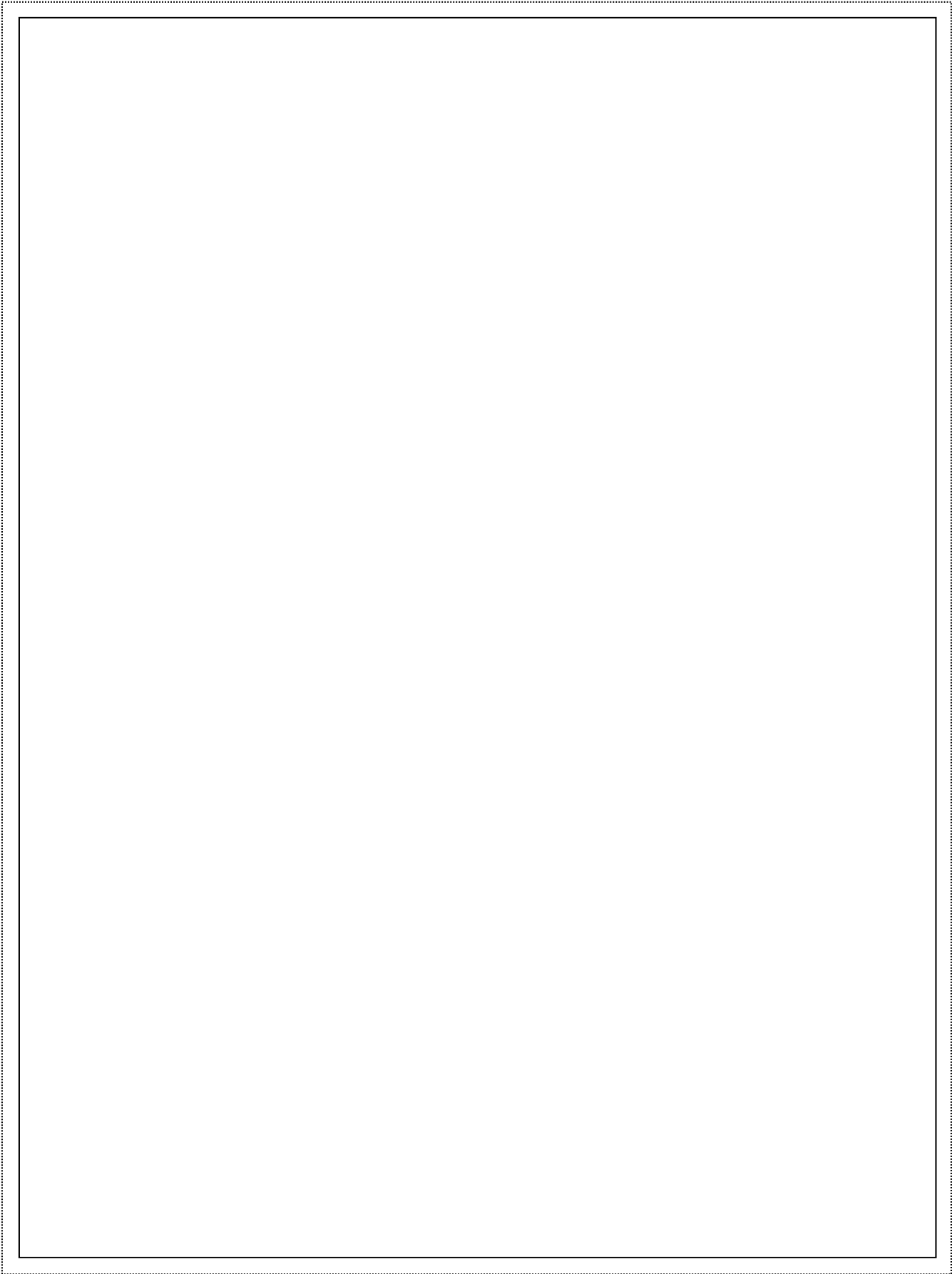


---

# 國內原住民族重要判決 之編輯及解析

---

作者：蔡志偉 (Awi Mona)、黃居正、王皇玉 著



## 序 言

---

從 2001 年開始，行政院原住民族委員會委託的專題研究計畫，針對原住民族相關法律權利與政策發展進行大規模的研究，以張長義主持的「原住民族傳統土地與傳統領域調查研究」與王泰升主持的「原住民保留土地專屬法庭設置」為代表。自 2004 年起，為配合前期已完成之傳統領域調查與土地法庭設置研究，行政院原住民族委員會復針對原住民族傳統規範與法律進行大規模的委託研究計畫，此一「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」系列研究，終在 2011 年完成十四個原住民族的研究報告。關於原住民族傳統法律規範的調查與重現，及其更重要的在與國家法間的調適論述及法條化，一般咸認是未來原住民族法律權利落實與部落發展的關鍵。

此外，行政院原住民族委員會自 2010 年起，已連續四年舉辦「原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會」，邀請過去執行相關調查研究之學者專家進行討論，亦廣邀法律學界及司法實務界專業人士參與，藉以建立瞭解、溝通之平台，透過此一研討會之賡續辦理，尋求兩種規範價值體系的調適，進而使原住民族傳統習慣在實體法及程序法之層面均能納入國家法制系統中，達到保障原住民個人與原住民族集體基於傳統習慣規範所享權利之目標。本項研討會確已深受國內學術界及實務界之重視，會後亦依年度將所發表論文結集成冊出版，除已豐富國內為數甚少的原住民族法學研究，亦有司法實務上的參考實例。

為深化原住民族文化與法律、權利等議題的發展，此等相關研究之中文文獻，在此間尚屬相當有限，特別是關於原住民族法制與權利的立法政策及其後續影響，行政院原住民族委員會特以計畫執行方式，由個人與本書另外兩位作者共同參與「國內原住民族重要判決之蒐集、編

## 國內原住民族重要判決之編輯及解析

ii

輯及解析」之撰寫。本書強調「原住民族特殊權利 (sui generis)」之重要性與其在部落文化中之實踐意義，在判決解析的方法上具有創新性與突破性。正因如此，本書能夠打破傳統實定法體系解釋學論述的窠臼，為陷於法制缺漏與行政解釋的原住民族法制與權利發展困境，提供相當進步闡明與辯護。

本書得以順利出版，首先要感謝行政院原住民族委員會的睿智與遠見。當然不可忽略的是勞苦功高的助理們，邱盈翠、何書雅、陳品蓁、李佳純，每位成員均投注極大的心血，表現令人激賞，在此一併表示感謝。

蔡志偉

Awi Mona

2013年11月20日於篤行樓

## 序 言

---

2007 年聯合國「原住民族權利宣言」第 27 條及第 34 條規定，「各國應……充分承認原住民族的法律、傳統、慣習和土地所有權制度，……」，「原住民族有權……促進、發展與保持其體制架構及其獨特的習俗、精神性、傳統、程序和做法，以及已有的司法體系或慣習」。此即一般所聲稱的，原住民族之「習慣法體系近用權」。為落實此項權利，各國可以選擇修憲或制定基本法，重建「法律多元主義」，或者擴充普通法之內容，使其涵蓋原住民族之「族群法域」。

臺灣在 2000 年通過了憲法增修條文第 10 條第 10 項，規定「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化」。為施行該條文而於 2005 年制定之原住民族基本法，則在第 30 條明示，「政府處理原住民族事務、制定法律或實施司法與行政救濟程序、公證、調解、仲裁或類似程序，應尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化及價值觀，保障其合法權益，原住民有不諳國語者，應由通曉其族語之人為傳譯。(二)政府為保障原住民族之司法權益，得設置原住民族法院或法庭」。不過，在實踐上該如何做，才能於司法與行政救濟程序、公證、調解、仲裁或類似程序中「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」，並沒有進一步規定。

2012 年 10 月，司法院以院台廳司一字第 1010028460 號函指定了包括桃園等 9 所地方法院，自 2013 年 1 月 1 日起設立「原住民族專業法庭（股）」。該庭設置之原則，「首要評估案件特殊性，在不修法之原則下，汲取國外相關經驗設立專庭或專股，可適度達到專業資源整合及案例累積之作用」。既不修法重建「法律多元主義」，「原住民族專業法庭（股）」若欲實踐前揭原住民族基本法第 30 條之規定，就必須藉由積極

行使闡明權，論令兩造在所提出之攻防中，提供原住民族傳統慣習之質性研究與敘述，包括該規範與適用族群之現實關聯，逐案建立平行取代市民法之習慣法體系。而對臺灣過去與原住民族相關之民事司法實踐之回歸分析，正是提供繫屬法院藉以行使闡明權並於判決之程序與文本中尊重原住民族傳統習俗、文化及價值觀的重要基礎。

作為臺灣原住民族法律研究的拓荒者，筆者過去的工作都聚焦在議題的開展與田野實證的調查統計上。對隱藏在浩瀚民事判決檔案中的原住民族習慣法，雖也曾打算進行系統化的探勘，卻總是僅止於思考、規劃，無力真正採取行動。這次藉由行政院原住民族委員會委託蔡志偉教授所主持之短期計畫，筆者終於有幸能夠在臺大法律學院博士生邱盈翠女士與清華大學科技法律研究所碩士生謝沛芬女士的協助下，以回歸的方法，質化剖析了 25 個臺灣各級民事法院所作成的判決。後並因委託研究機關之建議，調整納入兩則行政爭訟案件。然由於本書體例已定，遂未另行增劃分類。

雖然由於民事判決議題廣泛，就個別項目如親屬、繼承、物權、債法與智慧財產權等，無法因此建立量化而具有線型時間意義的體系化普通法，但是至少在啟動原住民族「族群法域」作為平行於市民法之普通法的步伐上，已經看到了穩定可循的軌跡。期待未來有持續性的研究資源，能把這個工作繼續下去。

黃居正

## 序 言

---

個人於民國 96 年接受國科會委託進行為期三年的研究計畫——「原住民犯罪問題之研究」，從此，對於臺灣原住民犯罪問題的關心與研究，就不曾間斷。本人的研究興趣主要是文化與行為的關聯，以及原住民文化慣習與強勢法律規範的衝突。在原住民被告的各式各樣刑事案件中，個人看見了原住民被告的行為是如何受到傳統文化之影響與制約，卻又不見容於臺灣的主流法律價值觀，尤其是持有獵槍射殺保育類野生動物，在森林中採集森林產物等原住民傳統文化慣習之行為。原住民被告在刑事案件中主張的文化抗辯，屢屢受到否定，否定的方式不一定是直截了當地否認原住民傳統文化慣習，而是將主流價值觀包裝成法律的語言，藉由法律解釋學，以「就法論法」的高姿態，讓原住民傳統文化慣習一再退讓。

去年有幸在蔡志偉教授的邀請下，共同參與研究原住民相關之刑事判決的研究計畫，並針對目前我國司法實務上有關原住民犯罪之判決，就其犯罪事實、判決理由，原住民被告的抗辯等，進行有系統的整理、耙梳與分析。這本書呈現的就是這個研究計畫的成果，個人也希望藉由這些刑事案件的分析檢討，激起國人對於原漢文化衝突的重視，也讓從事司法偵查審判辯護工作的法律人，對於原住民文化抗辯議題，有一本可以結合司法實務與學理依據的書籍可供參考。此外，本書之完成，有賴何書雅及陳品蓁二位助理協助尋找與整理判決，在此一併感謝。

王皇玉

國內原住民族重要判決之編輯及解析

vi





# 目 錄

<b>壹、本書說明</b> .....	1
一、背景 .....	1
二、目的 .....	2
三、判決蒐集及編輯方法 .....	3
<b>貳、我國原住民族法律規範研析</b> .....	5
一、我國原住民族涉及民事案件之判決實證研究評析 .....	10
二、我國原住民族涉及刑事案件之判決實證研究評析 .....	16
<b>參、判決編輯及解析實例說明：民事、行政</b> .....	27
<b>案例一</b> 原住民保留地所有權預期轉讓之限制及其效力 .....	27
<b>案例二</b> 原住民保留地移轉限制之回溯適用禁止案 .....	38
<b>案例三</b> 原住民保留地所有權移轉之身分限制 .....	46
<b>案例四</b> 原住民保留地管理法規之變更及其適用 .....	55
<b>案例五</b> 原住民土地耕作權移轉登記案 .....	63
<b>案例六</b> 原住民因土地重劃喪失所有權救濟案 .....	71
<b>案例七</b> 泰雅族原住民依傳統習慣買賣土地案 .....	76
<b>案例八</b> 阿美族買賣土地之習慣爭議案 .....	82

## 國內原住民族重要判決之編輯及解析

viii

案例九	違反《原住民保留地開發管理辦法》 之土地移轉案.....	87
案例十	阿美族傳統土地案無權占有案.....	99
案例十一	東昌村阿美族里漏部落文化聚會所通行權案....	108
案例十二	花蓮縣秀林鄉原住民保留地案.....	121
案例十三	原住民按「臺灣省山地保留地管理辦法」 取得土地耕作權與土地所有權之期待權.....	138
案例十四	原住民間確認婚約存在案.....	147
案例十五	阿美族土地無權占有拆屋還地案.....	153
案例十六	阿美族聲請姓氏從母案.....	160
案例十七	排灣族長嗣繼承制遺產分割案.....	165
案例十八	原住民保留地地上權撤銷贈與案.....	171
案例十九	阿美族交還土地所有權狀案.....	179
案例二十	布農族解除婚約請求賠償案.....	189
案例二十一	排灣族繼承權回復請求案.....	197
案例二十二	原住民舅媽外甥爭產案.....	203
案例二十三	賽德克族婚禮殺豬儀式案.....	214
案例二十四	原住民族飲酒文化左右未成年人監護人 之選定案.....	221
案例二十五	原住民族傳統智慧創作之著作權爭議.....	233

**肆、判決編輯及解析實例說明：刑事**..... 241

- 案例一** 獵槍無罪案（喜得釘）..... 241
- 案例二** 警政署「自製獵槍」令函不合時宜..... 247
- 案例三** 持有十字弓有罪案..... 255
- 案例四** 持有子彈無罪案..... 260
- 案例五** 獵槍供生活工具之用無罪案..... 265
- 案例六** 原住民非婚生子女被收養不喪失原住民身分..... 270
- 案例七** 採集野生蕨類..... 274
- 案例八** 竊取愛玉子案..... 278
- 案例九** 竊取森林七里香案..... 284
- 案例十** 竊取羊奶榕案..... 287
- 案例十一** 在「非原住民傳統領域內」砍伐扁柏、紅檜.... 291
- 案例十二** 牛樟木案..... 295
- 案例十三** 風倒樺木案..... 298
- 案例十四** 撿拾漂流木有罪案..... 311
- 案例十五** 誤殺山羌案..... 316
- 案例十六** 臺灣野山羊、山羌、獼猴案..... 320
- 案例十七** 傳統蘆藤捕魚案..... 327
- 案例十八** 陷阱獵捕案..... 332
- 案例十九** 阿里山鄉鄒族頭目搶奪蜂蜜案..... 335
- 案例二十** 阿力力案..... 341
- 案例二十一** 假結婚使大陸人入境案..... 347

## 國內原住民族重要判決之編輯及解析

x

案例二十二	被告智能不足案.....	351
案例二十三	選舉收賄案.....	356
案例二十四	選罷法—頭目紅包案.....	360
案例二十五	選罷法—家族選舉案.....	367

# 壹、本書說明

## 一、背景

原住民族法學在臺灣是一個尚屬發展初期的法學研究領域，許多人在對於原住民族法學研究的目的、範圍及課題不甚清楚的情況下，會以為凡是涉及原住民族事務的法律問題之研究就是屬於原住民族法學的研究，以致於原住民族法學的研究也與其他領域之法學研究的區隔不明顯，因而失去其作為一個特殊法學研究領域的獨特性與必要性。

有鑑於此，如何就與原住民族相關之各種法律問題，從原住民族傳統習慣規範與當代原住民族法學之觀點，提供理論基礎與基本原則，以確立原住民族傳統法律與習慣規範的國家法地位，並確保國家法體系的一貫性與完整性，則有需要就原住民族傳統法律與習慣規範體系之基礎概念進行有系統的研究，以便建立原住民族國家法體系之基礎及其架構，並就其學說理論、基本原則、重要法律概念、主要法律關係等予以分析研究，以釐清原住民族傳統法律與習慣規範體系和其他國家法律之差異所在，進而在原住民族政策及法制的規劃和國家法化的過程中，做出符合保障原住民族法律權利目的之正確判斷。

近年來，由於原住民族對自身權利的爭取，雖未將原住民族傳統習慣納入現行法制，但許多法律規定已將原住民族文化、生活慣俗、傳統、習俗、價值、祭儀等，作為原住民族權利之內涵或要件，或直接成為法律保護之對象，而《原住民族基本法》第 30 條宣示未來政府行政機關、檢察體系與司法部門在有關原住民族事務之處理、裁量、審理等，應尊重原住民族之傳統習俗、文化及價值觀，以保障其合法權益。上述條文分別從實體面及程序面規定原住民族文化及傳統習俗之作用，應可指引司法部門於訴訟程序中探尋原住民族傳統習慣規範作為裁判的

依據，並指導未來的立法依實際需要，採取將原住民族習慣規範作為法律條文，或於法律中規定某事項依原住民族習慣。

此外，無論是司法院的官方資料，或者是媒體、學術單位以及民間機構的調查結果，都呈現了司法信賴度偏低的情形。復以，法學高度專業性形成了一般民眾不易跨越的高牆，再加上人民對司法的高度期待，很容易因為發生司法負面事件而降低對法院的評價。復以財團法人中華人權協會民國 100 年與 101 年所進行之原住民族人權指標調查結果而論，原住民的司法人權，過去幾年來始終呈現「差傾向甚差」的程度。然而，提升原住民司法人權的保障程度，最為明顯立即的作法，乃透過具體個案之審理，依據前揭《原住民族基本法》第 30 條之法律原則，尊重並援引原住民族習慣法。這樣的作法，不僅能夠達到保障原住民個人與族群整體人權之目的，更能提升司法判決之信賴性，進而實踐「法律即文化」的人權論述。

## 二、目的

晚近，圍繞原住民族為主的法制建構與司法訴訟爭議層出不窮，促使原住民族法律與文化的討論日漸深入。再者，關於原住民族權利在司法實務的論證，及其更重要的透過法院審理所呈現在與國家法間的調適論述及法條化，一般咸認是原住民族法律權利落實與部落發展的關鍵。

《原住民族基本法》確立了以自決權為核心的土地權、自然資源權以及文化權等基本權利內容。該法第 30 條第 1 項規定，政府處理原住民族事務、制定法律或實施司法與行政救濟程序、公證、調解、仲裁或類似程序，應尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化及價值觀，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。然則，原住民在面對司法訴訟程序所面臨的困境，大抵上涵蓋以下三個層面：文化與語言的隔閡、法律諮詢機制的缺乏，以及原住民族習慣的法效力爭議。有鑑於此，本書旨在藉由國內原住民族重要判決之蒐集、編輯及解析，探究國家法律與原住民族權利論證的互動關係，據以提供國內立法工作與司法實務上思考的方向。

### 三、判決蒐集及編輯方法

本書旨在首先透過國內各級法院有關原住民涉訟重要判決之蒐集與整理，採以現行的法學理論評釋實務判決，就民事及行政訴訟（例如親屬、繼承、原住民保留地等）與刑事訴訟（例如《野生動物保育法》、《森林法》及《槍砲彈藥刀械管制條例》）相關議題，蒐集相關學者著作、期刊論文、實務判決等資料進行分析論述，並提出具體研究意見。

就判決的蒐集，本書係在司法院法學資料檢索系統，分別以民事、行政訴訟（土地、親屬、繼承）與刑事訴訟（《野生動物保育法》、《森林法》及《槍砲彈藥刀械管制條例》）等案由，再以「原住民身分」、「原住民」及「文化」等關鍵字檢索、挑選具代表性，諸如判決間見解彼此歧異或社會矚目案件的判決，並就判決事實及理由摘錄重點，再以相關法學理論與原住民族傳統習慣據以回應與評釋判決。一方面強調涉訟原住民當事人所提權利主張論述，另一方面說明各判決所建立之法律原則及其主要影響，作為本書最重要的研究重點。

就判決所涉及之爭訟類型而言，概以民事與刑事作為兩大類別進行判決之蒐集。

- (一) 民事及行政：土地、親屬、繼承、其他。
- (二) 刑事：《野生動物保育法》、《森林法》及《槍砲彈藥刀械管制條例》、其他。

再者，就判決內容之編輯，則分為二大部分進行解析：

- (一) 法院判決中的原住民族權：對於辦理範圍有關原住民族透過法院爭取權益之過程及主要成果作概論式說明，並說明編輯判決之原則。
- (二) 判決編輯：每則判決均應包括以下內容
  1. 案情簡述：簡要敘述爭訟之事實及主要爭議點
  2. 原住民主張：說明原住民所提權利主張及證據
  3. 法院判決：法院判決主要內容
  4. 評述：說明該判決所建立的原則及其主要影響

國內原住民族重要判決之編輯及解析

004



## 貳、我國原住民族法律規範研析

我國《憲法增修條文》第 10 條之規定，以及施行該條文之《原住民族基本法》，都說明了原住民族文化以及創生與存續該文化的社會與政治機制，是形成我國多元文化內容的最主要部分。多元文化的意義是，通過族群或政治體間的對等關係，提升文明的多樣性，讓公共領域能呈現出非單一性的文化態樣。在多元文化的政經社會結構下，任何族群或政治體都不應僅以自身之外顯基準，評價其他族群或政治體之存在、創造物與文明內涵。多元文化價值要求其國族組成員尊重彼此在自我維養過程中所構建的世界觀，在最大範圍的共識下，允許其他族群或政治體依據其共同決定之方式，組織其生活與追求永續發展。簡單地說，多元文化價值的客觀表現，就是文化態樣的多元尊重，次級政治組織的權力對等，以及總和其價值所形構的國族特徵。

進入 21 世紀的時代，原住民族運動從過去的都市街頭運動回到部落，諸如反馬告國家公園、丹大林場狩獵事件、荊桐部落美麗灣事件、泰雅族櫟木事件等等，均是原住民族部落主義的具體實踐。申言之，原住民族權利建構工程，轉而專注在臺灣法制架構下，賦權原住民族實質平等與歷史正義的體現。也就是說，原住民族政策與權利法制化工程，在憲法多元文化與實質平等的架構下，民國 89 年的政黨輪替，民進黨政府提出了包括「原住民族與臺灣政府新的夥伴關係」以及「國中有國」、「準國與國關係」等政策主張，並承諾要為原住民族訂定「憲法專章」，將臺灣原住民族的「法政存在」推到最高峰。雖言前開「新夥伴關係」、「國中有國」、「準國與國關係」與「憲法原住民族專章」等政策主張，並未獲致具體成果。對應於國際性原住民族人權規範以及國內法制架構與共識的逐漸成形，「原住民族自治」實已成為現今人權國家

「原住民族政策」重要之一環。隨著國際社群對人權議題的重視，加上回復與保障原住民族傳統領域與財產權利，被確立為去殖民化過程之重要實踐等基礎。國內原住民族社群體認原住民族權利之發展，實應對於包括充實原住民族習慣法體系、保障原住民族土地權益、原住民族生物多樣性傳統知識，以及推動自然資源共管機制，創造有利於原住民族自治的條件。民國 80 年，蔡中涵、莊金生、華加志等 22 位立法委員提案依《憲法》第 168 條與第 169 條制定《臺灣原住民保障基本法》，搶救原住民族群面臨文化式微、經濟凋敝及社會瓦解之命運。歷經了 17 個年頭的努力，保障原住民族權利的根本大法，從民國 77 年的初步構想開始，至民國 80 年首度在立法院提案，迄至民國 94 年 1 月 21 日立法院第五屆第六會期的最後一次會議，終於三讀通過與原住民族權益有重大關係的《原住民族基本法》，據以「保障原住民族基本權利，促進原住民族生存發展，建立共存共榮之族群關係。(第 1 條)」

從《原住民族基本法》的立法與實踐意義來看，《原住民族基本法》依其立法意旨定位為「基本法」，從法的性質而言，係為執行《憲法增修條文》第 10 條第 11、12 項等關於原住民族基本權利之內容，應屬《憲法》之「施行法」。簡要來說，《原住民族基本法》所規範之原住民(族)權利，當屬具有憲法基本權利之位階與性質。所有實施《原住民族基本法》的子法或其他法律的修正、制定、廢止或解釋，都應該遵循原住民族權利概念的保障，不得任意違背、逾越、限縮。

然就我國立法例而言，亦有學者指出基本法的位階並不比其他法律高，其他法律並無非得配合基本法來修正的理由，且《原住民族基本法》所揭示的原則非常抽象，各機關對於應否配合進行相關法制工作，勢必會有不同見解。值得注意的是，不同於《教育基本法》及《通訊傳播基本法》僅規定應修正相關法令，《原住民族基本法》第 34 條明確規定該條規範的對象是各相關法令的「主管機關」，而非無可監督的立法院，並且《原住民族基本法》第 3 條規定應設置由行政院長召集的推動委員會來審議、協調相關事務。因此，作為推動委員會之幕僚機關的行政院原住民族委員會若能將《原住民族基本法》之原則與各部會應有的

作為做出妥善的規劃，透過較高位階之推動委員會的統籌、監督，應可期待各主管機關有較積極的作為。

復以原住民族文化權作為我國原住民族法制規範與發展的新課題來說，今日眾多國家均已肯認原住民族文化、語言、生活方式之特殊價值，認為此等不同之文化、語言、生活方式，乃人類彌足珍貴之文明資產，一旦因為被同化而消逝，即無再行回復之可能，這不但是消逝民族本身的不幸，也是人類整體的損失。本於此體認，世界各國莫不改弦易轍，開始重新制定各種保存與發展境內原住民族文化、語言、生活方式之政策與法制。

臺灣因存在多元族群文化，本有複數的規範價值體系，其中原住民族因歷史背景及文化差異而在法律的議定權力上處於受支配者之地位，且過去獨尊一元的法律並非以承認多元民族國家為前提，致使原住民族傳統習慣與國家法制產生衝突，時有所聞。在原住民涉及民事爭訟的案件審理上，不論是傳統土地之利用、不動產所有權之移轉等涉及財產權之權利行使與變動之行為，抑或婚姻締結之儀式與繼承制度，司法實務均時常面對是否承認原住民族有別於主流社會之實定法的傳統習慣等問題。謝世忠將原住民族傳統習慣與現行法制的衝突分為積極衝突及消極衝突，前者指現行法制對於「傳統習慣所容許的行為」加以限制或禁止，使原住民在進行此類行為時，因為牴觸現行法制受到處罰；後者指現行法制對於「違反傳統習慣的行為」加以正當化、合法化，使遵循傳統習慣的原住民，因國家之不罰，而懷疑是否要繼續遵循傳統習慣。衝突的結果，造成了原住民族於傳統習慣下享有的權利喪失，或遭到剝奪；另一方面，由於原住民為了避免牴觸國家法制而受罰，不得不改變或放棄傳統習慣所容許的行為，形成現行法制凌駕於傳統習慣的印象，也因此動搖傳統習慣在原住民個人及其族群整體心中的權威地位，造成原住民族傳統價值觀之崩解。

近年來，由於原住民族對自身權利的爭取，雖然國家實定法尚未明確將原住民族傳統習慣納入現行法制，但許多法律規定已將原住民族文化、生活慣俗、傳統、習俗、價值、祭儀等，作為原住民族權利之規範

內涵或要件，或直接成為法律保護之對象。其中《原住民族基本法》第30條，確立了政府行政機關、檢察體系與司法部門在有關原住民族事務之處理、裁量、審理等，應尊重原住民族之傳統習俗、文化及價值觀，以保障其合法權益，更將傳統習慣之效力延伸至司法權上。依該條，原住民族之傳統習俗、文化及價值觀分別涵蓋實體面及程序面之規範作用，除指引司法部門於訴訟程序中探尋原住民族傳統習慣規範作為裁判的依據，並指導未來的立法依實際需要，採取將原住民族習慣規範作為法律條文，或於法律中規定某事項依原住民族習慣。這也反映出原住民族權利相關法律或命令之特殊性，例如原住民保留地開發管理辦法、原住民身分法、原住民族傳統智慧創作保護條例、原住民族工作權保障法等基於原住民族之傳統習慣與文化所訂定之特殊民族法制，若非依上述適用原則，即無法妥當加以解釋與適用。

欠缺妥當解釋與適用法律之能力，導致規範的合法正當性喪失。此由無論是司法院的官方資料，或者是媒體、學術單位以及民間機構的調查結果，都可證明。在原住民相關審判事件中當然也是如此，呈現出司法信賴度偏低的情形。復以法學的高度封閉性，形成了一般民眾不易跨越的高牆，很容易因為發生司法負面事件而降低對法院的評價。

原住民族文化多樣性中的特徵，即為其特殊的文化模式、社會組織與法律制度，雖目前全球的原住民族都居住在現代國家系統內，並受到國家憲政體制與法律制度所管轄，許多原住民族的社會與文化習俗，也仍係受到傳統法律的規範。當然，原住民族的特殊性僅存在於其組織、法律與習俗尚未遭致全面侵蝕，或是被同化的面目全非於其國家中。而這種因侵蝕而弱化、最終被同化的情形，在後國族國家社會中具有普遍性；國家法律與原住民族社會接觸之後，原住民族共同的殖民經驗顯示，原住民族傳統法律與部族組織迄今持續的在面對國家歧視性或同化性的政策下，不斷被弱化、排除與忽略。除卻弱化與同化的趨勢外，從各國國家法制發展的經驗來看，原住民族傳統習慣法律與國家法律間的互動，不論是在內國法或國際法的層面，都一向是複雜的有機狀態，即使承認原住民族習慣的合法地位，兩系統間的衝突仍時有所聞，或是相

互質疑與鄙視。儘管也有相對良性協調機制的出現。

從憲法保障原住民族多元文化的憲政價值以觀，原住民族傳統習慣作為體現部落關係、行為規範與價值體系的中介過程，類此社會觀念型態、群體生活模式，及其所構築之社會規範和制度，均屬原住民族文化呈現本身。換言之，原住民族傳統習慣作為司法權保障的內涵，提供憲法以多元文化價值為核心的基石。亦即，原住民族傳統習慣、文化與祭儀之規範要旨，係在確立原住民族文化主體性之建立，以及傳統文化之保存與發展。前開規範要旨，同樣顯現在聯合國原住民族權利宣言的內容，聲明深信由原住民族掌管他們自己和對他們的土地、領土和資源產生影響的發展，將使他們能夠保持和加強他們的機構、文化和傳統，並根據自己的願望和需要促進自身發展；並認識到尊重原住民族知識、文化和傳統習慣，有助於實現可持續和公平的發展，並有助於妥善管理環境。更聚焦來說，從原住民族角度來看當前臺灣之法學教育，即在強調國家司法的運作，應自「國家制定法」的法律教條釋義，與「漢民族中心主義」當中解放出來。進而將原住民族在傳統文化與習慣法制方面所面臨的法律衝突與困境，透過「法律紮根理論」之認識論與方法論，重新置於多元文化的社會脈絡當中解讀。

不同民族發展出其獨有的文化，臺灣原住民族有其獨特的語言、符號與集體記憶，隨著歷史的推移及經歷不同的歷史脈絡，進而發展出迥異且豐富的認知與生活模式。在多元文化思潮濫觴的當今，一個多文化、多族群並存的國家制定法，首要面臨的挑戰即是，如何將代表著地方性的原住民族觀點納入到國家法學教育體系內。換句話說，國家法與原住民族兩者間如何看待習慣規範所形構的「事實」，確實在司法實務解釋與法學教育上產生落差，探究其緣由不外乎是原住民族缺乏主體性的詮釋以及法學教育所強調的法實證主義限縮了原住民族傳統習慣的多義內涵。

綜整來說，從後殖民主義與多元文化理論反思當代原住民族權利的發展與學說，必然能為當代國家法學教育注入新的生命力，並能豐富國內為數甚少的原住民族法學研究，亦有司法實務上的參考價值。綜觀現

行我國原住民族法律體系，實以落實《憲法增修條文》第 10 條第 11 項與第 12 項之原住民族基本權為核心，回應我國係屬多元文化國家，並積極維護與發展原住民族文化的基本價值。

## 一、我國原住民族涉及民事及行政案件之判決實證研究評析

本書關於原住民族民事判決蒐集、編輯及解析之研究重心，係希冀以涉及原住民土地、親屬、繼承等訴訟糾紛為基礎，進行事實類別之比較，具體呈現現行國家法制與在地原住民族部落之關係，並探究我國原住民族法制在原住民族地區相關法令之實踐情形。

《民法》第 1 條規定：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」原住民族基於其傳統生活經驗所累積之習慣，卻時常與我國實定法對於特定民事關係之明確規範相違背。不論是傳統土地之利用、不動產所有權之移轉等涉及財產權之權利行使與變動之行為，亦或婚姻締結之儀式與繼承制度，司法實務均時常面對是否承認原住民族別於我國實定法之傳統習慣之議題。同時，司法實務亦必然於特定個案中，就原住民部落傳統生活模式與主流社會文化兩者間，進行何者為比較「健康的」、「進步的」等具有高度價值選擇性之判斷。理解司法實務見解就前述眾多選擇作成之依據及其論理脈絡，對於原住民族法制研析及原住民族權利實踐之政策規劃具有重大價值。

本書就原住民族重要民事判決之研析，即以上述思考作為背景，除欲釐清個別爭訟個案之事實、兩造主張與法院見解外，亦以我國《憲法增修條文》第 10 條第 11 項肯定多元文化之意旨，及《原住民族基本法》對於原住民族權利之保障觀點出發，輔以學說理論進行批判。

### (一) 民事及行政案件檢選之方式與標準

就原住民族相關民事判決之檢索，為求檢索之完整並提高檢索結果與本書意旨之關聯性，首先依據「法院別」進行檢索作業：於司法院法學資料檢索系統中，逐一就各地方法院、高等法院及其分院與最高法院

之判決，以關鍵字檢索方式，檢索含「原住民」、「原住民&習慣」、「原住民&傳統」等字樣之判決。

接續以「裁判案由」進行分類，將可清楚納入「土地」、「親屬」、「繼承」三大分類者先予以區別。其餘由「裁判案由」無法直接判定隸屬於前述分類，而屬於廣泛債權爭議者，另行納入「債權」類型。此外，本書亦發現於檢索所得之民事判決中，有部分裁判案由為「當選無效」、「國家賠償」、「遞補當選無效」等判決，納入「其他」分類中。「債權」與「其他」類型之判決，經初步研讀後若就原住民族權利與我國司法實務之實踐有實質討論之重要價值，或可併入「土地」、「親屬」、「繼承」類型研討者，於後續判決研析另為擇定。

本書檢索之民事判決分類及其主要之裁判案由，表列於下：

判決分類	主要之裁判案由
土地	拆除地上物返還土地、確認通行權存在、交還土地、拆屋還地、土地所有權移轉登記、排除侵害、返還林地、請求塗銷抵押權登記
親屬	確認婚約存在、離婚、改定未成年人監護人、確認婚姻關係不存在、收養許可、變更子女姓氏、選定未成年人監護人、聲請從母姓
繼承	塗銷繼承登記、回復繼承權、分割遺產
債權	給付承攬報酬、履行契約、返還不當得利、侵權行為損害賠償、撤銷買賣契約、給付違約金
其他	當選無效、國家賠償、遞補當選無效

另外，與原住民族傳統智慧創作相關之判決，由於《原住民族傳統智慧創作保護條例》之子法尚未經主管機關——行政院原住民族委員會公告實施，致使該條例所保障之原住民族傳統智慧創作專用權，尚無具體申請案與既有涉及原住民族傳統智慧創作專用權之判決。然為揭示此一議題之重要性，本書藉由涉及原住民族傳統文化元素之著作權民事爭訟個案：智慧財產法院 98 年度民著訴字第 13 號判決，予以討論評析。此

部分之司法實務見解，實有待未來爭訟案件量累積後廣續研析之。

## (二) 檢索蒐集之判決一覽表

就本書檢索之「土地」、「親屬」、「繼承」、「債權」、「其他」五大類型判決，於初步分析其爭訟事實與爭點後，發現「債權」類別中之判決，大多涉及兩造就原住民保留地之買賣，違反《原住民保留地開發管理辦法》就原住民保留地移轉之身分限制，而爭執土地買賣債權契約是否自始無效或可得撤銷之爭議，納入「土地」類別中併同討論之。

於「其他」類別之判決中，以「確認當選無效」之訴為大宗。其案件事實多為原鄉地區之選舉候選人或其助選人員以豬肉、檳榔、米酒等食物分贈選區中之選舉人時，是否構成行賄行為之爭議。案件被告多主張贈送食物並非行賄，而僅係原住民部落地區親朋好友間分送食物、贈與見面禮傳統習慣之實踐。就此類判決，本書另於刑事案件之判決評析部分討論之。

另，本書於始初規劃時，僅就原住民相關之民事、刑事判決進行研析，然於初稿完成後，因應本書潛在讀者之高度實務需求，增納兩則近年關於原住民族土地議題之重要行政爭訟案件。由於本書未就涉及原住民族權利、傳統慣習之行政爭訟案件進行全面性之研究，而係以需求導向納入兩案作為示例，因此於體系上不另行增劃分類。

依據前述分類與本書原定規劃，就原住民族傳統習慣、傳統習慣法與原住民族權利於當代國家法之適用議題討論充分，並可延伸與學說見解相互參照、比較之判決，本書擇定 25 則進行評析與討論。以下為其判決字號與評析議題說明。

### 1. 土地類

於土地類之判決中，主要涉及議題有五。第一，為因《原住民保留地開發管理辦法》關於原住民保留地之移轉限制所生爭議；第二，為我國歷次辦理土地清查與土地登記時，原住民族人未就其傳統土地辦理登記，致使其土地被劃入國有地或於後由他人取得所有權之爭議；第三，為原住民族人買賣土地之傳統習慣，不符合民法不動產所有權移轉要式



要件之爭議；第四，為原住民族傳統領域中之既成巷道、袋地通行權相關爭議；第五，為因原住民族特殊繼承制度與習慣所致生之相關爭議。就第五類爭議，由於其涉及原住民族繼承制度之傳統習慣議題，本書將之納入「繼承」類別判決評析之。

議題項目	判決字號	個案主要議題
原住民保留地移轉限制所生爭議	臺灣苗栗地方法院 100 年度苗簡字第 461 號	原住民保留地所有權預期轉讓之限制及其效力。
	臺灣南投地方法院 96 年度簡上字第 51 號	違反原住民保留地開發管理辦法之土地移轉限制致生之脫法行為爭議。
	臺灣臺北地方法院 97 年度訴字第 2629 號	原住民保留地管理法規之變更及其適用。
	臺灣新竹地方法院 97 年度訴字第 807 號	土地買賣債權契約是否因違反原住民保留地移轉限制而無效。
土地登記致生之權利變動爭議	臺灣高等法院花蓮分院 100 年度再易字第 3 號	《原住民族基本法》第 20 條第 1 項於原住民族傳統領域爭訟案件中之適用可能性。
	臺灣高等法院花蓮分院 99 年度上易字第 33 號	原住民保留地與國有地之劃編致生之權利變動爭議。
	臺灣花蓮地方法院 89 年度簡上字第 57 號	原住民族人未就傳統土地依法定程序聲請登記為所有權人，其就土地之權益是否可依原住民傳統習慣維持排他性。
	臺灣花蓮地方法院 88 年度重訴字第 1 號	原住民土地耕作權移轉登記案。
原住民族買賣土地傳統習慣未符《民法》不動產所有權移轉要式要件之爭議	臺灣宜蘭地方法院 95 年度簡上字第 55 號	原住民買賣土地雙方以口頭約定之傳統習慣與土地買賣契約關係是否存在之判定。
	臺灣花蓮地方法院 96 年度簡上字第 32 號	原住民間就土地之買賣契約是否應依原住民間之傳統習慣為契約存在之判斷依據。

議題項目	判決字號	個案主要議題
原住民族傳統領域中之既成巷道、袋地通行權相關爭議	臺灣高等法院花蓮分院 101 年度上易字第 31 號	東昌村阿美族里漏部落文化聚會所通行權案。
行政爭訟案件	臺北高等行政法院 101 年度訴字第 1997 號及行政院原住民族委員會 101 年原民訴字第 1010055207 號	原住民按臺灣省山地保留地管理辦法取得土地耕作權與土地所有權之期待權。
	臺北高等行政法院 97 年度訴字第 1668 號	花蓮縣秀林鄉原住民保留地案。

## 2. 親屬類

親屬類判決之主要議題有二。第一，係殺豬宴客等傳統習慣，於依據修正前民法判定婚約是否成立、是否符合結婚時應有公開儀式與兩人以上證人之要式規定等相關規定之效力；第二，為依據原住民族特殊傳統親屬制度，如母系制度，而聲請變更子女姓氏。就此二議題，本書各擇定三則與一則判決討論之。另外，亦有判決之個案事實涉及部落傳統生活中較為頻繁之聚會飲酒行為，對於法院判定父母取得子女監護權之影響，本書擇定一則判決討論之。

議題項目	判決字號	個案主要議題
原住民族傳統習慣與修正前民法婚姻締結之要式行為	最高法院 92 年度台上字第 2211 號	原住民於結婚時殺豬宴客之傳統習慣，於依修正前民法判定婚約是否成立之作用。
	臺灣南投地方法院 101 年度婚字第 24 號	原住民於結婚時依據傳統習慣殺豬請客成立修正前民法結婚之公開儀式之認定。
	臺灣高雄地方法院 97 年度簡上字第 226 號	未履踐婚約締結之傳統規範，是否構成依民法解除婚約之事由。

議題項目	判決字號	個案主要議題
依據原住民族傳統習慣變更子女姓氏	臺灣花蓮地方法院 97 年度家聲字第 91 號	根據原住民族特殊親屬制度，如母系社會，聲請變更子女姓氏。
原住民族傳統生活方式與親權判定	臺灣屏東地方法院 101 年度家親聲字第 22 號	原住民族傳統生活方式，如集會飲酒，對於個人取得子女監護權判定之影響。

### 3. 繼承類

關於繼承類別之判決，主要涉及之議題為原住民族特殊之繼承制度於現行民法繼承制度下之適用與其承認。本書蒐集所得之判決，具體涉及之傳統繼承制度有阿美族母系社會之特殊繼承習慣、排灣族長嗣繼承等。以下共計擇定六則判決評析之。其中有三則係與土地爭議有關。

議題項目	判決字號	個案主要議題
原住民族繼承傳統於現行民法繼承制度下之適用與承認	臺灣高雄地方法院 90 年度訴字第 3262 號	原住民處分土地須經家族會議同意之特殊習慣之承認。
	臺灣花蓮地方法院 101 年度訴字第 222 號	原住民族特殊繼承制度，如阿美族由長女繼承家產，於民事爭訟之承認。
	臺灣屏東地方法院 93 年度家訴字第 25 號	原住民族特殊繼承制度，如排灣族長嗣繼承制，不符民法關於遺產法定繼承順序所致生之爭議。
	臺灣臺東地方法院 98 年度訴字第 30 號	原住民族特殊繼承制度於爭訟中之舉證。
	臺灣高等法院花蓮分院 99 年度上更(一)字第 1 號	原住民族特殊繼承制度所致生之土地爭議。
	臺灣臺東地方法院 88 年度簡上字第 17 號	原住民族特殊繼承制度所致生之土地爭議。

## (4) 智慧財產權相關

議題項目	判決字號	個案主要議題
原住民族傳統智慧創作之著作權爭議	智慧財產法院 98 年度民著訴字第 13 號	侵害著作權爭議。

## 二、我國原住民族涉及刑事案件之判決實證研究評析

本書就刑事判決案件類型的檢選與標準，主要分為如下兩大類：

### (一) 受社會矚目之原住民犯罪事件

第一件為民國 92 年 3 月發生於臺灣阿里山附近的鄒族達邦社 (tapangu) 汪姓頭目搶奪事件。本案被告汪姓頭目在嘉義地方法院第一審判決時，法官認定構成搶奪他人財產罪，並判處有期徒刑 6 月，有期徒刑若易科罰金，以新臺幣 900 元折算 1 日，緩刑 2 年。肆後雖經被告上訴，但被告之上訴被駁回，全案遂以搶奪罪「有罪」判決確定。

第二件是民國 94 年 9 月發生於司馬庫斯部落搬運風倒櫟木事件。三名被告被控以竊取森林主產物罪，一、二審均判處被告竊盜罪有罪判決，但經最高法院撤銷發回更審後，高等法院更一審時改判被告三人「無罪」開釋。

第三件是民國 99 年 1 月發生於屏東國有荖濃溪區○○區林班地的魯凱族 7 名青年搬運漂流木案。7 名被告在一審時被法院判決為圖己利，於國有林地竊取森林主產物罪，隨後未上訴而一審定讞。後來被告尋求法律諮詢意見與律師協助，因而由律師協助提起兩次再審，然而兩次再審之聲請，均遭法院裁定駁回。本案在屢次再審中，法院均一再嚴格審查被告撿拾漂流木之目的，是為了雕刻，顯非基於災後重建房屋、柴火之需要。此外法院另認為，《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。

第四件則是民國 100 年 6 月發生於臺東之排灣族原住民被告，為顯露長輩對晚輩的關懷，依習俗伸手觸摸男童「阿力力（罌丸）」案件。此一案件本以強制猥褻罪起訴，後來經被害人撤回告訴而判決公訴「不受理」。

前面四件社會矚目的原住民犯罪事件，其特色均是強勢的漢人族群，以漢人的觀點或意識型態，作為衡量原住民族群在原住民族傳統生活領域所發生行為之標準，因而起訴原住民被告。四件判決中，一開始的民國 92 年鄒族達邦社汪姓頭目搶奪事件，法院判決被告有罪；另外尖石鄉搬運風倒櫟木案中，法院最後判決被告無罪，其中最高法院亦提出針對《森林法》第 15 條第 3 項與第 4 項的差異，亦即：《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 項所規定：「森林位於原住民族傳統領域土地者，原住民族得依其生活慣俗需要，採取森林產物，其採取之區域、種類、時期、無償、有償及其他應遵行事項之管理規則，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。」則為對於「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（最高法院 98 年度台上字第 7210 號判決）。

然而，即便有最高法院 98 年度台上字第 7210 號判決存在，目前法院仍然無視該判決之意旨與《森林法》第 15 條第 4 項「原住民得依其生活慣俗需要採取森林產物」之規定，法院判決認為，在主管機關現階段尚未制定出應遵行之管理規則情形下，原住民僅能遵守「《國有林產物處分規則》」來採集森林產物，因此導出即便原住民在山上採集劍筍、愛玉子、山蘇等森林副產品，就必須如同搬運漂流木一樣，必須事先報請主管機關核准後才能採集。

在第四則排灣族阿力力判決中，可以察覺出法院在審理原住民犯罪事件時，已經開始意識到原住民被告所為的「文化抗辯」問題。亦即排灣族原住民被告觸摸孩童下體行為，是否受到傳統習慣影響，法官在審理過程中，邀請瞭解原住民傳統習慣之人擔任證人，為法官闡明原住民之傳統習慣。類此文化抗辯案件，有另一則臺灣高等法院高雄分院 95 年度選上訴字第 11 號判決，是排灣族鄉長候選人在公開場合致贈紅包給 7 名頭目之賄選案中，法官亦傳喚兩名通曉排灣族習俗之證人，以調查排灣族的傳統文化中，各種公開集會活動慶典場合，為表示對於頭目之尊重，有無致贈實物，或以金錢即紅包代之之習俗。

本書認為此一重視「文化抗辯」之審理模式，乃一個正確且可依循的審理模式，亦即邀請通曉原住民文化或傳統習慣之人擔任證人，以緩和刑事判決中過於強烈的漢人主流意識型態，且在判決理由中討論與說明了原住民的文化傳統習慣，因此特別將此有此文化抗辯意味的判決檢選出來加以評析。

## (二) 具有原住民族特殊性的犯罪態樣

此類的刑事判決，主要是具有原住民族特殊性的犯罪態樣，這些犯罪類型的特色為原住民常為主要犯罪人，犯罪地幾乎均在過去原住民傳統世居領域，犯罪原因則深受原住民自身特殊文化與過去傳承的生活習慣息息相關，特別是與狩獵行為以及採集森林產物有關的犯罪型態。從犯罪類型來看，此類犯罪主要涉及三種法律規範，亦即：

1. 《槍砲彈藥刀械管制條例》。
2. 《野生動物保育法》。
3. 《森林法》。

臺灣統治者在貫徹刑法規範時，總是習慣把原住民與漢人一視同仁。然而，一味強調刑法的一體適用而忽略原漢文化的衝突，在許多個案上卻也常凸顯出處罰的正當性堪虞。因為許多原住民的「犯罪行為」，從自己族群的觀點來看完全正確，但以現行刑法規範來看卻被視「犯罪」，換言之，犯罪的定義常是強勢族群統治者所強加之罪。上述三類案件類型雖然歷經數次法律修正，對於原住民持槍狩獵與採集森林產物之行為，多次進行鬆綁，最後採取除罪化的規定。但是除罪化的要件在解釋上，常會因為適用法律者個人的意識型態，或是不同行政單位的嚴苛解釋（例如內政部警政署對於「自製獵槍」的嚴苛要求），以至於法院在判決上，類似案件在不同的法院與不同的法官審理下，有著差異極大的看法（例如持有子彈究竟有罪還是無罪）。

本書對於此類案件的檢選標準，主要挑選出法院判決是以尊重原住民傳統文化，正面或直接援引《憲法增修條文》或《原住民基本法》，做出有利於原住民之無罪判決為首要標準。如無此等無罪判決可供檢選，則退而求其次，選擇有罪判決，但在此等判決中，將會於評析意見中指摘與批判此等有罪判決的不當之處。

編號	案例	案號	主要爭點	被告族別	條文索引
1	獵槍無罪案（喜得釘）	臺灣臺東地方法院 101 年度上訴字第 246 號	被告持有該槍之自製獵槍，是由槍管後端裝填之工業用彈（俗稱喜得釘）底火藥，引爆其彈內火藥為發射動力，此種槍枝是否符合原住民自製獵槍之標準？	排灣族	《槍砲彈藥刀械管制條例》第 8 條第 4 項、第 20 條第 1 項
2	警政署「自製獵槍」令函不合時宜案	臺灣臺東地方法院 101 年度重訴字第 5 號	《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項：「原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍、魚槍，或漁民	阿美族	《槍砲彈藥刀械管制條例》第 8 條第 1 項、第 20 條

國內原住民族重要判決之編輯及解析

020

編號	案例	案號	主要爭點	被告族別	條文索引
			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之罰鍰，本條例有關刑罰之規定，不適用之。」明文原住民未經許可製造自製之獵槍，供作生活工具之用者，不適用《槍砲彈藥刀械管制條例》有關於刑罰之規定。本案爭點為，被告乙所製造、持有之土造長槍是否為上開條文所謂「自製之獵槍」？		第 1 項
3	持有十字弓有罪案	臺灣臺北地方法院 100 年度簡字第 3854 號	原住民可否合法持有十字弓用以狩獵？被告持有十字弓是否屬違反《槍砲彈藥刀械管制條例》之犯行？	泰雅族	《槍砲彈藥刀械管制條例》第 15 條第 1、2 款、第 20 條第 1 項
4	持有子彈無罪案	臺灣臺東地方法院 91 年度訴字第 150 號	《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項僅就「原住民未經許可，製造、運輸或持有『自製之獵槍』以供生活工具之用」予以除罪化並改用行政罰鍰，但未就「原住民未經許可，製造、運輸或持有『子彈』」一併為相同之修正，故原住民被告所持有之自製獵槍可以除罪化，持有「子彈」是否亦可根據第 20 條第 1 項規定除罪？	判決尚無記載	《槍砲彈藥刀械管制條例》第 13 條第 4 項、第 20 條第 1 項
5	獵槍供生活工具之用無罪案	臺灣臺東地方法院 101 年度重訴字第 4 號	被告乙製造及持有槍枝的目的，是為了獵捕山豬及飛鼠，被告甲則係短暫的為乙背負為了打獵的槍枝，兩人持有槍枝的目的，是否符合「供作生活工具之用」？	排灣族	《槍砲彈藥刀械管制條例》第 8 條第 4 項、第 20 條第 1 項



編號	案例	案號	主要爭點	被告族別	條文索引
6	原住民非婚生子女被收養不喪失原住民身分案	臺灣新竹地方法院 98 年重訴字第 7 號	被告之生母為泰雅族原住民，為非婚生子女，生母棄養而將被告由非原住民之夫婦 A、B 收養，被告是否具有原住民身分？ 被告自承其在教會工作，非以打獵維生，是否符合《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項所稱「供作生活工具之用」？	泰雅族	《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項、《原住民族基本法》第 5、6 條
7	採集野生蕨類案	臺灣高雄地方法院 95 年度訴字第 1708 號	原住民採集森林副產物野生蕨類，是否可適用《森林法》第 15 條第 4 項之「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」？	判決尚無記載	《森林法》第 15 條第 4 項、《原住民族基本法》第 19 條第 1 項
8	竊取愛玉子案	臺灣高雄地方法院 96 年度易字第 2938 號	被告是否符合《原住民族基本法》第 19 條規定之「依法」採集野生植物與菌類？	布農族	《森林法》第 15 條第 4 項、《原住民族基本法》第 19 條第 1 項
9	竊取森林七里香案	最高法院 99 年度台上字第 6852 號	原住民族傳統領域上之森林產物七里香，可否根據《原住民族基本法》第 19 條第 1 項規定，以挖掘砍伐方式而供自用？	排灣族	《森林法》第 15 條第 4 項、《原住民族基本法》第 19 條第 1 項
10	竊取羊奶榕案	花蓮地方法院 90 年度易字第 323 號	原住民被告主張不知道自己採集行為是違法的，此等主張可否減免刑責？	判決尚無記載	《森林法》第 52 條第 1 項第 4、6 款、第 15 條第 4 項

編號	案例	案號	主要爭點	被告族別	條文索引
11	在非原住民族傳統領域內砍伐扁柏紅檜案	臺灣高等法院臺中分院 100 年度上訴字第 1749 號	被告二人的行為，是否可適用《森林法》第 15 條第 4 項之「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」？	判決尚無記載	《森林法》第 52 條第 1 項第 4、6 款
12	竊取牛樟木案	臺灣高雄地方法院 101 年度審易字第 1689 號	原住民採集森林產物作為營業謀生之工具，可否適用《森林法》第 15 條第 4 項之「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」？	布農族	《森林法》第 52 條第 1 項第 6 款、第 15 條第 4 項、《原住民族基本法》第 19 條、第 20 條第 1 項
13	風倒櫟木案	新竹地方法院 96 年度易字第 4 號	甲、乙、丙三人是否違反《森林法》第 52 條第 1 項第 4、6 款？	泰雅族	《森林法》第 52 條第 1 項第 4、6 款、第 15 條第 4、5 項、《原住民族基本法》第 20 條第 1、3 項
14	撿拾漂流木有罪案	臺灣高雄地方法院 99 年度審訴字第 2486 號	被告七人可否適用《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。」	魯凱族	《森林法》第 52 條第 2 項、第 15 條第 4 項、《原住民族基本法》第 19 條、第 20 條第 1 項

編號	案例	案號	主要爭點	被告族別	條文索引
15	誤殺山羌案	臺灣臺東地方法院 97 年度訴字第 148 號	原住民進行狩獵時，是否須先確認物種後，才能開槍射擊？射擊後才發現所射之動物為保育類動物，是否仍然具有「未必故意」？	排灣族	《野生動物保育法》第 18 條第 1 項第 1 款、第 41 條第 1 項第 1 款、《槍砲彈藥刀械管制條例》第 8 條第 4 項
16	臺灣野山羊、山羌、獼猴案	臺灣高等法院高雄分院 101 年度上訴字第 135 號	山羌、獼猴等保育類動物之數量，是否仍達受保育之程度？當原住民狩獵傳統與山羌、獼猴之物種保護相衝突時，對山羌、獼猴之保護，是否「絕對凌駕」於原住民狩獵文化傳統？目前保育類動物的列表是否應將山羌、臺灣獼猴放寬認定？	布農族	《野生動物保育法》第 4 條第 1 條第 1 項、第 18 條第 1 項第 1 款、第 20 條之 1 第 2 項、第 41 條第 1 項第 1、2 款
17	傳統蘆藤捕魚案	臺灣高雄地方法院 89 年度訴字第 2490 號	原住民以蘆藤捕魚是否違反《漁業法》？	布農族	《漁業法》第 48 條第 1 項第 3 款
18	陷阱獵捕案	臺灣宜蘭地方法院 97 年度訴字第 160 號	被告設陷阱欲捕山豬卻誤捕山羌，觸犯是否犯《野生動物保育法》？	泰雅族	《野生動物保育法》第 41 條第 1 項第 1、3 款
19	阿里山鄉里佳村鄒族頭目搶奪蜂蜜案	臺灣嘉義地方法院 92 年度簡上字第 151 號	被告搬走蜂蜜的行為是否具有不法所有意圖？且若被告之行為乃依照部落習慣法處斷，是否具有違法性認識錯誤？	鄒族	《刑法》第 16 條、第 325 條第 1 項

編號	案例	案號	主要爭點	被告族別	條文索引
20	阿力力案	臺灣高等法院花蓮分院 101 年度侵上訴字第 47 號	被告依排灣族習慣所為之觸摸行為，是否構成《刑法》224 條之 1 加重強制猥褻罪，或是涉犯性騷擾防治法第 25 條第 1 項之性騷擾罪？	排灣族	《刑法》第 224 條之 1、《性騷擾防治法》第 25 條第 1 項
21	假結婚使大陸人入境案	臺灣花蓮地方法院 98 年度簡字第 32 號	原住民出於貧窮而貪圖小利，擔任假結婚之人頭，以賺取報酬，此一犯罪動機可否作為《刑法》第 57 條量刑時考量之事由？	判決尚無記載	《刑法》第 216 條、第 214 條、《臺灣地區與大陸地區人民關係條例》第 15 條、第 79 條第 1 項
22	被告智能不足案	臺灣宜蘭地方法院 98 年度訴字第 351 號	被告有輕度智能障礙且係泰雅族人，聽不太懂國語，但在警察詢問時，既沒有給被告聘請通譯，也未給被告指定辯護人，對於被告的程序保障是否有所欠缺？	泰雅族	《刑法》第 214 條、《臺灣地區與大陸地區人民關係條例》第 15 條、第 79 條第 1 項
23	選舉收賄案	臺灣花蓮地方法院 94 年度選訴字第 12 號	收受賄賂的同案被告寅，為民國 21 年出生之阿美族原住民，其表示早年係受日本教育，國語非其母語。本訴訟案件警詢筆錄時並無通譯在場，而由警察以國語詢問。但寅於審理時隨即表明聽不太懂國語，無法完全以國語溝通，需通譯為其翻譯。寅在沒有通譯在場時的警詢筆錄，有無證據能力？	阿美族	《公職人員選舉罷免法》第 90 條之 1 第 5 項及第 97 條之 2 第 1 項

編號	案例	案號	主要爭點	被告族別	條文索引
24	頭目紅包案	臺灣高等法院高雄分院95年度選上訴字第11號	被告癸、乙、丑、丙、辛、徐○○、甲均坦承有收受被告庚或己所交付之紅包現金，是否為《公職人員選舉罷免法》第90條之1第1項所規定之賄賂或其他不正利益？或是根據排灣族習俗對頭目之尊重？	排灣族	《公職人員選舉罷免法》第90條之1、《刑法》第143條第1項
25	家族選舉案	臺灣高等法院高雄分院101年度選上更(一)字第11號	本案被告吳○強登記參選後又棄選，究竟是因為家族會議之做出退選決定所致？還是與另一候選人謝○明期約約定棄選？	判決尚無記載	《公職人員選舉罷免法》第97條第1、2項

國內原住民族重要判決之編輯及解析

026

---

## 參、判決編輯及解析實例說明：民事、行政

### 土地類

案例一 原住民保留地所有權預期轉讓之限制及其效力

案號 臺灣苗栗地方法院 100 年度苗簡字第 461 號

案由 土地所有權移轉登記等

#### 壹、案例事實

原告甲、乙、丙、丁、戊、己之被繼承人庚與被告辛之土地贈與人其父壬於民國 58 年 1 月，就壬坐落苗栗縣泰安鄉之 A 地締結買賣契約。A 地依當時法令屬山地人民使用保留地土地，壬非 A 地所有權人，壬父於民國 57 年就 A 地取得耕作權之登記。庚購地款項均已給付完畢，庚、壬並未完成 A 地之移轉登記作業，然實際上 A 地由庚占有耕作使用，庚去世後，由其繼承人即原告等人繼續占有耕作使用。

壬父於民國 67 年取得 A 地所有權後，於 68 年辦理所有權登記，民國 70 年時由壬因繼承完成 A 地所有權登記。壬於民國 93 年將該 A 地贈與其子辛。辛與 A 地之現時占有人原告等就庚、辛間是否確有成立買賣契約及原告等是否具占有權源一事爭執。原告主張庚、辛確曾就 A 地成立買賣契約，依買賣契約及繼承之法律關係，先位請求辛應移轉 A 地所有權；暨原告等現為 A 地占有人，其占有遭辛侵奪，備位請求辛應交還 A 地予原告等耕作使用收益。

## 貳、訴訟結果

原告先位之訴主張庚、壬就 A 地有買賣契約，依繼承及買賣契約之法律關係，為有理由，應予准許。被告辛應將系爭土地之所有權全部移轉予原告等共同共有。

## 參、當事人主張

### 一、原告主張

(一) 先位聲明：被告辛應將 A 地全部移轉予原告等共同共有

庚與壬於民國 58 年確有買賣 A 地，且價金均已給付完畢。庚、壬後於 72 年 4 月 19 日因辦理土地過戶事宜，須壬出具山地人民使用保留地土地權利拋棄書、同意書、印鑑證明書及用印，庚乃請壬提供資料，雙方締結有切結書。壬於 86 年 9 月間，原欲依上開切結書將 A 地移轉予庚之子丁，並由壬與原告甲委請代書辦理 A 地所有權移轉事宜，當時壬亦有提供土地所有權狀、戶籍謄本、印鑑證明及印鑑章等，後壬因不明原因請求撤銷土地增值稅，A 地所有權亦未完成過戶。

其後因壬認為該土地價值業較簽立買賣契約時為高，繼而不願依原契約移轉所有權，然不能因此否認雙方買賣契約存在。又壬於過世前將 A 地贈與其子辛，辛應繼受該法律關係，移轉 A 地所有權與原告。

(二) 備位聲明：被告辛應將 A 地交還原告，並容忍原告占有使用收益

庚於 58 年 1 月向壬購買 A 地後，壬即將該土地交付予庚占有耕作使用。庚去世後，該土地由其繼承人即原告等人繼續占有耕作使用，且在該土地上種植各種農作物。惟辛取得所有權後，竟於 100 年 2 月間將原告種植作物全部拆除占據之，故若法院認為原告先位之訴無理由，則原告仍屬有權占有使用該地，辛未經原告同意將地上作物拆除並將 A 地占為已有，已侵害原告之占有權，爰依《民法》第 962 條、第 184 條第 1 項前段及繼承之法律關係，備位請求被告辛交付 A 地由原告耕



作使用收益。

## 二、被告主張

### (一) 先位之訴部分

#### 1. 原告應就「庚於 58 年 1 月間向壬購買 A 地」一節，先為舉證

原告雖舉切結書欲證明庚、壬兩人間有買賣關係，然觀之雙方切結書所載內容，關於價金之約定，乃稱「議定工本費」而非買賣價金，是該切結書無法證明前揭買賣關係。況系爭切結書乃是針對土地之耕作使用權利，非原告主張之土地所有權買賣。再者，依 A 地登記簿謄本及異動索引，壬於 69 年 2 月 2 日始因繼承取得 A 地所有權，並於 70 年 5 月 7 日完成登記，安能於 58 年 1 月間即出售 A 地予庚。

#### 2. 縱法院認系爭買賣契約確係存於庚、壬之間，惟按債之關係發生後給付不能者，無論其不能之事由如何，債權人均不得請求債務人為原定之給付

查壬於 93 年 6 月 25 日即已將 A 地以贈與為原因移轉至辛名下，是於前開移轉時，壬就系爭買賣關係已陷於給付不能，則本件原告再本於買賣契約及《民法》第 348 條規定，請求辛移轉系爭土地所有權，即仍就原定之給付為請求，自不能允許。

#### 3. 時效抗辯

依原告所陳，庚係於 58 年 1 月向被告之被繼承人壬購買，自斯時起算至原告提起本訴時止，早已逾 15 年，被告自得為時效抗辯，而拒絕依本件原告之請求為給付。

### (二) 備位之訴部分

#### 1. 《民法》第 943 條就占有權利之推定，對於真實權利人可能造成相當損害者，其適用應受有限制

《民法》第 943 條之適用限制中，於物之限制部分，已登記之不動產，就其物權無本條之適用。因《民法》就不動產以登記為物權之表

徵，則不動產物權如經登記，其權利人均得以登記為反證而推翻占有人權利之推定，是就不動產占有權利之推定而言，僅在未登記之不動產與以不動產為標的之債權，方能受本條之推定。原告等不得執《民法》第 943 條對抗 A 地所有權登記名義人辛。

2. 《民法》第 962 條所規定之占有人物上請求權，係以占有人確實對該占有物具有事實上管領力為前提，若占有人已放棄占有該地，即不得依該條文為主張

辛於 99 年間前往 A 地勘查，發現原告等人前所種植之果園久未有人耕作，已呈荒廢狀態，顯見原告等已久未占有 A 地。辛遂以 A 地向苗栗縣政府原住民族行政處申請參與 100 年度獎勵輔導造林計畫，經主管機關現場勘查認定符合規定而獲核准造林在案。是原告等人既已放棄占有 A 地，渠等依《民法》第 962 條主張占有人之物上請求權，即無理由。

## 肆、本案爭點

兩造之被繼承人庚、壬間就 A 地是否有買賣契約存在？如有，原告得否請求被告辛移轉 A 地所有權？如無，原告得否請求回復占有？

## 伍、法院見解

- 一、參酌庚、壬民國 72 年切結書用語，並審酌雙方約定出讓耕作使用權時之時空背景，及所欲達成之契約目的，暨壬嗣後著手辦理移轉 A 地所有權事宜之舉動，足認定庚、壬間於 58 年 1 月間就 A 地確有成立買賣契約

查 A 地為原住民保留地，於 57 年間原為國有土地，嗣由壬之父在 A 地上設定取得耕作權，耕作權期滿後，依當時有效之「臺灣省山地保留地管理辦法」（已廢止）第 7 條第 1 項第 1 款規定：「農地登記耕作權，於登記後繼續耕作滿 10 年時，無償取得土地所有權」，於 67 年 12 月 1 日法定取得土地所有權，並於 68 年 6 月 4 日登記為所有權人，同

時塗銷耕作權之設定登記。壬其後因繼承而取得 A 地所有權，並於 70 年 5 月 7 日完成繼承登記。

故原告主張庚、壬曾於 58 年 1 月間就 A 地成立買賣契約，縱當時壬並非 A 地之所有權人，亦有可能預為出售 A 地甚明。復自庚、壬切結書觀之，其上雖記載壬於 58 年 1 月出讓 A 地「耕作使用權」，惟該耕作使用權依當時「臺灣省山地保留地管理辦法」之規定，本得於存續 10 年後依法轉換為所有權，則該讓與耕作使用權之約定，顯然與將取得土地所有權之機會讓與無異，且所發生之經濟上效果，在耕作權存續滿 10 年後，亦與讓與所有權之效果相當。

## **二、本件買賣契約係於《原住民保留地開發管理辦法》公布施行前已成立，該辦法就原住民保留地之移轉限制並無適用。本件契約真意係山地人民在未取得所有權之前，預期讓與所有權之情形，僅生主管機關得訴請法院判決確定後撤銷其耕作權之法律效果，難認已構成違反《民法》第 71 條所稱禁止規定之行為**

按原住民取得原住民保留地之耕作權、地上權、承租權或無償使用權，除繼承或贈與於得為繼承之原住民、原受配戶內之原住民或三親等內之原住民外，不得轉讓或出租，《原住民保留地開發管理辦法》第 15 條第 1 項固定有明文。查《原住民保留地開發管理辦法》於 79 年 3 月公布時原名「山胞保留地開發管理辦法」，於該法第 1 條載明：「本辦法依《山坡地保育利用條例》第 37 條及《農業發展條例》第 17 條第 2 項訂定之。」足見該辦法係行政院依《山坡地保育利用條例》第 37 條及《農業發展條例》第 17 條第 2 項規定，授權制定之行政命令，而《山坡地保育利用條例》係 65 年 4 月 29 日公布施行；《農業發展條例》則係 62 年 9 月 3 日公布施行，則在《原住民保留地開發管理辦法》公布施行適用之前所為之轉讓行為，依法律不溯及既往原則，無該管理辦法之適用餘地。

再查臺灣省政府為促進山地保留地之合理使用，曾於 49 年 4 月 12 日公布「臺灣省山地保留地管理辦法」，本件系爭契約既約定自 58 年 1

月出讓 A 地之權利，則系爭契約之效力，自應受「臺灣省山地保留地管理辦法」所規範。觀諸上開管理辦法第 8 條第 1 項規定：「山地人民依前條規定取得或使用之土地及權利暨基地、林地上之土地改良物……不得讓與、轉租或設定負擔，並不得在取得耕作權、地上權期間內預期轉讓所有權」，同辦法第 65 條第 1 項復規定：「山地人民違反第 8 條第 1 項之規定，將其取得及使用之土地及其權利暨基地、林地上之土地改良物非法讓與、轉租、交換或設定其他負擔，或在取得耕作權、地上權期間內預期轉讓所有權者，終止其租賃或使用契約或訴請法院判決確定後撤銷其耕作權或地上權……」，同辦法第 8 條第 2 項則規定：「山地人民取得山地保留地所有權後，如有移轉，其承受人以能自耕之山地人民或供工業或供建築用者為限。違者，其土地所有權之移轉無效」，則依上揭規定所示，山地人民在未取得所有權之前，預期讓與所有權之法律效果，與取得山地保留地所有權後，如有移轉之法律效果規定不同。

然該管理辦法僅係臺灣省政府自行發布之管理辦法，應認違反「臺灣省山地保留地管理辦法」第 8 條第 1 項規定，亦即山地人民在未取得所有權之前，預期讓與所有權之情形，僅生主管機關得終止租賃或使用契約或訴請法院判決確定後撤銷其耕作權或地上權之法律效果，難認已構成違反《民法》第 71 條所稱禁止規定之行為。

### 三、原告請求權時效中斷與重行起算之時點

本件系爭買賣契約依庚、壬切結書所載，既載明 A 地因出讓過名手續上尚需壬之相關文件印章，故由庚於原始價金外另給付 4,000 元，日後如有因 A 地名義變更手續上需壬作成蓋章，決不敢有任何刁難推諉或再請求金錢給付等語，顯然壬當時對於庚就 A 地具有移轉請求權乙節，已為承認之表示，而生時效中斷之效力。縱時效自 72 年 4 月 19 日重行起算，然壬復於 86 年 9 月 24 日委託代書辦理 A 地所有權移轉，並簽立土地買賣所有權移轉契約書，欲將 A 地移轉予壬之子丁，已屬默示承認丁對其有前開請求權存在，而再生時效中斷之效力。後雖因壬反悔並停止繼續辦理過戶事宜，然不妨礙前因承認而使時效中斷之效果。

故本件請求權時效應自 86 年 9 月 24 日重行起算，原告及被告各為契約當事人庚及壬之繼承人，亦應受此時效重行起算之拘束。是本件原告於 100 年 8 月 11 日提起本件訴訟，請求被告辛移轉 A 地所有權，並未逾 15 年之請求權時效限制。

#### 四、本案系爭買賣契約給付不能之情事已除去

本件被告辛既應繼受壬對原告所負之移轉買賣標的物所有權之義務，且 A 地已於 93 年 6 月 25 日由壬贈與辛，則原出賣人壬因另行出讓 A 地所致之給付不能狀態，已在辛取得 A 地所有權並繼承前開買賣契約義務後除去。

#### 陸、本案評析

本案涉及原住民保留地移轉限制之常見爭訟態樣之一：原住民保留地所有權預期轉讓契約之效力問題。此類型爭議之通常事實為，出賣人為一原住民保留地之世代居住者，其居住土地已經劃定為原住民保留地而為國有，出賣人在未依原住民保留地管理相關法規登記耕作權、地上權等他項權利前，或已獲登記他項權利然尚未取得所有權前，即與買受人約定轉讓原住民保留地所有權，其後出賣人之後代與買受人之後代爭執系爭土地買賣契約效力。

於《原住民保留地開發管理辦法》未施行前，「臺灣省山地保留地管理辦法」第 6 條第 1 項規定：「山地保留地在辦理土地總登記之前，山地人民有無償使用收益之權，除本辦法另有規定外，不得將所使用之土地及其地上建築改良物或其權利作為典賣、質押、交換、贈與、租賃、售賣青苗及與平地人民合夥經營之標的。」若原住民依據該辦法第 7 條取得保留地之耕作權與地上權，繼續耕作或使用滿十年可取得土地所有權，但是在此期間，依據同辦法第 8 條第 1 項本文：「依前條規定取得或使用之土地及權利暨基地、林地之土地改良物，除合法繼承或贈與得為繼承人及原受配戶內山地人民及旁系三親等血親及旁系二親等姻親外，不得讓與轉租或設定負擔，並不得在取得耕作權、地上權期間內

預期轉讓所有權」。違反此規定者，同辦法第 65 條第 1 項敘明：「山地人民違反第八條第一項之規定將其取得及使用之土地及其權利暨基地、林地上之土地改良物非法讓與、轉租、交換或設定其他負擔或在取得耕作權、地上權期間內預期轉讓所有權者，終止其租賃或使用契約或訴請法院判決確定後撤銷其耕作權或地上權，並在可享受土地面積內計算不准申請不足之土地。」

本案訴訟事實中，原告與被告之被繼承人庚、壬皆為原住民，雙方於民國 58 年締結 A 地買賣契約時，《原住民保留地開發管理辦法》尚未施行，苗栗地方法院係依據「臺灣省山地保留地管理辦法」作為審判依據。按庚、壬 A 地買賣契約締結時，壬父方就 A 地登記耕作權，故壬非 A 地所有權人，壬直到民國 70 年才因繼承辦理 A 地所有權登記。庚、壬於民國 72 年、86 年間均曾試圖辦理 A 地所有權之移轉登記，雖皆因故未完成登記，然壬顯然承認其於獲得 A 地所有權前，即與壬間有一預期 A 地所有權轉讓之買賣契約。

苗栗地方法院認為，「臺灣省山地保留地管理辦法」第 8 條第 2 項清楚規定違反原住民保留地所有權移轉限制之移轉行為無效，違反所有權預期轉讓限制者之效力定於同辦法第 65 條第 1 項，卻並未明文無效，顯然兩者效力有別。苗栗地方法院因而認定，違反「臺灣省山地保留地管理辦法」第 8 條第 2 項者，僅生主管機關得終止租賃或使用契約或訴請法院判決確定後撤銷其耕作權或地上權之法律效果，所有權預期轉讓契約不因此無效。

支持苗栗地方法院此一判斷最重要的司法見解，為最高法院 90 年度台上字第 262 號判決。該判決訴訟事實係楊某與許某於民國 69 年訂立原住民保留地 B 地之所有權預期轉讓契約，約定楊某將 B 地交由許某耕作，並於耕作期間屆滿登記取得該地所有權後，將之移轉登記予許某。雖雙方締約時楊某尚未就 B 地取得任何法定權利，其於民國 73 年始取得耕作權設定登記，惟許某業已於訂約當時支付買賣價金一百萬元並自楊某處受領 B 地之交付。

最高法院認為，依據楊某與許某簽訂契約時有效施行之「臺灣省山地保留地管理辦法」第 8 條第 1 項與第 65 條第 1 項：「足認山地人民在未取得所有權之前，預期讓與所有權之情形，僅生主管機關得終止租賃或使用契約或訴請法院判決確定後撤銷其耕作權或地上權之法律效果，此與山地人民取得山地保留地所有權後，如有移轉，而其承受人為非山地人民且不能自耕時，依同辦法第八條第二項規定，其土地所有權之移轉無效者尚屬不同」。楊某與許某同為原住民，則楊某於取得 B 地耕作權及所有權之前，將其占有、使用收益 B 地之權利，讓與同具原住民身分之許某，「不生該債權行為及其所約定之給付，因係違反強制規定之行為及屬於法律上之給付不能，而使契約歸於無效之問題」。因此，B 地被徵受後政府雖以登記耕作權人楊某為對象發給公有土地補償費，然該補償費之性質即為楊某繼承人不能為 B 地所有權給付之替代利益，許某之繼承人自得類推適用《民法》第 225 條第 2 項之規定，請求楊某繼承人讓與系爭土地補償費給付請求權。

在實務上，就此議題多採取最高法院 90 年度台上字第 262 號判決之見解，認定預期轉讓原住民保留地所有權契約並非無效，儘管出賣人與買受人並未完成土地所有權移轉登記，出賣人（及其後代）仍不得向買受人（及其後代）主張返還系爭土地或排除占有。<sup>1</sup>然需注意者是，此見解應僅適用於出賣人與買受人均具原住民身分之案件。若買受人不具原住民身分，則儘管該原住民保留地所有權預期轉讓契約不因違反「臺灣省山地保留地管理辦法」第 8 條第 1 項無效，卻因違反同辦法第 8 條第 2 項之強行禁止規定：「山地人民取得山地保留地所有權後，如有移轉，其承受人應以能自耕而其已取得之土地面積尚未超過規定限額之山地人民或供工業或供建築用者為限。違者，其土地所有權之移轉無效」，依民法第 264 條第 1 項前段，致使以不能之給付為契約標的而無

<sup>1</sup> 採此見解者，如：最高法院 86 年度台上字第 1880 號判決、臺灣高等法院 102 年度上易字第 444 號判決、臺灣新竹地方法院 101 年度訴字第 121 號判決、臺灣高等法院花蓮分院 92 年度上易字第 18 號判決、臺灣臺東地方法院 92 年度簡上字第 55 號判決、臺灣高等法院臺中分院 95 年度上易字第 287 號判決等。

效。<sup>2</sup>

《原住民保留地開發管理辦法》中是否亦有不得預期轉讓原住民保留地所有權之規定？查《原住民保留地開發管理辦法》確有與「臺灣省山地保留地管理辦法」第 8 條第 1 項、第 65 條相似之規定。《原住民保留地開發管理辦法》第 15 條第 1 項規定：「原住民取得原住民保留地之耕作權、地上權、承租權或無償使用權，除繼承或贈與於得為繼承之原住民、原受配戶內之原住民或三親等內之原住民外，不得轉讓或出租。」違反此規定者，同辦法第 16 條規定：「除得由鄉（鎮、市、區）公所收回原住民保留地外，應依下列規定處理之：一、已為耕作權或地上權登記者，訴請法院塗銷登記。二、租用或無償使用者，終止其契約。」然仔細比較，《原住民保留地開發管理辦法》第 15 條第 1 項中並未明文規定不得預期轉讓所有權，於第 16 條中亦未規定預期轉讓所有權之效果。

按違反《原住民保留地開發管理辦法》第 15 條第 1 項之契約效力，於實務上存有爭議。最高法院 88 年度台上字第 3075 號判決認為，該條項規定：「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。」<sup>3</sup>然臺灣高等法院臺中分院 95 年度上易字第 287 號判決不採此見解，而認定違反《原住民保留地開發管理辦法》第 15 條第 1 項之效力規定於同辦法第 16 條，與「臺灣省山地保留地管理辦法」第 8 條第 1 項、第 65 條之規範模式與意旨均相同，「上開二辦法就原住民違反轉讓耕作權法律效果之規定，並無不同。因之；原住民在未取得所有權之前，有違反上開轉讓耕作權利等情事，並非當然無效，而僅由鄉鎮公所收回原住民保留地、塗銷耕作權或地上權登記、及終止契約之效力而已。」

由於《原住民保留地開發管理辦法》第 15 條第 1 項中並未明文規定不得預期轉讓所有權，因此最高法院 88 年度台上字第 3075 號判決縱

2 參見臺灣臺東地方法院 93 年度訴字第 80 號判決、臺灣高等法院花蓮分院 93 年度上易字第 51 號判決。

3 另參見臺灣高等法院臺中分院 90 年度上易字第 272 號判決。



認違反該條項規定之契約無效，其涵攝效力是否及於預期轉讓所有權不無疑義。而若採取臺灣高等法院臺中分院 95 年度上易字第 287 號判決之解釋方式，則《原住民保留地開發管理辦法》既未如「臺灣省山地保留地管理辦法」明文規定不得預期轉讓所有權，應認預期轉讓所有權只要無違反《原住民保留地開發管理辦法》第 15 條第 1 項，買受人亦具備原住民身分者，即不在禁止之列。

於此類型訴訟案件中，如本書前述，多為出賣人之繼承人與買受人之繼承人爭執系爭土地買賣契約之效力，距出賣人與買受人締結原住民保留地所有權預期轉讓契約之時多已經過十數年甚至數十年。出賣人與買受人可能就買賣契約簽訂有切結書或契約書，但亦有可能僅依照部落傳統習慣為口頭約定並踐行傳統儀式。因事隔多年，雙方繼承人於爭執過程中，均需首先面對雙方當初是否就買賣契約存有合意之問題。因此於判決中，常可見買受人繼承人提出部落人士之證詞，如其有親身參與雙方締約儀式、部落大家均知該地已被賣出等，欲證明出賣人與買受人當初確實有締結買賣契約；出賣人之繼承人亦會舉證說明出賣人當初並無預期轉讓土地所有權之意思。

此現象反映出，無論是「臺灣省山地保留地管理辦法」或《原住民保留地開發管理辦法》就原住民保留地移轉限制之規範，均與原住民保留地實際被利用之現實情形及部落生活之傳統實踐存有顯著差異。就締結原住民保留地所有權預期轉讓契約之出賣人而言，出賣標的為其世代居住之傳統土地，雖其並非系爭土地之登記所有權人，在其主觀認知中，卻不認為構成影響其使用收益土地或出賣、出租土地權利之因素。買受人同為部落成員，亦信賴出賣人就系爭土地之傳統權利而支付價金甚至自出賣人處受領土地。出賣人與買受人彼此間合意之拘束力往往延續數代，直至出賣人之一後代欲依照「臺灣省山地保留地管理辦法」或《原住民保留地開發管理辦法》主張契約無效為止。

而由司法實務見解觀之，目前多數實務見解均承認預期轉讓原住民保留地所有權契約之效力，並認為主管機關是否依據「臺灣省山地保留地管理辦法」第 65 條終止租賃或使用契約或訴請法院判決確定後撤銷

原先登記之耕作權或地上權，為主管機關之行政權責，與民事案件無關。就民事訴訟結果而言，原住民間基於生活傳統而自行約定預期轉讓原住民保留地所有權之合意受到承認，「臺灣省山地保留地管理辦法」規定不得預期轉讓所有權之意旨則無太大實質意義。《原住民保留地開發管理辦法》是否基於此一現實，而改以買受人需具備原住民身分作為把關要件，不再堅持原住民保留地所有權不得預期轉讓，值得探究。

### 案例二 原住民保留地移轉限制之回溯適用禁止案

案號 臺灣高等法院花蓮分院 99 年度上易字第 33 號

案由 拆屋還地

#### 壹、案例事實

坐落於花蓮縣鳳林鎮之 A 地現為國有土地，行政院農業委員會林務局花蓮林區管理處（下稱花蓮林管處）為管理機關。原住民甲之先祖父自日治時期即居住在 A 地，至甲與其家人居住期間之時陸續興建若干地上物，並開挖水池。花蓮林管處爰依《民法》第 767 條所有物返還請求權之規定，訴請甲將 A 地之地上物拆除，填平水池，並返還占用之 A 地。

#### 貳、訴訟結果

一審：甲應將 A 地上地上物拆除，及將水池填平後，返還 A 地予花蓮林管處。（臺灣花蓮地方法院 98 年度訴字第 362 號判決）

二審：甲之上訴駁回。（臺灣高等法院花蓮分院 99 年度上易字第 33 號判決）

## 參、當事人主張

### 一、花蓮林管處主張

A 地係國有土地，伊為管理機關。甲無合法權源擅自占用興建地上物並開挖水池，經多次催告甲拆屋還地均置之不理，爰依《民法》第 767 條所有物返還請求權之規定，訴請甲將 A 地上之地上物拆除及將水池予以填平，返還占用之 A 地。

### 二、原住民甲主張

(一) 甲家族自先祖父起居住於 A 地已久並幾經修繕，花蓮林管處現今方要求拆屋還地實不合理

甲之先祖父於日據時代即居住在 A 地，有日據時代之戶籍謄本為憑，且 A 地原就為原住民保留地，花蓮林管處以民國 43 年登記之土地登記謄本，請求甲返還土地，實為無理。甲及其家人均居住於 A 地上之建築物內，於民國 81 年間響應政府造林政策參與造林，且於民國 92 年間投入大筆金額修繕房屋，於修繕當時甲母曾明確指出家園界線是以排水溝為分界點，倘花蓮林管處主張屬實，早在 81 年或甲修繕該建築物時，即應向甲及家人主張權利，待修繕完畢 6 年後，方提起本訴，令人無法信服。

(二) 甲就 A 地之占有使用具有合法權源，並按《土地法》第 54 條得請求登記為所有人

依民國 78 年 11 月訂定「原住民使用原住民保留地以外公有土地增編為原住民保留地會勘處理原則」，凡原住民於 77 年 2 月 1 日前繼續使用其祖先遺留之土地，迄申請當時仍使用者，皆可向轄區鄉（鎮、市）公所申請，經公有土地管理機關同意後，即可增編為原住民保留地。另為解決原住民族社會居住用嚴重不足課題，臺灣省政府依行政院 78 年 12 月核定之「臺灣省山胞原居住使用公有土地劃編山胞保留地要點」處理原住民居住用地問題，凡原住民原居住使用公有土地者，由鄉（鎮、

市)公所勘查、審查並經公有土地管理機關同意，即劃編為原住民保留地，以供原住民居住之用。

是以，甲先祖父所遺留之土地，雖於當時因不諳文字及政策多次修正而延誤登記，但土地至今仍在使用中。花蓮林管處林田山工作站行政權屬鳳林鎮，土地卻位於萬榮鄉轄區中央，從各方資料看來，早在清末便有原住民在此墾植，而在民國 50 多年時，政府也將之劃為原住民保留地。未料，在林務局有意開發林田山為遊樂區時，卻因土地權屬（重疊）問題，於 84 年進行地籍重測時塗銷保留地，導致保留地變成國有地。此事件曾引發萬榮鄉原住民不滿與反彈，並曾數次至縣府陳情、抗議，要求「還我土地」。

故，A 地為甲祖居地，使用已逾 60 年餘，若依《原住民保留地開發管理辦法》第 8 條、第 9 條、第 12 條和第 14 條的規定，原住民於原住民保留地設定耕作權、地上權滿 5 年後，可取得所有權。然因 A 地已遭變更為國有地，花蓮林管處即要求返還，有違情理。依據《原住民族基本法》第 20 條及第 23 條，政府承認原住民族傳統領域土地及自然資源的權利，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。又依《土地法》第 54 條規定，和平繼續占有之土地，依《民法》第 769 條或第 770 條之規定得請求登記為所有人。故，甲係有權占有使用 A 地，並按《土地法》第 54 條得請求登記為 A 地所有人。

#### 肆、本案爭點

甲就 A 地之占有使用是否具合法正當權源？

#### 伍、法院見解

##### 一、A 地非原住民保留地，甲亦未於 A 地設定地上權或耕作權，自不得就其之占用主張正當權源

按以所有之意思，20 年間和平、公然、繼續占有他人未登記之不動產者，得請求登記為所有人；以所有之意思，10 年間和平、公然、繼續

占有他人未登記之不動產，而其占有之始為善意並無過失者，得請求登記為所有人，《民法》第 769 條、第 770 條定有明文。

甲雖稱 A 地為原住民保留地，且已占有 60 餘年等語，惟查，A 地並非原住民保留地，且甲亦未於系爭土地設定地上權或耕作權，此有系爭土地登記謄本在卷可稽，甲自不得依《原住民保留地開發管理辦法》主張其占有 A 地有正當權源。再者，縱甲之祖先自日治時代即居住於 A 地，亦不得執此作為占有 A 地之正當權源，且 A 地為國有土地，非他人未登記之不動產，依前開規定，甲亦不得依《民法》第 769 條、第 770 條之規定，主張時效取得所有權。

## 二、甲無法舉證證明花蓮林管處早已知悉 A 地上建築物之修繕

甲另抗辯花蓮林管處早在民國 81 年或甲修繕建築物時，即應向其主張權利，惟甲未能舉證證明花蓮林管處已知悉並同意其使用或有權利濫用之情形，是上開主張無據。

## 陸、本案評析

《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。」同辦法第 5 條則說明：「原住民保留地之總登記，由直轄市、縣（市）主管機關囑託當地登記機關為之；其所有權人為中華民國，管理機關為中央主管機關，並於土地登記簿標示部其他登記事項欄註明原住民保留地（第一項）。已完成總登記，經劃編、增編為原住民保留地之公有土地，由直轄市、縣（市）主管機關會同原土地管理機關，囑託當地登記機關，辦理管理機關變更登記為中央主管機關，並依前項規定註明原住民保留地（第二項）。」由此兩條文可知，目前原住民保留地之來源有二，其一係進行原住民保留地總登記時已登記者，其二係未於總登記時辦理登記，於後以增劃編方式予以登記者。

按日治時期臺灣之官有林野區分為要存置林野、不要存置林野及準要存置林野三類，準要存置林野於國民政府來臺後改稱為山地保留地。民國 55 年「臺灣省山地保留地管理辦法」公告實施後，臺灣省政府於民國 57 年至 64 年間辦理山地保留地總登記，將所有權登記為中華民國，管理機關登記為臺灣省政府民政廳，並於土地登記簿註明為「山地保留地」。此批「山地保留地」即為現今原住民保留地之首要來源。

其後，考量到仍有許多原住民傳統土地因故未於總登記期間登記為「山地保留地」，臺灣省政府乃策劃保留地之增劃編，於民國 78 年訂定「原住民使用原住民保留地以外公有土地增編為原住民保留地會勘處理原則」，加上行政院同年度核定「臺灣省山胞原居住使用公有土地劃編山胞保留地要點」，而於民國 79 年開始辦理原住民保留地之增劃編作業。於增劃編期間後，就原住民於 77 年 2 月 1 日前即使用祖先遺留之公有土地迄今，而於 87 年 12 月 31 日前申請有案並符合增、劃編原住民保留地而漏列者，又辦理「漏報增劃編原住民保留地」。自民國 79 年至 87 年止，儘管已推行多次原住民保留地之增劃編，卻在政策宣導未能普及於原鄉地區、申請期限偏短、增編原則部分規定限縮原住民權益及實施地區之限制等因素下，因而「仍有部分原住民符合增編原則或劃編要點規定之要件，而未能申請，以致原住民未能取得祖先原使用之土地權利」。<sup>4</sup>故，行政院於 96 年 1 月 12 日以「院臺建字第 0960080865 號函」核定「補辦增劃編原住民保留地實施計畫」，原訂受理截止日期為民國 100 年 12 月 31 日，後又展延至民國 103 年底。

