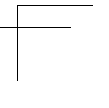
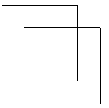
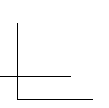
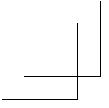


國內原住民族重要判決
之編輯及解析
(第四輯)

作者：蔡志偉 (Awi Mona)、范耕維、吳秦雯





出版序

司法院審酌我國原住民族事務之特殊性，並基於對原住民族傳統習俗、文化及價值觀的尊重，自 2013 年 1 月 1 日起設立原住民族專業法庭（股），迄今除最高法院及離島外，已於全國各級法院設有 26 個原住民族專業法庭（股）。然而此專庭（股）之設置並未以實體或程序法規的修正作為配套，僅係一個國家司法權底下分工系統的改變。再則，行政機關與司法部門對於原住民族法律傳統與習慣規範知識的缺乏，一方面造成原住民族權利實踐之阻力，另外則顯現在司法實務上對於原住民族文化與習慣認定的困難。

2021 年 3 月 9 日司法院憲法法庭對布農族獵人王光祿狩獵一案召開言詞辯論，其中的爭點包含原住民持槍刑責、槍砲彈藥刀械許可及管理辦法中對於關於獵槍的定義、野生動物保育法中對於傳統文化認定及適用的範疇等，並於同年 5 月 7 日作成「釋字第 803 號解釋」。釋憲案中，檢視各大法官所提出之協同或不同意見書，以及當時媒體的報導，在在凸顯了臺灣社會大眾對於現代原住民族生活現況的想像與落差。有鑑於此，原民會身為專責統籌規劃原住民族事務的機關，對於促進臺灣社會對於原住民族文化內涵的理解，及相關權利概念的推展責無旁貸，因此，原民會也持續調查整理與出版原住民族重大判決專書，以保障原住民族司法權益。

本書為此系列專書第四輯，延續前三輯探究國家法與原住民族權利論證的司法實務案例。第四輯接續整理 2015 年後的原住民族重大判決，同時特別以「最高法院 107 年度台上字第 3084 號」刑事判決為例增加程序權保障，擴及到實務對刑事程序法領域的看法，補充司法現場的觀察，完整原住民族司法判決的全觀視角。感謝蔡志偉教授、范耕維助理教授、吳秦雯副教授等研究團隊之辛勞，期盼原住民族重大判決第

國內原住民族重要判決之編輯及解析（第四輯）

ii

四輯之出版，能作為臺灣司法案件及原住民族權利研究之典範。

謹以此序。

Mahakelong kita pa'icel a minanam to serangawan no niyah.

主任委員

裘將·拔路兒

Icyang · Parod

主編序

司法院為了強化終審法院統一法律見解的功能，推動建立大法庭制度，且已於民國 108 年 7 月 4 日正式上路，當中由最高法院民事大法庭受理的首例案件，即係原住民保留地與借名登記之法律爭議。此外，我國過往就司法違憲審查係由大法官行使職權，以會議方式合議審理解釋案件。108 年 1 月 4 日，立法院完成司法院大法官審理案件法之修正，更名為憲法訴訟法，並自 111 年 1 月 4 日施行。大法官組成憲法法庭，審理法規範憲法審查及裁判憲法審查。其中，憲法法庭首件進行言詞辯論審理的案件，亦與原住民族權利的憲法保障有關。準此，本書關於原住民族涉及刑事案件係由大法官解釋、最高法院判決與裁定，民事及行政司法實務判決編輯與解析之案件揀選，即係以由最高法院民事大法庭及憲法法庭審理之民事及行政司法實務判決及解釋為主。

本書所收錄之民事與行政案件，係依以下三個主題為核心，就所揀選案件中觸及的原住民族文化與國家法衝突進行編輯與解析：

一、原住民保留地與借名登記：敲響土地正義的警鐘？

依據監察院及原住民族委員會之調查，我國現有原住民保留地總面積約為 26 萬餘公頃。其中，已由原住民取得所有權者約 9.34 萬公頃，其中超過一萬公頃的土地已流失轉予非原住民管有，借名登記即為規避法律規定的手法之一，亦有學者指出實際情況應更加嚴重。為統一司法實務見解，最高法院民事大法庭於 110 年 9 月 17 日作成 108 年度台上大字第 1636 號裁定，認定非原住民就原住民保留地之移轉，與原住民所簽訂的借名登記契約、買賣契約、設定地上權及將所有權移轉登記的行為，均係違反法律禁止規定，應屬無效。然以，原住民所有權人將原住民保留地設定地上權予非原住民，其所生法律效果，則有法官提出不同

國內原住民族重要判決之編輯及解析（第四輯）

iv

意見書，指山坡地保育利用條例第 37 條第 2 項、原住民保留地開發管理辦法第 18 條第 1 項之規定，並未禁止取得地上權。法律既無明文禁止，人民既無規避法律問題。不得因買賣契約、借名登記契約無效而當然隨同無效。

二、文化、身分、認同的國家法介入：原住民身分之憲法保障

憲法訴訟法上路後首件進行言詞辯論的案件，即係關乎原住民身分取得的法規範憲法審查。本件的審查重點係就婚生子女的原住民身分，因父、母具原住民身分之有無，造成婚生子女取得原住民身分要件的差別。不過，本件之所以造成原住民族社會的激烈論辯，其中一項議論即係關乎「原住民身分」的權利定性，是否應認係具集體權性質，抑或係兼具集體權及個人權性質。大法官在判決中因僅涉及揭示原住民身分「認同權」之權利範疇，且固守在個人人格權的保障，猶未明確闡明「原住民身分」的權利定性與內涵。實則，「身分認同權」究得認係基本權否？權利屬性為何？權利內容又該如何？是否可以對抗或免於國家法律之任何限制？

三、從釋字 719 到 810：原住民族就業保障之憲法視野

原住民族工作權保障法使用固定比例之配額手段，要求依政府採購法得標之廠商，依法僱用至少百分之一之原住民（第 12 條第 1 項），未符規定進用者，則令繳代金（第 12 條第 3 項），俾以促進原住民就業，保障原住民族工作權。釋字 719 號肯認上開立法所定僱用義務與代金繳納義務，並未牴觸比例原則，與財產權及營業自由之意旨均無不符，確係合憲。惟以，釋字 810 號則指代金金額計算之方式，以劃一之方式計算，於特殊個案情形，可能造成應繳納之代金金額超過採購金額之情形，逾越人民合理負擔之範圍，致有嚴重侵害人民財產權之不當後果，顯不符相當性而有違憲法第 23 條比例原則。

釋字 810 似係立基於釋字 719 之規範意旨，然以部分大法官所提不同意見書，多指釋字 810 恐將（已）實質變更釋字 719 號解釋？此外，如何認定有個案顯然過苛之情形，理由書僅敘明「完成修正前，有關機

關及法院遇有顯然過苛之個案，均應依本解釋意旨為適當之處置」，惟就判斷代金繳納義務是否過苛之比較、衡量之基準，似又欠缺可操作的標準。再者，釋字 719 與釋字 810 就原住民族工作權保障所釋明之憲法意涵，在部分大法官所提同意書或不同意書之內容，亦呈現出相當歧異之立場與見解。

除了上開三則司法實務判決之外，本書另擇定乙則涉及原住民族「傳統智慧創作」與著作權保護之爭議案件。爰以，原住民族傳統智慧創作保護法制係由原住民族委員會於 104 年 1 月 8 日發布「原住民族傳統智慧創作保護實施辦法」後啟動，迄今（112 年 11 月）已有 89 項取得智慧創作專用權。不過，相關司法實務仍以聚焦原住民族傳統智慧創作保護與著作權法制間之法律爭議為要，本書據此擇定智慧財產法院 106 年度民著上易字第 2 號民事判決，進行討論與評析。由於相關案件數量仍未多，作為我國新興法律實務發展領域，此部分之司法實務見解，實有待未來爭訟案件量累積後，廣續研析之。

再則，原住民族諮商同意權利行使之訴訟，在近幾年的司法實務有漸增之趨勢。值得注意的是，「礦業法」已於今（112）年 5 月 26 日經立法院三讀通過，並由總統於同年 6 月 21 日公布施行。礦業法增修後，明確要求礦業用地位於原住民族土地或部落周邊者，必須依原住民族基本法第 21 條規定辦理諮商及取得原住民族或部落之同意或參與，未曾辦理諮商同意及環評的既有礦場，也須在一年內補辦，違者可廢止礦業用地。原住民族「諮商、同意或參與」規定的入法，是肯認原住民族自決權國際趨勢的重要進程，並象徵著原住民族法主體的建立，也是表徵原住民族與國家特殊政治關係的改變。準此，本書也納入乙則行政訴訟案件，就原住民族自然資源治理的諮商同意權利論說，進行較完整的討論與評析。

本書特別感謝國立政治大學法學院吳秦雯教授的參與，主筆行政事件的判決編輯與解析，吳教授對於「原住民身分」及「原住民族諮商同意」的分析，強調除了原住民族「傳統」的文化理解，也要留意當代原

國內原住民族重要判決之編輯及解析（第四輯）

vi



住民族相關法的轉譯與適用，亦係需要持續關注的法律主題。

原住民族刑事相關案件的揀選，則倚重本計畫團隊協同主持人范耕維教授，范老師精闢的實務分析，特別是從刑事實體法的範疇拓展到刑事程序法的觀察，有助於提醒司法判決上容易被忽略的當事人在程序權上的保障，而這緊扣且呼應了原住民族被告在程序中有可能因為語言、文化所造成的程序不利。透過兩位老師分別於刑事、行政上的判決分析，原住民族重大判決第四輯雖然精巧，卻能透過 10 篇的解析當中，映射當代原住民族在司法實務中的現實與展望。

主編

Awi Mona

傲予 莫那





編者序

本書此部分將以刑事法相關的裁判為主，進行案例研究，整理與評析 2018 年至 2023 年與原住民族文化傳統相關的重要刑事裁判。在本書中，共選擇五則裁判作為評析的對象，其範圍涵蓋大法官解釋、最高法院判決與裁定，分別是「案例六：釋字第 803 號解釋、最高法院 106 年度台非字第 1 號刑事判決」、「案例七：最高法院 109 年度台上字第 3148 號刑事判決」、「案例八：最高法院 109 年度台上字第 2149 號刑事判決」、「案例九：最高法院 107 年度台上字第 3084 號刑事判決」與「案例十：最高法院 110 年度台抗字第 1315 號刑事裁定」。至於本書就刑事裁判案件類型的檢選與標準，分為如下：

（一）社會矚目案件暨法院指標性見解

此部分挑選的是堪稱近年來影響最大、討論最廣的「獵人王光祿狩獵案件」。此案件在理論層面牽涉原住民族狩獵文化權利的理據，而在實務具體問題的部分，則牽涉原住民族持有獵槍與獵捕宰殺野生動物的合法性界限，不僅對個案當事人，對我國法院往後相關案件認事用法，以及我國原住民族文化權利保障的充分與否，都產生深遠的影響。因此，本書第一則裁判就挑選司法院釋字第 803 號解釋，介紹該號解釋關於原住民族文化權利、持有獵槍除罪化範圍與獵捕宰殺保育類野生動物除罪化範圍的相關討論。

一方面，此號解釋正面肯認原住民族文化權利並指出其依據，並針對與野生動物狩獵、槍砲彈藥持有相關的法規命令，指出其對原住民族文化權利之限制有違比例，可謂是跨出我國憲法位階對原住民族權利保障的一大步。但是，另一方面，本號解釋限縮原住民族合法持有獵槍狩獵時的獵槍類型為自製獵槍，同時較過往我國法院實務限縮合法獵捕宰



殺野生動物的範圍，禁止狩獵一般類與保育類野生動物等，除了產生限縮原住民族文化實踐範圍的實際效果，也在關於權利限制正當性的論理上存在有疑義之處。透過對本號解釋的分析與評釋，希望能使讀者瞭解我國憲法法院關於原住民族權利保障的觀點，也同時促成更多關於權利保障內涵的討論與思辨。

（二）實務實體法見解專題分析

我國法院與原住民族文化傳統相關之刑事判決，向來聚焦在「森林產物採集」、「野生動物狩獵」與「槍砲彈藥持有、使用」等典型行為，並以這些行為在刑事實體法上是否構成犯罪的界限，作為認事用法過程中的重點所在。不同於第一則的釋字第 803 號解釋是在憲法位階處理這個主題，本書選擇的第二類裁判，則是以普通法院對相關判決的解釋適用為重心，挑選二則處理爭議性問題且提出代表性看法的判決，作為分析與評釋的對象。

其一是案例七（最高法院 109 年度台上字第 3148 號刑事判決），這是與森林產物採集相關的判決。本案被告因採集牛樟芝，而在第一審與第二審都被判決有罪。上訴三審後，最高法院仍維持事實審法院之見解，判決被告敗訴，且該判決被選為具代表性見解。在這個案件的歷審判決中，最重要的創新見解，就是指出被告只有在自己所屬族群的傳統領域中採集森林產物時，該採集行為才有適用森林法第 15 條第 4 項阻卻違法的可能。此判決雖然提出看似明確的判斷標準，但其以現代財產權觀點來詮釋本土原住民族的傳統領域概念，造成實質上限縮該除罪化規定適用範圍的結果，無論論理上或實際結果上都有值得關注與討論的空間。考慮到此判決提出的論點對未來我國實務認事用法的影響性，特別選為分析與評釋的對象。

其二是案例八（最高法院 109 年度台上字第 2149 號刑事判決），這則判決雖然也牽涉原住民自然資源利用行為的合法性，不過並非被廣泛討論的森林產物採集、野生動物宰殺狩獵及獵槍持有使用等典型案例。

事實上，由於原住民族與土地及自然資源間的密切關係，加上近年原住民族土地權利與轉型正義的發展，自然會出現原住民族土地利用相關且值得關注的刑事判決。而本判決就是牽涉原住民族對土地利用與水土保持法間的衝突，將討論範疇擴及到三種典型行為之外。在本判決中，指出當原住民保留地所有權直接回復予原住民時，考量該土地為原住民世代居住或使用，並且依法回復取得土地所有權，故即使先前居住或使用未事先申請許可，仍難謂係非法擅自占用他人之土地，進而免除水土保持法相關刑事責任。可以說，在有關原住民族土地爭議過往多半與行政訴訟相關的狀況下，本判決將原住民族土地利用的討論帶入刑事判決的領域中，並呼應原住民族土地轉型正義的趨勢，是值得分析與評論的對象。

（三）釐清實務對於刑事程序的態度

最後，本書此次挑選的裁判中，與過往選輯的最大差別，就是不再局限討論範圍於刑事實體法的範疇，而是擴及到實務對刑事程序法領域的看法。詳言之，本書此次挑選的案例六至案例八雖然仍屬於實體法層面的討論，但案例九與案例十則是以刑事程序中原住民族司法人權的發展，也就是以訴訟法層面作為評析的對象。主要理由在於，自 2013 年刑事訴訟法第 31 條呼應原住民族基本法第 30 條而進行修正後，原住民族被告實體上是否成立文化抗辯或成立犯罪的議題外，原住民族被告在刑事程序中因語言、文化而面臨的困境應如何解決、如何提供充分的程序權保障，也開始成為原住民法學在刑事法領域必須注意的課題。

首先，在案例九（最高法院 107 年度台上字第 3084 號刑事判決）中，最高法院指出為了確保原住民族被告受辯護人協助的權利，要求偵查機關應積極告知被告相關權利，同時在偵查機關違反告知義務時，賦予證據排除的法律效果。接著，在案例十（最高法院 110 年度台抗字第 1315 號刑事裁定）中，最高法院則是指出當被告未能受到辯護人協助時，應透過法官闡明權的行使，在案件形式要件審查的階段中確認被告意思，提供其必要協助。這兩則裁判可以說表現了原住民族刑事程序權

國內原住民族重要判決之編輯及解析（第四輯）

x

保障的重要發展，故本書特別挑選作為分析與評釋的對象，希望能將關於原住民族刑事裁判的案例研究擴及到實體法之外，也同時拓展本選輯的討論廣度。

編輯

范耕雅

目 錄

出版序.....	i
主編序.....	iii
編者序.....	vii

壹、計畫說明..... 1

一、計畫背景與目的.....	1
二、實施策略及方法.....	1

貳、國內原住民族重要判決之編輯及解析實例..... 3

一、民事事件.....	3
-------------	---

案例一 最高法院民事大法庭 108 年度台上大字 第 1636 號民事裁定.....	3
--	---

案例二 智慧財產法院 106 年度民著上易字 第 2 號民事判決.....	13
---	----

二、行政事件.....	22
-------------	----

案例三 憲法法庭 111 年憲判字第 4 號.....	22
------------------------------------	----

案例四 司法院釋字第 810 號解釋.....	29
--------------------------------	----

案例五 最高行政法院 108 年度上字第 894 號行政判決.....	38
--	----

國內原住民族重要判決之編輯及解析（第四輯）

xii

三、刑事判決.....	61
案例六 釋字第 803 號解釋、最高法院 106 年度台非字第 1 號刑事判決	62
案例七 最高法院 109 年度台上字第 3148 號刑事判決	79
案例八 最高法院 109 年度台上字第 2149 號刑事判決	95
案例九 最高法院 107 年度台上字第 3084 號刑事判決	105
案例十 最高法院 110 年度台抗字第 1315 號刑事裁定.....	121

壹、計畫說明

一、計畫背景與目的

司法權作為一項基本人權的保障，牽涉審、檢、辯三方在司法架構下對於司法人權保障的相互獨立與協力。又以，原住民族法學之發展，係維護原住民族權利之根基，除了應持續強化既有保障原住民族法律之落實，同時也必須兼顧法學研究與發展之基底工程。

2017 年 5 月 13 日司法改革國是會議第三次增開會議決議，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。其中，短期部分係以辦理系統性課程與部落實務工作坊、研議原住民法官專業證照制度，培養司法相關人員之文化衝突敏感度。

準此，本項「國內原住民族重要判決之編輯及解析第四輯」的編撰，係為廣續推動原住民族法制建構、原住民族法學發展，促進我國司法體系理解原住民族語言差異及族間關係，並能裨益司法相關人員認知原住民族文化力的重要性。

二、實施策略及方法

本計畫旨在編整 10 則原住民涉訟（民事、刑事、行政）案件之研究與評析結果，一以探究國家法律與原住民族權利論證的互動關係，據以提供國內立法工作與司法實務上思考的方向，另以提供司法實務上法之解釋、補充及使用參考。

承前，本項判決編輯與解析的案件選擇範圍，係以司法院憲法法庭

國內原住民族重要判決之編輯及解析（第四輯）

002

作成之解釋及裁判、法學資料檢索系統收錄各審級主要但不限於由原住民族專業法庭審理之裁判書，涉及原住民族法律議題及原住民族人權益之案件，概可含括司法院大法官解釋、憲法判決，以及各級法院判決與裁定。復以，判決編輯及解析的內容，除就判決事實及理由摘錄重點，再以相關法學理論與原住民族傳統習慣據以回應與評釋判決。一方面強調涉訟原住民當事人所提權利主張論述，另一方面說明各司法實務見解所建立之法律原則及其主要影響，作為本研究最重要的研究重點。

貳、國內原住民族重要判決之 編輯及解析實例

一、民事事件

案例一 最高法院民事大法庭 108 年度台上大字第 1636 號民事裁定

裁判日期 民國 110 年 9 月 17 日

裁判案由 請求塗銷土地所有權移轉登記等

壹、案例事實

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。

貳、裁定結果

非原住民乙欲購買原住民甲所有原住民保留地經營民宿，為規避山坡地保育利用條例第 37 條第 2 項、原住民保留地開發管理辦法第 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住民保留地所有權之效果，自違反上開禁止規定，依民法第 71 條本文規定，應屬無效。

參、爭點

- 一、A 地原為甲所有之原保地，非原住民乙為經營民宿而出資購買 A 地，並與原住民丙成立借名登記契約，而以丙之名義與甲簽訂買賣契約，該借名登記契約、買賣契約有無違反禁止規定之情形？其效力如何？
- 二、同上一之情形，甲於 A 地為乙設定地上權，該設定行為有無違反禁止規定之情形？其效力如何？
- 三、同上一之情形，甲將 A 地所有權移轉登記予丙，該移轉登記行為有無違反禁止規定之情形？其效力如何？

肆、大法庭之理由

- 一、為維繫、實踐與傳承原住民族特有之傳統文化，確保其永續發展，並參照當代民主國家尊重少數民族之發展趨勢，中華民國憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項前段揭示保障原住民族國策之規定，具公益目的，為有拘束力之憲法規範，司法機關有遵守之義務，並據以判斷相關法令是否符合「積極維護發展原住民族文化，保障扶助原住民族之經濟土地並促其發展」之憲法價值。
- 二、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。立法者為維護、保障原住民族文化與經濟土地權利，延續文化多元性，自得制定保障原住民族權益之相關法規，以賦與制度性之保障。其中，山坡地保育利用條例（下稱山坡地條例）第 37 條第 2 項，及依該條第 6 項授權訂定之原住民保留地開發管理辦法第 18 條第 1 項規定（以下合稱系爭規定），原住民取得原住民保留地所有權後，除政府指定之特定用途外，其移轉之承受人以原住民為限，乃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。

- 三、系爭規定限制原保地所有權之移轉對象以原住民為限，於形式上固有差別待遇。惟為保障原住民族文化權與經濟土地發展，落實保障原住民族國策，俾承載原住民族集體文化之原保地，確定由以原住民族文化與身分認同為基礎之原住民族掌握，所形成之制度性保障規範，其所採取之分類與達成該差別待遇之目的間，具有合理之關聯性，無違憲法之平等原則。佐諸原保地乃為承載原住民族集體文化，以達成「維護發展原住民族文化，保障扶助原住民族之經濟發展」之憲法價值，系爭規定自為合於保障原住民族國策公益目的所採取之必要手段。
- 四、系爭規定禁止原保地所有權移轉予非原住民，符合原住民族基本法第 1 條、第 2 條第 5 款、第 20 條第 1 項、第 23 條，及公政公約第 27 條、聯合國人權事務委員會就公政公約所作之第 23 號一般性意見第 7 點等相關規範意旨。
- 五、系爭規定之內容，自立法目的與法體系整體觀察，並非難以理解，且個案事實是否屬系爭規定欲規範之對象，為一般受規範者所得預見，並可經由法院審查認定及判斷。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。當事人為規避系爭規定之適用，以迂迴方法達成該規定所禁止之相同效果之行為，違反系爭規定意旨，依民法第 71 條本文規定，亦屬無效。

六、非原住民乙欲購買原住民甲所有之 A 地（原保地）經營民宿，為規避系爭規定，與原住民丙成立借名登記契約，以丙之名義與甲簽訂買賣契約，甲以 A 地為乙設定地上權後，再將所有權移轉登記予丙。綜上，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 A 地所有權之效果，自違反系爭規定之禁止規定，依民法第 71 條本文規定，應屬無效。

伍、不同意見書

一、大法庭裁定有侵犯立法權之虞

按立法院制定之法律，原則上應推定為合憲，於有疑義時始為違憲審查。立法院依法制定之法律，倘無法律漏洞或違憲問題，法院就該法律所為之解釋，不得逾越立法院所定之界線，否則即有侵害立法權之虞。禁止非原住民取得保留地之所有權或地上權，應屬關於人民權利、義務之事項。山坡地保育利用條例第 37 條第 1、2 項之規定，僅禁止非原住民取得保留地之所有權，並未禁止其取得保留地之地上權。上揭立法並無法律漏洞或違憲問題，大法庭裁定將其擴張解釋為禁止取得地上權，有侵犯立法權之虞。

二、大法庭裁定有違反比例原則之虞

憲法第 143 條第 4 項規定：「國家對於土地之分配與整理，應以扶植自耕農及自行使用土地人為原則，並規定其適當經營之面積」，是農地與原住民保留地相同，亦有其憲法上之依據。在民國 89 年 1 月 26 日刪除土地法第 30 條規定前之農地買賣，本院 95 年度台上字第 1682 號民事判決即謂：「私有農地所有權之移轉，依 89 年 1 月 26 日修正刪除前之土地法第 30 條規定，其承受人以能自耕者為限，如承買人當時係

無自耕能力之人，須於訂約時明白約定由承買人指定登記與任何有自耕能力之第三人，或具體約定登記於有自耕能力之特定第三人，或約定待承買人自己有自耕能力時為移轉登記，或其他預期於不能之情形除去後為給付者，其契約始為有效，否則，即係以不能之給付為契約標的，依民法第 246 條第 1 項前段規定為無效」。就取得私有農地所有權應具備之「自耕能力」，採取寬鬆立場。

實務見解雖亦認為規避法律之農地買賣契約與借名登記契約應屬無效，但對於何謂「規避法律」採取嚴格標準，故法院判決買賣、借名契約無效之案例並不多見。非原住民之當事人參酌過去有關農地買賣之實務見解，產生錯誤期待，予以類推援引買受原住民保留地。有關買賣契約、借名登記契約及所有權移轉登記行為，既經大法庭認定違反禁止規定，依民法第 71 條本文規定，應屬無效。倘締結之買賣契約超過 15 年，買方之價金返還請求權已罹於時效；而有登記保留地之返還及塗銷登記請求權，卻無消滅時效之適用，對非原住民之買方當事人已相當不利。保護原住民族或其文化，禁止非原住民取得保留地之所有權為已足，倘進一步禁止非原住民取得保留地之地上權，則土地上已投資興建之民宿，甚至旅館該如何處理？恐成複雜問題。

地上權為用益物權，有別於所有權，不因存續期間較長即當然變成所有權，或因實現而取得所有權之全部效果。當事人訂立上揭地上權契約及為處分行為時，並無違反誠信原則或不公平情形，僅因「原住民族」或「原住民族文化」之集體權概念，即解釋為禁止非原住民取得保留地之地上權，難認妥適，其對非原住民之懲罰過苛。保護原住民族及其文化，尚有其他更有效之方法可資運用，與何人有保留地之地上權無必然關係。大法庭有關買賣契約、借名登記契約及所有權移轉登記行為無效之見解，已足保護原住民族及其文化，其進而擴張山坡地保育利用條例第 37 條第 2 項規定之適用，認非原住民取得地上權亦在禁止之列，非但有侵害立法權，且有違反比例原則之虞。

三、所有權與使用權分離始能物盡其用，符合經濟效益

禁止非原住民取得保留地之使用權，則使用之人減少，地不能盡其

利，對社會經濟有害。倘僅原住民能取得保留地之使用權，則公共建設（例如水、電、交通等）因缺乏使用土地之權源，如何進行？如非原住民無法使用保留地從事經濟活動，維持保留地農作、漁獵之現狀，是否較符合原住民族利益？或有利原住民族文化之保存？亦值深思，故應適度開放，而非一味禁止。保留地之需求減少，影響土地價格及使用收益，從經濟觀點，對原住民之所有權人不利，是否為憲法及相關法規所欲達成之目的？頗有疑義。

四、保護原住民族文化與保留地之地上權屬誰無關

大法庭認為保存原住民族文化，應禁止非原住民取得保留地之地上權。惟保存原住民族文化，以立法及行政手段，管制保留地之用途即可達成，與是否限制非原住民取得地上權無關。原住民擁有保留地之所有權、地上權，亦可能為不利原住民族文化之行為，故保護原住民族文化，與限制非原住民之地上權無必然關係。如認為某經濟行為有礙原住民族文化之保存，則制定法律禁止，並以行政手段取締即可，並無禁止非原住民取得保留地地上權之必要。

五、對大法庭裁定之看法

大法庭多數意見認為非原住民不得取得地上權，甲為乙設定之地上權，因規避法律規定，依民法第 71 條本文規定，應為無效。然山坡地保育利用條例第 37 條第 2 項及原住民保留地開發管理辦法第 18 條第 1 項規定僅明文禁止非原住民取得保留地之所有權，並未禁止取得地上權。禁止規定應從嚴解釋，使人民得以預測，避免無謂之損害。法律既無明文禁止，人民即無規避法律問題。不得因本件買賣契約、借名契約及所有權移轉登記行為無效，甲取得代價而為乙設定之地上權即因實現所有權之效果而當然隨同無效。本席對大法庭關於地上權部分之見解難以贊同，爰提出不同意見書。

陸、評述

原住民保留地私下違法轉租、轉讓情形存在許久，出現所謂所有權

虛假化、泡沫化的現象¹。根據監察院調查意見指出，非原住民以設定高額抵押權之方式，居於類似原保地所有權人的地位，而實質握有使用、收益權利之可能性相當高；其中取得所有權後設定抵押權金額大於土地公告現值總和 1、2 倍以上者，合計占總面積 2.67%。若再加上原住民以「人頭」供非原住民使用，以取得原保地所有權，或形式上簽訂合夥經營等契約，實質上卻已被非原住民買斷的部分，原保地流失的情形甚為嚴重²。針對前揭「人頭買賣」爭議，最高法院民事大法庭於 110 年 9 月 17 日作成 108 年度台上大字第 1636 號裁定，認為非原住民與原住民成立借名登記契約，無異於實現非原住民取得原保地所有權之效果，已違反禁止規定而無效。

惟以，本件裁定於理由第 5 段指出「系爭規定之內容，自立法目的與法體系整體觀察，並非難以理解，且個案事實是否屬系爭規定欲規範之對象，為一般受規範者所得預見，並可經由法院審查認定及判斷。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。當事人為規避系爭規定之適用，以迂迴方法達成該規定所禁止之相同效果之行為，違反系爭規定意旨，依民法第 71 條本文規定，亦屬無效」。

針對上開理由，即有論者認為系爭裁定其實是運用一種以「規範目的」進行套套邏輯的循環論證形式，且有議論上揭理由係幾近空白的「綜合考量」，恐難以支撐該無效結論的法律見解，亦認其逕自為過去的理蕃政策增添「集體權」或「承載原住民族集體文化」的美麗外衣，其正當性實有待商榷。有鑑於此，本書評析即從此一面向加以論證。

本件裁定事件關乎原住民族傳統領域土地及原住民保留地所涉權利的性質確認，應置於聯合國「原住民族權利宣言」、「憲法增修條文原住

¹ 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，2017 年 12 月，頁 11-29。

² 監察院 105 年 6 月 1 日調查報告，調查委員：王美玉、李月德、孫大川。

民族條款」、「國際人權公約文書及其施行法」，以及《原住民族基本法》所構築而成之原住民族基本權利架構，確認憲法正當性的審查標準。是則，《原住民族基本法》之性質應為原住民族權利、發展與政策形成的基本法，具有一貫性與完整性的規範基礎，與其他個別分散、另訂特別法或行政命令的零星立法方式不同，並可依據本法為相關子法及政府採取必要的措施。準此，《原住民族基本法》與其他法律間之關係可歸納以下四種意義：「優越性」、「指導性」、「非子法與母法的關係」、「準憲法」的意義。

原住民文化（集體）權雖未明文列舉於憲法基本權利之清單，惟就原住民族文化應置於原住民族與土地及所有生命有機體的關係來理解，咸認係原住民族社會存在的核心，並係表彰原住民族人性尊嚴與主體性、攸關原住民族部族成員人格健全發展，確為憲法增修條文第 10 條第 11、12 項對原住民族文化權之保障。既然我們每個人都倚賴著文化社群成員的身分，促成社群認同的形塑與發展，那麼文化權本即應保障身分認同形塑，以及文化主體完整性與維續的必要條件，亦係從原住民族傳統領域作為原住民個體成員與社群連結臍帶所體現出來的實質權利意涵。另以，原住民族權利在憲法上之保障，李建良認應得以動態式或規範式的憲法變遷，勾勒出具集體性的原住民族權利。又，基本權利的源起、發展與實踐，與所處之社會情境、需求有關，基本權利的類型與內涵會隨社會變遷有所增益，而不宜固守憲法條文的字義。甚且，集體權已是國際人權之一環，在比較法上亦有其例。具有「集體權」性質的原住民族基本權利，本得透過解釋、論證而承認之³。

在過去之實務見解認定「借名登記」契約是否有效之判斷公式為：是否具有「正當理由」，亦即若借名登記之目的及內容並未違反公序良俗，且原因為正當者，依據契約自由屬於有效。而實務上認定「正當理由」所採取之標準，相當的寬鬆，例如：基於父子情誼，甚至為節稅之目的均屬於正當理由。在過去實務見解即認為「農地買賣予非自耕農」之案例因違反（修正前）土地法第 30 條之制度目的，而屬於規避強行

³ 李建良，人權思維的承與變：憲法理論與實踐（四），新學林，2010年9月。

法規為由，而認為借名登記契約為無效。

原住民族傳統領域權（包括原住民族傳統領域土地及原住民保留地）作為乙項特殊權利，合理限制之證立，應先審究所採手段是否係「保護原住民族權利或維護其利益」之作為或不作為，次再判斷「合理限制」是否將因此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與自然資源。準此，原住民保留地所涉相關法規確立之兩項原則—「權利行使限制⁴」、「權利移轉的身分限制⁵」，對應於《原住民族基本法》第 20 條第 1 項「政府承認原住民族土地及自然資源權利」，確認原住民族土地權利（包括原住民族傳統領域土地及原住民保留地）係指原住民族對其占有、使用、支配與管理等土地所生之權利態樣，不論此一權利態樣是部族共有、群體所有或個人獨有，只要此一原住民族對其土地所生的各項權利，係源生自渠等共同遵守與持續傳承之傳統法律與文化慣習的規範體系，均應受到我國憲法的合法承認。

再則，本書原則上係就此裁定採正面肯定之立場。不過，就此裁定所示無效範圍擴及於「設定地上權」之論，則認恐有違反法律保留原則之疑。即如本件大法庭林恩山法官在其部分不同意見書即明確指出，系爭規定「僅禁止非原住民取得保留地之所有權，並未禁止其取得保留地之地上權。上揭立法並無法律漏洞或違憲問題，大法庭裁定將其擴張解釋為禁止取得地上權，有侵犯立法權之虞」。實則，地上權的設定與土地所有權的移轉，確係兩種不同的法律行為，系爭規定並未禁止原住民將其所有之原保地為非原住民設定權利或提供非原住民使用。系爭裁定若以此規定作為認定「甲為乙設定地上權」無效之依據，不無違反法律保留原則之嫌⁶。亦有認為就地上權或抵押權設定契約而言，系爭大法庭裁定概括地認定此等物權契約亦屬無效，顯然逾越系爭規定「原住民取

