

蔡志偉 Awi Mona

賽德克族德克達雅群 Seediq Tkdaya

現任國立東華大學財經法律研究所暨法律學士學位學程專任副教授

美國華盛頓大學法學博士

蔡副教授近年來的研究一直以原住民族法主體（個人、部落、民族）之權利義務內容為中心，探究國家法律與原住民族法主體性質的交錯影響，並觀察採取何種方式得使原住民族法主體之權利能獲得最適保障與衡平。

蔡副教授本對原住民族文化之特殊性具高度重視，尤其原住民族各部落間維繫與運作之部落習慣、祭典儀式等，往往在其部落間已具有習慣法之要件，而需為現行法律尊重與依循，以維護原住民族之特殊性，並體現尊重多元文化之憲法意旨。

蔡副教授為臺灣首位原住民取得法學博士者，以具原住民身分之法學者投身原住民族法學與人權之拓荒與開創，兼以具有呈現作為原住民族法專研學者對法學專業領域獨特貢獻的雙重特色，足以代表個人在民族人權與多元文化法學領域作為領先學者之一之實證。

許恒達

現任國立政治大學法學院專任副教授，德國法蘭克福大學法學博士，曾任律師，專長為刑法、刑法史與刑事政策，主要研究興趣是從權力視角反省現代性的法律系統，並提出具有建設性的刑法解釋。

經歷：

國立清華大學科技法律研究所專任助理教授

國立臺北大學法律學系專任助理教授

美國紐約大學訪問學人

萬國法律事務所律師

法務部刑法研究修正委員會委員

司法官學院犯罪防治研究中心研究委員

廉政署廉政審查會委員

臺灣刑事法學會理事

吳秦雯

現任國立政治大學法學院專任副教授，國立臺灣大學法律學士、國立政治大學法律碩士、法國馬賽大學法學博士，曾任律師、交通部公路總局課員、世新大學法學院專任助理教授。目前兼職擔任內政部、國防部、勞動部、教育部、臺北市政府等政府機構之訴願會、法規會委員。研究領域包括憲法、行政法、比較法（法國法）、文化法、地方自治法，關注弱勢族群人權、行政契約、行政救濟、行政組織等領域。



原住民族委員會  
COUNCIL OF INDIGENOUS PEOPLES



原住民族委員會 出版

GPN : 1010501616

ISBN 978-986-04-9780-9



9 789860 497809

定價：450 元

國內原住民族  
重要判決之編輯及解析

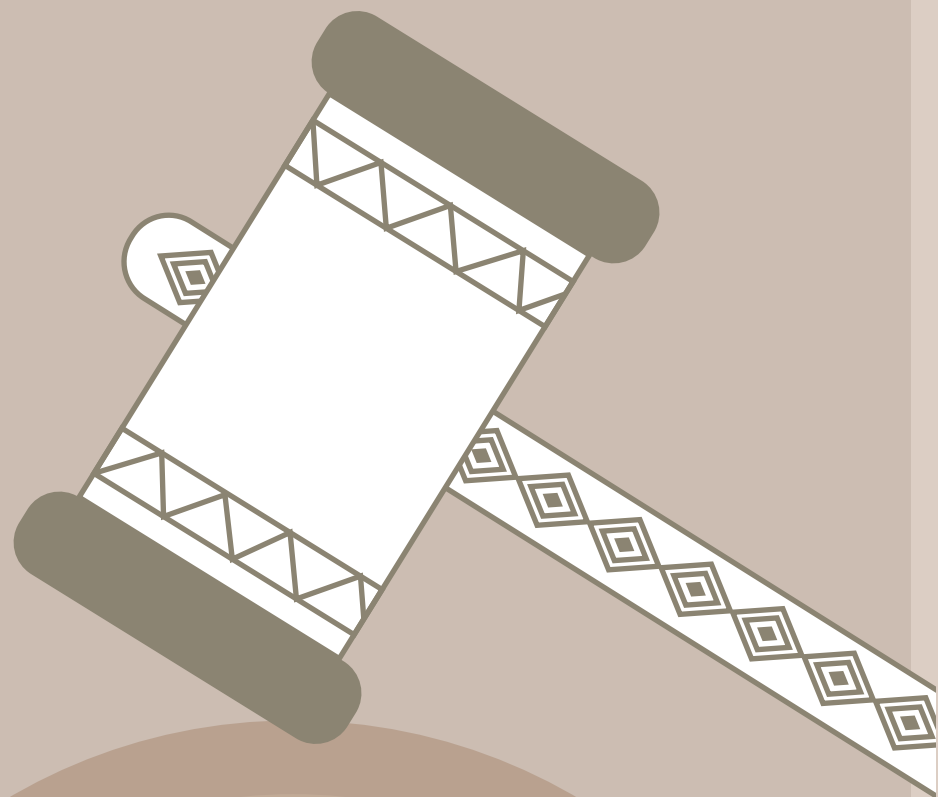
第二輯

蔡志偉 Awi Mona、許恒達、吳秦雯 著  
原住民族委員會

# 國內原住民族 重要判決之編輯及解析

第二輯

蔡志偉 Awi Mona、許恒達、吳秦雯 著



原住民族委員會  
COUNCIL OF INDIGENOUS PEOPLES


國內原住民族 第二輯  
重要判決之編輯及解析

蔡志偉 AWI MONA、許恒達、吳秦雯 著

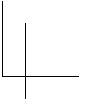
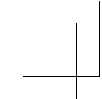
國內原住民族  
重要判決之編輯及解析

第二輯

 蔡志偉 AWI MONA、許恒達、吳秦雯 著  
原住民委員會

 原住民委員會 出版



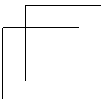
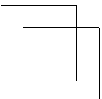


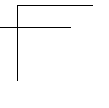
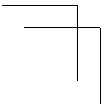
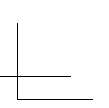
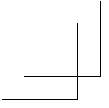
---

國內原住民族重要判決  
之編輯及解析  
(第二輯)

---

作者：蔡志偉 (Awi Mona)、許恒達、吳秦雯 著





## 序 言

---

法律之前人人平等的概念，在民主法治社會一般被視為神聖不可侵犯，但是，對於原住民族來說，真實的情況並非如此。長久以來，原住民族因其經濟、社會與文化弱勢與邊緣處境，加上臺灣司法體系係由主流社會價值觀所形塑之框架與規則，司法從業人員缺乏對原住民族文化脈絡的認識與瞭解，以及原／漢法律價值與系統上的差異與衝突，造成本應作為維持社會公平、正義的司法體系，卻因漠視原住民族傳統文化與慣習，使得原住民族無法受到「公平審判」之事件時有所聞。最為人所熟悉的事件，如 2004 年鄒族頭目逕行取締，疑似盜取鄒族傳統領域內野生蜂蜜的漢人而遭起訴案；2005 年司馬庫斯的「風倒櫟木事件」，司馬庫斯青年將被颱風吹倒的櫟木運回部落，卻被以加重竊盜罪起訴判刑；以及原住民族依固有傳統而持有獵槍狩獵，卻常因違反槍砲彈藥刀械管制條例、野生動物保育法、國家公園法等法令被論罪科刑。

目前雖有原住民族基本法等相關法律保障原住民族之司法權益，然原住民族的傳統習俗、語言文化及價值觀均與一般國民不同，常與現行法規產生衝突，而法官及檢察官等司法體系對原住民族的認知不足，造成原住民族經常受到不當的偵查、起訴及不利判決。是以，原住民族面臨司法機關的不親近（文化、語言、空間上的隔閡）、法律諮詢機制的缺乏、原住民族傳統法的法效力爭議、行政機關與司法機關對於原住民族傳統法知識的缺乏，及原住民族文化與習慣認定等困境，皆是未來需要解決之問題。

本會為全面落實保障原住民族司法權益，持續調查整理與出版原住民族傳統習慣文獻及原住民族法學專書，本書之出版為延續前次（第一輯）出版之經驗，藉由持續整理編輯國內原住民族重要判決並解析國內原住民族法律實務見解，更進一步探究國家法與原住民族權利論證的互

## 國內原住民族重要判決之編輯及解析（第二輯）

ii

動關係，以供作原住民族政策及司法實務之參考，兼以提供立法修法方向及法學研究。

感謝蔡志偉副教授、許恒達副教授及吳秦雯副教授等研究團隊之辛勞，邀集各類法律領域之專家學者共同研究，期盼本書之出版，能作為原住民族司法案件研究之典例，鼓勵更多有志之士投入原住民族法學研究。

主任委員

蔣經國  
Iyang. Parod



## 序 言

---

近年來，我國整體法律資源已逐步朝向多元文化方向調整。2014 年 9 月起，臺灣高等法院所屬地方法院（除外島）以及高等行政法院，均設立原住民族專業法庭（或專股）。「刑事訴訟法」也完成增修，對原住民刑事被告提供一般性法律扶助。惟設置專庭或提供扶助，並不同於承認各族群之傳統習慣得與國家法律並存甚至取代國家法律之規範地位，也無法直接改善原住民案件中當事人之攻防能力。欲完備臺灣原住民族之司法近用權，進而使其能參與司法正義之實施，以充分之自治維護多元文化樣貌，原住民族社群之「法律人政治家」之培育，及訓練非原住民社會「法律人政治家」能接受多元文化社會所需之妥協與尊重，就十分必要。

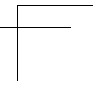
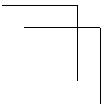
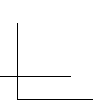
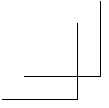
本書延續第一輯的格式，意在持續充實原住民族法律資料庫的建置，更期望那些具族群敏感性與維護其價值之傳統法律得以發展且為我國法曹所適用。本書的最終目的，在提供有效改善原住民案件中當事人之攻防能力，並使未受多元文化法律法學教育之法曹，能認知並適用各族群之傳統習慣，對其與國家法律間之適用關係為正確評價，以完整化原住民族之司法近用權。

蔡志偉

Awi Mona

居南邨，壽豐，花蓮









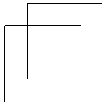
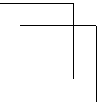
## 序 言

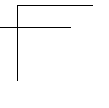
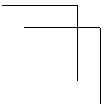
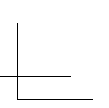
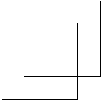
---

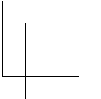
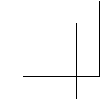
原住民族文化與法律的研究，長期以來一直是法學研究領域中較受忽視的區塊，隨著近年原住民權利運動的興起，我國實務與學說開始重視原住民族法律議題，舉凡原住民族文化權入憲，原住民族專庭（股）的創設等，都彰顯此問題所具有的先驅性與前瞻性。

礙於刑法的最後手段性，我們不應該動用刑法積極保護原住民族文化，但在原、漢文化衝突現場，原住民族部落習慣衝突鮮明地挑戰主流的漢文化法律價值，也讓構成犯罪的界限陷於游移兩難之境，在本書中，筆者嘗試以刑事判決為切入重點，設法在現行實證法論述邏輯中，為原、漢衝突連結的犯罪成立難題，尋找若干適合的解套與出路，其中部分尚屬筆者個人想法，仍有賴法學及原住民族文化研究的先進指正。

許恒達





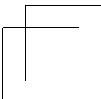
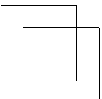


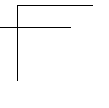
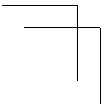
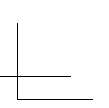
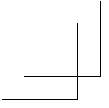
## 序 言

---

原住民相關法律問題，在我國憲法增修條文納入多元文化並肯定原住民族權利後，確實逐漸展現出與以往不同的多元面向。而原住民族權利之保護，不僅需要行政權主動積極依法行政、立法權遵守憲法誠命立法，司法權如何在合於憲法規範之要件下，具體於個案中回應原住民權益，更屬不能忽略的重要關注角度。此次參與國內原住民族重要判決之編輯與評析，乃是本人更進一步廣泛搜尋、了解、分析相關行政法院判決之重要歷程，對於原住民族法學相關研究因此有更多的學習與反芻。從閱讀與分析行政法院判決的過程中，尤其體會到，由於原住民權益相關法令尚未完備，不但使得目前與原住民權益相關之行政法院判決累積數量相較於普通法院為少，且原住民透過行政救濟途徑獲得權利保障或消弭爭議之機會亦不多見，因為行政法院並不習慣在沒有法令明確規定之情況下，對原住民進行有利之判決。好在，可喜的是，委託機關原民會能夠注意到此一權利保護面向，並進行此類行政救濟案件之蒐集與分析，可見得委託機關也已經發現此一問題，期待未來會有更積極的行政立法作為。期待這次相關判決的編輯與評析，能夠提供接續更多豐碩精采相關研究之綿薄助益。

吳秦雯





# 目 錄

序言 夷將·拔路兒 .....	i
序言 蔡志偉 .....	iii
序言 許恆達 .....	v
序言 吳秦雯 .....	vii
<b>壹、計畫說明 .....</b>	<b>1</b>
一、計畫背景 .....	1
二、計畫目的 .....	2
三、實施策略及方法 .....	3
<b>貳、原住民族與法 .....</b>	<b>7</b>
<b>參、案件檢選說明 .....</b>	<b>13</b>
一、我國原住民族涉及民事案件之判決實證研究評析 .....	13
二、我國原住民族涉及刑事案件之判決實證研究評析 .....	19
三、我國原住民族涉及行政案件之判決實證研究評析 .....	25
<b>肆、民事判決編輯及解析實例 .....</b>	<b>33</b>
一、土地關係 .....	33
<b>案例一</b> 原住民保留地無權占有案 .....	33

## 國內原住民族重要判決之編輯及解析（第二輯）

x

案例二	非原住民援引《原住民族基本法》 占有國有土地案	42
案例三	塗銷耕作權登記	50
案例四	拆屋還地	56
案例五	交還土地	63
案例六	拆屋還地	69
案例七	返還不當得利	79
二、親屬繼承關係		86
案例八	代位分割遺產	86
案例九	確認收養關係成立	95
案例十	聲請變更子女姓氏	103
案例十一	聲請變更子女姓氏	107
案例十二	收養認可	110
三、其他		115
案例十三	當選無效	115
案例十四	侵害著作權有關財產權爭議等	121

## 伍、刑事判決編輯及解析實例

一、違反《槍砲彈藥刀械管制條例》		131
案例一	取得原住民身分前製作土造長槍案	131
案例二	製造空氣槍射擊斑鳩玩樂案	157
案例三	原住民製作手槍案	166
案例四	原住民間為營利販賣自製獵槍案	172

<b>案例五</b> 使用組裝槍彈獵捕野生動物案.....	180
二、違反《野生動物保育法》 .....	198
<b>案例六</b> 獵捕保育類野生動物無罪案.....	198
<b>案例七</b> 小米豐收季獵捕保育類野生動物無罪案.....	214
<b>案例八</b> 為食用目的獵捕山羌案 .....	236
<b>案例九</b> 原住民買賣山羌案 .....	245
<b>案例十</b> 夜間射殺棕囊貓案 .....	253
三、違反森林法.....	259
<b>案例十一</b> 依傳統習俗於國有林地建造墓碑案.....	259
<b>案例十二</b> 布農族人撿拾牛樟木殘材案.....	275
<b>案例十三</b> 阿美族人採集藤心食用案 .....	281
<b>案例十四</b> 原住民族人為營利摘取桑黃案.....	292
<b>案例十五</b> 撿拾販售牛樟木樹瘤案 .....	296
四、其他.....	304
<b>案例十六</b> 卡地布部落遷葬案.....	304
<b>案例十七</b> 原住民開墾山坡地案.....	327
<b>案例十八</b> 原住民族習俗與毀損案 .....	335
<b>案例十九</b> 原住民參選人米酒招待案 .....	339
<b>案例二十</b> 原住民族婚禮習俗與重婚罪案.....	344
<b>陸、行政判決編輯及解析實例 .....</b>	<b>349</b>
一、身分事務.....	349
<b>案例一</b> 《原住民身分法》施行前未取得原住民身分	

## 國內原住民族重要判決之編輯及解析 (第二輯)

xii

之認定爭議.....	349
<b>案例二</b> 收養關係下之原住民身分得喪.....	359
二、土地事務.....	366
<b>案例三</b> 反亞泥還我土地案.....	366
<b>案例四</b> 山坡地超限利用案.....	371
<b>案例五</b> 原住民保留地耕作權設定案.....	380
<b>案例六</b> 違規於原住民保留地採取板石案.....	388
<b>案例七</b> 原住民保留地設置加油站案.....	394
<b>案例八</b> 原住民保留地申請設定農育權案.....	400
<b>案例九</b> 原住民保留地解編爭議案.....	407
<b>案例十</b> 利害關係人請求撤銷原住民耕作權設定.....	418
三、其他.....	423
<b>案例十一</b> 政府採購得標廠商應進用一定比例原住民案.....	423
<b>案例十二</b> 阿禮上部落劃設特定區域案.....	441
<b>案例十三</b> 美麗灣環境影響評估案.....	450
<b>案例十四</b> 好茶部落風災國家賠償案.....	456
<b>案例十五</b> 南沙魯村風災國家賠償案.....	465
<b>案例十六</b> 嘉蘭村風災國家賠償案.....	477
<b>索引</b> .....	491



## 壹、計畫說明

### 一、計畫背景

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裁判上的規範，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 103 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，提昇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。

原住民族委員會前於 102 年「國內原住民族重要判決之編譯及解析（第一輯）」，蒐集 50 則原住民族民事、刑事及行政類之判決，並由熟稔國內法規及原住民族事務之法律學者個案評析，對於原住民族司法現