本案之訴訟事實，為原住民保留地增劃編政策下常見之訴訟態樣：一未劃定為原住民保留地之國有地，為某原住民世代居住之傳統土地，其就該地之占有與利用行為，遭該地管理機關主張係無權占有並依《民法》第 767 條所有物返還請求權要求其返還土地。在本案件中，縱使原住民甲舉證說明其之祖先自日治時代即居住於系爭土地，在該地未被劃定為原住民保留地，且甲未依《原住民保留地開發管理辦法》第 15 條

<sup>4</sup> 參見行政院 96 年 1 月 12 日「院臺建字第 0960080865 號函」核定之「補辦增劃編原住民保留地實施計畫」說明。

登記耕作權或地上權前，甲即不得主張其就占有系爭土地具備正當權源。

此類型之訴訟個案中，更具爭議性者，為若原住民已就一現為國有地之傳統土地申請增劃編為原住民保留地，然申請程序尚未履踐完成，則在此過程中，該國有地管理機關是否得要求原住民停止利用土地、回復原狀並予以返還？就此問題，司法實務見解多認為，主管機關依據《山坡地保育地利用條例》與《原住民保留地開發管理辦法》編定原住民保留地，或授予原住民個人就特定原住民保留地之使用收益權利或所有權，均為行政機關單面之高權行為，屬授益性之行政處分，在原住民保留地尚未完成編劃，且原住民未登記耕作權、地上權等他項權利前，縱使原住民世代居住於系爭土地，仍不得主張有權占有對抗系爭土地管理機關。

臺灣南投地方法院 94 年度訴字第 344 號判決即為一例。該案件中，原住民乙向行政院農業委員會林務局南投林區管理處承租國有林地 B 地造林，乙卻違規種植蔬菜，南投林區管理處因而終止系爭契約並要求乙返還 B 地。於乙之主張中，其認為 B 地原係由其祖先開墾耕作使用，並非因有林地租賃契約後才砍伐使用，且該地在原住民傳統領域範圍內應屬乙所有，係遭政府誤編為林班地；同時，該地村民耕作之土地大部分即在 B 地附近，如果造林，村民將無有利條件與外界競爭，影響其生計甚鉅；加上 B 地已因乙及其他村民之陳情向行政院原住民族委員會申請劃編為原住民保留地，乙因而請求法院駁回南投林區管理處之訴。不過，南投地方法院認為，B 地劃編為原住民保留地之申請案至該案件言詞辯論終結為止尚未通過，B 地既尚未被編為原住民保留地並登記為乙所有，依法乙即非所有權人，於林地租賃契約終止後無繼續使用 B 地之權利。

又如臺灣高等法院臺中分院 100 年度上易字第 79 號判決中，有原住民四人就其之傳統土地但目前由行政院農業委員會林務局東勢林區管理處管理之國有地 C 地，依「公有土地劃編原住民保留地要點」第 3 條之規定申請劃編為原住民保留地。法院同樣採取前述見解，認定其等於

系爭土地上耕種係屬無權占有。值得注意的是，該原住民四人於主張中述及，系爭土地係其祖先早期耕種所遺留之土地，東勢林區管理處基於照顧榮民眷屬之故，而將該地另交由不具原住民身分之張某予以栽植及保育，其係迫於無奈方私下向張某承租該地耕種。本書以為，原住民世代賴以維生之傳統土地，竟被行政機關如同圈地一般分配給他人使用；其自行私下租回該地耕種，又遭判定係屬無權占有；其欲申請增劃編原住民保留地以逐步取回土地權利，又被認定尚不得對抗土地現今之管理單位，實為原住民傳統土地不斷流失之悲劇之具體寫照。

於臺灣高等法院花蓮分院 101 年度上字第 34 號判決中，系爭國有地之傳統擁有者原住民丙即對此困境提出沉痛聲明。丙主張中述及：「其之祖先自日治年代以來即長期世居於該地，有戶籍登記、門牌證明、水電收據等文件可稽。然就土地先占取得所有權之事實，因不知法律，未於政府興辦土地總登記時，就系爭土地依法辦理所有權登記，導致先占取得所有權之事實無法獲得國家土地登記制度之公信力，使系爭土地變為國有，然上訴人長期占有系爭土地之既成事實，應予尊重；上訴人投入相當之勞力、資本、時間等進行系爭土地之開發，與系爭土地擁有密切而深刻之連結，人民既有生活之保障，實不容視而不見」，丙並主張其已申請變更系爭土地為原住民保留地，而請求法院停止訴訟程序。然法院認為，該土地補編為原住民保留地之申請案仍停留在市公所，申請編定之行政程序不一定可完成。法院並指出，《民事訴訟法》第 182 條所定停止訴訟程序之原因，係訴訟之全部或一部之裁判，以他訴訟之法律關係是否成立為據方屬之，該案系爭土地是否改編為原住民保留地並不影響丙是否無權占用系爭土地事實之認定，無停止訴訟程序之必要。

探究司法實務之前述見解，深刻反映出國內原住民保留地政策與原住民族對其傳統領域權與自治權之追求大相逕庭之處。現行政策體制係將原住民保留地之劃編，以及耕作權、地上權與所有權之授予，視為一種政府基於照顧、扶助原住民生計之善意性、單方面之授益性行政處分。此見解著重政府將原屬「國有地」之原住民保留地賦予原住民個人



所有權，就尚未編定為原住民保留地之國有地，原住民若未申請增劃編並取得他項權利與所有權，則其就傳統土地累代居住使用之事實並不具有規範上之重要性。司法實務見解並不斷強調，原住民保留地是否編定、<sup>5</sup>使用權利<sup>6</sup>與所有權是否授予，並非原住民提出申請即獲保證，在主管機關作出處分前，原住民不具有期待利益。

《原住民族基本法》第 2 條第 5 款定義原住民族土地為「原住民族傳統領域土地及既有原住民保留地」。同法第 20 條第 1 項敘明：「政府承認原住民族土地及自然資源權利。」第 21 條第 1 項、第 2 項更進一步規定：「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（第 1 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 2 項）。」依據《原住民族基本法》前述條項，我國既然採取回復型正義之觀點，承認原住民族對其傳統領域土地與既有之原住民保留地均具權利，則行政機關即不應藉由掌控原住民保留地之編定、他項權利之登記等程序，影響或妨礙原住民取回其傳統土地權利。

基於此觀點，原住民就一國有地世代居住、利用之歷史，應足以正當化其於現今仍持續使用收益該地。同時，《原住民保留地開發管理辦法》已明顯限制原住民族就原住民族土地之利用，該辦法是否違反《原住民族基本法》第 21 條第 2 項不無疑義。此外，《原住民族基本法》第

- 5 如「公有土地增劃編原住民保留地審查作業規範」第 4 條第 6 項規定：「原住民於民國七十七年二月一日前即使用其祖先遺留且目前仍繼續使用之公有土地，得於自公布實施之日起至民國一百零三年十二月三十一日止，申請增編或劃編原住民保留地。」故僅有符合特定條件之申請案方符合申請資格。同時，同條第 2 項規定：「前項土地如有下列情形之一者，不得申請之：（一）依土地法第十四條規定不得私有之土地。（二）依水利法第八十三條規定公告屬於尋常洪水位行水區域之土地。」，又就申請案加上其他限制。
- 6 依據《原住民保留地開發管理辦法》第 8 條：「原住民保留地合於下列情形之一者，原住民得會同中央主管機關向當地登記機關申請設定耕作權登記：一、本辦法施行前由原住民開墾完竣並自行耕作之土地。二、由政府配與該原住民依區域計畫法編定為農牧用地、養殖用地或依都市計畫法劃定為農業區、保護區並供農作、養殖或畜牧使用之土地。」需滿足前述情形方可申請登記耕作權，主管機關亦會就是否符合進行實質審查。

20 條第 3 項規定，原住民族或原住民所有、使用之土地、海域，其回復、取得、處分、計畫、管理及利用等事項，另以「法律」定之，則僅具備行政命令位階之《原住民保留地開發管理辦法》、「公有土地增編原住民保留地處理原則」、「公有土地劃編原住民保留地要點」等法規，是否可限縮原住民就尚未編定為原住民保留地，現為國有地之傳統土地之使用收益，本書亦認有疑義。是故，於《原住民族基本法》相關子法尚未立法完成前，司法實務處理此類型之訴訟個案時，應實質依據《原住民族基本法》之意旨，擴張承認原住民就其傳統土地之使用權能。於前述訴訟個案中，法院應實質判斷系爭國有地是否為原住民之傳統土地、原住民是否就該土地有持續至今之使用行為，若有，則應依《原住民族基本法》第 20 條第 1 項之立法意旨，承認原住民雖未依《原住民保留地開發管理辦法》登記有耕作權、地上權並獲授與所有權，仍得於斯土從事耕種、建築屋舍等維繫生計之必要使用收益行為。

### 案例三 原住民保留地所有權移轉之身分限制

案號 臺灣新竹地方法院 97 年度訴字第 807 號

案由 返還定金

#### 壹、案例事實

原住民甲於民國 95 年 10 月間同意出售 A 地予非原住民乙，乙已交付定金新臺幣 100 萬元及頭期款 400 萬元予甲之代理人丙，雙方當下簽訂草約 1 份，約定 96 年元旦將 A 地交予乙經營，並在乙於甲設定抵押權後始交付 250 萬元之時，重新簽訂正式之合同。在乙經營期間，甲原承諾之設定抵押權、辦理民宿執照、房舍及地上物的過戶、道路使用同意書及水源權利均未依約履行，乙遂以存證信函片面解除契約，復向法院起訴請求甲償還訂金、頭期款及一定金額之賠償。

## 貳、訴訟結果

一審：原告之訴為有理由。(臺灣新竹地方法院 97 年度訴字第 807 號判決)

二審：上訴駁回。(臺灣高等法院 98 年度上字第 821 號判決)

## 參、當事人主張

### 一、原告乙主張

#### (一) 買賣預約成立但買賣本約尚未完成

雙方買賣 A 地約定自乙支付訂金 100 萬元予甲即已成立，乙其後於 95 年底提出首份土地買賣契約書供甲參考，並再交付 400 萬元予甲之代理人丙，甲遂則於 96 年 1 月 1 日將 A 農場交由乙經營。96 年 2 月間，乙因欲向農會貸款，故請甲在首份土地買賣契約書簽名，同年 3 至 4 月間，乙邀同代書丁及甲以「貸款證明用的合約」為藍本稍為修改作為日後簽正式合約的準備。是故，雙方尚未簽訂本約，未經簽約及雙方同意的合約內容對買賣雙方無約束力。

#### (二) 契約內容牴觸《原住民保留地開發管理辦法》第 18 條應屬無效

原住民取得原住民保留地所有權後，除政府指定之特定用途外，其移轉之承受人以原住民為限，《原住民保留地開發管理辦法》第 18 條定有明文。乙並無原住民身分，系爭契約違約上開規定買賣應屬無效，甲無受領價款之法律上原因，自應返還價款。

#### (三) 買賣標的物 A 農場有嚴重瑕疵，且有甲隱瞞之事實

乙於購買 A 地時已向甲表示要經營民宿，但唯一聯外道路為甲弟私人所有，無法取得道路使用同意，唯一水源管路經過其他私人土地，房舍大部分為違章建築，取得合法民宿實有困難，均當視為標的物有重大瑕疵。此種瑕疵非外表瑕疵可一眼看出，需經查證方能判斷得知，若買

方事先得知，依經驗法則絕無任何人有願意購買 A 地。甲主張乙事先知道所有瑕疵，當負舉證之責。

#### (四) 小結

綜上，系爭買賣無效，甲無受領 500 萬元價金之法律上原因，自應返還原告該款。系爭買賣縱屬有效，契約之所以無法履行之責任完全可歸責於甲，是乙依《民法》第 354 條、第 355 條規定，得解除契約；因契約未成立並依《民法》第 245 條之 1 第 1 項第 1 款、第 249 條第 3 款、第 259 條及契約內容，請求被告償還定金、頭期款及一定金額之賠償（信賴利益）。

## 二、被告甲主張

- (一) 雙方債權契約無移轉土地所有權之意，僅係土地設定抵押及地上定著物或出產物讓與約定，不牴觸法律，契約應屬有效

按《原住民保留地開發管理辦法》第 18 條規定：「原住民取得原住民保留地所有權後，除政府指定之特定用途外，其移轉之承受人以原住民為限」，是依該規定，私有原住民保留地所有權移轉之承受人以原住民為限外，其他有關處分、收益及使用等，基於所有權能之行使，應依《民法》、《土地法》及相關法令規定辦理，亦即此規定係為物權法之延伸即為物權法上之特別法。易言之，該規定係對所有權人處分不動產所有物（物權行為）之限制規定，而非對負擔行為（債權契約）限制。甲、乙於 96 年 1 月 1 日簽訂不動產買賣契約書，由契約條款可知，雙方約定之內容及意思並非移轉土地所有權，僅為土地設定抵押及地上定著物或出產物讓與約定，其契約無牴觸法律。系爭買賣契約係債權契約，故原告是否為原住民之身分，不影響契約之效力。

- (二) 乙所簽訂者屬本約而非預約

甲、乙所簽訂之契約內容包含土地範圍、價金、繳納價款方式及移轉登記設定等，甚為明確。乙並已繳納頭期款 500 萬元予甲，又實際取

得經營權並收取獲益，其時間長達 1 年 2 個月，兩造並無將來訂立買賣本約之約定，且自契約第 3 條以下均為雙方照所訂契約履行之約定，自屬本約而非預約。

(三) 乙指稱權利瑕疵之事項其均於簽約時已知曉，按《民法》第 351 條與實務見解，甲不負擔保之責

乙以：1. 水源管線經他人土地、2. 池中魚大量死亡、3. 被告恐嚇、4. 聯外道路產權為被告之弟所有，恐有無法通行之虞、5. 日後恐難要求被告配合、6. 房屋無使用執照、7. 未有民宿執照、8. 中間雙方不斷的為付款及抵押權爭吵、9. 雙方簽訂契約為草約等事由，解除契約並要求返還訂金。據查，水源遭人破壞，造成所養魚類大量死亡、甲恐嚇乙，係為乙莫須有之指控；另聯外道路產權屬甲弟所有，但已為既成道路且供公眾使用，乙於簽約前勘察農場時即已知悉；又山上水源取得不易，共用水源應屬自然，且乙於簽約前勘察 A 農場時即已知曉；惟其卻以「甲要求再支付 500 萬元，才同意設定抵押權；另乙堅持設定抵押權後，再付其第二期款 500 萬元」之爭點，做為權利未受有保障之理由，而指謫甲之行為實不合理。

(四) 乙片面解除契約即為拒絕履行契約

按甲、乙契約書第 14 條規定「甲方（即原告）如違約不買或不履行依約分期付款時，願將已付款項全部給乙方（即被告）沒收」，乙違反契約書應依約給付款項之規定又獲得經營 A 農場之所有利益，俟後片面解除契約（視為拒絕履行契約）並要求返還訂金，殊無理由。

## 肆、本件爭點

系爭土地買賣契約係預約或本約？如係本約，買賣之債權契約是否有效？買賣之債權契約如無效，原告得否請求被告返還已付之價金？買賣之債權契約如有效，原告得否解除契約，請求被告返還已付之價金？

## 伍、法院見解

### 一、A 土地買賣契約係屬本約

按「當事人雙方互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立。當事人對於必要之點，意思一致，而對於非必要之點，未經表示意思者，推定其契約為成立，關於該非必要之點，當事人意思不一致時，法院應依其事件之性質定之」、「稱買賣者，謂當事人約定一方移轉財產權於他方，他方支付價金之契約。當事人就標的及其價金互相同意時，買賣契約即為成立」，《民法》第 153 條、第 345 條分別訂有明文。次按解釋意思表示，應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句，同法第 98 條定有明文。故解釋當事人所立書據之真意，應以當事人立約當時之真意準，而真意何在，又應以當時之事實及其他一切證據資料為斷定之標準，不能拘泥字面或截取書據中一二語，任意推解致失真意。又預約係約定將來訂立一定契約（本約）之契約，倘將來係依所訂之契約履行而無須另訂本約者，仍非預約，此有最高法院 64 年台上字第 1567 號判例意旨可參。

經查兩造簽訂之不動產買賣契約書所載有之約定內容可知，系爭契約係屬兩造約定甲出賣原住民保留地予乙，乙支付價金予甲之買賣契約甚明，甲所辯兩造簽訂之系爭契約無土地所有權移轉之意，僅為土地設定抵押及地上定著物或出產物讓與約定云云，與系爭契約之明文約定不符，顯不足採。而兩造就甲讓與系爭土地，及乙支付 1,500 萬元價金之買賣契約必要之點，已於上開不動產買賣契約書載明，且於第 14 條訂明違約處罰之法律效果，經雙方同意簽名，其中別無將來另訂買賣契約之約定，故雙方就上開事項之意思表示已一致，系爭契約屬本約。

### 二、系爭契約雖屬本約，惟按《民法》第 246 條之規定，其契約因客觀給付不能故自始無效

《原住民保留地開發管理辦法》第 18 條之規定為原住民保留地所有權移轉登記之法令限制，惟此項規定乃係限制所有權移轉之物權行為，關於約定負擔移轉系爭土地所有權之債權行為，尚不在限制之內。

是兩造間就預期將來移轉所有權登記之債權契約，雖不能認係違反強制規定依《民法》第 71 條前段之規定無效，惟系爭讓渡契約所約定之給付（所有權移轉登記），屬法律上之給付不能（即自始客觀的不能），依《民法》第 246 條第 1 項之規定，其契約自始無效，有最高法院 64 年台上字第 331 號判例及 65 年 12 月 7 日第 9 次民事庭會議決議結論可參。又如承買人當時係無原住民身分，須於訂約時明白約定由承買人指定登記與任何有原住民身分之第三人，或具體約定登記於有原住民身分之特定第三人，或其他預期於不能之情形除去後為給付者，其契約始為有效；否則，若僅約定登記名義人由買受人指定，其契約即係以不能之給付為標的，依《民法》第 246 條第 1 項前段規定，應屬無效（最高法院 96 年度台上字第 1476 號判決可按）。

經查，A 地為原住民保留地，原告乙不具有原住民身分，是被告甲不能將系爭土地之所有權移轉登記予乙至為顯然。且系爭契約並無明白約定由乙指定登記與任何有原住民身分之第三人，或具體約定登記於有原住民身分之特定第三人，或其他預期於不能之情形除去後為給付之任何約款甚明。因此，系爭買賣之債權契約因屬法律上之給付不能（即自始客觀不能），依《民法》第 246 條第 1 項之規定，其契約自始無效。

### 三、買賣之債權契約既自始無效，則原告得請求被告返還已付之價金

甲受領之價金 500 萬元屬無法律上原因而受利益，並致乙受損害，依《民法》第 179 條不當得利之規定，請求乙返還其所給付之 500 萬元價金，並自付訖 500 萬元價金之翌日即 96 年 2 月 13 日起至清償日止，按年息百分之 5 計算遲延利息，應予准許。

### 陸、本案評析

《山坡地保育利用條例》第 37 條規定：「山坡地範圍內山地保留地，輔導原住民開發並取得耕作權、地上權或承租權。其耕作權、地上權繼續經營滿五年者，無償取得土地所有權，除政府指定之特定用途

外，如有移轉，以原住民為限；其開發管理辦法，由行政院定之。」其子法《原住民保留地開發管理辦法》即依前述條文於第 18 條規定：「原住民取得原住民保留地所有權後，除政府指定之特定用途外，其移轉之承受人以原住民為限」，揭示「原地原用」之規範意旨。然比較於民國 80 年廢止之「臺灣省山地保留地管理辦法」第 8 條第 2 項：「山地人民取得山地保留地所有權後，如有移轉，其承受人應以能自耕而其已取得之土地面積尚未超過規定限額之山地人民或供工業或供建築用者為限。違者，其土地所有權之移轉無效。」明定有違反原住民保留地所有權移轉限制之物權行為法律效果，《山坡地保育利用條例》與《原住民保留地開發管理辦法》則未有相同規定。本案即涉及當一原住民保留地買賣契約違反《山坡地保育利用條例》第 37 條與《原住民保留地開發管理辦法》第 18 條，買受人不具原住民身分時，其契約效力為何之議題。實務通說認為此類原住民約定移轉原住民保留地予非原住民之買賣契約無效，然係因違反強制規定而應《民法》第 71 條前段認屬無效，或係由於契約所約定之給付（所有權移轉登記）屬法律上之給付不能而依《民法》第 246 條第 1 項之規定無效，為實務上之常見討論。

於本案中，新竹地方法院認為《原住民保留地開發管理辦法》第 18 條之規定係限制原住民保留地所有權移轉之物權行為，並不限制關於約定負擔移轉系爭土地所有權之債權行為，是原住民與非原住民間就移轉原住民保留地所有權之債權契約，並非因違反強制規定而依《民法》第 71 條前段之規定無效，而係以不能之給付為標的，依《民法》第 246 條第 1 項之規定無效。此一見解為目前實務通說。

採此相同見解之判決如臺灣高等法院花蓮分院 94 年度上字第 13 號判決。該判決中，高等法院花蓮分院指出，原住民保留地編定之目的，在於透過行政手段保障依法受配原住民之生活，扶助原住民藉由原住民保留地之開發使用，得以自立更生，維持生活所需，避免他人脫法取巧，使原住民流離失所。無論是現行《原住民保留地開發管理辦法》第 15 條第 1 項<sup>7</sup>或第 18 條，均敘明原住民保留地之管理及使用權利之移轉

7 該條項規定：「原住民取得原住民保留地之耕作權、地上權、承租權或無償使用權，除



其受讓人均以原住民為限，此乃為達《山坡地保育利用條例》第 37 條立法目的之效力規定，如有違背，依《民法》第 71 條規定應屬無效。於該案件中，系爭買賣契約之買受人為法人林○山國際開發股份有限公司，高等法院花蓮分院即認定：「上訴人為法人，非原住民身分甚明」，該契約「既未於訂約當時同時約定可登記予買受人指定具原住民身分之人，即係以不能之給付為標的，依《民法》第 246 條第 1 項之規定，應認其契約無效。」

不過於本案二審中，臺灣高等法院 98 年度上字第 821 號判決雖駁回原告乙之上訴，就事實之認定卻與一審新竹地院有所不同。高等法院就系爭契約是否因違反《原住民保留地開發管理辦法》第 18 條規定而無效之爭點，認為解釋當事人之契約，應以當事人立約當時之真意為準，不能拘泥文字致失真意。上訴人甲（A 地出賣人）抗辯兩造間之約定係甲應移轉 A 地所有權至乙指定具有原住民身分之人名下，但於乙覓得登記名義人之前，甲應以 A 地設定 3,000 萬元抵押權予乙以為擔保。高等法院述及：「被上訴人復自認：兩造發現系爭土地無法移轉登記，乃改以債權方法處理，於契約書中摒除有關土地移轉過戶條文，另約定上訴人應以系爭土地設定 3,000 萬元抵押權」，而認定甲之說法屬實。在這種情形下，高等法院判定該契約非以不能之給付為標的，無《民法》第 246 條第 1 項本文所指無效情事，且契約內容亦不違反《原住民保留地開發管理辦法》第 18 條第 1 項；則甲既未依約設定抵押權，乙解除系爭契約後，自得依《民法》第 259 條第 1、2 款請求甲返還由乙所受領之給付價金及利息。

查新竹地方法院與高等法院就案件事實認定之重大差異，來自於新竹地院認定甲、乙就 A 地買賣契約中無明文約定甲將 A 地移轉給乙所指定之原住民，因此不採認甲前述主張；高等法院則認為儘管契約中無明文，然揆諸證人之證詞，可認定雙方確就此點具有合意。有關原住民與非原住民約定，將原住民保留地移轉給該非原住民所指定之具有原住民

---

繼承或贈與於得為繼承之原住民、原受配戶內之原住民或三親等內之原住民外，不得轉讓或出租。」

身分之第三人，是否不違反《原住民保留地開發管理辦法》第 18 條第 1 項，本書另於其他判決評析中討論之。然高等法院之見解，顯然承認原住民保留地雖然不得移轉所有權給非原住民，卻可於其上為非原住民設定抵押權。

高等法院此見解，正呈現出長期以來私有原住民保留地之使用收益權能不斷流失於非原住民之主要模式。按依據《原住民保留地開發管理辦法》，非原住民雖然不能取得保留地所有權，卻有例外可取得使用權。非原住民可依據《原住民保留地開發管理辦法》第 24 條，申請租用原住民保留地以興辦「原住民保留地礦業、土石、觀光遊憩、加油站、農產品集貨場倉儲設施之興建、工業資源之開發、原住民文化保存或社會福利事業」；若其於該辦法施行前已租用原住民保留地繼續自耕或自用者，亦得依據第 28 條第 1 項規定繼續承租。於私下，非原住民常透過高等法院於本案所承認之模式，亦即與原住民就保留地簽訂買賣契約，雖不能移轉所有權登記，卻要求原住民為其設定高額抵押權，或將土地權狀「押」於非原住民買受人以擔保其債權之形式，實質上長年利用原住民保留地。若司法實務承認此種「原地非原用」行為之效力，無疑架空《山坡地保育利用條例》第 37 條之規範意旨。

「內政部 95.01.03.台內營字第 0940088012 號函」認定：「按本部 87 年 6 月 3 日台（87）內地字第 8706038 號函規定，非原住民不得以其租用之公有原住民保留地設定地上權；是以，目前對於私有原住民保留地設定地上權登記予非原住民，尚無明文限制在案」。因此，「非原住民以建築為目的於原住民保留地設地上權申請建築」，得依建築法相關法令規定審查核發建築執照。依據該函釋與高等法院於本案二審之見解，顯然就原住民保留地使用收益權能移轉之管制，遠較原住民保留地所有權移轉之限制寬鬆許多。倘若一原住民保留地已為非原住民設定高額抵押權或地上權，原住民保留地所有權之權利內容實質已臻空洞；反之，若承認原住民保留地可為非原住民設定抵押權或地上權，則《山坡地保育利用條例》第 37 條之規範是否有其必要性即應同步檢討。

「原地原用」政策之本意，係欲藉由限制原住民保留地之轉讓，使原住民得以長期持有土地自立更生，維持生活所需，然學者林秋綿於十數年前即已指出：「原住民保留地之權利移轉對象，以原住民為限，其係免於保留地流失，用意至善，但由於此項限制，一般公民營銀行因原住民償債能力有限，多不願提供貸款，以至於原住民取得資金的管道益形狹窄，而不得不仰賴平地的資金與技術，間接著也使得保留地違規轉租或轉讓的現象」<sup>8</sup>，由本案一審及二審判決，可明確發現這種困境至今仍持續存在。

#### 案例四 原住民保留地管理法規之變更及其適用

案號 臺灣臺北地方法院 97 年度訴字第 2629 號

案由 撤銷買賣契約

### 壹、案例事實

原住民甲與非原住民丙於民國 56 年 5 月 11 日，就位於烏來鄉之 A 地簽訂讓渡契約書，將 A 地讓與丙。當時甲實際上並非 A 地所有權人，且 A 地為原住民保留地。<sup>9</sup>甲因病去世後，其子乙辦理 A 地之地上權繼承登記，繼續經營滿 5 年後，依據《原住民保留地開發管理辦法》於 93 年 12 月 7 日正式取得 A 地所有權。乙於民國 97 年，依《原住民保留地開發管理辦法》第 15、18 條、及《民法》第 71、73 條規定，訴請撤銷其父甲與丙間就 A 地訂定之買賣讓渡契約。

8 林秋綿（2001），〈臺灣各時期原住民土地政策演變及其影響之探討〉，《台灣土地研究》，第 2 期，頁 23-40。

9 當時依據「臺灣省山地保留地管理辦法」，應稱為「山地保留地」。

## 貳、訴訟結果

一審：原告之訴駁回。(臺灣臺北地方法院 97 年度訴字第 2629 號判決)

二審：上訴駁回。(臺灣高等法院 97 年度上易字第 879 號判決)

## 參、當事人主張

### 一、原告乙主張

依《原住民保留地開發管理辦法》第 15、18 條規定，原住民取得原住民保留地之地上權、所有權時，不得轉讓或出租於非原住民。A 地為原住民保留地，丙又未具原住民身分，且其父甲與丙簽訂讓渡契約時並非所有權人，是依《民法》第 71、73 條規定，法律行為違反禁止規定或不依法定程序者，其行為無效，則 A 地讓渡契約實為違法契約或得撤銷之契約，爰請求撤銷之。

### 二、被告丙主張

丙與甲於 56 年 5 月 11 日就 A 地簽訂讓渡買賣契約，於當日給付買賣價金 15,500 元及書立收據，已依當時社會習慣完成買賣行為，應受法律之保護。且《原住民保留地開發管理辦法》(原名「山胞保留地開發管理辦法」)於民國 79 年 3 月 26 日方公布實施，無溯及規定及效力，丙雖無原住民之身分，並不影響甲、丙雙方於該法施行前訂立讓渡買賣契約之效力。乙既為甲之繼承人，不得否認系爭土地讓渡契約之效力，而應繼受甲之相關權利及義務。

## 肆、本件爭點

甲、丙簽訂 A 地讓渡契約書時，丙並非 A 地所有權人，亦不具原住民身分，則甲、丙就 A 地之買賣契約是否成立？

## 伍、法院見解

### 一、甲於締約時非 A 地所有權人，不影響甲、丙雙方買賣契約之成立

買賣契約之成立，非以出賣人對於標的物有所有權為要件，設共有人未得他共有人之同意，擅自出賣共有物，其買賣契約並非無效（最高法院 76 年度台上字第 679 號判決）。故，A 地雖於甲、丙雙方買賣交易時，甲並非所有權人，亦不妨害雙方就 A 地買賣契約之有效成立。

### 二、丙於民國 56 年締約時，不具原住民身分，不影響甲、丙雙方買賣契約之成立

買賣契約為諾成契約，當事人就標的物及其價金互相同意，買賣契約即為成立，亦即當甲、丙就買賣標的物即 A 地、買賣價金，雙方意思表示合致時，買賣契約即有效成立。雙方為求契約內容明確及避免日後發生爭執，得以第三人為見證人，並簽立書面契約，故簽訂附有見證人簽章之讓渡書，於法無不合。又，丙於簽約當日即將買賣價金全數交付與甲，有甲書立之收據可資證明。足見系爭土地買賣契約有效成立，並無疑義。

按「法律不溯及既往」，為一般法律適用之原則，除立法明文規定溯及既往外，均不得溯及既往，所謂法律不溯及既往原則，係指法律自其生效時起，以後所發生之事項，始有其適用，至其生效前所發生之事項，則不適用此法律。依此原則，有關實體權利義務之發生及其內容，應適用行為時或事實發生時所施行法律之規定。

《原住民保留地開發管理辦法》原名「山胞保留地開發管理辦法」，係於 79 年 3 月 26 日公布施行，為保障原住民之生計，而於第 15、18 條明定原住民保留地之耕作權、地上權、承租權、無償使用權或所有權，移轉之承受人僅以原住民為限。惟甲、丙間 A 地讓渡契約係於民國 56 年簽訂，當時《原住民保留地開發管理辦法》尚未公布施行適用，系爭契約內容無違反強制禁止規定或公序良俗之情事，亦與當時有效之法規並無違背之處，同時《原住民保留地開發管理辦法》中也無可

溯及既往適用之明文規定。執是，依不溯及既往之原則，雙方 A 地之買賣行為合法有效，不因法令嗣後對原住民保留地買賣有所限制，而使當事人間原已有效之買賣契約之法律關係發生變化。

## 陸、本案評析

民國 79 年 3 月 26 日，行政院依民國 75 年 1 月 10 日增訂之《山坡地保育利用條例》第 37 條規定：「山坡地範圍內山地保留地，輔導原住民開發並取得耕作權、地上權或承租權。其耕作權、地上權繼續經營滿五年者，無償取得土地所有權，除政府指定之特定用途外，如有移轉，以原住民為限；其開發管理辦法，由行政院定之。」訂定「山胞保留地開發管理辦法」，於 5 年後正名為《原住民保留地開發管理辦法》，其後歷經 6 次修正，現行版於民國 96 年 4 月 25 日修訂完成。《原住民保留地開發管理辦法》全文共計 44 條，其內容主要針對原住民保留地之界定、耕作權、地上權、承租權、無償使用權及所有權取得要件等土地管理事項、土地開發、利用及保育與林產物管理之事項進行規範。所謂「原住民保留地」，依據《原住民保留地開發管理辦法》第 3 條，係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。由此可知原住民族生計之保障，為該法最主要之立法宗旨。

《原住民保留地開發管理辦法》對於近 30 年來原住民土地議題影響重大。其成為原住民族傳統領域因外來政權長期殖民統治而流失後，原住民個人於當代國家體制下得以取回傳統土地之主要規範依據；在許多個案中，其所設立之程序要件，卻也成為原住民取回傳統土地之障礙。關於原住民土地議題之民事爭訟中，涉及《原住民保留地開發管理辦法》者為大宗，即可說明《原住民保留地開發管理辦法》對原住民土地權利保障之雙面刃效果。

依據《原住民保留地開發管理辦法》第 5 條，原住民保留地經登記後，其所有權人為中華民國，管理機關為行政院原住民族委員會，並於土地登記簿標示部其他登記事項欄註明原住民保留地。由此條文可知，

《原住民保留地開發管理辦法》雖承認原住民保留地與其他國有地不同，賦予原住民可經由特定法定程序擁有部分使用權，甚至取得所有權，然其與原住民族回復與自主治理傳統領域之賦權訴求仍存有差距。

《原住民保留地開發管理辦法》於實務常發生的爭議，於其它判決評析中將再予以討論，以下說明於本個案中原、被告雙方主要爭執之《原住民保留地開發管理辦法》第 15、18 條內容，及其所揭示原住民個人取得原住民保留地所有權之法定程序與要件。

一地經劃定為原住民保留地後，若符合《原住民保留地開發管理辦法》第 8 條規定之以下情形：「一、本辦法施行前由原住民開墾完竣並自行耕作之土地。二、由政府配與該原住民依區域計畫法編定為農牧用地、養殖用地或依都市計畫法劃定為農業區、保護區並供農作、養殖或畜牧使用之土地。」原住民可會同行政院原住民族委員會向當地登記機關申請耕作權登記；若符合該辦法第 9 條規定以下情形：「一、本辦法施行前已由該原住民租用造林，並已完成造林之土地。二、該原住民具有造林能力，由政府配與依區域計畫法編定為林業用地或依都市計畫法劃定為保護區並供造林使用之土地。」則可申請地上權登記。

於完成耕作權、地上權登記後，依據《原住民保留地開發管理辦法》第 15 條第 1 項規定，該耕作權、地上權除繼承或贈與於得為繼承之原住民、原受配戶內之原住民或三親等內之原住民外，不得轉讓或出租。原住民取得耕作權或地上權登記後繼續自行經營或自用滿五年，經查明屬實者，可依據《原住民保留地開發管理辦法》第 17 條，由行政院原住民族委員會會同耕作權人或地上權人，向當地登記機關申請辦理所有權移轉登記，而取得原住民保留地所有權。

不過，原住民所取得之保留地所有權，其移轉有特殊限制。《山坡地保育利用條例》第 37 條與《原住民保留地開發管理辦法》第 18 條皆敘明，原住民取得原住民保留地所有權後，除政府指定之特定用途外，其移轉之承受人以原住民為限，以符合「原地原用」的政策目標。違反原住民保留地所有權前述移轉限制者，其買賣契約無效。<sup>10</sup>

10 違反《山坡地保育利用條例》第 37 條與《原住民保留地開發管理辦法》第 18 條移轉

於本案中，甲、丙簽訂 A 地讓渡契約書時為民國 56 年 5 月 11 日，當時《原住民保留地開發管理辦法》尚未公告適用。按當契約當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立（《民法》第 153 條第 1 項）；當事人對於必要之點，意思一致，而對於非必要之點，未經表示意思者，推定其契約為成立（同條第 2 項前段）。故，當甲、丙就契約必要之點：於本案中為買賣標的 A 地與價金 15,500 元意思一致時，買賣契約即成立。縱使丙當時並非 A 地所有權人，不具原住民身分，依據本案一審臺北地方法院之見解，該契約並無違背契約締結時之法律，《山坡地保育利用條例》與《原住民保留地開發管理辦法》亦無回溯適用條款，不影響契約成立之效力。臺北地方法院因而認定原告乙無從訴請撤銷其父甲與被告丙間就 A 地訂定之買賣契約。

其後，乙不符本案判決提起上訴，臺灣高等法院 97 年度上易字第 879 號判決駁回其之上訴。臺灣高等法院認為，乙固主張依《原住民保留地開發管理辦法》等規定，撤銷其父甲與丙之 A 地讓渡買賣契約，惟遍查《原住民保留地開發管理辦法》等規定，並無以得起訴之形式，向法院請求撤銷其法律行為之規定。《原住民保留地開發管理辦法》等規定，「並無須以訴之形式向法院請求為撤銷其行為之形成判決，始能發生撤銷效果之規定」，乙起訴主張撤銷其父甲與丙間系爭讓買賣契約無所據。

從本案兩審級之裁判內容中，可知於民國 79 年 3 月 26 日前締結原住民保留地之移轉契約，不受《原住民保留地開發管理辦法》之限制。以當時法令而言，應適用「臺灣省山地保留地管理辦法」。惟查臺灣省政府於民國 49 年 4 月 12 日公布「臺灣省山地保留地管理辦法」後，於民國 55 年修訂時，亦增加「山地保留地」所有權取得後之移轉限制。民國 55 年修訂版「臺灣省山地保留地管理辦法」第 8 條第 2 項規定：「山地人民取得山地保留地所有權後，如有移轉，其承受人應以能自耕，而其已取得之土地面積尚未超過規定限額之山地人民或供工業或供建築用者為限。違者，其土地所有權之移轉無效。」若依據本條規定，

---

限制之買賣契約效力，及於實務上其他常見爭議，本書於其他判決評析中廣續討論。



則甲、丙於民國 56 年締結之 A 地買賣契約時，是否如本案一審臺北地方法院所述：「與當時有效之法規並無違背之處」，本文認存有疑義。然因兩造並未就此點進行主張與攻防，難以得知是否訴訟事實有排除適用「臺灣省山地保留地管理辦法」第 8 條第 2 項限制山地保留地原則僅能移轉給原住民之情事。

由前述討論亦可發現，隨著臺灣自日治時期至國民政府來臺後原住民土地政策的不斷更迭，原住民在漫長外族統治的歷史中，就其傳統土地使用收益權能的權利取得要件與內容亦不斷變化。以「臺灣省山地保留地管理辦法」與《原住民保留地開發管理辦法》為例，前者就原住民取得山地保留地之要件，為設定他項權利後持續耕種或使用滿 10 年；後者則將設定他項權利後持續耕種或使用之年限調整為 5 年。問題是，這種權利取得要件的變化，是否與原住民對其自身傳統土地管理之意識與集體認同相一致？還是當原住民傳統領域被劃編為國有地後，原住民就其傳統土地利用與管領之歷史與生活經驗即均被抹滅，無任何於規範政策上之意義？

「臺灣省山地保留地管理辦法」中就原住民收養之非原住民養子女，得否繼承其養父母之山地保留地所有權相關規定，亦可作為一省思原住民保留地管理法規規範政策之事例。「臺灣省山地保留地管理辦法」第 6 條第 2 項之規定：「平地女子嫁與山地人民為妻者及山地人民年屆五十歲而無子嗣者，其所收養之平地籍子女，以一人為限，得享有本條及第七條之土地權利。」亦即符合本條項規定之非原住民，得就其所使用之山地保留地，依同法第 7 條下列規定取得土地權利：「一、農地登記耕作權，於登記後繼續耕作滿十年時，無償取得土地所有權。二、自住房屋建地登記地上權，於登記後繼續無償使用滿十年時，無償取得土地所有權」。然而，於民國 75 年 1 月 12 日修正公布之《山坡地保育利用條例》第 37 條，並無相同規定，而一概禁止原住民保留地移轉給非原住民。

就此新舊法規之適用，內政部於民國 78 年 3 月 16 日以「台（76）內地字第 683469 號函」說明，若一原住民取得山地保留地所有權後死

亡，其繼承係發生於《山坡地保育利用條例》修正生效（75年1月12日）前：「依法律不溯既往之原則，雖不受《山坡地保育利用條例》第37條規定之限制，惟仍應符合『臺灣省山地保留地管理辦法』第6條第2項規定之條件，即被繼承人年屆五十而無子嗣，且其所收養之平地籍子女以一人為限，始得申辦繼承登記，享有山地保留地所有權」。不過，如其繼承係發生於《山坡地保育利用條例》修正生效後，「則無論其山地保留地之所有權係於該條例修正生效前或生效後取得者，均應適用該條例第37條之規定，從被繼承人所收養之平地籍子女，即不得就山地保留地申辦繼承登記」。

於此一法規變化歷程中，首先令人費解的是「臺灣省山地保留地管理辦法」第6條第2項「年屆五十歲而無子嗣者」要件之規範理由。原住民習慣中，是否有當養父母年長而無親生子嗣時，即將土地由其不具原住民身分之養子女繼承之實踐？50歲之門檻是否係以當時原住民平均壽命之統計數據做為設立基礎？而若於政策上已承認此「原地原用」之例外，有助於維繫原住民家庭傳承及原住民個人實現等文化機能，為何又於其後《山坡地保育利用條例》之修訂過程中予以排除？

總結前述討論，有論者因而認為，臺灣原住民族土地政策始終將原住民保留地視為一行政管理之標的，而忽略傳統土地對於原住民族社群於文化延續上之重要機能。也因為如此，原住民欲取回世代所居之傳統土地所有權，卻先需經過漫長繁複之行政程序。同時原住民族土地之主要規範：如「臺灣省山地保留地管理辦法」、《山坡地保育利用條例》等之位階僅為法規命令，也引發論者存有原住民族土地政策是否長期由行政權主導，而與法律保留原則未竟全符之擔憂。<sup>11</sup>

<sup>11</sup> 陳竹上（2012），〈我國原住民保留地政策之當代課題與司法案例分析〉，《臺灣原住民族研究季刊》，第5卷第2期，頁83-114。

**案例五** 原住民土地耕作權移轉登記案**案號** 臺灣花蓮地方法院 88 年度重訴字第 1 號**案由** 塗銷耕作權登記等**壹、案例事實**

被告等人之被繼承人依法於系爭土地上設定登記耕作權、地上權等，復與○○水泥公司達成協議，由該公司就系爭土地之使用向有關單位辦理承租，惟因文件之辦理手續不全而於土地是否移轉登記此事上存有疑義。兩造就系爭土地之所有權歸屬一事有所爭執。

**貳、訴訟結果**

原告之訴駁回。

**參、當事人主張****一、原告主張**

- (一) 緣附表所示土地，均屬於原住民保留地，為中華民國所有之土地，原告係其管理機關。上開土地，於 58 年 12 月 31 日，分別由表列原登記名義人，以花登字第 2459 號向花蓮地政事務所取得耕作權、地上權之登記。嗣上開土地，在 62 年 6 月 14 日，由附表之原登記權利人，與○○水泥股份有限公司達成協議，同意將其等取得地上權、耕作權所耕作使用如附表之土地，全部讓與該公司，由該公司向有關單位辦理承租使用，並分別於 62 年 7 月間出具同意書、及土地使用權利拋棄書，交該公司轉送有關單位。該等原登記權利人，復於 63 年 1 月間，因陳情而取得更高補償金後，復另立承諾書給該公司。該公司旋即自 65 年起陸續收回上開土地，歸由該公司使用，原登記權利人此後

即未再耕作或使用該等土地；至於原登記權利人之繼承人即被告等人，更未曾耕作使用該地。花蓮縣秀林鄉公所乃依據上開原登記權利人交出之印鑑證明書、及其出具之耕作權、地上權消滅證明書，轉請原告於 67 年 7 月 21 日出面向花蓮地政事務所辦理土地塗銷登記聲請，因證件手續不全，而遭退件；雖經承辦人員催促補件，惟仍拖延迄今，尚未辦妥塗銷手續。

迨 78 年 5 月，○○水泥股份有限公司就上開土地，與花蓮縣秀林鄉公所成立租賃契約在案，並使用土地至今。從而被告癸、巳、壬本人就附表編號 113 土地；其餘除後述四以外之被告，為原登記權利人之繼承人就編號四至七、八、九、十、十一之土地，均有義務塗銷其本人或其被繼承人原登記之耕作權。

- (二) 被告戊就附表編號 811 乙筆土地，取得所有權登記乙節，係因承辦人員誤辦，致在 69 年 5 月 21 日，即原登記權利人田○郎法定取得所有權，後因田○郎過世，戊繼承而取得所有權登記。
- (三) 又被告丁、乙、甲之被繼承人古○生，在生前自原登記權利人古○李，因繼承而取得編號 911 土地所有權，事實上，前開各筆土地地上權，於其法定取得所有權之前，均非實際土地使用者，而早在 65 年間，已因原登記權利人拋棄使用，而同意交由○○水泥公司使用至今，有如首揭說明，本項被告或其被繼承人取得所有權，顯非適法，依法自應由彼等負責塗銷本項所述已登記之所有權。
- (四) 本案經內政部函示有提起本件訴訟之必要，為此訴請塗銷聲明所示地上權、所有權。緣被告分係本件耕作權、或所有權之原登記名義人，或係原登記名義人之繼承人，就起訴狀附表編號各筆土地，既均有義務塗銷其被繼承人原有登記之耕作權，即應先行辦理繼承登記後，再予塗銷系爭耕作權。

## 二、被告主張

- (一) 被告或其前手均未曾簽承諾書、拋棄書、同意書等文件。原告所持文件係偽造的，蓋簽字字跡均係出於同一個人之手筆。民國 77 年時鄉長曾將資料送至法院，惟遭法院退回。79 年時，鄉公所指示○○私下與被告和解，後來此案便無訴訟。
- (二) 本件歷時超過 15 年，被告主張時效抗辯。當時○○公司將系爭土地圍起，以致被告方無法工作，使用系爭土地。
- (三) 本件富○段 717、718、718 之 1 仍係戊、己所有，現為○○水泥公司礦山排水溝、輸送帶、變電所。同段 716、212 號土地係私人所有，自 62 年以來即為○○公司占用。同段 213 地號土地在所有權人不知情之情形下，遭分割為 213 之 1 地號土地，列為甲種工業區，顯係違法。被告取得原告所稱土地之所有權，均係合法擁有。
- (四) 被告係太魯閣族居民，語言文化與一般人民有相當差異，對於文字、法規較為陌生，並不知拋棄書等文件，以為係遭借用、占用，直到 84 年間才被告知已拋棄權利，遂生爭議。再者，拋棄行為必須完成登記程序始生效，原告所提出被告與○○公司之資料，與原告並無關係，且被告得主張時效抗辯。原告前所為塗銷登記，經駁回後，並未補正，其拋棄程序並未完成。
- (五) 依原告所稱，係由秀林鄉公所於 62 年 6 月 14 日，邀被告與○○公司協調，鼓勵被告出租；被告並無私下轉租之動機，係原告有意推動○○公司租地開發案。本件係由秀林鄉公所層報上級同意後，始租予○○公司，如係法轉租，轉租行為人係原告與○○公司。
- (六) 被告不曾見過原告所謂同意書、承諾書、拋棄書，且其簽名多係出自同一人之手，部分簽名且誤寫，或有鄰長印文不符之情形，原告所提出書證顯有問題。依據拋棄書文義，保留「在貴公司尚未使用前，本人除照原來用途，自行使用外，絕不變更用途，或轉租他人……」，顯與拋棄之要件不相當。秀林鄉公所

於 65 年間「代理」被告塗銷耕作權，但經花蓮地政事務所駁回後，並未於 15 日補正，可見其對於駁回並無意見。耕作權之性質係不動產物權，必須完成塗銷登記始消滅其權利。

## 肆、本件爭點

- 一、本件爭議應循行政訴訟程序或民事訴訟程序處理？
- 二、被告或其前手是否有《原住民保留地開發管理辦法》第 15 條第 1 項所稱「轉讓或出租」耕作權行為？
- 三、原告所稱部分土地所有權登記有誤一節，得否塗銷其所有權登記？

## 伍、法院見解

### 一、本件紛爭性質不涉及行政處分或公權力之行使，與行政訴訟程序無涉

行政機關行使公權力而做成行政處分，發生侵害人民權義之糾紛時，此等案件應循行政爭訟程序（包含訴願、再訴願、行政訴訟等）處理。如行政機關行為並不涉及行政處分，或與公權力並無關聯，均不發生行政訴訟之問題。按，（一）《原住民保留地開發管理辦法》（民國 89 年 2 月 16 日修正）第 15 條第 1 項規定，原住民取得原住民保留地之耕作權、地上權、承租權或無償使用權，除繼承或贈與於得為繼承之原住民、原受配戶內之原住民或三親等內之原住民外，不得轉讓或出租。（二）同法第 16 條規定，原住民違反前條第 1 項規定者，除得由鄉（鎮、市、區）公所收回原住民保留地外，應依下列規定處理之：（一）已為耕作權或地上權登記者，訴請法院塗銷登記。（二）租用或無償使用者，終止其契約。本件原告係主張被告或其前手違反前述辦法第 15 條第 1 項規定，並依同法第 16 條第 1 款訴請法院塗銷其附表所示耕作權之登記。另主張被告戊所有坐落花蓮縣秀林鄉○○段 717 地號土地所有權，丁、乙、甲所有坐落同段 725 地號土地所有權，均因其前手地上權與規定不符，因相關人員誤為准許登記為所有權，為此訴請塗銷所有權

登記。從而，原告主張之內容並不涉及行政處分或公權力之行使，即與行政訴訟程序無涉。

## 二、原告無從塗銷被告之耕作權

原告主張被告分係聲明欄所示土地之耕作權人，此有土地登記簿謄本一宗在卷可證，且為被告所不爭執，堪信為真正。至於原告主張被告曾向訴外人○○水泥股份有限公司出具承諾書、拋棄書、同意書，顯然違反法令，遂訴請塗銷上述各筆耕作權一節。惟以：(一)依據《原住民保留地開發管理辦法》第 1 條、第 8 條規定，耕作權必須向地政機關登記，其性質為不動產物權之一種；耕作權依法律行為而取得、喪失或變更者，應依《民法》第 758 條規定——非經登記不生效力。(二)前述辦法第 16 條第 1 款、第 15 條第 1 項所列舉訴請塗銷原因限於「違法轉讓或出租」；依條文結構分析，轉讓係指物權行為，不及於單純債權行為，因此，在完成耕作權移轉登記以前尚不發生轉讓之效力。(三)況且，原告所主張之事由係被告「拋棄」耕作權，但原告所提出資料，具名於拋棄書等文件者，僅單純向○○水泥公司表示拋棄權利，雙方並未「轉讓或出租」耕作權之合意；亦未辦理拋棄登記。從而，原告所陳述內容縱係實情，亦非塗銷耕作權之法定事由，無從塗銷被告之耕作權。

## 三、原告已逾越行使撤銷權之一年之除斥期間；且《土地法》第 43 條規定依該法所為登記有絕對效力，原告無從再行撤銷

原告另主張戊所有坐落花蓮縣秀林鄉○○段 717 地號土地所有權，丁、乙、甲所有坐落同段 725 地號土地所有權，此等土地前手田○郎、古○李係以取得地上權後自用滿五年為理由，遂申請為所有權移轉登記（法令依據為《原住民保留地開發管理辦法》第 17 條第 1 項；79 年制定前本辦法前，其前身為「山胞保留地開發管理辦法」，現已廢止）。65 年間，地上權人田○郎、古○李（後由古○生繼承）即未使用本件土地，而係交由○○水泥股份有限公司使用；因此田○郎、古○李不得據以申辦所有權登記。但承辦人員疏忽，致准予登記所有權云云。且田○

郎等人曾向地政機關拋棄地上權等權利，但因附件不全被退件；並提出地政事務所駁回登記之公文影本一份為證。

惟查：《民法》第 88 條規定，意思表示之內容有錯誤，或表意人若知其事情即不為意思表示者，表意人得將其意思表示撤銷之。但以其錯誤或不知事情，非由表意人自己之過失者為限（第 1 項）。當事人之資格或物之性質，若交易上認為重要者，其錯誤，視為意思表示內容之錯誤（第 2 項）。原告既主張田○郎、古○李曾向地政機關辦理拋棄地上權手續，但因證件不全致遭退件云云，則其拋棄地上權程序亦未完成；原告疏未注意此情，復認定彼等係自用，進而移轉上述土地所有權，即應在法定期限內撤銷其移轉所有權之意思表示。然而，原告遲至 88 年始表示撤銷之意旨，顯已逾越一年之除斥期間（其撤銷亦應向原登記所有權人為之）。

況且，《土地法》第 43 條規定依該法所為登記有絕對效力。戊等人於前手登記取得前列土地所有權後，始繼承所有權，原告即無從再行撤銷前述法律行為。

## 陸、本案評析

本案係花蓮縣秀林鄉○○水泥股份有限公司自民國 60 年代起占有當地原住民登記有地上權、耕作權、所有權之原住民保留地設廠，而引發當地「反亞泥、還我土地」運動以來，第一個就此爭議作成之實體判決。於原住民保留地「原地非原用」現象氾濫許久，加上大型財團紛紛進入原鄉地區開發溫泉、地熱、土石等各式自然資源以來，受到高度關注也具有特殊歷史意義之判決。本訴訟事實涉及原住民傳統土地面積之廣大、原住民人數之眾多，亦使其為國內原住民土地問題之政策與社會學研究之焦點。

按依據長期研究本案之學者於當地進行口述訪談與調查之彙整，<sup>12</sup> 本案訴訟事實起因於民國 62 年間，○○水泥股份有限公司欲於花蓮縣

<sup>12</sup> 陳竹上（2010），〈他們在自己的土地上無家可歸？從「反亞泥還我土地運動」檢視臺灣原住民保留地政策的虛實〉，《臺灣社會研究》，第 77 期，頁 97-134。



秀林鄉富世、可樂等屬於原住民保留地之地段設廠開採石灰岩，然由於當地原住民已於該地上登記有耕作權，○○水泥為取得權利無瑕疵之土地設廠，希冀透過發給補償金之方式，請該原住民保留地之原登記權人拋棄權利塗銷登記，以便○○水泥與秀林鄉公所辦理承租該地之程序。然在未能於短期內取得眾人共識之情況下，民國 65 年間，秀林鄉公所竟「代理」原登記權人向花蓮縣地政事務所申請塗銷其保留地耕作權，因文件未齊備被駁回。於秀林鄉公所所提交之文書中，即有本案訴訟事實中引發爭議之承諾書、拋棄書、同意書等文件，文書中之簽名均為同一人筆跡。民國 79 年，秀林鄉公所再次向花蓮縣地政事務所申請塗銷其保留地耕作權，而有 11 位原住民之耕作權遭到塗銷。

歷經數十年之抗爭，系爭土地原登記權人仍舊無法返回傳統土地上耕作，因歲月荏苒，原登記權人之繼承人開始接續投入抗爭運動中。然行政院原民會之前身：臺灣省原住民委員會卻於民國 87 年向花蓮地院以共計 47 名原住民為被告，請求塗銷系爭土地上之耕作權與所有權。因被告人數過多，臺灣省原住民委員會之提告後分為兩案審理。

於本案中，花蓮地方法院首先必須解決之爭議是，本案爭議就應依據行政訴訟程序或民事訴訟程序處理。花蓮地方法院於本案中認為，本件原告行政院原民會係主張被告或其前手違反《原住民保留地開發管理辦法》第 15 條第 1 項禁止原住民於取得原住民保留地耕作權、地上權期間私下轉租、轉讓之規定，而依同法第 16 條第 1 款訴請法院塗銷被告之耕作權之登記。花蓮地院指出，行政院原民會之此項主張不涉及行政處分之作成，因而與行政訴訟程序無關，民事法院可進行管轄。另就被告戊、丁、乙、甲取得土地所有權，行政院原民會主張其之前手地上權與規定不符，係相關人員誤為准許登記為所有權，為此訴請塗銷所有權登記，亦不涉及行政處分或公權力之行使，與行政訴訟程序亦無涉。

然與本案訴訟事實有關之另一案件中，花蓮地方法院卻認為，民事法院就該案爭議不具有管轄權，而以臺灣花蓮地方法院 88 年度重訴字第 18 號裁定駁回行政院原民會之訴。該裁定中指出：「就有關原住民保留地所涉權利糾紛，如屬於私權糾紛如土地被占用，或耕作權之移轉等

事項外，固應由普通法院管轄，然國家機關就原住民土地權利是否應予登記（《原住民保留地開發管理辦法》第 17 條），是否應予收回（《原住民保留地開發管理辦法》第 16 條、第 19 條、第 20 條），自屬公法上之爭議，依照大法官釋字第 115 號及《行政訴訟法》第 2 條，應由行政法院管轄。至於《原住民保留地開發管理辦法》第 16 條雖規定：「原住民違反前條第一項規定者，除得由鄉（鎮、市、區）公所收回原住民保留地外，應依下列規定處理之：一已為耕作權或地上權登記者，訴請法院塗銷登記。二租用或無償使用者，終止其契約。」花蓮地方法院於該裁定中認為：「該規定所謂法院究何所指，於立法之初，固有指向普通法院之可能，但我國行政訴訟法既於 89 年 7 月 1 日起實行，則參照前揭說明以及大法官會議之解釋，就涉有公法爭議之事項既非屬普通法院之管轄，自無因該項辦法之規定，而忽視前揭事理以及具有憲法效力之大法官會議解釋存在之理。」因此認定行政院原民會所主張之事實，屬公法上爭議，及行政院原民會與地政事務所之協調或是其對地政事務所命補件之行政處分不服之問題，均屬公法上之爭議，非屬普通法院管轄。

就相同之訴訟事實，花蓮地方法院卻就管轄權作出截然不同之判斷，依據我國民事法院近二十年來就類似議題之判決，實則臺灣花蓮地方法院 88 年度重訴字第 18 號裁定認定本案應依行政訴訟程序處理之見解方為通說。按如本書於「臺灣花蓮地方法院 89 年度簡上字第 57 號」本案評析中所討論，實務通說係認為主管機關將國有地、原住民族保留地授予私人使用，係授益性行政處分，就該行政處分，司法權不具否認之權力，當事人應採取行政訴訟程序請求救濟。依此，臺灣花蓮地方法院 88 年度重訴字第 1 號判決就本案管轄權之判斷，實為少數採此見解之判決。本案判決認定系爭土地原登記權人之耕作權未確實拋棄登記前，綜原登記權人確有向○○水泥表示拋棄耕作權，也不構成《原住民保留地開發管理辦法》第 15 條第 1 項之禁止行為，因而行政院原住民族委員會無從依據同法第 16 條請求塗銷本案被告之耕作權；另有關戊、丁、乙、甲之土地所有權，行政院原民會則已逾越一年之除斥期間而不得撤銷之，被認為係「反○○還我土地運動」進行以來之重要階段

性勝利。

持平而論，如本案原告行政院原住民族委員會就本案判決提出上訴，依據實務見解通說，本案判決被撤銷之可能性極高。不過，行政院原住民族委員會於後並未提出上訴，而使「反○○還我土地運動」之訴求得以保有此一戰果。就此發展，學者陳竹上於訪談調查後，認有可能係因行政院原住民族委員會甫新成立，不願概括承受臺灣省原住民族委員會之提告，及當時新上任之行政院原住民族委員會主任委員尤哈尼·伊斯卡卡夫特之立場等因素交融作用下，而促使行政院原住民族委員會放棄上訴。<sup>13</sup>本書肯定花蓮地方法院於本案判決中，基於保障原住民族就其傳統土地權益之立場，而做出與通說見解相左之判斷。然此一訴訟結果之維持，亦有賴行政機關政策之配合方能達到，值得省思。

#### 案例六 原住民因土地重劃喪失所有權救濟案

案號 臺灣花蓮地方法院 89 年度簡上字第 57 號

案由 確認土地所有權存在

### 壹、案例事實

坐落花蓮縣秀林鄉○○段第 2406 號土地（下稱系爭土地）為上訴人所耕種且興建房屋居住，時期於民國 39 年迄今。然被上訴人之被繼承人經土地重劃後合法取得系爭土地之所有權。兩造就系爭土地之真正合法所有人為爭執。

### 貳、訴訟結果

行政機關因作業疏失錯誤而為被上訴人之繼承人就系爭土地設定耕作權，進而使其取得系爭土地所有權，上訴人對此失誤應循行政訴訟程序加以救濟。上訴人依《民法》第 767 條之請求為無理由，上訴駁回。

<sup>13</sup> 陳竹上，同前註 12，頁 108-109。

## 參、當事人主張

### 一、上訴人主張

除前審主張外（前審因判於簡易庭判決電子化之前，故查無判決內容），另補稱（一）伊於民國 39 年左右，即在系爭土地上耕種並興建房屋居住迄今，系爭土地迄今仍為伊所耕種使用。依原住民族的傳統習慣，土地之現在使用者，為土地之所有權人，因伊為原住民農婦，不懂得申請登記為所有權人，依原住民之傳統習慣，雖未聲請登記為所有權人，並不影響上訴人正當權益。被上訴人壬亦知道該地係上訴人的財產。（二）被上訴人壬非系爭土地之現耕農，依《臺灣省放領公有耕地扶植自耕農實施辦法》第 6 條規定，不得承領，放領機關不察，非法放領予壬○○等承領登記其等為所有權人，自屬違背法令，其非法放領登記應予塗銷。

### 二、被上訴人主張

除前審主張外，另補稱伊等於 57 年設耕作權，62 年因土地重劃，68 年時法定取得系爭土地所有權。被上訴人壬知悉上訴人癸曾於系爭土地上耕種，惟因土地重劃，系爭土地之所有權便歸屬於伊等。癸已無耕種有十餘年。伊等原意與上訴人癸協調系爭土地事宜，惟癸始終不肯接受故雙方無法協商。

## 肆、本件爭點

上訴人是否為土地真正所有權人？

## 伍、法院見解

按（44 年 3 月 19 日、64 年 7 月 24 日公布施行）《土地法》第 133 條規定：「承墾人自墾竣之日起，無償取得所領墾地之耕作權，應即依法向該管市、縣地政機關聲請為耕作權之登記。但繼續耕作滿十年者，無償取得土地所有權。前項耕作權不轉讓。但繼承或贈與於得為繼承之

人，不在此限。第一項墾竣土地，得由該管市、縣政府酌予免納土地稅二年至八年。」79年3月26日公布施行之「山胞保留地開發管理辦法」第8條規定：山胞於左列山胞保留地，得會同省（市）政府民政廳（局）向當地登記機關申請設定耕作權登記。一、本辦法施行前由山胞開墾完竣並自行耕作之土地。二、由政府配與依區域計畫法編定為農牧用地、養殖用地或依都市計畫法劃定為農業區、保護區之田、旱地目土地。耕作權登記後繼續自行經營滿五年經查明屬實者，由省（市）政府民政廳（局）會同耕作權人向當地登記機關申請辦理所有權移轉登記。

查被上訴人壬於原審審理中陳稱：系爭土地無使用過，原告（上訴人）亦無使用過。而被上訴人之繼承人李○奇係於57年11月6日就系爭土地設定耕作權，取得原因發生日期為53年10月21日、11月7日，嗣於69年1月取得所有權，69年11月22日登記。有土地登記簿謄本可考，系爭地為山地保留地，李○奇取得耕作權當時「山胞保留地開發管理辦法」尚未公布施行，李○奇取得系爭土地應係依前開《土地法》第133條之規定，依該條文規定須承墾人於土地上墾竣，而被上訴人壬陳述未使用過，以前上訴人癸則有耕種過，則李○奇非系爭土地承墾人，又李○奇取得系爭土地耕作權及所有權之原始資料已不存在，經證人陳○妹於原審證述在卷。本院就行政機關之行政作為是否有所錯誤，無從加以審判，上訴人依《民法》第767條請求被上訴人返還系爭土地登記權利歸屬，然上訴人對於李○奇因行政機關作業疏失錯誤為其就系爭土地設定耕作權，進而使李○奇取得系爭土地所有權，應循行政訴訟程序加以救濟。

## 陸、本案評析

按依據我國司法實務見解，國有地無論依據《原住民保留地開發管理辦法》或《臺灣省放領公有耕地扶植自耕農實施辦法》使私人取得國有地所有權，於定性上均認為係一具有高權性質之給付行政，私人不因已履踐取得所有權漫長程序中之部分，即就土地所有權之取得獲有信賴保護利益。此種見解，係因為司法實務長期認為，國有地是否編定為原

住民保留地、其之使用權利與所有權是否授予，並非私人提出申請即獲保證，於各申請程序中，主管機關均必須再就申請人是否滿足如持續耕種滿一定期間等要件、系爭土地是否有資源保育之特殊公益需求而不宜由私人所有等因素進行行政裁量。不過，本案訴訟事實反映了一常見之原住民土地爭訟態樣，即行政機關於賦予原住民保留地等國有地之使用權能與所有權時，並未如前所述審慎裁量，反因輕忽或錯誤，致授予土地所有權予不符合法定資格之人，造成土地傳統擁有者原住民與取得所有權登記之他人產生爭執，而引發原住民是否可以長期使用傳統土地之歷史事實，對抗土地之登記所有權人之爭議。

於本案訴訟事實中，原審被告壬等 9 人顯係明白其之繼承人李某並不符合《臺灣省放領公有耕地扶植自耕農實施辦法》第 6 條自耕農承領公有耕地之規定。癸既自民國 39 年左右，即在 A 地上耕種並興建房屋居住迄今，則李某何能依據《臺灣省放領公有耕地扶植自耕農實施辦法》於 A 地上持續耕作十年而取得該地所有權？故壬等 9 人方於主張中表示其係願與癸就 A 地之使用進行協商。然花蓮地方法院於本案中認為，主管機關將國有地授予私人使用，係授益性行政處分，就該行政處分司法權不具否認之權力，癸應採取行政訴訟程序請求救濟。於民事訴訟程序中，癸之前述主張不影響壬等就 A 地所有權取得登記之絕對效力。

就主管機關因錯誤授予他人原住民保留地所有權之行政處分，尚未被撤銷前，該處分於民事訴訟中之性質，臺灣南投地方法院 96 年度訴字第 276 號判決採取與臺灣花蓮地方法院 89 年度簡上字第 57 號判決相同之看法。在該案件中，主張自己方為原住民保留地之真正權利人之原住民聲明：「訴訟進行中，於某法律關係之成立與否有爭執，而其裁判應以該法律關係為據，並求對於被告確定其法律關係之判決者，得以為中間確認之訴。」，請求法院先行中間確認判決，確認原告就系爭土地是否有耕作權、地上權及所有權存在。臺東地方法院則認為，若法院對於行政處分有審查權限者，例如：行政法院之於各種行政處分（包括訴願決定），簡易法庭之於警察機關之裁決，交通法庭之於交通裁決，則

作為審查對象之行政處分自無所謂拘束普通法院效果。反之，「法院並無審查行政處分合法性之權限者，或在繫屬之案件並非審查對象之行政處分，則隨處分之存續力而產生構成要件效力及確認效力，對法院亦應有拘束之效果」。根據此類見解，世代於系爭土地上居住之原住民，無法於民事訴訟中，直接挑戰主管機關授予他人其傳統土地所有權之行政處分。

臺灣臺東地方法院 94 年度簡上字第 41 號判決中，就依《土地法》所為土地所有權登記之效力於此類型個案中之適用，有更多篇幅之討論。臺東地方法院認為，《土地法》第 43 條所謂登記有絕對效力，係指土地之登記名義人與真正權利人不同一，為保護因信賴登記而取得權利之第三人而設，將登記事項賦予絕對真實之公信力，故第三人信賴登記而取得土地權利時，不因登記原因之無效或撤銷而被追奪。臺東地方法院說明，惟此項規定，並非於保護交易安全之必要限度以外剝奪真正之權利，如在第三人信賴登記而取得土地權利之前，真正權利人仍得對於登記名義人主張登記原因為無效或撤銷，提起塗銷之訴，故上開《土地法》之規定於第三人自無處分權之登記名義人善意受讓土地時，始有適用，如非自無權處分人受讓土地，自不得適用上開規定。然而，臺東地方法院此限制不適用於原住民保留地或原住民傳統土地因行政機關之錯誤而授予所有權之情形中。因為，原住民保留地所有權人取得所有權登記，在未經管理機關以該登記原因有無效或得撤銷情形訴請法院判決塗銷所有權移轉登記前，登記所有權人均應認係合法取得土地所有權，其所為出售並移轉系爭土地所有權，均為有權處分人之處分行為。

不過，原住民保留地之傳統擁有者原住民，就應如何提出救濟，臺灣臺東地方法院 94 年度簡上字第 41 號判決之見解卻與臺灣花蓮地方法院 89 年度簡上字第 57 號判決不同。臺東地方法院認為，傳統擁有者應主張主管機關設定耕作權及將系爭土地所有移轉登記予他人係屬錯誤之情，為就登記所示之法律關係有所爭執，將致變更他人之所有權人地位，有妨害登記之同一性，而依民事訴訟程序，訴請法院審判以資解決。

承上討論，可資發現現行原住民保留地、原住民族傳統土地因行政機關錯誤授予他人所有權之救濟程序，就係應採取民事訴訟或行政訴訟為之，於司法實務見解上未臻統一。多數民事訴訟司法實務見解認為自認係真正權利人之原住民於民事訴訟中，不得直接主張因行政機關之錯誤而請求塗銷他人就原住民保留地、原住民族傳統土地之所有權。不過，於此類型訴訟事實中，原行政處分作成之年代通常已距今多年，部分登記所有權人未占有土地，土地長期以來仍由自認為真正所有權人之原住民占有使用，根本無從查知土地所有權已由他人取得登記，而致逾越就原行政處分提出訴願與行政訴訟之不變期間。於此情形下，自認為真正所有權人之原住民顯係難以獲得合理救濟。此種民事、行政救濟程序適用不明之狀態，賦予行政權就原住民傳統土地事務過大之裁量空間，而給予受影響之原住民過狹隘之救濟管道，顯有害其對自身傳統土地權益之保障與權益主張。

#### 案例七 泰雅族原住民依傳統習慣買賣土地案

案號 臺灣宜蘭地方法院 95 年度簡上字第 55 號

案由 排除侵害等

### 壹、案例事實

宜蘭縣大同鄉○○段 1244 地號土地（以下簡稱系爭土地）原為上訴人之被繼承人古○星所有，按泰雅族習慣出售讓與被上訴人等之被繼承人曾○利，曾○利並於系爭土地上建築門牌號碼宜蘭縣大同鄉○○村○○路 13 號房屋（以下簡稱系爭房屋），復由被上訴人壬○○與其妻子兒女等居住使用。上訴人以繼承為由取得系爭土地十餘年後始提起訴訟，請求被上訴 8 人等將系爭房屋拆除後，將系爭土地返還上訴人；並請求被上訴 5 人等均應自系爭房屋內遷出。



## 貳、訴訟結果

上訴人依據《民法》第 767 條規定物上請求權之法律關係，請求被上訴人 8 人等將系爭土地返還上訴人並請求被上訴 5 人等均應自系爭房屋內遷出，為無理由，不應准許，上訴駁回。

## 參、當事人主張

### 一、上訴人主張

系爭土地為伊所有，前遭被上訴人子、庚、辛、壬、癸、乙、丁及丙之被繼承人曾○利生前無權占用系爭土地而建築系爭房屋，系爭房屋現由被上訴人壬與其妻子兒女即被上訴人辰、寅、丑、己、戊居住使用，兩造間並無買賣或使用借貸之法律關係存在，即便曾○利與伊之被繼承人古○星間就系爭土地存在使用借貸關係，因曾○利業已死亡，伊自得依《民法》第 472 條第 4 款之規定終止使用借貸契約，並以本件起訴狀繕本送達為終止之意思表示。被上訴人等既屬無權占用系爭土地，系爭房屋由曾○利之全體繼承人繼承，爰依據《民法》第 767 條規定之物上請求權法律關係，請求被上訴人子、庚、辛、壬、癸、乙、丁及丙將系爭房屋拆除後，將系爭土地返還予伊；並請求被上訴人辰、寅、丑、己及戊均應自系爭房屋內遷出。

### 二、被上訴人主張

#### (一) 系爭房屋乃被上訴人等之被繼承人曾○利原始取得

系爭房屋原為被上訴人子、庚、辛、壬、癸、乙、丁及丙之被繼承人曾○利興建而原始取得，但曾○利過世後，系爭房屋由被上訴人壬單獨繼承，其餘繼承人均未繼承，對於系爭房屋並無所有權或處分權。

(二) 系爭土地乃依泰雅族之傳統習慣雙方合意成立買賣；縱非如此，古○星亦有默示同意曾○利就系爭土地無償使用之意思

系爭土地係 30 餘年前由曾○利向上訴人之被繼承人古○星購買，因當時有關原住民社會生活機制及規範，多係以泰雅族之習俗及禁忌，或長老主持與神明見證方式為依據，系爭土地買賣契約合意成立後，古○星即將其在系爭土地上之原有建物拆除，並將可利用之建材搬運後，將系爭土地交付予曾○利，曾○利旋在系爭土地上興建系爭房屋，於興建房屋過程中及迄今 30 餘年來，古○星均未出面主張權利或表示異議，被上訴人壬所有之系爭房屋占有使用系爭土地，自屬有權占有。

縱認為古○星與曾○利就系爭土地並未有買賣契約存在，然曾○利興建之系爭房屋已存在系爭土地上 30 餘年，古○星亦居住於附近，但從未表示異議，顯見古○星就系爭土地由曾○利無償使用一節，有默示同意之意思，被上訴人壬所有之系爭房屋占有使用系爭土地仍屬有權占有，上訴人請求被上訴人子等 8 人拆屋還地及請求被上訴人辰等 5 人自系爭房屋遷出，並無理由。

#### 肆、本件爭點

- 一、被上訴人子、庚、辛、癸、乙、丁、丙對系爭房屋有無事實上之處分權？
- 二、被上訴人子等 8 人之被繼承人曾○利與上訴人之被繼承人古○星間對系爭土地是否有買賣關係存在？
- 三、若認被上訴人子等 8 人之被繼承人曾○利與上訴人之被繼承人古○星間沒有買賣關係存在，是否有使用借貸關係存在？

## 伍、法院見解

### 一、被上訴人子、庚、辛、癸、乙、丁、丙等對系爭房屋無事實上之處分權

查系爭房屋為未辦保存登記之建物，納稅義務人於曾○利過世後已變更為被上訴人壬之事實，此有被上訴人提出之宜蘭縣稅捐稽徵處羅東分處 94 年 12 月 15 日宜稅羅字第 0940012812 號函乙份在卷可證。另參照被上訴人之相關戶籍謄本，目前僅有被上訴人壬及其妻子兒女之一家人設籍於系爭房屋，並實際居住使用之情形，則被上訴人主張曾○利過世後，由被上訴人壬一人單獨繼承系爭房屋之事實上之處分權，堪予採信。

又查：稅捐資料或戶籍資料雖僅為行政機關因稅務及戶政管理所需而製作之文書資料，不得直接憑以認定系爭房屋之事實上處分權歸屬何人，但並非不得作為佐證予以參考。本件系爭房屋因屬未辦保存登記建物，在法律上無從辦理繼承及移轉登記，而曾○利之所有繼承人均就系爭房屋由被上訴人壬單獨繼承乙節並無爭執，亦核與前述稅捐資料及戶籍資料顯現之客觀情事相符，則上訴人主張該被上訴人等共同繼承系爭房屋而有事實上處分權云云，自不足採。

### 二、被上訴人子等 8 人之被繼承人曾○利與上訴人之被繼承人古○星間對系爭土地確有買賣關係存在

查證人曾王○吉與張○福於原審訊問時之證稱，均提及知悉有買賣系爭土地，並證稱古○星將系爭土地上之原有房屋拆除後，系爭土地即交由曾○利使用而蓋房子之情事。

次查，上訴人雖否認拆除之原因係因買賣之關係，然其就系爭土地原有房屋係由部落的人協助拆除，嗣後系爭土地即由曾○利占用而興建房屋之事實並未爭執。參酌證人曾王○吉、張○福證稱：曾○利在系爭土地興建房屋時，部落的人有來協助之證詞，顯見 30 餘年前，兩造之被繼承人古○星及曾○利在系爭土地上拆除房屋及興建房屋時，均由部落的人共同協助，此與當時原住民部落之物資缺乏，仰賴部落成員互助

之情形相符。且由曾○利興建而現由被上訴人壬享有處分權之系爭房屋占有使用系爭土地迄今，已逾 30 餘年，古○星及上訴人仍在附近居住，上訴人本人亦自 77 年 1 月 16 日已以繼承為由而取得系爭土地，如曾○利係無權占有系爭土地，何以期間古○星及上訴人從未向相關警察或司法機關請求救濟，甚至請部落成員協助排解？實與常情有違。故依照上述 2 位證人之證詞並參酌本件客觀之情事，被上訴人辯稱曾○利與古○星就系爭土地有合意成立買賣契約等語，應屬可採。

**三、被上訴人之被繼承人曾○利與上訴人之被繼承人古○星間是否有使用借貸關係存在之問題，無再予審酌之必要，蓋本院已認定兩人間就系爭土地有買賣關係存在。**

**陸、判決評析**

本案判決之關鍵爭點為，上訴人所爭執被上訴人繼承之無權占有房屋，是否為被上訴人之被繼承人於繼承發生前，與其所屬原住民族部落族人共同興建而原始取得；而該房屋所興建其上之土地，是否為被上訴人之被繼承人與上訴人之被繼承人間依泰雅族之傳統習慣雙方合意成立買賣之標的，或由後者默示同意前者無償使用之標的。案經繫屬法院判定依 2 位證人之證詞，並參酌客觀情事，被上訴人之被繼承人與上訴人之被繼承人間就系爭土地應有合意成立買賣契約，是被上訴人並非無權占有系爭土地與房屋。

本案判決為視泰雅族原住民之傳統習慣為乙平行於市民物權法與債法之實體規則的絕佳範例。特別是面對物權法定主義與不動產物權處分要式主義的嚴格限制，法院仍決定藉由極為有限且不成文之傳統習慣知識，確認泰雅族原住民成立土地與房屋財產權利之規範為本案之準據法（「其就系爭土地原有房屋係由部落的人協助拆除，嗣後系爭土地即由曾○利占用而興建房屋之事實並未爭執。參酌證人……證稱：曾○利在系爭土地興建房屋時，部落的人有來協助之證詞，顯見 30 餘年前，兩造之被繼承人古○星及曾○利在系爭土地上拆除房屋及興建房屋時，均由部落的人共同協助，此與當時原住民部落之物資缺乏，仰賴部落成員

互助之情形相符。且由曾○利興建而現由被上訴人壬享有處分權之系爭房屋占有使用系爭土地迄今，已逾 30 餘年，古○星及上訴人仍在附近居住……」），實屬難能可貴。

當然，在選擇原住民族傳統律法為私法事件之準據法時，本案判決與所有其他判決一樣，都面臨傳統習慣欠缺體系化外觀與完整規範內容之困難。不過有趣的是，本案判決並未倚賴如行政院原住民族委員會所委託製作之原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制計畫結案報告，亦未引證與泰雅族原住民財產規則相關之學術研究，而是藉由積極行使闡明權，諭令兩造在所提出之攻防中提供對作為準據法之原住民族傳統律法之質性研究與敘述（「系爭土地係 30 餘年前由曾○利向上訴人之被繼承人古○星購買，因當時有關原住民社會生活機制及規範，多係以泰雅族之習俗及禁忌，或長老主持與神明見證方式為依據，系爭土地買賣契約合意成立後，古○星即將其在系爭土地上之原有建物拆除，並將可利用之建材搬運後，將系爭土地交付予曾○利，曾○利旋在系爭土地上興建系爭房屋，於興建房屋過程中及迄今 30 餘年來，古○星均未出面主張權利或表示異議」），特別是該規範與所屬之法域間的現實關聯（「上訴人雖否認拆除之原因係因買賣之關係，然其就系爭土地原有房屋係由部落的人協助拆除，嗣後系爭土地即由曾○利占用而興建房屋之事實並未爭執」），以建立平行取代市民法之原住民族傳統習慣之規範的正當性。誠然，如此僅憑少數部落報導證人之證詞與繫屬法院之邏輯推演之方法，在論證之事實基礎與普遍價值上顯得薄弱，不過確實有裨益於臺灣原住民族「普通法（common law）」之建立。

本案的另一個可供適用原住民族傳統習慣為準據法之裁判參酌的方法論問題是，臺灣原住民族的傳統習慣，畢竟是一轉型逆推式的線形時間價值系統，因此，其對應現在時空之時際法規則，必定與受高度擬制條件限制、截斷為可視時間的市民財產法不同。如此，在證據法則上，適用原住民族傳統習慣為完整準據法之判決，是否得混用市民法之時間觀點，即有疑問。例如本案判決認為「縱認為古○星與曾○利就系爭土地並未有買賣契約存在，然曾○利興建之系爭房屋已存在系爭土地上 30

餘年，古○星亦居住於附近，但從未表示異議，顯見古○星就系爭土地由曾○利無償使用一節，有默示同意之意思」，進而推論得證：「如曾○利係無權占有系爭土地，何以期間古○星及上訴人從未向相關警察或司法機關請求救濟，甚至請部落成員協助排解？實與常情有違」。顯然採取的是市民社會之時間觀（30年為最長之時效取得時間度量），惟該時間長度在泰雅族長達數百年的族群社會時間度量裡，是否具有相同的規範意義？值得進一步深究。

#### 案例八 阿美族買賣土地之習慣爭議案

案號 臺灣花蓮地方法院 96 年度簡上字第 32 號

案由 土地所有權移轉登記

#### 壹、案例事實

位於花蓮縣瑞穗鄉○○段 279 地號之土地（下稱系爭土地）為被上訴人乙（即前審被告）所有，上訴人甲（即前審原告）於系爭土地上種植果樹及檳榔樹，雙方就其占有是否具正當權源、應否交還土地一事爭執。

#### 貳、訴訟歷程與結果

第一審判決甲起訴請求乙將系爭土地所有權移轉登記為無理由，駁回其請求。本審甲依買賣契約之約定請求乙將系爭土地所有權移轉登記予上訴人（本訴部分），為無理由，上訴駁回。

## 參、當事人主張

### 一、上訴人甲（即前審本訴原告）主張

#### （一）本訴主張

被告乙於民國 80 年底因需錢急迫，向甲稱願將系爭土地賣予甲，並表示待急事處理完畢後即訂定買賣契約，甲遂支付新臺幣 6 萬元予乙，乙並交付系爭土地之所有權狀予甲收執，詎乙嗣後竟拒不簽訂契約及辦理系爭土地之所有權移轉登記事宜。為此，甲爰依《民法》第 348 條買賣之法律關係，提起本件訴訟，請求乙應將系爭土地之所有權移轉登記予伊。

#### （二）反訴主張

甲持有土地所有權狀是基於系爭土地之買賣關係由對造交付，而非向對造借用，並非無權占有，不需要對反訴原告即乙為任何賠償。

#### （三）上訴審補充主張

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；原審依借貸關係認甲種植甘蔗借用乙之系爭權狀向○○公司花蓮廠登記，此部分乙應向○○公司花蓮廠求證以實其說，且甲在系爭土地附近有兩筆土地，何須借用乙之系爭權狀。甲在系爭土地投入相當心力進行改良包括整地、購買覆土、運輸覆土等，共花費新臺幣 98,000 元，如果判決對甲不利，乙應該返還改良部分之土及其上種植之植物。

### 二、被上訴人乙（即前審本訴被告）主張

#### （一）本訴主張

甲於 79 年間以欲使用系爭土地及鄰近系爭土地之國有土地上種植甘蔗為由向乙借用土地所有權狀，以便取得一私有土地地號向政府辦理甘蔗採購，乙不疑有他才將土地所有權狀交予甲，兩造就系爭土地並無

買賣關係。

### (二) 反訴主張

甲於 79 年間占用系爭土地種植甘蔗，乙曾要求甲於甘蔗採收後即應將土地返還，未料甲卻於甘蔗採收後改種波蘿蜜，遲未將系爭土地返還，乙爰依《民法》第 767 條之規定，請求甲返還系爭土地。

又甲於 79 年占用系爭土地同時，並向乙借用系爭土地所有權狀，借用人應於契約所定期限屆滿時，返還借用物。未定期限者，應於借貸之目的使用完畢時返還之，但經過相當時期，可推定借用人已使用完畢者，貸與人亦得為返還之請求，《民法》第 470 條定有明文。甲採收完種植之甘蔗後，經乙數度要求返還所有權狀均未可得，乙資以 95 年 10 月 19 日之反訴準備狀繕本之送達，作為前開借貸關係終止之意思表示，爰依所有物及借用物返還請求權之法律關係，請求甲剷除系爭土地上之果樹及檳榔樹，並返還系爭土地、其所有權狀、無權占有所得之利益等。

### (三) 上訴審補充主張

甲於原審並未要求乙向○○公司花蓮廠請求證明文件以證明甲種植甘蔗而借用系爭權狀，此屬新攻擊防禦方法之提出。甲於原審未為主張及聲請，依《民事訴訟法》第 447 條第 1 項前段規定，已不得再行提出，縱甲曾於原審提出，乙亦已就此部分事實善盡舉證責任，應無礙原審判決作成之認定；甲稱於系爭土地進行改良花費 98,000 元，然其並未舉證證明，且系爭土地之改良物亦與本件無關。

## 肆、本件爭點

- 一、上訴人甲依照買賣契約之約定請求被上訴人乙將系爭土地所有權移轉登記與上訴人，是否有理？
- 二、被上訴人乙提起反訴依《民法》第 767 條規定請求上訴人返還土地，是否有理？
- 三、被上訴人乙反訴請求上訴人甲交還系爭權狀是否有理？



## 伍、法院見解

### 一、上訴人甲所為之前開補充陳述乃為原審所提為在系爭土地種植甘蔗之補充，得於本件上訴審中提出

按當事人不得提出新攻擊或防禦方法，但如係對於在第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充者，不在此限，《民事訴訟法》第 447 條第 1 項第 3 款定有明文，且該條規定於簡易程序之上訴程序所準用，同法第 436 條之 1 第 3 項明文可參。

上訴人甲所為前開補充陳述之內容，於第一審言詞辯論時並未提出，屬新攻擊防禦方法，惟上訴人甲於原審已提出其並未在系爭土地種植甘蔗，及其有改良系爭土地之情事，故該主張應可認屬其已提出攻擊防禦方法之補充，依據前述說明，自得於本件上訴審程序提出。

### 二、上訴人甲無法舉證證明兩造就系爭土地有買賣之合意，復未能舉證證明原住民（阿美族）買賣之習慣即為以物易物

按民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。稱買賣者，謂當事人約定一方移轉財產權於他方，他方支付價金之契約。當事人就標的物及其價金互相同意時，買賣契約即為成立。又當事人締結不動產買賣之債權契約，固非要式行為，惟對於買賣契約必要之點，即價金與標的物之意思表示必須一致，否則其契約即難謂已成立。請求履行債務之訴，除被告自認原告所主張債權發生原因之事實外，應先由原告就其主張此項事實，負舉證之責任，必須證明其為真實後，被告於其抗辯事實，始應負證明之責任，此為舉證責任分擔之原則。

本件上訴人甲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，且上訴人甲亦未能舉證證明原住民（阿美族）買賣之習慣即為以物易物，本院自未能遽以採信。

再被上訴人乙否認兩造間有買賣契約存在，依據前述說明，甲必須就買賣契約成立所須具備之要件，即兩造對於買賣標的物及其價金意思

表示相互一致之事實負舉證責任，始得認其主張為真實；惟甲所提出之系爭權狀，並不能作為兩造就系爭土地有買賣合意之有利佐證，此外，甲復未能舉證以實其說，故甲之主張難信為真實。至於其所稱改良系爭土地支出費用 98,000 元乙節，並未能舉證證明，自難信實，且縱其曾為覆土、種植植物，亦均與其應負返還系爭土地之責無涉，是其此部分之陳述，亦無可採。

### 陸、本案評析

本案判決之關鍵爭點為，上訴人甲請求被上訴人乙移轉登記其所聲稱與後者買賣取得之土地所有權。甲爭執之基礎為兩造均是阿美族原住民，依阿美族原住民傳統習慣，得依以物易物之方式買賣土地。甲既已給付乙 6 萬元且後者亦交付土地所有權狀予甲收執，則雙方已依傳統習慣，成立土地所有權之買賣契約。乙則主張交付權狀非出於買賣而係使用借貸之意思，故並無買賣關係之成立，甲為無權占有，應剷除農作物回復原狀並返還系爭土地。法院最後認定雙方之爭執應適用市民法，雙方並未就買賣標的物及其價金意思表示相互一致，因此買賣關係不成立。

本案判決與系爭事實與爭點相近之臺灣宜蘭地方法院 95 年度簡上字第 55 號判決之論理完全相反，斷然否認阿美族原住民之傳統習慣為一平行於市民物權法與債法之實體規則（「本件上訴人甲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」），因此，即使甲已主張依阿美族原住民之買賣習慣，常依祖先之習慣以物易物，若兩造皆係原住民，應依彼此交易主觀認知之習慣價值為準據規範，法院仍拒絕就該部分之規範意義與價值行使闡明權，而逕認既「上訴人甲亦未能舉證證明原住民（阿美族）買賣之習慣即為以物易物，本院自未能遽以採信」。甚至對上訴人事實上有效開發占有土地之行為與動機，亦在未盡闡明權力指示舉證或調查是否基於傳統律法之法意識所

為之行為前，即行依市民法意識認定：「縱其曾為覆土、種植植物，亦均與其應負返還系爭土地之責無涉，是其此部分之陳述，亦無可採」。

姑不論繫屬法院如何定位原住民族之傳統律法之規範性質，對於涉及具原住民族身分當事人以及原住民族傳統律法之事件，若其基礎事實相同、適用市民法則適用法規內容也相同，即不應採取不同之論理，而獲致不同之審判結果。本案與宜蘭地院 95 年度簡上字第 55 號判決之完全對立，抵銷了後者在原住民族之傳統習慣尚未被體系與成文化前，透過個案實務解釋漸次組合以建立其「普通法」的努力。各法院若如是無法就原住民族傳統律法之定性、適用條件與具體內容建立一套統整扣緊的解釋體系，勢必影響原住民族「普通法」的發展。

本案另一值得關注的議題是，設若繫屬法院同意上訴人所主張，「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」，從而認為阿美族之原住民族身分可作為國際私法適用「法域」之界線，惟兩造共屬之阿美族原住民族身分，是否足以作為指示適用阿美族之傳統習慣為系爭買賣等法律行為所生債權債務關係之爭執的準據法？畢竟身分籍通常被視為屬人準據法之連接因素，至於涉及買賣等法律行為發生債之原因者，或不動產移轉、設定負擔者，是否仍應以相同之原住民身分籍為連接因素，即有疑問。若否，則適當之連接因素為何？其是否能被傳統律法之文化脈絡所合法正當化？皆有待進一步研究。