⁴ 原住民保留地開發管理辦法第 15 條：原住民於原住民保留地取得承租權、無償使用權或依法已設定之耕作權、地上權、農育權，除繼承或贈與於得為繼承之原住民、原受配戶內之原住民或三親等內之原住民外，不得轉讓或出租。

⁵ 原住民保留地開發管理辦法第 18 條第 1 項：原住民取得原住民保留地所有權後，除政府指定之特定用途外，其移轉之承受人以原住民為限。

⁶ 李建良，原住民保留地「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，第 6 期，2021 年 12 月，頁 156。

得原住民保留地所有權後……其移轉之承受人以原住民為限」之條文文義（最大可能文義範圍顯然限於「所有權移轉行為」），辜負最高法院之裁判所應承擔之「法律續造」的任務⁷。甚至亦有抨擊大法庭不應以統一法律見解或其具有原則重要性為理由，而裁定採納此種超越現行法，而屬於修法層次的見解⁸。

❖ 相關法律條文

山坡地保育利用條例：第 37 條

原住民保留地開發管理辦法：第 18 條

民法：第 71、246、828、831 條

中華民國憲法增修條文：第 10、12 條

中華民國憲法：第 143 條

公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法：
第 3 條

中央法規標準法：第 5 條

土地法：第 30 條

⁷ 吳從周，「原住民保留地買賣予非原住民」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，頁 25。

⁸ 陳榮傳，原住民保留地的借名登記—大法庭裁定的商榷，月旦法學教室，第 237 期，2022 年 7 月，頁 14。

案例二 智慧財產法院 106 年度民著上易字第 2 號民事判決

|| 裁判日期 民國 107 年 4 月 19 日

|| 裁判案由 侵害著作權有關財產權爭議

壹、案例事實

上訴人蔡賢忠主張被上訴人花蓮縣豐濱鄉公所未經其同意，擅將其以攝影、照相等方式紀錄、編撰之豐年祭相關資料，製作為豐年祭摺頁文宣品，並公開發送參與豐年祭之在場民眾。上訴人認為被上訴人就其著作所為之重製、散布之行為侵害其著作權，爰依著作權法之規定，請求被告負損害賠償責任。

貳、訴訟歷程及結果

智慧財產法院 105 年度民著訴字第 24 號判決（105.12.30）

智慧財產法院 105 年度民著訴字第 24 號裁定（106.01.19）

智慧財產法院 106 年度民著上易字第 2 號判決（107.04.19）

- 一、花蓮縣豐濱鄉公所應給付蔡賢忠新臺幣陸仟元，及自民國 105 年 3 月 17 日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。
- 二、其餘上訴駁回。
- 三、第一、二審訴訟費用由被上訴人負擔五分之一，餘由上訴人負擔。

參、爭點

- 一、上訴人是否確係系爭語文著作、攝影著作之著作權人？
- 二、上訴人就「阿美族豐年祭」之「祭儀」，以文字敘述或攝影加以表達之內容，是否應認係原住民族傳統智慧創作保護條例第 3 條之智慧創作，由原住民所屬民族、部落所享有，不應成為著作權法保護之標的？

三、被上訴人所為是否得認係合理使用之範疇？

肆、當事人主張

一、上訴人主張：

上訴人為阿美族人，自 90 年起，即以攝影、照相等方式紀錄、撰寫及蒐集豐年祭相關資料。被上訴人於 103 年 8 月間為配合前行政院長江宜樺下鄉視察豐年祭活動，未經上訴人同意，將其撰寫及拍攝之資料，作成豐年祭摺頁文宣品（下稱系爭文宣），並將系爭文宣廣發參與豐年祭之在場民眾約上千人。

系爭文宣中部分文字、照片分屬著作權法所保護之語文著作及攝影著作（以下合稱系爭著作），系爭著作均為上訴人以攝影及現場訪查等方式，貫以自己對族群儀式之理解，而行諸於文字及影像，自應受保護，而被上訴人之使用並無任何行政目的，且非內部參考文件，亦因全文照抄且照片係完全相同而非屬合理範圍，被告加以重製、散布系爭著作之行為，不符著作權法第 44 條合理使用之例外規定，爰依著作權法第 88 條第 1 項規定，請求被上訴人負損害賠償責任。

二、被上訴人主張：

（一）系爭著作並非上訴人所創作且不具原創性：

上訴人並未提出系爭著作之原件以盡其舉證義務。又系爭著作皆僅係對於豐年祭流程、內容之敘述，係對於事實之紀錄或傳述，並非著作人獨立思想或感情之表現，故應不具有原創性。

（二）系爭著作不專屬於任何個人，且未依原住民族傳統智慧創作保護條例取得智慧創作專用權：

上訴人自承系爭著作之內容係阿美族豐年祭之相關資料，縱認具有原創性，然依原住民族傳統智慧創作保護條例規定，並不專屬於任何個人，且該條例為著作權法之特別法，應優先適用。況上訴人自始未提出依原住民族委員會所定之辦法，選任原住民族或部落代表人，並由代表

人提出申請、認定，以取得智慧創作之專用權，故系爭著作尚不具有專屬權或專用權。

(三) 被上訴人所為係合理使用：

被上訴人係地方機關，為推廣豐年祭之活動所製作之系爭文宣自屬行政目的上所需，縱認系爭文宣有利用上訴人所創作之內容，亦為合理使用之範圍而合法。

(四) 被上訴人所為非屬重製行為：

依上訴人所主張之侵害其著作權之內容，不過其中有數個文字與上訴人所提出之部分文字排列方式相似，且非完全一致，故被上訴人所涉顯與重製無關。

(五) 上訴人並未受有損害：

上訴人始終未舉證其因被上訴人之行為受有何損害，反之，依一般社會通念，實難以想像上訴人可能會因為被上訴人之行為而受有任何之損害，是上訴人既未受有損害，自無計算損害之必要。

伍、法院見解

一、系爭語文著作部分

上訴人主張系爭文宣上之文字內容，係重製其自 98 年至 100 年間所創作之語文著作「豐年祭的由來」、「貓公豐年祭看板 ILISIN」。惟被上訴人則指文宣內容，係歷年來被上訴人的職員為辦理相關活動，經詢問原住民頭目後，就豐年祭的祭儀流程所作成之紀錄，其後則據前留存資料繼續辦理。

上訴人雖提出「豐年祭的由來」、「貓公豐年祭看板 ILISIN」電子檔，以及將該文字內容，作成展板公開展示之照片。惟因上訴人未就著作完成之時間及其為著作人之事實提出證明方法，自無法證明其為系爭語文著作之著作權人。準此，不能單憑被上訴人之系爭文宣的文字內

容，與上訴人提出之「豐年祭的由來」、「貓公豐年祭看板 ILISIN」電子檔內容大部分相同，而認定被上訴人有侵害系爭語文著作的著作權之行為。

二、系爭攝影著作部分

上訴人舉證系爭攝影著作完成之時間為 100 年間等情，經審理法院於準備程序當庭勘驗，確認與上訴人主張之創作完成時間相符。被上訴人有關係爭文宣內之照片來源，自認上訴人主張之照片的確為上訴人所拍攝。被上訴人雖辯稱，該照片並不具有原創性云云。惟按，著作權法所保護之攝影著作，攝影者如將其心中所浮現之原創性想法，於攝影過程中，選擇標的人、物，安排標的人、物之位置，運用各種攝影技術，決定觀景、景深、光量、攝影角度、快門、焦距等，進而展現攝影者之原創性，並非單純僅為實體人、物之機械式再現，著作權法即賦予著作權之保護。系爭照片係從高處拍攝阿美族部落舉行豐年祭之情形，照片之左方為部落群聚之房屋，中央為正在舉行豐年祭之會場，右方為堤防及蜿蜒之河流、橋樑等，拍攝者於攝影過程中，須選擇其拍攝的位置、角度、取景、焦距、人、物安排等，不同之拍攝者可能會有不同之表達方式，足以展現攝影者之個性及獨特性，並非單純實體人、物之機械式再現，審理法院認為系爭照片已符合著作權法所要求之原創性要件，為著作權法所保護之攝影著作。

被上訴人未經上訴人同意，擅自使用系爭攝影著作於系爭文宣中，並發送予參與豐年祭之民眾，已侵害上訴人之著作財產權。

三、系爭著作是否應認係原住民族傳統智慧創作保護條例第 3 條之智慧創作，由原住民所屬民族、部落所享有，不應成為著作權法保護之標的

原住民族傳統智慧創作保護條例所保護之原住民族智慧創作，例如原住民族傳統之宗教祭儀、音樂、舞蹈、歌曲、雕塑、編織、圖案、服飾、民俗技藝等，係原住民族長久以來由族群集體發展、代代相傳所產生之文化成果，由原住民族或部落提出申請，並經主管機關（原住民族

委員會) 認定屬於原住民族智慧創作，予以登記並公告後，由該特定民族、部落或全部原住民族名義，專有使用及收益其智慧創作之財產權，另原住民就其所屬民族、部落或全部原住民族之智慧創作，得使用收益，不受前項及同條例第 14 條規定之限制（同條例第 6 條、第 10 條第 3、4 項）。

又依「原住民族傳統智慧創作保護實施辦法」第 23 條第 1 項第 3 款規定，智慧創作「應能以客觀之形式表現，且不以附著於特定物質或材料者為限」，為了使原住民族傳統智慧創作具有可描述或可記錄的客觀表現形式，原住民族或部落提出申請時，固須透過文字、攝影、錄影、錄音等方式加以紀錄，使智慧創作的範圍與內容具體明確，該等表現形式乃為了使原住民族傳統智慧創作具備「客觀性」要件，惟不得反面推論，認為以文字、攝影、錄影、錄音等記錄原住民族傳統智慧創作之表達，不受著作權法之保護。

換言之，原住民族傳統智慧創作為原住民族長久以來族群集體發展所產生之文化成果，其使用收益權應由原住民族或部落、或隸屬於該原住民族或部落之原住民享有，不得由個人獨占，惟以文字、攝影、錄影、錄音等方式，紀錄原住民族之傳統智慧創作，如符合著作權法之原創性要求，仍可享有著作權法之保護，蓋原住民族傳統智慧創作保護條例與著作權法之立法目的及保護之客體，各不相同，二者之間並無互相排斥之關係。況且，系爭攝影著作主要係呈現從高處俯瞰阿美族部落之風景樣貌，並非在記錄豐年祭之過程，並無被上訴人所稱應適用原住民族傳統智慧創作保護條例予以保護之餘地。

四、被上訴人所為得否認係「合理使用」

被上訴人辯稱：其係基於推廣豐年祭之行政目的上所需，而為合理之使用，符合著作權法第 44 條、第 65 條第 2 項之規定。惟以，本件被上訴人將系爭攝影著作使用於宣傳阿美族豐年祭之文宣，發送予參加豐年祭之民眾，顯與著作權法第 44 條所指「因行政目的所需，認有必要將他人著作列為內部參考資料」之意旨未合，且被上訴人係使用系爭攝影著作之全部，占整個著作之比例為百分之百，又其製作介紹阿美族豐

年祭之文宣，本得自由選擇使用何種素材，並無必須使用上訴人之系爭攝影著作之必要規定，亦難認符合著作權法第 44 條、第 65 條第 2 項之合理使用之規定。

五、損害賠償責任之認定

被上訴人身為公法人，疏未注意查證系爭攝影著作之著作權人並事先取得授權，貿然使用系爭攝影著作而侵害上訴人之著作財產權，其縱無故意，亦具有過失甚明。被上訴人重製系爭攝影著作並非供營利使用，上訴人亦無將系爭攝影著作授權或讓與他人之客觀交易記錄。審酌上訴人之系爭攝影著作雖非高度藝術性之創作，仍屬實用性之攝影作品，由被上訴人以非供營利之目的，使用於系爭文宣之其中一張，且占整體版面之篇幅甚小。上訴人就利用結果對系爭攝影著作潛在市場與現在價值之影響，並未提出相關舉證，審理法院認為上訴人得請求之損害賠償額，以 6,000 元為適當，逾此範圍之請求，則屬過高。

陸、評述

為保護原住民族傳統之智慧創作，促進原住民族文化發展，立法院於 2007 年 12 月 7 日完成《原住民族傳統智慧創作保護條例》的立法，復由主管機關原住民族委員會於 2015 年 1 月 8 日發布〈原住民族傳統智慧創作保護實施辦法〉，我國就原住民族傳統智慧創作之保護法制於焉形成，確立原住民族傳統智慧創作與文化成果表達之法律保障，並創設一項特殊權利類型與內容，以作為原住民族傳統文化與經濟發展的基礎。準此，原住民族或部落均得依法提出申請，經認定符合智慧創作之審查基準後，取得智慧創作專用權；對於侵害其權利者，得請求排除之；有侵害之虞者，得請求防止之。

迄至 2023 年 9 月止，主管機關已核發 85 件專用權，其中以阿美族文化成果表達為專用權內容者，則有 16 件，內容涵蓋：宗教祭儀、舞蹈、歌曲、服飾、民俗技藝，及以其他文化成果表達所涵括的始祖與神話傳說；專用權人則含括：太巴壠部落、梧繞部落、迦納納部落、馬太

鞍部落、奇美部落，以及由馬蘭、馬當、伊濤、豐年、大橋、新馬蘭、布頌、加路蘭、石川、富岡、豐里、常德、高坡、豐原、巴古崙岸共同組成的「大馬蘭地區部落」。從上揭檢索出之資料可知，本案所涉「貓公豐年祭 ILISIN」之相關文化成果表達，尚未依法提出申請，也無任何專用權之授予。

惟以本案所涉著作權之爭點，厥無違反一般就著作權之權利判斷論理，本書對此不予深究。然則，審究本案與原住民族文化權利主張之爭點，確係我國原住民族傳統智慧創作保護法制現下與未來，將持續面對的重要議題。其一，原住民族傳統智慧創作保護條例所認定與保護之智慧創作，依法係由原住民族社群依據傳統文化、習慣規範、地理分布等因素組成之群體所享有，是否不應成為著作權法保護之標的？其二，原住民就其所屬民族、部落、其他傳統組織或全部原住民族之智慧創作，得使用收益，是否完全不受限制？

一、原住民族傳統之智慧創作，是否不應成為著作權法保護之標的？

按原住民族傳統智慧創作保護條例第 22 條，「本條例之規定，不影響智慧創作專用權人或第三人依其他法律所取得之權益」。揆諸該條之立法理由所示，原住民族傳統智慧創作專用權之取得，固依本條例辦理，但其他法律（如文化資產保存法）亦可受到保護時，得由權益享有者選擇適當保護方式，不生衝突，即已明確宣示本條例與其他法律之關係。又，該條所稱「第三人」，則有如智慧創作專用權人授權之人。

參考該條例之立法意旨及立法歷程資料可知，上揭第 22 條所指之「其他法律」，應係其他有助於本條例立法意旨之體現，亦即能助益原住民族傳統智慧創作之保護，以及促進原住民族傳統文化發展之法律。承前，著作權法所保護之著作，指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作。又，著作權法之立法目的，係為保障著作人著作權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展。綜上，原住民族傳統智慧創作為原住民族長久以來族群集體發展所產生之文化成果，其使用收益權應由原住民族或部落、或隸屬於該原住民族或部落之原住民享有，不得由個人

獨占。惟以文字、攝影、錄影、錄音等方式，紀錄原住民族傳統之智慧創作，厥可促進原住民族傳統智慧創作之保護及原住民族傳統文化之發展。如符合著作權法之原創性要求，仍可享受著作權法之保護，蓋原住民族傳統智慧創作保護條例與著作權法之立法目的及保護之客體，各不相同，二者之間並無互相排斥之關係。

二、原住民就其所屬民族、部落、其他傳統組織或全部原住民族之智慧創作，得使用收益，是否完全不受限制？

按原住民族傳統智慧創作保護條例第 18 條第 1 項，「因故意或過失不法侵害智慧創作專用權者，負損害賠償責任」。然以，為避免過度保護智慧創作，致阻礙人類文化發展，本條例第 16 條明定在具有正當目的之合理範圍內，並註明出處時，得以使用已公開發表之智慧創作，不構成專用權之侵害。不過，如果我們自己部落的族人，想要使用部落取得智慧創作專用權的智慧創作，需要取得專用權人（例如：部落）或代表人的同意嗎？

本條例第 6 條與第 7 條之規範架構，確認智慧創作專用權之權利主體，按其智慧創作內容，可分別由部落、原住民族或全體原住民族來取得。又，本條例於第 10 條第 3 項闡明專用權的行使，爰以智慧創作專用權通常係共有或總有等所有形式，故除法律另有規定或契約另有訂定外，應以特定民族、部落或全部原住民族名義，使用其傳統智慧創作之權利。再者，就原住民個人使用的規範，第 10 條第 4 項載明，原住民就其所屬民族、部落或全部原住民族之智慧創作，得使用收益，不受應以專用權人（團體）名義行使之限制。此外，關於智慧創作財產權之授權，本條例第 13 條亦係以智慧創作專用權人一部落、原住民族或全體原住民作為授權主體。綜合前開各項條文之說明，原住民族傳統智慧創作的權利本質，係以集體權的型態而存在當無疑義。承前，本條例所保障之智慧創作專用權的使用、收益、管理與授權等各事務，既係以原住民族或部落為其治理主體，重新回復內蘊之原住民族內部秩序與確認其主體文化之意涵當為主要目的。

準此，從立法規範目的來看，本條例主要是對外部社會不當利用原

住民族或部落之專屬文化成果表達內容加以規範，透過第 16 條之合理使用條款，確立非原住民族社群成員，共同參與原住民族傳統智慧創作促進原住民族文化發展之目的。至於原住民族社群內部如何使用、管理智慧創作專用權的機制，則不在本條例意欲介入的範疇。族人個人利用方式是否適當，是否需要受到部落傳統規範的限制，屬於原住民個人與民族、部落的內部關係與自治事項，應由部落內部依據部落成員共識、傳統習慣或公共討論等機制，建置專用權人內部成員共同遵循的管理方式。

❖ 相關法律條文

著作權法：第 3、5、10 之 1、22、28 之 1、44、65、88 條

原住民族傳統智慧創作保護條例：第 3、10、16、18、22 條

二、行政事件

案例三 憲法法庭 111 年憲判字第 4 號

原分案號 107 年度憲二字第 54 號

裁判日期 111 年 4 月 1 日

裁判案由 原住民與非原住民結婚所生子女之原住民身分案

壹、案由

聲請人為原住民身分法事件，分別認最高行政法院 106 年度判字第 305 號、第 306 號及第 752 號判決所適用之原住民身分法第 4 條第 2 項及中華民國 97 年 12 月 3 日修正公布同法第 8 條準用第 4 條第 2 項規定部分違憲，並分別於 107 年 2 月 14 日及 107 年 10 月 29 日依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定聲請解釋憲法，請求宣告法規範違憲。

貳、爭點

原住民身分法第 4 條第 2 項限制何種憲法權利（例如姓名權、人格權、身分權及性別平等）？其依據為何？前開限制是否違憲？

參、當事人主張

聲請人樂桃·來有及梧梅·來有姐妹二人（下併稱聲請人一）稱：其等之父陳添爐，係具原住民身分之楊來有女士與非原住民之陳金堂先生結婚所生之子，陳添爐及聲請人一均從父姓。陳添爐於原住民身分法施行前，未及取得原住民身分即死亡，聲請人一於中華民國 102 年間依 97 年 12 月 3 日修正公布之原住民身分法第 8 條等規定，申請取得原住

民身分。其申請案先經該管戶政機關核准，次經撤銷並逕為更正，塗銷原准許原住民身分之登記。聲請人一不服，迭經訴願、行政訴訟，終遭最高行政法院分別以 106 年度判字第 305 號及第 306 號判決駁回確定，判決理由均稱：陳添爐是原住民與非原住民結婚所生子女，未從具原住民身分之母之姓，亦未從原住民傳統名字，不符合原住民身分法第 4 條第 2 項規定：「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。」（下稱系爭規定一，110 年 1 月 27 日原住民身分法第 4 條修正，但僅刪除第 3 項規定，系爭規定一未修正），故依系爭規定一及上開原住民身分法第 8 條規定：「（第 1 項）依本法之規定應具原住民身分者，於本法施行前，因結婚、收養、自願拋棄或其他原因喪失或未取得原住民身分者，得檢具足資證明原住民身分之文件，申請回復或取得原住民身分。（第 2 項）前項當事人已死亡者，其婚生子女準用第 4 條第 2 項及第 7 條之規定。」（下稱系爭規定二），聲請人一不得取得原住民身分等。聲請人一認確定終局判決所適用之系爭規定一及二，侵害其受憲法第 22 條保障之姓名權及人格權等，並抵觸憲法第 7 條保障平等權之意旨，於 107 年間依司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 2 款規定，請求宣告系爭規定一及二違憲等語。

聲請人吳若韶（下稱聲請人二）稱：其母鄭川如為原住民，其父吳欣陽則不具原住民身分。聲請人二出生後，雙親約定其從父姓，向戶政機關申請登記為原住民遭拒，經訴願後提起訴訟。臺北高等行政法院 106 年度原訴字第 2 號判決駁回其訴，聲請人二上訴經最高行政法院 106 年度判字第 752 號判決（下稱確定終局判決二）以無理由駁回確定。聲請人二認確定終局判決二所適用之系爭規定一將原住民與非原住民結婚所生子女取得原住民身分之條件，限制於「從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字」，侵害其受憲法第 22 條保障之人格權等，並抵觸憲法第 7 條保障平等權之意旨及原住民自我認定原則等，於 107 年間依大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定，請求宣告系爭規定一違憲。

肆、主文及理由

- 一、原住民身分法第 4 條第 2 項規定：「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。」中華民國 97 年 12 月 3 日修正公布同法第 8 條準用第 4 條第 2 項規定部分，暨 110 年 1 月 27 日修正公布同法第 8 條準用第 4 條第 2 項規定部分，違反憲法保障原住民身分認同權及平等權之意旨，均違憲。相關機關應於本判決宣示之日起 2 年內，依本判決意旨修正之。逾期未完成修法者，上開原住民身分法第 4 條第 2 項及 110 年 1 月 27 日修正公布同法第 8 條準用第 4 條第 2 項規定部分失效，原住民與非原住民結婚所生子女，取得原住民身分，並得辦理原住民身分及民族別登記。
- 二、其餘聲請不受理。

伍、評述

本則憲法判決作為首則以原住民身分為審議主軸之憲法位階法律爭議，具有相當跨時代之意義，尤其是本判決如何認定「身分」之憲法意義與權利性質，以及當中對於立法者設定之裁量空間，可能將會對未來發生相當重大的指示性影響。

一、身分的憲法意義與權利性質

基於憲法之原則性，我國憲法不論本文或是增修條文，均未能詳細規定各種法律當中涉及之基本概念，因此，「身分」在憲法規範上究竟意義為何、有何重要性，條文中並未明文規範。至於現行法制上，僅有原住民身分法與蒙藏族身分證明條例此二種規範特殊「族別」的法律有相關規定，而一般所認為的身分登記項目或每位國民都擁有的國民身分證，則由戶籍法加以規定⁹。戶籍法第 4 條第一款關於身分登記，詳細規

⁹ 吳秦雯，原住民「身分認同權」的基本權定位——以憲法法庭 111 年憲判字第 4 號為中心，月旦法學教室，第 241 期，2022 年 11 月，頁 6-9。本書以下內容與註釋所引文章基本概念相同，但有更多層面的論述。

定包含：(一) 出生登記。(二) 認領登記。(三) 收養、終止收養登記。(四) 結婚、離婚登記。(五) 監護登記。(六) 輔助登記。(七) 未成年子女權利義務行使負擔登記。(八) 死亡、死亡宣告登記。(九) 原住民身分及民族別登記。而戶籍法上的相關身分登記事項，雖然涉及相當廣泛，卻主要與民法親屬、繼承編密切連結。可見得，「身分」一詞於現行法律上權利義務的內容，主要影響到人民之民事關係。

然而，觀察本憲判字之聲請人與關係機關主張卻可立即發現，爭點並非有無取得原住民身分者之民事法律關係，而為身分認同與資源分配之考量，尤其是現行原住民族相關法規範當中涉及之文化權（原住民族教育法、原住民族語言發展法、原住民族傳統智慧創作保護條例）、工作權（原住民族工作權保障法）、生存權（原住民保留地禁伐補償條例、原住民族委員會補助經濟弱勢原住民建購及修繕住宅作業要點、原住民保留地開發管理辦法）、自決權（原住民族土地或部落範圍土地劃設辦法）、選舉權（憲法增修條文第 4 條第 1 項）等等，各種以身分作為認定基礎的法律上權利適用問題。換言之，儘管憲法條文中未明定身分一詞，但本案爭執者，實為「種族」或「民族」的問題，即憲法第 7 條，以及第 5 條民族平等、第 26 條與第 64 條關於民意代表之選區分配、第 156 條至第 158 條與第 168 條、第 169 條基本國策章之民族相關規定。

進一步言之，以往我國憲法解釋實務，未曾處理過與種族、民族連結之權利議題。本則憲法裁判，首次直接認定身分的憲法定位，並將原住民身分與憲法中的「民族」或「種族」概念進行連結，並從血統出發，確認血統是先於憲法、法律存在之自然事實，而非人為創造的法律事實，亦即應屬於難以改變之個人特徵，並以憲法第 22 條之人格權、憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項作為憲法上權利之規範依據。這樣的連結，主要承繼司法院釋字第 803 號建立的脈絡，從憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項之「保障原住民族多元文化、地位及其政治參與」，肯認「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」，使得原住民個人之血統必須與原住民所屬民族進行連結。

同時特別強調，血統不但為憲法予以保障之自然事實，與血統連結之身分屬性，也非僅專屬個人，因為與所屬群體牽連，而此群體又為憲法上特別保障的對象，因此具備特別保護之憲法地位，但仍需以個人為主體之人格權為其基本權利之基礎。

如此以血統連結自然事實，又以血統連結群體之身分憲法意義的宣示，可以分析出：「非人為創造」、「難以改變」、「群體牽連性」此三點，為本則憲法判決以血統建構原住民此一受憲法保障特殊人格權之三大元素，同時推導出原住民身分認同權為憲法審查時必須適用嚴格審查標準之重要基本權。加上原住民族群體從司法院釋字第 719 號解釋以來，又以釋字第 803 號解釋確認後，主要被界定為應受國家保障、扶助並促進其發展之對象，為「原住民族之文化」，因此，原住民身分成為憲法對於原住民文化權實踐之一環，但並未連結也不屬原住民地位或政治參與權利之問題。在此脈絡下，立法者對於原住民身分取得之相關法律規範，就必須以促進文化認同為規範目的，這也正是為何關係機關原住民族委員會關於原住民身分係作為確認國家給付行政範圍之標準的論述，不被憲法法庭所接受；同時，憲法法庭也以這樣的基本概念，對於未來立法者在原住民身分法制上設下立法裁量之界限。

二、原住民身分之立法裁量空間

憲法法庭從憲法保障原住民文化權的角度確立原住民身分屬於原住民個人之特殊人格權後，認定受審查之原住民身分法規定，直接在「原住民與原住民結婚所生子女」與「原住民與非原住民結婚所生子女」之間，以從具有原住民身分之父或母的姓氏，形成須符合文化認同之附加要件，因為此項差別待遇係以父母之原住民身分為分類，屬種族或族群分類，連結原住民的身分認同權已經被確立屬於重要基本權利，在審查上因而必須適用嚴格審查標準，也同時指引未來立法者若欲限制原住民取得身分之要件，不得以父母雙方均為原住民或僅一方為原住民作為區別標準，因為這已經被憲法法庭認為是「無據且顯然恣意」之差別待遇

手段¹⁰。

憲法法庭在理由中論證此一立法限制之兩大考量：首先，從具原住民身分之父或母之姓未必能夠達到促進文化認同之效果，亦即連比例原則的合目的性都未該當。而憲法法庭認為從具姓氏與文化認同的關連不大的理由，在於「我國原住民族本無姓之概念或傳統¹¹」，原住民族各有不同取名制度，此等「要求子女從父或母之姓，此姓為漢姓，而非原住民文化傳統之取名」。然而，憲法法庭並未說明「無從姓之概念或傳統」之淵源何來、歷時多長，也未考慮我國原住民各族對於使用從姓之民族差異。以賽夏族言，其使用漢姓可能源自清代道光年間，即 18 世紀末期，並沿用迄今¹²，加上姓氏祭團與父系婚姻制度之傳統，出嫁之親生女兒反而被認定為外人¹³。對於該族而言，以姓氏認定是否屬於姓氏祭團、是否屬於該族族人，當源自部落群體的文化認同與傳統，如今憲法判決卻否定姓氏的文化認同連結，憲法法庭對於原住民族文化權保障之價值想像，是否確實與各原住民族之傳統文化相契合，不無疑義。若能在進行解釋前，多進行各族別的實證研究，並提供憲法法庭理解並再為分析，也許會有不同的判決結果？

其次，立法者採取限制手段之最小侵害原則審查部分，憲法法庭認為：「促進原住民認同之方法多端，姓名只是其中之一，而且是相當形式之手段」甚至「仍尚有其他侵害較小之手段：比如要求在從非原住民父或母之漢姓、漢名之外，另並列具所屬原住民族傳統意義之名字」。因此，憲法法庭宣示受審查之法律條文定期失效，且必須依本判決意旨修正之。「逾期未完成修法者……原住民與非原住民結婚所生子女，取得原住民身分，並得辦理原住民身分及民族別登記。」亦即，憲法法庭一方面主張原住民個人之身分認同權係與原住民族之集體發展密切相關，但另一方面在立法宣示上，明確排除現行原住民族可能已經採取的以

¹⁰ 參見理由第 43 段。

¹¹ 參見理由第 28 段。

¹² 新竹縣五峰鄉賽夏族文化藝術協會，賽夏族族譜之彙編，雪霸國家公園管理處委託辦理成果報告，2011 年 9 月，頁 10-11。

¹³ 同前註，頁 35-36。

國內原住民族重要判決之編輯及解析（第四輯）

姓氏認定族人的傳統文化規定，然後最後「併此敘明」，又相當突兀、甚至矛盾地表示「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。」也就是說，憲法判決所稱之，原住民族的自我決定，其實是有限度的民族自我決定，只能在不超越憲法判決宣示的立法界限下進行。因此，如果有某一原住民族的部落或傳統組織，透過自治法規的制定，決定以從姓的方式認定身分取得的認同表徵，不但將會因為現行原住民族尚未具備自治立法權限而程序上無法制定自治法規，更會因為違反憲法法庭宣示的立法界限而被認定違反憲法、不生效力。

另外，本憲法判決是否對於作為長期被整體社會邊緣化的少數弱勢族群，以立法連結身分或族群予以規範時，相同的考慮到「非人為創造」、「難以改變」與「群體牽連性」此三特質，因此在立法裁量空間上，可能採取與其他類型之權利不同的審查與授權空間，或是應納入判斷與衡量之因素差異為何，仍有待未來理論與實務建構；另一方面，當國際人才移動成為全球化之常態，未來以種族、民族為身分別進行不同立法設計的法制度，可預見將有增無減，如何以國內現有原住民族之立法例作為未來相關立法之參考，更是值得深入研析與後續觀察。

❖ 相關法律條文

中華民國憲法：第 7、22、23 條

中華民國憲法增修條文：第 10 條第 12 項

原住民身分法：第 1 條第 1 項、第 2 條、第 4 條第 1、2 項、第 5 條、第 6 條第 2、3 項、第 11 條

97 年 12 月 3 日修正公布原住民身分法第 8 條準用第 4 條第 2 項

110 年 1 月 27 日修正公布原住民身分法第 8 條準用第 4 條第 2 項

案例四 司法院釋字第 810 號解釋

解釋公布院令 民國 110 年 10 月 8 日院台大二字第 1100028852 號

解釋案由 政府採購原住民就業代金案

壹、案例事實

聲請人臺北高等行政法院第四庭審理同院 103 年度訴字第 224 號原住民族工作權保障法事件，因原告依原住民族工作權保障法第 24 條第 2 項（下稱系爭規定）應繳納之代金金額為新臺幣（下同）294 萬 9,712 元，然其採購金額僅為 164 萬元，爰認其審判應適用之系爭規定，確有牴觸憲法第 15 條財產權保障及第 23 條比例原則之疑義，乃裁定停止訴訟程序，於中華民國 105 年 1 月 12 日向司法院聲請解釋憲法。

上開訴訟案件原告中國人壽保險股份有限公司（下稱甲），於民國 101 年間得標台中市政府地方稅務局所公開招標之「公開徵求勘選租賃辦公室」採購案，於同年 3 月 15 日至 12 月 31 日之履約期間內僱用員工總數為 5,043 至 5,219 人，惟其僱用之原住民人數未達原住民族工作權保障法 12 條第 1 項所規定之百分之一標準（其於契約存續期間所僱用之原住民人數約為 14 至 18 人），是被告原住民族委員會（下稱乙），依同條第 3 項、同法第 24 條第 2 項規定，對甲作成行政處分追繳原住民就業代金 294 萬餘元，惟招標機關台中市地方稅務局僅支付 7 月至 12 月之租金 164 萬餘元，甲對乙所作出之行政處分不服而提起行政爭訟。全案繫屬至臺北高等行政法院，北高行認原住民族工作權保障法第 24 條第 2 項有違憲疑慮，向大法官聲請解釋。

貳、爭點

原住民族工作權保障法第 24 條第 2 項規定，得標廠商應一律依差額人數乘以每月基本工資計算繳納代金，是否違憲？

參、當事人主張

臺北高等行政法院聲請釋憲理由：

一、本件聲請標的與釋字 719 號解釋之標的不同

釋字 719 號解釋之標的為原住民族工作權保障法第 12 條第 1、3 項，本件之標的為同法第 24 條第 2 項（下稱系爭規定），不受前開解釋效力所及。

二、系爭規定有過度侵害財產權之虞

按我國釋字第 641 號解釋指出，若罰鍰金額有無限擴大之虞而對個案造成顯然過苛之處罰，致有嚴重侵害人民財產權之不當後果，若立法者未設適當機制調整，不合於妥當性而有違比例原則。