況之剖析，成效卓越。且法律界及原住民族對於該出版品均給予高度關注及正面評價。本計畫旨在延續前次出版之經驗，並藉由持續整理編輯國內原住民族重要判決，並解析國內原住民族法律實務見解，能夠更進一步探究國家法與原住民族權利論證的互動關係，據以提供國內立法工作者與司法實務上思考的方向。

### 二、計畫目的

聯合國原住民族人權及基本自由情況特別報告員在一份關於原住民族與司法執行的報告中，討論原住民族在司法制度所受到歧視的相關問題時注意到，原住民在司法制度中受到負面影響時，其他人權的享有亦容易在司法制度中被否定，因為司法制度是各種權利與自由實現被侵害時的重要救濟途徑。特別報告員發現原住民族在司法制度受到歧視的因素很多，包括對原住民族權利的長久否定、司法制度未能對原住民族就其與傳統土地間的特殊關係予以承認及保護、司法制度的官員對原住民的歧視、因為在整個司法程序中的不適當翻譯服務致原住民族在法律前之平等及公平審判權未受保障、原住民族傳統法律制度因為現代化、同化、強迫遷徙、政治壓力所受的侵蝕或破壞、國家對原住民族的文化及法律慣例予以刑罰化、對原住民族法、習慣及管轄的正式承認或使之隸屬於國家法之下、以及原住民族法在處理新議題（如女性及兒童）方面的不足。

本計畫旨在編整 50 則原住民涉訟（民事、刑事、行政）案件之研究與評析結果，一以探究國家法律與原住民族權利論證的互動關係，據以提供國內立法工作與司法實務上思考的方向，另以提供司法實務上法之解釋、補充及使用參考。進而能夠理解司法實務見解就本計畫所選擇編整之判決，其作成依據及論理脈絡，本計畫之研析成果對於原住民族法制發展及原住民族權利實踐之政策規劃具有重大價值。

### 三、實施策略及方法

2007年9月13日聯合國通過《原住民族權利宣言》，第3條確認，原住民族有權利自主地追求經濟、社會與文化發展；第4條則肯認原住民族有權利在內部及地方事務等方面自治；第34條更進一步確立，原住民族有權利去發展和維持其獨特的司法系統、習慣、傳統、程序及實務作法。雖然我國並非聯合國成員之一，《原住民族權利宣言》也不具有國際法上的法律拘束力；但我國憲法增修條文第10條第11項已明文規範，國家應肯定多元文化，並積極維護發展原住民族的語言文化；第12項更揭示，國家應保障原住民族之地位，並依原住民族之意願，對其教育文化與經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展。我國《原住民族基本法》第30條也與聯合國《原住民族權利宣言》第34條相互呼應，要求政府處理原住民族事務、制定法律或實施司法與行政救濟程序、調解、仲裁或類似程序，應尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化及價值觀，保障原住民之合法權益；若有原住民不諳國語，亦應由通曉其族語之人協助傳譯。同法第30條第2項並指出，政府為保障原住民族之司法權益，得設置原住民族法院或法庭。為實現上述規範要旨，司法院於2013年1月開始於桃園、新竹、苗栗、南投、嘉義、高雄、屏東、臺東、花蓮等九所地方法院，設立原住民族專業法庭（或專股），並自2014年9月起，擴及本島所有地方法院、臺灣高等法院及其分院與行政法院系統，審理案件範圍包括被告為原住民之刑事案件（不論何種犯罪類型，均由原住民族專業法庭（股）審理），以及兩造當事人為原住民、部落、原住民族之民事事件及一造當事人為原住民、部落、原住民族之特定民事事件，期以加強保障原住民族之司法受益權。

在這樣的基礎之上，本項「國內原住民族重要判決之編輯及解析（第二輯）」撰寫計畫，旨在首先透過國內各級法院有關原住民族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》）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。

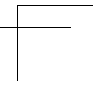
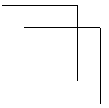
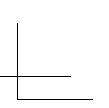
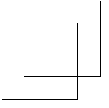
就判決的蒐集，本計畫係在司法院法學資料檢索系統，分別以民事訴訟（如土地、親屬、繼承等）、刑事訴訟（《野生動物保育法》、《森林法》、《槍砲彈藥刀械管制條例》等）、行政訴訟（原住民保留地、原住民身分等）案由，再以「原住民身分」、「原住民」、「傳統習慣」及「文化」等關鍵字檢索，挑選具代表性，諸如判決間見解彼此歧異或社會矚目案件的判決，並就判決事實及理由摘錄重點，再以相關法學理論與原住民族傳統習慣據以回應與評釋判決。一方面強調涉訟原住民當事人所提權利主張論述，另一方面說明各判決所建立之法律原則及其主要影響，作為本研究最重要的研究重點。

### 辦理事項說明

1. 編輯範圍：蒐集、編輯國內各級法院有關原住民族之重要判決
2. 數量：按訴訟類型平均蒐集，總計 50 則
3. 時間點：以司法院法學資料檢索系統所收錄的範圍為主
4. 主題
  - (1) 民事：土地、親屬、繼承、其他
  - (2) 刑事：《野生動物保育法》、《森林法》、《槍砲彈藥刀械管制條例》、其他
  - (3) 行政：原住民保留地、原住民身分、環境影響評估、其他
5. 內容：分為二大部分
  - (1) 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
  - (2) 判決編輯：每則判決均應包括以下內容
    - a. 案情簡述：簡要敘述爭訟之事實及主要爭議點
    - b. 原住民主張：說明原住民所提權利主張及證據
    - c. 法院判決：法院判決主要內容
    - d. 評述：說明該判決所建立的原則及其主要影響

6. 其他

- (1) 內容所涉及的相關法律條文需增加關鍵字（詞）與索引
- (2) 對於事實或法律關係複雜之案例，必要時得以關係圖呈現
- (3) 如案件屬二審、三審判決者，應將前審結果列入



## 貳、原住民族與法

自早期殖民主義擴張開始，降至當代資本主義與全球化的延伸與鋪展，在國家主義的權力結構裡，原住民族本身的文化特性、民族意識受到壓制。在某種意義上來說，原住民族權利始終是被國家「命名」與「界說」的客體，其本質則是區別非原住民族的優越與原住民族的落後。然則，對於掌握支配權之社群而言，什麼是另一個文化？在殖民活動擴張的過程裡，不論是西葡英法等老牌殖民國家，或是後來的美國與 19 世紀末期的日本，均不約而同的運用「神話」的編纂，將原住民族視作野蠻人，進而合理化殖民主義掠奪與剝削。簡單來說，協助原住民族「文明化與現代化」不過只是掩飾「國家文化霸權主義與殖民同化政策」的一種美麗的辭藻。

自 1980 年代以來，原住民族持續向臺灣政府主張自己所失去的土地與被剝奪的權利。近年來，隨著民主化的發展，許多原住民族法律、政策、權利的發展上，已明顯有別於過去充滿濃厚種族優越性的「大中國」主義。1997 年憲法增修條文第 10 條，確立了我國憲政體制承認在文化差異、民族自決與自治原則下之原住民族權利。自從 2005 年《原住民族基本法》的立法完成後，也逐漸在法制與實踐中匯集了更為厚實的理據與社會力量。但是，在臺灣憲政體制逐步形塑多元文化國家的進程中，原住民族的民族法域並未確立真正的法治國機制，導致以形式民主與法制弱化原住民族人權。其中，最關鍵的要素，即是對於「原住民族」作為法主體之本質探究，多數社會觀點仍持以少數與弱勢社群的特殊性來看待，也突顯原住民族社群與非原住民族社會間的高牆仍然矗立。

當代法律實證主義盛行，促使我們習於將「法律」視為專屬於「國家」的範疇。以這種「國家法」立場來分析法律現象當然有其意義與價值，然而，此種過於強調實證法學的法律概念，顯現的缺陷在於，容易將許多十分重要的內容排除在「法律」之外，又或者說容易將「法律」侷限在過於狹小的領域。本研究團隊主張在國家法律體系內建立特殊的原住民族傳統習慣法制，有其現實性與必要性。如何具體呈現原住民族地方性傳統習慣法律體系，使之與國家法制之間有一接合，提供原住民族傳統領域及文化場域之原住民個人與社群集體，具體實踐憲法保障原住民族基本權之意旨，原住民族傳統習慣實質內涵與訟爭程序的法制化建構，落實原住民族公平審判權，即是國家所須處理的急迫課題，亦係順應世界原住民族人權發展之潮流，實現原住民族司法權平等之願景。

2007 年聯合國《原住民族權利宣言》規定，各國應充分承認原住民族的法律、傳統、習慣和土地所有權制度（第 27 條），且確認原住民族有權促進、發展與保持其體制架構及其獨特的習俗、精神性、傳統、程序與作法，以及已有的司法體系或習慣（第 34 條）。前開條文內容肯認原住民族享有習慣法體系近用權的基本人權，並要求國家應積極完備原住民族之「民族法域」之實體內容。

另外，原住民族的歷史經驗確實也引發了相關國際人權規制的改革，在過去的半個世紀以來，整個國際社會興起了一股原住民族運動浪潮，聯合國及其相關專門機構（例如：國際勞工組織）更發意識到人權發展項目傾向於把焦點集中在原住民族議題上。從法規範的內容來看，國際勞工組織（ILO）第 169 號《原住民族與部落民族公約》在其總則編即確立保障原住民族自主管理本民族各類機構、生活方式和經濟發展，以及保持並發揚原住民族的特點、語言和宗教的權利；並特別針對原住民族土地與自然資源的治理，一方面肯認其為原住民族的基本人權，另一方面更揭示原住民族對人類文化的多樣化，對人類社會的和諧與生態平衡，以及對國際合作和相互理解的貢獻。相較於《原住民族與部落民族公約》的立法體例而言，聯合國《原住民族權利宣言》則係以明確性權利的規範方式，表彰原住民族所享有者係主觀公權利之法性



質，其中包括有「原住民族集體或個人享有國際人權法所承認的人權和基本自由」(第 1 條)、「平等權(免於歧視、平等享有權利)」(第 2 條)、「自決權、自治權」(第 3、4、23、35 條)、「政治權」(第 5、18、19 條)、「國籍權」(第 6 條)、「生存權」(第 7、21、22 條)、「文化完整權」(第 8 條)、「身分權(認同權)」(第 9、33 條)、「土地權」。(第 10、25-29、32 條)、「傳統智慧創作及傳統知識權」。(第 11、13、31 條)、「傳統宗教權」。(第 12 條)、「教育、文化、語言、媒體權」(第 14-16 條)、「勞動權」(第 17 條)、「傳統醫療權」(第 24 條)、「和平權」(第 30 條)、「司法權」。(第 34、40 條)、「條約權」(第 37 條)。

在現代化國家，法規範是在描繪、塑造、強化一個形象，告訴人們什麼是應該做的，什麼是不應該做的。本研究透過探究文化與行為的關連，以及原住民族文化習慣與國家強勢法律規範的衝突，冀以啟動原住民族「民族法域」的建構理念。當前原住民族法學建構之必要性有三：一為司法審判的民主正當性；二能建立原住民族的規範意識；三可促進多元文化的包容與體現。復以，考量原住民族社會文化所具有之特殊性，原住民族傳統習慣法律缺乏現代國家法的分化，而有公法與私法易相混淆的情形，甚多民事傳統習慣除非納入公法性質事務的綜合考量，難以闡明其關係。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中建構。

人類學的觀點指出「規範」即為適當或是受到期待的行為之概念，如小孩必須聽從父母，駕駛者看見紅燈必須停下來等；但在任何不同的背景脈絡下，不同的行動是有意義和可能的。人們在社會中，因各種不同的目的而用不同的規範，這種規範的使用和我們對社會認同的知覺有密切的關係；同時，規範亦會隨新的社會或環境現實而不斷地改變，小規模的社會、部落規範在殖民主義與結合成一個現代國家的過程中，產生巨大的改變，如原住民族在土地治理及自然資源利用與現代國家法規

範有很大的差異，文化落差所形塑的價值變異，造成原住民族的部落規範遭致國家法律暴力的吞噬。實則，原住民族對於人與自然、人與環境之間的關係，本有自己的法律規範作為行為準則，雖不若當代國家法律的成文形式與立法程序，卻同樣具有強制力。

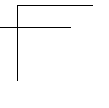
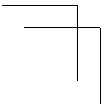
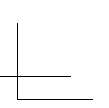
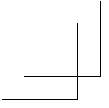
原住民族依其數千年來傳統文化生活所為之採集、漁獵，遭受外來殖民國家貶抑為野蠻或犯罪行徑，動輒將其入罪。自中華民國政府來台，以迄上個世紀末，遭此歧視性法律判決有罪定讞者，據信超過數萬餘件。2005 年《原住民族基本法》立法，以及 2010 年司馬庫斯檉木案判決之後，戕害原住民族的殖民法制才逐漸鬆動，而原住民族依其文化生活所為之採集、漁獵權，也在判決實務當中逐漸獲得平反與肯認。然而所謂「獲得平反」，背後不知道付出了多少原住民族人的犧牲與努力，才緩慢地「教化」了中華民國的法官們，放棄近代市民法與國家法本位的心態，逐步跟上國際人權法的水準。

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，進而發展出獨特且豐富的認知與生活模式。例如：賽德克族人過去在 gaya 的規範模式下，緊扣著族人生活的每一個環節，其範圍涵蓋了族人的思維、認知、信仰，交織在族人的人觀與世界觀，賽德克族人在此一規範下有秩序的運行。但隨社會的快速變遷、強勢文化入侵及政權進駐原住民族部落，gaya 的自決原則與約束力亦隨之動搖且改變，進而產生文化失序（culture chaos），原有的生活習慣（如：狩獵、與大自然結合的生活模式）漸不相容於現今的社會。現今的國家法制吞噬了過去族人形影不離的 gaya，產生了族人文化適應的落差，進而衍生出眾多的社會問題。因此，本研究透過司法實務判決的編輯與評析，認為現行法制對於相異的文化應有多元文化的觀點去修正與執行。

申言之，原住民族傳統文化與習慣之規範要旨，係在確認原住民族法主體性之建立，以及傳統文化之維護永續與發展。如以原住民族傳統財產權所涉及之不動產土地案件，即係以原住民族傳統領域土地權為核心，其範圍與林務局所管轄之林班地、保安林，或是其他機關所管理之

公有（非）公用土地相重疊。各有關法規之立法目的各有所本，法規間所可能產生之衝突，亦為本研究所欲探究與解析之重要議題面向。從原住民族的文化本體而言，原住民族的生存與文化係具有靈性的，並且和所管領的土地、水及自然資源連結在一起，此一土地與自然資源治理的模式，具體的呈現出原住民族的習慣法規內容。

總結來說，《憲法增修條文》第 10 條第 11 項明文規範，國家應肯定多元文化，並積極維護發展原住民族的語言與文化；同條第 12 項進一步表示，國家應保障原住民族之地位，並依原住民族之意願，對其教育文化、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展。2005 年公布施行的《原住民族基本法》第 30 條更呼應了聯合國《原住民族權利宣言》第 34 條，要求政府處理原住民族事務、制定法律或實施司法與行政救濟程序、調解、仲裁或類似程序，應尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化及價值觀，保障原住民之合法權益；若有原住民不諳國語，亦應由通曉其族語之人協助傳譯。《原住民族基本法》第 30 條第 2 項並指出，政府為保障原住民族之司法權益，得設置原住民族法院或法庭。實現憲法增修條文價值中心的核心作法在於，國家法律如何理解原住民族傳統文化與習慣，進而作為爭端解決機制的實體內容；相對地，如何使原住民族傳統習慣法律與社會規範能夠被成文化與系統化，以作為司法實務審理的準據法，是解決問題的核心方法。本研究之目標即是以實證的、非純以特定族群文化之維續與標示化為核心價值的原住民族傳統習慣法制保障制度的推動。從原住民族權利作為一項特殊權利的性質立論，視傳統習慣法律與文化規範為部族存在之憲政基礎，並被具體化而受原住民族專屬爭端解決機制之適用，以表徵在多元文化主義下，我國法制保障原住民族基本權利的實像。



## 參、案件檢選說明

就原住民族法主體之確認而言，《原住民族基本法》臚列多項建構文化本體之權利內容，包括原住民族自治權（第 4 條）、教育文化權（第 7 條）、語言文化權（第 9 條）、文化事業（第 12 條）、文化場域權（第 11 條）、傳統智慧與生物多樣性知識權（第 13 條）、自然資源治理與文化實踐權（第 19、20 條），以及綜合性的文化權（第 20 條）。從原住民族文化維續的面向來看，無論是民事、刑事或行政法律關係，都應該回歸《原住民族基本法》的要旨，強調原住民族參與式的文化復振、重建與建構。

最高法院 98 年度台上字第 7210 號刑事判決指出：「原住民族之傳統習俗，有其歷史淵源與文化特色，為促進各族群間公平、永續發展，允以多元主義之觀點、文化相對之角度，以建立共存共榮之族群關係，尤其在原住民族傳統領域土地內，依其傳統習俗之行為，在合理之範圍，予以適當之尊重，以保障原住民族之基本權利。」本項「國內原住民族重要判決之編輯及解析」計畫，即係以上述論證關係為起點，重心係以現行民事法、刑事法與行政法關於原住民涉及民事法律關係、刑事法律關係以及行政法律關係等訴訟為基礎，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與習慣，在原住民族社會相關法令之落實狀況。

### 一、我國原住民族涉及民事案件之判決實證研究評析

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。」其立法意旨在於規範法律適用之順位問題，藉以確認民事法

