化能呈現於審判中，避免裁判者以自身價值觀或國家法之觀點獨斷判斷，以增進審判結果對多元文化之尊重。此一立法芻議背後所欲彰顯之觀點涵蓋：原住民族傳統慣習與規則實屬法律領域外之專業知識，故對原住民族傳統慣習與規則之調查方法宜由鑑定為之，就此觀點言，已跨過文化辯護（cultural defense）之範疇，而係著眼於「文化專業知識（cultural expertise）」之概念，因此如何在法庭中呈現文化專業知識則需運用「文化鑑定」之方式。惟文化鑑定之方式實際上宜如何運用，本文擬聚焦於原住民族刑事案件及原民事事件適用法草案第 12 條規定，先觀察我國法院在案件處理上獲取文化專業知識之方式，並借鏡外國法例在與文化專業知識相關之案件中如何應對後，回到我國原住民族刑事案件對於文化鑑定於刑事訴訟程序運用之可行性予以初步之分析。

² 依總統府司法改革國是會議成果報告第36頁至第37頁內容所示：「……政府相關院部應建立有效保障原住民族司法權益機制，提高司法專業人員對文化衝突之敏感度及原住民族相關專業法律知識，以落實憲法增修條文第 10 條第 12 項、聯合國原住民族權利宣言及原住民族基本法等保障原住民族司法權益之精神：……2、中期部分—檢討原住民案件審理事件範圍，研擬增設原住民族司法諮詢委員會、人民參與審判制度應考量原住民案件的文化因素：……(2)建請原住民族委員會研議增設原住民族司法諮詢委員會，於認定案件是否為文化衝突案件有疑義時，得請原住民族司法諮詢委員會出具諮詢意見或提出文化抗辯是否成立之意見，作為辦理案件參考依據。……」。請參照：<https://justice.president.gov.tw/newinfos/>（最後瀏覽時間：112年10月6日）。

³ 原民事事件適用法草案第12條規定：「(第1項) 法院關於原住民族傳統慣習之判斷，得囑託原住民族司法諮詢委員會為鑑定，或審查他人之鑑定。其須以言詞報告或說明時，得命實施鑑定或審查之人到場為之。(第2項) 原住民族司法諮詢委員會因鑑定之必要，得經審判長、受命法官或檢察官之許可，檢閱卷宗及證物，並得請求蒐集或調取之。(第3項) 原住民族司法諮詢委員會得請求訊問被告、自訴人或證人，並許其在場及直接發問。(第4項)」。

⁴ 原民事事件適用法草案第13條規定：「經原住民族司法諮詢委員會鑑定之案件經上訴者，上訴審法院應本於尊重多元文化之宗旨，對該鑑定結果妥適行使其審查權限。」。

⁵ 原民事事件適用法草案第12條之立法說明：「原住民族司法諮詢委員會之原住民刑事事件鑑定相關程序。」。原民事事件適用法草案第13條之立法說明：「原住民族司法諮詢委員會認定結果之上訴審審查特別規定。」。而在原住民族事件適用法之立法芻議結案報告中，就原民事事件適用法草案第12條部分提及：「……為使多元文化與多元的歷史記憶能呈現於審判中，避免法官專斷地對原住民族文化進行評價，故應廣納具原住民族傳統慣習專業知識之部落成員、耆老、協會成員、專家學者，以之為基礎設置原諮會，使法院得在審判中以此為鑑定機關，對原住民族傳統文化事項的存否與內容進行鑑定，或對相關意見（如：研究報告、相關論著）等進行審查，在鑑定意見的競爭市場中，扮演最具公信力與說服力的鑑定意見。如此一來，法官可採取此專業意見為認事用法的基礎，而當法官欲採取其他意見時，也必須說明捨棄原諮會專業意見的理由。為了讓原諮會能順利運作與發揮其功能，該委員會自有蒐集、調取必要證據與訊問被告、證人等權限。同時，為保障被告憲法上之對質詰問權，得命委員會為鑑定或審查之人到場接受其詰問。……」。

貳、我國原住民族刑事案件關於「文化」之調查方式

一、我國原住民族刑事案件

(一) 下盆部落墓地案

本案被告甲為具泰雅族身分之原住民族人，被訴自 101 年 2 月 25 日起至同年 3 月底止，在國有林地建造其母之墓地，遭檢察官以涉犯森林法第 51 條第 1 項於他人林地內擅自占用罪嫌、刑法第 320 條第 2 項之竊佔罪嫌；甲及其辯護人主張：其族人原本居住在哈盆部落，於 50 幾年間遷移到下盆部落，族人死亡後，都埋葬在部落附近的系爭墓地上，依泰雅族傳統習俗，死亡後必須要跟祖先葬在一起，故其母親往生後，遂將其葬在該處，其行為符合泰雅族傳統慣習，且所葬之地點係原住民族傳統領域，應不構成犯罪等語；該案法官審理過程中，調查方式包含：①以證人身分傳喚同住於該處之泰雅族族人、下盆部落長者等人到庭作證；②向新北市政府原住民族行政局函詢；③向行政院原住民委員會函查；④參考多篇學術論文及專書後，判處甲無罪⁶。

(二) 司馬庫斯櫟木案

本案被告乙、丙、丁三人為具泰雅族身分之原住民族人，被訴於 94 年 10 月 14 日下午 1 時許，被訴竊取因颱風吹倒之櫟木，涉犯森林法第 52 條第 1 項第 4 款、第 6 款之結夥二人竊取森林主產物，為搬運贓物使用車輛罪嫌；乙、丙、丁及其等辯護人主張：該櫟木並非其等砍伐，而是順著土石流下來，其等認為可帶回部落做為造景或雕刻，出發點是為部落發展等語；迭經第一、二審判處有罪，至最高法院撤銷發回後，於更一審法官審理過程中，調查方式包含：①以證人身分傳喚桐部落之教會長老、時任靜宜大學生態學系教授林益仁；②參考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；③向行政院農業委員會林務局函詢後，撤銷原判決並判處乙、丙、丁均無罪⁷。

⁶ 臺北地方法院 101 年度審訴字第 1139 號刑事判決：「……綜上，被告係泰雅族山地原住民，其於國有林地設置系爭墳墓，固無合法之權源，然依其文化傳統所形成之習慣，族人往生後，應埋葬於祖先墳墓旁，而此等慣習之核心價值，乃厚植於原住民對於祖先之崇敬。哈盆部落於民國 53 年遷移至現址之下盆部落後，即經烏來鄉公所與部落長老協調系爭墓地供族人使用迄今，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，僅因行政作業疏失，迄今未完成辦理公墓用地之變更編定及撥用程序，但相關作業目前仍在進行中。又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，認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。……」。

⁷ 臺灣高等法院 98 年度上更(一)字第 565 號刑事判決：「……證人林益仁於本院前審證稱：我專長

（三）蘭陽自製獵槍案

被告戊為具原住民身分者，因持有獵槍 2 支被訴涉犯槍砲彈藥刀械管制條例第 8 條第 4 項之非法持有非制式獵槍罪嫌；戊及其辯護人主張：遭查獲之本案獵槍 2 支為戊農作生活及打獵之用，屬文化傳統之生活工具等語；本案法官審理時直接援引司法院釋字第 803 號解釋之意旨，進而認定：①所謂「自製獵槍」凡非屬制式或固定兵工廠生產，而為簡易自製槍枝即屬之，始符合立法原意；②槍砲彈藥刀械許可及管理辦法中所列自製獵槍之定義，要求「自行獨力或與非以營利為目的之原住民協力製造」、「在警察分局核准之地點製造完成」、「逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內」、「槍身總長（含槍管）須 38 英吋（約 96.5 公分）以上」等要件，顯係增加法律所無之限制，不當干預人民之文化活動，是認本案獵槍 2 支既俱屬自製獵槍，且被告為原住民並以之供作生活工具之用，被告行為即符合槍砲彈藥刀械管制條例（下稱槍砲條例）第 20 條第 1 項除罪之規定而不罰，判處戊無罪⁸。

於原住民傳統生活知識傳統領域，最近參與國家原民政策、釐定。對台灣魯凱族、泰雅族特別有研究。……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，欲將上開櫟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……」。並請參照：<https://reurl.cc/A044Ed>（2010年7月27日《部落遇到國家 司馬庫斯勝訴》；最後瀏覽時間：112年10月6日）。

⁸ 宜蘭地方法院112 年度原訴字第18號刑事判決意旨：「……103年6月10日修正發布之槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第2條第3款規定對於自製獵槍之規範尚有所不足，未符合使原住民得安全從事合法狩獵活動之要求，於此範圍內，與憲法保障人民生命權、身體權及原住民從事狩獵活動之文化權利之意旨有違。有關機關應遲自本解釋公布之日起2年內，依本解釋意旨儘速檢討修正，就上開規範不足之部分，訂定符合憲法保障原住民得安全從事合法狩獵活動之自製獵槍之定義性規範（司法院釋字第803號解釋參照）……所謂『自製獵槍』，凡非屬制式或固定兵工廠生產，而為簡易自製槍枝即屬之，始符合立法原意。本案獵槍2支，經鑑定結果如附表編號1、2鑑定結果欄所示，且依鑑定書所附照片，可見本案獵槍2支均構造簡單、做工粗糙，足認本案獵槍2支均非屬制式或固定兵工廠所生產者。……人類所謂『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。而狩獵係原住民族傳統維生方式之一，並與其祭典文化有關，原住民在狩獵過程中，可訓練膽識、學習互助精神及生存技能，亦得藉與族人分享狩獵經驗與成果，獲得認同，提昇在部落族人中之地位，故原住民族自製獵槍獵捕野生動物，乃其傳統生活習俗文化之重要內容。惟因社會整體發展急遽變遷，原住民族生活型態亦隨之改變，復因野生動物保育法獵捕規定之限制，難期其仍專以狩獵維生或以狩獵為其生活主要內容，基於維護原住民傳統習俗文化及發展之考量，槍砲彈藥刀械管制條例第20條『供作生活工具之用』之解釋，自應因應生活型態之改變而放寬，只要本於與其傳統習俗文化目的有關而自行製造或持有之獵槍，即應認係供作生活工具之用，不以專恃狩獵維生或以狩獵為其生活主要內容者為限，然如溢出此範圍而使用自製獵槍，自不在此限（最高法院102年度台上字第5093號、104年度台上字第1563號判決參照）。……槍砲彈藥刀械許可及管理辦法中所列自製獵槍之定義，要求『自行獨力或與非以營利為目的之原住民協力製造』、『在警察分局核准之地點製造完成』、『逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內』、『槍身總長（含槍管）須38英吋（約96.5公分）以上』等要件，顯係增加法律所無之限制，不當干預人民之文化活動，其中就槍身總長部分長度須達96.5公分部分，更無合理之理由敘明如此規範之原因及必要性，堪認與槍砲彈藥刀械管制條例第20條

(四) 白鮑溪誤擊山羌案

被告丁為具太魯閣族身分之原住民族人，因自白鮑溪山區離開時被查獲山羌屍體一隻，被訴涉犯野生動物保育法(下稱野保法)第41條第1項第1款之獵捕族群量未逾越環境容許量之保育類野生動物罪嫌；丁及其辯護人主張：其原本是要獵山豬，卻誤擊山羌，丁打獵之地點係其所屬之太魯閣族群的傳統狩獵場，該狩獵文化係屬太魯閣族之傳統文化，且打獵目的並非販賣，而是維持傳統以供家人食用，又「自用」係指非藉此獲取利益，僅供本人、親屬或傳統文化供分享之用等語；該案法官審理過程中，調查方式包含：①以證人身分傳喚與丁一同上山獵山豬之目擊證人、曾任行政院原住民族委員會專員、資深獵人；②函查行政院農業委員會林務局花蓮林管處於95年委託東華大學執行「白鮑溪生態工法資源調查及解說教育設施規畫設計工作」成果報告書、花蓮縣政府105年11月18日函檢附秀林鄉2016MgayBari太魯閣族文化系列活動-參與獵捕人員名冊、東華大學106年5月12日函附原住民族狩獵日常生活化之修法資料、原住民族委員會106年5月22日函檢附原住民族狩獵日常生活化之修法或研究資料、原住民族委員會及行政院農業委員會106年6月8日等函；③參考學術論文後，認定丁因具體事實錯誤而阻卻構成要件該當事實之故意，及「非營利行為之自用」既屬原住民族傳統文化之一部，而應依野保法第21條之1第1項規定認被告將誤擊之山羌帶回欲供本人或親屬或依傳統文化供分享之用時，不成立野保法第41條之1第1項第1款之罪名，判處丁無罪⁹。

立法原意不符，則槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第2條第3款，就自製之獵槍定義增加法律所無之限制，違反憲法多元文化之精神、槍砲彈藥刀械管制條例歷次修法及司法院釋字第803號解釋所揭示之意旨，自無拘束本院之效力……」。

⁹ 花蓮地方法院105年度原訴字第74號刑事判決：「……被告…於本件實行夜間狩獵行為時，並無決意以山羌作為狩獵對象之侵害野保法所保護法益之敵對動機，且欠缺接受替代結果之動機，難認具有違反野保法第41條第1項第1款之未必故意。復考量野保法第41條第1項第1款規定及保護法益，『保育類野生動物』之要件應屬構成要件重要性之事實，被告……事前主觀上既認知狩獵對象為山豬，與對應事後生成之客觀事實即遭誤擊之山羌間已有不一致，被告…因具體事實錯誤而阻卻構成要件該當事實之故意……本院審酌經驗法則、論理法則及社會通念時，參酌前揭實務意旨所揭發法律是社會生活的產物，裁判者宜體察社會脈動，秉持立法精神和整體法律秩序理念，與時俱進、重視多元文化價值之意旨，而避免變相以一般漢人或非原住民族群之價值觀同化原住民族，宜換位思考而考量：①該白鮑溪山區為太魯閣族之傳統狩獵區域乙節，業如前述；②被告於本院審理時供陳：依照伊一般生活經驗，伊等會將獵物帶回去食用等語……，與證人甲○○於警詢時證述：被告應該是將該山羌給家人食用，沒有販賣等語相合……且偵查機關並無提出被告將該山羌用於非營利自用以外之事證；③依證人丁○○、丙○○、乙○○前揭證言，除特定祭儀外，如遇山豬侵犯農作物時，亦會上山狩獵山豬，此屬原住民族狩獵習慣之一部分；④依前開原住民族委員會、行政院農業委員會之函釋，野保法第21條之1包含『非營利行為之自用』；⑤本次被告將誤擊之山羌帶回食用，並非第一級瀕臨絕種之保育類動物物種(如：臺灣黑熊、石虎等)，價值權衡判斷上尚未與憲法第23條比例原則相悖；⑥『文化』概念係內蘊於人類社會生活的根本，原住民族文化自應表現在原住民族社群的每一個層面。爰此，本院認為原住民族之文化實踐並非必然以祭儀方式表達，即使在飲食、起居的日常活動中，亦可理解為文化之實踐，且原住民族部落之傳統依山而居，與其山林土地依附共存，原住民族獵取其山林所產供自己食用，若無任何營利之行為，該行為仍屬原住民族文化活動之實踐方式，故『非營利行為之自用』既屬原住民族傳統文化之一部，而應依野保法第21條之1第1項規定認被告將誤擊之山羌帶回欲供本人或親屬或依

（五）木瓜山玫瑰石案

被告己、庚、辛、壬、癸為具太魯閣族身分之原住民族人，於105年6月15日下午1時許，共同前往木瓜山林班地挖掘玫瑰石礦石14顆，被訴涉犯刑法第321條第1項第3款、第4款之結夥三人以上攜帶兇器竊盜及礦業法69條第1項之未依法取得礦業權私自採礦罪嫌，己、庚、辛、壬、癸及其等辯護人主張之一為：太魯閣族原住民在傳統領域採取玫瑰石係其傳統文化，符合原住民族基本法(下稱原基法)第19條規定，而屬刑法第21條第1項之依法令行為而阻卻違法等語；本案一審法官判處其等無罪，但二審法官則改判有罪，但第一審以證人身分傳喚耆老到庭作證，而認在太魯閣族之傳統文化上，採取礦石行為僅係作為擋土牆之用，尚非擺設於屋內作為藝術品欣賞，此非太魯閣族之傳統文化¹⁰，第二審¹¹及終審法院¹²亦以此為據認非己、庚、辛、壬、癸此次挖掘礦石之行為非基於太魯閣族之傳統文化。

二、關於原住民文化調查方式之歸納

傳統文化供分享之用時，不成立野保法第41條之1第1項第1款之罪名……」。

¹⁰ 花蓮地方法院105年度原訴字第67號刑事判決：「……所謂傳統文化，係指存在於原住民族社會已久，並藉由世代相傳而延續至今之價值、規範、宗教、藝術、倫理、制度、語言、符號及其他一切生活內容之總稱。甲○○於本院審理時先證稱：太魯閣族祖先以前住居在山上時，會就地取材採石堆疊在房屋周圍充作擋土牆，以防土石流侵犯屋內，嗣遷移至山下後，仍會上山至溪谷採石搬至平地圍護房屋，然僅限於非富有者而言，有錢富有者則會築擋土牆等語……嗣證謂：太魯閣族祖先以前住居在山上時，並不會採石擺設家中當作裝飾品欣賞，因當時族人不瞭解什麼是礦石，對於礦石種類又不懂，在傳統上，玫瑰石亦是當作一般石頭，現在方有族人會將好的石頭擺設於家中當作藝術品欣賞，然少之又少等語……顯見在太魯閣族之傳統文化上，採取礦石行為僅係作為擋土牆之用，尚非擺設於屋內作為藝術品欣賞，縱有甲○○所述自山上採取礦石下山，含有努力、認真及自食其力等符合太魯閣族精神等情……然此等精神究非具有族群識別性，洵難認被告5人採取上開玫瑰石行為係合於太魯閣族之傳統文化……」。

¹¹ 臺灣高等法院花蓮分院106年度原上訴字第37號刑事判決意旨：「……被告五人採取系爭玫瑰石之行為，與太魯閣族傳統文化、部落傳承之生活文化、習俗無涉，無從主張『文化抗辯』；證人甲○○即太魯閣族耆老於原審審理時先證稱：太魯閣族祖先以前住居在山上時，會就地取材採石堆疊在房屋周圍充作擋土牆，以防土石流侵犯屋內，嗣遷移至山下後，仍會上山至溪谷採石搬至平地圍護房屋，然僅限於非富有者而言，有錢富有者則會築擋土牆等語……，嗣證稱：太魯閣族祖先以前住居在山上時，並不會採石擺設家中當作裝飾品欣賞，因當時族人不瞭解什麼是礦石，對於礦石種類又不懂，在傳統上，玫瑰石亦是當作一般石頭，現在方有族人會將好的石頭擺設於家中當作藝術品欣賞，然少之又少等語……，顯見在太魯閣族之傳統文化上，僅有採石堆疊作為擋土牆之用，亦難以想像係以玫瑰石等屬寶石類的礦石作為擋土牆使用者，傳統上復不會擺設於屋內作為藝術品欣賞，縱有甲○○所述自山上採取礦石下山，含有努力、認真及自食其力等符合太魯閣族精神等情……然此等精神究非具有族群識別性，顯與太魯閣族部落傳承之生活文化、習俗均無涉，洵難認被告五人採取上開玫瑰石行為係合於太魯閣族之傳統文化，自無從基於原住民族文化權利主張文化抗辯。……」。

¹² 最高法院111年度台上字第1494號刑事判決意旨：「……又依證人即太魯閣族耆老甲○○於第一審證稱：太魯閣族僅有採石堆疊作為擋土牆以防止土石流，並無採石擺設以供裝飾之傳統文化等語。……」。

我國憲法增修條文第 10 條第 12 項¹³業已表明「多元文化主義 (multiculturalism)」，尊重及保障同一國家內之不同文化，而在多元文化主義下，國家法規範與原住民族文化、傳統慣習間則係呈現「法規範多元主義 (legal pluralism)」，即一定地域內存在著使用複數規範系統之現象，但不難想像具法適用統一性之國家司法體系與原住民族傳統慣習間，可能因共存之規範制度而產生緊張關係，且「法規範多元主義」之「法規範」定義上也存在著相當之困難程度，箇中關鍵在於原住民族文化之傳統、慣習非國家制定，此具維護公共秩序之傳統慣習是否能被當作是「法規範」¹⁴，依此之當否而有「管轄多元主義」或「規範多元主義」之別¹⁵，依我國法規範系統之脈絡，國家司法體系與原住民族傳統慣習間為規範多元之關係，而國家司法體系如何應對原住民族文化之傳統慣習備受關注之重心所在。

耙梳上開貳、一(一)至(五)所示之案例，可悉除涉及槍砲條例中關於自製獵槍之爭議，法院直接援引大法官解釋之意旨認定槍砲彈藥刀械許可及管理辦法增加法律所無之限制、不當干預人民文化之活動而判處無罪外，其他案例法院均多會以證人身分傳喚同族群或部落之人(如耆老、長者、原住民族委員會專員、資深獵人)、目擊證人及函詢相關機關(如行政院原住民族委員會、花蓮縣政府、東華大學等)及查閱相關學術文獻，並值得注意的是在「司法庫斯櫟木案」中，更一審法院曾傳喚具有專家學者身分之人到庭表示意見，但係該次係以證人身分到庭。自上開案例法院之調查方式，可見當裁判者與當事人間屬於社會中之不同族群時，因生活方式、型態所形成之不同文化，可能導致對當事人所為有不同理解時，如何處理國家法規範和原住民族文化上傳統慣習之衝突，此際「文化」之考量在刑事訴訟程序中應屬必要，從而有透過以證人或函詢方式來獲知更多資訊。惟協助裁判者獲悉更多關於「文化」資訊者，是否只要屬於同一族群身分者在訴訟中表示意見即可？或需合訴訟上特定身分在庭陳述？抑或此亦屬專業領域而須專家

¹³ 憲法增修條文第10條第12項：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」。

¹⁴ RubenE. RodriguezSamudio, 「ラテンアメリカにおける先住民法の現状—法多元主義に関する一考察」, 北大法学論集第72卷第3号, 第609頁至第611頁, 2021年9月。

¹⁵ 按關於原住民之多元文化主義，在承認某些案件交由該原住民族處理，原住民族有管轄權時，屬「管轄多元主義」；而將國家制定之法規範與原住民之「法規範」並列者，則為「規範多元主義」，但即令是「規範多元主義」並不代表著原住民需要有一之法規範，且規範多元主義下，國家法規範如何對應原住民族之傳統慣習則為重要議題，由於民事案件，站在國家之立場，大多尊重當事人之意思，依原住民族傳統慣習之獨特解決紛爭方式並不會有爭議；但刑事案件，國家與原住民傳統慣習對於「犯罪」之定義不同時，則會有所對立、衝突。請參照：RubenE. RodriguezSamudio, 前註(12)文, 第611頁至第612頁。又按所謂「管轄多元主義」，如拉丁美洲之國家—厄瓜多，該國憲法第171條：「(第1項)原住民族社群、人民和民族當局應據其祖傳傳統和法律體系，在其領域內履行管轄職責，並保障婦女之參與和決策。當局應採用自己之標準和程序來解決內部爭端，只要不違反憲法和國際文書所載之人權。(第2項)國家應保證公共機構和當局遵守原住民管轄權之決定。這些決定應接受其合憲性監督。法律應建立原住民管轄權與普通管轄權之間的協調與合作機制。」，即承認原住民族就其領域內依傳統慣習解決爭端之管轄權，但如果該原住民族之傳統慣習，違反憲法或基本人權，甚至係或對女性之權利有所侵害時，不得適用該傳統慣習。請參照：RubenE. RodriguezSamudio, 前註(12)文, 第644頁；https://www.constituteproject.org/constitution/Ecuador_2021 (最後瀏覽時間：2023年10月6日)。

到庭協助？其次，現行我國刑事訴訟法（下稱刑訴法）層面有何制度能符合此一要求？若有，係採何種制度？若無，是否有修法之必要？是就相關議題，爰擬參考外國法例之作法作為借鏡、分析之對象。

參、外國法例之參考與比較

一、英美與歐陸法系國家

觀察外國法例，法庭中之「文化」概念逐漸地受到關注，以英美及歐陸諸國為中心，表現出此一傾向者及為人所熟知的是「文化辯護（culture defence）」¹⁶，此一概念係指承認少數群體在司法程序中提出其文化定義之規範、道德和價值觀之證據，用以解釋其被指控犯罪行為之情況¹⁷，實際運用上係導入文化因素與既有答辯結合。

（一）美國

以有民族熔爐之稱的美國為例，在早期蔚為熟知之 *People v. Kimura* 案中，被告日本女性（為居住在美國之移民），其所受到日本傳統慣習影響而欲偕同其子女一同赴死，被告雖未否認其有意所為之犯行，但主張其動機與出於仇恨或利益而殺人者不同，被告其後被判處自由刑 1 年、緩刑 5 年，多認輕判原因乃係受到被告文化背景因素影響¹⁸。惟除移民之外，美國之原住民族亦屬少數族群，在 *Arizona v. Attakai* 案中，被告為印地安人（即美國原住民），其被控非法持有精神活性之小型無刺仙人掌罪，其並未否認持有該物，但挑戰該罪在 Arizona 州憲法上之合憲性，於審理過程中，人類學家與精神科醫生到庭作證稱印地安人在宗教儀式上會使用該小型無刺仙人掌之儀式，且該小型無刺仙人掌不會讓人上癮、亦不會造成傷害，州法院法官認為如果沒有該小型無刺仙人掌，該宗教行為將會被阻止，該罪名適用於被告踐行之宗教行為違反 Arizona 州憲法保障之宗教自由，其後該案上訴至 Arizona 州最高法院，州最高法院於 1961 年 4 月 25 日駁回上訴，該案

¹⁶ 額田有美，「法廷において文化と向き合う：コスタリカにおける『裁判所』の民族誌」，第 45 頁，2019 年。請參照：https://ir.library.osaka-u.ac.jp/repo/ouka/all/71651/cod_sp1_001.pdf（最後瀏覽時間：2023 年 10 月 6 日）。

¹⁷ Alison D. Renteln, A Justification of the Cultural Defense as Partial Excuse, 2 S. CAL. REV. L. & WOMEN'S STUN. 437, 439 (1993).

¹⁸ 按 *People v. Kimura* 案之事實略以：被告木村（即 Kimura）女士居住在加州洛杉磯非常偏僻之日本移民地，當其得知丈夫與他人通姦時，其試圖帶著二名子女一同赴死，其子女均死亡而其被救起，此涉及之日本傳統慣習係指「親子心中（日語）」之古老慣習，即當婦女受到丈夫之委屈時，其可能選擇消失於世間，而不是活者被認為是社群之羞恥，其選擇將子女一併殺死，乃因其獨留子女在世而無人照顧，是其作為不當母親之表現。請參照：Michaël Fischera, The Human Rights Implications of A "Cultural Defense", 6 S. Cal. Interdisc. L.J. 663, 672-673 (1998).

標誌著第一個司法承認將小型無刺仙人掌儀式用途為合法之宗教活動¹⁹。爰此，可知不僅是文化辯護之概念存在美國法庭審判活動，業已涵蓋「文化專業知識」概念之運用，此在程序法上之依據是美國聯邦證據法第 702 條規定(專家證人之證詞)：如 ㉑專家之科學、技術或其他專業知識將幫助事實之裁判者理解證據或判斷爭點事實、㉒證詞基於充分之事實或資料、㉓證詞源自可靠之原理及方法、㉔專家將可靠之原理及方法應用於案件事實，該依知識、技能、經驗、訓練或教育而具有專家資格之證人可以其意見或其他形式作證²⁰。該第 702 條規定設立之標準於 1993 年之 *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* 案中提出，推翻 1923 年 *Frye v. U.S.* 案之普遍接受原則，法院決定是否採納專家證人之意見是有靈活、彈性的調查，調查重心在於原則及方法，而非其產生之結論，並且美國聯邦最高法院於 1999 年在 *Kumho Tire Co. v. Carmichael* 案中，亦認此些因素亦適用於非科學性質之專家證詞²¹。

(二) 芬蘭、義大利

歐陸諸國之法規範多元主義在中世紀時為常態，但歷經國家權力擴大、民族國家之形成，國家所制定之法規範成為具有統一適用性之社會規範，法規範多元主義之發展受到限制，直至 20 世紀末全球化之影響，國家間之境界逐漸模糊，法規範多元主義再次受到注目²²，然實際上法規範多元主義是否能妥適地發揮效用仍有待觀察。以芬蘭、義大利為例，芬蘭在法律領域承認原住民族 Sámi 之傳統權利和文化地位屬敏感性議題，蓋北歐國家於幾世紀以來之政策係將原住民納為一般國家立法與管轄之範圍，1999 年芬蘭憲法雖增訂維護少數族群 Sámi 之語言和文化，但土地權利之爭端反映國家不願承認少數族群 Sámi 具有特殊法律權利；雖芬蘭於 2016 年導入專家證人之改革，然涉及少數族群之刑事案件多未尋求文化專業知識，亦無法律專業者知悉此類資訊之提供者；惟如未將具有文化專家侷限於依專家證人規定到庭之人，芬蘭法庭之目擊證人、通譯即可能作為文化中介之隱性文化專家，然雖依賴其等之解釋有助於澄清法庭交流的文化差異，但其等必須在最終法院判決理由中保持隱形，且若任意地使用非正式之文化專家時，文化專業知識可能流於簡化、甚至充斥著偏見或刻板印象²³，為增加審判中正義之可能性，或宜將隱形之文化專業知識應由正式之文化專家讓其更加明確、透明

¹⁹ 請參照：<https://reurl.cc/Oj4ogD> (最後瀏覽時間：2023年10月5日)；Aurelien Bouayad, *The Cactus and the Anthropologist: The Evolution of Cultural Expertise on the Entheogenic Use of Peyote in the United States*, in (Livia Holden ed.) *Cultural Expertise: An Emergent Concept and Evolving Practices*, 23, 37 (2019).

²⁰ 請參照：https://www.law.cornell.edu/rules/evidence/rule_702 (最後瀏覽時間：2023年10月6日)。

²¹ Masua Sagiv, *Cultural Bias In Judicial Decision Making*, 35 *B.C.J.L.&Soc.Just.* 229, 238 (2015).

²² Ruben E. Rodriguez Samudio, 前註 (14) 文，第 610 頁。

²³ Taina Cooke, *From Invisible to Visible: "Cultural Expertise" in Finnish Courts*, in (Livia Holden ed.) *Cultural Expertise and Socio-Legal Studies*, 13, 16-23, 29 (2019).

化。

義大利方面，義大利之法律允許社會法律專家（socio-legal experts）參與法庭審判，當爭議無法依一般觀念或經驗法則解決時，檢察官或當事人得尋求專家之意見，在法庭名冊包含在特定事務上具有專業技能、良好道德之專家，但只要證明決定正確亦得邀請名冊外之專家，由於多數情形司法人員並不了解參與審判群體之文化複雜性，並對雙方所屬群體並無現場經驗，較少具備文化理論及文化過程之分析和解釋的專業知識，聘請文化專家似屬合理，但實際上義大利審判程序中任命之文化專家甚少，與文化爭議相關且更深遠之議題卻幾乎無任何司法人員諮詢文化專家，原因可能在於：①義大利整體社會對人類學並不甚了解；②基於認識論（epistemological）之因素，文化人類學被認為無法提供客觀真實或事實間之確定性與因果關係即法院判決之基本要素；③人類學傾向使用相對主義路徑與國家司法採取普遍主義路徑相悖等情²⁴。惟有認為法律與人類學合作的話，或能夠對公平審判（fair trial）提供更進一步的保障²⁵，並有主張面對文化專業知識在文化爭端中之作用，反思義大利及歐陸國家之調查方式後認需更結構化、標準化之方式加以處理，建構「文化測試（cultural test）」即法官必須回答一系列預先設定之問題，以便決定是否接受文化少數群體提出之文化主張，無論是主動或被動、任何可能發現面臨不同文化實踐及決定之法官均可利用文化測試，作為在人類學之協助下能準確判斷文化要素之指引²⁶。

二、拉丁美洲之部分國家

相對於文化辯護，拉丁美洲國家部分有以制度設計方式，導入被稱為「文化鑑定」之司法鑑定²⁷，所謂「文化鑑定²⁸」概念亦與作為重視文化多樣性(cultural diversity)之工具和方法的概念框架—「文化專業知識」有所連結。此「文化專業知識」概念係指法律及文化專家協助有決策權者評估有關事實及人之社會法律背景的證據所運用之特殊知識，並為提供法律社會科學家在法庭內、外對於解決紛爭、確定權利之參與提供理論框架²⁹。在拉丁美洲各國，刑事法庭使用文化專業知識作為證據可分別追溯至 1975 年之哥倫比亞)、1990 年代之墨西哥、祕魯及阿

²⁴ Antonello Ciccozzi and Giorgia Decarli, *Cultural Expertise in Italian Courts*, in (Livia Holden ed.) *Cultural Expertise and Socio-Legal Studies*, 35, (2019).

²⁵ *Id* at 35.

²⁶ Ilenia Ruggiu, *The “Cultural Test” as Cultural Expertise: Evolution of a Legal–Anthropological Tool for Judges*, in (Livia Holden ed.) *Cultural Expertise : An Emergent Concept and Evolving Practices*, 58, (2019).

²⁷ 額田有美，前註（16）文，第46頁。

²⁸ 按由於英美法之專家證人相對於我國刑訴法則屬鑑定範疇，在我國刑訴法之脈絡概念理解上亦可稱之為「文化鑑定」。請參照：最高法院97年度台上字第4697號刑事判決意旨：「……而英美法上憑其專業知識、技術等專家資格就待證事項陳述證人意見之專家證人，則為我國刑事訴訟法所不採，析其依憑特別知識經驗而陳述或報告其專業意見之本質以觀，亦屬我國刑事訴訟法上鑑定之範疇，自應適用鑑定之規定。……」。

²⁹ Livia Holden, *What is Cultural Expertise ?*, in *CULTURAL EXPERTISE, LAW, AND RIGHTS A COMPREHENSIVE GUIDE* 11, 12 (2023).

根廷及 21 世紀初之智利和哥斯大黎加³⁰，由於各國實踐上有所不同，試以其中之智利、哥斯大黎加二國幾則與文化專業知識有關之刑事案件為例說明之。

(一) 智利

智利自 1993 年以來原住民族之慣習作為免除或減輕刑事責任已屬於國家立法之一部分，但於 2000 年該國刑訴法改革時免除或減輕之使用才逐漸正式化，該國於 2008 年批准「1989 年原住民和部落人民公約」，重申原住民族慣習作為文化辯護之論點，當起訴下述與文化動機之犯罪，辯護律師利用文化專業知識作為辯護論點並考慮到犯罪之文化背景，但文化專業知識是否能發揮效果似仍繫於承審法官之裁量判斷³¹。以艾馬拉牧羊女案加以說明，2007 年 2 月原住民婦女 Gabriela Blas 帶著 3 歲兒子在高原放牧，其履行牧羊人職責尋回兩隻美洲駝，其先將 3 歲的兒子置於看似安全之處，然待其尋回美洲駝後未見其兒子的蹤影，以為兒子回家了，但回到家後接連二天均無找著遂向報警處理，但其被關押 6 天並指控遺棄未成年人致死罪；嗣於 2009 年其兒子的屍體被發現在塔克拉火山山坡，距離其母親最後一次見到他的地方約 14 公里；在言詞審理過程中，一名艾馬拉文化專家向法庭提交文化專業知識之證據，關於被告作為原住民婦女的社會文化背景（艾馬拉性別觀念之文化特殊性，其中包括女性活動牧區工作及女性對男性之從屬地位），然而檢察官與法官以西方民族主義中心的性別刻板印象建構被告的概況，認為被告是一位不正常、反覆無常、粗心大意之母親，其最終被判處有期徒刑 12 年；其於服刑 5 年後經總統赦免；該案於 2013 年被提交至美洲人權法院，經調解後達成和解，智利政府實施糾正措施並向該名艾瑪拉牧羊女道歉³²。

(二) 哥斯大黎加

在哥斯大黎加 2011 年 3 月、9 月文化鑑定案件當中，亦曾就哥斯大黎加原住民殺人案件、違反野生動植物相關法令之案件，在法庭審判時採行文化鑑定，就前者而言，文化專家均認為殺人行為與原住民族傳統慣習並無直接之關聯性，但就其中分別於鑑定內容中提到結構性因素，例如因為西方所有權之概念導入，影響原住民族共同社群之價值觀，以及原本飲用 chichada 慣習是在農作和建設住宅之共同工作後飲用的重要儀式，因商業化的緣故使得摻入了高濃度之酒精，此些結構性因素亦有可能間接地影響原住民族之被告(因土地所有權糾紛或酒醉後殺人)；而就後者來說，則因在自然保護區設定前(即 19 世紀半左右)，該原住民族群已有在該區域從事釣魚之慣習，從而該原住民族之行為被認為與其所屬原住

³⁰ Roberto Álvarez San Martín, *Cultural Expertise in Chile*, in (Livia Holden ed.) *Cultural Expertise, Law, and Rights A Comprehensive Guide*, 301, (2023).

³¹ *Id.* at 303.

³² *Id.* at 303.

民族之社群整體之共同規範有關連性，該行為在其共同規範中被認為是合法；不過，要落實文化鑑定仍有困境，即文化專家之不足及對文化鑑定之重視度不夠³³。

三、小結

從前揭外國法例之借鑑可知關於刑事案件在法庭上對應不限於文化辯護，從各國廣泛地運用專家證人制度來看，談討議題可能更進一步至「文化專業知識」，如前所述依我國刑訴法上調查方式之理解則為鑑定。但一方面，我國刑訴法在修法完成前之鑑定制度仍與專家證人有別，如何在現行制度上將文化專業知識導入鑑定即文化鑑定，仍有進一步釐清概念之必要；另一方面從外國法例之觀察，在具同一族群身分之人到庭作證或以通譯協助翻譯時，由於證人、通譯具結之緣故，前揭外國法例上之法院會有傾向其已符合中立性，加上證人、通譯與作為當事人之被告語言、身分相同，由該名證人、通譯說明該族群之文化、傳統慣習似是合乎常情，但存在之問題係該名證人或通譯所述內容成為法院判決之決定性因素，同時可能使得文化專業知識之理解範疇過於簡化及偏見；此外，欠缺足夠、適格之文化鑑定專家，可能也是無法落實文化鑑定的原因之一；以及在面對國家法規範與少數族群（如移民、原住民）文化衝突時，是否啟動專家證人或文化鑑定之調查方式，法院仍有一定程度之裁量權限，當國家法規範系統將原住民族傳統慣習之爭議內包為法律概念間之詮釋、國家獲取相關資訊行為之性質定位時，將會使得原本法規範所允許使用專家證人或文化鑑定之管道加以關閉，規範多元主義下適切因應多元文化之紛爭解決目的可能也無從達成。準此，如何解決伴隨而來之上述議題，亦為建置原民事件適用法草案時，或宜同步思索解決之道。

肆、文化鑑定運用之可行性評估

一、文化專業知識之性質及需求

「文化（culture）」一詞在 19 世紀至 20 世紀存在著各式各樣的定義，誠如周知之英國人類學家 Edward Burnett Tylor 曾將「文化」定義為「一個複雜之整體，包括知識、信仰、藝術、道德、法律、慣習及其他作為社會一份子所獲得之任何能力與習性。」³⁴強調文化係在社會中習得、共享和傳承之生活方式與行為模式之總和；聯合國教科文組織於 2001 年之「世界文化多樣性宣言」中係將「文化」視為視為社會或社會群體獨特之精神、物質、智力和情感特徵之集合，包含藝術、

³³ 額田有美，「コスタリカの裁判における先住民の権利保障システムに関する一考察—『文化鑑定』の現状と課題—」，第60頁至第63頁，ラテンアメリカ・カリブ研究，2013年。

³⁴ 請參照：<https://archive.org/details/primitivculture01tylouoft/page/n17/mode/2up>（最後瀏覽時間：2023年10月6日）。

文學、生活風格、共同生活方式、價值體系、傳統和信仰³⁵；及我國實務見解亦曾認「文化」是一個群體共同擁有之經驗，不僅塑造著成員的人格，亦對成員之行為抉擇有相當大的制約及影響，且係包容性之概念，涵括人類生存的一切表現，並非是孤立的表象或封閉的間隔，而是視為互動的過程³⁶。於此，可知「文化」定義上之共通特點係非屬靜態、孤立不變，反而係處於動態之過程。

但若將「文化」進一步地界定為「文化專業知識」時，可能有認為自社會科學之視角以觀，專業知識多與文化系統內所劃分之專門領域相關，專業化遍及各個層面(如宗教、藝術、醫學等)，如此一來「文化專業知識」概念幾乎無所限制，恐流於抽象難以劃定知識領域之範圍³⁷。惟此處所指「文化專業知識」概念並非是文化在系統內專門領域之知識、實踐或社會勞動的分配，而係文化本身之專業性，一種有關獨特信仰和實踐系統之包羅萬象的整體知識，將其與其他系統加以區分³⁸；且如前所述，「文化專業知識」概念雖與其他任何類型之法律專業知識相似，但此概念與「文化辯護」仍有不同，文化專業知識與文化辯護在概念上有所重疊、經常互相聯繫，然文化專業知識無論是法院依職權或依當事人之聲請，在程序上應具中立性，比起典型文化辯護之案例，文化專業知識能更廣泛地運用在其他案件³⁹；又即令將此概念與知識、實踐之分配連結，「原住民族之文化」亦為我國憲法明文肯認，為維護原住民之人性尊嚴、文化認同、個人文化主體性及人格自由發展之完整，進而維繫、實踐與傳承其所屬原住民族特有之傳統文化，以確保原住民族文化之永續發展，此一文化權利應受國家之尊重與保障，而為個別原住民受憲法保障基本權之一環⁴⁰，藉由專家陳述相關原住民族傳統慣習之範疇，

³⁵ 請參照：<https://www.unesco.org/en/legal-affairs/unesco-universal-declaration-cultural-diversity> (最後瀏覽時間：2023年10月6日)。

³⁶ 花蓮地方法院105年度原訴字第74號判決意旨：「……『文化』是一個群體共同擁有的經驗，文化不僅塑造著成員的人格，也對成員的行為抉擇有相當大的制約及影響，該『文化』概念係包容性之概念，涵括人類生存的一切表現，並非是孤立的表象或封閉的間隔，而是視為互動的過程，於該過程當中，個人與社群在保留自己的特點和目的之同時也展現了人類的文化，而『文化』包含生活方式、語言、口頭和書面文學、音樂和歌曲、非口頭交流、宗教或信仰制度、禮儀和儀式、體育和遊戲、生產方法或技術、自然和人為環境、食品、服裝、風俗習慣和傳統，傳統食物也是文化權保障之一……」。

³⁷ Mark Goodale, *Cultural Expertise Within and Beyond—the Boundaries of Law*, in (Livia Holden ed.) *Cultural Expertise, Law, and Rights A Comprehensive Guide*, 339, 340 (2023).

³⁸ *Id.* at 340.

³⁹ Livia Holden, *Cultural Expertise and Socio-legal Studies: Introduction*, in (Livia Holden ed.) *Cultural Expertise and Socio-Legal Studies*, 1, 2-3 (2019).

⁴⁰ 司法院釋字第803號解釋理由書第19段：「……維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，為自由民主憲政秩序之核心價值……憲法增修條文第10條第11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。』第12項前段規定：『國家應依民族意願，保障原住民族之地位……並對其教育文化……予以保障扶助並促其發展……。』是原住民族之文化為憲法所明文肯認，國家有保障、扶助並促進其發展之義務……身為原住民族成員之個別原住民，其認同並遵循傳統文化生活之權利，雖未為憲法所明文列舉，惟隨著憲法對多元文化價值之肯定與文化多元性社會之發展，並參諸當代民主國家尊重少數民族之發展趨勢……，為維護原住民之人性尊嚴、文化認同、個人文化主體性及人格自由發展之完整，進而維繫、實踐與傳承其所屬原住民族特有之傳統文化，以確保原住民族文化之永續發展，依憲法第22條、憲法增修條文第10條第11項及第12項前段規定，原住民應享有選擇依其傳統文化而生活之權利。此一文化權利應受國家之尊重與保障，而為個別

宜認能劃定其概念上之範圍；況從心理學觀點來看，裁判者審理案件時不僅依憑「法律專業知識」，亦運用其對於法律外之領域所瞭解之「常識/經驗」，此一「常識/經驗」為無形之文化系統，包含人們從其社群之視角對其所處環境之非正式知識，裁判者與當事人分屬不同文化群體時，當裁判者之常識僅限於其社群之角度時，裁判者所作成之判斷對不認同該社群文化觀點之當事人言，訴訟程序可能存在不公平之虞⁴¹，為避免此一疑慮，宜由不同文化群體中之人加入法庭活動發聲。爰此，「文化專業知識」能獨立成為一專業知識概念，而在原住民族刑事案件中，涉及原住民族文化領域之議題時，為能符合公平審判之要求，宜有對於該原住民族文化之文化專業知識者到庭陳述、發聲，藉以釐清該原住民族文化領域之相關議題。

二、通譯、證人及鑑定之功能性取向

雖參考前開外國法例之分析，有認為法庭活動中之通譯、證人等亦得被視作隱形之文化專家，似乎因為語言相通、同一族群便能夠為當事人代言發聲，但依法庭活動中各該職業角色之功能性取向，如何將原住民族之文化專業知識呈現於法庭，有再進一步確認之必要。我國刑訴法分別將「通譯」、「證人」及「鑑定人」之定位區分⁴²：(1)因被告為聽覺或語言障礙或語言不通時⁴³，此際應以「通譯」協助，但通譯係藉其語言特別知識以陳述所觀察之現在事實，譯述言詞文字互通雙方意思者⁴⁴；在語言不通之情形，通譯係在輔助法院、偵查機關、非通曉國語之被告與其他有關係之人正確理解訊答內容或訴訟程序，以澈底落實訴訟上之程序保障；由於通譯係為譯述文字，傳達意思而設，其傳譯之內容本身並非證據⁴⁵，關於傳譯對象陳述之證據適格，應以作為證據方法之被告實際上供述內容為斷，若對於被告供述所為傳譯與實際陳述內容有出入者，本應以被告所述實際內容為判斷基礎⁴⁶。(2)「證人」係在他人之訴訟案件中，陳述自己所見所聞具體事實之第三人，屬證據之一種，舉凡居住在我國領域內，應服從我國法權之人，無分國籍身分，均有在他人為被告之案件中作證之義務，以期發現事實真相；且證人既係陳述自己所觀察之過去事實，具有不可替代之性質，又證人必須限於自然人⁴⁷。

原住民受憲法保障基本權之一環。……」。

⁴¹ Masua Sagiv, *Cultural Bias In Judicial Decision Making*, 35 *Boston College Journal of Law & Social Justice*, 229, 229-230、235-236(2015).

⁴² 刑訴法第41條第1項規定：「訊問被告、自訴人、證人、鑑定人及通譯，應當場制作筆錄，記載下列事項：……」。

⁴³ 刑訴法第99條第1項規定：「被告為聽覺或語言障礙或語言不通者，應由通譯傳譯之；必要時，並得以文字訊問或命以文字陳述。」。

⁴⁴ 最高法院112年度台上字第1172號刑事判決。

⁴⁵ 林俊益，「刑事訴訟法概論（上）」，第626頁，新學林，2021年。

⁴⁶ 最高法院110年度台上字第2634號刑事判決。

⁴⁷ 林俊益，前註（45）書，第577頁至第578頁。

(3)「鑑定」係具特殊知識或經驗之第三人，就某事項，陳述或報告其判斷意見，相較於證人具有可替代性⁴⁸；程序上由法院或檢察官選任之鑑定人或囑託之鑑定機構，除憑藉其特別知識經驗，就特定物（書）證加以鑑（檢）驗外，並得就無關親身經歷之待鑑事項，僅依憑其特別知識經驗而陳述或報告其專業意見，以供法院審判之參酌依據⁴⁹；且鑑定係以鑑定人之意見做為證據資料，亦屬證據之一種，此與通譯有所不同⁵⁰。職此，雖然刑事訴訟實務上基於公正性之考量，不論是通譯、證人或鑑定人均會命其具結，其等於法庭活動之參與各司其職，在功能性取向方面三者有所不同。

基於三者功能性取向上之不同，實際上面對文化專業知識之需求時，由於通譯係轉譯法庭活動者陳述內容，著重在透過口譯使原本語言不通之雙方，能互通、知悉傳遞陳述內容，陳述文化專業知識者仍是原先在法庭上陳述之人，就此而言，可能採取之調查方法應為證人或鑑定；又就文化專業知識屬於特別知識、經驗層面，及依前開外國法例之經驗，鑑定結果除判斷是否為傳統慣習外，透過具文化專業知識之專家亦可能將存在於該少數族群面對多數族群影響所形成結構性因素予以呈現等因素加以考量，鑑定之方式益較證人合適，就此我國司馬庫斯櫟木案中委請專家學者到庭，亦得作為實質上採取文化鑑定之先例。

若文化專業知識聚焦在原住民族傳統慣習時，代入前開外國法例上論者所倡議之文化測試方式⁵¹，大致上可將對於原住民族傳統慣習所需評斷之相關問題區分為三個部分，即(1)客觀評斷意見部分：①是否屬於原住民族傳統慣習之範疇、②描述原住民族傳統慣習及群體、③將原住民族傳統慣習與其文化系統或網絡加以連結、④該原住民族傳統慣習及群體對於該群體之生存在實踐上屬必須、強制性之性質或屬具有可選擇性、⑤原住民族傳統慣習在該群體中屬於共享之事項或係具有爭議性質、⑥該原住民族群體在社會中是否屬於少數或受到歧視之群體，對此等提問，除了判斷該原住民族群體在社會中是否屬於少數或受到歧視，法官本身可透過觀察社會背景加以檢視少數群體是否受到歡迎或歧視外，其他客觀評斷意見均有仰賴鑑定提供文化專業知識之必要；(2)主觀評斷意見部分：⑦原住民

⁴⁸ 林俊益，前註(45)書，第599頁。

⁴⁹ 最高法院112年度台上字第1172號刑事判決。

⁵⁰ 最高法院106年度台上字第2919號刑事判決旨：「……通譯係譯述言詞文字互通雙方意思之人，就藉其語言特別知識以陳述所觀察之現在事實，雖與鑑定人相似（刑事訴訟法第211條規定通譯準用鑑定人之規定），惟通譯係為譯述文字，傳達意思而設，其傳譯之內容本身並非證據，此與鑑定係以鑑定人之鑑定意見為證據資料，二者性質上仍有不同。刑事訴訟程序命通譯及鑑定人具結，旨在透過刑法偽證罪之處罰，使其等為公正誠實之傳譯及鑑定，擔保傳譯內容、鑑定意見之真實。為確保鑑定意見成為證據資料之公正性、正確性，鑑定人未依法具結者，刑事訴訟法第158條之3乃明定其鑑定意見不得作為證據；至通譯之傳譯內容並非證據，性質上僅為輔助法院或非通曉國語之當事人、證人或其他有關係之人理解訊答內容或訴訟程序之手段，是通譯未具結者，是否影響其傳譯對象陳述之證據適格，仍應以作為證據方法之證人、被告等實際上已否透過傳譯正確理解訊問內容而據實陳述為斷。如事實上證人、被告等已經由翻譯正確理解語意而為陳述，即應認該證人已具結之證述或被告陳述得為證據，無關乎刑事訴訟法第158條之3之適用。……」。

⁵¹ 按關於後述文化測試之問題試擬，參考論者 Ilenia Ruggiu 所提出之問題類型。請參照：Ilenia Ruggiu, *supra* note 26, at 66.

族之被告主張其行為基於原住民族傳統慣習時，在同樣之環境、條件下，該原住民族群體中之其他族人是否會採取相同行為、⑧該原住民族之被告主張其行為基於原住民族傳統慣習是否因真誠、誠實、出於一致而具有可信性，就此等問題，證人與鑑定均有其必要，蓋透過主觀評價意見之檢視，得以釐清該原住民傳統慣習在該群體中不同個人身分間之實踐之關係，藉此驗證該原住民族之被告是否僅係將原住民族文化議題充作純粹訴訟攻防之工具，讓法官能更準確地衡量作成判決；(3)其他相關問題之評價意見：⑨於多數族群之文化中，是否具有與原住民族傳統慣習相同、相似或可比較之作法、⑩實踐此原住民族傳統慣習是否會造成無法彌補之侵害，有無反而造成基本權或人性尊嚴之侵害、⑪該原住民族傳統慣習之實踐是否延續父權主義，有無造成性別不平等之情形、⑫此原住民族傳統慣習之實踐，對多數族群之文化和價值有無造成何種影響、⑬有何積極性理由支持少數群體遵循此原住民族傳統慣習，是否因該原住民族傳統慣習同樣屬於有價值及意義之人生選擇，於此等疑問，亦須透過熟悉文化專業知識之專家對於多數族群及少數族群間之文化衝突比較、內涵及背後因素進行解釋、分析，故程序上以鑑定之方式踐行實屬必要。是以，經由文化測試詳列問題之方式，即可知悉須仰仗文化專業知識之專家分析、提供意見，文化鑑定之存在有其必要性，且面對文化爭議時，透過事先擬定之問題逐一盤點判斷，亦可讓法官在判決理由中適切地加以回應，以利作成最合理、妥適和兼及顧慮到多元文化特性之決斷。

三、原住民司法諮詢制度建立之考量因素

面對原住民族刑事案件中之原住民族傳統慣習爭議時，既然有仰賴熟稔原住民族傳統慣習專業知識之專家在程序上行文化鑑定，建置原住民司法諮詢制度（如原住民族司法諮詢委員會）自有其必要性。惟建置原住民族司法諮詢制度，以利後續當原住民族刑事案件有需要文化鑑定時，能有熟稔該原住民族傳統慣習之專家協助鑑定等情是否可行，關鍵在於建置原住民族司法諮詢制度之兩個面向，其一為「專家性」之資格、設置供文化鑑定之名冊、倫理規範及協助文化鑑定之相關規則的確立；其二則為法律規範制度之整備。

對於前者，借鑑外國法例，擔任文化鑑定之專家學者多為文化人類學家，與原住民族事件適用法之立法芻議結案報告就原民事件適用法草案第 12 條之說明「……廣納具原住民族傳統慣習專業知識之部落成員、耆老、協會成員、專家學者……」相較，草案該條規定或係擔憂可供文化鑑定人不足而先採廣泛納入方式，但就如何取得、認定屬於熟稔原住民族傳統慣習專業知識之專家資格而言尚非明確，從文義上來看除專家學者外，該原住民族之全體部落成員、耆老、協會成員在符合怎樣的條件下能與專家學者具備之相同資格，抑或配合上開文化測試之列表問題，實際上亦得以證人身分參與法庭活動發聲，或有進一步說明之餘地，蓋專家資格確立、設立可供，並適當地分工，有助於提升原住民族傳統慣習領域之專家性；並且相關就原住民族傳統慣習之專業知識的專家如何協助文化鑑定及倫

理規範亦有一併建置之必要。至於後者，原民事事件適用法草案第 12 條大幅度地參考現行刑訴法關於鑑定章節之規範，並認為可適用機關鑑定之性質，但在未如部分外國法例採行管轄多元主義之情況下，除於將來立法階段可能需面對不同專責機關間關於規範重疊之提問、質疑外，刑事訴訟實務運作之機關鑑定所受到之相關批評，可能亦會延續至原住民司法諮詢制度中。

職是，除目前原民事事件適用法草案之路徑外，或可考量前開外國法例及我國實務運作，配合同為總統府司法改革國是會議之建議，即刑訴法導入專家證人制度，同時檢討現行鑑定制度功能的缺失及其存廢問題之決議⁵²，結合或參酌刑訴法修正草案⁵³，納入或調整「明確鑑定人資格」⁵⁴、「機關鑑定實施者之資格、具名及原則到庭陳述」⁵⁵之相關規定，搭配專家資格之確立、設置符合資格之鑑定

⁵² 依總統府司法改革國是會議成果報告第38頁內容所示：「……2. 建請司法院研議制定並完善專家證人制度，同時檢討現行鑑定制度功能的缺失及其存廢問題。……」。請參照：<https://justice.president.gov.tw/newinfos/>（最後瀏覽時間：112年10月6日）。

⁵³ 司法院於108年5月31日第177次院會通過刑訴法及刑訴法施行法鑑定部分條文修正草案（下稱108年版刑訴法修正草案），修正重點分述如下：一、為使鑑定人資格明確，將「就鑑定事項有特別知識經驗者」之文字，修正為「因學識、技術、經驗、訓練或教育而就鑑定事項具有專業能力者」；又為確保鑑定人之中立性及公正性，增訂鑑定人就本案相關專業意見或資料之準備或提出，應揭露其與被告、自訴人、代理人、辯護人、輔佐人或其他訴訟關係人等之分工或合作關係、有無金錢報酬或資助等相關資訊，以判斷鑑定人是否有偏頗或足認有不能公正、獨立執行職務之虞。（刑訴修正條文第198條）……五、為使機關鑑定更臻周延，明定為機關實施鑑定之自然人應具備鑑定人之資格，並應於書面報告具名，且其於審判中原則上應到庭以言詞說明。另明定當事人於審判中得自行委任機關鑑定，此情形並應揭露第一百九十八條第二項之利益資訊，以確保機關鑑定之中立性及公正性。（刑訴法修正條文第208條）……請參照：<https://reurl.cc/7M77kD>（最後瀏覽時間：112年10月6日）。

⁵⁴ 108年版刑訴法修正條文第198條之修法說明：「一、鑑定，係指因學識、技術、經驗、訓練或教育而就鑑定事項具有專業能力者，就其無關親身經歷之待鑑事項所為利用其專業能力之過程及其結果，例如藉由物理、化學等科學原理使用儀器或設備，或基於醫學、工程、心理等專業學識、經驗所作成者，均屬之。為使現行條文第一款所定之鑑定人資格更為明確，爰參酌美國聯邦證據規則 702 規定，修正現行第一款規定，並配合第二項之增訂，改列第一項。二、為確保鑑定人之中立性及公正性，鑑定人就本案相關專業意見或資料之準備或提出，應揭露其與該案件被告、自訴人、代理人、辯護人、輔佐人或其他訴訟關係人等之分工或合作關係、有無金錢報酬或資助等相關資訊，以判斷實施鑑定之人是否有偏頗或足認有不能公正、獨立執行職務之虞，爰參酌憲法訴訟法第十九條第三項、法院組織法第五十一條之八第五項及行政法院組織法第十五條之八第五項規定，增訂第二項。又審判長、受命法官或檢察官本於執行職務之公正性，依本條第一項選任自然人為鑑定人時，鑑定人無須揭露其與審判長、受命法官或檢察官有無本項各款情形，本項第一款及第二款鑑定人應利益揭露之對象及第三款所指前項以外之人，均不包含第一項所指之審判長、受命法官或檢察官。」。

⁵⁵ 108年版刑訴法修正條文第208條之修法說明：「一、第一項所定由醫院、學校或其他相當之機關、團體所為之鑑定，或審查他人之鑑定，即所謂『機關鑑定』，固係以選任自然人以外之方式，由具有公信力之機關為之，但此種機關鑑定實際上仍係委由機關內部之自然人實施鑑定或審查後，再以機關名義出具書面報告。因此，機關鑑定之情形，既需委由機關內部之自然人實施鑑定或審查，自應由具有第一百九十八條第一項所定專業能力或鑑定職務之人充之。而為機關實施鑑定之自然人，亦應於記載鑑定經過及其結果之書面報告具名，以示負責，並利作為判斷其是否具備鑑定適格之依據。實際上為機關實施鑑定之自然人有數人，或因內部分工而有數人，該數人就其專業分工部分均應具名，爰增訂第二項。二、依第一百九十八條之一第三項規定，當事人於審判中得自行委任自然人實施鑑定，為期周妥，亦應明定當事人於審判中得自行委任醫院、學校或其他相當之機關、團體為鑑定，或審查他人之鑑定，並應揭露第一百九十八條第二項之資訊，以

人名冊、逐步地培訓熟稔原住民族傳統慣習之鑑定人，以利建置完善之原住民族司法諮詢制度。

伍、代結論

多元文化之社會如何處理同一社會當中多數群體制訂國家法規範與少數族群傳統慣習間之衝突，至關重要。尤其是事涉人民基本權保障之刑事案件，當裁判者與當事人屬於不同族群時，彼此間視角、觀點不同時，亦有形成理解上之差距，判斷上可能存在誤解與偏見，為能拉近雙方在理解上之距離，則需適格之人參與法庭活動表述意見、加以發聲；回顧外國法例之實務經驗，少數群體之文化作為專業知識加以看待，已屬常見，由文化專家到庭陳述文化專業知識，兼顧程序中立性及專業性之考量，也有助於填補裁判者與當事人間無形之文化隔閡，此一作法在我國司法實務上亦有先例可循，只因當時我國刑訴法之鑑定制度尚未導入專家證人之概念，仍以證人身分加以傳喚，但實際上應屬實質文化鑑定之先例。惟法律規範制度整備之同時，亦宜留意原先我國刑訴法鑑定制度之侷限，除避免讓原本鑑定制度之侷限及批評延續外，更重要的是在實質面向確立文化專家之專業性，連結運用文化測試之方式，事先擬定相關原住民族傳統慣習之問題，讓與原住民族文化相關之不同身分者(如證人、鑑定人)適切地在相關問題上提供協助供裁判者參酌，減少判斷上存在偏見之風險，亦有助於促進公平審判之目的。

確保機關鑑定之中立性及公正性，爰增訂第三項。……」。

【主題討論（一）】原住民族事件適用法—刑事案件

[與談]「文化鑑定」於刑事訴訟運用之可行性—從原住民族刑事案件談起

與談人 林三元 律師 | 三元法律事務所

主持人尤大法官，還有我們剛報告人吳法官，在座各位先進。因為時間的關係，我就盡快的跟大家報告。其實我當法官的時間比較久，當律師時間很短，我法官時間 22 年，律師才當 4、5 年而已，所以還不太習慣。所謂的不大習慣就是說角色上面的調整。所以我當然律師之後其實做了很多事，反而都不是律師業務在做的事情，譬如說法扶那邊我就有很多的一些工作。