### 案例九 違反《原住民保留地開發管理辦法》之土地移轉案

案號 臺灣南投地方法院 96 年度簡上字第 51 號

案由 拆屋還地

## 壹、案例事實

坐落南投縣仁愛鄉○○段 464 地號土地，面積原為 14,060 平方公尺，原為訴外人施○太所有，訴外人施○太於民國 77 年 7 月 26 日將其

中 7,000 平方公尺土地，出售與訴外人蔡○財並以契約之附圖標示出售位置，因當時法令限制非原住民不得取得原住民保留地，因而未辦理所有權移轉登記，嗣後蔡○財將其向訴外人施○太購買上開土地之面積及位置之權利讓與訴外人孫○春，再輾轉出售與上訴人戊之訴訟代理人丁，亦因限於法令而均未辦理所有權移轉登記。

訴外人施○太於 79 年 3 月 29 日死亡後，上開土地由被上訴人甲繼承取得，而上開土地嗣後因開闢道路而經地政機關逕分割為同段 464、464 之 1、464 之 2、464 之 3、464 之 4、464 之 5 等地號，其中 464 之 1、464 之 3、464 之 4 地號被徵收為道路用地，分割後之同段 464 地號（下稱系爭土地）之所有權由甲繼承後，丁為確保權利，而與甲簽訂確認書，確認系爭土地係由施○太出售與蔡○財，嗣後讓與孫○春、丁之事實，並與甲約定將系爭土地移轉登記至丁指定具原住民身分之訴外人陳○永名下，再輾轉移轉登記至丁指定具原住民身分之訴外人高○春，後再移轉至丁指定具原住民身分之戊名下。79 年間訴外人伍○一另向訴外人施○太購買系爭土地之一部分，嗣後乙與其兄合資向伍○一購買土地。

戊以甲及乙就系爭土地之使用均為無權占有，而依據《民法》第 767 條所有權之作用請求甲、乙拆屋還地。

## 貳、訴訟結果

上訴人戊本於《民法》第 767 條所有權之作用，請求被上訴人乙應將坐落南投縣仁愛鄉○○段 464 地號土地上之鐵皮屋拆除，並將上開土地返還上訴人，為有理由，應予准許。逾此所為請求，為無理由，應予駁回。

## 參、當事人主張

### 一、上訴人戊主張

#### (一) 被上訴人甲及乙就系爭土地之使用均為無權占有

被上訴人甲於所有權移轉後仍擅自於原地重建鐵皮石板屋，且擅自占用系爭土地之部分供木造柴房使用，其行為均屬無權占有。

被上訴人乙雖抗辯其占有之土地係訴外人伍○一於 79 年間向訴外人施○太購買，嗣後訴外人伍○一再售與被上訴人乙之兄，再由乙取得，惟被乙並未舉證以實其說，縱其抗辯屬實，惟土地所有權既未經移轉登記，自不得對抗上訴人之所有權，被上訴人乙占有系爭土地既無合法權源，竟占用系爭土地建築鐵皮屋，亦屬無權占有。

#### (二) 縱該買賣契約於訂立時有不能給付之情形，惟按《民法》246 條第 1 項規定，該契約仍為有效

原審判決以上訴人戊之訴訟代理人丁未具原住民身分而購買原住民保留地，並以戊為登記名義人，係違反《原住民保留地開發管理辦法》非原住民不得受讓原住民保留地之強制規定，認屬脫法行為而判決上訴人敗訴。惟《民法》第 246 條第 1 項規定：以不能之給付為契約標的者，其契約為無效，但其不能情形可以除去，而當事人訂約時並預期於不能之情形除去後為給付者，其契約仍為有效。

本件系爭土地雖為原住民保留地，且戊之訴訟代理人丁亦不具原住民身分，惟訴外人施○太與蔡○財間，訴外人蔡○財與孫○春間，及訴外人孫○春與上訴人之訴訟代理人間就系爭土地之買賣契約第 5 條均約定：「……如山地保留管理辦法一經修正，或另有其他可行法令可為上述任一項名義變更為乙方名義之所有權利時，甲方應對於辦理讓渡名義變更為乙方……」，上訴人之訴訟代理人與被上訴人甲○○所簽訂之確認書第 1 點末段亦記載：「乙方並可指定人登記」等語，上開約定均符合《民法》第 246 條第 1 項但書規定買賣契約仍屬有效。縱認買賣契約有無效情形，惟買賣契約與物權移轉係屬二事，物權移轉行為不因買賣

契約無效而失其效力，上訴人戊於物權行為經判決塗銷前，仍為系爭土地所有權人，自得請求被上訴人甲、乙拆屋還地。

戊為系爭土地所有權人，而系爭土地復為被上訴人甲、乙等無權占有使用，戊自得依《民法》第 767 條所有權之作用，請求被上訴人等拆除地上物，並返還系爭土地。

## 二、被上訴人主張

- (一) 被上訴人甲部分：系爭土地為原住民保留地，依法非具原住民身分者不得承買，甲之夫施○太雖曾將系爭土地一部分之權利出售與訴外人蔡○財，蔡○財又將該部分土地出售與上訴人之訴訟代理人丁，惟蔡○財、丁均不具原住民身分，依法不得登記為系爭土地之所有權人，丁始將系爭土地以人頭方式先後登記與具有原住民身分之陳○永、洪○玲、高○春及上訴人戊名下，上開買賣違反法律規定，應屬無效。縱使上開買賣有效，但依施○太與蔡○財所訂立之買賣契約書所載：讓渡土地標的：坐落南投縣仁愛鄉○○段 464 地號，內即仁愛鄉○○村○○巷 56 號房屋旁距上述房屋伍拾台尺起長壹佰捌拾台尺深陸拾台尺，面積約有參百坪」，由上開契約書所載，施○太於 77 年 3 月 3 日僅將土地之一部分售與蔡○財，買賣標的物之範圍為甲居住之房屋以北，並未含甲現所居住之房屋，上訴人自不得請求甲返還土地。
- (二) 被上訴人乙部分：乙所占有之土地，係於 79 年間訴外人伍○一向訴外人施○太購買系爭土地之一部分，嗣後乙與其兄施○信合資向伍○一購買土地，乙約 10 餘年在土地上興建建物，並於 87 年間向台○申請用電，該建物一直使用至今，足證該建物所占有之基地並非施○太出售予蔡○財之部分土地。

## 肆、本件爭點

訴外人施○太與蔡○財間，訴外人蔡○財與孫○春間，及訴外人孫○春與上訴人之訴訟代理人丁間就系爭土地所簽訂之買賣契約及上訴人之訴訟代理人與被上訴人甲所簽訂之確認書，是否違反《原住民保留地開發管理辦法》第 18 條第 1 項之強制規定，為脫法行為應屬無效？又如契約有效時，上訴人戊得否主張《民法》第 767 條規定，請求被上訴人甲、乙拆屋還地？

## 伍、法院見解

### 一、分析《原住民保留地開發管理辦法》第 15 條第 1 項及第 18 條第 1 項規定之立法意旨觀之

(一) 違反《原住民保留地開發管理辦法》第 15 條第 1 項規定之行為，乃屬脫法行為；但第 18 條第 1 項則反之。

1. 《原住民保留地開發管理辦法》第 15 條第 1 項屬禁止規定，故其之違反屬脫法行為。

《原住民保留地開發管理辦法》第 15 條第 1 項規定：「原住民取得原住民保留地之耕作權、地上權、承租權或無償使用權，除繼承或贈與於得為繼承之原住民、原受配戶內之原住民或三親等內之原住民外，『不得』轉讓或出租」，同法第 18 條第 1 項規定：「原住民取得原住民保留地所有權後，除政府指定之特定用途外，其移轉之承受人以原住民為限」，由上開條文觀之，《原住民保留地開發管理辦法》第 15 條第 1 項，係採「不得」之用語，應屬禁止規定，如有違反或以脫法行為達違反之效果，均屬違反《民法》第 71 條規定而無效，實務上亦多認屬無效。

2. 《原住民保留地開發管理辦法》第 18 條第 1 項非屬禁止規定。《原住民保留地開發管理辦法》第 18 條第 1 項規定，係採「以原住民為限」等用語，並非規定「不得」讓與原住民以

外之人，而實務並無相關見解認定為禁止規定之案例，因此上開規定是否屬效力規定即有疑問。

(二) 次查，《原住民保留地開發管理辦法》第 16 條第 1 項規定，違反第 15 條不得轉讓或出租規定者，鄉（鎮、市、區）公所得收回原住民保留地外，對已為耕作權或地上權登記者，訴請法院塗銷登記；對租用或無償使用者，終止其契約。由第 15 條文規定係採「不得」，且違反時有收回、塗銷及終止契約等規定加以拘束，其應屬禁止規定當無疑義。反觀同法第 18 條規定，並未採「不得」，且違反時，亦無如同違反第 15 條般，有諸多得以併達禁止效果之規定，足見立法者就同法第 18 條及第 15 條，係有意為不同規定，第 18 條規定顯非禁止規定甚明。

(三) 再查，《原住民保留地開發管理辦法》之立法目的，係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，然現今土地利用與農業時代不同，原住民之生活習慣及工作技能亦不同於以往，如將第 18 條之規定解釋為禁止規定，非但有害原住民就土地之利用，限制其就業範圍，反不利於原住民之生計，本院斟酌上開情事認《原住民保留地開發管理辦法》第 18 條第 1 項之規定並非禁止規定，如有違反並非無效，始符立法目的。

## 二、買賣契約與確認書均為有效

(一) 約定可登記於買受人所指定有自耕能力之人者之契約為法所不禁，該契約有效

《原住民保留地開發管理辦法》第 18 條第 1 項之規定並非禁止規定，如有違反並非無效，已如上述，因此，上訴人之訴訟代理人輾轉自訴外人孫○春、蔡○財及施○太受讓系爭土地，並簽訂讓渡契約，雖上訴人之訴訟代理人因法令規定無法就系爭土地所有權為移轉登記，而與被上訴人甲約定移轉登記至訴外人陳○永、高○春及上訴人名下，惟其間之買賣契約仍應屬有效。



至於將原住民保留地出售與不具原住民身分之人，是否為《民法》第 246 條第 1 項規定以不能之給付為契約之標的而歸屬無效。按以私有農地出售於無自耕能力人者，其買賣契約固因客觀上給付不能而非有效。惟如同時約定可登記於買受人所指定有自耕能力之人者。則此項約定亦為法所不禁，即難謂以不能之給付為標的，而認其契約係自始無效。

(二) 上訴人之訴訟代理人丁與被上訴人甲所簽訂之確認書無悖於《民法》第 246 條第 1 項但書之規定，是該確認書有效

本件訴外人施○太與蔡○財間，訴外人蔡○財與孫○春間，及訴外人孫○春與上訴人之訴訟代理人間就系爭土地所簽訂之買賣契約第 5 條均記載：「依照山地保留地管理辦法之有關規定，甲方（山胞）不得將所租（使）用之土地及其地上建築改良物或其權利作為典賣、質押、交換、贈與、租賃售賣青苗及與平地人民合夥經營之標的，本件山地保留地租（使）用權利讓渡標的土地，如山地保留地管理辦法一經修正，或另有其他可行法令可為上述任一項名義變更（讓渡）為乙方名義之所有權利時，甲方應對於辦理讓渡名義變更為乙方……」等語，又上訴人之訴訟代理人與被上訴人甲所簽訂之確認書第 1 點末段亦記載：「乙方並可指定人登記」等語，兩造間既有日後法令限制變更時應為移轉登記或可指定第三人作為登記名義人之約定，即與《民法》第 246 條第 1 項但書之規定相符，依上開最高法院判決意旨所示，訴外人施○太與蔡○財間，訴外人蔡○財與孫○春間，及訴外人孫○春與上訴人之訴訟代理人間就系爭土地所簽定之買賣契約及上訴人之訴訟代理人與被上訴人甲所簽訂之確認書，仍應認為有效。

### 三、被上訴人甲為有權占有並且未曾交付房屋及其所占用之土地，故上訴人戊不得請求返還

(一) 上訴人戊或上訴人之訴訟代理人丁自始未曾占有房屋所占用之土地，自不能請求被上訴人甲返還房地所占用之土地部分

《民法》第 767 條前段規定：「所有人對於無權占有或有侵奪其所有物者，得請求返還之」，故所有物返還請求權之標的為「所有物」占有之返還，非所有權之返還，因而返還之方法係「所有物」占有之移轉，而非所有權之移轉。

本件上訴人戊係本於《民法》第 767 條規定，請求甲拆屋還地，惟上開房地自訴外人施○太售與蔡○財系爭土地，輾轉再售與孫○春，再至上訴人戊之訴訟代理人丁止，上開房屋所占用之土地部分均未交付與買受人蔡○財、孫○春及上訴人之訴訟代理人占有使用，而僅交付上開房地所占用土地部分以外之系爭土地與買受人占有使用，嗣後甲繼承訴外人施○太買賣契約之地位及系爭土地、房屋，而負有交付上開房屋所占用土地部分之義務，惟甲始終未將房屋所占用之土地交付與戊或丁占有使用，依《民法》第 767 條規定，戊或丁自始未曾占有房屋所占用之土地，自不能請求甲返還房地所占用之土地部分（因曾占有後嗣遭他人無權占有或侵奪，始有「返還」失去之占有）。

(二) 被上訴人甲所應負之責任係未履行買賣契約所約定之交付房屋所占用土地部分之占有與上訴人或上訴人之訴訟代理人之債務不履行責任

縱然買賣契約之標的已包含房屋及所占用土地部分，然依最高法院判決意旨，按不動產買賣契約成立後，其收益權之歸屬，依《民法》第 373 條規定，應以標的物已否交付為斷，與是否已辦理所有權移轉登記無涉。出賣人固負有交付出賣之不動產與買受人之義務，但在未交付前，其繼續占有買賣標的，僅屬債務不履行，尚難指為無權占有，不因其所有權移轉登記已完成而有異。是甲所應負之責任係未履行買賣契約

所約定之交付房屋所占用土地部分之占有與戊或丁之債務不履行責任，尚難據此即認甲為無權占有。

#### 四、被上訴人乙自應就占有系爭土地之合法權源負舉證之責

按以無權占有為原因，請求返還土地者，占有人對土地所有權存在之事實無爭執，而僅以非無權占有為抗辯者，土地所有權人對其土地被無權占有之事實無舉證責任，占有人自應就其取得占有係有正當權源之事實證明之（最高法院 85 年度台上字第 1120 號判決參照）。

本件系爭土地為上訴人戊所有，有土地登記簿謄本附卷可查，並為兩造所不爭執，則乙自應就占有系爭土地之合法權源負舉證之責，戊無須舉證證明乙為無權占有之事實。雖乙抗辯所占有之土地，係於 79 年間訴外人伍○一向訴外人施○太購買系爭土地之一部分，嗣後乙與其兄合資向伍○一購買土地，乙於 10 餘年前在土地上興建建物，並於 87 年向台○申請用電，該建物一直使用至今，足證該建物所占有之基地並非施○太出售予蔡○財之部分土地等語，惟並未舉證以實其說，復未提出就使用系爭土地有合法權源之證據供本院調查，乙之抗辯應認為無理由。

#### 陸、本案評析

《山坡地保育利用條例》第 37 條規定：「山坡地範圍內山地保留地，輔導原住民開發並取得耕作權、地上權或承租權。其耕作權、地上權繼續經營滿五年者，無償取得土地所有權，除政府指定之特定用途外，如有移轉，以原住民為限；其開發管理辦法，由行政院定之。」其子法《原住民保留地開發管理辦法》即依前述條文於第 18 條規定：「原住民取得原住民保留地所有權後，除政府指定之特定用途外，其移轉之承受人以原住民為限」，揭示「原地原用」之規範意旨。當一原住民保留地買賣契約違反《山坡地保育利用條例》第 37 條與《原住民保留地開發管理辦法》第 18 條，買受人不具原住民身分時，實務通說認為此類原住民約定移轉原住民保留地予非原住民之買賣契約，因契約所約定

之給付（所有權移轉登記）屬法律上之給付不能而依《民法》第 246 條第 1 項之規定無效。不過，當原住民與非原住民約定，將原住民保留地移轉給該非原住民所指定之原住民時，其買賣契約是否即認不違反《原住民保留地開發管理辦法》第 18 條第 1 項而有效？為本案涉及之核心議題。

在本案中，南投地方法院認為，本案事實與原住民直接將其所有之原住民保留地出賣予非原住民不同。南投地方法院指出，在民國 77 年施某與蔡某間之買賣契約，及後手之買賣契約中均有記載，買賣雙方皆了解原住民保留地依法不得移轉給非原住民，因而約定：「如山地保留地管理辦法一經修正，或另有其他可行法令可為上述任一項名義變更（讓渡）為乙方名義之所有權利時，甲方應對於辦理讓渡名義變更為乙方」，而其後丁與甲所簽訂之確認書中亦記載：「乙方並可指定人登記」，則當初施某與蔡某間之原住民保留地買賣契約之標的即並非給付不能。然而，目前原住民保留地「原地非原用」之情形中，大宗即是依照南投地方法院此見解之模式操作，此種模式長期以來即被批評造成原住民保留地透過原住民「人頭」而逐漸流失於非原住民之手。於實務上之爭議則在於，出賣人與非原住民買受人之前述約定，是否係基於違反強行法規之目的，藉由契約自由做成一形式上合法之法律行為，以迂迴的方式達成法律所不允許之目的？

於本案例中，南投地方法院認為，構成脫法行為之前提為，系爭行為所欲迴避者為一「強行法規」。就「強行法規」之定義，南投地方法院引用施啟揚教授之著作「民法總則」說明：「命令當事人為一定行為者，稱強制規定，命令當事人不得為一定行為者，稱禁止規定，例如權利能力、行為能力及自由不得拋棄；故意或重大過失責任不得預先免除；……在諸多條文中，除部分條文可從規定的形式，例如『應』、『須』、『不得』等加以判斷外，何者為任意規定，何者為強行規定，並無統一區分標準，應個別加以認定」，其認為《原住民保留地開發管理辦法》第 18 條第 1 項並未如同法第 15 條第 1 項有「不得」之字眼，違反效果亦不同，故《原住民保留地開發管理辦法》第 18 條第 1 項並非

強行規定。因此，就算買賣雙方係蓄意以迂迴手段達成《原住民保留地開發管理辦法》第 18 條第 1 項所不允許之目的，也不構成脫法行為。值得注意的是，南投地方法院在其前述論述中並指出：「《原住民保留地開發管理辦法》之立法目的，係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，然現今土地利用與農業時代不同，原住民之生活習慣及工作技能亦不同於以往，如將第 18 條之規定解釋為禁止規定，非但有害原住民就土地之利用，限制其就業範圍，反不利於原住民之生計」。

南投地方法院之前述見解為目前實務通說。於臺灣高等法院 101 年度上字第 382 號判決中，同樣認為：「原住民保留地出售與無原住民身分者，其買賣契約原則上固因有客觀上之給付不能而無效（保留地管理辦法第 8 條第 2 項參照），惟如同時約定可登記與買受人所指定具有原住民身分之人，則此約定，亦為法律所不禁，即難謂係以不能之給付為標的，而認其契約係自始無效」。同時，高等法院就「將原住民保留地移轉給該非原住民所指定之原住民」是否構成脫法行為之爭議，認為「法律並無禁止將不動產借用第三人名義之強制規定，即難認此借名登記係脫法行為」。在該案件中，一造有主張系爭買賣構成民法上之「通謀虛偽意思表示」，應屬無效，高等法院則指出，若表意人與相對人通謀而為虛偽意思表示者，其意思表示無效，《民法》第 87 條第 1 項前段定有明文，所謂通謀虛偽意思表示，係指表意人與相對人雙方故意為不符真意之表示而言，然原住民保留地借名買賣契約中，雙方「就系爭土地確實有成立買賣契約之合意……就系爭土地並非為虛偽買賣」。

不過，最高法院 100 年度台上字第 775 號裁定，卻採取與上述見解相反之立場。該案件中，非原住民王某八人共同出資向原住民游某簽約購買一系爭原住民保留地，游某取得土地所有權登記後，囿於法令無法依買賣契約辦理移轉登記，雙方乃成立借名契約，合意王某八人將系爭土地借名登記於游某名下，而由游某以該地為王某八人設定最高限額二千二百七十五萬元之抵押權登記。在該案件中，最高法院認定：「系爭土地為原住民保留地，承受人以原住民為限，上開系爭土地買賣契約及

借名契約均屬脫法行為，依法無效；惟系爭抵押權登記仍屬合法有效」，並認定該抵押權：「所擔保者，不僅限於游阿和應履行借名契約所生之債務，尚及於因該契約無效，所生之回復原狀或損害賠償債務」。

本書以為，在《山坡地保育利用條例》第 37 條「原地原用」之規範框架下，一概承認「將原住民保留地移轉給非原住民所指定之具有原住民身分之第三人」之買賣契約效力之司法實務見解，已顯然實質架空《山坡地保育利用條例》是條規定之立法意旨。按依據《山坡地保育利用條例》第 37 條授權訂定之《原住民保留地開發管理辦法》中，於原住民取得原住民保留地所有權後，除了所有權移轉對象之限制外，並不限制非原住民就私有原住民保留地之租賃，內政部「內政部 95.01.03 台內營字第 0940088012 號函」與最高法院 100 年度台上字第 775 號裁定等司法實務見解亦認定原住民保留地得為非原住民設定地上權與抵押權。由此可知，原住民保留地之所有權無論於形式上或實質上均不得移轉給非原住民，為原住民保留地「原地非原用」容許範圍不應擴張至之極限。

於訴訟個案中，法院應探究原住民保留地買賣當事人之真意，儘管雙方同意將原住民保留地移轉給不具原住民身分之買受人指定之原住民第三人，然只要該買受人之本意係欲取得系爭原住民保留地之所有權實質權能，雙方並均知曉受讓所有權移轉登記之原住民僅為「借名」，不為「實質上」之所有權人，則此買賣契約綜不認構成脫法行為，也應認定因買賣雙方之通謀虛偽意思表示而無效。不過，縱然判定原住民保留地之「借名」買賣契約無效，在司法實務見解承認原住民保留地得為非原住民設定抵押權之情形下，本書認「原地非原用」之情形仍不會改善。如最高法院 100 年度台上字第 775 號裁定中，非原住民王某八人共同出資向原住民游某簽約購買之系爭原住民保留地價金僅二百五十萬元，游某卻為其等設定高達二千二百七十五萬元之最高限額抵押權，買賣價金與最高限額抵押權約定之最高限額有顯著差距，縱然最高法院認定該抵押權所擔保者，不僅限於出賣人應履行借名契約所生之債務，尚及於因該契約無效所生之回復原狀或損害賠償債務，然此回復原狀或損

害賠償債務是否有可能高於買賣標的物價金達十倍之多，其合理性顯有疑義。在此類型個案中，契約條款內容是否對於原住民過於不利，實令人擔憂。

#### 案例十 阿美族傳統土地案無權占有案

案號 臺灣高等法院花蓮分院 100 年度再易字第 3 號

案由 交還土地

### 壹、案例事實

位於臺東縣成功鎮之系爭土地為中華民國所有，行政院農業委員會林務局臺東區管理處為管理機關，原住民甲於其上種植臺灣海藻、竹子、香蕉、椰子樹等作物，雙方就其占有是否具正當權源、是否應交還土地一事爭執。

### 貳、訴訟歷程與結果

#### 一、訴訟歷程

本案經臺東地方法院判決被告甲應將系爭土地上之作物砍除，將該土地返還行政院農業委員會林務局臺東區管理處；嗣甲就該請求交還土地事件提起上訴，高等法院判決駁回上訴，甲逕提起再審之訴，經法院判決駁回。於一審中，甲與利用鄰近土地之乙同為被告，兩人於二審時共同就一審判決提起上訴，然因乙其後未提起再審，本案以下僅就涉及甲之訴訟歷程進行研析。

#### 二、判決主文

##### (一) 第一審判決

被告甲應將坐落在系爭土地上之作物砍除，將該土地返還原告行政

院農業委員會林務局臺東區管理處，並應給付原告新臺幣貳萬陸仟伍佰伍拾肆元，及自民國 99 年 2 月 3 日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。原告對甲其餘之訴駁回。訴訟費用甲需負擔新臺幣陸仟壹佰柒拾元。(臺灣臺東地方法院 99 年度訴字第 40 號)

(二) 第二審判決

上訴駁回。訴訟費用由上訴人負擔。(臺灣高等法院花蓮分院 99 年度上字第 52 號)

(三) 再審判決

再審駁回。再審訴訟費用由再審原告負擔。(臺灣高等法院花蓮分院 100 年度再易字第 3 號)

## 參、當事人主張

### 一、行政院農業委員會林務局臺東區管理處主張

位於臺東縣成功鎮之系爭土地為中華民國所有，伊為管理機關，甲無正當權源占用之，並種植臺灣海藻、竹子、香蕉、椰子樹等作物，又主張甲於無權占有期間，受有類似租金之不當得利，爰依《民法》第 767 條、第 179 條規定，本於土地所有權人請求返還所有物、排除侵害及不當得利之法律關係，向甲訴請給付回溯 5 年間類似租金之不當得利 207,755 元(計算方式：占用面積合計 10,387.79 平方公尺＝回溯 5 年期間之申報地價均為 40 元／每平方公尺×10%×5 年)、砍除地上物並返還土地。

又甲於上訴審所稱：先人定居系爭土地耕作時，中華民國政府尚未誕生，政府機關豈可乞丐趕廟公，利用公權力，欲占其合法使用之土地云云，事關統治權與主權之爭議，應與本件民事訴訟無關。



## 二、原住民甲主張

(一) 系爭土地為其傳統土地，現正申請補辦增、劃編為原住民保留地，行政院農業委員會林務局臺東區管理處基於誠信原則，不應於此期間逕依《民法》第 767 條前段規定，請求甲移除地上物，並返還所占用土地。

系爭土地為甲祖先所合法占有，約在 76 年間，甲母親始將該土地交給甲使用，計算傳至甲已是第 4 代近百年，參酌《民法》第 952 條之規定，得推定甲已為適法所有之權利，自得為上開占有土地之使用及收益。甲曾於 96 年 12 月 12 日就系爭土地，向臺東縣成功鎮公所申請補辦增、劃編為原住民保留地，現正審議中。甲主張其對於合法使用系爭土地有期待利益，信賴國家受理申請原住民保留地之程序亦屬值得保護之利益，行政院農業委員會林務局臺東區管理處於審核期間，逕依《民法》第 767 條前段規定，請求甲移除地上物，並返還所占用土地，其權利行使有違誠信原則，不應准許。

且行政院農業委員會林務局臺東區管理處行使系爭土地權利並無重大公益需求或權利重大受害之情事，依一般社會通念，可認其於甲有合法使用系爭土地期待利益之情況下，行使其拆除地上物，並返還土地之權利，其權利行使應受限制。

(二) 甲占有、使用系爭土地，係基於其身為原住民阿美族人之傳統土地權利，二審判決未據《原住民族基本法》第 20 條第 1 項規定，審認甲有無排除或限制再審被告對系爭土地之所有、管理權限，逕依《民法》第 767 條及第 179 條規定，判決甲敗訴，足認該判決有判決不適用法規或適用法規不當之顯然錯誤。

《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，其立法理由謂：依原住民族定義得知國家建立之前原住民族即已存在，是以國際間各國均尊重原住民族既有領域管轄權，並對於依附在領域管轄權所衍生的原住民族土地及自然資源權利也均予以承認，爰明定第 1 項。條文既稱政

府承認原住民族土地權利，且於立法理由說明所承認者係國家建立之前，依附於原住民族領域管轄權之土地權利，足見該法所稱原住民族土地權利並非屬現行《土地法》、《民法》及其他制定法所定之土地權利，係另外植基於國家建立前原住民族傳統占有（the traditional occupancy）及其與該土地之聯繫（the connection with the land）所取得之土地權利，由國家在法律上予以承認而言，與美國、加拿大、澳洲等國家所稱之 native title 或 aboriginal title 相當，乃屬可排除或限制現行《土地法》、《民法》及其他制定法所定土地權利之另一土地權利體系。

又依美、加、澳等國立法例及裁判實務，原住民族土地權（native title）優先存續於現代國家主權及土地所有權之取得（native title to land survived the Crown's acquisition of sovereignty and radical title），原住民族土地權經國家法律承認後，即構成對國家制定法所定土地所有權之限制、負擔或責任（burden），另原住民族土地權依原住民族之律法及習慣而發生（existed in accordance with the laws and customs of indigenous people），且該土地權利尚未為政府公法行為所滅卻（extinguished by governmental acts）時始有其存在。具體言之，原住民族依其律法及習慣所享有之土地權存在於下列土地：國有素地（vacant Crown land）、國有森林地（State forests）、國家公園（national parks）、公有保留地（public reserves）、海灘或海濱（beaches and foreshores）、行政機關持有之土地（land held by government agencies）及其他國、公有土地（any other public or Crown lands）等，在國家尚未以公法行為明示滅卻原住民族土地權，或原住民族自願放棄其傳統土地權以前，原住民族土地權優先排除國家對國、公有土地之所有權，或二者併存，此有 Gareth Griffith 所著 *The native title debate: background and current issues* 可按。

準此，甲為原住民族阿美族人，於原審中甲既主張伊先人占有

系爭土地耕種，已歷四代近百年，其先人定居斯土耕作時，中華民國政府尚未誕生，且一直均是由伊歷代祖先合法耕種、保護土地而繼續使用中，伊非無權占用，則其占有、使用系爭土地，依當地阿美族律法及習慣是否合法正當，而足認為《原住民族基本法》第 20 條第 1 項所定政府應承認之原住民族土地權，如是則該當地阿美族人之傳統土地權有無經政府明示滅卻；如未經政府明示滅卻，則該當地阿美族傳統土地權與國家所有權之關係為何，甲占有、使用系爭土地，有無排除國家機關所有、管理之權限等有關公益重大事由，自屬法院應依職權調查之事項，原審棄置不論，亦有應調查而未調查之違法。

原判決徒據《民法》第 767 條及第 179 條規定判決再審原告敗訴，未據《原住民族基本法》第 20 條第 1 項審認再審原告有無依其民族律法及習慣，享有傳統土地之權利，且基此可否排除或限制再審被告對系爭土地之所有、管理權限，足認原判決亦有不適用法規或適用不當之顯然錯誤，而構成開始再審之原因，爰提起本件再審之訴。

#### 肆、本案爭點

- 一、行政院農業委員會林務局臺東區管理處請求甲砍除作物、返還土地；給付類似租金之不當得利，有無理由？
- 二、依甲主張，原審是否未就其抗辯，依《民法》第 148 條所定誠實信用原則或引據《原住民族基本法》第 20 條第 1 項規定？原判決是否有判決不適用法規或適用法規不當之顯然錯誤？

## 伍、法院見解

### 一、甲主張其於提出申請案經初審通過後，即對於合法使用系爭土地有期待利益，信賴國家受理申請原住民保留地之程序亦屬值得保護之利益云云，顯有未洽，其據而主張原審未依《民法》第 148 條誠信原則規定審酌此部分，亦顯屬無據

按原住民族土地係指原住民族傳統領域土地及既有原住民保留地，《原住民族基本法》第 2 條第 5 款定有明文。且依同法第 20 條第 1、3 項規定，政府承認原住民族土地及自然資源權利，且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。依上開規定所示，原住民族土地之所有仍需依相關規定辦理，並非一經主張係屬原住民族土地，即當然取得權利甚明。

又公有土地經申請增劃編為原住民保留地時，須由主管機關徵得土地管理機關表示同意，始能准許核定。再審原告固已依相關規定提出本件申請案，惟各級主管機關仍須依相關法規逐一審核，始能決定准駁，並非一經再審原告提出申請案，或於鄉公所及縣政府初審合格，甲之申請案即必然應予核定

### 二、原審判決無甲所稱適用《民法》第 767 條及第 179 條規定不當之顯然錯誤

甲於原審所主張之事實，並未能證明其對系爭土地已取得合法期待利益而有《民法》第 148 條誠信原則之適用，又其既未能取得系爭土地業經增編定為原住民保留地，自亦無法適用《原住民族基本法》第 20 條第 1 項之規定，則依此亦無所稱適用《民法》第 767 條及第 179 條規定不當之顯然錯誤，則原審縱未細論再審原告所提之《民法》第 148 條規定及《原住民族基本法》第 20 條規定，實與結果不生影響。

## 陸、本案評析

就原住民保留地劃編之性質，本書於臺灣高等法院花蓮分院 99 年度上易字第 33 號判決評析中，說明司法實務見解多認為，主管機關依據《山坡地保育地利用條例》與《原住民保留地開發管理辦法》編定原住民保留地，或授予原住民個人就特定原住民保留地之使用收益權利或所有權，均為行政機關單面之高權行為，屬受益性之行政處分，在原住民保留地尚未完成編劃，且原住民未登記耕作權、地上權等他項權利前，縱使原住民世代居住於系爭土地，仍不得主張有權占有對抗系爭土地管理機關。不過，本案訴訟事實中，原住民甲就為其傳統土地但目前為國有地之 A 地，不僅提出補辦增、劃編為原住民保留地之申請，且業已經過臺東縣成功鎮土審會之初審及層層函轉，行政院原住民族委員會更已函請行政院農業委員會林務局同意編定，則甲是否可於此時主張對於 A 地編定為原住民保留地之信賴利益，而對抗臺東林管處於此時要求甲返還該地之主張，為本案之爭議核心。

就前述爭點，高等法院花蓮分院認為，原住民保留地增、劃編之程序中，除了須依據《原住民保留地開發管理辦法》第 6 條規定，經原住民保留地所在之鄉（鎮、市、區）公所設置之原住民保留地土地權利審查委員會審議通過外，尚需依「公有土地增編原住民保留地處理原則」取得土地管理機關之同意。甲主張其於提出申請案經初審通過後，即對於合法使用系爭土地有期待利益，信賴國家受理申請原住民保留地之程序亦屬值得保護之利益云云，顯有未洽。

由高等法院花蓮分院之前述見解，如本書於臺灣高等法院花蓮分院 99 年度上易字第 33 號本案評析中所述，顯示目前原住民保留地政策過於強調保留地之國有地性質，忽略保留地係原住民族傳統土地之歷史事實。依據現行原住民保留地增劃編相關法令與《原住民保留地開發管理辦法》，原住民自將國有地申請增劃編為原住民保留地，又於原住民保留地上申請登記地上權、耕作權後至取得所有權，已是漫漫長路，其中各行政單位又得以於不同程序中依據數不具法律位階之法規命令予以掣肘，顯然前述行政程序已為原住民土地權利之取得創設諸多障礙。

臺灣高等法院花蓮分院 97 年度再易字第 6 號判決，為原住民取得保留地土地權利之爭議案件中，更為極端之一例。該案原告已於系爭土地上取得地上權及耕作權登記滿五年，其已可依據《原住民保留地開發管理辦法》第 17 條規定聲請無償取得原住民保留地所有權。在此時，系爭土地遭到他人占有並建築地上物，原告因而主張代位原住民保留地所有權人——中華民國政府向占有人主張該屋還地。原告之聲明中述及：「依《原住民保留地開發管理辦法》等相關作業規定，獲配原住民保留地地上權之原住民，於地上權設定屆滿 5 年後，申請無償取得受配土地所有權之程序，必須經由需時三個月以上之繁複程序，並非一蹴可成，於此地上權及耕作權存續期間屆滿，進一步申請無償取得獲配原住民保留地所有權期間，若因地上權或耕作權期間屆滿，即認原住民與中華民國政府之間，並無私法上權利義務關係，原住民並無使用收益獲配保留地之權利，則原住民在地上權存續期間所興建之建築物、工作物或竹木等，均因尚未取得所有權而屬無權占有，豈不謬乎？」

然高等法院花蓮分院認為，《原住民保留地開發管理辦法》雖然賦予原住民耕作權或繼續經營滿五年後得取得所有權，其所有權之取得係本於行政機關運用公權力之行為，具有「高權之特性」，為給付行政之一環，該請求權係本於公法上法律關係而生之公法上請求權，並非本於私法上債之關係而生之權利，綜該權利受有損害，亦無行使《民法》第 242 條之代位權之餘地。同時，高等法院花蓮分院指出，該案原告於原住民保留地之地上權登記期間屆滿後，對於系爭土地之地上權即當然消滅，在取得土地所有權之前，對於系爭土地即無私法上之權利可資主張。

由前述司法實務見解，拼湊出了現今原住民於其被劃定為國有地之傳統土地上之權利實像——其必須憑藉目前土地管理單位可能釋出之善意，方能順利履踐原住民保留地增劃編、設定他項權利及最終取得所有權之程序。就算其已設定他項權利滿五年，當他項權利登記期間屆滿時起，原住民就原住民保留地即毫無任何權利可資主張。前述規定與實務操作，明顯違反《原住民族基本法》第 20 條第 1 項之立法意旨，該條

項規定：「政府承認原住民族土地及自然資源權利」。按基本法第 20 條第 3 項雖規定：「原住民族或原住民所有、使用之土地、海域，其回復、取得、處分、計畫、管理及利用等事項，另以法律定之。」然此等法律應係協助原住民回復土地權利，而非如現行原住民保留地相關行政命令於司法實務上之適用一般，形成不斷限制原住民取回土地權利之詭異規範狀態。

原住民保留地政策現行規範均為不具法律位階之行政命令，其之解釋均應依據《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之立法意旨進行解釋與適用。執是，法院應扭轉其於臺灣高等法院花蓮分院 100 年度再易字第 3 號判決、臺灣高等法院花蓮分院 97 年度再易字第 6 號判決見解中，認為原住民保留地之劃定與土地權利之授予係高權行政之態度，而應改將原住民土地權利回復予原住民視為司法解釋之主軸。以臺灣高等法院花蓮分院 100 年度再易字第 3 號判決訴訟事實為例，原住民甲就原住民保留地之增劃編申請已至最後一道程序，應認甲就原住民保留地增劃編申請之完成具有信賴利益應予保護；又如同臺灣高等法院花蓮分院 97 年度再易字第 6 號判決訴訟事實，原住民已於保留地上設定他項權利滿五年，其就取得保留地所有權之信賴利益應認更為充分而應予保障無疑。

同時，臺灣高等法院花蓮分院 100 年度再易字第 3 號判決中，法院認為臺東林管處經綜合評估國土保安及涵養水源等因素之後未同意原住民保留地之劃定，構成排除原住民保留地劃定之原因，本書認應一併予以檢討。按依據《原住民族基本法》第 21 條第 1 項、第 2 項更進一步規定：「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（第 1 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 2 項）。」則臺東林管處欲以資源保育之理由限制原住民就其自身傳統土地之使用，理應依據前述規定取得該地傳統擁有原住民之同意，否則不得僅因行政裁量即任意侵害原住民就其傳統土地之權利。

臺灣高等法院花蓮分院 100 年度再易字第 3 號判決另外值得注意者為，其係國內就原住民保留地爭訟案件中，少數原住民大量援引外國立法例、裁判實務與學說，用以論述原住民土地權之權利性質與位階者。甲於本案中援引美、加、澳等國立法例及裁判實務，強調原住民族土地權應優先存續於現代國家主權及土地所有權之取得。然高等法院花蓮分院並未就甲之主張進行說明，僅以「再審原告主張依其占有事實及外國法例、學說等，推而主張其權利，核與《原住民族基本法》之規定不符」，即排除原告主張，本書認係過於武斷。按我國已於民國 98 年 12 月 10 日公告實施《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》，該法第 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」，則法院可於個案中直接適用「經濟社會文化權利國際公約」第 1 條第 1 項規定：「所有民族均享有自決權，根據此種權利，自由決定其政治地位及自由從事其經濟、社會與文化之發展。」同條第 2 項規定：「所有民族得為本身之目的，自由處置其天然財富及資源，但不得妨害因基於互惠原則之國際經濟合作及因國際法而生之任何義務。無論在何種情形下，民族之生計，不容剝奪。」之立法意旨，補充解釋「原住民族基本法」中原住民取得與使用其傳統土地權利之權利要件與內容。而在適用「經濟社會文化權利國際公約」之過程中，法院自可參酌國際人權學說與實踐作為解釋基礎。

### 案例十一 東昌村阿美族里漏部落文化聚會所通行權案

案號 臺灣高等法院花蓮分院 101 年度上易字第 31 號

案由 確認通行權存在

#### 壹、案例事實

上訴人魏○梅、張○生主張其所有坐落於花蓮縣吉安鄉之 A、B 住宅用地為四周完全無臨路之袋地，上揭 2 筆土地周圍雖有可聯外之道



路，但由於路寬不足建築法規所規定之 5 公尺，因此請求法院確認上訴人就被上訴人（花蓮縣吉安鄉公所）代管之 C、D 土地的袋地通行權存在。被上訴人所代管之 2 筆土地目前雖為空地，但係由被上訴人向國有財產局申請撥用，擬做為東昌村阿美族里漏部落之生活集會及宗教祭祀場所之用，業經行政院准予撥用，已納入行政院原住民族委員會第二階段核定補助名單，被上訴人主張：若准允上訴人之請求，則勢必將毀損阿美族集會場所之興建計畫。

## 貳、訴訟歷程與結果

### 一、訴訟歷程

本案為當事人間請求確認通行權存在事件，上訴人對於臺灣花蓮地方法院中華民國 101 年 4 月 30 日 99 年度訴字第 364 號第一審判決，提起上訴，本院於 101 年 11 月 20 日言詞辯論終結。

### 二、判決主文

- (一) 第一審判決：原告之訴駁回。（臺灣花蓮地方法院 99 年度訴字第 364 號）
- (二) 第二審判決：上訴駁回。第二審訴訟費用由上訴人負擔。（臺灣高等法院花蓮分院 101 年度上易字第 31 號）

## 參、當事人主張

### 一、兩造於原審之主張

#### (一) 上訴人方面

1. 上訴人起訴主張：上訴人所有坐落於花蓮縣吉安鄉之 A、B 土地，係都市計畫內之住宅用地，四周完全無臨路，為袋地。而被上訴人所管同段 C、D 國有土地係上訴人前揭土地可達聯外道路必經，且距離最近、損害最少之土地。

2. 又上訴人前揭 2 筆土地通行被上訴人所管之 2 筆土地直線距離為 23 公尺，依內政部營建署所頒建築技術規則規定，長度在 20 公尺以上者，基地內通路之寬度不得小於 5 公尺。為使上訴人前揭土地得為通常之使用，應將建築之基本需求列入考量。而上訴人前揭 2 筆土地為達建築之基本要求，所須通道寬度確需 5 公尺，因此該通道若不足 5 公尺，勢必無法取得建築執照，不足敷袋地建築基本需求，依最高法院 85 年度台上字第 3141 號、87 年度台上字第 2247 號判決意旨，不能謂已使為建地之袋地為通常之使用。爰依《民法》第 787 條第 1 項規定<sup>14</sup>，請求通行被告所管 C、D 土地中寬度 5 公尺之部分土地，求為判決：確認上訴人就被告代管坐落於花蓮縣吉安鄉 C、D 兩地有通行權存在。

#### (二) 被上訴人方面

1. 被上訴人代管之 C、D 土地，自日本殖民統治時期起即作為阿美族里漏部落之生活集會及宗教祭祀場所，其後雖因戒嚴時期設置作為軍營使用至 83 年止，惟被上訴人自 91 年間因應各界人士及民意代表之反應陳情，積極著手爭取將該 2 筆土地辦理撥用及通盤檢討事宜，歷經多次通盤檢討程序、公開說明會、撥用程序等近 10 年之漫長時間，終致完成撥用程序，被上訴人亦已著手規劃原住民聚會所之設計，今蒙行政院原住民族委員會同意納入第二階段核定補助名單，此有行政院原住民族委員會 101 年 2 月 21 日原民經字第 1010008241 號函可稽。從而，被上訴人就系爭文化聚會所興建工程已無經費財源籌措問題，應可於近期內完成規劃設計並著手執行興建，斯時若因上訴人

14 《民法》第 787 條：

- 「 I 土地因與公路無適宜之聯絡，致不能為通常使用時，除因土地所有人之任意行為所生者外，土地所有人得通行周圍地以至公路。
- II 前項情形，有通行權人應於通行必要之範圍內，擇其周圍地損害最少之處所及方法為之；對於通行地因此所受之損害，並應支付償金。
- III 第七百七十九條第四項規定，於前項情形準用之。」

主張自該 2 筆土地上通行，勢必將使該聚會所興建工程無法進行，進而影響東昌村全體原住民百姓之權益，其公眾利益之損害實難論計。

2. 被上訴人著手執行申請撥用及透過通盤檢討變更都市計畫之際，所為種種均屬公開行政程序，除數次透過公開說明會說明外，並有媒體報導使該聚會所之重生為地方各界所周知，鄰地原所有權人倘有無法通行之困難，早應於各種計畫擬定初始階段即為適當之反應，俾使機關於形成計畫時充分考量其合法通行權利，甚或以維護私權為前提，自始考量都市計畫通盤檢討變更及撥用之可行性與必要性。惟上訴人前揭 2 筆土地之原所有權人於被上訴人與各界致力爭取撥用之漫長期間，未曾提出任何陳述或主張，卻於 99 年 6 月 7 日被上訴人獲行政院核准撥用前，將土地出售與上訴人，旋於完成移轉登記後具狀提起本訴，是上訴人主張自被上訴人代管之 2 筆土地上通行，難謂無違反公共利益，且違反《民法》第 787 條第 2 項所定通行權人應擇其周圍地損害最少之處所及方法為之立法意旨，應不予准許。
3. 上訴人起訴主張渠等所有之建地為袋地，依建築技術規則施工編相關規定，須有 5 米寬度之通行道路，始得申請建築執照及興建房屋，惟查：
  - (1) 我國《民法》第 787 條袋地通行權之規定，窺其意旨，在於袋地「通行權」問題之規範，且其仍受「通行必要之範圍內」及「應擇其周圍地損害最少之處所及方法為之」之 2 要件之限制，即：A. 該條僅規定土地不能為通常使用者之情形，所謂「通常」，應係指一般所謂人車得以進出而聯絡通路至公路之情形，若係其他目的，如建屋、挖池等，自非所謂「通常使用」之範疇。B. 前揭條文第 1 項之通行權利，尚且受有第 2 項之限制，亦即須在通行必要之範圍及擇損害最少方式為之。至於寬度問題，最高法院近年來相關之判

決，並無有所謂通常使用應考慮到建築法規之見解，多只考慮土地現狀與通行之必要，強調誠信原則及比例原則，以及民法第 787 條第 2 項之限制規定，均未考慮到土地建築問題，反而認為袋地得以與鄰地合併方式使用，可見袋地所有人之未來建築問題應非本條規定應考慮之範圍。

- (2) 查《民法》第 787 條第 1 項所定之通行權，既在解決相鄰土地間袋地通行之問題而設，因此，袋地所有人主張通行周圍地，亦須符合袋地通行之本旨。然本件上訴人自承提起本件訴訟之目的乃欲取得在其所有 A、B 土地建屋之建造執照，尚難認原告得據以主張自被上訴人所有土地上通行之依據。
- (3) 又上訴人固提出建築師之說明函，主張依「建築技術規則設計施工編」第 163 條規定<sup>15</sup>，上訴人前揭 2 筆土地須有寬度 5 公尺之通行道路方可申請建築執照云云，惟如上所述，上訴人以主張通行權之手段，而達取得其所有前揭 2 筆土地建屋之建造執照之目的，顯已逾主張袋地通行之規範本旨，而難認符合《民法》第 787 條第 1 項前段規定之要件，不符合該條項規範意旨。
- (4) 另被上訴人代管土地之地形並非正方而呈 L 型狀，面對基地右側深度僅有 15 米，整體可供使用面寬僅有 15 米，如按上訴人所請求提通行 5 米寬之通路供通行，則被上訴人代管土地預定供作部落公眾集會使用之基本使用需求及功能將喪失

15 「建築技術規則設計施工編」第 163 條：

- I 基地內各幢建築物間及建築物至建築線間之通路，得計入法定空地面積。
- II 基地內通路之寬度不得小於左列標準，但以基地內通路為進出道路之建築物，其總樓地板之面積合計在一、〇〇〇平方公尺以上者，通路寬度為六公尺。
  - 一、長度未滿十公尺者為二公尺。
  - 二、長度在十公尺以上未滿二十公尺者為三公尺。
  - 三、長度在二十公尺以上者為五公尺。
- III 基地內通路為連通建築線者，得穿越同一基地建築物之地面層，穿越之深度不得超過十五公尺，淨寬並應依前項寬度之規定，淨高至少三公尺，其穿越法定騎樓者，淨高不得少於法定騎樓之高度。該穿越部分得不計入樓地板面積。
- IV 第一項基地內通路之長度，自建築線起算計量至建築物最遠一處之出入口或共同出入口。」

殆盡。上訴人之通行權行使顯非對鄰地損害最少之處所及方法，亦不符合《民法》第 787 條第 2 項之定所及方法，自亦不應准許。

## 二、本審兩造主張之補充

- (一) 原審為上訴人敗訴之判決後，上訴人聲明：1. 原判決廢棄。  
2. 確認上訴人就被上訴人代管坐落於花蓮縣吉安鄉 C、D 土地有通行權存在。其於本院補充之陳述略以：
1. 倘准許通行之土地，不敷袋地建築之基本要求，自不能謂已使袋地能為通常之使用，本案依照專業建築師表示，道路寬度至少必須達 5 公尺以上，方可申請建築執照，是通行該道路亦不足敷袋地建築之基本需求，尚不能謂已使為建地之袋地為通常之使用，此亦為歷來實務之見解，原審就此有判決違背法令之違誤。
  2. 若上訴人改通往其他道路，必要拆除已存在之圍牆及建物，滋生糾紛影響更大，且亦與長久以來通行習慣不符，對周圍影響更大，原判決未審及於此，亦有違誤。
- (二) 提供通行權給上訴人使用，得於被上訴人法定空地部分，並不影響被上訴人權益，且亦能使上訴人之土地有效利用，相得益彰，可得地近其利及地利共享之優點，亦能共興共榮，促進該地段之發展。
- (三) 當初上訴人購買本案土地，C、D 2 筆國有土地都還在國有財產局管理中，上訴人當初也詢問國有財產局通行之問題，亦得到應可通行之回覆，上訴人方依市價購買，孰料 99 年 5 月 14 日購買後，竟於其後 99 年 6 月 7 日將系爭土地撥用給花蓮縣吉安鄉公所，就此上訴人根本始料未及。當初上訴人亦係合法信賴袋地通行權之行使權利，也已詢問過土地管理機關，實應保障上訴人之合法權益，否則該地將成廢地不能使用，影響甚鉅。
- (四) 上訴人所有之系爭土地始終經由被上訴人土地出入達聯外道路。且被上訴人始終無法證明系爭土地分割時，上訴人所有之

土地旁已有其他巷弄存在並供通行。倘被上訴人堅持 A、B 土地早有其他土地上之既成巷道可供通行，依《民事訴訟法》第 277 條前段，當事人主張有利於己之事實者，應負舉證責任。

- (五) 上訴人請求通行被上訴人土地為事實必須，且無礙於被上訴人使用該土地興建「東昌部落聚會所」之計畫：被上訴人之土地，不論作任何建築使用，依《建築法》第 11 條第 1 項皆須保留 40% 為法定空地，而上訴人僅就其法定空地為通行之用，完全無礙於被上訴人使用該土地興建「東昌部落聚會所」之計畫。

### 三、被上訴人聲明駁回上訴。其於本院補充陳述如下

- (一) 上訴人所有之 C、D 2 筆土地與鄰地同段○○○地號土地，原同屬魏○妹一人所有，因將其中○○○地號土地讓與周○花，致上訴人系爭 2 筆土地與公路無適宜之聯絡，其情形當有《民法》第 789 條第 1 項規定之適用，原判決之認定應無違誤，上訴人所舉上訴理由，核無理由。
- (二) 被上訴人系爭 2 筆土地上預定計畫興建「東昌部落文化聚會所」，若供作上訴人通行，勢必影響該聚會所之興建，而犧牲原住民百姓之公共利益，顯與《民法》第 787 條第 2 項所定通行權人應擇周圍地損害最少之處所及方法之立法意旨有違，原判決之審酌認定核無違法，上訴人徒然空言指謫，應無理由。
- (三) 上訴人主張渠等所有之建地為袋地，依建築技術規則相關規定，須有 5 米寬度之通行道路，始得申請建築執照及興建房屋云云，亦非有據。
- (四) 綜上所述，上訴人起訴請求通行被告系爭 2 筆土地，並非對周圍地侵害最小之處所及方法，且恐對公益造成重大侵害，應無理由，原審法院判決駁回上訴人之請求，核無違誤，上訴人仍執前詞提起上訴，益屬無據。

## 肆、本案爭點

- 一、上訴人確認其就被上訴人代管之土地有通行權之請求，勢將影響被上訴人代管以作東昌村阿美族集會場所之土地使用，上訴人系爭請求是否符合袋地通行權之必要性、法之目的性及比例性原則？
- 二、本件上訴人基於建築之目的，主張通道若不足 5 公尺，勢必無法取得建築執照，不足敷袋地建築基本需求，而請求確認其就被上訴人代管之土地有通行權存在。上訴人基於建築目的之主張，是否合於《民法》第 787 條規定之袋地通行權要件？

## 伍、法院見解

法院駁回上訴之理由：

### 一、法院經書證及勘驗，認定上訴人前揭 2 筆土地確無適宜之聯絡可通至鄰近之東○六街或該街 169 號既成巷道

上訴人張○生、魏○梅主張其 2 人分別所有坐落於花蓮縣吉安鄉 A、B 土地，四周完全無鄰路，需通行周圍土地方得聯結公路，係屬袋地等情，業據其等提出土地登記謄本、地籍圖為證；並經原審及本院至現場勘屬實，有勘驗筆錄及拍攝之現場照片可參。依照現狀，上訴人前揭 2 筆土地東側及北側均有建物，西側則有圍牆及門牌東○六街○○○、○○○號越界之建物阻擋，確無適宜之聯絡可通至鄰近之東○六街或該街 169 號既成巷道；上訴人之主張，可資認定。

### 二、《民法》第 787 條之鄰地通行權主張，應考量必要性、法之目的性及比例性原則

按土地因與公路無適宜之聯絡，致不能為通常使用者，除因土地所有人之任意行為外，土地所有人得通行周圍地以至公路。前項情形，有通行權人，應於通行必要之範圍內，擇其周圍地損害最少之處所及方法為之。《民法》第 787 條第 1 項、第 2 項前段定有明文。又鄰地通行權

為鄰地所有權之擴大，其目的在解決與公路無適宜聯絡之土地通行問題，自應限於必要之程度，且應選擇對鄰地損害最少之處所及方法為之。準此，主張通行權時除應考量必要性、法之目的性外，尚需慮及比例性原則。

法院依據勘驗筆錄所載，認定聯外之「東○六街 169 巷」已足使上訴人前揭 2 筆土地為通常使用。且考量若准允通行被上訴人代管之土地，勢將影響東昌村阿美族原住民聚會所之興建計畫，並抵觸被上訴人申請撥用該 2 筆土地之目的，該通行權之行使並非對周圍地損害最少之處所及方法。此外，若依上訴人建築需求之主張，須通行被上訴人代管土地之寬度須達 5 公尺、面積 130 平方公尺，不僅已超過上訴人各自所有之土地面積，更犧牲被上訴人計畫興建原住民聚會所之公共利益，不符法之目的性及比例性原則。

依本院勘驗筆錄之記載，上訴人前揭 2 筆土地，如藉由○○段○○地號土地連接東○六街 169 巷，直線距離約為 16 公尺，而東○六街 169 巷巷口之路寬為 2.9 公尺，已容人車通行其間，並得前後聯絡東○五街、東○六街，足使上訴人前揭 2 筆土地為通常使用。如藉由被上訴人代管之 C、D 土地連接東○六街，直線距離較長，約為 23 公尺，其必要性容有疑義。

再者，被上訴人代管之 C、D 土地目前雖為空地，但係由被上訴人向國有財產局申請撥用，擬做為東昌村阿美族集會場所之用，業經行政院准予撥用，已納入行政院原住民族委員會第二階段核定補助名單，有被上訴人所提之計畫書、行政院院授財產接字第 09930005551 號函、設計樣式圖示、行政院原住民族委員會原民經字第 1010008241 號函等在卷可憑具有公益性質之用途；如准由上訴人藉由 C、D 土地連接東○六街，勢將影響東昌村阿美族原住民聚會所之興建計畫，與被上訴人申請撥用該 2 筆土地之目的抵觸。兩相權衡之結果，已難謂通行被上訴人代管之土地係對周圍地損害最少之處所及方法。



### 三、法院認上訴人通行○○○地號土地連接東○六街 169 巷，雖將需拆除部分圍牆、違章鐵皮棚架或越界建築之地上物，但均非難事，實無必需通行距離較長且影響損害較多之被上訴人代管土地之必要

雖謂上訴人通行○○○地號土地連接東○六街 169 巷，將需拆除部分既有圍牆、鐵皮圍籬及地上物，耗工費時，不若直接通行被告代管之 C、D 土地便利。然依本院勘驗之結果可知，前述物件均不難拆除，所費亦非鉅；拆除之後，上訴人即可藉由○○○地號土地連接東○六街 169 巷。或僅拆除磚造圍牆及鐵皮圍籬，亦可通行至東○六街 169 巷，實無必需通行距離較長且影響損害較多之被上訴人代管土地之必要。

### 四、袋地通行權旨在解決「土地通行問題」，本件上訴人基於建築之目的而為主張，與《民法》第 787 條規定之袋地通行權要件不符

再按《民法》第 787 條袋地通行權之規定，在於規範袋地「通行權」之問題，其目的在解決與公路無適宜聯絡之「土地通行問題」，不在解決鄰地建築上之問題；該條第 1 項所稱之「通常使用」，應係指一般人車得以進出而聯絡至公路之情形，若非基於通行之目的，自非所謂「通常使用」之範疇。本件上訴人基於建築之目的，主張通道若不足 5 公尺，勢必無法取得建築執照，不足敷袋地建築基本需求，而請求確認其就被上訴人代管之 C、D 土地有通行權存在，顯與《民法》第 787 條規定之袋地通行權要件不符。

綜上所述，上訴人請求通行被上訴人代管之土地，顯非於通行必要之範圍內，擇其周圍地損害最少之處所及方法，無從准許。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。

## 陸、本案評析

本案涉及之爭議，雖多與民法袋地通行權之行使與要件有關，然而因本案系爭土地自日本殖民統治時期起即作為阿美族里漏部落之生活集

會及宗教祭祀場所，對當地阿美族里漏部落具有特殊之文化意義，因而於原住民傳統土地權與市民法下公共地役權優先次序之議題上有其代表性。本書以下即以此為討論焦點。

《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。」不過，以臺灣原鄉實際情況而言，原住民族土地目前之權利狀態可概略分為如下：一、屬於國有地；二、現為公有原住民保留地；三、現為私有原住民保留地；四、仍由傳統擁有者家族擁有所有權；五、已於移轉後由非原住民取得所有權。又依據基本法第 2 條第 5 項：「原住民族土地：係指原住民族傳統領域土地及既有原住民保留地」，在並未編定為原住民保留地，但已非國有地之其他原住民族傳統領域中，由於長期原漢交雜，土地亦已由原漢混合擁有，即容易發生如本案所述，因生活事實而產生之公共利益、既成巷道、袋地通行權現象。

按公共地役權與袋地通行權之權利性質應認有別。公共地役，依據大法官會議解釋第 400 號解釋理由書：「乃私有土地而具有公共用物性質之法律關係，與民法上地役權之概念有間，久為我國法制所承認（參照本院釋字第二五五號解釋、行政院四十五年判字第八號及六十一年判字第四三五號判例）。既成道路成立公用地役關係，首須為不特定之公眾通行所必要，而非僅為通行之便利或省時；其次，於公眾通行之初，土地所有權人並無阻止之情事；其三，須經歷之年代久遠而未曾中斷，所謂年代久遠雖不必限定其期間，但仍應以時日長久，一般人無復記憶其確實之起始，僅能知其梗概（例如始於日據時期、八七水災等）為必要。」。依此解釋，如袋地通行權等民法上之地役權，並非需供不特定之公眾為通行，而只要供有權通行者通行即可，兩者之要件與效果均不相同。

觀之本案中上訴人甲、乙之主張，其顯然認於吉安鄉公所代管之 C、D 土地上，同時存在一長期供不特定多數人通行之公共地役，其並得依據相鄰關係主張一民法上之袋地通行權。就前者而言，上訴人主張除了其多年來即通行於本件所申請之通路外，A、B 土地之原所有權人

親友本就有於上訴人購買土地上種植農作物及搭棚架，而通行於吉安鄉公所代管之系爭土地。上訴人也提出林務局 67 年航照圖及工研院文書，說明長期以來上訴人之 A、B 土地並無既成巷道，然吉安鄉公所之 C、D 土地則可清楚得見有既成巷道之存在。至於上訴人本身之袋地通行權，其認為事實明顯，其之 A、B 土地並無聯外道路，自可依據《民法》第 787 條第 1 項規定，通行吉安鄉公所之 C、D 地。

然高等法院花蓮分院並未肯認上訴人之前述主張。於判決中，高等法院花蓮分院並未就 C、D 地上是否存在既成巷道多為著墨，不過，就上訴人是否取得通行於 C、D 土地之袋地通行權，其進行仔細評估。高等法院花蓮分院說明，《民法》第 787 條之鄰地通行權主張，應考量必要性、法之目的性及比例性原則。於必要性部分，法院認東○六街 169 巷路寬為 2.9 公尺，已容人車通行其間，上訴人通行於 C、D 路上是否必要存有疑義；就目的性部分，上訴人主張欲於 C、D 路上通行 5 公尺寬之道路，以使其於 A、B 上之建物得取得建照，與《民法》第 787 條承認袋地通行權之目的不同；於比例性之評價上，上訴人若於 C、D 地上通行 5 公尺之道路，則該袋地通行權之使用面積，已超過上訴人 A、B 地之面積，顯失平衡。況且，吉安鄉公所代管之 C、D 地目前雖為空地，但其已向國有財產局申請撥用擬做為東昌村阿美族集會場所之用，並即將獲得經費補助，具有公益性質，如同意上訴人之主張，勢將影響該阿美族原住民聚會所之興建計畫，難謂通行被上訴人代管之土地係對周圍地損害最少之處所及方法。綜整前述，則上訴人不具有通行於 C、D 土地之袋地通行權。

高等法院花蓮分院之前述判斷，本書予以肯認。其雖並未直接處理原住民族傳統領域權與市民法下公共利役與一般地役權之優位順序，然於結果上，係使里漏部落就其作為宗教祭祀之傳統集會所之傳統領域，雖然因戒嚴時期設置為軍營使用而使該土地於部落之傳統功能中斷，無法彰顯與行使，卻不影響日後部落就此傳統領域回復集體文化機能之主張。

此一見解，與高等法院花蓮分院前述就比例原則之操作，實可作為當原住民族傳統領域土地權利與既有市民法下個人權利，甚至政府之國有財產權相競合與對抗時，保障原住民傳統土地權利不因外來殖民政權之侵奪中斷其使用而喪失之判斷參考。同時，也呈現出具有特殊社群機能之原住民族傳統土地，因其對整體社群具有延續傳統文化之重要意義，不適宜負擔公共地役與一般地役權，其應係《民法》第 787 條承認鄰地關係下地役權行使之例外。

## 行政事件類

## 案例十二 花蓮縣秀林鄉原住民保留地案

案號 臺北高等行政法院 97 年度訴字第 1668 號

案由 原住民保留地

## 壹、案例事實

原告及陳○進等 9 名原住民於民國（下同）96 年 10 月 1 日就坐落花蓮縣秀林鄉○○段 255 地號土地（下稱系爭土地），依《原住民保留地開發管理辦法》第 20 條第 1 項第 1 款<sup>16</sup>向被告申請為改配。被告以 96 年 12 月 4 日秀鄉建字第 0960017007 號函（下稱原處分）否准，略以：「臺端等人申請分配本鄉○○段 255 地號土地附近原住民保留地乙案，案經提付本鄉 96 年 11 月份土地權利審查委員會進行討論，臺端等人與上開土地並無使用權源證明文件，並依法受配現有自住房用地，故本案仍依本所 92 年 7 月 25 日秀鄉建字第 0920009078 號函辦理。」等語，原告及陳○進等 9 人不服，於 97 年 3 月 28 日向花蓮縣政府提起訴願，惟花蓮縣政府遲未作成訴願決定，遂推由原告為選定當事人向本院

16 《原住民保留地開發管理辦法》第 20 條：

「I 依本辦法收回之原住民保留地，得由鄉（鎮、市、區）公所公告三十日後，按下列順序辦理改配與轄區內之原住民：

一、原受配面積不足，且與該土地具有傳統淵源關係者。  
二、尚未受配者。  
三、原受配土地面積較少者。

II 原住民有違法轉讓、轉租原住民保留地者，不得申請受配。

III 第一項收回之原住民保留地，其土地改良物，由鄉（鎮、市、區）公所通知土地改良物之所有權人限期收割或拆除；逾期未收割或拆除者，由鄉（鎮、市、區）公所逕行處理。

IV 前項土地改良物為合法栽種或建築者，經鄉（鎮、市、區）公所估定其價值，由新受配人補償原土地改良物所有權人後承受。」

提起本件行政訴訟。

## 貳、訴訟歷程與結果

- 一、訴訟歷程：本案為當事人間因原住民保留地事件，提起行政訴訟。
- 二、判決主文：原告之訴駁回。訴訟費用由原告負擔。

## 參、當事人主張

### 一、原告聲明及主張

#### (一) 原告聲明

1. 原處分撤銷。被告應就系爭土地及坐落花蓮縣秀林鄉○○段 255-4 號土地作成准許原告設定耕作權登記之處分。
2. 請准判決被告應交付 63 年以前出租台○的證明文件，及原告等前因於系爭土地上開墾，為被告補償他處土地之相關文件。
3. 訴訟費用由被告負擔。

#### (二) 原告主張

1. 原告及陳○進等 9 名申請系爭土地之原住民保留地耕作權及優先受配，係依據《原住民保留地開發管理辦法》第 8 條第 2 款規定<sup>17</sup>提出保留地耕作權申請，並參考《原住民保留地開發管理辦法》第 20 條第 1 項第 1 項「與該土地具有傳統淵源關係者」取得分配優先順序。原處分竟然拒絕原告等人耕作權申請，其理由明顯違反《原住民保留地開發管理辦法》。經原告訴願，花蓮縣政府並未就原告對法令解釋提出的質疑與了解申請耕作土地的開發歷史，及「山地保留地開發管理辦法」的規範做審

17 《原住民保留地開發管理辦法》第 8 條：「原住民保留地合於下列情形之一者，原住民得會同中央主管機關向當地登記機關申請設定耕作權登記：

- 一、本辦法施行前由原住民開墾完竣並自行耕作之土地。
- 二、由政府配與該原住民依區域計畫法編定為農牧用地、養殖用地或依都市計畫法劃定為農業區、保護區並供農作、養殖或畜牧使用之土地。」

議。僅依被告回函覆原告，更未作成訴願決定，原告及陳○進等 9 人為推選原告為選定當事人提起本件課予義務訴訟，請求撤銷原處分，被告應就系爭土地及坐落花蓮縣秀林鄉○○段 255-4 號土地作成准許原告設定耕作權登記之處分。

2. 土地權利審查委員會（下稱土審會）委員在審查原住民土地權益申請案件之標準，不應以《原住民保留地開發管理辦法》為唯一依據，而應普遍以該土地的歷史沿革及該族群傳統文化對於土地先占權的尊重為依據，查明與該土地是否有歷史淵源關係。本案提出口述歷史、文獻考察等輔助證明資料及四鄰證明，依證據比例原則及原住民土地行政的特殊歷史性，原告確實有充分之申請資格與理由，行政處分顯有不當。
3. 原告 92 年 7 月 14 日申請返還土地與 96 年 10 月 2 日請求分配土地，兩者顯非同一事件，前者係基於所有權人地位請求返還，方有論知私權之爭而撤回之情形；後者則係依法請求被告為行政上作為。
4. 被告拒絕本案理由（無土地使用權源證明及已受配自住房舍土地），違反《原住民保留地開發管理辦法》。花蓮縣政府於調查過程未實際查明這些明顯行政疏失：
  - (1) 依據行政院原住民族委員會（下稱原民會）土管處就《原住民保留地開發管理辦法》之說明，該函拒絕的理由明顯違反《原住民保留地開發管理辦法》第 8 條第 2 項的申請資格及同法第 12 條使用範圍的限制規定。<sup>18</sup>如此拒絕理由成立，將造成 18 萬多公頃未分配之原住民保留地還給原住民之土地政策窒礙難行。

18 《原住民保留地開發管理辦法》第 12 條：

- I 原住民於原住民保留地內得就原有自住房屋基地申請設定地上權，其面積以建築物及其附屬設施實際使用者為準。
- II 為適應居住需要，原住民並得就依法得為建築使用之原住民保留地申請設定地上權。
- III 前二項土地面積合計每戶不得超過零點一公頃。
- IV 第一項及第二項之地上權，應由原住民族會同中央主管機關向當地登記機關申請設定地上權登記。」

- (2) 類似申請案件並未提供如本案提出充分的使用權源證明與調查，卻通過申請，可見土地使用權源證明是充分條件，非必要條件，四鄰證明以及土審會委員的實地勘查也有實質證明的效果。原告另提出日據時期戶籍資料、耆老口述歷史整理出在該地區的開墾史及家族移住過程。日據時期舊地圖也證明 20 年之前已經有家族在系爭土地開墾，部落族人問卷調查報告也描述台○○股份有限公司（下稱台○公司）占用土地之歷史，更有口述耆老願出面做證明。經濟部 93 年 6 月 14 日經授營字第 09320288540 號函表示台○係於日據時期向被告承租系爭土地，惟被告 92 年 7 月 25 日秀鄉建字第 0920009078 號函則稱台○係於 63 年 10 月 16 日以府民經字第 63364 號函核准租用，故台○公司租用系爭土地是否為合法過程，應予以調查。且台○先前排除原告等使用時，亦未協調亦無補償。
- (3) 被告 97 年 6 月 24 日秀鄉農觀字第 0970009368 號函，以原住民保留地合法使用人認定資格作為原告申請保留地分配土地權益資格的審查標準，雖要求原告提出土地使用權源證明文件，卻又限以「原始地籍簿冊」為準。被告本身使用之地籍簿冊即登載不全，又排除原告所提之四鄰證明、耆老口述歷史、日據地圖及戶籍資料，無法保障原告權利。
- (4) 系爭土地於 34 年以前已由原告等 4 個開墾家族耕作，40 年間台○強制架設圍籬，排除原告等使用，斯時系爭土地尚未登記為原住民保留地，仍屬公有土地。故原告 96 年 3 月 15 日依據行政院核定之「補辦增劃原住民保留地實施計畫」，申請公有土地增劃編為私有原住民保留地；其後又依「公有土地增劃編原住民保留地審查作業規範」，向被告申請補辦增劃編保留地。被告雖謂以系爭土地現已為公有保留地，惟考量到當初台○強占土地之事實，今既已排除台○占有，系爭土地理應返還原告。本案應以實質發生時間及排除占用事



件內容是否屬實為審查重點，不應以土地後來被設為公有保留地而無法依據事實主張權利。民國 77 年以前或 50 年代土地總登記以前，政府徵用原住民耕作之土地，原住民無法要求公部門與原耕作者訂立租借契約，「補辦增劃原住民保留地實施計畫」亦承認 77 年 2 月 1 日後會發生「經公產管理機關提起訴訟或以其他方式排除使用」及「經公產管理機關排除占有，現況地上物或居住之設施」之情況，此二情況皆無文字歷史紀錄可查。被告應提出合法徵收或補償系爭土地之原耕作家族之證明文件，證明被告取得土地權利之合法過程。

- (5) 被告主張 91 年已經與台○終止租約，但延至 92 年 7 月 25 日才提出於公共造產計畫，而提出時間係在原告於 92 年 7 月 14 日提出土地權利分配申請之後，且遲遲未依規定辦理相關手續，及執行該計畫。提出保留地公共造產計畫雖然是鄉公所權利，但公共造產辦理程序應該亦有所規範。「原住民保留地各種用地申請案授權事項及申請作業要點」第 6 點<sup>19</sup>及「原住民保留地各種用地申請案授權事項及申請作業須知」也指明辦理程序，須由行政院原民會核定完成。然被告既未依程序辦理公共造產計畫，即不應妨害原住民取得（回）土地權益。

5. 被告宣稱系爭土地有公共造產計畫作為「太魯閣族文化館」之需要，但 92 年 7 月 25 日回覆行政院原民會計畫使用本筆土地至今，遲遲未依規定辦理相關手續。延宕情況影響原告權益。該計畫除申請程序晚於原告部分土地申請，計畫亦違背《原住民保留地開發管理辦法》第 27 條第 1 項及第 23 條規定之程

19 「原住民保留地各種用地申請案授權事項及申請作業要點」第 6 點：「依原住民保留地開發管理辦法第二十三條規定，政府指定特定用途需用公有原住民保留地之申請案件，由本會同意撥用或核定租用或價購；其作業程序由需地機關填具申請書並附用地計畫及地籍位置圖，申請該管鄉（鎮、市、區）公所提經原住民保留地土地權利審查委員會擬具審查意見，並層報本會同意撥用或核定租用或價購。」

序，延宕開發亦令人懷疑被告之需求。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習慣，政府應設置原住民族土地調查及處理委員會，並如加拿大、澳洲、紐西蘭等國承認耆老口述歷史效力與文字歷史相同。

6. 被告辯稱最後核定機關在於上級主管機關云云。依「原住民保留地各種用地申請案授權事項及申請作業要點」第 2、3、4 點，<sup>20</sup>鄉鎮公所有地上權、耕作權之核定權，被告自屬權責當為。被告主張有違「原住民保留地各種用地申請案授權事項及申請作業須知」第 1 條規定，<sup>21</sup>行政院原民會於 98 年 1 月 9 日原民地字第 0980000576 號函稱原告陳情對象為事實認定及執行事宜，為被告之權責，被告卻未就原告法令疑問提供法令解釋輔導，推託行政程序而無法答覆。據原民會土管處宣稱「原民會對於保留地的政策性及目的性就是要把保留地還給原住民，其實這是其最終的目的。」又《原住民保留地開發管理辦法》第 3 條<sup>22</sup>之規範保留地設置目的在於「保障原住民生計，推行原

20 「原住民保留地各種用地申請案授權事項及申請作業要點」第 2、3、4 點：

「二、依原住民保留地開發管理辦法第八條第一項規定，原住民會同本會向當地登記機關申請設定耕作權登記之申請案件，由鄉（鎮、市、區）公所核定；其作業程序除填具申請書外，免附位置圖。但申請非整筆土地時應檢附申請位置範圍圖，並由鄉（鎮、市、區）公所審查核定。

三、依原住民保留地開發管理辦法第九條第一項規定，原住民會同本會向當地登記機關申請設定地上權登記之申請案件，由鄉（鎮、市、區）公所核定；其作業程序除填具申請書外，免附位置圖。但申請非整筆土地時應檢附申請位置範圍圖，並由鄉（鎮、市、區）公所審查核定。

四、依原住民保留地開發管理辦法第十二條第四項規定，原住民會同本會向當地登記機關申請設定地上權登記之申請案件，由鄉（鎮、市、區）公所核定；其作業程序除填具申請書外，免附位置圖。但申請非整筆土地時應檢附申請位置範圍圖，並由鄉（鎮、市、區）公所審查核定。」

21 「原住民保留地各種用地申請案授權事項及申請作業須知」第 1 條：「一、行政院原住民族委員會（以下簡稱本會）為辦理原住民保留地各種用地之申請案件及授權，並簡化作業程序，特訂定本須知。」

22 《原住民保留地開發管理辦法》第 3 條：「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。」

住民行政」，且該辦法第 7 條<sup>23</sup>也規範「中央主管機關應會同有關機關輔導原住民設定原住民保留地之耕作權、地上權及取得承租權、所有權。」從上述各行政機關之回函中，不難看出彼此互推權責之情形，且被告於本案於執行相關法規時不僅百般設限，未善盡其輔導之職責，對於放領其他土地與本案系爭土地之標準也不一致，已嚴重違反上述法規之立法精神與目的，侵害原告申請土地之權利。

## 二、被告聲明及主張

### (一) 被告聲明

1. 駁回原告之訴。
2. 訴訟費用由原告負擔。

### (二) 被告主張

#### 1. 程序部分

(1) 本件原告曾於 92 年 7 月 14 日向被告申請歸還系爭土地，惟經被告略以「本所列管地籍資料，台○公司使用富○段 255 地號做為東部發電區管理處員工宿舍用地，……迄 91 年 4 月本所鑑於該公司荒廢使用土地，經協議而依規定終止承租契約，現有地上物由該公司無償贈與本所所有。……本所已著手計畫使用本筆土地興建『太魯閣族文化館』系列相關設施，並以鄉有公共造產方式管理，……，台端等與本筆土地並無使用權源證明文件，並依法已受配現有自住房用地，台端所請，歉難受理。」等語，拒絕原告等人申請，原告等人不服提起訴願，案經花蓮縣政府為訴願不受理決定。原告等人不服提起行政訴訟之後，旋又撤回起訴，另於 96 年 10 月 1 日再次申請分配系爭土地，遣詞用句雖有不同，然其真意均為請求分配系爭土地，與 92 年 7 月 14 日之申請，如出一轍，為同一事件。被告為慎重起見，仍召開土地權利審查委

23 《原住民保留地開發管理辦法》第 7 條：「機關應會同有關機關輔導原住民設定原住民保留地之耕作權、地上權及取得承租權、所有權。」

員會進行討論，並將討論結果通知原告等人，然此次被告 96 年 12 月 4 日秀鄉建字第 0960017007 號函，不過重申本案應依 92 年 7 月 25 日原處分辦理意旨之行政通知，並非另一行政處分，此亦為原告等人雖不服上揭重申原處分意旨行政通知提出訴願，惟花蓮縣政府並未作成訴願決定，僅以 97 年 4 月 25 日府原地字第 097005911 號函，略以「本案業經花蓮縣秀林鄉公所函復在案」云云，回覆原告等人之原因所在。

(2) 另依《原住民保留地開發管理辦法》第 6 條第 1 項第 2 款及第 4 項規定，關於原住民保留地分配申請案件，雖由鄉公所原住民保留地土地權利審查委員會負責審查，然其最後核定權限在於上級主管機關，並非鄉公所，請求被告准予分配原住民保留地，於法不合。

## 2. 實體部分

(1) 縱認原告等人提起本件課予義務之訴，程序並無不合，惟查：依據現有原始地籍簿冊，系爭土地原係台○公司於 63 年間向被告承租作為電廠備勤宿舍用地，嗣因臺九線道路拓寬，已於 91 年 3 月 29 日終止租約。

系爭土地終止租約後，被告即預定規劃做為太魯閣文化館用地使用，並於 91 年 5 月 27 日召開「富世村太魯閣閣口就台○宿舍再利用改造工程規劃」，直至 92 年 6 月 24 日召開「秀林鄉太魯閣閣口秀台○宿舍再利用改建工程規劃設計」期中簡報說明會時，原告等人始表示應將台○宿舍土地使用權歸還原地主，復於 92 年 7 月 14 日請求返還及分配登記系爭土地。其申請開始係於台○公司拋棄承租土地之後，經被告 92 年 7 月 25 日函復原告等人並無使用權源證明文件，並依法受配現有自住房用地，故予否准。原告雖循行政救濟程序，惟無法提供確切之土地使用權源資料，故無從據以准予分配登記。

(2) 系爭土地於被告列管地籍簿冊民國 62 年山地保留地使用清冊、72 年山地保留地現況調查表及 76 年花蓮縣秀林鄉山胞非法濫墾使用山地保留地宜林地審查清冊中，無原告等人及其祖先之使用權源紀錄，現況亦無實際使用。

(3) 於原告請求被告交付 63 年以前出租台○的證明文件，及原告等前因於系爭土地上開墾，為被告補償他處土地之相關文件部分，因被告並未持有上開文件，當亦無從交付。

## 肆、本案爭點

原告依《原住民保留地開發管理辦法》第 7 條規定，提起給付訴訟，求判令被告應交付 63 年以前出租台○的證明文件，及原告等前因於系爭土地上開墾，為被告補償他處土地之相關文件。該條規定是否賦予原住民請求被告公開政府資訊之權利？

## 伍、法院見解

### 一、訴之聲明第 1 項部分（即課予義務訴訟部分）

(一) 人民向高等行政法院提起課予義務訴訟者，須已依據法令之規定，向中央或地方機關就某一特定具體之事件，申請為一定處分，方才具備起訴要件。

按原告之訴有起訴不備其他要件，而不能補正者，行政法院應以裁定駁回原告之訴。所謂課予義務訴訟，係以人民因中央或地方機關對其「依法申請之案件」，於法令所定期間內應作為而不作為或予以駁回，認為其權利或法律上利益受損害者，經依訴願程序後，始得向高等行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。苟人民未依據法令之規定，向中央或地方機關就某一特定具體之事件，申請為一定處分，逕行向高等行政法院提起《行政訴訟法》第 5 條課予義務訴訟，即不具備起訴要件。

(二) 《原住民保留地開發管理辦法》第 8 條、第 20 條第 1 項應為裁判之依據，然作為該管理辦法授權依據之山坡地保育條例，其立法目的未必與原住民權益全然相符，故而，原住民保留地是否分配、如何分配事涉各項利益權衡，並非鄉（鎮、市、區）公所所能定奪，應由山坡地保育條例及《原住民保留地開發管理辦法》共稱之地方主管機關為之。

按，「山坡地範圍內之山地保留地，輔導原住民開發並取得耕作

權、地上權或承租權。其耕作權、地上權繼續經營期滿 5 年者，無償取得土地所有權，除政府指定之特定用途外，如有移轉，以原住民為限；其開發管理辦法，由行政院定之。」《山坡地保育利用條例》第 37 條定有明文。行政院依此授權制定《原住民保留地開發管理辦法》（下稱管理辦法），其中第 2 條：「本辦法所稱主管機關：在中央為行政院原住民族委員會；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府。有關農業事項，中央由行政院農業委員會會同中央主管機關辦理。本辦法之執行機關為鄉（鎮、市、區）公所。」第 6 條：「原住民保留地所在之鄉（鎮、市、區）公所應設原住民保留地土地權利審查委員會，掌理下列事項：一、原住民保留地土地權利糾紛之調查及調處事項。二、原住民保留地土地分配、收回、所有權移轉、無償使用或機關學校使用申請案件之審查事項。三、原住民保留地改配土地補償之協議事項。四、申請租用原住民保留地之審查事項。前項原住民保留地土地權利審查委員會之委員，應有五分之四為原住民；其設置要點，由中央主管機關定之。原住民保留地申請案件應提經原住民保留地土地權利審查委員會審查者，鄉（鎮、市、區）公所應於受理後一個月內送請該委員會審查；委員會應於一個月內審查完竣，並提出審查意見，屆期未提出者，由鄉（鎮、市、區）公所逕行報請上級主管機關核定。鄉（鎮、市、區）公所應將第一項第一款事項以外之原住民保留地土地權利審查委員會審議結果，報請上級主管機關核定。」第 8 條：「原住民保留地合於下列情形之一者，原住民得會同中央主管機關向當地登記機關申請設定耕作權登記：一、本辦法施行前由原住民開墾完竣並自行耕作之土地。二、由政府配與該原住民依區域計畫法編定為農牧用地、養殖用地或依都市計畫法劃定為農業區、保護區並供農作、養殖或畜牧使用之土地。」第 20 條第 1 項：「依本辦法收回之原住民保留地，得由鄉（鎮、市、區）公所公告三十日後，按下列順序辦理改配與轄區內之原住民：一、原受配面積不足，且與該土地具有傳統淵源關係者。二、尚未受配者。三、原受配土地面積較少者。」分別就原住民保留地耕作權登記與收回之原住民保留地改配之實體要件及審查核定有所規定，核屬法律授權範圍，合

於法律保留原則，應為裁判之依據。

依上開管理辦法，原住民保留地耕作權登記與收回之原住民保留地改配，二者不僅實體要件不同，其審查核定之機關復有所異。細繹上開規定，原住民保留地耕作權之申請，除第 8 條第 1 款所規定於管理辦法施行前即由原住民開墾完竣並自行耕作之土地外，餘者（第 8 條第 2 款）則以政府業已土地分配予特定原住民為前提，是故，申請原住民保留地耕作權登記由鄉（鎮、市、區）公所審查核定即可，無須報請上級主管機關核定，蓋原住民耕作權登記不過為原住民保留地分配之下位概念，土地既經分配確定，耕作權登記即無非為形式彰顯，上開管理辦法主管機關行政院原住民族委員會訂定之「原住民保留地各種用地申請案授權事項及申請作業要點」第 2 點即明揭此旨。

至於申請收回之原住民保留地改配則應由原住民保留地所在之鄉（鎮、市、區）公所設置之原住民保留地土地權利審查委員會審查，並由該鄉（鎮、市、區）公所將審議結果報請上級機關核定（管理辦法第 6 條第 1 項、第 3 項、第 4 項參照），蓋原住民保留地分配不僅事涉原住民財產權益，更涉及山坡地保育利用之機制，論其實際，上開管理辦法之授權依據乃山坡地保育條例，該條例之立法目的即未必與原住民權益全然相符，故而，原住民保留地是否分配、如何分配事涉各項利益權衡，並非鄉（鎮、市、區）公所所能定奪，應由山坡地保育條例及《原住民保留地開發管理辦法》共稱之地方主管機關為之，始能周全。

雖前揭行政院原住民族委員會訂定之「原住民保留地各種用地申請案授權事項及申請作業要點」第 12 點<sup>24</sup>就此亦規定得逕由鄉（鎮、市、區）公所審查核定，然此作業要點無非行政機關內部作業準則，原不得剝奪行政機關權限，況且，上開管理辦法已明定中央主管機關、地方主管機關各有權限，中央主管機關行政院原住民族委員會就非其權限之地方主管機關權限也無從「授權」予鄉（鎮、市、區）公所。

24 「原住民保留地各種用地申請案授權事項及申請作業要點」第 12 點：「十二、原住民保留地土地分配、改配、權利拋棄等事項，由鄉（鎮、市、區）公所審查核定。」

(三)原告未曾依據法令之規定向被告申請為處分，逕行向法院提起《行政訴訟法》第 5 條課予義務訴訟，不備起訴要件。

徵諸本案緣起，係原告於 96 年 10 月 1 日就花蓮縣秀林鄉○○段 255 地號土地，依《原住民保留地開發管理辦法》第 20 條第 1 項第 1 款向被告申請為分配，原處分亦係就此申請而提付 96 年 11 月被告所屬原住民保留地土地權利審查委員會討論而予否准，是原告所申請之具體案件乃「被告應依《原住民保留地開發管理辦法》第 20 條第 1 項第 1 款就坐落花蓮縣秀林鄉○○段 255 地號土地作成改配予原告之行政處分」而非訴之聲明第 2 項所示「被告應依《原住民保留地開發管理辦法》第 8 條就坐落花蓮縣秀林鄉○○段 255、255-4 號土地作成准許原告設定耕作權登記之行政處分」。

原告雖於審理中陳明其所謂之土地改配與申請地上權登記、耕作權登記均同意旨云云，然不論土地改配、申請地上權登記或耕作權登記，其實體要件有所不同，審核標準及證據要求亦有所異，甚且，原告申請被告為耕作權登記之先決條件係以被告之上級主管機關即花蓮縣政府核定系爭土地改配予原告為前提，二請求之基礎及對象截然不同，應予辨明。

故而，就本件課予義務訴訟之訴訟標的（作成准許耕作權登記之處分）而言，被告雖係權限機關，然原告未曾依據法令之規定向被告申請為處分，逕行向本院提起《行政訴訟法》第 5 條課予義務訴訟，不具備起訴要件。

(四)花蓮縣政府始為原住民保留地收回土地改配與否之權責機關，應就原告土地改配之申請為准駁。此外，原告依所有權請求返還系爭土地之私權爭執之意思，非行政訴訟程序所得救濟者。

原告於 96 年 10 月 1 日向被告申請收回之原住民保留地改配，依上開管理條例第 6 條第 1 項，應經被告所屬原住民保留地土地權利審查委員會審查，不論審議結果如何，依同辦法第 6 條第 4 項規定，被告均應報請上級主管機關即花蓮縣政府核定。花蓮縣政府始為原住民保留地收回土地改配與否之權責機關，應就原告 96 年 10 月 1 日土地改配之申請



為准駁，不因本案訴訟程序之進行而有異。

又陳○進、陳○文、李○櫻及訴外人金○理、金○富、盧○正、張○貴、江○勇、江○明、邱○成等人於 92 年 7 月 14 日向被告請求「歸還」系爭土地起，迄今與原告等人已多次向被告為「類似」得使用系爭土地之請求，核其基礎事實大致為：系爭土地本應為渠等祖先傳承予渠等所有之私人土地，卻因日本人及政府強制剝奪，將系爭土地劃為台○公司宿舍用地，今被告收回系爭土地列管，渠等自得請求返還並利用該土地云云。依此主張，原告等似有依所有權請求返還系爭土地之私權爭執之意思，非行政訴訟程序所得救濟。

## 二、訴之聲明第 2 項部分（給付訴訟部分）

（一）給付訴訟須直接用以主張給付之請求，若人民對行政機關為公法上給付請求，涉及行政處分之撤銷或作成者，則應於撤銷訴訟或課予義務訴訟中併為請求。

依《行政訴訟法》第 8 條第 1 項「人民與中央或地方機關間，因公法上原因發生財產上之給付或請求作成行政處分以外之其他非財產上之給付，得提起給付訴訟。因公法上契約發生之給付，亦同。」則係就給付訴訟要件所為之明文，乃在於實現公法上給付請求權而設；同法第 5 條所規定，人民得訴請行政機關為一定之行政處分之課予義務訴訟亦同。

惟一般給付訴訟，相對於其他訴訟類型，特別是以「行政處分」為中心之撤銷訴訟及課予義務訴訟，具有「備位」性質，故若其他訴訟類型得以提供人民權利救濟時，即無許其提起一般給付訴訟。

且就立法意旨觀之，若須經行政機關作成行政處分，始予以給付之事項，容許其取巧逕行提起一般給付訴訟，則無異免除審查行政處分合法性須遵守之訴願前置主義，而使原本可提起撤銷訴訟或課予義務訴訟之事件，皆將遁入一般給付訴訟領域。當事人亦可能藉由提起一般給付訴訟來規避課予義務訴訟特別訴訟要件之要求。因此給付訴訟須直接用以主張給付之請求，若人民對行政機關為公法上給付請求，涉及行政處分之撤銷或作成者，則應於撤銷訴訟或課予義務訴訟中併為請求。

