

目次

● 議程表 / 1

【開幕致詞】

- 主辦單位致詞 / 5
林江義 / 行政院原住民族委員會 副主任委員
- 承辦單位致詞 / 6
吳天泰 / 國立東華大學原住民族學院 院長
- 貴賓致詞 / 7
鄭天財 / 立法院 立法委員
- 貴賓致詞 / 8
施良波 / 臺灣高等法院花蓮分院檢察署 檢察長

【專題演講】

- 在法學與國家法中看見原住民族法律 / 9
王泰升

【主題一：原住民族傳統司法正義】

- 原住民族地方性道德世界(Local Moral Worlds)觀與司法正義：以賽夏族為例 / 27
日宏煜
- 「原住民族傳統司法正義」：以排灣族為例 / 39
童春發
- 正義：來自大洋洲的思辨之旅 / 61
郭佩宜
- 會議實錄 / 77

【主題二：原住民族傳統爭端解決機制與國家法制訴訟制度之比較】

- 解 / 重構習慣法與國家法的關係：蘭嶼雅美族個案探討 / 87
高德義
- 阿美族的年齡組織制度與社會秩序的關係：都蘭阿美族的例子 / 113
蔡政良
- 拉勞蘭部落「mulikaw」土地訴訟案例之分享 / 125
戴明雄
- 會議實錄 / 137

【主題三：原住民族傳統習慣規範在學理及司法實務運作中的地位】

- 規範、良知與文化衝突—從刑法理論反思原住民犯罪的刑責問題 / 145
許恆達
- 原住民族土地權利與國土保安法制競合時之爭議，及解決方案之探尋 / 167
林三加
- 我國法院實務對於原住民族傳統習慣之態度—我國法院判決觀點之分析 / 183
許正次
- 會議實錄 / 195

【專題演講】

- Navajo Traditional Concepts & Methods of Justice / 203
Robert Yazzie

【主題四：本國、外國法院有關原住民族傳統習慣規範判決之深究與評釋】

- 從兩項人權公約論原住民族傳統文化習慣之保障 / 215
徐揮彥
- 原住民媽媽生不出原住民小孩？—「原住民身分法」中「姓氏綁身分」條款的違憲
分析 / 239
鄭川如
- 會議實錄 / 257

【主題五：本國、外國法院有關原住民族傳統習慣規範判決之深究與評釋】

- 原住民族語言保障法制化之借鏡—美國原住民語言保障法 / 265
吳欣陽
- 台灣魯凱族的百合花崇拜與法律多樣性 / 279
蔡虔霖
- 會議實錄 / 295

【主題六：原住民族傳統習慣規範的性別觀點】

- 從生態女性主義觀點談原住民族傳統知識與習慣 / 299
謝若蘭
- 原住民族習慣規範的性別觀點—以南勢阿美為例 / 311
巴奈·母路
- 法學教育、法治教育與原住民 / 323
劉恆奴
- 會議實錄 / 339

【綜合座談】 / 347

- 工作人員名單 / 357
- 研討會照片集錦 / 359

第三屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會

— 議程表 —

【第一天】

時間	10月13日(星期六)	
08:30-08:50	報 到	
08:50-09:00	【主辦單位致詞】 林江義 副主任委員(行政院原住民族委員會)	
	【承辦單位致詞】 吳天泰 院長(國立東華大學原住民族學院)	
09:00-09:20	【貴賓致詞】 鄭天財 立法委員(立法院)	
	施良波 檢察長(臺灣高等法院花蓮分院檢察署)	
09:20-10:00	【專題演講】 在法學與國家法中看見原住民族法律	
	主持人：吳天泰 院長(國立東華大學原住民族學院)	
	演講者：王泰升 特聘教授(國立臺灣大學法律學院·社團法人台灣法學會理事長)	
10:00-10:20	茶 敘(大合照)	
10:20-12:20	【主題一：原住民族傳統司法正義】 主持人：謝世忠 教授(國立臺灣大學人類學系)	
	發 表 人	與 談 人
	原住民族地方性道德世界(Local Moral Worlds) 觀 與司法正義：以賽夏族為例 日宏煜 助理教授 (慈濟大學人類發展學系)	孫正華 審判長 (臺北地院刑事庭)
	「原住民族傳統司法正義」：以排灣族為例 童春發 教授 (國立東華大學民族語言與傳播學系)	陳文德 副研究員 (中央研究院民族學研究所)
	「正義」：來自大洋洲的思辨之旅 郭佩宜 副研究員 (中央研究院民族學研究所)	官大偉 助理教授 (國立政治大學民族學系)
12:20-13:20	午 餐	

時間		10月13日(星期六)	
13:20-15:20	【主題二：原住民族傳統爭端解決機制與國家法制訴訟制度之比較】 主持人：劉令祺 院長(臺灣高等法院花蓮分院)		
	發表人		與談人
	解/重構習慣法與國家法的關係： 蘭嶼雅美族個案探討 高德義 副教授 (國立東華大學民族發展與社會工作學系)		賴以祥 律師 (明泓聯合律師事務所)
	阿美族的年齡組織制度與社會秩序的關係： 都蘭阿美族的例子 蔡政良 助理教授 (國立臺東大學公共與文化事務學系)		林孟皇 法官 (臺灣臺北地方法院)
15:20-15:40	茶敘		
	【主題三：原住民族傳統習慣規範在學理及司法實務運作中的地位】 主持人：張浴美 院長(臺灣花蓮地方法院)		
	發表人		與談人
	規範、良知與文化衝突 一從刑法理論反思原住民犯罪的刑責問題 許恒達 助理教授 (國立政治大學法律學系)		雅柏甦詠·博伊哲努 專門委員 (行政院原住民族委員會)
15:40-17:40	原住民族土地權利與國土保安法制競合時之爭議， 及解決方案之探尋 林三加 主任委員 (中華民國律師公會全國聯合會環境法委員會)		黃國益 法官 (臺灣高等法院)
	我國法院實務對於原住民族傳統習慣之態度 一我國法院判決觀點之分析 許正次 律師 (公義聯合法律事務所)		許華偉 檢察官 (臺灣臺南地方法院檢察署)

第三屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會

— 議程表 —

時間	10月14日(星期日)	
08:30-09:00	報 到	
09:00-10:20	<p style="text-align: center;">【專題演講】</p> <p style="text-align: center;">Navajo Traditional Concepts & Methods of Justice</p> <p>主持人：高德義 主任（國立東華大學原住民族發展中心）</p> <p>演講者：Robert Yazzie, Chief Justice emeritus of The Navajo Nation Supreme Court Executive Director, Diné Policy Institute</p>	
10:20-10:40	茶 敘	
10:40-12:00	<p style="text-align: center;">【主題四：本國、外國法院有關原住民族傳統習慣規範判決之深究與評釋】</p> <p style="text-align: center;">主持人：石世豪 教授（國立東華大學財經法律研究所）</p>	
	發表人	與談人
	<p style="text-align: center;">從兩項人權公約論原住民族傳統文化習慣之保障</p> <p style="text-align: center;">徐揮彥 副教授 (國立東華大學財經法律研究所)</p>	<p style="text-align: center;">黃明展 法官 (司法院司法人員研習所調辦法官)</p>
<p style="text-align: center;">原住民媽媽生不出原住民小孩？</p> <p style="text-align: center;">—「原住民身分法」中「姓氏綁身分」條款的違憲分析</p> <p style="text-align: center;">鄭川如 助理教授 (輔仁大學法律系)</p>	<p style="text-align: center;">蔡穎芳 副教授 (靜宜大學法律學系)</p>	
12:00-13:00	午 餐	
13:00-14:20	<p style="text-align: center;">【主題五：本國、外國法院有關原住民族傳統習慣規範判決之深究與評釋】</p> <p style="text-align: center;">主持人：林江義 副主任委員（行政院原住民族委員會）</p>	
	發表人	與談人
	<p style="text-align: center;">原住民族語言保障法制化之借鏡</p> <p style="text-align: center;">—美國原住民語言保障法</p> <p style="text-align: center;">吳欣陽 律師 (常在國際法律事務所律師)</p>	<p style="text-align: center;">江雅綺 助理教授 (世新大學智慧財產權研究所)</p>
<p style="text-align: center;">台灣魯凱族的百合花崇拜與法律多樣性</p> <p style="text-align: center;">蔡虔霖 法官 (臺灣高等法院)</p>	<p style="text-align: center;">林賢豐 耆老 (阿美族馬太鞍部落)</p>	
14:20-14:30	茶 敘	

時間		10月14日(星期日)		
14:30-16:30	<p style="text-align: center;">【主題六：原住民族傳統習慣規範的性別觀點】</p> <p style="text-align: center;">主持人：葉寧 參事(司法院副院長辦公室主任)</p>			
	發表人	與談人		
	<p style="text-align: center;">從生態女性主義觀點談原住民族傳統知識與習慣</p> <p style="text-align: center;">謝若蘭 副教授、吳慧馨 研究助理 (國立東華大學族群關係與文化學系)</p>		<p style="text-align: center;">蔡雲卿 律師 (法律扶助基金會花蓮分會)</p>	
	<p style="text-align: center;">原住民族習慣規範的性別觀點</p> <p style="text-align: center;">—以南勢阿美為例</p> <p style="text-align: center;">巴奈·母路 助理教授 (國立東華大學族群關係與文化學系)</p>		<p style="text-align: center;">王曉丹 副教授 (國立政治大學法律系)</p>	
	<p style="text-align: center;">法學教育、法治教育與原住民</p> <p style="text-align: center;">劉恆奴 副教授 (國立臺灣師範大學公民教育與活動領導學系)</p>		<p style="text-align: center;">吳宗謀 助研究員 (中央研究院法律學研究所)</p>	
16:30-17:30	<p style="text-align: center;">【綜合座談】</p> <p style="text-align: center;">主持人：林江義 副主任委員(行政院原住民族委員會) 高德義 主任(國立東華大學原住民族發展中心)</p>			
17:30-	賦 歸			

主辦單位致詞

林江義

行政院原住民族委員會副主任委員

承辦單位東華大學原住民族學院的吳院長，還有今天來的貴賓，我們立法院鄭委員，還有今天擔任我們貴賓致詞，我們高等法院花蓮分院的施檢察長，還有各位老師、各位貴賓、各位同學、各位鄉親，大家早安。

首先，代表行政院原住民族委員會，誠摯地歡迎大家來參加第三屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會，過去的兩屆，我們都選擇在台大法學院的國際會議廳來舉辦，更要謝謝台大法學院跟東華大學過去的兩年，幫我們協助承辦跟活動場地，過去的兩年來，我們舉辦的成果非常受到大家的肯定。這一次，我們選擇到花蓮來，一方面是希望我們原鄉的鄉村有機會能夠體會到，當今政府為我們的原住民權利的保障、為人權的維護所做的努力有更深的認識，另一方面，我們也特別要謝謝，我們立法院鄭委員這一年來，可以說是政府在維護原住民法律權益豐碩的一年，我希望在這基礎上面，未來能夠給原住民更多權益和保障。對這兩天的會議，我們會環繞在關於原住民傳統社會，怎樣去解決過去部落爭端的一個機制，和目前國家制度的訴訟方式，去解決這樣的爭端，兩者比較。另外，我們也探討我們本國跟外國爭論原住民族傳統習慣與規範時所做的判決，彼此之間有哪些差異來做一些評論，我們會環繞在這兩個重大的議題跟大家做報告。最後，要祝福所有與會來賓在研討會裡有更豐碩的收穫，最後祝大家身體健康、萬事如意，以上，謝謝。

承辦單位致詞

吳天泰

國立東華大學原住民族學院院長

各位來自學界、法界的學者專家，我們花蓮的原住民耆老，還有多位關心原住民法律相關議題的地方人士，和我們的同學們，大家好。首先，我代表國立東華大學來歡迎大家能夠參與我們這次的研討會，正如剛才副座所說，我們這是第三屆，也是第一次在我們花蓮舉辦，我覺得它對於落實我們花蓮相關原住民的法律推動上面，更能夠讓我們地方人士獲得瞭解，所以我個人非常榮幸跟我們的原住民族發展中心，能夠有機會承辦這次的研討會。這次研討會一共準備了兩個專題演講，我們請到了台大法律系的王泰升教授做精闢的演講。明天，我們是從美國 Navajo，請來了一位法官—Robert Yazzie，他也將為我們做專題演講。除此之外，我們主要的議題，分別是：原住民族傳統司法正義、原住民族傳統爭紛解決機制、與原住民國家法治、訴訟制度之比較、原住民族傳統習慣規範與司法實務上應用、本國外國法律關於原住民族傳統習慣與規範探討、深究與詮釋，最後一個議題是原住民族傳統習慣與規範的性別觀念，所以這個研討會很特別，除了關心原住民議題之外，可以把性別這樣的議題放進來。希望在這 16 篇文章，分別來自知名的學者專家和實務界的人士，在知識上的提供，讓大家能夠在這邊享受這場豐盛知識的建議，也祝福原住民族傳統習慣規範存在國家組織中有一定的地位，原住民法學支持體系能夠不斷的頌讚與發揚，大家一起來邁向多元跟正義的世界，謝謝。

貴賓致詞

鄭天財

立法院立法委員

林副主委、施檢察長、吳院長，我們謝教授、蔡法官、黃教授，還有我們歷任的院長，我們族群委員，各位好朋友，大家平安、大家好。今天很高興來參加第三屆的研討會，前面兩屆，我雖然沒有參加，但是因為今年二月一號，到立法院之後，因為我是在法治委員會，因此很認真地去看大家過去的相關資料，對我在立法院這樣一個司法機關，無論是司法院或者是法務部，來訴求怎樣維護、保障原住民族的司法權益，非常有幫助，所以由幾位原住民的立委共同來推動。司法院在今年的五月三十一號，也特別修正了司法院的這些分類辦法，宣布也正式行文給台灣高等法院及各地方法院，就是要求地方法院必須在十一月中旬左右，必須建置原住民族法庭，或者是專務，這樣的規劃報告，司法院也特別宣布在明年的一月一號，就要正式成立原住民族的專業法庭，案件少的就成立專務。在法務部的部分，今年的六月一號，也行文給台灣高等檢察署，來轉知給各地檢署，就原住民族案件的部分成立專門專辦原住民案件的檢察官。至於在律師的部分，我們也協調法律扶助基金會，還有原民會來推動、加強原住民族的 legal aid 部分。很重要的，就是有了專辦原住民案件的法官，有了專辦原住民案件的檢察官，如果也有專辦原住民案件的律師，相關的這些教育訓練、在職訓練，都非常重要，所以也特別拜託我們原民會趕快把這個相關的課程、講座，召集類似這樣的研討會，關於請誰當講座，這是非常重要的，期望我們這一屆的研討會，能有非常豐碩的成果，我們歷屆這些研討會的資料，都可以成為未來專辦原住民案件的法官或是律師，作為非常好的一個參考資料，也特別的祝福大會一定成功，祝福大家平安健康喜樂，謝謝。

貴賓致詞

施良波

臺灣高等法院花蓮分院檢察署檢察長

今天的主辦單位原住民族委員會一級主委、東華大學吳院長、台大謝教授、吳教授，還有鄭天財委員，各位貴賓，還有各位女士先生，各位原住民大家長，很高興有機會可以參與今天原民會跟東華大學所合辦的「原住民族傳統習慣規範跟國家法制研討會」。由於不同的時空環境背景，而產生不同的情形、不同的文化、不同的核心價值，以及他們的習俗慣例大概都不太一樣，當然古今中外所有的不同的族群，只要一交會，就會爆發出、產生衝突，大家爲了捍衛部落的權益、部落的核心價值，他們本來的習俗傳統，價值之間一定會有鬥爭。在美國開國兩百多年的歷史，跟印地安族群的鬥爭，澳洲的開發對毛利族群長久以來的鬥爭，到現在世界各國類似這樣的族群比比皆是。我們台灣的原住民族群算是相當的和平，想當然爾，跟執政當權中間互相的激盪、互相的衝突、矛盾，怎麼解決，是一步一步的。在這邊真的很高興，看到原住民族委員會跟東華大學可以這麼用心，而且跟台灣大學幾位教授這麼用心，大家來共同來處理這個衝突、處理紛爭、維護正義，讓所有的人民，大家可以很理性，等衝突過後的相互理解、互相了解差異，更關懷、更包容、更可能解決問題，創造雙贏的局面，這是屬於人民的福氣，也是我們國家未來光明前途很好的基礎。在這邊誠摯也很誠懇地祝福我們這兩天的研討會能夠圓滿成功，各位與會的女士先生，能夠有很豐盛的收穫，也祝各位心想事成、事事如意，謝謝各位。

【專題演講】

在法學與國家法中 看見原住民族法律

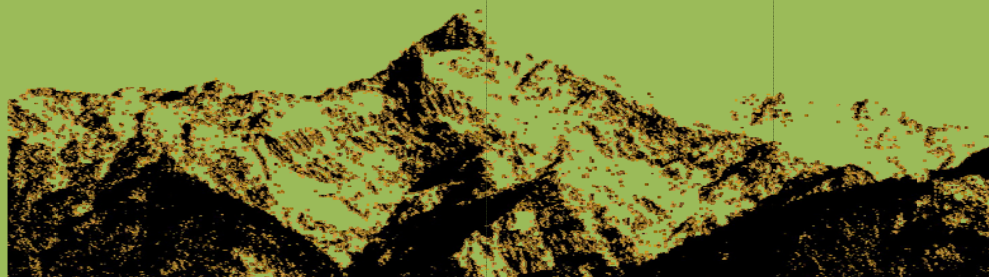
主持人：吳天泰 院長

(國立東華大學原住民族學院)

演講人：王泰升 特聘教授

(國立臺灣大學法律學院)

(社團法人台灣法學會 理事長)



在法學與國家法中看見原住民族法律*

王泰升

國立臺灣大學法律學院特聘教授
社團法人台灣法學會理事長

摘要

若將「法律」定義為社會規範中，某些可透過該社會所共同承認的權威機關的強制力，加以貫徹執行的規範，則如同漢族之有傳統中國法，台灣原住民族亦有其自己的法律，亦即「原住民法」。原住民族中的平埔族的固有法律觀念，因其受清朝統治 212 年遭漢化之故，終告流失。另一群尚未受外族統治的高山族原住民族，則固有法律觀念一直維持到日治時期才開始面對改變的壓力。按日本殖民地統治當局對於高山族原住民族的民事、刑事、程序法等事項，均不遵行「法治」，而是由所謂的蕃務警察就個案而為裁決，以致住在普通行政區內的高山族原住民當中的少數人，有機會接觸現代意義法制。在這樣的國家法底下，原住民法被視為是「習慣」（或稱「舊慣」），而成為警察為個案裁斷時的選項之一。相對的，國民黨政權將中華民國法全面地施行於原住民族，但高山族原住民族對此一迥異其固有法的現代意義法制頗為陌生，而中華民國法院也從未援引民法第 1 條來建構屬於原住民族的習慣法。1990 年代起，國家法才開始尊重原住民族的文化，但縱令 2000 年代有不少顧及原住民族特有法律觀的立法，但在法律執行上仍有大落差。對此，本文提出「法學化習慣、習慣法到習慣立法」的路徑，期能本於原住民族法律傳統，形塑出對原住民族友善的民刑事法律，唯有如此「法治」才對其有實質意義。

關鍵詞：原住民族、平埔族、舊慣、習慣法、法學、立法

* 本文的參考資料承蒙臺大法律學院林傳勝碩士生協助蒐集，特此誌謝。

To Take Note of Indigenous Peoples' Laws in Jurisprudence and the State Law

Abstract

Like ethnic Chinese who have traditional Chinese law, indigenous peoples have their own laws, if the law has been defined as a social norm that should be enforced by the authority recognized by this society. Plains indigenous peoples lost their own legal traditions due to their being ruled by the Ch'ing Dynasty for 212 years and assimilated by ethnic Chinese in Taiwan. In contrast, mountain indigenous peoples, who were not governed by foreign rulers until Japan acquired the sovereignty of Taiwan in the late nineteenth century, kept their own legal concepts for a long time. The Japanese authorities in colonial Taiwan, however, did not follow the principle of "rule by law" when they dealt with the legal affairs of mountain indigenous peoples. Thus, only few of them had opportunity to contact modern-style Japanese laws. The laws of indigenous peoples, called "customs" in Japan's modernized legal system, had been sometimes applied by colonial policemen to deal with legal affairs of mountain indigenous peoples. On the contrary, the KMT regime immediately applied all of the modern-style laws of Republican China to indigenous peoples in 1945, when it took over Taiwan, although mountain indigenous peoples were quite unfamiliar with the modern law at that time. Meanwhile, Taiwan's courts have never recognized the customary law based on indigenous legal traditions in accordance with Article 1 of the ROC Civil Code. Since the 1990s, the positive law of Taiwan has begun to respect the special culture of indigenous peoples. However, many statutes enacted for the benefit of indigenous peoples in the 2000s have poor enforcement. In order to improve this situation, the author argue that it is necessary to interpret the customs of indigenous peoples by legal terminology and jurisprudence, to establish the customary law by courts, and to enact the statutes based on the indigenous customary law. The rule of law will not be significant for indigenous peoples unless their own legal traditions have been taken into considerations in shaping what is the law.

Keywords: indigenous peoples, Plains indigenous peoples, old customs, customary law, jurisprudence, legislation

壹、確認原住民族法律之存在：與漢族法律並存

討論原住民族相關的法律議題時，常見的提問方式是，從外來的政權或現代型國家的法律，包括國際法和國內法，作為基準，探究其對原住民個人或原住民族整體，採取了哪些管理措施或對待方式，及其對原住民社會的影響。不過，若將前述問法中作為權力行使對象的原住民族，轉換成為發問的主體，則首先應追問的是原住民族自身，有哪一些自古流傳、於今仍被族內一般人普遍遵行的法律規範？然後，方探詢其與現代意義的法律體系應如何相容或融合。這才是晚近國際人權公約與思潮所主張之「透過法制化」，亦即經由國家法化（權利化）來保障原住民族生存與發展的真正意涵，也是建構「原住民族法學」所應同時著力的兩個側面：從國家法出發，以及從原住民法出發。¹

這樣的主張很可能遭人反問：「原住民族有法律嗎？」，而我的回答則是另一個反問：「您認為什麼是『法律』呢？」有鑑於台灣的原住民族所欲對話的對象是當今在台灣的国家法，所以就法律的定義亦求諸台灣的法學界，蓋定義本無絕對的對錯，而應視討論之需要而採取合適者，故如美國等國外學者的定義方式姑且略掉不談。在台灣向來有一種定義方式是，限於現代型國家以強制力加以執行的規範方為法律。² 倘若採此定義，則在 1895 年日本國將現代意義法律體系帶入台灣之前，包括清朝統治時期（1683-1895），台灣都不存在著法律規範，這將使得對台灣人民法律生活經驗的探究，僅限於 19 世紀末迄今，不符合認識及研究之目的。況且本文所關注的議題之一是國家與非屬國家的群體之間的互動關係，為了平等地看待兩者，在下定義時，宜承認兩者都可能擁有法律規範，而非獨厚一方。是以，在此擬採取觀察範圍較廣的定義方式，亦即：法律（亦可稱為「法」）是人類共同生活（族群、部落、國家等）中，為形成秩序、維繫和平（解決紛爭）、實現自由，可透過權威機關之強制力所實施的規範。³ 簡言之，法律規範係指，於社會規範中，某些可透過該社會所共同承認的權威機關的強制力，加以貫徹執行的規範。按作為社會規範的一種，法律規範與其他社會規範之差別即在於：社會公認權威將以強制力確保該規範之被遵守。

以上揭定義為準，台灣這塊土地上於今所知最早的主人，也就是屬於南島民族之一的台灣原住民族，擁有其自己的法律，可簡稱為「原住民法」。台灣原住民族是以口傳，而非文字記載的方式，表徵及傳遞前述定義下的法律規範，故其過去存在著什麼樣的法律內容，於今反而需靠他族，例如荷蘭人等西方人或來台的漢人，因接觸原住民族而以文字史料所做的報導。⁴ 尤其是 20 世紀前期日本統治者，曾觀察那些在此之前不曾遭外族統治，故尚維持其固有社會規範的原住民族部落，並以文字記載這些口傳式法律規範的內容。⁵ 不過，這些來自外族的記載，不論從

¹ 關於國際上「透過法制化」的主張，以及應作為一個研究領域的「原住民族法學」，參見蔡志偉（Awi Mona），〈從客體到主體：臺灣原住民族法制與權利的發展〉，《臺大法學論叢》，40 卷特刊（2011 年 10 月），頁 1509、1516。

² 台灣的法學界所出版的法學概論書籍，為了能介紹現代意義法制，就法律之定義，經常以國家的強制力為必要。例如參見鄭玉波著、黃宗樂修訂，《法學緒論》（台北：三民，修訂新版，1999），頁 5；陳麗娟，《法學緒論》（台北：五南，2000），頁 5。

³ 參見李太正等，《法學入門》（台北：元照，五版，2003），頁 5-16，此部份由顏厥安撰寫；莊柏毅、黃英哲，《法學入門》（台北：世新大學出版中心，2006），頁 3-5。

⁴ 這些報導仍屬「他族的觀察」，是否存在著偏見或誤解，仍可再探究。在此所稱原住民族法律是指各族共通的 legal 概念，其具體內容可能並不全然一致，就像中國歷朝法律也不全然一致但總稱為「傳統中國法」、歐陸法系國家的法律亦有其個別差異性。參見王泰升，《台灣法律史概論》（台北：元照，三版，2009），頁 19-20、35、105。

⁵ 日本在台殖民統治當局於 1909 年完成對台灣漢人所為的固有（舊有）習慣的調查之後，即開始對時稱「蕃人」的高山族原住民族進行固有（舊有）習慣的調查。故同年於「臨時臺灣舊慣調查會」第一部下增設「蕃族科」。蕃族科其後分

觀察所及的範圍或觀察者所持的角度，都可能有再質疑的空間，合先說明。

根據這些他族的報導，原住民族法律的思想淵源是「崇祖」觀念，認為祖先流傳下來者，即具有存在的合理性與正當性，且相信祖靈或神靈依然與族人共同生活在一起。若違反固有習俗、禁忌等，則祖靈必降災禍，故須探求祖靈的意志，祈求祖靈的冥護。⁶ 從今天的觀點，各個民族的文化經常是源自特定土地的自然條件，以維繫共同生活之秩序為任務的法律規範亦然。世代居住於台灣山林原野的原住民族，在生活條件缺乏變化的情況下，遵循著由經驗累積而來的慣例行事，乃穩當的生存之道，故在文化論述上出現祖靈或神靈，以訓誡族人遵守既存規範；這些規範若由社會所公認的權威以強制力貫徹之，即相當於今天所稱/所定義的法律規範。

某些原住民族之社會規範實際上相當於今之法律規範，可以下舉諸多事例加以說明。就存在著社會公認的政治權威而言，多數部落設有頭目，其權力因族而異，大多只是較受尊敬而為協調工作，少數如排灣、魯凱族則擁有徵稅的權力，而其產生有由族人推選，有依世襲者，縱令屬母系氏族社會，亦大多由男子出任。不過，年長者累積了最多生存所需的傳統知識，故「長老會議」擁有極大的權力，未設頭目者即由其對外代表，就算採專制世襲的頭目制，長老仍具影響力。然關係最重大的事項，應由「族人會議」決定，即使是排灣族的頭目，也不能違反族人會議的決議。依據既存的規範，產生了如上所述的政治權威，並使社會一般人因而服從該權威所做的裁斷，則這些規範實際上相當於今所稱有關「憲政體制」的法律規範。⁷

被報導人稱為「固有習俗、禁忌」之原住民族文化中的規範，是否存有「制裁」以發揮其強制性的力量呢？據報導，違反者可能遭到如下的處置：死刑、逐出族外、絕交除名、林野間獨居數年或數月再返家、毀肢或鞭打、斥責、交付贖金等等。這些處置乃是給予違反規範者一定的懲罰，例如逐出族外，在一個生活各方面都需靠集體力量支援的社會裡，被迫到不熟悉之處憑一己之力生存，當然非常痛苦，就好比漢族法律傳統中的「流刑」一樣，絕不像現代人移居外地那樣稀鬆平常。不過，原住民族對於族內或部落內的殺人行為，主要以財物賠償為主，極少處以死刑。處於這個文化體的人又相信，違反禁忌者將受「冥罰」，如早死或生病、所生小孩四肢不全或夭折、全家死光、甚或整個氏族衰敗。因此須於災禍降臨前，依特定儀式來排除，例如殺豬後以豬血為違反者淨身，或由女巫向神靈祈禱。另有所謂「共食」的作法，由加害人提供酒或肉，由被害人及其親屬或族內一般人共同飲用，以為整個群體消災。⁸ 這些心理層面的壓力，無疑將強化這些堪稱法律規範者之強制性。

如果說上述規範相當於今所稱「刑法」，那麼也有相當於今所稱「民法」者。原住民族社會中，對於誰擁有或者說可使用哪一些自然資源，自有一套社會成員應共同遵守的規範。例如，依某些族的認知，當發現樹上有蜜蜂巢而欲待其成熟後始採收時，可結一個茅草，將其尖端對準蜂巢，以表示已是有主物了。各氏族的領域界線，可能是以小溪等為界，若無自然狀態的界線，則

別出版了《臨時臺灣舊慣調查會第一部蕃族調查報告書》(1913年至1921年，共8冊)、《臨時臺灣舊慣調查會第一部蕃族慣習調查報告書》(1921年至1922年，共8冊)，以及《臺灣蕃族慣習研究》(1921年，共8冊)。前二者調查原住民族的語言、風俗習慣、祭典儀式等，偏向人類學的研究方法；後者《臺灣蕃族慣習研究》則是根據前二者的調查結果，以法學的方法所編纂完成。參見王泰升，〈殖民現代性法學：日本殖民統治下台灣現代法學知識的發展(1895-1945)〉，《政大法學評論》，已審查通過，即將刊登。至日治晚期，另有一份由受過法律學訓練的日本人學者所做的調查，其屬於法學性質的論述相當多，參見增田福太郎，〈未開社會における法の成立〉(京都：三和書房，1964)。

⁶ 參見張勝彥等，《台灣開發史》(台北：空中大學，1996)，頁24-26；王泰升主持，〈台灣原住民族的法律地位〉，(國科會專題研究報告，未出版，1997)，頁149-150。

⁷ 參見王泰升，《台灣法律史概論》，頁21；張勝彥等，《台灣開發史》，頁19、21-22；王泰升，〈台灣原住民族的法律地位〉，頁158-162。

⁸ 參見增田福太郎，〈未開社會における法の成立〉，頁216-228、255-261。

經彼此協議訂出人爲界線。在某些族的社會裡，關於耕地的界線，是以矗立樹幹，並在石頭上披上草來做記號，且認爲凡侵越此界線者將會「病死」。⁹ 今之台灣國家法就所有權之表徵，不動產以登記、動產以占有爲之，但這只不過是來自近代西方的一種制度性安排或設計。至少在漢族法律傳統上，就今所稱「不動產」，即不是以今之「登記」作爲表徵其擁有的方式。¹⁰ 爲什麼原住民族不能善用其生存環境，而發展出以例如「結一個茅草，將其尖端對準標的物」的方式，表徵特定人已擁有該物呢？若在特定社會中的人們都接受此一規範之拘束，則其當然可稱爲是法律規範。同樣的，平埔族常被指爲係「母系社會」，因其男女結婚後，女子仍住娘

家，男子則「夜來晨出」或者移歸女家。高山族中阿美、卑南族，亦屬母系社會，財產及家系由母女相承，惟公共事務仍由男子負責；其他如賽夏、布農、鄒族，則屬父系氏族社會。¹¹ 凡此，皆是與今之國家法所稱「親屬繼承」事項相關的法律規範。

就某人應否受處罰、某種財產或身分應歸於何人有爭議時，原住民族亦有其解決的方式，若該方式被眾人認爲是正當的、應受其拘束，那就是相當於今所稱「程序法」的法律規範了。有紛爭解決時，通常會由頭目居中促請雙方讓步以彌平爭執，然對事實之發生各執一詞、利益衝突而無法獲得一致共識的情形不免存在，此時即須由政治權威介入，做成裁斷。關於事實之證明何者爲真，可能要求當事者宣誓，即表示「若吾錯，願受某種不幸」，或進行報導人所稱之「神判」，亦即首（級）狩審、狩獵審、角力審，按祖靈或神靈對是非曲直作出判斷後，將透過這些方法顯現給族人知悉，例如幫助說實話的人狩獵成功或角力得勝。¹² 或許從知識已更豐富的今天來看這些傳統的作法，會覺得不合「理性」，但是今之所謂「理性」其實需要一整套成本甚高的現代法院的支撐，沒有或不願使用這套機制的社會，爲了維繫秩序，不能不以一種社會成員都認可的方式來終結爭端，此所以上述這些解決紛爭的規則必須存在。總之，以怎樣的程序性規範來解決紛爭較爲妥當，永遠是可以爭辯的，但原住民族就此確實是有其自己的法律規範。

依據一份由任職檢察官者在非正式的情形下所爲的報導，¹³ 這套原住民族法律迄今仍然運作中。依居住於今屏東縣瑪家鄉魯凱族老部落的長者表示，他們部落沒有形成文字的法律，只有大家口耳相傳、形成共識的一些規範，違反了這些規範會受到族人共同的排斥，也會有長輩出來處理糾紛，如果是更大的罪，例如通姦、竊盜、過失致死等，就會遭到隔離，讓犯錯者去反省。所謂隔離是指，犯錯者會自己或由家屬將其送到叫「巴茨格魯」的場所，意思是庇護所，由一個世襲的家族所掌管，以防止被害人方爲報復行爲。然後族裡的長老會到這裡開會，決定此人是否有錯、該如何處置。若決定隔離，就會將犯錯者送到一處隔離的地點，這裡有屋有良田以及作物收成前的糧食，但必須一個人在那獨自生活，不能和族人往來。等過了一段時日，犯錯者覺得受不了，且有收成及狩獵所得，可以提出來作爲賠償請求原諒，就會回到「巴茨格魯」透過他們表達懺悔之意，然後還須有一個長老會議，決定部落要重新接受，此人才可備好賠償之物回來族裡。但回來之後社會地位便下降，其家屬也因此受貶抑，若沒有將功贖罪來提升地位，甚至會影響其子女的擇偶。據此，我們可以看到，作爲社會公認權威的長老會議在運作一套法律體系，當中甚至有一個專門的執法機構：「巴茨格魯」。

⁹ 參見增田福太郎，《未開社會における法の成立》，頁 187-189。

¹⁰ 例如台灣在清治時期有所謂的「一田二主」，縱令作爲業戶的大租戶在官方爲徵稅而設的清冊中有登載，被一般人認爲是業主的小租戶也未登載於官方清冊上。嚴格來講，以證明私權爲目的的登記制度是不存在於帝制中國的。

¹¹ 參見張勝彥等，《台灣開發史》，頁 18-22。

¹² 參見王泰升，《台灣原住民的法律地位》，頁 164。

¹³ 陳銓銘檢察官於 2003 年 7 月 9 日，將其拜訪魯凱族舊好茶部落的見聞記錄下來，做成一份報導後與朋友分享，筆者因而擁有此文。

其實，漢族的固有傳統中，跟原住民族一樣欠缺現代意義的國家，如果必須有現代國家這樣的執法機構才能謂有法律存在，那麼漢族原本亦無法律，惟向來皆稱漢族固有法律為「傳統中國法」，則原住民族亦應有其「原住民法」。固然漢族不同於原住民族之原僅係口傳法，而擁有為帝制統治而被書寫下來（成文的）、從秦律到清律的這些官府規定，但許多未被書寫下來（不成文）的民間習慣，還是在其法律生活中扮演重要角色。同樣的，漢族就某人應否受處罰、某種財產或身分應歸於何人有爭議時，也有一套不同於來自近代西方之現代意義司法體系的處理流程。¹⁴ 總之，猶如以農耕定居為主的漢族形塑出自身的法律，在台灣利用各種原野資源、從事農漁獵的原住民族亦發展出適合其生存的法律。

貳、原住民族法律之逐漸為外來政權所排斥：以平埔族為例

台灣原住民族當中，屬於平埔族者的固有法律體系首先遭到外族破壞。1624 年來自前近代西方世界的荷蘭東印度公司，在台灣西部的平原地帶建立其殖民地政權，並統治一部份原住民族，亦即今天基於特定歷史經驗而非地域或種族屬性而稱的「平埔族」。¹⁵ 平埔族因此開始接觸以西方的國家主權觀念為基礎的荷蘭法律及司法權威，亦即由西方法律文明所發展出、職司根據具普遍適用性的規則而為裁判的「法院」（不屬原住民族或漢族的法律傳統，但當時尚無後來獨立於行政之外為司法審判的制度）。當時的荷蘭統治當局已曾審理涉及原住民的重大案件，或者以其他方式宣示司法主權，例如荷蘭統治當局曾派遣軍隊至發生長老遭族人殺害的原住民族村社，找出兇手後交由諸村長老聯合會審後定罪執行。然而，在原住民族村社內的一般紛爭或犯罪，則由村社長老與公司所指派的政務員（曾由牧師兼任）處理。是以紛爭解決或犯罪與否的判斷基準，固然可適用荷蘭法律，但原住民族固有法律觀及其法律規範可能仍相當程度被尊重。¹⁶ 且當時台灣多數的原住民族，未遭荷蘭統治，故當然維持其固有的法律生活方式。

受荷蘭統治的平埔族繼續為屬於漢族政權的鄭氏家族所統治。鄭氏政權要求原受荷蘭統治的原住民族村社歸順之，且沿用荷蘭舊制，設立土官使自治之，但基於漢族中心的所謂「華夷之辨」，將已受漢化者稱為「民」，未受漢化者為「土番」，首度出現意味著漢族優越於原住民族的「民」與「番」之別。且所謂的「屯田制」，經常就以軍隊的優勢侵奪原住民族土地，並將原住民族的反抗稱為「番害」，為此而於漢人與原住民居住地交界處，設立土牛，派兵防守；換言之，原住民族被在台漢人政權區分為：（1）受其統治但允許自治和（2）不受其統治等兩類。又，鄭氏政權志在逐鹿中原，對於拓展對原住民族的統治沒什麼興趣，故整體上與荷治時期相似，原住民族

¹⁴ 漢族法律文明中的官府規定（「國法」），雖為帝國中央集權統治之需而成文，但仍是以「非規則型」來運作，亦即沒有必然的普遍適用性。從而，此案如此處理，不保證相似的下一案亦如此處理，而是可權變、衡情酌理地決定是否依從先前之例。官府規定只是官員為個案審斷時的重要參考準則之一，也有可能同時參酌民間習慣或情理而為決定。作為一般人公認的執法權威，除了皇帝和朝廷官員之外，還可能是社群或宗族領袖，由其依民間習慣或情理做成裁斷。參見王泰升，《台灣法律史概論》，頁 44-51。

¹⁵ 「平埔族」是相對於「高山族」的稱呼。前者指稱原住民族當中，居住在平原地帶且遭到荷蘭、鄭家、清朝統治的族群；後者則指稱沒有前述歷史經驗，居住於高山或平原且較晚近才遭日本、國民黨政權相繼統治的族群。兩者雖同屬原住民族，但因歷史遭遇有別而有區分意義。此一區分就類同屬移居台灣的漢族，曾受荷蘭、鄭家、清朝、日本統治者稱為「本省」族群（其可再依語言而分福佬、客家兩族群），沒有前述歷史經驗、但於二次大戰後之初因國民黨政權治台而移入者稱為「外省」族群（其實內含極少數之非漢族之人）。這些區分對於解釋台灣歷史發展經過，是有意義的，但是未來是否維持這些分類，則視有無必要而定。在討論戰後台灣的法律規定時，如果沒有區分平埔族和高山族的必要時，直接使用「原住民族」即可。

¹⁶ 參見江樹生譯註，《熱蘭遮城日誌》（台南：台南市政府，2002），第二冊，頁 424；鄭維中，《荷蘭時代的台灣社會：自然法的難題與文明化的歷程》（台北：前衛，2004），頁 78-83；王泰升、薛化元、黃世杰編，《追尋台灣法律的足跡：事件百選與法律史研究》（台北：五南，2006），頁 14-15。

固有法律體系僅受到相當有限的干擾。¹⁷

平埔族人法律觀念整個被轉化成漢族法律觀，乃受清朝統治 212 年之故。從漢族眼光原屬「化外」夷人的滿族，進入漢族居住地（「入關」）而建立了清朝，為建立其統治漢族的正當性，乃基於漢族文化觀而自命為中原天朝。當清朝於 1683 年以武力降服在台的鄭氏政權後，即承襲鄭氏基於漢族觀點所採取的原住民族統治措施。亦即，其繼續統治原有或清治後始移入的在台漢人，這些人才是「民人」，而未接受漢文化的原住民族則因「化外」而被稱為「番」。清朝對於在荷鄭兩時代已與漢族移民接觸而部分漢化的平埔族，一方面繼續統治之，另一方面稱之為「熟番」（意指較成熟的蕃人），採取不同於民人（漢人）的統治方式；而一直未遭外族統治的原住民族，則同樣不予統治，且視之為毫無文化可言的「生番」。

清朝相關的官府規定，清楚地表現此項態度。清朝戶律婚姻門「嫁娶為律主婚人罪」條所附之「例」，曾載明：「福建臺灣地方民人，不得與番人結親，違者離異，民人照違（筆者註：比照違反該條而予以處罰）。...其從前已娶生有子嗣者，即安置本地為民，不准往來番社，...」此處的「番」即指清朝統治下的熟番，不准民人與之通婚，之前已因通婚所生之子亦不得受熟番風俗影響，其禁止通婚的態度有甚於對待湖南省民人與苗人的通婚。¹⁸ 再者，清朝兵律關津門「私出外境及違禁下海」條曾有「例」表示：「凡民人偷越定界，私入臺灣番境者，杖一百...」，同條另一「例」又曰：「...有散髮改裝，擅娶生番婦女情事...其僅擅娶生番婦女，並無散髮改裝情事者...」。於「兵部處分則例」亦謂：「臺灣...，生番熟番分界，勒石界以外，聽生番採捕。如姦民越界...擅出界外者...」。¹⁹ 據此可知，生番居住地已屬清朝不予統治的疆界外，民人若越界就要受罰，與生番通婚亦罰，若改從原住民族習俗則罰更重，一貫地表露歧視原住民族文化的態度。至於區分民人與熟番的界內與生番的界外者，乃 1722 年的土牛線，惟 1790 年將界線往接近山地之處移動，擴張了清朝統治範圍，亦即民人與熟番生活空間；不過漢民以熟番為前鋒繼續向山地越界侵墾，1886 年劉銘傳設隘之一線，可說是清治時期最後生番與熟番（及漢民）之分界。²⁰ 從結果論，因清朝「不屑」統治之故，非平埔族的原住民族反而得以維持其固有的法律生活方式。

受清朝統治的平埔族，則一步一步失去其自治的地位，漸次失去其固有的法律生活方式。清朝政府如同在中國內地般以縣或廳作為最底層行政單位，治理在台漢人（民人），但對於平埔族（熟番），則將其劃分為各「社」，不但沿襲荷鄭時期之設置土官（長老），使其自治，尚設有辦納番餉及科差役的通事，其實際權力凌駕於土官之上。復於 1765 年，設置南北兩路理番同知，專管轄下縣及廳境內的番社，且理番同知屬「直隸廳」不受府之管轄，亦即漢番分治（因府僅能管轄治理漢人的縣或廳）。惟 1812 年新設噶瑪蘭廳之通判，兼理漢民及廳下熟番，打破了徹底分治態勢。迨 1875 年，北路理番同知改為中路理番同知，移到新設的埔里社廳，南路理番同知改為南路撫民理番同知，移置於新設的卑南廳，更重要的是管轄熟番的這兩個廳已分別隸屬於府了。至 1888 年再改制，將番社事務歸一般的縣或廳辦理，裁撤理番同知，廢熟番社之通事，此意味著將平埔族人與漢人同等視之。又，清朝官府歸類為熟番的實際上基準是：編入版籍、納糧（即繳稅）、應差（即服勞役）；但清治末期劉銘傳整理屯務時，曾將熟番「編籍為民」，使同

¹⁷詳見王泰升，《台灣法律史概論》，頁 29-31。

¹⁸就此一定例，光緒元年（1875）大臣沈葆楨奏准刪除參見薛允升著，黃靜嘉編校，《讀例存疑重刊本》（台北：美國亞洲學會中文研究資料中心，1970），第二冊，頁 314。

¹⁹「凡民人偷越定界，私入臺灣番境者，杖一百.....」之例，光緒元年（1875）大臣沈葆楨奏准刪除。參見薛允升著，黃靜嘉編校，《讀例存疑重刊本》（台北：美國亞洲學會中文研究資料中心，1970），第三冊，頁 505、520。

²⁰參見王泰升，《台灣法律史概論》，頁 57。

於民人。這樣的制度上改變，意味著經逾兩百年的統治後，清朝政府認為平埔族人與漢人的差異性逐漸泯沒，包括其法律生活方式已再不具有特殊性。宜注意的是，不在版圖內的生番當中，也有向清朝政府納糧者被稱為「歸化生番」，且生番可能嗣後成為熟番，熟番亦可能復歸生番，故兩者之區分有其模糊空間存在。²¹ 雖於今仍無法從平埔族人留下的史料證明其固有法律生活已改變，但從清朝相對所採的統治方式，可推定平埔族原有的原住民族法律傳統已因漢化而消逝，不過從清朝認為熟番有復歸生番者，似乎某些平埔族仍欲維持其固有的生活方式。

直到清治晚期，清朝政府才嘗試將統治權擴及生番。1874 年日本以生番地為清朝政令所不及，依國際法主張該地不在清帝國主權範圍內，而出兵攻打台灣南部牡丹社等番社，清朝則從原本表示生番乃「化外之民」不對其行為負責，改變為自稱「生番地方本係中國轄境」，並欲「開山撫番」，亦即積極統治生番居住地，²² 但似乎並沒有什麼具體的成效。在此情形下，非平埔族的原住民族仍得維持其固有生活方式，直到日本政權的到來。

參、日本國家法貶抑但仍部分採用原住民族法律

日本在明治維新後不久採取了來自近代西方的現代意義法制，其於 1895 年領有台灣之時，即準據這套有別於傳統中國法或原住民法的法律規範體系，展開對台灣人民的殖民地統治。²³ 現代法制的特色之一就是主權國家壟斷了法律規範的制定權力，存在於社會（民族或社群）中的規範，若未被國家實證法（positive law，簡稱「國家法」）所接納，則不能得到國家機關以強制力來確保其之被遵守，只能靠社會成員自發地或在社會壓力底下的遵行。且作為日本繼受來源的歐陸國家法係以立法機關所制定的法律，亦即「制定法」（statute）作為國家法形式意義上的法源，有別於英美法系國家承認由法院在裁判中所形成的「普通法」（common law）亦為國家法的法源。因此，日本統治下台灣的原住民族或漢族的規範能否成為現代型國家法律的一部份，就必須看國家立法機關是否願意接納之；若不被接納，則將成為以社會共識、而非以立法程序為其規範效力基礎的習慣規範。

為了對照出日本國家法律對待原住民族法律的方式，必須先交代其係如何對待當時被稱為「台灣人」（國家法稱「本島人」）之在台漢人及已被漢化的平埔族人的既有的法律規範。依日本在台憲政體制之規定（即所謂的「六三法」等），台灣總督所發布之律令的效力相當於經帝國議會協贊的制定法，²⁴ 而至 1922 年年底為止的日治前期，律令（例如「台灣民事令」等）規定：僅涉及台灣人的民事事項「依舊慣」。按此時國家法中的制定法已明文規定，台灣人在舊時代即有之法律規範就是於今國家法上的「舊慣」，並以之作為處理台灣人民民事事項的法律規範。²⁵ 基於這項「依舊慣」的規定而欲決定個案的法律關係時，司法或行政機關須「發現」台灣人社會中，普遍被認為應被遵守方足以維繫既有秩序的「法規」，以之作為法律適用之邏輯三段論法上的「大前提」；再認定個案中的事實確已該當此一法規的構成要件，以作為「小前提」；進而以此一法規

²¹參見王泰升，《台灣法律史概論》，頁 57-58。

²²其詳，參見王泰升，〈日治時期高山族原住民族的現代法治初體驗：以關於惡行的制裁為中心〉，《臺大法學論叢》，第 40 卷第 1 期（2011 年 3 月），頁 12-14。

²³參見王泰升，《台灣法律史概論》，頁 109-112。

²⁴參見王泰升，《台灣法律史概論》，頁 130。

²⁵1898 年律令第 8 號「有關民事商事及刑事律令」、同年律令第 9 號「有關民事商事及刑事律令施行規則」，以及 1908 年「台灣民事令」（律令）的條文規定及其意涵，參見王泰升，《台灣法律史概論》，頁 278。

的法律效果作為「結論」，亦即法律判斷的結果。²⁶ 這些「法規」即是現代意義法學所稱的「習慣法」。²⁷ 換言之，之前不以現代型國家強制力為要素而定義的「漢族法律規範」，在現代型國家法律體系中僅僅被視為習慣規範（日文漢字通常用「慣習」兩字），但日治前期國家法卻以具有與制定法同一之效力的法條，賦予這些習慣規範具有國家法上的法律效力（以規範人民的權利義務，亦即時稱的「立法事項」），故其已提升至「習慣法」的地位。不過，也僅僅限於民事事項是如此，就刑事事項、程序法事項、行政法事項等，漢族固有法律仍只是習慣規範爾。到了日治後期（1923年至日治結束），制定法再限縮到只剩僅涉及台灣人的親屬繼承事項以及祭祀公業，才賦予相關的習慣規範（原漢族法律）具有國家民事法上效力。²⁸

正因在國家民事法上，有認定什麼是台灣人（含福佬人、客家人、平埔族人）舊慣的需求，在法學上乃發展出「舊慣法學」，闡釋性質上即是在台漢人固有法律規範的「舊慣」的內涵。按除了國家特別設置專責機關進行調查，並出版著名的《臺灣私法》6冊以及《臺灣私法附錄參考書》7冊外，司法人員及辯護士等亦在期刊上熱烈討論舊慣相關的法律議題。由於日本所繼承的歐陸法系向來是以成文法典作為民事法源，故臺灣總督府在法學者岡松參太郎等的協助下，於1914年完成了將司法機關所認定的台灣人習慣法，以及歐陸日本等國民法典融為一爐的台灣民事法典。如果這項被稱為「舊慣立法」的法案能通過且施行，等於是直接以具有台灣人習慣，實即固有法律規範，之內涵的成文法條，作為法律適用時邏輯三段論法上的「大前提」，亦即在現代法制架構下，以在地人的法律觀念規範在地人的法律生活。然而，從日本國族主義的立場，讓台灣人依從日本民法典方有助於同化為日本人，是以前述舊慣立法被拒絕，而是自1923年起令台灣人民事財產法事項適用日本民法典，僅台灣人親屬繼承事項或祭祀公業可適用台灣人習慣法。

29

直到日本政權到來方被外族統治之曾被漢人與清朝稱為「生番」、被日本政權稱為「蕃人」或「高砂族」的「高山族原住民族」，³⁰ 在國家法上受到與原屬同族的平埔族以及漢族移民不同

²⁶關於歐陸法系國家就法律適用所操作的邏輯三段論法，參見王澤鑑，《法律思維與民法實例》（台北：王慕華，1999），頁240-243。

²⁷參見王澤鑑，《法律思維與民法實例》，頁241；鄭玉山，〈民事習慣在司法實務上之運用〉，載於最高法院學術研究會編，《法律史與民事司法實務》（台北：最高法院，2005），頁64-65、69。

²⁸在此所謂「制定法」是指1922年敕令第407號第5、15條所規定之台灣人親屬繼承、祭祀公業「依習慣」，該敕令經1921年法律第3號（俗稱「法三號」）的授權，就施行於台灣的法律（例如日本民法）得設特例，故關於此等特例之條文，具有與立法機關所通過的法律同一之效力。參見王泰升，《台灣法律史概論》，頁130、282。

²⁹其詳，參見王泰升，〈殖民現代性法學：日本殖民統治下台灣現代法學知識的發展（1895-1945）〉，即將刊登；王泰升，《具有歷史思維的法學：結合台灣法律社會史與法律論證》（台北：作者自刊，元照總經銷，2010），頁176-205。

³⁰「高山族」一詞係1945年戰後國民黨政權接收台灣後，主政的臺灣省行政長官公署所用以稱呼日治時期的「蕃地蕃人」（1945年時尚未將日治時期的「平地蕃人」納入此一團體中）。在1947年長官公署改制為省政府時，身為「高山族」原住民族制憲國民大會代表的南志信，向政府提議禁止使用「高山族」而改為「臺灣族」，亦即「臺灣土著民族」之意，但是臺灣省政府雖認為「高山族」乃日治時期受歧視同化而成，故同意不使用「高山族」，但卻改用「山地同胞」。之所以稱「同胞」乃認為其為中華民族（中國國族）一份子，不是獨立的民族，故不需民族的名稱，而「山地」則取其主要的居住地。參見曾文亮，〈戰後初期臺灣人群分類的調整及其法律效果：1945-1949〉，發表於愛知大學東亞同文書院大學紀念センター、中央研究院臺灣史研究所主題計畫「戰後臺灣歷史的多元鑲嵌與主體創造」主辦，「近代臺灣的經濟社會變遷：以臺日關係為中心」國際研討會（2012年8月4-5日），頁16-17。於今關於稱呼的問題，「山地同胞」一詞已不為此一團體的人所接受，其主張應稱具有「係原本之主人」意涵的「原住民族」，國家法亦已從之。至於在原住民族內部宜否再區分為「高山族」與「平埔族」，以顯現兩者歷史境遇以致今之情狀均有所不同？筆者認為，相較於「番」或「蕃」字之具歧視意涵，以「高山」為族名或許仍有不能涵蓋居住於平原者之弊，但其字的本身似無歧視之意，於1947年時毋寧是因為太過接近日文漢字的「高砂」，而被認為有「同化為日本人」之意，並在當時去日本化的考量下認為不妥。然而，於今學界已肯認正視台灣曾受日本統治半世紀的必要，筆者在無盲目「排日」的情緒下，仍然在「原住民族」一詞上面冠上「高山族」，以特定台灣原住民族內部特定的一群：日治時期所稱之「蕃地蕃人」和「平地蕃人」，其意涵與1945年時行政長官公署所稱者不全然相同，且在某些情況下將稱「高山族原住民」。又，此項用語與今之中國將所有的台灣原住民族稱為「高山族」，並視其為「少數民族」，當然有所不同。不過，如果未來沒有再區分平埔族和高山族之必要時，「高山族」一詞可僅僅留供歷史敘述之用即可，本文在討論台灣現行法時係不加區分地直接稱「原住民族」。

的對待。日本治台初期即在法律論述上認為，對於高山族的統治不必適用現代意義法制，³¹故依明治憲政體制「法治」原則，須以制定法位階的規範來規制民事刑事等「法律保留事項」的要求，皆未延伸至有關高山族原住民族的法律事務。在日治時期國家法中，屬於制定法位階的法律規範，都只用以規範日本人、台灣人等，而非高山族原住民。³² 蓋對於高山族原住民族的民事、刑事、程序法等事項，均不必事先確立一套應普遍適用的法律規範體系，而是由所謂的蕃務警察就個案而為裁決；³³ 只有非住蕃地而是居住於普通行政區內的高山族原住民，才有機會因使用民事法院，或因刑事案件遭檢察官起訴、刑事法院判刑，而接觸現代意義法制。³⁴

在這樣的國家法底下，高山族原住民族仍保有之原住民法即被視為是「習慣」（或稱「舊慣」），而成為警察為個案裁斷時的選項之一。此對有關高山族原住民族之法學知識的建構，有一定的影響。按正因為沒有找出「習慣法」以適用於個案的國家法上要求，故日本統治當局對高山族原住民族「習慣」進行調查時，不像對在台漢族習慣之汲汲於探詢各種「法規」並發展出舊慣法學，而是更全面的探究原住民族的生活習俗及一般慣行，以在現代意義的「行政」上作為採取治理上各種措施的參考，或在現代意義的「司法」上據以認定犯罪或紛爭事件的案件事實，以及必要時以之為個案裁斷的依據。且如上所述，日本統治當局對高山族原住民的民、刑等各種法律事務，不預先在立法上明確決定是否一概（具有普遍性地）依日本現代式/西方式法律規範、或依原住民族固有法律規範，而是由屬於行政機關的理蕃警察依個案需要，就兩者擇一。³⁵ 因此，若理蕃警察經常以被稱為「習慣」的原住民族法律為個案裁斷依據，則原住民族法律仍將具有一定的生命力，不像台灣漢人及平埔族人之僅僅剩下民事事項（日治後期更只剩親屬繼承祭祀公業爾）可依從固有法律規範。

在蕃務警察所為的個案裁斷中，於哪些情形下係準據被稱為「習慣」（或稱「舊慣」）的原住民族法律規範，並沒有一定的規則可循。在此僅就事關重大的殺人行為，舉例說明警察在怎樣的範圍內採用原住民族法律規範而為裁斷。單純的殺人行為若加害人與被害人屬於同一社，警察大多協調雙方依循社內的習慣規範解決，且遵從禁止社內之人互殺的禁忌。但若殺人行為發生於異社之間，警察經常依習慣規範處理但有所修正，例如不接受以原住民法中的「林野間獨居數年」作為制裁，但樂於接受原住民法中「贖財」的制裁方式，只不過可能將財物換為金錢，或許因其較接近現代刑法中的罰金吧；在少數已引發兩社間仇敵關係的案例裡，警察將加害人移送法院依現代法處理，此時原住民法即全無發揮餘地。如果該殺人行為，是基於原住民法中所認可的復仇或出草，此時警察並不依據原住民法而認為其為正當，故仍然加以處罰，且經常是混合著習慣上與現代式的刑罰，例如要求給付撫慰金給被害人遺族並加以拘禁。再者，若案件發生於高山族原住民與稱為「本島人」的漢人及平埔族之間、以及與日本人之間，當加害人是高山族原住民、

³¹其詳，參見王泰升，〈日治時期高山族原住民族的現代法治初體驗：以關於惡行的制裁為中心〉，頁 24-47。

³²例如台灣總督府以律令規定「非蕃人」不論以何種名義，均不得占有以及為其他權利之目的使用蕃地，除非依特別規定經總督許可。參見王泰升，〈台灣法律史概論〉，頁 180。

³³從 1903 年之後，就將「蕃人蕃地」確立為警察系統專責事務。凡屬蕃人，不論居住於蕃地或普通行政區，均受到理蕃警察的特別統治。參見王泰升，〈台灣法律史概論〉，頁 162；參見王泰升，〈日治時期高山族原住民族的現代法治初體驗：以關於惡行的制裁為中心〉，頁 49-50。

³⁴居住於普通行政區的高山族原住民，自 1920 年 8 月起關於其刑事訴訟案件之起訴與否，不必再如 1900 年內訓所要求的須經總督同意，則檢察官或進入審判程序後的法官，皆須依刑法斷案；且早在 1912 年，即有居住普通行政區的高山族原住民在法院做成公證，而適用了日本民法，按日本的刑法、民法皆屬現代法。不過，理蕃警察對居住普通行政區的高山族原住民，仍可能不適用刑法而為處斷。參見王泰升，〈日治時期高山族原住民族的現代法治初體驗：以關於惡行的制裁為中心〉，頁 50-52。

³⁵理蕃警察就高山族原住民之惡行如何制裁，已有專文討論，參見王泰升，〈日治時期高山族原住民族的現代法治初體驗：以關於惡行的制裁為中心〉，頁 1-98。

被害人為本島人或日本人時，通常不會準據高山族原住民習慣而為制裁；當加害人是本島人或日本人時，原本應依日本刑法處罰之，但經常因被害人是高山族原住民而準據其習慣來解決，例如令本島人或日本人的加害者交付幾百圓與豬、酒等予被害人家屬，此相當接近原住民法的制裁方式。³⁶

若與國家統治權威關係最密切的刑事制裁都能援引習慣規範了，則高山族原住民的民事事項更有習慣規範發揮的空間。按漢人與平埔族人的刑事事項原則上依日本現代式刑法處理，僅有極少數的漢族傳統的制裁方式（例如笞刑）曾被保留，但在民事事項則可依習慣法。總之，首度面對外族統治的高山族，仍在相當大的範圍內適用固有的原住民法，雖然其亦在一定的程度內受到現代法的否定或修正，但相較之下歷經數外族統治、被漢化的平埔族，於日治時期在國法上已被視同漢族，故其固有之原住民族法律傳統已告流失。

肆、戰後國家法及法學對原住民族法律的消極態度及晚近的調整

二次大戰後，國民黨政權（指稱從 1945 至 2000 年在台灣一黨專政的國民黨統治當局）帶入台灣的另一個繼受自近代西方、具現代意義的中華民國法秩序，同樣由國家壟斷制定法律之權威。在此法秩序下，固有的漢族法及原住民法都只能以「習慣」（法）的身分存在。戰後初期國民黨政權採取如同日治後期的內地延長政策，在加速強化中國國族認同的政策下，依據法治原則，將現代意義民刑事法施行於高山族原住民族，以致僅能被視為/稱為「習慣」的原住民法遭到幾乎全面性的排斥。蓋中華民國民法僅承認在「法律無明文規定」，亦即在包山包海、欲涵蓋所有日常法律關係的民法典上沒有規定的情形下，才可「依習慣」（參見民法第 1 條），此時方以「習慣法」作為法律適用之邏輯三段論法上的大前提，以補制定法關於「大前提」（即「法規」，或稱「法源」）之不足；此外，民法典中有少數條文將習慣納入其規定中，使習慣因法律之特別規定而有優先被適用。³⁷ 刑法則全然不顧及習慣，各種行政法規亦鮮少將習慣納入其規定中。

在形式上與漢人一視同仁底下，高山族原住民承受較大的不利益。固然性質上屬現代法的中華民國刑事法律及各種行政法規，乃是一概適用於在台灣的漢人與高山族原住民，但以戰後初期而言，漢人及漢化的平埔族人已在日治時期因適用日本式現代法而較熟悉現代式法律，只需適應民國中國與戰前日本兩個國家法較細部的差異即可，³⁸ 高山族原住民則如前所述在日治時期對現代法仍相當陌生，故不免遭遇初次接觸時的不解或不適應。況且，中華民國法制內的法規範雖來自近代西歐，但係由以漢人為主的民國時代中國所制訂，故在以民國中國的需求為主之餘，還會顧及漢族法律傳統（例如在親屬繼承法方面），但高山族原住民所擁有的卻是與漢族不同的原住民族法律傳統。全面施行中華民國法制對高山族原住民族而言，須面對西歐、中國、漢族等三重外來性格的衝擊。又，經戰後數十年的發展，中華民國法院經由適用民法第 1 條，而將少數漢族固有習慣形塑成習慣法，例如關於祭祀公業、合會之國家法規範；相對的，迄今還看不到中華民國法院援引民法第 1 條來建構屬於原住民族的習慣法。按戰後與漢人同採法治原則只是一種

³⁶參見蔡桓文，〈國家法與原住民族習慣規範之衝突與解決〉，國立臺灣大學法律學系碩士論文，2007 年，頁 154-164。

³⁷中華民國民法典中，計有約 40 條的法律條文規定「另有習慣者，依其習慣」，例如第 68 條、207 條、314 條等等，此時習慣係因成為法律規定的一部份而發生規範上效力。參見王澤鑑，〈民法實例研習：民法總則〉，頁 26-28；施啓揚，〈民法總則〉（台北：三民，九版，2000），頁 55-56；鄭玉山，〈民事習慣在司法實務上之運用〉，頁 64-65、98-99。

³⁸就日治時期台灣人（種族上包括在台漢人及平埔族人）與現代法的接觸歷程，及其戰後對中華民國法制內涵之並不陌生，已有專論，故不再重述，參見王泰升，〈台灣日治時期的法律改革〉（台北：聯經，1999），頁 401-405。

形式平等，若所施行的法律本身不符合高山族原住民族的需要，則法治原則的採用可能實質上是意味著更大、更深的壓迫；其實高山族原住民族的法律生活是在國民黨政權，而非日本政權的統治下，遭到大幅度的改變，雖然「改變」與「壓迫」是否同義還有待探究。

國民黨政權某些延續日治時期不重視法治原則的作為，卻也對高山族原住民造成傷害。國民黨政權早於 1948 年即就日治時期的「蕃地」劃定為「山地保留地」，並循日治時期不採法治原則的作法，僅以「臺灣省各縣山地保留地管理辦法」等等為名稱之行政命令，而非以立法機關所制定之法律，來加以規範；在該等保留地上，被稱為「山地人民」的高山族原住民得享有農林地使用收益的權利，乃至所有權，惟其權利之轉讓受有一定之限制。³⁹ 然而，因涉及人民權利義務之事項，依法治原則底下的「法律保留原則」應以法律位階者規範之，故於司法個案，法院對於前揭有關保留地之行政命令的效力或承認或不承認，以致擁有該等權利的高山族原住民必須承受因立法怠惰所帶來的法的不安定。⁴⁰ 國家法對於原住民身分的規制亦延續日治時期作法，故自戰後之初即僅以行政命令為之；起初以「山地同胞」稱呼高山族原住民族，但在 1956 年透過「平地山胞」的認定標準，將簡稱為「山胞」者區分為「山地山胞」與「平地山胞」，且隔年允許日治時期被稱「熟蕃」者得以申請登記為平地山胞，雖實際上為該項登記者甚少。⁴¹ 至 1994 年才將「山胞」改稱「原住民」；至 2001 年 1 月才公布施行具有法律位階的「原住民身分法」。⁴²

到了 1990 年代，亦即李登輝主政下的國民黨政權統治晚期，中華民國的國家法對待原住民族的態度終於有所改變。在台灣脫離國民黨威權統治而朝向民主，各種社會運動得以自由地推展，以及引介國際原住民族權利運動的大環境底下，1991 年及 1992 年憲法修正時明文保障時稱「山胞」之原住民的公民與政治權利，1994 年於憲法增修條文中將「山胞」正名為「原住民」，以彰顯原住民族係台灣土地上原本的主人，1997 年憲法修正時確立原住民族條款（憲法增修條文第 10 條第 11、12 項）的集體權地位，並於 1998 年公布施行了第一部原住民族專屬法律－「原住

³⁹2002 年時曾有一份屬法律位階的「原住民族保留地開發管理條例」草案被提出。相關行政命令之條文內容，詳見王泰升、楊志航、林佳陵，〈原住民保留地土地專屬法庭設置研究〉，〈行政院原住民族委員會委託研究報告，未出版，2003〉，頁 18-35。

⁴⁰其詳，參見王泰升、楊志航、林佳陵，〈原住民保留地土地專屬法庭設置研究〉，頁 66。

⁴¹臺灣省政府 1956 年 10 月 3 日（肆伍）府民一字第 109708 號令訂定的「平地山胞認定標準」，即規定「凡日據時代居住平地行政區域內，其原戶口調查簿記載為『高山族』者，為平地山胞」。接著臺灣省政府 1957 年 1 月 22 日（肆陸）府民一字第 128663 號令表示，日治時期的戶籍簿種族欄記載為「熟」，於戰後繼續居住於平地行政區域者，經聲請登記後，可准予登記為「平地山胞」。不過，當時在原住民族已遭污名化底下，這些「熟蕃」願意經由聲請登記而取得「平地山胞」身分者僅佔少數。參見詹素娟，〈臺灣平埔族的身分認定與變遷（1895-1960）－以戶口制度與國勢調查的「種族」分類為中心〉，《臺灣史研究》，第 12 卷第 2 期（2005 年 12 月），頁 154-155、158。臺灣省政府於 1957 年 3 月 11 日函覆屏東縣政府時再次表示，日治時期「居住於平地，其種族為『熟』者，應認為『平地山胞』」。從台灣法律史來看，日治時期國家法將平埔族（熟蕃）和高山族分別對待數十年後，戰後的國家法（中華民國法）轉而將平埔族和居住於「平地」的高山族同等視之。由於前述 1956 年的「山胞身分認定標準」要求居住於「平地」，亦即日治時期的普通行政區域者，須向當地鄉鎮市公所「申請為平地山胞之登記」，始具有「山胞」身分，故為使尚未聲請登記者也有機會取得「山胞」身分，曾分別於 1957、1959、1963 年，一再地准許於一定時限內「補辦登記」。甚至 1991 年的「山胞身分認定標準」第 4 條規定：「……平地山胞未及於登記時效期間內取得山胞身分者，得檢具足資證明本人具有山胞身分之文件，申請回復或取得山胞身分。」隔年修改該認定標準時，在條文上改以概括性的「其他原因……未取得山胞身分者」，取代原本具體規定「平地山胞未及於登記時效期間內取得山胞身分者」，但法律效果同樣是「得檢具足資證明本人具有山胞身分之文件，申請回復或取得山胞身分。」可見直到 1990 年代，該項作為身分認定要件之一的「申請為平地山胞之登記」，都是可以補辦的。於今關於平埔族人是否係國家法上原住民之爭議，行政院原民會曾於 2003 年 5 月 30 日函示，大部分的平埔族人「並未辦理登記，是以，並未取得原住民身分」。若從「申請為平地山胞之登記」乃是取得身分的要件之一而論此函示沒錯，但是一旦某平埔族人補辦了該項登記，應即滿足了此要件。惟行政院原民會 2003 年 4 月 3 日又於函示中認為，欲申請取得原住民身分者，必須日治時期戶口調查簿上登載為「生」、「蕃」、「阿眉」、「高山族」或「高砂族」等，而排除了登載為「熟」者，這等於是「不准平埔族為前揭『補辦登記』，而其之不承認所謂『熟』者是原住民，顯然違反前揭臺灣省政府 1957 年 1 月 22 日令之意旨。在經過半世紀之後，國家法又回復日治時期的平埔族與高山族分別對待的老路，其合理性何在？中華民國政府應有所說明。以上各令函原文，見陳俊安等，《西拉雅正名運動暨文化復振回顧專輯》（臺南縣新營市：臺南縣政府，2010），頁 40-43、46-48。

⁴²其詳，參見王泰升、楊志航、林佳陵，〈原住民保留地土地專屬法庭設置研究〉，頁 9-15。

民族教育法」。⁴³ 在中華民國的國家法上，專門規範涉及國家所認定之「原住民族」的法律事務的「原住民族法制」，已然存在。受規範者從戰後被劃歸「山胞」，亦即高山族原住民族的 9 族，到 2008 年擴充至 14 族，⁴⁴ 而是否再擴及平埔族於今雖仍有爭議，但宜採肯定見解，只不過其法律上待遇可以有不同於其他族的設計。⁴⁵

其後，中華民國的原住民族法制的實質內容，開始趨向於承認並尊重原住民族自主性的方向發展。依身為原住民的蔡志偉（Awi Mona）對中華民國原住民族法制立論基礎所為分析，2000 年以前係以「國家中心」的觀點，從國家發展的角度思考原住民族事務，2000 年之後則轉為奠基於國家與原住民族的「新夥伴關係」，形塑原住民族的集體性權利。⁴⁶ 按進入政黨輪替時期，於民進黨掌握中央行政權時，立法上從 2001 年 1 月 1 日起施行「原住民身分法」，當中明訂原住民姓名可不受中華民國民法相關規定之限制，⁴⁷ 開啓「原住民族民事特別法制」之概念。2001 年以後，原住民族因狩獵文化而製造或持有獵槍、魚槍「供作生活工具之用」，已不再觸犯「槍砲彈藥刀械管制條例」所規定之罪；2004 年「野生動物保育法」修正後，原住民族「基於其傳統文化、祭儀」之用，得「獵捕、宰殺或利用」一般野生動物（不含保育類）；2004 年「森林法」修正後，就「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」。⁴⁸ 2005 年公布施行了一部政治綱領式的「原住民族基本法」，但此亦可謂是依憲法增修條文而在法制上具體實踐原住民族主體性的動作。⁴⁹ 又，台灣法學界已有論者指出，2007 年公布的「原住民族傳統智慧創作保護條例」，確認了一種堪稱「原住民族傳統智慧創作專用權利」的集體性權利，乃「平行」於以個人主義為基盤的民法體系的「特殊權利」。⁵⁰

不過，中華民國行政或司法部門，尚欠缺積極執行上述立法的作為，而此又源自未能理解並尊重在歷史上長期被忽略甚至被污名化的原住民族文化。⁵¹ 若從法學的觀點，實即原住民族關於狩獵、使用山林資源的原住民族法律，不被當代的法學以及國家法所承認，⁵² 且在立法的層次上頂多稱之為「生活慣俗」，並藉以排除刑法上的違法性，但仍不能據以規範人民之間、或人民與包括國家的公法上團體之間的權利義務關係。按迄今最佳的範例只不過是，突破向來執法上落差的 2009、2010 年有關「司馬庫斯倒木案」司法判決，依從「原住民族基本法」上尊重原住民族文化的誠命，以「森林法」中允許「依其生活慣俗需要，採取森林產物」之規定，引用政府

⁴³參見蔡志偉（Awi Mona），〈從客體到主體：臺灣原住民族法制與權利的發展〉，頁 1504、1512、1525、1528-1529。

⁴⁴2001 年增邵族，2002 年增噶瑪蘭族，2004 年增太魯閣族，2007 年增撒奇萊雅族，2008 年 4 月 23 日再增列賽德克族。但以上增列，均是在民進黨中央執政期間完成。

⁴⁵從追求歷史正義的觀點，如本文所描述的、遭多重壓迫而流失固有文化的平埔族，若欲重拾原住民族認同，其他族怎忍心予以拒絕？且增列入平埔族，將可壯大整個原住民族，以凸顯台灣之為多民族國家，抗衡漢族文化唯一或獨大的想法。不過，基於原住民族特定的政經社文條件而給予的法律上待遇，須平埔族亦具有相同狀況方同等待之。與此相似的是，同屬原住民族的個人，若經濟社會文化條件有別，例如居住於部落或都會區，則法律上待遇也應有所區別。

⁴⁶參見蔡志偉（Awi Mona），〈從客體到主體：臺灣原住民族法制與權利的發展〉，頁 1513-1514、1526。

⁴⁷原住民身分法第 4 條第 2 項揭示：「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。」並在第 7 條明訂可「不受民法第一千零五十九條及姓名條例第一條第二項規定之限制」，展現其之作為民法的特別法。

⁴⁸其詳細的規定及發展經過，參見蔡志偉（Awi Mona），〈從客體到主體：臺灣原住民族法制與權利的發展〉，頁 1530-1533。

⁴⁹參見蔡志偉（Awi Mona），〈從客體到主體：臺灣原住民族法制與權利的發展〉，頁 1512、1529。

⁵⁰參見黃居正（2008），〈特殊權利概念的重建－評析原住民族傳統智慧創作保護條例〉，劉靜怡、黃居正、邱澎生編，《傳統智慧與公共領域：原住民族傳統智慧創作保護論文集》，頁 121-160，台北：數位典藏與數位學習推廣計畫、數位典藏拓展台灣數位典藏計畫。

⁵¹參見蔡志偉（Awi Mona），〈從客體到主體：臺灣原住民族法制與權利的發展〉，頁 1531-1534。

⁵²台灣的法學界對「原住民法」的概念非常陌生。台灣目前可看到的「法學緒論」教科書，基本上若非參考西方或日本，即是沿襲民國時代中國的相關書籍；在那些書籍中本就不必要提及台灣的原住民族，但作為台灣的法學緒論也應如此嗎？至於法律史，向來是以漢族的傳統中國法為主軸來論述「中國法制史」，根本不談原住民族的傳統法律，只有以台灣土地及人民為主體的台灣法律史，才會正視台灣最早的主人，亦即原住民族的歷史，從而將原住民法納入討論。

所為習慣調查所載「泰雅族生活習慣會對山中資源視為財產的一種」，而認定搬運倒木之行為係正當的，宣告涉案之原住民無罪。⁵³ 然而，未來此是否成為行政或司法機關普遍的作法尚待觀察，且原住民族在民事法上也未因此被賦予取得山中資源的權利。換言之，前述原住民族法律中使用自然資源的「法規」，並未被國家法化、權利化。

伍、採取法學化習慣、習慣法到習慣立法的路徑

在以各種法學或文化理論批判國家實證法的同時，要求國家實證法接納原住民族法律，亦即將其「法律化/法制化」或「權利化」，仍是確保原住民族生存發展最務實的作法。⁵⁴ 除了國際法上條約之外，在國內法上如何使源自固有文化傳統的原住民法，得以規範原住民之間、或原住民與非原住民的個人、公法上團體或國家之間的權利義務關係呢？以下將詳論之。

戰後中華民國法制與日治時期法制同樣，將漢族及原住民族固有的法律，視為是實質內涵來自社會共識的習慣規範。如前已述，習慣在中華民國法上處於非常邊緣的地位，不但在刑法等法領域根本無適用餘地，在民法上只要與法律明文相抵觸即無法律上效力，但屬於漢族的祭祀公業、合會等法律傳統還是被法院接受為習慣法（參見民法第 1 條），漢人童養媳的婚姻方式亦為大法官會議解釋所支持，⁵⁵ 然而原住民族法律傳統卻無一依同樣方式成為國家法上的習慣法，難道原住民族的習慣均因「背於公共秩序或善良風俗」而不具國家法上效力嗎（參見民法第 2 條）？若果真如此，恐怕於今應從尊重多元文化的觀點重新審視。

此外值得注意的是，戰後台灣的法院幾乎都是根據 1950 年代出版、大量參考日治時期日本學者就台灣漢人所為舊慣調查而完成的「台灣民事習慣調查報告」，以建構關於祭祀公業、合會等習慣法的內涵。然而該民事習慣調查報告中並無關於台灣的原住民族者，或許這也使得中華民國法院因無從引用習慣，而不願依民法第 1 條將原住民族習慣規範，作為在司法個案中進行法律適用時的「法規」，亦即「習慣法」。所幸由於 2003 年發生鄒族頭目搶奪蜂蜜案，民進黨政府已開始進行原住民族習慣的調查，雖然其調查結果尚未能完全符合法院認定為習慣法之所需，但今之法院於司法個案應參考之而依職權調查習慣法內涵（民事訴訟法第 283 條），如前述審理「司馬庫斯倒木案」的法院即是如此。

中華民國民法中，有些法律條文明確表示可準據習慣或以習慣為優先，這是原住民族固有法律被納入國家法的另一管道。不過，向來的通說認為，民法第 1 條以外的條文中所謂的「習慣」，僅是「事實上習慣」，即「社會上反覆實施的行為」而為「一種慣行」（客觀要件），不必如「習慣法」之尚須「具有法的確信」，亦即一般人具有該慣行必須遵從，否則其共同生活就不能維持的確信（主觀要件），故不具有法源性。⁵⁶ 但依拙見，民法第 1 條以外的條文中的「習慣」，只不過是就個案，應以該條文，而非以習慣，作為法律適用時形式上的法源，亦即邏輯三段論法上

⁵³關於本案的內容及分析與探究已有其他論著詳述，請參見蔡志偉（Awi Mona），〈從客體到主體：臺灣原住民族法制與權利的發展〉，頁 1529-1530、1533-1534；王泰升，〈法律史—臺灣法律發展的「輪替」、轉機與在地化（2007-2009）〉，《臺大法學論叢》，第 39 卷第 2 期（2010 年 6 月），頁 195-196。對於司法機關原本對該案所持見解的批判，參見王皇玉，〈刑罰與社會規訓—台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變〉（台北：作者自版，元照總經銷，2009），頁 255-279。

⁵⁴以此為探究重點的論文，例如林佳陵，〈原住民族神聖文化之法律化及其內涵〉，國立臺灣大學法律學系博士論文，2012 年。

⁵⁵釋字第 32、58、91 號解釋，都透過法律的解釋適用，讓實為童養媳者脫離「養女」的身分，以方便其與在童養媳約定中所預定的婚姻對象結婚。參見王泰升，〈台灣法律史概論〉，頁 302。

⁵⁶參見王澤鑑，〈民法實例研習：民法總則〉，頁 27；施啓揚，〈民法總則〉（台北：三民，九版，2000），頁 55-56；鄭玉山，〈民事習慣在司法實務上之運用〉，頁 99。

作為大前提的「法規」，⁵⁷ 但非謂所有民法第 1 條以外之條文所稱的習慣皆不須「具有法的確信」。

58

詳言之，被民法第 1 條以外的條文認為應優先或可準據的習慣，若作為一種與法律規範相當的社會規範，即在實質意義上具有「法規」性格，而與民法第 1 條所稱之習慣並無不同。例如 2009 年民法物權編第 757 條修正後，可作為創設物權之準據的「習慣」，應不僅是反覆實施的慣行，還要具有法之確信。⁵⁹ 如前所述，日治時期的民事制定法係規定在「僅涉及台灣人之親屬繼承事項」的條件下「依舊慣」或「依習慣」（其規範內涵與中華民國民法第 1 條不同），而「舊慣」或「習慣」在司法實踐上通常指具有法之確信的慣行，亦即是習慣法。又，2009 年民法物權編修正第 828 條，使「公同共有之人之權利義務，依其公同共有關係所由成立之法律、法律行為或習慣定之」，此一可發生與法律規範同等效力的習慣，從立法目的解釋亦應指稱具有法之確信的慣行。包括上述兩條文在內的民法物權編內明文規定可優先適用習慣的條文，⁶⁰ 本非針對原住民族而制訂，但是原住民族關於使用山林資源的固有法律，以「習慣」的地位，可經由適用該等條文而被納入國家法。此外，在包括中華民國法在內的歐陸法系國家法制中，被稱為「事實上習慣」的慣行，可成為解釋或補充當事人法律行為或意思表示之基準，⁶¹ 據此原住民族慣行的發現，將有助於理解原住民所表達的意思表示或所為的法律行為，有效避免凡事均以漢人觀點來解釋之弊。

立法上若直接被視為習慣的原住民族固有法律作為規範內涵，即屬原住民族的「習慣立法」。按漢族的習慣立法，已有其例。中華民國民法典於民國時代中國被制訂時，即已將漢族固有的「典」關係成文法化為物權編中的「典權」，⁶² 此即習慣立法。不過該民法於 1945 年施行於台灣後，在台灣的漢人已因日治時期典關係被國家法轉化為不動產質權，而極少利用典權制度。⁶³ 對台灣社會較具有重要性的是，司法機關依民法第 1 條所形成之關於合會的習慣法，立法機關已於 1999 年將其納入民法債編「各種之債」的一種（第 709 條之 1 至之 9），⁶⁴ 若從習慣法之被整編及補全為具有體系的成文規定，更可謂為「法典化」。與此相似的是，2007 年 12 月 12 日公布的「祭祀公業條例」，以民事單行法的形式完成了關於祭祀公業的習慣立法；法院向來所不承認之視祭祀公業為法人的「習慣」，得到了該制定法的接納，允許祭祀公業得登記為「祭祀公業法人」（祭祀公業條例第 21 條）。甚至之前被制定法所排斥之漢族傳統上由當舖所運作的

⁵⁷相對的，依民法第 1 條而為司法裁判時，即是以習慣法作為形式上的法源。按黃茂榮教授謂：「習慣法藉裁判的途徑，裁判藉習慣法之名，取得其形式上的法源地位。」見黃茂榮，《法學方法與現代民法》（台北：作者自刊，五版，2006），頁 15。

⁵⁸王澤鑑教授於書中係就民法第 207 條第 2 項所稱商業上另有「習慣」，是否與民法第 1 條所稱習慣同一意義而為討論，進而透過比較法的研究，認為其僅只交易上慣行，並不具習慣法的意義。參見王澤鑑，《民法實例研習：民法總則》，頁 27-28。筆者承認某些條文中所指稱的習慣，可能在社會上尚不具有「若不遵行即無法維持共同生活」的重要性，但認為若謂除了民法第 1 條之外所有條文的習慣，皆僅是一種慣行的「事實上習慣」，則稍嫌速斷，仍宜就各條文立法目的等逐一認定為妥，例如 2009 年修正後民法第 757 條「物權除依法律或習慣外，不得創設。」其所謂的「習慣」，在社會上宜不僅是反覆實施的慣行，還必須「具有法的確信」，始應與制定法在物權創設上具有同等的效力，故該習慣本身應具有「習慣法」作為一種「法規」的實質，雖然在法律適用上仍應引用民法第 757 條作為形式上的法源。

⁵⁹參見同上註；亦有學者在討論 2009 年修正後民法第 757 條的「習慣」時，認為是「加入習慣法作為創設物權類型的方式」，參見張永健，〈物權「自治」主義的美麗新世界—民法第 757 條之立法論與解釋論〉，《科技法學評論》，第 7 卷第 1 期（2010），頁 125。

⁶⁰計有 15 條，但台灣關於這類「物權習慣」的調查與研究相當稀少，參見張永健，〈物權法中之習慣〉，《月旦法學雜誌》，188 期（2011 年 1 月），頁 81-92。

⁶¹日本民法第 92 條對此有明文規定。參見鄭玉山，〈民事習慣在司法實務上之運用〉，頁 87-88、112；王澤鑑，《民法概要》（台北：王慕華，增訂版，2009），頁 16。

⁶²參見鄭玉山，〈民事習慣在司法實務上之運用〉，頁 105。

⁶³相關的討論，參見王泰升，〈台灣法律史概論〉，頁 296-297。

⁶⁴亦參見鄭玉山，〈民事習慣在司法實務上之運用〉，頁 105-106。

「當」法律關係，亦在 2007 年的物權編修正中，以「營業質權」為名被納入民法典中（第 899 條之 2）。從台灣法律史的觀點，這是約一百年前岡松參太郎所倡議、但因日本政府不願台灣作為一個政治單元的性格被凸顯而終遭擱置的「先習慣法、後習慣立法」路徑的實現。⁶⁵

於今，既然台灣人民已當家作主，既然漢族習慣可成為制定法實質內涵的由來，沒有理由單單排斥原住民族習慣。尤要者，若能以立法的高度，法律化或法典化實即原住民族固有法律的所謂「習慣」，則可秉持今之法理念全面地檢視既有的法律傳統，在生活條件已不同於往昔的今天應否予以延續？同時亦可適時引進新時代的法律制度，與台灣法上「外來法的在地化」同步發展。⁶⁶ 再以法律複數主義的思維，將上述習慣立法作為原住民族的自治法律，則原住民族的自治才具有實質的意義。

另一種意義或更廣義的「習慣立法」，係指在立法層次阻卻符合原住民族習慣之行為的違法性。若國家法僅將原住民族固有法律視為是習慣法，則因現代法制通常採取「罪刑法定主義」，不容習慣法推翻刑事制定法之效力，故唯有將習慣法內涵直接作為制定法本身的規定，方足以使遵守原住民族習慣/固有法之人免於國家刑事制裁。詳言之，與原住民族使用山林原野資源的固有法律規範，最常發生衝突或抵觸之為保障現代型國家利益而設置的刑法規範，即為前述 2000 年代前期曾特別針對原住民某些行為予以「除罪化」（但仍為行政管制）的「槍砲彈藥刀械管制條例」「野生動物保育法」和「森林法」。⁶⁷ 這些可謂是明文規定原住民族基於固有的法律傳統所為之某些行為不構成犯罪，即是「習慣立法」的一種。且依台灣現行法規定，包括原住民族事務主管機關在內的行政部門，應主導及管制獵殺與採集的方式、種類、數量、區域等條件，不過原住民仍須事先經過申請與核准，否則仍有觸法之虞。⁶⁸ 不過上述規定仍有立法不周延或欠缺執行之處，故迄今原住民族對於相關的國家管制或刑罰猶頗多怨言。

若本於原住民族有其固有法律的立場，原住民法中有關資源利用的法規，例如在非飛魚季時不得捕魚、對獵物不得趕盡殺絕等等，⁶⁹ 與國家法資源利用或保育的相關法律並不衝突，宜直接成文法化，或者成為原住民族自治法一部份。其實某些不當的資源利用行為，例如砍伐千年牛樟樹，不僅觸犯國家法，也不見容於原住民法，故兩個規範體系有其攜手合作的可能。成為爭議的是，當原住民法所容許、但抵觸國家刑罰規定時，應如何處理？以前舉「司馬庫斯倒木案」為例，依部落決議將倒木運回以做部落造景之用，在原住民法上是合法的，但在國家法上卻違反國有林之林產物屬於國家的規定。這種情形絕非僅止一例，而是相當普遍的現象；惟應如何處理，亦非可一概而論，至少所牽涉的原住民法與國家法兩者的正當性都值得探究，再做決定。不過，關於此時原住民所應承擔的刑事責任，已有刑法學者指出，可引用刑法第 16 條：「除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑」之規定，以原住民可能受到固有法律觀的影響，而不認同奠基於現代法觀念的國家法上規定，故要求其遵守國家法實欠缺期待可能性，從而其之「不知法律」，乃是「有正當理由而無法避免」，應免除刑事責任。

⁶⁵2007 年的擔保物權修正，將法院原依民法第 1 條承認之日治時期由日本人引進、於戰後台灣社會已成為具法之確信之慣行的「最高限額抵押權」，納入民法物權編（第 881 條之 1 至之 17），亦屬習慣立法。較詳細的討論，參見王泰升，〈法律史－臺灣法律發展的「輪替」、轉機與在地化（2007-2009）〉，頁 188-191。

⁶⁶關於台灣社會「因多源而多元」並存在「外來法的在地化」現象，參見王泰升，〈具有歷史思維的法學：結合台灣法律社會史與法律論證〉，頁 39-84。

⁶⁷亦參見王皇玉，〈刑罰與社會規訓－台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變〉，頁 224-225、243。

⁶⁸參見王皇玉，〈刑罰與社會規訓－台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變〉，頁 244。

⁶⁹參見王皇玉，〈刑罰與社會規訓－台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變〉，頁 230-231、註 46。

⁷⁰ 究竟在哪一種原住民法與國家刑法相衝突時，應循此法律論證而免除原住民刑事責任，還有賴法院透過個案裁判形成類型，以漸趨明確，但審判者必須先認知到：原住民族有其經常被稱為「傳統文化或習俗」的固有法律規範！

上述習慣立法或自治法等等理想，現實上須奠基於兩項努力：學術上法學化習慣、司法上習慣法的累積。若以不泥古的態度來看待原住民族固有法律，則宜以淵源自西方、但如今已是台灣乃至世界主流的現代法律概念，重新詮釋原住民法/原住民族習慣的內涵，包括但不限於其各種「法規」的構成要件與法律效果，以使原住民法與台灣現行法制，乃至世界上主要法制相結合。按一般抽象的法規與社會上各種具體情況的相結合，又有賴於司法於個案的解釋適用法律，故需要法院逐案地依現代的法律概念，具體形塑出原住民族民事習慣法，或在刑案中以原住民擁有可被接受的固有法律觀而免除刑責；有了這項基礎，才容易進行更高層次的習慣立法，亦即原住民族自治法律的制訂。至於其實踐方法，在法學教育中，讓「原住民族法學」成爲一個特定領域，在司法體系中，讓原住民案件由專業法庭來審理，都是關鍵性的作爲。目前司法院正積極朝著專股或專庭審理原住民案件規劃，⁷¹ 若能成功，即是國家正式承認原住民司法案件之具有特殊性，將反過來有助於原住民族法學之爲法學界所承認。

陸、結論

原住民族當然有其延續自遠古的法律，但如同整個東亞、台灣或者在台漢族的境遇，於今不能不以源自西方的當代法學概念，盡量不失真地重新表述其內涵。不過，對傳統的延續是出於必要，而非義務，活在當下與未來的原住民族不必被向來的法律傳統所束縛，仍應適時引進新的法理念或法制度。爲此宜以現代法概念轉譯的方式調查原住民族的「習慣」，藉以形塑出可補制定法之不足的習慣法，或具體化被納入個別法律條文中的慣行或習慣法或可用以解釋法律行爲的慣行。以建構出原住民族法學，並由法院形成原住民族習慣法或在必要範圍內免除原住民刑責爲基礎，將更易於透過立法，從具有原住民族固有法之實質的習慣法出發，參酌更多的法理念及包括外國法在內的法制度，制訂出具普遍適用性、成文的一般規範，再經由法的解釋適用來運作日常法律生活。這樣的「法治」，才是值得原住民族期盼的生活方式。

⁷⁰ 刑法學者王皇玉已就此提出刑法理論基礎並爲詳細的法律論證，參見王皇玉，《刑罰與社會規訓－台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變》，頁 273-278。

⁷¹ 司法院於 2012 年 5 月 15 日曾召開「評估設置原住民族專業法庭之可行性」座談會，筆者亦參與其中，該會議的結論肯定原住民族專業法庭在國家法上的意義及司法實務運作上的必要性，故將朝設置的方向規劃。

【主題一】

原住民族傳統司法正義

主持人：謝世忠 教授
(國立臺灣大學人類學系)

■ 原住民族地方性道德世界 (Local Moral Worlds) 觀與司法正義：以賽夏族為例

發表人：日宏煜 助理教授
(慈濟大學人類發展學系)

與談人：孫正華 審判長
(臺北地院刑事庭)

■ 「原住民族傳統司法正義」：以排灣族為例

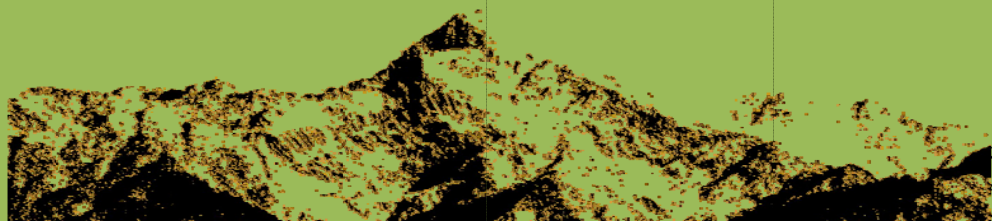
童春發 教授
(國立東華大學民族語言與傳播學系)

陳文德 副研究員
(中央研究院民族學研究所)

■ 「正義」：來自大洋洲的思辨之旅

郭佩宜 副研究員
(中央研究院民族學研究所)

官大偉 助理教授
(國立政治大學民族學系)



原住民族地方性道德世界(Local Moral Worlds)觀與司法正義： 以賽夏族為例*

日宏煜

慈濟大學人類發展學系助理教授

摘 要

台灣當代的法律制度由於缺乏多元文化主義的觀點，使得國家經立法程序所制訂的實定法迄今尚未將原住民族的傳統習慣納入其中，導致原住民族不斷地面臨到許多法律歧視與權利衝突。本文藉由分析賽夏族的神話故事及社會組織運作之方式，說明賽夏族的地方性道德世界觀的內涵及其如何被實踐在賽夏族人的日常生活中。雖然賽夏族在日治時期前並無形成一特定的社會組織審理和裁判族眾的法律爭端，但卻依循著嚴謹的地方性道德世界觀，透過氏族長老的合議制度處理氏族內、氏族間及對外族的各項法律爭端，使得賽夏族社會形成一個如有機體般的系統，穩定與和諧地運作，直到晚近殖民力量介入後，傳統社會運作模式才被國家體制取代。而為解決因國家實訂法在當代原住民社會所造成的法律歧視與權利衝突，政府應參著「聯合國原住民族權利宣言」的精神及落實「中華民國憲法」增修條文第十條規定，依賽夏族人的意願，與賽夏族人合作，將賽夏族傳統習慣納入國家實訂法中，並在審理與裁判各項法律爭端時，納入賽夏族長老的合議制度，使審理及裁判法律爭端的過程符合社會及程序正義的原則，達到保障賽夏族人人權之目的。

關鍵詞：地方性道德世界觀，司法正義、賽夏族

* 研討會論文，未經作者許可，請勿援引。

壹、前言

依據教育部國語辭典，「法律」及泛指法令與法規，包括成文之憲法、立法機關通過之法律、行政機關發布之命令、各地方自治團體制定之自治法規、國家與國家間所締結之條約及不成文之習慣、法理、判例、學說等，具有規範一國國民社會生活行為與貫徹國家政策的功能，由於這種規範具有其強制性，換言之，一個國家的法律可視為該國對其國民所主張的身體政治 (body politics)。

台灣雖為一多元族群所構成之國家，但以漢人為主流社會卻視原住民族傳統法律制度為未開化，其地位遠不如國家經立法程序所制訂的實定法 (蔡志偉，2011)，即使晚近在多元文化的論述下，開始有限度的將原住民傳統習慣納入國家法律中，但卻視傳統習慣為一靜態的過程，反而導致許多原住民族人誤觸法律的情形發生，例如 2011 年內政部警政署通過「槍砲彈藥刀械許可及管理辦法」修正草案，放寬原住民持有自製獵槍、魚槍之規定，其中對於槍枝結構與性能的認定方面，規定原住民所持有的獵槍需為逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，以打擊底火或其他法引爆的前膛式獵槍，但問題是何以只認定前膛式獵槍為傳統獵槍，而不是後拉式或槓桿式，以太魯閣族為例，早在二十世紀初期，即透過物品交換，獲得後拉式的毛瑟槍及溫徹斯特連發步槍 (森丑之助，2012)，如果百年前太魯閣族即已知使用這些後拉式和槓桿式槍枝狩獵及禦敵，為何在當代法律認定上，卻捨這些獵槍，僅納入所謂前膛式槍為傳統獵槍，而這個問題事實上反應出國家法律的制定長期以來漠視原住民文化的現象。

檢視 2007 年所通過「聯合國原住民族權利宣言」(United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples)，其中第二十七條明白揭櫫原住民有權主張與政府合作制訂無歧視性的法律之權利：

各國應與有關的原住民族合作訂定及執行一套公平、獨立、公正、公開與透明，及充分承認原住民族法律、傳統、習俗與土地所有權體系之程序，以認定及裁定原住民族於其土地、領域及資源的權利。

而在第三十四條中亦明白揭示，國家應在訂制法律時，納入原住民族原有之司法制度或習慣：原住民族有權根據國際人權標準，促進、發展和保持其機構構架及其獨特的習俗、精神觀、傳統、程序、做法以及原有的司法制度或習慣。

換言之，國家在制訂法律時，應承認原住民族與主流文化之差異，並且在權利的論述上，加入平等的概念，「從各族群存在之脈絡中，依最適原則創造各族平等生存、互動的制度」(雅柏甦詠·博伊哲努，2007：142)。

文化是人類適應環境的工具，是人類知識、想法、行為及物質創造的總和，可透過人類的符號系統被相互學習、分享及傳遞給下一個世代，文化是具有流動性，可透過發生及借用的過程被創新，並為規範人類社會成員各式行為的準則 (Lenkeit，2012)。由考古學的證據，原住民的祖先移入台灣至少已有六千五百年 (劉益昌，2002)，各原住民族皆發展出各自的文化，並依循自己的文化模式生活在族群所屬的領域範圍內，直至晚近殖民者入侵後，原住民族文化才開始產生劇烈的質變。在受到殖民統治前的原住民族，多以部落 (或社) 為單位，在社會組織的運作上保有很高的主體性，雖然大部份的族群在社會分工作並不明顯，但是部落的成員在家族、氏族與親族的認同基礎上，形成一個緊密的社會團體，同時透過各種儀式、禁忌及信仰規範個人的社會角

色及社會位置，使整個社會團體的運作井然有序，雖然原住民的傳統習慣沒有當代主流法律理論中的法實證主義，但卻有著與實訂法類似的規範及制裁功能，故欲了解司法正義是否存在及如何在原住民的日常生活中被實踐，必需採用文化相對論 (cultural relativism) 的觀點，針對原住民族的儀式、禁忌及信仰做一整體性 (holistic) 的分析。

地方性道德世界 (local moral worlds) 觀是人類社會的社會事實，其不僅影響人類的認知過程，且被實踐在人類一系列實際的生活 (命) 經驗中，值得注意的是，這些經驗是社會成員在特定的情境下建構出來的，具有其特殊性，且可被大部份社會成員了解。地方性道德世界觀會影響一個人類社會的政治與社會組成及社會關係，尤其是社會成員間競爭及協商的行為；換言之，地方性道德世界觀不是一個獨立存在於人類社會中的組成，它會與其他的社會組成，如宗教信仰、政治、經濟及親屬關係等，產生交互作用，並可透過語言符號、人對美感的喜好、親屬系統、宗教儀式、情感的律動及常識將所有的社會成員凝聚為一體 (Kleinman, 1992)。因此，透過研究地方性道德世界觀，可了解人類社會如何透過特定的社會機制，規訓社會成員的思想及行為，藉以維持社會和諧與秩序。

本文以賽夏族為例子，藉由分析賽夏族的神話故事及社會組織運作，了解賽夏族人的地方性道德世界觀及其如何被實踐在賽夏族的社會體制中，用來維持賽夏族的社會和諧與秩序，藉此了解賽夏族傳統習慣如何與當代的司法正義結合，並應用於解決當代賽夏族社會在面對國家法律時，所面臨社會與程序不正義的問題。

貳、賽夏族族群分佈與概說

依行政院原住民族委員會 2011 年統計，賽夏族人口總數約為 6019 人，主要分佈在新竹縣五峰鄉、苗栗縣南庄鄉及獅潭鄉，依其地理分佈分為南北二群，北群主要居住於新竹縣境內，南群則主要居住在苗栗縣境內，在政治身份認定上，北群屬山地原住民，南群屬平地原住民。

「賽夏族」之族稱首次正式出現於官方記錄中，應追溯至 1911 年日本總督府所出版之英文版《理番概要》，雖然 1913 年所出版之日本版《理番概要》將賽夏族刪除，雖然日本總督府仍在官方文件中保留「賽夏族」之名，但賽夏族之族群地位一直要到 1917 年小島由道出版《蕃族慣習調查報告書》後才完全被確立 (賴盈秀, 2004)。但早在日本總督府確立賽夏族之族群身份前，賽夏族即自稱 Saysia，意指「人」的意思，換言之，賽夏族的族群認同早在官方認定前即已確立，而這樣的自我認同機制可由各種的祭典儀式的內容看出，例如 pastaay (矮靈祭) 的舉行本身即是一個族群認同的過程，在儀式舉行的過程中，賽夏族人跨越血緣和地域的界限，連結不同的社及氏族，共同完成所有的儀式內容 (鄭依憶, 2004)，且矮靈祭祭歌的內容又體現族群的集體記憶 (胡台麗, 1995)，故在這個集體動作的過程中「賽夏族」成為一個認同的符號，使得「我群」及「他群」的界限浮現。

賽夏族的社會團體主要可分為兩種：氏族與社，而這兩者的運作皆採長老的合議制，各氏族的長老僅管理自己氏族中之事務，而當社有重要事務需要裁決時，就由各氏族長老共同討論與決定 (台灣總督府臨時台灣舊慣調查會, 1998)。賽夏族的社會結構為典型的父系氏族社會，氏族不僅是部落的基本組成單位，亦是社會行動單位，現存賽夏族的氏族共有十四個，每個氏族有其氏族名，氏族名之由來與自然界中的事物有關，且每一氏族皆有對應之漢姓，而漢姓之起源來自

於 1826 年清治時期的賜姓所致 (表一)。同氏族成員間禁止通婚，每個氏族除了各自舉行祖靈祭外，不同的氏族都世襲特定的儀式的祭司權，如朱姓負責矮靈祭、潘姓負責祈天祭、豆姓負責敵首祭等。

表一、賽夏族現存氏族表 (林修澈，2000)¹

氏族名	漢姓	譯 意
titijun	朱	雞母珠，為製作婦女及小孩首飾的珍貴材料
tautauwazai	豆	土豆
babai	風	風
sharawan	錢 (潘)	樹枝交錯
hajawan	夏	住在太陽落下 (西方) 的人
kaibaibao	高	住在高地的人
kamurarae	詹	蟬
karakaran	解	螃蟹
minrakesh	樟	樟樹
tanojarar	日	太陽
bubutol	胡	狐狸
Kas'amus	根	樹根
Tat'isi	絲	譯意不明 ²
sainasu	芎	九芎樹

參、賽夏族口傳神話中的道德世界觀

賽夏族擁有豐富的口傳神話故事，其內容包括了族群的起源、宗教信仰、奇人奇事、人獸變形及動物故事等 (朱鳳生，2005)，透過文本的分析，這些神話故事成為了解賽夏族人在我族 (ego) 建構、族群關係、社會組織與族群人格的模板，有助於外者認識賽夏族人的地方性道德世界觀。

在我族建構方面，賽夏族的創世神話指出其起源與上古世紀的大洪水與名為歐僕•那窩翁的神仙有關：

大水來時，有一個男子坐在織布機的機筒上隨波漂流，保住了一命。他隨著洪水漂流到西留比亞山邊。西留比亞山腳下，有一位神仙名叫歐僕•那窩翁。他一見到這男子就將他捉住，打算犧牲他來拯救即將滅絕的人類，所以將這個倖存的男子殺死，切成一塊一塊，而這些被分割成一塊塊的肉，都重新變為一個個活蹦亂跳的人。仙人把這些人命名為賽夏族，也就是今日賽夏族的祖先。仙人再將腸子剝碎，投入水中，碎碎的腸子也化成人類，成為漢人的祖先。接著，仙人再將頭骨搗碎投入水裡，堅硬的頭骨碎片化成了倔強無比的泰雅族人；最後，仙人將肝、膽、心臟等器官投入水中，這些內臟也都化為人類，只是無法得知他們最後流落到何處，屬於什麼種族了 (朱鳳生，2005)。

¹ 賽夏族另有六個古姓已絕嗣：膜、柴 (木)、門、血、獅、saikaro。

² 可能為一種紫色染料 (賴盈秀，2004)。

賽夏族的創世洪水神話體現了其世界觀與族群邊界，全世界之人類起源自於一個共祖，而後再分為「我族」及「異族」，透過神話的隱喻，「我族」及「異族」的邊界是十分清晰，而神話中所提及具有名稱的二個民族（漢人及泰雅族）則反應了賽夏族在所處地域中與「異族」的接觸經驗；值得注意的是，在比較神話中，賽夏族人對漢人及泰雅族的敘述，泰雅族被賽夏族人賦予「倔強無比」的民族特性，而漢人則無，這顯示賽夏族人與「異族」的接觸是有階序性，亦即賽夏族與泰雅族的接觸早於與漢人的接觸，而在賽夏族對於「聖山」的神話中，則明確指出與泰雅族擁有共同的聖山—大霸尖山，甚至稱泰雅族人為「巴巴古」，意指來自形狀類似耳朵岩石的人，即今日大霸尖山，且曾比鄰而居，是故賽夏族與泰雅族共同視大霸尖山為聖山顯示了兩族具有很長的接觸歷史，而長時間接觸的結果亦使得兩族在族群的邊界上產生鬆動的情形，使得文化有採借(diffusion)的現象發生，如賽夏族語言及紋面文化，而土地亦有借用的情形發生（台灣總督府臨時台灣舊慣調查會，1998）。

在族群內部，針對不同的氏族，賽夏族人亦有其神話說明其來源：

太古時發生大洪水，平地變成一片滄海，遂有朱姓的 buronopoi (男) 和 majaop (女) 二兄妹，乘坐織布機，逃到 oponapuron (李頭) 山上去，保全了生命。

可是妹妹抵達山上不久之後便死了，哥哥 buronopoi 的悲傷已極。他抱住妹妹的屍體良久，哭成一個淚人兒。一陣慟哭過後，他把妹妹的屍體搬運到山麓下蓄水清澄的池邊，去把那屍體剝成無數小塊，用 ritsukal 樹的葉子，把它好好地包了起來。然後，他拿起其中一塊，一面禱以：「妹妹啊！如果妳肯安慰這一個寂寞的哥哥，妳就肉化成人吧！」一面將之放在織布機裡，使沉入水中，肉塊竟然立即變成了人。

Buronopoi 大喜，立刻把他拉到岸上來，給他一個「taunai」的名字，並使姓「豆」。接著，他又讓一塊肉，同樣地在唸咒之下沉入水中，又同樣地出來一個人，他以「taraborai」名之，並使姓「日」。繼之，他又如法泡製，獲得 arokari (風姓)、teorin (鍾姓)、tamaousha (士姓)、rumoete (高姓)、taenbajai (蟹姓)、rokiroku (錢姓) 和 taenbajen (夏姓) 等人。可是，再接下去就不靈了，悉歸失敗。

又過不久之後，buronopoi 在森林裡走來走去的時候，赫然發現地上有芋頭的皮散落著，知道附近一定有人，於是四方尋找，結果是果然發現一個男人，所以也就把他帶回去，讓他同居一地，並使姓「狐」。至此，我社的基礎已成（林修澈，2000：70）。

與族群起源十分類似地，賽夏族氏族的分化與組成也始於史前大洪水發生之時，大部份的氏族起源於同一始祖—「朱」姓 majaop，該氏族為賽夏族神話中最早的氏族，豆、日、風、鍾、士、高、蟹、錢及夏等氏族則皆系出於「朱」姓；此外，值得注意的是「狐」姓氏族，在神話中，這個氏族為外來者，並不直接系出於賽夏族的始祖，在神話中「狐」姓氏族與賽夏族在生活領域上具有重疊性，被賽夏族視為我族的一支，故賽夏族在我群的邊界上是具有流動性，血緣並不是認定我群唯一的依據，共同的生活地域亦認定我群的標準之一，而以血緣及生活地域來定義我群邊界的情形，也普遍存於其他的神話故事中，如「播種祭的由來」與「達候斯家族」等（朱鳳生，2005）。

而賽夏族氏族合議制的社會組織運作，亦可由神話看出，例如在「地名『巴巴拉燕』的由來」的故事中，泰雅族為出草而與賽夏族人發生誤會，結果賽夏族人仍需經過各氏族討論後，才採取相對應的作為：

這些〔泰雅族〕壯丁是想把客籍女孩作為獵首的對象，那知卻嚇壞了賽夏姑娘，於是大家便決定打退堂鼓回家了。賽夏族姑娘一回到家裡就把這件事稟告父母。由於賽夏族是合議制的族群，各宗姓經過熱烈的討論後，認為此事非同小可，於是請來了首位嫁入賽夏族的泰雅族姑奶耆老來仲裁（朱鳳生，2005：35）。

而在族內如發生糾紛，亦需經過族中長老的協調，進行和解的動作，例如在「達印與老樟樹」的故事中，賽夏族人因狩獵而誤傷鄰居之兒子，經族內長老協調後，需賠償鄰人牛以解決紛爭：

拉嘿從容不迫地把箭射到類似動物黑影的方向去，射了三次，箭無虛發，但從樹林傳來的竟是人撕裂了喉嚨般的慘叫聲，往前一看才知道射到的不是山豬而是鄰居卡累的儿子把細。把細的血流如注，四肢顫動著，一副奄奄一息的樣子。原來，他在身上披著山豬的外皮，好像是在守候獵物的來臨。經過急救，把細最後還是檢回了一條命。這樁誤射事經過族中長老協調以後決定：拉嘿須賠償六頭牛，宰殺五條豬宴請部落同胞，這個紛爭才得止息（朱鳳生，2005：50）。

值得注意的是，在賽夏族中，對於族內爭端的解決，不僅止於涉入爭端的者，引起爭端者，在族中長老協調下，仍需對族眾負責，例如上述例子中，引發爭端者除賠償受害者外，仍需宰殺五條豬宴請部落同胞，所有的紛爭才能完全平息。

在傳統上，賽夏族具其社會文化機制確保社會運作，例如在矮靈祭由來的傳說中，可發現賽夏族人為維持社會和諧與秩序所衍生出的身體規訓。

矮人們性好色，與賽夏族人一起歌舞娛樂時，屢屢趁機調戲賽夏族婦女，由於矮人善於隱身術，賽夏族人即使吃了虧，也無法繼續追查下去。祭典結束後，不少賽夏族婦女紛紛懷孕，腹部隆起，族人才知道婦女被玷污的事實，不過，賽夏族雖然憎惡矮人的行為，但礙於矮人們強大的力量與巫術，以及長老們殷殷的勸阻，告誡絕對不許與矮人為敵，大家只好繼續忍氣吞聲（朱鳳生，2005：22-23）。

矮人們調戲賽夏族婦女導致懷孕，犯了賽夏族人男女關係的重大禁忌，對賽夏族人而言，夫妻應盡保持貞操的義務，男女婚後嚴禁重婚或發生婚外情，如發生上述情形，可要求離婚及賠償，而家族也會因此蒙羞，甚至重婚或婚外情懷孕所生的私生子，會遭致棄養或被暗地殺死（台灣總督府臨時台灣舊慣調查會，1998），而這些皆顯示出賽夏族人對二性所扮演的社會角色與分工自古即有其明確的定義，而對於違反這些規範者，則訂有身體政治（body politics）藉由各種的處罰維持整個社會的秩序。此外，賽夏族利用社會位置的階序約束其成員行為，避免個人行為危及族眾的生命，而在上述的故事中可看出，賽夏族的長者在阻止其成員對矮靈進行報復上扮演決定性的角色，而年輕的族眾因受到族中身體政治的規訓，則沒有對矮人進行報復性的行為。

矮靈祭的祭歌具有其多重的意義，其內容不僅在於表達對謀殺矮人的贖罪之情，亦包括了賽夏族人對先人思慕及為人處世的訓勉（胡台麗，1995），例如第三首祭歌：

話話黃藤之韻

凡事不疾不徐

有事慢慢說

有事好好解決

如此才能深入探討就如同煮飯

就如同溝通與協商（朱鳳生，2005：80）

祭歌中的黃藤為堅忍不拔的隱喻，意指賽夏族人不畏艱難在困苦環境中求生存之韌性，而為求生存，族人做事必需穩健踏實（凡事不疾不徐），且要避免差錯（有事慢慢說），凡事要深入探討如同用慢火煮飯才不會燒焦（如此才能深入探討就如同煮飯），且需經過族人溝通與協商再下決定（就如同溝通與協商）。而第四首祭歌：

話說箭竹之韻
 小鳥飛走了
 小鳥遠離我們飛走了
 我們要相互照顧
 彼此不要互相攻訐
 攜手合作如同一家
 食物要分享不要吝嗇（朱鳳生，2005：80）

竹子與賽夏族人的生活習習相關，許多生活用具及家屋皆以竹製成，且賽夏族人會在家周圍種植竹子，以供使用，是故竹子即象徵賽夏族人，而在本段祭歌中，說明在矮靈離開後（小鳥飛走了，小鳥遠離我們飛走了）³，賽夏族人必需要團結合作且相互照顧如同一家人，並要不吝於分享食物，而上述存在於祭歌中的族群意識及認同，透過矮靈祭這種跨血緣的地域性活動所創造出的神聖空間與時間傳達給族眾（鄭依憶，2004），強化了賽夏族身體政治對其成員的規訓，對社會秩序及和諧的維持具有穩定的功能。

而在賽夏族神話中，有許多人幻化為動物的故事，例如「人變猴的傳說」、「穿山甲的祖先」、「老鷹的祖先」、「鳶的祖先」及「懶女孩變鳶鳥」等，這些故事中所提及變成動物的賽夏族人，皆與懶惰有關，例如「穿山甲的祖先」：

從前有一位很任性的少年名叫阿孟，每天早晨都會賴床起不來，家人很為他擔心。一日，父親又叫他起床，在搖醒他的時候，他大發脾氣，把整個身體捲起來躲進床底，接著又地面上挖個洞藏身，說什麼也不出來。之後，他就變成一隻穿山甲逃之夭夭了！（朱鳳生，2005：56）

這類人幻化為動物的故事，隱含了懶惰者非我族類的意義，亦體現了賽夏族人為求在所居住的環境中生存下來，必需不斷也從事生產之工作，否則糧食不足很可能為族群帶來生存的危機，為避免滅族的危機，家人（同一氏族者）及生活在同一地域的族人必需充分合作，從事各項生產的工作，而不事生產的懶惰者，自然被視為危及族群生存者，無法被賽夏族社會接納，乃至於失去其社會位置與社會角色，成為非「人」⁴。

肆、賽夏族的社會體制與地方性道德世界觀的實踐

賽夏族的血緣和地域關係形塑了地方性道德世界觀，連帶影響其社會體制的運作，以財產中的土地為例，以血緣為基礎的氏族成員，在我群認同的基礎上，共同擁有土地與支配土地的使用方式，即土地不專屬氏族中的任何人，氏族成員在不妨害其他成員使用的前提下，都可以使用屬於該氏族的土地。在土地的管理上，氏族的族長負有管理之責，氏族成員則負有保護氏族公有地

³ 在口傳神話中，矮黑人曾教導賽夏族人農耕技術，而當矮人殺後，僥倖存活的矮人在離開時曾詛咒賽夏族人將面臨年年天災人禍，作物獵物歉收（台灣總督府臨時台灣舊慣調查會，1998）。

⁴ Saisyiat（賽夏）原指人的意思，故賽夏族人稱自己為人。

的義務；而在土地使用方面，氏族成員可公有地上耕作、狩獵、居住、開路、採伐竹木與開採可作為交換品的天然產物（如樟腦）；而公有地借予他者所獲得的利益皆屬於氏族，例如當漢人進入氏族土地開採樟腦，必需每月繳交山工銀給地主的氏族團體，族長取其中一部分，剩餘的部分則分配給團體內的每一個人；對於土地的處分則必需經過團員或氏族內各家的家長協議後，方可決定土地的處分方式，而這種土地處分的方式也反應了賽夏族各氏族在處理公共事務上具有合議制的特性。值得注意的是，由於受到日本殖民統治的影響，尤其是開始以耕種水田做為家戶的經濟生產方式後，遂造成了土地私有制度的興起。

氏族團體除了為賽夏族人社會制度運作最基本的單位，亦為賽夏族人基本認同的界限，由神話傳說中可看出自各氏族出現後，每個氏族皆開始有祖先的神話故事的產生，例如日姓與射日傳說，在供奉祖靈及神靈亦有所不同，如解姓供奉 sorow，在各項祭典上，氏族的分工亦不同，如朱姓為矮靈祭的主祭，潘、錢、根姓為祈天祭的主祭，各氏族長管轄之權只限於本氏族內部，這些皆說明氏族在賽夏族社會體制中扮演舉足輕重的地位（賴盈秀，2004）。進一步探討氏族關係的效力可發現有以下幾點特性：

1. 氏族團體皆為同姓（‘aehae’ sinraho），同氏族男女不論居於何地，皆為禁婚對象。
2. 同氏族者共同舉行祖靈祭（pasvake），但因地理位置隔離或發生仇敵關係時，則分別舉行，一旦分開的祭舉行祖靈祭，則不再合併。
3. 氏族共同擁有土地所有權，父親死後兄弟分割財產並不分割土地，土地永久屬於氏族共同所有。
4. 同一氏族成員有互相服喪的義務。
5. 同一氏族成員有互相扶養的義務。
6. 氏族間有共同攻守的義務。
7. 父母及氏族的尊長有養育及監督卑幼的權利和義務。

值得注意的是，其中第 5、6 項氏族關係的效力，可延伸至同社及攻守同盟的其他氏族的成員上，例如收養的習慣普遍存於不同的氏族間，尤其是姻親之間。

賽夏族的地方性道德世界觀亦普遍可見於族人對犯罪的制裁上，對賽夏族人而言，不論是故意或是過失，一旦對他人的名譽、財產及身體有侵害的情形發生，或是違反傳統慣例，都必需對被害人及族眾負責，接受相當的制裁。以「達印與老樟樹」的神話故事為例，加害者被判賠償六頭牛給受害者，同時必需殺五頭豬宴請部落族眾，才算完成和解的動作。事實上，賽夏族對於犯罪者的制裁主要可分為頭目懲戒、族眾的排斥及贖財等。在頭目的懲戒部份，頭目可以對罪行較輕的犯罪者進行責罵，犯行重者，則可施以毆打、揪頭髮、蹴踏等體罪，但是不能予以殺害。族眾的排斥主要發生於頑惡且屢次冒犯族中禁忌者，或是酗酒糾纏他人者，族眾會事先商議在某些場合予以毆打，如仍不知悔改者，則會受到族眾的排斥，不讓其參與族中事務，如狩獵及宴飲，而這種對犯罪者進行社會排除的現象，亦可在人幻化為動物的神話中發現，這些變為動物的賽夏族人，皆犯了族中的禁忌（如懶惰），且屢勸不聽，故最後成為非我族類，無法族人生活一起。最後，在贖財方面，犯罪者必需對受害者提出酒肉（亦可用金錢或家畜代替）以示和解，受害者在收到贖罪的酒肉後，必需分給族眾食盡，如贖額較少時，則由受害者及相關的頭目與長老食盡，若是收到金錢時，並不由受害者收受，而是換成酒肉分給眾人，而賽夏族常見的犯罪及制裁見於表二。

表二、賽夏族主要之犯罪項目及制裁判

犯罪項目 \ 制裁	頭目的懲戒	族眾的排斥	贖財	其他
竊盜	✓	✓	✓	贓物歸還
殺人			✓	
傷害	✓		✓	
縱火			✓	
通姦			✓	可殺傷姦夫、姦婦，但未曾有人使用此權力

賽夏族的社會組織中並無專門解決族人間爭端的裁判機構，輕微的爭議事件，往往不需要請人仲介，兩造即可和解，但如遇較具爭議的事件，即需仰賴族中有權勢的長老進行仲裁解決，而這種以有權者透過協商來解決爭端的模式亦可在矮靈祭第三首祭歌中看出，祭歌以慢火煮飯為比喻，要求族人在進行各項協商時務必謹慎，經再三評估後再下決定。在仲裁的過程中，賽夏族長老扮演十分重要的角色，而在矮靈祭由來的神話中，亦可看出長老在決定族內重大事務時，例如是否報復矮人對婦女的侵犯，具有很大的權威，同樣地，在解決族內重大爭議時，長老們的合議制度，確實有穩定社會秩序與和諧的功能，而長老合議制度的權力則在第四首矮靈祭歌中表露無遺，而這種權力的建構，透過矮靈祭所營造出的神聖空間與時間被強化，進而成為規訓賽夏族人行為力量的來源。

而賽夏族在「社」(asang) 的組織與運作則深受血緣及地域二個因素的影響，社的規模，在與清朝統治之前，由二至六個家戶組成，各社常以分水嶺或溪流做為界限，社的領域與氏族的領域並不一致，有的社內包含了多個氏族，有的則一個氏族橫跨數個社。但不論為何種組成型態的社，居住在同一社內者，不論氏族的異同皆受到社的管轄，而這個現象，亦可由「地名『巴巴拉燕』的由來」的故事中看出，社中不同氏族長老共同決定解決問題的策略，雖然賽夏族人分屬不同的氏族，但在氏族起源的神話中，各氏族皆源自於一共祖，故所有氏族同屬一個我群當中，故在面對「他者」時，處於同一地域中的氏族，自然結合為一「我族」，透過合議的方式，尋求族群最大的利益。在族眾的遷移方面，若因結婚、收養及移居等因素，移居到不同的社時，必需獲得移出入兩方的家長 (kamymiyarawa'ka taw'an) 的同意，在清朝統治時期，則必需獲得新舊社中頭目的許可下，方可取得在新移居社的身份，而舊社的身份在取得新社的身份後喪失。

賽夏族的合議制度在清治時期發生重大的改變，為方便管理各社，清政府開始在各社中選取最有勢力的氏族族長為土目 (taehoeki')，而在日治時期，則延用清朝之制度，但將土目的名稱改為頭目，並賦予頭目管轄社的權力，對內，頭目可以差使社中成員，並可藉由責罵、罰款或毆打懲罰社中不服從其管轄者，如懲處涉及兩位頭目時，則由兩人協議處斷之；對外，頭目代表其社面對政府，社中成員觸犯政府禁令時，頭目必需負其責。

同屬一流域的社，會結合成一團體，稱為 'aehae'ba:la (共同流域)，而數個共同流域會形成攻守同盟 ('aehae' kaphaehazaban 或 'aehae' kappapanae'an)⁵，再由組成同盟的各社中，選取最

⁵ haehazab 意指相刺，而 papanae' 為相射之意，兩者皆為戰鬥之意。

有勢力的頭目擔任總頭目，所有賽夏族之社分為南、北兩個攻守同盟，北攻守同盟含新竹縣境內的社，南攻守同盟則包含苗栗縣境內的社。在攻守同盟的運作上，賽夏族人與敵開戰前，同盟的各社會事先召開會議討論是否開戰，會議的召開由總頭目負責，由其負責決定開會日期和議程後，通知聯盟各社的頭目與會立，在會議舉行當日，由各頭目率領部落成員與會，但只有頭目具發言權，在討論過程中如有意見不一致的情形發生且無法立即達成共識時，會再另舉行會議協商，直至達成共識為止。一旦達成開戰共識，聯盟所屬各社均有參加戰鬥的義務。

伍、結語

雖然傳統賽夏族的社會結構中並無一特定的機構審理司法案件，然而這並不代表賽夏族人沒有司法正義之概念，本文透過分析神話故事及日常生活的實踐，發現地方性道德世界觀的存在，依循這些觀念，賽夏族人建立特定的社會機制維持社會的秩序與和諧，而這些機制的存在體現了賽夏族人對於司法正義的意識，儘管不像當代社會具有特定機構及國家法律落實司法正義，但所謂的社會正義及程序正義的觀念，自古以來透過各種儀式及生活的實踐，確實影響賽夏族人的行為，使得整個賽夏族社會形成一個如有機體般的單位，穩定與和諧的運作，一直到晚近國家力量的介入這種運作模式才有重大的改變。

由賽夏族流傳的神話可發現，賽夏族的地方性道德世界觀建立在血緣及地域認同上，由於所有氏族源自於一共同祖，使得賽夏族人在「我群」及「他者」的界限上不會混淆，是故在處理族群對外的爭議上有其機制，以社為單位而形成流域攻守同盟即為一典型的例子，雖然各社的組成中含括了不同的氏族，但以長老為中心的合議制度促使各社中的氏族連結成一個緊密的團體，共同面對因「他者」的入侵所引發的問題，追求族群最大的共同利益及生存權益。而在氏族間，因血緣的關係，各自成一個氏族團體，由氏族起源的神話可知，賽夏族自共同祖以降，衍生出不同的氏族團體，這些氏族團體不僅是獨立祭祀單位，亦是族中政治經濟活動的單位，各氏族族長具有很高的權威，氏族長老透過合議制度商議及裁判解決氏族成員間的糾紛，不同氏族長老不能介入其他氏族內的事務。所以，賽夏族依其地方性道德世界觀所建立起來血緣性及地域地社會團體，成為族群解決不同層次爭議的社會機制，其功能一方面在於穩定族群內部的秩序與穩定，另一方則在於解決與外族所發生的爭端。

對於族內犯罪行為的處置上，賽夏族具有一套兼顧社會正義及程序正義的制度，頭目的懲戒、族眾的排斥與贖財是常見的裁判結果，其中又以贖財最普遍，可見於各種犯罪行為的處置上，值得注意的是，這些處置不僅發生涉及案件的兩造，在族眾的排斥及贖財發生的情況下，整個社中的成員皆參與其中，使得犯罪行為的處置成為社中的公共事務，事實上，這種現象體現了賽夏族自古以來的我群認同標準是建構在血緣及地域上，是故族眾皆有遵守地方性道德的義務，對於違反地方性道德者，則眾人皆有參與處置之權利，所以傳統賽夏族社會已具公民社會的精神，然而這樣的傳統，卻在近代國家力量進入後，被國家法律所取代，但是國家法律是否具有賽夏族文化敏感度及符合族群社會及程序正義的原則，這仍是未來必需再進行深入討論的，尤其是族眾參與的合議式度制，應在裁判犯罪的行為上，適度地被納入國家的現有的機制內，亦即考慮未來法院在審理各項案件時，可參考賽夏社會文化的特性，組成長老顧問團，俾以提供建議，協助法院公平、公正及合理審理各項案件，保障族人權益。

爲使賽夏族人的權利獲得合理之保障，當代國家的法律應積極思考納入地方性道德世界觀，本文藉由分析賽夏族神話、口傳歷史及社會體制發現，雖然賽夏族無類似當代國家的司法機構，但自古即有一套符合社會及程序正義的社會機制，負責維持社會秩序及穩定，這套以血緣與地域結合的機制，在過去千百年來一直被賽夏族人遵行與實踐，直至當代國家力量進入後，才被取代之，然而如何使當代國家法律制度在面對原住民族問題時能真正符合公平正義的原則，國家應本著多元文化的精神，落實「中華民國憲法」增修條文第 10 條所規定，依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，在實際的作法上可包括：

1. 設置具有文化敏感度的原住民族法庭，審理與裁判原住民族之法律問題。
2. 訂定原住民族司法及法律人員的任用資格及辦法，並極積培養相關之專業人員，且於其養成教育中，開設族群關係與民族文化相關課程，使其在進行裁判過程中能具備原住民族文化敏感度。
3. 針對不同的原住民族，在法院審理案件時，適當納入族群的社會裁判機制，如賽夏族長老的合議制度，協助法院進行符合社會及程序正義的判決。

台灣爲一多元族群的國家，是故在追求司法正義的前提下，針對原住民族，確實有必要在目前的司法制度內進行適當的改革，避免法律的歧視造成原住民族人權的損害。

參考文獻

- 台灣總督府臨時台灣舊慣調查會（中央研究院民族學研究所編譯）。1998。《番族慣習調查報告書第三卷：賽夏族》。台北：中央研究院民族學研究所。
- 朱鳳生。2005。《賽夏族神話故事及習俗》。新竹：新竹縣文化局。
- 林修澈。2000。《台灣原住民史：賽夏族史篇》。南投：台灣省文獻委員會。
- 胡台麗。1995。〈賽夏矮人祭歌舞祭儀的「疊影」現象〉《中央研究院民族學研究所集刊》79期，頁1-44。
- 森丑之助（楊南群譯）。2012。生蕃行腳：森丑之助的台灣探險。台北：遠流。
- 雅柏甦詠·博伊哲努。2007。〈聯合國原住民族權利宣言與台灣原住民族權利保障〉《台灣原住民研究論叢》2期，頁141-168。
- 劉益昌。2002。《台灣原住民史：史前篇》。南投：台灣省文獻委員會。
- 蔡志偉。2011。〈從客體到主體：台灣原住民族法制與權利的發展〉《台大法學論叢》40卷，Special Issue，頁1499-1550。
- 鄭依憶。2004。《儀式、社會與族群：向天湖賽夏族的兩個研究》。台北：允晨文化。
- 賴盈秀。2004。《誰是賽夏族》。台北：向日葵文化。
- Kleinman, Arthur. 1992. "Pain and Resistance: The Delegitimation and Relegitimation of Local Worlds," in Mary-Jo Delvecchio Good et al., ed. Pain as Human Experience: an Anthropological Perspective, pp. 169-197. Berkeley: University of California Press.
- Lenkeit, Roberta Edwards. 2012. *Introducing Cultural Anthropology*. New York: McGraw-Hill.