之法源依據，此即學說及實務上所謂習慣之法律適用之補充性，藉由第 1 條規定釐清法律與習慣之關係及其適用順位。然而，對於原住民族習慣而言，尚有民法第 2 條之規定值得留意，該條文係關於「習慣適用之限制」，即「民事所適用之習慣，以不背於公共秩序或善良風俗者為限。」從法實證主義來論，民法上所謂之習慣，係指「習慣法」<sup>1</sup>而言，即如最高法院 17 年上字第 613 號民事判例：「習慣法之成立，須以多年慣行之事實及普通一般人之確信心為其基礎。」然則，是否所有於特定地區，已在一定期間內成為反覆慣行之習慣，均得成為本條所指之「習慣」？此外，在司法實務運作中，原住民族傳統習慣的地位，由於前揭有關「習慣」之國家承認說，以及「習慣僅於法律無明文規定時有補充之效力」<sup>2</sup>，往往僅為訴訟中當事人所陳述之異文化爾爾。此即係本研究首先關注的議題。

承前所述，由於學說及實務上多採習慣與習慣法等同解釋之見解，認為民法上所謂習慣與單純之習慣不同，因為民法之習慣由國家明示或默示承認為必要，不以人人信以為法之心為判準，也就是所謂確信說為要件。然則，原住民族本於生活經驗、文化表達、信仰祭儀所累積之習慣，確係以多年事實上慣行為基礎，並形成部族成員之法確信且係族人所共信不害公益。甚且，由於部族成員共認習慣之所以得為法律規範，係由來於部族社會之確信，不論是土地與自然資源之管領利用、財產權之權利行使與變動，抑或是親屬與身分關係之形成，如係部族社會確信之慣行必須遵從，即具有法律上之拘束力，違反者便可能受到制裁。實

1 請參見王海南等（1995），《法學入門》，頁 121 至 122 中述及：「習慣，是指一般人就某一事項，長時期反覆為同一行為的習俗，因而使一般人確信應加以遵守，並由於國家的承認，使其具有法的拘束力，所以又稱為習慣法。如果只是事實上的慣行……或國家不承認其對一般人具有拘束力，即不能稱為習慣法。」

2 最高法院 37 年上字第 6809 號民事判例：「習慣僅於法律無明文規定時有補充之效力，共同共有物之處分及其他權利之行使，除由共同關係所由規定之法律或契約另有規定外，應得共同共有人全體之同意，為民法第 828 條第 2 項所明定。縱如原判決所稱該地習慣，嘗產值理，有代表共同共有人全體處分嘗產之權，苟非當事人有以此為其契約內容之意思，得認其共同關係所由規定之契約已另有規定，在民法施行以後殊無適用之餘地。原判決僅以該地有此習慣，即認被上訴人之買受為有效，其法律上之見解實有違誤。」

則，司法實務卻常以前揭框架限縮原住民族習慣之適法性與可適用性。爰此，本計畫基於憲法多元文化所欲體現之法律多元主義觀點，就原住民族重要民事判決之評析，即以上述思考作為背景，首先釐清個別爭訟個案之事實、兩造主張與法院見解外，續以我國《憲法增修條文》第 10 條第 11 項肯定多元文化之要旨，以及《原住民族基本法》對於原住民族權利之保障觀點出發，輔以學說理論釐清司法實務有關原住民族習慣所採見解作成之論理脈絡，期能建構原住民族之習慣在國家法制中的合法性（legality）。

### （一）民事判決之案件檢選方式與標準

就我國原住民（族）涉及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研究意旨之關聯性，加以原住民族專業法庭已於 2013 年 1 月 1 日正式運作，本計畫將判決之檢索首先集中在原住民族專業法庭所處理之相關案件，並依據法院別，以原住民族專業法庭相關之案號如「原訴字」、「原上」為關鍵字進行搜尋，整理出由原住民族專業法庭管轄之相關判決。

另以，原住民族專業法庭對民事案件之審理範圍，包括兩造均為原住民，或者一造為原住民且符合特定案件類型，抑或是經當事人聲請者。因此，並非所有案件均具有原住民族法上之討論意義。在初步閱讀所得判決後，經由研究團隊的工作會議，篩選出有進行原住民族相關法令之解釋適用，或因當事人身分而將原住民族權利或習慣納入判決論理，具有討論價值之判決。再進一步依土地、親屬、繼承與其他（如智財、原創條例、國家賠償）等進行分類，對同類型之案件進行比較，並參照於第一輯已經選錄過之案件類型，選擇出有進一步發展既有論理或提出創新見解之案例，進行解析。

## 國內原住民族重要判決之編輯及解析（第二輯）

016

本計畫依據上開說明進行檢索之民事判決數量與分類，表列於下：

地方法院	桃園	新竹	苗栗	南投	嘉義	高雄	屏東	臺東	花蓮
總案件量	102,377	41,126	19,292	15,574	26,650	249,431	46,926	20,151	12,024
原字號 案件總量	52	31	10	50	13	39	41	28	75
原字號且 有原住民	5	8	3	18	4	6	11	4	19
非原字但 有原住民	30	15	10	37	4	14	31	77	45
原字但 無原住民	47	23	7	32	9	33	30	24	56
原字+原 住民總量	82	46	20	87	17	53	72	105	120

從前揭表格的統計，原住民（族）涉及相關民事事件之判決，以原住民族人口較多的花蓮縣與臺東縣占大宗。因此，本計畫續以此兩縣市的地方法院判決，以案由整理出下列的統計：

臺灣花蓮地方法院「原字號+原住民總量」：120 件

類屬	案由	數量	類屬	案由	數量
債權 49	損害賠償損害賠償	5	物權 39	塗銷土地所有權移轉登記	1
	侵權行為損害賠償	31		塗銷所有權移轉登記	1
	確認債權存在	1		禁止土地所有權移轉登記	1
	履行契約	3		土地所有權移轉登記	2
	履行協議	1		返還土地	4
	清償借款	2		返還房屋	4
	清償債務	1		拆屋還地	15
	債務不履行損害賠償	1		塗銷抵押權登記	1
	撤銷詐害行為	1		確認抵押債權不存在	2
	返還贈與物	1		確認土地抵押權不存在	1
	給付代墊款	1		確認房屋所有權存在	1
給付居間報酬	1	排除侵害	1		
其他 18	停止執行	2	代位分割共有物	2	
	第三人異議之訴	2	分割共有物	3	



類屬	案由	數量	類屬	案由	數量
	債務人異議之訴	9	身分 14	確認收養關係成立	1
	再審之訴	2		酌定子女監護權	1
	更生	1		改定子女監護權	1
	更生之執行	1		改定未成年人監護人	1
	聲請免責	1		處分受監護宣告人之財產	1
	當選無效	2		監護宣告	5
	返還執行分配款	1		變更子女姓氏	2
	確認同意書無效	1		給付生活費	1
				代位分割遺產	1

臺灣臺東地方法院「原字號+原住民總量」：105 件

類屬	案由	數量	類屬	案由	數量
債權 15	損害賠償損害賠償	9	物權 24	塗銷所有權移轉登記	2
	侵權行為損害賠償	1		所有權移轉登記	1
	返還不當得利	1		返還土地	2
	給付票款	1		返還房屋	1
	撤銷贈與	1		交還土地	5
	回復原狀	2		拆屋還地	4
其他 58	債務人異議之訴	2	塗銷耕作權	1	
	訴訟救助	5	塗銷地上權登記	1	
	國家賠償	1	確認車輛所有權	1	
	協同辦理變更	1	排除侵害	1	
	再審之訴	1	分割共有物	3	
	更生	4	遷讓房屋	2	
	回復登記	1	身分 8	監護宣告	6
	支付命令	41		代位分割遺產	1
	當選無效	2		請求給付扶養費	1

從上開兩項表格的統計顯示，原住民（族）涉及相關民事事件之案由，仍係以土地相關事件為多。此外，在本計畫所關心的身分事件中，兩地方法院的統計亦均以「監護宣告」的事件為多。

## （二）檢索蒐集之判決一覽表

### 1. 土地類

本計畫於土地類所收錄之判決，主要涉及議題面向有三：其一，為因原住民族社群成員本其對於習慣所具有之法確信，後因國家法之介入，改變部落族人有關權利之法源所致生之爭議；其二，為原住民族土地交易習慣，未符民法不動產所有權移轉要式要件之爭議；其三，為原住民保留地權利取得之身分限制，並為原墾農民所引作類推適用所生之相關爭議。

議題面向	判決字號	主要爭點
土地登記致生之權利變動爭議	臺灣高等法院高雄分院 103 年度原上易字第 1 號	一方依原住民族習慣移轉、贈與之法效力，爭執另一方依法定程序聲請登記為所有權人之合法性
	臺灣高等法院 102 年度重上字第 555 號	一方長時間的占有使用土地與國有地劃編致生之權利變動爭議
	臺灣新竹地方法院 103 年度原訴字第 1 號	原住民族土地移轉繼受習慣與不動產物權要式性之結合
原住民族土地交易習慣未符「民法」不動產所有權移轉要式要件之爭議	臺灣高等法院 102 年度上易字第 444 號	依原住民間之傳統習慣作成之土地買賣契約是否有效
原住民保留地權利取得之身分限制所生爭議	臺灣高等法院花蓮分院 102 年度上易字第 31 號	非原住民占有使用原住民保留地是否具有正當權源
	臺灣高等法院臺中分院 102 年度重上字第 198 號	原墾農民訴求比照原住民對於原住民保留地之權利，強調對其占有土地具備合法權源之爭議

### 2. 親屬繼承類

本計畫於親屬繼承類所收錄之判決，主要涉及議題面向有三：其一，係原住民保留地因繼承所生之共有性質對原住民族習慣之衝擊；其二，按原住民族習慣所認定之特殊親屬關係，如何作為收養關係成立之

審理依據；其三，依據原住民族傳統習慣變更子女姓氏。

議題面向	判決字號	主要爭點
原住民保留地因繼承所生之共有性質對原住民族習慣之衝擊	臺灣高等法院 102 年度重上字第 708 號	代位分割遺產：為清償債務致生原住民保留地須行權利分割
原住民族收養關係之習慣的法效力	臺灣花蓮地方法院 102 年度親字第 13 號	收養戶籍登記，是否為收養關係成立之要件。
	臺灣南投地方法院 102 年度司養聲字第 41 號民事裁定	原住民族習慣作為被收養人最佳利益之考量基礎
依據原住民族傳統習慣變更子女姓氏	臺灣屏東地方法院 102 年度家親聲字第 132 號民事裁定	民族認同、歸屬與子女最佳利益之考量
	臺灣臺東地方法院 100 年度家聲字第 10 號民事裁定	按阿美族親屬關係習慣，聲請從母性之合法律性

### 3. 其他

議題面向	判決字號	主要爭點
當選無效	臺灣高等法院 101 年度選上字第 4 號	原住民族生活社交習慣是否構成賄選之爭議
返還不當得利	臺灣高等法院臺中分院 98 年度上易字 151 號	使用祖先耕作土地與無權占有間之爭議
侵害著作權有關財產權爭議等	智慧財產法院 102 年度民著訴字第 49 號	原住民族傳統文化與著作權侵害疑義

## 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，分為如下：

### (一) 社會矚目案件暨法院指標性見解

其一為發生於民國 101 年 6 月的「布農族為小米豐收季慶典獵捕保育類野生動物案」，本案（臺灣臺東地方法院 102 年度重訴字第 10 號判決、臺灣高等法院花蓮分院 102 年度原上訴第 39 號判決）於一、二審

皆判決有罪，然經被告上訴於第三審，最高法院 104 年度台上字 243 號判決撤銷發回更審，而後花蓮高分院改判無罪，案經檢察官上訴後，最高法院駁回檢察官上訴，全案無罪定讞。於本案裡，最高法院對於實務長久以來的爭執，即「《野生動物保育法》第二十一條之一中之野生動物，是否包含保育類動物？」明白採取肯定見解。而本案中首次做出無罪判決的花蓮高分院則是明白揭示：「……立法者就生物多樣性及原住民傳統文化之保障間，已於衡評後作出相對之界線與範圍，而以保障原住民傳統文化為主軸」，是能體現動保法對於原住民文化的尊重。

其二為發生於民國 101 年 10 月的「卡地布遷葬問題」，事實為原住民主張行政機關要求遷葬有違其傳統習俗，從而向市公所、縣政府大門丟擲雞蛋等物，因而被起訴妨害公務，本案，歷經第一審臺灣臺東地方法院 102 年度原易字第 93 號判決並獲判無罪於第二審臺灣高等法院花蓮分院 104 年度原上易字第 27 號判決亦無罪，於地院判決中，法院從我國憲法、兩公約、《原住民族基本法》，導出應承認、尊重原住民族多元傳統文化及生活慣俗、價值觀，以防止少數原住民族之文化、傳統習慣等珍貴資產受到其他文化侵蝕、掠奪，從而認為原住民的祖靈文化是他們生活的依歸，非常重要，所以遷葬影響非常大。而原住民長期受壓抑，雞蛋扔市公所是不得不然的發聲途徑，更特別的是，本案被告之一並不具有原住民身分，但法院認為該被告深刻認同原住民文化，不應該因為沒有原住民身分，而在行為上為不同評價，從而亦判決無罪。

### （二）實務見解專題分析

本輯中針對《槍砲彈藥刀械管制條例》，乃聚焦於探討最高法院對於《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條中之「自製之獵槍」、「供作生活工具之用」，是如何為解釋，例如空氣槍、手槍、土造長槍是否屬於自製獵槍？子彈得否同為適用？獵捕動物供給食用是否屬於供作生活之用等等。

另以，從本輯蒐集評析的最高法院見解，最高法院對於「供作生活工具之用」是採取極度限縮的見解，顯然忽略原住民文化及社會認同需求，而我國獵槍管理辦法的緩慢及錯誤立法，也讓整體對於「自製之獵

槍」之解釋偏向保守。

### （三）釐清實務對於特別立法的態度

此類的刑事判決，主要是針對《槍砲彈藥刀械管制條例》、《野生動物保育法》、《森林法》以及其他法律中，基於少數原住民族之文化、語言、習慣、價值觀及社會規範，於過去常因外來的統治者憑藉其強勢的政經實力，採取壓迫及同化原住民族之政策，使原住民族之文化、語言及傳統習俗等逐漸的消逝，然原住民族之文化、語言等一旦因同化而消逝，即無再行回復的可能，從而於若干專法中，針對原住民族基於其文化之特有內涵，而為不同於原則之特別規定，並擇取其中論述充分之實務見解予以評析。

其中，《野生動物保育法》主要以本法第 21 條之 1 第 1 項之「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」為關鍵字搜尋相關判決；而《森林法》則是以森林法第 50 條、森林法中之「森林主產物」、以及「文化慣俗」等為關鍵字搜尋相關判決；至於其他法律的部分，則是以「原住民文化」、「原住民慣俗」等關鍵字搜尋。

除此之外，於判決之擇取上，特別重視法院是否有意識，並援引《憲法增修條文》、《原住民族基本法》以及《經濟社會文化權利國際公約》等，作為認定系爭個案之依據。

## （四）檢索蒐集之判決一覽表

編號	案例	案號	主要爭點	被告族別	條文索引
1	取得原住民身分前製作土造長槍案	最高法院 102 年度台上字第 5223 號	(1) 被告於行為時尚未取得原住民身分，得否適用《槍砲條例》第 20 條第 1 項？ (2) 被告所製造、持有之土造長槍，是否為上開條文所謂「自製之獵槍」？ (3) 子彈得否適用《槍砲條例》第 20 條第 1 項？ (4) 被告製造及持有槍枝的目的為獵捕動物供己食用，為否為「供作生活工具之用」？	太魯閣族	《槍砲條例》第 20 條第 1 項
2	製造空氣槍射擊斑鳩玩樂案	最高法院 102 年度台上字第 5203 號	(1) 原住民未經許可製造空氣槍，得否主張《槍砲條例》第 20 條第 1 項？ (2) 如不得主張，則原住民為娛樂而射擊斑鳩、麻雀、松鼠，是否屬其固有文化，而得依同條例第 8 條第 6 項規定減輕其刑？	被告母親為排灣族，其亦具有原住民之血統	《槍砲條例》第 20 條第 1 項、第 8 條第 6 項
3	原住民製作手槍案	最高法院 103 年度台上字第 443 號	《槍砲條例》第 20 條第 1 項之「自製之獵槍」應如何定義？	布農族	《槍砲條例》第 4 條第 1 項第 1 款、第 20 條第 1 項
4	原住民間為營利販賣自製獵槍案	最高法院 103 年度台上字第 1521 號	《槍砲條例》第 20 條第 2 項應如何解釋？	判決未說明	《槍砲條例》第 20 條第 2 項
5	使用組裝槍彈獵捕野生動物案	最高法院 103 年度台上字第 4146 號	原住民組裝槍彈後用以獵捕野生動物，是否構成《槍砲條例》第 20 條第 1 項之「供作生活工具之用」？	布農族	《槍砲條例》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	獵捕保育類野生動物無罪案	臺灣嘉義地方法院 103 年度原訴字第 4 號	(1) 被告獵捕野生動物是否合於原基法 19 條之「傳統文化、祭儀或自用」及野動法 21 條之 1 第 1 項「基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕之必要」目的。原基法除明列「傳統文化、祭儀」，復加上「或自用」之文字，其間關係為何？後者是否獨立於「傳統文化」為特別的要件？ (2) 何謂原住民族之「傳統文化」？	鄒族	《原住民族基本法》第 19 條、《野生動物保育法》第 21 條之 1 第 1 項
7	小米豐收祭獵捕保育類野生動物無罪案	最高法院 104 年度台上字第 243 號	《野動法》第 21 條之 1 明列臺灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，獵捕、宰殺或利用野生動物者，不受第 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項及第 19 條第 1 項各款規定之限制。「野生動物」，是否包含保育類野生動物，抑或僅能適用於一般類野生動物？	布農族	《野生動物保育法》第 21 條之 1、第 41 條、第 51 條之 1
8	為食用目的獵捕山羌案	臺灣高等法院花蓮分院 102 年度上訴字第 186 號	為食用目的獵捕山羌，是否屬於原住民基於傳統文化之行為？	僅言平地原住民	《野生動物保育法》第 21 條之 1、《野生動物管理辦法》第 6 條
9	原住民買賣山羌案	最高法院 103 年度台上字第 9 號	(1) 野動法 35 條 1 項禁止買賣保育類野生動物或其產製品，是否排除依同法 21 條之 1 所獵捕之保育類野生動物或其產製品？ (2) 原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法第 12 條規定，獵捕活動所得之野生動物之宰殺、利用須用於傳統文化、祭儀活動，不得有販賣或其他營利行為。得否理解為僅禁止販賣之行為，故購買之行為應屬合法？	判決未說明	《野生動物保育法》第 21 條之 1、第 35 條第 1 項、《野生動物管理辦法》第 12 條