本案中，依釋字第 719 號解釋，該代金之規定涉及國家對於得標廠商財產權之直接侵害，而若該代金之數額依系爭規定計算，則可能遠逾得標廠商因標案所能獲益之範圍，導致廠商不但無法經由該標案獲益，反而必須繳納額外費用以負擔國家保護原住民族之義務；再者，若僱用一定比例之原住民，該原住民所負擔之工作量實質上等同於工資給付之對價，雇主仍可享有該原住民之工作成果，然若係代金，則為雇主之單方支出，並無獲得任何工作成果回饋，可見繳納代金之義務已遠超僱用原住民之義務；若專就本案討論，則可發現本案係屬財務租賃關係，並無因此標案而僱用勞工之需求，僅因其為政府採購案即令雇主有核算就業給付代金之義務，尚非合理。

另有認為依釋字第 719 號解釋意旨，得標廠商得事前預見其需繳交之代金者，然該代金之規定仍應有合理上限並有個案調整之機制，若以刑法為例，縱為故意犯，除於總則條文中有針對部分狀況減輕其刑罰者，於分則條文中亦有規定刑度之上限，並無因有預見而可無限上綱其責任者，況原住民就業代金之案件中，並無涉及不法，其亦應有類似之設計。

是以系爭規定有過度限制財產權之虞，違反禁止過度原則而違憲。

另外本條之代金計算方法十分明確，並無合憲性解釋之空間。

肆、釋字第 719 號解釋少數意見與本號解釋多數意見見解

一、釋字第 719 號少數意見針對原住民族就業代金計算標準之討論

釋字第 810 號解釋以課以得標廠商繳納代金之義務已遠超其所獲得之利益為由宣告系爭規定部分違憲，惟上述理由並非第一次出現於大法官會議中，早於釋字第 719 號解釋時期，黃茂榮大法官於其協同意見書中已說明，以得標廠商之員工全體為計算基準恐導致本案義務遠大於利潤之現象，應轉換其計算方式為以履行系爭標案所需員工總數為基礎，或以系爭標案得標金額之一定比例為基礎者。茲節錄其意見如下¹⁴：

關於應僱用原住民之員額的計算基礎，可能有：(1) 以得標廠商僱用之員工總數為基礎，(2) 以履行系爭標案所需員工總數為基礎，(3) 以系爭標案得標金額之一定比例為基礎。

首先因不同標案所需之人力資格可能不同，所以原住民之專長是否適合標案之人力需求，每一個標案都可能不同。因此，以一致的百分比課得標廠商僱用原住民之義務，可能不切實際。

第一種基礎以得標廠商僱用之員工總數為計算基礎，將僱用義務之計算基礎連結到標案外，在要件之連結上有牽連過廣，發生不當連結的問題。其因此所生之企業組織的調整幅度，對於參與投標廠商會因其規模不同而異。這有礙於公平競爭，對於招標機關及投標廠商都可能不利。第二種基礎，以履行系爭標案所需員工總數為計算基礎，將僱用義務之基礎，連結到標案本身所需之人力，固可避開第一種基礎所涉牽連過廣的問題。然因不同標案所需之人力資格可能不同，以致原住民之專長是否適合標案之人力需求，每一個標案都可能不同。因此，以一致的

¹⁴ 詳見釋字第 719 號解釋黃茂榮大法官協同意見書第 5-7 頁；另林錫堯大法官於其意見書中亦有提及類似見解，但係以違反平等原則為由論述之，亦可參酌釋字第 719 號解釋林錫堯大法官不同意見書第 8-11 頁。

百分比課得標廠商僱用原住民之義務，可能不切實際。如以系爭標案，得標金額之一定比例為基礎，所課之義務，可在相對於得標金額之一定比例所框計之一定財務負擔的基礎上，比較有彈性的基於原住民之能力，以相匹配之薪資，僱用合用數量之原住民，不預設應僱用之人數及其薪資，也不拘泥於系爭規定所定之應僱用人數。此外，因其以得標金額之一定比例為基礎，不會發生系爭規定之適用結果，妨礙公平競爭，或個別得標廠商所需繳交之代金，達得標金額數十倍的離譜情事。……因原住民之進用，以得標廠商僱用員工之總數，而非以其為履行得標契約所需員工之總數為基數，致使得標廠商，因未按法定比例進用原住民之人數所應繳納之代金數額，在具體案件有超出其得標金額數十倍的情形。不論轉嫁與否，這對於得標廠商及發包機關皆顯然過高。因此，對於應繳納之代金總額未設相對於得標金額之一定比例為其上限，顯有過當，不符憲法第 23 條所定之比例原則。

而陳碧玉大法官於其不同意見書中之見解，更近似於本號釋字所採取之見解，亦節錄如下：「政府採購契約與原住民進用相結合之規定，立基於契約金來自於政府預算，與公共利益具有密切關係，企業之責任既因賺取國家資金，則此項成本負擔不應超過契約金額內之一定比例（利潤部分），尤其更無令得標廠商負擔超過得標金額之契約法理。進用原住民或繳納代金均為得標廠商因該採購契約而支付之成本費用，前者並不低於後者，亦非因兩方案可供得標廠商選擇而謂其非契約之成本。實務案例顯示，系爭規定之適用，使部分得標廠商將因國內總員工人數規模，支付超過其契約總金額數倍之代金，此對得標廠商財產權之限制，豈能謂其於履約期間進用原住民比例僅為百分之一，比例不大，負擔尚無過重之虞？又系爭規定為導致大規模廠商受不平等待遇之因，所謂該廠商於參與投標前本得自行評估，若評估結果認無利可圖，可以不參與競標為由，果爾，豈非導果為因？從而，多數意見所為（1）要求大規模得標廠商於履約期間進用原住民之比例僅為百分之一，比例不大，對於廠商選擇僱用原住民之負擔尚無過重之虞；（2）大規模得標廠商有選擇增僱原住民或繳納代金之權利，對於營業自由之限制，並未過

當；(3) 大規模廠商於參與投標前得自行評估代金是否過高難以承擔等由，認系爭規定合於比例原則之見解，礙難贊同」。

另外陳新民大法官於釋字 719 號之意見書中¹⁵也注意到了原住民就業代金的計算方法很可能帶給得標廠商顯不相當的負擔，但其指出，系爭規定其實兼含有保護小廠商的公益目的（該公益目的係出自於憲法增修條文第 10 條第 3 項），亦即因大廠商員工人數較多，若按照系爭規定的計算方式將產生利益不敷成本的效果，但若是人數較少甚至不到 100 人的小廠商反而有利可圖，是以系爭規定係藉由代金計算方式將大廠商經由市場機制排除於政府標案之外，有如上圖利小廠商之公益目的，殊值參考。

二、本號釋字之解釋文：系爭規定違憲

原住民族工作權保障法第 24 條第 2 項規定：「……第 12 條第 3 項之代金，依差額人數乘以每月基本工資計算。」以劃一之方式計算代金金額，於特殊個案情形，難免無法兼顧其實質正義，尤其計算所應繳納之代金金額超過採購金額，可能造成個案顯然過苛之情狀，致有嚴重侵害人民財產權之不當後果，立法者就此未設適當之調整機制，於此範圍內，上開規定對人民受憲法第 15 條保障之財產權所為限制，顯不符相當性而有違憲法第 23 條比例原則。有關機關應至遲於本解釋公布之日起 2 年內依本解釋意旨修正之。完成修正前，有關機關及法院遇有顯然過苛之個案，均應依本解釋意旨為適當之處置。

三、本號解釋理由概要

系爭規定限制人民受憲法第 15 條保障之財產權，立法者就人民未履行法定義務而課與繳納代金之義務者，屬對人民財產權之限制，而該限制需合於憲法 23 條比例原則之限制。系爭規定之立法原意係為提高得標廠商僱用原住民之意願，其目的正當，手段亦有助於本目的之達成。

釋字第 719 號解釋已指明，依政府採購法得標之廠商未依法僱用一

¹⁵ 釋字第 719 號解釋陳新民大法官部分不同、部分協同意見書第 10-11 頁參照。

定比例之原住民者必須繳納代金，但若其金額超過政府採購金額者，應有適當之減輕機制。惟系爭規定計算方式係一律依照差額人數乘以每月基本工資，未考慮是否係可歸責於得標廠商之原因造成，亦未斟酌其採購金額之多寡。此種立法設計方式造成得標廠商需繳納之代金遠超採購金額，甚至需要以採購金額以外之財產繳納顯不相當之代金，已逾越得標廠商可合理負擔之範圍，過度限制其受憲法保障之財產權而違憲。

伍、評述

本則憲法解釋涉及對於原住民族工作權以積極優惠措施予以保護之法令合憲審查¹⁶，由於先前司法院釋字第 719 號解釋理由書已經肯認，透過得標廠商比例進用之手段所為優惠措施，不僅符合我國憲法相關規定（憲法本文第 5 條、憲法增修條文第 10 條第 12 項），也符合國際保障原住民之精神，本號解釋卻連結第 719 號解釋理由書第 6 段敘明應儘速檢討改進之見解，就代金金額超過政府採購金額之情事，認定系爭規定以劃一之方式計算代金金額，若造成個案顯然過苛之情狀，即有可能嚴重侵害人民財產權之不當後果，因為立法者未能對此個案例外之情況設定適當調整機制，因此認定對人民受憲法第 15 條保障之財產權構成不合比例原則之限制。本則解釋儘管並未全然否定釋字第 719 號，僅在「顯然過苛」的情況下，有限度地針對原住民族工作權保障法第 24 條第 2 項規定：「……第 12 條第 3 項之代金，依差額人數乘以每月基本工資計算。」之計算代金金額方式，宣告違憲，也就是仍然肯定，為了保障原住民族工作權，得以積極優惠措施進行差別對待，但是一方面仍未對代金於法制度上之意義與運用界限加以詮釋，另一方面解釋理由書提出的定期修法誠命，具有相當大的模糊性，誠如黃昭元大法官於不同意見書中所云，可能反而在實務上產生更多的爭議，乃是「以恣意代替其宣稱的過苛」。準此，本書謹針對此二部分進行評析。

¹⁶ 司法院釋字第 810 號黃昭元大法官提出、許志雄大法官加入之不同意見書。

一、代金的意義與使用限制

現行不論是中央或地方法規，於法令條文中使用「代金」一詞者相當普遍，而且性質相當多元。如果以「代金」作為關鍵字在全國法規資料庫中以法條內容進行搜尋，得到 86 筆結果，再以法源法律網進行搜尋，其中包括立法院三讀通過之法律與行政機關訂定之法規命令。法律有 21 筆，包括：都市計畫法以「折繳代金」設定容積移轉；消防法、民防法、全民防衛動員準備法、陸海空軍軍官士官服役條例「改發代金」、建築法「繳納代金」、軍人及其家屬優待條例、陸海空軍服制條例「領有代金」、替代役實施條例「發給代金」、所得稅法之「領代金」、土地稅法「折徵代金」取代田賦、再生能源發展條例「繳納代金」以替代再生能源提供義務、停車場法係依據建築法之代金收入、農業發展條例為「土地變更使用應捐贈或繳交相當回饋性質之金錢或代金」、溼地保育法之異地補償「代金」繳納係專款專用與濕地影響費以代金繳納、氣候變遷因應法關於增量排放以代金「專作溫室氣體減量工作之用」、第一屆資深中央民意代表自願退職條例「實物代金」。其中涉及僱用比例者，除了本解釋爭議法條之原住民族工作權益保障，先前釋字第 719 號涉及之政府採購法，尚有國際機場園區發展條例第 32 條¹⁷。

以上經過相關使用代金之法律整理，初步可得，法律雖然使用代金，但其中有作為國家給付義務之替代，也有是人民被法律課予應為義務之替代，若為後者，主管機關收取代金後，代金如何計算？是否必須專款專用？並未有一致性之規定。可見現行採取代金制度之法律性質並不完全一致，只是基本上都是為了替代一定的法律義務，且既然是以金錢代替法定義務，代金計算與法定義務之間應具合理關連性，儘管立法者並非均在法律條文中明確規範代金之計算方式。由於本評析主要針對人民負擔義務部分進行論述，因而必須討論的是，各該法律何以得課人民一定之法律義務？若以代金替代法定義務，是否具備合理關連性？

¹⁷ 園區內之自由港區事業，僱用勞工總人數中，應僱用百分之三具原住民身分者。未依前項規定足額僱用者，應依差額人數乘以每月基本工資，定期向中央原住民族事務主管機關設立之就業基金專戶繳納就業代金。超出第一項僱用規定比率者，應予獎勵；其獎勵辦法，由主管機關會商中央原住民族事務主管機關定之。

就本號解釋言，人民繳納代金之義務，基礎為原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項、第 3 項，亦即該法先以第 12 條第 1 項「依政府採購法得標之廠商，於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用原住民，其人數不得低於總人數百分之一。」課予廠商比例進用原住民之義務，倘若無法完成此一義務，再以繳納代金的方式，替代僱用義務。而同條第 3 項規定，主要是規定該代金的專款專用性質。所以關鍵首先應為比例進用之法定義務是否合憲，再論述代金之計算方式是否合理正當。釋字第 719 號從促進原住民就業、改善其經濟與社會狀況與國際保障原住民族之精神，認定此等透過得標廠商比例進用之手段所為優惠措施，具備合憲性；在理由書第 5 段並進一步說明「以百人為差別待遇之分界，其用意在降低實現前開目的所為差別待遇造成之影響」，論斷無牴觸平等原則。亦即，立法者以法律課特定人民（即廠商）比例進用以保障原住民族發展之法定義務合憲。至於代金的具體計算方式，規定於原住民族工作權保障法第 24 條第 2 項，並非屬釋字第 719 號的解釋範圍，因此，該號解釋理由書第 6 段所稱「得標廠商未僱用一定比例之原住民而須繳納代金，其金額如超過政府採購金額者，允宜有適當之減輕機制。」性質上可謂為「訴外裁判」，而釋字第 810 號第 8 段解釋理由書竟以該段作為對於立法者之修法義務，在推論上似欠妥適。

二、論證不周全的調整機制立法誠命

本號解釋以「所應繳納之代金金額超過採購金額，造成代金繳納義務呈現顯不相當」，認定「有嚴重侵害人民財產權之不當後果」，並要求立法者應設適當之調整機制。然而，誠如前段所述，目前我國法制確實頻繁使用代金制度，但是在學理上尚未見專論定義何謂代金，並對代金制度進行深入探討。從性質上，只能初步判斷，其顯然非屬法定租稅之一種，而無租稅法定主義之適用，作為政府機關金錢收入來源之一種，可能概念上得歸屬為「非稅公課」¹⁸。但是此類國家的金錢收入有如何之立法限制，事實上並未有定論。曾有學者援引釋字第 719 號理由書第

¹⁸ 范文清，非稅公課，收於葛克昌、蔡茂寅、陳清秀主編，財政法，2021 年，新學林，頁 57。

6 段，批評法院判決未能考量代金之標準與契約金額大小之關連，要求行政機關進行裁量，恐並非適當¹⁹。也有學者整理相關司法院釋字，認為「特別公課」只是「『稅捐』以外之人民所負公法上金錢負擔的『總稱』²⁰」。因此，本號解釋認定之「所應繳納之代金金額超過採購金額」為何就形成嚴重侵害人民財產權之不當後果？如果得標廠商在得標期間內，聘僱合乎法定比例之原住民，其所應負擔符合法定最低工資成本，事實上就是原住民族工作權保障法第 24 條第 2 項所規定之金額，甚至還可能高於該代金總額。當聘僱義務合憲合法時，為何轉換為金錢給付義務，就變成嚴重且不合比例侵害人民財產權之違憲結果？在此等論證謬誤下，大法官要求有關機關設立適當調整機制，並要求「完成修正前，有關機關及法院遇有顯然過苛之個案，均應依本解釋意旨為適當之處置」，似乎暗指代金義務不能高於採購金額方為合理負擔。然而正如黃昭元大法官於不同意見書所指出：「代金金額之計算於政府採購實務本即不考慮採購金額」，將採購金額納入考量，反而會有每個月採購金額不同的不同計算結果，更生爭議。

❖ 相關法律條文

中華民國憲法：第 15、23 條

原住民族工作權保障法：第 12 條第 1、3 項、第 24 條第 2 項

¹⁹ 李寧修，原住民族之工作權保障/最高行 103 判 302 判決，台灣法學雜誌，第 255 期，2014 年 9 月，頁 169。

²⁰ 李建良，特別公課的法律關係與收取機制（之一）—污水處理系統使用費之制度定性與規範關聯，裁判簡析。台灣法律人，第 12 期，2022 年 6 月，頁 160。

案例五 最高行政法院 108 年度上字第 894 號行政判決

裁判日期 民國 110 年 9 月 16 日

裁判案由 礦業法

壹、案例事實

亞洲水泥股份有限公司（下稱亞泥公司）原領有礦區位在花蓮縣新城鄉、秀林鄉新城山東方地方之臺濟採字第 5335 號大理石礦採礦執照，有效期限至民國 106 年 11 月 22 日。嗣亞泥公司先後於 105 年 10 月 6 日向經濟部礦務局（下稱礦務局）申請將系爭礦區西側與太魯閣國家公園重疊之部分辦理減區，並於 105 年 11 月 25 日檢送相關文件，申請礦業權展限。

105 年 12 月 1 日，礦務局函請行政院農業委員會水土保持局、林務局、漁業署、內政部營建署、所屬城鄉發展分署、交通部觀光局，臺灣鐵路管理局、公路總局、第二作戰區指揮部，經濟部水利署、台灣自來水股份有限公司第九區管理處，花蓮縣政府，花蓮縣環境保護局及文化局等 14 個機關（構）查復亞泥公司自 46 年 11 月 23 日准予設定礦業權後，有無新增法律規定禁止，或非經該等機關核准不得探採礦暨其法令規定。而上開機關中，除花蓮縣文化局、水保局、營建署、花蓮縣政府，分別表示傾向保留之意見外²¹，其餘機關均無異議。

105 年 12 月 20 日，經濟部發函准予亞泥公司之減區申請，併換發

²¹ 摘要如下（整理自行政院 106 年 9 月 1 日院臺訴字第 1060186100 號訴願決定）：花蓮縣文化局於 105 年 12 月 5 日函復，系爭礦區土地涵蓋縣定遺址「富世遺址」指定範圍，指定範圍內不得辦理採礦。水保局 105 年 12 月 14 日函復，系爭礦區有土石流潛勢溪流通過，且位在土石流潛勢溪流影響範圍內。營建署 105 年 12 月 26 日函復，系爭礦區與太魯閣國家公園特別景觀區重疊約 23 公頃，建議以減區範圍辦理礦業權展限為宜。花蓮縣政府 106 年 1 月 3 日函復，系爭礦區秀林鄉太魯閣段 159 地號等 16 筆土地、古魯社段 3、56 地號等 2 筆土地、帛士林段 123 地號等 82 筆土地、長春段 6 地號等 4 筆土地、玻士岸段 401 地號及道拉斯段 2 地號土地共 106 筆地號土地似位屬地質敏感區（山崩與地滑）。

臺濟採字第 5665 號採礦執照予亞泥公司。其後，礦務局與亞泥公司於 106 年 1 月 25 日前往系爭礦區實地勘查，並經太魯閣國家公園管理處、花蓮縣政府、花蓮縣文化局派員會勘。會勘意見認為，系爭礦區減區後已無與太魯閣國家公園管理處管轄範圍重疊，而系爭礦區與富世遺址範圍重疊部分，經亞泥公司表示鄰接遺址南側之礦場作業區已設置最終殘留壁，未來無續向遺址方向開採計畫，並開立切結書，是尚無破壞遺址保存之虞。

106 年 3 月 14 日，經濟部以經務字第 10602603420 號函（下稱原處分），以亞泥公司申請展限所領臺濟採字第 5665 號大理石礦採礦權案，經查符合礦業法規定，准予展限採礦權 20 年，礦業權有效期限自 46 年 11 月 23 日起至 126 年 11 月 22 日止，有效期限至 126 年 11 月 22 日止。

106 年 4 月間，徐阿金、鄭文泉、田明正及白美花²²不服原處分，向行政院訴願委員會提起訴願，經行政院訴願委員會駁回訴願。徐阿金、田明正、白美花（下稱原告）遂於同年 10 月，以經濟部為被告，向臺北高等行政法院提起行政訴訟，請求撤銷原處分及上開訴願決定，經臺北高等行政法院 106 年度訴字第 1505 號判決原告勝訴。亞泥公司依行政訴訟法第 42 條，經原審臺北高等行政法院以 106 年度訴字第 1505 號裁定准予獨立參加原審訴訟之訴訟參加人，不服原審不利原審被告經濟部及亞泥公司之判決，遂提起本件上訴。

²² 分別為系爭礦區內土地所有權人、居民，及土地耕作權人，距系爭礦區直線距離均在 500 公尺以內。

貳、訴訟歷程及結果

一、本案相關重要事件及爭訟時間順序表（灰底為與本件相關行政程序）

46年11月23日	經濟部准予亞泥公司設定位於花蓮縣秀林鄉及新城鄉之新城山大理石採礦權（下稱系爭礦權），礦業權有效期限自46年11月23日起至66年11月22日止。
67年7月26日	經濟部第一次核准系爭礦權展限申請，礦業權有效期限自46年11月23日起至86年11月22日止。
87年8月17日	經濟部第二次核准系爭礦權展限申請，礦業權有效期限自46年11月23日起至106年11月22日止。
92年12月31日	礦業法全文修正公布。
94年2月5日	原住民族基本法（下稱原基法）制定公布。
104年6月24日	原基法第21條增列第4項：前三項有關原住民族土地或部落及其周邊一定範圍內之公有土地之劃設、諮商及取得原住民族或部落之同意或參與方式、受限制所生損失之補償辦法，由中央原住民族主管機關另定之。 原基法第34條 ²³ 增列第2項：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。
105年10月6日	亞泥公司向經濟部礦務局申請將礦業權所在礦區西側與太魯閣國家公園範圍重疊部分辦理減區。
105年11月7日	行政院為協調經濟部及原民會對礦業案件踐行原基法第21條時點之見解歧異，召集有關機關進行研商會議，會議結論裁示：「新礦業權設定階段」或「既有礦業權之新礦業用地核定階段」應踐行原基法第21條，而「礦業權展限階段」則無需踐行。
105年11月25日	亞泥公司向經濟部礦務局提出系爭礦權展限申請。
105年12月1日	經濟部礦務局函請14個機關（構）查復亞泥公司自46年11月23日准予設定礦業權後有無新增法律規定禁止，或非經該等機關核准不得採採礦暨其法令規定。

²³ 原住民族基本法第34條第1項：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。

105年12月20日	經濟部核准亞泥公司減區申請，併換發臺濟採字第 5665 號採礦執照。
106年3月10日	礦業法草案首次一讀交付立法院經濟委員會審查。
106年3月14日	經濟部第三次核准系爭礦權展限申請，礦業權有效期限自46年11月23日起至126年11月22日止。
106年4月間	訴願人徐阿金、鄭文泉、田明正、白美花向行政院訴願委員會提起訴願。
106年9月4日	行政院訴願委員會駁回訴願（院臺訴字第 1060186100 號訴願決定）。
106年10月間	原告徐阿金、田明正、白美花向臺北高等行政法院（下稱北高行）提起行政訴訟。
108年7月11日	北高行 106 年度訴字第 1505 號判決經濟部敗訴，撤銷上列訴願決定及原核准展延之處分。
110年9月16日	最高行政法院 108 年度上字第 894 號判決駁回上訴人（原審參加人）亞泥公司之上訴。

二、原審北高行 106 年度訴字第 1505 號判決之四大爭點

（一）原告是否具提起本件訴訟之當事人適格？

原審引用憲法第 143 條第 2 項、礦業法第 1 條、第 2 條、第 8 條第 13 條第 15 條第 1 項、第 2 項、第 18 條、第 30 條規定，及以第 31 條第 1 項第 4 款、第 38 條第 2 款，連結妨害公益認定原則第 2 點及第 4 點，以司法院釋字第 469 號解釋揭示之新保護規範理論，認為經濟部受理礦業權展限申請，依法應就該申請案開採構想及施工計畫是否會對地區居民之生命安全、飲水及灌溉、排水、主要交通、河川疏導、防洪等造成不利影響，暨繼續採礦是否有可能發生山崩、地陷、廢土石流失或其他礦害，對他人或公共之安全及利益有無發生危害之可能等，進行審查後，認無前開應予駁回之事由，方可為核准礦業權展限之處分。

其次，原審論證礦業法第 43 條第 1 項、第 3 項、第 44 條、第 45 條第 1 項、第 46 條第 2 項、第 47 條，及礦業法施行細則第 7 條，認為取得礦業權者，於主管機關核定礦業用地範圍內，因有礦業法第 44 條

規定各款情形，而有使用他人土地之必要者，得以租用方式取得土地使用權，礦業法對於礦業權者就所使用土地，與該土地之所有權人間如何成立土地租用契約，定有以「協議」、「調處」及「民事訴訟」解決之機制，且礦業權者得於提存租金，申請主管機關備查後，先行使用其土地，故礦業權是否繼續展限，將影響礦業用地所有人或耕作權人得否取回使用該礦業用地之權利。

綜上可知，礦業法除保障依法取得礦業權之業者外，亦有保障開發行為所在地當地居民的生命、身體及財產權益不因開發行為而遭顯著不利影響之規範意旨，故原審肯認原告對原處分具有法律上利害關係。

至於何以認定原告可能因原處分使得自身生命、身體、財產等權利受影響，且為何影響範圍界定為 500 公尺之問題，原審則以妨害公益認定原則第 2 點至第 4 點及環境影響評估相關法制之精神，認原告因所居地區距系爭礦區均在 500 公尺範圍內，具有提起撤銷訴訟之原告適格。

（二）系爭礦區是否有礦業法第 38 條第 2 款「礦業之經營有妨害公益無法補救」之情事？

原審審酌土石流潛勢溪流、山崩地滑地質敏感區、東北角事件，依水土保持法、地質法等相關事實與法規，認原處分申請案並無礦業法第 31 條第 1 項第 4 款規定「有第 38 條第 2 款」所列「礦業之經營有妨害公益無法補救」之情形。

（三）系爭礦區是否有礦業法第 27 條第 5 款規定「其他法律規定非經主管機關核准不得探、採礦之地域內，未經該管機關核准。」或第 6 款規定「其他法律禁止探、採礦之地域」之情事？

原審審酌富世遺址、地質法，及森林法等相關事實及規範，認為本件亦無礦業法第 31 條第 1 項第 3 款規定，設定礦業權後，有新增第 27 條第 5 款「其他法律規定非經主管機關核准不得探、採礦之地域內，未經該管機關核准」及第 6 款「其他法律禁止探、採礦之地域」之情形。

- (四) 被告作成原處分有無違反行政程序法第 4 條、第 9 條、第 10 條、第 36 條、第 40 條、第 41 條第 1 項、第 42 條、第 43 條之情事？有無違反平等原則、比例原則？有無裁量濫用？

經濟部作成原處分前，未命亞泥公司踐行原基法第 21 條第 1 項之諮商同意參與程序，有程序上之瑕疵，應撤銷原處分。

1. 原基法第 21 條第 1 項之諮商同意參與程序為憲法對原住民族土地及自然資源權利保障之一環

法院首先援引憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項前段，及原基法第 20 條第 1 項及第 21 條第 1 項之立法理由，說明原基法第 21 條第 1 項之諮商同意參與程序，正是立法者為貫徹上開憲法增修條文中，維護原住民族對自然資源及其他經濟事業權益之意旨而設。接著引用聯合國原住民族權利宣言第 32 條第 2 項及兩公約，指出因原住民族土地及自然資源權利可能因政府或私人土地開發、資源利用、生態保育、學術研究等行為，產生難以回復之重大變動或滅失風險，致侵害原住民族永續發展與生存之基本人權，故藉由行使原基法第 21 條第 1 項之權利，以保障原住民族對於該決策之程序權，此乃原住民族土地及自然資源權利保障之一環，符合兩公約之意旨。

2. 「礦業權展延」階段，原則上無原基法第 21 條第 1 項諮商同意參與程序之適用，但於「原基法公布前取得礦權、進行採礦且將於展限後繼續採礦」之情形，仍應踐行諮商同意參與程序

就此問題，原審調查相關法規²⁴，釐清「採取礦產之行為」確屬原基法第 21 條第 1 項所稱「土地開發或資源利用行為」，故在原住民保留地進行採礦，自應踐行原基法第 21 條第 1 項之諮商同意參與程序。但原審指出，「土地開發或資源利用」係指實際進行採取礦產之工程。事實上，礦業經營自申請至實際開發，包括：「設定礦業權」、「核定礦業

²⁴ 原基法第 21 條第 4 項、原基法第 21 條第 4 項授權訂定之諮商辦法第 3 條第 1 項，及諮商辦法附件第 1 條第 1 項第 3 款及第 2 條第 1 項第 1 款。

用地」、「取得土地使用權」、「礦業權期滿申請展限」等數階段，而礦業申請人依法取得礦業權時，尚無法進行探、採礦，其須依探、採礦實際使用土地範圍，申請「核定礦業用地」，並「取得土地使用權」後，方能於礦業用地內進行探、採礦²⁵。準此，原審認為涉及實際進行採礦工程者，乃「礦業用地核定」之階段，故此時方需踐行原基法第 21 條第 1 項之諮商同意參與程序。

從而，在「新礦業權設定」或「礦業權展限」階段，原則上無庸踐行原基法第 21 條第 1 項之諮商同意參與程序，因為在此等階段，尚未核定礦業用地，而無從實際進行採礦。對於位在礦區而非礦業用地之區域，礦業權者本不得為探、採礦行為，就該區域踐行原基法第 21 條第 1 項之諮商同意參與程序，並無實益。

需特別注意的是，原審指出，「原基法公布前已取得礦業權，並實際進行採礦，且將於礦業權展限後繼續採礦」之情形，並非前述單純申請礦業權展限而未涉土地開發或資源利用者所可比擬。蓋於此種情形，當初礦業用地核定时，原基法尚未公布，原住民族或部落自始即無法參與該決策過程。因而原審認為此情形，應於礦業權展限申請時，踐行原基法第 21 條第 1 項規定之諮商同意參與程序，給予原住民族表示意見之機會。否則在 94 年 2 月 5 日原基法制定公布前業經取得之礦業權，只要未申請新的礦業用地之核定，而係在原業經核定之礦業用地採礦，將永遠無法適用原基法第 21 條第 1 項規定，如此將致原基法諮商同意參與程序規定之美意落空，顯非原基法第 21 條第 1 項規定之意旨。

本件亞泥公司系爭礦區之礦場座落於原住民保留地，為第 21 條第 1 項所稱之「原住民族土地」，且該礦場之礦業用地核定，早於原基法制定公布之 94 年 2 月 5 日。因此，原審認為亞泥公司申請礦業權展限時，應踐行原基法第 21 條第 1 項之諮商同意參與程序，方符正當行政程序之要求，從而，經濟部為原處分前，應要求亞泥公司踐行原基法第

²⁵ 原審判決中有進一步說明：至於位在礦區內而非屬礦業用地之區域，礦業權者仍不得為探、採礦行為。又，礦業權屆期前礦業權者得申請展限，礦業權展限後，若原核定礦業用地範圍內礦質依計畫尚未採罄，礦業權者即得於原核定礦業用地範圍繼續開採行為，迄至完成其開採及施工計畫為止。

21 條第 1 項之諮商同意參與程序。然亞泥公司卻未踐行上開程序，經濟部亦未要求亞泥公司補正，是以原審判斷原處分違反原基法第 21 條第 1 項而有瑕疵，應予撤銷。

最後，原審結論指出，經濟部為原處分前，未依職權命亞泥公司補正原基法第 21 條第 1 項之程序，即逕予核准系爭申請案，雖非合法，但因如何適用原基法第 21 條第 1 項規定有相當大之爭議，故原處分撤銷後，系爭申請案仍繫屬於經濟部，經濟部應命亞泥公司依相關規定補正此項程序，方屬適法。

參、爭點

- 一、原審原告之當事人適格
- 二、原住民族基本法第 21 條第 1 項之適用爭議

肆、當事人主張

上訴人主張：

一、被上訴人不具主觀公權利而無當事人適格

- (一) 礦業法及妨害公益認定原則之相關規定，並非保護規範

原審引用礦業法及妨害公益認定原則之相關規定，認為礦業法除保障依法取得礦業權之業者外，亦保障開發行為所在地居民生命、身體及財產權益不因開發行為而遭受顯著不利影響之規範意旨，而非純粹以保護抽象之環境利益為目的。

惟上訴人主張，現行礦業法係礦業權者取得相關探、採礦權利及經濟部或其所屬礦務局為審查、監督相關礦權事務所應踐行之規範，不涉一般人民之權利義務，自不具有賦予一般人民主觀公權利之保護內涵。而妨害公益認定原則是行政規則，人民不因此而享有訴訟權能。況經濟部曾多次說明，妨害公益認定原則第 2 點僅適用於「礦業權設定」之申請案件；且僅有「曾因礦業經營實際發生危害」者，始構成第 4 點妨害

公益之要件。

本件為「礦業權展限」申請案件，在系爭礦區未曾實際發生礦害之前提下，被上訴人不具備提起「撤銷展限許可」之訴之主觀公權利。上訴人指出，原審一方面肯認系爭礦場迄今未曾因亞泥公司之開採行為發生災害，又單純引用礦業法相關規定及被上訴人等 4 人居住於系爭礦區附近之事實，以被上訴人可能因原處分受有生命、身體、財產、居住安全權利與法律上利益之損害，認定被上訴人具有當事人適格，顯有矛盾。

此外，上訴人指摘原審未說明為何與本案無關之環評法及相關子法標準，得逕作為系爭礦權展限劃定具體受影響範圍之依據，違背行政訴訟法第 9 條公益訴訟須以法律明文規定者為限之規範意旨、本院歷來見解與司法院釋字第 469 號解釋意旨，為違背法令及判決不備理由。

（二）原基法第 21 條第 1 項規定未課予機關「事前」諮商義務

就原基法第 21 條第 1 項規定本身而言，無論其是否適用於礦權展限階段，該條規定實未課予經濟部於許可通過前應諮商原住民之義務，經濟部於展限通過後持續諮商原住民及確保原住民之參與機制落實，亦符合該規定之立法意旨。

（三）原基法第 21 條諮商同意參與程序之保障主體為原住民族或部落（集體權）

原基法第 21 條與諮商取得原住民族部落同意參與辦法（下稱諮商辦法）均以「原住民族或部落」為規範保護主體，並非原住民個人，被上訴人等以個人之原住民身分提起本案訴訟，欠缺主觀公權利。