又公法上債權之發生有二種情形：其一為因特定事實符合法律規定之構成要件，致使債權當然發生，其間不須由行政機關透過行政處分之作成以形成，通常是事實簡單，法律構成要件結構單純者，此等公法上之請求如經拒絕，權利人之救濟方式係依《行政訴訟法》第 8 條第 1 項之規定，提起給付訴訟。

其二，則是債權之發生必須由行政機關形成，而且通常是行政處分方式為之。蓋公法上法律關係之形成，國家基於高權作用，享有優先形成之權限，且在公法上，事實涵攝於法律之過程通常比較複雜，應由行政機關先依行政程序法之相關要求認定事實、適用法律，再將所形成之法律關係以行政處分之外觀對外呈現，藉由法律關係之公示作用，確保法之安定性。是凡此種應經由行政處分所形成之公法上債權關係，權利人之請求及救濟方式均是先請求行政機關作成受益處分，而在遭行政機關拒絕後，經訴願而依《行政訴訟法》第 5 條之課予義務義務訴訟方式為之。

故而，應提起撤銷訴訟或課予義務訴訟始能達其訴訟目的者，逕提起給付訴訟，為法所不許。

(二)《原住民保留地開發管理辦法》第 7 條之規定雖課予中央主管機關輔導原住民之權責，但未因此賦予原住民得請求被告公開政府資訊之權利。

原告依《原住民保留地開發管理辦法》第 7 條規定，提起本件給付訴訟，求判令被告應交付 63 年以前出租台○的證明文件，及原告等前因於系爭土地上開墾，為被告補償他處土地之相關文件，乃為訴之聲明第 3 項。經核，上開管理辦法第 7 條：「中央主管機關應會同有關機關輔導原住民設定原住民保留地之耕作權、地上權及取得承租權、所有權。」之規定，雖課予中央主管機關輔導原住民之權責，但顯未因此賦予原住民得請求被告公開政府資訊之權利，原告以上開法條為實體法上請求權基礎，已屬無由。

至於《政府資訊公開法》第 3 章（第 9 條至第 17 條）雖就中華民國國民得申請政府機關提供資訊有所規定，但就其規範意旨規之，資訊

是否提供乃須經行政機關作成行政處分，使予以給付之事項，職是，原告既未依《政府資訊公開法》第 10 條<sup>25</sup>規定填具申請書經向被告申請，且未經被告處分准駁，逕為訴之聲明第 2 項向本院提起給付訴訟，揆諸前揭法文及說明，為無理由。

## 陸、本案評析

高等行政法院雖於本案中大量討論了《行政訴訟法》中「課予義務訴訟」、「給付訴訟」之訴訟要件，然深究本案訴訟事實，實質爭議乃係本案原告與秀林鄉公所兩造對《原住民保留地開發管理辦法》第 20 條原住民保留地之改配，以及《原住民保留地開發管理辦法》第 8 條、第 20 條中原住民如何證明土地使用權源認知之差異。本書於下即就此核心爭議部分進行評析。

依據《原住民保留地開發管理辦法》第 20 條第 1 項：「依本辦法收回之原住民保留地，得由鄉（鎮、市、區）公所公告三十日後，按下列順序辦理改配與轄區內之原住民：一、原受配面積不足，且與該土地具有傳統淵源關係者。二、尚未受配者。三、原受配土地面積較少者。」於本案中，台○與秀林鄉公所就 A 地之租約原係自民國 84 年 4 月 8 日至 93 年 4 月 7 日止，台○公司因故於 91 年 3 月 29 日自願終止租約後，原有建物無償移由被告使用，土地因而由被告列管。本案原告等人，主張其為 A 地之傳統擁有家族之後代，A 地於日治時期係被台○強占，並非如秀林鄉公所所述，係民國 60 年代後方向秀林鄉公所承租土

25 《政府資訊公開法》第 10 條：

「I 向政府機關申請提供政府資訊者，應填具申請書，載明下列事項：

- 一、申請人姓名、出生年月日、國民身分證統一編號及設籍或通訊地址及聯絡電話；申請人為法人或團體者，其名稱、立案證號、事務所或營業所所在地；申請人為外國人、法人或團體者，並應註明其國籍、護照號碼及相關證明文件。
- 二、申請人有法定代理人、代表人者，其姓名、出生年月日及通訊處所。
- 三、申請之政府資訊內容要旨及件數。
- 四、申請政府資訊之用途。
- 五、申請日期。

II 前項申請，得以書面通訊方式為之。其申請經電子簽章憑證機構認證後，得以電子傳遞方式為之。」

地使用。台○既然已不使用 A 地，A 地自然應返還給原土地權人之後代，因而依據《原住民保留地開發管理辦法》第 20 條第 1 項向秀林鄉公所申請改配系爭土地。

就原告之前述主張，高等行政法院認為，若原告係欲主張「改配」系爭土地，則應適用《原住民保留地開發管理辦法》第 20 條第 1 項等相關規定為審判依據；然若原告係欲主張 A 地為其等家族之傳統土地因而要求秀林鄉公所返還，則係有依所有權請求返還系爭土地之私權爭執之意思，即非行政訴訟程序所得救濟。就前者，兩造攻防之重點在於，原告是否符合：「原受配面積不足，且與該土地具有傳統淵源關係者」之改配要件。原受配面積方面，判決中兩造並未就此提出確切資訊，僅秀林鄉公所於拒絕原告改配申請之處分書中有謂原告「依法已受配現有自住房用地」；就後者而言，秀林鄉公所認為於本案中具有證據能力之證明文件包括：民國 62 年山地保留地使用清冊、72 年山地保留地現況調查表、76 年花蓮縣秀林鄉山胞非法濫墾使用山地保留地宜林地審查清冊，然於此文書中，均無原告等人及其祖先之使用權源紀錄。

針對秀林鄉公所之前述主張，原告認為其雖無上述所謂特定之「土地使用權源證明」，卻有四鄰證明、日據時期戶籍資料、耆老口述歷史、部落族人問卷調查報告等資料，可充分證明台○於日治時期占用系爭土地歷史，亦可證明其等家族為系爭土地之原始擁有者。依據《原住民族基本法》第 20 條及第 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。」之意旨，秀林鄉公所不應限縮「土地使用權源證明」之範圍。然於法院判決上，高等行政法院仍舊採取秀林鄉公所之見解，而認定原告無法證明其就系爭土地擁有傳統使用權源。

就高等行政法院之此見解，本書不予贊同。按我國整理原住民保留地政策，應如同原告引述行政院原住民族委員會土管處之說法：「對於保留地的政策性及目的性就是要把保留地還給原住民，其實這是其最終的目的。」此說法與《原住民族基本法》第 20 條、第 23 條之立法意旨相一致，應作為解釋《原住民保留地開發管理辦法》及其他相關行政規

則之核心原則。意思也就是說，若無法所明文之限制，行政機關應採取對於原住民權利最有利之解釋方式適用法令。於本案中，對如何證明原告與系爭土地具備《原住民保留地開發管理辦法》第 20 條第 1 項所要求之「傳統淵源關係」，既無明文限制，法院即不得將之限定僅能以特定文書證明，而排除原告其他證明資料之效力，否則即係以不具備法律位階之法規命令，限制原住民基於《原住民族基本法》就其傳統土地之權利。另，考量原住民族人宥於語言使用之差異，以及對於外來殖民政權土地政策之不熟悉，實難要求原住民族人於歷年土地登記、調查期間，均能參與登記作業與配合調查有效表示自身之傳統土地範圍。若可，則我國何必制定特殊之「原住民保留地政策」希冀將原住民保留地「還」給原住民？

故，於本案中，高等行政法院實應就原告提出之證明資料予以審查，若其能證明其與系爭土地具有傳統淵源者，即應撤銷秀林鄉公所之原處分而要求其另為之。

另外，就高等行政法院於本案中認原告欲主張 A 地為其等家族之傳統土地因而要求秀林鄉公所返還之，係依所有權請求返還系爭土地之私權爭執，非行政訴訟程序所得救濟，本書認其推論過於武斷。按《原住民族基本法》肯定原住民就其傳統土地具有權利之規範意旨至為灼然，儘管基本法第 20 條第 3 項規定：「就原住民土地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。」然於該子法尚未立法完成前，行政機關應即具有採取積極之行政作為以落實基本法。是故，縱然原告之主張似有私權爭執之意思，然行政機關仍應考量其無論於民事或行政訴訟程序中均難以尋得救濟之現實，而尋求最有利於其權利主張之解釋適用法令。

**案例十三** 原住民按「臺灣省山地保留地管理辦法」取得土地耕作權與土地所有權之期待權

**案號** 臺北高等行政法院 101 年度訴字第 1997 號及行政院原住民族委員會 101 年原民訴字第 1010055207 號

**案由** 移轉原住民保留地所有權登記

### 壹、案例事實

原告○○水泥不服行政院原住民族委員會 101 年原民訴字第 1010055207 號提起之行政訴訟。事由為訴願人程○人及楊○香分別於中華民國（以下同）57 年 11 月 6 日及 58 年 12 月 31 日，分別就位於花蓮縣秀林鄉古○社段 116、149、154 地號及花蓮縣秀林鄉玻○岸段 766 地號設定耕作權。花蓮縣秀林鄉公所於 62 年 6 月 14 日邀集花蓮縣政府、花蓮工業策進會、○○水泥股份有限公司假富世村活動中心召開「○○水泥股份有限公司申請租用富世、秀林段山地保留地土地使用第一次召開協調會」。嗣後花蓮縣秀林鄉公所復將系爭土地出租與○○水泥股份有限公司，惟系爭土地迄今尚未塗銷耕作權登記。

訴願人二人分別於 93 年 7 月 29 日、93 年 11 月 17 日向花蓮縣秀林鄉公所申請登記為所有權人，經花蓮縣秀林鄉公所於 99 年 7 月 30 日、99 年 10 月 4 日分別召開原住民保留地土地權利審查委員會提出審查未通過之意見，於 99 年 9 月 8 日以秀鄉經字第 0990015967 號、於 99 年 11 月 2 日以秀鄉經字第 0990019852 號函送花蓮縣政府核定。經花蓮縣政府 100 年 5 月 23 日以府原地字第 1000088384 號、府原地字第 1000086513 號函，以未經營自用滿五年為由，駁回訴願人移轉原住民保留地所有權登記之請求。訴願人不服花蓮縣政府前開 2 函之處分，爰提起本件訴願案。

## 貳、訴訟歷程與結果

- 一、本件訴願為有理由。
- 二、臺灣高等行政法院判原告之訴為無理由，應予駁回。

## 參、法院及訴願審議委員會見解

### 一、原住民保留地土地權利審查委員會未享有實體法上事務管轄之權限，故其所提出之審查意見、審議結果並無法律上拘束力

本案事涉原住民保留地之分配、所有權移轉事項，依《原住民保留地開發管理辦法》第 2 條第 1 項後段、第 6 條第 1 項第 2 款、第 3 項及第 17 條規定，應由原住民保留地所在之花蓮縣秀林鄉公所設置原住民保留地土地權利審查委員會審查相關事證、提出審查意見、作成審議結果，報請上級主管機關核定。惟查，原住民保留地土地權利審查委員會之性質並非花蓮縣秀林鄉公所組織法中之內部單位，於實體法上亦未享有事務管轄權限；僅係有關原住民保留地土地權利事務協助花蓮縣秀林鄉公所調查事實、提出意見、形成結論等程序行為之行政助手爾。原住民保留地土地權利審查委員會之審查意見、審議結果，均係花蓮縣秀林鄉公所彙整報請上級主管機關之內部意見，並無法律上之拘束力。

### 二、本件訴願案以現行之《原住民保留地開發管理辦法》評價，因依該辦法訴願人取得所有權之過渡期間較修正前之辦法更為縮短，其效果有利於訴願人

法治國原則為憲法基本原則之一，首重人民權利之維護、法秩序之安定及誠實信用原則之遵守。人民對公權力行使結果所生之合理信賴，自應予以適當保障，此乃信賴保護之法理基礎。雖然法規並非永久不能改變，日後可能修改或廢止，惟法規適用對象因信賴授予耕作權之行政行為，基於日後取得土地所有權之目的，於受配之原住民保留地上投入心血、勞力，難謂純屬法規適用對象主觀之願望或期待，而未有表現已

生信賴之事實。本件訴願人分別自 57 年 11 月 6 日、58 年 12 月 31 日就系爭山地保留地設定耕作權迄今，究竟有何種公權利據以請求、如何廢續處理，涉及法規範之更迭介接，因此本件訴願案就適用法規之變更，首重信賴保護原則之檢視。

訴願人分別於 93 年 7 月 28 日、93 年 11 月 17 日申請登記為所有權人，原處分機關遲至 100 年 5 月 23 日方駁回當事人所請，歷時之久，《原住民保留地開發管理辦法》（以下稱該辦法）業經兩次修正。依《行政程序法》第 17 條規定，當事人依法規向行政機關提出申請，即屬行政程序之開始。訴願人申請時於實體上得享有之利益，不宜因機關之怠惰而遭犧牲，故依《中央法規標準法》第 18 條後段，就訴願人實體上有利而未遭禁止或廢除之事項，依申請時之該辦法；與訴願人實體權益無關、雖有利訴願人但已遭禁止或廢除或單純涉申請程序之事項，則依《中央法規標準法》第 18 條、該辦法第 44 條規定，適用現行之該辦法，綜合檢視原處分機關所為之系爭處分是否合法、適當。

訂定發布該法規之行政機關基於公益之考量，如認社會整體利益優先於法規適用對象之個別利益時，自得依法定程序廢止法規或修改其內容，若因此使人民出於信賴先前法規繼續施行，而有因信賴所生之實體法上利益受損害者，基於信賴之保護，應採取合理之補救措施或訂定過渡期間之條款，俾減輕損害，釋字第 525 號解釋足資參據。

本件訴願案適用現行之該辦法，評價訴願人自設定耕作權以來不斷延續至今之生活狀態，屬不真正溯及既往，與真正溯及既往有別。前者係以現行法規，評價不斷綿延至今之事實，進而另外做出法律效果，屬法律事實之回溯連結；後者是以現行之法規，變動過去已經發生之法律效果，故稱法律效果之溯及生效。不真正溯及既往，需兼顧法規變更之公益目的及相對人之信賴保護，基於原住民保留地制度歷年承襲之公益目的均有保障原住民（山地人民）生計及推行原住民（山地）行政所保留之國有土地，此觀該辦法第 3 條、「臺灣省山地保留地管理辦法」第 2 條可知。訴願人自設定當時之「臺灣省山地保留地管理辦法」過渡到現行之該辦法，並無特殊負擔或過苛可言；反而因法規之變更，縮短取得



所有權之過渡期間，因此本件訴願案以該辦法評價，於法尚無不合。

### 三、原處分未注意有利及不利訴願人之事實，未善盡職權調查義務，應予撤銷

本件訴願案係依臺灣省政府 55 年 1 月 5 日府民四字第 89609 號令修正發布之「臺灣省山地保留地管理辦法」第 7 條第 1 項第 1 款設定耕作權，而前開辦法復於 80 年 4 月 10 日，依《中央法規標準法》第 22 條第 3 項規定，因廢止而失效。縱訴願人尚未放棄耕作權，現已無從據前開辦法請求登記為所有權人。惟查，原處分機關逕機械式地適用該辦法第 17 條：以他人尚在占有使用為由，予以駁回。不僅違反《行政程序法》第 9 條：不論有利、不利當事人之情形，均應一律注意之要求；亦未善盡《行政程序法》第 36 條職權調查之義務。原處分機關未審究訴願人申請時，是否曾開墾完竣並自行耕作之事實，亦未思忖如何承接該辦法生效前之事實狀態，原處分均與法未合，應予撤銷，並審酌本件訴願決定書意旨，另為適法行政處分。

### 四、訴願人依當時之「臺灣省山地保留地管理辦法」於系爭土地持續耕作，不僅取得耕作權，也保有無償取得土地所有權之期待權

原住民保留地制度旨在保障原住民生計，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，該辦法第 3 條明文規定。訴願人於系爭土地持續耕作之目的，旨在取得系爭土地所有權；易言之，訴願人依當時之「臺灣省山地保留地管理辦法」不僅取得耕作權，也保有無償取得土地所有權之期待權。花蓮縣秀林鄉公所於 62 年 6 月 14 日召開之○○水泥股份有限公司申請租用秀林富○段山地保留地使用第一次召開協調會議紀錄（原處分機關時任山地室主任陳○○發言）、訴願人具名之承諾書、○○水泥公司租用秀林富○段山地保留地土地使用土地開墾費補償發放清冊，均表明僅補償訴願人投入於各筆土地開墾之辛勞、時間及地上物，並另行向訴外人○○水泥股份有限公司相對拋棄耕作權。訴願人自 57 年 11 月 6 日、58 年 12 月 31 日

就系爭山地保留地取得耕作權時起，持續開墾直到○○水泥股份有限公司和花蓮縣秀林鄉公所簽訂租賃契約後半年，立起圍牆為止。各級政府均未就訴願人之耕作權或日後取得土地所有權之期待權，進行徵收或類似徵收之補償，迄今仍未依法塗銷耕作權。

**五、訴願人可期待之所有權為一附條件之權利，惟因原處分機關、花蓮縣秀林鄉公所本於執行機關之不當介入，致使期限不能成就，原處分機關應類推適用該辦法第 17 條第 1 項之法律效果，作成使訴願人取得系爭土地所有權之行政處分**

原處分機關、花蓮縣秀林鄉公所，於 62 年 6 月 14 日召開之○○水泥股份有限公司申請租用秀林、富○段山地保留地使用第一次召開協調會議，單方強調訴外人○○水泥股份有限公司設廠之種種好處，未能清楚揭示不能繼續耕作、使用原住民保留地之事實，且據上開會紀錄未能了解參與者全體同意之意思表示。再者，耕作權屬用益物權之一種，與一般用益物權不同之處在於，依該辦法於過渡期間屆滿後，取得申請為所有權人之地位，進而取得所有權；因此耕作權並非存續期間屆滿而自動失效，耕作權係因取得所有權而失效，《山坡地保育利用條例》第 37 條亦未限制取得期間，亦難想像耕作權人於耕作權消滅之瞬間，另案請求登記為所有權人。

又耕作權之拋棄，實有處分原有物權內涵之物權行為，依當時之《民法》，未經登載於土地登記簿即不生物權效力，因此訴願人之耕作權迄今仍在。訴願人如有拋棄耕作權之意思表示，即由當時該辦法之主管機關依《土地登記規則》第 26 條，會同訴願人塗銷系爭土地之耕作權即可，何必填具承諾書向訴外人○○水泥股份有限公司相對拋棄耕作權。原處分機關、花蓮縣秀林鄉公所如此輾轉出租所託之國有原住民保留地，至少於行政程序中已有不當，此觀內政部 94 年 2 月 18 日台內地字第 0940068383 號函說明三中段可知。倘俟訴外人○○水泥股份有限公司不再租用系爭土地後，再依該辦法第 8 條第 1 款將重行賦予訴願人耕作權，不但歷時之久、遙期無望，亦使該辦法第 20 條之改配順位發

生目的上之衝突，自非可採。細琢現行之該辦法第 17 條，訴願人依本辦法取得耕作權後，只要有繼續自行經營或自用滿五年之事實，且無該法規第 15 條、第 19 條應收回原住民保留地之事由，即可申請取得原住民保留地之所有權；易言之，該所有權係一附條件之權利。然而在條件成就前，因原處分機關、花蓮縣秀林鄉公所本於執行機關之不當介入，致使期限不能成就，此時之法律效果宜參酌「臺灣省山地保留地管理辦法」第 1 條、該辦法第 3 條之規範目的斷之。

詳言之，訴願人能否依法申請取得系爭土地之所有權，繫於是否曾自行耕作或利用滿五年，或有無該辦法第 15 條、第 19 條應收回原住民保留地之事由為斷。若將行政機關之不當介入納入應否核予訴願人所有權之判斷，所生之法律效果將無內在合理關連性支撐。本於平等原則、信賴保護、誠實信用原則及原住民保留地之制度目的，倘原處分機關本於職權調查訴願人自設定耕作權以來，業曾自行經營或利用滿五年，且無其他應收回事由，原處分機關應類推適用該辦法第 17 條第 1 項之法律效果，作成使訴願人取得系爭土地所有權之行政處分。

#### **六、按我國《憲法增修條文》第 10 條第 12 項揭示之精神，以及《原住民族基本法》與其他相關辦法，顯見我國原住民保留地制度係我國本於特別之信託關係，為原住民族之利益使用、管理原住民保留地**

本案並非單純處理原住民保留地設定耕作權之事項，而是國家立於何種地位、權限管理原住民保留地的內涵。我國《憲法增修條文》第 10 條第 12 項：「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之。」；《原住民族基本法》第 20 條至第 24 條均揭示，原住民族土地縱為國家所有，在法定之行為態樣上，仍應諮詢當地原住民族之同意或參與；該辦法之母法，《山坡地保育利用條例》第 37 條亦規定，山坡地範圍內山地保留地，應由國家輔導原住民開發並取得耕作權、地上權或承租權，除政府指定之特定用途外，不得移轉與非原住民。顯見我國原住民保留地制度係我國本於特別

之信託關係，立於類似監護人之地位，為原住民族之利益使用、管理原住民保留地，參考與我國處理原住民保留地相類似之加拿大聯邦最高法院判決，Guerin et al. v. R.：「如將原住民族傳統土地權視為一項個人的用益權或不動產所有權，實際上是無助於理解該項權利內容，因為以普通法有關財產權原則來表徵該項權利，原本就是不妥適的方法。原住民族土地權的本質，賦予國家一項強制執行的信託責任。」如此解釋不但符合國際潮流，亦符合我國《憲法增修條文》第 10 條第 12 項、《原住民族基本法》中有關土地權利之設計意旨、《山坡地保育利用條例》第 37 條及《公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法》。

#### 肆、本訴願決定書評析

本訴願決定書係「反○○還我土地運動」抗爭以來，原住民事務之中央主管機關——行政院原住民族委員會（以下簡稱行政院原民會）採取維護原住民就其傳統土地權利立場最為堅定，論述最為深入豐富之文書。行政院原民會於本訴願決定書中就原住民保留地政策之本旨、原住民就原住民保留地申請登記他項權利以取得所有權之漫長程序中之期待利益、原住民傳統土地權之權利內涵，均作出迥異於過往民事與行政訴訟實務見解中之保守觀點。

首先，就原住民保留地政策之本旨，本訴願決定書指出，我國原住民保留地制度係我國本於特別之信託關係，立於類似監護人之地位，為原住民族之利益使用、管理原住民保留地。也因為如此，本訴願決定書強調，行政機關於處理原住民保留地之增劃編、他項權利與所有權之授予等程序時，均應該本著前述特別信託關係，以最符合原住民權利保障之方式行之。執是，儘管本案訴願人就系爭土地取得耕作權登記時，應依據當時有效之「臺灣省山地保留地管理辦法」，須持續耕種滿十年方可申請登記所有權，行政院原民會卻認定，其之耕作權權利狀態既持續延續至今，則行政機關自可依據現行之《原住民保留地開發管理辦法》賦予耕作權人較短之取得所有權過渡期間利益。

另外，原住民於申請原住民保留地增劃編、登記他項權利、登記取得所有權之漫長程序中，就土地所有權之取得是否具備應受保護之期待利益，本訴願決定書亦作出與過往司法實務見解大相逕庭之解釋。無論行政法院或民事法院，就涉及原住民保留地之權利賦予爭議時，均再三強調，原住民保留地為國有地，主管機關同意原住民個人申請增劃編原住民保留地、設定耕作權與地上權之他項權利，及原住民持續耕作與使用滿五年後申請登記取得所有權，均係主管機關基於高權行為之授益性處分。在此過程中，每一程序均非原住民申請即獲保證，主管機關就各形式與實質要件是否滿足均擁有逐一審議之權能。

是故，於司法實務見解中，常見原住民就其已申請增劃編為原住民保留地之傳統土地，主張其對原住民保留地之編定具有值得保護之信賴利益，得對抗該國有地管理機關，而遭法院否定；臺灣高等法院花蓮分院 97 年度再易字第 6 號判決中，原住民已於系爭土地上取得地上權及耕作權登記滿五年，在其尚未完成所有權申請登記程序之權利空窗期中，亦遭法院認定其就系爭土地不具有任何私法上之權利。

不過，本訴願決定書卻認為：「訴願人於系爭土地持續耕作之目的，旨在取得系爭土地所有權；易言之，訴願人依當時之『臺灣省山地保留地管理辦法』不僅取得耕作權，也保有無償取得土地所有權之期待權」，同時，其並認為當原住民取得保留地耕作權並持續耕種滿五年時，原住民就該原住民保留地之權利狀態為：「取得申請為所有權人之地位，進而取得所有權……耕作權並非存續期間屆滿而自動失效」。行政院原住民族委員會指出，這樣見解係有實務操作上之必要性，因為：「《山坡地保育利用條例》第 37 條亦未限制取得期間，亦難想像耕作權人於耕作權消滅之瞬間，另案請求登記為所有權人」。顯與臺灣高等法院花蓮分院 97 年度再易字第 6 號判決之前述見解即相去甚遠。同時，本訴願決定書甚至認為，若就原住民已登記耕作權、地上權之原住民保留地進行徵收，應就原住民日後取得土地所有權之期待權，給予徵收或類似徵收之補償。

本訴願決定書尚認為，在原住民取得耕作權、地上權之期間中，只要可認定其已滿足持續耕種、利用滿五年，縱然土地目前因行政機關之不當介入而無法供其耕種使用，亦不妨害其取得保留地所有權。意思也就是說，本案訴願人自民國 57、58 年登記耕作權起，只要可資認定持續耕種滿五年，縱然系爭土地目前由○○水泥公司占有設廠使用，其仍可取得保留地所有權。

綜整本訴願決定書之前開見解，行政院原住民族委員會認定原處分機關——花蓮縣政府採取高權行政之心態，而未採對原住民取回傳統土地權利最為有利之解釋，違背了我國《憲法增修條文》第 10 條第 12 項、《原住民族基本法》、《山坡地保育利用條例》第 37 條、《公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法》。在解釋原住民保留地政策應係國家對原住民族負有之一種具有保護照顧性質之特殊信託時，行政院原住民族委員會更援引加拿大法院判決作為說明，充實了我國原住民人權之內涵。按臺灣高等法院花蓮分院 100 年度再易字第 3 號判決中，原住民援引加、澳等國原住民法院判決、重要學說，強調原住民族土地權應優先存續於現代國家主權及土地所有權之取得，高等法院花蓮分院並未深究，僅以「再審原告主張依其占有事實及外國法例、學說等，推而主張其權利，核與《原住民族基本法》之規定不符」而排除之，實與本訴願決定書有天壤之別。

總而論之，本書贊同本訴願決定書突破過往原住民保留地政策論述之窠臼，以具有人性關懷、原住民權利保障之思維，協助於○○水泥設廠歷程中被迫遷移且喪失傳統土地之訴願人取回土地所有權。如民事法院、行政法院亦能採取相同觀點，則儘管《原住民族基本法》就原住民族土地之相關子法尚未完成訂定，原住民族傳統土地權仍有儘速獲得保護之操作機制與空間。

## 親屬繼承類

## 案例十四 原住民間確認婚約存在案

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

**案由** 確認婚約存在等

## 壹、案例事實

本件上訴人乙○○曾與被上訴人之一者丁○○為男女朋友，二人於民國 90 年 6 月 23 日書立內載有：「年底訂婚，明年結婚」之同意書。上訴人主張：被上訴人丁○○於訂婚後，常與不詳姓名男子交往，甚至發生性關係，顯已侵害伊之名譽，伊自得先請求確認與被上訴人丁○○間有婚約關係存在，再以被上訴人丁○○有上開不當行為，依法解除婚約，並以名譽受損害及解除婚約乃因可歸責於被上訴人丁○○之事由所致，請求被上訴人丁○○賠償非財產上之損害（修正前《民法》第 977 條第 2 項<sup>26</sup>），而其餘被上訴人係被上訴人丁○○之父母（甲○○、丙○○），與之有共同不法侵權行為，亦應與之連帶負損害賠償責任（《民法》第 184 條第 1 項、第 185 條第 1 項前段、第 195 條第 1 項前段<sup>27</sup>）。被上訴人則以：被上訴人丁○○與上訴人間並未訂定婚約，被上訴人丁○○之所以書立同意書，係受上訴人之逼迫，又上訴人從未至被上訴人

26 《民法》第 977 條第 2 項：「前項情形，雖非財產上之損害，受害人亦得請求賠償相當之金額。」

27 《民法》第 184 條第 1 項：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同。」

第 185 條第 1 項前段：「數人共同不法侵害他人之權利者，連帶負損害賠償責任。」

第 195 條第 1 項前段：「不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。」

家中求婚等語，資為抗辯。兩造就婚約是否存在一事，進行爭執。（參臺灣高等法院 92 年度家上字第 65 號）

## 貳、訴訟歷程與結果

### 一、訴訟歷程

本案為當事人間請求確認婚約存在等事件。中華民國 92 年 7 月 1 日臺灣高等法院第二審判決當事人間婚約不存在，上訴人遂提起上訴，其上訴經法院駁回。以下將就本案之訴訟歷程進行研析。

### 二、判決主文

#### （一）第一審判決

當事人間婚約不存在，原告敗訴。第一審訴訟費用由原告負擔。（臺灣新竹地方法院 91 年度婚字第 183 號）

#### （二）第二審判決

上訴駁回。第二審訴訟費用由上訴人負擔。（臺灣高等法院 92 年度家上字第 65 號）

#### （三）第三審判決

上訴駁回。第三審訴訟費用由上訴人負擔。（最高法院 92 年度台上字第 2211 號）

## 參、當事人主張

上訴人（乙○○）方面：

- 一、原審依職權取捨證據，認定兩造未曾訂立婚約，被上訴人亦未施以詐術，使上訴人交付財物，且無侵害上訴人名譽之行為，原審判決不當。
- 二、原審以殺豬宴客為婚約成立之要件，認定兩造未訂立婚約，違背《民法》第 972 條規定。



三、原審未就上訴人是否併依《民法》第 979 條第 1 項規定請求被上訴人賠償，行使闡明權，原判決違背法令，上訴人據《民事訴訟法》第 467 條提起上訴。

## 肆、本案爭點

原審判決是否以原住民訂婚習俗殺豬宴客，作為認定婚約成立與否之要件（《民法》第 972 條<sup>28</sup>）？

## 伍、法院見解

一、上訴未表明該判決所違背之法令及其具體內容，暨依訴訟資料合於該違背法令之具體事實。既非依《民事訴訟法》第 468 條、第 469 條<sup>29</sup>規定合法表明上訴理由，上訴自非合法

按對於第二審判決上訴，非以其違背法令為理由，不得為之。又提起上訴，上訴狀內應記載上訴理由，表明原判決所違背之法令及其具體內容，暨依訴訟資料合於該違背法令之具體事實。《民事訴訟法》第 467 條、第 470 條第 2 項<sup>30</sup>定有明文。而依同法第 468 條規定，判決不適用

28 《民法》第 972 條：「婚約，應由男女當事人自行訂定。」

29 《民事訴訟法》第 468 條：「判決不適用法規或適用不當者，為違背法令。」

第 469 條：

「有下列各款情形之一者，其判決當然為違背法令：

- 一、判決法院之組織不合法者。
- 二、依法律或裁判應迴避之法官參與裁判者。
- 三、法院於權限之有無辨別不當或違背專屬管轄之規定者。
- 四、當事人於訴訟未經合法代理者。
- 五、違背言詞辯論公開之規定者。
- 六、判決不備理由或理由矛盾者。」

30 《民事訴訟法》第 467 條：「上訴第三審法院，非以原判決違背法令為理由，不得為之。」

第 470 條第 2 項：

「上訴狀內，應記載上訴理由，表明下列各款事項：

- 一、原判決所違背之法令及其具體內容。
- 二、依訴訟資料合於該違背法令之具體事實。
- 三、依第四百六十九條之一規定提起上訴者，具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性之理由。」

法規或適用不當者，為違背法令；依同法第 469 條規定，判決有該條所列各款情形之一者，為當然違背法令。

本件上訴人對於第二審判決提起上訴，雖以該判決違背法令為由，惟核其上訴理由狀所載內容，係就原審依職權取捨證據，認定兩造未曾訂立婚約，被上訴人亦未施以詐術，使上訴人交付財物，且無侵害上訴人名譽之行為等情，指摘其為不當，而非表明該判決所違背之法令及其具體內容，暨依訴訟資料合於該違背法令之具體事實，難認其已合法表明上訴理由。依首揭說明，應認其上訴為不合法。

## 二、原審法院據「殺豬宴客」為事實認定之資料，非爰為婚約成立之要件，原判決未違《民法》第 972 條規定

又原審係綜合被上訴人所立同意書內容、證人證言及兩造未依原住民訂婚習俗殺豬宴客等情，認定兩造未訂立婚約，非以殺豬宴客為婚約成立之要件，不生違背《民法》第 972 條規定之問題。

## 三、當事人既未訂立婚約，上訴人自不得依《民法》第 977 條第 2 項、第 979 條第 1 項規定請求賠償

又兩造未訂立婚約，原無《民法》第 977 條第 2 項、第 979 條第 1 項規定之適用，原審未就上訴人是否併依《民法》第 979 條第 1 項規定請求被上訴人賠償，行使闡明權，亦無違背法令可言。

## 陸、本案評析

本案之訴訟歷程以及兩級法院之判決，均說明了在原住民族之傳統習慣未被制度性承認為一完整的、與市民法制平行存在的規範體系前，以及在欠缺一能充分調查與採納該規範體系的程序保護制度下，逕行將部分原住民族之傳統習慣割裂適用、有限解釋為市民實體法之補充法源，不但將造成原住民族社群之價值體系的錯亂與裂解，也會嚴重影響原住民族適用市民社會司法體系時所應享有之程序利益，例如審級利益。

首先就對原住民族傳統習慣之割裂或任擇性適用部分來說，本案在高等法院事實審級裡之最重要爭點，為系爭事件兩造間是否已成立婚約。因若婚約成立，上訴人於系爭訴訟中接續所為之請求（包括依《民法》第 977 條第 2 項、第 979 條第 1 項，以及《民法》第 184 條第 1 項與第 195 條第 1 項），始有受實體判斷之利益。若婚約被認定不成立，則接續之請求必然敗訴。

惟依《民法》第 972 條規定：「婚約，應由男女當事人自行訂定」。婚約之訂定並無要式、亦無需登記。相對於婚姻關係，甚至其他要求書面要式之契約，婚約是否存在，顯然被制度化為任由形成此拘束關係之當事人自治決定之。與婚姻關係所產生之絕對社會秩序利益不同，未來婚姻關係是否被實現，以及其未實現之效果，繫於當事人本身對此準備期間之利害關係的主觀裁量。由婚約制度自《民法》施行時即已存在，且在歷次修正中未被刪除，僅更朝向個人裁量色彩方向調整（如《民法》第 977 條第 2 項以個人精神損害為中心之增修，以及《民法》第 979 條之 1 以返還當事人一方之贈與而非親屬之贈與之增修）可反證，婚約是否成立之自治主體，原非僅限個人，而應包括與婚姻關係之效果利害相關之個人所屬之家，或其他親屬團體。在事實上存在的平行習慣法制裡，則甚至可能包括依原住民族部落或族群規範有權力表達意思之成員，例如部落或家族之頭目、耆老。

因此，在適用傳統習慣作為判斷該自治裁量內容之基準時，特別是本案，不僅應就系爭主張適用該習慣為判準（如本案高等法院事實審中所調查之「依我們原住民習俗，訂婚一定會通知親戚，並殺豬請客，但都沒有……」，或「兩造沒有訂婚，依山地人習俗訂婚需要殺豬或請老人家講話，但什麼都沒有……」，以及「上訴人亦自認被上訴人係原住民，依習俗男女在一起，要殺豬表示兩人訂婚，而被上訴人沒有殺豬」），尚須回溯考量形成、並繼續維護與適用此一傳統習慣（殺豬作為定婚之要式）之族群團體，對於該習俗之確實內容、適用條件與限制的現在認知，參考其所屬族群或部落、家族之全體性意思，例如判斷系爭事件中兩造所屬之族群（十四族中之哪一族）、部落（特定族群中之哪

一部落或家族)，透過闡明權之行使，協助當事人舉證該重要爭點所應適用之傳統習慣之內容、適用範圍、適用條件與例外，並探知在現在時空該規範之解釋向度是否已經「扣緊演進 (cogent transition)」，以決定其確實具拘束力之部分。而非僅選擇性適用傳統習慣作為市民法之補充性規定，使之自形成該規範之社會情境中被割離、去脈絡化。後者之方法論不但可能使法曹對該部落習慣之規範意義、適用條件採用了錯誤之解釋，更有甚者，其適用之結果將造成部落習慣之去規範化與工具化。

以本案高等法院之判決為例，「訂婚需要殺豬或請老人家講話」之部落習慣，被簡化為市民法規範體系下婚約之要式，也因此被降位為脫免婚約關係之拘束力的後見之明，而非透過時間回溯方法藉以發現部落規範之真實面向的神聖基準。也就是說，當傳統習慣規範被任意拼貼進價值體系完全不一致的市民社會法律解釋體系中，濾除其時間要素，忽視其特定社會情境制約後，其規範意義與強度也將隨著「補充法源」地位之標籤而被貶抑為工具層次，而當如此之詮釋結果隨著判決之公開與執行滲入原住民族生活體系時，將會更加速原住民族社會自制機構之解體與部落生活之去道德化。

另外，在原住民族應享有之程序利益如審級保護方面，由於前述的割離與去脈絡化適用方法論，也使本案中最高法院在未依上述方法論探究原審級適用傳統習慣之解釋方法是否正確之前，即逕行認為「原審係綜合被上訴人所立同意書內容、證人證言及兩造未依原住民訂婚習俗殺豬宴客等情，認定兩造未訂立婚約，非以殺豬宴客為婚約成立之要件，……原審未……行使闡明權，亦無違背法令可言……」，而認定上訴不合法。而據《民事訴訟法》第 467 條、第 470 條第 2 項規定，按對於第二審判決上訴，非以其違背法令為理由，不得為之。又提起上訴，上訴狀內應記載上訴理由，表明原判決所違背之法令及其具體內容，暨依訴訟資料合於該違背法令之具體事實。若事實審級以及最高法院不能將對傳統習慣之錯誤解釋，視為違背法令，則多數就原住民族傳統習慣之適用方法有爭執之訴訟，均將無法合法上訴，從而剝奪當事人之程序利益。

**案例十五** 阿美族土地無權占有拆屋還地案**案號** 臺灣花蓮地方法院 101 年度訴字第 222 號**案由** 拆屋還地**壹、案例事實**

原告林○玉與被告林○山為阿美族之兄妹，花蓮縣豐濱鄉○○段○○地號土地（下稱系爭土地）原為訴外人林○元（即兩造之父親）所持有，訴外人林○元於民國 41 年 11 月 11 日辦理土地登記，並於 52 年 4 月 16 日辦理土地分割登記，又於 68 年 12 月 5 日將系爭土地贈與原告，並於 68 年 12 月 18 日辦理登記。原告主張被告於原告所有之系爭土地私自搭設建物，請求無權占有之被告拆屋還地。被告則以原告應繼受土地移轉前被告與訴外人林○元間之使用借貸關係為抗辯。

**貳、訴訟歷程與結果****一、訴訟歷程**

本案為當事人間拆屋還地事件，臺灣花蓮地方法院於中華民國 101 年 11 月 26 日言詞辯論終結。

**二、判決主文**

被告應將坐落花蓮縣豐濱鄉○○段○○地號土地上之建物全部拆除，返還土地予原告。訴訟費用由被告負擔。本判決於原告以新臺幣 196,000 元供擔保後，得假執行。但如被告以新臺幣 588,000 元為原告預供擔保，得免假執行。

## 參、當事人主張

### 一、原告方面

原告所有座落於花蓮縣豐濱鄉○○段○○○地號土地（下稱系爭土地），遭被告私自搭設木造工寮後，又變本加厲增蓋磚造結構，復又購置鋼筋建材等物品，擬加蓋為 2 樓建物，經原告及時發現制止。被告未得原告同意私自於本案系爭土地上建造房屋，其占有未有合法權源，為無權占有行為。依《民法》第 767 條第 1 項規定，原告基於所有權之行使要求被告拆除全部建物，被告均不予理會，爰依上揭條文規定，本於所有權之行使，起訴請求排除被告之侵害，請求拆屋還地返還土地。並聲明：被告應將坐落花蓮縣豐濱鄉○○段○○○地號土地上之建物（面積約 177.51 平方公尺）全部拆除返還土地予原告；原告願供擔保，請准宣告假執行。

### 二、被告方面

原告稱被告為無權占有使用系爭土地，然被告使用系爭土地之行為，已經前土地所有人林○元同意，非無權占有為抗辯，並陳述如下：

- (一) 系爭土地原為訴外人林○元（即兩造之父親）所持有重測前為花蓮縣豐濱鄉○○段○○○地號，即重測後為花蓮縣豐濱鄉○○段○○○地號土地持分 1/4 土地。被告於 48 年 3 月 1 日與配偶陳○里結婚後，父親林○元即同意被告與其配偶 2 人於系爭土地上搭建鐵皮及木造房屋居住，後因政府補助原住民興建磚造房屋而將該屋改為磚造結構，嗣後，被告於 60 年 9 月間向戶政機關申請編定門牌號碼「花蓮縣豐濱鄉○○村○鄰○○號之 1」，並設籍於此，73 年 8 月 1 日整編為「靜○村 2 鄰 92 號」。從此時開始，可以證明被告在上面居住使用，且是經過原土地所有人林○元之同意。
- (二) 被告與原告為兄妹關係，被告經訴外人林○元同意後，於 48 年起即於系爭土地上興建房屋居住，迄今業已長達 30 年以上，被告均未曾繳納租金或遭驅趕，應認被告與訴外人林○元間就系

爭土地已成立使用借貸關係，訴外人林○元於 68 年 12 月 5 日將系爭土地贈與原告，原告對上述事實亦未為反對意思表示即應繼受被告與系爭土地前所有權人林○元間之使用借貸關係，嗣後，原告亦於被告之系爭房屋後方興建房屋，與被告比鄰而居，有勘驗筆錄及現場照片可稽，原告自對此等情事所知甚明。《民法》上之債權契約，除法律有特別規定外，固僅於特定人間發生其法律上之效力，惟物之受讓人若知悉讓與人已就該物與第三人間另訂有債權契約，而猶惡意受讓讓該物之所有權者，參照《民法》第 148 條第 2 項所揭櫫之誠信原則，該受讓人亦仍應受讓與人原訂債權契約之拘束。原告受讓系爭土地主觀上非屬善意，應受該債權契約之約束，故被告對於系爭土地之占有使用，為有權占有，今原告臨訟反稱被告無權占有，顯違背《民法》第 148 條所揭示之權利濫用禁止原則及誠信原則。

- (三) 綜上所述，被告依使用借貸關係為有權占有使用系爭房地，原告請求被告拆屋還地，其行使土地所有權之物上請求權，顯然違反《民法》第 148 條所定之權利濫用禁止原則及誠信原則，應無理由。並聲明：原告之訴駁回。如受不利判決願供擔保請准宣告免為假執行。

#### 肆、本案爭點

原告因受贈與而取得系爭土地所有權時，贈與人即其父親林○元是否與被告有就系爭土地之一部成立使用借貸關係？

## 伍、法院見解

- 一、事實釐清：被告未能就其與林○元間有成立使用借貸之事實負舉證之責。佐以林○元不能單獨出借土地之客觀情況，被告又未能舉證證明其所主張成立使用借貸之 48 年 3 月間，系爭土地之全體共有人就系爭土地有協議分管或共同管理之合意而允為出借一部分土地予被告興建房屋，故被告之抗辯即非有據

原告主張花蓮縣豐濱鄉○○段○○○地號土地為其所有，目前一部分為被告興建房屋占有中之事實，有土地登記謄本、本院勘驗筆錄、照片及花蓮縣鳳林地政事務所土地複丈成果圖在卷可稽，並為被告所不爭執，堪予認定。經查：

- (一) 花蓮縣豐濱鄉○○段○○○地號土地於 85 年 5 月 1 日以前乃由原告與訴外人曾○妹、謝○、陳○妹、何○眉等 5 人所共有，原告之權利範圍為 4 分之 1。此○○段○○地號於 79 年 6 月 1 日重測前，亦為數人共有，而原告之父親林○元係於 41 年 10 月 20 日與何○清、陳○走、曾○繩等人共同自訴外人曾○春取得系爭土地所有權，其權利範圍（即持分）亦為 4 分之 1。原告係於 68 年 12 月 18 日因贈與而取得林○元上述重測前豐濱鄉○○段○○○地號土地 4 分之 1 權利，故原告於 85 年 5 月 1 日系爭土地因分割而成為獨立所有權之前，並非系爭土地之單獨所有權人，林○元更從未就系爭土地單獨所有，而均為共有人之一。
- (二) 按各共有人，得自由處分其應有部分；共有物之處分、變更、及設定負擔，應得共有人全體之同意，《民法》第 819 條第 1 項、第 2 項分別定有明文。98 年 1 月 23 日修正前《民法》第 820 條第 1 項規定：「共有物，除契約另有訂定外，由共有人共同管理之。」故未經共有人協議分管之共有物，共有人對共有物之特定部分占用收益，須徵得他共有人全體之同意。又共有



物之利用行為，係以滿足共有人共同需要為目的，不變更共有物之性質之行為。其與處分行為相異者，在不移轉共有物之權利或增加其物上負擔，其與保存行為不同者，在不以防止共有物之毀損或滅失為目的，而其不增加共有物之效用或價值一點，與改良行為，亦有不同之處。《民法》對於共有物之利用方法，並無如保存行為與改良行為，有特別之規定，解釋上應適用《民法》第 820 條第 1 項之規定，即在共有人未以契約訂定時，應由共有人共同管理之。而共有物之出租出借，乃典型之利用行為，自應依《民法》第 820 條第 1 項共有物「管理」之規定為之。次按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，當事人主張成立使用借貸關係者，應由其負就使用借貸之成立要件事實負證明之責。

- (三) 原告既否認被告與林○元間就系爭土地之一部成立使用借貸之關係，依上說明，應由被告就其與林○元間有成立使用借貸之事實負舉證之責。然被告僅以其於民國 60 年 9 月間向戶政機關申請編定門牌號碼而設籍之間接事實來推論其與林○元間有使用借貸關係之成立，惟查 60 年 9 月間編定門牌之房屋是否即係本院勘驗時所見之水泥構造房屋，或如被告所陳述之鐵皮及木造房屋，或為原告所稱之木造工寮，本有疑問，其係何人所建亦有疑問，尚不能排除當時房屋係為林○元所建，而被告因親屬關係同居，僅為占有輔助人性質，不足以推論有提供土地給被告建屋之使用借貸關係。再佐以林○元自始自終僅為系爭土地之共有人，無單獨出借土地予被告建築房屋之權限，被告又未能舉證證明其所主張成立使用借貸之 48 年 3 月間，系爭土地之全體共有人就系爭土地有協議分管或共同管理之合意而允為出借一部分土地予被告興建房屋，故被告上項與林○元間有使用借貸關係之抗辯，與林○元不能單獨出借土地之客觀情況有違，即非有據，甚難採信。

**二、兩造為阿美族原住民，習俗上由長女承繼家產，而被告之婚姻又係招贅婚，故父親林○元將系爭土地之持分贈與原告，乃依據當時之風俗習慣為之，尚難認有何以贈與及讓與系爭土地惡意損害被告之使用借貸債權情形，核與上揭 100 年度台上字第 463 號判決意旨之基礎事實不同，不容據以主張原告於取得所有權後仍應受其前手與相對人間債權契約之拘束**

次查，被告所引最高法院 100 年度台上字第 463 號判決意旨，係指明知他人間已有債權契約之關係，卻出於損害該債權之目的，故意繼受所有權，欲藉債權僅具有相對性之性質，以排除或消滅原本存在之債權關係，因此依誠實信用原則或權利濫用禁止原則，得認此惡意之繼受人於取得所有權後，仍應受其前手與相對人間債權契約之拘束。然於本件之情形，不惟被告不能證明其與林○元之間就系爭土地有使用借貸關係，且被告亦未能證明林○元於 68 年 12 月 18 日贈與系爭土地之持分予原告時，其贈與之目的係在損害或排除其使用借貸關係，參酌兩造為阿美族原住民，習俗上由長女承繼家產，而被告之婚姻又係招贅婚，故父親林○元將系爭土地之持分贈與原告，乃依據當時之風俗習慣為之，尚難認有何以贈與及讓與系爭土地惡意損害被告之使用借貸債權情形，核與上揭 100 年度台上字第 463 號判決意旨之基礎事實不同，不容比附援引。

**三、被告既未能證明其與林○元間之使用借貸關係，又查無其他占有使用系爭土地之法律上權源，其於原告所有土地上興建房屋核屬無權占有，原告請求拆屋還地乃屬有據**

復按所有人對於無權占有或侵奪其所有物者，得請求返還之。對於妨害其所有權者，得請求除去之。有妨害其所有權之虞者，得請求防止之，《民法》第 767 條第 1 項定有明文。被告既未能證明其與林○元間有何使用借貸關係，又查無其他占有使用系爭土地之法律上權源，其於原告所有土地上興建房屋核屬無權占有，原告依上揭規定請求拆屋還

地，乃屬有據。

從而，原告依所有物返還請求權及侵害排除請求權之法律關係，請求被告將坐落花蓮縣豐濱鄉○○段○○○地號土地上之建物全部拆除返還土地予原告，洵屬合法，應予允許。兩造各自陳明願供擔保，請准為假執行或免為執行之宣告，爰酌定相當之金額，各准為假執行或免為執行之宣告。

## 陸、本案評析

若欲有效實現多元文化憲政體制，就必須在制度上承認各不同族群之文化多樣性以及其因此而衍生之社會組織管理模式，包括其規範體系之有效性。儘管臺灣目前之原住民族傳統習慣，仍處於乙種尚未被司法實踐體系應用化的「準普通法 (quasi-common law)」狀態，但並不表示其內容之合法性與適當性就應當受到市民法制權力之稽核，從而決定其可適用性。

本案是少數正面確認原住民族傳統習慣具有「合法正當性 (legitimacy)」，因此得與市民法規平行適用於民事事件的判決。判決認為，「參酌兩造為阿美族原住民，習俗上由長女承繼家產，而被告之婚姻又係招贅婚，故父親林○元將系爭土地之持分贈與原告，乃依據當時之風俗習慣為之，尚難認有何以贈與及讓與系爭土地惡意損害被告之使用借貸債權情形」，亦即認為當事人所遵守之部落傳統律法本身具有「合法正當性」，因此，遵守傳統律法之行為，被推定為具有基於對規範正當性之善意確信，儘管其行為事實上可能造成讓與人該物與第三人間另訂之債權契約無從履行，仍不得被市民法體系評價為「惡意受讓讓該物之所有權者」，致直接構成對《民法》第 148 條之違反（以損害他人為主要目的及未依誠實及信用方法而行使權利）。

依最高法院 100 年度台上字第 463 號判決意旨，物之受讓人若知悉讓與人已就該物與第三人間另訂有債權契約，而猶惡意受讓讓該物之所有權者，應適用《民法》第 148 條，客觀認定其係以侵害他人權利之方法行使權利，違反誠實及信用義務，因此產生受讓人仍應受讓與人原訂

債權契約拘束之效果。如此之解釋方法，是法曹奉行特定社群中單元價值系統必然推演出之結論。亦即在單一社會價值體系中，個人所賴以產生法之確信的價值系統，應具有「意識上之扣緊性（intentional cogent）」——當事人既知悉受讓物上存在有他人之債權關係，即應依該價值系統認知受讓行為會損害該債權關係，若其仍堅持受讓，則法律必須使其產生破毀的效果。惟若如此解釋本案中被告父親依阿美族傳統習慣將土地持份贈與享有排他繼承權並將藉該土地實行招贅婚續維家產之被告之行為，必將等同於否定被告作為原住民族之成員對其所屬部落傳統律法之法確信，從而以市民社會之價值系統否定不同族群規範體系的「合法正當性」。因此，本判決固然並未逕以原住民族之傳統律法所創設之實體權利取代市民法權利，但是其實現多元文化主義規範詮釋方法之效果，仍值得肯定。

本案判決瑕不掩瑜之處，則在於對阿美族之傳統習慣的質性研究與敘述仍有欠深入，且在規範方法論上，亦陷於試圖概念化與普遍化原住民族傳統律法之錯誤邏輯中；判決僅泛稱阿美族原住民之習俗即為：「由長女承繼家產，而被告之婚姻又係招贅婚，故父親林○元將系爭土地之持分贈與原告，乃依據當時之風俗習慣為之」，但該長女繼承並採招贅婚之身分規範是否僅限適用於系爭事件被告所屬之豐濱海岸阿美族部落，抑或全部阿美族部落包括太巴塢、馬太鞍、奇美等，且該規範與現在部落生活之扣緊度如何，均未加以敘明。

### 案例十六 阿美族聲請姓氏從母案

案號 臺灣花蓮地方法院 97 年度家聲字第 91 號

案由 變更子女姓氏

#### 壹、案例事實

聲請人乙○○之生母丙○○為母系社會之阿美族人，根據阿美族特

殊親屬制度，子女須從母姓，方得受贈其母所有之原住民保留地，聲請人因此向法院聲請變更姓氏為母姓「張」。

## 貳、訴訟歷程與結果

### 一、訴訟歷程

本案為當事人聲請變更子女姓氏事件。臺灣花蓮地方法院於民國 97 年 11 月 24 日准聲請人乙○○之姓氏變更為「張」姓。

### 二、判決主文

准乙○○之姓氏變更為「張」姓。程序費用由聲請人負擔。

## 參、聲請意旨

聲請人乙○○之生母甲○○為阿美族原住民，阿美族原住民社會為母系社會，生母甲○○已年邁，有原住民保留地欲贈與聲請人，如不改姓，無由辦理土地過戶事宜，為此聲請變更為母姓「張」。

## 肆、本案爭點

當事人得否以阿美族母系社會之特殊親屬繼承制度為由，聲請變更其姓氏為母姓？申言之，是否符合修正前《民法》第 1059 條第 5 項中「有事實足認子女之姓氏對其有不利之影響」規定？<sup>31</sup>

31 《民法》第 1059 條第 5 項（民國 96 年 5 月 4 日修正版本）：

「有下列各款情形之一，且有事實足認子女之姓氏對其有不利之影響時，父母之一方或子女得請求法院宣告變更子女之姓氏為父姓或母姓：

一、父母離婚者。

二、父母之一方或雙方死亡者。

三、父母之一方或雙方生死不明滿三年者。

四、父母之一方曾有或現有未盡扶養義務滿二年者。」

## 伍、法院見解

### 一、「有事實足認子女之姓氏對其有不利之影響」（修正前《民法》第 1059 條第 5 項）作為聲請變更子女姓氏要件之一，其實質內容以追求與維護子女之最佳利益為最優先考量，如認變更姓氏對子女為最有利時，原姓氏對子女自屬有不利之影響

按有下列各款情形之一，且有事實足認子女之姓氏對其有不利之影響時，父母之一方或子女得請求法院宣告變更子女之姓氏為父姓或母姓：(一) 父母離婚者。(二) 父母之一方或雙方死亡者。(三) 父母之一方或雙方生死不明滿三年者。(四) 父母之一方曾有或現有未盡扶養義務滿二年者，《民法》第 1059 條第 5 項定有明文。

經查：依《民法》前揭規定可認，凡有事實足認該子女原從之姓氏，對於該子女人格成長或繼嗣、財產、名譽、自尊、親情互動等有明顯不利之影響或背離民間習慣（如招贅婚之從母姓的習慣等）者，宜使其在合乎上列規定之要件下，仍有更易其姓氏之機會，以保障子女人格權之行使及兼顧長期負擔扶養義務之一方的權益。查本件聲請人所主張之上開事實，業據聲請人所提戶籍謄本在卷可稽，堪信為真實。

然依《民法》第 1059 條第 5 項所規定之「有事實足認子女之姓氏對其有不利之影響」，其法條規定較為抽象，故實質內容必須透過解釋予以補充，而《民法》規範父母子女間之法律關係，向以追求與維護子女之最佳利益為最優先考量，藉以實現憲法保障子女人格權益之價值，此為司法院大法官釋字第 365 號、第 587 號解釋理由書所闡述，亦為近來民法親屬編修法時所遵循，至於如何以子女最佳利益為考量，必須綜合家庭狀況、親權行使、子女人格成長等整體情狀予以審酌，如認變更姓氏對子女為最有利時，相對而言，原姓氏對子女自屬有不利之影響，乃為當然。

## 二、聲請人之生父已死亡，考量聲請人之生母為阿美族原住民，為尊重阿美族原住民之母系社會文化與其信仰，可認聲請人若變更為其母親之姓氏將對其較為有利，若保留原來姓氏對聲請人則顯然有不利之影響，故准聲請人變更姓氏為母姓

另查，姓氏屬姓名權而為人格權之一部分，具有社會人格之可辯識性，除與身分安定及交易安全有關外，尚有家族制度之表徵，因此始賦予父母選擇權，惟因應情勢變更，倘有事實足認子女之姓氏對其有不利之影響時，父母之一方或子女自得請求法院宣告變更子女之姓氏為父姓或母姓。

因此，本院審酌上情，考量聲請人之生母為阿美族原住民，為尊重阿美族原住民之母系社會文化與其信仰，且聲請人之生父已死亡，可認聲請人若變更為其母親之姓氏將符合其生活現況，對其亦較為有利，反之，若保留原來姓氏對聲請人則顯然有不利之影響，故聲請人之請求核與前揭法律規定尚無不合，爰裁定如主文所示。

## 陸、本案評析

本案重要爭點在於聲請變更為母姓之人，為具阿美族原住民身分之人，其聲請變更姓氏為母姓之理由，亦立基於其所屬之部落傳統律法：生父死亡，而生母年邁，若不變更為母姓，將因不符部落繼承律法而無法受贈保留地，致生不利其生活現況之影響，符合《民法》第 1059 條第 5 項所規定之事實要件——「足認子女之姓氏對其有不利之影響」。而繫屬法院亦認為：「考量聲請人之生母為阿美族原住民，為尊重阿美族原住民之母系社會文化與其信仰，可認聲請人若變更為其母親之姓氏將對其較為有利，若保留原來姓氏對聲請人則顯然有不利之影響」，故准其變更姓氏為母姓。

本案裁定書以法條邏輯演繹解釋（「如認變更姓氏對子女為最有利時，相對而言，原姓氏對子女自屬有不利之影響，乃為當然」）認定，姓氏變更申請人所屬原住民族群之傳統律法得作為維護當事人之最佳利

益判準，固然值得讚許，惟系爭事件准依《民法》第 1059 條第 5 項規定為裁定之直接意義卻是：若聲請人繼續保有父姓，則將生「不利之影響」。而依司法院大法官釋字第 365 號、第 587 號解釋理由書及民法親屬編修正理由，所謂「不利之影響」，係指凡有事實足認該子女原從之姓氏，對於該子女人格成長或繼嗣、財產、名譽、自尊、親情互動等有明顯不利之影響或背離民間習慣（如招贅婚之從母姓的習慣等），因此宜使其有更易姓氏之機會，以保障其人格權之行使及兼顧長期負擔扶養義務之一方之權益。是以，本案裁定書之演繹認定，其實等同於確認在阿美族原住民母系社會價值體系下，子女承父姓將對其人格權（包括維繫其完整人格所需之成長或繼嗣、財產、名譽、自尊、親情互動）有「不利之影響」。如此對承父姓之不利益的概括結論具有高度的文化敏感性與影響力，譬如本裁定書之結論得否被其他同具阿美族原住民身分而承父姓之子女引用？

事實上，本案裁定書亦同意，姓氏屬姓名權，且為人格權之一部分，具有社會人格之可辨識性，除與身分安定及交易安全有關外，尚有家族制度之表徵，因此始賦予父母選擇權。是以，若欲使其變更，應綜合原賦權理由與情勢變更（如父母一方死亡而長期負擔扶養義務之一方有期待子女易姓之利益）加以考量。阿美族原住民族固為母系社會，惟原承父姓是否主要基於表徵家族制度所需抑或有其他傳統律法考量？阿美族之社會價值與信仰對承父姓子女之全體性評價與其族群地位、利益之維護，是否因生父死亡而變更？生父死亡即應變更為母姓是否為阿美族族群之生活現況？均屬做成此概括性且具高度文化敏感性裁定前，繫屬法院必須先予以深究之論題。惟本案裁定僅以法條邏輯演繹簡單代之，實為不當。

在規範方法論上，本案裁定書與多數涉及具原住民身分當事人與傳統律法之判決相同，仍陷於試圖概念化與普遍化原住民族傳統律法之錯誤邏輯中；裁定書僅泛稱阿美族原住民為：「母系社會文化」，但該母系社會與承母姓或變更為母姓之傳統律法，是否僅限適用於系爭事件聲請人所屬之阿美族部落，抑或全部阿美族部落包括太巴塢、馬太鞍、奇美



與海岸等，且該規範與現在部落生活之扣緊度如何，是否有變異條件，以及依傳統律法變更姓氏所應遵循之規範為何，是否應將之納入「不利之影響」之考量中，均未加以敘明。

### 案例十七 排灣族長嗣繼承制遺產分割案

案號 臺灣屏東地方法院 93 年度家訴字第 25 號

案由 分割遺產

## 壹、案例事實

被繼承人沈○德於民國 75 年 4 月 5 日死亡，原告係其女，被告則係其孫，均為其繼承人。被繼承人沈○德遺有之 A 項財產，依法由兩造共同共有，惟兩造無法協調分割方式，按系爭土地並無法律，禁止分割或兩造訂有不分割之約定，是原告就遺產之分割方式主張按各繼承人之應繼分比例保持共有。被告雖以原住民排灣族長嗣繼承制之習俗作為抗辯，但身為長嗣之被告乙○○願遵守繼承法之規定。

## 貳、訴訟歷程與結果

### 一、訴訟歷程

本案為當事人間請求分割遺產事件，臺灣屏東地方法院於民國 95 年 3 月 2 日言詞辯論終結。

### 二、判決主文

兩造之被繼承人沈○德所遺 A 項遺產准予分割，其分割方法如判決附表所述。訴訟費用由被告乙○○負擔 2 分之 1，餘由原告負擔。

## 參、當事人主張

### 一、原告方面（甲○○）

被繼承人沈○德於民國 75 年 4 月 5 日死亡，原告係其女，被告則係其孫，均為其繼承人。被繼承人沈○德遺有 A 項財產，依法由兩造共同共有，惟兩造無法協調分割方式，自無法協議分割，又系爭土地並無法律禁止分割或兩造訂有不分割之約定，原告就遺產之分割方式主張按各繼承人之應繼分比例保持共有，為此依《民法》第 1164 條規定訴請分割遺產。故聲明求為：兩造之被繼承人沈○德所遺 A 項財產准予分割，其分割方法按應繼分比例保持共有。

### 二、被告方面（戊○○、丙○○、丁○○、乙○○）

被繼承人沈○德於 75 年 4 月 5 日死亡，兩造均為其繼承人，被繼承人沈○德遺有之 A 項財產，依法由兩造共同共有，系爭土地並無法律禁止分割或兩造訂有不分割之約定。依法律規定，固應按各繼承人之應繼分比例分配，但依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。被告乙○○既為家族之頭目（即長嗣），依前揭排灣族之習俗，即應由被告乙○○繼承全部遺產。原告為被繼承人沈○德之次女，被繼承人沈○德生前於原告結婚時已分配 2 筆土地予原告，並表示其餘所有家產均由頭目即被告乙○○繼承，故原告應不得再參與分配遺產。其餘被告戊○○、丙○○、丁○○均同意上開遺產由被告乙○○繼承，僅原告執意參與分配遺產，被告乙○○願遵守繼承法之規定，與原告分割遺產，惟上開遺產有部分係被告長期耕作或使用，希望能分歸被告所有，但在目前尚無法與原告協商之下，同意採用如判決附表之分割方法。

## 肆、本案爭點

排灣族傳統上由長嗣繼承所有家產之習慣，得否適用於本案？

## 伍、法院見解

### 一、本件兩造均同意分割遺產，僅對遺產分割之方法有不同之意見

查本件原告主張 A 項財產為兩造之被繼承人沈○德之遺產，上開遺產並無不能分割之情形，兩造對於系爭遺產之分割方法無法達成協議之事實，業據其提出戶籍謄本、繼承系統表、遺產清冊、土地登記謄本、地籍圖謄本等件為證，同為到場之被告所不爭執，自堪信為真實。另被告戊○○、丙○○、丁○○具狀表示願將其等受分配之部分全部歸被告乙○○所有，此有其等提出之原住民保留地繼承土地同意書 1 件為證，是本件兩造均同意分割遺產，僅對遺產分割之方法有不同之意見。

### 二、法院援引《民法》第 1 條所揭示民事法規適用之順序，遺產法定繼承順序既已為同法第 1138 條、第 1141 條所明定，則排灣族傳統上由長嗣繼承所有家產之習慣於本案無適用餘地

按繼承人有數人時，在分割遺產前，各繼承人對於遺產全部為共同共有；繼人得隨時請求分割遺產，但法律另有規定或契約另有訂定者，不在此限，《民法》第 1151 條、第 1164 條分別定有明文。次按共有物分割之方法不能協議決定者，法院得因各共有人之聲請命為以原物分配於各共有人或變價共有物，以價金分配於各共有人，《民法》第 824 條第 2 項亦定有明文。另共同共有物分割之方法，除法律另有規定外，應依關於共有物分割之規定，此觀同法第 830 條第 2 項規定自明。

本件系爭之財產為被繼承人沈○德之遺產，兩造為其繼承人，依上開規定，兩造在分割遺產前，對於遺產全部為共同共有，因上開遺產並無不能分割之情形，亦無不分割之約定，兩造就上開遺產既不能協議分

割，原告請求裁判分割上開遺產，即無不合。又法院定分割方法時，應斟酌各共有人之利害關係及共有物之性質，為適當之決定，不受任何共有人主張之拘束，亦不得以原告所主張分割之方法不當，遽為判決駁回分割共有物之訴，亦有最高法院 84 年度台上字第 2410 號判決意旨可參。

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，而由被告乙○○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。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，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，由被告乙○○全部繼承被繼承人沈○德之遺產等抗辯，於法無據，而難以採用。

### 三、兩造之被繼承人沈○德所遺 A 項遺產准予分割，其分割方法如判決附表所示

本件如判決附表所示之遺產分割方法，爰審酌：

- (一) 被告乙○○係其家族之頭目，表示按照原住民排灣族之習俗，遺產應由頭目繼承，而被告戊○○、丙○○、丁○○等人均表示願遵從排灣族將其等受分配之部分全部歸被告乙○○所有，有同意書在卷可稽，是其等之應繼分因之分歸被告乙○○取得，故分割時即由被告乙○○取得各筆土地應繼分 2 分之 1。
- (二) A 項遺產均係山胞保留地，被告乙○○亦陳明願遵守法律規

定，摒棄習俗，令原告亦得分配遺產，就上開遺產按下述分割方法予以分割，即按原告與被告乙○○之應繼分各 2 分之 1 予以繼承後，依判決附表所示應有部分比例同意繼續保持分別共有。綜上，爰將被繼承人沈○德之遺產，分割如判決附表所示之方法。本件事證已明，兩造其餘攻擊防禦方法，均於判決結果不生影響，爰不一一論述，附此敘明。據上論結，本件原告之訴為有理由，依《民事訴訟法》第 79 條，判決如主文。

## 陸、本案評析

若將原住民族之傳統習慣視為規範系爭事件之民事法律的補充法源，則因僅在成文實體法未規定時才有適用之餘地，其在法位階次序上理當低於成文實體法。如果其內容與前者相衝突，通說認為成文實體法應優先適用。不過此一方法論是在原住民族之傳統習慣未被制度性承認為一完整的、與市民法制平行存在的規範體系前，階段性的妥協結果，在多元文化憲政體制下，未必具有絕對的正當性。設若在法位階解釋上採取的是原住民族律法與市民法平行的體系，只是原住民族之傳統習慣屬於一種尚未被司法實踐所熟稔的「準普通法 (quasi-common law)」，就可能出現原住民族之習慣法與市民社會之成文實體法二者間適用關係的問題。

屏東地方法院 93 年度家訴字第 25 號判決所體現的規範問題，就是原住民族部落傳統律法（「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」），與市民社會繼承法制二者間之適用關係的問題。案件中並未直接涉及傳統律法與市民法間孰應優先適用的議題，因為具排灣族原住民族身分之被告，自行決定放棄適用部落律法而同意依市民繼承法分割遺產。因此，問題是在該事實所引發的，與身分相關之原住民族傳統律法是否應具有強制性與排他的適用性。

確立原住民族傳統律法是否應具有強制性與排他的適用性，並非意圖建立一普遍適用於臺灣所有原住民族之抽象原則，因為原住民族之傳統律法之內容與其適用方法，特別是與身分相關之規範，在各個族群、亞群、部落甚至家族中都可能有所不同。部分規範性質可能與得依自由意志拋棄之市民身分權利相容，部分則可能完全相反。因此，傳統律法是否應具有強制性與排他的適用性，不能制定概括之抽象規定，而必須就特定案件中所涉及特定原住民族部落應適用之傳統習慣作確實調查。從法的適用技術觀點，就是所有傳統律法均不應被割裂或任擇性適用，始能有效判斷其是否應具有強制性與排他的適用性。

以本案來說，繫屬法院首先認為「(被告)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」，亦即認為《民法》第 1 條所揭示民事法規適用之順序，遺產法定繼承順序既已明定為成文法（《民法》第 1138 條、第 1141 條），則排灣族傳統上由長嗣繼承所有家產之習慣法於本案便無適用餘地。如前所述，此一方法論在多元文化憲政體制下，未必具有絕對的正當性，況法院在未探究排灣族傳統律法中長嗣繼承制與市民法中慣常取代實定法規定之合意拋棄繼承安排之相容性前，即逕行排除排灣族律法適用之可能，更不可取。

其次，系爭事件中被告之主張邏輯是：請求確認排灣族部落律法關於長嗣繼承制於排灣族原住民族繼承事件中之適用性，確立其繼承「家長權」之權利義務，以及傳承大頭目之地位後，再以所取得頭目之身分依部落律法分配繼承財產與其他依市民法享有應繼分之繼承人。其結果是否與適用市民繼承法之結果相容，繫屬法院宜藉由行使闡明權之方式導引兩造。此由本案事實中，被告就遺產分割部分同意依市民繼承法享有應繼分之繼承人參與分割可見，即使賦予排灣族傳統繼承律法強制性與排他的適用性，其結果仍可能與適用市民繼承法相容，更可有效藉由不割裂或任擇性適用原住民族之傳統律法而維繫其社會制度之完整性。可惜本案判決在適用法賽局中，作出了一個最壞的選擇：一方面否定原住民族律法的平行適用性，一方面又藉由割裂與任擇性適用原住民族之

傳統律法（「被告乙○○亦陳明願遵守法律規定，摒棄習俗，令原告亦得分配遺產，就上開遺產按如判決附表之分割方法予以分割，即按原告與被告乙○○之應繼分各 2 分之 1 予以繼承後，依判決附表所示應有部分比例同意繼續保持分別共有」），破壞了排灣族傳統繼承律法之強制性與排他的適用性。

### 案例十八 原住民保留地地上權撤銷贈與案

案號 臺灣高雄地方法院 90 年度訴字第 3262 號

案由 撤銷贈與等

## 壹、案例事實

被告乙○○於 86 年 1 月 10 日與原告戊○○就坐落高雄縣桃源鄉○○段第 94 號、第 94 之 1 號、第 94 之 2 號等筆土地訂立買賣契約，約定被告乙○○應於前揭土地取得地上權，自行耕作滿 5 年申請登記為所有人後，將土地所有權移轉登記於原告，原告因此給付被告乙○○契約約定價款新臺幣 120 萬元。被告乙○○於 87 年 2 月 24 日將前揭第 94 之 2 號土地之地上權以贈與為原因移轉於其孫子即被告丁○○、丙○○。茲因被告乙○○已無其他財產可供債權人擔保，則其贈與行為自己害及原告之債權，原告爰依《民法》第 244 條之規定，訴請撤銷前揭贈與行為，並塗銷贈與登記以回復原狀。被告乙○○及被告丙○○、丁○○則分別以無贈與及合法贈與為抗辯。

## 貳、訴訟歷程與結果

### 一、訴訟歷程

本案為當事人間撤銷贈與等事件，臺灣高雄地方法院於民國 91 年 11 月 8 日言詞辯論終結。

## 二、判決主文

被告乙○○與被告丁○○、丙○○間，於民國 87 年 2 月 24 日就坐落高雄縣桃源鄉○○段第 94 之 2 地號土地，面積 11,582 平方公尺，地目：林，所為權利範圍分別為 11,582 分之 7,626 及 11,582 分之 3,956 之地上權贈與行為及地上權移轉行為應予撤銷。

被告丁○○、丙○○應將坐落高雄縣桃源鄉○○段第 94 之 2 地號土地，面積 11,582 平方公尺，於民國 87 年 2 月 24 日所為權利範圍分別為 11,582 分之 7,626 及 11,582 分之 3,956 之地上權贈與登記應予塗銷。訴訟費用由被告共同負擔。

## 參、當事人主張

### 一、原告方面

(一) 聲明：求為判決如主文所示。

(二) 陳述：

1. 被告乙○○於 86 年 1 月 10 日與原告戊○○就坐落高雄縣桃源鄉○○段第 94 號、第 94 之 1 號、第 94 之 2 號等筆土地訂立買賣契約，約定被告乙○○應於前揭土地取得地上權，自行耕作滿 5 年申請登記為所有人後，將土地所有權移轉登記於原告，原告因此給付被告乙○○契約約定價款新臺幣（下同）120 萬元。詎料被告乙○○於 87 年 2 月 24 日將前揭第 94 之 2 號土地之地上權以贈與為原因移轉於其孫子即被告丁○○、丙○○。茲因被告乙○○已無其他財產可供債權人擔保，則其贈與行為已害及原告之債權，爰依《民法》第 244 條之規定，訴請撤銷前揭贈與行為，並塗銷贈與登記以回復原狀。
2. 原告於 90 年 9 月份向地政事務所申請謄本時，才知道系爭贈與及地上權登記行為。



3. 系爭第 94 之 2 號土地地上權存續期間，雖自 86 年 2 月 20 日起至 91 年 2 月 19 日止，但存續期間經過後，地上權人仍可於自行耕作滿五年後，申請登記為所有人，目前被告丁○○、丙○○即正向高雄縣桃園鄉公所申請准予登記為系爭第 94 之 2 號土地之所有人，茲因原告已向被告乙○○購買系爭第 94 之 2 號、第 94 之 1 號等筆土地，自可於撤銷被告等之贈與行為後，請求將系爭第 94 之 2 號土地地上權回復登記為被告乙○○名下，再請求被告乙○○將系爭第 94 之 2 號、第 94 之 1 號 2 筆土地地上權登記與原告。原告為原住民，符合取得系爭土地所有權之規定。

(三) 證據：提出買賣契約書 1 份、土地登記謄本 3 份，並聲請本院向高雄縣桃園鄉公所函查被告丁○○、丙○○申請系爭第 94 之 2 號土地所有權登記相關資料、傳喚相關承辦人員說明審查之資格、條件及相關手續；向高雄縣桃園鄉公所、桃園縣美濃地政事務所函查系爭土地地上權屆滿後可否為撤銷之標的，法院可否為回復之登記。

## 二、被告方面

### (一) 被告乙○○

1. 聲明：請求判決駁回原告之訴。
2. 陳述：被告乙○○確有與原告訂立買賣契約，且已收訖約定價款。被告乙○○未將系爭土地以贈與為由登記地上權於被告丁○○、丙○○，係被告妻子過世被告丁○○、丙○○等人回家時，丁○○、丙○○母親甲○○（被告乙○○媳婦）未經同意自行取走資料辦理登記的。甲○○取走系爭第 94 之 2 號土地資料辦理登記時，並未給予被告金錢。甲○○辦理登記時，被告已無財產。
3. 證據：未提出任何證據供本院審酌。

(二) 被告丁○○、丙○○

1. 聲明：請求判決駁回原告之訴。
2. 陳述：系爭土地之地上權係由被告乙○○依原住民傳統習慣傳與孫子即被告丁○○、丙○○，且係被告乙○○親自偕同被告丁○○、丙○○之母親甲○○前往辦理，而原住民傳統習慣上處分土地須經家族會議同意，系爭土地買賣未經家族會議同意，應為虛假或不生效力。
3. 證據：提出土地登記謄本一份為證。

肆、本案爭點

- 一、事實釐清：是否存在買賣契約之事實？被告乙○○所辯未贈與之主張是否屬實？依據原住民傳統上之特別習慣，是否如被告丁○○、丙○○所辯，不動產之處分是否須經家族會議決議方才生效？
- 二、本件是否該當《民法》第 244 條撤銷債務人詐害債權行為之要件？亦即原告訴請撤銷被告乙○○與被告丁○○、丙○○間就系爭第 94 之 2 號土地所為之贈與行為及地上權移轉行為，是否合法？

伍、法院見解

一、經合法通知之被告乙○○未於最後言詞辯論期日到場，法院依原告聲請，由其一造辯論而為判決

本件被告乙○○經合法通知，未於最後言詞辯論期日到場，核無《民事訴訟法》第 386 條各款所列情形，<sup>32</sup>爰依原告聲請，由其一造辯

32 《民事訴訟法》第 386 條：

「有下列各款情形之一者，法院應以裁定駁回前條聲請，並延展辯論期日：

- 一、不到場之當事人未於相當時期受合法之通知者。
- 二、當事人之不到場，可認為係因天災或其他正當理由者。
- 三、到場之當事人於法院應依職權調查之事項，不能為必要之證明者。
- 四、到場之當事人所提出之聲明、事實或證據，未於相當時期通知他造者。」

論而為判決。

**二、法院信訂立買賣契約之事實為真實，而不採信被告乙○○所辯未贈與之主張。被告丁○○、丙○○雖抗辯原住民就不動產之處分，有傳統上之特別習慣否則無效，然其主張並未舉證以實其說，故不採信**

被告乙○○雖否認有贈與及為地上權移轉登記之行為，辯稱係被告丁○○、丙○○之母甲○○自行拿取資料辦理過戶，然本案為被告辦理系爭第 94 之 2 號土地地上權移轉登記之代書及證人江○芸（原名江○珍）於本院審理中證稱：系爭第 94 之 2 號土地過戶給丁○○、丙○○係乙○○親自至代書事務所辦理，共到事務所 3 次。證人雖不識日語，無法直接詢問被告乙○○是否自願將系爭第 94 之 2 號土地地上權，以贈與為由移轉登記與被告丁○○、丙○○，但依證人所描述當時辦理移轉登記之過程，被告共至代書事務所 3 次，期間證人曾要求提出印鑑證明，且被告乙○○除提出印鑑證明外，亦將系爭第 94 之 2 號土地權利證書交予證人，證人於辦畢移轉登記手續後，甚且將辦理過戶後之資料交還被告乙○○，則被告乙○○對於以贈與為原因，將系爭第 94 之 2 號土地地上權移轉登記於被告丁○○、丙○○之事實，實無法諉為不知，被告乙○○與被告丁○○、丙○○之間，有贈與之合意甚明，被告乙○○所辯顯無可採。

又被告丁○○、丙○○雖抗辯原住民就不動產之處分，有傳統上之特別習慣否則無效，然其主張並未舉證以實其說，尚不足採。

**三、本件該當《民法》第 244 條撤銷債務人詐害債權行為之要件，原告訴請撤銷被告乙○○與被告丁○○、丙○○間就系爭第 94 之 2 號土地所為之贈與行為及地上權移轉行為，於法即屬正當**

按債務人所為之無償行為，有害及債權者，債權人得聲請法院撤銷之。債務人所為之有償行為，於行為時明知有損害於債權人之權利者，以受益人於受益時亦知其情事者為限，債權人得聲請法院撤銷之。債務

人之行為非以財產為標的，或僅有害於以給付特定物為標的之債權者，不適用依《民法》第 244 條前 2 項之規定。債權人依《民法》第 244 條第 2 項或第 2 項之規定聲請法院撤銷時，得並聲請命受益人或轉得人回復原狀。但轉得人於轉得時不知有撤銷原因者，不在此限，《民法》第 244 條定有明文。而債權人依《民法》第 244 條規定，撤銷債務人所為之有償或無償行為者，須具備下列之條件：(一) 為債務人所為之法律行為；(二) 其法律行為有害於債權人；(三) 其法律行為係以財產權為目的；(四) 如為有償之法律行為，債務人於行為時，明知其行為有害於債權人，受益人於受益時，亦明知其事情。至於債務人之法律行為除有特別規定外，無論為債權行為抑為物權行為，均非所問，並經最高法院著有 42 年台上字第 323 號判例可資參照。

本件系爭第 94 之 2 號土地之使用有財產上之價值，其地上權之贈與係以財產權為目的甚明。而原告主張被告高○明於為贈與行為時，已無可供債權擔保之資力與財產，被告乙○○就系爭第 94 之 2 號土地上權所為債權上贈與及物權上地上權移轉於被告丁○○、丙○○之行為，自己侵害原告之債權，從而原告訴請撤銷被告乙○○與被告丁○○、丙○○間就系爭第 94 之 2 號土地所為之贈與行為及地上權移轉行為，於法即屬正當，應予准許。

至於被告丁○○、丙○○所辯係被告乙○○同意贈與丁○○、丙○○後，由乙○○協同丁○○、丙○○之母甲○○前往辦理移轉登記，即便屬實，亦不影響系爭贈與行為之詐害原告債權，併予敘明。

#### **四、法院探求當事人真義，認原告依據《民法》第 244 條撤銷被告間之贈與行為及地上權移轉之物權行為有理由，被告丁○○、丙○○應將系爭 3 筆土地之地上權登記予以塗銷**

按《民法》第 244 條之撤銷權，其客體乃包括債務人所為債之行為及物權行為，債權人行使此項撤銷權，既可同時訴請撤銷債務人所為債之行為及物權行為，亦可僅訴請撤銷債務人所為債之行為；如果不動產物權契約業經辦理登記，則前者債權人得訴請登記名義人塗銷，後者則得訴請移轉登記，最高法院 88 年度台上字第 259 號判決意旨可資參

照。

本件原告雖僅繕寫訴請撤銷被告乙○○與被告丁○○、丙○○間就系爭第 94 之 2 號土地地上權所為之贈與行為，但既另訴請塗銷地上權贈與之登記，真意應係就債權行為及物權行為請求並予撤銷甚明，本院自應探求當事人真意，就債權行為及物權行為並予撤銷。

又贈與行為及地上權移轉之物權行為既經撤銷，被告丁○○、丙○○登記為系爭第 94 之 2 號土地地上權人，即失所依據，原告訴請被告乙○○、丁○○、丙○○將上開地上權登記予以塗銷，為有理由，應予准許。

## 陸、本案評析

本案判決與其後之臺灣花蓮地方法院 101 年度訴字第 222 號判決之系爭事實，幾乎完全相同，均為原住民族土地依部落傳統律法移轉涉及侵害第三人債權之爭執。惟兩案判決結論卻大相逕庭。花蓮地院認定當事人所遵守之阿美族部落律法具有「合法正當性」，因此遵守律法之移轉行為具有基於對規範正當性之善意確信，即使該行為事實上可能造成第三人之債權無從履行，仍不構成「惡意受讓該物之所有權者」致違反《民法》第 148 條。但本案高雄地院卻認為，原住民當事人間依傳統上之特別習慣所為之移轉行為，不論其是否成立，均該當《民法》第 244 條撤銷債務人詐害債權行為之要件。換言之，即使原住民當事人係依傳統律法之認知而為該項移轉行為，法院仍認為應依市民法意識基準認定其是否有詐害債權之認識：「其地上權之贈與係以財產權為目的甚明。而……被告……於為贈與行為時，已無可供債權擔保之資力與財產，……，被告就系爭土地地上權所為債權上贈與及物權上地上權移轉……之行為，自己侵害原告之債權，從而原告訴請撤銷被告……之贈與行為及地上權移轉行為，於法即屬正當，應予准許」。由於法院並不認同原住民族傳統律法就有債權關係之土地移轉具規範力，逕將移轉行為解釋為「係以財產權為目的」，當然即無須考慮具原住民身分之當事人依傳統律法對該項移轉行為，是否基於完全不同的規範意識。基於同

一論理，本案中當事人抗辯第三人之債權行為依部落傳統律法，未經家族會議同意不生效力，自然亦為法院所不採：「又被告……雖抗辯原住民就不動產之處分，有傳統上之特別習慣否則無效，然其主張並未舉證以實其說，尚不足採」。

本案判決反映出最典型完全否認原住民族部落律法具有平行於市民法適用的情形，或至少作為補充性法源之地位的論理；法院就原住民族土地之移轉與設定地上權等處分，完全排除適用當事人所屬部落族群之傳統律法，當然也連帶否認建立在傳統律法上之規範意識之合法正當性。如此之價值觀同時反映在程序權利上。法院雖然有機會行使闡明權指示當事人調查舉證所稱：「系爭土地之地上權係由被告……依原住民傳統習慣傳與孫子……，且係被告……親自偕同被告丁、丙之母親甲前往辦理，而原住民傳統習慣上處分土地須經家族會議同意，系爭土地買賣未經家族會議同意，應為虛假或不生效力」之具體規範內容，因第三人代書證詞中確實指涉可能存在多重法意識之移轉動機：「前二次我有向他確認是否將權利給他的孫子，他說日文我聽不懂，但經他媳婦翻譯說是。乙到過事務所我才認識他等語，證人雖不識日語，無法直接詢問被告乙是否自願將系爭第九四之二號土地地上權，以贈與為由移轉登記與被告丁、丙……」，然法院卻拒絕行使闡明權，而逕認既「其主張並未舉證以實其說，尚不足採」。甚至對當事人依傳統律法傳地上權給孫子之行為，均在未盡闡明權，指示舉證或調查前，逕行依市民法意識認定「其地上權之贈與係以財產權為目的甚明」。

在規範方法論上，本案判決當然也沒有對原住民族所稱族傳統習慣進行質性研究與敘述，甚至連概念化與普遍化原住民族傳統律法之動機都附之闕如。例如由本案事實應可推知兩造當事人均為具原住民族身分之人，亦有依所屬族群傳統律法為攻防之情事，但遍觀全判決，竟完全未提及其所屬族群部落為何。

另外，就本案判決可獲致之較廣泛的評論是，即便不考慮是否應在制度上承認原住民族傳統習慣之規範力，以及其內容之合法性與適當性是否應受市民法制權力之稽核以決定其可適用性，對於涉及具原住民族

身分當事人以及原住民族傳統律法之事件，若其基礎事實相同、適用市民法則適用法規內容也相同，即不應採取不同之論理，而獲致不同之審判結果。理由是原住民族之傳統習慣，目前仍屬於尚未被市民社會司法實踐所熟稔應用之「準普通法（quasi-common law）」狀態，在其完全平行成文化遙遙無期的情形下，原住民族傳統律法之規範力，完全倚賴個案實務解釋漸次組合。若各法院不能就對原住民族傳統律法之定性、適用條件與具體內容建立一套統整扣緊的解釋體系，勢必影響原住民族「普通法（common law）」的發展，甚至造成傳統律法被降位至工具層次，加速原住民族社會自治機構之解組與部落生活之去道德化。

#### 案例十九 阿美族交還土地所有權狀案

案號 臺灣臺東地方法院 88 年度簡上字第 17 號

案由 交還土地所有權狀

### 壹、案例事實

被上訴人之母親吳○蓮與上訴人之母親吳○貴為親姊妹，同為兩造之外祖母吳○妹之合法繼承人，吳○妹死亡後，依據原住民阿美族傳統，遺留財產分別登記在大房代表即被上訴人名下，二房代表吳○香名下，三房代表即上訴人甲名下。被上訴人之母親吳○蓮未得吳○貴或經其繼承人之同意，於 69 年 7 月 9 日逕將坐落臺東縣東河鄉○○段 984、988、990、1003、1004 地號等 5 筆土地贈與被上訴人所有。被上訴人主張上訴人未經伊同意而強行取走，嗣後催討亦不歸還。上訴人則以：83 年 7 月 5 日雙方協議後，在祖先牌位及親族面前，被上訴人同意將系爭 6 筆土地過戶予上訴人，並主動交付系爭所有權狀正本 6 張，作為日後辦理移轉登記之擔保，詎料被上訴人反悔不欲辦理所有權移轉登記資為抗辯。

## 貳、訴訟歷程與結果

### 一、訴訟歷程

本案為當事人間請求交還土地所有權狀事件，上訴人對於中華民國 88 年 1 月 11 日本院臺東簡易庭 87 年度東簡字第 249 號第一審判決提起上訴，本案訴訟歷程分析如下。

### 二、判決結果

上訴駁回。被上訴人之聲明減縮為上訴人應將如判決附表所示之土地所有權狀交還被上訴人。第一、二審訴訟費用由上訴人負擔。（臺灣臺東地方法院 88 年度簡上字第 17 號）

## 參、當事人主張

### 一、上訴人方面

- (一) 聲明：1. 原判決廢棄。2. 被上訴人在第一審之訴駁回。
- (二) 陳述：除與原審判決書所載者相同茲予引用外，補稱：

1. 被上訴人於原審起訴請求上訴人連帶交還如附表所示坐落臺東縣東河鄉○○段 983、984、988、990、1003、1004 地號等土地之土地所有權狀正本 6 張，核其用意，應係請求鈞院命上訴人為一定之行為，即交付系爭土地所有權狀，惟上訴人丁於原審已陳明系爭土地所有權狀當時係由甲保管等語，為被上訴人所不爭，被上訴人對其餘上訴人並未現實占有乙節，亦未有明示對其各負全部給付責任之主張，則未現實占有者既無法依判決或執行意旨為標的物之提出，從而原判決遽命上訴人「連帶交還」系爭所有權狀，無異准許被上訴人得對於上訴人中之一人或數人或全體，同時或先後請求一部或全部之給付，倘使被上訴人據以聲請鈞院實施強制執行，上訴人中未現實占有者即有無從交還之情形，原判決顯有違誤。