吳法官剛剛其實已經非常清楚的把文化鑑定這件事情在訴訟實務上如何操作，做了一個說明。我想這個應該是一個未來的一個方向。換言之，我們現在在討論原住民在訴訟中權益的問題的時候，應該可以跳脫說到底要不要主張文化抗辯這件事。我是認為說主張我要抗辯這個命題，如果大家都有共識的，我們要努力的方向應該是如何做文化抗辯，也就是進行文化鑑定這件事情。

這張圖是我當時在做田野調查的時候，一位排灣族的藝術家叫 Sakuliu(撒古流)，他畫給我的他送給我的一個素描，然後他這素描我滿喜歡，就是一個獵人，然後他蹲在一個石頭上面，然後他上面他寫的標題就是「獵場與國有林」，其實他這件事情就是在講一個衝突的，就是說原來屬於台灣原住民族的獵場，怎麼現在全部都變成國有林了。但其實跟我們今天在思考的問題也是一樣，原住民所有的傳統規範，當它面對到國家法律制度的時候，這兩者中間怎麼樣去取得一個平衡，其實就是要做這樣子的一個思考。

剛剛吳法官有特別談到司改國是會議，所以我從司改國是會議的觀點提出一些分享給大家。我在司法院服務的時候，剛好就是參與了司改國是會議整個過程，在做成這個決議的時候，我當時就在現場，所以我把這個時間把它寫下來。剛吳法官跟大家講的是最後的總結報告，總結報告是在 106 年的 5 月 13 號，我們第一分組增開第三次的增開會議所做出來的，所以決議的文字內容我也有一起參與在裡面，因為當時我是司法院司法行政廳的副廳長，那就代表司法院去列席這個會議。我們做出來的決議的主旨，大概是這個樣子，我就跳過去不講，我先從當時在做的時候，我們是把它分成三個階段，第一個階段是短期部分，短期部分是希望說能夠培養司法相關人員的文化衝突的敏感度，落實保障原住民族的司法權益，包括這三件事情，從法官檢察官、律師跟警察都能夠去安排相關的活動，然後司法院能夠去建立原住民法官專業證照制度。這件事第一件事情大家都有在做，各個機關大概都有努力在這裡；第二件事呢（建請司法院研議原住民法官專業證照制度），司法院也做了，可是去申請的法官不多。因為法官申請專業證照有一個背後很強大的動機，就是我要選擇留在什麼樣的法庭。如果你法官對於原民案件不是那麼有興趣的話，老實說他也不會特別說我一定要辦原民的案件，而且台灣的原民案件大部分是在東部地區，西部地區法院比例不是那麼高，所以司法院當時開始設立證照制度，據我所知申請的法官真的是非常少，張道周律師那時候在司法院還在司法院服務的時候應該也知道，很少人會去做申請，司改國是會議做這樣子的一個決議，所以司法院也有去落實這個部分；再來就是說能夠去增設大學法律系，能夠增設原住民族相關研究的課程，這個部份原民會也編了預算，

給各個大專院校去開設相關的課程，我想這個都是要不只是短期目標，也是長期要去做。

好，剛剛吳法官提到的就屬於中期目標的部分，當時的決議是希望說能夠研擬增設原住民族司法諮詢委員會，能夠設這個委員會，那麼大家一定要想說這個委員會到底設了沒有，我等一下會跟大家報告，其實它已經設了，而且委員都出來了，我們在座有一些人是擔任其中的委員的。再來就是說，第二點是說最重要這個點是對法官辦案來講最重要的就是，如果你設的委員會之後，將來法官檢察官在辦案的時候，希望這個委員會能夠出具諮詢的意見，或者說提出文化抗辯是否成立的意見，作為辦理案件參考的依據，所以我跟各位報告今天討論這個事情，其實在 106 年 107 年的時候，就已經決議要做了，我們就來檢視看就是說這幾年來我們到底做的怎麼樣，做了哪一些。當時還有在討論說，到時候說如果有國民法官制度的時候或人民參審制度的時候，要不要將部落耆老的意見引入參審代表的，那這個部分在國民法官制度的時候，原民會其實一直有跟司法院溝通，最後當然是沒有放進去國民法官制度裡面。

好，這個都是長期決議的部分。長期決議的部分是希望說能夠承認原住民習慣法跟設置原住民族法院的可行性，我想設原住民族法院大概難度非常高了，而且我常常講說光應訴管轄的部分就很困難，你不可能全國都設。我們有一個失敗…

我講失敗怪怪的，現在不能因為自己沒有當法官就講失敗。

我們原來預計要設，全國要設四個家事少年法院，就是北中南東要各設一個家事少年法院，但是我們到目前為止只有一個高雄的高少家，北部中部東部通通沒有設了，為什麼沒有設？因為其實他跟地方法院的家事法庭跟少年法庭是非常嚴重的重疊。台灣現在面臨最大的問題就是法院太多，連行政法院我都認為說其實有的應該要裁掉，只要在高等法院設行政訴訟庭就好，我們真的是法院太多，一個小小的國家弄那麼多的法院，這個是可能司法資源分配的問題。

其實退休以後最大好處是可以亂講話，以前在司法院我不敢講這個，都講說政策是對的。

那我現在給大家看的的地方就是，我們是真的已經設了諮詢會。那我給大家看一下這個，在我們司改國是會議做成了個決議之後，我現在不是在幫原民會做政策宣傳，我是在講原民會真的有做，原民會在 109 年 5 月 18 號的時候，就已經委托專家學者提出結案報告，當時是委托東吳大學進行設立司法諮詢會做學術研究報告，這個研究報告我為什麼會知道是因為那時候原民會有請我去當結案報告的審查委員，所以我看了結案報告，我看了幾篇報告以後，我差一點就從椅子上跌下來，因為檢驗報告的結論是說要由司法院設置司法諮詢委員會，我說司法院自己就是審判機關，你在審判機關裡面設一個司法諮詢委員會怎麼會通？我就舉一個例子說行車事故鑑定委員會沒有設在司法院，一是審議委員會也沒有設在司法院，

我是說司法院不可能設一個諮詢機關，讓法官去問司法院。司法院本身就是一個獨立的審判機關，所以我對結案報告我就當場表達反對的立場說不能夠依照結案報告，把司法諮詢會設在司法院裡面，我說在審查會的時候我就直接提出這一點。那 109 年 5 月 18 號提出結案報告之後，後來原民會，我覺得原民會真的也有聽進去，他就沒有依照那個結案報告，也把這個司法諮詢會放到原民會自己底下，所以原民會是在 110 年 6 月 21 號，把（司法諮詢委員會）放在綜規處底下，就發布了原住民族司法諮詢會設置要點。我有一點好奇的點就是說，這個是在 110 年就已經發布了，到現在已經兩年多對不對？那兩年多來，到底司法諮詢會有什麼沒有什麼？有多少案件進去，這是第一個；第二個有多少法官檢察官知道這個司法諮詢會，這個是我好奇的地方知道嗎？也就是說如果有這樣子的司法諮詢會，其實他總共只有六個條文，我就不詳細講那個條文了。有這個司法諮詢會，其實剛剛吳法官講的那一些事情全部都可以做，因為我已經有司法諮詢了，我法官在辦理個案的時候，我可不可以用這個，而且這個司法諮詢會裡面的第二點就講的很清楚了—「本諮詢會任務是為了協助法院跟檢察署於認定案件是否具有文化衝突性質的時候，提供諮詢意見或提出文化抗辯是否成立的意見跟其他相關事務」。所以我的想法是說，或許我們在適用法還沒有制定之前，原民會已經依照司改國是會議設了諮詢會了，其實法官檢察官可以大膽的去用用看，因為反正他已經有了，然後再加上他所有的委員也都有了，這是第一屆委員的名單，然後他的任期是到 113 年 7 月 31 號，我本人也為委員，然後還有周漢威執行長也是委員，Awi（蔡志偉）老師也是委員，我們鍾副座是召集人。所以我的意思是說，而且有很多部落的族人也是這裡面的委員。那法官檢察官就把他丟進來，就拿進來問，因為他們的任期是到明年的 7 月 31 號，所以我今天講完之後，我希望大家都了解廣為宣傳，因為可能有案件沒有找我去開會，然後本人到目前為止沒有開過會，我擔任執法諮詢會的委員，到現在我不知道漢威有沒有去開過會，所以表示法官檢察官可能都沒有運用，目前已經現有的文化鑑定制度去進行原住民的案件的司法鑑定，這是很可惜的一件事情。所以我今天提供的意見大概主要的點在於說，因為吳法官已經把相關的這些制度的配套說得非常清楚，而且外國的立法例也介紹了非常好。我就只回歸到我們本土來看看就是我們已經有的東西，我們要怎麼去用它，然後讓司法諮詢會的功能能夠發揮的比較大一點。

最後一點。我要跟大家提的就是說，其實我們在原住民文化的鑑定這件事情上，有另外一個工作也已經做了很多很多年，而且經驗非常豐富。關於原住民的傳統智慧創作的審查。那我們在傳智條例裡面關於原住民的傳統智慧創作能不能取得專用權，原民會已經有審查會，而且運作了非常多年也非常成熟，也有具體的案件出現。所謂具體的案件就是審查我們的傳智審查認為沒有通過的—拉魯的案件，然後去打行政訴訟。所以我們在這個地方其實已經有很成熟的東西，我認為說第二個文化鑑定的可行性，可以操作的方式，也可以去參考傳智條例，關於專用權審查部分的實物的精神。

所以總結來講，就是說目前我國已經有原住民族司法諮詢會，但是這個司法諮詢會我們必須講說它沒有法院依據，是沒有法的依據，但是它是根據什麼來的？根據司改國是會議來而設置的由機關自己發布的一個組織，然後這個組織可以提供給法院做判決時候的參考，當然法官對於這樣子的組織所出具的鑑定意見在法律的證據能力上如何評價，這個我沒有辦法在這邊說，因為這個真的是大問題，甚至要到最高法院才有辦法決定說，到底這個司法諮詢會出具的意見具備證據能力，然後如果證據能力的話，它的證明力如何，都是又一個很大的問題。

不管怎麼樣，我想我今天最重要的目的是介紹本人參與的委員會，也希望大家有問題的時候，這是法官檢察官有問題的，都能夠到委員會來問，我想我和漢威的話都會努力的幫大家回答這些問題，好謝謝大家。

【主題討論（一）】原住民族事件適用法—刑事案件

[發表]原住民族「近用」刑事司法？—刑事程序早期介入措施的實
證研究反思

發表人 林俊儒 律師 | 偵理法律事務所

原住民族「近用」刑事司法？ ——刑事程序早期介入措施的實證研究反思*

(初稿請勿引用)

林俊儒**

摘要

法律扶助基金會（簡稱法扶基金會）自 2012 年 7 月 15 日辦理「原住民族檢警陪同偵查到場專案」（簡稱原住民檢警專案），具原住民身分者得取得律師陪同進行偵查程序。2013 年 1 月 23 日施行刑事訴訟法第 31 條第 5 項通知義務，要求檢察官、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，與刑事訴訟法第 95 條權利告知義務相輔先成，構成原住民族的刑事程序早期介入措施。不過，原住民檢警專案放棄比率始終居高不下，受到立法院關注，法扶基金會也積極提出各種改革方案。然而，根據 2020 年數據，原住民檢警專案全年申請 19,777 件，共 18,232 件「當事人表示不需要」，僅 1,545 件「當事人需要」（包含：申請後撤回），比例仍然高達 92%。

對此，本文取徑法律與社會的刑事法實證研究，藉由法扶基金會的量化資料檢驗此現象原因的假設（包括：犯罪類型、律師量能、權利理解、法定義務）。並且深度訪談曾經使用、拒絕使用、未曾使用原住民檢警陪偵專案的原住民族人，從經驗事實出發，詮釋刑事司法結構互動的制約關係，並從中檢驗司法近用措施及法律賦權理念，探索法律解殖的具體方法。本文認為，應該將制度構造及其預設反身性地納入刑事司法的問題化框架，從特定身分與法定義務的關係追問，進而指出人們從法律指認問題時，往往忽略了法律即是問題本身。在法律感知的問題命名與行動決策限制之下，權利語言無從因應權力性的法律情境，這使得原住民檢警專案與刑事訴訟法義務群的權利語言，只擔保了放棄，但難以落實偵查中的辯護權，而此制度現象則淵源於以語言及文字為規範前提的外來法秩序。

關鍵詞：律師陪同偵查、權利告知義務、通知義務、刑事程序早期介入措施、原住民族與刑事司法、司法近用、法律賦權、法實證研究、法律與社會、法律與語言。

* 本研究已經通過國立政治大學人類研究倫理審查會倫理審查（NCCU-REC-202108-I089）。在此深深地感謝受訪者的分享，以及國立政治大學法學院王曉丹教授協助研究倫理審查申請並給予寶貴意見，研究過程也受惠於法律扶助基金會同仁備極辛勞的蒐集數據並協助研究進行，以及國立東華大學法律學系范耕維教授、國立政治大學社會工作研究所王增勇教授、國立政治大學創新國際學院陳柏良教授的意見回饋，併予致謝。惟文責當由作者自負。

** 國立政治大學法學院博士候選人、執業律師。

壹、緒論：需要「近用」？何謂「放棄」？

比雅日認了，他是獵人，獵人不能說一句假話，所以他一直不答話，他只是急著要回家。

——田雅各 Tuobasi Tamapima〈最後的獵人〉¹

法律扶助基金會（簡稱法扶基金會）自 2012 年 7 月 15 日辦理「原住民族檢警陪同偵查到場專案」（簡稱原住民檢警陪偵專案），具有原住民身分者得透過法扶基金會協助取得律師陪同進行偵查程序，不需支付任何的費用。隔年，2013 年 1 月 23 日施行刑事訴訟法第 31 條第 5 項，要求檢察官、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，與刑事訴訟法第 95 條權利告知義務相輔相成。不過，令人感到困惑的是，這項法律扶助服務的近用比例始終不高，在法扶基金會 109 度預算案審查報告書，是這麼描述著的：

原住民族之訴訟權雖可依「原住民檢警偵訊律師陪同到場專案」受到相當程度之保障，實務上檢察官、司法警察官或司法警察可因刑事訴訟法第 31 條第 5 項後段但書規定，原住民主動請求或等候律師逾 4 小時未到場者，得逕行訊問或詢問，然原住民放棄律師陪同偵訊之比率亦高達 9 成。爰請財團法人法律扶助基金會會同司法院、內政部警政署研擬相關之解決方案，並於 2 個月內向立法院司法及法制委員會與提案委員提出書面報告²。

這已經不是原住民檢警陪偵專案首次因為高放棄比率受到關注，2016 年 12 月立法院司法及法制委員會審查法扶基金會預算時便曾有立法委員提案，要求法扶基金會研議原住民族陪偵服務滯難推行之原因，並擬具改善措施³。法扶基金會也陸續提出許多改善措施，想方設法降低放棄比率。不過，根據 2020 年數據，原住民檢警陪偵專案全年申請 19,777 件，共 18,232 件「當事人表示不需要」，僅 1,545 件「當事人需要」（包含：申請後撤回），比例仍然高達 92%。

此特殊現象也引起學術研究的關注，2022 年 12 月有二篇文獻與之對話。不過，這些研究主要聚焦於刑事訴訟法的研析，並且將此特殊現象作為研究背景，分別從刑事訴訟法第 31 條第 5 項的規範性質比較大韓民國的法律規定⁴，或者觀察司法實務對於放棄辯護權與筆錄證據能力的見解變遷並提出立論⁵。有一篇 2012 年的早期研究曾另闢蹊徑，從申請數量、受理單位、來電申請者的資料說明

¹ 在小說中，警察接著詢問時稱：「我這個人很仁慈，因為我不忍心動物被你們濫殺，所以不得不逮捕你，不管你有沒有獵槍，你盜取森林的產物，可說是小偷，法律不容許小偷存在。」出自：田雅各 Tuobasi Tamapima (1987)，〈最後的獵人〉，收錄於：吳錦發編《悲情的山林》，頁71。

² 法律扶助基金會 (2019)，〈法律扶助基金會109年度預算案審查報告〉(修正本)，頁2。

³ 立法院 (2016)，〈立法院第9屆第2會期司法及法制委員會第21次全體委員會會議議事錄〉，頁13-14。當時也要求法扶基金會於3個月內向立法院司法及法制委員會提出書面報告。

⁴ 吳志強 (2022)，〈原住民偵查中強制辯護之再檢視－以憲法、刑事訴訟法交織視角觀察〉，《台灣原住民研究論叢》，第32期，頁1-32。

⁵ 林韋翰 (2022)，〈要不要請法扶？－原住民偵查中受律師辯護權及筆錄證據能力之實務研究〉，《台灣原住民研究論叢》，第32期，頁95-122。

第一次偵訊律師陪同到場的實施情況，指出從中觀察文化及組織的重要性⁶。不過，此研究的對象並非原住民檢警專案，未能解釋前述現象。在 2013 年刑事訴訟法第 31 條第 5 項甫通過之際，亦有研究為回應輿論，結合憲法解釋與實證數據說明立法正當性⁷，惜因時空背景之緣故，亦未能觸及此現象。也因此，「為什麼會有九成的放棄率？」的提問，始終盤旋在立法及司法實務工作者的上空。

此現象不僅讓人擔心被告或犯罪嫌疑人於犯罪偵查程序的辯護權保障不周，更可能引發對於制度正當性的質疑，亦即原住民檢警陪偵專案及刑事訴訟法告知與通知義務（簡稱刑事程序早期介入措施）是否有存在必要？本文認為，這些提問的出發點，都涉及到如何「問題化」（*problematizing*）刑事政策數據。當人們從「為什麼會有九成的放棄率？」提問，也就意味著司法近用（*access to justice*）是重要的，藉此方式維護被告或犯罪嫌疑人權益，因此要提高近用比率。同時，也贊同法律賦權（*legal empowerment*）的主張，主張接近法律能夠使得人們賦權。也就是說，藉由告知權利語言為核心的刑事程序早期介入措施，被視為改善犯罪偵查程序被告與犯罪嫌疑人不利處境的政策前提。

這也是官方分析的前提，從而認為族人恐怕不知道有此項權利，或出於案件涉及公共危險罪（例如醉態駕駛罪），案情相對單純，也可能是放棄因素：

原住民族人高放棄之比率，究屬不知悉其受此權利保障且免收取任何費用或有其他考量？且經財團法人法律扶助基金會分析，放棄權利之原住民中以涉犯公共危險罪者居多（約四成以上），是否為影響放棄之因素之一，仍有待積極了解檢討⁸。

又或者認為與原住民族居住的地理位置有關：

原民檢警專案高放棄比率之原因，主要係原住民族人多居住於原鄉或交通相對不方便之地區，故當律師需花費較長時間趕赴派出所、分駐所始能陪偵時，原住民族人常不耐久候，為期儘早完成偵訊，常放棄律師陪同偵訊之權利⁹。

媒體報導也認為與資訊取得及地區偏遠有關：

原鄉地區資訊取得不易，許多族人不知道有陪偵制度，常因不懂法而做出較不利的口白與筆錄；此外，刑事訴訟法規定等待律師僅四個小時，但律師多住都會區，尋找律師不容易¹⁰。

⁶ 曾建元、廖文毅（2012），〈第一次偵訊律師陪同到場實施成效之研究〉，《中華行政學報》，第11期，頁47-62。

⁷ 梁家羸（2013），〈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〉，《第四屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會論文集》，頁117-146。

⁸ 法律扶助基金會，前揭註2，頁3。

⁹ 司法院（2019），〈司法院院台廳司四字第1080033639號函〉，收於《立法院第10屆第1會期第11次會議議案關係文書》，頁1706。

¹⁰ 蕭婷方（2016），〈原住民法扶陪偵制度 八成五數申請後撤回〉，《自由時報》。

刑事政策數據的解讀者以司法近用、法律賦權與告知權利語言法制為前提，致力於降低原住民檢警陪偵專案的放棄比率，並藉此進一步提出推測：可能是出於資訊取得不易、不清楚此項權利、案件類型差異、地處偏遠，才會造成此一特殊現象。為了弭平這些「落差」，各項制度調整便陸續展開。

原住民檢警陪偵專案的制度調整，也正是在此前提之下進行，並從資訊取得與告知權利的面向進行改革。法扶基金會近年來積極調整「指派律師通知表」的文字及格式(包括：新增簡要應訊說明、簽名處註明本會指派律師均不收費字樣)、要求客服人員親自與犯罪嫌疑人通話確認其意願並告知權利(即毋庸違背自己意思陳述、基金會指派律師均不收費等)¹¹，提出不少改善方法。此外，亦有修法意見建議調整法定權利告知義務或告知權利語言的內容，例如：原住民族事件適用法草案第9條以刑事訴訟法第95條為基礎，輔以通譯制度確認原住民族被告或犯罪嫌疑人知曉權利，並在告知內容增加「得無償請求法律扶助」的語句，藉此有效落實原住民族被告或犯罪嫌疑人的辯護權¹²。此外，亦有修法意見主張應該再強化原住民族偵查中強制辯護，在2021年行政院通過司法院所提之刑事訴訟法修法草案，曾經明文規定「檢察官於訊問時應指定律師為被告辯護」¹³。

在前述的問題化取徑，刑事政策解讀者重視資訊取得與告知權利(即透過語言文字理解權利)，並將犯罪類型、律師量能納入因素考慮。這些面向確實是釐清現象不容迴避的課題。不過，原住民族人對於此制度的主觀理解也相當重要。知識及制度本身並非中立，也並非去政治的，在此一有別於原住民族規範的刑事司法檢視制度，有必要理解法律規定背後的邏輯，並納入殖民歷史進行解釋，以避免去脈絡化(de-contextualized)、去歷史化(de-historicized)。此外，也要留意現行法律技術及理論如何為原住民族知識體系(indigenous knowledge system)理解。從此，即有必要進入犯罪偵查程序的處境，帶著批判性眼光檢視刑事政策及其犯罪控制體系的前提，既留意制度運作細節，亦將之與知識結構共同觀察。

本文採取法律與社會(socio-legal/ law and society)的實證研究取徑提出若干觀察，透過法扶基金會提供的量化資料分析檢驗前述制度機能的假設，並且訪談

¹¹ 司法院，前揭註9，頁1702-1703。

¹² 原住民族事件適用法草案第9條：「(第1項)訊問原住民族被告，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、對於訊問，無回答之義務，且得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述。若未能理解訊問內容之意義時，亦同。三、得選任辯護人，且得無償請求法律扶助。四、得請求調查與原住民族慣習相關之有利證據。(第2項)前項告知，應使通譯或得為通譯之人在場。必要時，法官得使通譯或得為通譯之人確認原住民族被告知曉告知事項之意義。」。

¹³ 刑事訴訟法草案第31條第5項：「被告或犯罪嫌疑人因身心障礙，致無法為完全之陳述或具原住民族身分或在押，於偵查中無辯護人者，司法警察官或司法警察於詢問時應通知依法設立之法律扶助機構指派律師到場為其辯護；檢察官於訊問時應指定律師為被告辯護。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。」這項草案乃係由司法院所提出。不過，法務部加註不同意見，認為具備原住民族身分者不必然代表欠缺自行參與訴訟之權能而須強制由國家指定辯護，從而主張刪除這項修法內容。

曾經使用、拒絕使用、未曾使用原住民檢警陪偵專案的原住民族人，從主觀認識的視角，理解上述刑事程序早期介入措施的意義。分析這些資料時，將特別著重遭逢刑事司法經驗的族人如何看待問題（包括：定義問題、解決方式的描述及其服務歷程），藉此詮釋刑事司法結構對個體所產生的制約，並從中檢驗司法近用措施及法律賦權理念與其之關係，進而提出以原住民族為主體的刑事法社會研究的方向，藉此探索法律解殖（de-colonized in law）的具體方法。

貳、原住民族的法律賦權措施

台灣以原住民檢警陪偵專案、刑事訴訟法的權利告知義務與通知義務作為刑事程序早期介入措施，以期落實司法近用，並藉此達到法律賦權之目的。這樣的制度設計並非舉世皆然，也不是橫空出世，各國已有不少立法例，此中亦有形塑權利內涵及制度的本土脈絡。本節將先探討此措施的規範意義，並借鏡法律語言學研究，與司法近用措施與法律賦權理念對話。接著，再從原住民族與刑事司法的關係，檢視刑事政策的問題化框架，作為探索原住民族法律賦權措施的基礎。

一、權利告知作為介入措施

（一）刑事程序早期介入措施

依照憲法法庭 111 年憲判字第 7 號判決意旨，被告或犯罪嫌疑人於刑事程序各階段均受有「有效協助與辯護權利」，並敘明犯罪偵查程序為協助有效維護被告權益，辯護人應在場聽聞、事實表達法律意見或協助¹⁴。藉此確保審理程序的證據適法性，是公平審判的基礎。尤其，刑事程序的認罪、作證等決策往往涉及一系列不能夠被撤銷的決定¹⁵，影響被告或犯罪嫌疑人權益甚大。再者，許多案件於偵查終結後即未進入審理程序，便以緩起訴處分、簡易判決處刑或認罪協商等方式使得當事人離開刑事司法，這些刑事程序進行及取證方法沒辦法受到審理程序的嚴格檢驗，更顯犯罪偵查程序有效協助與辯護權利的重要性。

¹⁴ 憲法法庭 111 年憲判字第 7 號理由書第 13 段（節錄）：「被告或犯罪嫌疑人所享有之受有效協助與辯護之權利，不僅包含其得自主選任辯護人，於無資力時得享有免費獲得辯護之機會，其辯護人並得於刑事訴訟程序各階段，適時表示法律意見與提供法律上之協助，以協助被告或犯罪嫌疑人有效維護其權益。就犯罪偵查程序而言，被告或犯罪嫌疑人受檢察官訊問時，其於不諳法律下，可能為不當或不利於己之陳述或未能及時為有利於己之主張，其辯護人為有效維護其權益，自應有權於訊問時在場聽聞，並當場為被告或犯罪嫌疑人之權益，適時表示法律意見或提供法律上之協助。」

¹⁵ Felicity Gerry and Penny Cooper, *Effective participation of vulnerable accused persons: case management, court adaptation and rethinking criminal responsibility*. J. JUDIC. ADM. 26 (4), 267 (2017).

從此角度而論，如果被告或犯罪嫌疑人無法獲得法律扶助（legal aid）^{16、17}，犯罪偵查程序的「有效協助與辯護權利」即難以落實。根據《公民權利與政治權利公約》（*The International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR*）第14條第3項¹⁸、《歐洲人權公約》（*European Convention on Human Rights, ECHR*）第6條第3項¹⁹，法律扶助與有效協助與辯護權利之間的關係密不可分。法律扶助甚至被認為是公平審判權（fair trial rights）踐行的基礎²⁰，能夠有效反應近用司法者需求，以提供有效、儘早且適當的問題解決方法²¹，歐洲人權法院亦要求法律扶助應該「切實可行」（real and practical）²²，方能落實公平審判之目的。

為使此一制度目的能夠落實，聯合國毒品與犯罪問題辦公室（United Nation Office on Drugs and Crime, UNODC）在2014年釋出《刑事程序早期近用法律扶助：政策制定者及實務工作者的指南》（*Early access to legal aid: in criminal justice processes: a handbook for policy makers and practitioners*）一書²³，提出說明。這份指南認為，刑事程序早期近用法律扶助措施功能在於防止執法人員不當對待、確保獲得公平審判的權利、協助被告理解刑事司法程序、保護有特殊需求的群體，

¹⁶ 根據聯合國的定義，「法律扶助」是基於當事人未具有充分能力或具司法利益的情況，為拘留、逮捕、監禁、涉嫌、被告或被指控有刑事犯罪者及刑事司法程序的被害人及證人在刑事司法程序提供不需要支付費用的法律諮詢、協助及代理。此範圍包括法律教育、法律資訊的近用及其他替代性紛爭解決機制或修復式司法。See General Assembly resolution 67/187, para. 8.

¹⁷ 此處「法律扶助」則是指國家無償提供法律諮詢、協助及代理。此定義與聯合國毒品與犯罪問題辦公室《刑事程序早期近用法律扶助：政策制定者及實務工作者的指南》相同，主要關切刑事程序早期介入措施，也就是犯罪偵查程序有效協助與辯護權利的落實。See United Nation Office on Drugs and Crime (UNODC), *Early access to legal aid in criminal justice processes: a handbook for policymakers and practitioners*. CRIMINAL JUSTICE HANDBOOK SERIES, 9(2014)

¹⁸ 公民權利與政治權利公約第14條第3項「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；（二）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；（三）立即受審，不得無故稽延；（四）到庭受審，及親自答辯或由其選任辯護人答辯；未經選任辯護人者，應告知有此權利；法院認為審判有此必要時，應為其指定公設辯護人，如被告無資力酬償，得免付之；（五）得親自或間接詰問他造證人，並得聲請法院傳喚其證人在與他造證人同等條件下出庭作證；（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；（七）不得強迫被告自供或認罪。」（楷體為本文所加）

¹⁹ 歐洲人權公約第6條第3項「凡受刑事罪的控告者具有下列最低限度的權利：（一）立即以他所能了解的語文並詳細地告知他被控的性質和原因；（二）為準備辯護，應有適當的時間和便利；（三）由他本人或由他自己選擇的法律協助為自己進行辯護，或如果他無力支付法律協助的費用，則為公平的利益所要求時，可予免費；（四）訊問不利於他的證人，並在與不利於他的證人相同的條件下，使有利於他的證人出庭受訊。（五）如果他不懂或不會講法院所使用的語文，可以請求免費的譯員協助。」

²⁰ Asher Flynn, Jacqueline Hodgson, Jude McCulloch and Bronwyn Naylor, *Legal Aid and Access to Legal Representation: Redefining the Right to a Fair Trial*, MELB. UNIV. LAW REV. 40(1), 210 (2017).

²¹ Asher Flynn et al. *supra* note 20, 237.

²² United Nation Office on Drugs and Crime (UNODC), *supra* note 17, 12.

²³ 前一年（即2013年）聯合國毒品與犯罪問題辦公室即已釋出《在刑事司法系統近用法律扶助的聯合國原則與指引》，要求各國確保「在各個刑事司法程序提供即時有效的法律扶助」（effective legal aid is provided promptly at all stages of the criminal process），這是第七項的原則。See United Nation Office on Drugs and Crime (UNODC), *United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems*, 10 (2013).

並促進公平且效率的刑事司法系統，也能夠降低對於家庭負擔以及監禁成本²⁴。不過，如果要能夠有效實施此措施，有賴於適當的法律框架、足夠多的法律扶助提供者，司法實務工作者態度以及公眾理解也相當重要²⁵。同時，在制度設計上也有不同的政策選項，可供作為刑事政策選擇，偵查機關告知被告權利之後讓被告選擇是否通知律師陪同偵查只是其中一種政策選項²⁶。

就此等法律扶助服務而言，刑事政策制定者可能採取具有強制性的立法例，也可能賦予當事人放棄此權利的空間。同時，也可能輔以法定義務及行政舉措，進行刑事程序早期介入措施的制度建構。在台灣，制度是透過「通知義務」、「權利告知義務」以及「主動放棄例外」、「等候時間例外」構成法條明文的義務群，並配合「原住民檢警陪偵專案」運作。就條文內容而言，刑事訴訟法第31條第5項主文規定「被告或犯罪嫌疑人因精神障礙或其他心智缺陷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。」設有通知義務²⁷、刑事訴訟法第95條第1項第3款規定「訊問被告應先告知下列事項：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。」設有權利告知義務，並在刑事訴訟法第31條第5項但書規定「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」設有主動放棄、等候時間的二項例外²⁸。如何解釋並運用這些規定使得法律扶助措施「切實可行」，將是落實有效協助與辯護權利的關鍵。

依照司法實務見解，檢警機關如未切實履行前述法定義務，可能構成違法取證。就「權利告知義務」而言，最高法院107年度台上字第4580號判決具有劃時代意義²⁹，該判決指出：如果未能使原住民族被告充分理解權利內涵，可認為

²⁴ United Nation Office on Drugs and Crime (UNODC), *supra* note 17, 11-34.

²⁵ United Nation Office on Drugs and Crime (UNODC), *supra* note 17, 35-40.

²⁶ 例如法律扶助提供者常駐警局的嵌入式專案 (embedded schemes)、定期前往提供法律扶助的探訪式專案 (visiting schemes)，以及透過警方聯繫律師到場協助的電話值班律師專案 (call-in and duty lawyer schemes) See United Nation Office on Drugs and Crime (UNODC), *supra* note 17, 69-73.

²⁷ 有論者主張此處條文用語雖然有別於刑事訴訟法第31條第1項、第31-1條第1項「應指定公設辯護人或律師為被告辯護」，但是考量到2013年本條文修法前對於智能障礙者之規範主文為「檢察官應指定律師為其辯護」具有強制辯護屬性。因此提出反面解釋，認為修法後刑事訴訟法第31條第5項應具有強制辯護權的性質。參照：林韋翰，前揭註5，頁100。

²⁸ 有論者從刑事訴訟法第31條第5項但書規定出發，認為原住民族偵查中強制辯護是一種「折衷式的強制辯護」。參照：林俊益（2021），《刑事訴訟法概論（上）》，頁102。

²⁹ 最高法院107年度台上字第4580號判決（節錄）：「原判決於理由內認為刑事訴訟法第31條第5項關於原住民偵查中由法律扶助機構指派律師到場辯護之權利，與身心障礙者所享有之上述權利，在解釋上不能等同視之；並於解釋上開條項但書規定（即「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4小時未到場者，得逕行訊問或詢問」）之涵義時，認為並非必須以原住民在瞭解強制辯護之意涵後，仍主動請求立即訊問或詢問者，始符該但書規定，亦即不須探求原住民是否瞭解強制辯護之意涵，亦毋庸待其主動請求立即訊（詢）問，即有上述條項但書規定之適用。惟原判決上開法律見解，除與上述規定之文義（即「主動請求」）不符外，亦與上述規定旨在特別保障原住民弱勢族群於訴訟上辯護倚賴權之立法目的有悖，其執此理由而為不利於上訴人等之認定，亦有商榷餘地。」

權利告知義務違反，因此取得證據即違反規範要求。此外，就「主動放棄例外」³⁰而言，最高法院 107 年台上字第 3084 號刑事判決要求被告或犯罪嫌疑人需要充分理解強制辯護權的存在及內容，如違反規範而取得證據，應排除證據能力³¹。不過，晚近最高法院的見解似有放寬之勢³²，此可見於最高法院 110 年度台上字第 4393 號刑事判決，認為被告或犯罪嫌疑人詢訊問時既已為詳述，即無侵害辯護權³³。「權利告知義務」輔以「通知義務」，與「主動放棄例外」具有連動關係，目的均在於使被告或犯罪嫌疑人充分知情（informed）且自願（voluntary）作成決定，並且透過取得證據之證據能力作為控制閥，以控制刑事司法的取證行為。此外，另一個法定的排除例外事由是「等候時間例外」，這項政策的正當性一直以來都頗受到質疑，認為這是出於被告或犯罪嫌疑人「無法控制的原因」而剝奪其獲得法律扶助的機會³⁴。然而，違反此例外規定者不多見於司法判決，這或許與被告或犯罪嫌疑人主動放棄後即毋庸適用等待時間規定有關。

（二）權利告知的法律語言

原住民檢警專案與刑事訴訟法義務群的權利語言，是透過檢警詢訊問時的語言表達進行權利告知。由於接受詢訊問者為被告或犯罪嫌疑人，與檢警處於權力不對等的狀態，使得語言不只是溝通媒介，而具有說服與威嚇的意味。這可以說是法律語言學/語言與法律（legal linguistics/ language and the law）的研究重心，從語用特徵、語言環境、語言使用者社會心理因素等面向分析警察警示（police warning），其中尤其以 1966 年美國聯邦最高法院創設、將憲法第五修正案不自

³⁰ 有論者認為這是落實「程序自主權」的方式。參照：林禹定（2018），〈沈默申謀：解開弱勢被告於刑事程序之桎梏〉，《臺灣宜蘭地方檢察署107年度自行研究報告》，頁14。

³¹ 最高法院107年度台上字第4580號判決（節錄）：「強制辯護之援助始於訊（詢）問被告，並不區分被告到場之原因，無論出於強制（拘提、逮捕）或任意（通知或傳喚），祇要未經選任辯護人，檢察官、司法警察（官）即應通知法律扶助機構指派律師到場為其辯護。但偵查程序有其急迫性，與審理程序得另定相當之期日者有別，倘被告於知悉前揭規定後，若無意願等候法律扶助律師協助辯護，主動請求立即訊問或詢問，自應予以尊重，俾司法資源彈性運用。惟此必須在被告充分理解強制辯護權之存在及內容，基於自由意思決定，主動明示放棄辯護人之援助，而非出自訊問或詢問人員之強暴、脅迫、利誘、詐欺等不正方法，或因欠缺其有受強制辯護保障之認識所致，否則，仍非適法。倘有違反而取得被告之自白或不利之陳述，係不當剝奪被告之強制辯護依賴權，構成侵害憲法第16條揭示人民訴訟權之核心內容，即使依刑事訴訟法第158條之4規定權衡之結果，亦應予排除其證據能力。」

³² 有論者對於此等權利告知義務違反的情形，指出最高法院見解有「寬嚴變動」之變化。參照：林韋翰，前揭註5，頁104-107。

³³ 最高法院110年度台上字第4393號判決（節錄）：「觀張金榮逕自回答「直接開庭，之後對檢察官之訊問詳予陳述，查無不解檢察官訊問而猶豫其陳述之情形，依此前後脈絡綜合以觀，原審認此部分合於刑事訴訟法第31條第5項但書「犯罪嫌疑人主動請求立即訊問，檢察官得逕行訊問」之規定，即難認與證據資料不合，檢察官之逕行訊問，即無侵害張金榮辯護倚賴權之違法。」

³⁴ 聯合國準則及指引規定，各國有義務確保能夠提供法律扶助聯繫手段給予期望獲得法律扶助權利的被告或嫌疑人，以即時提供法律扶助，並且在法律扶助者抵達並向被告或犯罪嫌疑人提供建議和幫助之前，刑事司法的相關面談不會開始。See United Nation Office on Drugs and Crime (UNODC), *supra* note 17, 56. 這份指南批評當時荷蘭規定，律師在接到通知二小時內沒有抵達警局，即可依照檢察官辦公室的指示進行詢問，這部分違反聯合國準則及指引。

證已罪擴大適用範圍的「米蘭達警告」(Miranda Warning) 最廣為人知³⁵。

人們能否藉由檢警詢問時的權利告知完全理解其權利內涵？對於此權利的放棄，是否屬於「知情、明智且自願地」(knowing, intelligently, and voluntarily) 放棄？至少涉及三個面向。其一，權利告知的語言構成、字詞，將影響權利的理解內容³⁶ (例如：句構複雜將增加理解及回想權利內涵的門檻³⁷)；其二，被告與犯罪嫌疑人的推理能力能否足以理解此權利(例如：具發展障礙者或青少年³⁸)；其三，警察執法運用告知權利語言具高度靈活性、監督告知權利語言的手段有其限制，且被告或犯罪嫌疑人處於需要與警察溝通的情況，而面對於此，即容易使得語言傳播受到誤導或扭曲³⁹。對於權利理解的檢證，涉及詢問筆錄的證據法課題，而法院往往只能事後透智力、年齡、教育程度等替代資訊進行評估⁴⁰。

當權利語言面臨不同語言經驗的群體時，對於非以英語為母語使用習慣者來說，嵌入大量轉折語的權利語言已然提高被告或犯罪嫌疑人近用權利的門檻⁴¹，因而有修改權利告知語言的建議。例如在澳洲北領地，警察在詢問原住民族時，應該依照「Anunga 規則」進行權利告知⁴²。被告或犯罪嫌疑人單純地回應「是」，並不能視為已經理解該項權利，如果未能精確理解權利內涵，即可能被認為是證據取得不當⁴³。如果未能調整權利語言，而是透過翻譯進行權利告知，則可能受限於翻譯者的表意方式而產生對於法律語言的誤解⁴⁴。也因此，標準化的書面翻譯、錄音內容以及專業口譯人員，成為因應對策⁴⁵。又或者，有研究主張認為應該從單向傳遞轉變為雙向溝通的權利告知模式，這被稱為「對話模式」(dialogue model)，要求被告或犯罪嫌疑人以自身理解方式重述權利內涵。

³⁵ Zilong Han, *Research on Co-existing Relationship of Power and Language in Police Caution from the Perspective of Critical Discourse Analysis - A Case Study of U.S. Miranda Warning*, INT. J. SOCIAL SCI. EDUC. 5(7), 437 (2022).

³⁶ Richard Rogers, Kimberly Harrison, Lisa Hazelwood, Kenneth Sewell, *Knowing and Intelligent: A Study of Miranda Warnings in Mentally Disordered Defendants*, LAW HUM BEHAV 31, 402 (2007).

³⁷ Richard Rogers, Lisa Hazelwood, Kenneth Sewell, Kimberly Harrison, Daniel Shuman, *The Language of Miranda Warnings in American Jurisdictions- A Replication and Vocabulary Analysis*, LAW HUM BEHAV 32(2), 134-135 (2008).

³⁸ *supra* note 36, 416-417.

³⁹ Andrew Ferguson, *The Dialogue Approach to Miranda Warnings and Waiver*, AUWCL 49(3), 1468, 1485-1486 (2012).

⁴⁰ *Supra* andrew, 1438.

⁴¹ Aneta Pavlenko, "I'm Very Not About the Law Part": *Nonnative Speakers of English and the Miranda Warnings*, TESOL Q. 42(1), 5-8 (2008).

⁴² Leslie Mccrimmon, *The Uniform Evidence Act and the Anunga Rules: Accommodation or Annihilation?*, NTLR 2(2), 3 (2007). 該項原則要求應有通譯在場、有友人在場、行政程序展現關心以確保受詢問者能夠適當地理解、避免引導式的問題、即便已經坦白供述也要繼續調查並尋找他人的犯罪證據、警察應該提供膳食茶飲及上廁所的時間、生病酒醉或疲倦時不能接受詢問且詢問時間不得過長、如果嫌疑人尋求法律諮詢應予以協助、如果不願回答問題則應終止詢問，且在警察取走受詢問者相關衣物時要提供替代衣物。

⁴³ Ikuko Nakane, *Problems in Communicating the Suspect's Rights in Interpreted Police Interviews*, APPL. LINGUIST 28 (1), 109 (2007).

⁴⁴ Richard Rogers, Rogstad Jill, Nathan Gillard, Eric Drogin, Hayley Blackwood, Daniel Shuman, "Everyone knows their Miranda rights": *Implicit assumptions and countervailing evidence*, PSYCHOL. PUBLIC POLICY, LAW 16(3), 315(2010).

⁴⁵ *supra* note 41, 27.

(三) 小結

既有研究出於刑事訴訟法制的關懷，著重從證據能力控制刑事司法履行法定義務。然而，從聯合國毒品與犯罪問題辦公室《刑事程序早期近用法律扶助：政策制定者及實務工作者的指南》可以得知，適當的法律框架固然重要，但法律扶助提供者量能、實務工作者態度及公眾理解也同樣值得政策制定者重視。再者，法律框架的探討也不限於前述判決所指的證據能力，也包括告知內容的法律語式結構與情境，並因應不同語言經驗者。據此，本文將以此多重視角提問，從權利理解、犯罪類型與律師量能之面向進行分析，結合制度機能、法律語式結構與情境、服務接受者的主觀感受，討論原住民族刑事程序早期介入措施的意涵。

二、司法近用與法律賦權

司法近用的定義側重於二項法律系統基本目的之落實：人們可以在國家支持之下維護權利或者解決糾爭⁴⁶，即主張人們要能在司法體系行使其權利。因此，降低造成行使權利的門檻也就成為目標⁴⁷，讓「法律之前，人人平等」的理念能夠落實（即平等式的正義）⁴⁸。此一概念的研究開展，源自於跨國比較法律工作者的投入，並隨著福利國家概念、人類學研究的發展而展現不同的關懷⁴⁹。就其發展歷程，有研究將之分為三波浪潮：第一波是二戰後的法律扶助服務，目標是為經濟弱勢者提供法律代理，讓近用法律渠道更為平等；第二波關懷群體利益，期待以訴訟解決系統性問題，此階段已留意到司法系統的內部不平等關係；第三波則走向訴訟的替代方案（例如：修復式司法）或簡化司法系統，從組織與系統著手，以更為全面地調整司法系統⁵⁰。從這三波浪潮的變動看來，司法近用措施的概念內涵之所以有所轉變，對於司法系統本身的反省扮演關鍵的角色。

司法近用渠道的落差、司法系統內部的不平等、司法系統內涵的不均勻，都源自於對於司法系統的批判。更進一步而言，檢討的面向也不止步於將修復式司法等替代方案端上檯面，司法系統內涵本身的「預設」也應該受到檢視。從多元文化主義的角度觀察，近用司法/正義（justice）的實體正義概念可以說是意義鬥爭的場域，不同社群（例如：原住民族社群）對於正義的想像有別，也就影響正

⁴⁶ Bryant Garth and Mauro Cappelletti, *Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective*, BUFFALO LAW REV. 27, 182(1978).

⁴⁷ Albert Currie, RIDING THE THIRD WAVE: RETHINKING CRIMINAL LEGAL AID WITHIN AN ACCESS TO JUSTICE FRAMEWORK, 2 (2004).

⁴⁸ Deborah Rhode, ACCESS TO JUSTICE, 5 (2004).

⁴⁹ Bryant Garth 及 Mauro Cappelletti 在1970年代開始以司法近用為題進行研究、編輯與出版，包括《司法近用第一冊：世界概覽》（*Access to Justice Vol. I: A world survey*）、《司法近用第二冊：有前途的機構組織》（*Access to Justice Vol. II: Promising Institutions*）、《司法近用第三冊：新浮現的問題》（*Access to Justice Vol. III: Emerging issues*）、《司法近用第四冊：人類學的視角》（*Access to Justice Vol. II: Promising Institutions*），以及《司法近用與福利國家》（*Access to Justice and the Welfare State*），這些研究軌跡也映照了不同的關懷面向。

⁵⁰ Albert Currie, *supra* note 47, 3-4. 這樣的理解途徑，被稱作為「Cappelletti-Garth」模型。

義的實踐⁵¹。從制度構造的角度觀察，司法近用措施背後帶有法律職業霸權，認為權利是前提、實踐應該來自於法庭，並且有賴律師協助，而這正是典型的西方式法治觀念⁵²。然而，政策制定者不一定會意識到這些前提預設並未經過檢證，普遍將傳統司法近用措施理解為「司法近用渠道的落差」（亦即平等式的正義），並沒有將司法系統內部不平等與內涵不均勻納入政策視野。主因來自於一項隱而未顯的前提：「更多法律，帶來更多正義」，法律能帶來權利，也就能帶來改變。

此發展與另一股推動司法近用措施的力量也有關係。聯合國開發計劃署貧窮者法律賦權委員會（United Nations Development Program Commission on Legal Empowerment of the Poor, CLEP）將司法近用措施作為框架來實現財產權、勞工權及商業權，將之並列為四大支柱⁵³。同時主張「讓法律為每個人服務」，進一步將法律賦權定義為讓人們可以在適當的法律框架中獲得權利，並且這些權利有助於提高收入和就業⁵⁴。就概念而言，司法近用措施強調透過運用司法手段避免權利被剝奪、法律賦權講求透過法律工具改善生活與生計⁵⁵，兩者內涵相近。有研究直指法律賦權即是司法近用措施的指導概念⁵⁶。至此，近用司法措施成為法律賦權的手段，而法律賦權透過保障資產、人身安全並提高生產力，並不限於採取司法的手段。這些行動與概念，在發展政策（development policy）的邏輯之下，都是為了改善人們的生活處境，與前述反省司法系統的脈絡有著明顯的差異。

然而，也正因為法律賦權的概念不侷限於採取司法途徑，更廣泛地將制度機能與治理結構作為檢驗對象，亦關心法律互動的生活經驗，因此將焦點從傳統的地檢署與法院，轉移到人們的日常生活，並且探討生活經驗如何受到法律影響，拓展法律賦權課題的觸及面向。於此同時，研究者也指出法律賦權有別於正統以國家為核心的法治傳統（state-centric-rule-of-law），鼓勵創造更廣泛的社會經濟發展方法促成改變⁵⁷。不過，由於法律賦權運動仍然是以法律為核心，以發展政策邏輯運作，「法律」作為運動的前提便較少受到挑戰，也因此被批評難以處理根植於法律系統的不平等，也未質疑法律的前提預設，可能讓法律賦權成為社會控制，潛藏著讓被賦權者從（積極）主體淪為（被動）客體的危機⁵⁸。

⁵¹ Daniel Brinks, *Access to What? Legal Agency and Access to Justice for Indigenous Peoples in Latin America*, J DEV STUD. 55(3), 349 (2019).

⁵² Albert Currie, *supra* note 47, 4.

⁵³ United Nation Development Program (UNDP) Commission on Legal Empowerment of the Poor (CLEP), *Making the law work for everyone Vol. II*, WORKING GROUP REPORTS, 31 (2008).

⁵⁴ United Nation Development Program (UNDP) Commission on Legal Empowerment of the Poor (CLEP), *supra* note 53, 130 (2008).

⁵⁵ Meene, Ineke van de and Rooij, Benjamin van, ACCESS TO JUSTICE AND LEGAL EMPOWERMENT : MAKING THE POOR CENTRAL IN LEGAL DEVELOPMENT CO-OPERATION, 6-7(2008).

⁵⁶ Stephen Golub, *The legal empowerment alternative*. In T. Carothers (Ed.), PROMOTING THE RULE OF LAW ABROAD: IN SEARCH OF KNOWLEDGE, 165(2006).

⁵⁷ Stephen Golub, *supra* note 56, 161. 對此，Stephen Golub 指出四方面不同於正統以國家為核心的法治傳統，分別是：（一）以律師以合作夥伴身分支持而非作為專業知識持有者進行支配、（二）以有需要的群體確定優先事項而非由政府官員和協助人員制定議程、（三）採取非司法化的策略以跳脫狹義的法律概念進行工作、（四）法律的運用只是整體發展活動中複合策略的一部分。

⁵⁸ Daniel Brinks, *supra* note 51, 5.

不論是訴訟，還是其他法律程序，提供的解決方案可能並不是接受服務者所期望的，這也就是前述「客體化危機」的來源，其原因可能來自於多元法律體系對於正義的想像，也可能出自於法律本身的限制⁵⁹。因此，有研究者提出提醒，主張應該從法律能動性（legal agency）的角度出發，發展被賦權者形塑權利與義務的能力，實質參與規則制定及運作，使得法律體系符合其規範框架、文化慣習與經濟現實⁶⁰。此說法來自原住民族法律賦權措施的反省：改善司法近用措施而弭平渠道的落差、內部的不平等固然重要，但也要關注習慣法內涵、調整既有法律規範，從而繼續對於實體正義概念進行意義鬥爭，以發展族群自治的規範。

刑事程序早期介入措施作為典型的司法近用措施，以促進法律使用而改善人們處境為目標，具法律賦權意涵。然而，司法系統內部不平等、內涵也不均勻，亦可能受限於司法近用措施，忽略其他法律賦權的結構性因素。本文無意否定促進法律使用、保障犯罪偵查程序有效協助與辯護權利的重要性，而是主張制定者應該看見法律賦權的制度機能、對於司法近用措施的實體正義與法律霸權預設保持質疑，並就未經檢證即以法律作為論述前提的制度謹慎以對，且從中以法律能動性的角度思考強化受賦權者形塑權利與義務能力的具體方法。

三、原住民族與刑事司法

在澳洲、紐西蘭、加拿大及美國等墾殖者國家，原住民族的定罪率、監禁率、受害率及拘禁期間死亡率與非原住民族相較，有著明顯可見的差距⁶¹。刑事司法系統存在「過度代表」（over representation）的問題，尤其是過度監禁的現象。數據指出，2017年毛利人（Māori）佔紐西蘭監獄人口51%，這是1980年代以來持續維持的數字，而毛利人的監禁率是700（每十萬人有700人監禁），約是非毛利人的3.5倍⁶²；2017年加拿大原住民族佔全體成年人口3%，卻在2015年至2016年間佔聯邦監獄人數28%、省/地區監獄人數27%⁶³。面對這些令人訝異的數字，有研究指出這是種「超現實」（hyper-reality），並認為這些數據不是可靠的數據，而是研究的起點⁶⁴。研究者指出刑事司法系統之中原住民族過度代表的情況，與殖民剝奪、社會與歷史背景，以及新自由主義的犯罪控制政策有關⁶⁵。

在刑事司法系統之中，原住民族與警察單位的互動尤受關注。有研究指出，出於殖民歷史，澳洲警察與原住民族之間呈現緊張關係，有著不成比例的監視與

⁵⁹ Vivek Maru, *Allies unknown: Social accountability and legal empowerment*, HEALTH HUM RIGHTS (12)1, 84 (2010). 本文同時指出法律賦權是有牙齒的，相較於社會可課責性（social accountability），較具有主動積極性，但對於通盤檢視資源分配與更廣泛的治理結構仍然有其限制。

⁶⁰ Daniel Brinks, *supra* note 51, 5.

⁶¹ Chirs Cunneen and Juan Tauri, *Indigenous Peoples, Criminology, and Criminal Justice*. ANNUV. REV. CRIMINOL 2(17), 2 (2019).

⁶² Chirs Cunneen and Juan Tauri, *supra* note 61, 2.

⁶³ Chirs Cunneen and Juan Tauri, *supra* note 61, 2.

⁶⁴ Valmaine Toki, *INDIGENOUS COURTS, SELF-DETERMINATION AND CRIMINAL JUSTICE*, 84 (2018).

⁶⁵ Chirs Cunneen and Juan Tauri, *supra* note 61, 5.

暴力，過度警務（over-policing）成為原住民族生活的常態⁶⁶。亦有研究指出，警察自由裁量權的決定不利於原住民族⁶⁷。隨著刑事定罪，過度警務以及殖民問題（包括：社會經濟參與程度、土地權與自決權的主張）也被淡化，刑事司法成為社會監管個人生活的治理模式⁶⁸。族群身分與犯罪問題被連結在一起，而未能釐清殖民對此造成的影響，結構性剝奪（包括：歷史、語言、文化、土地與規範制度）也隨之被轉化為個人傾向的問題，再一次進行系統性的排斥與邊緣化⁶⁹。

犯罪學與刑事司法研究，在描述這些統計數據並解釋現象時，也被批評存在著理解上的誤區。這些知識並非中立，背後的認識論、本體論、價值論都沒有受到檢視⁷⁰，仍然以西方犯罪控制（crime control）理論為前提，建構警務與檢察系統，並在法院進行量刑、在監獄進行懲罰而規劃復歸社會的計畫。制度與研究延續著墾殖者的殖民主義，透過知識、論述、政治與實踐形成穩定的結構⁷¹。犯罪控制並不當然是普世接受的原則，而是源自於19世紀以來西方社會科學發展之下特定時空的結果，不當然具有規制不同公民身分者的正當性⁷²，因而有研究主張應該大力調整過往「救贖式的白人墾殖者犯罪學」（Redeeming White Settler Criminology）⁷³，轉而從原住民族的觀點分析現象並且提出政策。

這些批評為原住民族與刑事司法的關係帶來些許改變，部落司法管轄權的擴張⁷⁴、原住民族量刑法庭（Indigenous Sentencing Courts）⁷⁵，這些改革程度不等地調整犯罪控制敘事。相對於此，刑事程序早期介入措施與法律扶助服務仍然維持犯罪控制結構，以強化司法近用、落實有效協助與辯護權利為目標。不過，面臨語言障礙、社經地位差異、地理隔離及多重法律需求的挑戰，要以此措施落實原住民族權利，以澳洲的法律扶助系統來說，也並不樂觀⁷⁶。就此而言，如何以原住民族為主體反省知識論述、回應犯罪控制敘事顯得重要。首先，統計數據並非中立，犯罪問題也不應種族化或個人化，而透過權力作用及治理機能的考察，將能更適切地解讀數據。此外，延續著自原住民族視角檢視司法系統內部不平等

⁶⁶ Anna Dwyer, John Scott & Zoe Staines, *Strangers in a strange land: police perceptions of working in discrete Indigenous communities in Queensland, Australia*, POLICE PRACT. RES. 22(1), 209-210 (2021).

⁶⁷ Chirs Cunneen and Juan Tauri, INDIGENOUS CRIMINOLOGY, 107-108(2016).

⁶⁸ Chirs Cunneen, CONFLICT, POLITICS AND CRIME: ABORIGINAL COMMUNITIES AND THE POLICE, 107-108 (2001).

⁶⁹ Chirs Cunneen and Juan Tauri, *supra* note 61, 6.

⁷⁰ Maggie Walter, *The politics of the data: how the Australian statistical Indigene is constructed*, INT. J. CRIT. INDIG. STUD. 3(2), 52 (2010).

⁷¹ Chirs Cunneen and Juan Tauri, *supra* note 67, 21-23.

⁷² Chirs Cunneen and Juan Tauri, *supra* note 67, 34.

⁷³ Valmaine Toki, *supra* note 64, 6.

⁷⁴ 近期著名的案例是2020年的 *McGirt v. Oklahoma* 案，美國聯邦最高法院以5比4推翻俄克拉荷馬上訴法院判決，認為州法院沒有權起訴部落成員的 Creek 犯下的罪行或對之犯下的罪行，只有部落法院及聯邦系統有權審理。這份判決評價兩極，有論者主張此一擴大部落的司法權之舉，也將因為相對應的行政成本，對於資源分配產生排擠效應。

⁷⁵ 原住民族量刑法庭並非採取習慣法作為認事用法的標準，而是在原有法秩序中，讓原住民族領袖、長者或受尊敬者參與進行量刑，此制度可見於澳洲及加拿大。

⁷⁶ Chris Cunneen, *Criminology, Criminal Justice and Indigenous People: A Dysfunctional Relationship?*, CURR. ISSUES CRIM. 20(3), 331-333 (2009).

的關心，司法系統內涵不均勻也應該受到重視，以檢視知識論述背後的實體正義概念，是否有調整或更換的機會，從而謹慎且積極地回應原住民族自治的課題。

對於台灣原住民族來說，清朝、日本與國民政府都是外來政權。這些外來政權從土地的侵奪與支配開始⁷⁷，進行經濟擴張與各項管制。二十世紀初日本政府治理尤為強烈，以軍事手段對於原住民族進行武力鎮壓、資源掠奪與集團移住，並展開編組分類的生活管制，迫使原住民族生活空間窄化，透過殖民政策將原住民族捲入日本的帝國大業⁷⁸。其後，國民政府延續蕃地統治至山地行政，將其收編至國民形塑的行政體系⁷⁹。其中，司法及警務也扮演重要的角色，日本政府對於平地與高山的原住民族區別以待，前者多數已準據現代意義的刑法、後者則以理蕃警察的臨機處分並部分保留贖財或其他社內規約⁸⁰，並且同時設立許多駐在所，方便監視與控管原住民族；二戰後的國民政府則轉為明確要求警察機關處置不可以違背法律規定⁸¹，展開「山地平地化」的同化政策，並以刑罰管制獵槍持有、狩獵、森林採集等行為，使得原住民族無法從事以往的工作與生活。

經過原住民族權利運動的努力，1994年中華民國憲法增修條文增修原住民族條款，包括槍砲彈藥刀械管制條例在內，陸續制定或修改除罪化條款，調節原住民族與刑事司法的關係。此後，隨著2005年原住民族基本法通過、2009年將涵蓋原住民族權利的公民與政治權利國際公約與經濟社會與文化公約內國法化，權利概念日漸為人所用。司法部門也在2013年、2014年陸續指定法院成立原住民族專庭並提供培訓，逐步增加原住民族特約通譯人數，司法院大法官也作出釋字第803號解釋，原住民族與刑事司法的關係受到憲法的重視⁸²，形塑原住民族文化權利的憲法界線⁸³。法律扶助基金會在2012年開啟原住民檢警陪偵專案之後，亦陸續辦理不少文化抗辯案件，並於2018年成立原住民族法律服務中心、2020年開辦西部辦公室，積極從法律扶助的工作方法提供資源。

其中，刑事程序早期介入措施的修法也日趨完整，從原住民檢警陪偵專案，乃至於刑事訴訟所明訂的通知義務、權利告知義務，以及強制辯護制度⁸⁴。如果就原住民族與刑事司法關係進一步觀察，理解法律作為殖民手段的工具性、犯罪

⁷⁷ 清代的治理部署圖像，請見於：柯志明（2021），《熟番與奸民：清代臺灣的治理部署與抗爭政治》。全書三冊細膩說明國家權力如何透過生番、熟番與漢人社群的歧異，達到治理的目的。

⁷⁸ 從懷柔到焦土政策，乃至於地理實體的建構，原住民族被納入帝國的統治版圖，請見於：Paul Barclay 著、堯嘉寧譯（2020），《帝國棄民：日本在臺灣「蕃界」內的統治（1874-1945）》。

⁷⁹ 松岡格著、周俊宇譯（2018），《「蕃地」統治與「山地」行政：臺灣原住民族社會的地方化》。

⁸⁰ 王泰升（2015），〈台灣法律史上的原住民族：作為特殊的人群、地域與法文化〉，《臺大法學論叢》，第44卷第4期，頁1669-1670。

⁸¹ 王泰升，前揭註80，頁1682。

⁸² 蔡志偉 Awi Mona（2022），〈從「王光祿釋憲案」論原住民族狩獵文化權利的憲法保障〉，《臺大法學論叢》，第51卷第3期，頁685-755。

⁸³ 許恒達（2023），〈原住民文化權利的憲法界限－以司法院釋字第803號解釋為中心〉，《輔仁法學》，第65期，頁227-277。

⁸⁴ 范耕維（2021），〈污名或正義？：原住民被告受辯護人協助權利內涵及制度設計之檢討〉，《臺大法學論叢》，第50卷第3期，頁927-992。

學與刑事司法的壓制性，以及制度處於權利與自治之間的原住民族司法困境，對於原住民檢警陪偵專案「為什麼會有九成的放棄率？」的回答方向，即可能從「放棄」陪同偵查律師的數據，轉向台灣原住民族刑事程序早期介入措施的制度機能與前提預設，探問造成此現象的結構性因素，並且以原住民族為主體的角度看待犯罪控制敘事背後的權利、法律與正義論述，此亦為本文的核心關懷。

參、研究方法與設計

本文從量化與質化的實證研究取徑⁸⁵，以原住民檢警專案與刑事訴訟法義務群的權利語言為核心的台灣原住民族刑事程序早期介入措施為對象，進行原住民族刑事法社會的研究。具體研究方法與設計，如下所述。

一、原住民族與刑事法社會研究

犯罪學與刑事司法研究的發展並非源自於原住民族本身，甚至可能成為一種壓制性的技術而為國家服務⁸⁶，圍繞於刑法與刑事訴訟法的法學教育與研究應該理解規範背後的複雜性，以及對於矛盾與偏見的合理化過程⁸⁷。也因此，有研究主張應調整既有的方法論，以原住民族知識為核心闡釋研究主題⁸⁸。其中，又以 Moana Jackson 在 1988 年關於毛利人的犯罪控制研究為經典，以社區為中心並訪談包括毛利人在內的刑事司法參與者，並且優先考慮毛利人的聲音及經歷，稱之為 Kaupapa Māori Research⁸⁹，是晚近原住民族解殖方法論的重要淵源⁹⁰。

在相近的關懷之下，有研究者就原住民族司法近用措施的研究，提出四項提醒：考慮權力產生的作用、結合法律明文以外的跨學科知識進行研究、超越西方中心主義，並且著重法律的實踐。同時，也將論述焦點從機構運作移轉至日常經驗，觀察人們如何與法律互動⁹¹，且此互動過程是變動且歷時性，可能隨著近用司法的經驗對於法律產生不同的理解⁹²。本文對於臺灣原住民族刑事程序早期介入措施的研究，即承接此立場，取徑於法律與社會研究，將制度機能的結構性因素納入統計數據的解讀，並藉由深度訪談以受訪者語言與意識呈現其主觀理解，關切人們的日常經驗與生活世界，從而調整司法近用、法律賦權及其背後的犯罪控制敘事，進一步描述在刑事司法背景之下的問題化方式及其所代表的意涵。

二、量化與質化的實證研究取徑

⁸⁵ 作為法學經驗面向的說明：張永健（2022），《法實證研究：原理、方法、應用》，頁69-73。

⁸⁶ Biko Agozino, *What is criminology? A control freak discipline!*, AFR. J. CRIMINOL. JUSTICE STUD. 4(1), i-xx.