（四）礦業法尚未依原基法意旨修法

原基法第 34 條第 1 項已明揭原基法僅係例示性規範，相關法律應如何適用，仍應視各法律之修正或制定後之具體內容而定。現行礦業法

尚未明文規定應適用原基法第 21 條第 1 項之規定，被上訴人自無從主張依原基法第 21 條第 1 項規定而具有主觀公權利。

二、原基法第 21 條第 1 項之適用爭議

(一) 原基法第 21 條非礦業法第 31 條及第 27 條第 5、6 款規定不得展限之事由

上訴人指出，既礦業法第 31 條第 1 項之負面列舉駁回事由中，未包括「未踐行原基法第 21 條之程序」，則原審不應恣意創設法律所無之展限駁回事由。且礦業權之展限許可屬於羈束處分，原審既已確認本案並無礦業法第 31 條第 1 項第 4 款及第 3 款規定之情形，經濟部依法應予展限。

退步言之，縱使原處分須適用原基法第 21 條，而因未踐行該條程序而具有程序瑕疵，該瑕疵仍僅屬輕微且可透過事後參與機制而治癒，基於比例原則、程序經濟及公共利益，無從以此撤銷原處分。

又上訴人稱，原判決一方面肯認礦業權展限性質為舊權利之延續，並指礦業法第 27 條第 5、6 款之法定不予展限事由中，不包含原基法第 21 條第 1 項之諮商同意參與程序，卻又同時表示「於該法公布施行前已取得礦業權並採礦的展限申請案件」應踐行原基法第 21 條之程序，並稱未踐行此行政程序，尚難逕以該程序非礦業法第 31 條第 1 項第 3 款規定之駁回事由，即遽認原處分無違誤等語，判決理由顯然矛盾。

(二) 現行礦業法未規定展限須踐行原基法第 21 條；於修正前應適用原基法第 34 條規定，依原民會會同中央目的事業主管機關之解釋適用

上訴人認為，原基法未如環評法第 14 條賦予行政機關准駁之權，且「諮商辦法」僅屬程序性之法令，原判決以原基法第 21 條第 1 項及「諮商辦法」已有訂定相關同意程序，認定礦業權展限應踐行原住民族諮商同意程序，違反法律保留原則。

又原基法性質上為「基本法」，其目的在揭示政策理念、價值與方

針，並透過相關法律（即實施法）之制定或修正，以達立法目的。是以，於相關實施法未明文規定違反原基法效力之情形下，無法直接以基本法作為認定行政行為違法之根據。而原基法及礦業法均未規定違反原基法第 21 條第 1 項之法律效果，原判決於法無明文下，逕認違反原基法第 21 條第 1 項之效果為「撤銷礦業權展限處分」，適用法律有誤。在此，上訴人亦援引最高行政法院歷來判決意旨²⁶，指出原基法僅屬原則性之提示，其解釋與適用均須委諸其他法令之明文規定，不能於其他法規未予修法前，直接適用原基法相關規定。

此外，上訴人指出目前礦業法各版本修正提案中，多有建議礦業權展限時應踐行原基法第 21 條第 1 項之諮商同意程序，並給予違反此規定者補正機會與期間，由此可知現行礦業法對於展限案件適用原基法第 21 條之程序、要件、效力之規定或要求，均未規定。從而，於礦業法修正完成前，依原基法第 34 條第 2 項，應由中央原住民族主管機關會同中央目的事業主管機關，依原基法之原則解釋適用礦業法，依行政院 105 年 11 月 7 日會議結論，即無從於礦權展限案件適用原基法第 21 條規定。對此，原審拒絕適用該會議結論，而引用對我國法律解釋適用無拘束力之聯合國原住民族權利宣言，及僅屬原則性提示之兩公約，其適用法律應有違誤。

（三）原基法第 21 條之諮商同意參與權，違反憲法第 143 條第 2 項規定

依憲法第 143 條第 2 項，礦產乃國家所有之資源，不因人民取得所有權而受有影響。礦業法第 2 條亦揭示，中華民國領域內之礦，均為國有之意旨。學者指出，如此規範之目的在於避免礦產此種可供公眾利用之天然力，受到私人壟斷或由少數人支配而生流弊，以維護國計民生之穩定，使其利益得歸社會共享，故礦產之使用、收益、處分、排除干預等，應由國家享有專屬性之支配權。而觀察原基法第 21 條之法律效

²⁶ 最高行政法院 108 年度裁字第 1002 號裁定、107 年度裁字第 152 號裁定、103 年度判字第 687 號判決、103 年度判字第 419 號判決。

果，係補償、回饋或類似之方式，此顯係著重於保障附隨之財產權或財產利益，難認為有等同或高於所有權之地位，亦彰顯原基法第 21 條第 1 項之程序保障應無法動搖礦產由國家專屬支配之憲法意旨。

此外，國際勞工組織第 169 號公約第 15 條第 2 項明定，若係採取礦產國有制度之國家，則國家僅有制定保障原住民族參與之適當程序，且原住民族之權利保障僅需要求「諮商之適當程序」（而非同意）即為已足，或僅限於必須採取特定形式之議決程序。基於合憲性解釋，於礦業權展限案件涉及原基法第 21 條第 1 項規定時，應解釋為踐行「參與」而非「同意」程序。然原判決以礦權展限前未踐行原基法第 21 條之諮商同意參與程序，撤銷原處分及訴願決定，無異將原應由國家專屬支配之礦產資源之使用收益權利，繫於原住民族及部落等少數人之同意，並實質賦予少數原住民否決權利，形同將礦產資源之權能移轉予原住民族及部落，已悖於憲法第 143 條第 2 項之內涵。

（四）原基法第 21 條僅原住民「參與」即已足，無須原住民「同意」

上訴人分析原基法第 21 條第 1 項文義，指出該條項明文規定「應諮商並取得原住民族或部落同意『或』參與」，顯係有意授權行政機關得視個案案件類型選擇是否進行「事前」或「事後」之「同意機制」或「參與機制」。其並指出「事前同意機制」將造成地方發展及原住民族工作權繫諸於少數原住民族杯葛、不予同意之結果，並實質剝奪多數原住民族或部落得於礦權展限後參與並共享利益之權利或機會，反致使原基法第 21 條欲使原住民族共享利益之立法意旨落空。

上訴人進一步說明所謂「參與」，一般係指使特定個人或群體成為特定程序之主體之一，確保渠等於程序中表達意見且相關意見受到審慎考量。特定個人或群體對於特定程序具有「否決權」，本質上即「同意」，而非僅係「參與」。現行「諮商辦法」雖形式上對於「同意」及「參與」分別有所定義，但均係以部落會議議決通過為前提，故實質上僅有規定「同意」及「附條件（即參與機制）之同意」，有違原基法第

21 條第 1 項明確區分「同意」、「參與」為二種不同程序之意旨。上訴人又以「礦權展限申請案」與「礦權之設定」或「新礦業用地之核定」所涉及礦業權人已投入成本之高低不同為由，認為基於既存礦業權所進行之開採礦石行為，應以取得原住民族或部落之「參與」即為已足。

此外，上訴人指出原處分具備使亞泥公司據以產生信賴之基礎，而投入鉅額成本進行對系爭礦場設備、人事之投資及原住民族之參與及利益分享，具有合理之信賴表現，亦無任何行政程序法第 119 條所列各款信賴不值得保護之情事，依憲法及行政程序法第 8 條之信賴保護原則，應對原受益處分予以存續保障。

最後，上訴人對比原基法第 21 條第 1 項及第 2 項之文字，指出僅於第 2 項「政府或法令限制原住民族利用原住民族之土地及自然資源」時，方「應與原住民族或原住民諮商，並取得其同意」，可知立法者對於第 1 項「政府或私人於原住民族土地內從事土地開發、資源利用、生態保育及學術研究」之情形設有區別規範，未如第 2 項限制行政機關僅得採取「事前同意機制」，顯然在於防止土地及自然資源之利用繫諸於少數原住民族即得杯葛、不予同意而影響多數權益之結果，反而實質剝奪多數原住民族或部落得於礦權展限後參與並共享利益之權利或機會。

（五）本件應適用原基法第 20 條第 3 項規定

本件礦業權設定及採礦地區核定，均發生在原基法制定前。而原基法 94 年公布迄今歷經 4 次修正，並未如環評法第 28 條定明溯及適用或具體適用方式，應認原基法無溯及效力。又依原判決，礦業權之展限處分，僅係既存礦業權之延續，而非新權利之賦予，故上訴人認為，本案應適用原基法第 20 條第 3 項規定，但目前立法機關亦未依原基法第 20 條第 3 項規定另訂專法，原審代替立法機關決定既存礦業權得直接適用原基法第 21 條第 1 項規定，已超越法之續造之界線。

伍、法院見解

一、被上訴人具有當事人適格

(一) 礦業法第 31 條具保障一般人民個人利益之規範意旨

上訴意旨以現行礦業法僅係礦業取得相關探、採礦權利及行政機關為審查、監督相關事務所應踐行之規範，不涉及一般人民之權利義務，不具保障一般人民個人利益之規範意旨，且妨害公益認定原則不適用於礦業權之展限，指摘原判決違法。

最高行政法院 108 年度上字第 894 號判決釐清，於申請礦業權展限階段，礦業權人應依礦業法第 30 條準用同法第 15 條至第 18 條檢具礦區圖、開採構想及圖說；其中應敘明水土保持、環境維護、礦場安全措施與礦害預防等永續經營事項，供主管機關審查；而主管機關依礦業法第 31 條第 4 款、第 5 款，應審核有無礦業法第 38 條第 2 至 4 款、第 57 條第 1 項及妨害公益認定原則第 2 點至第 4 點所定情事，此些規範均係立法者為預防礦業因以機電動力設備或爆破等方式開挖採礦，導致水土流失、地面沉降、生物多樣性破壞及地下水污染，及可能因岩罄、礦體崩塌，有害氣體、礦塵、岩塵、坑內出水、煤塵爆炸等災害，致礦區及其附近居民之生命權、身體權、財產權遭受侵害而設之許可程序，具有保護礦區所在地及附近居民之生命權、健康權及財產權之規範意旨，而為保護規範，從而被上訴人具有提起原審撤銷訴訟之訴訟權能，以足為適格之當事人，至於實際是否受有侵害及訴訟結果有無理由，則非所問。

(二) 原基法第 21 條第 1 項具保障特定範圍原住民族及個別原住民權利之意旨

最高行政法院 108 年度上字第 894 號判決指出，原基法第 21 條第 1 項為立法者受憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定之憲法委託而制定，旨在保障原住民族對其領域土地及自然資源之自主性及權益，降低外界對原住民文化和社會之傷害，讓原住民族公平分享利益，

並作為原住民族與政府建立「共管機制」之法源基礎。判決中並引用原基法制定時參照之「聯合國原住民族權利宣言草案」（嗣於西元 2007 年 9 月 13 日於聯合國第 61 屆聯合國大會中通過）及兩公約，說明因原住民族之生存、精神與文化活動高度依賴其生活之土地，故原基法第 21 條規定原住民族之諮商同意參與權，使當地原住民族得透過「知情同意參與」涉及維繫其族群生存及文化存續之土地開發、資源利用、生態保育及學術研究決策，以達成憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段之目標。是以，原基法第 21 條具有保障原住民族生存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之侵害，為具有保護特定範圍原住民族之保護規範。

又諮商辦法第 2 條所定義之「部落」為「中央原住民族主管機關依本法第 2 條第 4 款規定核定之原住民族團體」。判決指出，原住民個人為部落成員並為諮商辦法所稱部落會議之參與者甚至發起人，身為原住民族成員之個別原住民，享有認同並遵循傳統文化生活之權利，與其所屬原住民族相互依存。涵養原住民族文化之傳統領域土地及自然資源，若因外在開發行為產生變化，對原住民族傳統文化之影響，將直接影響個別原住民之文化認同，由此推導出原住民個人兼備一般文化權與民族文化權之雙重主體身分。而原住民得以透過原基法第 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之開發行為形成集體決定，必然回饋到所屬社群文化共享，從而原基法第 21 條第 1 項規定，亦為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之保護規範。

就本案而言，四位被上訴人為系爭礦區所在原住民保留地「玻士岸部落」之原住民族成員及原住民家戶代表，且分別為系爭礦區內土地所有權人、居民，及土地耕作權人，距系爭礦區直線距離均在 500 公尺以內。是以原處分核准亞泥公司之展延申請，使亞泥公司得繼續自系爭礦區採礦，對環境生態之破壞效應至深且巨且不可逆，對於直線距離僅 500 公尺之當地居民之生命、身體、健康、財產權，即可能造成直接風險。

原判決僅從礦業法相關規範探究各該礦業法之規定屬於保護被上訴人生命權、身體及財產權、土地所有權及耕作權之保護規範，肯認被上訴人之當事人適格。但原審審理結果係以經濟部未踐行原基法第 21 條第 1 項認定原處分違法，並肯認系爭展限申請無礦業法第 31 條之駁回事由。對此，最高行政法院指摘，依原審之論述架構，亞泥公司並無違反礦業法致實際侵害被上訴人權利或法律上利益，原判決未詳述被上訴人之原住民身分、其所屬玻士岸部落與系爭礦區之關聯，及原基法第 21 條第 1 項是否為保護規範，確有判決理由矛盾之瑕疵。不過，如前所述，最高行政法院認為被上訴人為原基法第 21 條第 1 項保護規範效力所及，故原審被上訴人具有當事人適格之結論，仍應予維持。

二、本案應適用原基法第 21 條第 1 項之原住民族諮商同意參與程序

(一) 原基法第 21 條第 1 項之程序並未實質禁止礦業開發，亦無違憲

法院指出，在早期以經濟發展為重心的時代背景下，立法者對於礦業權展限的規範設計，側重於採礦權人之永續經營及經濟開發。此具體體現於採礦權 20 年期滿後可再為無限次數之展限；且採礦權之展限在採礦權期滿至主管機關准駁前，視為存續；92 年 12 月 31 日修正礦業法更將第 31 條礦業權展限之審查由原來之核准模式，修正為除有法定事由外，否則「不得駁回」。但 89 年 4 月 25 日增訂之憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段業已揭示新的國家目標，乃在尊重原住民意願、積極保障與原住民族生存、生活方式及延續其族群傳統文化權益。而原基法之制定即為立法者回應前述憲法委託所為之規範。

法院認為原基法第 21 條第 1 項之原住民諮商同意參與程序，及同條第 4 項授權主管機關訂定之諮商辦法要求行政機關在作成准許開發行為決定前，應履踐原住民族諮商同意參與程序，係為有效保護原住民權利之必要規範，且採礦之開發案並未因原基法第 21 條第 1 項之程序而被禁止，只是在族群彼此尊重下平等討論後進行，但法院似無進一步釐

清「同意」與「參與」程度區別之疑義。

對於上訴人指原基法第 21 條違憲之疑義，法院說明：如同採礦權人之所以得採礦，乃因國家給予特許，立法者依憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段就原住民族土地及周邊一定範圍內之公有土地之採礦開發行為，於原基法規定應與原住民族諮商同意參與分享，亦是國家透過立法方式就自然資源如何平等利用之決定，故並未牴觸憲法第 143 條第 2 項。但較為可惜的是，法院並未針對上訴意旨「原判決以礦權展限前未踐行原基法第 21 條之諮商同意參與程序，撤銷原處分及訴願決定，無異將原應由國家專屬支配之礦產資源之使用與收益權利，繫於原住民族及部落等少數人之同意，並實質賦予少數原住民否決權利，形同將礦產資源之權能移轉予原住民族及部落」之質疑為說明。

（二）原基法條文是否屬目標性規定而不能直接適用於個案，應視各條文具體內容，不能一概而論

上訴意旨稱原基法性質上為基本法，故原基法第 21 條第 1 項僅係原則性之提示，其解釋與適用須委諸其他法令明文規定，在礦業法未依原基法第 34 條意旨修正前，不能直接適用原基法第 21 條之規定。

但法院認為原基法條文是否屬抽象性、目標性規定，仍應視各條文之具體內容，非一概而論。以原基法第 21 條為例，因立法者已於 104 年 6 月 24 日增訂原基法第 21 條第 4 項，授權主管機關訂定諮商辦法，由此可見修正後原基法第 21 條第 1 項及第 4 項有別於同法其他目標性條款，具有較高之可執行性。此一情形與原基法第 34 條要求主管機關限期修法並於 104 年 6 月 24 日增訂同條第 2 項，要求修法前，應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、適用相關法令之情況不同。

至於上訴人指出礦業法修正草案中多有將原基法第 21 條第 1 項意旨訂入礦業法，規範礦業權展限時應踐行原基法第 21 條第 1 項之諮商同意程序者。上訴人試圖以此說明，在礦業法尚未依原基法第 21 條意旨修正，且礦業法對原住民族諮商參與之程序要件等均無規定之當下，

不得直接適用原基法第 21 條，而應依原基法第 34 條第 2 項，由中央原住民族主管機關會同中央目的事業主管機關，依原基法之原則解釋適用礦業法。對此，最高行政法院認為，立法者對所欲規範之事物，究係整合於同一法律，或另立其他法律加以規範，屬立法裁量，不論採取何種方式，法律公布施行後，即具規範行政機關及人民之效力。現行原基法第 21 條第 1 項既是立法者對憲法第 143 條及憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段之委託作出之價值決定，未再經立法者調整完成修正程序前，自不能因立法院目前有礦業法修法提案，反稱現行原基法第 21 條第 1 項規定無規範礦業法採礦權展限之效力。

（三）原基法第 21 條規範為不真正溯及既往，應適用於原基法制定公布後之所有展限申請案

最高行政法院判決首先說明依據法律不溯及既往原則，係禁止「真正溯及既往」，亦即對於過去存在且已終結事實，訂定溯及性法律，改變原有之法律評價或法律效果。但若所訂定之法律係向將來發生效力，僅會對法律生效前尚未終結而繼續存在之事實或法律關係產生影響或規範效果者，則為「不真正溯及既往」之情形並不違反法律溯及既往原則。原基法第 21 條第 1 項及第 4 項分別制定於 94 年 2 月 5 日及 104 年 6 月 24 日，其並未明定具有溯及效力，故應為向未來發生效力之非溯及性法律，故不違反法律不溯及既往原則。

另一方面，依礦業法第 13 條第 1 項，採礦權以 20 年為限，期滿前 1 年至 6 個月間，得申請展限，每次展限不得超過 20 年，旨在賦予主管機關得以定期檢視環境的變化、自然資源之耗竭、衡量社會變遷及公共利益等因素，而為展限與否之決定。依最高行政法院之見解，每一次的展限申請，皆需經濟部為准駁之行政處分，自應適用展限時之法令（包括礦業法，及對礦業法之採礦行為具有規範效力之原基法第 21 條第 1 項，及諮商辦法等規定）。此無關於礦業權展限究係舊權利之延續或新權利之賦予，故最高行政法院亦批評原審就此部分認為礦業權展限乃舊權利之延續，應為贅論。

相較於原審結論，最高行政法院之見解對原住民族之保障顯然更為周全。蓋原審認為，礦業權展限階段原則上無庸踐行原基法第 21 條第 1 項之程序，僅就「原基法公布前取得礦權、進行採礦且將於展限後繼續採礦」之情形例外地認為應適用原基法第 21 條第 1 項，以符原基法之立法意旨。而今最高行政法院明確揭示，原基法第 21 條第 1 項、第 4 項制定公布後，即有其規範效力，經濟部礦業權為展限申請之准駁，自應加以適用。

（四）原基法第 21 條第 1 項及第 4 項課予開發行為人及主管機關應在展限處分「作成前」踐行原住民族諮商同意參與程序

上訴人質疑，原基法第 21 條第 1 項文義並未要求機關必須「事前」諮商並取得原住民族或部落同意或參與。對此，最高行政法院指出，若未於事前踐行原基法第 21 條第 1 項及第 4 項規定所為之展限處分，即屬違法。

究其原因，依礦業法第 8 條，礦業權一經取得，即視為物權並準用民法關於不動產物權之規定，具有直接支配並排他性；同法第 43 條並賦予礦業權人於其取得之礦區範圍內使用土地之權利，除使用公有土地於礦業主管機關核定前應先徵求公有土地管理機關同意外，其餘私人土地，只須通知毋需經其同意。加以礦業法給予採礦業者之權利雖以 20 年為一期，但可無限次展限，並以不得駁回為原則，且在准駁前，採礦權視為存續，實質上為幾乎不間斷之權利，並且採礦活動係以破壞土地環境方式採集自然資源，對蘊含原住民族文化傳統之土地及自然資源影響甚鉅。

倘若未事前踐行原基法第 21 條之程序，平等對待並尊重原住民族意願，使原住民族得以及時對於涉及影響延續其族群與文化傳統之土地及自然資源開發行為，依其集體意願形成決定，則無異於使原住民族只能接受該展限決定及繼續開發之事實。此時，維繫原住民族及其傳統文化之土地，已流失於公有土地私有化及不停止之開發行為，縱礦業權人

願意提供包含協助原住民就業、水土保持及生活照顧等事後參與程序，皆無關於展限與否之決定，無濟於原基法第 21 條保障原住民族生存權及文化權之「諮商同意參與分享權」之實踐。依此，最高行政法院肯認原審拒絕適用行政院 105 年 11 月 7 日會議結論之見解。

至於上訴人對比原基法第 21 條第 1 項及第 2 項之文字，認為僅於第 2 項「政府或法令限制原住民族利用原住民族之土地及自然資源」時，方「應與原住民族或原住民諮商，並取得其同意」，可知立法者對於第 1 項之情形設有區別規範等主張，最高行政法院僅說明係上訴人之預設立場並對原基法第 21 條第 1 項之誤解，而未就法條文義有更多解釋。

（五）本件無涉行政程序法第 117 條以下有關行政處分之撤銷廢止而生之信賴保護問題

最後，最高行政法院指出，本件係關於系爭礦權展限之申請，並非經濟部原核准之採礦權之撤銷或廢止，其因未踐行原基法第 21 條第 1 項規定經原判決撤銷，與行政程序法第 117 條以下有關行政處分之撤銷廢止而生之信賴保護問題無涉。

依上訴意旨，上訴人似認為其對原審撤銷之 106 年 3 月 14 日經濟部核准展限處分，具信賴表現且無行政程序法第 119 條信賴不值得保護之情形，縱原處分違反原基法第 21 條第 1 項，亦應予以存續保障。但最高行政法院在此僅以礦業法明定採礦權期限為 20 年，認為亞泥公司不能主張有值得保護之信賴，並未深入探究其無值得保護信賴之理由，以及亞泥公司若有信賴利益，其是否小於撤銷原處分所欲維護之公益。

陸、評述

首先說明本判決原因案件之發展後續，去年（2022）年初在玻士岸部落會議行使對於亞泥公司採礦權之諮商同意權投票，依據新聞報導，最終獲得多數票同意通過²⁷；儘管於行使同意權前，行政院方核定「亞

²⁷ 李秉芳，花蓮玻士岸部落爭議聲中投票同意亞泥採礦案，經濟部：感謝族人願意繼續

洲水泥租用原住民保留地真相調查報告²⁸」，其中內容認定行政作業存有瑕疵，因而儘管爭議看似告一段落，似乎仍然留下未來待補正的空間。接著，本判決以及先前臺北高等行政法院的判決，儘管並未導致決定性之翻轉，不論是礦業法、亞泥或是主管機關經濟部，可能未來仍將依循著已經被若干學者論斷為「發展型國家下的礦業惡法²⁹」，繼續進行土地利用與礦產開發。然而，兩級行政院所提出的法律見解，仍然對於原住民基本法之規範架構、效力，以及未來原住民族諮商同意權行使，甚至以及我國礦業法的未來帶來相當重要的啟示意義。尤其，本評析主要對象之最高行政判決，宣判時間（2021/9/16）晚於司法院釋字第 803 號（2021/5/7）透過憲法增修條文第 10 條第 11、12 項確立原住民族文化權之基礎論述，因而得以透過憲法變遷新理論之嫁接，連結原基法，以判決確認原住民個人兼備一般文化權與民族文化權之雙重主體身分，可謂當代重視原住民族／原住民權益時勢下之推波助瀾。以下因而針對本判決後，原基法在法規範架構下可能之新建構與詮釋方式，以及諮商同意權未來可能發展，進行論述。

一、原住民族基本法之規範定位

本判決最大的貢獻之一，在對於原基法與其他法規範之適用關係提出明確看法，也可說將會引領後續可能的行政終審法院見解。因為亞泥代理人後續又向最高行政法院聲請提案予大法庭裁判，但最高行政法院裁定 108 年度聲字第 1188 號，顯然也受到本判決見解之影響。

詳言之，我國法制上，除了制定於 94 年之原住民族基本法以外，還有好幾個以「基本法」為名之法律規範，從最早的制定於民國 88 年之科學技術基本法及教育基本法，到後來接續制定之環境基本法（91 年）、通訊傳播基本法（93 年）、客家基本法（99 年）、文化基本法

開發，關鍵評論，2022/2/13，<https://www.thenewslens.com/article/162702>（最後瀏覽日：2023/8/30）

²⁸ 行政院核定亞洲水泥租用原住民保留地真相調查報告，2022/2/9，<https://www.ey.gov.tw/Page/9277F759E41CCD91/c010931c-0538-4d83-8693-8a770b58cccd>（最後瀏覽日：2023/8/30）

²⁹ 林春元，礦業法的「轉型正義」，台灣法學雜誌，第 337 期，2018 年 2 月，頁 181。

(108 年)、海洋基本法(108 年)、社會福利基本法(112 年)，但是這些「基本法」相對於其他已經或後續制定之法律，究竟有無具備優位性，或至少綱領性的指示效力，向來有不同見解。這也就是亞泥代理人後續聲請提案予大法庭裁判之基本理由，其主張原基法第 21 條第 1 項僅屬於基本法性質，無從直接適用於礦業法，在礦業法未依同法第 34 條配合修訂前，原基法第 21 條第 1 項規定不得直接適用於個別案件。

目前現行存在的九個基本法，除了客家基本法第 1 條揭示落實憲法平等及保障多元文化精神外，其餘八個基本法都未能明確揭示與憲法之連結關係，因而在解釋上，不容易推導出個別基本法是立法者受到憲法委託而制定之框架性、對其他相關法律具有指示地位之法規範。儘管從法律解釋上，還是可以從法律的規範意旨即主要立法目的，確立每一個法規範涉及的主要是人民權利或是政府權力組織，並因此初步認定涉及人民權利者應有優先於政府權力組織之保護規範地位，但這樣的論述畢竟需要判決實證的接受。

本判決儘管未附具理由，但明確且大膽指出：「立法者受憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定之委託，制定原基法第 1 條規定」，原則上肯定基本法具有優於其他非受憲法委託之法律的地位，這樣的論述具有相當重要的宣示性，自然也對未來主管機關競合適用原基法時，指示了基本方向。本評析因此樂見後續最高行政法院裁定 108 年度聲字第 1188 號更進一步補充其中的論述。該裁定以憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定，認為係以憲法規範「確認國家與原住民族之夥伴關係，並揭示以尊重原住民族意願，促進並保障與原住民族相關發展與扶助之國家新目標」，且認為立法者於 94 年 2 月 5 日訂定原基法正是憲法委託之具體展現。接著並論述 104 年 6 月 24 日修正原基法第 21 條第 1 項及第 4 項「為有別於其他目標性條款之可執行具體規範」。如未來行政法院體系皆能依循此一論述，可能將能逐步建立基本法對應其他一般法律的階層性位階。只不過，在憲法與基本法之間，何以得證成憲法對於立法者之委託部分，可能需要更多細緻的討論。畢竟，目前僅有憲法增修條文第 10 條第 12 項前段末句明文「其辦法另以

法律定之」，因而若立法者立法保障扶助並促原住民族之發展，得較為容易地認定該等法律為憲法條文之直接委託，但第 10 條第 11 項部分，欠缺明文，而必須從其他論述方式方得成立論證。

二、諮商同意權與參加權之強化

本判決對於原基法第 21 條之規定，從原住民族之生存、精神與文化活動高度依賴其生活之土地進行連結論證，並以居住之接近性，認為越是接近當地者越具有更高度的了解性與敏感度，並將諮商同意權連結憲法增修條文之目標，甚至認為該條文「為立法者為落實保障原住民族生存權及文化權等所定之要求，而為國家作成決定前應履行之義務，具有防止原住民族權利的實害發生或降低實害發生之風險，以達到有效保護原住民族權利之功能」，這段文字後來也成為卡大地布部落與經濟部電業法案件之臺北高等行政法院 109 年度訴字第 1509 號判決之判決理由，足見本判決對於原基法第 21 條之論證，確實發生了帶領未來判決的引領作用。且本判決能夠在司法院釋字第 803 號肯認原住民族之文化權後，再推導出原住民生存權，以強化原基法第 21 條作為原住民主張權利之規範基礎，確實值得大大讚許。也期待未來行政法院能夠多從此一面向，保障原住民族集體與原住民個人之權利。

❖ 相關法律條文

中華民國憲法：第 22、143 條

礦業法：第 1、2、3、6、8、13、15、18、27、28、30、31、38、
43、45、47、57 條

環境影響評估法：第 14、28 條

中華民國憲法增修條文：第 10 條第 12 項

行政程序法：第 8、117、119 條

原住民族基本法：第 21 條

三、刑事判決

本書此部分將以刑事法相關的判決為主，整理與評析近年與原住民族文化傳統相關的刑事裁判。而在本書中，共選擇五則裁判作為評析的對象，其範圍涵蓋大法官解釋、最高法院判決與最高法院裁定，分別是「裁判一：釋字第 803 號解釋」、「裁判二：最高法院 109 年度台上字第 3148 號刑事判決」、「裁判三：最高法院 109 年度台上字第 2149 號刑事判決」、「裁判四：最高法院 107 年度台上字第 3084 號刑事判決」與「裁判五：最高法院 110 年度台抗字第 1315 號刑事裁定」。以下，針對這些裁判的選擇與評析方向，可分為二點先行說明之。

第一，我國法院與原住民族文化傳統相關之刑事判決，向來聚焦在「森林產物採集」、「野生動物狩獵」與「槍砲彈藥持有、使用」等典型行為。在本書選擇的裁判中，裁判一（釋字第 803 號解釋）即是與野生動物狩獵、槍砲彈藥持有相關者，而裁判二（最高法院 109 年度台上字第 3148 號刑事判決）則是與森林產物採集相關者。換言之，本書在裁判選擇上，仍會搜羅向來與原住民族文化傳統相關的刑事判決，整理其最新發展並提出評析。另外，除了這三種典型與原住民族文化傳統相關的刑事案件類型外，由於原住民族與土地及自然資源間的密切關係，加上近年原住民族土地權利與轉型正義的發展，自然也出現原住民族土地利用相關且值得關注的刑事判決。因此，本書挑選的裁判三（最高法院 109 年度台上字第 2149 號刑事判決），就是牽涉原住民族對土地利用與水土保持法間的衝突，嘗試將對刑事判決的關注範圍擴及於三種典型行為之外。此外，這些案件類型除了牽涉原住民族行為是否構成犯罪的爭議外，往往也涉及原住民族森林產物採集、野生動物保育、槍砲彈藥持有使用、土地利用行為相關之行政管制。不過，考慮本書此部分以刑事法與原住民法間的互動及發展為關照重心，故在評析時即以刑事法領域為主。

第二，本書此次挑選的裁判中，與過往最大差別在於，不在僅侷限

於刑事實體法的範疇，而會擴及對刑事程序法領域的裁判評析。詳言之，本書此次挑選的裁判一至裁判三雖然仍屬於實體法層面的討論，但裁判四與裁判五則是以刑事程序中原住民族司法人權的發展，也就是以訴訟法層面，作為評析的對象。主要理由在於，自 2013 年刑事訴訟法第 31 條呼應原住民族基本法第 30 條而進行修正後，原住民族被告實體上是否成立文化抗辯或成立犯罪的議題外，原住民族被告在刑事程序中因語言、文化而面臨的困境應如何解決、如何提供充分的程序權保障，也開始成為原住民法學在刑事法領域必須注意的課題。因此，本書特別選錄最高法院二則裁判，說明目前在刑事程序中，如何透過辯護人協助與法官的闡明權行使，來盡可能達成原住民族司法人權的追求。

案例六 釋字第 803 號解釋、最高法院 106 年度台非字第 1 號刑事判決

案由 違反槍砲彈藥刀械管制條例與野生動物保育法

關鍵詞 原住民從事狩獵活動之文化權利、自製獵槍、保育類野生動物

壹、案例事實

X 為布農族之原住民，明知可發射子彈具有殺傷力之槍枝，係槍砲彈藥刀械管制條例所列管之管制物品，非經中央主管機關許可不得無故持有，竟未經許可，基於持有可發射子彈具有殺傷力之槍枝之犯意，於民國 102 年 7 月間某日，在臺東縣海端鄉廣原村龍泉部落往第 1 林班地河床上某處，拾獲不詳姓名之人所遺失具殺傷力之土造長槍 1 枝（槍枝管制編號○○○○○號，含瞄準鏡 1 具及子彈 5 發），且明知為他人所遺失之物，基於侵占之犯意，而非法持有之。

X 明知臺灣野山羊及山羌，均業經行政院農業委員會（下稱農委會，現農業部）公告列為保育類野生動物，應予保育，非因其族群數量逾越環境容許量，或基於學術研究、教育目的且經中央主管機關許可

者外，不得獵捕，而長鬃山羊及山羌族群量並未逾越環境容許量，竟為供其家人食用，未經主管機關許可，亦非基於學術研究或教育目的，即基於非法獵捕保育類野生動物之犯意聯絡，於 102 年 8 月 24 日晚上 10 時 30 分許，攜帶上開具殺傷力之土造長槍（含瞄準鏡）1 支及番刀 1 把，前往臺東縣海端鄉廣原村境內之農委會林務局臺東林區管理處關山工作站（下稱臺東林管處關山工作站）第 3 林班地，在臺東縣海端鄉龍泉部落的第 3 林班地，持前揭未經主管機關許可之裝置瞄準鏡之土造長槍，擊發 3 發子彈，獵捕保育類野生動物山羌 1 隻，嗣於翌日（25 日）凌晨 12 時許，在同鄉龍泉部落第 3 林班地內某處堰塞湖附近山壁，接續以前揭裝置瞄準鏡之土造長槍，擊發子彈 2 發獵殺保育類野生動物長鬃山羊 1 隻。嗣於 102 年 8 月 25 日凌晨 2 時 50 分許，在同鄉廣原村即臺東林管處關山工作站第 1 林班地河床，為警攔查，經徵得 X 同意後搜索，而當場查獲，並扣得其持有，且供非法獵捕、預備獵捕宰殺野生動物所用之物，及所獵捕之保育類野生動物長鬃山羊 1 具（屍體）、山羌 1 具（屍體），始知上情。