2. 查兩造之外祖母吳○妹於 38 年 5 月 22 日死亡，遺有含系爭土地其中 984、988、990、1003、1004 號等 5 筆在內之土地，依原住民阿美族之習俗，當時家族會議口頭約定全部遺產暫時由身為大房之代表吳○蓮即被上訴人之母親管理全部家產，並辦理繼承登記，俟各房獨立後再返還各房應得之家產。上訴人之母親吳○貴為第三房，該房應受分配之家產亦同時登記在被上訴人母親吳○蓮名下，由其管理。俟因吳○貴年輕早逝，兒女年幼，便繼續管理，迄 69 年 6 月 7 日吳○蓮又將上開系爭土地，以贈與為原因，移轉登記至被上訴人名下，足證上開系爭土地原屬家產之一部分，迨 83 年 7 月 5 日兩造於親族在場見證下協議家產過戶事宜，被上訴人同意將上訴人應受分配之家產返還登記予上訴人，並主動提出坐落位置係屬同一區域之系爭土地所有權狀 6 張，由上訴人取得，藉以表示日後被上訴人願意協同辦理所有權移轉登記。同時為使上訴人應得之家產價值相當，其中並包括被上訴人自行買賣取得之 983 地號之土地。被上訴人明知上開 983 地號土地為其因買賣自第三人取得所有權，竟在其女兒及女婿在場之情形下，僅因上訴人「詐稱」欲確認系爭土地所有權人誰屬，即輕易將系爭所有權狀交出，又未立刻阻止上訴人攜離，實難以想像。
3. 又查，關於上訴人如何取走系爭土地所有權狀乙節，證人吳○娥及林○仁於原審均證稱民國 83 年 7 月間係上訴人丁及其女兒至彼等家中，要求被上訴人提出系爭所有權狀，被上訴人取出後，便由上訴人拿走，證人吳○娥更證稱當時「我媽媽（指被上訴人）和我及我先生（指林○仁）以及丁跟他女兒五個人在場。」而被上訴人在原審起訴主張卻稱係上訴人 3 人於 83 年 7 月 5 日向伊「詐稱」欲確認土地所有權人，要求提出系爭土地所有權狀正本，而於取得上開權狀後強行取走，證人之證詞顯然與被上訴人之主張不相符合；又原審詢

及為何當時未馬上取回權狀，證人吳○娥答稱上訴人拿到權狀後即開車離去，另一證人林○仁則稱未有注意，彼 2 人並未言及被上訴人有何言語或行動阻止上訴人丁離去，或上訴人丁有何施以強暴脅迫之手段行為，取走上開權狀，由是該 2 證人之證言並不能證明上訴人 3 人有何強行取走系爭土地所有權狀之事實。

4. 未查被上訴人前曾同意過戶之部分，除系爭土地 6 筆外，尚有其向國有財產局承租耕作之坐落同段 1002 號土地之承租權，倘非被上訴人當時同意一併辦理過戶而主動告知承租事宜，上訴人如何得知該筆土地地號？足徵被上訴人與上訴人間確有由上訴人保管系爭所有權狀之合意，被上訴人稱上訴人「詐稱」欲確認系爭土地所有權人誰屬，強行取走系爭所有權狀一事，純係被上訴人事後反悔之詞，實無可採。

## 二、被上訴人方面

(一) 聲明：判決如主文第 1、2 項所示。

(二) 陳述：除與原審判決書所載者相同茲予引用外，補稱：

1. 上訴人於 83 年 7 月取走系爭土地所有權狀正本 6 張後，於 84 年 1 月 5 日向鈞院起訴請求移轉其中 5 筆土地之所有權，業經鈞院以 84 年度訴字第 6 號判決（下稱前案）理由認為上訴人之繼承回復請求權已逾除斥期間，上訴人無法依此請求辦理所有權移轉登記，又無其他證據證明被上訴人同意移轉系爭土地所有權及交付權狀以供擔保過戶情事，因此上訴人已無系爭所有權狀正本占有之本權。
2. 又被上訴人於系爭土地所有權狀遭上訴人強行取走之後，屢經催討未果，因上訴人告以權狀遺失，而向臺東縣成功地政事務所申請補發，渠並未同意將系爭土地所有權移轉與上訴人，進而將系爭所有權狀交付上訴人保管之事實，雖經臺灣高等法院花蓮分院以 84 年度上字第 275 號判決認為被上訴人之舉係使公務員登載不實，而科以罰金，然被上訴人係因將

上訴人取走之系爭所有權狀謊報遺失而遭科刑，並非同意上訴人取走系爭所有權狀，更無任何承認過戶事宜之行為；抑且在前案審理中，證人吳○謙、譚○明、吳羅○香如在場見聞被上訴人交付系爭土地所有權狀以承諾協同辦理所有權移轉登記，如此重要之證人何以在 84 年前案訟爭時未舉證證明，迄 87 年被上訴人起訴請求返還上開權狀時，始行提出，尤有進者，該 3 名證人之證詞存有重大歧異，何能憑採？

3. 另查上訴人所舉之證人戊證稱兩造曾有協議，被上訴人同意將系爭土地其中 1 筆給予上訴人，故將所有權狀拿出來交上訴人確認等語，惟戊所證述之土地部分為系爭土地中之 1 筆，與上訴人主張之 5 筆土地，不相符合，且所謂交付係「確認」之意，並無以交付權狀作為過戶之方法。

#### 肆、本案爭點

- 一、上訴人之母吳○貴與被上訴人之母吳○蓮是否遵循原住民阿美族傳統而成立信託關係？若是，則信託關係之效力是否及於被上訴人受贈自其母吳○蓮而所有之 5 筆土地？
- 二、上訴人詐取系爭所有權狀之主張，或被上訴人因協議過戶並提出系爭所有權狀交上訴人確認之陳述，何者為真？
- 三、上訴人在未辦理所有權移轉登記之前，有無占有系爭權狀之權源？

#### 伍、法院見解

- 一、上訴人之母吳○貴與被上訴人之母吳○蓮成立信託關係，信託關係隨委託人吳○貴死亡而消滅。信託關係之效力，仍應及於被上訴人因吳○蓮未經委託人吳○貴或經其繼承人之同意而贈與所取得之 5 筆土地，上訴人仍得據以請求被上訴人返還受託物

按訴之變更、追加或提起反訴，非經他造同意，不得為之。但如有

例外情形即不受限制。「擴張或減縮應受判決事項聲明」即為一例外行為。查本件被上訴人起訴狀原列訴之聲明第 1 項為：被告等應連帶給付附表所示之土地所有權狀正本 6 張與原告。茲因連帶債務係指數人負同一債務，對於債權人各負全部給付之責任，如數債務人中之 1 人對於債權人無法為全部給付之責，性質上即難成立連帶債務，爰依法減縮聲明為：上訴人等應將附表所示之土地所有權狀交還被上訴人。上訴人雖不同意，惟被上訴人之訴之變更既係減縮訴之聲明，無須上訴人同意，應予准許。

查吳○妹係兩造之外祖母，其於 38 年 5 月 22 日死亡，上訴人母親吳○貴與被上訴人母親吳○蓮均為吳○妹之合法繼承人，吳○妹之遺產中坐落臺東縣東河鄉○○段 984、988、990、1003、1004 地號土地，即以贈與為原因由被上訴人母親吳○蓮登記為所有權人，並於 38 年至 45 年間，再以贈與為原因將 984、988、1003 地號土地及另以繼承為原因將 990、1004 地號土地由被上訴人登記為所有權人，此有上訴人於原審提出之戶籍謄本及土地登記簿謄本可稽，自堪信為真實。

按稱信託者係信託人為自己或第三人之利益，以一定財產為信託財產，移轉於受託人管理或處分，以達成一定之經濟上或社會上之目的之行為。信託目的祇須不違背善良風俗或公共秩序即可由當事人任意定之。又信託契約之成立以當事人相互間之信用為基礎。故信託關係因當事人一方死亡而消滅，此時信託人之繼承人得依繼承之法律關係，對受託人請求返還受託之財產。（最高法院 81 年度台上字第 364 號判決意旨參照）惟《信託法》於 85 年 1 月 26 日公布前，《民法》並無關於信託行為之規定，然因私法上之法律行為而成立之法律關係，非以《民法》有明文規定者為限，苟法律行為之內容不違反強行規定或公序良俗，即應賦予法律上之效力，是以過去實務均承認信託關係之存在。經查：

- (一) 上訴人主張兩造之外祖母死亡後，依其家族繼承之習慣，均以每房代表為所有權之登記名義人，被上訴人之母親吳○蓮因身為大房之代表，上訴人母親吳○貴為第三房係最小之女兒，與大姊吳○蓮相差約十一歲，自幼亦均共同生活，迄至成年，故

將其應繼承之財產同時登記在吳○蓮名下，由其負責管理。鑑諸首揭判決意旨及兩造之家族繼承慣例，上訴人之母吳○貴係將其繼承所得之財產信託登記在被上訴人之母吳○蓮名下，許可其於經濟目的範圍內管理或處分，其 2 人之間有信託關係存在，堪以認定。

- (二) 惟吳○貴於 41 年 4 月 26 日死亡，信託關係因此消滅，上訴人為吳○貴之合法繼承人，得依繼承之法律關係向受託人即被上訴人之母吳○蓮請求返還受託之財產，然查吳○蓮未曾得吳○貴或經其繼承人之同意，於 69 年 7 月 9 日逕將坐落臺東縣東河鄉○○段 984、988、990、1003、1004 地號等 5 筆土地贈與被上訴人所有，此項權利，並不因信託登記之土地嗣後移轉而受影響，信託關係之效力，仍應及於被上訴人所取得之部分（參酌最高法院 69 年度台上字第 385 號判決要旨）。旋以吳○蓮於 73 年 6 月 19 日死亡，受託人之繼承人既應保管信託財產，於信託人請求返還時，予以返還，基此，上訴人仍得據以請求被上訴人返還受託物，要無不合。

## 二、法院採信上訴人主張被上訴人因協議過戶並提出系爭所有權狀交上訴人確認之事實

次查，兩造為分配家產事宜偕同親友聚集被上訴人住處，經雙方協議後，被上訴人同意將一部分土地過戶予上訴人，作為上訴人之母吳○貴當初應受分配之家產，且為使上訴人 3 人獲得公平分配，連同被上訴人自行購買而坐落同一區域之土地（即 983 地號）合計 6 筆，一併過戶給上訴人，由被上訴人提出系爭土地所有權狀正本 6 張交上訴人丁確認，細節部分俟日後一併辦理。審酌被上訴人以逾 70 歲之高齡，對於表彰家產之所有權狀必定妥善保管，除非必要應不至任意提出示人，以免遺失，是被上訴人應為主動提出交給上訴人。自被上訴人願慎重提出所有權狀觀之，上開土地應為被上訴人同意過戶者，且被上訴人確係主動提出系爭權狀交予上訴人，此有證人即被上訴人之弟媳戊到場證稱「當初有協議 6 筆土地中有 1 筆要給上訴人，但不知是哪 1 筆，所以就

將權狀拿出來給上訴人確認，上訴人之所以會帶走那些權狀是被上訴人同意……6 張權狀乃是同 1 塊土地。」等語在卷可稽，復就被上訴人於協議後即同意提出權狀始末乙節，亦有當時在場之證人於原審證述可憑，足認上訴人主張被上訴人因協議過戶並提出系爭所有權狀交上訴人丁確認之事實，應堪可採。

**三、上訴人雖有請求被上訴人返還家產之權利，在未辦理所有權移轉登記之前，並無占有系爭權狀之權源，亦無法舉證證明之，是此法院准許被上訴人依所有物返還請求權主張上訴人應將之交還予伊**

惟按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，《民事訴訟法》第 277 條定有明文。兩造之母親吳○貴與吳○蓮間有信託關係存在，而上訴人與被上訴人基於前述信託關係協議請求返還家產之事實，業據本院認定屬實，已如前所述，進一步言之，設上訴人得占有系爭土地所有權狀，必須其具有合法之占有本權，始得占有上開權狀，今上訴人雖與被上訴人協議返還家產，並由被上訴人提出之系爭權狀，然在未辦理所有權移轉登記之前，上訴人並無占有系爭權狀之權限，除非雙方另有特別約定或被上訴人願意提供擔保之情形，而就移轉登記情事是否另有契約，或被上訴人係以所有權狀作為擔保，此部分係屬有利之事實，自應由上訴人依法負舉證責任，然上訴人所舉之證人或其他證據，僅得以證明被上訴人同意提出系爭權狀予上訴人確認，就被上訴人是否確有以之供作擔保之主觀意思，並未能舉證證明以實其說，充其量係使上訴人確認家產而已，上訴人就被上訴人交付系爭所有權狀係供日後過戶之擔保之有利事實，迄未提出其他證據供本院調查審酌，故上訴人之前開主張，洵屬無據。

綜上所述，上訴人雖有請求被上訴人返還家產之權利，在未辦理所有權移轉登記之前，並無占有系爭權狀之權源，亦無法舉證證明之，從而被上訴人依所有物返還請求權主張上訴人應將之交還予伊，洵屬正當，應予准許。原審駁回上訴人之理由，雖與前開所述未盡一致，然其結果並無不同，是上訴論旨求予廢棄，非有理由。

## 陸、本案評析

在原住民族傳統習慣被成文化與系統化整理成為得與市民法平行適用之規範體系前，促使傳統習慣被規範化最有效率的方法就是將其視為民事法律之補充法源。誠然，在方法論上必須避免僅依市民法之解釋原則選擇性適用，從而使之自形成該規範之社會情境中被割離、去脈絡化。否則極可能作成錯誤解釋，反而使部落習慣被去規範化與工具化。

本案之重要爭點在於依原住民族傳統習慣所建立之「推定信託關係（constructive trust）」是否成立。信託關係是建立在特定社會對受託人之能力與道德觀之信賴這個事實基礎上的法律關係。因此，信託關係無法以固定形式自外國成文法加以繼受。本案判決認為「信託目的祇須不違背善良風俗或公共秩序即可由當事人任意定之。又信託契約之成立以當事人相互間之信用為基礎」，即屬對信託關係本質之正確陳述。是以，信託關係之成立，固應尊重當事人間之意思，亦須由繫屬法院體察成立該關係之社會組織與價值取向，進而積極闡明之。

套用上述原則於原住民族社群，對於系爭事件中原住民族當事人間信託關係是否成立，繫屬法院即應回溯過去時空，考量形成、並繼續維護與適用此一傳統習慣（信託關係）之族群團體，對於該關係之確實內容、適用條件與限制的現在認知。具體操作之程序包括探討當事人所屬族群或部落（以本案而言：阿美族）、部落（阿美族中之特定部落如太巴壠部落、馬太鞍部落或海岸部落），透過闡明權之行使，協助當事人舉證彼此間之關係是否可推定得證所欲套用之市民法律效果。本案判決大抵依照此一方法論，確認在繼續遵守傳統律法之阿美族部落，存在有「推定信託關係」：「因私法上之法律行為而成立之法律關係，非以《民法》有明文規定者為限，苟法律行為之內容不違反強行規定或公序良俗，即應賦予法律上之效力，是以過去實務均承認信託關係之存在」；「上訴人主張兩造之外祖母死亡後，依其家族繼承之習慣，均以每房代表為所有權之登記名義人，被上訴人之母親吳○蓮因身為大房之代表，上訴人母親吳○貴為第三房係最小之女兒，與大姊吳○蓮相差約十一歲，自幼亦均共同生活，迄至成年，故將其應繼承之財產同時登記在吳

○蓮名下，由其負責管理。就此部分之事實，……其二人之間有信託關係存在，堪以認定」。

不過，判決僅倚賴市民法下之制度證據（「業據上訴人於前案提出之戶籍謄本、繼承系統表、土地登記簿謄本在卷可考，復為被上訴人所不爭……」）推斷傳統習慣下信託關係之存在，並未進一步說明上訴人所稱「依其家族繼承之習慣」之具體內容為何，是否為阿美族部落習慣，以及其內容與規範力是否迄今仍「扣緊演進（cogent transition）」，而得以拘束兩造並依之為合法判決。如此解釋，勢必留下規範瑕闕如：信託關係之受託人為信託人之利益為處分之範圍，以及信託關係是否有償及其報酬給付得否以抵銷形式為之，甚至是判決所認「信託關係因當事人一方死亡而消滅，此時信託人之繼承人得依繼承之法律關係，對受託人請求返還受託之財產」等市民法之普遍原則，是否存在於阿美族傳統習慣中之「推定信託關係（constructive trust）」裡等與重要爭點密切相關之論題。

本案未能藉由闡明權協助當事人舉證阿美族傳統信託關係之規範內容並加以正確解釋的更嚴重影響是，法院因此必須逕以市民物權法之所有權表彰方法，決定信託關係終止後，信託人之繼承人依法現實占有該信託不動產前，後者之現時歸屬關係。若能完整且正確解釋阿美族傳統律法下之信託關係，即可據以判斷本案上訴人援何亟欲取回對依信託關係其本享有返還請求權之不動產之現實占有。惟由於繫屬法院僅採用傳統律法推定信託關係存在，卻未能解釋傳統律法下信託關係之完整內容，包括信託終止後權利之移轉的形式，反而改採市民法下不動產物權歸屬原則以判斷，遂推演出雖「法院准許被上訴人依所有物返還請求權主張上訴人應將之交還予伊」，但「在未辦理所有權移轉登記之前，上訴人並無占有系爭權狀之權限，除非雙方另有特別約定或被上訴人願意提供擔保之情形」，最後可能完全求償無門的詭異結論。



**案例二十** 布農族解除婚約請求賠償案**案號** 臺灣高雄地方法院 97 年度簡上字第 226 號**案由** 損害賠償**壹、案例事實**

兩造不爭執事項如下：上訴人（即附帶被上訴人）乙與被上訴人（即附帶上訴人）甲於 96 年 5 月 21 日於被上訴人位於高雄縣桃源鄉○○村○○路 91 巷 32 號處所舉行訂婚儀式，上訴人提供豬 10 頭、羊 1 隻供宴客，其花費金額為 106,000 元；拍婚紗照而支出 29,800 元；支出婚禮用酒及飲料費用 27,110 元。上訴人於 96 年 5 月 21 日訂婚宴後，在與被上訴人返回花蓮縣玉里鎮○○街 26 號上訴人住處途中，就被上訴人應返回上訴人住所或女方家屬住所一事產生齟齬，被上訴人遂為解除婚約意思表示。

**貳、訴訟歷程與結果****一、訴訟歷程**

本案為當事人間請求損害賠償事件，兩造對於民國 97 年 6 月 11 日本院旗山簡易庭 97 年度旗簡字第 71 號第一審判決分別提起上訴並為訴之變更及附帶上訴，本院於民國 97 年 11 月 27 日言詞辯論終結，以下分析本件訴訟歷程。

**二、判決主文**

- (一) 第一審判決：原告（即反訴被告）之訴駁回。訴訟費用新臺幣肆仟伍佰貳拾元由原告負擔。反訴原告之訴駁回。訴訟費用新臺幣參仟貳佰元由反訴原告負擔。（臺灣高雄地方法院 97 年度旗簡字第 71 號）

(二) 第二審判決：原判決關於駁回上訴人後開第 2 項之訴部分及訴訟費用之裁判均廢棄。被上訴人應給付上訴人新臺幣壹拾萬陸仟元及自民國 97 年 1 月 18 日起至清償日止，按週年利率百分之 5 計算之利息。上訴人其餘上訴駁回。

原判決關於駁回附帶上訴人後開第 5 項之訴部分及訴訟費用之裁判均廢棄。附帶被上訴人應給付附帶上訴人新臺幣壹拾壹萬元及自民國 97 年 4 月 8 日起至清償日止，按週年利率百分之 5 計算之利息。附帶上訴人其餘附帶上訴駁回。第一、二審訴訟費用，由被上訴人負擔 4 分之 1，餘由上訴人負擔。附帶上訴訴訟費用，由附帶被上訴人負擔 3 分之 1，餘由附帶上訴人負擔。(臺灣高雄地方法院 97 年度簡上字第 226 號)

## 參、當事人主張

### 一、上訴人（即附帶被上訴人）方面

(一) 兩造均為布農族人，原訂於民國 96 年 6 月 9 日結婚，且其亦已於同年 5 月 21 日因訂定婚約而為餽贈被上訴人豬隻 12 頭、羊 1 隻作為聘禮。詎被上訴人竟於同年 5 月 21 日訂婚宴後，在隨上訴人返回花蓮縣玉里鎮○○○街 26 號住處途中，因被上訴人家屬突將兩造所搭乘休旅車攔下欲帶回被上訴人，被上訴人竟即下車隨被上訴人家屬離去，已屬可歸責被上訴人之重大事由不願履行婚約，其遂當場向被上訴人為解除婚約之意思表示。其既已合法解除婚約，自得依《民法》第 977 條第 1 項請求被上訴人賠償其受有婚禮用酒及飲料新臺幣（下同）272,110 元、婚紗照 29,800 元，租車費 10,000 元、燃料費 30,000 元及祭祀神明與祖先供品費 5,000 元之損害，並得依《民法》第 977 條第 2 項請求賠償精神撫慰金 20,000 元。

(二) 另其因訂定婚約所贈與被上訴人之豬隻 12 頭及羊 1 隻（合計 114,000 元），於婚約解除時，其自得依《民法》第 979 條之 1 請求被上訴人返還。為此，爰依《民法》第 977 條第 1、2 項、

第 979 條之 1 規定，提起本訴，並聲明求為命被上訴人給付 415,910 元及自支付命令送達翌日（即 97 年 1 月 18 日）起至清償日止，按年息 5% 計算之利息。

(三) 另就附帶上訴人之反訴部分則以解除婚約並無任何可歸責事由，而聲明反訴駁回。

## 二、被上訴人（即附帶上訴人）方面

(一) 兩造於 96 年 5 月 21 日訂婚，原訂於同年 6 月 9 日結婚，並按原住民布農族之習俗，訂婚由男方餽贈女方 10 隻豬、1 隻羊，女方將肉分送女方族人，結婚日由男方負擔女方宴客 40 桌酒席之費用。詎上訴人以訂婚後被上訴人即歸屬上訴人，而於 96 年 5 月 21 日訂婚宴後欲將被上訴人強行載回上訴人前揭花蓮縣住處，但因兩造曾約定應由被上訴人家屬陪同前往，致雙方親友當場僵持，上訴人即自行離去，並表示不要這個婚姻而解除婚約，可見係上訴人無故解除婚約，並非可歸責被上訴人重大事由所致，故上訴人請求返還贈與物及請求賠償解約後所受之財產上損害及精神慰撫金，即屬無據。

(二) 另被上訴人因於訂婚時，原已懷有上訴人之小孩，並已舉行訂婚儀式，昭告族人，現因上訴人之無端悔婚解除婚約，被上訴人復因懷孕而飽受族人異樣眼光看待，內心煎熬痛苦，身體、精神及健康均受影響，自得依《民法》第 979 條請求上訴人給付 300,000 元之精神慰撫金。為此，爰依《民法》第 979 條規定，提起反訴，並聲明求為命上訴人給付 300,000 元及自反訴起訴狀繕本送達翌日（即 97 年 4 月 8 日）起至清償日止，按年息 5% 計算之利息。

## 肆、本案爭點

- 一、兩造間之婚約係如何解除（係可歸責上訴人或被上訴人之事由）。
- 二、若係可歸責於被上訴人之事由而解除時，上訴人得請求賠償之項

目及金額為若干。

三、上訴人請求被上訴人返還其所贈與之豬及羊隻，有無理由。

四、若係可歸責於上訴人之事由而解除時，被上訴人得請求賠償之精神慰撫金以若干為適當。

## 伍、法院見解

### 一、因訴之變更，法院不再審究上訴人於原審所主張之「故違結婚期約者」解除婚約事由

按訴之變更或追加，非經他造同意不得為之，但《民事訴訟法》第255條第1項第2款至第6款之情形，不在此限，且此項規定，依《民事訴訟法》第436條之1第3項規定，於簡易訴訟程序之上訴準用之。經查，上訴人於原審係依《民法》第976條第1項第2款請求，嗣於本院改依同法條第1項第9款請求，上訴人主張解除婚約之事由業經變更，且為被上訴人所同意，應予准許。又原告將原訴變更時，如其訴之變更為合法，原告之訴可認為已因撤回而終結，法院應專就新訴裁判，本件上訴人於原審主張之解除婚約事由已因訴之變更如上，本院即不再審究，均合先敘明。

### 二、法院採信證詞，認依據布農族訂婚儀式習俗，訂婚儀式結束後，女方需隨男方返家，然女方家屬可否隨同女方至男方處所，則依男女雙方約定。本件上訴人違反訂婚後女方家屬應陪同前往之約定，即擅自將被上訴人帶走，係違約在先，是其解除婚約並請求賠償並無理由

就爭點一，兩造間之婚約係如何解除（係可歸責上訴人或被上訴人之事由）者，上訴人主張其因被上訴人違反花蓮縣布農族之習俗，未於訂婚儀式結束後隨上訴人返家，且於被上訴人搭載上訴人返回花蓮之途中，被上訴人竟不顧上訴人而自行隨女方家屬離去，自屬可歸責於被上訴人之重大事由，其遂當場解除婚約。據證人即同屬布農族之原住民孫○華、余○男證稱：布農族確實有女方於訂婚儀式結束後，需隨男方返

家之習俗等語。

然查證人孫○華證稱：96年4月28日兩造有先談好96年5月21日訂婚儀式結束後，女方（被上訴人）的家屬要陪同女方至男方（上訴人）家裡，當時男方（上訴人）雙親、女方（被上訴人）兄長及高雄縣桃源鄉復○村村長都在場，但96年5月21日訂婚當天，男方（上訴人）沒有知會女方（被上訴人）家屬，就把被上訴人帶走，被上訴人的哥哥就去攔車，結果男方（上訴人）就說如果女方（被上訴人）下車，婚姻就不要談了等語；證人即高雄縣桃源鄉復○村村長江○寶證稱：96年4月28日男方（上訴人）家屬至女方（被上訴人）家談婚事，伊有在場，而依高雄縣布農族習俗，女方家屬會陪同至男方家，而基於關心小孩，有跟男方（上訴人）談到訂婚當天女方家屬要陪同被上訴人至男方（上訴人）家裡，且約定由女方（被上訴人）的母親、二哥一起跟著過去等語；證人即花蓮縣布農族原住民余○男證稱：花蓮縣的布農族於訂婚儀式結束後，女方就要到男方家去，有時女方的家屬也有陪同至男方家，但有時沒有陪同，並不一定，要看男女雙方當時的約定等語。

是依前揭證人所述，可知布農族固有訂婚儀式結束後，女方需隨男方返家之習俗，然女方家屬可否隨同女方至男方處所，則依男女雙方約定。則本件上訴人既違約在先，其主張被上訴人竟下車隨女方家屬離去，為可歸責於被上訴人之重大事由，始當場解除婚約云云，即屬無據。從而，上訴人主張被上訴人應賠償其解約後，因此所受婚禮用酒及飲料新臺幣（下同）272,110元、婚紗照29,800元，租車費10,000元、燃料費30,000元及祭祀神明與祖先供品費5,000元之損害，及精神撫慰金20,000元云云，亦無所據。

### 三、法院准允上訴人依《民法》第979條之1請求被上訴人返還贈與、供宰殺宴客之豬隻10頭、羊1隻

就爭點三，上訴人請求被上訴人返還其所贈與之豬及羊隻，有無理由？上訴人主張婚約既已解除，被上訴人應返還豬隻12頭及羊1隻（合計114,000元）等語。按因訂定婚約而為贈與者，婚約無效、解除或撤銷時，當事人之一方，得請求他方返還贈與物，《民法》第979條

之 1 定有明文。本條之立法目的在於，婚約當事人常因婚約而贈與他方財物，增進當事人之情感，以期達到成立婚姻之目的，是倘該婚約無效、解除、撤銷，而致婚約無法履行時，則應許他方返還贈與物。

經查，上訴人於 96 年 5 月 21 日因訂定婚約而贈與被上訴人豬隻 10 頭、羊 1 隻（金額合計 106,000 元）作為聘禮即訂婚之贈與物乙節，已為被上訴人自承在卷，則兩造間之婚約既於 96 年 5 月 21 日經上訴人為解除之意思表示，依前揭規定，上訴人自得請求被上訴人返還訂婚贈與物。從而，上訴人請求被上訴人返還豬隻 10 頭、羊 1 隻，嗣因豬、羊已經宰殺宴客，其價值合計 106,000 元，故請求被上訴人返還金額 106,000 元等情，即屬有據。至上訴人固主張被上訴人應返還豬隻 12 頭及羊 1 隻（合計 114,000 元）云云，然據上訴人所提出之購買豬羊估價單，其金額總計為 106,000 元，是上訴人逾此部分之請求，為無理由。

#### **四、法院認本件上訴人既無故解除婚約，被上訴人請求賠償精神慰撫金，即屬有據，並核定慰撫金以 110,000 元**

就爭點四，被上訴人即附帶上訴人得否請求上訴人賠償精神慰撫金？金額若干？

（一）按「婚約當事人之一方，無第 976 條之理由而違反婚約者，對於他方因此所受之損害，應負賠償之責。」「前條情形，雖非財產上之損害，受害人亦得請求賠償相當之金額。但以受害人無過失者為限。」，《民法》第 978、979 條分別定有明文。查上訴人於 96 年 5 月 21 日訂婚宴後，在與被上訴人返回花蓮縣玉里鎮○○街 26 號上訴人住處途中，對被上訴人為解除婚約意思表示，已為兩造所不爭執；又上訴人並無《民法》第 976 條之理由，業如前述；則本件上訴人既無故解除婚約，被上訴人請求損害賠償，即屬有據。

（二）被上訴人主張因上訴人無端悔婚解除婚約，致精神上受有痛苦，爰請求非財產上損害 300,000 元等語。按慰撫金數額之認定，除依被害人所受身體上及精神上痛苦程度，及所造成之影響二者予以衡量外，尚須斟酌雙方之身分資力與加害之程度及

各種情形，予以核定。本院斟酌被上訴人所受之精神痛苦程度、兩造之學識經歷及財產狀況等節，認被上訴人所得請求之精神慰撫金以 110,000 元為適當。

## 陸、本案評析

本案判決認為，依《民法》第 976 條第 1 項第 2 款，「I 婚約當事人之一方，有左列情形之一者，他方得解除婚約：……二、故違結婚期約者」，以及同法第 976 條第 1 項第 9 款：「I 婚約當事人之一方，有左列情形之一者，他方得解除婚約：……九、有其他重大事由者」之「故違結婚期約」及「有其他重大事由者」之判斷基準，應適用布農族之傳統律法：「依前揭證人所述，可知布農族固有訂婚儀式結束後，女方需隨男方返家之習俗，然女方家屬可否隨同女方至男方處所，則依男女雙方約定」，而上訴人於訂婚宴後載被上訴人返回花蓮途中遭被上訴人哥哥攔下，表明伊沒事先知會女方家屬說要離開女方家便將被上訴人帶走，違反訂婚後女方家屬應陪同前往之約定，故認定其違反兩造間有關訂婚後，被上訴人家屬應陪同前往之約定在先，女方並無「故違結婚期約」及「有其他重大事由者」。與臺灣南投地方法院 101 年度婚字第 24 號判決同，兩繫屬法院均認定原住民族之傳統習慣為原住民族之「普通法（common law）」，得與市民法制平行被適用於民事事件中，亦即認定系爭事件存在有國際私法上之「屬人法的衝突」，從而得因選法結果平行適用與市民法並存之原住民族傳統習慣。

本案能正面確認布農族原住民之傳統習慣具有「合法正當性（legitimacy）」，得與市民法規範平行適用於民事事件，固然值肯定。惟判決所適用之布農族傳統律法的法源依據，僅為同族證人之陳述（「依高雄縣布農族習俗，女方家屬會陪同至男方家，而基於關心小孩，有跟男方（上訴人）談到訂婚當天女方家屬要陪同被上訴人至男方（上訴人）家裡，且約定由女方（被上訴人）的母親、二哥一起跟著過去」、「花蓮縣的布農族於訂婚儀式結束後，女方就要到男方家去，有時女方的家屬也有陪同至男方家，但有時沒有陪同，並不一定，要看男女雙方

當時的約定」)，如此之準田野調查結論固能部分呈現該規範與所屬法域（即高雄縣與花蓮縣之布農族原住民族）間的現實關聯，然仍有待引證系統化之調查如行政院原住民族委員會委託製作之原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制計畫報告，或學者專家之具客觀性的調查研究成果等質性方面的研究與敘述，賦予該其在規範脈絡上之普遍意義，以充實其作為準據法之實體內容。

另外，本案判決也再次說明，若欲視臺灣原住民族之「普通法（common law）」為國際私法下繫屬法院所得選擇適用之「法域」，必須解決臺灣原住民族「普通法」中程序規則空洞化的問題。以本案判決為例，選擇適用布農族原住民之傳統律法作為判斷婚約是否違反之準據法前，必須先確認連結該準據法之連接因素為何，固然因本案中之兩造均具有布農族群身分，沒有反對該族傳統律法之適用，使法院得在不具理由下，逕行適用布農族之傳統習慣為準據法。但是該族群身分作為連接因素在布農族之選法規則中的意義為何？目前並無實證調查或學術研究可稽。而且設若其中有一造為漢人或其他族屬之臺灣原住民族，甚至為外國人，則應以何方之所屬身分籍為連接因素，抑或應適用其他之連接因素？在原住民族普通法未能系統化編造其程序規則之前，其答案都在未知之天。

其次，布農族作為一個為國族國家所後設的族群單位，是否即可代表一個完整的「法域」，抑或其中仍存在有次級規範間的衝突，例如高雄縣之布農族部落與南投縣花蓮縣的布農族部落，其所遵循之傳統律法之內容可能有所差異，繫屬法院不宜逕依兩造同屬布農族，即認定應適用抽象的、具共同性的布農族傳統習慣。對於此一問題，也有賴於對分布甚廣之布農族部落之傳統習慣之質性與其適用範圍之調查，來提供更正確的答案。



**案例二十一** 排灣族繼承權回復請求案**案號** 臺灣臺東地方法院 98 年度訴字第 30 號**案由** 塗銷繼承登記**壹、案例事實**

坐落臺東縣太麻里鄉○○段 511 地號及同段 300 地號 2 筆土地本為原告祖傳土地，上開土地後收歸國有。系爭金○段 511 地號於民國 59 年 12 月 2 日由原告配偶簡和○依《原住民保留地開發管理辦法》設定地上權。系爭金○段 300 地號土地於 59 年 12 月 2 日由簡○信設定耕作權，嗣經移轉予簡和○。簡和○於 64 年 1 月 3 日過世，原告依排灣族習慣與各繼承人約定分產協議，約定系爭金○段 511 地號及同段 300 地號土地，以簡○雄有生之年無子嗣，即應將前開土地耕作權、地上權或所有權返還予原告或繼承原告家長地位之人為解除條件。其後，系爭金○段 511 地號由原告之子簡○雄、簡秋○共同繼承地上權，嗣因地上權期間屆滿，簡○雄、簡秋○即依上開辦法共同取得所有權，於 88 年 7 月 7 日辦理分割，簡○雄取得系爭金○段 511 地號土地所有權、簡秋○取得因分割增加之同段 511-1 地號土地所有權，於同年 8 月 10 日完成登記。系爭金○段 300 地號土地則由簡○雄繼承耕作權。俟期間屆滿，簡○雄依上開辦法取得所有權，於 87 年 7 月 31 日完成登記。被告與簡○雄於 83 年 2 月 12 日結婚，簡○雄於 93 年 4 月 10 日過世前，膝下並無兒女，故被告享有系爭 2 筆土地所有權。當事人間就系爭 2 筆土地所有權有所爭執。

**貳、訴訟歷程與結果****一、訴訟歷程**

本案為當事人間請求塗銷繼承登記事件，臺灣臺東地方法院於民國 98 年 9 月 30 日言詞辯論終結。

## 二、判決主文

原告之訴駁回。訴訟費用新臺幣肆萬肆仟柒佰伍拾捌元由原告負擔。

## 參、當事人主張

### 一、原告方面

坐落臺東縣太麻里鄉○○段 511 地號及同段 300 地號 2 筆土地（下稱系爭金○段 511 地號、金○段 300 地號）本為原告祖傳土地，因政權遞嬗，政府遂行統治權，即將上開土地收歸國有。系爭金○段 511 地號重測前為金崙段 574 地號，於民國 59 年 12 月 2 日由原告配偶簡和○依《原住民保留地開發管理辦法》設定地上權。系爭金○段 300 地號土地於 59 年 12 月 2 日由簡○信設定耕作權，嗣經移轉予簡和○。簡和○於 64 年 1 月 3 日過世，原告依排灣族習慣與各繼承人約定分產協議（下稱系爭協議），約定系爭金○段 511 地號及同段 300 地號土地，以簡○雄有生之年無子嗣，即應將前開土地耕作權、地上權或所有權返還予原告或繼承原告家長地位之人為解除條件。

其後，系爭金○段 511 地號由原告之子簡○雄、簡秋○共同繼承地上權，嗣因地上權期間屆滿，簡○雄、簡秋○即依上開辦法共同取得所有權，於 88 年 7 月 7 日辦理分割，簡○雄取得系爭金○段 511 地號土地所有權、簡秋○取得因分割增加之同段 511-1 地號土地所有權，於同年 8 月 10 日完成登記。系爭金○段 300 地號土地則由簡○雄繼承耕作權，俟期間屆滿，簡○雄依上開辦法取得所有權，於 87 年 7 月 31 日完成登記。

被告與簡○雄於 83 年 2 月 12 日結婚，被告於 87 年間無故離家，簡○雄於 93 年 2 月間因車禍受傷癱瘓在床，被告無正當理由均未前往探視，故簡○雄過世前曾向親友表示被告不得繼承之意。迄至簡○雄過世前，膝下並無兒女，從而，系爭協議之解除條件成就，法律行為即失其效力，故被告享有系爭 2 筆土地所有權即屬無法律上原因受有利益並

致他人受損害之不當得利。此外，被告亦因簡○雄表示其不得繼承而喪失繼承權等語，爰依《民法》第 179 條<sup>33</sup>及第 1146 條第 1 項<sup>34</sup>之規定，擇一請求，並聲明：被告應將系爭金○段 511 地號、金○段 300 地號土地，於 93 年 7 月 27 日（原告誤植為 73 年 7 月 27 日）以繼承為登記原因之所有權移轉登記塗銷，並將土地返還原告。

## 二、被告方面

- (一) 原告就其主張之排灣族習慣未盡舉證之責。
- (二) 其次，原告起訴時主張簡○雄取得系爭金○段 511 地號、金○段 300 地號所有權之原因為原告贈與，嗣後改稱不諳法令，更正為分產契約等語，然原告起訴時即已委任具專業能力之律師為訴訟代理人，應無不諳法令之情，此乃被告抗辯簡○雄取得土地所有權係因符合《原住民保留地開發管理辦法》規定後，原告始更異其主張，原告所言前後不一，不可採信。
- (三) 此外，被告並未對簡○雄為任何暴力行為，亦無離家出走事實。
- (四) 再者，不論原告主張被告喪失繼承權事由是否實在，亦已罹於 2 年消滅時效等語置辯，並聲明：原告之訴駁回。

## 肆、本案爭點

- 一、原告得否請求回復其受侵害之繼承權？即原告之繼承回復請求權是否尚未罹於時效而得據以為請求？
- 二、原告主張於於 64 年 1 月 3 日依排灣族習慣與各繼承人所約定分產之協議，被告是否受系爭協議所拘束？

33 《民法》第 179 條：

「I 無法律上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益。

II 雖有法律上之原因，而其後已不存在者，亦同」

34 《民法》第 1146 條第 1 項：「I 繼承權被侵害者，被害人或其法定代理人得請求回復之。」

## 伍、法院見解

### 一、原告之繼承回復請求權已罹於 2 年時效

按繼承權被侵害者，被害人或其法定代理人得請求回復之。前項回復請求權，自知悉被侵害之時起，2 年間不行使而消滅；自繼承開始時起逾 10 年者亦同；《民法》第 1146 條定有明文。原告主張被告對於簡○雄有重大虐待或侮辱，並經簡○雄表示不得繼承等情，惟為被告所否認，並以罹於時效等語抗辯。查簡○雄於 93 年 4 月 10 日過世乙節，業有戶籍謄本在卷可稽，應認屬實。據原告主張被告有喪失繼承權之情，乃發生於簡○雄過世之際，且原告自承其探視簡○雄時，簡○雄即曾表示被告不得繼承等語，此有原告於 98 年 7 月 29 日提出之準備狀在卷可查。由此觀之，原告於簡○雄過世之際即已知悉繼承權被侵害之情，其至遲應於 95 年 4 月 10 日行使繼承回復請求權，則自 93 年 4 月 10 日迄至原告於 98 年 4 月 6 日提起本訴為止，已逾 2 年時效至明，故被告抗辯時效消滅等語，即屬有據，堪以採信。

### 二、被告並未參與訂定原告依排灣族習慣與各繼承人所約定分產之協議，自不受系爭協議之拘束，系爭協議是否存在或是否訂有解除條件等情即與不當得利返還請求權無涉

次按無法律上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益。雖有法律上之原因，而其後已不存在者，亦同；繼承人自繼承開始時，除本法另有規定外，承受被繼承人財產上之一切權利、義務。但權利、義務專屬於被繼承人本身者，不在此限；分別為《民法》第 179 條、第 1148 條第 1 項所明定。查被告繼承系爭 2 筆土地係本於《民法》第 1148 條第 1 項規定，此即被告受有系爭 2 筆土地所有權之法律上原因。原告雖主張系爭協議訂有解除條件之約定云云。惟原告自承系爭協議乃於簡和○於 64 年 1 月 3 日過世時，其與子女間之協議，而被告係於 83 年間始與簡○雄結婚，足徵被告並未參與訂定系爭協議，自不受系爭協議之拘束，準此，系爭協議是否存在或是否訂有解除條件等情即與不當得利返還請求權無涉。換言之，縱然原告主張上開等情存在，亦非本於《民

法》第 179 條為請求權依據。故原告主張不當得利返還請求權，核予法定要件不合，洵非可採。

綜上，原告依《民法》第 179 條及第 1146 條第 1 項之規定，請求被告應將系爭金○段 511 地號及同段 300 地號土地，於 93 年 7 月 27 日以繼承為登記原因之所有權移轉登記塗銷並將土地返還原告，洵屬無據，應予駁回。至原告以本件是否成立訴之變更及被告時效抗辯是否成立等理由，聲請再開言詞辯論程序等語，經核，本件是否成立訴之變更與裁判結果無關聯性；其次，時效抗辯證據資料已明，故本院認無再開言詞辯論程序之必要，併此敘明。據上論結，原告之訴無理由，應予駁回，爰依《民事訴訟法》第 78 條，判決如主文。

## 陸、本案評析

本案判決之爭點，在於系爭依排灣族習慣由被繼承人生前與各繼承人間所約定分產條件之協議，是否能拘束作為其後與繼承人結婚而繼承後者財產之配偶。法院判決認為，由於該配偶並未參與訂定系爭分產協議，其繼承權自不受該協議之拘束。

本案判決與多數涉及適用原住民族傳統習慣之實務相同，陷於究應依何種規範性質適用原住民族傳統習慣，特別是那些以市民法之規範內容為主要爭執基礎的事件（如本案，為《民法》第 1146 條第 1 項：「I 繼承權被侵害者，被害人或其法定代理人得請求回復之」以及《民法》第 179 條：「I 無法律上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益。II 雖有法律上之原因，而其後已不存在者，亦同」之繼承回復請求權與不當得利返還請求權）。也就是說，繫屬法院無法確定原住民之傳統習慣，究係乙平行於市民法適用之實體規則，抑或僅為補充市民法之不足的次順位法源。是以，本案判決固一方面承認原住民族之傳統習慣得以平行取代市民繼承法原則，適用於具原住民族身分當事人間之爭執（「原告雖主張系爭協議訂有解除條件之約定云云。惟原告自承系爭協議乃於簡○信於 64 年 1 月 3 日過世時，其與子女間之協議，而被告係於 83 年間始與簡○雄結婚，足徵被告並未參與訂定系爭協議，自不受

系爭協議之拘束」)，一方面卻又不認為傳統習慣得作為乙「完整的法（completeness of indigenous law）」，而使之拘束全部之爭執（「原告於簡○雄過世之際即已知悉繼承權被侵害之情，其至遲應於 95 年 4 月 10 日行使繼承回復請求權，則自 93 年 4 月 10 日迄至原告於 98 年 4 月 6 日提起本訴為止，已逾 2 年時效」）。

無法判斷原住民族之傳統習慣究係乙平行之實體規則，或僅為補充性法源，固然與傳統習慣欠缺體系化外觀與完整規範內容有關，不過也須歸因於繫屬法院欠缺近用傳統律法知識之管道。如果法院能夠獲取關於系爭事件中，原告所指涉排灣原住民族之習慣法關於約定分產協議之規範意義與效力，自然得扣緊判斷所爭執之約定（「以簡○雄有生之年無子嗣，即應將前開土地耕作權、地上權或所有權返還予原告或繼承原告家長地位之人為解除條件」）、被繼承人生前所為剝奪繼承權之指示（「被告於 87 年間無故離家，簡○雄於 93 年 2 月間因車禍受傷癱瘓在床，被告無正當理由均未前往探視，故簡○雄過世前曾向親友表示被告不得繼承之意」）對同屬排灣族部落成員之被告，是否有拘束力，亦可脈絡化判斷先位爭執如原告之繼承權的侵害請求權是否已開始計算時效。

事實上，如果排灣族之繼承習慣法規範是以所有繼承順位之家族成員為其拘束力之範圍，抑或其繼承順位與應繼分是以繼承開始時具有家族成員身分者為限，在繼承開始前為被繼承人驅逐出家族或自願離開家族者，將被剝奪繼承權，而該規範被繫屬法院視為乙得平行取代市民繼承法之準據法，則本案之結論，將會完全相反；首先，由於被告沒有繼承權利，原告之繼承權受侵害將以原告事實上知悉被侵害之日起，計算請求權時效。其次，被告於繼承開始前已被剝奪繼承權利，因此其擅自登記為繼承財產全所有人之行為應該當無法律上之原因而受利益，應負有返還財產並賠償損害之責。

**案例二十二** 原住民舅媽外甥爭產案**案號** 臺灣高等法院花蓮分院 99 年度上更（一）字第 1 號**案由** 不動產所有權移轉登記**壹、案例事實**

乙起訴主張與丙等人曾經於 95 年 11 月間成立契約，就雙方祖先所遺留之財產土地 2 筆，約定其中 1 筆 769 地號土地應移轉登記為乙所有。為此依照分產契約請求丙等人移轉其應有部分共計 14 分之 8。丙等人否認有上述約定，辯稱土地原本就是屬於其母親朱○月所有。系爭土地與 769-1 地號土地均為庫○唔所遺留之財產、丙等人仍登記為系爭土地與 769-1 地號土地之所有權人、丙等人與乙曾經委由鍾○棟辦理繼承登記事由、丙等人僅負擔登記費用 45 萬元中之 26 萬元，餘由乙負擔，上述 4 項事實為則為兩造所不爭執。

**貳、訴訟歷程與結果****一、訴訟歷程**

本案為當事人間請求不動產所有權移轉登記事件，上訴人對於中華民國 98 年 4 月 27 日臺灣臺東地方法院 97 年度訴字第 50 號第一審判決提起上訴，經最高法院第一次發回更審。

**二、判決主文**

- (一) 第一審判決：被告應分別將坐落臺東縣臺東市○○段 769 地號土地所有權應有部分各 14 分之 2 移轉登記予原告。訴訟費用由被告負擔。(臺灣臺東地方法院 97 年度訴字第 50 號)
- (二) 第二審判決：上訴駁回。第二審及發回前第三審訴訟費用均由上訴人負擔。(臺灣高等法院花蓮分院 99 年度上更（一）字第 1 號)

## 參、當事人主張

### 一、上訴人方面

(一) 聲明：原判決廢棄；駁回被上訴人在第一審之訴。

(二) 陳述：除與原判決記載相同者，茲引用之外，補稱：

1. 上訴人母親溫朱○月係依祖產之分配，取得系爭土地，上訴人等人之三舅朱○明則係分配到田地，上訴人丙、丁、戊、己（以下均稱丙等人）與被上訴人乙確曾於 95 年間至鍾○棟代書事務所，然係為辦理系爭土地繼承登記事宜，並無將 769 地號土地應有部分過戶予乙之意，且縱認兩造間有移轉土地所有權之約定，然丙等人之主張亦與承辦代書鍾○棟所陳述之契約內容有間，乙尚難依契約內容為本案之請求。況依《民法》第 408 條第 1 項前段規定，贈與物之權利未移轉前，贈與人得撤銷其贈與，因本件贈與標的之權利尚未移轉，丙等人得行使撤銷權，乙即無據以為本件請求之權利。
2. 原審以系爭土地依《土地登記規則》第 120 條第 1 項<sup>35</sup>辦理分別共有登記，而非如證人鍾○棟所為辦理分割繼承之約定，顯見其後雙方對土地移轉之範圍已另為協議。然原審之推論實有錯誤，依證人證稱，兩造當時並未達成協議等語，足見兩造對於 769 地號土地應歸丙等人所有抑或 769 地號土地應有部分過戶予乙，顯然未達成合意。而且所謂「分割繼承」係指繼承人就繼承之持分與應繼分有不一致之情況。而原審判決所謂「分割繼承」應係指代書所言兩筆土地「先合併、後分割」之謂。而此「先合併後分割」是屬原土地所有人溫朱○月之全體繼承人間就屬於遺產之系爭土地先行合併再予分割情事，與非溫朱○月繼承人之乙毫無關係，因此，並非

35 《土地登記規則》第 120 條第 1 項：「繼承人為二人以上，部分繼承人因故不能會同其他繼承人共同申請繼承登記時，得由其中一人或數人為全體繼承人之利益，就被繼承人之土地，申請為分別共有之登記。其經繼承人全體同意者，得申請為分別共有之登記。」



如同原審判決所謂「其後雙方對土地移轉範圍已另為協議」。

3. 原審以丙等人、乙分別持有 769、769-1 地號土地權狀而認定兩造就丙等人應移轉予土地所有權範圍已特定在 769 地號土地上亦有疏誤。查：證人鍾○棟於原審證稱：沈○美先將系爭土地的權狀全部拿回去，被丙等人知道後，就向沈○美要，後來他們 2 人在伊事務所討論，乙訴訟代理人並拿回 769 地號的權狀等語，依該段證述，似乎是沈○美與乙訴訟代理人達成協議分別取回 769-1 及 769 地號土地權狀；依原審第 92-95 頁共 4 紙 769 地號土地分屬陳○城、丁、丙、戊四人之土地所有權狀，其上記載「本張權狀正本、本人於本日向鍾○棟先生借出辦理其他情事，本人承諾於 96 年 3 月 30 日無條件將正本交還鍾○棟先生，若有失信，本人願負法律責任，借狀人陳沈○美 96.3.28 並捺手印。」出借人沈○美既為丙等人己之妻，各該土地權狀又為上訴人兄弟所有，故倘伊知悉該出借權狀是欲辦理預告登記，又為何需書立此「借用」文字？顯然係乙訴訟代理人向沈○美謊稱辦理其他情事須用到權狀正本而騙沈○美簽立上開文字，而乙訴訟代理人於取得上開土地權狀正本後，未經該四人授權同意，而逕自向地政事務所辦理「預告登記」，此由地政事務所之同意書其上該 4 人名字均非本人自寫，且僅蓋用彼 4 人先前交付予代書擬辦理繼承登記之印章，現卻蓋用於預告登記書上，足見上訴人 4 人根本不同意辦理預告登記。復對照上述原審沈○美「出借」權狀日期為 96 年 3 月 28 日並承諾 96 年 3 月 30 日歸還，而乙所稱「只有持相關證件」於 96 年 3 月 29 日至臺東地政事務所辦理預告登記，顯見絕非出自丙等人之同意甚明，否則乙焉有「均置之不理」之陳述？此等將丙等人自己應取回 769 地號土地權狀，卻由己之妻陳沈○美書立「出借」字樣，且於雙方爭執甚烈之情況下，竟同意乙辦理預告登記，在在違反經驗法則，足見原審憑此作為兩造已確定移

轉 769 地號土地之認定事實顯有違誤。

4. 測量士成○運於 96 年 3 月前往測量系爭土地界址一節，其原因多端，不得逕行推論丙等人同意將 769 地號土地移轉給丙等人。依證人鍾○棟於原審證稱：「(沈○美找你測量土地的時候，有無提及土地如何過戶事宜?)他只有說到要瞭解他們的土地界線在哪裡，而我也沒有問他，原因是因為我當時心理是認為他們兩造應該已經說好如何分土地，所以我就沒有多問。」，可知沈○美僅止於要瞭解土地界線何在，何來得出 769 地號土地要移轉給丙等人所有之結論？
5. 乙就分產契約何時成立、契約內容為何、是否罹於時效等有利之事實均未一一舉證，原審捨證人鍾○棟代書「兩造未達成協議之證詞」，卻以丙等人已辦妥分別共有繼承登記之單純客觀事實，進而拼湊無關證明雙方合意移轉 769 地號土地所有權之「原因不明由兩造分別持有 769、769-1 土地權狀」及「界址測量」之偶然事實，進而推論本件為分產契約，顯有認定事實及理由矛盾之違法情事。

## 二、被上訴人方面

(一) 聲明：駁回上訴。

(二) 陳述：除與原判決記載相同者，茲引用之外，補稱：

1. 坐落臺東縣臺東市○○段 769 地號土地（下稱 769 地號土地）、769-1 地號土地原係訴外人即丙等人之夫朱○明之父庫○唔所有，庫○唔生前本授意由居住在 769 地號土地上之朱○明繼承該筆土地。惟庫○唔之女溫朱○月於庫○唔在世時，擅將系爭土地過戶於其名下，其後朱○明死亡，經多位長者協議溫朱○月應將 769 地號土地移轉登記予乙，詎溫朱○月於 87 年 6 月間死亡，故由溫朱○月之子女即丙、丁、陳○郎、己、陳○城（業經原審判決確定）及訴外人楊○婷、楊尹○共同繼承 769 地號土地。嗣於 95 年間兩造至鍾○棟代書事務所商議系爭土地辦理繼承登記及移轉事宜，約定由兩

造各負擔辦理系爭土地 1/2 之繼承登記費用，俟繼承登記辦竣後上訴人即將 769 地號土地應有部分移轉登記予乙所有。乙依約將應負擔之費用新臺幣（下同）20 萬元交付鍾○棟代書後，丙等人卻拒絕履行承諾，是兩造間本於分產契約確有移轉所有權之協議，爰依契約關係請求上訴人移轉 769 地號土地所有權應有部分如原審判決主文第 1 項所示。

2. 兩造間並確實有訂定分產契約，因為兩造於 95 年 11 月間委託鍾○棟代書辦理本案繼承案時，兩造均到代書事務所，並言明「辦竣繼承登記，領得權狀後，繼承之一方，應無條件將原屬上訴人丙等人之土地移轉登記於被上訴人乙」，當時乙認為兩造是親戚，基於相互信賴，未要求立下字據，丙等人卻事後反悔，於辦理繼承登記之後，拒絕辦理移轉登記。

#### 肆、本案爭點

- 一、兩造間是否有約定分產契約？
- 二、承上，若是，則當時兩造約定之契約內容為何？被上訴人乙取得土地之範圍為何？

#### 伍、法院見解

- 一、法院認原屬被繼承人庫○唔之系爭 2 筆土地分由朱○明及朱○月取得，其遺產分配方式實屬當然，此亦可由兩造於 95 年間一同前往代書事務所洽談辦理繼承登記事宜，並由乙負擔登記費用之事實可資確認

(一) 緣乙為朱○明之妻，朱○明與朱○月（原適溫○雲，後適陳○木）、朱○茂、朱○才等 4 人為庫○唔之子女，丙等人則為朱○月之子女。朱○月育有陳○松等 9 名子女，僅丙等 4 人與陳○城共 5 人於朱○月亡故時仍生存而成為繼承人。另溫○英則留有子女楊尹○、楊○婷，因此與丙等人共同繼承朱○月所留下之土地。而登記在朱○月名下之土地一共有 5 筆，包含 769、

769-1、-2、-3、-4 等 5 筆土地，登記時間是在 36 年辦理總登記時，有土地登記簿謄本附卷可證。5 筆土地中 769 與 769-1 面積相等，769 地號土地面積為 371 平方公尺，769-1 地號土地也同樣是 371 平方公尺，而另外 769-2 等 3 筆土地，總計面積與 769 約略相等。而朱○才因屬招贅，因此並未分得財產。

- (二) 769 地號以及 769-1 地號 2 筆土地，同時於 96 年 2 月 6 日辦理繼承登記，由丙等人與陳○城（未上訴而確定）、溫○英之子女楊尹○、楊○婷分別共有，持分各 14 分之 2，繼承之原因是發生在 87 年 6 月 19 日，有土地登記簿謄本為證。另外 769 之 2 等 3 筆土地則因分割而於 80 年 8 月 1 日先登記為朱○月所有，其中 769-2 地號土地於 81 年 1 月 14 日以買賣為原因移轉登記為王琴蘭所有，再於 81 年 3 月 8 日移轉登記為朱○茂之女朱○英名下，769-3、-4 地號土地則於 81 年 4 月 7 日登記為朱○英所有。
- (三) 從以上 5 筆土地登記之狀況可知，在土地登記時，朱○月年僅 18 歲，當不可能有財力購入土地，而且當時還有其他兄弟一起生活，父母親也都健在，以當時臺灣經濟發展狀況，更難相信居處臺東之 18 歲女子可以單獨一人購入面積將近 1,000 平方公尺的土地。因此乙主張土地是父親庫○唔所留下，由於屬於原住民，風俗上以母系為主，土地先登記為丙等人母親朱○月所有，應屬可信。而且從庫○唔留下的 5 筆土地被分成 3 分，面積相當，其中 769-2、-3、-4 並且已經先登記為朱○英，更可確信 769、769-1 等土地均係庫○唔所留下之財產，否則朱○月當無將部分土地移轉朱○英所有之必要。
- (四) 既然是庫○唔留下之財產，以當時庫○唔之子女共計 4 位，其中朱○才因為招贅而未分財產，其餘 3 人將財產分平成為 3 份，分別由朱○明、朱○月、朱○茂各得 1 份，亦與《民法》繼承之法理相合，於情理亦無違背。而朱○茂因為已經取得 1 份，其餘 2 筆土地即 769 以及 769-1 分別由朱○明以及朱○月

取得，亦屬當然。此觀諸兩造事後於 95 年間一同前往鍾○棟代書事務所洽談辦理繼承登記事宜，並由乙負擔登記費用 45 萬元中之 19 萬元，更可確認當時確實準備依照庫○唔生前的意思，將土地分別劃歸朱○月以及朱○明所有。而當時辦理繼承登記之鍾○棟代書證述：「約在 95 年 10 月份之前，原告（即乙）訴代有來找我瞭解是否能辦理該 2 筆土地辦理繼承登記事宜，我看了之後認為可以辦理，就請兩造到我事務所商量辦理繼承的事情及費用的問題，因為原告訴代表示該兩筆土地有一半應該要登記給原告，被告（即丙等人）就說既然繼承登記辦完後，要將土地一半給原告，原告就應該負擔一半的費用，原告訴代就問我他們需要負擔嗎，我則表示既然以後土地要一半給原告，當然要付一半的費用。費用總共 40 萬元，另外代書費 5 萬元，是由被告來負擔。」，應可確認乙所主張土地是父親庫○唔所留下，因缺乏現款辦理繼承登記，一直拖到 95 年間方行約定財產分配並辦理登記，應屬事實。

## 二、法院觀兩造測量釘樁以明界線之舉與土地當時使用狀況，勘認兩造為履行分產約定，已就乙所主張之分割方式（即兩造各自取得 769、769-1 地號土地，並由上訴人將 769 地號所有權應有部分移轉給被上訴人者）達成合意

- (一) 丙等人雖然一再否認曾經與乙達成分產契約，丙等人所持理由係土地原本即歸屬於母親所有，並無必要與乙洽談分產事宜。然而如前所述，系爭土地是庫○唔留下之財產，並非朱○月所有，丙等人所辯並非事實。而且兩造一同到代書事務所辦理時，繳交辦理登記所需的一切證件。
- (二) 證人成○運於原審證稱：當時測量是在 96 年 3 月份左右，要測量這兩塊土地四周全部的界線，當然也包括這兩塊土地的分界線，鍾代書請我將兩筆土地的界址測量出來，測量後雙方各付我 4 千元，1 位是乙訴代，1 位是胖胖的女士（按：已當庭陳稱即沈○美）；測量時沈○美自始至終都在現場等語。則依證人鍾

○棟、成○運上開證詞，可知鍾○棟代書在 96 年 2 月 6 日辦完系爭土地之繼承登記後，因沈○美之託乃找成○運前往測量系爭土地之界址及四周界線，而成○運前往測量時，乙之女即訴訟代理人甲及丙等人 4 人均到場觀看，甲及沈○美並各自交付測量費 4 千元給成○運，足見乙及丙等人間有明確定出 769、769-1 地號土地界址之意。

(三) 而乙原居住在 769 地號土地即系爭土地後方，丙等人則居住在系爭土地前方，乙原本提議土地合併後再分割一半（即各分得 769、769-1 地號土地之一半），但丙等人因已經住在前方而不同意，已如前述，參酌 769、769-1 地號土地面積均相同，有土地登記簿謄本 2 份可按，則乙及丙等人為履行移轉系爭土地所有權一半給乙之前開約定，同意依照土地界線各自取得 769、769-1 地號土地，並由丙等人將 769 地號所有權應有部分移轉給乙以解決分割方法之爭議，即與丙等人之意思無違，且可避免日後合併後再分割之繁瑣手續，亦合乎當時使用狀況，故有測量釘樁以明界線之舉，堪認乙主張已與丙等人達成合意，符合事實而可採信。

**三、針對當時兩造約定之契約內容及乙取得土地之範圍，依證人證言雖似無明確約定，然法院由土地使用狀況、經界測量、分別共有登記之事實觀之，認兩造對土地移轉之範圍不僅已有協議，就丙等人應移轉予乙之土地所有權範圍，亦已特定在 769 地號土地上**

(一) 至於當時兩造約定之契約內容為何？乙取得土地之範圍為何？衡情既然兩筆土地面積相當，兩造又各占一方，而且乙也住在該處，在土地上搭建房屋一棟即臺東市○○街 77 巷 3 號房屋，則由乙取得建物所座落之 769 地號土地，由丙等人取得 769-1 地號土地，最符合使用現況，最能避免不必要之紛爭，當屬最合理之安排。雖證人鍾○棟證稱兩造於其事務所時，僅約定由丙等人將系爭土地（即包括 769、769-1 地號土地）之 1/2 移轉

給乙，且係就該兩筆土地合併後再分割。似證稱兩造間並沒有明確的約定。但系爭土地嗣經所有繼承人之同意，依《土地登記規則》第 120 條第 1 項之規定辦理分別共有登記，而非如兩造原在證人鍾○棟處所為之辦理分割繼承之約定，顯見其後雙方對土地移轉之範圍已有協議。則所謂移轉 1/2 應係各自將 2 筆土地分成 2 分而言。

- (二) 再觀諸原告於系爭土地移轉登記前即有建物坐落在 769 地號土地上，及證人鍾○棟證稱：後來沈○美（即丙等人己之妻）將系爭 2 筆土地的權狀全部拿回去，乙知道以後，就向沈○美要，後來他們二人在伊事務所討論，乙訴代並拿回 769 地號的權狀等語，暨其後訴外人即測量士成○運於 96 年 3 月間前往測量系爭 769、769-1 地號界址等情，足見就系爭土地 1/2 應如何分配一節，兩造應已達成由丙等人取得 769-1 地號土地、乙則取得 769 地號土地丙等人應有部分之協議，否則何須大費周章測量兩地間界址，並由乙、丙等人分別持有 769、769-1 地號土地權狀？
- (三) 此外，由乙嗣持丙等人之印鑑章、出具之同意書，於 96 年 3 月 29 日就 769 地號土地辦理預告登記，限制丙等人 5 人各於其持分範圍內，於該土地未完成移轉登記預告權利人即乙之前，不得辦理移轉登記一事觀之，益證兩造就丙等人應移轉予乙之土地所有權範圍，已特定在 769 地號土地上，是丙等人徒以兩造先前在證人鍾○棟處尚未約定應移轉何筆土地為由，認為兩造間之契約內容未定，並不足採。
- (四) 又兩造於證人鍾○棟事務所為上開約定時，除丙等人陳○城未到外，其他丙等人均有到場，業經證人鍾○棟證述明確，自均應受該約定之拘束。而丙等人固未於上開時地在場，然其提供印鑑交由其他人代為辦理系爭土地繼承登記事宜、並由乙為其支付半數繼承登記費用、復提供印鑑及同意書由乙辦理 769 地號土地預告登記，顯然與乙間已有上開移轉 769 地號土地應有

部分之合意，自亦應同受上開約定之拘束。從而可知，兩造分產協議之內容即為 769 地號土地由乙取得，769-1 地號由丙等人取得。

(五) 丙等人於上訴後雖再主張鍾○棟代書收取之款項用途不明，經本院函國稅局臺東縣分局調取稅捐資料，因已逾核課期間，並未補稅處罰，有該局覆函可參，而乙所出具之收費單據也只有二張估價單。然而如果丙等人確實辦理繼承登記，理應有更詳細之收費單據以證明鍾○棟代書處理業務收取費用之具體項目，但丙等人卻均未提出，則其質疑代書費用之內容，即屬無稽。更且代書費用之項目與兩造間是否有分產契約之約定，亦無關連性，丙等人此項抗辯自不可採。而且由於本件訴訟標的之法律關係為分產契約，乙所提出之證據已經足以證明財產為庫○唔所有，兩造確實有分產契約存在，則庫○唔與女兒朱○月之間是否有其他信託關係存在，即與本件分產契約之判斷無關，併此敘明。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。

## 陸、本案評析

本案的主要爭點是繫屬法院以原住民族身分之被繼承人與繼承人間所適用之傳統習慣，判定系爭事件中土地之分割，為被繼承人之全體繼承人間就屬於遺產之系爭土地先行合併再予分割，而非繼承後雙方對土地移轉範圍另為協議之分割，儘管在依市民法繼承前，該被繼承財產已依傳統習慣先登記為長女所有。因此其分割協議為有效，應允予登記。

本案雖正面確認原住民族之傳統習慣具有「合法正當性 (legitimacy)」，得與市民法規範平行適用於民事事件，惟判決所適用之原住民族傳統律法，究竟屬於何族群、何部落甚至是家族之傳統律法，則完全未被完整揭示。而該傳統律法之法源依據，亦僅為同族證人之陳述（「乙主張土地是父親庫○唔所留下，由於屬於原住民，風俗上以母系為主，土地先登記為丙等人母親朱○月所有」），以及繫屬法院以市民



社會價值基礎所進行之推斷（「從以上 5 筆土地登記之狀況可知，在土地登記時，朱○月年僅 18 歲，當不可能有財力購入土地，而且當時還有其他兄弟一起生活，父母親也都健在，以當時臺灣經濟發展狀況，更難相信居處臺東之 18 歲女子可以單獨一人購入面積將近 1,000 平方公尺的土地……」），如此之調查結論，既無法呈現該規範與所屬法域間的現實關聯，亦無法被賦予該其在規範脈絡上之普遍意義。例如為何作為乙母系社會之原住民族年輕女性，不可能有財力購入系爭 5 筆土地？又是否因其為長女，而對繼承財產有規定信託關係？法院至少應引證系統化之調查（如行政院原住民族委員會委託製作之原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制計畫報告），或學者專家之具客觀性的調查研究成果等質性方面的研究與敘述，而非僅逐案解決問題。

本案的另一個在適用法上的論理盲點，是未能明確表達原住民之傳統習慣究係乙平行於市民法適用之實體規則，抑或僅為補充市民法之不足的次順位法源。因為本案判決一方面以原住民族之傳統習慣平行取代市民繼承法原則，適用於具原住民族身分當事人間之爭執（「確認當時確實準備依照庫○唔生前的意思，將土地分別劃歸朱○月以及朱○明所有」），一方面卻又因系爭事件中依原住民族之傳統習慣所為分產之結果，與適用市民法之結果相合，才予以採納（「既然是庫○唔留下之財產，以當時庫○唔之子女共計 4 位，其中朱○才因為招贅而未分財產，其餘 3 人將財產分平成為 3 份，分別由朱○明、朱○月、朱○茂各得 1 份，亦與《民法》繼承之法理相合，於情理亦無違背。而朱○茂因為已經取得 1 份，其餘 2 筆土地即 769 以及 769-1 分別由朱○明以及朱○月取得，亦屬當然」）。

當然，由於原住民族之傳統習慣尚未被體系化且欠缺完整性，因此理論上如果將之視為屬人法衝突下之平行法域，可能會遭遇到沒有法律可用來解決系爭爭端之「裁判不能（*non liquet*）」的情形，惟即使如此，法院亦不宜逕行將市民法與原住民族傳統習慣混用，而使後者被降為補充性法源之地位，而是應適用法律一般原則（即法理）——即自市民法中抽繹或類推出得藉以獲致公平與良善結果的規範原理，加以裁判，

促使原住民族之普通法能被視為「一完整的法（the completeness of indigenous law）」，進而維護其實體性與拘束力。

### 案例二十三 賽德克族婚禮殺豬儀式案

案號 臺灣南投地方法院 101 年度婚字第 24 號

案由 確認婚姻關係不存在

## 壹、案例事實

原告李○櫻於民國 90 年 9 月間與被告黃○龍同居，於 91 年 6 月 26 日生下兩造之子，基於子女戶口登記之故，當事人於民國 92 年完成結婚登記，兩造後於民國 98 年分居。原告主張結婚證書上之原告、原告之父李○賢、母葉○琴之簽章非本人所簽，且無公開儀式等情，爰主張婚姻關係不存在。被告則以：被告伊與原告於結婚登記半年後在部落成員之見證下殺豬，兩造雖未穿著傳統服飾、未一同敬酒，現場亦無喜宴布置，然依據賽德克族傳統，殺豬儀式即代表兩造結婚之意，且作為聘禮的 2 頭豬亦已遵循部落婚禮禮俗，其一由原告家屬帶回，另一則由部落成員共食。

## 貳、訴訟歷程與結果

### 一、訴訟歷程

本案為當事人間請求確認婚姻關係不存在事件，臺灣南投地方法院於民國 101 年 11 月 22 日言詞辯論終結，判決如下。

### 二、判決主文

原告之訴駁回。訴訟費用由原告負擔。

## 參、當事人主張

### 一、原告方面

(一) 聲明：確認兩造間婚姻關係不存在。

(二) 陳述：

1. 兩造約於民國 90 年 9 月間同居，於 91 年 6 月 26 日生下兩造之子，為辦理子女戶口登記，遂由被告至戶政事務所辦理結婚、子女出生登記，被告辦妥後，將結婚證書拿給原告過目，原告發現其上之原告、原告之父李○賢、母葉○琴之簽章非本人所簽，原告遂與被告起爭執，多年來原告亦不認同此事，兩造亦未舉行公開之結婚儀式，2 年前兩造開始分居，爰請求確認兩造間婚姻關係不存在等語。
2. 被告主張殺豬一事，係於 93 年間被告母親過世後 49 天殺豬，為了去晦氣，當天係分送部落之人，當然亦有分送予原告之母，然與兩造結婚無關。
3. 證人徐○忠、徐○德前來幫忙殺豬係因被告外甥女林○娟結婚，林○娟係於 96 年 9 月到 12 月之間結婚，先在被告家裡殺豬，隔一、二週後即結婚。

### 二、被告方面

(一) 聲明：原告之訴駁回。

(二) 陳述：

1. 當天兩造與子女一同至戶政事務所辦理結婚登記，部落的人都知道兩造在一起。因當時經濟狀況不佳，遂於結婚登記半年後，於 93 年 1 月被告母親過世前殺豬，代表兩造結婚之意。
2. 原告父母親、弟弟、奶奶共 6、7 人有來拿一頭豬回去，當天部落的人有過來幫忙殺豬，另一頭豬讓部落之人共食。兩造當時未穿著傳統服飾，未一同敬酒，現場無喜宴布置，客人自行取食物食用。殺豬後不滿一週，被告之母因敗血症病情

惡化突然過世，被告之母過世時並無殺豬。

3. 被告外甥女林○娟係於 97 年間結婚，而非於 96 年 9 月到 12 月之間結婚。

#### 肆、本案爭點

設若當事人依據賽德克族婚禮習俗，曾舉行殺豬儀式，則是否足認兩造結婚已踐行修正前《民法》第 982 條第 1 項「舉辦公開儀式」之要件？

#### 伍、法院見解

##### 一、修正前《民法》第 982 條第 1、2 項規定之結婚形式要件及婚姻登記之結婚推定之說明

按結婚應有公開儀式及 2 人以上之證人；經依戶籍法為結婚之登記者，推定其已結婚，民國 96 年 5 月 23 日修正公布前之《民法》第 982 條第 1、2 項分別定有明文。倘當事人一方否認此一推定之事實，依《民事訴訟法》第 277 條規定自應由否認之一方就所主張未經舉行結婚公開儀式及二人以上之證人之形式要件舉證證明之。倘不能舉證以證實其主張之事實為真實，則他方就其抗辯事實即令不能舉證或所舉證據尚有疵累，亦應駁回該否認之當事人之請求（最高法院 85 年度台上字第 2534 號判決參照）。

次按 2 人以上之證人祇須有行為能力在場親見而願證明其結婚者為已足，不以證婚人為限（最高法院 89 年度台上第 1852 號判決參照）。復按如果此宴客，係為表達兩造結為夫婦之意義而舉行，而此意義又為與宴者所瞭解；則無論有無世俗所謂拜天地拜高堂乃至進洞房等節目之進行，應均不失為公開之結婚儀式（最高法院 70 年度台上字第 713 號判決可茲參照）。

## 二、兩造依戶籍法完成結婚登記，推定已結婚。否認前開結婚事實之原告，若未舉證證明兩造未具備結婚之形式要件事實，自應駁回其請求

查兩造於民國 92 年 6 月 20 日結婚，民國 92 年 7 月 10 日為結婚登記。而兩造依戶籍法為結婚之登記，依前開規定推定已結婚。則否認前開結婚事實之原告，若未舉證證明兩造未經舉行結婚公開儀式等形式要件事實，自應駁回其請求。

## 三、按兩造皆為賽德克族，倘兩造有舉行殺豬之儀式，可認兩造有依該族之習俗舉行公開結婚儀式（行政院原住民族委員會原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制第八期委託研究計畫賽德克族結案報告 1 書參照）。法院經證人證述後，認兩造於民國 93 年間因結婚而殺豬為真實，原告既未能舉證證明兩造結婚未踐行修正前《民法》第 982 條第 1 項之要件，則其請求應予駁回

（一）次查，兩造間之婚姻是否踐行修正前《民法》第 982 條第 1 項之要件，即經舉行結婚公開儀式且有 2 人以上之證人，經證人證述如下：

1. 證人即原告之母葉○琴證稱：伊問原告說你們要結婚嗎？原告說要，但不知道何時，伊認為結婚就是要請客，男方要給女方殺豬，但他們沒有請客、殺豬，兩造之子 1 歲多時，原告說已經辦好結婚登記，但伊認為仍應請客、殺豬；民國 93 年伊家人沒有至被告家殺豬，僅被告姪女（應為外甥女）結婚時，伊和伊丈夫有過去拿豬肉等語。
2. 證人即被告之兄瓦○司·比尤（黃○龍）證稱：兩造除結婚登記當日有去夜市吃飯慶祝外，無其他結婚儀式等語。
3. 證人即被告堂弟徐○忠證稱：兩造為了結婚有殺豬、送豬，當天伊在原告家幫忙殺豬，大約是民國 90 幾年間，兩造未特別打扮，殺了 2 頭豬，女方爸媽有來，部落的人大約來了 4、

50 位，都知道兩造結婚，豬肉先分解再分給鄰居、親友，然後分一頭豬給女方家。被告家裡的婚喪喜慶伊幾乎都知道，被告母親過世後 49 天並未殺豬，因過世是喪事，不會殺豬等語。

4. 證人即被告叔叔徐○德證稱：兩造有因結婚而殺豬，殺豬當天伊有在場，當時大約有 60 幾人在場，是民國 93 年間的事，女方爸媽有來，殺了 2 頭豬，分了 1 頭豬予女方，被告家就殺過這麼一次豬；原住民沒有在過世後 49 天殺豬，也無因人過世而殺豬的習俗等語。

5. 證人即原告之父李○賢證稱：被告姊姊之女結婚時有殺 2 隻豬，伊有看到，因伊去朋友家，知道被告家在殺豬，才去被告家，男方帶 2 隻豬到被告家殺，該次殺豬非兩造結婚，豬肉有分給伊 1、2 斤，當時約為民國 96 年 9 月至 12 月間等語。

(二) 復查經本院函詢行政院原住民委員會提供原住民結婚儀式相關資料顯示，賽德克族其結婚儀式為新郎準備 2 頭豬以上，1 隻給新娘家人，另 1 隻分送各家鄰居，此有該會民國 101 年 8 月 3 日原民企字第 000000000 號函檢附之原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制第八期委託研究計畫賽德克族結案報告 1 書附卷可參。而兩造為賽德克族，倘兩造有舉行殺豬之儀式，可認兩造有依該族之習俗舉行公開結婚儀式，先予敘明。

(三) 又被告之母楊○蘭於民國 93 年 1 月 13 日死亡，被告外甥女林○娟於民國 97 年 4 月 20 日結婚，有被告提出之戶籍謄本 2 件在卷可稽。則原告所舉之證人即原告之母葉○琴、父李○賢均證稱兩造結婚並無殺豬，唯一一次殺豬係因被告外甥女林○娟結婚，且殺豬期間為民國 96 年 9 月至 12 月間，與林○娟結婚日期不符合，此部分之證詞尚難採信。而證人徐○忠、徐○德證稱兩造有於民國 93 年間殺豬，並分送豬肉予親友，眾人均知

悉兩造結婚，亦證被告所辯兩造有於民國 93 年間因結婚而殺豬之主張為真實。

(四) 綜上所述，原告既未能舉證證明兩造結婚未踐行修正前《民法》第 982 條第 1 項之要件，是其提起本件訴訟請求確認兩造間婚姻關係不存在，於法尚有未合，應予駁回。

## 陸、本案評析

原住民族之傳統習慣，目前仍屬於尚未被市民社會司法實踐所熟稔應用之「準普通法 (quasi-common law)」狀態，在其完全平行成文化難以期待在短期內實現的情形下，原住民族傳統律法之規範力，完全倚賴個案實務解釋藉助客觀之原住民族規範紀錄與生活事實，逐案漸次組合。此組合必須呈現出原住民族傳統律法之定性、適用條件與具體內容，外顯為乙統整扣緊的解釋體系，才能在規範力上以原住民族「普通法 (common law)」之地位與市民法制平行被適用，而不至於僅被視為工具層次之補充性法源，甚至造成其去規範化與去道德化。

本案正面確認賽德克族原住民之傳統習慣具有「合法正當性 (legitimacy)」，因此得與市民法規範平行適用於民事事件，值得肯定。當然，因原告欠缺充分之舉證能力，使本案所適用之原住民族傳統律法之內容，欠缺在現代原住民族生活領域中之實證性，完全倚賴行政院原住民族委員會所委託製作之原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制計畫賽德克族結案報告。在未來其他同性質之訴訟中，法院宜積極行使闡明權，諭令兩造在所提出之攻防中提供對作為準據法之原住民族傳統律法之質性研究與敘述，特別是該規範與所屬之法域間的現實關聯。俾益於臺灣原住民族「普通法 (common law)」之建立。

本案判決所引發之另一議題是，若原住民族之傳統習慣能以原住民族「普通法 (common law)」之地位與市民法制平行被適用，則必然發生國際私法上之「屬人法的衝突問題」。所謂屬人法的衝突，是指在某些法域中，原住民族、各國內血緣或文化種族甚或宗教團體，各有其平行於市民法的特殊法律體制（例如美國印地安原住民族保留地中專適用

於該族之身分法)。當選定當事人之本國法作為系爭事件之準據法後，即發生應適用該本國法中平行法制之何部分的問題。

本案判決所適用以解釋系爭事件中，結婚之形式要件是否滿足之法律，並非以最高法院 70 年度台上字第 713 號判決所示之：「表達兩造結為夫婦之意義而舉行，而此意義又為與宴者所瞭解；則無論有無世俗所謂拜天地拜高堂乃至進洞房等節目之進行，應均不失為公開之結婚儀式」等以市民社會文化通念可認定之「結為夫婦之意義而舉行……之結婚儀式」者為已足，而是以原住民族委員會 101 年 8 月 3 日原民企字第……號函檢附之原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制第八期委託研究計畫賽德克族結案報告 1 書中，賽德克族人結婚儀式之傳統習慣，作為準據規則：「兩造為賽德克族，倘兩造有舉行殺豬之儀式，可認兩造有依該族之習俗舉行公開結婚儀式」。易言之，只要兩造為賽德克族，即適用賽德克族傳統習慣對結婚之要式規定。證人所正之內容，亦以其是否依賽德克族之傳統律法認知該殺豬行為等同於公開結婚之儀式：「證人徐○忠、徐○德證稱兩造有於 93 年間殺豬，並分送豬肉予親友，眾人均知悉兩造結婚，亦證被告所辯兩造有於 93 年間因結婚而殺豬之主張為真實」。至於兩造或與宴者是否依市民社會價值通念認定其具有舉行結婚儀式之意義（「兩造當時未穿著傳統服飾，未一同敬酒，現場無喜宴布置，客人自行取食物食用……」），則因非適用法，在所不論。可以說是典型的屬人法衝突選法適例。

以判決確認臺灣之原住民族群身分可作為國際私法適用「法域」之界線，確實是一個值得肯定之嘗試，也可謂為臺灣原住民族「普通法（common law）」之存在與規範效力確立了結構性之前提。不過包括本案判決在內，日後依屬人法衝突原則選擇適用臺灣原住民族之傳統律法為管轄私法律關係之訴訟，仍無法避免面臨臺灣原住民族「普通法（common law）」中程序規則空洞化的困境。以本案判決為例，選擇適用賽德克原住民族之婚姻要式規則的连接因素，顯然為兩造均具有之賽德克族群身分。惟設若其中有一造為漢人或其他族屬之臺灣原住民族，甚至為外國人，則應以何方之所屬身分籍為连接因素，抑或應適用其他



之連接因素？更進一步的問題是，臺灣目前有 14 個原住民族，是否每個原住民族之傳統身分律法均應被定性為與市民法衝突之屬人法，或均以原住民身分為排他性適用之連接因素？當各族之準據法原則相衝突時，應如何適用？另外，原住民族委員會目前所調查之原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制報告，尚未包含程序性規則之部分，在欠缺完整的選法規則內容之前，逕以市民法選法規則類推解釋，是否可能被認為判決不適用法令而違法？

本案的另一個成就是，確認了就屬人性質之法衝突者，非必須與繫屬法院之本國（或主要適用法系）法同位階或同型式之法律，例如本案中關於婚姻之要式，於市民法所適用者，為 96 年 5 月 23 日修正公布前之《民法》第 982 條第 1、2 項（「結婚應有公開儀式及 2 人以上之證人；經依戶籍法為結婚之登記者，推定其已結婚」），但因屬人法衝突之選法規則所選擇應適用之賽德克族傳統律法，則為不成文之原住民族普通法。後者在市民法規範系統之位階中僅具有補充法源之地位，但仍不影響其平行取代市民法之實體規定，而為可適用於系爭事件之法。

#### 案例二十四 原住民族飲酒文化左右未成年人監護人之選定案

案號 臺灣屏東地方法院 101 年度家親聲字第 22 號

案由 選定未成年人監護人

### 壹、案例事實

聲請人林○惠與相對人林○明於原為夫妻關係，婚姻關係存續中育有未成年子女林○樊，嗣兩造於民國 101 年 5 月 30 日調解成立協議離婚，惟對親權歸屬未達成共識。聲請人以伊與其雙親得以提供未成年子女良好成長環境，且相對人素有酗酒、晚歸惡習，且存在負債，於經濟上相對窘迫等情，聲請法院酌定伊獨任未成年子女之監護人。相對人則以：相對人伊在經濟上足資負擔林○樊之教養費用，且原住民部落之成

長環境，不僅係身為伊長子之林○樊未來繼承祖業之必要條件，更可由部落全員協助撫養未成年子女，相對於情緒不穩定且無親友協助之聲請人，請求駁回聲請人之聲請，並酌定兩造所生之子權利義務之行使或負擔，由相對人任之。

## 貳、訴訟歷程與結果

### 一、訴訟歷程

本案為當事人間聲請酌定未成年人監護人事件，臺灣屏東地方法院於民國 102 年 3 月 11 日言詞辯論終結，判決如下。

### 二、判決主文

對兩造所生未成年子女林○樊權利義務之行使或負擔，由聲請人單獨任之。相對人得依如附表所示之方式及期間與林○樊會面交往。聲請費用新臺幣壹仟元由相對人負擔。

## 參、當事人主張

### 一、聲請人方面

- (一) 兩造原為夫妻關係，婚姻關係存續中育有未成年子女林○樊，嗣兩造於民國 101 年 5 月 30 日調解成立協議離婚，惟對親權歸屬未達成共識。
- (二) 聲請人任職於春日鄉衛生所公職護士，每月平均薪資為 6 萬元，收入情況相當穩定，且有良好理財觀念，有投保郵局儲蓄險和銀行醫療保險，聲請人也將擁有自己所有住所（現正興建中）；聲請人父親係退休教職人員，聲請人雙親皆已退休，有意願協助照顧受監護人，可提供良好正向成長環境。反觀相對人積欠多家銀行卡債，約積欠 100 萬元，現已遭強制執行，相對人薪資僅是最低階薪資，若再扣除每月到大學進修所需花費之交通費、學費等諸多開銷，相對人經濟甚為困窘，無能力獨自扶養受監護人。再者，相對人生活習慣欠佳，週末或者晚上屢

有應酬，導致相對人常出入部落中大小酒席直到半夜才返家，相對人實無心照顧受監護人。而受監護人由兩造輪流照顧期間，相對人皆交由其雙親照顧，相對人仍在外參與諸多應酬活動。此外，相對人及相對人雙親，也常會在家中喝酒作樂，如此讓受監護人從小在愛喝酒的環境中成長，長期耳濡目染下，受監護人身心必定遭受負向影響，且相對人酗酒極為嚴重，已達不喝酒即會冒冷汗、焦慮之程度。綜上所述，相對人經濟狀況不佳，且有嚴重酗酒習慣，已屬高風險家庭，原告有穩定工作，亦有親友支持，為未成年之子林○樊最大利益，請賜准判決未成年之子林○樊成年前權利義務由聲請人行使及負擔等語。

## 二、相對人方面

(一) 相對人乙於民國 101 年 6 月 21 日晚間欲前往探視其未成年子女林○樊，事前已先向聲請人甲電話連絡表達欲前往探視之意，但相對人未能於約定時間開門讓父親乙及其陪同前往之家屬入內探視，經相對人多次電話連絡未果，遂請求當地管區枋寮分局建興派出所幫忙，自所內撥通電話後方得使聲請人開門，但探視過程相對人為解多日未見之相思之苦，當欲擁抱林○樊之際，聲請人不但拒絕，同時因情緒不穩乘機拿刀威脅相對人不得擁抱孩子，相對人因擔心未成年子女林○樊遭受傷害，即大聲呼叫在外遭拒絕進入之家屬及陪同之員警，家屬（祖母林胡○珠）因擔心孫子林○樊受傷欲前往協助處理，卻遭聲請人咬傷遍布滿手。當晚雨勢滂沱，聲請人非但不顧自己與未成年子女安危，拿刀脅持其未成年子女向屋外衝出，並於租屋處前方路口轉角處，將未成年子女林○樊交給不認識之男子，該男子騎乘機將其未成年子女林○樊強行帶走。聲請人若為未成年子女林○樊監護人，實難讓人安心，聲請人之情緒及精神狀況是否為合宜之監護人，請惠予斟酌考量。

(二) 相對人雖僅任鄉公所司機，每月薪資不及 2 萬元，且尚有負

債，惟如聲請人所自陳，相對人平日尚接辦鄉村公私活動及主持人，故另有額外收入，合計亦有 3 萬餘元，故足以承擔養護林○樊之能力。況林○樊自出生至兩造發生離婚案件之時，均由乙負養護之責，此有相對人自林○樊出生後為養護而購買嬰兒食用品之顧客購買紀錄查詢表可證。上開由相對人養護期間，聲請人均未負擔任何費用，且在此期間相對人及其母親按期依規定將林○樊送至春日衛生所打預防針，聲請人雖任職衛生所，但聲請人見林○樊至衛生所時，即迴避他處，此有衛生所同仁可證。

- (三) 聲請人與相對人結婚後，因不習慣且帶有輕視原住民之心態，故從未與乙家人有何互動，此從其起訴所載即可資證明；惟林○樊即有原住民血統，且出生在原住民部落，這是無可避免之先天環境。
- (四) 聲請人雖稱由伊任監護時，可請其父、母及家人協助扶養，惟聲請人與其家人本就疏離，其父、母亦不過問聲請人之生活，此從其任職春日鄉，返回竹田並非遠距，但聲請人或自行租住枋寮鄉之水底寮，或自行建屋在枋寮，少與其家人互動，且亦自陳伊將委請保母照顧幼兒，而非欲請其家人協助。聲請人於訪視時，亦同意未來林○樊在春日鄉就學，既如此，亦宜由居住春日鄉之相對人為監護人較為勝任。
- (五) 林○樊為家中長孫，依原住民習俗，將來需繼承祖業，故有在原住民社區成長之必要。另外聲請人亦可以其衛生專業就近共同教導，可使林○樊有更好之成長環境及陪養優良之人品。
- (六) 若由相對人任監護，因居住鄰近春日鄉衛生所，聲請人可利用公暇隨時就近探視或盡人母之責，下班後可免單獨扶養林○樊之苦，而有充份之休養，白天或假日亦可隨時探視或帶回林○樊同住，可謂兩全其美之選。
- (七) 法院若認不宜由相對人單獨任監護之責，亦宜由兩造共同監護，且目前即以此為之，並無何不妥，且在聲請人上班時，林

○樊則交由就近之相對人及家人全體照護，聲請人亦可隨時抽空盡人母之責，亦比由聲請人一人單獨擔任監護為宜。

## 肆、本案爭點

原住民族與非原住民族對於飲酒行為之不同文化觀點，是否對於法院選定未成年人權利義務之行使或負擔之判決有所影響？

## 伍、法院見解

### 一、法院基於審酌子女之最佳利益、以酌定未成年子女親權歸屬之需要，於本件徵詢主管機關或社會機構之意見或請其進行訪視，以就《民法》第 1055 條之 1 所定事項進行事實調查

按夫妻離婚者，對於未成年子女權利義務之行使或負擔，依協議由一方或雙方共同任之。未為協議或協議不成者，法院得依夫妻之一方、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人之請求或依職權酌定之。又法院為前項裁判時，應依子女之最佳利益，審酌一切情狀，參考社工人員之訪視報告，尤應注意左列事項：(一) 子女之年齡、性別、人數及健康情形。(二) 子女之意願及人格發展之需要。(三) 父母之年齡、職業、品行、健康情形、經濟能力及生活狀況。(四) 父母保護教養子女之意願及態度。(五) 父母子女間或未成年子女與其他共同生活之人間之感情狀況。《民法》第 1055 條第 1 項、第 1055 條之 1 分別定有明文。