「原住民族傳統司法正義」：以排灣族為例

童春發 (masegeseg zengrir, gadu)

國立東華大學語言與傳播學系教授

摘要

在沒有文字書寫的社會環境裡，排灣族格外重視語言文化的意義並充分運用象徵符號的功能。規範語言的運用是為建立一個健康的人格互動關係，是為建構個人思維與生活品質、人與人、人與親屬、人與部落、人與社會及人與大自然的正義關係。象徵符號的運用是為表示全責與規範、價值與權益的認定、相互信認及彼此保守的目的。

禁忌不是迷信而是內在約制與生活規範的指標。具有宗教性與社會倫理要求，更是人與大地融合的規律。從孕育生命開始到人結束世上生活的過程，無不與禁忌有關；人與土地和自然生態的互動關係也都受各種禁忌的約制；人間與屬靈世界的關係，是透過各種嚴謹的祭禮建立心靈的尺度和社會次序。

分擔與分享是部落集體意識與文化認同的指標之一。這不僅成為好男人好女人的基本課程，更是部落祥和、長者受服務與尊敬、小孩受長者的呵護的定律。在分擔與分享的文化場域裡，其價值思維是有缺口的圓。這個缺口不叫做遺憾而是為每一個生命留下空間來參與並發揮才華。

排灣族的社會履行封建貴族制度，是自然責任的分配與保全生命的法則。核心貴族家庭掌管土地及自然資源、凝聚部落維護秩序並眷顧孤兒寡婦。人民使用土地生產糧食、命名土地立定自然資源方位、分享所獲與核心貴族家庭。祭司與靈媒者共同治理精神與心靈問題、維護傳遞生命禮俗與歲時祭禮各種規律。封建貴族制度下，如果貴族核心家庭成員與庶民結婚會遷動下一代的名份，即貴族名分等級向下相反的庶民向上。

傳統的排灣族社會裡，部落與部落之間有所謂仲裁者，他是兩個部落所共同信任的人。問題的認定、語言的調和及贖罪方式都有社會共同的認知。酒、雞隻、豬、獵物等都是贖罪物，但更重要是誠心認錯與賠罪的作為。

家與人的命名是受家族和社會的規範。家有家規，部落有部落社會的制度與系統的規律。如果亂了序，如隨便命名、佩帶頭飾就得受部落貴族家庭的糾正和社會的議論。

本文將分別提出有關排灣族的語言功能、社會倫理：權力與責任/好男人與好女人、生命觀：生命禮俗與歲時祭禮、土地倫理與命名、心靈的尺度與祭司和巫師、「約」的概念、集體意識與文化認同及所謂有缺口的圓。

關鍵字：正義、禁忌、封建貴族制度、命名、仲裁者、約、有缺口的圓

序言

東華大學原住民族學院曾經辦理過兩屆有關「原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會」，期中有十三場次是由原住民族的學者提出研究報告。在這些研究報告中有兩篇是專論排灣族的傳統習慣規範與國家法制的關係，其中是高德義教授「重拾被放逐的傳統：排灣族習慣法與國家法的衝突與融和」與蔡穎芳教授「繼承自制？—自排灣族的觀點出發」。兩篇的內非常豐富，評論者也提供極為有建設性的觀點。

從現在的實況環境來研究討論有關原住民習慣規範與國家法，特別是與民事實體法的層次，答案是彼此相衝突、糾紛連連。蔡明誠教授的「原住民族財產權之性質、保護方式及內容之初探」一文中指出我國的民法已經有修正條文，然而仍然需要中長程規劃保護那些有價值的原住民習慣規範。這意味着要發時間建構各族群的傳統習慣規範是必要的，建構傳統習慣規範資料庫是重要過程。

自己不是法學領域，所以本報告是整理文獻所記錄的習慣規範及處理狀況的記錄做整理。試圖將片斷的文獻記錄做剪貼方式拼湊，然後從語言文化的層面及核心家庭的認知詮釋習慣規範意義。

在外來的政治治理之前，沒有所謂排灣族統一的政體。排灣族是以 mamazangiljan（核心）家為中心的土地及人民團體，其社會的形態實質上與專制王國同一形態：有一定領域及人民，以及統治此兩者的世襲 mamazangiljan（核心）家。該統治權係頭目家固有的純粹主權。

在沒有文字書寫的社會環境裡，排灣族格外重視語言文化的意義並充分運用象徵符號的功能。規範語言的運用是為建立一個健康的人格互動關係，是為建構個人思維與生活品質、人與人、人與親屬、人與部落、人與社會及人與大自然的正義關係。象徵符號的運用是為表示全責與規範、價值與權益的認定、相互信認及彼此保守的目的。排灣族的語言功能、社會倫理：權力與責任/好男人與好女人、生命觀：生命禮俗與歲時祭禮、土地倫理與命名、心靈的尺度與祭司和巫師、「約」的概念、集體意識與文化認同及所謂有缺口的圓。

本文是將從三個面向來討論「排灣族傳統司法正義」之議題。首先是排灣族「區域社會」觀念。其次是維護「區域社會」的法制狀態。其三是有關「罪」與「罰」的觀念。最後是從排灣族的人觀詮釋「傳統習慣規範中的犯錯與刑罰正義」的整體意義。

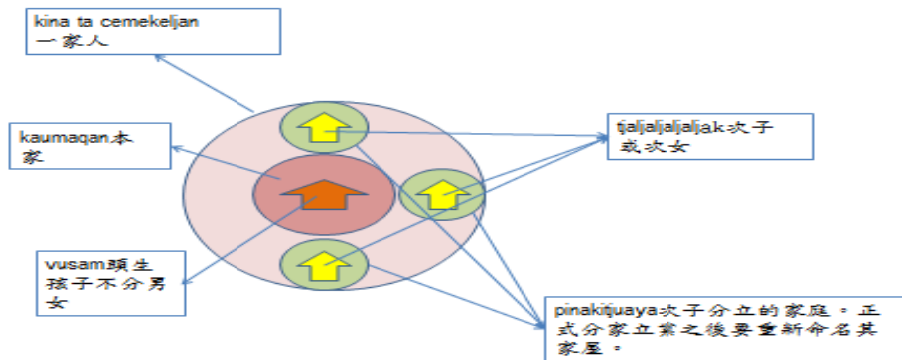
一、排灣族「區域社會」的觀念

在排灣族的傳統社會中，有些概念需要我們去認識並多方瞭解彼此的關係及對其區域性社會正義的意義。

（一）umaq 家

umaq（家）、qinaljan（部落）與區域認同是不能分割的關係。做為排灣族的人要有三個家的認知，既自己的家、部落的家和大自然的家。一個家庭的事也是部落的事；人民的事是當權 mamazangiljan 的事；而權力核心更需要人民的力量和支援。所以分擔與分享、相互體恤變成社

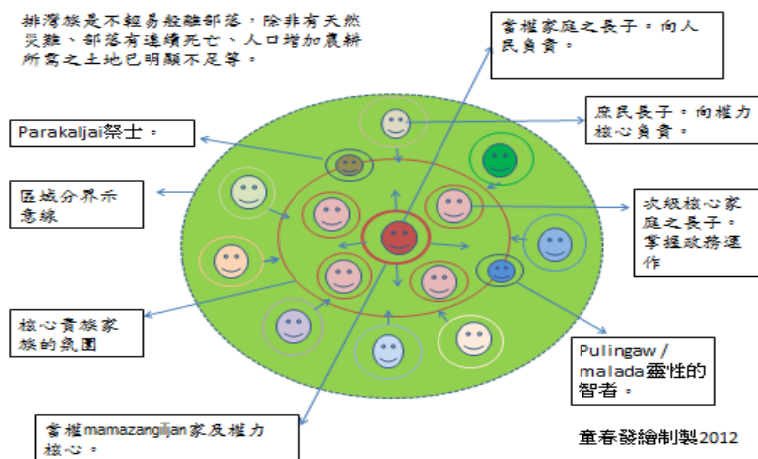
會的核心價值，而且以「長子」做為安定家與部落社會的保障。基於此，每一個家庭的成員要向本家負責，要以本家的榮辱為念來成長。相對與此的是部落的榮譽感從小就要養成，尤其是對長者與軟弱的人之關懷。



童春發繪圖2012

(二) vusam 群的集體意識與文化認同

排灣族區域政體的概念是涉及當權者的勢力範圍。區域內的政治運作是採取會議制，由當權 mamazangiljan 家庭的長子為中心。部落重要事物由當權長子召集各次級 mamazangiljan 的長子、庶民各家庭的長子及部落長者們會議討論並決議相關部落重要事物、共同經營管理自然資源。在這樣的架構下另外設立了 malada / pulingaw 負責心靈的健康和各種祭儀，由 parakaljai (祭司) 掌理公共的禮俗及少男訓練中心，稱之為 cakar。至於少女的成長，家是她們永遠的學校。(參考下圖)



童春發繪製2012

vusam 群的集體意識衍生封建貴族的社會體制，也就是王族概念的自治制度。它本身具備了疆域、軍士、宗教、教育、對外公關、經濟及習慣規範等相關制度。這樣的制度提供社會正常有循序的人與人、人與社會、人與自然環境及人與祖靈和造物者的平衡關係。除此之外，這樣的社會環境也營造了創作文化的穩定基礎和彼此修復關係的約束。有了穩固的社會環境來發展精緻的文化，使人向內有強而有力的文化認同；向外表現清楚集體意識和文化認同。

二、維護「區域社會」的習慣規範與實施狀況

(一) 生命觀：生命禮俗與歲時祭禮

從孕育生命開始到結束在世上生活的過程，無不與禁忌有關；人與土地和自然生態的互動關係也都受各種禁忌的約制；屬於今世與屬靈世界的關係，是透過各種嚴謹的祭禮建立心靈的尺度和社會次序。

(二) 土地正義：擬人化命名土地的習慣規範

人民使用土地生產糧食、命名土地立定自然資源方位、分享所獲與核心貴族家庭。祭司與靈媒者共同治理精神與心靈問題、維護傳遞生命禮俗與歲時祭禮各種規律，藉以平衡自己的內外、自己與別人、自己與家庭、自己與部落、自己與族靈、造物者及自己與自然環境。

土地命名的制度會因為一個族群對土地的認同與傳統的土地價值概念建立他與土地的關係及對土地的態度。領地與部落概念及命名制度在傳統的排灣族社會裡是核心家庭的特權，然而對所耕種的土地加以命名是使用者本身。對實質在操作土地的庶民來說，地名是特定地理實體的指稱，是一定地域的標誌，地名不僅代表命名物件的空間位置，指明它的類型，而且還常常反映當地的自然地理或人文地理特徵。

從文化的角度上看，地名是排灣族社會經濟文化發展的產物，既有一個時代文化特徵，又具有相對穩定性，能保留較多的歷史資訊，積累深厚的文化，對一個地域文化的研究，應包括對該地域地名的文化研究。同時，從地域形象的角度上看，地名也是一個地域整體形象中，重要的品牌形象識別元素，具有巨大的無形資產價值，研究或設計一個地區形象，離不開對該地區地名的研究與設計。除此之外，這個研究也會就地名的由來、語詞構成、含義、演變、分佈規律、讀寫標準化和功能，以及地名與自然和社會環境之間的關係做詮釋。

(三) 心靈的尺度：祭司、巫師與 lada

雖然 mamazangiljan（核心）對其領地與區域內的人民有強大的權力，但是心靈或精神領域仍然需要靠 pulingaw / malada（靈媒者）與 parakaljai（祭師）掌理。至於領域內的人民對 mamazangiljan（核心）家庭有所不服，只能訴諸於大自然，尤其是大瀑布。因為瀑布是象徵靈力的所在；河川是神靈神聖的路，所以排灣族不得在河口或河床蓋聚落；大地是母親，山頭是神靈的所在。

祭司與巫師是人間與靈界的中間者；是領導中心與庶民之間心靈和精神的平衡者，也是習慣規範的詮釋者之一。禁忌不是迷信而是內在約制與生活習慣規範的指標。具有宗教性與社會倫理要求，更是人與大地融合的規律。

(四) 社會倫理：權力與責任

排灣族的社會是履行封建貴族制度，核心貴族家庭掌管土地及自然資源、凝聚部落維護秩序

並眷顧孤兒寡婦。排灣族的社會結構是家為主體，人為核心的部落自治體。這個自治體涉及兩個社會面向：一是家的面向，另外是部落的面向。無論是部落或是家都建立在一個核心的思維，即 vusam（初生孩子）、matjaljaljak（父母）與 umaq（家）的概念。

部落社會的 vusam（初生孩子）、matjaljaljak（父母）與 umaq（家）概念即所謂的 mamazangiljan（核心家庭）、taqaljaqaljan（庶民）、及部落這個大家庭。在部落為主體的自治環境裡，mamazangiljan（核心家庭）掌理部落人民、自然資源、維護部落社會的安全與秩序。部落的 matjaljaljak（父母）就是庶民，他們經營管理土地，生產糧食供應部落的 vusam（初生孩子）即 mamazangiljan（核心家庭）。

部落的橫向關係是藉由庶民各自自治家庭的 vusam（初生孩子）所連接而成的共同體。庶民雖然是各體的、自主的，也有家族自己內部的縱橫思維，然而必須依附於部落的權力中心。家與家人之間的緊密關係，正是各體家族與部落 mamazangiljan（核心家庭）之關係的意義相稱。這種由家的認同所建立的部落社會無疑是相當堅固的社會體制，正如蜜蜂的社會結構與功能一般。

三、「罪」與「罰」

用現實社會的成文法來詮釋原住民族的習慣規範中對「罪」與「罰」的認知、「道德、法律與戰爭」之定義與案例，不免會產生以下的觀感：原住民的習慣規範是混淆不分、互相混淆、個人發展受到限制等觀感。

在臺灣土著社會中，道德觀念與宗教、刑罰與生活習慣混淆不分。其善惡、是非與吉凶禍福觀念也互相混淆。大體說來，消極的抑制觀念，多於積極的砥礪觀念。個人的德性經常包含社會德性之內。個性的發展經常受社會風俗的限制，部落的利益超乎一切之上，集體的是非觀念，掩蓋了個人的理性判斷，部落英雄常是最能體認部落傳統德性的人。雖然若干特殊的個人可以創造新例，但他必需不超越其所處社會的德性範疇，不違反其所屬社會公認的社會。自然，我們也可以見到若干超越種族、地域的一般道德標準，如公平、勇敢、廉潔、仁愛、信義、忠誠、孝敬、謙和、貞潔、自我犧牲德性，在他們中間的特殊發展；但此等道德感情，常受部落感情的限制。（何聯奎、衛惠林，1956:123）

（一）觀念

傳統的排灣族社會裡，爲了要維持人與人、人與家族、人與部落、人與自然及人與祖靈與造物者有正確的關係，對人的行爲規範是很嚴謹。然而對犯錯和有過失的人，沒有相對於罪及罰的觀念。在「番族慣習調查報告書〔第五卷〕排灣族·第四冊」，第六章「罪與罰」的文中記載有關排灣族的罪與罰的觀念。（高德義，2010：179）

（二）罰則與「罪行」

基督教翻譯聖經的「罪」時，用了“pasaliw”一詞。然而，排灣語“pasaliw”一詞並不是聖經中的罪念，而是違反傳統習慣和部落社會的秩序及倫理關係。維持人與人、人與社會、人與自然、人與祖先和造物者一個正常關係才是最重要。如果犯下過失，依然執行罰則，但不是所謂「罪刑」。

本族有關罪及罰之觀念相當發達，因故意或過失而侵害他人之生命、身體、名譽、財產，或是妄自紊亂古來慣例、以致侵犯族眾之禁忌者，社會並不予以寬恕，加諸相當的制裁以保持其秩序。然而，並未有指稱此罪或罰之用語。...pasaliu 僅指人之行為偏差而言，與其稱是「罪」，毋寧應譯為「過失」，又 tavung 及 tuqulju 有賠償之意，可用以表示財產上的懲罰，但無法包含其他體罰、放逐等諸罰。（番族慣習調查報告書〔第五卷〕排灣族·第四冊」頁 291）

1. 犯罪之主體

犯罪之主體含犯罪責任、年幼者及白痴與瘋癲者及家畜加諸於他人之損害。就犯罪之責任，在傳統的排灣族部落社會，犯錯的主體分為兩種：個人與家屬。傳統的排灣族部落社會是極為重視個人的責任，所以犯錯的個人，其責任僅限由本人履行，並不涉及近親。除非有家族加諸他人之損害時，是由家長自己擔負起支付贖財之責任。如果家長個人無能力支付贖財時，由近親家屬共同補助。富有的頭目為一時犯罪的居民先墊補其不足之額，待他日，再由該居民本人以勞力（如耕作、伐採及其他雜役）逐漸還還。

年幼者及白痴與瘋癲者所犯之罪則受到寬恕。但是所家予他人之損害，在經過充分斟酌後，仍然應使其賠償。

因為飼主的過失，家畜加諸於他人之損害，是要賠償。如在社內禁止放養豬隻的地方，將其放出以致損害他人之農作物；經過提醒表示家犬會咬人，然而飼主依然不以為意的怠忽管束，又發生該家犬再度咬人等，在經過充分斟酌後，仍然應使其賠償。

2. 諸種罪行

在排灣族的傳統社會裡，有關生命及身體之罪、有關貞操之罪、有關財產之罪及涉及有關危害公益及公安之罪視為重罪。

2.1. 有關生命及身體之罪

有關生命及身體之罪狀區分為蓄意殺人及過失殺人。對於蓄意殺人者是處以嚴懲處罰，過失殺人者則待以寬恕，完全免其贖罪之財物或減輕其罰額。雖然有各種過失殺人，但是在族人中最為容易發生的狩獵中，將夥伴誤認為動物而誤殺。凡犯殺害罪者，無論蓄意殺人或過失殺人，須隱居自家數日乃至數年，或是另居於自己郊外的工寮，謹言慎行以表示思過之意。

凡是犯此罪者，須丟棄其行兇時所用之武器，並且拋棄當時所穿著之衣服、裝飾品等全部不得再度使用。此乃因禁止使用這類物品，將再致同樣的不祥事件發生。凡是犯此罪者，不論是蓄意殺人或誤殺，必須依從該社團之慣例，與被害者的遺屬舉行和解之式。

社莊	蓄意殺人之罰財物件	誤殺者	罰財代表的意義：
下 paiwan	大鍋 2、鐵耙 2、褲一件及贖財	和解、除邪、豬、酒	新鍋 = 償死者的頭 斧/刀 = 償死者的雙手 鐵耙 = 償死者的身軀 豬 = 償死者的雙足 = 代贖之意
makazayazaya	大鍋 1、斧 1、鎌刀 2、殺豬	酒一甕、貝飾、豬	
kuljaljau	鐵耙 1、銀腕環 4、珠子一串、豬 1、酒一甕、大鍋 1	豬 1、酒一甕	
sevang	大鍋、斧、鎌刀、殺豬、槍管	豬 1、酒一甕	

社莊	蓄意殺人之罰財物件	誤殺者	罰財代表的意義：
sabediq	百銀、豬或牛、腕環、銀鏈(約五十圓)、銀製胸飾(約四十圓)	豬 1、酒一甕	酒 = 聖水潔淨 槍管 = 償死者的雙手 耳朵一個 = 十圓 手足一肢 = 二十圓
Paliljau: kuskus	物件與銀幣(約二百圓)	折半	
kaciljai	物件與銀幣(約二百圓)	折半	
sinvadjan	物件與銀幣(約二百圓)	折半	

(整理自慣習調查報告書〔第五卷〕·排灣族,頁 294-295,童春發 2012)

凡蓄意殺人者,會逃入山區或他社,以迴避被害者家屬之復仇。加害者家屬千方百計尋索亦無所得時,會有襲擊其家之舉。爲了避免事件的發生,核心家庭得當權者與部落耆老,進行兩者之間的交涉,以贖財作結局。

2.2. 傷害

故意或過失而致傷害他人身體時,輕者受部落當權者叱責,僅訓誡其將來不得再犯,但是重者則由加害者殺豬、供酒向被害者謝罪。若要折斷手足、損其耳目等情況,則須提供鐵器、裝飾品等物以爲贖財。

在傳統排灣族社會,有三種狀況傷害罪得以赦免:(1) 遭人蓄意殺害者之近親,即時向加害者復仇亦不爲罪。(2) 原丈夫當場殺傷姦夫姦婦亦不爲罪。(3) 爲避免急迫不正常之侵害而不得已加諸敵方之殺傷並不爲罪。危難已過,然而因餘怒未息所行之舉動,其罪可寬恕。(前述書,頁 296)

3. 有關貞操之罪

在排灣族夫妻之一方互有向另一方面保持自己貞操之義務,並且任何人均不得與有配偶者發生關係。若妻子犯之時,與其有關係者成爲有夫姦;丈夫犯之時,與其有關係者成爲妻姦。(前述書,頁 296) 夫姦或妻姦之排灣族語是 kiraqa 意指折枝或節外生枝。

有夫姦及有妻姦同屬罪惡,但是依部落的罰則有罰與不罰者。又即使處罰,亦有僅罰女方不罰男方,或男女雙方均罰者,其慣習各異。

社莊	有關貞操之罪：夫姦	有關貞操之罪：妻姦	罰財物件：
parirayan	罰姦夫酒一甕,姦婦有本夫懲戒	由本婦打夫情婦,叱罵而已	酒一甕
valjulu	不向妻及其生家課罰財。生家僅向該丈夫爲妻子的罪致歉,只訓誡該女犯下了愚行。由生父母體罰其女。但是姦夫爲他社人時,亦有本夫怒而出草其社的情況,否則便採取收罰財的方式。若對方是貴族核心家庭,則取其土地一塊。	不罰丈夫及與其有關之妻,僅由本妻加以叱罵而已。	土地一塊
padain	不特別處罰關係男女。即使本夫得苛責妻子,卻不得責罰該姦夫。本夫何時均可向	本妻不得向丈夫及與其有關之女子求賠償。	向不貞的妻子提出離婚

社莊	有關貞操之罪：夫姦	有關貞操之罪：妻姦	罰財物件：
	不貞的妻子提出離婚，但不得向生家討取罰財。		
paiwan	有夫姦的情況下，夫向妻子之生家收取罰財，但不得向姦夫收取。	有妻姦的情況下，兩社皆由妻子向其夫之情婦討取伐財。其額同有夫姦時，由本夫向妻之生家所收取者。	檜械一挺、刀與斧各一支 腕環一對、豬一頭、酒一甕。
makazayazaya	有夫姦的情況下，夫向妻子之生家收取罰財，但不得向姦夫收取。	有妻姦的情況下，兩社皆由妻子向其夫之情婦討取伐財。其額同有夫姦時，由本夫向妻之生家所收取者。	鍋、鏟、刀、山鋤、壺各一。若生家是當家核心家庭時，則取 reretan 之壺或土地一塊。
	案例： 曾經在 makazayazaya 社大頭目 ljaucu · Vavulengan 與現任妻子 dresedres · Kazangiljan 婚約成立時，ljaucu 至下 paiwan 社與頭目 qapulu 之某女相通，且生一女，取名為 zulzulj，後來為 ljaucu 的繼承人。對此，dresedres 之生家不表罷休，而向 qapulu 家索罰財，據說奪取了該家在 sangesangel 之耕地五塊。		
Tjaljakavus (來義)	只罰妻子，其物品為鍋斧各一、刀二或三支、織物一反、豬一頭、酒一甕。	頭目妻子發生有夫姦時，其姦夫亦一併受罰，其物品為鐵鉞、大鍋、槍器與毛毯等。	
Vungalid (望嘉)	本夫向其妻及姦夫兩人各取織物一反，若為未能向妻子取得時，則向生家收取。	有妻姦時，妻子向丈夫罰取黑綿布一反、從其情婦罰取瑪瑙玉、鐵鉞一之個、腕環一對、鍋與斧各一。	
Kuljaljau (古樓)	有夫姦的狀況下，妻與姦夫皆不課罰。唯丈夫得使其妻裸體放逐而已，但是若該男子入婚之夫時則不得行之，故除自行退婚外無他途。	有妻姦的情況下，並不對丈夫及其情婦作制裁。	
kuvulj	有夫姦的狀況下，由丈夫從姦夫及妻子之生家討取罰財。其額為檜械一挺、豬一頭、酒一甕、銀幣若干等。	有妻姦的情況下，本妻則向丈夫之情婦討取罰財。其額同有夫姦時，取自姦夫者。	
palizaljizaw	本諸社對於有夫姦之制裁從嚴，本夫及其兄弟等非攻擊姦夫則不甘休。當權領袖及耆老不干涉這種事，因此相關贖財之額並無一定。再者，妻則由其丈夫自行懲戒，即使絕其命亦不再禁止之列。	有妻姦的情況下，在 sabdiq 部落是由本妻之兄弟及其近親向丈夫及其情婦討取豬一頭和銀幣若干。然而在牡丹、加之萊部落，唯本欺叱罵夫之情婦而已。並無索取賠償者。	

(資料來源：整理自慣習調查報告書〔第五卷〕·排灣族，頁 294-295，童春發 2012)

有關其他姦淫及猥褻之說法分成兩方面：一方面是無配偶者私通。另一方面是有關強姦及猥褻。本族婦女對他人具有保持自己貞操之權，但無配偶者並無必須保持之義務。故無配偶者的男女私通並不為罪，唯在部落族人眼中為可恥的行為。強姦婦女者有罪，但只對強姦未放逐者處罰，對既已放逐者不課罰者。雖然未行強姦，但對於婦女有猥褻舉動：摸乳、擁腰、接鼻其頰等亦視為有罪而罰之。對於強姦及猥褻之罪，由本人或其夫或父兄直接向加害的男子討求贖財。

社莊	強姦及猥褻	註腳
valjulu	強姦及猥褻均無罪。	唯該女於社內大聲繞喊「某人強姦我」或「某人欲強姦我」，男子也因此必受全部落的擯斥。
Makazayazaya	強姦及猥褻同罪。	然而，如非女子嚴詞拒絕且大聲求救，則不視為有罪，因為視同該女同意此行為。對於這般的罪行罰取 kaljipa 一枚、酒一壺。
payuan	強姦及猥褻同罪。	然而，如非女子嚴詞拒絕且大聲求救，則不視為有罪，因為視同該女同意此行為。對於這般的罪行罰取鍋二、刀二及斧一合計五樣。
kaviyangan	強姦及猥褻同罪。	然而，如非女子嚴詞拒絕且大聲求救，則不視為有罪，因為視同該女同意此行為。對於這般的罪行罰取酒一甕。
Tjaljakavus (來義)	強姦及猥褻同罪。	對於這般的罪行罰取小米酒一甕。
Kuljaljau (古樓)	強姦及猥褻同罪。	女子會先去男取刀一把歸來以為抵償。對於這般的罪行罰取小米酒一甕。
Vungalid (望嘉)	強姦及猥褻同罪。	對於這般的罪行罰繳鐵耙及黃銅製腕環。若對象是係屬頭目之女時，則課附有螺幣之胸掛、銀製腕環及刀以為罰猜財。
Pucunug (文樂)	強姦及猥褻同罪。	對於這般的罪行罰取小米酒一甕。唯該女於社內大聲繞喊「某人強姦我」或「某人欲強姦我」，男子也因此必受全部落的擯斥、課罰。
Pailjus (白露)	強姦及猥褻同罪。	對於這般的罪行，罰取小米酒一甕。唯該女於社內大聲繞喊「某人強姦我」或「某人欲強姦我」，男子也因此必受全部落的擯斥、課罰。
Kuvulj	強姦及猥褻同罪。	對於這般的罪行罰取豬一頭、小米酒一甕。
palizaljizaw	強姦及猥褻同罪。	對於這般的罪行罰取銀四圓、小米酒一甕。

(資料來源：整理自慣習調查報告書〔第五卷〕·排灣族，頁 296-299，童春發 2012)

4. 有關財產之罪

有關財產之罪可分為盜竊、地主權之侵害及失火或放火。盜竊他人之物者，不僅要將該物品還原主，尚須受到財罰或體罰。但輕者僅止於受到頭目活部落耆老叱責。

4.1. 竊盜

遭竊盜之受害者即時在現場毆打犯罪者，扯其髮亦不為罪，但是不得妄自殺害。受害者直接向犯罪者求取贖財或訴請頭目討取之。

社莊	盜竊	註腳
tjukuvulj	竊盜者由部落耆老叱責之。	對彙犯者則採絕交或放逐。
Makazayazaya	按其所竊之物品，予以輕重之罰。	
payuan	按其所竊之物品，予以輕重之罰。	盜取煙管者罰取酒一瓢，盜竊槍械者罰取同樣的槍械。盜竊竿頭一擔，罰取 kaljipa（螺幣）一枚。盜竊織物者罰取鍋一個、酒一甕。
kaviyangan	按其所竊之物品，予以輕重之罰。	無論其盜竊品為何，一律罰取酒一甕。
Kuvulj	按其所竊之物品，予以輕重之罰。	無論其盜竊品為何，一律罰取酒一甕及肉。但其罪重大者罰取豬一頭。
palizaljizaw	按其所竊之物品，予以輕重之罰。	對於這般的罪行罰取銀幣、重者一頭豬。

（資料來源：整理自慣習調查報告書〔第五卷〕·排灣族，頁 299-301，童春發 2012）

4.2. 地主權之侵害

傳統的排灣族社會，土地的擁有者是 mamazangiljan，所以涉及土地的罪行是以 mamazangiljan 為犯罪的對象。

（1）地主權之侵害

所謂「地主權之侵害」包含土地之侵略、天然物之偷取及地租之侵吞。最容易發生土地之侵略是乘地界不明而霸佔鄰接地或不拘地界明確，而移動該界標，侵吞鄰地者。重大者因而引起地主頭目間之爭鬥，小者發生借地耕作者之糾紛。對於此等犯錯者要課豬及酒之罰，使其和解。

（2）天然物之偷取

各部落當權 mamazangiljan 之間的衝突，常是因為天然物之偷取而發生。在各部落，人民都有狩獵、漁撈或採伐之一定域。且人民要行狩獵、漁撈或採伐時，無須另行得到地主 mamazangiljan 之許可，或是每回均須得到地主之許可。值後者情形，若人民未通知地主 mamazangiljan 而妄自為之時，其所得物大部分會遭沒收，且尚課以豬、酒及其他物品為罰。若人民在其他地主 mamazangiljan 之地域上犯下此行，其罪甚重。地主 mamazangiljan 沒收其用器及所取得之物，或課甄多額之財物。依罪行之輕重繳納所認定之罰財物，有則銀幣及酒二甕；kaljipa（螺幣）一枚及三筒子酒；豬一頭及酒二甕等。

(3) 地租之侵吞

地租之侵吞意指在他任的租地上耕作、狩獵、漁撈、養畜、伐採等者，須向其地主納付獲物之一部分，然而行爲者犯之。若竊取他人土地行之，卻完全不繳納其租物，或是詐稱收得租物數額以圖減少租物，日後遭發覺時，小則受斥責，大則被罰以酒和豬。例如：狩獵時抓到五頭山豬卻詐稱獲得四頭；耕作小米穫千把卻詐稱八百把，以圖減少當繳納的 vadis（獵租）及農租；甚至於隱瞞 mamazangiljan 而採伐林木，並私自持至交換所，以圖侵吞山工租額等。

4.3. 失火及放火

在傳統的社會裡，排灣族的家屋建築，雖然是以石板爲主，但是屋頂上一定得覆蓋茅草以防漏雨，又於屋內放置物全是易燃物質。除此之外，kubav（倉庫）、家禽家畜寮全是用茅草鋪蓋，所以失火之例各處均發生。

(1) 失火

失火發生時，禍首向被害人道歉與悔悟之餘，必須賠償被害人其損害之幾分。燒燬倉庫或房屋時，當被害家庭重建倉庫或家屋時，加害者要提供勞力或材料以協助之。燒燬器具、衣物、食糧等時，則給與相當之財物，或協助其耕作。

(2) 放火

放火是嚴重的罪。相對於失火的案例，放火之甚少見。發生放火時除了嚴責犯行者之外，或沒收犯罪者的全部財產，給與被害者。就其傷害之賠償各部落有所不同。

社莊	放火	註腳
kazangiljan	盡其家財賠償之。	當被害家庭重建倉庫或家屋時，加害者要提供勞力或材料以協助之。
kuljaljau	Mamaangiljan 叱責犯罪者，賠償被害者全部財產。	當被害家庭重建倉庫或家屋時，加害者要提供勞力或材料以協助之。
Kuvulj	加害者用自己全部的財產賠償被害者之損害。	當被害家庭重建倉庫或家屋時，加害者要提供勞力或材料以協助之。
palizaljizaw	加害者用自己全部的財產賠償被害者之損害。	當被害家庭重建倉庫或家屋時，加害者要提供勞力或材料以協助之。

（資料來源：整理自慣習調查報告書〔第五卷〕·排灣族，頁 301，童春發 2012）

5. 危害公益及公安之罪

就公益及公安有關的罪包含觸犯族重禁忌之罪、侵犯其他部落所過程之罪及冒犯 mamazangiljan 之罪。

5.1. 觸犯族人禁忌之罪

排灣族有傳承自遠古祖先之禁忌或戒律。犯一般禁忌或戒律者會受到靈之作祟因而生疾病或受其他不祥的事件。其中，破戒之結果有僅招致累及本人或其他特定的人，甚至累及一般社會大眾。

禁忌	累及本人或其他特定的人	附註
進入埋葬橫死之處	累及本人	累及本人及家屬者，部落一般族人並不加以顧慮。
帶禁物品進入行家祭人家	累及家祭之人。	1. 但若害其他人者，犯者必須使其謝罪賠償，並且其應招 <i>pulingaw / malada</i> （巫師）以驅邪。
侵入祖靈之地	累及一般人民。	2. 累及一般部落人民者亦提供酒及豬，親自招 <i>pulingaw / malada</i> （巫師）或祭司舉行祭祀，祈禱靈怒消解、災禍不至。
舉行小米收穫祭時舉行撈魚、採蕃薯	累及一般人民。	3. 嚴重者由 <i>mamazangiljan</i> 當家者斥責，並將其放逐至社外。
舉行部落祭時，與他部落的人交通者	累及一般人民。	

（資料來源：整理自慣習調查報告書〔第五卷〕·排灣族，頁 302-303，童春發 2012）

5.2. 侵犯其他部落所過程之罪

未得 *mamazangiljan* 允許獨斷殺害其他部落族人或平地人，或襲擊其家屋搶奪其財物者，由 *mamazangiljan* 處罰，重者放逐至部落外。此乃因其結果將造成兩個部落之間之糾葛，*mamazangiljan* 會因此受累最。

兩個部落的糾葛，若涉及賠償而犯者付不起時，則有 *mamazangiljan* 代為賠償，或由全部落的族人出財分擔以為賠償。由 *mamazangiljan* 代為賠償時，犯者必須為 *mamazangiljan* 家役以勞力作清償。

5.3. 冒犯 *mamazangiljan* 之罪

冒犯 *mamazangiljan* 之罪比犯冒常人之罪責要嚴重。有時對普通人不構成罪者，對 *mamazangiljan* 卻構成罪行。歸納構成對 *mamazangiljan* 冒犯之罪有三：首先是毀損 *mamazangiljan* 名譽之舉、向他人誹謗 *mamazangiljan* 或於之前謾罵、行無禮之舉。其次是侵害服飾、文身及紋章等 *mamazangiljan* 家族之特權之舉。最後是侵害 *mamazangiljan* 身體或生命之舉。

冒犯 <i>mamazangiljan</i> 之舉	舉動	罰則
毀損 <i>mamazangiljan</i> 名譽之舉、向他人誹謗 <i>mamazangiljan</i> 或於之前謾罵、行無禮之舉。	伸出腳、放屁、妄自坐在 <i>mamazangiljan</i> 家的寢床。	叱責、毆打、扯髮。 重者課酒和一頭豬。
侵害服飾、文身及紋章等 <i>mamazangiljan</i> 家族之特權之舉	私自文身、門楣與服飾上行人形、百步蛇之形雕刻和刺繡。	重者課酒和一頭豬。
侵害 <i>mamazangiljan</i> 身體或生命之舉	人體侵害	沒收全部財產、放逐或殺害。

（資料來源：整理自慣習調查報告書〔第五卷〕·排灣族，頁 301，童春發 2012）

四、排灣族傳統習慣規範的社會整體意義

傳統的排灣族社會裡，爲了要維持人與人、人與家族、人與部落、人與自然及人與祖靈與造物者有正確的關係而編織了很嚴謹的規範。所以，有自古以來的禁忌是族人必須遵守。然而，這些規範不是爲了刑罰犯錯的人爲目的，而是提供族人行為上的規範：既是修復關係的過程。所以，對犯錯和有過失的人，沒有相對於罪及罰的觀念來判刑。違反傳統習慣和部落社會的秩序及倫理關係的人，被認定爲犯錯，而不是犯罪。他/她是犯了向別人負責的約制，所以犯錯的人要接受習慣規範上的約定：罰則、贖財並參與修復過程，以致再建立彼此的平衡與正確的關係。

（一）排灣族部落間傳統倫理與規範

從排灣族的老聚落或遺址，初期是小聚落雛形，大致上爲單一的家族所形成或爲幾戶親屬家庭所構成。歷經歲月的更迭與聚落間相互的交流互動，逐漸在各方的接觸中累積經驗，摸索出互動的機制和彼此之間在交流上相互的約束與調整。

歷史自然的演進，人與人的關係或部落間的關係反而會走向更複雜的形態，而此種複雜的互動關係，也牽動排灣族的祖先在悠悠的歷史長河中，在不斷的衝突、磨擦、協調和各種正負面互動中，逐依過去的經驗法則和文化慣習中，建立一套有系統的「互動倫理規範」。

到了部落形成時期，聚落群開始有了匯聚、整合和從屬關係的移動及調整，並逐步形成一個規模較大的「部落組織」。有了部落組織以後各部落間的主權、土地、河域等勢力開始邁入成形趨勢的階段。因此，倫理規範的內容，有了協談機制、協談倫理、罰則、犒賞、立約、互動交流機制、結盟、對外規範等等。

（二）傳統部落之核心家族間互動的規範原則

以下是拉夫琅斯·卡拉雲漾（Ijavuras Karangian）陳述過去 Tjaiquvuquvulj 群及 pavuavua 群部落間長期以來所建立的互動交流規範做爲例子說明。拉夫琅斯指出平和部落與其他部落傳統外交關係時，友好之部落包含來義、古樓、泰武、筏灣、北葉、德文、三地、佳興、佳義。敵時之部落含有佳平、萬安、安平、高燕、好茶、馬兒、大南、瑪家、白露。這些部落之間的關係以表列方式陳述。

1. 核心家族的傳統對外權利（拉夫琅斯·卡拉雲漾用王族稱頭目核心家庭）

對外權利	任務
對外代表部落	部落間重大事件與會議執有代表權，包括協議、調解、結盟等
對外身分與土地權可及於其他部落	王族除可對鄰近關係聚落握有統治權，對於傳統關係友好的部落亦有駐外家屋或土地權等勢力的延伸。
身份上的生命保障	部落之間在傳統的慣習規範上，即便是傳統上對峙互爲敵對的雙方，均不可殺害具有貴族以上身份者，但貴族以上身份者在跨域雙方傳統領域疆界時有報訊告知的必要行爲。

對外權利	任務
王族擁有不見血的規範	部落間的械鬥或征戰，通常為平民百姓做主導，王族在傳統的規範上不便參與。
王族有特赦和保護尋求庇護之其他部落人民	對於生命遭受威脅而前來尋求庇護之外地人，王族有權免其逾越規範之行爲，並接納其成爲自己人，以保護其生命。
對外收稅之權利	王族對外有接受管轄聚落及其他部落中持有的土地權範圍內之稅物。
土地領域之處分	若因部落及人民之需要，王族有權決定對領域內土地權之割讓或共同持有權利。但若有重大事件變故時亦可有相對的權力收回處分。
指定領導人或賜身份權之權利	對權利所及之聚落或部落，擁有指定領導人、管理者或賜封任一家族代實行管理權並賜予命名或土地權。

（資料來源：屏東縣部落大學校長拉夫琅斯.卡拉雲漾陳述 2012，童春發製表）

2.傳統上核心家族對外應盡之義務：

對外應盡之義務	內容
維繫部落間和平的義務	部落之間的和平須靠各部落王族來維繫和促成，王族不可參戰或參與任何報復的行爲，因身繫和平談和的責任。
對外具有代爲談判、道歉或理賠之義務	平民若與其它部落有糾紛、傷害或其它重大犯罪之行爲，王族有不可推拒之責任，主動代爲談和、道歉或代爲賠償的天職。
對外來侵略有領導抵抗之義務	當部落遭遇敵人大規模攻擊和侵略時，有領導部落對外宣戰的義務，以捍衛部落、傳統領域和人民。
收容外來流離失所及弱勢平民的義務	對於外來尋求生存者或期望接受王族供養而依附成爲家人之外來平民階層，王族有身份上的天賦接納和照顧。
跨越領域時有保護隨行百姓生命和支持代言的義務	到其它部落做以物易物或參與祭典或進行聯姻儀式時，王族有保護隨同百姓的生命及在婚姻提親上的支持和協助。

（資料來源：屏東縣部落大學校長拉夫琅斯.卡拉雲漾陳述 2012，童春發製表）

（三）傳統部落與部落間之習慣規範

事務	慣習規範
婚姻	姻緣婚姻的建立，不受部落之間的對峙敵對而限制，以建立更強的和平基礎。
	不同部落舉行結婚儀式期間，參與者不得不攜帶任何兵器到現場，以免產生不必要的誤解和衝突。
	部落與部落間之聯姻進行中，在慣習上雙方王族須出面執行帶領和支持促成。

事務	慣習規範
	部落之間貴族以上之結婚儀式，在聘禮上男方必須在聘物的種類上為參與的王族領袖贈予象徵身份地位之頭飾，以表尊榮。
	部落間貴族以上聯姻，聘禮的價值及質量，最終有雙方王族協議決定。
	部落間貴族以上聯姻，聘禮的價值及質量，最終有雙方王族協議決定。
	已婚入其它部落的男性，在婚後不可回原生部落進行狩獵捕撈的行為。
	傳統的慣習中部落的貴族以上身份，除可與本部落平民締結各種形式的關係，亦可跨部落與其它部落的平民百姓義結姊妹或朋友關係。
敵對部落	敵對部落的征戰中，對於戰死者身上的重要物品，在慣習上不可取為戰利品，以免遭受天咒而家族滅亡。
	在部落以外的地方，若不幸發現有其他部落之人因故橫屍野外，不論認識與否，均要按慣習主動善處和安置。
	在械鬥和征戰中，獵殺者有義務和天職將受害者的首級，安置在部落進出口旁之首級窟，並將首級面部朝大武聖山，以善處其靈魂。
	師出無名的獵殺行為，會遭致重罰或遭到報復的命運代價。
	在傳統的規範中，所謂重大事件，係指侵佔土地、殺人、傷害導致流血程度、強姦（含未遂犯）、偷竊、偷取部落之氣勢、詛咒部落，毀謗有貴族以上身份者、竊取聖物及聖器和篡位等等。
友善部落	若發生百姓與友善部落之間的糾紛、爭執、衝突或傷害，須以一家人的角度和精神來善處，不得出現有象徵賠償的行為和決定，以維繫永久的和平。
	傳統上友好的部落，不可相互傷害和對峙，在慣習上視為禁忌。
	部落之間不可相互侵佔土地或逾越領域狩獵、墾耕等。
	部落之間王族的任何圖騰原則上嚴禁相互抄襲複製，但若為主部落分封的家屋或有血親關係家屋，經主部落王族同意方可享有使用的權利。
	部落王族領袖間原則上為對等平階，除非身份上為分封部落（聚落）領袖或被封為管理者位階或因歷代聯姻關係而有身份上之提升者，自當不能與各部落有傳統身份家族同階並論。
	部落與部落之間原則上各王族不可彼此逾越權利之實行，若有實際的必要性，則須經各別王族的協議認可，方可進行跨領域權利之施行。
	部落之間糾紛、衝突、傷害或任何重大事件的發生，原則上有雙方王族做中間的和平調解。
	傳統上王族之間不可相互傷害這是禁忌，會致雙方氣勢減失而慘遭惡運。
	部落之間之相互傷害事件，經過雙方協議處理後，不可再積怨懷恨或反悔協議，這是禁忌也是犯罪行為。
王族之間相互殺害或發生流血事件會導致雙方滅絕，是絕對禁止。	

事務	慣習規範
	非敵時部落之間若發生誤殺或任何糾紛所衍生的輕重傷害或任何形式的殺人事件，均不可以一命抵一命的方式處理或實施任何方式之極刑。凡是要循傳統的處理模式，如會面、道歉、補償、諒解、相互接納及共同承擔事件的錯誤。
	侵占其他部落土地視同殺人，一般之刑責，為人人得而誅之。
	部落間可自由行通婚、交流、締結關係、以物易物、互助、交誼、遷居等等。
	王族之間相互殺害或發生流血事件會導致雙方滅絕，是絕對禁止。
自然的合併	聚落之間或部落之間若發生 自然的合併 或因遷移或逃難而組織成單一的部落，則統治權或領導權歸擁有傳統領域所有權之王族。若所有權不明則採共治或推舉產生。
以物易物	部落與部落之間可自由以「 以物易物 」的方式進行商業交流。
	為求買賣交易進行之安全性，故原則上在前往其他部落做交易時須有王族的家族成員或與該部落有親族關係者陪同前往，以維安全。
	以物易物的行為原則上不分友好部落或敵時部落，除非彼此之間的關係處緊張和敏感的狀態，方才避免進行任何交易行為。
	部落與部落之間原則上可以互換土地的方式，取得跨領域耕作權和狩獵權、開採權等。
禮儀	傳統慣習中各部落之任何接觸、交流、提親、以物易物行為，踏進部落時第一站，須至部落王族宮殿行踏訪禮數，以獲得王族的同意和保護。
	傳統互訪的禮儀中，無論是到訪者或受訪者，均要互贈食糧，做為一種體貼和家人信念的連結和表示。
	互訪的禮數中，最初的聚點場合及最終拜別的聚點均在各部落王族的宮殿。
	部落間王族的駕崩儀式及王族的婚禮儀式，才享有最高規格的報訊呼喊儀式。
中間者	部落間從事對外工作的人選有二種：一為部落的貴族以上身份。二為與該部落有姻親關係之家族，因他們的身份具有中間者的立場。
	部落間從事對外工作的人選有二種：一為部落的貴族以上身份。二為與該部落有姻親關係之家族，因他們的身份具有中間者的立場。
	所有重大事務交涉，或重大事件糾紛的協調，或種種計畫之定案，最終之仲裁者為雙方部落之王族。
命名	部落間之傳統關係中，家族或家戶長嗣可跨部落為直系或旁系親族賜名或命名。

（資料來源：屏東縣部落大學校長拉夫琅斯·卡拉雲漾陳述 2012，童春發製表）

（四）修復傷害找回平衡關係的罪與刑罰概念

從以上的文獻與核心家庭的陳述，犯錯、犯紀是一種破約的行為。所以刑罰的目的是為確保加害者與被害者彼此之間或部落與部落社會之間的和平安全。修正自己的想法、作為，然後參與修復正義過程、建立和藹共生的環境。

排灣族的習慣規範中沒有監獄有沒有死刑（除非即時被受害者家屬報復），而是由核心家庭從中和解、尋求和平、賠償、不然就是放逐犯重罪的人。有關傷害生命及身體之罪行則，用象徵人肢體的罰財來參與修復正義再建立一個平衡的關係。其贖財如新鍋＝償死者的頭；斧/刀＝償死者的雙手；鐵耙＝償死者的身軀；豬＝償死者的雙足及代贖之意；酒＝聖水潔淨；槍管＝償死者的雙手；耳朵一個＝十圓；手足一肢＝二十圓等。

對犯罪行為所導致的傷害，當權者、耆老、靈媒者都扮演重要的協商者，依他們的共識做為憑據決定賠償或贖財。如果加害者沒有能力賠償則，由核心家庭來負擔。執行刑罰的目的與過程較注重參與修復正義關係，這個關係不只是加害者與受害者，也包含家族甚至於當權者，就依照傷害的輕重決定是個人或家庭或部落集體參與。個人的存在不只是屬於自己的家、家族，也同時屬於部落這個大家庭的人。所以，習慣規範是個人的也是集體的約定俗成。

強調集體規範的社會，大家都知道犯罪本身就是破壞平衡原則，造成部落社會失序。因為一個人對部落社會必須是好男人好女人。所求於個人的是成為有能力分擔苦難與分享喜悅的責任。

有缺口的圓與平衡正義觀念。在分擔與分享的文化場域裡，其價值思維是有缺口的圓。這個缺口不叫做遺憾而是為每一個生命留下空間來參與並發揮才華。在文化的價值裡，沒有所謂決對完美的人、家庭和部落。然而，由於是家的認同，所以對於有可能犯錯的人，大家都要預備好自己，犯錯就要負代價、扛責任、賠罪、補償和參與修復。相對的自己要隨時預備自己有饒恕別人、接受加害者的賠罪，給人機會獲得修復與重建。

以下有些與犯錯(罪)、刑與罰有關的詞彙，值得提出來分享：如 *pasaliv*、*pacevak* 與 *patavung*。

Pasaliv 犯罪、犯錯、犯規、犯法、打不中目標

詞根	詞意	詞幹	意義	例句	文化意涵
saliv-	具有界、約、正典之意。	pasaliv	犯罪、犯錯、犯規、犯法、打不中目標	1. <i>Pasalivsun tua su kai.</i> 2. <i>Pasalivsun a neka nu paqaljayan tua vavuluvulungan.</i>	你講錯話。你對長者不敬是錯誤的行為。
		pinasalivan	罪狀	<i>Aicu uri si tavung tua pinasalivan ni masegeseg tua mamazangiljan.</i>	這是 <i>masegeseg</i> 得罪當權者的贖財。
		salisaliv	規範邊線	<i>pakazuazuasun tua salisaliv nua kakudan.</i>	你總是走在規範的邊線。這表示要適可而止，不要冒觸法之險。
		sepasaliv	加害人、得罪人	<i>Na sepasaliv aken tua ku kupulavan.</i>	我酒後傷害了別人。
		tjesaliv	走錯、越界	<i>Tjesaliv kula nimadju tua djalan sa kakelu tua ceva.</i>	他因失腳而跌入山谷。

(童春發製表 20120928)

與 pasaliv 相對意義的詞是 pacevak。Pacevak 的詞根是 cevak，具有破壞完好的石材之意。一位不懂得石材的特殊性與其石材的紋路的人，它只會搞破壞。缺乏常理的人，在語言的使用上很容易放肆得罪長輩、擾亂秩序。

Tavung- 具有賠償金、罰財、理賠、罰金之意。

詞根	詞意	詞幹	意義	例句	文化意涵
Tavung	賠償金、罰財、理賠、罰金之意	Tavung	賠償金、罰財、理賠、罰金	Tavungni masegeseg aicu a qacangtjanusun.	這頭豬是 masegeseg 給你的罰財。
		Patavung	懲罰、鞭打、刑罰	Patavung nua kama timadju.	他被父親責罰
		Temavung	付理賠、付罰金	Temavung timadju tua paisu.	他賠了現金。
		Pinatavung	被罰	Pinatavung aken nua sinisi.	我被老師處罰。
		kitavung	討索贖財	Mangtjez a kitavung tiamadju.	他們來討贖財。
		sinitavung	理賠、罰金	Sinitavung aicu a paisu.	這是贖金。

(童春發製表 20120928)

代結語

從以上的討論，我們可以獲知排灣族的習慣法是為了使人個體與群體成長在部落整體價值、集體意識與文化認同所編織而成的環境上。從「傳統司法正義」的整體意義來看，排灣族的習慣法有以下幾點可以再加以強調。

一、以「人」為主體「家」為核心的觀念

排灣族的習慣發是以「人」為主體「家」為核心的關係。以「人」為主體「家」為核心的人際關係是習慣法的根本所在，由此延伸建構屬於親屬關係所建立的部落網路社會。這種由各家、親屬與長子名份所建構的部落意識和認同是集體取向的軸心。橫向關係是建構在彼此分擔與分享的價值觀念。部落的生活規範是由家的認同延伸所形成部落大家庭文化及長子們的領導。家中的規範，社會倫理、與人的命名是受家族和社會的規範。家家有規，部落有部落社會的制度與系統的規律。如果亂序，如隨便命名、佩帶頭飾就得受部落貴族家庭的糾正和社會的議論。

二、部落倫理與橫向關係

分擔與分享是部落集體意識與文化認同的重要指標之一。這不僅成為好男人好女人的基本課

程，更是部落祥和、長者受服務與尊敬、小孩受長者的呵護的定律。所以，道德與宗教觀念互為一貫；刑罰與生活習慣是相互效應；善惡、是非與吉凶禍福觀念是混為一談；個人的德性經常包含社會德性之內；社會風俗直接影響個人或群體的個性發展；每一位長者都被賦予一種責任，既是積極的砥礪、教導每一小孩成為好女人好男人。

三、「區域社會」的互動關係

傳統的排灣族社會裡，部落與部落之間有所謂仲裁者，他是兩個部落所共同信任的人。問題的認定、語言的調和及贖罪方式都有社會共同的認知。酒、雞隻、豬、獵物等都是贖罪物，但更重要是誠心認錯與賠罪。

在這樣的社會裡，「約制」與「責任」的關係及集體意識與文化認同是格外重要的內在精神力量和外在生活的指標。這個指標性的認知與效應，展現在貴族階級與頭目世襲之規範；長嗣繼承與責任之平衡；祖靈石柱與鞦韆象徵意義；家、部落與生自然生態環境緊密關係；生命禮俗與歲時祭儀之實踐及社會與土地環境倫理的建構上。

命名是代表人類的文明。人類與宇宙間生物的關係是運用命名的方式建立知識體系，這包含宗教神靈信仰、天體、地上動植物、微生物、土地、人類、民族與民俗語言及社會文化。特別對沒有文字書寫的原住民族，口述命名系統，都隱含各族的價值體系和宇宙觀。

人、家的命名和親屬關係的建構系統會因為不同的社會制度而有不同的象徵意義。一般說來原住民原來的部落名稱是代表部落歷史的記憶與認同、家族獵區（含山林與河流）是社會所公認最好的自然資源的保育與共管機制。家名是親屬關係的延伸與慎終追遠的路標、人名是家人縱向關係與橫向親屬關係的排序順位及社會認同。擬人化命名土地表示人與自然生態是互為成員，人格化關係是一種永續性的相互依存的約定俗成。

四、人、土地與農作物：土地之約

以小米為主的祭祀：與祖先同時存在的作物。族人相信小米是神聖，但是沒有所謂小米神。開墾時的祭儀，由頭目找新地舉行**開墾祭 (palisian)**，此地的收成用來製作糰糕、釀酒獻給神靈，然後給所有與會的人。**播粟祭 (temugut/venusam)** 是找一塊約一平方公尺做為 **palisian**，周圍用木頭做記號。靈媒將祭物放在石版上：樹葉、粟米種及豬骨碎片，然後唸咒語。新芽祭由祭司和頭目家的主祭靈媒舉行 **papezangal**（助長儀式）。**收割前祭 (pacjarakucjai)** 是頭目家的祭祀，是日不能給人東西、不能打噴嚏和放屁。**割粟祭 (ipachumalj)** 在巫師家舉行。這是收割前祭 (**pacjarakucjai**) 後二或三天後舉行，每一家一定得有代表，聽後巫師宣告可以收成，但是禁止用小刀或有任何的利刃工具下粟米田。粟收後穫祭 (**masalut**) 由小朋友背着長條粟米糕、頭和腰以粟米裝飾繞部落之後開始跳舞。

總之，部落習慣規範是族人原來的法律文化。它涉及到族人維繫原有社會文化運作之規範；族人對於秩序之維持與部落生活之運作的認知；族人社會的傳統文化價值及共享的集體知識；族人社會的生活秩序、彼此社會關係的平衡原則；族人文化的共同歷程、生活方式與規範的效力；族人部落的獨立自主生活與契約；族人社會經濟、政權／統治者的思想觀念及族人道德規範和祭祀禁忌的法律功能。

從部落習慣法到國家實定法的過程中，如何確保有關原住民族文化整體性之習慣、習俗與傳統能夠具體實踐？如何在未來原住民族法制／治的可能進路上確立並體現文化整體實踐與固有主權、傳統領域、自治權？

處於個人化、現金化價值取向的今天，我們的生命共同體是需要多少法律條文，才能讓我們意會祖先代代相傳的習慣規範的內在平衡原理？謝銘洋教授在評論謝若蘭教授「原住民族修復式正義之理念與實踐初探」（2011：278-285）提到一個重要的觀念「...訴訟外的紛爭解決機制...要特別立一個法，譬如說，原住民族的紛爭調解條例，把這東西放進來。...要承認原住民對他們的紛爭的一個解決，有他們自治的權限。」（2011：302-303）

maljimalji 你很特別，謝謝妳！

masalu 相信你，謝謝妳！

pinaalevan 榮耀歸你，謝謝妳！

參考資料

- Anaya S. James 著 蔡志偉 (Awi Mona) 翻譯, 2010, 《國際法中的原住民族》, 臺北: 行政院原住民族委員會。
- 中央研究院民族研究所編譯, 臺灣總督府臨時臺灣舊慣調查會, 《番族慣習調查報告書〔第五卷〕排灣族》, 第四冊, 臺北: 中研院民族所。
- 王皇玉, 2011, 〈原住民持有槍械合法性之研究〉, 《第 2 屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會》(論文集) 頁 156-179。
- 王泰升, 2003, 《土地、人民、法律與歷史》, 台灣/月旦法學教室/第 13 期/105-114 頁。
- 古野清人著, 葉婉奇譯, 2000, 《臺灣原住民的祭儀生活》, 臺北: 原住民文化。
- 何聯奎、衛惠林著, 1956, 《臺灣風土志》, 臺北: 臺灣中華書局。
- 余建國, 2011, 〈原住民傳統領域與自然資源權利之法效性〉, 《第 2 屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會》(論文集) 頁 124-134。
- 吳秦雯, 2011, 〈誰的資源? 誰來決定? -----國家整體法益 vs. 原住民族權利保障〉, 《第 2 屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會》(論文集) 頁 180-196。
- 李永然, 2011, 〈從法律觀點談我國對原住民族土地之保障〉, 《第 2 屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會》(論文集) 頁 21-36。
- 李亦園, 1982, 《臺灣土著民族的社會與文化》, 臺北: 聯經。
- 林三元, 2011, 〈紛爭解決與制度設計: 設立原住民族法庭之必要性與可行性〉, 《第 2 屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會》(論文集) 頁 201-223。
- 林長振, 2011, 〈論原住民族之土地權—原住民族基本法第 20 條第 1 項之立法與解釋〉, 《第 2 屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會》(論文集) 頁 87-105。
- 高文斌, 2003, 《日治時期泰雅族習慣法的發展》, 典藏單位: 中央研究院民族學研究所 (<http://catalog.digitalarchives.tw/item/00/1b/1d/0e.html>)。
- 高德義, 2010, 〈重拾被放逐的傳統: 排灣族習慣法與國家法的衝突與融合〉, 《第 1 屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會》(論文集) 頁 169-192。
- 張道周, 2011, 〈原住民參審試行條例-原住民審判主體地位的建立〉, 《第 2 屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會》(論文集) 頁 242-271。
- 陳竹上, 2011, 〈當部落與國家相遇: 我國行政法院關於原住民保留地爭議之判決分析〉, 《第 2 屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會》(論文集) 頁 106-122。
- 陳張培倫, 2011, 〈原住民族研究倫理中的集體同意權機制〉, 《第 2 屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會》(論文集) 頁 304-324。
- 湯文章, 2011, 〈紛爭解決與制度設計: 設立原住民族法庭之必要性與可行性〉, 《第 2 屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會》(論文集) 頁 224-241。
- 臺灣省文獻會, 1998, 《日據時期原住民行政志稿(原名: 理蕃誌稿)》, 南投: 省文獻會。
- 潘立夫, 1996, 《排灣文明初探》, 屏東: 縣立文化中心。
- 蔡志偉 (Awi Mona), 2011, 〈以文化脈絡回應司法論述--澳洲與我國有關傳統領域權的判決比較〉, 《第 2 屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會》(論文集) 頁 156-179。
- 蔡志偉 (Awi Mona), 2011, 《台灣國際研究季刊》第 7 卷第 1 期頁 17-34 2011 年/春季號, Taiwan International Studies Quarterly, Vol. 7, No. 1, pp. 17-34 Spring 2011。
- 蔡明誠, 2011, 〈原住民族財產權之性質、保護方式及內容之初探〉, 《第 2 屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會》(論文集) 頁 156-179。
- 蔡穎芳, 2010, 〈繼承自治? - 自排灣族的觀點出發〉, 《第 1 屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會》(論文集) 頁 323-340。
- 鄭川如, 2011, 〈由生存權、文化權而來的狩獵權—從美國最高法院判決談台灣原住民的狩獵權〉, 《第 2 屆

原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會》(論文集)頁 156-179。

蕭德昌，(指導教授：蔡志偉 (Awi Mona))，2010，《臺灣原住民族傳統習慣的適應與變遷：以排灣族新興村的土地、親屬組織文化實踐為例》(台東大學南島研究所碩士論文)。

謝若蘭，2011，〈原住民族修復式正義之理念與實踐初探〉，《第 2 屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會》(論文集)頁 278-288。

藤崎濟之助，《臺灣の蕃族》，臺北：南天。

「正義」：來自大洋洲的思辨之旅¹

郭佩宜

中央研究院民族學研究所副研究員

摘要

「正義」的概念是否有文化差異？「正義」的理想實踐方式，在不同的文化脈絡下是否有相異的圖像？當原住民傳統習慣規範與國家法制兩套體系交會時，何謂「正義」以及如何達致的思辨乃根本問題。本文透過大洋洲的民族誌案例，探討不同文化慣習下的行動者對於「正義」的理解與想像，以及在當代法律體系運作時產生的落差。例如美拉尼西亞社會處理糾紛時常見以「直」（*rada, straight*）為喻的正義美學，以「整直」（*farada, straighten*）為目標的處理模式，其中涉及不同的人觀、財產權、責任歸屬、賠償與修復協商，和殖民遺緒的司法體系運作多所隔閡，必須放在其強調社會關係網絡的整體文化思維中理解。本文透過大洋洲的跨文化比較研究，提供台灣原住民在當代法律情境下重新思考傳統與國家法制介面的參考。

關鍵字：正義、法律、原住民文化、大洋洲

¹ 會議初稿請暫勿引用，謝謝。

一、前言

哈佛大學 Michael Sandel 教授的《正義：一場思辨之旅》(Justice: What's the Right Thing to Do) 全球暢銷，引發許多討論，課程錄影在網路上也有很高的點閱。Sandel 在第一章開宗明義從三個面向思辨通往正義之路：福祉 (well beings)、自由 (freedom)、美德 (virtue)，無論在書中或課堂上，透過當代的爭議案例引介不同政治哲學理論的視角，引導讀者/學生思考。我一面閱讀原著一面參照上課影片，這些課堂上的正義思辨——無論是代理孕母、檢舉炸彈客手足、累進稅率——的例子，從人類學的觀點來看都是當代美國主流文化脈絡下的思辨，牽涉到人觀、人與社會的關係、以及財產權和財富分配等概念。設若這些問題在不同的文化脈絡下提出來，參與討論的人可能會提出極不相同論述。

根據社會心理學、發展心理學研究 (e.g. Lerner 1975, 1980, Berg & Mussen 1975, Furby 1986)，正義 (justice motive) 是人類普同的一項心理特質；演化學者也發現人類發展過程中自利與利他並存，道德感逐漸形成時，正義的概念也出現 (O'Manique 2003)²。透過比較研究，人類學者也發現幾乎所有人類社會都存在類似的概念，但「正義」的意涵、其形式和達致的手段為何，更因文化而異 (Nader 1975, Nader & Surssock 1986)。

這正是法律人類學者研究的課題，在 Ronald Cohen 主編的 *Justice: Views from the Social Sciences* 一書中，Laura Nader 與 Andrée Surssock 以人類學跨文化比較研究分析正義的概念與行動，例如古典希臘社會中正義的概念與平等有關，但斐濟社會中正義概念強調維護社會常規，也就是階序社會的關係；抱持個人主義意識型態的西方法律中，正義的概念較常以抽象、普同性的原則形式存在，然而在偏向整體論 (holism) 的社會形態中，正義是情境式、脈絡化和相對的 (Nader & Surssock 1986)。此外他們的研究也指出同一個社會中往往並存多重的正義概念。社會文化的流動與變遷也讓「正義」在當代社會的面貌更為複雜，原住民傳統與國家法律之間交會時，兩套文化對於正義概念與作為的差異即影響了司法體制如何被原住民理解、與如何影響原住民社會文化的轉變，因此司法改革時須要考量此差異。

本文由法律人類學、大洋洲區域研究的立場出發，借用 Sandel 的中文書名為題，透過美拉尼西亞的民族誌的例子，探討不同文化慣習下的行動者對於「正義」的理解與想像，以及在與當代法律體系運作接軌時產生的落差。本文主要聚焦的例子是筆者長期研究的所羅門群島 Langalanga 人，他們處理糾紛顯現以「直」(rada, straight) 為喻的正義美學，以及以「整直」(farada, straighten) 為目標的處理模式。筆者希望透過大洋洲的跨文化比較研究，提供台灣原住民在當代法律情境下重新思考傳統與國家法制介面的參考。

二、民族誌脈絡

所羅門群島的 Langalanga 人居住在 Malaita 島西岸全長約 19 公里的礁湖區，原本散佈在距離大島岸邊幾百公尺遠的人造島嶼上，歷經 1960—70 年代數個颱風接連侵襲，多數搬遷至大島沿岸的新建聚落。Langalanga 人口約八千至一萬人，居住在人造島嶼期間由於土地稀少，發展出

² 有趣的是 O'Manique 認為人類發展出的正義概念與社會性的人 (social individual) 有關，而非 17 世紀以來西方哲學理論預設的理性、獨立自主的人。

製作貝珠錢的特殊經濟型態，供區域內其他群體使用，作為聘禮、賠償與土地買賣的媒介，以及身體裝飾品。此外也在西方貨幣進入前，作為日常交易的地方貨幣之用（郭佩宜 2008b）。所羅門群島於 1978 年脫離英國獨立之後，貝珠錢成為國族的象徵之一，也是觀光收入的來源（Guo 2006，郭佩宜、2004b）。此外，Langalanga 人也稱霸了國內的造船業（Guo 2011b），當代經濟生活很多元，除部落生計經濟型態的農漁活動、家庭貝珠錢手工業、造船業之外，也有不少人移居到首都做小生意。

Langalanga 人的社會組織以父系氏族（*fui wale*）為原則，然而與許多西亞社會類似，同時也存在「情境定義的身份」（*contextual definition of status*）原則（Keesing 1968），有許多個人選擇的彈性空間，在不同情境下決定要與那個氏族/繼嗣群有較密切的連結，有時選擇文化模式中的理想型（亦即認同父方的 *fuiwale*），有時則選擇其他 *fuiwale*（通常是母方的、妻方，有時則為祖父母方）（Guo 2011a）。

英國政府殖民所羅門群島期間，開始引入其法律體系，以逐年頒佈的法條（*King's/ Queen's Regulations*）作為治理的準則，早期行政司法合一，由各層殖民官員進行地方案件的審理，基層殖民官員的日常工作之一即包含社會秩序的維持，以及糾紛案件的處理。隨著英國殖民體系在非洲與印度的經驗，大洋洲部門 *Western Pacific High Commission* 也逐漸傾向在一定範疇內允許、承認、甚至套用原住民慣習。所羅門群島於 1942 年開始逐步成立「土著法庭」（*native court*），以將地方耆老的知識納入糾紛排解系統，土地糾紛尤其在司法變革中受到最多關注，1972 年成立傳統土地上訴法庭（*Customary Land Appeals Court*）（Scheffler & Larmour 1971）。1979 年獨立後與鄰近的美拉尼西亞國度如巴布亞新幾內亞、斐濟和萬納度一樣，在憲法中保障「傳統」（*custom*）的地位，相較於刑事法主要承繼英國法律，民事與財產權的規定中給予傳統元素較多空間，最明顯的表現在土地的相關法律，明定除了少數可自由買賣的土地（*alienated land*，後改稱 *free-hold land*），需尊重傳統土地制度（*customary land tenure*）。

發展至今，所羅門群島整體司法體系架構在最基層為地方的頭目會議（*Chief's Council*），由地方法院遴選的「頭目」（非世襲頭銜，而為地方耆老）先行聽取雙方陳述、調解糾紛，若無法達成協議，之後才進入正式法律管道³。首先是地方法庭（*Local Court*）中，由三名傳統專家和一位書記（法院職員）組成，此種設計是為了將傳統納入判決之中。一般案件可上訴到地方法院（*Magistrate's Court*），由受法律專業訓練的法官主持，土地案件則上訴到土地上訴法庭（*Customary Land Appeals Court*），由四位傳統專家和一名法律專業者組成。往上還有高等法院（*High Court*），由專業法官審理⁴，最後則是上訴法院（*Court of Appeal*）（*Takoa & Freeman 1988, Powlesse 1988, Nonggorr 1993, Ntummy 1993, Corrin-Care et al 1999*）。

基督宗教信仰涵蓋所羅門群島超過 90% 的人口，教會在地方的糾紛排解扮演重要的角色，基督宗教引入的一些概念（如重視社區和諧）等深入人心，與「傳統」（美拉尼西亞廣泛以 '*Kastom*' 一詞來稱呼）概念揉合，在日常論述中經常難以區辨何者是古老傳統、何者為受到基督宗教影響的「新傳統」。教會多半希望村落中的小糾紛可以在教會裡就解決，透過神職人員和長老的調解，修復社會裂痕；然而有些傳統慣習——如殺豬獻祭祖靈——與教會格格不入（Guo 2009，郭佩宜 2010），較嚴重的爭執（尤其是土地糾紛）也非教會能處理，此時司法途徑是人們的重要選擇。

³ 後者包括 *Local Court*、*Customary Land Appeal Court*、*High Court*。

⁴ 高等法院審理各式案件，尤其是刑期較高的刑事案件基本上地方法院無權處理，高院是主要的訴訟層級，然而土地案件僅做形式審而非事實審，以尊重土地法庭在傳統慣習方面的見解。

筆者從 1995 年開始研究 Langalanga 文化，其中 1997-98 年進行了一年多的長期田野工作，2002 年之後平均每年返回所羅門一趟進行持續性的研究。在研究歷程中，發現土地糾紛是 Langalanga 人非常關注並引發焦慮的問題，因此筆者試圖探究糾紛的根源，從地方遷徙歷史的基礎民族誌著手，結合法律人類學的理论，分析法律體系進入對 Langalanga 地方文化的影響，以及 Langalanga 人如何面對法律、探討當代法律與文化相互建構的情況。從法律多元主義 (legal pluralism) 的觀點來看，當代大洋洲社會中往往有一個以上的法律秩序在運作與競合，其中牽涉到的權力動態和文化概念轉換，尤其展現在土地糾紛的面向。筆者的研究指出，即使在原住民當家作主、設立較非正式的頭目會議、地方法庭以及土地上訴法庭，並且將慣習法 (customary law) 的精神納入法律體系的情況下，司法體系在地方上依舊沒有獲得太多認可，土地糾紛眾多且經年累月無解 (郭佩宜 2008a)。Langalanga 人對法律採取的態度是將之視為論述 (discourse) 的一種類型，而非被執行或須要遵守的規範體系；人們一方面懷疑法律在實務上有效性，卻也不斷將之視為爭取資源的手段之一 (Guo 2011a)。

之所以出現此種法律泥沼的根本原因，在於外來司法體系與在地觀念的鴻溝。所羅門群島當代土地法律的建置的特質——單系繼嗣的偏好，以及法條固著化——對地方親屬關係產生影響，使得原本較彈性而動態的親屬關係逐漸往單系 (尤其是父系) 傾斜 (ibid)。與許多南島民族的文化機制一樣，地景是 Langalanga 人認知、記憶與再現歷史的重要媒介，也是他們形塑我/他意識的重要元素。然而西方的法律體系移植到大洋洲時，從文化系統來看，呈現出地景概念的轉移——從人與地景、祖先和靈力緊密連結，充滿彈性與協商的一套概念，轉向是人與地景之間主客分離，和單一世系繼承、排它財產的概念 (郭佩宜 2008a)。如同 Laura Nader (2002) 指出，法律經常是文化創發 (inventing culture) 的媒介，法律典範經常是引領變遷的重要火車頭 (p.9-10)，法律的介入牽動 Langalanga 文化位移，研究者也應以動態的過程來看待 Langalanga 文化；然而在地深厚的文化體系——無論是親屬關係上日常生活實踐不亞於血緣世系的重要性，或人與地景之間具有超過資源利用財產模式、而為歷史、靈力和體現 (embodiment) 連結，以及彈性、流動、交疊的社會關係想像 (imagination of social relations)——與法律體系的違和，在過程中在在成為法律無法為人們解決糾紛、有時甚至加劇問題的根源。

在這樣的脈絡下，探究「正義」——司法體系中很核心的概念——在 Langalanga 文化中的樣貌，將有助於我們進一步理解原住民慣習與國家法制體系的介面，進而思考可能的共構之道。

三、「直」(rada) 的正義美學

今年七月筆者參加了一場由太平洋秘書處 (Secretariat of the Pacific Community, SPC) Symposium on Cultural Rights 研討會，這是太平洋地區第一個以「文化權」為題的研討會，其中討論到傳統知識與文化表達形式 (Traditional Knowledge and Cultural Expression) 的權利保護。與會的薩摩亞法學者 Houlton Fa'asau⁵ 提及 2008 年開始進行法律改革，在訂定、檢討智慧財產權相關法律以及制定保護傳統知識的文化政策時，很根本的問題是翻譯——由於其法律規定要有薩摩亞語的版本，因此這些概念如何對應到薩摩亞語言和概念中十分關鍵。例如 'traditional knowledge' 應如何翻譯？國際宣言和法律中談的 'safeguard'、'protect' traditional knowledge 在薩摩

⁵ 他的角色是 'legal analyst for Samoa law reform commission'。

亞語中是否有對應？這與人們對傳統知識的看法符合嗎？⁶

Fa'asau 的質疑在不少與會的原住民代表間引發共鳴，相對於聯合國教科文組織以及智慧財產權學者的倡議，他揭露了看似進步的普世人權、文化權論述以及傳播過程中蘊含了流動方向的知識權力結構，以及背後蘊含的文化預設，需要仔細的檢視。在概念的跨文化翻譯/轉譯過程中往返思考，往往能揭露概念內部的預設、以及不同的文化邏輯。因此思考「正義」為何，不妨從概念的語言對應與意涵探究著手。

相對於「法律」是比較陌生、外來的概念⁷，正義在許多美拉尼西亞語言中比較容易找到接近、對應的詞彙，呼應了本文開頭引述的研究，正義的概念在大多數人類社會均存在。Langalanga 人普遍以 *radana* 來翻譯英文的 'justice' 一詞，其形容詞為 *rada*，而動詞型態則是 *farada*⁸。

Rada 在 Langalanga 語中大致有下列意涵：

1. 直的 (straight)：作為一般狀態形容詞，*rada* 最直接的意涵是「直」，其反意詞為 *rerona* (彎的)。例如「直的木棍」(*'fe ae rada la'*)。
2. 相同 (same)：日常對話中表達兩者是相同的，人們會說 '*E rada mola*' (it's just the same)。
3. 相等的、等同的 (equal)：與 1 很接近，例如 '*Ioli e radasui*' 可翻譯為 Everyone is equal，或 Everyone is the same，視脈絡而定。Langalanga 是平權社會，因此當人們講述 '*Ioli e radasui*' 時蘊含了平權的文化價值觀。
4. 正確 (right, correct)：通常用於敘述事實的脈絡，例如 '*maelala are fo e rada*' (the price of the object is correct)⁹。
5. 真實 (true)：例如在土地糾紛中，人們認為系譜 (*futana*) 和歷史敘事 (*aelimae*) 都要 *rada* 才行，例如透過 *lalamana* (目擊) 來證明。「真實」的意涵看似與「正確」(4) 的意涵接近，但在使用脈絡中，對照的是虛構的系譜和遷徙故事，強調「為真」的意義，此時與另一個表達真實的詞彙 *kwalaimoki* 相通。此時的反面是謊言 (*kotona*)。
6. 清楚 (clear)：此時經常與 *madakwa* (清晰) 同義，*madakwa* 指的是白天光亮下的清楚明白，其反義 *rodo* 則是光線不清楚情境下的晦暗不明。當一件事情釐清了，人們會說 '*e rada lo*' (it's clear now; it's straight now)。

與 *rada* 類似的概念在所羅門群島不同語言中顯然很普遍，在通用的洋津濱 (Solomon Pijin)¹⁰ 中，與 '*stret*' 十分接近：

stret (adj): 1) straight; 2) correct, 3) true, (story is true) 4) appropriate (behavior), 5) right, 6) fit (Pijin 字典, Jourdan 2002: 229)

⁶ 例如他提及 traditional knowledge 要翻譯為 *Tomai faaleaganuu* (knowledge in village), 或 *tomai fa'aanamua* (knowledge in past) 實乃不同指涉; protection (*puiipui*), safeguard (*apo'apo, malupuipua*) 在薩摩亞語境中原本與知識沒有關係。

⁷ 'Law' 較常見的 Langalanga 翻譯為 *taki*, 意思是傳統慣習中的一些規則，尤其是禁忌和禁止的行為，若是違反會受到祖靈的懲罰。另外接近的字有 *rafali*, 這是一些原則性的道德概念，比較傾向正面表述，是父母會教導子女的美德常規。了解這些道德原則，能協助人們理解 *taki* 的道理，從而不會違法 *taki*。例如在改宗基督宗教之前，男女性別空間的區隔十分嚴格 (Guo 2009, 郭佩宜 2010)，女性平日不可接近男性會所與祭祀空間 (*fera aabu*)，在月經和生產時需離開村落到旁邊特殊的女性空間 *bisi*, 此種規範是 *taki*。然而性別空間隔離的原因是靈力的作用與秩序，以男性祖靈為主的 *agalo* 靈力與女性經血代表的生育力分屬不同範疇，需要在空間上區隔 (ibid)，這個道理是 *rafali*。

⁸ 這是常見的 Langalanga 語詞變化，字尾加上 -na 將之名詞化，而在字首加上 fa- 表示達致之的動作。

⁹ 筆者曾轉錄聘禮交換儀式過程中儀式專家的演說，其中強調聘禮數量的正確數額，請觀者務必記得、轉述正確的資訊：「今天你要把正確數量帶給其他人 (*kwate rada ai*)，因為他們點數擺出來的 [貝珠錢] 時你會好好的聽。因此當他們數那擺出來、用來娶妻的 [貝珠錢] 時，請好好的聽。點數的時間到時，你會聽好，而當別人問你時，你只會給對的數目 (*kokwate rada ai lia mola*)。... 弄清楚來，人們會問你正確的數目 (*kwate rada ai*) ...。」(郭佩宜 2004a: 16)

¹⁰ 這是與歐洲人接觸後發展出來的貿易語言，揉和許多英文字彙 (當地發音) 以及所羅門南島語言的文法，而後逐漸成熟，由於所羅門群島內部有七、八十種族語，Pijin 遂成為官方語言 (英語) 之外，不同族群間日常溝通的共同語言。

‘*Rada*’是具有多重意涵的叢結 (complex)，在 Langalanga 道德觀中具有高度正向的價值，例如 ‘*iona alia rada na li*’ (以直的方式生活) 即是遵守規則 (*taki*) 的生活，被認為是理想的模式。*Rada* 是好的狀態，事情若是 *rada*，則表示沒有麻煩，已經釐清、解決。例如註 8 提及的那場聘禮交換儀式最後，儀式宣告人最後說道：「現在[下聘]要結束了，如果你們覺得事情都 *rada* 了，我希望每個人都拍手。」

radana 是好的做事方式，例如 2005 年我參與一場聘禮交換儀式，儀式後段是 Langalanga 人特殊的 *duuna*，亦即從訂婚時期到聘禮交換儀式期間，所有女方親戚對男方親戚的幫助與贈予，都需在此時加倍奉還，這是建立雙方親屬交換關係多重網絡連結的方式 (郭佩宜 2004a)。在這場儀式中，我看到男方主事者拿著一張紙，上面詳細記載了女方親屬的餽贈與協助，他正一筆一筆的 *duu* (雙倍奉還) 回去，並請儀式專家對群眾一一宣布。他說：「這樣才 *rada*，才好。」

這是因為事情 *rada* 了，則彼此的社會關係會處於良好的理想狀態；假設 *duuna* 時遺漏了某個人，對方不高興，或者聘禮交換儀式中的數量讓某些親戚感到不滿意，則產生社會關係的損傷甚至斷裂。*Radana* 一方面是達致理想狀態的途徑，同時也是理想狀態本身。

Melisa Demian 研究的巴布亞新幾內亞 Suau 人也有類似的概念，稱為 *hadudulai* (straightening)：

hadudulai (straightening) 包含了找尋穿越糾紛的複雜性之途徑，以及人們所欲的結果。

「直」(straightness) 是道德也是美學領域；其反面是 *pilipili*，一種「問題」(problem)，字根 *pili* 意思是「複雜」(complicated)。Suau 人以「直」指涉糾紛被滿意地處理的理想效果。這不是說關係實際上保持「直」的，但兩造與法院官員通常都很滿意至少目前已經達致「直」的狀態。而他們達此狀態的過程之一是透過策略性的分開與限制關係 (Demian 2003: 102)。

Langalanga 人的 *radana* 和 Suau 人的 *hadudulai* 的正義美學雖然都以「直」為喻，然而兩者顯然有相異之處，*radana* 的「直」強調「真實」，其反面是彎曲、謊言、不正確、晦暗不明；*hadudulai* 強調的是一種單純直順的狀態，其反義是糾結、複雜¹¹。*Radana* 與 *hadudulais* 尚有另一項異曲同工之處：它們都指涉理想狀態本身，以及達致理想狀態的途徑。在重視實踐的美拉尼西亞社會，進一步探究後者，將有助於我們了解直的正義美學到底為何。

四、「整直」(*farada*) 的正義美學實踐

許多研究者指出，美拉尼西亞社會非常重視人的行動，Langalanga 人也不例外 (郭佩宜 2006)。在筆者近期關於同理心的研究中，報導人強調 ‘Action speaks over voice’，行動的意義大於言說，由於 Langalanga 人認為我們無法確切得知他人的想法 (opacity of mind, Robbins & Rumsey 2008)，觀察人實際的做為是判斷的重要依據 (郭佩宜 2012)。在地景與歷史的研究中，我發現 Langalanga 人認知、記憶、和再現歷史時，最重要的是過去的人 (尤其是祖先) 在地景上的活動，從行走、遷徙、住居、開墾、植樹到命名 (Guo 2003, 郭佩宜 2008b)；在貝珠錢的研究中，也發現當地人強調身體與物質的互動，亦即「製作貝珠錢」的活動，是賦予貝珠錢文化價值核心 (郭佩宜 2004b)。在另一個 Langalanga 重要經濟活動——造船產業中，Langalanga 人

¹¹此差異可能對應了 Langalanga 與 Suau 不太一樣的社會性，需要詳細的民族誌比較，本文暫時無法處理。

說自己是 cypcat，強調的是他們「從看中學、並且會付諸實作，而非只會說」（Guo 2011b）。

在以 *rada* 叢結為核心的、「直」的正義美學中，其實踐更是關鍵面向。一如與 Langalanga 人討論正義的概念時，除了 *rada*，其動詞型態 '*farada*' 一定會被提及。以 *fa*-前綴詞來強調整個動作是 Langalanga 常見的模式，例如前述的 *madakwa*（清楚），加了前綴詞成爲 *famadakwa* 就帶有「釐清」、使事情清楚的意涵。Langalanga 人一般將 *faradaf* 翻譯爲洋津濱中的 *stretim*。根據 Jourdan 編寫的字典，其意義如下：

stretim (stretim)(vt.): 1) fix, 2) straighten¹², 3) deal with, settle. (settle problem), 4) tidy up, 5) organise, plan (Jourdan 2002: 229)

Matthew Cooper 於 1960 年代末期在 Langalanga 的研究則如此描述 *farada*：

「麻煩（發生）時... 得找到把事情整直（straighten things out）(Langalanga 語是 *farada* '*are gi*，洋津濱爲 *stretim olgeta samting*)，恢復正常，避免更多問題。」(Cooper 1970: 146)

在 Langalanga 日常生活中，以 *farada* 來指涉糾紛排解（dispute settlement），亦即釐清爭議，取得雙方的共識，進行必要的賠償與和解儀式，讓事情回復到 *rada* 的狀態的過程。部落的耆老，尤其是地方領袖在 *farada* 過程中扮演中介角色。老奶奶 Ofesi 描述她所見的傳統糾紛調解，主事者爲傳統的聚落領導人之一，稱爲 *araii* 或 *aofia*。

在社區集會中，*araii* 首先提醒每個人和平生活、有愛、共同生活的重要性。聚集的人都會聽他的忠告。在這段簡介忠告後，主要的問題才拿出來討論；開場忠告是為了確保憤怒被抑制和控制住。來參加的人都是為了聽 *araii* 的中肯忠告，人們很尊重他說的話。當兩個人爲某一件事吵架，*araii* 就作為中介人，之後他們交換貝珠錢，這件事就算結束了，繼續一起過著快樂的生活。¹³

Ofesi 的描述不能簡單化約爲「傳統」，而需考量基督宗教教義是否對其敘述造成影響（例如「愛」的觀念比較是教會的用語，而非 Langalanga 語中的用法）。另一個 Feragwau 老爺爺的追述，則顯示了殖民統治的影響：

今天 *aisaro*（「頭目」，非世襲，只是官方錯用的頭銜）是選出來的...英國人來之後找會英文的人，指定說「就你，你當頭人（headman）。」然後他就是頭人了，英國人還會付他錢。但在傳統中不需要付錢，*aisaro* 就是在部落裡，通常是創始氏族的後代，他們照顧族人的生活。政府來了之後才把這個規則加諸於我們，英國人說：「我們得要當朋友，讓慣習（custom）和法律當朋友。」

Aisaro 得是個男人，年紀夠大（30 歲以上），誠實，爲民服務，知道如何照顧人民。他不能太早說什麼，不會太早煩東煩西，通常要兩三天後才會講。他知道怎麼和人講話。如果你跟他說什麼，他聽了覺得有道理，會很快執行，但如果他覺得你錯了，就會找你過去。他了解文化，大家都過去和他坐在一起討論好與壞，把事情整直（*farada*）。之後祖先會過來，大家向他祈禱，有時並殺豬獻祭給他。

當代 Langalanga 人依舊把 *farada* 當成重要的糾紛排解機制，從日常口角、肢體衝突、到較嚴重的流血事件，人們都把 *farada* 當成理想的目標。例如小孩調皮玩別家的動力船，被喝罵制

¹²此處 straighten 可譯爲「豎直」。

¹³Ephrem Anifaegia 2006/6/12 訪談錄音。

止後，需到船主家去 *farada*。

現今 Langalanga 人有三條主要的 *farada* 途徑：慣習、教會與頭目會議（chief's council），前兩者並存搭配，有時難以分別，而第三者則效果有限。讓我們先看幾個案例（化名），再行討論。

案例一：酒醉打架

威尼在城裡喝酒，和另一個村民魁樂發生口角，打了起來，旁邊的人趕快把他們拉開，但威尼把對方打傷了。雖然整件事是由魁樂引發，是他喝醉了無理取鬧，但因為威尼打傷人，所以他先去依照傳統在次日先找對方釋出善意，支付了 20 元所羅門幣作為 *kwarikwari*。無論是否需要進一步談賠償（*firita*），*kwarikwari* 是必要的程序，有助於傷口較快癒合。

此案中魁樂有錯，他不能要求賠償。幸好傷得不重，日後兩人和解，進行了 *kwatefailiu*¹⁴ 的儀式，將斷裂的社會關係重新連結。

案例二：外遇事件

阿萊發現老婆和瓦勒有外遇，氣得跑去找瓦勒算帳，把他的手臂打斷、流血。因為阿萊傷人，事後他得先付點小錢給瓦勒當成 *kwarikwari*，但他有權向瓦勒要求賠償（*firita*）。瓦勒自知理虧，殺了一頭豬獻祭（*bokoania*），雙方舉行 *kwatefailiu* 儀式，握手言和。此外根據傳統，瓦樂以及阿萊老婆的父親也需要付出 *tafuliae* 貝珠錢，以 *boko'ana*（塞住耳朵），亦即止住他人的議論。

案例三：選舉鬭牆

某知名政治人物上次落選，人們歸咎於他與兄弟不和，他的兄弟還跑去支持敵對陣營，分散選票。這次擬再度參選，他們兄弟終於和解，由於當初吵架時曾彼此咒罵，內容涉及分家，這在傳統中是大忌，於是殺豬獻祭，舉行 *kwatefailiu* 儀式和解，之後順利當選。

在 Langalanga 慣習中，爭執若是見血，則造成流血的行動者無論理由，均需支付象徵性的 *kwarikwari*，原本是一小串貝珠錢（*fura*），現在則多半以小額現金取代。血代表了生命力，透過 *kwarikwari*，人們可在傷害不重的情況下儘快以交換物（貝珠錢/現金）來止血，這是針對流血表達歉意，而非賠償，從案例一與二可得知人們將這兩件事情分開處理。此外通姦以及咒罵等行為觸犯了傳統禁忌，會引起祖靈不快，因此需要殺豬獻祭，才算真正的 *farada*。Cooper（1970:149-50）也指出同氏族成員如果打架、咒罵甚至殺人，特別需要 *fa'aabu*（賠償），一方面彼此交換賠償的貝珠錢或小額現金，此外也要付錢給祭司，買豬殺來祭祀祖靈。前者根據 Cooper 的說法是為了「讓別人閉嘴」，筆者的研究則稱為「塞住耳朵」，因為村落中的流長斐短是造成不快的源頭之一，話語（*saena*）本身也蘊含了某種力量，會造成事件的發生，讓人家沒話說是 *farada* 很重要的一部分。¹⁵

¹⁴此儀式很簡單，主要是聚在一起聊天，以及交換小串貝珠錢（*fura* 長度的白色 *galia*）。

¹⁵在聘禮交換儀式中，新娘父母贈送她一條 *tafuliae* 貝珠錢纏在身上，有時也被詮釋為萬一婚後生病等狀況的預先「賠償」，以那條貝珠錢來 *boko'ana*。

案例四：連鎖事件

兩戶鄰居難免日常有些摩擦，然而在幾次不幸事件後累積情緒到了臨界點。甲戶人家的兒子柏尼格在碼頭喝醉最後跳入海中捕魚身亡，之後鄰居陀葛利想娶其寡婦，部落內有些流言，懷疑柏尼格的意外與陀葛利有關。不久後柏尼格家很不幸的連續有三個成員在短期內相繼過世，矛頭再度指向陀葛利，他聽聞後很不高興，決定將此事帶去到頭目會議去尋求解決。

村中教會的人認為應該要在教會內解決，但經過整夜仍無法說服陀葛利，他還是去頭目會議遞狀子，但他的近親卡利喝醉鬧事，頭目會議沒開成。當晚卡利又到柏尼格家外面大吼，要他們如果懷疑別人施行巫術就搬走好了，由於兩家有親戚關係，此種話語在傳統中是大忌。柏尼格的家人非常生氣，次日立刻搬走，並且破壞了屋外樹木等表示憤怒的決心，連床鋪都搬走在傳統上代表不再回來，是很嚴重的決裂。

卡利氏族的耆老們認為此事不再只是陀葛利和卡利家庭與鄰居的紛爭，而牽涉到全氏族，畢竟這麼嚴重的決裂可能會引發祖靈不悅，也可能引起對方報復。在卡利的氏族釋出善意後，柏尼格的老父逐漸軟化，他認為自己來日無多，若在去世前沒有 *farada*，祖靈的不悅沒有獲得平撫，則可能其子女會發生不幸，因此他提出對方要 *fa'aabu*，殺豬獻祭的要求。此時教會內的人都反對，最後折衷之道是在村內舉行基督教的和解儀式，共同祈禱 (*foa ruru*)，但同時也在鄰近的天主教村落（教會較不嚴格）請未曾信教的老人代為執行獻祭儀式，算是完成 *faradana*。柏尼格家搬回村中原址，雙方和睦相處。

在這個案例中，我們看到沒有即時 *farada* 造成更多流言八卦，這些話語逐步加深了雙方裂痕，甚至引發另一次衝突 (Cooper 1970: 155)。兩造之間發生不愉快的摩擦之後，彼此產生 *malatala e ta'a* (*malata* 是「想」的意思，*ta'a* 則是「不好」的情況，此時若未 *farada*，那麼雙方碰面時都會看向別處，假裝沒有看到，彼此也不交談。從教會觀點來看違反了教義，從傳統信仰的觀點來看則可能會帶來不幸的後果。*Farada* 則能夠恢復原本的社會秩序與關係，平復當事者的情緒，同時也能取悅祖靈 (*agalo*)，避免發生更多不幸 (Cooper 1970: 152)。案例三和案例四都牽涉到嚴重的情節——親屬關係的割裂：案例三中兄弟之間咒罵牽涉到不想再做兄弟的言詞¹⁶，而案例四中要親戚搬離，這些都是觸怒祖靈的行為，若未能 *farada*，重新將破裂的關係連結起來，則會有 *welamae* (孩子死亡) 發生。最理想的狀態是在太陽下山之前解決¹⁷，人們追憶在大多數人轉宗之前，可以透過當日爬上年輕的椰子樹摘果實，以及在男子會所前雙方互射長矛的方式迅速處理。前者透過象徵的方式——椰子樹代表生命、年輕的椰子果為新生，用以抵消毀滅性的言語衝突；後者則是情緒發洩的管道。若是拖過了夕陽時分，則只有殺豬才能解決了。

案例四也讓我們看到當代 *Langalanga* 人 *farada* 的三條途徑——教會、傳統與頭目會議，因行動者不同考量而有不同選擇。即使多數人已經改宗，*Langalanga* 人仍相信祖靈持續存在且施展力量，夾在祖靈與基督之間的族人經常利用空間區隔——亦即在村中以教會方式行事，但在村外持續與祖靈溝通的方式，取得安身之所 (Guo 2009, 郭佩宜 2010)。此外，頭目會議這種殖民時期引介的糾紛解決機制也是當代 *farada* 的途徑之一，尤其是當村落內的斡旋遇到阻礙、不擬以肢體或口語暴力繼續升高衝突時，行動者可能選擇頭目會議，由跨部落的耆老來聽取各造意見，

¹⁶此類「畫清界線」的同胞間咒罵常以「跨越了姊妹/兄弟（異性同胞）的腿」（象徵性關係），甚至是「與姊妹/兄弟/父親/母親做愛」等比較直接的語言，來表達了「我不再是你兄弟姊妹」的宣稱。

¹⁷*Langalanga* 朋友指出教會也主張每個人都是兄弟姊妹，爭吵要在太陽下山前和解，不謀而合。

依照「傳統」提出解決方案。然而這顯現了村內社會網絡無法自行解決的窘境，公開的聽證模式也讓一些人心生排斥，未必是達致 *rada* 的有效途徑。筆者所知的頭目會議多半涉及土地糾紛，通常是跨部落的案件；極少部落內的糾紛訴諸頭目會議，而頭目會議的結果通常也沒有達到多方均認為 *rada* 的狀態。

那麼 *rada* 到底如何達致？*farada* 這種 Langalanga 式的正義美學實踐的過程是什麼？綜合筆者與 Matthew Cooper (1970) 的資料，*farada* 有下列的要件：

首先要有謀和的目標，希望能從爭吵 (*kwalana*) 狀態、不愉快 (*malatana ta'a*) 的狀態轉為和平 (*aro'aro*) 的狀態。這樣的理想揉雜了基督教會的和諧教義，以及「傳統」中人與祖先等各種靈力之間達到平衡的共存狀態。

其次則是雙方必須要有意願 (*willing*)。筆者的研究發現 Langalanga 人十分尊重個人的想法——實際上其他人的想法 (*malata*) 是不得而知的，人們只能從其行為來評斷與對應 (郭佩宜 2012)。Langalanga 人常說 '*I o sae ae*' (直譯為 'only you who knows')，亦即人無法探知也不想探知別人的想法；在日常對話中，這句話亦可翻譯為 'it's up to you'，表達對個人的意願 (*marabe*) 的尊重。例如非常態市場的交易 (例如鄰居私下的小買賣) 經常不開價，而說 '*I o sae ae*'。聘禮交換儀式是最明顯展現 *marabe* 的場域，聘禮 (*kwatena*) 數量多寡、*duuna* 要多慷慨，都取決於男方親戚的 *marabe*。Langalanga 文化強調個人作為，*marabe* 的概念彰顯了文化中給予個人較大的運作空間 (郭佩宜 2004a)。

Cooper (1970: 160, 181-182) 也發現 Langalanga 人經常說 'It's up to you'¹⁸，表達對個人意願的尊重，亦即對 *willingness* 的重視。意願是行動的根本，若有知識無意願，則不會起而行；在 Langalanga 社會中人們無法強迫他人，唯一具有強迫力量者是祖靈 (*agalo*)。在 *farada* 過程中，中介者只能盡力說服他人，使得兩造有意願進入 *farada* 的程序，而祖靈的懲罰力量也有助於提高人們的意願¹⁹。筆者進一步認為，除了祖靈的威嚇力量，教會宣揚的和諧意識型態也有助於提高意願，例如每年一度的領聖餐 (*fana aabu*) 前，人們即感受到要儘快 *farada* 才能參與儀式的壓力。

在有了意願之後，*farada* 的實務進行方式強調雙方要開放 (*tafa*)，才能釐清 (*famadakwa*)。Waletofea 以他協調各造的經驗評論道：

如果講不清楚 (*iko ali aala madakwa*)，也就是他根本不是真正討論要討論的事情，那就沒希望了。要能夠把不一樣的地方談出來 (*aala ofotae*)，兩個人下來我這邊，把兩人之間整直 (*mera farada i matana meroa*)，把生氣的事情給整直 (*ali mera farada me are e ogata'a alia*)。

Farada 的過程如 Waletofe 強調的，把不清楚的地方釐清，此處要「講清楚」的是對於社群共享價值觀的違反，例如前述的打架、外遇、咒罵、閒話、和決裂，都是讓社群 (尤其是親屬連帶下的社群) 鏈結產生裂縫，以及對於社群興盛 (*mauri, living well*) 的傷害。*Radana* 不只是談話而已，而是需要透過行動來實踐，在 *farada* 的過程中，人們透過小額交換重新建立社會關係，

¹⁸Cooper 不懂 Langalanga 語而是以洋津濱進行研究，因此他的論文中有時無法直接對應筆者以 Langalanga 語蒐集的資料，但仍可比對出類似之處。例如他直接以英文描述 Langalanga 人說 'It's up to you'，然筆者推測這應該對應的是洋津濱的 '*Iu nao iu save*'，與 '*I o sae ae*' 應為類似句子；他只寫英文的 *willing*，而未提及 *marabe*，但從其意涵可推知兩者是相似概念。

¹⁹Cooper 並且認為和解的儀式過程中，*fa'aabu* 時兩方都要拿出小額的錢來交換，也是提高意願的設計 (Cooper 1970: 182)。

透過獻祭給祖靈重新承認和啓動親屬關係，透過在教會共同祈禱以及共食聖餐再肯認社群理想的人的關係。如同 Edwards & Petrovic-Steger (2011) 所言，「在美拉尼西亞社會中... 每項行動都列舉說明了一種關係」(‘In Melanesian societies, ... an action particularizes a relation’) (Edwards & Petrovic-Steger 2011: 18)。

上一節筆者談到 Langalanga 直的正義美學中強調「真實」，其反面是彎曲、謊言、不正確、晦暗不明。其中對「真實」的強調在本節案例中未被論述，而是在另一個情境下——與國家法律體制交會時——提出的。

五、傳統習慣規範與國家法制的介面

Langalanga 人實踐直的美學時主要以教會和慣習途徑為主，殖民統治引進的頭目會議制度雖然提供了一個可能性，但除了土地糾紛外²⁰，人們較少向頭目會議提出需求。大家普遍不認為頭目會議是 *farada* 的理想方式，其他法院體制內的途徑，就更不受青睞了。相反的，Langalanga 人在討論 *radana* 時，經常拿法院當成反面對照。這並非當今 Langalanga 人抱持反殖民或者反政府的態度，而是法院的設計，尤其是對於證據的採納與慣習落差很大。以下這段訪談反映了許多 Langalanga 人的看法：

過去沒有法庭，你只要展示你還參與的獻祭的地方，即可證明你是某氏族的成員。根本不可能說謊。在所羅門群島，根本不可能有人帶了豬去別人的祭壇獻祭，別人氏族的祖靈不會接受，這個人立刻就沒命了。在聖地附近有些毒蛇會咬其他氏族的人，不咬自己人。

然而現在不再獻祭祖靈了，人們可以直接說謊。法庭只聽那些會說的人，那裏沒有正義 (justice)，不是一個好制度。有些人根本捏造資料。正確的方式應該是人們坐下來，討論系譜與歷史。

「法庭沒有正義」的看法在所羅門群島很普遍，有幾個層次的意涵。首先，所羅門群島是一個國家權力相對較弱的國家 (weak state)，由於人力與經費不足，許多法院判決未被執行 (尤其是民事與土地案件)，即使打官司獲勝也未必有實質的效益。其次，法院不受人民信賴，人們多半認為會講英文、懂得呈現法庭喜歡的類型的證據者，在法庭比較吃香；人們也常懷疑法官接受關說、收受賄賂、偏袒親友、或受到某造巫術的影響，做出不利己方的判決。這兩項是美拉尼西亞的研究者耳熟能詳的說法。設若從本文從 Langalanga 人的正義觀 *radana* 分析，則可以有新的角度的思考。

Radana 的概念中包含了真實、正確，對比了與謊言與不正確。前述引文中顯示，在傳統宗教式微的情況下，法庭制度無法實踐正義，因為法庭無法有效區辨系譜與歷史敘事的真偽，反而提供了誘因，讓懂得遊戲規則的人能夠操弄。在這樣的縫隙之中，正義無法在法庭上實現，相反的，法庭反而離正義的美學更遙遠。土地糾紛的案件尤其如此。對於一般民事或刑事案件人們也幾乎不把法院和他們要 *farada* 的焦慮連結在一起。就他們看來，脫離了社群生活的情境的法官不可能了解案件的事實，而且涉及祖靈信仰與獻祭的部份，在以基督宗教為主流的所羅門社會被

²⁰ 土地糾紛依照規定需要先在頭目會議提出，無法獲得解決才能走正式法律訴訟，這也是為何它是頭目會議最大宗案件類型的原因。

壓抑，即使祖先的靈力依舊是許多人——包含基督徒——持續感受、且需在 *farada* 過程中面對並滿足其要求，在公開的場合，尤其是法庭聽證的場合，許多人覺得難以表達，或此類陳述法官無法接受。

我的朋友 Ephrem 對當代法庭制度提出批判，他認為傳統的糾紛解決機制是療癒（healing）的過程，而非懲罰的過程，*araii* 或 *aofia* 維繫了社群和諧，透過 *farada* 把來自四面八方、不太安定的社群拉在一起：

外來的找過失並處罰之的概念污染了傳統的糾紛療癒過程，原先受到尊敬的 *araii* 或 *aofia* 的結構也不見了，這就是今日一堆無解案件的根源。

抱持與 Ephrem 相同意見的 Langalanga 人不在少數，如同上節中筆者對於 Ofesi 回憶過去糾紛解決機制時強調的「愛與和諧生活」是否為傳統持保留態度，我認為這未必反映「傳統」的真實樣貌，而是反映了當代受過基督宗教洗禮的 Langalanga 人的歷史重構。

面對「原住民族慣習」本來就應謹慎，不能將之本質化、固著化，而是正視其在歷史過程中的動態性。Lauder Nader（2002）的研究在此值得參照。她指出許多人類學研究傾向強調原住民法律體系內和諧的一面，而壓抑了衝突的面向，她稱之為 'harmony ideology' 或 'harmony law model'。她以自己研究歷程的轉折為例，說明研究者經常不察在建構這樣的模型的田野研究時，所謂「原住民傳統」已經受到基督教的洗禮。墨西哥的 Zapotec 人經常強調和諧的社會觀，在地的法庭也以和諧作為社群的核心價值，然而 Nader 後續的歷史化研究卻發現那並非 Zapotec 人的原貌，反而是受到殖民統治與基督教義的影響，和諧的意識型態被用來作為殖民者進行社會控制的手段。有意思的是，Zapotec 人之後不但內化此意識型態，更將之轉化為抵抗政府的政治與文化霸權的策略之一（Nader 1990）。

基於此，Nader 後續的研究批評美國 1970 年代開始的 Alternative Dispute Resolution (ADR) 同樣建立在 harmony law model 之上，出現有許多問題，尤其是把糾紛當成溝通而非法律問題，追求和諧高於追求正義（Nader 2002）。Goddard（2009:8-9）指出 ADR 透過澳洲轉介，在 1990 年代進入美拉尼西亞國家；此後恢復式正義（restorative justice）的概念也透過國際研討會等管道傳播到美拉尼西亞法學界，並透過一些 NGO 補助等與 ADR 結合。這些概念的流動，加上教會的論述，讓當代研究者很難區分到底哪些是「傳統」。一如我們在 Ofesi 和 Ephrem 的語言中看到「愛」、「療癒」等用語可能採借自上述模型傳播，Langalanga 和其鄰近族群的歷史中也都有許多衝突、復仇、聚落或氏族裂解的故事，並非一片和平景象。

上述研究提醒我們，面對「和諧敘事」不能簡單將之化約為「傳統」型態，而需留意到歷史過程與權力關係。今日呈現的「傳統」經常是「新傳統」，在原住民慣習法（customary law）中也有同樣的情況。美拉尼西亞的人類學者多半同意，這些獨立國家施行的所謂慣習法其實是殖民產物，亦即並非在殖民時期之前即存在的法律、規則或體系，而是在殖民以及後殖民的過程中，逐步被建構出來的概念（Demian 2003, 2011, Goddard 1998, 2009）。如同所謂「傳統土地制度」（customary land tenure），土地共有群體（joint land holding group）也都是「新傳統」一般（Weiner & Glaskin 2006, 2007）。如 Sally Falk Moore 在 *Law as Process*（1978）中指出的，法律不是一項靜態的規則，而是不斷被製造、轉化、重新形塑的，我們需從歷史脈絡中來理解法制在當地的建立、轉化、甚至可能是失敗，其中不對等的權力關係（asymmetrical power relationships）更不能被忽略（Starr & Collier 1989: 6-9）

本文探討原住民正義觀，以 Langalanga 人的直的正義美學，從這個角度再思考當代國家法律體制為何在所羅門群島陷入「無法獲致正義」的困境。雖然如此，在原住民傳統習慣與國家法制的介面仍舊有較為樂觀的可能性。所羅門群島在美拉尼西亞中是相對窮困的國家，其兄弟之邦巴布亞新幾內亞比他們更積極推動將傳統與傳統慣習與法律體系結合，雖然也有許多問題（Demian 2011），但在地方法庭的實施上有比較多正面的結果。因此筆者以 Michael Goddard 在巴布亞新幾內亞村落法院（village court）的案例作為本文的結尾。

根據 Goddard (2009) 在新幾內亞首都 Port Morsby 鄰近的村落法院的研究，揉雜了傳統與法律的村落法院制度相較於西式法庭，的確較能滿足社群的公平感（sense of fairness）。較為成功的案例中村落法院的基層法官要能體察社群中對於正義的概念——尤其是根基於群體的思辨模式（group-oriented rationality）——與西方法律中個人主義式的正義有所不同，以達致他所說的實質正義（substantial justice）。

然而這樣的村落法院的法官持續面臨兩難，問題出在村落法院是一個正式的法律機構，依舊受到國家形式法律的規範，而形式法律中以「個人」為法律上負有責任的行為人（legally responsible individual）。然而村落法院比較成功的案例，都是將案件放在村落整體的關係中考量，其判決著重在恢復村落的關係，而非懲罰個人。基層「法官」納入了慣習法（customary law）作為裁決與調解的考量，較能貼近實質正義（substantial justice），然而在職訓練的設計與此反其道而行，而這些基層法官也想要透過進修學習更多國家法律（state law），因為他們處於國家整個法律體系的底層，想要往上爬升，執行「好的法律」——亦即 formal law。²¹不幸的是此舉卻會讓村落法庭離實質正義越來越遠。

²¹Melisa Demian (2011) 也有類似觀察。

參考書目

郭佩宜

- 2004a 〈「比較」與人類學知識建構——以所羅門群島Langalanga人聘禮交換儀式為例〉。《臺灣人類學刊》2(2):1-42。
- 2004b 〈展演「製作」：所羅門群島Langalanga人的物觀與「貝珠錢製作」展演〉。《博物館學季刊》18(2):7-24。
- 2006 〈「我不是白人」：一個人類學家的難題〉。郭佩宜、王宏仁主編，《田野的技藝：自我，研究與知識建構》，頁63-90。台北：巨流出版社。
- 2008a 〈當地景遇到法律：試論所羅門群島土地的法律化及其困境〉。《考古人類學刊》69：143-182。
- 2008b 〈協商貨幣：所羅門群島Langalanga人的動態貨幣界面〉。《台灣人類學刊》6(2)：89-132。
- 2010 〈分隔的空間，協商的靈力：Langalanga祖靈與基督上帝的動態關係〉。Pamela J Stewart、Andrew J Strathern、葉春榮主編，《宗教與儀式變遷：多重的宇宙觀與歷史》。頁107-156。台北：聯經出版社。
- 2012 共做的同理心：所羅門群島Langalanga礁湖區的田野工作。發表於「從相逢到交融：人類學與心理學的交會與對話」研討會，2012年9月4-5日。台北：中央研究院族學研究所主辦。

Berg, Nancy Eisenberg & Paul Mussen

- 1975 The Origins and Development of Concepts of Justice. *Journal of Social Issues* 31(3): 183-201.

Cooper Matthew

- 1970 Langalanga Ethics. PhD Dissertation. New Haven: Department of Anthropology, Yale University.

Corrin-Care, Jennifer, Tess Newton and Don Paterson

- 1999 Introduction to South Pacific Law. London: Cavendish Publishing Ltd.

Demian, Melissa

- 2003 Custom in the Courtroom, Law in the Village: Legal Transformations in Papua New Guinea. *Journal of the Royal Anthropological Institute* 9: 97-115.
- 2011 'Hybrid Custom' and Legal Description in Papua New Guinea. In *Recasting Anthropological Knowledge: Inspiration and Social Science*. Jeanette Edward and Maja Petrovic-Steger ed., pp. 31-48. Cambridge: Cambridge University Press.
- 2011 Introduction: on Recombinant Knowledge and Debts That Inspire. In: Jeanette Edward & Maja Petrovic-Steger ed., *Recasting Anthropological Knowledge: Inspiration and Social Science*; pp. 1-18. Cambridge: Cambridge University Press.

Furby, Lita

- 1986 Psychology and Justice. In *Justice: Views from the Social Sciences*. Ronald Lee Cohen eds., pp.153-204. New York: Plenum Press.

Goddard, Michael

- 1998 Off the Record: Village Court Praxis and the Politics of Settlement life in Port Moresby, Papua New Guinea. *Canberra Anthropology* 21: 41-62.
- 2009 Substantial Justice. London: Berghahn Books.

Guo, Pei-yi (郭佩宜)

- 2003 'Island Builders' : Landscape and Historicity among the Langalanga, Solomon Islands. In *Landscape, Memory and History: Anthropological Perspectives*. Pamela J. Stewart and Andrew Strathern eds., pp.189-209. Pluto Press, London.
- 2006 From Currency to Agency: Shell Money in Contemporary Langalanga, Solomon Islands. Special Issue on 'Pacific Area Studies: Prospects for Research'. Edited by Paul van der Grijp. *Asia-Pacific Forum* 31:17-38.

- 2009 Separate Space, Negotiating Power: Dynamics of Ancestral Spirits and Christian God in Langalanga. In *Religious and Ritual Change: Cosmology and History*. Pamela J Stewart and Andrew J Strathern eds., pp. 69-108. Durham, N.C.: Carolina Academic Press.
- 2011a 'Law as Discourse: Land Disputes and the Changing Imagination of Relations among the Langalanga, Solomon Islands'. *Pacific Studies* 34(2/3): 223-249.
- 2011b 'Torina (canoe making magic) and "Copy-cat": History and Discourses on the Boatbuilding Industry in Langalanga, Solomon Islands'. *Pacific Asia Inquiry* 2(1): 33-52.
- Jourdan, Christine
- 2002 *Pijin: A Trilingual Cultural Dictionary*. Canberra: Pacific Linguistics, Research School of Pacific and Asian Studies, Australian National University
- Keesing, Roger
- 1968 Nonunilineal Descent and Contextual Definition of Status: The Kwaio Evidence. *American Anthropologist* 70: 82-84.
- Lerner, M. J.
- 1975 The Justice Motive in Social Behavior. *Journal of Social Issues* 31(3): 1-19.
- 1980 *The Belief in a Just World: A Fundamental Delusion*. New York: Plenum Press.
- Moore, Sally Falk
- 1978 *Law as Process: An Anthropological Approach*. London and Boston: Routledge & K. Paul.
- Nader, Laura
- 1975 Forums of Justice: A Cross-cultural Perspective. *Journal of Social Issues* 31(3): 151-170.
- 1990 *Harmony Ideology: Justice and Control in a Mountain Zapotec Village*. Stanford: Stanford University Press.
- 2002 *The Life of the Law: Anthropological Projects*. Berkeley, CA: University of California Press.
- 1986 Anthropology and Justice. In *Justice: Views from the Social Sciences*. Ronald Lee Cohen eds., Ch. 7, pp.205-234. New York: Plenum Press.
- Nonggorr, John
- 1993 Solomon Islands. In *South Pacific Legal Systems*. Michael A. Ntummy, eds., pp 268-295. Honolulu: University of Hawai'i Press.
- Ntummy, Michael eds.
- 1993 *South Pacific Island Legal Systems*. Honolulu: University of Hawai'i Press.
- O'Manique, John
- 2003 *The Origins of Justice: the Evolution of Morality, Human Rights, and Law*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- Powles, Guy
- 1988 The Legal Systems of the Region: Solomon Islands. In *Pacific Courts and Legal Systems*. Guy Powles and Mere Pulea eds., pp. 345-347. Suva: Univ. of the South Pacific and the Faculty of Law, Monash Univ.
- Robbins, Joel, and Alan Rumsey
- 2008 Introduction: Cultural and Linguistic Anthropology and the Opacity of Other Minds. *Anthropological Quarterly* 81(2):407-420.
- Starr, June & Janet Collier
- 1989 Introduction. In *History and Power in the Study of Law: New Directions in Legal Anthropology*, pp. 1-30. Ithaca: Cornell University Press.
- Sandel, Michael
- 2009 *Justice: What's the Right Thing to Do*. Farrar, Straus and Giroux Publishing.
- (亦參考中文譯本，《正義：一場思辨之旅》，樂為良翻譯。台北：雅言出版社，2011。)
- Takoa, Tabuawati and John Freeman

1988 Provincial Courts in Solomon Islands. In *Pacific Courts and Legal Systems*, Guy Powles and Mere Pulea eds., pp. 73–77. Suva: Univ. of the South Pacific and the Faculty of Law, Monash Univ.

Weiner, James & Katie Glaskin eds.

2006 The (Re-)Invention of Indigenous Law and Customs. Special issue of the *Asia Pacific Journal of Anthropology* 7(1).

2007 *Customary Land Tenure and Registration in Papua New Guinea and Australia: Anthropological Perspectives*. Canberra: ANU E Press.

主題一：

原住民族傳統司法正義

【會議實錄】

與談人（孫正華 審判長）：

報告人，還有各位來賓好。非常感謝日教授剛剛精闢的講解，我相信各位都有機會看到他的大作，我也謝謝有這個機會來參加這場研討會。我過去對原住民族群相關的議題事實上並不是十分了解，更不用說在從事審判實務工作的過程中會有機會接觸到相關的案件，我想從剛剛日老師他精闢的分析，大家可以看得出來，其實就以他個人所屬的族群為例，我們可以發現他其實內部過程中有一段很有趣的經驗分享，就是他們族群會透過所謂神話或者是歌謠或者是祭典，像這樣的一些傳統習俗或者是習慣或者是一些文化，來體現他們族群在不管是人與人之間相處，甚至是落實到現代社會所講的司法正義方面的道德觀，都是透過這些傳統文化去體現。

譬如像剛剛日老師就舉很有趣的例子，我去看這篇文章非常深受啟發的，譬如說他講到很多人幻化為動物的這個狀況，其實是體現出他們族群對於懶惰這一種所謂非道德或者是說不被族群所接受的一種觀念，就會把它轉化為一種歌謠表現，懶惰的人就會變成動物，動物就代表他們不是屬於賽夏族我族的這個分類上的定義。另外，他還有透過這個過程中，大家也可以知道，雖然這個在傳統的賽夏族裡面好像並沒有所謂的專職裁判，類似像我們現在漢人的主流文化或者是現代法治國家，通常在裁判方面，我們會有一個專責的機構來負責，賽夏族群看起來是沒有，但事實上他們有他們自己內部的司法正義及運作方式，就像老師剛剛有講到有一些不管是在民事上面，就是說族人跟族人之間在立場生活之間的運作，甚至是在一些我們現代觀念所認為的犯罪行為方面的制裁，其實在他們的族群裡面也有他們一些制裁的方式。

雖然沒有一個所謂的專責的裁判機構，但是他們大多數面對到族人之間發生爭議的時候，或者是跟他族跟其他族之間有發生一些衝突跟糾紛的時候，剛剛日老師也強調說，他們賽夏族有非常重要的長老合議制度，這也是剛剛日老師有提議說，在日後是不是在國家制定法令或者是在遇到跟原住民有相關的法律事件時，可以考慮納入做為一個修正修法方面的參考。也就是說後面在結語的部分，老師有提出三大建議的方向，包括像剛剛老師有講的，就是不管是設立所謂的長老合議制度，納入或者是說設置所謂的原住民族的法庭，甚至在相關司法人員的教育跟培訓過程中間，是不是也要制定具備原住民族司法與法律人員任用資格及相關的辦法。

我個人認為對我來說是深受啟發，既然是與談，我想從一些相關的經驗來交流，事實上在現行我國的司法制度方面，其實並不是說裁判的工作，雖然說早期來講裁判工作，事實上是專責在我們所謂的不管是在偵查部分還是檢察官或者是審判實務工作是由法院來負責，當然律師是扮演所謂的辯護人或者是代理當事人進行訴訟的一個角色，感覺上他是一個壟斷的知識，但是隨著現代社會很多所謂的專業案件越來越多的情況之下，其實以台灣目前的法律制度來講，某一部分的權力其實是已經有釋出給非法律人員共同參與，其中最行之比較久的，大家或許有耳熟的是有關在智慧財產權的案件方面，因為我們智慧財產權現在已經劃歸為專業的智慧財產權法院，在智慧

財產權法院裡面就有一個所謂的專責非法院人員的設置，就叫做技術審查官。

這個技術審查官在智慧財產權案件裡面的審理辦法，審理法裡面就有規定技術審查官相關可以行使的職權，包括就是在針對專業的制裁案件裡面，他可以基於他個人的專業知識對當事人進行說明或是罰文，這個其實有一部份已經類似不能夠講說是取代，而是說補強傳統審判工作者的角色。甚至對於證人跟鑑定文，技術審查官也是可以直接加以罰文，雖然說法律的用途是訊問，但是其實在實際去執行的運作上來講，應該不見得有太大的差別。甚至針對案件本身，他也可以向法院表示意見，因為畢竟技術審查官的設置目的，就是希望藉重他在不管是專業商標或是著作權相關案件方面的相關專業知識，提供法官在審判案件時，以一個客觀、比較公正的專業判斷參考。有關於技術審查官的相關資格，當然在智慧財產權法院組織法裡面也有一些的設置，這個是現行法律執行上一個比較特殊的制度。

當然在司法院來講，甚至我們將來未來很可能遇見的，未來會有一個所謂的人民觀審，我不曉得各位有沒有聽過，目前司法院有做一個很大的時間跟篇幅在宣傳，目前可能有些法院可預見的，這幾年會試行所謂的人民觀審，所謂人民觀審基本上也是讓所謂的非法律專業人員去參與一個審判的過程，或許我用參與這兩個字不是非常的恰當，有的國家是採用參審，台灣是沿襲所謂的觀審制，主要是從韓國制度或者是義大利制度過來，司法院已經定出所謂的人民觀審的條例草案，其中就是針對一些特定化的案件，目前是限制在所謂的最重本刑是死刑跟無期徒刑，大家可以知道的是重罪的案件，是要採行人民觀審。換言之，以後的法庭，各位看到的不會是只有三位法官在一審的時候，不會是只有三位法官坐在那裡，另外還會有為數眾多，例如說五位或幾位的觀審一定是坐在法檯上的，跟著所謂的專業法律人員一起進行這個案件的審理過程。當然在觀審條例裡面有做一些相關的規定，例如說案件是不是依法到現行實務運作上的困難，並不是所有的案件都開放，觀審員所提供的意見，在整個評議的過程中間是不是可以一併的參與法條有限制。站在法院的立場，目前司法院設計的概念就是希望，法官如果最後評議的結果跟觀審員所謂跟人民法律意見有不同的時候，他必須在判決裡面交代，可是從這邊就可以看出來法官是不會受到觀審意見的拘束。換言之，觀審員對於案件的有罪、無罪、或者是良性，他只有表意權，而沒有所謂的表決權。

像老師剛剛提到的這些，希望一些外部的體制共同去參與審判，照現行的制度都是有可能的參考方向，我想這部分權益，站在法院的立場應該是逐步下放出去的。只不過老師剛剛有說的一些辦法裡面，我個人是有點小小的疑問，就是老師剛剛有提到一個所謂的長老合議制，因為這在賽夏族來講是非常重要的核心概念，我個人是比較好奇，剛老師有提到說賽夏族是一個傳統的父亲系社會，我不知道所謂的長老的產生是不是跟我們一樣有積極資格跟消極資格，因為像我剛跟各位介紹到不管是技術審查官或者是觀審員，今天其實都有給予他一個消極資格或是積極資格的限制，賽夏族是所謂的父亲系社會，所謂的長老是不是有限定是哪一性別的，而女性是不可以參與的，我想如果有這樣的情況，各位首先就會想到，這就跟我們現代社會裡所強調的性別平等可能就是有矛盾的地方。再接下來，當然包括說長老會議，當參與的案件對象是針對，當時你知道是賽夏族呢？或者說如果涉及到目前台灣原住民有十四個原住民族？甚至以後可能會更多，涉及到其他的原住民族群的人，是不是也適用賽夏族的長老合議，這樣會不會又引起其他族群的不同意見，或者是說當事人雙方兩個都是原住民才會引用這個長老會議制的必要性，我想這些細節的部份，可能都會是在拋出這個議題之後可能會引起一些論證跟討論，謝謝。

與談人（陳文德 副研究員）：

各位大家好，我首先謝謝主辦單位的邀請，我跟童老師一樣我的專業不是法律，我是學人類學的，所以我關注的是社會文化，很自然就會聯想到的問題，把法律與文化之間的關聯，這是我的切入點。我自己也不是做排灣的，雖然這幾年開始往南，我一直是在阿美跟卑南，所以我今天不是評論，主要應該是與談，所以我與其說是很直接來對這篇文章做一些論證及了解問題，倒不如說是透過這些資料，然後有一些想法丟出來給大家，大家來共勉。我覺得童老師這篇文章整個架構跟論點相當清楚，我覺得他文章裡面整個脈絡清楚，而且他一開始就提到他是如何去建構一個傳統習慣規範的資料庫。換言之，我覺得這篇文章跟我重新再談原住民法律跟西藏法之間的關聯，比較不大一樣的是，他一開始丟出來就是整個習慣法背後的核心，可以看到他分三節，然後第四節就提到說排灣族的整個傳統習慣法跟案中的犯罪與刑法正義的整體意義是什麼？我覺得有意思，也就是說當我們現在還有一個對應式在談習慣法是什麼，現在的法令是什麼，有時候反而會讓我們不清楚這個習慣法的脈絡，所以我覺得這是很重要的。

反過來講是說，你有一個整體思考過程，你也許再回過來看到底是要哪些習慣法放在優先性，哪些可能是其次的，然後再處理這裡面的。譬如說在這邊就有提到家族的重要，我知道排灣族是長嗣繼承，長嗣繼承從家的性質來講，嫁娶與入贅用詞都不適當，因為沒有辦法掌握排灣族長嗣繼承觀念，所以我覺得這篇文章事實上帶出了這樣的討論，所以我以下的回應是從這樣的關注來討論。

第一個，若從這樣的角度來討論的話，我們會覺得也許限於資料，我們看到這些表格可能談到跟婚姻有關、跟犯罪有關的，我反而想知道的是，這個是限於目前文獻資料的限制呢？還是說因為有怎樣的考慮？如果是目前資料的限制的話，我在爾後的討論到底要怎麼去彌補這個相關資料來論證你所關注的議題。第二個，習慣法我想接下來我的同事郭佩宜老師會提到，就是說習慣法已經是涉及日常生活，那麼這些資料顯然是比較文字化，日常生活事實上都有一些不同的，可能是有爭議性的，那這些爭議性可能往往在文字化之後就不見了，我們怎麼去構思、去好好思考這樣的情況。第三個，跟習慣法相關的，當外來的影響已經累積了可能幾十年甚至一百年，這些影響也已經構成習慣的一部分，我們怎麼去放出這樣的理由呢？我覺得這個是對於習慣法的討論。延續到剛才包括審判長也提到，像智慧財產權，從人類學關注的角度，憲政法令其實已經是人跟人的關係，也是人跟物的關聯，我們在這個表格，我們其實看到了有些地域性的差異，為什麼有些就是說犯法的，他的罰懲是用銀兩，有些是又要殺豬，或者說是用鐵鍋，這些物的意思是什麼，我覺得如果是要回到這個法，這人跟人的關聯的時候，這些物的意義可能要給它一個適當的名詞。換言之，當用銀兩的時候，可能它已經對人跟人這樣的一個犯罪、罰則也許有不一樣的思考，這是我提的第二個大點。

第三個，延續剛才日宏煜教授也提到，不管人跟動物的轉換也好，或者是童老師談到貴族階級有所不滿的時候，或許予以大懲，換言之，人跟自然已經是習慣法的一部分，這個部分怎麼放置在我們今天所找到的，我的意思是說，我們從布農族的意思這個 hanitu 的觀念，已經不只是人跟人，已經是人跟自然，我的意思是說人跟自然已經包括他對土地的觀念，這個部分我覺得是可能，也其實回應到童老師一開始提到的，就是說怎樣能整體性的思考。

最後我想還要再講一個，針對早上王泰升教授提的，我個人其實也認為說是要習慣立法，甚

至原住民法，重點不只是在原住民，而已經面對一個問題是說，法的立訂法的基礎是什麼？也就是說立法要根據一個什麼樣的基礎來考慮，當然第一個我們要談論到的是國家，包括現有的社會等，但是因為我昨天才從台東上來，這幾天、這兩三個禮拜也都參加知本的活動，我給你們一個很有意思的，在 2007 年就向原民會、內政部還有行政院退除役官兵輔導委員會，已經有一個會前的訂定原住民地區資源共享辦理管理辦法，也就是說已經有相關的行政法，如果到最後不能落實，我覺得這個問題已經不是在原住民跟現有的法制這樣直接了當的對話，也就是說我們知道原基法在 2007 年通過，但是土海法一直到現在還放置在立法院，這些背後立法的可能要被涉及到的，可能不是只有人民跟國家，是跟背後還有更大的結構因素。我再做一個補充，我們在談原住民傳統慣習法與國家法致的時候，我們從某個社會文化角度去做思考，可以幫助我們怎麼思考傳統習慣，但是國家定訂法令可能在訂定的時候，哪些是為它在訂定的，哪些是它不想要納入法律的，這個本身就是值得探討的問題，謝謝各位。

與談人（官大偉 助理教授）：

謝謝主持人、發表人和在座的各位學者和夥伴，今天我從三個面向來看郭佩宜郭老師的文章。第一個，我想要從台灣原住民的經驗來跟這個 Langalanga 的人群經驗來做一個對照；第二個，我想要來回應一下這篇文章裡面的幾個主題；第三個，我想要來談一談文章的意義。第一個，當我看到佩宜的這篇文章的時候，在我腦海中浮現了兩個案例，第一個是泰雅族的和解，泰雅族的和解叫做 sbalay，sbalay 這個字的字根就是大家熟悉的 balay 賽德克巴萊，它的意思就是「真的」意思，泰雅族的這個 balay 據說是 qbalay 去做一個東西出來去讓他成真 qbalay。那 sbalay 是讓它求真、然後求好，房子做好之後，最後的細微的部份把它抹平，所以它是當作一種協商、和解的一種比喻，所以說從這個來看泰雅族的協商和解出來的東西就是真相，也就是說真相出現在眾人的協商和和解之中，這樣對於真相的哲學，大家可以看到這是非常不同的二元論下的對於真相的哲學。第二個例子是我記得高正治醫師跟我講過的一個例子，很多年前他們部落裡面，有一個在鄉運的場合裡面，年輕人射鏢射太遠，不小心射到旁邊的小孩子，當場就把這個小孩子射死，這個小孩的家長跟這個犯錯的年輕人被帶到頭目的面前，頭目做了仲裁，就是讓這個犯了錯的年輕人，取死了男孩子家的女兒，所以他們就結婚了，生了小孩，之後兩家就歸於和好。所以從這裡我們就可以看到仲裁在做的事情，化解的方式不是處罰、不是奪去生命，而是創造生命撫平傷痕。

所以從這裡我們也看到說這篇文章幾個重要的主題，第一個就是從他對於 farada 的分析、他細微民族誌的描述，我們就可以看到從這樣語言脈絡的取徑，看到正義的價值事實上在不同的文化裡面會有它的差異存在。第二個，我們也看到所謂法律和仲裁的目的到底是要處罰，還是一命償一命，還是要撫平，還是要去恢復關係和好的狀態，這值得我們好好的去做更深層的省思。第三個佩宜也提到一件事情，到底慣習這件事情是永遠不動的，還是它是動態的狀態？它到底是應該被固定在文字之上呢？還是它其實就是寄託在人群和人際的關係裡面？我覺得這件事情也非常值得我們去省思，特別是佩宜提到的，就是我們今天面對的處境，其實比較像是有一個完整的慣習法，我們把它找出來之後，去找到一個它跟國家法銜接的一種方式，其實我們看到比較像是國家法的影響跟慣習法的影響同時並存，也就是佩宜提到的多種法律途徑的並存和競合的現實狀態。

所以最後我覺得佩宜的這篇文章有幾個面向的意義，第一個，我認為它告訴我們過去很長一

段時間對於原住民慣習的法律的研究，其實是缺少了人類學或是民族學這樣學科的參與，未來我覺得這樣的參與及對話要更加深化和繼續。第二個，它的研究也提醒我們，過去很多我們在思考原住民的政策以及制度，學習的對象常常是美國、加拿大，可是我們在南太平洋同屬南島語系的族群的夥伴們，很多這種歷史的情境或是文化的狀態，跟我們有很多的相似性，這個實在是值得我們去開拓研究。最後，我覺得佩宜的這篇文章提到的動態意義是非常重要的，提醒我們關於慣習的研究，甚至是立法的這件事情，其實都不是一種對於靜態社會現象的文化工作，其實更像是一種對於正義的思辨和呼應的行動。也就是說這個法律慣習的研究和立法本身，其實就是參與投入到社會的改造裡面，不是獨立於社會之外，所以我們也在這個過程裡面，更應該適時小心謹慎地去做自我檢驗和自我挑戰，我認為在這樣的意義上面，因為有佩宜的這篇文章存在，和這個研討會的存在，更加確認這篇文章意義裡面的價值，以上是我的評論，謝謝。

嘎礪武拜哈雅萬 先生：

大家好，我也是賽夏族，在今天早上的這場研討會當中，我有幾個問題想要請教一下日老師跟孫審判長，剛剛有提到說我們賽夏族在整個的社會結構核心是氏族核心，是以氏族為中心，但是事實上在司法審判實務上會遇到一個問題就是，在打我們賽夏族人的姓名時，常常會因為長度不夠的部分，就是電腦程式設定長度不夠，然後導致我們賽夏族姓名的姓氏，這個部分常常都會被塗黑掉，其他行政機關常有這樣的狀況，我們在談原住民法律跟國家法，原住民傳統習慣跟國家法治部分的時候，是不是基本從姓名、從氏族上的尊重，這個是不是應該優先，因為它是最容易被實踐的，應該被優先討論。然後另外一個部分就是孫審判長提到說，我們賽夏族的長老制度是以男性為主，您有一個疑惑說這樣是不是有點違反、不符合現代社會所謂男女平等的概念，但是我們在談傳統習慣規範的時候，是不是應該先跳脫所謂文明的、現代化的，不管性別或是對於社會的觀念，而是去從我們長期千年以來習慣去操作這樣的思維，先去做一個發想，謝謝。

拔尚（蕭世暉） 先生：

大家好，我叫做拔尚，早上以及前面有提到說，我們希望能夠在未來推動習慣立法，就是把原住民的習慣納入到國家的法律裡面，剛剛又聽佩宜跟 Taya 老師非常精彩的分析，不曉得你們覺得我們該不該做這件事情，就是習慣立法。把習慣納入國家法，贊成的話，你們覺得該怎麼做？我們現在的立法，就是所謂的立法院、國會立法，它是沒有辦法反映原住民的，更不可能反映多元族群的正義，以及相關法律要達成目標的價值觀。第二個，如果你們不贊成，你們覺得應該怎麼做？是不是高度的自治權賦予，就是把司法的權力，或者是說把原住民恢復和諧社會的那些做法的權利交給原住民，然後在它的領域範圍裡面來實踐，以上謝謝。

蔡穎芳 副教授：

我想請教一下童春發老師，我之前在寫論文的時候，有參考到你寫的排灣族史篇，基本上對於排灣族傳統文化的了解是非常經典的一部著作。我想請教一下，你剛剛試圖在重新建立一個排灣族傳統修復式的糾紛解決機制，在介紹糾紛解決機制裡面，我在想說如果在部落裡面，因為人跟人之間的關係，如你所說的排灣族人他們是用同心圓的方式以長嗣為中心出發後，就是連結個

人跟人的關係，這樣的狀況之下，我相信童老師所提到的修復式正義的糾紛排解機制，它可以發揮相當大的功能，而且它可以節省一些司法資源，而且我覺得它的糾紛排解結果，可能可以更符合排灣族人的正義觀念。可是我在想說在台灣有些原住民，他們可能不是在部落生活，他們可能是在都會地區，他們就是人跟人之間的關係，我們知道對於排灣族人來說，就是您所提到或是重新建構修復式正義，對於他們來說是在他們的糾紛排解方面扮演一個什麼樣的角色？是否仍具有糾紛排解功能？

王泰升 教授：

我想要補充一下，我剛剛的意思是說，被稱為習慣的原住民法如何進入國家法有兩種途徑，一種是司法機關透過習慣法，在這個過程當中其實是可以把最新的規範，因為習慣有流動性，所以這是由法院來認定最新的規範內容是什麼。另外，還是習慣立法，而且立法的時候並不完全要依照既有的規範內涵，我很強調這一點，你要在最新的價值觀裡面去做選擇，所以不是固著於過去，我只做補充，謝謝。

傅信淵 先生：

我是要問說，如果我們政府用出原住民族專業法庭的話，之後如果兩族有一些的糾紛的話，他們要遵守這一族的習慣？還是另外一族他們所常用的習慣？這是我的問題，謝謝。

發表人（日宏煜 助理教授）：

我先謝謝剛才孫裁判長給我的一些建議還有一些問題。我想基本上我先回答這個問題，賽夏族的合議制度當中的性別議題，還有一些它在碰到其他族群的時候，族群間的族群議題要怎麼樣去運作？其實我還是回歸到從人類學的角度來講，如果視法律為文化的產物之一的時候，法律它本身就是適應人類環境的一種策略。換句話說，它本身就是有流動性，它爲了要適應環境的變遷，它本身就是有流動性，所以在族群的內部，其實我們相信在族群的內部有一種力量叫做 local creativity，就是地區性的創造性，它會依照現在環境的變遷，它有自己的創造性，它可以創造出來一些解決問題的方法，所以它會在解決問題的方法過程當中，就會產生所謂 Corporate Culture，所謂一個文化再造的現象產生。

換句話說，可能有新的適應的方式，譬如說原來或許它是一個父系氏族的組織，它不允許有女性進入，爲了要適應當代的這些議題。但是重點是我們要讓這樣在地的這樣的決議，它可以充分被表達，在這樣多元主義的架構下面來講，主流文化也要去尊重部落裡面這樣做出的決議。典型的例子就是，這幾個禮拜在英國所發生的，法院禁止所謂的猶太教的教徒進行作割禮，猶太教起來反對，他們說這是猶太教徒的認同，所以我們看到在英國產生了這樣在法院上全面抗議的事情。所以所謂的文化相對觀的觀點，我們要怎麼樣同時應用在我們法律制定上面，我想這是我們未來要去思考的，我先回答到這裡。

發表人（童春發 教授）：

謝謝各位朋友對我們的一些期許跟勉勵，關於排灣族的習慣法的建構，是相當需要時間功夫來建立起來，不然的話，我們只是簡單現在表面上看到的習慣。這個衝突面，我們沒有根源找出，還有建構它的實質意義，我們可能還是會陷入到比較遺憾的場面。剛陳老師也提到的，對於排灣族的部分還需要相當的功夫來建構排灣族習慣法的各個不同層次，所以我現在已經有寫了將近二十項要建構排灣族相關的習慣，要去田野工作，這個部分沒有簡單的機制可以做，因為完全被破壞掉。

關於教育的過程跟資料的建構，我認為這是很重要的，無論是部落的或者是在都市的原住民，我們需要有更豐富的資料來去建置這個機制，這樣子不管是在習慣法的上面，我們有足夠的內容可以跟這些法界的朋友一起來討論，目前非常困難，因為最核心的頭目他們也亂了陣腳，他們沒有辦法再成爲一個可以整合我們整個排灣族社會的軸心、核心。這個我不必在這個地方講更多的說明，但是我們是要做的是，要建構那個最核心的，你所提到的中心圓的那個是什麼，那就是現在我們現在在做的，一點一滴地建溝它，謝謝。

發表人（郭佩宜 副研究員）：

首先，謝謝大偉溢美致辭，我也謝謝另外一位朋友的提問，基本上他問習慣立法要做嗎？其實我認爲是要的，雖然我的論文和討論似乎是站在反面。我的立場比較批判，主要是因爲我從大洋洲的例子中看到即使一個國家的原住民已經有國家的主導權，也把很多原住民的習俗甚至概念放到國家法裡面，但這件事情並沒有完全成功，也就是說「法律化」並不是萬靈丹。相較之下台灣還在初步建構的過程，但是我們可以對照前例早一步去想，法律化之後可能會產生什麼樣的問題？做爲我們現在建構過程中的參考。

將習慣法律化可以產生好的影響，例如在新幾內亞一些村落法院（village court）的例子裡面，人類學研究者發現這種比較地方性的司法制度納入很多當地耆老的聲音和在地的期望，確實相對而言可以達到所謂的「實質正義」（substantial justice），滿意度比較高。但是在這樣的過程裡面也不是沒有一些問題。譬如說，在整個知識體系的位階上，這些參與的法律人受到全球法律體系的陶養，即使很強調原住民的意識，他們多少還是會認爲（西式）法律相對於習慣或傳統文化，在知識體系上位階比較高，所以還是希望法條化原住民的某些習慣。在這個過程裡面是知識的競爭，也就是原住民的傳統知識體系跟法學這套知識體系間的競爭。如果沒有從教育的、根本的、整個大的體系去改變情況，到頭來還是會往更法律化的方向前行。這兩個文化體系在爭的時候，法學/法律化有國際體系的加持，比較容易獲勝。

再者，法律體系內有很多預設的東西，如果我們採用了某個法律的體系——因爲當代國家很難完全沒有任何的預設就會跟著來，包括法律裡面對於證據的意義認定，以及我剛剛說的正義觀等，剛才另兩位主講人也談到很多問題，這些法律內部的預設問題需要先去討論，即使不見得大家都滿意，但這些預設需要被看到，我們才能知道接下來處理過程中可能會出現什麼問題。此外，就算是像剛剛王教授澄清的，法律體系本身確實可以把最新的情況納進所謂的習慣裡面，這裡面總是還會有一個權衡的背景，也就是什麼是傳統習慣？什麼是非傳統？這些事情不但在社群的內部或是外面都會不斷被挑戰，是動態的。基本上我覺得在這個過程內，

如果能在設計上納入動態性、保留比較多的空間，比較可能成功。

那麼要怎麼做呢？剛剛童教授最後提到他自己排灣文化的核心價值，我覺得就是這個。亦即在這整個談法制化的過程裡面，其實重點不是一些民族誌細節，甚至枝微末節（如怎樣算自製獵槍的民族誌記載），因為這個層次的文化不斷變動，條列、固著之不但無益也很難有效果。真正落實的層次比較需要落在寬廣的一點的位階，比較可行的可能會是思考如何抓住文化的核心價值，例如童教授所說的排灣族家族的觀念，這對排灣族是很根本的，就像日教授剛剛講的，賽夏族裡面氏族的位置一樣。在法律化的思考中，很重要的是如何把這些核心的東西、核心的原則抓住。譬如我在美拉尼西亞看到的是關係性的人觀：一個人是個社會關係中的人、是社會網絡中的人，人不是個人主義式、強調個人成就的人。一個人能成長，是所有的社群的成員、氏族、親屬，包括祖靈、包括與土地的栽培，一個人能夠成爲一個人，是這些關係網絡中的一個人的一個概念是美拉尼西亞的文化核心。如果在整個法律體系中能夠設法給這樣的傳統文化概念發展的空間，而不是落入了伴隨某種法律體系而來的那一種價值觀的判斷的時候，我覺得傳統在法律體系內，才有可能真正找到呼吸的位置。謝謝。

與談人（孫正華 審判長）：

回應剛剛來賓有提到的問題，我個人認爲說這個就是關於性別平等跟傳統習慣之間是不是會產生一種衝突，就像剛剛報告人所講的，其實我相信在原住民族傳統觀裡面對取得平衡是一個很重要的概念，我想或許在所謂的性別平等跟傳統習慣，像是長老或者是父系社會制度的納入，雙方之間可以取得一個平衡，也就是妥協，如果你要納進一個長老制度去做一個合議的評議的話，是不是在長老這方面的產生，也可以去考量到傳統應該要去吸收一些現代社會的一些概念，譬如說像是在性別方面是不是要採取，不是某一個性別去壟斷的現象。

其實從這個議題，我覺得就可以連帶延伸出來，像剛剛教授有提到說，透過習慣、透過長老的評議，在有關原住民案件的審判過程當中要加入這樣新制度的設計，是否也可以讀取當事人有程序上的選擇權，我想這個對於現代法治社會來講，或是一般民治開放的公民來說，其實程序的選擇對大家來講，不是一個權利意識的表彰，換言之，我可以選擇我程序上需要長老，我也可以選擇放棄，事實上這個部分其實在美國的陪審，就是他們的憲法，這樣子其實也是變相賦予人，也就是說你可以要求公平的一個陪審判，這是人民的權利、不是人民的義務，這部分當然也會涉及到日後司法院的人民觀審的方面，我們是不是有同步這樣子的，或者是我們是採取另外的，就是說不同的制度上的設計。

至於剛剛有同學提到說不同族群之間要裁決審判的話，到底是要適用誰的情況，我想這也是我剛剛回應日老師的制度建議，我個人認爲會是一個問題，如果真的要解決，我想制度上是會有很多細節跟細膩的部分需要去做思考跟修正。或許假設說未來裡面真的是納入了所謂的各個不同氏族之間的習慣，變成是在審判事務必須要去注意的話，可能我們就要去選取他們的共通性，才比較避免對地方在會審之前就已經有定調或不公平的質疑，謝謝。

與談人（官大偉 助理教授）：

我很快地回應一下，巴斯達隘又回到剛才那個 sbalay 的例子，就是說我覺得這樣的立法，對

於立法的重點在於立法告訴你什麼是 balay，可是立法可以讓你去 sbalay，也就是說透過立法去確定程序和機制，可以去求證，所以我覺得這件事情跟立法告訴你什麼是真的，這一點是不一樣的，立法讓你去 sbalay，讓你自己去協商求知識，要 empower 那個主旨，去求證去協商那個主旨，我覺得在這層意義上面，跟自治是沒有辦法切割開來的。

【主題二】

原住民族傳統爭端解決機制 與國家法制訴訟制度之比較

主持人：劉令祺 院長
(臺灣高等法院花蓮分院)

■ 解 / 重構習慣法與國家法的關係： 蘭嶼雅美族個案探討

代表人：高德義 副教授
(國立東華大學民族發展與社會工作學系)

談人：賴以祥 律師
(明泓聯合律師事務所)

■ 阿美族的年齡組織制度與社會秩序的關係： 都蘭阿美族的例子

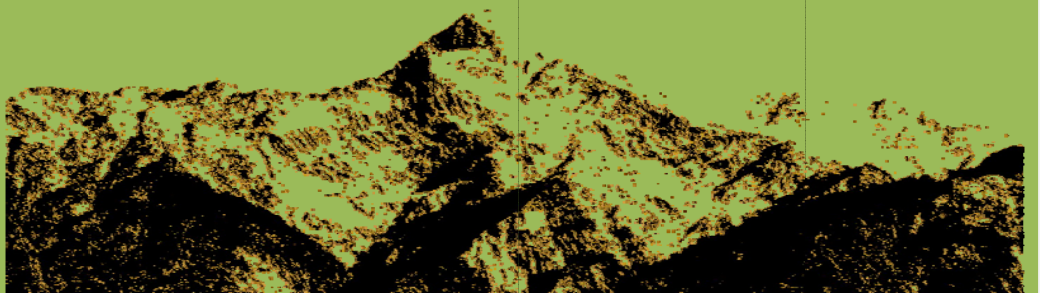
蔡政良 助理教授
(國立臺東大學公共與文化事務學系)

林孟皇 法官
(臺灣臺北地方法院)

■ 拉勞蘭部落「mulikaw」土地訴訟案例之分享

戴明雄 董事長
(財團法人原鄉部落重建文教基金會)

蔡元仕 檢察官
(臺灣士林地方法院檢察署)



解 / 重構習慣法與國家法的關係：蘭嶼雅美族個案探討*

高德義

國立東華大學民族發展與社工學系副教授

摘 要

傳統是隔不斷的，習慣法文化在當代原住民族地區仍然具有深厚的影響，當今原住民族的觀念、規範、行為各個方面都仍可發現傳統習慣的痕跡。習慣在原住民社會具有深厚的社會基礎，原住民族習慣法意識仍根植於族群之中，最近皆一再引起國家法制與原住民族間的衝突。然而，台灣學界對固有法文化的研究和探討，絕大多數偏重於國家法文化和漢民族法文化，對原住民族習慣法文化研究興趣缺缺，這不能不說是一項缺憾。本文乃從法律多元主義的角度，企圖透過歷史文獻及田野調查資料，蒐集整理有關雅美族傳統習慣，探討雅美族慣習及國家法律規範間的互動與衝突，並評估檢討民族習慣如何與國家法共存，兩者若競爭和衝突如何調解？最後，再根據研究發現與結論，提出相關政策建議。期望引起學界對這一研究領域的關注，拓寬習慣法和法文化研究領域。本文的撰述具有資料搶救及文化重建的意義。另外，在政策上亦有其不容忽視的現實意義，即尊重原住民族之司法權，保障原住民族文化權及人權，以使原住民族法制建設更健全發展。

* 發表於國立東華大學原住民族發展中心主辦，「第三屆原住民族傳統習慣與國家法制學術研討會」，花蓮：阿美族文化館，2012年10月13-14日。

壹、前言

民族傳統習慣是一個族群千百年來在生活實踐中逐漸形成、不斷積澱、世代相襲、共同信守，並由家庭、宗族、部落等群體和組織利用強制力加以維護的行為規範，它是一種文化現象及知識傳統，對維持民族生存、調整權利義務關係、傳承民族文化起著重要作用。然而，由於台灣歷經不同政權統治，各政權所施行之法律體系迥異，台灣也因殖民政策而繼受了西方法律，使得近代歐陸法律制度成為台灣當代法律的主軸。至 1945 年國治時期後，延續日治時期破壞固有部落文化，忽視原住民固有慣習的政策，原住民文化式微，在國族主義的影響下，國家法制特質呈現出全國一致的中央集權模式，族群文化非但未獲關照，反而國家企圖消滅之而後快。

然而，近年來，由於全球性族群意識的復振，民主人權理念的發展，以及多元主義甚至後殖民論述的興起，使得國家無法再繼續忽視少數民族的文化特質及需求。也因此，最近幾年，台灣逐漸重視原住民族法制建設，如原住民政策入憲，制訂原住民族基本法、原住民族教育法、原住民族工作權保障法、原住民身分法等以原住民族為對象的修法與立法，再到野生動物保育法、溫泉法等因應原住民族特殊性而修法，可看出我國尊重原住民族特殊性的立法趨勢。但在我國多如牛毛的法律中，仍未體現我係多民族的事實，法制內涵多反應主體社會價值，尚未考慮到原住民的特殊性及傳統習慣，而立法、執法及司法者對原住民族習慣認識不足，以致立法美意時遭曲解與誤用，甚至執法結果反而侵害原住民族傳統及族群關係的和諧。除此之外，我國現行民刑法及程序法亦未訂立相關條文，司法人員在養成教育過程中也未施予多元文化理念，因而在司法上難免對原住民存有刻板印象及族群偏見。原住民多不諳法律，經社地位又處於不利，加上司法體系缺乏原住民法官及相關行政人員，因而司法人員在執法時，對非法剝削原住民之案件往往未能充分考量其特殊性，時有差別待遇情形發生（高德義、石忠山，2009）。

傳統是隔不斷的，習慣法文化在當代原住民族地區仍然具有深厚的影響，當今原住民族的觀念、規範、行為各個方面都仍可發現傳統習慣的痕跡。習慣在原住民社會具有深厚的社會基礎，原住民族習慣法意識仍根植於族群之中，如特定自然景觀的規範禁忌、獨特的物權認定方式、親屬繼承關係、財產觀念等，最近皆一再引起國家法制與原住民族間的衝突。然而，雖然如此，台灣學界對固有法文化的研究和探討，絕大多數偏重於國家法文化和漢民族法文化，對原住民族習慣法文化研究興趣缺缺，這不能不說是一項缺憾。基於此，本文乃從法律多元主義的角度，企圖透過歷史文獻及田野調查資料，蒐集整理有關雅美族傳統習慣，探討雅美族慣習及國家法律規範間的互動與衝突，並評估檢討民族習慣如何與國家法共存，兩者若競爭和衝突如何調解？最後，再根據研究發現與結論，提出相關政策建議。期望引起學界對這一研究領域的關注，拓寬習慣法和法文化研究領域。本文的撰述從某種程度來說，具有資料搶救及文化重建的意義。另外，在政策上亦有其不容忽視的現實意義，即尊重原住民族之司法權，保障原住民族文化權及人權，以使原住民族法制建設更健全地發展。

貳、人之島：蘭嶼雅美族素描

蘭嶼（Ponso No Tao，人之島），面積 48.3982 平方公里，距離台東約 49 海浬，為古老火山島，四周海岸為隆起的珊瑚礁所包圍，島上山脈多呈不整齊放射狀排列，以紅頭山為最高峰，海

拔 548 公尺，於氣候上屬於熱帶雨林氣候型及暖溫帶雨林氣候型的過渡帶，因此植物林相具有熱帶雨林的特色，但因強烈季風影響，樹形較為低矮（衛惠林，1965：465；）；山丘密布導致平地狹小，村落及耕地主要分布於山麓緩坡地、河口沖積扇與沿岸邊的狹小台地（余光弘，2004：1）。島上族人住居於環島海岸的六個部落，若以行政區劃分，紅頭村轄紅頭與漁人兩部落，椰油村即椰油部落，朗島村即朗島部落，東清村轄東清與野銀兩部落（余光弘，2004：6）。往昔蘭嶼之名稱，國民政府來台初期，因蘭嶼盛產蝴蝶蘭，才改稱為蘭嶼（許木柱等，1995：839）。島上的居民主要為雅美或稱達悟，日治開始，逐漸有台灣本島派駐的警察、教師以及鄉公所的工作人員，這些人員包括日人、台灣的原住民與漢人（施添福，2001：11）。至 2008 年一月之統計，蘭嶼人口總數為 3962 人，其中原住民族人口為 3513 人，原住民男女人數為 1858、1655 人（台東縣政府網站，2010）。

在語言學的分類上，雅美族雖與台灣本島原住民族群同屬馬來—玻里尼西亞，或稱南島語族的一支；但族人語言卻與台灣其他原住民族群不同，屬非福爾摩沙語支（Non-Formosan），與南方巴丹島屬同一支，即西部馬玻語支（Western Malayo-Polynesian）；特別是其中的 Itbayat 島上的居民所使用的語言，與雅美族人所使用語言最為接近（施添福等，2001：12）。依據蘭嶼當地之口述傳統、物質文化、地理空間的知識，都傾向於南方的巴丹島；此種突出的南向地理觀，所反映的正是當地與南方巴丹島群島在文化上的親緣關係（施添福等，2001：13）。然各部落習俗於同之中亦存有諸般小異（如：飛魚季節各部落招魚祭典的變異、祖先來源及文化起源的不同傳說），故我們不能忽視雅美文化夾雜巴丹島之外成分的可能。鹿野忠雄即指出：「仔細觀察時，必能發現各部落的風俗習慣稍有不同。若謂紅頭嶼的 Yami 族都毫無例外地是來自巴丹島的移民，這也未免失於草率」（余光弘，2001：39-40）。

社會文化方面，蘭嶼族人有以下幾項明顯的特色，包括：第一，以水田定耕與山田耨耕為主之農業及海上捕魚，為族人主要生產之方式；第二，山羊放牧與豬雞等家畜飼養及野生植物的採集是普遍的次要生產方式；第三，蘭嶼為一自給自足的家庭手工藝社會，一切基本器用、衣服、船隻都是靠自己的技術與原料製造；第四，蘭嶼族人雖然沒有金屬資源，但早已知道使用並自製鐵器，打製金銀（衛惠林等，1965：473）。在生業型態方面，蘭嶼島上的居民，是台灣原住民中唯一以漁撈、農耕為其主要生產型態，而狩獵在其生活中，只扮演極其輕微的角色（施添福等，2001：13）；雅美族也是台灣原住民中唯一不釀造酒精性飲料、不獵人頭、不使用弓箭的民族，其建築形式、新屋及新船落成禮、對死亡及神靈的態度等等，更是獨一無二（余光弘，2004：3）。以夏季迴游魚類—飛魚、鬼頭刀—為中心的捕撈活動、飛魚祭，及相應而生的漁團組織、造船工藝，牽動當地主要的歲時祭儀和社會生活（施添福等，2001：13）。

劉斌雄曾嘗試對雅美文化的特質加以描述，並歸納數則有關雅美文化的思維原則，包括：具有將生和死、善和惡兩極化的世界觀，並以共感、言靈、增福、公平分配、競爭與中庸之道等諸法則為思考行為所依據的原理，栽培根莖植物、雜穀，並以近海漁撈為生產基礎，進而建立謙虛、重禮節、進取、努力向上的自由平等社會以及新船、新屋落成禮等為代表的華麗儀式世界（劉斌雄，1989：8）。

以上簡述蘭嶼的地理環境、人口組成、部落分布、語系、歷史源流、靈觀信仰、文化特質。以下我們分別從「社會權威組織」、「財產觀及土地管理利用習慣」、「自然資源管理利用習慣」、「家系及親屬繼承習慣」、「犯罪及處罰習慣」等面向，探討蘭嶼的傳統習慣與國家法制的互動、變遷

與衝突。

參、雅美族習慣與國家法律的互動衝突

現代國家體制尚未進入原住民族生活領域前，雅美族部落乃一在政治、社會、經濟、文化等諸領域自主獨立之自治型社會，部落雖無統一之權威機構，卻存在數種傳統習慣所承認之社會權威（衛惠林、劉斌雄，1962：153），共同形構社會之規範力量與維繫部落之整體運作。各種社會權威之產生依據不同條件，於不同時空場域發揮其獨特功能。雅美族傳統權威組織雖隨國家體制之進入而漸趨式微，甚至消滅，吾人仍可於當代雅美族人之現實生活中，窺見舊有慣習如何發揮對特定社會價值與禁忌之維繫功能，招魚祭（Meyvanwa）與祭神節（Mipazos）即為延續至今之雅美族人重要傳統祭儀文化，其因與該族傳統權威組織之運作有著密切關係，因此為吾人認識既存雅美族傳統權威組織之適當切入點。

一、傳統權威組織現況與相關國家法制

（一）招魚祭、祭神節與部落會議

招魚祭與祭神節乃傳統達悟社會之核心歲時季儀，亦為該族人固定舉行部落會議之重要時刻，而部落會議又為雅美族各部落最重要之公共事務協商場域，會議中部落長老針對特定事項進行討論，議決事項雖未必強制約束力，確常為部落族人行事之重要圭臬。由於招魚祭與祭神節為雅美族重要之傳統祭儀，而禮俗在傳統雅美族社會中亦幾乎等同現代國家之法律，因此，既存於現今雅美族人生活中之招魚祭與祭神節，其各項規範與禁忌亦有如法律般地影響當今雅美族人之行為。本研究報導人對於部落會議及禮俗禁忌所具之社會規範力即有如下之描繪：

部落會議，每一年發生兩次，現在也有，只是沒有過去那麼嚴謹。招魚祭，部落會議是男人的事情，招魚祭時，大家都在海邊，所有的一些禁忌全都是談海和抓魚的次序，所有的男人都要去遵守，希望大家不要去觸犯禁忌，讓飛魚的數量少，所以很嚴謹。在我們小時候飛魚季節，我們在海邊不能隨便丟石頭，丟石頭是詛咒飛魚，因為石頭會沉到海底，飛魚沉到海底，就不會浮上來，就抓不到飛魚。（夏曼·藍波安，2007/6/15）

蘭嶼雅美族人昔日雖缺乏具實質、持續性與強制性權力之政治領袖，與相應之政治組織，部落卻仍根據幾項重要之「社會性權威」，維繫部落之整體運作。現代國家體制之進入，使得「鄉長」、「鄉公所」此類統轄部落事務之政府組織正式取代昔日傳統社會權威之功能，復仇戰鬥領袖、財富領袖與技術領袖逐漸喪失其於現代生活之現實意涵時，前述兩項傳統祭儀和部落會議之職能，仍與現行國家體制並存於雅美族人之現實生活中。

（二）傳統權威組織與當代國家法律

如前所述，蘭嶼雅美族人昔日並無一統一之政治組織，以統轄部落所有公共事務，而是由不同社會權威於各自領域發揮功能，然而，隨著國家體制之進入，除了前述部落會議仍能發揮特定公共事務之議決功能外，蘭嶼雅美族人之一般生活幾受國家法令所制約，舉凡公領域政治權威機構之設置，到私領域各項民刑事規範之確立，國家法律幾乎完全取代了蘭嶼雅美族人傳統社會權

威之昔日功能。在國家法律綿密之組織架構中，蘭嶼雅美族已從昔日獨立自主之自治形社會，成為現行國家體制中之特定行政區域。

國家法制構成蘭嶼當今公共事務和個體行為之規範依據，國家權力藉由不同法律力量深入蘭嶼雅美族人之現實生活，除了藉由特定傳統祭儀之舉辦，雅美族人尚能實踐傳統社會權威之規範功能，然而，隨著國家體制之進入，國家法律與國家機關已幾乎完全取代蘭嶼雅美族人之傳統權威組織，鄉公所、鄉民代表會以及警察局之設立，讓曾經獨立自主之雅美族自治形部落社會走入歷史，成為我國政府體制下之地方自治團體（高德義、石忠山，2009）。

二、傳統財產觀及土地管理利用習慣與國家法制

（一）傳統財產觀

蘭嶼雅美族人對財產之分類主要分成四種：「部落財產」、「家族財產」、「個別家庭財產」、與「個人財產」。所謂「部落財產」乃指一切未經人力開發即可利用之天然資源，例如山林、水泉、溪流與海等，由於所有族人對其皆有使用權，因此該類天然資源在部落傳統財產分類中，屬於部落財產之範疇；「家族財產」則是指特定親族團體因集體開發、經營所形成之共有財產，其中較具代表性者如灌溉水渠系統、山坡地（粟田與蕃田）、造林區與果樹林、茅草地、牧場、祭罐與飾杖、財產標記等；「個別家庭財產」因建立在個別家庭成員之共同開發、使用與繼承，因此為部落裡私有財之最大單位，或世系群財產之最小共有單位（許木柱等，1995：876），該財產類項中，屬於不動產者例如包括宅地、房屋、水芋田、蕃田、以及鄰近家屋之果樹林，動產項目則包括各類家畜、食糧、祖傳武器、炊食器具、家具容器、生產工具、小型漁船以及犧牲之角骨等；其它凡基於個人之有效使用、創造所構成私人所屬之物件或著作權皆屬個人財產之分類，此類財產例如衣飾、工具與武器、個人創作品、寶貨以及其他如巫術、歌舞等非物質形態之財產等。

前述財產分類同時意味著蘭嶼雅美族人之財產所有權觀，在國家法律尚未進入蘭嶼雅美族人社會時，這套財產所有權觀穩固地為族人所奉行，昔日之財產權糾紛調解亦遵循此套財產分類方式獲得仲裁，直至國家法律進入後，雅美族之財產所有權傳統才遭遇強烈之衝擊。國家現今雖多以各項法律介入雅美族人對於前述財產取得、使用等各類處分之規範，然前述傳統因深植部落族人之財產認知觀念，因此屢聞部落傳統財產處分慣習與國家法律相衝突事件。

儘管國家法律已深切影響蘭嶼雅美族人之舊有生活習慣與人際互動法則，但族人始終對於特定財產所有權觀念有著十分之堅持，土地之傳統所有權觀即為一例。根據蘭嶼實地訪查，蘭嶼雅美族人對於土地所有權之認定多傾向沿用舊有慣習，雖亦有族人根據國家現行法律對特定土地之處分權利提出聲張，然地方司法機構因認知該類司法案件之複雜性，至今未有重要法律見解出現，或地方一旦出現土地財產權糾紛時，多半會交由地方調解委員會進行審理，以致蘭嶼雅美族人之財產所有權傳統實際上與當今國家現行法律並存著，尤其涉及部落公有土地及世系家族財產者，部落族人咸認，國家法律因未能尊重雅美族人之舊有慣習，因此對於國家有關土地所有權之相關規定，提出強烈之抗議（高德義、石忠山，2009）。