## 國內原住民族重要判決之編輯及解析（第二輯）

編號	案例	案號	主要爭點	被告族別	條文索引
10	排灣族夜間射殺棕囊貓案	臺灣高等法院花蓮分院 103 年度上訴字第 72 號	被告於夜間向草叢內之動物射擊，是否具獵殺保育類野生動物棕囊貓之故意？	排灣族	《野生動物保育法》第 41 條第 1 項第 1 款
11	依傳統習俗於國有林地建造墓碑案	臺灣臺北地方法院 101 年度審訴字第 1139 號	《森林法》第 15 條第 4 項僅規定「原住民族得依其生活慣俗需要，採取森林產物」，未就原住民依傳統習慣於原住民族傳統領域埋葬往生者之行為為特別規定，就此應如何處理？	泰雅族	《森林法》第 15 條第 4 項
12	布農族人撿拾牛樟木殘材案	臺灣高等法院臺中分院 101 年度上訴字第 1908 號	(1)被告為原住民，如其行為構成《森林法》第 52 條，得否因原住民向來有打獵、燒墾之習俗，依刑法第 59 條酌減其刑？ (2)如係撿拾牛樟殘材，得否因非其本身砍伐，而主張依刑法第 59 條酌減其刑？	布農族	《森林法》第 52 條
13	阿美族人採集藤心食用案	臺灣高等法院花蓮分院 103 年度上訴字第 106 號	採集藤心是否為阿美族之傳統文化及生活慣俗，而得符合《原基法》第 19 條第 1 項第 2 款、第 2 項之規定，從而不得適用《森林法》第 50 條之刑責？	阿美族	《原住民族基本法》第 19 條第 1 項第 2 款、第 2 項、《森林法》第 50 條
14	原住民族人為營利摘取桑黃案	最高法院 102 年度台上字第 847 號	基於營利目的採取桑黃，得否認為屬於原住民生活慣俗，而阻卻違法？	判決未說明	《森林法》第 52 條第 1 項第 4 款
15	撿拾販售牛樟木樹瘤案	臺灣屏東地方法院 102 年度原易字第 28 號	(1)牛樟木樹瘤是否屬森林主產物？ (2)原住民於其部落傳統生活領域為採集工作，是否具不法所有意圖？	魯凱族	《森林法》第 50 條



編號	案例	案號	主要爭點	被告族別	條文索引
16	卡地布部落遷葬案	臺灣臺東地方法院 102 年度原易字第 93 號	(1)原住民因主張行政機關要求遷葬有違其傳統習俗，從而向市公所、縣政府大門丟擲雞蛋等物，是否構成妨害公務？ (2)本案被告之一不具原住民身分，然其認同原住民文化，是否應對其行為給予不同評價？	卑南族	《集會遊行法》第 30 條、《刑法》第 140 條第 2 項
17	原住民開墾山坡地案	最高法院 101 年度台上字第 3386 號	原住民與系爭原住民保留地具傳統淵源關係，得否據此主張其得合法使用該地？	判決未說明	《水土保持法》第 32 條第 4 項
18	原住民族習俗與毀損案	臺灣花蓮地方法院 101 年度簡上字第 56 號	原住民族習慣得否作為阻卻違法事由？	判決未說明	《刑法》第 354 條
19	原住民參選人米酒招待案	最高法院 92 年度台上字第 4921 號	原住民縣議員參選人以米酒招待參加競選總部成立大會之人員，是否屬於原住民族習慣，而不構成賄選行為？	判決未說明	《刑法》第 143 條
20	原住民族婚禮習俗與重婚罪案	最高法院 91 年度台上字第 2791 號	依魯凱族習俗，結婚要穿傳統服飾，如當日無此穿著，是否仍構成民法上之結婚，而構成刑法重婚罪？	魯凱族	《刑法》第 237 條

### 三、我國原住民族涉及行政案件之判決實證研究評析

#### (一) 行政判決之案件檢選方式與標準

行政判決彙整與實證研究評析，係以現行行政法體系關於原住民涉及原住民保留地、原住民身分等訟爭為研究對象，探察原住民族傳統習慣與實務見解之差異，評析相關行政法規與實務的見解。在案件挑選之

標準上，主要先以「原住民」此一關鍵字於司法院法學資料檢索系統在最高行政法院進行搜尋，設定時間為 10 年，為了能夠即時掌握最新的行政法院判決發展，以 96 年 1 月 1 日起，迄於本研究之期末報告最終月後之 104 年 12 月 15 日，尋得判決數 243 則。由於本研究案設定之研究領域以身分、土地為主，故先在 243 則當中再次進行篩選，先選出與身分與土地相關之案件，再判斷各該案件是否與原住民權益相關，或僅是單純提及原住民之字眼<sup>3</sup>；接著因為與身分、土地無關之其他案件中，有不少案件與原住民族工作權保障法相關案件有 36 則，而此類案件皆與司法院大法官釋字第 719 號相關，故於案件評析當中，增加該號解釋之整理與評析；另外，則自近年社會矚目案件中挑選相關行政法院判決，尤其是環境影響評估與八八風災國家賠償事件，以下再詳細說明相關案件之選取方式。

首先係以原住民保留地類屬案件為主，目前於最高行政法院與此相關案件有 4 則，分別為：96 年度判字第 2012 號、97 年度裁字第 5716 號、101 年度裁字第 960 號與 101 年度裁字第 1607 號（後二裁定之事實同一）。將以最高行政法院此三則判決之事實為基準，再對前審或終審判決一併進行分析，故實際分析之案件有 6 則。分析之重點將研討原住民保留地與其他中央、地方法規如何競合適用。進一步也再多擇臺北、臺中、高雄行政法院之終審案件進行比較分析。其次，探究原住民身分類屬案件，除與原住民族工作權保障法相關之司法院大法官解釋第 719 號，以優惠性差別待遇之立論為主軸進行討論外，另外擇定原住民身分認定之判決<sup>4</sup>，探究現行認定原住民身分之相關法規範缺失與不足之處。再者，考量原鄉社會多遇有土地開發與環境影響評估之爭議，續以環境影響評估為研究主題。擇定最高行政法院 101 年度判字第 1073 號與原住民居住村落認定是否適居之部落劃定案件，以及最高行政法院 101 年

3 如最高行政法院 103 年度判字第 51 號判決，僅上訴人於訴訟當中提及「山坡地保留地（嗣改稱原住民保留地）」，事實上並未與原住民土地權益有任何關連。

4 選擇最高行政法院 101 年度判字第 732 號與高雄高等行政法院 99 年度訴字第 129 號兩則判決，但此二案件涉及西拉雅族身分認定之立法政策問題，原民會已經就相關案件委託專家李惠宗教授進行鑑定書，且已有不少相關評論與研究文章，故期中報告後刪除此二案件。

度判字第 55 號（美麗灣）案件為分析對象。前者涉及強制遷居遷村之劃定特定區域認定，後者則為環境影響評估判斷基準之問題。

## （二）檢索蒐集之判決一覽表

編號	案例	案號	主要爭點	被告族別	條文索引	議題項目
1	原住民身分認定爭議	北高行 103 年度原訴字第 3 號	當事人僅有祖母具備原住民身分，然當事人之父親於《原住民身分法》施行前死亡，且未具有原住民身分之母姓，則當事人是否符合《原住民身分法》第 8 條所稱「於本法施行前，因其他原因未取得原住民身分者，得檢具足資證明原住民身分之文件，取得原住民身分」之要件？	無記載	《原住民身分法》第 4 條第 2 項、第 5 條第 2、3 項、第 7 條、第 8 條	原住民之身分認定問題
2	收養關係下之原住民身分得喪	最高行 94 年度判字第 1562 號；中高行 92 年度訴字第 911 號	經收養之原住民血統者，未從具有原住民身分之母姓或原住民傳統名字，是否可具有原住民身分？	泰雅族	《原住民身分法》第 4 條第 2 項、第 5 條第 2、3 項、第 7 條	同上
3	反亞泥還我土地案	最高行 103 年度判字第 156 號；北高行 101 年度訴字第 1997 號	原告（亞洲水泥）於本件之中有無訴訟權能？	無記載	原住民保留地開發管理辦法第 17 條	原住民保留地登記致生權利變動爭議
4	部落族人使用土地案	最高行 101 年度裁字第 1612 號、751 號；高高行 100 年度簡字第 244 號	部落會議之決議所主張「部落族人對於土地使用之權利」是否得以構成聲請再審之事由？	布農族	水土保持法第 22 條第 1 項、第 33 條第 1 項第 1 款	原住民族土地使用方式問題

國內原住民族重要判決之編輯及解析（第二輯）

028

編號	案例	案號	主要爭點	被告 族別	條文索引	議題項目
5	保留地讓渡權利案	最高行 96 年度判字第 2012 號；最高行 97 年裁字第 5382 號；北高行 96 年度訴更一字第 190 號；北高行 94 年度訴字第 227 號	(1)開墾魚塢是否為農牧用途之一種？ (2)轉讓設有耕作權之保留地相關權利是否構成申請遭拒絕之事由 (3)原住民短暫轉讓土地權利予非原住民是否可謂原住民保留地開發管理辦法中之合作開墾？	無記載	原住民保留地開發管理辦法第 15 條第 1 項	同上
6	違規於原住民保留地採取板石案	最高行 96 年度判字第 1818 號；高高行 94 年度訴字第 711 號	(1)以完成部落環境改善工程為目的，於原住民保留地開採板石，是否該當土石採取法第 3 條但書之規定，免申請土石採取許可，而依「採取土石免申辦土石採取許可管理辦法」，僅向中央主管機關申請核定並公告劃定區域及採取期間？ (2)工程主辦機關核准以人工方式採取保留地中一定數量板石，上訴人以重機械採取，且數量與核准者不符，是否違反土石採取法第 36 條？ (3)上訴人雖為採取土石之行為人，但其係受託人，是否該當土石採取法第 36 條規定之裁罰主體？	無記載	土石採取法第 3 條第 1 項、第 36 條 土石採取許可管理辦法第 2 條第 1 項 土石免申辦土石採取許可管理辦法第 6 條第 1 項、第 2 項	原住民族於保留地開發資源問題

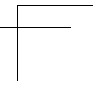
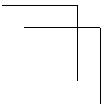
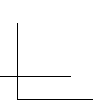
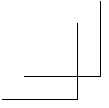
編號	案例	案號	主要爭點	被告族別	條文索引	議題項目
7	原住民保留地設置加油站案	最高行 95 年度判字第 557 號、92 年度判字第 1203 號；北高行 92 年度訴更一字第 107 號、89 年度訴字第 2756 號	原住民保留地是否可以設置加油站？	無記載	原住民保留地開發管理辦法第 23 條	原住民族土地使用方式問題
8	原住民保留地申請設定農育權案	北高行 102 年度訴字第 443 號	主管機關是否應先編造非法使用山地保留地清查統計清冊，始可以此一清冊於其後確定保留地之非法使用人？而該清冊是否誤載原告之兄長為系爭土地使用人？	無記載	原住民保留地開發管理辦法第 9 條及第 10 條	原住民保留地登記權利變動爭議
9	原住民保留地解編爭議	高高行 99 年度訴字第 412 號	原告請求被告應依其 98 年 5 月 27 日申請就系爭土地作成准予解編之行政處分，是否有據？	非原住民	山坡地保育利用條例第 37 條 臺灣省山地保留地管理辦法第 2 條、第 14 條、第 15 條	非原住民請求原住民族委員會解編保留地遭拒
10	原墾農民申請發還土地案	中高行 99 年度訴字第 382 號；最高行 100 年度裁字第 2598 號	(1) 竹林保管許可證是否可作為土地之產權證明？ (2) 占有系爭土地之實驗林管理處處長以委員身分列席被告複審委員會參審及表決，是否違反行政程序法第 32 條迴避原則？ (3) 原處分之作成有無違反行政程序法第 102 條所規定之平等陳述意見機會？	無記載	原墾農民訴求還我土地實施計畫 行政訴訟法第 32 條、第 102 條	土地所有權登記權利變動爭議

國內原住民族重要判決之編輯及解析 (第二輯)

030

編號	案例	案號	主要爭點	被告族別	條文索引	議題項目
11	政府採購保障進用原住民案	大法官解釋釋字第 719 號	政府採購得標廠商員工逾百者應進用一定比例原住民，未進用者令繳代金之規定是否違憲？	無記載	原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項 政府採購法第 98 條 憲法第 7 條及第 23 條	保障原住民工作權爭議
12	阿禮上部部落劃設特定區域案	最高行 101 年度判字 1073 號 北高行 99 年度訴字第 1677 號	(1) 主管機關依重建條例第 20 條 2 項，於 99 年 2 月 11 日公告阿禮部落為特定區域範圍之處分違法否？ (2) 原處分是否造成獲配安置即須放棄原住民在特定區之財產權之不當聯結、劃定特定地區之住戶受有利益，但未相同提供安全堪虞地區之遷居戶是否違反憲法上之平等權？選定特定地區遷村是否侵害當地原住民族的住居權？	魯凱族	莫拉克颱風災後重建特別條例第 20 條 莫拉克颱風災區劃定特定區域安置用地勘選變更利用及重建住宅分配辦法第 2 條	風災後部落遷村爭議
13	美麗灣環境影響評估案	最高行 101 年度判字第 55 號 高高行 98 年度訴字第 47 號	(1) 臺東縣府參與環評有無應迴避而未迴避之情形？ (2) 環評結果合法否？ (3) 原住民族之參與是否被忽略？或未經合法正當程序之保障？	無記載	環境影響評估法第 3 條第 2 項、第 11 條第 2 項第 12 款 促參法第 5 條 原住民族基本法第 20、21 條	環境評估程序爭議

編號	案例	案號	主要爭點	被告族別	條文索引	議題項目
14	好茶部落 國家賠償 案	屏東地方法院 102 年度原重國 字第 1 號； 臺灣高等法院高 雄分院 104 年度 原重上國字第 2 號	(1)七河局、水保局、 屏東林管處未於莫 拉克風災前依其權 責為相關之措施， 是否有違法令規 範？ (2)原住民族委員會與 屏東縣政府是否怠 於在莫拉克風災前 將好茶部落遷村？ (3)本案是否成立國家 賠償法第 2 條第 2 項後段所定國家賠 償責任？	魯凱族	國家賠償法 第 2 條第 2 項 河川管理辦法第 2 條第 1 項、第 3 條第 1 款、第 4 條第 1 項、第 17 條 水土保持法第 16 條第 2 款、第 3 款、第 5 款、第 6 款、第 18 條、 第 19 條 森林法第 21 條	風災造成 部落房 屋、文化 資產滅失 之國家賠 償責任爭 議
15	那瑪夏鄉 國家賠償 案	高雄地方法院 102 年度原重國 字第 1 號 臺灣高等法院高 雄分院 104 年度 原重上國字第 1 號	(1)被告水保局或水資 局有無原告所指執 行過失或怠於執行 職務之情形？ (2)高雄縣政府及那瑪 夏鄉公所所屬公務 人員，有無怠於執 行職務之疏失？	無記載	國家賠償法 第 2 條第 2 項 災害防救法 第 3 條第 1 項、 第 2 項、第 22 條、第 23 條第 1 項、第 23 條 土石流防災疏散 避難作業規定第 3 條	風災造成 部落房 屋、文化 資產滅 失、人命 傷亡之國 家賠償責 任爭議
16	嘉蘭村風 災國家賠 償案	臺灣臺東地方法 院 101 年度重國 字第 1 號	原住民族文化的國家 賠償認定	排灣族	國家賠償法 第 2 條第 2 項、 第 3 條第 1 項	風災造成 部落房 屋、文化 資產滅 失、人命 傷亡之國 家賠償責 任爭議





## 肆、民事判決編輯及解析實例

### 一、土地關係

#### 案例一 原住民保留地無權占有案

**案號** 臺灣高等法院高雄分院 103 年度原上易字第 1 號民事判決  
臺灣高雄地方法院 102 年度原訴字第 5 號民事判決

**案由** 塗銷所有權移轉登記

#### 當事人

審級 身分	第一審	第二審
甲	被告	被上訴人
乙	原告	上訴人

**關鍵詞** 原住民保留地、耕作權、無權占有、土審會、公有荒地招墾、習慣

### 壹、案例事實

被告甲（即二審之被上訴人）之公公於民國 60 年間取得系爭 A 地之耕作權，嗣後由被告甲繼承系爭土地之耕作權，並於 101 年 4 月 11 日以耕作權屆滿為原因，依《原住民保留地開發管理辦法》第 17 條第 1