貳、訴訟結果

- 一、釋字第 803 號解釋
- 二、最高法院 106 年度台非字第 1 號判決：上訴駁回。

參、原住民主張

- 一、被告具原住民身分，扣得之土造長槍，符合槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項「供作生活工具之用」之自製獵槍，被告自製獵槍為不罰之行為。
- 二、原住民只要基於傳統文化、祭儀或自用之目的，而不具營利性者，即可獵捕野生動物，不論是保育類野生動物及一般類野生動物。故原確定判決適用「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」認定被告獵捕保育類野生動物自用之行為不合法，有適用法律不當。

肆、爭點

- 一、槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項規定，原住民未經許可，製造、運輸或持有獵槍，供作生活工具之用者，以自製者為限，始能免除刑罰，且不及於空氣槍，是否符合法律明確性原則？有無牴觸憲法比例原則？
- 二、民國 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，就「自製獵槍」之定義規定，是否規範不足，而違反憲法保障人民生命權、身體權，以及憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項前段規定保障原住民從事狩獵活動之文化權利之意旨？
- 三、野生動物保育法第 21 條之 1 第 1 項規定所稱之傳統文化，是否包含非營利性自用之情形？
- 四、野生動物保育法第 21 條之 1 第 2 項前段規定，獵捕、宰殺或利用野生動物之行為，須事先經主管機關核准，以及原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法第 4 條第 3 項及第 4 項第 4 款規定有關申請期限及程序、申請書應記載事項中動物種類及數量部分，是否違反憲法比例原則？

伍、法院見解

一、釋字第 803 號解釋

（一）中華民國 94 年 1 月 26 日修正公布之槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項規定：「原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍……，供作生活工具之用者，處新臺幣 2,000 元以上 2 萬元以下罰鍰……。」（嗣 109 年 6 月 10 日修正公布同條項時，就自製之獵槍部分，僅調整文字，規範意旨相同）就除罪範圍之設定，尚不生違反憲法比例原則之問題；其所稱自製之獵槍一詞，尚與法律明確性原則無違。

（二）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。有關機關應至遲自本號解釋公布之日起 2 年內，依本號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。

(三) 野生動物保育法第 21 條之 1 第 1 項規定：「臺灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，不受第 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項及第 19 條第 1 項各款規定之限制。」所稱「傳統文化」，應包含原住民依其所屬部落族群所傳承之飲食與生活文化，而以自行獵獲之野生動物供自己、家人或部落親友食用或作為工具器物之非營利性自用之情形，始符憲法保障原住民從事狩獵活動之文化權利之意旨。

(四) 立法者對原住民基於傳統文化下非營利性自用而獵捕、宰殺或利用野生動物之行為予以規範，或授權主管機關訂定管制規範時，除有特殊例外，其得獵捕、宰殺或利用之野生動物，應不包括保育類野生動物，以求憲法上相關價值間之衡平。

(五) 野生動物保育法第 21 條之 1 第 2 項前段規定：「前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准」，所採之事前申請核准之管制手段，尚不違反憲法比例原則。

(六) 原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法第 4 條第 3 項規定：「申請人應填具申請書……於獵捕活動 20 日前，向獵捕所在地鄉（鎮、市、區）公所申請核轉直轄市、縣（市）主管機關核准。但該獵捕活動係屬非定期性者，應於獵捕活動 5 日前提出申請……」有關非定期性獵捕活動所定之申請期限與程序規定部分，其中就突發性未可事先預期者，欠缺合理彈性，對原住民從事狩獵活動之文化權利所為限制已屬過度，於此範圍內，有違憲法比例原則，應自本號解釋公布之日起不再適用。於相關規定修正發布前，主管機關就原住民前述非定期性獵捕活動提出之狩獵申請，應依本號解釋意旨就具體個案情形而為多元彈性措施，不受獵捕活動 5 日前提出申請之限制。同辦法第 4 條第 4 項第 4 款規定：「前項申請書應載明下列事項：……四、

獵捕動物之種類、數量……。」之部分，違反憲法比例原則，亦應自本號解釋公布之日起不再適用。

二、最高法院 106 年度台非字第 1 號刑事判決

（一）原確定判決依憑被告 X 於警詢、偵查時自承：伊是於 102 年 7 月間，在臺東縣海端鄉廣原村龍泉部落往第一林班地某處堰塞湖附近的河床撿到本件扣案之土造長槍 1 枝（槍枝管制編號 0000000000 號，含瞄準鏡 1 具及子彈 5 發），而扣案槍枝經內政部警政署刑事警察局鑑定結果，認係土造長槍，由具擊發機構之木質槍身及土造金屬槍管組合而成，擊發功能正常，可供擊發口徑 12GAUGE 制式散彈使用，認具殺傷力，有內政部警政署刑事警察局鑑定書在卷可稽。原確定判決說明該槍枝既可使用口徑 12GAUGE 之制式散彈，自非以原住民文化所允許之方式製造，益顯與原住民族所自製獵槍不同，而該槍枝既非屬原住民以其文化所允許之方式製造，再由被告取得，顯與槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項「自製獵槍」之構成要件不符，尚無援引該條項之規定據為被告有利之認定等旨，經核於法尚無不合。非常上訴審應以原確定判決所確認之事實為基礎，本件原確定判決既認定被告持有之槍枝非屬槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項、第 2 項所規定之「自製獵槍」，自無該條免受刑罰之適用。非常上訴意旨指摘原確定判決未適用槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項、第 2 項免責之規定為無罪之判決，有不適用法則之違背法令，難認有據。

（二）司法院大法官雖於 110 年 5 月 7 日作成釋字第 803 號解釋，揭示：94 年 1 月 26 日修正公布之槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項規定：「原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍……，供作生活工具之用者，處新臺幣 2,000 元以上 2 萬元以下罰鍰……。」（嗣 109 年 6 月 10 日修正公布同條項時，就自製之獵槍部分，僅調整文字，規範意旨相同）就除罪範圍之設定，尚不生違反憲法比例原則之問題；其所稱自製之獵槍一詞，尚與法律明確性原則無違；另 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。有關機關應至遲自本號解釋公布之日起 2 年內，依本號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等旨，該號解釋於原確定判決所為論斷，並無影響。

(三) 關於違反野生動物保育法部分，原確定判決以 93 年新增野生動物保育法第 21 條之 1 規定：「臺灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，不受第 17 條第 1 項（指獵捕一般類野生動物之限制）、第 18 條第 1 項（指獵捕保育類野生動物之限制）及第 19 條第 1 項各款（指獵捕方式之禁止）規定之限制。前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准，其申請程序、獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域及其他應遵循事項之辦法，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之」。被告為山地原住民，其戶籍登記之族別為布農族，因有重大傷病，現在家修養，並在家裡種菜維生，業據其供明在卷。被告於第一審供稱知悉為祭儀而狩獵須事前申請許可，其既未事前申請許可，也非因傳統文化或祭儀而獵捕保育類野生動物山羌、長鬃山羊各 1 隻，自應依野生動物保育法第 41 條規定論以刑罰等旨。

(四) 查野生動物保育法第 21 條之 1 第 2 項規定：「前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准」。此種事前核准之管制規定，固對原住民從事狩獵活動之文化權利構成限制，惟如其所欲追求之目的合憲正當，其限制有助於目的之達成，又別無其他相同有效達成目的而侵害較小之手段可資運用，而與其所欲維護法益之重要性亦合乎比例之關係，即與憲法比例原則無違。狩獵為原住民所享有之憲法上文化權利之重要內涵，原住民基於傳統飲食文化，從事獵捕、宰殺或利用野生動物之行為，應屬野生動物保育法第 21 條之 1 規定容許之範圍。至於修正前原住民族基本法第 19 條規定：「原住民得在原住民族地區依法從事下列非營利行為：一、獵捕野生動物。二、採集野生植物及菌類。三、採取礦物、土石。四、利用水資源。前項各款，以傳統文化、祭儀

或自用為限」。固明示原住民族基於傳統文化、祭儀或自用之目的，而不具營利性者，可獵捕野生動物。然而，原住民基於傳統飲食與生活文化所為獵捕、宰殺或利用野生動物之行為，即使限於非營利性自用之需，仍將會對野生動物，尤其是保育類野生動物（包括瀕臨絕種、珍貴稀有及其他生存已面臨危機之應予保育之野生動物），造成相當大危害。蓋人為獵捕、宰殺或利用野生動物之行為，可能危害被獵殺物種之生存與繁衍機會，如未予適當之控管，勢必危及野生動物之生物鏈，帶來生態浩劫，影響人類之生存。且獵殺野生動物，所使用之獵具、槍枝等具有殺傷力，如未予適當之防護，亦可能造成他人之傷亡，是關於獵捕野生動物之權利義務與行為規範，仍須符合野生動物保育法之規定。原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法旨在藉由公權力對原住民擬進行之獵殺野生動物為適當之審查及限制，以免過度侵犯野生動物之生存，其立法目的，係在追求公共利益；其所採取之事前申請核准之管制手段，亦可有效約束狩獵活動於適當範圍，自有其必要性。是縱依原住民族基本法第 19 條之規定，基於非營利性自用之需，仍不得任意獵捕保育類野生動物。司法院釋字第 803 號解釋亦釋明該管理辦法係為維護憲法上之環境生態保護之重要法益，兼及人身安全法益，相較於原住民從事狩獵活動之文化權利所受限制之不利益程度，尚屬均衡，並不違反憲法比例原則等旨。非常上訴意旨主張原住民只要基於傳統文化、祭儀或自用之目的，而不具營利性者，即可獵捕野生動物，不論是保育類野生動物及一般類野生動物。指摘原確定判決適用上開管理辦法認定被告獵捕保育類野生動物自用之行為不合法，有適用法律不當云云，難認為有理由。

陸、評析

在釋字第 803 號解釋（下稱：本號解釋）中，最核心的部分應屬大法官對於原住民族狩獵權利的論述。亦即，大法官從維護原住民族人性尊嚴、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、實踐與傳承其原住民族特有傳統文化，以確保原住民族文化永續發展的

角度出發，根據憲法第 22 條、憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定，認為原住民應享有選擇依其傳統文化而生活之權利，且此權利屬於個別原住民受憲法保障基本權之一環。在此基礎上，大法官進一步認為：「狩獵係原住民族利用自然資源之方式之一，乃原住民族長期以來之重要傳統，且係傳統祭儀、部落族群教育之重要活動，而為個別原住民認同其族群文化之重要基礎。藉由狩獵活動，原住民個人不僅得學習並累積其對動物、山林與生態環境之經驗、生活技能與傳統知識，從而形塑其自身對所屬部落族群之認同，並得與其他原住民共同參與、實踐、傳承其部落族群之集體文化，為原住民族文化形成與傳承之重要環節。是原住民依循其文化傳承而從事狩獵活動，乃前述原住民文化權利之重要內涵，應受憲法保障」。

在正面承認原住民族狩獵權利受憲法保障的前提下，大法官也在本號解釋中進一步主張原住民族利用野生動物管理辦法第 4 條第 3 項中有關非定期性獵捕活動之申請期限與程序相關規定，對原住民從事狩獵活動之文化權利所為限制已屬過度，有違比例原則。同時，針對同一辦法第 4 條第 4 項第 4 款規定申請書中應載明獵捕動物之種類與數量之部分，大法官也認為對原住民從事狩獵活動之文化權利，產生逾越必要限度之限制，違反憲法比例原則之要求。從這些解釋內容中，可觀察到大法官在承認原住民族狩獵權利的同時，也嘗試表達對原住民族文化尊重的態度。話雖如此，本號解釋中的「尊重」究竟是以對原住民族文化的充分理解為基礎，或依舊是居於文明開化對野蠻落後之想像，仍有商榷的必要。

舉例言之，如大法官針對野生動物保育法（下稱：野保法）第 21 條之 1 第 2 項有關「事前許可制」的部分，認為除了採取事前許可制外，現實上並沒有其他相同有效達成避免原住民狩獵活動過度侵犯野生動物之存續與干擾生態環境之平衡，以及第三人人身安全之目的，而侵害較小之手段可資運用。誠然，大法官可能為了緩和宣告事前許可制合憲可能對原住民族狩獵文化造成限制，因此也提醒行政機關應善用「概括之核准」或「行政處分之附款」等方式，在行政層次上採取對原住民

族文化較為彈性而尊重的作法。但是，一方面，大法官解釋所諭知者，並不代表行政部門必然會切實執行³⁰；另一方面，在大法官於本號釋字中，難謂已經就事前許可制為完善論述與審查的情況下，將問題完全留待實際執行的行政部門來處理的作法，其是否妥適仍有待商榷。亦即，本號釋字中，大法官在審查是否有其他侵害較小手段與判斷此規範是否均衡時，其並未舉出具體例子說明是否有其他管制手段，當然就更不可能進行管制手段間的衡量來確實地推導出事前許可制作為侵害最小手段之結論。如此一來，究竟為何事前許可制之相關規範對原住民族權利之限制尚屬均衡，我們也無法在釋字中看到詳盡的論證。

不過，考量篇幅，本書在此將僅先針對本號釋字最核心的兩個問題，同時也是在後續最高法院 106 年度台非字第 1 號判決中被認為被告主張無理由的部分，來進行評析與檢討。第一，本號解釋認為槍砲彈藥刀械管制條例（下稱：槍砲條例）第 20 條第 1 項中，有關除罪範圍之設定，不違反憲法比例原則。對此，本書認為大法官認為除罪範圍限定於自製獵槍不違反比例原則一事，可謂是延續我國法院向來對該規範的解釋立場，實屬對於文化概念有所誤解，而且將原住民族文化框限在野蠻、落後想像中的產物。第二，本號解釋在針對野保法第 21 條之 1 進行解釋時，雖然肯認非營利自用類型可納入該條「傳統文化」之範疇中，但卻也同時限縮自用狩獵之範圍，原則上將保育類野生動物排除在外。對此，本書認為其起因於解釋本身錯誤地採取了將「狩獵文化」及「環境保育」相對立並進行輕重權衡的論述途徑。以下，本書就分為兩個段落詳述這兩點。

一、槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項與錯誤的文化想像

本號解釋中，針對槍砲條例第 20 條第 1 項，大法官首先認為該條文是在原住民族將槍枝供作生活上及文化上工具之用，而無據為犯罪工具之意圖的前提下，立法者基於對原住民依其文化傳承之生活方式的尊重，而將原住民基於生活工作之需而製造、運輸或持有自製獵槍之違法

³⁰ 關於大法官解釋被執行狀況的實證研究：林建志，認真對待大法官解釋：論大法官解釋之落實，國立臺灣大學法學論叢，第 49 卷第 4 期，2020 年 12 月，頁 1777-1843。

行為除罪化。接著，大法官認為，雖然刑罰制裁是對憲法第 8 條所保障之人身自由之重大限制，但因為立法者選擇除罪化而僅施加行政處罰，故此立法在性質上應屬對人身自由原有限制之解除，不生侵害人身自由之問題。最後，大法官認為只針對原住民自製獵槍之相關行為予以除罪化，不及於非屬自製之獵槍或其他槍枝種類（例如空氣槍），可認為是立法者在審酌原住民以槍枝供作生活工具之用的合理範圍，以及考量原住民自製之獵槍，其結構、性能及殺傷力，多不及制式獵槍對社會秩序可能之影響等相關因素後，所為的立法政策選擇，並不會產生違反比例原則之問題。總結以上，大法官的主要論點有二：第一、將除罪化範圍限定於自製獵槍，且對未經許可製造、運輸或持有自製獵槍僅科以行政罰，不會對人身自由造成過度限制；第二、考量原住民供作生活工具之用的必要與自製獵槍相較於制式獵槍的相對較低影響程度，現行法將除罪範圍限制在自製獵槍，不違反比例原則。

在論點一的部分，雖然大法官認為現行法對於未經許可而製造、運輸或持有自製獵槍之行為，因為僅設有行政罰，故不會對人身自由產生過度限制。但是，如果反面解釋槍砲條例第 20 條第 1 項時，可發現若未經許可而製造、運輸或持有者是非屬自製獵槍的狀況時，由於非屬該除罪化規範之適用範圍，故自然會因為該規範的除罪化範圍過於限縮而導致刑罰制裁範圍擴大，進而導致人身自由之限制。在此前提下，大法官可否如此輕易地認為該除罪化規範與人身自由之限制無關，應值商榷。事實上，此段論述即是源自檢討論點二時要一併處理的根本問題，亦即大法官將除罪範圍限制在自製獵槍的錯誤論點。

論點二可說是本號解釋最值得討論的問題所在，甚至可說是呈現出整號解釋乃至於我國司法與立法部門長期存在的錯誤思維。事實上，本號釋字所主張的僅「供作生活工具之用的自製獵槍」才可納入除罪化範圍中之看法，並非我國大法官之創舉，在我國法院歷來判決中即有跡可循。以最高法院為例，如最高法院 99 年度台上字第 5771 號刑事判決即認為：「所謂『原住民製造、運輸或持有供作生活工具之用之自製獵槍』，自應以原住民本諸其文化傳統所形成之特殊習慣，專為其於生活

中從事狩獵、祭典等活動使用，而以傳統方式所製造、運輸或持有之自製簡易獵槍，始符立法本旨。若與原住民之生活無涉，而非供為生活上所需要之工具，甚且持供非法用途者，自無該條項之適用，仍應適用該條例有關刑罰規定論罪科刑」。簡言之，此論點的特徵就是在維護原住民族文化傳承的前提下，考量原住民族供作生活工具之用的合理範圍，認定只有「原住民本諸其文化傳統所形成之特殊習慣，專為其於生活中從事狩獵、祭典等活動使用，而以傳統方式所製造、運輸或持有之自製簡易獵槍」。不過，這樣的論點其實存在以下二個問題：

第一個問題，由「供作生活工具之用」的部分來進行觀察。所謂的供作生活工具之用雖然有相當廣泛的解釋空間，但既然本號解釋著重在原住民族狩獵權利的討論，那我們可以先假定本號所討論的是用以狩獵的槍枝。若是如此，則緊接的問題是究竟對於狩獵來說，自製獵槍與非自製者（以下皆以「制式獵槍」代稱）間有何差異。若從槍砲管理辦法對自製獵槍的明文規範來看，其立法時考量「治安維護」與「野生動物保護」，進而以嚴格限制自製獵槍之結構與性能，避免其殺傷力過大為手段，來避免其對對野生動物之生存與繁衍及社會秩序等造成過度危害。但是，究竟如何建立「使用自製獵槍較能保護野生動物之生存與繁衍」的因果推論，不論是立法階段、本號解釋的辯論階段乃至於本號解釋中，都未有清楚說明。而在欠缺推論的背後，反映出的是立法者與大法官對於「自製獵槍是一種殺傷力較小的槍枝」的奇妙想像。

若我們回頭審視本號解釋與立法歷程，究竟自製槍枝為什麼殺傷力會較小，其實也未見清楚說明。對此，大概有兩種可能，第一種可能是參考上面提到的最高法院 99 年度台上字第 5771 號刑事判決的內容，其提到自製獵槍是「以傳統方式所製造、運輸或持有之自製簡易獵槍」，進而從製造方式來說明其殺傷力較小。不過，究竟所謂的「傳統方式」是什麼，為什麼傳統方式製造就必然可得到殺傷力較小的推論，我們同樣沒有看到立法者乃至於司法部門有過任何詳盡的證明跟論述。第二種可能則是假設自製獵槍是一種射擊精準度較低的槍枝，因此比較打不到動物，當然對野生動物生存與繁衍的影響就比較小。如果是這樣的觀

點，那麼縱使無法建立射擊精度低與野生動物保護間的因果關係，至少有論述二者間存在關聯性的可能。但是，除了現實上立法與司法部門都沒有清楚說過為什麼自製獵槍射擊精準度比較低之外，當預設原住民族行使狩獵權利的工具必須要是比較無法成功狩獵的槍枝時，這樣的文權利論述是否還有實質意義，恐怕會成為另一個問題。

在上述觀察下，以狩獵的角度來說，雖然立法者乃至於大法官都認為自製槍枝與制式槍枝在規範面上有其差異，但這些論述其實都缺乏論證基礎。相反地，在無法論證二種槍枝效能差異的前提下，現實上反而可被證明的是符合法規要求的自製獵槍對狩獵者本身具有較高危險性的事實。事實上，本號解釋也確實注意到這一點，並認為將自製獵槍限縮於須逐次由槍口裝填黑色火藥之單發前膛槍及使用打擊打釘槍用邊緣底火之空包彈引爆之「準後膛槍」，且其填充物僅以非制式子彈為限，構造尚屬粗糙，而且自製獵槍製作後未經膛壓驗證測試，於槍枝製作不良時，即可能引發膛炸、誤擊或擦槍走火造成死傷等事件，因而對於原住民甚至對第三人造成傷害。換言之，本號解釋也承認現行法規下的自製獵槍存在安全性問題，並從保障人民生命權、身體權及原住民從事狩獵活動之文化權利之意旨出發，要求行政部門應儘速檢討修正規範不足之部分，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。

不過，若是如此，則在自製獵槍與制式獵槍的效能差異無法被論證，而本號解釋也要求自製獵槍也應具有充分安全性的狀況下，所謂的自製獵槍在事實上與制式獵槍間究竟有何差異，以及在規範上為何有必要為不同處理，都會有尚待解答的疑問，也更凸顯出僅承認自製獵槍可納入除罪範圍的問題。甚至，假若未來修正管理辦法後所承認的自製獵槍，其在安全性與效能上都與制式獵槍沒有顯著差異時，則一直以來將獵槍區分為「自製」與「制式」的觀點是否仍有實益，恐怕有再商榷的餘地，甚至可懷疑此種觀點是自相矛盾的論點。

第二個問題，接續第一個問題，當槍枝效能不因自製與否而有別，則自製獵槍與制式獵槍的差異，可能存在於「以傳統方式所製造、運輸

或持有」的層面。本書認為也正是在這個層面中，才可以讓我們觀察到我國立法部門與憲法法庭所存在的錯誤思維。在描述第一個問題時，本書曾提到一個疑問：「為什麼自製獵槍對野生動物生存與繁衍的影響較小」，而其中一種可能的解釋方向，就是使用傳統方式製造的自製獵槍在效能上是比較低的。不過，如上所述，除了自製獵槍的安全性較低是已經被證明之外，自製獵槍的效能必然較低可能是欠缺實證推論的說法。相反地，我們其實可以想像隨著原住民族自身文化與外在世界的相互影響，隨著工藝技術的進展，可以製造出狩獵效能較強的槍枝。若是如此，究竟為何我國立法部門、各級法院甚至是大法官，依然要在法律規範制定、法律解釋與憲法解釋中，不斷地主張現行法將原住民族狩獵權利之行使限定在自製槍枝的作法是正當且合憲的呢？

若從過往我國法院始終強調自製槍枝是以傳統方式製造的觀點，或者從大法官認為僅允許使用自製獵槍並非對原住民族狩獵之文化權利產生不合比例限制的觀點來看，或許可以在這個由「原住民族文化權利（狩獵權利）—自製獵槍—傳統方式製造」的論述軸線中，發現本號解釋與我國司法部門向來主張的問題所在。詳言之，在文化作為動態發展的概念，必然是以舊有文化活動為前提，透過與外界互動而發展出嶄新實踐的狀況下，當原住民族在製作狩獵用槍枝的技術與方法上必然會有所進展時，當然可在不區分製作方式的狀況下，將槍枝製作本身都視為是文化實踐的一環。同樣地，隨著狩獵技術的改變與進展，當然也可以在不區分槍枝形式的狀況下，將持有槍枝狩獵本身都視為是文化實踐之一。

以較理論的方式來說，如學理上所主張之「較現代的判定方法（more modern approach）」，就認為應適度緩和過度強調傳統文化所帶來的文化發展障礙，縱使是不符合原住民族傳統慣習的情形，只要某項行動符合原住民族多數成員之共識內容且逐步形成原住民的共識實踐時，應可積極肯認該行動成為原住民文化的一環³¹。如此一來，當槍枝的製

³¹ 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，台灣原住民族法學，第1卷第1期，2016年7月，頁10-11。

作技藝隨著現代科技的發展以及原住民族與當代社會的互動而有所轉換時，或者狩獵技術的使用伴隨現代科技發展而有所改變時，縱然槍枝並非完全按照過去傳統製作方式或狩獵並非完全使用過去傳統工具為之時，仍應有視為原住民族文化傳統一環的可能。簡言之，槍枝的製作與使用得作為文化實踐，是源自於其與原住民族狩獵文化間的密切關聯而彰顯其文化意涵，並非建立在其製作方式或使用方式要完全依照過往傳統方式之上。若是如此，則如上所述，無論是使用現代零件製作效能等同制式槍枝的自製槍枝，或者直接使用合法申請而購得的制式槍枝來狩獵，都應有被評價為實踐原住民族文化權利的可能。

在此狀況下，包括將自製槍枝製作方式限定在使用較危險的舊有製作方式的法律規範，以及認為只有使用自製槍枝來狩獵才是行使原住民族文化權利的本號解釋，其實都存在錯誤理解文化概念內涵的問題。也就是說，本號解釋與我國法院可能對於原住民族文化存在著一種野蠻、落後的文化想像，認為唯有使用舊的、落後的方式才是所謂傳統文化的表現，亦即只有像是祖先們一樣使用自己製作的槍枝（甚至是依照古法自己製作的槍枝）來狩獵時，才是原住民族文化的表現，也才有受到憲法尊重與保障的可能。但是，若依照這樣的推論邏輯，那麼滑坡一點地推論下去，大法官或我國立法部門是不是也可以主張在槍枝出現之前，原住民族最初狩獵是使用弓箭、陷阱或其他工具，因此必須要使用這些非槍枝工具才是原住民族的文化表現，也才有受到憲法保障的可能？顯然，大法官並不是採取這樣極端的結論，也代表其認為原住民族狩獵文化有與時俱進而改變的可能。那麼，當本號解釋中卻依然將狩獵權利的行使認定為限制在使用自製獵槍時，其究竟是基於何種理由來代為決定狩獵傳統的界限何在，著實令人感到困惑難解。本書認為，大法官這樣恣意地決定文化的界限，甚至可說是在將原住民族狩獵文化視為舊有、落後的想像上劃定出的界限，實質上已經帶來過度的文化壓抑，也不利於原住民族文化創新與回應時代的需求³²，甚至是扼殺文化隨著時空環

³² 關於文化在原住民族法學之意義，見：鄭川如，論兩人權公約中原住民族狩獵權漁業權的內涵，台灣原住民族研究，第7卷第3期，2014年11月，頁115-117。

境改變而生之延續與發展。在此意義上，可以說本號釋字在嘗試開創臺灣原住民族憲法權利的同時，由於依然沒有擺脫將原住民族文化視為舊有、落後的想像，故仍未能真正踏出原住民族憲法權利建構的關鍵一步。

二、野生動物保育法第 21 條之 1 與錯誤的權利衡量

本書另一個想檢討的部分是大法官針對野保法的討論。詳言之，雖然大法官在本號解釋中承認「非營利自用」之狩獵類型可被納入野保法第 21 條之 1 的「傳統文化」類型之中，且定義其為「原住民依其所屬部落族群所傳承之飲食與生活文化，而以自行獵獲之野生動物供自己、家人或部落親友食用或作為工具器物之非營利性自用之情形」。但是，大法官也在本釋字中清楚表示，自用狩獵除有特殊例外的情況外，不包括保育類野生動物，而僅限於對一般類野生動物之獵取。

而由大法官在透過保障原住民族傳統文化的脈絡下，提及「仍將會對野生動物，尤其是保育類野生動物，造成相當大危害。從而，立法者於規範原住民基於傳統飲食與生活文化下因非營利性自用之需而得獵捕、宰殺或利用野生動物之範圍時，除有特殊例外，應不包括保育類野生動物」的部分來看，本號解釋此部分論述可謂是以原住民族狩獵權（文化權利）與野生動物保育之間的權衡作為立論基礎。事實上，不僅是此段落，在本號解釋討論槍砲條例的合憲性的段落中，大法官就已經分別指出狩獵權與環境生態保育的各自內涵，且由「原住民從事狩獵活動之文化權利固受憲法所保障，惟為兼顧野生動物之保護，非不得以法律或法律明確授權之命令予以適當之限制」的文字可知，大法官在本號解釋中是採取將二者作為相互對立的權利來加以權衡的論述途徑。對此，本書認為無論是本號解釋或任何將此二種價值對立起來衡量的論點，其論點都有再商榷的必要。

首先，從法律解釋的角度來說，本號解釋以「自用與否」為基準，區分為可獵捕保育類野生動物之「祭儀狩獵」與「傳統文化中除自用以外的狩獵」，也就是僅可獵捕一般類野生動物之「傳統文化中自用狩獵」。不過，其基準設定之理由為何，並不清楚。換言之，當原住民族

狩獵野生動物並在非營利的情況下使用該獵物時，若此行為可被評價為原住民族狩獵文化的表現，則為何在該狩獵目的為自用時，其文化權利行使的範圍就要較為限縮？或者，若狩獵權利在此是要基於環境生態保護而退位，則為何在自用與非自用二者之間，對於環境生態保護之影響性，或者對於原住民族文化的彰顯會有所差異？若本號解釋要做出這樣的利益衡量與結論，那麼勢必要對上述二個疑問提出明確的論述。不過，很可惜地我們在本號解釋中只看到武斷地做出利益衡量，但對於不同情況下為何會有不同衡量結果，並未就此區分有明確的推論與理由。而當憲法解釋應就價值內涵與價值間衡量做出細緻地論述時，本號解釋僅指出各自內涵，卻未細緻地進行衡量，可謂相當可惜。

接著，上述未能細緻地進行利益衡量的問題，可能肇因於自始就將二種利益錯置於對立、衝突的關係上。詳言之，所謂野生動物之保育對於生物多樣性的維護及自然生態體系的平衡來說，確實是相當必要的。但是，當我們考量野生動物保育的內涵與意義時，必須面對人類與這些物種在地球上共存的現實，不應該以假設人類必然是外來侵略者而與物種生存間必然對立的關係為前提，來思考野生動物保育與生態環境保護的內涵。事實上，大自然中原本就存在物種間相互獵食進而維持自身族群繁衍及生存的現象，故當一個物種被獵捕時，我們不應該僅聚焦在物種的某一個體的消失，相反地應該著眼於整個自然生態體系的平衡與其中各種族的相互關係。用較白話的說法，就是一個物種個體的消失，未必能滑坡地推論出自然生態被破壞的結果。在此狀況下，姑且不論人類快速發展對環境造成的過度侵害，人類原本也是與其他物種一樣，作為生態系的成員而共存在自然生態的環境之中。因此，當我們論述原住民族狩獵權利時，也應該放在原住民族與其他物種共存於自然環境的圖像中來想像，原住民族可能可透過適度的狩獵來免於某種物種的過度繁殖，或者適當地促進大自然內部的循環，二者之間是透過互動來影響自然生態體系的發展，而非完全對立的二者。

若是如此，則原住民族的狩獵文化與自然環境保護之間，原本就不必然存在對立的關係，也沒有哪個利益必須為了另一個而完全退位的必

要。相反地，我們應該立足於二者是互動關係的角度，思考原住民族狩獵與物種生存及繁衍間的動態關係。以保育類野生動物為例，當考量到保育類野生動物數量減少時，扣除只剩下一兩隻的極端情況外，原住民族狩獵並不會因為獵捕幾個個體就導致該物種滅絕或整個自然生態體系崩潰，故沒有自始絕對排除原住民族依其文化狩獵保育類野生動物之必要。但是，仍應考量保育類動物的生存狀況（數量、性別比、繁殖成功率、棲地破壞程度等），而彈性地設定獵捕條件、獵捕數量等管制條件。同時，若考慮到此種對應現況的彈性處理方式，應交由行政部門較適合時，則本號解釋中就僅需指出二種利益間的互動關係，以及對如何在合憲範圍內制定管制措施進行指示，具體的方案則並非大法官所需要處理之內容。

綜上所述，本書認為本號解釋自始就錯誤地理解了自然生態環境與其成員之一的人類和其他物種間的關係，進而從一種以「一個也不能少」作為預設條件的思考來進行狩獵權利及自然生態保護間的衡量。這也導致大法官在並未能清楚指出區別基準的狀況下，未能詳細推論就直接以自用作為可否獵捕保育類野生動物之基準，忽略縱使是「自用」也存在原住民文化實踐的意涵，進而全面性地否定自用狩獵時捕獵保育類動物之可能。

❖ 相關法律條文

槍砲彈藥刀械管制條例：第 20 條

槍砲彈藥刀械許可及管理辦法：第 2 條

原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法：第 1 條

野生動物保育法：第 18 條、第 21 條之 1、第 41 條

原住民族基本法：第 19 條、第 21 條

案例七 最高法院 109 年度台上字第 3148 號刑事判決**案由** 違反森林產物採集行為與森林法**關鍵詞** 森林產物竊盜、牛樟芝、傳統領域**壹、案例事實**

X 意圖為自己不法之所有，基於竊取森林副產物之犯意，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 Y 駕駛 X 所有，借名登記於其兄名下之自用小客車（下稱系爭汽車），將 X 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（下稱臺東林管處）所管領之延平事業區第 14 林班地（非屬保安林，下稱延平第 14 林班地）國有林地之產業道路入口處，X 再徒步至延平第 14 林班地某處（座標 X：260163，Y：0000000），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，竊取牛樟菇 220.5 公克（含袋重；下稱系爭牛樟菇）得手。嗣 X 致電 Y 請求接送，Y 遂請不知情之弟弟 Z 駕駛系爭汽車前往接送。Z 與 X 會合後，由 X 駕駛系爭汽車離去，其後因警方認系爭汽車形跡可疑，而於同年月 23 日 15 時 23 分許，在臺東縣攔停盤查，並經 X 同意搜索，從系爭汽車扣得系爭牛樟菇，及刀子、鋸子各 1 支、鏡子 1 個、頭燈 2 個與系爭汽車，因而查悉 X 之犯罪。