蘭嶼目前由於全鄉屬於原住民保留地，傳統部落財產之維護因此尚能藉助該法以及其他法令如森林法之相關規定而受到保護，但某種程度上，關於傳統部落財產之處分事實上受到相關法令之限制。不僅部落公有財產體制面臨與國家法律並存之情況，前述其他傳統財產類項之處分，亦

由當事人依憑個人主觀行動自由，選擇對於特定財產之處分標準，例如，該鄉調解委員會最常受理之案件乃土地糾紛，而土地糾紛之產生多半與國家現行法律要求，土地所有權須採登記制度有關，而此正與蘭嶼雅美族人之土地處分傳統慣習完全不同，因此，有聞部落族人於處分特定土地之使用時，恪遵傳統財產處分之慣習者，亦有聽聞族人根據現行土地登記制度，在家族共有土地耕作數年後，違反族家財產不得為私有之傳統慣習，將特定土地依現代法律之登記制度占為己有，遂與該家族其他成員產生糾紛（高德義、石忠山，2009）。

部落公有財產與家族財產因涉及部落全體族人或特定家族成員對於特定公有財產之使用權，因此至今較能受到族人之集體道德約束，要求族人遵守公有土地之傳統使用習慣，至於其他如家庭財產或個人財產之處分，族人對其之自由支配空間較大，可依傳統習慣處理之（如家屋之拆解與後續之建材分配），或依現今國家法律有關契約行為、繼承、互易、贈與以及拋棄等相關規定，自由處分前述財產。

（二）現行國家法律規定

國家現行法律中針對各種財產（動產及不動產）之處分規定，主要見於民法之各章規定，由於具備異於國家現行法令之財產分類及所有權觀，雅美族人之傳統財產處分習慣因此常發生與國家法律規定相衝突之情況，其中土地登記制度即為最明顯的例子。

依照雅美族人傳統習慣，部落財產（包括森林、海域、溪谷、牧場、造林地等）乃族人所共有，任何人皆可對其進行利用、開發，但不可占為己有，家族所有財產（如林地、水渠、茅草地、果園地、小米農田、地瓜園地等）亦同樣適用此一傳統規範。然而，我國現行法律對土地權之認定，採不動產物權登記生效要件主義，亦即不動產權須經登記始生效力之制度，使得部落公有土地經特定人之經營、開發並於特定使用年限後，依法定程序向土地登記機關辦理土地所有權登記後，產生傳統部落公有土地之所有權歸屬產生了變化。

除民法之規定外，其他相關法律規定亦對蘭嶼傳統公有財產體系產生一定衝擊，如「土地法」即針對土地之各種處分有明確規定，「森林法」中雖有部分條文明確保障原住民對其傳統領域之利用、開發權限，然而，對於世居該地之原住民而言，法律規定中所述及之相關權益保障乃理所當然，反倒因該法之制定所產生對該土地所有權之諸種限制，為族人咸認之國家法律侵害行為，因部落做為傳統公有土地之所有者，其自主處分權限據此遭受剝奪（高德義、石忠山，2009）。

根據以上法律，現行國家法律為特定土地使用人，於特定時間之占有及土地登記後，開出了取得該使用地所有權之可能性，改變傳統雅美族人傳統公有土地不得占為私有之規定，根據前述法律規定，個人不僅可依土地登記作業程序，對特定土地申請所有權之登記，國家機關亦可根據其他法源，直接對蘭嶼雅美族人之傳統領域進行處分

根據「原住民保留地開發管理辦法」第 17 條及「山坡地保育利用條例」第 37 條之規定，完成原住民保留地耕作權或地上權登記之原住民，若於該地繼續經營滿五年，將可辦理該土地所有權移轉之登記，倘若申請人所申請登記之土地位於部落傳統公有土地或世系家族之公有地，則此一條款無異為族人私人擁有部落公有土地開啓法律上之可能性。此外，前述法律之第 6 條規定，原住民保留地之地權利糾紛，由鄉公所所設置之「原住民保留地土地權利審查委員會」負責審理與調解，此一規定無異宣告，各部落或世系家族之土地糾紛調解權，將讓渡與地方公家機關所設置之調解單位，倘此，部落公有財產與世系家族財產之傳統劃分意義將喪失殆盡，因部落或世系

家族一旦不具對特定土地之仲裁權限，前述財產所有權之區分將不具任何意義。

根據前述法令，原住民個人將被賦予取得公有土地之可能性外，其他法令亦開啓國家機關處分部落公有土地之可能性，「森林法」、「國有林產物處分規則」、「環境基本法」中之部分條文，對此即有明定。以上法規之各項規定，實際上已制約部落及世系家族對其傳統土地之處分權限，國家機關權力進入，造成部落傳統財產所有權體系之崩解，部落傳統慣習與國家法之對立，實為歷來發生於蘭嶼各項抗爭行動之根源。

（三）財產分享、饋贈與分配

在貨幣出現於蘭嶼雅美族社會以前，財物之交易通常根據以同易同方式進行，此交易行為之主要目的非在財貨之取得本身，而是物品交換所創造之人際關係價值（余光弘，1995：39）。族人常藉公私儀禮之機會進行饋贈，表達對其他族人之敦睦情誼，長久以來，互易與饋贈於是成為雅美族社會中之必要社交行為。傳統蘭嶼雅美族社會昔日之饋贈或互易行為雖主要以簡單的以同易同方式進行，饋贈或互易物亦主要以食物為主，但亦有聽聞以其他有價物進行互易者。而昔日藉由集體勞務所產生之勞動產品一般由世系群家族平分之，此一傳統慣習至今仍為族人所沿用，尤其是漁獲之分配，族人至今仍延續昔日之傳統。

相對於族人昔日傳統，現行國家法律對於饋贈及互易行為有相關之規定，尤其對特定財產之取得，民法及其他相關法律皆有明確規定，例如民法第 758 條規定，不動產權之取得，非經登記，不生效力，且對該權之移轉或設定，應依民法第 760 條之規定，以書面為之，此對雅美族人之饋贈、互易傳統產生根本影響，亦即未經書面登記之產權移轉或設定，不生效力。族人昔日之財物分享、饋贈或互易基本上以該行為實際發生，做為該行為是否具備效力之依據。

雅美族人之財物分享傳統，族人於公有土地進行集體勞務所產生之收益，將平分之，此類平分收益之作法，在部落昔日仍能自主處分公有土地時，曾具實質內涵，現因國家各項法令之規定，使得族人集體開發公有土地之情況已受限制，前述平分共有物收益情事，因此漸漸消失。儘管部分部落土地昔日為公有，或為世系群家族成員所共有，且民法對於共有人所有物之所有權處分亦有詳細規範，但因前述法令對雅美族人公有財產體制之限制，使得該體制今日幾已不具任何法律上之意義，根據前述法令，個人對於昔日公有土地進行所有權登記已成為可能，使得族人於該地進行集體勞務受到各項法令之限制，昔日對於公有財產之處分在現行法令架構下已成為歷史。

三、傳統自然資源管理利用習慣與國家法制

傳統雅美族人的自然資源管理利用習慣與其傳統禁忌文化有著密切關係，從對自然環境之分類與利用、勞務之參與準則、自然資源之擷取方法以及收穫物之分配等，均受傳統禁忌文化所制約，尤其是飛魚季節之各項禁忌，實為傳統雅美族人對於自然資源管理與利用之最重要律則，即便貨幣市場經濟型態之引入，族人仍依傳統社會規範，與當地自然資源和諧共處，反倒是當今國家法律之相關規定，使得蘭嶼當地自然資源之維護與特定文化禁忌與價值之保存，遭受前所未有的衝擊。

蘭嶼因四周環海，山區缺乏可為狩獵對象之大型獸類，因此，蘭嶼雅美族人的活動場域與海洋有著密切關係，也因此發展出一獨特之海洋文化。由於和海的這份獨特關係，族人對於自然資源之管理與運用，基本上體現族人面對海洋所孕育出之智慧，舉凡漁伐筏之使用、漁撈季節之規

定、海底資源之保育、漁獲量之限定與分配，皆依循一套禁忌法則，穩固地運行於雅美族人社會中。陸地資源雖亦構成族人生活需求之一部分，如樹材可做為家屋或船隻之建材，但以飛魚文化為核心之自然資源管理制度，乃雅美族人最引以為傲，應為世人所學習，貼近自然與尊重自然之資源利用法則。

雅美族人的自然資源利用與管理智慧表現在其飛魚文化之各項禁忌中，傳統上族人因憑體力駕駛拼板舟所及之地方有限，故族人海上作業的範圍僅及於拼板舟所能到達之處，其亦為族人之傳統海域，在此海域內，族人的漁撈作業依循季節之分類共分為：飛魚季節、飛魚結束季節以及飛魚將來臨的季節（夏曼·藍波安，2007：175）。捕捉飛魚之季節基本上始於每年的二、三月，並終於每年的六、七月（劉斌雄，1989：2）。漁獲之處理，基本上乃漁團組織之權限，船長依特定分配法則，公平分配給團組織成員（夏本奇伯愛雅，1998：118-119）。漁獲之分類與食用亦有特殊規定，可食與不可食、洄游與非洄游、男人魚與女人魚之分類方式，充分體現族人對於生態與文化之獨特認知。

以飛魚文化為核心之自然資源利用與管理機制，至今雖仍為族人所遵循，但由於國家相關法律之規定，使得這套長久以來為雅美族人所共同遵循之規範，逐漸受到外力之破壞。蘭嶼每至飛魚泛期，即發生與來自台灣其他漁會漁船之海上對峙、衝突事件，屏東縣籍未滿十噸級漁船及舢板漁筏常藉「蘭嶼沿岸六浬海域內追逐網與流刺網漁業禁止及限制事項」之相關作業規定漏洞，於蘭嶼雅美族人傳統海域進行追逐網與流刺網漁業作業，對此族人分表憤慨。

雅美族人對來自其他地區之船隻進入到族人之傳統海域，進行掠奪式之捕撈作業感到極度不滿，一切肇因於法規之相關規定，根據「漁業法」，漁業之中央主管機關為行政院農業委員會，地方則為各縣(市)政府，蘭嶼各部落對於漁業之傳統自主規範權限因此受到限制。其次，根據「臺東縣政府公告蘭嶼海域漁業禁止及限制事項」規定，10 噸級以上漁船雖禁止於蘭嶼沿岸 6 浬海域內從事追逐網與流刺網漁業，但漁人仍能以其他變通方式，如派遣十噸級以下漁船前往作業，或十噸級以上漁船於前述規定之 6 浬海域外接泊、待命，6 浬海域內之漁撈作業則由機動船為之，在應受保護之蘭嶼雅美族人傳統海域內進行漁撈作業。再者，上述法規並未對捕撈作業對象進行嚴格限制，以致蘭嶼雅美族人深感傳統自然生態之保育機制、飛魚文化遭受嚴重傷害（高德義、石忠山，2009）。

四、婚姻、財產、繼承及命名慣習與國家法制

（一）婚姻

做為族人重要社會文化之一環，婚姻在蘭嶼雅美族社會裡有其獨特傳統習慣。族人男子之適婚年齡約莫介於 25 至 30 歲間，女子則於年滿 18 或 20 歲後，即開始論及婚嫁。族人婚姻關係奉行嚴格之一夫一妻制，婚姻方式以嫁娶婚為常態，招贅婚亦偶有見之（許木柱等，1995：866），婚姻生活方式則以從夫居及從新居情形較為普遍。

蘭嶼雅美族人最主要之婚姻規範有：通婚禁忌、未婚生子禁忌以及通姦禁忌等。通婚禁忌例如包括近親結婚、仇家結婚、與諸項不受歡迎或可恥之婚姻等（許木柱等，1995：866-867），未婚生子之禁忌表現在違反禁忌者父母對於婚事之強制決定（董森永，2004：88-89），通姦禁止在蘭嶼雅美社會中，則以嚴厲後果處置方式制約族人之婚姻行為（夏本奇伯愛雅，2004：143-144）。

由於以上傳統慣習在我國現行法律中受到不同之規範，以下僅根據民法對於訂婚、結婚以及離婚之相關規定作一討論。

1. 訂婚

蘭嶼雅美族人之傳統訂婚習俗中，家族行內婚制者，訂婚當事人對於婚事通常無自主行為空間，婚約通常於當事人尚未具備行為能力時，即由雙方當事人之親族基於定理由而獲事先決定(夏本奇伯愛雅，1998：211)；行外婚制之訂婚過程則較為自由，通常經當事人青年男女雙方及雙方父母同意後，訂婚即依後續聘禮之致贈程序而告完成。而我國現行法律之規定則對訂婚有詳細之規範，其中主要規範如：男女當事人自主原則、婚約訂定之法定年齡規定、婚約之非強迫履行以及基於特定事由所允許之婚約解除等。由於傳統雅美族人社會中存在內婚以及外婚兩種不同婚制度，以致對於婚約當事人產生程度不等之行為制約。根據國家現行法令規定，婚約不得違反自由意志，因此，昔日曾經存在於雅美族人社會中，因內婚制所產生之非自主婚姻，已為國家法令所禁止。

2. 結婚

傳統雅美社會之婚姻關係通常循著以下幾個階段進行：擇偶、訂婚、試婚、結婚、離婚及再婚。依照衛惠林與劉斌雄(1962：75-76)之調查，蘭嶼雅美族昔日之結婚過程循著以下程序進行：請期、婚禮準備工作、迎親、婚宴、試耕、貝占。上述程序一旦完成，婚姻儀式即告完成，當事人自此即正式成為夫妻。對照我國現行相關法律有關結婚之各項規定，除結婚年齡、結婚書面登記、未成年人結婚之同意、須非一定之親屬、須無監護關係以及須非重婚等要件必須具備外，其它並無與族人昔日結婚慣習衝突之處。除民法對結婚要件有明確之規定外，刑法及民法其它條文亦對婚姻關係之責任與義務有相關規範，例如刑法第 237、239、240 條等，對於重婚、通姦與和誘罪有明確規定；民法第 1000 至 10003-1 條亦對夫妻相關之權利義務有特定劃分，其中例如包括：夫妻之冠姓、夫妻之同居義務、夫妻之住所、日常家務之代理權以及家庭生活費用之分擔方式等。

3. 離婚

族人昔日離婚之情況並不普遍，一旦婚姻關係無法持續，雙方當事人之意願仍受尊重(余光弘，2001：30)。一般常見之離婚原因，主要基於生育問題，其次則為家庭不睦、夫妻一方之工作欠缺勤奮、雙方家庭對於特定觀念上之差異以及外遇等(夏本奇伯愛雅，1998：213)。訴請離婚之相關當事人依離婚原因，對於特定財產有以下幾種不同處分方式：(一)因無子嗣而協議離婚者，雙方當事人平均分配共同開墾之田地、旱地；除土地之分配外外，女方尚保有禮服、織布機及其配件，男方則保有丁字褲與男用禮服；以兩人金錢共同購買之珠寶、金、銀等亦為平均之分配(夏本奇伯愛雅，1998：214-215)。(二)因家庭不睦或外遇而訴請離婚者，過錯之一方，不得請求共有財產之平均分配，而僅能求取部份財物，倘若過錯情節嚴重，過錯之一方甚或無法取得任何財產，而僅允許取走其個人器具(夏本奇伯愛雅，1998：215)。離婚後子女歸屬之問題，傳統慣習亦有所規定，男孩一般歸給父親，女孩則歸給母親，妻子並可獲得約三分之一之財產(夏本奇伯愛雅，廖班佳，訪談日期：2007/11/8)。

根據部落耆老王田區先生之口述，離婚在蘭嶼雅美族人社會裡主要有以下特徵：(一)結婚與離婚無書面登記制度；(二)離婚後父母雙方皆對子女具有撫養權；(三)離婚過程中，丈夫對於財產之分配較具主導性(王田區，訪談日期：2008/11/10)。族人昔日之離婚手續，一般以雙方

當事人之長老會議決議為基礎，並行公開之離婚宣告，正式離婚前尚有一段夫妻分居之談判期。已有一次協議離婚的夫妻，尚具復合之機會，然二次離婚後，雙方即不被允許再次成婚（衛惠林、劉斌雄，1962：76）。

相較於族人昔日相對簡易之離婚手續、因離婚所進行之財產處分以及子女監護權之歸屬等，國家現行法律對此有繁多細部規定，例如民法對於兩願離婚、離婚之要式性、訴請離婚理由、離婚未成年子女保護教養之權義及變更、裁判離婚子女之監護、損害賠償、贍養費以及財產之取回等，皆有遠甚族人昔日慣習來得細緻之規定。

綜觀法律條文之規定，當今離婚手續採自行離婚原則及書面登記制度；子女監護權之行使基本上採協議制，協議不成者，則由法院審酌相關機構意見後，為子女監護權歸屬之判決。另現行法律對於訴請離婚當事人亦有損害賠償、贍養費以及財產取回之規定。除書面登記制度以外，蘭嶼雅美族族人昔日之離婚慣習多半與今日我國相關法律之規定無重大而明顯之衝突。兩造之自主離婚意願基本上在族人傳統習慣與現今法律規定中獲得尊重，離婚後財產取回之方式亦無明顯差異，唯離婚相關之損害賠償、贍養費以及子女監護權之歸屬等，國家法律則有不同之考量。以子女監護權之歸屬為例，族人昔日慣習普遍將男孩歸給父親，女孩歸於母親，然現今民法之規定主要以子女之最佳利益，做為子女監護權歸屬判決之依歸，此乃族人傳統習慣與國家現行法律涉及離婚規定者，最為明顯之衝突（高德義、石忠山，2009）。

（二）夫妻財產

族人昔日之財產所有權觀，對於夫妻間之財產關係並無明確之定位，其非屬家庭財產（水芋田與宅地），即屬個人財產（如男、女用禮服及其它個人物件等）。家庭財產由夫妻雙方共享管理、開發之權責，個人財產則依當事人自由意志自由處分，因此無所謂我國現行民法所稱婚前或婚後財產之分，亦無生活費及債務清償責任之相關規定。相對於此，我國現行民法對於夫妻財產之處分有詳細之規定，舉凡夫妻財產制之擇定、法定財產制之適用、夫妻財產制契約之要式契約、夫妻財產制之變更廢止、婚前財產與婚後財產之證明、各自財產之管理、生活費用外金錢之自由處分、婚後財產之報告義務、債務之各自清償責任、共同財產之管理以及共有財產制之消滅時財產之取回等，現行法律皆對夫妻財產予以詳加規範。

在族人昔日之婚姻關係中，除特定個人物件外，其它家庭財產基本上乃夫妻所共有，相較於國家現行法律規定，夫妻可依契約自由選擇夫妻財產制，對於共有及各自財產亦有詳細之規定。與其認為國家現行法律與族人昔日之夫妻財產慣習發生衝突，不如指出，現行國家法律對於夫妻財產之處分方式有更複雜、詳細之規定。

（三）繼承制度

根據衛惠林與劉斌雄之調查，族人之財產繼承依繼承物之不同而有所差異，土地財產與承襲財產主要依父系繼承法則獲得處分，動產之繼承則主要依據血親關係。土地財產與承襲財產之繼承因依父系繼承原則，因此若遇父系直系親屬之絕嗣情況，前揭財產將歸父系旁系親屬繼承，或變為家族共同財產；依血親法則獲得繼承之動產，基本上依血親關係之親疏而有所差異（衛惠林、劉斌雄，1962：151）。

屬於家庭所有之土地財產在蘭嶼雅美族人社會裡僅有水芋田與宅地，原則上土地財產僅由男

嗣繼承。男嗣結婚時，父親通常會將足以供其一家食用之水芋田分與成家之男嗣，女兒出嫁時亦偶有獲贈一小塊水芋田之情事。非直系親屬而獲贈部分土地財產者，在蘭嶼雅美族人社會裡主要因參與普被視為忌諱之喪葬儀禮，參與喪葬工作之親族多半會分得部分土地財產。宅地與家屋之繼承在蘭嶼雅美族人社會裡有獨特之習俗。宅地上之家屋一般包含住屋、工作房以及涼台等，唯家屋原則上僅為一代所使用，因此其為不能分割、亦不能承繼之財產。家屋所有人於過世後，男嗣後代成員將依傳統拆毀其家屋，並分配拆毀後之原家屋建材，其中長子有權取得中柱。父逝母在，母親可保留家屋與幼子居住（衛惠林、劉斌雄，1962：149）。家屋拆毀後所留下之宅地一般由長子管理，其享有優先使用權，如其已具自己之家屋，則通常會將宅地讓與最近需要建屋的一位兄弟使用。

昔日族人常見動產包括：家具器物、家畜與收穫物、個人財產等，其中家具器物例如包括杵、蒸桶、木盤、木碗、籐簍、炊具等，其皆為可繼承、可分割之物，該等物品通常在父親過世後由諸子分有之，其中無法分割繼承者，由長子保管、使用之。家畜主要包括豬、山羊、雞，其繼承亦由男嗣均分之，無法均分者，依慣例由長子繼承之。收穫物例如包括芋、藷和飛魚乾，其繼承與分配亦僅由男嗣均分之，女嗣無分得之權利。個人財產之繼承主要是男性財產由男嗣繼承，女性財產由女嗣繼承。男性財產例如包括：男性之衣飾（如銀兜、金飾、籐兜、籐甲等）、男性所使用之工具（如男用掘杖、漁船上的櫂、坐凳、魚槍等）；女性財產例如包括：女用衣飾（如女用木兜、胸飾、胸衣、腰裙等）、女用工具（如紡軸、織機等）。被繼承人若無子嗣，其財產將視其種類而歸於家族、旁系、或集體保管。總結歸納族人動產繼承權之次序為：直系親屬（父子、母女）、第一旁系（兄弟或姐妹）、第二旁系（兄弟姐妹之子女及從兄弟姐妹）、第三旁系（第二旁系之子女及再從兄弟姐妹之子女）、姻親屬（如配偶之兄弟、兄弟之配偶、子女之配偶等）（衛惠林、劉斌雄，1962：148-152）。

雅美族人繼承制度，「長子繼承制」雖為普遍流傳之一般觀點，然亦有論者指出，族人之繼承方式不能僅以「長子繼承制」視之。對此蔣斌指出，族人對於財產之繼承處分，主要還是考量子女是否孝順、聽話、獲得父母之喜愛等，亦即所謂「互報原則」或稱「互報關係」，在此考量背後，實際牽涉子女是否盡到奉養父母之責任問題（蔣斌，1986：93）。蔣斌因此進一步以「奉養」與「喪葬」之蘭嶼雅美族人社會習俗加以說明前述互報關係在族人傳統財產繼承中所扮演之角色。奉養在蘭嶼雅美族人社會中，乃由養子奉養年老無嗣者，日後並由其繼承被奉養者之一切動產及不動產。其次，參與喪葬儀禮者亦依慣例可分得往生者之部分特定財產。以上皆為長子繼承制以外，基於互報原則於蘭嶼雅美族人社會中所存在之其它財產繼承法則。

相較於族人昔日之繼承法則，現行國家法律對於財產之繼承有各項細部之規定，例如針對法定繼承人及其順序、第一順序繼承人之決定、代位繼承、同順序繼承人之應繼分、配偶之應繼分、遺產分割之自由原則、分割遺產之方法、繼承權之拋棄以及繼承拋棄之效力等，現行法律皆有較明確具體之規範。

（四）命名慣習

在雅美族人傳統慣習與國家現行法律衝突的案例中，族人特有之「親從子名制」乃一重要課題。主流文化由於長期漠視其它族群文化之特殊性，使得部份珍貴人類文化資產逐漸瀕臨消失，蘭嶼雅美族人之傳統命名制度即為一例。族人傳統命名方式：尚未命名的新生嬰兒統稱為

Sikey，待其完成命名後，才以其名字稱呼之（董森永，2004：80-82）。嬰兒得名後，其父母、祖父母、曾祖祖父之名將隨其輩份之提升而有所更動。然而前述名字之更動僅以家庭中長子(女)之出生為依據，若其不幸早夭，父母以上等長輩名字之更易即依次子的名字而變化（董森永，2004：80-82），此與現行國家相關法律之命名規定有極大之差異。對於這項珍貴傳統命名文化在現行國家法律體系中所受到之漠視，族人夏本奇伯愛雅的以下談話，道出許多族人心中之無奈：

生了孩子、孫子，我們都會改名字。這是我們的文化，我們的名字是往上爬的，政府的是你的名字就是你的名字，固定版的，沒有變。我們的名字是根據你的成長，往前走。我們的名字會還原，到你沒有名字了。比如到一百歲了，你的孫子那麼多了，就不取名字了，就是一個小孩子的名字。...。政府的規定有他的考量，當然有的人講這樣子的方式是不合理的，但是在我的看法是，比較尊重、比較在乎我在我族群的名字。（夏本奇伯愛雅，2007/11/10）

傳統上族人的名字會隨其生命中輩分之轉變而更動，然而國家現行法律僅允許更名以一次為限；姓名條例第一條第二項雖載明，臺灣原住民之姓名登記，依其文化慣俗為之，然卻附帶規定，以文化慣俗命名者，以一次為限，此與前述蘭嶼雅美族人之命名傳統不相調和，展現族人傳統慣習與國家法律衝突之另一面向。

五、犯罪及處罰習慣與國家法制

傳統雅美族社會裡，慣習與禁忌構成族人法律思想之基礎，慣習乃人們不經思索即加以實踐之特定行為模式，禁忌則為族人基於特定價值善惡之判斷，所共同遵守之行動規範，其於族人日常生活中，藉由長輩之教導而獲得傳遞（鄭漢文，2004：67）。相較於今日複雜之現代生活型態，族人昔日之犯罪類型較為單純，罪行處置之方式亦較為簡易，以下對照族人傳統犯罪型態、處置方式以及現行國家法律之相關規定。

雅美族人因缺乏公共權威之制度與機構，昔日對於罪與罰之解釋，普遍傾向於個人主義，而無所謂公罪。在公共秩序上，族人一般尊重地域與海域之疆界，若違反界域之劃定規範，即產生部落與部落間之糾紛。由於非集體主義之罪行認知觀念，使得昔日存在於族人之犯罪認知裡，罪僅指對他人權益之私人侵害行為。（衛惠林、劉斌雄，1962：158-159）。

族人昔日發生糾紛與犯罪行為時，一般所採用之調解機制包括賠償、和解、詛咒、衝突與戰鬥等。金箔在雅美社會裡，常被視為賠償罪責之代價，女用琉璃飾珠與水田，亦常用以賠償罪責，豬隻在賠償儀式中為禳祓之祭品。整塊金箔通常用以賠償遭殺害者；若為復仇或為妻子與人通姦而殺害姦夫者，僅須賠償半塊金箔；鬥毆殺人，被殺害者若為先動手者，則賠償依照前述仇殺之慣例；使用巫術或放毒殺人者，罰金將加倍；唆使殺人者與實際加害者同罪。和解成立前，被害者之近親，尤其是直系親屬，必先發動復仇，犯罪者之家屋亦常遭焚毀。國家現行法律對於前述犯罪行為所產生之民事與刑事法律責任有明確之規範，包括：獨立侵權行為之責任、共同侵權行為之責任、法定代理人之責任、僱用人之責任、動力車輛駕駛人之責任、侵害生命權之損害賠償、侵害身體健康之財產上損害賠償、侵害生命權之非財產上損害賠償、侵害身體健康名譽或自由之非財產上損害賠償以及物之毀損之賠償方法等。

族人昔日解決紛爭之方式之一，乃於賠償條件談妥後由雙方進行和解。和解之進行經雙方擇定日期後，由侵權行為人父親及其兄弟攜帶用以賠償之金箔及禳祓用之祭豬，與侵權行為人共赴

被害者家中進行和解。和解儀式將邀請雙方直系親屬參加，儀式結束後，和解即告完成（衛惠林、劉斌雄，1962：162）。相較於族人昔日之傳統慣習，我國現行民法對於和解之定義、和解之效力以及和解之撤銷有具體的規定。

族人昔日對於罪之解釋普遍傾向個人主義，因此紛爭、衝突之類型主要以私人侵權行為為主，犯罪行為擴及公共層面者較不常發生。然依既有文獻記載及部落耆老口述，部落昔日之紛爭型態亦有涉及層面及於部落全體者。部落內衝突行為之發生，主要原因有：部落族人之水渠糾紛、漁場衝突、山田界石移動、宅地爭執、竊採果實、個人間之衝突、山羊耳記之改造等，其所引發之戰鬥衝突與部落和部落間之衝突有所差異。部落內之衝突規模通常較小，衝突情節輕者，僅及衝突雙方之鬥毆，嚴重者將擴及雙方親族團體。部落與部落間之衝突原因則主要基於特定紛爭引發全體部落之憤慨所致，衝突規模幾乎及於全體部落成員，乃一類似部落戰爭之大型集體鬥毆行為。部落內衝突之調解一般比照前述之賠償與和解機制，部落間衝突戰鬥後之調解程序亦大體相同。由於衝突戰鬥涉及相關民、刑事責任問題，前述行為所可能涉及我國現行刑法所定之相關刑事責任，包括：公然聚眾不遵令解散罪、公然聚眾施強暴脅迫罪、恐嚇公眾罪、普通殺人罪、過失致死罪、普通傷害罪、重傷罪、義憤傷害罪、聚眾鬥毆罪以及過失傷害罪等。

最後，我們從司法實踐中，討論雅美人習慣與國家法的衝突，茲舉案例裁判書如下：

裁判字號	87 年 訴 字第 114 號
裁判日期	民國 87 年 10 月 21 日
裁判案由	請求損害賠償
案例簡述	<p>經查：</p> <p>(一) 依達悟族人之傳統，鬥毆發生後，當事人之一方接受他方所送之金箔，縱即有「止血」及「強制和解止爭」之效果，然，此等特殊之風俗習慣雖理當尊重，但達悟族人現既已我國社會之一員，對於私權糾紛之決解，自應依民法第一條之規定，先適用法律之規定，無法律者始有習慣及法理之適有餘地。不可本末倒置以達悟族之習慣為優先。</p> <p>(二) 準此，依民法第七百三十六條之規定，和解係契約之一種，是必雙方對於和解內容之必要之點達成合意始可。又，達悟族之習俗，系爭金箔既有二種可能之目的，是應探求原告之真意而論，不可以被告單方之說詞而斷。施○保接受被告所交付之金箔，係為原告所受之傷害「止血」，且其已向被告表明原告不同意以此充當賠償金乙節，業據證人施○保於本院審理中證稱屬實，應可信為真實。又系爭金箔經本院於審理中當庭勘驗，其重量輕微，成色及樣式依一般交易經驗而言亦無特殊之處，衡諸原告所受之傷害，就通常人可得之生活經驗而言，殊難認原告收受此等金箔即有和解止訟之意思。從而，上開之爭執應以原告之主張可信為真實，即認原告未曾就本件之損害賠償與被告達成和解。</p> <p>被告不法侵害原告之身體，既經認定，依民法第一百八十四條第一項之規定，對於原告因而所受之損害，自應負賠償責任。</p> <p>參考法條：民法 第 1 條 (71.01.04) 民法 第 184、736 條 (18.11.22)</p>
判決主文	<p>被告應給付原告新台幣參拾捌萬壹仟壹佰伍拾壹元。</p> <p>原告其餘之訴駁回。訴訟費用由被告負擔。</p> <p>本判決第一項於原告以新台幣玖萬伍仟元供擔保後，得假執行。</p> <p>原告其餘假執行之聲請駁回。</p>

資料來源：高德義、石忠山，2009。

由上案例我們可以了解，雅美族傳統犯罪習慣已被國家現代法律所取代，值得注意的是，判決書中法官所持的理由是：當事人之一方接受他方所送之金箔，縱即有「止血」及「強制和解止爭」之效果，然，此等特殊之風俗習慣雖理當尊重，但達悟族人現既已我國社會之一員，對於私權糾紛之決解，自應依民法第一條之規定，先適用法律之規定，無法律者始有習慣及法理之適有餘地。不可本末倒置以達悟族之習慣為優先。由此判決書可見國家法的優越性及雅美傳統習慣之不受尊重，在法律優越主義下，要適用原住民族習慣似乎在司法實踐有其難處，不僅需要證明習慣的存在及法的確信，而且不能違背公序良俗，且優先適用法律之規定，始有習慣之適用餘地。綜觀前述判例，我們可以知道雅美族習慣仍以某種隱蔽的方式發揮作用，但在雅美族習慣上視為正當的行為，反構成國家法上的犯罪；習慣法視為理所當然的權利行為，不能被國家法所理解（高德義、石忠山，2009）。

總結本節之討論，雅美族傳統習慣與國家法之間無論在民刑事、程序及行政法上均有所衝突。民事方面，雅美族基本上以家族，部落為財產所有權主體，而國家現行憲法、民法規定所有權主體為個人，現行法律也主要保障個人的主體地位和權利，另在刑事上雅美族習慣也與國家法不同，在執行與處理程序和處罰方式也有所差異，因此如何在國家法制統一下，尊重民間活法，調和兩者關係，保障雅美族人權及文化權，恐係當前之政策課題。

肆、雅美族習慣與國家法制的調和

現代國家法律之介入，使得蘭嶼雅美族人之傳統生活方式產生了巨大的改變，傳統儀禮規範在現代生活之複雜網路中，逐漸失去其承載統合社會之昔日功能，取而代之者，乃藉由國家機器維繫社會連結之綿密法律網。現代國家法律藉其強制執行力，鞏固其統治之合法性，然而，隨著近來族人民族意識之覺醒，國家法律在蘭嶼之施行，卻也遭逢族人對其正當性之質疑。底下藉由深入訪談資料，探討族人對特定國家法律之觀感，以及不同受訪者對特定法律規範之存廢、修正的看法。

如前所述，對於蘭嶼雅美族而言，傳統各項儀禮禁忌即為所有族人必須共同遵守之社群規範，其於國家法律尚未進入部落以前，即穩固地扮演社會統合之功能。蘭嶼被納入中華民國國家主權範圍內，使得國家各項法律之有效性及於所有國家領土，蘭嶼亦不例外。在國家主權之觀念下，蘭嶼做為地方自治之行政團體，自然得受各項法規之制約，昔日為族人奉為行事圭臬之傳統規範，在此社會變遷歷程中，逐漸喪失其有效性。

現代國家法律之介入雖已成事實，在某程度上，族人亦因各種因素逐漸適應與接受相關法規之制約，然而，對於國家法律納入蘭嶼之方式，及其對族人傳統習慣之破壞，確實對蘭嶼雅美族人造成無比之傷害，也展現國家霸權主義之本質，在國家主權無法輕易更動之現實條件下，族人究竟對於傳統習慣與現代國家法律之相互關係存有何種期待，以下乃不同受訪者之意見：

我覺得要去調合會比較好，而且原住民已經和漢人社會互動了幾百年，要真正找出非常非常典型的傳統習慣，也有一些困難。而且原住民也不可能不去和漢人互動，而整個台灣是一個資本主義社會，這種情況之下，如果原住民沒有去學習，傳統習慣法和國家法沒有去調合的話，其實原住民會受到很大的傷害。因為法律還是在處罰原住民。（蔡雲卿，2007/12/17）

依憲法 23 條，就是比例原則，如果說要去做調合的話，就必須要尊重多元的族群。你一樣要尊重原住民的文化、歷史傳統、生活習慣，跟我們國家法做一些調整，怎麼樣的調整是比較好的？就要思考。應該會有公聽會或什麼，大家去形成這樣的共識。那個原則還是要回歸到 23 條的原則，同時要能尊重原住民的族群文化，這個部份是很抽象的，要具體的共識，一定要透過不斷的討論，開會和公聽會。(蔡雲卿，2007/12/17)

如果你要談到關於恢復過去的傳統文化時，我想你要去問問現在的小孩子，願不願意過過去那種生活？有很多事必須尊重地方人士，不能一直用台灣的法律，有很多台灣的法律用在蘭嶼並不適合。譬如說你要做保育，有哪些物種禁止捕捉，問題是訂定這個法律的人到底懂不懂海域魚類的生態知識。總之要尊重達悟族所生活的環境。(夏曼·藍波安，2007/6/15)

國家雖有法律，但是我們部落也是有自己的傳統。若國家的法律與我們部落傳統習慣有所衝突的時候，我個人認為部落的傳統習慣應該是先被適用的。若無法解決問題，才用國家法律來解決。(張海嶼，2007/06/14)

有些爭端已經不能依傳統的方式來解決。如果爭端是屬於傳統的，那就用傳統的方式來解決。例如偷竊，如果他偷的是傳統觀念上的財產，比如像是羊豬之類的，那就用傳統的方式來解決。如果偷的是錢，就用國家的法律來處理。(張海嶼，2007/06/14)

如果真的有一些傳統習慣法，我們一定要去尊重，而且在法庭能夠適用它，來保障原住民的權利，只是說要怎麼來設計，技術上要怎麼納入，是否要用行政命令去補充，而且最高的難度在立法院那邊會不會通過。它是要獨立一個專章出來，問題是十三族有不同的原住民族習慣法，我覺得技術問題要怎麼克服。而且要納入這一族的習慣法，那其他十二族的是不是也要納入？(蔡雲卿，2007/12/17)

國家能不能尊重一個族群的習俗，如果他要尊重這個習俗的話，我覺得最好。因為我們不可以採用你的習俗、習慣，去套用在雅美族的習慣。因為不一樣，這樣會造成讓人家吵架、衝突，種下社會問題而已。所以我們必須要尊重其他族群的傳統的方法，像土地法，會比較好一樣，我覺得這樣的政府是比較民主，不能一貫以自己的方式。當然他們覺得用這些條文來管理比較好，可是對其他族群，對原住民，這不是很好的方式。因為這樣的管理方式，比較有專制性，我們原住民不喜歡那樣的方式，因此可以按照地方各族群的習俗，設計憲法。比如說憲法裡可以規定，在哪裡發生？如果在蘭嶼發生，我就參照蘭嶼的內容，這樣的把一個族群一個族群的憲法放在中華民國大憲法裡面，我覺得這樣比較好，才真正是一個民主國家；如果不這樣，不叫民主國家。(夏本奇伯愛雅，2007/11/10)

以上意見，無論是習慣法優先於國家法，抑或爭端處理機制採行屬地主義，受訪者咸認，國家法律與習慣法之衝突，應透過協商機制予以友善解決，以調和為手段之協商，最終目的便是希冀現行國家法律之存在，是以充分尊重族群文化為前提、國家與部落經過充分協商所得出之民主共識，循此機制所求出傳統習慣法與國家法律之最後結果，乃族人對逐步落實轉型正義之期盼。以下我們進一步討論若干雅美族習慣與國家法律的調和議題。

一、土地問題

如前所述，國家現行法律與蘭嶼雅美族傳統習慣之衝突中，所產生最嚴重的問題之一是土地所有權的問題。依照該族之既有慣習，土地財產可分成部落共有、家族共有、以及家庭所有之分，然而依據現行法律，土地採所有權登記制度，使得昔日部落及家族共有土地在登記制度之運作下，逐漸遭到破壞，國有地劃分，使得部落未經開墾、未登記在特定所有權人名下之土地，全數劃歸為國有地，使蘭嶼雅美族人行之已久之土地處分傳統，面臨徹底瓦解之困境，即便「土地權利審查委員會」在某種程度上成為部落族人為捍衛昔日部落土地使用規範之最後守護者，然其權限終究無法超越國家法律如「土地法」及「國有財產法」之規定。受訪者即紛就蘭嶼雅美族人之土地問題提出以下看法：

土地的部份，過去原住民來講，是沒有所有權的制度，是共享的，所以在原住民保留地的問題，是最多爭議，但法律上也是最沒有辦法處理，因為他們確實有轉讓的行為，在所謂的台灣的土地制度，或是台灣的物權法，在台灣的法律來講，他們就喪失了所有權，但是在他們個人主觀上面不是這個樣子。(蔡雲卿，2007/12/17)

我們這裡的土地糾紛，在日據時代是沒有問題。自從光復之後，就出現了土地問題。因為那時候我們沒有去登記嘛，所以就有糾紛。過去我們也不知要去登記啊，有人在鄉裡當過民意代表，就知道這方面的訊息。在之後的登記也是沒有按照實際的狀況來登記，造成土地所有權糾紛。我在代表會的時候，就有建議應該要重新將問題弄清楚。我每次建議但都沒得到應有的回應。像我們的傳統部落領域我們都有清楚的界限。現在土地登記都亂掉了。所以我還是要建議政府要恢復我們的傳統文化。現在還很好，因為有老人還有教會，不然的話會一直打架。另外，就是國家就一些土地劃為國有，但是我們的祖先就已經將土地分好了，這些所謂「國有」土地，應該要廢除掉。要按照我們傳統的土地來規劃這樣才不會有糾紛。(周定頌，2007/11/09)

現行法裡，農地不能蓋房子，但是我們的習俗可以蓋房子。政府能不能容納我們的習俗？讓我們可以在農地蓋房子？這個法一定要修改，你要尊重一個族群要修法。衝突的地方要修改。納入到法規裡面。(夏本奇伯愛雅，2007/11/10)

綜上來看，無論政府是否應該修正現有法律，讓族人可在傳統土地上自由處分其土地財產——如建蓋房舍，抑或政府應全數歸還被劃歸為國有地之部落傳統領域，族人對此之普遍認知認為，國家相關法規破壞了蘭嶼雅美族土地共有制之傳統，造成族人間之土地所有權紛爭。族人因此建議，恢復傳統部落土地之處分機制，讓部落及家族之共有土地回歸部落和家族所有，尤其當部落耆老對於傳統土地界域尚能清晰記憶時，此一任務實刻不容緩。

二、傳統海域

蘭嶼雅美族人傳統文化存續關係至為密切的，乃傳統海域之海洋文化與海洋資源之保護問題。做為一海洋民族，蘭嶼雅美族人之飛魚文化乃其文化精髓，社會規範之核心，此一傳統之崩解，即意味民族消亡，而現行國家法律之規範，雖在一定程度上尊重蘭嶼雅美族人之飛魚文化，並藉相關行政命令，對此珍貴文化傳統進行保護，然而族人對於國家保護作為之限度有不同之期

待，有族人主張全年禁止外來漁船進入蘭嶼雅美族傳統海域進行漁產捕撈，亦有族人以非魚泛期作為限制之標準，部分族人則強調海涸數之劃定，與漁業器具使用之規範，甚或亦有族人主張漁獲量與海洋資源採集之限制，雖然意見紛陳，但族人對於蘭嶼雅美族傳統飛魚文化之保護，有一致之共識（高德義、石忠山，2009）。

三、司法問題

蘭嶼雅美族主要常見之司法訴訟案件，主要是車禍等傷害事件之糾紛，其他於台灣本島常見之重大犯罪類型於此並不多見，即便如此，族人仍對國家司法體系對族人人權之可能侵害抱持戒心，因此紛紛主張現行司法體制之設計，應充分考量原住民之特殊需求，族人尤其建議，在現行司法體系中，納入族群特定之傳統習慣，以使我國司法體系展現多元文化之樣貌，其具體作法包括：通譯制度之完善、司法人員之訓練、特定傳統習慣在國家現行法律中之納入、甚或民族法庭之設立等，以下為相關意見之陳述。

其實語言就是最大的問題，因為每個人都習慣使用他的母語，可是在我們的法庭，並沒有針對我們十幾族的原住民有所謂的通譯，進到法庭的空間，其實會讓人很緊張很焦慮，在這種情況下，如果又不能使用自己慣常使用的母語，其實表達方面會片片段段，在這個部份，就會對於他形成不利的證據。（蔡雲卿，2007/12/17）

這個多元的東西，不是排斥，而是豐富一個國家的政治內容和法令的內容，而不是漢人是唯一的尺度。民族法庭是政府一定要釋放的東西，大家要去當律師，結果原住民去當律師時 還是要用漢人的價值觀。文化的多元性，也要製造人才的多樣性。（夏曼·藍波安，2007/6/15）

長期以來所有的司法官，包括當律師的，從來沒有一個人去看我們的習慣法。在司法層面上我們有沒有可能把習慣法做出來，將習慣法納入教材，要所有的司法官出身的，都要上課，了解原住民族，不管哪一個民族的習慣法。（郭建平，2007/6/15）

四、命名問題

族人關心的另外一個傳統習慣與國家法律衝突的問題，表現在國家現行法律對命名之相關規定。根據蘭嶼雅美族之傳統習慣，族人的名字會隨其生命歷程中身分之轉換而產生改變，然而根據命名法之相關規定，姓名之更改有一定限制，此與蘭嶼雅美族命名習慣有很大之差距，甚至因此破獲蘭嶼雅美族人之此一獨特命名文化，族人因此建議政府對此進行彈性規定，以下是受訪者的意見：

生了孩子、孫子，我們都會改名字。這是我們的文化，我們的名字是往上爬的，政府的是，你的名字就是你的名字，固定版的，沒有變。我們的名字是根據你的成長，往前走。我們的名字會還原，到你沒有名字了。比如到一百歲了，你的孫子那麼多了，就不取名字了，就是一個小孩子的名字。（夏本奇伯愛雅，2007/11/10）

所以這個命名的方式不能只有一次，應該要依民族的習性來作彈性的規定。我們在傳統上小孩子有自己的名字，如果他長大結婚之後，有了孩子，那他也必須要為了他的孩子

來改名字。將來他當了祖父也是要改名。這是一個民族的習慣。我自己本身就是習慣用傳統的名字，「張海嶼」只是我用來領掛號信件時才會用，平常對我來說沒有什麼用。(張海嶼，2007/11/09)

伍、結論與建議

以上我們討論分析了雅美族的傳統慣習，以及和國家法律的互動、衝突及調和，從前面的分析可知，雅美族社會經過日本殖民及國民政府同化及強制性變遷政策的影響，傳統習慣已發生巨大變遷，但有些習慣頗具生命力，仍然是在作用中的活法，雅美族鄉土社會的傳統依舊有其延續性，漁團組織，家族勢力，都在承傳、維護和實踐習慣法傳統中起到重要作用。然而，本研究也發現雅美族許多「傳統習慣」與「國家法律」間，存有相當大的鴻溝、差異與衝突，傳統習慣在國家法制下已奄奄一息，面臨存亡危機。學者 R. D. Roy(2004)研究指出，決定習慣法強度的幾個重要因素分別有：政治自主性、憲法及法律保障，以及原住民族人口規模。憲法之於習慣法的保護提供極大的力量，例如印度的 Nagaland 與 Mizoram 即是，加之當地具有高比率之原住民族人口，因此便能持續保障其土地及資源權。台灣原住民族人口已高度都市化，此將不利於原住民族文化統合，也不利於習慣法的實踐、維護和發展。原住民族與其傳統土地及領域隔離，其傷害性至為巨大，一旦這些習俗與實踐消殆，將危及許多關於漁獵的傳統知識系統、藥用植物的保護與永續、及許多物種與動物之生存；原住民族習慣法體系的毀損，可能導致許多不可替代的人類知識永遠消失。有鑑於此，茲根據以上分析、討論及研究思考心得，提出以下若干有關雅美族或原住民族習慣及司法權之未來努力方向，供作政策參考。

一、有關習慣法部份

- (一) 順應國勞組織原住民及部落人民公約和聯合國原住民族權利宣言，承認原住民族傳統法律體系及習慣，並立修法將其內容充分納入相關立法、法規、政策和措施，同時去除、修正歧視原住民族傳統習慣的觀點和條文。
- (二) 憲法保障原住民族習慣並善用違憲審查權及司法解釋：在憲法上規定原住民族有保持或改革其風俗習慣的自由。除非具有堅實的憲政基礎，否則原住民族傳統慣習與國家法之間的關係，會被邊緣化及扭曲。另對於有違多元文化精神之虞的法律或命令，可透過違憲審查權，拒絕適用於其所審理的個案並聲請大法官解釋該法規違憲。
- (三) 法律優先原則的再思考：民法第一條規定所謂法律優先主義，從而排斥許多習慣法的適用空間，民法此一法律優先原則，作為我國處理民事糾紛的法源依據，將大大限縮台灣原住民傳統習慣在國家司法系統中的生存空間。
- (四) 放寬習慣定義及適用限制：依據最高法院 1928 年上字 613 號判例指出：習慣必需以多年慣行之事實以及普通一般人之確信為基礎。此外，根據民事訴訟法第 283 條：習慣、地方制定之法規及外國之現行法為法院所不知者，當事人有舉証之責任。但法院得依職權調查之。」在目前習慣法的適用空間相當有限的情況下，原住民習慣要獲得法院的採用，當事人必需要能證明其部落或族人多年來有此一慣行之事實，並且獲致一般人的確信，可以說難上加難。不僅如此，民法第二條更進一步規定：

民事所適用之習慣，以不背於公共秩序或善良風俗者為限。」換言之，原住民若要在民事訴訟中想要主張不同於主流社會的習慣，首先必需對於該糾紛事項沒有相關法律規定，再來是主張者必需負起舉証責任，最後還需由法院認定此一習慣合於所謂的公共秩序與善良風俗。而公序與良俗又屬於不確定法律概念，其判準總是多依多數主流認同的價值觀為依歸。以現行司法制度中法官的培訓過程以及案件的高度負荷，若要在涉及族群文化差異的個案中處理此一環節，必需有民族法庭的配套措施，包括參審制度的輔助，與司法人員培訓制度的調整，才有可能落實。

- (五) 建立法律選擇規則，或類推適用國際私法精神：在一定的條件下，各地法院有關原住民案件得比照國際法律衝突的規則處理之，以求得個案中雙方當事人的平衡。以我國涉外民事法律適用法為例，第六條規定：「法律行為發生債之關係者，其成立要件及效力，依當事人意思定其適用之法律。當事人意思不明時，同國籍者依其本國法；國籍不同者，依行為地法；行為地不同者，以發要約通知地為行為地；如相對人於承諾時不知其發要約通知地者，以要約人之住所地視為行為地。前項行為地，如兼跨二國以上或不屬於任何國家時，依履行地法。」此一規定，即具體顧及了交易雙方當事人與交易過程中的種種因素，並非單純以一方之遊戲規則為審理依據。此一理念若能運用於國內關於原住民財產糾紛，以進一步觀照不同的規範系統，將是國家肯定多元文化的具體呈現和落實。
- (六) 強化鄉公所仲裁及調解制度功能：就涉及雅美原住民個案而言，司法系統不妨引導雅美原住民充分優先利用或輔助當事人多採用仲裁、調解及和解等程序，因為相較於訴訟程序，仲裁、調解及和解是比較接近於傳統原住民糾紛處理模式，可弱化當事人運用法院解決糾紛。況且以訴訟程序的高度技術性，若非聘請律師代理，往往難有勝算，而律師費用也不是大多數原住民所能負擔。但這必需配合整理編纂原住民各類糾紛的仲裁人建議名冊，習慣法的訪查整理與鑑定等。
- (七) 習慣法立法或修訂民法及相關行政法，承認及適用原住民族習慣：制訂族際關係法或制訂專法，如原住民族親屬繼承法，作為統一解決原住民間及原漢間法律衝突的規則。或在相關法律中適當加入相關之原住民族習慣，例如民事法律可直接將原住民族習慣規範當作條文內容，尤其有關債權、物權以及婚姻、繼承等身份關係。而在刑事法律中某些因族群文化不同而有差異的規範，在不違反基本人權原則下，依不同族群傳統習慣增列規定。在修法方面，民法總則中法律無明文規定時適用習慣法；在分則中有與法律規範不同的習慣並能適用時，可規定原民習慣優於法律適用。另在相關行政法中亦應修正承認原住民族傳統慣習。
- (八) 全面系統紀錄、整理、分析、編撰雅美原住民族習慣彙編：著重於法制面向，以系統性的態度和方法及原住民的參與，並建立調查規則，彙集、出版原住民族習慣法，並將其作為教育使用書籍。主管部門應與原住民或學者專家合作，協助研究及恢復原住民法制習俗，並加強習慣調查，為立法作準備，並供法院鑑別及法庭相關人員參考。

二、有關司法權部份

- (一) 成立專業民族法庭：我國目前法院組織，除傳統的民事庭和刑事庭外，尚有交通法庭、少年法庭、財務法庭及家事法庭等，專門由受特別訓練或經驗豐富的司法人員處理相關事件，基於此，有關涉及原住民的糾紛，由於語言及文化差異，亦可考慮設民族法庭，特別是原住民人口比例較高的縣市，更有此需要。設立民族法庭，舉証責任若適度改採職權調查主義，由受有關訓練的法官負責調查證據，釐清事實真相，將使得目前類似個案因舉証困難而頻頻敗訴的情形適度緩和。
- (二) 採用參審制及專家証人：參審員之思考判斷可令判決更加周延外，深具經驗並了解傳統習慣之參審員亦可補職業法官對相關知識之不足。這對於原住民在審判過程中的主體性及審判結果的正當性，將有所助益，亦可減輕法官負荷。
- (三) 培訓具多元文化素養司法人員：在現行民事訴訟程序中有許多涉及族群文化差異的關鍵環節，這些環節在在都需要相關司法人員，特別是法官的配合。因此如何在語言、翻譯與族群文化方面培訓司法人員，將是能否發揮作用的關鍵。相關機關應定期辦理員警、行政官員、律師、法官、社會工作者等司法系統官員以及法律學生有關原住民文化、習俗和法制的培訓和教育課程，作為消除歧視和促進尊重文化多樣性的一種辦法，並採取特別措施消除對原住民的歷史偏見，這是造成在司法制度中對原住民歧視的潛在原因。
- (四) 進行自治變通立法：在兼顧國家法制統一下，在立法政策上如中央法規不適用原住民者，可制訂變通規定或者補充規定，在一定範圍內原住民可訂定符合傳統慣習之法律，給予習慣法一定承認及效力。
- (五) 成立自治區並具自治司法權：通過原住民族自治明定原住民族在一定土地領域內享有司法管轄權，建立原住民自治司法系統，使其與國家司法系統合作有效發揮作用，成為國家制度的補充。在一定範圍內可訂定符合傳統慣習之法律，並讓慣習法成文化，任何人進入自治區內必須遵守自治主體所訂立的法律規範；部落有權設立族群法庭，處理不涉及重大案件的一般民刑事案件。
- (六) 培育原住民族司法人才並參與相關司法改革：有計劃培養具有原住民身分的律師、法官、檢察官等法律專業人員，或訓練法律專業的原住民族種子教師前往原鄉服務。鼓勵原住民到立法、司法、執法和教養機構任職，並在教育、培訓和招聘政策等方面採取措施，以增加原住民在司法系統工作。此外亦應保障及鼓勵原住民直接、充分和有效參與有助於改善影響原住民族的立法及司法改革及活動。
- (七) 原鄉廣設法律服務中心，並聘用原住民專職律師，或熟稔原住民文化習慣且對原住民友善而不歧視的漢人律師，以及具有法律專業背景但非律師的原住民工作人員，讓他們長期駐守原鄉部落，從事法律扶助工作、原住民法律教育，及原住民法律問題之專案研究，以培養原住民法律扶助人才。
- (八) 強化民族法學及原住民族司法人權研究：具體作法包括鼓勵大學開設民族法學課程和編寫教材；研究對原住民有不利影響的法律，並採取必要措施消除由這種法律造成的歧視；編寫原住民族司法問題研究報告；建立和收集有關原住民和司法，包括逮捕、判決、關押和死刑資料的制度，並定期公佈；安排關於原住民族和司法問題的討論會

以及技術合作專案。

- (九) 建立諮詢及同意機制：相關部門應了解發展計畫之於原住民族傳統土地權和相關社會制度的影響和重要性。原住民族社群與其體系之統合應該受到最大的尊重。因此事先知情與同意是所有相關計畫能否執行的必要條件，相關計畫的執行與評估也應有原住民族參與。

參考文獻

- Geertz, Clifford 著，王海龍等譯，2000，*地方性知識*，中央編譯出版社。
- Hoebel, E. Adamson 著，嚴存生等譯，1992，*原始人的法*，北京：法律出版社。
- Malinowski, B. K. 著，夏建中譯，1994，*原始社會的犯罪與習俗*，台北：桂冠。
- Radcliffe-Brown, A. R. 著，潘蛟等譯，2002，*原始社會的結構與功能*，北京：中央民族大學出版社。
- 千葉正土，張世功譯，1997，*法律多元*，北京：中國政法大學出版社。
- 小島由道，1920，*台灣慣習調查報告書 五卷*，臨時台灣舊慣調查會。
- 王青林，2004，「民間法若干問題初探」，收錄於謝暉、陳金釗主編，*民間法 第三卷*，頁 35-81，濟南：山東人民出版社。
- 王泰升，2000，「以台灣為主體的法律歷史考察」，刊於*台灣法學會學報*，第 21 期。
- 王銘銘主編，1997，*鄉土社會的秩序、公正與權威*，北京：中國政法大學出版社。
- 台東縣政府縣政統計資訊網站，<http://www.taitung.gov.tw/tw/CP/1284/statistics.aspx>
- 台灣省文獻會編，1968，*台灣省通志 卷八 同胄志*，南投：台灣省文獻會。
- 台灣省文獻會編，1995，*重修台灣省通志 卷三 住民志 同胄篇*，南投：台灣省文獻會。
- 台灣總督府蕃族調查會，1914，*台灣番族慣習研究 1-8*，台北：南天。
- 台灣總督府警務局編，1938，*理蕃誌稿*，1-4 卷，台北：自刊。
- 行政院原住民族委員會主辦，2006，*原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法體系之研究：鄒族、魯凱族篇*，台北：行政院原住民族委員會。
- 何勤華編，2001，*法的移植與法的本土化*，北京：法律出版社。
- 佐山融吉，1921，*蕃族調查報告書 八卷*，臨時台灣舊慣調查會。
- 余光弘，1989，「雅美族傳統社會文化簡介及其維護發展」，收錄於劉斌雄主編，*雅美族及雅美文化的維護與發展*，台北：內政部營建署。
- 余光弘，1992，「田野資料的運用與解釋—再論雅美族之父系世系群」，刊於*台灣史田野研究通訊*，第 24 期，頁 48-75。
- 余光弘，1993，「雅美人食物的分類及其社會文化意義」，刊於*中央研究院民族學研究所集刊*，第 76 期，頁 21-42。
- 余光弘，1995，「蘭嶼雅美族以同易同式交換的經濟實用性」，刊於*中央研究院民族學研究所集刊*，第 80 期，頁 37-60。
- 余光弘，2001，「巴丹傳統文化與雅美文化」，*東台灣研究*，第 6 期，頁 15-64。
- 余光弘，2003，*蘭嶼雅美族地誌資料庫與文化地理中的地緣神話研究*，行政院國家科會委員會專題研究計畫。
- 余光弘，2004，*雅美族*，臺北：三民。
- 余光弘、董森永，1998，*臺灣原住民史 雅美族史篇*，南投：臺灣省文獻委員會。
- 李亦園，1960，「Anito 的社會功能—雅美族靈魂信仰的社會心理學研究」，刊於*中央研究院民族學研究所集刊*，第 10 期，頁 41-55。
- 李秀群，2003，「民間法與國家法的衝突與融合：一個比較的視角」，收錄於謝暉、陳金釗主編，*民間法 第二卷*，頁 73-89，濟南：山東人民出版社。
- 沈景一譯，1959，*古代法*，北京：商務印書館。
- 岡松參太郎，1921，*台灣番族慣習研究 八卷*，臨時台灣舊慣調查會。
- 林衡立，1960，「雅美族工作房落成禮」，刊於*中央研究院民族學研究所集刊*，第 9 期，頁 109-138。
- 林衡立，1961，「雅美曆置閏法」，刊於*中央研究院民族學研究所集刊*，第 12 期，頁 41-74。
- 施添福、黃應貴、陳玉美，2001，*台東縣史—雅美族篇*，台東：台東縣政府文化局。
- 夏本奇伯愛雅（周宗經），1996，*雅美族的古謠與文化*，台北：常民文化。
- 夏本奇伯愛雅（周宗經），1998，*雅美族的社會與風俗*，台北：台原。

- 夏本奇伯愛雅（周宗經），2004，*蘭嶼素人書*，台北：遠流。
- 夏曼·藍波安，1992，*八代灣的神話*，台中：晨星。
- 夏曼·藍波安，2002，*海浪的記憶*，台北：聯合文學。
- 夏曼·藍波安，2003，*原初豐腴的島嶼：達悟民族的海洋知識與文化*，國立清華大學人類學研究所碩士論文。
- 夏曼·藍波安，2004，「達悟驅逐惡靈」，簡鴻模等編，*當達悟遇上基督*，台北：輔仁大學。
- 夏曼·藍波安，2006，*冷海情深*，台北：聯合文學。
- 夏曼·藍波安，2007，*航海家的臉*，台北：印刻。
- 夏鑄九、陳志梧，1988，「臺灣的經濟發展、蘭嶼的社會構造與國家公園的空間角色」，刊於*臺灣社會研究季刊*第1卷第4期，頁233-246。
- 徐中起、張錫武、張曉輝著，1998，*少數民族習慣法研究*，雲南大學出版社。
- 徐瀛洲，1999，*蘭嶼之美*，台北：行政院文化建設委員會。
- 徐瀛洲、余光弘，2003，*蘭嶼紅頭部落的漁船組*，2003年蘭嶼研究群研討會。
- 高其才，2003，*中國少數民族習慣法研究*，北京：清華大學出版社。
- 高信傑，2003，*雅美族「魚的分類問題」的再思考*，2003年蘭嶼研究群研討會。
- 高德義，2004，*原住民族自治制度之研究與規劃：排灣族、魯凱族及雅美族*，台北：行政院原住民族委員會。
- 高德義、石忠山，2009，*原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制研究：排灣族與雅美族*，台北：行政院原住民族委員會。
- 國立台灣大學建築與城鄉研究所主持，1989，*蘭嶼地區社會發展與國家公園計畫*。
- 張茂桂，1989，「有關國家公園及公園內原住民族文化的維護與發展」，收錄於劉斌雄主編，*雅美族及雅美文化的維護與發展*，台北：內政部營建署。
- 張海嶼，2001，「蘭嶼的政治」，收錄於*達悟族群宣教研究方案第一、二階段報告書*，頁51-52，台北：台灣基督長老教會總會研究與發展中心。
- 張燦穩，1991，*蘭嶼椰油村雅美族人漁場利用形態*，國立台灣師範大學地理研究所碩士論文。
- 郭舒梅，2000，*流動的權力：以朗島村為例探討達悟族權力機制的形成與延續*，國立清華大學人類學研究所碩士論文。
- 陳玉美，1994，*論蘭嶼雅美族的社會組織：從當地人的一組概念Nisoswan（水渠水源）與Ikaupong do soso（喝同母乳）談起*，台北：中央研究院歷史語言研究所。
- 陳玉美，1996，*文化接觸與物質文化的變遷：以蘭嶼雅美族為例*，中央研究院歷史語言研究所。
- 陳玉美纂修，2001，*臺東縣史 雅美族篇*，台東：台東縣政府。
- 陳竹上，2000，*看不見的權利：從民族主義、族群文化及殖民歷史反思台灣原住民族財產權在國內法制中的發展*，國立東華大學族群關係與文化研究所碩士論文。
- 陳國鈞，1956，*蘭嶼雅美族*，台北：中央文物供應社。
- 陳淑芬，1994，*具體生活與象徵系統：雅美族的魚類分類與食魚禁忌*，國立清華大學社會人類學研究所碩士論文。
- 彭美雲，2004，*蘭嶼口傳故事研究*，國立台東大學兒童文學研究所碩士論文。
- 曾瓊儀，2001，*蘭嶼雅美族民間故事研究*，中國文化大學中國文學研究所碩士論文。
- 森丑之助，1917，*台灣蕃族誌*，臨時台灣舊慣調查會。
- 湯文章，2005，「原住民族在訴訟法上地位之研究」，刊於*第一屆原住民族法學研討會論文集*，頁45-57，財團法人法律扶助基金會、國立東華大學民族發展研究所主辦。
- 黃旭，1998，*雅美族之住居文化及變遷*，台北：稻鄉。
- 黃昆宗，1991，*原住民犯罪問題探討*，台灣高等法院花蓮分院研究報告。
- 黃躍雯，1997，「蘭嶼國家公園決策過程之分析」，刊於*臺灣大學地理學報*，第23期，頁13-31。
- 楊志航，2005，「國家法與原住民傳統法制」，刊於*第一屆原住民族法學研討會論文集*，頁6-10，財團法人法律扶助基金會、國立東華大學民族發展研究所主辦。

- 楊政賢，1998，*蘭嶼東清部落黃昏市場現象之探討：貨幣、市場與社會文化變遷*，國立東華大學族群關係與文化研究所碩士論文。
- 楊曉珞，2007，*台灣原住民族司法權之探討與建構*，國立東華大學民族發展研究所碩士論文。
- 董森永，1997，*雅美族漁人部落歲時祭儀*，南投：台灣省文獻委員會。
- 董森永，2004，「蘭嶼達悟族的傳統生育禮俗」，*中研院民族學研究所集刊*，第 18 期，頁 71-92。
- 董瑪女，1995，*芋頭的禮讚*，台北：稻鄉。
- 達西烏拉彎·畢馬（田哲益），2002b，*臺灣的原住民：達悟族*，臺北：臺原。
- 劉其偉，2002，*蘭嶼部落文化藝術*，台北：藝術家。
- 劉斌雄，1959，「蘭嶼雅美族喪葬的一例」，*中央研究院民族學研究所集刊*，第 8 期，頁 143-183。
- 劉斌雄，1982，「蘭嶼漁人社大船落成禮歌」，刊於*中央研究院民族學研究所集刊*，第 54 期，頁 147-196。
- 劉斌雄，1989，「雅美文化的特質」，收錄於劉斌雄主編，*雅美族及雅美文化的維護與發展*，台北：內政部營建署。
- 增田福太郎著，張旭宜譯，1994，「原始刑法的探求」，刊於*山海文化*，第 4-5 期。
- 蔣斌，1986，蘭嶼雅美族家屋宅地的成長、遷移與繼承，刊於*中央研究院民族學研究所集刊*，第 58 期，頁 83-117。
- 蔡筱君、夏鑄久，1998，「重讀達悟家屋：達悟家屋之空間生產」，刊於*城市與設計學報*，台北：文化大學。
- 衛惠林、劉斌雄，1962，*蘭嶼雅美族的社會組織*，台北：中央研究院民族學研究所。
- 鄭惠英，1985，*雅美的大船文化*，台北：中央研究院民族學研究所。
- 鄭漢文，2004，*蘭嶼雅美大船文化的盤繞：大船文化的社會現象探究*，國立東華大學族群關係與文化研究所碩士論文。
- 盧幸娟，2001，*發展中的台灣原住民族自治：以蘭嶼達悟族為例*，國立東華大學族群關係與文化研究所碩士論文。
- 謝世忠，2007，*原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制第二期委託研究：泰雅族、太魯閣族*，台北：行政院原住民族委員會。
- 謝永泉，2004a，「傳統達悟神觀與基督宗教神觀的比較」，收錄於簡鴻模等編，*當達悟遇上基督*，台北：輔仁大學。
- 謝永泉，2004b，*達悟傳統死亡觀初探：Iraraley 的觀點*，2004 年蘭嶼研究群研討會。
- 謝永泉，2006，*達悟族對民族議會的組織運作與發展：從 Iraraley（依拉拉類）部落會議成立談起*，舊社與新民族自治國際研討會。
- 關華山、黃旭，1989，「雅美族『居住文化』的維護與發展」，收錄於劉斌雄主編，*雅美族及雅美文化的維護與發展*，台北：內政部營建署。
- 關曉榮，2007，*蘭嶼報告：1987-2007*，台北：人間。
- 蘇力，1996，*法治及其本地資源*，北京：中國政法大學出版社。
- 蘇達志，1991，「台灣固有習慣與民法之適用」，刊於*台大法學論叢* 21 卷 1 期。
- Canby, William C. Jr. 1998, *American Indian Law*.
- Diamond, A. S. 1950. *Primitive Law*. 2nd ed. Watts.
- Geertz, Clifford. 1983. "Local Knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective". In *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*. New York: Basic Books.
- Gluckman, Max. 1969. *Ideas and Procedures in African Customary Law*. London: Oxford University Press.
- HMacLachlan, Campbell. 1988. "The Recognition of Aboriginal Customary Law: Pluralism Beyond the Colonial Paradigm - A Review Article." *International and Comparative Law Quarterly*, 37. pp.368-86.
- Hoebel, Adamson. 1983. *The Law of Primitive Man: A Study in Comparative Legal Dynamics*. New York: Atheneum.
- Hooker, M. B. 1975. *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*. Oxford: Clarendon Press.
- Ladcriff-Brown, A. R. 1965. *Primitive Law*. New York: Free Press.

- Maine, Sir Henry. 1861. *Ancient Law*. New York: Dutton (1960).
- Malinowski, Bronislaw. 1926. *Crime and Custom in Savage Society*. London: Routledge & Kegan Paul.
- Merry, Sally E. 1988. "Legal Pluralism", *Law and Society Review*. 22(5). pp.869-96.
- Podgorecki, Adam. 1971. *Anthropology of Law*. New York: Harper & Row.
- Pospisil, Leopold. 1978. *The Ethnology of Law*, 2nd ed. Cummings Publishing Co.
- Rao, G. S. 1994. *National Legal System and the Tribal : A Sociological Exploration*. Himanshu Publications.
- Richland, Justin B. and Sarah Deer. 2004. *Introduction to Tribal Legal Studies*. Rowman & Littlefield.
- Roy, Raja Devasish, 2004, *Traditional Customary Laws and Indigenous Peoples in Asia*.
- Singh, K. S. 1993. *Tribal Ethnography Customary Law and Change*. Concept Publishing Company.

阿美族的年齡組織制度與社會秩序的關係： 都蘭阿美族的例子

蔡政良

國立臺東大學公共與文化事務學系暨南島文化研究碩士班助理教授

摘要

本文旨在以都蘭阿美族年齡組織制度為例說明阿美族的社會秩序觀，以及當該秩序觀被國家取代後的演變。阿美族的年齡階層組織制度是世界上少有的地緣組織社會制度，也是阿美族社會與文化核心的其中一部份。從年齡組織制度的命名以及運作方式皆可以顯現出阿美族倫理的價值觀，這些價值觀正是維繫阿美族社會秩序重要的基礎。年齡組織制度除了再現阿美族的社會倫理與價值體系之外，從另一角度而言，亦是管理社會秩序的仲裁者，不因血緣組織的親屬親疏遠近關係或財富擁有與否，使得年齡組織在裁判社會秩序上產生差異。

這一套社會秩序的建構與管理，在阿美族社會進入國家法律系統與資本主義的經濟生活之後，產生了質變，阿美族的集體社會秩序被轉變成為個體對於國家法律的服從，將阿美族既有的社會秩序倫理與機制予以解構，年齡組織一方面被表面化成為當代阿美族認同的一種標記，另一方面卻失去了許多深層的，屬於阿美族的倫理價值觀。

最後，本文指出從多元文化與族群正義理想出發的當代臺灣社會發展方向而言，國家必須重新思考牽涉原住民族傳統領域的國土規劃，並且在地方自治上做出符合阿美族年齡組織制度的社會秩序與公共事務管理原則，然後，積極檢討各項與原住民族相關的法令規章，以落實多元文化與族群正義的現代國家。

關鍵詞：阿美族、年齡組織、社會秩序、都蘭、國家力量

一、前言

本文以臺東的都蘭部落為例說明阿美族的年齡組織制度與其社會秩序觀之間的關係以及其變遷的過程。在國家力量與資本主義經濟形態尚未進入阿美族部落前，年齡組織制度再現且實踐了阿美族人的集體社會秩序觀念。隨後，由於國家力量的介入與資本主義經濟形態的生活方式轉變，年齡組織制度遭受壓制與被迫改變，甚至一度瀕臨消失的窘境。解嚴的 1990 年代之後，原住民族社會文化復振運動隨著國內政治上的本土化運動開始興起，都蘭部落的年齡組織開始進行復振，並在這 10 多年來的過程裡，成功地將年齡組織延續下來。

然而，都蘭部落年齡組織的復振並不意味與該組織制度相隨的社會秩序觀念也同時重建，導致現行的年齡組織制度運行與原來的文化設計有了些許的轉變，例如年齡組織只有在一年一度的年祭時才比較突顯，而組織內不論在日常或是儀式中原本擔負的職責，例如針對部落內族人的年度表現裁判、Kakita'an 所肩負的責任、¹傳統漁獵、分享、或是作為部落守護者等等與年齡組織相關的社會秩序維護與再生等功能都受到國家法律、政治、以及經濟的限制，導致現行的年齡組織制度復振，充其量只能產生形式化的效果，無法從部落的社會價值觀復振一個具有阿美族生活哲學觀的社會秩序。

阿美族年齡組織的復振如果只是徒具形式，實無法落實追求多元文化以及實踐族群正義的社會。這也是當代臺灣原住民族共同面臨的問題，在這個以漢人社會秩序以及現代性的國家法制體系下，臺灣原住民族的社會秩序觀經常被主流的強勢社會所隱蔽，即便有許多有志之士為復振臺灣原住民族社會與文化而努力，但是恐怕只能從表面的形式上著手，而無法探觸到更深層的，屬於原住民族的價值體系。然而，現代的社會狀態也似乎無法回到 100 多年以前的歷史，變身回一個前國家與前資本主義經濟的時代，因此，國家與原住民族的社會秩序觀之間如何協商一個可以回應當前對於追求多元文化與族群正義且兼顧現代公民價值的原住民族現代社會，已是一個相當重要的課題。

本文即以都蘭部落的阿美族人為例，嘗試指出年齡組織制度所再現出的阿美族社會秩序觀念與倫理價值，並從該秩序觀與價值出發，指出當前年齡組織運作中與目前的國家政治、法律等面向交會時所面臨到的一些難題與現象。

二、阿美族的年齡組織制度

年齡組織制度在非洲與東南亞部份地區的社會中是相當重要的社會與政治制度，通常可以區分為兩種類型（Gulliver 1968）：其一為年齡階層制度（age-grade），意指個人根據其年齡階段來區分其社會角色；其二則為年齡組制度（age-set），一群相同年齡者組成一個年齡組，負擔相同的社會責任，並且該年齡組成員是維持到生命的盡頭。阿美族的年齡組織制度較為接近年齡組制度類型。

阿美族的年齡組織，男孩子在 12 歲左右就必須加入年齡組織的預備組（南部阿美稱之為 pakalongay，語意為「服務的人或被使喚的人」），經過 3-8 年不等的時間，經過成年裡的儀式

¹ kakit'an 為阿美語，直接翻譯為「我們之中最大的（人/位置）」，現行在都蘭部落經常使用「頭目」一詞代替，然而在太巴壠阿美族部落 kakita'an 指涉該部落的負責祭祀的祖家。

正式加入年齡組織，並獲得年齡組的名字。雖然不同區域的年齡組織制度不論在命名形式、組織規則、會所制度等，都有相當的差異，但是其按照年齡的長幼區分階層以及內在的精神價值與社會秩序觀念基本上大同小異。這種組織型態在漢人社會中非常的少見，請試著想像同一村落的年輕人以 3 到 8 歲的年齡為單位，組成一級一級嚴密的年齡組織，共同負擔聚落的公共事務、防衛以及一層一層的絕對服從。這種嚴密的年齡組織除了在祭儀期間可以非常明顯之外，在日常生活中，同一年齡階層的 *kapot*（或是 *slar*，語意為同一級的人以及年齡組的統稱）亦是互相扶持的一群好朋友，舉凡婚喪喜慶，同一 *kapot* (*slar*) 的人皆必須有義務互相協助。年齡組織同常從 12 歲開始便必須參加，各部落的習慣不同會有不同的參加年齡，也會有不同時間。但是相同的是，每一個男孩子在正式成年之前，都必須經過 3~8 年不等的嚴苛訓練，或者可以稱之為年齡階層的預備階段。每一個年齡組織都會有代表的名字（級名），南部阿美族的級名通常以「*ra*（拉）」開頭，而中、北部的阿美族年齡組名則多為襲名制，一組名稱循環使用，正常的情况下，該組名一經選定，該組成員終生都會依附在該組名之下。由於分佈地域廣大，阿美族每個部落的差異性都相當大，但是年齡組織卻是各個部落共同的特徵。

年齡組級名的給予可以分為三種類形：南勢型的襲名制（以南勢阿美以及海岸阿美）、馬蘭型的創名制（以臺東阿美為主）（衛惠林 1953，1986）、以及奇美型的折衷制。不過，這種差異的分類法並不一定適用在每一個部落，花蓮秀姑巒溪出海口的大港口部落以南的很多部落都有類似兼併創名和襲名的年齡組名稱，阮昌銳（1969）將之區分為組名與職級名兩種類型，只不過日常使用或呼喚該級所用的用語可能較為偏重組名或職級上的差異。

人類學傳統中討論阿美族社會組織時最重要的即是年齡組織的討論。過去的年齡組織研究多將注意力放在年齡階層的分類及功能上，例如衛惠林（1953）對南勢式的襲名制，與馬蘭式的創名制分類。過去學者也將阿美族年齡組織定位在政治性、軍事性、教育性甚至是在母系社會中男性心理補償面的功能性組織。（衛惠林 1953，1986；陳奇祿 1986；李來旺等 1992）然而近年來對阿美族年齡階層組織的研究則轉向於探討年齡組織的內部運作（陳文德 1990）、年齡組織與其他社會組織間的階序性與互補性的關係（黃宣衛 1989），並且把年齡組織視為一個儲存、運作與實踐阿美人自身與外界之間的時間、歷史記憶的機制。（參見馮建彰 2000：19）

當今由於過去年齡組織的社會功能已經泰半不復見，近年來阿美族的年齡組織只有在年度的豐年祭才比較有正式的組織，也轉變成與豐年祭相類似的一種文化認同標記（張慧端 1995；郭倩婷 2003），而且在認同的背後，年齡組織成員之間的互動模式也有了轉變。（蔡政良 2005）換言之，在國家力量與資本主義經濟的脈絡之下，阿美族年齡階級組織的運作遭遇到極大的挑戰與變遷。臺灣社會從鄉民社會轉型成為工業或資本主義社會後，大量的經濟活動移往都會地區，也造成大量的鄉民湧向都會地區就業。此外，宗教因素的介入與政治、教育上忽略的結果等等複雜的歷史與政治經濟因素，²也使得大多數阿美族部落的年齡階級組織在這樣的時空背景下，似乎無法繼續如同「傳統」般地與日常生活緊密結合，甚至有的部落的年齡組織則趨近於消失或僅僅是型式化的狀態。這種呈現半消失或消失的狀態，也嚴重影響部落發展的延續性。（許木柱 1987：39；黃宣衛 1991；黃貴潮 1994；陳文德 1999）雖然在 1980 年代末期到 1990 年代末期，

² 東海岸的阿美族一般接受外來的宗教以基督教、天主教與漢人民間信仰等為主，其中基督教中以長老教會、真耶穌教會為主。大多是從 1950 年代開始傳入東部阿美族地區，早期除天主教會較不排斥居民參與豐年祭活動外，長老教會與真耶穌教會是嚴格禁止教友參與，到了後期長老教會才漸漸地同意教友參與，然而許多部落的真耶穌教會仍然禁止教友參與豐年祭的活動，教友也鮮少參加年齡階級組織。例如都蘭部落目前就有天主教會、基督教長老教會與真耶穌三個教會，其中真耶穌教會仍不鼓勵教友參與都蘭的 *kiluma'an*（豐年祭）儀式與年齡組織。

隨著臺灣整體政治、歷史與經濟環境的變遷，臺灣原住民文化復振運動也開始蓬勃地在阿美族各地村落中開展。³但是多數的復振運動已經逐漸以觀光名義或節慶式的方式舉辦豐年祭，相對的與豐年祭有共生關係的年齡組織也就更失去內部關係聯繫的力量。(黃貴潮 1994; 張慧端 1995) 過去研究年齡組織的論述中，一致認為年齡階級組織在阿美族社會中的重要角色，可以從年齡階級組織中瞥見阿美族社會的政治與社會型態、族群關係、歷史記憶甚至是時間觀等比較概念性的文化元素，但是也認為當代的阿美族年齡階級組織隨著國家力量的介入與資本主義經濟的威脅，使得豐年祭逐漸觀光化與形式化而面臨消失，連帶使得部落的社會文化產生斷裂。

國家力量開始解構以年齡組織為主的阿美族部落社會，可以回溯到清末時期的土地管理制度。清末進行的土地調查，開始建立土地地籍資料，將土地所有權劃歸個人，不過該時期的土地制度僅限於田園，並未及於部落共有的山野林地，因此部落的政治制度仍然對阿美族人有一定的約束力(林玉茹 2007: 117)。到了日治時期，則是國家力量對阿美族社會文化大解構的關鍵點(黃宣衛 2005b)，日本殖民政府同樣透過土地整理的方式，逐步將阿美族部落社會中的個人與部落政治系統間的關係轉變成個人與國家的關係(孟祥瀚 2002; 李文良 1997)。換言之，原來由年齡組織為主的阿美族部落社會與政治形態，轉為由國家力量所掌控，與年齡組織相對應的社會制度以及價值體系開始難以在部落之內實施，個體以服從國家力量為主，部落力量則逐漸式微，這也是前述許多學者提及的社會文化斷裂景況。以下，我將進一步描述都蘭阿美族的年齡組織制度，並說明與該制度再現與實踐的社會秩序觀。

三、都蘭部落阿美族人的年齡組織制度

在過去，男孩子到了約莫 12 歲的年紀就必須要參加 pakalongay，大約四到五年以後，耆老會判斷該年齡層的孩子，是否有資格成年，便舉辦成年儀式，成為 atangas (意指開始長陰毛那種癢癢的狀態，隱喻該長大但是尚未真正長大的中介階段)，再經過半年後的年度獵祭 (mangayaw) 之後，才正式由耆老與 kakita'an 等人開會依據這幾年來部落的大事或者該年齡組的成員特性給予命名，該組成員正式成為 kapah (青年)。⁴整個年齡組織可以區分為三大年齡階段，包含 Kapah, Mi'ienengay (Matatapalay/中壯年階層，意指能幹的人)，以及 tu'as (耆老)，詳細的年齡組織形式如下表：

都蘭的年齡組織表 (2012)

分類	年齡階段通名	職名	女性年齡階層	專名	交接信物	大約年紀
Malitengay (靠近祖先的人)	Tu'as (耆老)	Ladihif (在石頭縫中)	Tu'as (耆老)	拉紀念		Above 78
				拉嘿代		
				拉民代		
				拉新兵		

³ 有關於臺灣原住民認同運動的脈絡，可以參考 Faure (2000)。此外，東部海岸風景特定區管理處出版的豐年祭之旅一書中也指陳：「我們的努力目標是盡力保存發揚阿美族的社會文化並期望文化與觀光活動能相互結合.....豐年祭正是我們從事這項努力的重點之一....。」(黃貴潮 1994:79)

⁴ 目前升級已經固定為五年一次。

分類	年齡階段通名	職名	女性年齡階層	專名	交接信物	大約年紀	
		Las'fi (在集會所休息)		拉金門 (Ladihif 的 Pakalongay)		68~77	
				拉金馬			
				拉傳廣 (Las'fi 的 Pakalongay)			
	Matatapalay 或 Mi'ienengay (中壯年男子)	Tukal (支柱)	Militepulay (婦女組, 跳舞 揚塵, 地面凹 陷)	拉國中	陶甕	63~67	
				Tapal (支柱對面)	拉經國	竹杯	58~62
				Culal (發芽)	拉建設	水桶	53~57
				Lomlom (看火者)	拉元簇	木炭	48~52
				Mikumoday (策動組)	拉贛駿	小刀	43~47
	Mihiningay (中壯年男子的 Pakalongay)	Mihiningay (Miodiay) (窺視的人/監視者)		拉中橋	鈴鐺	38~42	
	Malikoday 跳舞的人	Kapah (青年)		Kaying (小姐組)	拉監察	頭飾	34~37
拉千禧					山刀與傘	30~33	
拉立委					魚槍	24~29	
拉薩嶸					魚簍與鉤 子	19~23	
Pakalongay (服務的人或 被使役的人)		Pakalongay		Pakalongay		12~18	

資料來源：2012 都蘭豐年祭大會手冊（加上作者與羅素玫的討論後修正）

在都蘭的年齡組織中，下階級的年齡組通常稱上階級年齡組成員為 *kaka* (哥哥) 或 *kavawvaw* (河的上游，也是哥哥的含意)，反之則稱 *safa* (弟弟)。年齡階級組織中每組（專名組）設 *ngasaw* (組長)、*fuku ngasaw* (副組長) 及 *kaiki* (會計) 各一人，每次晉升之時，重新由組裡內部成員改選，得連選連任，但是以每個人輪流為原則。

其中比較特殊之處是女性的角色部份。約在 1930 年代，婦女組的年齡層 *militepulay* 被創造出來，依據丈夫的年齡組歸屬，而不是依據她們的生理年齡，在豐年祭中也有一天專屬於婦女組的儀式，階序關係比照男子年齡階層。至於小姐組則在 1970 年代左右被創造，直到 2005 年以後

才建置化為專屬的小組。⁵

年齡組織中最為關鍵的價值觀在於階層之間的互動關係，下對上必須絕對的服從與服務，而上對下則必須盡到照顧與裁判之責。組員互稱為 *Kapot*，必須分工共同工作與互相協助與幫忙，互稱 *kapot* 的父母親為 *ama*（爸爸），*ina*（媽媽），並共同照顧同年齡層的孩子與長輩。年齡組織間所負責的職務與責任幾乎都從這個原則出發。

在過去，部落中所有的男孩子都必須從 *Pakalongay* 開始參加年齡組織，若有不參加者，會遭到年齡組織以取走不參加者家中薪柴以表示懲罰，也表示該戶人家並未盡到共同分擔工作的責任，而家長也會感到羞愧。因此，在過去，幾乎很少有不参加年齡組織的情形。進入 *Pakalongay* 的儀式從 *Kakita'an* 責打屁股正式展開，然後 *Pakalongay* 們進行大量的共同勞動，以服務上級為最基本的原則，只要上級的哥哥一聲令下，所有 *Pakalongay* 都必須想辦法達成任務，舉凡挑水，砍柴，傳令，採集食物，甚至是娛樂哥哥們...等等皆必須以最快速度分工完成。在這個階段，所有 *Pakalongay* 快速且大量地學習阿美族傳統的生活技能以及服從，分工，團結的生活態度，從最基本處建立阿美族社會的價值觀。經過 4-5 年的時間，當期老覺得這批 *Pakalongay* 可以有資格成年之時，便會舉辦 *pakayap* 的成年儀式，由青年階級中最年輕的那一階級負責執行追趕、摔角，強迫餵食 *Pakalongay* 糯米團等儀式行爲，最後由哥哥幫弟弟穿上男子短裙（*Kayap*）以示準備成年階段，被稱為 *Atangas*。半年後，部落舉辦獵祭，經過獵祭的磨鍊，這批 *Atangas* 才正式成為 *Kapah*，也就是青年。

到了青年階段，一級一級之間同樣保持階序原則，但是有不同的職務分工。基本上青年以青年中的哥哥這個階層負責管理，而策動組又負責管理所有的年齡層，並負責執行部落公共事務。其中，青年階層必須執行策動組所交付的任務，策動組則必須執行資源再分配的角色。中壯年階層主要負責祭祀、以及社會秩序的裁判，其中 *Kakita'an* 由 *Tukal* 這個階層挑出，當平日部落中有任何糾紛產生之時，*Kakita'an* 必須負起仲裁者的角色。在仲裁之前，*Kakita'an* 需召集 *Las'fi* 以上的耆老顧問團開會，決定仲裁的方式，仲裁結果交由策動組負責執行。其他任何部落內的大事亦是如此。因此，都蘭部落過去的社會糾紛事件，是透過耆老集體的討論與協議後，交由 *kakita'an* 負責做出仲裁，類似陪審團與法官的角色。此外，*Kakita'an* 所在的 *Tukal* 階層，也會有一名級長，該級長在集會所的祭祀空間與年齡組內，級長的地為又高於 *Kakita'an*，在這樣的文設計下，*Kakita'an* 事實上也不能過度剛愎自用，而有相互監督的功用。

Tukal 還有一個重要的責任，負責收集整年度部落裡頭好人好事以及壞人壞事的族人，並在年度的豐年祭儀式中進行表揚與懲罰。都蘭阿美族人重視日常生活中勞動與敬老道德的體現，若族人在日常生活中，有對老人不敬，或是看到長者提重物而不前去主動幫忙者，經常會被老人們看在眼裡，而在豐年祭的儀式中被檢討，舉報為壞人壞事的代表，因而受到中壯年組的懲罰。懲罰方式為在族人前令其在堆滿南瓜葉的泥濘中翻滾，受罰者一方面感受到眾人的羞辱眼光，另一方面也會因南瓜葉的特性而奇癢難耐。好人好事的表揚則會被 *Tukal* 成員挑選進入集會所，由長者質問其何以有資格擔任好人好事代表，並派出代表與好人好事代表進行角力，確認該族人的表現在體能（勞動）上確有過人之處，隨後並施以灌酒禮，在集會所中被施以灌酒禮是至高無上的光榮，也將總先的力量透過酒傳達到喝酒者的身體之中，有祝福與灌能之含義。在日常生活中，從 *Tukal* 以下幾乎都是被檢驗的對象。

⁵ 關於女性在年齡組織中的角色與意義可以參見羅素玫（2008）。

策動組則是另一個在年齡組織中扮演相當角色的階層。舉凡公共事務，例如豐年祭、海祭、獵祭等等皆由策動組負責。對上聽命於 *kakita'an* 與長老團的指示，對下則進行指揮青年的角色，負有承上啓下的責任。年齡組織中，策動組的工作非常繁複，當有年齡組織的集體行動時，由策動組負責一切的分配工作，包含海祭與獵祭時，青年所獵得的漁獲以及獵物，皆經由策動組進行再分配的工作，通常越低階的年齡組獲得的食物最少，年長者獲得最好及最多的份量。在年齡組集合時，最低階者必須最早抵達指定之位置，以此類推，解散時，最低階者也必須最晚離開。

青年階層則擔負作戰，跳舞與娛樂長輩的角色。青年階層在各種祭典期間的體力消耗相當地大，除了必須隨時接受來自上級的命令以外，還必須進行長時間的舞蹈與歌唱，對於體力的極限挑戰相當大。在這個年齡階段也是適婚的年齡，表現必須合乎年長者與女性的期望，因此，表現必須更為積極才有機會被意中人以及其家長看上所以青年階級的成員，必須表現各種阿美族男人的相關技能，除了歌唱與舞蹈，與敬老之外，還必須要能夠勤勞地上山下海工作，對於狩獵技能更是必備的技能，否則容易被看輕，而無法成家立業。其中，以下海射魚的技能最為被看重，因那是重要的蛋白質來源，且阿美族的飲食文化中與海鮮脫離不了關係。青年階層中的哥哥階級，以現在來說，就例如上表中的拉監察階層。該階層的幹部不僅負有管理該階層的責任，也必須管理所有青年階層。

至於婦女部份，1930 年代以後，除非丈夫過世，否則一定得參加婦女組，才能與丈夫結合成為一個完整的家庭單位。⁶換言之，若丈夫有參加年齡組織，但是妻子沒有參加，該丈夫在年齡組織中並無法取得一定的社會位置。因此，婚姻與家庭狀況也是都蘭部落阿美族人相當重視的社會秩序價值，而該社會秩序價值牽涉到整個部落的命運與存亡。例如，*Kakita'an* 必須要是家庭完整之人，包含不能有離婚或者子女死亡的狀況，否則除了 *kakita'an* 本身家庭會遭受不利之狀況外，可能還會影響部落的發展。此外，策動組也要派出兩位在儀式中負責在集會所中倒酒的人，這兩位倒酒的人也被稱作 *Kakita'an*，也同樣不能有家庭不完整的情形，否則部落可能發生不幸的事件。

以上乃針對都蘭部落年齡組織以及該組織如何再現與實踐都蘭部落社會秩序與價值觀的簡單描述，基本上可以分為幾個層面來說明，包含：（一）長幼有序的年齡秩序觀：所有人都必須被放在這樣的社會秩序來運作。（二）分工負責的政治制度：不同的年齡階層就有不同的職務，每一個人都必須依照其職務分配互助合作。（三）由 *Kakita'an* 為中心，長老團為輔的社會秩序裁判者：日常生活中的瑣碎行爲，將會在年度儀式中進行年度裁判，而立即的破壞秩序行爲則立即由 *kakita'an* 及長老們仲裁。（四）以勞動和勤勞作為價值中心：大量的體力勞動和不怕辛苦才是展現一個阿美族人社會地位的重要標準，獲取食物的技能作為一種定位年輕人社會地位的標準。（五）婚姻與家庭的完整是都蘭阿美族人的道德標準，也是維持命運不受阻礙的價值觀。（六）青年人負有保護部落的責任與義務，並透過年齡組織來完成。這些都是從年齡組織的運作中所呈現出來的社會秩序以及道德價值觀，而這樣的社會秩序與道德價值，也在國家力量取代部落政治制度，亦即年齡組織制度之後，產生了許多的難題與改變，部落中的個人不再完全遵循這套價值體系，以至於年齡組織甚至有一度差點終止，部落呈現失去與過去傳統價值與文化聯繫的機會。直到 1990 年代開始，才又開始復振年齡組織。⁷但是，即便部落努力復振年齡組織，卻還是只能

⁶ 婦女組是 1930 年代新發明的產物，與 1930 年代小米種植消失有密切的關連性（Tsai 2010）。

⁷ 關於都蘭部落年齡組織的復振來龍去脈，可以參考林芳誠（2009）。

恢復到部份形式化的外在，許多內在的社會秩序觀與倫理價值，卻在國家法令的與資本主義經濟的威脅下，產生了極大的轉變。

四、當代的難題

最大的難題是自從日治時期國家透過土地管理方式將以年齡組織為核心的部落政治移轉到國家法律之下，部落中的個人不再服從部落的規範，轉而遵循國家力量的制度，使得年齡組織制度無以為繼，個人可以選擇加入或者不加入年齡組織，致使部落力量分散。

都蘭阿美族人不再參加年齡組織的原因有許多種，除了宗教的影響之外，最大的理由是開始有長輩不願意讓孩子在年齡組織中受苦。阿美族的年齡組織制度訓練如上節所述，其實是一種透過磨鍊，潛移默化地將阿美族的文化核心價值延續下去。當代有許多家長認為孩子繼續參加年齡組織對其未來的發展無任何益處，且還必須忍受上級的責罵，甚至責打，以及大量的勞力工作，便不再讓孩子繼續參與。此外，儀式中的灌酒禮也讓許多家長卻步，認為灌酒禮不是一個現代公民所應該接受的方式。加上年齡組織無法再強制族人參與，以及自從 1960 年代以後，越來越多族人離開部落到都市求生存，致使參與年齡組織便不再是一種義務與責任。

此外，年齡組織不再是部落社會秩序的核心，也被臺灣的地方自治制度所取代。**Kakita'an** 與長老團不再對部落族人有任何約束力，而村長與鄉民代表的選舉開始撕裂部落原來的政治制度，**Kakita'an** 與長老團裁判社會秩序的方式，也轉由法院取代。更為複雜的發展是，自從 1990 年代臺灣各地廣設社區發展協會以來，這種半官方的組織與國家機構密切合作，但是卻與部落原來的年齡組織產生斷裂，致使一個小小的部落中，有著來自國家地方自治的政治系統，也有來自可以取得國家資源的社區發展協會的各種力量互相消磨，**Kakita'an** 與長老團，以及年齡組織中的分工便發生弱化或轉變的情形，有些則是受到國家法律的影響，連帶部份儀式以及儀式中的年度行為裁判也發生轉變。

例如本來每年都會舉辦的獵祭，由策動組負責召集所有年齡組織中壯年組、青年以及 **Pakalongay** 組成員一同上山狩獵的年度儀式，在 1950 年代即因配合國家法令不鼓勵狩獵這樣的理由，部落的獵祭從此消失。又例如，豐年祭中的壞人壞事懲罰，也因有犯下強制罪以及傷害罪的考量，該項部落內的社會秩序年度體檢開始消失。又例如，**Pakalongay** 進階成為青年階層時的成年儀式，也因與壞人壞事懲罰相同的顧忌，而變得形式化的表演性質。總之，本來由年齡組織執行的社會秩序裁判工作，幾乎都有「犯法」的顧忌而消失了。

此外，青年人表現自己下海狩獵能力的射魚行為，也因為攜帶魚槍有觸犯「槍砲彈藥管制條例」的疑慮，導致現在青年人有這些技能的人越來越少，即便可以合法申請登記魚槍，但是由於程序繁雜且不方便，現在擁有魚槍的年輕人越來越少，甚至連游泳都不會了。

此外，在原本是部落共有土地，由年齡組織中的策動組負責分配的共有資源，也因土地被劃歸國有，受到各項法令的約束，這些部落共有的天然資源無法被部落所公共使用，而必須過國家的分配來取得。例如漂流木，每年都幾乎會有部落族人因撿拾部落範圍內的漂流木而遭到警察的關切甚至逮捕。

至於現行的法令中，雖然有鼓勵族人回鄉參與豐年祭儀式的規定，但是規定過於死板，且不符部落的文化原則。例如依內政部修正發布之紀念日及節日實施辦法規定，原住民族歲時祭儀，

各該原住民族放假 1 日，但是，僅限於具有原住民身分者，始得依本辦法規定放假。若配偶為非原住民者，無法取得合法的放假資格，這尤其跟都蘭阿美族人進入中壯年後，婦女必須跟著丈夫加入年齡組織活動，這樣才能算是一個完整的社會人身分有著根本上的衝突。

再者，年齡組織中的青年階層負有守衛部落的責任與義務，近年來因為原住民土地爭議以及開發案破壞部落等議題，有越來越多的青年依照年齡組織的分工方式組織起來，向政府或相關單位表達抗議訴求，事後卻遭到警察機關以組織犯罪條例、違反集會遊行法或者妨害公務的帽子進行調查，或者以軟性的電話關切來造成部落青年的心理壓力，例如最近知本的反遷葬事件即是如此。在都蘭，由於 2011 年 11 月 12 日也由年齡組織的青年階層自發性的組織起來對東部海岸風景特定區管理處想要在部落海祭場都蘭鼻區域開發度假飯店的計畫表示抗議與反對，並與東部其他幾個原住民部落青年組成聯盟，對政府相關單位造成壓力，使得事後幾個領導人物（即是年齡組中的幹部）都收到警察的關切，這次的知本反遷葬抗議行動，也遭到警察電話詢問是否都蘭部落青年與知本青年有聯盟的情事。這些調查與關切都對部落青年產生極大的心理壓力。此外，由於年齡組織青年成員中有不少從事軍公教工作，甚至有部份這些軍公教成員是年齡組織中的幹部身分，以年齡組織制度角色而言，這些擔任幹部者理應參與守衛部落的工作，卻由於他們的軍公教身分，而無法參與守護部落的行動，使得這些人與年齡組織之間產生了斷裂。

綜上所述，年齡組織在國家力量的介入下，完全地被弱化與形式化，從 *Kakita'an* 到年齡組織，已經單純地轉變成文化認同的對象，卻無實質的意義，而透過年齡組織制度所再現與實踐的這樣具有阿美族價值觀的社會秩序，也已經被國家律法以及資本主義經濟邏輯所取代。

五、結語

都蘭阿美族年齡組織制度基本上是再現與實踐部落社會秩序與倫理價值的一種文化設計，這樣的設計在國家力量與資本主義經濟進入前，維繫了社會內部的秩序運作以及價值觀，也展現了阿美族異於漢人的文化邏輯。然而，在國家力量的介入後，這樣的文化特色被消磨殆盡，即便後來復振年齡組織，也無力重建這樣一個獨特的社會與文化生活。這對於當前臺灣社會追求多元文化與族群正義的理念，是個難以突破的阻礙。

然而，若要復振回百年前國家力量與資本主義經濟尚未進入部落社會的狀態似乎已經是不可能的任務，要如何在部落與國家這兩種不同的文化邏輯間找到協商的平衡點，還需要許多的努力。首先，國家應重新檢討目前的國土政策，讓被收歸國有的原來原住民族傳統領域共有土地回歸部落政治組織管理，使年齡組織在部落內的公共事務上能獲得賦權。其次，原住民族地區的地方自治條例也必須重新設計，換言之，原住民族自治必須依照既有的原住民族社會文化制度進行檢討與設計。再者，許多的法令規定都必須逐一檢討，例如槍砲彈藥管制條例、森林法、紀念日及節日實施辦法等等，都必須顧及原住民族的特殊文化與慣習，才能落實族群正義與多元文化的理想追求。這樣的呼籲將會是個大工程，但也是將來可以繼續努力的方向，讓原住民族獨特的文化邏輯與社會秩序管理進一步與國家法令進行協商與整合，才是一個真正多元進步的國家該有的範式，多元的文化就如同生物多樣性才能確保生物發展不致落入單一物種走向滅亡之境，文化多樣性才能使這個國家真正向前邁進與持續發展。

參考資料

- Faure, David
2000 Recreating the Indigenous Identity in Taiwan: Culture Aspirations in their Social and Economic Environment. *In Austronesian Taiwan: Linguistics, Ethnology, Prehistory*. Blundell, David ed., Pp97-130. Taipei: SMC.
- Gulliver, Philip H.
1968 Age Differentiation. *Encyclopedia of the Social Sciences* 1: 157-162.
- Tsai, Futuru C.L. 蔡政良
2010 *Playing Modernity: Play as a Path Shuttling across Space and Time of A'tolan Amis*. Ph.D. Dissertation, Institute of Anthropology, NTHU.
- 林玉茹
2007 殖民地的邊區：東臺灣的政治經濟發展。臺北：遠流出版。
- 林方誠
2009 穿梭現代與過去：以都蘭部落為例談阿美族年齡組織Pakalungay的文化重建。國立臺北藝術大學碩士論文。
- 阮昌瑞
1969 大港口的阿美族（上）。臺北：中央研究院民族學研究所。
- 李文良
1997 林野整理事業與東臺灣土地所有權之成立形態（1910-1925）。*東臺灣研究* 2: 169-196。
- 李來旺、吳明義與黃東秋
1992 牽源。臺東：交通部觀光局東部海岸風景特定區管理處。
- 郭倩婷
2002 族群性與文化認同：池上阿美族豐年節慶的重構。國立臺灣大學人類學研究所碩士論文。
- 張慧端
1995 由儀式到節慶：阿美族豐年祭的變遷。*考古人類學刊* 50：54-64。
- 許木柱
1987 阿美族的社會文化變遷與青少年適應。中央研究院民族學研究所集刊乙種第十七號。臺北：中央研究院民族學研究所。
- 孟祥瀚
2002 日據初期東臺灣的部落改造：以成廣澳阿美族為例。*興大歷史學報* 13: 99-129。
- 陳文德
1990 膽曼阿美族年齡組制度的研究與意義。中央研究院民族學研究所集刊 68：105-144。
1999 膽曼阿美族的宗教變遷：以接受天主教為例。中央研究院民族學研究所集刊 88：35-61。
- 陳奇祿
1986 臺灣土著的年齡階級與會所制度。刊於臺灣土著社會文化研究論文集，黃應貴主編，頁141-162。臺北：聯經出版社。
- 馮建彰
2000 地方、歷史敘說、異己觀：馬蘭阿美人的社群建構。清華大學人類學研究所碩士論文。
- 黃宣衛
1989 從歲時祭儀看宜灣阿美族傳統社會組織的互補性與階序性。中央研究院民族學研究所集刊 67：75-108
2000 區域歷史、族群關係與文化變異：從文獻資料初探阿美族文化的地域性差別。刊於 族群、歷史、與空間：東臺灣社會與文化的區域研究研討會論文集，夏黎明、呂理政主編，頁41-72。臺東：國立臺灣史前文化博物館籌備處。

- 2002 國家力量、區域型態與聚落性質：再談阿美族文化的地域性差別。刊於「社群」研究的省思，陳文德、黃應貴主編，頁103-136。臺北市：中央研究院民族學研究所。
- 2005a 異族觀、地域性差別與歷史。臺北：中央研究院民族學研究所出版。
- 2005b 國家、村落領袖與社會文化變遷。臺北：南天。
- 黃貴潮
- 1994 豐年祭之旅。東部海岸風景特定區管理處遊憩解說叢書八。臺東：東部海岸風景特定區管理處。
- 蔡政良
- 2005 戲謔與名聲：都蘭阿美族年齡組織的延續與變遷。刊於國立清華大學人類學研究所暑期田野實習報告，頁 277-306。新竹：國立清華大學人類學研究所。
- 衛惠林
- 1953 臺灣東部阿美族的年齡階級組織制度初步研究。考古人類學刊 1：2-9。臺北：臺大人類學系。
- 1986 臺灣土著社會的部落組織與權威制度。刊於臺灣土著社會文化研究論文集，黃應貴主編，頁111-140。臺北：聯經出版社。
- 羅素玫
- 2008 阿美族的年齡組織是一個男性組織嗎？阿美族的性別觀念與文化再創造的探討。發表於文化創造與社會實踐研討會，中央研究院民族學研究所，11月7日-9日。

第三屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會

【主題二：原住民族傳統爭端解決機制與國家法制訴訟制度之比較】

拉勞蘭部落「mulikaw」土地訴訟案例之分享

sakinu.tepiq (戴明雄)

財團法人原鄉部落重建文教基金會董事長

壹、前言

被殖民後的原住民，被迫著要遵守對我們無意義的法律，縱使已嚴重的被侵害了，你還是必須遵守並順從，否則就是要無辜的面對罰責。在我們知道什麼叫「法律」之後，我們就被迫著要用不是我們願意的方式去接受它，又要遵守它，真叫我們不知如何是好！也因為如此，「法律」對我們而言，在生活當中似乎成了一個非常沉重的包袱，當我們依著部落的傳統的習慣在生活的時候，卻又有人會提醒我們說：「會被抓喔！」，再不然就是，「警察說……，鄉公所說……」之類的警告話語提醒我們，是否如此，我們是不得而知。族人只知道這是我們部落過去即有的作為與習慣而為之，從不顧什麼是法律的規範或是限制，直到有了正式的通知或是來自行政部門的訊息告知不可為時，族人只能納悶以對。

但有時部落很多的權益往往是因為行政部門的「有心」與「無心」之下而受損與受侵害，而且又要族人耗時費力的來面對行政部門如此「有心」與「無心」的凌虐，對部落族人而言，真是情何以堪！舉凡在台灣原住民中有多少的部落曾是遭到行政或是法律情何以堪的凌虐，不論是阿里山某部落頭目採蜜的事件與司馬庫斯檫木的事件，甚至最近炒的沸沸揚揚的幾個事件，最令人注目的莫過於核廢料的臨時儲存場的續約問題與最終儲存場的選址問題，再者就是台東美麗灣飯店的違建問題，面臨到拆除與重新環評的的合法性問題。舉凡所表列的問題，就不難推敲出一些端倪出來，就是原住民與政府間隱藏著一個緊張又微妙的關係。而現今之原住民社會也因著一些相關法令的保障與訂定，越來越懂得權取自身因有的權益，表達各自之意願。話雖如此，又須很現實的面對「國家」這樣一個奇怪的「機器」。

尤其，是在我們論及土地與相關祭儀文化之間議題時，「國家」總是以「法」強迫原住民遵守，而否定原住民存在的歷史價值與意義，使得我們在每次面對此一對遇時，總是無言以對，有理說不清的窘境。當然，我們知道當我們在面對「國家」這樣機器的時候，就本來不是「以理相論」，而是「依法相論」的對話模式。綜觀現在原住民很多部落所在面對的問題，似乎都是在這樣的一個前提，一一的把我們請到法院來威嚇我們，疏不知原住民對「法院」向來都存在一個莫名的恐懼感。所以，只要是因為有相關原住民權益與生活習慣上案件到法院處理時，總是不知是要如何的應對法庭上的針鋒相對。

這樣的經驗就曾經發生在我們部落，而且是一個非常慘痛的經驗。不但被行政機關（鄉公所、林務局）所慘害，又被法院折騰的勞神傷身。更糟糕的是在法院訴訟過程中清楚的看出林務單位對於此事的態度傲慢極致，訴訟開始就認定這是一個很明顯能輕易處理的案件，所以，他們知道透過法院的機制就能達到嚇阻的效果而勝訴。此外，基於此一情形，他們根本就不用花錢聘請律師辯護。更可惡的是，當時他們竟然只委派他們內部的原住民基層職員為訴訟代理人，讓我們在法院裡言詞辯論，這是原住民自相殘殺的畫面。當時的心境真的只能夠以「痛心疾首」來形容。

貳、拉勞蘭部落 mulikaw 土地訴訟事件的緣由

一、拉勞蘭部落之簡介

拉勞蘭（lalauran）部落位於台東縣太麻里鄉行政區隸屬香蘭村乃為排灣族之部落，香蘭村由

三個主要的聚落所組成，有溪頭（1~2 鄰）主要為閩南族群的聚落、舊香蘭（3~7）為客家與阿美族的聚落、新香蘭（8~14 鄰）為阿美與排灣族為主要族群，原本還有為數不少的榮民，但現在已甚為凋零，所以部落的榮民也為數不多；松子澗（15 鄰）只有兩三戶人家，皆為漢人。由此可知香蘭村是一個多元族群形成的一個村里，也是一個非常特殊的地方，它包括了台灣重要的四大族群，可說是一個族群融合的小縮影。但這四個族也都是有先來後到的順序，但惟獨當地約有十二~五戶的排灣族是原本此地的住民。後來恆春阿美系的族群再移入，再則是西部的客家族群向東的遷移，遷徙的路程中，有的則是留在拉勞蘭定居至今。所以，此地的族群極為的多元，文化又豐富無比。而就自然環境而言，部落西南為中央山脈之大武山麓，北方為太麻里溪，東面為太平洋，本村為沖積扇地形，地處亞熱帶地區，物產極其豐富，尤以台灣原生植物的多樣性，氣候怡人，景色優美，土地肥沃。當時外族人遷至此地，就是看重其地的肥沃，認定此處是可以發展之處，因而決定定居此處。但是，外來的族群大多居住於太平洋沖刷之地，而排灣族則是主要居住於後山之山麓，包括了與林務局發生訴訟糾紛之地。

二、mulikaw 土地的說明

mulikaw 位於現在部落的正上方約為海拔 300 公尺之處，是拉勞部落族傳統的領域與耕地，也曾是我們部落的舊址。民國七十五年編定為「保安林」為林務局台東林管處所管轄之第十林班地，在此之前，只知為國有地，歸鄉公所所管，但部落約有十幾戶人即在此地區從事農耕，尤其是原住民，即為祖傳之耕地，大家都知道自已耕地的界線。後來有些族人就把自已的地賣給非原住民的漢人，而漢人對此處之土地無法取得「所有權」，只能藉由人頭的方式擁有土地的使用權。先祖將地稱為「mulikaw」主要是此地之地形地貌所定命，「mulikaw」於排灣語之意乃「盤踞與低窪」之意，而且彷彿是有一條大蛇盤踞於此之意，而使此地形成低窪之形貌，先祖即稱此地為「mulikaw」，地名之年代不可考，從筆者之外祖父 tjaikung.tepiq¹口述即得知，他自幼即在此處成長、結婚與工作，對於此地之瞭解與情感，自然是不在言下。筆者自幼也常隨著家人在此處工作，當時印象即是在此地種植過很多的作物，花生、地瓜、木瓜、杭菊等作物，而且不用施肥即能產出非常漂亮的產物，因為此地的土壤相當的肥沃。所以家人對於在此地工作是相當有成就感的一件事，畢竟這裡的作物怎麼種就是很碩大又肥美。部落族人對此地皆有如此的印象，就是認定此處是一個非常肥沃的地帶。

後來，因為被行政單位告知不得在此處行農事作為，所以此地荒廢了有好一陣子，曾在此地耕作的人也不知是何原因甚感納悶？只知道要順從政府的命令執行，所以就不再行農之為。在某一次的事件中，鄉公所突然說要將此地作為全鄉之垃圾掩埋場時，族人才查覺到，當初禁止我們再使用此地，原來就是鄉公所要將地蓋成一個垃圾掩埋場。全村得知此事後，深覺得會嚴重影響全村的生活品質，甚至污染環境，因此，不論是原住民或是非原住民都群起反對，甚或發動抗爭，到鄉公所前抗議，阻止鄉公所此一計劃的進行。因為村民強烈的反對，迫使鄉公所停止此計劃的執行。因為部落族人的反對，致使鄉公所不知要如何管理運用此地，因此就把此地交由林務局所管，林務局為使能合法合理的管理，即將此處劃編為保安林地，編定為第十林班所管。然而這些的行政程序都不是我們部落族人可以知曉的，只是在後來的訴訟過程中慢慢的推測。是否真是如

¹ Tjaikung.tepiq 漢名為戴根，是源自於族名 tjaikung 之音譯，也是筆者家族姓氏的由來。生於 1919 年 1 月 18 日，卒於 2006 年，享年八十六歲。

此，還有待考證。然而，在反對垃圾場設置之抗爭成功之後，就有一些原來的地主立即恢復耕作。

部分的地主雖然在此繼續的耕作，並未取得此土地的「所有權」或是所謂的土地「他項權利」。只是依著「傳統領域²」的概念認定使用屬於自己的傳統耕地，大家也都清楚知道自己土地界線的地標物，所以都不會有逾越或是侵犯的作為。但是就管理的行政機關（林務局）而言，因為職責所在，必須對自己所管轄之土地有清楚的認識與瞭解之外，更重要的是在這塊所管轄的領域當中有無違法的情事。當林務局從鄉公所接回這塊土地的管理權的時候，就很清楚的看到，此處仍然有人是還在此耕作，並且還有很多的農作物在其上。但是他們很不確定這些是什麼人，每當巡山員查訪調查時，總會告訴我們族人說：「這塊地已經是林務局的了，所以你們不能耕作了……等語言」，甚至有時還會以恐嚇的口語說：「你們會被告喔！」但有些族人還是不為所動的繼續耕作，族人有時會心裡很不舒服的回說：「這是我們祖先的土地，怎麼會是林務局呢？你們很像強盜餒。」如此的指責林務局的巡山員。或許因為如此，也或許為避免不必要的對立衝突，致使林務局採取法律的途徑以達到實質管理的目的。

此時林務局面對的另一個問題即是，在面積約有 30 公頃的撥付管理的土地中又有多少位的原本地主，他們不得而知，鄉公所也不是很確定的情形之下。兩個行政機關就用了非常惡劣粗糙的手法讓部落族人落入到他們提告的陷阱。回想起這整件事的緣由時，還真的令我們痛心與不解。為何政府需要如此手段殘害性情純真的原住民，又要污陷我們於違法損名義，更大的問題是，被告的族人中有很多都不乏已經是上了年紀的耆老，有生以來還是第一次進法院，而且還是被告者的身份，又是被「中華民國」以〈違反森林法〉的刑事案件被告。情何以堪啊！

三、事件的始末

在鄉公所把「mulikaw」的土地管理撥付給林務局後，林務局面對的問題即仍然看見部落族人繼續的在此地從事農作，有的土地則已荒廢。林務局為要確實的知道是那些人曾經在此地耕作過，或是誰曾說過：「這是他們祖傳耕地……」之類言詞的人進行瞭解，在只是口說無憑的情形之下，他們也從進行勸導，縱使他們在林務局曾在此地張貼公告過「林務用地禁止進入」之類的標語，此地的原地主，有的是被威嚇的心裡憤憤不平，有的則是視若無睹繼續使用。在此情形之下，行政單位竟然使用了最為鄙劣的手段，陷我們部落族人於不義，就是編製了陷我們於違法犯紀的一齣戲碼在部落與法院上演，這一齣戲長達有五年之久，其中有一些的老演員就在這過程中年老不堪催殘而過世，有的是重病纏累不良於行，但戲還是要演完。所以，有的子女為此而放棄繼續爭取土地的使用權而退演，有的子女則是堅持的捍衛權益而與此案件奮戰到底。

回想起此事件的開端，真的是讓我們無法相信，這是我們地方行政機關的作為，除了讓我們受不名的污陷之外，也真的是讓我們身心俱疲的奔波求助。最初時得知村幹事以和善的態度走訪社區詢問「mulikaw」土地的使用人，原來主要是在確認使用人之名單，之後該土地原使用人就收到一紙太麻里鄉公所的公文，通知原土地的使用人地政單位將前去鑑測各土地使用人的土地使用面積。當時族人很欣然的收到此一公文，以為政府要將此一土地放領給原土地的使用者，所以要前去測量，大家也都非常的配合前去測量鑑界自己土地的界線，甚至為方便測量人員行動，都已經將測量的路線完成了砍草，大家都很欣然的配合地政測量人員指出個人土地的界線。測量結束之後，族人以為就可以回去等候土地放領登記的好消息。沒想到承辦人員竟要所有的原土地使

² 當時並未有所謂傳統一認之說法。在八〇年代時期，還沒有傳統領域的說法的。

用人前往台東縣警察局的大武分局，族人們不懂法律的情形之下，很納悶的不疑有他的前往大武分局，一一等候承辦員警的「服務3」。族人一邊等候也一邊看其他的人依照著員警的指示作一些的動作，例如：筆錄製作完畢要蓋「手印4」，之後又拍照，身後有身高刻度尺，然後又要前、後、左、右的拍。族人見狀還在開玩笑說：「要登記土地的放領還要照像喔，那麼好！」疏不知警、政、林務單正在進行法律的動作，蒐證、污陷等等的惡行。純真樸實的原住民還一直信任政府的「德政」？相信政府瞭解我們的明白。

在所有的「關係人」都完成了警政單位安排的污蔑 SOP 流程之後，就告知我們族人說：「好！你回去等候通知。」於是大家都帶著很得意的笑容回去了，雖然在警局已經被折騰了好長一段時間，但大家心裡想著是來辦「土地的登記」時，忘卻了被折騰的痛苦。兩個禮拜後通知來了！通知單位不再是鄉公所，也不是林務局，而是「台東地方法院」，內文主要內容是：「被告戴明福5……等十六名依刑事訴訟之〈違反森林法〉起訴」，此後部落一行被告的族人就開始奔波於法院的訴訟。

四、法院訴訟的經過

接獲法院的起訴書後，部落族人是極其憤慨又惶恐，因為莫名的被羅織了違法犯紀的罪名，很難想像這是來自於我們政府的手法；再加上我們原住民性情的單純與個性的溫和，更是不解說，政府何以忍心如此對待部落的族人。被告的族人幾乎都是第一次上法院，一想到此事，有的人就開始緊張，又不能逃避，也只有很無奈的承受。因為「法院」對族人而言是不能碰的地方，印象中是壞人去的地方，所以大家一知道要上法院就身心恐懼。更何況要在法院裡要面對法官的答詢，有多少的老人他中文的表達與理解是有困難的，所以，這是一個很懸疏的對戰。但是，雖是如此難敵與政府機器對抗，族人是在被迫的情形之下進到法院去，又帶的恐懼的心要應訊，只能是走一步算一步的心態來面對。在應訊中筆者大舅戴明福該土地的權益歸政府所有時，他相當理直氣壯的反駁，就歷史來論，這塊地是經過了多少祖先的繼承到他們手上，部落的族人也都知道，只是國家來看到沒有人登記，就把它佔為己有，而不先徵詢部落此地的使用人為誰？實在是有違良知與天理。族人雖然有力爭，但因為口說無憑也是無濟於事。因為，只認定白紙黑字的〈土地所有權狀〉，所以看來這是一個不用多加爭辯的事件，就知道誰勝誰輸！也是因為如此，林務局毫無顧慮的委派原住民的職員到場瞭解案情的發展以作回報。在法院審理刑事訴訟過程中，族人並未聘請律師辯護，主要也是因為當時被告的族人共識不一，並未串聯結合共同訴訟的意願，所以，還是採取以個人名義在法院答詢，只是有時會以家族的方式來邀集大家討論，如何來面對每一次的訴訟。林務單位最初也未有聘請律師辯護，只是委派他們單位裡的原住民籍基層職員為單位的代表。

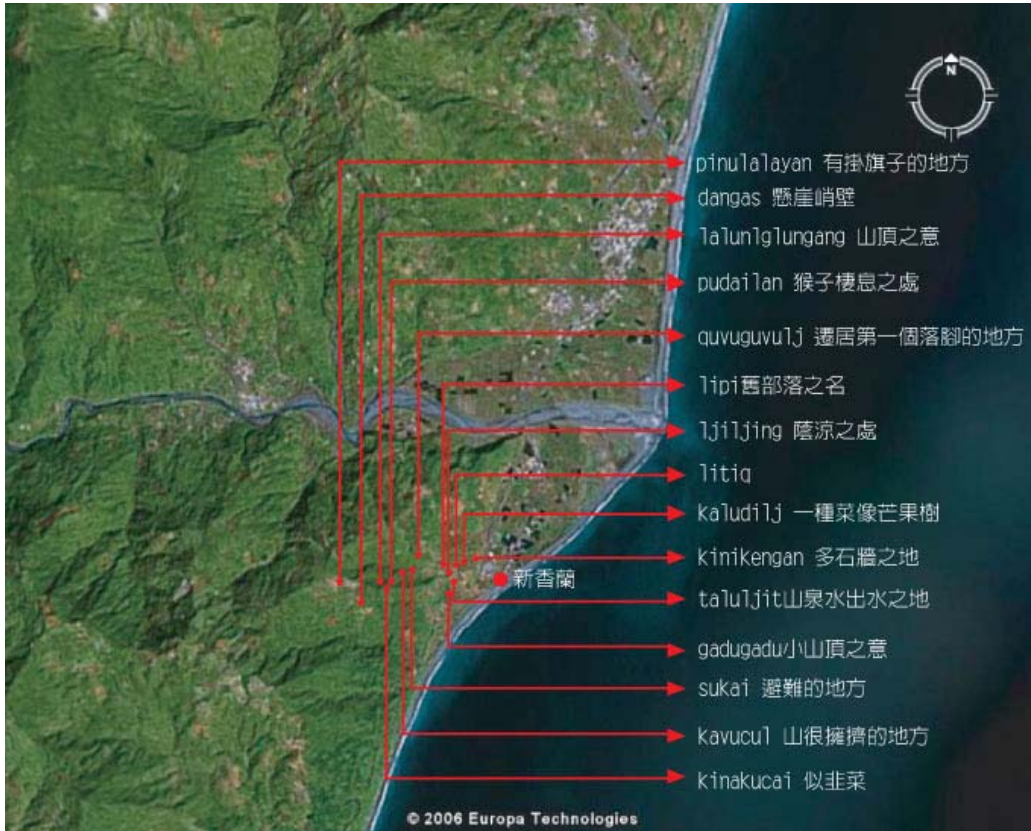
直至第四次的「言詞辯論」中突然看到林務單位聘請了律師來對付我們這手無寸鐵的小老百姓。或許主要是因為筆者在第三次的出庭中以「法律輔佐人」的身份出庭應訊，而引來林務局的重視。因為當時應訊時筆者三張的重要的GIS（衛星定位圖）圖片與該土地幾張的作為證明的照

³ 意指著警察正在預備著將我們視現行犯的身份錄製口供與筆錄。

⁴ 起初有的族人以為是以大姆指蓋手印，族人們被警員糾正為要蓋掌印。

⁵ 戴明福為筆者舅舅，筆者父親戴利武雄也同為被告。





這三張的部落地圖為筆於民國八十五、六間，在台東大學劉炯錫教授所帶領的部落地圖繪製團隊於部落調查時繪製完成，後來再經由筆者堂弟利忠俊重新再繪。出示這幾張的圖片與照片主要的目的是要讓法院用另一種的見解來認知原住民的歷史與意與價值，或許當時是沒有法律的效益，但是土地對原住民而言太重要了，法院不採納沒關係，留給歷史來公斷，更重要的是我們希望政府正視原住民自歷史以來即有的權益。筆者以這幾張圖表述了原住民族的主體意識；

- 一、地圖的繪製與地名的族語標示均經由部落耆老共同定位標記，以自己的方式還原族語的地名，其意義就是什麼地名的稱呼在部落習慣法當中就知道是誰的土地，因此地名的稱呼在部落中視同是個人〈土地所有權狀〉的意義，族人也都知道是不得侵犯與逾越的。除了這三張地圖中所顯示的地名之外，另外筆者也運用 Microsoft Excel 記錄著每個地名的意思與曾在此地發生過的事件與故事。如附表

mulikaw	低窪地方，種一大片檳榔，約十幾甲；狀似人盤腿而坐之姿。
palikesan	山下聚落的地名，阿美語，原先是排灣族開發的地方，後排灣族遷到 sasaljak(阿美族居住的地方，阿美語意為《出來之地》，現在的新香蘭，排灣族語為 larauran，現為排灣族人居住)。
pulapul	有一塊石頭，凹凹禿禿的樣子，原為 larauran 部落排灣族人居住的地方，後遷到 palikesan，後跟客家人發生衝突，日人將該部落遷到 sasaljak。Taikun(戴根)十八歲在此與 kanadung(金崙)的 simui 結婚，十九歲蓋房子，廿歲遷村至 palikesan
kavelon	似屋簷下的一個空間，與 larauran 部落人，後遷到 pulapul。

qinaljan	戴根 (tjaikun) 出生之地，民國 8 年 1 月 18 日生，現年 84 歲，為部落名，此地出生的人現僅存 2 人，一為戴根，另一為戴根表妹林幸枝 (paules)，戴根 11 至 12 歲之間遷到 kavelon (瘟疫發生)。
sulu	舊部落，曾有一魯凱族男子喜歡上該部落的女生 (galayagai)，女方不答應，後該女跟部落裡 qipelj 結婚，生了 2 個孩子，一天，夫婦兩出門上山工作，先前的魯凱族男子率 5、6 個族人來攻擊他們 (在 mulikaw 攻擊)，較大的女兒走在婦女前面，先被射殺倒地，父親牽起女兒的手，跟對方說有膽的話，來取我女兒的人頭，對方不敢，後從後面攻擊，婦女後面背著女兒被射殺，婦女沒死。
salangsan	很多箭竹的地方，老人家會來此地取煙斗的枝幹，也會來此地拔箭筍。
laklasan	很多樟樹[lagsan]的地方。
mupalag	好騎馱的地方，平，風很大的地方。
djangadjan	很荒謬的地方，為峽谷底。
kindaleqan	兩個談戀愛的人，在這個地方上吊死，男為有婦之夫，上吊後數十天才被發現，此時屍體已潰爛腐壞。
cui	肥沃之地
vilinan	最後的意思
ljaviavia	芒草 (蘆葦) 地
pulepulesen	餵梅花鹿及水鹿的植物
qami	原名叫 vuciyul，意為刺桐。
qinaljan	舊部落，曾有一位部落的族人 sumaljiyaw 年 17、18 歲的時候，在家門口遭敵人(來義一帶來的)刺肋旁而死，後來由此部落一位族人 sakinu(戴根之外祖父)率部落青年圍剿將其殺死。
qamitja	很遼闊的地方可從此地眺望 lalauran 平原
gadugadu	小山頂之意
lalegeman	qaljapan 西南邊，意為受風寒之地。
tjazangaw	很多荖藤之地
sindjaluang	敵我雙方談判之地
tjanupuan	石牆之意，部落族人原本有意從 qaljan 遷村至此，住屋石牆均已砌成，正好有族人獵獲山羌，宰殺剝皮之後，山羌逃跑，族人因此將此地是為不祥之地。
taluljit	山泉出水之地 過去部落水源地
qaljapan	長很多七里香的地方
kinikengan	多石牆之地
Kaludilj	一種菜像芒果樹的葉子

litiq	屏東來義 luvaniyaw 部落聚守之地，有意侵占此地作為永久居所，便與當時居住在 qinaljan 的 lalauran 人談判，遂派人邀請 lalauran 部落的頭目與 velalisen(少年)前去談判，不料頭目卻被 luvaniyaw 族人殺害，velalisen 將此事回報部落，部落族人隨即出征剿滅將該部落所有男丁(10歲以上)，存留婦孺少小，luvaniyaw 族人從此消失此地。
lipi	古時為一舊部落之名，與當時居住在 quvuquvulj 的 lalauran 人遙遙相對，後因 lalauran 部落人多勢眾而遷離此地。
ljiljing	蔭涼之處
saljebus	越過山丘之意
quvuguvulj	lalauran 人自 luva-an 遷居第一個落腳的地方
sukai	二次大戰美軍轟炸時部落避難的地方
kavucul	山很擁擠的地方
pudailan	猴子棲息之處，又稱猴仔蘭
lalunlungang	山頂之意，一般為滾木材
kinakucai	似韭菜
dangas	懸崖峭壁
pinulalayan	為日據時立警示旗的地方，此旗主要目的警告飛機之用。
surisuk	地質鬆動之地 此地岩石大多為頁岩
ljapalas	前 lalauran 部落大酋長的名字 (是現任酋長 galuljugulj 之前)，此地以酋長之名命之。
vacingan	舊部落名，有長一顆大顆的雀榕樹，亦為雀榕樹之意，當時為卑南族人管轄區域，第一次巡視的部落，此部落的氣氛極為詭異又很陰森，此至目前部落族人將其視為不祥之地；故事：部落一位 sakinu 族人在睡午覺之時 夢見有一塊紅布從天上飄下的異象，醒來時，確有此布，遂詢問部落族人是否為族人所有，卻無人看過此布，既尋求祭師為其解夢之後，祭師告知此物為恩典之象徵，其意為部落將有大豐收(包括獵物及農作物等財產之取得)，祭師並告知 sakinu ipuqut (現在的金針山) 為本部落的獵場，可以到該地狩獵，範圍至 qaqenadung(金針山北邊兩條野溪的交會處)，以北即為 tjavualji(太麻里部落)的獵場，若遇天雨打雷之時，剪取該布之一小片向天神祭祀，雷雨隨即停止。

- 二、筆者在應訊中也提出了石牆的照片，以資證明有石牆的排列即表示此地曾是有人於此居住過。只要詳加調查部落遷徙的歷史就不難發此石牆與部落族人的關係，絕非政府工程所為。
- 三、此外，筆者提出第三項的佐證即為當地有上百棵（約有百年以上樹齡的）檳榔樹。檳榔樹是原住民最具有文化價值與意義的植物。就生物學來論，它與其他的植物不同是絕對不會憑空生出，不會藉由動物與自然的媒介來傳播，無非就是人為因素讓它存在。即是人為因素，就必須要探究它與人之間的關係為何？一般在原住民族有使用檳榔習慣的群非常的多，其中排灣族更視為『聖品』看待，一是在日常生活中自己的食用與接待賓客

不可或缺的物品；二為宗教祭祀必備的祭品，它是一個通靈的媒介；三為婚禮聖品，訂婚結婚不可少的聘禮。所以在排灣族的語言中稱檳榔為「saviki」，訂婚為「pu-saviki」，意為『下聘』。由此可知，有檳榔之處即表示曾有人於此居住生活。

向法官提圖片並提以上述三項的論述首要強調原住民文化與土地關係之外，也表達了我們土地的感情，希望法官能予以諒解。法官有一點訝異的看了我問說：「我是讀哪一科的？」我只回答說我是教會的傳道師（神職人員）。似乎也得到了法官的諒解與認同，無奈的告訴我說：「能否引述一些的法條來支持你的論述」，我實在不知如何的回應！「法條」對我們而言，太陌生了！

這次辯論後，林務局見狀局勢似乎是有利於我們被告這方，尤其是在提出的整個證據，於是在第三天就派遣工作人員將該地上所有的檳榔剷除砍倒，有煙滅證據之嫌，致使族人相當的氣忿，在刑事訴訟最後一次的言詞辯論中特別又在法庭針對林務局煙滅證據情事，有一番激烈的論戰，甚至也都惹惱了法官。主要是筆者相當忿怒於林務局此舉，似乎是無視法律，為所欲為的侵害了被告所提出的證據，筆者也相當忿忿不平中華民國的法律都沒有保障到被告的權益，叫我們如何的信服法律的公正與公平。當下我也向法官控訴林務局的行徑外，也向法院提出不信任的聲明：

筆者向法官陳述說：「我原本在此次最後一次的辯論中有計劃請本人的外公 tjaikung（戴根），當時年約八十歲，但我見法律無法保障被告權益時，我深怕我外公作證完畢後，林務局的人會不會趁我們不在家時暗殺他。」如此陳述激怒了法官，嚴厲的以卷宗拍桌斥述說：「荒唐！我們是法治的國家，怎可如此的表述」，在當下我回覆說：「若我們是法治的國家，為何被告最為基本的權益，都被政府所踐踏，這叫我們如何信服國家叫我們守法，自己卻是在違法。豈有此理！」

幾經多次的審理與辯論之後，終要面對判決的時刻，大家都似乎已經知道結果了，也沒有人到庭聽判。但是我們得到意外之喜就，所有的人都獲得「不起訴處分」。大家都很驚訝這樣的結果，很高興也很欣慰。終於打贏了這場的官司，遂有的族人就繼續回去耕作，卻不料林務局的巡山員又不斷的以電話或是到訪告知我們相關的族人，告知我們要歸還土地，要我們簽署切結。但遭我們族人所拒絕。之後，我們又收到了來自法院的訴狀，林務局再以民事訴訟案件告發我們以〈返還土地〉罪名舉發。又開始奔波於法院的訴訟。

在民事訴訟的案件審理過程中，族人們也只委派筆者出庭也得到法院的體諒。民事訴訟中返還土地的審理中，林務局堅持其有管理的職責，他們以法律的方式，以達到管理的實質意義。所以，他們就不斷在言詞辯論的過程中強調白紙黑字的證據，證明他們是有其管理權的。有了法院的公證，他們也就能夠理直氣壯的嚇阻族人於此土地一切的作為。族人仍也堅持自己從歷史中即有的權益，甚至強力的批判現行法律是無權審理此土地糾紛的案件。因為於情、於理政府應該重視的是原住民在台灣的歷史定位，其中包括文化、語言、甚或習慣，尤其是從習慣中即有的「法則」認知。尤其是有相互糾紛時，部落過去也都有其解決的方式與其依循的原則，而不是一個沒有規矩與法則規範的部落。特別是在講訴守法的作為時，不是強調法則多麼清楚的訂定，而是強調其法則宗教精神。所以，很多的族人之所以如此恪遵部落的習慣法則，也知道是有其一定的刑罰。例如：獵獲獵物的分食制度，以及土地領域相關的糾紛，也都有部落自己一套的法則。只是現在的情況是強調要我們奉公守法。這是部落一直以來就有的，無奈政府以殖民統治之姿，無視部落的主體性與自治權，反而強迫我們遵守不是原本我們部落所認知的法則。當時，我也跟法官

分享原住民糾紛的處理方式，是要在部落開設類似法庭的會議討論部落的紛爭。就以此案的審理方式，林務單位或是政府相關單位是要被提訊到部落來應訊的，因為後來的中華民國入侵了我們部落領土，掠奪了我們財產，部落有權利捍衛與抵抗的。況且中華民國的法律的訂定是在中國大陸而非台灣，是不具有代表原住民或全台灣人民的法律的。更不適切用中華民國的法律審理原住民傳統習慣的案件。因為，很清楚知道這樣的審理簡直就雞蛋碰石頭與肉包子打狗的殘狀。

最後法官應該是基於職責所在，也體諒爾等被告之處境，想替我們解套，希望能「和解」之方式善處此案。但在徵詢法官「和解」的目的與意義時，似若有情卻是無情，有感受到法官的好意，但我們回絕了法官的好意。原因為，雖可以獲得免支付訴訟費與相關的刑責外，但細想之下損失更大，因而拒絕了法官和解的提議，並回覆法官說：「此和解方式與法院判決敗訴似乎是大同小異，和解不就等同於敗訴，但和解不但是迫使我們認罪外，也斷送我們繼續上訴的權益。於是，向法官清楚的表達，寧可法院判我敗訴，屆時再憑判決書與族人討論是否上訴」。這是筆者在當下有的回應。

第二，心裡有在想說整個案子有非常嚴重的行政疏失，就如鄉公所承辦人員的怠惰，污陷我們族人莫名的被告。

第三，筆者一直認知原住民的議題其實一直是國際性的問題，族人受政府如此的污蔑與迫害，實可上達國際法庭控訴政府的惡行惡狀。

但是，後來在接獲法院判書之後，果然不出意料為「敗訴」處分，須將土地歸還林務局。拿著判決書再聚集族人討論是否上訴時，部落族人都一致拒絕的說：「好了！不要上訴了，太累了，給他們了，算了吧！」無奈的語氣表達在言談中，一場耗時又勞神傷財的案件，就在這樣的結局劃上句點。

參、結語

在當完全沒有原住民相關專責法律的助益下，部落族人已經在法院與林務進行一場非常慘酷的肉搏戰。反觀現今已有了相當多的原住民專責法令的保障，仍未具體的落實執行，就深深覺得我們的社會應該要多加把勁，原住民自身也應加努力來學習認識自己在現代社會即有的權益之外，也更應要努力來從自己文化中表現出傳統的智慧來。

主題二：

原住民族傳統爭端解決機制與國家法制訴訟制度之比較

【會議實錄】

與談人（賴以祥 律師）：

大家好，聽了高教授的文章之後，因為本身從事法律工作，蘭嶼的核廢料議題是滿有趣的，也是一個值得探討的問題。高教授剛才提到，政府單位裡面有提到有關達悟族人有用金箔來做和解這樣的一個動作，但事實上普遍並沒有承認原住民族有這樣的傳統，而是照法律去做司法研判。但是，我看了這個判決，我覺得在這個案例裡面，當事人就是達悟族人，他們在鬥惡之後有用金箔去做和解，但是被毆打的人他是反對這樣的，就是會認為說不能接受金箔，是一個銀幣而已。這樣的一個爭議問題，事實上在司法的實務上常會發生這樣的狀況，或是說你的言行不一致，事實上你是接受和解的內容，但是你又說反對這樣的一個結果，我想這個事實在法律上我們可以從一個判求當事人爭議的方式去解釋法律，解釋當事人的爭議，去做一個說明。譬如說這個案件本身都是達悟族人，對於傳統的和解，他其實是要非常清楚，即使他所說的話其實事實上跟他在這種狀況下，也許說我們在認定他真正的意思下，認定說他是有和解的意思後，或者即使你所敘事的內容，事實上我們會以實際的行動去認定說這個和解的效用。所以我會覺得，在這樣的一個狀況下，當然這個法律的判決，也許遇到不同的法官會有不同的認定，我們會認為說，事實上在這樣的狀況之下，在司法上來處理的時候，可以去透過對於法律的解釋，透過對於這個案件本身事實狀況的理解、當事人的背景，然後做出一個更符合原住民族傳統的結論出來。

另外當然中間涉及到一個問題，有關於原住民族習慣的舉證問題，就是說事實上法院對於原住民的習慣也許認識不是那麼足夠，就如同早上王教授也有提到，這樣在很多事實上法律有規定對於傳統的習慣來講，事實上並沒有任何規定，在法院遇到這樣的案件時，他必須還是要去做處理，他可能就創設了很多的案例，譬如說像在土地登記上面，實際上是必須要個人或法人才能作為土地登記的主體，實際上我們會看到很多案例，就是所謂的祭祀公業或神明會，他的登記主體是誰？可能是一個所謂的正神，或者是一個玉皇大帝，這個在案例上是常見到的狀況，當遇到這樣的狀況的時候，就如同王教授早上所提到的，台灣有一本書叫做「台灣民事習慣調查報告」，這個就是給法院做很有力的參考資料，畢竟你在法院調查的時候，當事人的舉證上面，他可能是不足的，但是透過一個比較具有公信力的文件，當法院在做判斷的時候，他可能比較符合在舉證上面會更有力，然後在處理問題上面的話，也比較符合一個實際的狀況。當然這個習慣的調查，譬如原住民習慣的調查，就需要政府機構或者是我們這些研究專業人士做調查，提出一些東西出來，這樣的話，這些東西在司法實務上如果遇到了狀況，有不不斷的案件之下，可能到最後變成一個慣例出來，將來也許遇到同樣類似的判決，他的結果就是會這樣。

事實上就像很多東西，民事的東西跟刑事或是行政方面是不一樣，事實上每個生活狀況與時俱進，每個狀況其實都會有不太一樣的東西，但是法律的標準是固定的，是適用在個別狀況下的時候，就必須要透過法律的解釋，然後對於案件的了解，你可能在法律上所謂的類推、適用的

方式去處理實際上的問題。我想，當然這個在原住民族的法律爭端解決，跟我們其實現行的法律一定會有一些落差，但是我們可以去透過法律的解釋以及對於事情、案件的理解，然後盡量求取一個平衡，也就是更符合原住民族實際狀況的結論出來，這是我個人的意見，以上就供各位參考。

與談人（林孟皇 法官）：

主持人、各位貴賓，大家晚安，很榮幸有機會來這邊做演講。今天來到這邊是抱著一個朝聖的心態，我是前天才收到蔡教授的文章，所以我一開始就設定是我們這個單元的主軸來做個報告，我基本上用四個功能來跟大家討論，第一頁就是關於到底我們法院判決裡面符不符合傳統原住民的傳統慣習與國家法律的落差。平常我有在注意看報紙，剛好看到這麼一個判決說的不錯，我們的法院判決終於重視原住民傳統慣習，我覺得很高興，結果那天調了一個判決，看一下這個判決。這位被告是這位小孩的舅公，按照他們的傳統習俗會摸小男童的生殖器，他們的家屬就去告，後來檢察官也起訴了，起訴說涉嫌強制猥褻。剛剛那個報紙看起來是法院很重視原住民傳統慣習，事實上判決從頭到尾沒有講到這個，可是那個小男童的祖母就說，那是他們的習慣。阿公給你摸，你就會長大，大概是這樣。最後法院認定這個被告沒有滿足自己私慾的的主觀犯意，所以基本上認為他跟強制猥褻的構成要件是不符的。可是他認為說，這個有的話，應該是構成性騷擾防治法的性騷擾罪。他認為因為這是告訴乃論，因他們後來撤回告訴，所以這個案子就判公訴不受理。我要講的就是說，這個報紙報的跟我們實際看到的判決，事實上我的疑問就是說，法院有意識到原住民傳統慣習，還是又只是機械性的法條操作，這是我的一個疑問。

第二個我們來談一下多元文化社會下維護原住民慣習的特殊意義跟作用，我想這些問題我們大概都很瞭解，漢人進入了台灣，對於原住民的理解，從所謂的飛禽走獸到生番到原住民，為什麼這樣一個轉變？是否除了所謂人權方面，確立了人權的普世性、可讓渡性，或者是道德哲學所講的注意到他的情操之外，還有沒有其他考量因素？這是我想提出來的疑問。這裡要講的就是，經濟學告訴我們，人是理性的、是自利的，不管是多元文化或者是生物多樣性的經驗，我想除了民胞物與的感性思維之外，談到這裡也是人類理性、自利的結果。為什麼要去尊重多元文化，這樣地維護原住民傳統慣習，也就是今天蔡教授最後結論裡談的多樣性，我想這個重點還是在於說多元文化，因為它的多樣性而產生了多采多姿，進而在面臨適應機制有助於生存，基本上我認知它是個所謂的理性、自利的考量。

我們現在都要去把基於生物多樣性這個理念去保育絕種的動物，我們是不是也更應該關心同一個物種的原住民文化，就是我一個想法。我要講的就是說，我看了這個東西才真正讓我體認到原住民文化可以讓我們看見新的視野，研究原住民大概都知道西雅圖的首長宣言裡面都有講，原住民大概對土地都有集體主權這種公有類似的價值，就跟我們現在一般所可理解的不太一樣，這個有什麼影響？就是原住民文化讓我們去重新省思財產權，我也是看了一個學者的文章才知道，這裡也提到一個重點，我唸了法律二十年了，一直到看了原住民的相關文章，才去思考原來財產權不是我們理所當然想法，這是我自己的一個自白反省。法律沒有好好唸，看了原住民相關文章才讓我思考這個問題。原住民對財產權的使用思維，它的意義，我想在座應該都是關心原住民議題的，很多學者都寫過，原住民對於財產權、所有權的觀念，比較類似於總有或合有。所以他特別提到說，我們法律人對於西方近代所有的理論，並沒有奉命微解的必要。我想這個感受最深的就是原住民對於土地自然資源的關係，大家都是類似自然主權這樣的思維。在當權面對大自然的

濫墾或者是汙染或者是地球面臨浩劫之際，我覺得原住民文化更具有它的意義，這是我看這個感受最深的。

我想這裡另外提到原住民的政治司法制度的意義，在蔡教授的報告裡面有提到他這個年齡組織的制度。不過這裡我要提到一個問題就是，他自己的文章也提到，就是說他們會對於有責罵、責打、強制工作這些等等的權力，包括他說的暴力這個事情。我們這個人權普世的社會原則下如果持有不同意這種責罰跟懲罰的權限，這樣還有沒有存在的空間？國家法律可否這樣加以肯認，或者是承認原住民的自治權限。另外一個問題就是他剛剛提到，領袖有所謂的仲裁權，這個權限已經被法院所取代了，有沒有可能是說用立法或者司法去判定一個專屬管轄的權力。這是我看到的一個想法。我想，這個議題討論了好久，只是一直沒有實踐。

第三個要談的是司法如何實現社會正義與維護多元文化。我想，司法權基本上只是社會紛爭解決機制而已，它主要的方法在維護社會正義。這裡要特別提到說，獨立的司法可避免政府單位權力，更可避免多數利益殘暴對待少數人。相對於漢人，原住民就是少數，我覺得司法更應該基於良心法律保護少數人。再來就是在美國他們對於正義的理解可以分為分配正義、匡正正義、程序正義這三個。那如何檢驗解決「分配正義」的問題，基本上分配正義大概原住民議題主要涉及土地的部分，通常這個比較像是應該由立法還有行政部門來處理，可是在我們的法院審判體系，它還是會有類似分配正義的問題，像舉證責任分配這個情況就是，是不是應該去做一個特別的規範，這是我提出的一個想法。再來就是「匡正正義」，匡正正義在於矯正、預防、還有嚇阻。原住民自有一套矯正措施，我們從早上到現在看好幾個主動提到，部落領袖有原定的紛爭仲裁，還有懲罰的權限，現在問題就是說，他的處理種類如果沒有嚴重違反人性尊嚴，如果在涉及到他的族人違反傳統慣習的時候，國家法治要不要某程度賦予他這樣的權限，這是我的一個想法。國家應該某程度尊重，不代表國家就能完全的介入，早期好幾年前的報紙就提到說，在原住民社會家暴婦女都認命，跟我們現在強調保護婦女同胞，是不是全部都不能介入，這是值得深思的。再來講「程序正義」，司法最重視程序正義，基本上程序正義目標就是希望能盡可能獲得所需的資訊來做出公平的裁決。對原住民訴訟，為了符合剛剛講的程序正義的要求。很多的先例都提到了，要有通譯、還有辯護等，還有原住民法庭專責等等。司法院也一直在思考這個問題，可是這個設立要包括早上有提到觀審。