項規定辦理所有權移轉登記於其名下。原告乙（即二審之上訴人）認為系爭 A 地為其祖父丙於日據時代所開墾迄今，被告甲之公公從未在系爭土地進行開墾或耕種，其設定系爭耕作權登記違反《原住民保留地開發管理辦法》之規定，爭執被告取得耕作權之合法性，起訴主張應塗銷被告對於系爭 A 地之所有權移轉登記。且，原告乙主張 A 地為其祖父丙於日治時期所開墾，並由其父丁繼承後，於民國 54 年贈與乙當嫁妝，並由乙持續耕種管理。乙又將 A 地於 96 年讓與訴外人戊興建房屋，後因 A 地之所有權糾紛，戊與乙解除契約，乙因此賠償戊 30 萬元。故要求甲賠償乙支付給戊之損害。

## 貳、訴訟結果

### 一、訴訟歷程

本案為當事人間確認土地所有權與請求損害賠償事件，上訴人對於中華民國 103 年 7 月 18 日臺灣高雄地方法院 102 年度原訴字第 5 號第一審判決，提起上訴，於中華民國 103 年 10 月 15 日言詞辯論終結。

### 二、判決結果

#### （一）第一審判決

原告之訴駁回。

#### （二）第二審判決

上訴駁回。

## 參、當事人主張

### 一、兩造於一審之主張

#### （一）原告乙主張

A 地是由其祖父丙所開墾，並由原告之父丁繼承耕作後，再於 54 年由丁作為乙之嫁妝贈與乙，由乙實際耕作管理至今。因此 A 地自始至終均為丙、丁、乙進行耕作，被告甲之公公既從無耕作事實，並無由於

61年2月22日依《原住民保留地開發管理辦法》設定耕作權登記，其後甲於101年4月11日以耕作權期間屆滿為由之所有權移轉登記亦為無效。A地之所有權應屬於實際耕作管理之乙，故請求確認A地之所有權屬原告所有。

### （二）被告甲主張

原告乙之父丁贈與乙之土地，並非乙所主張之A地，而是與A地相鄰之B地，丙、丁長期越界無權占用A地，甚至主張對A地具所有權，自屬無據，A地之所有權自應屬甲所有。

## 二、兩造於二審之補充主張

### （一）上訴人乙

上訴人乙聲明：（1）確認A地之土地所有權為乙所有。（2）甲應給付乙30萬元，及自96年7月1日起至清償日止，按年息5%計算之利息。並除一審之主張外，另主張甲於101年之所有權移轉登記申請為侵權行為，故得請求30萬元之損害賠償。

### （二）被上訴人甲主張

被上訴人甲聲明駁回上訴，其餘主張同一審。

## 肆、爭點

- 一、原住民族保留地耕作權應如何認定，並且是否以登記為要件？
- 二、上訴人乙本於祖父自日治時期以來所持續耕作之事實，請求確認A地所有權屬乙所有，有無理由？

## 伍、法院判決

### 一、第一審判決

查訴外人即被告甲之公公於61年2月22日辦理系爭耕作權設定登記，再由訴外人即被告甲之配偶盧永清及被告甲先後因繼承而取得系爭

耕作權，嗣被告甲取得系爭耕作權滿 5 年並經土審會審查通過後，被告即於 101 年 4 月 2 日以耕作權期間屆滿為原因，登記為系爭 A 地所有權人，勘予認定其為系爭 A 地之所有權人。

（一）法院經證人及現場履勘，認定上訴人乙之土地利用行為，並不該當《原住民保留地開發管理辦法》中之「耕作」

根據現場履勘結果，A 地最初雖是農田，但最遲已於一、二十年前鋪設柏油路面，僅留週邊零星空地養鵝、植樹、種菜。證人亦證稱 A 地過往雖由乙、丁種植蔬菜、玉米等作物，而後即鋪設柏油作曬穀場之用，與履勘結果相符，堪認原告所指範圍之土地，主要已非作農耕使用，故該等零星作物縱係原告所栽植，應不符合《原住民保留地開發管理辦法》「耕作」之定義，即同辦法第 17 條第 1 項所定「繼續自行經營或自用滿 5 年」之要件，則原告主張其有繼續耕作滿 5 年，進而可依上開規定申請取得所有權云云，亦不能遽信。

（二）即便原告乙確有耕作之事實，亦非當然取得 A 地之所有權，乙並非 A 地之所有權人

依《原住民保留地開發管理辦法》第 5 條、第 8 條、第 17 條第 1 項、第 6 條第 1 項第 2 款，原住民須先會同中央主管機關向當地登記機關申請設定耕作權登記，並於設定後繼續自用滿 5 年後，經土審會查明屬實者，方可由中央主管機關會同耕作權人向當地登記機關申請辦理所有權移轉登記，而不能逕以其有在原住民保留地耕作之事實，而當然取得所有權。

縱令原告乙關於耕作事實部分主張屬實，乙既未曾依法設定 A 地之耕作權，復未經土審會審查有無耕作滿 5 年，自不得單以開墾、耕作之事實，主張當然取得所有權，否定被告甲依法取得所有權之地位，並據此訴請確認系爭 A 地所有權為原告所有，自無理由，應予駁回。

## 二、第二審判決

按總登記為中華民國所有的原住民保留地之取得，原住民須先會同中央主管機關向當地登記機關申請設定耕作權登記，並於設定後繼續自行經營或自用滿 5 年後，經審查屬實者，方可經由中央主管機關會同耕作權人向當地登記機關申請辦理所有權移轉登記，以取得所有權，並非徒有「在原住民保留地耕作」之事實，即當然取得該土地所有權。上訴人就其所主張範圍之土地，既未依上開規定，以其為權利人設定耕作權登記，及經該權責機關依法定程序審查登記為所有權人，則無論被上訴人登記為所有權人，是否存有無效原因，上訴人要非所有權人。從而其請求確認系爭土地之所有權屬伊，於法無據。

雖上訴人乙稱其祖父丙與被上訴人甲之公公就 A 地約定以如原審判決附圖一所示 AB 線為界，依當時之習慣，上訴人即取得 A 地內該線以南即系爭土地之所有權云云。查，A 地於登記予被上訴人甲所有以前，乃中華民國所有之土地，該筆土地上訴人乙未曾登記為所有權人，有土地登記簿謄本可稽，上訴人乙既非自土地所有權人受讓土地所有權，自無由取得所有權。上訴人乙徒執其先人曾與被上訴人甲之公公協議在 A 地劃界耕作之主張，空言其已依習慣取得其所耕作範圍之土地所有權，非但未證明其所云「習慣」存在之事實，且亦悖於法律之規定，所為上開主張，自非足採。上訴人乙無由以其對戊支付之損害賠償，向甲請求損害賠償。

蓋乙由於 A 地之糾紛，於 96 年支付戊 30 萬元之損害賠償，此為乙自己行為所導致契約責任之給付，與甲無涉。甲針對乙出賣 A 地予戊之行為，乃是本於 A 地之耕作權人地位出面異議，並無故意或過失之不法可言，原審認定並無違誤。乙雖於二審辯論時主張甲之所有權移轉登記申請為侵權行為，然而乙並非 A 地之所有權人，無由主張受到侵害。況且甲乃是於 101 年方登記移轉 A 地之所有權，時序在 96 年之後，並無損害發生在前，侵權行為進行在後之理。

## 陸、評析

原住民保留地之權利爭議，向來都是原住民族人間始終無法脫離的法律難題。從過往的許多判決結果來看，多係以既有民法有關不動產物權行為之公信與公示兩原則作為審理的基礎。然而，這樣的法律運作模式，卻容易忽略了原住民族社會規範的先驗價值。在有關土地權利之取得，多歸先占開墾耕作者；土地權利之喪失，常見有以明確遺棄之情況來認定；土地權利之讓與移轉，則多以口頭議約，並有部落長老或領導人見證的方式完成，未有如現行法所規定須有書面並登記之法定要式之要求。

本案僅以民法既有法規範作為審理之評準，即如本案判決所載：「A地於登記予被上訴人甲所有以前，乃中華民國所有之土地，有土地登記簿謄本可稽。上訴人乙空言其已依習慣取得其所耕作範圍之土地所有權，非但未證明其所云「習慣」存在之事實，且亦悖於法律之規定，所為上開主張，自非足採。」卻未能探究原住民族習慣在法體系中的定位與效力，且僅以統治權力之更替時點，限縮在前之社會事實上習慣所形成之具確信力的權利狀態。

實則，中華民國政府在 1948 年頒訂臺灣省各縣山地保留地管理辦法，確立自日治時期以來所劃定之原住民保留地都是國有的，而生活在其上的原住民只是使用國有土地。1966 年修訂前開辦法，引進私有所有權制度後，就有「公有荒地招墾」機制，即係依據先前土地清查資料作為法令承認的使用證明，復以此作為設定地上權之依據；且按修訂後之辦法，持續耕作滿十年即可取得所有權。然而，在此一權利私有化的過程，鄉土審會是這個機制的核心。查考過往地方政治運作，鄉土審會委員係由鄉長所聘任，多有地方政治勢力結構的關係背景，因此多遭致缺少獨立性之批評。此外，過往所謂的公告與招墾，在 1960 年代的政府運作實施，在原住民族地區而言，多受限於交通與傳達方式，許多政府作為僅是形式而少有監督，甚至無法通知該土地相關當事人，或使他們知道法律上權利的影響。也就是說，前述行政流程所會產生的通知疏漏

而無法會勘登載的、或是冒名登記的、甚至違反原住民族傳統土地習慣與原住民族土地財產權利的，則沒有辦法在清查資料與過程顯現，也無法禁止與處罰。本此歷史背景，我們可以發現現行司法實務中有關原住民族社群成員間之土地權利爭議，多存在過往長者間本於部落習慣所作成之法律行為（買賣、交換、贈與等）之在先行為，其後之繼承人基於故意或過失，逕予進行不動產物權之相關權利登記。值得留意與觀察者，包括此間所指的初次登記行為，多介於 1960s-1970s 年間，即如本案亦同。

其次，本案例所涉及之議題層面有三，首先是對於習慣、習慣法的確認，其次則是現行民法物權的習慣界定，再來是原住民族習慣的物權。現行民法第 1 條係法源順序的規範，然而此間存在最大的爭議仍是習慣在法體系中之定位，惟多有認以「國家承認說」。然而，其中最關鍵者仍在探究「法的確信」從何而來。實則，以人類社會發展的歷程，對照法學發展的路徑，習慣在過往的形塑，法的確信其實是源自一個小範圍空間，存在容易觀察的人際生活空間裡。換言之，過往之習慣法概念，如締約過失、不完全給付、最高限額抵押，多已形成法律或從判例<sup>1</sup>去認定。從實務上的發展來說，民法第 1 條所指習慣，應強調以多年事實上慣行為基礎，因為經過一定期間內，就同一事項反覆為同一行為，且形成普通一般人之法確信，或以一般人所共信不損及公益。也就是說，習慣本係「本來的」、「獨立的」存在，其效力源於一般社會之法確信，並非係因司法或立法的承認而來<sup>2</sup>。

另以，民法第 757 條表示「習慣」可以創設物權，惟其立法理由則係指「習慣法」可以創設物權。甚且，學說多有認為，前揭條文所指物權的創設僅限於現有的物權類型，若係本於習慣（法）創設新的物權則非所允可之範圍。即如臺灣新竹地方法院 103 年原訴字第 1 號所述：「按物權除依法律或習慣外，不得創設，民法第 757 條定有明文。其中所稱之法律並不僅限於民法物權編之規定，解釋上自包含其他法律或經

1 如「擔保信託」，參見最高法院 70 年台上字第 104 號判例。

2 參照楊日然，民法第一條之研究，載於鄭玉波，民法總則論文選輯（上），臺北，五南，頁 212-214。

法律明文授權訂定之法規命令，且其所規定之權利，必須係經登記或其他公示方法取得之權利。」由此進一步再探究原住民族習慣中的物權問題，以原住民族社群成員間在保留地私權化前的贈與為例，後有他人在該地耕作，其後又賣予別人並完成登記，但是在前的贈與從未登記，法院判決幾乎均採一致的見解以登記為主。即如本案判決所指：「按總登記為中華民國所有的原住民保留地之取得，原住民須先會同中央主管機關向當地登記機關申請設定耕作權登記，並於設定後繼續自行經營或自用滿 5 年後，經審查屬實者，方可經由中央主管機關會同耕作權人向當地登記機關申請辦理所有權移轉登記，以取得所有權，並非徒有『在原住民保留地耕作』之事實，即當然取得該土地所有權」。

運用證據確認案件事實，向來都是訴訟中的重要實踐活動，特別是對於不同法域之間，如何舉證與如何適用原住民族習慣，尤其是當代原住民族民事案件涉及習慣時所應加以留意者。回到本案判決來看，其中仍有深究之必要者，應係上訴人乙之祖父丙與被上訴人甲之公公就 A 地依當時之習慣，所完成之土地鑑界與權利取得。要言之，上訴人乙得否本此習慣作成之交易，按民法第 757 條習慣創設物權之規範要旨，主張其係有權占有。由於本案事實並未指明當事人原住民族身分，本研究僅以本案管轄法院所涉區域之布農族民事傳統習慣為例說明，在有關土地權利歸屬及利用原則，如土地的買賣，都憑著信用、口頭約定的方式。又，參以行政院原住民族委員會 2008 年 12 月出版之「原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制第五期委託研究—布農族、邵族」所示：「因族人對於土地的給與還，含有 masamu 的律的精神，違背信用會被天懲罰（dihanin）。原住民族因文字使用較少，在部落中對於土地或財產之交易，未有如同現行法所規定，一般須有書面並登記之法定要求」。再者，前開報告亦指出，布農族之「土地交易並不以登記為要件，有部落長老或村長見證即可」。

特別值得一提的是，原住民保留地的市場私權化，即係對於原住民族習慣與文化的剝奪，進而產生失權的結果。本研究以為，土地權利作為不動產物權制度運作最重要的社會關注，設若以法律行為主體之法域為基礎，回歸以原住民族習慣創設新物權類型，所產生的邊際社會利益



大於邊際社會成本<sup>3</sup>，如何彰顯原住民族習慣之法確信價值，即應有再深究之價值。民法 757 條將「習慣」納為物權法定主義內，本係為避免物權法定主義過於僵化，反致妨礙社會之發展。在新物權秩序法律未及補充時，加入「習慣」予以補充，賦以「習慣」作為法定之物權形成基礎。此即晚近學說及實務所採之「物權法定緩和說」，強調再不違反物權法定主義之立法旨趣，又有一定之公示方法時，應可從寬解釋依習慣所成立之物權。

再則，物權類型既非屬物權之本質，而是涉及一國之物權立法政策。政策之本質中彈性鬆綁是很重要的價值，但是彈性化不是普遍性的解除管制。因此，如按原住民族傳統習慣就某特定物權類型與內容得以固定，且確實產生法之確信力，似宜納入以原住民族傳統習慣為基礎之新興物權概念與類型，俾以符合原住民族對國家法律保障渠等權益之意旨與期待。

#### ❖ 相關法律條文

原住民保留地開發管理辦法：第 6 條第 1 項第 2 款、第 8 條、第 17 條第 1 項

民法：第 184 條第 1 項前段

3 有關此間所存在之法律經濟討論，請參見張永健（2010），〈物權「自治」主義的美麗新世界？——民法第 757 條之立法論與解釋論〉，《科技法學評論》，7 卷 1 期，頁 126-139。

**案例二** 非原住民援引《原住民族基本法》占有國有土地案

**案號** 臺灣高等法院 102 年度重上字第 555 號民事判決  
臺灣新竹地方法院 101 年度重訴字第 20 號民事判決

**案由** 拆屋還地等

**當事人**

審級 身分	第一審	第二審
行政院農業委員會 林務局新竹林管處	原告	被上訴人
被告等 11 人	被告	上訴人

**關鍵詞** 原住民保留地、拆屋還地、時效取得、占有

**壹、案例事實**

新竹縣新豐鄉坑子口段之 16 筆土地於民國 78 年間登記為國有土地（下稱系爭土地），並為行政院農業委員會林務局管理之國有保安林地，被告等 11 人為非原住民，渠等占用系爭土地逾百年，搭建養殖禽舍，從事養殖、販賣獲利。原告行政院農業委員會林務局新竹林管處為系爭土地之管理權人，主張被告等人無權占用系爭土地，援依民法第 767 條所有物返還請求權訴請被告等 11 人拆除建物，並將所占用土地回復原狀返還予原告，並請求不當得利。

**貳、訴訟結果****一、第一審判決**

被告應將系爭土地上之鴨舍、倉庫、飼料桶、停棲場、棚架、鐵絲網、圍籬等其他設施及地面下之所有管線拆除、移除、刨除，並將前開占用之土地回復原狀返還原告。

## 二、第二審判決

上訴駁回。

## 參、當事人主張

本件原告係行政院農業委員會林務局新竹林管處，被告於判決中亦未顯示具有原住民身分，惟主張其應比照原住民取得土地使用權源之方式，對於系爭土地有合法權益，分述如下：

### 一、原告新竹林管處

被告 11 人非法占用行政院農業委員會林務局擔任管理機關之國有保安林地，用以搭建養殖禽舍，利用國有土地從事養殖、販賣獲取利益。原告既為系爭土地之管理權人，被告等人無權占用系爭土地，原告自得本於民法第 767 條所有物返還請求權訴請被告等 11 人拆除建物，並將所占土地回復原狀返還原告。又被告等 11 人無權占用原告管理之系爭土地，受有占有使用系爭土地之利益，致原告受有無法使用之系爭土地之損害，為屬不當得利，原告自得依民法第 179 條前段規定請求被告等 11 人給付相當於租金之不當得利。