⁸⁷ Thalia Anthony and Mark Findlay, *Teaching Indigenous Issues in Criminal Law and Criminal Procedure: Dispossession and Recognition*, SYDNEY LAW SCHOOL RESEARCH PAPER 10(2), 1-15(2010).

⁸⁸ Chirs Cunneen and Juan Tauri, *supra* note 61, 7.

⁸⁹ Moana Jackson. *Maori and the Criminal Justice System: He Whaipanga Hou: A New Perspective*. Wellington, 13-18 (1988).

⁹⁰ Linda Smith, *DECOLONIZING METHODOLOGIES: RESEARCH AND INDIGENOUS PEOPLES*. (1999).

⁹¹ Daniel Brinks, *supra* note 51, 4.

⁹² Diana Hernández, *"I'm gonna call my lawyer:" shifting legal consciousness at the intersection of inequality*, STUD. LAW POLITICS SOC. 51, 109 (2010).

量化研究部分，在依法向法扶基金會申請並受到基金會協助之下，整理下列數據：(一) 歷年原住民檢警陪偵專案總案件數、放棄件數、放棄比(2012年至2020年)；(二) 原住民與非原住民族檢警陪偵專案重罪與輕罪案件數、放棄件數、放棄比(2019年至2020年)；(三) 全國各地原住民檢警陪偵專案總案數(2019年至2020年)；(四) 全國各地法律扶助律師人數及其參與檢警陪偵專案人數(2022年)；(五) 全國各地原住民檢警專案派案失敗率(2019年至2020年)。

【表 1：受訪者一覽表】

編碼	性別	案發年齡 (或受訪年齡)	涉犯罪名 (所指為本次經驗者)	使用原住民陪偵專案情形	
				本次經驗	其他經驗
A	女	50 歲		未使用	
B	女	65 歲		未使用	
C	男	48 歲		未使用	
D	女	27 歲		未使用	
E	男	40 歲	違反保護令罪	拒絕	本次之前曾使用 (另案施用毒品罪)
F	女	29 歲	過失致死罪	拒絕	本次之後有使用 (本案後續偵查庭)
G	男	26 歲	家庭暴力罪	拒絕	本次之後有使用 (本案後續偵查庭)
H	男	66 歲	誹謗罪、恐嚇罪	使用	本次之前曾使用 (另案傷害及偽造文書罪)
I	男	44 歲	傷害罪	使用	本次之後未使用 (另案傷害罪)

註：「案發年齡」為接受警詢而接觸原住民檢警陪偵專案的年齡，不具此經驗者則為受訪年齡。

質化研究部分，本文採取深度訪談法，並採取非機率抽樣之立意抽樣，透過法扶基金會徵求或轉介之滾雪球方式，找尋符合標準並願意接受訪談的受訪者。深度訪談 9 位居住於花蓮縣的太魯閣族 (Taroko)⁹³，包括曾經使用、拒絕使用、未曾使用原住民檢警陪偵專案者 (共 5 名男性、4 名女性，見【表 1】)，有使用經驗者至警局或地檢署接受詢問時間為 2022 年至 2023 年之間。在進入研究場域時，徵得受訪者同意並依照通過研究倫理審查方法進行訪談 (包括：以書面文件及口頭說明方式，解釋受訪者的權利與風險)，盡可能地減少對於受訪者的風險。訪談過程均有錄音，並由研究者做成逐字稿以供分析。為保障受訪者隱私，受訪者資料採取去識別化處理，以英文編碼 A 至 I 化名呈現。

⁹³ 台灣原住民族各有不同文化及歷史，歷經不同的殖民經驗，不宜化約為單一版本。因此，僅先以太魯閣族社群為對象，並考量地區差異可能有不同的制度經驗，而限定在花蓮地區。此係基於研究量能的限制所不得不為之限縮。原住民族各族群、各部落、各地區都有其差異，仍有賴未來針對進行更為細膩的探討，此為本文研究的限制。

本文受訪者為居住於花蓮縣之太魯閣族，受到地區及族群別之限制，並未納入「非居住於花蓮縣」及「非太魯閣族」之刑事司法經驗。又有接觸原住民檢警陪偵專案受訪者所涉犯罪名並非最輕本刑三年以上有期徒刑之重罪，而未能將因重罪而接觸原住民陪檢警陪偵專案經驗者納入。上述均為本研究之限制。

肆、對權力說真話：刑事司法的問題化框架？

「為什麼會有九成的放棄率？」官方曾對此提出推測。有認為此與原住民族涉犯公共危險罪居多有關（即『犯罪類型』假設），亦有主張與原鄉地區而律師趕赴不便有關（即『律師量能』假設），亦有從資訊取得不易、不清楚此項權利的角度提出觀察（即『權利理解』假設），這也是法扶基金會積極提出改革的思維，循此將書面文件註記不收費並放大字體且要求簽名、在客服通話流程之中親自通話確認意願並稱指派律師不收費。不過，這些推測仍有待進一步的檢驗。

本節將先說明制度內容（包括：專案適用範圍、刑事訴訟法規定、法規制度及文件流程變動）作為分析基礎。接著，以法扶基金會提供數據檢驗前述假設。釐清假設是否為真並指出詮釋限制。這些假設雖然觸及結構性因素，但仍是以司法近用、法律賦權為前提，制度本身（即規定通知義務、以語言文字方式告知的形式）未受到質疑。最後將問題化框架指向制度本身，檢證是否正是因為「僅對於原住民族」設有通知及權利告知義務，方導致高放棄率（即『法定義務』假設），並以此反身性（reflexivity）的關懷⁹⁴，作為後續第五節的論述背景。

一、早期介入措施的制度內容與變動

（一）專案適用範圍

根據法扶基金會受理案件的分類，如果犯罪嫌疑人具有原住民身份，即適用原住民檢警陪偵專案，不限於特定犯罪類型。如果犯罪嫌疑人不具原住民身份，而是因神經系統構造及精神、心智功能損傷或不全，無法為完全陳述者（簡稱心智障礙者，認定標準為領有身心障礙手冊或衛生機構開立之醫療證明，或檢警人員依其陳述能力認為客觀上陳述能力不佳之人），其犯罪類型適用範圍與原住民檢警陪偵專案相同。不過，心智障礙者在法扶基金會的數據分類中，被歸類為檢警陪偵專案。就犯罪類型適用範圍而言，非前二身份者（即非原住民族及心智障礙者），僅適用於最輕本刑三年以上的重罪，並歸類為檢警陪偵專案（【表 2】）。

	原住民族	心智障礙	非左列二身份
犯罪類型	不限制		三年以上重罪
詢訊次數	第一次詢訊問		

⁹⁴ 反身性一詞源於社會學，係一種自我指涉，檢視發起或觀察此行動的實體。在知識社會學領域係指因果關係的相互影響，關切觀察與社會建構如何影響著現象解釋。應用於現代性與殖民研究的領域，反身性的概念提醒研究者應該謹慎對待墾殖者敘事、主客位置及其存在的結構權力關係。

依法扶基金會規定，詢訊問次數均限於「第一次」。如果在詢訊問完之後有法律扶助的需求，則需要至各地法扶基金會分會申請偵查中強制辯護或其他法律扶助資源。在實際操作上，如當時有律師陪同偵查，則可以由律師或者當事人填具書面申請書、由律師攜回而進行線上回報。此後法扶基金會即會聯繫當事人，並且開案委派律師。如果屬於原住民族身分則免經審查，可以直接開案辦理。

（二）刑事訴訟法規定

對於原住民族被告或犯罪嫌疑人來說，刑事訴訟法第 95 條第 1 項第 3 款設有「權利告知義務」、刑事訴訟法第 31 條第 5 項設有「通知義務」，但書亦設二項例外「主動放棄例外」、「等候時間例外」（【表 3】），詳細說明見「貳、一」。

【表 3】對於原住民族被告之告知與通知義務

	刑訴法第 95 條權利告知義務	刑訴法第 31 條通知義務
適用對象	低/中低收入、原住民、其他依法令	原住民、心智障礙者
但書規定	無	①等候律師逾四小時未到 ②主動請求立即詢訊問

（三）法規制度及文件流程變動

1. 法規制度變動

法扶基金會於 2007 年 9 月試辦「檢警第一次偵訊律師陪同到場專案」，民眾如涉犯最輕本刑三年以上有期徒刑之罪，遭拘提、逮捕、聲請羈押，或沒有收到傳票、通知書，而臨時被要求接受偵訊，就案件第一次偵訊，可以向法扶基金會申請律師陪同偵查的服務。當時也有將「智能障礙者」列入適用對象，並在同年 12 月經法扶基金會決議擴及至心智障礙者。

2012 年 7 月 15 日試辦「原住民檢警陪偵專案」，針對原住民族提供服務，且範圍不限於最輕本刑三年以上有期徒刑之罪，與心智障礙者範圍相同。且在同年 7 月 26 日由法扶基金會第三屆第三次臨時董事會決議核實支付律師陪偵律師費。時值立法院刑事訴訟法之審議，該專案也被認為是刑事訴訟法第 31 條及第 95 條修正並於 2013 年 1 月 23 日順利施行的功臣⁹⁵。

此後，2015 年 7 月 1 日法律扶助法增訂第 5 條第 4 項，明文因其他原因無法受到法律適當保護者之範圍包括「第 1 款被告或犯罪嫌疑人具原住民身份，於偵查、審判中未經選任辯護人者」，依法律扶助法第 13 條申請法律扶助，不需要

⁹⁵ 法扶基金會（2013），〈建立原住民被告強制辯護制度與加強原住民法律扶助〉，https://www.laf.org.tw/index.php?action=media_detail&p=1&id=203（最後瀏覽日期：2023/9/12）。

審查資力；2018 年 1 月 26 日法扶基金會第五屆第 23 次董事會決議刪除非原住民、精神障礙或其他心智缺陷無法為完全之陳述者之檢警陪偵專案遭拘提、逮捕等「非自願性到場」要件，並在 2022 年 3 月 20 日提供此等對象之陪偵地點位在偏遠及律師資源稀缺地區者可申請該案件各段陪偵程序之交通費（【表 4】）。

4】與原住民檢警陪偵專案相關之法規制度變動

2007 年 9 月	檢警陪偵專案試辦：限於三年以上重罪且第一次詢訊問，但對於智能障礙者則不限於三年以上重罪且不分次數
2007 年 12 月	將智能障礙者之特別保護擴及至心智障礙者
2012 年 7 月	原住民檢警陪偵專案試辦：不限於三年以上重罪且不分次數，並得核實支付律師陪偵交通費（僅限於原住民身分）
2013 年 1 月	刑事訴訟法 31V、95I ^③ 修法：檢警機關應通知法扶機構
2015 年 7 月	法律扶助法 5VI 修法：不需審查資力
2018 年 1 月	非原住民及心智障礙者之陪偵服務刪除非自願性到場要件
2022 年 3 月	非原住民及心智障礙者之陪偵服務之地點偏遠或屬律師資源稀缺地區，得核實支付律師陪偵交通費

2. 文件流程變動

原住民檢警陪偵專案的服務流程，起初是由偵查機關、犯罪嫌疑人及其家屬或社工以電話或傳真方式向法扶基金會填具「指派律師通知表」方式申請。表格內有要求犯罪嫌疑人自行填寫欄位，以表示「需要」或「不需要」陪偵律師：「需要」欄旁記載「犯罪嫌疑人因涉有上列罪嫌，現於上開通報機關等候詢問，請自本通知單傳真到達法扶起，協助指派律師到達通報機關所在地點。經法扶回傳本通知單起 4 小時後，若無律師到場，將逕行依法詢問」；「不需要」欄旁則須由當事人勾選原因，包括「不需要律師，可自行處理」、「不願等候律師到場」、「已自行委任律師」，並要求本人簽名，其簽名處旁亦註記「本會指派律師均不收費」。

【表 5】原住民檢警陪偵專案流程變動

2016 年 3 月	註記「本會指派律師均不收費」
2018 年 3 月	新增應訊說明並在簽名旁註記「本會指派律師均不收費」
2020 年 1 月	將「本會指派律師均不收費」字體放大並要求客服通話說明負責該專案的電話服務中心為 24 小時服務，並由服務中心以電話或傳真的方式回覆申請單位是否成功派任律師，之後便由律師前往陪訊。

服務流程歷經多次調整，包括 2016 年 3 月註明「本會指派律師均不收費」，2018 年 3 月表單新增應訊說明：「請適時保護自己：1.你可以詢問自己罪名是什麼；2.可以請求律師到場；3.律師到場前，可以不回答問題；4.律師到場後，有充分時間與律師討論案情」並將「本會指派律師均不收費」移至犯罪嫌疑人簽名處

旁以示清晰，並在 2020 年 1 月調整「本會指派律師均不收費」字樣且將字型放大，要求客服人員與犯罪嫌疑人通話（在標準作業程序要求客服人員親自與犯罪嫌疑人通話確認意願，並在電話宣導毋須違背自己意思陳述、基金會指派律師均不收費），同時於 2019 年 12 月 30 日回函立法院審查預算文書時稱基金會將與相關機關研議警詢偵訊前，將口頭告知犯罪嫌疑人「可以申請由國家支付酬金的法扶律師」列為標準作業流程並印製海報宣傳（【表 5】）。

二、犯罪類型、律師量能與權利理解

（一）犯罪類型

根據法務統計資料⁹⁶，2017 年全般刑案偵查終結起訴人數為 23 萬 9483 人，每萬人平均起訴率為 102 人（以當年人口 2,357 萬 1227 人計算）。前五名分別是公共危險罪 25.7%（61,443 人）、毒品危害防制條例 21.3%（51,020 人）、竊盜罪 11.1%（26,529 人）、傷害罪 10.3%（24,615 人）、詐欺罪 8.7%（20,939 人）；對比原住民族偵查終結起訴人數 9,625 人，每萬人平均起訴率為 172 人（以當年原住民族人口 55 萬 9629 人計算）。前五名分別為公共危險罪 51.0%（4,909 人）、毒品危害防制條例 14.8%（1,423 人）、詐欺罪 8.1%（780 人）、竊盜罪 7.9%（760 人）、傷害罪 5.8%（558 人），可見於【表 6】。

【表 6】2017 年全般/原住民偵查終結起訴比較

	人數	起訴率	犯罪類型				
			公共危險	毒品條例	竊盜	傷害	詐欺
全般起訴	239,483	102	61,443 (25.7%)	51,020 (21.3%)	26,529 (11.1%)	24,615 (10.3%)	20,939 (8.7%)
原民起訴	9,625	172	4,909 (51.0%)	1,423 (14.8%)	780 (7.9%)	760 (5.8%)	558 (8.1%)

雖然原住民檢警陪偵專案與偵查終結起訴的標準並不相同，但從 2012 年 7 月 15 日至 2021 年 12 月 31 日的原住民檢警陪偵專案的數據觀察（【表 7】），犯罪類型分佈前三名分別是公共危險罪 40.11%（55,310 人）、毒品危害防制條例 11.1%（15,307 人）、竊盜罪 8.96%（12,362 人），與偵查終結起訴的分佈相近。

【表 7】2012 年 7 月 15 日~2021 年 12 月 31 日專案犯罪類型分佈

	公共危險		毒品條例		竊盜		違反森林法		其他		小計 件數
	件數	比率	件數	比率	件數	比率	件數	比率	件數	比率	
總案	55,310	40.11%	15,307	11.10%	12,362	8.96%	914	0.66%	54,005	39.16%	137,898
放棄	52,262	41.58%	14,264	11.35%	11,173	8.89%	713	0.57%	47,271	37.61%	125,683

刑事司法數據是複雜互動的結果，利用與判讀有其前提及限制。每萬人平均

⁹⁶ 法務部（2018），〈原住民刑事案件統計〉，頁 5。

起訴率並不代表犯罪率，犯罪類型是否易於起訴、執法至定罪過程均須納入考量。即使以涉犯公共危險罪為觀察對象，數據解讀也有賴更多的資訊判斷，背後原因可能是居住地區大眾交通系統不發達，計程車與代駕較少、幅員遼闊而收費高⁹⁷，也可能與差別執法、勞動環境、機車駕駛使用習慣有關。限於篇幅限制，礙難於此深入分析。不過，從數據至少可以得知，刑事政策數據解讀者對於原住民族在詢訊問及偵查終結起訴案件涉犯公共危險罪比例相對較高的理解並無謬誤。

不過，是否可以藉此推論這是原住民族放棄陪偵律師的原因？仍有待商榷。如欲驗證「犯罪類型」的假設，至少可以從二方面著手。首先，在原住民檢警陪偵專案之中，公共危險罪案件相較於其他犯罪類型放棄陪同偵查律師比例更高？此推測的邏輯來自於吐氣所含酒精濃度達 0.25mg/l 或血液中酒精濃度達 0.05% 即屬成立（與舊法相較，2022 年 1 月 27 日修法刑法第 185 條之 3 不能安全駕駛罪的刑度從二年以下有期徒刑調整至三年以下有期徒刑），其罪責成立與否往往繫於檢測，成罪爭執空間不大，人們很可能認為沒有必要委請律師陪偵。不過，這從【表 7】比較「總案件」犯罪類型分佈與「當事人表示不需要」（即放棄案）犯罪類型分佈呈高度一致，可以初步排除此項影響。

再者，可以經由比較原住民與非原住民身份觸犯公共危險罪請求陪同偵查比例得出線索。可惜的是，法扶基金會「非原住民或其他心智缺陷無法為完全之陳述」的數據部分，僅提供「涉犯最輕本刑三年以上有期徒刑或高等法院管轄第一審案件」者檢警專案的服務，不包括刑度為二年之不能安全駕駛罪在內（即便 2022 年 1 月 27 日修法將刑度從二年以下有期徒刑調整為三年以下有期徒刑，亦非檢警專案適用範圍），難以透過此一比較證實。然而，另一方法則是排除不能安全駕駛罪的犯罪類型，就同屬「最輕本刑三年以上有期徒刑之罪或高等法院管轄第一審案件」（本文稱之為重罪案件），比較原住民與非原住民身分放棄專案的比例。就此而言，無論是 2019 年或 2020 年的數據，兩者之重罪案件放棄比均有相當懸殊的差距，分別達到相差 39.69%、39% 的程度（【表 8】、【表 9】）。

【表 8】2019 年原住民檢警專案與檢警專案重罪與輕罪案件比較

	總案數	重罪案件			輕罪案件		
		案數	放棄	放棄比	案數	放棄	放棄比
原民案	19711	3143	2882	91.70%	16568	15474	93.40%
非原民	7549	1794	933	52.01%	5755	4133	71.82%

【表 9】2020 年原住民檢警專案與檢警專案重罪與輕罪案件比較

	總案數	重罪案件			輕罪案件		
--	-----	------	--	--	------	--	--

⁹⁷ 學者許恒達曾指出：「花東地區酒駕案件數最多，最大的原因就是大眾運輸不發達」。相關說明請參見：中央社（2019），〈酒駕背後的城鄉差距 為什麼花東比例特別高？〉，<https://www.cna.com.tw/project/20190719-drunkdriving/article2.html>（最後瀏覽日期：2023/9/12）。

		案數	放棄	放棄比	案數	放棄	放棄比
原民案	19751	3178	2886	90.81%	16573	15349	92.61%
非原民	8257	1909	989	51.81%	6348	5406	85.16%

在此也要指出，法扶基金會數據分類將心智障礙者者歸於「非原住民」之身分，並沒有將之析出分離，應予留意。不過，從數據初步看來，是否具有原住民族身分在重罪案件放棄比仍有明顯差異。由於原住民族犯罪類型與全般犯罪類型在偵查終結起訴案件並無明顯差異，在排除非屬重罪的公共危險罪之後，就同樣涉犯重罪的犯罪類型比較放棄比率之後，應可初步排除「犯罪類型」的影響。

(二) 律師量能

要驗證「律師量能」的假設並非易事，在此先從三方面著手。首先，藉由加入該地區檢警陪偵專案實際排班律師數據，納入地理面積、人口數計算，比較各地區每位值班律師負擔的地理面積及人口數，以掌握扶助律師量能差異。不過，考量法扶分會以司法管轄為劃分，不當然與行政劃分吻合（例如：士林分會管轄橫跨新北市及台北市、高雄市包含高雄分會與橋頭分會）；又考量部分分會值班人數低於十人，難以作為檢測的基礎；再考量城鄉差異之對照以便於比較，選擇直轄市之桃園、台中，與台東、花蓮相互對照（【表 10】）。

【表 10】2022 年四分會扶助律師、檢警專案、實際排班比較

分會	面積(km ²)	人口	扶助律師	檢警專案	實際排班	實際排班負擔比	
						面積	人口
桃園	1220	2,262,765	1202	127	46	26.52	49190.54
台中	2214	2,799,312	951	168	113	19.59	24772.67
台東	3515	212,924	37	27	18	195.28	11829.11
花蓮	4628	319,351	81	23	18	257.11	17741.72

就檢警專案排班律師平均負擔地理面積觀察，花蓮及台東地區是 257.11、195.28 平方公里，相較台中及桃園地區 19.59、26.52 平方公里有著懸殊差距。再從平均負擔人口數量觀察，由於花蓮及台東人口數少，律師人口負擔相較台中、桃園來得低。換言之，相較於桃園及台中，花蓮及台東雖然律師地理易達性低，但人均檢警專案律師較高。在此也要澄清，由於民眾可能不選擇扶助律師陪偵而自聘律師，此數據至多呈現各地排班律師服務的數量與負擔比，與整體法律服務品質並無直接關聯。從此，仍然難以說明律師量能差異，且本文關切之原住民檢警陪偵專案又因各地原住民族人數之數量計算不易，難以作出進一步的推論。

另一個可能驗證律師量能的指標是「派案失敗率」。在法扶基金會的行政流程上，如果屬於到警察局或地檢署聯繫法扶基金會派案者，派案聯絡時間為 40 分鐘，如果超過 40 分鐘未能找到律師進行陪同偵查，即稱派案失敗。未能找到

律師陪同的原因包括地理位置偏遠、律師人數不足，都有可能。雖然派案失敗率的解釋無法指向特定原因，惟或可初探在此有限前提之下的律師量能樣貌。

【表 11】2019 年與 2020 年全國各地原住民檢警專案派案失敗率比較

分會	2019 年				2020 年			
	申請*	成功	失敗	失敗率	申請*	成功	失敗	失敗率
士林	54	54	0	0%	55	54	1	1.8%
台中	114	108	6	5.3%	125	115	10	8%
台北	84	84	0	0%	113	112	1	0.9%
台東	114	108	6	5.3%	89	82	7	7.9%
台南	36	36	0	0%	30	30	0	0%
宜蘭	44	36	8	18.2%	63	55	8	12.7%
花蓮	216	202	14	6.5%	209	198	11	5.2%
金門	0	0	0	0%	3	0	3	100%
南投	23	23	0	0%	32	27	5	15.6%
屏東	74	72	2	2.7%	74	64	8	10.8%
苗栗	27	27	0	0%	16	16	0	0%
桃園	219	209	1	0.9%	278	275	3	1.1%
馬祖	0	0	0	0%	0	0	0	0%
高雄	66	65	1	1.5%	68	65	3	4.4%
基隆	32	32	0	0%	40	38	2	5%
雲林	2	2	0	0%	7	7	0	0%
新北	106	105	1	0.9%	154	148	6	3.9%
新竹	70	70	0	0%	90	88	2	2.2%
嘉義	18	18	0	0%	14	14	0	0%
彰化	19	19	0	0%	33	33	0	0%
澎湖	0	0	0	0%	0	0	0	0%
橋頭	23	23	0	0%	32	32	0	0%
總計	1336	1293	43	3.2%	1523	1453	70	4.6%

(* = 不含不符合申請資格、申請後撤回數量；灰底為高於當年度平均失敗率之地區)

為避免當年度申請數量數值過低影響數值，以連續二年高於當年度全台平均數者為觀察對象，數據係以東部地區（包括：宜蘭、花蓮、台東）為大宗，並包含台中地區。除了台中地區之外，其他三區地理狹長且為傳統認為律師量能較為缺乏之處。不過，考量派案數量計算已經扣除「不符合申請資格」、「申請後撤回」者，亦即未將「不願使用陪同偵查律師」者納入其中，且其如何理解律師派案成功機率，仍有待釐清。再者，原住民檢警陪偵專案派案數量占原住民檢警陪偵專案總案件數比例不至 7%。在這些限制之下，派案失敗率的代表性亦有待商榷。

律師量能的分析確實有其限制，那至少控制原住民族被告或犯罪嫌疑人之變因，比較 2019 年及 2029 年全台各法扶分會原住民檢警陪偵專案放棄比例，亦可間接理解作為影響律師量能之「地理位置因素」對放棄率的影響。換言之，無法確知此數值是否直接源於律師量能差異，但可以佐證「地區位置因素」是否為造成放棄比之因素。從【表 12】、【表 13】所示全台各法扶分會原住民檢警陪偵專案放棄比例均在八成至九成間，各地並無明顯差異。在前述派案失敗率相對較高的宜蘭、花蓮、台東與台中地區，放棄比例相較於其他地區無明顯差異。因此，仍然難以推論「地理位置因素」是造成原住民族放棄陪同偵查律師的主因。

【表 12】2019 年各分會原住民檢警專案放棄情形比較

分會	總案數	重罪案件			輕罪案件		
		案數	放棄	放棄比	案數	放棄	放棄比
士林	359	41	34	82.93%	318	271	85.22%
台中	1617	228	201	88.16%	1389	1300	93.59%
台北	660	150	137	91.33%	510	439	86.08%
台東	2360	323	297	91.95%	2037	1948	95.63%
台南	278	33	24	72.73%	245	217	88.57%
宜蘭	516	64	59	92.19%	452	412	91.15%
花蓮	3354	580	543	93.62%	2774	2592	93.44%
金門	21	0	0	N/A	21	19	90.48%
南投	766	126	119	94.44%	640	624	97.50%
屏東	1294	174	161	92.53%	1120	1058	94.46%
苗栗	520	109	106	97.25%	411	386	93.92%
桃園	3855	658	615	93.47%	3197	3028	94.71%
馬祖	4	0	0	N/A	4	4	100.00%
高雄	578	106	91	85.85%	472	421	89.19%
基隆	343	66	60	90.91%	277	251	90.61%
雲林	32	3	3	100.00%	29	27	93.10%
新北	1360	238	225	94.54%	1122	1027	91.53%
新竹	934	140	117	83.57%	794	741	93.32%
嘉義	202	24	21	87.50%	178	163	91.57%
彰化	244	42	38	90.48%	202	186	92.08%
澎湖	6	0	0	N/A	6	6	100.00%
橋頭	408	38	31	81.58%	370	354	95.68%
總計	19711	3143	2882	91.70%	16568	15474	93.40%

【表 13】2020 年各分會原住民檢警專案放棄情形比較

分會	總案數	重罪案件			輕罪案件		
		案數	放棄	放棄比	案數	放棄	放棄比
士林	306	44	36	81.82%	262	216	82.44%
台中	1586	219	194	88.58%	1367	1265	92.54%
台北	646	180	152	84.44%	466	386	82.83%
台東	2309	281	268	95.37%	2028	1949	96.10%
台南	291	51	42	82.35%	240	221	92.08%
宜蘭	594	88	78	88.64%	506	452	89.33%
花蓮	2782	444	415	93.47%	2338	2157	92.26%
金門	12	0	0	N/A	12	9	75.00%
南投	734	85	78	91.76%	649	623	95.99%
屏東	1520	251	238	94.82%	1269	1205	94.96%
苗栗	520	110	107	97.27%	410	397	96.83%
桃園	4025	700	631	90.14%	3325	3120	93.83%
高雄	771	94	83	88.30%	677	622	91.88%
基隆	321	74	65	87.84%	247	215	87.04%
雲林	64	12	10	83.33%	52	48	92.31%
新北	1280	246	220	89.43%	1034	913	88.30%
新竹	1047	189	169	89.42%	858	788	91.84%
嘉義	227	44	37	84.09%	183	176	96.17%
彰化	265	21	20	95.24%	244	212	86.89%
澎湖	8	0	0	N/A	8	8	100.00%
橋頭	443	45	43	95.56%	398	367	92.21%
總計	19751	3178	2886	90.81%	16573	15349	92.61%

(三) 權利理解

從前所述，法扶基金會從 2016 年、2018 年、2020 年多次修改專案流程，包括：載明本會指派律師均不收費、在簽名處註記前開字樣、將註記文字的字體放大，也要求客服人員通話時具體說明權利事項。這些文件及流程內容調整的背後預設即是：族人可能對於可以免費聘請律師陪同偵訊一事並不清楚。

然而，觀察前述專案流程之後的放棄比率，數值幾乎未有所更動，均維持在九成左右（【表 14】），這可能是因為前述調整作法未能令族人充分理解，又或者另有其他原因。在此，尚無法推論原住民族被告或犯罪嫌疑人對於前述權利理解因為此專案流程而有所變動，至多僅能證明此等以「書面文字」、「通話口語」的「權利告知義務」所進行的這些調整，並未產生影響。至於被告或犯罪嫌疑人在警局所經歷的感知及其主觀理解的權利理解，則並非這些數據所能夠詮釋的。

【表 14】歷年原住民檢警陪偵專案總案件數/放棄件數/放棄比

年度	總案件數	放棄件數	放棄比
2012/7~12	231	32	13.85%
2013	4,024	2,712	67.40%
2014	7,295	6,142	84.19%
2015	13,572	12,212	89.80%
2016	16,995	15,772	92.80%
2017	18,178	16,800	92.42%
2018	20,363	19,039	93.50%
2019	19,711	18,375	93.22%
2020	19,777	18,252	92.29%

三、反身性轉向：特定身分與法定義務

在透過數據檢驗「犯罪類型」、「律師量能」、「權利理解」假設的過程，可以看見這些假設背後的思維。最顯而易見的，就是以往認為原住民族人是因為涉犯公共危險罪比率較高的關係致使放棄原住民檢警陪偵專案比率過高的推論，並非事實，反而可能憑藉部分數據與認知，對於原住民族與酒精使用的關係進行過度推論。再者，也可以理解到數據的限制，亦即無從準確地從律師排班負擔比、地理易達性解釋律師量能的假設，至多只能有限地從派案失敗率的地區差異提出若干描述，以及全台各地的原住民族檢警陪偵專案放棄率的比較，初步排除地理位置因素的影響。此外，檢驗的內涵也不免受到制度的限制，從法扶基金會三個年度（2016年、2018年、2020年）的專案流程修改行動看來，雖然這些行動都關乎權利理解假設，但因為制度修改僅涉及書面文字、通話口語調整，未將環境因素及主觀意識納入考察對象，亦未對於語式結構進行檢驗，難以完整釐清。

當理解這些「有限」（無論是出於數據分類還是檢驗內涵），刑事政策制定者提出的各項假設也就需要更為謹慎，避免透過帶有預設或偏見的問題化框架解釋現象，進而提出去脈絡化或去歷史化的解釋。從此，也可以認知到揭露問題化框架的重要性，亦即對於數據解釋的「前提」。Chris Cunneen 及 Juan Tauri 在 2016 年出版《原住民族犯罪學》(*Indigenous Criminology*) 一書曾嚴肅地提出提醒，研究者應該「對權力說真話 (speaking truth to the power)」，意思是研究者不應該僅揭示原住民族個人或社群的議題，更要看到墾殖者結構（例如：警察、法庭、兒童保護與教育）、政策與立法交互作用對於原住民族所產生的影響⁹⁸。也就是說，研究者應致力於揭露問題化的框架，進而將問題指向結構、政策與立法的角度提問，甚至進一步地質疑圍繞著舉措安排的種種「前提」（在刑事程序早期介入措施即是司法近用制度、法律賦權理念，以及踐行的告知權利語言法制）。

⁹⁸ Chirs Cunneen and Juan Tauri, *supra* note 67, 38. 「對權力說真話」淵源於非暴力的政治策略，作為倡議理念，以反對壓制的論述。

關於前述從數據檢驗假設的未竟之業（包括：結構、政策、立法以及作為前提的司法近用與法律賦權），將於第伍節接續說明。在此，將試著從政策與立法的反身性位置，於量化研究部分再提出一項假設：「會不會正是因為刑事訴訟法規定通知義務與權利告知義務，才會使得放棄比率高的現象」（法定義務假設）？

詳言之，由於法律僅規定偵查機關應對於具有原住民身分（刑事訴訟法第 31 條及第 95 條均載明）或心智障礙者（刑事訴訟法第 31 條載明，惟刑事訴訟法第 95 條則列以『其他依法令』者稱之）有通知義務與權利告知義務，不具有此二身分者需要「主動」請求檢警陪偵專案協助，而非如同此二身份者處於「被動」位置。因此，相較於主動請求者，偵查機關權利告知及通知此二身份者而使其「可得拒絕」，也就產生相較於非此二身份者（已有意願的主動請求者）來得高的拒絕比率。論述視角即產生主體位置與敘述的調整：是「拒絕」而不是「放棄」。

對此，法扶基金會也曾透過數據描述提出相近詮釋，有著異曲同工之妙：

109 年度相關單位轉知本會之檢警案件中，有 5,422 件係當事人表示不需要律師陪同，故不列入申請案件。……申請案件中，表達欲由申請律師陪同意願者，有 2,830 件，不符合申請條件有 179 件，撤回申請有 33 件；其中，符合申請資格應派遣律師案 2,618 件，由本會派遣律師陪同的案件計 2,531 件，派案成功率達 96.68%⁹⁹。

此時即不再將焦點放在「放棄」比率，而是將表示不需要律師陪同的案件「不列入申請案件」，從而以「派案成功率」為觀察重心。此一理解雖然並非直接從「拒絕」與「放棄」的差異為立論，但仍然相當程度地揭示「申請」的意涵。

回到本文提出的法定義務假設，如要予以驗證並設計實證研究的對照組，至少可以有三種方式。首先，若刑事訴訟法第 31 條第 5 項較晚實施，即可以透過比較該法通過前後原住民檢警陪偵專案的放棄比率，觀察是不是因為通知義務造成此項差異。可惜在 2012 年 7 月 15 日實施原住民檢警陪偵專案後不久，新法旋即於 2013 年 1 月 23 日實施，即便 2013 年放棄比「67.40%」相較於正式立法通知義務來得低，但因為數據數量較少，難以確認比較，只好作罷。

另一個可能的對照組者是較早實施的檢警陪偵專案，立法設有對於心智障礙者通知義務所生影響的比較。該專案於 2007 年 9 月即已實施，並於同年 12 月擴及至心智障礙者。直至 2013 年 1 月 23 日實施刑事訴訟法新法之前，同法第 31 條第 5 項的規定並非通知義務，而是檢察官指定辯護：「被告因智能障礙無法為完全之陳述，於偵查中未經選任辯護人者，檢察官應指定律師為其辯護」。不過，由於條文規定是檢察官指定律師辯護，產生檢察官端與警察端的犯罪偵查階段差異，以及通知義務與指定辯護義務的差異，不適合作為對照組。

⁹⁹ 法律扶助基金會（2021），〈法律扶助基金會111年度預算書〉，頁30。

在無法進行歷時性修法對照的情況之下，另一個作法是比較同樣具有通知義務的心智障礙者與原住民身分（法律用語差異在於告知義務部分，心智障礙者在刑事訴訟法以『其他依法令』者稱之，與直接稱原住民族有別），觀察兩者放棄比率之差別，而這種方式相較前二者更為間接。依照 2020 年全年度專案進線案件數據，身份為心智障礙者案件為 6647 件，排除具心智障礙又具原住民族身分之 402 件後為 6245 件。其中，表示「不需要律師者」共 4263 件、「需要律師者」為 1982 件，放棄比率約 68%。相較同年原住民族放棄比率 92.29%，相對來得低。換言之，雖然無法全然排除通知義務對於放棄比率所產生的影響，但至少可以確認：即便同樣具通知義務，仍然不能排除族群身分對於放棄比率的影響。

伍、如何理解放棄：只能透過法律指認問題？

延續前述反身性關懷，將刑事司法問題化框架指向制度。藉由深度訪談，理解經歷制度行動者的法律感知，受訪者是如何意識到處於犯罪偵查程序的問題？採取行動決策背後又是基於什麼樣的考量？在此高度權力性的法律情境，以刑事訴訟法義務群透過語言文字賦予權利的方式能否實現權利內涵？接著將提問深化，進一步探討法律語言與法律能動性的關係，從中揭示司法近用與法律賦權的限制，並據此檢討刑事司法的問題化框架，反省透過法律指認問題的限制。

一、法律感知：問題命名與行動決策

（一）問題命名

在法律賦權的視角之下，法律往往被視為一種改善生活與生計的工具，具有積極主動、產生變革的面向。相較於此，刑事偵查程序的被告或犯罪嫌疑人被動納入其中，以因應警察及檢察官的偵查作為而採取行動，乃有所不同。於是，相較於具有開啟法律程序意義的民事或家事法律糾紛，人們如何意識並「命名」（naming）此為法律問題（legal problems）的設問以及對於解決手段的認識，便產生內涵轉變：被告或犯罪嫌疑人如何理解刑事偵查程序及其風險？又如何理解律師在此階段所能夠提供的協助？付費委請律師與否是否有所差別？

1. 「有錯判刑」的程序理解

部分受訪者會憑藉其對於法律概念的理解，對於所處之刑事偵查程序提出若干分析，進而作為判斷是否需要律師協助的基礎。受訪者 A 於受訪時便提到：

「一般到法扶案件的，不會是刑事案件，刑事案件就直接刑事處理了。」、「案件對自己有利的，就可以光明正大不用律師陪同，因為他就認定自己沒事。」、「嫌疑人只要把事實說出來就好，至於他有沒有罪，就看警察去蒐證。」

將刑事案件提出作為區分標準，並認為此部分「只要把事實說出來就好」，而並未將刑事程序涉及的事實認定、程序瑕疵、處分決定、量刑差異納入考慮。並且，基於直觀的法律概念及素樸的法律感情，主張並無協助必要，且認為警察

具有蒐集證據的客觀功能，並不需要直接仰賴於被告或犯罪嫌疑人。這不僅發生於沒有使用原住民檢警陪偵專案的 A，也包括有多次使用經驗的 E：

「不是很嚴重的話，就可以自己解決。」、「自己做的事情，自己承擔。」

認為律師在事實有疑慮時能發揮功能，同樣將刑事偵查程序理解為犯罪事實的確認，未將其他可能發生於刑事偵查程序的課題納入考量。換言之，當受訪者在「命名」刑事偵查程序的法律問題時，會受到這些不太完整的法律概念影響，不容易將程序事項的風險具體化、可視化，而回到「有錯判刑¹⁰⁰」的邏輯。

I 也有相近的看法，認為如果自己明知做錯，就不應該請律師協助。只有在「真正」具有爭執的情況（例如：土地糾紛），才要找律師：

「自己明知道會犯罪還去做，這就是自己要承擔、自己要面對。」、「本身就是錯，為什麼還要請律師？根本是王八蛋」、「該懲罰就該懲罰，怎麼規定就是怎麼規定，為什麼要走這條路？」、「土地就是叫外面的律師。」

這種「有錯就判」的邏輯，也常見於不具有原住民檢警陪偵專案經驗的受訪者，是他們預想不會請律師的主要原因。例如 C 就直白地說：

「錯到底，再請律師就……就不對了。」、「現行犯犯這種，就不需要再請了。」

B 也認為「犯錯就是犯錯」而「這是其應得的」，那麼也就不應該請律師。又或者認為當證據充分，也沒有必要去請律師，甚至認為此時利用法扶基金會的律師陪同偵查服務是一種濫用資源的行為：

「我犯錯就是犯錯。」、「你就是證據在了嘛，我能夠請律師幫我做什麼？」、「不能隨便濫用資源，因為你就是錯了。」

相對較為年輕的 D 也是持相同的看法。即便訪談者提及如果程序可能存在瑕疵而有爭執空間，這也不會影響其看法：

「就是我知道我自己有錯在先，就沒有必要去請律師。」、「我個人來講的話，如果我自己做的事情真的是錯的，就算警察問訊有點瑕疵，只要我沒有受到嚴重的肢體傷害或心靈傷害的話，應該不會請律師。」

2. 律師在場的功能是什麼？

然而，當問及已經有律師在場提供陪偵協助時，是否願意接受？受訪者普遍表示正面的態度，並不反對這項服務。H 在受訪時即提到：

「如果有律師在的話，我就可能比較安心。」

¹⁰⁰ 不少受訪者都有提到有錯就判的邏輯。其中，受訪者 B 提及太魯閣族祖訓 Gaya，認為 Gaya 戒律如同法律，不能欺騙、說謊，這會讓家族蒙羞。相較於現行法律，Gaya 雖然不會人關起來，但會有心理的煎熬。受訪者 I 更直接提到，Gaya 規定犯錯的事情不能做，認為犯錯就要面對。

這種心靈上讓人安心的感受，是不少受訪者的共同理解。同樣因為刑事案件曾進出警局的 I 也認為：

「比較……比較安心。」

沒有實際接觸原住民檢警陪偵專案的 B 也認為，有律師陪同較令人安心：

「會是一種安全感吧！」

之所以會有這種心靈上的安心感受，來自於對於程序的不熟稔，而這是受訪者擔心的情況，C 也就此認為面對法律程序應該謹慎，而律師可以提供協助：

「我不太曉得……真的不會，不要自己來。」

被問及「更為具體」的律師功能時，沒有實際刑事司法經驗的受訪者 D 設想律師功能應該在於避免被告或犯罪嫌疑人說錯話，並且協助釐清案件細節：

「律師可以告訴我哪些可以講、哪些不要講。」、「多講一些話搞不好不利於後續的行動，律師在可以幫我釐清。」。

亦有受訪者表明，律師功能在於告知清楚的權利與法律規定，讓人知道應該如何行動與決策，例如 B 就持此看法，並認為只要有清楚告知即可接受：

「律師對我來講，願意告訴我的權利義務在哪，我大概對我犯的錯會更坦然的接受。」

在適切表示意見並且提供法律規定之外，有實際刑事司法經驗的 H 更進一步指出，律師在場可得協助紀錄筆錄內容並留意警方證據：

「有律師在旁邊聽，我講了什麼。在複訊的時候，我就比較好處理」

3. 免錢律師會「真的幫」嗎？

從以上描述看來，受訪者雖然理解律師在場有其益處，不過，對於不需付費的律師是否認真辦理案件？不免抱持懷疑的態度。H 在受訪時便曾多次表示：

「到底法扶是會『幫真的』還是『幫假的』？」、「是真的幫，還是假的幫？又沒有拿錢給他。要請律師，很貴！」、「會懷疑是不是真的幫忙？」

認為既然不需要付費，這項服務很可能就只是行禮如儀。A 也持相同意見，認為在市場經濟之下，具有公益服務性質的律師服務品質可能存在落差：

「法律扶助是基於服務的態度，對這個案件可能在處理狀態時會有落差。」、「法扶是服務比民事還要更小格局的那種案件。」

換言之，受訪者並沒有否認律師實際在場陪同對於程序可能存在的益處，而是對於具體上不需要付費即可取得協助的服務是否有效，表示存疑。

(二) 行動決策

另一法律賦權關切的主題在於：人們是否有足夠的行動資本與能力進行法律行動並主張權利。畢竟，即便法律扶助免除全部或部分的費用，法律行動與主張仍然耗時且耗力，也有著高度的情緒壓力。在經濟社會現實的障礙之下，人們可能傾向於隱忍或不願採取行動。對於是否使用法律扶助提供的刑事程序早期介入措施，也與此等原因有關。此外，從受訪者歷經刑事偵查程序後的理解進一步觀察，將發現行動決策可能是發展歷程的結果，這些實際參與程序的「體感」經驗將轉換成為知識（包括權利意識），影響著受訪者的行動決策。

1. 經濟社會現實與情緒壓力

有時候，人們知道需要協助，也認識到問題的重要性，但不一定會採取積極的行動。受訪者 G 就是一個明顯的案例。據他所稱，他曾與同居人有過不少肢體衝突，也被暴力對待，在本案終於不再忍耐而還擊，因此涉嫌家庭暴力罪而必須到警局製作筆錄。由於工作繁忙及對於製作筆錄有著情緒壓力，即便經過家人及朋友事前多次提醒可以申請法扶、距離筆錄製作日期也還有一段時間，他仍然是等到製作筆錄當日的上午，方致電聯繫法扶基金會請求協助：

「當天早上聯絡，當天在聯絡應該還好。然後說要等很久，那我就不要等了。」
「心情都這麼不好了，還要等那麼久。」、「但要等，可能要等幾個小時。後來我就想說算了，不用等那麼久，就據實以報。」

這樣的情形不只發生在「事前」得知要去製作筆錄的情況。也發生在「當下」在警局的情境，F 肇事當晚尚要趕往下一個行程而無法等候律師到場，這也是她決定直接在警局製作筆錄的部分原因。相較於 F、G 都是第一次接觸原住民檢警陪偵專案，有多次使用經驗的受訪者 E，態度也沒有太大的差別：

「請法扶還要等時間……趕快判一判就好。」

當問及人們是否會排斥這項服務？或者是否對於這項服務有不同想法？同樣具有多次申辦原住民檢陪偵專案經驗的 H 表示：

「沒有說不要找。但通常他們會說『直接去就好了』。」

2. 實際經歷過後的體感知識

無論是否接受原住民檢警陪偵專案，經歷刑事偵查程序的受訪者會在這次的經驗之中理解刑事偵查程序如何進行，也可能會因此萌發權利意識，並且對於法律產生不同的看法。以受訪者 F 為例，她事後樂於與親族分享這項經驗，希望藉由分享讓更多人知道這項服務，以及應如何與法律應對與周旋：

「在發生事情之前，那時候很無知、未知，很多不安、害怕，甚至覺得對方會不會採取什麼行動，來對我做一些不是有利的東西。對法律這件事情，沒

有摸過，很害怕。現在我覺得，法律很公平。」、「能爭取就要盡量去爭取。」、「我蠻後悔沒有請他先介入的。」

與 F 的服務歷程相同，在第一次在警局製作筆錄時放棄原住民檢警陪偵專案，並在「之後」至法扶基金會申請辦理，受訪者 G 也在刑事程序告終後，對於捍衛權利有了更多的認識，並以積極態度看待法律程序，並願意提醒他人：

「家人跟我說：如果你上法院之後，把事情講出來，法官會依自己的去判決。」
「旁邊類似的人遇到這樣的狀況，我一定會跟他說。」

受訪者 I 也有類似的感受，並願意向他人推薦使用法扶基金會的資源：

「我一定會推薦，法扶這個真的不錯。」

這些「體感」知識似乎成為觸發受訪者「近用」司法的契機，在歷經警局第一次筆錄製作之後，而有意願至法扶基金會辦理申請。受訪者 F 在當天完成警局及地檢署筆錄時，並沒有律師陪同偵查，而是在三個月後地檢署開庭通知傳來時，前往法扶基金會申請律師陪同的服務：

「他就打電話確認，這邊就可以請律師了……大概一個禮拜後就開庭了。」

這樣的觸發契機不只是發生在 F 身上，事後對於法扶基金會提供服務有正面評價的 I 也有類似的經驗。起初在警局接受詢問製作筆錄時並未委請律師，而是在警詢結束之後，經姪女提醒後才至法扶基金會辦理申請事宜。

受訪者 G 被問及在第一次筆錄製作結束後為什麼前往法扶基金會申請時，也認為這是多一層保障，並藉此主張應該要建立機制，在第一次筆錄製作完畢後不經（再為）申請就可以直接轉介至法扶基金會而安排律師陪同：

「後來去找的原因是，想說，反正多一個人多一個保障。」、「是不是有一個機制，可以不用再經過申請？講實在的，連我都不太清楚，其他老人家的話，可能傻傻就過去。」

另一對照組是 H 及 E，雖然在本次受訪經驗裡，前者是「使用」、後者是「拒絕」，但兩位都曾經利用原住民檢警陪偵專案。相對於 F、G，他們對於法律程序及服務資訊的掌握相對充分，也能基於個人需求安排。受訪者 H 便曾抱怨原住民檢警陪偵專案，那一次他有辦理申請，但最後派案失敗而無律師可為協助：

「有一次沒有派到人，人力不足。」、「那一次就直接問了。」「法扶回一個電話說，沒辦法派人。白等了這樣。」

受訪者 E 因為之前曾因毒品案件進出警局與地檢署，他表示第一次是有請律師的，但後來因為已經大致了解程序，就不見得會透過法扶請律師：

「那時候有請……但之後就沒有請了、就沒有請了。」

從這些受訪者的經驗看來，實際「體感」原住民檢警陪偵專案後，會影響其對於是否使用這項服務的決定，甚至能夠更有意識地進行選擇。

不過，值得注意的是，這種「體感知識」觸發的近用經驗，也可能在接受到較為完整的法律知識之前受到「攔阻」。受訪者 I 的經驗即為適例。I 曾經在同一個月份因為不同的案件以被告身分進入警局製作筆錄，其中一件在警詢結束後至地檢署間曾至法扶基金會委請律師協助，另一件則始終未委請律師。當被問及兩者差異，I 表示這是因為他「已經收到法院保護令」的緣故：

「我也不清楚啊，我以為保護令跟這個是一樣的。」、「結果姪女罵我笨，這可以請法扶喔」、「我以為應該都是一樣的。」、「那天也緊迫，沒有多久就要去法院（按：應係指地檢署）」、「我從台北又要下來，就直接去法院（按：應係指地檢署）」了。」

I 認為他和哥哥的相互傷害的糾紛，因為他受到哥哥傷害部分已經收到法院的保護令，就代表其對於哥哥提告傷害罪的案件已經結束，而無委請律師的必要。又考量案件開庭在即，就沒有前往法扶基金會詢問或辦理律師陪同偵查的服務。

（三）法律感知

受訪者傾向於將刑事案件視為一種「有錯判刑」的程序，並且認為此種情況並不具有法律上的爭執空間，從而認為做錯事情就應該由自身承擔，甚至認為使用法律扶助是浪費資源的行為，不管是否有使用經驗，這樣理解是相當接近的。不過，如果有派任律師到場，受訪者並不排斥這項服務，也肯定律師的重要性，並認為律師在場在心靈層面能夠讓人感到安心，也能夠協助釐清案情。有實際經驗者更提出律師在證據掌握所能發揮的功能。不過，仍有不少受訪者對於此一不需要付費的律師服務感到懷疑，認為可能律師不會完全盡心地提供協助。

由於並不完全理解刑事偵查程序意義及律師功能，使得不少受訪者在面臨經濟社會現實及情緒壓力時，無論是事前得知到案，或者當下在警局，傾向於不等候陪同偵查的律師到場。另外，受訪者尋求律師協助的時間點，通常落在實際經歷刑事程序之後，對於保障自身權利重要性有所認識，從而提高使用服務意願而前往法扶基金會辦理申請。在有較多次使用刑事司法經驗的受訪者身上，則顯現較高自主性，更可顯見法律感知能夠促進受訪者行動與決策，往往來自於對於法律規定、刑事程序及律師功能更多的認識。此外，從中也可以觀察到，在透過體感知識理解需求到實際接受法律服務之間仍可能存在著空隙，可能因為誤解法律規定以及至法扶基金會辦理的行政成本，降低接受律師陪偵服務的可能。

二、法律情境：當語言遇上權力空間

（一）權力空間

刑事偵查程序本身即是高壓的權力空間，在這個空間，犯罪事實的偵查被視為優先處理的項目。被告或犯罪嫌疑人其他非關犯罪事實的表述，原則上不會被重視，相對來說是被噤聲的。受訪者 G 的說法，即反映這樣的經驗：

「檢察官就是一直覺得我傷害到……我就是傷害到她。可是，我還想講說，這個過程，為什麼會有這個動機？之前的……。但是，檢察官說『他問什麼、回答什麼』就好。」

在檢察官之外，警察也職司此一權力空間，通常是被告或犯罪嫌疑人在刑事偵查程序第一個遭逢的對象。對於受訪者來說，警察除了否決非關犯罪事實的表述，不少受訪者更分享了警察詢問階段的不友善經驗。例如曾經因為毒品案件涉案的受訪者 E 便表示警察會用譏諷的語句讓他感到不適：

「就是，話中帶話。」、「他說『都已經有小孩了，還要玩這個幹嘛？』（按：『這個』係指毒品）」、「就想說趕快辦一辦，但他還是話這麼多。」

受訪者 H 也有類似的經驗，同樣感受到警察的不友善態度：

「態度不太好，口氣不太好。」、「請法扶的話，要等法扶來。因為我沒有事先講。」、「我去，他不高興。跟他說我要請法扶之後，他更不爽。」

並且在訪談時回憶起之前與警察打交道的經驗，認為警察對於原住民族被告或犯罪嫌疑人可能存在著差別執法的問題。權力空間不只是存在於警察局，在路邊執行臨檢時亦然：

「警察臨檢我也被攔過，他就問我『吃檳榔嗎？』。用很瞧不起的言語說：『你喝酒了沒有』。」

這些發生在「警局之外」的經驗，不只是曾出入警局的 H，即便是從小被教育不能犯錯，並且反覆提及害怕做錯事情的 B，也對於警察頗有微詞。其所提出的案例包括親族曾經被警察以不禮貌的用語攔罰酒測，並且提及警察對於部落族人存在著「差別執法」的現象：

「他們就是刻意的在等……你刻意去等族人就要去罰，一直罰、一直罰……」

對於這樣的情況，B 雖然不滿，但也頗感無奈，並提及小時候不清楚法律為何、只知道有警察的存在，且認為只能賭運氣看能否遇到好的警察：

「我小時候不知道法律是什麼，只知道有警察。」、「警察就是來管我們的。」、「我們到了警察那邊也就沒辦法。」、「那你就看你會不會碰到好的警察。」

不同於 E、H 的憤慨以及 B 的無奈，第一次進到警局的 F 則對於警察表示敬畏，認為警察是專業的工作者，並同時在警局感到緊張的情緒。於此同時，也認

為是自己「有錯在先」，應該要聽從警察的建議，而當警察表示不建議「請一個人來這邊聽」時，即接受這項說法、放棄律師陪同偵查的權利：

「剛開始不友善，可能覺得我違規在先。因為他覺得……因為當下我很緊張，情緒很不穩定……他剛開始的眼神會上下打量，因為他可能覺得是我的錯。」、「畢竟那是第一次，所以就聽警察那樣說。」、「因為我覺得他比我更清楚。就是，畢竟他是有相關經驗的，我覺得他應該比我更清楚的。」、「如果只是請一個人來這邊聽，那我會不建議你請法扶做這件事情。」、「可是後面就產生後悔。如果當時……的話，應該堅決。」

此外，由於警察十分熟悉偵查程序並掌握執行詢問的物理空間，受訪者 F 曾提及警察在依刑事訴訟法第 100 條之 1 進行全程錄音錄影之前，會先與其進行實質溝通並提出不需要請法扶的建議，才接著正式進行筆錄製作：

「他說你可以請一個人到這邊，有三次機會這樣。之後我們才正式開始。」

另外，將第一次接觸刑事偵查程序的 F、G 訪談內容合併觀察，刑事程序本身所帶有的譴責意味，認為來到此空間是因為自身惹出來的麻煩。這樣的譴責意味也讓被告在此權力空間更容易接受偵查機關意見，強化權力空間的壓制性。

（二）權利語言

刑事訴訟法設有權利告知義務與通知義務，以維護原住民族被告或犯罪嫌疑人的辯護權。其表述方式乃是透過權利語言的告知，使其能夠在自由意志之下選擇是否使用原住民檢警陪偵專案的服務。不過，不少訪談者都提到，在警察主宰的權力空間，這些權利語言可能會受到扭曲。例如受訪者 H 就提到：

「他叫我等四小時。」

刑事訴訟法第 31 條第 5 項但書是規定「等候律師逾四小時未到場者，得逕行訊問或詢問。」，意思是最久可以等候律師四小時，卻被解釋成為等候律師到場「要等四小時」。這樣的說法也曾見諸於司法實務的判決之中，在最高法院 107 年度台上字第 3084 號刑事判決，便曾提及這樣的事實：

然檢察官卻三番二次以：「要等很久」、「至少要 5、6 個小時以上」、「你不用這樣子耗費自己時間還有大家時間，你從 12 點到現在很久了捏，你就趕快給我個答案好不好」、「你趕快想一想，要等律師來嗎？還是要我們現在趕快做一做？」、「等律師至少要 6 個小時以上餒，要等嗎？」等詞。

不只是刑事訴訟法第 31 條第 5 項但書，在偵查程序之中，也存在著其他與次數、時間有關的法律用語，也曾經被錯誤地解釋。例如受訪者 E 便提到：

「他（按：警察）講完跟我說，說不建議這次請法扶，他說只有三次機會。」、「他說你可以請一個人到這邊，有三次機會這樣。」

這裡所指的「三次機會」，應係指法扶基金會申請法律扶助的次數限制。在法扶基金會的官方網站寫到「原則上一年准予扶助案件以『三件』為限，如果超過三件時，則必須經過分會會長同意才可以。¹⁰¹」。然而，在此所指的次數限制是指「准予扶助案件」，並不是「開庭次數」，前述轉述的理解並不正確。

另一則受訪者提到的錯誤解釋案例是「法扶只能用一次」。受訪者 G 印象中在刑事偵查程序有提及此事，但不太確定是警察還是法扶工作人員所稱：

「好像有一個警員說，反正也就只是問你當下情況而已，所以不太需要這樣。」、「法扶好像有跟我說只能用一次。好像有次數限制的。」、「而且只能用一次，不需要收費的只有一次。」

這裡所提到的「法扶只能用一次」，應該是指法扶基金會所提供的檢警陪偵專案（不分是否為原住民族）只限於「第一次詢訊問」，詢訊問結束之後有相關需求，仍然需要至法扶基金會申請偵查中辯護的協助。換言之，檢警陪偵專案確實有限制在「第一次詢訊問」，但實際上後續申請偵查中辯護，因為具有原住民族身分，按照法扶基金會的規定通常是會准予扶助的。

（三）法律情境

偵查機關全面掌控物理空間（是否開始全程錄音錄影、在何處進行詢訊問），並且否定其他情感與陳述內容（只詢訊問犯罪事實，甚至不願紀錄動機），刑事偵查程序本身即是高壓的權力空間。再加上司法程序內部的不平等關係（此不平等不只是差別執法，也包括刑事偵查程序傳達的譴責意味），而高壓的權力空間更放大這樣的感受，使得被告或犯罪嫌疑人感到壓迫。

面對高壓的權力空間，刑事訴訟法及法律扶助的權利語言可能受到扭曲，包括：「最久等候四小時」改寫為「叫我等四小時」、「至少要 5、6 小時以上」；「一年扶助三件」則被抽換單位成「只有三次（開庭）機會」；「限於初次詢訊問」的規定則被簡化為「法扶只能用一次」而未提及可以後續申請後將准予扶助。換言之，這些權利語言被權力空間影響，導致容易讓人誤解權利內涵的法律情境。

三、語言擔保放棄，而無法帶來權利？

前文分別從法律感知與法律情境的角度說明辯護權如何在實際的刑事偵查程序「被轉譯」。法律感知方面，受訪者在不完整的法律理解之下命名問題，並無法適切評估風險，或者認為免費服務無法得到適當協助。從而，在經濟社會現實與情緒壓力之下，傾向於選擇妥協，而唯有在實際經歷過刑事程序後較能理解權利內涵，並採取積極行動，但仍可能因為後續辦理的行政成本以及對於法律的誤解而未能實際取得服務。法律情境方面，受訪者受制於偵查機關高壓的權力空

¹⁰¹ 法律扶助基金會（2023），〈法扶問與答 Q&A〉，財團法人法律扶助基金會官方網站，連結：https://www.laf.org.tw/index.php?action=service_faq_detail&Sn=130（最後瀏覽日期：2023/9/16）。