貳、訴訟結果

- 一、臺灣臺東地方法院 108 年度原訴字第 20 號判決：X 犯森林法第 50 條之竊取森林副產物罪，累犯，處有期徒刑 9 月，併科罰金新臺幣 302,000 元，罰金如易服勞役，以新臺幣 3,000 元折算壹日。扣案之刀子壹支、頭燈貳個均沒收。
- 二、臺灣高等法院花蓮分院 108 年度原上訴字第 57 號判決：上訴駁回。

三、最高法院 109 年度台上字第 3148 號刑事判決：上訴駁回。

參、原住民主張

上訴人（被告）X 主張，依原住民族基本法第 2 條第 3 款、第 19 條及森林法第 15 條第 4 項前段規定，原住民族得在原住民族傳統領域，依其生活慣俗需要採取森林產物，故只要具有原住民身分即能於原住民族傳統領域土地採取森林產物。因此，X 主張本案事實審法院認應以各該原住民族族別為基準，以「部落」為範圍，依該部落民族生活之慣俗決定可行使森林法之採取產物區域，應有違論理法則。

肆、爭點

原住民族是否僅在自身所屬族別或部落的傳統領域範圍內採取森林產物時，方有森林法第 15 條第 4 項的適用可能？

伍、法院見解

一、臺灣臺東地方法院 108 年度原訴字第 20 號刑事判決

（一）上揭犯罪事實，業據被告 X 於警詢、偵訊、本院準備程序及審判中坦承不諱，核與證人即偵查中被告 Z 於警詢、偵訊時之陳述及證人即臺東林管處關山工作站技正 W 於警詢中之陳述相符，且有自願受搜索同意書、臺東縣警察局關山分局搜索、扣押筆錄、臺東縣警察局扣押物品目錄表、臺東縣警察局關山分局鹿野分駐所查獲違反森林法案件會勘紀錄（下稱會勘紀錄）、臺東林區管理處知本工作站 106 年 9 月份牛樟木市價調查表、贓證物認領保管單、贓證物保管條、價格查定書各 1 份、刑案現場測繪圖、森林法案件警方報告表、森林法通聯及通訊紀錄表、森林法被告通聯紀錄表各 2 份、刑案現場照片 29 張在卷可稽，並有系爭牛樟菇、刀子 1 支、頭燈 2 支、系爭汽車扣案可憑，足認被告 X 之任意性自白與事實相符。本件事證明確，被告 X 犯行洵堪認定，應依法論科。

(二) 本案非原住民族依其生活慣俗需要而採取森林副產物。

1. 依中華民國憲法增修條文第 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。再原住民族地區係指原住民傳統居住，具有原住民族歷史淵源及文化特色，經中央原住民族主管機關報請行政院核定之地區；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海域依法採集野生植物及菌類，並以傳統文化、祭儀或自用為限；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，原住民族基本法第 2 條第 3 款、第 19 條第 1 項第 2 款、第 2 項、森林法第 15 條第 4 項分別定有明文。又所謂「原住民族傳統領域土地」，依原住民族土地或部落範圍土地劃設辦法第 3 條第 2 款規定，乃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。另外，森林法第 15 條第 4 項授權訂定之採取森林產物之管理規則，於 108 年 7 月 4 日始經行政院農業委員會會銜原住民族委員會，定出「原住民族依生活慣俗採取森林產物規則」，附此敘明。
2. 人類之文化係在歷史發展過程中所形成之總成果，包括語言、道德、宗教、藝術、科學、技術、節期等各方面。而人類於生活中反覆實施，並約定成俗予以遵守、進行者，可謂生活慣俗。又人類發展出之文化、生活慣俗，如經所屬社會群體世代相傳，成為該社群延續已久之內涵、制度，則可稱之為傳統。原住民族基本法對於原住民族地區、原住民族土地或部落範圍土地劃設辦法對於原住民族傳統領域土地之規範，亦將歷史淵源、文化或傳統習慣納入各該名詞之定義。質言之，無論是文化、傳統抑或生活慣俗，均具有高度屬人性，各原住民族間存有若干差異。以生存、活動地域而言，一般係具有同血統之同族人士世代代群聚一

處，而在該處形成部落或傳統活動領域。無該族血統之人士縱亦居住、生活於該處，仍不得將該族之傳統領域土地視為自身民族之傳統領域土地。況原住民與非原住民結婚所生子女，若未從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字，依原住民身分法第 4 條第 2 項規定，無法取得原住民身分，則不具某族血統之人，除符合民法第 5 條第 2 項（「未滿 7 歲之非原住民為年滿 40 歲且無子女之原住民父母收養者，得取得原住民身分」）等規定外，更無取得某族原住民身分之餘地。是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。準此，縱使原住民族基本法第 19 條規定並未明定原住民僅得在其所屬民族之原住民族地區為該條所列非營利行為，然依上開規定及說明，仍應透過文義解釋、歷史解釋、體系解釋及目的解釋等，做此法律解釋。易言之，原住民族地區限於所屬民族者，乃本條規定之隱藏構成要件，如欲適用該規定，亦須該當此隱藏構成要件。基於同一理由，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。

3. 辯護人雖為被告辯護：臺東縣除綠島鄉以外，印象中都是屬於原住民族地區，森林法規定的原住民族傳統領域土地，應該沒有限制一定要是該族的原住民才可以進入採集，而請本院斟酌是否諭知無罪判決，固非無據，惟辯護人所指之原住民族地區，似實指原住民族工作權保障法第 5 條規定之「原住民地區」。蓋依行政院 91 年 4 月 16 日院臺疆字第 0910017300 號函，行政院因同院原住民委員會報請而核定之原住民地區，臺東縣各鄉鎮僅綠島鄉未經核定為原住民地區。鑑於原住民族工作權保障法係為促進原住民就業，保障原住民工作權及經濟生活而制定，要求原住民地區之各級政府機關、公立學校及公營事業機構，其僱用下列人員之總額，應有 3 分之 1 以上為原住民等，則依本法所核定之原住民地區，當不宜為立法目的外之解釋，亦即經行政院依本法核定

之原住民族地區，與原住民族基本法之「原住民族地區」有別，不得比附援引，逕以前者作為原住民、原住民族採集菌類、森林產物權利範圍之依據。

4. 查本件被告行為地，係位於臺東縣延平鄉阿撒汗段，屬原住民族布農族早期至今之傳統領域範圍，有臺東縣延平鄉公所 108 年 6 月 25 日延鄉產字第 1080007567 號函在卷可參。復臺東縣政府於同年 7 月 22 日，以府原地字第 1080152529 號函表示：參原住民族委員會「原住民族傳統領域土地調查成果查詢系統」，座標區域（即本案行為地）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，屬墾耕範圍內土地等語，並檢附座標位置比對表、土地用途、永康部落獵區及其舊部落獵區範圍截圖供參。又被告係卑南族原住民，其僅曾與布農族的朋友一起上山打獵，業據其陳述明確在卷，依前開說明與調查結果，被告 X 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。

二、臺灣高等法院花蓮分院 108 年度原上訴字第 57 號刑事判決

（一）被告固坦承有如事實欄所載之客觀事實，惟矢口否認有違反森林法竊取森林副產物之犯行，辯稱伊係卑南族原住民，為治療膝關節及腰部疼痛之已用，在卑南族傳統領域內採取森林副產物，依大法官釋字第 777 號、第 605 號解釋及原住民族基本法第 2 條第 3 項、第 19 條及森林法第 15 條第 4 項規定，不構成犯罪云云。

（二）被告上訴辯稱係在原住民傳統領域內採摘森林副產物，且供已用，應不構成森林法之竊取森林副產物罪云云。惟查，本案非原住民族依其生活慣俗需要，在傳統領域內採取森林副產物供已用，理由分敘如下：

1. 按原住民族之傳統習俗，有其歷史淵源與文化特色，為促進各族群間公平、永續發展，允以多元主義之觀點、文化相對之角度，以建立共存共榮之族群關係，尤其在原住民族傳統領域土地，依

其傳統習俗之行為，在合理之範圍，予以適當之尊重，以保障原住民族之基本權利（最高法院 98 年度台上字第 7210 號判決意旨參照），此為原住民族基本法之立法意旨。而按原住民族基本法第 19 條第 1 項規定：「原住民得在原住民族地區『依法』從事下列非營利行為：……二、採集野生植物及菌類。……前項各款，以傳統文化、祭儀或自用為限」，顯見原住民族於傳統領域內採取森林產物、野生植物及菌類，除須具有原住民族身分，並符合傳統文化、祭儀、自用等目的及非營利行為之外，尚應依法定方式辦理，為上開條文之當然解釋，非謂原住民在原住民族地區採集野生植物，全然不受法律之規範（最高法院 105 年度台上字第 196 號判決意旨參照）。依森林法第 15 條第 4 項，原住民族得在原住民族傳統領域土地之森林，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。而原住民族基本法第 19 條立法理由明載，森林法第 15 條第 4 項與原住民族基本法第 19 條第 1 項第 2 款意旨相同，則原住民竊取森林主、副產物阻卻違法之要件，即必須具有原住民族身分，在原住民族傳統領域土地之森林內，依其生活慣俗需要採取，並必須遵行主管機關所定之管理規則。雖因原住民族委員會迄未公布「原住民族依生活慣俗採取森林產物規則」，在前開規則訂定發布前，則以原住民族基本法第 19 條之要件檢視是否得以阻卻違法，亦即尚須限於「傳統文化、祭儀或自用」，且必須是「非營利」行為，亦即取得之物不得作為買賣交易或其他商業利益用途，另外就特殊、珍稀、保育必要性之物種，如牛樟菇，採原則禁止，例外允許之方式規範，應事先經過核准，始能採集。

2. 查被告明知牛樟菇係保育類植物，不能挖取，業據其供述在卷。且被告竊取牛樟菇之行為地，係位於臺東縣延平鄉阿撒汗段，屬原住民族布農族早期至今之傳統領域範圍，有臺東縣延平鄉公所 108 年 6 月 25 日延鄉產字第 1080007567 號函在卷可參。臺東縣

政府復於同年 7 月 22 日，以府原地字第 1080152529 號函表示：參原住民族委員會「原住民族傳統領域土地調查成果查詢系統」，座標區域（即本案行為地）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，屬墾耕範圍內土地等語，並檢附座標位置比對表、土地用途、永康部落獵區及其舊部落獵區範圍截圖供參。被告並非係布農族或阿美族原住民，而係卑南族原住民，且僅曾與布農族的朋友一起上山打獵，業據其陳述明確在卷，顯然被告明知該處並非其族群之傳統領域範圍，則依前開說明與調查結果，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依其傳統領域採集菌類、森林副產物之權利。

3. 再依被告 X 及辯護人請求傳喚之鑑定證人馬來盛之供述，鑑定證人馬來盛係卑南族頭目之一馬智禮之○○，其於本院明確證稱並未親身經歷原住民族部落間領域劃分之事，係經由其養祖父馬智禮口述，知悉過往領域變動之事，且延平鄉已因部落間之規劃而為布農族人活動區域，但未能確定確切時間，約 1934 年至 40 年間分批遷移。僅係基於與布農族間之分享關係，卑南族曾至延平鄉布農族人活動區域活動。且所謂傳統領域會因遷移等情形而變更範圍，但無法確認其時間等語。再依辯護人所提資料，縱可認鑑定證人馬來盛係卑南族田野資料之提供者，然依其證述，亦無法認定被告竊取森林副產物之地域為卑南族原住民族之傳統領域範圍甚明。
4. 況依鑑定證人馬來盛之證詞，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。再依辯護人所提之 96 年度原住民族傳統領域土地調查後續計劃、卑南族史篇、臺灣的原住民卑南族等資料，僅能證明原住民族於近 10 多年有食用牛樟菇解酒之方式，惟均未能證明卑南族人有食用牛樟菇治病之傳統習俗，依被告及辯護人所提牛樟菇療效之文件，亦僅為近 10 多年之研究資

料，顯然與所謂傳統習俗之概念有別。且依前揭文獻資料顯示臺灣原住民族傳統文化中，就動、植物等天然產物之採集，並未提及牛樟菇或牛樟芝等相關菌類產物採集。各部落雖有採集木耳、香菇、黃藤心等野菜食用之習俗，但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。且辯護人聲請傳喚之鑑定證人馬來盛於經本院詢問卑南族食用牛樟菇之習慣時，並無法回答確實有該慣習，且供稱係這幾年方有等語，故依現有之文獻資料，亦確實無法得出卑南族有使用牛樟菇之慣習。自難認被告採取牛樟菇係依其生活慣俗需要，亦難認係基於傳統文化或祭儀所為。再者，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。

5. 至辯護人所指原住民族工作權保障法第 5 條規定之「原住民族地區」，依行政院 91 年 4 月 16 日院臺疆字第 0910017300 號函，行政院依原住民委員會報請而核定之原住民族地區，臺東縣各鄉鎮僅綠島鄉未經核定為原住民族地區。然鑑於原住民族工作權保障法係為促進原住民就業，保障原住民工作權及經濟生活而制定，要求原住民族地區之各級政府機關、公立學校及公營事業機構，其僱用下列人員之總額，應有 3 分之 1 以上為原住民等，則依本法所核定之原住民族地區，當不宜為立法目的外之解釋，亦即經行政院依該法核定之原住民族地區，與原住民族基本法之「原住民族地區」有別，不得比附援引，逕以前者作為原住民族採集菌類、森林產物權利範圍之依據。
6. 綜上所述，被告固為卑南族原住民，且本件犯罪地點為臺東縣延平鄉山區之臺東林管處所管領之延平事業區第 14 林班地，為布農族之傳統領域範圍，且其所採取之森林副產物牛樟菇，屬特殊、珍稀、保育必要性之物種，並未事先經過核准，且未能證明係供己用或有符合祭祀、慣習等之使用，故被告前開所辯不足採信。本件事證明確，被告犯罪事證明，犯行洵堪認定，應依法

論科。

三、最高法院 109 年度台上字第 3148 號刑事判決

(一) 原住民族之傳統習俗，有其歷史淵源與文化特色，為促進各族群間公平、永續發展，允以多元主義之觀點、文化相對之角度，以建立共存共榮之族群關係，尤其在原住民族傳統領域土地，依其傳統習俗之行為，在合理之範圍，予以適當之尊重，以保障原住民族之基本權利，此為原住民族基本法之立法意旨。而依該法第 19 條第 1 項、第 3 項規定：「原住民得在原住民族地區『依法』從事下列非營利行為：……二、採集野生植物及菌類。……第 1 項各款，以傳統文化、祭儀或自用為限」。又森林法第 15 條第 4 項所稱：「森林位於原住民族傳統領域土地」者，其中所謂「傳統領域土地」，依原住民族基本法第 21 條第 4 項規定訂定之「原住民族土地或部落範圍土地劃設辦法」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。其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，以別於為推行原住民行政而供原住民族使用之原住民「保留地」。則原住民「傳統領域土地」既與「部落」有關，所謂「部落」依原住民族基本法第 2 條第 4 款規定係指：原住民於原住民族地區一定區域內，依其傳統規範共同生活結合而成之團體。而行政院原住民族委員會（下稱原民會）為辦理原住民族基本法第 2 條第 4 款規定之部落核定作業，特訂定「原住民族委員會辦理部落核定作業要點」，其中第 2 點認「部落」必須符合：一、位於原住民族地區內。二、具有一定區域範圍。三、存在相延承襲並共同遵守之生活規範。四、成員間有依前款生活規範共同生活及互動之事實之原住民族團體。顯見森林法第 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。準此，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。

（二）況於民國 108 年 7 月 4 日依森林法第 15 條第 4 項訂定發布之「原住民族依生活慣俗採取森林產物規則」，對於原住民族依其生活慣俗採取森林產物，亦規定應由部落或原住民團體向受理機關提案並經主管機關核准（第 5 條、第 8 條）。且於提案時尚須說明部落名稱、採取森林產物與生活慣俗內容之關聯性、採取森林產物之所在位置或區域及其略圖、其種類名稱、數量、作業方式及所需期間等情（第 9 條）。又其中第 6 條第 2 項所列物種（包括本案之牛樟菇〈學名為牛樟芝〉），因珍貴稀有，基於保育觀念，原則上係禁止採取，但報經中央主管機關認定其採取不致影響該物種永續利用並同意採取者，則例外允許。自非只要具有原住民身分者即得在任何原住民族地區採取森林產物，而全然不受法律之規範。

（三）本件上訴人 X 有多次竊取牛樟菇違反森林法之犯罪紀錄，並非毫無法意識之人，原判決亦已說明其竊取牛樟菇之行為地，係位於臺東縣延平鄉阿撒汗段，屬原住民族布農族早期至今之傳統領域範圍，並參以原民會之「原住民族傳統領域土地調查成果查詢系統」，座標區域（即本案行為地）為臺東縣延平鄉永康部落（布農族）及鹿野鄉永昌部落（阿美族）傳統領域，屬墾耕範圍內土地等語。上訴人 X 並非布農族或阿美族而屬卑南族原住民，僅曾與布農族朋友一起上山打獵，顯然明知該處並非其族群之傳統領域範圍，自不得主張對本案行為地有依其傳統領域採集菌類、森林副產物之權利等語。所為論斷，經核於法尚無違誤。上訴意旨係就原判決已說明事項及屬原審採證認事職權之適法行使，持憑己見，重為爭執，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。其上訴不合法律上之程式，應予駁回。

陸、評析

最高法院 109 年度台上字第 3148 號刑事判決（下稱：本判決）及其事實審歷審判決中，為了回應被告 X 的抗辯，提出了一項過往實務上

未曾出現的新主張：「原住民依森林法第 15 條第 4 項所主張之合法採集行為，應限縮解釋為在自身所隸屬族別或部落所屬傳統領域內所為者。」

詳言之，由於本判決及其歷審判決中，不再對森林法「傳統領域」概念，為與原住民族基本法中「原住民地區」相同之理解，故對如何理解森林法中的傳統領域概念，出現立場上的轉變。至於此立場轉變的論述基礎，在於傳統領域的高度屬人性。也就是說，本判決認為傳統領域是透過族群或部落在歷史發展過程中所形成的文化及傳統習慣所劃定的區域，而在不同族群具有不同文化與傳統習慣的前提下，傳統區域與某族群或部落的特殊文化與習慣有所連結。如此一來，族別相異的原住民族或部落間，自然不得進入他族或他部落的傳統領域內合法採集森林產物，以避免對他族傳統領域之傳統資源產生剝奪、排擠，妨礙對不同原住民族群傳統習俗與文化之維護。在此脈絡下，本判決與其歷審判決提出了將森林法第 15 條第 4 項中「傳統領域」之範圍，限定於自身所隸屬族別或部落所屬之傳統領域的主張。在本段落中，將以這個嶄新而具代表性的解釋，作為評析重點。以下，分為三點指出此論點的問題所在：

一、誤從現代財產權思維來理解傳統領域概念的問題

傳統領域權在學理上被定義為「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、使用而取得的權利」³³，可以說是以承認原住民族作為先於國家而存在之政治實體為前提，從權利回復的觀點出發，承認作為政治實體之原住民族可對特定空間及其內資源進行各種行為的權利概念。不過，雖然在傳統領域權的脈絡下，原住民族被承認對領域內資源享有占有、利用之權利，且對外界在領域內的開發及資源利用享有諮商同意等權利。但是，要由此就推論出原住民族只被允許在所隸屬族群或部落的傳統領域內，才能夠進行合法採集行為，甚至推論出禁止原住民族進入其他族群或部落傳統領域內採集，恐怕仍有商

³³ 黃居正，原住民法與市民法的衝突—論非線型憲法結構下特殊權利的地位，台灣原住民族研究學報，第 2 卷第 1 期，2012 年 3 月，頁 31。

權的餘地。

亦即，依本判決的論述邏輯，只允許在自身所隸屬族群的傳統領域為合法森林產物採集行為的理由，是因為傳統領域與其所屬族群之文化有所關聯，故當其他原住民族成員進入該領域內採集資源時，將侵奪該領域所屬族群在領域內的傳統資源，有礙於該領域所屬族群傳統習俗與文化之維護。簡單來說，當認定某區域為某特定族群或部落所屬傳統領域時，為保護該族群或部落傳統與文化，該領域對其他族群來說即具有排他性。但是，這個論述會讓人產生的疑問是：確認某區域為某族別或部落所屬傳統領域時，傳統領域本身具有其他原住民族絕對不可進入採集的排他性嗎？另外，其他族別或部落的原住民進入該傳統領域採集果真會造成該領域所屬族別或部落的文化、傳統受侵害嗎？

從傳統領域是以文化的視角與「原住民－國家」的關係為基礎，承認原住民族歷史與傳統文化和土地間存在連結的前提來看，合理作法應該是根據某區域對某原住民族群或部落來說，在歷史與生活傳統上是否有所連結、該區域對該族群或部落之文化與歷史來說是否具有重要性等，來決定是否將該區域理解為該族群或部落的傳統領域，進而賦予知情同意權等，防止以現代國家體制與資本主義為基礎的經濟行為會於利用該區域土地或資源時，對該族群的文化、生活傳統造成侵害。若是如此，即使傳統領域有受到掠奪或破壞的可能，但判斷標準不應是該領域是否單純被入侵或領域內資源是否被其他原住民族所利用而已。相反地，應該從該入侵或資源利用行為是否破壞對傳統領域所屬族群來說具有意義的資源或文化傳統，來判斷是否對他族傳統領域造成侵害。依此標準，若考量狩獵、採集等行為自古即是原住民族文化的一部分，無論是共享某區域資源或相互爭奪獵場，皆可視為形塑原住民族文化的一環時，當 A 族別原住民進入 B 族別所屬傳統領域進行森林產物採集行為，自難斷論 A 破壞 B 族別之文化傳統。反之，若回顧臺灣歷史，真正侵奪原住民族傳統領域與導致其文化傳統被破壞者，往往是歷代外來政權透過治理之名的掠奪或新移民基於資本主義及現代財產權概念而為之開發行為。因此，當本案中被告 X 進入他族傳統領域進行少量森林產物的採

集行為時，可不可以直接評價為侵奪他族資源與妨礙領域內傳統習俗與文化發展，應有疑義。

根據以上的說明，本書認為本判決以上問題，可能源自對傳統領域與財產權二組概念之誤解，也就是誤將傳統領域置入現代財產權概念的論述脈絡中來理解。如有學者認為二者的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³⁴。換言之，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³⁵。因此，當本判決將傳統領域理解為對其他原住民族具有排他性的權利範圍，並認為單純進入該範圍內採集森林產物就會造成對文化侵略與破壞時，其可能忽略以族群與土地間關於文化、傳統之連結為基礎的傳統領域概念中，原本就可能在不同族別或部落間，由於各自族群乃至於彼此間互動所形成的文化、傳統，而使傳統領域認定上出現重疊的可能，不同於基於對財產支配、利用與收益所形成之財產權概念。有可能正是這些原因，本判決才誤將傳統領域想像成類似於所有權之概念，進而將 A 族群所屬傳統領域理解為 A 族群對該領域存在類似「所有」之關係，並將以所有權侵害的思維來理解其他族群原住民進入該領域採集森林產物之行為。總結來說，本判決雖然形式上宣稱將傳統領域與原住民族文化、傳統相連結，但實際上是以現代財產權概念來詮釋該傳統領域之內涵，也因忽略該概念蘊含之歷史、文化面向，導致對傳統領域概念產生理解偏誤與過度限縮其適用。

³⁴ 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，第 14 卷第 3 期，2017 年 9 月，頁 132-133。

³⁵ 相似立場：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，第 33 期，2019 年 12 月，頁 3。

二、誤將傳統領域概念，作為判斷原住民族文化表現的基準

本判決另一個問題，是將傳統領域理解為原住民族合法實踐採集文化的前提。詳言之，根據上段關於傳統領域權之敘述，由於此權利與原住民族對土地及自然資源之取得、利用等文化實踐相關，故本判決將傳統領域與原住民族文化相連結之思維應屬正確。但是，對二個概念的連結上卻存在問題。也就是說，「從文化、傳統習慣決定某區域為原住民族傳統領域」的論述中，是否可推論出「僅在自身所隸屬族群的傳統領域內進行採集行為，才算是原住民族文化之表現而屬於合法行為」的結論，應有疑義。

若從森林法第 15 條第 4 項與原住民族基本法第 19 條來思考，所謂「依法」採集產物之行為，應包含依「法理」而採集之行為，而該法理自然包括保障原住民族多元文化的憲法價值³⁶。如釋字第 803 號解釋理由書提及的，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，原住民族應享有認同並選擇依其傳統文化而生活的權利。如此一來，再考量森林法兼顧自然生態保護與原住民族生活傳統維持之目的時，該法第 15 條第 4 項的合法採集行為，自然可指涉兼顧自然生態保育與原住民族文化實踐的採集行為。同時，從刑法理論的角度來說，當採集行為可表彰原住民族為憲法所承認之選擇傳統文化來生活的權利，而作為符合現行法秩序之文化實踐行為時，該行為在優越利益衡量下自有阻卻違法而被評價為合法行為之可能。

而具有上述內涵的合法採集行為，由於具有表彰原住民族文化權、呈現原住民族傳統文化實踐的性質，故在認定上當然可能會跟行為的背景環境及區域性質相關。亦即，未必在任何地方進行採集行為都可被認定為是原住民文化傳統的實踐，而須在能夠表彰該行為具有原住民族文化意涵的區域行使時，才可能被理解為應受保障之合法採集行為。但

³⁶ 蔡志偉、黃居正、王皇玉著，國內原住民族重要判決之編輯及解析第一輯，原住民族委員會，2014 年 4 月，頁 283。

是，即使行為背後文化意涵的認定與行使區域性質有所關聯，依然無法直接就推論出森林法中合法採集行為的區域必須限縮在「行為人自身所隸屬族群或部落傳統領域中」的結論。詳言之，若要推論出本案相關判決所持之「僅在自身隸屬族群的傳統領域內採集，才算是合法採集行為」的結論時，就必須論證「只有在自身隸屬族群的傳統領域採集，才算是表現原住民族文化」一事。也就是說，本判決的主張若要成立，就必須回應下列質疑：難道不在自身隸屬族群或部落的傳統領域內採集森林產物，該採集行為就無法被肯認為原住民族文化的表現嗎？自身所隸屬族別或部落的傳統領域的範圍、界限，為何能成為將相同採集行為區分為是否被認可為原住民族文化表現的基準？為何同樣的採集行為跨出傳統領域就不算文化實踐，但在區域內就可評價為文化實踐？

關於上開疑問，我們應先認知到傳統領域本身是一個後設概念，是原住民族實踐各自土地文化、回應當代情境時，在現代國家制度中建立一個實踐其土地文化機會的平台，並以各種權利為工具，在國家體制下於該平台上持續文化實踐³⁷。在此理解下，我們可以說是透過某族群在過去曾於某區域進行狩獵、墾耕、祭儀等文化實踐，來將該區域認定為該族群之傳統領域，並承認其作為政治實體而具有在該領域內享有保障其文化與資源之權利。如此一來，當我們是透過原住民族與自然共存與對資源合理運用的精神，先行肯認採集森林產物屬於原住民族先於現代國家而存在之傳統文化的實踐，並將其可作為政治實體而在現行國家體制下進行此文化實踐的地域判定為傳統領域範圍時（從文化實踐劃定傳統領域），本判決卻是在誤用財產權概念理解傳統領域的前提下，反向地依該領域範圍來決定採集產物行為是否屬於原住民族文化與傳統之實踐（從傳統領域範圍來認定行為是否是文化實踐），論述邏輯顯有錯誤。

此外，本判決將原住民族文化、傳統習慣與傳統領域相連結時，雖然文化具有高度屬人性而會因族群各異的理解是正確的，但「A 族不得

³⁷ 官大偉，傳統領域：一個原住民族發展的關鍵議題，台灣原住民研究論叢，第 22 期，2017 年 12 月，頁 72。

在 B 族的傳統領域內為合法採集」之論述，卻隱含了其忽略文化並非必然只由特定族群內部活動所形塑的可能。亦即，某族別的文化或生活慣俗除透過族群內部成員反覆長久的活動所累積而成，也可能是透過與其他族別間的外部互動所形成，例如某流域過去可能由 A 族與 B 族共享該區域之物產，則 B 族文化與生活慣俗之形成，實則包括與 A 族間的互動。甚至，我們可以想像臺灣各原住民族群文化與傳統習慣的形成，其實是在整個島嶼歷史中，在不同族群彼此間的互動（合作、遷徙或衝突）中所形成。在此理解下，作為原住民族文化實踐，其可合法採集森林產物之範圍，可能自始就不限於自身隸屬族別或部落的傳統領域。而當本判決提出轉變後的觀點時，可能忽略此面向而促使對傳統領域產生過於限縮的理解，同時也限縮了原住民族合法採集行為的範圍。換言之，依照目前對傳統領域之定義與理解，正確的論述應該是當採集森林產物作為原住民族文化與傳統的實踐時，我們可透過此行為結合其他資訊來認定某區域為原住民族之傳統領域。至於本判決中，「只有在自身隸屬族群的傳統領域內採集，才可視為原住民族文化實踐」之論述，論述邏輯有誤且不當限縮了原住民族受憲法保障之文化權利的行使。

三、本判決有違反罪刑法定原則之虞

最後，本判決將未侵害傳統領域設立目的，且實踐原住民族文化與生活傳統之採集，於該行為未侵害整體法秩序的狀況下，透過限縮解釋森林法傳統領域概念的方式，不當地劃入不法行為之範圍中，其解釋方式，特別是創設「隱藏構成要件」的解釋方式，應有違反罪刑法定原則之虞。

詳言之，依釋字第 777 號中「基於法治國原則，以法律限制人民權利，其構成要件應符合法律明確性原則，使受規範者可能預見其行為之法律效果，以確保法律預先告知之功能，並使執法之準據明確，以保障規範目的之實現。依本院歷來解釋，法律規定所使用之概念，其意義依法條文義、立法目的及法體系整體關聯性，須為受規範者可得理解，且為其所得預見，並可經由司法審查加以確認，始與法律明確性原則無違」之意旨，犯罪構成要件明確性之要求，向來被認為是罪刑法定原則

之內涵³⁸。但是，上述創設隱藏構成要件，亦即將森林法傳統領域限縮理解為行為人所隸屬族別或部落所屬領域的解釋方法，可以說難以從法條文義有所預見。此外，由於該解釋係以對傳統領域概念之錯誤理解與背於立法目的之適用為基礎，故其論理與對條文要件的詮釋，事實上也難以為受規範者所理解及預見。更甚者，在隱藏構成要件的操作下，法院等於放棄了 2017 年農委會與原民會解釋令所採用，形式但也較為明確之標準，並進而由法院本於個人史觀與價值觀，對具有歷史深度與複雜文化交流背景的傳統領域範圍進行實質判斷，使森林法傳統領域概念之解釋流於恣意，而有失其明確性之虞。如此一來，本判決中所謂隱藏構成要件之主張，可以說存在違背罪刑法定原則之違誤。

❖ 相關法律條文

原住民族基本法：第 2 條第 3 款、第 19 條

森林法：第 15 條第 4 項

原住民族土地或部落範圍土地劃設辦法：第 3 條第 2 款

案例八 最高法院 109 年度台上字第 2149 號刑事判決

案由 違反原住民族土地利用與水土保持法

關鍵詞 原住民保留地、既有領域管轄權所衍生土地及自然資源權利

壹、案例事實

X 明知南投縣魚池鄉水社段 1055、1055 之 1、1056、1056 之 1、1056 之 2 等地號土地（屬南投縣魚池鄉巒大事業區第 29 林班地，下稱系爭土地），均為中華民國所有，由行政院農業委員會林務局所管理之國有林地，且經公告為水土保持法所定之山坡地，未經主管機關核准同

³⁸ 王皇玉，刑法總則，十版，新學林，2023 年 8 月，頁 46-49。

意不得擅自占用系爭土地，X 竟未經主管機關同意，基於違反水土保持法之犯意，自民國 87 年間某日起，擅自在系爭土地搭建鐵皮屋舍，並僱請不知情之年籍姓名均不詳之成年人搭建蓋有帆布之水泥停車位、駁坎及小徑，用以作為居住並兼營小賣店之用，而以此方式占用系爭土地。幸好，最終並沒有造成致水土流失或毀損水土保持之處理與維護設施之結果。

貳、訴訟結果

- 一、臺灣南投地方法院 106 年度原訴字第 13 號判決：犯水土保持法第 32 條第 4 項之非法占用致水土流失未遂罪，處有期徒刑 3 月，如易科罰金，以新臺幣 1,000 元折算壹日。如附圖南投縣政府鑑測成果圖所示編號 A 至 I 部分之地上工作物，均沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。
- 二、臺灣高等法院臺中分院 108 年度原上訴字第 12 號判決：上訴駁回。
- 三、最高法院 109 年度台上字第 2149 號刑事判決：原判決撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。

參、原住民主張

上訴人 X 主張其雖擅自在系爭土地搭建鐵皮屋舍，並搭建蓋有帆布之水泥停車位、駁坎及小徑，用以作為居住並兼營小賣店之用，而以此方式占用系爭土地。但其已申請系爭土地補辦劃編原住民保留地。而依南投縣政府 108 年 2 月 11 日府授原產字第 0000000000 號函暨所附 107 年度第 6 批（11—12 月份）補辦增劃編原住民保留地清冊影本，以及南投縣魚池鄉公所 108 年 5 月 23 日魚鄉觀字第 0000000000 號函、108 年 11 月 20 日魚鄉觀字第 0000000000 號函、土地所有權狀影本所載，系爭土地經劃編為原住民保留地，且經土地測量分割登記為○○段 0000、0000-0、0000-0、0000-0、0000-0 地號，上訴人並於 109 年 2 月 21 日登記為該等土地之所有權人。此外，上訴人 X 也主張其父母於 60 年左右

就住在南投縣○○鄉○○村○○路 000 之 0 號（即上述鐵皮屋舍之門牌）。而依復南投縣魚池鄉公所 107 年 4 月 19 日魚鄉觀字第 0000000000 號函所載：「所送劃編號原住民保留地申請案，經申請人（指上訴人）所附之相關佐證資料（切結書、四鄰證明、稅籍證明、用電憑證……等）及現場會勘，符合公有土地劃編原住民保留地審查作業規範 77 年 2 月 1 日前即已使用迄今之要件」。