最後提到的是社會變遷與原住民傳統慣習的活躍度議題。我覺得我們的法律有沒有去深思，尤其是我們在從事法律工作者。我們台灣社會是盛行法條主義，就是在講邏輯論證，都沒有考慮到法律跟社會脈動的關係，這是我們法學界應該去反省的。法條主義的法律觀，我認為應該是良性的，雅博甦詠先生特別提到，法律被披上有權責的族群色彩，呈現一個惡勢型態，這樣就會朝向有意掌權族群的方向蛻變。我想他這裡特別提到說，法律人應該體認，雖然法律條文都一樣，但是法律的解釋並非僵硬的教條。尤其在多元文化國家的前提下，因以更多元的觀點來做法律的解釋。社會變遷跟傳統慣習的維護，早上大概也有一些先進提到，其實台灣本身也是一個法律繼承的社會，我們繼承的這些法律也未必在漢人裡面被普遍共識，像我們法律規定，男女有平等繼承權，可是在我們祖先去世的時候，通常女的都會去簽拋棄繼承，就表示說我們的法律也未必是我們所認同，西方法也未必全然是我們漢人所認同的法律。所以就提到一個理論，原住民有什麼理由排除適用，怎麼樣做某程度的限縮，應該限於傳統慣習的特殊或是核心領域事項。最後一個問題是，當科技發展、人口結構、經濟條件發生變化的時候，相關的社會規範習慣法，還有組織

也要做相異的調整，包括蔡教授提到的阿美族的「小姐組」，也是在1970年代被創造的，他們不是一開始就有這樣的組。所以我們該要持續維護，還是應該揚棄或是轉化成傳統慣習，就有人提到說，以前原住民對於土地的確證方式是不是應該精良去登記。不好意思佔用一些時間做心得報告，我的報告就到此，謝謝各位。

與談人（蔡元仕 檢察官）：

主持人、各位報告人跟各位先進，我是士林地檢署的檢察官蔡元仕。在今年的9月分奉調到司法官去擔任導師的職務，各位如果對這個工作內容並不是很了解的話，簡單的說就是你們在這個法庭電影上會看到，有一個表情很兇惡地看起沒什麼人性的看起來像吸血鬼，不管人家講什麼都舉手喊異議的那種就是我。所以基本上來講覺得大多數的時間，我都是用吵架來養家活口的，不過今天的這個報告坦承說，其實我已經看過不少場子，或是刀口舔血的這一個生活，還是讓我覺得有點壓力，因為在禮拜四我收到戴老師的報告，開頭的第一句話就當場讓我冷在那裏。戴老師很沉重的告訴我們大家說，被殖民了之後，還要遵守這些對我們完全沒意義的法律，他一句話就把我的專業一槍斃命，我後面都不知道要講什麼了，也不能站起來跟各位說謝謝，到此為止就鞠躬下台。

但是聽完戴老師這樣講，我覺得非常義憤填膺，在我的觀點裡面是說，既然個案發生了，我們還是想要辦法在整個大環境還沒有真正讓人滿意跟接受之前，要想到一些解決的方案，所以基本上是從這個角度去做出發，我們怎麼鞏固我們原民的司法近用權，當你如果真的想用這個司法系統，也許基本上你不見得認同它，但你願意要用它來保障自己某一些利益要怎麼做的時候。但是我也先這麼說，我得承認我對於某些程度原住民的了解是非常有限，對原住民文化而言，我必須先自白，就像剛剛學長先自白了，我也先自白，至於要先自白的理由很簡單，在我報告的內容裡面，大家可能輕易的就可以辨別說我對於這個認知是很有限的，所以我先自白，以免等一下戴老師因為我隱瞞而輕視我，自白之後我可講得更更放心大膽一點。

這個問題其實要從長遠來看，它其實是一個一個微觀的個案，但它反映出原住民在這個社會上生存的困境，所以它要解決的話，它必須要多元並進，它是一個很複雜的、很大的社會工程，如果我們用一個最小變動的原子來看，在沒有達到理想之前，我們現在司法制度能夠在一個支出小額成本的時候，能夠做到什麼樣的地步，來做一些改善的話。我想首先先談一個議題，就是我們知道原住民近用司法之間，司法的這一點本身就是一個很難處理的議題，一來是說有的人是對於司法主權的不信賴，有的是出於對法律制度的恐懼，當然一些基本上我就不認同一些這樣的主權，藉由我們的制度來維護這樣的權力其實算是屈從，它有一種折損民族的意味在裡面。但是對於我來說，它有時候是一種另一個衡量跟取捨，假設在這個現實的狀況底下完全放任，放任讓自己的權利受到剝奪，事實上來講可能會使原住民的傳統文化流失得更快，對我來講，這是最不樂見的一件事情，原住民社會所遇到的困境解決方式，竟然是年輕一代都已經充分的漢化，所以這個問題自然而然地解決了，這大概是我們所不樂見的。在此之前，我們舉著抗議的牌子，可能也要去學習從另外一個叢林裡面去作戰，或許是利用敵人的規則，來捍衛自己的利益。

首先我看到戴老師所提的這個問題，我覺得在之前蔡志偉老師寫過的一篇文章，他提出的一些呼籲，包含原住民需要什麼樣的法律扶助，它需要一些概念，就是在原住民部落裡面廣設法律諮詢的工作站，所以我可以把一個外部的法律資源接軌，這個理念我是很認同。發生了一個法律

事件，對於一個原住民部落來講，它要面對的困難是很多的，首先可能對於法令的不了解，就使得他對於自己的可能再被害的，之後都沒有很明確的被害意識，因為他不知道現存的漢族文化給他什麼法律社會前提的保障，所以當他即使被害了，還沒有產生被害意識。另外一件事就是對於證據歧視的評估，沒有辦法這麼精準，因為不知道說在法律上面自己是不是還能爭取到什麼東西，這些需要專業的資源，因為看不出來問題，因為欠缺看出問題的專業演繹，所以這邊必須要去引入專業的資源，也就是說應該要有律師團體介入的空間。只是說目前來講，即使我們現在有了法律扶助法，有法律基金服務會，其實我的觀察是從一些文獻，看起來跟原住民部落之間的溝通難度是怎麼樣地順暢，所以也許蔡老師的講法是一個起點，以有法律常識的法律工作站，作為雙方溝通的解決一方，解決一方的做一個日常生活中的法律諮詢。

第二個，在需要一些專業的法律求援做為一個溝通的管道，然後現行的法律扶助法，本身還是有一些法律扶助的制度，本身還是有一些改進的空間，目前法律扶助制度基本上來講是用來平衡這個被告的資歷落差，也就是說在無資歷的一個情況下，才能夠得到適當的援助。而我們的原住民可能在這一個條件方面，有很多的人其實基本上過不了這一關，於是在審核之後，你就會被拒於門外，我總覺得說除了平衡資歷的落差以外，也要考量到平衡文化社經地位的落差，也是一個方向，所以這個制度本身可能需要一些調整，使得我們的法律扶助制度能夠早一點進入在問題開端的時候，更進一步協助原住民了解自己的處境，要戰與不要戰，要戰的話他的策略是什麼，有一個比較明確的方向，你會得到什麼？你會損失什麼？訴訟風險在哪裡？也有一個比較明確的認知。如果一旦介入、進入了法院之後，我就蠻贊同剛剛學長所講的，首先就是要嘗試先跟軟性的訴訟紛爭解決方式，在訴訟裡面法官能夠運用彈性是很少的，他有明確的訴訟規則限制，有很多法律要件上面的要求，不見得能夠，畢竟法官也是執法者，並不是訂法者，所以他實際上所能夠裁斷的時間非常少，所以一些軟性的制度，譬如說調解、和解、仲裁，比較有大的彈性空間，可以容納我們所需要、能夠維持下來的多元文化。

如果不幸要進入訴訟制度，我就建議也許真的要衡量強制辯護的可能性，經過專業的辯護人建立之後，尤其是在審理的階段，在偵查的階段也許還好，如果是刑事案件在審理的階段，既然檢察官已認為本件已構成犯罪，在法庭上基本會有一個檢察官出庭來做這個主張，應該就要有一個專業的平衡。在這個過程裡面，就是要建立起一個跟原住民溝通的一個介面，譬如說他們要一個良好充足的空地來做一個雙方對話的管道，可能需要引用像高老師所提到的專家證明制度。不過我倒是可以講一下，有很多地方法院是不承認專家證明制度的，但是不要擔心，它只是一個名詞而已，最早這字早在 95 年間的時候，最高法院有不同的看法，但是先進比較多看法是說審覆專業的知識意見，基本上是用建議的做處理，已經鑑定的幫助法官來了解調查，是不是有這樣的原住民習慣存在，可能也需要大規模的田野調查做書面的資料，像我們台灣的民事習慣調查報告一樣，讓法官有一個參考依據。譬如說剛剛學長所提出來的這個案子，我個人就不大確定說摸蛋蛋是不是我們原住民部落的慣習，如果是的話，我需要一個基礎的支持，我要來勇敢的做這樣子的認定，即使有了之後下面一個步驟，你可能要考慮一下，它對我們的公序良俗，對現在這個主權者所建立起來的核心價值有明顯的衝突，那麼主權者有沒有一個退讓的空間，這是另外層次的問題。

時間很快，我在簡單講一下，剛剛那則新聞說，我們司法院已經有近一步的進展來建立專業法庭，這個是我舉起雙手贊成的，要解決這個問題必須要有一個比較長期的計劃做完成，專業法

庭常常到了最後的過程中，做這個根據田野調查的結果，專業法庭做出來的結果跟一般法官所做出來的決定，有時候沒有明顯的差別，因為可能只是個形式上面的單位或機構而已。我的建議是，我們如果真的要徹底在訴訟上面能夠保障原住民的近用權的話，這個專業法庭的法官可能要考慮討論要一個久任的制度，讓他的經驗是可以累積傳承的，不是我今天剛分發被丟到這裡半年兩年之後，我就出去、就走掉了，或者是說老了要調到台北去，我就去了台北，後面就進來一個菜鳥才三個月，這個沒有長期的經驗累積，會是對這個制度很大的折傷。另外一件事情就是，他必須不僅僅是對於這個原住民相關的保障規範，有實際上的了解跟深入的研究，這些是需要做基礎的，還必須要能夠去認識到原住民的文化處境。

最近常常被罵說司法官是恐龍法官跟恐龍檢察官，有一部分歸因成司法官他們在擔任這份工作的時候太過於年輕，不過根據我擔任六年的公訴檢察官的經驗，我真的覺得年齡不是很大的問題，因為我們處理這個社會上的事件，不可能要求大家把所和有事件歷練完畢之後才能當法官、才能夠做得到這個事情。對我來講一個年輕而有同理心的法官，比起一個認為他已經經歷過世上的一切，說我們怎麼能夠逃出他法眼的專業老法官來講，前者還是我覺得比較容易上的。因為我現在有教學生，我常跟學生塑造這個觀念，他們還年輕、還有開放的心胸，遵循專業的意見，設身處地為當事人去想，你就比較有機會去克服這樣的落差。不過問題在於說，在原住民和漢族社會之間有明顯的文化隔閡，要溝通文化並不是這麼簡單的，所以他必須先對這個文化先有深入的了解，才能夠有同理心，不能夠只是浮面的膚淺認識而已。

其實這個工作如果只是放在法官養成的部分，譬如說放到司法官訓練所，它的效果是不會很好的。一來是說，司法官訓練所的養成時間只有兩年，前一天我們的所長還在感嘆說，如果要回應各個社會、各個不同社會層面的要求，排入這個多課程來養成司法官五年都畢不了業，事實上是不大可能了解的。二來就是說，到了司法官訓練所這個層次之後，一個人的人格已經大致定型了，所以能夠影響的層面比較少，而你對一個文化了解不是一天、兩天、三個、四個小時的課程就可以深入的。所以我的建議是，應該要在往前端的教育去做延伸，在基本的基礎教育裡面就加上對於這些原住民文化司法的認識，之後他在接觸這樣的原住民訴訟案件時，他才能夠有同理心設身處地了解到這個文化跟習慣上的思維方式的差異。早上也有一位先進提到說，也許三審制度是一個可以考量的方向，不過因為我自己在司法院推行觀審制的過程裡面，我有參與前階段的一大部分，也做過了幾次的模擬，其實基本上來講，我可以跟各位先簡單的報告，也許並沒有這麼樂觀，即使是漢民族經過法庭之後，要跟法官建立一個良好的溝通，一個環境裡在這麼短的時間裡面就滲入訴訟制度，就做基準的決斷，來表達自己的意見，不是這麼容易的事情，對於有文化隔閡的原住民來講，他會有更高的技術門檻，所以也許不是這麼理想的方式，我先簡單做個報告到這裡。

發表人（蔡政良 助理教授）：

我們剛剛談到 1970 年代，其實創造小姐組，我覺得沒有錯，因為文化本身就是一直世代在變動，可是我覺得重點是在於主體性的問題，是沒有被迫改變，對某種特殊的權利、強制權利所強制做的改變，我覺得這會注意背後的權力環境，是重要的面向，謝謝提出這樣的問題。

發表人（戴明雄 董事長）：

其實原住民社會在面對法律問題的時候，事實上很多時候都是基於我們原住民都不太了解自己的習慣，而喪失了我們在面對法律的時候，去回答我們自己應有的智慧，譬如說我們這樣了解的人，比較能夠知道怎麼樣去跟現實的法律來做對話。更重要的是，我們在展現主體性的時候，在相關的政策、相關的法令，它是不是能夠有主體，能不能夠有所尊重，期待看到法制上面被看見，原住民對於司法還有一點點的期待，這就是我自己的看法。

與談人（蔡元仕 檢察官）：

這就是剛剛為什麼三審制的人民參與裁判制度，對於這個訴訟的結果不會有影響的效果，一來就是說，在一般的人民進入訴訟，它能夠發揮夠大的影響力，這本身是一個問題，另外一件事就是說，如果最後的判決書有所改變的話，國家法令在納入習慣法的部分，在原住民權利法計畫最快弄好的話，因為最後判決、最後的準審還是現行的法令，所以要改變訴訟的結果，成功的機會就不高了。事實上我看完戴老師這篇文章之後，對我來講其實是一個滿大的衝擊，看完之後，與其說是一篇論文，不如說是戴老師的意見，也不算是，因為從頭到尾就不是被害者的角度做出發的，所以算是一種控訴。坦承說也給我自己很多的反省，法官基本上來講或是司法官基本上講，也是有很多為難處，我為了來這邊與談，我查了司法事務的見解，我發現其實很多的司法官，在面對原住民案件的時候，他們其實若干程度放寬程序規則，來朝向對人民的方向去做解釋。可是我得說他們需要更多技術資源，尤其是在法律不變更的情況底下，如何在法律授權的空間裡面，去做更有利於人民的解釋，有時候不只是法官需要努力而已，是需要人民全體共同努力的，尤其是學者的技術支援，在現行法的情況底下，要怎麼論證讓人民的保護做得更完整，而跟我們現行法制的一致性有衝突，可能這部分需要大家去共同加強。

【主題三】

原住民族傳統習慣規範 在學理及司法實務運作中的地位

主持人：張浴美 院長
(臺灣花蓮地方法院)

■ 規範、良知與文化衝突

一 從刑法理論反思原住民犯罪的刑責問題

代表人：許恒達 助理教授
(國立政治大學法律學系)

談人：雅柏甦詠·博伊哲努 專門委員
(行政院原住民族委員會)

■ 原住民族土地權利與國土保安法制競合時之 爭議，及解決方案之探尋

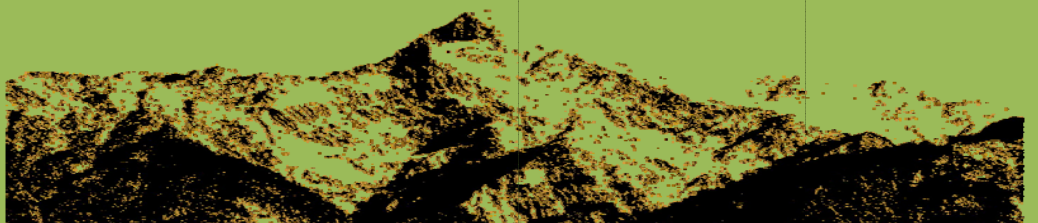
林三加 主任委員
(中華民國律師公會全國聯合會環境法委員會)

黃國益 法官
(臺灣高等法院)

■ 我國法院實務對於原住民族傳統習慣之態度 一 我國法院判決觀點之分析

許正次 律師
(公義聯合法律事務所)

許華偉 檢察官
(臺灣臺南地方法院檢察署)



規範、良知與文化衝突

——從刑法理論反思原住民犯罪的刑責問題

許恒達*

政治大學法學院助理教授

摘 要

現代法律制度建立在漢文化及繼受的西洋文化上，非屬於主流文化的思想及行動，往往被當作是不合法的行為，然而在原住民文化漸受重視的今天，是否仍應堅持純然依主流文化判斷刑責的作法，自有爭議。本文以兩則著名的原住民犯罪實例「鄒族頭目蜂蜜案」及「司馬庫斯櫟木案」為例，具體檢討刑法應該如何面對原、漢文化衝突下的刑責判斷難題，筆者的核心看法認為：

1. 刑責判斷必須依據刑法的概念，不能單因文化認同而成立或排除刑責；
2. 刑法有義務在其概念中，考量多元文化，尤其是原住民的文化規範，實踐的作法即整合原住民部落慣習與刑法概念。
3. 整合的實際作法，則須考量個別要素在犯罪判斷中的機能，原則上成罪積極要素涉及穩定的限定刑罰範圍需求，不應過度考量他種文化，但除罪的消極要素則應儘量納入多元原住民文化要素的考量。

* 國立政治大學法學院助理教授，德國法蘭克福大學法學博士。

壹、導論

近期以來，原住民研究已經從過去不受各界重視，只在乎如何將原住民「漢化」，轉變而成爲一個重要的學術領域，不論從文化分析、族群研究、語言學或社會學等角度，關心原住民議題的專論及期刊論文，也愈來愈多。法律作爲一種社會實踐及社會控制的工具，當然也必須反省涉及原住民的法律議題¹。

與其他學門相近，長久以來台灣的法律制度與法學研究並未真正重視原住民的領域，始終只在乎法學思維的兩個源頭，其一是最重要的根源，此即台灣現行法所繼承的近代西方法制及法學思潮，重視西方社會自啓蒙運動以來強調的個人權利及人身、財產保障，另一條根源則是非西方法律文化的漢民族傳統，這一支則較重視個人在傳統倫理秩序中的定位。在這樣的氛圍下，法律制度一直忽視原住民的傳統文化及族群特色，這樣的現象一直到 1997 年修憲時才有重大變化。

1997 年增訂的憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段均明確強調，憲法尊重並保障原住民文化及族群特色²，自此以後，許多以保護原住民爲宗旨的法律逐年公布，舉凡原住民身分法、原住民族基本法、原住民族工作權保障法、原住民族教育法等直接關注其福利措施的法律，法學研究中，有關原住民法律及權利問題的研究成果也愈益增加，這些專論尤其著重原住民的社會權利、參政權利、土地財產權的保護，以及原住民智慧財產創作的法律問題等等，雖然還稱不上已經實現憲法重視原住民族群文化的理想，但在財產法、智慧財產權法、社會福利法制等個別的法律領域中，原住民族與法律的議題至少已有許多長足進展。

值得思考的是，作爲法律體系一環的刑法學門，是否也關注到原住民的相關議題？是否刑法有關犯罪成立上，不再獨尊西方或漢民族的價值觀，也同時兼顧到原住民文化或慣習的特殊性？這些問題尤其常出現在某些原住民依其文化或慣習行事，從部落或原住民文化視角來看，本來就是理所當然之舉，然而依照現行主流法律評價後，卻被當作是犯罪行爲的案例³。這種因爲文化背景衝突而發生的犯罪問題，格外讓運用刑法的司法者感到困擾，畢竟原住民是直接遵守他們沿用數百年來的文化慣習行事，而法官裁判依據的卻非原住民的文化慣習，毋寧是現代世俗社會中，受到西方及漢民族文化影響的刑事立法，而現代刑法的各項子原則，無不追求法律適用的穩定性與一致性，如果僅因原住民具有特殊文化背景，就直接將原住民刑事被告除罪化，不免造成法律適用的不公平，可是相對地，完全忽視原住民文化的特殊性而依現有法制論罪科刑，顯然不符合憲法增修條文意旨，也違反尊重多元文化的理念，如何在刑罰公平與尊重原住民文化之間拿捏分寸，從而解消或應對文化間的衝突，非常值得刑法學理進一步探索⁴。

本文的寫作目的，就是從刑法學基礎理論，思考當原住民文化與刑法基礎理論發生衝突時，刑法應如何回應可能的衝突，礙於議題龐雜繁多，本文又有篇幅及時間限制，本文僅處理出於原、漢文化衝突而構成犯罪原住民刑事責任問題，亦即，當原住民依其部落慣習實施某項行爲，該行爲符合原住民所屬部落文化傳統，從其觀點而論具有高度正當性，但在現行法律制度中卻被標

¹ 近期原住民法學議題，參見蔡志偉，從客體到主體：臺灣原住民族法制與權利的發展，台大法學論叢，40 卷特刊，2011 年 10 月，頁 1499-1539。

² 參考憲法增修條文第 10 條第 11 項：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化」及第 12 項前段：「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之」。

³ 近期重要文獻，參考王泰升，日治時期高山族原住民族的現代法治初體驗：以關於惡行的制裁爲中心，台大法學論叢，40 卷 1 期，2011 年 3 月，頁 40-82。

⁴ 相關討論，另見王皇玉，原住民犯罪的文化困境與除罪化，收錄於同作者《刑罰與社會規訓》，2009 年，頁 218-250。

記為違法行爲。考量已經有相當文獻處理刑事政策上的對應方式，本文將不再特別討論政策面向問題，論述中心將置於刑法釋義學的概念演繹，檢討適用一般法律的法官面對相似問題時，應如何妥適地運用刑法學理來折衝或平衡各種原住民、漢民族甚或西方文化間的法律衝突關係。論述步驟將先討論兩個具有代表性的案例，接著分析案例中關涉的文化衝突關係，以及其所關涉的刑法議題，筆者將從中開展出一條文化衝突問題的理解脈絡，接著比較、討論該理解脈絡於德國刑法學上的處理方式，透過比較刑法學理相關概念的分析，筆者將提出個人建議，最後則是將個人見解應用於具體個案的刑法回應。

貳、兩個原、漢文化衝突的犯罪實例

一、阿里山鄒族頭目搶奪蜂蜜案

首先談一個發生於 2003 年的重要案例⁵。該案發生於 2003 年 2 月，鄒族頭目 Avai-e-Peongsi（漢名汪傳發，以下簡稱頭目）及其兒子外出奔喪途中，在其承租的土地路邊，發現漢人陳登茂所駕駛的吉普車，頭目父子在車上發現一桶野蜜，由於依鄒族慣例，在鄒族人土地上的蜂蜜應屬於鄒族人所有，頭目父子遂懷疑陳登茂車上的蜂蜜取自鄒族人的土地，竊取了鄒族人的財產，遂要求陳登茂與其一同至派出所報案，但遭陳登茂拒絕，頭目父子乃陳登茂不注意，將蜂蜜自陳登茂車上搬至頭目父子的車上，而頭目父子考量到必須先趕赴親人喪禮，就沒先前往派出所，只抄下陳登茂車牌，計劃回程再赴派出所。未料頭目父子於回程途中即被警察依搶奪罪嫌疑人逮捕。

嗣後檢察官依刑法第 325 條第 1 項普通搶奪罪起訴頭目父子，並聲請簡易處刑，第一審法院調查後認為，陳登茂持有的蜂蜜並非採自頭目父子所有土地，故蜂蜜並非頭目父子所有，而頭目父子的土地上亦未養蜂，其係出於不法所有意圖而搶奪陳登茂所有的蜂蜜，構成普通搶奪罪，處有期徒刑六個月，緩刑二年⁶。

頭目父子嗣後提出上訴，二審法院駁回其上訴並維持原判⁷，法官在二審判決提出了幾個認定共同被告有罪的重點：

（一）蜂蜜的所有權

經過調查，法院接納陳登茂的說法，認為：「被害人向案外人葉銀城借用阿里山鄉樂野村大埔事業區第一六四號林班地部分土地，自營養蜂場採蜜，有該林班地之臺灣省國有森林用地出租造林契約書及養蜂場、採蜜機具照片可參（警卷第十三至十五頁、偵查卷第二七至三二頁），其具有養殖蜜蜂以採集蜂蜜之能力，當無疑問。反觀被告雖為同事業區第一一七號林班地之承租人，案發地點所在公路貫穿該林班地，固有報告機關於九十二年三月八日與被告、被害人會勘之會勘紀錄、照片及被告等提出之臺灣省國有森林用地出租造林契約書可按（偵查卷第十七至十八、三三頁，本院第二審卷第五四至六二頁），然被告等既自承其承租之林班地內只有野蜂築巢，沒有養蜂（本院第二審卷第一六三頁），顯未生產蜂蜜」，據此，二審法院確認該蜂蜜是陳登茂所有，非頭目父子所有。

⁵ 有關本案事實內容，參見林玲君，鄒族民族自治之路—阿里山鄒族頭目蜂蜜事件法庭抗爭，收錄於 2003 年台灣人權報告，台權會企畫，2004 年，頁 1-8。

⁶ 參見嘉義地方法院 92 年度簡字第 1064 號刑事判決。

⁷ 參見嘉義地方法院 92 年度簡上字第 151 號刑事判決。

（二）頭目父子的不法所有意圖

其次，搶奪罪行為人主觀上還必須有據他人財產為己有的意思，法院針對頭目父子的主觀意圖指出兩個重點：第一，「公路本為任何人得自由往來、停留之處所，被害人客觀上更無進入林地竊取蜂巢、採取蜂蜜之現行犯舉止、表徵，足使被告等對其產生在林班地內竊盜之合理懷疑，自不得因被害人適巧路過休憩，即以被害人形跡可疑，彼等權益受損為藉口，進而掠取被害人之蜂蜜，是被告等有搶奪之不法所有意圖甚明」；第二，「苟被告等取走蜂蜜之用意係欲送警究辦，本有充裕時間與機會為之，尤其在抵達喪家或弔喪後更能從容處理此事（或於抵達喪家時借用電話報警，或在喪家就近訴請山美派出所受理，或回程時向途經之警察機關報案），竟捨此不為，坐待深夜始被警查獲，實難認被告等取走蜂蜜非欲據為己有[.....]被告並無抄錄車號之舉，被告等既未留存足資識別被害人之資料，又何從期待警方偵辦被害人是否涉嫌竊取蜂蜜，益見被告等有搶奪之不法所有意圖」。

換言之，法院一方面認為頭目父子沒看到陳登茂採集蜂蜜的行為，兩人均無法確認蜂蜜來源就取走蜂蜜，主觀上有侵奪所有意思，另一方面頭目父子未即時報警，又找不到任何車號佐證他們暫時取走蜂蜜是為了報警處理，故可認定有侵奪蜂蜜所有人地位的主觀意思。

（三）鄒族習俗的法律效力

頭目父子另從原住民部落文化角度提出抗辯，「我們並沒有想要欺侮任何人，並沒有想要傷害任何人，我們只是在不懂法律的狀況下，很多的行為我們沒有辦法知道我們在做什麼[.....]在我的觀念裏頭認為這個蜂蜜是從我的林班地裏盜採，在我的觀念裏頭就是占有我本人的權益」。

然而，法院並不接受頭目父子的說法，毋寧認為：「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之，中華民國憲法增修條文第十條第十二項前段固有明文，惟按人民之財產權，應予保障，同法第十五條亦有規定。因此，凡涉及原住民族與非原住民族之權利衝突事項，除法律基於正當理由，另以明文規定對於原住民族特別採取較優勢保護外，尚不能因原住民族係眾所公認之弱勢族群，即允其逸脫一般法律規範，對於他人之財產法益予以侵害。刑法第十六條前段規定，不得因不知法律而免除刑事責任，而搶奪本為文明社會一致處罰之行為，被告乙（頭目）供稱於日治時期曾就學三年，被告甲（頭目之子）供稱學歷為高中畢業（本院第二審卷第一六三頁），且被告乙陳稱其為鄒族頭目，並自許為『質樸木訥、認真盡責、恪遵傳統祭儀禮之男子』（本院第二審卷第五三頁），另依公知之鄒族習俗，被告甲將來亦有可能繼承其父之頭目職銜，顯見二人均為文明社會之成員，且為該原住民族現在與未來之精神領袖，彼等當認識『不得搶奪』乃放諸四海皆準之道德規範與法律誡命，是本案被告並不存在對於刑法禁止規範不知或認識錯誤之情狀」。

綜整上述，法院認為應該從「文明社會」的角度立論刑事責任成立與否，除非有獨立特別的法律明文，許可、寬貸或賦予原住民特別法律地位之外，原住民仍然必須遵守「文明社會」的法律誡命，不得主張其不知法律或有其他排除刑責的利益。

本案判決中，法院明確地展現了切割現有法律制度與原住民文化的立場，縱然憲法增修條文已有保護原住民部落文化的明文，但其僅屬政策性的宣示，不能貫徹到個案判斷，個案刑事責任

成立與否，仍只能依據現有的法律制度⁸。該案最後因不得上訴第三審，即以二審定讞，也正式宣告實務明確拒絕參酌原住民文化而決定刑事責任的強硬立場。

二、司馬庫斯竊取櫟木案

鄒族蜂蜜事件結束後兩年，我國司法實務又發生一則極為近似的案例。

2005年9月泰利颱風過境，新竹縣司馬庫斯唯一聯外道路中斷，居住於司馬庫斯的泰雅族人開始自力救濟，設法打通聯外道路。而在聯外道路上，正好有一株被強風吹倒、胸徑約60公分的台灣櫟木倒在路中間，原住民先行將該櫟木移至路邊，搶通聯外道路。不久林務局發現這棵被吹倒的櫟木，遂先將樹身切下截離，但樹根及部分枝幹深埋土中，無法取出，林務局就在櫟木上噴漆。但不久後，泰雅族的部落會議決定，基於原住民傳統規範，櫟木位於其傳統生活領域範圍內，屬於部落共同擁有的財物，故派遣三位原住民將其搬回部落作為美化雕刻，但在運送途中被巡山警察發現，警察隨即逮捕三位原住民。經新竹地檢署偵查後，以違反森林法第52條第4款及第6款之竊取森林主副產物罪起訴⁹。

本案原一、二審判決均認定三位原住民被告有罪¹⁰，其理由大致認為：櫟木仍在林務局管領之下，係屬國有，而三位原住民都看到林務局在櫟木上的紅色噴漆，也都知道紅色噴漆的法律意義，故三位原住民都有竊取國有林木意思；此外，原住民族基本法第19條所謂原住民得於原住民族地區從事「採集野生植物及菌類」等非營利行為，仍須依據林務局訂頒的法律，而依國有林林產物處分規則第14條規定，應專案申請，三位原住民都未提出申請，自不得阻卻違法。原一、二審判決均認為三位原住民有罪。

本案後來上訴至最高法院後，最高法院則罕見地提出完全不同的看法¹¹。最高法院認真地考量原住民文化的獨特性，從而認為：「原住民族之傳統習俗，有其歷史淵源與文化特色，為促進各族群間公平、永續發展，允以多元主義之觀點、文化相對之角度，以建立共存共榮之族群關係，尤其在原住民族傳統領域土地內，依其傳統習俗之行為，在合理之範圍，予以適當之尊重，以保障原住民族之基本權利。本此原則，原住民族基本法第三十條第一項已經揭示，政府處理原住民族事務、制定法律或實施司法程序等事項，應尊重原住民族之傳統習俗、文化及價值觀等，以保障其合法權益。從而原住民族在其傳統領域土地內，依其傳統習俗之行為，即不能完全立於非原住民族之觀點，而與非原住民之行為同視」。

不過，最高法院並沒有完全延續上述尊重原住民文化的基礎論點，接續的論述中，最高法院轉而強調，二審判決所謂必須「專案申請」，其實是依據「國有林林產物處分規則」，該規則法源依據是森林法第15條第3項，然而三位原住民被告主張的「原住民生活慣俗」則是森林法第15條第4項，兩者母法依據並不相同，故應發回重審。最高法院只提出了授權母法上的不一致，但並未言明應該如何尊重原住民傳統領域土地內的慣俗。

⁸ 值得特別注意的是，法院描述現有法律制度時，採用了「文明社會」的字眼，這樣的宣示似乎暗喻著，無法與現有法律制度融合的原住民族群，是一個「不文明」的社會，雖然筆者只能從字裏行間推敲法院隱約透露的立場，但這也暗示了，原住民決定其行為時，應放棄循依「不文明」的原住民文化，而應優先遵守「文明」的漢文化法律制度。

⁹ 森林法第52條規定如下：「竊取森林主、副產物而有左列情形之一者，處六月以上五年以下有期徒刑，併科贓額二倍以上五倍以下罰金：[.....]四、結夥二人以上或僱使他人犯之者。六、為搬運贓物，使用牲口、船舶、車輛，或有搬運造材之設備者。」

¹⁰ 第一審是新竹地院96年度易字第4號刑事判決，第二審則是台灣高等法院96年度上訴字第2092號判決。

¹¹ 參考最高法院98年度台上字第7210號判決。

有趣的是，在接下來的更一審中，法院則另闢蹊徑排除了三位原住民被告的刑責，其主要論據有三：首先是從原住民文化的實質可罰性角度立論：「被告三人方依司馬庫斯部落決議，欲將檫木殘餘部分運回部落以美化部落景觀，是被告三人之行爲，並未破壞森林自然資源，且欲發揮該檫木之公益及經濟效用，是被告三人之行爲，並未違反森林法之立法目的。依據慎刑原則，唯具有社會倫理非難性的不法行爲，始有動用刑法手段之必要；然如上所述，被告三人之行爲，既符合原住民族之傳統文化及生活慣俗；且與國家財政資源分配使用之目的，不相違背；又未違反森林法之立法目的，是被告三人之行爲，並不具有社會倫理非難性」。

其次，更一審法院接續推論被告三人欠缺主觀的不法所有意圖：「被告三人係基於部落傳統文化及生活慣俗，遵循司馬庫斯部落決議，欲將上開檫木殘餘部分運回部落，以作為部落造景美化景觀之用，渠等主觀上並未具有不法所有之意圖。」

最後，更一審法院沿承了最高法院的看法，認為本案涉及森林法第 15 條第 4 項的規定，而非同條第 3 項及依該項而訂頒的「國有林產物處分規則」，但目前並無任何依同條第 4 項所訂的原住民採取森林產物管理規則，自不得依因行爲人未專案申請，而認定成立本罪。

更一審裁判後，檢察官宣告不再上訴，三位原住民被告即無罪確定。在判決中，法官在考量三位泰雅族被告的原住民文化背景，並基此而獲得無罪判決結果，也得到大多論述的認同¹²。

三、司法實務中的原住民文化

上文以簡要篇幅，分析了我國法院從 2003 年到 2010 年間的兩則主要判決，這兩則判決有一個共通特色，此即涉案的原住民被告雖然知悉在現代法律體系中，他的行爲可能構成違法的犯罪行爲，不過，從原住民被告本身的部落文化看來，其行爲卻完全合乎部落的文化期待，當原住民被迫在實證法及部落慣習間選擇時，一旦原住民選擇了其所生、所長的部落慣習時，就有可能違反實證法規範。鄒族頭目父子爲了捍衛其族內土地的蜂蜜，直接奪取出現在傳統區域四周之可疑人士的蜂蜜，他們依循了鄒族保護土地產物的部落文化，但卻可能構成現行法的侵奪財產罪名；司馬庫斯的三位原住民青年遵承部落會議決定，取走在其傳統領域內的檫木，他們雖然都知道，該檫木已經被林務局標記，理應屬於國有物，但仍優先依循原住民部落會議的決定而取走，依現行法即可能違反森林法。

當原住民陷入類似「實證法 / 原住民部落文化」的衝突時，是否要考慮部落文化的獨特意義，從而限縮涉及刑責的實證法處罰範圍，就成爲一個刑事司法不易應對的難題。2003 年時的判決中，法院完全不認可鄒族的獨特財產慣習，也未承認其文化脈絡的特殊性，在判決中只憑多數主流見解審判，而支撐該主流見解的文化屬性，則是漢人文化以及法律秩序繼受而來的西洋文化，這一點尤其可從法官採用的字眼「文明社會的法律規範」看得出來，對應於此，法官內心其實已經將原住民文化背景，想像成「不文明」的他者。

隨著原住民文化逐漸受到關懷，我國司法實務也意識到原住民族傳統慣習對其行爲選擇的影響力，司馬庫斯案可說是原住民文化獲得司法實務認同過程中，最具有指標性的判決。三位原住民被告並非爲了個人財產利益才取得檫木，他們毋寧遵守部落會議決定，取得目的更是爲了美化部落，法官最後以主觀上欠缺不法所有意圖爲由，排除他們的刑事責任。

¹²對本案刑事責任的評釋，參考王皇玉，原住民犯罪與不法意識之研究—兼評新竹縣尖石鄉風倒木竊取案件，收錄於同作者《刑罰與社會規訓》，2009 年，頁 251-279。

值得注意的是，法官在整個判決的行文中，其實並未完全接納原住民在其傳統領域中，可以享有獨立、迥異於現代法律秩序的財產觀點。也正因如此，法官未曾認為涉案檫木在客觀的法律秩序下，應該歸由原住民享受受益，質言之，一棵生長在原住民傳統領域內的檫木，當其因風災而倒下後，其所有權並不直接歸於居住於土地上的原住民享有，而是直接認定屬於國家所有，並由公家機關林務局管理，縱然原住民自信這是他們享有權利的檫木，但事實上，其行為客觀上仍侵犯了國家所有權利，只不過，法官取巧地利用主觀角度的刑法論理，認為原住民欠缺侵奪「國有」檫木的不法所有意圖，從而予以除罪。然而從整個判決論理中，我們仍可發現這種漢人及西洋文化觀點所呈現的所有權理論深蘊，只不過法官技巧地將這種文化脈絡隱藏起來而已¹³。

即便作為指標判決的司馬庫斯檫木案中，法院扭捏且不太直接地接受原住民文化的律法觀點，但至少司法實務已經意識到原住民文化的獨特性，也設法在判決中表現出刑事司法的尊重。進一步問題則是，如果未來又再次發生類似事件，刑法學應該如何回應原住民文化？如何實踐對原住民文化的尊重？

要回答這個問題，筆者認為必須先注意兩個思考脈絡。第一個脈絡涉及刑法的概念效用。刑法學之所以必須存在，是為了確保施用刑事制裁的穩定性及一致性，使刑罰能夠維持解決社會紛爭的最後手段（*ultima ratio*）機能，並防止法官憑藉感情因素而任意使人入罪。刑事責任成立與否，都必須仰賴刑法釋義學發展出來的概念與體系，法官進行個案裁判時，也必須排除私人情緒或感受，只能運用這些具有特定內涵的概念、體系認定犯罪是否成立，否則一個時時納入法官個人感情的司法實務，必然出現結果依憑法官恣意判決的缺點。而依現代刑法學及司法實務的定見，成立犯罪必須審查構成要件該當性、違法性及罪責等三個主要層次，每個層次又有個別、具體的內在元素，每個涉及刑事責任的要素都有其固定的定義與概念範疇，不應該因為特定被告而扭曲解釋。

在刑法的理論脈絡下，縱然刑事司法必須尊重原住民文化及其慣習，但這不代表原住民慣習可以「直接」作為構成或排除刑事責任的理由，我們不能因為原住民在其傳統領域該當刑事法條文，就直觀地認為這裏只適用原住民慣習，與非原住民文化的漢族或西洋刑法無關；毋寧應該認為，原住民慣習必須能夠融入既有的刑法體系，並關涉犯罪成立各項條件中的某個要素，才能對刑事責任成立或排除發揮影響力，否則仍然僅是外於犯罪結構的文化或族群感情問題。

從某個角度觀察，我國法院極其重視刑法概念的獨立脈絡，確實精準而過人地掌握其精髓，正如前文已經強調過，在司馬庫斯案的更一審判決中，法院雖然列出三個排除刑責的理由，但其中真正具有關鍵意義的，從來不是直接本於原住民慣習而認為原住民被告欠缺可非難性，相反地，法院只因行為人高度認同原住民慣習下的財產分配秩序，該認同甚至遠較既有的法律規範更強烈，進而欠缺不法所有意圖，所以法院願意排除刑責。從法院完全刑法學取向的論述中，其實並未真正承認原住民傳統規範的實質效果，法院自始至終都是依主流文化從事審判工作。

不過，即便為了穩定犯罪成立範圍，犯罪及刑法概念本身有外於社會結構的需要，我們仍必須思考另一個脈絡，此即社會行動的多元文化性格。簡單地說，正因刑法必須維持其運作的一致性，刑法必然選擇社會上最一般性的文化共識，入罪理由即是，行為人侵害了社會多數文化共識普遍認同的重要利益。

整體而言，台灣多數人口由持漢文化觀點的公民組成，刑法在文化背景上自然會選擇主流文

¹³進一步的批評，見黃居正，無成長的原住民財產權論述，收錄於2003年台灣人權報告，2004年，頁47-62。

化，原住民的文化脈絡往往在刑事責任的認定時被犧牲掉。問題是，原住民本於其部落的文化規範而作特定行為，倘若該行為依刑法及其背後的漢人文化而構成刑事責任時，原住民就會面臨到底應該依其部落規範，抑或非部落規範的現行實證法行為的規範衝突，如果原住民依循部落規範，可想而知就是牴觸現行法，甚而構成犯罪；相反地，倘若原住民以現行法為優先依歸的行為規則，那麼原住民顯然必須放棄自己內心的原住民文化認同，這也絕非多元社會所樂見。試想泰雅族的原住民，他到底應該遵守部落會議的決議，取得林務局標記的櫟木？還是應該不睬理自己所源的部落會議，一切以現行法律為據？

即便刑法有穩定社會秩序的固定可罰範圍天職，但當刑法背後的主流文化與原住民文化衝突時，刑法顯然不能忽視原住民特殊的文化背景，一切均依刑法判斷刑責。兩權執中，筆者認為具有實踐意義的作法，應該是設法將原、漢文化衝突的特殊情況，納入刑法體系內部，作為一種除罪或至少是減輕刑責的理由，亦即，刑法不可能使用無從概念化的理由作為排除刑責的依據，真正有意義的作法，仍是設法將原住民的文化規範及傳統慣習，以及原住民對於其所有文化的認定，納入刑法釋義學的框架？這個問題將於下一段中回應。

參、刑法如何回應原住民文化？

既然刑事法必須透過固有概念、體系整合原住民的文化背景，以因應糾結在衝突情境中的原住民刑事責任，接續討論的重心就即是犯罪成立的各個要素，亦即：構成要件該當性、違法性及罪責，是否足以擔負處理文化衝突的理論效能。綜觀前文提到的兩則判決可以發現，當原住民面臨文化衝突時，操作刑法概念的刑事法院對文化衝突的回應，其實可以從個別的刑法概念，究竟涉及「成立犯罪」或「排除犯罪」的角度予以分類。

一、犯罪的成立要件

第一種類型涉及犯罪成立要件的解釋，所謂成立要件指的是，實現某個要件是犯罪成立的前提，一旦欠缺該要件時，即不成立犯罪。原住民文化視角在此的意義即是：能否因為行為人具有原住民背景，遵從原住民部落慣習而排除犯罪成立的條件，進而不成立刑責？以現行刑法學而言，犯罪的成立區別為構成要件、違法性及罪責等三大前提，其中涉及正面且必須滿足才能成立犯罪的要素，計有(1)客觀不法構成要件、(2)主觀不法構成要件及(3)罪責之不法意識等三個區塊¹⁴，這三個區塊恰巧都與原住民文化有若干程度關係，以下分別討論之。

(一) 客觀構成要件與原住民文化規範

在刑法理論中，客觀構成要件具有極為重要的功能，其以文字標明受到刑法禁止的行為類型，以及相應的損害結果，除非行為人實施符合構成要件描繪的客觀行動，否則刑法不得發動制裁。為了有效地限制成罪範圍，構成要件所設定的客觀行動及損害自應明確，並以限定型態的方

¹⁴或許會有論者質疑，不法意識在刑法體例中位於罪責，但除非少見的案例，否則不會積極地處理、判斷，那麼，不法意識能不能理解為一種「成立犯罪」要素，似乎不無疑問。對此筆者認為，之所以不會積極處理不法意識的原因有二，第一，不法意識的成立並不要求有現實的認知，只要行為人可得知悉，即能成立不法意識，這個標準同樣適用於故意犯；第二，因為標準相對寬鬆，會欠缺不法意識的個案，數目自然相對減少，也就產生不法意識似乎是除罪要素的誤解。事實上，任何犯罪要成立，行為人都必須知悉或至少可得知悉其行為的違法性，就此看來，不法意識當然是積極成罪要素。有關不法意識只需要潛在性的認知可能，vgl. Wessels/Beulke, AT, § 10 Rn. 429; Tonio Walter, Der Kern des Strafrechts, 2006, S. 321 f.

式有效管控成立犯罪範圍¹⁵。在這個意義下，如果不能統一構成要件個別要素的解釋，不免有因人設事或處罰範圍游移不定的疑慮，爲了穩定刑罰介入人民社會生活的範疇，筆者認爲解釋客觀構成要件時，應該維持法域內在的一致性，除非立法院已經通過針對個案的例外性實證規範，否則不應在個案中扭曲既有的解釋方向。

舉例來說，刑法 320 條規定的竊盜罪，必須竊取他人「所有」之動產才會成立刑責，依森林法第 52 條規定，要成立竊取森林產物罪，也必須該產物屬於「國有林產」，一旦認定原住民是所有人時，當然就不成立犯罪。鄒族的頭目父子主張在他們領域內蒐集的蜂蜜，其所有權應該認定屬於鄒族人，不可任意由外來者取得所有權；相同的情況，泰雅族的部落會議決議認爲，林務局未帶走的櫟木根部、枝幹亦產自泰雅族的固有領域，依泰雅族的部落慣習，族人自得加工使用。如果貫徹原住民部落的文化觀點，則蜂蜜及櫟木的所有利益應歸由部落享有，這兩個案例都會變成原住民所有權人使用、處分或保護其權益的行爲，不該當構成要件而不會成立任何犯罪。

不過，筆者對於上述見解則持保留態度，尤其考慮到客觀構成要件是成罪範圍最關鍵的元素，如果僅因行爲人具有特別文化背景，就直接依據該文化背景而排除刑責，勢必動搖刑法原有價值選擇而設定的成罪範疇，一方面可能會面臨因人設事，另一方面也會讓受到刑法規範之人無所適從。

以財產所有權的歸屬爲例，縱然法律應該尊重原住民在傳統領域內的財產分配觀點，但涉及到刑罰的國家權力時，仍應回歸至既有民事法框架中建立、理解的所有權分配理路，否則不僅住在傳統領域內的原住民未來利用該山林時，會遲疑是否成立刑責；相對地，進入原住民傳統領域的漢族人，也必須面對其行爲是否侵奪原住民財產的疑惑，這些顯然不是刑法所樂見的後果。換言之，不論是竊盜罪、搶奪罪或強盜罪，行爲人侵奪的動產必須屬他人所有（Fremdheit）¹⁶，他人所有的認定即應依據現行民法規定，除非已立法承認原住民特定領域內，可以直接依據原住民慣習決定其財產歸屬，否則原住民的文化慣俗原則上不應影響刑法條文中有關財產犯罪的所有權認定，¹⁷。

依上文見解，在此應依主流法律觀察視角決定客觀構成要件的所有權人，蜂蜜所有權應歸屬於被害人，頭目父子搶奪他人蜂蜜，該當搶奪罪的客觀構成要件；吹倒的櫟木仍然是國有財產，泰雅族青年未得主管機關林務局同意而取走櫟木，同樣成立森林法第 52 條的客觀要件。

（二）主觀構成要件與原住民文化規範

接著談主觀構成要件。在通說觀點下，主觀構成要件大致上可分爲：對應於客觀事實的「故意」，以及不需要客觀事實對應的「意圖」¹⁸。這裏涉及的問題是：當原住民內在意識上，認爲所屬部落的文化規範優先於實證法規範時，依據其族群背景的文化規範爲特定行爲，此時原住民的想法上，可能並不認爲他的行爲侵害法益，此時就有可能排除主觀構成要件故意或意圖。

從前文觀察已可發現，我國實務往往不樂意正面肯定或否定部落文化的刑法效果，因此客觀

¹⁵此即構成要件明確性的要求，參見林鈺雄，新刑法總則，2011 年 3 版，頁 44-46；vgl. auch „Garantiefunktion des Strafgesetzes“ Wessels/Beulke, AT, 37. Aufl., 2007, § 2 Rn. 44.

¹⁶Vgl. Rudolf Rengier, BT/1, 11. Aufl., 2009, § 2 Rn. 6.

¹⁷從財產權角度對實證法不承認原住民財產權的批判，另見吳豪人，台灣原住民的財產權：市民法與傳統規範的衝突，收錄於台灣新憲法，2005 年，頁 301-317。必須強調，筆者十分贊同吳教授提出的修法意見，但從刑法學角度而言，只要實證法對財產權的規範還沒改變，爲了維持處罰範圍的穩定性，仍應依現有民法規定決定財產權歸屬。有關未來原住民自治法律中的財產分配對案，另參考吳豪人、黃居正，對市民財產制度的再檢視：由司馬庫斯部落公約到自然資源的歸屬，台灣國際法季刊，3 卷 1 期，2006 年 3 月，頁 253-258。

¹⁸參考林鈺雄，同前註 15，頁 187、199-204；Wessels/Beulke, AT, § 7 Rn. 208-209.

上仍不考慮，但基於行為人主觀確信而排除其成罪故意或意圖，自然成為實務見解的優先選項。例如前文提到的司馬庫斯櫟木案，縱然法院認為櫟木的客觀所有權仍歸國家，但最後仍然接受，原住民因遵守部落慣習，取得櫟木時，主觀上認為櫟木是原住民傳統領域內的自然產品，原住民部落享所有、使用的權利，故欠缺不法所有意圖。

值得思考的問題是：不論依實務或本文見解，都應該從單一文化取徑的實證法角度解釋客觀構成要件，那麼，判斷行為人主觀構成要件的時候，能不能拒卻單一的價值取向，甚或基於行為人的原住民文化意識，認定行為人不具主觀構成要件？雖然實務迂迴地採取肯定看法，不過筆者容有不同見解。

依筆者之見，主觀構成要件問題其實可分成兩個不同層次觀察，第一個層次是有關故意及意圖的內涵，亦即，原住民的傳統慣俗能否影響故意及意圖的定義？以故意而言，「故意」指的是行為人認知到，他的行為將會實現符合客觀構成要件的事實，而內在意思期待或至少不反對該事實的實現，當行為人主觀上符合上開認知與期待，就可以認定有故意，換言之，故意所需要的認知對應內容，其實已經限定在符合客觀構成要件的對應事實，而客觀構成要件又必須統一解釋，無須考慮原住民的文化特色，最後結論當然是：不論故意或意圖所需要認知或意欲的對象，都應抱持法秩序的一致解釋角度，不宜過多考慮原住民的文化特質，實務看法其實完全與本文相同。

第二個層次則涉及，當行為人有特別的原住民文化背景時，能否基於該文化背景而產生的個人信念，從而認為欠缺主觀構成要件？針對這個問題，我國實務展露出非常特別的思維方法，認為即便行為人認知其行為將實現構成要件，但仍出於原住民文化而自我確信他仍不成立犯罪時，即可推論行為人欠缺主觀構成要件。這一點尤其表現在司馬庫斯的判決中，法院非常清楚地指明，即使三位原住民被告知道被標記過的櫟木，正常情況下屬於林務局國有財產範圍，但仍基於其族群的文化確信，認為其族群可以享受該櫟木的所有利益，本於族群文化確信的主觀想法已足認定欠缺不法所有意圖。

某程度而言，上述實務操作固然考量符合除罪理念，但依本文之見，不無誤解刑法學理之處。析言之，只要行為人主觀上意識到，他的行為將會引致、實現符合客觀要件的事實，行為人即具有故意¹⁹；至於財產犯罪的不法所有意圖，只要求行為人知悉他將違反民事法律秩序而侵奪他人財產終局利益即足²⁰，由於這是入罪且追求法律秩序統一關係的構成要件，行為人企圖違犯的民事法律秩序，當然指的是依主流文化塑造的現行法律秩序。

再回頭審視司馬庫斯案，三位原住民青年完全知悉主流的法律秩序內容，他們知道林務局作業慣例，也知道依財產分配的法律秩序，該櫟木屬於國有，他們帶走櫟木，其實侵奪了現行法許認的財產分配秩序，原住民並非不知道主流文化價值下的財產關係，他們只不過優先遵守自身的文化，但這樣的信念及行動選擇，尚不足以作為排除故意及不法所有意圖的理由，更精確地說，只要原住民知悉現行法規範的財產秩序關係，也知道他們取得林務局的國有財物，就應該認定有故意及不法所有意圖，實務見解在這一點上似乎有相當誤會。

同樣的觀念也可以應用在鄒族蜂蜜案。被告頭目父子認為出現在其固有領域中的蜂蜜，在傳統屬於鄒族固有財產，但他們其實並不完全確定其來源，相反地，頭目父子主觀上不完全排除該蜂蜜可能是被害人所有，只不過為了保護可能屬於自己的財產利益，頭目父子先予扣留。從這一段描述中，頭目父子主觀想法包括三個不同層次：(1)蜂蜜可能源自鄒族土地而屬鄒族財產、(2)

¹⁹Vgl. Wessels/Beulke, AT, § 7 Rn. 203.

²⁰Rengier, BT/1, § 1 Rn. 38.

蜂蜜也可能屬被害人所有、(3)因為不確定所有權歸屬，因此必須先予扣留。

上述第(1)層次與第(2)層次的主觀意思，其實是一體兩面，綜合起來即是：頭目父子並不確定該蜂蜜究竟屬於鄒族或被害人，而在不確定歸屬的認知狀況下，即先搶奪被害人的蜂蜜，從刑法角度來看，搶奪故意只需要認知到其行為侵奪他人財產，頭目父子既有第(2)層次的認知，已經可以認定滿足搶奪的間接故意²¹，此外，倘若蜂蜜屬於他人所有，則頭目父子必然侵奪他人依民法享有的所有地位，已經可以認定具備不法所有意圖，該當搶奪罪主觀構成要件。至於第(3)層次的意圖，其實無涉於主觀構成要件，該想法主要與違法性階層的阻卻違法事由有關，這一點將於後文討論。

(三) 不法意識與原住民文化規範

最後是位於罪責階層中的不法意識問題。有別於故意關涉事實的認知，不法意識主要與行為規範禁止的認知有關，若要順利地成立犯罪，行為人主觀上必須知悉，他所實施的行為違反法律，一旦行為人欠缺此一認知，依現行法及其所依據的罪責理論，即必須視該認知欠缺出於可避免或不可避免，再決定是否減刑或免除刑責²²。

在原住民犯罪的領域中，主要問題仍然是：倘若原住民主觀上認為，在部落的固有領域中，部落文化及部落的共同決議有比現行法更高的效力，故實施違反現行法的行為時，能否主張因為認同部落文化的優先拘束效力，故自認其違反現行法的行動仍屬合法行為，從而欠缺不法意識？這個問題尤其清楚地表現在司馬庫斯案中，原住民青年都知道森林法規及林務局行事慣例，只不過他們認為部落會議決議具有更高的適用優先性。

事實上，這個問題涉及不法意識的認識對象，要認定行為人有不法意識，究竟應要求行為人認知現行實證法指涉的法律秩序，或是超越實證法而上溯到非屬實證法的「法律之倫理基礎」層次。如果認為不法意識指的是「行為人知悉或可得知悉，他的行為不符合現行有效的實證法規範期待」(亦即：違反實證法之認知)，那麼在個案中，行為人是否認同優先於現行法的其他倫理或文化規範，當然不會影響不法意識的成立與否，只要行為人清楚認知其行動違背實證法規範，就可以認定具有不法意識；相反地，如果認為不法意識認知對象必須上溯到作為法律秩序源頭的倫理基礎，即便行為人知悉他的行為違反現行實證法，也不足以即刻認為有不法意識，行為人毋寧必須認知其行為違反作為法律基礎的倫理、文化或道德規範，才能判定有不法意識，在這個觀點下，縱或行為人明知其行為違反實證法，但只要行為人主觀上具有優於現行法律秩序的其他倫理、文化或道德確信，因而認為該確信具有優先於實證法的效力，此時仍應認定行為人欠缺不法意識，考量其有無可避免性而減輕或免除刑責。

若採取第一種見解，無異完全以現行實證法秩序的認知，作為不法意識的判定基礎，對於某些具備特殊法律確信的行為人，例如本於宗教信仰而拒絕服兵役者，似有失之過苛的結論，然而反過來說，由於倫理、文化或道德規範不必然與實證法的規定相一致，如果僅因行為人認為自身的倫理信仰優於刑法實證法規範，就可以排除其不法意識，那麼主張幫派規程優於刑法的黑社會小弟，信仰特殊宗教而為了「拯救世界」殺害他人的信徒，都可以認為沒有不法意識，這樣的結果顯然不可能被接受。

就上述問題筆者認為，不具有實證性的倫理、文化或道德規範本身有多樣性的內容，作為入

²¹Wessels/Beulke, AT, § 7 Rn. 214-217.

²²林鈺雄，前揭註 15，頁 342-344。

罪前提之一的不法意識，如果還必須顧慮這些浮動且具有個別差異的非刑法規範，某程度會造成認定刑責的不穩定，任一信仰就可以直接創造減免刑責的理由，基於欠缺不法意識的禁止錯誤勢必出現在所有的犯罪中，試想：竊盜行為人能否主張「我信仰某宗教，其教義認為資源應由世人共享，因此我認為竊取他人東西不犯法，即使刑法處罰竊盜罪？」，這個問題的答案顯然是否定的，要求不法意識必須串連到行為人對於實證法之外的道德議題，自然是一個過當的要求。

此外，一個明知違反實證法、卻因試圖遵守其他規範而仍實行犯行的行為人，他其實已然拒絕遵守實證法行為規則，如果任何拒絕服從刑法誡命者都能基於「我信仰比實證法更優越的其他規範」而成立禁止錯誤，這毋寧必然導出刑法不具任何效力的結論，刑法指陳的行為規範也必然成為空談²³。

綜合上述兩點理由，不法意識的認知對象，仍然必須關連至現有實證法律秩序，只要行為人認知或可得認知其行為在現行法律秩序下不被許可，就足以認定行為人具有不法意識²⁴。此一見解也構成通說的主要內涵²⁵。

再以上述觀點來思考蜂蜜及司馬庫斯兩案例，就會發現兩個案例其實關涉不同層次問題。

蜂蜜案已如前述，主要的爭點應該是事實層次的認知，而不是規範層次的不法意識問題，頭目父子本來就知道蜂蜜可能屬於他人，他們也知道搶奪他人所有財物的行為違反刑法，頭目父子只是覺得系爭財物可能屬於部落所有，出於保護部落財產的頭目職責，必須先行扣留財物，只不過該蜂蜜在法院依主流文化價值判斷後，仍屬於被害人所有，換言之，頭目父子認為該蜂蜜有可能屬於鄒族人，故必須先以私力手段保存蜂蜜，以免被他人取走而難以回復持有，這個想法關聯到阻卻違法事由之事實誤解，亦即，客觀情事上並無阻卻違法事由情狀，但行為人認為自己在保護其部落所有利益，誤認為有阻卻違法事由，但無論如何，並不會因為行為人對於「得否即時施行私力保護部落財物」的誤解，隨即排除行為人「知悉其行為可能違法」的結果，更精確地說，頭目父子自始知道法秩序不許可任何人搶奪他人財物，又知悉蜂蜜可能屬於他人（當然也可能屬於鄒族自己），他們已足知悉其行為可能違反主流文化的法秩序，可以認定有不法意識。

至於司馬庫斯案則比較直接涉及不法意識²⁶，三位原住民被告明知其行為可能觸犯森林法，但認為在原住民固有領域中，應該優先遵守部落會議的決議，在此發生了基於主流文化的現行刑法規範及原住民文化間的衝突關係，三位原住民青年選擇部落文化作為優先的遵循對象，在這裏可以很清楚地觀察到實證法規範與行為人個人文化背景間的衝突關係。雖然從某個角度來看，原住民青年依循其部落決議，他們當然自認其行為合乎法律甚或是普遍的倫理法則，但已如前文所述，筆者主張不法意識的認知對象，僅有實證法內部的禁止規範，行為人知悉或可得知悉其行為違反實證法規定，即可認定有不法意識，以此一標準來看，三位原住民青年縱然面臨規範適用的優先性衝突²⁷，但該衝突仍不足以排除不法意識，因此本案應無依據刑法第 16 條規定減免刑責的空間。

²³ Vgl. Rudolphi, Bedeutung eines Gewissensscheidens für das Strafrecht, in: Hans Welzel-FS, 1974, S. 632; Frisch, Gewissenstaten und Strafrecht, in: Friedrich-Christian Schroeder-FS, 2006, S. 22.

²⁴ Matthias Herdegen, Gewissensfreiheit und Strafrecht, GA 1986, S. 103.

²⁵ Vor allem MK-Joecks, § 17 Rn. 10, 12, 20; Roxin, AT/1, § 21 Rn. 12, 15.

²⁶ 支持原住民優先依部落規則行動，即可考慮認定欠缺不法意識的見解，見王皇玉，前揭註 12，頁 273-278。

²⁷ 德國學理將此種情況另稱為「效力錯誤」(Gültigkeitsirrtum)，指行為人雖知其行為違法，但認為違法規定對其不具有拘束力，他毋寧受到比實證法效力更高的規範（道德、倫理、宗教）所拘束，vgl. Roxin, AT/1, § 21 Rn. 25.

(四) 小結

論述及此，筆者主張有關犯罪成立要件的解釋，不論是要件內容的篩選，亦或行為人主觀認知成立與否的判定，都應該依循主流文化的法律一般秩序，不宜納入過多原住民文化觀點的考量。成立犯罪的客觀、主觀構成要件，以及罪責階層中的不法意識，都應該從實證法律秩序的角度判斷，只要客觀上符合實證法，主觀上知悉或至少可得知悉實證法的違反情事或禁止效力，就應該認定系爭要素成立。

二、犯罪的排除要件

雖然上文採取了看似保守的見解，幾乎不容許在刑事責任成立要件區塊，考量原住民文化及慣習的特殊性，但這不代表本文完全否認原住民文化對刑事責任的影響，相反地，本文傾向立場是：刑法應該考量原住民文化的特殊性，排除或至少減輕面臨文化衝突情狀的行為人之刑責，相關的刑法概念主要是阻卻違法及減免罪責事由，以下逐項分析之。

(一) 阻卻違法事由的解釋

在刑法體系中，第二階層的違法性有別於構成要件，違法性階層擔負排除刑責的功能，只要能符合阻卻違法事由（*Rechtfertigung*）的規範，構成要件該當的侵害行為即非不法行為。而依現行通說，刑法採實質違法性理論，縱然不是法律明文規定，但只要具備優越利益（*Überwiegende Interessen*），亦即行為人出於保護高價值的利益而侵害低價值的利益，即可阻卻違法²⁸。刑法因而承認除了法定阻卻違法事由之外，還有超法規的阻卻違法事由²⁹。總之，違法性的效果是排除刑責，刑法理論並不堅持必須有法律實證規定為前提。

刑法既然已經承認，即便立法者未明文授權，仍可依超法規阻卻違法事由而排除刑責，當原住民的行為基於其固有文化規範行事時，其所依據的部落規範，當然也可能用來解釋阻卻違法事由的實質內容。

具體適例即森林法第 15 條第 3 項及第 4 項的不同規定，該條第 3 項規定：「國有林林產物之種類、處分方式與條件、林產物採取、搬運、轉讓、繳費及其他應遵行事項之處分規則，由中央主管機關定之」，不過立法者隨而在第 4 項接續規定：「森林位於原住民族傳統領域土地者，原住民族得依其生活慣俗需要，採取森林產物，其採取之區域、種類、時期、無償、有償及其他應遵行事項之管理規則，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之」，換言之，一般林地產物只能依據主管機關的規範處理，但只要林地地位於原住民傳統領域內，該地的原住民族可以依據其慣俗所需，採取森林作物。不過立法者為德不足地留下一個伏筆：「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」，此即原住民慣俗必須優先得到主管機關的承認，才能於個案中發生效力。

司馬庫斯案的各項爭點之一，即為被告三人得否依據森林法第 15 條第 4 項規定排除刑責³⁰，從刑法的角度來看，這是一種立法者特別在法令中規定，只要行為人依據法令規定行事，即便侵害法益，仍為法律所許可的「依法令之行為」。

²⁸Roxin, AT/1, § 14 Rn. 40.

²⁹林鈺雄，前揭註，頁 227-228；Wessels/Beulke, AT, § 8 Rn. 274.

³⁰修法歷程的討論，參考王皇玉，前揭註 4，頁 243-245。

問題在於，直至本案終審判決為止，主管機關並未依森林法第 15 條第 4 項規定訂頒法規命令，比較接近的規定，只有依第 15 條第 3 項訂定的「國有林產物處分規則」，該規則第 1 條同樣揭明：「本規則依森林法（以下簡稱本法）第十五條第三項規定訂定之」，而同規則第 14 條第 1 項第 7、8 款又規定：「林產物有下列情形之一，得專案核准採取：...七、原住民造林開墾，為排除障礙，須採取竹木，經查明屬實者。八、原住民為生產上之必要，其建造自住房屋、自用家具及農具用材（以下簡稱原住民自用材）須用者」，由於必須要由主管機關「專案核准」，在此就出現一個難以解決的問題：當原住民依據森林法第 15 條第 4 項「依其生活慣俗需要，採取森林產物」時，是否要依國有林產物處分規則第 14 條規定得到專案核准？

對於這個爭點，司馬庫斯案的歷審中出現了相反的看法，原二審法院認為本案涉及搬運樺木，該行為不是森林法第 15 條第 4 項規範的範圍³¹，上訴後，最高法院卻反對原二審法院的看法，最高法院先依其常見的方法，質疑原二審判決未詳盡調查本案究竟能否適用第 15 條第 4 項，接著再從極度形式的用字差異指出：「同法條第四項[.....]則為對於『位於原住民族傳統領域土地，採取森林產物』之特別規定。兩者所規範之範圍，並非同一。亦即第三項所稱之『處分規則』，與第四項所稱之『管理規則』，應分別訂定，且除有適用或準用之明文外，依第三項訂定之『處分規則』，並不當然適用或準用於第四項」，最後則提出疑問，要求更一審法院徹底再調查：「在尚未訂定『管理規則』之前，關於原住民族在傳統領域土地，『依其生活慣俗需要，採取森林產物』時，如何管理？有無明文適用或準用『國有林產物處分規則』之命令？」³²

為了回答最高法院的提問，本案終審的更一審改弦易張，專從森林法第 15 條第 4 項的規定討論本案刑責，不過法院又再次展現不敢直接面對問題的取巧路徑，更一審法院先說明了未有法律授權管理規則的事實，接著從原住民基本法的相關規定，指出「政府承認原住民族土地及自然資源權利，並尊重原住民族之傳統文化及生活慣俗」，而本案中原住民取得樺木是為了美化部落，「合於上開政府承認原住民族土地及自然資源權利，並尊重原住民族之傳統文化及生活慣俗之立法意旨」，最後導出：「被告三人之行為，既符合原住民族之傳統文化及生活慣俗；且與國家財政資源分配使用之目的，不相違背；又未違反森林法之立法目的，是被告三人之行為，並不具有社會倫理非難性」，但欠缺社會倫理非難性時，法院居然不敢大膽地認為這是阻卻違法的行為，反而又繞過阻卻違法的效果，認為這僅屬行為人欠缺「不法所有意圖」³³。

雖然歷審判決中詳盡地討論森林法許可原住民的林地合法使用範圍，但最後又轉向無主觀不法所有意圖的狡獪結論，顯然法院非常不樂見「無主管機關許可，亦得合法使用林地」的結論，從某種管制理論向度來看，這是行政機關必然的管制期待，但作為刑事判決理由，雖然都是無罪，不過筆者非常不同意法院觀點，以下說明本文對森林法第 15 條第 4 項的適用意見。

首先，森林法已經注意到原住民在固有領域內的森林使用問題，所以才會有第 15 條第 4 項的建制，該項雖然只提及「採取森林產物」的字眼，但從保護原住民慣俗的立法取向觀察，並無

³¹「系爭樺木位於 Mrqwang（馬里光）群傳統領域之土地上，原住民依森林法第 15 條第 4 項前段、原住民基本法第 19 條第 1 項，得依其生活慣俗需要採取野生植物云云。惟森林法於 93 年 1 月 20 日增訂第 15 條第 4 項規定：『森林位於原住民族傳統領域土地者，原住民族得依其生活慣俗需要，採取森林產物，其採取之區域、種類、時期、無償、有償及其他應遵行事項之管理規則，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。』，其立法理由係將原施行細則第 16 條有關國有林區內當地居民採取雜草、枯枝、落葉之許可規定，提昇至法律位階，此有森林法部分條文修正草案總說明在卷足憑（見被告所提附件 4），顯見該法第 15 條第 4 項之立法目的係將原住民在國有林區採取雜草、枯枝、落葉之行為合法化，而本案並非僅撿拾、採取『雜草』、『枯枝』、『落葉』等，而係搬運體型巨大且有相當高經濟價值之『竹木』、『枝幹』，顯與立法理由所規範之行為態樣不同」，參見台灣高等法院 96 年度上訴字第 2092 號判決。

³² 以上論述均參見最高法院 98 年度台上字第 7210 號判決。

³³ 以上論述均參見台灣高等法院 98 年度上更(一)字第 565 號判決。

任何限縮解釋的必要，相反地，只要是原住民在固有領域內的利用行為，應該儘可能地理解為該項規定的「採取森林產物」。

其次，依第 4 項所要求，必須有「管理規則」，但在欠缺管理規則的前提下，刑事法院不能只是因為形式上欠缺管理規則，就直接轉向導出「無不法所有意圖」，較合理的作法，其實應該是取決於系爭原住民部落的傳統慣俗，既然立法者已經接受原住民慣俗及傳統生活的需保護性，刑法沒有任何理由自外於這樣的立法判斷，作為阻卻違法事由之一，即便欠缺行政系統的管理規則，法院仍應該積極地將部落慣俗當作優越利益的參考指標，不必事事取決於主管機關訂頒的規則，否則只會讓立法者尊重多元文化的美意落空。

綜合上述，考量森林法並無任何「原住民採取森林產物」的管理規則，自應依原住民習慣決定，三位原住民被告依據部落決議取走櫟木，該決議也符合泰雅族長久以來的生活慣俗，故三位原住民自得阻卻違法而不成立犯罪，這樣的論證 才能符合法院所謂欠缺可社會非難性的意見³⁴。

（二）原住民文化脈絡與容許構成要件錯誤

除了阻卻違法事由的解釋之外，判斷原住民犯罪的違法性時，還可能會因為原住民所具有的部落文化背景，發生阻卻違法事由適用的問題，這種情況尤其會出現在依據主流文化的實證法秩序，客觀上並無任何保護法益的緊迫情事，但原住民行為出於其文化差異，認為自己侵害他人法益的行為，屬於合法保護自己或部落權益的行為，此時就會發生容許構成要件錯誤（Erlaubnistatbestandsirrtum）³⁵。

容許構成要件錯誤涉及阻卻違法事由的前提事實，亦即客觀上並無可以主張阻卻違法事由的情狀，但行為人誤以為其行為可以阻卻違法，學說上都認為這是一種事實層面的誤認³⁶，一般提到的案例大多是誤想正當防衛（Putativnotwehr），事例中的相對人並未試圖攻擊行為人，但行為人基於某些想像，認為他正受不法侵害，故實施攻擊行為以保護自己的法益，雖然學說上有許多不同看法處理相類問題法律效果，但一般都接受行為人雖然故意侵害他人，但這是出於保護自己或第三人利益的想法，故欠缺實質攻擊法益意思，只會成立過失刑責³⁷。

在原住民犯罪領域的適例即鄒族頭目父子搶奪蜂蜜案，當頭目父子當下本於鄒族慣俗，認為相對人可能竊取屬於鄒族族人所有的蜂蜜時，雖然事後確認，該蜂蜜所有權屬於相對人，但當下頭目父子為了保護部落利益而搶奪的行為，即可能涉及誤想正當防衛或誤想自助行為，析言之，頭目父子之所以必須奪取該蜂蜜，並非出於「積極侵害他人財產」意思，而是為了「保護部落財產」，只不過後來確認並無任何侵害財產情事，頭目父子誤以為發生侵奪部落財產事態的想法，即屬容許構成要件錯誤。

值得特別說明的是，本案並不是常見於教科書的誤想防衛，所謂誤想防衛，必須針對現時性的「假性」法益侵害行動進行反擊，但頭目父子發現相對人時，該相對人已經對蜂蜜具備穩固持

³⁴相近的討論，參考蔡志偉，前揭註 1，頁 1532-1535。

³⁵有關容許構成要件錯誤，參考林鈺雄，前揭註 15，頁 345-351；Roxin, AT/I, § 14 Rn. 52 ff.

³⁶Roxin, AT/I, § 14 Rn. 52.

³⁷我國實務見解，參考 29 年上字第 509 號判例：「防衛是否過當，應以防衛權存在為前提，若其行為與正當防衛之要件不合，僅係錯覺防衛，當然不生是否過當之問題。被告充當聯保處壯丁，奉命緝捕盜匪，正向被人認指為匪之某甲盤問，因見其伸手撈衣，疑為取槍抗拒，遂向之開槍射擊，當時某甲既未對被告加以如何不法之侵害，則被告之防衛權，根本無從成立，自無防衛行為過當之可言。至被告因見某甲伸手撈衣，疑其取槍抗拒，誤為具有正當防衛權，向其槍擊，固係出於錯覺防衛，而難認為有犯罪之故意，惟被告目睹某甲伸手撈衣，究竟是否取槍抗拒，自應加以注意，又非不能注意之事，乃竟貿然開槍，致某甲受傷身死，核其所為，仍與過失致人於死之情形相當，原審竟認為防衛過當之傷人致死，於法殊有違誤」，學說見解另見林鈺雄，前揭書，頁 346-350。

有狀態，換言之，他已經結束（被想像出來的）侵奪行爲了，頭目父子縱然要保護可能的部落財產，但這時他們主張的並不是對抗現時不法侵害的正當防衛，而是對帶著他們的財產要離開現場，而未來可能找不到侵害者，發生求償無門景況的「誤想自助行爲」（Putativselbsthilfe）。

自助行爲規定於民法第 151 條：「爲保護自己權利，對於他人之自由或財產施以拘束、押收或毀損者，不負損害賠償之責。但以不及受法院或其他有關機關援助，並非於其時爲之，則請求權不得實行或其實行顯有困難者爲限」³⁸，雖然條文中並未言明不成立犯罪，但不論我國或德國學說，都肯認自助行爲者必須在他人侵害其民事財產權的急迫情狀下，爲了保護自己民事權利，而依條文規定拘束他人自由、押收或毀損他人財產。依此一通說見解來看頭目父子當時的反應，他們確實認爲自己所屬的鄒族財產被相對人妨害，也確實爲了保護該利益，搶奪而暫時押收他人財產，只不過一方面鄒族財產利益未受妨害，另一方面頭目父子也未依民法第 152 條的規定聲請法院處理，簡言之，本案因客觀要素未曾滿足，根本不可能因自助行爲而阻卻違法。

不過，頭目父子主觀上顯然不這麼想，他們兩人均認爲該位處於原住民固有領域的漢人，可能已經侵奪了應由鄒族全體享有的蜂蜜，所以他們才會奪取並押收該蜂蜜。即便頭目父子並未即時向法院聲請，但上述主觀想像已經足以認定，頭目父子於奪取蜂蜜時，主觀上有透過該行爲保護自己財產利益的意思，只不過客觀上所有權歸屬相對人，不能成立阻卻違法的自助行爲，但行爲人卻又試圖出於自助行爲的意思而攻擊相對人，故此時可構成誤想自助行爲。再依通說對於容許構成要件錯誤的處理方式，行爲人只能認定成立過失刑責，然而刑法只處罰故意的搶奪行爲，不罰過失，最後結果即：鄒族頭目父子因爲誤以爲相對人侵奪鄒族財產，而搶奪其持有的蜂蜜，主觀上欠缺實施侵害法益意思，應認定不具該罪之故意，刑法又不罰搶奪的過失犯，故頭目父子無罪。

在既有的刑法理論架構下，其實已經可以導出頭目父子不負刑責的結論，可惜在本案發生的時空中，原住民文化從未受到重視，即便法院徹底遵從刑法學的概念思考頭目父子的刑責，但最後並未注意到頭目父子實施搶奪時的保護利益想法。

（三）減免罪責與其他除罪理由

1. 一般化的免責理由？

論述及此可以認爲，不論是鄒族頭目的搶奪案件，或是泰雅族青年取走櫟木案例，刑法學本身都有足以對應的概念，最終也都可以導出無罪的結論，即便如此，我們仍須注意，這些案例之所以能夠得到無罪的結論，部分是因爲立法者在法條中納入特別的阻卻違法事由而預作規範，部分則因行爲人在個案中涉及容許構成要件錯誤，這些都只是基礎刑法理論的應用而已，刑法並未因此而獨立發展出一套原、漢文化衝突時的法律對應策略。

倘若我們修正一下例子，假設在司馬庫斯案中，森林法並無前文提過的原住民用益特別規範（即森林法第 15 條第 4 項），此時遵循部落決議而涉案的三位原住民，無法依據依法令行爲而阻卻違法，他們也無從適用其他的阻卻違法事由，構成不法行爲，那麼進一步問題即是：刑法上能否本於尊重原住民文化的政策目標，接受他們部落文化對櫟木的處置，而不要任意動用刑罰？由於已經構成不法行爲，而罪責要素部分，又沒有法律明定可以減免罪責情事，面對這種明知違犯實證法，但基於原住民文化信仰而執意犯罪的行爲人，刑

³⁸有關自助行爲，參考許恆達，論自救行爲，收錄於甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集（上），2012 年，頁 297-327。

法確實難以因應。

同性質的問題其實不只是出現在原住民犯罪領域，試想因為宗教因素而拒絕服兵役的信徒，因為個人信仰而拒絕為自己或其受重傷子女輸血的病患或家屬，這些行為人共同之處，在於實證法對他們並非最高的行為指導原則，他們毋寧遵從道德、倫理、宗教或文化規範所提供的行為誠命，即使違反刑法的實證規定。雖然這些人成立犯罪，但若刑法執意介入、處罰，勢必使得刑法喪失最後手段性（*ultima ratio*）的機能，反而成為管制人民內在意向與思想的工具。

2. 從確信犯到良心犯—借鏡德國學理

本文並非此一問題的專論，只能在有限的篇幅內回應這個難題，為了設法讓相似案例除罪，德國刑法學上曾有非常深刻的討論，最早注意到這個問題的學者，其實是以法/道德區別命題聞名的 *Gustav Radbruch*。*Radbruch* 在 1920 年代草擬德國刑法典修正案時，提出一個非常特別的概念「確信犯」（*Überzeugungstäter*），確信犯指的是因為政治、宗教或倫理信仰之故，認為自己有義務實施特定行為，縱然該行為違反刑法規定，*Radbruch* 並認為，確信犯的可罰性較低，刑法典中應給予特定的優待處遇³⁹。

雖然 *Radbruch* 在 1920 年代，已經注意到與法秩序信念有別的確信犯問題，不過 *Radbruch* 的見解並沒有被立法接受，也沒有在學說上得到非常大的迴響。一直等到二次戰後的下一代學者，才重新本於法律的倫理、道德基礎意識，再一次關切確信犯與相關的法律議題，不過，此時經由學者 *Karl Peters* 的建議，進一步區別源自 *Radbruch* 的確信犯，以及基於德國基本法而導引出的良心犯（*Gewissenstäter*）⁴⁰，自此以後，「確信犯/良心犯」兩類不同的犯罪型態逐漸成為德國刑法上的通說見解，問題重心也從原來的確信犯轉到了良心犯的領域，即便該區分並未成為刑法典的一部分⁴¹。

依據 *Peters* 看法，良心犯指的是行為人本於特定的價值立場，對於善/惡（*Gut/Böse*）之間有其定見，並基於該價值立場選擇實施善的行為，對良心犯而言，僅當他實施特定價值觀點下的善行，才算是履行其行為義務，只不過該行為恰巧違反刑法規定⁴²，由於德國基本法第 4 條第 3 項禁止法律因個人的信仰、宗教或政治觀而受到差別待遇，*Peters* 因而認為，出於個人良心的行為必須免於國家的規範強制，縱或違反法律，也不得予以制裁⁴³；相反於良心犯，確信犯無涉於特定倫理或宗教的善惡價值選擇，因為確信犯不具有良心犯的倫理、宗教背景，確信犯只是因為政治或社會上的合目的性，認為某個特定的行動選擇是正確的，為了踐行其行動選擇而違反法律，這是一種個人意見的判斷，但不涉及個人所代表的倫理、宗教立場⁴⁴。

Peters 也舉了若干適例來說明良心犯的特點，例如明知法律規定違反其個人良知，而故意作出違法判決的法官，出於宗教信仰而拒絕為危險妊娠婦女實施人工流產手術的醫師等等⁴⁵，*Peters* 認為這些行為人均不應擔負任何刑事責任，至於如何在刑法理論中找到明確的依據，*Peters* 則取道禁止錯誤的觀點，良心犯雖然明知他違犯實證法規範，但因其受到更上

³⁹有關 *Radbruch* 的見解，參考 *Hans Joachim Hirsch, Strafrecht und Überzeugungstäter, 1996, S. 7 ff.*

⁴⁰*Karl Peters, Überzeugungstäter und Gewissenstäter, in: Hellmuth Mayer-FS, 1965, S. 257 ff.*

⁴¹*Peters, in: Hellmuth Mayer-FS, S. 263 f.*

⁴²*Peters, in: Hellmuth Mayer-FS, S. 270 f.*

⁴³*Peters, in: Hellmuth Mayer-FS, S. 276.*

⁴⁴*Peters, in: Hellmuth Mayer-FS, S. 272 f., 279.*

⁴⁵*Peters, in: Hellmuth Mayer-FS, S. 258.*

位階的自然法或倫理規範所拘束，因此最終看來，良心犯自認其行為合法，欠缺不法意識，甚至可以構成阻卻罪責的效果⁴⁶。確信犯的情況則不同，因為確信犯只是出於個別信念的選擇，並無背後必須承載的倫理規範，因此確信犯不能適用禁止錯誤以減免刑責⁴⁷。

Peters 提出良心犯作為實質排除規範衝突的除罪理由後，絕大多數的德國學者都接受他的看法⁴⁸，原先 Radbruch 概念下的確信犯，反而成爲一個不太熱門的話題。不過必須指明的是，Peters 雖然提出了良心犯的概念，但並未替良心犯的除罪依據找到適當出口，最後只援引了禁止錯誤的理由，也因此 Peters 以降的德國學者主要的思考方向，都設法從刑法的基礎理論角度，設法發展出適當的刑法概念以證成良心犯減免刑責依據。

現時德國通說接受 Peters 的定義，認爲良心犯與確信犯不同⁴⁹，前者可以減免刑責，但後者則無減免刑責問題。至於良心犯減免刑責的依據，通常以德國基本法第 4 條第 3 項對內在信仰或思想自由的保護爲理由，不過該自由保護並非沒有限制，毋寧以不侵害法治國的存在、法治國內在和平狀態及法治國成員的安全爲前提⁵⁰，然而因爲欠缺明文，實務及通說見解均認爲良心犯只能作爲刑罰裁量事由⁵¹，尙難直接作爲獨立的免責事由⁵²，不過學說上則有許多不同的意見。

其中一個非常大膽的看法認爲，德國基本法第 4 條對於內在信仰及思想自由的保護，可以直接作爲阻卻違法事由，排除良心犯的違法性⁵³。以具有代表性的 Hans Joachim Hirsch 見解爲例，Hirsch 認爲只要基本權主張者的行為不違反權利的內在框架，就應該排除任何國家的干預⁵⁴，因此重點應該是良心犯侵害的法益型態，只要良心犯行為不逾越基本法的保護界限，刑法就不應該介入處罰。依 Hirsch 之見，如果良心犯行為未侵害他人個人法益，而是影響保護不特定多數人的超個人法益時，例如出於宗教理由而拒服兵役的行為人，Hirsch 認爲此時可以直接援引基本法第 4 條規定作爲阻卻違法事由，故該良心行為人不違法⁵⁵。相對於此，倘若良心犯影響特定他人的個人法益，尤其是生命、身體或財產時，不得阻卻違法，但該行為可以考慮減輕罪責⁵⁶。

有別於 Hirsch 承認良心犯阻卻違法的意見，絕大多數的學者見解反而比較傾向從罪責角度立論⁵⁷。例如 Rudolphi 就主張，良心犯不影響關於不法的行為規範層次（Verhaltensnorm），而主要與刑事制裁的效果有關⁵⁸，由於良心犯糾結在個人宗教、倫理背景與法律行為誠命之間，Rudolphi 認爲此時行為人其實已經被他固有的背景意識強制去違反法律，刑罰在這個意義下，基本上幾乎等同於一個違反人性尊嚴的國家行為，必須考量

⁴⁶Peters, in: Hellmuth Mayer-FS, S. 279, vor allem Anm. 71.

⁴⁷Peters, in: Hellmuth Mayer-FS, S. 279, vor allem Anm. 71. 較近期的類似見解，可參見 Jorge de Figueiredo Diaz, Gewissenstat, Gewissensfreiheit und Schuldabschluss, in: Claus Roxin-FS, S. 545 ff.

⁴⁸Vgl. Hennung Radtke, Überlegungen zum Verhältnis von »zivilem Ungehorsam« zur »Gewissenstat«, GA 2000, S. 21.

⁴⁹不過學說上也有認爲兩者難以區別的見解，vgl. Herdgen, GA 1986, S. 115 f.

⁵⁰Roxin, AT/I, § 22 Rn. 108.

⁵¹Siehe NK-StGB-Neumann, § 17 Rn. 43.

⁵²Auch vgl. Böse, ZStW 113 (2001), S. 74 f.

⁵³例如 Hirsch, S. 20 ff.; Otfried Ranft, Hilfspflicht und Glaubensfreiheit in strafrechtlicher Sicht, in: Erich Schwinge-FS, 1973, S. 116; Radtke, GA 2000, S. 33 ff. 由於良心犯的案例不涉及緊急狀態，因此無法主張緊急避難，不過在特定案例中，仍有可能構成之，vgl. Böse, ZStW 113 (2001), S. 46 ff.

⁵⁴Hirsch (Fn. 39), S. 14.

⁵⁵Hirsch (Fn. 39), S. 20 f.

⁵⁶Hirsch (Fn. 39), S. 22 ff. 值得特別說明，Hirsch 認爲違法的良心犯因欠缺法律明文，不可以直接導出排除罪責的結論，至多僅可減輕罪責而已。

⁵⁷Rudolphi, in: Welzel-FS, S. 629 ff.; Müller-Dietz, Gewissensfreiheit und Strafrecht, in: Karl Peters-FS, 1974, S. 106 ff.

⁵⁸Rudolphi, in: Welzel-FS, S. 630; siehe auch Müller-Dietz, in: Peters-FS, S. 106.

行為人欠缺期待可能性（*Unzumutbarkeit*）的特點，而認定為阻卻罪責事由（*Entschuldigungsgrund*），排除刑責⁵⁹。

類似罪責取徑的看法，另一種極為相近的見解源自罪責與刑罰預防政策的關係，此說由著名學者 *Roxin* 為代表⁶⁰。依 *Roxin* 之見，良心犯涉及基本權（個人內在信仰、思想自由）及保護法益間的衝突關係，即使基本法規定國家不得強制個人違反內在信仰而遵循特定行為規範，但這不代表出於內在信仰、思想而違反法律者，是一個合法的行為，*Roxin* 因而反對將良心犯當作阻卻違法事由⁶¹，不過，針對多數學者主張將良心犯定位在阻卻罪責，*Roxin* 則有不同看法⁶²。

Roxin 針對良心犯與罪責的關係指出，傳統罪責理論的核心是行為人的自我決定能力，要阻卻罪責必須有明確的證據，足以認為行為人陷入了心理強制狀態（*psychische Zwangslage*），才能肯認期待可能性有欠缺，然而，包括犯罪人在內，每個人都有良知，但擁有良知的情況下不代表必然依據良知內容行動，較多產生犯罪的情況，反而是行為人出於自由意志，決定不依據良知提供的道德命題迴避侵害他人，仍然堅持要實施犯罪。良心犯則剛好倒過來，良心犯認為良知的倫理命題比法律更重要，仍堅持遵從其良知因而犯罪，但之所以作出犯罪的決定，恰巧是其自由意志決定依從良知的結果⁶³。其次，依據通說見解，並非依循任何非主流規範的倫理期待而犯罪之人，都可以被當作良心犯處遇，基本上只有符合社會共同多元價值尊重、同時不逾越信仰、思想之基本權框架的狀況，才算是良心犯⁶⁴，如果認為良心犯欠缺意志自由而阻卻罪責，這種完全訴諸個人情狀的標準，理應一律適用阻卻行為人的罪責，不能夠還先篩選「良心」的內容決定能否阻卻罪責⁶⁵。*Roxin* 因此認為，真正關鍵的問題並非罪責，而是良心犯並無刑事政策上的預防需求，法律秩序不會期待透過處罰良心犯而使得社會成員理解到行為規範的實質內容，排除責任的理由其實是行為人的負責性（*Verantwortlichkeit*）而不是罪責，一個自由法秩序的國家必須本於政策上的合目的性，放棄對良心犯的處罰⁶⁶。

以上簡介了德國確信犯與良心犯學理的發展歷程，接續的問題是：我們是否可以將堅持部落慣習而觸犯刑法的原住民行為人，理解為確信犯或良心犯？如果答案是肯定的，那麼其法律效果又是如何？這兩個問題將於下文中回答。

3. 原住民犯罪與良心犯

第一個問題是原住民犯罪是否涉及確信犯或良心犯的領域？雖然德國刑法理論未曾真正處理這種部落文化間的問題，但其實相近似的問題通常以宗教差異的概念出現⁶⁷，尤其是所謂伊斯蘭教與穆斯林的問題，例如信仰伊斯蘭教的教徒本於教義而未以符合歐洲的人道

⁵⁹Rudolphi, in: Welzel-FS, S. 633.

⁶⁰Roxin, Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund, in: Werner Maihofer-FS, 1988, S. 396 ff.

⁶¹Roxin, in: Werner Maihofer-FS, 1988, S. 405.

⁶²類似見解另可參考 Frisch 的意見，其認為要從基本權保護與侵害法益間的衝突直接導出良心犯減免刑責，仍然有釋義學上的困難度。Vgl. Frisch, Grundrecht der Gewissensfreiheit und Gewissensdruck im Strafrecht, GA 2006, S. 273 ff.

⁶³Roxin, in: Maihofer-FS, S. 406 f.

⁶⁴進一步的討論，可參考 Otto, Gewissensentscheidung und Rechtsgeltung, in: Walter Schmitt Glaeser-FS, 2003, S. 26 ff.

⁶⁵Roxin, in: Maihofer-FS, S. 407 f.

⁶⁶Roxin, in: Maihofer-FS, S. 409 ff.

⁶⁷源自西方社會的宗教良心犯適例即耶和華見證會案，該案行為人出於宗教信仰而拒服兵役，vgl. Peters, Abschließende Bemerkungen zu den Zeugen-Jehovas-Prozessen, in: Karl Engisch-FS, 1969, S. 468 ff. 我國法上亦有相近的討論，可惜並未成為刑法議題，參考黃昭元，信上帝者下監獄？—從司法院釋字第 490 號解釋論宗教自由與兵役義務的衝突，台灣本土法學雜誌，8 期，2000 年 3 月，頁 30-45。

方式屠宰牲畜⁶⁸，類似問題會以伊斯蘭／基督之宗教差異理由，將其歸類為良心犯。相對於歐洲從宗教差異思考，論及原住民與主流法律漢文化的差異時，我們通常不會認為這是一種宗教問題，毋寧理解為文化差異，但事實上宗教是文化的一環，若採用同樣標準，我們也可以認為：原住民具有特別的泛靈與祖先信仰，該信仰認為原住民源自先祖固有領域中的林產，不應該任由外在入侵者利用，故其優先選擇信仰而違反現行法的行為，是一種宗教觀點與法律觀點的衝突。簡言之，不論採用宗教、文化來理解「伊斯蘭／基督」或「原住民／漢人」間的問題，其本質都在於社會中存在一個與主流認知有異的他種根本想法，問題只是這種根本想法能不能作為良心犯看待？⁶⁹

依筆者之見，當原住民出於其固有的部落信念，在明知可能違反法律的情況下，仍執意貫徹部落規範時，可以成立德國學說上所稱的良心犯。不過必須符合若干前提：第一，系爭原住民規範提供了一個明確的善／惡標準，而該善／惡的標準剛好悖反於刑法的合法／非法行為；第二，原住民在面臨上述差異時，為了踐履自身文化的特有目的，從而決定優先依據部落文化，而放棄遵守現行法規，原住民個人必須有不得已的情事存在⁷⁰；第三，該原住民的善／惡標準，並未悖反於憲政秩序提供的多元文化保護框架，亦即，行善卻違法的行為必須被承認為多元文化的一個可能選項，否則仍不足以構成良心犯⁷¹。

前文提及的司馬庫斯案修正版（亦即倘若並無森林法特別容許原住民利用林產的規定），恰巧是說明良心犯適用於我國的例子，三位原住民青年是在部落會議決定取走櫟木之後，才不顧林務局在櫟木上的標記而違法取得，由於案子發生在原住民固有領域內，而依據泰雅族的部落文化而言，山林資源不屬於特定人所有，而是由部落公有，任何人都可以採取、利用⁷²，正因泰雅族部落長老的決定，使得三位原住民青年負有採取林產的部落規範實踐義務，這是一個從泰雅族部落慣習看來，完全符合道德判準且遵崇部落慣習的行為，此外，憲法增修條文中強調保護原住民的傳統文化，對於固有領域內林產的採集當然也是原住民傳統的一部分，這是一個值得保護的多元文化利益。綜上，如果現行法中欠缺可以減免原住民採取林產品的規定時，三位原住民青年仍可構成良心犯，而得到刑罰寬貸的利益。

接續的問題則是，刑法學應該給予三位構成良心犯的原住民青年何種法律效果？前文曾提及，德國通說仍認良心犯只是刑罰裁量事由，筆者認為這是一個過度自限的看法，將良心犯當作刑罰裁量事由的反面意義，即是法律仍要處罰，只是減輕處罰而已，這已然暗示法律不許可任何他種文化的信仰空間。

⁶⁸Vgl. Martin Böse, Glaubens- und Gewissensfreiheit im Strafrecht, ZStW 113 (2001), S. 44.

⁶⁹值得說明的是，德國學者亦認構成良心犯的其他文化內涵，不以源自西方的特殊信念為限，即便是穆斯林或非基督教文化圈的信念，也有可能構成良心犯。Vgl. Hirsch (Fn. 39), S. 16. 此外，有關基督教文化及伊斯蘭文化間的差別，及其在法律領域中實踐的關係，另參考江玉林，社群主義在德國法哲學上的探討及其影響——從德國聯邦憲法院的十字架判決談起，月旦法學雜誌，51期，1999年8月，頁197-201。

⁷⁰相反地，如果特定原住民行為人犯罪，雖然表面上好像是為了遵守部落文化，但該行為人若內心中欠缺這種衝突引發的焦慮或緊張感，仍與良心犯無關。

⁷¹舉例來說，倘若原住民行為人執意「出草殺人」以祭拜祖靈，該行為已經不在多元文化的保護框架內，難以認為可以構成良心犯。

⁷²詳參本案更一審判決中引用的台大人類學系研究報告「近百年來，泰雅族森林動植物資源的使用觀念沒有太大的變化，其核心概念一直是部落公有的領地範圍內，動植物資源可由部落成員共享，其他部落不會越界取用，彼此也會互相尊重。由於對慣習法（gaga）及主宰賞罰之祖靈（rutux）的敬畏，人人都會遵守規定。...從傳統泰雅族對於山林資源的利用，可知野生植物不屬於任何個人所有，大家均可採用，這是一種分享的概念。也可說在泰雅族的慣習上對於山中的資源是採取一種開放的財產態度，採集果實、搬運木料等行為是被允許可自由利用的等語（詳該書第二二〇、二二一頁，見證物袋內上證八處）。」

不過，德國學者提出的各種解釋方法，也不是沒有問題。若干見解肯定侵害超個人法益的良心犯可以阻卻違法，姑且不論這種結論完全承認原住民文化的特殊性，甚至認為不遵守現行法亦無違法性，但筆者認為這恐怕過度解讀了行為動機與犯罪行為侵害法益的關係，因為阻卻違法事由必然出於優越利益關係，本說顯然將「本於原住民文化信念」直接當作一種保護利益來觀察，然而縱觀刑法的各項阻卻違法事由，幾乎沒有直接把行為人主觀信念當作受保護法益的例子，主觀信念基本上只是一種實行犯罪的動機（Motivation），動機可能有道德上的善念或惡念，但這種內在念頭很難直接揚昇而成為一種受到保護的客觀利益。

至於良心犯原創者 Peters 主張的禁止錯誤說，筆者已於前文提過，不法意識所要認知的對象，是行為違反實證法的規範關係，而不是行為違反法律秩序的規範誡命⁷³。

比較能夠接受的看法，仍然是獲得較多支持的罪責減免說，亦即，個別行為人在具體情況下，難以直接抗拒其自身文化背景所提供的行為指令，從而只好選擇違犯實證法規範，在此涉及的是遵從法律或部落規範的衝突關係，對於原住民背景的行為人而言，他們確實很難直接拒絕部落決議，而完全依循主流法律系統，事實上，若我們再進一步觀察，三位原住民青年基本上只有「取木而犯罪 / 不取木而違背部落規範」兩種選項而已，基此，筆者傾向接受三位原住民青年已經達到難以遵循刑法規範，欠缺而不只是減免個別罪責的程度，故應該認定其行為無罪責而不成立犯罪⁷⁴。

論述及此，筆者要強調的是：我國實務迄今尚未針對相似問題，發展出一套直接減免刑責的論述，所以法院往往苦於從前文提到的不法所有意圖的奇妙理由，設法排除面臨規範衝突的原住民刑責。但若參考德國學理提出的良心犯見解，透過罪責概念的實質定性，其實可能發展出一套處理相近問題的一般法則。

肆、結論

本文大致檢討論原住民犯罪可能涉及的幾個議題，總結研究成果如后：

1. 犯罪成立及刑罰科處涉及刑法概念操作，不論是成罪或除罪的理由，都必須要通過實證法或至少刑法概念的解讀，情感、認同、關懷不能直接當作成罪或除罪的法律理由。
2. 原住民犯罪縱然有文化衝突的難題要處理，但只要相對應刑法議題，就要發展出適合的理論或概念來處理其文化衝突的除罪。
3. 客觀、主觀構成要件及不法意識等成罪條件，原則上不應該過度考量不具有統一色彩的他種文化脈絡，應依現行法律系統的實證規範處理。但成罪條件以外的除罪條件，包括阻卻違法或罪責等事由，則應儘可能地考量非主流文化的他種規範關係，包括原住民的部落文化。
4. 鄒族頭目父子蜂蜜案中，應可肯定兩人均成立搶奪罪構成要件，但因鄒族頭目父子主觀上誤認他們奪取蜂蜜的行為合法地保護鄒族財產，這種一方面認知侵害，另一方面又認為侵害是為了保護法益的想法，是一種容許構成要件錯誤（誤想自助行為），雖無法阻卻違法，

⁷³Vgl. Rudolphi, in: Welzel-FS, S. 632 f.

⁷⁴至於 Roxin 對於罪責說的批評，筆者認為：阻卻罪責其實不必然要達到「無自由」的情況，只要自由決定陷入困難，縱然決定自由存在，也可以認定阻卻罪責。簡單地說，問題關鍵應該是行為人有「多麼困難」而必須依據其自由而選擇實行犯罪，而不是行為人選擇犯罪時有沒有自由。

但行為人只能論以過失責任，刑法中只處罰故意搶奪罪，不罰過失，故頭目父子無罪。

5. 司馬庫斯檉木案中，三位原住民青年同樣該當森林法的處罰構成要件，但森林法第 15 條第 4 項的阻卻違法事由應具體考量部落傳統文化，三位原住民青年基本上依循部落指令，應可肯定其阻卻違法而無罪。
6. 若司馬庫斯案中無森林法阻卻違法的規定，筆者認為三位原住民青年構成學理上所謂的良心犯，這是一種出於特有文化、宗教或倫理誠命，而不得不實行善之誠命，而違反實證法的事例，法律效果上應肯定可以阻卻罪責。

原住民族土地權利與國土保安法制競合時之爭議， 及解決方案之探尋¹

林三加

中華民國律師公會全國聯合會環境法委員會主任委員

摘 要

基於國土保安的理由，國家就土地及自然資源之使用，制訂有相關之管制法令，例如森林法第 6 條規定林業用地除造林外，不得供其他使用；又如水土保持法第 22 條及山坡地保育利用條例第 16 條對山坡地超限利用之管制；甚至就災害重建的法令也有類似之規定，例如莫拉克颱風災後重建特別條例第 20 條，對於違法濫墾或安全堪虞地區劃訂特定區域的規定。

同時，憲法增修條文第 10 條第 12 項要求「國家應依民族意願，對於原住民族之經濟土地予以保障扶助，並促其發展」，原住民族基本法第 20~23 條、原住民保留地開發管理辦法等法令，也賦予原住民對於使用原住民族地區土地之相關權利及保障。

問題是，當原住民於原住民族地區土地行使相關權利時，又可能受到國土保安法令之處罰或限制。例如，高雄勤和部落梅農遭到超限利用處罰之爭議案件。又如，屏東霧台阿禮部落拒絕搬離原鄉的留居戶，仍可能因劃定特定區域而遭到強制遷居及土地使用受限的情形。

因此，本文擬以上述二案例（超限利用案及劃訂特定區域案），探討原住民基於原住民族基本法或相關原住民族土地權利之法令，行使其土地相關權利時，國土保安法令規定之管制，若有法規競合時，應如何適用法令？其間優先適用順位如何？目前司法案例就類似情形之見解如何？以及探尋如何將原住民族土地權利納入國土保安法制之適當方式？或是如何將國土保安的要求，納入原住民族相關法制？

¹ 作者為執業律師，本文主要是就承辦之案件進行省思及分享。雖然這些案件都尚未確定，但因案件具有指標意義，也牽涉公益性，故提出心得與各界共同討論。

壹、前言

基於國土保安的理由，國家就土地及自然資源之使用，制訂有相關之管制法令，例如森林法第 6 條規定林業用地除造林外，不得供其他使用；又如水土保持法第 22 條及山坡地保育利用條例第 16 條對山坡地超限利用之管制；甚至就災害重建的法令也有類似之規定，例如莫拉克颱風災後重建特別條例第 20 條，對於違法濫墾或安全堪虞地區劃訂特定區域的規定。

同時，憲法增修條文第 10 條第 12 項要求「國家應依民族意願，對於原住民族之經濟土地予以保障扶助，並促其發展」，原住民族基本法第 20~23 條、原住民保留地開發管理辦法等法令，也賦予原住民對於使用原住民族地區土地之相關權利及保障。

問題是，當原住民於原住民族地區土地行使相關權利時，又可能受到國土保安法令之處罰或限制。例如，高雄勤和部落梅農遭到超限利用處罰之爭議案件。又如，屏東霧台阿禮部落拒絕搬離原鄉的留居戶，仍可能因劃定特定區域而遭到強制遷居及土地使用受限的情形。

因此，本文擬以上述二案例（超限利用案及劃訂特定區域案），探討原住民基於原住民族基本法或相關原住民土地權利之法令，行使其土地相關權利時，國土保安法令規定之管制，若有法規競合時，應如何適用法令？其間優先適用順位如何？目前司法案例就類似情形之見解如何？以及探尋如何將原住民族土地權利納入國土保安法制之適當方式？或是如何將國土保安的要求，納入原住民族相關法制？

貳、高雄勤和原住民梅農「超限利用」處罰案例解析

莫拉克新聞網報導：高雄市桃源區勤和里七個族人被高雄市政府以「超限利用」罰鍰 10 萬元不等，原因是違反水土保持法；他們名下的原住民保留地依照「山坡地可利用限度分類標準」，被認定為宜林地，但他們種植梅樹務農。原住民部落傳統依靠傳統領域內行耕種、採集與狩獵行為維生；因此，對於原住民來說，農耕是重要的謀生手段。桃源那瑪夏山區種植梅李等果樹的歷史，少說也有三、四十年，早於水土保持法的制定與施行；甚至，早年公所、農會系統還數度發送梅樹苗鼓勵種植。民國 83 年水土保持法制定後，限縮原住民對於保留地的使用規範，並設定民國 96 年為輔導造林底限，規定林業用地必須強制造林或自然復育(不得有農業行為)，否則依「土地超限利用」之查定標準裁罰。²

七位勤和布農族人遭到高雄市政府裁罰，均因不懂法令，有的沒有訴願，有的訴願駁回後沒有提起訴訟，僅有其中二位提起上訴至最高行政法院後，才開始尋求正式的法律援助。因此，目前二個案例，均有高等行政法院及最高行政法院的駁回裁判。目前仍聲請再審中，最高行政法院已就對最高行政法院裁定部分之再審聲請，做成裁判，但就高等行政法院所提起之再審聲請目前仍在進行中。以下謹就現有的法院裁判，提出相關之簡介及評析：

一、超限利用第一審判決³之簡述：

(一) 事實概要：

² 莫拉克新聞網，「仍然是土地、道路與生計，高市原民『再度』北上立院公聽災區重建議題」報導，2012 年 3 月 28 日。
<http://www.88news.org/?p=16863>

³ 二個案例分別為高雄高等行政法院 100 年度簡字第 244 號判決、100 年度簡字第 247 號判決，但主要以前者為論述對象。

高雄市桃源區的布農族原住民在其所有之原住民保留地種植梅樹，該些土地經查定為宜林地之山坡地，高雄市政府以其屬「超限利用」，乃依水土保持法第 22 條第 1 項規定，限期將農作物移除，改行造林。嗣期限屆至，高雄市政府派員至現場勘查，發現系爭土地上仍種植梅子樹等果樹而作農業經營使用，而依水土保持法第 33 條第 1 項第 1 款規定裁罰。受處罰之梅農不服，提起訴願，遭決定駁回，遂以高雄市政府為被告，提起本件行政訴訟。

(二) 原告主張原處分違法，請求撤銷原處分，理由略以：

1. 原告於系爭土地上種植梅樹，已長達 30 多年，高雄市政府以水土保持法指責梅農超限利用，侵害原住民族農耕生計權：

原住民保留地 26 萬公頃僅佔全國山坡林地 7.9%，區分農牧用地僅 5 萬公頃，餘為林牧用地及公設用地（保留地約 3%）。83 年水土保持法頒布前，原住民族依 65 年制定之「山坡地保育利用條例」及 79 年制定之「原住民保留地開發管理辦法」為土地耕作使用。83 年水土保持法制定後，限縮原住民族對於原住民保留地之使用規範，依該法至 96 年底為期限，林牧用地必須強制造林或自然復育（不得有農業行為）為選項，否則依「土地超限利用」之查定標準裁罰，顯然侵害原住民族農耕生計權。

2. 原處分違反比例原則：

憲法第 22 條規定：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。」比例原則要求行政、立法及司法行為，其手段與所欲實現之目的間，應有合理比例關係，不得不成比例。當今，已是防止國家權力濫用之「法治國家原則」。行政程序法第 7 條規定，行政行為，應依下列原則為之：1.採取之方法應有助於目的之達成。2.有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。3.採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。

原住民保留地開發管理辦法第 3 條規定，本辦法所稱原住民保留地，指為保障原住民生計，推行原住民行政所保留之原有山地保留地及經依規定劃編，增編供原住民使用之保留地。原住民族基本法第 20 條規定「政府承認原住民族土地及自然資源權利」，同法第 23 條規定「政府應尊重．．．、土地擁有利用與管理模式之權利。」聯合國原住民族權利宣言：「各國保障境內原住民族土地、文化、生存、發展權」。

因此，有關森林法第 6 條第 2 項規定「經編為林業用地之土地，不得供其他用途之使用。但經徵得直轄市、縣（市）主管機關同意，報請中央主管機關會同中央地政主管機關核准者，不在此限。」同條第 3 項規定「前項土地為原住民土地者，除依前項辦理外，並應會同中央原住民族主管機關核准。」即應考量原住民保留地對於原住民族群來說，其法定特別規範與使用意義，乃供原住民生計使用。行政機關於執行水土保持法時，即應考量原住民之生計使用權，否則即違反憲法第 22 條之比例原則。

3. 梅樹是賴以維生之作物，砍除將危害生計，違反憲法第 22 條之比例原則「禁止過當原則」精神：

系爭土地是原告祖先所遺留之土地，原告的保留地絕大部分都是林木用地（很少有農牧用地），為什麼 97 年後完全不能耕作，該土地是原告全家賴以生存之土地，原告的小孩靠梅子的收成繳學校的生活費，原告全家都是靠梅子收成的錢過日子，真的拜託法官，原告繳不出這些大筆罰款，更重要的事，以前公所鼓勵我們種梅子，現在要我們把經濟作物砍掉！

爲什麼沒有任何一個有關單位能正視我們原住民族的農耕生計問題。被告爲高雄市桃源區部落之 7 筆土地遭裁罰之一，一致陳情各有關單位及民意代表，立法院程序委員會函文至行政院農業委員會修法（編訂辦法與要點）在案。希望原住民保留地之使用正義與原住民族賴以生存之土地關係，能夠透過行政法院判決還以公秉等情，並聲明求爲判決訴願決定及原處分均撤銷。

（三）被告高雄市政府的答辯：

1. 水土保持法就超限利用所為處罰之相關規定：

按水土保持法施行細則第 26 條所稱，超限利用係指於山坡地保育利用條例規定查定爲宜林地或加強保育地內，從事農、漁、牧業之墾殖、經營或使用。另山坡地保育利用條例第 16 條明定，經查定爲宜林地之土地不得超限利用，於宜林地種植果樹即屬超限利用行爲。又水土保持法第 4 條規定：「公、私有土地之經營或使用，依本法應實施水土保持處理與維護者，該土地之經營人、使用人或所有人，爲本法所稱之水土保持義務人。」同法第 22 條第 1 項規定：「山坡地超限利用者，或從事農、林、漁、牧業，未依第 10 條規定使用土地或未依水土保持技術規範實施水土保持之處理與維護者，由直轄市或縣（市）主管機關會同有關機關通知水土保持義務人限期改正；屆期不改正或實施不合水土保持技術規範者，得通知有關機關依下列規定處理：一、放租、放領或登記耕作權之土地屬於公有者，終止或撤銷其承租、承領或耕作權，收回土地，另行處理；其爲放領地者，所已繳之地價予以沒入。二、借用、撥用之土地屬於公有者，由原所有或管理機關收回。三、土地爲私有者，停止其開發。前項各款之地上物，由經營人、使用人或所有人依限收割或處理；屆期不爲者，主管機關得會同土地管理機關逕行清除。其屬國、公有林地之放租者，並依森林法有關規定辦理。」第 33 條第 1 項第 1 款規定：「有下列情形之一者，處新臺幣 6 萬元以上 30 萬元以下罰鍰：一、違反第 8 條第 1 項規定未依水土保持技術規範實施水土保持之處理與維護，或違反第 22 條第 1 項，未在規定期限內改正或實施仍不合水土保持技術規範者。」

2. 原處分依水土保持法辦理，並無違誤：

原告爲山坡地經營、使用人依法爲水土保持義務人，其所有土地超限利用，經改制前高雄縣政府 99 年 10 月 28 日府農保字第 0990282682 號函，請於 100 年 1 月 31 日前完成改正。惟原告屆期未改正，明顯違反水土保持法第 22 條第 1 項規定，爰依據同法第 33 條第 1 項第 1 款規定裁處罰鍰；罰鍰額則依據被告違反水土保持法案件罰鍰裁罰基準有關規定予以裁罰，所爲處分並無違誤。

（四）系爭判決駁回原告之訴，其主要論證及理由，整理如下：

1. 該判決重新整體檢視超限利用之相關規定，發現超限利用之相關規範，不只有水土保持法，尚有森林法及山坡地保育利用條例：

按「荒山、荒地之宜於造林者，由中央主管機關商請中央地政主管機關編爲林業用地，並公告之。經編爲林業用地之土地，不得供其他用途之使用。但經徵得直轄市、縣（市）主管機關同意，報請中央主管機關會同中央地政主管機關核准者，不在此限。前項土地爲原住民土地者，除依前項辦理外，並應會同中央原住民族主管機關核准。」「山坡地供農業

使用者，應實施土地可利用限度分類，並由中央或直轄市主管機關完成宜農、牧地、宜林地、加強保育地查定。土地經營人或使用人，不得超限利用。」「經中央或直轄市主管機關查定之宜林地，其已墾殖者，仍應實施造林及必要之水土保持處理與維護。」「山坡地超限利用者，或從事農、林、漁、牧業，未依第 10 條規定使用土地或未依水土保持技術規範實施水土保持之處理與維護者，由直轄市或縣（市）主管機關會同有關機關通知水土保持義務人限期改正；．．．。」「有下列情形之一者，處新臺幣 6 萬元以上 30 萬元以下罰鍰：一、違反第 8 條第 1 項規定未依水土保持技術規範實施水土保持之處理與維護，或違反第 22 條第 1 項，未在規定期限內改正或實施仍不合水土保持技術規範者。」「本法第 22 條所稱山坡地超限利用，係指於依山坡地保育利用條例規定查定為宜林地或加強保育地內，從事農、漁、牧業之墾殖、經營或使用者。」森林法第 6 條第 1 項至第 3 項、山坡地保育利用條例第 16 條第 1 項、第 4 項、水土保持法第 22 條第 1 項前段、第 33 條第 1 項第 1 款及水土保持法施行細則第 26 條分別定有明文。準此，林業用地之土地，除經徵得直轄市、縣（市）主管機關同意，報請中央主管機關會同中央地政主管機關核准外，不得供其他用途之使用；山坡地經中央或直轄市主管機關查定之宜林地，不得從事農、漁、牧業之墾殖、經營或使用，其已墾殖者，仍應實施造林及必要之水土保持處理與維護，否則即屬超限利用，應依前揭法律規定處罰。

2. 系爭判決依前揭整理之超限利用法規構成要件，認定相關事實後，肯定處罰之適法性：

查，原告共有之系爭土地為原住民保留地，地目為「林」，面積 35,450 平方公尺，使用區分為「山坡地保育區」，使用地類別為「林業用地」，原告應有部分為 30,000/35,450。又該土地經查定為宜林地之山坡地，原告在該土地上種植梅子樹等果樹作農業經營使用，經改制前高雄縣政府以其屬超限利用，乃依水土保持法第 22 條第 1 項規定，以 99 年 10 月 28 日府農保字第 0990282682 號函，限原告應於 100 年 1 月 31 日前完成改正，將農作物移除改行造林，嗣被告於 100 年 4 月 28 日派員至現場勘查結果，發現系爭土地上仍種植梅子樹等果樹而作農業經營使用，並未在前揭指定期限內改正，違規使用面積在 1.5 公頃以上等情，業據被告陳明在卷，且為原告所不爭執，復有被告地籍資訊及查定資訊、改制前高雄縣政府 99 年 10 月 28 日府農保字第 0990282682 號函、被告所屬水利局 100 年 4 月 28 日會勘紀錄及現場照片等證物。揆諸前揭法律規定及說明，原告已違反水土保持法第 22 條第 1 項，被告依同法第 33 條第 1 項第 1 款及被告處理違反水土保持法案件罰鍰裁罰基準之規定，裁處原告 10 萬元罰鍰，並無違誤。

3. 系爭判決認 83 年 5 月 27 日制定之水土保持法，對於違法狀態持續之事實，均得依法處罰，並無「法律不溯及既往」原則之適用：

原告雖主張系爭土地是原告祖先所遺留之土地，已種植梅子樹長達 30 多年，原告的保留地絕大部分都是林木用地（很少有農牧用地），為什麼 97 年後完全不能耕作，該土地是原告全家賴以生存之土地，原告的小孩靠梅子的收成繳學校的生活費，原告全家都是靠梅子收成的錢過日子，原告繳不出這些大筆罰款，更重要的事，以前公所鼓勵我們種梅子，現在要我們把經濟作物砍掉，為什麼沒有任何一個有關單位能正視我們原住民族的農耕生計問題云云。惟按水土保持法係於 83 年 5 月 27 日制定，有關山坡地超限利用之違規，如屬水土保持法公布施行前即已存在，且其違規狀態倘現在仍存在尚未終了者，即違反水土保持

持法上不得超限利用義務，主管機關仍得依水土保持法予以裁處，尚無「法律不溯及既往」原則之適用；又行政罰法之裁處權應以「行為終了」或「結果發生」為起算之基準，如因違規狀態現在仍存在，自無行政罰法第 27 條第 1 項裁處權因 3 年期間經過而消滅。故原告共有系爭土地縱使在水土保持法制定前即已作農業經營使用種植梅子樹，因其迄今仍在系爭林地種植梅子樹等果樹作農業經營使用，未改正造林，揆諸前揭說明，自不能解免其違反前揭水土保持法之行政罰責任。

4. 農委會在處理山坡地超限利用問題時，制訂 6 年緩衝時間，並發給造林獎勵金酌予補償，已兼顧農民生計，原告以維持家庭生計為由，拒絕改正，亦難作為其免責之事由：

行政院農業委員會（下稱農委會）自 81 年起全面清查全省山坡地超限利用，系爭土地於 83 年 9 月即被查定為「宜林地」，至 88 年止全省山坡地超限利用面積為 3 萬餘公頃，農委會為兼顧農民生計與保育水土資源，輔導超限利用改正，於 91 年 1 月公告實施「山坡地超限利用處理計畫」期程為 91 年至 96 年底，採間植方式造林，並得領造林獎勵金，初期（91-96 年）果樹與林木共存，惟 96 年底必須達到無超限利用情形，否則依相關規定查處，上開計畫公告後，被告已個別就桃源區超限利用土地所有人寄發造林須知，依規定參加造林領取造林獎勵金等情，足見中央主管機關農委會在處理全省山坡地超限利用問題，制訂政策時已兼顧農民生計，給予 6 年緩衝時間逐步改正，並發給造林獎勵金酌予補償，而地方主管機關即被告亦配合辦理輔導違規農民改正。是原告再以全家生計為由，拒絕改正，亦難作為其免責之事由。

5. 水土保持法就山坡地之水土保持管理及維護等規定，已兼顧山坡地之利用及水土保持之需要，難謂其有何違反憲法第 22 條之比例原則「禁止過當原則」精神：

原告主張水土保持法之編訂未考量原住民之生計使用權，應研修原住民保留地水土保育專章，規範林牧用地數種（果樹）類經濟作物為合法水土保育之樹種範疇，不應強制以該法侵權，否則有違反憲法第 22 條之比例原則「禁止過當原則」精神云云。

然按山坡地保育利用條例係 65 年 4 月 29 日公布施行，該條例有關保育、利用及水土保持之實施範圍，僅及於行政院依該條例第 3 條規定公告之「山坡地」，其他高山林地、水庫、河川上游集水區、水道兩岸、海岸及沙灘等地區之水土保持工作，則不包括在內，嗣政府鑑於臺灣國土資源有限，地陡人稠，土質脆弱，加以山坡地過度開發利用，致地表沖蝕、崩塌嚴重，每逢颱風豪雨，常導致嚴重災害，為建立完善之水土保持法規制度，積極推動各項水土保持工作，發揮整體性水土保持之治本功能，乃針對經濟建設發展需要及水土保持發展情形，於 83 年 5 月 27 日制定水土保持法，將所有需要實施水土保持地區作一整體之規範，並將山坡地保育利用條例中有關山坡地之水土保持事項一併納入本法之規定範圍。

又水土保持法之立法精神「為實施水土保持之處理與維護，以保育水土資源，涵養水源，減免災害，促進土地合理利用，增進國民福祉」（水土保持法第 1 條規定參照），而山坡地保育利用條例第 16 條第 1 項及第 4 項亦規定，山坡地供農業使用者，應實施土地可利用限度分類，並由中央或直轄市主管機關完成宜農、牧地、宜林地、加強保育地查定，經中央或直轄市主管機關查定之宜林地，其已墾殖者，仍應實施造林及必要之水土保持處理與維護；已就山坡地之利用作分類管理，促進土地合理利用，且就宜林地部分為涵養水源，減免災害，故將山坡地之宜林地限制僅供造林使用，實有其必要，是水土保持法就山坡地

之水土保持管理及維護等規定，已兼顧山坡地之利用及水土保持之需要，難謂其有何違反憲法第 22 條之比例原則「禁止過當原則」精神，原告上開主張亦不足採。

二、高雄高等行政法院 100 年度簡字第 244 號判決之評釋

(一) 本案涉及憲法增修條文第 10 條第 12 項、原住民族基本法及「原住民保留地開發管理辦法」等法令對於原住民土地權利的保障法規之是否合法適用，以及上揭法令與水土保持法、森林法及山坡地保育條例之競合適用問題，且牽涉「原住民保留地開發管理辦法」是否違反法律保留原則而涉及違憲之議題，但系爭判決似乎簡化了這個最重要部分之論述。

(二) 原處分乃就原住民於原住民保留地上務農維生之社會秩序，予以處罰，涉及違背「原住民保留地開發管理辦法」所保障原住民生活及生計之相關規定，侵害原住民之生存權，系爭判決僅以農委會在處理山坡地超限利用問題時，制訂 6 年緩衝時間，並發給造林獎勵金酌予補償，認已兼顧農民生計，忽略了原住民地位在相關法制上之定位，也過度簡化原住民保留地之農業及原住民生計之議題。

(三) 本案所牽涉的最重大的議題，其實是原住民族的生存權：

高雄市桃源區的布農族原住民，於其所有之「原住民保留地」上種植梅樹，從事農業使用，以維持生活及生計，卻遭高雄市政府認屬「超限利用」而予以處罰。這裡牽涉的最重大的議題，其實就是原住民族的生存權。

按，「原住民保留地編定之目的，係在保障依法受配原住民之生活，扶助原住民藉由原住民保留地之開發使用，得以自立更生，維持生活所需」，已為多則法院判決所肯認，如臺灣臺北地方法院 100 年度重訴字第 442 號民事判決。又如，最高法院 88 年度台上字第 3075 號民事判決意旨亦謂：「行政院頒布之山胞保留地開發管理辦法（現已修正為原住民保留地開發管理辦法），係依山坡地保育利用條例第三十七條及農業發展條例第十七條第二項規定，授權制定之中央法規，該辦法第十五條第一項規定：山胞取得山胞保留地之承租權，除繼承或贈與於得為繼承之山胞、原受配戶內之山胞或三親等內之山胞外，不得轉讓或出租。旨在保障依法受配原住民之生活，避免他人脫法取巧，使原住民流離失所，係屬效力規定，如有違反，依民法第七十一條規定，應屬無效。」等語可參。

因此，原處分要求原住民梅農砍除其賴以維生、種植於原住民保留地之梅樹，難道沒有違背原住民保留地編定目的之疑慮嗎？山坡地超限利用的六年緩衝期間，其目標仍是禁止在山坡地上為超限利用之農業使用，對於一般漢人而言，或許有其正當性，但對於生存於山地、使用原住民保留地務農、且賴以維生之原住民農民而言，仍已過度的限制了其生存條件，再長的緩衝期都是直接衝擊其生存方式及生存條件，而具體嚴肅的生存權議題。

(四) 至於造林政策，一方面其補償金數額過低，不足維持生計，另一方面，沒有在地智慧的造林政策，常造成環境生態更大的破壞，均不能正當化其侵害原住民族生存權之作爲。

(五) 原處分係對於原住民於原住民保留地上務農維生之處罰，其中很重要的成份，是牽涉原住民事務，系爭判決卻完全忽略有關原住民權利保障之相關法令，乃以漢人爲主體之法

院判決常見之文化歧視或落差，但系爭判決卻完全忽略有關原住民權利保障之相關法令：按，憲法增修條文第 10 條第 12 項明文要求「國家應依民族意願，對原住民族之經濟土地予以保障扶助，並促其發展。」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 21 條第 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，應與原住民族或原住民諮商，並取得其同意。」、第 23 條：「政府應尊重原住民族選擇生活方式、習俗、服飾、社會經濟組織型態、資源利用方式、土地擁有利用與管理模式之權利。」

系爭判決對於原告使用原住民保留地之種植梅樹之務農生活，予以處罰、要求砍除賴以維生、曾經政府鼓勵扶植種植、30 多年的梅樹，令其家庭生計，發生困境，是否符合國家對於原住民族之「經濟土地予以保障扶助，並促其發展」之憲政任務？還是政府違反原住民族基本法第 20 條第 1 項規定，變相的不承認「原住民族土地及自然資源權利」？或是，我國法律秩序可以完全忽略、毫不考慮原住民族基本法第 21 條第 2 項規定，不用與原住民族諮商並取得同意，即可逕以其他法律要求原住民農民砍除已種植三、四十年且賴以維生的梅樹，而逕對於「原住民族利用原住民族之土地及自然資源」加以限制？均為系爭判決所忽略的重要法律論述，對於牽涉原住民因素之案件而言，實屬重大之疏漏。

換言之，我們建議相關法院在處理原住民案件時，應特別針對原住民憲法上之基本權利、原住民族基本法所保障之權利，予以適當詮釋，始符憲法上「法治國原則」之意旨。

- (六) 憲法增修條文第 10 條第 12 項、原住民族基本法第 20 條第 1 項、第 21 條第 2 項、第 23 條、及「原住民保留地開發管理辦法」等牽涉原住民之法令，與水土保持法、森林法及山坡地保育條例之間，如何競合適用問題，牽涉我國原住民族法制之建構，具有深切之關聯，系爭判決漏未論述，實值檢討。

- (七) 水土保持法、森林法、山坡地保育條例之相關規定，與原住民法令相衝突時，何者是特別法呢？

憲法增修條文第 10 條第 12 項、原住民族基本法第 20 條第 1 項、第 21 條第 2 項及第 23 條、「原住民保留地開發管理辦法」，與水土保持法、森林法、山坡地保育條例就「原住民於原住民保留地從事農業使用行為」之事實，如何適用法律，各法令之間是否有競合適用，或優先順序如何適用，皆有重大疑義，自顯然有加以闡釋之重要性。

特別是，對於漢人的統治者而言，水土保持法、森林法、山坡地保育條例等一般法令，相對於原住民族基本法等牽涉原住民事務的法令而言，或許會認為前者為特別法。但是，對於原住民而言，原住民族基本法第 20 條第 1 項、第 21 條第 2 項及第 23 條、「原住民保留地開發管理辦法」等牽涉原住民之法令等，相較於水土保持法、森林法、山坡地保育條例等法律，才是應優先適用之特別法。

因此，系爭判決忽略論述憲法增修條文第 10 條第 12 項、原住民族基本法第 20 條第 1 項、第 21 條第 2 項及第 23 條、「原住民保留地開發管理辦法」等法令與水土保持法、森林法及山坡地保育條例之間，如何競合適用之關係，顯不合適。

- (八) 「山坡地超限利用」意涵之重新檢視

倘若不考慮原住民權利相關法令與水土保持法、森林法及山坡地保育條例之適用順位如

何，僅就水土保持法所認定之「山坡地超限利用」分析之認事用法之適法性，亦發現有定義與處罰法源不一致，涉及是否違反法律保留原則、比例原則之適合性原則。

原處分裁罰之法律依據為水土保持法，但水土保持法本身並沒有對於「山坡地超限利用」之定義，而由該法施行細則第 26 條加以定義。但水土保持法施行細則第 26 條僅為行政命令，其就「山坡地超限利用」之定義，顯已超出母法授權範圍，亦不符合山坡地保育利用條例之規範，顯已涉及違反「法律保留原則」，而屬無效之行政命令。

查，原處分所為之裁罰依據，係依水土保持法第 22 條及第 33 條第 1 項第 1 款規定為法源，其中水土保持法第 22 條所稱「山坡地超限利用」之定義，並未於水土保持法中規定，而係由水土保持法施行細則第 26 條(行政命令)規定：「本法第二十二條所稱山坡地超限利用，係指於依山坡地保育利用條例規定查定為宜林地或加強保育地內，從事農、漁、牧業之墾殖、經營或使用。」然而，「山坡地保育利用條例」所規範之「超限利用」，並非認為「查定為宜林地或加強保育地內，從事農、漁、牧業之墾殖、經營或使用」即屬「超限利用」，而與水土保持法施行細則第 26 條所定義之「山坡地超限利用」所指涉之範圍，顯有不同。

山坡地保育利用條例第 16 條規定，對於農業使用之山坡地，要求應實施可利用限度分類，並僅要求各該分類之山坡地僅可依所查定之分類「進行農業使用」(此可由該法條規範於該條例第二章「農業使用」即明)，不得超出其所屬分類而為超限利用。換言之，於山坡地保育利用條例第 16 條規定所查定之「宜林地」，仍可以進行農業使用，僅不可超出可利用限度之分類為已足。

但是，水土保持法施行細則第 26 條(行政命令)規定「山坡地超限利用」，對於於依山坡地保育利用條例規定查定為「宜林地」內，「從事農業之經營或使用」，仍認構成「山坡地超限利用」，亦即，水土保持法施行細則第 26 條所規定之「山坡地超限利用」，已包括禁止於「宜林地」內進行農業使用，而較「山坡地保育利用條例」所規範之「超限利用」之範疇為廣。準此，水土保持法施行細則第 26 條(行政命令)顯有超出水土保持法及山坡地保育利用條例之規範及授權，涉及違反「法律保留原則」，而屬無效之行政命令。

(九) 原處分對於「超限利用」之處罰，並未確實有助於達成本法(水土保持法)所欲達成之目標，而違背比例原則之適合性原則：

1. 梅樹對於山坡地有水土保持之功能，原處分要求一律砍除，顯是過度簡化了水土保持的任務及思維：

查，原住民於其保留地上所進行之適當農業使用，並非即等同於水土保持之破壞，有時甚至更有利於水土保持。行政院農業委員會官方網站上，於介紹種植農民種植梅樹的梅園時，即稱：「……梅園，在國姓鄉的森林裡，超過 40 歲的老梅樹……，梅園附近還不時出現國寶級的鳥類：『藍腹鷓』，可見這裡環境生態保有自然健康的狀況；而梅園就位在一千公尺的山上，不但氣溫極適合梅樹生長，也因海拔高，所以沒有蟲害的問題。而一棵棵粗壯的梅樹，也成為水土保持最好的植被，經歷了 921 大地震、多次颱風侵襲，這裡絲毫都沒有受到影響，……兼顧生態與生產...」

因此，系爭判決對於系爭土地上種植梅樹已有 30 多年歷史，一棵棵粗壯的梅樹，都是水土保持最好的植被，多年來也都沒有受到地震或颱風的影響，卻未檢視原處分以水土保持

法所作裁罰是否可以達成「水土保持」之目標，而有違背比例原則之適合性原則，顯有不當。

2. 梅樹對於山坡地有水土保持之功能，其中也牽涉在地知識及智慧：

經實勘高雄桃源梅林，及向梅農進一步了解梅樹之種植方法及種植經驗，發現在該處的山坡地土壤及坡度特性，深根且重量較輕的梅樹反而是極佳的造林樹種。

(十) 若謹慎分析水土保持法所指涉之山坡地保育利用條例所規範之山坡地超限利用之規範範圍，系爭土地上所為種植梅樹之農業使用，實並不違反山坡地保育利用條例第 16 條之規定，而不構成「山坡地超限利用」之情形：

1. 山坡地保育利用條例第 16 條規定係要求不可超出可利用限度之分類為農業使用，並不禁止於所查定之「宜林地」進行林木種植之農業使用：

查，山坡地保育利用條例第 16 條規定：「山坡地供農業使用者，應實施土地可利用限度分類，並由中央或直轄市主管機關完成宜農、牧地、宜林地、加強保育地查定。土地經營人或使用人，不得超限利用。」由此可知，山坡地保育利用條例第 16 條雖禁止「山坡地超限利用」，但該法規並不禁止於依該法所查定之「宜林地」進行「林木種植」之農業使用。

2. 依行政院農委會相關函釋可知，果樹亦屬林木之一種，再審聲請人種植梅樹，乃屬於「宜林地」進行「林木種植」之農業使用，應屬適法：

查，行政院農業委員會 89 年 07 月 25 日（89）農林務字第 891720295 號函公告訂定「國有林事業區出租造林地管理要點」，其中第十點規定：「租地造林除林道、木馬路為林務局所有外，其林產物分收率規定如下：……(四) 果樹果林木分收率辦理。(五) 果實按查定之每株平均生產量分收，林務局為百分之二十，租地造林人為百分之八十。」，由此可見，所謂「造林」，並不排除種植果樹。

行政院農業委員會 90 年 1 月 31 日（90）林政字第 901601010 號函釋要旨謂：「按箭竹雖非造林樹種，惟森林法第三條規定，森林係指林地及其群生竹、木之總稱。是以在編定為林業用地之私有土地種植箭竹，得視為林業使用。」

由此可見，縱使非屬造林樹種之林木，仍屬於森林法上之林木，因此，原告於其所有之原住民保留地上種植之梅樹，雖屬果樹，依上開農委會函釋，仍應視為林業使用（亦為農業使用之模式之一，山坡地保育利用條例第 16 條規定參照）。因此，本案之原住民種植梅樹，乃屬於「宜林地」進行「梅樹等林木之種植」之農業使用，並非即屬不適法之行為，系爭判決並未檢視「超限利用」之實質意義，而有構成適用法規錯誤之疑慮。

三、最高行政法院裁定⁴之評釋

(一) 最高行政法院 101 年度裁字第 960 號裁定，雖將再審聲請移轉管轄至高雄高等行政法院，但就最高行政法院確定裁定部分之再審聲請（是否具原則性法律見解之重要性），則謂：

本件原確定裁定以原住民族基本法之規範功能在於「保障原住民族基本權利，促進原住民

⁴ 二個案例之最高行政法院裁定，計有最高行政法院 101 年度裁字第 751 號裁定、101 年度裁字第 960 號裁定、101 年度裁字第 1607 號裁定、101 年度裁字第 1608 號裁定、101 年度裁字第 1612 號裁定、101 年度裁字第 1613 號裁定。本文論述謹以最高行政法院 101 年度裁字第 960 號裁定為對象。

族生存發展，建立共存共榮之族群關係」(原住民族基本法第 1 條參照)，但水土保持法之規範功能則在維持國土之永續使用，且其制定在前，應一體適用於國境內之全部土地，且水土保持法制定在先(民國 83 年)，原住民族基本法制定在後(94 年間)，若制定在後之原住民族基本法欲對原住民土地之水土保持規範有所放鬆，理應在原住民族基本法中明文規定，聲請人既無法舉出原住民族基本法之排除規定，在規範體系上即無法導出「將原住民保留地排除在水土保持法適用範圍外」之結論等語為由，認聲請人之上訴所涉及之法律見解未具原則性，而駁回其上訴，經核於法並無不合。

(二) 原住民族基本法的特殊性質，遭到忽視：

原住民族基本法第 34 條規定：「主管機關應於本法施行後三年內，依本法之原則修正、制定或廢止相關法令。」第 35 條規定：「本法自公布日施行。」因此，原住民族基本法於 94 年 2 月 5 日公布施行後，應於 97 年 2 月 5 日前，依該法之原則修正、制定或廢止相關法令。

換言之，原住民族基本法第 20 條(政府承認原住民族土地及自然資源權利。政府為辦理原住民族土地之調查及處理，應設置原住民族土地調查及處理委員會；其組織及相關事務，另以法律定之。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。)、第 21 條(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，應諮詢並取得原住民族同意或參與，原住民得分享相關利益。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，應與原住民族或原住民諮商，並取得其同意。前二項營利所得，應提撥一定比例納入原住民族綜合發展基金，作為回饋或補償經費。)、第 22 條(政府於原住民族地區劃設國家公園、國家級風景特定區、林業區、生態保育區、遊樂區及其他資源治理機關時，應徵得當地原住民族同意，並與原住民族建立共同管理機制；其辦法，由中央目的事業主管機關會同中央原住民族主管機關定之。)及第 23 條(政府應尊重原住民族選擇生活方式、習俗、服飾、社會經濟組織型態、資源利用方式、土地擁有利用與管理模式之權利。)，均為其他法律修正、制定或廢止之原則。

原住民族基本法第 30 條亦規定：「政府處理原住民族事務、制定法律或**實施司法與行政救濟程序**、公證、調解、仲裁或類似程序，**應尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化及價值觀**，保障其合法權益，原住民有不諳國語者，應由通曉其族語之人為傳譯。政府為保障原住民族之司法權益，得設置原住民族法院或法庭。」然而，最高行政法院認同高等行政法院就原住民族事務之司法審查，僅以法律制定之先後來論斷法律適用之優位，乃忽略了原住民族法制賦有扭轉時代性之轉型正義的重要意義。

參、莫拉克颱風重建條例之劃定特定區域案

一、屏東霧台阿禮部落案例簡述

2009 年 8 月 7 日莫拉克颱風襲台，造成中南部山區之多個原住民部落受損，政府緊急制定莫拉克颱風災後重建特別條例，其中第 20 條有關劃定特定區域之規定，賦予政府得就災區安全

堪虞或違法濫建之土地，經與原住居者諮商取得共識，得劃定特定區域之權限，劃定特定區域後，並得限制居住或限期強制遷居、遷村，且應予適當安置。由於重建會對於劃定特定區域的法律效果，說法反覆不明，並與提供適當安置二者間建立聯結，造成有些並不是全區受損之部落內部形成即大的意見分歧及紛擾。嘉義阿里山來吉部落及屏東霧台阿禮部落均有許多族人明確不同意劃定特定區域而記載在行政處分上。二個部落均對劃定特定區域之行政處分提起訴願，中央重建會均立即重啟諮商，並依過半數方式，主動廢止嘉義阿里山來吉部落劃定特定區域，而維持屏東霧台阿禮部落劃定特定區域之處分。

二、台北高等行政法院 99 年度訴字第 1677 號判決表示：

(一) 本件訴訟爭執之核心，及其判準之參考點：

本件爭議，在於被告依重建條例第 20 條第 2 項（得就災區安全堪虞或違法濫建之土地，經與原住居者諮商取得共識，得劃定特定區域，限制居住或限期強制遷居、遷村，且應予符合前項之適當安置），於 99 年 2 月 11 日公告阿禮部落為特定區域範圍，而原告主張該劃定特定區域影響渠等權益，而提起本件撤銷訴訟。參酌重建條例第 20 條第 2 項之規定，是針對「災區安全堪虞或違法濫建之土地」、「經與原住居者諮商取得共識」、「且應予適當安置（指災區重建應尊重該地區人民、社區、部落之組織、文化及生活方式）」得劃定特定區域，因此原處分是否違法之核心關鍵係「是否安全堪虞（本案無涉於違法濫建部分，兩造均無爭議，參見本院卷 p659）」、「有無取得共識」、「有無適當安置」等。這是一個高度行政色彩的法規，規範之目的是引導行政行為。就本條款之立法意旨，是針對颱風災區若為安全堪虞之土地，倘與原住居民達成共識，兼顧適當安置下，可以透過劃定特定區域，來限制居住或遷居、遷村，其立法目的無非是保護原住居者之安全。然而，這樣的規範用嚴謹的立法文字來堆砌，因規範明確，當然較好執行（立法成本雖高，而行政成本較低），相對的執行結果，就會比較僵化而偏離立法目的；但若規範傾向原則性的宣示，因不確定的用語多，就會不好執行（立法的成本低，而行政的成本就偏高），相對的執行的結果，會比較有彈性而契合現狀。而重建條例第 20 條第 2 項的立法選擇是採行後者，因為法條用語的多項不確定性，必然衍生爭議，在釐清爭執的判斷上，當然要有許多參考點供為判準。1. 重建條例的規範價值，是安全、有效、迅速地推動颱風災後重建工作（參見重建條例第 1 條第 1 項），因此安全及效率，是規範價值實踐的重要判準。而災後重建應以人為本，以生活為核心，並應尊重多元文化特色，保障社區參與，兼顧國土保安與環境資源保育（參見重建條例第 2 條），故在追求安全效率的同時，也要兼顧人本生活及文化、社區參與及環保等，這些都是規範價值實踐的衡量點。而且各種重建的工作是包括家園重建、設施重建、產業重建、生活重建、文化重建等環環相扣相輔相成。2. 就重建條例第 1 條第 2 項「本條例未規定者，依災害防救法及其他相關法律之規定辦理。但其他法律規定較本條例更有利於災後重建者，適用最有利之法律。重建地區位於原住民族地區者，並應依原住民族基本法相關規定辦理。」足以認定，重建條例的規範位階是特別法，但不是效力優先的特別法，而是一種補充性的特別立法；就原住民族地區之重建事務，並同時參酌原住民族基本法之相關規定。所以規範價值的實踐是採最有利於災後重建的方式進行，若重建區域涉及原住民族地區，就各項重建事務之執行就要併同考量原住民族基本法之規定，這與重建條例第 2 條兼顧人本生活及文化規定均相吻合。3. 概括而言，重建條例第

20 條第 2 項劃定特定區域的規範價值之判準，在於兩項參考點的權衡，包括「安全效率（安全、有效、迅速地推動颱風災後重建工作，參重建條例第 1 條）」，及「人本思想（亦即應尊重該地區人民、社區、部落之組織、文化及生活方式，參重建條例第 20 條第 1 項）」；而且二者是併同考量，而非各自觀察。

（二）本院審理之範疇，及爭點之審查重心：

按行政訴訟法第 4 條第 1 項「人民因中央或地方機關之違法行政處分，認為損害其權利或法律上之利益，經依訴願法提起訴願而不服其決定，或提起訴願逾三個月不為決定，或延長訴願決定期間逾二個月不為決定者，得向高等行政法院提起撤銷訴訟。」，足見撤銷之訴是審查行政處分之違法與否，而非以行政處分之妥當與否為目的，然而行政處分到如何之程度始可謂之違法，參酌同條第 2 項之規定，是逾越權限或濫用權力之行政處分，以違法論。就此違法的審查就要由行政處分之性質著手，若為該干涉行政事項（如限制居住或強制遷居），缺乏積極之法律授權而作成限制人民權益之處分，或行政處分所根據之行政命令本身牴觸上級規範，或裁量處分其作成違反合目的性及合義務性之判斷等，甚至違背不當聯結禁止原則，均會被認定為違背母法之授權，凡此皆以行政處分與相關規範間的互動來審查其違法。若均無相關之違法情事，而僅屬執行法律規範不夠周延或不够完整而未臻妥適者，就是妥適與否的問題而非是否違法的問題。換言之，行政處分若無涉違法而僅涉妥當與否者，即非本件撤銷之訴所應審查之範疇。既然行政處分之其違法與否，是要與相關規範的互動來審查，則這些相關規範就有釐清之必要。1. 而重建條例第 20 條第 2 項（「得」就災區安全堪虞或違法濫建之土地，經與原住居者諮商取得共識，「得」劃定特定區域，限制居住或限期強制遷居、遷村，且應予符合適當之安置。）之規範目的及其功能，是面對「災區安全堪虞之土地」，透過劃定特定區域而實現「限制居住或限期強制遷居、遷村」，裨益該區域人民的人身安全及財產保護。法規用語上，應用兩個「得」的立法技術，是高度的行政裁量的法規，主管機關得就客體（安全堪虞之土地）選擇，也得就方法（劃定特定區域）選擇。而行政裁量的妥適性不是司法審查的範疇，本院是以行政裁量的違法性為審理之重心。2. 承上敘述爭點在於「安全堪虞」、「取得共識」、「適當安置」等，參酌重建條例第 20 條第 2 項規範價值判準之參考點「安全效率」及「人本思想」，而就相關要件之審查，進一步說明：A. 由規範文義之先後安排而言，其次序分別是「安全堪虞」、「取得共識」、「劃定特定區域」、「適當安置」，而就實際運作而言也當如此。安全堪虞及取得共識是劃定特定區域的前提要件，前者是客觀上客體對象的要件，而後者是主觀上意見整合的要件，但此二者是劃定特定區域之前置作業；而適當安置卻是劃定特定區域之後置作業。換言之，就「安全堪虞及取得共識」之審查時間點，應偏重於劃定特定區域之前或同時，而「適當安置」之審查時間點，則應偏重於劃定特定區域同時或之後。B. 「安全堪虞」是重建條例第 20 條第 2 項劃定特定區域的客體要件，這是事實認定的問題。就「取得共識」而言，「共識」用語之爭執（100%的意見一致，或多數決，或可歸納的共識），是規範解釋的問題，而共識之內容及取得，既是事實認定的問題，也是法律涵攝的問題。同樣的如何謂之「適當安置」是規範解釋的問題；而適當安置之內容及實踐，既是事實認定的問題，也是法律涵攝的問題。因此，「安全堪虞」是客觀上客體對象的要件，就無涉於共識，換言之不能以共識來處理安全堪虞之認定；然而「適當安置」涉及到內容的認知，就要參酌共識，換言之需要透過共識來呈現適當安置的人本考量。而且，當涉及到規範解釋或法律涵攝之範疇，就會斟酌

重建條例規範價值的參考點「安全效率」及「人本思想」。C.重建條例是一個為災後重建而立法的規範，而災後重建工作首重安全效率，而本件訴訟之爭執是重建條例的執行個案，當然也應先行考量安全與效率；而人本思想是人性尊嚴的一環，對基本人性尊嚴的維護，法律上的期待是不容稍有踐踏。因此，不能假藉安全效率之實踐，而破壞基本人性尊嚴的維護；若重建工作在追求安全及效率的過程中，踐踏了基本人性尊嚴，則重建工作的執行方法要另做選擇。但若安全之維護或效率之提升，不至於影響到基本人性尊嚴時，當安全效率與人本思想無法兼顧時，規範價值的選擇則是在安全與效率，人本思想的貫徹就要讓步，而以事後彌補的方式來包容。這是本院對審理範疇及重建條例第 20 條第 2 項規範價值之釐清，與規範價值衡量參考點及爭點審查時間點之說明，以及規範價值在實踐上若無法兼顧時之選擇，作為本件爭議之判準。

並做有結論，其中一點謂：「文明社會解決爭端的方式，是交由司法裁判；但司法機關所得審理之範圍有規範制度上的限制，如撤銷之訴以原處分的違法性為對象，行政裁量的妥當性就不是司法審查的範疇。本案是高度行政裁量事件之爭議，司法權的介入要受到制度上的限制，因此不得不在審理方法上有些安排：1.確認原處分之法律依據，就該依據確認爭點（安全堪虞、取得共識、適當安置）。由該法律之制定及規範結構，探尋規範價值之實踐、整體福利之締造的參考點（安全效率、人本思想），由參考點作為判準來觀察爭點。再由規範之本旨，觀察爭點之次序規劃不同爭點審查之時間點（安全堪虞、取得共識偏重於劃定之前或同時，而適當安置偏重於劃定同時或之後），以及主客觀因素對爭點之影響（共識不能介入安全堪虞之認定，但適當安置則應參酌共識）。2.因為整體福利之締造的觀點，共識的形成及內容要擱下形式而重實質，而當規範價值（安全效率、人本思想）之實踐發生衝突時，本院也說明捨取之判準，即基本人性尊嚴的維護，法律上的期待是不容稍有踐踏。但若安全之維護或效率之提升，不至於影響到基本人性尊嚴時，當安全效率與人本思想無法兼顧時，規範價值的選擇則是在安全與效率，人本思想的貫徹就要讓步，而以事後彌補的方式來包容。」