間，各項刑事訴訟以文字語言為主的表達可能會因此受到扭曲，而法規所設的「主動放棄例外」恰好成為面對壓力的出口，讓人傾向於選擇放棄該項權利。

歐洲人權法院認為法律扶助應該「切實可行」，以作為實踐公平審判權的基礎。然而，在權力性的法律情境之中，憑藉著權利告知義務的實踐，並不當然能夠使得法律扶助切實可行。在聯合國《刑事程序早期近用法律扶助：政策制定者及實務工作者的指南》早已提及，司法實務工作者的態度、公眾認知都不可或缺，適當的法律框架也是重要的，從而主張立法應該由偵查機關積極證明權利放棄，以證明是知情且自願，並且對於放棄設有保護機制。這也是出於語言文字本身的限制，無法完整為被告或犯罪嫌疑人提出全面而完整的保障，並受限於司法系統內部的不平等與內涵的不均勻，難以讓人實際地「近用」。這樣的不平等不只是來自於檢警與被告或犯罪嫌疑人的權力關係，更來自於有限的法律認識與理解、經濟社會現實與情緒壓力，以及這套以文字語言為主導的法律制度。

人們可能會產生困惑，如果是因為制度本身所致、是一種法律感知與法律情境交互作用之下的結果，那從前述實證數據看來，同樣作為依法具有權利告知及通知義務的心智障礙者，為什麼在檢警陪偵專案的放棄比例相較於原住民族來得低？受限於篇幅，本文礙難深入分析此身分者的主觀法律感知與法律情境，不過至少可以從心智障礙者適用檢警專案標準進一步提出推論。該標準明文規定「認定標準為領有身心障礙手冊或衛生機構開立之醫療證明，或檢警人員依其陳述能力認為客觀上陳述能力不佳之人」可以申請檢警陪偵專案的服務，此處包括「客觀上陳述能力不佳之人」。換言之，當被告或犯罪嫌疑人陳述能力不佳，筆錄製作的進行就極可能會出現困難，而偵查機關此時可能傾向於由律師陪同，以便能夠順利地完成詢問。相對來說，原住民族普遍被認為是有陳述能力的，也就使得偵查機關對於原住民陪偵專案的利用顯得相對消極。

這種無法「近用」的情況，也正好印證了對於法律賦權理念的批評。受到前述法律感知與法律情境的交互作用影響，刑事程序早期介入措施無法實踐，而有礙於辯護權的落實。此時，非但沒有真正地「賦權」，更產生了客體化的危機，讓這套制度成為一種基於善意的社會控制，維繫既有犯罪控制敘事，甚而在「為什麼會有九成的放棄率？」的提問之中，稱原住民族人選擇「放棄」（而不是被理解為拒絕或有其他意見），並且因此產生基於刻板印象的數據解讀。從法律能動性角度出發，如果要能夠讓受扶助者形塑權利，至少要在面對權力空間時有談判籌碼，甚而實際參與規則運作與制定，而非在有限的資源之下選擇放棄。

從中，亦可以清楚看見以詢問為主體的程序構造，並且以此設置刑事訴訟的權利告知與通知義務。這套法秩序本身並不是源自於原住民族既有的規範與知識結構，而是一種「以事實為基礎」並且「重視語言文字表達」的西方法秩序。在法律繼受的脈絡之下，人們對於並非源自於台灣本地文化所生的法秩序相對陌生，有著不完整的認識並可能產生誤解，這些源自於西方的權利內涵在受訪者經

驗中需要「實際經歷」才能清楚知曉其意義，而權利語言又面臨權力空間的壓抑而無法作為權利的擔保，且易於受到「有錯判刑」的邏輯影響。此時，法制又預設辯護權實踐是自由意志的選擇，並賦予「不使用律師」的自主權利，這樣的權利在欠缺擔保機制之下，即可能成為空中樓閣，而未能留意到這套以語言文字為核心與前提的外來法秩序，使得語言只擔保了放棄，卻無法帶來權利。

陸、結語：原住民族知識主體位置提問的前置作業

以刑事訴訟的權利告知與通知義務的義務群指認問題，意味著以刑事司法結構及其「線性的語言觀¹⁰²」為前提，有限地將理解並解決問題的方式限縮在此一前提，從而主張應該「降低」原住民族「放棄」檢警陪偵專案的比例，以提升司法近用措施的利用程度，使得法律能夠帶來權利、使人賦權的前提無法受到挑戰，從而開始將「放棄」視為源自於族群身分的特殊現象。本文無意推翻偵查中辯護權的重要性，也並未要聲稱此與族群身分毫無關係，而是停下腳步不將現象與推測作出直觀武斷的連結，並從中指出這些推測的驗證仍有待商榷，轉而進一步將指認問題的「制度」作為研究對象，揭露法律語言及其法律秩序的影響。

在本文緒論曾提及田雅各 Tuobasi Tamapima 的小說作品〈最後的獵人〉，故事的獵人受制於警察的詢問，認為作為獵人不能說假話而選擇承認，之後便沈默不語。在刑事訴訟對於原住民族特別設有權利告知與通知義務之後，這位獵人很有可能不再「沈默」，而是選擇「放棄」，放棄國家提供的原住民檢警陪偵專案。從沈默（並未被賦予權利）到放棄（被賦予的權利），這使得刑事政策制定者更為困惑，而可能轉從族群的角度問題化此現象。這種提問方式不僅有限，亦可能帶有刻板印象，且無法將制度納入，反而使得法律賦權措施產生客體化危機。

對此，本文藉由量化資料驗證既有問題化框架的假設並提出若干質疑，認為對於「為什麼會有九成的放棄率？」的提問及推測（包括：犯罪類型、律師量能、權利理解、法定義務）存在解釋限制。此後，透過質化訪談而從主觀經驗出發，覺察有錯判刑的邏輯、律師功能的理解如何影響人們命名法律問題，並指出行動決策如何受限於經濟社會現實與情緒壓力，而在體感刑事司法經驗後提高近用律師陪同的意願，並可能出於再為申請的行政與時間成本壓力使得意願受到攔截。這些經驗亦構成有限的法律感知。同時，也將語言置入於權力性的法律情境，具體描述受訪者感受的經驗及權利語言本身的限制，進而對制度本身提出反省。藉此探查外來法秩序在地化困境中「現象」與「法制」之間的關係¹⁰³，從而主張重新調整既有刑事政策敘事關於原住民族檢警陪偵專案的描述，將問題轉向至法律語言及其外來法秩序，以作為從原住民族知識主體位置提問的前置作業。

¹⁰² 容邵武（2023），〈噤聲與異聲：現代法律語言的不滿及其可能〉。收錄於王曉丹主編，《法律有關係：法律是什麼？怎麼變？》，頁476-477。

¹⁰³ 揭露現代市民法物權體系的案例，可見於：吳豪人（2019），《野蠻的賦權：臺灣原住民族的轉型正義與現代法秩序的自我救贖》，頁266-270。

參考文獻

一、中文部分

- Paul Barclay 著、堯嘉寧譯（2020），《帝國棄民：日本在臺灣「蕃界」內的統治（1874-1945）》，國立臺灣大學出版中心。
- 中央社（2019），〈酒駕背後的城鄉差距 為什麼花東比例特別高？〉，<https://www.cna.com.tw/project/20190719-drunkdriving/article2.html>（最後瀏覽日期：2023/9/12）。
- 王泰升（2015），〈台灣法律史上的原住民族：作為特殊的人群、地域與法文化〉，《臺大法學論叢》，第 44 卷第 4 期，頁 1669-1670。
- 司法院（2019），〈司法院院台廳司四字第 1080033639 號函〉，收於《立法院第 10 屆第 1 會期第 11 次會議議案關係文書》，頁 1699-1738。
- 田雅各 Tuobasi Tamapima（1987），〈最後的獵人〉，收錄於：吳錦發編《悲情的山林》，頁 45-72。
- 吳志強（2022），〈原住民偵查中強制辯護之再檢視－以憲法、刑事訴訟法交織視角觀察〉，《台灣原住民研究論叢》，第 32 期，頁 1～32。
- 吳豪人（2019），《野蠻的賦權：臺灣原住民族的轉型正義與現代法秩序的自我救贖》，春山出版。
- 松岡格著、周俊宇譯（2018），《「蕃地」統治與「山地」行政：臺灣原住民族社會的地方化》，國立臺灣大學出版中心。
- 林禹定（2018），〈沈默串謀：解開弱勢被告於刑事程序之桎梏〉，《臺灣宜蘭地方檢察署 107 年度自行研究報告》。
- 林韋翰（2022），〈要不要請法扶？－原住民偵查中受律師辯護權及筆錄證據能力之實務研究〉，《台灣原住民研究論叢》，第 32 期，頁 95～122。
- 法扶基金會（2013），〈建立原住民被告強制辯護制度與加強原住民法律扶助〉，https://www.laf.org.tw/index.php?action=media_detail&p=1&id=203（最後瀏覽日期：2023/9/12）。
- 法律扶助基金會（2019），〈法律扶助基金會 109 年度預算案審查報告〉（修正本）。
- 法律扶助基金會（2021），〈法律扶助基金會 111 年度預算書〉。
- 法務部（2018），〈原住民刑事案件統計分析〉。
- 柯志明（2021），《熟番與奸民：清代臺灣的治理部署與抗爭政治》（三冊，上中下冊），國立臺灣大學出版中心。
- 范耕維（2021），〈污名或正義？：原住民被告受辯護人協助權利內涵及制度設計之檢討〉，《臺大法學論叢》，第 50 卷第 3 期，頁 927-992。
- 容邵武（2023），〈噤聲與異聲：現代法律語言的不滿及其可能〉。收錄於王曉丹主編，《法律有關係：法律是什麼？怎麼變？》，頁 462-485，左岸文化出版。
- 張永健（2022），《法實證研究：原理、方法、應用》，二版，新學林出版。
- 梁家羸（2013），〈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》，《第四屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會論文集》，頁 117-146。
- 許恒達（2023），〈原住民文化權利的憲法界限－以司法院釋字第 803 號解釋為中心〉，《輔仁法學》，第 65 期，頁 227-277。
- 曾建元、廖文毅（2012），〈第一次偵訊律師陪同到場實施成效之研究〉，《中華行政學報》，第 11 期，頁 47-62。
- 蔡志偉 Awi Mona（2022），〈從「王光祿釋憲案」論原住民族狩獵文化權利的憲法保障〉，《臺大法學論叢》，第 51 卷第 3 期，頁 685-755。
- 蕭婷方（2016），〈原住民法扶陪偵制度 八成五數申請後撤回〉，《自由時報》。

二、英文部分

- Agozino, B. (2010). What is criminology? A control freak discipline! *African Journal of Criminology and Justice Studies* 4(1), i-xx.
- Anthony, T. and Findlay, M. (2010) Teaching Indigenous Issues in Criminal Law and Criminal Procedure: Dispossession and Recognition. *Sydney Law School Research Paper* 10(2), 1-15.
- Brinks, D. (2019). Access to What? Legal Agency and Access to Justice for Indigenous Peoples in Latin America. *The Journal of Development Studies* 55(3), 348-365.
- Cunneen, C. (2001). *Conflict, Politics and Crime: Aboriginal Communities and the Police*. London: Routledge.
- Cunneen, C. (2009). Criminology, Criminal Justice and Indigenous People: A Dysfunctional Relationship?. *Current Issues in Criminal* 20(3), 323-336.
- Cunneen, C. and Tauri, J. (2016). *Indigenous Criminology*. Bristol: Policy Press.
- Cunneen, C. and Tauri, J. M. (2019). *Indigenous Peoples, Criminology, and Criminal Justice. Annual Review of Criminology* 2:17, 1-17.
- Currie, A. (2004). *Riding the Third Wave: Rethinking Criminal Legal Aid within an Access to Justice Framework*, Department of Justice Canada.
- Dwyer, A., Scott J., & Staines, Z. (2021). Strangers in a strange land: police perceptions of working in discrete Indigenous communities in Queensland, Australia. *Police Practice and Research: An International Journal* 22(1), 208-224.
- Ferguson, Andrew. (2012). The Dialogue Approach to Miranda Warnings and Waiver. *American University Washington College of Law* 49(3), 1437-1491.
- Flynn, A., Hodgson, J., McCulloch, J. and Naylor, B. (2017). Legal Aid and Access to Legal Representation: Redefining the Right to a Fair Trial, *Melbourne University Law Review*, 40 (1), 207-239.
- Garth, B. and Cappelletti, M. (1978). Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective. *Buffalo Law Review* 27, 181-292.

- Gerry, F. and Cooper, P. (2017). Effective participation of vulnerable accused persons: case management, court adaptation and rethinking criminal responsibility. *Journal of Judicial Administration* 26 (4), 265-274.
- Golub, S. (2006). The legal empowerment alternative. In T. Carothers (Ed.), *Promoting the rule of law abroad: In search of knowledge*. Washington, DC: Carnegie Endowment for International Peace.
- Han, Zilong. (2022). Research on Co-existing Relationship of Power and Language in Police Caution from the Perspective of Critical Discourse Analysis - A Case Study of U.S. Miranda Warning. *International Journal of Social Science and Education Research* 5(7), 437-442.
- Hernández, Diana. (2010). “I’m gonna call my lawyer:” shifting legal consciousness at the intersection of inequality. *Studies in Law Politics and Society* 51, 95-121.
- Jackson, M. (1988). *Maori and the Criminal Justice System: He Whaipanga Hou: A New Perspective*. Wellington, New Zealand: Department of Justice.
- Maru, V. (2010). Allies unknown: Social accountability and legal empowerment. *Health and Human Rights* 12(1), 83-93.
- McCrimmon, Leslie. (2007). The Uniform Evidence Act and the Anunga Rules: Accommodation or Annihilation?. *Northern Territory Law Journal* 2(2), 1-8.
- Meene, Ineke van de and Rooij, Benjamin van. (2008). *Access to justice and legal empowerment : making the poor central in legal development co-operation*.
- Nakane, Ikuko. (2007). Problems in Communicating the Suspect's Rights in Interpreted Police Interviews. *Applied Linguistics* 28 (1) 87-112.
- Pavlenko, Aneta. (2008). “I’m Very Not About the Law Part”: Nonnative Speakers of English and the Miranda Warnings, *TESOL Quarterly* 42(1), 1-30.
- Rhode, D. (2004). *Access to Justice*. Oxford University Press (2004).
- Rogers, Richard., Harrison, Kimberly., Hazelwood, Lisa., Sewell, Kenneth. (2007). Knowing and Intelligent: A Study of Miranda Warnings in Mentally Disordered Defendants. *Law and Human Behavior* 31, 401-418.
- Rogers, Richard., Hazelwood, Lisa., Sewell, Kenneth., Harrison, Kimberly. S., Shuman, Daniel. (2008). The Language of Miranda Warnings in American Jurisdictions- A Replication and Vocabulary Analysis. *Law and Human Behavior* 32(2), 124-136.
- Rogers, Richard., Rogstad, Jill., Gillard, Nathan., Drogin, Eric., Blackwood, Hayley., Shuman, Daniel. (2010). “Everyone knows their Miranda rights”: Implicit assumptions and countervailing evidence. *Psychology, Public Policy, and Law* 16(3), 300-318.
- Smith, Linda Tuhiwai. (1999). *Decolonizing methodologies: Research and indigenous peoples*. Zed Books Ltd (1999).

- Toki, V. (2018). *Indigenous Courts, Self-Determination and Criminal Justice*, New York, Routledge.
- United Nation Developmental Program (UNDP), Commission on Legal Empowerment of the Poor (CLEP). (2008). *Making the law work for everyone, Vol. II, Working Group Reports*. United Nations and the Rule of Law.
- United Nation Office on Drugs and Crime (UNODC). (2013). *United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems*.
- United Nation Office on Drugs and Crime (UNODC). (2014). *Early access to legal aid in criminal justice processes: a handbook for policymakers and practitioners. Criminal Justice Handbook Series*.
- Walter, M. (2010). The politics of the data: how the Australian statistical Indigene is constructed. *International Journal of Critical Indigenous Studies* 3(2), 45–56.

【主題討論（一）】原住民族事件適用法—刑事案件

[與談]原住民族「近用」刑事司法？—刑事程序早期介入措施的實

證研究反思

與談人 張道周 律師 | 張道周法律事務所

主持人尤大法官，然後發表人林律師，還有各位關心原住民權利的的朋友們，還有從事原住民法研究的夥伴，我是張道周張律師。

那今年的 9 月轉職，從擔任法官 20 幾年以後轉職成為律師，那在這之前呢，我是第一位取得原住民專業證照的法官。然後我在 108 年到 111 年的時候是在刑事庭擔任調辦事法官，然後當時我的主責就是刑事訴訟法，那在這個憲法法庭的兩號有關於辯護權的這個解釋上面的一個判決的上面，我都是代表官方來出具意見的，現在已經沒有具備官方身份了，所以可以好好來檢討自己。

我自己的博士研究是做實證研究的，所以我對於今天的林律師的這個實證研究是非常的佩服，因為實證研究非常非常燒錢嗎？是非常困難的，第一個它 data 不容易取得，有時候官方不見得能夠拿到完整的 data；第二個，他需要取樣，什麼樣的取樣才是符合這種標準的，其實要取樣又有學倫的問題，所以在整個過程中間，我會說實證研究是非常珍貴的。另外一個方向是實證研究可以告訴我們法律到底是怎麼樣在我們的社會中流動、在運行的，只有透過實證研究，我們才能夠更進一步的了解，要不然沒有實證研究的話會是什麼，所有制定法律的人，他其實都是用想像的，都是在辦公室裡去想像原住民到底是怎麼樣生活，他進入警察局的時候到底是怎麼樣，他就只能透過想像，他欠缺了一個對話機制。

所以我對於林律師的研究期待值非常的高。在原住民法的研究上，事實上我在本研討會，我應該是從第二屆一直開始有參加，可能參加到第六屆左右，我的觀察是十幾年的過程中，原住民法發展基本上有兩個方向和發展，第一個就是在講原住民文化為取向為中心。意思就是說在法院的審理裁判的過程中間，原住民文化這件事情有沒有被討論，特別是之前，前兩個發表人都在講文化抗辯，那這個取向就是以原住民文化為核心，然後再發展，在這個帶動之下，或者說跟這個有關就是呈現出來實體法的部分，例如我們講原基法第 19 條的部分，就是原住民他利用自然資源時候的權益，是什麼跟文化有關。

另外在槍砲、野生動物保育法跟森林法裡面它都是在講原住民文化，可以當成是一個不被處罰的事由，做這個是一個好方向，那今天林律師要講的方向就是第二個方向，是有關於原住民身份的，那這個部分呈現出來，在法制上面的實體法上面，原則上是跟程序有關，我們可以看到原基法的 30 條，就是在司法程序上面應該要尊重原住民，然後另外就是投射出來的在刑事訴訟法裡面有所謂的審判中的指定辯護，偵查中通知到場。

另外有一個就是說在訊問被告犯罪嫌疑人前的告知義務，那另外在法庭的組織上面或是檢察署的組織上面有原住民專庭或是檢察署有專人專辦的這個部分，所以他基本上會有這兩個方向的發展。今天下午范老師應該會就這個部分來特別說這兩個發展中間的關係。

今天林律師他的這個研究裡面，它其實有一個 agenda，他的 agenda 其實是這樣

的，我希望的理解是正確的，第一個就是有效協助與辯護的權利，其實跟法扶是綁在一起是息息相關的，如果你今天沒有法律扶助的話，就不會有一個有效協助跟辯護的權利。

他的實證研究告訴我們，其實在目前我們的這個偵查中的原住民訊問的規定就是，我們叫 **Opt-out**，當事人可以放棄權利的這個模式，其實是不足的，在顯示上面大部分人都放棄了，都沒有辦法去取得法扶，當然就不會有效辯護跟協助權利，當然林律師的講法就是說這個會維持後來的審判的公正 **fair trial**，那我這邊可以補充的是說，其實在我們的 **legal fair work** 上面，特別是有針對這個公政公約，歐洲人權這個公約，甚至美國法基本的架構，它其實都是在強調自我辯護跟選擇辯護人的權利，那必要時會提供法院國家必要時無資力的時候是免費，它是一個 **opt-in** 作為原則其實跟我們這個 **agenda** 的部分是不太一樣的，這個模式是不一樣的。

那但是這在原住民族的領域方面為什麼會有這樣的特別的規定？那當然這可能是一個轉型正義的規定，因為原住民的弱處於社經的弱勢，所以他需要有一個 **legal aid** 進來，所以他會跟我們目前的一個 **legal fair work** 比較不一樣。

那林律師的這個報告裡面他有提到所謂的原住民跟 **Criminal justice** 司法制的部分，他有特別講到加拿大，然後講到澳洲，有講到紐西蘭的這個部分在裡面，他其實想要講的就是說，其實在這些國家都有一個叫做過度代表的問題就是，**over representation**，其實監獄原住民人口高出很多，也就是說這一點可以投射出來，就是說原住民可能在刑事司法的過程中間被國家特別對待導致在監獄裡面的人口很多。

那林律師在這裡的時候他打住了，我的意思是說，裡面其實可以再補充，比如說我看到的是可以在挑出來討論，比如說過度代表的裡面的時候，其實在這些國家的解決方法是導入所謂的 **sentencing circle**，所謂的量刑元素，反而在這些討論裡面，它比較不是去強調所謂的 **right to counsel** 就是律師權，不是在強調這件事，反正是在強調 **sentencing circle**。那為什麼會強調這個，其實這個我認為說跟原住民，他們為什麼會有 **sentencing circle** 其實它是引入一個叫 **RJ (Restorative Justice)** 就是說是修復式政府的觀念，也就是說今天原住民的犯罪率很高的原因是因為他可能跟他的族群中間他可能所屬部落中間的關係，受到破壞了，所以要修復它的關係，其實它的修復不只是修復，它跟被害人中間的關係，更重要是要修復它的族群跟家庭中的關係，然後讓這個社區可以支持他重返社會，這個社區可以樹立對他來講可以樹立一個規範價值觀，樹立一個規範價值以後它就可以得到支持、族群的支持，不只是他自己知道錯，而且旁邊的人會支持他。

時間過這麼快嗎？好我講快一點。

但是我們在今天林律的理念，他其實沒有特別點出這個過度代表的問題，其實隱

約的有講。過去呢其實在法務部的研究裡面在報告裡面，其實也隱約有講到這一點，但是都沒有正面的去講。那我的意思是說，我們在台灣到底是不是如同他們這樣，那解決方案，到底是另外 **sentencing circle**，其實我認為說在文獻考查在提出假設的時候，可能這個部分可以再做進一步的說明。

好，那我接下來要講的是特別的。這個林律師他其實的實證研究我還把它簡化了，就是說他的觀察到說原住民在偵查中放棄權益的比例很高，官方的講法有幾種，那他做了兩個研究，一個是量化研究，依法扶的資料 **data** 做基礎，質疑了他的講法可能不成立。

另外一個他做了質性研究過其實最重要的事情在點出說其實在這個放棄的原因上面，其實在司法警察端或是檢察官這端，應該要負起很大的責任，或是說義務這一點。我要講的就是說，其實我們的研究裡面我遇到的刑事的案件裡面，其實是被告很多，原住民被告是一部分，那與文化抗辯的又是裡面的一部分，其實我今天來講我對這一塊，暗黃的這一塊兒，我一直，自己在當法官的時候一直都有有一個疑問，就是說到底原住民被告來到法庭的時候，我到底應該要做什麼？其實這一點是不清楚的，因為我們知道其實我個人服務的地方都在西部，而且多在都會地區，其實我看到很多像詐騙集團的案子，都有原住民，其實很多。那之前我服務的法院也因為案件越來越多，所以它特別開闢很多原住民專庭，為什麼？因為這些案子的被告都很多，非原住民被告都很多，那這些在我們到的時候你不能說這些案子裡面，我感覺不出來說原住民身份到底在我這個案件裡面到底具有什麼意義？也就是說它程序，完全只是原住民被告，提供辯護人，但是過程都是一樣的，沒有辦法去凸顯出原住民文化。原住民跟他部落中間的連接，這一點都沒有辦法跑出來。當然有一點就是說原住民專庭或是法院，它到底有沒有要承載這個功能，讓原住民跟他部落或是文化的中間的關係得到修復的，這點我想說之後是可以來想的，好那我簡單的看一下，講一下有關於在量化研究的部分，我提出幾個補充。

第一個就是有關公共危險的比例比較高，這點是有確認的。那公共危險這件事情，其實我要講的是說其實在刑事訴訟法裡面因為輕罪，罪名比較輕而放棄權利，其實是一個很普遍的設計，比如說我們講簡易程序就是放棄通常審理程序所有的程序，原則上程序保障要書面審理去，其實在輕罪公共危險案件大部分都是放進去，所以我會比較傾向說，其實放棄權利跟案件類型可能是有關。這一點可能我觀察跟林律師比較不一樣，好我認為但是我覺得其實在這一點上面，應該要做質性研究，就是說林律的研究的話來講，他的實性跟量化中間他是做比較不同的方向，那其實在採取兩種研究方法的時候，理論上應該是可以互補的，你只是量化沒有辦法回答的問題，就透過質性進來，質性沒有辦法回答就透過量化，可能會是這樣。

那另外這律師量能的部份的話來講，我自己的經驗是這樣的，其實我過去在台中

地院擔任庭長的時候，我負責一件事，就是 737 要解釋之後那個偵查中羈押的羈押程序一定要有律師，那個時候我當時負責強制處分的庭長，就是要負責找律師來，當時我們有討論兩個案子，就是說一個是我們自己有一個名單，另外一個就是像法扶這樣子的，那後來我們沒有採取法扶的問題。我們當時的理解法扶是台北中心來派案，它有輪值，所謂的輪值就是說，這天你都要待命，我打了就要來，這個沒有。他是明打去那裡時候，一個一個找，你要來的可以來，你願意來才找，所以這個部分我們那時候沒有採，但是這兩件事情我一直是說律師量能的事情，會牽涉到所謂的派案的方式，而且還會跟你要去哪一間警局有關。那時候在羈押審查沒有這個問題，為什麼？因為羈押審查都在法院，你律師就到法院，而且當時台中地院案子非常多，就是羈押案件很多，所以我們跟律師公會遵循名單，名單太多了，就是排得非常多。會跟那個不一樣。所以我認為說在律師量可能要仔細研究更細一點，還要針對你到底是在去哪一個警察局，因為就這樣在台中、台北地方你去的都是交通便利，但是台中、台北也有交通不便利的地方，事實上各個縣市都有交通不便的地方，所以我會認為說可能要做更細緻的。

那我就跳到最一張了，我在林律師的研究裡面，我同意的是，其實這件事情放棄比例高的，跟我們的偵查機關脫不了關係，那但是有一點就是說脫不了關係到底是不是跟原住民有關，還是所有的被告都有這種待遇，這點有一個問號。

另外我自己呢，其實遇到的案例我跟大家分享，我之前有辦過一個原住民的賄選案件，證人被告非常多，那裡面的筆錄裡面透露了這類案行它是怎麼樣來訊問，其實檢察官跟警方他都有依照刑事訴訟法的規定告知權利，但是他在告知權利的方式很多方向啦，第一個就是快速帶過，快速帶過的方式就是說其實它講得很快，說檢察官再問你，你了解嗎？那我們是直接問你還是要等律師，阿那直接問好了，好那直接問這樣子，第一個叫快速帶過；第二個就是但是，但是很多但是，就是說講到權利就會有但是，就是說你可以找律師但是……檢察官很快就把你問完了啦，一下就問完了。好但是，好你一定都會被問啦，反正你有沒有意識，你都會被問，所以沒差，好這但是。然後 discouraging, discourage 就是說，是這樣子，我這實際案例是這樣，幫你請律師，我們警察都有講，我可以幫你請律師，那律師呢？也只能在後面看著你，不能幫你回答問題，超過四個小時還是可以繼續問，這樣子會浪費你跟我的時間。好所以當然回答就是不要的，然後另外一個就是聽不懂、不曉得，告知以後聽不懂，他還是繼續跟他告知，然後就開始了。然後最後一個類型就是自問自答。什麼叫自問自答？自問自答類型是這樣，就是警方說你剛才請法扶，傳真過去有讓你簽名，啊你不需要律師嗎？剛那一張就這一張有給你簽名嗎？這樣你了解嗎？警察就直接給你問筆錄好了你就同意了，你同意警察跟你問筆錄，就開始問了，就自問自答了，權利這件事情都是自問自答的。

所以我的結論其實是認為說，其實針對放棄不管原住民與非原住民在偵查機關他對待與權利的行使或放棄，他的態度是這樣，所以在對策上面就是在解決方案上

面，可能我們需要考慮到的是，去誘因，什麼是誘因可以改變他的行為，那當然如果等待可以發現，我想警察可能會就改變他的行為，然後就可以加班發班加班費。

另外我覺得比較可能的就是說，因為我們現在的刑事訴訟法畢竟在偵查中訊問的時候，他偵查訊問的辯護權其實最重要它是綁傳統的講法，都是說他是因為人身安全。跟被告陳述的任意性有關，他會擋這件事情。所以它的法律效果是在於證據排除，就是說你如果說違法不的話，你原則上你這個證據就不能用了，所以在這件事情上面有可能改變他行為，我自己想的，我自己覺得，你可以去直接去可以把它推定，你有放棄權利，我就推定你沒有證據能力，除非檢警可以舉證證明是在知情同意 **informed consent** 下，這個可能是一個方式，那當然另外在歐陸的方式，它可能就是調查法官，就是在前面的程序讓調查法官進來，由法官來告知這樣子，那只是說這些都給林律師做參考，總之我是非常的期待。林律師能夠完成這項艱巨的任務，好謝謝。

【主題討論（二）】原住民族事件適用法—民事案件

主持人 周漢威 執行長 | 財團法人法律扶助基金會

發表人 林育萱 律師 | 法律扶助基金會原住民族法律服務中心

黃松茂 助研究員 | 中央研究院法律學研究所

吳宗謀 副研究員 | 中央研究院法律學研究所

與談人 蔡穎芳 教授 | 靜宜大學法律學系

黃詩淳 教授 | 國立臺灣大學法律學院

吳從周 教授 | 國立臺灣大學法律學院

【主題討論（二）】原住民族事件適用法—民事案件

[發表]從近年司法實務案例看原住民族傳統慣習於民事裁判之適用

發表人 林育萱 律師 | 法律扶助基金會原住民族法律服務中心

從近年司法實務案例看原住民族傳統慣習於民事裁判之適用

林育萱

摘要

本文首先針對原住民族傳統慣習於司法實務上之狀況，回顧過往相關討論及研究，接著以關鍵字檢索近 5 年涉及原住民族傳統慣習之民事裁判，針對檢索結果整理歸納案件類型及相關數據，並具體針對檢索出之實務案例，分別各就土地、繼承及其他類型之個案進行介紹及探討，提出本文對於原住民族傳統慣習於民事裁判適用之觀察分析及建議，以期原住民族所具有之文化及慣習能適當地在民事裁判中被體現與尊重。

關鍵字：原住民族、傳統慣習、習慣、習慣法、民事裁判

壹、前言

我國憲法增修條文第 10 條第 11 項與第 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，保護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，其辦法以法律定之。」前揭規定彰顯我國肯認原住民族文化並積極保障維護原住民族文化之憲法價值。惟前述憲法價值及憲法欲保障之原住民（族）權利如何具體落實，亦屬重要且實際之問題，尤其司法程序中的原住民案件更是如此。我國立法者基於前述憲法委託，於民國 94 年 2 月 4 日制定原住民族基本法，其中該法第 23 條及第 30 條規定：「政府應尊重原住民族選擇生活方式、習俗、服飾、社會經濟組織型態、資源利用方式、土地擁有利用與管理模式之權利。」、「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。」即作為政府於面對原住民族生活方式及習慣，處理原住民族事務及司法程序上之基本規範。

然而，從「鄒族頭目蜂蜜案」、「司馬庫斯風倒櫟木案」乃至「王光祿狩獵案」等多起原住民族傳統慣習與國家法制衝突案例，不僅突顯國家法制對於先於國家而存在的原住民族所具有的慣習未予尊重，亦反映原住民族於現行司法制度中「被迫失語」或既有文化慣習「被失蹤」之狀態。事實上，原基法於 94 年制定之初即於第 34 條第 1 項課予主管機關於 3 年內依原基法意旨修正相關法令之義務，該條第 2 項並要求主管機關於法令修正廢止前，應依原基法之原則解釋、適用相關法令¹。惟因主管機關遲未就相關法令參酌原住民族傳統慣習予以修正或訂定配套解釋之函令，亦致使司法機關即使確認原住民族傳統慣習之事實，亦不願或不敢做出與現行法制規範不同之解釋。

嗣於各界及社會輿論關注討論下，針對採集、狩獵等常見傳統慣習，相關權責之主管機關亦有訂定或發布相關之法規命令或函釋²作為配套；司法院並於 102 年開始於 9 所地方法院設立原住民族專業法庭（股）³，103 年再增設 17 處原民專庭（股）⁴，以期落實原基法第 30 條之規範意旨，減少原住民族傳統慣習與國家法制衝突情形。惟，前述實務上較受矚目及後續制定配套措施者均係針對刑事處

¹ 原基法第 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。前項法令制（訂）定、修正或廢止前，由中央原住民族主管機關會同中央目的事業主管機關，依本法之原則解釋、適用之。」

² 例如原民會及農委會共同會銜發布野生動物保育法第 21 條之 1 包括「非營利自用」之解釋令；農委會訂定原住民族依生活慣俗採取森林產物規則；經濟部礦務局訂定原住民在原住民族地區申請採取礦物許可審查作業要點。

³ 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。

⁴ 9/3 再增 17 處 全台共 26 原民專庭，原民台，

http://www.tipp.org.tw/news_article.asp?F_ID=42059&FT_No=1 (最後瀏覽日：2023/9/29)。

罰案例，但原住民族傳統慣習與國家法制衝突之情形並非僅出現於刑事案件中，民事案件⁵亦有之，相較於刑事案件以罪刑法定為原則，恐須藉由構成要件之解釋或法令修法始得除罪化，民事案件則面臨民法第1條明定習慣為補充規定之困境。從前述內容可知，於民事案件中，原住民族傳統慣習之適用仍存在許多模糊空間及不確定性，究竟哪些民事案件可能涉及原住民族傳統慣習？原住民族傳統慣習於民事案件之角色地位為何？原住民族傳統慣習有無可能成為準據法？原住民族傳統慣習應如何於民事案件中適用？均為待釐清之問題。

關於前述問題於過往亦有相關討論，包含學者黃居正認為適用原住民族之傳統慣習作為民事訴訟之準據法，是維護原住民族「習慣法體系近用權」的必要條件⁶；學者蔡穎芳由我國家事案件裁判看見原住民家事慣習遭法院漠視或認知落差之情形，建議應自原住民族的立場出發，採取由下而上的方式進行習慣法的解釋與適用⁷；學者陳瑋佑則藉由相關案例說明「原住民族傳統法規範」得直接或間接成為法院裁判規範之理論基礎與具體態樣，法院並得藉由於訴訟程序職權指揮或探知原住民族傳統習俗⁸；亦有論者以實務上原保地爭議案例提出原民專庭面臨之困境及習慣法如何於民事事件中作為準據法⁹。

有鑑於前述文獻已有諸多討論，惟似乎對於近年實務上案例情形則著墨較少，因此本文嘗試從近年實務案例切入觀察，首先以判決檢索方式，初步探究近5年內全台各地方法院與原住民及慣習相關之案例類型及數量，接著從中針對具體案例內容進行介紹，再提出本文對於目前原住民族傳統慣習於民事裁判中適用之觀察、分析以及建議，以期原住民族所具有之文化及慣習能適當地在民事裁判中被體現與尊重。

貳、近年涉及原住民族傳統慣習之民事裁判

一、近5年涉及原住民族傳統慣習適用之裁判數據

為瞭解近年司法實務於民事裁判中對於原住民族傳統慣習適用之情形，本文以司法院法學資料檢索系統為搜尋基礎，以過往5年為區間(108年1月1日起至112年7月31日止)，針對所有地方法院之民事裁判¹⁰，以「原住民&習慣」、「原住

⁵ 我國雖就家事事件於家事事件法中特別規範之，惟關於親屬、繼承、監護等事件係規範於民法中，本文為與刑事案件做區隔，因此以民事案件概括統稱所有涉及民法或處理私法關係之案件，即本文所稱民事案件、民事裁判均包含家事事件之部分。

⁶ 黃居正，〈適用原住民族傳統慣習作為法院民事裁判之準據法〉，《臺灣原住民族法學》，第一期，2016年7月，頁15。

⁷ 蔡穎芳，〈原住民家事事件之法院裁判書分析—自原住民慣習的角度觀之〉，《東海大學法學研究》，第四十九期，2016年8月，頁97-152。

⁸ 陳瑋佑，〈原住民族傳統「習慣」於民事司法上之適用與證明〉，《臺大法學論叢》，第46卷，2017年11月，頁1203-1255。

⁹ 高慧玲，〈民事事件中的習慣法：從臺灣高等法院花蓮分院109年度原上字5號事件衍生之討論〉，《臺灣原住民族法學》，第八期，2021年7月，頁132-141。

¹⁰ 由於原民案件因其案由或標的金額關係未必上訴至高等法院及其分院或最高法院審理，且地

民&傳統」或「原住民&慣習」為全文檢索之檢索字詞進行裁判檢索。

檢索結果總計有 140 件裁判，其中以花蓮地院 26 件為最多，次之為桃園地院 16 件，接著為台北地院 15 件，屏東地院 14 件，而新竹地院與台東地院均為 11 件。全台地方法院對應檢索結果件數如下附表一。

附表一：全台地方法院對應檢索結果（件數）

台北	士林	新北	宜蘭	基隆	桃園	新竹	苗栗	台中	彰化	南投
15	1	3	1	0	16	11	7	9	2	9
雲林	嘉義	臺南	高雄 /少 家	橋頭	花蓮	台東	屏東	澎湖	金門	連江
0	6	2	0/1	4	26	11	14	0	1	1

從前揭結果可發現，以「原住民&習慣」、「原住民&傳統」或「原住民&慣習」之關鍵字詞檢索近 5 年之地院判決，全縣為原鄉的花蓮以及具有極高原鄉比例的屏東及台東均有一定數量之裁判，而桃園及新竹亦係有原鄉之地區，亦有相當比例之件數。然而，管轄區域不包含行政院核定的原住民族地區¹¹的台北地院卻有 15 件裁判，實有進一步探究釐清之必要。

為確認檢索結果的 140 件裁判之案情或爭點是否確實涉及原住民族傳統慣習，抑或僅係判決內文出現該等關鍵字，但實際上案件無涉原住民族傳統慣習，本文乃逐一檢視該 140 件裁判內容，並以裁判中「有以原住民族傳統慣習為當事人主張或法院論述」¹²之基準來認定案件是否涉及原住民族傳統慣習。以該基準檢視篩選後之結果如下附表二。

附表二：140 件裁判中涉及原住民族傳統慣習之件數¹³

台北	士林	新北	宜蘭	桃園	新竹	苗栗	台中	彰化	南投
15/0	1/0	3/1	1/0	16/3	11/5	7/1	9/3	2/0	9/3
嘉義	臺南	高雄少家	橋頭	花蓮	台東	屏東	金門	連江	總計/ 原民 慣習
6/0	2/0	1/0	4/2	26/9	11/3	14/7	1/0	1/0	140/3

方法院為直接面對原民案件之第一線法院，故本文集中針對近 5 年地方法院之裁判來檢索分析，惟針對明顯涉及原住民族傳統慣習之案例，本文亦會留意有無上級審不同見解。

¹¹ 55 個原住民族地區簡介，原住民族委員會網站，<https://www.cip.gov.tw/zh-tw/village/list.html?cumid=1E4A2846561931B1>(最後瀏覽日：2023/9/29)。

¹² 例如根據 xxx 族的繼承習慣，或就原保地主張使用事實、具有原保地權利。

¹³ 以「檢案件數/其中涉及原住民族傳統慣習件數」之方式來記載。另由於基隆、雲林、高雄及澎湖地院均無任何裁判件數，故不再列於附表二。

											7
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	---

由附表二可發現，以前述基準檢視後，總計 140 件裁判裡，實際涉及原住民族傳統慣習的裁判件數為 37 件判決，且係出現在管轄區域有原鄉/原住民族地區的花蓮、新竹、桃園、屏東、台東、南投等地院，至於管轄區域內並無原住民族地區的台北、士林、彰化、台南、金門、連江等地院，本來依關鍵字檢索出的裁判，實際上均屬不涉及原住民族傳統慣習之案件，即涉及原住民族傳統慣習之案件件數均為 0 件。關於此 37 件涉及原住民族傳統慣習的判決，其判決字號均羅列於本文文末之附件一。

在篩選出具有原住民族傳統慣習的 37 件判決後，本文進一步檢視此 37 件判決的案由及案件爭議情形，發現此 37 件判決可以區分為「土地」、「繼承」及「其他」等三大案件類型：最大宗的案件類型為關於「土地」的類型，共有 24 件，案件原則上涉及拆屋還地等、返還土地或土地所有權移轉登記，其中更有 12 件可特定為原保地之案件；「繼承」類型的判決共有 5 件，案件爭議涉及分割遺產、確認繼承權存在或塗銷繼承登記；至於「其他」類型之判決有 8 件，案件涉及的爭議各有不同，例如涉及侵權行為損害賠償、詐害債權之土所有權移轉登記、不當得利、確認對出資建造物品有所有權存在、諮商同意之部落會議決議無效等。關於此 37 件判決之案件類型整理如下附表三。

附表三：以案件類型區分 37 件涉及原住民族傳統慣習之判決

	總計	新北	桃園	新竹	苗栗	台中	南投	橋頭	花蓮	台東	屏東
土地	24	0	2	3	0	3	2	2	6	1	5
繼承	5	1	0	1	0	0	1	0	2	0	1
其他	8	0	1	1	1	0	0	0	1	2	1
總計	37	1	3	5	1	3	3	2	9	3	7

又，前述 37 件判決中，究竟於法院審酌判斷時有無適用原住民族傳統慣習，實不無疑問。依本文對此 37 件判決理由之觀察，其中約 12 件判決有於法院判斷過程中適用或論及原住民族傳統慣習¹⁴，其餘判決則未於法院判斷理由中敘述或論及原住民族傳統慣習，僅兩造或一造主張內有提到。至於民法第 1 條在該等判決中有無出現亦為值得注意之處，就此而言，在前述 12 件有適用或論及原住民族傳統慣習之判決中，實際上僅有 2 件判決論述到民法第 1 條並討論習慣之地位及

¹⁴ 參附件一之標註。

效力。

二、案例介紹

經由檢索出近年實務裁判並檢視歸納後，初步可看出近 5 年在民事裁判上涉及原住民族傳統慣習的案件樣貌，且由前述數據來看，實際上有將原住民族傳統慣習納入判決適用或討論的案件數目並不多，為進一步了解實務上對於涉及原住民族傳統慣習案件之處理方式，以下依不同案件類型，從前述 12 件有適用或論及原住民族傳統慣習之判決中，介紹三個不同案例內容。

(一) 土地類型

➤ 案例一：拆屋還地案（臺灣新竹地方法院 110 年度原簡上字第 1 號民事判決¹⁵）

1. 事實及兩造主張

本案上訴人 A1 主張其為新竹縣某土地（下稱系爭土地）之地上權人，被上訴人 A2 未經上訴人 A1 同意，於系爭土地上興建建物用作倉庫堆放雜物（下稱系爭建物），無權占用土地，因此依民法第 767 條規定請求被上訴人 A2 拆除無權占有之系爭建物，並返還土地予上訴人 A1，及給付起訴前 5 年相當於租金之不當得利 10,200 元。

被上訴人 A2 則主張兩造各自父親及兩造之大伯彼此為三兄弟關係，均為新竹縣尖石鄉司馬庫斯部落之泰雅族原住民。於 60 年間，三兄弟曾共同於系爭土地上興建建物供 3 個家庭共同居住。歷經三兄弟分家、大伯去世，系爭土地僅存被上訴人 A2 家族居住，被上訴人 A2 於 92 年以系爭土地及其系爭建物加入司馬庫斯共同經營團體。依泰雅族之慣俗，家族土地由長子登記為權利人，然兄弟均有權使用。被上訴人 A2 從小皆未離開過系爭土地，占有已逾 40 年，而非無權占有。

上訴人 A1 補充主張被上訴人 A2 主張有習慣法存在者，應就該習慣在社會上有反覆實施的行為，以及具有法的確信，人人必須共同遵守一事，負舉證責任，原審判決未調查釐清司馬庫斯部落之習慣，單以證人證詞，為不利於上訴人之事實認定，應有違誤。被上訴人 A2 則補充，上訴人明知被上訴人長久占有系爭土地係源自其父親余國生與其他二位兄弟之共有關係，非屬無權占有，其行使物上請求權構成權利濫用。

2. 爭點及判決結果與理由

法院整理出本案共計四個爭點，其中與傳統慣習相關者為前兩個爭點，即（一）

¹⁵ 本案為簡易案件之二審判決，第一審判決為 110 年 4 月 22 日臺灣新竹地方法院竹東簡易庭 109 年度竹東簡字第 219 號判決，惟於司法院判決書系統無法查詢到第一審判決，故本文逕以該二審判決介紹說明。

系爭土地之地上權歸屬為何？（二）被上訴人是否無權占用系爭土地？

針對爭點（一），法院最終認定系爭土地之地上權應為兩造各自父親即兩造大伯三兄弟之全體繼承人所共有。判決理由一開始先援引借名登記相關見解及民法第1條規定與最高法院早年判例¹⁶表示我國民法就地上權登記之效力、範圍及借名登記之法律要件及效力非屬「法律未為規定」，習慣法至多僅具補充法源之地位，因此被上訴人 A2 既主張本件有泰雅族原住民習慣法之適用，則應負舉證責任。

本案判決接著援引原住民族委員會 106 年間出版之「臺灣原住民族民事傳統習慣調查彙編」一書關於泰雅族習慣部分¹⁷，對應與原審證人¹⁸證述相同，因此認定泰雅族原住民確有家族開墾範圍於分家前為家族成員共同使用之習慣¹⁹，並再引述原審證人證稱系爭土地使用權利為三兄弟共有，過往登記時係依部落之習俗推由三人長兄即兩造伯父為登記名義人，因此系爭土地登記設定地上權確屬借名登記，實際上地上權為三兄弟及渠等繼承人所共有。

本案判決接續針對兩造各自爭執部分再做釐清：針對上訴人 A1 稱系爭土地後來歸一房管理，判決以其他證人證詞有歧異而不採認；至於針對被上訴人 A2 表示其從未離開系爭土地、依習慣應取得單獨使用權之部分，判決先是認定被上訴人 A2 於兩個審級說詞不同²⁰，接著表示雖然原審證人曾證稱使用權交給留下的人，惟判決認為「臺灣原住民族民事傳統習慣調查彙編」一書中並無此習慣之記載，且被上訴人 A2 無其他證據證明泰雅族或部落有其主張之習慣，並再援引原審證人稱兩造家族土地尚未分家，因此亦無證人所稱習慣之適用，認定被上訴人 A2 之主張不可採，地上權為三兄弟及繼承人所共有。因此，法院認定上訴人因為贈與而受讓系爭土地之地上權並非善意取得，地上權仍屬三兄弟全體繼承人所共有。

針對爭點（二）被上訴人 A2 是否無權占有部分，判決認定由於確實有泰雅族原住民於分家以前，具土地由家族成員共同使用之習慣，而被上訴人 A2 於系爭土地上建造系爭建物時，上訴人 A1 之父母親及兩造大伯之繼承人均未反對，故應有正當權源，非無權占有。法院因而認訴請拆屋還地無理由，駁回上訴人 A1 上訴。

3. 其他

¹⁶ 民法第1條：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理」；最高法院18年上字第2259號判例：「習慣法則之成立，必先有習慣事實存在，故法院認定習慣法則與認定事實，同應依法為種種之調查，以資認定，不得憑空臆斷。」

¹⁷ 財產觀念、土地家族共有使用、分家及家產分割時間點等。

¹⁸ 該證人有於作證時證稱其為出生於司馬庫斯部落之族人，並長年生活於部落。

¹⁹ 判決理由：「泰雅族原住民確有以家族開墾範圍作為各家保留地，在分家以前，該地為家族成員共同使用，兄弟姊妹均分家以後，可能以協議方式分割家族財產之習慣。」

²⁰ 判決理由：「被上訴人本人於原審109年7月23日第一次言詞辯論程序中...並未主張其係單獨取得系爭土地之管理使用權，此與其嗣後主張依部落習俗取得單獨管理使用權，已有不一。」

本文中，兩造均為泰雅族原住民，配合案號判斷應係分由原民專股承辦²¹；又兩造皆有請律師擔任訴訟代理人；本案無法再上訴，案件已確定。

（二）繼承類型

➤ 案例二：分割遺產案（臺灣新竹地方法院 110 年度家繼訴字第 50 號民事判決）

1. 事實及兩造主張

本案為訴請分割遺產之案件，兩造共 11 人均為被繼承人 B 之繼承人。原告 B1 主張被繼承人 B 留有遺產，該遺產並無不能分割之情形，兩造亦無不分割之約定，惟無法協議分割，因此依民法第 1164 條規定，請求裁判分割遺產。關於遺產分割方法，原告 B1 主張依泰雅族傳統慣習，即傳男不傳女，並以口述之方式為遺產分配，為先位聲明，如法院認為仍應適用民法規定，則主張依被繼承人之自書遺囑將遺產全部由原告 B1 繼承，此為備位聲明。

被告 B2-1~B2-10 等共 10 人，其等答辯內容不盡相同。被告 B2-1~B2-5 等 5 人係表示認同原告 B2-1 之主張，其中被告 B2-5 進一步表示被繼承人 B 於生前就將遺產分給兩兄弟（即兩個兒子長男及四男²²），遺產是父傳子不傳女為泰雅族慣習，其與被繼承人 B 相處多年，知悉被繼承人 B 之觀念，被繼承人亦教導因女兒會出嫁因此財產只給兩兄弟，被繼承人都是跟弟弟（即四男）一起住，後來進出醫院也是弟弟照顧。

被告 B2-6~B2-8 等 3 人表示不同意原告 B2-1 之主張，其為合法繼承，被告 B2-6 亦稱被繼承人 B 雖曾分配土地予兩個兒子，但後來因沒被照顧得很好將所有土地收回且辦理過戶，針對慣習部分質疑每個部落的方式都不一樣，何謂部落習慣，且由誰說的算，並稱原告從未來談，直接提告無法認同。

被告 B2-9~B2-10 等 2 人及其等訴代表原告 B2-1 透過分割遺產主張繼承回復請求權，依民法第 1146 條之規定已罹於消滅時效，且原告所提「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」文獻有提及不同地區泰雅族習俗不同，原告應提出兩造所處部落有傳男不傳女之慣習，並表示女性不得繼承之慣習有違消除對婦女一切形式歧視公約（簡稱 CEDAW）、公民與政治權利國際公約及經社文公約之精神。

2. 爭點及判決結果與理由

本案爭點即為原告 B2-1 主張分割及其分割方法有無理由。法院判決結果係認原告依部落傳統慣習或遺囑主張原告全部繼承之分割方式不可採，並參酌共有物分

²¹ 判決裡僅記載為民事第一庭審理判決，未記載是否為原民專庭。

²² 本文中其餘兒子均先於被繼承人過世且無子嗣。

割規定及過往實務見解，將遺產共同共有關係終止改為分別共有關係為本案分割遺產方法。

針對部落慣習部分，判決理由先是援引民法第 1138 條、第 1141 條、第 1151 條、第 1164 條等繼承人及分割遺產等規定，接著說明我國民法第 1138 條第 1 款採男女平等繼承主義，並稱證人證述係於 87 年前兩三年聽聞被繼承人口述傳男不傳女之部落慣習，但判決認為「或係斯時之原住民部落社會背景為男尊女卑，如今為男女平等時代，且男尊女卑之慣習已經式微，且衡諸目前社會上氛圍男女之間養家餬口、照護家中老小之能力及社會上期許、法律上應負擔之扶養義務，男女子女間並不分軒輊，則其部落上男尊女卑慣習之實質意義已漸趨淡漠」，因而認為應循民法繼承規定男女平等繼承遺產較為妥當。

判決並援引實務見解²³表示基於憲法、國際公約及民法第 1138 條等規定意旨，女性繼承人得繼承分配取得本案系爭土地。最後判決論及根據民法第 1 條習慣法僅具補充效力，而本案爭執之遺產依民法第 1168 條、第 1148 條規定，已由兩造依繼承關係取得所有權或地上權之共同共有繼承登記，而認沒有再適用其他習俗或習慣之必要。至於原告 B1 主張之有遺產均留給原告 B1 之遺書，判決則認為原告 B1 無法舉證其真實性及內容真意而未採納。因此認定原告 B1 主張無理由。

3. 其他

本案依判決書記載，係由家事法庭審理，其中原告及二名被告有律師擔任訴訟代理人；本案係於 111 年 9 月 30 日判決，目前未見二審判決，案件是否確定仍待追蹤。

（三）其他類型

- 案例三：無因管理等請求給付案（臺灣花蓮地方法院 110 年度原訴字第 30 號民事判決）

1. 事實及兩造主張

本案為因訴外人 D 婚宴所生無因管理及不當得利爭議案。原告 C1 為訴外人 D 之繼母，被告 C2 為訴外人 D 之生母，原告 C1 主張被告 C2 未獲邀請，卻出席訴外人 D 之歸寧喜宴並上台充作主婚人及占據主桌，同時邀請許多朋友到場，依我國習俗應由主婚人支付餐廳、酒席費用，該等費用由原告 C1 墊付，基於民法第 176 條無因管理關係得向被告 C2 請求返還，縱認無理由，因被告 C2 喧賓奪主、過程造成原告 C1 顏面盡失、影響婚禮流程，故請求不當得利及精神慰撫金。被告 C2 則表示當天為女兒結婚，亦係女兒叫其參加，且其他出席者亦與女兒具親

²³ 臺灣高等法院高雄分院 109 年度重家上更一字第 3 號民事判決，該判決為分割遺產案件，雖判決中有爭執是否遺產留予獨子，惟與原住民族傳統慣習無涉。

戚關係、非被告帶去。

2. 爭點及判決結果與理由

本案爭點為有無原告主張之無因管理、不當得利或侵權行為情形存在。法院判決結果為原告之訴無理由。法院判決首先確認系爭宴席主要係由訴外人 D 之父親主辦，原告 C1 與訴外人 D 為姻親關係，應非得並列主婚人，判決接續說明歸寧之意義，並稱被告 C2 為訴外人 D 之母親，「其到場並向親友自我介紹，應合於常情及新娘娘家所屬阿美族母系社會較重視生母之傳統習俗相當」，即使被告 C2 有上台致詞及坐主桌，原告亦非為被告管理事務之行為。針對不當得利部分，判決則表示原告所指外人為與訴外人 D 有至親關係之人，依我國習俗該等身分之人毋須包禮金，並參酌阿美族慣習稱「阿美族原住民更重視新娘與母親家族之關係，且原住民族普遍之禮俗，結婚殺豬應分給全部親族分享」，而認不因被告未包禮金而有不當得利。最後判決認原告所述並無人格權或身分法益受侵害，請求侵權行為損害賠償無理由。

3. 其他

本案應係由承辦原民專股之民事庭審理，原告有委請律師擔任訴訟代理人。又本案有上訴二審，二審判決結果為上訴駁回而確定²⁴，判決理由未論及阿美族慣習。

參、觀察與分析

針對前揭近年涉及原住民族傳統慣習之民事裁判，從數據資料及個案判決內容，本文提出以下觀察分析及建議。

一、涉及並適用原住民族傳統慣習之案件數量偏低，法院應依法曉諭當事人可就傳統慣習為主張及辯論

依前述以原住民或慣習等關鍵字檢索民事裁判結果，近 5 年裁判數為 140 件，其中實際而於同樣期間內如不設關鍵字，司法院裁判書系統上總計有約 277 萬件民事裁判，對比之下，顯見實務上可能與原住民慣習相關之民事案件數量極低，更不用說如附表二所示，實際涉及原住民族傳統慣習適用者僅 37 件，數量更為稀少。

倘若以實務上含有「原」字之案號來看，與原住民相關之案件數量並非少數，惟本文檢索後案件如此數量稀少之結果，係因本文欲找尋之案件係與原民慣習相關，因此檢索結果可能受限於本文設定之關鍵字，亦即不排除有些涉及原住民族傳統慣習之案件未必會於判決內文有「原住民」、「傳統」、「慣習」等字眼，但實際上可能有潛在于原民慣習之案件²⁵，導致無法檢索出所有真正涉及原住民族傳統慣習

²⁴ 臺灣高等法院花蓮分院111年度原上易字第2號民事判決。

²⁵ 例如土地案件中可能發生，當事人可能主張其土地使用歷史及脈絡因此非無權占有，亦應屬廣義之原民傳統慣習。

之案件，未能完整反映實務上原民慣習案件之狀況。

惟另一方面亦可能隱含原住民族傳統慣習於司法實務上的出現仍係例外/偶一為之之情形，在民事訴訟的當事人進行主義下，當事人不會主張或提到原民傳統慣習，撇除某些族群或部落慣習式微或少有依循之因素外，可能係當事人並不知曉可以主張傳統慣習，或以現有法制如民法、土地法即作出有利主張。以案例三為例，從法院判決內容來看，被告 C2 其實並未提出阿美族母性社會或參與婚宴之相關傳統慣習，應係法院自行職權調查或屬法院已知事項，故似未要求被告 C2 舉證，從原告 C1 之角度而言，其是否有陳述意見機會或可能遭突襲不無疑義，從被告 C2 角度而言，是否判決所提慣習確實符合其族群與部落慣習，或有無其他慣習內容可主張，亦不無疑義。由此可知，於訴訟程序中，實有賴法院依民事訴訟法第 199 條適時曉諭兩造可提出包含傳統慣習之主張，尤其針對分由原民專（股）辦理之原民案件應留意為之，以增加當事人提出其原住民族傳統慣習主張之機會²⁶，且於法院職權調查傳統慣習時，應依民事訴訟法第 297 條曉諭當事人對傳統慣習辯論或補充意見。

二、 涉及原住民族傳統慣習之案件類型固定

依據本文附表三，涉及原住民族傳統慣習的 37 件判決的類型可區分為「土地」、「繼承」及「其他」類型，土地案件中更有至少半數為原保地案件，繼承案件則涉及分割遺產或繼承權之爭執，其他案件則為債權糾紛或不涉及土地或繼承之確認訴訟。參考原民會分別於 102 年、105 年、106 年出版之《國內原住民族重要判決之編輯及解析》第一輯至第三輯，其中於民事部分之重要判決之類型，大抵包含土地買賣效力、拆屋還地糾紛、原保地借名或非原民買賣、分割遺產、確認繼承權、收養效力、變更子女姓氏、不當得利、當選無效²⁷等案由，亦即案件類型主要亦為土地（原保地）、親屬繼承及其他等類型。

由此可知，從前述判決選輯到近 5 年之實務裁判，涉及原住民族傳統慣習之案件類型應係相對固定，均圍繞在土地權利歸屬、財產（遺產）分配管理及身分關係建立等面向，其餘案件則可能涉及個案情境之債權關係。又值得留意者為，由於近年部落會議制度及諮商同意參與程序較已往更具體實行，不排除未來有更多涉及部落會議爭議之案件²⁸出現。

三、 原民專庭（股）經驗延續，家事庭亦納入原民專股或相關資源

²⁶ 例如針對原民案件於第一次準備程序或言詞辯論庭陳述聲明及事實理由後，視兩造主張闡明詢問有無涉及傳統慣習。

²⁷ 本文檢索結果之 140 件判決中，亦有數件當選無效案件，惟判決內容並未涉及原民慣習，因此未列入本文歸納之類型中。

²⁸ 目前實務上尚未出現因部落之公共事項發生爭議而涉訟案例，惟已有數件因諮商同意程序，部落議決同意事項引發爭議之案例，不過此時案件應為民事法院或行政法院審理，實務上有不同見解。

從本文前述三個案例來看，此三件案件法院均有於判決中適用或討論是否適用原民慣習，其中案例一拆屋還地案及案例三無因管理等請求給付案，分別係由新竹地院民事庭及花蓮地院民事庭所審理，由於案件涉及原保地拆屋還地案由或至少一造當事人具原住民身分，屬於司法院所規定關於民事事件中原住民專業法庭之審理案件範圍，故案件字號含有「原」字，且應係分由民事庭裡專責原民案件之原民專股承辦。至於案例二分割遺產案，雖至少一造當事人具有原住民身分，惟因案件屬於家事訴訟事件，故由家事法庭審理。

以此三案例之判決理由觀之，由原民專股審理之案例一有調查及採納司馬庫斯部落之慣習來實質認定原保地地上權歸屬，案例三裡法院亦參酌阿美族習慣作為判斷理由，而家事庭審理之案例二並未調查泰雅族繼承慣習，且認定毋須適用民法以外之原民慣習。直觀來說，可能認為原民專股具成效，對比家事庭之審理，原民專庭（股）可達到當初希望尊重原民文化慣習、減少與國家法制衝突之設立目的，本文不否認前述可能性，或因原民專股之法官因有接觸相關原民課程且碰到較多原民案件，對於原民文化較具有敏感度，惟於本文所檢索出的 37 件涉及原住民族傳統慣習的判決中，除案例一及案例三外，尚有 22 件案號有「原」字而為原民專股審理，然而部分判決仍未適用原民慣習來做判斷，尤其於土地登記名義人對族人訴請拆屋還地²⁹之案件中，族人與土地之歷史背景、使用脈絡及事實容易遭忽略。

因此以案例一來說，該判決並未限縮於地上權之登記形式外觀，而係確認原民慣習之事實後實質認定地上權之權利歸屬，應係值得讚許。惟，當初做出案例一之合議庭三位法官，依據目前新竹地院之事務分配均已非原民專股，未專責原住民事件³⁰，其對於承辦原民案件、對於如何調查及適用原民慣習之經驗如未能傳承延續，則原民專股恐成效有限，且趨於形式。至於花蓮地院似因原民案件眾多，因此民事庭每股均有辦理原民案件³¹。