肆、爭點

若原住民保留地由該原住民世代居住或使用，之後並依法回復取得土地所有權者，若其時之居住或使用未事先申請許可，是否構成非法擅自占用他人之土地？

伍、法院見解

本案中，由於各審級的論述中與原住民族土地權利相關者，主要是最高法院 109 年度台上字第 2149 號刑事判決，故法院見解的整理部分就聚焦於該判決部分。

一、鑑於原住民族多處偏遠地區，因相對缺乏接觸、利用現代物質、經濟、科技、教育等資源之機會，而形成弱勢族群。為落實憲法增修條文第 10 條第 12 項保障原住民族之地位及政治參與，並基於對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展之本旨，原住民族基本法業於民國 94 年 2 月 5 日公布後施行。由於國家建立之前原住民族即已存在，山地本屬原住民族傳統生活領域，狩獵、採集及粗放農耕為其營生之方式，原住民族生息與土地攸關，有不可分割之關係，且國際間各國均尊重原住民族既有領域管轄權，並對於依附在領域管轄權所衍生之原住民族土地及自然資源權利也均予以承認，因此原住民族基本法第 20 條第 1 項規定：「政府承認原住民族土地及自然資源權利。」第 3 項規定：「原住民族或原住民所有、使用之土地、海域，其回復、取得、處分、計畫、管理及利用等事項，另以法律定之。」所稱原住民族土地，依同法第 2 條第 5 款規定，係指

既有原住民保留地及原住民族傳統領域土地，而原住民族傳統領域土地，僅賦予原住民族部落使用權，不賦予個別原住民，此與原住民保留地賦予原住民所有權，有所區隔。

二、關於原住民保留地之回復、取得部分，為落實原住民族土地轉型正義之政策，山坡地保育利用條例第 37 條業於 108 年 1 月 9 日修正公布，原規定為「山坡地範圍內山地保留地，輔導山胞開發並取得耕作權、地上權或承租權。其耕作權、地上權繼續經營滿 5 年者，無償取得土地所有權，除政府指定之特定用途外，如有移轉，以山胞為限；其開發管理辦法，由行政院定之。」修正後該條第 1 項規定：「山坡地範圍內原住民保留地，除依法不得私有外，應輔導原住民取得承租權或無償取得所有權。」第 2 項規定：「原住民取得原住民保留地所有權，如有移轉，以原住民為限。」亦即刪除設定耕作權、地上權繼續經營滿 5 年始取得土地所有權之限制。復稽諸此次修正之立法理由載稱：「原住民依原條文及其授權訂定之原住民保留地開發管理辦法第 8 條、第 9 條、第 12 條規定申請設定原住民保留地耕作權或地上權，繼續經營滿 5 年取得所有權。考量該等土地或於上開辦法施行前早已由原住民開墾完竣並世代使用，或已完成造林、居住使用，該辦法發布施行後，復規定其應先設定耕作權或地上權滿 5 年，方能取得所有權，實不盡合理，爰刪除繼續經營滿 5 年之限制，將原住民保留地所有權直接回復予原住民，並協助原住民辦理所有權之移轉登記。」等旨，其既謂原住民保留地所有權「直接回復」予原住民，已明白揭櫫原住民保留地之所有權，本為原住民所有，屬原住民族基本法第 20 條所定政府應承認之原住民既有權利，因此刪除上開限制，將原住民保留地直接回復原住民所有。又為因應此次山坡地保育利用條例之修正，原住民保留地開發管理辦法亦經行政院原住民族委員會以 108 年 7 月 3 日原民土字第 10800384812 號令修正，除刪除該辦法原第 8 條、第 9 條關於原住民設定耕作權及地上權之規定外，修正後該辦法第 17 條第 1 項亦規定：「原住民符合下列資格條件之一者，得申請無償取得原住民保留地所有權：一、原住民於本辦法施行前使用迄今之原住民保留地。二、原住民於原住民保留地內有原

有自住房屋，其面積以建築物及其附屬設施實際使用者為準。三、原住民依法於原住民保留地設定耕作權、地上權或農育權。」俾能透過原住民保留地開發管理辦法所定之程序，將原住民保留地所有權直接回復予原住民。

三、從而，倘原住民保留地由該原住民世代居住或使用，嗣並依法回復取得土地所有權者，縱其時之居住或使用未事先申請許可，仍難謂係非法擅自占用他人之土地。本件原判決事實認定上訴人自 87 年間某日起，擅自在系爭土地搭建鐵皮屋舍，並搭建蓋有帆布之水泥停車位、駁坎及小徑，用以作為居住並兼營小賣店之用，而以此方式占用系爭土地等情，惟卷查上訴人 X 於原審辯稱其已申請系爭土地補辦劃編原住民保留地等語，原判決雖於理由內引用修正前原住民保留地開發管理辦法第 8 條、第 9 條規定，認為若非原住民保留地，即無依法申請設定耕作權或地上權之餘地，且上訴人早於 87 年間某日起，即擅自在系爭土地搭建鐵皮屋舍、搭建蓋有帆布之水泥停車位、駁坎及小徑致生水土流失未遂等違法情事，縱認事後系爭土地規劃為原住民保留地，仍無解其先前所為非法占用犯行。然原判決所引用修正前原住民保留地開發管理辦法第 8 條、第 9 條規定，因山坡地保育利用條例之上述修正，業經刪除，已如前述，原判決未及審酌，而為上開理由之論敘，即有商榷餘地。再稽諸卷內南投縣政府 108 年 2 月 11 日府授原產字第 0000000000 號函暨所附 107 年度第 6 批（11—12 月份）補辦增劃編原住民保留地清冊影本，以及南投縣魚池鄉公所 108 年 5 月 23 日魚鄉觀字第 0000000000 號函、108 年 11 月 20 日魚鄉觀字第 0000000000 號函、土地所有權狀影本所載，系爭土地經劃編為原住民保留地，且經土地測量分割登記為○○段 0000、0000-0、0000-0、0000-0、0000-0 地號，上訴人並於 109 年 2 月 21 日登記為該等土地之所有權人。而上訴人於偵查中供稱：其父母於 60 年左右就住在南投縣○○鄉○○村○○路 000 之 0 號（即上述鐵皮屋舍之門牌）等語，復參酌卷內南投縣魚池鄉公所 107 年 4 月 19 日魚鄉觀字第 0000000000 號函所載：「所送劃編號原住民保留地申請案，經申請人（指上訴人）所附之相關佐證資料（切結書、四

鄰證明、稅籍證明、用電憑證……等）及現場會勘，符合公有土地劃編原住民保留地審查作業規範 77 年 2 月 1 日前即已使用迄今之要件。」等旨，似符合前述山坡地保育利用條例修正之立法理由所稱，於原住民保留地開發管理辦法施行前（即 79 年 3 月 26 日前）已由原住民世代使用或已居住使用之情形。倘若無誤，上訴人似已依 108 年 1 月 9 日修正公布後山坡地保育利用條例第 37 條，及 108 年 7 月 3 日修正發布後原住民保留地開發管理辦法所定之程序，回復取得系爭土地所有權，亦即該等土地所有權本為上訴人所有，依原住民族基本法第 20 條第 1 項之規定，屬政府應承認之上訴人既有權利，既已直接回復予上訴人，能否謂上訴人未經同意擅自占用系爭土地？即有加以審究研求之餘地。

（四）原判決以系爭土地事後規劃為原住民保留地，認為仍無解於上訴人先前所為非法占用犯行，除與上述山坡地保育利用條例之修正意旨不符外，亦與原住民族基本法第 20 條規定旨在特別保障原住民弱勢族群基於既有領域管轄權所衍生土地及自然資源權利之立法目的有悖。原審未詳加究明釐清，遽為不利於上訴人之認定，依上述說明，尚嫌速斷，自有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。

陸、評析

本判決主要處理的爭議在於，從原住民被告行為時點來看，其居住或使用未事先申請許可而屬非法占用行為時，若因為該占有之原住民保留地是由該原住民世代居住或使用，之後依法回復取得土地所有權者，該被告行為是否仍構成水土保持法的非法擅自占用他人之土地。由此爭議可延伸討論兩組議題：其一為從原住民族土地權利的角度思考本判決的合理性與可能產生的新問題，其二則是從水土保持法中水保義務人與無權占有人責任兩組規範體系，來思考該法立法技術問題³⁹。從本書著書旨趣來看，第一個議題應當是本書的核心關懷，而後者則屬於與本書較無關聯的行政管制議題。因此，以下評析就以第一組議題作為主要的

³⁹ 此議題的討論，國內文獻可見：李建良，合原住民的法律解釋？最高法院 109 年度台上字第 2149 號刑事判決，台灣法律人，第 9 期，2022 年 3 月，頁 31-34。

論述對象，分就本判決的正面發展與衍生問題就說明。

一、正面發展：原住民族與土地關係的新思維

根據水土保持法第 32 條第 1 項的規定，在公有或私人山坡地或國、公有林區或他人私有林區內未經同意擅自墾殖、占用或從事同法第 8 條第 1 項第 2 款至第 5 款之開發、經營或使用，致生水土流失或毀損水土保持之處理與維護設施者，會構成違法墾殖致生水土流失或毀損水土保持罪。雖然本罪保護法益為山坡地或林地水土保持，且作為結果犯、實害犯之體例，構成要件結果也明白規定為「致生水土流失或毀損水土保持」。然而，從本罪構成要件來看，由於本罪的犯罪行為為「未經同意擅自墾殖、占用」，故本罪實質上可說是與刑法第 320 條第 2 項的竊佔罪，具有相似的性質。若是如此，則在本案的事實審判決中，以被告行為時點為基準，考量行為時的法律狀態，認為即使事後本案系爭土地被劃為原住民保留地，仍應認定被告有違法占用系爭山坡地之不法行為，從刑法學理來看應有其道理。

不過，若是從原住民族土地與自然資源權利的角度來思考，則事實審法院的論點即可能有需調整之處。詳細來說，我們可以說事實審法院對原住民族及土地間關係的思考，是將其理解為「從無權利占有到有權利占有（無權占有→有權占有）」的狀態。也正因如此，事實審法院會認為本案被告行為時點因屬無權占有，故行為該當於水土保持法第 32 條罪名之構成要件，即使事後該土地所有權為該原住民被告取得，自行為時點來看仍屬不法行為而有構成犯罪的可能。但是，從最高法院本判決否定事實審法院的見解，認為該見解與山坡地保育利用條例之修正意旨不符，也與原住民族基本法第 20 條立法目的相悖，其顯然對原住民族及土地間的關係，採取截然不同的理解。若扼要指出最高法院的觀點，可以說本判決對原住民族與土地間的關係，是將其理解為「從『有權利占有，但法律意義上未回復』到『有權利占有，且法律上權利已回復』（有權占有（法律上未復權）→有權占有（法律上已復權）」的狀態。

首先，本判決立論於原住民族基本法第 20 條，指出在國家建立前

原住民族就已經存在，且原住民族狩獵、採集、農耕等營生方式更與原住民族傳統生活領域的土地密切相關，原住民族與土地間存在不可分割的關係，也對其依附的既有領域享有土地與自然資源權利。而從本條的意旨來看，其並非將原住民族土地權利理解為源自民法、土地法等現代國家法，而是將權利起源認知為前述原住民族與土地間不可分割的關聯性。也就是說，本條是從原住民族集體行使對土地的占有，以及建立、維持和土地的關聯性，是先於國家主權取得的觀點，來論述原住民族土地權利⁴⁰。由此觀之，由作為本判決立論基礎的原住民族基本法規定來看，本判決明顯採取原住民族原本就對土地享有占有權利的理解，僅是隨著後續法律程序的履行，而在法律上被認定該占有權利回復。

接著，本判決另外從原住民族土地轉型正義的角度出發，來理解關於原住民保留地之回復、取得的山坡地保育利用條例第 37 條，並以該條立法理由為據，指出原住民可依該條例取得土地承租權或所有權，係將該土地所有權「直接回復」給原住民。由此論述來看，明顯呼應上述關於原住民族基本法第 20 條的觀點，認為原住民族土地權利是原住民族的既有權利，該土地所有權原本就為原住民所有，才可能有「直接回復」的情況發生。與此相似，本判決也提到 2019 年 7 月修正的原住民保留地開發管理辦法第 17 條第 1 項，指出當原住民符合該辦法所規定的資格與完成相關程序，則原住民保留地所有權可「直接回復」予原住民。這些論述也再次凸顯出本判決的立場，也就是現代國家法相關規定與程序並非「從無到有的授與原住民族土地權利」，而僅是在原住民族原本就享有合法占有土地權利的前提下，「確認與回復原住民族原本就享有的土地權利」而已。

基於上述理由，由於本判決將被告占有山坡地的行為，理解為是在原住民被告對該地有所有權，僅是法律上未回復的狀態下為之，該行為可能難以成立如竊佔行為的性質。因此，本判決的邏輯下自然可能推論出與事實審法院截然不同的結論，也就是有可能推導出不構成水土保持

⁴⁰ 林長振，論原住民族傳統土地權利之承認：原住民族基本法第 20 條第 1 項之評析，台灣原住民族研究，第 12 卷第 2 期，2019 年 12 月，頁 161-162。

法第 32 條犯罪的結果，同時也不至於反於刑法學理。針對本判決上開思維，本書認為當本判決嘗試由臺灣本土現況切入，面對臺灣存在先於現行國家法即存在的原住民族與土地關係，嘗試在外來的刑法體系中，透過法律解釋的方式使原住民被告根據其原本即擁有的所有權利用土地時，即使尚未透過法律程序回復該所有權，仍可被認為是合法占有而不構成犯罪，本判決的思維應屬值得正面肯定的嘗試。特別是，本判決可理解在臺灣刑法繼受西方法律體系的過程中，嘗試面對本土情境建構本土法學的努力，而有值得正面肯定的必要。

二、衍生問題：論理疑義與實際運作困難

不過，雖然本判決的論述思維值得正面肯定，但若從法律解釋的角度來看，本判決其實有若干待商榷之處。而且，即使不依循本判決的思維，在現有刑法體系下也仍有獲致相同結論的可能性。詳言之，從原住民族基本法第 20 條的立法精神來看，該條文主要是承認原住民族土地與自然資源權利，也就是以原住民族「集體」為規範對象。在此脈絡下，由該條文出發所能推論者，應該是原住民族集體對土地與自然資源利用享有相關權利。但是，包括原住民保留地開發管理辦法第 17 條第 1 項在內，關於原住民個人取得或回復土地所有權的程序規定，則是以特定相對人的原住民「個人」作為規範對象。換言之，能否從原住民族基本法有關原住民族集體權利的規範中，直接推論到原住民個人在為「登記」之個別法律行為前就享有土地所有權，論述上確實存有疑義。

除了理論層面的推論有待商榷外，本判決的論點在實際操作上也可能衍生爭議。詳言之，我們確實可理解本判決是為了能兼顧原住民族土地權利，而嘗試透過與事實審法院不同的思維，將原住民被告與土地間的關係理解為「自始為有權占有」，進而推論出被告行為未該當水土保持法第 32 條「未經同意擅自占有」之構成要件的结果。不過，現實上原住民在未登記之前，其在法律上應尚未享有民法對所有權之保障與憲法財產權之保障，而「個人」是否有權占有不動產（土地）也應是以有無登記成為所有權人為判斷基準。因此，在本案被告尚未登記的狀況下，在現行民法體系下實難證立該被告已享有土地所有權的結論。除此

之外，關於土地登記，必然是登記於特定原住民個人，但刑事法院是否能夠片面認定土地所有權人為哪一位原住民，以及其在判決中為相關敘述時的法律效力為何，恐怕都有所爭議。特別是，若土地登記於何者出現紛爭時，也應是由民事法院審理來認定，若如本判決論理認為可由刑事法院認定土地所有權直接回復於本案被告，但現實上該土地所有權尚有爭議時，依本判決進行實際運作，恐怕在訴訟上產生更多難解的法律問題。

根據上開說明，可發現雖然本判決對臺灣原住民族與土地權利的關懷值得肯定，嘗試提出具本土法學深度的論述也值得贊同。但是，從理論與實際操作層面來看，本判決的論理也確實存有疑義，而實際操作上更可能衍生後續爭議。對此，本書認為單從本判決處理的個案來說，即使不採本判決的解釋路徑，仍有可能透過刑法體系的其他階層來獲致相類似的結論。詳言之，不同於本判決嘗試透過論證原住民被告自始享有所有權來推導阻卻構成要件的结果，本書認為由本案被告對該土地的認知是由原住民世代居住使用，且認為「其父母在 60 年左右就住在該土地上」、「該原住民保留地申請案的資料與會勘。符合公有土地劃編原住民保留地審查作業規範之要件」等狀況觀之，本案被告並非擅自占用系爭土地，其始終認知系爭土地為其所有，應可由責任階層中不法意識的角度出發，認為被告欠缺不法意識而阻卻罪責。簡言之，即使不透過構成要件階層，透過罪責階層也可獲致相同的結論。

然而，本書必須指出的是，雖然本判決的論理尚有疑義之處，且透過本書說明有其他更適合的推論路徑。但是，由於實際訴訟中要成功主張欠缺不法意識來阻卻責任並不容易，主張「構成要件不該當」是現實上獲得對本案被告有利結果較可能的管道，或許可理解為何在論理上證成「構成要件不該當」較為困難，但本判決卻做出「捨不法意識而就構成要件不該當」之選擇。

❖ 相關法律條文

水土保持法：第 32 條

原住民族基本法：第 20 條

山坡地保育利用條例：第 37 條

原住民保留地開發管理辦法：第 17 條

案例九 最高法院 107 年度台上字第 3084 號刑事判決

案由 違反公職人員選舉罷免法

關鍵詞 原住民族司法人權、受辯護人協助權、制度性保障、證據排除

壹、案例事實

被告 X 為 Y 之支持者，因 Y 為民國 103 年 11 月 29 日舉行投票之「屏東縣第 17 屆鄉長選舉」之屏東縣三地門鄉鄉長候選人，X 為求 Y 可以順利勝選，適 Y 於 103 年 11 月 29 日投票前約 1 週之某日晚間某時，前往其住處向其拜票並尋求支持時，經 X 當場表示要還 Y 人情，無庸給付賄款，並願意自己出錢向家族中有投票權之 A 及 B 交付賄款，X 即基於對於有投票權之人交付賄賂，而約其投票權為一定行使之犯意，於 103 年 11 月 22 日上午某時，在 A 住處前，交付上開 2,000 元賄款予 A 收執，翌日並要求 A 應將本次鄉長選票投予 Y 而經 A 允諾，惟 A 並未告知上情及轉交 1,000 元予 B。嗣經臺灣屏東地方法院檢察署檢察官據報於 103 年 12 月 2 日指揮屏東縣政府警察局刑事警察大隊、里港分局及法務部調查局屏東縣調查站，陸續傳喚 Y 等人到案，並扣得 A 所收上開賄款。此外，被告 X 是在睡夢中被調查人員自住處帶往調查站接受詢問，並未進食早餐也未服用固定使用的高血壓與膽藥。對此，X 曾向警員表示：「那像這樣……（我）不能回家嗎？」、「因為我還沒有吃

藥，因為我每天有藥可以吃。」但警員未查明其意願而僅表示：「你有高血壓喔？不用緊張啦，因為你這個只要講實話就好了，好不好。」等詞，就繼續詢問並要求 X 講實話。

貳、訴訟結果

- 一、臺灣屏東地方法院 105 年度原選訴字第 4 號判決：被告 X 無罪。
- 二、臺灣高等法院高雄分院 106 年度原選上訴字第 1 號判決：原判決撤銷。被告 X 犯公職人員選舉罷免法第 99 條第 1 項之交付賄賂罪，處有期徒刑 1 年 8 月，褫奪公權 2 年。所處有期徒刑部分緩刑 3 年，並應於緩刑期內接受法治教育課程貳場次。緩刑期間付保護管束。
- 三、最高法院 107 年度台上字第 3084 號判決：原判決撤銷，發回臺灣高等法院高雄分院。

參、原住民主張

審判中，針對上述警詢過程，被告 X 的辯護人主張警詢筆錄無證據能力，其理由有二：1. 警員向 X 表示，「得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述」的意思是指「實話實說」，有扭曲文意之嫌，與未對被告告知無異（理由一）；2. 當 X 表示沒有錢請律師時，警員表示：「喔沒有錢啦，就不用啦！」，應有惡意未依規定通知法扶律師到場知違法（理由二）。

關於被告與辯護人上述主張，其認為刑事訴訟法第 95 條第 1 項第 2 款、第 3 款係對被告緘默權、辯護依賴權之基本保障性規定，依同法第 100 條之 2 規定，於司法警察（官）詢問犯罪嫌疑人時，準用之，違反所取得被告（犯罪嫌疑人）之自白或不利陳述，原則上依第 158 條之 2 第 2 項規定予以排除，不僅明白宣示被告為程序之主體性，更明定保障被告之表現自由、防禦自由所應履踐程序，此刑事訴訟法透過正當法律程序使人民免於國家機關不當侵害或剝奪其自由權益的保障，彰顯取證程序之合法性為法治國之基本原則，以形成正義而公正之裁判，是憲法

第 8 條正當法律程序、第 16 條保障人民訴訟權之具體實現。因此，本件高等法院判決引用被告於警詢、偵查之自白，作為被告犯罪證據之一，然本件偵查程序進行中，關於緘默權、辯護依賴權之保障，是否符合實質正當法律程序之規定，尚有疑義。

肆、爭點

在刑事訴訟法第 31 條第 5 項給與原住民族被告受辯護人協助權利的狀況下，在偵查程序中，應如何保障原住民族被告此項權利？如何藉由程序之遵守確保裁判之公正，並同時展現原住民族基本法開宗明義對於原住民基本權利之制度性保障？

伍、法院見解

由於此處較重要者為本判決，以及原審的高院判決。因此，以下僅整理高等法院與最高法院二則判決。

一、臺灣高等法院高雄分院 106 年度原選上訴字第 1 號刑事判決

(一) 刑事訴訟法第 159 條第 1 項規定：「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。」，係指被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述而言，至被告於審判外之言詞或書面陳述，依刑事訴訟法第 156 條第 1 項規定：除有「強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法」外，均得為證據。

(二) 被告辯護人雖以警員向被告稱：「得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述。」，是指實話實說之義，予以扭曲，此與未告知無異；惟警員於詢問之初，已經向被告敘明：「你涉嫌公職人員選舉罷免法，在受詢問時得行使下列三項權益：第 1 個可以保持沉默，無須違背自己意思而為陳述。這個意思就是說你就是實話實講這樣就好了。」，已經明白向被告表示「得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述」，雖警員再稱：「你就是實話實講」，但其意當然是指「依照事實講即可」，

不須隱瞞事實」，亦無不當，並無所謂「予以扭曲，與未告知無異」之情形。

（三）被告辯護人又稱：「當被告表示沒有錢請律師時，員警卻表示『喔沒有錢啦，就不用啦！』等語，已屬惡意未依規定通知法扶律師到場云云，然警員於詢問之初，已同時向被告敘明：「第二個選任辯護人。阿你要是原住民的身分或是中低收入戶的話、可以請求法律去協助你們幫你請律師到場，辯護人就是律師這樣你懂嗎？」，且於警員訊問：「警方現在因為警查賄選案通知你來屏東縣調查站，你是否願意接受並製作詢問筆錄，阿以及要據實回答？」，被告：「那個是什麼意思？」，警員：「就是說我們通知你來這邊做這個是有關賄選的案件，你是否願意製作筆錄，就是現在我們做的這個筆錄。」，被告：「願意。」，亦係經過被告之同意始製作筆錄，未違反被告之意思。雖該項訊問仍與刑事訴訟法第 31 條第 5 項之規定不符，然公職人員之選舉係國家決定何人得以擔任公職之手段，該擔任公職之人員是否適當，事關國家事務之運作，如由某人以不正當之手段取得該職位，事後亦將不依正常程序執行其職務，甚或貪污、舞弊，敗壞國家風紀甚大，是賄選之重要性，關係公共利益之維持，與上開警員因違背法定程序取得之證據相比較，顯然相差甚大，審酌上開實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，與人權保障及公共利益之均衡維護，依刑事訴訟法第 158 條之 4 規定，應認為有證據能力。

（四）辯護人就被告於 103 年 12 月 4 日下午 1 時 20 分之偵訊筆錄，雖以檢察官亦未告知被告可以保持緘默，可以不用講話，未踐行刑事訴訟法第 95 條第 2 款之告知義務，認無證據能力。經原審法院於本院 Y 選舉卷之勘驗結果，被告於檢察官偵查時，檢察官就被告已經依據刑事訴訟法第 95 條第 1 項之規定，大部分告知被告上開權利，惟獨漏告知被告之緘默權，此有原審法院於本院 Y 選舉卷之勘驗筆錄可證，惟依上開勘驗筆錄所載之檢察官整體詢問內容及被告整體應訊狀況以觀，檢察官並無刻意誤導、曲解被告陳述之詢問，對於被告之陳述於整理筆錄時亦無刻意違背其陳述而為相左之記載，顯然並非惡意不告知被告緘

默權之事，而屬疏漏告知，且檢察官在詢問過程中，並無以強暴、脅迫或其他不正方法而為詢問，被告之自由意志並未受有任何壓制，足見其上開陳述係出於自由意志無訛，依刑事訴訟法第 158 條之 2 規定，檢察官此項未告知緘默權之疏漏，仍有證據能力。

(五) 辯護人雖又稱：檢察官於訊問時，有誘導、逼嚇，逼使被告 X 不待辯護人到場即時訊問，規避刑事訴訟法第 31 條第 5 項規定；惟查：檢察官訊問被告有需要請律師時，已經告訴被告可以請免費的律師，雖附加「可是要等很久」，「至少要 5、6 個小時以上」，惟在作業上通知依法設立之法律扶助機構指派律師到場為其辯護時，亦確實需要花費很久之時間，以之徵求被告之意見，被告最後亦回答：「你問啦。」，即已經被告主動請求立即訊問，檢察官因此訊問被告，尚符合刑事訴訟法第 31 條第 5 項之規定，並無違法可言，其此部分之陳述為有證據能力。

(六) 就檢察官是否有誘導、恐嚇、脅迫被告一節：

1. 經原審法院於本院 Y 選舉卷之勘驗被告 X 偵訊光碟結果，檢察官語氣平緩並無強暴、脅迫情形，過程係採一問一答方式，就被告不理解其意之問題，則加以解釋闡明，被告回答亦屬平和，無驚慌失措、詞不達意情狀，顯無逼嚇之情形。而被告之警詢過程，亦經當庭勘驗，全部詢問過程員警語調平穩，沒有高聲斥責或音調突然大聲之情形，被告情緒平穩，聽不出有特別緊張、害怕之表現，警員甚至告知被告「不用緊張啦，因為你這個只要講實話就好了」等語，實難認員警有何威嚇被告之不正詢問手段，況被告 X 於警詢時之陳述係坦承自己出錢為被告 Y 買票，直至偵訊時始坦承該 2,000 元係被告 Y 交付，辯護人主張被告自警詢中受不正詢問之效力延伸至偵查中云云，實屬無稽。而被告無論警詢、偵訊過程中，均能針對問題一一回答，縱然曾向員警、檢察官表示「我還沒有吃藥，還沒有吃飯用餐」，惟其係於警詢將結束前才向員警為此表示，而於檢察官偵訊時，被告係先表示「還是等律師好了」，經檢察官告知需要等待後，始做如上表

示，顯然其並無急需服藥之急迫情形，且經原審全程勘驗警詢、偵訊過程，證人全程亦未表現出有身體不適不能接受訊問之情況，尚難以此即認其陳述有違反任意性。

2. 且按誘導訊（詢）問之禁止，係指交互詰問時，對於行主詰問以提出證據之一造當事人，禁止其使用「問話中含有答話」之詰問方式，蓋此項主詰問之對象恆為「友性證人」，若將主詰問人所期待之回答嵌入問話當中，足以誘導受詰問之證人迎合訊（詢）問作答，背離自己經歷而認知之事實，故而禁止之。而儲存在人腦之永久記憶，往往須借助於「場景」或「話引」始能清楚喚出腦底深處之記憶，因而，行訊（詢）問時，使用喚醒記憶之訊（詢）問方式，旨在引導證人針對事實之細節詳予敘述，與誘導訊問不同，不能視之為法律所禁止之誘導訊問；且前揭規定，於偵查階段並無禁止（最高法院 102 年度台上字第 2952 號、99 年度台上字第 7003 號判決意旨參照）。詳言之，刑事訴訟法第 98 條規定，訊問被告應出以懇切之態度，不得用強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問或其他不正之方法，並無禁止誘導詢問之規定；同法第 166 條之 7 第 2 項第 2 款規定，詰問證人、鑑定人不得以恫嚇、侮辱、利誘、詐欺或其他不正之方法為之。就證人、鑑定人之主詰問雖不得為誘導詰問，但於同法第 166 條之 1 第 3 項但書所定之情形，得誘導詰問；同法第 166 條之 2 第 2 項亦規定行反詰問於必要時，得誘導詰問。則刑事訴訟法既明定詰問證人、鑑定人不得以恫嚇、侮辱、利誘、詐欺或其他不正之方法為之；同時又規定於特定情形下，得為誘導詰問，顯見誘導詰問非屬同法第 166 條之 7 第 2 項第 2 款所指恫嚇、侮辱、利誘、詐欺或其他不正之方法，僅係於特定情況下，禁止誘導詰問而已。而刑事訴訟法第 98 條所規定，與同法第 166 條之 7 第 2 項第 2 款所定不正方法之內容相當，應認誘導訊問非屬刑事訴訟法第 98 條所定之不正方法。是檢察官於訊問證人時，縱有誘導訊問，並非以不正方法取得之證據（最高法院 101 年度台上字第 4199 號

判決意旨參照)。換言之，檢察官製作證人偵訊筆錄時，基於偵查犯罪之必要，法並無禁止誘導訊問，縱有誘導訊問，仍非屬以不正方法取得之證據（最高法院 102 年度台上字第 2221 號判決意旨參照）。又檢察官對於證人之訊問，除禁止以不正方法取供以擔保其陳述之任意性外，對於訊問之方式，刑事訴訟法並未明文加以限制。因此，訊問者以其所希望之回答，暗示證人之誘導訊問方式，是否法之所許，端視其誘導訊問之暗示，足以影響證人陳述之情形而異。如其訊問內容，有暗示證人使為故意異其記憶之陳述，乃屬虛偽誘導，或有因其暗示，足使證人發生錯覺之危險，致為異其記憶之陳述，則為錯覺誘導，為保持程序之公正及證據之真實性，固均非法之所許。如其之暗示或訊問方式，僅止於喚起證人之記憶，進而為事實之陳述，係屬記憶誘導，參照刑事訴訟法第 166 條之 1 第 3 項第 3 款規定於行主詰問階段，關於證人記憶不清之事項，為喚起其記憶所必要者，得為誘導詰問之相同法理，則無禁止之必要，應予容許，不能認為屬法律所禁止之誘導訊問。被告辯護人指檢察官於偵訊被告時，有使被告受虛偽誘導、錯覺誘導，其陳述無證據能力云云。然經原審法院於本院 Y 選舉卷之勘驗被告偵訊光碟結果，在偵訊過程中，檢察官並非密集以相同問題重複訊問證人，而是於被告未針對問題回答時，就被告答覆之內容加以確認；又檢察官告以「Y 不是你講說沒有我們就不處理她了，我們證據也有，那自己想想，我也不會勉強你怎麼講」等語，僅在告知被告毋需違背自己的意思陳述；又檢察官雖有問及「你知道這個錢就是買票錢嗎」，然此係被告自行承認向 Y 拿取 2,000 元要給 A 之後，並非一開始訊問就將法律評價納入問題之中，訊問內容亦未暗示被告有記錯了、與其他證據不符等可能致使被告故意为異其記憶之陳述，亦不足使被告發生錯覺、致為異其記憶之陳述之危險，自與「虛偽誘導」或「錯覺誘導」有別。至於檢察官為喚醒被告之記憶，而於訊問被告時，以其警詢中之供述為基礎，提示或告知相關內容，

引導被告針對事實之細節詳予敘述，此屬偵查技巧之一環，與誘導訊問不同，已不能視之為法律所禁止之誘導訊問。且縱認檢察官於偵訊中，縱有誘導訊問，亦非屬不正方法取得之證據，從而被告辯護人據此主張被告於檢察官偵查中之陳述無證據能力，亦無理由。

二、最高法院 107 年度台上字第 3084 號刑事判決

（一）刑事訴訟法第 95 條第 1 項第 2 款、第 3 款係對被告緘默權、辯護依賴權之基本保障性規定，依同法第 100 條之 2 規定，於司法警察（官）詢問犯罪嫌疑人時，準用之，違反所取得被告（犯罪嫌疑人）之自白或不利陳述，原則上依第 158 條之 2 第 2 項規定予以排除，不僅明白宣示被告為程序之主體性，更明定保障被告之表現自由、防禦自由所應履踐程序，此刑事訴訟法透過正當法律程序使人民免於國家機關不當侵害或剝奪其自由權益的保障，彰顯取證程序之合法性為法治國之基本原則，以形成正義而公正之裁判，是憲法第 8 條正當法律程序、第 16 條保障人民訴訟權之具體實現。

（二）拘提或逮捕具有強制之性質，被告負有始終在場接受調查詢問之忍受義務，其身心受拘束下，又處於偵訊壓力之陌生環境中，難免惶惑、不知所措，意思決定之自主能力較為薄弱而易受影響，其虛偽陳述之危險性較大，是以法律設有前置之預防措施，期使司法警察（官）確實遵守此一告知之程序，復特別明定，違背此一程序時，除有前述善意原則例外之情形外，所取得之自白及其他不利陳述，應予絕對排除，以求周密保護被告之自由意志。至依刑事訴訟法第 71 條之 1 第 1 項規定，司法警察（官）使用通知書，通知犯罪嫌疑人到場詢問，不具直接強制效果，犯罪嫌疑人得依其自由意思決定是否到場接受詢問，或到場後隨時均可自由離去，其身心未受拘束之情形下，若有違反前揭告知義務，所取得之自白及其他不利陳述，則應依同法第 158 條之 4 規定，審酌人權保障及公共利益之均衡維護而認定。而於實務上，司法警察（官）不以通知書之方式，而是親自臨門到犯罪嫌疑人住居所或所在處所要求其同行至偵訊場域接受詢問，此類所謂帶案處理或任意同行之方