另依《非訟事件法》第 125 條第 1 項之規定（民國 94 年 1 月 18 日修正公布版本，民國 102 年 4 月 16 日刪除），法院為審酌子女之最佳利益，得徵詢主管機關或社會機構之意見或請其進行訪視，就《民法》第 1055 條之 1 所定事項，為事實之調查，並提出調查報告及建議。查兩造原為夫妻關係，婚姻關係存續中育有未成年子女林○樊，嗣兩造於 101 年 5 月 30 日調解成立離婚，惟對親權歸屬未達成共識等，故本件有依上開規定酌定未成年子女親權行使歸屬及另一方與未成年子女會面交往方式及期間之必要。

## 二、伊甸基金會之調查報告基於經濟及生活作息穩定性之考量，認聲請人具較佳之親職照顧能力及品質，但建議由兩造共同監護並輪流照顧未成年人，較符合子女最佳利益

至聲請人基於上開理由，請求本院將林○樊之監護權酌定予伊，而相對人則以前詞置辯。經查：依本院囑託財團法人伊甸社會福利基金會屏東分事務所（下稱伊甸基金會）對兩造訪視，結果略以：

- (一) 兩造身心健康、擁有穩定工作、家庭內部支持系統良好、擁有穩定住所，且兩造對於受監護人身心發展狀況皆有一定程度的了解，本會評估兩造皆有獨立扶養受監護人之能力。惟相對人經濟收入較有限，且又有負債，若相對人擔任主要照顧者，恐致使家庭經濟狀況較為困窘；聲請人經濟收入穩定，且金錢使用規劃能力良好維持，實有維持家庭經濟狀況穩定之能力。
- (二) 本會觀察受監護人與兩造家庭互動狀況，有一定程度之親子依附關係，且兩造家庭照顧受監護人現況實屬良好，皆能夠提供受監護人穩定成長。然而，據兩造皆表示，相對人工作之餘，現仍於永○技術學院進修並於假日時間擔任婚宴主持人工作，導致夜間和假日時間較少在家。故本會認為聲請人親職照顧能力及品質優於相對人。
- (三) 綜合上述評估，本會認為由於受監護人尚屬年幼，需要穩定的照顧者隨伺在側提供密集性生活照顧，而兩造家庭居住和工作地點鄰近，又受監護人與兩造家庭親子依附關係顯著，且本會觀察受監護人未因法院裁定兩造輪流照顧而有生活適應困難之情形，且兩造目前亦就輪流照顧模式大體配合良好，雖相對人經濟條件欠佳且生活作息較不穩定，但受監護人在由相對人照顧期間，因得相對人家人的穩健支持，仍有受到妥適照顧，故本會建議受監護人仍由兩造共同監護並輪流照顧，讓受監護人得著兩造及其家人的照顧與關懷，讓受監護人持續在穩定和正向環境中成長，最符合兒童最佳利益考量，建請庭上進一步曉諭兩造成為合作式父母並參酌本會建議予以裁定等語。有未成

年子女監護權訪視評估報告 1 份附卷可參。

**三、依據中華溝通分析協會評估報告所言，非原住民之聲請人與身為當地部落頭目家族成員的相對人，基於各自文化差異，就飲酒一事之見解迥異，雙方難以溝通。對於親權歸屬及探視權行使方式，聲請人主張判決應明確，相對人立場則較為彈性**

另本院徵詢兩造意見，兩造同意至中華溝通分析協會進行親子諮商評估，依據中華溝通分析協會對兩造就離婚後的調適及親職合作能力、個人親職能力、親子關係的合理性商談評估認為：

**(一) 聲請人部分**

1. 聲請人表示相對人家族因為文化的關係，經常交際應酬，喝酒的頻繁讓聲請人擔心孩子的教養環境產生的不良影響。另外，聲請人表示相對人家庭會有積欠債務的習慣，例如不繳交燃料稅等問題，這些都對於孩子的教養產生不當影響。因此聲請人期待提孩子一個較健康有法治觀念的教養環境；聲請人的理性思考能力良好，也能將界線畫清，應該是一個不錯的照顧者。
2. 另外，因孩子仍年幼，聲請人的生活較為規律，也較少受到社交或應酬的攪擾，相較於相對人較能提供直接且穩定的照顧。
3. 相對於相對人的整個家族，聲請人在該地點上班就顯得有些孤單。為了避免因雙方文化認知差異，加上因為離婚而缺乏信任基礎，難以建立良好的溝通。所以在判決監護權歸屬時需要敘明擁有探視權者一方，其探視的時間與方法以避免不必要的的爭議發生。

(二) 相對人部分

1. 兩造仍在同一單位上班，相對人是當地部落的頭目家族，家族勢力龐大，因為家族在當地的地位，家族的親友都相當重視小孩的監護權歸屬，因此也讓兩造關係變得更複雜。
2. 相對人因為家族的地位與角色，經常有許多家族聚會，在聚會中喝酒是一件平常的事，相對人覺得這是人際間的相處，彼此關係連結的歷程，相對人無法理解聲請人為何有這麼多的不滿。因此，兩人在文化不同各自解讀對方的行為或語言訊息的情況下，更加難以溝通或諒解對方。
3. 又相對人的言語中保有較高的彈性，也表示樂意與聲請人有好的互動，表示監護權的歸屬，就看法官怎麼判，伊就照判決遵行，復表示自己無意要將整個事件鬧僵（見中華溝通分析協會期末評估報告）。

**四、法院考量兩造互動不佳，認共同監護實不可行。復審酌兩造之經濟能力、親職照顧能力與品質、穩定生活照護環境等事項，判決未成年子女林○樊權利義務之行使或負擔，由聲請人單獨任之**

參酌上開伊甸基金會評估報告所示，固認兩造在工作及住所之穩定性、家庭內部支持系統、親子依附關係方面之能力相當，建議由兩造共同監護，惟本院考量兩造雖在同一機關上班，但平時互動關係不佳，共同監護恐成紛爭不斷，意見相左之因，屆時勢必傷害子女之身心成長，並有滯礙難行之虞。

其次，本院審酌聲請人之經濟能力、親職照顧能力與品質顯較相對人為佳，且本院審理期間，兩造分別經中華溝通分協會安排多次親子婚姻等方面會談，經該會評估聲請人在離婚後親職合作能力、個人親職能力及親子關係的合理性等項目上，均較相對人為優，再考量被監護人之年紀不滿 2 歲，亟需穩定的生活照顧環境，且此階段亟需母愛關懷撫育，蓋母愛為幼兒最大之需求等情，認對於兩造所生之未成年子女林○



樊權利義務之行使或負擔，由聲請人單獨任之，較符合子女之最佳利益，爰准聲請人之請求而酌定如主文第 1 項前段所示。

### 五、法院酌定由聲請人行使負擔林○樊之權利義務，但相對人得依判決附表方式期間與林○樊會面交往

按法院得依請求或依職權，為未行使權利之一方，酌定其與未成年子女會面交往之方式及期間，《民法》第 1055 條第 5 項前段定有明文。《家事事件法》第 107 條第 1 項則規定：「法院酌定、改定或變更父母對於未成年子女權利義務之行使或負擔時，得命交付子女、容忍自行帶回子女、未行使或負擔權利義務之一方與未成年子女會面交往之方式與期間、給付扶養費、交付身分證明文件或其他財物，或命為相當之處分，並得訂定必要事項。」。

蓋未成年人成長過程及人格發展上，原需憑藉雙親之雙向學習及多元互動，自不能因父母離異，有一方未任親權行使或負擔者而喪失，又父母雙方因成立家庭而享有天倫之樂及親子孺慕之情，亦不宜因夫妻離異而斷喪，是以會面交往乃基於親子關係所衍生之自然權利（外國立法例有稱之為訪問權者），因其不僅是為父母之權利，更為未成年子女之權利，而屬於親權之一環，為彌補未成年子女因父母離異所生影響及夫妻離婚而減弱其親子間天倫之樂等缺憾，應以子女之最佳利益為考量，使未取得未成年子女權利義務行使或負擔之一方，仍繼續與其子女接觸連繫。

本院雖認由聲請人行使負擔林○樊之權利義務較為妥適，惟因父子天性，天下皆同，為免林○樊由聲請人行使親權而將對相對人感到陌生，甚至排斥，有剝奪相對人父愛之虞，兼顧林○樊人格之正常發展及滿足親子孺慕之情，爰依《民法》第 1055 條第 5 項、《家事事件法》第 107 條第 1 項之規定，酌定相對人得與林○樊會面交往，其會面交往方式與期間如判決附表所示，以維繫其間之親情。

## 陸、本案評析

依通說，「多元文化主義（multiculturalism）」是指藉由族群或政治體之間的平等，來提升文明的多樣性，以使公共領域能夠呈現出非單一性的文化態樣。在多元文化主義的治理結構下，任何族群或政治體，不論是否屬於多數，都不應僅以自身之價值基準評價其他族群或政治體之存在、創造物與文明內涵，而是應尊重各種文明所構建的世界觀，允許其他族群或政治體依據其共同決定之方式，平行組織其生活與追求次世代的生存。

不過，對如臺灣般非線型的憲政體制來說，多元文化主義並非自共建國族國家之時就已經存在。我國是在《憲法增修條文》第 10 條第 10 項被制定時，才溯及承認多元文化主義：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化」。因此，多元文化之法規範意識與內容，都必須藉由翻修、新訂等方式加以轉型回復。然而自民國 94 年《原住民族基本法》訂定迄今，翻修或新訂仍停留在最初階段。

在多元文化主義無法完全藉由對於市民法之翻修或新訂而滲透進入實定法前，法院如何藉由闡明權之行使，以及自身對實體規範之演進與轉型之詮釋權力，將多元文化主義之內涵，實質化為審酌當事人權利平衡之元素，是現階段檢視多元文化主義之實踐比例的重要指標。然而，本案證明了轉型期的多元文化主義，無法倚賴如此間接、裁量性質高的手段來有效實現。

本案的重要爭點為，《民法》第 1055 條第 1 項所規定對無法協議親權之行使的離婚夫妻，「法院得依夫妻之一方……之請求或依職權」，酌定親權行使之方法。而依同法第 1055 條之 1 規定，法院為該酌定時，「應依子女之最佳利益」。在夫妻中一方為具原住民族身分之人時，如何酌定才是「依子女之最佳利益」？

《民法》1055 條之 1 第 2 項固已明文規定，法院判斷「子女之最佳利益」時，應「審酌一切情狀，參考社工人員之訪視報告」，尤應注意：「一、子女之年齡、性別、人數及健康情形。二、子女之意願及人格發展之需要。三、父母之年齡、職業、品行、健康情形、經濟能力及

生活狀況。四、父母保護教養子女之意願及態度。五、父母子女間或未成年子女與其他共同生活之人間之感情狀況」，惟該等標準，包括委託評估之社工人員（本案中為財團法人伊甸社會福利基金會屏東分事務所以及中華溝通分析協會）採取之評價基礎，以及具體評估事項，均可能因評價人所立基解釋之文化價值，而產出完全不同之結論。

以本案最終決定所主要倚賴之事項——「子女之意願及人格發展之需要」與「父母之年齡、職業、品行、健康情形、經濟能力及生活狀況」，法院面對的是因不同文化價值所呈現之對立結果。在職業與經濟能力上，聲請人「任職於春日鄉衛生所公職護士，每月平均薪資為 6 萬元，收入情況相當穩定，且有良好理財觀念，有投保郵局儲蓄險和銀行醫療保險，聲請人也將擁有自己所有住所（現正興建中）」，但相對人卻是「僅任鄉公所司機，每月薪資不及 2 萬元，且尚有負債，惟如聲請人所自陳，相對人平日尚接辦鄉村公私活動及主持人，故另有額外收入，合計亦有 3 萬餘元」。在品行及生活狀況上，聲請人「生活較為規律，也較少受到社交或應酬的攪擾」、「理性思考能力良好，也能將界線畫清，應該是一個不錯的照顧者」，相對人則「家族因為文化的關係，經常交際應酬，喝酒的頻繁讓聲請人擔心孩子的教養環境產生的不良影響」，「家庭會有積欠債務的習慣，例如不繳交燃料稅等問題，這些都對於孩子的教養產生不當影響」。委託評估之社工人員採取之評價基礎則呈現兩極結論。財團法人伊甸社會福利基金會屏東分事務所採取的是傾向多元文化基準之解釋，認為：「雖相對人經濟條件欠佳且生活作息較不穩定，但受監護人在由相對人照顧期間，因得相對人家人的穩健支持，仍有受到妥適照顧，故……建議……仍由兩造共同監護並輪流照顧，……得著兩造及其家人的照顧與關懷，讓受監護人持續在穩定和正向環境中成長，最符合兒童最佳利益考量」。但是中華溝通分析協會則依一般市民社會價值認為，相對人「家族在當地的地位，家族的親友都相當重視小孩的監護權歸屬，因此也讓兩造關係變得更複雜」、「在文化不同各自解讀對方的行為或語言訊息的情況下，更加難以溝通或諒解對方」，「為了避免因雙方文化認知差異，加上因為離婚而缺乏信任基礎，難以建立良好的溝通。所以在判決監護權歸屬時需要敘明擁有探視權者

一方，其探視的時間與方法以避免不必要的的爭議發生」。法院最後採取了後者所立基之單元文化價值觀點。

即使本案最終判決以「父子天性，天下皆同，為免林○樊由聲請人行使親權而將對相對人感到陌生，甚至排斥，有剝奪相對人父愛之虞，兼顧林○樊人格之正常發展及滿足親子孺慕之情」，雖將監護權判給聲請人，仍依《民法》第 1055 條第 5 項、《家事事件法》第 107 條第 1 項之規定，酌定具原住民族身分之相對人得與其子會面交往之方式與期間，「以維繫其間之親情」。表面上似乎已有效平衡兩造父母與未成年子女之權利，惟此一解釋與相對人與子女面會之安排，仍完全未考量生成兩造所處社會之價值體系的主體結構間的差異，亦即完全未試圖藉由司法解釋導入多元價值。

聲請人所處者，是以個人主義為核心之社會體系，在照顧能力與人格成長之連結，是以聲請人個人與其小家庭之「金錢使用規劃能力良好維持，實有維持家庭經濟狀況穩定之能力」、「生活較為規律，也較少受到社交或應酬的攪擾」為命題。相對地，相對人所屬者，則為以家族宗親之成員間因血緣與文化傳統所生之親密關係為連結的原住民族集團社會：「是當地部落的頭目家族，家族勢力龐大，因為家族在當地的地位，家族的親友都相當重視小孩的監護權歸屬」、「依原住民習俗，將來需繼承祖業，故有在原住民社區成長之必要」，因此，行使親權之個人的經濟能力與生活習性，並非子女人格能否正常發展之唯一判準。惟即使在賦予探視權時，法院還是拒絕平行以後者對子女人格之正面影響為比較基礎，來衡量賦予規律行使之親權與偶而行使之探視權，即使「如由聲請人任監護，則需另委保母，……且聲請人一人獨居，照顧林○樊必更辛苦，身心疲憊時，將會發洩情緒於林○樊身上，遠不如由乙及其家人全體照護為優」，而僅認為以相對人個人與子女間之有限會面、相處，即可「兼顧...人格之正常發展及滿足親子孺慕之情」。如此，依相對人所屬原住民族族群延續能力的觀點，除個人與所屬親族團體無法行使親權外，相對人之子女因為未能於集團社會中生活，透過人際間之相處連結與族群間之關係，實際上還被剝奪了未來選擇繼承祖業、延續頭目家族地位與文化權利之機會。

## 智慧財產權相關

### 案例二十五 原住民族傳統智慧創作之著作權爭議

案號 智慧財產法院 98 年度民著訴字第 13 號

案由 侵害著作權有關財產權爭議

#### 壹、案例事實

甲於民國 94 年與「12 族原住民公仔」(以下簡稱 A 著作)之原著作權人即原告之法定代理人乙訂著作專屬授權契約，約定授權期間自簽約日起至 102 年 12 月 31 日止，授權人同意將 A 著作專屬授權被授權人實施，包括製造、使用、重製、修改及所有一切必要實施著作權等權利。丙自 96 年 6 月初起，於南投縣魚池鄉日月潭文武廟廣場對外販賣類似產品。乙於 96 年 7 月 5 日會同警方，前往丙販賣處查獲其所販售之原住民公仔，而查扣原住民公仔 409 個。甲爰依《著作權法》第 84 條、第 88 條第 2 項規定，請求丙被告賠償新臺幣 100 萬元。

#### 貳、訴訟結果

原告之訴及假執行之聲請均駁回。

#### 參、當事人主張

##### 一、原告甲主張

甲長年致力於創作原住民藝術文化，自 92 年製作第一代原住民公仔起，迄今已發表第五代原住民公仔，並曾於台視、東森、非凡、年代、公共電視台等電視頻道以專題方式報導，平面媒體亦有自由時報、蘋果日報等報導 A 著作。A 著作係以原住民 12 族之傳統服飾為藍本再

融入創作元素獨力完成，每件公仔服飾、頭飾、配件及肢體表現方式皆出自甲之創意，符合原創性之本質。

又甲所自創之公仔造型，其特徵為圓臉、圓鼻、圓耳、頭綁紅色飾帶並插兩根灰色羽毛於前側、戴黃色圓皮帽下擺垂放於後、雙手彎曲握拳放於胸前、雙腳張開呈八字形；而丙所販賣之公仔，除雙手抱物外，其餘有關公仔之型態如圓臉、圓鼻、圓耳、雙手握拳、雙腳外開等表現方均與 A 著作完全相同，且其頭前插兩根灰色羽毛、黃色皮帽造型、衣飾配色、肢體表達方式等主要特徵亦均完全相符，足見丙之作品顯有抄襲重製甲之作品，並無任何原創性，且無獨特性。

至丙稱其係參考原住民傳統服飾而製作該作品，惟倘如丙所稱僅參考原住民傳統服飾而製作該作品，即可達到與 A 著作實質相似之程度，顯過於巧合。又況丙係接觸甲之 A 著作後而加以仿製，並對外銷售予不特定人，足見丙係故意侵害甲之著作權，且情節重大。原告爰依《著作權法》第 84 條、第 88 條第 2 項規定，請求被告賠償新臺幣（下同）100 萬元。

## 二、被告丙主張

丙雖自 96 年 6 月初某日起，在南投縣魚池鄉日月潭文武廟廣場販售本件被查獲之原住民族公仔，惟丙所販售之原住民公仔係向他人進貨，與甲之系爭著作相較，除原住民公仔之大小比例不同外，其他例如原住民公仔眼睛、眉毛、頭飾、帽子之大小及長短、服飾之造型及原住民公仔手中所持之物品等亦均有所不同，復以甲之 A 著作係經燒烤而不易摔破，且不易褪色，然丙所販售之原住民公仔係由模型所作而容易摔破，且會褪色，足見丙所販售之原住民公仔與甲之 A 著作確實不同。再者，丙並無侵害甲著作權之動機與故意，亦否認有違反《著作權法》之行為。

## 肆、本案爭點

丙所販賣之原住民公仔是否係重製甲之 A 著作，而侵害甲之著作權？

## 伍、法院見解

### 一、著作權原創性要件之定義與內容

按《著作權法》所保障之著作，係指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作，《著作權法》第 3 條第 1 項第 1 款定有明文；故除屬於《著作權法》第 9 條所列之著作外，凡具有原創性，能具體以文字、語言、形像或其他媒介物加以表現而屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作，均係受《著作權法》所保護之著作。又《著作權法》所保護之「著作」，係指著作人所創作之精神上作品，除須為思想或感情上之表現，且有一定表現形式等要件外，尚須具有原創性，即使與他人作品相酷似或雷同，如其間並無模仿或盜用之關係，且其精神作用達到相當之程度，足以表現出作者之個性及獨特性，即可認為具有原創性。且按著作權在於保障著作表達方式，而非構想本身，故如無重製、仿製等情事，縱使著作內容相似，不同之著作人基於自己之表達方式，亦可同時享有著作權。

又受保護之著作須具備下列四要件：(一) 須具有原創性；(二) 須具有客觀化之一定形式；(三) 須屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作；(四) 須非不受保護之著作。原創性之意義，僅為著作之創作歸屬於著作人之原因，亦即著作人獨立創作，而非抄襲自他人之著作即可。即使一著作與另一在前著作完全相同，但並非抄襲該前一著作，而係獨立創作之結果，即應認具有原創性而受著作權之保護。

### 二、丙所販賣之原住民公仔是否重製甲之 A 著作

丙係在南投縣魚池鄉日月潭文武廟廣場擺攤販售與原住民相關之紀念品，其所販賣之物品種類甚多，其中包含系爭原住民公仔。據丙所稱，其所販售之原住民公仔係另向他人進貨，並非其親自製作，且其所購入之原住民公仔與甲所創作之原住民公仔並不相同。而據甲所稱，其擁有著作財產權之原住民公仔係乙依據原住民 12 族之傳統服飾為藍本再融入創作元素獨力完成，每件公仔服飾、頭飾、配件及肢體表現方式皆出自乙之創意，自符合原創性之本質。

惟查，甲所創作之原住民公仔，倘果如其言，係其依據原住民傳統服飾為藍本，再融入創作元素所完成，則其所創作之作品具有原創性當毋庸置疑，丙對此亦未曾有不同意見。丙所爭執者，乃其並未抄襲原告之創作，其亦不知甲系爭創作之存在，自未重製甲之創作等語。經查，本件原告與被告間並無業務往來，甲對於乙是否曾有接觸 A 著作，未舉證證明，則其指稱丙知悉甲就系爭原住民公仔擁有著作財產權，並抄襲重製云云，即有可議之處。

本件原告自承其擁有著作財產權之原住民公仔係其法定代理人即乙依據原住民 12 族之傳統服飾為藍本，再融入創作元素獨力完成，其就原住民傳統服飾部分並提出著鄒族傳統服飾之男性照片三幀佐參。丙對此並不爭執，同時亦提出各族原住民服飾之照片一幀供本院參照。茲比較兩造所提出之原住民傳統服飾照片，可資確定者，乃各族原住民傳統服飾均有其一定款式，配色、條紋、羽飾亦有一定設計，不可能憑空想像或任意混搭，否則即無法代表該族特色。

是以，倘甲法定代理人所創作之原住民公仔係依據原住民傳統服飾演繹而來，而丙所販售之系爭原住民公仔亦係本於原住民傳統服飾所生，則理論上就原住民公仔之服飾穿著兩者應無太大差異。甲稱其所自創之公仔造型，其特徵為圓臉、圓鼻、圓耳、頭綁紅色飾帶並插兩根灰色羽毛於前側、戴黃色圓皮帽下擺垂放於後、雙手彎曲握拳放於胸前、雙腳張開呈八字形；而被告所販賣之公仔，除雙手抱物外，其餘有關公仔之型態如圓臉、圓鼻、圓耳、雙手握拳、雙腳外開等表現方均與系爭著作完全相同，且其頭前插兩根灰色羽毛、黃色皮帽造型、衣飾配色、肢體表達方式等主要特徵亦均完全相符，足見丙之作品顯有抄襲重製云云。然查，依據兩造所提出之鄒族原住民公仔實體物及甲所提出之兩造產品照片互為比對，丙所販售之原住民公仔在眼睛、頭巾、包巾（圓皮帽）、手持物及足部等處與甲所創作之原住民公仔仍有明顯不同，就眼睛部分而言，甲所創作之公仔並無眉毛，且眼珠係黏貼在突出之眼白上，而丙所販售之公仔其眼珠則直接黏貼在臉部上，眼珠與臉部之間未再墊有眼白部分；另頭巾部分，甲創作之公仔於額頭長條狀紅色頭巾上



綴有橢圓形白色突出物，丙所販售之公仔於頭巾上僅在左右兩端各放置如針頭大小之白點，而公仔之眉毛則放置在頭巾下襬；另在包巾部分，甲創作之公仔腦後之頭巾設計成波浪型之皺摺，而丙所販售之公仔腦後包巾則僅為單純之一片式；而在手部，甲所創作之公仔並未持有任何物品，丙所販售之公仔則執有一隻老鼠於胸前；另在足部部分，甲創作之公仔足部適履，而丙販售之公仔則赤足。

綜合上開不同之處，可見兩造所創作或販售之公仔仍有多處不同，摒除兩造公仔之服飾均係依照原住民傳統服飾設計而得部分不論，甲指摘丙所販售之公仔侵害其著作權最力之處，主要在於雙方之公仔均呈圓臉、圓鼻、圓耳、插兩根灰色羽毛於頭部前側、雙手彎曲握拳放於胸前、雙腳張開呈八字形等處。惟查，圓臉、圓鼻、圓耳乃一般公仔習見之作法，至於插羽毛部分，此為原住民傳統之裝飾，而雙手握拳、腳部呈八字形均為習見之作法，不能因此常見之作法雙方雷同，即認為丙所販售之原住民公仔侵害原告之創作。

況原住民公仔原創者乙亦自承手部部分因製作瓶頸無法做出手指形狀，遂以握拳狀替代，而頭部羽毛部分亦因製作困難無法放置於頭部後方，遂設計成放置於頭部前側狀態，倘其所述屬實，則丙所販售之原住民公仔於製作時勢必亦面臨相同之製作困境，始以類似之手法呈現，甲對此部分之雷同主張被告「重製」其創作之原住民公仔云云，刻意忽視其餘不同設計部分，自有未洽。本件丙所販售之原住民公仔與甲之創作既有上開不同之處，自應認為丙所販售之公仔亦有其原創性，非重製甲之創作而得。是本件甲主張丙係故意侵害其著作，訴請丙應連帶給付100萬元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息云云，無理由，應予駁回。

## 陸、本案評析

原住民族的傳統智慧創作，是該族群文化賡續存在之文化成果表達。與市民社會一樣，原住民族的智慧文明除了具有彰顯、區隔身分與自我存在等認知意識上的意義外，還有經濟生活上的作用與功能，包括

透過財產權的外觀，保障產品在市場上的經濟競爭力。但是，長久以來，原住民族文化成果表達，包括音樂、舞蹈、歌曲、美術圖案、技藝等，多數無法符合一般智慧財產權的取得要件。本判決即呈現出此一傳統觀點。

按以著作權的取得為例，任何文化表達要在《著作權法》下獲得保護，必須滿足原創性、附著於媒體以客觀表現等制度要件，但也因此對多半屬於代代相傳，且常以口述方式進行世代傳承的原住民族傳統智慧創作構成了取得保護的重大障礙。

智慧財產法院於本案判決中，即認原告甲取得專屬授權之 A 著作與被告丙所銷售之產品，均係以原住民傳統服飾作為創意發想之素材，兩者本來即有可能無太大差異。此見解所內蘊之權利思維即是，原住民傳統服飾、圖文等原住民族傳統智慧創作，係世代傳承而來，並非個人所新創，係屬於所有公眾均得自由使用之公共領域內容物。因此，智慧財產法院就丙銷售產品與甲之 A 著作相似之處，均認定係因以所有人得自由利用之原住民傳統服飾作為著作創作參考所致，並非有抄襲之情事，而就雙方著作不同之處逕行予以比較，認定兩者之著作無實質相似，丙銷售產品不構成對 A 著作之侵權。

然原住民族傳統智慧創作於現今《著作權法》下難以取得保護之因素不限於此。另一個問題是，依據現行《著作權法》第 18 條：「著作人死亡或消滅者，關於其著作人格權之保護，視同生存或存續，任何人不得侵害」，著作人格權並無存續期間的限制；著作財產權，《著作權法》第 30 條則規定：「除本法另有規定外，存續於著作人之生存期間及其死亡後五十年。著作於著作人死亡後四十年至五十年間首次公開發表者，著作財產權之期間，自公開發表時起存續十年」。關於前者，原住民族傳統智慧創作同樣會遇到難以舉證何人為原始創作人的問題；關於後者，多數世代相傳的原住民族傳統智慧創作都已逾越了該有限的存續期間。

為避免原住民族傳統智慧創作持續因不受到一般智慧財產權保護，而遭到外界不當利用與扭曲，侵害原住民族集體族群權益，《原住民族

傳統智慧創作保護條例》於民國 96 年 12 月 7 日，由立法院三讀通過並公布施行。於未來該條例所保障之「原住民族傳統智慧創作專用權」權利制度具體實施後，司法實務見解即須調整過往就類似案件之評價觀點。

在立法背景上，《原住民族傳統智慧創作保護條例》是根據《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。」之規範精神，以及《原住民族基本法》第 10 條：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化」與第 13 條：「政府對原住民族傳統之生物多樣性知識及智慧創作，應予保護，並促進其發展；其相關事項，另以法律定之」之要求而制定的。條例中所謂的「原住民族傳統智慧創作」，包括原住民族傳統宗教祭儀、音樂、舞蹈、歌曲、雕塑、編織、圖案、服飾、民俗技藝或其他形式與種類之文化成果的表達（第 3 條）。這些原住民族傳統智慧創作依法經主管機關——行政院原住民族委員會認定並登記後（第 4 條、第 5 條、第 6 條），取得登記之原住民族或部落，即可據以主張傳統智慧創作專用權（第 7 條），對抗任何以「歪曲、割裂、竄改或其他方法改變其智慧創作之內容、形式或名目致損害其名譽」，以及其他侵害其專有使用及收益專用財產權之行為（第 10 條）。

與一般歸屬於個人的智慧財產權（如著作權）不同，《原住民族傳統智慧創作保護條例》所確認的原住民族傳統智慧創作專用權，是一種集體性的權利。根據條例規定，「原住民族傳統智慧創作專用權」的申請人，「以原住民族或部落為限」（第 6 條第 2 項）；當「智慧創作不能認定屬於特定原住民族或部落者，應登記為全部原住民族，並自登記之日起，由全部原住民族取得智慧創作專用權。」（第 7 條第 3 項）。因此，原住民族傳統智慧創作專用權人可能包括申請人、申請人以外其他被認定為應取得專用權之特定非申請人部落與原住民族，甚至全部原住民族。

也因為特殊的集體性權利性質，原住民族傳統智慧創作專用權的行使，除法律另有規定或契約另有訂定外，必須以特定民族、部落或全部

原住民族名義，專有使用及收益其智慧創作之財產權，並行使智慧創作之人格權（條例第 14 條第 3 項）。但就其所屬民族、部落或全部原住民族之智慧創作，原住民族的個人可以自由為使用收益，不受限制（條例第 14 條第 4 項）。

故，若於未來，本案涉及之各族傳統服飾，均已由各族群依據《原住民族傳統智慧創作保護條例》提出專用權之申請並取得權利，則非該族群成員在未取得該族群同意之情形下，不得任意予以使用，否則即有侵害該族群之原住民族傳統智慧創作專用權之虞。

## 肆、判決編輯及解析實例說明：刑事

案例一 → 獵槍無罪案（喜得釘）

案號 → 臺灣臺東地方法院 101 年度上訴字第 246 號

案由 → 違反《槍砲彈藥刀械管制條例》

### 壹、案情簡述

#### 一、案例事實

被告柯○發於民國 90 年間某日，在位於臺東縣達仁鄉某工寮內，收受其父柯○生（已死亡）所交付之土造長槍 1 支，無故持有可發射金屬或子彈具有殺傷力之槍砲。嗣於 101 年 6 月 3 日下午 4 時 15 分許為警在上開工寮內執行搜索查獲，並扣得上開土造長槍 1 支及工業用彈底火藥（俗稱喜得釘）36 個、彈殼 24 個、鉛彈丸 53 粒等物，因認被告涉犯《槍砲彈藥刀械管制條例》第 8 條第 4 項之未經許可持有可發射金屬或子彈具有殺傷力之槍砲罪等語。

#### 二、判決主文

上訴駁回。（維持原審無罪判決）

#### 三、主要爭議點

被告持有之自製獵槍，是由槍管後端裝填之工業用彈（俗稱喜得釘）底火藥，引爆其彈內火藥為發射動力，此種槍枝是否符合原住民自製獵槍之標準？

## 貳、原住民主張

被告係排灣族原住民，其雖坦承持有土造長槍，然主張所持有之槍枝符合《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條之規定，故請求為無罪判決。

## 參、法院判決

### 一、認定犯罪事實所根據的證據及理由

- (一) 查本案扣案之土造長槍經臺東縣警察局以打擊由槍管後端裝填之工業用彈（俗稱喜得釘）底火藥，引爆其彈內火藥為發射動力，認為不符合原住民自製獵槍之標準，有臺東縣警察局槍枝初步檢視報告表 1 份附卷可稽；而經檢察官送請鑑定，內政部警政署刑事警察局亦覆稱：送鑑長槍 1 枝，認係土造長槍，由具擊發機構之木質槍身及土造槍管組合而成，擊發功能正常，可供擊發 0.27 吋打釘槍用之空包彈（作為發射動力），用以發射彈丸使用，認具殺傷力。且被告於警詢及偵查中均陳稱使用扣案槍枝必須由前方槍口裝填擊發物，再塞滿衛生紙，用通條擠壓塞緊，將喜得釘放入槍管尾部裝填後，作為底火，然後擊發，尚有扣案之照片為證。足證本案扣案土造長槍係有使用喜得釘（或稱席格丁）為發射動能。
- (二) 次查本案查扣槍枝所用於擊發動能之喜得釘，是一種工業用的底火，類似所謂的空包彈，含有彈殼及底火、火藥，既非管制之火藥，甚且係尋常使用之家庭五金器材之一。而喜得釘與原住民所使用傳統火藥之差異，在於自製獵槍使用喜得釘也可以擊發適用的子彈，這與原住民傳統的獵槍不一樣，喜得釘是空包彈，如果空包彈再加上彈頭，就變成可以擊發適用的子彈，亦即喜得釘僅僅作為擊發槍枝之動能來源而已，而由於缺乏製造適合尺寸彈頭之高度技術，縱使以喜得釘作為動力來源，其與傳統火藥之差異性僅在喜得釘有彈殼，可以將爆炸後之動能

控制在一定空間內，安全性較高，但由於缺乏彈頭，仍然無法達到一般制式槍枝擊發子彈之殺傷力。自難僅以原住民改用安全性較高之喜得釘作為發射動能，即謂槍枝已非《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項所規定之自製獵槍。至於以喜得釘作為發射動能，必須從槍管後方裝填的，與傳統的原住民自製獵槍結構不同，傳統原住民的槍是屬於前膛槍，若裝喜得釘的話，就是後膛槍。然而前膛槍、後膛槍僅僅係擊發動能之方式不同，本案槍枝既然僅以尋常市面所能購買之喜得釘作為動能，復因缺乏製造合適尺寸之彈頭，自不得率行認定非屬《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項之自製獵槍。

- (三) 查本件扣案土造長槍之外型簡單、結構簡略、材質粗糙，有照片附卷可稽，堪認屬簡易自製槍枝無誤，又被告自陳該槍枝係用來打獵使用，復查無其所言不實之證據，堪認被告乃原住民且持有自製獵槍供作生活工具之用，應不適用《槍砲彈藥刀械管制條例》有關刑罰之規定。至於扣案槍枝固使用工業用底火，惟依證人陳○文於本院審理時證稱：傳統自制獵槍是由槍口填充火藥較不安定，填裝黑色火藥也較不安全，使用喜得釘火力較大，且較安全，與傳統火藥一樣都是擊發後要重新填裝等語可知，使用工業用底火乃考量其安全及有效性，且對該槍枝之自製簡易性質並無明顯改變；若仍執著於原住民須使用較不安全性之黑色火藥，才不適用《槍砲彈藥刀械管制條例》有關刑罰之規定，無非係要求原住民冒生命危險以不安全槍枝實施狩獵，顯與上開尊重原住民文化傳統之立法意旨有違。

## 二、論罪科刑之理由

綜據上述，被告持有上開可發射金屬具有殺傷力之原住民自製土造獵槍，既係基於其原住民特有生活傳統所形成之狩獵文化習慣，而供作生活工具之用，雖未經依法申請許可，然究屬違反行政規定之範疇，而為《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項所明定不罰之行為，原審因而為被告無罪之諭知，認事用法並無違誤，檢察官之上訴為無理由，

應予駁回。

## 肆、本案評析

- 一、《槍砲彈藥刀械管制處罰條例》第 20 條之明文規定，係為了認同原住民族基於長期的狩獵文化傳統和獵槍自製技術，屬於原住民族自我認同重要象徵，並深化其文化內涵，縱社會型態重大轉變，祭典性、儀式性、季節性之狩獵活動仍是原住民文化中重要之一環，是以，為了包容尊重並維持原住民傳統精神，立法者將原住民族持有自製獵槍之行為予以除罪化。
- 二、「喜得釘」為五金行即可購買之一般材料，原住民可自行拼湊改造，加上通條即可發射，方便簡易且成本不高，成為原住民喜好之獵槍製作方式。<sup>1</sup>然而，近一兩年來，實務上開始嚴格取締原住民族使用喜得釘改造獵槍，並為有罪判決，其原因或可追溯於民國 100 年 11 月 1 日內政部台內警字第 1000872433 號令修正發布「槍砲彈藥刀械許可及管理辦法」之第 2 條第 3 款自製獵槍定義，該定義內容與民國 87 年內政部函釋相同。自從此一函釋內容訂定之後，因喜得釘獵槍之構造，與民國 87 年函釋以及槍砲彈藥刀械許可及管理辦法所定規格不符，故警政署開始嚴加取締以喜得釘為底火之獵槍，使原住民必須退而使用一般傳統火藥作為發射功能之獵槍。
- 三、惟以一般傳統火藥作為發射功能之獵槍，穩定度與安全度均較低、易受潮而有膛炸風險，如以「喜得釘」作為動力來源，其與傳統火藥之差異性，僅在喜得釘有彈殼，可以將爆炸後之動能控制在一定空間內，安全性較高。除了安全性考量外，原住民狩獵傳統之尊重，應同時考慮所使用之工具設備也會隨著科技進步或時代變遷而有所精進，不可能強求原住民使用之狩獵工具，永遠停留在過去歷史情節中，或是強迫原住民使用落伍、危險與沒有

<sup>1</sup> <http://www.libertytimes.com.tw/2012/new/may/23/today-south3.htm> (最後瀏覽日：5/31/2013)。

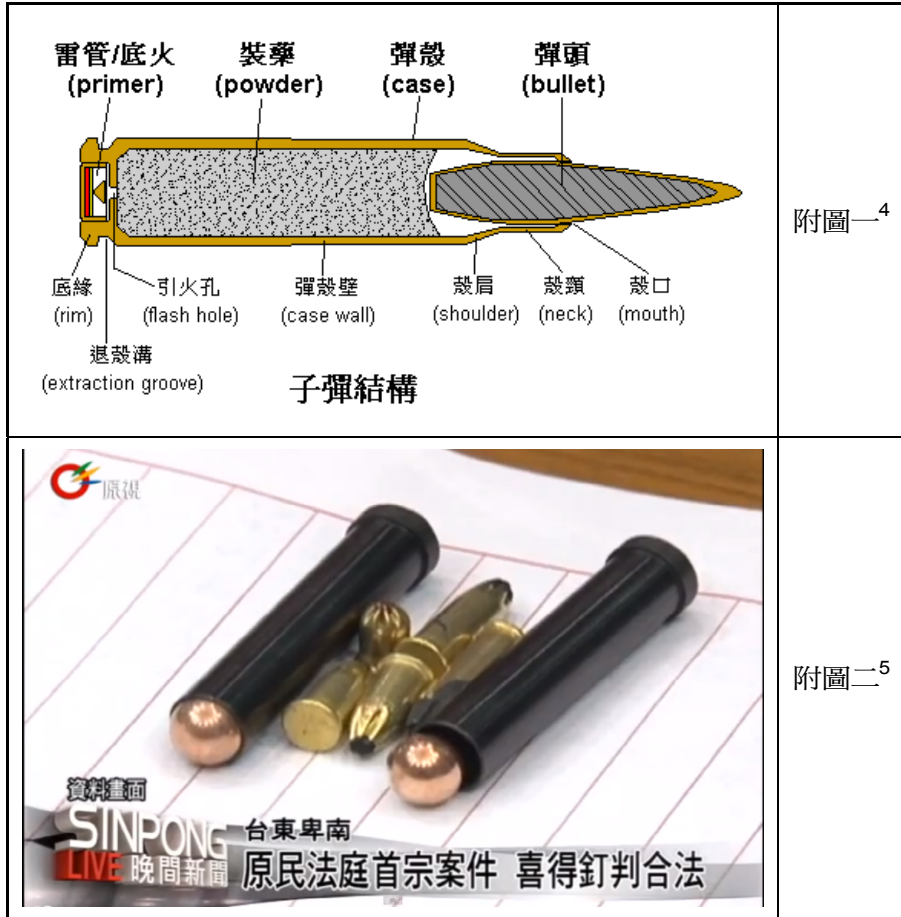


效用的獵槍狩獵。此一原住民文化傳統也應與時俱進的觀念，乃根據《經濟社會文化權利國際公約》第 15 條規定而來：「人人有權享有科學進步及其應用之惠」，是以近年來臺東地方法院漸有引用該《國際公約》、《憲法增修條文》第 10 條第 11 項與《原住民族基本法》之規定，肯認工業用彈以替代原來底火片與火藥，係原住民族得享有的科學進步與應用之惠。<sup>2</sup>故基於此，本書認為該判決見解應擴大適用，使得原住民狩獵活動得順利進行，原住民文化精神與製槍技術得加以傳承。

四、本判決分析原住民使用喜得釘、火藥與得發射子彈三者間之差異。就喜得釘與子彈之間，會引起討論的是子彈為《槍砲彈藥刀械管制條例》所規範之對象，則具有彈殼之喜得釘是否也應受該條例之拘束？本判決採取否定之見解，其理由在於，喜得釘類似空包彈，僅作為發射槍枝之動能來源，雖具有彈殼底火與火藥，但欠缺「彈頭」，故無法具有制式手槍擊發子彈之殺傷力。亦即喜得釘與受管制之「子彈」仍有不同，差異就在於欠缺「彈頭」，故不受該條例之管制（參照附圖一）。而傳統火藥與喜得釘之差異，本判決表示：喜得釘有彈殼（附圖二），於爆炸後可將動能控制在一定空間內，故安全性較高。可知喜得釘本身並無限制其持有之規定，在一般五金材料行皆可購取，並且安全性高有助於狩獵活動順利進行。且法院曾有判決認為，原住民持有子彈係原住民傳統狩獵生活習慣上不可或缺之生活工具，若禁止持有，與獵槍除罪化之立法意旨相違，故可類推《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條之規定除罪化。<sup>3</sup>是以，子彈都可除罪化，欠缺彈頭之喜得釘更無加以入罪之理由。

2 臺灣臺東地方法院 101 年度重訴字第 4 號判決、101 年度重訴字第 5 號判決。

3 臺灣臺東地方法院 91 年度訴字第 150 號判決。



4 子彈入門網站，<http://home.comcast.net/~light123/class/cartrid.htm>（最後瀏覽日：05/31/2013）。

5 截圖自原住民族新聞網，<http://www.titv.org.tw/news/VideoNews.php?UID=45914>（最後瀏覽日：5/31/2013）。

**案例二** 警政署「自製獵槍」令函不合時宜**案號** 臺灣臺東地方法院 101 年度重訴字第 5 號**案由** 違反《槍砲彈藥刀械管制條例》**壹、案情簡述****一、案例事實**

被告乙於民國 100 年 7 月間某日，在不詳處所製造土造長槍而持有之，檢察官認被告涉犯《槍砲彈藥刀械管制條例》第 8 條第 1 項之未經許可製造其他可發射金屬具有殺傷力之槍枝罪，因該把長槍由具擊發機構之木質槍身及土造金屬槍管組合而成，擊發功能正常，可供擊發口徑 0.27 吋打釘槍用空包彈（作為發射動力），用以擊發彈丸使用，檢察官認具殺傷力而起訴被告。

**二、判決主文**

乙無罪。

**三、主要爭議點**

《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項：「原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍、魚槍，或漁民未經許可，製造、運輸或持有自製之魚槍，供作生活工具之用者，處新臺幣二千元以上二萬元以下之罰鍰，本條例有關刑罰之規定，不適用之。」明文規定原住民未經許可製造自製之獵槍，供作生活工具之用者，不適用《槍砲彈藥刀械管制條例》有關於刑罰之規定。本案爭點為，被告乙所製造、持有之土造長槍是否為上開條文所謂「自製之獵槍」？

## 貳、原住民主張

被告乙供稱：伊是阿美族原住民，因為山豬會危害果園，為了用獵槍打山豬，所以才製造獵槍等語。指定公設辯護人則為被告辯護稱：被告係阿美族原住民，被告所製造的土造長槍應屬於《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項之自製獵槍，且被告是為了打山豬才製造獵槍，應屬於供作生活工具使用，被告自製獵槍為不罰之行為。

## 參、法院判決

### 一、認定被告無罪所根據的理由

- (一) 按《憲法增修條文》第 10 條第 11、12 項規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之。」我國《憲法》明文肯定及保障原住民族之多元文化。
- (二) 又《經濟社會文化權利國際公約》第 1 條及第 15 條分別規定：「所有民族均享有自決權，根據此種權利，自由決定其政治地位及自由從事其經濟、社會與文化發展。」、「本公約締約國確認人人有權：(一) 參加文化生活；(二) 享受科學進步及其應用之惠；(三) 對其本人之任何科學、文學或藝術作品所獲得之精神與物質利益，享受保護之惠。」《公民與政治權利國際公約》第 1 條、第 26 條及第 27 條分別規定：「所有民族均享有自決權，根據此種權利，自由決定其政治地位並自由從事其經濟、社會與文化之發展」、「人人在法律上一律平等，且應受法律平等保護，無所歧視。在此方面，法律應禁止任何歧視，並保證人人享受平等而有效之保護，以防因種族、膚色、性別、語言、宗教、政見或其他主張、民族本源或社會階級、財產、出生或其他身分而生之歧視」、「凡有種族、宗教或語言少數團體

之國家，屬於此類少數團體之人，與團體中其他分子共同享受其固有文化、信奉躬行其固有宗教或使用其固有語言之權利，不得剝奪之。」少數原住民族之文化、語言、習慣、價觀及社會規範自成特殊之體系，迥異於主流社會，過去外來的統治者經常憑藉其強勢的政經實力，採取壓迫及同化原住民族之政策，使少數原住民族之文化、語言及傳統習俗等逐漸的沒落、消逝，然原住民族之文化、語言及傳統習俗等乃人類社會珍貴之資產，一旦因同化而消逝，即無再行回復的可能，故上開二公約明文規定要保障國家內各民族之文化、語言及傳統習俗等。

(三)《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。」因此本案應在《憲法》、兩公約、《原住民族基本法》肯定及尊重原住民族多元文化規範的前題下，解釋《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項規定「自製之獵槍」及「供作生活工具之用」之定義。

(四)「自製之獵槍」部分：

1. 90 年 11 月 14 日修正公布後，《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項規定對原住民使用獵槍之行為不再課以刑罰，其修法意旨在於：「一、屬於供作生活上及文化上工具之用，而無據為犯罪工具的意圖。二、未經許可者應循本條文第 3 項授權命令的行政罰及其行政程序予以補正即可。三、以落實憲法增修條文及符合本條例多元文化主義的政策目標與規範意旨」、「原住民使用獵槍有其生活上之需要，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，況且，這也是原住民文化傳承生活方式重要之一環……這次修正將原住民基於生活需

要而持有獵槍之行為除罪化，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。」綜觀上開《槍砲彈藥刀械管制條例》關於原住民族使用自製獵槍之修法歷程可知，隨著原住民族權利意識之覺醒，文化衝突、壓迫之現象浮上臺面，立法者基於多元文化之認知與珍視，對原住民族使用自製獵槍之傳統逐步採取開放之態度，行政及司法機關自不應無視於此立法趨勢，而曲解、限縮法律文義。

2. 所謂之「槍砲」，依《槍砲彈藥刀械管制條例》第 4 條第 1 項第 1 款之定義，有關槍砲定義之規範可概分為二類，一為火砲、肩射武器、機關槍、衝鋒槍、卡柄槍、自動步槍、普通步槍、馬槍、手槍、鋼筆槍、瓦斯槍、麻醉槍、獵槍、空氣槍、魚槍等列舉規定；一為概括規定，即法文所稱之「其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲」，凡未合於上開列舉規定之槍砲即應歸類為概括規定所稱之「其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲」。「自製之獵槍」既為《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條所明定，自應可含於《槍砲彈藥刀械管制條例》第 4 條第 1 項第 1 款之定義範圍內。本案被告簡易自製之槍枝經鑑定為僅能發射彈丸的土造長槍，應未合於前開獵槍之定義，而應歸屬於「其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲」。
3. 觀諸 86 年 11 月 24 修正公布《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條之修法意旨：「基於原住民所自製之獵槍係屬傳統習慣專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，即蹈法以第 8 條相加，實嫌過苛，爰增訂得減輕或免除其刑規定，並得排除本條例強制工作之適用」，可知立法者係以自製獵槍與制式獵槍作比較，認為自製獵槍之殺傷力既然遠不及於制式獵槍，在考量原住民族狩獵文化中均有使用槍枝之傳統，予以減輕或免除刑事責任，進

而於 90 年 11 月 14 日修法予以除罪化，依此，《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項中所謂「自製之獵槍」，應認凡非屬制式或固定兵工廠生產，而為簡易自製槍枝即屬之，始符合立法原意。

4. 內政部雖於 87 年 6 月 2 日曾就原住民自製獵槍之認定一事以臺（87）內警字第 0000000 號函解釋稱：「一、『自製獵槍』：指原住民傳統習慣專供捕獵維生之生活工具，由申請人自行獨力製造或與非以營利為目的之原住民在警察分局核准之報備地點協力製造完成，以逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，打擊底火或他法引爆，將填充之射出物射出，非使用具有彈頭、彈殼及火藥之子彈者。二、『射出物』：指供自製獵槍引爆槍管內火藥後發射之用，填充於槍管內，遠小於槍管內徑之固體物，如玻璃片、彈丸等，且不含具有彈頭、彈殼及火藥之子彈。」復延續上開函釋，於 100 年 11 月 7 日修正發布「槍砲彈藥刀械許可及管理辦法」第 2 條第 3 款有關自製獵槍之定義為：「自製獵槍：指原住民傳統習慣專供捕獵維生之生活工具，由申請人自行獨力或與非以營利為目的之原住民協力，在警察分局核准之報備地點製造完成；其結構、性能須逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，以打擊底火或他法引爆，將填充物射出。其填充物，指可填充於自製獵槍槍管內，遠小於槍管內徑之固體物如玻璃片、彈丸等，供發射之用。」
5. 然依《經濟社會文化權利國際公約》第 15 條規定：人人有權享受科學進步及其應用之惠，且證人即臺東縣警察局鑑識課警員楊○生於本院另案 101 年訴字第 166 號違反《槍砲彈藥刀械管制條例》案件審理中證稱：傳統的原住民獵槍是從槍管依序放置火藥、填充物、彈丸，底火的部分是以底火片，經擊錘撞擊底火片後引燃火藥、填充物將彈丸射出。因傳統的底火片容易受潮，造成無法射擊，加上從槍管填充的火藥也比較容易引爆，而對持槍的人不安全，所以現在原住民獵槍才改用工業用

彈，工業用彈裡面會裝填火藥及底火，但沒有彈頭，取代原來的底火片及火藥，引燃就可以將槍管內的彈丸射出，安全性比較高，且因為火藥都集中在工業用彈殼裡面，比較集中，比較不容易受潮，所以擊發的能量也比較高等語。隨著原住民族政治、經濟地位之漸受重視，原住民族之教育程度、專業知識也較以往精進，物料材質之取得更隨著交通發展、經濟水準之提升而更加方便，原住民族之製槍技術及使用材質均優於以往，致自製獵槍之槍枝結構略有修正，且較以往安全，主管行政機關自不能無視於現狀之進展，違反《經濟社會文化權利國際公約》人人有權享受科學進步及其應用之惠的規定，墨守陳規，一味地引用不合時宜之函令限制人民之權利。

6. 依罪刑法定主義之原則，就犯罪之構成要件或除罪之要件，本即不得由行政機關以命令定之或加以解釋，而需以法律定之。是以，《槍砲彈藥刀械管制條例》本身已明確規定「自製之獵槍」，即已建構原住民自製獵槍之除罪化要件，無須且不得由主管槍砲彈藥之行政機關以命令或解釋另行規定。內政部於87年6月2日上開之函文及於100年11月7日修正發布「槍砲彈藥刀械許可及管理辦法」第2條第3款有關自製獵槍之定義，就「自製之獵槍」的定義增加法律所無之限制，有違《憲法》多元文化之精神及《槍砲彈藥刀械管制條例》歷次修法所揭示之意旨，無拘束本院之效力，本院均不予援用。
7. 綜上，《槍砲彈藥刀械管制條例》第20條第1項所稱「自製之獵槍」，應認凡供原住民生活使用，而非屬制式或固定兵工廠生產，而為簡易自製槍枝即屬之，本案被告乙○○所製造編號1槍枝及被告乙○○、甲○○所持有之編號2槍枝均係以木質槍身及土造金屬槍管組合而成，又依卷附照片所示，扣案土造長槍之外型簡單，結構甚為簡略、材質亦屬粗糙，且僅能擊發金屬彈丸，可認係非屬制式或固定兵工廠生產，而為簡易自製之獵槍無訛，應屬該條例第20條第1項所稱之「自製之獵槍」。



## 二、論罪科刑之理由

綜上所述，被告乙自製及持有之獵槍，既無供犯罪使用之意圖且為供作生活工具之用，雖均未經許可而分別製造及持有，然僅屬違反行政規定處以行政罰之範疇，均應為《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項所明定不罰之行為，故為被告乙無罪之諭知。

## 肆、本案評析

何謂「自製獵槍」？這個問題一直困擾著原住民。《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項雖然規定原住民持有自製獵槍是無罪的，但是警政署與各地地檢署依然採取極盡嚴苛且不合時宜的標準，亦即必須是：「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。」

過去已有諸多判決反對檢察官起訴書的看法，認為原住民所持有的自製獵槍，即便與警政署的令函要求不符，也屬自製獵槍，故判決原住民無罪。<sup>6</sup>然檢察官仍無視過去種種無罪判決的看法，無視原住民持有獵槍與狩獵的傳統，一再把該警政署的令函當作尚方寶劍一般的供奉者。本判決是臺東地院原住民專業法庭設置以來，一系列有關原住民持有土造長槍或獵槍，雖不符合警政署對「自製獵槍」定義的令函意見，仍舊判決被告無罪的判決之一。<sup>7</sup>

本判決值得讚揚的幾個重點如下：

- 一、直接援引《憲法》、兩公約與《原住民族基本法》當作法源依據，認為不應再以其他理由來壓迫或傷害原住民族使用自製獵槍之傳統文化。

6 如臺灣新竹地方法院 94 年度訴字 861 號判決、臺灣臺東地方法院 97 年度訴字 148 號判決、臺灣花蓮地方法院 97 年度訴字 153 號判決、臺灣宜蘭地方法院 98 年度訴字第 515 號判決、臺灣新竹地方法院 98 年度重訴字第 7 號判決、臺灣南投地方法院 98 年度重訴字第 2 號判決、臺灣嘉義地方法院 97 年度訴字第 744 號判決、臺灣花蓮地方法院 98 年度訴字第 297 號判決、臺灣屏東地方法院 98 年度重訴字第 4 號判決等。

7 其他判決例如臺灣臺東地方法院 101 年度重訴第 4 號判決、臺灣臺東地方法院 101 年度重訴第 5 號判決、臺灣臺東地方法院 101 年度重訴第 8 號判決、臺灣臺東地方法院 101 年度重訴第 9 號判決、臺灣臺東地方法院 101 年度訴第 167 號判決。

- 二、警政署的令函，刻意窄化「自製獵槍」的定義，已逾越法律授權範圍，「自製之獵槍」既為《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條所明定，自可含於《槍砲彈藥刀械管制條例》第 4 條第 1 項第 1 款之定義範圍內，無須且不得由主管機關再以命令或解釋另行規定。
- 三、援引《經濟社會文化權利國際公約》第 15 條規定，主張人人有權享受科學進步及其應用之惠。原住民族之教育程度、專業知識也已較以往進步，物料材質之取得更隨著交通發展、經濟水準之提升而更加方便，原住民族之製槍技術及使用材質均優於以往，致自製獵槍之槍枝結構略有修正，且較以往安全，主管行政機關自不能無視於現狀之進展，墨守陳規，一味地引用不合時宜之令函限制人民之權利。

目前原住民持有自製獵槍問題，法院判決看待此一問題的態度是值得讚揚的。但原住民一再被起訴的關鍵，始終卡在警政署狹隘的令函要求，以及警察查緝槍枝可以獲得敘獎的誘因，而檢察官也一再無視原住民具有持有自製獵槍的權利，更無視過去與現在眾多的無罪判決，無視於起訴對原住民造成的訟累，一再以起訴原住民被告的方式來宣示漢人的價值凌駕於一切。要徹底解決動輒將持有自製獵槍的原住民加以濫訴的問題，建議應由行政院原住民族委員會、警政署與法務部能進行跨部會的協商。

**案例三** 持有十字弓有罪案**案號** 臺灣臺北地方法院 100 年度簡字第 3854 號**案由** 違反《槍砲彈藥刀械管制條例》**壹、案情簡述****一、案例事實**

高○財明知具有殺傷力之十字弓，係經中央主管機關內政部警政署公告查禁，而為《槍砲彈藥刀械管制條例》所列管之刀械，未經主管機關許可，不得持有。竟於不詳時間，在新北市○○區○○路附近廢車廠，拾得管制刀械十字弓 1 支後，未經主管機關許可而持有上開十字弓，嗣於民國 100 年 8 月 9 日晚間 9 時 30 分許，駕駛自用小客車，攜帶前開十字弓、23 支弓箭至新北市○○區山區捕獵飛鼠，嗣基於夜間在公共場所攜帶刀械之犯意，於翌（10）日凌晨 1 時 50 分許，行經新北市○○區○○路 30 號前之公共場所，因形跡可疑為警盤查而查獲，並當場扣得上開十字弓 1 支及供十字弓使用之弓箭 20 支。

**二、判決主文**

高○財於夜間在公共場所未經許可持有刀械，處有期徒刑○月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日，緩刑貳年，緩刑期間內付保護管束，並應於緩刑期間，向檢察官指定之政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體，提供肆拾小時之義務勞務。扣案之十字弓壹支、弓箭貳拾支均沒收。

**三、主要爭議點**

原住民可否合法持有十字弓用以狩獵？被告持有十字弓是否屬違反《槍砲彈藥刀械管制條例》之犯行？

## 貳、原住民主張

無。

## 參、法院判決

### 一、認定犯罪事實所根據的證據及理由

- (一) 上揭犯罪事實，業據被告高○財自承不諱，並有自願受搜索同意書、搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表各 1 份、扣案物照片 6 張、新北市政府警察局○○分局 100 年 9 月 21 日新北警店刑字第 100049147 號函文檢附新北市政府警察局刀械鑑驗登記表附卷可考，及十字弓 1 支、弓箭 20 支扣案可資佐證，足認被告之前開任意性自白與事實相符，應堪採信。本案事證明確，被告犯行堪以認定，應予依法論科。
- (二) 核被告所為，係犯《槍砲彈藥刀械管制條例》第 15 條第 1 款、第 2 款之未經許可於夜間在公共場所攜帶刀械罪。爰審酌被告前於 73、84 年間，因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢後，5 年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，有臺灣高等法院被告前案紀錄表 1 份存卷可查，為泰雅族原住民，持有上開十字弓之目的，係為了至山區打獵飛鼠之用，並未持以犯罪，犯罪後坦承犯行，尚具悔意，犯罪後態度良好，教育程度為國小肄業，家庭經濟狀況貧寒等一切情狀，量處如主文所示之刑，並諭知易科罰金之折算標準。

### 二、論罪科刑的理由

- (一) 又被告前因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢後，5 年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，此有臺灣高等法院被告前案紀錄表 1 份存卷可考，被告因一時失慮致犯本罪，犯後已坦承犯行，尚知悔悟，經此偵、審之教訓，自當知所惕勉而無再犯之虞，本院綜核各情認上開對被告所宣告之刑

以暫不執行為適當，故併予宣告緩刑 2 年，以勵自新。惟為使被告能於本案從中深切記取教訓，避免再度犯罪，並確實督促被告保持善良品行及強化法治觀念，依《刑法》第 74 條第 2 項第 5 款之規定，命被告於緩刑期間，向檢察官指定之政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體，提供 40 小時之義務勞務，又被告應執行《刑法》第 74 條第 2 項第 5 款所定義務勞務，故依《刑法》第 93 條第 1 項第 2 款規定，諭知緩刑期間付保護管束。

(二) 扣案之十字弓 1 支，屬《槍砲彈藥刀械管制條例》公告管制之刀械，屬於未經許可，不得持有之違禁物，不問屬於犯人與否，應予沒收，至被告所有之十字弓箭 20 支，雖非受《槍砲彈藥刀械管制條例》所管制之違禁物，惟與被告持有十字弓之犯行有關，屬供其犯罪所用之物，爰分別依《刑法》第 38 條第 1 項第 1 款、第 2 款之規定宣告沒收。

(三) 據上論斷，應依《刑事訴訟法》第 449 條第 1 項前段、第 3 項、第 450 條第 1 項，《槍砲彈藥刀械管制條例》第 15 條第 1 款、第 2 款，《刑法》第 11 條前段、第 41 條第 1 項前段、第 38 條第 1 項第 1 款、第 2 款、第 74 條第 1 項第 2 款、第 2 項第 5 款、第 93 條第 1 項第 2 款，逕以簡易判決處刑如主文。

## 肆、本案評析

一、狩獵乃原住民傳統文化習慣與傳統生活方式中極為重要之一部分。原住民先祖留傳下來的狩獵方式與工具，除了以獵槍獵捕飛禽走獸外，尚有持弓箭射擊，或是設陷阱捕捉獵物。過去立法者為正視原住民文化差異性，展現對原住民文化傳統之尊重和寬容，在《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項規定中，允許原住民製造、運輸或持有而供作生活工具之用之自製獵槍。然而除了自製獵槍之外，與「弓箭」具有「類比性」的工具——十字弓，卻始終尚未除罪化。本案即係有關原住民持十字弓打獵，是否有

違反《槍砲彈藥刀械管制條例》之問題。

- 二、對十字弓的管制法源依據，源自於《槍砲彈藥刀械管制條例》第 4 條第 1 項第 3 款：「本條例所稱之刀械：指武士刀、手杖刀、鴛鴦刀、手指虎、鋼（鐵）鞭、扁鑽、匕首（各如附圖例式）及其他經中央主管機關公告查禁，非供正當使用具有殺傷力之刀械。」以及第 6 條：「第四條第一項第三款所列之各式刀械，非經主管機關許可，不得製造、販賣、運輸、轉讓、出租、出借、持有。」前開規定其實僅禁止「刀械」，並未明文禁止「十字弓」。然而，內政部警政署於民國 90 年 11 月 20 日台內（90）警字第 9081482 號之刀械查禁公告中，制定了查禁十字弓之公告：「主旨：公告各類型鏢刀、非農用掃刀、鋼筆刀、蛇刀、十字弓等五種刀械，非經本部許可，不得製造、販賣、運輸、轉讓、出租、出借或持有。」其中有關十字弓必須具備之規格為：「係為發射箭矢之機械原理，並有槍托、準星、扳機、瞄準器、望遠鏡等配備。」從上述內政部警政署之查禁公告中可知，目前實務上是依據該公告所定之規格與配備，判斷是否為《槍砲彈藥刀械管制條例》第 4 條第 1 項第 3 款規定之刀械（參照臺灣臺東地方法院 90 年度簡上字第 42 號判決、臺灣臺北地方法院 96 年度簡字第 1017 號判決等）。如果符合公告規格與配備，再依據第 6 條之規定係禁止持有、製造、出租等行為。
- 三、實務上對於槍枝有無殺傷力之認定，仍須交付鑑定，過去有以「在最具威力之適當距離以彈丸穿入人體皮肉層之動能為基準」之抽象定義，<sup>8</sup>爾後又有以結果之動能數據 20 焦耳／平方公分作為認定殺傷力之標準。<sup>9</sup>雖然實務上對於槍枝殺傷力之鑑定略有爭議，但和十字弓認定相較，更顯具體，因為十字弓僅須具備上開查禁之配備，就屬該條例所管制之刀械，而一律禁止，此等禁令，較槍械之認定，顯得過於簡易與恣意。

8 參照最高法院 84 年度台非字第 115 號判決。

9 參照最高法院 90 年度台上字第 321 號判決。

- 四、從內政部警政署查禁令函之正當性來看，《槍砲彈藥刀械管制條例》第4條第1項第3款之內容，主要是管制「刀械」，但內政部警政署之查禁令函則擴大解釋，將「十字弓」包含於「刀械」之中，已有逾越法律授權範圍之虞。
- 五、依「舉重明輕」法理來看，《槍砲彈藥刀械管制條例》第20條之規定：「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。」目前實務見解已從早期簡易自製獵槍，開放至配有子彈之改造喜得釘獵槍皆開放之傾向，<sup>10</sup>可知只要符合原住民「文化核心意義」的「狩獵活動」，應允許原住民選擇狩獵的方法或手段。故不管是立法政策上，或是依「舉重明輕」法理來看，原住民不論是以殺傷力較強的自製獵槍，或是以可取代弓箭之十字弓，抑或設陷阱捕捉獵物，均無禁止之道理。故十字弓也須因應對於原住民狩獵文化之尊重而予以除罪化。
- 六、以賽夏族狩獵文化為例，弓箭、弩弓屬於其傳統文化之狩獵工具，又稱十字弓，早期的形式有以木或竹製之弩臂，弩臂前重質放置一把單弓，射程可達50至60公尺左右。爾後以橡皮取代木工，又稱為橡皮槍。後為《槍砲彈藥刀械管制條例》禁止後，賽夏族始停用之。<sup>11</sup>可知就某些原住民族或部落中，以十字弓狩獵之習性行之已久，更從《槍砲彈藥刀械管制條例》施行前就已經存在，對於一個成年原住民所需具備之個人身體運動能力之發揮以及社會行為能力之培養更具意義，然該文化卻因本條例及查禁公告之適用而加以終結，相當可惜。
- 七、從臺灣臺東地方法院101年度重訴字第4號判決、101年度重訴字第5號判決來看，實務判決已經根據《經濟社會文化權利國際公約》第1條及第15條規定，且直接援引《憲法》與《原住民族

10 參照臺灣臺東地方法院101年度重訴字第4號判決、101年度重訴字第5號判決。

11 李加權（1997），〈賽夏族的狩獵活動——與運動文化之關連性〉，《中華民國體育學報》，第24期，頁49-59。

基本法》當作法源依據，認為不應再以其他理由來壓迫或傷害原住民族使用自製獵槍之傳統文化。同理可證，如不允許原住民使用可以類比弓箭的十字弓作為狩獵工具，實屬輕重失衡，更有侵害原住民（例如賽夏族、鄒族）特有文化之虞，故本書認為應一同修法讓原住民持有、製造等十字弓之行為除罪化。

#### 案例四 持有子彈無罪案

案號 臺灣臺東地方法院 91 年度訴字第 150 號

案由 違反《槍砲彈藥刀械管制條例》

### 壹、案情簡述

#### 一、案例事實

被告乙為原住民，以務農為生；其未經許可，亦非供生活工具之用，自民國 90 年 9 月間起，在臺東縣卑南鄉○○村 11 鄰 27 之 1 號住處內，自行製造具殺傷力之土製獵槍一支，而於翌年 2 月 22 日完成，另於當日至臺東縣卑南鄉美農靶場撿拾空彈殼一枚，在其家中將火藥與鉛彈裝填其中以製造子彈。同年月 23 日清晨，被告持上開槍、彈至臺東縣卑南鄉路旁試射完畢後，於當日上午 6 時許為警攔檢查獲，並扣得上開土製獵槍及擊發子彈後所賸之空彈殼一枚，因認被告涉有《槍砲彈藥刀械管制條例》第 11 條第 1 項、第 12 條第 1 項之罪嫌等語。

#### 二、判決主文

被告乙無罪。

#### 三、主要爭議點

《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項僅就「原住民未經許可，製造、運輸或持有『自製之獵槍』以供生活工具之用」予以除罪化



並改用行政罰鍰，但未就「原住民未經許可，製造、運輸或持有『子彈』」一併為相同之修正，故原住民被告所持有之自製獵槍可以除罪化，持有「子彈」是否亦可根據第 20 條第 1 項規定除罪？

## 貳、原住民主張

被告認其扣案之獵槍及子彈係供豐年祭打獵使用，且伊於製造該槍彈前，已依規定向警察機關報備，否認有何違反《槍砲彈藥刀械管制條例》之犯行。

## 參、法院判決

### 一、認定犯罪事實所根據的證據及理由

(一)《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項雖僅就「原住民未經許可，製造、運輸或持有『自製之獵槍』以供生活工具之用」予以除罪化並改用行政罰鍰之方式來規範，而未就「原住民未經許可，製造、運輸或持有『子彈』」一併為相同之修正，然倘若該子彈確屬原住民傳統生活習慣上不可或缺之生活工具，本於相同之立法意旨，應認原住民製造、運輸或持有「子彈」之生活工具，亦非刑事法律所處罰之對象，而應歸屬行政秩序罰之問題。況且，倘僅容許原住民得持有獵槍，而嚴格限制原住民不得持有火藥、子彈，則欠缺火藥、子彈之獵槍勢將無法發揮其預定功能，此顯與立法者之本意不合，亦有悖於《憲法增修條文》第 10 條、第 11 項肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化之規定。是以應認於原住民未經許可製造、運輸或持有子彈，而該子彈係為供原住民生活工具之用時，應可類推《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項之規定，僅科處行政罰鍰，而無另外割裂適用同條例第 13 條第 4 項之餘地，合先敘明。

(二)被告主張其具有原住民身分之情，有臺東縣卑南鄉戶政事務所 91 年 8 月 7 日所核發東卑戶謄字第 06895 號戶籍謄本一份在卷

可稽，堪信屬實。被告於製造本件扣案之獵槍及子彈之前，確曾向警察機關報備乙節，有「生活習慣特殊國民自製持有獵槍、魚槍、刀械報備書」影本一紙、臺東縣警察局臺東分局 91 年 11 月 22 日信警刑字第 091015225 號函所附承辦警員黃○欽、陳○標之報告書各一份附卷足憑，足認被告於製造本件槍、彈前已依規定向警察機關報備。

- (三) 按原住民基於不同之文化傳統，其所追求之價值與其他族群迥然不同，其傳統生活之內涵與其他族群有甚大之差異。而原住民依先祖所留下之傳統方式製造簡易獵槍上山獵捕飛禽走獸，並將所得獵物於豐年祭中與族人分享，本屬原住民傳統生活方式中極為重要之一部分，此乃眾所皆知之事實。近年來，原住民之生活型態雖已因社會之整體發展及族群之融合而發生重大之改變，其專以狩獵為生或以狩獵為主要生活內容者，雖已極為罕見，惟自製簡易獵槍，於農閒或工作之餘入山狩獵，仍屬部分原住民（尤其較為年長者）難以忘情之生活內容。
- (四) 是綜合立法者正視原住民文化之差異性而於歷次修法所展現對原住民文化傳統之尊重和寬容，《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項所謂：「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。」故原住民本於其文化傳統所形成之特殊習慣，專為其於生活中所從事之狩獵活動為目的，而以傳統方法製造或持有簡易獵槍，即應有前揭規定之適用，不以恃狩獵為生或以狩獵為其生活主要內容者為限，始與立法本旨相契合。
- (五) 查被告為年逾五十歲之平地原住民，已如前述，其雖非恃狩獵為生，惟其所辯係本於豐年祭狩獵之文化傳統所形成特殊習慣，以傳統方法專為打獵而自製並持有扣案土造獵槍、子彈乙節，核與目前原住民之現況並無違背，衡情顯然可信，基於前

述尊重原住民文化傳統及特殊生活習慣之立法本旨，並依《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項後段之規定，被告所為應不適用同條例有關刑罰之規定。

## 二、論罪科刑之理由

綜上查證，足認被告前開辯詞，應可採信；被告係於 91 年 2 月 22 日將扣案之獵槍、子彈製造完成，自應直接適用 90 年 11 月 16 日修正生效後《槍砲彈藥刀械管制條例》之規定，即排除該條例有關刑罰規定之適用。本件公訴意旨所憑事證尚無從形成被告有罪論斷之確信，此外，復查無其他積極事證足以證明被告確有違反《槍砲彈藥刀械管制條例》之犯行，其犯罪不能證明，故應諭知被告無罪之判決。

## 肆、本案評析

- 一、本書贊同本判決見解，本判決將《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項原住民「自製獵槍」除罪化的範圍，擴大解釋到「子彈」，理由在於，若僅對在狩獵之過程中所需要之自製獵槍除罪化，而並未對自製獵槍中之彈藥或其主要組成之零件除罪化，將造成自製獵槍無法符合原住民族狩獵目的之要求，亦顯然無法發揮獵槍之預定功能。故子彈可作有利於被告之類推適用，亦即「類推適用」《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項之規定，僅科處行政罰鍰，而無另外割裂適用同條例第 13 條第 4 項之餘地。
- 二、除本判決之外，另有持有子彈無罪判決之理由是，《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項既然允許原住民為供作生活工具之用，得製造、運輸、持有、販賣、轉讓、出租、出借、寄藏「自製獵槍」，則舉重以明輕，「自製獵槍」，應即包括該自製獵槍所適用之「子彈」，此乃法律條文與法規體系之當然解釋，故該「自製之獵槍」所適用之「子彈」應即為該條項規定之「隱藏性」要件，否則該條項規定所欲達成之立法意旨即無從實現。是以無論依立法

理由、立法目的、文義解釋（隱藏性構成要件），《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1、2 項規範所指原住民「自製獵槍」之範圍應包括該「自製獵槍」所適用之「子彈」。<sup>12</sup>

- 三、警察或檢察官查扣原住民持有「子彈」就予以起訴，所主張的理由往往是《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條僅規定了「自製獵槍、魚槍」，不包含「子彈」等「射出物」。然綜觀立法者為重視原漢文化之差異性，屢次修法已展現對於臺灣原住民族文化之尊重與寬容，可知僅須符合原住民文化核心意義的狩獵活動，且以傳統方式製造或持有狩獵之生活工具，便符合本立法者之意旨。若僅允許原住民族得使用獵槍去狩獵，不允許其使用子彈或其他射出物，實屬「為德不卒」之法律，亦明顯違反該條例第 20 條歷年來之修法意旨。
- 四、內政部曾作臺（87）內警字第 0000000 號函解釋有稱，自製獵槍之「射出物」，必須是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，例如玻璃片、彈丸等。然而，此種嚴格要求與窄化的射出物定義，恐致原住民使用獵槍時其發射過程不穩，安全性不佳，使原住民進行狩獵過程中遭受障礙。且依《經濟社會文化權利國際公約》第 15 條規定：人人有權享受科學進步及其應用之惠，故本書認為，不可漠視原住民族本身亦有享有科學進步及其應用之惠，其亦可使其自製獵槍槍枝之構造、使用材質及技術更加進步之惠，若堅守內政部函釋之見解，將顯得對原住民族文化之不寬容。
- 五、輔以相關新聞報導，以受條例規範之原住民觀感為例，民國 96 年 9 月一名居於阿里山之鄒族男子為警查扣獵槍一支、霰彈槍彈十顆，以違反該條例移送法辦，符合第 20 條而持槍無罪，而攜帶子彈卻遭判刑，引起民代不滿，造成擁有獵槍之獵人仍然不得擁

12 參見臺灣嘉義地方法院 97 年度訴字第 744 號判決。

有子彈，衝突不斷。<sup>13</sup>原住民律師亦表示，子彈是否除罪化關鍵在於政府是否同意原住民上山狩獵，子彈是獵槍之附屬品，禁止持有子彈應是警政署管理上之問題。族人憂心子彈未除罪化，成為狩獵恐懼負擔，認為獵槍只是拿來觀賞之用。並憂心動輒觸犯《槍砲彈藥刀械管制條例》及《野生動物保育法》，單純狩獵文化如何傳承，感到無奈。<sup>14</sup>從上述新聞報導中可看出，原住民對於《槍砲彈藥刀械管制條例》之修正仍然感受不到政府對於原住民狩獵文化之尊重。且讓原住民感到矛盾、無所適從之處為，何以允許自製獵槍除罪化，卻不對擁有「子彈」除罪化？如此見解更深深影響原住民的法安定性，加深了原漢間之隔閡及衝突，讓原住民族以為漢人政府對於其文化誤解至深，視原住民狩獵文化之精神如草芥，直覺讓其以為政府就是不欲其上山狩獵。故本判決主張子彈亦可除罪化，實屬正確之看法。

#### 案例五 獵槍供生活工具之用無罪案

案號 臺灣臺東地方法院 101 年度上訴字第 246 號

案由 違反《槍砲彈藥刀械管制條例》

### 壹、案情簡述

#### 一、案例事實

被告乙為排灣族原住民，擁有兩把獵槍。乙於民國 100 年 12 月 15 日某時，在臺東縣金峰鄉住處，以黑鐵管及白鐵管組成槍管，再以木頭為槍托，裝置板機、撞針後，製成具有殺傷力之獵槍 1 枝（下稱編號 1 槍枝），又於 89、90 年間某日，在臺東縣金峰鄉金峰溫泉某處，由不詳姓名年籍之人處受贈獵槍 1 枝（下稱編號 2 槍枝）。

<sup>13</sup> 原視新聞網，<http://0rz.tw/RuzCo>（最後瀏覽日：03/13/2013）。

<sup>14</sup> 原視新聞網，<http://0rz.tw/8ijAD>（最後瀏覽日：03/13/2013）。

101年1月12日晚上11至12時間，乙持上開獵槍2把前往臺東縣金峰鄉金峰溫泉附近山上試射。乙於翌（13）日凌晨2時30分許，遇見同村友人甲（亦為排灣族原住民），兩人一同返回村莊，惟因深夜山路崎嶇難行，乙便委請甲代為持有編號2槍枝下山，迨於同年月13日凌晨3時許，在金峰鄉金峰溫泉附近為警攔獲，並扣得上開物件。

檢察官起訴被告乙涉犯《槍砲彈藥刀械管制條例》第8條第1項之未經許可製造其他可發射金屬具有殺傷力之槍枝罪，以及同條例第8條第4項未經許可持有其可發射金屬具有傷殺力之槍枝罪嫌。被告甲所為，則是涉犯同條例第8條第4項未經許可持有其他可發射金屬具有殺傷力之槍枝罪嫌。

## 二、判決主文

乙及甲均無罪。

## 三、主要爭議點

《槍砲彈藥刀械管制條例》第20條第1項規定：「原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍、魚槍，或漁民未經許可，製造、運輸或持有自製之魚槍，供作生活工具之用者，處新臺幣二千元以上二萬元以下之罰鍰，本條例有關刑罰之規定，不適用之。」明文規定原住民未經許可製造自製之獵槍，供作生活工具之用者，不適用槍砲彈藥刀械管制條例有關於刑罰之規定。

本案爭點為：被告乙製造及持有槍枝的目的，是為獵捕山豬及飛鼠，被告甲則係短暫地為乙背負為了打獵的槍枝，兩人持有槍枝的目的，是否符合「供作生活工具之用」？

## 貳、原住民主張

- 一、被告乙供稱：他是排灣族原住民，為了獵捕山豬及飛鼠，所以才製造及持有獵槍等語。指定公設辯護人則為乙辯護稱：被告係排灣族原住民，被告所製造的土造長槍應屬於《槍砲彈藥刀械管制條例》第20條第1項之自製獵槍，且被告是為打獵才製造及持

有獵槍，應屬於供作生活工具使用。

- 二、被告甲供稱：被查獲當日，是因為乙請他協助背 1 把槍下山，他才會持有獵槍，他知道他所背的槍是原住民打獵的獵槍等語。被告甲的辯護人為被告辯護稱：被告所持有的土造長槍應屬於《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項之自製獵槍，且屬於供作生活工具使用，被告持有獵槍為不罰之行為。

## 參、法院判決

### 一、關於「供作生活工具之用」，本判決之理由

- (一) 人類所謂的「生活」，除了經濟、物質生活外，尚應包含傳統文化、語言、習俗、價值觀及社會規範等各個層面的精神生活。原住民族的狩獵行為，除了為獲得獵物食用外，更重要的是在狩獵的過程中，合作圍捕獵物，分擔背負獵具、獵物，學習互助精神及在山林中之生存技能，並在回到部落後，與族人共同分享狩獵的成果，維繫族人間之情感，且藉由狩獵行為訓練男子的膽識，並追求個人及家族的榮耀，提升在部落中之地位，確立個體生命的價值，獲得部落族人的認同。故原住民族持有自製獵槍獵捕野生動物，乃屬原住民族傳統生活中建立及維繫部落秩序的重要行為。近年來，雖因生活型態之改變，專以狩獵為生之情形雖已極為少見，惟原住民族所居住之部落大多仍在山林中，故持自製的獵槍於慶典時或工作之餘進入山林狩獵及驅趕獵捕果園、菜園中之野生動物，仍為原住民族群體生活及對自我認同的重要行為。
- (二) 於我國《憲法》肯認多元文化，兩公約強調原住民族群體權的保障，《原住民族基本法》亦明示應尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化、價值觀及上開立法理由、修法之意旨，《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項所謂「供作生活工具使用」，應係指原住民族製造或持有自製之獵槍，無據為犯罪工具之意圖，於慶典時或工作之餘進入山林狩獵及驅趕獵捕果園、菜園

中之野生動物等行為。故本案被告乙供稱其係為獵捕山豬及飛鼠而自行製造及持有獵槍，而被告甲短暫協助乙背負而持有之，被告乙製造及持有自製之獵槍及被告甲持有自製之獵槍均無犯罪之意圖，應均係為供作生活工具使用無訛。

## 二、法院判決的最後綜合看法

被告乙及甲均為排灣族原住民，被告乙製造及持有自製之獵槍，以及被告甲持有自製之獵槍，既無供犯罪使用之意圖且為供作生活工具之用，雖均未經許可而分別製造及持有，然僅屬違反行政規定處以行政罰之範疇，均應為《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項所明定不罰之行為，揆諸前揭規定與說明，自應就被告 2 人上開被訴之犯罪事實，為被告乙及甲均為無罪之諭知。

## 肆、本案評析

原住民被告合法持有自製獵槍之要件，必須是「供作生活工具之用」。但立法者並未就何謂「供生活工具之用」做出解釋。近年來，有越來越多的實務判決認為，「供作生活工具之用」不應以專恃狩獵維生或以狩獵為其生活主要內容為限，也不必然只能為了祭典而狩獵，也就是採取放寬的解釋。此一放寬趨勢，是一種符合《憲法》肯認多元文化，兩公約強調原住民族群體權的保障，與尊重《原住民族基本法》的看法，值得肯認。

法院目前認為，以下幾種情形均符合「供作生活工具之用」：

### 一、被告持有獵槍是為了獵捕破壞高麗菜田或農作物之山豬

最高法院 98 年度台上字第 872 號判決謂，「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臺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。」

類似意見之判決，例如臺灣宜蘭地方法院 97 年度重訴字第 6 號判決謂：「被告雖非全憑狩獵維生，然其使用自製獵槍狩獵確有助於其日常生活之進展並促進其個人尊嚴、價值之開拓，仍可認持有之自製獵槍係供作生活工具所用，而屬法律不罰之行為，自應為無罪之諭知。」<sup>15</sup> 本判決認為原住民平日務農，持獵槍之目的若是為了趕走會破壞農作物的山豬，則持槍之原住民亦屬符合「供生活上工具之用」，因而判決被告無罪。

## 二、原住民持獵槍目的是農閒或工作之餘入山狩獵飛鼠或山豬為消遣

持獵槍目的是農閒或工作之餘入山狩獵飛鼠或打山豬為消遣，在原住民部落中是非常普遍的情形，但有時不一定為了消遣，也可能是為了加菜、食用與族人分享的目的。此等情形，法院判決也有日益放寬的現象，認定亦屬「供作生活工具所用」而判處無罪。例如臺灣花蓮地方法院 98 年度訴字第 297 號判決謂：「原住民基於不同之文化傳統，其所追求之價值與其他族群迥然不同，其傳統生活之內涵與其他族群有甚大之差異。而原住民依先祖所留下之傳統方式製造簡易獵槍上山獵捕飛禽走獸，並將所得獵物與族人分享，本屬原住民傳統生活方式中極為重要之一部分，此乃眾所皆知之事實。近年來，原住民之生活型態雖已因社會之整體發展及族群之融合而發生重大之改變，其專以狩獵維生或以狩獵為主要生活內容者，雖已極為罕見，惟自製簡易獵槍，於農閒或工作之餘入山狩獵，仍屬部分原住民（尤其較為年長者）難以忘情之生活內

<sup>15</sup> 類似判決尚有臺灣花蓮地方法院 97 年度訴字第 133 號判決、臺灣嘉義地方法院 97 年度訴字第 744 號判決。

容。」<sup>16</sup>

### 三、不是據為犯罪工具之意圖，且使用於狩獵或驅趕獵捕果園、菜園中之野生動物

本判決值得特別評述之處在於，本判決直接援引了《憲法》肯認多元文化，兩公約強調原住民族群體權的保障，《原住民族基本法》亦明示應尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化、價值觀及立法理由作為依據。此外，本判決還提出了原住民族製造或持有自製之獵槍，只要不是據為犯罪工具之意圖，於慶典時或工作之餘進入山林狩獵及驅趕獵捕果園、菜園中之野生動物等行為，均符合「供作生活工具之用」，此一見解值得肯認。過去亦有類似看法，只要不是出於犯罪意圖而使用即可，如臺灣臺東地方法院 95 年度訴字第 33 號判決：「本要件的制定，是為了排除原住民製造、運輸或持有獵槍從事非法目的，如合法持有獵槍卻用於恫嚇威脅他人生活的安全。」

#### 案例六 原住民非婚生子女被收養不喪失原住民身分

案號 臺灣新竹地方法院 98 年度重訴字第 7 號

案由 違反《槍砲彈藥刀械管制條例》

### 壹、案情簡述

#### 一、案例事實

公訴意旨略以：被告甲明知可發射金屬具有殺傷力之土造長槍及其槍身、槍管，非經主管機關許可不得製造、持有，竟仍基於製造具有殺傷力土造長槍及其主要組成零件之犯意，於民國 97 年 7 月間，在新竹縣尖石鄉住處以砂輪機、電鋸等工具，製造可發射金屬具有殺傷力之土

<sup>16</sup> 此外另有臺灣屏東地方法院 98 年度重訴字第 4 號判決認為，若只是農閒時持獵槍狩獵飛鼠、山豬以為消遣、娛樂的情形，也判處無罪。

造長槍，及其主要組成零件之半成品槍身、槍管而持有之。嗣於 98 年 2 月間，為警持本院核發之搜索票前往搜索查扣，始悉上情。

## 二、判決主文

被告無罪。

## 三、主要爭議點

- (一) 被告之生母為泰雅族原住民，為非婚生子女，生母棄養而將被告由非原住民之夫婦 A、B 收養，被告是否具有原住民身分？
- (二) 被告自承其在教會工作，非以打獵維生，是否符合《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項所稱「供作生活工具之用」？

## 貳、原住民主張

我媽媽是原住民，我是非婚生子，我也是原住民，但我生下後就被非原住民的養父母收養，之後我到尖石鄉山區的教會當廚師，曾跟當地的原住民到山上打獵，而原住民都有自己的獵槍，我也嚮往原住民打獵的精神，才製造獵槍上山打獵，應無《槍砲彈藥刀械管制條例》刑罰規定之適用。

## 參、法院判決

### 一、關於原住民身分

- (一) 被告之生母丙係泰雅族原住民，被告出生時為丙之非婚生子，因丙未婚生子不敢讓其父知悉，乃以棄嬰之方式，將被告交予非原住民之夫婦 A、B 收養等情，業經被告與證人丙於本院審理時證述明確。
- (二) 民國 90 年制定公布之《原住民身分法》，為貫徹《憲法》上男女平等之精神，關於原住民身分之取得，已改採父母雙系血統主義，依該法第 6 條第 1 項規定：「原住民女子之非婚生子女，取得原住民身分。」第 5 條第 1 項規定：「原住民為非原住民收

養者，除第九條另有規定外，其原住民身分不喪失。」原住民身分係因出生之自然事實而取得者，所生之身分取得效果，乃根據身分共同生活關係之人倫秩序上事實，是被告於本件犯罪時，戶籍資料上雖未登記為原住民，然被告為原住民之非婚生子，依上開規定，已因出生之自然事實而取得原住民身分，復無喪失其原住民身分之原因，足認被告應具有原住民之身分無誤。

## 二、關於自製獵槍

- (一) 本院就被告製造上開槍枝是否為「自製獵槍」一節函詢內政部，內政部函覆認為：本案送鑑長槍係土造長槍為《槍砲彈藥刀械管制條例》第 4 條第 1 項第 1 款之「其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲」。且若依內政部台（87）內警字第 8770116 號函釋之定義，似認上開槍枝不符原住民自製獵槍之要件。
- (二) 惟《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條制定之目的，係尊重原住民族文化傳統，對其文化傳統所形成之自製獵槍打獵特殊習慣予以保護，而非其傳統製作獵槍工藝之保存延續。原住民於傳統自製獵槍文化習慣之基礎上，改良技藝及增進安全性前提下自行獨力製作之獵槍，尚難謂與其文化傳統有違，故第 20 條所稱之「自製獵槍」，應屬同條例第 4 條第 1 項第 1 款之「其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲」，否則第 20 條即無明定之必要。況隨著原住民政治、經濟地位之漸受重視，原住民之教育程度、專業知識也較以往精進，物料材質之取得因交通發展、經濟水準之提升而更加方便，原住民之製槍技術及使用材質均優於以往，自製獵槍之槍枝結構略有修正自屬當然，是如槍枝經鑑定後認屬「其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲」，該槍枝且為原住民本於其文化傳統，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，應屬自製獵槍之範疇。上開內政部函釋就自製獵槍之定義增加法

律所無之限制，有違《槍砲彈藥刀械管制條例》修法揭示之意旨，自無拘束本院之效力。

### 三、關於供作生活工具之用

- (一) 被告自警詢、偵查中及本院審理時均陳稱，製造槍枝是用來打獵，而被告長時間在山地部落居住，耳濡目染後融入山地原住民打獵之風俗習慣，尚與社會一般之普遍認知無違。
- (二) 雖被告自承其在教會工作，顯見非以打獵維生。然現今國民經濟生活已普遍提升，野生動物受《野生動物保育法》之規範而無法任意捕捉，客觀環境之改變已甚少原住民打獵維生，倘將《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項所稱「供作生活工具之用」嚴格限縮在恃以維生之程度，該法條之適用範圍將大幅縮減，有違上開法條規定之立法旨趣。
- (三) 又人類生活之需求不僅侷限追求溫飽之經濟生活，認同因多元社會所衍生關於自身尊嚴與文化差異之客觀形塑生活模式亦屬重要，倘欠缺此一認同，足以影響自身因為認同團體而產生之自我尊嚴與價值，是以，被告雖非全憑打獵維生，然其既認同打獵為原住民之生活習慣，則其製造槍枝供為打獵使用，應有助於提升其對於原住民團體之認知及其身為原住民之尊嚴與價值，仍可認其自製獵槍係供作生活工具所用。
- (四) 被告製造上開槍枝或其主要組成零件之行為，應該當於《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項之規定，縱其未經主管機關許可，亦僅係行政罰之層次，而屬法律上不罰之行為，應為無罪之諭知。