本文認為重點仍在於法院是否願意嘗試討論、肯認原民慣習之效力，是否有意願了解原民慣習，及當發生原民慣習與國家法制或原理原則衝突時，法院是否願意以憲法增修條文、原基法及兩公約等規範來做解釋³²，並將該等於案件中適用原民慣習的經驗延續予其他法院/法官。

²⁹ 例如臺灣屏東地方法院 108 年度訴字第 170 號民事判決、臺灣桃園地方法院 107 年度原簡上字第 5 號民事判決。

³⁰ 臺灣新竹地方法院民事庭112年度司法事務分配暨代理次序表，新竹地方法院，<https://scd.judicial.gov.tw/tw/cp-3364-56309-13f27-191.html>(最後瀏覽日：2023/9/30)。

³¹ 法官名錄，花蓮地方法院，<https://hld.judicial.gov.tw/tw/cp-5011-241587-dca9b-311.html>(最後瀏覽日：2023/9/30)。屏東及台東地院民事庭亦同。

³² 於原民專庭（股）設立之初，實務上即有認為原民專庭（股）本身無法解決前述衝突，重點仍應為如何肯認原住民族傳統慣習具有法之效力、如何於裁判中適用原住民族傳統慣習，包含於相關法令尚未修正前如何依憲法增修條文、原基法及兩公約等規範來做解釋，參註3、湯文章，〈原住民族專業法庭目前之運作情形〉，《原教界》，第53期，2013年10月號，頁21。

此外，從涉及原民慣習之案例類型來看，目前司法院就民事事件中原住民專業法庭審理案件範圍，應可涵蓋幾乎土地及其他類型，然而繼承類型或身分關係等家事案件，則非原民專庭（股）審理範圍。對此，本文認為基於家事案件於案件性質及法規等特殊性的實有，實有必要由具家事專業或經驗之家事庭審理，惟建議仍得於家事庭中安排原民專股辦理起明顯涉及原民慣習之案件，抑或提供相關課程或資源，以避免家事庭於處理像案例二、涉及原民慣習之家事爭議時，得更深入探究原民慣習有無適用之可能。

四、現行原民慣習仍無法脫離國家法制獨立適用，原住民族慣習尚難單獨為準據法，且應無可能合意適用原民慣習

於討論原住民族傳統慣習如何為民事裁判實務適用、原住民族傳統慣習之角色地位時，不乏有應建立原住民族之習慣法、以原民習慣為準據法之論見，抑或不排除有提出建立選法程序、規範法院於特定情形下選擇原民傳統慣習為準據法之想法，本文對於未來原住民各族群或部落均能制定或歸納出各自之習慣法係持肯定見解、樂觀其成，惟本文觀察前述三個案例之情形，認為現行原民慣習仍無法脫離國家法制獨立適用，於原民之習慣法足以涵蓋現今大部分私法事件前，實難想像原住民族慣習單獨成為準據法規則來判定案件糾紛。

以本文三個案例來看，於案例一原告 A1 係以其具有地上權而依民法第 767 條請求無權占有之被告 A2 拆屋還地，此時法院為處理此拆屋還地爭議，爰依據民法及民事訴訟法等規定，依序判斷民法相關要件，即原告 A1 有無請求權、被告 A2 是否無權占有、原告 A1 有無權利濫用等，法院並於判斷原告 A1 有無請求權（地上權）之過程中，調查確實有被告 A2 所主張之部落慣習存在，並以此部落慣習事實認定地上權之權利歸屬（為三兄弟全體繼承人）；於案例二原告 B1 係以其中一位繼承人之身分，請求依其主張之分割方法來分割遺產，法院爰依序確認繼承人均列為兩造，遺產並無不能分割之情形，並於決定如何分割、是否僅原告可分配遺產時，認定原告 B1 主張之傳統慣習不符合男女平等及目前社會情形、僅具補充性位階而不予適用，認定依民法來決定可受分配之人；於案例三原告 C1 主張無因管理、不當得利及侵權行為損賠，法院於判斷是否成立為他人處理事務及是否無法律上原因而受利益時，將阿美族之母系社會概念納入判斷來認定不構成。

亦即，即使有原民慣習之適用，以本案三案例來看，目前原民慣習至多仍僅係作為檢視民事案件中法律要件、請求權是否成立之事實基礎，且案件爭議仍係在國家法制如民法框架下審理，仍無法單獨成為準據法³³，亦無法成為解決案件爭議之法規或解決機制。本文認為，在原民慣習得累積或建構出涵括族人間或族人與非族人間的私法生活之習慣法或爭議制度前，或可謂達到原民（司法）自治前，

³³ 於案例二中，如法院採納適用原告 B2 主張傳男不傳女之傳統慣習，則應係某程度取代民法第 1138 條之規定，可算是決定繼承人之準據法，惟於整個分割遺產案件之處理，此爭點外之其餘論斷處理仍係根據民法及民訴等國家法制。

原民慣習於民事裁判上恐係與國家法制交錯適用之角色地位。

此外，本文亦認為於實務裁判中雖須尊重及考慮原民慣習之適用，惟於原民習慣法完整建構前，亦須審酌適用原民習慣後對個案所帶來之其他衝突或影響，如可能帶來其他法律上權利受侵害或有違衡平，似亦不得逕以原民習慣為準據法。以案例二為例，於判決中針對兩造主張有記載被告 B2-5 表示被繼承人父親均與弟弟即四男一起生活，亦係弟弟在照顧父親及負擔醫院費用、被繼承人曾表示傳男不傳女等內容，似係說明該傳統慣習之意涵係給予兒子財產且同時兒子負有扶養照顧父親之義務，則倘若案例二中法院選擇適用原告 B1 主張之傳統慣習由原告單獨取得遺產，則是否被告等十人仍負擔相關家族成員之扶養義務是否妥適？抑或被告等十人可主張免除相關扶養義務？

承前述，是否於現有訴訟程序得制定選法平台，本文係持保留見解，且基於民事案件本身之對立訟爭性，應難認可能存在合意適用傳統慣習之可能，蓋一方會提出適用慣習即係以此作為有利於其主張之準據法、攻防方法或符合法規要見之事實基礎，此時較難想像對立之另一方會同意適用對其答辯不利之準據法、攻防方法或事實基礎³⁴，最終仍可能進入法定選法，惟於作為被選之習慣法本身可能尚無完整規範之情形下，如何決定選法規則亦不無疑義。

五、於個案具體判斷原住民族傳統慣習適用之限制

於討論原住民族傳統慣習於裁判中之適用，則不得不思考原住民族傳統慣習有無適用之限制，亦即是否於特定情形下，不應採納適用原住民族傳統慣習？於案例二中，部分被告係主張原告主張傳男不傳女之傳統慣習違反性別平等，有違消除對婦女一切形式歧視公約及兩公約規範，似隱含此時傳統慣習應限制適用之意，而該案判決亦以「憲法規定男女平等原則，應消除性別歧視，保障婦女地位，以促進兩性實質平等，以及相關國際公約之依循」作為認定不適用傳統慣習之理由之一。又，該案例之判決理由亦包含「部落上男尊女卑慣習之實質意義已漸趨淡漠」，則究竟係原告 B1 主張之傳統慣習實際上已改變、不是部落族人依循之慣習，還是單純法院認為現今社會風氣改變而推定部落也對此慣習淡漠，且於判決理由均未見關於原告主張之慣習是否存在進行調查證據之過程³⁵，法院如何形成該認定理由，實不無疑義。

惟，姑不論前述疑義，本案關鍵爭議似在於究竟該傳統慣習有無違反性別平等、違背平等原則，如有，是否即不得適用？本文認為此時應先確立慣習是否存在、慣習內容為何及背後脈絡，使得判斷該慣習有無違反平等原則。如前所述，倘如該傳統慣習之意涵係取得財產之男性負有須扶養照顧家族中長輩之義務，且實際上該男性確實為唯一付出金錢心力照料長輩之人，此時適用該傳統慣習是否實質

³⁴ 於本文案例二雖有部分被告同意原告主張，惟其餘被告均持不同意見。

³⁵ 法院未於判決理由表示未進行調查證據之理由，亦不排除係原告未聲請調查證據。

上仍違反平等則？

承前，本文認為原住民族傳統慣習之適用有無限制且界線基準為何，應視具體個案而定，蓋原民文化慣習亦係受憲法增修條文、原基法及兩公約所保障。原則上應以該傳統慣習恐影響之權利為判斷，例如以傳統慣習主張之損害賠償方式涉及生命、身體或人身自由等，自應受到限制，如係涉及財產權屬之情形，似非不得於個案中視兩造狀況予以衡酌。

六、原住民族傳統慣習之調查應尊重部落聲音，文獻須注意來源及記載慣習是否為部落目前所遵循

從本文案例一中，法院參酌「臺灣原住民族民事傳統習慣調查彙編」內容並佐以部落族人之證詞來確立傳統慣習事實，於其他有適用原民慣習之判決亦係參考文獻或證人證詞來認定傳統慣習存在³⁶。惟案例一中，當文獻與證人證詞不同時，判決係選擇以文獻為準，本文認為應非妥適，畢竟調查重點應係該族群或部落有吳某慣習存在且仍被依循，而文獻作成來源、出處及時間點不一，是否足以代表部落、反映部落當下文化慣習情形，是否得用文獻取代部落族人證詞顯非無疑。況，亦有研究指出，日據時期之「番族慣習調查報告書」中有大量以偏概全的紀錄，且調查過程非全然遵守田野調查守則，該等文獻之真實性亦非無疑義³⁷。因此，本文認為於傳統慣習調查中，文獻來源及記載之慣習真實性須特別留意，亦不可忽視部落之主體性及部落族人之聲音，蓋其始為慣習之實踐、遵循者。

本文認為或可建立相關學者及機構之名冊作為函詢或鑑定之參考對象，又有論者認為可籌組相關委員會，作為法院諮詢對象，惟本文認為該委員會之組織定位、人員組成及代表性，將攸關該委員會提供之意見可信度，實須審慎評估，並仍應受到訴訟法證據調查規定拘束，即就相關意見之提供仍應比照鑑定或證人之規定為之，並提供兩造陳述意見機會。最終理想上，應由國家協力依各族群、部落，記錄各自具有且依循之傳統慣習，建立、訂定出各自之習慣法，法院直接向部落諮詢確認其文化慣習。

七、於調解程序中納入原民慣習，培養兼具法律及原民慣習敏感度之調解委員

於本文案例二中，可發現有被告表示原告未先私下和談就直接提告難以認同。良好的調解程序不只能幫助兩造取得共識，更能真正化解兩造糾紛。惟於涉及原住民族傳統慣習之案件中，如調解委員不具備原民文化敏感度及對原民慣習有所認識，亦難協助兩造溝通對話，本文認為在現行原住民族傳統慣習適用於裁判仍有挑戰及困境下，更應著重例如調解程序之訴訟外紛爭解決方式，培養兼具法律與

³⁶ 臺灣新竹地方法院 107 年度原訴字第 18 號民事判決、臺灣花蓮地方法院 112 年度重家繼訴字第 1 號民事判決。

³⁷ 例如當時報導人如講述內容不符合調查者意思，會遭陪同警察毆打，因此報導者會「揣摩上意」，講一些調查者「想聽的話」，參雅柏魁詠·博伊哲努（Yapasuyongu Poiconu），〈還我土地觀點下的原住民族土地政策〉，《台灣原住民族研究學報》，第3卷第3期，頁78。

原民慣習敏感度之調解委員帶領調解過程，並得於調解之進行方式、調解方案，納入當事人族群或部落本身之和解方式，以達到真正尊重原民文化慣習之糾紛處理方式。

肆、結語

本文嘗試透過檢索近 5 年涉及原住民族傳統慣習之民事裁判，並加以整理歸納，釐清近年實務案例之類型及數據，接著於土地、繼承及其他三類型中，各爬梳一件裁判內容，檢視法院判決理由。於三件案例中，法院在案例一拆屋還地案調查有無司馬庫斯部落土地使用及權利歸屬之傳統慣習，並適用該慣習作為認定系爭土地地上權歸屬，而非僅以登記外觀做出論斷，顯係原民土地類型案件之一大突破；案例三無因管理請求給付案中，法院則於論理過程參雜阿美族之文化慣習來認定不構成無因管理或不當得利之情形；於案例二分割遺產案，法院以現今社會保障男女平等、基於憲法及國際公約規定以及習慣僅於法未規定時補充，認定該案不適用傳統慣習。

從近 5 年涉及原住民族傳統慣習之民事裁判之類型與數據等資料，以及三件法院論及原住民族傳統慣習之案例，本文提出一些觀察及建議，包含：涉及原住民族傳統慣習之案件數量稀少，法院應依法曉諭當事人可就傳統慣習為主張及辯論、涉及原住民族傳統慣習之案件類型固定、原民專庭（股）經驗延續，家事庭亦納入原民專股或相關資源、現行原民慣習仍無法脫離國家法制獨立適用，原住民族慣習尚難單獨為準據法，且應無可能合意適用原民慣習、於個案具體判斷原住民族傳統慣習適用之限制、原住民族傳統慣習之調查應尊重部落聲音，文獻須注意來源及記載慣習是否為部落目前所遵循、於調解程序中納入原民慣習，培養兼具法律及原民慣習敏感度之調解委員。

於我國民事裁判中是否及如何適用原住民族傳統慣習始能於個案中維護原住民族文化及保障其權益，實乃大哉問。本文期盼未來各族群、部落能逐漸回復、建立及延續出自己的文化慣習制度，不再於司法過程中遭遇「被迫失語」或文化慣習「被失蹤」之狀態，惟除了於司法程序制度面進行調整外，亦應重視部落主體地位、賦予部落足夠量能及凝聚族人認同，部落之文化慣習才有持續傳承及被看見的可能。

附件一：涉及原住民族傳統慣習之 37 件判決

法院	判決字號	案件類型	適用或論及原住民族傳統慣習之判決(v)
新北地院	109 年度家繼訴字第 102 號民事判決	繼承	
桃園地院	109 年度原訴字第 24 號民事判決	其他	
	107 年度原簡上字第 2 號民事判決	土地(原保地)	
	107 年度原簡上字第 5 號民事判決	土地(原保地)	V
新竹地院	110 年度家繼訴字第 50 號民事判決	繼承	V
	110 年度原簡上字第 1 號民事判決	土地(原保地)	V
	109 年度原簡上字第 5 號民事判決	土地(原保地)	
	108 年度再易字第 2 號民事判決	土地(原保地)	V
	107 年度原訴字第 18 號民事判決	其他(侵權行為損害賠償)	V
苗栗地院	109 年度原訴字第 8 號民事判決	其他	V
台中地院	111 年度簡上字第 335 號民事判決	土地(原保地)	
	107 年度訴字第 944 號民事判決	土地(原保地)	
	107 年度原訴字第 9 號民事判決	土地(原保地)	
南投地院	111 年度簡上字第 3 號民事判決	繼承	
	107 年度原訴字第 13 號民事判決	土地(原保地)	V
	107 年度原訴字第 3 號民事判決	土地(原保地)	
橋頭地院	111 年度原訴字第 17 號民事判決	土地(原保地)	

法院	判決字號	案件類型	適用或論及 原住民族傳統慣習之判決(v)
	108 年度簡上字第 94 號民事判決	土地	
花蓮地院	112 年度重家繼訴字第 1 號民事判決	繼承	V
	111 年度原簡上字第 18 號民事判決	土地(原保地)	
	110 年度原簡上字第 5 號民事判決	土地(原保地)	
	110 年度訴字第 191 號民事判決	土地	
	110 年度原訴字第 30 號民事判決	其他	V
	109 年度原訴字第 19 號民事判決	土地	
	109 年度訴字第 221 號民事判決	其他	
	108 年度原訴字第 26 號民事判決	土地(原保地)	
	108 年度原訴字第 34 號民事判決	土地	
台東地院	110 年度原訴字第 25 號民事判決	土地(原保地)	V
	109 年度原訴字第 31 號民事裁定	其他(諮商同意)	
	109 年度原訴字第 4 號民事裁定	其他(諮商同意)	
屏東地院	110 年度原訴字第 21 號民事判決	其他	V
	111 年度原再易字第 1 號民事判決	土地	
	110 年度原再易字第 2 號民事裁定	土地(原保地)	
	110 年度簡聲抗字第 4 號民事裁定	土地	
	109 年度家簡上字第 2 號民事判決	繼承	V
	109 年度原再易字第 2 號民事判決	土地	
	108 年度訴字第 170 號民事判決	土地(原保地)	

【主題討論（二）】原住民族事件適用法—民事案件

[與談]從近年司法實務案例看原住民族傳統慣習於民事裁判之適用

與談人 蔡穎芳 教授 | 靜宜大學法律學系

大家好。感謝今天有這個機會來跟林育萱律師還有在場的各位來討論一下林律師這篇論文。好，我今天是對林律師的論文做一些與談，然後，後面會有一些問題想請教大家。那關於這篇論文，對這篇論文的回應。

這個論文裡面有談到說，建議在家事庭裡面安排原專股辦理涉及原民慣習的案件，這一點我是贊成，然後呢，或者是提供相關課程或資源，這個部分目前應該是有安排，就是相關的課程資源，但是我不確定是不是所有的相關司法人員都有去參加那樣的在職研習。

接下來論文裡面還談到其基於這個民事案件本身對立爭訟性很難，認為可能存在合意適用傳統慣習的可能，因為一方會提出適用慣習，並且以此作為有利主張的準據法，可是對立的另外一方可能不會想要適用對他答辯不利的準據法，應該是不會同意適用對他答辯不利的準據法，那這個部分有可能會出現這樣的情形，比如說他們族長嗣繼承在屏東地方法院是曾經出現過這樣的一個法院的失誤判決，但是我在想，有沒有可能像比如說待會我們看到這篇論文分析的案例二，如果雙方都主張傳統慣習，我個人覺得案例二還是有可能的。

因為到底是誰在定義傳統慣習？好，傳統慣習的內容具體內容到底是怎麼樣？說不定雙方各有不同的看法。如果雙方都覺得同意希望可以依照傳統慣習，但是對傳統慣習的內容傳統慣習到底是裡面應該是什麼樣的一套規則，大家應該要遵循，我覺得可能雙方會有爭執，有時候也可能可以合意。只是雙方對慣習內容到底是什麼，到底應該遵守什麼樣的規則，可能會有不同的意見。

此外呢，在個案具體判斷原住民的傳統慣習，試用的時候可能有限制，在這個論文裡面是有談到。那論文裡面主張說應該要先確定慣習是否存在？那慣習內容是為什麼會出現這樣的內容？還有背後的脈絡是什麼？這樣大家可以判斷一下，但慣習有沒有違反平等原則。到底原住民傳統慣習的適用有沒有限制？而且這些基準是什麼應該是具體個案而定。我個人會覺得這個部分確實有時候可能會出現這樣的情形，但是有時候到底慣習的內容是什麼？是不是真的有所謂的違反人權保障的基礎基準。因為再怎麼樣適用傳統慣習都應該不能去破壞國際人權，保障國際人權公約裡面的一些人權保障的標準。

待會我們看到這個個案第二個主要分析的個案的時候，我們會去討論這個點到底什麼是泰雅族的傳統慣習和有關家裡面在做遺產分配的時候，到底傳統慣習為何好，那個是我們會進一步去討論。所以原則上的確原住民傳統慣習的適用不可以去破壞國際人權公約上面的基本人權保障的要求，但是國際人權公約上面，比如說 sid。再比如說一般性建議裡面它會談到說有些一般性建議，比如說家庭暴力方面一般性建議，他會說有兩號一般性建議，裡面談到傳統慣習，它覺得需要革除。好，但是台灣的原住民傳統慣習真的是性別歧視的嗎？

比如說泰雅族的家暴方面，真的沒有一種傳統慣習是的觀念是會去防治家暴的嗎？

好，泰雅族會不會？基本上以泰雅族的傳統慣習為例，會不會是因為日本皇民化運動，還有漢人漢化之後被界定成是父系社會，然後是可能男生會對女生家暴。好，其實泰雅的傳統文化不見得是會變成是所謂的父系社會，然後會去鼓勵男生去家暴女生，不見得，我們待會會在討論一下好這樣的觀念如何應用到繼承方面會是什麼樣的一個情形？

因為如果把人權概念用地方方言好去做一個詮釋。台灣的原住民如果在傳統慣習方面用地方方言去詮釋會不會有什麼哪些地方其實是符合這國際公約的人權基本保障，然後是大家忽略的。好，這個可能可以去進一步檢視。接下來原住民傳統慣習的調查，在論文裡面談到應該尊重部落聲音，文獻需要注意來源和記載關係是否為部落目前所遵循，那這個部分是沒有錯的，因為比如說泰雅族的 gaga，泰雅族的傳統慣習 gaga 根據王梅霞老師的書，有關泰雅族的書，還有期刊論文大家可能會發現泰雅族的 gaga 是會隨着時代而變異，而且會隨着不同的人碰到不同人或者相互模仿學習，那 gaga 是流動的，不是固定不變的。現在的泰雅的 gaga 或泰雅的傳統慣習到底是如何？其他原住民族的傳統慣習現況到底是如何，應該要去進一步去做調查，然後調解程序裡面應該要納入就是原住民傳統慣習作為討論依據，這點我也相當同意。

那有些地方法院，比如說南投地院現在也是有這是請原住民族籍的調解委員，在幫忙調解做家事的調解，所以這方面這樣的做法可能也可以參考一下。第一個個案，我們如果看到原民會的台灣原住民族民事傳統習慣調查會，並會發現說原民會有關這個泰雅族的土地在繼承方面通常是不分割，然後是屬於家族共有的。基本上是共同繼承，理想上面各繼承的基礎量是相等的，那分割前是土地共有，可是家產繼承權的判斷依據也包括保護家族者，就是實際持家的人。在個案上面這樣的一個傳統慣習到底在司馬庫斯部落裡面的觀念是如何。可能可以進一步去做探究。此外第二個個案裡面泰雅族的親屬稱謂，其實不像漢人，看的是分內外。不管是祖父不管什麼內外祖父 yutas 都是，祖母都是 yaki。好，其他的親屬稱謂也是相同的，有點像英文。所以在墓碑裡面也都是孝子孝母共同立碑，我看到的部落是這樣。所以你是不是真的是在繼承方面是不是真的是很 patriarchal 的很父權的方式，只有男生才能繼承，我覺得不見得可能是這是一種誤會。

這邊最後一個案子，我是想請教大家原民會有說血親，血親看起來小孩親娘是媽媽，原生媽媽原生家族不好，媽媽原生家族的那個人，他結婚之後他家裡面人會越來越多。到底是誰在辦喜事？阿美族和你花費支出是應該是由誰支付用，比如說英國人，就是女生自己付。那漢人，或者是布農族是男生付，那阿美族和你花費應該由誰支付，這個可能要進一步去看人類學方面的一些資料，還有希望可以請教在場的各位。

謝謝。

【主題討論（二）】原住民族事件適用法—民事案件

[發表]原住民族傳統規則於民事訴訟程序中適用之機會與意義

發表人 黃松茂 助研究員 | 中央研究院法律學研究所

原住民傳統規則於民事訴訟程序中適用之機會與意義

黃松茂

中研院法律所助研究員

壹、序言

台灣與西方現代法制的相遇，始於日治時期。斯時台灣的住民尚未形成一套自給自足、得與現代法制匹敵的治理及法律體制，儘管足以規制人民日常生活的習慣多元且分散地存在於台灣各族群及社會中。有別於此等傳統習慣，成文化/文字化是西方法律傳統的重要特徵。習慣在時間長河中起伏變換，如不形諸文字，難以重現、傳遞及掌握。

當今的台灣已擁有較諸於過去—無論清領或日治—相對完整嚴謹的法律體系，且更因民主化使得法律體系對社會需求保持一定程度之開放性。而正是中華民國中央政府首度政黨輪替後的 2005 年，原住民基本法正式公布施行。有別於日本政府基於治理殖民地需求而蒐集台灣舊慣以進行所謂習慣立法，民主化後重新書寫、呈現習慣是自主性的展現。換言之，習慣出現在台灣法律的觀念世界中，不再基於殖民者的統治需求，而是出於自身的意志。

申言之，當在台灣漢族的傳統習慣自 1990 年代時起逐漸透過習慣立法（民法典之修正或特別法之新訂）進入國家法秩序中¹，迄今為止長久受到漠視的原住民傳統習慣也應該獲得「轉型正義」之機會。或許某程度出於此一想法，原住民事件適用法草案（下稱「草案」）第 14 條及第 15 條採取一種有別於習慣立法、甚至從某個角度來說相當基進的選法程序，使原住民傳統習慣或規則得透過審判程序中之選法間接地進入國家法秩序之中。其基進之處，在於其將原住民族本身視為法之主體，從而使得原住民傳統習慣或規則準據法之選擇上得與中華民國法律分庭抗禮。此點特別展現在草案第 15 條之當事人合意選擇原住民傳統規則。且正由於其採取此等基進方式，使原住民傳統規則成為法規範一事完全擺脫民法第 1 條之「習慣法/（事實上）習慣」的理論爭執及法源位階問題。

儘管如此，如何將原住民傳統習慣或規則納入現行法律體系中，卻有相當大的空白需要填補，以及隨之而來的法律技術問題。首先，傳統規則之具體內容為何、如何探求、實際上是否具有可靠的調查手段，皆有待解決。在獲知傳統規則後，

¹ 學者王泰升生動地將此形容為 1914 年台灣民法草案的「敗部復活」。參見王泰升，論臺灣社會上習慣的國家法化，臺大法學論叢，第 44 卷第 1 期，2015 年 3 月，頁 1，45。

技術問題則是，該傳統規則該如何與現行國家法規定協調。特別是，當適用傳統規則者仍為國家的法院，且法官仍是受過當代西方式法學教育的法律人，該如何以適當的概念工具表述傳統規則，一方面使得法官能夠理解，他方面使法官得將之表達於判決中，均是至關重要的技術問題。

此外，由於現行民法下之民事關係乃是個人主義式的理解，以個人的權利及義務為符號。因此，前述技術問題尚牽涉另一項原則性問題：追求原住民族法的主體性，究竟是為了個別原住民的利益，還是原住民族集體的利益？此點在有關原住民保留地的民事案件中呈現得最為清楚：究竟原住民保留地的存在目的是在維持、增進個別原住民的經濟生活，還是作為整體原住民族群文化存續之空間基礎？如屬前者，則其與民法個人自由主義、保障所有權的基本立場一致，所謂原住民傳統規則之價值退居幕後。如屬後者，則強調集體利益面向的原住民傳統規則要如何，在兩造對立的民事訴訟結構中發揮功能，不易理解。此點明顯有別於在刑事訴訟程序中、原住民傳統習慣作為對抗國家刑罰權的角色，理由在於，此時個別原住民與民住民族群的利益趨向一致；此外，以傳統習慣對抗國家刑罰權時，並不必要如同在民事案件中額外建構一套相對完整的規範論述。

貳、草案第 14 條及第 15 條的選法程序：基於與國際私法選法法則之比較及分析

回到傳統規則如何與現行國家法規定協調之問題：如果對於習慣在民法第 1 條中的補充性法源位階不滿意，則替代方案為何？草案第 14 條及第 15 條引進「選法程序」作為解方。有別於民法第 1 條意義下，原住民傳統規則之於國家法乃補充關係（亦即僅在國家法有漏洞、不足之處始發揮功能），依選法程序為擇一關係，亦即選法的結果只有國家法抑或原住民傳統規則得作為本案的準據法。此種仿效國際私法的模式，是以原住民族之身分作為連繫因素。換言之，因著當事人的原住民族身分，方使得其民事訴訟案件肩負展現原住民傳統習慣及規則之任務（草案第 4 條第 6 款、第 7 款）。

儘管有上述相似性，草案第 14 條之選法程序仍與國際私法選法法則有以下重大差異：

- (1) 原住民與非原住民間不存在國籍上之差異及國界的分隔，且基本上仍共享同一套國家法律體系及法律制度。
- (2) 依國際私法選法法則所選定之準據法，其所屬國家通常具有相對完整嚴謹的法體系，而得對各種指定原因（如行為能力、因契約所生之債、夫妻財產、繼承等）提出相應之規定。原住民傳統規則是否具備相同之內容，不無疑問。
- (3) 承上，一項法律關係可能在國際私法上具備複數的指定原因，例如一項契約關係，其方式、效力、代理權及當事人能力等，各為不同之指定原因，從而可能

各有不同之準據法。此等「法律適用之分割方法」(Dépeçage)²，乃基於民法及國際私法傳統上對於法律關係所進行之概念分析。惟草案第 14 條所稱之選法程序，似未將法律適用之分割納入考慮，其結果是整個法律關係、甚至整個訴訟標的都適用原住民傳統規則。倘若當中就某一爭點(指定原因)原住民傳統規則欠缺相應之決定(亦即漏洞)，因法院不得拒絕審判(民法第 1 條之基本思想)，就此只能由法官進行造法或回歸國家法，填補其漏洞。

至於草案第 15 條之原住民族當事人合意選擇原住民傳統規則，則突顯出草案之選法程序與國際私法另一不同之處：以我國涉外民事法律適用法第 20 條第 1 項為例，其雖規定「依當事人意思定其應適用之法律」，但值得注意的是，當事人關於適用法律之合意發生在法律行為成立時，例如契約成立時，而非在契約成立後、甚而因契約爭訟時，始依當事人之合意定其應適用之法律。此乃基於一項基本的事理邏輯：當事人既已興訟，爭點及利害關係已然外顯，準據法為何關乎各該法律問題之解答及訴訟勝敗，此時可能已難以期待當事人再就準據法達成合意。

或許，原住民族當事人可能在爭點尚未外顯之際，或基於特殊原因，而合意選擇原住民傳統規則作為準據法。然而，如前所述，原住民傳統規則未必就該案所涉所有法律爭點提出相應的解答，換言之，原住民傳統規則出現漏洞。漏洞的情狀，可能演變至法官如不進行大範圍的造法難以下判決的程度，如當事人不願由法官進行造法而欲改依國家法，亦無法回頭，蓋草案第 15 條第 2 項不許當事人撤回選法之合意。如此一來，可能大幅降低當事人合意選擇原住民傳統規則的誘因。

參、鑲嵌於國家法秩序中的原住民傳統規則

目前原住民傳統習慣的法律上地位，係由國家法秩序加以界定。原住民傳統習慣落在國家法秩序中，一方面消極抵抗國家法之制裁，他方面(部分地)由國家法給予空間、加以保護。具體而言，原住民的傳統生活習慣及智慧，包含野生動物之獵捕及宰殺、獵槍之持有及使用、森林主副產品之採集或捕魚等，過去透過野生動物保育法、槍砲彈藥刀械管制條例、森林法之修正，使原住民得在有限範圍內免除行政管制及刑事處罰³。即使前述原住民傳統習慣在 2005 年提升至原住民基本法之準憲法層次，該法第 19 條依舊規定「原住民...『依法』從事下列非營利行為」。此種情形或許可比喻為：原住民傳統習慣位於國家法秩序中的一塊飛地(exclave)，得以排除國家法主權的行使。

本於類似之概念，結案報告中所提到，「本草案的立法背景並非要達到使台灣原住民族成為百分之百的法主體或追求司法自治的終點，而毋寧是建構一個必須持續進行修正與調整的過渡機制，來為未來司法自治最終目標的實現奠定基礎」。具體而言，本草案旨在我國司法體系中打造一塊屬於原住民傳統規則的飛地，針

² 參見柯澤東，國際私法，2010年9月，頁43-44。

³ 參閱蔡志偉，民族法主體之建立：臺灣原住民族自治之視角，原住民期刊，第1期，2016年7月，頁79-80。

對原住民民事事件，由法院依職權選用（草案第 14 條）或由當事人合意選擇（草案第 15 條）原住民傳統規則，而排除國家法律之適用。不過，有別於原住民傳統習慣在野生動物保育法、槍砲彈藥刀械管制條例或森林法中僅點狀出現，且消極地排除國家法，前述原住民傳統規則的飛地具有規制原住民民事關係的積極面向，且由原住民當事人合意選擇，更展現由原住民自主重構、重現原住民傳統規則的積極作為。

然而，如前所述，因原住民傳統規則可能存在不完整性，是以難以期待具體民事案件完全依照原住民傳統規則處理，毋寧在必要之處仍不得不借用國家法之概念及規則。本文嘗試由以下案例證明，雖有草案第 14 條及第 15 條，然就具體之紛爭解決而言，最終仍須國家法之概念及規則，而形成原住民傳統規則鑲嵌於國家法秩序之狀態。

（一）因婚約解除請求損害賠償事件

1. 高雄地方法院 97 年度簡上字第 226 號

在高雄地方法院 97 年度簡上字第 226 號，上訴人甲男及被上訴人乙女皆屬布農族，兩人於民國（下同）96 年 5 月 21 日在高雄縣桃源鄉（現高雄市桃源區）某處所舉行訂婚儀式，甲男依布農族禮俗餽贈女方 10 隻豬、1 頭羊作為聘禮。遽訂婚宴後因甲男認為乙女於訂婚後即歸屬於甲男，而驅車欲將乙女強行載回花蓮縣住處，而女方家屬則認為依布農族習俗訂婚後女方家屬得陪同女方至男方家中，故攔住甲男車輛。甲男據此解除婚約，並依民法第 977 條第 1 項及第 2 項請求因解除婚約所受之損害（如訂婚宴之費用）。乙女主張，甲男事先違反由女方家屬陪同至男方家中之約定，該婚約之解除實不可歸責於乙，故甲男之主張應屬無據。

經由證人之供述，法院肯認依布農族習俗訂婚後女方即應隨男方回到其家中，但同時也認定男女雙方家屬得約定女方家屬得於訂婚後陪同女生至男方家中。《國內原住民重要判決之編輯及解析》第一冊之評析認為，「法院在本判決中承認與市民法平行存在之原住民『普通法』，即原住民傳統習慣，故存在本件存在國際私法上之『屬人法的衝突』，而得依選法結果適用原住民傳統習慣」⁴。

值得再次仔細觀察者，乃是本件中原住民傳統習慣對於法律適用所扮演之角色。事實上，在本件原住民傳統習慣——如在以下所介紹案件中經常發生之情況——並非作為準據法，而只是作為認定某一項民法規定構成要件の間接事實。一如殺豬的習俗經常被法院用來認定原住民結婚是否踐行公開儀式，此處布農族之訂婚習俗被用來認定婚約之解除甲男及乙女是否有過失（民法第 977 條第 1 項）。換言之，原住民傳統習慣並非作為準據法而被用來決定：(1) 婚約之成立要件及效力；(2) 違反或解除婚約之效果，而只是用來認定第 977 條損害賠償請求權的一項要

⁴ 國內原住民重要判決之編輯及解析，第一冊，頁195。

件而已。

如要貫徹前述《國內原住民重要判決之編輯及解析》評析所稱之選法，法律技術上有幾項概念性工作必須先行處理：(1) 布農族傳統習慣中是否存在「婚約」？是否承認訂婚之拘束力？(2) 考量到本件判決提到「依布農族習俗女方於訂婚後隨男方回到其家中」，則值得提出疑問者為，布農族傳統習慣中是否存在「訂婚」與「結婚」之階段性差異？(3) 布農族傳統習慣對於違反或解除婚約一事是否存在任何形式之制裁？

2. 最高法院 92 年度台上字第 2211 號暨臺灣高等法院 92 年度家上字第 65 號

相較於前一判決，本件事實較為單純：上訴人乙男與被上訴人丁女於 90 年 6 月 23 日訂立書面契約，載明「年底訂婚，明年結婚」。嗣乙主張丁於訂婚後仍與多名男子有不正當關係，乃依法解除婚約，並以名譽受損為由依民法第 977 條第 2 項請求非財產上損害賠償。本件爭點在於，雙方之間是否存在有效之婚約。

臺灣高等法院以原住民就訂婚有通知親友且殺豬宴客之習俗為由，認定乙丁並未踐行該儀式，故婚約不成立。如同前述，此處原住民傳統習慣（泛稱）被當作一種認定婚約成立的間接事實。此一結果，除有未確實調查乙丁雙方所屬族群之原住民傳統習慣的問題外，尚存在一項更棘手的問題：乙能否主張，其為中華民國國民，自「有權」適用民法，而依民法第 972 條規定，婚約之訂定並不以任何儀式為要件？

（二）不當得利案（臺灣高等法院台中分院 98 年度上易字第 151 號）

本件原告甲與 78 年間拍賣取得 A 地，嗣因訴外人乙欲承租 A 地，經申請鑑界始發現被告丙自 84 年起將 A 地出租於丁，故依民法第 179 條向被告丙請求返還不當得利。被告則主張為世居鄰近部落之泰雅族人，多年來均深信 A 地為祖傳土地，耕作 A 地達 40 餘年，因年老體衰始將 A 地出租於丁。一審判決被告敗訴，二審則認為原告不當得利之請求無理由，蓋被告依善意占有使用 A 地，依民法第 952 條規定無須就其收益負不當得利之返還責任。

《國內原住民重要判決之編輯及解析》第二冊之評析認為，二審判決雖未全盤否定被告按部落習慣取得地權（使用權）之事實，但由於現行民法就不動產物權以登記為公示方法，使得被告按泰雅族習俗以先占取得地權之權利並未獲得承認⁵。

固然，如評析所云，如可借重 98 年 1 月 12 日修正後之民法第 757 條所增設之「習慣物權」，再結合原住民基本法第 20 條第 1 項（政府承認原住民族土地及自然資源權利。）及第 23 條（政府應尊重原住民族選擇生活方式、習俗、服飾、社會經濟組織型態、資源利用方式、土地擁有利用與管理模式之權利），或許可據

⁵ 國內原住民重要判決之編輯及解析，第二冊，頁 83-84。

此按照泰雅族傳統習慣創設一項特殊之習慣物權⁶，而在結果上直接使被告成為有權占有人，而免負不當得利返還之責。

惟值得注意的是，由於本件事實發生在物權法修正前，二審判決亦竭盡心力、運用民法中之既有善意占有人制度，同樣獲得使被告免負不當得利返還之責的結果，其巧思值得讚許。所不同者，僅在於此項法律地位僅得消極性地排除不當得利返還責任，而不得讓與或繼承。

假設本件適用草案第 14 條及第 15 條，將得到何種結果？基本上可以預見，草案第 15 條難有適用餘地，蓋適用泰雅族傳統習慣對原告不利，故難以期待雙方就此達成合意。若法院依草案第 14 條依聲請或依職權選用泰雅族傳統規則，雖可獲致如上所示被告成為有權占有人之結果，但就本件之訴訟標的一不當得利請求權一而言，仍須依照民法判決原告敗訴，除非，泰雅族傳統規則對於不當得利請求亦有相應之規範。

（三）太魯閣族買賣契約效力案（花蓮地方法院 97 年度簡更字第 1 號）

原告甲主張其自父親繼承之土地遭被告戊無權占用，請求拆屋還地。戊則抗辯其父曾向甲父購買系爭土地，並於其上興建房屋居住，僅房屋及土地所有權移轉均未辦理登記，而得基於買賣契約主張有權占有。一審及更審均肯認戊父曾於 62 年間攜帶 2 萬元現金至甲父處，並有訴外人古○生陪同。問題在於，此一事實是否足以認定甲父與戊父間曾就系爭土地成立買賣契約。一審持否定見解，理由是戊父前往洽談土地買賣事宜時，未邀請較有社會經驗且較親近的家人朋友，卻找較自己年幼許多的古○生，且第一次洽商就攜帶現金 2 萬元，現場完成交易，又未就土地面積、座落未置等先予測量標記，均與常情不符。二審以程序瑕疵為由廢棄一審判決。更審法院依照萬榮及秀林鄉公所函示中所稱之太魯閣族習慣，肯定買賣契約之存在。萬榮鄉公所函示稱：「本鄉鄉民以前之『土地買賣習慣』皆以口頭約定，幾無所謂書面契約，且其價金並不一定，有時以家畜或少許金錢，即將土地交付他人使用，亦較無所有權觀念，對其他地籍位置，亦以傳統使用範圍為依據，並無申請土地鑑界之觀念」。花蓮縣秀林鄉公所函示稱：「有關涉及本族土地買賣之習慣，……大多係以『以物易物』之方式做買賣交易（如：以牲畜做為買賣標的，以換取土地），再者，係以私下口頭買賣之方式，提供金錢報酬來換取土地。」據此更審法院認定買賣契約成立。

誠如《國內原住民重要判決之編輯及解析》第三冊之評析所言，在本案中，太魯閣原住民之傳統習慣係用於確認意思表示合致⁷。很明顯地，在法院的想法中，在此原住民傳統習慣並未獲得如同民法般之法規範地位，而只是協助確認民法某

⁶ 此項習慣物權之具體內容、存續及消滅之條件，在此存而不論。如何探詢泰雅族習慣加以確定，乃一大問題。

⁷ 《國內原住民重要判決之編輯及解析》第三冊，頁39。

規定之構成要件（在此為買賣之成立）的間接事實。

有趣的是，依民法的契約法法理，契約之標的必須合法、可能、確定。在本件中，究竟作為買賣契約標的之土地，事實上並未確定。更審法院所引用之萬榮鄉公所函示甚至稱「較無所有權觀念，對其他地籍位置，亦以傳統使用範圍為依據，並無申請土地鑑界之觀念」。如此一來，究竟太魯閣原住民所認定之買賣，是否與民法上之買賣完全一致，即有疑問。畢竟，依民法第 345 條第 1 項及第 348 條第 1 項，出賣人依買賣契約所負之義務包含所有權之移轉。倘若如萬榮鄉公所所言，太魯閣族較無所有權觀念，其所認識之「買賣」，是否即等於民法上之買賣？或許，在太魯閣原族民之習慣中存在一種不定期限的有償使用契約。此點從原告甲曾在一審主張甲父過去係將系爭地「借」給戊父使用，且在戊父過世後曾向戊母請求返還，但協商後許其續「借」，可以看得出來。倘若如此，且法院依此傳統習慣為判決，方可稱原住民傳統習慣當做法規範加以看待。

肆、折衷之道：國家作為匯集法律資訊的平台（代結論）

草案第 14 條及第 15 條的終極目的，在於盡可能使原住民傳統習慣及規則成為判決原住民民事事件的準據法。但由於原住民傳統習慣及規則的不完整性，從前述法院判決可觀察到，縱使具體個案中依照原住民傳統習慣及規則為判決，仍有賴國家法之補充。此結果，草案第 14 條及第 15 條相當於逆轉民法第 1 條法律與習慣間之補充關係，亦即不再是以習慣補充法律，而是以法律補充習慣。然而如此也造就一個**混搭的法律秩序**：表面上原住民傳統習慣及規則係作為一項獨立的法體制，而必須借道選法法則方能加以適用，實際上原住民傳統習慣及規則的舞台依舊是中華民國法院，且就實際判決之做成必須高度仰賴民法的概念、規則等法律語言。

但筆者並不認為，原住民傳統習慣及規則將因此失去純粹性，而不再是原住民傳統習慣及規則。純粹性思維存在一項迷思，亦即以為原住民族是不變的、原住民傳統習慣及規則也是不變的。事實上，原住民也在適應現代社會及法律秩序，從而改變其傳統習慣及規則。誠如學者吳宗謀指出外來、繼受法與固有、本土法之概念組和之不當，蓋「全球化現象已觸及世界大多數地域的今日，恐怕已無任何法律秩序純粹由『固有』或『本土』法所構成。僅有『外來』或『繼受』部分構成的法律秩序可能亦無法長久維持。當然，人群或文化接觸過程中也會導致規範習慣吸納外部成分的現象。」⁸

其次，當紛爭解決的機制不在部落，而是現代的法庭，原住民傳統習慣勢必要形諸文字。無論文字與其所要表達之對象間存在多大的距離，法庭作為溝通的場域，成文化是不得不的結果。更具體來說，由於法院判決必須依循三段論法，故傳統習慣必須轉化為條件語句（若...則...），始能成其為法規範。

⁸ 吳宗謀，實踐導向的法律史研究，臺灣原住民族法學，第1卷第2期，2017年4月，頁61，69。

來自純粹論的質疑，如有其道理，應在於：(1) 如原住民族本身欠缺法律人才，其傳統習慣表述為法規範將不得不假手外族人；(2) 習慣的特性是彈性、變動、因地制宜，化為規則性的表述可能帶來僵化的結果，而不再成其為習慣。

原住民傳統習慣與規則與國家法體制（national legal system）間，處於一種相生相剋的微妙關係。一方面，絕大多數的現代國家均採取中央治理體制（state）的概念，其興起與統一的國家法體制幾乎同時；依其發展歷程，係將習慣視為統一的障礙而必須加以排除（以法律「移風易俗」）。另一方面，當在地的習慣成為國家法的一部份時，其亦取得抵抗外國法（特別是來自於西方的法律價值）影響的地位。但同時也不能排除，習慣法陷入兩面作戰的困境：一方面無法從國家法體制獲得充足的奧援，他方面與國家法一樣遭受外國法進步價值或人權公約的挑戰。舉例而言，如某原住民族有長子繼承且女子不得繼承財產的習慣，此一方面偏離民法繼承編的規定，他方面也可能遭受來自例如消除對婦女一切形式歧視公約（CEDAW）的嚴厲審查⁹。

原住民傳統習慣，無論化為成文法，抑或留待判決發展而以判例法的形式呈現，如前所述，均有帶法學家按法律規則之形式加以表述。依照筆者過去的經驗，我國學者經常難以抵抗外國法甚至外國學說的吸引力，從而動輒借道法理（民法第1條）將其引入本國法體系。然而對於本國固有之傳統習慣，或因其多半未經體系化而處於雜亂無章的狀態，而怯於加以處理。假若如同通行之見解，民法第1條規定之三種法源（法律、習慣及法理）蘊含位階關係，則法理尚且劣後於習慣，此為我國法學家不得不特加注意。

在確立原住民傳統習慣與國家法之間得存在共生共榮的關係之後，在此值得提出的問題是實務上該如何進行。草案放棄「司法自治」此種一步到位而某程度不切實際的做法，而將原住民傳統習慣之適用置於現行國家法體制之運作中，某程度承受前述純粹論的批評，但也同時避免過度純粹論所帶來的缺點。特別有問題的是草案第14條與第15條之關係，在此存在兩種可能的解釋：(1) 擇一關係，原住民傳統習慣得由法院依職權或依當事人聲請成為本案之準據法，但必須給予當事人辯論之機會（第14條），或直接由當事人合意選擇（第15條）；(2) 僅得由當事人合意選擇，但唯恐當事人不清楚其所選為何，故宜有一項先行程序，調查原住民傳統習慣之內容，並就其內容給於當事人辯論之機會，以利事後進行選擇。

經筆者詢問，計畫主持人採取第一種解釋。但筆者認為，第二種解釋是比較適當的做法。理由在於，原住民作為中華民國法體制下之國民，仍應尊重並保留其選用民法的機會，而不應由法院加以決定。計畫主持人之所以保留法院依職權決定適用原住民傳統習慣的選項，理由或許在於某些案件涉及整體原住民族之利益，

⁹ 釋字792號認為，祭祀公業條例容許其施行前已存在之祭祀公業維持限定男系子孫為派下員之規約並不違反憲法第7條保障性別平等之意旨。但解釋理由書中卻也援引 CEDAW 要求有關機關「事實檢討修正」。

而不許其排除原住民傳統習慣之適用。但筆者認為，如有此等考量，應如同草案第 15 條第 1 項但書例示其情形，至多以「其他經考量原住民族整體利益認為不適宜者」加以補充。事實上，有此等考量的案件或許多已屬草案第 15 條第 1 項但書所列三款不許當事人合意選擇之情形。

筆者認為，草案第 14 條是第 15 條的前置程序，其目的在促進原住民族當事人瞭解原住民傳統習慣之內容及其適用於本案中可能帶來的效果。為探求原住民傳統習慣之內容，得借重草案第 12 條之司法諮詢委員會之鑑定。此鑑定，相當於民事訴訟法第 203 條因闡明或確定訴訟關係所行之鑑定。在此可運用多階段方式，達成不同之合意成果。例如法院得依職權或依聲請告知當事人本件適用原住民傳統習慣之空間及適宜性，先初步徵得其同意後，再進行原住民傳統習慣之調查（由身為原住民的雙方當事人陳述意見、聲請傳喚耆老或族人作證或前述司法諮詢委員會之鑑定）。甚而，當法院發現原住民族就其承辦案件按照原住民傳統習慣多以和解或調解方式解決爭端時，亦可促使兩造和解，或告知兩造得由法院依照原住民傳統習慣酌定調解條款（民事訴訟法第 415 條之 1）。藉由活用酌定調解條款此種帶有仲裁性質之制度，可緩解原住民傳統習慣因規範化而來之僵固性，並保留原住民傳統習慣對於紛爭解決之彈性。

【主題討論（二）】原住民族事件適用法—民事案件

[與談]原住民族傳統規則於民事訴訟程序中適用之機會與意義

與談人 黃詩淳 教授 | 國立臺灣大學法律學院

謝謝主持人，其實我非常同意黃松茂助研究員的基本觀察，所以我對他的分析，與其說是建議或者指教，或者說是在他的分析之上，我們再繼續看一下這一部就是原住民族事件的適用法，它的特色在什麼地方？

然後特別是剛才黃助研究員有提到，他覺得這部草案是非常激進的，我非常同意這個觀點，所以接下來我跟大家分享一些感想，也是主要對於為什麼這部草案我們認為它激進以及它可能會產生什麼樣的影響。

好，這部草案在我看起來它的性質很接近國際司法或說區域司法，為什麼叫區域司法？是因為它所適用的對象都是我國民，而不是我國人跟外國人，所以是像區域司法這樣的存在。

那麼它的特色就是說先由法院依第 14 條由法院依職權或是當事人的合意來選法，而不是預先由法律來規定準據法，這個就不太一樣，可以適用的準據法就有兩套體系，一套是民法，一套是原住民族的傳統規則或者是傳統習慣。

好，我想要對照的這樣的一種區域司法的體制，除了因為在一般的國際司法論證裡面，他們會提到說像是台灣跟港澳人民和台灣跟大陸人民有區域司法的這樣一個規範體系，在別的國家有沒有這樣的東西，其實是有的，像馬來西亞是個蠻著名的例子，我分享一下我對馬來西亞的粗淺的了解，馬來西亞它也是一個國家，但它一個國家裡面是有複數的法體系的存在，跟美國這樣的有不同的是 jurisdiction 的意思是不一樣的，這個要區分一下。它的特色是在屬人法 personal law 的這樣的領域會有區分三套的法體系，今天我被適用哪一套的法體系，會依據我的宗教、我的族群以及這個事項，因為剛好是 personal law，是這個家事法的關係，而我們會依三種不同體系的分立。

第一種是穆斯林法體系，就是 sharia law 伊斯蘭法，在法體系裡面所被適用的人，是穆斯林，也就是你的宗教上是穆斯林就會用這一套，你就要依照伊伊斯蘭法的規定去結婚，並且去論斷父母子女的關係，例如說在離婚之後原則上子女的親權會 default 歸屬於父親單獨親權，負責這樣的審判體系是 Syariah court，就是有他們的伊斯蘭的法院，另外一方面穆斯林這種也蠻常見，像華人不是穆斯林，印度教徒，印度裔的也不是穆斯林，他們所適用的結婚的法律是靠那種英國帶進來的那套系統，那樣是有 civil court system 這樣的民事法的法院來做審判。

最後一種是特別的只有在沙巴跟砂勞越這兩州他們有原住民 indigenous people，這些原住民他們所適用的法律是 customary law 習慣法，更特別是他們已經有一套獨立的法院系統，是 native court system 來處理這樣的紛爭跟事件。

而這樣的一個東西，這樣的一個系統，是明定在法律上，就是 1995 年的 native court rules，它非常的完整，所以我們對照國際司法的一些特色原則，跟剛才馬來西亞屬人法的這樣不同的法體性，他們的特色原則的話，我們可以發現原住民族

事件的適用法草案，它有一些特殊地方，第一個在選法的規則上面，也就是剛才黃助研究員們提到的，他是允許當事人去合意選法，這件事情在馬來西亞的體系底下是不可能發生的，原則上就是依照你的身份族群來決定，你用什麼法律，第二個的特色是它允許事後選法，從國際司法的觀點來看也是非常特殊的，因為就像剛才黃助研究員有提到能夠事後選法的，其實現在只有在涉民法第 31 條，是非因法律行為而發生的債權債務關係，事後你們可以再進法院後選擇法律，但是如果是法律行為的話，原則上事前當事人就自己約定，你們要適用哪一個國家的法律當準據法，既然事前約定了，就不可能有事後可以選法這件事情的發生。

所以在原住民族事件的適用法裡面，它很特別的是在選法的時間點上，可以到由事後合意決定，而且似乎是不管任何性質的法律關係，都可以這樣去處理。

第二個特色是當事人的資格上面，我剛才說我們還是要屬人法，是兩造一定是同一個宗教，或同一個民族才會適用那一套法律體系，但原住民族事件適用法，則不然，它是原住民一造是就可以了，這個可以看第四條就可以看得出來這樣的一個道理。

最後管轄法院的話，在馬來西亞屬人法裡面完全是不同的法院，我們是在同一個法院底下的原住民族的專庭，好，所以評價上我很同意黃研究員所提出來的，就是表面上我們這樣的一個體系建立是讓原住民族的傳統習慣已經變成了一個獨立的法體制，就像馬來西亞的原住民法一樣。

不過實際上因為傳統習慣跟規則，它依然是要依附在中華民國法院，用依靠法院已經習慣了民事訴訟法或民法的語言才能夠進行適用。

第二個我覺得值得一提的點是，第十四、十五條，草案裡面的合意選法，當然是有高度的理想性，我覺得這部分也是很特別，而值得我們去矚目它的，為什麼可以允許合意選法呢？在國際司法上認為是一個基於當事人意思自主的原則，是一個蠻重要的原則，而且值得尊重。

不過值得進一步討論的地方是在於說，因為它允許事後合意選法，好，那我們剛才說到了在涉民法裡面可以事後合意選法的，只有非法律行為而發生的債權債務關係，他們才可以這樣做，法律行為只允許事前選法，事後不能夠再重新選擇嗎？

夫妻財產自己被當做是一種法律行為，所以也可以事前的選法，不過原住民族的法律適用法就不是這樣子來做，它跟它不一樣。

第 15 條似乎全面的允許了各種事項，事後的合意選法，所以我的疑問也跟黃助研究員一樣，我們可不可以事後當事人合意選擇民法，刻意的去排除原住民族的傳統習慣呢？

按照法條來說，好像是可行的，那會不會失去應該要設立原專庭，或者適用這部法律的原先這樣的意旨，第二個問題是第 15 條下面設了例外，如果我們看草案，

不好意思，我不知道大家手邊有沒有草案，所以我們又把草案附給大家。

草案的條文很明顯的說，它說有三個例外，土地事件、傳統文化資產事件，還有家事事件，不可以合意選法，好，這就有幾個問題所發生了。

第一個問題是這個不可合意選法或者是可以選法的範圍跟理由，就跟涉民法是不一樣，這我們剛才講過，第二點是剛才有提到，表面上是有獨立的兩個法體系，也就是國家的民法跟原住民族的傳統習慣，但是如果我不承認事前合意選法的可能性，也是跟涉民法不一樣的話，那這樣子原住民族傳統習慣可能只是會淪為在已經紛爭發生之後，來認定民法構成要件的依據，這個也在松茂剛才的報告裡面有提到過，所以我覺得或許研究團隊已經採取了一個比較很激進的想法，就是原住民族的事件搞不好可以在事前訂定契約的時候，就合意選擇他們的準據法，要用原住民族的傳統習慣，如果蘊含著這樣的可能性的話，那的確是相當的激進，也是相當的就是進步的。

那這個大大可以把它寫出來，因為既然涉民法都有寫出你們可以合意選擇，哪一國法在契約上可以這樣約定，那為何在適用法上不寫出呢？我覺得寫出來會更能夠表彰出這樣的精神。

最後一個疑問，就是上述的三種事件，像是土地事件，還有家事事件，都是第一場報告，也就是育萱律師還有蔡老師所提到很重要的適用傳統習慣的這種事件類型，可是在第 15 條反而排除原住民自己合意去選擇適用原住民族傳統規則，但如果是這樣的話，可以選法的這件事情的這樣意義就會被嚴重的限縮，也就是說，雖然說剛才我也非常同意，大家說不是要採家事法庭多去了解，多去適用原住民族的傳統習慣，但如果原住民自己本身就可以排除或者是可以選擇，但是卻因為法律的規定導致不能夠被適用的話，那就會大大的減縮這件事情的美意。

所以說結論上而言，是不是不需要在第 15 條底下，特赦這樣的排除規定，如果他們擔心有公義上面的問題的話，用第 16 條草案的公序良俗調控好像就已經夠了。

好，以上是我簡單的對原住民族事件適用法，還有雙方的報告的回應，謝謝。

【主題討論（二）】原住民族事件適用法—民事案件

[發表]推動原住民族事件適用法構想的挑戰：政府法制的觀點

發表人 吳宗謀 副研究員 | 中央研究院法律學研究所

推動原住民族事件適用法構想的挑戰：政府法制的觀點

吳宗謀

摘要：

對於法律增刪修改的規畫與評估，台灣各界向來重視兩個面向。非專業法律人著重方案的實效性。專業法律人士則講究方案在現行法中的系統性。本文以原住民族事件適用法（以下簡稱「本法」）的構想為實例，從第三個面向進行討論，也就是政府法制的面向。藉此，本文希望凸顯實現上述構想的組織與作業面條件，攸關本法採取之立法政策的成本效益關係，及其條文設計的品質。為此本文首先將簡述政府法制是什麼、現行的組織法規定、以及實際運作的問題。其次本文將說明，現行政府法制的部分組織架構，對於原住民族事件適用法的構想，可能造成何種阻礙。接著本文將以本法的構想中設計的原住民司法諮詢委員會為中心，討論本法構想的現況，可能有助或妨害原住民族事件的案例法形成。

推動原住民族事件適用法構想的挑戰： 政府法制的觀點*

吳宗謀†

2023 年 10 月 21 日

綱要

1 政府法制及其組織	2
2 現行政府法制組織的弱點	4
3 如何理解本構想	7

引言

原住民族事件適用法（以下簡稱「本法」）的構想（以下簡稱「本構想」），如同其內容所示，是通往台灣的原住民族回復法律之主體的地位途中的過程。因而本文將擱置理論層面的議題，對這一個過程的設計提出一些技術以及實踐層次的觀察與討論。本文希望說明，本構想真正的挑戰是如何在政府法制組織設計不佳的條件下，有效率地匯集對於本法內容的各種投入，形成一個以原住民族規範習慣為主題的討論場域。¹

*本文於第 10 屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會，請勿引用。

†中央研究院法律學研究所副研究員。E-mail: tmwu[at]gate.sinica.edu.tw

¹本文使用的「規範習慣」一語，同時指具有法效力之習慣以及事實上的慣行兩者。參見拙著，實踐導向的法律史研究：運用歐洲法律史知識書寫台灣原住民族傳統規範的可能

以下本文將分為 3 個部分來說明。在第 1 部分本文將簡要解釋何謂政府法制及其組織設計。在第 2 部分本文解釋為何現行的政府法制組織設計不佳，及其部分運作問題。在第 3 部分本文討論可以如何理解本構想。最後本文希望以一些同樣是階段性、而非原則性的建議作結。

1 政府法制及其組織

以下本文以法務部與司法院為例，簡單說明政府法制在台灣的組織與運作方式。本文的依據是目前尚未正式發表的訪談資料。這些訪談是依據中央研究院人文社會科學研究倫理委員會核准的計畫進行。²實際受訪者共 10 位。按（生理）性別區分，計女性 3 位，男性 7 位。按法律專業工作經歷區分，計 4 位曾任法官；2 位曾任律師（其中 1 位亦曾任司法官）；曾任檢察官 1 位；曾任法制人員 3 位；其中 2 位是由非法律專業工作之文職公務員轉任，1 位至今仍是法制人員；在 2 位轉任者中有 1 位經律師考試及格。

首先要進行用語與概念的澄清。借用 Hans Kelsen 的「法與國家同一」說，由於國家的一切政治與行政行為，本身會成為法律，也都應該有法律依據，因此法律上的國家就是這個國家的法秩序。³事實上，無論是否接受 Kelsen 的理論，也無論支持哪一種國家理論，事實是我們生活在一個有大量制定法令存在的世界。目前世界上的所有政府，無論是中央或地方層級，換言之無論有無主權，都有大量的法律工作要處理。因此政府的法律工作可以簡稱為（廣義的）「司法」(administration of law)。至於現行憲法中使用的「司法」，其文義嚴格而言指的是與法官、法院相關的審判。同理，政治理論上的權力分立，將國家的權力區分為行政、立法、與司法，換成行政、立法、與法院或審判，可能更為清楚。（廣義的）「司法」工作，又可以按照其活動內容區分為兩大類：一類是立法性、換言之是制定規則的工

性，台灣原住民族法學，1 卷 2 期，頁 69（2017 年）。

²申請案編號 AS-IRB-HS 02 22042。

³Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2008 [1934]), 107-8, 127.