三、台北高等行政法院 99 年度訴字第 1677 號判決之評析：

（一）國際公約對於原住民族之文化權保障仍受到法院之忽視：

經濟社會文化權利國際公約（以下稱經社文公約）第 21 號一般意見書，要求締約國必須對於原住民與其祖先的土地及其與大自然的關係相連的文化價值觀和權利應予尊重和保護，以防止其獨特的生活方式受到侵蝕，且在所有涉及原住民特殊權利的問題上應尊重原住民自由、事先和知情同意的原則。本案所為安全堪虞之認定、及特定區域之劃定，均有違締約國遵守上揭公約一般意見書之義務。

經社文公約第 21 號一般意見書第 36 點謂：「締約國應採取措施，保證在行使參加文化生活的權利時充分顧及文化生活價值觀，這種價值觀可能有強烈的族群性，或者說，只有原住民作為一個族群才能表現和享受。原住民文化生活的強烈的族群性對於其生存、福祉和充分發展是不可或缺的，並且包括對於其歷來擁有、佔有或以其他方式使用或獲得的土地、領土和資源的權利。原住民與其祖先的土地及其與大自然的關係相連的文化價值觀和權利應予尊重和保護，以防止其獨特的生活方式受到侵蝕，包括喪失維生手段、自然資源、乃至最終的文化特性。因此，締約國必須採取措施，承認和保護原住民擁有、開發、控制和使用其公社土地、領土和資源的權利，並

且，如果未經他們的自由和知情的同意而被以其他方式居住或使用，則應採取步驟歸還這土地和領土。」並謂：「原住民有權採取集體行動，確保其維持、控制、保護和開發其文化遺產、傳統知識和傳統文化表達方式，以及其科學、技術和文化表現形式——包括人類和基因資源、種子、醫藥、動植物性質的知識、口頭傳統、文學、設計、體育、和傳統比賽、和視覺和表演藝術——的權利得到尊重。締約國在所有涉及原住民特殊權利的問題上應尊重原住民自由、事先和知情同意的原則。」

但是，本案之安全評估認定，不但忽視原住民族之智慧，顯有違上揭經社文公約之規範，且認定安全堪虞之基本資訊，更有明顯的資訊錯誤，則該行政處分之作成，應已達到違法認定之程度。

（二）原住民就生態、環境、文化之豐富知識，遭到漠視：

依據莫拉克新聞網之報導：「汪明輝表示：政府信任學者，學者跟政府之間就變成聯合來針對原住民災區的救災機制。那對於原住民的意見，其實他們也會忽略原住民對在地環境的熟悉知識跟住在這裡的一些經驗，他們會比較忽略。」

政府或是學者對受災的環境很可能只是從衛星地圖或是一些地形圖來去判斷或是從災後發生的一些現象來判斷這是安全或是不安全，這個可能是他們太有自信有一點太武斷。

他說，『他們聲稱他們是科學的，可是這個科學是可以受到質疑的。因為是政府學者專家教授組成的，原住民是一群沒有這樣學位的，沒有權利的人，又是災民。所以就任憑這些人在做決定，從這裡可以看到知識跟權力上的一個不對等的關係。』

一個是自認為很有知識的人，一個是被認為沒有知識的人；一個是握有實質權力，一個是弱勢的；一個是正常的，一個是災民。他表示，在這樣的關係下，原住民才會遭受到所謂的二度、三度的傷害。

他也表示，原住民有非常豐富的知識生態、環境知識、文化知識。我們對災害的觀念跟他們對災害的觀念是不一樣的。我們是跟災害住在一起，而且他們所謂的災害在我們的生活中是沒有那樣的災害觀念。

因為原住民部落週邊到處都是所謂的災區，我們(原住民)已經學會怎麼跟災害相處。所以不同文化背景的人，這樣由他們來去判斷去決策某些有關於原住民的重建政策，這個是對原住民非常的不尊重，可以算是侵犯到原住民的人權，實際上忽略原住民他本身有豐富的知識。」⁵

顯見本案系爭安全堪虞之認定，充滿以文化霸權宰制原住民族之情事，顯然嚴重違反經社文公約保障原住民族生存及文化之規定。

（三）法院仍將安全效率置於人本思想之上，是否忽視原住民族文化之重要價值，其法律或理論依據為何，已有民族學者提出質疑：

學者黃智慧表示：「筆者認為，受災者主動提出要進行行政訴訟的意義甚為重大，是一個弱勢者的聲音被第三者以及外界聽見的機會。透過證據鋪陳與逐步釐清，許多爭議都將一一浮現。其實法官一開始就感覺動搖，他似乎覺得自己很難去判決，判決文提到，『本件個案，是司法權審查高度行政裁量事件之爭議，並無前例可循。』因此，他只好自己得出一個邏輯推演的方式，

⁵ 莫拉克新聞網「鄒族重建：政府很坦誠的騙我們」報導，2011年3月12日。<http://www.88news.org/?p=10490>

而得到心證。……法官的心證認為在『安全』之前，人本思想要讓步。這是他的主觀，毫無任何法律依據，也無任何學說支持。……停留在『安全』與『人本』這二項為一種零和遊戲，當有衝突時，必須做一種優先順序來選擇。如果照著法官心證的邏輯，那麼，接下來應該要問的問題是，誰來選擇？誰來承擔後果？災後重建的主體是否應該回到『人本』的身上？」⁶

(四) 法院對於政府應如何處理原住民族事務，所進行之反省，但卻沒有產生任何實質作用：

雖然法院駁回撤銷劃定特定區域的請求，但法院仍對於政府應如何處理原住民族事務，進行反省，謂：「原告又質疑主管機關依法執行，被執行的是法律規定(重建條例第 20 條之法律效果)，而不是說明書之內容云云；按重建條例第 20 條第 2 項是高度之行政裁量規定，條文用語就有兩個得字，裁量的彈性是在主管機關，主管機關透過書面資料之公布限縮其裁量之空間，是一種行政行為之承諾，當然會發生裁量自我限縮之結果，而且有書面的說明書可參，這樣的公權力行為應該足以信賴。這是一個明顯溝通不良、信賴基礎不存信心危機，這是值得各相關政府機關(包括司法機關)同為警惕者。」

但是，本案原告於提起上訴後，仍建請重建會繼續商議和解，但重建會以本案業經司法判決並無違法，而斷然拒絕。顯見，法院縱於判決內容提出其主觀的期許，但客觀上法院既已認定無實質違法，制度上又有何立場對於行政機關提出任何指導？因此，司法對於人民權利的保障，其實還有很大的成長空間。

肆、原住民族土地權利保障之解決方案探尋：

- (一) 應儘速依原住民族基本法第 34 條規定，依該法之原則修正、制定或廢止相關法令，並落實原住民族自治。
- (二) 落實原住民族基本法第 30 條之「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」之法律。
- (三) 依原住民族基本法第 30 條創設「原住民族法院」審理原住民案件：由於我國對於多元文化的實踐，仍與理想有很大的落差，牽涉原住民事務之司法審判，應由原住民族基本法所規定應創設之「原住民族法院或法庭」來審理為宜，這個法院或法庭，可參考社區法院之做法，設在部落。而且，「原住民族法院或法庭」應納入具有實權及獨立的原住民自治政府的架構體系下，原住民慣習如何在司法實務運用，才有產生實質改變的較大可能性。

⁶ 黃智慧，「守護家園 / 文化法律戰：論魯凱族阿禮部落訴請撤銷劃定之訟」(未定稿)，中華人權協會 101 年 9 月 11 日舉辦之「原住民族人權論壇」會議論文。

我國法院實務對於原住民族傳統習慣之態度

——我國法院判決觀點之分析

許正次

公義聯合法律事務所律師

摘 要

- 一、原住民傳統習慣之法律地位，在我國以漢人思維為中心之法制體系中，並不明顯。爬梳現行法律體系，行政法體系與民事法體系，均不見原住民傳統習慣之影子。僅有在刑事法律中，因原住民傳統生活習慣之差異，常有不慎觸法之情事，造成原住民受現行法律體制壓迫之心聲。自從司馬庫斯案後，原住民特有或傳統習慣與國家法制之緊張關係，開始受到注意，到底原住民傳統習慣在刑事案件中之地位為何？現行刑事法規對原住民傳統習慣之關係，與法院實務在面對違反森林法、違反野生動物保育法及違反槍砲彈藥刀械管制條例之案件（常見之原民三法）時，判決之內容為何，均可為日後法律修訂、審判實務及學理探究提供進一步參考。
- 二、實務上，最高法院曾表示：「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內，依其傳統習俗之行為，在合理之範圍，予以適當之尊重，以保障原住民族之基本權利」（98年度台上字第7210號判決）。然而，在許多一、二審法院面對原住民採集森林主副產物、獵捕保育類野生動物及持有獵槍之案件中，仍不脫傳統社會防衛之思想，強調未經許可之前揭行為，尚非現行法規所允許，致法律尊重原住民傳統慣習之價值，無法經由司法實務獲得確保。
- 三、前揭司法現況，源自於民主政治中多數統治之必然。從權力分立、憲政主義與法治國原則出發，少數權益之保護恆為現行憲政法治國家多數統治架構之爭議課題。面對多元文化價值衝突之解決，在憲政法學上化身為基本權衝突之議題，我國實務有關基本權衝突進行價值取舍之操作，必須透過進一步的價值衡量，來探求超越憲法對個別基本權保護要求的整體價值秩序。具體而言，在於透過比例原則等價值衡量方法，審查現行規範是否對於相衝突的基本權利，已依其在憲法價值上之重要性與因法律規定而可能有的限制程度做出適當的衡量，而不至於過份限制或忽略了某一項基本權。
- 四、按「釋憲者就立法者關於社會多數共通價值所為之判斷，原則上應予尊重」，顯然欲透過司法機關，推翻立法者所確立之「主流價值」，並不容易。因此，司法之性質雖有挾正義之名以少數對抗多數之特色，然而，如何具備對抗多數之勇氣，對所有司法人員而言，仍是一條必須持續奮鬥之道路。

五、針對原住民族傳統習慣在我國法院判決之實證分析，可以歸納出初步結論，國家對多元文化應予尊重，於合理及適當之範圍內，應「容許」原住民傳統之習慣，並內化於法規範中。然而，容許之範圍，根據法院實務判決之分析，面對原住民族要求「溫暖而符合人性」之司法，尚有很長的路要走。

壹、前言

- 一、多數統治與少數保護¹之爭議，長久以來即為民主政治之重要課題。民主政治固然奠基於多數統治之原則，然忽略少數權益之保護，將形成不穩定與不正義之統治結構，無法成為穩定之民主、公義之社會。因此，實施憲政主義之國家，經由法治原則（rule of law）節制統治權之濫用，並於法規範最高位階之憲法層次明訂少數保護之條款，規範統治部門（行政、立法、司法）應遵循少數保護之既定價值²，以確立統治權行使之正當性。
- 二、我國為立憲政體，憲法中對於少數保護之價值取向，至為明顯。諸如我國憲法分別針對身心障礙者、原住民族、偏遠地區人民之社經地位、政治參與、福利事業等事項，要求應予特別促進與保障。基於憲法中之誠命規範，根據憲政主義之精神，所有中央或地方機關均應盡力促進並達成憲政任務，始得謂為憲政法治國家。
- 三、我國憲政價值對於原住民族之統治方式，亦本於基於少數保護之原則，特別於憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項分別規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化」、「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之」。為落實前揭憲法發展原住民族文化、保障原住民族地位之指示，行政組織上成立「行政院原住民族委員會」，負責統籌規劃原住民族事務，釐訂及推展原住民族政策；立法進程上通過「原住民族基本法」等原住民族相關法規³，以保障原住民族基本權利，在法規範體系中基於原住民「身分」之特殊性，另行規範原住民相關之事務。然而，徒法不足以自行，所有法規範制定後必須由執法機關確實執法，始能落實規範目的。
- 四、根據權力分立之原則，規範制定機關乃具民意基礎之國會，規範執行機關分屬行政與司法部分。前者強調依法行政，後者著重依法審判。是否依法行政，若有疑義，仍得由司法機關審查，以確保法規範之適用與落實程度。然而，司法是否依法審判，除以審級制度作為內控機制外，已無其他救濟管道。因此，藉由審級制度以外之外控機制，確實檢視司法活動對法規範之執行情形，便成為規範價值是否確實落實之必要途徑。
- 五、本文秉持前揭想法，針對國內法院最近之判決，篩選有關原住民元素之判決內容，檢視法院實務對「涉原案件」之態度，輔以執業律師於法庭活動之第一線觀察，為原住民議題之法律層面提供一些材料，添加日後原住民運動之柴火，雖然杯水車薪，仍期稍有拋磚引玉之效⁴，合先陳明。

¹ 對於「少數保護」與「弱勢保護」之概念選擇，各有優劣。前者著重於民主政治多數統治之相對意義，相照於多數，少數通常為弱勢。然而少數等於弱勢之認知，並非絕對，例如女性人口雖為多數，然政治參與程度不如男性，故在男性統治之政權下仍為弱勢。但本文為簡化文本概念，仍以「多數」與「少數」之概念暫代「強勢」與「弱勢」，應先陳明。

² 少數保護之價值與平等原則有本質上之價值衝突，然經由憲政主義實施之經驗，已經以所謂「實質平等」之概念，強調「等者等之，不等者不等之」之差別待遇始為真正之平等原則，故少數保護與平等原則間之緊張關係，在理論上可獲得一定舒緩（然實踐上則未必）。

³ 以「原住民」為關鍵字檢索全國法規資料庫之中央法規，查詢結果計有 48 種法律及法規命令，參見 <http://law.moj.gov.tw/Law/LawSearchResult.aspx?p=Z&k1=%e5%8e%9f%e4%bd%8f%e6%b0%91&t=A1A2&TPage=2>，最後瀏覽 101.8.24。

⁴ 尤其希望增加與促進法界與其他領域對話交流之機會，使法律適用與執行能更契合正義原則。

貳、國內法院實務對於原住民觸犯刑事犯罪之態度⁵

一、森林法部分

(一) 最高法院九十八年度台上字第七二一〇號刑事判決【司馬庫斯案】⁶

「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內，依其傳統習俗之行爲，在合理之範圍，予以適當之尊重，以保障原住民族之基本權利。本此原則，原住民族基本法第三十條第一項已經揭示，政府處理原住民族事務、制定法律或實施司法程序等事項，應尊重原住民族之傳統習俗、文化及價值觀等，以保障其合法權益。從而原住民族在其傳統領域土地內，依其傳統習俗之行爲，即不能完全立於非原住民族之觀點，而與非原住民之行爲同視」。

(二) 最高法院九十九年度台上字第六八五二號刑事判決【挖七里香種植民宿案】

「原住民族基本法性質上為普通法、廣義法，森林法為特別法、狹義法，依特別法、狹義法優先於普通法、廣義法之原則，**應優先適用森林法**。況原住民族基本法第十九條第一項亦規定：「原住民得在原住民族地區『依法』從事下列非營利行爲：……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爲之外，尚應依法定方式辦理，為上開條文之當然解釋，非謂原住民在原住民族地區採集野生植物，全然不受法律之規範**。又森林法第十五條第四項規定：森林位於原住民族傳統領域土地者，原住民族得依其生活慣俗需要，採取森林產物，其採取之區域、種類、時期、無償、有償及其他應遵行事項之管理規則，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。本件上訴人固具有山地原住民族身分（屬排灣族），且系爭七里香坐落之屏東縣春日鄉係屬原住民地區，亦有前揭行政院函可憑，此部分固無疑義。惟上訴人於上開國有林地內，挖掘系爭七里香，係為種植於同鄉○里段六六二地號其所經營之民宿庭院內，美化環境，增加民宿生意，**既未依法定方式為之，亦不符原住民族生活慣俗需要或傳統文化、祭儀、自用之目的，擅自僱工在國有土地（原住民族傳統領域土地）挖掘竊取森林主產物**。原判決以上訴人有原判決事實欄所載之犯行，乃依森林法第五十二條第一項第六款規定論罪科刑，經核於法並無不合。」

(三) 臺灣高雄地方法院 100 年度聲再字第 13 號判決【撿拾漂流木案】

「原住民族基本法第 19 條係明定原住民得在原住民族地區「依法」從事採集野生植物，並以傳統文化、祭儀或自用為限。森林法第 15 條第 4 項則明揭：『森林位於原住民族傳統領域土

⁵ 有關原住民傳統習慣與刑事犯罪間之緊張關係，請參閱王皇玉，文化衝突與台灣原住民犯罪困境之探討，台大法律叢 36 卷第 3 期，2007 年 9 月。文中對於「採集森林產物與森林資源保護之衝突」、「狩獵文化與野生動物保護間之衝突」、「持有獵槍與社會治安維護之衝突」等議題，有精闢解析。

⁶ 本案對於原住民傳統習慣與國家法制之緊張關係之解決，提出法規範體制內解決之可能性，即訂出「合理範圍內予以適當尊重」之標準，然合理性與適當性之判斷，仍必須取決主流價值，此乃論理上之必然。但是，原民傳統在法體制內之地位，雖是跨出小小一步，仍是原民人權上之一大步（顯見體制外之原民運動，對體制內之原民權益之改善，確有助益。其他案例，例如蘇建和案、江國慶案，亦可參照）。

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』，**足見原住民族於傳統領域內採取森林產物、野生植物及菌類，仍須依法定方式辦理，非謂全然不受法律規範**，而觀諸前述被告...於警詢之供述，渠等並未提及撿拾漂流木之行為與原住民族傳統習俗、文化有何關連，...渠等係出於何種傳統文化、生活慣俗而為，俱無具體表述...自無以據為聲請再審之事由。」

二、野生動物保育法部分

(一) 禁止獵捕野生動物，除非基於「傳統文化、祭儀」之目的，並經主管機關允許

1. 最高法院 101 年度台上字第 3572 號判決：

上訴人係台灣原住民族，其獵捕如原判決附表一所示之保育類野生動物山羌，雖為族人「除喪祭」所用，合於野生動物保育法第二十一條之一第一項規定，但未依同條第二項經主管機關核准，仍應回歸一般處罰規範，依同法第四十一條第一項第一款論處...。查野生動物保育法第二十一條第一項雖規定：「台灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，不受第十七條第一項、第十八條第一項及第十九條第一項各款規定之限制。」但同條第二項復規定：「前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准，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。」足見台灣原住民族之獵捕、宰殺或利用野生動物，除須基於傳統文化、祭儀必要外，尚須經主管機關核准，始不受同法第十七條第一項、第十八條第一項及第十九條第一項各款規定之限制。此觀諸第二項首揭「前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為」等字益明，自無認該條第一、二項係分別規定而適用之餘地。

2. 因「自用」獵捕、宰殺、利用野生動物之合法性，遭法規刻意排除

國家對於原住民族獵捕、宰殺或利用野生動物之行為，採取原則禁止、例外特許之原則，以專案申請之方式，始得免於刑事追訴。而獵捕、宰殺或利用野生動物之行為必須基於傳統文化、祭儀之目的，始能例外允許，故若為捕獵自用、販賣之經濟生活，恐不在法規允許範疇。雖然因「自用」而獵捕野生動物，為原住民基本法第 19 條所允許⁷，然若依照最高法院 99 年台上字第 6852 號判決之見解，野生動物保育法相對於原住民族基本法而言，性質屬於特別法，本應優先適用，排除「因自用獵捕宰殺野生動物」之合法性。

(二) 原住民傳統祭儀與物種多樣性之價值衝突已經立法者選擇，法院只能遵守，依法審判

1. 「按原住民族向來即有狩獵之習慣，在以往經濟、物質生活尚未發達之年代，狩獵係原住民族獲取食物來源之管道，時至今日，國民經濟生活已普遍提升，保育之觀念亦漸受重視，

⁷ 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。

客觀環境之改變已甚少有原住民族賴狩獵維生者，然狩獵在原住民族之傳統祭儀中仍具有重要之意義，尤其原住民族之政、經地位長期處於弱勢，在主流文化的衝擊、同化下，狩獵文化作為原住民彰顯其自我意識及人格開展之象徵即顯重要，此在肯認多元文化精神之我國更是如此（有關多元文化，詳見後文）。然而，如前所述，隨著保育觀念之抬頭，野生動物之保護亦屬重要之公共利益，基於維護物種之多樣性及自然生態之平衡，我國亦制定有野生動物保育法。是以，當原住民族基於其人格之自我實現而實施狩獵活動時，即難以避免地與保育野生動物此一抽象之公益產生價值衝突，**如何調和、取捨即應由具民主正當性之立法者善加抉擇**。...如認為原住民族縱未經許可亦可任意獵捕瀕臨絕種野生動物，野生動物保育法所欲達成維護物種多樣性之立法目的豈不落空。是以，綜上所述，應認立法者就原住民權益及野生動物保護之調和已作有決定，即原住民獵捕一般類野生動物者，仍須經主管行政機關許可，未經許可者，施以行政制裁，至於未經許可獵捕保育類野生動物者，則應依野生動物保育法第 41 條以刑罰制裁之。立法者此一依野生動物之稀有性而為行政或刑事管制之區分是否得當，容或有隨時、空環境之變遷而得加以調整之情形，**然在立法者為進一步之修法前，本院亦僅得依此一管制模式適用法律**。」（臺灣南投地方法院 100 年度訴字第 329 號）

2. 「爰審酌被告雖係原住民，但對於山羌係受保護之保育類野生動物已有認識，卻**未能體會野生動物保育法所欲彰顯之保育野生動物，維護物種多樣性，與自然生態之平衡之立法目的**，在現今原住民生活型態已有改變之時，未能適時適當改變自己的觀念，為自己私欲任意宰殺保育類動物，破壞山野生態及其他人為環境生態復育之努力，犯後復飾詞狡辯，未見悔意，惟念及被告沿襲先祖生活習性，並非一時一刻可更異過來，期被告能因此次偵審程序記取教訓，藉以督促自己翻異現已不合時宜之任意宰殺野生動物的觀念，早日實現野生動物保育法上揭立法目的等一切情狀，量處被告如主文所示之刑，並諭知易科罰金之折算標準。（臺灣高雄地方法院 100 年度訴字第 67 號）
3. 「被告黃信忠為布農族原住民，**基於傳統狩獵之觀念尚未完全根除，對於國家法令禁止狩獵保育類野生動物之意識不足**，一時失慮而觸犯法令等情，是其犯罪情狀顯可憫恕，如科以最低刑度仍嫌過重，爰依刑法第 59 條之規定，酌量減輕其刑」（臺灣花蓮地方法院 99 年度訴字第 462 號）
4. 「爰審酌被告三人雖均為布農族原住民，然**其等獵捕保育類野生動物均係供己食用，尚與其等之原住民固有風俗習慣之祭祀無關**，且其等僅為一己之私，罔顧政府大力宣導保育野生動物之用心，以上開方式獵捕保育類野生動物，破壞自然生態之平衡，妨礙環境之永續發展，危害非輕」（臺灣臺東地方法院 100 年度簡字第 55 號）

三、槍砲彈藥刀械管制條例部分

（一）基本規範：

槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項規定：「原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍、魚槍，或漁民未經許可，製造、運輸或持有自製之魚槍，供作生活工具之用者，處新臺幣 2,000 元以上 20,000 元以下罰鍰，本條例有關刑罰之規定，不適用之」。修正理由：「原住民使用

獵槍是有其生活上之需要，以法律制裁持有**生活必需品**之行爲，是對原住民人權之嚴重傷害。因此，原住民持有獵槍者只要登記即可合法，而未經登記者則以行政罰加以處罰，這不但符合行政程序法之規定，也保障了原住民基本之生活權益」。

(二) 「供作生活工具之用」之要件

所謂「供作生活工具之用」，其範圍雖應從原住民群體權之保障及文化認同之觀點考量，不以狩獵爲生或以狩獵爲其生活主要內容者爲限，尤不以行爲人是否尚有其他職業爲判斷之唯一標準。然若與原住民之生活無涉，而非屬原住民族本於其文化傳統，供其於生活中從事狩獵、文化、祭典、技藝傳承等活動使用所需要之工具，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（最高法院 99 年度臺上字第 5771 號、98 年度臺上字第 872 號判決、臺北地方法院 100 年度審訴字第 266 號判決）。

(三) 「自製獵槍」之要件：

1. **參照內政部之函釋**：所稱「自製獵槍」，係指原住民傳統習慣專供捕獵維生之生活工具，由申請人自行獨力製造或與非以營利爲目的之原住民在警察分局核准之報備地點協力製造完成，以逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，打擊底火或他法引爆，將填充物射出，非使用具有彈頭、彈殼及火藥之子彈者而言；另所指「填充物」則係供自製獵槍引爆槍管內火藥後發射之用，填充於槍管內，遠小於槍管內徑之固體物，如玻璃片、彈丸等，且不含具有彈頭、彈殼及火藥之子彈。（內政部 87 年 6 月 2 日臺內警字第 8776116 號函）。此種「自製獵槍」結構簡單，常見者是一端開口，另一端則封閉而留下細微小孔之鐵管，裝設固定架在木質槍托上，再於槍托上設一彈簧連接扳機及擊錘，火藥及射出物由開口一端填入，以鐵條伸入鐵管，將火藥與射出物擠壓至封閉端，當扣動扳機時，可藉彈簧作用使擊錘向前撞擊封閉鐵管一端，使得所裝填之火藥藉封閉端之小孔與擊錘接觸撞及產生火花引燃爆炸，再將裝填於槍管內之射出物射出，以達射殺獵物目的（彰化地方法院 99 年度重訴字第 12 號判決）。
2. **不受內政部函示之拘束**：「依罪刑法定主義之原則，就犯罪之構成要件或除罪之要件本即不准由行政機關以命令訂之或加以解釋，而需以法律定之。是以，條例本身已明確規定「自製獵槍」，即已建構原住民自製獵槍之除罪化要件，無須且不得由主管之行政機關以命令或解釋另行規定」（花蓮地方法院 100 年度訴字第 244 號判決）

四、小結

(一) 基本除外規範：

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爲：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、祭儀或自用爲限**

(二) 原民三法比較

類別	立法原則	例外允許	司法判決	
森林法	第 50 條 竊取森林主、副產物，收受、搬運、寄藏、收買贓物或為牙保者，依刑法規定處斷。	森林位於原住民族傳統領域土地者， <u>原住民族得依其生活慣俗需要，採取森林產物</u> ，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。（森林法第 15 條第 4 項）	目的管制	程序管制
	第 52 條 竊取森林主、副產物而有左列情形之一者，處六月以上五年以下有期徒刑，併科贓額二倍以上五倍以下罰金：（餘略）		傳統文化祭儀自用	許可制（管理規則尚未制定公告）
野動法	第 16 條 保育類野生動物，除本法或其他法令另有規定外，不得騷擾、虐待、獵捕、宰殺、買賣、陳列、展示、持有、輸入、輸出或飼養、繁殖。	第 21-1 條 1.台灣原住民族基於其 <u>傳統文化、祭儀</u> ，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者， <u>不受第十七條第一項、第十八條第一項及第十九條 2.第一項各款規定之限制。</u> 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。	傳統文化祭儀非為買賣	許可制未許可但符合目的，改採行政罰(限一般類野生動物)
	第 18 條 保育類野生動物應予保育，不得騷擾、虐待、獵捕、宰殺或為其他利用		第 51-1 條 原住民族違反第二十一條之一第二項規定， <u>未經主管機關許可</u> ，獵捕、宰殺或利用 <u>一般類野生動物</u> ， <u>供傳統文化、祭儀之用或非為買賣</u> 者，處新臺幣一千元以上一萬元以下罰鍰，但首次違反者，不罰	
槍砲法	第 5 條 前條所列槍砲、彈藥，非經中央主管機關許可，不得製造、販賣、運輸、轉讓、出租、出借、持有、寄藏或陳列。	第 20-1 條 原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍、魚槍，或漁民未經許可，製造、運輸或持有自製之魚槍， <u>供作生活工具之用者</u> ，處新臺幣二千元以上二萬元以下罰鍰， <u>本條例有關刑罰之規定，不適用之。</u>	供生活之用	許可制（以自製獵槍為限）

(三) 綜合

1. 若將法益與衝突簡化比較，應可清楚發現原住民山林採集之生活慣習與森林保育價值之衝突、漁獵文化與生態保育及治安維護之衝突，而價值優先順序以森林生態保育及治安維護為先，例外在原住民得基於生活、傳統文化之目的，並經行政申請程序後准許之。
2. 按價值衝突乃多元社會之必然，經由多數統治與民主政治之遊戲規則，進行價值選擇後以法規範之形式呈現，並由行政與司法機關執行。當槍械管制成為社會治安維護之手段，原住民持有槍械之正當性將相形失色。正如臺北地方法院 100 年度審訴字第 266 號判決所揭示：「若行為人僅因具有原住民之身分且用以打獵，即可恣意製造、運輸、持有任何結構性

能精良、殺傷力強大之各類槍械而無需令以刑責，以致於對社會秩序之維護、人民生命財產安全之保障造成嚴重威脅（該條例第 1 條參照），又豈是立 / 修法者所願？（最高法院 98 年度台上字第 872 號判決意旨亦同此一限縮立場，可一併參照），明確彰顯多數統治（現行法規範）之立場與價值選擇。

參、傳統習慣與國家法制

- 一、我國法規範及法院實務對於原住民族傳統慣習之立場，所得出之結論不外社會秩序等主要價值維護之前提下，「合理的、適當的」尊重原住民傳統慣習，其實意義不大。蓋法規範對於普遍秩序之維持，本係主要目的，然因規範對象之多變性，自然應就特殊狀態預為例外之處理。例如，禁止殺人，但例外允許基於正當防衛或緊急避難之殺人行為，只不過以阻卻違法方式呈現。同理，原住民族因文化、祭儀或生活所需，持有槍械、獵捕野生動物、採集森林產物等，外觀上雖有違法之表徵（持有槍械形成社會治安之危險、獵捕保育類野生動物形成對生態物種多樣性之威脅、採集森林產物有害國土涵養及環境保護），然經立法機關法制化後，形成例外允許之特殊情形。然而，基於例外從嚴之法理，執法者必須從嚴解釋例外情形之適用，非有特殊情事，難以「法外開恩」。
- 二、不只應針對原住民族，對於少數被統治族群之特殊習慣，在法規範之建構與執行上，是否亦應為特殊對待，亦屬值得討論之課題。例如，動物保護法禁止惡意或無故騷擾、虐待或傷害動物（第 6 條）、對於經濟動物（豬羊牛等）不得未經人道昏厥，予以灌水、灌食、網綁、拋投、丟擲、切割及放血（第 10 條），均屬於我國尊重動物權之價值。又新竹義民廟以「少牢之禮」獻祭神豬為二百多年來的傳統，屬於客家文化之一環⁸。然而，伴隨神豬獻祭之文化傳統，神豬競賽中追求豬隻重量之目標，造成飼養過程中豬隻灌食之情事，造成虐待動物之結果，拉開傳統慣習與動物保護（國家法制）之衝突。換言之，少數族群在生活上長久之慣習，面臨國家法制之價值選擇，應如何對待？也就是何謂「合理」、「適當」界限之問題。
- 三、面對多元文化存在之現實，主流價值與非主流價值之相處，應以尊重包容代替衝突排擠，為可接受的最大公約數。然而，如何在最大限度之包容尊重範圍內，將特殊或傳統文化慣習融入法規範秩序內。因此，如果森林副產物之採集無礙於森林之保育、保育類野生動物之獵捕無損於生物多樣性之發展、漁獵槍枝之持有無害社會治安之維持，法規範之建構本應彰顯如此價值。在現行實務操作之現況，顯然距離盡量多元包容之境地尚有一段距離，故在法規範尚未能調整之前提下，法律解釋與適用如何精密的操作，有待大家一起努力。

⁸ 中國時報，神豬獻祭不人道？動保槓義民廟，2012.08.21，參見 <http://news.chinatimes.com/domestic/11050609/112012082100274.html>(最後瀏覽 2012.09.02)

肆、原住民身分與國家法制

一、因「身分」關係而有特殊處理之必要性：實質正義原則的實踐

法律經由民主方式以多數決之原則，由立法機關制定形成一般性、普遍性之規範，約束、保障、規制一定之社會秩序，企盼實踐分配的正義與平均的正義等，此乃法律之基本目的。然而，法律普遍性之原則面對社會之多元化與規範對象之特殊性，有差異化適用之需求，因此，在實體法與程序法之設計上，預先排除普遍性原則之適用，其方式約略有以下方式處理：制定「特別法」、在同一法規架構下以除書或但書方式例外處理、具體法規範圍之特別關係，從事法律適用優先順序（反一般化）之操作。我國現行法制有關之特殊化之設計，依其特殊化之程度，大致可分為：

- （一）**審判機關、程序法與實體法全部特殊化**：最典型之例為軍事審判系統。現役軍人犯罪，由軍事檢察官偵查起訴，軍事法院（軍法官）審判，實體法上除一般刑法外，另制定「陸海空軍刑法」。程序上，除一般性之刑事訴訟法外，另制定「軍事審判法」，以為適用。
- （二）**僅程序法特殊化**：少年犯罪，另定少年事件處理法以資適用，除少事法明文準用之條文外，不適用刑事訴訟法。
- （三）**就特殊身分而加重或減輕**：1.加重身分犯：例如貪汙治罪條例第 7 條規定：「有調查、追訴或審判職務之人員，犯第四條第一項第五款或第五條第一項第三款之罪者，加重其刑至二分之一」。2.減輕身分犯：未成年人（18 歲以下）、老年（80 歲以上）、瘖啞人、精神障礙或心智欠缺人士，均可減輕其刑。

二、具原住民身分之犯罪，有無特別對待之必要性

- （一）我國刑事法律並無針對特殊「族群」之差異，而就法律適用上為不同之對待。故原住民犯罪，除前揭論及原住民身分並基於傳統慣習之相關面向外，審判法院、實體法、程序法之面向，並無明定特殊之處。
- （二）然諸多法院判決實務，面對原住民犯罪，除前揭傳統慣習有關之槍砲案件、野保案件與森林案件外，多係於量刑時表示原住民身分之特殊性，故於最終量刑時予以綜合考量。諸如：

1. 僅以原住民身分納入量刑考量，恐於法無據

「爰審酌被告為平地原住民，有戶籍謄本影本在卷可參，亦未曾接受教育，智識程度較低，謀職不易，其因經濟困窘且尚需撫養 4 名子女，致一時失慮，提供支票帳戶供他人開立空頭支票，以詐騙被害人財物，危害社會正常交易安全，兼衡其犯罪之動機、目的、手段、犯罪後坦承犯行，態度良好、知所悔改等一切情狀，量處如主文所示之刑，並依刑法第 41 條第 1 項前段規定，諭知易科罰金之折算標準，以資懲儆」。（臺灣士林地方法院刑事 100 年度簡字第 104 號）

2. 認定原住民為（經濟）弱勢族群，量刑時兼顧之

「本院復參酌被告乃山地原住民...依據目前臺灣一般人民生活、經濟水準之現況，原住民之經濟能力相對於一般人民，其經濟能力屬於較弱勢之地位，故縱然涉及同一類

型之刑事案件於刑度之量定時，就此一族群之特殊性及經濟能力狀況亦應加以一併考量，此亦為聯合國原住民權利宣言、憲法增修條文第 10 條第 12 項及原住民族基本法之精神所在」（臺灣新竹地方法院 100 年度交簡上字第 53、104 號）

3. 以原住民身分背後代表之狩獵文化與量刑之關係

- (1) 「被告 3 人獵捕、宰殺之野生動物數量為山羌 3 隻、臺灣水鹿 4 隻，數量非少，惟考量被告 3 人均為布農族山地原住民，此有戶籍謄本 3 份附卷可證（見本院卷第 56 至 61 頁），狩獵活動對被告 3 人而言，有其歷史、族群之背景，且被告 3 人犯後均坦承犯行，犯後態度良好，暨蒞庭檢察官請求從輕量刑等一切情狀，分別量處如主文第一項及第二項所示之刑」（臺灣南投地方法院 100 年度訴字第 329 號）
- (2) 「被告 2 人之犯行對於保育野生動物之保護，維護物種多樣性與自然生態之平衡有所影響，惟其等獵捕或宰殺之數量尚非龐大，且被告 2 人為山地布農族，獵捕、宰殺野生動物為其等傳統之生活方式及文化，因而其等之犯行惡性尚非重大，然事後未能坦認犯行態度尚難謂佳及其他等一切情狀，分別量處如主文所示之刑。」（臺灣高雄地方法院 100 年度訴字第 1123 號）

4. 原住民身分與酒量無關

「若吐氣酒精濃度達每公升 0.55 毫克以上時，應認已達不能安全駕駛之程度，而被告呼氣酒精濃度為每公升 0.96 毫克，依前揭說明，確已達不能安全駕駛之程度，縱被告係原住民，亦應適用上開 0.55 毫克之數值為客觀標準，此一事實認定並非對原住民之歧視或不利之對待，且符合「平等原則」之要求」（臺灣高雄地方法院 99 年度交易字第 72 號）

伍、有關價值選擇之難題

- 一、價值衝突之法學面向，化身為基本權衝突之議題，本為長久以來難解之困境。當多元之社會價值，依民主過程形成多數統治後，在依法而治之框架下，將價值之序列化身為法律之內容，彰顯多數統治代表之價值。而在一定之範圍內，多數統治會接受少數價值之存在，並以例外允許之方式，將少數價值內化成為法律之一部份，以穩定統治結構。
- 二、多數價值與少數價值之本質上差異，當然形成價值之緊張關係與衝突必然。在形成法秩序之過程中，價值化身為「權利」，形成法律上的力，成為有強制力之統治工具。多數與少數對於價值之實現要求，在憲政制度之基礎上，必須兼容，期能形成憲政秩序內部之和諧。但對於本質上無法兼容之價值，永遠存在需要衡量取捨之智慧。
- 三、我國實務近年有關基本權衝突進行價值取捨之操作，諸如：言論自由與個人名譽保護之衝突（釋字第 509 號）、隱私權與新聞採訪自由之衝突（釋字第 689 號）、駕車自由與他人安危保護之衝突（釋字第 699 號）等。對於基本權衝突及其解決之道，參照蘇俊雄大法官所述⁹：「憲法保障的不同基本權之間，有時在具體事件中會發生基本權衝突—亦即，一個基本權主體在行使其權利時，會影響到另一個基本權主體的基本權利實現。基本權利之間發生衝突時，也就是有兩種看起來對立的憲法要求（對不同基本權

⁹ 司法院釋字第 509 號解釋，蘇俊雄大法官協同意見書。

的實現要求)同時存在;此時,必然有一方之權利主張必須退讓,方能維持憲法價值秩序的內部和諧。由於憲法所揭示的各種基本權,並沒有特定權利必然優先於另外一種權利的抽象位階關係存在,故在發生基本權衝突的情形時,就必須而且也只能透過進一步的價值衡量,來探求超越憲法對個別基本權保護要求的整體價值秩序。就此,立法者應有「優先權限」(Vorrang)採取適當之規範與手段,於衡量特定社會行為態樣中相衝突權利的比重後,決定系爭情形中對立基本權利實現的先後。而釋憲者的職權,則在於透過比例原則等價值衡量方法,審查現行規範是否對於相衝突的基本權利,已依其在憲法價值上之重要性與因法律規定而可能有的限制程度做出適當的衡量,而不至於過份限制或忽略了某一項基本權。至於在個案適用法律時,行政或司法機關亦應具體衡量案件中法律欲保護的法益與相對的基本權限制,據以決定系爭法律的解釋適用,追求個案中相衝突之基本權的最適調和。」

四、按「釋憲者就立法者關於社會多數共通價值所為之判斷,原則上應予尊重」司法院釋字第 617 號解釋理由書明白揭示,顯然欲透過司法機關,推翻立法者所確立之「主流價值」,並不容易。因此,司法之性質雖有挾正義之名以少數對抗多數之特色,然而,如何具備對抗多數之勇氣,對所有司法人員而言,仍是一條必須持續奮鬥之道路¹⁰。

陸、代結語

一、為保障原住民族基本權利,促進原住民族生存發展,建立共存共榮之族群關係,國家制定原住民族基本法,就原住民族之自治(第 5 條)、語言發展(第 9 條)、文化保存(第 10 條)、傳播及媒體使用(第 12 條)、傳統之生物多樣性知識及智慧創作(第 13 條)、經濟產業(第 14 條)、住宅政策(第 16 條)及工作權保障(第 17 條)等,均有促進、扶助與保障之誠命,並就社會安全、福利事業、災害防救、資源共享等機制,均應基於保障原住民族尊嚴及基本人權之方式為之¹¹。

二、有關原民司法之設計,原住民族基本法第 30 條規定:「政府處理原住民族事務、制定法律或實施司法與行政救濟程序、公證、調解、仲裁或類似程序,應尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化及價值觀,保障其合法權益,原住民有不諳國語者,應由通曉其族語之人為傳譯。政府為保障原住民族之司法權益,得設置原住民族法院或法庭」。針對原住民族傳統習慣在我國法院判決之實證分析,可以歸納出初步結論,國家對多元文化應予尊重,於合理及適當之範圍內,應「容許」原住民傳統之習慣,並內化於法規範中。然而,容許之範圍,根據法院實務判決之分析,面對原住民族要求「溫暖而符合人性」之司法,尚有很長的路要走¹²。

¹⁰在司法院釋字第 699 號解釋中,大法官湯德宗表示:「...面對粗糙的立法、高張的民意,如何本於良知與專業,堅持獨立審判,守護憲法精神。尤其,如何捍衛少數人的基本權利,對抗民主的多數,確保國家公權力的行使能夠合乎理性,恆受『法』的約制,對於全體大法官而言,是一項嚴苛的考驗。顯見大法官們還是害怕被理盲濫情之輿論送回侏儷紀,更何況其他小法官們!走筆至此,不免讓人想起許玉秀大法官在釋憲案中就保護少數性文化族群的熱血:「...懷疑多數意見不是新性文化價值觀對舊禮教之安撫,而是所謂男女常態性價值秩序霸權對於所謂少數性文化族群之施捨(參見釋字第 617 號解釋不同意見書)」。

¹¹原住民族基本法之規範設計,基本上都有美麗的藍圖,彷彿原住民族之人權宣言,有如天邊的彩虹。第 31 條明文規定:政府不得違反原住民族意願,在原住民族地區存放有害物質。但台電的核廢料,依舊持續在達悟族的反對下,持續堆積在蘭嶼島上。

¹²自治為治本之道,由原住民族自治區成立原住民族法院,自行審理原民案件。其次,參照軍事審判體系之獨立司法制度,另以原住民「身分」為規範對象,成立原住民族法院,刑事上強調原住民族傳統習慣在刑事案件中之地位,民事上制定「涉原民事法律適用法」,以原住民族傳統習慣為準據法以解決原住民間之民事紛爭。然其中尚有諸多配套尚待設計與努力。

主題三：

原住民族傳統習慣規範在學理及司法實務運作中的地位

【會議實錄】

與談人（雅柏甦詠·博伊哲努 專門委員）：

張院長、許教授、其他的發表人、與談人及各位在座的先進，如果沒記錯的話，許教授的文章我在八月時就收到了。許教授非常認真，接到這個任務以後就馬上完成這篇文章，我也很慶幸我的角色是與談人而不是評論人，因為我實在不曉得如果作為評論人，要如何去評論這篇文章，因為這太專業了。

這篇文章處理的問題其實就是原住民族的傳統習慣規範與國家法律有衝突時，在刑法的領域裡要怎麼樣去處理，並且以蜂蜜案件及櫟木案件為例去做一個檢驗。其實，在蜂蜜案件及櫟木案件出來之後，有很多人討論這件事情，討論的角度不太一樣，有的是回歸到這兩個族群對原住民族的傳統習慣規範，去找到各族的傳統習慣規範到底是什麼。比如說，有人開始去探討在鄒族的傳統財產制度是什麼、在鄒族社會裡頭有什麼樣的職權等等。比如說，去探討在泰雅族裡在傳統生態的治理、土地的使用方式，以及他們如何去看待櫟木這種植物等等，有很多成果。

第二種探討面向比較是運動的，就是把這個衝突變成一種與國家的對抗。所以，我們會發現在很多的場合、很多的報章雜誌裡，或是在街頭運動裡，這兩個案件一直被提出來，當做是國家的法律一直沒有擺脫對原住民族殖民的一種象徵性研究案件。第三種方式是比較回歸到法律層面的討論，我把它稱作是一個立法政策的討論。它認為不管是櫟木案件也好、蜂蜜案件也好，能夠達到這樣的結論，已經是目前當下法制上對原住民來說最好的可能性。如果要根本解決原住民族的傳統習慣規範與國家法制的衝突，不該只有透過立法或修法的方式才有辦法達到這個目標。比如說，在許老師的文章裡特別引用到台大王皇玉教授（刑法學教授）裡面所提出的記錄，在《刑法與社會規訓》這本書裡有兩篇專門討論到原住民族犯罪的除罪化問題，基本上是希望透過修改刑法的規定來達到這個目的。

今天我們有幸看到第四種聲音，我想許老師是用刑法解釋學的角度，認為櫟木案件或蜂蜜案件其實不需要透過修法，而是要發展一種刑法的解釋理念。我覺得許老師有個前提是認為，當刑法面對原住民族傳統習慣規範與刑法的衝突時，我們不能仰賴司法人員偶發的憐憫或是偶發的情懷、關懷，應該要從刑法內部發展一套完整的解釋，把這件事透過刑法的解釋來處理。所以我在讀這篇文章時，其實一直想到史賓諾沙曾經講過一句話，他說：「不要哭，不要笑，要去理解。」我想許老師在文章裡也不斷提醒我，其實我們在看原住民族傳統習慣規範與國家法制衝突的時候，其實我們內在的關懷應該要變成一個刑法學的推論和理論的建構，而不是一直停留在一種情感裡面，所以我覺得這篇文章應該是相當具有里程碑的功能和意義。早上我們林副主委也特別提到，最近原民會要收集一些跟原住民族有關的判決，作一些評示的功能，我想刑法領域可以找誰協助來做這件事情，已經非常清楚了。

再來，我也延伸一些問題。其實今天的研討會參加到現在，我們一直在談原住民族的文化、

原住民族的傳統習慣與國家法制的衝突，但其實現在原住民族文化也面臨了一個相當嚴肅的困境。比如說，現在我們有百分之五十的人口實際上是住在都市，其實已經遠離了他的文化國土，過的已經不是原住民族的傳統生活，他可能不會講族語，他可能根本不曉得什麼叫阿美族文化、什麼叫鄒族文化、什麼叫布農族文化，你跟他談這些的時候，他可能比你更不了解他自己的文化到底是什麼。在這種狀況之下，我們要如何跟所謂的新原住民去談他的傳統習慣，其實這是非常困難的。當然這是社會變遷所造成的結果，也是原住民族困境非常具體的體現，這也是要怎麼樣去透過一些制度的建構，去檢討文化流失、文化崩潰或部落崩解的狀況，我覺得這是我們必須要去理解的。

像剛才聽戴明雄牧師的報告，其實我們會很慶幸部落有這樣的年輕人願意去傳承他的傳統文化，但並不是每個部落都這麼幸運，有這樣的年輕人可以去做這樣的事情。大部分的部落不是很老的、就是很小的，老的可能並沒有辦法在法庭裡或是在現代社會裡去表達他的意見，小的根本就還不知道自己應該要做什麼事情，所以這樣一種文化的困境，我想也是我們必須要去探討的。

另外，在結束我的與談之前，我有一個小問題想請教許老師。早上王泰升老師在專題演講時有提到，民法最近有修正針對習慣與物權方面，物權可以透過習慣來成立；而在原住民族基本法第 20 條其實有規定，政府承認原住民族的土地和自然資源是有權利的。在這樣新的法制建構之下，在處理這兩個案例上會不會有什麼樣的效果？謝謝。

與談人（黃國益 法官）：

張院長、林律師，以及在座各位老師、法學界的學長、各位原住民的朋友，大家好。我很感謝林律師給我這個機會拜讀他的精彩大作，林律師是名人，從事公益訴訟不遺餘力，我個人非常佩服，私底下都覺得非常汗顏。因為我是他的大學同學，昨天晚上是畢業二十幾年後第一次見面，我去他的寢室向他請益，他十幾年來追求公益精彩的生涯，一直談到十二點，欲罷不能。拜讀他的報告，我覺得非常佩服，對於他貢獻公益，做為他的同學也是與有榮焉，甚至被解聘掉，最近的新聞有報導，不過我想林律師也是堅忍不拔，一定會再接再厲。

我是高院民事庭，並沒有承辦行政訴訟事件。今天討論的兩個個案，都是針對行政處分，尋求行政法院救濟，卻沒有達到救濟的判斷，我盡量從自己所受的公法訓練，嘗試來說明可能法院為什麼會這樣判，以及我們的侷限在哪裡。我怕很多人會罵我，可是我們來參加這個研討會很大的一個角色就是在這邊被罵，然後我們回去好好反省。事實上這制度的環境是有很多侷限，希望等一下有充足的時間講，沒講完的部分就簡要說明。在講之前，還是要盡我與談人的責任。我這禮拜很認真的把林律師的報告讀之再三，還把所有判決都調出來看一遍，當然也去參考相關原住民的判決，例如剛剛教授提到司馬庫斯就是一個非常好的典範。第一個的判決是針對違反水土保持法做的制裁處分，林律師打這個訴訟。首先，他從生存權來強調原住民族基本法和原住民使用特定區域的優先性，去解構原行政法院對於法律適用特別性的認定標準，我覺得這個非常精彩，而且真的非常準確的擊中現行規範適用的弱點所在。

各位從早坐到現在都很辛苦，大概坐在這裡與談的，除了明天要報告的蔡庭長之外，我們都是比較弱勢的，所以多數的司法界前輩坐上來就先說：「很抱歉說，我對原住民沒有很多的了解。」我想可能多數的人都是這樣，這就是漢人法院為主體，對於規範解釋的一個核心，這是現狀。所以，你丟出「生存權」作為上位解釋概念，去提醒法官要取代這個優先適用順序的時候，我覺得

非常精彩。但是比較可惜，通常「生存權」只有我們在念研究所讀憲法基本權的時候，讀日本學者的文章才會去探討這個問題。這能夠從憲法的角度出發，和原住民的生存權去挑戰既有的規範，我覺得這是一個出路。

第二，報告再點出來，由漢人法官與漢人所制定的規範的法院體系的主流觀點，可以說普遍性都忽視了原住民作為主體，原住民使用的區域、原住民生活事物的本質來作為解釋規範的指導原則，這是確實存在的。更何況，現在法源欠缺，因為從早上王老師給我們的指導，一直嘗試如何去把原住民的生活習慣，甚至比較核心的文化內涵，過渡到法的存在形式，就是法源。法源有什麼好處？這樣法官才有武器。法官就算認同原住民地區應該適用特別的原住民角度的適用規範，可是法官還是要有武器。

我記得我第一屆也有參加這個研討會，講到自己審判的經驗，提到比司馬庫斯更早期的原住民民法的修正，這個修正講完之後，我在西雅圖的好朋友蔡志偉教授，當場就給我吐槽。我記得剛出來做法官的時候，那時有個法律叫「槍砲彈藥刀械管制條例」，現在還是有。原住民朋友大概都知道，在民國 90 年之前，原住民朋友都要打獵，使用獵槍若被抓到，管區就有分數。這是很重的罪，一驗起來，獵槍一定有殺傷力，五年以上，七年以下，有時還會製造八、九枝，因為還有很多兄弟要用。我剛開始當法官就覺得，怎麼會這樣。後來終於匯聚成民意，修法。我在第一次參加這個研討會的時候就想，我們法官沒有辦法，要修法，比如像這種除罪化之後，法官就有東西可以用。蔡教授立刻給我吐槽，說如果什麼都要修法的話，那我們辦這研討會做什麼？法官不需要來理解我們原住民文化嗎？其實我回去就深刻反省了。後來，司馬庫斯的判決我們繼續學習。

因時間關係，我們直接跳到林律師文章的結論，他最後提出三點解決之道，第一是要成立專業法院，剛剛劉院長已經提示我們，司法院已經在動了。第二是把這些原住民特別的特有文化法典化，或者至少讓它成為法源，這個部分當然非常肯定。可是如果我沒有記錯的話，剛剛教授有提到司馬庫斯的判決，我上網查詢，其實有分為兩次判決，一位是判的是高院的陳國文法官，如果是基督徒大概就知道，他是最近滿有名的，去年從最高法院辭職不要退養金而去當傳道人的一個法官。我仔細看了那個判決，其中記錄了一個東西，我在想我們都知道要成立專業法院、要把這些法源提供法官做判斷的依據。法官也不懂，一定要有資料庫，中間過渡的工具是什麼？司馬庫斯判決其實就是做了一個界定。它現在界定，要回到剛剛林孟皇法官提到的「阿公摸蛋蛋」那件案子，這是不是該族、該區域原住民的文化傳統，這個如果判了無罪出去，也許這法官充滿同情憐憫、認同原住民文化，在漢人的報紙會把他寫成什麼？大家就會非常害怕。除非這個前提被建構出來，哪一個族、哪一個區域的哪一種成長的文化習慣，有存在著阿公對未成年子孫的行為模式，如果這被建構出來的話，法官也比較敢判。法官現在是走在鋼索上的小丑，歪這邊不對，歪那邊也不對。這不是卸責之詞，而是說出我們的困境。

第二個最大的困境就是從早上到現在講的，法官沒有那麼懂，實際上原住民的文化在哪裡？呈現出來的真相是怎麼樣？或者說，究竟有沒有阿公，如果法官用的那個道裡確實就是如此，那個判決竟然是阿嬤的證詞，我是覺得，我們可能不太直接這樣用，一個被害人親人、被告親人的當庭證述，立刻把他除罪，這是非常具有風險的。不過，根據報紙記載的它是這樣判沒有罪，這是非常有勇氣的法官。可是搞不好有人說，他是不是收了錢？大家都不信賴司法。這是我們的困境。

剛才還有提到第二個案件就是關於災後區域的劃分，這裡我最後再講一個部分，就是我嘗試從行政法院法官的角度去解讀。這兩個案子有一個地方不一樣，第一個是干涉制裁處分的申裁，第二個是全面性的、是規制處分的建構。這兩個處分很大的一個差別在於，前一個處分其實接近刑事判決的申裁，只要做構成要件的涵攝，只要做違法性的判斷。第二個是全面性的，莫拉克風災後，政府被罵到臭頭，死了這麼多人，今天行政機關當然是為了生存的效率，以及原住民的在地專業知識兩個要怎麼平衡。其實法官沒有那麼多武器，沒有行政機關這麼龐大，用法律的話來講就是，廣泛裁量空間的處分類型。行政還有法官這個時候他到底有沒有那個能力、他適不適合跳進來去取代行政機關做這個決定。換句話說，這個時候行政決定其實很植基於強大的民族正當性。也就是說，這是一個政治程序。比如災後重建小組去問耆老、調查當地的地形這些很繁雜的事，當然這些我們在審理過程一定是講到開十幾次的庭，可是法官到底有沒有那個武器去推翻，也不是不可能。

一個昨天才宣判的個案「中科四期撤銷開發許可」，我看了非常高興，一個合議庭三個法官去推翻一個五百多億的行政院的計畫。二十年後再回來檢視，我覺得這個影響真的不下於蘇建和三條人命的影響。所以，法官在做這些判斷時，他肩膀要扛多重的東西，不是不能扛，而是法官必須要有這些東西，他能不能有這些資源。如果有的話，我想很多法官很快願意跳進來，可是如果沒有，就叫他只是說文解字或每日一詞，來說明這個應該怎麼解釋，這樣就推翻行政機關，這兩個個案我覺得還是有它的差異性。但是，林律師講的也就是，他從代理這些當事人從學理上提出批判的角度，我真的覺得都非常精確、也非常精彩。

總的來說，我聽到高教授提出最後那幾點，真的就是解決如何去融合原住民生活文化的習慣與現行國法體系的衝突。立法、法院的建立、專業法庭、訴訟程序，甚至長遠的像林律師期待的部落法庭，等於是審判權的釋出，有沒有可能。如果照林律師昨天跟我講的，在美國或澳洲某些地方確實存在這樣的法庭，也許是可行的方向，這個是我簡短的報告，謝謝。

與談人（許華偉 檢察官）：

主持人、各位與會的來賓先進，大家好。其實去年第二屆我有來過，每次都覺得八分鐘是一個很大的挑戰，因為其實在場的嘉賓當中有法律人、有非法律人，要在這麼短的時間內要做一些陳述，其實對與談人來說是一件高難度的事情。尤其我是今天議程的最後一棒，所以希望能夠用一些簡短的想法來跟大家分享我對於這個主題的一些看法。大家手中如果有議程的話可以看一下，其實這個場次的主題就是「原住民族傳統習慣規範在學理及司法實務運作中的地位」，主要談習慣規範的地位到底是什麼。我看到這個主題的時候其實想到一句話，這句話我想很多的法律人應該都知道，有一句羅馬的法諺說：「你給我事實，我給你法律。」用來解釋法官或爭端解決機制到底是什麼。我們從這句話來出發，當然我要先講，以下的東西因為很簡化，可能會有一些部分不見得那麼精確，只是先做一些分享。

假設我們從這句話來看，一個司法的案件或是實際上存在的紛爭，可能當事人就是給事實，或是在經過一些查證之後，法官或檢察官會得到一些事實，接著法官檢察官要去做決定，這個決定是一個必須有法律依據的決定，這樣的情況不管在實體法或程序法，也就是說不管在「判斷權利的依據何在」以及「實現權利所需要踐行的程序」當中都會有的適用過程。現在的問題是「習慣」到底是什麼地位？如果在這樣很簡略的二分法底下，我自己的看法是，它當然是法律，只是

這樣原住民的傳統習慣規範作為法律，在現代的國家當中，到底是不是還會有其他的法秩序法律與它一起存在於法官或檢察官的心中，至於其他的紛爭解決機制其實也是類似的情況，所以我自己認為是這樣的一個地位。

舉一個簡單的例子，在場各位應該有的是為人父母，我的小孩已經念小學了。但如果有一天早上，我問我的小孩今天早餐要吃什麼，他可能會回答「隨便」、「不知道」，或是「我要吃蛋」，不管是去買或做個蔥花蛋給他，拿到他面前的時候，結果他說：「我不是要這個，我要荷包蛋。」不知道在場的來賓有沒有碰過類似這樣的情形？舉這個例子其實是要講現在的一個情況，我自己在看原住民習慣在學理或司法實務運作當中的地位，既然不管怎麼說它都是一個規範，如果它是屬於法律的範疇，現在可能司法者的困境是在於，就像我剛才的舉例，我可能會跟我兒子說：「你又沒有跟我講清楚，我怎麼知道要給你什麼東西？」有的父母會說「隨便你，你愛吃不吃，愛就拿去，不要拉倒。」有的父母細心呵護，問孩子說「你要吃什麼東西？」，當然有各式各樣的情況。對於實務工作者來說，我覺得現在看起來比較麻煩的一件事是，其實都還不太知道那個規範的內容是什麼，就像我不知道我兒子早上想吃什麼東西一樣，這樣的情況要不要解決？當然要解決。為什麼要解決？其實剛才許律師已經提到一個多元文化的保障，基本上類比之下的意思就是，如果我的小孩要吃什麼，我就要給他什麼，基本上我要尊重他，我要給他什麼東西，只要他的要求不要是非常不合理的（比如他要吃的是月亮上面的嫦娥旁邊那隻玉兔的肉），只要他的要求基本上不會是顯然難以達到或履行的，我認為依據憲法的規定，國家基本上應該要提供這樣對於習慣的認同，包括在實體法或程序法上可能都必須要有，學理上的說法把這個叫作「多元文化保障義務」，這個義務會對行政、立法、司法機關發生拘束力，大概就是這樣的意思。多元文化確實必須要去尊重，但這樣的尊重其實對實務工作者比較大的困惑還是在於那個內容到底是什麼、內容有哪些。如果再套我剛才舉的例子，如果我兒子有一天再拿出一本食譜告訴我，每天早上從第一頁輪流開始，或一三五、二四六要做什麼。這是一種通案性的解決方式。

目前看起來，從今天一整天的過程當中談到的，我們可能要建立一些慣習的調查報告等等，大概相當於那本食譜，給予法官檢察官一個適用的準據。但我是在想，第一，沒有食譜就做不出菜來嗎？不見得，也不適合於當前的情況，在沒有食譜之前還是必須要做一些個案上面的判斷。另一個問題是，有食譜以後難道就一勞永逸了嗎？我認為也不見得，有些個案當中還是有些相關的爭議存在。在這樣的情況下，我倒是認為這樣整個原住民習慣的認同是一個持續性的認知過程，也不要以為我們做一個通案性的檢討，好像以後就不會再發生個案上面的爭執了，我認為不太可能會是那樣的狀況。要怎麼引進實體法，這部分我想簡單講一下。其實在既有的司法秩序當中對於習慣的承認，不會完全沒有空間，至於哪些空間是什麼，其實很多學者與論述都已經談過，包括在實體法上，以刑法來講可能有一些阻卻要件的存在，比如王泰升老師及蔡志偉老師有提到的刑法第 16 條，或許可以作為一個導引的空間。程序法上面可能希望能夠讓相關的當事人有選擇的機會，比如有一些轉向制度的建構，像有些先進也提到說修復式司法的實踐，我認為這些其實都是可以在不變動或不過度變動既有法制的前提下，要讓原住民的習慣能夠進到既有的法制當中的做法。

我有一個感想是覺得，習慣的引進有助於信賴的建立，我認為當前最大的問題可能是，司法制度上（包括實體法及程序法）讓原住民不信任，這部分可能是一個最需要解決的問題，習慣的引進當然有辦法去解決這個問題，但問題是在這部分需要去建構的，對於司法工作者來說，無疑

還是在於到底這個習慣的內容是什麼，不管在程序上是要做通盤性的解決，或是在個案的程序當中，經由證人、鑑定人或是任何其他的方式提出來，不管是任何的方式都可能必須要去做這樣的處理。大概簡單的講這部分。

最後，做為檢察官我想這句話還是要講一下，我有一個期待是，不管實體法或程序法在習慣上怎麼樣去引進，希望主事者或是關心制度的這些相關先進，要重視被害人權益的保障。這部分有點離題，但最後還是要講這句話。因為我是擔心，當然對被告人權的保障是近年來法律圈一直非常念茲在茲的事情，但我覺得被害人權益的保障，尤其以原住民的情況，我真的覺得去搜尋實務判決，看原住民的被告到底有多少，原住民的被告比起漢人的被告比例有多少，其實比例相對是少的。雖然比例可能相對較少，我還是希望，原住民的被害人權益保障的這一塊是不是在相關制度建立的時候，也應該要做個考量。大概跟大家分享這些想法，謝謝。

王泰升 教授：

我不是刑法學的專攻，但長期以來一直有這個疑惑，所以想藉這個機會請問許恆達教授。關於鄒族頭目的蜂蜜案，您的看法好像是，他還是具有不法意圖，因為這個罪不處罰過失，所以無罪。這個案件對台灣原住民的保障有一個很重要的意義，因為發生這個案子，我們開始調查，到底鄒族對於野生的蜂蜜有什麼樣的習慣，這件事情，當時法官並沒有去好好調查。如果因為在日治時期的文獻上我們看到鄒族是對這些森林產物（特別是蜂蜜）有這個習慣，它是個傳統，所以到今天還有沒有這個習慣，要調查吧？如果調查的結果是有這個習慣，那麼依照傳統的原住民法，認為自己的東西而拿走，特別是在我們今天物權可以依習慣創設和原基法的精神底下，他還是具有不法所有之意圖嗎？我再說一次，他用傳統的原住民法，他認為是自己的東西，然後他做了那個動作，這到底有沒有不法所有之意圖？您剛有舉到一個例子，如果老美因為不知道台灣的法律，以為通姦是可以的，那您認為這種情形到底有沒有具有不法意圖呢？如果那種情形沒有不法意圖的話，那等於是尊重美國法；如果是尊重美國法，這種原住民的情形不尊重傳統原住民法，這似乎有點奇怪。也就是說，刑法作為一種最後的手段，到底我們要怎麼看待習慣？謝謝。

發表人（許恆達 助理教授）：

我先回答王老師的問題。這在刑法上其實有兩個不同層次，我剛說的「不法所有意圖」其實是刑法第 320 條底下，財產犯罪的行為人只涉及財產犯罪而已，像殺人未遂這些類似的案件，叫「不法所有意圖」，重點是「所有」這個字，「不法」只是框住「所有」的另外一個規定。所以「不法所有意圖」指的是，我必須在偷東西的時候希望創造一個不違反民事法律秩序的侵害狀態，這叫做「不法所有意圖」。另外，王老師剛剛有提到一個美國的例子，那叫做「不法意識」，主要是涉及刑法第 16 條，行為人知不知道自己的行為是違法的。「不法所有意圖」和「不法意識」在刑法上有些不太一樣的意思。其實王老師剛提出了一個關鍵性的提問，假設鄒族在現代還是有這個傳統，而依據這個傳統確實認為這就是他的，會不會還有所謂的「不法所有意圖」？我的答案是，在這篇論文寫的是按照當時判決的事實，其實這個鄒族頭目沒有辦法完全確定是否真的是那個漢人從鄒族所有土地採集的，因為後來確認是，其實鄒族土地不生產蜂蜜，這是當時在判決時所拿捏的第一個重點。

所以，依據這判決書，其實當時鄒族頭目不能完全確定蜂蜜真正的歸屬，至少在這判決裡，這是很關鍵的一點。但如果以剛剛王老師所提出的，鄒族的土地確實生產蜂蜜，而從當時個案的脈絡來看，蜂蜜確實是鄒族頭目所認為來自於他的土地的話，我覺得可能要考慮兩個重點。第一，我認為土地所有權的所有物的產生，基本上按照現行法的規定，現行法在這裡不應該過度去考量原住民文化。現行法的規定如果確實是許可原住民對於這土地的利用行為，這利用行為就可以推導出，它的產出作物的所有權可以歸屬於原住民。所以這個地方的重點反而不是土地，而是在於蜂蜜，蜂蜜是土地的產物，如果可以肯定土地產物的利用合法行為，這基本上是可以歸屬的，當然他的行為基本上連搶奪罪的成立都沒有，其實這也不用去考慮「不法所有意圖」，因為他等於是捍衛自己的權利，當然變成是可以阻卻違法，不管是正當防衛或是民法第 151 條的自助行為。如果按照當時法律的規定，原住民對這個土地其實沒有利用資格的話，便會回歸到判決書的結果，就是這個原住民他當時的行為可能還是違反了刑法搶奪罪的規定，他侵奪了他人財物，這所有權基本上應是歸屬於國家或第三人。

第二，他在主觀上如果知道法律的規定是這個樣子，基本上他還是具有「不法所有意圖」，這也回歸到我這邊提出的結論，他在阻卻違法事由認定的事實認定上，會為了他錯誤的認為他在保護自己的東西，這個行為在刑法上是用一個特殊的方法，即「容許構成要件錯誤」的方式去排除他的問題。可能這邊比較有點複雜，謝謝。

朱仲一 先生：

大家好，我是賽夏族的朱仲一，現在才在念法律系，所以有一些問題想請問許教授。在您文章結論的第三點，其中有提到「過度考量他種文化」，我想請問何謂「過度考量他種文化」？因為在法律上被認定永恆的真實，法律不就是依存在人之上？也就是人與人之間的文化，文化的變遷中，價值觀會變，難道刑法從來不修訂嗎？刑法的要點有「維護社會秩序」及「讓人民有法信賴感」，我們原住民應該也會有自己的法信賴感。舉例來說，就算是在中國，少數民族也有他們刑度減低的狀況，就是要考慮他們文化的情形。謝謝老師。

發表人（許恆達 助理教授）：

所謂的「不應該過度考量他種文化」意思是，他種文化不能夠直接成為成立犯罪或不成立犯罪的理由，這地方一定要有一個過度的介面，我強調這介面基本上是指我們現在法律，至少在刑法這個領域，是各種不同犯罪概念的用語，也就是一定要透過這個介面才有辦法轉換到法官，才能夠具體操作個案的一些實務工作，如果欠缺這個介面，我覺得有困難。從早上討論到現在，法官一直在強調，實務工作者是依法律判決，不可能剝奪法官依法律判決的先天上及倫理上的要求，如果他不依法律判決，他的判決會被撤銷，這對法官最重要的一點考量，我覺得會是一個折磨，無論如何不應該過度的，可是他必須要透過法律的介面來解決習慣法律化。如果那去法律化，我個人的想法是，這可能會涉及到阻卻犯罪成立的司法操作。

最後回答雅柏魁詠的問題，我很簡短的講三點就好。第一，立法和司法的問題是麻煩的，在立法之前，司法必須解決，司法在沒有立法改變的現狀下，是否去提出一些策略性操作的做法，現行實證法是基於民主原則所創立，除非是透過大法官會議才能去否決它的民主正當性，所以不

應該去附議說，因為這個習慣很重要、這個習慣對某些族群有特殊意義，所以這個習慣可以推翻現行司法，我覺得這點對法官有先天上不可排除的問題。

第二，個人憐憫部分，我覺得某種程度上，如果今天創造了原住民法，我完全贊同這樣的做法，原住民可能會解決一些程序上的問題，但是原住民把它叫什麼法律去判決，這才是至少到目前都沒辦法解決的。原住民如果按照他操作的標準如果和現在的法律是一樣的，處理原住民的案子，把案件集合起來，其實產生的效果不大。換句話說，如果真的想要做一些改變，或許比較具有實踐性意義的做法是如何讓它去修法。

至於王老師和雅柏甦詠專門委員都提到，現在民法的習慣可以改變創設物權的情形上，對不起我不是民法專家，但我個人想法是，跟刑法最有關係的其實是所有權，所有權的問題倒不是直接的創設，反而是所有權的歸屬認定，至少在所有權的歸屬認定上，我用剛剛回答王老師的說法，在這邊可以考慮透過利用關係把整個舊慣吸納到選取物種或採取物的所有權能夠標出來，或許是一個具有實踐性的思考方向，謝謝。

吳雪月 女士：

主持人、各位先進大家好，我想請教林三加主任委員，就原住民土地權利的問題，有關美麗灣事件，我想在這個地方您著墨還滿多的，我也很想多了解，雖然我是花蓮的阿美族，但跟台東阿美族還是息息相關。

發表人（林三加 主任委員）：

剛剛好像沒有談到這個部分的問題。關於判決，我簡單的講一下，因為我不是承辦律師，主要是詹順貴律師和其他律師一起處理。那個案子基本上據我了解，最主要兩條線，一是公民訴訟的救濟，一是環評撤銷訴訟的進行，這兩個訴訟最高法院都已經確定了，由環團與當地的原住民族人勝訴。所以我個人的見解就是，法院確定的判決都拚出一個結果了，但實際上執行的結果如何是一個很大的問號，目前好幾個案例都發生這樣的情況，就是法院判了之後沒有那個效果，有沒有那個判決對於某一個開發案的進行沒有任何影響。像最近有些人就問我，你們做了很多相關環境的訴訟，結果都沒有用，那繼續做這些事情有什麼用？這個問題其實很多人都在問。事實上，這部分我覺得，就人民的角度的來看，其實是有意識的覺醒、公民社會的建立；就司法的部分，我認為這個部分是目前我們整個政府，不管是行政權或司法權，甚至是最高層級，要共同思考一個問題，司法最高法院這樣的判決，它的效力和意義在哪裡？如果沒有辦法得到行政權的尊重的話，我覺得是我們法律人共同的責任。以上是簡單的回答，謝謝。

【專題演講】

Navajo Traditional Concepts and Methods of Justice

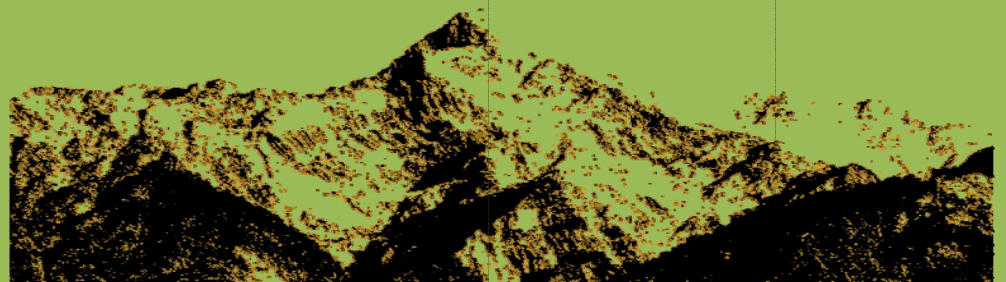
主持人：高德義 主任

(國立東華大學原住民族發展中心)

演講人：Robert Yazzie

(Chief Justice emeritus of The Navajo Nation Supreme Court)

(Executive Director, Diné Policy Institute)



NAVAJO TRADITIONAL CONCEPTS & METHODS OF JUSTICE

The Hon. Robert Yazzie

Chief Justice of the Navajo Nation (Ret.)

I thank Awi Mona for the invitation to talk with you today. I am particularly thankful because any opportunity I can get to talk about traditional justice with indigenous peoples and indigenous studies groups forwards my own understanding. I come before you from the standpoint of having been privileged to direct judicial policies on traditional Navajo justice for many years. I am honored that leading academics in the United States have acknowledged my court as a leader in promoting traditional justice and showing how customary law can be used as a living body of law. I will discuss some of the leading traditional concepts of justice among Navajos and describe methods of justice that implement them.

Starting with the notion of “traditional justice,” just what does “traditional” mean? It seems to speak to something passed down to us and learned, and something that is part of the wisdom of my particular group. How might that “something”—that particular kind of knowledge I might call “traditional”— be passed to me? All societies have their “stories”—their legends. Navajo society has what we know as *Hajine Bahane*, which are stories or accounts of how the “Five Fingered” people (humans) and more particularly, how the *Dine`* (Navajos) came to be. Our creation accounts, as it is with many, are narratives of and about ancient beings, places and events. The important thing about stories is that they tell us *how* we know things: There are stories about specific people or beings, or perhaps mythical figures such as animals, that tell of the attributes the person or being has and the challenges or struggles that person or being faced. They relate experiences that are a form of *empirical* knowledge.

For example, Navajos have narratives about two beings, Monster Slayer and Born-for-Water, who were born of our Earth Mother, as young men they searched to find their father to get weapons from him to use on monsters who were attacking and killing The People. Their stories go into much detail about the way the two confronted certain monsters and killed or weakened them. There are also narratives that tell about how the situation of the Hero Twins came to be by way of the evolution of the Navajo People and how the monsters came to be. The narratives tell of the *experiences* of the Hero Twins and how they acquired knowledge from their struggles. One of the ways we learn things is *empirically*, by experiencing or doing, and the stories are also a form of empirical knowledge as we learn the accounts of what the Twins learned through what they experienced. That is one way we can *know* tradition.

That knowledge are taught ceremonially in the form of chants and songs that walk the patient through the saga of the Twins so that person can both see and experience what the Twins did to transmit knowledge. A practitioner who experienced it can explain the meaning of the narrative. That is, one can explain the hero twins as forces of powerful masculinity, as with the strength of Monster Slayer and his ability to kill or weaken a given

monster, or of femininity, as with Born-for-Water's more gentle attributes and abilities to analyze a situation. A "monster" can be a metaphor for misconduct that gives birth or rise to a destructive force and one for powerful forces that impede us in life. They are negative forces that get in the way of one living one's life well as a metaphor to teach ways to deal with them or right ways of living to avoid them "getting in the way of leading a successful life."

If you ask an older Navajo how a given problem of life is approached he or she may respond with a story from the *Hajine Bahane*, sometimes explaining its meaning and sometimes not. While the stories are old they are considered to be timeless and they apply to everyday life as a body of knowledge that is complete in itself. They are one way of communicating and teaching a complete body of knowledge and thus of tradition.

Tradition is transmitted in other ways. Most of us have a regular routine from when we get up in the morning to when we go to bed. If you look around you at the way your neighbors are dressed you will see reflections of attitudes on the importance of this gathering (or not). The way we dress reflect how we feel about this gathering They are an expression of who we are. There are unwritten rules about how we will dress, and while there may be a few people who are out of step for various reasons, most of us follow the rules. There is even one researcher who examined how custom works by hiding out in a grocery store, watched how people interacted with one another and "discovered" the unwritten rules of grocery shopping in America.

Tradition is also expressed in what we *do*. We also know it as "custom." There are ways of doing things that are taught to us and we in turn pass it on. We do many things that we cannot explain. For example, there is a custom in many parts of the English-speaking world where a speaker will hope that something is so and then knock on wood. There is the expression "knock on wood" to express a wish. What is that all about? It is summoning the Norse God Wotan to hear the wish and make it so.

I discussed stories and then actions, and before we can better appreciate what we meant by "tradition" or "traditional" we need to extract some meaning from what it is we say in stories or creation narratives or what we are actually doing when we do things we learn as children. For example, the Navajo creation narrative has its hero twins encountering monsters. Monster Slayer went about killing them and at one point he remarked, "Surely all the ana'ye are now killed." But the Wind whispered in his ear, "Sa (Old Age) still lives." So Monster Slayer went to the North and saw an old woman leaning on a staff. He knew who she was. He said, "Grandmother, I am on a cruel errand. I have come to slay you." She said: "Why would you slay me? I have never harmed anyone. I hear that you have done great deeds so that men might increase on the earth, but if you kill me there will be no increase of men; the boys will not grow up to become fathers; the worthless old men will not die; the people will stand still. It is well that people should grow old and pass away and give their places to the young. Let me live, and I shall keep this promise I shall spare your life." She was allowed to live.

He then tracked Cold Woman and found her "sitting on the bare snow, without clothing, food, fire, or shelter." He told her: "Grandmother, a cruel man I shall be. I am going to kill you so that men may no more suffer and die by your hand." She replied, "You may kill me or let me live, as you will. I care not, but if you kill me it will always be hot, the land will dry up, the springs will cease to flow, the people will perish. You will do well to let me live." He thought about it, told Cold Woman she spoke wisely, and let her live.

The Wind whispered in Monster Slayer's ear to tell him that the monster Poverty still lived. Asking about that monster, the hero learned that there were two, an old man and an old woman "who were filthy, clad in tattered garments, and had no goods in their house." "Grandmother, grandfather," Monster Slayer said to them, "a cruel man I shall be. I have come to kill you." The old man replied, "Do not kill us, my grandchild—it would not be well for the people, in the days to come, if we were dead; then they would always wear the same clothes and never get anything new. If we live, the clothing will wear out and the people will make new and beautiful garments; they will gather goods and look handsome. Let us live and we will pull their old clothes to pieces for them." Poverty was allowed to live. Likewise "the Hunger People" were allowed to live so that the people will care for food and know the pleasure of the chase—of hunting.

This is only a small part of the stories of the encounters that Monster Slayer and Born-for-Water, two hero figures, had with the monsters that were destroying Navajos, the People. Such stories are told in the winter and you can likely imagine people inside a traditional Navajo *hogan*, an eight-sided log structure, huddled around a fire on a cold winter night, listening to such stories being told. They are not simply "stories," of course, but knowledge. They tell of heroic figures who faced very real problems and how they were resolved.

What is the problem these stories address? The Navajo word for "monster" is *nayee* and it means something like "things that get in the way of you living your life." They are obstructions; barriers; obstacles; difficulties. The encounters with Old Age, Cold, Poverty and Hunger tell us that such are not simply the way things are, but a lesson. There are reasons for old age, winter, poverty and hunger and Monster Slayer followed proper protocol by announcing his intentions and then talking out the rest with each. He learned that there are two sides to every situation and relented when encountering the last of the monsters.

Now comes the part where people get confused — taking something concrete and specific like a story and extracting meaning from it. What are we looking for? We are looking for *norms* and they are expressions of duty—of "ought" or "ought not." When confronting an obstacle or barrier one should be direct, but also be prepared to learn what is behind it. I have difficulties with the word because it doesn't make sense in Navajo, but we are looking for *values*. I define them as shared attitudes about a given thing or situation—we "value" relationships, for example. If we can identify the norms or values we find in stories, descriptions of what we do and other ways of transmitting knowledge, then we can go about the business of "law."

Before I get to "law" as such, let's start with procedure. If I have a problem with someone the easiest way to address it is to talk with that person and work it out. Simple enough. What if I can't talk to that person—for whatever reason? I might seek out someone that person respects for help—a common relative; an elder; a civil leader, etc. We all have people whom we respect for their wisdom, upstanding behavior or other qualities and we tend to seek their advice. In the event of dispute we might seek the help of some we respect. Another approach is to take the problem to a group—relatives or people in some form of community. How might that work?

There will be a discussion of the problem, with an identification of how it affects people—how it affects me; how it impacts the other; and how it affects the group. As discussion goes back and forth, and people with various interests join in, norms and values are flying around all over the place. People are saying how they feel about the situation or

making observations on how to resolve the problem. Then a consensus might be reached for the thing or things to do to address the problem and the meeting will come to a conclusion.

There are two things missing from that account of how to approach a dispute or conflict that are missing, when it comes to western law and procedure: The absence of one person who is a powerful figure and who tells the group what must be done, and no hard and fast rule that tells everyone what to do. No, traditional Navajo law is not based on powerful “chiefs” sitting on a throne in council “laying down the law.” It is usually about consensus and a process where shared values can be brought to bear on a problem.

How does that description of how we know tradition and how norms and values are applied to dispute resolution apply to my judicial system, the Courts of the Navajo Nation? Isn't it impossible to use those kinds of approach in a court?

We have the irony, in the United States, that what we know today as tribal courts were imposed upon American Indians in 1883 as a means of control. The Commissioner of Indian Affairs set up a procedure for local agents to appoint Indians as police, to arrest people, and to appoint Indians as judges, to finalize a police officer's decision to arrest. It is no wonder that the word for “prosecutor” in Navajo means “he who puts you in jail” and the judge is “he who helps him put you in jail.” The Navajo word for police officer is the same as the word for “soldier,” the folks who used to chase Navajos.

We had a western-styled court of adjudication imposed on us in 1892, and of course the Navajos who were appointed as judges largely ignored the rules that were imposed as law. The United States Congress enacted a legislature in 1934 and mandated the Bureau of Indian Affairs to impose a court system on all Indian tribes called the “Court of Indian Offenses” and issued a new model code for Indian courts called the “Law and Order Code.”

The “agent to the Navajos” appointed Navajo judges to that court. When Navajos returned from World War Two they brought new values with them, by way of electing judges for example, and when the Navajo Nation Council said judges should be elected, the Commissioner of Indian Affairs reminded them that their court was *his* court, and if they didn't like it, they could create their own court system. In 1959, the Navajo Nation Council said “enough is enough” and abolished the Court of Indian Offenses and created what we know today as the Courts of the Navajo Nation.

One of the things that made the Navajo court system different, whether it was controlled by the Bureau of Indian Affairs or not, was the use of traditional law—of Navajo right and wrong values and norms about what ought or ought not be done. Navajos judges used to hide the true reasons for their decisions. For example, the Navajo judges of the old court maintained traditional land tenure of group ownership of land in common, with provisions for individual use. They hid that in decisions that spoke to inheritance by “the most logical heir” and in trusts where a senior family member held land title for named family members of the upcoming generation.

The generation of Navajo judges who immediately preceded me started the conscious policy of using traditional Navajo law in around 1980—when the chairman of the Navajo Tribal Council said he wanted to bring Navajo tradition back to the law. The prior generation did two important things: First, they declared that they were going to use and apply Navajo custom and tradition under the name “Navajo common law”. Second, they rediscovered the traditional Navajo justice procedure, *hozhooji naat'aanii* or Navajo peacemaking, and incorporated it into their western-styled court system. It is a system that is based on discussion and attempts to achieve consensus with the help of a community leader,

now called a “peacemaker” in the court system. Peacemakers merely fulfill their role as facilitators and not as judges. The people involved with the peacemaking process make the final decisions. They are considered owners of their own problems with the ability to solve their own problems.

The prior generation of judges started writing decisions using Navajo common law in English, and they attempted to explain their reasoning. They pointed to specific customs, but more importantly, they started articulating Navajo principles in case decisions. They ruled that Navajo common law was the law of preference, and unless the Navajo Nation Council clearly says otherwise, a Navajo common law principle will trump a conflicting rule of law.

That approach can be confusing. For example, a few years ago, when our Navajo Nation Supreme Court examined the problem of whether a criminal defendant was aware of his right against self-incrimination, the Court invalidated a lengthy waiver of rights form by saying there was no proof that it was explained to the defendant in a meaningful way, including translating it into Navajo if he could not read or understand English well. The value or the Navajo Common law the Court applied was *hazho’ogo*. It means “be careful.” More broadly, it speaks to a respectful process of explaining what is going on. That principle has been applied to other legal issues, as to a meaningful jury trial waiver and how employers treat employees in the workplace. That expanded use of the term *hazho’ogo* applies in a criminal setting to a civil one.

Another example is the amount of money a court should award when damages are sought. The rule is that the person should receive *nalyeeh*, a term that means “enough so there are no hard feelings.” How do you apply that in adjudication? It has more meaning in a consensual and negotiated arrangement, but that is our traditional rule.

The Navajo judges articulated Navajo common law in written decisions for two decades when the Navajo Nation Council felt it was time to put it into legislation. The problem is that if you attempt to codify customary law you can damage it and freeze it. The Council adopted The Fundamental Laws of the Dine’ in 2002 and it establishes a framework for the application of traditional and customary principles, used as law, rather than a series of rules.

We do have a bar association of over 400 members; most of whom are non-Indian law school graduates. We do have Navajo practitioners, who are not generally required to go to law school. Many have, and we are building a bar of Navajo law school graduates. All our bar members, non-Navajo and Navajo, have problems understanding our Fundamental Law and the Navajo common law that is part of it. Why is that?

One of the paradigms I use is that there are two legal systems in the world—vertical and horizontal. We know the vertical system as courts of adjudication that are based on hierarchies of power and authority, that use rules and checks and balances to temper abuses of discretion. Most indigenous justice systems are “horizontal” or based on true equality before the law and consensus, rather than a decision imposed by an authority figure. The examples of traditional principles I discussed a few minutes ago perhaps highlight the difference.

We are still figuring out the mechanics our preferential treatment of Navajo common law principles and procedures, and it is something like trying to explain what our creation “stories” mean or what it is that Navajos do, anyway. One of the problems many lawyers and law professors have is that they expect bright line rules and procedures that reinforce authority and structured discretion. What do you do with a system based on stories and on egalitarian

relationships?

The Navajo experiment seems to be working well, and outside observers visit us to write long and complex law journal articles on what it is they think we are up to. As one anthropologist observed of the process of someone from one culture attempting to “know” that of another, “The trick is to try to figure out what it is they think they are doing.” We know what we are doing, and we are working to articulate it better for ourselves and for the outside world.

One of our problems is attempting to use traditional law and procedure in an industrialized world. Is that possible? Take, for example, the problem of a credit taking back goods (such as a vehicle) being bought on credit where the buyer does not pay in accordance with the agreement. We require that the creditor go into court to get an order allowing repossession, and as a matter of practice, the Navajo judges require the lawyer for the creditor to bend over backwards to show how he or she dealt with the Navajo debtor. Was the debtor approached in a respectful way? Was there an attempt to find out what the problem with nonpayment was or is—loss of a job; illness; family emergency, etc.? Was there an attempt to find a way to save the transaction and the relationship? Our procedure is premised on the notion that a business deal, such as a credit sale, is a relationship, and you must do what you can to preserve the relationship and make the deal work. Does it work? Lawyers who come into our system understand it and say they like it—since they understand the principle behind it.

Principles—made up of norms or values—become “law” when they are reduced to rules. Some rules are stated in statutes and others are stated in judicial decisions. The English-American common law system is largely a series of decisions by judges that state rules and principles. They are “law.”

That is what we think we are doing—identifying our traditional rules and norms as principles that we can write in English and state as rules of law. We have in mind educating both the outside world and our own people. We know that, at the end of the day, indigenous knowledge can be explained in English for use as law.

What does it take to replicate what Navajos are doing with traditional law, assuming that we do have something to teach others? It takes confidence in your own abilities and an understanding that there is nothing high, esoteric or mysterious about “law.” It is a very human process of identifying, articulating and stating norms and values then restating them as standards or procedures. It can be difficult to take knowledge that is stated in a non-linear way, as it is with a lot of indigenous knowledge, and then translating it into western thought in the English language. That can be done in a system of law where we reduce our world view of norms and values into principles that can be understood in English and we simply say that our law is law and it must be honored.

My ancestors made a treaty with the United States of America on June 1, 1868 that is still alive and still binding. It guarantees that we, as Navajos, can keep our identities as Navajos. Our language and culture as well. Law is actually an aspect of identity and I am proud of mine. I have been privileged in helping frame Navajo Nation law, and I am privileged and honored to be with you today to share the story of how we have a system of law that is grounded in Navajo culture and tradition.

NAVAJO 正義的傳統內涵與型式

The Hon. Robert Yazzie

Chief Justice of the Navajo Nation (Ret.)

我要感謝 Awi Mona 今天邀請我來這邊演說。我今天是以前一位曾經多年主導傳統 Navajo 司法政策者的身分而來，要特別感謝大會給予我這個機會，來到這邊與臺灣的原住民族朋友，以及相關的原住民族研究社群成員，分享我個人理解下的原住民族傳統正義。我感到非常榮幸的是，美國重要的學術單位已經確認，我的法院實係作為促進傳統正義以及體現習慣法是如何可以作為現存法律主幹之範例。接下來，我將會說明 Navajo 傳統正義的內涵及其實踐方式。

首先先從「傳統正義」說起，更根本的論述是何謂「傳統」的意義？它似乎指涉某些傳承給我們並加以學習，且屬於特定族群中被認為是睿智的象徵。而這邊所指的「某些東西」—特別是我可能稱作「傳統」的特定知識—會如何的傳承給我？所有的社會都有他們自己的「故事」—即他們的傳說。Navajo 社會存有我們所謂的 *Hajine Bahane*，那些故事或是描述係有關於「有五指的 (Five Fingered)」人群，更具體的即指 *Diné* (Navajo 人) 是如何形成的。我們關於起源傳說的描述，多是關於敘述古代人群、地方及事件。這些故事的重要性在於，告訴我們是如何了解這些事情：這些故事有關於特定族群或生命體，或可能為神化意象之類的動物，為人類或生物之特質或是人類或生物曾經面對的挑戰或困難。他們相關的經歷會成為經驗知識。

舉例來說，Navajos 有一個關於兩個人類的故事—Slayer 巨獸與 Born-for-Water。他們兩個是自我們的大地之母所誕生，當他們是年輕人時曾向他們父親要求武器，去對抗那些攻擊並殺死人類的怪獸。故事詳細敘述他們兩個人如何對抗並殺死或是使其虛弱的過程。另外，也有故事敘述關於雙胞胎英雄如何使 Navajo 族群更為繁盛以及這些怪獸最終結局為何。這些故事敘述了雙胞胎英雄的經歷，以及他們如何從戰鬥中獲得知識。我們學習事情的其中一個方式是經驗性的，藉著經歷或實作的途徑；而故事本身也是一種經驗知識的呈現，如同我們自雙胞胎的經歷中學習一般。這是一種讓我們認識 (*know*) 傳統的方法。

這些知識以儀式上的詩歌形式被教導，並且同時歌頌雙胞胎的戰績，人們也因此可以了解並體會到雙胞胎如何傳遞他們的知識。藉此，這些實際經歷者可以解釋敘述本身所存在的意義。其所代表的，可以解釋成雙胞胎英雄具有充滿力量的特質，即如擁有 Slayer 巨獸的力量，以為殺死或讓怪獸虛弱的能力；或具有陰柔氣質的，如 Born-for-Wate 有極為溫和的屬性與特質去分析一項特定境況。「巨獸」可以被認為是產生或導致破壞性力量之失當行為的隱喻，亦可被認為阻礙我們生存的一股力量。它們是讓人類生活更好的相反力量，藉著隱喻的方式教導人類如何解決或是正確的生活而避免它們「得到更成功的生活結果」。

如果你詢問 Navajo 的長者如何面對生活上的困難，他或她會用 *Hajine Bahana* 的故事內容回答你的問題，有時候會進一步解釋，有時候則不會。當這些故事愈古老的而被認為是不受時間流逝影響時，他們會被用在日常生活中而成為知識主體，逐漸近趨完滿。這是其中一種作為溝通並教導成為知識的方式，其後並會轉變成傳統。

傳統也可以透過其他形式來傳遞。絕大多數的人每天日常生活都存在一定形式的規律，如果你看到你的鄰居穿起了正式服裝，你會看出這個聚會具有重要的影響力。我們穿著的方式會反映出對於這個聚會的想法並表現在行為上。關於我們如何穿著是不成文規範，縱使有些人因某些緣故逸脫規則，但基本上大部分的人們仍舊會遵循規範。這甚至成爲一個研究，研究員躲在量販店裡看著人們如何使用習慣，觀察人與人之間的互動，並「發現」在美國量販店購物當中的不成文的規範。

傳統也表現在我們的行為上。我們也認爲這就是所謂的「習慣」。它會教導我們許多做事情的方式並讓我們傳承下去。我們做很多無法解釋的事情。舉例來說，在某些習慣說英語的國家，如果有人去敲木頭是希望願望成真。而「敲木頭」的表現即是表達許願。這是代表什麼？這是表示召喚北方條頓神去聽到你的願望並使其成真的緣故。

前面的說明，我先從生活周遭的故事以及其後的行為說起，而在我們更能體會何爲「傳統」或是「慣例」之前，我們必須了解存在於所說的故事，或虛構的描述裡當中，或是從我們就像孩子般學習之際所表現行為之中的特定意義。譬如說，Navajo 部族的由來是他們的雙胞胎英雄去對抗怪獸的故事。Slayer 巨獸去殺他們的時候，他指出一個重點「當然所有的 anáye 已經都死了」。不過風神在他的耳邊輕語「Sa（老年人）仍活著」。因此 Slayer 巨獸往北方走時就看到一個靠在峭壁旁的老婦人。他知道她是誰。他說，「祖母，我正在一個殘酷的旅途中。我必須來殺了妳。」她說：「爲何你需要殺了我？我從未傷害任何人。我聽到你成就偉大，因此那些人可以在土地上繼續擴大繁衍下去，不過如果你殺了我就會再增多人類；小孩不會成長成父親；無用的老人都不會死亡；所有的人將會維持永恆。事實應該是使人類變老並死亡以給予年輕人生存機會。讓我活著，而我將會保守承諾去饒恕你的生命。」她被允許活著。

他接著去尋找 Cold Woman，當找到她時「正坐在雪上，而沒有任何的衣物、食物、火源或是遮蔽物。」他告訴她：「祖母，我必須成爲一個殘酷的人。我必須殺了妳以避免其他人不會因爲妳而遭遇痛苦或是死亡。」她回答道：「你殺了我或是讓我活著，全憑你決定。我並不在乎結果是什麼，不過如果你殺了我天氣將永遠是炎熱的，土地將會乾旱，泉水將會停止湧出，人們將會死去。你應該知道讓我活著比較好。」他想了一下，告訴 Cold Woman 她說的是正確的，並讓她活下來。

風神在 Slayer 巨獸耳旁輕語告訴他貧窮巨獸還活著。詢問了關於這個巨獸，英雄了解到他們是兩個人，老先生與老婦人，穿著破衣服，而屋中沒有任何東西。「祖父，祖母」，Slayer 巨獸對他們說，「我應該成爲一個殘酷的人。我必須殺了你們。」老先生回答道，「不要殺了我們，我的孫子。如果當我們死亡的那天來臨，這樣對人類不會有好處；接著人類將會永遠穿著相同的衣服，而不會得到任何新東西。如果我們活著，衣服將會磨破而人們可以做出嶄新及美麗的物品；他們將會積聚物品並看起來帥氣。讓我們活著我們將會使他們的衣服逐漸變片狀。」所以貧窮巨獸被允許活著。相同的「飢餓的人群（the Hunger People）」也被允許活著，因爲人們將會關心他們的食物，透過打獵去了解他們追逐的意義。

這只是 Slayer 巨獸和 Born-for-Water 故事中所遭遇到的一小部份，兩個英雄角色，和毀滅 Navajos 族人的巨獸。你可以想像冬天人們在傳統的 Navajo 小屋講述這些故事，由八個木頭支撐的木造建築，在寒冬的夜晚圍著火，聆聽這些故事。當然，它們不只是單純的「故事」，而是知識。它說明了這些英雄人物面對真實困難時是如何去解決的。

這些故事闡釋了什麼問題？「巨獸 (monster)」在 Navajo 的語言是 *nayee* 指的就像是「你生命當中必需經歷的過程」。它們是阻礙、障礙、妨礙、困境。在面對年老、寒冷、貧窮和飢餓神祇告訴我們的是，這些不只是基本的日常情況，更是必須經歷的學習過程。這是我們為什麼會年老、寒冷、貧窮和飢餓的原因，都是依循著和 *Slayer* 巨獸的協議。他所學習到的是任何情況都有兩面性，以及面對怪獸時學會的憐憫。

現在出現了一般人們會覺得困惑的地方—像是從故事中如何採取一些具體、特定的意義並去描述它。我們要找尋的是什麼？我們找尋的是規範 (*norms*) 和責任的表現—就是關於「應該」或「不應該」。在面對障礙或阻礙時，我們應該要直接面對並且作好萬全的準備。我對這些語句感到困惑，因為在 Navajos 它不具有任何意義，但我們是在尋找它的價值。我將其定義為在給予事物或情況上的分享態度—舉例來說，我們「重視 (value)」相互關係。如果我們可以定義在故事中發現的規範或是價值，描述我們所做的，以及傳遞知識的其他方式，我們就會將其建構為「法律」。

在我進入到「法律」的討論之前，我們先從程序開始說起。如果我與其他人有衝突時，最簡單的解決方法是跟那個人討論並解決，就是那麼簡單。那如果說不管基於什麼原因，我無法跟那個人對話的時候該怎麼辦？我可能會向大家通常敬重並尋求協助的人來協助我—相對常見的狀況如比較年長的、社群領袖等。我們都了解某些人會因為他的智慧而被尊敬，他們的正直行為或是其他特質令我們會尋求他們的協助。在爭執事件中，我們可能會尋求我們所尊敬的人的協助。其他的可能解決方法是交給團體，親戚或是某些形式上的共同團體。問題是，那是如何運作的？

這裡在定義這是如何影響人們時，可能會存在爭議—如何影響我；如何影響其他人；以及如何影響團體。這個爭議反覆出現，而當人們背後存在不同利益參雜在一起時，規範和價值會逡巡在所有之上。人們表示出他們所感受到的情況，或是發現到他們如何解決問題時的觀察結論。接著會形成的共識可能自解決事情所達到，或是解決問題時並因此形成結論。

如果我們用西方的法律及程序來處理爭議或是衝突，這裡會存在兩個重要的失落環節。這時缺少有地位的人去告訴成員應該做什麼，而不存在一成不變的或是以快速進行的方式來規範其他人的行為。其實傳統的 Navajo 法律並不是基於有力量的「領袖 (chiefs)」位在王位去「制定法律」，而是關於共識，以及分享的價值被應用在解決問題的程序之上。

前面所說明的是如何讓我們了解傳統，以及規範與價值是如何適用在爭議解決上，並應用在我的司法體系，亦即 Navajo 部族法院中？實際上，在法院中去使用這些解決方法不是不可能的嗎？

有些諷刺的是，我們今天在美國所設置的部落法院，是在 1883 年強制實施作為控制美國印地安人的一種措施。印第安事務委員會建立一個指派當地原住民擔任警察職務之程序，以逮捕民眾，並且同時指派印地安人作法官，去解決警察的逮捕程序。這也難怪所謂的「檢察官」在 Navajo 族群中之意義為「將你送至監獄的人」，法官的語意則是「協助檢察官送你進監獄的人」。而 Navajo 對於警察的用語和「士兵」是相同的，亦即習於追逐 Navajo 的人。

1892 年起，美國聯邦政府在我們這個地區強制實施了西方形式的司法審判體系，且當然所指派的 Navajo 法官大部分都會忽略那些由法律所強制施行的規則。美國國會在 1934 年通過一項立法，命令印地安事務局強制在所有印地安部族設置法院系統，並稱為「印第安罪責法庭」(Court of Indian Offenses)，而該等法庭運用的法律被稱做「法律規範法典」(Law and Order Code)。

負責 Navajo 部族的政府官員指派法院裡的 Navajo 法官。當 Navajo 成員自二戰結束後回到部族，他們帶回了全新價值，舉例來說，像是選任法官的方式。當 Navajo 部族議會表示法官應該被選出，印地安事務局官員提醒他們，部落法院實質上為他（*his*）的法院，如果他們不喜歡的話，他們可以建立一個屬於他們自己的法院系統。到了 1959 年，Navajo 部族議會認為「已經受夠了」，並且廢除印第安罪責法院，進而創立我們現在所知的 Navajo 法院系統。

不論是否為印地安事務局所控制，Navajo 法院系統所具有的其中一個不同點，係指傳統法律的使用，亦即關於 Navajo 的權利及錯誤的價值和規範而涉及他們能做或是不能做的部分。Navajo 法官在判決中通常習於隱藏他們真正的理由。舉例來說，一般而言 Navajo 法官在過去的法院中，會維持傳統的土地所有權為公有的，而僅僅是規範給予個人使用的條件而已。他們隱藏這個結論而表示繼承為「邏輯性上大部分為可繼承的」，並且認為較年長的家庭成員應該成為接續繼承的屬名人。

大約是在 1980 年，Navajo 部族議會主席表示，他要將 Navajo 部族傳統帶回法律，而在我前一任的 Navajo 法官，也就開始有意識的使用傳統 Navajo 法律。在我之前的法官確立了兩項重要的決策：第一，他們確認 Navajo 的習慣與傳統是在「Navajo 普通法」的概念下為使用及實踐。第二，他們重新發現傳統的 Navajo 正義機制，亦即所謂的 *hozhooji naat áanii* 或稱之為 Navajo 和平維建（*peacemaking*），並將其整合併入他們西方形式的法院系統。它是一個藉著社群領袖之協助，基於對話和溝通據以達成共識的系統，這邊所指的社群領袖也就是我們現在在法院系統內所稱的「和平維建者」（*peacemaker*）。和平維建者所擔任的角色，僅是對話與溝通的促進者，而非如同法官一般。事件的決定是由所有參與在和平維建程序中的成員來做成。他們被認為是事件的當事人，且有足夠的能力去解決他們自身的事情。

在我之前的法官也開始使用英文在判決中書寫 Navajo 普通法，並且他們嘗試去解釋他們的論證。他們明確指出具體特定的習慣，更重要的是，他們開始在判決當中闡釋 Navajo 習慣法律原則。他們確立了 Navajo 普通法是一個具有優先適用效力的法律，並且除了在 Navajo 部族議會清楚的明示反對之外，在法律競合衝突的事例中，Navajo 普通法原則具有優於一般法律的效力。

前面所談的面向也有令人困惑之處。舉例來說，幾年之前，我們 Navajo 最高法院審理是否刑事被告有權利不自證己罪時，法院認為這是無效的，因為沒有證據顯示被告能夠以有意義方式來理解，包含假設他沒有識字能力或無法完全理解英文，而需要進行 Navajo 語言的翻譯的情形。在這邊，法院所適用的價值或 Navajo 普通法係為 *hazho ógo*，意指「必須注意」。更廣泛的來說，係指在一個相互尊重的過程中，解釋發生了什麼事。這個原則也被適用在其他的法律議題上，即如去除實質法律陪審，以及應用在雇主於工作場所如何對待員工的事例。*hazho ógo* 的擴展性使用，同時實踐在刑事與民事事件。

另外一項事例則是關於法院在損害賠償的案件中，如何決定賠償的金額。規則是一個人必須接受 *nalyeeh*，這詞語表示的是「足夠且不至於到痛苦的程度」。然而，這要如何適用在我們的審判上？在一項共識協商的過程中，它具有更多更深層的意義，不過它確實是我們的傳統規範。

在 Navajo 法官於其判決中闡釋 Navajo 普通法約莫二十年之後，Navajo 部族體認到該是時候將這些 Navajo 普通法以立法形式來規範。問題是，如果你嘗試去成文化習慣法時，你可能會破壞它，也可能會凍結它。議會於 2002 年通過了 Dinè 基本法（*The Fundamental Laws of the Dinè*），並因此建立適用傳統及習慣原則的基本架構，且是以具法律效力般適用，而非僅係一系列的規

則。

我們確實有一個超過 400 位會員的律師協會；大部分的律師並非為印地安法律學院的畢業生。我們確實也有 Navajo 的實務工作者（律師），一般而言不必然非得具有法學院的學位。不過，多數仍然具備法律學位，因此我們也推動設立了 Navajo 法律學院畢業生的律師協會。所有我們的律師會員，不論是 Navajo 或是非 Navajo 的人，在了解我們的基本法和 Navajo 普通法的某一部分時均產生問題。這又是為什麼呢？

我使用的其中一個範例是，說明世界上存在兩個法律系統—垂直的和水平的。我們都了解作為垂直體系的法院，其所具有的審判權是基於權力及權威的層級化所生，透過規則與制衡原則的使用，達到舒緩自由裁量的濫用。然而，大部分原住民族的司法系統是「水平的」，或是基於在法律上與共識上的真實平等，而非由權威性角色所強制決定的。我在幾分鐘之前跟大家所分享的幾則傳統規範事例，也許能夠突顯出此間所存在的差異。

我們目前仍舊需要解決如何將 Navajo 普通法及程序原則推至優勢地位的法律技術，這就像是試圖去解釋我們造物主起源「故事」的真意，或是至少在說明 Navajo 所做的究竟有何目的。其中一個問題是許多律師或是法律學者專家會有的，亦即他們期待看見一個強化權威和審理架構的清楚規則和程序。然而，面對一個基於故事與平等關係所建立的司法系統，換成是你的話，你會怎麼做？

現在的運作下，Navajo 的經驗看起來是沒有問題的，且有許多外來的觀察者透過實地拜訪我們，撰述冗長且複雜的法律期刊文章，試圖說明我們接下來應該致力於何處。就像一個人類學者觀察其他文化族群而嘗試去「了解」該文化時，「有趣的是，他們試圖去瞭解他們所認為的他者行為內涵。」不過，我們知道我們所正在做的，並且我們努力去更加清楚地表達我們自身以及向外界闡釋。

我們其中的一個問題是，在工業化社會下使用傳統法律與程序。這是可能的嗎？舉例來說，一個因為信用問題所產生返還物品的狀況（譬如說汽車），而買方未依合意付款時的問題。我們要求賣方至法院去得到收回物品的權利，且當這個問題判決時，Navajo 法官會要求賣方的律師禁止獲得超過他或她解決與負債者的得利。是否這個負債者以受到被尊重方式來處理？是否這裡嘗試去發現這個未付款的問題涉及失去工作、生病、家庭緊急狀況等？是否這裡嘗試去找尋保留交易或是關係的方式？我們的程序被限縮在只有商業交易部分，譬如說信用交易，是一個關係而你必須去保存你同意的關係，且完成所允諾之事。這是否有用？進入我們這個法院的律師認知這個狀況，並且表示他們喜歡這樣的情形，因為他們充分理解這項形式背後的原則。

當自規範或價值所形塑之原則簡化為規則之後，這邊的原則即成為法律。有些規則具體成文化於制定法，其他的則會透過司法判決來具體陳明。英美普通法體系大抵上是由一系列的法院判決，透過規範與原則的闡釋所形成，這些就是所謂的「法律」。

這是我們認為正在做的：確認我們的傳統規則和規範是原則，而我們可以用英文將其成文化，並且成為法律的實定法規則。我們心中知曉應同時教育外在社群以及我們的人民。我們了解到，從今以後，原住民族知識可以用英文來闡釋，並作為同法律般使用。

重建 Navajos 對於傳統法律所做的努力需要什麼條件，假定我們確實具備教導其他人的實際內容。首先，我們必須對於自己的能力有信心，並且了解關於「法律」這一部分是沒有至高、難理解或是神祕的概念。它實際上是非常有人性的過程，依此我們能夠確認、闡釋並陳明我們的規

範及價值，進而重新制定成爲標準或是程序。要能夠精確闡釋原住民族知識本身可能是非常困難的，因爲它是基於非線狀發展方式所產生，更不用說是要在西方法律思想中以英文來轉譯。就像前面所說實際上確實存在的困難，我們 Navajos 毅然地堅持保留自 19 世紀結束以還強制實施在我們部族的西方司法型式。雖然僅有爲數不多的非 Navajo 人生活在我們的社群中，不過仍然有許多持續地與我們建立關係和進行交易行爲，而他們確實需要了解我們的價值觀及生活方式。這種實際上的需求，可以藉由法律的型式來完成，一方面透過轉化我們對於世界觀的規範與價值，進入可以用英文來理解的法律原則，那我們就可以簡單的說，我們的法律就是法律，而且它必須要被遵守。

我的祖先和美國政府在 1868 年 6 月 1 日時簽訂一份條約，該份條約至今仍然具有法律上的效力與拘束力。該份條約向我們保證，我們 Navajo 人可以維持我們的身分，我們的語言以及文化。法律實際上就是認同的一個面向，對此我對於自身的身分與認同非常自豪。我曾經有幸被賦予協助建構 Navajo 部族法律的特權，更可貴的是，今天我很榮幸有機會在這邊跟大家分享我們是如何在 Navajo 文化和傳統上建立法律體系的故事。

【主題四】

本國、外國法院有關原住民族 傳統習慣規範判決之深究與評釋

主持人：石世豪 教授
(國立東華大學財經法律研究所)

■ 從兩項人權公約論原住民族傳統文化習慣之保障

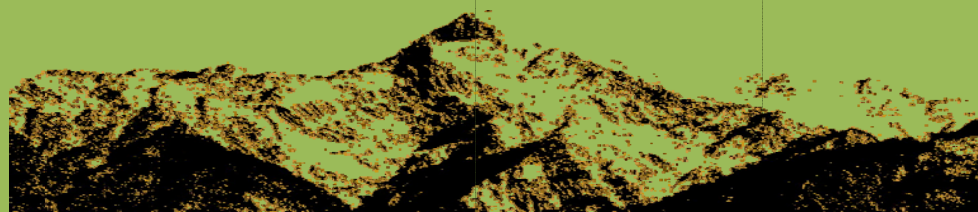
發表人：徐揮彥 副教授
(國立東華大學財經法律研究所)

與談人：黃明展 法官
(司法院司法人員研習所調辦事法官)

■ 原住民媽媽生不出原住民小孩？ —「原住民身分法」中「姓氏綁身分」條款的違憲分析

鄭川如 助理教授
(輔仁大學法律系)

蔡穎芳 副教授
(靜宜大學法律學系)



從兩項人權公約論原住民族傳統文化習慣之保障*

徐揮彥

國立東華大學財經法律研究所副教授

摘 要

對於原住民族而言，實踐其故有習慣、文化及語言，不僅是延續其族群發展，更是區辨其與其他多數族群差異，並凝聚其內部認同的重要基礎。但在修憲後納入原住民族條款並制定原住民族基本法後的國家法制，對原住民族實踐其傳統文化、習慣仍有許多限制。本研究之目的，在透過我國於 2009 年批准之兩項人權公約以及兩項人權公約施行法，觀察此對我國法制的人權保障內涵所帶來的改變，並審視兩項人權公約中關於原住民(族)文化權利保障之規範對我國原住民族法制帶來如何之影響。

*【會議論文請勿援引】

壹、緒論

我國雖然在 1999 年修憲後增訂肯定多元文化及原住民條款，並在 2005 年制訂原住民族基本法，改變我國過去形式上獨尊中華民族之憲政規範架構。對於原住民族而言，實踐其故有習慣、文化及語言，不僅是延續其族群發展，更是區辨其與其他多數族群差異並凝聚其內部認同的重要基礎。但即便在前述修憲後的國家法制，對原住民族實踐其傳統文化、習慣仍有許多限制。本研究之目的，在透過我國於 2009 年批准公民及政治權利國際公約與經濟、社會及文化權利國際公約(本文簡稱「兩項人權公約」)，以及制定通過兩項人權公約施行法後，對我國法制中的人權保障內涵所帶來的改變，審視兩項人權公約中關於原住民(族)文化權利保障之規範對我國原住民族法制帶來如何之影響。本文首先將探究並分析兩項人權公約中，關於原住民族文化習慣實踐之權利規範，以及國家就相關權利保障所負之義務內涵；第二將探討經批准後的兩項人權公約規範在我國國內法之地位及效力如何，第三將探討我國最高法院在關於槍砲彈藥刀械管制條例及森林法判決，對原住民實施傳統文化及習慣將造成如何之影響；最後，本研究結合第一及第二部分關於原住民傳統文化實踐實施相關權利規範及兩項人權公約對我國所生之效力，審視最高法院前述案例之解釋是否符合公約規範意旨。

貳、兩項人權公約關於原住民族傳統文化實踐之權利

在我國所締結並批准的兩項人權公約關於原住民族傳統文化實踐保障之權利，主要為：經社文公約第 15 條及公民及政治權利國際公約第 1 條(民族自決權)、第 27 條(少數族群權利)。

一、參與文化生活權

在經社文公約第 15 條所保障之文化權，其整體權利內含有四項，其為「參與文化生活之權利」、「享受科學進步及其應用所產生利益之權利」、「對其本人的任何科學、文學或藝術作品所產生人格上及物質上利益，享受被保護之權利」及「就科學研究及創造活動所不可或缺的自由」。其中與原住民族傳統文化實踐保障最關切者，係該條第 1 項之「參與文化生活之權利」。

(一) 權利基本要件分析

個人要或不要行使自己或與他人參與文化生活的決定本身，就是一項應在平等基礎上被承認、尊重及保障的文化決定。因此，在經濟社會文化權利國際公約第十五條第一項第 a 款即規定，人人有參與文化生活的權利。本權利之主張有三項要件分析，第一係本條所指「人人」的概念為何，第二係文化生活，第三為參與之行爲。

第一、本項權利主體要件的探究必要，在於其為個體或群體影響本款權利屬集體權或個體權。由於本項規定人人參與文化生活之權利，似乎意味有參與主體及與被參與對象的關係，且「文化生活」亦有群體所形成的性質，故有學者認為本項權利應為集體權，特重個人與群體文化生活關係與內涵之維護。¹但經社文權利委員會第 21 號一般意見書認為，本項所指的「人人」有個體

¹ See Roger O'Keefe, "The 'Right to Take Part in Cultural Life' Under Article 15 of the ICESCR," 47 (4) *International and*

及群體的意涵，換言之，文化權可個人自己、與他人一起，或在社群中行使，²而兼具個體權與集體權之性質。

第二、文化生活的內涵，隨著文化此概念的發展而有擴充，因文化並非一封閉內涵而是個人與其社群的互動過程，而且在社會的創造及產物，考量個體性及相異性。³文化包含三方面，一係將文化視為藝術、文學、戲劇及博物館（此係傳統所認知高雅性質之文化觀），二係包含所有表現與呈現的多元形式文化，如民俗音樂、藝品、大眾出版、電視及廣播，三係一個社會或群體的生活方式。⁴據此，今日對於文化之理解，已不再認知為僅具第一面向，而及於後二面向所指的，大眾及多元文化與特定社會的生活方式。而且文化的概念會持續的有不同的詮釋出現，經社文權利委員會認為，對於文化生活，可以理解為歷史、動態及變革的生活過程，且包含過去、現在與未來。⁵而且在本款規範目的下，文化包含了生活方式、語言、口述及書寫文學、音樂及歌曲、非言語溝通形式、宗教或信仰制度、儀式及典禮、運動及遊戲、製造方法或科技、自然或人造環境、食物、衣著、藝術、習慣與傳統，透過這些個人、群體或社群表現其人性及其存在意義，並建構其世界觀。文化形塑並反映個人、群體及社群的福利價值及經濟、社會與政治生活。⁶

第三、參與文化生活的要件包含三個部分，即對文化生活的參與（participation in）、接近（access to）及貢獻（contribution to）。參與是指自由地作為、選擇個人的身分、（不）認同一個或數個社群或改變其選擇、參與社會的政治生活、從事自己的文化實踐並以其選擇的語言表現自我。人人有權尋求並發展文化知識，並與他人分享，且有創意地作為並參與創意活動。接近是指透過教育知悉與瞭解自身及其他文化、在自身文化認同有正當注意下接受優質教育與訓練。人人有權透過任何通訊及資訊科技媒體，知悉表現及散播的形式，並有權依循與文化貨品及資源（如土地、水、生物多樣性、語言或特別制度）有關的生活方式，以及有權自文化資產及其他個人與社群的創作獲益的權利。貢獻文化生活是指，每個人在其社群的精神、物質、智力及情感表現的創造過程中被需要。貢獻文化生活之基礎在於個人有參與其所屬社群發展的權利，以及定義、詮釋及實施會影響其個人行使文化權的政策與決定之權利。⁷就參與、接近與貢獻文化生活內涵的進一步闡釋，可說明如下。

就參與文化生活部分，在個人享受參與文化生活權的過程中，個人除了有參與其原本所歸屬文化社群活動外，更包括不參與或脫離其原本歸屬社群的自由，當個人在主張此自由過程中，受到原本歸屬社群成員的壓迫或侵擾時，國家有義務介入以排除對此自由干擾的行為。⁸此從作為經社文權利公約第 15 條的啓示性文件，而在解釋上有補充地位的世界人權宣言第 27 條（文化權）規定「人人有權『自由』參加社會的文化生活……」，亦應如此解釋。再者，2001 年聯合國教科

Comparative Law Quarterly, 916-918 (1998); Yvonne Donders, "The Legal Framework of the Right to Take Part in Cultural Life," in Yvonne Donders and Vladimir Volodin (eds), *Human Rights in Education, Science and Culture: legal development and challenges* (Paris: UNESCO, 2008), p.257.

² Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No.21, E/C.12/GC/ 21, 20 November 2009, para. 9. 甚至文化權之主體，在締約國境內不以具公民資格為限，甚至外國人或無國籍人亦得享有本公約下之文化權，因此近期政府所推動「文化公民權」之概念，雖不限於公民主體，但易滋生疑義，且讓人誤以為僅有特定公民資格之主體才能享有文化權，而有違人權之普世性，故本文不建議繼續使用此概念稱呼文化權。參見許育典，〈文化國與文化公民權〉，《東吳法律學報》，第 18 卷第 2 期，2006 年 12 月，頁 5。

³ *Ibid.*, para. 12.

⁴ Yvonne Donders, *supra* note 1, p.256. 據此，Yvonne Donders 對文化之三面向之分析，與經社文權利委員會之見解與思考脈絡一致。

⁵ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 21, E/C.12/GC/21, 20 November 2009, para. 11.

⁶ *Ibid.*, para. 13.

⁷ *Ibid.*, para 15.

⁸ Elsa Stamatopoulou, *Cultural Rights in International Law* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007), p. 130.

文組織所通過的「世界文化多樣性宣言」(Universal Declaration on Cultural Diversity)第5條亦規定：「每個人在尊重人權及基本自由下，有參與其選擇的文化生活及從事其文化實踐的權利.....。」更支持此自由應如是解釋。另外，參與文化生活尚包括沒有歧視地，接近文化生活並享受其利益的機會，並有機會獲得關於文化生活之資訊。在此權利下，群體及個人得以自由表達、溝通、活動及參與創造活動之具體機會，藉此以使其完全發展及人格、和諧生活及社會之文化進展。而國家必須採取積極措施以促進文化權就此之義務，例如設置促進文化發展及公眾參與文化生活之基金，設置文化中心、博物館、劇院及圖書館等機構性基礎建設，促進文化認同，促進少數民族及原住民對其文化資產之享有及認知，提升媒體在促進參與文化生活之地位，及對人類文化資產之保存及呈現。⁹

接近文化生活的內涵包括，使人人得以透過適當社會及經濟條件之創造，如資訊、訓練及資訊自由之獲得及瞭解，獲得享受文化價值及資產之具體機會。更重要者應包括散播文化的自由(freedom of dissemination)。此係由於文化的繁榮與豐富，不可避免的需要理念與創意的交流，甚至是需要不同文化間的交流，因此參與文化活動與生活，應具備文化的交流性質，而對於文化的散播自由予以保障。在文化的傳播自由下，使文化的創造者得近用媒體、出版社、藝廊、博物館及公共空間，以散播其作品與創作理念，並與其他創作者交流。根據世界文化多樣性宣言第6條規定：「在確保以文字或影像的理念自由流通時，應特別注意使各文化能夠表現自我使被知悉。表意自由、媒體多元性、多語言主義、公平接近藝術及科技知識、以及讓所有文化能近用表現與散播的工具，皆為文化多樣性之保障。」因此，在文化能被自由散播的環境下，國家內的文化多樣性才能被維持與確保。

就貢獻文化生活之內涵中最重要者，係參與與文化生活有關決策的過程。¹⁰由於國家與文化有關之制度設置、法規及政策決定，對人民之文化生活影響至深，故參與與文化有關決策之權利應屬文化權不可劃分之一部，而屬締約國所有公民皆得主張，特別是少數族群及原住民族，透過此權利使其得透過民主方式有意義地參與文化事務的決策。參與文化事務決策過程，不僅只是透過公平、自由的選舉機制形成文化政策，尚應包括國家關於文化事務之決策對所有人民應無歧視地透明化、有責任，及可參與。¹¹關於特別群體的參與文化權，更是需要無歧視的參與文化事務決策過程的機會，例如，原住民對於土地資源或漁獵活動有其特殊的文化意義，若未能給予參與前述事務相關法規或制度的決策過程，而僅由多數族群的價值或認知決定者，對上述群體的文化生活內涵將造成極大限制甚至是破壞。

(二) 實現的必要要素

經社文權利委員會認為，為了讓參與文化生活權在平等與非歧視的基礎上被完全實現，並應具備五項要素，其為可得性(avail-ability)、易接近性(accessibility)、可接受性(acceptability)、適應性(adaptability)及合適性(appropriateness)。

此所謂的可得性是指，文化貨品及服務對所有人皆開放，是其得享受並從中受益。易接近性係指，對所有個人及社群都具備有效及具體完全享受文化的機會，而且不論在都會或鄉村地區對

⁹ Ragner Adalsteinsson and Páll Thórhallsson, "Article 27," in Gudmuder Alfredsson and Asbjørn Eide (eds.), *The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement* (Hague: Martinus Nijhof Publishers, 1999), pp. 592-593.

¹⁰ Yvonne Donders, *supra* note 1, p.256.

¹¹ Elsa Stamatopoulou, *supra* note 8, p.141.

其在實際上及財務上，皆無歧視的可接近。可接受性則指，關於締約國所採取為享受文化權的法律、政策、策略、計畫及措施，應以對相關個人及社群皆可接受的方式制定或實施。適應性則指，締約國在所有文化生活領域所採取的策略、政策、計畫及措施的彈性與關連性，應尊重個人及社群的文化多樣性。而合適性則指，對特定人權，應以對特定文化形式及背景恰當且合適的方式實現之。權利實施的方式，可能對文化生活及文化多樣性造成影響，因此締約國應儘可能考量與糧食及糧食消費、水的使用、衛生及教務服務提供的方式、住房被設計及建造的方式密切相關的文化價值。¹²

（三）參與文化生活權利之限制

由於本權利與其他國際人權文件所承認權利的實現關係密不可分，雖本權利之實現應考慮國家及區域的特殊性，以及各種歷史、文化及宗教背景，國家仍有責任促進並保障國際法所規範的全部人權，因此不得訴諸文化多樣性，而侵害其他國際法所確保的人權，或限制其範圍。對本權利限制之必要性，可能出現在某些習慣或傳統對其他人權造成侵害的負面實踐上。且此限制應有正當目的、適合本權利之性質，並對促進民主社會之整體福祉有嚴格必要性，且須符合比例原則。另外，本權利不得被解釋為使國家、群體或個人，有權從事或實施任何旨在破壞任何本公約所承認的自由及權利之行爲。¹³

（四）締約國義務

1. 基本義務

締約國對本款權利，有予以保障的立即義務，確保本權利在無歧視下被實現，並應承認文化實踐及不限制其享有及發展。在本公約課與締約國「漸進性」義務下，締約國負有採取審慎及明確措施以使本權利能完全實現的特定且持續性義務。因此，締約國採取對於本權利的退步措施，在本公約規範下是不被允許的。¹⁴

締約國在本款下所負擔的義務，包括尊重、保障與實現三項內涵。就尊重義務係指，國家不應直接或間接干預此權利之享有。進一步言，個人自己、與他人或群體皆能自由選擇自己的文化身分、歸屬或不歸屬於特定社群、及其選擇被尊重；以其所選擇的語言享有意見及表現自由、接受、尋求及參與資訊及理念的權利；享有創作自由，而國家應廢除對文化藝術活動的監督機制；有機會接近自身或其他人的文化及語言資產；在無歧視下自由參與會影響參與文化生活的決策過程。¹⁵

就保障義務則要求國家，需採取措施避免第三人對此權利之干預。保障及尊重自由、文化資產及多樣性的義務往往互相連結。締約國就此所負的義務內涵包括：尊重及保障各種形式的文化資產（特別是少數族群、原住民族、弱勢族群及被邊緣化的個人或群體的文化資產），不論在戰時、平時或發生自然災害時；尊重及保障原住民族的文化產物，如傳統知識、自然醫療、民俗、儀式或其他表現，此包括保護其免於受國家主體或私人及跨國公司，非法或不正當利用其土地、領域及資源；公布及實施基於文化認同的禁止歧視及禁止鼓吹仇視種族、宗教立法。¹⁶

¹²Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *supra* note 5, para. 16.

¹³*Ibid.*, paras. 17-20.

¹⁴*Ibid.*, paras. 44-46.

¹⁵*Ibid.*, para. 49.

¹⁶*Ibid.*, para. 50.

實現義務則要求國家應採取旨在完全實現本權利的措施，包括立法、行政、司法、預算或其他促進性措施。國家的實現義務可進一步細分為促進、提升及提供三項內涵。國家促進參與文化生活權利的義務，係藉由採取廣泛的積極措施如財政措施，以助於本權利之實現；提升義務則要求國家採取有效步驟，以確保有適當關於參與文化生活的教育或公眾認識之制度；締約國應提供所有實現參與文化生活所必要的措施，當個人或社群能力有限時，例如：制定適當法律或設立有效機制，使個人或群體能有效的參與決策、主張此權利並請求此權利受侵害的賠償；採取保存與維護文化資產的計畫；在各級學校課程納入文化教育；無歧視地保障接近博物館、圖書館、電影院、劇院及文化活動、服務的機會。¹⁷

2. 核心義務

經社文權利委員會認為，締約國對本公約權利負有確保滿足最低必要水平的核心義務。締約國對本權利所負的核心義務為，創造及促進一個使個人及群體能參與其所選擇文化的環境，以下為適用此立即效力核心義務的內涵：採取立法及其他必要措施，確保參與文化生活權利在無歧視及性別平等下被享有；尊重每個人認同或不認同特定社群及改變其選擇的權利；尊重及保障人人從事自身文化實踐的權利，同時此權利應尊重其他人權，如思想、良心及信仰自由、表意自由、語言權、和平集會及結社自由及教育自由；無歧視地消除任何障礙或限制個人接近其自身文化或其他文化的障礙；允許及鼓勵少數族群及原住民族之個人，參與會影響他們的法律及政策之制定與實施，國家在維護原住民族或少數族群文化資源時，應事先告知並獲得其事先同意，特別是與其生活、文化表現有關的文化資源處於危險狀況時。¹⁸

二、民族自決權

(一) 自決權之內涵

目前國際法探求自決權規範內容之共同起點，無疑的是兩項人權公約第 1 條的規定。公民及政治權利國際公約第 1 條規定：「一、所有民族都享有自決權。基於此權利，他們能自由決定其政治地位，並自由的追求其經濟、社會及文化發展。二、所有民族得為其自身之目的，自由的處分其自然財富及資源，並且不損害基於互利原則及國際法所建立之國際經濟合作架構所產生的任何義務。民族賴以維生的方式，在任何狀況下都不應被剝奪。三、本公約締約國，包括那些負責管理非自治領土及託管領土的國家，應在符合聯合國憲章規定下，尊重並促進自決權的實現。」國家對民族自決權所負擔之義務，包括消極義務及積極義務。就消極義務言，任何國家對系爭民族依據國際法所提出的自決權主張，不應加與干預、否定及限制，並有義務避免幫助或支援任何違反此規範之行為¹⁹。就國家對自決權之實現，亦負有積極義務。人權委員會的第 12 號一般意見書提及，「締約國應採取積極措施，促使民族自決權之實現與尊重。而此積極措施，須與聯合國憲章及國際法所承擔的義務一致：締約國尤應避免干預其他國家之內政，以免對自決權之行使造成不利影響。²⁰」因此，締約國在公民及政治權利國際公約第 1 條之規範下，應對國內民族主

¹⁷ *Ibid*, para. 51-54.

¹⁸ *Ibid*, para. 55.

¹⁹ 黃居正，聯合國與人民自決權，收錄於陳隆志、陳文賢主編，聯合國：體制、功能與發展，台北，台灣新世紀文教基金會、台灣聯合國研究中心，頁 163(2008 年 12 月)。

²⁰ Human Rights Committee, General Comment No. 12, 13 March 1984, para. 6.

張及尋求政治、經濟、社會及文化發展事務的自主性時，不僅不應予以禁制，尚須注意相關法令及措施不應否定或限制前述主張，國家更應對系爭民族主張自決時，提供必要之資源及協助。

關於主張自決權的要件，首先應釐清者為其主體要件，即何謂「民族」(peoples)。關於民族有各種要件及特徵被提出，包括共同的歷史傳統、種族獲民族認同、文化同質性、共同經濟生活及特定最低度的人口數量。但目前並無普世及固定的標準，聯合國之人權委員會或消除種族歧視委員會(Committee on the Elimination of Racial Discrimination)，亦無就此提出定義²¹。但可確定者，係此權利之性質為集體權，而非個體權，且只有民族為本權利的享有者。但應注意者，得主張自決權之民族，不包括少數族群²²，保障少數族群權利之規定主要係公民及政治權利國際公約第 27 條之規定。而自決權最初被以具政治性質的自決原則主張，進而被實證法化成為自決權，此過程固然以消除殖民主義為主要目的，而讓被殖民地之民族透過自決權之主張，而能脫離殖民宗主國之統治管理，最後建立新國家。以去殖民化為主要宗旨的聯合國在設立後，致力於促進殖民地地區之去殖民化的目標已經完成，而自決權之重要性並未因此喪失。人權委員會亦承認，公民及政治權利國際公約之自決權，適用於所有民族，不限於被殖民的民族²³。而聯合國機構對於主張自決權之民族，亦傾向於給予寬鬆、廣義的認定，以避免對不同民族產生歧視²⁴。

關於自決權之內涵，目前實務及學術多接受根據公約第 1 條可分為外部自決(external self-determination)及內部自決(internal self-determination)。外部自決係指第 1 條第 1 項前段所指，民族得自由決定其政治地位及其在國際社會之位置的權利。外部自決可說是自決權最具政治爭議性的部分，因其主張之最終極結果往往使主張之民族脫離於原本統治國家設立新國家，而使多數國家在擔憂外部自決主張下會造成國家分裂而多所保留。內部自決權則指，民族在一個國家內選擇其政治地位或行使有意義政治參與的權利，以及在原本國家內追求政治、經濟、社會及文化之發展²⁵。

另外，自決權之具體規範內涵還可由公民及政治權利國際公約第 1 條第 1 項所規定的政治地位之決定、經濟、社會及文化發展之決定四個面向探究。此不僅是因為自決的這四個面向，彼此間是相互依賴、密切關連。對一個民族而言，真正且完整的自決，係透過在政治地位、經濟、社會及文化發展，所達到的自主狀態。由於自決為各項權利實現之先決要件，而且自決權作為兩項國際人權公約的共同第 1 條規定，意味自決權與兩項人權公約所規定各項人權關係密切，因此民族在追求政治地位、經濟、社會及文化之發展，應與兩項人權公約所規定之經濟、社會及文化權利相結合，彼此實現及強化。

就政治地位之自決，如前所述，包括國際上及國內政治地位的自我決定。就前者而言，包含決定該民族在國際社會之地位、獨立權及決定民族自身在國際社會之命運；就後者所知國內政治地位的自決，則包涵民族自由選擇並發展其國內政治制度之權利²⁶，而國家亦應對民族在國內之公民及政治權利予以保障並促進其實現及尊重。就經濟地位自決之主要內容，公約第 1 條第 2 項前段特別規定：「所有民族得為其自身之目的，自由的處分其自然財富及資源，並且不損害基

²¹ Sarah Joseph, Jenny Schultz and Melissa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials and Commentary*, 2nd ed. (Oxford: OUP, 2004) p. 142.

²² Rosalyn Higgins, *Problems & Process: International Law and How We Use It*, Oxford: Clarendon Press, 1995) p. 124.

²³ Concluding Observations of Human Rights Committee on Azerbaijan, adopted on 3 August 1994, UN doc. CCPR/C/79/Add.38; A/49/40, para. 4.

²⁴ Aureliu Cristescu, *The Right to Self-Determination*, E/CN.4/Sub.2/404/Rev.1, (New York: United Nations, 1981), p. 39.

²⁵ Antonio Cassese, *International Law* (Oxford: OUP, 2001), p. 106.

²⁶ Aureliu Cristescu *supra* note 24, p. 46.

於互利原則及國際法所建立之國際經濟合作架構所產生的任何義務。」在此規定下，民族能夠依其偏好及選擇如何使用、管理及分配其自然資源及財富，此更包括選擇其認為適當的經濟制度進行上述處分行爲。但此項前段，對民族之經濟自決行使給予一限制，即此自決過程不應對基於互利原則及國際經濟法律架構下的任何義務。此限制對於經濟發展之自決恐帶來顯著之影響，亦即民族依其選擇的經濟制度進行處分自然資源或財富時，不應損害由諸如世界貿易組織、國際貨幣基金會及國際復興及開發銀行（世界銀行）所建立國際經濟法律制度所生義務。然而基於此項後段規定：「民族賴以維生的方式，在任何狀況下都不應被剝奪。」對於民族為實現經濟發展自決所不應被剝奪維生方式之內涵，從自決權及其他人權項目之相互關聯性而言，至少應符合在經濟、社會及文化權利國際公約所規定經濟權利條款之意旨，如第 6 條(工作權)、第 7 條(基本工作條件)及第 8 條(基本勞動權)。

由於經濟發展與社會發展，更佳緊密相連、彼此實現，故為實現民族之經濟自決，不能欠缺社會發展之自決。因為社會發展不能沒有經濟發展的基礎，而經濟發展若未能有助於實現社會發展亦將喪失其意義。對於民族社會發展，聯合國大會於 1969 年所通過的「社會進步及發展宣言」已揭示社會發展之重要內涵。對於每一個社會，其發展無疑地必須建立在平等、自由及對人性尊嚴尊重的基礎上，實現公民及政治與經濟、社會及文化權利(第 1 條、第 2 條)，確保人人有工作權及就業之自由與所得的公平分配(第 6、7 條)，並持續提升所有社會成員之精神及物質水準。基於經濟發展及社會發展之密切互賴性，為民族在追求經濟發展過程中之重要權利，如工作權、基本工作條件之保障及勞動基本權，與社會保障權、家庭權、適當生活水準之權利、健康權及受教權等社會性人權更應在此二類權利之彼此關聯性下予以尊重、保障及實現。

在民族自決的所有面向中，文化發展是最容易被忽略的，因為其重要性往往被視為次於前述幾項發展項目。然而，對於民族之存續、復興及繁榮而言，文化發展具格外重要之地位。因為，文化除了是一種生活方式、態度及價值外，更是一個民族自我認同與自我論述的核心，更是一個民族與其他民族差異與區辨的基礎，亦是一個民族存在的重要表徵。不論是被殖民的民族或原住民族，存在一個由異民族或多數民族所宰制的環境，倘若欠缺文化發展自決權的實現，久而久之將逐漸與統治或多數民族間的文化界線模糊，甚至在受極度漠視下遭受種族滅絕(Genocide)，最後遭同化而在世界民族的座標中失去其存在位置。在各個不同人類社會中必然存在多數與少數或宰制及被宰制的民族，故每個民族的文化發展無法自身完成，而須不同民族間透過尊重及共同合作方式彼此實現及成就，故聯合國教科文組織大會在 1966 年通過「國際文化合作原則宣言」²⁷，做為國家促進及實現國內各民族文化之成長與發展，並得作為釐清民族就文化發展自決權之內涵。本宣言揭示，各種文化都具有應被尊重與維護的尊嚴與價；每個民族都有發展其文化之權利與義務；而且所有文化皆屬人類共同資產，彼此互相差異與影響。(第 1 條) 國家應盡力發展文化，若以雙邊或多邊方式為之時，則應以達成下列目標：傳播知識、啟發才能及豐富文化、在不同民族間發展和平關係及友誼並更瞭解彼此生活方式、實現本宣言及聯合國之原則、使人人都能獲得、享受並參與及貢獻文明與文化、提升所有人世人的精神及物質生活水準。(第 4 條) 文化合作是所有民族與國家的權利與義務，並且在提升文化合作同時，應尊重每一文化的獨特性。(第 5 條、第 6 條) 在民族實踐文化，以實現文化自決時，亦應注意在尊重與實現自由與人權下進行，不應以文化實踐為由，侵害其他人權與自由。另外，文化自決權之性質雖屬集體權而由民族享有，

²⁷ Declaration of Principles of International Cultural Co-operation, UNESCO General Assembly, 4th November 1966.

但就民族在實現文化發展過程中，民族之個人成員齊參與文化生活、享受科學及文明進步所帶來利益等文化權利，則受經濟、社會及文化權利國際公約第 15 條之文化權所保障。就此亦突顯文化自決與文化權之相互關聯及彼此成就性。

最後應與釐清者，係不應將自決權之行使目的，等同(或限)於去殖民化，而將自決權之主張視為主張建立獨立國家的權利。自決權之主張結果，雖然可能為在政治上完全的自主地脫離原本殖民政府，在國際社會設立一個新國家。但分離或獨立並非自決權主張之目的，對於自決之理解 James Crawford 教授則認為應視之為一個過程，而非達成獨立之結果，而自決通常在一個國家中藉由公民、政治及社會權利享有而實現，而上述權利若遭否定時則會引起國際關切²⁸。而英國籍國際法院法官 Higgins 則認為，自決從未僅意味著獨立而已，其意味民族的自由選擇²⁹。

(二) 原住民族之自決權

就聯合國設立主要宗旨之一的去殖民化，透過民族自決權之主張及行使，過去的被殖民地現今幾乎皆已獨立，成為國際社會中的獨立國家。因此，除過去處於被殖民狀態下之民族外，似乎已無可主張民族自決權之適格權利主體。再加上兩項國際人權公約就自決權之規定，未提及原住民族得為自決權之主體，故針對原住民族可否主張自決權則有爭議。有鑑於原住民族之概念符合本文前述關於享有自決權主體之「民族」定義，並且現今原住民族與其所存在社會中之多數民族間的關係，無異於過去殖民者與被殖民民族的關係內涵。國際法學界已認為自決權規範不限於受殖民或受外國人統治之民族³⁰，故原住民族作為自決權的享有主體，並無理論上之問題。並且將自決權限於受殖民之民族才能享有，無異於否定自決與人道之關連，並否定自決原則之人權特徵³¹。而聯合國人權委員會(Human Rights Committee)亦認為，公民及政治權利國際公約第 1 條所規定之自決權，適用於原住民族³²。

此主張內涵進一步具體化，為 2007 年聯合國大會所通過的原住民族權利宣言所確認。本宣言之前言提及：「...承認聯合國憲章、經濟、社會及文化權利國際公約、公民及政治權利國際公約及維也納宣言及行動計畫，確認所有民族自決權之根本重要性，在此權利下各民族能自由地決定其政治地位、及追求其經濟、社會及文化發展，並且本宣言不得被援用否定任何民族行使其與國際法一致之自決權。」宣言第 3 條規定：「原住民族擁有自決權。依此權利，他們自由地決定其政治地位及自由地追求其經濟、社會及文化發展。」而第 4 條規定：「原住民族行使自決權時，關於其內部及當地事務，以及資助其自主功能的方法及手段，享有自主或自治權(right to autonomy or self-government)。」第 43 條規定：「本宣言所承認之原住民族權利，構成世界原住民族生存、尊嚴及福祉的最低標準。」上述條文，具有三項意義。第一、首次將學界及人權實務機構所認同的，原住民族作為自決權享有主體為確認，並確認原住民族之自決權內涵與國際法內涵一致。第二、對原住民族族群發展最重要制度之一的自治(與自主)，與自決權為緊密的結合，即對於自決權所欲追求的政治地位及經濟、社會及文化發展，需要透過具自主性的自治制度作為方法實現。第三、宣示自決權與其他的基本自由與人權，係世界原住民族生存尊嚴與福祉的最低標準，而國

²⁸ James Crawford, *The Creation of States in International Law*, 2nd ed. (Oxford: OUP, 2006) p. 40.

²⁹ Rosalyn Higgins, *Problems & Process*, (Oxford: OUP, 1994), p. 119.

³⁰ Thomas Franck, 'The Emerging Right to Democratic Governance,' 86 *American Journal of International Law*, p. 88(1992).

³¹ S. James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, 2nd ed (Oxford: OUP, 2004), p. 100.

³² S. James Anaya, 'International Human Rights and Indigenous Peoples: the Move toward the Multicultural State,' 21 *Arizona Journal of International and Comparative Law*, p. 50 (2004).

家應確實達成。

除上述基於國際法關於自決權之規範內涵及原住民權利宣言對原住民自決權之基礎及架構釐清，國際人權法關於原住民人權權威學者 S. James Anaya 教授進一步強調原住民族自決權之內涵更應強調無歧視、文化完整性、對土地及資源支持有與享用、社會福祉以及自治與自主³³。此等內涵應作為原住民族依自決權主張政治地位、經濟、社會及文化發展時，對國家所提出主張之具體要點。

三、少數族群權利

公民與政治權利國際公約第 27 條係對於少數族群保障之重要規定，作為在語言、文化及種族上為少數族群的原住民，自然亦為本條所保障之對象。本條規定：「在那些存在種族、宗教或語言上少數族群的國家，國家不應對屬於少數族群之人民，否定其與其族群中的其他成員同等享有其固有文化、信奉躬行其固有宗教或使用其固有語言之權利。」

公民與政治權利國際公約之監督機構人權事務委員會（Human Rights Committee）在 1994 年曾對該公約第 27 條所保障之少數族群權利在第 23 號一般意見書中予以闡釋。³⁴委員為認為，本條規定賦予少數族群所屬個人權利，且此權利與該公約所保障其他權利與自由不同。而本項權利，特別應與該公約第 1 條所保障的民族自決權區分。自決權之保障對象為民族，故其性質為集體權，而第 27 條之權利性質上為個體權。³⁵委員會特別提到，在本條對個人所保障之權利，對原住民而言特別重要，在本條所規定之此被保障權利的個體面向下的享受特別文化權利，可包括與該少數族群個人領域及資源使用密切相關的生活方式，而且不論系爭身分為少數族群之個人是否為締約國之國民或公民，只要該個人身處在其管轄領域中。³⁶而且，雖然本條要求締約國不得否定少數族群在本條所規定權利，但此並非意味締約國僅具消極性義務。締約國在本條之義務下，仍須採取積極保護措施，不論是立法、司法或行政機關。³⁷另外，人權委員會認為雖然本條所保障之權利為個體權，但其卻有賴少數族群團體維持其文化、語言或宗教之能力。因此，締約國得在必要時採取積極措施以保障少數族群之身分及其所屬成員享受並發展其文化之權利。³⁸關於本條所保障文化權之行使，委員會發現文化透過許多形式彰顯，包括與土地資源使用相關的特別生活方式，此權利可包括傳統捕漁或狩獵活動及生活在被法律所保障之保留區內的權利。³⁹最後人權委員會認為，本條權利之保障目的，在確保相關少數族群文化、宗教及社會認同的存續及持續發展。⁴⁰在聯合國制度中，在經社文權利委員會關於文化權之二份一般意見書做成之前，人權委員會對少數族群權利所做出之第 23 號一般意見書，係唯一官方關於文化權之闡釋文件，但本號一般意見書所探討之文化權享有主體限於具少數族群身分之主體。

另外，在人權委員會所受理之案例實踐中對少數族群文化之解釋，傾向採取較寬鬆之詮釋。例如在 *Kitok v. Sweden* 案人權委員會認為，倘若特定經濟活動屬於一個民族社群文化的必須要

³³ S. James Anaya, *supra* note 31, p. 129.

³⁴ CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, General Comment No. 23.

³⁵ *Ibid*, paras 1-3.1.

³⁶ *Ibid*, paras 3.2, 5.2.

³⁷ *Ibid*, para. 6.1.

³⁸ *Ibid*, para. 6.2.

³⁹ *Ibid*, para. 7.

⁴⁰ *Ibid*, para. 9.

素，就有公約第 27 條之適用。⁴¹在 *Länsman v. Finland* 案針對薩米族 (Sami) 之馴鹿放牧活動，是否能視為少數族群之文化權保障範圍，人權委員會認為第 27 條之享受文化權利，應依具體狀況，而非抽象認定，因此本條不僅保障少數族群之傳統生計方式，亦及於本案聲請人之多年的在現代科技採用下之馴鹿放牧活動。⁴²而在 *Mahuika v. New Zealand* 案，人權委員會再度確認第 27 條之保障，及於傳統文化對現代生活方式的調整。⁴³國家政府之經濟開發政策與少數族群生活領域往往產生破壞，而產生經濟發展與少數族群享受其文化權利之調和問題。在加拿大亞伯大省北部之一項經省政府核准之油氣探勘活動，被當地盧比孔湖克里印地安部落向人權委員會提出申訴，認為該探勘活動已威脅該部落族人之生活方式及文化。人權委員會認為公約第 27 條保障之權利，包括少數族群個人參與其所屬社群文化一部分的經濟及社會活動，因此本案油氣探勘活動已對本案申請人族群生活方式及文化構成威脅，並違反公約第 27 條。⁴⁴

參、兩項人權公約規範在我國之效力與地位

一、國際法與國內法律制度之關係及併入或轉換之方式

關於國際法與國內法之關係，理論上主要有一元論(monism)及二元論(dualism)之分。一元論認為，國際法與國內法皆為一個法律體系之不同部分，而國內法律制度，係基於國際法律制度之授權，在此一元化之法律制度中，國際法具有優位性；而二元論則認為，國際法與國內法為兩套完全不同的法律制度，兩者互不隸屬，亦無何者具有優位性之問題。⁴⁵當國際法被國家國內法化後，即構成該國國內法體系之一部，國家機關就此所適用者，已是國內法，而國際法之內涵，欲在國內法律制度被實施，須依據不同系爭國家所採取的國內法化理論而定。

國家間如何使國際法在其國內法律制度取得法律地位之方式，本質上並非國際法問題，國際法就此亦無規範，⁴⁶而應屬各國國內法之問題。各國實踐不一，有些國家將條約如何國內法化及效力與位階問題在憲法規範，例如奧地利所締結之條約生效後，在其國內法具有等同憲法位階之效力；有些國家對國內法化後的條約給予優於一般法律但在憲法之下的規範地位，如義大利及法國即採此方式；有些國家則對國內法化之條約給予一般法律位階，亦即若有新法或特別法制定或存在者，國內法化之條約規範即不具優先適用性，德國即是採取此方式。⁴⁷

關於國際法國內法化之方式，國家間所採取之方式主要有併入說(incorporation)與轉換說

⁴¹Human Rights Committee, *Kitok v. Sweden*, Communication No. 197/1985, 25 March 1987, CCPR/C/33/D/197/1985, para. 9.2.