### 肆、本案評析

- 一、本件判決涉及原住民身分認定問題，被告生母係泰雅族原住民，被告出生時為非婚生子，因生母不敢讓其父知悉，乃以棄嬰之方式，將被告交予非原住民之夫婦 A、B 收養。在被告的戶籍資料

上並未登記被告為原住民身分，則被告是否具備原住民身分？原住民身分固然形式上可以從被告的戶籍資料中得知，但萬一有被告主張其具有原住民身分，但戶籍資料並沒有記載，此時，法院仍應實質地加以調查證據，予以探究。故本案法院調查之後，根據《原住民身分法》第 6 條第 1 項規定：「原住民女子之非婚生子女，取得原住民身分。」與第 5 條第 1 項規定：「原住民為非原住民收養者，除第九條另有規定外，其原住民身分不喪失。」實質認定被告具有原住民身分，甚為正確。

二、被告本身在教會擔任廚師工作，非以打獵維生者，持槍打獵之目的，乃是嚮往原住民打獵的精神，此一動機與理由是否符合《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項所稱「供作生活工具之用」？本案判決值得讚許之處在於，認為「供作生活工具之用」的解釋，不應嚴格限縮在恃以維生之程度，因為「人類生活之需求不僅侷限追求溫飽之經濟生活，認同因多元社會所衍生關於自身尊嚴與文化差異之客觀形塑生活模式亦屬重要」。此外，製造槍枝供為打獵使用，只要「有助於提升其對於原住民團體之認知及其身為原住民之尊嚴與價值」，仍可認其自製獵槍係供作生活工具所用。此一見解，甚有參考價值，值得未來法院判決參考。

### 案例七 採集野生蕨類

案號 臺灣高雄地方法院 95 年度訴字第 1708 號

案由 竊盜

## 壹、案情簡述

### 一、案例事實

甲乙兩人先將自用小貨車駛至高雄縣六龜鄉○○道 1 公里處，2 人復一同徒步前往高雄縣旗山事業區第 96 林班，竊取森林副產物短柄卵

果蕨。嗣為警於 95 年 1 月 19 日下午 5 時 40 分許，在上開車輛停放處查獲，並扣得已置於上開車輛之短柄卵果蕨約 10 公斤。

## 二、判決主文

乙、甲結夥二人以上，為搬運贓物，使用車輛竊取森林副產物，各處有期徒刑柒月，均併科罰金新臺幣肆仟伍佰捌拾陸元，罰金如易服勞役，以新臺幣壹仟元折算壹日。均緩刑貳年。

## 三、主要爭議點

被告得否於森林中採集森林副產物野生蕨類？

## 貳、原住民主張

被告主張，竊取系爭野生蕨類，乃因原住民之習俗，供製作新娘頭環之用，並非牟利。

## 參、法院判決

- 一、被告 2 人所竊取之野生蕨類，並無市場交易紀錄，有上開行政院農業委員會農糧署之函文在卷可佐，被告 2 人行竊之目的亦非用以販售圖利，乃依原住民之習俗，新娘出嫁時為製作頭環之用，業據被告 2 人供陳在卷，犯罪動機堪稱單純，犯罪手段亦屬平和，且竊取森林副產物之數量輕微，對於山林動、植物之保育，危害甚低，被告 2 人犯後均坦承犯行，態度良好等一切情狀，量處如主文所示之刑，以示懲儆。
- 二、查本件被告所竊取之「短柄卵果蕨」，沒有山價亦無市場交易價格，其相近之切葉產品「高山羊齒」，則無山價之交易資料，而有市場交易價格，有行政院農業委員會農糧署 95 年 6 月 20 日農糧企字第 0950132790 號函文、本院辦理刑事案件電話紀錄查詢表附卷可稽，故本院即以高山羊齒於 95 年 1 月份，在高雄花卉批發市場平均每日之市場交易價格為每把 38.7 元（見行政院農業委員會農糧署網站之產品行情比較分析查詢結果），為併科罰金之計算基

準；而每「把」高山羊齒之重量約 4 至 5 台兩，換算公制為 150 至 187.5 公克，復有本院辦理刑事案件電話紀錄查詢表在卷為憑，本院取其中數即 4.5 台兩等於 168.75 公克為計算依據；扣案之短柄卵果蕨約重 10 公斤，有扣押物品目錄表附卷可參，其價值經四捨五入後約 2,293 元（ $10,000 \div 168.75 \times 38.7 \approx 2,293$ ），本院審酌本件被告二人竊取系爭贓物，乃因原住民之習俗，供製作新娘頭環之用，並非牟利等情，已如前述，爰併科其贓額 2 倍之罰金即 4,586 元。

#### 肆、本案評析

- 一、《國有林產物處分規則》第 3 條規定，所謂「森林主產物」，係指生立、枯損、倒伏之竹木及餘留之根株、殘材；「森林副產物」，係指樹皮、樹脂、種實、落枝、樹葉、灌藤、竹筍、草類、菌類及其他主產物以外之林產物，故本案系爭之野生蕨類，屬森林副產物。此外，《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。」然而，目前主管機關並未根據《森林法》第 15 條第 4 項之授權，制定管理規則以供遵循。因此在個案中遇有原住民於原住民族傳統領域土地上採集森林產物時，究竟合法還是違法呢？
- 二、目前司法實務上有某些判決認為，森林位於原住民族傳統領域土地者，原住民可根據《森林法》第 15 條第 4 項規定所採集之森林副產物，僅限「雜草、枯枝、落葉」，如非僅撿拾、採取「雜草、枯枝、落葉」等，則不得根據《森林法》第 15 條第 4 項加以除罪化（此乃臺灣高雄地方法院 96 年度易字第 2938 號判決之看法）。本書認為此等狹隘看法，極不妥當。因為許多森林副產物，不僅過去，即便目前，仍然是原住民日常生活飲食來源，例如愛玉子、劍筍、山蘇等野果、野菜等。此類植物雖具有經濟價值，但



與森林主產物樹木相比，保育必要性顯然較低，且年年均會生長，實無禁止原住民採集之理由。

三、近年來，原住民採集森林產物行為，是否觸犯《森林法》之竊盜罪，最高法院 99 年度台上字第 6852 號判決做出了如下原則性之見解：《原住民族基本法》第 19 條第 1 項規定：「原住民得在原住民族地區『依法』從事下列非營利行為：……二、採集野生植物及菌類。……前項各款，以傳統文化、祭儀或自用為限」，顯見原住民族於傳統領域內採取森林產物、野生植物及菌類，除須具有原住民族身分，並符合傳統文化、祭儀、自用等目的及非營利行為之外，尚應依法定方式辦理，為上開條文之當然解釋，非謂原住民在原住民族地區採集野生植物，全然不受法律之規範。

四、從最高法院 99 年度台上字第 6852 號判決中，可以得知幾個重要原則與標準，亦即必須符合下列條件，原住民之採集行為才能除罪。亦即：

- (一) 具有原住民族身分。
- (二) 於原住民族傳統領域內。
- (三) 符合傳統文化、祭儀、自用等目的。
- (四) 非營利行為。
- (五) 應依法定方式。

本案如果根據最高法院判決所奠定之原則加以審查，仍然應該加以處罰，蓋兩名被告雖具有原住民身分（判決未提及哪一族），且摘取野生蕨類之目的，非用以販售圖利，而是依原住民之習俗，新娘出嫁時為製作頭環之用，然而由於目前並無「法定方式」規定如何採取野生蕨類，以及可以採取多少野生蕨類。因此即便原住民為了傳統原住民之習俗，採集此等經濟價值低微的野生蕨類，以供新娘出嫁時製作頭環之用，仍然會被加以處罰，實有不妥。以此案例來檢驗最高法院 99 年度台上字第 6852 號之判決，更凸顯目前實務判決意見對原住民傳統文化的嚴苛度，故目前實務見解實有修正之必要。

**案例八** 竊取愛玉子案

**案號** 臺灣高雄地方法院 96 年度易字第 2938 號

**案由** 竊盜

## 壹、案情簡述

### 一、案例事實

甲係居住於高雄縣桃源鄉復興村之布農族原住民，於民國 96 年 1 月 18 日 13 時 30 分許，騎乘其所有之機車，行經高雄縣桃源鄉屏東林管處荖濃溪 115 林班地，竟意圖為自己不法之所有，持其所有之番刀竊取乙合法承標、位於上址內之愛玉子 2 袋（總重約 132 台斤，折算山價為新臺幣（下同）15,133 元），嗣為乙發現並照相追喊，甲因而棄車逃離現場，嗣經乙報警處理而循線查獲，並扣得愛玉子 2 袋。案經高雄縣政府警察局六龜分局報請臺灣高雄地方法院檢察署檢察官偵查起訴。

### 二、判決主文

甲為搬運贓物，使用車輛竊取森林副產物，處有期徒刑捌月，併科罰金新臺幣參萬零貳佰陸拾陸元，減為有期徒刑肆月，併科罰金新臺幣壹萬伍仟壹佰參拾參元，有期徒刑如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日；罰金如易服勞役，以新臺幣壹仟元折算壹日。緩刑貳年。

### 三、主要爭議點

被告是否符合《原住民族基本法》第 19 條規定之「依法」採集野生植物與菌類？

## 貳、原住民主張

伊是在高雄縣桃源鄉屏東林管處荖濃溪 112 林班地撿拾掉落地上的愛玉子，並非在 115 林班地拾得扣案之愛玉子，愛玉子每年 1、2 月都

會落果，伊雖知道扣案愛玉子並非伊所有，但依傳統理念，伊不知道林班地的東西不能撿拾，不知道該行為違法云云。

### 參、法院判決

- 一、被告上揭犯行業據證人乙證稱：我向林務局承標取得老濃溪 115 林班地上愛玉子採取權，96 年 1 月 18 日 13 時 30 分左右，我和我兒子陳○材在 115 林班地產業道路現場埋伏查獲被告，該產業道路位於我承租的 115 林班地的範圍，被告被查獲時即棄車逃逸。愛玉子必須等到熟透了才會從樹上自然落果，如果自然落果會變成紅色，要自然落果必須等到 3 月分左右，1、2 月時彌猴雖然會採樹上的果實丟在地上，但是只有 1、2 顆，數量不會很多。本件被查獲的 2 袋愛玉子是以刀子割下等語明確，並有高雄縣政府警察局六龜分局扣押筆錄、扣押物品目錄表、贓物認領報管單、國有林產物採取許可證、國有林副產物採取合約書、照片等在卷可佐，證人乙與被告並無仇隙，且於本院審理到庭結證時並表示不願追究等語，衡情應無蓄意誣陷之可能，故其等所為證言應堪採信。
- 二、《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。」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，提升至法律位階，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，而係採取有相當經濟價值之「愛玉子」，顯與立法理由所規範之行為態樣不同。且該法第 15 條第 4 項就原住民採取森林產物之區域、種類、時期、無償、有償等事項，係授權主管機關制定法規命令，以限制其範圍，《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。」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，仍須依法定之方式、範圍加以運用，非謂全然不受法律之規範，雖迄今中央及原住民主管機關尚未就此制定其管理規則，惟依《國有林產物處分規則》第 14 條之規定：「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須用者。……十、採取副產物或藥用林產物者。……十二、打撈漂流竹木」，第 17 條並規定：「凡申請專案核准採取者，應向管理機關申請之。」顯見原住民因家具、農具而須採取竹木、副產物，仍須向管理機關「專案申請」核准始得為之，本件已非原住民單純撿拾枯枝、落葉資為一般日常生活運用所得比擬，亦應經專案申請始得為之，是被告辯稱依其傳統理念，歷來均可在林班地撿拾愛玉子之主張，尚無從為被告等免罰之依據，併此敘明。

三、又按所謂森林主產物，係指生立、枯損、倒伏之竹木及餘留之根株、殘材；森林副產物係指樹皮、樹脂、種實、落枝、樹葉、灌藤、竹筍、草類、菌類及其他主產物以外之林產物，《國有林產物處分規則》第 3 條定有明文。依上，愛玉子為森林副產物，此並有行政院農業委員會林務局屏東林區管理處 97 年 1 月 8 日屏政字第 0976210067 號函可佐。核被告所為，係犯《森林法》第 52 條第 1 項第 6 款之竊取森林副產物，為搬運贓物，使用車輛之加重竊取森林副產物罪。被告雖攜帶未扣案之番刀採取愛玉子，客觀上雖屬對於人之生命、身體具有威脅性之兇器，然《森林法》上開規定，係《刑法》竊盜罪之特別規定，依特別法優於普通法之法律競合關係，應依《森林法》上開規定論處，自不再另論刑法第 321 條第 1 項第 3 款之攜帶兇器竊盜罪。本件公訴意旨認被告所犯為《刑法》第 320 條第 1 項之竊盜罪，容有未洽，惟其基

本事實同一，本院自得變更起訴法條予以審理。

## 肆、本案評析

- 一、本案涉及問題，乃原住民採集森林產物之傳統文化，與《森林法》所欲保護森林資源之立法意旨，兩相衝突時，究竟何者應優先保護？民國 94 年制定之《原住民族基本法》，立法目的是為了保障原住民族基本權利，促進原住民族生存發展，建立共存共榮之族群關係。關於原住民傳統狩獵與採集森林產物之傳統，該法第 19 條明定：「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。」
- 二、《原住民族基本法》第 19 條之「依法」採集野生植物及菌類，究竟如何解釋？《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。」然而，目前主管機關並未根據《森林法》第 15 條第 4 項之授權，制定管理規則以供遵循。因此在個案中遇有原住民於原住民族傳統領域土地上採集森林產物爭議時，法院運作上，均將《國有林產物處分規則》第 14 條第 1 項第 7、8 款規定，充作原住民「採集森林產物」之補充規定，<sup>17</sup>亦即根據第 7 款「原住民造林開墾，為排除障礙，須採取竹木，經查明屬實者」或是第 8 款「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品）須用者」，得經專案核准後採取。

17 臺灣苗栗地方法院 96 年度苗簡字第 941 號判決、臺灣新竹地方法院 100 年度竹東簡字第 180 號判決、臺灣新竹地方法院 96 年度易字第 4 號判決，以及本案。

三、由前開《國有林林產物處分規則》內容可知，本規則中針對原住民而來的特殊規定，僅有第 7 款與第 8 款，也就是原住民為了造林開墾，或為了建造自住房屋、自用家具及農具用材，須事先取得專案核准後，才能採取。至於《國有林林產物處分規則》第 10 款「採取副產物或藥用林產物者」之規定，亦需事先經專案核准後始得採取，則屬針對所有人（包括漢人與原住民）之規定。有疑問的是，如果原住民在原住民族傳統領域土地上，根據傳統生活上的採集文化，採集愛玉子、劍筍、山蘇、蕨類等食材時以供自用，也必須根據《國有林林產物處分規則》第 10 款「採取副產物或藥用林產物者」之規定，事先經過專案核准，則《原住民族基本法》的立法精神，等於是完全被架空。本案判決就是犯了這樣的錯誤。況且最高法院 98 年度台上字第 7210 號判決（尖石鄉風倒樺木案）已表達：「《森林法》第十五條第三項所規定『國有林林產物之種類、處分方式與條件、林產物採取、搬運、轉讓、繳費及其他應遵行事項之處分規則，由中央主管機關定之。』乃關於採取『國有林林產物』之一般規定。而同法條第四項所規定『森林位於原住民族傳統領域土地者，原住民族得依其生活慣俗需要，採取森林產物，其採取之區域、種類、時期、無償、有償及其他應遵行事項之管理規則，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。』則為對於『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。……」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《國有林林產物處分規則》取代，顯非無疑。

四、近年關於原住民在傳統領域內採集森林產物行為是否違法一事，另有一則重要之最高法院判決，亦即 99 年度台上字第 6852 號判決。內容摘錄如下：《原住民族基本法》第 19 條第 1 項規定：「原

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

五、根據前開判決，原住民採集森林產物，必須「依法定方式」為之。惟現階段行政主管機關尚未制定詳細規則命令，以供原住民遵守，如果一概要求必須根據《國有林產物處分規則》，連採集愛玉子、劍筍、山蘇等植物，也必須事先申請專案核准，實在是對原住民極不友善的「刁難」與「敵意」見解。採集愛玉子，並不涉及珍貴植物保育價值，故在此《原住民族基本法》應該承認具有指導法律解釋與法律適用之位階，而非受到《森林法》之排擠。至於「依法」採集森林產物，如尚未制定出詳細法律規定或管理辦法，應允許原住民依「法理」而採，所謂法理，則可溯及《憲法》保障原住民族多元文化的觀點來解釋。司法判決亦可以「法之續造」方式，承認原住民對森林副產物的採集權。

六、本書認為，為解決原住民採集森林產物適法性之問題，主管機關應儘速針對《森林法》第 15 條第 4 項之母法，制定相關管理規則，且除了本於原住民族文化習慣之尊重外，應就採集之採集地區、期間、植物種類等，制定相關管理規則。就森林「副產物」之採集管理，應以原則上允許，例外禁止的方式規範。如本案之愛玉子，如原住民被告所辯，乃每年均會自然落果之果實，即便具有經濟價值，仍應尊重原住民傳統採集文化，允許採集。此外，具有季節性的山菜、植物，也應為如此規範。至於禁止採集的物種，則應以特殊、珍稀、保育必要性之物種者為限，例如牛樟芝。

**案例九** 竊取森林七里香案

**案號** 最高法院 99 年度台上字第 6852 號

**案由** 違反《森林法》

## 壹、案情簡述

### 一、案例事實

甲為排灣族原住民，以每人每日工資新臺幣 2,000 元，僱用不知情之乙、丙、丁，以架設鋼索，使用鋼索剪刀、鐮刀、鋤頭、馬達、備用鋼索、工具箱、鋼索滑輪五個及起重鏈三具等工具，挖掘砍伐坐落在屏東縣春日鄉○○段八七地號國有土地（非保安林地，下稱系爭土地）上之七里香二株（一株約 400 年，另一株約 450 年樹齡）。盜伐完成後，由甲將其中一株七里香載運至經營之民宿庭院內栽種；另一株七里香則載運至芒果園栽種，後來經警查獲。

### 二、法院判決

甲犯《森林法》第 52 條第 1 項第 6 款之竊取森林主產物罪，處有期徒刑壹年肆月，併科罰金新臺幣壹佰柒拾肆萬元，罰金如易服勞役，以罰金總額與壹年之日數比例折算。

### 三、主要爭議點

原住民族傳統領域上之森林產物七里香，可否根據《原住民族基本法》第 19 條第 1 項規定，以挖掘砍伐方式而供自用？

## 貳、原住民主張

- 一、兩株七里香坐落於屏東縣春日鄉，依行政院 91 年 1 月 23 日台（91）原民企第 910140 號函示，屬於「原住民族地區」之 55 個鄉（鎮、市）之一。甲具有當地原住民身分，依《原住民族基



本法》之規定，得於原住民族地區採集野生植物自用，並有於原住民族土地上分享土地開發及資源利用之權利。甲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。

- 二、甲採伐森林中之兩株七里香，目的在於美化所經營之民宿環境，並非用於販賣圖利。

### 參、法院判決

- 一、《原住民族基本法》性質上為普通法、廣義法，《森林法》為特別法、狹義法，依特別法、狹義法優先於普通法、廣義法之原則，應優先適用《森林法》。
- 二、《原住民族基本法》第 19 條第 1 項規定：「原住民得在原住民族地區『依法』從事下列非營利行為：……二、採集野生植物及菌類。……前項各款，以傳統文化、祭儀或自用為限」，顯見原住民族於傳統領域內採取森林產物、野生植物及菌類，除須具有原住民族身分，並符合傳統文化、祭儀、自用等目的及非營利行為之外，尚應依法定方式辦理，為上開條文之當然解釋，非謂原住民在原住民族地區採集野生植物，全然不受法律之規範。
- 三、《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。
- 四、甲固具有山地原住民族身分（屬排灣族），且系爭七里香坐落之屏東縣春日鄉係屬原住民族地區，亦有前揭行政院函可憑，此部分固無疑義。惟甲在國有林地內，挖掘系爭七里香，係為種植於其所經營之民宿庭院內，美化環境，增加民宿生意，既未依法定方式為之，亦不符原住民族生活慣俗需要或傳統文化、祭儀、自用之目的，擅自僱工在國有土地（原住民族傳統領域土地）挖掘竊取森林主產物，依《森林法》第 52 條第 1 項第 6 款規定論罪科刑，經核於法並無不合。

## 肆、本案評析

- 一、本案件最高法院見解，近年來成為原住民採集森林產物爭議問題的重要指標性判決。本案被告竊取國有林內之珍貴樹木七里香兩株，一株樹齡約為 400 年，另一株為 450 年。即便被告之辯護人主張，被告為原住民，可根據《森林法》第 15 條第 4 項規定採集森林產物，然而最高法院仍認為，根據《原住民族基本法》第 19 條第 1 項規定，原住民必須在原住民族地區「依法」從事下列「非營利」之採集野生植物及菌類行為；此外，必須以傳統文化、祭儀或自用為限。然而，目前，主管機關尚未針對原住民依其生活慣俗需要而採取森林產物時，其得以採取之區域、種類、時期、無償、有償及其他應遵行事項，做出規定，因而原住民幾乎尚無法「依法」採集「七里香」等珍貴樹木。
- 二、本判決奠定了以下幾個基本原則：
  - (一)《原住民族基本法》性質上為普通法、廣義法，《森林法》為特別法、狹義法，依特別法、狹義法優先於普通法、廣義法之原則，應優先適用《森林法》。
  - (二)《原住民族基本法》第 19 條即便規定，原住民得以採集野生植物及菌類，惟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。
  - (三)原住民採集森林產物，必須以傳統文化、祭儀或自用為限，將七里香種植於自己經營之民宿院子，以美化環境，並不符合原住民生活習慣，也非出於傳統文化、祭儀或自用之目的。
- 三、前開由最高法院發展出來的原則，對於《原住民族基本法》的法律位階，已有所貶抑，暗示原住民不能僅根據《原住民族基本法》主張合法採集森林產物之法源依據，仍必須受到《森林法》之拘束。故原住民必須「依法」採集，而非毫無限制。惟目前主

管機關尚未根據《森林法》而制定出相關子法，以供原住民遵循，此等見解，等同於變相否認原住民採集森林產物之權利，因為原住民根本沒有可能「依法」採集。

四、本書認為，《原住民族基本法》應該承認其具有指導法律解釋與法律適用之位階，而非受到《森林法》之排擠。至於「依法」採集森林產物，如尚未制定出詳細法律規定或管理辦法，應允許原住民依「法理」而採，所謂法理，則可溯及《憲法》保障原住民族多元文化的觀點來解釋。

五、本案被告所採集之七里香，樹齡分別為 400 年與 450 年，屬珍貴樹木。保護珍貴樹木，目前不僅是原住民也是漢人所一致遵守的價值，因此即便本書不贊同本案判決將《原住民族基本法》的法律位階如此貶抑，但從利益衡量觀點來看，盜採珍貴樹木而作為美化民宿之用，仍應認為不符合原住民生活習慣，也非出於傳統文化、祭儀或自用之目的。

#### 案例十 竊取羊奶榕案

案號 臺灣花蓮地方法院 90 年度易字第 323 號

案由 竊盜

### 壹、案情簡述

#### 一、案例事實

乙與丙共同意圖為自己不法之所有，於 90 年 4 月 26 日 10 時許，結夥至花蓮縣卓溪鄉中平村山地保留地山區，未經許可以徒手拔取之方法竊取森林副產物牛奶榕（俗稱羊奶榕）56 棵（總計山價新臺幣 4,592 元），準備供給自己之子女食用補身。2 人於得手後，為方便搬運贓物，使用乙所有小貨車載運。嗣於同日 12 時 40 分許，在中平林道上為警查獲。

## 二、判決主文

乙結夥二人以上竊取森林副產物，為搬運贓物，使用車輛，累犯，處有期徒刑伍月，併科罰金新臺幣玖仟壹佰捌拾肆元，有期徒刑如易科罰金，罰金如易服勞役，均以新臺幣玖佰元折算壹日。丙結夥二人以上竊取森林副產物，為搬運贓物，使用車輛，處有期徒刑肆月，併科罰金新臺幣玖仟壹佰捌拾肆元，有期徒刑如易科罰金，罰金如易服勞役，均以新臺幣玖佰元折算壹日。緩刑貳年。

## 三、主要爭議點

原住民被告主張不知道自己採集行為是違法的，此等主張可否減免刑責？

### 貳、原住民主張

被告不知採集羊奶榕之行為違法，採羊奶榕是想讓子女食用補身。

### 參、法院判決

#### 一、認定犯罪事實所根據的證據及理由

被告乙、丙對於在上述時地共同徒手拔取森林副產物牛奶榕 56 棵，並於得手後使用乙所有之自小貨車載運贓物等情均坦白承認，並有證人即花蓮縣卓溪鄉公所課員甲在警訊時證述可參，及現場圖、照片、贓證物品認領保管收據各一份在卷可參，而被告等拔取之植物名稱為牛奶榕，俗稱羊奶榕，係屬森林副產物，被告二人採取之地點為原住民保留區，非屬保安林地，且所拔取之 56 顆羊奶榕價值共計 4,592 元等情，有行政院農業委員會林務局花蓮林區管理處 90 年 6 月 28 日函、90 年 8 月 15 日函及所附價格查定書各一份足稽，被告雖辯稱不知拔取羊奶榕之行為違法云云，惟不得因不知法律而免除刑事責任，《刑法》第 16 條前段明文可參，被告前述犯行，事證明確，已可認定。

## 二、論罪科刑的理由

核被告所為，均係犯《森林法》第 52 條第 1 項第 4 款、第 6 款之結夥二人以上並為搬運贓物使用車輛竊盜罪。《森林法》竊盜罪為《刑法》竊盜罪之特別法，依特別法優於普通法原則，自應優先適用《森林法》第 52 條第 1 項第 4 款、第 6 款規定處斷。被告二人間有犯意聯絡及行為分擔，均為共同正犯。公訴人認被告所為係犯《森林法》第 50 條，應依《刑法》第 320 條第 1 項竊盜罪論處云云，顯有未洽，起訴法條應予變更。再查，被告乙有事實欄所載之犯罪科刑執行情形，其受有期徒刑執行完畢後，五年以內再犯有期徒刑以上之本罪，為累犯，應依法加重其刑。又查被告乙育有二子，被告丙有二子，其等因不知法律，採牛奶榕想讓子女食用補身而觸法網，採集之數量不多，情節尚屬輕微，本院認應依《刑法》第 16 條但書規定，減輕其刑，並就被告乙部分先加後減之。爰審酌被告二人之犯罪動機、目的係為供子女食用補身，其所竊取之森林副產物數量及價值非鉅，對森林資源所生危害尚屬輕微，犯罪後均坦承犯行，且知所悔誤，犯後態度尚稱良好等一切情狀，各從寬量處如主文所示之刑，併科贓額二倍即罰金 9,184 元，及諭知易科罰金及易服勞役之折算標準。未查被告丙前未曾受有期徒刑以上刑之宣告，此有臺灣高等法院被告全國前案紀錄表附卷可按，其經此教訓，當知所警惕，本院認對被告丙所處之刑以暫不執行為適當，爰宣告緩刑貳年，以啟自新。

據上論斷，應依《刑事訴訟法》第 299 條第 1 項前段、第 300 條，《森林法》第 52 條第 1 項第 4 款、第 6 款，《刑法》第 11 條前段、第 28 條、第 47 條、第 16 條但書、第 41 條第 1 項前段、第 42 條第 2 項、第 74 條第 1 款，《罰金罰鍰提高標準條例》第 2 條，判決如主文。

## 肆、本案評析

- 一、如果一個犯罪人形式上觸犯了刑法條文，但卻辯稱，他根本就不知道自己行為是違法的，或是不知有處罰規定存在，甚或有正當理由認為自己的行為是法律規範所允許的，但實際上卻是法律規

範所要處罰之行為，則在此會出現不法意識錯誤的問題。不法意識錯誤在刑法學說上也常見另外二個用語，亦即為「違法性認識錯誤」或是「禁止錯誤」(Verbotsirrtum)。<sup>18</sup>本案被告主張，不知道自己採集羊奶榕行為是違法的，也就是不知道有法律，這樣的辯詞，在原住民被告採集森林產物或是獵殺野生動物時，是非常常見的主張。究竟主張不知道自己行為是違法的，可否免除刑責或減輕刑責呢？

- 二、我國《刑法》第 16 條規定：「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。」本條乃有關禁止錯誤的規定，也就是處理「不知法律」問題之規定。所謂「不知法律」，包含了直接禁止錯誤與間接禁止錯誤兩種情形。直接禁止錯誤，指消極地不認識自己的行為為法律所不許；間接禁止錯誤，則是知悉自己的行為屬違法行為，但卻誤認有正當事由或阻卻違法事由之存在，且誤以為自己行為是法律所許可。
- 三、《刑法》第 16 條之規定，在適用上是以行為人對於錯誤屬可避免或不可避免而定。亦即分下面兩種情形：(一) 行為人對於禁止錯誤，客觀上有正當理由且屬無法避免此一錯誤時，應免除其刑事責任（第 16 條前段之反面解釋）；(二) 如行為人對於禁止錯誤，屬可以避免者，即不能免除罪責，然根據但書之規定，得按其情節，減輕其刑。
- 四、原住民犯罪時，經常主張的理由是「不知法律」。然而目前實務上對於原住民辯稱「不知法律」，而給予免除或減輕其刑的判決，卻非常少見。因為漢人法官常有的定見是，原住民漢化已久，或是政令宣導多年，豈有可能不知道保育森林產物之重要性，或是豈有不知野生動物保育的重要性。基本上這樣的思維與定見，乃主流漢文化挾其法律霸權，以漠視弱勢族群文化差異性的表徵。

18 以下關於刑法上不法意識錯誤之說明，另可參考王皇玉（2009），〈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〉，收錄於王皇玉著，《刑罰與社會規訓》，頁 268 以下。

五、目前森林產物的採集，由於《森林法》作了非常複雜的劃分，有根據所有權歸屬分為國有地、公有地、私有地。<sup>19</sup>而其中為實現公益目的，例如預防天災、涵養水源保護水庫或國防、保存古蹟、自然保育之必要，又由中央主管機關編為保安林。<sup>20</sup>至於原住民傳統領域，往往會與國有林或私有地重疊，或是原住民保留地會與保安林地重疊。究竟原住民在哪一個區域可以採集何種森林產物，因為各式各樣疊床架屋且錯綜複雜之法律規定，將原住民過去熟悉自己的傳統領域與山林土地的法律屬性，作了複雜又難懂的劃分，往往令人無從適從。因此原住民辯稱「不知法律」，常是確有其事，而非無的放矢。

六、本案判決，是少見法院對原住民被告援引《刑法》第 16 條減輕其刑的判決：「查被告乙育有二子，被告丙有二子，其等因不知法律，採牛奶榕想讓子女食用補身而觸法網，採集之數量不多，情節尚屬輕微，本院認應依《刑法》第 16 條但書規定，減輕其刑。」就尊重原住民族文化而言，此類根據《刑法》第 16 條減輕其刑之判決，未來應該多多益善。

### 案例十一 在「非原住民傳統領域內」砍伐扁柏、紅檜

案號 臺灣高等法院臺中分院 100 年度上訴字第 1749 號

案由 違反《森林法》

## 壹、案情簡述

### 一、案例事實

田○耀與方○閔共同意圖為自己不法之所有，基於竊取森林主產物之犯意，結夥 2 人，於 100 年 1 月 8 日 6 時許，由田○耀駕駛自用小客

<sup>19</sup> 參《森林法》第 3 條。

<sup>20</sup> 參《森林法》第 22 條。

車搭載方○閔，並攜帶田○耀所有客觀上足供兇器使用之鏈鋸 1 支，前往南投縣仁愛鄉濁水溪○○區第 26 林班地○○地區之保安林，2 人以徒步方式於保安林內尋找行竊目標後，以上開鏈鋸先後竊取森林主產物扁柏 10 塊及紅檜 3 塊（查定山價合計為新臺幣 138,084 元），並陸續將上開竊得之物品搬至上開自用小客車上，至同年月 29 日始以上開自用小客車將竊得之物品載運離去。嗣於同日在南投縣埔里鎮為警查獲，並扣得上開扁柏 10 塊、紅檜 3 塊等物及田○耀所有供行竊所用之上開自小客車 1 輛，始查知上情。

## 二、判決主文

田○耀犯《森林法》第 52 條第 1 項第 1 款、第 4 款、第 6 款之竊取森林主產物罪，累犯，處有期徒刑捌月，緩刑貳年，並應於判決確定之日起壹年內向國庫支付新臺幣拾萬元。

方○閔犯《森林法》第 52 條第 1 項第 1 款、第 4 款、第 6 款之竊取森林主產物罪，處有期徒刑陸月，緩刑貳年，並應於判決確定之日起壹年內向國庫支付新臺幣伍萬元。

## 三、主要爭議點

被告二人的行為，可否適用《森林法》第 15 條第 4 項之「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」？

## 貳、原住民主張

- 一、田○耀、方○閔於警詢、偵訊、原審及本院審理中對於砍伐扁柏及紅檜之事均坦承不諱。
- 二、但二人主張他們於林區取得林產物之認知，是因為自兒時開始對於原住民族與自然森林生態資源共生共存之體認，如早期於寒冬為了求生存，需從林區撿拾掉落零星枯木、廢材供作燃燒原料來得到暖意，始能得以繼續生存；從林區採集野草野果供作食物，始能得到飽足。他們是源自上述意念，始有取得林產物行為之發



生，又因為並不熟知相關禁止規定，絕非意圖預謀取得相關林產物。

- 三、二人主張他們的行為應符合《森林法》第 15 條第 4 項規定之「森林位於原住民族傳統領域土地者，原住民族得依其生活慣俗需要，採取森林產物，其採取之區域、種類、時期、無償、有償及其他應遵行事項之管理規則，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。」但因為至今中央主管機關尚未會同中央原住民族主管機關訂定管理規則，致使原住民族無法知道依其生活慣俗需要，要如何在原住民族傳統領域土地採取森林產物，無明文程序可資遵循。

### 參、法院判決

- 一、被告田○耀於 100 年 1 月 29 日警詢時供述，其係因於 2 年前有在該山區做過台電電塔工程始知悉該山區有檜木、扁柏等高貴木材，且被告田○耀於出生時起即設籍於南投縣信義鄉，被告方○閔於 90 年間遷入南投縣信義鄉，有被告個人戶籍資料查詢結果附於偵查卷可查，與被竊的南投縣仁愛鄉濁水溪○○區第 26 林班地○○地區保安林相距甚遠，足認被告 2 人竊取該區之扁柏、紅檜，並非渠等生活慣俗，亦非在其傳統領域土地範圍內。又被告田○耀於上開警詢時供述，他知道上山竊取木頭是違法的，因此被告田○耀並非不具違法性的認識，自難阻卻其刑事責任。
- 二、原審以被告 2 人犯罪事證明確，並審酌被告 2 人竟為一己之私慾，結夥於保安林內竊取上開具有高經濟價值之扁柏及紅檜之樹瘤，上開扁柏及紅檜均為國家重要森林資源，養護不易，被告 2 人無視國家禁令，非法砍伐，顯見其等法治觀念不足，衡酌其等犯罪手段、所生之危害、竊得樹木之價值及其等犯後態度等一切情狀，分別判處被告田○耀有期徒刑 8 月、方○閔有期徒刑 6 月（得易科罰金），均併科罰金新臺幣 276,168 元及諭知罰金如易服勞役之折算標準，認事用法核無違誤，量刑亦稱妥適，被告等上

訴意旨否認犯罪並無理由，應予駁回。

## 肆、本案評析

- 一、近年來，原住民採集森林產物行為，是否觸犯《森林法》之竊盜罪，最高法院 99 年度台上字第 6852 號判決做出了如下原則性之見解：《原住民族基本法》第 19 條第 1 項規定：「原住民得在原住民族地區『依法』從事下列非營利行為：……二、採集野生植物及菌類。……前項各款，以傳統文化、祭儀或自用為限」，顯見原住民族於傳統領域內採取森林產物、野生植物及菌類，除須具有原住民族身分，並符合傳統文化、祭儀、自用等目的及非營利行為之外，尚應依法定方式辦理，為上開條文之當然解釋，非謂原住民在原住民族地區採集野生植物，全然不受法律之規範。
- 二、從最高法院 99 年度台上字第 6852 號判決中，可以得知幾個重要原則與標準，亦即必須符合下列條件，原住民之採集行為才能除罪。亦即：
  - (一) 具有原住民族身分。
  - (二) 於原住民族傳統領域內。
  - (三) 符合傳統文化、祭儀、自用等目的。
  - (四) 非營利行為。
  - (五) 應依法定方式。
- 三、本案判決被告有罪之原因主要有二，亦即：(一) 被告砍伐扁柏、紅檜，並非根據原住民傳統文化或生活慣俗；(二) 砍伐地點並非在被告其傳統領域土地範圍內。就第(一)點而言，被告所竊取之扁柏及紅檜之樹瘤，乃珍貴樹木，具有高經濟價值，被告亦無法說明竊取扁柏及紅檜，與何等原住民傳統文化或生活習慣相符，故不得據以主張《原住民族基本法》第 19 條而不罰，就此一理由，較無爭議。惟就第(二)點而言，本案被告之戶籍地在南投縣信義鄉，而所竊取扁柏及紅檜之地點，則在南投縣仁愛鄉濁水溪○○區第 26 林班地○○地區保安林，兩地相距甚遠，故本案法官

嚴格解釋「原住民族傳統領域內」此一要件，認為並非在被告之傳統領域土地範圍內，故亦不符合《原住民族基本法》第 19 條規定。惟本書認為，所謂原住民族傳統領域，並不能以被告戶籍所在地作為解釋標準，而應容許更為概括之看法。否則布農族原住民到魯凱族傳統領域內採集，亦可認為不是在原住民族傳統領域內採集，這樣的解釋實在過於嚴苛。

## 案例十二 牛樟木案

案號 臺灣高雄地方法院 101 年度審易字第 1689 號

案由 違反《森林法》

### 壹、案情簡述

#### 一、案例事實

陳○雄，為布農族山地原住民，於 101 年 1 月 7 日上午 9 時許，駕駛渠向潘○杉借用、車牌號碼為 P5-○○○○號自用小貨車，進入高雄市○○區○里段 17 地號，竟意圖為自己不法之所有，將已遭真實姓名、年籍不詳之成年人砍伐截斷之森林主產物牛樟木共 5 塊（價值共新臺幣 7 萬元）搬至上開自用小貨車上而竊取之，得手後並為搬運上開贓物而使用上開車輛將之搬離現場。嗣於同日上午 11 時 30 分許，在高雄桃源區○○○道 2 公里處為警查獲，並扣得陳○雄所竊取之前揭牛樟木 5 塊、上開自用小貨車 1 輛、與本案無關之甲基安非他命 1 包（毛重 0.28 公克）及吸食器 1 組。

#### 二、判決主文

陳○雄犯《森林法》第 52 條第 1 項第 6 款之為搬運贓物使用車輛竊取森林主產物罪，累犯，處有期徒刑柒月，併科罰金新臺幣壹拾肆萬元，罰金如易服勞役，以新臺幣○仟元折算壹日。

### 三、主要爭議點

原住民採集森林產物作為營業謀生之工具，可否適用《森林法》第 15 條第 4 項之「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」？

### 貳、原住民主張

陳○雄於法院審理時，對於被訴之犯罪事實均坦承不諱，但強調他拿取上開牛樟木係作為自己經營烤鋼管雞生意之用，並非用於變賣，乃為了謀生而蒐集營業所需的材料。

### 參、法院判決

- 一、按政府承認原住民族土地及自然資源權利，原住民得在原住民族地區內，以傳統文化、祭儀或自用為限，依其生活慣俗需要，依法從事採集野生植物之非營利行為或採取森林產物之行為，《原住民族基本法》第 20 條第 1 項、第 19 條及《森林法》第 15 條第 4 項前段定有明文。揆諸前開規定係植基於國家尊重原住民族傳統文化及生活慣俗之政策，則具體個案須符合原住民之生活慣俗，方有上揭規定之適用。
- 二、被告竊取系爭牛樟木之地點位於魯凱族傳統領域範圍內，被告亦具原住民身分，但其於本院訊問時陳稱其拿取上開牛樟木係作為自己經營烤鋼管雞生意之用，與部落習俗無關，足見其撿拾牛樟木之行為乃為謀生而蒐集營業所需之工具，尚難遽認此舉合於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，因認本件尚無前開規定之適用。
- 三、被告有竊盜之刑事財產犯罪前案紀錄，分別為法院判處拘役 50 日及有期徒刑 1 年 8 月確定，竟不知悔悟而再犯本件，惟念其犯後尚知坦承犯行，且前揭牛樟木於被告竊取時已遭他人砍伐截斷，非遭被告所砍截破壞，渠惡性及犯罪情節尚非重大，對於森林環境之影響程度亦非過鉅，復衡酌渠所竊取森林主產物之價值（共

7 萬元)，犯後業經高雄市桃源區公所之代理人張○雄領回，有贓物認領保管單 1 紙存卷可佐，犯罪所生危害已有減輕，兼衡被告自稱國中肄業、家境勉持之生活狀況與智識程度暨其素行資料等上開被告個人具體之行為人責任基礎之一切情狀，量處如主文所示之刑。

### 肆、本案評析

- 一、近年來，原住民採集森林產物行為，是否觸犯《森林法》之竊盜罪，最高法院 99 年度台上字第 6852 號判決做出了如下原則性之見解：《原住民族基本法》第 19 條第 1 項規定：「原住民得在原住民族地區『依法』從事下列非營利行為：……二、採集野生植物及菌類。……前項各款，以傳統文化、祭儀或自用為限」，顯見原住民族於傳統領域內採取森林產物、野生植物及菌類，除須具有原住民族身分，並符合傳統文化、祭儀、自用等目的及非營利行為之外，尚應依法定方式辦理，為上開條文之當然解釋，非謂原住民在原住民族地區採集野生植物，全然不受法律之規範。
- 二、從最高法院 99 年度台上字第 6852 號判決中，可以得知幾個重要原則與標準，亦即必須符合下列條件，原住民之採集行為才能除罪。亦即：(一) 具有原住民族身分；(二) 於原住民族傳統領域內；(三) 符合傳統文化、祭儀、自用等目的；(四) 非營利行為；(五) 應依法定方式。
- 三、本案被告為原住民，竊取之牛樟木地點雖是位於魯凱族傳統領域範圍內，然而被告竊取牛樟木之目的，是作為自己經營烤鋼管雞生意之用，法院認為，此一目的與部落習俗及原住民傳統文化無關，故應論以竊取森林主產物罪。此外，其他法院認為不符合傳統文化、祭儀、自用等目的之情形，例如竊取七里香種植在自己民宿內（最高法院 99 年度台上字第 6852 號判決），或是將枯損扁柏自根部鋸下，以燒成精油牟利（臺灣高等法院臺中分院 101 年度上訴字第 1272 號判決）。

四、由於牛樟木被視為臺灣珍貴樹木，因此目前實務判決就所竊取之森林產物為珍貴樹種者，均會嚴格解釋《原住民族基本法》與《森林法》相關規定。故如果要合法砍伐牛樟木，目前僅能根據《國有林產物處分規則》第 14 條第 7、8 款規定，事先向主管機關申請專案核准後，始得合法砍伐。

### 案例十三 風倒櫟木案

案號 臺灣新竹地方法院 96 年度易字第 4 號

案由 違反《森林法》

## 壹、案情簡述

### 一、案例事實

甲、乙、丙均為居住於新竹縣尖石鄉玉峰村司馬庫斯之原住民，前於民國 94 年 9 月間某日，因協助搶修通往司馬庫斯之道路，在新竹縣尖石鄉玉峰村大溪事業局 81 林班地旁道路，發現因颱風及豪雨後倒伏並遭周圍崩落土石沖刷、掩蓋之國有森林主產物臺灣櫟木 1 株，乃將之移置路旁。嗣後該櫟木亦為行政院農業委員會林務局新竹林區管理處發覺，於 94 年 10 月 7 日前往上開處所將該櫟木樹身部分鋸下後載離，惟樹根及部分枝幹因深埋土石之中無法取出，遂於噴紅漆並烙鋼印後遺留現場。甲、乙、丙因受部落會議指派前往搬運上開櫟木 1 株，均明知上開倒伏之櫟木根株屬於國有，竟基於意圖為自己及部落居民等第三人不法所有之犯意聯絡，於 94 年 10 月 14 日 13 時許，結夥駕駛拼裝車、不知情之他人所有之自用小貨車各 1 輛，前往前揭地點，先共同以鏈鋸 1 臺，將該櫟木鋸成 5 支，再由丙駕駛怪手 1 輛將該 5 支臺灣櫟木置於上述車輛上搬離現場，合計竊得材積 3.68 立方公尺，折算山價為新臺幣 79,488 元。嗣於搬運途中為新竹縣警察局橫山分局分局長戊、警員己發覺，隨即於同日 20 時 40 分許，會同新竹林區管理處竹東工作站人員庚

前往斯馬庫斯部落扣得鏈鋸 1 臺、怪手、拼裝車、車牌號碼〇〇〇〇—FR 自用小貨車各 1 輛而查獲。案經行政院農業委員會林務局新竹林區管理處訴由新竹縣警察局橫山分局報請臺灣新竹地方法院檢察署檢察官偵查後聲請本院以簡易判決處刑。

## 二、判決主文

### (一) 第一審判決：新竹地方法院 96 年度易字第 4 號

上列被告等因違反《森林法》案件，經檢察官聲請簡易判決處刑（94 年度偵字第 5734 號），本院改以通常程序處理，判決如下：

甲、乙、丙結夥二人以上，竊取森林主產物，為搬運贓物，使用車輛，各處有期徒刑陸月，併科罰金新臺幣拾陸萬元，有期徒刑如易科罰金，以銀元參佰元即新臺幣玖佰元折算壹日，罰金如易服勞役，以新臺幣壹仟元折算壹日。均緩刑貳年。

### (二) 第二審判決：臺灣高等法院 96 年度上訴字第 2092 號

原判決撤銷。

甲、乙、丙結夥二人以上，為搬運贓物，使用車輛竊取森林主產物，各處有期徒刑陸月，併科罰金新臺幣拾伍萬捌仟玖佰柒拾陸元，各減為有期徒刑〇月，併科罰金新臺幣柒萬玖仟肆佰捌拾捌元，有期徒刑如易科罰金，均以銀元〇佰元即新臺幣玖佰元折算壹日；罰金如易服勞役，均以新臺幣壹仟元折算壹日。均緩刑貳年。

### (三) 第三審判決：最高法院 98 年度台上字第 7210 號

原判決撤銷，發回臺灣高等法院。

### (四) 更一審判決：臺灣高等法院 98 年度上更（一）字第 565 號

原判決撤銷。

甲、乙、丙均無罪。

### 三、主要爭議點

甲、乙、丙三人是否違反《森林法》第 52 條第 1 項第 4、6 款規定？亦即，竊取森林主、副產物而有下列情形之一者，處 6 月以上 5 年以下有期徒刑，併科贓額 2 倍以上 5 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。

## 貳、判決理由整理

### 一、第一審判決

#### (一) 原住民主張

1. 被告等均否認有何竊取附表所示櫟木之故意及不法所有意圖，一致辯稱：該櫟木為新竹林區管理處處理後遺留之無主物，渠等將之取走、搬運並不成罪。
2. 被告等係依部落會議之決議，受指派前往現場載運系爭櫟木回部落作為美化環境、雕刻及造景之用，並無竊盜之犯意。

#### (二) 法院判決

##### 1. 風倒櫟木之所有權歸屬

- (1) 按森林主產物，依《國有林產物處分規則》第 3 條第 1 款之規定，係指生立、枯損、倒伏之竹木及餘留之根株、殘材而言。是森林主產物，並不以附著於其生長之土地，仍為森林構成部分者為限，尚包括已與其所生長之土地分離，而留在林地之倒伏竹、木、餘留殘材等，至其與所生長土地分離之原因，究係出於自然力或人為所造成，均非所問。又國有林之林務管理機關就其管理之森林內林產物，均具管領權，前述與其所生長之土地分離之森林主產物，苟仍隱藏或放置林地現場，尚未搬離，即仍在林務管理機關管領力支配下，如予竊取，仍應以竊取森林主產物論。



- (2) 系爭檫木雖係遭自然力沖刷倒地而非出於被告等之砍伐，且縱經林務局處理，仍屬國有，尚在林務管理機關管領力支配下，並非無主物或脫離本人持有之物，而仍得為竊盜犯罪之客體。
- (3) 證人丁亦指證：林務局發覺倒伏檫木後，雖僅先將樹身部分載離，惟就遺留現場之樹根部分仍有噴紅漆並烙有鋼印。乙、丙固否認發現遺留現場之檫木上有紅漆及鋼印，惟被告三人於偵查中均已坦認：搬運系爭檫木時有看見紅色圓圈噴漆，前開否認之詞顯不可信。被告等於發現該紅漆後，衡情自當究明原因，斷不至無視於此，輕率認定為無主物而逕自切割、搬運。
- (4) 被告等均為長期居住於司馬庫斯部落之原住民，並於參與道路搶修工作時發現遭沖刷至路旁之倒伏檫木，對於該檫木原係於國有林班地生長而屬國有乙節，本不能諉為不知。質之乙、丙則皆稱到場搬運系爭檫木時，不知樹身部分由何人取走等語，是被告等人於駕車前往載運檫木時，本即計畫將檫木整株取回，並非意在撿拾林務局新竹林區管理處處理後之殘材。另參酌於警詢、偵查中，渠等均不曾提及其係認為系爭檫木乃林務局處理剩餘之無主物，則渠等主觀上非基於無主物先占之意甚明。

## 2. 竊盜罪之「不法所有意圖」

- (1) 所謂「不法所有意圖」，係指欠缺適法權源，仍圖將財產移入自己實力支配管領下，得為使用、收益或處分之情形而言，本案被告主觀上應知並無適法權利取走系爭檫木業如前述，則渠等此部分所辯即令屬實，仍難謂無為自己及第三人不法所有之意圖。
- (2) 丙雖一再強調，渠等取走檫木係基於原住民之生活習慣，應予尊重。惟他人土地之出產物，未經所有權人同意，不得擅自據為己有，乃一普遍之法律常識。被告等雖未受高深之法

學教育，但均非智識低下之人，對於此一法規範所禁止之事項當有認識，被告等亦均坦言知悉國有林地不能擅自砍伐，自不得僅以部落習慣為由免除刑責。

- (3) 《原住民族基本法》第 20 條第 1 項固規定：「政府承認原住民族土地及自然資源權利。」同法第 23 條亦規定：「政府應尊重原住民族選擇生活方式、習俗、服飾、社會經濟組織型態、資源利用方式、土地擁有利用與管理模式之權利。」但以本案被竊之系爭櫟木均有相當材積，發現地點距離斯馬庫斯部落已有約 12 公里，顯然已非原住民單純撿拾枯枝、竹木資為一般日常生活運用所得比擬。
- (4) 復參酌《原住民族基本法》第 20 條第 3 項規定：「原住民族或原住民所有、使用之土地、海域，其回復、取得、處分、計畫、管理及利用等事項，另以法律定之。」可見原住民族對於土地之使用，雖然應加以高度之尊重，惟仍須依法定之方式、範圍加以運用，非謂全然不受法律之規範。

## 二、第二審判決

### (一) 原住民主張

1. 被告等否認竊取系爭櫟木之故意及不法所有意圖，辯稱所取走者為新竹林區管理處處理後遺留之無主物，渠等將之取走、搬運並不成罪。辯護人並替被告等主張，被告等均不知道本件櫟木上紅漆、烙印之意義，認其等主觀上並無不法所有之意圖。
2. 被告等又辯稱，渠等係依部落會議之決議，受指派前往現場載運系爭櫟木搬回部落，作為美化環境、雕刻及造景之用，並無竊盜之犯意。辯護人並替被告等主張：被告等自信其行為為法律許可而有正當理由之違法性錯誤，應阻卻犯罪之成立。
3. 辯護人替被告等主張：依據《森林法》第 15 條第 4 項之規定，及《原住民族基本法》第 19 條之規定，被告三人在原住民傳統領域內，得因生活慣俗需要而採取森林產物，並無違法。

4. 辯護人替被告等主張：依據《森林法》第 15 條第 5 項之規定，被告等應得自由撿拾該櫟木。

## (二) 法院判決

### 1. 被告明知為公有物

被告乙、丙於警詢已自承：系爭櫟木先前已由林務局噴漆及編號。

(1) 而甲、乙、丙一同在搬運現場，堪認被告三人於搬運櫟木時均已知悉該紅漆及烙印係林務局所為。

(2) 而依證人丁於原審證稱：紅漆是為了顯著，能讓大家都看到，鋼印是林務局有處理過的東西都要蓋。衡情以觀，林務局既派人耗費時間、金錢在本件櫟木上噴顯著之紅漆、烙鋼印，即係讓外人明確辨識此係林務局所管領支配之物，以表彰附表所示櫟木係屬國有。被告三人均為有智識之成年人，既已知悉該紅漆、烙印係林務局新竹林區管理處所為，當得輕易判斷該紅漆、烙印表徵之意義。是辯護人上揭被告等人不知紅漆烙印意義之主張，尚非可採。

### 2. 不得根據部落會議而阻卻刑責

專家證人已到庭證稱：根據伊對原住民部落之研究經驗，部落都知道撿拾流木會被判刑，再根據伊和部落的人接觸，他們知道即使觸法還是會撿拾，因為這是根據部落法律，他們也知道被林務局查獲會觸法等語，益徵被告等人確實知悉其等竊取櫟木之行為係屬觸法，自不得僅以部落會議決議為由免除刑責。被告等及辯護人上揭辯詞、主張，皆無足採。

### 3. 森林產物不包含大型樹木

(1) 《森林法》於 93 年增訂第 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。」從其立法理由來看，顯見該條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。

- (2) 經向行政院原住民族委員會查詢得知，系爭檫木所在確實位於泰雅族馬里光群傳統領域土地範圍。然而《森林法》第 15 條第 4 項係授權主管機關制定法規命令以限制原住民採取之範圍，《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。」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，仍須依法定之方式、範圍加以運用，非謂全然不受法律之規範，雖迄今中央及原住民主管機關尚未就此制定其管理規則。
- (3) 依《國有林產物處分規則》第 14 條之規定：「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須用者。……十二、打撈漂流竹木者。」同法第 17 條並規定：「凡申請專案核准採取者，應向管理機關申請之。」顯見，原住民因家具、農具而須採取竹木，甚至打撈漂流竹木，仍須向管理機關「專案申請」核准始得為之。以之比對本案系爭檫木有相當材積、價值，已非原住民單純撿拾枯枝、落葉資為一般日常生活運用所得比擬，亦應經專案申請始得為之，是辯護人上開主張，尚無從為被告等免罰之依據。

#### 4. 風倒檫木並非得自由撿拾之漂流木

- (1) 經函詢行政院原住民族委員會之回覆，依《森林法》第 15 條第 5 項規定：「天然災害發生後，國有林竹木漂流至國有林區域外時，當地政府需於一個月內清理註記完畢，未能於一個

月內清理註記完畢者，當地居民得自由撿拾清理。」而本案檫木係因天然災害漂流至道路，道路屬國有林區以外，且當事人撿拾時，已逾一個月，符合上開規定云云。

- (2) 惟此所謂需於「一個月」內清理，旨在督促當地政府儘速清理，一個月之期間並非法定不變期間。況且系爭檫木因颱風、豪雨遭沖至林務局林班地旁道路之時間並不明確，且系爭檫木確實已經林務局新竹林區管理處到場清理，並於未能立即清理之系爭檫木上噴漆烙印加以註記，核與上揭當地居民得自由清理撿拾之情形不符，本案無從適用《森林法》第15條第5項之規定，併此敘明。

### 三、第三審判決

法院認為應撤銷前判決的理由在於：

- (一) 原住民族之傳統習俗有其歷史淵源與文化特色，為促進各族群間公平、永續發展，允以多元主義之觀點、文化相對之角度，以建立共存共榮之族群關係，尤其在原住民族傳統領域土地內所為之依其傳統習俗之行為，在合理之範圍應予以適當之尊重，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。
- (二) 關於上訴人等之行為是否合於《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：
1. 原判決雖以《森林法》第15條第4項之規定、《原住民族基本法》第19條第1項之規定，以及《國有林產物處分規則》第14條、第17條之規定，認為原住民因家具、農具製作而須採取竹木或打撈漂流竹木，仍須向管理機關「專案申請」核准，始得為之。上訴人等未經「專案申請」核准，即在原住民

族傳統領域內採取森林產物，尚無從為上訴人等免罰之依據等情，為其論據。

2. 然而，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，作為美化環境、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為，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，為調查審認。而原審並未斟酌上情，僅以「被告（上訴人）三人主觀上應知並無適法權利取走系爭櫟木，則渠等此部分「所辯即令屬實」，仍難謂無為自己及第三人不法所有之意圖」，已嫌速斷。
3. 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。」此乃是關於採取「國有林林產物」之一般規定。而同法條第 4 項所規定「森林位於原住民族傳統領域土地者，原住民族得依其生活慣俗需要，採取森林產物，其採取之區域、種類、時期、無償、有償及其他應遵行事項之管理規則，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。」則為對於「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，除有適用或準用之明文外，二者並不當然適用或準用。
4. 而《國有林林產物處分規則》，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《國有林林產物處分規則》第 1 條規定「本規則依森林法第十五條第三項規定訂定之」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《國有林林產物處分規則》取代，顯非無疑。

5. 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。

(三) 因此，上訴意旨指摘原判決不當，為有理由。而第三審法院應以第二審判決所確認之事實為判決基礎，原判決之前揭違背法令情形，影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應認原判決有撤銷發回更審之原因。

#### 四、更一審判決

- (一) 基於民族平等及多元文化的發展、延續，從《原住民族基本法》第 20 條第 1 項、第 19 條規定及《森林法》第 15 條第 4 項前段規定，足見政府承認原住民族土地及自然資源權利，並尊重原住民族之傳統文化及生活慣俗。
- (二) 專家證人已於本院前審證稱：司馬庫斯部落是屬於泰雅族「馬里光」群，他們是集體共同經營生活方式。就是不分個人收入、所有收入為共同集體所有。而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。……他們運回倒木並沒有違反部落法律。（問：本案櫟木倒下後經林務局噴漆、蓋鋼印處理後，依部落習慣，這是否列為禁忌不得採取？）部落中沒有這種樹木經國家噴漆不得採取的禁忌。這應該是國家法律禁止。
- (三) 另據行政院原住民族委員會委託國立臺灣大學人類學系進行調查之研究報告中指出：近百年來，泰雅族森林動植物資源的使

用觀念沒有太大的變化，在部落公有的領地範圍內，動植物資源由部落成員共享，不屬於任何個人所有，大家均可採用，在泰雅族的習慣上，對於山中資源是採取一種開放的財產態度，採集果實、搬運木料等行為是被允許的。

- (四) 依上開調查研究報告及專家證人已所述，足徵被告三人依部落決議，在泰雅族馬里光群傳統領域範圍內，將上開櫟木殘餘部分運回部落，以作為部落造景美化景觀之用，係合於上開政府承認原住民族土地及自然資源權利，並尊重原住民族之傳統文化及生活慣俗之立法意旨。
- (五) 再參酌《振興經濟擴大公共建設特別條例》第 4 條第 1 項第 5 款規定「能提升文化生活環境品質」者，亦屬擴大公共建設投資計畫範圍，則被告三人將系爭櫟木搬回以美化部落景觀，係屬能提升原住民族文化生活環境品質，則與國家財政資源分配使用之目的不相違背。又《森林法》之立法目的係為保育森林資源，發揮森林公益及經濟效用；而系爭櫟木係因颱風來襲被土石流沖到路中，被告等並未破壞森林自然資源，且希望能發揮該櫟木之公益及經濟效用，是被告三人之行為並未違反《森林法》之立法目的。
- (六) 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。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，從而，渠等主觀上並未具有不法所有之意圖。是被告三人之行為與《森林法》第 52 條第 1 項第 4 款之竊取森林產物之要件有間。
- (七) 原審失察，遽為被告三人有罪之判決，自有未合。被告等請求撤銷改判，為有理由，自應撤銷原審判決，另為被告三人無罪之諭知。



### 參、本案評析

- 一、我國法院在判決原住民在傳統領域犯罪之案件，法官適用法律條文的態度方向，向來是把原住民當成一般人民來看待，因此每每原住民主張其根據部落決議或傳統原住民文化習慣所為之行為，對法官而言，均無須特別對待，也不足以作為任何阻卻行為違法性或罪責的理由。事實上，分析原住民違反《森林法》規定之情形，常見者，的確不是不知法律有處罰規定。反而是即使知悉法律有處罰規定，亦無強烈的遵法意識。本判決中曾請來了一位專家證人到庭證稱：「根據伊對原住民部落之研究經驗，很多撿拾流木被判刑，這些案件部落都知道，也有討論，再根據伊和部落的人接觸，他們知道即使觸法還是會撿拾，因為這是根據部落法律，他們也知道被林務局查獲會觸法。」
- 二、如果說原住民確實知悉其等竊取櫟木之行為會觸犯法律，何以又願意在部落會議的決議下，進行這樣的違法行為呢？追根究柢的癥結點，應該是原住民對於既有的刑法規範不具認同感，甚至覺得這樣的刑法規範與世居於山林的原住民之傳統生活習慣大相牴觸，且是用以消滅原住民文化的根源之一，以致於原住民遵守法律規範的意識薄弱。此外，近年來尊重原住民傳統文化習慣的呼聲日益高漲，原住民族群潛意識裡也認為，與自身傳統文化或傳統生活習慣有關之行為，均應受到尊重與保護。這樣的自我正當性往往也成為禁止錯誤（誤以為行為是合法的）形成的深層原因。
- 三、森林保育與國有森林產物之維護，固然是《森林法》的立法初衷。然而《森林法》之立法是建立在單一價值觀之上，忽略與抹滅了世居於山林之間的原住民靠山吃山的傳統生活習慣。對懷有強烈部落認同與傳統文化認同的原住民而言，對於原住民本身的部落會議或傳統規範不被國家司法機關所承認，甚至傳統文化生活習慣被國家法律規範的強制力逐步蠶食鯨吞，才是原住民社群爭取生存權與原住民權的核心重點。因而原住民面對傳統規範與

國家既有規範的衝突時，強迫其遵守國家法律規範，實有期待不可能之情形。

四、因此，不管是地方法院或是第一次高等法院之判決，審理之法官乃過度放大系爭檫木的經濟價值與森林保育目的，反之，過度輕視部落會議對三位原住民青年的行為模式之影響。三名部落青年的行為，從刑法理論來看，即使可以評價為「不法行為」，但這樣的不法行為應存在有不可避免的禁止錯誤之情形，也就是欠缺遵守法律的期待可能性，故應從罪責層次去否認其所應負之刑責。

五、高等法院無罪理由中，則是從三位原住民被告欠缺「遵法的期待可能性」的觀點出發。高等法院無罪理由主要是從以下兩點加以論述：其一，從實質違法性之觀點出發，認為被告之行為不具有社會倫理非難性。「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」。其二，則是從竊盜罪之主觀意圖著手，認為被告三人並不具備「不法所有意圖」，因此直接從竊盜罪構成要件的層次著手，並進而以不符合竊盜罪構成要件為由，認定被告無罪。

「系爭檫木雖經林務局竹東工作站人員先將樹幹運走，再將殘餘部分噴紅漆烙鋼印，惟被告三人係基於部落傳統文化及生活慣俗，遵循司馬庫斯部落決議，欲將上開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。」前開無罪判決，值得肯認。

**案例十四** 撿拾漂流木有罪案**案號** 臺灣高雄地方法院 99 年度審訴字第 2486 號**案由** 違反《森林法》**壹、案情簡述****一、案例事實**

庚、丁、甲、乙、丙、戊、己均為魯凱族原住民，明知位在國有林區內之林木，未經該主管機關之同意，不得擅自撿拾，竟於民國 99 年 1 月 2 日上午，共同基於意圖為自己不法所有而竊取森林主產物之犯意聯絡，由丁僱請不知情之古姓駕駛拖板車載運挖土機，另約同庚、甲、乙、丙、戊、己等人，於同日由紅塵峽谷即行政院農業委員會林務局屏東林區管理處六龜工作站所管領之國有荖濃溪區○○區第一林班地進入濁口溪往上游方向行走，行進約 4 公里時，古○福即將該挖土機放置在六龜工作站所管領之國有荖濃溪區○○區第 27 林班地內後下山離去，庚等 7 人則繼續在國有荖濃溪區○○區第 1、27、28、29、30、31、34、35、59、60、62、63、64 林班地內，撿拾具有價值之附表所示之林木，再由甲以鐵樂土噴漆「姚」、「德」作記號在該等林木上，丁則駕駛前開挖土機跟隨在旁，將河砂中之漂流木挖出，及將該等被註記之林木搬運至砂石車可行走之河床上，以利事後砂石車可沿河床將林木載運下山，而方便其等竊取。於 99 年 1 月 5 日上午 8 時許，丁再僱請古姓駕駛拖板車一同上山欲載運挖土機及 13 棵具有價值之林木下山，庚等 6 人則於同日下午上山會合，惟該拖板車駕駛至國有荖濃溪區○○區第 27 林班地時拋錨故障，庚等人遂於 99 年 1 月 6 日上午 10 時許再度返回上開拖板車停放處時，為員警查獲上情。

**二、判決主文**

(一) 一審判決：臺灣高雄地方法院 99 年度審訴字第 2486 號裁定

丁、庚共同犯《森林法》第 52 條第 2 項之竊取森林主產物未遂罪，處有期徒刑陸月，併科罰金新臺幣拾肆萬元，有期徒刑如易科罰金，罰金如易服勞役，均以新臺幣壹仟元折算壹日。

甲、丙、戊、己、乙共同犯《森林法》第 52 條第 2 項之竊取森林主產物未遂罪，處有期徒刑伍月，併科罰金新臺幣拾肆萬元，有期徒刑如易科罰金，罰金如易服勞役，均以新臺幣壹仟元折算壹日。

(二) 聲請再審：臺灣高雄地方法院以 100 年度聲再字第 13 號裁定，第 15 號裁定，駁回再審及停止執行刑罰之聲請。

(三) 聲請再審：臺灣高雄地方法院以 100 年度聲再字第 21 號裁定，再度駁回再審之聲請。

(四) 聲請再審：臺灣高等法院高雄分院 100 年度抗字第 259 號裁定，抗告駁回。

### 三、主要爭議點

被告七人是否可適用《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。」

### 貳、原住民主張

一、高雄縣政府於 98 年 11 月 12 日以府農自字第 0980284686A 號函公告「莫拉克颱風之天然災害發生後國有竹木漂流至國有林區域外，縣民得自由撿拾清理，無須依林產物伐採查驗規則規定申請放行查驗」，並於公告事項中載明撿拾及搬運期間為：自 98 年 11 月 13 日起至 99 年 1 月 12 日止。此公告發布日期為 98 年 11 月 12 日，早於原確定判決之時即 99 年 11 月 15 日。

二、前揭公告雖有「撿拾區域：國有林地外本縣轄區內」之撿拾範圍限制，然莫拉克風災後，涉及本案之國有荖濃溪○○區林班地是

否有明確之界標可供辨識，已非無疑，況莫拉克風災後，當地自然景觀已完全改變，無從期待被告 7 人有能力辨識判斷確切之國有林地界址，被告 7 人僅撿拾河床上之漂流木，並無撿拾國有林地內林木之故意。

- 三、被告 7 人居住之高雄縣茂林鄉係莫拉克風災受創最嚴重之區域之一，災後房屋倒塌物資缺乏，不僅需林木重建房屋，亦需林木供作柴火，裨當地居民免受飢寒之苦，被告 7 人撿拾漂流木實為災後生存不得已之作為，對環境影響亦尚屬輕微。再最高法院 98 年度台上字第 7210 號判決、《原住民族基本法》第 30 條第 1 項規定均已明揭：原住民族傳統領域土地內，依其傳統習俗之行為，應在合理之範圍，予以適當之尊重，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。又觀諸《原住民族基本法》之相關規定，如「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」（第 19 條）、「政府承認原住民族土地及自然資源權利」（第 20 條第 1 項）等，原確定判決對被告 7 人為原住民，所撿拾之林木已不具備《森林法》限制採伐所欲達到之立法目的，以及被告 7 人是否依傳統習俗而撿拾該漂流木等事實，完全未審酌而逕為被告 7 人有罪之判斷，尚嫌速斷。

## 參、法院判決

### 一、認定犯罪事實所根據的證據及理由

1. 前揭公告內容固允許民眾自由撿拾國有林竹木之漂流木，惟撿拾區域乃限於：國有林地「外」高雄縣轄區內，換言之，國有林地「內」之漂流木即不在民眾得自由撿拾之範圍內。證人即查獲警員林○全於偵訊時已證稱：被告姚○德他們都是當地人，他們都知道林班地的範圍，查獲地是從虹塵峽谷往上游走

去，而且是過了拖板車拋錨處再往上游等語，且由查獲警員林○全提出之空照圖，可知查獲漂流木之地點即圖上標示「漂流木堆置地點」之處，及被告 7 人用以休息之簡易工寮，均位在荖濃溪 31 號林班地上，與國有林地、非國有林地之交界處相距甚遠，可見被告 7 人係刻意沿河床一路往上游尋找漂流木，實不似因不知而誤闖國有林地。

2. 另聲請意旨固指摘原確定判決未考量被告 7 人撿拾漂流木實為災後生存不得已之作為；未審酌被告 7 人是否依原住民族傳統習俗撿拾漂流木等語，然就撿拾漂流木之目的，被告姚○德、羅○春於警詢時供稱：「要帶回家作雕刻及桌子」等語；被告李○雄於警詢時陳稱：「要帶回家雕刻」等語；被告陳○則稱：「我不清楚」等語，可知被告 7 人撿拾漂流木之目的，顯非基於災後重建房屋、柴火需要至明，自難認渠等撿拾漂流木之行為，為災後生存所不得已之作為。

## 二、論罪科刑的理由

爰審酌被告 7 人為圖己利，於國有林地竊取森林主產物，不僅造成自然資源及生態之破壞，也減損森林涵養水源、孕育萬物功能，所為實有不該，惟念及被告 7 人於本院審理中均坦承犯行，態度良好，且所著手竊取之森林產物數量尚少，價值非鉅，未生取得財物之結果，所生危害尚小。並參酌渠等 7 人行為分擔之多寡與本案參與程度之高低，及其等犯罪之目的、動機、手段、所生損害等一切情狀，分別量處如主文所示之刑。

## 肆、本案評析

- 一、本案為魯凱族青年撿拾莫拉克颱風過後河床上漂流木案，乃繼民國 94 年尖石鄉風倒櫟木案之後，另一個受注目之原住民竊取森林產物案件。被告 7 名魯凱族青年在一審高雄地方法院審判時，均被判處竊盜罪，且均未提起上訴，因而一審定讞。後來被告尋求

法律諮詢意見與律師協助，因而由律師協助提起兩次再審，然而兩次再審之聲請，均遭法院裁定駁回。

- 二、法院第一次駁回再審之理由（臺灣高雄地方法院以 100 年度聲再字第 13 號裁定），乃是嚴格審查被告撿拾漂流木之目的，是為了雕刻，顯非基於災後重建房屋、柴火之需要。此外法院另認為，根據《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。觀諸前述被告之供述，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。
- 三、在尖石鄉泰雅族青年搬運風倒櫟木一案中，最高法院 98 年度台上字第 7210 號判決曾指出：原住民族在其傳統領域土地內，依其傳統習俗之行為，應在合理之範圍，予以適當之尊重，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，以保障其合法權益等語。然而，本件魯凱族青年撿拾漂流木案中，法院在審理本案第二次再審聲請時，卻對被告行為進行嚴格之認定，完全看不出「應尊重原住民族之傳統習俗、文化及價值觀」之精神，例如嚴格審查漂流木所在位置是在「國有林內」，而非國有林外；且撿拾漂流木之目的是為了木雕之用，與尖石鄉風倒櫟木案之被告是經部落會議決議，將櫟木作為造景美化部落不同。並表達如下看法（臺灣高雄地方法院以 100 年度聲再字第 21 號裁定）：《森林法》第 15 條第 4 項雖明定：「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。」等語，惟溯其立法意旨在於對於「原住民族」傳統生活慣俗之尊重，而非擴及原住民族之「個人」得無條件、任意採集國有森林產物甚明。

四、撿拾風災過後的漂流木，此等撿拾行為，與砍伐生立之森林主產物相比，不管行為手段、不法內涵與對森林保育之侵害，顯然較低。然而法院審理本案時，一直將適用的法條鎖定在《森林法》第 15 條第 3 項關於「國有林產物」的竊取問題，完全無視《森林法》第 15 條第 4 項允許原住民在原住民族傳統領域土地之採集森林產物之權利。因此本案判決不僅否認「木雕」自用目的，認為與原住民族傳統習慣不符，且一再斤斤計較原住民撿拾漂流木之地區是在「國有林內」還是「國有林外」，並認為只有在國有林外的漂流木，才可由民眾自由撿拾，如仍在國有林內，就必須根據《國有林產物處分規則》，專案申請核准而撿拾。在經歷尖石鄉風倒櫟木案之後，再度看見如此保守之判決內容，實在看不出來司法實務有何「適度」尊重原住民族傳統習慣可言，看到的反而是以一堆繁瑣的法律條文，層層束縛原住民行使採集森林產物的「生存權」。

### 案例十五 誤殺山羌案

案號 臺灣臺東地方法院 97 年度訴字第 148 號

案由 違反《槍砲彈藥刀械管制條例》等

## 壹、案情簡述

### 一、案例事實

甲、乙為排灣族平地原住民，兩人於民國 97 年 3 月由甲開車載乙前往臺東縣山區打獵。二人共同非法持有具殺傷力之土造獵槍 1 把，甲



並持有子彈、火藥與瓦斯噴燈。甲、乙為供己食用，明知上開山區內常有保育類動物山羌出沒，本可預見在該山區內持槍獵捕野生動物，如未確認獵物之種類，即恣意對之開槍射擊，有可能射傷甚或擊斃保育類野生動物，但仍在不違背二人之本意下，共同基於非法獵捕保育類野生動物未必故意之犯意聯絡，由甲使用上述土造獵槍射擊獵捕保育類野生動物山羌 1 隻，並由乙前去取回該山羌之屍體，並持前揭瓦斯噴燈，以火烤方式除去該山羌屍體體毛，以掩人耳目。嗣於同日稍後，二人駕車下山途中為警方盤檢查獲。

檢察官以甲、乙共同違反《槍砲彈藥刀械管制條例》第 8 條第 4 項未經許可持有非獵槍之罪，以及《野生動物保育法》第 41 條第 1 項第 1 款族群量未逾越環境容許量獵捕保育類野生動物罪，將甲、乙提起公訴。

## 二、判決主文

甲、乙共同未具族群量逾越環境容許量之條件，獵捕保育類野生動物；甲累犯，處有期徒刑捌月；乙處有期徒刑柒月。

甲、乙被訴未經許可持有獵槍部分，均無罪。

## 三、主要爭議點

原住民進行狩獵時，是否必須先行確認物種後，才能開槍射擊？射擊後才發現所射之動物為保育類野生動物，是否仍然具有「未必故意」？

## 貳、原住民主張

被告甲、乙均係排灣族原住民，主張狩獵為其傳統生活方式之一，具有歷史傳承及文化上之意義，且該習俗目前仍為大多數原住民所奉行，成為日常生活不可分之一部。

### 參、法院判決

- 一、按保育類野生動物應予保育，除具有族群量逾越環境容許量之條件外，不得獵捕、宰殺之，《野生動物保育法》第 18 條第 1 項第 1 款、第 41 條第 1 項第 1 款分別定有明文。查山羌（學名：Muntiacus reevesi micrurus）係屬行政院農業委員會指定公告為應予保育之野生動物已如上述，而該委員會迄今尚無《野生動物保育法》第 18 條第 1 項第 1 款族群量逾越環境容許量之相關公告，此為本院審理違反《野生動物保育法》案件職務上所已知者，是山羌之族群量目前並未逾越環境容許量甚明。
- 二、被告在山區使用槍枝打獵，本應小心從事，以免再度觸法，其竟捨此弗為，猶恣意對物種不明之野生動物開槍射擊，殊難認被告甲於非法獵捕保育類野生動物之事實無從預見其能發生，且主觀上確信其不致發生。準此，被告甲、乙本可預見在前揭山區內持槍獵捕野生動物，如未確認獵物之種類，即恣意對之開槍射擊，有可能射傷擊斃保育類野生動物，竟仍開槍射擊物種不明之野生動物，因而獵得前開山羌，被告二人主觀上皆已具有該行為果真發生構成要件所預定之結果，亦在所不惜，聽任結果發生之內心情狀，足認其均有非法獵捕保育類野生動物不確定故意之犯意甚明。

### 肆、本案評析

- 一、對於原住民「誤殺」保育野生類動物之行為，不管是射擊時誤射，或是設陷阱時，保育野生類動物掉入陷阱，在司法審判中，法官只要看見獵物屬「保育野生類動物」，多半直接認定原住民狩獵行為違反《野生動物保育法》，而不去深究「誤殺」或「動物誤入陷阱」的辯詞是否有理。對於被告主觀上有無獵殺保育野生類動物的故意，均會做出類似本案判決一樣的推論，亦即，在山區內持槍獵捕野生動物，如未確認獵物之種類，即恣意對之開槍射擊，有可能射傷擊斃保育類野生動物，竟仍開槍射擊物種不明之

野生動物，因而獵得前開山羌，主觀上皆已具有該行為果真發生構成要件所預定之結果，亦在所不惜，聽任結果發生之「不確定故意」。

- 二、前開對於射殺保育類野生動物的推論，基本上，就是一個不從事狩獵活動，也不瞭解狩獵知識技術的「漢人法官」之典型觀點，認為保育類野生動物的保護，應遠遠凌駕於原住民族狩獵傳統文化的思維邏輯。此外，法官也常認為，「設陷阱」或「夜間朝著動物發亮的眼睛射殺」之前，應該再三確認或謹慎小心，以避免所獵殺之動物為保育類野生動物。惟此等要求未確認獵物之種類前不得獵殺捕捉之規範命令，是否現實上得以實踐？如果法官認為在「夜間」狩獵開槍之前，原住民獵人應確認再三，該動物是否為保育類野生動物還是一般野生動物，則是否應明確指出是否真的有此等狩獵法則與確認方式？如果法官不知道有何方式可以確認，是否應該請熟悉狩獵的原住民族專家到法庭加以說明，是否有何夜間可辨識動物物種的方式，以防誤射？
- 三、原住民持獵槍進行狩獵活動，多如本案一樣，是在夜間進行。通常在夜間狩獵時，只要看見動物眼睛發光，就會朝動物射擊，此乃原住民狩獵的方式。然而根據目前的《野生動物保育法》之規定，如果射中之動物為一般野生動物，固屬不罰行為，如為保育類野生動物，則仍屬犯罪行為。惟從刑法理論來看，不知道所獵殺之動物屬保育類野生動物，乃是行為人對於犯罪構成要件的「客體」認識錯誤，此屬「構成要件錯誤」，應阻卻故意的成立。換言之，必須行為人認識到其所射殺的動物為保育類野生動物且有意為之，如此才算有犯罪故意。然而目前相關判決均不將此等誤殺保育類野生動物行為，解釋為「構成要件錯誤」，而一概認為行為人有獵殺保育類野生動物未必故意，顯然就是以漢人想法進行法律推論。故本書認為，此類誤殺案件，均應以構成要件錯誤為由，認定原住民被告主觀上欠缺獵殺保育類野生動物之故意，判決被告無罪，始較妥適。

案例十六 臺灣野山羊、山羌、獼猴案

案號 臺灣高等法院高雄分院 101 年度上訴字 135 號

案由 違反《野生動物保育法》

## 壹、案情簡述

### 一、案例事實

陳○良與陳○東係甥、舅關係，均係布農族山地原住民，渠 2 人明知臺灣野山羊（即臺灣長鬃山羊）、山羌、臺灣獼猴均為保育類野生動物，其中臺灣野山羊經主管機關行政院農業委員會公告列為珍貴稀有之保育類野生動物，山羌及臺灣獼猴則經公告列為其他應予保育之野生動物，且無族群量逾越環境容許量，亦無基於學術研究或教育目的而經中央主管機關許可之情形，竟共同基於獵捕、宰殺保育類野生動物之犯意聯絡，於民國 100 年 4 月 13 日 19 時許，一同前往陳○良位於高雄市山區之果園，合力搜尋當地出沒活動之動物，並由陳○東持用自製獵槍及子彈（涉嫌違反《槍砲彈藥刀械管制條例》罪嫌部分獲不起訴處分確定），接續射擊珍貴稀有保育類野生動物臺灣野山羊 1 隻、其他應予保育類野生動物山羌 3 隻、臺灣獼猴 1 隻，使喪失活動能力，陳○良則在旁協力獵捕後，兩人將所獵獲之上開野生動物予以宰殺。嗣陳○東於 100 年 4 月 14 日 20 時 30 分許，駕駛自用小貨車搭載陳○良，行經高雄市○○區臺 27 甲線 9.4 公里處，為員警執行路檢勤務而當場查獲，並扣得陳○東所有，供其及陳○良共同獵捕上開保育類野生動物所用之自製土造獵槍 1 支、底火 1 盒、已裝填火藥鋼珠鋼管 23 支、空鋼管 4 支、裝鋼管皮套 1 只，及已遭宰殺肢解並燒烤之臺灣野山羊 1 隻、山羌 3 隻、臺灣獼猴 1 隻。案經高雄市政府警察局○○分局移送臺灣高雄地方法院檢察署檢察官偵查起訴。

## 二、判決主文

原判決撤銷。

陳○東、陳○良共同犯《野生動物保育法》第 41 條第 1 項第 1 款、第 2 款之非法獵捕、宰殺保育類野生動物罪，各處有期徒刑陸月，如易科罰金，均以新臺幣壹仟元折算壹日。扣案之土造獵槍壹支、底火壹盒、已裝填火藥鋼珠鋼管貳拾支、空鋼管肆支、裝鋼管皮套壹只，均沒收。

## 三、主要爭議點

山羌、獼猴等保育類動物之數量，是否仍達受保育之程度？當原住民狩獵傳統與山羌、獼猴之物種保護相衝突時，對山羌、獼猴之保護，是否「絕對凌駕」於原住民族狩獵文化傳統？目前保育類野生動物的列表是否應將山羌、臺灣獼猴放寬認定？

## 貳、原住民主張

- 一、果園內的水果快成熟了，為了保護水果才會獵捕侵犯果園的野生動物。
- 二、伊等獵捕時係夜間，只有看見該動物眼睛發光，並無法辨識係何種動物。
- 三、當時係布農族的射耳祭，獵捕野生動物也是射耳祭的慶典活動之一。

## 參、法院判決

### 一、認定犯罪事實所根據的證據及理由

- (一) 前開訟爭事實為被告 2 人所不爭執，並有高雄市政府警察局○分局扣押筆錄、扣押物品目錄表及應扣押之物證明書、扣押物品照片、國立屏東科技大學研究發展處野生動物保育服務中心 100 年 4 月 15 日物種鑑定書及鑑定照片、現場照片，暨陳○東、陳○良之戶籍謄本等在卷足資佐證，是此部分之事實，足

堪認定。

(二) 高雄市桃源區寶山里於 100 年 4 月 12 日至同月 15 日，固有舉辦 100 年度布農族射耳祭儀暨農特產品促銷活動，惟布農族射耳祭典中所謂「報戰功」，係指原住民於祭典中狩獵回來，要將全部獵得之獵物放在主祭臺上，讓所有部落的人看之情，業經證人即高雄市政府警察局○○分局○○分駐所員警高○綱結證在卷；而前開活動計畫案中，亦確有「報戰功」之記載，此觀之上揭活動計畫案所載即明。再佐以射耳祭係布農族最大祭典，此祭典係與野生動物有關，因為「射耳」的意思就是射山鹿的耳朵，在古代，射耳祭的活動內容一定要捕殺野生動物，現行法律雖不允許獵捕保育類野生動物，但除了保育類野生動物外，山豬在原鄉因會破壞農作物，原住民為了保護農作物，所以會獵捕山豬。至於獵捕山豬不一定是在射耳祭時，若農作物被破壞，不論是否射耳祭均會獵捕山豬等情，亦經證人陳○輝結證在卷；另證人高○綱結證稱：射耳祭有打獵的行為等語；證人即行政院農業委員會務局屏東林區管理處○○工作站人員朱○雄證稱：此次射耳祭活動，100 年 4 月 12 日舉辦之射耳祭有狩獵行為等語，均表示布農族之射耳祭確有狩獵活動，證人朱○雄甚且更進一步表示此次射耳祭亦有狩獵行為，則上開寶山里舉辦之活動計畫內容雖無特別有關於獵殺野生動物之規畫，惟該活動並不禁止布農族原住民於射耳祭期間狩獵，且確有原住民於該活動期間狩獵，殆可認定。

(三) 苟其 2 人於獵捕伊始，係因夜黑無法辨識係何種動物，而為誤射，衡諸常情，其等於誤射第 1 隻保育類野生動物後，即應警覺該地有保育類野生動物出沒，於有獵捕第 2 隻動物之必要時，即應謹慎從事，甚或不再射獵，乃其等不此之圖，一再率然射獵，且所獵捕之 5 隻動物，全係保育類野生動物，誠與常情有悖。

再者，被告 2 人獵捕之前開保育類野生動物，於其等為警查獲

時，該等動物均經肢解並燒烤，前亦述及；而死亡之動物經肢解及燒烤後，欲憑藉目測確定係屬何種動物，則具一定之困難度，此為一般人所知之事項；被告 2 人於 100 年 4 月 13 日晚間獵得上開保育類野生動物後，於翌日白天都在山上烤及剝皮，至晚上始欲將該獵物帶回住處，亦經被告陳○東供陳在卷。而若被告 2 人係於射擊時始知該等動物均係保育類野生動物，衡情其等惟恐再度觸犯法律，心情應有相當程度之不安，丟棄該等動物已惟恐不及，實無於翌日白天特意留在山上將該獵物剝皮、燒烤，待晚間始下山返家之可能，故被告 2 人獵得上開保育類野生動物後，特意將之剝皮、燒烤，待晚間始下山返家，其等之目的係在於掩人耳目，至為灼然。

- (四) 此次布農族射耳祭並不禁止原住民於射耳祭期間狩獵，惟現代因有《野生動物保育法》，所以法律並不允許射耳祭獵捕「保育類野生動物」；酌以寶山里此次舉辦布農族射耳祭，並未向主管機關高雄市政府農業局申請核可「獵捕或宰殺保育類野生動物」，有高雄市政府農業局 100 年 6 月 17 日高市鳳山農牧字第 1001014012 號函在卷可按。由之足見雖布農族原住民於射耳祭期間有狩獵野生動物之傳統，亦不得狩獵「保育類野生動物」。再由被告 2 人前開舉措，足徵其等自始即有獵捕保育類野生動物之故意，所辯係因射耳祭活動始獵捕上開保育類野生動物等語，尚無足採。
- (五) 綜上，被告 2 人上揭所辯，核係事後圖卸之詞，無足採信。事證明確，其 2 人前開非法獵捕、宰殺保育類野生動物犯行，洵堪認定。
- (六) 按保育類野生動物，包括瀕臨絕種、珍貴稀有及其他應予保育之野生動物；又保育類野生動物非有族群量逾越環境容許量者，或基於學術研究或教育目的，經中央主管機關許可者，均應予保育，不得騷擾、虐待、獵捕、宰殺或為其他利用，《野生動物保育法》第 4 條第 1 項第 1 款及第 18 條第 1 項分別定有

明文。

- (七) 查臺灣野山羊業經主管機關農委會公告列為珍貴稀有之保育類野生動物，山羌及臺灣獼猴則經公告列為其他應予保育之野生動物，且均無有族群量逾越環境容許量，或基於學術研究或教育目的經中央主管機關許可之情形，被告陳○東、陳○良非法予以獵捕、宰殺，是核其 2 人所為，均係違反《野生動物保育法》第 18 條第 1 項規定，應依同法第 41 條第 1 項第 1 款、第 2 款規定論處。公訴意旨漏未論究被告 2 人有違反《野生動物保育法》第 18 條第 1 項第 2 款規定情事，亦應依同法第 41 條第 1 項第 2 款規定論處，尚有未合。又被告 2 人就上開犯行，有犯意聯絡及行為分擔，應論以共同正犯。被告 2 人在同一地點，於密接之時間點獵捕前開 5 隻保育類野生動物，依一般社會健全觀念，其行為難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續實行，較為合理，應論以接續犯之單純一罪。

## 二、論罪科刑的理由

原審認被告 2 人罪證明確，因而予以論科，固非無見。惟查：

- (一) 被告 2 人所為，係未具《野生動物保育法》第 18 條第 1 項所定之 2 款條件，應依同法第 41 條第 1 項第 1 款、第 2 款規定予以處罰，原判決認被告 2 人所為，僅未具《野生動物保育法》第 18 條第 1 項第 1 款之條件，應依同法第 41 條第 1 項第 1 款規定予以處罰，法律適用，尚有未妥。
- (二) 按《野生動物保育法》較之《刑法》，係屬特別法，是以，依特別法優於普通法原則，如二者就同一事項均有規定，自應優先適用屬特別法之《野生動物保育法》。本案有關被告 2 人持以獵捕上開保育類野生動物所用之扣案土造獵槍、底火、已裝填火藥鋼珠鋼管、空鋼管、裝鋼管皮套等物，均係供被告 2 人本案犯罪所用之獵具，而《野生動物保育法》就此供犯罪所用之物是否沒收，該法第 52 條第 1 項後段定有明文，揆諸上開說明，雖《刑法》第 38 條第 1 項第 2 款就之亦有規定，仍應優先適用



《野生動物保育法》第 52 條第 1 項後段之規定。原判決就上開供被告 2 人犯《野生動物保育法》第 41 條第 1 項第 1、2 款之罪所用之扣押物，逕依《刑法》第 38 條第 1 項第 2 款規定宣告沒收，尚有未合。被告 2 人上訴意旨否認犯罪，據之指摘原判決不當，固無理由，惟原判決既有上開可議之處，自應由本院將之撤銷改判。爰審酌被告 2 人明知野生動物之保育，乃在維護物種之多樣性與自然生態之平衡，對地球生存具有相當之重要性，竟為一己之私逕予獵捕上開保育類野生動物，所為實有未該，犯後復飾詞否認有犯罪故意，難認有真誠悔改之意；惟衡以被告 2 人坦承有獵捕、宰殺上開保育類野生動物之客觀行為等一切情狀，分別量處有期徒刑 6 月，並均諭知以新臺幣 1,000 元折算 1 日之易科罰金折算標準。扣案之土造獵槍 1 支、底火 1 盒、已裝填火藥鋼珠鋼管 23 支、空鋼管 4 支、裝鋼管皮套 1 只，為被告陳○東所有，供其與被告陳○良本件犯罪所用之物，前已述及，爰依《野生動物保育法》第 52 條第 1 項後段及共同正犯責任共同原則，於被告 2 人罪刑項下予以宣告沒收。至為被告 2 人獵捕之臺灣野山羊 1 隻、山羌 3 隻、臺灣獼猴 1 隻，業經宰殺，其屍體雖為野生動物產製品，惟非被告 2 人所有，自不為沒收之諭知。