作，另一類則是執行性，包括直接依機關或單位的人力、物力加以執行，以及在訴訟中主張。政府法制指的是前者，也就是立法性、制定規則這一個部分。如果將國家權力的民主原則納入考慮，政府法制就可以再分為政府自行制定規則，以及將規則的草案送交議會審議表決這兩類。

在全世界各地，政府法制的工作開始制度化是 19 世紀以後的事情。在此制度化具體表現為 3 個面向的變化，亦即：擔任政府法制工作之人員的專業化，配置前述人員之機關或單位的職掌更為明確與穩定，以及——也是最重要的——政府法制工作的權力在政府內一元化且集中化，使各個政府部門要提出的法令草案的法規範部分，都受到指導與管控。更精確地說是台灣通常稱為拿破崙的波拿巴政變奪權以後。法國共和 8 年霜月 22 日（1799 年 12 月 13 日）第 52 條設立了存續至今的諮政院 (Conseil d'Etat)，職司起草法令規章，以及解決行政疑難。⁴

當然 18 世紀以前，世界各地的政府也會制定法令。但是相較於 19 世紀以後，18 世紀以前，制定法令的工作未必是交給專業人員，也未必會設立以此為職掌的機關或單位來進行，而是由權威較高者（例如親屬關係、政治信任、宗教職務等）、與職掌較為廣泛的綜合性機關或單位來進行。而且這樣的高權威者與機關或單位，可能有數人或數個，彼此之間未必有指揮監督關係。長話短說，如果將 19 世紀以後的制度稱為現代政府法制，其特色就是在於能夠提高法令的一致性，讓政府只有一張嘴巴、說同一套法律的語言，實現所謂「行政一體」。

限於時間只能簡要介紹的是英、美的政府法制工作組織方式。在英國本土，國會在 1869 年才正式設立國會法制局 (Office of Parliamentary Counsel)，行政部門則是在 1876 年將一部份的政府律師交由國庫訴訟長

⁴現行的法國 1958 年憲法以第 36 條第 2 項、第 37 條第 2 項、第 38 條第 2 項、第 39 條第 2 項、以及同條第 5 項，規範諮政院在法律與命令制定過程的角色。

官 (Treasury Solicitor)，成為今日政府法律部 (Government Legal Department) 的前身。不過在海外，英國殖民地的律政司較早獲得政府法制工作的權力。至於美國是在 1870 年，在設立新制司法部時，另外創設合眾國訟務長官 (Solicitor General of the United States) 一職，先將統合與集中聯邦政府的訴訟主管權限。國會在 1934 年才在司法部正式設立法律顧問辦公室 (Office of Legal Counsel, OLC)。1964 年更進一步立法設置合眾國行政會議 (Administrative Conference of the United States)，進行命令層級的協調統合。

2 現行政府法制組織的弱點

可能讓人驚訝的是，今日台灣的政府法制工作，僅有人員堪稱專業化，組織的職掌難稱明確、穩定，尤其是未能一元化與集中化。⁵這個狀況不僅在經濟開發程度相當的國家中非常罕見，僅以台灣周邊的法域而言，扣除社會主義國家，日本、韓國、菲律賓、香港、澳門各個政府，皆設有專責機關或單位，以一元化與集中化的方式處理政府法制工作。⁶簡言之，在一個重視法治的國家，政府法制工作高度部門化，可以說是一個奇特的台灣例外。

⁵若簡單回顧歷史，前述法國的諮政院制度，在 1870 年代就傳入日本。1885 (明治 18) 年 12 月 22 日，日本設立內閣制度，翌 (23) 日就設立直屬內閣總理的法制局。由於 1890 年 11 月 29 日施行的大日本帝國憲法 (明治憲法) 保留給天皇相當多權力，當時的政府法制工作，是分別交給天皇的樞密院以及內閣的法制局；其中主要工作由法制局進行，樞密院則是審查法制局的一部份工作。在二戰後的日本國憲法下，雖然樞密院被廢除，但法制局一直存續至今。即使在二戰後盟軍佔領期間加以廢除，日本恢復主權以後馬上又重新設立了現在的內閣法制局。附帶一提的目前華語用「法制」這兩個字來稱呼立法性、或者制定規則的工作，也是源自於此。明治時期日本對政府法制工作的組織分工，很快就傳到了中國的清朝政府。清廷在 1907 (光緒 26) 年到 1911 (宣統 3) 年間，也規劃設立對應於日本樞密院的弼德院，以及對應於日本法制局的內閣法制院。值得注意的是，中國版法制局，除了跟日本法制局一樣，掌理法令的起草、修改、刪除、行政部門法案的審查、以及現行法令解釋以外，還職司日本法制局所沒有的「各項法規編纂整理事件」與「其餘關於法制統一事件」。後面這兩個權力就是政府法制工作一元化與集中化的表現。在民國成立以後、特別是 1928 年中國國民黨取得政權以後，政府法制工作的組織，從日本與清末的一元化與集中化，變成一個未被明確處理的問題。特別是法制統一的權力，離開了政府中央以後一去不回。這個權力於 1912 (民國 1) 年被移轉到大理院院長，1946 (民國 35) 年則依憲法第 78 條被賦予司法院。

⁶事實上中華人民共和國的政府法制工作，也在 2018 年後更為一元化與集中化。

1949 年以後台灣由政府法制工作，在機關的組織中重要性低。為全中國大陸行憲後制定的五院組織法，僅將政府法制工作當作幕僚人員的任務，不設專責單位。以行政院組織法為例，「撰擬法令」與「審核行政法規」等工作，是由 8 到 12 人的參事負責，並由 10 至 20 人的編審加以協助，無專門局處或委員會。⁷其餘司法、考試、監察等院亦同。⁸立法院無法制局、處，亦無任何提供法律專業意見的諮詢職務。在政府中理論上有最多專業法律人員的前司法行政部，過去雖然設有民事司、與刑事司，並分別下轄高等法院以及地方法院，但這些司級單位僅職司法令之執行。至於「法案命令之撰擬事項」、「出席部外各項有關法制會議事項」等工作是由參事負責，「法律制度之研究整理事項」、「法令資料之蒐集編譯事項」則是指派顧問或專門委員進行，並另設臨時性的司法法規檢討整理委員會。⁹到 1968 年以後，陸續成立了參事室與（法律）研究室，但是層級未提升，亦未見權限或人員之擴充。¹⁰

組織面的重要改變首次發生於審檢分隸時。由於前司法行政部改制為法務部，法務部內的法律事務司、檢察司、監所司、與保護司獲得了各種法令制定、修正、與研擬的業務；參事僅負責法務部內一般法案、命令之撰擬、研議。¹¹於此同時，法務部將 1950 年起已存在的司法法規檢討整理委員會，改為法務部法規委員會。雖然該會有研討各種行政事務的法規或法律問題的權限，1997 年起更有權接受行政院及其所屬各部會諮商、或出席其法規研修等會議，委員會本身仍是由無給職委員、以及臨時邀請的學者、專家所組成，且不定期召開。¹²為取代該委員會，2011 年，法務部才

⁷行政院組織法（1948 年 5 月 20 日施行）第 12 條第 1 項第 1 款、同條第 2 項。

⁸同時期之司法院組織法第 10 條、考試院組織法第 14 條、監察院組織法第 11 條。

⁹司法行政部處務規程（1954 年 5 月 10 日）第 19、20、23 條。

¹⁰司法行政部處務規程（1968 年 8 月 5 日）第 20、21 條。同規程（1970 年 4 月 24 日）第 21 條。

¹¹法務部組織規程（1981 年 6 月 16 日）第 6 條至第 9 條、第 15 條。

¹²法務部法規委員會組織規程（1980 年 10 月 13 日；2012 年 12 月 11 日廢止）第 4 條。同規程（1997 年 10 月 8 日）第 2 條第 1 項第 2 款。

正式設立法制司，並將「行政院及其所屬機關法規研擬制（訂）定、修正、廢止之法制協助」列為該司其中一項業務。¹³

同樣也是在審檢分隸後，司法院內負責政府法制的人員及編制才大幅擴充。司法院內新設第一至第四廳，分別掌理民事、刑事、行政訴訟及公務員懲戒、以及司法行政。¹⁴1993 年後各廳名稱變更後沿用至今，並於 2002 年另外增加了少年及家事廳。¹⁵

根據筆者的研究團隊進行的訪談，現狀的政府法制組織部門化而非一元、集中化，因而存在至少下列 3 個弱點。第一是人力與資源分散且不連續。這一點有許多原因，暫不詳述。本文僅強調：目前既無制度亦無慣例使相關人員在行政院與各部、會之間縱向調動。換言之行政院並無實際監督各部會法制工作的能力，更難以期待可以實質統合。第二是在司法院各廳，即使調辦事法官個人的法律專業知識與審判經驗都相當豐富，但欠缺資訊與經驗共享與傳承的穩定機制，形成制度記憶 (institutional memory) 的能力相對弱。第三則是政府法制工作執行上的支持資源有限，無論是司法院或法務部，在個體層次均高度仰賴公務員的個人能力與人脈，在機關層次，則大量以研修會與委託研究的形式，外包由學者進行。

在此暫且小結，相較於一元、集中化的制度，台灣政府法制作業流程，最高權責者為各機關（院、部會）內部的秘書長或副首長，除了以會銜、會辦方式進行協調以外，不易統整兩個以上機關的資源與努力。在合作的情形中，調辦事法官或法務部的法制人員所提出的法律專業意見固然受到尊重，但他們往往也尊重其他機關對其主管事項的權責，僅就法令草

¹³法務部組織規程（2011 年 10 月 5 日）。附帶一提，雖然因首任法制司司長彭坤業，就任前以首席參事身分兼任法規委員會執行秘書，而有該司司長相當於之首席參事之說。然而，若觀察最近的人事調動資訊，此職務實際的重要性令人懷疑。2020 年 9 月時任司長的賴哲雄離任後，懸缺至 2021 年 5 月方由毛有增接任。

¹⁴司法院處務規程（1980 年 8 月 25 日）第 29 條至第 39 條。

¹⁵司法院處務規程（1993 年 6 月 30 日）第 32 條至第 45 條。

案中涉及訴訟或罰則的部分表達意見。當然這種相互尊重也意味著，調辦事法官或專業人員避免考慮其他機關在執行層面要考量的條件。

有鑑於原住民族的規範習慣，無論就其明確性或系統性而言，都相對低於國家法令，要由法官、檢察官、律師等法律專業人員加以適用，勢必會比適用國家法令更為困難。既然現狀的政府法制工作缺少處理這些挑戰的機制，有必要在本構想送進政府以前，先思考因應對策。

3 如何理解本構想

本構想將本法定位為「選法平台」。本文肯定並加以闡釋，認為「選法平台」一語並非本構想的定義，而是一個譬喻。亦即本構想「有如選法平台」，但是這一個平台的功能，並非進行選法，而可能是進行造法。

之所以將本法理解為「選法平台」的譬喻而非定義有 3 個理由，分別是明確性、自由、與平等、又可以稱作選擇法庭 (forum shopping) 問題。

首先就明確性而言，法律技術面上，「選法平台」的選項應有明確的範圍與內容，再經由本法設計的原住民族司法諮詢委員會、鑑定、廣泛徵求法庭之友、或是當事人舉證等各種方式加以查明。然而現狀下不僅如本構想所述，各部落的規範習慣仍待調查與整編，部落的正式紛爭解決功能也已嚴重萎縮，使得傳統規範習慣的實效性降低。因而縱然有「選法平台」，傳統規範習慣的明確性也還不足以成為選項。

其次是自由的問題。更具體而言，本文強調的並非原住民個人層次是否選用傳統規範習慣的自由，而是在集體的層次上，從部落到原住民族等不同規模的政治社群，假定已妥善組織、能形成集體意志的話，有為社群自己立法的自由、甚至應該說是權力。借用一位學者的表達方式：「問題是原住民能不能自由選擇不當原住民」。無論先前提到的傳統規範習慣的

範圍與內容是否明確，憲法增修條文第 10 條第 11 項所定的多元文化、與原基法第 30 條所定的尊重族語、傳統習俗、文化及價值觀，是國家所負的義務。參考聯合國原住民族權利宣言揭示的精神，這一些規定的目的應被解釋為是結束原住民族所受之歧視及壓迫，支持原住民族按自己的需要和利益行使其發展權，增進國家與原住民族之間的和諧與合作關係等等。因此，前引憲法增修條文與原基法規定，不得被解釋為禁止原住民族自主放棄或改變其傳統規範習慣。

¹⁶因而原住民的政治社群應該是傳統規範習慣的真正、或第一次立法者，國家的法院與檢察系統僅是藉由辦理個案的過程，成為案例法、或第二次的立法者。

第三也是最後是平等、又可稱為選擇法庭的問題。本構想已經在有關公序良俗的規定中，考慮到可能涉及平等權。除了這個規範層次的考量，本文在此希望補充的是，若參考其他國家的經驗，涉及平等權的訴訟特別容易出現選擇法庭的行為。也就是有一造當事人拒絕選擇傳統規範習慣，甚至正面挑戰傳統規範習慣的合憲性。在可以選擇傳統爭端解決機制與國家法院的地區，這種行為就會表現為要求國家法院管轄。本文不深究這個經驗事實的形成原因。¹⁷毋寧從實效性的觀點而言，若是按照「選法平台」的字面意義解釋本法，那麼在會出現選擇法庭行為的事項上，本法恐將形同具文。

¹⁶聯合國原住民族權利宣言前言。

¹⁷這一點是傳統與現代的衝突。平等是包括原住民族規範習慣在內的一切傳統秩序，與國家法所體現的自由主義政治秩序，彼此之間最主要的歧異之一。粗略地說，本文的理解是傳統秩序是以身分差異為基礎的平等、不同身分彼此無法相互比較；而國家法之前的平等，則是從所有人皆具有相同的權利主體資格為前提。因而關於法律上的許多身分，選擇適用原住民族規範習慣或國家法，往往產生相異的法律效果。有關親屬法、繼承法、兒少福利與權益法、以及家庭暴力防治法等法律的爭端中，具有女性、出生順序在後者、或未成年人等身分的個人，若選擇適用傳統規範習慣可能較為不利，並可能因而偏好選擇國家法院。

結語與建議

為了討論本構想，本文取道政府法制的意義，以及現狀下政府法制工作在組織與流程面的弱點，聽起來似乎是繞了一條遠路。借用一句出處不明的俗語來譬喻。所謂給人一條魚，不如教人怎麼抓魚；甚至還有一個版本是不如教人做釣竿。當然，事有輕重緩急。肚子餓的時候，不能先煩惱捕魚技術好不好，能吃到魚最重要。本構想就是吃到魚這部分的工作。這項工作很重要，在本次研討會已經有專攻各種實體法或訴訟法的先進承擔了。筆者身為法律史研究者，希望探討的是捕魚方法跟工具的問題；更具體而言，是在釐清現有工具的限制，由此出發來思考後續的策略。以下本文分別就政府法層面與本構想的實質內容提出建議。

在政府法制的層面上，若是繼續推進本構想，本文首先建議，未來宜參考原轉會以及行政院人權及轉型正義處的模式，暫且不論應採正式編制或任務編組，在總統府或行政院層級的常設幕僚單位來統整後續工作的聯繫與排程。這一個幕僚單位應可發揮積極與消極的功能。積極面的功能是克服關係機關、單位多、橫向聯繫工作龐大、以及調辦事法官的傳承落差等組織現狀的弱點。在消極面上，如此可望避免傳統規範習慣導入專庭(股)的工作，淹沒原民會某一處的層級，以及消耗相關政府法制單位的寶貴資源。¹⁸

就本構想的實質內容而言，本文的建議是重新設定 3 個目標，並加以排序。具體而言，在民事事件中，本構想最優先的目標可能是：「鼓勵原住民當事人，於私法自治範圍內，依據傳統習俗、文化及價值觀，以實體或程序手段解決紛爭」。次優先的目標則是：「協助法官針對兩造均為原住民之事件，以原住民族之傳統習俗、文化及價值觀，豐富法律解釋、或採納

¹⁸參考本構想先前在總統府司法改革國是會議中的討論過程，未來可能涉及的機關、單位包括了司法院司法行政廳、民事廳、少年及家事廳、刑事廳、以及行政訴訟及懲戒廳，法務部法制司，以及其他例如內政部國家公園署、農業部林業及自然保育署等。

為證據方法」。最後順位、可能也是較有挑戰的目標是：「說服法官以原住民族之傳統習俗、文化及價值觀，限定公序、良俗概念」。

在此應說明的是最優先的目標。這個目標最優先的理由是：當事人若已選擇進入法院解決紛爭，甚至已支付律師報酬，應可推定多數當事人並非期待法院替代傳統（例如部落內）紛爭解決平台，援引傳統規範習慣進行裁判。若是如此，由於律師之專業能力是依國家法提供當事人建議，無義務熟知傳統規範習慣，事實上熟知者應如鳳毛麟角，因此假設當事人為了適用傳統習慣規範而支付律師報酬，並無合理性。依上述推定，法律提供一個由法官主持的依傳統規範習慣解決紛爭的途徑，而非將當事人的意思表示解釋為以傳統規範習慣為依據，似乎較有建設性。這也是為何本文主張，「選法平台」這一個譬喻的功能可能是造法。即使當事人之間原本未合意依循傳統規範習慣，仍然可以在紛爭解決過程中，依傳統規範習慣形成新合意。在現行法中，這個目標或許可能由民事訴訟法第 420 條之 1 規定的移付調解來達成。

值得在此附帶一提的是，有如國民法官制實際執行的經驗所示，未來若是要將傳統規範習慣導入審判程序，原住民族司法諮詢委員會的支援對象，除了法官與檢察官，也應該納入律師。

至於第二與第三順位的目標，本構想原本就已涵蓋。原本無須贅言。不過猶如本文先前主張，應將「選法平台」當作譬喻，現行法還有其他譬喻，可以幫助思考本構想未來的挑戰。為此讓我們從原住民族的世界穿越到金融科技、所謂 FinTech 的世界。2018 年通過、施行的金融科技發展與創新實驗條例，包含了所謂「監理（或管制）沙盒」(regulatory sandbox) 這一個譬喻。借用這一個譬喻，本構想可以說是一個「原住民族法制沙盒」。在此沙盒中，對於公序良俗等概念，進一步設定某些具體化的指引或條件，甚至規則（亦即有明確要件及效果）形式的限制，未來或許值得討論。

【主題討論（二）】原住民族事件適用法—民事案件

[與談]推動原住民族事件適用法構想的挑戰：政府法制的觀點

與談人 吳從周 教授 | 國立臺灣大學法律學院

因為有兩次線上的開會，我並沒有參與，因為這個主題是原住民族事件的適用法草案在討論，我是分配在民事事件底下，那麼我自己稍微看了一下，我覺得很有創意，那麼最後一個報告或者是與談，因為時間也不多，我最大的好處就是前面已經講過了，完全贊同，還有其他的我就稍微我說一點我自己的淺淺的看法，時間把它縮短了，我看了這個草案以後，我大概以它為主，我跟其他前面幾位一樣，然後回應一下宗謀老師，我覺得很好的一個觀點，這裡面我本來看到原住民族的適用法，它沒有那個紅點，我本來看到這個的時候，是以為它要做審判權的分工，換句話說，它要跟其他少年家事、智慧財產，還有我們大家有看到勞動事件等等的分工，後來又看到它是適用法，我仔細看，好像有點像剛剛談到的選法，也就是國際司法，這兩個的主管是不一樣的，一個可能是民法，就是法務部，另外可能是司法院的，這是兩件事情，要回應一下宗謀老師剛剛說的，我們現在的審判權分工當然是越分越細，這三大塊民、刑、行政，我們這個案子應該是講民事跟刑事，但是放在一個草案裡面，可是它的分工，我們現在的草案是放在民事事件的民事訴訟法裡面做一些規定，其實是把它放到民事審判權裡面的這一塊的專庭，可是我們現在越來越多的專業分工是把它拿出來，家事事件，有一個家事事件，制裁，制裁審理法，勞動，勞動事件法，我本來以為是要走這一塊，換句話說，是成立一個專業的原住民族事件的法院，獨立的法院來去審理它，我本來這樣看它，因為它在前言裡面有說到，說是針對原住民族事件的審判制度設計跟法庭活動的規範，另外在立法目的也講到說，它是要當它進入審判庭以後做一個適用的基礎，更重要的是要落實我們的原住民族基本法 30 條的規定。

第二項這個地方講到原住民族司法權益可以設置原住民族的法院或者是法庭，我們這個草案是選擇了法庭，而不是用法院的方式，因此就會造成在整個討論的時候，以 14 條、15 條可以選法的程序去看它，看起來是參考國際司法，看起來是實體法的準據法的選法程序，但是如果從這草案原來的構想來看，它看起來是想要另闢蹊徑，就原住民族事件的專業本身在程序法上賦予它更多審理的一些特色，以及要求法官必須要去注意到原住民族事件本身的特色，因此如果這樣看起來草案名稱，如果要選擇是國際司法類似像它這樣子，可以，如果它是要一個審理法的趨勢，那應該是程序法上面另外規定成為原住民族審理法可能比較明確一點，換句話說，當它變成是一個審理法的時候，它的整個程序是強制進去的，它不會是「得」。

也就是，宗謀老師講到的，所謂的自由的問題，就直接要進去才對了，強制的跑這個流程。我們來看一下，這裡面的草案的規定，從刑法的規定來看，它沒有選法，它裡面都是講刑事程序裡面的特別規定，第六條一部管轄，全部管轄，第七條專業合併，第八條公設辯護，第九條告知有原住民族習慣，第十條認罪協商，第十一條國民參審，第十二條是鑑定，第十三條是上訴要尊重，其實沒有選法，所以等於是叫明示這個條文有選法，所以其實看起來整個的趨勢，應該是要完整的審理法的方向去走才對，那我們當然這裡我要先提出來是條文裡面講到的選法，如

果是，要選規則還是慣性還是習慣？

這個要選的對象是什麼東西，可能要先清楚，所以這可能要把它一致化這個條文，我們先跳開來看它，草案裡面也有講到這一些，法院的闡明、舉證責任、爭點或者是鑑定，我們看這 19 個條文，我們民事只有六個條文，我們很快看一下，其實這些，第一條我就覺得關鍵整個走向就像我剛剛說的不太一樣，這裡面大概有合意等等回避的問題，我要講的是這個草案，這裡說到的，這裡講到一個選法程序之後，各位可以再看一下，它其實整個都在跑訴訟程序本身，但是這個訴訟程序因為它不是一個特別的審理法，所以它其實是把訴訟法或者是一些相關的民事訴訟裡面相關程序的規定的重申，這個就是我們的 199-1 的發問曉諭，另外一個是合意選擇，這個其實不一定要規定，因為我們的民法第二條就有講到習慣，如果你原住民族規則是習慣，是第二條的習慣，本來就不可違反公序與善良風俗，再來 17 條說，如果這個規則是法院所不知道，簡單來說，就是說 283 條的規定，說原則上如果不知道的要去舉證，但法院可以職權調查，然後還有呢？有辯論的機會是每個條文幾乎都有了，因為這個是庭審權本身，但這個規定只要有辯論或者陳述意見的機會都必須要讓當事人陳述，另外一個曉諭爭點，我們這個程序的爭點在第 296-1，其他相關的規定你們爭點整理其實也都有，然後這些選法程序鑑定參與，其實這個要點，你原住民族司法諮詢會來去參與它的訊問的程序，所以我們這裡其實都在重申原來民事訴訟法就已經有的規定了，是不是有必要，我倒覺得這個部分要考慮，剛剛其實很多專家都在說了，在選法的過程裡面，你能不能直接就選我們的規則或者是慣性，然後那麼多個部落，你到底選的是哪一個規則跟慣性，有沒有辦法克服這件事情，我覺得第一個要先克服的關鍵點，兩造要選用合意法院要適用的法院，要先突破我們法院向來所講到的法官司法，也就是依職權來適用了，好多個條文的規定，判決的規定，所適用法律是它的職權，法官司法要一直去尋求大前提，法官司法是法院的專門，不受當事人陳訴意見的拘束，這些都是，法官司法法院專門的原則的適用是法官的職責，到這個判決其實都是，如果當事人有主張的爭點，自認不爭執，也不會受到他的影響。

所以現在我們如果要合意選要適用的，是那個抽象的，然後呢？我願意的用這個部分裡面，然後法官再依職權的去選看是哪個部落的，還是我合意直接是要合意某一個習慣法，有沒有辦法做得到或者突破實務上的見解。

第二個是說要選原住民族的規則、習慣、慣習，我覺得這個肯定要先統一一下，讓法院能夠去運用，我們這個條文裡面其實是重複用的，就是有的時候用兩個，有的是用三個，我先把它靠在一起去處理它。

剛剛前面報告也有講到，應該是律師，也是查詢了原住民族，我看他適用原住民族，然後加慣習，但如果我們現在需要寫的那個法，選法的上位概念要先明確來看它，我用這個原住民族的規則，或原住民族的習慣，或是慣習，這個頭沒有，法源諮詢裡面也沒有任何一個判決是用這個用語，到法源裡面去查，我有查到一

個，原住民族傳統習慣，我們現在如果讓法官講說我要選這個東西，我就只有看到九筆判決，通通都是你這本書，換句話說它並不是一個固定的判決的用語或者是法院的用語。

另外一個就是，如果是查原住民族的傳統習慣，有找到兩個判決，用這個用語去查，一個是台東地院講到一個繼承，母系社會的繼承，就長女來繼承，繼承以後就應該照顧父母，這個是一個。

另外一個是高雄地院，其實不是講這個，高雄地院其實當事人的陳述根本也不是法院本身的判決，因此我要講說要打破或突破這兩個點上面來看它，有沒有可能我們放棄實體法上本身的選法，我們回到已經專業分工的審判權裡面，從我們的原基法 30 條的規定去另外跟其他的一樣去放審判的審理法本身的思維來去做制定，換句話說在沒有辦法或者是必須要面對現在法源本身的順序。

宗謀老師所講到的明確性到底是它的內容是什麼？難以突破的時候，也就是報告裡面講到的，原則上還是國家當例外才是習慣法，我們難以突破的時候，有沒有辦法參考最新、最接近的商業法院的審理的方式，比如說法官適用的時候應該直接規定它要優先去探求，或者是依職權去調查，直接在我們特別法律明文規定。

第二個，直接明文規定，如果當事人有自認的時候，你法院就必須要受其拘束，不需要去重申，而在特別法裡面的規定。

第三個，例如說律師強制代理，沒有資歷的時候，直接就是來選律師，然後也有原民背景的律師優先，或者他有專業證照的部分，我們現在都在推證照，律師界或者是法院這邊都在推證照或者是這裡講到的，類似像商業調查官去查商業的習慣，這個跟我們最接近，有沒有辦法去設立一個我們的原住民族傳統習慣的調查官，那去先做一個調查。

同時，剛才大家都提到一個調解，有沒有可能去商業審判法裡面規定的，去選任過聘任的商業調解委員或者原住民族諮詢的委員，這個就是我們這裡講到的。

110 年 6 月 21 號所謂的原住民族的司法諮詢會的設置裡面有說到的第二點所說到的，他就是要來參與提供意見的諮詢。

當然在我們的報告裡面其實也有講到這件事情，這個是參與賦予它很大的一個分量，同時讓專家、證人、鑑定人都可以，我認為這一些特殊的規定往審判法方向去走，有一個特別的審判權出來，符合專業分工，同時通過程序能夠促使法院能夠盡量的趨近，有關於原住民族的習慣、規則、慣性本身的選擇，或許是另外一條路，以上到這個地方，謝謝。

【主題討論（三）】從文化衝突案件看臺灣司法的多元詮釋

主持人 雅柏甦詠·博伊哲努 處長 | 原住民族委員會綜合規劃處

發表人 范耕維 助理教授 | 國立東華大學法律學系

林秉嶽 律師 | 法律扶助基金會原住民族法律服務中心

與談人 吳豪人 教授 | 輔仁大學法律學系

楊坤樵 副廳長 | 司法院行政訴訟及懲戒廳

【主題討論（三）】從文化衝突案件看臺灣司法的多元詮釋

[發表]原住民族案件的認定難題：擺盪於身分基準與文化基準間的

政策選擇

發表人 范耕維 助理教授 | 國立東華大學法律學系

「原住民族刑事案件」的認定難題： 擺盪於身分基準與文化基準間的政策選擇

（研討會草稿，請勿引用）

范耕維*

壹、前言

本文以「原住民族刑事案件」應如何認定為主題，討論應符合哪些條件時，方可構成原住民族刑事案件（下稱：原住民族案件），並針對該案件特質設計相應的刑事程序。本研究的動機在於，雖然屢有刑事訴訟制度應考量原住民族文化、語言、傳統習慣的倡議，但對怎樣的刑事案件類型應提供制度性保障或設定特別程序，卻鮮有討論。對此，本文認為唯有先釐清得表彰原住民族文化特殊性的「原住民族案件」為何，才可能具體設計相應的刑事程序，落實原住民族司法主權的保障。

目前，依照《原住民族基本法》（下稱：原基法）第 30 條規定，為保障原住民族司法主權，包括立法與司法程序的進行，皆應尊重原住民族語言、傳統文化及習俗。而刑事程序能否落實對原住民族語言、文化的尊重，除了攸關原住民族當事人的程序保障與程序主體性的確保，也同時影響刑事程序與刑罰的正當性。而此種理想的程序制度能否實現，包括提升原住民被告司法近用的保障、使原住民族文化能被主張而進入認事用法的過程等，刑事法庭制度與經濟、語言、法庭空間配置等因素相同，具有高度的影響力¹。事實上，在 2017 年的司法改革國是會議中，前述理想也同樣受到關注並相應提出數項改革目標，包括提升司法人員文化意識的訓練、原住民專業法庭（下稱：原專庭）的分案改革、針對原住民族文化判定設置司法諮詢委員會，以及國民參與審判中考量原住民族進行制度調整等。

誠然，這些意識到原住民族文化、語言特殊性，以及需強化其程序保障的主張值得贊同。但是，本文認為一個必須面對的先決問題，是什麼樣的案件可以適用上述這些保障。舉例來說，在凡有法定原住民族身分被告案件皆可適用原專庭的「身分基準」下，可能使大量無關原住民族文化與傳統習慣的案件皆被劃入原住民族案件的範疇，如此一來即使設有原住民族司法諮詢委員會等文

* 國立東華大學法律學系助理教授

¹ John Upton, *From Thin to Thick Justice and Beyond: Access to Justice and Legal Pluralism in Indigenous Taiwan*, LAW SOC INQ, 21-25 (2021). 湯文章，原住民族在訴訟法上地位之研究，憲政時代，31卷1期，頁39-41、50-51（2005年）。

化判定協助機制，該制度能否在高案件量下仍有效發揮其辨識案件中文化特質的預期效益，恐怕讓人懷疑。正因如此，本文認為必須先討論如何劃定「原住民族案件」的範圍，定性何種刑事案件可劃入原住民族案件的範圍中，才能進一步針對此案件性質，設計可提升原住民族司法人權的制度。

綜上所述，以下將以文化相關證據的調查為例，先說明現行制度與司法行為為下，為何有必要先透過立法方式先確立原住民族案件的性質（本文貳）接著，本文會嘗試從現行刑事訴訟制度的運作中，指出目前立法與司法部門判斷是否具備原住民族案件性質的判準：身分基準。並說明此基準運作下，產生如原專庭未能落實其設置目的等問題（本文參）。呼應前述問題，本文將嘗試由原基法第 30 條出發，指出應然面上界定原住民族案件的合理基準應為「文化基準」。不過，同時也會指出文化基準在目前制度操作下的困難點，包括案件文化性質的認定、確認文化性質的訴訟時點、司法部門文化想像與歷史記憶的狹隘認知等（本文肆）。最終，綜整前述討論，本文將在原住民族刑事案件必須劃定明確範圍，但身分與文化基準在現況下各有操作難題的狀況下，提出折衷方案的思考方向，作為本文的結論與未來繼續發想的基礎（本文伍）。

貳、確立原住民族案件範圍的必要性：從證據調查談起

本文第貳部分中，我們嘗試由司改國是會議中主張應設立的「原住民族司法諮詢委員會」（下稱：原諮會）切入，對照現況來說明制度設計前先確認原住民族案件性質的必要性。在 2017 年的司改國是會議中，針對原住民族被告的案件中是否存在文化衝突，或關於被告提出文化抗辯是否成立的判斷，認為應設立原諮會來處理相關疑義，避免法官以自身經驗處理相關問題，卻因欠缺相關專業知識而引發後續爭議²。對此，除了國內已有部分研究討論設立原諮會的必要性與其組織定位³，原民會也在 2021 年發布《原住民族司法諮詢會設置要點》（下稱：《設置要點》），希望有設立該會的可能，來協助法院及檢察署認定案件的文化衝突性質時，與提出文化抗辯是否成立的相關意見。

對於希望透過原諮會來處理刑事案件中原住民族文化認定的爭議，本文對此理想敬表贊同。不過，從目前法院審理原住民族相關案件的運作狀況來看，是否能設立該委員會就達成預期效益，本文持保留態度。簡言之，若從尊重多

² 相關網頁：<https://www.cip.gov.tw/zh-tw/news/data-list/B54B5C7E1E0F99409E83FDD139CA039D/index.html?cumid=B54B5C7E1E0F99409E83FDD139CA039D>

³ 林孟皇，原住民族司法諮詢委員會設置與運作芻議（一），法務通訊，第3009期，頁2-4（2020年）；林孟皇，原住民族司法諮詢委員會設置與運作芻議（二），法務通訊，第3010期，頁2-4（2020年）；樓一琳，原住民族文化抗辯於我國刑事司法體系之應用兼論原住民族司法諮詢委員會之地位，臺灣原住民族法學，第7期，頁112-131（2021年）。

元文化與提升原住民族司法人權的理念出發，應然面確實應設置此委員會。惟若著眼我國法院運作的實然面，從循證（evidence-based）思考的角度出發，可能會發現案件中文化相關事證的認定與爭議解決，恐怕該委員會並非藥到病除的萬靈丹，而是有待解決其他先決難題。

為了依靠實證分析充分說明現況⁴，本文以花蓮地方法院（下稱：花蓮地院）2013年至2023年刑事案件為範圍，並為呼應《設置要點》的立法目的，根據該要點第2條，透過人工方式篩選出具有原諺會欲處理的文化衝突與文化抗辯爭議的案件。針對篩選出的94件案件，本文將其編碼為可供軟體分析的結構化資料⁵。而在這批資料中，與本文相關的編碼項目包括案件類型、文化抗辯有無、法官是否肯定文化抗辯、有無審酌上開文化疑義相關之證據（下稱：文化相關證據）等。其中，文化相關證據的類型同樣呼應《設置要點》第3條與第4條，包括屬於人證的部落耆老、部落相關組織成員，以及屬於書證的專家學者調查報告、研究著作與官方的調查資料等。當然，這個研究的局限性在於，花蓮地院的觀察分析未必對全國各級法院具有代表性。但是，透過對管轄全縣皆為原住民族地區，且原住民族人口全國第一的花蓮地院進行觀察，仍有助於觀察部分現況與協助梳理後續研究的問題意識。

【表 1】（單位：件，N = 94）

〔表 1-1〕

實際值	有文化相關證據調查	無文化相關證據調查	合計
被告受有利影響	20	30	50
被告受不利影響	5	39	44
合計	25	69	94

〔表 1-2〕

期望值	有文化相關證據調查	無文化相關證據調查	合計
被告受有利影響	13.29787234	36.70212766	50
被告受不利影響	11.70212766	32.29787234	44
合計	25	69	94

$p\text{-value} = 0.01716$

而在這94件案件中，如上表1所示，僅佔26.6%的案件中有調查文化相關證據。換言之，佔近四分之三的多數案件中，雖然有論及文化衝突與文化抗辯的爭點，但卻沒有就文化相關的證據進行調查。對於這種現象，如前法官湯文

⁴ 實證研究描述法現象的功能 See Joshua Fischman, *Reuniting 'Is' and 'Ought' in Empirical Legal Scholarship*, 162 U. PA. L. REV. 117, 157-58 (2013).

⁵ 判決文本結構化之討論見：何漢葳，應作迴歸觀：資料、不確定性與人工智慧法學，研之得法：中央研究院法律學研究所成立十週年文集，頁723-726（2021年）。

章即指出，根據其觀察，原住民被告不懂法律且多屬經濟弱勢，故不易提出證據調查之聲請，若法官也未依職權調查文化相關證據時，程序上即可能對原住民被告不利⁶。對此，為檢證是否發生未調查文化相關證據導致對被告不利影響的狀況，本文嘗試觀察二者間的關連性。由於原諮會設立日的主要是希望文化衝突與文化抗辯能被注意且疑義可被釐清，故本文就將被告是否受到有利或不利影響的具體判準，設定在這些論及文化抗辯的案件中，法官最終是否肯認文化抗辯成立而給予被告無罪或減刑之判決。簡言之，本文將「法官是否肯認文化抗辯成立」作為被告是否受不利影響的代理變項。

根據上述設定進行資料分析，如表 1-1 所示，觀察範圍內的花蓮地院相關判決中，在 25 件法官有調查文化相關證據的案件中，肯認文化抗辯成立而判決無罪或有減刑者佔 80% 的 20 件，遠高於佔 20% 的 5 件未肯定文化抗辯適用之判決。至於在法官未調查文化相關證據的 69 件案件中，肯定文化衝突與文化抗辯適用者佔 43.48% 的 30 件，否定文化抗辯適用者有罪者則有佔 56.52% 的 39 件。鳥瞰本數據，似乎與湯文章敘述相符，法官是否調查文化相關證據與是否適用文化抗辯間有所關連。

不過，為了更清楚確認上述觀察結果並非出於偶然，與確認證據調查與文化抗辯適用間的關連性，本文決定採用統計檢定方式觀察二者的關係。詳言之，本文在「有無調查文化相關證據調查」與「被告是否受有利影響」二者皆為類別變項 (categorical variable)，且表 1 中 80% 的細格樣本數皆大於 5 的狀況下，嘗試使用皮爾森卡方檢定 (Pearson's chi-squared test) 來對表 1 中的二維交叉表 (cross tabulation) 進行獨立性檢定。而在虛無假設 H_0 為「有無調查文化相關證據與被告程序上有利與否無關」，而對立假設 H_1 為二者有關之前提下，由於 p 值 0.017 小於設定的顯著水準 0.05，故可拒絕虛無假設。亦即，有無調查文化相關證據和被告程序上有利與否之間，應可認具有統計上顯著的關連性 (correlation)。

【表 2】(單位：件，N = 24)

案件類型	案件數	%
礦物土石採集	8	33.33
獵捕野生動物	5	20.83
獵槍持有使用	5	20.83
妨害投票	4	16.67
森林產物採取	2	8.33
總計	24	

【表 3】(單位：件，N = 94)

⁶ 湯文章，(同註1)，頁42。

實際值	有阻卻違法可能	沒有阻卻違法可能
有文化證據調查	20	4
無文化證據調查	6	64

不過，上述觀察的規範意涵，也僅止於說明文化相關證據的調查，可能影響最終文化抗辯的適用與否，而具有高度重要性。但是，由於在被告提起文化抗辯或法官主動考量是否適用文化抗辯的案件中，有進行文化相關證據調查者，實際上是僅佔全部論及文化抗辯案件 26.6% 的少數案件而已。因此，究竟花蓮地院是針對哪些案件類型，發動與該案文化衝突或文化抗辯相關的證據調查，就成為必須進一步觀察的部分。對此，從表 2 可知，扣除妨害投票罪的 4 個案件，佔 83.33% 的多數案件類型，由自然資源採集行為（礦物土石採集、森林產物採集、野生動物獵捕）與和獵捕野生動物相關的獵槍持有行為所構成。換言之，少數有法官調查文化相關證據的案件，其犯罪行為態樣集中在四種較常被我國法院認知且有立法（含《原基法》第 19 條）明文承認與原住民族文化相關的類型。

透過上述觀察，可觀察到的現象是：文化相關證據調查集中在立法明文提示與原住民族傳統慣習及文化相關的案件類型，且該案已論及文化抗辯的刑事審判程序。而且，若再搭配表 3 顯示的資訊，則只有在這種程序中，法官認為該案情節有可能該當各案件類型的明文除罪化規定時，法官才會調查文化相關證據。換言之，即使是在立法者明文提示與原住民族傳統文化相關的案件類型且該案已論及文化抗辯的狀況，若法官認為該案情節沒有適用除罪化規定阻卻違法的解釋空間時，法官也不會去調查文化相關證據。而此種極度限縮證據調查可能性的狀況，可能正源自學者許恒達對東亞法院觀察中提到的，東亞法院具有以法規實證性為標準，傾向依循實定法認事用法的行為模式⁷。換言之，只有被立法者透過實定法標記文化特殊性，或司法權威判決明文承認與文化傳統相關的案件類型，才会有法官意識或承認存在文化抗辯與調查文化相關證據的可能。同時，若花蓮地院法官如文化趨同理論所描述的，將承認文化抗辯的範疇侷限在過往已被承認與傳統文化相關、可成立抗辯範圍內⁸，這個趨同作用可能出現延伸到訴訟行為層次的狀況。亦即，法官也僅在該範圍內進行文化相關證據的調查，形成程序中行為的趨同現象。

而上述現象隱含的政策意義是，因為立法部門根據對原住民族文化理解制定法規，可能具有引導法官行為的作用，故當立法部門透過條文暗示與原住民族文化相關的案件範圍時，可能導致與文化相關的制度適用範圍同步被限定

⁷ 許恒達，刑法秩序與多元文化：以東亞刑事法院為中心的考察，收於：葉俊榮編，變遷中的東亞法院：從指標性判決看東亞法院的角色與功能，頁137（2016年）。

⁸ Cynthia Lee, *Cultural Convergence: Interest Convergence Theory Meets the Cultural Defense?*, 49 ARIZ. L. REV. 911-959 (2007).

於該範圍中。亦即，當立法者劃出與傳統文化相關而可除罪化的案件類型時，可能引導法官也僅針對這些類型才進行文化相關證據的調查，而同樣狀況當然也可能發生在原諮會的運作中。但是，若文化存在於人類日常生活的食衣住行各個面向中，則可能與原住民族文化相關的案件類型，就未必侷限在立法者目前明文制定相關規範的類型中。以花蓮地院 111 年度原易字第 75 號刑事判決為例，該案被告因在亞泥利益分享機制說明會中怒斥告訴人「不要臉」而被起訴公然侮辱罪名，被告在審判中則表示是因為告訴人未告知當日有表決程序，卻違反 GAYA 祖制而突襲要求舉手表決，才對告訴人表達不滿。雖然最終法院是根據其他理由判決被告無罪，但本案審理過程也顯現出文化抗辯的適用範圍絕非侷限在自然資源利用行為，反而可能存在於不同犯罪類型中。正因如此，若目的是將文化衝突與文化抗辯相關知識導入現行審判的原諮會，在實際制度運作中反而被立法制定的規範所引導，導致其適用範圍自始被侷限在自然資源利用與槍枝持有等案件，未能觸及如上開案例所涉及的其他犯罪類型時，即可能發生制度設計目的未能充分實現的結果。

綜上所述，本文認為在討論如原諮會等具體制度的設計前，或許應處理的先決問題是設定合理的原住民族案件性質與範圍。理由在於，當立法者對原住民族案件的設定，可能具有引導法官行為的效果時，則一個能讓法官文化想像不被過度侷限在特定案件類型，反而能透過認事用法過程來擴大對文化衝突的認知、擴大文化抗辯適用可能的「原住民族案件」設計，就成為重要的先決問題。而且，也唯有配合對於「原住民族案件」的理解，才能夠相應地設計後續以尊重原住民族文化傳統為旨趣的訴訟制度。

參、現行制度的「身分基準」及其問題

目前，原專庭可說是針對原住民族案件所設置的特別制度，根據司法院在 2013 年的宣稱，其制度目的在於考量原住民族事務的特殊性，希望刑事審判能尊重原住民族傳統習俗、文化及價值觀。不過，雖然制度目的是針對原住民族文化面向，但目前原專庭審理案件範圍，卻多是以被告是否具備法定原住民身分為基準，也就是在原住民族案件的劃定上採取「身分基準」。確實，在我國刑事訴訟法第 31 條關於原住民族受辯護人協助的規定也採身分基準的狀況下，原住民族案件採取相同基準，可能有制度具一致性的優點。但是，此種制度實際採用基準與制度初始理念不符的設計，自然會衍生諸多問題。

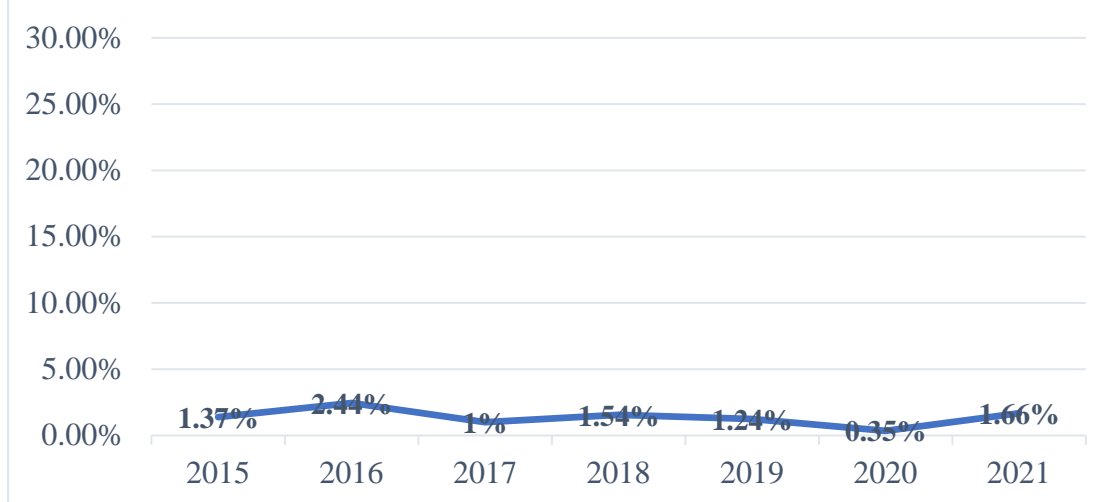
首先，作為案件認定基準的「身分」，在過去依照《原住民身分法》的規定採取血統主義兼認同主義的狀況下，即便是原住民族與非原住民族所生子女，具有原住民族血緣，卻會因為未從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名

字，而無法在法律上被認定為原住民⁹，當然其作為當事人之案件也無法劃入原住民族案件的範圍。但是，無論此種原住民身分認定的政策是否妥當，根本的問題在於將此認定標準同步適用於原住民族案件的認定時，勢必會與原專庭制度目的有所衝突。亦即，假若一位原住民族與非原住民族所生而具有原住民血緣的被告，確實因受到家庭或生活環境文化影響而做出犯罪行為時，僅因為其未從具原住民身分之父或母的姓氏，該案件縱使存在文化衝突的要素，也無法被劃入原住民族案件的範疇，該文化面向即可能無法在審判中對認事用法產生影響。這個例子凸顯出，當刑事審判與原住民族身分認定間存在不同的制度目的時，適用身分基準顯然忽略二者的目的差異，強將身分認定與原住民族案件認定混為一談，結果是導致原專庭原本希望關注文化面向的立法目的無法充分實現。

事實上，這種將形式上身分作為原住民案件認定基準造成的問題，遠不止上面的案件類型。以花蓮地院 109 年度訴字第 86 號刑事判決為例，該案件未被分案至原專庭的理由，就是被告形式上不具有原住民身分。但是，在該案審理過程中，承審法官發現被告依照《原住民身分法》第 6 條規定，為原住民族非婚生子女且未被非原住民族生父認領，故認定被告為實質上原住民，並在該案中對有無文化衝突與文化抗辯適用進行相關討論。雖然本案法官有將被告原住民身分納入考量，但顯然這種以形式上身分為基準的作法，存在使刑事審判忽略或未能發現案件中存在文化因素的風險。另外，以花蓮地院 105 年度訴字第 47 號刑事判決為例，當不具原住民血統的被告因長期居住在原住民族部落，文化、生活受同化而與部落族人相同使用獵槍保護農地時，即使該犯罪行為背後確實存在文化因素的影響，但因為其血統，本案自始無法被劃入原住民族案件的範疇。當然，完全不具原住民族血統的被告案件是否可納入原住民族案件範疇，尚有討論空間，但單從本判決的案件事實可知，當採取形式上身分為基準時，案件文化面向被忽略的問題勢將層出不窮，而這與最初設置原專庭與原住民族案件的制度目的，顯然有所扞格。

⁹ 《原住民身分法》第4條第2項「原住民與非原住民結婚所生子女，從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字者，取得原住民身分」。

【圖1】花蓮地院案件論及文化抗辯案件比例（2015-2021）



【表 4】花蓮地院原專庭案件類型分佈表（2015-2021, N = 3857）

案件類型	案件量	%
毒品案件	1692	43.87%
詐欺	1148	29.76%
妨害自由	195	5.13%
醉態駕駛	119	3.09%
妨害投票（賄選、虛遷戶籍）	57	1.48%
持有使用獵槍	53	1.37%
森林產物採集	50	1.30%
野生動物獵捕	16	0.41%
水土保持	13	0.34%
土石、礦物採集	6	0.16%
其他*	508	13.17%
總計	3857	

* 其他：竊盜、強盜、殺人、傷害、貪污、偽造貨幣、強制性交

在上段中，我們從規範目的的角度切入，可觀察到身分基準過度限縮原住民族案件範圍，排除實質上與原住民族文化相關案件的問題。接著，本段將由制度實際適用狀況切入，說明身分基準同時會過度放寬原住民族案件範圍，產生將實質上與文化無涉之案件納入原住民族案件的狀況。從概念上來說，當適用身分基準時，考量到案件係由被告與犯罪事實所組成，即使被告具有法定原住民身分，也無法直接推論該犯罪事實與原住民族傳統文化相關。因此，借用學者王皇玉將原住民族犯罪區分為「具原住民族文化與生活習慣特殊性案件」與「與文化及習慣欠缺直接關連的一般性案件」的分類，在後一類型的案件中，即可能出現因身分被歸類為原住民族案件，但該案件之犯罪事實顯然不具

文化或生活習慣特殊性者¹⁰。

而從實際狀況來看，以表 4 的數據為例，根據身分基準而被分屬原住民族案件者中，佔 73.63% 的多數案件為毒品犯罪與詐欺，亦即多被歸類為一般性犯罪，而與原住民族文化或生活慣習無關之類型。當然，原住民族人的毒品使用是否全然與文化無關，是否有文化差異導致的社會經濟地位因素間接影響該犯罪的發生，未來尚有討論空間。但從判決揭露的審理過程來看，佔近四分之三的案件中，確實鮮有文化抗辯被論及的狀況發生。而此結果最直接的影響即是圖 1 所顯示的，亦即在同時期的原專庭審理過程中，無論最終法官是否肯認文化抗辯的適用，曾有論及文化抗辯與文化衝突之案件佔每個年度案件的比例，都在 3% 之下。這個現象代表著依照身分基準認定為原住民族案件者，絕大多數都沒有在認事用法過程中觸及文化面向。當然，造成此現象的原因可能是法官本身欠缺文化敏感度，可能確實是多數案件類型與原住民族文化無關，也可能如一些訪談顯示是案件量導致法官無法投注注意力到須考量文化慣習的複雜案件¹¹，究竟原因為何尚待能建立因果推論的研究設計。不過，單純的法現象已顯示出，其顯然與原專庭設立時宣稱的崇高理念，存在極大落差。

確實，採取身分基準能夠在程序開始前預設一個明確二分的標準，判斷該案件是否應歸類為原住民族案件。但正如我國刑事訴訟法採身分基準來賦予原住民族被告律師依賴權時所受的批評：不區分個案情狀而單純依形式身為標準，可能使社經地位上非屬弱勢或文化、語言為妨礙司法近用的被告，也都被納入強制辯護的適用範疇，同時產生強迫原住民被告必須受辯護人協助的狀況發生¹²。綜整上述二點，可發現採身分基準認定原住民族案件時，同樣會發生忽略個案事實情狀，導致原住民族案件內涵無法呼應原基法第 30 條希望尊重原住民族文化，語言、傳統慣習的趣旨。

肆、文化基準的理想與困境

在原基法第 30 條作為保障原住民族司法主權明文依據的狀況下，設定理想的原住民族案件內涵，理應也從本條出發。亦即，當本條強調應尊重原住民族語言、傳統習俗、文化及價值觀時，原住民族案件認定即應以「文化」作為核心。換言之，理論上原住民族案件認定應採「文化基準」，僅在案件本身具有原住民族文化或生活慣俗的特殊性時，才應由具有文化相關知識的法官或法庭審理。此外，從實證觀察指出法官會受立法引導，傾向在有明文指出與文化相關

¹⁰ 王皇玉，原住民犯罪的文化困境與除罪化，收於：刑罰與社會規訓：台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變，頁 207（2009 年）。

¹¹ J. Christopher Upton, *supra* note 1, at 24.

¹² 范耕維，污名或正義？—原住民被告受辯護人協助權利內涵及制度設計之考察，臺大法學論叢，第 50 卷第 3 期，頁 976-979（2021 年）。

的案件類型中，才會適用文化抗辯與調查文化相關證據的現象來看，要引導法官針對文化衝突與文化抗辯進行相關事證的調查，事前透過立法將牽涉文化與生活慣俗的案件類型設定為原住民族案件、採取文化基準，顯然是較理想的政策方向。誠然，若從制度使用者（人）的角度來看，當法官本身欠缺文化敏感度或對原住民族文化與歷史記憶存在狹隘的認知時，即使以文化基準來設計原住民族案件範圍，可能依然無法在實際運作時完整落實尊重原住民族文化傳統的目標¹³。但是，由於人員素質並非瞬間即可改變，故本文單純僅就「制度」層面進行思考，認為文化基準具有標示案件文化性質、引導法官注意案件的文化面向的功能，同時符合原基法的規範意旨，故最適於作為政策發展的方向。

不過，雖然文化基準具有上述優點，但相對於身分基準，卻反而具有判斷標準不明確的問題存在。詳言之，雖然身分基準存在諸多問題，但其最明顯的優點就是事前以法定原住民身分作為明確的界線，可在分案時就清楚區分何者為原住民族案件。反之，若設定以「與原住民族文化相關」為區分標準時，考量到案件的文化面向可能是在審判過程中逐漸呈現，要在分案時就決定該案件是否與文化或生活傳統相關，可能並非易事。而且，不同於原住民族身分有明確的判斷依據，文化作為內涵多元且不明確的概念，當不同法官對文化的想像跟理解有所差異時，勢必造成案件是否屬於原住民族案件的認定浮動，產生如相似案件卻出現不同認定結果的狀況。總結來說，只是宣示以案件與文化的相關性作為是否屬於原住民族案件的判準，在現實操作上有所困難外，仍有可能因法官個人文化想像，發生將與文化或生活傳統相關的案件排除於原住民族案件外的情形。

針對上述問題，本文認為存在兩個可能的解決方案。第一，透過類似原諮會的制度設計，在早於認事用法的分案階段就提早介入，協助判斷該案件是否具有文化衝突存在的可能性，進而決定是否屬於原住民族案件。不過，使原諮會在分案階段就介入協助案件性質認定，可能導致分案階段花費較長的時間，從訴訟經濟的角度來看是否適宜，有再商榷的必要。另外，由於案件是否存在文化衝突可能並非分案階段的資訊即可判斷，故即使提早使原諮會介入，也未必能發揮期待的效果。第二，針對何種案件類型可能存在與文化傳統的關連進行研究，透過立法方式具體指出特定案件類型可能隱藏文化衝突，將這些類型直接作為原住民族案件的判斷基準，符合此類型者直接歸屬為原住民族案件。事實上，著眼於法官行為可能受立法引導，目前明文除罪化的案件類型與法官適用文化抗辯存在顯著的關連性，這個可預先設定明確標準的方案，存在兩項優點：其一，可供分案時快速判斷，使分案時無需承受費時判斷個案有無文化衝突存在的負擔；其二，可提示法官未來某類型個案的認事用法與證據調查中，可能存在文化因素須留心判斷。若此方案具有適當性，則再來的疑問將會

¹³ 范耕維，看見原住民族文化的刑事審判制度？，台灣法律人，頁81（2022年）。

是：要如何挑選案件類型？是否能提供折衷於身分與文化基準的原住民族案件判斷方式？

伍、代結論：嘗試結合身分與文化的折衷基準

綜整上述分析，可知身分基準具有判準明確的優點，但可能會忽略原住民族案件範圍劃定上最關鍵的文化因素，而文化基準雖然最契合於原住民族案件設定的精神，但可能存在判斷標準不明確且判斷時點難以掌握的問題。換言之，原住民族案件的認定作為擺盪在兩種基準間的難題，本文最後想嘗試能否發想一個折衷基準。而此發想可由兩點談起：「考量要素」與「考量方式」。

在考量要素的部分，牽涉刑事訴訟法關於案件的定義。本文認為，既然案件是指特定被告所為特定犯罪事實，由「被告」與「犯罪事實」所構成¹⁴，則要劃定原住民族案件的範圍時，就不應如身分基準僅著眼於被告層面，也不應如文化基準僅聚焦在犯罪事實層面，而是應將二者都納入考量範圍。在「被告」的層面，根據本文第參部分的敘述，可想見的範圍選項由窄至寬包括：現行的法定原住民身分、納入具血緣但不符法定身分要件的實質原住民身分、納入不具血緣但受原住民族文化同化者。至於在「犯罪事實」的層面，可能的範圍選項由窄至寬包括：現行法設有除罪化規定的自然資源利用與獵槍持有使用類型¹⁵、《原基法》第19條承認的自然資源利用類型、因制度歧異產生文化衝突類型（如：妨害投票¹⁶、原保地土地利用相關行為¹⁷）¹⁸、文化間接影響社經地位導致犯罪類型。

接下來，在這些關於被告層面與犯罪事實層面可能劃定的範圍中，究竟應如何選擇用來組成原住民族案件的合理範圍，本文認為可以衡量不同案件範圍設定下的成本效益關係，作為考量此問題的切入點。首先，由合理劃定原住民族案件範圍的目的，或所能獲得的效益為何談起。從文化抗辯相關理論來看，一個案件所包含的文化衝突得被辨識，文化抗辯能被適用與文化相關證據能被調查，將使法官能釐清犯罪可非難性與作出相應的合比例量刑¹⁹。如此一來，合理劃定原住民族案件範圍的制度目的，或可定性為使犯罪與文化傳統相關案

¹⁴ 林俊益，刑事訴訟法概論（上），13版，2012年9月，新學林，頁121-125。

¹⁵ 如森林產物採集、野生動物獵捕宰殺、槍砲彈藥持有使用、礦物土石採集等。

¹⁶ 如：花蓮地院108年度原選訴字第5號刑事判決、花蓮地院108年度原選訴字第8號刑事判決、花蓮地院103年度選訴字第11號刑事判決。

¹⁷ 如：花蓮地院107年度原易字第86號刑事判決。

¹⁸ 除文中舉例的妨害投票與原保地土地利用外，如前述花蓮地院111年度原易字第75號刑事判決中，因被害人議事行為抵觸傳統部落規範而生的妨害名譽行為，或者其他原住民族傳統儀式意涵與當代國家法衝突的狀況（如：殺豬道歉可能代表和解與撤回告訴），都可歸屬於此範圍。

¹⁹ Alison D Renteln, *A Justification of the Cultural Defense as Partial Excuse*. S. Cal. Rev. L. & Women's Stud 2:437-526 (1993).