⁴²Human Rights Committee, *Länsman et al. v. Finland*, Communication No. 511/1992, 14 October 1993, CCPR/C/49/D/511/1992, para.9.3.

⁴³Human Rights Committee, *Apirana Mahuika et al. v. New Zealand*, Communication No. 547/1993, 27 October 2000, CCPR/C/70/D/547/1993, para. 9.4.

⁴⁴Human Rights Committee, *Chief Bernard Ominayak and Lubicon Lake Band v. Canada*, Communication No. 167/1984, 10 May 1984, CCPR/C/38/D/167/1984, paras 32, 33.

⁴⁵Robert Jennings and Arthur Watts, *Oppenheim's International Law*, 9th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2008), pp. 53-54; Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th rev. ed. (New York: Routledge, 1997), pp. 63-64; David Harris, *Cases and Materials on International Law*, 7th ed. (London: Sweet & Maxwell, 2010), pp. 61-62. 丘宏達，現代國際法，三民，台北，頁 107 (1995 年)；姜皇池，國際公法導論，修訂二版，新學林，台北，頁 285-293 (2008 年)。

⁴⁶Robert Jennings and Arthur Watts, *Oppenheim's International Law*, 9th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2008), p. 54.

⁴⁷當然在此制度下法院無法依據國際人權公約作為審查國內規範或政府行為之依據，因此國際條約對國內法規範秩序之影響將相對降低。見 張文貞，跨國憲政主義的合縱與連橫：歐洲人權法院與內國法院關係初探，月旦法學雜誌，第 151 期，頁 62-64(2007 年 12 月)。

(transformation)之別。⁴⁸併入說認為，條約不需國內法院或立法機關表示採納，即成為國際法之一部，因為條約為國際法規則之一，即併入國內法。詳言之，確立之國際法規則一旦存在(對條約而言即締約國批准或生效後)，並與系爭案件相關，在併入理論下，該條約即是國內法之一部並得為法院在系爭案件適用；而轉換說認為，條約及其他國際法應在國家明示作出採納行為後，才會構成國內法之一部，因此國內法院須在條約被國家有意地以適當方式轉換成國內法後才能適用，例如立法。⁴⁹對於採用轉換說之國家，例如英國，批准條約或條約生效後，倘若國會未制定轉換法案者，條約仍不能構成國內法之一部，法院亦不會直接適用，此時，該條約仍在國際法上拘束該國家，國家仍須履行條約義務，而此類條約在國內法中僅有間接適用性，即作為法院在解釋國內法時所考量之素材。⁵⁰

對我國法制而言，不論是對國際法與國內法之關係採一元論或二元論，抑或是對國際法法源究竟採取併入說或轉換說以取國內法地位，在我國憲法或法律規定中，皆未有明確的直接規定，僅能由憲法規範精神及司法實踐探求。我國憲法與條約國內法化直接相關之規定，係憲法第 38 條、⁵¹第 58 條第 2 項、⁵²第 63 條⁵³及第 141 條。⁵⁴前揭憲法規定，主要係針對我國行政機關對條約案之提出、立法院對條約案之議決權，以及總統之締約權，其中並未直接規定我國究竟屬一元論或二元論，亦未規定經議決及批准後之條約，在我國法律體系之地位及效力如何。雖然，大法官會議解釋字第 329 號曾就條約問題作成解釋，但其主要意旨在釐清我國憲法下條約之概念及其在什麼狀況下應送立法院以條約案審議之。⁵⁵然而，據上述憲法規定及基於立法院作為我國最高立法機關所享有的法律制訂權力，顯然我國對條約的國內法化並非如同多數普通法國家所採取的轉換說，將條約以形成另外一份法案方式予以國內法化。並且，根據我國憲法對條約的規定，我國就條約國內法化方式，似乎較傾向於採取併入說，亦即經立法院議決並經總統締結的條約案，立即成為我國法律體系之一部分，而得為法院直接適用的依據之一。⁵⁶就兩項人權公約而言，我國在 1967 年 10 月 5 日締結，經立法院在 2009 年 3 月 31 日議決，並在同年 5 月 14 日經總統依憲法第 38 條批准後，依條約及協定處理準則第 11 條規定，完成國際法上的締約程序及國內法化之程序，使兩項人權公約之規範成為我國法體系之一部，在完成上述國內法化程序後，兩項人權公約之規範已併入我國法律制度，並具直接適用性。但依「兩項人權公約施行法草案總說明」所述，基於我國在聯合國無會籍且國際處境特殊而無法對聯合國秘書處依兩項人權規定交存批准書，以及憲法未對條約在國內法體系之效力明確規定，為杜疑義，有必要就兩項人權公約規範再

⁴⁸由於國際法之法源，依國際法院規約第 38 條第 1 項規定，除了條約尚有習慣國際法與法律一般原則，以及國際性法條之司法決定與國際法學者之學說等輔助性法源，但基於本文之研究目的，在此僅討論條約被國內法化之理論與實踐。

⁴⁹Martin Dixon, *Textbook on International Law*, 6th ed. (Oxford: OUP, 2007), pp. 94-95.

⁵⁰然而，應注意者，係併入說或轉換說僅說明國家如何在其國內法體系實施條約所採取之方式，並不意味採取併入說之國家就國際法與國內法之關係絕對是採一元論者，亦不意味採取轉換說之國家為二元論之國家。Ibid, pp. 96-97.

⁵¹憲法第 38 條：「總統依本憲法之規定，行使締結條約及宣戰、媾和之權。」

⁵²憲法第 58 條第 2 項：「行政院院長、各部會首長，須將應行提出於立法院之法律案、預算案、戒嚴案、大赦案、宣戰案、媾和案、條約案及其他重要事項，或涉及各部會共同關係之事項，提出於行政院會議議決之。」

⁵³憲法第 63 條：「立法院有議決法律案、預算案、戒嚴案、大赦案、宣戰案、媾和案、條約案及國家其他重要事項之權。」

⁵⁴憲法第 141 條：「中華民國之外交，應本獨立自主之精神，平等互惠之原則，敦睦邦交，尊重條約及聯合國憲章，以保護僑民權益，促進國際合作，提倡國際正義，確保世界和平。」

⁵⁵在釋字第 329 號解釋後，立法院依該釋字意旨，修訂「條約及協定處理準則」。該準則第 11 條規定：「定有批准條款之條約案，經立法院審議通過，咨請總統批准時，主辦機關應即送外交部報請行政院轉呈總統頒發批准書，完成批准手續。」

條約完成批准手續並互換或存放批准書生效後，由總統公布施行。但情形特殊者，得由總統完成批准手續後公布。」

⁵⁶參見，鄧衍森，從國際法論人權的保障與實踐，全國律師，第 14 卷第 3 期（2010 年 3 月），鄧衍森，從國際法論人權的保障與實踐，全國律師，第 14 卷第 3 期（2010 年 3 月），頁 21-22。

以法律明文定之，作為該公約規範在我國實現各項人權的依據。據此，立法院三讀通過「兩項人權公約施行法」，並在其第 2 條規定：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。」⁵⁷依據兩項人權公約施行法第 9 條規定，其施行日期由行政院訂之，而行政院將本法正式施行日訂為 2009 年 12 月 10 日（國際人權日）。⁵⁸

二、兩項人權公約規範在國內法律制度之地位，及其與嗣後國內法之關係

由立法院三讀通過的「兩項人權公約施行法」第 2 條規定：「兩項人權公約之規定，具有國內法律之效力。」同法第 8 條規定：「各級政府機關應依兩公約規定之內容，檢討所主管之法令及行政措施，有不符兩公約規定者，應於本法施行後二年內，完成法令之制（訂）定、修正或廢止及行政措施之改進。」以下就兩項人權公約之規範國內法化後，在我國法律制度之位階如何之問題進行探討。

形式上兩項人權公約係由立法院以兩項人權公約施行法實施之，而本法係由立法院以法律案方式三讀通過，並在 98 年 12 月 10 日施行，兩項人權公約應屬法律位階之規範無誤。雖同法第 8 條規定，各級政府機關應在「二年內」依兩項人權公約之規範修（制）訂相關主管之法令，然若政府機關未能在二年內，完成該法第 8 條之作業，此義務是否告屆止？甚至，嗣後若有新制訂之法律（無論是否與人權保障相關），是否應依「後法優於前法」之原則，優先適用新法？

對此問題，應從締約國在國際法下所承擔義務之性質及國際人權規範之本質探究。就兩項人權公約締約國之義務，皆規定在兩項人權公約第 2 條，兩項人權公約之委員會，皆曾對該條所規定的締約國義務內涵為釐清。⁵⁹

根據經社文委員會第 9 號一般意見書之闡釋，經社文公約要求締約國應採取所有可支配的措施，以實現公約所承認的權利，就此，國際人權法之根本要求應被國家銘記。因此，本公約規範應在國內法律制度以適當的方式被承認，並應對權利受侵害的個人或群體提供適當的救濟方法或制度，而且應有確保政府責任的適當措施。⁶⁰關於適用本公約時，所應考量的國際法原則有二。首先、為條約法公約第 27 條所揭示：締約當事國不得以其國內法之理由，做為其怠於履行條約義務之理由；在此原則下締約國為實施條約義務所必要，應修改相關之國內法制度。第二、如同世界人權宣言第 8 條所揭示：「當憲法或法律所規定之基本權利被侵害時，人人有權在具資格的國內法庭獲得有效救濟。」雖然經社文公約並無如同公民與政治權利國際公約第 2 條第 3 項 b 款要求締約國建立司法救濟可能性的規定，然而，經社文公約締約國若欲對怠於對個人提供個人經濟、社會和文化權利受侵害時的國內法律救濟途徑進行正當化說明時，必須說明該欠缺之法律救濟，並非本公約第 2 條第 1 項的「適當措施」或者已有其他補救措施而使法律救濟本身欠缺必要性。⁶¹委員會認為，有法律拘束力的國際人權標準，在每個締約國國內法律制度應直接與立即

⁵⁷參見 廖福特，批准聯合國兩個人權公約及制訂施行法之評論，月旦法學雜誌，第 174 期，頁 225-225（2009 年 11 月）。

⁵⁸中華民國 98 年 10 月 29 日行政院院臺外字第 0980067638 號令發布：定自 98 年 12 月 10 日施行

⁵⁹而兩項人權公約施行法第 3 條亦規定：適用兩公約規定，應參照其立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋。就締約國在兩項人權公約下之義務內涵，經濟、社會及文化權利委員會曾做成第 9 號一般意見書，人權事務委員會亦曾做成第 31 號一般意見書。

⁶⁰Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 9: the domestic application of the Covenant, E/C.12/1998/24, 3 December 1998 (hereafter General Comment No. 9), para 2.

⁶¹*Ibid*, para. 3.

實施，俾利個人在國內法院或法庭尋求權利之實施。⁶²雖然經社文公約並未規定締約國在其國內法制度所應採取之特定實施措施，亦無對締約國課予應廣泛併入本公約之義務，或要求締約國應制訂任何特定類型之國內法規，亦即公約對於締約國在其國內法制度內應採取何種履行公約義務之適當措施乃交予締約國自行選擇決定，但委員會會審查系爭締約國所採取之措施，是否與其在公約下之義務一致。⁶³總而言之，無論締約國選擇何種方法實施公約所課予之責任，有三項原則應予尊重：第一、所選擇之實施措施，對確保實現公約義務而言係適當的；第二、應考量相關國家已證實對人權保障所採取最有效之措施；第三、雖然本公約並無正式地課予締約國將其條款併入其國內法之義務，但此作法是被期待的，因為直接併入之作法能避免將條約義務轉換入國內法所產生之問題，並提供給個人在國內法院直接訴諸公約權利之基礎。⁶⁴

就公民與政治權利國際公約，人權事務委員會在第 31 號一般意見書中認為，注意締約國可能的義務違反，並對其要求遵守義務，不僅不應被視為一項不友善之舉動，反而應被認為是反映國際社會之正當利益。⁶⁵依公約第 2 條第 1 項的規範意旨，締約國所承擔之義務係尊重公約權利，並確保其領域內個人能享有公約權利，此係締約國按維也納條約法公約第 26 條意旨所擔負的善意履行公約之義務。⁶⁶一旦本公約對締約國生效，同時亦對其產生拘束力，締約國政府之所有部門(包括行政、立法與司法)，以及中央與地方政府機關，皆承擔締約國在本公約下的責任。雖然公民與政治權利國際公約第 2 條第 2 項允許締約國在條約生效而欠缺立法及相關措施時，得依其憲法規定，採取必要步驟，制定必要措施以實現本公約所承認之權利，但依維也納條約法公約第 27 條規定，締約國不得援引國內法之理由，作為怠於履行條約義務之正當藉口。⁶⁷締約國在本公約第 2 條之總體義務性質，就第 1 項之尊重及確保義務，對所有締約國具立即效力，其義務性質包括消極與積極兩層面；⁶⁸依同條第 2 項規定，締約國所被課予者係採取立法、行政、司法、教育以及其他方面之適當措施，以履行本公約之法律義務，而且本項之義務亦為無限制及立即的，⁶⁹除非特定系爭權利已經受國內法及相關實踐之保障，否則締約國應在批准本公約後修改其國內法或實踐，以確保其與本公約之義務一致，倘若國內法及其他實踐與公約規定衝突時，亦須予以修改以達本公約實質保障措施所規定之標準。⁷⁰

綜上分析，從國際法角度論，締約國應採取所有措施，善意履行條約義務，並且不得以國內法之理由，作為怠於履行條約義務之正當化藉口，故兩項人權公約施行法第 8 條之二年期間，應解釋為訓示性期間，只要兩項人權公約之義務仍有效存在，條約義務之履行不因罹於此二年期間而停止。此外，據我國憲法第 141 條之精神下之司法實踐，皆將國內法化之條約視為優於一般法律之地位，⁷¹故兩項人權公約之規範，不僅應被視為優於一般法律之地位，締約國亦不得以嗣後

⁶² *Ibid.*, para. 4.

⁶³ *Ibid.*, para. 5.

⁶⁴ *Ibid.*, paras 7-8.

⁶⁵ Human Rights Committee, General Comment No. 31: the Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 May 2004 (hereafter General Comment No. 31), para. 2.

⁶⁶ *Ibid.*, para. 3.

⁶⁷ *Ibid.*, para. 4.

⁶⁸ *Ibid.*, paras 5-6.

⁶⁹ *Ibid.*, para. 7.

⁷⁰ *Ibid.*, para. 13.

⁷¹ 民國 72 年 2 月 20 日法務部法(72)律字第 1813 號致外交部函中表示：「條約在我國憲法及有關法律中均未明文規定其具有國內法的效力，但立法院審查條約案時，與審查法律案的程序完全相同，條約亦和其他立法院通過的法律案一樣，均刊登在立法院公報及立法專刊中，是條約在我國應具有國內法效力。復從憲法第 141 條精神以觀，條約與國內法抵觸時，似宜優先適用條約」。

立法抵觸公約規範，⁷²再者，由於人權法規範本質所具有的普世性，人權也是人類社會共通的行為標準，故人權法規範不論在國際法或國內法，皆為所有法規範解釋的基準與指標，亦是檢視國家統治權正當性之基準與指標，此亦是基於保障人性尊嚴所形塑之論點。⁷³值得注意且思考者，有些兩項人權公約之權利並非我國憲法中之基本權，倘若人權保障存在基本人權間具位階性者，不僅無法完整實現兩項公約之規範目的，更可能導致違反兩項人權公約義務之結果。為避免此違反公約義務結果，基於善意履行條約之原則，應在具體個案，透過大法官會議解釋將上述權利視為憲法第 22 條之權利，以維持人權之不可分割性與相互關連性。最後應強調者，人權雖因法律確認而較容易行使，但不可將人權視為法律的產物，否則人權將無法作為法律效力最終判斷的基礎，基於此人權法規範本質理論，國際人權公約國內法化後，應具有優先的規範效力，⁷⁴故兩項人權公約施行法第 2 條雖規定，兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律效力，應理解為本條之意義係再度揭示兩項人權公約規範已併入我國法律體系，而具有直接適用性，並非指其僅具普通國內法律位階，否則將違反上述國際法理論詮釋所呈現締約國在兩項人權公約所負之義務。

肆、我國最高法院關於原住民傳統文化保障之案例

在我國最高法院裁判中，關於原住民操作、實施其傳統文化實踐之案例，大多為涉及槍砲彈藥刀械管制條例及森林法等事件，分述如下。

一、原住民涉及槍砲彈藥刀械管制條例之案件

關於原住民涉及槍砲彈藥刀械管制條例之案件，主要是因為狩獵為原住民族基本且重要的傳統文化實踐，不僅有其生活之必要性，更是祭祀及傳統慶典所不可或缺。原住民狩獵所必需獵槍之持有，應在本條例之限制為之。本條例第 5 條規定：槍砲、彈藥，非經中央主管機關許可，不得製造、販賣、運輸、轉讓、出租、出借、持有、寄藏或陳列。第 20 條第 1 項及第 2 項規定：「原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍、魚槍，或漁民未經許可，製造、運輸或持有自製之魚槍，供作生活工具之用者，處新臺幣二千元以上二萬元以下罰鍰，本條例有關刑罰之規定，不適用之。原住民相互間或漁民相互間未經許可，販賣、轉讓、出租、出借或寄藏前項獵槍或魚槍，供作生活工具之用者，亦同。」依上開條規定，原住民經主管機關許可，得製造、運輸或持有自製之獵槍。而目前最高法院關於此等規定之八件判決，皆係關於原住民所持獵槍是否符合「自製」之要件，倘若不符則構成該條例第 20 條之違反，而應處以刑事罰鍰。以下，係針對原住民涉及本條例之判決，分析其對原住民實踐傳統狩獵慣俗之影響。

在 89 年台上字第 2790 號判決，上訴人係布農族山地原住民，為打獵目的持有一把改造可發射且具殺傷力之土製散彈槍及一枝板機與擊錘損壞不具殺傷力之土造散彈槍被查獲，並被以 86

⁷²就法務部之見解亦認為兩項人權公約之規範，應優先於一般法律及行政命令而適用。見法務部對《「國際公約內國法化的實踐」委託研究報告》之對案建議，98 年 11 月 26 日，頁 8，網址：<http://www.humanrights.moj.gov.tw/public/Data/16193619972.doc>。但應特別注意者，此所謂具有優於一般法律地位者，係指兩項人權公約所規定的權利及自由保障及為實現此實體規範之國家義務規範而已，兩項人權公約施行法之規定除與此規範目的相關者，仍應僅為普通法律之地位（如第 6 條）。參見兩項人權公約施行法第 2 條立法說明謂：「至於兩公約中非屬保障人權規定之部分，則與本條所稱國內法效力無涉。」

⁷³並且在兩項人權公約權利規範與憲法基本權條款競合時，應基於基本權的最有利原則，適用最有利於當事人之規定。吳庚，憲法的解釋與適用，第三版，台北，三民書局經銷，頁 149-150（2004 年 6 月）。

⁷⁴鄧衍森，人權保障的規範理論：序曲，臺灣法學，第 166 期，頁 126-127（2010 年 12 月）。

年 11 月 24 日修正公布之槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項論處。最高法院認為：「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、陳列或持有自製之獵槍，供作生活工具之用者，減輕或免除其刑，並不適用前條之規定』，其立法目的係基於原住民所自製之獵槍，係屬傳統習慣供獵捕維生之生活工具，且其結構、性能及殺傷力均遠不及制式獵槍，為恐原住民偶一不慎觸法，即依同條例第 8 條相加，實嫌過苛，乃於該次修正，增訂減輕或免除其刑之規定，並得排除強制工作之適用。足見該條項所謂原住民自製之獵槍，應屬土造，供為漁獵之槍枝，其結構、性能及殺傷力，較諸制式槍枝為差，此與同條例第 4 條第 1 項第 1 款所謂『獵槍』，係屬制式者，自非相同。」另依刑事警察局之鑑定，本件土造槍枝為該條例所稱可發射金屬或子彈具有殺傷力之槍枝及獵槍。而最高法院認為「原判決理由以上訴人所改造之土造霰彈槍，並非修正槍砲彈藥刀械管制條例第 4 條第 1 款所列之獵槍及同條例第八條所列之獵槍，即認無該條例第 20 條規定之適用，尚嫌速斷。」故最高法院將原判決撤銷發回更審。

在 95 年台上字第 204 號判決，最高法院認為原判決基於上訴人甲係鄉公所之溪流保護員，上訴人乙係鄉公所村幹事，乃認為其等製造或持有土造獵槍及彈藥主要組成零件之行為，與生活無關，非其等供為生活上所需要之工具，不能依前揭規定解免該條例有關刑罰之適用。然法律對於取締違反槍砲彈藥刀械管制條例之行為，既併考量原住民傳統生活及習俗文化，而為前開輕處罰緩之規定。據甲、乙上訴人供稱雖伊為保育員及村幹事，但平日仍在務農、種田，並與丙上訴人供稱被查獲當時，三人欲至丙耕種菜原趕山豬。故甲、乙上訴人於擔任公職外，與丙平日均務農維生，則甲製造上開槍枝、彈藥，及乙、丙持有上開槍枝、彈藥之目的，何以並無上開法律所定「供生活工具之用」之情形？且甲自白製造槍枝、彈藥，其詳細過程為何，如何依扣案槍枝、彈藥或其他具體事證以證明其自白係與事實相符？俱尚非盡詳明，原審未遑調查釐清，審認說明，其為上述之認定，自嫌調查職責未盡及理由欠備。故最高法院將原判決撤銷發回更審。

在 96 年台上字第 1674 號判決最高法院認為，按槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項於民國 90 年 11 月 14 日修正公布前，原規定「原住民未經許可，製造、運輸、陳列或持有自製之獵槍，供作生活工具之用者，減輕或免除其刑，並不適用前條之規定。」修正後第 1 項則規定「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，處新台幣二萬元以下罰鍰，本條例有關刑罰之規定，不適用之。」修正立法理由謂「原住民使用獵槍是有其生活上之需要，以法律制裁持有生活必需品之行為，是對原住民人權之嚴重傷害。因此，原住民持有獵槍者只要登記即可合法，而未經登記者則以行政罰加以處罰，這不但符合行政程序法之規定，也保障了原住民基本之生活權益。」則該條例第 20 條第 1 項所稱「原住民製造、運輸或持有而供作生活工具之用之自製獵槍」，自應解釋為「原住民本於其文化傳統所形成之特殊習慣，專為其於生活中從事狩獵、祭典等活動使用，而以傳統方式所製造、運輸或持有之自製簡易獵槍」，始與立法本旨相契合。若與原住民之生活無關，而非供為生活上所需要之工具，甚且持供非法用途者，自無該條之適用，仍應適用該條例有關刑罰之規定論罪科刑。又所謂「自製獵槍」，依內政部 87 年 6 月 2 日 87 台內警字第 8770116 號函說明：係指「原住民依傳統習慣專供捕獵維生之生活工具，由申請人自行獨力製造或與非以營利為目的之原住民在警察分局核准之報備地點協力製造完成，以逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，打擊底火或他法引爆，將填充之射出物射出，非使用具有彈頭、彈殼及火藥之子彈者。射出物：指供自製獵槍引爆槍管內火藥後發射之用，填充於槍管內，遠小於槍管內徑之固體物，如玻璃片、彈丸等，且不含具有彈頭、彈殼及火藥之子彈。」……

「自製獵槍」與「土造霰彈槍」雖均為土造長槍，但「自製獵槍」所擊發者非預先製造完成之霰彈，而是以火藥逐次填塞在槍管內，再與射出物相配合後擊發者；且「自製獵槍」是於槍管開口裝入火藥及射出物，並非在後膛裝彈，屬最原始結構之槍枝；其特徵為：發射速度慢、無法連發（無預先製造之子彈，射擊時需逐次裝填火藥、射出物，再以鐵條自槍管前端伸入壓實）、不穩定（以擊錘直接撞及黑色火藥或底火引爆，火藥品質、裝填技術均影響其能否順利射擊）、威力不大（火藥非集中裝填於藥筒內，而是與射出物共同散落於槍管內，影響爆炸力）、攜帶不便。故可發射「制式霰彈」之「土造霰彈槍」，即非本條例第 20 條所指之「自製獵槍」。本件上訴人所製造如附表一編號一之「土造霰彈槍」，既經鑑定可擊發編號二之 12 GAUGE 之「制式霰彈」，並非以打擊底火或他法引爆槍管內火藥而將填充射出物射出之方式使用，該槍枝即非屬槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條所稱原住民自製之獵槍。故原判決依行為時同條例第 11 條第 1 項論處，屬正當合法。最高法院最後對此上訴判決駁回。

在最高法院 96 年台上字第 2726 號判決中，上訴人主張其為泰雅族原住民，自幼打獵時常見長老自製以牛皮紙加裝火藥、紙羅管充當底火，再裝些鐵釘，丟出碰撞爆開之所謂「甩彈」，為狩獵工具。上訴人沿襲傳統自製甩彈，係為打獵、採藥之防身工具，無製造槍砲彈藥刀械管制條例中所指爆裂物之故意。原審對上訴人所辯甩彈純係原住民傳統狩獵防身工具，上訴人無製造爆裂物之故意與行為等主張均未加調查顯有應調查之證據未予調查之違法等。最高法院認為上訴人此主張係單純事實上爭執，並非合法上訴第三審理由。並且製造爆裂物既無從排除原住民適用槍砲彈藥刀械管制條例處罰之規定，且原判決已說明上訴人使用制式雙基發射火藥、煙火類火藥之物品，復放入鐵釘增強殺傷力，其所著手製造者係爆裂物，而非單純原住民習慣上用以驚嚇動物之「甩彈」，原審縱未傳喚證人等，即於判決結果不生影響，是原審認本件事證已明，未依上訴人之選任辯護人在原審審理時提出傳訊上開證人之聲請，即無調查職責未盡之違法。故最高法院在本案對上訴判決駁回。

在 98 年台上字第 872 號判決中，最高法院認為槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條規定修正之立法意旨，在尊重原住民原本生活習性，並認原住民所自製之獵槍，其結構、性能及殺傷力，均遠不及制式獵槍，因將此類行為排除在刑罰之外。而條文所規定「供作生活工具之用」，其範圍應從原住民群體權之保障及文化認同之觀點考量，不應侷限於維生之經濟活動，尤不以行為人是否尚有其他職業為判斷之唯一標準。原判決以被告等三人均為原住民，而扣案槍枝屬自製獵槍，係以粗糙之木頭製成，長有一公尺，攜帶不便，雖經鑑定具有殺傷力，但其結構、性能與殺傷力均遠不及制式獵槍。而被告等三人所居住之海端鄉，每年舉辦「射耳祭」儀式暨傳統技藝競賽活動，由部落族人攜帶獵槍帶領前往山中做狩獵表演，並教導孩童獵槍之結構等等，顯見狩獵行為確屬原住民生活習俗之一。況案發當天被告等三人係前往台東縣海端鄉利稻村獵捕破壞高麗菜田之山豬，益見其等製造或持有之上開獵槍，符合槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條所謂「供生活工具之用」之要件，不因被告等三人另有工作，而異其認定。...檢察官上訴意旨仍執前詞謂：被告等三人係下班後，一時興起，相邀上山打獵，非僅與「射耳祭」無關，亦非供生活工具之用，原判決有採證不當及判決理由不備之違法云云。純係就原審取捨證據與自由判斷證據證明力及已調查說明之事項，徒以自己之說詞，指摘其為違法，自不足據以辨認原判決已具備違背法令之形式要件。最高法院最後對檢方之上訴判決駁回。

99 年台上字第 5771 號案中，上訴人係原住民向玩具店購買空氣槍後，予以改造作為捕鳥祭

供打獵之需，被查獲並依槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項論處。其上訴意旨謂：「原判決關於扣案空氣槍是否上訴人向玩具槍店購得後自製一節，其事實之認定與理由之說明相互齟齬；對捕鳥狩獵何以非屬其生活之一部分，未說明其理由，有理由不備之違法；上訴人基於文化傳統形成之習慣，以參加祭典之目的，持有自製槍枝供獵捕鳥類之工具，應合於槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項之規定，原判決依同條例有關刑罰規定相繩，自屬違法等語。」最高法院認為，槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項之修正立法理由，係「原住民使用獵槍是有其生活上之需要，以法律制裁持有生活必需品之行爲，是對原住民人權之嚴重傷害。因此，原住民持有獵槍者只要登記即可合法，而未經登記者則以行政罰加以處罰，這不但符合行政程序法之規定，也保障了原住民基本之生活權益。」及槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第 15 條第 1 項規定意旨，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，專爲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，而非供爲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。最後，最高法院對被告上訴判決駁回。

在 100 年台上字第 4580 號判決中，上訴人係原住民，因持有一把自網路購買之空氣槍而改造的槍枝被查獲，並被依槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項論處。最高法院基於前開條款之修正立法理由係，「原住民使用獵槍是有其生活上之需要，以法律制裁持有生活必需品之行爲，是對原住民人權之嚴重傷害。因此，原住民持有獵槍者只要登記即可合法，而未經登記者則以行政罰加以處罰，這不但符合行政程序法之規定，也保障了原住民基本之生活權益。」及槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第 15 條第 1 項規定意旨，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，專爲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，而非供爲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。且據前審所認定之證據，最高法院認爲已足以認定扣案改造空氣長槍及槍管係上訴人自網路所購買改裝製造而成，並非上訴人以傳統方式所自製之簡易獵槍等情，已說明本於調查所得心證，分別定其取捨而爲事實判斷之理由，而駁回上訴人之上訴。

101 年台上字第 1563 號判決，原審判決對於原住民被告所持有之自製獵槍經鑑定後認爲，屬「其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲」而爲原住民族本於其文化傳統，供其於生活中從事狩獵、祭典、文化、技藝傳承等活動使用，而簡易自製者即屬自製獵槍，始符立法本意。果爾，似認原住民「自製」之獵槍，供作生活工具之用者，應係「依傳統方式」製造之「簡易」獵槍，而非所有原住民自製之獵槍，不論其結構、性能、威力如何，均屬該條例第 20 條所指原住民「自製之獵槍」。惟原判決理由繼謂槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項規定就「自製之獵槍」並未爲任何形式上之限制，亦未授權中央主管機關對原住民「自製之獵槍」之槍枝功能爲限制管理，則被告製造持有本件槍枝既係基於文化傳統所形成之生活習慣，而欲從事狩獵山豬、飛鼠及魚類，供己或家人食用，自屬「供其生活所用之工具」，合於槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項規定，不適用關於刑罰之規定。原審判決又認原住民「自製之獵槍」不限於「簡易自製之獵槍」，包括制式獵槍以外之其他所有自製獵槍，就「原住民製造、運輸或持有而供作生活工具之用之自製獵槍」，究竟限於原住民依傳統方式自製之簡易獵槍，抑或包括制式獵槍以外所有

自製獵槍，最高法院認為原審判決所為論述前後矛盾，此攸關被告是否成立刑責，自有再加審酌、釐清之必要。最高法院考察本條例第 20 條第 1 項之修正立法理由謂：「原住民使用獵槍是有其生活上之需要，以法律制裁持有生活必需品之行爲，是對原住民人權之嚴重傷害。因此，原住民持有獵槍者只要登記即可合法，而未經登記者則以行政罰加以處罰，這不但符合行政程序法之規定，也保障了原住民基本之生活權益。」既為保障原住民基本生活權益，自應尊重其傳統生活習慣，則該條例第 20 條第 1 項所稱「原住民製造、運輸或持有而供作生活工具之用之自製獵槍」，應解釋為「原住民本於其文化傳統所形成之特殊習慣，專為其於生活中從事狩獵、祭典等活動使用，而以『傳統方式』所製造、運輸或持有之『自製簡易獵槍』」，始與立法本旨相契合。蓋原住民傳統自製之獵槍，一般而言，結構簡單、性能較差、威力不大，僅配合其生活領域，專供狩獵及文化活動之用，且其自製方式及使用範圍行之已久，已具有生活文化價值，為尊重其傳統生活及自治精神，縱未依法登記，其製造、運輸、陳列或持有自製之獵槍，既作為生活工具之用，僅以行政罰為已足，自無科以刑事處罰之必要。惟若與原住民之生活無關，而非供為生活上所需要之工具，甚且持供非法用途者，自無該條之適用，仍應適用該條例有關刑罰之規定論罪科刑。最高法院依據刑事局對扣案系爭土造長槍鑑定結果認為擊發功能正常，可擊發建築工業用彈，認為具殺傷力，另據內政部對原住民自製獵槍函示定義，本案系爭長槍並不符上開原住民自製獵槍之標準。就此檢方上訴部分，最高法院予以發回更審。

二、原住民涉及森林法之案件

在我國之原住民族，絕大多數之傳統生活及慣俗之實施與山林有密切之關係，例如採集山林產物或狩獵。然而原住民族之此實踐，常與旨在保育森林資源之森林法產生摩擦。此類案件主要是涉及森林法第 15 條第 3 項：「國有林產物之種類、處分方式與條件、林產物採取、搬運、轉讓、繳費及其他應遵行事項之處分規則，由中央主管機關定之。」及第 4 項：「森林位於原住民族傳統領域土地者，原住民族得依其生活慣俗需要，採取森林產物，其採取之區域、種類、時期、無償、有償及其他應遵行事項之管理規則，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。」關於原住民涉及森林法前揭規定之最高法院案件共有四件，探討如下。

97 年台上字第 5792 號判決係涉及原住民保留地內種植檫木之稚樹後長成圍成木並砍伐是否違反森林法及相關法令，第二審法院判決認為「上訴人連續觸犯森林法第 52 條第 1 項第 4、6 款竊取森林主、副產物之罪，其理由除引據上開規定第 4 項規定，並以行政院農業委員會 96 年 10 月 18 日公告新竹縣尖石鄉玉峰村及秀巒村原住民族採取森林產物作業要點，具體規定森林法第 15 條第 4 項所定生活習俗之定義以及得採取森林產物範圍等等，而認上述規定僅允許原住民族在生活文化習俗以及生活所需範圍內採取森林產物，且必須經過林務主管機關允許，不得任意採取，也不允許藉由採取森林產物牟利；並認森林保育非僅非原住民族之責任，亦是原住民族賴以生存之條件。而商業活動之介入，足以無限度地擴大森林採伐，仍然嚴格禁止。縱然是原住民族之採取活動亦在禁止之列等語。」但最高法院認為「上開現行森林法第 15 條第 4 項「森林位於原住民族傳統領域土地者，原住民族得依其生活慣俗需要，採取森林產物，其採取之區域、種類、時期、無償、有償及其他應遵行事項之管理規則，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。」係 93 年 1 月 20 日始增訂公布，於本件 83 年、84 年行為時尚無該規定。原判決逕以行為後增訂之法律規定資為本件裁判之依據，未見敘明其理由，雖森林法第 52 條竊取森林產物罪，

自 74 年 12 月 13 日修正公布後，至上訴人行爲後、裁判時未再修正。然上開有關原住民於其傳統領域土地採取森林產物之增修規定，是否屬特別刑法中「足以影響行爲之可罰性範圍及其法律效果之法律修正」？亦未見原判決詳予說明，即逕採裁判時之森林法第 15 條第 4 項規定論罪科刑，復有判決理由欠備之可議。」故最高法院將原判決關於上訴人部分撤銷，發回更審。

98 年台上字第 2339 號判決，係關於原住民向主管機關申請登記砍伐國有林卻登載不實，即經事實調查砍伐標的並非相關法令所規定之枯死木或障礙木。雖本案並非直接關於原住民傳統慣習實踐與森林法之衝突，但最高法院在本案對當時甫修訂之森林法第 15 條第 3 項規定，認爲係對原住民利用保留地林地內林產物之處分，於本件行爲後較前爲寬。但「森林保育乃原住民族賴以生存之條件，仍僅允許原住民族在生活文化習俗以及生活所需範圍內採取森林產物，且須經過林務機關允許，並不得任意採取或藉由採取森林產物爲牟利行爲。……上訴人與謝其信基於共同犯意聯絡，未經王阿立、胡奇萬等之授權同意，擅自在採伐申請書填載不實事項報請核准採伐，並明知該林地上之櫟木，均爲百年樹齡之生立木，無造林及障礙木，係不得任意砍伐之天然林木，非承租或取得林地僅一、二十年之承租人、地上權人或其等祖先所自幼撫育之天然林及枯死木，卻於謝其信職務上所掌之實地勘查報告表、甲種林產物查驗明細表、國有木竹搬運許可證等公文書上爲不實之登載，自足以生損害於採伐林木管理審核之正確性，而於採伐森林主產物後，僱請孟性義（另經不起訴處分確定）、余添丁（已死亡）使用車輛，搬運上開贓物，確有共同行使偽造私文書、行使公務員登載不實及竊取森林主產物之事實；所爲論斷，核與證據法則無違，亦無事實認定與所採證據不相適合之違法。」最後最高法院對本案判決駁回。

在 98 年台上字第 7210 號判決，係關於原住民撿取保育樹木是否違反森林法之案件。最高法院認爲：「原住民族之傳統習俗，有其歷史淵源與文化特色，爲促進各族群間公平、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內，依其傳統習俗之行爲，在合理之範圍，予以適當之尊重，以保障原住民族之基本權利。本此原則，原住民族基本法第 30 條第 1 項已經揭示，政府處理原住民族事務、制定法律或實施司法程序等事項，應尊重原住民族之傳統習俗、文化及價值觀等，以保障其合法權益。從而原住民族在其傳統領域土地內，依其傳統習俗之行爲，即不能完全立於非原住民族之觀點，而與非原住民之行爲同視。」並就原審判決認爲「上訴人之採集林木行爲未經專案申請核准，即便在原住民族傳統領域內採取森林產物應依森林法予以處罰」之部分，最高法院指出：上訴人等已辯解，渠等係依部落會議之決議，受指派前往現場載運因風災、豪雨而倒伏之櫟木回部落，作爲美化環境、雕刻及造景之用，此乃在原住民族傳統領域土地內，因生活慣俗需要而採取森林產物，依森林法第 15 條第 4 項前段規定，並無違法等語。上開辯解，因與上訴人等之利益有關，基於公平正義之維護，自應就上訴人等之行爲，是否合於森林法第 15 條第 4 項所規定「依其生活慣俗需要，採取森林產物」之情形，爲調查審認。乃原審並未斟酌上情，僅以「被告（上訴人）三人主觀上應知並無適法權利取走附表所示櫟木，則渠等此部分『所辯即令屬實』，仍難謂無爲自己及第三人不法所有之意圖」，即認爲上訴人等仍應負竊取森林主產物罪責，已嫌速斷。又森林法第 15 條第 3 項所規定「國有林林產物之種類、處分方式與條件、林產物採取、搬運、轉讓、繳費及其他應遵行事項之處分規則，由中央主管機關定之。」乃關於採取「國有林林產物」之一般規定。而同法條第 4 所規定「森林位於原住民族傳統領域土地者，原住民族得依其生活慣俗需要，採取森林產物，其採取之區域、種類、時期、無償、有償及其他應遵行事項之管理規則，由中央

主管機關會同中央原住民族主管機關定之。」則為對於「位於原住民族傳統領域土地，採取森林產物」之特別規定。兩者所規範之範圍，並非同一。亦即第 3 項所稱之「處分規則」，與第 4 項所稱之「管理規則」，應分別訂定，且除有適用或準用之明文外，依第 3 項訂定之「處分規則」，並不當然適用或準用於第 4 項。而「國有林產物處分規則」，即係依據森林法第 15 條第 3 項規定所訂定之規則，此觀森林法第 15 條第 3 項後段內容，及「國有林產物處分規則」第 1 條規定：「本規則依森林法第 15 條第 3 項規定訂定之」自明。於此情形，應依森林法第 15 條第 4 項規定訂定之「管理規則」，能否逕以上開「國有林產物處分規則」取代，顯非無疑。原判決既說明中央主管機關尚未會同中央原住民族主管機關依森林法第 15 條第 4 項規定，訂定「管理規則」。但在尚未訂定「管理規則」之前，關於原住民族在傳統領域土地，「依其生活慣俗需要，採取森林產物」時，如何管理？有無明文適用或準用「國有林產物處分規則」之命令？原審並未向中央主管機關及中央原住民族主管機關查明，即逕認上訴人等須依「國有林產物處分規則」第 14 條、第 17 條規定，向管理機關「專案申請」核准，始得為之，亦有未合。上訴意旨指摘原判決不當，為有理由。」最後，最高法院將原判決撤銷發回更審。

最近的案件，係 99 年台上字第 6852 號判決，本案係關於原住民在國有林地內砍伐樹木是否涉及違反森林法之問題。本案上訴人因被控盜取坐落在屏東國有地上之七里香，該株七里香被查獲時被種植在上訴人所經營之民宿庭院內。上訴人以原住民身分主張：「依原住民族基本法之規定，得於原住民族地區採集野生植物自用，並有於原住民族土地上分享土地開發及資源利用之權利。上訴人採伐該區內屬於原住民族傳統領域上之系爭七里香以供自用，非法所不許。」就此最高法院認為：「原住民族基本法性質上為普通法、廣義法，森林法為特別法、狹義法，依特別法、狹義法優先於普通法、廣義法之原則，應優先適用森林法。況原住民族基本法第 19 條第 1 項亦規定：「原住民得在原住民族地區『依法』從事下列非營利行為：……二、採集野生植物及菌類。……前項各款，以傳統文化、祭儀或自用為限」，顯見原住民族於傳統領域內採取森林產物、野生植物及菌類，除須具有原住民族身分，並符合傳統文化、祭儀、自用等目的及非營利行為之外，尚應依法定方式辦理，為上開條文之當然解釋，非謂原住民在原住民族地區採集野生植物，全然不受法律之規範。又森林法第 15 條第 4 項規定：森林位於原住民族傳統領域土地者，原住民族得依其生活慣俗需要，採取森林產物，其採取之區域、種類、時期、無償、有償及其他應遵行事項之管理規則，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。本件上訴人固具有山地原住民族身分（屬排灣族），且系爭七里香坐落之屏東縣春日鄉係屬原住民族地區，亦有前揭行政院函可憑，此部分固無疑義。惟上訴人於上開國有林地內，挖掘系爭七里香，係為種植於同鄉○里段 662 地號其所經營之民宿庭院內，美化環境，增加民宿生意，既未依法定方式為之，亦不符原住民族生活慣俗需要或傳統文化、祭儀、自用之目的，擅自僱工在國有土地（原住民族傳統領域土地）挖掘竊取森林主產物。原判決以上訴人有原判決事實欄所載之犯行，乃依森林法第 52 條第 1 項第 6 款規定論罪科刑，經核於法並無不合。」最後最高法院對本案判決駁回。

三、小結

在關於槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項之前述案例中，最高法院對此條款之解釋係基於其修正立法理由所述所展開，此理由係「原住民使用獵槍是有其生活上之需要，以法律制裁持有生活必需品之行為，是對原住民人權之嚴重傷害。因此，原住民持有獵槍者只要登記即可合法，

而未經登記者則以行政罰加以處罰，這不但符合行政程序法之規定，也保障了原住民基本之生活權益。」而此條款所稱「供作生活工具之用之自製獵槍」，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。而原住民以傳統方式自製獵槍，一般而言，構造簡單、性能較差、威力不大，僅配合其生活領域，專供狩獵及文化活動之用，且其自製方式及使用範圍行之已久，已具有生活文化價值。若獵槍之使用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，自無本條項之適用。相較於修法前，本條例之第 20 條第 1 項確實給予原住民從事傳統狩獵行為較大之空間。但最高法院對於原住民自製獵槍之解釋，雖以加入形式上尊重原住民族生活文化價值之考量，卻為原住民自製獵槍，加上諸多要件，例如：應以傳統方式製造、構造簡單、性能較差、威力不大等，本條例 20 條第 1 項所未規定之條件。倘未符合此等要件之自製獵槍，即應在本條款下被禁止。

在原住民涉及違反森林法之四件最高法院判決，最高法院亦是在森林法針對尊重原住民族生活慣俗對森林資源使用之修法精神上，對相關條文予以解釋。此類案例雖然不多，但最受矚目者無疑地為 98 年台上字第 7210 號（司馬庫斯櫟木案）。在本案，最高法院不僅考量憲法尊重多元文化及原住民族之精神，並考量原住民族基本法第 30 條第 1 項之意旨，對涉及違反森林法第 15 條之原住民被告給予有利之認定。然而，在涉及森林法相同條款之 99 年台上字第 6852 號判決最高法院之見解便與前案迥異。在本案最高法院並無如前案基於憲法關於尊重多元文化及原住民族之精神為解釋相關規定之基礎，而認為原住民族基本法相較於森林法屬於廣義法及普通法，故應適用具有特別法及狹義法性質的森林法第 15 條第 4 項規定。最後認為，本案被告原住民於其傳統領域所採集之七里香種植在有經營民宿的庭園中，因為經營民宿並非原住民「生活慣俗」之需要的非商業用途使用，故不符合森林法第 15 條之規定，並以同法第 52 條第 1 項科刑。但最高法院未詮釋原住民生活慣俗之內涵，及何以經營民宿不能是當代原住民族從事的經濟文化生活而屬於生活慣俗之一。特別就此二件涉及森林法之案件，最高法院對森林法及原住民族基本法之詮釋方法與結果，呈現顯著不一致。

伍、結論

從本文第貳章所探究發現，原住民族傳統文化習慣之實施，不僅為其文化內涵之一部，而且屬於經濟、社會及文化權利國際公約第 15 條第 1 項所保障之人人有權自由的選擇、參與並從事自己文化實踐之權利內涵。就此，國家負有尊重、保障及實現此權利之公約義務。而在原住民族所享有的自決權，亦包涵文化發展面向。由於文化彰顯一個民族的自我認同及論述核心，亦是標誌其與其他民族間之差異及主體性的重要要素，故原住民族對其文化內涵之發展有自主的決定權，俾利其發展文化與民族精神。對於原住民族整體之自決權，國家亦負有尊重、保障及實踐義務。而在公民及政治權利國際公約第 27 條所保障之少數民族權利，旨在確保少數民族個人信奉、操作其傳統文化、語言及宗教之行為，不應被否定。而且據人權事務委員會對此條之一般意見及報告亦認為，經濟生活亦屬於文化內涵之一部，應受國家尊重及保障。

本文第參章認為，兩項人權公約在 2009 年經立法院審議通過，並經總統批准，兩項人權公約之規範已在國際法對我產生拘束力，以及成為我國法律制度之一部。我國在對兩項人權公約國

內法化之過程，為避免其他不必要爭議特別制訂兩項人權公約施行法，其第 2 條再度明白規定，兩項人權公約之規範具有國內法律效力；第 4 條規定各政府機關行使職權時，應符合兩項人權公約規定，避免侵害人權，並積極促進各項人權之實現。而且，據我國憲法關於條約及外交規定之意旨及我國司法實踐，經國內法化後之條約不僅為我國法律制度之一部，並且其地位優於其他國內法律，而且不會因嗣後法或其他法取代其優位性。兩項人權公約之條款，即便未能產生自動履行效力，亦有間接效力，而應於系爭案件在解釋相關國內法時被優先考量，並使解釋結果與公約規範義務一致。

在 98 年 5 月 14 日總統批准兩項人權公約後，兩項人權公約規範已具直接適用性，成為我國法律之一部且具法律效力。本文第肆章所探討之最高法院案件，雖然部分判決做成時，係在我國批准兩項人權公約前，但在批准後的判決中，最高法院在解釋相關國內法律，涉及影響原住民參與傳統文化習慣時，完全未依前述兩項人權公約相關規定考量兩項人權公約中與原住民文化實踐之相關規定，遑論在適用槍砲彈藥刀械管制條例及森林法相關條款時，積極促進相關人權之實現。前述最高法院對槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項之解釋數次回顧此條款修改立法理由為對原住民族傳統文化價值及人權保障，因此在解釋本條款內涵，特別是「供作生活工具之用之自製獵槍」時，更應將兩項人權公約相關權利規範結合考量，並積極使原住民相關文化權利能獲得實現。但從上述判決對於原住民自製獵槍之解釋所加諸之要件，最高法院之解釋可能限制原住民為適應狩獵環境變遷對獵槍改良之必要(亦即自製獵槍必須是構造簡單、性能較差、威力不大)，因此原住民自製獵槍不能(如判決所示)由玩具空氣槍改造或發射制式彈藥，或進行其他的改良。進言之，倘若原住民之自製獵槍之功效無法滿足其狩獵需求以實踐文化或祭典者，受本條例所許可之自製獵槍僅是形式上之裝飾品。據此，原住民在兩項人權公約中的參與文化生活權利的實現不僅受到限制，其作為少數民族所能享受實踐其文化且不應被否定之權利亦被否定。對我國而言，更是對前述權利所負之尊重義務及實現義務之違反。

在前述最高法院關於原住民涉及違反森林法之判決中，98 年台上字第 7210 號(司馬庫斯櫻木案)雖基於憲法對原住民及多元文化尊重精神，結合原住民族基本法第 30 條之詮釋，對森林法第 15 條之理解，使原住民利用森林產物之「生活慣俗」得以實現。但在隔年的 99 年台上字第 6852 號判決，不僅迥異於前案對相關法律之解釋方法，亦未考量兩項人權公約關於原住民文化權利之條款及兩公約人權委員會之一般意見及案例報告。在本案最高法院似乎認為森林法第 15 條所指之「生活慣俗」狹義地限於祭祀或狩獵等文化活動，然而如第貳章經社文權利委員會關於文化之詮釋論，不限於上述狹義內涵而應包括生活方式之整體，而人權事務委員會之案件報告，亦表示經濟生活與方式亦屬文化之一部，故各自應受文化權及少數族群權利之保障。倘若認為經營具原住民族風味、特色之民宿，並不能夠成為原住民族生活慣俗一部者，亦將與原住民族在自決權規範下所能享有之經濟及文化發展自決之規範意旨相牴觸。對我國而言，亦是對於原住民族自決權所負尊重義務及實現義務之違反。另就最高法院在未說明理由下認定森林法為原住民族基本法之特別法之論述，倘若結合兩項人權公約規範及兩項人權公約施行法第 3 條意旨，原住民族基本法此項旨在保障原住民族個人及群體權利之法律，在適用上不應該被單純旨在維護、管理森林資源的森林法，以後者為特別法而推論出優先適用後者之結果。

原住民媽媽生不出原住民小孩？

— 「原住民身分法」中「姓氏綁身分」條款的違憲分析

鄭川如*

輔仁大學法律系助理教授

摘要

2001年，立法院通過「原住民身分法」，終使數十年來關於原住民身分認定之法律位階過低問題獲得解決。關於誰可以取得原住民身分，立法機關採取「姓氏綁身分」主義，而非傳統之「血統主義」，認為原漢家庭所生子女是否取得原住民身分，端視其所從姓氏，若子女從具原住民身分之父或母之姓，則取得原住民身分，若否，則子女不取得原住民身分（該法第4條第2款）。此「姓氏綁身分」主義係立法機關之發明，認為此可將原住民身分與血緣、文化、經濟條件作連結，使原住民優惠性保障措施保留給真正需要的原住民。然而，此條款卻造成原住民媽媽生不出原住民小孩此社會事實。本篇論文發現，原住民身分法第4條第2款之「姓氏綁身分」主義，不僅違反原住民婦女基於憲法第7條以及《消除對婦女一切形式歧視公約》第1條之男女平等權、憲法第22條之人格權，該條款亦違反原（母）漢（父）家庭所生子女基於憲法之平等權、姓名權，以及原住民族之生存發展權。

關鍵字：原住民、原住民身分法、姓氏綁身分主義

* 太魯閣族人，現為天主教輔仁大學法律系助理教授。

壹、前言

筆者為花蓮太魯閣族之人，父親與母親皆為太魯閣族人，長大離鄉就學、工作前，雖遷徙過數次，但絕大多數時間居住於部落中。筆者成長過程中，因社會上普遍對原住民的歧視，父母親與小孩主要使用中文溝通，然而幸運地是，因為在部落裡生活，仍能聽得懂太魯閣語，對於太魯閣族的歷史、文化，則是長大後因個人的努力而習得。家中共有 3 女 1 男，長大成人後，結婚對象皆為漢人，對於原住民身分的取得方式，並不知悉（原以為只要自己是原住民，子女一定取得原住民身分）。因太魯閣族為父系社會，原則上子女皆從父姓（太魯閣族之傳統命名方式並無姓氏，而是自己的名字加上父親的名字。）因此，對姐妹來說，子女從漢人先生的姓氏是天經地義的事，然而，於登記子女姓名時，才赫然發現，依據「原住民身分法」第 4 條之規定，¹若姐妹所生子女從父姓，則不取得原住民身分。為什麼具有 1/2 原住民血緣的姪子不能取得原住民身分？然而，兄長所生之子女，同樣具有 1/2 原住民血緣，依據同樣的法律，卻可取得原住民身分？「原住民身分法」第 4 條第 2 款之規定，是否違反男女平等原則？

又在 21 世紀的台灣社會，原住民身分不僅僅具有民族識別的功能，還是可以取得各式各樣原住民優惠性保障措施的特殊國民身分，擁有原住民身分，除了可以獲得一般國民依據憲法、法律而有的權利、義務外，還可以申請特別為原住民所保留之社會福利措施、公職考試、升學考試可以加分、唸高中職、大學也可以獲得學雜費減免，因此，原住民身分是一個具有特別保障的身分。然而，同樣是具有 1/2 血緣的姪子與姪女，為何原住民血緣來自媽媽則不能取得原住民身分，而原住民血緣來自爸爸就可以取得原住民身分？理由為何？是否違憲？此為本篇論文之主要研究意識。

研究限制

台灣的原住民族，原則上包括了居住於西部平地的「平埔族群」與山地區域的「高山族群」。²經過二百多年與漢人的雜處，絕大多數的「平埔族群」在二十世紀初期已漢化，而被日本政府視為與在台漢族相同的「本島人」。³1945 年國民黨政府接管台灣後，部分平埔族群依法登記為「平地山胞」，⁴然絕大多數的平埔族群，因高度漢化而在身分認定上被歸為「平地人」（即漢人）。⁵因「平埔族群」與「高山族群」歷史經驗、社會組織、語言文化留存程度的不同，又因「原住民身分法」僅規範目前官方所認可的 14 個原住民族群（大多屬高山族群），為行文方便，本篇所指涉的原住民，將限縮於目前官方所認可的 14 個原住民族群。

¹ 原住民身分法，第 4 條：「原住民與原住民結婚所生子女，取得原住民身分。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。」

² 這二個族群並不是截然對立的概念，某些原居於平地的部族，因為漢人不斷侵墾鬥爭不斷，經過幾次的大遷徙而改居於山地區域而成為「高山族群」來源？

³ 王泰升，《台灣法律史概論》，161，元照，2012。

⁴

⁵ 臺灣省政府令，（肆參）府民二字第三三一七二號：「事由：據請示居住平地之平埔族應視為平地人抑為山地同胞一案，希知照。臺中縣臨時省議會議員既縣長選舉事務所：一、（四三）中二選字第〇〇一一號呈悉。二、居住平地之平埔族應視為平地人，列入平地選民名冊。三、希知照。主席俞鴻鈞」。1954/4/9

貳、簡介「原住民身分法」中的「姓氏綁身分」主義

一、原住民身分認定法規之沿革

關於誰是原住民、什麼條件下才取得原住民身分，在不同的時期有截然不同的作法，在進一步解釋原住民身分法中「姓氏綁身分」主義的意義及其帶來的影響前，首先先大致簡介不同時期原住民身分取得之方式。

(一) 原住民族自治時代

目前官方所認定的 14 個原住民族群，在二十世紀初期以前，一直維持著高度自治的生活。雖然清朝於 17 世紀至 19 世紀末期鬆散地統治著台灣島上的人民，但其統治權並不及於居住在山區「化外之地」的高山原住民族（以及居住於蘭嶼島上的達悟族人）。

由於原住民部落維持著自己治理自己、獨立於外的生活，關於誰能夠取得該部落的社民身分（membership）、又應依據何種條件取得身分，係由各部落各自決定。由於原住民並無書寫文字，我們無從確認當時各部落身分認定的制度，然而，根據日本總督府「臨時臺灣舊慣調查會」所出版的《番族慣習調查報告書》中可知，花蓮港廳阿美族社民身分的取得，共有二個方式，一為出生，一為移居。⁶

關於在社內出生即取得社民身分這個條件，報告書中並未說明在父或母非阿美族人（1/2 血緣）甚至父母皆非阿美族人（0 血緣）的情形下是否仍能取得社民身分，然而由於原住民傳統部落係以數個家氏族組成的社會組織，筆者推估能夠在該阿美族部落生產之婦女，要不其應為該部落之社民，要不其夫應為該社之社民，始得於在該部落順利生產。

第二個取得社民身分的方式為移居，移居需取得頭目、長老之同意、致贈價值二、三圓的酒，並宣誓「不再移居他社，不得違反社內的習慣。」即可取得社民身分。⁷該報告書中並未說明移入之人是否必須為阿美族人（也就是非阿美族人能否移入），然而從簡短的研究內容中推估，只要能夠與該社族人溝通（阿美族語）、以及承認並遵守部落內的法規範，即可取得該社社民條件。

居住在南部山區的排灣族，其社民身分取得方式，除出生、移居外，還可因婚姻、領養或認領的方式取得社民身分。⁸

由上可知，自治時期原住民部落身分認定方式，各個部落有不同的作法，有些採取血統主義（出生）加上認同主義（宣誓），有些採取血統主義（出生）加上認同主義（宣誓）以及 xx 主義。社民身分取得方式非常多元。

(二) 日治時期原住民身分認定之法規沿革

二十世紀初期，經過一系列的戰爭，高山族原住民族首次納入外來殖民者的統治，關於身分取得的方式，已不再由部落各自決定，而是由統治者片面決定。（待補）

⁶ 臺灣總督府臨時臺灣舊慣調查會，中央研究院民族學研究所編譯，《番族慣習調查報告書【第二卷】阿美族、卑南族》，117

⁷ 臺灣總督府臨時臺灣舊慣調查會，中央研究院民族學研究所編譯，《番族慣習調查報告書【第二卷】阿美族、卑南族》，117

⁸ 臺灣總督府臨時臺灣舊慣調查會，中央研究院民族學研究所編譯，《番族慣習調查報告書【第五卷】排灣族第四冊》，7

(三) 國治時期原住民身分認定之法規沿革

自 1945 年 9 月日本政府正式離開台灣，改由國民黨政府接管台灣也六十年有餘，關於誰可以取得原住民身分及其要件，仍然由國家片面決定，原住民部落並無參與討論的機會。與日治時期不同的是，國治時期的原住民，除了具備一般中華民國國民的身分外（中華民國所有法律皆適用在原住民身上），另具有其特殊的意義與功能：由於原住民的習慣、風俗、生活方式被認為是落後的，因此國家給予許多特殊的照顧與待遇，期使原住民融入一般國民（漢民族）的生活。原住民身分對於一個人的生活影響甚巨，然而，遲至 2001 年 1 月 4 日立法院才三讀通過「原住民身分法」。這部原住民族身分大法的內容，主要沿續自 1956 年的「台灣省平地山胞認定標準」、1980 年的「台灣省山胞身分認定標準」、以及 1992 年的「山胞身分認定標準」。以下簡介其內容。

台灣省平地山胞認定標準（1956.10-1980）

接管之初，國民黨政府重新劃分行政區域，將日治時期原屬於蕃地行政區劃分為 30 個山地鄉以及 25 個平地鄉。基於行政管理之便，將設籍於山地鄉之原住民登記為「山地山胞」，而設籍於平地鄉之原住民登記為「平地山胞」。⁹

關於誰是原住民，國民黨政府係以日治時期戶籍簿上是否有登記「高山族」為準。山地山胞，依據台灣省政府於 1954 年 2 月公佈的「台灣省山地施政要點」，¹⁰係指「凡原籍在山地行政區域內，而其本人或父系直系尊親屬(父為入贅之平地者，從其母)，在光復前日據時代戶籍簿種族欄登載為高山族(或各族名稱者)，稱為山地同胞。」而平地山胞，根據省政府於 1956 年公佈的「台灣省平地山胞認定標準」，係指「凡日據時代居住平地行政區內，其原戶口調查簿記載為『高山族』者為平地山胞。」¹¹

依據該「施政要點」及「山胞認定標準」，任何出生於日治時期的人，只要在戶籍登記簿種族欄裡登記為「高山族」(或各族名稱)者，即取得「山胞」的身分，然後再根據其所居住的行政區域，進一步區分為「山地山胞」或「平地山胞」。一旦取得山胞的身分，該身分就不會因為任何原因(例如：結婚)而喪失(認定標準§3)。

然而，在國治時期以後出生的人是否具有山胞身分，主要是依據父親的身分註記，若父親在日治時期的戶籍登記簿種族欄裡有高山族的身分註記，則該子女取得山胞的身分，若無，則不取得山胞身分。父親為山地山胞，子女就是山地山胞，父親為平地山胞，子女就是平地山胞(認定標準§4)。至於生母是否為高山族、是平地山胞抑或山地山胞，並不影響子女的身分。此規定係源於中國傳統觀念之以父系血緣為主的立法原則。又根據「男尊女卑」的價值觀，既然父親不是原住民，子女就不是原住民。

⁹ 僅管這樣的身分註記並沒有任何民族學、人類學上的意義，但往後六十幾年的原住民身分、地方及中央政府選舉皆以「山地山胞」、「平地山胞」做為重要依據。

¹⁰ 台灣省政府，府民四字第一一一九七號令。

¹¹ 「台灣省平地山胞認定標準」：「一、凡日據時代居住平地行政區內，其原戶口調查簿記載為「高山族」者為平地山胞。二、確係平地山胞，而原戶口調查簿漏失，無可考察者，得檢具足資證明文件及平地山胞二人之保證書，向鄉鎮市公所登記為平地山胞。三、平地山胞之身份，不因與山地山胞或平地人結婚(包括入贅)而變更。四、平地山胞與山地山胞或平地人結婚所生子女之身份，從父系，其係入贅所生子女身份，則從母系。五、凡符合第一點規定條件之平地山胞，應於命令到達公告後，向當地鄉鎮市公所申請為平地山胞之登記，鄉鎮市公所於接受登記審核無誤並應於戶籍登記簿當事人「本籍及所屬鄉鎮市區村鄰里」欄內下橫線邊沿空白處橫蓋「平地山胞」紅色戳記。」1956 年 10 月公佈。

台灣省山胞身分認定標準（1980.4.8-1991.10）

山胞，不管是平地山胞或者是山地山胞，在台灣係一特殊的國民身分，他們一方面如一般國民般，享受憲法以及法律所保障的權利且負擔義務，另一方面，政府為提升其生活水準，使其融入一般人的生活，設有許多只針對他們而有的社會福利、健康、教育等等的優惠性措施，因此，許多生母是山胞而生父非山胞者，主張其應取得山胞身分。同時，社會上普遍對於山胞的種族歧視，亦使部分人士想要取消其山胞之身分註記。然而，關於誰可以取得山胞身分，1950年代政府所頒布的「台灣省山地施政要點」、「台灣省平地山胞認定標準」並未提供詳盡的答案。於是，省政府於1980年頒布新的山胞身分認定標準。

新的山胞身分認定標準首先擴大了山胞身分認定的範圍，針對生母在日治時期戶籍登記簿上記載為「高山族」者，不管是居住在山地行政區抑或是平地行政區者，亦取得山胞的身分。¹²

再者，新的山胞身分認定標準設立了許多註銷山胞身分的條件，諸如：一、山胞女子與平地男子（漢人）結婚，其山胞身分喪失；二、山胞男子入贅平地女子，其山胞身分喪失；三、山胞被平地人收養，其山胞身分喪失；四、山胞女子之非婚生子女，如經平地人認領者，喪失山胞身分；五、自願申請拋棄。¹³如前所述，1960、70、80年代，台灣社會普遍存在著不同程度的種族歧視、省籍歧視、「漢優原劣」、「男尊女卑」的社會價值觀，由於原住民身分必然附隨社會既有的污名，從統治者的角度言，喪失原住民身分是統治者給予身上流有原住民族血液者的「恩惠」，又因漢人社會傳統中女子嫁入夫家即與原生家庭脫離的習慣，因此，原住民女子可以藉由嫁入漢人家族而「升級」--喪失原住民身分，變為漢人（在原住民男子入贅於漢人女子家庭的情形亦同）。相反地，漢人女子並不會因為嫁入原住民家族而「下降」成為原住民族。（在漢人男子入贅於原住民女子家庭的情形亦同）

又，關於原漢家庭所生之子女是否取得原住民身分，首次出現了由「姓氏」綁「身分」的規定。依據認定標準第3條第3款之規定：「山胞女子招贅平地男子為夫，其山胞身分不喪失，贅夫不取得山胞身分，所生子女從母姓者為山胞，從父姓或經戶籍登記後再變更從母姓者，不取得山胞身分。」同條第4款雖未明白指出子女身分與姓氏的關係，但男子入贅女子家之主要目的，即在於子女必須姓母姓，在此情形下，子女不取得山胞身分，同樣也是「姓氏綁身分」的結果。

在當時（現在也是）的台灣社會，由於事實上漢人男子的經濟條件比原住民男子的經濟條件強上許多，使許多原住民婦女選擇與漢人男子結婚，間接導致大量原住民女子喪失其原住民身分。這種因為婚姻關係「非自願」喪失身分的規定，引起原住民族強烈的反彈，¹⁴再加上其內容很可能違反中華民國憲法中關於平等權之規定，¹⁵內政部於是在1991年大幅修訂其內容，重新公佈「山胞身分認定標準」。¹⁶

¹²台灣省山胞身分認定標準，第2條：「本標準所稱山胞係指山地山胞與平地山胞，其身分依下列規定認定之：一、山地山胞：本省光復前原籍在山地行政區域內，戶籍登記簿登記其本人或直系尊親屬為山胞各族名稱者。二、平地山胞：本省光復前原籍在平地區域內，戶籍登記簿登記其本人或直系尊親屬為山胞各族名稱，經當地鄉鎮縣轄市區公所申請登記為平地山胞有案者。」，省政府民四字第三〇七三八號令，1980年4月8日。

¹³台灣省山胞身分認定標準，第3條、第5條。

¹⁴<試從惡法《山胞身分認定標準》談原住民身分>，<http://www.wretch.cc/blog/GenderStream/2096863>, 2005年10月29日

¹⁵中華民國憲法，第7條：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」

¹⁶「山胞身分認定標準」，內政部臺(80)內民字第八〇七二二五六號令，(1991/10/14)。

山胞身分認定標準 (1991.10.14-2001)

依據 1991 年的「山胞身分認定標準」，原住民的身分不再因為婚姻關係而喪失（包括原住民女子嫁與漢人男子以及原住民男子入贅漢人女子家庭的情形）。¹⁷而原漢通婚所生之子女是否具有原住民身分，仍承襲 1980 年的規定，完全依據子女所從姓氏，若子女從具有原住民身分之父或母之姓氏，則取得原住民身分，若從不具有原住民身分之父或母之姓，則不具有原住民身分（認定標準§3 第 2,3 款）。

另外，在收養的情形，原來山胞為平地人所收養時，其山胞身分即喪失，在 1991 年的認定標準中，其山胞身分不會因為收養而喪失。（認定標準§3 第 4 款）

然而，此認定標準保留了原住民自行「申請」喪失原住民身分的條文，包括：山胞女子嫁與非山胞男子、山胞男子入贅非山胞女子、山胞為非山胞收養、以及其他原因等等，¹⁸足見主流社會仍然認為，具有原住民身分係屬一種「社會負擔」與「不利益」，原住民若願意，可以申請放棄其身分。

原住民身分法 (2001.1.4-迄今)

由於「山胞身分認定標準」造成許多身分認定上的爭議、該標準法律位階過低、違反國際法上身分自我認定之原則等問題，原住民籍立法委員楊仁福於是在 2000 年 1 月提出「原住民身分認定法標準」草案。¹⁹根據楊仁福版之身分認定法，新的認定標準將採取完全的「血統主義」，認為只要具有 1/2 以上的原住民血緣，即取得原住民身分。²⁰同年（2000 年）5 月 27 日，也是原住民籍立委章仁香提出另一個版本的「原住民身分認定法」草案。章委員所提的草案版本原則上與楊委員提出的草案版無太大的差異，在父母一方為原住民，另一方為非原住民的情形下，其子女取得原住民身分（草案第 3 條）。

然而當此二版本草案在立法院「內政及民族委員會」討論時，由於原住民與非原住民通婚人口占原住民已婚人口四分之一強（1999 年 6 月內政部統計資料），委員會認為，「原住民女子嫁給平地漢人後，不論是整個家庭氣氛或經濟條件、各方面都較一般原住民家庭高出很多，甚至有人認為和一般平地是一致的。」因此委員會提出「從母姓或恢復原住民傳統名字」等限制。²¹經過數個月的討論，終於在 2001 年 1 月 4 日通過現行的「原住民身分法」。

關於原住民身分取得或喪失的條件，「原住民身分法」之規定基本上與 1991 之「山胞身分認定標準」雷同，只不過將「姓氏綁身分」主義更加具體化。依據該法第 4 條第 2 款規定：「原住

¹⁷山胞身分認定標準，第 3 條：「山胞身分之取得、喪失，依左列規定：

- 一、山胞男子與山胞女子婚，其所生之子女，取得山胞身分。
- 二、山胞女子嫁與非山胞男子，其山胞身分不喪失，其所生子女不取得山胞身分。但母無兄弟，約定從母姓者，取得山胞身分；非山胞女子嫁與山胞男子，不取得山胞身分，其所生子女取得山胞身分。
- 三、山胞女子招贅非山胞男子為夫，贅夫不取得山胞身分，其所收子女取得山胞身分；山胞男子入贅非山胞女子，其山胞身分不喪失，其所生子女不取得山胞身分。但約定從父姓者，取得山胞身分。
- 四、山胞為非山胞收養者，其山胞身分不喪失；非山胞為山胞收養者，不取得山胞身分。但養父母無子女者，其養子女以一人為限，取得山胞身分。
- 五、山胞女子之非婚生子女，具有山胞身分。但經非山胞生父認領或撫育者，喪失山胞身分；非山胞女子之非婚生子女，經山胞生父認領或撫育者，取得山胞身分。」1992 年 8 月 7 日公佈。

¹⁸山胞身分認定標準，第 5 條：「山胞有左列情事之一者，得申請喪失山胞身分：一、山胞女子嫁與非山胞男子。二、山胞男子入贅非山胞女子。三、山胞為非山胞收養。四、因其他原因，自請脫離山胞身分。」

¹⁹立法院議案關係文書，院總第一七二二號，委員提案第二八四一號，頁 353。2000 年 1 月 5 日，

²⁰草案第 4 條：「雙親為原住民，則子女取得原住民身分。雙親之一為原住民，子女得取得原住民身分。...立法院議案關係文書，院總第一七二二號，委員提案第二八四一號，頁 354。2000 年 1 月 5 日

²¹立法院議案關係文書，院總第一七二二號，委員提案第二八四一、二九三五號之一，頁 525。2000 年 5 月 27 日

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。」第 6 條亦規定：「原住民女子之非婚生子女，取得原住民身分。前項非婚生子女經非原住民生父認領者，喪失原住民身分。但約定從母姓或原住民傳統名字者，其原住民身分不喪失。」

2008 年增訂第 8 條第 2 款，開放父母已死亡之婚生子女，得檢具足資證明原住民身分之文件，申請取得原住民身分。

以上為原住民身分認定的法規沿革，接下來本文將繼續說明「姓氏綁身分」主義的意義及其影響。

二、「姓氏綁身分」之意義及問題

自古以爲，中國一直以「姓」來代表家或族的誌號，又由於傳統重男輕女的觀念，家族血緣、命脈係由男性爲傳承主幹，因此，男子之「姓」遂成爲一家或族血統世系之依歸，林姓代表林家、而張姓代表張家。換句話說，傳統中國習俗中，「姓」與「家族」是共存亡的，當一個「姓」消失時，代表一個「家族」的消失、滅亡，因此，爲防止家族的滅亡，遂衍生出男子入贅女子家中以延續女子家「姓」的習俗。²²

中國關於「姓」與「家族」的關係以及以男子之姓作爲家族血緣命脈的觀念，是如此的根深蒂固，當政府之漢人官員制定相關的原住民身分法制時，也將此觀念代入身分認定的法制當中（完全忽視某些原住民部落係母系社會，以及部落原住民的命名方式與漢人截然不同的事實）。也就是說，法律制定者認爲，原住民身分如同「家族」血緣，應與「姓」綁在一起，假若子女跟著原住民媽媽的「姓」，其自然取得原住民身分，若跟著漢人爸爸的姓，則不具有原住民身分。

這種身分認定方式，筆者稱之爲「姓氏綁身分」主義。所謂「姓氏綁身分」主義，係指其所生子女是否取得原住民身分，端視其子女從誰的姓氏。若子女所從的姓氏具有原住民身分，則取得原住民身分，若子女所從姓氏不具有原住民身分，則其不具有原住民身分。舉例言之，一位林姓的原住民爸爸與王姓的非原住民媽媽所生的小孩，若姓林，則取得原住民身分，若姓王，則不取得原住民身分。一位吳姓的非原住民爸爸與鄭姓的原住民媽媽所生的小孩，若姓吳，則不取得原住民身分，若姓鄭，則取得原住民身分。

這樣的身分認定方式看似中性無偏見，然而在台灣，卻產生了「原住民媽媽生不出原住民小孩」、「原漢婚姻子女之平等權」、「原住民優惠性差別待遇資源錯置」等疑議。

原住民媽媽生不出原住民小孩

首先，關於原住民媽媽生不出原住民小孩的問題，主要源於原漢通婚之普遍化以及漢人「以男子之姓傳承家族血緣」根深蒂固之信仰。自 1950 年代國民黨政府接管台灣後，大批的漢人從中國移民至台灣，政府一系列的山地平地化政策、國民教育政策、國語政策加速了原鄉與平地漢人的接觸。由於漢人的平均教育程度、生活水準高於原住民，爲追求更美好的生活，無可避免地越來越多的原住民婦女選擇與平地漢人組成家庭。到底選擇與漢人通婚的原住民婦女有多少呢？根據 2012 年 7 月行政院原住民族委員會之人口統計資料顯示，全國各鄉鎮市區原住民的戶數統計表中，戶內人口具原住民身分者共 200,250 戶，其中，戶長具原住民身分者共 147,474 戶，²³也

²²李悌愷，姓名權之研究，6-7，天主教輔仁大學法律學系博士論文，2010 年 1 月。

²³行政院原住民族委員會，「101 年 07 月全國各鄉鎮市區原住民戶數統計表」，Available atfile:///C:/Users/Ariel/Desktop/10

就是說，全國有 52,776 戶中有原住民人口但戶長不具原住民身分。在什麼樣的情形下戶內人口有原住民但戶長不具原住民身分？據筆者推估，此情形應屬戶長為漢人父親之故。換句話說，在約 187,270²⁴原住民女性適婚人口中，有 28%的婦女選擇與漢人組成家庭，若加入原與漢人男子結婚後又離婚之原住民婦女之數據，則與漢人男子組成家庭的原住民婦女人口，約占總人口三分之一強。而原住民女子與漢人男子通婚的比例，在年輕一代的族群更加明顯。

根據行政院內政部統計處之統計資料顯示，2009 年原住民女子結婚人數共 2,977 人，其中與非原住民男子結婚者有 1,398 人，占 47%強（表一）。2010 年原住民女子結婚人數共 3,460 人，其中與非原住民男子結婚數共 1,696 人，占 49%強。又根據 2011 年之統計資料，原住民女子結婚人數共 4,070 人，與非原住民男子結婚者共 2,194 人，占 54%強。若將三年數據平均，可得出目前台灣原住民適婚年齡的女生中，有 50%的人選擇與非原住民結婚。

表一：原住民女子結婚對數依男子是否為原住民分（2009-2011 年）

	原住民女子結婚對數	原住民女與原住民男結婚對數(百分比)	原住民女與非原住民男結婚對數(百分比)
2009 年	2,977	1,579 (53%)	1,398 (47%)
2010 年	3,460	1,764 (51%)	1,696 (49%)
2011 年	4,070	1,876 (46%)	2,194 (54%)
	10,507	5219 (50%)	5288 (50%)

本數據由行政院內政部統計處網站統計表 <http://sowf.moi.gov.tw/stat/gender/ps03-04.xls> 計算而得。

假若這些家庭之子女皆遵從漢人風俗習慣，將子女從父姓，將有一半之年青原住民婦女生不出原住民小孩。雖然「原住民身分法」第 4 條規定，子女可以用改母姓或加註原住民傳統名字取得原住民身分，但在現實生活中，由於漢人社會普遍仍存在著「漢優原劣」、「男尊女卑」的價值觀，子女想要在不引發家庭革命的情形下改母姓或加註原住民傳統名字，係有一定的困難。²⁵

在父親是原住民母親是漢人的家庭，上述的困境並不會產生，原因在於漢人女子也可接受子女從父姓的習俗，即使父親為原住民（除非男子入贅女子家庭）。這樣原住民男子可將族群身分傳給下一代但原住民女子卻不行的制度，是否有違憲法上之男女平等原則？

原漢婚姻子女之平等權

另一個「姓氏綁身分」主義所引發的問題，為原漢通婚所生子女之平等權的問題。

舉例來說，同樣具有二分之一原住民血緣的表兄弟 A 與 B，A 的二分之一原住民血緣來自父親，B 的二分之一原住民血緣來自母親，因為都從父姓，導致 A 有原住民身分而 B 沒有。A

1%E5%B9%B407%E6%9C%88%E5%85%A8%E5%9C%8B%E5%90%84%E9%84%89%E9%8E%AE%E5%B8%82%E5%8D%80%E5%8E%9F%E4%BD%8F%E6%B0%91%E6%88%B6%E6%95%B8%E7%B5%B1%E8%A8%88%E8%A1%A8.htm, last visited on 2012/8/28

²⁴此數據為筆者根據行政院原住民族委員會官網公佈之「101 年 07 台閩縣市原住民族人口-按性別年齡」表計算得出。詳細統計資料請參閱行政院原住民族委員會官網，<http://www.apc.gov.tw/portal/docDetail.html?CID=940F9579765AC6A0&DID=0C3331F0EBD318C26CAD82CF9A8D8DC7>

²⁵受訪者 A 表示，於 17 歲時曾經為了取得原住民身分需要改母姓而與父親大吵大鬧，經過幾次的爭吵，父親終於願意讓她以加註原住民傳統名字的方式取得原住民身分。受訪日期：2012 年 8 月 2 日。

可以享受所有原住民優惠性差別待遇措施，而 B 不行，理由為何？

根據立法院內政及民族委員會的立法理由，2001 年制定原住民身分法時，之所以採取「姓氏綁身分」，乃在於其認為「原住民女子嫁給平地漢人後，不論是整個家庭氣氛或經濟條件、各方面都較一般原住民家庭高出很多，甚至有人認為和一般平地是一致的。」²⁶然而這樣的觀點卻產生另外一種奇特的情形。

一對原住民兄妹（其父母皆為原住民），哥哥從小認真向學，後來考取原住民醫事人員特考進入醫學系就讀，而後成為醫師。因為工作的關係住在都市，且因其社會地位、經濟能力皆比一般漢人男子高，後來與漢人女子結婚。妹妹從小運動、音樂細胞很好，但不愛唸書，高中畢業後即出外工作，在工作期間認識一位漢人同事而與之結婚，這位漢人同事，只是普通的職員，收入也是一般。兄妹二人各生了 2 個小孩。哥哥的小孩 A 與 B，因為跟著爸爸姓，因此取得原住民身分，從小因為家境很好接受各種補習、學習特殊技藝，雖然父親是醫生，但因為具有原住民身分，還是領有各式各樣的原住民補助，考試加分、學費減免。反觀妹妹的小孩 C 與 D，家庭經濟情況普普，只能維持基本生活，至於補習、學鋼琴、學跳舞，一概不准。因為 C 與 D 也是跟著爸爸姓，所以不具有原住民身分，從小到大，不能領原住民補助、考試沒有加分、學費也沒有減免。以上的例子，雖然看似極端，但其實常常出現在部落原住民身上。同樣具有二分之一原住民血緣的 A、B、C、D，僅僅只是因為其原住民血緣來自於父或母，竟然產生有些人可以享有原住民優惠性差別待遇有些人不可以，這樣的制度設計是否有違該子女之平等權？

原住民優惠性差別待遇資源錯置

另外，「姓氏綁身分」主義亦導致原住民優惠性差別待遇資源的錯置此疑議。

所謂優惠性差別待遇（affirmative action），係以種族、膚色、性別等天生特徵作為分類標準而為之行政措施，其目的在於補救過去、消滅現在、或者預防未來對於該特定族群之歧視。²⁷由於過去對於原住民族的歧視以及現存資源分配極度不均，導致原住民族成為台灣最貧窮、平均教育程度最低、家庭年收入最低、生存年齡最低（比全國平均生存年齡少足足 10 年）的弱勢民族。為了提升原住民族的社會地位以及經濟狀況，政府於是制定一系列優惠性行政措施，諸如：原住民幼兒托教補助、租屋補助、原住民升學優待、原住民公務人員特考、原住民公費留學考試、國高中、大學獎助學金、職業訓練補助...等等。

這些保障措施，原本是為了給生活水準、教育資源比一般漢人低落的部落原住民一個翻身的機會，然而，卻發生有人藉由改母姓取得原住民身分，在通過相關考試後再度「放棄」原住民身分的情形。²⁸這些「暫時取得」原住民身分的人，因為環境的關係，或許不認同自己是原住民，從小到大也未深度接觸原住民文化、語言，或許也未受到身為原住民而有的歧視，然而，長大後卻藉由換母姓取得享受原住民優惠性差別待遇的機會，待相關福利到手後，再依據法律「合法地」將姓氏換回去，原住民身分，對他們而言，只是一個取得更好生活的「工具」，而不具有其他意義。如此的制度設計，是否推翻了相關優專性差別待遇設置的意義？

上述所列的種種問題，皆源自於原住民身分法中「姓氏綁身分」主義的適用，這樣的民族身

²⁶立法院議案關係文書，院總第一七二二號，委員提案第二八四一、二九三五號之一，頁 525。2000 年 5 月 27 日

²⁷陳佳慧，民主、人權與法治，128，新文京，2010。

²⁸施曉光、謝文華，〈考上原民特考放棄當原住民〉，2011/8/28 自由時報電子報，<http://www.libertytimes.com.tw/2011/new/aug/28/today-life8.htm>

分認定方式，固然有其道理在，然就其實質，似有違反原住民婦女基於憲法第 7 條、兩人權公約以及《消除對婦女一切形式歧視公約》而來的男女平等權、原漢家庭所生子女之平等權、姓名權，以及原住民族基於憲法第 5 條而來的民族平等權。以下分述之。

參、「原住民身分法」中「姓氏綁身分」條款的違憲分析

一、「姓氏綁身分」主義違反原住民婦女基於憲法第 7 條之男女平等原則、憲法增修條文第 9 條第 5 項之消除性別歧視原則、《消除對婦女一切形式歧視公約》第 1 條、《公民與政治權利國際公約》第 3 條、第 26 條禁止男女歧視原則

(一) 平等權與禁止男女歧視之意義

自二十世紀以降，法律之前的平等以及禁止歧視原則已逐漸成為全世界的普遍共識，這樣的普世人權共識不僅體現在《公民與政治權利國際公約》(International Covenant on Civil and Political Rights, 以下簡稱 ICCPR)²⁹與《經濟社會文化權利國際公約》(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 以下簡稱 ICESCR)³⁰中，我國憲法亦將平等權列為最重要的基本人權之一(第 7 條)。由於社會普遍存在著「男尊女卑」的信仰，以及絕大多數女性天生在體力上無法與男性抗衡，為保障婦女的社會、政治、經濟、以及家庭地位，聯合國進一步在 1979 年通過《消除對婦女一切歧視公約》(Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 以下簡稱 CEDAW)，進一步解釋何謂對婦女的歧視及其禁止歧視之範圍。對於保障婦女實質權益的國際趨勢，我國除於 1994 年之憲法增修條文中增訂「消除性別歧視」此基本國策外，立法院亦於 2009 年 3 月通過「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法」、2011 年 5 月通過「消除對婦女一切形式歧視公約施行法」³¹將 ICCPR、ICESCR、CEDAW 之條文內國法化。

所謂的平等權，係指法律的本文不能帶有任何因為個人特質而來的歧視或差別待遇，亦即「法律之前，人人平等。」³²而其禁止歧視的範圍，包含種族、階級、黨派、宗教與男女。³³然而，我國憲法及其他相關法律(例如：性別工作平等法)雖然禁止性別歧視，但到底什麼叫做「對婦女的『歧視』」並未有一明確的定義。根據 CEDAW 第一條的內容，所謂「對婦女的『歧視』」，係指「基於性別而作的任何區別、排斥或限制，其影響[結果]或其目的均足以妨礙或否認婦女不論已婚未婚在男女平等的基礎上認識、享有或行使在政治、經濟、社會、文化、公民或任何其他方面的人權和基本自由。」³⁴這裡的歧視，包括了對女性的「直接歧視」、「間接歧視」、「目的上

²⁹《公民與政治權利國際公約》第 3 條：「本公約締約各國承擔保證男子和婦女在享有本公約所載一切公民和政治權利方面享有平等的權利。」第 26 條：「所有的人在法律前平等，並有權受法律的平等保護，無所歧視。在這方面，法律應禁止任何歧視並保證所有的人得到平等的和有效的保護，以免受基於種族、膚色、性別、語言、宗教、政治或其他見解、國籍或社會出身、財產、出生或其他身分等任何理由的歧視。」

³⁰《經濟社會文化權利國際公約》，第 3 條：「本公約締約各國承擔保證男子和婦女在本公約所載一切經濟、社會及文化權利方面享有平等的權利。」

³¹立法院公報，第 100 卷，第 42 期，院會紀錄，<http://lis.ly.gov.tw/lgci/lypdf.txt?10004201;0060;0061>

³²李銘義等，《憲法與人權》，77，修訂二版，新學林，2011。

³³中華民國憲法，第 7 條：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」

³⁴CEDAW，第 1 條原文：「For the purposes of the present Convention, the term "discrimination against women" shall mean any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the

歧視」與「結果上歧視」。³⁵所謂「直接歧視」，係指法律條文內容本身 (on its face) 即對性別做出區分，例如：性別平等工作法第 14 條規定：「女性受僱者因生理日致工作有困難者...。」而「間接歧視」(indirect discrimination)，係指法律條文本身並沒有對性別做出區分，然而在實際的運用上，由於男女體質先天上的不同、社會既成風俗習慣的實踐...等等，導致法律在施行時，特定一群人的權益是受損的。³⁶例如，一國法律規定只有 180 公分以上的人可以進大學就讀，這條法律的條文本身當然也造成身高的歧視，然而，本法條也構成對於女性的性別歧視，原因在於絕大多數女性將無法滿足這個 180 公分的身高條件。³⁷「目的上歧視」係指法律條文的立法目的對婦女造成性別歧視。另外，「結果上歧視」係指法律實踐的結果導致婦女人權的侵害。根據 CEDAW 的規定，不管法律規定為何，只要其實施的結果或其目的 (which has the effect or purpose of) 足以妨礙或否認婦女的、政治、經濟、社會、文化、公民或其他任何方面的基本人權，即構成對婦女的歧視。

(二) 「姓氏綁身分」條款構成對原住民婦女的歧視

我國「原住民身分法」第 4 條第 2 項「原住民與非原住民結婚所生子女，從具原住民身分之父或母之姓...，取得原住民身分。」條文內容本身看似中立，因為父或母皆有權約定子女所從姓氏，沒有人有優先權。然而，現實的情形又是如何呢？由於我國尚未有原漢家庭子女所從姓氏的統計數據，本文將以全國之統計數據推論。

根據行政院內政部統計處之統計資料顯示，自 2007 年 5 月 23 日至 2011 年 6 月 30 日止，出生登記子女從姓者，約定子女從父姓者，共有 727,809 件，占總數 95.08%，而約定子女從母姓者，僅有 11,828 件，占總數 1.60%。³⁸也就是說，每 20 個登記姓氏的子女裡，只有 1 個小孩是從母姓，從母姓之比例可謂相當之低。為何自大法官會議宣布民法就親權行使父權優先之規定違憲(1994 年)，³⁹立法院修改民法 1059 條將關於子女所從姓氏更改規定為由父母共同約定後(2007 年)，仍有 95% 之家庭之子女從父姓，而不是一半一半？原因很簡單，此即台灣社會根深蒂固之「由男子傳承家族血緣」、「姓氏=家族」的中國傳統觀念作用始然。由於漢族為父系社會，而絕大多數的高山族原住民族群亦為父系社會，因此，子女從父姓(或父系家族名)係天經地義之事。然而，此社會事實導致以下的情形，原住民男子與非原住民女子結婚，因其子女從父姓，故可將原住民身分傳給下一代，而原住民女子與非原住民男子結婚，因其子女從父姓，則不能將原住民身分傳給下一代。

接下來的問題是，與漢人結婚之原住民女性不能將原住民身分傳承給下一代，是否妨礙或否認了她們在政治、經濟、社會、文化、公民或任何其他方面的人權(例如：人格權)呢？

一個人的民族身分，所代表的不僅僅是他的血緣(來源)，還包括其背後所表徵的文化、風

recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field.”

³⁵ Daniel Moeckli, Sangeeta Shah, & Sandesh Sivakumaran ed., *International Human Rights Law*, 352, Oxford University Press, 2010.

³⁶ Sarah Joseph, Jenny Schultz, and Melissa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary*, 694, Oxford University Press, 2nd edition, 2011. 原文如下 Indirect discrimination occurs when a practice, rule, requirement, or condition is neutral on its face but impacts disproportionately upon particular groups.

³⁷ *Id.*

³⁸ 內政部統計處，「99 年內政性別統計分析專輯」，available at <http://www.moi.gov.tw/stat/gender.aspx>

³⁹ 大法官釋字第 365 號，「民法第一千零八十九條，關於父母對於未成年子女權利之行使意思不一致時，由父行使之規定部分，與憲法第七條人民無分男女在法律上一律平等，及憲法增修條文第九條第五項消除性別歧視之意旨不符，應予檢討修正，並應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿二年時，失其效力。」1994 年 9 月 23 日。

俗習慣、信仰、語言。每一個人出生在這世界上，都會接受特定的文化洗禮、形成各種風俗習慣、信仰，以及使用某特定語言，這些要素構成了一個人的人格特質，也形塑其對個人人性尊嚴的想像。因此，當一個人的民族身分不被主流社會承認或認可時，等於宣告他所賴以遵循的文化、風俗習慣、信仰、以及語言是沒有價值、不被肯認的。⁴⁰而當政府進一步限制一個人將其民族身分傳給下一代時，等於是對其所遵循的文化、信仰、語言的全盤否定，此係政府對少數民族之個人最嚴重的人格侮辱。

關於一個人的人性尊嚴是否被侵害，德國聯邦憲法法院採用「客體（或物體）公式」，所謂「客體公式」，係指待人之道，不管對你自己或對別人，絕對不可把人當手段，要永遠把人當目的。⁴¹當個人被貶抑為一客體，成爲一種手段時，一個人的人性尊嚴即受到侵害。⁴²根據立法資料，立法院內政委員會最後決定原漢結婚所生子女身分認定採「限制取得」之規定，主要原因在於原漢通婚人口逐年升高，而「原住民女子嫁給平地漢人後，不論是整個家庭氣氛或經濟條件、各方面都較一般原住民家庭高出很多，...」。⁴³爲了將原住民優惠性保障措施保留給真正需要的人，因此設計了「姓氏綁身分」條款。民族身分在此已成爲政府政策的手段之一，此顯然已符合德國憲法法院之「客體公式」，原住民婦女之人性尊嚴（人格權）已受侵犯，構成對原住民婦女的直接歧視。

（三）「姓氏綁身分」條款不符合實質平等的要件

雖然身分法第4條第2項構成對原住民婦女的直接歧視，然而，中華民國憲法第7條所揭示的平等原則，並非指「絕對、機械之形式上平等」，而係保障人民在法律上地位之『實質平等』，進而，當一法規範之差別待遇的目的是合憲的，同時其所採取的分類與規範目的之達成間有一定程度的關聯性時，這樣的男女差別待遇是可以爲憲法所接受的。⁴⁴那麼，接下來的問題是，身分法第4條第2項之「姓氏綁身分」條款之規範目的是否合憲？其採取的分類與規範目的之達成間是否有一定程度的關聯性？

關於第一個問題，依據立法院之立法紀錄，內政及民族委員會之所以對原住民婦女與漢人子女民族身分之取得附加「從姓或原住民傳統名字」的條件，其主要原因有二個，第一個原因在於文化考量，希望原住民身分能夠同時兼顧血源與文化。⁴⁵第二個原因，也是主要原因，在於家庭經濟考量，立法委員認爲，「政府爲推動原住民社會建設，並縮短原住民與一般國民的差距，將國民的民族屬性劃分爲原住民和非原住民二類，...」而原住民身分取得的主要目的，即在於取得一系列以具有原住民身分爲必要條件的原住民優惠性保障措施（諸如：升學優惠、創業貸款、原住民保留地繼承...等等），由於「原住民女子嫁給平地漢人後，不論是整個家庭氣氛或經濟條件、各方面都較一般原住民家庭高出很多，甚至有人認爲和一般平地是一致的。」因此，若原住民婦女與漢人男子之婚生子女欲取得原住民身分，必須從女姓或原住民傳統名字。⁴⁶亦即，「姓氏綁身分」條款之規範目的，在於將原住民優惠性保障措施保留給真正需要的人（原住民）。

原住民身分法「姓氏綁身分」條款的第一個規範目的，在於確認原住民身分的取得，不僅僅

⁴⁰阿克塞爾·霍耐特，胡繼華譯，《爲承認而鬥爭》，上海人民出版社，2005。

⁴¹王澤鑑，《人格權法：法釋義學、比較法、案例研究》，74，王慕華（發行者），2012。

⁴²王澤鑑，《人格權法：法釋義學、比較法、案例研究》，74，王慕華（發行者），2012。

⁴³立法院公報，第八十九卷，第28期，委員會紀錄，p334。

⁴⁴參照大法官釋字第547,584,596,605,614,647,648,666,682,694,701號。

⁴⁵立法院公報，第89卷，第28期，委員會紀錄，p334。

⁴⁶Id.

係基於血源，還必須與「文化」作連結。此點筆者認同。然而，「文化」與「所從姓氏」到底有什麼樣的關聯性？（其分類與規範目的的達成間是否有一定程度的關聯性）按文化的傳承係源於日常生活一點一滴的累積，透過父母使用的語言、言行舉止、思想價值的傳遞、（宗教）儀式的舉行...等等，文化傳承的成功與否及其程度多寡在於父母個人的意願以及其可支配的時間，與子女所從姓氏並無任何關聯。舉例而言，在父親為原住民母親為漢人的家庭中，子女可能因為父親長期在外工作日常生活皆由母親照料而傳承母親的漢族文化，也有可能因為父親個人因素拒絕將原住民語言、文化傳承給子女，在這個例子中，雖然子女從父姓取得原住民身分，但子女並未獲得原住民文化。同樣的，在父親為漢人母親為原住民的家庭中，子女有可能完全傳承漢人文化拒絕原住民文化，也有可能因為主要繫由母親扶養而以原住民文化為主。然而，大部分的情形是，子女同時傳承漢文化與原住民文化（只是程度上的不同）。顯然，用「所從姓氏」此分類方式以達成「確認原住民身分與文化連結」不具任何關聯性。

原住民身分法「姓氏綁身分」條款的第二個規範目的，在於將原住民優惠性保障措施保留給真正需要的人（原住民），此規範目的，由於侵犯了原住民婦女的人格權（如上所述），已不符合實質平等的要件。

據上所述，原住民身分法之「姓氏綁身分」條款，不僅構成對原住民婦女的歧視，亦不符合憲法實質平等的構成要件。為求實踐憲法所揭櫫的男女平等原則、及 CEDAW 之消除對婦女一切形式之歧視，應加以改正。

二、「姓氏綁身分」條款違反原漢家庭所生子女之平等權、姓名權

「姓氏綁身分」條款，不僅造成對原住民婦女的直接歧視，違反其基於憲法第 7 條之平等權、第 22 條之人格權，該條款亦違反原漢家庭所生子女之平等權與姓名權。

（一）「姓氏綁身分」條款違反原漢家庭所生子女之平等權

中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。此為憲法第 7 條所揭示之「平等原則」。此「平等原則」，並非絕對形式上的平等，在法規範達到特定要求時，憲法允許其為差別待遇，此即「等者等之、不等者不等之」之「實質平等」原則。

在二十一世紀的台灣社會，原住民族身分，代表的不僅僅是血源、文化的區別，在競爭激烈、資源有限的社會中，同時也是一個享受諸多社會福利、教育資源的特殊國民身分。一個具有原住民身分的人，除了和一般國民一樣享有憲法上的權利、負擔義務，另外，還可申請許多各式各樣的獎補助措施、升學優待、社會福利。因此，是否取得原住民身分，對一個社會資源相對稀少、家庭經濟狀況不佳的子女言，是一個改變未來生活的？那麼，同樣是原漢家庭所生子女，為何因原住民血源來自父親或母親而有差別待遇？

表二：原漢家庭組成可能

原漢家庭	原♀ + 漢♂（A組）	子女 M.N.從父姓，不取得原住民身分
	漢♀ + 原♂（B組）	子女 O.P.從父姓，取得原住民身分
原原家庭	原♀ + 原♂（C組）	子女從父姓，取得原住民身分

如表二所示，原漢家庭之組成可分為由原住民女子與漢人男子所組成的家庭以及由漢人女子與原住民男子所組成之家庭。假若前者家庭生了 2 個小孩 M、N，而後者家庭也生了 2 個小孩 O、P，則由於漢人社會以及絕大多數的原住民社會皆屬父系社會，原則上子女皆從父姓（根據內政部統計數據顯示，95%以上的子女從父姓），則同樣具有二分之一原住民血緣的 M、N、O、P，會因原住民血緣的來源而有截然不同的待遇：原住民血緣來自父親的 O、P，因從父姓而取得原住民身分，享受所有原住民優惠性保障措施，而原住民血緣來自母親的 M、N，則因為從父姓而不取得原住民身分，從而無法享有任何原住民優惠性保障措施。這樣的差別待遇是否合理，端視其規範目的是否合憲及分類與規範目的之達成間有一定程度的關聯性。

立法者之所以對原住民身分取得設限，認為原住民女子與漢人男子所生子女不應取得原住民身分，在於其認為，「原住民女子嫁給平地漢人後，不論是整個家庭氣氛或經濟條件、各方面都較一般原住民家庭高出很多，甚至有人認為和一般平地是一致的。」因此原則上其子女不取得原住民身分、進而不能享有任何原住民優惠性保障措施。倘若子女欲取得原住民身分，必須換母姓或加註原住民傳統姓氏，這樣的規範目的是否合憲？如同前段針對原住民婦女民族身分之取得之論述，民族身分代表的不僅僅一個人的血源、還有其背後所隱含的文化、語言、風俗習慣、與價值觀，這些都是形塑一個人人格的重要構成要件。政府限制一個人取得民族身分，不僅僅是剝奪其社會福利與資源，更是對其人格、人性尊嚴的蔑視，構成違反憲法第 22 條之人格權，因此，其規範目的是違法的。

倘若暫先不論其規範目的是否違法，則原住民身分法之「姓氏綁身分」條款之分類與規範目的之達成，亦缺乏一定程度的關聯性。原因在於，依據「婚姻階梯理論」，女子傾向與社會、經濟、政治地位比自己還要高的男子結婚，原住民女子捨棄與自己文化背景相同之原住民男子而選擇漢人組成家庭時，固然其整個家庭經濟會比一般原住民家庭來的高，同樣地，當漢人女子捨棄為數龐大的漢人男子而選擇與極少數的原住民男子結婚時，代表該原住民男子之經濟能力，極可能是比一般漢人的經濟能力要高的。也就是說，在表二 B 組的家庭經濟能力，很有可能比 A 組來的高，然而，身分法中「姓氏綁身分」條款的適用導致出生在家庭經濟能力較高的 O、P 有原住民身分，享有所有原住民優惠性保障措施，然而出生在 A 組經濟能力比較低的 M、N，卻無原住民身分，無法享有所有原住民優惠性保障措施。如此，是否造成資源之錯置，讓家庭經濟狀況較好的子女享有原住民優惠性保障措施而家庭經濟狀況較差的子女沒有？

另一問題是，造成如此資源錯置的情形是否普遍？倘若數量極少，雖理論上可可能造成資源錯置，則無修改之必要性。按內政部統計處之資料顯示（表三），98 年原住民總結結婚對數共 4,078 對，其中原住民男子與非原住民女子結婚對數共 1,101 對（27.0%），而原住民女子與非原住民男子結婚對數共 1,398 對（34.3%），也就是說，原漢家庭之組成中，約有四成多的家庭其父親為原住民、母親為非原住民。因此，其影響甚巨。

表三：原住民結婚對數按雙方身分別分（98-100年）

年別	總結婚對數	雙方均為原住民結婚對數	原住民男與非原住民女結婚對數	原住民女與非原住民男結婚對數
98年	4,078	1,579 (38.7%)	1,101 (27.0%)	1,398 (34.3%)
99年	4,708	1,764 (37.5%)	1,248 (26.5%)	1,696 (36.0%)
100年	5,612	1,876 (33.4%)	1,542 (27.5%)	2,194 (39.1%)

本表係由內政部統計處網站統計表（<http://sowf.moi.gov.tw/stat/gender/ps03-04.xls>）計算而得

近幾年，由於原住民公務人員特考、醫事人員特考、警察特考等的普及化，越來越多原住民男子取得醫師、公務員、警察、老師等資格，其家庭經濟條件甚至比一般漢人高，這些擁有高成就、高收入的原住民男子，其與漢人女子組成家庭之比例非常高。原住民身分法「姓氏綁身分」條款的適用，造成一有趣的現象：一對原住民兄妹（其父母皆為原住民），哥哥從小認真向學，後來考取原住民醫事人員特考進入醫學系就讀，而後成為醫師。因為其社會地位、經濟能力皆比一般漢人男子高，因此最後娶得漢人女子。妹妹從小運動、音樂細胞很好，但不愛唸書，高中畢業後即出外工作，在工作期間認識一位漢人同事而與之結婚，這位漢人同事，只是普通的職員，收入也是一般。兄妹二人各生了 2 個小孩。哥哥的小孩 A 與 B，因為跟著爸爸姓，因此取得原住民身分，從小因為家境很好接受各種補習、學習特殊技藝，雖然父親是醫生，但因為具有原住民身分，還是領有各式各樣的原住民補助，考試加分、學費減免。反觀妹妹的小孩 C 與 D，家庭經濟情況普普，只能維持基本生活，至於補習、學鋼琴、學跳舞，一概不准。因為 C 與 D 也是跟著爸爸姓，所以不具有原住民身分，從小到大，不能領原住民補助、考試沒有加分、學費也沒有減免。以上的例子，雖然看似極端，但卻經常出現在部落原住民身上。由此可知，以「所從姓氏」做為原住民身分的取得，與規範目的（將原住民優惠性保障措施保留給需要原住民）的達成間，並無一定程度的關聯性。原住民身分法第 4 條第 2 項之「姓氏綁身分」條款，似違反原（母）漢（父）家庭所生子女之平等權。

（二）「姓氏綁身分」條款違反原漢家庭所生子女之姓名權

「姓氏綁身分」條款亦似違反原（母）漢（父）家庭所生子女之姓名權。所謂姓名，係「用以區別人己的一種語言上的標誌」，人的姓名為一個人人格之表現，因此姓名權亦屬人格權之一部。大法官釋字第 399 號言：「姓名權為人格權之一種，人之姓名為其人格之表現，故如何命名為人民之自由，應為憲法第二十二條所保障。」⁴⁷。姓名權作為人格權之一種，具有雙重功能，一為防禦功能，以對抗國家公權力的侵害，一為保護功能，即國家保護個人之姓名權不受侵害。⁴⁸然而，關於人民之基本權利，國家並非絕對不得加以限制，國家為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序、或增進公共利益所必要者之情形，可以以法律限制人民之基本權利。⁴⁹

原住民身分資格，為一取得各種政治、社會、教育資源之特殊國民身分，這些原住民優惠性

⁴⁷大法官釋字，第 399 號。

⁴⁸王澤鑑，《人格權法：法釋義學、比較法、案例研究》，85，王慕華（發行者），2012。

⁴⁹憲法，第 23 條。

保障措拖，其目的在於保障及提昇原住民族政治、社會、文化、經濟地位，以彌補過去以及現在不當歧視之結果。因此，任何具有如此社經、歷史背景之原住民之子女，不管其原住民血源來自父親或母親，皆應取得原住民身分以獲得國家相當之補償。此特殊國民身分之取得喪失、原住民優惠性保障措施，與個人所從姓氏係二回事，國家不可以「換姓氏」（對人民之命名自由作限制）作為其取得該身分之條件。再者，子女是否承襲原住民族之文化、語言、價值觀與信仰，與其從父姓或母姓之關係甚微，重點在於其原住民父或母是否願意、花多少時間、精力將原住民族之文化、語言、信仰傳承給下一代。國家要求原（母）漢（父）家庭所生子女若欲取得原住民身分，必須違反其社會既有之秩序（父系社會從父姓）從母姓，引發不必要的家庭紛爭，其意義到底為何？又，讓從父姓之原（母）漢（父）家庭所生子女取得原住民身分，是否為維持社會秩序、增進公共利益所必須？因此，筆者以為，原住民身分法第 4 條第 2 款之規定，亦違反原（母）漢（父）家庭所生子女之姓名權。

三、「姓氏綁身分」主義違反憲法第 5 條之民族平等權

（一）民族平等之意義

所謂民族，係指一群基於歷史、文化、語言、宗教、社會風俗習慣、或生物特徵與其他有所區別的群體。傳統上，我國係一由多民族組成之社會，為保障國境內各民族之經濟、社會、文化、語言及生存發展，憲法第 5 條規定：「中華民國各民族一律平等。」此民族平等權，與憲法第 7 條平等權之意義相同，不僅是為保障各民族形式上的平等，而應包含實質上之平等。又國家為奠定民族生存發展的基礎，應保護母性，並實施婦女、兒童福利政策，此為憲法第 156 條所揭櫫之原則。

（二）「姓氏綁身分」條款違反原住民族基於憲法第 5 條之民族平等權

台灣主要係由漢人組成之社會，由於漢人人口居絕大多數，因此法律上並未有關於漢族身分取得之條文，然因「民族主義」之一民族組成一國家之原理，國籍法中關於國籍取得之規定應可視為該民族身分取得之方式。依據國籍法第 2 條第 1 款規定，「出生時父或母為中華民國國民」者，取得中華民國國籍。因此，漢族身分之取得，係採「血統主義」，只要其父或母其中一人為漢族（中華民國國籍）者，自可取得漢族的身分（中華民國國籍）。而關於蒙族、藏族的身分取得，根據「蒙藏族身分證明條例」第 3 條第 2 項之規定：「親生父母之一方為蒙藏族者，得取得蒙藏族身分。」因此，關於蒙族、藏族身分的取得，與漢族相同，亦採取「血統主義」。且，不論其蒙藏族血統之比例，只要親生父母其中一人具有蒙藏族身分者，其子女即取得蒙藏族身分。然而，與漢族、蒙藏族有別之原住民族，卻以「姓氏綁身分主義」取代「血統主義」，此一國兩制似有違憲法第 5 條之民族平等原則。

再者，承前段所述，隨著原漢生活的越趨緊密、交錯，越來越多的原住民女性選擇與非原住民男子結婚，在 2011 年，即有超過一半（54%）的原住民婦女選擇與非原住民男子結婚，筆者推論，此比例應會逐年增高，而非下降。再加上台灣漢人社會以及原住民社會多屬父系社會傳統上子女皆從父姓，因此，原住民人口之成長趨勢將不比全國人民成長速度，最終，原住民族對族群將逐步邁向滅亡之途。

保障各族之民族生存發展，亦為我國憲法所揭示之重要原則之一，⁵⁰不管是什麼民族，國家皆應保障其民族生存發展，不可因其為某一特定族群（邊疆民族（蒙、藏）、少數民族、或是原住民族）而予以差別待遇。（憲法第 5 條、第 7 條）原住民身分法，係原住民族族群身分認定之根本大法，也是原住民族族群人口發展的唯一依據。原住民身分法第 4 條第 2 款之「姓氏綁身分主義」，從實證調查證據顯示，會侵害原住民各族之生存發展，導致原住民各族之慢性滅亡（genocide）。

肆、結論

一、原住民族身分取得與個人姓氏，係屬二個不同層次的概念，國家不應將漢族之命名習慣（姓氏=家族）強加於命名方式與漢族截然不同的原住民族身上

民族，係指一群擁有共同歷史、文化、語言、信仰、風俗習慣、祭儀之群體。不同民族擁有不同的歷史背景、文化、語言、價值體系，其命名方式也會因社會文化之不同而有別。我國係一多民族所組成之社會，原則上各民族之文化皆應被尊重。

漢族之命名方式，係以家族姓氏加上名字組合而成，家族姓氏在前，名字在後，例如：吳小明。原住民各族中，泛泰雅族（泰雅族、賽德克族、太魯閣族）之個人姓名係以個人名再加上父名組合而成，例如：莫那魯道（Mona Rudow），莫那為其名，魯道為莫那之父親名，因此，我們不會也不應稱呼莫那魯道為「魯道先生」。魯凱族之命名方式係由家屋名加上個人名組合而成，例如：台邦撒沙勒（Taiban Sasala），台邦為其家屋名，撒沙勒才是他的名字。台灣原住民各族中，命名方式最特別者，屬蘭嶼達悟族，達悟族之命名方式為「親以子名」，一個人之姓名會隨著子女、孫子女之出生而改變。例如：有一個人出生時被取名為 Maraos，此時他的全名叫 Si Maraos，當 Maraos 的小孩 Rapongan 出生後，則 Maraos 的名字會變成 Syaman Rapongan（夏曼藍波安），倘若 Rapongan 生了小孩 Sorong，則 Maraos 將再次改名為 Syapen Sorong。（從命名方式可推知，達悟族是一個非常重視後嗣之民族，一個人的姓名竟然可以隨子女孫子女的出生而完全改變（參考表四）以上所列的原住民各族之命名方式，都沒有「家族姓氏」之存在。雖然目前絕大多數的原住民因為政府命名政策之緣故皆有漢文姓氏，但該姓氏對原住民個人而言並無任何意義。

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。」原住民各族之命名方式，源自於其獨特的社會結構，具有穩定社會既有組織、秩序之功能，而命名方式也是原住民各族獨特的文化之一，國家不應將漢族之命名習慣（姓氏=家族）強加於命名方式與漢族截然不同的原住民各族身上，強迫其若欲取得原住民身分則需從其原住民父或母之姓。

⁵⁰中華民國憲法，156 條：「國家為奠定民族生存發展之基礎，應保護母性，並實施婦女、兒童福利政策。」

表四：台灣各民族族群與命名方式

族別	漢族	阿美族	泰雅族	賽德克族	太魯閣族	邵族	達悟族	鄒族	賽夏族	排灣族	布農族	魯凱族	卑南族
命名方式	家族姓 + 名	個人名 + 氏族名或父母親名	個人名 + 父名	個人名 + 父名	個人名 + 父名	個人名 + 氏族名	親以子名	個人名 + E + 氏族名 + Ne + 出生地	個人名 + 氏族名	個人名 + 家屋名	個人名 + 氏族名	家屋名 + 個人名	個人名 + 家名

二、原住民身分取得之條件，若暫時無法由原住民各族自行決定之，應至少與其他民族之身分取得方式相同，採「血統主義」

關於原住民族身分之取得，國際上係採「自我認定原則」，由原住民各族決定誰可以取得該族族人的身分，誰不可以。倘若台灣目前暫時無法由原住民各族自行決定其民族成員之構成要件，則族群身分之取得方式，應至少與台灣其他民族之身分取得方式相同，即採「血統主義」，讓父或母一方為原住民者皆取得原住民身分，才不致造成「一國兩制」之情形。

三、原住民優惠性保障措施可加註排富條款，國家不可因原漢家庭經濟狀況較佳而限制其民族身分取得

原住民族之民族身分，代表的不僅僅是許多優惠性保障措施之資格，還包括其背後所表徵的文化、風俗習慣、信仰、語言、與價值體系。當一個人的民族身分不被主流社會所承認，或被政府限制將其民族身分傳承給下一代時，代表政府對他的文化、風俗習慣、信仰、語言與價值體系的蔑視，也是一個政府對該族群之個人人格最大的侮辱，嚴重違反其人格尊嚴。倘若立法者之用意將在有限資源保留給真正需要的原住民，則可在個別的原住民優惠性保障措施加註排富條款，但絕不可因其家庭經濟狀況較佳而取消或否定其原住民族身分。

主題四：

本國、外國法院有關原住民族傳統習慣規範

判決之深究與評釋

【會議實錄】

與談人（黃明展 法官）：

主持人、報告人、各位嘉賓大家好，我看了這篇文章覺得非常佩服，報告人從比較高的角度，也就是從兩人權公約再回頭來看原住民的問題。向來我們實務在處理涉及原住民的問題，大概有三種型態，第一種是完全忽視原住民特殊的生活習俗，根本不管原住民有什麼生活習俗，一律認為在台灣生活的每個人都平等，直接用現代的實定法，表面上好像是法律之前人人平等，但可能是會忽略彼此的差異，沒有給予合理的差別待遇。第二種類型是，注意到原住民有特殊的文化，判決上也交代，但最後還是以實定法為優先，原住民的習俗沒有適用的空間。第三種類型是比較以憲法或原住民族基本法的高度來看，試圖為原住民的生活習俗在實體法中找到一個可以容納的解釋空間。這是我們目前看到的三種實務的判決型式。

今天徐教授的報告為我們提供了第四種的一盞明燈，不只從憲法、原住民族基本法，甚至從兩人權公約再回頭來看，都可能可以找到一些原住民特有習俗，去加以尊重其參與文化權，我覺得這是一個很不錯的方向。但是在這篇報告裡，如果要讓我們實務可以直接來援引的話，可能還有幾點需要加以深化。第一是兩人權公約裡提及的這些保障，轉換到台灣的原住民族到底是哪些的特殊傳統習慣可以用在裡面，這可能要先點出來。報告人是比較以全面性的解釋來看，但是如果把它轉化到台灣，到底哪一族的特殊習慣是符合這些人權公約所保障的。另外，則是有關最高法院、有關森林法和槍砲彈藥刀械管制條例的認定，到底最高法院是忽視了哪些原住民的傳統習俗，而且這些習俗是由兩人權公約來保障，這樣的話可能會造成是不是在森林法或槍砲彈藥刀械管制條例，同樣的規範事項有法律衝突，而可以依照比較高位階的兩人權公約來解釋，或是法院認定的事項的確明顯的違反兩人權公約，這樣的話我們在適用法律上就更明確了。這是我提出的意見。

另外，有關兩人權公約在國內法的效力，我大概也有寫過幾篇文章，一篇是在《法令月刊》，一篇是有關 WTO 條約的直接適用性，意見或許跟徐教授有點不一樣，但這不是今天的重點。在這裡我要點出的一點是，兩人權公約事實上是因為沒辦法變成條約，因為我們不是聯合國的成員，所以它在我國不是條約，而是用施行法把兩人權公約納入成為我國的內國法。因此，對我國而言，兩人權公約事實上就是內國法。所以在解釋兩人權公約效力的時候，再把條約高於法律的效力拿來適用在兩人權公約，我覺得比較不贊同，因為它已經是純粹的內國法了，這可能是不一樣的地方。

報告裡有提到兩種類型的案例，涉及到的是有關兩種原住民的特別習慣，一是狩獵，一是採集。狩獵會遇到兩個法律，第一個是槍砲彈藥刀械管制條例，第二個是野生動物保育法。常常有

原住民的朋友說，漢人的法律很奇怪，要我們來狩獵，卻要規定我們用什麼槍，而且不准打什麼動物，限制完之後到底還有什麼動物可以打？我們到底能怎麼樣做？事實上這是個問題，在保障狩獵權的時候，到底要保障什麼範圍。有關槍砲彈藥刀械管制條例，事實上我也一直搞不懂幾點。剛剛報告人有提到，為什麼要限於自製的獵槍？傳統上，原住民會自製獵槍嗎？我一直在問朋友你祖先有沒有在做獵槍，他說沒有，那麼到底誰有做獵槍的本事？因為我們規定一定要用自製獵槍才能狩獵，拿不到自製獵槍等於沒辦法去狩獵。再來就是鼓勵製槍，用買的不行，因為必須要持有自製獵槍，而不能去買人家做好的獵槍，所以這是反過來鼓勵人家造槍，不准人家買槍。這是在法律邏輯上我一直搞不清楚的地方。

此外，剛剛報告人有提到，只能做那種殺傷力不大，也就是只能做打飛鼠的獵槍，不能做打山豬的獵槍，因為殺傷力太大了，不符合我們實務的要件，因為做出來殺傷力太大可能就違法。所以獵槍到底殺傷力要多大？為什麼一定原住民拿的獵槍只能殺飛鼠而不能殺山豬？這我一直搞不清楚。而有關野生動物保育法更好笑，之前有幾個實務案例是，有原住民朋友去設陷阱，結果獵到保育類動物被移送，原住民朋友就說他根本不曉得是保育類或非保育類的動物，牠來就掉下去了。可是我們實務是說，你在設陷阱的時候就有「未必故意」，因為保育類和非保育類我們通通都要，因此判他罪。原住民朋友就問我怎麼辦，我說很簡單，你在陷阱上貼個公告：「本陷阱只歡迎非保育類動物，保育類動物千萬不要進來。」明白表示我不要獵保育類動物，可能就可以免掉你的「未必故意」，不然能怎麼辦。尤其，有些晚上去打獵，看到眼睛亮亮的就打了，可是那一隻到底是保育類或非保育類，其實也不曉得，可能原本以為是鹿，可是最後打的是山羌，那怎麼辦，因為眼睛都亮亮的，所以很容易觸法，在狩獵常常會遇到很多的問題，這都是有待解決的。

在森林法裡也是，因為現在森林法規定是在傳統的領域可以為了生活的必需來從事採集，但這個採集的規則要會同原委會來規定，可是一直好像都沒有規定出來，沒規定之前到底能不能採集？這是一個問題。我個人是比較傾向於，我們法條是說可以採集，但採集的規則由另外再訂之。訂之管理是一種限制，所以原則上肯定你的權利，事後再來管理如何限制，在沒有立法怠惰的情況下，我覺得應該按照兩人權公約的精神可能可以做比較合理的解釋。

這些是原住民所遇到很實際的問題，但是目前的現行法卻都沒有加以規範，導致大家口耳相傳都可以，然後去做了，結果被送到法庭，大家都覺得很冤枉。所以在這種立法怠惰的情況下，我覺得我們法院應該可能要盡量做有利於原住民的解釋，因為事實上是你自己立法怠惰，有些法律，例如原住民族基本法說你可以做哪些事，結果另外的規則要再訂之。有些人看到前半段的法律說我可以做哪些事，但沒有想到後半段還要有一些細則來規定，進而觸法，這樣我覺得對原住民朋友是種比較不公平的對待。當然還有很多事情，但因為時間的關係，我就不要占用各位的時間了，謝謝。

與談人（蔡穎芳 副教授）：

主持人、各位與會來賓，大家好。今天很榮幸有機會能閱讀鄭教授這篇論文，因為我之前在寫一篇與排灣族繼承自治的文章，論文的評論人也提醒我，原住民身分法與原住民族自治立法應如何實踐這個問題有很大的關聯性，我那時有做了簡短的處理，很榮幸有這機會透過鄭老師的這篇論文有更深入的了解，就是原住民身分法到底有什麼樣的問題存在？

鄭老師在這篇文章裡試圖以國際公約和憲法上的一些基本人權概念，例如平等權、人格權、姓名權等等，去主張享有原住民身分，應該是任何原住民子女所應該能夠享有的法律地位，並且主張國家不應該把漢民族的命名習慣強加在原住民族身上，我覺得剛剛鄭老師的那個表格其實應該要交給戶政單位參考。我很贊成鄭老師主張的，在原住民身分的取得條件至少要採像國籍法第2條所謂的血統主義，在身分取得上，無論小孩的爸爸或媽媽，只要有一方是原住民，子女就應該能夠取得原住民身分。

從個人角度來看，我覺得這篇文章還沒有處理的問題是，在原漢通婚的家庭裡面，我個人認為，裡面的人可能是處於一個漢族和父系原住民社會的雙重父權權力的控制之下，造成原住民身分法第4條第2款姓氏綁身分的規定，沒有辦法讓原住民的媽媽們所生的孩子確實繼承原住民身分的這樣一個問題。我覺得這樣的問題沒有處理的話，就算依照本文的建議去進行的原住民身分法的法律修正，我覺得這個法律修正完之後，下一階段在原漢通婚的家庭裡，還是會面臨到傳統父權權力的控制，造成原住民媽媽所生下的孩子可能沒有辦法確實享有法定原住民權利的問題。

有一本《原住民女性的律法脈絡—三個高地族群的比較》裡有提到，以泰雅族為例，兩位泰雅族的婦女在恢復原住民身分之後，她們各自從自己的子女當中選一位跟從母姓，讓自己的孩子也成為泰雅族的原住民。她們回到部落且把戶籍遷回部落後，這兩個泰雅族的女兒要求她們的母親分點土地給她們，讓她們在部落裡面也有根。可是母親那時覺得很困擾，因為家裡的土地已經分給四個兒子，這兩個泰雅族女孩子的大哥也是用比較嚴厲的態度表示，他認為姐妹們違反了傳統的祖訓（gaga），也堅持泰雅族是一個父系社會，女性沒有權力去干涉，而且大哥還進一步去質疑姐妹們及其子女恢復族籍的動機。我個人覺得，在泰雅族傳統的性別觀念裡真的是這麼的父權、所有家裡的東西都是給兒子、都是以兒子為優先的嗎？其實不見得。在這本書裡面也有提到，泰雅族人其實相當重視兩性分工合作的概念，其實女性沒有強烈要順應丈夫這樣的觀念，而且在傳統裡，男性去外面打獵，女性在家裡織布，是兩個平行的威望體系，去外面工作也不絕對優於在家裡工作。所以，雖然財產繼承和命名法則雖然是以男性為優先，但基本上並沒有把女性完全排除在外。

而且，這本書裡也提到有參考一位自己身為泰雅族的女性研究者的研究報告，研究報告指出，泰雅族的社會裡，並沒有男尊女卑的觀念，在他們整體文化來觀察的話，男性跟女性各有同等的社會地位和角色，依循傳統的祖訓（gaga）會約束彼此的行為，兩性之間是一個相互尊重的關係。所以在泰雅族的文化底層裡，其實男女兩性沒有優劣之分。只是泰雅傳統文化的平等性對這泰雅族的女性研究者來說，她覺得在整個社會文化變遷的情形下被改變了，比如在文化上，日本的教化政策讓泰雅族的紋面傳統中斷，戰後的同化政策及漢人男尊女卑的特定原則也造成泰雅傳統文化的瓦解，使得原本尊重女性的泰雅傳統文化漸漸煙消雲散。在這樣的情況下，我在想怎麼樣去鬆動原漢通婚家庭裡的父系家庭結構與父權權力關係，讓原住民的媽媽們和孩子們可以真正去享有法律上賦予原住民的法定權利，是一個重要的課題。

您所建議的修正原住民身分法改採血統主義，我覺得這是一個可能可以逐漸鬆弱家庭裡父權權力結構的策略。我個人認為另外一個可能的策略是，從鄭老師所提到的權力論述出發，可能可以去探究國際公約和憲法上所衍生的平等權、人格權、姓名權等等權利的概念。比如說您所屬的族群或是在其他的族群裡，從傳統原住民的祖訓還有文化內涵上，不知道有沒有相對應權利的概念？如果可以把權利的概念與原住民傳統的規訓做一個比較深化的連結，我個人認為或許可以使

得原住民婦女和孩子們，可以更樂於主張自己應該能夠享有的法定原住民權利，讓他們在做權利主張的時候，可以在傳統規訓上取得正當性，來增加他們主張個人法定權利的意願，才會造成在法律如果修正之後，變成完全性別中立的法律制度，還是沒有辦法確實保障到原住民婦女和孩子們的法律或社會問題再度發生。這問題我想請問鄭教授，謝謝。

發表人（徐揮彥 副教授）：

非常謝謝主持人、石教授，也非常感謝黃法官許多寶貴的意見，的確有些面向是我沒有思考到的，我覺得比較值得來探討的是，黃法官提到了兩個問題，第一，我們是否能夠在法律上指摘或標示出來，剛提到所謂哪些傳統習慣是值得受保障的，或許這樣從司法機關來看會比較明確，但是這樣做的話，我會擔心效果，誠如剛才提到的，在槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條，並沒有去解釋說明所謂傳統獵槍的概念，就交由內政部警政署的解釋函令，解釋函令出來之後，司法機關習慣上會去仰賴這樣的解釋函令，它的位階是命令沒錯，並不是法，所以我認為就適用法令的機關法院，並不是沒有權力去以它自己的角度就個案當中來重新詮釋。未來如果在法律上或用什麼方式，在行政命令當中去標示出來哪些傳統習慣是可以作為參與文化權的保證的話，恐怕就會跟我擔心的一樣。其實權利委員會對文化概念的詮釋，它是一個有機的成長體，一旦詮釋出來只有這個，其他就不會被認定為文化，如果文化會成長的話，這樣的適用方式是否會讓文化沒辦法成長？或者還有哪些方法可以兩全其美，或許可以思考一下。

第二，黃法官提到他認為兩人權公約在我國的適用來講，並不是以國際法的方式來被國內法化，而是國內法，這的確跟我們中華民國在國際社會當中的處境是有密切相關的。回到國際法上來講，作為一個國家主體，大部分三個要件我們都有，最後一個會被質疑的是我們有沒有能力去享受國際法中的權利、負擔國際法當中的義務，這點是中華民國在國際社會當中，作為國家主體的四個要件裡最後一個被質疑的。對我們來講，如果我們認為自己是一個國家，能夠去履行各種國際法中的權利義務是沒有問題的話，其實就國家對國際規範的遵守，在國際法院已經有相當多的案例，國家可以片面的去承擔、承諾國際法的規範義務，在國際法院已經有好幾個關於法國很喜歡在南太平洋進行核試爆的行為，法國總統及外長也曾經在各種正式的國家場合承諾不會再這樣做，後來法國無法克制，又再做了，因此被幾個南太平洋的國家告到國際法院。國際法院就揭示，國家是有資格與能力來片面宣示要遵守哪項國際規範或某個國際公約。對我國來講，如果我們認為我們是一個國家，兩人權公約當然是項公約，國家有主體資格地位來宣稱我們要對它遵守，只是在國際法上，我們這樣表示的效果是，我們有承擔義務但沒有權力，但對公約來講是沒有差別的。

所以我待會要跟黃法官請教，就我的理解與國際法上實務的實踐觀察來看，事實上不會有太大問題，我們以立法院議決的方式、總統批准的方式，甚至這兩者為施行法當作明文規定，我們要受這公約規範，若以一個國家來講的話，這當然受立法的拘束，之後再講國家怎麼去遵守國際法規範的實踐，這是我的看法，感謝黃法官，謝謝。

發表人（鄭川如 助理教授）：

首先謝謝蔡老師，其實我受益很大，最後還會根據蔡老師的意見做修正，覺得差不多之後才

會去投稿，所以我非常感謝蔡老師。剛剛蔡老師有提到一個問題，法律的修正沒有辦法解決在原住民家庭裡女性的地位比較低，它可能沒有辦法把語言文化傳承，我不知道這樣子的理解對不對，那是這個問題嗎？

與談人（蔡穎芳 副教授）：

我想請教您，從您所屬族群裡的傳統文化裡，是否可以找到一些權利的概念？因為，如果您去閱讀一些國際人權法的論文，可能會發現，有些消除性別歧視的公約裡有規定婦女應該享有哪一些權利，有些論文會認為，這些權利要落實在不同的區域，其實不同的區域有不同的權利概念，如果要讓這種所謂普世價值的權利概念真正落實在各個不同的地方，如社區或地方團體的話，可能需要做一些因地制宜的變化，運用一些地方的知識，想辦法去跟權利的概念做連結。因為，我在想為什麼，比如在家裡要讓孩子去取得原住民身分的話，根據現行法，我不認同現行法的做法，但現行法的做法基本上是在名字後面加註傳統名字，來取得原住民身分。我在想的是，為什麼媽媽們和孩子們沒有辦法去主張，至少可以透過這種被扭曲的方式去主張取得原住民身分的權利。這個權利的概念，不知道在您所屬族群傳統文化裡，您能不能想到一些能夠讓這些媽媽們和孩子們真正能樂於去主張他們的法定權利的傳統概念？因為我覺得這樣子，他們會更樂於主張法律上賦予原住民應該享有的一切權益。

發表人（鄭川如 助理教授）：

謝謝蔡老師的建議，因為這不是我的研究範圍，所以這方面還很模糊，沒有辦法直接回答，我覺得這是我接下來應該努力的方向。我可以多做一點延伸，有些人可能會覺得說這篇文章接下來可能目的是為了防止原住民語言文化的流失，可是法律的修正並沒有辦法防止原住民語言文化的流失，它只是法律上身分的保留。原住民語言傳統文化是怎麼流失的呢？是政府、立法說我們不能把原住民的文化繼續傳承下去嗎？還是原住民父母自己不願意把語言文化傳承給下一代？是不是後者？所以，我們原住民希望自己的語言傳統文化能繼續流傳下去的話，第一，其實是要提升自己的主體意識，對自己有信心、對部落有信心，願意且驕傲的把自己的語言文化傳承下去，跟法律一點關係都沒有。當然，國家有一些積極的措施可以鼓勵你，讓你做得更好，但其實主角在於部落原住民本身，跟國家一點關係都沒有。當然，我們如果有民族教育體制的話，這方面可能可以做得更好，謝謝。

王泰升 教授：

大家好，我是王泰升，我想先就鄭老師這篇文章跟你們討論一下。原住民身分法第4條第2款的「綁姓氏」，從另一個角度看，也許是為了顧及傳統文化，這話怎麼講呢？如果我沒有記錯的話，當時在制訂這條款時，有擔心國家法（也就是身分法）所認定的原住民，結果他回到他所屬的原住民社會時，他不被那個社會認為是原住民。所以，如果有一個傳統姓氏，至少在原住民社會裡有一定的位置，因此才綁。像鄭老師文章剛提到最後那一張表最精彩，各族有不一樣的習慣，照裡講，相關的行政機關在審核的時候問：「你這到底是不是傳統的名字？不是傳統名字，怎麼可以這樣取呢？」我意思是說，這個條款本身其實是顧及到傳統文化，怕國家法的定義跟該

族的自我認定不一樣，這不是很空嗎？當然這樣是不是造成跟憲法上的某些理念又有衝突，這個又是更深一層的問題，這要怎麼去協調？這是想請問鄭老師。另外是想請問與談人黃法官，你剛剛提的法律上面的問題可不可能如鄭老師所說有違憲之餘，比如你在評論時所提的森林法等等，這些是不是有可能透過申請釋憲的方式來挑戰其法律的正當性，你的評估是怎麼樣？麻煩請你表達一下意見，謝謝。

與談人（黃明展 法官）：

因為我剛剛舉的例子有好幾個，有森林法、有槍砲彈藥刀械管制條例。事實上，槍砲彈藥管制刀械條例違憲的部分好像都已經處理完了。森林法的部分，其實我覺得並沒有違反憲法，因為事實上法條已經明文規定，原住民在傳統領域得以其生活慣俗來採取森林產物，問題是在於，採取森林產物的規則、時間…等等，應該由主管機關會同原民會去制訂，結果一直沒制訂。如果沒制訂，法律事實上是承認他在傳統領域的採集權，這在維護原住民的多元文化的保障上，我覺得應該是沒有違反。但是這裡有一個立法怠惰的問題，我不曉得為什麼一直沒立出來，導致我們把以前有人准用所謂的處理規則，非管理規則，一個非原住民的森林產物的採集，非原住民的稱為處理規則，原住民的稱為管理規則。處理規則是要允許才能去採，但原住民的是，如果在原住民的傳統領域，事實上，法條是肯定可以依照其生活慣俗去採。我覺得基本上法條已經這樣規定，大概就沒有違憲了，現在就是立法怠惰的問題。

這裡有處理一個問題，在管理規則沒出來之前，事實上我覺得是給法官很大的裁量空間，也就是什麼是生活慣俗、什麼是傳統領域，這是很大的裁員空間，因為這兩個都是不確定概念，劃到這裡就是傳統領域，畫到那裡就是生活慣俗，比如司馬庫斯經過部落會議的決議，把它搬回去雕刻做成公共藝術品，這樣算不算？法官事實上有很大的職權空間，只是，我覺得問題是出在法官，現在法官太保守，不敢做一個很正確的認定。我們很多法官是沒有規定就不做，沒有規定就表示不能做，但我覺得像森林法應該反過來，如果主管機關想要管理，應該就要設管理規則，還沒設立管理規則之前憑什麼管人家，因為法律規定只要他能證明是在傳統領域，根據他的生活慣俗就可以採集森林產物，所以在文獻我覺得比較沒有。

但是，在槍砲彈藥刀械管制條例也沒有違憲的問題，因為事實上也是我們法官自綁手腳，去參照內政部的規則，內政部的是行政命令，怎麼能夠拘束我們法院。重點是自製獵槍是什麼沒人知道，為什麼法條內用自製獵槍，也沒人曉得，但總要定義什麼是自製獵槍，無法可用的時候，只好到內政部找一個規則來定義自製獵槍，「依傳統方法，機械性能不高，殺傷力不大」，定義成只能打飛鼠，不能打山豬、山羌。但我覺得基本上不是有危險，而是我們傳統訓練法官的思維不夠大，不敢跨一步去做法律沒有規定的判決。

發表人（鄭川如 助理教授）：

謝謝王教授的提問，一語中的。回答王老師的問題，原住民身分法第4條第2款說，若要取得身分有兩種方式，第一個方式是「從具原住民身分之父或母之姓」，第二個方式是要加註原住民傳統名字。我這篇文章，主要是攻擊「從具原住民身分之父或母之姓」，原因是我同意為了保留我們的傳統文化，但我不同意的是加用父母之姓，請看最後一張表，我們並沒有姓，我姓鄭，

也是國民政府給的，所以這樣對我來講有任何意義嗎？最誇張的是達悟族，一個人的名字會根據你生小孩、生孫子而有三次改變，裡面也沒有姓。所以我個人是認為第一個方式是違憲的，而後面要加註原住民姓名，所有的小朋友都加註也沒有問題，我覺得這樣很好，要用原住民傳統的命名方式去給那小朋友名字那沒問題，謝謝。

徐美蓮 女士：

我叫徐美蓮，我今天要提一個問題，如何讓我回歸爸爸的族群撒奇拉雅族。我爸爸叫徐東生，他有十一個兄弟姐妹，排行老二，出生的時候就分給客家人做養子，他在我要讀高中之前，告訴我說要帶我去叔叔那裡。叔叔在台東海端國小教書，這就是我第一個認識我爸爸的兄弟姐妹。一直到民國 90 年，我從花蓮的美崙搬到壽豐後才發現，我叔叔竟然住在壽豐，之後我才跟我的家族長期有很多互動。因為我的身分還是客家人，所以客家人排斥我，說我是客家人裡的原住民，我的家族又說，我是原住民裡的客家人，我的心情相當的掙扎，也相當的沉痛。所以民國 94 年的某一天，我去找我的叔叔徐成丸，跟他談談我的心情，結果他跟我說：「美蓮，我告訴你，你不是阿美族，你是撒奇拉雅族，我們族群正名的時候，你一定要回來。」但是問題就來了，因為我的故鄉在瑞穗，所以民國 97 年的 8 月 25 號，我先到瑞穗的戶政事務所拿我的原始資料，民國 100 年的 5 月 2 號，我也到壽豐的戶政事務所去拿了我的原始資料，所以我想要辦理回復我的原住民身分，結果他們告訴我沒有辦法辦理，原因是，第一，爸爸沒有領養的登記證明；第二，民國 45 年的時候，戶政事務所請原住民要回到戶政事務所去辦理登記原住民身分。而我的問題是，民國 45 年，戶政事務所請我們原住民去登記原住民身分，承辦人說我爸爸沒有，但是我看我們的戶籍騰本裡面，在民國 47 年的時候已經有「阿美」兩個字的圓戳章，為什麼戶政事務所不承認我們有原住民身分？這個問題算不算是疏失或是怎麼樣，如果是疏失，那我要如何彌補？例如手續、程序或資料的補正。我想不是只有我才有這個問題，有原住民血統但沒有原住民身分的原住民，一定還是很多。我去了戶政事務所好幾趟，一直沒有辦法辦理，這部分很困擾我，所以在今天這個場合，我一定要提出，是不是有誰可以來幫幫我有這個原住民血統但是沒有這個身分的邊緣人。

發表人（鄭川如 助理教授）：

謝謝美蓮，你的問題其實是很多人都有問題，你說你要去戶政事務所登記，但是不行，或許你可以走行政訴訟，可能要請法扶的律師協助去打訴訟，說不定還可以請大法官釋憲，這是法律的途徑。我自己個人要對你說的是，你如果覺得你是撒奇拉雅的人，你就是撒奇拉雅的人，不需要外面的人給你作認定，謝謝。

徐美蓮 女士：

我在部落已經有十一年的時間，一直在做部落服務，所以也遇到很多問題，因為我沒有原住民的身分，很多地方他們不能信服我，也沒有辦法協助他們，有很多他們的福利，所以這一點，我一直要爭取我應該要回復我原住民的身分。

石世豪 教授：

謝謝，徐女士這個案確實值得深入研究，鄭教授提出的是一個可行的方向，因為戶政最後涉及的是行政處分決定是否合法，要走到這階段的話，可能要具體在訴願或訴訟程序去處理，如果是相關法律本身的問題的話，最後階段可能要到大法官釋憲，您的個案也許可請花蓮法扶分社針對這議題提供訴訟相關協助。

提問人一：

我是阿美族，我這邊延伸剛剛鄭老師所講的，也有點算呼應王老師。我覺得比較好玩的是，在討論原住民議題的時候，今天我們看到的是很多法律人用法的立場，我假設有點像是之前凱撒講過：「我來，我看見，我征服。」可能在西方的狀況是「我看見，我征服，我訂立條約。」台灣的狀況是「我來，我看見，我接管，我審判。」這從頭到尾是用「我」的態度去看。剛剛講到原住民身分法的時候，大家會想到，因為這個身分，會牽涉到權利、義務、原保地的繼承、優惠福利措施等等。講到土地，就覺得原保地的土地問題是因為財產，我們都是用「我們」的觀念去看，我們沒有想過，對於原住民來講，他的名字代表什麼？他的語言代表什麼？他的土地代表什麼？這個可能要請大家一起去想一想，也算是個分享，比如以認同來講，有個問題會是徐女士剛剛提到的狀況；而有一種狀況是，比如我不是原住民，但我認同原住民的文化，甚至我以為我自己是原住民。實際上有出現過案例，非原住民身分者跟原住民身分者共同上山打獵，他就因為身分而無法阻卻違法，這是一個問題。另外一個狀況，比如我是太魯閣族的，可是我現在認同阿美族的生活方式，我可不可以進入到阿美族，變成阿美族的人，這可能將來要到原住民自治法之後，變成國中之國，有個國籍法的規定，可以在部落國設一個族籍，這也是個可以思考的方向，這是我跟大家分享的部分。至於剛剛鄭老師有提到原住民族傳統命名部分，在 2004 年台南師範學院，有一篇楊姓研究生的論文就提到親子連名制，提供給楊老師參考，謝謝。

發表人（鄭川如 助理教授）：

因為時間的關係，所以我簡短回答。一般來講，國際上關於誰是原住民是採「自我認定原則」，到底誰可以說誰是太魯閣族人，應該由太魯閣族人去做決定，而不是由其他的政治體或國家來決定。我們可以看到在 1900 年日本來到台灣的時候，日本人曾經做過傳統慣習調查，也有去針對原住民當時的文化狀況做一些初步的調查。所以，到底怎麼樣的人可以變成泰雅族的人呢？有兩個方式，第一個是出生，你如果在部落出生，一定是。第二個是你可以自己來，比如說我想要變成你們的人、加入你們的團體，就有一些方式，或參加打獵活動，方式有很多種，我們稱為「文化認同主義」。如果假設我們現在很幸運的明年成立一個太魯閣族自治政府，我有權力去決定誰可以成為太魯閣族人，我可能會採取這兩種方式，第一種是血緣主義，第二種，我歡迎大家認同太魯閣族文化，假設你沒有血緣沒關係，你會講太魯閣族語，接受我們的文化，我們就同意給你一張太魯閣族身分證，我覺得這很棒，謝謝。

【主題五】

本國、外國法院有關原住民族 傳統習慣規範判決之深究與評釋

主持人：林江義 副主任委員
(行政院原住民族委員會)

■ 原住民族語言保障法制化之借鏡 —美國原住民語言保障法

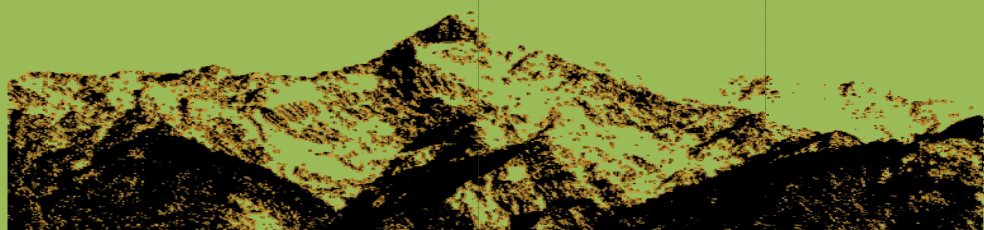
發表人：吳欣陽 律師
(常在國際法律事務所律師)

與談人：江雅綺 助理教授
(世新大學智慧財產權研究所)

■ 台灣魯凱族的百合花崇拜與法律多樣性

蔡虔霖 法官
(臺灣高等法院)

林賢豐 耆老
(阿美族馬太鞍部落)



第三屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會

【主題五：本國、外國法院有關原住民族傳統習慣規範判決之深究與評釋】

原住民族語言保障法制化之借鏡 ——美國原住民語言保障法

吳欣陽

常在國際法律事務所律師

壹、前言

台灣以往於國語運動時代，受到國族主義與同化主義的影響，在語言法制與政策上，採取排他性的單語政策。自 1990 年代以降，排他性的單語政策受到揚棄，語言規劃與政策漸次朝向多元文化的發展取徑。在台灣進行語言規劃典範轉型的同時，美國亦於 1990 年通過原住民語言保障法(Native American Languages Act)，繼之於 1992 年通過原住民語言保障法修正案，又於 2006 年通過艾瑟馬汀尼茲原住民語言保存法(Esther Martinez Native American Languages Preservation Act)，以實際之行動反省過往同化主義之弊端，採取積極作為以保障原住民族之語言。本文即在探討美國原住民語言保障法之發展過程與相關法院判決，以期作為台灣研議相關法制時之借鑑

貳、美國原住民語言法令的歷史背景

美國原住民多年來面臨著多種壓力，造成其語言的流失。依據 SIL 的統計，美國原有 245 種原住民語言，在同化政策的壓力下，雖然其中 176 種尚在使用當中，但有 4 種是作為第二語言而非母語使用，並有 65 種原住民語言已經無人使用。¹以單一語言來計算，納瓦荷語擁有最多使用人口，總計近 18 萬人，第二多的是西歐吉威語，共有 3 萬 5 千人使用，至於其他原住民語使用人口數皆在其下，而且日漸減少。²

表 1：美國十大原住民語³

語言	語言人口	主要地區
納瓦荷 (Navajo)	178,000	亞歷桑那、新墨西哥、猶他
西歐吉威 (Western Ojibwe)	35,000	蘇必略湖地區、蒙大拿、北達科塔
達科塔 (Dakota)	20,355	明尼蘇達、蒙大拿、內布拉斯加、北達科塔
巢克圖 (Choctaw)	17,890	密西西比、奧克拉荷馬
西阿帕契 (Western Apache)	12,693	亞歷桑那、新墨西哥
切羅基 (Cherokee)	11,905	奧克拉荷馬、北卡羅萊納
拖荷諾·歐奧汗 (Tohono O'odham)	11,819	亞歷桑那
中悠皮克 (Central Yup'ik)	10,000	阿拉斯加
東歐吉威 (Eastern Ojibwe)	8,000	密西根
祖尼 (Zuni)	6,413	新墨西哥

美國原住民語的流失可說是政府殖民與同化政策下的結果。早在殖民地時代，來自歐洲的移民便抱著將原住民「文明化」以及「基督教化」的觀點進行殖民活動。⁴美國建國之後國力日漸強大，在 1817 年以後的印第安大遷徙時代文武並進取得更多土地。在許多例子中，美國政府先

¹ *Ethnologue Report for United States*, ETHNOLOGUE: LANGUAGES OF THE WORLD (M. Paul Lewis ed., 16th ed. 2009), at http://www.ethnologue.com/show_country.asp?name=US (last visited Jul. 1, 2012).

² Teresa L. McCarty, *Native American languages in the USA*, LANGUAGE DIVERSITY IN THE USA 48 (Kim Potowski, 2010) citing Benally and Viri 2005; Grimes 1996; NCELA 2002.

³ *Id.*

⁴ Jon Reyhner, *Policies Toward American Indian Languages: A Historical Sketch*, LANGUAGE LOYALITES: A SOURCE BOOK ON THE OFFICIAL ENGLISH CONTROVERSY 41 (James Crawford, 1992).