## 肆、本案評析

- 一、本件評析的重點，主要在於「山羌」與「臺灣獼猴」的保育必要性。近幾十年來，原住民族的生活方式，在漢人統治之下，被迫從漁獵為主、農耕為輔，轉為農耕為主，已剝奪其對山林資源之依賴。然而原住民族在務農生活上，時有所聞遭野生動物之侵擾，<sup>21</sup>以沖天炮、音響、反光鏡、炮筒及架設圍籬等方法，皆只能達到一時的驅猴效果，實在是僅能治標而不能治本。雖有關農

21 僅列其中相關報導：原視新聞網，<http://0rz.tw/AYt2M>（最後瀏覽日：03/15/2013）；原視新聞網，<http://0rz.tw/oadBa>（最後瀏覽日：03/15/2013）。

作成熟採收期皆可向公所申請，僱請原住民族獵人以獵槍「嚇阻」獼猴，但仍然效果不彰，<sup>22</sup>每年到了農作物收成的季節，仍有稻穀、甜柿、柑橘、竹筍、玉米等經濟作物受到侵害。且受害面積若未達到天然災害之程度，更無法申請補助，使原住民損失慘重。族人頻頻期盼修法通過，可讓其獵捕獼猴以防猴災。然而主管機關表示，在《野生動物保育法》尚未修法之前儘量以驅趕之方式替代獵捕，也有原住民表示，狩獵申請條件太過嚴苛，無法杜絕猴災，影響生計。<sup>23</sup>

二、依《野生動物保育法》第 4 條野生動物區分為保育類、一般類野生動物，保育類野生動物，由野生動物保育諮詢委員會評估分類，中央主管機關指定公告，並製作名錄。且依行政院農業委員會林務局所供告知保育類野生動物名錄，保育等級，分為瀕臨絕種、珍貴稀有、其他應予保育三級。根據林務局出版之臺灣地區保育類野生動物圖鑑，本判決除了臺灣山羊列為珍貴稀有保育類等級之外，山羌及臺灣獼猴因野外調查資料顯示其分布普遍、族群數量不少，且人類狩獵壓力與棲地破壞等因素，顯然對其生存已較不具威脅性，已經調整為其他應予保育類野生動物。<sup>24</sup>尤其是常傳出破壞農作之臺灣獼猴，由於保育觀念普及，其族群數量已經逐年增加，根據圖鑑指出，臺灣獼猴所面臨之保育焦點，已經從過去生存最大威脅來自人為狩獵與棲息地破壞，轉為危害農作物與擾民等問題之處理。顯見臺灣獼猴擾民的問題不斷，再怎麼以驅趕之手段也無法根治。

三、依《野生動物保育法》第 20 條之 1 第 2 項授權制定，於民國 101 年 6 月 6 日發布施行之「原住民基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」，其第 6 條第 2 項：「前項各地區原住民族之傳統領域、文化、祭儀、獵捕區域、期間、方式及動物種

22 原視新聞網，<http://0rz.tw/oadBa>（最後瀏覽日：03/15/2013）。

23 〈獼猴橫行毀作物 延平人盼修法獵捕〉，原視新聞網，<http://0rz.tw/vFEm9>（最後瀏覽日：03/15/2013）。

24 馮雙、翁嘉駿、陳怡如（2010），《臺灣地區保育類野生動物圖鑑》，頁 17-18。

類如列表。」此根據各部落調查出來之文化祭典所列出之動物種類專表，包含了於花蓮縣之阿美族在豐年祭時，得以獵槍、自製獵補器獵捕山羌、臺灣野山羊、臺灣水鹿、臺灣獼猴、老鼠、白鼻心、野兔及山豬。若為定期獵捕活動，根據部落會議通過後，申請人得於獵捕活動三十日前向主管機關申請，若為非定期性則需獵捕活動五日前提出申請，經主管機關審查通過後，僅須符合本辦法所附列表之內容，即使同為《野生動物保育法》列為保育類動物，亦可加以獵捕。<sup>25</sup>此亦可看出，山羌與臺灣獼猴之保育重要性與必要性，已顯然降低。

四、由於臺灣獼猴與山羌在現階段的「保育必要性」已顯然降低，故當原住民族狩獵文化與保育「臺灣獼猴」、「山羌」之物種多樣性兩種價值相衝突時，是否必然認為原住民族狩獵文化必須絕對退讓，而「臺灣獼猴」與「山羌」的保護必要性則絕對優先，並非沒有疑義。故對於原住民獵殺山羌與獼猴之案例，本書認為，不管在保育類動物的列表規範上，還是刑事判決的量刑範疇上，均應考慮此兩類物種的保育必要性已然降低，法益保護利益也降低，故應做出原住民族狩獵傳統應優先於山羌、獼猴保護之利益衡量。

### 案例十七 傳統蘆藤捕魚案

案號 臺灣高雄地方法院 89 年度訴字第 2490 號

案由 違反《漁業法》

## 壹、案情簡述

### 一、案例事實

甲為布農族原住民，明知採捕水產動植物，不得使用麻醉物方式採

25 「原住民基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」第 4 條至第 6 條。

捕，竟於民國 89 年 10 月，將預先在山上採集具有麻醉成分之蘆藤搗碎後，投入高雄縣桃源鄉溪中，使魚類因遭蘆藤所含物質麻醉後浮出水面而撈捕之，以此方式共捕得固魚（俗名「苦花」）37 台斤，嗣為警查獲，並扣得上開固魚 37 台斤。

公訴人以甲違反《漁業法》第 48 條第 1 項第 3 款之使用麻醉物捕魚罪，將甲提起公訴。

## 二、判決主文

甲違反採捕水產動植物，不得使用麻醉物之規定，處拘役肆拾日，如易科罰金，以參佰元折算壹日。

## 三、主要爭議點

原住民以蘆藤捕魚是否違反《漁業法》？

## 貳、原住民主張

- 一、以蘆藤捕魚為原住民族之生活習慣，魚類雖經中毒浮出水面，但過一下子就會活過來，不致於影響生態。
- 二、伊非漁業人，自不適用《漁業法》，僅應適用《野生動物保育法》處以罰鍰。

## 參、法院判決

### 一、認定犯罪事實所根據的證據及理由

- （一）被告甲對於上開時、地以蘆藤捕魚之事實供述不諱。有贓物固魚 37 台斤扣案可證，且被告所用之蘆藤，有麻醉魚類使之浮出水面之效果，並經證人乙到庭結證明確，堪認蘆藤確屬《漁業法》第 48 條第 1 項第 1 款所稱之麻醉物甚明。
- （二）經查，被告為布農族原住民，依該族習慣雖有以蘆藤捕魚之習俗，此經證人乙（亦為布農族人）到庭結證：「（問：布農族人捕魚之習慣為何？）我們是將蘆藤以石頭搗一搗後放在溪中然

後魚就會浮出水面」、「(問：這是布農族之捕魚習慣?)是，我們不釣魚的」等語明確；然《漁業法》既明定採捕水產動植物不得使用麻醉物，且客觀上尚有其他合法採捕方式(如釣捕方式)可供使用，縱認被告所屬部落原有以蘆藤採捕之習俗，亦不能據以阻卻其違法性。

(三)查《漁業法》之相關規定，雖以漁業人為主要規範對象，然保育水產資源亦為該法之立法目的之一，此觀同法第 1 條及第五章「保育與管理」之規定甚明，該法第 48 條又係以保育水產資源為直接目的，解釋上其規範對象即非僅以漁業人為限，是被告所辯本件應無《漁業法》之適用云云，尚無可採。至被告之行為是否同時違反《野生動物保育法》而應處以罰鍰，與其是否違反《漁業法》係屬二事，被告就此所辯尚無足採。

(四)綜上所述，被告使用麻醉物採捕水產動物之事證明確，其犯行堪以認定，應依法論科。

## 二、論罪科刑的理由

(一)核被告所為，係違反《漁業法》第 48 條第 1 項第 3 款不得使用麻醉物採捕水產動植物之規定，而應依同法第 60 條第 1 項處斷。

(二)審酌被告係布農族原住民，依其傳統習慣採捕魚類，惡性非高，其犯罪之動機、目的、手段，其品性、生活狀況、智識程度，其犯罪所生之損害非鉅，及犯罪後態度尚佳等一切情狀，量處如主文所示之刑。

## 肆、本案評析

一、對原住民而言，狩獵與採集森林產物固屬原住民族傳統生活方式，然而捕魚行為，也一直是原住民族傳統生活方式之一。甚至可以說，捕魚行為應屬廣義的原住民族「狩獵權」之範疇。<sup>26</sup>

<sup>26</sup> 鄭川如(2012)，〈由生存權、文化權而來的狩獵權——從美國最高法院判決談台灣原住民的狩獵權、魚權〉，《台灣原住民族研究學報》，第 2 卷第 1 期，頁 102 以下。

二、對於原住民族狩獵之方式，現行《野生動物保育法》第 19 條固然規定：「獵捕野生動物，不得以下列方法為之：一、使用炸藥或其他爆裂物。二、使用毒物。三、使用電氣、麻醉物或麻痺之方法。四、架設網具。五、使用獵槍以外之其他種類槍械。六、使用陷阱、獸鈹或特殊獵捕工具。七、其他經主管機關公告禁止之方法。」然而，同法第 20 條之 1 第 1 項也針對原住民族狩獵方式作了放寬的規定，亦即：「臺灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者」，不受第 19 條第 1 項各款規定之限制。但從本判決案例可知，同為原住民族傳統習俗與生活方式，狩獵行為得依《野生動物保育法》第 21 條之 1 第 1 項之規定不適用刑罰，然而，原住民依傳統方式捕魚，卻可能受到《漁業法》的刑罰處罰，實有立法不周延之處。

三、以鄒族為例，其傳統領域在濁水溪與荖濃溪上游，和江河流域緊密聯繫，河川之水與其孕育之動植物對鄒族社會提供重要經濟維生基礎，無論有形技能與知識，無形之宗教信仰儀式與宇宙觀都與之相生相息，故有學者稱為鄒族之河川文化。從其氏族對於河流分配、捕撈技術與河川一事都可以顯現鄒族對於河川有「公共性」之觀念。<sup>27</sup>以蘆藤毒昏魚之撈捕技術為例，此藤類毒性弱，魚類受毒昏迷通常一段時間後就會恢復，惟因毒藤汁是順水流而下，對於下流流域之魚群生態也會有所影響，故毒魚之前須告知下游魚場氏族擁有者，因而甚至有「共同毒魚」之習俗，魚獲亦是共同從事毒魚活動者共同分配，此亦為公共性之展現。<sup>28</sup>

四、蘆藤毒昏魚之捕捉技術雖與釣魚或以草束撈魚之技術相比，係侵害水流域面積廣大之方式，但此種捕魚方式幾年才會舉行一次，係屬於部落或是族集體性捕撈活動，藉由毒魚儀式舉行此種侵害

27 浦忠勇（2012），〈河川公共性的轉化：曾文溪上游治理的人文反思〉，《台灣原住民研究論叢》，第 12 期，頁 96-99。

28 同前揭註 27，頁 100-105。頁 105 對毒魚祭儀式有說明：「鄒族傳統行毒魚當天清晨，參與毒魚的族人行此儀式，長老以酒祭祀土地神，另一長老裸身躍入河中游泳，並以仰泳模擬魚類被毒後翻身模樣，其他人在排列河岸做撈魚動作。行此儀式後，毒魚活動正式開始。」

較大的捕撈活動，也代表鄒族人對山川神靈之慎重心意，對河流生態永續共存之精神。此外，蘆藤的毒性弱，有害性低，不僅不會導致魚群死亡，該等被蘆藤毒暈的魚亦仍可食用，因此原住民才會以此方式捕魚以供食用。

五、故本案應允許原住民行使文化抗辯，即便《漁業法》沒有類似《野生動物保育法》第 20 條之 1 除外不罰之規定，也應該為有利於原住民被告的類推適用，亦即允許原住民類推適用《野生動物保育法》第 20 條之 1 之規定，以真正落實維護原住民族傳統文化之目的。《漁業法》尚未修法增訂有利於原住民族傳統捕魚習慣的除罪化規定，屬立法漏洞。此外，根據《野生動物保育法》第 21 條之 1 第 2 項規定之授權，主管行政機關於民國 101 年 6 月 6 日發布施行「原住民基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」，其中就原住民族各族群於特定祭儀使用蘆藤（魚藤）捕溪魚、溪蝦有附表規定，申請人僅需於獵捕活動開始前一定期間向主管行政機關提出申請，取得許可即得以蘆藤捕魚。若此行為得到主管行政機關許可，但仍適用《漁業法》第 48 條加以偵辦，豈非違反《野生動物保育法》該條與上開管理辦法之意旨。故本書認為《漁業法》應增訂除罪規定，縱未規定在法律適用上也應類推《野生動物保育法》第 21 條之 1 規定，許可原住民使用蘆藤捕魚。

## 案例十八 陷阱獵捕案

案號 臺灣宜蘭地方法院 97 年度訴字第 160 號

案由 違反《野生動物保育法》等

### 壹、案情簡述

#### 一、案例事實

甲、乙、丙均為山地原住民，其等知悉臺灣長鬃山羊及山羌係屬珍貴稀有之保育類野生動物，不得任意獵捕，且其等可預見若隨意設置陷阱，將有獵得上開保育類野生動物之可能，猶基於縱使獵得保育類野生動物，亦無違其本意之犯意聯絡，於民國 97 年 1 月在宜蘭縣大同鄉原住民保留地內，共同設置鋼絲線圈、捕獸夾作為陷阱，容任前開保育類野生動物落入陷阱。數日後，三人再次前往上開原住民保留地，將捕獲之臺灣長鬃山羊 1 隻及山羌 2 隻搬運下山，嗣於同日上午為警查獲，當場扣得三人所共有之供獵捕野生動物所用之工具及獵物。

公訴人以甲、乙、丙共同違犯《野生動物保育法》第 41 條第 1 款、第 3 款之非法獵捕保育類野生動物罪將上開三人提起公訴，並以乙、丙共同違犯《槍砲彈藥刀械管制條例》第 8 條第 4 款之非法持有獵槍罪，將乙、丙提起公訴。

#### 二、判決主文

甲、乙、丙共同犯《野生動物保育法》第 41 條第 1 款、第 3 款之非法獵捕保育類野生動物罪，各處有期徒刑陸月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。均緩刑貳年。

乙、丙被訴違反《槍砲彈藥刀械管制條例》部分無罪。

#### 三、主要爭議點

被告設陷阱欲捕山豬卻誤捕山羌，是否觸犯《野生動物保育法》？



## 貳、原住民主張

被告甲、乙、丙稱：因為該處之農作物及竹子都被山豬挖，是整片的，所以判斷有山豬出沒，因為該處海拔較低，山羌不會出現在那裡，長鬃山羊則是在峭壁活動，也不會出現在那裡，所以設置陷阱時，並沒有想過會捕獲山羌及長鬃山羊云云。

## 參、法院判決

### 一、認定犯罪事實所根據的證據及理由

- (一) 行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生而其發生並不違背其本意者，以故意論，《刑法》第 13 條定有明文，是行為人對特定結果之發生，主觀上有所預見，且結果之發生無違其本意，而仍執意為之者，即應對該結果負未必故意之責任。
- (二) 查被告甲、乙、丙三人於偵查中均稱：三人知道在該處設置陷阱有獵得山豬以外動物之可能，也知道可能獵得保育類野生動物，是被告三人主觀上顯有捕獲保育類野生動物之認知，仍依其等原訂之計畫設置鋼絲線圈、捕獸夾，又未採取任何防範措施，防免捕得保育類野生動物之可能，客觀上因而捕獲屬於保育類野生動物之臺灣長鬃山羊 1 隻及山羌 2 隻，並將之攜帶下山，可見該結果之發生並無違其等之本意，則被告三人即應就結果之發生負未必故意之責任。被告丙雖於本院審理時陳稱：因為該處之農作物及竹子都被山豬挖，是整片的，所以判斷有山豬出沒，因為該處海拔較低，山羌不會出現在那裡，長鬃山羊則是在峭壁活動，也不會出現在那裡，所以設置陷阱時，並沒有想過會捕獲山羌及長鬃山羊云云，然既然山豬肆虐，損壞農作物嚴重，何以設置陷阱長達 10 日，不僅未捕得山豬，反而捕獲臺灣長鬃山羊 1 隻及山羌 2 隻，又依捕獲山羌之數量可知，被告等人設置陷阱之地點應係適宜山羌棲息、出沒之處所，而非偶一落單、迷途所可解釋，是被告三人上開辯詞均不

可採，犯行明確，應依法論科。

## 二、論罪科刑的理由

- (一) 爰審酌被告三人為原住民，犯罪後坦承犯行，態度良好，分別量處如主文所示之刑。
- (二) 被告三人前未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，因一時失慮以致犯罪，經此應知警惕而無再犯之虞，是以認為暫不執行其刑為適當，併予宣告緩刑。

## 肆、本案評析

- 一、本判決原住民被告主張其在該地設置陷阱係為了捕捉山豬，但卻誤捕山羌及山羊，僅因怕浪費食物而帶下山，對於此主張，法院加以駁斥之理由為，「既然山豬肆虐，損壞農作物嚴重，何以設置陷阱長達 10 日，不僅未捕得山豬，反而捕獲臺灣長鬃山羊 1 隻及山羌 2 隻，又依捕獲山羌之數量可知，被告等人設置陷阱之地點應係適宜山羌棲息、出沒之處所」，因此認定，被告對於獵捕山豬以外之「保育類野生動物」有預見，且事後攜帶下山並無違其等之本意，來認定原住民被告有《刑法》第 13 條之未必故意。
- 二、本案原住民抗辯的內容常常出現在法庭中，亦即原住民主張，設置陷阱的位置是根據山豬的路徑而設，或是設在山豬出沒範圍，然而只要掉入陷阱的不是山豬而是其他保育類野生動物，法院便會認為原住民具有「未必故意」。此類判決就是典型的「原、漢衝突」的判決。漢人檢察官與漢人法官均沒有在山林裡打獵的經驗，因此對於原住民被告此類抗辯，幾乎均以漢人思維加以判決，亦即不相信「山豬有山豬走的路」此類說法，甚至還會要求原住民設陷阱時，「應盡注意義務」防止保育類動物如山羌掉入陷阱。
- 三、緣原住民狩獵文化對於獵場內獵物之固定習性與路徑有所認識，授予族內成年獵人之狩獵知識皆以此為傳承。原住民獵人瞭解，

山林裡的野生動物物種，各有其不同之棲息區域及出現行蹤，對於獵人而言，不同的獵物就有不同的捕捉獵場與路徑，且基於狩獵經驗而發展出獨特之判斷方式。故原住民在山豬會出現之路徑設置陷阱僅能捕捉山豬，若掉落陷阱裡之動物係山羌、山羊抑或獼猴，對於獵人而言，應屬超出其認知與預期。

四、本案被告曾抗辯：「因為該處之農作物及竹子都被山豬挖，是整片的，所以判斷有山豬出沒，因為該處海拔較低，山羌不會出現在那裡，長鬃山羊則是在峭壁活動，也不會出現在那裡，所以設置陷阱時，並沒有想過會捕獲山羌及長鬃山羊云云」。對此等辯詞可信度之判斷，應尋求原住民獵人擔任專家證人，以證實被告說法的正確性，而非法官自行以漢人觀點加以評論。本案之判決理由，無疑是不了解原住民狩獵習慣且欠缺狩獵知識的推論方式。此類判決相當多，本書認為要消弭此等原漢衝突之判決，除了設置原住民專業法庭或委託原住民專家證人外，亦可於法官或檢察官養成過程中，將法官或檢察官帶到山林中，實際觀察甚至體驗狩獵過程，學習相關狩獵知識，以避免法官以漢人觀點判決，侵害原住民之生存權。

#### 案例十九 阿里山鄉鄒族頭目搶奪蜂蜜案

案號 臺灣嘉義地方法院 92 年度簡上字第 151 號

案由 搶奪

### 壹、案情簡述

#### 一、案例事實

乙、甲父子均為鄒族原住民，無犯罪前科，素行良好，於民國 92 年 2 月 19 日下午，甲駕車附載乙自嘉義縣阿里山鄉住處出發，沿嘉 169 號縣道行駛，前往同鄉山美村參加喪禮。

兩人途經該公路 44.2 公里路段即甲承租之里佳村大埔事業區第 117 號林班地旁時，見車牌號碼 RK-○○○○號汽車停放路邊，丙在車外逗留，二人乃下車，由甲予以盤問，丙答以上山採蜜，甲又見丙乘用之汽車內有蜂蜜一桶重約三十五台斤（未實際測重）及採蜜器具、濾網，竟與乙共同意圖為自己不法之所有，由甲揚稱：「山是我的，所以蜂蜜也是我的。」不顧丙解釋蜂蜜係養蜂所得，趁丙不備，自行開啟丙乘用之汽車後車廂門，將該桶蜂蜜搬下，再由乙搬入二人乘用之汽車內，而搶奪該桶蜂蜜，得手後隨即離去。嗣於同日晚上 10 時 45 分許，為警在該鄉○○○路三號橋旁查獲，並扣得該桶蜂蜜（已發還丙）。案經嘉義縣警察局竹崎分局報告臺灣嘉義地方法院檢察署檢察官偵查聲請以簡易判決處刑。

## 二、判決主文

- (一) 簡易判決：乙、甲共同意圖為自己不法之所有，而搶奪他人之動產，各處有期徒刑陸月，如易科罰金，各以參佰元折算壹日。均緩刑貳年。（臺灣嘉義地方法院 92 年度簡字第 1064 號）
- (二) 地院判決：上訴駁回。（臺灣嘉義地方法院 92 年度簡上字第 151 號）

## 三、主要爭議點

被告搬走蜂蜜的行為是否具有不法所有意圖？且若被告之行為乃依照部落習慣法而為，是否具有違法性認識錯誤？

## 貳、原住民主張

- 一、本案例中兩名鄒族被告主張，兩人的確曾在弔喪途中共同取走被害人丙所持有的蜂蜜，但否認犯有任何搶奪罪行，均辯稱他們只是懷疑蜂蜜的來源有問題，亦即無法確信該蜂蜜真的為丙所有。蓋因丙的車停在被告等所承租的林班地上，且停車方向與其所述之養蜂場方向相反，形跡可疑。且蜂蜜中重量多寡，未經秤重，不

知道有達 35 台斤之多。

- 二、被告等人辯稱，由於被告乙是鄒族頭目，得悉親人過世，依習俗必須趕赴弔喪，所以先抄下丙的車牌號碼，打算回程再向派出所報案，並將蜂蜜送到派出所當證物，沒有搶奪罪主觀構成要件之一的不法所有意圖。
- 三、被告二人均主張，其等為原住民，乃是依據部落傳統習慣行事，從而被告乙於警詢時辯稱：「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」云云，被告甲亦於警詢時辯稱「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」云云。被告二人之辯護人並據以主張，被告等人之行為乃是自信其行為為法律許可而有正當理由之違法性錯誤，應阻卻犯罪之成立。

## 參、法院判決

### 一、認定犯罪事實所根據之證據及理由

- (一) 被害人丙所持有之蜂蜜，其實乃產自於丙自行經營的養蜂場，養蜂場位於丙向案外人葉○○所借用的林班地上，養蜂場內亦有蜂箱、採蜜機具等設備，具有養殖蜜蜂以採集蜂蜜之能力當無疑問。反觀被告甲雖然也是附近林班地之承租人，且案發地點所在公路貫穿該林班地，但是被告等既然自承其承租之林班地內只有野蜂築巢，沒有養蜂，顯未生產蜂蜜，則被告等豈會誤認該桶蜂蜜系採自二人所承租的林班地？況且被害人遭搶之蜂蜜重達 35 台斤，若是一般野生之蜂巢，5 個尚採集不到 1 台斤，然苟若是飼養之蜂箱，1 箱平均即可採集 5 台斤之蜂蜜，則被告二人觀諸該桶蜂蜜之數量，衡情亦應知曉，該桶蜂蜜應係自養蜂箱採集所得，而非自蜂巢採集所得。足證，被告二人所辯，應無足採。

- (二) 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。另外，該蜂蜜桶中所盛蜂蜜約七、八分滿，有照片可證，雖因達邦分駐所內無磅秤而未予秤重，重達 35 確係根據被害人報案之指訴，然而在扣押該桶蜂蜜時，扣押書上載明扣案品為蜂蜜 35，此已由被告等人簽名確認，所以縱然未將蜂蜜秤重，亦無礙本案犯罪事實之認定。
- (三) 根據警察訊問和檢察官偵查的筆錄，被告等人均坦承，當時被告甲向被害人丙揚稱：「山是我的，所以蜂蜜也是我的」，不顧被害人解釋，趁其不備，而將蜂蜜共同取走之事實。核與證人即被害人丙於警詢、檢察官偵查中及本院審理中之指述、證述均相符。被告等人並於檢察官偵查中當庭向被害人道歉，自屬真實。本案發生時間為下午 3 時 40 許，被告等人迄至同日晚上 10 時 45 分許始為警在返家途中查獲並扣得蜂蜜，相距約 7 小時之久，其間並未報警，此為被告等自承。而被告等駕車由里佳村出發，沿嘉 169 號縣道前往山美村弔喪，途中經過之警察機關依序包括達邦分駐所、石棹檢查哨、樂野派出所、山美派出所，弔喪完畢回程至被查獲處止，途中經過之警察機關依序亦有山美派出所、樂野派出所、石棹檢查哨。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。何況，若是被告等於案發地點有抄錄被害人之車號，應於警詢時將任何抄有車號之字條取交於製作筆錄之達邦分駐所警員丁，實際上卻並未為之，此有證人丁、證人即被害人丙證述可證。本案復無任何字條存卷可憑，

又本院勘驗警詢及檢察官偵查中錄製之錄音帶後，俱未發見被告等曾供述有關抄錄車號之情節。被告乙雖附和被告甲之詞，謂有看到被告甲抄車號，然亦自承沒有看到抄的內容云云。此等重要證物，被告甲復諉稱已在分局丟掉云云，實有悖常情，堪認被告甲無抄錄車號之舉，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。至辯護人自行轉譯之被告甲警詢錄音帶譯文雖補註言，「此時甲從皮包裏拿出當時有抄下告訴人車號的紙張」云云，但既乏依據，自無從採納。

## 二、論罪科刑之理由

- (一) 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，其辦法另以法律定之，《中華民國憲法增修條文》第 10 條第 12 項前段固有明文，惟按人民之財產權，應予保障，同法第 15 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。
- (二) 《刑法》第 16 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，被告乙供稱於日治時期曾就學 3 年，被告甲供稱學歷為高中畢業，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」，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，從而被告等人所辯，自難引為阻卻或減輕罪責之事由。

(三) 被告等意圖為自己不法之所有，而搶奪被害人之蜂蜜，核二人所為，均係犯《刑法》第 325 條第 1 項之搶奪罪。被告等就上揭犯行，有犯意聯絡及行為分擔，皆為共同正犯。

#### 肆、本案評析

- 一、雖然本案被告二人皆得到緩刑宣告而不必實際入監服刑，然而被告及其族人們卻依然認為，有罪判決就代表了法院認定頭目的行為不當，沒有依照部落傳統文化執行管領林產、仲裁糾紛的權力，而這是不合理的，應該繼續上訴以爭取自己的清白。只是，這樣的期望並沒能實現，地方法院在第二審判決中駁回了被告的上訴，全案維持原判，也就是仍舊認定被告二人違犯了《刑法》中的搶奪罪。
- 二、被告的辯護人於辯護意旨中一再強調：「被告等人之行為乃是自信其行為為法律許可而有正當理由之違法性錯誤，應阻卻犯罪之成立。」然而，就此違法性認識錯誤之辯詞，法院判決的回應卻是：「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，從而被告等人所辯，自難引為阻卻或減輕罪責之事由。」
- 三、事實上，被告所辯之違法性認識錯誤問題，從刑法理論來看，並非毫無根據。本案中的被告，乃鄒族原住民族部落社會中身分地位備受尊崇的半世襲頭目，被視為鄒族達邦大社的精神領袖，在部落中擁有相當大的影響力，此外不僅被告本人主觀上認為自己身為頭目，對於傳統領域擁有管理權傳統領域，也是紛爭出現時的仲裁者。因此被告依循部落傳統習慣對於外來者或入侵者進行監督與檢查，應屬具有「自信其行為為法律許可而有正當理由」之違法性認識錯誤情形。然而，從此案判決內容來看，法官對於《刑法》第 16 條不法意識的法解釋，實在過於嚴格與僵化，



不但忽略了原住民族傳統文化習慣，更強硬地套用了一般平地漢人的思維模式，否定原住民族部落頭目所擁有的仲裁權，以解決原住民族傳統土地上所發生的爭議事件。換言之，我國刑事法院法官對於法律的解釋與思考模式，可以說是以主流的漢人想法為想法，以至於不自覺中形成了種族歧視與壓迫。

## 案例二十 阿力力案

**案號** 臺灣高等法院花蓮分院 101 年度侵上訴字第 47 號

**案由** 涉嫌觸犯《刑法》第 224 條之 1 加重強制猥褻罪

### 壹、案情簡述

#### 一、案例事實

乙是排灣族原住民，為甲之舅公，明知甲是未滿 14 歲的小孩，竟然基於對甲強制猥褻的犯意，於 100 年 6 月中旬某日起至同年 7 月中旬之某日上午，在擺設於甲的住所廣場前之藤椅上，用違反甲意願的方式，反覆用手撫摸甲的生殖器強制猥褻得逞。因此認為被告涉嫌觸犯《刑法》第 224 條之 1 加重強制猥褻罪嫌。

#### 二、判決主文

- (一) 第一審判決：本件公訴不受理（臺灣臺東地方法院 101 年度侵訴字第 8 號）
- (二) 第二審判決：上訴駁回（臺灣高等法院花蓮分院 101 年度侵上訴字第 47 號）

#### 三、主要爭議點

被告乙根據排灣族習慣所為之觸摸行為，是否構成《刑法》第 224 條之 1 加重強制猥褻罪，抑或是涉犯《性騷擾防治法》第 25 條第 1 項之性騷擾罪？

## 貳、原住民主張

- 一、被告固然坦承有摸被害人的生殖器，但堅決否認有何強制猥褻犯行，被告辯稱：我並不是基於猥褻的犯意或是為了滿足自己性慾而去撫摸他，而是在案發當時，因為我身為甲的舅公，甲來找我玩，我為了表示對於晚輩疼愛的意思，才會按照排灣族的習俗，用手去捧著跟輕拍甲的生殖器。
- 二、證人甲之祖母丙於法院審理時證稱：按照我的經驗，被告摸我孫子的小鳥是因為孫子的父母親都不在了，被告因此更想對我孫子表現出對他的疼愛。我弟弟、妹妹也都很疼他們，常跟他們在那邊玩，何況又不是故意脫掉小孩的褲子來摸。我們有一個原住民族的習俗是阿公去摸孫子的小鳥有沒有長大了，來表達阿公對孫子的疼愛。我想說奇怪這樣的事情怎麼會上法院，我搞不懂，我們是原住民，我們從小也是會這樣子摸自己孩子的小鳥，就只是為了表達疼小孩，我也會摸我孫子的小鳥；被告一向都很疼甲，而且在甲父母親還沒有死以前被告就會摸甲了，並不是在甲父母都去世之後才會這樣做。

## 參、法院判決

### 一、一審判決本件公訴不受理所根據之證據及理由

- (一) 本件被告確有公訴意旨所載用手撫摸甲生殖器之行為，經甲表示不要摸，被告便不再撫摸甲之生殖器等事實，除有被告於偵查及審理之供述外，復經證人即被害人甲於本院審理時證稱：舅公曾經用手摸伊尿尿的地方，讓伊覺得很不高興、很不舒服，舅公沒有摸很久，只有摸一下下，大概摸 1 秒就放手，同 1 天摸很多下，伊跟舅公說不要摸了，舅公就沒有繼續摸了。且證人已於本院審理時具結稱：他看到乙摸甲的小鳥一下子，然後就收手了等語。

本院經綜合審酌上開被告之供述及相關證人丙、己等人證述情

節，被告用手撫摸被害人甲之生殖器，惟於甲表示不要摸後，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。

(二) 本件事證不足認定被告確有發洩色慾般地刻意針對甲生殖器直接撫摸之舉措，被告短暫碰觸到甲生殖器之行為，客觀上難認足以誘起他人性慾，在主觀上亦非足以滿足自己性慾，而非屬「猥褻」之行為，本院亦難認被告主觀上確有猥褻之動機與意圖，自與強制猥褻之構成要件有間，從而，公訴人所舉之證據尚不足以證明被告在主觀上確有猥褻被害人甲男之加重強制猥褻犯意；此外，本院復查無其他積極證據足資證明被告確有公訴人所指之加重強制猥褻犯行，復無法於審判中透過證據調查以為說服，而達使一般人均得確信而無合理懷疑之程度，當不能為被告有強制猥褻行為之認定，揆諸首揭說明，既無積極證據足認被告有何加重強制猥褻行為，應認被告所為，僅係涉犯《性騷擾防治法》第 25 條第 1 項之性騷擾罪嫌。

(三) 本件被告因經檢察官以涉犯《刑法》第 224 條之 1 加重強制猥褻罪提起公訴，惟本院認僅涉犯《性騷擾防治法》第 25 條第 1 項之性騷擾罪嫌，依同條第 2 項之規定須告訴乃論。按告訴乃論之罪，告訴人於第一審辯論終結前，得撤回其告訴；又按告訴乃論之罪，其告訴經撤回者，法院應諭知不受理之判決。而茲據告訴人於本院審理時明確表達不願再提告之意思，且被告有跟甲說對不起，甲也願意原諒被告，並於本院 101 年 8 月 16 日審理時當庭簽立刑事聲請撤回狀表示撤回告訴，依照首開說明，爰為不受理判決之諭知。

## 二、二審判決駁回上訴之理由

(一) 本案被害人陳述遭到被告撫摸性器官之地點都是在被害人住家外面廣場的藤椅上。廣場上以簡單鐵皮搭建成擋雨屋頂，四周沒有任何牆壁隔離，形成一開放空間，與被告所居住之隔鄰建

物也沒有任何阻隔，由被害人住處可以直接走入被告住處門口，而且該廣場與巷道也沒有任何障礙物，步行在巷道之行人，隨時可以進入該藤椅所座落之廣場，路過自用小客車之駕駛人或乘客，可以直接透過車窗看見廣場上的動靜，足證現場屬於開放式空間，隨時隨地會有其他人路過。被害人陳述被告犯行時間是在早上，被害人描述當時被告摸其生殖器之方式，是以手掌朝上放在藍色娃娃下體上的方式撫摸，又稱每次都隔著褲子摸被害人之姊姊也陳稱被告都是隔著褲子撫摸。足證被告當時撫摸被害人是在開放式空間、時間是在早晨，地點是在人來人往，家人可以進進出出之前院，方式是隔著褲子由下往上輕捧撫摸，則被告此種行為是否屬於「足以興奮或滿足性慾之行為」，應有可疑。

- (二) 證人即○○縣○○鄉衛生所職員丁於第一審證稱：「在太麻里流域的排灣族群，包括我的部落還有被告所屬的○○部落，小時候都會被長者、長輩叫過去，觸摸我們的性器官，甚至五、六個會輪流去觸摸，他還會親吻，那種親善、關心還有接納的感覺一開始會不習慣，但是一直到我們青春期的時候，回到部落或是有儀式也是會這樣子觸摸，那時候就會覺得很榮耀自己是男的性別。我在臺大修過人類學的課，也看過很多文化人類學的書，我覺得這個跟性角色的認定有關，另外一個就是統合感覺的部分，我們自己的肢體系統對於生殖器官他是周圍神經系統，可以透過這種觸摸會有本體的感覺。排灣族對於觸摸生殖器官都是初次見面或是很久沒有見到，基於想念他會輕輕的觸摸你，如果是經常相處在一起，想要表示親密的時候，也隨時會做，如果是自己家裡的人，這個頻率可能會增加，甚至他會去親吻生殖器官。另外，因為我自己是頭目家族，我印象中這大部分是在公開場合，很多人的時候，只要是部落的長者還有家族的長輩，父輩以上的都可以作這樣子的行為，他會叫小孩子過來，然後就摸，碰一下，不會再捏一下，大概五秒左

右。如果小孩不要的話，他會跑掉脫身，摸的人也不會勉強。」

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

(四) 再根據樹德科技大學人類性學研究所一篇題為《臺灣排灣族性文化的調查研究》之碩士論文中研究發現：傳統排灣族的長輩會直接摸小孩的下體，表示關愛之情，但就只是觸碰而已。甚至是自己的阿公、阿媽，會把孩子抱起來親吻生殖器，這是對第三代的關愛之舉。亦足以佐證證人丁以及戊證詞之真實性。既然被告所成長的環境有以碰觸晚輩生殖器，表達關懷之意的習俗，而如前所述，被告係在開放式空間、時間是在早晨，地點是在人來人往，家人可以進進出出之前院，方式是隔著褲子由下往上輕捧撫摸，被告是被害人長輩，被告並未一再強迫被害人接受撫摸等等，均與證人所述排灣族風俗習性相同，顯見被告並非出於猥褻之犯意，觸摸被害人之性器官。

## 肆、本案評析

- 一、民國 100 年 10 月 9 日曾有臺東縣排灣族百歲女性人瑞以觸摸部落男性的阿力力之方式來慶生的新聞報導，當時還出現部落男性爭相排隊的盛況，新聞也以此為非常有意義的傳統習俗來做正面的

報導。本案發生時間與此新聞僅距離四月有餘，原本排灣族傳統習俗頓時成為犯罪問題。本判決之爭議問題，乃排灣族傳統習慣中，長輩以觸摸同族男孩下體阿力力，表達關愛、關懷之意，可否論以《刑法》第 224 條強制猥褻罪：「對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法，而為猥褻之行為者，處六月以上五年以下有期徒刑。」或《性騷擾防治法》第 25 條乘機觸摸罪：「意圖性騷擾，乘人不及抗拒而為親吻、擁抱或觸摸其臀部、胸部或其他身體隱私處之行為者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣十萬元以下罰金。前項之罪，須告訴乃論。」

- 二、《刑法》上強制猥褻罪中，「猥褻」之意義，指性交以外，足以興奮或滿足性慾之一切色情行為，亦即在客觀上足以誘起他人性慾，在主觀上足以滿足自己性慾之意。《性騷擾防治法》第 25 條所定之「性騷擾」，則係指帶有性暗示之動作，具有調戲之含意，讓人有不舒服之感覺，行為人以具有性暗示而調戲被害人之意，以滿足調戲對方之目的，屬性騷擾之犯意。（可參照最高法院 96 年度台上字第 6736 號判決）
- 三、本案法官認為，被告乙為碰觸行為時，主觀上並無猥褻之犯意，也非出於滿足自己性慾之意圖，故並不符合《刑法》上「猥褻」之概念，從而無法論以強制猥褻罪之刑責。本判決之看法，值得肯認。本案判決另一個值得肯認之處，在於原住民以傳統習慣作為抗辯之理由，審判過程中傳喚了多位熟悉排灣族傳統習慣之證人，確認長輩觸摸男孩生殖器行為，的確是排灣族長久以來的傳統習俗，乃為表示長輩對晚輩的疼愛、關懷之情，並以此證明，乙主觀上並無猥褻犯意。此一傳喚原住民族傳統習慣之人作為證人之審判程序，亦值得肯定。惟本案中，針對被告是否成立「性騷擾罪」問題，法院僅就訴訟程序進行形式判決，也就是以告訴乃論之罪未提出告訴為由，判處本案不受理，未有機會明確表示被告亦未違反《性騷擾防治法》，是為可惜之處。

四、在刑法理論上，阻卻違法事由的前身，即是來自於習慣法，亦即法律縱使沒有明文規定的阻卻違法事由，如果某一社會或族群長久以來，均是根據某一習慣而行為，則行為人亦得援引習慣法作為阻卻違法事由。排灣族長輩觸摸男孩生殖器以表達關愛之情，乃該族長久之傳統，即便行為人不能直接以此「傳統習慣」而阻卻行為之違法性，也應考慮原住民乃根據「傳統習慣」而行為，主觀上根本欠缺強制猥褻罪或性騷擾罪的「不法意識」，故本判決以傳統習慣認為被告欠缺主觀犯意，作有利行為人的解釋，值得肯認。

#### 案例二十一 假結婚使大陸人入境案

案號 臺灣花蓮地方法院 98 年度簡字第 32 號

案由 違反《臺灣地區與大陸地區人民關係條例》

### 壹、案情簡述

#### 一、案例事實

甲為花蓮農校肄業之原住民，年已 70 多歲，並無結婚之真意，於民國 91 年間，經 A（另行審結）以免費招待至大陸地區旅遊與給付新臺幣 15,000 元之報酬為代價，受招攬前往大陸地區與大陸地區女子辦理假結婚，並以上開非法方式使該女子申請來臺打工。甲因貪圖上開利益而應允之，由 A 辦理手續，讓甲於 91 年 4 月間前往福建省福州市，與大陸地區女子 C（另行通緝）基於行使使公務員登載不實公文書之概括犯意聯絡，於福建省福州市公證處辦理公證結婚，取得結婚公證書。

乙（甲之女）、丙並無與大陸地區人民結婚之真意，竟於同年 9 月間，受 A、B（另行審結）招攬前往大陸地區福建省福州市，分別與大陸地區男子 D、E 辦理結婚手續。乙、丙因貪圖免費旅遊之利益而應允之，先由 A 辦理手續後，再由 B 偕同乙、丙前往福州市，隨後乙與 D、

丙與 E 同至福建省福州市公證處舉行公證結婚，並取得公證結婚證明書。

嗣甲、乙、丙返臺後，分別持上開結婚證明書等文件，赴戶政事務所申辦結婚登記，使該戶政事務所不知情之承辦公務員將甲與 C、乙與 D、丙與 E 結婚之不實事項，登載於其職務上所執掌之戶籍登記簿冊公文書，並據以核發戶籍謄本，足生損害於戶政機關對於結婚戶籍登記管理之正確性。嗣甲、乙、丙復分別填具相關文件，先至警察局向辦理對保之警員出示上開登載有前述結婚不實事項之戶籍謄本而行使之，憑以辦理對保手續，足生損害於該警察機關對於大陸地區人民在臺灣地區生活管理之正確性；甲、乙、丙再持相關文件，連同上開登載有前述結婚不實事項之戶籍謄本等文件，向入出境管理局辦理 C、D、E 進入臺灣地區旅行證申請事宜，並申請大陸配偶 C、D、E 以探親名義進入臺灣地區之旅行證，足生損害於入出境管理局對於大陸地區人民進入臺灣地區旅行證審核管理之正確性。經境管局承辦人員實質審核後，仍未察而據以發予 C、D、E 進入臺灣地區旅行證，A 等三人乃持上開旅行證搭機進入臺灣地區。

公訴人以甲、乙、丙共同違反《臺灣地區與大陸地區人民關係條例》第 15 條第 1 款之不得使大陸地區人民非法進入臺灣地區之規定，將其等提起公訴。

## 二、判決主文

甲、乙、丙共同違反不得使大陸地區人民非法進入臺灣地區之規定，處有期徒刑肆月。減為有期徒刑貳月，如易科罰金，以銀元佰元即新臺幣玖佰元折算壹日，緩刑貳年。

## 三、主要爭議點

原住民出於貧窮而貪圖小利，擔任假結婚之人頭，以賺取報酬，此一犯罪動機可否作為《刑法》第 57 條量刑時考量之事由？



## 貳、原住民主張

本案原住民被告甲、乙、丙於審判行準備程序時，對於假結婚擔任人頭等犯行，均坦承不諱，沒有辯詞。

## 參、法院判決

### 一、認定犯罪事實所根據的證據及理由

- (一) 上揭犯罪事實，業據被告甲、乙、丙於本院行準備程序時均坦承不諱。且有同於準備程序認罪之證人即 A、B 之證詞，二者情節大致相符。
- (二) 有甲與 C、乙與 D、丙與 E 之大陸地區福建省福州市公證處結婚公證書、旅客入出境紀錄查詢資料等可參。

### 二、論罪科刑的理由

- (一) 核被告甲、乙、丙所為，係犯《刑法》第 216 條、第 214 條之行使使公務員登載不實文書罪，並違反修正前《臺灣地區與大陸地區人民關係條例》第 15 條第 1 款之規定，應依同條例第 79 條第 1 項之規定論處。惟被告三人為上開犯行之後，《刑法》部分條文業經修正，惟依同法第 2 條第 1 項之規定，比較新舊法適用之結果，應適用修正前之上開各條較有利於被告。
- (二) 被告等多次行使使公務員登載不實文書，屬連續犯，應依修正前《刑法》第 56 條加重其刑。其所犯連續行使使公務員登載不實文書罪與使大陸地區人民非法進入臺灣地區罪為牽連犯關係，應從一重適用修正前之《臺灣地區與大陸地區人民關係條例》第 79 條第 1 項處斷。
  1. 審酌甲為 70 多歲之原住民；乙、丙為智識不高之中年女子，因經濟狀況不佳而貪圖小利，其犯罪動機、手段、對我國入出境管制所生危害情狀，犯後均坦承犯行，態度良好，分別量處如主文所示之刑。

2. 未查，被告三人均未曾受有期徒刑以上刑之宣告，因一時失慮，偶罹刑典，事後已坦承犯行，深具悔意，信經此刑之宣告後，應均知警惕而無再犯之虞，因認暫不執行其刑為當，均予以宣告緩刑 2 年，以啟自新。

#### 肆、本案評析

- 一、近年來，原住民的犯罪型態中，有日益增多的「人頭」案件，例如提供人頭帳戶，或如本案中，仲介公司以免費招待至大陸地區旅遊，與給付新臺幣 15,000 元之報酬，找原住民擔任假結婚的人頭等。根據《臺灣地區與大陸地區人民關係條例》第 15 條第 1 項規定：「下列行為不得為之：一、大陸地區人民非法進入臺灣地區。……」違反者，根據同法第 79 條第 1 項規定，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。
- 二、若從犯罪支配程度來看，原住民被告擔任人頭時，其在犯罪過程中扮演的角色，常是「受支配的工具」。原住民被告在此類犯罪中，通常都是擔任幫助犯性質的人頭角色，為了微小的利益代價出售帳戶、身分證的使用權，假結婚，或被人利用來不當取得並享有政府對原住民的特殊待遇或補助。此種案件因為原住民被告的犯罪參與程度雖低，但由於原住民被告多半提供了自己的身分證或帳戶，因此很容易循線追查，故原住民被起訴進入審判程序者，不在少數，但因微罪不舉而經檢察官給予不起訴或緩起訴處分的情形也不少。
- 三、以原住民擔任人頭的案件，往往有其共通的結構性因素，亦即原住民被告雖然形式上為犯罪人，但其陷於犯罪的原因往往是因為貧窮、無知或貪圖小利而受人利用，故其背後隱藏有社會經濟結構問題。再者，此類案件往往抓不到背後的真正犯罪支配者，只能逮捕到借出名義的原住民被告。
- 四、故本書認為，在此等原住民擔任人頭的案件中，即便犯罪行為成立，惟法官在個案中的量刑上，應該斟酌原住民本身受支配之工

具角色，以及貧窮與教育程度不高的社會經濟結構因素，根據《刑法》第 57 條或第 59 條予以減輕其刑。

## 案例二十二 被告智能不足案

案號 臺灣宜蘭地方法院 98 年度訴字第 351 號

案由 違反《臺灣地區與大陸地區人民關係條例》等

### 壹、案情簡述

#### 一、案例事實

被告丙民國 93 年間與姓名年籍不詳之黃姓男子、「簡先生」共同基於使大陸地區人民非法進入臺灣地區之犯意聯絡，由黃姓男子提供新臺幣（下同）8 萬元之代價予丙，由黃姓男子、「簡先生」帶同丙於 93 年 1 月 17 日在大陸地區湖南省衡陽市與並無結婚真意之大陸地區人民易○○（業經檢察官為職權不起訴處分確定）辦理假結婚手續，丙、易○○等 2 人並共同基於使公務員登載不實公文書之犯意聯絡，由丙領得大陸地區湖南省衡陽市公證處（起訴書誤載為福建省公證處）核發之結婚公證書及財團法人海峽交流基金會（下稱海基會）之證明書返臺後，先於 93 年 4 月 21 日持上開認證之文件及結婚公證書向內政部警政署入出境管理局以團聚為由申請易○○入境，易○○則以此名義於 93 年 8 月 8 日非法進入臺灣地區。嗣丙、易○○於 93 年 8 月 16 日共同持前開認證之文件及結婚公證書，至宜蘭縣南澳鄉戶政事務所填載結婚登記申請書辦理結婚之戶籍登記，以上開不實事項使戶政人員在形式審查後，登載於職務上作成之戶籍登記簿內，據以製作戶籍謄本，足生損害於戶政機關對於戶籍資料管理之正確性。因認被告丙涉犯《刑法》第 214 條使公務員登載不實罪嫌，及違反《臺灣地區與大陸地區人民關係條例》第 15 條第 1 款、第 79 條第 1 項之使大陸地區人民非法進入臺灣地區罪嫌。

## 二、判決主文

丙無罪。

## 三、主要爭議點

被告有輕度智能障礙，且係泰雅族人，聽不太懂國語，然而在警察詢問時，既沒有給被告聘請通譯，也未給被告指定辯護人，對於被告的程序保障是否有所欠缺？

## 貳、原住民主張

- 一、被告於接受警員調查、檢察官訊問時因伊患有輕度智能障礙，且係泰雅族人，聽不太懂國語，無法理解警員詢問、檢察官訊問內容，始分別為警詢、偵查筆錄所載內容之陳述。
- 二、被告於警詢、偵查中雖自白伊係與易○○假結婚，惟該供述內容互有出入，被告之自白非無瑕疵，自難僅以被告之自白，即認被告有公訴人所指犯行，況被告確實有與易○○結婚之真意，並非假結婚。

## 參、法院判決

- 一、被告雖抗辯伊因患有輕度智能障礙，且係泰雅族人，無法理解警員、檢察官訊問內容，始分別為警詢、偵查筆錄所載內容之陳述等語，並提出中華民國身心障礙手冊 1 份為證。惟經證人即內政部入出國及移民署專勤事務第一大隊宜蘭縣專勤隊員乙於 98 年 9 月 9 日本院審理中證述：「(問：98 年 2 月 9 日對被告丙就本案製作調查筆錄，是否你詢問?) 是。……(問：筆錄是否在被告住處製作?) 是。(問：當時製作筆錄時，被告有無聽不懂的情形?) 我們是用國語詢問被告，有時候被告比較聽不懂，因為記錄人甲是原住民，所以他會用原住民族語將問題重複陳述給被告聽，被告再回答。(問：被告當時是否有針對你們的問題答覆?) 是。我們問他什麼，他就回答什麼。(問：當時甲用泰雅族的語言

對被告解釋問題時，被告是以何語言回答？）有時候講國語，有時候講泰雅族語言，以兩種語言回答。……（問：你詢問被告時，被告答覆時的精神狀態？）很好，……（問：本件你們製作被告調查筆錄，筆錄的內容是否都是依照被告的陳述而據實記載？）是。」等語，而證人乙係依法執行職務之公務員，與被告間素不相識，復無宿怨嫌隙，其自無甘冒偽證罪刑責之風險，而設詞構陷被告之理，況經本院於 98 年 9 月 9 日當庭勘驗 98 年 5 月 14 日偵訊錄影光碟內容，結果亦顯示：（一）偵訊過程被告全程站立於應訊臺前應答，神情專注，意識清楚，全程以國語陳述；（二）偵訊過程被告對檢察官之提問均有針對提問問題回答，且常常以手勢輔助言語，並無答非所問的情形，僅有時口語陳述較不流暢，此有勘驗筆錄 1 份在卷足憑。可證被告雖患有輕度智能障礙，且係泰雅族人，然仍聽得懂國語，並能理解訊問內容，而回答問題，故被告此部分辯解，顯不足採，先予敘明。

二、又被告於 98 年 2 月 9 日警詢時雖供承：伊係經由報紙廣告聯繫簡先生，以 8 萬元之代價同意赴大陸辦理假結婚，並透過簡先生等人之安排至大陸與易○○辦理假結婚，返臺後再由簡先生等人協助辦理結婚登記事宜，而易○○入境臺灣後，並未與伊共同居住生活等語；於 98 年 5 月 14 日偵查中亦供承：伊係經由報紙廣告聯繫黃先生，以結婚可取得 3 萬元、離婚可取得 3 萬元之代價，經由黃先生、簡先生之安排至大陸與易○○辦理結婚，返臺後係由伊自行辦理結婚登記，易○○在臺灣時都與伊同住，伊與易○○係假結婚，易○○來臺目的係要工作等語。惟被告於 98 年 8 月 13 日本院準備程序中改供稱：他是要把易○○當老婆才與易○○結婚等語；於 98 年 9 月 9 日本院審理中先供稱：伊於偵查中所言是事實等語；復改稱：他與易○○結婚應該是真結婚，但因兩人不合所以才離婚等語；再改稱：他與易○○係假結婚，伊只是要讓易○○可來臺工作，伊係聽簡生先的話受騙才與易○○結婚，伊後來才知道是假結婚，伊係看報紙廣告刊登到大陸結婚可賺 3

萬元而聯繫黃先生，嗣簡先生至伊住處告知他要帶他去福建認識大陸女子，結婚可取得 3 萬元、離婚可取得 3 萬元，他在大陸或臺灣沒有與易○○同睡，但在臺灣兩人有過性行為，他承認與易○○係假結婚，坦承本案犯行等語。綜觀被告上開供述，就他與易○○間有無結婚之真意，而共同生活在一起乙節，前後供詞反覆不一，顯有瑕疵，自難據此採為不利於被告之認定。

三、綜上所述，本件被告就與易○○間有無結婚真意之自白，前後反覆其詞，顯有瑕疵，復無其他積極證據足以佐證被告之自白與事實相符，依上開法條規定及判決要旨所示，尚難僅以被告上開自白作為有罪判決之唯一依據，基於罪疑唯輕之法則，自應為有利被告之認定。

#### 肆、本案評析

- 一、本判決的被告，為患有輕度智能障礙之泰雅族原住民，犯罪行為乃假結婚之人頭，因而被控觸犯《刑法》使公務員登載不實罪，以及違反《臺灣地區與大陸地區人民關係條例》第 15 條第 1 款，第 79 條第 1 項之使大陸地區人民非法進入臺灣地區罪。本案中被告在警詢與偵查中均自白承認有去中國大陸與某女假結婚，然而到了審判中卻加以否認。被告辯護人則主張，被告於接受警員調查、檢察官訊問時因伊患有輕度智能障礙，且係泰雅族人，聽不太懂國語，無法理解警員詢問、檢察官訊問內容，始分別為警詢、偵查筆錄所載內容之陳述。由於被告自白前後反覆，此外法院認為又無其他積極證據足以佐證被告之偵訊中自白與事實相符，故因而認定被告無罪。雖然被告最後被判決無罪，但此一判決仍有兩大問題值得注意。一是原住民不瞭解國語的溝通問題，另一個則是輕度智能障礙者在警察詢問時，沒有指定辯護人，因而有程序保護不足問題。
- 二、就通譯問題，本案被告表明是泰雅族人，但是警察詢問時，還是全程使用國語，如果被告聽不懂國語時，筆錄的記錄人就用原住

民族語再詢問一遍。由於詢問者或記載筆錄者，均為國家公權力機關，與被告處於相對立的地位，想要將被告繩之以法，故由警察或公權力機關同時既擔任詢問者，且同時兼翻譯之角色，實有角色衝突與利益衝突的不當之處。被告無法以其所瞭解之語言問答，實乃侵害被告的訴訟人權甚大。然而，法官在事後勘驗錄影帶時，僅以詢問者是依法執行職務之公務員，與被告不相識也無怨嫌，認為被告警詢筆錄內文並無造假之嫌，最後再推論出被告應該理解詢問內容而回答問題。此等推論就是欠缺對被告程序保障的意識，且也犯了漢人沙文主義的錯誤。

三、就本案被告與警詢時和偵訊中，均沒有律師為被告辯護，直到審判中，才有法律扶助基金會律師擔任被告辯護人，對被告於警詢、偵訊時的問話，實有程序保障不足之處。《刑事訴訟法》於102年1月23日固然修正第31條規定，增訂被告如具有原住民身分者：「於偵查中未經選任辯護人，檢察官、司法警察官或司法警察應通知依法設立之法律扶助機構指派律師到場為其辯護」，如於審判中，被告具原住民身分，經依通常程序起訴或審判者，審判長應指定公設辯護人或律師為被告辯護。然而本案被告除了具有原住民身分外，另外還是一個輕度智能障礙者，自民國95年5月修正《刑事訴訟法》第31條後，對於被告因智能障礙無法為完全之陳述，即規定被告：「於偵查中未經選任辯護人者，檢察官應指定律師為其辯護。」本案被告被控告假結婚的時間，雖然是在民國93年4月，但是被告接受警察詢問調查的時間，已經是98年2月9日，因此根據當時的《刑事訴訟法》，警詢與偵訊的警察或檢察官，本應以被告屬智能障礙者而指定律師為其辯護，結果被告卻未受到此等程序保障。

四、雖然本案被告最後因為罪證不足，被判處無罪。然而藉由本案訴訟過程與程序可知，原住民被告在訴訟程序中，因語言不通而受訊問時，不僅不懂國語，也不懂法律，在法庭上受公平審判的權利其實是被剝奪的。

案例二十三 選舉收賄案

案號 臺灣花蓮地方法院 94 年度選訴字第 12 號

案由 違反《公職人員選舉罷免法》

## 壹、案情簡述

### 一、案例事實

卯係花蓮縣壽豐鄉第 15 屆鄉長候選人壬之競選總部原住民後援會總幹事，亦係該鄉原住民族頭目，為圖使壬順利當選，竟基於對該壽豐鄉有投票權之原住民族部落頭目交付賄款而約定渠等為投票權一定之行使之概括犯意，自民國 94 年 10 月中旬起迄同年 11 月中旬期間，連續於附表 1 所示時、地，向花蓮縣壽豐鄉境內具有選舉權之原住民族頭目寅及庚、巳、子、辰、戊、丁、辛、丙（上開庚等 8 人另案審結）等 9 人，分別交付如附表 1 所示新臺幣（下同）2,000 元至 10,000 元不等之賄款（共計 42,000 元），作為約定渠等投票予壬之對價，而寅及上開庚等 9 人乃分別基於收受賄賂而約為投票權一定行使之故意，同意將選票投給壬而予之收受；嗣花蓮縣警察局依該次選舉查察期間蒐得之賄選情報請臺灣花蓮地方法院檢察署檢察官指揮偵辦而查獲，並在卯住處搜扣之壬競選服務處邀請函、頭目開會紀錄及頭目聯絡名冊各 1 張等物，並於偵查期間扣得如附表所示庚等人提出之賄款。

### 二、判決主文

壬，無罪。

寅有投票權之人收受賄賂，而許以其投票權為一定之行使，處有期徒刑參月，褫奪公權壹年，如易科罰金，以參佰元折算壹日，緩刑貳年；所收受之賄款新臺幣貳仟元均沒收。



### 三、主要爭議點

收受賄賂的同案被告寅，為民國 21 年出生之阿美族原住民，其表示早年係受日本教育，國語非其母語。本訴訟案件警詢筆錄時並無通譯在場，而由警察以國語詢問。但寅於審理時隨即表明聽不太懂國語，無法完全以國語溝通，需通譯為其翻譯。寅在沒有通譯在場時的警詢筆錄，有無證據能力？

### 貳、原住民主張

被告壬堅決否認涉犯上開罪行，辯稱：他未曾對寅行賄。被告壬及辯護人另表示：對於同案被告寅於警詢及偵查中之供述及證詞有爭執，不同意引為證據，認均無證據能力。

### 參、法院判決

- 一、證據能力之部分：茲因被告壬及辯護人就公訴人引用證人寅之警詢筆錄及偵訊筆錄證據能力有所爭執，不同意於審判中作為證據，爰先予論述如下：按《刑事訴訟法》第 159 條第 1 項規定：「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據」，係以被告以外之人於審判外之陳述，屬於傳聞證據，違背直接審理及言詞審理原則，且無法確保當事人之反對詰問權，影響程序正義之實現，故除法律有特別規定，如同法第 159 條之 1 至第 159 條之 5 等規定外，原則上應認無證據能力；而同法第 159 條之 1 第 2 項規定：「被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據」；及同法第 159 條之 2 規定：「被告以外之人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，與審判中不符時，其先前之陳述具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據」，均係例外賦予證據能力之規定。所謂「顯有不可信」者，係指無待進一步調查，從卷證本身作形式上觀察，一望即可就其陳述予以發現不可信之存在而言。又「具有可信之特別情況」，乃

指與審判中之陳述為比較，存其有可信之特別情況而言，該證據能力之審查，應就調查筆錄製作之背景、原因、過程等客觀事實加以觀察判斷。（此有最高法院 94 年度台上字第 5709 號判決可參）。

- 二、又質諸寅於本院供稱其製作警詢筆錄之經過：「我當時不知道什麼情形，警察就跑來找我，我當時因為年紀很大很緊張，又不知道卯的中文名字」、「警詢時我國語只聽得懂一點，很多聽不太懂」等語，是本院乃就該份警詢筆錄製作之背景，審查寅製作時是否存在上開心理及語言上之壓力與障礙，致其於警詢筆錄表達不客觀而有失真等情。依卷附寅之警詢筆錄及傳票送達證書，可知寅係於 94 年 11 月 29 日上午 8 時 10 分許，收受花蓮縣警察局吉安分局警員送達花蓮地方法院檢察署檢察官所開立傳票後，旋於同日上午 8 時 40 分至 9 時 30 分期間在花蓮縣警察局吉安分局偵查隊製作該份警詢筆錄，檢視卷附警詢筆錄之寅傳票送達證書上，受送達人僅記載「受訊人」寅，未載明係以被告、犯罪嫌疑人或證人之身分傳喚，再觀諸寅之警詢筆錄內容，於警詢之初，並未記載本件警方何以傳喚寅到場製作警詢筆錄之緣由，隨即直接詢問有關警方調查其於選舉期間涉有收賄 1 萬元之情資等問題，是依上開警詢筆錄製作之過程，寅於警詢之初，確實可能係在未明瞭遭傳喚詢問之原因下所製作，是其供稱伊係不知何因遭警方傳喚以致當時心理很緊張等情，並非不可能。
- 三、本案寅之警詢筆錄均係全程以國語詢答，亦無通譯在場，雖寅當場並未表示需通譯在場翻譯，顯然非完全不諳國語，惟參以寅係民國 21 年出生之阿美族原住民，其表示早年係受日本教育，國語非其母語等背景，難認寅確實得完全以國語溝通無誤，且依丑上開所證，亦無法證明寅警詢時，係在完全「理解」之狀態下所為之應答及簽名，因此本件製作警詢筆錄之過程，實不能排除寅可能因國語溝通上有誤解或其本身以國語應答有失其真意等情狀發生（或係在不瞭解警方詢問之真意下而隨意攀附員警之問題）；是

綜以上開寅於該份警詢筆錄製作時陳述之背景，其處於緊張之心理壓力，又因語言溝通可能有些許障礙下，並非在自然狀況下所為之陳述，自難認該警詢筆錄具有特別可信之情狀。

## 肆、本案評析

- 一、本案是一件違反選罷法之選舉案件。此類案件中，不管是收受候選人金錢的選民（如本案的頭目寅），或是給付賄款用以買票的候選人（如本案的壬），均屬被告。此類選舉案件的訴訟過程中，證據調查與證據能力的認定，常是最重要的攻防所在，也影響事實的認定。本案在證據調查過程中，原住民同案被告，也就是收受賄賂的頭目寅，是民國 21 年出生之阿美族原住民，其表示早年係受日本教育，國語非其母語。然而警察詢問其證詞時，全程以國語詢答，亦無通譯在場，因此，寅在警詢筆錄中的書面記載，有無證據能力，可否用來認定壬有賄選的事實，即非無疑問。
- 二、目前臺灣法庭普遍未配置固定的原住民族語通譯，固定配置的通譯，均為「閩南語」通譯。執政者始終是以「原住民應已經完全漢化且必須通曉國語或閩南語」的心態來進行司法偵查審理工作，且一相情願地認為，「法院僅需配置閩南語通譯」，即可因應原住民族人口較多區域的司法審判中語言溝通不良問題。將閩南語通譯的職缺釋放一部分出來，制度上增加招聘固定職缺的原住民族語通譯，何難之有？此舉不僅可以對原住民族創設更多的工作機會，也可將法院營造成對原住民族當事人友善的環境。法院有必要使用原住民族語通譯的場合，也可立即且就近有原住民族語的通譯協助翻譯，而不是如同現狀，仰賴警察或親友擔任翻譯的工作。因為警察與被告常具有「利益衝突」，屬「誤譯」高危險群，或是習於便宜行事，且警察既然要將被告法辦，心態上必定傾向於認定被告有犯罪嫌疑。且不諳國語的原住民，通常要其在筆錄上簽名，也常是看都沒看就加以簽名。

三、法庭通譯的目的，乃是為了保障弱勢語言使用者「使用法院」與「接近法院」的權利，以及人民在《憲法》上享有的「訴訟權」，以及由此延伸而來的「防禦權」之保障。倘有此認知，必會深刻體認到不諳國語被告上法庭的「雙重壓迫」狀態。「第一重壓迫」是法律專業的壓迫，亦即被告不懂法律語言，因而在法庭中受到法律專業社群的宰制；「第二重壓迫」是優勢語言的壓迫，亦即被告不諳國語，偵查或審判時如同置身國外，對訴訟程序不解如鴨子聽雷或霧裡看花，僅能保持沈默或是回答自己也不甚明瞭的問題。在此雙重壓迫下，不諳國語被告的防禦權利則是徹底被剝奪。

四、本案判決的爭議點，就在於同案被告寅，是民國 21 年出生之阿美族原住民，已經表達不諳國語，但警察還是沒有為其聘請通譯，而以國語問答。經寅在法庭上表達無法以國語溝通，顯見先前警詢時，被告並非在對國語處於「理解狀態」下應答及簽名。法院判決中，以「綜以上開寅於該份警詢筆錄製作時陳述之背景，其處於緊張之心理壓力，又因語言溝通可能有些許障礙下，並非在自然狀況下所為之陳述，自難認該警詢筆錄具有特別可信之情狀」為由，認定寅的警詢筆錄內容，屬傳聞證據，不能做為證據，實屬正確之見解。

#### 案例二十四 選罷法——頭目紅包案

案號 臺灣高等法院高雄分院 95 年度選上訴字第 11 號

案由 違反《公職人員選舉罷免法》

### 壹、案情簡述

#### 一、案例事實

被告庚原係屏東縣瑪家鄉鄉長，且為民國 94 年 12 月 3 日所舉行投

票之臺灣省第 15 屆鄉鎮市長選舉瑪家鄉鄉長候選人，於 94 年 9 月 3 日 20 時至同日 22 時許，利用在屏東縣瑪家鄉佳義村活動中心辦理參選說明會之機會，與被告即其胞妹己共同基於對有投票權人交付賄賂，約定投票權為一定行使之犯意聯絡，假借對排灣族頭目尊敬之名義（實際上卻係欲利用頭目在原住民族部落中之影響力），由被告庚、己共同交付內裝有新臺幣（下同）1,000 元、500 元不等之紅包給有投票權之選民即被告乙、癸、丑、丙、辛、甲、戊等大、小頭目收受，被告乙等人並許以投票權為一定之行使。因認被告庚、己所為係犯《公職人員選舉罷免法》第 90 條之 1（現為第 99 條）第 1 項之對於有投票權人交付賄賂罪嫌；被告乙、癸、丑、戊、丙、甲、辛所為係犯《刑法》第 143 條第 1 項之投票受賄罪嫌。

## 二、判決主文

上訴駁回。（原審臺灣屏東地方法院 94 年度選訴字第 17 號，被告皆無罪，上訴人係臺灣屏東地方法院檢察署檢察官）

## 三、主要爭議點

被告癸、乙、丑、丙、辛、戊、甲均坦承有收受被告庚或己所交付之紅包現金，是否為《公職人員選舉罷免法》第 90 條之 1 第 1 項所規定之賄賂或其他不正利益？抑或是根據排灣族習俗對頭目之尊重？

## 貳、原住民主張

被告主張紅包以表達對頭目的尊重及慰問之意，與選舉無關，更無賄選之意，癸、乙、丑、丙、辛、戊、甲主張其等係排灣族之頭目，收受紅包乃原住民族之習俗，並無收受賄賂之意。

## 參、法院判決

### 一、認定犯罪事實所根據之證據及理由

(一) 次按《公職人員選舉罷免法》第 90 條之 1 (現為第 99 條) 第 1 項之賄選罪係以對於有投票權之人，行求期約或交付賄賂或其他不正利益，而約其不行使投票權或為一定之行使為構成要件。亦即須視行為人主觀上是否具有行賄之犯意，而約使有投票權人為投票權一定之行使或不行使；客觀上行為人所行求期約或交付之賄賂或不正利益是否可認係約使投票權人為投票權之一定行使或不行使之對價；以及所行求、期約、交付之對象是否為有投票權人而定。上開對價關係，在於行賄者之一方，係認知其所行求、期約或交付之意思表示，乃為約使有投票權人為投票權一定之行使或不行使；在受賄者之一方，亦應認知行賄者對其所行求、期約或交付之意思表示，乃為約使其為投票權一定之行使或不行使。

又《刑法》第 143 條對收賄者有投票受賄罪處罰之規定，受賄者亦須有賄賂之認識，二者乃必要之意思經合致而成立之犯罪。再對有投票權人交付之財物或不正利益，並不以金錢之多寡為絕對標準，而應綜合社會價值觀念、授受雙方之認知及其他客觀情事而為判斷。

被告庚確曾於上述時、地，將被告己所準備之現金 1,000 元、500 元不等之紅包，交付給被告乙、癸、丑、丙收受之事實；被告己確有於上述時、地，交付 500 元、100 元不等之現金予被告甲、戊、辛收受之事實，固據被告庚、己、乙、癸、丑、丙、甲、戊、辛於警、偵訊及原審審理時供述明確。

(二) 在排灣族的傳統文化中，關於各種公開集會活動慶典場合，為表示對於之頭目尊重，有致贈實物，或以金錢即紅包代之之習俗等情，已據證人即行政院原住民族委員會專任委員（現改名為拉夫○○卡拉雲漾）及證人即國立東華大學○○學院院長，

分別於原審及本院審理時結證屬實。核之上開證人子、壬 2 人之證詞一致，並無齟齬之處，且證人子現係行政院原住民族委員會專任委員，專門研究原住民族教育、文化；證人壬則為國立東華大學○○學院院長，而其 2 人又均係排灣族原住民，對於排灣族文化自較一般人有具更深入之研究與了解，因此，證人子、壬所為上開證詞，自足採信。

- (三) 又 94 年 9 月 3 日 20 時至同日 22 時許，在屏東縣瑪家鄉○○村活動中心所舉辦者，係由證人丁以○○村村長之身分所召開之社區建設座談會，證人丁於當日下午 7 時許即以廣播之方式召集村民，且當日參加座談會者除被告庚、己、乙、癸、丑、甲、丙、戊、辛等人外，人數多達一百多人等情，業據證人丁於原審及本院審理時具結證述明確，故該社區建設座談會顯非被告庚之參選說明會甚明。雖被告庚當時係屏東縣瑪家鄉鄉長，且已登記參選連任，當日並出席該社區建設座談會，甚而有交付由被告己所準備之現金 1,000 元、500 元不等之紅包給被告乙、癸、丑、甲等人收受；被告己並有交付 100 元、500 元不等之現金予被告甲、戊、辛收受之情，然被告乙、癸、丑、甲、丙、戊、辛等人均為排灣族頭目之事實，復據證人子、壬 2 人證述甚詳，是被告庚身為當時之屏東縣瑪家鄉鄉長，且有意參選連任屏東縣瑪家鄉鄉長一職，對於瑪家鄉內排灣族之文化，必有相當之了解，則被告庚、己在出席○○村社區建設座談會時，發見該座談會中有數位排灣族頭目出席會場，為表現對排灣族部落之尊重，並爭取排灣族選民之認同，依循排灣族文化交付給具排灣族頭目身分之被告乙、癸、丑、甲、丙、戊、辛紅包或現金，而被告乙、癸、丑、甲、丙、戊、辛等人亦以排灣族頭目之身分收受該紅包、現金之舉，顯與上開證人子、壬所述排灣族傳統文化無違，是被告庚、己、乙、癸、丑、甲、丙、戊、辛上開辯解，尚屬有據。此外，遍查卷內亦無被告庚、己於交付紅包、現金時，曾與被告乙、癸、丑、

甲、丙、戊、辛達成約其等投票權為一定行使或不行使之具體事證。職是，本案授受雙方在主觀上既均無認識該紅包、現金係屬選舉「賄賂」，而無行賄及受賄之意思，則該紅包、現金即非對於賄求對象約其投票權為一定之行使或不行使之不法報酬，自難僅以被告庚、己有交付現金、紅包；被告乙、癸、丑、甲、丙、戊、辛具有投票權且有收受之事實，而不問行為人心理狀態及行為時之客觀情事，即遽以交付賄賂罪及收受賄賂罪相繩。

- (四) 本件被告乙、癸確係排灣族頭目，已如前述，且渠 2 人於警詢、偵查中及原審審理時均明白表示係本於排灣族頭目的身分，始會收受被告庚所交付之紅包，此絕與選舉無關，純係被告庚用以表示對排灣族頭目的敬意與慰問之意等語，再徵之前開證人子、壬所證述之排灣族文化等情，彼等之間，既無對價關係，尚難據此即認被告乙、癸於收受紅包時，與被告庚已達「約」其等投票權之為一定之行使或不行使，進而認渠 2 人所收受之紅包係屬「賄賂」。

## 二、論罪科刑的理由

- (一) 綜上，被告庚、己既係基於尊重排灣族頭目之意，而交付紅包、現金給具排灣族頭目身分之被告乙、癸、丑、甲、丙、戊、辛，而被告乙、癸、丑、甲、丙、戊、辛等人亦係基於排灣族頭目之身分始收受該紅包、現金，則被告庚、己與被告乙、癸、丑、甲、丙、戊、辛等人，在主觀上自無交付或收受「賄賂」之犯意，客觀上亦難認係屬賄選或受賄之行為，自與《公職人員選舉罷免法》第 90 條之 1 第 1 項之投票行賄罪及《刑法》第 143 條之投票受賄罪之構成要件有間，此外，復查無其他積極證據足資證明被告等人有何公訴人所指之犯行，其等犯罪即屬不能證明，則原審所為被告等無罪之諭知，並無不當。



(二) 本件被告庚、己兄妹於建設說明會交付於大小頭目即被告乙等 7 人之紅包，共計 7 包，金額有 1,000 元、500 元或 100 元不等。衡之常情，苟被告庚、己有行賄之意思，應無於公開場所，且在眾目睽睽之下交付金額不等之賄賂之理。況查現場具有投票權之人尚有 60 多人，苟僅對被告乙等 7 人行賄，而置其他有投票權之 60 人左右於不顧，則必然產生反效果，引起其他有投票權人之不爽，顯非智者所願為。足見被告庚、己 2 人，所交付於被告乙等 7 人之紅包，應係依排灣族之禮俗，對頭目表示敬意之舉，彼此之間，並無對價關係，與賄選無涉甚明。又查證人壬係比較文化學博士，現為東華大學原住民○○學院院長。另查證人莊○○現在行政院原住民族委員會擔任專任委員，並在屏東教育大學兼任文化講師，教授南島文化等情，業經壬、子於本院審理時結證在卷，彼等既具有相當之學術地位，且經依法具結，排灣族傳統文化，於慶典、集會場合，為表示對頭目的尊重，會發紅包，且被告乙等人確為頭目，其等之證詞，自屬可採信。公訴人上訴意旨，仍執前詞，指摘原判決不當，為無理由，應予駁回。

## 肆、本案評析

- 一、本案件是選舉賄選案件。被告主張在社區建設座談會上，包紅包給排灣族大小頭目數人，乃是根據排灣族的傳統文化，於各種公開集會活動慶典場合，為表示對於頭目之尊重而致贈實務或以金錢代之的習俗，並非為了賄選。本案則是傳喚兩名熟悉排灣族傳統習俗之證人證明，確有此等習俗存在，此外，法院認為被告致贈金錢時，並未與受賄者達成「約定」投票權應為一定之行使或不行使，且被告是在公開場合，眾目睽睽之下致贈紅包，故應與賄選無涉。
- 二、本案涉及所謂的「文化抗辯」問題。原住民個人之行為養成，多半是學習自整個族群、團體乃至於文化，且經過上一代傳給下一

代，代代相傳生生不息。個人從小生存的環境，不只父母教授他文化價值觀、技藝與技巧、信仰與行為動機，同儕之間也會受到其他刺激與影響進而學習，這些都是對於個人之「涵化」作用。<sup>29</sup>因此如果一個被告具有特殊的文化背景，而這個文化背景具有形塑其人格與行為模式之強大影響力，一旦此等特殊文化背景與刑法規範相衝突時，法官有義務審查此等文化背景之證據，不應貿然判決被告有罪。換言之，當被告進行文化抗辯時，法官應審酌：(一) 被告是否為特定文化的一分子？(二) 該文化族群是否具有特殊傳統？(三) 被告所犯之罪是否受到該特殊傳統影響？<sup>30</sup>

三、目前臺灣社會逐漸重視原住民族文化，並給予很多優惠性措施，例如入學加分、選舉名額保障等，因而本書認為在司法上應給予原住民族主張其行為係基於文化之涵化作用所來，進而重視其所提出之文化證據，即所謂之「文化抗辯」。本案就是一個有關「文化抗辯」的例子。排灣族並非人人平等之社會，依其出生身分上之差異享有不同的地位與權力。主要差異係頭目與平民之間，前者擁有部落土地，保護領導與管理其他平民，平民則向頭目租借土地來耕種，並受頭目保護與領導，且這些階級身分係來自於世襲。因頭目是部落領域內所有資源之擁有者，是以，平民雖可在頭目許可下使用土地、森林、河流等資源，但需繳交一部農漁或狩獵之所得給頭目作為賦稅或稱為納貢。<sup>31</sup>重要慶典、結婚典禮需殺豬宴客，必須把上等肉交由頭目。<sup>32</sup>

四、本案候選人所主張之文化抗辯乃是，給予 7 位頭目紅包，係基於對排灣族階層制度之了解與對頭目之尊重，係入境隨俗之行為。

29 蕭宇軒 (2011)，《文化辯護於刑事實體法上之效果》，國立成功大學法律學系碩士論文，頁 25-26。

30 許恆達，刑法秩序與多元價值——以東亞刑事法院為中心的考察，「東亞法院與法律繼受」學術研討會 (二)，臺大法律學院霖澤館多媒體室，2013 年 6 月 7 日。

31 譚昌國 (2007)，《排灣族》，頁 39 以下。

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

在排灣族中，頭目對於領域內所有資源屬於擁有者，並有權利可以接受納貢，其意義是象徵頭目保護平民得到豐收結果，因此本案頭目基於排灣族傳統習俗係有權利收受紅包。

五、本案法院在審理時，傳喚兩位專家證人，兩人皆證實「在排灣族的傳統文化中，關於各種公開集會活動慶典場合，為表示對於頭目之尊重，有致贈實物，或以金錢即紅包代之之習俗等情」，此屬一種對於文化抗辯證據的調查，最後原審法院及第二審法院亦採取其證詞，認定本案被告與頭目雙方之間，並非出於行賄及受賄之意思，約定以此紅包作為投票權為一定行使或不行使的不法報酬。法院在此案中之訴訟程序與判決理由，均可視為承認原住民族所為之「文化抗辯」，乃本案特別值得一提之處。

### 案例二十五 選罷法——家族選舉案

案號 臺灣高等法院高雄分院 101 年度選上更（一）字第 11 號

案由 違反《公職人員選舉罷免法》

## 壹、案情簡述

### 一、案例事實

被告謝○明與吳○強具有表舅、外甥之親戚關係，且渠等均登記參選高雄市第一屆桃源區拉○○里里長。因渠等家族長輩均不支持吳○強與謝○明競爭，渠 2 人遂於民國 99 年 9 月 20 日前不久之某時點，在謝○明位於高雄縣桃源鄉○○村○○路○段 132 號後方小巷內，期約由吳○強停止一切競選活動，謝○明則於選舉完畢後必須支付吳○強新臺幣 5 萬元，以彌補吳○強為登記參選而交付 5 萬元保證金之損失。嗣因該署接獲檢舉指稱吳○強於 99 年 9 月 20 日下午 2 時 30 分許，至謝○芳住處與謝○芳、謝○齡、周○宏、林○海、杜○國等人一同飲酒作樂時，有向在場之人表示上述其與謝○明期約之事，並當場拿出 500 元現

金請謝○芳去買啤酒予大家一同飲用，且要求在場之人應支持謝○明。而經傳喚吳○強等人到案後，吳○強等人坦承上述情事，因而查悉上情。因認被告謝○明、吳○強分別犯《公職人員選舉罷免法》第 97 條第 1 項、第 2 項之期約賄賂而約放棄競選、許以放棄競選罪嫌。

## 二、判決主文

原判決撤銷。謝○明、吳○強均無罪。

## 三、主要爭議點

本案被告吳○強登記參選後又棄選，究竟是因為家族會議之做出退選決定所致？還是與另一候選人謝○明期約約定棄選？

## 貳、原住民主張

被告吳○強抗辯，係基於原住民族家族會議決定不參與競選，為免受族群社會之排擠，順從尊重家族會議，因而在競選期間不作活動、不印文宣、不去拜訪鄉民。非因共同被告謝○明期約賄賂而停止競選活動。

## 參、法院判決

### 一、認定犯罪事實所根據的證據及理由

本件公訴人認被告謝○明與吳○強涉有前開《公職人員選舉罷免法》第 97 條第 1 項、第 2 項之期約賄賂而約放棄競選、許以放棄競選罪嫌，係以被告兼證人吳○強於警詢及偵查中之陳述、證人謝○芳於警詢中之陳述、證人謝○齡、林○海、廖○花於警詢及偵查中之陳述為其主要論據。訊據上訴人即被告固供承其等具有表舅、外甥之親戚關係，且渠等均登記參選高雄市第一屆桃源區拉○○里里長之事實，惟均堅詞否認有何期約賄賂而約放棄競選、許以放棄競選之犯行，被告謝○明辯稱：我從頭到尾都沒有與吳○強談到錢的問題，9 月 17 日吳○強家族會議完畢，不支持吳○強競選，我何必再找他，我從頭到尾都沒有與吳○

強談到選舉的問題，我並沒有期約賄賂等語；被告吳○強辯稱：我與謝○明絕對沒有期約賄選的事情，完全沒有五萬元期約賄賂的事，登記後當天我們家族立即召開會議，我就放棄競選，我被家族勸退之後，林○海他們帶我去喝酒，我當時喝醉了，也不知道說什麼話，我是因為家族勸退，我才停止一切競選活動，沒有期約賄選的事實等語。

## 二、論罪科刑之理由

《公職人員選舉罷免法》第 97 條第 1 項、第 2 項，其立法意旨乃在於貫徹防止金錢介入選舉「搓圓仔湯」等之弊端，維護選舉之公平與純正，故對於候選人或具有候選人資格者，行求、期約或交付賄賂或其他不正利益，而約其放棄競選或為一定之競選活動，或候選人或具有候選人資格者，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益，而許以放棄競選或為一定之競選活動者，認應予以處罰，俾杜絕選舉之歪風。其中所謂「期約」，係指行賄者與受賄者雙方期望而為約定於一定期間內交付賄賂或不正利益，乃就候選人或具有候選人資格者，放棄競選或為一定之競選活動之意思已合致而尚待交付而言。若該候選人或具有候選人資格者，因其他原因已然放棄競選或為一定之競選活動，縱事後雙方期約交付一定之金錢或利益，除另成立他罪外，尚難論以期約賄選罪（最高法院 101 年度台上字第 1643 號判決意旨）。經查：證人吳○吉即吳○強之堂叔於本院前審到庭證稱：吳○強是我們家族成員，吳○強是在登記參選最後一天（9 月 17 日）才去登記的，吳○強的媽媽找我晚上緊急開家族會議，要制止吳○強參選，因為原住民里長選舉是家族選舉，在我們家族中，就算政見很好，都要尊重家族；（當天）晚上 6、7 點，當時吳○強答應這次競選里長不作任何競選的活動，也答應不選了，吳○強是無條件退選，並未提到保證金之問題，我們家族很小，如果吳○強出來的話，一定會落選，所以吳○強媽媽制止他參選，當天協調吳○強退選，謝○明並未參與，因為他不是我們家族的人，開會協調吳○強退選之事，開完會村里都知道了，謝○明也於開完會後知道此事等語。另證人即吳○強家族長輩（堂叔）依曼·依○○鍛於本院審理中到庭證稱：99 年 9 月 17 日你們家族知道吳○強有去登記參選時，那天晚上我們在

吳○強家裡開了家族會議，我們的決議是我們大部分耆老決定，還是一致決議推選謝○明參選里長，勸退吳○強不要參選；當天我們開家族會議時，吳○強他媽媽和他本人都有在場，有明確的指示不支持吳○強參選里長；那時候我們家族會議討論結束後，他沒有任何的反應，他的意思只是他已經登記參選了，他也不會去做參選的活動，不做文宣、旗幟。當天開會的時候都沒有講到說要謝○明要給吳○強五萬元的事情；在我們原住民中，我們家族會議的約束力，比如說有爭議性的、論及婚嫁的，重大議決的事情，都是長老、耆老一起聚會討論這個事情作決議，在我們族群中約束力是非常廣泛，從以前的習俗都是這樣，只要家族會議決定的事情，大家都是依照決議去遵循，如果沒有照決議來做，在我們族群裡面，是會比較被排擠的，如果家族會議決議喪失他的權利的話，如果他希望和好的話，我們的習俗是他要宰一隻豬，告訴我們的長老、耆老，表示對決議順從，希望我們接納他，要不然他會永久被排除在族群社會中；那天我們討論的時候，開會到後面的時候吳○強有說他不活動，不印文宣，不去拜訪，在競選期間他也是這樣。核與證人即被告吳○強於原審審理中所證：伊母親有與家族內的人開會，因為家族的人可能會投票給謝○明而造成伊落選，所以聽從父母的意見，伊只是暫時保持低調，並沒有表示不出來選；伊是截止前最後 1 天即 99 年 9 月 17 日去登記參選，登記後家族就在伊家中開會，伊有參加，謝○明並未參加，開會當天晚上伊就決定保持低調；登記參選後伊都沒有從事競選活動，因為母親說伊與謝○明票源重疊，要伊保持低調；伊就將繳交之保證金當成是損失，因為如果真的從事競選可能損失更大，家族會議不支持伊，伊就知道一定會落選等情相符。顯見被告吳○強於家族會議後，確未從事與選舉有關之文宣、旗幟拜訪選民等競選活動，事實上已放棄競選；而其不再從事與選舉有關之文宣、旗幟拜訪選民等競選活動而事實上放棄競選，確係因 99 年 9 月 17 日晚上家族會議之勸退及不支持競選，核與公訴意旨所謂之「期約交付賄賂」無涉，自難遽令被告謝○明、吳○強負《公職人員選舉罷免法》第 97 條第 1 項、第 2 項期約賄賂而約放棄競選、許以放棄競選之罪責。

## 肆、本案評析

- 一、本案所涉之案件，主要在於被告吳○強退選之因果關係認定爭議。被告吳○強退選，究竟是受到家族會議之壓力與拘束，還是與另一個候選人謝○明期約退選以操弄選舉結果，並藉此獲得不法利益？
- 二、從法律解釋上看，最高法院 101 年度台上字第 1643 號判決謂：「若該候選人或具有候選人資格者，因其他原因已然放棄競選或為一定之競選活動，縱事後雙方期約交付一定之金錢或利益，除另成立他罪外，尚難論以期約賄選罪。」換言之，《公職人員選舉罷免法》第 97 條第 1 項、第 2 項期約賄選而約放棄競選、許以放棄競選罪，必須放棄競選的原因來自於期約賄選，如果是出於其他原因而棄選，則不成立本罪。本案所追究者，就是被告吳○強退選，究竟是否受到家族會議之壓力與拘束？如果是，則不成立本罪。
- 三、法院在調查本案中，傳喚眾多證人，證實被告吳○強登記參選後當天晚上，被告母親即緊急召開家族會議，欲制止被告參選一事，因而在事實認定上，認定被告退選並非因為與同案被告有所期約。但此外，法院採納了被告之抗辯，亦即：「在我們原住民中，我們家族會議的約束力，比如說有爭議性的、論及婚嫁的，重大議決的事情，都是長老、耆老一起聚會討論這個事情作決議，在我們族群中約束力是非常廣泛，從以前的習俗都是這樣，只要家族會議決定的事情，大家都是依照決議去遵循，如果沒有照決議來做，在我們族群裡面，是會比較被排擠的，如果家族會議決議喪失他的權利的話，如果他希望和好的話，我們的習俗是他要宰一隻豬，告訴我們的長老、耆老，表示對決議順從，希望我們接納他，要不然他會永久被排除在族群社會中」等語，認定原住民族家族會議對原住民個人之決定，具有強大拘束力與壓力，因而判決被告無罪。此等見解，也是屬於承認原住民族「文化抗辯」的例子，值得肯認。

國家圖書館出版品預行編目資料

國內原住民族重要判決之編輯及解析 / 蔡志偉, 黃居正, 王皇玉著. -- 初版. -- 臺北市 : 原民會, 民 102. 12

面 ; 公分

ISBN 978-986-03-9535-8 (平裝)

1. 原住民行政法規 2. 判決

588. 29

102025551

國內原住民族重要判決之編輯及解析

---

作 者：蔡志偉 (Awi Mona)、黃居正、王皇玉 著

出版單位：行政院原住民族委員會

發行人：林江義

封面設計：Akiw

地 址：(103)台北市大同區重慶北路二段一七二號

電 話：(02)2557-1600

傳 真：(02)2557-2411

網 址：[www.apc.gov.tw](http://www.apc.gov.tw)

出版年月：民國 102 年 12 月出版

版(刷)次：初版

定 價：新台幣 450 元

---

**版權所有・翻版必究**

著作權人：行政院原住民族委員會

本書保留所有權利。

欲利用本書全部或部分內容者，須徵求行政院原住民族委員會同意或書面授權。

---

政府出版品統一編號(GPN)：1010203322

國際標準書號(ISBN)：978-986-03-9535-8