件，能獲得符合罪刑相當的法律效果，而此效果即可理解為是設定原住民族案件的預期效益。

【表 5】文化相關證據類型

證據類型	調查次數	%
部落耆老	12	30%
部落組織成員	10	25%
原民會研究報告	7	17.5%
學術研究報告	5	12.5%
被告相關陳述	4	10%
各級地方政府意見	1	2.5%
原民會專家委員證人	1	2.5%
總計	40	

不過，應注意的是，雖然擴大原住民族案件涵蓋範圍，看似可使更多案件獲得罪刑相當的法律效果，進而獲得更高的效益。但是，實際上並非如此。一方面，不同的犯罪事實類型中，可能包含文化衝突與適用文化抗辯可能性的案件比例並不相同，如自然資源利用行為類型中比例可能較高，但社經地位所致犯罪類型中的比例可能較低。換言之，不同犯罪事實類型可獲得預期效益的機率並不相同，這一點是在衡量如何拿捏原住民族案件範圍時必須考量的。另一方面，法官要判斷案件是否存在文化抗辯與調查文化相關證據時，同時也會產生判斷成本。以表 5 顯示的花蓮地院所調查文化相關證據類型為例，當法官在判斷個案有無文化衝突、文化抗辯而需調查相關證據時，除了取得成本較低的書證（如：各種研究報告、地方政府意見函）與被告當庭陳述外，有近六成的證據是如部落耆老、部落組織成員（如：獵人協會、部落會議）及專家證人等人證，而這些人證的搜尋、篩選、意願確認、使之出庭陳述及使用通譯等，都反映較高的判斷成本。綜整來看，對於原住民族案件範圍劃定的政策思考，可透過以下模型來表示（**B**：獲得罪刑相當判決的效益；**P**：獲得效益的機率；**C**：判斷成本）²⁰：

$$B * P - C$$

本文認為，當合理劃定原住民族案件範圍必然是要追求預期效益的達成時，若案件範圍劃定在成本效益分析下顯示未能獲得該效益時，自然沒有在政策選擇上採取該範圍設定的必要。而且，即使立法上堅持採取此種無法獲得效

²⁰ 成本效益分析適用於刑事立法與政策決定的操作範例，見：范耕維，自成本效益分析建構科技偵查立法框架之理論嘗試：由 GPS 與 M 化車偵查相關判決談起，刑事政策與犯罪防制專刊，32期，頁27-49（2022年）。此種分析方式於法學領域的運用，見：王鵬翔、張永健，論經濟分析在法學方法之運用，國立臺灣大學法學論叢，48卷3期，頁839-842（2019年）。

益的政策時，法官行為也可能基為避免不合理成本而理性自利地調整制度實際運作，使該政策終究無法實現，並可能導致難以獲得該制度最大的預期效益。舉例來說，現行身分基準除了在被告層面採最限縮見解，導致與採實質原住民觀點相比效益較低。其對犯罪事實範圍不設限制的結果，雖然使所有案件都可納入原住民族案件範圍（極度拉高 B），但也因而降低適用文化抗辯的案件比例（降低 P），使所獲得者顯非最高效益。而且，要是所有案件都要細緻判斷有無文化衝突存在，勢必造成極高的判斷成本（極度拉高 C），使其最終無法獲得預期效益。面對此現行制度，法官選擇的作法是將考量文化抗辯適用的案件範圍限縮在普遍被認知有高度文化實踐可能的自然資源利用類型，同時只針對該行為類型中有該當除罪化規定可能者，才調查文化相關證據。這個作法雖然使可能獲得罪刑相當結果的效益降低（大幅降低 B），但因為案件類型存在文化抗辯適用機率較高（確保最高的 P），且大幅度壓低判斷成本（大幅降低 C），故仍可能在衡量後屬可獲得部分效益的操作方式。只不過，這樣透過趨同立法制定之規範指示，來避免過高判斷成本與獲得有限效益的行為選擇²¹，操作上勢必犧牲部分效益追求。例如使「實質原住民」或「制度歧異產生文化衝突類型」等案件未能納入原住民族案件範疇，降低其文化面向被納入認事用法的機會，犧牲追求較大效益的機會。

事實上，要實際操作開思考模型，可能必須對適用文化抗辯案件類型、不同類型中文化抗辯適用案件比例、不同案件類型中文化相關證據調查等，進行更詳細的分析研究。因此，我們在此僅能進行一個思想實驗，試著想像原住民族案件合理的設定範圍為何。首先，在「被告」層面，完全放棄原住民族身分限制時，由於受原住民族文化同化人數未必很高而效益有限，但卻會造成法官極高的判斷成本，故不宜將被告範圍拉到包含受文化同化者的最廣程度。不過，考慮到實質的原住民僅是不合法要件而無法成為形式上的法定原住民，一方面其受家庭或生活環境影響的機率仍較非原住民者高，相較於現行基準可獲效益較大，另一方面其判斷成本與現行基準差異極小，則採實質原住民範圍應是預期效益較大的合理決策。接著，在「犯罪事實」層面，如上所述，現行制度完全不設限的作法自不宜採，而法官將文化抗辯適用與證據調查限縮在現行法設有除罪化規定的自然資源利用與獵槍持有使用類型，可能又過度限縮效益的追求。因此，我們有必要思考原住民族案件的犯罪事實要件，其涵蓋事實類型應擴大到什麼程度。

針對這個問題，首先可看到《原基法》第 19 條承認的自然資源利用類型。由於此類型內涵與現行法設有除罪化規定者差異不大，皆是強調原住民族非營利自用之自然資源利用。因此，無論是該類型存在文化特殊性的比例或法官所

²¹ 同樣從效益考量說明法官行為傾向趨同立法者制定規範，但不同說理方式，見：王鵬翔，規則、原則與法律說理，月旦法學教室，53期，頁80（2007年）

需付出判斷成本，可能與現行法設有除罪化規定的自然資源利用與獵槍持有使用類型間差異不大的假設下，以此類型作為原住民族案件範圍應屬合理。若是如此，下一步可再思考的是，有沒有可能再擴張到制度歧異產生文化衝突類型。對此，雖然目前資訊難以斷定此類型蘊含文化衝突可能的案件比例高低，惟若從原住民族土地、傳統領域、部落政治與財產制度與主流社會存在差異，且過往皆有衝突案例發生的前提出發，或可假設此類型存在文化衝突的案件比例應高於現在判決中已顯示者。若是如此，或可嘗試先將其納入原住民族案件範圍，觀察是否會增加法官過多判斷成本，以及法官行為是否有所改變，選擇跳出現行法規的框架，擴大對文化抗辯的適用與相關證據調查來增加效益，據此決定最終政策是否將案件的犯罪事實部分擴及此類型。

最終，必須附帶一提的是，由於預先劃定原住民族案件範圍，屬於具展望性的立法行為，故僅是預測性地設定可能獲得效益的制度樣貌。現實上，我們當可預想仍可能出現完全無涉文化衝突與文化抗辯的個案，因原住民族案件範圍設定，而被納入原專庭審判的情形。不過，這並不代表案件範圍的設定有誤。事實上，只要這些個案的存在最終並未造成預期效益落空或成本大於效益的現象，則政策評價上仍可謂為成功的原住民族案件範圍設定。目前，以上政策建議都僅是思想實驗階段，期待本文拋磚引玉，能促使更多研究累積相關資訊，提供未來原住民族案件範圍立法時循證決策的參考。

【主題討論（三）】從文化衝突案件看臺灣司法的多元詮釋

[與談]原住民族案件的認定難題：擺盪於身分基準與文化基準間的

政策選擇

與談人 吳豪人 教授 | 輔仁大學法律學系

不好意思，我沒有準備 PowerPoint，這樣你們才會專心聽我講。今天這個研討會雖然是從這個原諮會的構想出發，我稍微看了一下今天的報告人跟評論人，全部都是白浪。那麼只有兩位主持人是原民會的長官，他們有原住民的身份。這是一個蠻有趣的現象，然後而且我們談的是實務，感覺上好像今天的原住民的討論原住民是徹底的客體，而不是主體，尤其是我們代表有原住民身份的兩位長官，其實他也是屬於中華民國，所謂中華民國基本上他的概念是跟我們現在所謂的原住民是對立，他們兩個是相對方，所以讓我覺得有點要很小心，然後原諮會這樣的構想其實像今天早上蔡明誠大法官他之前針對於說物權法定主義出現的例外，然後可以依習慣的時候，蔡大法官非常聰明的想到的是可以把習慣擴大適用到，在民法上尤其在土地的集體所有權上面可以擴大到原住民上面。

我記得原民會有辦幾場，不是原民會啦，就是說他們拜托蔡老師他們去辦了一些公聽會也好，或是……然後找了一堆當時非常出名的民法專家，然後在民法專家全部都告訴我們說，這個物權法定主義所謂的習慣是商習慣，商業習慣是資本主義習慣，跟原住民一點關係都沒有。

所以資本主義習慣絕對不會承認集體所有權。但是他們因為我們這些提案，蔡大法官非常熱誠，而且對原住民的定義非常希望能夠保護的也很感動，所以他們最後很客氣的講了一個結論，就是說不然我們分開好了，另立專章，不要弄到我們的民法典裡面，那這個前提就是說，有關這方面的討論也必須就是交給原住民自己的法庭，最好是有原住民自己的自治部落自治政府，也就是說這些民法的老師是要一方面反對這種想法，但是另一方面他也贊成。如果真的要去做錯，我們的法律就不要去管人家了，也就是他的心在這個狀態之下，你就要像英美法一樣，一國有兩個法律、三個法律都沒有關係，你不要幻想我們中華民國的國家法去包容原住民的傳統規範，因為這樣做其實已經做了 100 年了，這 100 年的做法其實基本上就是同化，同化狀態，就像我們這次在講到說我們范耕維老師在裡面講的身份的問題，我們知道憲判字 4 號，憲判字 4 號現在預示的一個結論結果就是說我們大家可以猜啦，大家都喜歡講實務，我喜歡講預言，我們好像是一個算命仙，我們看起來就是說，目前為止從現實上大概就是未來的都原，都會的原住民，他人數已經開始轉，逆轉了，他比部落原住民多，所以而且會越來越多，而且它會造成什麼結果呢？就是剛范老師講的那種適用於在文化上面的解釋的案件似乎會越來越少，少到幾乎毫無意義，不要再過十年，也許已經沒有幾個王光祿可以打獵了。

那麼還有就是說，它就造成一個狀況，就是我們台灣未來比較有可能的是有很多很多的原住民，但是應該比較少的原住民族。那麼原住民之後呢，那他事實上他有強烈的認同，但是他不一定有那樣子的生活文化的背景，這都是 ok 的事情，就是說你仍然可以以原住民自豪，然後行使原住民所有的權利，這些好像都沒有

問題，但是他呢就已經在這種訴訟上面，它會享有到我們想像中在這裡面我們所想像中的文化認定原諮會，甚至原諮會組成可能都出現很大的問題。

所以那我來看憲判字 4 號出來以後，就是一個已經宣誓某一種內戰狀態，沒有延燒會到那種狀態，好，那麼從這點來看的話，我剛剛講到報告人跟評論人都是白浪的前提之下，我看到說我們的范老師他引導出一個討論的前提，社會能夠接受到原住民能夠制止，這樣的狀況能夠得到這樣的結果之前，我們現在一定要能夠作為一種一種好像中繼性的角色應該怎麼樣怎麼樣，但是我想要提醒說，中繼性的角色其實已經超過 100 年了，他也有可能只要再撐個十年，他就不用再中繼，因為那時候可能就沒有原住民族了，就不會有各族的問題，每一個部落他有什麼文化有什麼不一樣就沒有了，那大部分應該都可以會跟一般漢人來處理。

如果是照這樣來看的時候呢，范老師他的論文他是以花蓮地院有一段時間的這個案子來看，然後它裡面講到說這種這個制度我們諮詢，原諮會這樣的制度它是在一個舊法規來說可能是案件量很高的狀態，我們又要講到成本效益等等的問題，成本效益其實是這范老師他的論文的特色，我看過他好幾篇論文都寫得非常好，因為我們台灣已經很久沒有這種法律經濟學或者講法律經濟分析這樣子的文章，而且它用在原住民身上我覺得非常的感動，好吧，我這邊我可能就提醒一點，就是說量化的這種這種實證論文，他其實如果未來有可能的話，案件真的足夠的時候，他後來又帶入 AI 的輔助，可能會有好的結果，然後形成一種科學的法學。是從馬克思以來大家讀法律人都在幻想的一種狀況，從來沒有成功過，也許真的可以成功。可是現在我們從評估論文裡面所提出來的分析裡面，你會發現說他不是 data 太多是 data 太少，它少到到底有沒有分析的意義，我不曉得。而這個少到有沒有分析意義小的時候，我們就去替法官擔心說他會不會工作太重，成本會不會太高？

其實現在的法官，剛才我最同意的是范老師他最後列出來那幾個基準，那這個真的是把我想像的大多包進去，我非常佩服，不過從他的論文裡面，我覺得顯然他的論文的推理並不是真的會達到結論的一種重要方法。他論文推理好像是在說服這些這些不情不願的法官的一個戰略，非常非常溫婉的，非常的給他很多的理由跟他說你可以這樣做嘛，這樣子你既然也不會那麼累，然後你又可以做到什麼？

可是其實我看他現在所列出來那些現在已經除罪的這些東西，過去都是重大爭議啊！他都鬧到已經釋憲了，從社會運動、從部落的抵抗、從個人的抵抗到後來全部都是重大的成本早就已經付出過，才會得到現在這樣子的，好了，立刻可以認得出來，這個應該比較可以叫他文化諮詢，到了那麼大才弄到得到文化諮詢而已，那不鬧的怎麼可能呢？你只有那麼多案件，每一件當然都一定要諮詢啊！成本不濟再怎麼去做，沒多少人哪，五十萬人口，2%的人，他有多少犯罪率，他的犯罪裡面有多少是跟文化有關的，不知道。當然我來看是每個都有關的，就是要證明每個都有關。連殺人犯火都這樣，要不然的話我們湯英伸再審，回到現在他是

一樣判死刑，你信不信？有沒有保證湯英伸殺人是因為有文化的問題，那個時代就在討論。何況，你要知道他這個成本並不是針對法官而已，源頭是警察跟檢察，只要逮補，檢察只要不起訴，這個案子就越來越少了，所以成本效益的說服，我們還要以擴大到檢警，用到法官的時候就太可惜了，有那麼漂亮的一個論述，而且是一個我看起來是聰明絕頂才想得出來的一個方法。

但是我也覺得這種用心良苦是很辛苦的事情。好，因為時間關係我們就跳過去，細部不要談，我再講一個最後一件事情，就是說的確現在你要知道在一個已經被瓦解的原住民社會裡面，包括它的規範都已經幾乎沒有辦法動的時候，你從後設來看，你一定會覺得說他除了接受現行的法律的控制之外沒有什麼其他的方法。

所以我們在澳洲，我記得法扶曾經去訪問過澳洲，他們去看到了達爾文港，然後到參觀達爾文港的監獄，發現達爾文港裡面人數並不特別多的原住民，佔達爾文港的監獄的受刑犯的 90%，那他的受刑犯的犯罪的類型是什麼？幾乎就是這些，酗酒偷竊什麼什麼的，但他就是因為他是個失敗的社會，有沒有一個被瓦解的社會，即使你在，在毛利人裡面也有同樣的問題，他已經受到屬於國家的什麼道歉，然後補償了，然後他的社區還是殘破，所以他還是很多犯罪。那這些犯罪難道說因為他的犯罪類型單獨來看，他跟原住民無關，顯然一定不是這樣，所以我認為真正應該做就是原諒會這個概念，如果他能夠運作的話，我認為每一個案件你只要是原住民，我不管你是身份還是文化，都不用去擔心它的成本、它的效益，每一個都應該要去好好的去弄，這要賦予法官的一個訓練，從原住民開始接下來他就會把原住民之外的所有弱勢的人，他應該都會有這樣的想法，謝謝。

【主題討論（三）】從文化衝突案件看臺灣司法的多元詮釋

[發表]從法院判決分析我國原住民(族)文化權的多元詮釋

發表人 林秉欽 律師 | 法律扶助基金會原住民族法律服務中心

從法院判決分析我國原住民(族)文化權的多元詮釋

林秉嶽律師¹

若在司法院裁判書系統以「文化衝突」、「原住民」為關鍵字進行檢索，將發現其結果幾乎全部都屬於刑事案件，且大多數裁判案由均與違反《槍砲彈藥刀械管制條例》有關。學說上關於「文化抗辯」之討論，和上述「文化衝突」有類似之情形，同樣都是運用在刑事案件的法學概念。然而，原住民(族)文化與國家規範之衝突並不僅限於刑事法領域，且自從司法院大法官釋字第 803 號解釋明文揭示原住民應享有選擇依其傳統文化而生活之權利後，原住民文化權已成為我國憲法上的基本權利。基於基本權利的垂直效力與水平效力，民事法領域與行政法領域也應該符合憲法保障原住民文化權之意旨。因此，本文將從我國法院近期判決中，分別以憲法裁判審查的角度檢視法院如何在民事、刑事和行政案件詮釋應用原住民文化權，並從中提出批判與反思，認為原住民文化權之詮釋應回歸文化自治，始符合憲法解釋之意旨。

¹ 財團法人法律扶助基金會原住民族法律服務中心專職律師主任。

壹、前言

本場次討論主題原設定為「從文化衝突案件看臺灣司法的多元詮釋」，將觀察重點置於「文化衝突案件」，對照我國學說關於「文化衝突」之討論多半集中在刑事法領域來看²，討論「原住民文化衝突」之命題似乎應侷限在刑事案件，始符合題旨。雖然我國司法實務判決同樣也是呈現如此樣貌，例如筆者在司法院裁判書系統³以「文化衝突」、「原住民」為關鍵字進行檢索，檢索結果顯示有57件屬於刑事案件(其中大多數裁判案由均與違反《槍砲彈藥刀械管制條例》有關)，僅1件屬於民事案件⁴；但在該民事案件中，法院明揭「本件為原住民族案件，原住民族傳統上並無土地登記制度，而重視人與人之間之承諾，因此誠信原則之適用乃調節上開文化衝突所形成之不公平現象所必須。」等語，可知廣義而言，凡國家體制與原住民傳統習慣或文化有所扞格者，均存有文化衝突之可能，並不以刑事案件為限。

其次，蔡英文總統於105年8月1日代表政府向原住民道歉時，曾提及「對於現代法律和原住民族傳統文化，有些格格不入的地方，我們要建立具有文化敏感度的『原住民族法律服務中心』，透過制度化的設計，來緩和原住民族傳統慣習和現行國家法律規範之間，日益頻繁的衝突」等語，因而促成財團法人法律扶助基金會設立原住民族法律服務中心，以承辦原民文化衝突案件為優先。其中，關於原民文化衝突案件之定義採從寬認定，亦不以刑事案件為限⁵。

另外，司法院大法官於民國110年5月7日作成釋字第803號解釋，已明文承認原住民之文化權利乃個別原住民受憲法第22條保障之基本權之一環，並在後續憲法法庭111年憲判字第4號判決重申此意旨。本文認為在基本權的垂直效力和水平效力下，無論是在民事、刑事或行政案件中，只要所涉及之國家法律或制度與原住民文化有扞格之虞者，均有從文化權保障之角度進行探究之必要。

再者，憲法訴訟法於111年1月4日施行，其中引進「裁判憲法審查」制度，未來人民就其依法定程序用盡審級救濟之案件，對於「不利確定終局裁判」認有

² 例如王皇玉，文化衝突與台灣原住民犯罪困境之探討，台大法學論叢，第36期，2007年9月，頁255-297；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，頁33-82；鄭皓文，原住民族基本法之司法實踐—以刑法規範與文化衝突為中心，司法新聲，第106期，2013年4月，頁9-20。

³ 司法院裁判書系統網址 <https://judgment.judicial.gov.tw/FJUD/default.aspx>

⁴ 花蓮地方法院109年度花原簡字第74號民事判決。

⁵ 依財團法人法律扶助基金會109總電業發00051號公告，依原住民申請人主張內容，有下列情形者，可寬認判斷為「傳統慣習及文化衝突」案件(擇一符合即可)：1、當事人主張該行為係依據其族群之傳統慣習規範，而產生之現行法律爭議。如：按排灣族之長嗣繼承制度，不論男女，凡長嗣皆為家族的唯一繼承人，但遭其他繼承人主張其繼承權利受到侵害。2、當事人行為係基於其族群之傳統慣習，而與現行法律(刑法/特別刑法等)衝突而遭偵查、起訴及審判。如：申請人因從事該族群「狩獵、採集」文化行為，卻遭槍砲彈藥刀械管制條例、森林法、野生動物保護法、礦業法、國家公園法、水土保持法等法規之偵查、起訴及審判。3、依當事人所述，其主張權利有涉及原住民族文化衝突之虞。如：雖申請人申請國有財產署續租衍生爭議，惟該片土地為申請人之傳統領域，則有文化抗辯事由。

牴觸憲法者，亦得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。然而，根據憲法法院統計資料顯示，憲法法庭 111 年案件裁定不受理 3,154 件，占終結案件 3,241 件之占比為 97.32%；而作成實體裁判僅 37 件，比率为 1.16%⁶，顯示要透過「裁判憲法審查」制度讓憲法法庭扮演「第四審」的角色，藉以推翻普通法院之判決，實務上誠屬不易⁷。

爰此，本文認為在「從文化衝突案件看臺灣司法的多元詮釋」這個命題脈絡下，「文化衝突案件」並不需要侷限於刑事訴訟中關於文化抗辯之範疇，舉凡臺灣原住民族傳統慣習或文化與國家法制產生衝突者，均應納入討論。因此，以下將以近年幾則涉及原住民(族)權益之重要司法案件為觀察對象，分析我國司法實務如何理解、詮釋甚至保障原住民文化，並檢視其是否符合憲法保障原住民文化權之意旨，以及未來有無透過「裁判憲法審查」制度加以變更之可能。

貳、從文化權角度審視裁判憲法審查的可能性

一、憲法上的原住民文化權

(一) 釋字第 803 號解釋肯認原住民(狩獵)文化權

儘管(原住民)文化權並非憲法明文列舉的基本權利，但大法官在釋字第 803 號解釋中，藉由維護人性尊嚴與尊重人格自由發展的自由民主憲政秩序核心價值、憲法增修條文第 10 條第 11 項和第 12 項前段，並參考當代民主國家尊重少數民族之發展趨勢等法理基礎，推導出原住民應享有選擇依其傳統文化而生活之權利，並稱之為「文化權利」，應受國家之尊重與保障，並為個別原住民受憲法保障基本權之一環⁸。其中，所謂當代民主國家尊重少數民族之發展趨勢，係指公民與政治權利國際公約第 27 條、聯合國人權事務委員會就公民與政治權利國際公約所作之第 23 號一般性意見第 7 點、經濟社會文化權利國際公約第 15 條第 1 項等國際規範⁹。因此，未來在憲法層次討論原住民文化權時，國際法也是重要的參考依據。

⁶ 參憲法法庭111年統計年報

⁷ 111年僅憲法法庭111年度憲判字第8號判決【改定親權事件暫時處分案】做成實體判決。

⁸ 司法院釋字第 803 號解釋理由書，段碼 19，原文：維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，為自由民主憲政秩序之核心價值(本院釋字第 603 號解釋參照)。憲法增修條文第 10 條第 11 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。」第 12 項前段規定：「國家應依民族意願，保障原住民族之地位……並對其教育文化……予以保障扶助並促其發展……。」是原住民族之文化為憲法所明文肯認，國家有保障、扶助並促進其發展之義務(本院釋字第 719 號解釋參照)。身為原住民族成員之個別原住民，其認同並遵循傳統文化生活之權利，雖未為憲法所明文列舉，惟隨著憲法對多元文化價值之肯定與文化多元性社會之發展，並參諸當代民主國家尊重少數民族之發展趨勢(註 1)，為維護原住民之人性尊嚴、文化認同、個人文化主體性及人格自由發展之完整，進而維繫、實踐與傳承其所屬原住民族特有之傳統文化，以確保原住民族文化之永續發展，依憲法第 22 條、憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定，原住民應享有選擇依其傳統文化而生活之權利。此一文化權利應受國家之尊重與保障，而為個別原住民受憲法保障基本權之一環。

⁹ 司法院釋字第 803 號解釋理由書，段碼57。

(二) 釋字第 803 號解釋仍未承認原住民文化權具有集體權性質

較為可惜的是，關於原住民文化權是否具有集體權性質乙節，儘管司法院大法官舉行言詞審理前曾對外公佈其中一項爭點為「我國憲法是否保障原住民(族)(狩獵)文化權？上述權利之憲法依據、理論基礎、內涵及範圍為何？其性質屬於個人權或群體權或二者兼具？」¹⁰，包括鑑定人、關係機關、監察院國家人權委員會等多數意見均認為原住民(族)(狩獵)文化確係憲法保障的權利，且性質屬於兼具個人權與群體權¹¹，但大法官或許係因為集體權於憲法上涉及各種複雜因素本不易處理，再加上不是做成解釋的必要條件¹²，最後因此錯失臨門一腳的機會，令人感到惋惜¹³。但誠如黃昭元大法官於部份不同意見書所言，系爭解釋並未阻絕將來於適當案件承認上述集體權性質之文化權的憲法解釋空間，更沒有排除或阻止立法、行政機關於相關法令中，承認上述集體權之立法及政策空間，只是暫不處理這個憲法問題¹⁴。尤有甚者，當大法官先承認具「憲法位階」、屬個人權性質的原住民文化權，我國法律體系中又不乏具「法律位階」、屬集體權性質的文化權(例如原住民族智慧創作保護條例或原住民族基本法第 21 條諮商同意權)，未來如果原住民個人與部落或族群發生衝突時，此際究竟有無基本權衝突的問題，又或者是「憲法位階」必然大於「法律位階」，屆時關於集體權的討論恐將無可避免。加拿大魁北克省印第安族莫霍克人(Mohawk)之保留地卡納瓦克(Kahnawà:ke)在 2018 年即發生類似的問題，一名女性族人的丈夫並非莫霍克人，遭莫霍克議會依卡納瓦克身分法「結婚外人，離開此地」條款驅逐，最後魁北克省高等法院作成判決宣告系爭條款違憲¹⁵。

(三) 涉及原住民文化權之法規範審查密度

由於釋字第 803 號解釋涉及原住民文化權與環境生態保護的衝突，大法官固認為原住民狩獵文化權應受憲法保障，但為兼顧野生動物之保護，仍非不得以法律或法律明確授權之命令予以適當之限制；其並明揭應以中度標準審查限制目的是否在追求重要公共利益，以及手段與目的之間是否具有實質關聯且未過當¹⁶。對此，黃昭元大法官除認為原住民族狩獵文化權屬憲法保障之重要基本權利，以及事前許可制在憲法法理上應受嚴格審查外，其更明白指出原住民族權利在憲法

¹⁰ 參司法院新聞稿，網址 <https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-1887-384203-34164-1.html>

¹¹ 詳細整理請參閱蔡志偉，從「王光祿釋憲案」論原住民族狩獵文化權利的憲法保障，臺大法學論叢，第 51 卷第 3 期，2022 年 9 月。

¹² 參許志雄大法官在釋字第 803 號解釋部份協同部份不同意見書，原文：由於集體權於憲法上涉及各種複雜因素，尤其攸關人權之本質及第三代人權之引進等嚴重問題，本不易處理，加以尚非本案解釋上不得不面對之課題，故屬集體權性質之原住民族文化權是否為憲法保障之基本權，本號解釋抱持審慎態度，未予置喙。

¹³ 參李震山，簡析司法院釋字第 803 號解釋中「原住民族狩獵文化權」與憲法「集體權」之關係，月旦實務選評，第 3 卷第 11 期，2022 年 11 月，頁 80-81。

¹⁴ 參黃昭元大法官在釋字第 803 號解釋部份不同意見書，頁 4。

¹⁵ 詳細案例說明，參李欣儒，原住民族集體權初探-以文化權為核心，臺灣原住民族法學，第六期，頁 49-65。

¹⁶ 參司法院釋字第 803 號解釋理由書，段碼 22。

上有其特殊地位，放在台灣原漢關係歷史、憲法明文承認原住民族特殊地位的脈絡下，認為這是國家應追求的重要政策目標，甚至是應盡的憲法義務，而應以嚴格審查標準進行審查¹⁷。本文認為上開見解殊值贊同，尤其台灣原住民族在我國多數決的民主程序中無法獲得公平參與的機會；儘管依憲法增修條文第4條第1項之規定，平地原住民及山地原住民各有三席立法委員，惟在此種隔離選舉的方式底下，原住民族根本無從透過民主程序影響絕大多數立法委員的立法意志，就算已經超額擁有六名國會席次的保障，在多數決的遊戲規則下，仍難逃寡不敵眾的命運¹⁸。因此，台灣原住民族為與社會大眾分離與隔絕的少數，任何限制原住民(族)權利之立法均應受嚴格之審查。

以釋字第803號解釋所涉槍砲彈藥刀械管制條例為例，大法官認為立法者原則上享有立法裁量權限；立法者僅就原住民自製獵槍（魚槍）之相關行為予以除罪化，係立法政策之選擇云云。姑且不論上開審查標準是否過於寬鬆，但大法官尊重立法裁量權限之際，卻完全忽略槍砲彈藥刀械管制條例第20條關於原住民「自製獵槍」始能除罪的規定，實係行政機關一連串欺騙原住民立法委員、甚至行政怠惰下的產物。結果「自製獵槍」這個歷史錯誤不但沒有藉由釋字第803號解釋予以修正，大法官反而還量身訂做「立法裁量權限」、「立法政策選擇」等理由為國家錯誤的行為背書，國家元首力推的原住民族歷史正義與轉型正義，似乎與大法官形同陌路。

二、 裁判憲法審查制度如何回應原住民文化權

(一) 簡介裁判憲法審查制度

由於過去《司法院大法官審理案件法》不敷我國實務運作，為完善我國憲法審查制度，實現憲法保障人權之意旨，司法院遂於107年3月26日召開院會，審議通過《憲法訴訟法》草案；其中一項重大變革即建立「裁判憲法審查」制度，使大法官憲法審查效力擴及於法院確定終局裁判，提供人民完整而無闕漏之基本權保障¹⁹。草案經立法院審議通過，並於108年1月4日修正公告、111年1月4日正式施行。

有別於舊制違憲審查標的僅限於確定終局裁判所適用之法規範，新制將法院裁判作為違憲審查之對象，其法理基礎在於憲法是國家的根本大法，具有保障人民基本權利功能的最高效力，所有國家權力的行使，皆不應違背憲法的規定，更應致力於保障人民在憲法上的基本權利。當國家權力的行使（例如法律、命令）有違反憲法的疑慮時，憲法審查相關制度就應該裁決這些國家權力行使是否合憲，守護人民的基本權利，免於國家權力的恣意侵害。而這些可能侵害人民憲法上權

¹⁷ 參黃昭元大法官在釋字第803號解釋部份不同意見書，頁7-8。

¹⁸ 詳參釋字第803號解釋王光祿釋憲補充理由書。

¹⁹ 司法院第167次會議通過「憲法訴訟法」草案新聞稿：<http://jirs.judicial.gov.tw/GNNWS/NNWSS002.asp?id=323443&flag=1®i=1&key=%BE%CB%Ak%B6D%B3%5EAAk&MuchInfo=&courtid=>，最後瀏覽日：

利的國家權力，不僅包括立法權與行政權，也包括司法權²⁰。因此，法院裁判亦應受憲法拘束，在有違憲情狀時由釋憲機關予以審查即有其法理正當性²¹。

(二) 憲法法庭有效控制裁判憲法審查之案件

裁判憲法審查制度固然可以提升基本權保障密度，將法院裁判一併納入違憲審查之範圍，論者卻也憂心憲法法庭將面對其直接帶來的案件數量衝擊²²。為因應新制帶來之衝擊，避免不具憲法重要性或非為貫徹聲請人基本權利所必要之案件影響憲法法庭審理案件之效能，進而排擠其他具憲法重要性之案件²³，聲請人除須具備「聲請權能」、並「窮盡審級救濟程序」之要件外，憲法訴訟法第61條另行設計選案制度，由大法官三人組成之審查庭，審查聲請案件是否符合「憲法重要性」或「為貫徹聲請人基本權利所必要」之要件，並得以一致決為不受理之裁定；若不能達成一致決之不受理者，則由憲法法庭評決受理與否²⁴。對此，學者比較德國聯邦憲法法院法之規定，認為我國選案制度並不具有篩選過濾案件之功能，毋寧彷彿在極力避免審查庭恣意作成程序不受理之一致決裁定；並預測未來人民聲請裁判憲法審查程序受理與否之裁決主要戰場，仍在憲法法庭，而非審查庭²⁵。若從著名的布農族獵人王光祿第二次聲請釋憲的案例來看，確實是透過憲法法庭來評決不受理²⁶；但若對照憲法法庭111年統計年報，111年由各審查庭三位大法官一致決作成不受理裁定比例高達99.21%²⁷，上述學者之預測是否成真，仍有待商榷。

回到布農族獵人王光祿第二次聲請釋憲的案例來看，儘管通過審查庭99%的篩選，但來到憲法法庭進行評決的結果，憲法法庭乃援引法訴訟法第59條、第61條第1項及第32條第1項等規定，以及憲法法庭111年憲判字第8號判決意旨，認聲請意旨「難謂本件聲請已敘明系爭判決之法律見解對於聲請人所涉基本權利之理解或權衡，確有發生根本上錯誤或有重大遺漏之情形，而於系爭解釋作成之後，仍具受理並作成判決之憲法重要性。」因而不受理本件裁判憲法審查之聲請。然而，本文認為憲法法庭援引111年憲判字第8號判決之內容，旨在說明憲法法庭實質審查後「如何判斷是否構成違憲」，屬於實體論的問題；至於憲法

²⁰ 憲法訴訟法第59條立法理由參照。

²¹ 參吳信華著，憲法訴訟基礎十講，2019年9月，初版，頁90。

²² 參林鈺雄，裁判憲法訴訟新制之挑戰—以刑法實體法規範之違憲審查為例，台灣法律人，2022年11月，第17期，頁32。

²³ 憲法訴訟法第61條立法理由參照。

²⁴ 憲法訴訟法第61條：本節案件於具憲法重要性，或為貫徹聲請人基本權利所必要者，受理之（第1項）。審查庭就承辦大法官分受之聲請案件，得以一致決為不受理之裁定，並應附理由；不能達成一致決之不受理者，由憲法法庭評決受理與否（第2項）。前項一致決裁定作成後十五日內，有大法官三人以上認應受理者，由憲法法庭評決受理與否；未達三人者，審查庭應速將裁定公告並送達聲請人（第3項）。

²⁵ 參楊子慧，裁判憲法審查初探，政大法學評論，第160期，頁196。

²⁶ 案號憲法法庭112年度憲裁字第30號裁定，網址<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=40&id=350083>

²⁷ 參憲法法庭111年統計年報，頁8。

訴訟法第 61 條則係將「是否具有憲法重要性」定性為是否受理聲請之要件，乃程序論的問題²⁸，二者分屬不同層次，實不應相提並論。憲法法庭為減少案件進入實質審理階段，逕將二者混為一談，論理上恐有瑕疵。憲法法庭如此極力避免案件進入實質審理，才導致裁判憲法審查制度運作至今，只有憲法法庭 111 年度憲判字第 8 號僅此一件實體判決。如此情況讓人不禁反思，當司法院大刀闊斧進行違憲審查制度的重大改革，結果十五位大法官一年做成的實體判決(或解釋)從 110 年的 14 件提升到 111 年的 20 件，是否真的能夠達成當初修法之目標(參前註 8)，恐怕還需要更多時間的觀察。

另一方面，由於裁判憲法審查的實體判決少之又少，當我們要進一步討論裁判憲法審查制度究竟該如何操作，是否仍能沿用過去運作許久的違憲審查標準或比例原則等法學方法時，也只剩【改定親權事件暫時處分案】可以作為討論之依據，實屬可惜。

(三) 憲法法庭介入審查裁判違憲之可能-以憲法法庭 111 年度憲判字第 8 號判決為例

裁判憲法審查即使經審查庭或憲法法庭評決予以受理，接下來要面臨的是更嚴峻的問題，也就是憲法法庭究竟在何種情況下可以介入審查、推翻各級法院的裁判結果，事涉憲法法庭與各級法院權限之劃分，也要避免憲法法庭實質成為「第四審」之困境，始終是採行裁判憲法審查制度無法迴避的問題²⁹。

對於上述問題，憲法法庭在其 111 年度憲判字第 8 號【改定親權事件暫時處分案】判決中，設定難謂具體明確的判斷標準，賦予自己相對寬鬆的裁量餘地³⁰。憲法法庭在該判決中指出：「按法律之解釋與適用，包括事實之認定與構成要件之涵攝，其正確與否，一般而言係屬各級法院及其審級救濟之權責，原則上應不受憲法法院之審查。憲法法院僅得於法律之解釋與適用構成違憲時，始得介入審查。如何判斷是否構成違憲，難有如水晶般透明之標準，基本上應許憲法法庭擁有一定裁量餘地，俾能顧及個案特殊情況所需。惟一般而言，當各級法院對於法律之解釋或適用係基於對基本權根本上錯誤之理解，且該錯誤將實質影響具體個案之裁判；或於解釋與適用法律於具體個案時，尤其涉及概括條款之適用，若有應審酌之基本權重要事項而漏未審酌，或未能辨識出其間涉及基本權衝突，致發生應權衡而未權衡，或其權衡有明顯錯誤之情形，即可認定構成違憲。至訴訟程序中之指揮進行，原則上屬各級法院權責，惟若違反憲法正當法律程序之要求者，

²⁸ 同樣區分程序論和實體論之見解，參李建良，行政法院審判與裁判憲法審查，月旦法學雜誌，第322期，2022年3月，頁6-31；楊子慧，前揭註25，頁143-208。

²⁹ 論者以德國為例，指出縱使聯邦憲法法院業已發展出前述幾項極為抽象的審查準則，實際操作仍無以避免滋生審查界限何在之爭議；甚至認為專業法院對於法適用之過程與結果究係如何被認定為違憲，仍是難解之謎，全憑聯邦憲法法院的價值決定獨斷與裁決。詳參楊子慧，前揭註25，頁188。

³⁰ 參吳信華，憲法法院對法院裁判的「審查範圍」--憲法法庭111年憲判字第8號判決評析，全國律師，2023年9月，頁13。

亦應同受裁判違憲審查³¹。」等語。

論者將憲法法庭上開見解區分成二部份³²，前半段先簡要論述憲法法院與專業法院各有其權限分配，確認「憲法法院僅得於法律之解釋與適用構成違憲時，始得介入審查。」惟此尚難有一定標準，「基本上應許憲法法庭擁有一定裁量餘地」；後半段則列出四種憲法法院可審查法院裁判合憲性的情狀：一、對於法律之解釋或適用係基於對基本權根本上錯誤之理解（且該錯誤將實質影響具體個案之裁判）。二、於解釋與適用法律於具體個案時（尤其涉及概括條款之適用），有應審酌之基本權重要事項而漏未審酌。三、於解釋與適用法律於具體個案時，未能辨識出其間涉及基本權衝突，致發生應權衡而未權衡，或其權衡有明顯錯誤。四、訴訟程序中之指揮進行，違反憲法正當法律程序之要求。

本文以下將嘗試依照上述憲法法庭可審查法院裁判合憲性的情狀，分別從原住民文化權的角度，審視近年幾個重要法院實務見解是否合乎憲法意旨，以及有無透過裁判憲法審查制度予以修正之可能。

參、我國法院實務對原住民文化權的多元詮釋

一、 刑事法院(以最高法院 109 年度台上字第 3148 號刑事判決為例)

(一) 判決背景事實

某甲為卑南族原住民，於民國 107 年 5 月 22 日 16 時許至同年月 23 日 13 時許間之某時段，先由其不知情之女兒自用小客車，將甲載至臺東縣延平鄉山區之行政院農業委員會林務局臺東林區管理處所管領之延平事業區第 14 林班地（非屬保安林）國有林地之產業道路入口處，甲再徒步至延平第 14 林班地某處，以頭燈探照牛樟樹洞搜尋牛樟菇，再進入樹洞，以在現場利用刀子削成之木頭及徒手刮取之方式，採集牛樟菇 220.5 公克（含袋重）。嗣甲致電女兒請求接送，後由不知情之弟駕駛汽車前往接送。二人會合後，由甲駕駛系爭汽車離去，其後因警方認系爭汽車形跡可疑攔停盤查，經甲同意搜索，從系爭汽車扣得系爭牛樟菇。

(二) 歷審法院判決³³理由

由於行為人自始即承認確有採集牛樟菇之行為，第一審法院隨即針對本案是否為原住民族依其生活慣俗需要而採取森林副產物進行討論。第一審法院認為無論是文化、傳統抑或生活慣俗，均具有高度屬人性，因此不具某原住民族身分者，自無繼承、傳承該原住民族文化、傳統或生活慣俗可言；進而推導出原住民族基本法(下稱「原基法」)第 19 條³⁴應限於原住民僅得在其所屬民族之原住民族地區

³¹ 參憲法法庭 111 年度憲判字第 8 號判決第 30 段。

³² 參吳信華，前揭註 30，頁 4-13。

³³ 包括臺灣臺東地方法院 108 年度原訴字第 20 號刑事判決、臺灣高等法院花蓮分院 108 年度原上訴字第 57 號刑事判決、最高法院 109 年度台上字第 3148 號刑事判決

³⁴ 原住民族基本法第 19 條：（第 1 項）原住民得在原住民族地區及經中央原住民族主管機關公告之

為該條所列非營利行為，並將原住民族地區限於所屬民族者，視為原基法第 19 條規定之「隱藏構成要件」。基於同一理由，第一審法院認為森林法第 15 條第 4 項之「原住民族傳統領域土地」，亦應為相同解釋，限於各自原住民族所屬之傳統領域土地。最後，第一審法院根據延平鄉公所公文、以及原住民族委員會「原住民族傳統領域土地調查成果查詢系統」，認定本件被告行為地屬原住民族為延平鄉永康部落（布農族）及鹿野鄉永昌部落（阿美族）傳統領域；因本件被告既非布農族或阿美族原住民，其縱與布農族原住民有所往來，仍不得主張對本案行為地有採集菌類、森林副產物之權利。

第二審法院基本上維持相同法律見解，並在被告及其辯護人請求傳喚鑑定證人馬來盛³⁵時，儘管鑑定證人為卑南族田野資料之提供者，且經由其祖父馬智禮口述而知悉過往領域變動之情事，並說明基於與布農族間之分享關係，卑南族曾至布農族人領域活動等情；但法院卻僅因鑑定證人未親身經歷原住民族部落間領域劃分之經過，且無法確定布農族分批遷移、以及傳統領域變更範圍之時間，在未詳述其判斷依據與理由的狀況下，斷言依該證言無法認定採集區域為卑南族傳統領域³⁶。另一方面，第二審法院根據鑑定證人馬來盛證稱卑南族人會在傳統領域內採集黃藤心、野菜、木耳等可食用之物，反面推論未包括近幾年方知可食用或供作藥用之牛樟菇；並認為相關文獻資料，僅能證明原住民族於近 10 多年有食用牛樟菇解酒之方式，與所謂傳統習俗之概念有別，因此否認卑南族有採取牛樟菇之生活慣俗、傳統文化或祭儀。

案件上訴至最高法院，同樣維持下級審法律見解。第三審法院認為原住民族傳統領域土地之劃設係根據部落耆老的口述、相關文獻記載、當地遺址等等來記錄部落曾經生活的領域，與推行原住民行政而供原住民族使用之原住民「保留地」有別；因此，森林法第 15 條第 4 項所稱「傳統領域土地」具有地域性，且以「部落」為中心規範團體生活，成員彼此間相互依存。最後，最高法院據以得到「原住民族採取森林產物、野生植物及菌類，除須具有原住民族身分，並符合其傳統文化、祭儀、自用等目的及非營利行為外，尚須於其傳統領域土地內為之，否則若不顧該傳統領域之文化、祭儀、祖靈或習慣，任由其他族別或部落之原住民擅入別族或他部落之土地內採取森林產物，自有違原住民族基本法及森林法之基本精神。」之結論，駁回被告上訴。

(三) 評析

海域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。(第2項)前項海域應由中央原住民族主管機關會商中央目的事業主管機關同意後公告。(第3項)第一項各款，以傳統文化、祭儀或自用為限。

³⁵ 為第三屆總統府原住民族歷史正義與轉型正義委員會委員卑南族代表、從事卑南族田野調查工作。

³⁶ 范耕維，森林法第15條第4項傳統領域概念之適用與檢討——評最高法院109年度台上字第3148號刑事判決及其歷審判決，法律扶助與社會，第9期，頁35。

關於最高法院見解，學者認為有以下錯誤³⁷：一、錯誤地由財產權概念來理解傳統領域；二、錯誤地以傳統領域作為合法採集行為的判斷基準；三、違反罪刑法定原則之嫌；四、忽略傳統領域概念與歷史記憶間的關係。本文贊同前揭學者之評論，並從原住民(族)文化權保障的角度，補充說明如下。

1. 法院判決係基於對原住民族傳統領域的錯誤理解

首先，法院援引《原住民族土地或部落範圍土地劃設辦法》第3條第2款之規定，說明「原住民族傳統領域土地」係指「經依本辦法所定程序劃定之原住民族傳統祭儀、祖靈聖地、部落及其獵區與墾耕或其他依原住民族文化、傳統習慣等特徵可得確定其範圍之公有土地。」固非無據；然其透過財產權之觀點來詮釋傳統領域概念，即有誤解傳統領域與財產權此二組概念之虞。蓋從時間上看，傳統領域係指在市民政權出現之前，原住民族基於對土地與其自然資源之繼續占有、使用而取得之權利³⁸，因此與後來進入台灣的現代國家法制的財產權概念未必相符。進一步探究傳統領域的概念亦可知，傳統領域作為依據原住民族文化傳承與生活慣俗所建構之特定空間，應被理解為經由集體的歷史與人文環境間之相互影響所形成，而具有流動性、可變動性的生活文化區域，並非如所有權般具有不可變動性與排他性之概念³⁹。論者並進一步指出二者之差別在於市民法下之財產權採取線性時間的邏輯，故有確認權利產生於特定時點並據此確立權利範圍之必要；反之，傳統領域採生態時間的思考，並非從找出作為核心基準的時間點來界定其權利範圍，而是要從「什麼樣的權利與權利主體間的合作，可以維持最好的人地關係」來思考權利內涵⁴⁰。

詳言之，在混淆傳統領域與財產權的概念脈絡下，基於財產權的排他性，最高法院進一步推導出「若不顧該傳統領域之文化、祭儀、祖靈或習慣，任由其他族別或部落之原住民擅入別族或他部落之土地內採取森林產物，自有違原住民族基本法及森林法之基本精神。」之結論，再透過刑罰手段處罰侵害他人法益之行為。然而，這樣的法律見解毋寧扼殺不同族群或部落之間在傳統領域認定上出現重疊的可能性，也未必符合保障原住民(族)文化權之憲法意旨。蓋聯合國經濟社會文化權利國際公約第21號一般性意見第12段即指出：「文化這一概念絕不可看作是一系列孤立的表象或密封的隔間，而應看作是一個互動的過程，在此過程中，個人和群體在保留自己的特點和目的的同時也表現了人類的文化。」既然傳統領域係由集體的歷史與人文環境間之相互影響所形成，則不同族群或部落對於傳統領域的認定，就有可能隨著時代演進、族群互動而產生不同可能。例如卑南族與布農族曾因為自然獵場領域重疊，雙方為爭奪鹿野高台獵場，持續超過一百

³⁷ 范耕維，前揭註36，頁26。

³⁸ 轉引自黃居正，憲法解釋與原住民權利，收錄於《憲法解釋之理論與實務》第六輯，頁457。

³⁹ 范耕維，前揭註36，頁41。相同觀點參高宗良、林怡先、陳永森，由民族自治觀點分析臺灣原住民族傳統領域權利關係，環境與世界，33期，2019年12月，頁3。

⁴⁰ 官大偉，原住民族傳統領域：不易面對的真相，台灣國際法季刊，14卷3期，2017年9月，頁132-133。

六十年的流血衝突，最後在日治時期由本案鑑定證人馬來盛的祖父馬智禮⁴¹的調停下，雙方達成和解，卑南族同意將鹿野高台獵場給布農族居住，並由雙方共享獵場、彼此不再武力相向⁴²，即為適例。

另外附帶一提的是，本案第二審法院在認定行為地點是否屬於被告傳統領域範圍時，捨棄鑑定證人馬來盛證稱該地點為卑南族與布農族共享傳統領域之說法，逕採延平鄉公所公文、以及原住民族委員會「原住民族傳統領域土地調查成果查詢系統」作為依據，本文認為此種片面採用國家調查結果的作法，毋寧係單方面站在國家的角度來詮釋原住民族文化，並不妥適。論者即指出，文化證據的調查往往需要仰賴植基於集體歷史記憶的原住民族社群成員口述內容，即使未親身經歷者也能一起分享，透過口語相傳成為共同記憶。因此，面對多元的歷史記憶，應以尊重的態度持續溝通形塑其內涵，減少國家直接介入決定官方版本的可能⁴³。實則，由於現代國家法制將土地視為財產權的客體，原住民族傳統領域也因此質變而被滲入財產權的排他性質，結果就是領域範圍必須要有明確界線、甚至還要特別排除公有土地，已完全背離傳統領域的原始意義。另一方面，經濟及社會文化權利公約第 21 號一般性意見指出：「締約國在所有涉及原住民族特殊權利的問題上應尊重原住民族自由、事先和告知同意的原則。」倘由國家來片面決定原住民族文化的有無及其內涵、範圍，恐與上述尊重原住民族自決之意旨相違。

綜上，本文認為本件法院判決理由用財產權觀點來詮釋傳統領域概念，其所為之法律解釋已嚴重悖離原住民族傳統領域之內涵；法院根據這樣錯誤的法律解釋，進而推導出「原住民只能在所屬族群傳統領域範圍內合法採集」之結論，均與憲法保障原住民文化權之意旨不符，應可認為係「對於法律之解釋或適用係基於對基本權根本上錯誤之理解」，符合憲法法庭得針對裁判進行憲法審查之要件。

2. 法院認被告採集牛樟菇之行為非依其生活慣俗需要，亦非基於傳統文化或祭儀所為，有應審酌之基本權重要事項而漏未審酌之情形。

其次，第二審法院認為「卑南族人會在傳統領域內採集黃藤心、野菜、木耳等可食用之物，顯然並未包括近幾年方知可食用或供作藥用之牛樟菇甚明。」、「僅能證明原住民族於近 10 多年有食用牛樟菇解酒之方式，惟均未能證明卑南族人有食用牛樟菇治病之傳統習俗」、「有關卑南族相關資料部分，則未曾論及其採集菇類之傳統文化，則卑南族是否有採取牛樟菇之生活慣俗、傳統文化或祭儀，自非無疑。」等語，似有意將「原住民享有選擇依其傳統文化而生活之權利」限縮在已知的、年代久遠的、依文獻資料可被證實的，才稱得上是「傳統文化」而適用相關除罪條款。

⁴¹ 曾為卑南族初鹿社的領袖。

⁴² 參張躍贏，228中的八大寇 蔣介石送他一座山，新新聞，2007年2月17日。

⁴³ 參范耕維，看見原住民族文化的刑事審判制度-以實證研究為基礎的司法政策分析，台灣法律人，第16期，2022年10月，頁81-82。

然而，依經濟社會文化權利國際公約第 15 條第 1 項第 1 款、第 2 款規定：「本公約締約國確認人人有權參加文化生活；享受科學進步及應用之惠」，論者即援引聯合國人權事務委員會之判例指出，原住民過著傳統生活方式的權利，不僅僅包括用以前的方式過生活，即使少數民族借助現代科技，改善其經濟活動的進行方式，也不影響其權利，其主要原因在於公約中文化權保障的重點在於保護少數民族與土地資源利用高度關聯的生活方式（way of life）⁴⁴。另一方面，聯合國經濟社會文化權利國際公約第 21 號一般性意見第 12 段亦指出：「文化是一個廣泛、包容性的概念，包括人類生存的一切表現。『文化生活』一詞明確提到文化是一個歷史的、動態的和不斷演變的生命過程，有過去、現在和將來。」因此，文化會隨著社會成員組成、科技演進而跟著改變，其並非凍結在歷史特定時間點的生活狀態⁴⁵。

承上，既然兩公約關於文化權保障的重點在保護少數民族與土地資源利用高度關聯的生活方式，當被告已提出具體事證證明卑南族確實有採集野生植物及菌類之習慣時，無論採集牛樟菇是否近年才被卑南族廣泛使用，都在原住民利用土地資源的範疇內，而屬於「原住民享有選擇依其傳統文化而生活之權利」。反過來說，如果將原住民文化凍結在歷史特定時間點的生活狀態，而禁止原住民持續隨著時間演進而發展出更多樣的生活方式，將使得原住民文化失去向後發展的可能而無以為繼，無助於文化多樣性目標之達成。

綜上，第二審法院排除近年來在卑南族社群中發展出來採集牛樟菇的文化行為，已嚴重限縮原住民文化權之範圍，牴觸兩公約關於文化權保障之意旨，應可認係「於解釋與適用法律於具體個案時（尤其涉及概括條款之適用），有應審酌之基本權重要事項而漏未審酌」，符合憲法法庭得針對裁判進行憲法審查之要件。

3. 事實審法院未依職權調查被告是否基於非營利自用目的採集牛樟菇，已違反憲法正當法律程序之要求。

再者，第二審法院除上述關於生活慣俗需要(森林法第 15 條第 4 項)或傳統文化、祭儀(原基法第 19 條)要件之認定外，對於被告主張「非營利自用」之答辯，僅以「被告未曾提出所採集之牛樟菇係供其自用之相關證據。故雖辯稱係基於傳統且自用云云，顯然不可採信。」為由，予以否決，本文認為法院未依職權調查、已違反憲法正當法律程序之要求，符合憲法法庭得針對裁判進行憲法審查之要件。

蓋依刑事訴訟法第 163 條第 2 項規定：「法院為發見真實，得依職權調查證據。但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之。」關於「非營利自用」要件之審查，攸關被告能否主張「原住民享有選擇依其傳統文化而生活之權利」，而該權利在釋字第 803 號解釋中已被認為係重要的基本權

⁴⁴ 參鄭川如，從兩人權公約檢視原住民狩獵權，輔仁法學，第52期，2016年12月，頁225。

⁴⁵ 參鄭川如，前揭註44，頁240-241。

利，要屬對被告利益有重大關係之事項，法院應依職權調查之。

另外，最高法院過去在 107 年度台非字第 153 號刑事判決中亦指出：「原住民若非因營利，基於傳統文化、祭儀或自用之需求，從事獵捕野生動物，乃屬憲法及國際人權公約保障之基本權利。除非有事實足認該原住民係基於營利目的，而從事獵捕野生動物之例外情事，否則就其從事獵捕野生動物，即應從寬認定係基於傳統文化、祭儀或自用之供作生活需求。」業已揭示除非有事實足認該原住民係基於營利目的，否則應從寬認定原住民基於傳統文化、祭儀或自用之供作生活需求。換句話說，從「有事實足認」即可說明法院認為此際的舉證責任應由檢察官負擔，始符合憲法及國際人權公約保障基本權利之意旨。儘管上述最高法院判決係針對獵捕野生動物之行為，但與本件採集野生植物及菌類同列於原基法第 19 條之規定，本質上均為原住民自然資源權利之行使，並無任何不同，應可加以援用。

綜上，本文認為既然本件被告已表示其採集牛樟菇係作為治療膝關節和腰痛使用，在檢察官無法提出具體事證足認被告係基於營利之目的情況下，法院即應依職權調查、並從寬認定。第二審法院以被告未提出自用之證據為由，駁回被告之答辯，已違反憲法正當法律程序之要求，要屬憲法法庭得針對裁判進行憲法審查之範圍。

二、 民事法院(最高法院 108 年度台上大字第 1636 號民事裁定為例)

(一) 最高法院 108 年度台上大字第 1636 號民事裁定背景事實

甲（原住民）以未經全體繼承人同意之協議書，於辦理繼承分割登記後，將屬原住民保留地（下稱原保地）之遺產 A 地登記為其所有。嗣非原住民乙為經營民宿，出資購買 A 地及興建 B 屋，且為擔保該出資及取得 B 屋之占有權源，由甲處取得 A 地之抵押權、地上權後，繼與原住民丙成立借名登記契約，再以丙之名義與甲簽訂 A 地買賣契約，甲即將 A 地所有權移轉登記予丙。丁為繼承人之一，依民法第 828 條第 2 項準用第 821 條本文及第 767 條第 1 項中段；或民法第 831 條準用第 828 條第 2 項、第 821 條本文、第 179 條、第 184 條第 1 項前段、第 213 條、第 242 條及第 113 條規定，起訴請求：丙塗銷 A 地之所有權登記；乙塗銷 A 地之抵押權暨地上權登記；甲塗銷分割繼承登記。

(二) 法院見解

1. 判決主文：非原住民乙欲購買原住民甲所有原保地經營民宿，為規避山坡地保育利用條例第 37 條第 2 項、原保地開發管理辦法第 18 條第 1 項規定，乃與原住民丙成立借名登記契約，以丙名義與甲簽訂買賣契約，甲以該地為乙設定地上權後，將所有權移轉登記予丙。乙丙間之借名登記契約、甲丙間之買賣契約、甲為乙設定地上權及將所有權移轉登記予丙之行為，無異實現非原住民乙取得原保地所有權之效果，自違反上開禁止規定，依民法第 71 條

本文規定，應屬無效。

2. 關於本件裁定主文之呈現方式，曾有論者認為民事大法庭或許擔心個案見解影響範圍會過廣，才會在主文中破天荒加入對於事實及法律的敘述，試圖限縮該法律見解之適用範圍⁴⁶。對此，本件裁定主筆之最高法院法官曾回應指出裁定主文言簡意賅，係精準回應提案問題的原因事實，符合大法庭向來風格，並無迴避或限縮之意圖⁴⁷。
3. 至於裁定理由部份，民事大法庭首先說明憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項前段之規定，為有拘束力之憲法規範，司法機關有遵守之義務。接著認為原保地乃文化經濟發展之載體，與原住民族文化及經濟生活保障密不可分；山坡地保育利用條例第 37 條第 2 項、原保地開發管理辦法第 18 條第 1 項係為確保原保地永續供原住民族（集體及個人）所用，以落實維護、保障原住民族文化、經濟土地及生存權而制定之法規。上開法規固然限制原保地所有權之移轉對象以原住民為限，於形式上有差別待遇；但民事大法庭經過違憲審查的操作後，認為該限制為符合目的之必要手段。最後再綜合考量系爭規定之規範目的、倫理性質、實效性、法益衝突情形、締約相對人期待、信賴保護利益與交易安全，暨契約當事人之誠信公平等相關事項，自應否認違反系爭規定之私法行為效力，始得落實其規範目的，以維保障原住民族國策之公共利益，故違反系爭規定者，應屬無效。

(三) 評析

關於本件大法庭裁定，學者指出存有若干違憲疑慮，未來個案中人民如有不服，於窮盡法定審級救濟程序後，自得以受不利確定終局裁判為標的，依憲法訴訟法第 59 條第 1 項規定，向憲法法庭聲請宣告其違憲之判決⁴⁸。筆者曾於第九屆原住民族傳統習慣與國家法制研討會發表《解析原保地借名登記之爭議—以最高法院 108 年度台上大字第 1636 號裁定》一文⁴⁹，針對上開大法庭裁定提出若干疑慮。以下謹從原住民文化權的角度，嘗試結合裁判憲法審查之要件進行討論。

1. 民事大法庭對於原保地制度目的之詮釋，係基於對原住民文化權根本上錯誤之理解（且該錯誤將實質影響具體個案之裁判）

關於原保地制度之目的，主筆本號裁定之鍾任賜法官曾在第九屆原住民族傳

⁴⁶ 參吳從周，「原保地買賣予非原住民」案—評最高法院108年度台上大字第1636號裁定，月旦裁判時報，第113期，2021年11月，第24頁。

⁴⁷ 參鍾任賜，非原住民得因法律行為而「取得」原保地？—淺論最高法院108年度台上大字第1636號裁定及相關問題，收錄於第九屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會論文集，頁29。

⁴⁸ 李建良，原保地「借名登記契約」的效力—公法規定的私法效力，或私法自治的公法限制？，台灣法律人，6期，2021年12月，第5頁。

⁴⁹ 林秉欒，解析原保地借名登記之爭議—以最高法院108年度台上大字第1636號裁定，收錄於第九屆原住民族傳統習慣與國家法制研討會論文集，頁42-68。

統習慣與國家法制研討會中表示「原保地制度，係為保障原住民族集體文化、經濟利益，非僅原住民個人之基本權，而包括原住民族之文化（集體）權、生存權，乃其一。原住民族文化之形成與特色，與原保地之使用、管理方式具關聯性，是形成原住民族制度性保障之重要依憑，為其二。原保地非單純經濟問題，尚與原住民族文化密切關聯，如同採集、漁獵及祭祀文化為憲法所保障，其屬基本國策位階，對行政、立法、司法均具拘束力，是其三⁵⁰。」其以憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項之規定出發，將原保地制度目的從保障原住民個人基本權，擴大至保障原住民族集體文化、經濟利益的集體權面向，固然有其立論基礎。

然而，回歸原保地開發管理辦法第 3 條之文義⁵¹，立法者僅揭示「保障原住民生計」、「推行原住民行政」之立法目的，並未提及「集體權」或「承載原住民族集體文化」。更甚者，論者指出原保地制度某種程度甚至可以認為這樣的制度是日治時期「理蕃」政策的延續，只不過統治者從日本政府改變為中華民國政府，統治的手段做了更為細膩化的修飾而已⁵²。亦有認為原保地制度原本就不是為了原住民傳統文化生活而設計，導致這種殖民者對於被殖民者的態度，在現今原保地的運作下，仍可看出端倪⁵³；甚至認為如果此等統治、恩給之制度目的迄今並未改變，則此一措施之目的正當性甚為可疑⁵⁴。從上開論點以觀，最高法院對於原保地制度的闡述，毋寧淡化、甚至扭轉原保地制度的殖民色彩。儘管其立意良善，惟本文認為此涉及制度的重大變革與轉型，且要將集體權保障的概念融入屬於個人的所有權，勢必無法避免集體權和個人權衝突的問題，允宜由立法者以法律定之，而不適合由司法權越俎代庖。

綜上，系爭大法庭裁定將原保地制度之目的與保障原住民族文化相連結，顯然無視該制度濫觴於日治時期的殖民手段，係對原住民文化權根本上錯誤之理解，要屬憲法法庭得針對裁判進行憲法審查之範圍。

2. 民事大法庭在論證「禁止原保地所有權移轉予非原住民」為民法第 71 條禁止規定之過程，並未考慮各族群或部落關於土地治理的差異性，有應審酌之基本權重要事項而漏未審酌。

上開大法庭裁定在論證的過程中，曾援用公政公約第 27 條：「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」作為

⁵⁰ 參鍾任賜，前揭註47，

⁵¹ 原保地開發管理辦法第3條：本辦法所稱原保地，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。

⁵² 辛年豐，原保地的制度困境與革新芻議：法規範面的檢討，科技部補助專題研究計畫成果報告(期末報告)，第31-32頁。

⁵³ 許育典，原住民文化集體權在憲法的保障：以原保地為例，台灣法學雜誌，第379期，2019年11月14日，第33頁。

⁵⁴ 參吳秦雯，從憲法保障原住民的觀點論原住民保留地的取得及移轉限制，臺灣原住民族法學，第六期，第99-100頁，第99頁。

其論述依據。然而，綜觀上開大法庭裁定之內容，卻未見任何關於台灣原住民族土地治理傳統慣習的討論，甚為可惜。

一般來說，有關土地所有權的型態可分為「單獨所有」和「共同所有」，但臺灣原住民族傳統社會究竟屬於何種型態，由於原住民族群眾多，其間必有差異，尚難以一概而論⁵⁵。其中，有些承認土地私有的部族，土地成為可交易的客體，不僅同部族間相互租、賣土地，甚至連原、漢之間也有租、賣土地的情形⁵⁶。亦有論者指出，泰雅族在國家法律介入之前的土地產權狀態，其中在承認土地私有的部族中，私有地的所有人有任意使用、收益或處分該地的權利，若讓渡給異族時，必須先經過族眾的同意⁵⁷，即不當然排除私有地轉讓給所屬族群以外之人。換言之，當台灣原住民族長期管領土地，並在與其他原住民個人、群體或其他族群互動的過程中，業已形成其管領土地的傳統習慣或規範，而成為文化的一部分。

然而，當民事大法庭嘗試針對「禁止原保地所有權移轉予非原住民」進行合憲性審查時，徒以保障原住民族文化權與經濟土地發展的名義，卻完全未將上開原住民族土地治理的文化納入考量，恐有牴觸公民與政治權利公約第1條：「一、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。二、所有民族得為本身之目的，自由處置其天然財富及資源……。」之嫌。儘管鍾任賜法官曾表示：「禁止非原住民購買或取得原保地，雖有限制原住民族權利致生違反原住民生存權、財產權或其他基本權之保障之疑義。」等語⁵⁸，已意識到潛在的基本權衝突問題，但其還是忽略此舉恐有違反原住民族土地治理文化之可能。