以軍事力量為後盾，強迫部落簽署合約，但又屢次違約並限制部落申訴或請求的管道；1860 年之後更大量劃定保留區，將印第安人驅趕到保留區之內。⁵就在雙管齊下的方式中，實際上日漸控制更多的土地。

美國建國之後，戰爭雖然是扮演著擴大統治範圍的有效方法，但由於戰爭的花費實在過高，在節省成本的考量下，藉由教育而非戰爭以擴張國土，便成為美國建國後原住民政策的重要環節。因此，自 1802 年起，利用補助傳教士對原住民實施英語化教育，以及灌輸原住民放棄原有土地並向西移動的想法，便成為戰爭以外的拓疆主軸。⁶

然而，由傳教士辦學的政策，隨著美國國力日漸強大也有所改變，這項教育原住民的工作也漸漸由政府直接經營，其中最為有名的，即是專門收容原住民學童的寄宿學校。美國政府以往長期主張由公部門大力推行同化教育，政府當時的態度可以從幾項文件中得知。例如 1878 年印弟安事務委員會（Commissioner of Indian Affairs）的報告中便將寄宿學校視為是讓原住民最快文明化的唯一方法。：

「教育他們的孩童……將他們從父母與部落的影響下移走，並收容在寄宿學校中」、「是讓他們父母乖順的人質」⁷

就在報告出爐的不久後，印弟安事務局（Bureau of Indian Affairs, BIA）更於 1885 年樂觀地預測

如果有足夠數量的保留區寄宿學校建築用來容納所有的學齡印弟安兒童，而且這些建築也可以塞滿印弟安的學童，印弟安問題就會在這些現在才六歲的印弟安兒童學齡內解決。

在這樣的想法下，美國政府設立的寄宿學校從 1878 年的 66 人，以每年平均新增約一間學校的速度，一路成長到 1905 年 9,736 人。⁸寄宿學校既然以同化為目的，代表異質的原住民語言自然在學校內受到壓抑，而「英語唯一」(English Only) 也被嚴格執行。1880 年內政部長 Carl Schurz 即在同化政策的大框架下發布命令，要求教會學校與政府學校都必須使用英語教學，否則聯邦政府將取消補助，⁹在有些地方甚至有鞭打使用原住民語的學童的情形。¹⁰畢竟聯邦政府印弟安事務官員便認為：「野蠻人的方言的應該被一掃而空」¹¹

雖然美國政府對於同化教育的期待甚高，但這些四處設立的寄宿學校卻是成效不佳。寄宿學校大多數的畢業生雖然回到原來的保留區內，但是卻有適應不良的情形；即使是進到白人社會的畢業生，卻也因為種族歧視的關係難以融入外界社會，更只能做些低薪或雜役的工作。¹²印弟安事務局在 1927 年的調查報告中便指出：

設立印弟安寄宿學校的邏輯，是認為將印弟安人文明化的方法在於把印弟安幼童盡量帶離他們的家與家庭生活，這種想法與現代教育和社工的觀點相異。現代的教育跟社工觀

⁵ JACK UTTER, AMERICAN INDIANS- ANSWERS TO TODAY'S QUESTIONS 244-9 (1993).

⁶ Jon Reyhner, *supra* note 4, at 42. 本書同頁提及，仍有少數傳教士積極維護原住民的利益，甚至因此坐牢，像是 Samuel Worcester 在 Cherokees 反對西遷的抗爭中，便是如此。而 Stephen R. Riggs 於 1852 年著成的「達科塔語文法與字典」(Grammar and Dictionary of the Dakota Language) 更是保存原住民語言的重要工具。

⁷ Jon Reyhner, *supra* note 4, at 42.

⁸ Jon Reyhner, *Policies Toward American Indian Languages: A Historical Sketch*, LANGUAGE LOYALITES: A SOURCE BOOK ON THE OFFICIAL ENGLISH CONTROVERSY 43 (James Crawford, 1992).

⁹ *Id.*, at 44 citing AMERICANIZING THE AMERICAN INDIANS 199 (Francis Paul Prucha ed., 1973).

¹⁰ Jon Reyhner, *supra* note 4, at 43.

¹¹ J. D. C. ATKINS, ANNUAL REPORT OF THE FEDERAL COMMISSIONER OF INDIAN AFFAIRS xx-xxiv (Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1887).

¹² Jon Reyhner, *supra* note 4, at 43.

點是把家庭當作最基本的社會組織，並不想要把兒童從家庭中連根拔起。¹³

基於這份報告，John Collier 於 1933 年擔任印第安事務委員後，美國政府開始進行改革，印第安政策也進入了重整時期。在大方向上，1934 年的印第安重組法案（Indian Reorganization Act of 1934）施行後，聯邦政府開始增加對於印第安事務的補助。¹⁴自 1934 年 Johnson-O'Malley Act 開始強調聯邦與各州間之合作，以提供教育所需。¹⁵在這樣的氛圍改革公立印第安學校，強調學校中應教授印第安文化及語言，也採用了數種以印第安語寫作的教科書。¹⁶但這樣的措施僅僅延續短暫時間，在二次大戰後由於保守主義的興盛，在「終結社會主義式的保留區，才能讓印第安人自由」的想法下，Collier 所提倡的雙語教學便戛然而止。¹⁷資料顯示，二戰以後的單語及同化教育不僅趨於嚴厲，而且學童也因此普遍落後白人學生兩到三年的程度，其教學成效著實令人嘆息。¹⁸

在另一方面，使用原住民語作為教學語言的學校則有不同的成果。在美國傳道（American Mission）的寄宿學校中，達科塔語不僅是學習的科目，連小學課本與聖經都是以達科塔語寫成；當學童學會達科塔語之後，才進行英語-達科塔語的雙語教育。¹⁹事實上，先學達科塔語再學英語，由於轉換過程平順進行，反而使得學童最終的英語能力更強。²⁰就在 1880 年聯邦政府要求學校使用英語教學之後，仍然有白人教師私下學習原住民語，也有原住民教師以穿插原住民語言的方式來教學，其教學效果依然較佳。²¹

參、近代美國原住民語言法令的發展

一、美國二戰後的語言法令變革

一般論述美國語言法令之變革時，大多以 1968 年雙語教育法案（the Bilingual Education Act of 1968），²²以及 1974 年的 *Lau v. Nichols* 以降的案例為發展主軸。²³

1968 年雙語教育法案，也就是小學與中學教育法第七章（Elementary and Secondary Education Act of 1968, Title VII），主要是針對移民語言問題而提出的法案。由於 1959 年古巴發生共產革命，許多古巴人民逃向美國尋求庇護，其中不乏受過良好教育的知識份子；古巴難民大多集中在離古巴距離較近的佛羅里達州，在「為西班牙語言使用者使用西班牙語」（Spanish for Spanish Speakers Program）的計畫下，1963 年從邁阿密的珊瑚道小學（Coral Way Elementary School）由三個使用英語的單語教師與三個使用西班牙語的雙語教師為一組教師團，對一到三年級學生使用一半以

¹³*Id.*, at 44 citing THE PROBLEM OF INDIAN ADMINISTRATION (Lewis Meriam ed., 1928).

¹⁴JACK UTTER, *supra* note 5, at 254-5.

¹⁵*Id.*

¹⁶Jon Reyhner, *supra* note 4, at 45.

¹⁷*Id.*

¹⁸Jon Reyhner, *supra* note 4, at 45. 以納瓦荷族為例，在 1973 年美國人權委員會（Civil Rights Committee）的納瓦荷（Navajo）保留區聽證會上，納瓦荷父母陳述他們無法參與子女的教育，而學校的課程安排上也忽視了納瓦荷的文化及語言；一名納瓦荷老師則因為在幼稚園與學童講了納瓦荷語而被懲戒，更被控違反亞利桑那州法律。Jon Reyhner, *supra* note 4, at 45.

¹⁹Jon Reyhner, *supra* note 4, at 44.

²⁰Jon Reyhner, *supra* note 4, at 44. 連要求各類學校只能使用英語的內政部長 Carl Schurz 也認為使用雙語教學的山提修克斯族（Santee Sioux in Nebraska）的情形「也許比其他北方的部落更好」。Jon Reyhner, *supra* note 4, at 43 citing REPORT OF THE BOARD OF INDIAN COMMISSIONERS 77 (1880).

²¹Jon Reyhner, *supra* note 4, at 44 citing OLIVER O. HOWARD, MY LIFE AND EXPERIENCES AMONG OUR HOSTILE INDIANS (1907)& LUTHER STANDING BEAR, MY PEOPLE THE SIOUX 28-9 (1928).

²²Title VII of the Elementary and Secondary Education Act, P.L. 90-247 (1968).

²³*Lau v. Nichols*, 414 U.S. 563 (1974); *Lau v. Hopp*, U.S.D.C., N.D. Cal., No. C 70-627 LHB.

英語教學、一半以西班牙語教學的雙語教學方式。²⁴由於珊瑚道小學成功地培育出得使用雙語說、聽、讀、寫的學生，這樣的教學模式也促成了 1968 雙語教育法案的通過，²⁵要求政府應就雙語教學之計畫發展和研究、人員訓練以及教育資源提供資助。時至 2001 年，美國政府依雙語教育法案每年提供 2 億 9,600 萬美金，資助全國大約一千個教學計畫。²⁶

Lau v. Nichols 一案則是將雙語教育推向全美的另一股助力。*Lau* 案是由墨裔與華裔家長在舊金山所提起的，由於舊金山在 1971 年起進行學制改革，有大約 2,800 個不會或僅會些許英語的華裔學生便散落在各個學區中，其中大約有 1,000 人接受英語補習教育，但有大約 1,800 人則沒有受到額外的英語補習教學。這些沒有受到英語補習的學生便控告舊金山聯合學區（The San Francisco Unified School District; SFUSD）的官員，主張他們在這樣的制度下無法獲得平等的教育機會，等於侵害了他們應受憲法第十四修正案所保障的權利。²⁷本案最後進入聯邦最高法院，法院認為加州教育法（California Education Code）要求英語為學校內的教學用語，因此政策上也應該保證所有的學生都有能力在學校使用英語；而且加州的從六歲起施行強制教育，如果學生的英語能力沒有達到合格的程度，就不能領取畢業證書。²⁸最高法院因此認為，加州並不因為提供每個學生一樣的設備、書籍、教師與課程，就達到平等對待的要求。然而，聯邦最高法院並沒有引用憲法中的平等權規範，而是適用 1964 年民權法案（Civil Rights Act of 1964）第 601 條禁止聯邦補助歧視種族、膚色與原國籍等活動的規定來作出判斷。由於加州聯合學區接受了實質的聯邦補助，而且基於補助準則，學校應該保證特定種族、膚色或原國籍的學生不會被排除在普及教育的範圍之外。²⁹這項準則於 1970 年並將適用範圍擴及到有語言障礙的學生有足夠的工具能夠矯正其缺陷。由於這些事實，聯邦最高法院便認為加州聯合學區應該對缺乏或低語言能力的學生給予適當的補救教學。³⁰由此可知，對於語言平等，美國法制常常從種族、膚色及原國籍平等的角度出發，也就是說，因為一個人的語言與原屬國籍的關係極為密切，所以在於語言所為的歧視，其實就是對於原屬國籍歧視的表現。

雖然二戰後美國原住民追求語言平等的運動時間，類似於西班牙語等其他語言的發展，但是在美國的語言政策論戰中，原住民語一向處於一種奇特的邊陲的位置。幾次論戰中，美國原住民語彷彿就像不存在似的，在重要文獻中看不著討論的影子。比方 1980 年佛羅里達州戴德郡的「反雙語法令」、³¹美語協會的募款宣言、³²以及蓋瑞特的美語協會一文，³³在這些文件當中，獨尊英語人士攻擊的對象，都不是原住民語言，而原住民團體也常常不在聯合反擊的團體當中。³⁴

²⁴Arnilda Badia, *The Impact of the Cuban Exodus on Dade County's Education System*, CUBAN EXILES IN FLORIDA: THEIR PRESENCE AND CONTRIBUTION 145-53 (Antonio Jorge, Robert Cruz & Alicia Diaz et al., 1991).

²⁵*Id.*, at 153-4.

²⁶Patricia Osorio-O'Dea, *Bilingual Education: An Overview*, CRS REPORT FOR CONGRESS (2001).

²⁷*Lau v. Hopp*, U.S.D.C., N.D. Cal., No. C 70-627 LHB.

²⁸*Lau v. Nichols*, 414 U.S. 563 (1974).

²⁹*Id.*

³⁰*Id.*

³¹Ordinance No.80-128 of the Dale County, Florida (1980), available at LANGUAGE LOYALTIES 131 (James Crawford, 1992).

³²U.S. English, *Fundraising Brochure- In Defense of Our Common Language* (1984), available at LANGUAGE LOYALTIES, *supra* note 34 at 143-7.

³³Guy Wright, *U.S. English* (1983), available at LANGUAGE LOYALTIES, *supra* note 34 at 127-9.

³⁴例如 1987 年的英語附加宣言。The English Plus Information Clearinghouse, *The English Plus Alternative* (1987), available at LANGUAGE LOYALTIES, *supra* note 34 at 151-3.

二、美國原住民權利運動的影響

美國在 1960 年代民權運動之後，弱勢族群的權利漸漸受到重視，而美國印第安政策在甘乃迺、詹森時代也漸漸轉向。1970 年代尼克森時期重新強調部落自治與自決的重要，並將此作為聯邦政策的主軸。³⁵聯邦最高法院也在 1970 與 1980 年代的民族自治浪潮下，在數個判例中強調「印第安主權」(Indian sovereignty)，承認原住民於經濟、政治與文化上的自主權。³⁶在這樣的趨勢下，美國原住民語的復甦生機首見於 1968 年的雙語教育法案 (the 1968 Bilingual Education Act)，以及 1974 年的原住民計畫法 (NAPA 1974; the Native American Programs Act of 1974) 第 803 項 C (2)。³⁷聯邦政府因為雙語教育法案及原住民計畫法，重新開始補助雙語教學與原住民語寫成的教材。³⁸在雙語教育法案為背景下，1972 印第安教育法案 (Indian Education Act of 1972) 基於獨特的、教育上的、以及文化上的學術需求及截然不同的語言及文化需求，提供教師與印第安學生特別課程，獎學金，以及鼓勵印第安教育研究者。³⁹而在原住民計畫法施行之後，1975 年自決與教育輔助法 (Indian Self-Determination and Education Assistance Act of 1975，或稱 638 法)，更進一步地藉由補助及契約，鼓勵部落承擔聯邦政府的教育責任，由部落自行決定是否參與補助計畫，如果部落願意的話，資金與決策都會由部落來決定。⁴⁰

雙語教育的開放，以及語言計畫的補助，刺激了保留區的雙語教學，也使得語言復振與原住民語言地位漸有進展。但另一方面，1968 年的雙語教育法案通過之後，英語官方語言運動在另一方面更是加速進行，1978 年雙語教育法案修正案通過，⁴¹新的修正案改為強調雙語教育的目的在於將其他語言過渡到英語，而不是在於維持其他語言的存在。⁴²這樣的修正方向對於原住民語言的保存工作造成極大的影響。由於原住民族的語言教育，並非單純地幫助英文能力不足的民眾適應社會與獲得等量教育的內容，其目的尚有包括「語言復振」(language revitalization) 的需求。也就是說，雖然原住民部落，以及新移民語言的使用者，在外觀與形式上都有雙語教學的需求，但是兩者的根本精神其實不同。新移民語言的雙語教育，存有將新移民語言使用者，融入主流語言社會當中的目的。這是一種過渡性的設計，一旦新移民語言使用者學會了英語，其任務便已完了，至於原生母語的語言能力，其實不是考量的要點；⁴³但是原住民語則是注重原住語的保存與傳承，如果繼續將原住民語言與新移民語言的語言規劃綁在一起，又以新移民語言的語言規劃方向為準，等於將原住民語保存與傳承的工作置於不重要的地位，也等於偏離了語言復振的目標，將原住民語視為外來語言。也因此，將原住民語的語言規劃，以及新移民語言的語言規劃脫勾，更顯得勢在必行。

在另一方面，猶如之前所述，原住民語言在語言論戰中，並不是英語至上人士的主要攻擊對象，因此 1980 年代開始的美語運動 (U.S. English) 以及英語官方化運動 (English as a/the official

³⁵JACK UTTER, *supra* note 5, at 257-8.

³⁶例如 McClanahan v. Arizona State Tax Commission (1973), Santa Clara Pueblo v. Martinez (1978), and Merrion v. Jicarilla Apache Tribe (1982).

³⁷42 USC 2991, 45 CFR 1336 (1974).

³⁸Jon Reyhner, *Policies Toward American Indian Languages: A Historical Sketch*, LANGUAGE LOYALITIES: A SOURCE BOOK ON THE OFFICIAL ENGLISH CONTROVERSY 45 (James Crawford, 1992).

³⁹25 U.S.C. 2651(1972), 20 U.S.C. 1702 (2001).

⁴⁰Public Law 93-638, 25 U.S.C. 450b (1975); Indian Financing Act of 1974, 25 U.S.C.1452, Pub. L. No. 93-262, 88 Stat. 77 (1974).

⁴¹Public Law 95-561, education amendments of 1978.

⁴²Jamie B. Draper & Martha Jiménez, *A Chronology of the Official English Movement*, LANGUAGE LOYALITIES: A SOURCE BOOK ON THE OFFICIAL ENGLISH CONTROVERSY 90 (James Crawford, 1992).

⁴³當然，在語言資源化的想法下，境外語言也是一種資源。

language) 雖然蔚為一鼓浪潮，但原住民語在這樣的大環境背景下，依然有發展的機會。像是北猶特部落事業委員會在 1984 年便宣布猶特語為北猶特 (Northern Ute Nation) 的官方語言；⁴⁴而納瓦荷部落委員會也宣布納瓦荷語「是納瓦荷人生活、文化與認同的基本要素」，並在保留區內教授納瓦荷語。⁴⁵

同一時期，美國亦有改革原住民政策的想法，主要的官方的力量便來自於 1989 年的國會調查報告。參議院下的特別調查委員會在報告中認為：一、現有機構存有許多虛妄、腐敗及錯誤管理的問題；二、聯邦政府家父長式的官僚文化助長上述問題；三、印第安事務局在每個領域中都有管理問題；四、由於在刑事追訴上的較不積極，許多部落的官員都有貪污的情形；五、管理問題也存在於印第安衛生部 (Indian Health Service)；六、假印第安公司承包的情形相當常見；七、理論上國會要負最終責任，但國會向來採取善意忽視 (benign neglect) 的態度。⁴⁶ 這樣的報告導致美國聯邦政府有兩樣重要的調整，第一個是加強中央部會與部落的聯繫，而不是完全倚賴中層局處來執行。具體的作法就是在內政部下組成諮議會 (Advisory Task Force)，由 36 位部落領袖與兩個內政部官員所組成。⁴⁷第二個是下放人事與預算，使部落得以更為自主地控制相關事務，及其預算之分配，由部落直接控制的預算達到了百分之 27。⁴⁸

三、1990 年原住民語言保障法

在以上原因加總之下，配合 1980 年代後期原住民語問題研究中心 (Native American Language Issues Institutes) 舉辦多次國際研討會凝聚共識，由學者的提倡、鼓勵官方加強原住民語的語言規劃工作。⁴⁹美國原住民語的語言復振工作，乃集大成於 1990 年的美國原住民語言保障法 (Native American Language Act of 1990, NALA)。這部法律的特色在於，它的立法基礎並不是將雙語或母語教育作為「由母語過渡到英語」的工具，而是認為「美國原住民的傳統語言是其文化與認同密不可分的一部，並構成了傳遞與延續原住民文化、文學、歷史、宗教、政治機構與價值的基本媒介。」 (Section 103(3))，也就是說，將語言教育作為文化及認同的一部分，將傳遞語言視為傳遞文化及建構認同的方式，肯認語言權是美國原住民族的重要基本權利，而且在法案中明文要求政府得撥款補助相關事務，讓原住民語言規劃工作得以持續分配一定預算。

在肯認原住民語是傳遞與延續原住民文化、文學、歷史、宗教、政治機構與價值等媒介的基本前提下，美國原住民語言保障法有幾項重要條文。首先是第 104 條宣示了該法的八大政策方向 (Section 104)：

1. 保存、保障及提升原住民語言在使用、實作與發展上的權利和自由。
2. 為能夠使用族語教學的教師，在教師資格上開設例外規定，使其得以順利教學。
3. 鼓勵以原住民語言作為教學語言，使得語言得以傳承，教育機會均等，學生得以成功使用，增加文化與歷史上的覺醒與知識，並增加學生的社群自信心。
4. 鼓勵與加強原住民父母、教育者與部落間的合作。

⁴⁴Jon Reyhner, *supra* note 4 at 47 citing Northern Ute Tribal Business Committee, *Ute Language Policy*, 9 TRIBAL SURVIVAL QUARTERLY 16 (1985).

⁴⁵Jon Reyhner, *supra* note 4 at 47 citing NAVAJO NATION: EDUCATIONAL POLICIES (Navaho Division of Education, 1985).

⁴⁶JACK UTTER, AMERICAN INDIANS- ANSWERS TO TODAY'S QUESTIONS 261 (1993).

⁴⁷*Id.*

⁴⁸在諮議會原來的建議則是百分之 86 的預算應下放部落。*Id.*

⁴⁹Jon Reyhner, *Selected Resources on Native American Language Renewal*, TEACHING INDIGENOUS LANGUAGES, at http://jan.ucc.nau.edu/~jar/SIL_Appendix.html (2012) (last visited Sept. 27, 2012).

- 5.肯認原住民語作為教學語言是一項權利。
- 6.肯認原住民語作為原住民事務官方語言的權利，並採取行動。
- 7.將原住民語能力作為一項學術成就，有如外國語能力一樣，例如可作為高等教育的入學或學位條件。
- 8.鼓勵各級學校將原住民語納入課程當中，並授與學分。

在另一方面，美國原住民語言保障法還包括施行成果檢討的要求，由總統負責於施行一年後向國會報告，報告內容並應提出其他法規應配合修正的地方(Section 106)。並另外規定，美國原住民語言保障法的施行，並不阻礙以聯邦經費向原住民教授英語(Section 107)。

從上述條文的內容來看，可以發現幾個特點。

首先，依 Cooper 的定義，所謂語言規劃是指「刻意影響其他人有關於語言習得、結構或功能性分配的行為」，⁵⁰細分的話，可以分為地位規劃（status planning）、習得規劃（acquisition planning），甚至語體規劃（corpus planning）三大部分；用簡化的說法，地位規劃目的在於增加語言的使用，習得規劃在於都加語言的使用者，而語體規劃則在將語言的內容標準化。⁵¹一般而言，政府在從事各類事務時，需要經由一定的行政或事實行為，而政府的行為又需要法律與一般法律原則等等規範為執行依據，也因此本文暫稱政府在進行語言規劃之時，其所使用的規範為「語言法令」。從語言法令涉及語言規劃的內容而言，可以用下表大略表達：

表 2：語言法令涉及語言規劃分類表⁵²

類別	主要內容	手段	目的
地位規劃之語言法令	語言之使用	官方語言化 國家語言化 使用上之禁制 標準化而影響地位	語言復振 維持語言使用 增加語言使用機會 溝通功能
習得規劃之語言法令	加強語言能力	各類團體 教育學校 文學 宗教 大眾媒體 工作	再習得 維持語言使用 語言移轉 外語 第二語言 識字率
語體規劃之語言法令	語言標準化	語言標準化 規則標準化 圖像化（文字化）	現代化 語典 類型化 進階、精緻化 語言純化 語言改革 簡化 專業術語 統一化

⁵⁰ROBERT L. COOPER, LANGUAGE PLANNING AND SOCIAL CHANGE 45 (1989).

⁵¹*Id.* at 31.

⁵²本表係參考 Hornberger 之分類所製作，內容包括 Haugen (1983)、Cooper (1989)、Ferguson (1968)、Hornberger (1994)、Kloss (1968)、Nahir (1984)、Neustupny (1974)、Rabin (1971)以及 Stewart (1968)。Nancy H. Hornberger, *Frameworks and Models in Language Policy and Planning*, in AN INTRODUCTION TO LANGUAGE POLICY- THEORY AND METHOD 29-30 (Thomas Ricento ed., Blackwell Publishing 2006)。Hornberger 亦使用到 Chaim Rabin 的分類法。Bjorn H. Jernudd, *Agency Man*, in LANGUAGE PLANNING PROCESSES 131 (Joan Rubin ed., Mouton De Gruyter 1977) (citing Chaim Rabin, *A Tentative Classification of Language-planning Aims*, in CAN LANGUAGE BE PLANNED? 277-9 (Joan Rubin & Bjorn H. Jernudd eds., Univ. of Hawaii Press 1971))。

就上表的分類而言，1990 年原住民族語言保障法所涉及領域包括語言規劃的三大方面。條文中所宣示的政策目標並非單純的「教授原住民族語」，而是「原住民族語作為教學語言」以及「原住民族語作為官方語言」。這樣的內容已經涉及指定語言使用情境的行為，不是單純有關學習語言或增加語言使用者的規定。就語言規劃的分析來看，這項立法直接規定語言使用，也繼而達到加強語言地位的效果。而在「將原住民族語能力作為一項學術成就，有如外國語能力一樣，例如可作為高等教育的入學或學位條件」，更是含有使原住民族語標準化還有精緻化的要求，這已經是語體規劃的範圍。

第二，1990 年原住民族語言保障法將雙語教育作為標準應行的教學方式，甚至將其權利化，而不是僅僅單純地在課程中置入原住民族語課程而已。前述提及的歷史經驗證明，使用雙語教學的原住民族學生，在於學習成效與跨主流和原鄉社會的生活中，比方強制使用英語的學生，可以獲得更好的效果。

第三，原住民族語言保障法將行政層級拉高到總統的層次，這也使得法規明定由總統負責施行成效，不限於印第安事務局而已，也呼應了 1989 年參議院特別調查會報告中，要求加強中央部會與部落的聯繫，而不是完全倚賴中層局處來執行的作法。⁵³得以利用總統的職權高度，跨越法規施行時在政府內部的橫向壁壘，避免部級行政機關相互因為職權分際，反而成為原住民族語言保障實施工作的最大阻礙。

第四，第 107 條規定：美國原住民族語言保障法的施行，並不阻礙以聯邦經費向原住民族教授英語。也就是說，原住民族語的學習不應作為減少學習主流語言（英語）資源的原因。這樣的立法方式，也是一種「習得優勢語言權利說」（the right to learn the dominant language）的看法。所謂習得優勢語言權利說是一種基於語言工具性權利（instrumental rights）的角度，利用習得主流語言的方式來消除語言障礙，以確保有平等的機會能夠取得有主流社會價值所需的技能和知識。⁵⁴雖然這樣的規定，並沒有處理到習得優勢語言作為義務，以及習得族群語言權利與語言工具性權利間更進一步資源分配的問題，但是卻明白表示所謂語言權利與學習優勢語言的權利，其現實上是兩相存在，而且可以在同一個場域中併存的。⁵⁵

四、1992 年原住民族語言保障法修正案

1990 年原住民族語言保障法施行一年之後，美國政府開始進行檢討，決定擴大語言保障法案的影響範圍，利用修改 1974 年原住民族補助法案的方式，提供各類與原住民族語言有關的資助計畫，進行語言復振的工作。⁵⁶在這樣的背景下，國會通過了 1992 年原住民族語言保障法修正案。⁵⁷

1992 年原住民族語言保障法修正案的內容要點在於修改 1974 年原住民族補助法案，在該法第 803 條 C 項（Section 803C）明列補助原住民族語言有關事項，要求聯邦政府應撥款予符合補助條件的機構，以利原住民族得確保其原住民族語言之存續及生命力。⁵⁸

⁵³JACK UTTER, *supra* note 47.

⁵⁴Ruth Rubio-Marin, *Language Rights: Exploring the Competing Rationales*, LANGUAGE RIGHTS AND POLITICAL THEORY 68-70 (Will Kymlicka & Alan Patten, 2003).

⁵⁵*Id.*, at 73.

⁵⁶Senate Report 106-467 (Oct. 3, 2000) at 3.

⁵⁷Native American Languages Act of 1992, Public Law No. 102-524 (Oct. 26, 1992).

⁵⁸Sections 803C(a), 803C(c), and 803(a) of the Native American Programs Act of 1974 (42 U.S.C. 2991 et seq.); 803C(c)在於規定申請書的內容與格式：「為獲得(a)款的補助，由部長基於部長所要求之特定時間、格式與內容資訊，自該款所述之機構與組織中選擇申請人，但每份申請應至少包括(1)陳述該項依(a)款所申請的補助計畫，其原住民族語現狀的詳細描述，

法規中規定，聯邦政府得將補助款，以一年、兩年或三年等基礎，⁵⁹用於相關原住民語言計畫，尤其是以下六大項目：⁶⁰

1. 建立與支持社區原住民語言計畫，使年老與年輕原住民得一同促進與鼓勵原住民語言能力得以在世代間傳遞；
2. 建立訓練計畫以教授原住民語言予其他人，使其能夠成為該種語言的通譯或翻譯；
3. 發展、印刷及散布用以教授及強化原住民語言的資料；
4. 建立或支持訓練計畫，訓練原住民製作或參與以原住民語言撥放之電視或廣播節目；
5. 編集、譯寫與分析口語資料以記錄及保存原住民語言；以及
6. 購買設備（包括聲音及影像紀錄設備，電腦與軟體）以執行原住民語言相關計畫。

依法案第 803C 條(f)款的規定，有關補助事務的權責在於內政部長，但部長則經由原住民事務局(Administration for Native Americans)執行實際事務，但申請計畫則交由專家委員會來審查，委員會的成員由內政部長在徵集印第安部落與部落組織之建議後，指派特定的組織與條件的人選，例如原住民文化藝術發展所(Institute of American Indian and Alaska Native Culture and Arts Development)所指派之人、依 1965 小學與中學教育法案(Elementary and Secondary Education Act of 1965)第 5135 項所資助之地區教育中心指派之人、專注於原住民語言、原住民文化、研究、發展或訓練等全國、部落與地區組織之代表，以及其他經肯認以原住民語言領域為專長之個人擔任。⁶¹

委員會在編制上是諮詢單位，最終核定的權限仍然在於部長。委員會的主要任務在於審查計畫，提供部長許可的建議名單，並提供有關法規、政策、程序，以及關於本項行政之一般適用規則等發展與執行上之建議。⁶²

補助計畫鼓勵與原有教育機關，例如學校、學院或大學等合作，而且並不是單純提供資金而已。⁶³受到補助的計畫，如果有產出成品，會送交原住民文化藝術發展研究所，或依受補助人之意思送至類似資料之全國性或地區性保存所；但相關部落得在一定條件下決定不送交備份、限制或禁止使用備份。⁶⁴

從法規的內容來看，這項法案主要在於提供資金上的後援，用補助計畫的方式鼓勵地方自主性地從事語言保存與活化的行動，特別是將活動場域擴大到學校之外，進入社區與部落當中，並將還會使用族語的老人視為重要資源，提供他們與年輕人之間語言傳承的機會；也利用了科技技術保留語音，和開發大眾傳播的相關資源。

包括現存用以支持該語言之方案或計畫，如果有的話；(2)申請補助的詳細計畫內容；(3)符合(a)款規定目的之目標；(4)詳細的執行步驟；(5)認定再申請的機會與計畫為其他原住民所用之機會；以及(6)對於未來世代的原住民與其他相關人士的益處」。

⁵⁹Section 803C(e)(2) of the Native American Programs Act of 1974 (42 U.S.C. 2991 et seq.), 803C(e)(1)則為補助限制與來源規定。依 1992 年原住民語言保障法第 3 條的規定，補助預算總額於 1993 至 1997 年為每年二百萬美金。

⁶⁰Section 803C(b) of the Native American Programs Act of 1974 (42 U.S.C. 2991 et seq.)；在六大目標中，與電視節目有關的最大特點在於，內政部長被授權與製造及發行字幕解碼器之非營利組織簽署協議，該協議係為執行一項建設計畫以確定 BIE 學校採用之字幕化教具的有效程度，詳見 1992 年原住民語言保障法第 4 條，亦即美洲原住民教育扶助法案(Native Americans Educational Assistance Act)。

⁶¹Section 803C(f) of the Native American Programs Act of 1974 (42 U.S.C. 2991 et seq.).

⁶²Section 803C(f)(2)(C) of the Native American Programs Act of 1974 (42 U.S.C. 2991 et seq.).

⁶³Section 803C(d) of the Native American Programs Act of 1974 (42 U.S.C. 2991 et seq.).

⁶⁴Section 803C(f)(2)(D) of the Native American Programs Act of 1974 (42 U.S.C. 2991 et seq.).

五、2006 年艾瑟馬汀尼茲原住民族語言保存法

2006 年艾瑟馬汀尼茲原住民族語言保存法(Esther Martinez Native American Languages Preservation Act, 以下簡稱 2006 年語言保存法), 是針對 1974 年原住民族補助計畫 803C 條的規定,⁶⁵ 主要在於增加「原住民族語言巢」(Native American language nests)、「原住民族語言保存學校」(Native American language survival schools) 和「原住民族語言復興計畫」(Native American language restoration programs) 的設置, 並在法案中規定政府預算應編列至 2012 年, 以確保相關事務的執行。⁶⁶

依 2006 年語言保存法, 「原住民族語言巢」被定義為以固定場所為基礎的教育計畫, 每個語言巢的設置在於藉由「使用原住民族語言」, 為至少 10 個未滿 7 歲的兒童, 平均每年提供 500 小時的教導及幼兒照顧; 並以原住民族語作為教學語言, 提供語言巢學生之父母(或監護人)進修課程。⁶⁷

另一方面, 「原住民族語言保存學校」則是以固定場所為基礎的學齡兒童教育計畫, 為至少 15 名以原住民族語言保留學校為主要學習處的學生, 以一種或數種原住民族語為教學語言, 提供平均至少 500 小時的教學。⁶⁸ 語言保留學校還用以發展原住民族語和以原住民族語教學的教學課程與材料, 並提供教師訓練。⁶⁹ 語言保存學校的對象專注於學齡兒童, 並希望學生們達成流利使用原住民族語、具有一定學術能力(數學、閱讀或文學、科學), 以及能夠身處高比率之原住民族學生當中。⁷⁰

除了語言巢和語言保存學校以外, 2006 年語言保存法還規定了「原住民族語言復興計畫」, 也就是在社區中經營至少一種原住民族語言計畫, 用來提供原住民族語教師訓練課程、發展教學材料、增加至少一樣原住民族語之語言能力與流利度, 而且以至少一種原住民族語提供教學。⁷¹

細分的話, 「原住民族語言復興計畫」包括:⁷²

1. 「原住民族語言計畫」(Native American language programs), 例如原住民族語為教學語言、語言及文化營隊、教育機構(例如在地大學或學院)合作計畫、學徒式的語言學習, 以及服務地理上散居的學生。
2. 「原住民族語言教師訓練計畫」(Native American language teacher training programs), 例如為得流利使用原住民族語之人的翻譯訓練計畫, 為原住民族語教師而設的訓練計畫, 為學校教師得利用原住民族語材料、教具及互動媒體以教授原住民族語的訓練計畫; 以及
3. 「原住民族語言材料開發計畫」(the development of Native American language materials), 例如書籍、聲音與影像器材, 以及互動媒體的計畫。

2006 年的語言保存法, 則是進一步將 1992 年原住民族語言保障法系統化和組織化, 並將過往較有成效的語言計畫彙整出來, 作為其模板式的語言計畫形態。就法案的內容而言, 可以看出以原住民族語作為教學語言, 而不是單純將原住民族語作為學習科目之一的語言巢與語言保存學校

⁶⁵Section 2, Esther Martinez Native American Languages Preservation Act, H.R. 4766 (2006).

⁶⁶Section 4, Esther Martinez Native American Languages Preservation Act (2006); 參議院已提案將相關補助延續到 2017 年。Senate Bill, S.3546 (introduced Sept. 13, 2012).

⁶⁷Section 2, Esther Martinez Native American Languages Preservation Act (2006).

⁶⁸*Id.*

⁶⁹*Id.*

⁷⁰*Id.*

⁷¹Section 2, Esther Martinez Native American Languages Preservation Act (2006); 於申請補助以執行任何(b)項(7)(B)之目的者, 申請者應提出三年以上經營與管理原住民族語言保存學校、原住民族語言巢或其他任何以原住民族語進行的教育計畫的證明。

⁷²Section 2, Esther Martinez Native American Languages Preservation Act (2006).

等方式，其實在於保存原住民語言，以及培養原住民語言使用者的目標上，最能發揮成效。

肆、美國原住民語言法令的現狀與困境

在語言保障系列法案之下，各種危急程度的語言，⁷³都有獲得計畫補助的例子。以沃龐拿克語為例（Wôpanâak，或稱 Wampanoag、Natick、Massachusetts），以美國東北角為居住地的沃龐拿克族人，目前僅存 3,000 人左右；而且事實上最後一個母語人口其實已經在 1908 年就過世了。⁷⁴但是在這樣的情形下，族人利用 19 世紀的字典、信件、日記還有法律文件為素材，並自 1993 年開始施行「沃龐拿克語再興計畫」（Wôpanâak Language Reclamation Project），也成功編出字典而且設計出原語課程和所需教材，開始教導沃龐拿克兒童傳統語言。⁷⁵

在加州則有所謂的「加州師徒制語言學習計畫」（California Master-Apprentice Language Learning Program, MALLP）。加州目前共有 15 種原住民語言仍在使用的當中，但是沒有任何一種成為原住民兒童的第一語言。⁷⁶MALLP 採取的師徒制，將老人家與年輕的語言學習者互相搭配，以數個月甚至數年的時間，參與 MALLP 舉辦的語言或文化營隊，一同進行特定事務；年輕人在這樣的制度下，在會話上的流利度有明顯的成長，也成為其他語言進行語言復振時，值得參考的模式。⁷⁷

更顯著的例子來自於夏威夷的「阿哈普娜娜李歐語言巢」（Aha Pūnana Leo Language Nest）與納瓦荷的雙語學校（Navajo Immersion School）。夏威夷的原住民文化和語言保存者，在 1983 年已經開始進行嘗試語言巢模式。在今日，語言巢已經成為 2,000 名學生的語言學習場地，而且裡面的學生不僅僅是原住民，也包括了非原住民，共同在語言巢中學習夏威夷的傳統語言和文化；由資料可知，語言巢模式已經成功地培養出新的語言世代，並且創造出支持夏威夷語言傳承的助力。⁷⁸納瓦荷的雙語學校模式，以納瓦荷語作為教學語言，從 1995 年與 2006 年的比較資料來看，雙語學校培養出納瓦荷語及英語的雙語人口；而且學生的閱讀、數學等教育指標仍然維持水準，但學生對自己的文化背景則產生了相當的自信心。⁷⁹

再者，除了學校的學生以外，補助計畫的最大影響群體就是有關學校外的社會教育與大眾傳播媒體。在部落自發性計畫為主的情形下，熱情與創意較強，搭配新式科技的應用，如 CD-ROM、各類視聽軟硬體和電腦科技等等，都有長足的發展。⁸⁰

雖然有上述激勵人心的例子，但是法律通過並不是一勞永逸的妙方；在實際的執行上，美國原住民語言的傳承，仍然面臨著嚴重的考驗。語言保障法相關法制的施行面臨的第一個問題，就是能夠以原住民語言教學的師資還是不足。國家教育統計中心 2008 年的統計報告便指出，只有不到 5% 的師資是原住民教師，因此可以得知，以原住民語教學的困難所在。⁸¹

第二個問題在於，規範的內容以印第安事務局轄下的 BIE 原住民學校為主，而相關規範也是在 BIE 學校中，才有較強的執行力。依照 2009 年前後全國教育統計網（National Assessment of

⁷³在這裡是指 Krauss 的 A 到 E 級的語言危急分類。Teresa L. McCarty, *supra* note 2, at 61-2.

⁷⁴Teresa L. McCarty, *supra* note 2, at 62.

⁷⁵Teresa L. McCarty, *supra* note 2, at 62.

⁷⁶Teresa L. McCarty, *supra* note 2, at 63.

⁷⁷Teresa L. McCarty, *supra* note 2, at 63.

⁷⁸Teresa L. McCarty, *supra* note 2, at 63-4.

⁷⁹Teresa L. McCarty, *supra* note 2, at 64；其中最著名的就是 Tsehootsooi Dine Bi'olta'。

⁸⁰Teresa L. McCarty, *supra* note 2, at 58-9. 媒體的發展限於篇幅，暫不詳述。但在此必須提及一份有名的報紙，也就是「切洛基鳳凰報」（Cherokee Phoenix），這份報紙自 1828 年 2 月 28 日創刊，迄今仍在發行當中，讀者以切羅基族群為主，遍布喬治亞、阿拉巴馬、田納西、北卡羅萊納、阿肯隆斯、奧克拉荷馬與德州。Teresa L. McCarty, *supra* note 2, at 59.

⁸¹Teresa L. McCarty, *supra* note 2, at 60.

Educational Progress, NAEP) 的統計資料而言, BIE 原住民學校的學生, 僅佔所有原住民的一成左右。⁸²也因此以整體原住民學生而言, 87%的學生仍然只用英語為唯一教學語言, 而 77%的 4 年級學生, 和 82%的 8 年級學生, 「幾乎沒有」使用過原住民語言。⁸³

第三個問題就是, 即使在 BIE 學校, 規範執行仍具力有未逮之時。雖然 BIE 學校的學生, 在原住民語言環境上佔有較大的學習優勢, 但是 46%的 4 年級學生與 49%的 8 年級學生仍然以純英語教學。⁸⁴如果詢問 BIE 學校的 8 年級原住民學生, 是否使用原住民語與他人交談? 只有 23% 回答「每天或幾乎每天」, 13%稱「每週一至兩次」, 但 41%則回答「從未或幾乎沒有」。⁸⁵

最後, 原住民語言保障系列法案也遭受到來自其他法律面的夾擊, 尤其是所謂的「一個都不能少法案」(No Child Left Behind Act)⁸⁶, 法案的內容在於統一美國全國學童的學科測驗標準, 將閱讀、數學和科學列為指標性科目, 希望讓每一個學生都能達到一定標準。這樣的法案雖然立意良善, 但是由於是全國統一的指標學科, 顯然閱讀只能以英語為主, 原住民語在這樣的法案下等於被邊緣化。而且原住民學生如果僅以英語作為閱讀指標, 等於讓學生再怎麼樣在原住民語的學習上努力, 卻仍然在英語閱讀指標上處於落後的位置, 不利於原住民學生, 也等於原住民學生為了達成與其他學生一樣的指標, 學習原住民語反而變成一個都不能少法案下的一種負擔。⁸⁷

伍、結論

美國於 1990 年通過原住民語言保障法, 繼之於 1992 年通過原住民語言保障法修正案, 又於 2006 年通過艾瑟馬汀尼茲原住民語言保存法, 以實際之行動反省過往同化主義之弊端, 採取積極作為以保障原住民族之語言發展。

不同於台灣在形式上施行公民政治權利與經濟社會文化權利等兩人權公約, 美國雖然向來自詡為人權大國, 但是其人權法制與聯合國一般通制並不相同, 而是自成一格。由於美國並沒有施行經濟社會文化權利公約, 對於公民政治權利公約也是留有多條保留條款,⁸⁸因此美國在相關語言法制上表現出一項重要的特徵, 就是將語言依附在某個基本權上來論述語言權利, 所強調的是, 因為語言的不同而導致其他基本權利的侵害, 在這樣的思惟下, 自決權、文化權取向的語言保障便成為美國原住民語言保存法制上論述的主軸。

就立法內容而言, 美國原住民語言保存法制是以語言復振為最大目標, 法制廣度遍及語言規劃三大領域, 而且採用雙語教學或單項補助計畫的方式為主。在雙語教學方面, 語言巢和雙語學校的成效最佳; 而在補助計畫方面, 則鼓勵地方與部落自主性地提出計畫, 由專家委員會審查後, 再經由內政部撥款支持, 由於是自主性的計畫, 因此實行的熱情與深度, 也會有較佳成果。

⁸²MARY ANN ZEHR, *Most American Indians Receive English-Only Instruction*, EDUCATION WEEK - LEARNING THE LANGUAGE (June 30, 2010), http://blogs.edweek.org/edweek/learning-the-language/2010/06/most_american_indians_receive.html (last visited September 30, 2012). 當然, 也許是施行時間尚短使然, 上述的統計並沒有明確地將「語言巢」或「語言保存學校」區分出來。

⁸³*Id.*

⁸⁴*Id.*

⁸⁵Mary Ann Zehr, *Revisiting the Native American Languages Act of 1990*, Education Week - Learning the Language, http://blogs.edweek.org/edweek/learning-the-language/2010/07/revisiting_the_native_american.html (last visited August 30, 2012); 進一步資料請參見 NATIONAL ASSESSMENT OF EDUCATIONAL PROGRESS, NATIONAL INDIAN EDUCATION STUDY 2011 (2012)& National Assessment of Educational Progress (NAEP), NIES 2011: National Summary, http://nces.ed.gov/nationsreportcard/nies/nies_2011/survey_sum.asp (last visited September 03, 2012).

⁸⁶No Child Left Behind Act, Public Law No. 107-110 (Jan. 8, 2002).

⁸⁷在許多州則是以降低標準的方式讓學生通過測驗。NATIONAL CENTER FOR EDUCATION STATISTICS, MAPPING 2005 STATE PROFICIENCY STANDARDS ONTO THE NAEP SCALES (2007).

⁸⁸美國於 1977 年 10 月 5 日簽署了公民政治權利公約 (ICCPR), 並於 1992 年 6 月 8 日在批准; 雖然美國亦於 1977 年 10 月 5 日簽署經濟社會文化權利公約 (ICESCR), 但迄今並未批准。

從美國經驗來看，可以印證「語言使用決定語言規劃」的觀點。也就是說，原住民語言進行語言復振的要素，並不在於單純在學校中教授樣板式、少時數而且聊勝於無的原住民語課程，而是在於利用各種形式和提供各類誘因增加語言的使用機會，從「學語言」進階到「用語言」，才是正辦，值得我國在進行相關法制研議時的參考。

第三屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會

【主題五：本國、外國法院有關原住民族傳統習慣規範判決之深究與評釋】

台灣魯凱族的百合花崇拜與法律多樣性

蔡虔霖

臺灣高等法院法官

壹、前言

司法院已訓令台灣 9 個 1 審法院自 102 年 1 月 1 日起，須設立審判原住民案件的專庭或專股¹。適筆者參加 101 年 10 月 13 至 14 日在花蓮縣舉行，由行政院原住民族委員會主辦、東華大學承辦的「第三屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會」，爰不揣淺陋，修正報告論文，以慶賀此劃時代原住民法制的誕生。

世居屏東縣霧台鄉的魯凱族，遍地佈滿野生的百合花，歷史傳沿有個百合花崇拜的傳統。百合花象徵女性的純潔，一般而言，魯凱族的婦女會在頭髮上插上百合花。但是，假如頭目或長老認為某婦女之行為不端，渠等可取下該女頭髮上的百合花，該婦女即終生不得再插百合花於髮上，未插百合花於髮上的魯凱婦女，即無法見容於該族群²。誠如 Melissaris, E 所謂的：

整體而言，對一個團體或社會內的成員有拘束力者乃是被隔離的恐懼，因為對許多團體，此經常是違反規範的處罰³。

上述原住民規範，集起訴、審判、執行於一行爲，且無上訴制度⁴。絕無現行司法制度所爲人詬病的訴訟延宕且執行不力之問題。一般認爲魯凱族是一道德規範嚴謹、社會秩序井然的社會。其由傳統規範所形成的約束較諸國家法律誠不遑多讓。

貳、原住民法制

到了 1960 年代，全世界逐漸揚棄昔日對原住民的同化政策，代之以多元文化（multiculturalism）的尊重及法律多樣性⁵（legal pluralism）。台灣亦緊跟此一世界潮流於民國 94 年 02 月 05 日公布原住民族基本法。尤其第三十條規定：

政府處理原住民族事務、制定法律或實施司法與行政救濟程序、公證、調解、仲裁或類似程序，應尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化及價值觀，保障其合法權益，原住民有不諳國語者，應由通曉其族語之人爲傳譯。

政府爲保障原住民族之司法權益，得設置原住民族法院或法庭。

在加拿大，原住民法、習慣法及傳統當然對原住民的權益攸關重大。例如，最近 Stellaquo 族的收養法在 *Casimel v. Insurance Corporation of British Columbia* 乙案即爲該國的普通法（common law）及憲法所承認⁶（recognized）。誠如 Dickson 院長在 *R.v. Guerin* 所述：

¹ 包括桃園、新竹、苗栗、南投、嘉義、高雄、屏東、台東、花蓮，見司法院 101 年 10 月 8 日院台廳司一字第 1010028460 號函。

² 此段談話是約民國八十九年筆者偕外交部人員陪同一美國聯邦第七巡迴上訴法院法官至屏東縣霧臺鄉訪問時，時任鄉長杜傳先生所告知。習慣法的適用，如何證明有該習慣存在爲重要課題，而耆老的口述，爲重要來源，杜傳鄉長的口述，當之無愧爲耆老口述。除了魯凱族，泰雅族亦有該族自行運作的規範 *Gaga* 見 Kuan, Da-Wei Yen, Ai-Ching “Traditional Institution and the Institutional choice: Two CPR Self-Governing Cases of Atayal tribe in Taiwan indigenes” <http://hdl.handle.net/10535/1616>.

³ Melissaris, E., “The More the Merrier? A New Take on Legal Pluralism” (2003) 13(1) *Social and Legal Studies* 60.

⁴ 於前揭研討會，童春發教授在報告其論文“原住民族傳統司法正義：以排灣族爲例”口頭報告提到，排灣族對於犯錯所作的處罰，其行爲人只能到瀑布去對著天地、祖靈去「上訴」。

⁵ John Borrows *Recovering Canada: The resurgence of indigenous law* (University of Toronto press: 2002) at 211.

⁶ *ibid* at 8.

普遍而言，原住民法制與非原住民法制可併存不悖而可互助合作。原住民的主權及權益不能完全臣服於國家主權及權益，否則將無以從加拿大的主流族群中去保障原住民的權益⁷。

當然，國家與原住民族群本來就存在著本質上的衝突。前者要求絕對的服從於單一的國家文化及個人權益。而後者期望對多元文化的尊重及國際上對其集體權利的承認⁸。

亙古長存的原住民法，其法律上的地位在加拿大聯邦最高法院於 *Mitchell v. M.N.R.* 乙案中灼然自明。院長 *McLachlin* 很清楚的指出：

普通法接受原住民族群擁有既有法律及利益，並承認其永續地位⁹。

她繼續指出：

原住民的利益及習慣法將繼續存在以維護其尊嚴，並被吸納進入普通法中成為其權利。

原住民法在普通法（尤其自 1982 年憲法以來）中的地位洵致原住民法亦可成為現代定紛止爭的工具之一¹⁰。

對原住民而言，有不同的機制去規範社會。例如在美國 *Navajo* 原住民法院以故事為審判的大前提（規範）。在一件出名的案子 *Re Certified question II: Navajo Nation v. MacDonald.* 案中，*Navajo* 法院提及一個關於該族創立之初制伏妖怪及解決許多困難之二個孿生英雄的故事¹¹。以古老的傳說為斷案的依據，此乃 *Eugen Ehrlich* 所謂的活的法律（*living law*）¹²。

加拿大法院適用原住民法可以制衡強大的非原住民法以發展其別具特色（*sui generis*）原則，並可加強確認法律乃中立而沒有歧見的。別具特色原則容許融合普通法及原住民法¹³。

在 *R.v. Delgamuukm* 案 *Lamer* 院長寫到：

原住民與其傳統上擁有的土地的關係是持續且早於歐洲來的殖民者，既較早且持續足可對非原住民族群主張權利。因此，這別具特色原則所形成的原住民權利證實了原住民法的繼續存在¹⁴。

基此，原住民法被視為有別於國家法，乃是一特別的法，而國家法則在其轄下規範其管轄區域及制度。

⁷ 其原文如下：In general, Aboriginal and non-Aboriginal legal sources were consistent with each other and could operate together. Aboriginal title and sovereignty must not be unilaterally subject to Crown title and sovereignty because this would miss to protect Aboriginal peoples from the majority in Canada. *Ibid* at 134.

⁸ Rudolph C. Ryser, "State Craft, Nations and Sharing Governmental Power, in Seminar on Arrangements for Self-Determination by Indigenous Peoples within National States. *Indigenous peoples' experiences with self-government: proceedings of the Seminar on Arrangements for Self-Determination by Indigenous Peoples within National States*" edited by W.J. (1994 : Law Faculty, University of Amsterdam) at 93.

⁹ 原文為：English law... accepted that the Aboriginal peoples possessed pre-existing laws and interests, and recognized their continuation.

¹⁰ 原文為：Aboriginal interests and customary laws were presumed to survive the assertion of sovereignty, and were absorbed into the common law as rights. The common law (and since 1982 constitutional law) status of Indigenous law is what makes possible the submission that Aboriginal laws have relevance in contemporary legal disputes. John Borrows, *supra* note 6 at 11. [2001] 1 S.C.R. 911.

¹¹ *Ibid* at 13. 此孿生英雄的故事詳見 Robert Yazzie, "Navajo Traditional Concepts & Methods of Justice" 收錄於前揭研討會論文集 161~172.

¹² John Borrows, *supra* note 5 at 13.

¹³ John Borrows, *supra* note 5 at 9, 12. "Sui generis" 是拉丁文的專有名詞，其意為：自我形成、獨一無二、文義上乃自我形成一獨特的種類或族群。John Borrows, *ibid* at 9.

¹⁴ John Borrows, *ibid* at 11。王順文"多元主義與我國原住民自治之相關立法"國家政策論壇季刊夏季號(92年4月)。

此種法律的多樣性，Anne Griffiths 稱之為強大、深入或新的法律多樣性。她稱：

此種強大、深入或新的法律多樣性提供了一完全的機制。它認可法律多樣性存在於所有的社會。也就是有多樣的機制以規範其所屬成員而毋庸依賴國家去認可其權威。

此種分析，促使原住民積極尋求國際社會的支持，並揭櫫人權為標桿的自決權或文化權或土地的訴求。他們尋求國際的、全國的及地方的權利架構以期能達成目的¹⁵。

此點於 R.v. Delgamuukm 乙案 Lamer 院長認為：

原住民權利的別具特色原則乃是由於它早於主權存在之前。

他更進一步的寫道：

原住民權利之所以別具特色乃是緣於其特性無法完全單從普通法的財產權或原住民法的財產習慣加以解釋。其他各種原住民法亦然，它必須同時由普通法及原住民法一起了解¹⁶。

在 1960 年代原住民主義的覺醒下，全球的原住民基於文化的多樣性、去殖民地化、及民族自決，引起尋求成立國家的法律地位¹⁷。台灣的原住民深受此種國際原住民權利影響，在國內主張其權利。他們利用此最新國際原住民權利運動及法律以順應及加強國家的認同及權利¹⁸。

參、法律多樣性

儘管法律多樣性 (legal pluralism) 在學界的討論日臻普遍，但此名詞迄未被仔細檢視¹⁹，無怪乎 Ezra Zubrow 稱此概念仍為滑動的 'slippery'²⁰。職是，法律的多樣性仍非法律專業人員及社會科學家常用的概念。

從法律專有名詞而言，Hooker 稱：乃二種或多種的法律交互作用，此經常可見於殖民地法制或發展中國家的法律進程中²¹。一種為主控的法制，另一則為從屬。這兩種制度互相作用及支配²²。他區分法律制度為主控及附屬。前者形成國家的機關而後者乃因需求而存在，形成附屬於主控制度的形式²³。

Arthurs 亦稱法律的多樣性之組成乃主要法則及次要法則。主要法則乃是社會上的群眾自動

¹⁵Anne Griffiths "Legal Pluralism" in Banakar, Reza & Max Travers eds, *An introduction to law and social theory* (Oxford ; Portland, Or. :Hart, 2002) at302,310.

¹⁶Ibid.

¹⁷Scott Simon, Awi Mona" *Imagining First Nations: Indigenous Nationalisms in Taiwan and Canada*" <http://www.socialsciences.uottawa.ca/communities09/en/documents/Simon-Mona.doc> 10.

¹⁸Stephen Allen "Establishing Autonomous Regimes in the Republic of China: The Salience of International Law for Taiwanese Indigenous Peoples" (2005) 4 *Indigenous L.J.* 168 at 183.

¹⁹Alice Erh-Soon Tay." *Legal Culture and Legal Pluralism in Common Law, Customary Law, and Chinese Law*"1996.26 *Hong Kong L.J.* 194.at 1.

²⁰Ezra Zubrow, "The impact of folk law on the development of the early state" in Harold W. Finkler compiled, Canada. Dept. of Indian Affairs and Northern Development. *Papers of the symposia on folk law and legal pluralism, xth international congress of anthropological and ethnological science, Vancouver, Canada, august 19-23, 1983* at335.

²¹Hooker, M. B. *Legal pluralism: an introduction to colonial and neo-colonial laws* (Oxford: Clarendon Press, 1975) at 6.

²²Mireille 認為多樣性同時提供兩種法律秩序既非完全獨立，亦非完全從屬。See Delmas-Marty, Mireille. *Towards a truly common law* (Cambridge University press 1994) at 73.

²³Hooker, supra note 21 at 444.

制約行為；而次要的法則乃是由司法或立法機關所制訂出來的。法律必須由有意創造或使用它的國家或團體或組織緊密纏繞。法律在內容、原因及效果上遠較原來的模型複雜，此稱為法律多樣性²⁴。法律多樣性乃是融合社會、政治、經濟內涵的歷史性組成²⁵。

而普通法（Common law）制度，由於是習慣法逐漸形成的制度，漸漸地透過立法機關的認可形成法規，故習慣為法律的重要部份²⁶。Charles Mcilwain 在對英國國會的研究中指出，直到十七世紀末，國會的立法功能仍不彰。其主要功能並非制訂法律而是宣告法律，司法角色重於立法角色²⁷。

昔日羅馬法創設超乎羅馬習慣及傳統的精緻而決定性的特殊條款，以便規範關於羅馬及非羅馬人與二者皆屬外國人之案件。在五至十世紀間，許多屬於西羅馬帝國的歐洲地區發展出多樣化的法律制度以便分別管理，一法以規範羅馬人、他法則規範其國內人民。一直到數世紀後才有單一的以規範所有人民的法律出現。最後，此種單一的法律成為主流。然而，許多的基本的原則及法律推定精神乃來自羅馬的私法。羅馬法之所以能通行全歐乃伴隨著許多殘忍規定及破壞舊有、好的傳統²⁸。

早期的思想家、人類學家及法學家與法律多樣化的理論之形塑有關。首推法國的思想家布丹（Jean Bodin），在 1576 年之著作中特別注意法律的文化層次。其次孟德斯鳩（Baron Charles de Secondat Montesquieu（1689-1755））在 1721（*Lettres persanes*）及 1748（*De l'esprit des Lois*），二著作中，闡釋謂：早於人類的制定法存在著某種永恆的準則，為人類智慧所承認。英國的最早拓荒者則為邊沁（Jeremy Bentham），受孟德斯鳩的影響。他認為法律並非只是抽象的好或壞，而是要看適用該法律的特定人民及相關的方式、習慣及客觀環境²⁹。

奧地利的法學家 Eugen Ehrlich（1862-1922）最早從事於深入的合法性論述，但尚未明白的談及法律多樣性。他主張：雖有國家法存在，但是在社會上配合其他的要素存在著相等或甚至超越的影響力存在。Ehrlich 相信此種法來自社會生活實際且較國家法律更能相倚社會脈動。他是第一個揭櫫活的法律“living law”³⁰概念的人。

Ehrlich 認為雖然活的法律來自社會現實且比國家法律更具有社會強制性，但仍不得不承認國家法律具有某些強制的特性。他以一句話闡釋他的理論：法律發展的重心，從古至今，並非在於立法、法學或司法的決定，而在社會本身。Ehrlich 的活的法律的思想如下³¹：活的法律乃指法

²⁴H. W. (Harry William). "Without the law": administrative justice and legal pluralism in nineteenth-century England (Toronto: University of Toronto Press, 1985 at 2-3.

²⁵Franz Von Benda-Beckmann "Changing legal pluralisms in Indonesia" in Commission on Folk Law and Legal Pluralism. *Proceedings of the VIth international symposium, Ottawa, Canada, August 14-18, 1990*(Ottawa: The Commission, 1991).at 620.

²⁶Shaskolsky 認為法律只有在為政府機關所承認方有效。Sheleff, Leon Shaskolsky. *The future of tradition: customary law, common law, and legal pluralism* (London, Frank Cass 2000) at 70.

²⁷Ibid at 80.

²⁸Tay- Sheng Wang, *Legal reform in Taiwan under Japanese colonial rule, 1895-1945: the reception of western law* (University of Washington press, 2000) at 3.

²⁹Werner, Menski. *Comparative Law in a global context-The Legal Systems of Asia and Africa* 2d. (Cambridge University Press 2006) at 87.

³⁰就如 Shaskolsky 所謂：紛爭解決的標準及程序直接來自人們的生活及實際的社會。See Shaskolsky supra note 26 at 1.

³¹其他相類的想法有：“用來行動的法”，意即在書本上的法律及用來行動的法律本來即存在上隔閡或缺乏良好互動。See Kevin E. Davis & Michael J. Trebilcock "The Relationship between Law and Development: Optimists versus Skeptics" *The American Journal of Comparative Law*" (fall, 2008) 56 Am. J. Comp. L. 895. at 5.

律並非存於文件上而是貫穿整个人生。其知識來源乃超乎所有現代法律文件上，而直接觀照人生、交易及一切活動，包括所有習慣、風俗及組織，不論被承認合法或被漠視或邊緣化甚至被視為非法。³² Ehrlich 的活的法律乃被 Chiba 提出於法律多樣性的模型上，引起全球法律分析學者的聚焦³³。然而“法律多樣性”成爲歐美法學界的認可乃 Barry Hooker 在 1975 年有關法律多樣性的著作首啓其端³⁴。對於 Ehrlich 的“活的法律”學派而言，所謂活的法律乃是此種要素緊密嵌入社會生活的纖維中³⁵。Jianwei, Zhang 認爲非官方管理途徑及官方管理途徑交織成多樣的社會控制制度³⁶。Werner Menski 稱此種非官方的管理途徑爲自我控制的秩序 (self-regulatory order)³⁷。

但實證法學派的巨擘 John Austin 對法律的定義乃指“主權者的命令，且須具有正式的文法”³⁸。似乎法律無法由非主權機構的管道而產生。在此定義下，法律多樣性即無由產生。Dicey 所謂的依法而治 (rule of law)，此處的“法”乃指：

爲一般法庭所運作的普通的法律。乃法治，非人治。只有一般的法律及法院符合此原則，非常規的法律及組織不值得等同法律及法院般服從，縱令渠等並未完全與依法而治原則相悖³⁹。

Austin 的思想在法理學上的地位已大不如昔，實定法學派也不如以往學理上的嚴格。例如領導學者 H.L.A. 採用一種較開明及彈性的程序。他結合分析實定法及社會現實，強調法律乃最初及最重要的事物，他回應批評者自稱其乃軟的實定法⁴⁰。

他認爲規範可分兩種。其一乃是基礎及主要的型式，不管有無意願，人類，必須進行某些行止。其二，在某種意義來說乃較爲從屬或劣後於前者，因爲提供人們言行舉止遵守基礎形式的新規範、區別或更新舊有的或以各種不同方式決定其應付外界事物或控制其運作。

第一種規則乃促使負擔責任；而第二種規則乃妥協權利，不管是公或私。第一種規則關係著有形的運動或改變。第二種規則不僅提供有形的運動或改變，而且創造或改變責任或義務⁴¹。

Hart 認爲法律乃結合主要規則及次要規則。在次要規則中，認可規範佔據最主要位置，因爲它提供將規範合法化的標準⁴²。他認爲習慣法乃主要的規範，而法律乃次要規範。在區分此二者，Hart 敦促把部落習慣融入法律架構中。誠如 Margaret Davies 所謂：由一元論及單一論走向多元論不只是可能，而且是理想的規範。但此需要對法律的概念採更開放的態度，此態度必須放棄當今妄求統合的觀念⁴³。然而 Hart 的態度引來 Menski 的批評曰：Hart 的主要及次要規範的交會模型，並企求普遍性的適用以終結地區性、區域性及國家性的區別，但它沒有告訴我們法律本

³²Menski supra note 29 at 92-95.

³³Ibid at 97.

³⁴Ibid at 86.

³⁵Shaskolsky supra note 26 at 4.

³⁶Jianwei, Zhang and Yijia, Jing. *Legal pluralism in the governance of transitional China* in Thomas Eger, Michael Faure, Zhang Naigen, ed. *Economic analysis of law in China* (UK:Edward Elgar Publishing Limited, 2007) at 58.

³⁷Menski supra note 29 at 519.

³⁸Shaskolsky supra note 26 at 13.

³⁹William supra note 24 at 183-184.

⁴⁰Menski supra note 29 at 98.

⁴¹H.L.A. Hart *The concept of law*. (Oxford University Press 1961) at 78-79.

⁴²Melissaris, Emmanuel. *Ubiquitous law: legal theory and the space for legal pluralism* (Farnham, Surrey, England; Burlington, VT: Ashgate Pub., c2009) at 8.

⁴³Emmanuel supra note 47 at 39-40.

身是什麼⁴⁴。

然而更重要的，此種非實定法理論，連結古老的歷史法理學及諸種創新的二十世紀理論。例如用活的法律的 Eugen Ehrlich 以描述對於最主要及最多數的人口，權利義務乃取決於眾人的合意的方式，不必然是法律誠命⁴⁵。當然最佳的“活的法律”的例子乃是原住民社區的習慣法。而且當部落的習慣被賦與某種程度的正式認可，一如許多發生在亞洲及美洲的例子，其繼續正式化到某種程度，仍然在法律實證主義的架構中⁴⁶。

法律的多樣性引起諸多的批評。首先，它破壞依法而治（Rule of Law）。其次，合法化少數團體或行政主體的立法功能無異變相鼓勵社團主義（Corporatism）。因為強化國家及利益團體必須犧牲個人自由保障始克有濟⁴⁷。第三，文化的偏見或種族主義者隱身於法律多樣性，而免於暴露在殖民主義的批評浪潮下⁴⁸。第四，法律乃由簡單的狩獵、採集型態演化到市場經濟社會。此奠基於一獨斷的假設，歐洲法律乃是一放諸四海而皆準的標準以評價非歐洲的法律。其結果導致野蠻及現代法律制度的二分法坐實了歐洲法律思想的優越性。至其終，把歐洲法推向準普世性⁴⁹（quasi-universalism）。

最典型的法律多樣性理論乃關於如何描述及解釋為何 19 世紀殖民者（通常是歐洲）帶來的新的法律制度及法律可凌駕於原住民的習慣法及行之久遠的糾紛解決機制及社會控制⁵⁰。什麼樣的法律將可統治殖民地人民行止⁵¹？殖民者的法律制度與被殖民族群有何相關⁵²？殖民者應否接受原住民法律為場所決定行為法則（lex loci）⁵³？換個角度，就某程度而言，習慣法乃被殖民族群用以保存其尊嚴的工具⁵⁴。

誠如 Hart 所稱：在某一特定案件，在詮釋、檢視或適用法律，任何被適用的法律及法律制度必須滿足最低道德標準⁵⁵。最著例子乃在非洲，經立法機關發展出一常態性模式，即公告認

⁴⁴Ibid at 103.

⁴⁵原住民族群有他們自己解決紛爭的制度及法律。See Bradford W. Morse "Indigenous law and state legal systems: conflict and compatibility" in Finkler Harold W. Finkler compiled, Canada. Dept. of Indian Affairs and Northern Development. *Papers of the symposia on folk law and legal pluralism, XIth international congress of anthropological and ethnological science, Vancouver, Canada, august 19-23, 1983* at 382.

⁴⁶Shaskolsky supra note 26 at 13.

⁴⁷William supra note 24 at 212.

⁴⁸Ibid.

⁴⁹Tie, Warwick. *Legal pluralism: toward a multicultural conception of law* (England: Brookfield, Vt., 1999) at 118.

⁵⁰Hazlehurst, Kayleen M. *Legal pluralism and the colonial legacy: indigenous experiences of justice in Canada, Australia and New Zealand* / edited by Kayleen M. Hazlehurst (Aldershot: Avebury, c1995) at 4.

⁵¹法律在征服的過程中，常扮演工具的角色。法律對殖民政府提供粗暴的統治方式以剝奪土地及勞力。因此，法律成為不同利益團體在殖民社會的競技場。此競技包括原住民團體領袖、新興受過良好教育的原住民精英、殖民官員、殖民族群的鬥爭。然而，它是個不公平的競爭。因為殖民官員及族群擁有遠較被殖民族群可觀的權利。see University of Manitoba. Canadian Legal History Project. Canadian Institute for Advanced Research. *Background papers, Symposium on Contemporary and Historical Issues in Legal Pluralism: Prairie and Northern Canada, Winnipeg* (Winnipeg: University of Manitoba, Faculty of Law, Canadian Legal History Project, 1992) at 53, 27.

⁵²See Bradford W. Morse "Indigenous law and state legal systems: conflict and compatibility" in Harold W. Finkler compiled, Canada. Dept. of Indian Affairs and Northern Development. *Papers of the symposia on folk law and legal pluralism, XIth international congress of anthropological and ethnological science, Vancouver, Canada, august 19-23, 1983* at 384. Morse 提到主宰的法律體制對於原住民法律有四種選擇：完全規避、合作、不合作、拒絕。

⁵³Keebet Von Benda-Beckmann "The implementation of state court decisions in West-Sumatra, Indonesia, Minangkabau land disputes" in Finkler supra note 24 at 32.

⁵⁴Shaskolsky supra note 26 at 82.

⁵⁵H.L.A. Hart "Positivism and the separation of law and morals" 71 Har.L.Rev.593 (1957) at 601.

可一原住民的習慣必須符合“非不得人心”（repugnant）的標準始得生效及適用。

在英國殖民地法的“非不得人心”的檢視，為公序良俗的檢視，昔日本在韓國殖民地法院亦廣泛的引用在決定採用當地習慣法的裁量標準。例如，法院即以公序良俗條款而拒絕承認賭債為債的習慣。其亦駁斥以兄弟姊妹或其他家庭成員為共同債務人的習慣，法官直接宣稱：我們不認可如此的習慣⁵⁶。習慣必須被檢視是否符合公序良俗、自然正義、平等、道德、及動機良善⁵⁷。

在法律移植完成前，可預期的舊有的法律制度原則上仍然保存著。例如在某些區域，歐洲法僅適用於歐洲族群，而當地族群仍然適用舊有的習慣。此尤以荷蘭的殖民地為然。在某些情形，殖民地的刑事法及行政法亦適用於當地族群，但在家事、繼承、及商事事務，舊習慣則優先適用⁵⁸。此情形常見於前英國殖民地，甚至台灣亦然⁵⁹。但隨著時間的推移，英國的普通法管轄即隨之擴大⁶⁰。雖然法律已普遍適用於全境，但當移植的法律規範不清楚，殖民官員並非總是強制執行移植來的法律制度於原住民族群⁶¹。

美國大法官 Oliver Wendell Holmes 的名言，法律的生命不在邏輯，而是經驗。毋寧亦可說，法律的生命非邏輯而是習慣⁶²。習慣法就現代法律制度而言，乃一重要的法源，尤其是普通法制度⁶³（common law）。一般公認其富有彈性的本質乃是其隨著文化的遞嬗而歷久彌新的原因⁶⁴。無怪乎，Leon Sheleff 說‘習慣為王’（‘custom was king’）⁶⁵。而形成習慣的原因，乃來自於人類的本性，而詮釋以理性⁶⁶。

習慣法乃是不成文法⁶⁷經過長久的慣行⁶⁸。然而，就習慣法而言，不成文法並非其本質，毋寧說非制定法始可謂其本質。亦即習慣法的出現乃來自社區日常實踐，而非來自立法機關的立法⁶⁹。習慣法乃是民之所欲的迴響，它自然是個好的法源。尤其因為它直接源自人類生活及社會實

⁵⁶Marie Seong-Hak Kim “Customary Law and Colonial Jurisprudence in Korea” (The American Journal of Comparative Law Winter, 2009, 57 Am. J. Comp. L. 205, at 20.我國民法第 2 條亦規定：民事所適用之習慣，以不背於公共秩序或善良風俗者為限。

⁵⁷Shaskolsky supra note 26 at 122. 尤其，英國的法律制度乃在奈及利亞的法律史上扮演重要的影響。一般咸認雖英國以其法律凌駕於原住民法，但也承認當地的習慣法，只要該習慣非與自然正義、平等、良心相抵觸，或與任何殖民地法律相衝突。See Ernest Uwazie “The interactive form of indigenous and state laws in Nigeria: A case study of the I (G) BO tribal moot” in Commission on Folk Law and Legal Pluralism. Proceedings of the VIth international symposium, Ottawa, Canada, August 14-18, 1990(Ottawa: The Commission, 1991).at 569.

⁵⁸儘管法律多樣性在澳洲法有關土地、水、天然資源為不可或缺。但對於其他領域，諸如民族自治及管轄的豁免則非如此。見 Kayleen supra note 50 at 113.

⁵⁹台灣在日治初期迨 1922 年底止，台灣舊習慣被日治政府賦與與國家法相同的法律地位。見王泰升，“在法學與國家法中看見原住民族法律”，收錄於前揭研討會論文集第 15 頁。

⁶⁰日治自 1923 年後，原則上國家法律強制施行，台灣舊慣僅剩下家事及祭祀公業才具有國家民事法上的效力。同上註王著。

⁶¹Daniel Berkowitz, Katharina Pistor, Jean-Francois Richard “The Transplant Effect” The American Journal of Comparative Law” (winter, 2003) 51 Am. J. Comp. L. 163. at 8.

⁶²See Shaskolsky supra note 26 at 5.

⁶³Ibid at 4.

⁶⁴Ibid, at 85.

⁶⁵Ibid, at 83. 在英國，一個地方習慣欲成為法律，它必須和平地、無異議、長期被視為義務，並與其他習慣或法律不衝突，且能被清楚的理解。此習慣必須形諸久遠及合理，且其合理性必須回溯到 1189 年迄今均被視為合理。See Alan, Watson, *Sources of Law, Legal Change, and Ambiguity* (U.S.A.: University of Pennsylvania, 1984) at 92.

⁶⁶ Gilbert T. Sadler, *The relation of custom to law* (London: Sweet & Maxwell, 1919, reprinted in U.S.A. 1986), at 10.

⁶⁷Ibid. at 1. 在西方的法律傳統，習慣與其他的法源有本質上的差異。其他由立法機關制度的法律，至少在形式上可強制民眾遵行。而習慣代表著有權機構接受民眾長久的慣行使其具有法的效力。See Watson supra note 66 at 22.

⁶⁸John A. Yogis, Q.C., *Canadian Law Dictionary* (Barron’s Educational Series, Inc., 2003), at 71.

⁶⁹Shaskolsky supra note 26 at 385.

際的互動，屬於行為規範及解決紛爭的機制⁷⁰。有許多學者著力於強調人類的行為規範不在於法條的形式及判例法而在於渠等日常生活⁷¹。

然而採用習慣法會引起下述三個主要問題。習慣成爲習慣法的前提爲何？習慣如何被證實？習慣與法律衝突效果如何⁷²？

習慣常被視爲有規範行為能力的另種選擇。所以習慣應被視爲一種重要的法源，因爲它代表某特種文化的歷史經驗⁷³。此在法律必須與傳統相銜以運行尤然⁷⁴。制定法在歷史的發展中扮演諸多功能，其中之一爲合法化自然產生的變遷。但從另一方面而言，制定法，亦對破壞傳統的規範及習慣扮演重要角色。

部落的領導者以習慣法去維繫其社區的和諧。對傳統法院而言，其主要的任務乃折衝尊俎於有糾紛的兩造間，而非僵硬的去適用法律及單求辯明兩造間的是非曲直。此種程序賦與法律更高遠的目標，因爲它使審判超越只是尋找歸責對象。

然而，必須注意的是，習慣的最高極致乃是成爲習慣法。當社會透過更細緻的權能的分工，習慣即不敷使用，即令習慣法的本質仍然保留，它必須邁向成文化⁷⁵。習慣欲取得習慣法的效力，必須獲得有權者的支持，不管是透過立法或司法的判例形成⁷⁶。

習慣法與習慣之區別對於那些規範本質的解釋論饒富興味。基本而言，習慣法乃有法的效力，而習慣毋寧只是鄉野傳說、風俗或相沿成習並未成爲有拘束力的規範⁷⁷。

Henry Maine 派的學者看出習慣隨著社會的演進逐漸爲法律取代的趨勢。在原始的社會，由一個個具體的個案，或水到渠成的植基於對規範的理解，而到奠基於成文法的法律的普遍化的進程。然而習慣必須經過如此的過程，方能逐漸演化成爲法律。

許多學者提到習慣，免不了要提及 Maine 的法的位階說。許多法律人類學者對法律及習慣仍然維持分析上的區別。例如 Stanley Diamond，認爲法律及習慣，不只有別且正好相反⁷⁸。法律必須是一個合理且合目的性立法過程，而非只是成文化習慣規範或形諸久遠的神聖法則⁷⁹。

習慣法在法律多樣性的領域常爲聚訟的焦點⁸⁰。法律多樣性是在任何社會被承認超過單一法律體制存在以規範社會及維持社會秩序⁸¹。在台灣、南非、香港及馬來西亞於殖民地時期，當地

⁷⁰Shaskolsky supra note 26 at 1.習慣與習性不同，習慣與團體有關，而習性僅關乎個人。Ibid. at 483.

⁷¹Ibid. at 86. 但是 Shaskolsky 認爲：就如現代世界法律乃源自統治階層的需求及利益，在原始部落亦然。只是細緻及有意的鞏固其團體的利益。所以習慣也被批評並非源自人們的共同意志及彼等的日常互動，而是有權勢者的支配。他們創造並培育習慣以遂行其個人及其利益團體的目的。See Ibid. at 465.

⁷²Watson supra note 65 at 22.

⁷³Ibid at 1.

⁷⁴Hugh T.Scogin Jr., Civil Law: History and Theory, in *Civil Law in Qing and Republican China*, edited by Kathryn Bernhardt and Philip C.C.Huang, Stanford University Press, 1994, p32.

⁷⁵William P. Alford, "The Inscrutable Occidental? Implications of Roberto Unger's Uses and Abuses of the Chinese Past." 1986 Texas Law Review Texas Law Review February, 986, 64 Tex. L. Rev. 915, at 18.

⁷⁶Shaskolsky supra note 26 at 86.

⁷⁷Ibid.at381.我國法亦區分習慣與習慣法，認爲習慣法有法的效力，而習慣不具有法的確信，只是單純的習慣。見施啓揚，民法總則，民國七十六年，55 頁。

⁷⁸T.Scogin supra note 74, at 27.

⁷⁹Randall Peerenboom, *China's long march toward rule of law*, University Press, Cambridge, 2002, at 451.

⁸⁰J.N.Matson, "The common law abroad, English and indigenous law in Commonwealth, international law and comparative quarterly", 42 Int'l & Comp. L.Q. 753 1993, at 753. Shaskolsky supra note 26 at 6. 但批評者認其概念迄未明確。see Ibid at 193.

⁸¹Hallie Ludsin, Cultural Denial: "What South Africa's Treatment of witchcraft says for the future of its customary Law", 2003 Berkeley Journal of International Law, 21 Berkeley J. Int'l L. 62, at 4.

的習慣法與殖民者的國家法的關係一直是個重要議題⁸²。在 1889 年馬來西亞 Chulas and Kachee v. Kalsan binte Seydoo Malim 案子 Marshall 法官提到：

當我們的法律完全不適用於居住於本地的不同族群，則他們的法律及習慣即須對他們適用。就好像我們法院也以外國法律適用於外國人及涉外交易。他們必須被視同居住於外國般⁸³。

這問題於 1908 年的 Choo Ang Chee V. Neo Chan Neo 乙案中上訴法院再度檢視，在該判決中承認中國習慣乃為 1855 年的憲章所默示承認⁸⁴。於該判決中賦與英國教會法庭對於所管轄之當地人不同宗教及習俗的承認。此見解最終為英國樞密院於 Khoo Hooi Leong v. Khoo Hean Kwee 一案所維持⁸⁵。

法律多樣性在每一社會，包括國內及國際領域均可適用。在世上，多樣化的法律、文化、制度、態度、期待存在於任一社會。此看法，向為法律界所漠視，因為國家支持或國家承認的官方法律傳統被視為唯一的法源。在此傳統的觀念下，只有立法機關有立法的專屬權。置法官及陪審團對形塑法律毫無置喙餘地⁸⁶。尤其人類歷經長久奮鬥以對抗封建的君權神授、分裂主義、不平等、及去中央化所得來的依法而治。最後，法律多樣性被法律之前人人平等，而不論其地位等理念所挑戰。職是，英國有一段時間拒絕適用習慣，因為實證法主義為該國法理學的主流，尤其 John Austin 明白的闡釋法律乃是主權者的命令⁸⁷。

長久以來，雖有某些習慣法被承認，但它仍然是有限的，且當然較劣後於國家法。在何程度範圍內習慣法可被承認為一社區內活的法律，乃是一多樣化社會的責任。該責任亦包括迄今仍有實際困難的法律多樣性的表述⁸⁸。為達評價習慣法為活的法律，將之定義及限定為經常性的使用將促進對法律多樣性的完全表述。此有助於建構習慣法於現代國家中的延續⁸⁹。

肆、我國司法實務對原住民法制的態度

以下概略檢視我國實務上對原住民法律的看法。

一、民事上：

原則上仍囿於民法第一條法位階的順序，認為既然現行法已有明文規定，原住民的習慣法自可逕行不用。

如臺北地方法院 98 年度簡上字第 334 號民事判決：

『上訴人雖主張本件應依當時烏來鄉原住民部落（泰雅族）任一家屬即可代理本人為意

⁸²Matson supra note 80 at 763.

⁸³Ibid. 同此看法者，see E.S.Haydon, “The choice of Chinese customary law in Hong Kong” 11 Int’l & Comp. L.Q. 231 1962, at 231.

⁸⁴Matson Ibid.

⁸⁵Matson Ibid.

⁸⁶Thomsa Fleiner 著，陳文政譯，比較憲法與行政法，三民主義學報第二十四期，2002.6, at 55.不同意見：習慣只要被一位法官所承認即已成爲法律，此與主權無關。See Gilbert T. Sadler, supra note 66, at 3.

⁸⁷Shaskolsky supra note 26 at 17.

⁸⁸習慣有法律效力乃來自主權者的支持。Shaskolsky supra note 26 at 86.

⁸⁹Shaskolsky supra note 26 at 75.

思表示之習慣...為系爭切結書意思表示之判斷依據云云，惟我國民法就意定代理權之授與已有明文規範，即無從如上訴人所述，憑原住民間之「習慣」認定之餘地。」

臺灣花蓮地方法院 96 年度簡上字第 32 號民事判決

『本件上訴人雖主張原住民間之買賣契約應依原住民間之習慣為判斷依據云云，惟習慣僅於法律無明文規定時始有補充之效力，我國民法既已就買賣之意義及成立為明文規範，即無從如上訴人所述憑原住民間「習慣」認定之餘地。』

臺灣花蓮地方法院八十九年簡上字第一一號民事判決：

『陳述略以：原審忽視原住民（阿美族）買賣之習慣，原住民交易時常依祖先之習慣以物易物，習慣是法律之判決要素之一，若兩造皆係原住民，應依習慣為之，上訴人係布農族原住民，依該族習慣，其贈與不待登記即發生效力。

1. 爭執要點：（1）上訴人所稱原住民贈與習慣，是否具有法律效力？（2）被上訴人知悉贈與土地與否，是否影響其所有物返還請求權？
2. 按民法第一條規定：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」...是以法律應優先於習慣之適用。」

臺灣屏東地方法院 93 年度家訴字第 25 號民事判決：

『本件原告主張就被繼承人之遺產按兩造之應繼分比例分配並保持共有，被告原則上亦同意之，但仍希望考量原住民排灣族之習俗，繼承權之行使始於長嗣出生時即開始，長嗣為當然合法繼承所有家產者，其他餘嗣於婚後就離家分支出去；且長嗣之繼承，除繼承財產外，亦繼承「家長權」之權利義務、大頭目地位之傳承與原家血統之延續等重大使命，而由被告...即為家族之頭目（即長嗣），依前揭排灣族之習俗，繼承全部遺產云云，惟按民事，法律所未規定者，依習慣，無習慣者，依法理。此為民法第 1 條所明文揭示民事法規適用之順序，而查我國民法關於遺產法定繼承順序已於同法第 1138 條定明為一、直系血親卑親屬，二、父母，三、兄弟姊妹，四、祖父母。另於同法第 1141 條亦明定同一順序之繼承人有數人時，按人數平均繼承，但法律另有規定者，不在此限。觀之上述規定可明本件被告抗辯，請求依據原住民排灣族之習俗，而為被繼承人遺產繼承之規範，與上述民法第 1 條規定揭示精神不符，故本件被告所陳由被告...全部繼承被繼承人...之遺產等抗辯，於法無據，而難以採用。』

二、 刑事上：

原則上仍囿於罪刑法定主義（第 1 條），所以一般而言，顯現出司法謙抑的現象，認為一切聽任立法機關決定。例如臺灣嘉義地方法院 101 年度訴字第 16 號刑事判決：

『當原住民族基於其人格之自我實現而實施狩獵活動時，即難以避免地與保育野生動物此一抽象之公益產生價值衝突，如何調和、取捨即應由具民主正當性之立法者善加抉擇。』

臺灣南投地方法院 100 年度訴字第 329 號刑事判決：

『隨著保育觀念之抬頭，野生動物之保護亦屬重要之公共利益，基於維護物種之多樣性及自然生態之平衡，我國亦制定有野生動物保育法。是以，當原住民族基於其人格之自我實現而實施狩獵活動時，即難以避免地與保育野生動物此一抽象之公益產生價值衝

突，如何調和、取捨即應由具民主正當性之立法者善加抉擇。』

臺灣高雄地方法院 100 年度聲再字第 13、第 15 號刑事判決：

『再原住民族基本法第 19 條係明定原住民得在原住民族地區「依法」從事採集野生植物，並以傳統文化、祭儀或自用為限。森林法第 15 條第 4 項則明揭：「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」，足見原住民族於傳統領域內採取森林產物、野生植物及菌類，仍須依法定方式辦理，非謂全然不受法律規範，而觀諸前述被告...於警詢之供述，渠等並未提及撿拾漂流木之行為與原住民族傳統習俗、文化有何關連，又聲請意旨對被告 7 人撿拾漂流木之地點是否位在原住民族傳統領域土地、渠等係出於何種傳統文化、生活慣俗而為，俱無具體表述，更未提出任何具有「嶄新性」、「顯然性」等支持其論述之新證據，自無以據為聲請再審之事由。』

臺灣高等法院高雄分院 100 年度抗字第 169 號、171 號刑事裁定

『足見原住民族於傳統領域內採取森林產物、野生植物及菌類，乃須依法定方式辦理，非謂全然不受法律規範。』

以原住民身分為抗辯理由，頂多被斟酌為科刑標準之一。例如臺灣新竹地方法院 100 年度交簡上字第 53 號刑事判決：

『依據目前臺灣一般人民生活、經濟水準之現況，原住民之經濟能力相對於一般人民，其經濟能力屬於較弱勢之地位，故縱然涉及同一類型之刑事案件於刑度之量定時，就此一族群之特殊性及經濟能力狀況亦應加以一併考量，此亦為聯合國原住民族權利宣言、憲法增修條文第 10 條第 12 項及原住民族基本法之精神所在』。

或甚至被援為酌量減輕，科處法定刑度以下之刑（刑法第 59 條）之情狀之一。例如：新竹地方法院 98 年度訴字第 226 號刑事判決

『按國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展；又為保障原住民族基本權利，促進原住民族生存及發展，政府應積極辦理原住民族社會福利事項，規劃建立原住民族社會安全體系，此分別為憲法增修條文第 10 條第 12 項及原住民族基本法第 1 條、第 26 條所明定；又聯合國大會 2007 年 9 月 13 日亦表決通過「原住民族權利宣言」（United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples），其中明文要求各國應保護原住民之人權。揆以上開規定對於原住民族之特別保護理由，乃因原住民族向來係法律、政治及經濟上之弱者，是政府應對其生存發展給予特別保護及扶助，故對於先天上之法律上弱者，倘有可憫恕之情狀，尤應特別注意。』

甚至被援為降低注意義務之因素，例如臺灣高等法院臺中分院 99 年度上易字第 405 號刑事判決：

『再依憲法增修條文第 10 條第 12 項及原住民族基本法第 1 條、第 26 條規定，及聯合國大會 2007 年 9 月 13 日亦表決通過「原住民族權利宣言」，其中明文要求各國應保護原住民之人權。對於原住民族之特別保護理由，乃因原住民族向來係法律、政治及經濟上之弱者，是政府應對其生存發展給予特別保護及扶助，是自不能以一般會計、出納之同

等作業標準要求緊（僅）係義務幫忙之證人。』

至於證據取捨標準，則無任何優惠。例如：臺灣高等法院臺中分院 99 年度上易字第 405 刑事判決

『檢察官上訴意旨所引用憲法增修條文第 10 條第 12 項、原住民族基本法第 1 條、第 26 條、聯合國大會「原住民權利宣言」等規定，均僅係闡述國家應保障原住民族基本權利，對其生存發展給予特別保護及扶助，尚非可援引作為本案取捨證據之標準。』

但亦有極少數以原住民之觀點、習俗、文化出發，揭櫫法律、文化多樣性之判決：

最高法院九十八年度台上字第七二一〇號刑事判決

『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內，依其傳統習俗之行為，在合理之範圍，予以適當之尊重，以保障原住民族之基本權利。本此原則，原住民族基本法第三十條第一項已經揭示，政府處理原住民族事務、制定法律或實施司法程序等事項，應尊重原住民族之傳統習俗、文化及價值觀等，以保障其合法權益。從而原住民族在其傳統領域土地內，依其傳統習俗之行為，即不能完全立於非原住民族之觀點，而與非原住民之行為同視。』

臺灣高等法院 98 年度上更（一）字第 565 號刑事判決

『按基於民族平等及多元文化的發展、延續，原住民基本法第二十條第一項規定：「政府承認原住民族土地及自然資源權利。」、第十九條規定：「原住民得在原住民族地區依法從事下列非營利行為：...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。」及森林法第十五條第四項前段規定：「森林位於原住民族傳統領域土地者，原住民族得依其生活慣俗需要，採取森林產物」。是依上揭規定，足見政府承認原住民族土地及自然資源權利，並尊重原住民族之傳統文化及生活慣俗。再依上開國立台灣大學人類學系所進行調查研究報告指出，在泰雅族的慣習上對於山中的資源是採取一種開放的財產態度，採集果實、搬運木料等行為是被允許可自由利用的；又證人...亦證稱司馬庫斯部落決議將倒木作為雕刻造景之用與泰雅族習慣吻合。準此，足徵被告三人依司馬庫斯部落決議，於九十四年十月十四日，在泰雅族馬里光群傳統領域範圍內，欲將上開檫木殘餘部分運回部落，以作為部落造景美化景觀之用，係合於上開政府承認原住民族土地及自然資源權利，並尊重原住民族之傳統文化及生活慣俗之立法意旨。...依據慎刑原則，唯具有社會倫理非難性的不法行為，始有動用刑法手段之必要；然如上所述，被告三人之行為，既符合原住民族之傳統文化及生活慣俗；且與國家財政資源分配使用之目的，不相違背；又未違反森林法之立法目的，是被告三人之行為，並不具有社會倫理非難性。...他們知道即使觸法還是會撿拾，因為這是根據部落法律，他們也知道被林務局查獲會觸法等語（見上訴字卷第八七頁）；惟撿拾漂流木通常係供己用；與本件被告三人係依司馬庫斯部落決議，將上開檫木殘餘部分運回部落，以作為部落造景美化景觀之用，兩者間主觀上之目的不同；且打撈漂流木，係屬森林法第十五條第三項規定之範疇，而依國有林產物處分規則第十四條第一項第十二款規定，須專案核准；此與本案應適用森林法第十五條第四項之規定不同。是尚難因原住民族知悉撿拾流木會被判刑，即推論本件被告三人於搬運系爭檫木時具有不法所有之意圖，併予敘明。』

臺灣臺東地方法院 101 年度侵訴字第 8 號刑事判決

『我們有一個原住民的習俗是疼愛孫子，阿公給你摸有沒有長大了，伊想說奇怪怎麼會上法院，伊搞不懂，我們是原住民，我們從小也是會這樣子摸自己孩子的小鳥，就是疼小孩，伊也是會摸孫子的小鳥，伊跟他們玩，這也不是什麼大事情；被告一向都很疼甲男，甲男父母親還沒有死以前被告就在摸甲男了等語。... 本院經綜合審酌上開被告之供述及相關證人甲男、乙女及丙女等人證述情節，被告用手撫摸被害人甲男之生殖器，惟於甲男表示不要摸後，隨即放手，而未有進一步之猥褻舉動，則就此以觀，實難認被告如此所為在客觀上足以誘起他人性慾，在主觀上足以滿足自己性慾，而屬「猥褻」之行為。』

惜本案法官僅「綜合審酌」，而未就原住民文化多樣性及原住民習慣法等加以分析，但可見在該法官心中已具有尊重原住民習俗之想法。

行政訴訟上似乎有違後法優於前法之原則：

最高行政法院 101 年度裁字第 1607 裁定：

『核原住民族基本法之規範功能在於「保障原住民族基本權利，促進原住民族生存發展，建立共存共榮之族群關係」（原住民族基本法第 1 條參照），但水土保持法之規範功能則在維持國土之永續使用，且其制定在前，應一體適用於國境內之全部土地，且水土保持法制定在先（民國 83 年），原住民族基本法制定在後（94 年間），若制定在後之原住民族基本法欲對原住民土地之水土保持規範有所放鬆，理應在原住民族基本法中明文規定，上訴人既無法舉出原住民族基本法之排除規定，在規範體系上即無法導出「將原住民保留地排除在水土保持法適用範圍外」之結論，是上訴人所陳前開上訴理由，並無所涉及之法律見解具有原則性之情事。』

或漠視尊重原住民法治之要求。例如：臺北高等行政法院 97 年度訴字第 1668 號判決，原告有如下主張，但判決未回應。

『且原住民族基本法第 20、23 條承認原住民土地權利及傳統土地使用慣習，政府應設置原住民族土地調查及處理委員會，在加拿大、澳洲、紐西蘭等國亦承認耆老口述歷史效力與文字歷史相同。』

伍、結論

誠如上世紀的三〇年代，加拿大 Nova Scotia 地方法院對於原住民還我土地的訴訟，仍有如下的論述：此乃在法律上毫無意義。因為此為一個進化的國家必須與未開化的人民或土著嚴予區分。（To be legally meaningless, basing this on a distinction between a "civilized nation" and "uncivilized people or savages"⁹⁰）從 1929 年，前揭判決認為原住民是未開化，其請求在法律上是無意義；到 2001 年 Mitchell v. M.N.R. 乙案加拿大聯邦最高法院明文肯認原住民的習慣法為其國家法制上的一環，荏苒已過了七十餘年的歲月。台灣司法實務上也必須靠時間的沈澱以逐漸建立原住民法制。

⁹⁰R. v. Syliboy (1929), D.L.R. 307 (N.S. County Court).

爲了尊重原住民法制，本文有下述淺見。

- 一、誠如最高法院九十八年度台上字第七二一〇號刑事判決所揭示的，原住民“不同”於非原住民⁹¹，此之所以在現行依法而治原則下必須予以不同處理的理由。加拿大法院也以別具特色（Sui generis）及原住民早於現行法制之前即已存在（pre-dated），當然必須特別尊重。若仍認原住民爲不文明，一如前揭 Nova Scotia 的判決⁹²，恐不僅悖於保護多元文化及法律多樣性的世界潮流，亦將引起原住民族群的反彈。
- 二、雖然我國現行法律體制對於原住民法並無任何變更，但既然法院成立專庭、專股，則對於原住民案件，恐必須有別以往的思維。就現行民法未規定的案件，逕即依民法第 1 條，適用原住民習慣法。仿合會、祭祀公業等法官造法的先例⁹³，逐漸累積原住民法制。雖然我國屬於大陸法系國家，法官審判案件其大前提必須是法律，與普通法（Common Law）國家只須是個法則（Rule）不同⁹⁴。惟具體案件縱令與現行民法有衝突，也不可像往例般馬上機械性地適用民法第 1 條的法位階關係，直接排除原住民習慣法的適用。可否把原住民族基本法第 30 條當作是適用原住民習慣法的過濾器（filter）。其與民法第 1 條的關係，認原住民的習慣法爲法律（依原基法第 30 條），且爲特別法、後法，優先於民法上買賣、繼承、代理等法條規定而適用。雖原住民社群對原住民習慣法立法化的呼聲甚囂塵上，惟若習慣立法化，該習慣可能就會被凍結（Freeze）或破壞（Damage），習慣可能就不再繼續演化⁹⁵。且現有十四族原住民族，各族均有其特殊的習慣法，若欲各族的習慣均立法化，其立法工程之浩大誠難以想像。且各族間有不同習慣法，其異族間、與非原住民間之案件該如何適用，恐亦造成選法上的困難。若解釋原基法第 30 條爲民法第 1 條的特別法或後法，援引原住民的習慣法進入民事法體系，由法官尋求案件的具體妥當性，恐較具彈性，且不妨礙原住民習慣法的演進。
- 三、在刑事上，透過主觀犯意、可責性、違法性等特別考量的方式（如最高法院九十八年度台上字第七二一〇號刑事判決、臺灣高等法院 98 年度上更（一）字第 565 號刑事判決般），以彰顯對我國原住民族的尊重，且趕上國際文化多樣性、法律多樣性的潮流。
- 四、在行政訴訟上以更開放的態度處理原住民訴訟，以臻法與時轉則治之古訓。

⁹¹ 原住民族在其傳統領域土地內，依其傳統習俗之行爲，即不能完全立於非原住民族之觀點，而與非原住民之行爲同視。

⁹² 嘉義地方法院九十二年度簡上字第一五一號似亦有如此隱喻，見許恆達，規範、良知與文化衝突—從刑法理論反思原住民犯罪的刑責問題，註 8。收錄於前揭研討會論文集第 115 頁。

⁹³ 王泰升第 21 頁。

⁹⁴ 同前註第 20 頁。

⁹⁵ Yazzie 註 11 頁 165,170。另郭佩宜亦同此看法，見氏著，正義：來自大洋洲的思辨之旅，收錄於前揭研討會論文集第 59 頁及會場提出之論文。

主題五：

本國、外國法院有關原住民族傳統習慣規範

判決之深究與評釋

【會議實錄】

與談人（江雅綺 助理教授）：

主持人、吳律師、在場的先進、各位貴賓大家好，我是世新大學的智慧財產研究所的助理教授江雅綺。首先要感謝吳律師為我們帶來美國法制的精彩介紹，由於對我來講不是我的研究領域，所以對我來說是一個非常好的學習機會，吳律師採取美國的例子，這個主題其實就在呼應這個研討會的中心精神，我們透過對不同的文化、不同的法制理解和尊重，讓我們進一步認識自己、反省自己，現在也是基於這樣的一個想法，呼應這樣的一個精神，我想我也提出我所了解就是歐盟的經驗，來分享一下歐盟對少數語言保障的情況。

歐盟現在有 23 種官方的語言，每次開會都會繳很多官方語言的同步口譯費用，在這方面花了很多的經費和精神，但到目前為止他堅持這個制度能夠保障語言和文化的權利。其次根據最近研究數據，大約歐盟會員國的成員大概每九人就有一人會講少數語言，此少數語言是不在官方名單上面的，我想歐盟作為一個超乎國家之上共同體的機制，對少數語言權這個主題的保障，他怎麼去落實少數語言的權利這部分是我們值得去參考的地方。由於作為一個國家之上的共同體的概念，沒有辦法像美國直採取法律的形式去落實所想要的保障，比較是採取鼓勵的方式，在一般性的原則上，鼓勵的方式有兩種，第一種是進行語言計畫的補助，第二種是對於還沒有加入歐盟意願、但有興趣成為歐盟意願的國家，他會去考量這個國家有沒有認同文化憲章，也就是一般基本權提到的人權的價值。這邊補充一下，對於少數語言使用保障是在歐盟的權利憲章，是被列為基本人權的部分，屬言論自由權利，除了這一般性的規則，是採活潑的方式去鼓勵成員裡面的國家認同這個保障少數語言價值之外，在個案上面歐盟的法院一直在落實反歧視、比例原則去做一方面保障少數語言，另一方面容許各個會員國它去發展想要發展的語言政策的空間。

這邊舉一個例子，上個世紀 90 年代，愛爾蘭要求到愛爾蘭從事教職的應徵者一定要會講愛爾蘭的語言，因為愛爾蘭語在愛爾蘭第一官方語言，就是說在歐盟愛爾蘭語裡並不是官方語言的一種，是屬少數語言在整個歐盟的概念之下。當初那位應徵者不會講愛爾蘭語而被排除掉，這個案子打上歐盟的法院，法院最後的裁決是原告勝訴，當事人雖然不會講愛爾蘭語，但他是有權利去應徵這教職的工作，就是說雖然各個成員國他可以制定他自己語言政策，但同時他要遵守歐盟共同體的價值與法規，如同上面剛剛我有提到的基本權利憲章裡面，要求各個成員國要保障少數族群語言之外，要尊重語言的多樣性。一方面就是容許每一個成員可以發展獨立的政策，另一方面就是要去維持一個、避免語言政策為歧視使用不同語言的族群的一個障礙，所以我覺得在這個例子可以看到是，在保障少數族群語言權這個主題上面，另外一個思考的點可能是如何去平衡在保障的同時是不是也阻礙了另外一個不同族群就是不懂得去使用這個語言的人，他的工作或著

其它方面的權利，這是我覺得比較有趣的思考點。

從剛提到歐盟這個例子，我想對於不同的文化、語言的了解和尊重，不但可以保有這個文化本身的活力，我想它也像一面鏡子，包括讓大家知道雖然我們彼此不一樣，但是我們彼此尊重、理解，這反而可以加強共同體的價值跟延續力。今年歐盟得到和平獎，我們對他的語言和文化政策的保障的這個部分，我覺得在凝聚歐盟作為共同體價值的一個很重要部分，以上是我分享我知道的歐盟經驗，也回應一下吳律師以美國法做一個例子來呼應這個研討會的主題，謝謝。

與談人（林賢豐 耆老）：

主持人、副主委、蔡法官，各位先進大家好。為什麼叫做耆老，因為最近有人在定義什麼叫做耆老，他是部落的博士，講話不需要參考書目，所以等下發言有引用各位的著作，其實都活化在耆老的生命當中。我其實很佩服我們蔡法官，事實上我們在整個原住民面對法庭或是一些司法方面等等，我會比較擔心沒有文化多元主義的觀念，其實我看這篇著作，蔡法官已經很早就有這方面的思考法律多樣性的方面。特別是昨天晚上一起吃飯的時候，我記得我們這大會的主辦人高德義高教授，他說了一句話說：才努力了幾年，我們原住民法庭就要開始正式來推動，事實上在臺灣政府，林副主委很清楚在臺灣政府，像原基法大家都沒意識到的時候就通過，我們提出來在哪裡怎麼樣讓原住民政策的一些權利的意識，讓不同的行政單位來了解，我們知道行政院有很多其他的議會，他們心中有法律但是沒有原基法，他們是依法行政但是沒有原基法，也包括特別是法院也好或是在我們一般的司法單位也好，非常忽略掉我們，特別是原住民，大概是蔡法官所提到的法律多樣性，基本上我覺得像法律，像法律多樣性對於文化的態度是把它當作群體自我形塑的一個非常重要的要素，它基本上是要做出一個差異性的論證，在了解文化的差異事實上會造成行為上的不同以及規範等等，之所以會有文化多樣性，之所以我們要提到的所謂的法律多樣性，它背後產生出不同的行為模式，相對的它的規範力應該有所不同。

剛才蔡法官有提到國外的一個例子，事實上是可以讓我們來作借鏡的。剛才蔡法官也提到屏東的魯凱族對於百合花的崇拜，因為我也是耆老，我跟魯凱族的耆老也有些相通，他們應該是沒有百合花崇拜這兩個字，應該是百合花的精神這樣就像剛剛所提到的，而且這個百合花的配戴不是只有女性，也有男性。當然女生配戴百合花其實有很多種不同的涵義和儀式過程，而男性部分主要是因為，如果一個男性的獵人出來打獵，而且狩獵到五、六隻成年的公山豬時候，而且透過頭目以及獵人的耆老對他整個表現的肯定，他獵到山豬後他還要跟部落來共享。像這樣子的獵人才能夠配戴所謂的百合花，因為百合花它象徵的是一個榮耀，象徵的是一個類似像部落的一個權力。這個配戴百合花的獵人基本上在部落是很多粉絲的，女性有不同的方式可以佩戴百合花，但是在魯凱族裡面她們配戴百合花以後，能夠有所尊榮感擁有百合的過程。

我覺得臺灣政府在幾十年來進步得相當快，特別是原住民提出原住民法庭，以前是說原住民法院，但是法院規模好像是比較大一點，但我們退而求其次原住民法庭也不錯。問題在於說我們的司法人員，就像剛我們有提到我們一般行政單位是依法行政，但是我們所謂的原住民基本法，但是我們現在很多沒有原基法的存在。剛蔡法官所提到有些人不至於像其他的族群其他的國家他們對原住民人格那樣貶抑，但是他們沒有完全尊重原住民自主性，所以我覺得是不是我們對這方面的努力，就是剛提到的在國際法第三十條民法第一條提到說過瀘期的這個概念，能不能在我們司法人員研習的過程當中讓他們了解，否則的話就只有參加這個研習會或是研討會的司法人員，

他們有一些想法可以詢問，感受到原住民的一些熱情。但絕大多數的司法人員沒有參加這樣的研習，他不會有原住民的一些元素在裡面，所以我覺得的司法院或是我們司法人員，更應該把相關的原住民元素納入到他們的研習的課程當中，謝謝。

鄭川如 助理教授：

發表人及與談人各位來賓大家好，我是鄭川如，我並沒有問題要問發表人，回應一下剛剛林賢豐耆老與談的內容，提到說我們的行政機關與司法機關都不把原基法放在眼裡，其實是因為目前法律大家都把原基法當作跟一般法律一樣內建的法律，大家都是依法行政，法律要定的非常確切才能夠去用，原基法有三十個子法需要去訂定，那很困難，其實原民會過去幾年來都一直在定基法，一直出不了其中一個大門，我個人也是一直在思考到底該怎麼辦？我們去年有簽了一個 CEDAW 歧視女性的，2009 年也有個人權公約的死刑法，或許我覺得可以以這個方向作為一個參考。有一個聯合國原住民人權宣言，其實也是國際條約，就是全世界 197 國家已經有 187 個國家簽署，因為我們台灣不能簽，但我們可以內國法化，我們原基法內很多制度內容很多都是權力宣言來的，如果可以的話，可以作為參考。謝謝。

發表人（吳欣陽 律師）：

謝謝江教授，其實講到的是歐盟的情形，歐盟比較特別，因為它有 20 幾種的方言，我們可以知道說語言規劃在進行的時候，應該要有不同的利用及基礎，今天歐盟在正式的場合使用時，是基於互相國家加諸權平等的概念，所以很明顯的是用平等的原則在操作語言規劃，所以這個地方很難去讓步，它會很堅持所有語言都應該去使用或者被翻譯，今天跟原住民的或是所謂少數語言比較不一樣的是，我們背後操作目的所影響到的基本權利，其實真正影響的權力還是歸回到文化權或是自主權部分，因為利用基礎點不同，所以措施跟政策上的語言規劃，現在我們要反過來想對台灣的影響是什麼，台灣現在的鄉民的教育，是採取所謂的齊頭式平等，然後時數平等的規劃方式。譬如說把所有的客家語、四縣、海陸腔分別規劃，把閩南語叫做台灣閩南語跟原住民語全部放在一起，作同樣等齊的規劃，這種的規劃方式，分別沒有考量到說它在立法當中、或站在推行當中，譬如說我們保存母語，可是問題是台灣有那麼多越南語的使用者或印尼語的使用者，他們其實也可以算是使用母語人口的第二代。所以我們所有的語言規劃都是採取齊頭式的，像是教育一定的時數其實是很少時數，領到一個小時或兩個小時的做法，其實跟我們不同的語言立論點也不同，就用自己的規劃想法不一樣這是第一個。

第二個就是即使同一組類型的語言，也應該針對它的語言規劃強度有所不同，比方說閩南語跟客家話在語言明顯本質上的分類很明顯就是跟一般原住民語不同，像是泰雅語和阿美語甚至所謂的魯凱語，他們在語言分類上的本質也是不一樣的，所以他們所需要的時數和方式應該也是不同，所以我想說，由於要回應江老師的看法，當我們慢慢投入了資源去做，但我們仔細去看它，它並不是所有語言都是同樣的做法，對於官方語言哪幾個採取平等權利為主的，它當然採取齊頭式的去補救，但這對文化保存需求的語言呢？它是針對補助計畫方式，或是鼓勵少數族群以自己的語言去受惠的方式去做它的語言規劃，剛好這一點可以提供給大家，謝謝。

發表人（蔡虔霖 法官）：

感謝剛才耆老，尤其是對百合花意涵的解釋，這部分我純粹只有來自一位杜傳先生的口述。習慣法要成為正式法院他們認可，這是一個非常重要的過程，如何把習慣成為一個習慣法，這是非常重要的過程。我想他是身為這一鄉的鄉長，也是位耆老，至少是在這一鄉。我想他所口述的應該是可以當作證據，但他是很概要的談，沒有向剛才耆老那麼完整的敘述。另外早上有位排灣族的朋友對我們美國的法官提出問題，就是說我們台灣的法治進展得很慢，不只早上的排灣族朋友這麼說，昨天也有好幾個的發表人與與談人都有提到，我們花蓮高院院長劉令祺院長說這是一條漫長的路，那多漫長呢？我們來看看加拿大的經驗，加拿大從 1929 年 nova social 的法官認為說原住民是沒有文化的、不值得在法律上保護，一直到 2001 年加拿大聯邦最高法院他們在 mifor versious S&R，這個 case 正式確認加拿大原住民法是他們 co an no 的一個部分，也就是說處理原住民事務必需要去尊重原住民法，他們也走了七十幾年的過程。當然，在他的判決裡面就談到原住民法是跟 co an no，是一個平行地位。可能以後法院在處理原住民的事務不能用漢人的法律，漢人的民法，應該是繼承問題，但是就原住民的觀點來看它或是不是簡單，就是既成的問題，可能在定性這到底是什麼樣的法律，可能這個這道理是用甚麼法律問題來講，可能要試著用原住民的立場來看，而不是從現行的國家法律的角度來看。

與談人（江雅綺 助理教授）：

非常謝謝吳律師對我的與談內容做了很多回應，我自己的受惠很多，我想吳律師有提到說，其實歐盟一個國家的語言政策基礎點不同，因為歐盟是一個國家的組合體，但是我個人的想法與吳律師切磋一下。雖然歐盟是不同的國家組成的個體，但是主權在歐盟的做為一個政治實驗體並不是絕對的概念。譬如說；我剛提到的愛爾蘭國家，他的愛爾蘭官方語言，但在歐盟裡愛爾蘭是一個少數語言，所以說他在確定少數語言這個概念時並沒有以國家作為發問，有的國家使用的語言也被視為是少數語言，某些國家語言境內少數族群的語言也被歐盟視為少數語言之一，也被歐盟列為保障的對象，要去思考這個問題的時候也不完全是以國家作為一個單位，所以如果說它去保障少數族群所使用的語言，我覺得它的理論與想法、價值是比較在於保障文化的多樣性，作為共同體的一個概念，這邊就作為一個參考。

【主題六】

原住民族傳統習慣規範 的性別觀點

主持人：葉寧 參事

(司法院副院長辦公室主任)

■ 從生態女性主義觀點談原住民族傳統知識與習慣

發表人：謝若蘭 副教授、吳慧馨 研究助理

(國立東華大學族群關係與文化學系)

與談人：蔡雲卿 律師

(法律扶助基金會花蓮分會)

■ 原住民族習慣規範的性別觀點 —以南勢阿美為例

巴奈·母路 助理教授

(國立東華大學族群關係與文化學系)

王曉丹 副教授

(國立政治大學法律系)

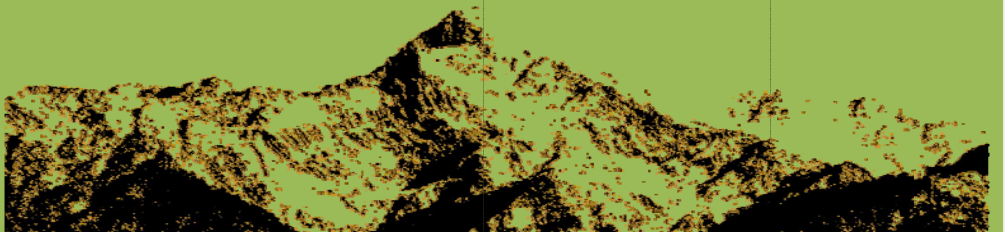
■ 法學教育、法治教育與原住民

劉恆紋 副教授

(國立臺灣師範大學公民教育與活動領導學系)

吳宗謀 助研究員

(中央研究院法律學研究所)



從生態女性主義觀點談原住民族傳統知識與習慣¹

謝若蘭

國立東華大學族群關係與文化學系副教授

吳慧馨

國立東華大學族群關係與文化學系研究助理

摘要

當談及國家法、習慣的知識系統中，一般而言是先由整體的「認識論」概念說起，再切入主流知識體系中下的解釋觀點。然而這種「知識體系」往往是以西方、男性為主體所發展而成，因而在知識生產的體系過程慣性的忽略了某些群體，包含女性與原住民。就傳統習慣的重要性來看，如果忽略了「性別」觀點，就幾乎是等同於在整個法體制中漠視了「傳統習慣」以及「原住民族」的觀點與價值。

原住民族婦女一直以來被視為家族的守護者，關切身、心、靈、情緒的健康、是信仰教誨和儀式的領袖，更是生態體系中的靈魂。從生態女性主義 (Ecofeminism) 的角度來看，不同的社會經濟以及文化傳統對生理上的兩種性別群體有著不同的社會化模式，因之所發展的知識系統也有所不同。傳統知識連結著部落的集體記憶，是離不開於自身的文化母體，因此社會記憶的重構扮演著知識傳承的重要角色，以致能持續文化的活度，並持續傳統知識運用於與當代社會之中。本文從生態女性主義觀點切入探討原住民族習慣，試圖探討女性智慧與傳統習慣價值是如何受到殖民的統馭而消失，並以反思台灣部落經驗。

¹ 本文為「第三屆原住民族傳統習慣規範與國家法制」(2012/10/13-14) 研討會發表之初稿，未獲得作者同意請勿引用或轉載。

壹、前言

習慣法與殖民統治下社會的相容，是跨領域整合的關鍵之一，原住民的傳統習慣有許多被視為挑戰現行法律，過去也有很多例子是國家法律與原住民族習慣的衝突之處。然而在尊重人權與擁抱多元價值的前提之下，國家法律也必須在國際協定的基礎之下，開始關注原住民的人權，並且理解台灣社會的不同需求。法律，終究是用來解決人在社會中約定遵守之契約與規範，而非造成人與其他所有關係甚至是生活上的困難。如果就一個原住民族中心觀點來看，維持「平衡」就是一種基本習慣。換句話說，「平衡」是一個看似簡單的課題，但卻是一個探討「傳統規範」以及追求人類社會與環境之永續所必須達到的標的。這樣的觀念源自於原住民族的傳統智慧之中，原住民的傳統社會裡，平衡就是一種關係修復。以紐西蘭毛利族為例，毛利族的傳統法律包含著毛利社會的價值觀和社會道德約束，與現代國家的法律並無不同，透過傳統提供了人們行為的規範與準則（謝若蘭、賴富庭 2012）。

在追求「平衡」中，人與人，人與社會，人與環境，人與神靈等，都必須兼顧。也因此，原住民族的傳統知識及其社會規範有著密不可分的關係，而這樣的觀念，更是廣泛的運用在維持生態永續的所有相關議題上，原住民以及其傳統知識更是漸漸為人熟知，因為原住民族與生態的共生共存早是人們熟悉的課題。著名的印度女性原住民生態家生態 Shiva（1997）認為男女之在生態平衡的維持上有著密切的關係，觀察傳統習慣知識可見男女智慧分工善職的重要性，但在主流的組織架構中卻失去價值的平衡。女性與生態的關係在生態女性主義的論述中是中心思想，也因此當代永續理念的發展中和「原住民族」一起被視為一種解決科技與生態破壞的解套之一。然而，在傳統的「發展」論述中，女性與原住民族的觀點被邊緣化幾乎已經成為普遍現象。人生存於整個社會體系之中，社會體系也是人與人間的交流體現，個人的行為影響至社會，社會的作用也會影響到個人。西方父權社會制度及背後隱藏的二元論宰制關係，包含了整體社會觀看女性的方式，性別的理解不只是女人的角色關係，更是有著根深蒂固的語言結構，並以各種形式呈現。

本文將透過了解生態女性主義來闡釋性別在傳統規範下的重要性之背景論述，討論原住民知識的表述在殖民的歷史脈絡下是如何受影響，以及性別在當代原住民知識的闡述過程之重要性，並檢視原住民族與女性之傳統知識在主流社會殖民下的相關問題。

貳、法的知識與女性觀點

法的源頭來自於人類社會的功能性，在西方知識體系架構下所產生的法之觀念，是必須加入不同族群、階級以及性別的觀點，作為完整的認知。因此避免用西方架構所產生的觀念來理解傳統習慣，是一種思考並建構原住民族知識體系的基本認知。然而除了當代社會慣以用西方知識和法學作為思考，男性霸權也是另一必須檢視的觀點；以女性為主體的經驗或許可以在差異中提供另一線性的思考方式。本文也以生態女性主義為一個思考的基礎，結合原住民族傳統習慣智慧，思慮原住民族法的可能性與必要性。

生態女性主義是一種從女性觀點作為出發點的知識方法，所倡導的性別概念是與萬物平等

互敬、共生，永續共存，尤其關心資本主義對於地球生態的破壞以及軍事武力所掌握的各種威脅，夠過身體力行與實際參與社會改革的環保意識，挑戰主流對於「發展」的思維模式。這樣的概念其實與原住民族「關係平衡」的思考有很大的相似，夠過實際行定並提倡參與式的民主、恢復古老的生存智慧傳統，以女人和人為主體知識，共同維護承擔。舉例而言，在北美洲原住民婦女的思維中，認為越破壞自然就越無法生活在平衡和智慧中，會引發更多戰爭與不和諧；女性和男性能量平衡的世界中，才能形成一種完美的和諧狀態，但當女性力量受到強烈壓抑時，能量就會失衡，認為這世界是一體的，而非不相關的片段。

具有生態女性主義理念的團體，除了思考女性與自然同被父權社會與資本主義壓迫的現況，也藉由環境議題的意識同時也賦權女性發聲，強調性別主流化。主流社會較少重視女性知識，因此，若以傳統自己自足式的生活模式而言，女性的工作通常與家務與農務有關，並有高低階層之分，這也直接的影響女性知識不受重視。若以資本式的思考看待環境，則會將環境和多樣性視為待解決的問題，因為多樣性的維持並不具有立即且快速的收益，並且要使用更多的成本來維持平衡。同樣地，在父權社會下，男人衡量與定義價值，並且也以經濟利益為認同考量；而女人的位置通常位於社會結構中的底層，女性的工作被視為無所生產，且無法提供真正的勞動力與產出。

在近代殖民歷史中，原住民族在市場經濟下受到資本主義的壓制，而女性不只受到資本主義的壓制，也受到父權體制的壓抑，當社會領域被切割為市場與家庭，並視為獨立變數，性別的分化就被視為理所當然。勞動力的商品化是資本主義市場成立的要素，但也並非所有的勞動力都可轉化為市場，家務勞動就是一個歸類於私屬勞動的例子。Wally Seccombe 主張「沒有被市場化的勞動，就是一種私屬的勞動。」（上野千鶴子 1997）。

法與社會文化是具有關連性的，依據信仰、語言與文化形塑而成，原住民的習慣法也是如此，是具動態性的，非為絕對性的，是由定義者而選擇，依循歷史脈絡而有意義。我們可以由此來看，認為法知識的轉向與整體政治、社會經濟下是不可分開的，族群的不平等差異，也必須導向以行動的方式解決；必須認知族群的位置和資本對立的情形，如資本的擴張導致生態的影響，即人與環境破壞、和資本家對立產生的關係。

原住民族族群在社會結構和法的結構裡是被壓迫性的，必須透過文化的連結來回復，這樣的權力在影響著原住民族世界觀裡的「關係維持」，就如同在西方法律的觀點的守法概念，同樣的意涵在原住民族的意識裡為不破壞關係，並且有法的功效；然而必須被翻轉的是這樣的觀點在主流知識體系的重要性和位階，透過文化展演和認同找回主體性。Plumwood 認為應該要關懷的是自然生態以及非人類物種的被壓迫等結構性問題，其支持、強化了被壓迫者之間的關係—其中自然的壓迫與女性的壓迫更是密不可分（Plumwood 1993），因此我們也可以認為環境正義和生態女性主義的法則與原住民族的觀念有很大的相似性。Plumwood（1993）更進一步說，女性與自然的連結背後所隱含的概念就是女性是次等、原始低下的。父權體制下女性自然化、自然女性化此種用來合理化性別、階級、族群優劣的支配邏輯，同時也在合理化人對於自然的支配，並這些壓迫系統構成了彼此支持、援助的系統性壓迫，因此對於系統性壓迫的排除必須要包含其他形式的壓迫排除。生態女性主義反對這種壓迫關係，並認為這種高低優劣關連性絕非是本質上的，也都必須要被翻轉。這種「位置」的分配，正如同殖民者對待原住民族的態度，隱喻原住民族接近於「未進化」的接近於「自然」，因此較低階且需被「馴服」與「規

訓」。

Linda Smith 在其解構殖民的方法的論述中提及殖民社會對於原住民社會的破壞，因此提出紐西蘭毛利族人必須針對殖民的現況做改變與挑戰，提出了 25 項改變方案，其中一項認為必須要性別化（gendering），因為殖民對於原住民社會的性別關係產生很大的破壞，如女性的附屬化、家庭化，失去了本身的傳統性與價值，去殖民與解構殖民的方式的主要的挑戰在於讓女性回復其傳統角色、權利與責任。Smith 也再次強調原住民和西方之間的差異清晰的對比度和標記，在價值觀，態度，觀念和語言的立基在於深切的精神層次與自然的關係，這是與西方知識的差異，也是殖民者無法理解與控制的（Smith 1999）。

參、原住民族女性知識中的生態習慣

傳統原住民的法律反映出一個民族的意識、宇宙觀與價值體系，原住民族的法律概念通常被一種自然法則，發揮在不同層級生物間的平衡維繫。在原住民相關研究當中，早期對於原住民女性的關懷多在於單一化、弱勢化、問題化的研究取向，針對的議題如娼妓、婚姻、暴力等焦點，但對於女性生命經驗的正面述說卻顯得難見，這樣的相關研究也不免造成二次的刻板印象與想像連結（梁莉芬 2006）。對於女性知識的研究則是更少，並在討論原住民傳統知識的論述中，依舊慣於以男性為主流觀點和需求，研究取徑也非常容易看見男性的知識與觀點。以不同性別角度觀看並理解一個特定族群、社會的傳統知識是重要的，女性對於傳統知識的保存也有著相同的重要性與知識性。舉印度社會為例，印度婦女擁有對於種子保存和使用的知識，是延續多樣性的關鍵因素所在，因為女性在農業的知識懂得如何保護環境維持於平衡的承載，例如如何為生存的糧物保存種子的多樣性；除了農務之外，女性也知道如何完善的運用植物餵養動物等繁殖細節，同時也負責一個家庭的家計。舉例來說，女性認為米不只是作為日常的食物，也是牛羊等動物的食物來源，但因為在地品種的基因受到人為影響而改變，也開始為了環境正義與生態平衡展開了環境和在地基因的保護。Shiva（1992）認為婦女的知識與科學教育所訓練的邏輯概念是不同的，原住民婦女的傳統知識是日常生活的一個基礎。

北美洲原住民族的自然宇宙觀認為大自然界和自己是一體的，且動物與自己是一種血親關係，「大地之母」發生的事情就如同發生在自己身上，因此人必須與大自然共處和諧。大地是偉大的母親、給予者、生命的養育者，是雌性能量的代表；而天空和天堂經常被視為父親或祖父，是雄性能量的代表。在 2004 年美國紐約舉行的一場原住民阿嬭國際會議²，由 13 來自不同地方的原住民婦女長者聚集在美國原住民傳統領域，一同關切人類環境所遭受的破壞、進行療癒儀式，認為必須要以祖靈的方式來尋求和平並療癒大地、教育並訓練孩子共同維護。這些婦女分別將自身習得的傳統智慧與知識，運用於解決自己的社區部落/族群因著殖民歷史所產生的問題，如酒精成癮、藥物濫用、文化與靈性斷層等，展開創傷療癒與祈福。她們以自己的族群視野面對問題來源，以傳統知識體系解決深層的問題——歷史創傷，從自己部落開始，擴展成整個世界人類環境的失去平衡之現象的關懷與解決（Schaefer 2008）。

這些不同族群的婦女長者們具有豐富教育哲理，擁有不同傳統智慧與價值體系，對於人與

² The Grandmother Council, 是由 13 位世界各地的原住民阿嬭級為原住民的歷史創傷及失去對土地的連結所進行的療癒與祈福工作而組成，相關活動與源起請見網站 <http://www.grandmothercouncil.org/index.shtml>。(2012/09/20)

萬物的認知和自我族群之人觀也具獨特的一套知識系統。顯而易見地，其知識務實性如同主流知識一樣具有價值，但是，因為通常只存在於女性間的流傳，較少被關注或被納入正式知識體系。這些婦女長者們因著「教導者」角色，主動將自己所知道的知識向眾人分享，幾例來說，婦女們提出部落間之所以能保持和平，是因為部落裡的女性長者們常常彼此探視，確保人與人之間存有善意，也使得男人必須跟隨他們的腳步和榜樣。再舉一例，婦女們分享傳統植物藥草來預防免疫力系統受創，並傳述有機耕種的益處等，也視自己為療傷師 (medicine wo/man) 的接生者、故事敘述者、靈命陶冶師，透過傳述將傳統智慧成爲一種流動的知識，共同爲大地與其子民療傷 (Schaefer 2008)。

在加拿大第一民族婦女的經驗中，也特別談及到女性對於傳統習慣、文化價值存續的重要性，女性被賦予爲整體部落做決定的責任，學習透過造物者所定訂的自然規律，增進人與人之間的良好關係 (Boyer 2009)。傳統習慣的規範是造物者透過神聖祭典所立下的，是有約束力、是不能改變的，這樣的承諾是人與人之間關係、互動的神聖的規範、價值和律法。這一體系的規範不只是屬於人類，而是包含整個生態系，也可視爲是一種宇宙觀。原住民傳統中的平衡價值與西方女性主義中的平等是不同的，原住民社會中對於傳統習慣的尊重是將女性的價值連結與整個與宇宙和生態系，而非將女性與社會分離，所謂的「平等」是實質性的，而非齊頭式的，這就是一種尊重傳統習慣規範的方式與態度。

然而婦女的重要性爲何在當代社化下漸行消去？在殖民的歷史中，原住民族除了被土地與自然資源等被殖民者搶奪，Boyer (2009) 認爲在殖民者文化中對於性別的價值觀點因爲生理性別差異而賦於不同權力位置，部落中婦女的地點在西方傳統之傳述下爲道德低落者，因此在父權與資本體制的社會下，強調生產力與男性的權力、家庭價值。顯而易見的，女性維護土地、部族之間平衡的重要性，在西方性霸權社會中是沒有價值的。許多原住民族的傳統習慣規範中，女性的認同意識是透過平衡、和諧的知識性統而成，女性在政治社會經濟等面向都是有權能的，但殖民的過程把女性的機會剝奪，尤其在印第安法案 (Indian Act)、寄宿學校 (residential school) 等的影響之下，透過殖民化教育過程，將原有傳統知識系統和規範破壞殆盡，使得另一種性別位置重新調整。

原住民族維持穩固力量的口傳知識常常是故事性的比喻，因此常常在西方主流價值中被忽略爲非科學知識性的傳統，這也是女性知識較容易被忽略的原因。更進一步地，男性因爲擔任的公共與領導角色是被強化的，也因此被賦於重要角色，尤其具有經濟共豔的，例如是獵人角色。在 1996 年山林守護神會議之後³，原住民社會面臨的狩獵議題被突顯，同時男性身爲獵人作爲部落知識延續者的重要性大爲增加，但女性身爲採集者的重要性卻不被看見。或許女性體能與生理結構是限制與影響成爲一獵人的原因，再加以神聖禁忌化，但此舉後來就被賦於如勞動市場的經濟價值結構一般，核心的癥結在於性別的權力配置。當然，性別位階的流動也在當代社會進行實踐，尤其在公共領域，開始有女性出任族群觀念下的國家行政體系的代表，男性還是繼續擁有傳統上的領導地位。一般來說過去的研究認爲傳統的社會分工中沒有女性擔任領導人的例子，因爲此一角色必須要帶領族人來保衛部落、作戰 (轉引自謝世忠、劉瑞超、楊鈴

³ 關於山林守護計畫可參考台邦·撒沙勒等人〈生態保育、在地發展與遷村：山林守護在西魯凱的實踐經驗〉，發表於 2010「原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會」論文。

慧 2009:160) , 然現代社會以非用作戰的方式來保衛家園, 現代是透過公共政治體系、透過民主選舉的方式, 因此部落中漸漸出現女性從政、成為領導人參與公共事務的例子, 可當成是一種兩性平權的象徵, 也可視為破壞傳統, 或是一種社會規範的轉換。

雖然不同性別對於生態資源的保存與永續發展策略上各有貢獻, 但論及資源與獲益等機制時, 女性被分配的似乎永遠是少於男性, 因此女性必須透過自我發聲來達到平等。在大多數的文化當中, 女人是生態多樣性的管理者, 但在發展進步的面向, 卻是被視為無知識性的, 沒有工作貢獻的, 因為其勞力的付出不受專家的肯定, 認為女性的知識是界定於自然層面。女人的生產價值通常難以計算, 因為女人所從事的家務性勞動是被歸納在經濟市場之外, 女人參與了內部與外部的工作, 不只是在土地上的生產管理, 同時也負責家庭的飲食需求, 其勞力的付出是細部的, 難以用男性勞動的準則衡量; 而男性在勞力上的成就上能夠直接被計算在經濟生產貢獻中, 然而女性在家務和細部農務上的掌握, 不僅難以量化的計算出生產量, 也更難以被重視。也因此容易將女性每日的慣的勞動視為理所當然和容易的 (Shiva 1992) 。在已開發國家與工業化國家中, 單一作物帶來的大量生產和經濟效益是最為看重的, 但大量的單一生產卻是常常與生態多樣性的價值相違背, 女性的知識在生態多樣性環境中扮演的角色是多樣性知識和物種的延續者。

在原住民族的社會中, 性別分工是文化的一部分, 不同族群發展出的不同社會制度雖不是本文主要探討的面相, 但在大部分的南島民族社會中, 婦女的地位是相對重要的, 女性扮演的角色是決策者也是裁奪者, 甚至是家族財產的擁有者, 管理家庭、部落的事物, 甚至不只限於私領域。但在西方主流社會中的婦女卻是在父權社會下的從屬身分, 性別作為一種社會階層的分類, 成為一種不同族群文化不同思想價值面臨的尊重差異與避免歧視偏見的問題。原住民社會婦女在當代的社會意義或許受到環境與主流思維的影響, 但在傳統知識的傳續上, 婦女有著舉足輕重的角色, 因此注重女性發言與聲音是當代傳統知識敘說必須要特為留意的要點。底層階級的女性往往不具論述能力, 或者是慣於沉默或者由他者發言, 而最後呈現的論述也無法確認是真實的觀點展現, 或者依然是以男性主的論述觀點。

儘管聯合國的生態多樣性公約中提及「認知女性在生態多樣性永續發展及維護上扮演著極重要的正面角色, 並確認了在生態多樣性公約各層面的政策決定及執行上必須要借重於婦女的參與」, 但在多數社會男性霸權思想掌控下, 實際上並沒有真正將女性的生態專才及意見納入整個體系中。有鑑於此, 聯合國所舉行的第五屆生態多樣性公約締約方大會中, 延續了先前的 Seville 工作坊精神, 出現了不少以女性觀點來訴求生態多樣性議題的非政府組織團體, 其中之一則是原住民婦女生態多樣性網絡 (Indigenous Women's Biodiversity Network—IWBN) 。由來自全球各地的原住民婦女所組織而成的原住民婦女生態多樣性網絡, 在利用正常會議外舉行多次工作小組會議, 達到共識認為雖然是處在一個女性聲音通常被邊緣化的世界裡, 原住民婦女應被視為豐富傳統知識和文化的寶貴資源, 特別是有關於保護及永續運用生態多樣性的知識。更重要的是, 依據生態多樣性公約的前言和其所延伸的基本準則, 原住民婦女和當地社區在生態圈中所扮演的重要角色應被認知且尊重, 而她們應該在計劃、決策以及提交建議案時對生態多樣性公約的各層面參與。因著這樣的共識, 原住民婦女生態多樣性網絡提交一份根據原住民婦女觀點對第八條(j) (原住民及當地社區的傳統知識、創新以及實際運用) 條文的建議聲明給大會, 希望各締約方能夠支持原住民婦女的聲音, 並將原住民婦女的參與和建議在大會的總結

報告中正式列入紀錄。

由原住民婦女生態多樣性網絡所提呈的建議要點包括有：建立一套有效的準則及運作方案，以切確保障原住民婦女及當地社區完全及平等有效的在條約中各項工作事項及方案執行的參與；提供具體性結構、科技訊息機制及基金讓原住民婦女及當地社區去發展有效方案，並以此來保障她們的特殊知識和經驗是被納入在全面參與機制內的；保障原住民婦女及當地社區有權利去獲取及控制生態多樣性資源；恢復和加強原住民婦女及當地社區的維護生態圈多樣性的能力；加強原住民婦女及當地社區各團體的連結和生態多樣性的資訊交換；發展在文化上合宜的兩性特質觀並以記錄方式來保存女性的生態多樣性的寶貴知識；鼓勵以區域性個案研究來研討女性對生態圈的具體參與以及其護衛生態多樣性活動的知識；最後則是對於傳統知識被剽竊的情形感到關切，並建議大會正式成立條款，對商業界引用原住民知識的適當性及其用途加以監督及制裁（謝若蘭 2000：236-238）。

生態女性主義者並非從本質論中強調男女特質的差異，但在西方文明裡，女人常與土地、大自然並論，並且同樣的受到宰制等對待關係，這種認同情懷使得生態女性主義者投身生態保育，但不同的是，生態女性主義者不將自然與人類視為對立角色，而是認為兩者難以分割的休戚與共關係，也就是生態女性主義所提倡的共生概念。在這一點上，也是與北美洲原住民族觀看世界的方式雷同，印地安原住民族將大自然與自己視為一體，並認為動物是自己的手足，母親是族群的領導者，透過母親與動物的智慧學習與引導，孩童才從中得到大自然的知識（Nerburn 1999）。傳統智慧是延續生物多樣性和永續發展的基礎，不同文化也造就知識的多樣性。就如台灣原住民族食用的野菜不只是作為食物來源，也是文化層面的知識實踐與環境平衡的延續。而婦女的生態智慧在此則做出極大的貢獻，因為他們知道如何辨識，並且在適當的時節種植、延續，保存不同的物種，讓大地與生態得以正常的循環，獨特的文化得以延續。生態多樣性是鑲嵌（embedded）於生態與文化的，並多樣性是透過文化中的慶典、儀式的再生產與對話（Shiva 1992）。

肆、原住民族的恢復永續習慣中的性別議題

原住民族早已意識到自然的多樣性，當代社會依賴地球的食物越來越少時，保留基因的多樣性是相當重要，因為全球經濟將許多生態系統轉變成高產量但脆弱的單一栽培，例如印尼在十五年內失去了 1500 種不同的米，只剩少數的種類。原住民對於工業社會在自然資源使用的態度是更謙讓的，他們所使用的技術對自然的衝擊較小，也會行使保育制度來維繫資源。當工業社會不斷破壞自然資源的基礎，受影響的卻是全部的人類，尤其是原住民，像多數拉丁美洲所輸出的桃花心木都採自印地安保留區。Alan Thein Durning (1999) 在《土地的守護神》一書中提到傳統生態的經營體系在現代世界要維持的三個必要的條件是（一）傳統的管理方式，（二）原住民在政治上的組織，（三）取得資訊、支持、友善來源的建議。美洲原住民在取得自然資源管理權利的情況是很好的，也因為這樣他們可以掌控自己的傳統資源，像是尼加拉瓜大西洋岸的 Miskito 人以印地安為組織管理自己的森林、溼地，以及保護區內的資源使用。當時代的生活形成對於環境知識的基礎，這些基礎也是作為一個原住民族、人，的重要元素，緊密的與部落生活和生態連結，是非其他族群能夠取代的，發展出的獨特智慧呈現是該族群、地域的

殊性，無法以主流價值觀評斷，但基於多元文化主義的平等觀點而言，這些多樣化的生存知識與習慣是需要被尊重與看見的。

原住民族則因為受到族群的環境觀與生活模式之影響，再依據性別分工所產生與傳承的生態智慧有別於前述之例。早期原住民或者原始部落的生活因為完全倚靠大自然，而有萬物皆神聖的想法，擁有與大自然共處和諧的能力，以北美原住民來說，大自然界和自己是一體的，並認為動物與自己是血親關係，地球發生的事情就如同發生在自己身上，有與大自然共處和諧的能力；認為地球是偉大的母親、給予者、生命的養育者，是雌性能量的代表，天空和天堂經常被視為父親或祖父，是男性能量的代表（Schaefer 2008）。雖然不同性別對於生態資源的保存與永續發展策略上各有貢獻，但論及資源與獲益等機制時，女性被分配的似乎永遠是少於男性。有鑒於此，聯合國的生態多樣性公約提及「認知女性在生態多樣性永續發展及維護上扮演著極重要的正面角色，並確認了在生態多樣性公約各層面的政策決定及執行上必須借重於婦女的參與」。透過過去種種將「族群」成為主流來建構主體知識論後，到底是否有實際的例子來說明原住民族性別分工下的傳統生態習慣？

在阿美族傳統農事的慣性上，婦女要負責農田的耕作和收穫，男性主要負責漁獵，在看似為性別分工的形制下，實質上為一種既定法則，與其社會制度有相當的關聯。在當代 Cirakayan（吉拉卡樣）部落從事有機農業的分工狀態來說，婦女與男性是相互尊重並且相互幫忙，雖然男女有專司，但主要還是共同分擔工作，農事其實是一系列細項所堆積起的成果，每個環節都不可錯過或者出差錯，尤其在有機農業的栽種過程中，需要非常的細心，因此在許多小細節上，婦女與男性有相當仔細的分工，這是為了確認每個環節都有最完整的保護。其實這與過去阿美族的耕獵習慣有很大的差異，婦女在農事上將部分工作交由男性負責，如大型機具的操作，原因是技術的習得，而在不同作物要處理的不同細節上，婦女會將經驗與知識交給男性並且一起工作，如處理害蟲的方式與技巧等。

但是，在對外分享經驗和講述自己嘗試的過程，卻以男性為發聲主體，雖然無刻意的要忽視女性的聲音，但似乎女性已經慣於沉默和表示自己不無以表述。若從生態女性主義的角度來看，雖社會經濟以及文化傳統對兩性有著不同的社會化模式，讓男性與女性在社會中扮演不同角色和擁有不同的生態智慧；同時人們還是慣於給予男性發聲表態的機會，忽略女性的關鍵性，如同文明依賴環境中的各項傳統知識進行資源發展時，常常將討論的範疇焦距在生態平衡與永續發展，而忽略了不同性別在生態圈中所扮演的夥伴關係的重要性。

以 Cirakayang 部落來說，在農場的工作的多數是女性，這與從小的家庭分工有些關係，大部分婦女在小時候就被家庭訓練要從事農務工作。婦女的農作勞動經驗從還是「小姐」的時候就開始，主要是生產家裡的食物來源，以及維持自給自足模式下的日常工作，不只是只有種菜種米，也包含畜養動物等，是一套完整的生產機制。隨著環境和生產模式的快速變遷，後來從事的工作也與農務有所脫節，直到後來再回到以有機栽做為主的農務工作，形成部落的共同農場，並以生產有機蔬果為主，婦女的農務工作也縮小範圍到只有種菜和少許水果。在傳統上的知識的分工是很仔細的，因為每項物種有不同的種植和照顧需求，通常沒有一個人懂得全部的知識，而是部分的，因此在這樣的方式下，合作並交換知識是很重要的。比較可惜的是，原住民發展有機農業的時候，通常也必須要於市場通路做協商妥協，在追尋市場需求取向的情況下，原住民將工作與個人生活型態分開，在有機共同農場所種植的菜是以賣完、好價錢為目地，

而大部分自己的家裡要吃的食物都主要是以所採集而來的如野菜為主。

傳統知識的延續通常來自小時候的學習過程，例如牛糞肥料的製作，但在生產模式變成實行農業之後，也不再使用過去傳統方法，而是使用化肥，直到有機農業的推行，農人才又嘗試回復過去老人所使用的肥料製作。原住民的農人與漢人在做農比較不同的是會用比較多貼近自然的方式，自己發明與嘗試一些對抗蟲害的方法，雖然經歷過一段時間與土地的脫節，但從小培育與環境的關係還是深植於部落居民的心中，因此在嘗試現代新的耕作方式之際，還是加入了以往的在環境上的意識。原住民在原生的成長環境之下，有更多並且直接的經驗與機會與自然共處，發展自己的信仰觀念價值，並發展出人與環境的關係的獨特環境觀，尤其在殖民與主流文化尚未強入取代之之前，這樣的實例特別在北美原住民可更清楚看見。

這些現況也讓我們再次看到認知到不同性別角色對於生態資源的保存及永續運用上各有所貢獻，但論及資源利益獲取、資源運用及分享機會時則大有不同。相對於男人而言，女人的權利是少之又少。不僅如此，在對於參與生態政治的談判或意見上，女性參與機會近乎於零。舉例子來說，在開發中國家大多數婦女擁有一些運用不同的草之特質來從事不同用途的藝術上或實用面的編織技巧知識，或者是擁有各類生物種子分辨的本能技巧。但不管在全世界哪個角落，每逢有農業生態方面相關的研究方案或研討會議中，婦女不僅沒有機會參與意見提供，甚至常常是不被允許出聲的。相同的，在有關生態平衡保護或資源永續開發運用上，兩性的智慧並沒有得到平等的對待。

伍、傳統習慣即是一種規範

或許，對於受訓於西方法學架構下的專家學者無法了解傳統智慧下的性別角色分工習慣即是一種規範。如果我們回到古典學派中認為社會契約是「法」之誕生來源面向思索，我們或許就不難理解在傳統中，維持天地萬物人神之間的平衡就是一種社會契約最高形態的典範。土地對於全世界所有原住民族來說具有極其特殊的意義，也因此成為原住民族國際相關法則的關注重點之一。毛利語中的“whenua”簡單說法是土地上的人 (people of the land)，雖然常常只是一個來區分本地人或毛利人的不同，但其延伸意涵為一個人真正能與地方產生連結必須是擁有祖先的土地，也就是外來殖民者無法真正與當地有所連結 (Metge 2004: 107-9)。原住民與土地的連結不僅是與生俱來的，也是代代相傳，甚或說是大地的兒女(Children of Mother Earth)，因此對於土地的不可切割性不僅於擁有土地與懷抱土地，其中包含了對於土地的關懷與敬畏。加拿大籍的原住民作家 Ennis 曾經說明原住民與土地的關係與權利：

我們與大地的連結是自古以來當我們最早的先祖在的時候就有了，而且這種連結讓我們對於我們的母親大地有著尊敬與責任。我們的族人要有照顧我們的母親大地的義務，而這樣的責任是自古以來傳給我們的天責，回報給我們的是我們的神聖母親大地帶給我們永續的自足。道理就是這麼簡單，相互尊敬與互生互賴的就是我們與土地的關係，土地是我們的與生俱來權利，我們的人權，我們的原住民權利 (Ennis 2002)。

台灣的排灣族原住民作家利格拉樂·阿女烏(1996)也就原住民與土地關係提過「土地所代表的意義，正是原住民文化的全部。」(82) 換言之，透過與土地的關係是一種集體歸屬感的連結，是一種神聖的關係而非一般的擁有的觀念而已，而當土地被剝奪後接著而來的是一種失根

的危機，是一種對生存的剝奪，因此在原住民族權利中土地是一項不可或缺的集體權利。因為這樣的一種土地連結認同，原住民對於生態環境也特別的加以呵護，這種將土地視為密切不可分離的天生而來的權利與義務的觀念時而可見在全世界各民住民族的觀念中。土地不僅僅是生計的依據，更是認同的來源與基礎，土地的流失是對原住民族的集體毀滅的最有效的方式，而土地的掠奪更是全世界殖民者對原住民族的之最普遍暴力行為行使的方式之一。過去的種族屠殺可以藉由直接的殺戮或間接的生育控制，而現在我們看到的除了文化的霸權與語言的漠視之外，掠奪原住民的土地不僅僅剝奪其生存權與財產，更可說是一種慢性種族集體屠殺。

原住民族與土地的關係正是對於論述環境正義者而言的一種最佳的啟蒙。人類常常視自然為相對於自身的存在，就環境正義的議題上常淪為投射拯救與保護的關係，但就原住民的觀念來看，人與土地以及其自然環境與一切生命都息息相關，是一種難以割捨的生命共同體的相互依存關係。因為所有的生命都是來自神聖的母親大地，所以任何形式的壓迫都是不被允許的，因為那是一種無法形容的至痛，自然界的萬物並不是僅僅為了人的方便或樂趣而存在的 (Mihesuah 1998; Merchant 1995)。換句話說，生態主義論述或環境正義倡導者從事生態保育，並不應該只是因為「我們只有一個地球」的觀念，也不應簡約到為了「使地球成爲一個安全、適於現在人類乃至後代子孫居住的理想家園」的提倡而已，而是應該尊重自然所帶給人類的豐富資產與心靈啟蒙，避免破壞人與母親大地的連結而讓萬物原貌得以留存 (Sachs 1995; Shiva 1997)。

對於透過「傳統習慣」來建構原住民族知識體系是正確的方向。但是當我們在探討「傳統習慣」時若僅僅落入以西方架構所產生的「法」觀念來思考時，將會令人產生著名族群論述者法農的「黑皮膚白面具」之焦慮與困境。如果我們回歸到「法」的源頭之於人類社會契約功能，我們不難去理解原住民族的生態法則與知識就是一種傳統習慣。這樣的「生態法則」可以運用的規範之涵蓋寬廣，也因著此生態習慣中的法則對母性智慧的珍惜，產生維持「平衡」的可能性與可行性。

參考文獻

- 上野千鶴子，1997，《父權體制與資本主義——馬克思主義之女性主義》。台北：時報文化出版社。
- 台邦·撒沙勒、裴家騏、盧道杰、柯文福、賴正杰，2010，〈生態保育、在地發展與遷村：山林守護在西魯凱的實踐經驗〉。論文發表於「原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會」，台北：行政院原住民族委員會，11月14-15日。
- 利格拉樂·阿女烏，1996，《誰來穿我織的美麗衣裳》。台北：晨星。
- 梁莉芬，2006，〈女性主體與知識的建構——以linahan的阿美族女性為例〉，《舞動民族教育精靈——台灣原住民族教育論叢》7: 92-107。台北：行政院原住民族委員會。
- 紀駿傑，2003，〈生態女性主義：連結性別壓迫與物種壓迫的女性主義觀點〉。《女學學誌：婦女與性別研究》16: 295-321。
- 謝世忠、劉瑞超、楊鈴慧，2009，《原住民女性的律法脈絡——三個高地族群的比較》，南投：國史館台灣文獻館、台北：行政院原住民委員會。
- 謝若蘭、賴富庭，2012，〈原住民修復式正義之理念與實踐初探〉，發表於修復式正連線主辦「正義女神的新天平：修復式正義。人權與和平教育2012國際研討會」，3月5日，台北：東吳大學。
- 顧燕翎，1996，〈生態女性主義〉。《女性主義理論與流派》顧燕翎主編。台北：女書房。
- Boyer, Yvonne, 2009, "First Nations Women's Contributions to Culture and Community through Canadian Law." pp.69-96 in Restoring the Balance : First Nations Women, Community, and Culture, edited by University of Manitoba Press.
- Collins, Patricia. 2000. *Black Feminist Thought : Knowledge, Consciousness, and the politics of empowerment*. New York: Routledge .
- Ennis, Dan. 2002. "Earth Mother and the People: The true Meaning of Aboriginal Rights." Briarpatch Magazine, April.
- Merchant, Carolyn. 1995. *Earthcare: Women and the Environment*. New York: Routledge.
- Mihesuah, Devon A. 1998. "American Indian Identities: Issues of Individual Choices and Development." American Indian Culture and Research Journal, Vol. 22, No. 2, pp. 193-226.
- Metge, Joan. 2004. *Rautahi: The Maori of New Zealand*. London: Routledge.
- Nerburn, Kent, 1999, *The Wisdom of the Native Americans*. California: New World Library.
- Plumwood, Val. 1993. "Dualism: the logic of colonization." Pp. 41-68. in *Feminism and the Mastery of Nature*, edited by New York: Routledge.
- Schaefer, Carol (李美燕譯，2008)《原住民祖母給世界的忠告》。台北：麥田。(Schaefer, Carol, 2006, Grandmothers Council the World. Boston: Shambhala)
- Shiva, Vandana, 1992, "Women's Indigenous Knowledge and Biodiversity Conservation." Pp.205-214 in *Indigenous Vision : People of India Attitudes to the Environment*, edited by Geeti Sen. New Delhi : Sage.
- Shiva, Vandana. 1997, *Biopiracy – The Plunder of Nature and Knowledge*. Toronto: Between the Lines.
- Senghor, Leopold Sedar, 1993, "Negritude: A Humanism of the Twentieth Century," Pp. 27-35 in. *Colonial Discourse and Post-Colonial Theory: A Reader (CDPT)*, edited by Patrick Williams and Laura Chrisman. New York: Harvester Wheatsheaf.
- Sachs, Aaron. 1995. *Eco-Justice: Linking Human Rights and the Environment*. Washington, D.C.: World Watch Paper.
- Smith, Linda T. 1999. *Decolonizing Methodologies*. London: Zed Books.