被告雖主張依民法第 770、772 條規定時效取得系爭土地之地上權部分，惟被告既已自承尚未向該管地政機關申請為地上權登記，即被告等人未於起訴前申請為地上權之登記，參諸最高法院 80 年度第 2 次民事庭會議決議見解，被告不過有登記請求權，在未依法登記為地上權人之前，仍不得據以對抗原告而認其並非無權占有，受訴法院亦無需就被告是否具備時效取得地上權之要件為實體上之裁判。況系爭土地乃原告依法列管之保安林地，並已依法登記為國有，不論國家已否辦理登記為公有或私有之林地，均不適用關於取得時效之規定。

又系爭土地經原告依法列管為保安林地，有國土保護、森林保育等目的，土地如有非法占用之地上物存在，勢必影響國有財產維護及營林使用，如此對於國土地之有效利用及國家安全之落實均屬有利，不僅非屬以損害被告為主要目的，更有促進公共利益之效，雖因而造成被告須

拆除上開房屋及遷出另覓住居所，然經衡量，為國家與全體公民追求之整體社會利益，與被告所遭受之私人不利益，尚無顯然失衡或不公允之處，原告所為並非權利濫用。

## 二、被告等 11 人

系爭土地於 78 年 1 月間始登記為國有，但被告占用系爭土地養鴨，歷史已久，至少百年甚至超逾 150 年，被告等之祖先於日據時代即在系爭土地上搭建鴨寮養鴨，其後人（即被告等）即落居於系爭土地上，並建成系爭房屋。又被告等自居住使用於系爭土地後，內心即以行使地上權之意思，善意且無過失繼續占有系爭土地，且以和平公然建築、繼續使用建築物占有系爭土地之事實為表徵，是被告等雖尚未向土地登記機關為地上權之登記請求，顯已然符合取得時效制度之基本要求，參照民法第 772、770 條之規定，暨司法院大法官會議第 291、350、451 號解釋意旨，時效取得制度既在保護長期所生之法律關係及維持共同生活和平秩序之公益目的，則基於尊重長期占有之既成秩序，被告等自得依法登記為地上權人，故被告等確係有權占有、使用系爭土地。又被告等應比照原住民由被告取得系爭土地之所有權或合法占用權源，自屬有權占用，毋庸拆除地上物返還土地及不當得利。

政府機關收回系爭土地的理由係為國土保安之目的，惟仍不得逼迫一開始即生活在此，賴此土地養殖以維生的住民。原告訴請被告拆屋還地不能真正有效達成國土保安的目的，應是教導已在當地居住很久的住民相關保安知識，學習如何愛護這塊土地。拆屋還地侵害被告之財產權、工作權，甚至是生存權，考量公益之際，應調和公益與私益的平衡，系爭土地曾是全臺灣鴨蛋供應量最大產區之一，其經濟價值亦有公益性。原告縱拆除被告等所有之系爭房屋及營生之鴨舍，亦不能充分利用，反使被告等失去生存所必須依靠之住所及營生之事業，淪落街頭、流離失所，牽連 11 戶數 40 餘人口，二者利益顯然嚴重失衡。是以原告提起本件訴訟，應屬權利濫用。

## 肆、爭點

- 一、被告主張於系爭土地登記為國有前已占用多年，是否有權使用系爭土地？
- 二、被告等人主張於其就占有系爭土地已時效取得地上權有無理由？
- 三、原告之請求有無權利濫用？

## 伍、法院判決

### 一、上訴人等並無適用民法 769、770 時效取得所有權規定之餘地

根據《森林法》第 3 條及該法施行細則第 2 條之規定。除依法登記為公有或私有之林地外，既概屬國有，不適用取得時效之規定，以達國土保安、保育森林資源之立法意旨。又根據土地法第 60 條，合法占有土地人，未於登記期限內聲請登記，亦未於公告期間內提出異議者，喪失其占有之權利。

系爭土地為保安林地，依前述《森林法》第 3 條及該法施行細則第 2 條之規定，即便未有所有權之登記，仍屬國有。又查於民國 78 年間財政部國有財產局與臺灣省政府，辦理未登記土地所有權之第一次登記，故新竹縣竹北地政事務所辦理 9 月 21 日至同年 10 月 20 日止辦理公告，均無人提出異議，乃依土地法第 53 條規定辦理逕為登記，並於 78 年 10 月 21 日辦畢第一次登記為中華民國所有。被告（即上訴人）抗辯其祖先早在系爭土地辦理所有權第一次登記前之日據時代，即已定居，並在其上搭蓋及設置鴨舍等供養鴨生產鴨蛋，其公然、和平、繼續占用系爭土地，迄今已逾百年，已因時效取得占用系爭土地之所有權或地上權，而非無權占用系爭土地。惟，系爭土地於登記所有權前，即為森林而屬國有，無上訴人等所主張時效取得制度之適用。又，系爭土地於第一次所有權登記前之公告期間內，被告並未提出異議，依土地法第 60 條已不得再主張合法占用該地。況且上訴人等並未申請辦理地上權登記，即便依時效取得地上權之登記請求權，仍不得以地上權之登記請求

權對抗土地所有人，而認其為有權占有。

## 二、上訴人等不得援引《原住民族基本法》抗辯其為有權占有

按《原住民族基本法》第 20 條及第 2 條固規定，政府應承認原住民族傳統領域土地及既有原住民保留地。然此乃為保障原住民族基本權利，促進原住民族生存發展，建立共存共榮之族群關係，及落實憲法增修條文第 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，並非單純以其自何時占用土地及其占用期間若干即予保障。則縱如上訴人等所述其祖先自日治時代即占用系爭土地，與上述意旨無關，仍不能比附援引《原住民族基本法》之規定抗辯其為有權占有。

## 三、上訴人等並未與被上訴人新竹林管處訂定租約

查上訴人等雖主張被上訴人新竹林管處曾以繳納補償金、進行植栽等條件，同意與上訴人等訂定系爭土地之租約，惟此僅為被上訴人基於行政考量所為之措施，雙方最後並未達成訂定租賃契約之合意，自不得以此主張有權占有。被上訴人新竹林管處就其所管理之系爭土地，排除上訴人等之無權占有，本屬正當權利之行使。況且系爭土地為防止飛沙之國土保安林，上訴人等對系爭土地之利用，難謂無減損土地防止飛沙之機能。故被上訴人新竹林管處之請求並非以損害上訴人等為目的，更符合國家社會之一般利益，並非權利濫用。綜此，上訴人等無權占用系爭土地使用收益，自屬無法律上原因受有相當於租金之利益，並致被上訴人受有損害，被上訴人依不當得利法律關係請求上訴人返還相當於租金之利益，並依上訴人等陳報之收益與申報地價計算如一審之判決，應屬有據。

## 陸、評析

非原住民與原住民族土地之關係可從二戰後談起，日治時期維持原漢隔離政策在戰後被解除，漢人可自由進入山地鄉中貿易或居住，民國 55 年後，保留地開始私有化，雖保留地管理辦法明訂「山胞保留地」的

所有權只能由「山胞」取得，但「民法」則保障債權人之債權，是非原住民借貸給原住民，而原住民將土地設定抵押給非原住民債權人的例子層出不窮。

又「平權會」亦是一例，該會是由居住在山地鄉的「平地人」所組成的全國性團體，該組織之宗旨為促進居住在原住民鄉非原住民權益，以「憲法保障人民一律平等」、「自由市場原則」為由，主張廢除「原住民鄉鄉長、議員應由原住民擔任」以及「原住民保留地所有權限制移轉」等對原住民之保障，並利用其經濟優勢，掌握原鄉中之鄉民代表會、農會、土審會等組織，以利平地資本取得原住民保留地。

而非原住民族得以使用保留地之方法有三種，第一種是向擁有保留地所有權之原住民地主租用，第二種則是向公所承租公有保留地，前兩種係屬合法手段，而第三種則是設定高額抵押之方法以「購買」保留地之違法手段。

本案特殊之處在於，被告非具原住民身分，卻主張其應比照原住民取得土地使用權源之方式，應獲得《原住民族基本法》之保障，對於系爭土地有合法權益。實則，原住民非僅係表彰國家扶助對象之標籤，而係須自原住民族與國家間之特殊關係來理解之法主體，尤其強調其在歷史面向上被殖民或被侵略的經驗，在文化上所具有之顯著性，以及在政治經濟層面上的被支配關係。《原住民族基本法》之立法，即係建立在此多重面向的權利光譜，當非得由他人任意援引類推適用。此外，原住民保留地或日治時期的高砂族保留地，兩者均在權利的內容上，具有延續性的限制規範，即指權利移轉的身分限制與權利行使之限制。被告既不具原住民身分，如欲主張於系爭土地登記為國有前已占用多年，應可理解為無權占有之使用。

設若本案被告為原住民，並主張自日治時期以來即占有使用之土地，即具有原住民族法與國家法調和之研究實益。按原住民族土地（包括原住民族傳統領域土地與原住民保留地）在經過日治時期的調查與清理後，劃歸「準要存置林野」範疇，視之為高砂族保留地，餘則劃歸公有土地。惟自劃定之初迄至戰後轉移至國民政府管轄，非所有公有土地

均有其公用之目的編定，而有原住民持續占有、使用、耕作之事實。原則上，不得私有的土地，不得為取得時效的客體<sup>4</sup>。此外，包括土地法第 14 條的絕對公有土地，一般公有公用土地，也不得為時效取得的客體，只有在喪失公用土地的功用時，才可以成為時效取得的客體。因此，原為公用土地，經廢止公用，即得為取得時效的標的，而非供公用的公有土地，也得為取得時效的標的。

按《原住民族基本法》第 20 條第 1 項規定之意旨，係因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。因此，原住民依其事實上習慣所占有使用之土地，究竟是否屬於有權占有，即得有司法實務介入確認之需。實務上，公有不動產遭無權占用之民事法律效力，概有「申請耕作權遭否准」或係「遭請求不當得利」等。在既有原住民保留地相關法令的規範體系，原住民必須舉證證明其在該土地上有法律施行前即開墾完竣並自行耕作之事實，始能取得在該土地上繼續使用土地之權利。

惟如原住民主張於系爭土地登記為國有前已占用多年，得否主張於其就占有系爭土地已時效取得地上權？基本上，時效取得地上權的構成要件依民法第 772 條之規定，準用第 769 和 770 條的內容，時效取得地上權，應具備（1）占有的主觀意思；（2）占有的客觀狀態，須占有人以和平及公然的手段維持占有；（3）占有他人的不動產，且非限於未登記的土地；（4）經過法定期間<sup>5</sup>。就占有的主觀意思而言，由於原住民係本於具法確信之習慣，以所有之意思行占有、使用的事實。綜合言之，占有人於占有物上行使的權利，推定其適法有此權利，除客觀上推定其適法有此權利，主觀上應也推定其具有行使此權利的意思。

承前說明，原住民本於其先於法律建立之前的占有事實，所獲致之權利歸屬結果，有因土地類屬的不同而有差異。要言之，設若土地係公有非公用之原住民保留地，則按《原住民保留地開發管理辦法》第 8 條

4 司法院院字第 2177 號解釋

5 繼續占有經過法定期間，占有之始，如為善意並無過失，法定期間為十年，其餘情形，法定期間則為二十年，並可合併前手的占有而為主張（民 947）。



之規定，僅得適用於農作用地、養殖用地或畜牧用地，而無法適用於林業用地。本案土地已登記為國有土地，且為行政院農業委員會林務局管理之國有保安林地，法院恐仍將否准原住民之申請。尤有甚者，若非屬原住民保留地而為一般公有土地之事例，則有按「公有土地增編原住民保留地處理原則」所採之給付行政。然而，在請求登記耕作權之案件中，實務上多僅係依據現行保留地管理規則之規定作機械式的操作，且針對原住民有無於民國 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」之事實認定，常見採取登記簿上未登記即不存在的推定態度<sup>6</sup>。原住民申請人在經過行政機關否准請求後，如後續要在法院中成功主張登記為耕作權人便更形困難，有時甚至尚有被認係竊佔國土之風險，或係遭致土地登記名義人訴請返還不當得利、拆屋還地之風險。

本於前開各項說明，原住民本於自日治時期以來的持續占有、使用土地，一得按時效取得公有不動產之地上權要件為判斷；另得按《原住民族基本法》保障原住民族之土地與自然資源權利，以及尊重原住民族土地擁有利用與管理模式之權利，視其為善意占有人，且為有權占有，排除不當得利或無權占有之認定。

#### ❖ 相關法律條文

民法：第 148 條第 1 項、第 179 條前段、第 767 條、第 770 條、第 772 條

土地法：第 54 條、第 97 條第 1 項、第 105 條

森林法：第 1 條、第 5 條

6 高雄高等行政法院 97 年度訴字第 832 號判決

**案例三** 塗銷耕作權登記**案號** 臺灣新竹地方法院 103 年度原訴字第 1 號民事判決**案由** 排除侵害等**當事人**

身分 \ 審級	第一審
甲	原告
戊	被告

**關鍵詞** 原住民保留地、先占、共同共有、移轉繼承習慣、高權行為**壹、案例事實**

系爭土地為原住民保留地，面積 7880 平方公尺，地目為林，使用分區為山坡地保育區，使用地類別為農牧用地，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。日據時期即由原告甲之曾祖父即訴外人乙占有耕種，嗣由原告之祖父即訴外人丙繼承耕作，丙於 80 年間過世後，由原告之父即法定代理人丁繼承耕作。原告甲於 102 年 1 月間向新竹縣尖石鄉公所申請設定為系爭土地之耕作權人。系爭土地現為被告戊所使用，其使用位置及面積：A 部分搭建鐵皮屋，面積為 169 平方公尺、B 部分搭建雞寮，面積為 66 平方公尺、C 部分設置電錶、D 部分種植水蜜桃，面積為 7645 平方公尺。

**貳、訴訟結果**

一審：被告戊應將系爭土地上：鐵皮屋、雞寮、電錶、果樹約 250 棵部分均清除，並返還土地予原告甲占有使用。被告應給付原告新臺幣貳仟參佰陸拾肆元，及自民國 103 年 2 月 7 日起至返還前項土地日止，按年給付原告新臺幣參仟壹佰伍拾貳元。

## 參、當事人主張

本件二造當事人皆為原住民，以下區分為原被告之主張：

### 一、原告甲之主張

系爭土地為原住民保留地，面積共 7880 平方公尺，所有權人為中華民國，管理機關為行政院原住民族委員會，日據時期即由原告之曾祖父即訴外人乙占有耕種，嗣由原告之祖父即訴外人丙繼承耕作，丙於 80 年間過世後，由原告之父即法定代理人丁繼承耕作，且依「尖石鄉秀巒村山地保留地使用清冊」記載之權利人為乙、丙、丁等人，並登錄租賃使用權利期間及政府核准日期文號等資料，足證系爭土地於 58 年起已由乙合法承租及占有使用，原告於 102 年 1 月間依《原住民保留地開發管理辦法》（下稱系爭辦法）第 8 條第 1 款規定，向新竹縣尖石鄉公所申請設定為系爭土地之耕作權人，而原告已於 102 年 4 月 12 日登記取得系爭土地之耕作權，詎被告無任何權源卻在系爭土地上種植水蜜桃等農作物，並搭建工寮及設置電錶，無權占用系爭土地，足認被告業已侵害原告之耕作權，原告自得依法請求排除侵害。

### 二、被告之主張

系爭土地自 50 年間即由被告之父親已開墾使用，耕作迄今，並在系爭土地上搭建鐵皮屋。另有關包括系爭土地在內之由被告開墾完竣並自行耕作之原住民保留地如何申辦設定耕作權及所有權登記事宜，均由已辦理分配，被告從未置喙，致無從知悉系爭土地是否取得耕作權，實則被告才有權利及資格依系爭辦法第 8 條第 1 款規定申請設定耕作權登記，進而為所有權登記，被告占有使用系爭土地乃本於所有權人之意思，自屬有合法權源。

原告之耕作權申請係依系爭辦法第 15 條規定，而本條乃規範原住民保留地之耕作權僅能繼承或贈與於特定人，原則不得隨意轉讓或出租，顯與系爭辦法第 8 條係規範申請設定原住民保留地耕作權登記之條件不同，是原告依系爭辦法第 15 條規定，以父贈與子之方式申請設定耕作權，程序顯有疑義。

## 肆、爭點

原告依民法第 767 條第 2 項準用第 1 項前段、中段規定，請求被告拆除地上物並返還系爭土地，有無理由？

## 伍、法院判決

經查，原告主張系爭土地為原住民保留地，面積 7880 平方公尺，地目為林，使用分區為山坡地保育區，使用地類別為農牧用地，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；依「尖石鄉秀巒村山地保留地使用清冊」記載之權利人為乙、丙、丁等人，並登錄租賃使用權利期間及政府核准日期文號；原告於 102 年 1 月間向新竹縣尖石鄉公所申請登記為系爭土地之耕作權人，申請書之申請項目記載贈與設定，欲同時辦理耕作權及贈與設定，經新竹縣尖石鄉 102 年第 1 次土地權利審查委員會於 102 年 1 月 25 日決議通過，原告遂向新竹縣竹東地政事務所申請登記為系爭土地之耕作權人，且為被告所不爭執，堪認原告確已登記為系爭土地之耕作權人。是原告主張依民法第 767 條第 2 項準用第 1 項前段、中段規定，請求被告拆除如附圖所示之 A、B、C、D 部分地上物並返還系爭土地，要非無據，則被告自應就其使用系爭土地之合法權源負舉證責任。