式，固屬於廣義約談方式之一種，但對於智識程度不高之人民而論，並無法清楚區辨其與拘提或逮捕之不同，往往是在內心不願意之情形下，半推半就隨同至偵訊場域接受詢問，是該類帶案處理或任意同行之情形，若有違反前揭告知義務而為詢問，則應視案件之具體情況包括同行必要性、要求同行之時間、要求同行之方式、犯罪嫌疑人主觀意識之強弱、智識程度等內、外在一切情況，綜合判斷究否已達身心受拘束之程度，而分別類推適用刑事訴訟法第 158 條之 2 第 2 項或依同法第 158 條之 4 規定判斷其證據能力有否。又此項告知，既攸關被告供述任意性之保障，即非以形式踐行為已足，應以使被告得以充分瞭解此項緘默權利，並基於充分自由意思予以放棄，為其必要。

(三) 上訴人 X 為原住民，係國小畢業之智識程度、業水泥工等學經歷，詢問員警雖形式上有告知上訴人得行使緘默權，惟上訴人對於保持緘默之意義，似無法充分理解，員警卻說明「保持緘默」就是「實話實講」，將既無供述義務，亦無真實陳述義務之緘默權，扭曲解釋成「實話實講」，使不諳法律、智識程度不高之上訴人產生錯誤之認知，而以為有據實陳述之義務，此較之未告知緘默權之情形，尤為嚴重，員警是否有蓄意規避上開告知義務，並非無疑。另警詢筆錄雖記載上訴人係經通知到場接受詢問，然卷內似未見通知書，而上訴人 X 於原審已具狀陳稱其於民國 103 年 12 月 4 日上午約 6 時左右，尚在睡夢中即被調查人員自住處帶去調查站接受詢問，當時未吃早餐也沒有吃藥等情，佐以上訴人 X 於前揭勘驗筆錄中向員警表示「那像這樣……（我）不能回家嗎？」、「因為我還沒有吃藥，因為我每天有藥可以吃。」、「（你是吃什麼藥？）高血壓跟膽藥。」等語，是否可認為上訴人有中止接受詢問，想返家服藥之意？惟員警並未查明其意願，即稱：「你有高血壓喔？不用緊張啦，因為你這個只要講實話就好了，好不好。」等詞，猶繼續詢問，並要求上訴人 X 講實話。倘若上訴人 X 所述在睡夢中經調查人員同行之情節為真，綜合上訴人 X 智識程度、上開警詢過程及內容以觀，能否謂上訴人充分理解其得拒絕同行至調查站，或得隨時離開詢問處所，即其是否已達身心實質受拘束之程度，既對本件員警違反告知義

務所取得自白之證據能力，究應類推適用刑事訴訟法第 158 條之 2 第 2 項規定予以排除，抑或依同法第 158 條之 4 規定權衡法則予以認定，有重大影響，殊值深究。原審並未針對上情翔實調查究明，僅以詢問員警已經明白向上訴人表示「得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述」，雖員警再稱：「你就是實話實講」，是指「依照事實講即可，不須隱瞞事實」，亦無不當等情，遽採上訴人警詢之自白為論罪之依據，自有應於審判期日調查之證據未予調查及判決理由不備之違法。

（四）刑事訴訟法第 31 條關於強制辯護規定，於 102 年 1 月 23 日修正公布，適用對象擴及具有原住民身分之被告或犯罪嫌疑人，適用範圍也從審判階段深化至偵查階段，同條文第 5 項規定：「被告或犯罪嫌疑人……具原住民身分者，於偵查中未經選任辯護人，檢察官、司法警察官或司法警察應通知依法設立之法律扶助機構指派律師到場為其辯護。但經被告或犯罪嫌疑人主動請求立即訊問或詢問，或等候律師逾四小時未到場者，得逕行訊問或詢問。」其旨在考量偵查階段，被告處於資訊不對等之弱勢地位，尤其原住民因傳統文化、習俗、經濟、教育等因素，接觸法律資訊不易，針對訴追之防禦能力更為弱勢，乃從偵查程序使其得由國家主動給與辯護人為協助，此倚賴權尤甚於一般之選任辯護，更應受保障，並藉由程序之遵守確保裁判之公正，同時展現原住民族基本法開宗明義對於原住民基本權利之制度性保障。又此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。

(五) 本件詢問員警明知上訴人具原住民身分，在上訴人誤以為要自費請律師之情形下，不僅未使上訴人充分理解其有受強制辯護協助之權利，更未通知法律扶助機構指派律師到場為其辯護，或經上訴人主動明示放棄法律扶助，即逕行詢問各情，原審既認警詢有違刑事訴訟法第 31 條第 5 項之規定，揆諸前開說明，所取得上訴人之供述，已侵害憲法第 16 條保障人民訴訟權之核心內容，不利上訴人之訴訟防禦甚鉅，即使依刑事訴訟法第 158 條之 4 規定權衡後，也應排除其證據能力，原判決未詳加斟酌侵害人權之重大性，而認有證據能力，尚值商榷。

(六) 法律扶助基金會因應前揭原住民強制辯護新制之施行，在各地方法院所在地之分會開辦「原住民檢警偵訊律師陪同到場專案」，人力已有擴編，就原住民面對警詢、偵訊時，一經通知該會即派遣輪值律師到場，再參以本件檢察官偵訊時為白日上班時間，地點又在臺灣○○地方檢察署第○偵查庭，非遠僻地區，如通知當地○○分會派遣扶助律師到場，通常是否須費時 5、6 個小時？並非無疑。又縱如檢察官所稱須等候 6 個小時以上，然依刑事訴訟法第 31 條第 5 項但書規定，如等候律師 4 小時未到場者，得逕行訊問，自無需等候到 6 小時以上。檢察官是否刻意誇大或隱瞞等候時間，使未按時服藥又未用餐之上訴人 X 自覺無法久候 6 小時以上，而放棄接受法律扶助？攸關上訴人是否基於自由意思決定，主動明示放棄辯護人援助之判斷。原審未調查釐清，泛稱在作業上通知○○基金會指派律師到場辯護時，確實需要花費很久之時間，檢察官以之徵求上訴人 X 意見，上訴人 X 最後亦回答：「你問啦」，即已主動請求立即訊問，符合刑事訴訟法第 31 條第 5 項之規定，並無違法，而認上訴人 X 於該次偵訊中之供述有證據能力，亦有應於審判期日調查之證據未予調查及判決理由不備之違法。

(七) 刑事訴訟法第 98 條、第 100 條之 2 規範訊（詢）問被告時，正面訓示應出以懇切之態度，負面列舉禁止以強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問或其他不正方法取供，結合同法第 156 條第 1 項就被告

之自白必須具備任意性，始屬適格證據之規定，架構成完整的證據排除之規定。此項規定，旨在維護被告陳述之意思決定及意思活動之自由。復為確保此意旨之具體實現，另於同法第 156 條第 3 項規定：「被告陳述其自白係出於不正之方法者，應先於其他事證而為調查。該自白如係經檢察官提出者，法院應命檢察官就自白之出於自由意志，指出證明之方法。」明示祇須被告爭執自白之任意性，法院即必須先於其他事實而為調查，並應責由檢察官就其引為起訴證據之自白，指出證明出於任意性之方法，而將舉證責任倒置，除非偵查機關能證明被告之自白出於任意性，否則即應認該自白之取得程序並非適法，逕予排除而不得作為證據。亦即，其不利益應歸國家機關負擔，法益歸被告，以確保實質正當之法律程序。

陸、評析

本判決最重要的發展，在於指出對原住民被告應為積極意義的權利告知，以及透過證據排除來確保原住民被告受辯護人協助權的落實，而其論述是以對原住民被告受辯護人協助權的內涵與對權利告知模式的理解為基礎。

首先，本判決認為 2013 年修法增訂的刑訴法第 31 條有關原住民被告受辯護人協助權之規定，可理解為根據原住民族基本法，對原住民基本權利所提供之制度性保障。而此保障主要是著眼於原住民因傳統文化、習俗、經濟、教育等因素，使其接觸法律資訊不易，導致針對訴追的防禦能力更為弱勢，故透過辯護人協助提供程序權保障。在這之中，最值得注意的是本判決是以原住民被告程序中弱勢的文化成因，來證成原住民被告更應受到保障的觀點。一方面，這個觀點可以說充實了原住民族基本法第 30 條第 1 項原住民族司法人權的內涵。另一方面，這個說法也與國內學理上的主張相符，認為原住民被告應受到辯護人協助之程序權保障，立論依據在於原住民族社群因語言、文化等因素，相較主流社群更不易理解訴訟程序及程序中法律概念之意涵，且在提出抗辯、進行訴訟行為及與法院互動時，存在溝通與理解上的鴻溝，處於較為弱

勢的地位，而有受辯護人協助來確保程序主體地位之必要⁴¹。

接著，本判決提到對原住民被告提供辯護人協助之要求，原則上不區分被告到場原因，只要未經辯護人協助時，偵查機關就必須通知法扶機構指派律師到場協助。但是，考量偵查程序的急迫性，若被告知道可受辯護人協助之規定，但沒有意願等候接受協助時，若是主動請求立即訊問者，可例外尊重其主動明示放棄辯護人協助的自由意思決定，不使其接受辯護人協助。不過，應注意到本判決認為，例外可合法不提供辯護人協助的狀況，必須符合兩個要件方屬合法：第一是積極要件，也就是原住民被告「主動」且「明示」放棄受協助；第二是消極要件，也就是該放棄不可以是出於「偵查機關強暴、脅迫、利誘、詐欺」，也不是出於「欠缺對受辯護人保障之認識」。若未滿足二要件卻未提供原住民被告相關協助時，本判決認為已侵害憲法第 16 條程序權保障，訊問所取得之被告自白於適用刑事訴訟法（下稱：刑訴法）第 158 條之 4 進行權衡時，應產生證據排除的法律效果。

從上面第二項的消極要件來看，由於本判決認為原住民被告合法放棄受辯護人協助，必須以被告未受到不正訊問且對受辯護人保障有充分認識為前提。因此，與此要件相對應，偵查機關在為刑訴法第 95 條有關受辯護人協助的權利告知時，不僅是形式上要履行告知義務，實質上還必須確保該權利告知內容中有充分傳達「可受辯護人協助」之意思。也就是說，該權利告知應達到使原住民被告充分認識可受協助的程度。在此意義下，本判決可以說為偵查機關的權利告知設定較高的要求，要求偵查機關踐行具有積極提供原住民被告制度性保障之意義的權利告知（下稱：積極意義權利告知）。根據這個積極意義權利告知的脈絡，本判決根據以下理由，認為本案中偵查機關已違反刑訴法第 31 條欲提供原住民被告之程序上保障，且已侵害憲法第 16 條所保障的程序權：

理由一，當被告為原住民，且僅有國小畢業之智識程度與水泥工等學經歷時，雖然警察在詢問時有形式上告知被告得行使緘默權，但在被

⁴¹ 國內相關討論見：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檢討，國立臺灣大學法學論叢，第 50 卷第 3 期，2021 年 9 月，頁 927-992。

告無法充分理解緘默權意義的狀況下，警察卻將「保持緘默」詮釋為「實話實講」。本判決認為警察如此將既無供述義務，也無真實陳述義務之緘默權，扭曲解釋成「實話實講」，導致不諳法律、智識程度不高之原住民被告產生錯誤認知，誤以為有據實陳述之義務，可以說比起未告知緘默權的違法程度，還要更加嚴重。雖然本判決在這裡主要是討論被告關於緘默權之理解被扭曲，但也清楚呈現出法院認知到原住民被告對程序概念的理解存在鴻溝，有必要透過辯護人協助來追求實質平等與程序權充分保障。

理由二，由理由一可發現原住民被告在程序中理解法律概念及提出主張的鴻溝，需要透過辯護人協助來填補。而本判決的第二個理由，就是針對原住民被告受辯護人協助權進行討論。詳細來說，負責詢問之警察明知被告具原住民身分，卻在被告誤以為要自費請律師之情形下，未使被告充分理解其有受辯護人協助之權利，更未通知法律扶助機構指派律師到場為被告辯護。同時，警方是在被告並未主動明示放棄法律扶助的狀況下，就逕行進行詢問。根據本判決上述關於原住民被告合法放棄辯護人協助所設之積極與消極要件來看，被告並未主動明示放棄辯護人協助，且被告顯然也欠缺對自身享有受辯護人保障之權利的認知，當警方未為積極意義的權利告知來使被告有認知自身權利的可能性時，此程序顯然違法且影響原住民被告防禦權，若適用刑訴法第 158 條之 4 進行權衡，效果上應排除被告自白的證據能力。

以上，本書嘗試從原住民被告受辯護人協助權的意涵出發，分析最高法院本判決的論點。以下，本書嘗試從相同的角度，也就是由強化對原住民被告的辯護人協助，以及填補其程序中理解及溝通鴻溝的角度切入，對本判決進行評析。首先，對於本判決賦予對原住民被告權利告知更積極意義的作法，本書持正面立場。具體言之，從 2013 年刑訴法第 31 條修法賦予原住民被告受辯護人協助的規範意義來看，原住民被告因語言及文化差異造成其對法律程序與法律概念存在理解上的鴻溝，故其對緘默權的意涵與程序中如何行使該權利，有高度可能欠缺充分理解，進而招致防禦權受侵害與淪為程序客體的結果。在此狀況下，為克服因

語言、文化造成的理解阻礙，原住民被告受辯護人協助的權利就具有雙重的意義：其一是協助被告享有充分防禦機會；其二是協助原住民身分的被告克服因文化差異而自始存在的理解鴻溝，來達到與非原住民被告同等的防禦機會。換言之，受辯護人協助之權利適用於原住民被告時，比起適用於一般被告時，存在更高的重要性。在此意義上，本判決從文化等因素切入，最終推論出原住民被告更因受辯護人協助的結論，本書認為除了提升對原住民族程序中保障外，更是提出符合臺灣現況且具有建構本土法學意義的見解，值得正面肯定。

接著，當原住民被告受辯護人協助權利具有更高重要性時，用來確保原住民被告此權利保障能確實實現的權利告知機制，就不可以僅是形式上有履行告知義務就好。相反地，應要求實質上必須告知到使原住民被告充分理解與認知受辯護人保障意義為何的程度。理由在於，從 2013 年刑訴法第 31 條修法的規範意義來看，在辯護人到場提供協助之前，因語言、文化與社經結構等因素而居於較弱勢地位的原住民被告，應自始被預設處於對程序與法律概念存在理解障礙的困境。在此狀況下，為避免該理解上的鴻溝造成原住民被告無法得到辯護協助，唯有在制度上對權利告知義務的履行程度進行調整，除要求偵查機關不得有利用原住民被告認識不足而欺騙、誘導的行為外，還應更積極要求偵查機關告知到使原住民被告對受辯護人協助與保障有充分理解的程度。確實，積極意義的權利告知必然對偵查機關增加須負擔的時間與勞力成本，但為了使原住民族被告在程序中受到充分程序權保障與達到實質平等，以及防止原住民被告因未受保障而產生更高的人權侵害，積極意義權利告知的要求應屬合理。在此脈絡下，本判決對權利告知要求合法門檻較高的履行模式，值得贊同。

最後，本判決可能也注意到，單純只要求積極意義的權利告知，可能並不足以確保原住民被告受充分告知與獲得辯護人協助之機會。理由在於，若沒有與告知義務違反相對應的法律效果，可能無法引導偵查機關確實履行該義務。正因如此，對於違反積極意義權利告知之訊問，應有必要排除其取得自白之證據能力。特別是，當我們預想偵查者可能會

因為惰性（無法每次都詳盡告知並反覆確認被告是否理解），或可能為節省偵查時間與勞力成本，而偏好只踐行形式上的告知，不欲確認原住民被告是否充分認知受辯護人協助的保障。此時，應避免對偵查機關未積極告知所取得自白的證據能力存否，透過公益與人權間的原則衡量來決定，以避免偵查機關產生未積極告知所獲得自白仍可為裁判依據的僥倖心理。也就是說，如果適用可直接根據立法權威來絕對排除證據能力的證據排除規則，才可能是影響偵查者決策的較佳方式。在此意義上，依循本判決的旨趣，將刑訴法第 95 條對原住民告知之義務拉高到積極意義權利告知的程度，並在未達該程度時視為實質上未履行告知義務，進而適用刑訴法第 158 條之 2 第 2 項準用第 1 項絕對排除取得自白的證據能力，應是較適當的法律效果路徑選擇。正因如此，雖然本書贊同最高法院權衡後排除證據能力之結論。但是，必須在此附帶一提的是，從影響偵查者行為選擇進而確保原住民被告受辯護人協助的角度觀之，由法官適用刑訴法第 158 條之 4 權衡證據能力的路徑宜進行修正，改由立法部門直接明文立法排除偵查者未積極告知時取得自白的證據能力，才是較合理的作法。

❖ 相關法律條文

憲法：第 8 條、第 16 條

原住民族基本法：第 30 條第 1 項

刑事訴訟法：第 31 條、第 95 條、第 98 條、第 156 條、第 158 條之 2、第 158 條之 4

案例十 最高法院 110 年度台抗字第 1315 號刑事裁定**案由** 違反毒品危害防制條例等罪定應執行刑**關鍵詞** 原住民司法人權、闡明權、客觀性義務、積極照料責任

壹、案例事實

抗告人即受刑人 X 因數罪併罰有二裁判以上，聲請定其應執行刑，但 X 不服臺灣花蓮地方法院中華民國 110 年 4 月 23 日定其應執行刑之裁定（110 年度聲字第 202 號），故提起抗告。X 於法定期間內提起抗告，但因其所提抗告狀未附具理由，僅稱「因定應執行刑過重提出抗告」等語，被認定抗告程式有所欠缺，經臺灣高等法院花蓮分院於民國 110 年 5 月 17 日裁定命 X 於裁定送達後 7 日內補正抗告理由，而該裁定正本也於同年月 20 日送達於法務部矯正署花蓮監獄予 X 簽收。然而，X 收受上開裁定後，仍未補正抗告理由。因此，臺灣高等法院花蓮分院以 X 抗告不合法律上之程式為由，駁回 X 抗告。

貳、訴訟結果

- 一、臺灣高等法院花蓮分院 110 年度抗字第 31 號裁定：抗告駁回。
- 二、最高法院 110 年度台抗字第 1315 號刑事裁定：撤銷原裁定。

參、原住民主張與法院回應

受刑人 X 主張其具有原住民身分且法律知識淺薄，請求代轉法律扶助基金會，指派律師代為撰寫抗告狀。對此，高等法院花蓮分院認為 X 未檢附原住民身分證明相關文件，無從審核其是否具備原住民身分，且刑事訴訟法關於聲請定應執行刑之案件，並無類似民事訴訟的訴訟救助規定與準用規定，故認為法院無從准予訴訟救助且沒有上述代轉義務。

肆、爭點

抗告人之抗告理由欠明，但已表明其原住民之身分而請求扶助時，法院是否應行使必要之闡明權，使抗告人有機會為完足之陳述，究明其抗告書狀之真義為何。

伍、法院見解

一、臺灣高等法院花蓮分院 110 年度抗字第 31 號刑事裁定

（一）抗告人即受刑人 X 不服原法院所為定應執行刑裁定，於法定期間內提起抗告，因所提抗告狀未附具理由，僅稱「因定應執行刑過重提出抗告」等語，程式有所欠缺，經本院於民國 110 年 5 月 17 日裁定命抗告人於裁定送達後 7 日內補正抗告理由，而該裁定正本業於同年月 20 日送達於法務部矯正署花蓮監獄予抗告人簽收等情，有上開補正裁定、囑託送達文件表及本院送達證書附卷可憑，惟抗告人 X 收受上開裁定迄今，仍未補正抗告理由，有本院查詢表及收狀資料查詢清單在卷可憑，揆諸上開說明，其抗告即不合法律上之程式，應予駁回。

（二）抗告人 X 雖主張其具有原住民身分且法律知識淺薄，請求代轉法律扶助基金會，指派律師代為撰寫抗告狀云云。惟查抗告人 X 提起本件抗告時，未據檢附原住民身分證明相關文件，本院無從審核其是否具備原住民身分；又刑事訴訟法關於聲請定應執行刑之案件並無如同民事訴訟法第 3 章第 5 節訴訟救助之規定，亦無相關準用之規定，法院自無從准予訴訟救助或代轉之義務。

二、最高法院 110 年度台抗字第 1315 號刑事裁定

（一）抗告係不服下級法院之裁定，而請求上級法院撤銷或變更之方法，刑事訴訟法第 407 條所定「應以抗告書狀，敘述抗告之理由」之程式，並未有如同法第 361 條第 2 項「上訴書狀應敘述具體理由」之規定，自僅須敘明為何不服下級法院裁定之原因，即為已足，尚無須以具體指摘下級法院裁定有何不當或違法之情形為必要。再者，原住民族歷

經文化變遷，復多身處偏僻，資源較為匱乏，而成為弱勢群體，自有匡助扶持，對其各項權利予以保障扶助並促其發展之必要，使之得與主流群體平等立足，共存共榮，由此實現大同社會之理想，此並為憲法增修條文第 10 條第 12 項所定之基本國策。而立法者為貫徹上述旨意，已制定原住民族基本法，該法第 30 條第 1 項明定「政府處理原住民族事務、制定法律或實施司法與行政救濟程序、公證、調解、仲裁或類似程序，應尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化及價值觀，保障其合法權益，原住民有不諳國語者，應由通曉其族語之人為傳譯」；刑事訴訟法第 31 條第 1 項第 4 款亦增列：被告具原住民身分，經依通常程序起訴或審判者，於審判中未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人或律師為被告辯護；同條第 5 項則規定「被告或犯罪嫌疑人……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……」，即為國家對於原住民司法人權特予保障扶助之具體實現。而法院本於應全面注意被告利害情形之客觀性義務，自應秉持此立法精神及整體法律秩序理念，視所踐行程序影響原住民被告權利之程度，適時提供法律上協助，給予適度闡明、曉諭，善盡積極照料之責任，尤其當被告已表明原住民身分而無助求援時，更不宜徒託法無明文，吝於相助，致悖離法律意旨，使弱勢群體尋求平等對待，成為空談，人本價值，無以彰顯。

（二）本件再抗告人 X 所提第二審抗告狀中，既已指明係針對第一審裁定所為之執行刑量定過重，聲明不服之意，得否遽認其未具抗告理由？即容有研酌之餘地。再核諸卷內資料，本件檢察官據以聲請定應執行刑之確定判決，各屬第一審法院分案列為「原簡」、「原易」、「原訴」字別之案件，且第一審卷附再抗告人之個人戶籍資料查詢結果表「原住民族別欄」亦記載「排灣族」，則再抗告人陳明其身為原住民，似非無據。而定應執行刑之裁定，係與科刑判決具有同等效力之實體裁定，攸關受刑人刑罰執行之範圍，因現行法尚乏給予受刑人以言詞或書面陳述意見的機會，保障稍有欠週，惟有藉由向上級法院提出抗告書狀，方能陳述意見，以資彌補，而謀救濟。是以縱認再抗告人之抗告理由欠明，

再抗告人 X 既已表明其原住民之身分而請求扶助，依照前述說明，法院仍得行使必要之闡明權，使為完足之陳述，究明其抗告書狀之真義為何，始無違於法律對於原住民特予保障扶助之意旨。原審竟自立抗告門檻，復置再抗告人之請求於不顧，逕以其欠缺抗告理由不補正而予駁回，即難認適法。再抗告意旨指摘原裁定不當，非無理由，應由本院將原裁定撤銷，且為維持再抗告人 X 之審級利益，由原審法院更為妥適之裁定。

陸、評析

在高等法院的裁定中，主要基於三點理由駁回 X 所提抗告：第一，被告沒有敘述具體抗告理由，故抗告不合法；第二，被告抗告對象（定應執行刑）並無訴訟救助相關規定，故毋須給予扶助；第三，被告未檢附原住民身份證明文件，無從確認原住民身分。針對高院第一項理由，最高法院認為刑事訴訟法（下稱：刑訴法）第 407 條關於抗告程序之規定，並沒有要求抗告須附具體理由，故 X 表示不服定應執行刑過重，即屬合法的抗告原因，高院的第一項理由並無道理。至於高院的第三項理由，最高法院則認為從案卷資料顯示，本案件中檢察官據以聲請定應執行刑的確定判決，各屬在第一審法院分案時被列為「原簡」、「原易」、「原訴」等字別的案件，且第一審卷內的戶籍資料也顯示被告身分為排灣族，故該理由也顯無依據。由此觀之，最高法院針對上述高院兩項理由的反駁，偏向法律適用與案卷資料內容的認知有所疏漏等錯誤，與憲法增修條文、原住民族基本法（下稱：原基法）及刑訴法等規範近年揭示的原住民被告程序權保障，並沒有太深刻的關聯。正因如此，在最高法院本裁定中，最具評析價值與重要論述意涵者，應屬對上述高院駁回 X 的第二項理由，所提出之相反意見。以下，就特別針對最高法院此部分的意見進行評析。

事實上，刑事被告在上訴、抗告過程中，需要透過如辯護人之協助來獲得充分程序上保障的課題，向來討論範圍就不侷限在具原住民族身分的被告而已。但正是從這個脈絡來觀察，更可察覺本裁定的意義。詳

言之，如在最高法院 98 年度台上字 5354 號判決中，針對刑事被告於「一審結束後、上訴二審前」的階段，必須滿足刑訴法第 361 條上訴具體理由之要求，但因無能力撰寫而遭遇上訴的鴻溝，該判決指出應提供上訴人受辯護人協助之機會，使其能在辯護人協助下撰寫具體理由並合法提出上訴。此外，若被告在第一審未選任或未經指定辯護人，而無法獲得辯護人協助時，該判決主張二審法院在審查其上訴理由是否符合具體之要件時，為使被告獲得充分程序權保障，法院應行使必要的闡明權，使被告可以為完足陳述。如此一來，法院才可以理解上訴書狀的真正意義，並據此判斷其可否合法上訴⁴²。

由此觀之，可發現任何刑事被告都可能在欠缺辯護人協助的狀況下，由於個人能力問題而遭遇程序權保障不足與救濟權無法有效行使的困境，此時就必須依靠辯護人與法院協助，來弭平權利無法有效行使的鴻溝。若是如此，在刑事程序中因文化、語言、社經地位等原因，比起多數被告在能力上可能更難在程序中進行充分溝通的原住民族被告，自然更有受協助來保障原住民族司法人權、消弭程序上不平等的必要。在此意義上，可以說本裁定其實與最高法院 98 年度台上字 5354 號判決採取相似的觀點，認為應透過法院協助弭平當事人救濟的鴻溝，但考量抗告人 X 的原住民族身分，特別透過原住民族司法人權保障與原基法精神，來強化法院提供協助的理論基礎。

關於最高法院在本裁定中的論理，則是從對高院裁定的批評出發，認為高院最大的問題在於針對需受協助之抗告人 X，置其之請求於不顧而逕自將抗告駁回。至於為何該抗告人 X 為需受協助者，則與抗告人的原住民身分密切相關。詳言之，最高法院裁定認為依照憲法增修條文第 10 條第 12 項之多元文化條款，以及為貫徹該條款而制定之《原基法》第 30 條、刑訴法第 31 條第 1 項第 4 款與第 5 項等規範意旨，因原住民族歷經文化變遷，且多半身處偏僻而資源匱乏，致淪為弱勢群體，故有必要就原住民司法人權特予保障扶助，使其可與主流群體平等立足。而

⁴² 對此議題詳細討論見：王兆鵬，上訴二審鴻溝之填補--評最高法院 98 年度台上字第 5354 號判決，法令月刊，第 61 卷第 2 期，2010 年 2 月，頁 42-54；王兆鵬，上訴二審的鴻溝理論與實證研究，軍法專刊，第 54 卷第 5 期，2008 年 10 月，頁 1-18。

此裁定的論述，可以說與前述【鄉長賄選案】中提到的 2013 年刑訴法第 31 條修法，持相似的立場。也就是以原住民族因文化差異所導致的社經結構與司法程序中弱勢切入，論證透過強化刑事程序中對原住民族被告的協助，來盡可能消弭原住民族在司法程序中因語言、文化、社經地位所導致的不平等，使原住民族被告作為程序主體，享有充分保障與平等的程序，落實原基法所追求的原住民族司法人權保障的精神。

接著，根據前面關於本案具體脈絡的描述，原住民抗告人 X 所遭遇的困境，可定性為是與法院間溝通上存在鴻溝的難題。詳言之，在「定應執行刑之裁定」與科刑判決具有相同效力，實質上會決定被告應受執行的刑罰程度，影響被告（受刑人）刑罰執行的範圍的狀況下，因為現行法未提供被告充分保障，沒有賦予被告表示意見的機會，導致抗告成為被告陳述意見與尋求救濟的唯一管道。在此狀況下，本裁定認為當原住民抗告人 X 對抗告理由的提出有所困難而尋求扶助時，也就是存在與法院間溝通的鴻溝時，法院應嘗試填補該鴻溝，透過闡明權行使，探究原住民抗告人 X 抗告書狀的真實意義為何，協助該被告能夠完整陳述，與法院間達成溝通。由此內容來看，可以說正是著眼於與 2013 年刑訴法第 31 條修法同樣的出發點，考量原住民抗告人可能因文化差異或其所導致的社經弱勢，產生刑事程序中溝通困難的問題，認為不應逕行駁回該抗告，使原住民抗告人承受不正義的結果，擴大不平等的狀況。因此，本裁定在此脈絡下以法官協助作為填補溝通鴻溝的機制，來完善對原住民抗告人 X 之程序權保障。

至於法官闡明權的由來，本裁定則是從法院因應全面注意被告利害情形之客觀性義務出發，來加以證成。亦即，由於刑訴法第 2 條規定法官不分被告有利、不利應一律注意，故自應在程序中注意原住民被告程序權受司法程序影響的程度，適時透過闡明、曉諭等方式提供協助，如此才能使原住民被告作為弱勢群體成員，能獲得平等對待。關於此部分，有兩點值得說明：

第一，如前述【鄉長賄選案】時曾論及，由於 2013 年刑訴法第 31 條修法就是著眼於原住民被告屬於弱勢社會群體的成員，故應透過辯護

人協助來充實對其程序權保障，進而追求實質平等的司法程序。因此，最高法院本裁定的論述，可謂與該 2013 年刑訴法修法後的精神相符。故其透過法官闡明權作為補充機制，協助未得辯護人協助之原住民抗告人 X 獲得完善的程序權保障，可以說使 2013 年刑訴法修法精神更臻完善，應為值得贊同的作法。

第二，本裁定將法官闡明權建立在訴訟照料義務的基礎上，可以說是延續最高法院歷來裁判的立場。詳言之，最高法院向來從憲法第 16 條程序權保障出發，認為為追求程序正義與實現實體公正，提供人民依法定程序縝密審判的保障，法官依刑訴法第 2 條負有客觀性義務。由此義務則衍生出訴訟照料義務，亦即針對刑事程序中屬於弱勢地位的被告，特別是在未受辯護人協助的狀況下，法院有適時提供被告法律上協助來彌補當事人間不對等的義務⁴³。而當本裁定將法官透過闡明權提供原住民族抗告人 X 充分的司法人權保障，理解為訴訟照料義務的一環時，應可詮釋為法官透過協助原住民族抗告人 X 有效溝通、達到實質平等，落實憲法第 16 條程序權保障的內容。而且，此裁定的論述脈絡也顯示出，原住民被告司法主權的提升與我國憲法解釋將被告程序權保障納入憲法位階的發展同步，其不再僅以《原基法》第 30 條為其基礎，而是直接訴諸憲法第 16 條作為依據。而從憲法增修條文所揭示的尊重多元文化精神來看，此裁定之論述可謂與其呼應，並可作為未來更加完善原住民族司法主權的基礎，值得肯定。

⁴³ 如最高法院 107 年度台上字第 3559 號判決：「憲法第 16 條規定人民有訴訟之權，乃屬人民在司法上之受益權，包含人民得享由法院依法定程序縝密審判之保障。現代刑事司法的基本理念，是透過程序的正義，以實現實體的公正。實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意，刑事訴訟法第 2 條第 1 項定有明文，故衍生所謂『訴訟照料義務』，蓋刑事被告於面臨龐大的國家機關動用豐富的資源以對之進行訴追時，在審判程序中往往處於相對弱勢地位，此種不對等的情形在被告未聘任辯護人時更為加劇，是法院有義務適時提供被告些許法律上的協助，以稍微彌補兩造當事人不對等的地位，而能達到實質上的當事人進行主義（例如刑事訴訟法第 31 條、31 條之 1 為被告指定公設辯護人或律師為其辯護等規定）。換言之，在被告相對弱勢而無法依其個人之能力，就實體或訴訟上相關之權利為實質有效行使時，乃能從偵、審程序中均使其得受訴訟照料之助力，以保障人權，並藉由程序之遵守確保裁判之公正。」

國內原住民族重要判決之編輯及解析（第四輯）

128

❖ 相關法律條文

刑事訴訟法：第 2 條、第 31 條第 1 項第 4 款、第 5 項

原住民族基本法：第 30 條第 1 項

國家圖書館出版品預行編目資料

國內原住民族重要判決之編輯及解析. 第四輯/蔡志偉 (Awi Mona),
范耕維, 吳秦雯作.-- 初版.--
新北市：原住民族委員會, 民 112.12
面；公分
ISBN 978-986-5435-94-3(平裝)

1.CST: 原住民族行政法規 2.CST: 判決

588.29

112020851

國內原住民族重要判決之編輯及解析（第四輯）

作 者：蔡志偉 (Awi Mona)、范耕維、吳秦雯
出版單位：原住民族委員會
發行人：夷將·拔路兒 Icyang·Parod
編輯顧問群：谷縱·喀勒芳安 Qucung Qalavangan、鍾興華
Calivat·Gadu、王美蘋
策 劃：雅柏甦詠·博伊哲努
主 編：洪玲
執行編輯：陳天石、陳威廷
封面設計：陳欣
地 址：(242) 新北市新莊區中平路 439 號北棟 15 樓
電 話：(02) 8995-3456
傳 真：(02) 8521-1590
網 址：<https://www.cip.gov.tw>
出版年月：民國 112 年 12 月出版
版(刷)次：初版
定 價：新台幣 300 元

版權所有·翻版必究

著作權人：原住民族委員會

本書保留所有權利。

欲利用本書全部或部分內容者，須徵求原住民族委員會同意或書面授權。

政府出版品統一編號(GPN)：1011201981

國際標準書號(ISBN)：978-986-5435-94-3