原住民族習慣規範的性別觀點

—以南勢阿美為例

巴奈·母路

國立東華大學族群關係與文化學系助理教授

摘要

阿美族是台灣原住民族人口最多的族群，歲時祭儀中以豐年祭聞名國內外，豐年祭的年齡組織是阿美族社會制度中的重要特色，而年齡組織是以男子年齡作為階序的基礎，由於豐年祭是部落參與人數最多的祭典，且以男性為主的大型歌舞呈現，但令人疑惑與矛盾的是，阿美族的母系社會為何在此沒有被彰顯？根據老人說法，如果男子是一個頭，那脖子即是女子。說明女性與男性在阿美族社會中互相合作與協調的角色扮演。

在南勢阿美族里漏社歲時祭儀一百多位神靈中，有三分之二的神靈是女性。就方位而言，除了東、西、南、北方位有男女二性外，東北方是女性放女祭壺的方位；西北方是男性放漁具的方位；西南方是男子放獸骨的方位；東南方則是男女皆可丟棄穢物的方位。由此延伸出家屋空間的性別屬性。在阿美族三十多種歲時祭儀中，以稻穗相關之儀式為多數，與稻穗有關的儀式又只能由女性祭師執行主祭，加上所謂母系社會的說法是以經濟財產的傳承為依據，從無形的神聖場域到有形的世俗空間，都鮮明的標記著男女的性別觀點。

本文企圖從阿美族神靈觀、宇宙觀、生命觀，所延伸出的日常生活傳統習慣規範中，解讀阿美族對性別的觀點，提供法制領域有心了解原住民性別者做為參考之依據。

一、前言

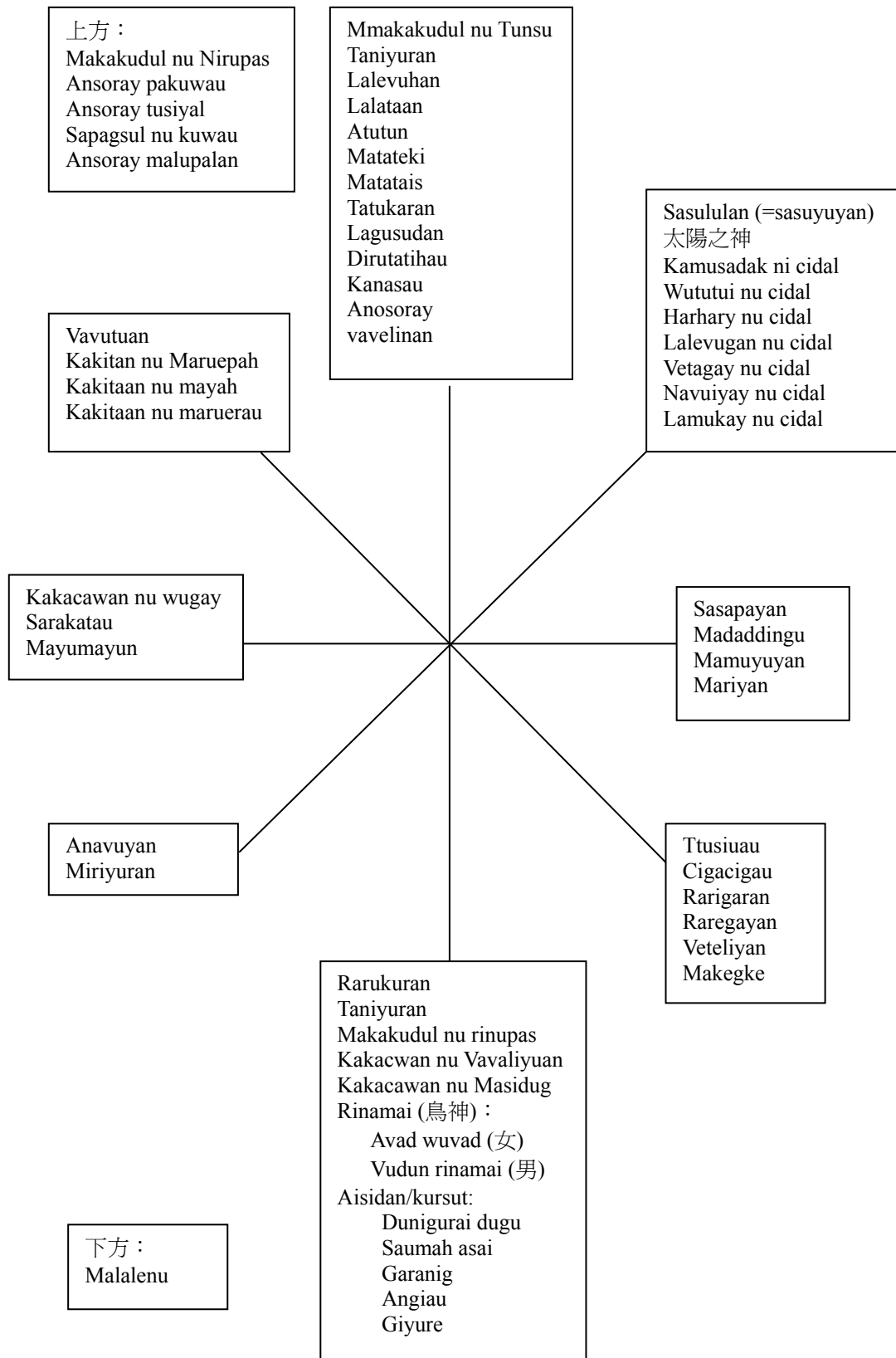
阿美族是台灣原住民人口最多的族群，歲時祭儀中以 *malalikit*（目前南勢阿美族所謂的豐年祭）最著名。而昔日 *malalikit* 祭儀是以男性為主要參與成員，在觀光化的影響下，大部分的歌舞展演都被女性取代。以往研究顯示，阿美族的社會有兩個主要特徵；其一是母系的親屬制度，即以女性為計算親屬群體成員身份時的聯繫人，男人婚後居住在妻家，子女則出生後即住在母親家，財產繼承權亦以女子為主（未成道男 1983）；其二是以男性為主的年齡階級制度組織，形成處里部落諸多事務的骨幹，婦女基本上沒有置喙的餘地（黃宣衛 2005）。而這兩個特徵在性別的觀點上，常被視為對立。就如一般人認為在阿美族母系社會下的男性，都被貼上較懦弱、無能的標籤；而女性則被視為「恰北北」的兇悍角色。身為阿美族女性的生命經驗裡，似乎對此說法有更清楚的說法與實例。本文期望提供阿美族習慣觀點上，能更多理解而少一些誤解。

筆者穿梭部落二十多年從事 *sakawasay*（祭師）這種祭儀之調查及整理，發現阿美族人對女性的崇敬，可以從對 *kawas*（靈）觀念，神靈觀、身體觀、靈魂觀等觀念中解讀，正如常聽老人說阿美族的媽媽是靈界的一份子（*o kawas ko ina*），又例如媽媽是太陽（*o cidal ko ina*）的說法，都突顯著女性在阿美族社會中所具有的神聖角色，阿美族女性與神靈世界之關聯及女性在一般生活的角色扮演，成了本文重要內容。

二、南勢阿美族 *kawas*（靈）的觀念

里漏社阿美族對 *adada*（病）的觀念，具體的呈現在治病儀式，其中 *sikawasay*（祭師）扮演人與 *kawas*（靈）之間重要的媒介，牽引出對 *kawas*（靈）的觀念。「*kawas*」狹義上指的是「神靈」、「生靈」、「死靈」，廣義上指的則是阿美族所謂的「*na-kawa-kawas-an*」（神秘世界）。凡是「肉眼看不到」、「未知的」、「不確定的」、「遙不可及的」對象，並具有「使人生病」、「給予生命」意義者，總稱為「*kawas*」（靈）。根據里漏社阿美族歲時祭儀中數十種儀式中《*olic*》（禱詞）、《*luku*》（歌詞）、《*mibetik*》（祭告）、《*mikati*》（呼喚）等元素所出現的神明，可將 *kawas*（靈）為六個種類：（1）「*haidan*」（治病之神）；（2）「*aisidan* 與 *kursut*」（已故祭師們）；（3）「*tuas*」（祖靈）；（4）「*dungi*」（給予生命之女性之神群）；（5）「*salaaban*」（輔助之男性群靈）；（6）「*adingu*」（靈魂）。其意義如下：

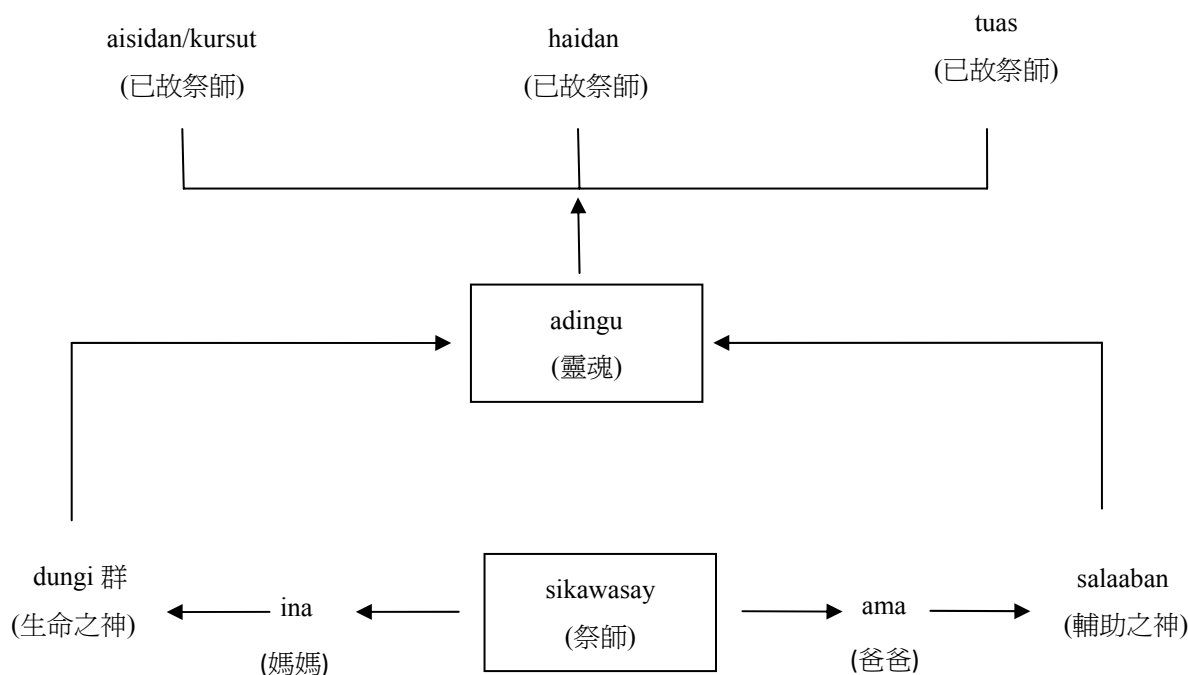
- （1）「*haidan*」：即「*pa-ka-kawas-ay*」（使人成為祭師的 *kawas*（靈），是導致祭師生病的 *kawas*（靈），也是祭師們在「*mirecuk*」（巫師祭）時所祭祀的 *kawas*（靈）。「*haidan*」有分男女，居住在四面八方、天上及地心，其數量之多，可參見圖一：



圖一：「mirecuk」祭儀中 kawas 的種類與方位

- (2) 「aisidan 與 kursut」：指的是已故的第二、三級 sikawasay (祭師)。這裡的 aisidan 包括第一級的祭師 (sakakaay a aisidan)。
- (3) 「tuas」：指的是已故的家人或老人，例如父母、祖父母，即所謂的「祖靈」，包括歷代的「祖先」。
- (4) 「dungi」：指的是「pa-wurip-ay」(賜生命的)。即「給予生命的女性守護神」。「dungi」乃集合名稱，指的是並非一位女神。在「mipuhpuh」與「patebu」二個治病儀式中以‘dungi’群神為主要治病之神，儀式出現九位‘dungi’之神其名與職司如下：
- (a) ‘sasurian dungu’ (治病之神)：「suri」乃「治病」之意，「sasurian」有「用來治病的」之意。‘sasurian dungu’指的則是「負責替人治病的女神」。
- (b) ‘saselian dungu’ (滑下之神)：乃負責 kawas (靈) 降臨的神，即提供下來之路的神。
- (c) ‘kakumudan dungu’ (聚集之神)：「kumud」有「集合」；聚集之意，「kakumudan」則有「用來聚集的」之意。因此‘kakumudan dugu’有幾種不同意義：一是指負責聚集數個‘dugi’之女神；二是負責聚集患者的 tiren (身體) 與 adingu (靈魂) 之女神；三是為聚集 kawas (靈) —sikawasay (祭師)—adingu (靈魂) 之女神。
- (d) ‘matitih dungu’ (形塑之神)：乃負責為新生者小心塑出更好、更完整的形象。如捏陶者一個頭形一般謹慎。
- (e) ‘kakitaan dungu’ (富有之神)：「kakitaan」有「富裕；富有」之意，‘kakitaan dungu’負責的不是錢賺方面的富裕，而是指「身體」、「生命」、「靈魂」的「富有」，換言之是掌管身心靈健康的女神。
- (f) ‘lalicayan dungu’ (傾訴之神)：是負責聽祭師傾訴之女神，使‘dungi’清楚明白祭師傾訴之內容後給予協助。
- (g) ‘puday habu’ (給新路之神)：是負責在治病完成後給予患者 adigu (靈魂) 新路的男神。
- (h) ‘tusing dungu’ (開啓之神)：是在治病時負責打開患者患處的女神。例如頭頂、雙臂上關節、雙腳膝外側，骨盤...等處。
- (i) ‘tasil dungu’ (打洞之神)：即進一步將 tusing (開啓) 處請‘tasil dugu’ (打洞之神) 來打洞，以便進行治病儀式。
- (j) ‘dasuay dungu’ (露水之神)：乃負責給予甘露使人生命甦醒的女神。
- (k) ‘kakawitan dungu’ (割草之神)：為患者靈魂打洞之前的神。
- (l) ‘saisaiyan dungu’ (除蔓草之神)：為患者靈魂打洞之前的神。
- (5) 「salaaban」：「aban」是阿美語的「肩膀」。「sala-」是「可用來作...的」之意。引申有「可以相互搭肩共同作...的」。此類 kawas (靈) 也屬於集合名稱。凡是作任何工作都可呼喚‘salaaban’ (輔助之男性群神)。但在部落性祭儀中就只允許男性來呼喚。例如‘ngunguh nu salaaban’就協助農事的男神。男子上山打獵或工作總會請‘salaaban’一起來幫忙。
- (6) 「adingu」狹義上指的是人體軀殼內的「靈魂」，即所謂的 (生靈)。如果人去世「adingu」就會離開身體，由祭師舉行儀式將「adingu」送到祖靈世界。廣義上指的是肉眼看不見所有的「kawas」(靈)。

以上六大類 kawas (靈) 與祭師之關係，可由圖二說明。



圖二：kawas(靈)、ina(媽媽)、ama(爸爸)與祭師的關係

上述對 kawas(靈)認識中得知，在靈群的性別中除了有夫婦神，例如開啓之神(男：pilekakaw 及女：asabakay) 外，大部份都是以女性為多數。而很多儀式又只有女性祭師可執行。凡是與生孕、作物生長、大自然有關的靈群，都與女性及女性祭師有密不可分的關係。值得一提的是圖二中顯示，媽媽(ina)是可以直接呼喚 dungu 群靈，而爸爸(ama)則可直接呼喚 salaaban 群靈，換言之，人與神靈之間的聯繫是具有性別區分的。女性可連結守護生命的 dungu 靈群、男性則可聯繫輔助完成工作的 salaaban 靈群。

三、阿美族的身體觀

(一) 人體的定義：

阿美族稱身體為 tiren，指的是人的軀體。tiren 還有「站立」的意思，而「人體」稱為「tatirengen (用來站立) no (的) tamdaw (人)」(人用來站立的)。阿美族將「人體」分為兩大部分：一是人體的外部，即五官四肢，眼、耳、鼻、口、手、腳……等，稱之為「no (是) hekal (外面的)」(外形的) 或「no (是) tamedaw (人的)」(屬人的)；二是人體的內部，即五臟六腑中的肝、胃、肺等器官，稱之為「no (是) laluma' (內部)」(是內部的) 或「no (是) kawasan (靈的)」(是屬靈的)。「人體的外部」器官因有明確的外形及部位，而有清楚的名詞稱謂。由於「人體的內部」無法用肉眼透視，過去又沒有解剖人體的經驗，因此無法有專屬人內部器官的詳細名稱，只好用豬、牛、鹿……等動物內臟名稱代替。為了區別人與動物的不同，阿美族老人會特別強調「人體」(tatiregan no tamdaw) 是由「屬人的」(no tamedaw) 與「屬靈的」(no kawasan) 結合為一體的。所謂的「屬靈的」(no kawasan) 指的是屬靈界神靈掌管範疇的神秘世界 (nakawa

kawasan) (黃貴潮, 1998: 3-4)。換言之, 阿美族認知的「人體」是具有與神祕世界焦急的 kawas (靈), 因此, 「人體」才有了「神聖」面向的文化意涵。

(二) 人體的神靈觀：

「人體」具有「神聖」面向, 乃因「人體內部」(no kawasan) 有屬 kawas 因素之故。當這個體內的「靈」出了問題, 會影響身體的健康, 但由於它不屬於人間的病, 因此藉中西醫療程序是無法痊癒的。而這種因 kawas 所致的病, 只有找部落祭師才有可能得到解決 (巴奈·母路, 2003)。

阿美族認為一個健全的人, 必須兼具「內在」與「外在」的完整性, 即五官四肢及體內靈魂的齊全。當一個人生了病, 意味著他若不是生了「屬人」的病, 就是「屬靈」的病, 「屬人」的病由現今醫療可被醫治, 如醫不好的話, 可能就是得了「屬靈」的病, 必須經由祭師舉行儀式做出判斷及診斷, 甚至是需要做一系列的醫療儀式。在整個醫療儀式過程中, 可經祭師的禱詞、醫療的程序及祭品名稱, 得知阿美族人對人體的分類及負責保護肢體不同部位的神靈群, 使「人體」對應出一定的神靈空間, 具體說明了人體空間為一個「小宇宙」的說法。

根據祭師對致病時所使用的人體專有名詞及治病過程的稱呼, 可將人體分為五個的部份：

1. 是頭部, 以眼睛 (kakumat) 為代表。
2. 是人體上半身, 包括口、喉及胸, 總稱 cagahap, 其中以胸部圍住要呼吸系統。
3. 是人體下半身, 以心臟 (sinulu) 為代表。值得一提的是, 阿美族所謂的「心」並不在人體正確的位置, 而是在「胃」的位置。
4. 是 kalimakimay (雙手)。
5. 是 alukucuku (雙腳)。

而這些部位也有特有關鍵字來代表其病兆, 例如同痛稱「mivayu」、因眼花導致的暈眩稱為「minawar」、喉痛稱「mihekhekay」、嘴巴痛稱「mirihenay」或「mikelkelay」、胸部痛稱「micahiyuay」、即「使人氣喘」之意、手痛稱為「mikemaay」、腳痛稱為「mivursenay」、手腳痛通稱「micekcekay」、心痛則稱為「mitemamiliay」。祭師以人神媒介之角色, 醫治為非人的病, 並在治病過程中使用專屬靈域的肢體名稱, 配合出現在禱詞中的病徵, 從頭到腳依序為人體五個部位呼喚不同組合的神靈群為患者治療。其目的是希望患者藉由祭師執行的治療儀式, 使其軀殼內部的靈魂, 因有各部位所屬神靈群的保護而得到完整, 進而擁有由身體內部而延伸到外部健康的條件說。

祭師治病的 dungi (生命之女神) 群神種類很多, 如 Sasurian dungi (治病之神)、kakumudan dungi (聚集之神)、Matitih dungi (形塑之神)、Kakitaan dungi (富有之神)、Lalicayan dungi (傾訴之神)、Puday havu (給予新路之神)、Tusug dungi (開路之神)、Ta'sil dungi (打洞之神)、Da'su dungi (露水之神)、Saisaiyay dungi (除蔓之神)、Tapeduhay dungi (祛病之神)、Kakerucan dungi (結束前之神)……等。

因不同之需求及治療目的, 祭師會呼喚不同組合的神靈群, 來位患者進行各種治療儀式。例如為患者祛病時, 祭師會呼喊 Sasurian dungi (治病)、Kakumudan dungi (聚集之神)、Matitih dungi (形塑之神)、Kakitaan dungi (富有之神), 祈求患者靈魂完整使身體健康。並在患者手臂、膝蓋及骨盆處打洞之前, 呼喚 Kakawidan dungi (割草之神)、Saisaiyay dungi (除蔓之神)。更在開

啓頭頂醫治頭痛病徵時，呼喚 Da'su dungi (露水之神)、Tatakusan dungi (接應之神)、Kakerucan dungi (結束前之神)，使患者生命得以甦醒。甚至也呼喚已故的第一、二級祭師 asidan 及 kursut 來協助 dungi 群神們治病。由此得知，人體要有健康的軀殼，必須先要有完整的靈魂；要有完整的靈魂，則有賴於眷顧人體五個部位的不同神靈群。換言之，人體的身體空間與一定的神靈空間是有所聯繫的。

四、阿美族的「靈魂觀」(adingu)

阿美族中所謂的 adingu，可分為廣義與狹義兩種，廣義泛指是所有的「靈」(kawas)，其中包治病的 haidan (神靈群)、dungi (生命之神)、salaavan (輔佐之神) 即已故的祭師群 (asidan 與 kursut)等。狹義上指的也有「聖」、「俗」場域之分，「聖」方面指的是人體軀殼外的「影子」(adingu)。無論廣義或狹義的解釋，「adingu」都具有「肉眼看不到」或「無法透視」的特性。

阿美族認為，唯有完整且清楚的 adingu 著實依附在人體內，才可能有所謂全然健康的 tatirengan no tamdaw (人體)。換言之，人的 adingu (影子) 必須是以緊密結合的 adingu (靈魂) 與「身體」(tiren) 為母體，才可能在舞動肢體時，呈現一個具有律動的 adingu (影子)。此說不僅使「人體」同時間兼具屬聖、俗兩個場域的向度，並為「人體」是靈魂與影子之交集的說法，提出合理的說明。

阿美族部落祭師相信人之所以生病，是因為 adingu (靈魂) 或 tiren (身體) 出了問題。「身體」的病痛屬世俗人間的病，必須找醫生治病，即現今中西醫療程序。如果多次治療都治不好，就被考慮可能生了屬 kawas (靈) 的病，即因 kawas 各種不同治病神靈群 (haidan)、已故祭師群 (asidan 與 kursut)等所致，必須找祭師作的儀式來判斷或醫治。

祭師們認為如果一個人的「靈魂」(adingu) 被「靈」域的神靈帶走的話，往往會使人身體不適使人生病。祭師們之所以成為祭師就是因為 adingu (靈魂) 被治病之神 (haidan) 或已故祭師群神 (asidan 與 kursut) 帶走，才導致身體生了屬 kawas (靈) 的病。經高層階級祭師為其做治病儀式〈mipuhpuh〉(去穢祭) 及〈patevu'〉(尋靈祭) 判斷並尋求靈魂致病原因及靈魂被困禁之地後，決定該患者是否可以成為祭師。因此，祭師擁有 kawas 的生命因子，乃源自其 adingu (靈魂) 屬 kawas (靈) 的屬性。

從上述得知無論男女都先有完整的靈魂，才可以有健康完整的「人體」。又如前述阿美族身體五大區塊都各自有眷顧之 dungi 群靈，而 dungi 群靈又與 ina (媽媽) 可直接聯繫。由此得知人的外在軀體與靈魂，dungi 群靈及 ina (媽媽) 之間有著相互牽引的關係。而這關係凸顯著女性所具有的神聖角色。

五、阿美族的母系社會

阿美族是典型的母系社會，女性在親族社會中有絕對的優勢地位，男子則屬於從屬情況，因此男性為了與女性在親族社會的地位相抗衡，乃著力於其地緣組織中權力之發展，也就造成阿美族部落組織之嚴密 (李亦園 1982)。在阿美族語中所謂 mikatabu (夫從妻居) 直接轉譯為母系社會的概念似乎過於粗略。此說不僅削弱男性在家中的重要地位，更否定男人成為真正男人的價

值。記得多年前訪問一個九十多歲的老頭目，筆者以漢族男人入贅到女方家的心態，問他：「你是不是 mikadabu 的」，他很驚訝的看著我說：「你是阿美族小孩怎麼會這樣問我呢？」，他用力拍胸部說：「我當然是 mikadabu 的男人啊！你看我編的藍這麼整齊漂亮，我上山可以打到山豬，又會到海裡捕魚，又勤快，最重要是 ina 看上我，讓我有個家」。但在阿美族社會變遷系，夫從妻居的居住法則，大約在西元 1950 年前是佔絕大優勢，到了西元 1950-1965 年間已開始相當大的轉變，妻從夫居漸漸抬頭，直至西元 1965 年後，幾乎整個轉變為妻從夫居的型態（許木柱 1997）。

阿美族常女性把比喻成太陽（cidal）或爐灶（parut）。媽媽在訓誡女兒時，常會說：「你以後怎麼當家裡的 parut（爐灶）」。女性爐灶（o parut no luma），太陽是媽媽（o ina ku cidal）家裡的……等說法，將女性角色扮演從神聖的給予生命更擴及到世俗場域的生存與生活面向。彰顯著所謂系社會中阿美族女性兼負的重則。

阿美族的母系世系群，始以最早定居的家族為繁衍點，繁衍出母系單系血緣族群，而親族團體則是實現各種親屬相互定義與責任的功能團體。阿美族的親族功能團體中，最重要的有：以共同生活為目的地的共處親族群，和以共擔榮辱、共守禁忌、參與喪葬、襄拔祭儀和相互慰問，饋贈為主要功能的親族團體（黃貴潮，1998）。

在阿美族社會中，一般而言，loma'（家）是構成部落及親屬組織的基本單位。「家」的意義又有兩種：一是人們生活起居的空間「房屋」，二是住在此屋內的人群。在一個家中，男性與女性都一樣重要，成年已婚女性是母親（ina），負有養育後代及做家事的責任。他主要的職責是：（1）炊事，包括管理米倉、舂米、煮飯、製酒等，男性做這些事是犯禁忌。相對的，一般女子也禁止觸碰男性的祭器與獵具；（2）洗濯衣物；（3）照顧病人與老人；病人的尿尿也只有女性可以收拾處裡。

阿美族家中以女性長輩為主幹，其中以年齡最長與輩分最高者為一家之主，但不是具權威性的一家之主，而只是當家主事的角色。成年男性在妻家是父親（ama）與女婿（kadabu）的身分，乃「一家的保護者」。他們必須養護家人，是協助家人飲食生活的主要依靠。母親在家內工作，父親輔佐外面工作（黃宣衛 2005）。

傳統阿美族的男子以 mikadabu（從妻居）成為其他家族的女婿（kadabu）為榮。若超齡仍未 mikadabu，會遭人恥笑。kadabu（女婿）必須尊敬妻子的家族，尤其對妻子父母必須絕對的服從；凡事努力工作，態度也要謙虛有禮，視妻子的 ina（媽媽）及 ama（爸爸）如自己的父母，而妻子的父母也必須視他如自己的小孩對待（黃貴潮 1989）。

六、男女之品性

（一）男女之地位

男女因性別之不同而在智能體質上有先天的差別。基於這種體質智能的差別，兩性所從事的活動亦不同。雖然因地方或族群之不同，男女所擔任的事項會完全相反，但是男子因擁有剛強的身軀與聰明的智能，所以擔任社會性的事務，而女子身體纖弱且有育兒之天賦，則擔任一家內部的事務，這是人類世界共通的自然狀態。阿美族因婚姻制度以 mikadabu（從妻居）為主而成為母系家族制，家產管理權亦屬於女子而非男子所有。一家的對外事務完全由男子擔當，所以女

子不得代表一家參與公共會議，或是成爲一社之頭目；又對外財產上的行爲，如無家屬或丈夫之保證時亦視爲無效。男子一旦成年及成爲社民，得以參加祭典、儀式、狩獵、列席阿美族社會義並參與決議，甚至得以被選爲頭目。

（二）對內的男女關係

本族在內部上，以女子爲一家之主爲原則，男子惟於不得已的情況下方可成爲戶長，財產屬於家戶，由戶長管理之，因此，原則上財產的管理是女子，男子並無管理財產之全權能。在親屬關係上，代表全家的亦是身爲戶長的女子，男子除非自己擔任戶長，否則不得成爲一家之代表。一家的尊長原則上爲女子，男子只有在特殊情形下才得爲尊長，例如：父母雙亡，家中有兄弟姊妹，這些女子中無需監護人的成年人爲男子，且其未婚尚處於生家；或是 mikadabu 他家的男子，在婚姻中因身爲戶長的妻子死亡，爲了養育其子女（繼承者）而留在妻家。諸如此類的情況，男子得以行使其尊長及戶長權。

（三）耕作與農具

阿美族傳統農作歲時祭儀，以粟的成長周期爲核心，視其爲神聖作物，有播種粟祭、驅蟲祭、求雨祭、求晴祭、收粟祭、豐年祭等。雖農耕工作男女青壯輩皆有參與，但一般而言以女性爲主。只是早期因土地屬部落所有，故交由年齡階級組織中青年男子來負責開墾。目前，阿美族的主要生產方式是農耕，而農耕的主要工作是婦女，所以若說阿美族的女性爲主要生產者，亦不爲過。

（四）夫妻之職份

阿美族的婚姻中，男子已離開生家爲原則，待再生家或死於妻家後留滯妻家成爲戶長的其行爲例外，因此，男子取得戶長權並得以有效的管理家產的情況甚爲罕見，此點已如前所述。是故，無庸置疑的，阿美族男子無論在親屬、繼承關係及財產擁有權之地位皆屬卑微。但是男子便享有天賦性能之自然優劣，生活習慣上的特性亦無法逆轉此天賦之優劣，亦即在夫妻關係上，丈夫居於優勢地位，妻子則居劣勢，形成夫唱婦隨的關係。妻子雖然在行使慣習上既得知權限，但卻必然接受丈夫的指導並且順從之。妻子在外致立於農耕，在家則負責育兒即家政處理，不吝惜筋骨之勞，以恭敬親愛的態度侍奉丈夫；而丈夫在外活動，以維持、增進自家在社會上的富貴和安泰爲己任。

七、結語

阿美族十個方位之 kawas（靈）群的性別以女性居多，屬女性太陽神（cidal）群靈就有九位；照顧身體中 kakumat（眼）區、cangahap（口）、kalimakimay（手）區、calukucuku（腳）區及 sinulu（心區）等五大區塊之神靈；以不同的 dungi（守護生命的女神）群靈照顧；呼喚 adingu（靈魂）時，呼喚的也是女性的 ina（媽媽）及 bai（女性老人）。由此得知，阿美族在神聖場域的無形神靈種類中，在性別上仍以女性居多，換言之，阿美族對 kawas（靈）群中女性的神靈，無論生命、生存及生活上，都可藉各種不同的祭儀，取得身心靈上的慰藉。彰顯女性因給予生命、守護生命

所具有 kawas（靈）的屬性。

阿美族雖為母系社會，並非漢族男子入贅的概念。mikadabu（夫從妻居）的男子，一定是具備勤奮、謙卑、自律等條件及上山下海打獵、漁獵等能力。男子也會因此受妻子家人喜愛，甚至使男子因 mikadabu 取得母舅（faki）身分而提升其社會位階。事實上，為了家（Loma'）無論男女在生活上都會分工互助，在性別上並無所謂尊卑的說法。

從阿美族豐年祭深夜舉行的迎靈祭，每年底在部落徹夜挨家挨戶舉行的 mitiway（播種祭）及各種與農事有關的儀式，都突顯對女性及女性群靈，從神聖空間到世俗空間在生命及生活上的依靠。但為了協助女性在生命、生活上給予最大的助力，阿美族男子以年齡階級制度，突顯對女性及家的信仰，使男女二性之間的關係有了和協的平衡關係。

參考文獻

- 山路勝彥。黃耀榮譯。年份不詳。Ami 族的親族與祭祀。台北：原住民音樂文教基金會。
- 巴奈·母路。2003。〈adada（疾病）與 kawas（靈）-以花蓮里漏社阿美族二個治病儀式為例〉。花蓮：東台灣宗教與醫療研討會。
- 巴奈·母路。2010。〈阿美族祭儀中的聲影〉。花蓮：東華大學原住民族學院。
- 台灣總督府臨時台灣舊慣調查會原著。2000。〈番族慣習調查報告書，第二卷,阿美族,卑南族〉。台北：中研院民族所編譯。
- 李亦園。1982。〈台灣土著民族的社會與文化〉。台北：聯經出版事業公司。
- 阮昌銳。〈台東麻老漏阿美族的社會與文化〉。台北：龍岡彩色印刷股份有限公司。
- 阮昌銳。1969。〈大港口的阿美族〉。台北：中央研究院民族學研究所。
- 許木柱。1987。〈阿美族的社會文化變遷與青少年適應〉。台北：中央研究院民族學研究所。
- 許功明。黃貴潮。1998。〈阿美族的物質文化：變遷與持續之研究〉。台北：國立自然科學博物館。
- 黃宣衛。2005。〈異族觀、地域性差別與歷史：阿美族研究論文集〉。台北：中研院民族所。
- 黃宣衛。2005。〈國家、村落領袖與社會文化變遷：日治時期宜灣阿美族的例子〉。台北：南天。
- 黃貴潮。1998。〈阿美族傳統文化〉。台東：觀光局東海岸。

法學教育、法治教育與原住民

劉恆妉*

國立台灣師範大學公民教育與活動領導學系副教授

摘 要

本文嘗試從現行台灣以培育法律專業人才為目標的法學教育，以及針對非法律專業人士的法治教育切入，探討其與原住民間的關連性。

在法學教育部分，主要以國內主要法律相關系所為對象，就其課程設計、師資與學生，乃至於未來就業出路表現及規劃等，進行一般性的探討。期能一窺原住民在現行近代西方式、以漢人為主的台灣法律專業人才教育中所扮演的角色，以及近年來台灣法學教育體制所培育之原住民法律人才的表現。

在法治教育部分，限囿於時間與能力，選擇以教育體制內關連性最強的高級中學「公民與社會」課程為對象，就目前高中教學現場所適用的最新版的 99 課綱內容，斟酌輔以部分教科書教材的表現方式，分析其教學理念、課程設計與原住民之關連性，期能瞭解在現行教育體系內，一般大眾所接受的法治教育裡，所呈現的原住民。

* 劉恆妉，國立台灣師範大學公民教育與活動領導學系副教授，國立台灣大學法律學博士。

一、前言

筆者過去研究台灣的法學教育，但本次主辦單位邀稿，期待我對於台灣法學教育與原住民的關係進行討論。在執筆的過程中，回想起過去投入法律史領域，即是因為對當時台灣既有的法律論述感到不滿意。由於政權的轉換及法制的更替，在法制議題的討論上，往往恣意切割、分裂人民的法律生活與法治經驗，乃至略而不論法意識的變動過程，漠視長達五十年的日治時期法制。這樣草草一筆地帶過，使得法學教育培育出來的人才，對台灣過去長期的法律變遷過程陌生，導致許多值得檢討的實務見解。一般人對歷史的無知，或許只是鬧鬧笑話；法律人對歷史的無知，賠上的，卻常是台灣人民的權益。即便帶有這樣的反省，為了能及早畢業，在論文研究的討論範圍預設上，多半在一開始便「務實」的設定，僅能討論既有資料豐富的漢人的部分，無力論及狀況不明、態樣繁複的原住民不同法制。

在多年的刻意逃避下，由對原住民議題近乎無知的本人來談法學教育與原住民，其實是相當不適格的（在寫作的過程中，我也嚐到苦果）。然而，從另一個角度看，類似本人這樣的心態與作風，又何嘗不是某程度反應了以漢人為主的法學界的一個樣貌。於此，只得硬著頭皮，嘗試從無到有的建立起個人對原住民與台灣法學的關連性。並希望再多踏一步，藉由近年來自己較為熟悉的法治教育領域，分頭探究針對專業法律人與非專業人士的兩者，與原住民之間的關連性。期能拋磚引玉，引發更多人的關心。

二、法學教育與原住民

近代西方式法學教育引入台灣，始自日治時期。日本統治下殖民地台灣之法學發展，實為戰前日本帝國法學之一環，其遺緒與影響，無法僅就「台北帝大文政學部政學科」一處論斷，必須整體概觀二次戰前日本帝國法學之發展情形。在制度上，日人在台北帝大文政學部政學科所實施之法學教育，僅為戰前日本法學教育體系之一隅。而從實際人才養成方面，二次戰前日本帝國絕大部分的法學教育機會，均由日本內地提供，絕大多數戰前日本所培育的法學人才，係於日本內地完成學業，即便是台灣人亦然。¹

而二次戰後台灣的法學教育，承繼了戰前日本政權已經建立的近代化國家教育體制，於西式的高等教育階段，體系性地提供。大學法學學科體制，成為法學知識生產與傳遞主要的場域。高等教育中的法學知識，亦是瞭解戰後台灣法學發展的重要考察對象。

台灣的高等教育植基於日本時代，50 多年來，大專院校總數由二戰初期的 4 所，一路攀升至 2003 年的 152 所。而法學教育方面，則從 1945 年台北帝國大學文政學部政學科改制轉型的國立台灣大學法學院法律學系 1 系開始，發展至 2004 年，已有約 29 所大專院校開辦法律相關系所（不計入軍警院校）。²

以下，嘗試分就幾個部分來思考目前台灣法學教育與原住民的關係：

¹ 參見劉恆姣，〈從知識繼受與學科定位論百年來台灣法學教育之變遷〉，台大法律學研究所博士論文，2005 年 6 月，頁 65。

² 參見劉恆姣，〈從知識繼受與學科定位論百年來台灣法學教育之變遷〉，台大法律學研究所博士論文，2005 年 6 月，頁 171。

(一) 課程設計

截至目前為止，台灣各法律系所，並未如加拿大維多利亞大學等校一般，設有專門、系列性的原住民法律學程。如就教育部 UCOUSE「大學院校課程資訊網站」³進行查詢，可以大致看到近三年各大專院校開設有關於原住民法學之課程如下：

學年度	校	院	系所	課程名稱	授課教師
100	國立東華大學	人文社會科學學院	財經法律研究所	原住民族財經法律問題專題研究	蔡志偉助理教授
	國立東華大學	人文社會科學學院	財經法律研究所	原住民族傳統領域法律專題研究	蔡志偉助理教授
	國立東華大學	原住民族學院	民族發展與社會工作學系	憲法與原住民族法規	蔡志偉助理教授
	私立靜宜大學	人文暨社會科學院	法律學系	災難與原住民族規範重建	林益仁副教授、林淑雅助理教授
	私立輔仁大學	法律學院	法律學系	原住民族法律與政策發展史	鄭川如助理教授
99	國立東華大學	原住民族學院	民族發展與社會工作學系	憲法與原住民族法規	蔡志偉助理教授
	國立東華大學	人文社會科學學院	財經法律研究所	原住民族財經法律問題專題研究	蔡志偉助理教授
	國立清華大學	科技管理學院	科技法律研究所	原住民法	黃居正副教授
	私立靜宜大學	人文暨社會科學院	法律學系	災難與原住民族規範重建	林益仁副教授、林淑雅助理教授
98	國立臺東大學	理學院	南島文化研究所	國家法與原住民族傳統規範	蔡志偉助理教授
	國立臺東大學	理學院	南島文化研究所	原住民族法律專題	蔡志偉助理教授
	私立靜宜大學	人文社會科學院	法律學系	災難與原住民族規範重建	林淑雅助理教授

1990 年之前戰後台灣 7 間傳統法律系所，如台大、政大、東吳、文化等校中，僅有 1961 年在台復校的輔仁大學於 100 學年開設之「原住民族法律與政策發展史」課程，屬於專門針對原住民議題開設之法律專業正式課程。

而在 2000 年增設科技法律研究所的國立交通大學（黃居正副教授）、2002 年設置財經法律研究所的國立東華大學（蔡志偉助理教授），以及 2003 年新設財經法律系所的靜宜大學（林淑雅助理教授），無論是以科技為名，或是強調財經導向而新設，在課程規劃與師資聘任上，較傳統法律系所增添新氣象，成為台灣較早開設專門的原住民法規課程的少數幾所法律系所。⁴

除此之外，如以筆者較為熟悉，歷史最悠久的台大法律學系為例，其專業必修課程規劃大

³ 教育部「大學院校課程資訊網站」，http://course-tvc.yuntech.edu.tw/web_nu/search_course.aspx?q=%BD%D2%B5{%A6W%BA%D9%20LIKE%20%AD%EC%A6%ED%A5%CI'}，2012/10 查詢。

⁴ 有關台灣法學教育系所的變遷，詳見劉恆旻，〈從知識繼受與學科定位論百年來台灣法學教育之變遷〉，台大法律學研究所博士論文，2005 年 6 月，頁 191。

致如下表「2004 年台大法律學系系定專業必修課程」，並沒有專門針對原住民法律而開設之課程。依筆者過去在台大法律系所求學的經驗，在沒有專門開設原住民法律相關課程之情形下，各系所多半是依循各教師之研究興趣與關懷，在各不同課程中，進行議題式或單元式教學。

2004 年台大法律學系系定專業必修課程⁵

組別差異	科目類別（學分數）		科目名稱（學分數）
全系三組共同 63 (100%)	民事法 37 (58.7%)	民法 22	民總 4、債總 6、債各 4、物權 4、身份法（親屬&繼承）4
		商法 9	商事法總論及公司法 3、票據法 2、保險法 2、海商法 2
		民事程序法 6	民事訴訟法 6
	公法 10 (15.9%)	憲法 4	憲法 4
		行政法 6	行政法 4、 （行政法專題討論 2、行政實例演習 2、行政法進階，3 選 1）2
	刑事法 14 (22.2%)	刑法 10	刑總 6、刑分 4
		刑事程序法 4	刑事訴訟法 4
實體程序綜合研討 2 (3.2%)	（民商事法實體程序綜合研討 2、刑事法實體程序綜合研討 2、公法實體程序綜合研討 2，3 選 1）2		
法學、司法組 二組共同 15	基礎法學 7	法史學 3	法律史 3
		法理學 4	法理學 4
	國際法 4		國際私法 2、國際公法 2
	政經社基礎課程 4		（政治學 4、經濟學 4、社會學 4，3 選 1）4
法學組特有 4	英美法 4		（英美法導論、英美契約法、英美侵權行為法，3 選 2）4
司法組特有 6	審判實務 6		非訟事件法 2、民事審判實務 2、刑事審判實務 2
財經法組特有 22	經濟學 4		經濟學 4
	強執、破產 2		（強制執行法 2、破產法 2，2 選 1）2
	財經法必選 16		（商標法、專利法、智慧財產權法案例、智慧財產權法導論、歐洲事業法、財政法一、財政法二、財稅法一、財稅法二、財稅法、信託與退休金法、勞工法、土地法規一、土地法規二、中國民法一、中國民法二、國際貿易法、國際經濟法導論、仲裁法、環境法、著作權法、租稅法總論、租稅法各論、公司治理專題討論、公平交易法、經濟法導論、證券交易法、銀行法、銀行法專題研究、勞工法、社會保險法專題、消費者保護法、法律之經濟分析、法律經濟分析專題、商事法專題討論上、商事法專題討論下、勞工法規專題一、勞工法規專題二、勞工法專題一、勞工法專題二、歐洲聯盟法專題一、中國大陸法制專題一、農業生技與智慧財產權一、農業生技與智慧財產權二、合資金融控股與財經犯罪一、合資金融控股與財經犯罪二、法律經濟分析一、法律經濟分析二、金融法一、金融法二、競爭法與其國際層面、WTO 法律問題專題，51 選 8）16
總計	法學組 82、司法組 84、財法組 85		

⁵ 本表為筆者自製，參見劉恆姣，〈從知識繼受與學科定位論百年來台灣法學教育之變遷〉，台大法律學研究所博士論文，2005 年 6 月，頁 217。

一般法律專業課程內容中，與原住民議題十分相關，通常，會於課程單元中提到原住民者，當屬明文保障原住民族權利的憲法，以及討論各項人權的人權法等相關課程。此外，如台大法律系所王泰升、陳昭如教授開設之法律史相關課程，亦多所論及台灣各不同時期原住民法律之發展情形。⁶再者，如政大法律系廖元豪教授 101-1「教育法」課程大綱中，亦可見論及「原住民族與新移民之特殊教育」之單元設計。⁷另如東吳大學人權碩士學程中，由黃居正與吳豪人教授共同開設之「文化權」課程，亦以原住民文化權為核心進行教學。⁸

(二) 師資

目前台灣各法律系所中，專攻原住民法的學者不多，大約即前述少數幾門原住民法律專業課程的開課教師。其中，具法定原住民身分者，僅兩位畢業自美國華盛頓大學法學院之法學博士。分別為任教於東華大學的蔡志偉（賽德克族），以及任教於輔仁大學的鄭川如（太魯閣族）。

(三) 研究與服務

日治時期台北帝大政學科法律學門教師群，在研究主題的選定上多少關注台灣在地的法律議題。除台灣漢人的議題外，亦探究原住民的議題。如安平政吉於 1940 年間，在《台法月報》上，發表了一系列有關台灣原住民族犯罪與刑罰的文章。當時任教於農學科的增田福太郎，也進行實地調查，紀錄台灣原住民族法律，戰後出版的《未開社會 法 成立》成為今日研究台灣原住民法的重要參考資料。⁹

至戰後，各校法律系的教師，除進行原住民法律議題之研究外，亦多所參與原住民法制之研修工作，以台大法律系為例，如蔡明誠參與原住民傳統智慧保護法、王泰升參與原住民身分法、陳妙芬參與原住民自治法法案的研擬工作。¹⁰

如依據教育部「台灣博碩士論文知識加值系統」，歷年來台灣各法學研究所指導之有關原住民議題的法學博碩士論文，已約有 36 筆。¹¹

(四) 學生

如以最新 100 學年度之統計資料觀察，依據教育部統計處〈100 學年原住民學生概況分析〉，¹²法律類科並不在原住民就讀人數最多的科系名單裡。¹³純就「法律學門」方面統計，原

⁶ 參見王泰升，〈99-2 法律史 課程大綱〉，https://nol.ntu.edu.tw/nol/coursesearch/print_table.php?course_id=A01%2042130&class=&dpt_code=A010&ser_no=17573&semester=99-2；陳昭如，〈100-2 女性主義法律史專題研究 課程大綱〉，https://nol.ntu.edu.tw/nol/coursesearch/print_table.php?course_id=A21%20M9620&class=&dpt_code=P030&ser_no=76804&semester=100-2、〈99-1 法學緒論 課程大綱〉，http://nol.ntu.edu.tw/nol/coursesearch/print_table.php?course_id=A01%2011110&class=&dpt_code=0000&ser_no=10381&semester=99-1&language=CH，2012/10 點閱。

⁷ 參見廖元豪，〈101-1 教育法 授課大綱〉，<http://newdoc.nccu.edu.tw/teasyllabus/103890601628/syl-2012fall-educLaw.pdf>，2012/10 點閱。

⁸ 參見黃居正、吳豪人，〈99-2 文化權 授課大綱〉，<http://web.sys.scu.edu.tw/prnServer/class/teachplanclass.asp?FileName=992MHR51501>，2012/10 點閱。

⁸ 參見黃居正、吳豪人，〈99-2 文化權 授課大綱〉，<http://web.sys.scu.edu.tw/prnServer/class/teachplanclass.asp?FileName=992MHR51501>，2012/10 點閱。

⁹ 王泰升，《國立台灣大學法律學院院史 1928-2000》，台北，國立台灣大學法律學院，2002.06，頁 111。

¹⁰ 參見王泰升，《國立台灣大學法律學院院史 1928-2000》，台北，國立台灣大學法律學院，2002.06，頁 120-121。

¹¹ 參見教育部，「台灣博碩士論文知識加值系統」，<http://ndldt.ncl.edu.tw/cgi-bin/gs32/gweb.cgi/login?o=dwebmge&cachae=1286766356114>，2012/10 點閱。

¹² 許雅玲，〈100 學年原住民學生概況分析〉，教育部統計處，101 年 3 月，頁 12-14，出處：教育部，<http://www.edu.t>

住民學生選讀法律學門的人數約為 253 人，比例約為全體原住民學生的 1.14%；而其他一般生選讀法律學門約為 20,105 人；比例約佔全體其他一般生的 1.51%（詳下圖與下表）。

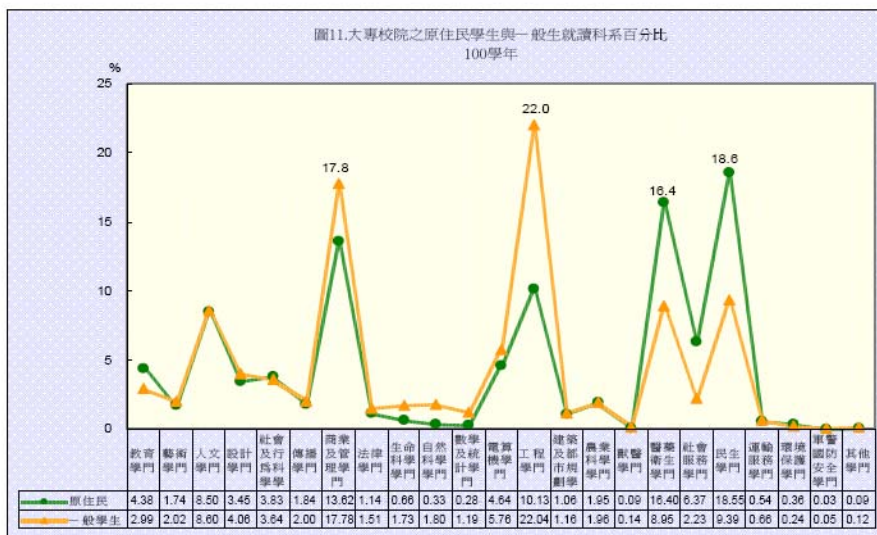
表 15、大專校院原住民學生與一般生就讀科系比較-按 23 學門分

100 學年

單位：人

原住民學生					一般學生				
排名	科系(按 23 分類)	計	男	女	排名	科系(按 23 分類)	計	男	女
1	民生學門	4,122	1,912	2,210	1	工程學門	293,068	256,932	36,136
2	醫藥衛生學門	3,644	489	3,155	2	商業及管理學門	236,426	94,832	141,594
3	商業及管理學門	3,026	1,129	1,897	3	民生學門	124,816	49,246	75,570
4	工程學門	2,251	1,960	291	4	醫藥衛生學門	118,995	32,868	86,127
5	人文學門	1,889	603	1,286	5	人文學門	114,377	31,602	82,775
6	社會服務學門	1,416	170	1,246	6	電算機學門	76,581	50,168	26,413
7	電算機學門	1,030	564	466	7	設計學門	53,954	20,967	32,987
8	教育學門	972	494	478	8	社會及行為科學學門	48,375	20,913	27,462
9	社會及行為科學學門	852	365	487	9	教育學門	39,721	13,697	26,024
10	設計學門	767	316	451	10	社會服務學門	29,710	3,809	25,909
11	農業科學學門	434	211	223	11	藝術學門	26,815	7,547	19,268
12	傳播學門	408	149	259	12	傳播學門	26,610	9,986	16,624
13	藝術學門	387	148	239	13	農業科學學門	26,012	13,009	13,003
14	法律學門	253	119	134	14	自然科學學門	23,952	17,851	6,101
15	建築及都市規劃學門	236	135	101	15	生命科學學門	23,023	12,959	10,064
16	生命科學學門	146	82	64	16	法律學門	20,105	9,893	10,212
17	運輸服務學門	121	59	62	17	數學及統計學門	15,847	10,595	5,252
18	環境保護學門	81	49	32	18	建築及都市規劃學門	15,395	8,342	7,053
19	自然科學學門	73	58	15	19	運輸服務學門	8,800	4,692	4,108
20	數學及統計學門	63	50	13	20	環境保護學門	3,158	1,954	1,204
21	獸醫學門	20	8	12	21	獸醫學門	1,872	988	884
22	其他學門	19	12	7	22	其他學門	1,573	812	761
23	軍警國防安全學門	7	6	1	23	軍警國防安全學門	674	617	57

說明：1. 本表資料不含空大、宗教研修學院及大專進修學校。
2. 本表係依 96.7.4 分行實施之「中華民國教育程度及學科標準分類(第 4 次修正)」歸類。



1. 本表資料不含空大、宗教研修學院及大專進修學校。
2. 本表係依 96.7.4 分行實施之「中華民國教育程度及學科標準分類(第 4 次修正)」歸類。

w/files/site_content/B0013/100native.pdf，2012/10 點閱。

¹³ 100 學年度大專校院原住民學生就讀人數最多的前 5 大科系依序為：護理學系、資訊管理學系、企業管理學系、幼兒保育學系與社會工作學系。而一般學生就讀人數最多的前 5 大科系依序則為：資訊管理學系、護理學系、企業管理學系、電機工程學系與資訊工程學系。原住民學生大量傾向就讀護理系，主要因為多所技職校院設置專班或保障特定名額比率，並為原住民學生提供減免學雜費或補助生活費之措施。許雅玲，〈100 學年原住民學生概況分析〉，教育部統計處，101 年 3 月，頁 13。

如單就「法律學系」來觀察，100 學年度全國法律學系全體學生人數 13,785 人，原住民學生 167 人（約佔 1.21%），其他一般生 13,6186 人。¹⁴

在原住民公費留學考試方面，95-100 年法律學門的錄取人中，均無原住民，¹⁵然而，在此之前，仍有不少法律學門之原住民公費生。¹⁶

（五）出路：原住民法律專業人才

近代西方式法院制度及法學教育引入台灣，亦始自日治時期。於此，如將「法律專業人才」狹義地限制在司法官與律師兩大類進行觀察，依照筆者目前彙整統計結果，在日治台灣時期，自 1918 年起，開始有台灣人通過日本之國家考試，擔任辯護士或司法官之紀錄。從 1918 年至 1943 年，台灣人通過日本高等考試「行政科」者（取得高等行政官資格），計有劉明朝等 30 餘人，而在「司法科」（取得擔任司法官、辯護士資格）或「辯護士考試」（1923 之前）方面，則計有葉清耀等近百人（其中不少人雙榜俱登）。此外，在「外交科」方面，或因政策因素，僅有莊要傳等 3 人通過筆試（未通過口試）。在目前所蒐集的百餘名台灣人資料中，尚無具原住民身分者之明確記載。¹⁷

而至二次戰後國民政府及行憲後的中華民國政府，大量外省族群法律專業人員（律師、司法官等）隨著政府遷移來台執業。而遷台後的政府，對法律專業人員，採取了嚴格的考選制度。歷年司法官之錄取率平均約在 4%，¹⁸而律師的選拔，在 1987 年 7 月解嚴之前，一直處在「前門很窄，後門很寬」的情形，高考錄取率奇低，每年僅錄取個位數，至多二、三十人，但檢覈取得執照者多。解嚴後，這種緊縮高考卻大開檢覈之門的證照核發政策逐漸獲得扭轉，律師高考慢慢成為取得律師資格的主要管道。¹⁹近幾年，約維持在每年 8% 的比例。本次 100(新制)考試，錄取率更達 10.63%，由於報考人數增多，錄取人數達到 963 人。²⁰

以民國 100 年來看，台灣律師總人數約一萬人，而司法官也約四千人。學者認為，如以目前原住民人口數占全台灣總人口 2% 推估，理想狀態下，原住民律師的人數應達近 200 人。²¹但截至目前為止，此人數約等於每年就讀法律系之原住民學生比例。而每年約占全體法律系學生人數 1%-2% 的原住民法律系學生，尚難完全轉換通過法律專業人員考試。在戰後台灣的法律專業人員中，本文查詢具原住民身分者，計有司法官徐福晉、潘怡珍等 4 位，律師楊志航、林長振等 5 位（參見附錄一）。近年來國家考試錄取比例的逐年放寬，或有助於未來原住民學子通過考試，進入法律專業人員之列。

¹⁴ 許雅玲，〈100 學年原住民學生概況分析〉，教育部統計處，101 年 3 月，頁 15。

¹⁵ 許雅玲，〈100 學年原住民學生概況分析〉，教育部統計處，101 年 3 月，頁 19；許雅玲，〈99 學年原住民學生概況分析〉，教育部統計處，100 年 4 月，頁 20，出處：教育部，http://www.edu.tw/files/site_content/B0013/99native.pdf，2012/10 點閱。

¹⁶ 如 85 年 1 名（溫珮芬，法學 消保法）、87 年 1 名（洪玲，刑法）、88 年 1 名（蔡志偉，法學 智財法）。

¹⁷ 僅有人推測出身台南玉井、日台混血、於「二二八事件」遇難的湯德章（1907-1947）律師，擔任警察的日本人父親死後，從母姓「湯」，常強調因母親嗜吃檳榔不願離開家鄉台南，而部份玉井鄒族人在漢化過程中被賜姓湯，故有認其母可能為鄒族人。

¹⁸ 參見劉恆姣，〈從知識繼受與學科定位論百年來台灣法學教育之變遷〉，台大法律學研究所博士論文，2005 年 6 月，頁 235-236。

¹⁹ 參見劉恆姣，〈從知識繼受與學科定位論百年來台灣法學教育之變遷〉，台大法律學研究所博士論文，2005 年 6 月，頁 232-245。

²⁰ 董介白，〈律師飯 愈來愈難吃〉，聯合晚報，2011/09/24。

²¹ 參見蔡志偉、鄭川如，〈原住民需要什麼樣的法律協助？〉，《法扶會訊》，35 期，財團法人法律扶助基金會網站，http://www.laf.org.tw/tw/b3_1_2.php?msg1=33&msg2=393&PHPSESSID=tkbe74tm43hutfbq4lmlg3ma45，2012/10 點閱。

綜言之，如何在現行法學教育體系中更認真的去「看見原住民」，思考原住民需求與相關議題，在多元文化的大原則下，調整法學教育的課程設計與教學內容，應是未來努力的主要方向。甚至，進一步合理因應原住民族之需求，規劃出原住民法律專業學程，以提供未來司法改革在族群需求上的理論知識基礎（例如有關原住民土地法庭等之特殊法庭的設置規劃）。否則，以目前之法學教育，由於甚少提及原住民，一般學子進入司法體系後，遇到原住民議題，恐仍依漢人價值觀處理，難以理解、顧及原住民之特殊需求。以目前之教育內容，恐連基本因應司法實務上各個不同原住民族法律之不同需求都難以達致，更不用說為司法提供理論知識基礎。

在這種情形下，即便再多的原住民精英進入法學教育系統，力求熟練這套以漢人為主思考的西方式法律體系，通過專業考試的試煉，反而可能造成在「看不見原住民」的法律教育中，勉強地使用帶有漢人價值觀的主流法律思考行事，產生淡化原住民學生原有族群認同的效果。

三、法治教育中的原住民

所謂「法治教育」(law-related education)的概念，一般參考美國1978年的法治教育法案(Law-Related Education Act)定義，強調是一種針對非法律專業人士，使之具備有關依法而治(rule of law)的法治精神、基本人權的保護及關於法律形成、法律體系、法律基本原理等基礎知識的教育。

截至目前為止，在台灣各級中小學教育的正式課程中，並無專門的「法治教育」科目。最為相關的，莫過於國民中小學九年一貫課程的社會學習領域，²²以及高級中學階段的「公民與社會」科。於此，由於時間與能力，選擇以高中「公民與社會」科課程為標的，探討其課程中與「法治教育」較為相關的內容所提及之原住民。高中六冊教材各冊重點不同，第一冊以「自我、社會與文化」為範圍，第二冊以「政治與民主」為範圍，第三冊為「道德與法律規範」，第四冊為「經濟與永續發展」；高三選修上冊以「現代社會與法律」為範圍，而選修下冊則為「民主政治與經濟」。一般說來，以第三冊與選修上冊的主題範圍與法治教育關係最為密切，但其他第一冊與第二冊內容亦有不少相關，相對而言，第四冊與選修下冊以經濟議題為主，與法治教育的關連性較低。

在依據課綱所撰寫的教科書方面，由於現行教育政策採取「一綱多本」，市面上目前約有五至七家民間出版社審定合格的版本流通，²³各家版本內容不一，但皆依教育部課綱撰寫。於此，限囿於時間與能力，筆者選擇以個人較熟悉的99學年度實施之南一版為討論對象。²⁴

²² 有關社會學習領域的課程目標及分段能力指標等，詳參教育部，〈課程綱要 社會學習領域〉，國民教育社群網，<http://teach.eje.edu.tw/9CC/fields/society-source.php>，2012.10 點閱。

²³ 參見〈普通高級中學「101學年度上學期」教科用書一覽表〉(公告日期：101年4月10日、更新日期：101年7月5日)，公告於「國家教育研究院教科書審定資訊網」(http://review.nict.gov.tw/Bulletin/FA011.php?ash_col=1&pageshow=w)，僅列最後發布日期前審查通過之教科用書。如以最新版為例，高一上通過七個版本：三民、南一、翰林、康熹、康熹(乙版)、龍騰、全華；高二上通過六個版本：三民、南一、翰林、龍騰、康熹、全華；高三選修上通過五個版本：三民、龍騰、南一、翰林、康熹。<https://docs.google.com/viewer?url=http://review.nict.gov.tw/Bulletin/spic/101-h.pdf&pli=1>，2012.10 點閱。

²⁴ 選擇以南一版進行討論，一則是筆者參與南一版部分內容之編輯工作，對南一版本內容較為熟悉。再者，各校每年分年級分冊自行選書，銷量每年異動，雖無明確統計數字，但業者表示，總體市占率以龍騰版最高，參見http://www.lungteng.com.tw/LungTengNet/HtmlPopUp/web/PopUp_20110330/%E5%85%AC%E6%B0%91/100%E4%B8%8A%E5%85%AC%E6%B0%91%E6%9B%B8%E5%86%8A%2-3.pdf；然在與法治教育較為相關的第三冊與選修上冊部分，據悉仍以南一版的選用較普及。此外，值得說明的是，由於目前99年實施之審定版本只到高三選修上冊，於高三選修下冊部分，不得不使用95年實施之舊版進行討論，但選修下冊內容與原住民內容較不具關連性。

(一) 高中「公民與社會」課綱

依據目前教育部令頒，自 99 學年度高中一年級起實施的〈課程綱要令(99 年)〉，²⁵在高中「公民與社會」科必修及選修課綱裡，²⁶明確提到「原住民」者，有以下幾單元：

(1) 〈普通高級中學必修科目「公民與社會」課程綱要〉²⁷

單元一（相當於第一冊）：自我、社會與文化

		說明
主題三：人與人權 (參考節數：3)		<p>接續前一主題的人己分際、自主與尊重等關於自由與責任的議題討論，說明何以認識「人」應該具有「人權」，是「公民與社會」課的重要內容。本主題除了為第二單元的民主政治、憲政主義，第三單元的憲法與人權、刑事訴訟、行政法與生活等主題奠定討論基礎之外，也與第四單元的個人選擇以及選修單元一的社會安全和大法官釋憲等主題有關。</p>
主要內容	次內容	說明
1. 人權理念的發展歷程	1-1 「天賦人權」理念的緣起 1-2 從「天賦人權」概念到「聯合國人權宣言」 1-3 人權議題的擴大發展	1-1 簡短引言歷史上「天賦人權」理念出現前後的思想脈絡，說明當時認定「人權」屬於某些「特殊條件」者的權利。 1-2 簡介「天賦人權」的概念到「聯合國人權宣言」(1948)的發展歷程，說明相應的人權內涵如何演變與普世化。 1-3 主要用意在於說明人權議題在當代擴展的情形。舉例介紹 1948 宣言發表後的人權議題發展，如：社會權、文化權、婦女人權、性別平等、原住民人權等相關議題與可能的爭議。
2. 日常生活中的人權議題	2-1 我國與國際社會常見的人權議題 2-2 校園內的人權問題	2-1 可舉例說明如：兒童、婦女、同性戀、愛滋病患、外國人、移民和國際難民、住民自決、媒體報導侵犯隱私等所涉及之人權議題。 2-2 強調學生也有基本人權。說明校園內的權利義務與規範議題、人權爭議和救濟管道。
3. 人權保障與立法	3-1 人權為何應該受到保障 3-2 我國重要的人權立法及其意義	3-1 介紹公民社會保障人權的必要性，舉例說明人人享有免於恐懼的尊嚴生活以及蔑視人權的歷史教訓，例如：我國的白色恐怖、良心犯、德國納粹等政權清除異己的種族大屠殺等等。 3-2 說明並檢視我國既有關於人權相關的立法，並討論相關不同的人權倡議者的主張。

²⁵ 〈課程綱要令(99 年)〉，中華民國 99 年 5 月 4 日台(三)字第 0990070888B 號教育部令，見教育部網站，http://www.edu.tw/files/site_content/B0035/990504%E7%99%BC%E5%B8%83%E4%BB%A4-70888.pdf，2012.10 點閱。

²⁶ 有關目前實施之高中公民與社會課綱，詳參張茂桂，2008，〈高中「公民與社會」新課綱的訂定〉，《教育研究月刊》，166 期，頁 44-53；張茂桂，2009，〈再探公民：反思高中《公民與社會》新課綱之訂定〉，《公民訓育學報》，第 20 期，頁 1-31。

²⁷ 教育部，〈普通高級中學必修科目「公民與社會」課程綱要〉，http://www.edu.tw/HIGH-SCHOOL/content.aspx?site_content_sn=20674，2012.10 點閱。必修分一至四冊，於高中第一、二年級修習。

主題八、多元文化社會與全球化 (參考節數：3)		說明
主要內容	次內容	說明
1. 「多元文化」的基本主張	1-1 文化差異與平等對待 1-2 維護少數群體與促進權益的政治主張	1-1 介紹文化權與多元文化，例如：反對強迫少數同化於主流文化；反對歧視或隔離少數。舉例說明對文化差異採取欣賞、尊重、平等對待的方式，亦是符合社會共同利益的理由。 1-2 多元文化另外一種積極的涵義，即在公共政策上對少數族群或弱勢團體成員採取特別的維護措施。說明這種差別政策為何符合並且可以促進平等的用意。舉國內、國外憲法或公共政策例證說明。
2. 認識多元文化的現象	2-1 社會文化的起源議題 2-2 台灣社會的多元文化現象	2-1 說明當代常見關於民族文化歷史起源爭論的意義。採涵化、雜異化的觀點，討論文化起源、文化變遷的議題。情意方面的重點是討論台灣與離島社會文化起源的多元歷史事實。 2-2 舉例介紹台灣與離島社會的多元文化及平等的社會議題，例如：新移民、原住民、各語族、歷史記憶、使用母語、古蹟保存等相關人權與文化權平等的議題。
3. 多元文化與全球視野	3-1 「全球化」與「全球在地化」 3-2 全球公民意識	3-1 討論「全球化」帶來的文化交流以及對於各地區文化的形塑與壓力作用；檢視「全球在地化」，舉例說明本土社會在全球化衝擊下之文化與認同反應。 3-2 強調全球移動、跨國境流動引發的新移民以及所引起的新移民公民權的議題。此處須強調並檢視台灣是否能提供全球多元文化發展，並達到社會平等、促進多元整合的議題。

(2)〈普通高級中學選修科目「公民與社會」課程綱要〉²⁸

選修單元一（相當於選修上冊）：現代社會與法律

主題三、社會安全制度 (三個主要內容, 參考節數: 4)		說明
主要內容	次內容	說明
1. 社會安全制度的意義	1-1 社會安全的意義 1-2 社會福利及社會保險制度	1-1 說明社會安全的意義及社會安全制度為何是資本主義社會的重要設計及其歷史起源。亦須說明社會安全是「社會人權」、「公共利益」的社會實踐，蘊含有公民一體，風險共同承擔的意義。 1-2 說明在概念上社會福利制度與社會保險制度的差異。前者的意義較為廣泛，包括基本生活保障及特殊境遇或弱勢救助；社會保險則是由使用者、國家及雇主共同負擔費用，提供醫療補助及退休金等。
2. 台灣的社會福利制度	2-1 台灣社會福利制度的發展 2-2 台灣社會福利的現狀	2-1 說明台灣社會福利制度發展的政治經濟脈絡，包括如何從急難救濟的概念，逐漸演變到提供中低收入和貧窮家庭或個人的長期補貼及主動為失業者提供失業保險金、興建勞工和原住民族國宅等。 2-2 說明目前台灣有哪些社會福利的法律、政策及措施；部分福利措施如何與身分以及特殊救濟結合的情形，如：軍公教的福利、敬老津貼或老農津貼等。關於國民年金的爭議也可適度加以討論。
3. 台灣的社會保險制度	3-1 台灣社會保險制度的發展 3-2 保險種類 3-3 全民健康保險	說明台灣社會保險體系的特色與基本內容，包括各種與勞工相關的保險、失業保險、公教人員的保險及農民保險等。 3-3 關於全民健康保險，除介紹其性質和內容外，也說明具有風險共同承擔的意義。健保的分級付費也有促進財富重分配的意義。關於社會保險制度的爭議也可適度加以討論。

在教育部公布的 99 課綱中，並未要求於內容中具體論及原住民，而是在課程內容或次內容的說明裡，建議可以採取原住民事例進行探討。此種情形，一共有三課。

在全國高中職學生都必須修習的單元一（相當於「第一冊」）的「主題三 人與人權」與「主題八 多元文化社會與全球化」（相當於「第三課」與「第八課」）裡，課綱在此兩課中，列入得舉例介紹原住民之相關議題。而在高三文組同學選修之課程裡，則在「單元一：現代社會與法律」（相當於「選修上冊」）的「主題三、社會安全制度」（相當於「第三課」）這一課裡，提及在台灣的社會福利制度的發展議題裡討論原住民國宅等議題。

²⁸ 教育部，〈普通高級中學選修科目「公民與社會」課程綱要〉，http://www.edu.tw/HIGH-SCHOOL/content.aspx?site_content_sn=20674，2012.10 點閱。選修分上、下兩冊，由高三文組班選修。

(二) 高中「公民與社會」教科書：以南一版為例

即便課綱上沒有明文要求列入原住民議題，但由於內容本身即會提及，我們發現目前教科書中明確寫到原住民議題者，比課綱舉例所提的更多，而兩者間未必一致。

在第一冊「自我、社會與文化」裡，大量論及原住民議題。在全部 8 課與社會文化較為相關的課文中，提及原住民者，高達半數。

在第 1 課「自我的成長與準備成為公民」裡，在「通過儀式與成年禮」的討論中，介紹卑南族、阿美族的儀式、成年禮，透過儀式的介紹，慢慢帶入、連結至現代社會法律上的「成年」意涵。

反映了目前原住民議題在「人權」領域的豐沛討論成果，第 3 課「人與人權」為所有課程中提及原住民議題篇幅最多者。在人權發展歷程裡，簡介了印地安人在美國的權益演進；在人權議題的擴大發展上，介紹聯合國「民族自決」的集體權利；在保障對象的擴大上，大篇幅詳細介紹「原住民族人權」，從聯合國人權宣言之規定，論及澳洲與加拿大總理公開向原住民道歉。並論及在我國憲法增修條文、原住民族基本法下，原住民權益的實踐仍有待加強的實際情形，例如有關「姓名條例」回復傳統姓名的問題，仍無人為過去的漢化政策道歉。在「日常生活的人權議題」裡，除介紹美國黑人民權運動對種族歧視的抗爭歷程，並討論台灣有關核廢料棄置多選在偏遠地區原住民生活空間，帶來的不正義的「環境民族主義」現狀。在「我國的人權立法」的「族群人權」部分，亦介紹從「山胞」到「原住民族」等法制上的改變，以及諸如語言保護上仍相當不足的未竟之業。

第 7 課「文化與位階」裡，與法治教育的關連性較小，但仍給予背景式的介紹。透過美國印地安人與白人間的語言使用差距，說明語言如何反映了不同人們對世界的看法。並介紹台灣社會中多語言併存的現象。在「文化的位階現象」，透過黑人爵士音樂地位的變動，探討文化位階的流動與歧視問題。

第 8 課「多元文化社會與全球化」，則透過紐西蘭原住民，思考文化差異與平等對待的議題，介紹原住民母語教育議題，並探討台灣為了促進少數族群權益的各項政治主張與實際作法，以及原住民族的文化權。

第二冊「政治與民主」，在第 2 課「民主政治與憲政主義」，講到「近年我國憲法的增修」，提到歷次修憲將許多有關人民權益之重要政策明文納入憲法增修條文，例如原住民族之權益即被納入憲法增修條文。第 6 課「人民的參政」，則是在介紹我國公職人員選舉中，介紹到原住民立委席次以及原住民立委則採複數選區相對多數制。第 7 課「國際政治與國際組織」中，介紹「聯合國的重要議題」，而「強化原住民族地位」即屬於聯合國 1992 年所公布的「二十一世紀議程」(Agenda 21) 之重要議程內容。

在第三冊「道德與法律規範」裡，第 4 課的「憲法與人權」，在「其他基本權利」中介紹「多元文化權」，除詳細介紹憲法增修條文第十條第十一項積極維護發展原住民族語言及文化的規定外，亦以近乎一頁之篇幅介紹各種少數族群文化應受到保障的具體權利內涵，諸如傳統命名方式及專屬電視台等。而在「我國憲法的相關規定」中，亦特別介紹「原住民族基本法」之規定與升學優惠制度等的平權意涵。

第四冊「經濟與永續發展」及選修下均屬經濟議題，幾乎未提及原住民。

而在選修上冊「現代社會與法律」中，第 1 課「社會階層化」討論「形成社會階層的社會

結構因素」，提及「族群」議題，透過土生土長法國人與法國非裔伊斯蘭教族群議題，進行討論。第 2 課「社會流動」，則在弱勢家庭的低社會流動現象裡，附帶論及台灣原住民家庭的困境。第 3 課「社會安全制度」裡，提及「台灣社會福利制度」時，論及國民住宅，但並未接受課綱建議專門去討論原住民國宅。第 5 課「憲法與釋憲制度」中，在「我國的釋憲制度及其運作」裡，依據課綱的要求，特別重視釋憲與社會正義有關之案例，使用了釋字 490 號解釋為案例進行討論。本號解釋涉及「耶和華見證人」教派信徒，主要討論「宗教自由」與「兵役義務」衝突造成的困境。然而，由於「耶和華見證人」教派在台傳教的發展情形，其信徒事實上有相當人數為台灣之原住民，如教師能導入相關背景事實進行討論，此議題亦是影響台灣原住民宗教生活的重要議題。²⁹

綜而言之，透過高中正式課程「公民與社會」，我們可以看到，原住民議題主要仍在社會、文化層面被論述。在以一般人為對象的「法治教育」層面，由於有關原住民的特殊財產、身分、甚至刑法、智財案例等法律議題，仍較少被專業法學探討與研究，在民事、刑事、行政法等主要法律知識領域的傳遞上，仍不免以西方法律規範及一般漢人社會發展情形為主要討論案例（亦即呈現「看不見原住民」特殊需求的情形）。而涉及原住民之規範與案例，多半仍在「族群人權」及「憲法增修條文」、「原住民族基本法」的層次被介紹。或可認為，在現行教育體系內，反映了專業法學的輕忽與不足，一般大眾所接受的法治教育裡，所呈現的原住民法律或原住民法律需求，多停在抽象的原理原則與基本權利論述的層次，尚未具體化至各法律領域。

四、結語

本文嘗試就現行台灣以培育法律專業人才為目標的「法學教育」，以及針對一般非法律專業人士的「法治教育」切入，探討其與原住民間的關連性。

在法學教育部分，主要以國內主要法律相關系所為對象，就其課程設計、師資、學生，乃至於未來就業出路表現（主要考察律師、司法官等法律專業人員），進行一般性的探討。

透過本文初步的整理，可以發現，在現行法學教育中，長期忽視原住民的法律需求，有關原住民之專業法律師資稀少（具原住民身分者更少），專業之課程安排，僅零星出現在幾個系所。在歷史悠久的傳統法律系所內，多半依靠擔任一般法律課程的授課教師個人研究興趣與教學規劃，安插個別的原住民議題。這樣的課程規劃與內容，恐連應付目前司法實務上各原住民族之特殊法律需求都作不到，遑論為未來可能的司法改革族群需求進行規劃。

是以，未來如何能在現行法學教育體系中更認真的去「看見原住民」，思考原住民需求與相關議題，在多元文化的大原則下，調整法學教育的課程設計與教學內容，應是未來努力的主要方向。甚至，進一步合理因應原住民族之需求，規劃出原住民法律專業學程，以提供未來司法改革在族群需求上的理論知識基礎。否則，再多的原住民精英進入法學教育體系，力求熟練這套以漢人為思考的西方式法律體系，通過專業考試的試煉，反而可能造成在「看不見原住民」的法律教育中，勉強地使用帶有漢人價值觀的主流法律思考行事，產生淡化原住民學生原

²⁹ 例如依據學者研究，台東池上地區阿美族有不少耶和華見證人教派之信徒，光復後曾盛極一時，信徒多達二千，佔池上阿美族人口七成以上，一度成為當地漢人與原住民間的重要區隔，目前信徒二百左右，約佔一成。參見張振岳、黃學堂、黃宣衛，〈從宗教層面看池上地區的族群互動〉，《民族學研究所資料彙編》，22 期，2012.03，頁 45。另亦可在早年記者入監探訪的報導內容中，看見原住民信徒虔誠而無奈的身影，記者汪士淳/調查探訪，〈判刑、出獄、回役...人生一再循環 耶和華見證人為信仰坐牢〉，聯合報，1998-11-15/聯合報/08 版/綜合。

有族群認同的效果。

而在法治教育部分，透過目前高級中學「公民與社會」課程，就目前高中教學最新版的 99 課綱，以及南一版教科書教材的表現方式觀察，本文初步發現，原住民議題主要仍在社會與文化層面被論述。在以一般非法律專業人士為對象的「法治教育」層面，或許由於目前既有的專業法學研究在涉及原住民特殊需求的財產、身分、乃至於刑法、智慧財產等案例的法律議題討論上，積累仍相當有限。在專業法學的探討與研究較少的情形下，針對一般大眾的法治教育，在民事、刑事、行政法等主要法律知識領域的傳遞上，仍明顯以西方法律規範及一般漢人社會發展情形為主要討論案例。而涉及原住民之規範與案例，多半仍在「族群人權」及「憲法增修條文」、「原住民族基本法」的層次被介紹。

綜言之，在現行高中教育體系內，反映了原住民在專業法學領域內的不受重視，一般大眾所接受的法治教育裡所呈現的原住民法律，多停在抽象的原理原則與基本權利論述的層次，尚未具體化至各法律領域。

附錄一：

原住民司法官

姓名	族別	性別	地區	畢業學校	任職	資料來源
朱中和	(無法定原住民身分平地原住民)	男	屏東滿州	國立政治大學三民主義所 碩士	台南地院	林順良,〈法官捐款 北葉國小圓夢〉,聯合報,聯合報/B2 版/屏東台東綜合新聞,2009-05-06
徐福音		男			台灣高院	
潘怡珍	父 排灣族 母 布農族	女	屏東滿洲	台大法律系司法組 東海大學法律研究所經濟組	屏東地院	包喬晉,〈潘怡珍 全台首位原民法官〉,聯合報,2007.11.15
程耀樑	阿美族	男		東吳法律系 東海大學法研所	2011 司法特考及格	張錦弘,〈司法官放榜 政大妹一試第三名〉,聯合報,2011/12/21 張錦弘,〈申論平行雙閱 重考分數拉高〉,聯合報/A7 版/話題,2011-12-21

原住民律師

姓名	族別	性別	地區	畢業學校	資料來源
楊志航	泰雅族	男	苗栗泰安鄉象鼻村	台大法律系	唐福春,〈楊志航第一個山胞律師 決以專業身分 維護山胞權益〉,聯合報/05 版/生活,1992-03-27 林琳文,〈他們都是社會發光體 巴萬·尤命歸隊 第一位原住民律師楊志航身上流著祖先馳騁山野的血液〉,聯合報/23 版/人物專刊,1992-04-17 施豐坤,〈楊志航構築原住民法律防線 宣導人權爭取權益 積

姓名	族別	性別	地區	畢業學校	資料來源
					極培養人才 遊說成立專屬法庭》，民生報/CR4 版/城鄉采微，2005-09-14
林長振	排灣族	男	台東縣金峰鄉嘉蘭村	台大法律系 中興大學法研所	林崑成，〈原民律師 倡設原民法庭〉，中國時報/花東新聞/C3 版 2005/03/09
馬潤明	泰雅族	男	新竹尖石鄉秀巒村田埔部落	文化大學法律系法學組 2009 年中國律師執照	蔡淑芬，〈助原住民爭取權益 馬潤明 新竹尖石服務〉，工商時報/活動資訊/A16 版，2012/04/16 ci E leng kako，〈原住民律師系列〉， http://tw.myblog.yahoo.com/e-leng/article?mid=256&prev=258&next=174&page=1
文志榮	阿美族	男	台東縣長濱鄉寧埔村白桑安部落	文化大學法學士	〈文律師的故事〉，台灣原民報/A9 版，2011/3/11， http://tw.myblog.yahoo.com/jw!XUIHCTGYFQQmaR5XE1xTHg--/archive?l=a
賴俊兆	卑南族	男		台大法律系 台大法研所	(法務部)

原住民觀護人

姓名	族別	性別	地區	畢業學校	
林憶梅	泰雅族	女	苗栗象鼻村大安部落	國立台南大學自然科學教育系	記者傅潮標／苗栗報導，〈鐵工之女／泰雅姑娘 拚過司法特考〉，自由時報，2012-2-3

主題六：

原住民族傳統習慣規範的性別觀點

【會議實錄】

與談人（蔡雲卿 律師）：

主持人、與會貴賓、各位先進大家午安，我是蔡雲卿。若蘭教授是我看過最認真的教授，不但自贈一篇專文，口頭報告還準備了幾乎是不太一樣的資料。我嘗試用兩個面向作一個分享。

第一個就是調解，即法務部最近在推的修復式正義，另外一個就是從性別的觀點來談談此議題，一開始我接到志偉老師的電話，他說來這邊聊一聊，我再看到這個主題，我就是知道性別果然是要聊一聊，但也是不能太嚴肅的態度來看待這個問題，可能會造成另一股力量的反彈。

先講講性別這個議題，我想性別大概是這幾年的顯學，幾乎學者或專家都會從性別的觀點去看待很多問題，比如說性別跟法律、性別跟福利、性別跟文化、性別與正義等等，我自己也從性別跟法律扶助來看待法律扶助基金會受理的案件，來看性別、女性在目前法律上的處境，再加上性別教育法通過之後，很多學校談性別色變，就是爲了要處理很多性平事件。我自己目前所服務的法律扶助基金會花蓮分會受理的數據，女性申請人是遠遠超過男性申請人，歧視案件不論，歧視案件來講是男性，其他民事或家事都是女性申請人。

回應一下剛剛若蘭教授提到的調解，依照我們的民法還有民事訴訟法、家事情事件法規定，現在關於家事的案件幾乎都要進入調解程序，我自己也擔任法院的家事調解委員，我觀察到如果說雙方都是原住民的情況下，他們其實非常願意用調解的方式來修復彼此的關係，調解成立的可能性也比較高，這就是最近法務部這幾年在推的修復式正義。被害人和加害人終究要回到社區，我們要提供什麼樣的解決紛爭的方法，來幫助他們回復關係，回到他們各自的社區，回到他們的家，我想家事調解是最好的修復式正義的一個方式。關於調解的程序，我呼應剛剛若蘭教授所講的，原住民在乎的是關係的回復，如果法律的制度在著重調解的程序，我相信對原住民在法律紛爭的解決上是有很大的幫助。

另外從性別的觀點來看這個主題，從生態女性主義談原住民族傳統知識與慣習，若蘭教授在文章裡面談到很多性別的觀點，回應一下台灣目前從 1970 年以後，婦女運動的蓬勃發展，我們在法律的立法或者是修法有很多的進步，譬如說民法婚姻篇，從冠夫姓到廢除冠夫姓、隨夫居、夫妻財產制度的問題，再來家事勞動的肯定，以及監護權，另外還有性別平等教育法、家庭暴力防治法、性侵害犯罪防制法、性別平等工作法，一直到 2007 年我們簽署了「消除對婦女一切形式歧視」公約，去年制定了施行法，讓這樣的決心促進多元性別平權，消除性別歧視這樣一個決心，透過公約變成一個國內法的效益，並且在今年的 1 月 1 日設立性別平等處，我相信在座是公部門的，都會收到你們的主管機關要你們去檢視，目前比如說東華大學有沒有一個不符合「消除對婦女一切形式歧視」公約精神的。看起來我們的法律面是相當進步的，但是在實務上面以我們自己基金會的數據來看，確實有很多女性在法律的處境是非常困頓的，你可以解釋說爲什麼女性尋求法律扶助的人數比較多，可能是因爲我們比較願意承認我們自己是弱者，或者是因爲結構性的問題，造成經濟上的弱勢或知

識上的弱勢，以至於她必須接受法律的扶助。

法律的規範是相當進步的，但是在實際上直接的歧視，或間接上的歧視其實還是無所不在的。性別暴力百分之八十的女性是被害人，不管是性騷擾、性侵害、性猥褻或者是人口販運等等，如果我們到相關的機構去宣傳，大部分站在台上或在台下坐的學員幾乎都是女性，縱使有些男性他們感到委屈，就像主持人講的，我其實也很認同性別平等的價值，我也會覺得說我非常認同我們已經很平等了，也非常照顧女性，當下我也有一點點難過，這條路其實還有蠻長的一條路需要走。

作為一個法律人，我覺得不管是女性主義，或什麼樣的女性主義，是從平權的角度、或者是文化面、或者是環境生態面來論述，我認為都是一個人權的運動。若蘭教授在這一篇文章提到，從原住民傳統的女性性別的一個分工所長期累積下來的生態智慧，她認為是一個慣習，可以被認為是一種傳統慣習，但這樣的論述我在文章裡面看到所提的資料並沒有那麼多，我有一點擔心，這跟我們目前「消除婦女一切型式歧視」公約它有一個要求，對簽署的國家必須要能夠廢除一些以傳統作為性別任務來分工，或是以傳統文化來分工這樣所造成的不公平，你必須要去改變，這篇文章反而是她覺得應該回復到過去的性別分工，才能夠回復到原住民女性的地位，我覺得蠻有趣的，也許等下若蘭教授可以回應，謝謝。

與談人（王曉丹 副教授）：

大家好，我很幸運可以與談到這篇文章，他非常精彩的報告跟說明，我就在想一個問題，我們今天大會的主軸是「原住民族傳統習慣規範與國家法制」，我就在想說他談的這些內容到底有沒有法。看起來一般的法律人可能會從實定法的角度來說好像沒有法，可是實際上法是什麼？法就是在我們的文化裡面，扮演非常重要的組成的部分，任何文化就是人們的一種生活方式，生活方式裡面就有規範在裡面，所以一個廣義的法或是我們談規範的話，其實就很清楚的告訴我們，就像阿美族的部落裡面男女之間怎麼樣互相在作一些分配，在神靈觀之下受到神靈的照顧等，從身體觀、神靈觀等等去看到這個社會本身的規範系統，其實就提醒我們說從法律人類學來看，它這個其實這個就是法。

從這裡這兩天的研討會我們一直談到說國家法制怎麼樣跟原住民的法交會、融合、衝突的問題，在這裡我就想到說其實西方的法它也是文化背景，他們在文化發展過程當中所形成的，比如說我們談英美法的陪審團制，在它其實是在中世紀的時候諾曼人征服了英格蘭，當時諾曼人也沒有太多法律，英格蘭本身就有一個封建司法，諾曼的國王爲了要去取得他統治的正當性，所以他就某種程度得讓當地的人民可以有所謂的大陪審團、小陪審團，大陪審團就是擔任人民來起訴或擔任原告，小陪審團就是來認定事實，所以他們的事實認定的法制淵源其實是來自於統治者爲了取得他統治的正當性而來。

到今天當台灣繼受大陸法，這是英美法系。那大陸法系所謂的事實認定或是證據法則的這整個淵源，其實也是中世紀的時候大家對審判這件事情不太信賴的時候，就由專業的法官他配合回歸到羅馬法去學習，重新發現羅馬法的過程取得專業法官的一個地位，也就是說他們其實今天所繼受過來的西方的這一套所謂的職權進行主義，或是我們現在已經變成改良式的當權殖民主義，我們所繼受過來的輸送制度其實是從西方社會他們的政治或者是說政治與宗教之間的鬥爭有關，一個發展歷史的產物，所以到今天我們來思考說當原住民的規範或習慣，或是生活，尤其是從價值觀、姓名觀

這邊出發的，整個原住民的這套法制，他面對國家法的時候，中間要去怎麼做處理，其實我們今天講到很多原住民的專業法庭或法院，其實還不夠，重要的可能是說當在這些法庭或法院他在處理事實認定的時候，他如何創造一套制度能夠取得像國家法律這個強制力背後正當性，也就是要處理原住民族，他如何能夠信賴這套制度的一種方法，這就要在程序裡面做很多的思考，剛剛可能謝教授會談到比較多，他有提到一些部落法院等等的問題，在這邊我覺得台灣是可以作一些借鏡，這是第一個。

第二個，我們談說原住民相關案件進到法院面臨一個很大的問題就是證據法則事實的認定，那另一個其實是法律幹研，也就是王泰升老師昨天在談的，我們如何用原住民的文化、姓名觀之下的這套規範系統，去理解原住民他們的生活去、解決糾紛，而不純粹用漢人的或是西方法律的這個概念來解釋他們之間的糾紛並且適用法條，這個可能是調查的問題，調查的時候當然又會面臨到另外很重要的議題，昨天有談到的傳統習慣，也是不斷的在變遷，是一個動態的過程，任何的調查或是任何的認定它都有可能是一個外在的強制性的力量在作化約或者是本質化的動作，所以我們要怎麼解決？我自己初步的想法是說，回到我第一點所講的，其實重要的是說我們去做價值的選擇，但我認為價值的選擇並不是在概念的層次存在，它其實是要在具體的個案上面提供原住民朋友們一個場域，讓法律變成一個場域，讓大家可以在那邊進行對話、溝通，而那個對話和溝通的方式必須回歸到傳統的，剛剛巴奈老師所講的姓名觀或是他們的生命觀裡面，在那個裡面去做對話，所以原住民的傳統法制是什麼？其實也要在法庭上面去做對話溝通，逐漸形成，如果有這樣的一個空間，國家要做的是要提供這樣的空間，讓大家在這裡去作對話，針對很衝突的案件，大家在這裡形成一些共識，這是我主要從法學的角度來作回應。

性別的部分，因為我長期作性別的研究，自己覺得這篇文章很有意思，就是說我們一般談母系社會，就會用漢人的觀點去看說，這是漢人的父系社會的相反，漢人是男尊女卑，那所以原住民阿美族就是女尊男卑，這個就會是糟糕的思維方式。其實巴奈的文章這邊就讓我我知道說，漢人的法律傳統，男尊女卑它其實是立基於某一種姓名觀，或者不是姓名觀或者立基於在祭祀上的概念，那祭祀的概念其實也是意味著我們漢人傳統對於人的身體控制的概念，或是經由它的身分地位而有的那種規序，也就是意味著漢人對於人跟物、人跟自然之間的關係的某種想法，如果我們沒有理解這個背後所謂漢人傳統的男尊女卑背後所謂的姓名觀，或是我們法律人所說的價值觀，其實我們來理解阿美族這個傳統其實就會有非常多的誤解跟謬誤，這個是我讀這篇文章及聽巴奈的演講我所得到的收穫。

再來就是我作為一個法律人對這個領域非常關心，但並不是那麼熟悉，在兩天內研討會聽下來我自己有個感受，法律對原住民來講都是一個強制性的，它是把原住民定罪刻死，或是搶大家的土地，法律本身好像是一個統治者非常糟糕的一個工具，但是另外一面在我們當代社會，法律它也有可能是一個有利的場域，提供原住民去做抗爭，也許有沒有可能我們從一個訴訟的角度去提起某些訴訟，在訴訟裡面去作抗辯史去溝通原住民既有的觀念等等，我會認為法律本身是一種政治抗爭的一個過程，一個重要的場域，所以原住民不應該放棄這個場域，也應該在這個場域裡面，積極的去參與。譬如說：馬英九總統曾經也說過原住民也是人，這句話會不會是公然污辱或者是不是一個侵權行為，這個都可以在法院去作抗爭，就會去引起很多社會的討論，社會的意識，甚至是團結原住民的民族意識，這永遠是一個動態的過程，而這個過程裡面很重要，在這個場域人裡面具體能動性的展現，我的報告就到這邊，謝謝。

與談人（吳宗謀 助研究員）：

主持人、在場各位先進大家好，來這之前也應該要自白一下，我自己對原住民的議題或者是性別的議題認識非常少，不過好像在場我不是唯一是這樣子。劉老師在談法律時，當中已接觸原住民非常久，接觸很多耆老，是我們後輩學習的對象，今天的報告也是受益良多，一方面各位聽到的，她說她意識到說西方繼受來的法律和制度，在文本和實踐中間有漢人或者是這個漢人「我們」要發展下去，打一個引號是「我們」這些自認為已經是現代化的台灣華人的中心思考，從這個意識出發，她關注對於培養每個個體很重要的中學和大學教育裡面對原住民和多元族群的呈現立場，當然內容不會意外，原住民不僅是在人口、政治、經濟、文化各方面是比較少數，而且缺乏主導權，就連原住民相關的法律只周旋在個案以及大學法律系當中也只帶著點綴的角色，受限於我個人所知及發言的時間，我沒有辦法進一步去討論這個現象其它的角度和成因。

我比較想在這邊強調的是，至少我們這法學教育，對於多數主流的社會來講，恐怕也是一個問題，而且或許相較於原住民，主流社會沒有喪失文化認同的問題，因為在現代的社會已經喪失得差不多了，只是都沒意識到。我們當然可以從理論的角度出發說，西方式的現代法律制度是建立在「法律之前，人人平等」這個原則上，但是這個原則只是如同前面報告的都有豐富的提到，它是把具體的人抽象化，把現實生活當中所存在的各種性別、年齡、族裔、語言、居住環境、社會經濟問題條件，這些差異都撇開，把它變成思想上的個體，每個人什麼都不是，你就是一個單位、個體。每年仍然有一定數量的原住民學生進入了法律系，但在法學教育之後被同化，但是這裡的同化不是指被漢人的同化，而是指被西方的近代的權利主體的同化，因為他接受法學教育的時候，他必須要接受要建立在抽象主體上面的思考方式，他沒有辦法在進入法學教育之後，他其實保持他對原住民的自覺，但他在這個法學教育裡面沒有什麼伸展的空間，但是在這裡我們會接觸到正好也是偶然。剛剛謝若蘭教授報告的有提到，這個傳統跟現在的拉鋸，因為其實有不少人認為這種個體只是在法律上虛構模式，它不是真的，但是我們這個解決方法好像除了製造新的其他的權利主體，好像也就沒有別的手段，更嚴重的底線的問題是，我們能不能夠強調每個人個體的差異性，而把這最終的虛構把它拋掉，把這個平等的個體的基礎拋掉，我怕這個地方是有困難的，那我們沒有辦法的在理念上徹底一次的拋棄傳統的法學教育的基礎的話，我們可能從歷史的觀點來檢討一下我們的法學教育到底還有甚麼需要改進的地方。

我這裡想要引用一段有一個對華人社會曾經長期深入觀察的外國學者，對法學教育寫的話，我把它翻譯成中文跟大家分享。他說這些法學院的教師的知識水準是一個嚴重的問題，各個法學院都喜歡進用從國外回來的年輕人，因為這些人的博士學位賦予他們一種特殊的聲望，那在某一些個案裡面，尤其是如果這個年輕教授在國外接受了紮實的學術訓練，這是有一種好處，其實他可以讓學校很快的獲得一些人們在西方大學學到的包括學術方法、學術精確度的要求，以及學術上的寄予，可是這些年輕的教授就他們全部取得法學博士學位，但是他們在我的國家也就是這個觀察者的國家，他必須要經過長時間的其他的教育以及重重關卡的考核和非常困難的競爭才能真正當上教授，但是人們如果看到這些年輕博士在這個國家最大的法律系教書，大家不要感到意外。那常見的情況他接著說，這些年輕人在自己的國家法律系畢業，出國念更高的學位，譬如說博士，如果他在國內已經成績優異，語言能力已經足以在留學國生活，而且又有靈活的思考可以學習和他國家完全不同的法制，寫一個好論文，這當然是最理想的狀況，那我們把這裡的學生換成原住民，學生在台灣法律系

也適用的。然後他接下來繼續說，然而在絕大多數的個案，也許是另外一種情況，學生到我的國家來，對他們自己的文化已經所知不多，受到的法學教育也很淺薄，而且語言能力經常很差，他們完全缺乏這裡的學生已經有的基礎知識，但是卻要學習相同的法學課程，這個學生浪費了幾年光陰之後，他老師半放水半催促的情況之下，拿到一個學位，又或者他們寫了一個比平庸還不如的論文，更糟的是，如果主題是關於本國的法律，沒有人知道內容是對是錯，這樣的學生抱著博士學位回國，但這個學位根本沒有應該保障的價值。我不曉得各位是否認為這段話是針對今天台灣的法學教育，而且或許拿來描述今天台灣的法學教育恐怕也許我們只能說他誇大了一點，但沒有偏離現實太多。

實際上這段話是在 1934 年民國 23 年，中國國民政府剛剛開始有能力拓展高等教育和法制改革要追求廢除的制裁判決的時候，由曾經長期擔任北洋政府以及國民政府的顧問的商法教授艾斯卡拉，他代表國際聯盟作中國法學教育暴動和非常痛心的評量。我記得我在七、八年前看到這段話我冷汗直流，深深覺得那就是在講我。他寫這段的時候已經到中國十幾年，他不是一個完全對他的田野不了解抱著自大、抱著文明的驕傲、抱著白種人的負擔來到東方的征服者，他接觸當時中國最頂尖的知識分子，但是我們很感嘆的說 78 年之後中國到台灣，我們的法學教育看起來沒有很多進步，且如同剛剛劉教授剛剛在報告中提到的，真正的恐龍不是在法院而是在法學院。由這位法國學者和當時的中國頂尖學者交往經驗和他個人對傳統中國法的研究，可以了解為什麼他呼籲當時的中國學生不要只是摒棄自己的傳統文化，眼睛指往西方看，同樣的，我想每一個漢人的學生到國外去，原住民的學生到法律系或國外去，他都會面臨這樣選擇的問題。艾斯卡拉接著指出，他說這個國家的學生在國外大學接受法學教育之後，這些教育的內容都是國外當地的法律，沒有學生自己本國的法律，那單就我在國內研究，他在法國觀察到的，法學和傳統和文化的影響，比其他領域高得多，你可以在法國成爲一個很好的醫師、工程師、數學家、天文學家，你到別的地方去你還是好的醫師、數學家、天文學家等，但法律人好像不能用這樣子。這個要在未來要在自己的國家從事法律工作的，他需要知道什麼，他是要知道本國法，不是知道外國法，不是去到法國知道法國法，我想他所指出的問題不是只有保留國粹保留民族精神保留傳統或者是全盤西化二擇一，他知道當時中國是有急迫的現代化的需求。

我認爲他想要指出的問題是，當時的中國不是法律落後，法律的知識和技術本身沒有太大現代化的問題，其實一直是很類似的技術，想法或許有些不同，但技術沒有什麼太大的差別，有問題的是政治社會，也就是不知道怎麼樣成爲一個公民，要教育出一批法律人，雖然容易，但要教育出可以參與現代政治的公民有就如同謝教授報告的內容講說，我們要有行動的策略，但雖有行動的策略更重要的是要有行動，要很願意去行動，要培養這些的公民的時間非常的漫長。如果要培養學習法律制度來滿足當時中國需要建現代式法院和檢查所的需要確實是可以做到，不過效果就僅此而已。引進現在式的法律，沒有讓中國現代化，我們在法律當中我們可以尋求有限的救濟，但是可能沒有辦法立刻解決原住民需要的問題。

我個人稍微跳出去的結語，社會的法學教育看不見原住民其實跟大家看不見文明的文法是一樣的，人們總是在學習外文的時候才知道法文法這東西有點重要，我們不太常反省自己生存的文化裡面的傳統和自成規範，和家族已經分工的秩序，其實我在他者的角度觀看原住民的時候突然覺得這些事情很重要，那我想對於法學教育而言最重要的是，首先要先學習到的是看見自己，看見自己得時候才有機會再看見別人，看見包括原住民所有其他的事情，謝謝大家。

發表人（謝若蘭 副教授）：

謝謝蔡律師的問題，其實我這篇文章並非跟我的口頭發表完全不一樣，因為這個剛好跟上禮拜女學會在東華大學舉行年會，我是 keynote speaker，所以我就準備了很多包括我怎麼在課堂當中進行性別平等教育。結果有一個學者問我說，請問一下剛剛你想表達都是多元文化，性別在哪裡？這真的讓我有點昏倒。也就是說，在主流、在菁英裡面常常是看不到「原住民在哪裡」。這個看不到原住民或是族群在哪裡，並不是原住民的錯或是族群的錯，而是主流位置的問題，因為已經在主流的人不習慣去看到別的族群的存在，所以我已經習慣是帶著一個從邊緣走到主流的位置論述，我希望我就是告訴各位，我的論文書面發表就是一種習慣法，我們只是透過這些描述在看整個原住民的習慣法則，包括性別分工，還有世界上和台灣的一些相關 case。我們刻意提出生態女性主義是因為許多看法與原住民族的傳統有點相近，所以我刻意把原住民習慣法放在學術的外衣裡面去看它，大家看的時候就會感覺好像很有道理。實際上，原住民族母性的關懷、社會的分工，這個模式其實是很相近的。可惜的事，有時原住民的論述一出來會被當成比較初級層次，但西方傳統學術論述就具專業權威。

回到 CEDAW，我知道鄭川如教授今天也一直在提 CEDAW，其實很多人並不知道 CEDAW 的整個過程是怎麼樣，它是在 1975 年第一次世界聯合國婦女會議，在墨西哥市開始，之後漸漸在 1980 的哥本哈根會議，開始正式被談論，1979 年提出，然後 1981 年正式通過成爲一個希望被各會員國接受的國內法。大家注意一下那個年代，是停留在消極性的歧視被看到與制止。但是 1985 年開始世界聯合國婦女會議第一次正式談到性別主流化，1995 年在北京成爲除了女權亦即人權之外的重要主題，最後真正的用性別主流化政策來落實 CEDAW。如果我們把整個歷史脈絡帶回來台灣來看的話，台灣在十幾年前就已經談 CEDAW，但是今年初才簽署 CEDAW 並試圖國內法化，請看一下這是在 1979 年聯合國通過的，如果大家對女性主義或是性別的議題有研究的話，你就知道那是第一波女性主義在談的年代，是用一個公民權的東西帶進去，它談的比較屬於齊頭式的平等，談的是消極的不被歧視。所以我的意思是說，在這個 CEDAW 應該還是靠性別主流架構去落實比較先進，而不是在台灣 2005 年已經將性別主流會定爲國家政策後，轉過頭來推 CEDAW。這是否是一種退步？

我們不要忘記事實上有一個原住民族權利宣言，這個是在過去幾年才通過的，在這裡面你必須看到原住民族的主體性在哪裡。所以我只是將一個性別主流化的概念帶回來族群主流化，這也是我現在在做一些族群研究或是說性別研究，如果要我選擇我會選擇族群放在第一優先。我碩士論文做民法親屬篇修法，也作性別研究，但是過去這麼多年來每次提到性別的議題，例如需要在部落裡面做宣導，其實坦白說我很害怕，因為有太多的傳統規範裡面是可能會相牴觸的。這個部份我認爲我很坦白誠實的講，我還沒有辦法去處理這樣的衝突，因此我先選擇族群。不過無論如何，我認爲必須要先回歸到我們要的是實質的平等還是要齊頭式的平等討論，這是需要大家重新一起去思考的。原住民族習慣法，是否可以被司法體系接納？如果有對話，有相互理解，像這樣的場合，我們就有希望。

發表人（巴奈·母路 助理教授）：

不管你娶了還是嫁了阿美族，多了一點理解不要太多的誤解，離婚率就不會更高，以上，謝謝。

發表人（劉恆姁 副教授）：

謝謝宗謀的與談，他從國外學者的觀點可以多點不同的視野，其實我沒有什麼要回應的。不過我順便提一下，剛剛看到巴奈其實還蠻興奮的，因為有種小粉絲的感覺，因為我們上公民課的時候，每年都會讓學生看馬躍拍的請問芳名，就在裡面巴奈提到的姓名學就還蠻感動的，所以今天坐在她旁邊還蠻感動的，謝謝。

【綜合座談】

主持人（林江義 副主任委員）：

這兩天非常辛苦，大家都聚在文物館來參加第三屆的原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會。原民會非常謝謝東華大學連續三年承辦這個工作，更要感謝的就是在座各位的出席，尤其是法界的各位法官、檢察官，還有學校的各位老師，三年來一路陪我們，這個路走的非常穩健。這三年來我自己的觀察，每一次的研討會，我剛好都受命來全程參與，我覺得三年來，法務部也好，司法院也好，還有包括在學校的老師也好，對原住民傳統習慣的認識跟關注比過去進步非常多。我個人在大學是學法律的，尤其在台大學法律我覺得最困難的，對我來說就是親屬跟繼承，原因是這個親屬跟繼承是採漢人的父系社會，特別是親等計算的問題，我個人是阿美族，是母系社會，我們所謂的一親等跟二親等跟漢人的一親等和二親等是不一樣的，我記得我花很多的時間先調整我自己腦袋的親等關係，那段期間剛好是陳其炎老師上的課，我花很多的時間苦讀他的書，台灣的書讀最多遍就是他那一本書，所以回顧起來，學法律對一個原住民的學生留下很深刻讀書困難的印象，對他們比較不容易讀。現在目前也很多原住民的大學生也學法律，同樣的離開學校以後，我相信他們都覺得有很大的部份是跟原住民傳統社會有一段的不同，有個落差在。

這一次的研討會有兩個議題，都希望我們行政院原民會來回答，一個是原住民的身份法，另外一個特別提到原民會跟林務局可能是原住民族基本法後面的執法帶動立法的問題。我想藉這個機會在座談先做說明，也讓大家有比較好的一個認識。關於原住民的身份法，剛剛用餐的時候特別稍微了解，當事人徐女士，事實上，她可能年紀很小就被客家的朋友收養，所以她一直沒有機會重新讓她取得原住民的身份，現在年紀大了，想要再重新回來取得原住民的身份。其實現行的原住民身份法，它有一定的空間可以討論讓她重新取得原住民的身份，我們希望這個案子趕快送到原民會來處理。關於林務局的這個問題，其實主要的原因是林務局跟原住民族委員會，對於怎麼樣的林物可以讓原住民採集，兩者之間各具立場，原住民族委員會非常堅持站在原住民的觀念，沿著原住民的利益，不願意讓步，但是林務局也非常的強硬，他們說他們是主管全國林物的一個主管機關，他們有責任維護國家的林陣，所以他們不願意讓步。他們開個條件是希望我們原住民要採集這個林物，是要把種類、把樹樣、把時間、把地區都非常明確的規定之外，還要正面表列，意思是說你們只能採集什麼樣的木頭或森林，其他的都不可以。我們原民會很不願意，我覺得正面表列等於宣告原住民不能採集，我們要求的是負面表列，你只要告訴我們，原住民不能採集怎麼樣的木頭，我們原民會就照著我們不能採集這個木頭，告訴原住民你不要去碰這個木頭，其他都可以採集。我們是採這樣的立場，所以五年來，我們雙方一直沒有進展到這個事件上的談判。

各位如果當公務員，我在這裡所在政府機關服務，我的一生中裡面，我覺得林務局是個非常不容易談判的政府機關，非常誠懇的說，不知道在座的六位林務局的，我們不可以點名林務局哪些公務員是非常強硬的人物，為什麼我們會有這樣的想法呢？我跟各位說，藉著這個報告，原住民族基本法是從民國 87 年的 7 月開始草擬，歷經 8 年，換了三屆的立法委員來立法，這一部法終於在 2005，就是民國 94 年的 1 月 27 日的上午 11 點 57 分，在立法院通過，我當時是這個法很重要的工作人員。然後 1 月 31 日行政院把當時的原民會主委跟我本人兩位請到行政院，要我們兩個連署提覆議案，後來我跟主任委員說：「報告主委，我們兩個連署的話，我們走出行政院，

我們會被原住民 40 幾萬吐痰到我們兩個會淹死，絕對不可以簽。」所以當時行政院很多的高官用很不好的臉色，拍桌子罵我們兩位，我們堅決沒有簽。所以這一部法到了 2 月 5 日，總統終於公布，是這樣子的，其中的第 19~22 條，還包括蔡法官特別提到的 30 條，是所有這個法裡面最精華的部份，也是保障原住民的權利最巨大的部份。我們當時認為它是超越立法，可是這部法歷經 7 年多，我們始終沒有辦法把這幾個條文非常好的規範的內容再往前推一步，這恐怕是我們幾位在原民會工作的同仁心中最大的痛，原住民族基本法最大的痛。

最近我們非常欣慰的就是法務部跟司法院回應原住民希望設專屬法庭，而且法院的條文有了很正確而且非常明確的回應。記得昨天鄭立法委員天財先生做一個報告說明，除了今年的 6 月 1 號開始，原住民在地方如果涉及到必須被警察單位請去問話，可以有 4 個小時等待的時間，請法扶會的律師來幫忙，從 6 月到 10 月我們初步看了統計很不理想，我們就在想，可能我們原住民的鄉親還不太習慣，請一位律師幫他在警察的單位來問話的時候幫他來辯護或說明，可能我們還要努力去宣導，這個法扶會的幫忙，我們都非常的感謝。因為這四個小時是估算過，當初決定要幾個小時的時候，我們估算花蓮到富里鄉，它的距離差不多將近是 4 個小時，台東到長濱鄉，我們估計也將近 4 個小時，所以我們想說 4 個小時應該是可以接受的距離，因為這個距離是目前原鄉最遙遠的距離。我們原民會也願意所有法扶會因為多支的支出，由我們原民會預算來支付。所以，我們想透過這樣的勉勵，我們希望讓原住民的權益，他的人權的保障有比過去更好，但是恐怕這還是一個最初的幾步而已，往後可能還要有更大的努力，所以特別在今天綜合座談之前，我把今天的、還有包括昨天的有幾個主持人也好、與談人也好，或者是發表人也好，提到可能跟行政機關比較有關係的部分做一個說明，下面我們請我們高主任幫我們做一個說明

主持人（高德義 主任）：

好，謝謝副主委，各位貴賓，我現在就以承辦單位的立場，講一下我自己的觀察，真的是很感謝原民會對這個活動連續三年的支持，不論在經費上、在各方面也都給我們資源，而且更令人感動的是林副主委跟會裡面的幾位長官，從頭聽到尾，我自己都沒有那麼認真，真的是很令人佩服，兩位族群委員也是從頭聽到尾的，第一個是撒奇萊雅的黄美珍委員，還有噶瑪蘭的潘文雄委員，真的是非常謝謝他們。同時我也非常感謝各位法學界的先進，特別是我同隊的隊友，是我學弟，但現在是特聘教授的王泰升教授，對於我們這個活動從頭到尾這樣子的聽，跟林副主委一樣的認真，我也真的是感到很慚愧。還有各位學界先進、還有法界、還有實務界的，我想真的非常謝謝你們對於我們這個研討會的支持，沒有你們的支持，我們這個會開不了，沒有你們的支持，我們司法的改革，原住民的部份恐怕也不會啟動，真的是非常謝謝你們。當然這次的活動也許因為大家在原鄉、又在阿美族的地盤裡面，所以統計起來這兩天參與的人數前前後後大概，光是簽到的就 240 幾人，可以說是比在台北的那兩屆參與的更為踴躍，希望如果還有下一屆的話，也許可以再考慮另外的場地，另外的族群來辦，我想恐怕在教育上更有意義。

我想這個活動能夠圓滿的成功，當然一定有很多不足的地方，這裡面貢獻最多的就是我的學生、全體工作人員，他們也很辛苦，任勞任怨，謝謝他們。我想這個研討會一定有很多需要改進的地方，不曉得各位先進有沒有什麼指教，無論是就時間、場地或是議程，發表人評論的安排或者是 keynote speech 的安排各方面，如果你有什麼高見，也可以藉這個機會給我們一點建議跟批評，還有很多不足的地方，假如還有第四屆的話，我們會改進。

莫那·瓦旦 先生：

主持人好，我自己本身不是學法律的，不過我想舉一個比較實務面的設想來請教各位，原住民傳統習慣法跟國家法這個部分，我們大部分牽涉到刑法的部份，有些部分我們想像一個狀況，我們現在在阿美族的地方，我現在舉個案例，這是我設想出來的，事實上有沒有發生我不知道。一個阿美族的女孩子嫁給一個平地人，結婚十年了，土地的繼承在女性的身上，已經在她名下了，他們有兩個孩子，她的先生跟她的岳父岳母相處的不好，也不照顧小孩子，結果後來太太死了，那土地的繼承就是一個問題，按阿美族的慣習法，應該歸給屬於女性，可是按民法的規定來講，歸第一個繼承人，可是阿美族的岳父岳母說，我不想把這個土地給他，怎麼辦？在目前的法律方面有個相關的保護，因為岳父岳母想說，你又跟我相處的不好，雖然土地是我女兒的，可是按目前民法規定應該是給男方。請問一下在座幾位是否可以提供一些建議，原民會在這個地方是不是也可以提供一些，有什麼救濟權，或是法扶會有沒有什麼相關的規定，或是目前的憲法有沒有什麼辦法，我會問這個問題是因為我今天站在阿美族的土地，我一定要問這個問題，謝謝。

主持人（高德義 主任）：

莫那你一定要問這麼嚴肅的問題嗎？我想你這個問題，我的想法是你先跟吉安鄉公所的調解會，那邊有很多的原住民同胞可以協助，而且成員都是阿美族的。法扶會可以，張律師也才剛走，其他的就是我們私下在談，這邊有很多法界高手，有哪位法界、實務界的高手代為回答一下這個問題？政策的部份，我們就請副主委回答。

王泰升 教授：

這個有一點隨堂考試的感覺，我可能還是比較建議說要具體的資料，個案去看會比較好一點。我補充一下，對不起佔用一點時間，因為我很高興有這個機會，來參與這樣的盛會，也很感謝主辦單位給我主題演講的機會，能夠讓我跟許多的好朋友來分享這些意見。兩天來我也學習到非常的多，不過因為當時主題演講時間的關係，有些重點，我這樣兩天聽下來，我感覺很像有點誤會我的意思，因為當時時間太有限，所以我完全就是講重點而已，很多脈絡好像有點被誤會，所以是不是容許我稍微補充一下。

其實我第一個要講的是，我們對知識本身要敏感，我是舉我們這一次兩天以來，大家會聽到「慣習法」，可是明明上面就是寫習慣規範，明明我們的民法上面是習慣，那一般也講習慣，但是你會發現，在一個學術場域裡面，經常聽到「慣習」這兩個字，那就是什麼？關於原住民相關的討論，還有人類學的，也經常會看到「慣習」這兩個字，「慣習」是日文漢字，日文漢字裡面就是用「慣習」，當然不是這樣唸，但是它的漢字是「慣習」，所以這是不是告訴我們或提醒我們，可能我們知識來源是日文。我們看了太多日治時期的那些報告，因為那些報告，如「台灣慣習記事」，對不對？所以大家，好我們就用慣習，其實我們現在的當代中文是「習慣」，所以我的意思是說這是一個小事，但是其實提起對我們知識的來源本身要敏感。就像我在主題演講的時候，我講他族的記載，這句話是很重的，表示我們要有主體性的來重新思考，具有主體性的來看被國家法作為習慣的，其實是原住民法律，這是一個觀念的突破，我是原住民法，我跟國家法是互為主

體，我們互相協商，而不是我馬上就變成國家法中不被祝福的習慣，我覺得這個也是在觀念當中可以被調整的。

還有就是說，大家對於我講的習慣法，我講的習慣法是有我的定義的，我的定義是說，在歐陸法底下，不要講英美法，因為英美法有時候會漏，在歐陸法底下，必須要有立法機關所制定的法律條文的授權，法官才可以承認有一個習慣法，然後才適用於個案，我講的是這個習慣法。立法機關的授權，最重要的就是很多人都談到的民法第一條，立法者說，在某個情形下可以依習慣，那這樣子法官就可以依習慣法去適用在個案，可是他加了一個很要命的條件，法律沒有明文規定，這是我所沒有講清楚的，我現在要補充的就是說，漢人的祭祀功業，為什麼就會被認為說那是法律沒有明文規定，他也很像繼承不是嗎？就是因為祭祀功業的特殊性被看到了，所以因為它特殊，它就不是民法的繼承，所以法律沒有規定，繼承篇沒有規定，叢文整套就可以下來了，包括派下權，各位知道長期以來都只有承認男性才有派下權，一直到我們祭祀功業條例出來以後，才去翻它。換句話講，如果說原住民法，被當成習慣也沒有關係，也被看見了它的特殊性，這樣也一樣，民法也沒有規定，民法條文也沒有規定，它還是可以用。所以我的意思是說，法學要被看見它的特殊性，民法第一條也許有一定的空間。

另外就是說，像我們也談到，父權的創設可以依習慣，這就是我剛剛說的，立法者授權，司法者在個案的時候可以去發現習慣法。所以這個是我所謂的習慣法，習慣法就是司法機關在個案的時候可以就個案去找一個一般規範，這個叫做習慣法。譬如說，大家今天也談到，各族的習慣不一樣，十四族難道你要十四個條文嗎？你各族都不一樣對不對？但是如果你立法的條文本身，譬如說，原住民的親屬事項依習慣，立法者只要這一條定下來，法官在個案裡面，就會看你是哪一族的，你們那一族的習慣是什麼，就解決啦，不需要十四個條文，一個條文就好了，把那個事項「依習慣」，「依習慣」這三個字是很厲害的，能夠一方面好像固著化，但是它把整個彈性給了司法者，但是司法者承受不了，他們業務那麼重，每個個案他都要去調查習慣，太累了，所以我們要行政機關去幫忙司法者。還有這個制度本身是對司法者的一個授權，所以這個司法者在這個政治社會要得到信賴，我們台灣有沒有這個條件，這也包括司法者本身值不值得被尊敬，這個跟尊敬有關係。

我講習慣立法的意思，就是說我們在個案，針對各種情形我們去認定習慣法，假以時日，我們有好多的類型，不要急，也許十年也說不定，關於這件事情，相關的習慣規範是什麼，相對清楚了以後，我們就把規範的內容立法，立法有幾個好處。第一個好處就是，因為司法不告不理，但是我們要進行一種一般規範的時候，又有許多漏洞必需要填補，這些要立法，還有立法的時候可以參考其他的法律條文，包括其他外國的立法法律，特別是有時候價值，因為社會變遷，立法的時候經常是對既有的習慣規範的再思考，再思考就是說，有時候我們用立法的手段，因為立法本身有促進的作用，可能去做改變。所以我講的習慣立法是說，這個層次裡面，把它明確化，當然，一旦立法就會固著化。不好意思佔用大家的時間，我只是把我的觀念再講清楚一點，謝謝大家。

提問人一：

謝謝剛剛王老師的指示，可是王老師剛剛講一句話讓我有點嚇到，就是王老師剛剛有提出一個疑問就是法律人都會提的疑問就是，如果十四族難道我們要有十四條嗎？我這裡想要請問你，

爲什麼不能有十四條？如果我們真的尊重多元，肯認多元的話，爲什麼我們不能有十四條？常如我們在講說原住民不懂法，可是事實上是法律不懂原住民，所以爲什麼今天會有人大膽的要講說原住民，像凱薩大帝一樣，他說：「我來，我看見，我征服」，台灣的狀況就是：「我來，我看見，我接管」，或者是「我收贓」，如果講的不好聽的話，從日本人的手上搶過來，然後呢？我審判。高老師有提到說，經過這幾年的這三屆，有了專業法庭，可是實際上我們只有奮鬥三年嗎？如果硬要講的話，我們在 1874 年牡丹社事件的時候還被當做化外之民，化外之地，我們好不容易在 2007 年的 9 月，統治者告訴我們，我們把你當人看，我們終於變成人了，我們花了 134 年才變成人，所以我們值得慶祝我們現在有專業法庭嗎？更何況說即便有專業法庭來講的話，它所使用的準據法、審判制度，它所使用的這些法官、司法人員，我沒有不敬的意思，他還是同一批人，並沒有說因爲原住民民法第 30 條的部份，就好像有一個專責法庭整理出一個原住民的專業判斷事件。相反的，反而是原住民對於法的不信任感很強烈，之前原民會的雅柏甦詠專委，他有在這幾年的研討會，民眾發表意見把他整理出來，他說：「我爲什麼要相信這個法？擬定這個法的時候，你有問過我們原住民嗎？你有問過我們嗎？你們定了森林法以後，我們就不能砍，你們定了野保法，以後我們就不能打獵了，你們定了土地法之後，我們就沒有土地了，我爲什麼要相信你。」

所以其實就這點來講，我反而想要請教王老師，我們關於對這個法的這個部分來講，2005 年原基法終於出來了，原基法出來後，其實當然中央法規標準法是規定說法的名稱，叫做原基法，原住民族基本法，好像那個位階就是一般國內法的部份，可是他又用「基本法」這三個字，又讓原住民族人的心理多多少少都有一個期待，好像說這個是原住民族的法律體系裡面的最高上位的一個指導概念，一個相當於直接就是憲法增修條文第 10 條第 10~12 項的延伸，這就是我們最高的指導原則。結果原住民族基本法對我們來講是一個最高指導原則的狀況之下，首先我們先不管他的那些子法還沒有定的問題，既然原住民族基本法對我們來講，我們把它當成一個這麼重要的法源基礎的時候，結果碰到在司法審判使用上，卻把它去跟所謂的森林法、野保法跟相關管制條例去做比較的時候，屬人主義那麼特別的原住民族基本法，居然又變成一般法，相較之下森林法反而是特別法，反而優先適用這些特別法，而原住民族基本法被束之高閣。然後我們只能假裝很開心的去針對司馬庫斯案件，宣稱說我們獲得重大的聲援，其實根本就沒有，這更突顯的是原住民族在法規上的一個弱勢的部份。所以我想這點待會請教我們王老師。

第二個問題就是，副座昨天有提醒說，語文的部份是講座的很重要的部份，可是我反而比較好奇的是說，語文的部分，根據原基法第 9 條第 1 項，你們是要專設一個語發會的專責機關，然後問題是要能真正積極推動原住民族語言發展，所以當然我們 2006 年也設了一個語發會條例，可是語發會做了什麼事情？我這邊有資料，101 學年度，以原住民的教育費用，總共在跟原住民有關的教育費用當中，教育部撥的費用 26 億，佔了所有費用的 69.9%，原民會本身只有撥了 11.6 億，只剩 31%，相對之下，是教育部所提供的經費比較多，當然副主委昨天有提到是說，這個東西本來就應該教育部來全部提供的。可是我們反過來看，我們自己的預算跟原民會明年的預算，在原住民族教育推展，總共 13 億的這個經費，而且這是六年計畫的最後一年，13 億的預算裡面，在族語的這個項目裡面，在明年第六年，提撥了 1.1 億，只有 1.1 億，而且其中業務費用有 3 千多萬，而且在這個項目之下，在族語的這個項目之下，實際上是跟族語真正有關係的，其實只有 9 千萬，對不對，只有六項，而且第六項還是全部都是業務費，業務費總共在 9 千萬裡面當中佔了 3 千多萬。請問我們原民會，按照原住民事務委員會的組織法來講的話，我們看到的是說，對

於族語的發展，是負責協調的機構，如果我沒記錯的話，原民會的主持條例的第五條裡面有提到說，教文處的職掌裡面是，對於一般教育政策及法規，規劃、穩定、協調及審議，然後在族語的部份是第 3、4 項，原住民族歷史及族語研究保存與傳承這相關事項。所以換句話說，應該要主動拿錢出來的，可是族語這個部分到底怎麼解決，因為族語對其他的族群來講可能只是一個溝通工具而已，可是對原住民族來講，族語是一個文化的展句，我們可能如果沒有語言或文獻的話，我們文化就不見了。所以就這個部分來講，剛剛有一位律師提到，在某些國家裡面，原住民族的部落法院對原住民族人反對與迫害，我在這邊大膽而且冒犯的請教，會不會反而在很多時候，我們原住民族行政主管機關反而對原住民族人的權利與義務有很大的負面的幫助，以上這個部分，就教於林副主委，謝謝。

王泰升 教授：

我簡單回答一下，現代的法它有一個性格普遍適用，你一旦定下來了，所有的情形都要照這樣子來做，因此它在制定的時候它最好能夠預見到各種可能的情形，在你沒有研究清楚之前，你冒然制定法條，有的時候是個災難，所以我的意思是說你對十四族，你對每一個族的一些習慣內涵都還不一定可以掌握很好的時候，你馬上冒然就制定，有時候反而是一個災難，因為從此就要按照這個了，如果用立法技術，我的意思是授權，授權給司法機關，司法機關慢慢的去進行這個工作，說不定有成功更好的機會。漢人就是這樣成功的，我必須這樣說，漢人的祭祀功業合會都是尋著這個模式，都是先 50 幾年的習慣法的階段，然後才變成是法條裡面的條文，因為這邊涉及到一個轉義，因為你涉及到用歐陸法學概念要去轉譯到當地人的這些法律意識跟關係的處理，這需要時間的，所以我那十四條是簡化的講法。

另外在中央法規標準法裡面它就是憲法、法律、命令，這個位階是很清楚的，祭典法有可能是對這個人的特別法，但森林法是對這個市的特別法，都是特別法，當然，哪個比較特別？我認為基本法它表示說必須要有其它的子法，要有其他的法律位階的規定，把它具體化，坦白講，跟我剛剛說的有一點類似，什麼意思？制定基本法的時候，我們對於應該怎麼樣具體詳細的去處理原住民事務，也還沒想清楚，所以類似這種作法，做一個基本法，已經指定要趕快訂定相關的法律，但是一下子，如果說要把全部講清楚再來立法，可能沒有辦法 2005 年就出現基本法。我們真的有爭議，但是先把大方向定下來，我認為這是基本法它的階段性任務。再來的話，我覺得這個牽涉到很多利益之間的相互折衝，這個也是需要一點時間。我提供我個人的想法就是說，為什麼那些折衝沒有辦法達成原住民比較期待的，是因為大社會的觀念還沒有改變，所以我們即使透過這樣的機會，或是透過其他的廣告，我們其實是在跟大社會進行觀念的流通、交流，那個需要時間，這是我個人的想法。

主持人（林江義 副主任委員）：

另外有兩個問題，我也簡單的做一個說明，第一個，關於原住民族的教育預算的問題。首先我要非常謝謝高主任，高主任過去在花蓮師院服務的時候，我們特別拜託花蓮師院的陳院長，特別組成一個起草小組，來擬定原住民族教育法。這一部法律是目前原住民族專法中第一部經過立法院三讀通過的專法，它在民國 87 年公佈的，這個專法裡面它特別規定，未來原住民族的一般

教育跟民族教育要編列 2% 的教育預算的比例，就是說，所有的教育預算的 2% 要專門用在原住民專門人才的教育這一塊，因為這一部法是教育部的法，所以當時的教育部就要求的原民會，關於這個 2% 的比例，我們希望跟你們原民會來分，我們編 7 成，你們編 3 成，但是原民會的核算的當時的思維，沒有把原住民族專門法讀的很清楚，還是怎麼樣？事實上，原住民族教育法分的非常清楚，原住民學生一般的教育，一般學校的教育，包括從幼稚園一直到大學這個一般學校的教育，是由教育部為主管機關，原住民委員會負責的是民族教育，兩個分的很清楚，哪裡想到說大家分攤這 2% 的比例之後，原住民委員會分擔了 30%。那麼 30% 後來法律是又在原住民一般的學生的獎助學金，一般學生的教育方面，這是原民會目前要回頭都很難再重新協商的問題，因為教育部大概每一年的預算是 1600 億，我們核算起來將近有 30 幾億左右，現在這個法稍微調整，增加了 2% 點多，原住民的教育預算，但是看來教育部編的預算，可能還沒辦法滿足原住民的一般教育，在這樣子的情況之下，原民會就變成它原來要用在民族教育的這一筆預算就相對的就縮減，剛剛特別提到，那個原住民族委員會在民族教育特別是在語言更是編了大概 1 億 1 千萬到 3 千萬，大概是這樣子。我們辦一次族語認證考試大概要花掉 5、6 千萬這麼多，因此沒有剩多少的錢。等未來，我們一直希望把現在原民會負擔的 30%，全部讓教育部來分擔，我們原民會也希望這幾年把剩下的將近的 11 億到 13 億的，現在教育文化處的預算，專門處理民族教育，因為我們現在正在推部落學校，所以未來可能的發展，我們會跟教育部逐漸的來協商，現在還給他們一般教育的預算，這是預算編列的問題。

一提到語言發展法，就是原住民族語言發展法的部分，其實原民會在原住民族基本法通過之後，第二年我們就草擬完成，特別拜託學校的老師幫我們草擬語言發展法，當這個草案完成之後，行政院要我們跟教育部協商，因為教育部也在草擬國家語言法，他們認為原住民的語言是國家語言的一部分，所以不應該單獨在立法放在國家語言發展法裡面，這一來，本來簡單的事情變得複雜，因為國家的語言發展法還沒有被正式的拿來討論，我們國內就有很多不同的見解，完全沒辦法往前走，那麼原住民的語言發展也因為它的條文內容抵到這個法的草案裡面，也跟著沒有辦法往前走，這一兩年我們重新檢討，如果等國家語言發展法，勢必宣告原住民的語言發展法，完全沒有立法的可能性，所以我們打算這兩年以內，單獨提出原住民族的語言發展法，自己處理我們的語言發展法律，會是一個比較正當的作法。所以各位所提的這些問題我們大概都討論過了，做簡單的回應。

主持人（高德義 主任）：

我這邊補充一點，回應一下我們這位同胞。你的意見就是關於設立民族法庭可能也沒有什麼用，其實像這麼硬的司法院，能夠有一點鬆軟，其實已經很不容易了，當然我也很清楚，現在原住民立越多的法，好像原住民也越力不從心，因為法律怎麼用，有跟沒有差別不大，因為我們不足以去實踐這個法，力量不夠，總是跨出了一步，我覺得以司法院幾乎代表國家主權那樣的僵硬性格，它能夠釋出善意的一步確實不錯，不相信一下子能解決什麼問題，但是總是先慢慢來，當然最一勞永逸的解決方法就是成立實質的自治區，徹底解決這個問題，但是也不要以為成立自治區就什麼都解決，所以理想跟務實之間還是要去均衡一下，大家如果作文寫個離鄉版，大家都會寫，可是這幾年來我們慘痛的經驗，也很清楚，你看憲法現在條文多麼漂亮，原住民基本法多漂亮，可是有什麼用？我們改變了嗎？原民會成立 10 年了，我們和社會的差距有拉近嗎？反而是

惡化，所以我是覺得這個部分，可能我們雙方都要檢討，就是說原住民也不要一直把責任推給政府，有很多的部份在我看來是我們原住民自己的問題，像譬如說 55 歲可以去領老人年金，我這個年紀可以領了，可是我們當時可能沒有想到，這樣子把年金訂定在 55 歲可以領的話，我有很多親戚朋友都不工作了，靠 7000 塊就可以在山上活的很好，不工作，明明有工作。所以這個就是可能當初我們在設計的時候沒有想到這個部分，所以這個部分你說你可以怪罪政府嗎？可是其實有些部分我們也有責任，我們原住民以前真的是很勤奮，可是現在要看到勤奮的人不多了，我的意思是說政府責任固然很多，自己本身也要加強努力。

原住民的事情不太可能一勞永逸的解決，它是一個結構性的問題，今天抓住重點空間，可是現在都在包容，我們也不敢去頂撞政府，然後它當然不會釋出來，台灣的原住民運動是全球最廉價的，你如果了解全世界原住民的原運史，其實我們真的是 10 幾 20 年來，我們花了很少的代價成本去獲得很多，由此可見我們這個社會其實已經逐漸成熟。有很多的部份是看我們有沒有那個勇氣去「要」，要的是不是真正的重點，現在很多都是枝節補貼的作為，這也不能怪，因為這本來就是結構的問題，所以我是希望大家不能了解一些理想，應該怎麼去追求，但是其實有很多的部分我們也要反躬自省。

提問人二：

剛才看到幾個教授，他說我們社會刻意的忽視原住民，這是很實際的問題。我想我在基層教育那麼久，我看到一些現象到目前都還沒有改變，第一個是剛才講述法治教育的部份，有的先進國家像加拿大跟毛利人，都已經跟原住民道歉了，但是實際上政府有沒有這樣的一個動作，所以我們現在殖民政府，它的胸襟跟誠意，對我們原住民以前所做的傷害，做過的一些事情，所以我在從事國民教育 31 年當中，我所看到的尤其是歷史的編撰非常重要，可能原住民比較不清楚，歷史的編撰是消滅我們少數民族的最佳的利器，你看談台灣史的時候有沒有談到我們原住民？都是從 400 年開始編撰，唐山過海開始，然後南島語系幾乎都沒有介紹，所以很多人在說「你是什麼族」的時候，每一個平地人，還要告訴你是什麼族，然後他就問說你哪裡來的，他都搞不清楚你是台灣的主人，所以現在我們的主流文化，我們應該是主體，我們應該主體要固化，然後就是常常要交流，現在我們政府到底做了多少事情，就是一個值得的問題，社會的歷史教育應該要編撰的時候。

各位原住民，其實我們只有兩天，我們這邊很多原住民的菁英，關心原住民將來的發展的菁英，今年 11 月準備要成立第一民族議會，所以我們本來很多人來參加，因為時間衝突，我們剛剛才結束。所以我們感覺到藍綠也好都一樣，藍的政府一樣，都是把我們原住民，他說我們的祖爺是從大陸來的，清明的思考模式，一直到現在都沒有忘記過。民進黨爲了讓現在殖民政府好像一個合法地位，說他是跟原住民有血緣關係的，但是他真的重視我們嗎？當他達到的時候，我們原住民又消失了，他們刻意消失我們，因為我講這個比較嚴肅的問題，今天研討會後面最後一個階段我來參加。但是我感覺到目前政府做的工作非常薄弱，我講一個簡單的問題，我們屏東師範教育出來的師資，原住民校長 7 年，維持不到 93 年退休，43 個校長，他說第一個原住民校長，第一個原民會會長，現在有多少人知道嗎？因為師資培訓幾乎都沒有了，所以我們原住民要參加這個考試幾乎都是零，今年只有一個校長考上，明年開始慢慢沒有，培育師資有沒有？東華大學有沒有？沒有這個機制，還有人才的培育部分，我很慶幸我是淡江中學畢業，包括我們的副座，

也是淡江中學，這幾年幾乎都是淡江中學，一個私立機構培養的原住民差不多有 700 多位，還有屏東師專培育人才，現在你看，以往都是大多是淡江中學和屏東師專的，但是現在，這個機構已經慢慢沒有培育，因為我們考慮什麼問題？包括我們現在法治，我們在講法治教育，我們培養多少法律人才？所以我們在醞釀說，如果政府真的有誠意，把我們當做是這一塊地方的主人，我們現在成立台灣南島民族國際大學，然後純粹把我們原住民人才是多元，並不是只有體育、音樂，包括法律的，就是整個的人才，然後培植他們，然後我們就透過這樣的系統，跟我們的南島語系做一個交流，提昇我們原住民提昇台灣位階比較重要，所以我們關心的一個地方，所以我們要成立台灣第一民族議會。

我們的問題是，我們擺脫藍綠，所以在座的菁英，原民會的位置在哪裡？你有辦法跟他們抗爭嗎？你有辦法跟林務局抗爭嗎？如果像加拿大一樣，能夠在我們中華民國土地上，如果將來我們所有的立法委員都是我們第一民族真正的原民政黨出來的時候，要醞釀的就是把我們原住民的真正最高精神提升到起碼要跟加拿大一樣，要就做台灣原住民議會，包括平埔族在裡面，然後我們就有力量，這就是我們目前的希望，我們已經進入一甲子了，我們希望年輕的加入，我們好好培植你們，這樣的思維是怎麼樣？我們原住民怎麼提昇？慢慢來，我最聽討厭官員學者說慢慢來，要急速的，要政府跟加拿大一樣，是不是跟我們道歉，土地是我們的，不是他們的，包括今天我們要核定一個民族的名稱說，我看了很奇怪，我們原住民是這個地方，還要經過行政法，還要研究我們，所以名稱是我們自己取。今天我一進場，我們看到這個習慣法也好，都一樣，根本現在的主題，我覺得我們的殖民政府就屬於是都在刻意的把我們看不見，刻意的讓我們消失。你相信嗎？族語的先不講，很多的方式我在講，今天原民台，還有我們以前原民台的節目，你看客家也沒辦法比，節目一出來，國語話佔了 80%，為什麼沒有辦法全部的族語呢？你平均十四族 33 個方言，每一個族語現在有旁白國語，我們的羅馬拼音不是都已經制定化了嗎？所以我們在政府做的不夠，今天就是說行政院原住民委員會還是在下階，如果能夠提升到一個位階跟行政院一樣的話，那就不一樣了，我也特別呼籲，11 月我們成立原住民第一民族議會的時候，請大家有共識的來參加，我們會不斷的透過抗爭，透過這個訴求讓我們的位置能夠提昇，以上報告。

主持人（林江義 副主任委員）：

好，非常謝謝，非常前衛的民族主義者。這樣的意見，其實對從事原住民工作的人都是一個很大的鞭策，也是一個很大的壓力，因為我們原住民鄉親的要求，其實遠遠超過現在很多行政機關思考的問題。剛剛校長特別提到的這幾個問題，我想原住民要成為國跟國的關係，成為一個邦聯的國家，希望大家做的到，但是現在看起來我們連目前，連站穩都很不容易，走到國與國之間的關係，還有很長的距離要走。剛剛有特別提到師資培訓的問題，因為這個案子在立法院也好，在跟教育部的協商我們也談了很多次，其實回到一個原點，因為現在所有培育的師資，名額的推薦都是由地方政府，譬如說，我現在要培育老師，那麼這些名額是由各縣來推，然後讓教育單位來做培育的工作。現在的問題是，幾乎沒有一個地方政府，有辦法提出未來師資的名額，因為他們現在的名額已經飽和了，而且他們也還預估未來學校還有緊縮的可能，所以問題是出在這裡。當未來沒有需要老師的時候，真的沒辦法培育，不然培育下來之後這些老師不知道該往哪裡走，這問題會跑到地方政府，這是一個很現實的問題。

過去屏東師院有辦法定期每年可以收這麼多的老師，原住民的年輕朋友當老師，是因為當時

原住民地區的國小，師資也好，吸取量還是很龐大，那現在整個環境有很大的改變，像這些都是一個很大的問題。至於提到希望中華民國的總統可以跟原住民道歉這樣的事情，因為在加拿大也好，在澳洲也好，我們都有看見這新的總統就職道歉這樣的事情，大概今天我們也不是第一次聽到。像高金素梅立法委員，在某一屆，她剛勝任的時候，參加一個很重要的會議，她就要求總統要跟原住民道歉，不過好像不管是哪一個政黨都不容易做到。我在想漢人朋友要跟原住民道歉好像不是一件容易的事情，可以給漢人的朋友回去想想看，原住民和原住民道歉就很容易，譬如說原住民，阿美族碰上排灣族，結果我們兩個因為很多的意見不同，我們兩個講好，我殺了一條牛，我殺了幾條豬，全部部落的人坐下來，誤解所有都會冰釋掉。但是漢人不見得，我們翻開很多的中國的歷史好像很不容易，要叫一個漢人跟另外一個民族來說你們來統治我們，把我們殖民，奴役我們然後怎麼樣怎麼樣，奪取我們的土地，你要跟我們道歉，好像都很掙扎，我們就看哪一個漢人朋友有這樣的修養再說吧，總有這樣的期待，大概沒有辦法用逼的了，逼別人道歉，那不是真正的道歉。我想我們的時間差不多了，非常謝謝大家的出席，我們希望明年還有機會跟大家來服務，我相信這一條路我們一定會走的很長而且很遠，那未來我們還有機會檢驗，明年所舉辦的會做的比現在所發表的報告的事情做了多少，我講這樣子是非常負責任的政府跟行政機關，非常謝謝大家，陪我們參加這兩天的研習，非常謝謝。

第三屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會

【工作人員名單】

計畫職級	姓名	性別	族別	現職
計畫主持人	高德義	男	排灣族	東華大學原住民族發展中心主任 東華大學民族發展與社會工作學系副教授
協同計畫主持人	蔡志偉	男	賽德克族	東華大學民族發展與社會工作學系助理教授
秘書組	筆述一·莫耐	女	泰雅族	東華大學原住民族發展中心計畫專案助理
	劉培玲	女	阿美族	東華大學民族發展與社會工作學系研究生
司儀	林梅玲	女	布農族	東華大學民族發展與社會工作學系研究生
議程組	邱文福	男	排灣族	東華大學民族發展與社會工作學系研究生
	顏宸嶺	男	布農族	東華大學民族發展與社會工作學系研究生
	左恩平	男	排灣族	東華大學民族發展與社會工作學系研究生
	王紀瑤	女	布農族	東華大學民族語言與傳播學系學生
場地組	林嗣龍	男	阿美族	東華大學民族發展與社會工作學系研究生
	賴啟源	男	魯凱族	東華大學原住民族發展中心計畫專案助理
機動組	賴孝安	男	泰雅族	東華大學民族發展與社會工作學系研究生
	許凱文	男	布農族	東華大學民族發展與社會工作學系學生
接待組	朱怡樺	女	漢族	東華大學族群關係與文化學系研究生
	幸慧紋	女	布農族	東華大學民族發展與社會工作學系研究生
	陳祈宏	男	阿美族	東華大學民族發展與社會工作學系研究生

【研討會照片集錦】



報到



主辦單位致詞：林江義 副主任委員



承辦單位致詞：吳天泰 院長



貴賓致詞：鄭天財 立法委員



貴賓致詞：施良波 檢察長



專題演講：王泰升 教授



第一天貴賓合影



茶敘

【研討會照片集錦】



媒體採訪：張浴美 院長



專題演講：Robert Yazzie 法官



第二天貴賓合影



與會來賓提問



研討會議實景



與會來賓利用休息時間進行交流



與會來賓提問



綜合座談回應