另一方面，鍾任賜法官還特別強調：「原保地的權利歸屬主體，係以文化與身分認同為基礎，其權利內容亦係含括在原住民族傳統領域權之範疇，係屬憲法肯認與保障之特殊權利，本不在非原住民所得主張或行使的權利項目。」據此推論得到「尚未禁止非原住民購買或取得保留地，確將實質阻礙原住民族繼續依其獨特之社會組織型態，與利用方式使用該土地及自然資源。」之結論⁵⁹。前半段關於「原保地的權利歸屬主體，係以文化與身分認同為基礎」的立論基礎，固與前揭最高法院刑事庭在討論「原住民只能在所屬族群傳統領域範圍內合法採集」的法律意見相同；然而，若貫徹最高法院刑事庭的法律見解，則原保地的權利歸屬主體恐怕也要再加上「所屬族群傳統領域範圍內」，二者才能完整契合。換句話說，不但「非原住民」不能購買原保地，即使是「原住民」也只能購買所屬族群傳統領域範圍內的原保地，才會符合最高法院對於原保地「係以文化與身分認同為基礎」之意旨。簡言之，對某特定族群的原住民族或部落來說，從外地而來

⁵⁵ 顏愛靜、楊國柱著，原住民族土地制度與經濟發展，93年初版，頁18-19。

⁵⁶ 參顏愛靜、楊國柱著，前揭註55，頁34。

⁵⁷ 參林淑雅，解、重構台灣原住民族土地政策，國立臺灣大學博士論文，144-146頁。

⁵⁸ 參鍾任賜，前揭註47，頁24。

⁵⁹ 參鍾任賜，前揭註47，頁25。

的「其他族別原住民」跟「非原住民」並沒有兩樣，與其所屬傳統領域都欠缺文化與身分認同。惟其最後結論卻僅限制「非原住民」購買原保地之權利，而未限縮解釋原住民購買原保地之區域範圍，恐有牴觸平等原則之嫌。

3. 民事大法庭於本件解釋與適用法律時，未能辨識出其間涉及對原保地所有權人之財產權與文化權衝突，致發生應權衡而未權衡，或其權衡有明顯錯誤之情形。

在本件裁定中，民事大法庭藉由集體權來論述原保地制度及其「禁止原保地所有權移轉予非原住民」的正當性，儘管欠缺法律的明確依據，也忽略原保地制度的殖民色彩，但從保障原住民族集體權的角度而言，仍有其正面意義。只是美中不足的是，民事大法庭在論述的過程中，似乎僅將目光焦點集中在「保障原住民族文化權與經濟土地發展」，卻完全忽略在原保地買賣關係中，除了買受土地的非原住民以外，尚有賣出土地的原住民、以及出名登記的原住民，二者權利同樣都會受到「禁止原保地所有權移轉予非原住民」的限制，大法庭裁定卻隻字未提。

對賣出土地的原住民來說，其受憲法保障之財產權無疑首當其衝，不但無法將原保地所有權轉讓給非原住民，也因為限制交易對象的緣故，導致土地之「交易價格」低於市場行情。如此一來，限制交易對象不僅無法達成「保障原住民生計」之立法目的⁶⁰，更因為原保地無法以一般的市場價格衡量，甚至加速原保地違法交易或轉租的現象⁶¹。另一方面，縱使原保地制度確實能夠「保障原住民族文化權與經濟土地發展」（假設語氣⁶²），原住民個人身為群體中的一員，是否沒有選擇、只能被迫接受限制交易對象之手段，非無疑義。蓋聯合國經濟社會文化權利國際公約第 21 號一般性意見第 7 段即指出：「個人決定是否獨自、或與他人聯合行使參加文化生活的權利，是一種文化選擇，並應在平等的基礎上確認、尊重和保護。」申言之，如果原住民個人選擇不參加由原保地建構而成的原住民族文化生活，因此決定將其個人所有之原保地借名登記買賣給其他人，難道這樣的意願就不值得尊重與保護？

另一方面，對於出名登記的原住民來說，立法者限制原保地的交易對象，在限制非原住民購買原保地的權利的同時，也賦予具原住民身分者買受土地之身分特權，而且還不限於自身所屬族群傳統領域範圍內。這些出名登記的原住民在參與原保地借名登記買賣的過程中，基於和借名者的委任契約，或多或少可以獲得相當的利益或報酬，甚至有機會參與共同經營(例如本案)，或至少能夠達到立法者希望原保地維持由原住民所有之目的。姑且不論這些衍伸的利益或特權，是否

⁶⁰ 相同見解，參許育典，前揭註53，頁25。

⁶¹ 參程明修，原住民保留地土地所有權之空洞化現象，臺灣原住民族法學，第3期，頁14-15。

⁶² 系爭大法庭裁定並未具體說明原保地制度跟「保障原住民族文化權與經濟土地發展」有何關聯，故本文對此持保留態度。

為法律所保障之權利，但民事大法庭完全無視其存在，其合憲性審查的過程恐怕過於草率。

綜上，民事大法庭於本件解釋與適用法律時，未能辨識出其間涉及對原保地所有權人之財產權與文化權衝突，導致在進行合憲性審查的過程中未加以權衡，應有透過裁判憲法審查予以檢視之必要。然必須補充說明的是，本文對於系爭大法庭裁定之初衷(即保障原住民族文化權與經濟土地發展)及其結果(絕對禁止原保地人頭買賣)，均深感支持與贊同；上述評析旨在強調大法庭裁定的論理過程恐有瑕疵，且這些瑕疵恐怕也不是司法者可以透過判決加以治癒。因此，仍在立法院審議中的《原住民族保留地管理利用條例草案》能否回應這些問題，讓原保地制度得以從殖民統治色彩濃厚的泥淖中脫胎換骨，恐怕才是根本的解決之道。

三、 行政法院(以臺北高等行政法院 109 年度訴字第 1509 號判決為例)

(一) 臺北高等行政法院 109 年度訴字第 1509 號判決背景事實

緣臺東縣政府擬在知本溪北岸、位於卑南族卡大地布部落傳統領域 (Kanaluvang) 開發太陽能光電，於 107 年 4 月 2 日經公開招標程序由「盛力能源股份有限公司籌備處 (下稱盛力公司)」得標。盛力公司於 107 年 12 月 21 日向臺東市公所申請通知關係部落(即卡大地布部落)召開部落會議議決光電開發案。然卡大地布部落認為本案涉及諸多爭議尚待釐清，未於 2 個月內召開部落會議；盛力公司遂申請由臺東市公所於 108 年 6 月 1 日代行召開部落會議。系爭部落會議決議結果為，卡大地布部落全體原住民家戶共 557 戶，363 戶出席 (含委託出席戶數)，贊成 187 票、反對 173 票、無效票 1 票，以出席原住民家戶代表過半數贊成通過。經濟部即據此作成准予盛力公司電業籌設之許可。卡大地布部落及部分族人不服，提起行政爭訟，經臺北高等行政法院 109 年度訴字第 1509 號判決部落勝訴，原處分撤銷，上述判決因無人上訴而確定。

(二) 法院見解

本案判決中，法院在判斷卡大地布部落及其族人是否有提起撤銷訴訟之訴訟權能時，一方面認為原基法第 21 條第 1 項⁶³規定具有保護特定範圍之「原住民族」生存權、自決權及文化權免受侵害的保護規範意義；另一方面也肯認「原住民個人」身為原住民族成員，享有認同並遵循傳統文化生活的權利，與其所屬原住民族相互依存，因此兼備一般文化權與民族文化權的雙重主體身分，進而推導得出原基法第 21 條第 1 項規定係兼具保障該規定所列特定範圍原住民族及部落之個別原住民權利的保護規範。

上開案件主要實體爭點圍繞在原基法第 21 條、以及諮商取得原住民族部落

⁶³ 原住民族基本法第21條第1項：政府或私人於原住民族土地或部落及其周邊一定範圍內之公有土地從事土地開發、資源利用、生態保育及學術研究，應諮商並取得原住民族或部落同意或參與，原住民得分享相關利益。

同意參與辦法(下稱「諮商同意辦法」)相關規定之解釋與適用。法院首先肯認電業籌設許可階段亦有再生能源發展條例第 14 條第 2 項及原基法第 21 條第 1 項、第 4 項規定的適用，並認為系爭部落會議決議存有下列程序違法之瑕疵，所為之決議無效：

1. 諮商同意辦法第 15 條關於代行召集部落會議的規定，違反原基法第 21 條第 1 項、公政公約第 1 條、經社文公約第 1 條、第 15 條第 1 項第 1 款、憲法第 22 條及憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項保障原住民族及部落自主的規範意旨，不應採用，臺東市公所據此代行召集部落會議，有程序違法的瑕疵。
2. 臺東市公所代行召集部落會議，未能以盛力公司申請召集部落會議的申請日為基準日產製的家戶清冊，認定出席部落會議的家戶代表資格。
3. 諮商同意辦法第 2 條第 2 款、第 5 款及第 6 款有關設籍的規定，違反原基法第 21 條第 1 項、公政公約第 1 條、經社文公約第 1 條、第 15 條第 1 項第 1 款、憲法第 22 條及憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項保障原住民族及部落自主的規範意旨，不應採用，臺東市公所據此代行召集部落會議，有程序違法的瑕疵。
4. 原民會所為有關委託出席、委託投票的函文，違反法律保留原則，亦違反原基法第 21 條第 1 項、公政公約第 1 條、經社文公約第 1 條、第 15 條第 1 項第 1 款、憲法第 22 條及憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項保障原住民族及部落自主的規範意旨，不應採用，臺東市公所據此代行召集部落會議，有程序違法的瑕疵。
5. 諮商同意辦法第 19 條規定採行原住民家戶代表制，違反原基法第 21 條第 1 項、公政公約第 1 條、經社文公約第 1 條、第 15 條第 1 項第 1 款、憲法第 22 條及憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項保障原住民族及部落自主的規範意旨，不應採用，臺東市公所據此代行召集部落會議，有程序違法的瑕疵。

(三) 評析

1. 將自決權作為諮商同意參與程序的法理基礎之一

過去法院在論述原住民族基本法第 21 條諮商同意參與程序時，僅以原住民族生存權及文化權作為立論基礎⁶⁴，即有論者認為並未正確地認識到諮商同意權在國際人權規範當中的核心基礎為性質上屬集體權的民族自決權，及基於締約國政府對此規範所負的義務應在做成展限處分前對系爭部落應踐行諮商同意程序

⁶⁴ 例如亞洲水泥案，參最高行政法院 108 年度上字第 894 號判決

⁶⁵。有別於此，法院在本案中另外援用公民與政治權利國際公約第 1 條之規定，強調系爭規定有保障原住民族自決權之意旨，也成為貫穿整個判決的重要因素。

實則，論者認為經濟社會文化權利國際公約第 15 條「人人有權自由參加社會的文化生活」之規定，依第 21 號一般意見書指出：「第十五條第一行的『人人』」一詞可指個人或集體；換言之，文化權利可由一個人如此行使(a)作為個人；(b)與其他人結合一起；或(c)在一個群體或團體內。」之意旨，即可推論出原住民族文化權兼具個人權和集體權之性質，進而指出「原住民族的辨識—原住民族自決權—原住民族文化權」三者之間有緊密的關聯，而文化自決即為原住民族文化權的特殊要件⁶⁶。亦有論者從折衷妥協的角度出發，認為既然要完全尊重「原住民族自決」有其窒礙難行之處，但至少可以轉變成「原住民族自治」，再結合憲法增修條文應尊重原住民族傳統文化的特性，建構出原住民族文化集體權的概念，一方面國家不能干涉原住民族文化自治，另一方面國家應形塑原住民族傳統文化多元自由開展的客觀環境⁶⁷。

上述兩種論述方式，本文認為前者係將自決權與文化權並列，後者則係將自決權融入原住民族文化權的概念中，從保障原住民族文化自治的角度以觀，並無二致。惟若對照憲法法庭 111 年憲判字第 4 號判決意旨，憲法法庭似乎仍未明文承認原住民族享有具普遍性且獨立的自決權，而係將自主決定當作文化權、身分認同權的保障方式⁶⁸。

然而，本案關於原住民族自主權保障的最大問題，在於諮商同意辦法第 12 條規定：「部落會議議決同意事項，其召集之程序及方式、出席會議之資格、會議程序、議決門檻等事項，除其他法規另有規定外，適用本章規定。」限制原住民族或部落只能用「國家版」的諮商同意程序表示意見，已完全剝奪其選擇其他形式的可能性，毫無自主性可言，也完全牴觸聯合國原住民族權利宣言第 32 條第 2 項所揭示「事先徵得原住民族自由知情的同意」之原則⁶⁹。當然，如果諮商同意辦法本身的規定足以保障原住民族或部落之權益，上述排除其他參與形式的規定所造成的傷害或許可以稍微降低。但雪上加霜的是，法院在本件判決更明白指出，包括代行召集制度、委託出席與委託投票制度以及原住民家戶代表制，這

⁶⁵ 徐輝彥，自兩項人權公約之民族自決權論原住民族諮商同意權之規範基礎與實踐，政大法學評論第 158 期，第 281-284 頁

⁶⁶ 參李欣儒，前揭註 15，頁 60。

⁶⁷ 參許育典，前揭註 53，頁 10-11、14-15。

⁶⁸ 原文：又關於原住民族群文化認同之客觀表達方式本屬多元，原住民身分立法當時決定就系爭規定一之情形，所採用之從姓或原住民傳統名字，充其量僅係其中一種身分認同表徵，並非唯一。且因原住民族地位較為特殊，衡諸憲法保障原住民族文化傳統之意旨，原住民身分取得所需具之認同表徵，宜尊重各自所屬原住民族之自主決定。

⁶⁹ 原文：聯合國原住民族權利宣言第三十二條第二項：『各國在批准任何影響原住民族土地或領土和其他資源的專案，特別是開發、利用或開採礦物、水或其他資源的專案前，應通過有關原住民族自己的代表機構，誠意與原住民族協商和合作，徵得他們自由知情的同意。』

些由主管機關原民會建立的制度背後可能隱含有保障開發單位的因素⁷⁰，也讓原基法第 21 條乃至於整個諮商同意參與程序，不但沒有辦法起到保障原住民族自主權、文化權的功能，反而成為開發單位得以堂而皇之進入原住民族領域開發的工具，不免令人唏噓。

2. 充分保障原住民族自決權與文化權，並尊重部落觀點。

延續保障原住民族自決權之論述，法院認為諮商同意辦法第 15 條關於代行召集部落會議、第 2 條第 2 款第 5 款及第 6 款有關設籍、第 19 條採行原住民家戶代表制以及原民會創設的委託出席投票等制度，均被認為已違反原基法第 21 條保障部落自主之立法意旨，應不予適用，充分貫徹憲法增修條文積極維護發展原住民族語言及文化以及尊重民族意願之基本國策。

值得注意的是，本案判決在處理諮商同意辦法第 2 條第 2 款、第 5 款及第 6 款有關設籍的規定時，有別於主管機關原民會堅守立場認為應依現行規定以「設籍」與否來認定部落成員之資格⁷¹，法院明確指出國家不得任意重組原住民族及部落的構成員，進而侵蝕原住民族及部落的自治權與文化權；部落就其部落會議的成員及組成應享有自治、自主的權利。諮商同意辦法應尊重各部落依其傳統習慣及隨時間演進而推陳出新的自治方式，形成部落會議的成員及組織；因此，現行規定允許設籍在卡大地布部落區域範圍內「其他原住民族或部落的原住民家戶」行使諮商同意權，已違反原住民族基本法強調部落應以依傳統規範共同生活結合而成之團體為要素的授權意旨。本文認為上開法律見解不但釐清戶籍制度會因為就學、工作、選舉、寄居等各種原因而變動，因此無法充分體現「依傳統規範共同生活結合而成」的要件事實；判決更凸顯原住民族自治權與文化權緊密關聯的特性，蓋原住民族或部落如何討論或議決公共事務、如何認定其所屬成員，實為各該群體經過長期不斷演變的過程、歷經內部與外部的互動，逐漸形成的生活方式與傳統慣習，當為原住民(族)文化權應予保障之內涵。進一步來說，不論部落

⁷⁰ 原文：

- (1) 諮商同意辦法對於部落會議主席怠於召集部落會議時，就同意事項部分，允由開發單位申請行政機關代行召集；就公共事項部分，則由 5 分之 1 以上部落成員請求召集，並於請求不成時自行召集，採取兩種不同的制度設計，其背後可能隱含有保障開發單位的因素。
- (2) 輔助參加人原民會對於部落會議出席人員不克出席時應如何處理，區分公共事項與同意事項而為不同的處理機制，前者允由部落自主形成；後者則僅能採行委託出席及委託投票的制度，其背後或有隱含保障開發單位，盡量促成部落會議能順利召開的因素。
- (3) 輔助參加人原民會上述有關召集部落會議所面臨現實困境的主張，於部落會議議決公共事項時亦有同樣的問題，其所述困境並非諮商同意辦法就同意事項與公共事項的召集及決議為不同規範的合理事由，背後或有隱含部落同意事項的召集及決議，涉及開發單位等第三人，為盡量促成部落會議順利召開，故採行原住民家戶代表制，由各家戶派出 1 人與會表決，減少部落會議作成決議的障礙。

⁷¹ 原文：為避免族群間的排擠，擴大民主參與，並考量部落歷經不同政權統治、跨部落通婚、遷徙等因素，已普遍呈現部落組成族群多元，乃至內部成員（即個別原住民）亦有多元血統來源的現狀，僅有戶籍登記可精準確認該原住民與該地區的關連，故諮商同意辦法第 2 條第 2 款、第 5 款及第 6 款規定以客觀上可資區辨的設籍在部落核定範圍內，作為出席、議決資格的認定基準等等。

範圍內的人口如何遷出或移入，也不論戶籍制度會因為各種原因而變動，這些客觀事實都是卡大地布部落與現代社會互動的過程，部落也會因應這些現象、透過內部機制去形塑當代的部落規範與準則⁷²，既是原住民族文化權的體現，也是原住民族自治的具體示範。須附帶一提的是，法院在論述過程中，特別引用電影阿凡達的內容，藉以說明認同與歸屬才是部落成員的認定核心，而不應偏廢於設籍與否⁷³。這樣的舉例方式乍看之下也許有些天馬行空，實則與法院判決理由脈絡一致，蓋電影中「一連串的考驗與觀察」就是在呈現主角逐漸融入當地文化的過程，「接納由納美人與地球人類混同的阿凡達成為部落成員」則是納美人自決權的充分展現，同時兼顧程序(即接納過程)和實體(融入當地文化)面向，殊值贊同。

另一方面，法院在調查證據、認定事實的過程中，更依據卡大地布部落的歷史脈絡，包括部落的三大家族（瑪法琉、巴卡魯固、邏法尼耀）、歷史沿革及傳統制度、部落傳統組織（祭司團、青年會、少年會、婦女幫團）、歲時祭儀及儀式空間等，藉以說明部落得以實施自治的基礎，並批評現行法允許「其他原住民族或部落的原住民家戶」行使諮商同意權，將稀釋卡大地布部落與其所屬部落族人間相互依賴的關係，有違原基法規範意旨。本文認為上述文化證據的認定方式，有別於前述案例一刑事法院偏向「尊重國家調查」，而採「尊重原住民社群意見」的觀點，毋寧更能夠貼近原住民族社群的意見。

3. 潛藏的難題：個人權與集體權的衝突未解

儘管本案判決最後認定該次部落會議決議無效，進而撤銷經濟部准予盛力公司之電業籌設許可；但不可忽略的是，本案固然係由卡大地布部落及其三名傳統領袖(即拉罕)，還有一位部落族人共同提起訴訟，但其實仍有四名持反對意見(即支持光電案)的族人參加訴訟，顯示部落內部因開發案已出現若干嫌隙。

細究上述參加人之主張，無非認為該次部落會議決議已經多數族人同意，應尊重投票之結果。儘管其片面主張民主多數決的立論基礎薄弱，甚至無視相關程序之瑕疵，在法理上均有欠妥適；但其對於「溫泉村」是否屬於部落範圍之問題，主張「溫泉村的族人每年大獵祭和小米收穫祭都會一起來部落跳舞慶祝，也有文獻記載部落曾在溫泉村居住，怎麼會有人否定溫泉村族人是部落成員的身分？」等語，顯然跟卡大地布部落的看法有別。不過，由於本案已有諸多重大違法瑕疵之情形，故法院最後並未針對「溫泉村」是否屬於部落範圍之問題進行判斷，也為這個問題埋下伏筆。

⁷² 例如卡大地布部落在2022年7月修正部落章程，並公布部落成員認定辦法，詳參以卡大地布自訂之部落章程及部落成員辦法談原住民族自治，財團法人環境權保障基金會會後新聞稿，網址 <https://erf.org.tw/20220831n/>

⁷³ 原文：正如同科幻電影「阿凡達」中，潘朵拉星球上的原始住民納美人，經過一連串的考驗與觀察後，接納由納美人與地球人類混同的阿凡達成為部落成員，並在其領導下，擊敗在潘朵拉星球上殖民採礦，破壞其傳統領域（靈魂之樹）的地球人類。顯示認同與歸屬才是部落成員的認定核心。設籍或可為輔助標準，但應非絕對標準。

對此，本文認為若從本案判決的脈絡以觀，上開關於「溫泉村」是否屬於部落範圍之問題，仍應以尊重部落集體之認定為宜。蓋本案判決認為原基法第 21 條係為保障原住民族生存權、自決權及文化權等免於因原住民族或部落受到土地開發、資源利用、生態保育及學術研究的侵害，因此具有保護特定範圍之原住民族的保護規範意義；至於原住民個人則係因得以透過原基法第 21 條第 1 項規定所定諮商參與同意程序，對涉及影響其隸屬族群所依賴之土地及自然資源的開發行為形成集體決定，才被納入保護規範之範圍內。換句話說，在本案的脈絡之下，原基法第 21 條諮商同意參與程序，其權利主體原則上應為原住民族或部落；至於原住民個人則係依附在集體權之下，因為參與作成決定而享有權利。因此，本文認為在上述依附關係下，自應優先尊重部落的集體認定，而非少數個人之意見。然而，在憲法法庭僅承認原住民個人文化權，卻未明文承認原住民族(文化)集體權的情況下，相關爭議若提請憲法法庭進行憲法審查，是否會產生憲法位階的個人權力必然大於法律位階的集體權，恐有進一步探究之餘地。

肆、結語

綜觀本文以上所列法院實務判決，在憲法增修條文的誡命下，保障原住民族文化權幾乎已成法院之共識，當無疑義。但儘管如此，法院詮釋原住民族文化權的觀點各異，未必符合憲法保障原住民族文化權、文化自治的要求，而有名實不符之憾。以最高法院關於原住民族採集牛樟菇的判決為例，法院以國家現代法制的觀點詮釋傳統領域，導致傳統領域失去其流動性與可變動性的特質，也讓原住民族或部落之間彈性調整傳統領域的可能性消失殆盡。尤有甚者，取而代之的財產權排他性賦予處罰原住民跨界採集牛樟菇的理由，讓法院在沒有原住民族或部落認為侵犯到他們傳統領域權的情況下，透過國家公權力給予刑事制裁的法律效果，使得該判決空有保障原住民族文化的外表，實際上卻同時限制原住民族的文化集體權和個人權。相同問題也反映在文化證據的調查與判斷上，該判決採「尊重國家調查」而捨棄「尊重原住民社群意見」的觀點，實難謂符合文化自決的要求。

在原保地借名登記的裁判中，民事大法庭積極保障原住民族集體文化權之用意，固然值得贊同。然而，民事大法庭逕自在沒有法律依據的情況下，為原本濫觴於日本殖民政策的原保地政策增加保障原住民族文化集體權之目的，恐有違反法律保留、權力分立之嫌。更甚者，民事大法庭未調查原住民各族土地治理的傳統規範，逕自將「限制原保地交轉讓對象」的規定解為禁止規定；以及違憲審查過程中，也未將原保地所有權人之財產權與文化權納入權衡，都讓原本保障原住民族文化的美意大打折扣。然而，儘管上述二判決理由似有透過裁判憲法審查程序加以檢討修正，但以憲法法庭幾乎沒有極限的裁量空間，再加上近二年消極受理裁判憲法審查的傾向來看，恐無法期待未來原住民族文化權的司法案件可以透過憲法法庭得到妥當的解釋。令人遺憾的是，台灣原住民族歷經不同政權更迭，在無法透過代議制度影響立法決定的先天劣勢下，其傳統文化與慣習如何與國家

法制無痛接軌，其實都需要透過違憲審查加以修正與縫合。只是目前憲法法庭呈現出來的態度，實在叫人難以樂觀看待。

最後，茲以黃虹霞大法官在釋字第 803 號解釋部份協同意見書的結論⁷⁴作結，本文認為大法官追求「酷」的價值選擇固然應予尊重，致力自然生態保護的實踐也令人敬佩，但以此來評論原住民族狩獵文化是否「優良」、甚至寄望新一代原住民朋友應以張豐緒先生為模範來傳承文化，本質上即與保障多元文化的憲法價值相悖離。但儘管路途上佈滿荊棘，筆者仍期待多元文化的理想有一天可以在台灣實現。

⁷⁴ 原文：獵人≠拿起現代槍枝獵殺野生動物！張豐緒先生年輕時喜歡打鳥，及長反思，在20世紀80年代，結合一群專精動植物、自然生態保育的年輕人如劉小如、馬以工及李玲玲女士等，創立上述中華民國自然生態保育協會，終生致力保護自然生態。像張豐緒先生這樣，既有狩獵知識，又勤於學習、累積山林自然知識、進而反思後，終生致力自然生態保護者，才是新時代的酷酷酷獵人！本席以上說法是不是有點熟悉！這不就是前述令人感動的原住民族優良狩獵文化的具體呈現！本席深深寄望新一代原住民朋友，請不要將自己侷限在爭取使用現代化槍枝及獵殺利用野生動物，這麼小的格局上；效法臺灣原住民族祖先勇於探索未知、發揚祖先保護自然生態的先知先覺精神，這才是值得驕傲的文化傳承，這才酷！保育類野生動物尤其需要並值得你我保護，親愛的原住民及非原住民朋友，懇請大家一起呼籲政府將保育類野生動物排除於附件一得獵捕動物名單之外，一起落實自然生態保育！

【主題討論（三）】從文化衝突案件看臺灣司法的多元詮釋

[與談]從法院判決分析我國原住民(族)文化權的多元詮釋

與談人 楊坤樵 副廳長 | 司法院行政訴訟及懲戒廳

主持人還有報告人，還有在座的各位來賓大家好。很榮幸今天來與談這個題目。包括林律師他介紹了三個案例，分別從民事、刑事，還有行政訴訟這三個案例去探討。法官在論述的過程中怎麼樣去沿用這些相關的有關於原住民的法規怎麼去詮釋它？其中一個判決是我們這一庭裁判的。所以今天來與談，在還沒有看到文章內容之前的壓力蠻大的。

我在準備的時候基本上我是因為標題是「從文化衝突案件看，台灣司法的多元詮釋」，我就對所謂的「多元詮釋」這四個字，其實有一些看法。就是說多元詮釋本身當然可能有它正面的意義對不對？就是說它從不同的視角去觀察一件事情，對法學來說當然會促進法學的進步，但可能這不是一個固定的論述方式。好這當然會促進法學進步，不過就是說多元詮釋的結果也有可能會亂對不對？就是混亂。你（當事人）可能基於不同的目的，然後做出不同的解釋，那解釋結果可能就會呈現不同的結果。就像報告人引用了三個案例，這三個案例裡面都引用了大量的比如說有關於原住民的公約國際規範，或者從憲法增修條文的相關規定去推導，但是大家會發現最後得出來的結論好像不太一樣。他引用了有利於原住民的一些保護規範，可是在個案適用的結果可能是對原住民不利的。所以說所謂的多元詮釋。如果沒有一個共同的價值理念的話，這個角色出來的結論就未必是符合我們想要的。

所以我會從一開始就會想憲法，至少說這是在一個國家裡面，憲法還是一個最基本的規範，好，那就去看看說我們憲法到底有哪些具體的說明。第一個比如說像我在找一些相關條例，比如說像憲法第五條，這是各民族，我們的憲法裡面其實很多條文都會引用到民族，只是說在不同的條文它的脈絡有些講的是邊疆民族，好像是比較像是以前傳統，有可能秋海棠中國下那些少數民族，可能不一定是我們在現在台灣針對南島語族既有的原住民族的脈絡是不太一樣的。可是在釋憲書上第五條是曾經被引用過的所謂的「各民族」。這樣的憲法增修條文，它在處理立法院立法委員的組成結構的時候，他有所謂的「原住民的保障條款」，有區分平地原住民和山地原住民的人數的保障。接下來，第三個就是第十條第 11 項跟第十條的第 12 項，這兩個增修條文的憲法增修條文的規定就非常重要。我覺得就像報告人所講的一樣。傳統在討論憲法的時候，我們說憲法就是兩個基本上最重要的，一個是基本人權的保障，第二個就是政府組織的結構。對於這種基本國策的體例，基本上它不是一個框住司裁基準的結構了，有可能多國家憲法是沒有所謂的基本國策的。我們的基本國策是受到德國威瑪憲法的影響，因為我們有這兩個規定。這樣的規範其實在討論上有些人會覺得說這樣子反而造成對政府是綁手綁腳？因為可能隨著時代的發展，國家的目標可能跟制憲者或者修憲者當初講的可能不一樣，所以會認為它是一個綁手綁腳的規範。或者是說有些（人）理想很崇高，就是說：「好像不可能做得到」，「那這樣子好像也不好」，對於憲法的規範性也會有破壞。所以有沒有這樣的體例，其實在憲法學上是有些不同的討論。

不過就原住民(族)法的領域來說，其實這兩個規範反而發揮了非常大的作用。我們從後面相關的解釋，我去搜尋的大法官的解釋，目前這麼多號大法官解釋中，總共有五件解釋或是判決有處理到關於跟原住民有關的，譬如說(釋字)719號跟(釋字)810號，這是跟政府採購的得標廠商，他(們)有一個義務就是他要聘用一定比例的原住民族，它(釋字)的基本邏輯可能原住民在社會上普遍是弱勢的，透過這種方式要去保障他們的就業的機會，在經濟上有一席之地的立法目的。好，所以它有些規範，然後這是跟積極平權是有關的。

那像(釋字)803也是跟原住民狩獵權，這也是本篇報告和所引用原住民文化權的貫穿討論的一個最重要的判決。後續在111年憲判字第4號，還有憲判字第17號，這裡大法官有講到的所謂原住民的身份認同權。所以其實也是累積了不少的案例，我本來是想把這種從這些案例去看大法官有沒有講出一些共同性的，或是說基本的底線，作為多元詮釋的一些最基本的共識的內容內涵。

從719號解釋當然就是講他的論述過程當中，他會認為說比如說從憲法的民族平等，還有(憲法)增修條文第十條第12項規定規範的意旨，要促進原住民的就業經濟環境，它引用了所謂的符合國際保障援助民族的精神，它會去肯認說這樣的一個機制，雖然它可能對得標廠商財產權或是營業自由的限制，可是他的目的是為了保障原住民的經濟生活，或是促進他(原住民)就業。所以他(大法官)會肯定這是一個正當性的基礎。所以我們從這樣的條文內容，它是國家目標規定，這樣的它是有正當化基本權限制的作用，只是說這是要注意比例原則，因為他等於是為了幫助原住民，然後去限制的政府採購的對標廠商，對得標廠商的權利是有限制的，如果這個限制是超過比例的，那就會衍伸譬如說(釋字)810號解釋的，就是限制過當的問題，所以基本國策它是代表一個國家的目標，具有公共利益，所以它是有正當化基本權限制的作用。

另外在論述上，在大法官的論述上，他會講所謂的符合國際保障原住民族的精神，我們接下來講好幾套解釋，都會涉及到類似這樣的概念，就是他會去引用國際公約，來填充和具體化內國法制抽象文義的做詮釋，即便這些公約可能沒有完成所謂的內國法的程序，它不像兩公約或者是身心障礙者權益保障公約，可能有一些完成內國法程序。可是像原住民也是很多的國際規範，其實並沒有完成這樣的內國法程序，可是我們在實務的運作上，在法官的論述上還是會引用起來，作為一個參考或者解釋的一個基準這樣。

現在是803號解釋。剛才報告人又講到蠻多的，在這個地方他承認的原住民(族)的文化權，他推導的論述的方式，他就是從憲法第22條人格權，再結合了憲法增修條文第十條第11項跟第12項的規定，他推導出這樣的一個權利。另外他的解釋理由裡面他有講到說，對於所謂傳統文化，一個很概括的很廣泛的理解。所以原住民受憲法保障的文化權利，它就包括了狩獵、包括依他傳統文化而生活，包括他選擇他平時習慣，基本上是無所不保。

好，從這個解釋我們可以發現說基本國策它跟基本權結合之後，它會有補充跟建構基本權利的功能。今天我們在前面講的關於政府採購的就業代金那個部分，等於是他是援引基本國策作為限制人民基本權利的一個依據，這個地方它變成是援引基本國策作為建構基本權的內涵。

另外這個案例雖然它最後強調是說所謂的狩獵權或是原住民文化學，它是個人的基本權，他不是所謂的集體的基本權。不過他在論述裡面承認個別原住民的文化權保障是有助於原住民族集體的文化傳承，二者是互為標的。其實這個隱含的就是在原住民法的領域，集體的概念會非常重要。除了個體跟集體有點是互為支持的，你好像很難說有個體就沒有集體這樣。

好，另外是國際公約的內容，接下來就是從 111 年憲判字第 4 號判決是跟所謂的身份的認同權有關，怎麼樣取得原住民的身份，這件事情用什麼樣的標準。這個大法官當然完全也是一樣，從憲法第 22 條的人格權，再加上憲法增修條文第十條第 12 項規定去推展出身份的認同權，他理由裡面他講到說原住民的地位特殊身份原則是基於自我認同的原則。自我認同，你怎麼樣去認定認同的標準，他這裡也是講到說是要「尊重各個原住民族的自主決定」。這地方蘊含的就是自治，就說你這樣的權利如果沒有自治的基礎做支撐的話，那可能不太容易去實現。好，他對這個地方是再次呈現的基本國策的話，他要補充建構基本權利的功能。

他在相關論述裡面一再表明說個別原住民的身份認同權跟原住民的集體發展是密切相關，身份的取得是要尊重整個原住民的自主決定，但是他基本上沒有明白的去肯定認同權是屬於集體權的性質這樣。

好，那到了 111 年憲判字第 17 號判決這樣處理有關西拉雅族，平埔族他（們）的原住民族的地位的案例中。這應該是第一個就是在憲法的論述裡面直接肯定，就是說他開創出一種集體權的概念。那他（大法官）的論述基礎還是重新把 22 條，還有（憲法）增修條文的第十條第 11 項跟第 12 項的規定，受憲法保障的原住民的身份認同權除了保障個別原住民的身分認同外，也包括了各民族的集體身份認同，一樣也引用到一些相關規範，從憲法增修條文的規定他去定義了所謂的什麼叫憲法保障的原住民族。所以說從這些案例我們可以發現說基本國策在這個地方發揮非常多的功用、目的和功能。

好。時間有限，有些內容我們跳過了。就是（釋憲實務上）首次肯定集體權，那他建構的這些所謂原住民族的定義就是要有歷史記錄顯示，然後他既存於台灣社會，然後有文化特徵延續至今，成員還有一定還有族群認同等這些內涵這樣子。

好，實際上在我們剛才講的憲法，但現在在法律層面上，比如說像原住民族的傳統智慧創作保護條例，還有原住民族的基本法，基本上都是以原住民族或部落作為主體的權利基礎。像在亞泥案的判決，或是報告人他引用台東知本光電這個案

件，其實相關的論述裡面也都有提到說所謂的個體權跟集體權是互相支持的，你很難去做切割。

從前面憲法的內容的建構，我們發現說對於本次報告人他討論的那三個個案，其實我們從合憲或合公約的法律解釋的解釋方法，也許會有不同的思考角度。比如說像有關於刑事判決的案例，如果從憲法保障多元文化、寬容原則，或者說從罪刑法定、刑罰謙抑的思想，基本上我也會蠻認同說，其實從森林法第十五條第 4 項還有原住民族基本法第十九條第 1 項這個規範的文字上，其實看不太出來說，原住民他只能夠在他所屬的部落領域範圍內進行這些相關的狩獵或採集活動。因為基本上，我覺得規範本身的目的也是在保障原住民族跟土地連結的生活方式，而不是要去調節不同的原住民族和部落間，他們在空間或領域上可能衝突的可能性，這不是他規劃的目的。

另外從原基法 34 條規定的這個體例來看。其實原基法的地位應該可能它是有指導法定解釋適用的地位，然後像有些見解可能會認為說原基法是普通法，森林法是特別法。如果換從不同的角度，森林法基本上是規範森林的經營與利用，然而原基法是規範原住民族使用他在森林的利用的可能性，反而是森林法的範圍是比較大。原基法的話，就是原住民使用森林的可能範圍反而是比較小的，也許原基法反而有可能是特別法，如果你要跳進特別法跟普通法的討論的話。

好，這個是有關大法庭的細節我不多講，因為我沒有提出一個具體看法，只是說他討論大法庭的問題可能就在於說民事大法庭那個案例，它可能就是論述細不細致的問題，會衍伸一些誤會。

基本上結論好像大家都蠻肯定的，就是他認定這樣子的普通法行為是違法的，是無效的，這結論應該是肯定的。只是說論述上可能有他不周延的地方。

我最後要提的就是，其實我們現在也累積相當的多的案例，會有一種所謂的原住民憲法，或原民憲法這種從部門憲法的角度，就是說從部門憲法的法律論述，從社會面、從部門的角度出發，你去整合被割裂處理的憲法規範，作為一種體系化的詮釋。也有一些規範，可能是在基本權，有些規範是在基本國策，有些是跟政府的結構有關，好那就做一種體系化的解釋。

憲法對於原住民的規範是有限的，不過原住民雖然是國家的成員，同樣說起來保障，不過因為他是少數族群的第一位，還有它不同於西方個人主義的主義法治的社群，還有文化傳統，還有他追尋歷史正義的這些目標，這些特殊性，所以它保障的內涵跟強度一定會跟一般國民不一樣。我覺得如果能夠從社會科學的實然面出發，然後去分析原住民法制從他（原住民）歷史上的意義，歷史上的發展，然後他（原住民）的特殊化和政治目標，去建構原住民在憲法上基本人權、基本國策上政府組織的面向，跟一般國民分數化的可能性，然後尋求一些共同的價值基礎，然後去建構以原住民為部門的憲法，我覺得這是一個很重要的。

其實我們這三個案例最後都是會建立在原住民族的自治跟自覺的基礎上，所以我認為像報告人也有提到，日後原住民或部落跟他成員之間的法律爭議，還有集體跟個體間的緊張關係，甚至是部落會議，當它具有相當的自決權或自治權的時候，它跟自由民主憲政秩序，比如說像民主原則和平等原則之間的衝突，我覺得都是以後憲法釋義學上的一個挑戰了。不過最基礎的結構還是人性尊嚴，價值的權衡這樣。

好，不好意思，我佔用太多時間，我報到這，好謝謝。

【綜合座談】

主持人 鍾興華副主任委員 | 原住民族委員會

與談人 雅柏甦詠·博伊哲努 處長 | 原住民族委員會綜合規劃處

吳豪人 教授 | 輔仁大學法律學系

楊坤樵 副廳長 | 司法院行政訴訟及懲戒廳

范耕維 助理教授 | 國立東華大學法律學系

林秉嶽 律師 | 法律扶助基金會原住民族法律服務中心

鍾興華 副主委：好，從早上到現在，我想說非常的精彩。我看同學們還有所有的貴賓都一直留到現在，也值得敬佩。首先要感謝剛剛所有的發表人與評論人。在今天的研討會的最後，希望大家能夠對今天報告的議題分享自己的想法，當然不論是對於法律的層面，或者是學術脈絡，或者是因為自己工作的實務經驗來有一個分享，你都可以提出一些疑問。是不是現在我們就開始開放，讓大家來做一個討論的或者是提問，因為我們大概只有 20 分鐘的時間。好，如果舉手報告的時候也能夠介紹一下自己，讓大家都認識你。

好，最後（一排）一位小姐，請。

楊成律 學員：大家好，我是 Tapas Katu 楊成律。今天有很多我的老師、前輩，還有我的長輩在，所以我就不講太多。我今天的問題其實沒有很多，因為我其實算是一個不是在部落，就是往部落的路上走的原住民族法學者。那今天早上很多學者專家在分享自己的研究時有一些疑慮，我就針對這些疑慮先提出一些我觀察到的跟我採集到的，給大家一點安心。

好，第一個就是關於說，有沒有一個原住民族憲法這個我先放後面。我先講的是前面大家在擔心說有沒有辦法，因為現在已經 49% 的人（原住民族），戶籍是在都市，更就不用說他（都會區原住民族）成了實際居住在都市，那會不會說部落，有沒有變成、有沒有辦法再恢復或是部落會不會變成式微。或者大家我們有沒有辦法再去創造一個新的制度，讓部落能夠成為一個原住民新一代能夠長久居住，然後有經濟生活，或者是說一些民法交易之間的一個空間。我這邊分享一下，我應該可以稍微出賣一下 **Walis Pering Mama**（瓦歷斯·貝林 叔叔）。那之前他有一個規劃，就是他的綠生農場。它結合碳權，他就是希望說我們能夠作為永續的部落農場模式，或者是一些部落經濟合作的那種種植模式，然後用這個方式去轉換碳權，用碳權再去轉化成一個目前可以作為金融、信用，用這種信用的平等的模式讓部落青年可以回去去繼續做那種部落保育工作，然後用現在碳交易的方式，新的價值體系，作為和創造更多的就業機會或者是生存空間，但是就不好意思他的農場又被水衝走了，所以他也可能要從頭再努力。

第二點就是關於說，部落對於我們大家都會想像中的部落的傳統法制會被那些殖民政策破壞，其實我在做法學研究的時候，我有注意到，一開始我們的部落傳統慣習其實很早就有統治者在記錄，但是不知道為什麼大家都把它想像成人類學的一種傳統，或者是一個宗教或者神性。可是比如說像我們泰雅族有一個字叫「**Saniax**」，**Mama**（稱 **Iban Nokan** 顧問）在他應該可以做一個解釋，那時候的解釋是認為說叫「天罰應報理論」，可是其實就部落立場是，你做了這件事不好，就會帶來族群破壞，和諧性被破壞，所以它應該算是一種我們社會群體的意識概念，就是一個共同的調解紛爭的時候，一個共同的詞語了。但是不知道為什麼大家並沒有認為這個東西可以變成一個法律的一個用詞。然後再回到能不能成為一個原住民的憲法專家，或者原住民能自己成立一個法律的一個文本，或者是什麼

黑字法律就是那種 Printer (打印) 出來然後沒有聲音的。其實我們部落很努力在做這件事情。就是我們有訪問耆老，我們以前怎麼解決紛爭，但是訪問耆老的過程有沒有法律專家做記錄，不知道，沒有記錄就沒法再被引用。所以能不能變成一個大家長久認可的，我也不知道，我們都在繼續在努力。ok 謝謝大家。

鍾興華 副主委：好，謝謝你的觀察、研究跟分享，也謝謝你。好左邊有個第二位。

簡年佑 學員：我是政大原專班碩一簡年佑，我有兩問題想請教一下秉欽律師。我其實不太了解說大法官跟很多學者一直在煩惱的事情就是到底原住民族的，比如說文化權是個人權利，還是集體權利？就是這個的區分實益到底會是什麼？如果以釋字 803 來看的話，如果大法官在這裡面或者說憲法法庭承認了原住民族的文化權集體權利，那在 803 的案子上會跟他的釋憲結果會造成實質上的影響嗎，就是說 803 這樣可以至少不要判的這麼難看，這是第一個問題。

另外一個一樣是跟集體權的(問題有關)，我們如果再繼續深化集體權的性質的話，那我們現在想像的集體會是什麼？是整個原住民族嗎？就是不分哪一族的，或者是原住民各族，或是要再細一點到部落，或是社群的這個部分。個人權利跟集體權利，通常我們在討論的時候，在個人權都是在比較多關注是跟國家的對抗性跟保障個人的，但是為什麼我會很疑惑就是說在討論集體權的時候，都會先跳到秉欽律師的文章裡面的疑問也是在集體權的範圍裡面，很常就先討論說那集體跟個人的衝突是什麼，這其實是我們在講基本權利的內部衝突。但我就會覺得也想聽聽秉欽律師的說法，如果我是以集體權的話，在跟國家的主張上會有什麼不一樣？謝謝。

鍾興華 副主委：好，謝謝第二位。那我們直接就請秉欽律師來做一個回應跟簡要的說明了，謝謝。

林秉欽 律師：關於集體權跟個人權的區分實益，我個人會認為，如果，第一個 803 也許要處理到集體權可能會過於複雜，而且會讓整個討論的焦點可能會模糊掉，因為畢竟都是個人的案件進到訴訟，所以他(大法官)在最後關頭他就踩剎車了。我個人會認為，一旦我們把集體權的角度納進來談關於狩獵或者是槍砲的管制的話，也許他(大法官)在審查的標準或者是他在拿捏這個立法者對於原住民權利的這樣子的一個限制、審查密度可能都會做不一樣的選擇跟結果了。所以我個人會認為他在跟基本權的保障的強度上面會不一樣。

關於個人(權)跟集體(權)發生衝突的這樣的一個狀況，其實這個不難想像，因為在知本光電案其實就發生類似的問題。因為有支持的有反對的，當然支持光電的部分，我剛剛在報告的時候沒有提到，他們其實又來參加訴訟，他們也有爭取到他們對於包括他們部落範圍到底要怎麼去認定，或者是部落成員要怎麼去認定，他們有他們的想法，未必會跟他們的部落的主體的意見一致的，在這種發生

衝突的情況之下該怎麼去處理，其實是現在目前的我們現行法制是還沒有辦法去處理的，但是我在文章裡面有提到一個加拿大的個案件，其實他有真實發生的，也許有機會的話，我可以再做更深入的討論好以上。

鍾興華 副主委：好，謝謝秉嶽律師的回應。是不是？好，我們叔倬老師，請。

陳叔倬：大家好，我是人類學者陳叔倬。我對於今天整場用「文化」這兩個字我其實有一些想法。因為文化人類學非常喜歡用文化，可是它不是來解釋一個族群的一個整體性的一個好的詞，這個是我自己在學了文化人類學之後對自己非常大的一個警醒。所以關於在司法裡面使用文化，它的可適性到底是…，因為其實在今天非常多的課程裡的内容談到文化鑑定或是文化抗辯，他為什麼要就不要用更好的範疇，包括叫人權鑑定或者叫生存鑑定等等的，而並不會只會限縮在文化這兩個詞字裡面。因為在憲法裡面你可以看到憲法的條文，文化的範圍，它是跟教育文化擺在一起，包括憲法增修條文第十條其實也是教育文化。所以這個題在處理的時候，其實可能會有這樣的限縮，這個是我提出的第一個問題。當然我很希望吳豪人老師可以給我們更多的提點。

再來是集體權的部分，其實台灣的集體權一直在空轉。雖然我們的憲法，或是很多的判例出來有集體權這個文字，可是整個行政上面的集體權是完全的在空轉。我最近也有篇文章在談到，現在我們集體權好不容易在部落有了所謂的諮商同意權，可是也因為有了部落的集體權之後，反而讓我們的民族集體權是整個倒退，其實也請大家非常要關注。所以民族集體權什麼時候可以再從部落集體權的泥沼之中再進一步，這其實是我們必須要在關注的。

鍾興華 副主委：好，謝謝陳老師的提問。是不是要先回應一下？

吳豪人 教授：其實我們這一場今天所謂的「文化抗辯」、「文化」等等這些文化指的是法律人在講的指的是「文化權」，我們不是一般人類學的一種比較泛稱的文化，他純粹只是文化。那一講到文化權，它就很具體。這個具體是說在我們台灣可能還沒有真正建立起這種共識，法律人還很多人都還是處處碰到，但是在聯合國的水準上，它已經發展得很完整了。它這個文化權它會帶出剛才說的集體權利跟個人權的問題。大家不知道記不記得，就是說阿扁時代他要先通過兩公約，結果後來那時候是王金平在當地法院（長），我們兩公約必須要立法，國會要簽署，然後才能夠通過。結果後來弄出一個很可笑的一個結果，就是說保留了有關死刑的問題，還要保留了兩個公約的第一條—「自治權」。說這我不能簽其他的我們都通過。你想想看所有的法律的第一條都是最重要的，開宗明義對不對？然後所有人 people 都有自己的自決權。但是那個時候我們的立法院很害怕，他說自決權那不就是讓你們獨立了嗎，你主張獨立的權利是不是？即使在聯合國剛創出來兩個公約出來的時候，所謂的自決權他也只是個人權。所有的個人最後大家累積起來的做政治實力表現出你可能就獨立或怎麼樣，或者統一不管。可是會出現到的所謂的集體權這個概念就是從原住民開始。在處理原住民之前只有少數民

族，所以，所有的你要知道我們現在所謂的權力的概念，從啟蒙主義以來到現在權力概念他都伴隨一點，就是說我全部都以個人為出發點，個人才是主體。所以我們的憲法其實也是一個個人主義的憲法，它裡面不會承認集體這個東西，就說集體到什麼程度是吧？「所有公民一律平等」是每一個個人平等，不說我們 2300 萬人集體平等，不是這樣子。所有人類平等也是一樣，每個個人人類也都是這樣。但是，等到後來到原住民 1980 年代要對原住民的問題在產生的時候，才發現到有一種事情你沒有集體去實踐它就是沒有辦法保護到，然後這個東西跟我們傳 200 多年來的所謂不斷的想法，因為在歷史上有很多時代有集體權，但是西方的法律總結結果，因為它以資本主義的角度來看，發現這集體權最不利於市場。比方說我們在以前台灣也祭祀公業，原住民的集體人，只要有一個人反對你就沒辦法過的時候，他就沒有辦法就只能一個人可以在市場上流通，他就不是一个商品，他不是商品就很麻煩。

可是往往是沒有，因為他不是一個商品，他才會保留大家的認同。可是你如果故意把它零碎化，你看原保地就知道了，原住民保留地是給每一個個人，所以他就可以買賣。可是如果說你是傳統領域，也可以買賣嗎？你買賣它就沒有意義了。所以那是從土地物權上面的，財產權是集體權，本來是要來保護財產，土地最重要，然後他會擴展到其他的東西去。可是你要從資本主義的利益的角度去跟…，即使是聯合國，他也沒有辦法對抗什麼 WTO 這種強大的大資本家的力量。所以後來怎麼辦？他就偽託說用文化來解釋，最後把土地也包容在文化裡面。所以以前你要知道我們在做經濟社會與文化公約的「文化」，這之前根本沒有什麼一般性評釋，沒有任何解釋，也很少用到。它是大概是就釋憲的話我就類似釋憲一般性評釋一面講到文化還是是評釋的最少，到現在才 25、26 條而已。才解釋 26 條，為什麼？因為之前講的都是個人的文化，休閒的權力，什麼東西有什麼文化生活權利的人，他不是講一群人能不能講我自己的話。那你說集體權有多重要呢？釋字 803 有奪重要，如果你找到集體權，那麼就不是王光祿能不能打獵，也是他打獵的獵場是誰的了，我可不可以到別的阿美族的地方或布農族的地方打獵，只要人家同意就好了，干你國家什麼事情，你可以判人家有罪等等，他就會引申出來很不一樣。所以我們現在法學的困難就是要去證明說這個集體權不是過去我們想像中那種一天到晚很落後的集體權，或者說最後導致有少數的族長在控制的那種集體權，或者說沒有辦法、冥頑不靈的時候，你要證明這個集體權對於現在，至少對於原住民很重要，你要復興起來它的第一步要先這個。然後你要使用這個集體權的時候，你要讓他集體能夠出現，要賦予他一個法律上的主體地位。講的清楚就是我剛剛講你要先讓人家有自治，你不能獨立，要能夠自治，然後你確定你的法人的身份以後你去跟誰諮詢就清楚了。

Katratripulr（知本）後來為什麼要靠法院？因為我們這裡面就先分配，然後沒有人法律上有代表性的，作為一個權利主體。你看我們這些整天在講的都是這樣，先不讓原住民有權利主體，然後再議說接下來怎麼善後，這就跟你說我土地先不

還你，可是我先給你一些補貼一樣的道理。其實我們已經講了很多年了，就說他為什麼不可以給，當然有很多政治上的問題了。但是我們可以想，其實從法律人的角度來說，我們受到訓練，就是個人主義的東西，你要突然就要回到 200 年前，好像說我現在不要法律實證主義，我要回到自然法，很多人會抵抗，大部分人都會抵抗，所以得去說服現在的法律人，我們已經說服了 20 年，可是力量還是蠻小的，對不對？所以這是沒有辦法的事情。

鍾興華 副主委：好，我們特別謝謝吳老師從法律上就文化權、集體權這樣的一個脈絡跟發展的一個很詳細的說明。是不是我們在徵求兩位，我們五點前結束。好，Iban Nokan 前考試委員請。

Iban Nokan 伊凡諾幹 考試院顧問：Lawkah ta kwara, 我是 Iban Nokan。我在考試院服務的時候是基於代表文官制，跟今天討論有關的法律多元主義這樣的理念，我應該是在 2003 年吧二十年前，我就邀請我們當時的院長姚嘉文姚院長陪同我，到司法院去拜會。當時我只有兩個目的，第一個就是說能不能設置專業法院，就是原住民族法院。另外一個就是在司法特考，能不能每一年至少錄取一人以上的原住民的法官或檢察官；那原住民族法院的部分，翁（岳生）院長當時是說法官的人力本來就不多了，怕人力對這個是適用分工的時候可能會多什麼的。不過之後好像有請王泰升老師跟我們 Tayal 的楊志航律師到澳大利亞去考察，後來好像 2013 年就現在有九個地院就（被）指定成立原住民的專庭或是專人。那司法特考的部分雖然沒有，不過好像法警或者是監所的管理人員，好像也一些缺額的話就會有原住民特考，所以想請教各位法學先進的就是今天我看你很多也提到原住民族法院大家支不支持？另外一個就是如果要成立原住民族法院，應該要具備什麼樣的條件才有可能。好，謝謝。

鍾興華 副主委：范老師。

范耕維 助理教授：我稍微說一下我自己的想法好了，我不知道其他老師的想法。我覺得終極目標可能還需要一個原住民族的法院。因為現實上今天每個報告應該都會提到非常多問題，但不是現在這個法院體制可以解決的，更何況法院體制就算對 Pairang（非原住民）來說也是一個西方外來的法律體制，對於原住民族來說這是一個雙重的外來品，它既是西方的體制又是一個被漢人本土化後的一個體制。那對我來說終極目標可能還是需要一個原住民族法院。

至於第二個問題，我覺得有個最大問題，應該說兩個問題。一個問題是無法克服的問題，應該這個社會很多人會我覺得會有很大的反對，就是會覺得說，你這個法院就到底要哪些案件歸他審，然後為什麼這個案件的審理可以跟其他案件不一樣，我覺得這會是一個很大的阻礙。但我的阻礙可能不是我們今天在這裡談可以解決的，因為這是這個會議室以外更多的會去反對這樣的想法。

如果你抓制度上怎麼去設計法院，我覺得我們不如先不要談這麼遠的事，我們先把我們的原專庭搞好了。我們原專庭現在狀況就已經不是很好了，處理文化權相關案件的比例非常低。當然有很多理由有一些質性研究告訴我們是因為案件量太大，大到法官他們宣稱說他們沒有心思去注意哪些案件有就是有文化問題，這個說到底又是人的問題，就是說法官說他沒有辦法去注意的話，我們好像也沒有辦法去處理。那當然像我今天報告講完之後，我們在制度上面去把某些案件類型就設定成說他你一定要或像剛才吳老師的講說法是每一個都要。那當然了他理解到我的想法，是因為我知道原來人的惰性是不可能做出是哪個案件都去看了理性選擇，所以我還說我畫一個範圍，逼你們至少先看這些。所以我覺得與其談最後怎麼樣可以設原住民法院，不如我們先把現在有的原專庭弄好，看看你能不能夠真的好好處理文化部分的案件，如果這個能夠做好了，我們才有一個他有一個基礎去設想我們要做更大，該怎麼辦這樣的事。

鍾興華 副主委：好，謝謝范老師，最後一位，好，請。

李承哲 律師：各位老師前輩們，謝謝你們今天的醞釀灌頂。今天早上的蔡明誠前大法官有提出程序基本權駕馭的問題，那我想今天整個主題的安排應該都、似乎都跟原住民文化諮詢委員會這個困境有關，所以應該是一連貫，我想請我程序基本權利在今天主題之間的關聯行為。因為我現在是一個剛從學院走出來的執業律師，可能想法會越來越務實。在民法有民事刑事以及公法案件裡面，我認為就是原住民族的文化權在裡面的實踐方式可能不太一樣。

最後一位林律師有提到多元文化主義，就是諮商同意權這樣子的實踐方式，或許是一個您認同的方式，但在民事案件刑事案件裡面的，就是民事是人，就是對等人的衝突。那什麼是程序基本權這是什麼調解的一個模式在裡面是最佳的。以及在刑事案件裡面。像今天早上那個教授叫什麼名字我忘了，他說他認為在主觀構成要件裡面去論（文化權）不太恰當，應該放在有責任性裡面。但是如果文化的選擇是程序基本權及文化裁量權裡面最妥適的模式的話，那又何嘗不可在他的主觀要件的元素，然後要放到由法官去決定他有沒有一個對抗的不法意識的這樣一個公式。謝謝。

鍾興華 副主委：好謝謝提問。秉嶽律師可以做簡要的跟大家做說明回應。好謝謝。

林秉嶽 律師：其實我也滿肯認程序基本選擇一個概念，來理解我們今天要討論的全部的這樣的一個議題，因為以我個人的實務經驗來看的話，基本上原住民在訴訟程序裡面能夠得到的保障其實很有限，有的時候可能來自於文化的隔閡，語言的隔閡，甚至是對於法律理解的隔閡。

所以如果從程序基本權的角度來切入的話，我們今天整天討論下來的內容其實會非常的有意義。因為包括可能包括準據法，實體法上準據法怎麼選擇，包括程序

法上整個審理程序要怎麼去做一個運作。這些東西，怎麼樣去回到原住民的主體的角度來去思考，而去建構一個適合他們的這樣的一個程序內容，我覺得是一個未來可以去思考的一個方向。其實某種程度跟剛剛原住民族法院會很像，因為這其實也是要去建構一個我們講多元或者是原住民族司法主權，都必須去面對這個問題，因為他不會只有單純的要多少人，要多少錢，要多少空間，而是我要法院要做什麼，我說這個程序要做什麼？所以可能要回過頭來去思考的是我們現在到底缺哪些東西，一樣也許就可以從這個事件的準據法，或者是從我們現在目前執行的一些細節，我覺得去慢慢累積，也不能說慢慢，因為就像剛剛吳豪人老師講的：「都快被同化完了」，所以這個可能也不能太慢了，但是也許就這樣慢慢累積，他可能就會得到我們最後想要的這樣的一個結果了。

鍾興華 副主委：好，由於時間關係是不是我們提問就到此結束。在這裡我以機關主辦的單位想說最後一個來做一個結論。

時間過得很快，然後在這裡也代表原民會謝謝所有從早上到下午發表人跟評論人的分享。也謝謝剛剛有幾位先進的提問，然後也做一些分享。

我們也知道原住民族的文化是豐富多元的，也是其來有自。當然一個國家的主流文化跟司法的體制也是因為長時間的一個培養建構而來的，所以這之間的衝突以及彼此文化上的鴻溝，我想不是一朝一夕就可以做一個完全處理或克服，也是不容易的。所以在這裡承如今天很多人的分享，我國目前在司法上對於原住民族的案件，還有詮釋也越來越多元，法規的部分我們也做出了許多很大也很好的一個調整跟應用的，相較於過去來講有很大的空進步的空間。不過相對來講我們也發現對於原住民族法學這樣的議題的研究跟探討還是處於比較少數，尤其對這方面的研究的學者大家也是不多。

當然今天的研討會已經邁入第十屆，今天很有幸能夠邀請到很多很重要的先進貴賓專家學者來一起討論，代表原民會謝謝各位之外，我們也知道司法平等，一直都是促進多元社會進步的重要關鍵，同時也是人權中很重要的一個項目。尤其對於原住民族全力發展來說，更是扮演着一個舉足輕重的一個角色。當然我們也希望透過日後的研討會也能夠帶給各位不同的是所謂的經驗交流跟分享，我們也希望未來我們也會持續辦這樣一個研討來互相彼此切磋，然後就這樣的一個經驗分享，讓我們彼此為原住民族未來的權益的發展來進一分努力。

那是不是我們今天的研討會就完完結束，也謝謝各位老師，也謝謝所有參與這次研討會的所有的貴賓，同學們大家平安，謝謝，Masalu。

【活動照片】



專題演講鍾興華副主任委員主持



專題演講蔡明誠教授



主題討論—尤大法官主持



主題討論—簡至鴻助理教授主講



主題討論—許恒達教授回應



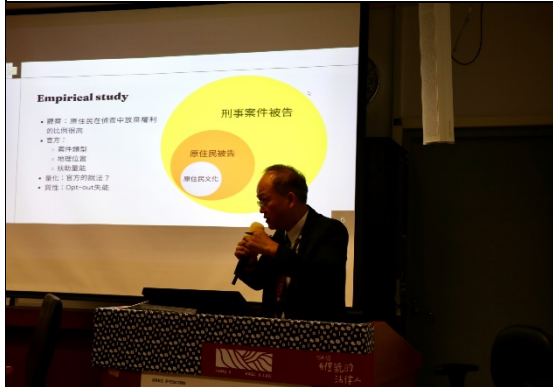
主題討論—吳志強調辦事研究法官主講



主題討論一林三元律師回應吳法官



主題討論一林俊儒律師主講



主題討論一張道周律師回應林俊儒律師



主題討論二主持人周漢威執行長主持



主題討論二吳宗謀副研究員主講



主題討論二吳從周教授回應吳宗謀副研究員



主題討論二林育萱律師主講



主題討論二蔡穎芳教授回應林育萱律師



主題討論二黃松茂助研究員主講



主題討論二黃詩淳教授回應黃松茂助研究員



主題討論三范耕維助理教授主講



主題討論三吳豪人教授回應范耕維助理教授



主題討論三林秉欽律師主講



主題討論三楊坤樵副廳長回應林秉欽律師



鍾興華副主任委員主持綜合座談



綜合座談提問



茶敘時間



大合照