被告雖辯稱系爭土地自 50 年間即由被告之父親已開墾使用，嗣由被告及其胞弟陳○○共同種植水蜜桃，耕作迄今，足徵被告才有權利及資格依系爭辦法第 8 條第 1 款規定申請設定耕作權登記，進而為所有權登記，被告占有使用系爭土地乃本於所有權人之意思，自屬有合法權源；原告之耕作權登記因違法而自始無效等語；丁是否符合系爭辦法第 8 條第 1 款之耕作權登記要件等節，均顯有疑義，難謂原告取得系爭土地之耕作權無瑕疵。然依前開說明，縱認系爭土地耕作權之程序具有重大明顯瑕疵而無效乙節屬實，僅涉及土地登記機關於行政程序上作成准予原告登記之授益行政處分之適法性問題，基於審判權二元區分，並非本件民事訴訟程序中得予審究，堪認原告之耕作權在未經法定程序塗銷

登記前，原告自得本於耕作權人之地位主張權利。

另關於被告有無使用系爭土地之合法權源乙節，查原告於 102 年 4 月 12 日取得系爭土地之耕作權登記前，系爭土地之權利人均為中華民國；被告並未經登記取得系爭土地之任何物權等情，堪認被告應未取得系爭土地之物權，復未具體陳明有何法律關係得對已取得耕作權之原告主張有權占有，難認被告有合法權源。又核系爭辦法之耕作權性質為物權，已如前述，原告因取得耕作權登記後即享有對系爭土地之直接支配與排他之權能，是縱認被告在系爭土地有自行耕作之事實為真，其在經登記取得權利以前，難認得以占有使用之事實對抗已先予取得耕作權登記之原告。原告依民法第 767 條第 2 項準用第 1 項前段、中段規定，請求被告拆除如附圖所示之 A、B、C、D 部分之地上物並返還系爭土地，洵屬有據，應堪採信。

## 陸、評析

本案形式上係涉及所謂「原住民保留地」，亦即系爭之山坡地，依法該土地所有權屬於中華民國政府，而僅得由符合法規資格之原住民申請於該山坡地上為耕作或畜牧等用途。本案原告經由其父移轉系爭土地之「耕作權」，被認定具有系爭土地之合法占有權源，而被告雖抗辯其家族長久耕種於系爭土地之上，應有合法之占有權源，因不動產物權要式性之要求，被告經法院審理後認定為無權占有。究其實質，雙方皆表述具有長久耕種於系爭土地之事實，除本於物權法定主義之規範要求，本研究認為尚有習慣的事實上認定可探究。建議法院牽涉原住民族習慣事實之認定應踐行傳統習慣事實認定以及證據調查活動，包括參考原住民族傳統習慣調查報告書或指定專家證人等等輔助法院之判斷。

從泰雅族有關土地權利歸屬與利用原則之習慣來看，日治時期前，在地廣人稀時期，耕地為耕作者所有；地力耗盡後，便廢棄不用，另尋新地。因此土地一般屬於部落所有，只有在耕作期間，地權才屬於耕作者。其後，因人口增加，耕地漸形不足，故日漸將土地視為私有，即使

是休耕地，也要占為己有，因此部分部落逐漸出現土地私有制度<sup>7</sup>。再則，承認土地私有之部落，以先占權作為地權取得方式，休耕時若未拋棄該地，則仍得持續擁有地權。在土地的管理上，土地在分配（割）前是以共有形式（共地）進行管理。共地由家族成員及其子孫共同管理，有時也會選出幾人負責管理。至於權利的移轉原因，概有家族內之繼承或贈與。

現行保留地制度之政策依據，首見於 1948 年訂頒之「臺灣省各縣山地保留地管理辦法」第 2 條：「本辦法所稱山地保留地，係指日治時代因維護山地民生計及推行山地行政所保留之國有土地及其他地上產物而言」，並於同辦法第 27 條明定：「山地保留地應俟山地人民生活改善及有自營生活能力時解除之」。換言之，對於保留地制度之存廢，端視原住民能否改善生活及具有自營生活能力為前提，然而該條「解除」保留地制度之規定，於 1960 年修正上開管理辦法時已遭刪除，此意謂保留地制度繼續維持之政策，有其存在必要性<sup>8</sup>。

按本案被告所指系爭土地自 1960 年間即由被告之父親開墾使用，嗣由被告及其胞弟共同種植水蜜桃耕作迄今。參照 1960 年重新訂頒之《臺灣省山地保留地管理辦法》<sup>9</sup>第 15 條之規定：「山地保留地應由民政廳地政局視各山地鄉村地理條件及山地人民經濟情形、文化水準分期編查登記，確定其使用權籍，俟山地人民有自營生活能力時實施放領……」。復以 1966 年修訂之《臺灣省山地保留地管理辦法》<sup>10</sup>第 7 條之規範內容來看：「地籍測量完竣地區，山地人民對其所使用之山地保留地，應按左列規定取得土地權利：1. 農地登記耕作權，於登記繼續耕作滿十年，無償取得土地所有權，……；2. 建築用地登記地上權，繼續

7 謝世忠、郭倩婷、楊鈴慧、劉瑞超、李韋誠（2007），《原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制：第二期委託研究——泰雅族、太魯閣族》，頁 5，臺北：行政院原住民族委員會。

8 為因應環境變遷及管理需要，原住民保留地之管理法規迭經修正，自 1948 年訂頒後，於 1960 年訂頒《臺灣省山地保留地管理辦法》、1966 年修訂《臺灣省山地保留地管理辦法》、1974 年再修訂《臺灣省山地保留地管理辦法》、1990 年訂頒《山胞保留地開發管理辦法》，嗣於 1995 年更名為《原住民保留地開發管理辦法》。

9 49.04.12 府民 4 字第 12109 號。

10 55.01.05 府民 4 字第 89609 號。

無償使用，於前款農地移轉時，隨同農地一併無償移轉；3. 林地准予申請租地造林，其租期不得超過十年，……；4. 牧地准予承租經營，其租期不得超過十年。」綜合前開規定，原住民得就其使用保留地之農地登記耕作權，建築用地登記地上權，林地與牧地取得租用權，除得以繼承外，不得讓與轉租或設定其他負擔。

亦即，按現行原住民保留地權利設定或取得之相關規範，主管機關係依據《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，在授予原住民個人就特定原住民保留地之使用收益權利，係屬行政機關單面之高權行為，屬授益性之行政處分。原則上，在給付行政領域中，涉及原住民保留地申請登記耕作權之案件，實務上均僅能依據現行保留地管理規則之規定作機械式的操作，且針對原住民申請人有無使用土地之事實認定，法院採取登記簿上所彰顯之公示與公信力為判斷。實則，現行《原住民保留地開發管理辦法》歷經多次變動，隨著各時期社會經濟發展需求修正，其中一項重要因素即為結合原住民族習慣，作為土地權利爭議之認定基準。即如 1960 年代啟動之原住民保留地總登記，原則上原住民保留地總登記與一般土地總登記程序並無不同，包括：一、調查地籍；二、公布登記區及登記期限；三、接收文件；四、審查並公告；五、登記、發給書狀並造冊。本研究發現有的鄉公所總登記時確有因測量失準造成土地地界與實地地界有誤，然而，除了技術層面造成測量失準外，因原住民保留地有其歷史與文化延續，若屬農業使用者，其須提出下列使用證明文件：土地四鄰任一使用人出具之證明，以及其他足資證明其使用事實之文件。

綜據前述，本案原告一則提出系爭土地自日治時期即由曾祖父占有耕種之事實，後按其本族習慣移轉繼受；二則提出依「尖石鄉秀巒村山地保留地使用清冊」之法定記載有關登錄租（使）用權利期間及政府核准日期文號等資料。對於原告前開舉證，審理法院積極行使闡明權，對於兩造所指耕種事實與習慣，透過相關證人證詞，以確立所得心證。

被告雖辯稱原告之耕作權登記因違法而自始無效，有四鄰證明書、新竹縣尖石鄉山地保留地清查總冊及山坡地保留地林地清理調查表各 1 份存卷可查，復有證人○○○於 103 年 8 月 29 日言詞辯論程序到場具

結證稱：我可以確定乙、丙、丁都沒有在系爭土地上耕作過。

本研究贊同本件審理之原住民族專庭，確認了原住民族土地移轉繼受習慣與不動產物權要式性之結合，作為判決之核心要旨。

#### ❖ 相關法律條文

原住民保留地開發管理辦法：第 8 條第 1 款、第 15 條

民法：第 148 條、第 179 條、第 767 條第 2 項

行政程序法：第 110 條、第 111 條

#### 案例四 拆屋還地

**案號** 臺灣高等法院 102 年度上易字第 444 號民事裁定  
臺灣新竹地方法院 101 年度訴字第 121 號民事判決

**案由** 拆屋還地

#### 當事人

身分	審級	
	第一審	第二審
甲	原告	上訴人
丁（丁於一審訴訟中死亡，由其繼承人戊、己、庚、辛、壬、癸承受訴訟）	被告	被上訴人

**關鍵詞** 原住民保留地、返還土地、傳統立證、原住民族土地移轉繼受習慣、高權行為

### 壹、案例事實

原告甲為新竹縣尖石鄉○○段○○地號（下稱 A 地）之所有權人，A 地為甲之祖父乙所開墾，並由甲之父丙於民國 88 年 5 月 10 日登記取



得耕作權後，復於民國 94 年間依《原住民保留地開發管理辦法》第 17 條，本於耕作權辦理所有權移轉登記，取得 A 地之所有權，嗣後由甲於民國 95 年分割繼承取得 A 地。然 A 地目前為丁所占有使用，丁主張已於民國 60 年間向乙購買 A 地的使用收益權，係為有權占有。甲因此向法院起訴，請求丁清除 A 地上之作物，返還 A 地並給付不當得利。（丁於一審訴訟中死亡，由其繼承人戊、己、庚、辛、壬、癸承受訴訟）

## 貳、訴訟結果

### 一、第一審判決：臺灣新竹地方法院 101 年度訴字第 121 號

原告之訴及假執行之聲請均駁回。

### 二、第二審判決：臺灣高等法院 102 年度上易字第 444 號

上訴駁回。

## 參、當事人主張

本件二造當事人皆為原住民，以下區分為原被告之主張：

### 一、原告甲之主張

#### （一）原告甲為合法之土地所有權人

原告甲之祖父乙自臺灣省山地保留地管理辦法設置前，即已在系爭 A 地上耕作、使用，後依上開規定於山地保留地在辦理土地總登記時所記載，原始使用人為乙。後原告之父丙繼承乙對系爭土地使用收益之權益，丙於民國 88 年 5 月間完成系爭土地耕作權之設定，嗣因在系爭土地上耕作期滿 5 年，遂依原住民保留地開發辦法第 17 條之規定，於民國 94 年 9 月 6 日向新竹縣尖石鄉公所原住民保留地土地權利審查委員會申請辦理所有權移轉登記，經該委員會審查通過並報請新竹縣政府核准在案。丙為系爭土地之合法所有權人，原告甲自丙繼承系爭 A 地之所有權，固得基於所有權人之地位，依民法第 767 條請求無權占用土地之被告返還土地及排除地上作物之妨害。

（二）乙對於系爭 A 地並無權利可供讓與丁，縱確曾將系爭土地權利讓與丁，渠等間之契約亦屬違反強制或禁止規定，或以不能之給付為契約標的，應屬無效，被告仍不得以之作為有權占有之合法權源

系爭 A 地自民國 57 年 9 月 1 日辦理總登記起，迄今均未將乙登記為 A 地所有權、耕作權或其他權利人，則乙並無任何權利可得售予丁，故丁並無取得對於 A 地之任何權利。又，依據臺灣省山地保留地管理辦法第 6 條第 1 項、第 7 條、第 8 條第 1 項規定，山地人民就山地保留地所享之無償使用收益權利，或是經登記取得之耕作權，除繼承或贈與予繼承人、符合一定資格之家屬、親屬外，均不得以買賣或其他方式轉讓予他人，如有違反，應認該買賣契約違反強制或禁止之規定及給付不能，依民法第 71 條及第 246 條第 1 項本文等規定，均屬無效。

易言之，違反禁止轉讓予他人之管理使用規範，締結契約將山地保留地相關權利讓與他人者，乃屬以不能之給付為契約標的，若未為於不能情形除去後始為給付之約定，則依民法第 246 條第 1 項之規定，該契約應為無效。是以，丁既非乙之繼承人、家屬、親屬，縱有與乙成立土地買賣契約，轉讓系爭 A 地權利，揆諸前揭說明，亦因違反強制或禁止規定而歸於無效，被告等自不得以之作為有權占用之依據。

## 二、被告之主張

（一）原告甲所繼承之 A 地所有權合法性有疑義

乙於民國 58 年遷徙至宜蘭後都未回到 A 地收割，未再管領過系爭土地，是丙在民國 88 年 5 月 10 日辦理 A 地耕作權設定時，抑或於民國 94 年 9 月 6 日申請所有權移轉登記時，皆未在系爭土地上耕作，與《原住民保留地開發管理辦法》第 17 條第 1 項之要件不符，新竹縣尖石鄉原住民保留地土地權利審查委員會核准丙申請土地所有權移轉登記，自屬違法，非不得撤銷。故原告甲自丙處繼承之 A 地所有權不具合法性。

(二) 被告之被繼承人丁曾與原告祖父乙就系爭土地權利訂有買賣契約，故被告屬有權占有

乙於民國 58 年間舉家遷至宜蘭前有於 A 地上耕作，因此取得 A 地之使用收益權限，後來被告之被繼承人丁曾親赴宜蘭與其訂立 A 地使用收益權利之買賣契約，並支付買賣價金，同時依循泰雅族之傳統立證方式，彼此共飲一瓶汽水以完成買賣協議，於契約成立後丁即占有使用系爭土地迄今，故屬有權占有。縱 A 地權利買賣契約違反臺灣省山地保留地管理辦法第 8 條第 1 項規定，僅生該管理辦法第 64 條第 1 項主管機關撤銷該土地使用收益權之法律效果，並非構成民法第 71 條所稱違反禁止規定之行為，故丁與乙間之買賣契約或權利轉讓行為縱有前開違法，亦非無效。

### 肆、爭點

- 一、上訴人是否為系爭 A 土地之所有權人？
- 二、被上訴人占有系爭 A 土地有無合法權源？

### 伍、法院判決

#### 一、上訴人甲為 A 地之所有權人

A 地為原住民保留地，業經丙於民國 94 年取得 A 地之所有權，再由甲於民國 95 年繼承取得所有權，甲既經不動產物權登記為 A 地之所有權人，依民法第 759 條之 1 第 1 項規定，應推定甲適法有 A 地之所有權。縱令被上訴人等所陳述，丙於取得 A 地所有權之過程中有瑕疵屬實，亦僅為行政機關當初作成准予登記之授益行政處分是否適法、妥當，且亦非本案所得審究。於經法定程序塗銷甲之所有權登記前，甲仍為 A 地之所有權人無疑。

#### 二、被上訴人等占有 A 地有合法權源

乙於臺灣省山地保留地管理辦法廢止前，即開始耕作 A 地，故縱未設定 A 地之耕作權，仍為 A 地之占有使用人。依同法第 6 條規定，具原

住民身分之乙有使用收益 A 地之權利甚明。乙之子丙先於民國 81 年辦理 A 地使用收益權利之繼承後，復於民國 88 年辦理 A 地之耕作權設定登記，並未否定乙對 A 地具有使用收益權利。復依證人所言，丁於乙遷出部落後，向乙購買 A 地之使用收益權利，雖未書立書面契約，但於交付價金後，依泰雅族習俗共飲汽水，表示互不反悔。乙雖未設定登記 A 地之耕作權，然仍具有 A 地無償使用收益之權利，並得以將此權利轉讓予丁。復以對於丁之占有使用，乙、丙始終未表異議，足證丁向乙購買 A 地之使用收益權利乙節，應非虛妄。甲雖主張乙丁間之買賣契約，因違反禁止或強制規定，或以不能給付之標的為契約標的，應為無效。然查臺灣省山地保留地管理辦法第 6 條、第 64 條，山地人民違反前開辦法第 6 條第 1 項之規定時，僅生由主管機關撤銷土地使用收益權之法律效果而已。

乙、丁均為原住民，乙於取得 A 地之耕作權、所有權之前，將 A 地之占有、使用收益權利移轉予丁，繼續耕作使用，即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。此與同辦法第 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，其承受人為非山地人民且不能自耕時，其土地所有權之移轉無效尚屬不同（最高法院 88 年度台上字第 3075 號判決意旨可參）。乙丁間之契約既然有效，甲作為乙之繼承人，自應受該契約之拘束，承認丁以及其繼承人對 A 地具有合法占有權源。

## 陸、評析

本件判決之關鍵爭點在於，甲所爭執之丁、乙間按泰雅族習慣所成立的債權契約究竟是否有效；案經一、二審法院參酌客觀情事與證人證詞，認被上訴人之被繼承人丁與上訴人之被繼承人乙就系爭土地 A 所成立之買賣契約有效，是被上訴人並非無權占有系爭土地。如以債權行為所具有之任意法性質與不要式性，本案之結論或許本就不難預見。然而，觀察本案判決內容，對於泰雅族傳統交易習慣多所強調，甚有視泰雅族原住民之傳統習慣與現行債法併行之實體規範，特別是如何判斷意

思表示合致，以及其後上訴人甲對於被上訴人等占有使用之默示該如何理解為同意，實值進一步深究。

按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）。在意思表示一致的判斷上，不限於當事人間之對話或者非對話之意思表示，最高法院 97 年度台上字第 2678 號民事判決亦指出：「私法上契約之雙方當事人，苟已互相意思表示一致，且其約定未違反強制或禁止規定，依契約自由原則，自無礙於契約之成立，而非法之所不許」<sup>11</sup>。對於前揭要件，審理法院面對當事人雙方均係泰雅族原住民，特別闡明要求當事人舉證並調查是否基於傳統習慣之法意識所為，進而採以泰雅族之傳統習慣，作為本案確認意思表示一致的準據規則。因此，本於私法契約自由原則，民法承認無名契約或非典型之契約，本案確有給付價金之對價關係，應可成立無名契約。

據證人尤命·○○○時為司馬庫斯之牧師黃○○之子於原審結證稱：「因為我爸爸在司馬庫斯傳道時有向 Pin·an（即何○○）買一塊地，被告（即倚岸·○○）也有向 Pin·an 買一塊地，我爸爸跟被告是到宜蘭給 Pin·an 錢，我也有一起去」「我 60 年退伍後幾個月，應該是 60 年與 61 年間」「從我家裡走路到巴陵，再搭公車到宜蘭」「（倚岸·○○）有和我爸爸一起給（錢）」「談完以後一定要拿杯子喝（共飲），這是泰雅族習俗，為何喝汽水是因為信教不可以喝酒，以汽水代替酒」「因為他（指何○○）去宜蘭不用這塊地了，他回宜蘭的時候跟被告說要賣」「有看過（被告買的地），在路的旁邊上面」「我們不知道要契約，我們都用杯子喝完就算，喝完就不能反悔，這是泰雅族的習俗，但現在知道要打契約了」等語。

再者，被上訴人等之被繼承人持續使用土地進行收益之事實，一則係以多年事實上慣行為基礎，因經一定期間內就同一事項反覆為同一行為，並形成部落內部成員之法的確信，且為一般人所共信不害公益。另外，上訴人對於前揭事實，亦即被上訴人等之被繼承人占有使用土地多

11 另參最高法院 103 年度台上字第 582 號判決：所謂互相表示意思一致，並不限於當事人間直接為之，其由第三人為媒介而將各方互為之意思表示從中傳達因而獲致意思表示之一致者，仍不得謂契約並未成立。

年，從未異議，顯已默示同意伊等使用。

倚峇·○○早於上訴人之祖父何○○於 57 年間舉家遷離司馬庫斯時抑或遲自 73 年間起即占用系爭土地迄今，惟迄至 81 年間何○○去世前，抑或於 94 年間何○○○去世前，何○○、何○○○始終對此未表異議，足見上訴人所辯倚峇·○○已向何○○買受系爭土地之使用收益權利乙節，應非虛妄而堪採信。

綜合前開四項司法實務判決的討論，從社會規範力之發展觀察，我們可以清楚確認國家主權介入法規範之形成時間，確係較原住民族傳統習慣為晚許多。惟以臺灣作為成文法的國家，觀察過往法律與習慣的發展，其國家主權或法院訴訟制度之確立過程與發展，多有將習慣透過立法或判例等方式內化成法律；此外，在經歷統治權更替時，則多有針對習慣加以重整之情形，即如日治時期，多有具有地方特色之舊慣存在，迄至日治統治中期後，國家法原則上僅於親屬繼承事項，得延用臺灣人舊慣處理。

實則，原住民族法在我國法制的發展上，過往多集中在以公法性質為主的法律中進行明確性的立法或修法，由此亦得觀察國家法與原住民族法之間所存在的平行法域關係。然而，在原住民涉及民事案件所應適用之法律爭議中，過往則多因缺乏可適用的法規範而遭致忽視或以現行民法所取代。從前揭四項判決有關原住民族習慣的討論中，不難看出司法實務對於原住民涉及民事案件之法律適用，似有認係關於屬人法之事項，並逕以或強調係以當事人之「民族別」為連接因素。黃居正亦指出現行司法實務多項判決<sup>12</sup>採以「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。」本研究亦認為原住民族習慣之普通法建構，未來特別應注重在屬人法連繫因素之相關理論與發展，以及晚近各國新立法與學說之介紹。

總結來說，原住民族習慣之得為法律規範，係由來於社會之確信，如社會確信之慣行必須遵從，且具有法律上之拘束力，否則可能受到制

12 臺灣高雄地方法院民事判決 97 年度簡上字第 226 號；臺灣南投地方法院家事判決 101 年度婚字第 24 號。

裁。習慣實先於成文法而存在，在原住民族部落社會中，國家主權觀念未發達之際，此種習慣本已通行於社會，而具有法律上之效力。習慣法係「本來的」、「獨立的」存在，其效力源於一般社會之法的確信，並非因司法或立法之承認而來。

#### ❖ 相關法律條文

臺灣省山地保留地管理辦法：第 6 條第 1 項、第 7 條第 1 項第 1 款、第 8 條、第 64 條第 1 項

原住民保留地開發管理辦法：第 17 條

民法：第 71 條、第 179 條前段、第 246 條第 1 項、第 759 之 1 第 1 項、第 767 條

#### 案例五 交還土地

案號 臺灣高等法院花蓮分院 102 年度上易字第 31 號民事判決  
臺東地方法院 102 年度原訴字第 2 號民事判決

案由 交還土地

#### 當事人

審級 身分	第一審	第二審
甲	原告	被上訴人
戊、己	被告	上訴人

關鍵詞 原住民保留地、交還土地、瑕疵、移轉限制、原住民族習慣、實際耕作

## 壹、案例事實

原告甲之祖父乙於民國 84 年間依《原住民保留地開發管理辦法》（下稱管理辦法）第 8 條申請登記 A 地之耕作權，並於民國 90 年間以耕作權期間屆滿，依管理辦法第 17 條登記為 A 地之所有權人，於乙死亡後，A 地所有權由甲之父丙取得，於丙死亡後，A 地所有權由甲與甲之母丁各取得 1/3 之應有部分，嗣後丁並將其應有部分贈與甲，A 地之所有權為甲所有，應有部分為 1/2。然被告戊、己在未簽訂租賃、使用借貸等土地使用契約下，分別占有 A 地之一部（A1、A2），建築雞舍與種植作物，遭甲起訴請求交還土地。

## 貳、訴訟結果

- 一、第一審判決：被告戊應將土地上之地上物拆除，將該占用之土地返還原告。  
被告己應將土地上之作物砍除，將該占用之土地返還原告。
- 二、第二審判決：上訴駁回

## 參、當事人主張

### 一、原告甲

A 地之所有權為甲之祖父乙所取得，經繼承與贈與後為原告甲所有，被告戊、己無正當權源各自占用 A 地之一部，建築雞舍、種植作物等，故依民法第 767 條之所有物返還請求權，戊、己應於清除占用 A 地部分之建物與作物後，返還 A 地予甲。

### 二、被告戊

被告戊主張其使用系爭土地已超過 30 餘年，並主張其曾就占用系爭之 A1 土地，向臺東縣太麻里鄉公所申請非原住民籍耕作之承租權，由於乙於民國 84 年 5 月間即向該鄉公所申辦系爭土地之耕作權登記，因此被告戊之承租權申請遭該鄉公所駁回。惟被告戊主張原告甲及其祖



父乙，從未使用系爭土地，故該登記之申請顯有不實。被告戊質疑乙取得所有權有瑕疵，而該鄉公所因疏失，誤將系爭土地所有權登記予非實際耕作人名下，該鄉公所應予適當之處理。

### 三、被告己

己於法院勘驗現場時主張，其在 A2 部分之土地上種植作物已經超過 30 年，雖未與甲、乙、丙、丁簽訂任何與使用 A 地相關之契約，但質疑甲、乙、丙、丁均未曾實際耕作過 A 地，如何能夠取得 A 地之所有權登記。

### 肆、爭點

被上訴人是否有權占用 A 地？

### 伍、法院判決

#### 一、山坡地保育利用條例第 37 條為保障原住民土地權利所必須

依山坡地保育利用條例第 37 條，以及依該條文訂定之《原住民保留地開發管理辦法》，在輔導原住民開發保留地並取得耕作權後，繼續經營滿五年即可無償取得所有權。此立法意旨為透過審查確認土地使用狀況，將土地還給原住民，排除非原住民之擅自占用，以確保原住民經濟文化生活所需之土地資源，貫徹憲法增修條文第 10 條第 12 項保障原住民族之基本國策。

#### 二、上訴人戊占用 A 地之行為確為無權占用

原住民土地之權利登記，應為國家高權為解決社會問題而為之行政處分，A 地之耕作權、所有權登記既為行政處分，於撤銷、失效前應繼續存在。故上訴人戊雖長期使用 A 地，並曾於民國 84 年申請承租 A 地，然而經鄉公所審查確認土地之使用狀況，確係上訴人非法占用原住民保留地，並因此將土地所有權登記為被上訴人所有。復查民國 69 年

之山地保留地使用清冊，亦載明 A 地當時遭平地人非法占用種植作物。綜上所述，A 地之所有權人為甲並無疑義，基於前述之行政處分之效力，戊雖有長達 30 年之占用事實，仍非使用 A 地之適當權源，應屬無權占用無疑。戊應於清除 A 地上 A1 部分之建物與作物後，將占有部分交還給所有權人甲。

另，一審被告已自承無與原告甲簽立租賃、使用借貸契約等得以使用土地之正當權源。職是，在被告已未就占用系爭土地 A2 部分係有正當權源，舉證以實其說之前，原告甲請求被告已應拆除、砍除系爭地上物、將占用之土地返還，為有理由。

## 陸、評析

按《原住民保留地開發管理辦法》（下稱管理辦法）之立法目的，原住民保留地係為保障原住民基本生計並推動原住民族行政所劃設。隨著戰後的農業上山、國民觀光等政策，以及晚近市場力量所推動的新一波土地開發，形成不同時期、不同原因的非原住民使用原住民保留地現象，且經常存在著適法性的爭議。然而，回顧管理辦法之立法沿革，民國 37 年初頒布時雖有該辦法第 27 條所定：「山地保留地應俟山地人民生活改善及有自營生活能力時解除之」。亦即，保留地制度之存廢，端視原住民能否改善生活及具有自營生活能力為前提，然而該條「解除」保留地制度之規定，於民國 49 年修正上開管理辦法時已遭刪除，意謂保留地制度繼續維持之政策，有其存在必要性。

復以，原住民保留地私有化的政策源自民國 49 年針對原有辦法進行全文修正後之《臺灣省山地保留地管理辦法》第 15 條：山地保留地應由民政廳地政局視各山地鄉村地理條件及山地人民經濟情形、文化水準分期編查登記，確定其使用權籍，俟山地人民有自營生活能力時實施放領……」。換言之，該管理辦法確立原住民使用保留地之用益物權，確認原住民保留地私有化之法制方向<sup>13</sup>。其後於民國 55 年之修訂，則正

13 1960 年代部份社會人士及原住民表示，平地社會已實施耕者有其田政策，故主張山地保留地應實施放領，使原住民權利機會平等、早日實現山地平地化之目標。參閱張奮前（1962），〈臺灣山地之保留地〉，《臺灣文獻》，13 卷 1 期，頁 27。

式確立山地人民對其所使用之山地保留地，得依法登記取得相關用益物權（耕作權、地上權）與租賃權，並俟連續使用期間屆滿，取得所有權<sup>14</sup>。

另以，非原住民使用保留地之規範也在民國 49 年之修正中納入特許開放。其一，非原住民在民國 47 年 6 月底前已向山地鄉公所租耕保留地者，得繼續承租。其二，同意非原住民在山地鄉設有戶籍者得租用房屋基地（辦法第 11 條參照）。此外，任職山地鄉之非原住民公教人員可無償利用保留地栽種農作物（辦法第 12 條參照）；再者，非原住民個人及平地合法的公私營工礦、農林、漁牧等事業機關、團體，亦准予開發利用保留地資源（辦法第 13 條參照）。值得注意的是，民國 55 年修訂管理辦法時，除維持已合法租用保留地者可續租及設籍有案之非原住民得租用房屋基地外（辦法第 34 條第 1 項），另准許非法使用保留地之非原住民經依法清理後，亦可租用原無權占用之保留地（同辦法第 34 條第 2 項前段），開非法使用保留地就地合法化之便門<sup>15</sup>。

綜觀管理辦法自民國 37 年頒布自始，迄今所迭次修訂的立法意旨，確係以保障原住民土地權利使用與取得為原則，而以非原住民之特許使用為例外。按臺灣高等法院高雄分院 94 年度上易字第 91 號民事判決意旨：「行政院依該山坡地保育利用條例第 37 條授權所發布之原住民保留地開發管理辦法，其第 2 章即第 7 條至第 20 條，已對原住民保留地之『土地管理』，亦即其權利如耕作權、地上權、承租權如何取得，甚或一定時間之繼續經營後，如何無償取得所有權等均已詳為規定。且依上開規定無一不以原住民為權利人而為規範。尤以系爭管理辦法第 15 條更是明文規定原住民取得原住民保留地之耕作權、地上權、承租權或

14 民國 55 年修訂《臺灣省山地保留地管理辦法》，第 7 條：地籍測量完竣地區，山地人民對其所使用之山地保留地，應按左列規定取得土地權利：1. 農地登記耕作權，於登記繼續耕作滿十年，無償取得土地所有權，……；2. 建築用地登記地上權，繼續無償使用，於前款農地移轉時，隨同農地一併無償移轉；3. 林地准予聲請租地造林，其租期不得超過十年，……；4. 牧地准予承租經營，其租期不得超過十年。

15 自民國 47 年 3 月頒布《平地人使用山地保留地處理計畫》後，政府依據《平地人民使用山地保留地處理事項》辦理第一次保留地清查，陸續開放原住民保留地放租予非原住民。原則上，係以逐漸收回為原則，酌定期限，准予補定租約繳納租金，其租用期間最長不得逾十年。

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之原住民外，不得轉讓或出租。參以母法山坡地保育利用條例第 37 條之移轉限制，在在顯示上開法令，已對原住民取得原住民保留地上權利之資格（包括具原住民身分及一定資格，如前述之實際耕作等）為限制，藉以符合保障原住民生計，推行原住民行政之立法目的甚明。」

承前說明，山地保留地就已辦妥地籍測量地區製備精確之圖籍後，隨依土地法、土地登記規則及臺灣省山地保留地管理辦法之規定，辦理國有土地所有權總登記。其後，則復按管理辦法之規定，接受原住民相關保留地權利之設定與取得。按保留地之權利設定須符合部落長期之慣行事實，且以獲致部落之法確信始足當之。此可參考現行管理辦法有關耕作權與地上權設定之規定即知，均要求須於管理辦法實施（民國 79 年 3 月 27 日）前，即已由原住民開墾完竣並自行耕作之土地。

總結來說，由於原住民保留地的政策變革歷程，遂生非原住民占有使用原住民保留地的部分事例，且多係發生在以行政權專擅的時期，透過山地保留地清查措施，規避法律保留原則之要求。從原住民族法制保障原住民基本權利之面向來看，《原住民族基本法》第 20 條明確指出：「政府承認原住民族土地及自然資源權利。」且，原住民族土地係指原住民保留地與原住民族傳統領域土地。本此法規範意旨（憲法增修條文、《原住民族基本法》、原住民保留地開發管理辦法），強調原住民族與政府間是一特別的信託責任關係，要求政府以善良管理人之注意義務、忠實義務保障原住民族土地及自然資源權利。

因此，本件被告雖主張已使用系爭土地長達 30 餘年，惟其並不屬於非原住民使用原住民保留地之例外情形，同時也未符合《平地人民使用山地保留地處理事項》准予補定租約繳納租金之事例。另以，物權具有排他效力，其權利之取得、設定，非經登記，不生效力。原住民保留地之權利設定與取得，即係原住民族習慣與國家實定法結合之發展。審理法院本於不動產物權所採之公信與公示原則，確認原告作為保留地之合法權利人，本研究亦表贊同。

## ❖ 相關法律條文

山坡地保育利用條例：第 37 條

原住民保留地開發管理辦法：第 6 條、第 7 條、第 8 條、第 17 條  
第 1 項

民法：第 767 條第 1 項

行政程序法：第 8 條、第 110 條第 3 項

## ▶ 案例六 拆屋還地

案號 臺灣高等法院臺中分院 102 年度重上字第 198 號民事判決  
臺灣苗栗地方法院 99 年度重訴字第 56 號民事判決

案由 拆屋還地

## ▶ 當事人

身 分	審 級	
	第一審	第二審
辛	原告	被上訴人
甲、乙、丙、戊、己、庚	被告	上訴人

關鍵詞 拆屋還地、不當得利、時效、放領、權利濫用

## 壹、案例事實

甲為 A 地之占有人，並於 A 地上建有房舍。乙、丙則為占有使用包括 A 地扣除甲房舍外面積共 12 筆土地（以下合稱 B 地），經營農場使用。丁為 C 地之占有人，並於 C 地上建有房舍；訴訟過程中丙陳述丁已死亡，因此追加其繼承人戊、己、庚為本案被告。原告機關辛為財政部國有財產局臺灣中區分署，主張 A、B、C 地均為由辛所管理之國有

地，基於民法第 767 條之物上請求權，訴請甲、乙、丙、戊、己、庚拆除 A、B、C 地上之地上物，返還土地，並同時依民法第 179 條請求占用 A、B、C 地所取得之不當得利。

## 貳、訴訟結果

### 一、第一審判決：臺灣苗栗地方法院 99 年度重訴字第 56 號

被告甲應將地上物拆除，並將土地返還原告；並自 96 年 4 月 17 日起至 101 年 8 月 6 日止，按月給付原告新臺幣 395 元。

被告乙、丙應將地上物拆除，並將土地返還原告；並自民國 99 年 6 月 1 日起至民國 101 年 8 月 6 日止，按月給付原告新臺幣 10,477 元。

被告乙、丙應給付原告新臺幣 2,038,500 元，及民國 99 年 6 月 26 日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

被告戊、己、庚應將地上物拆除，並將土地返還原告；並應給付原告新臺幣 10,192 元，及自民國 99 年 6 月 1 日起至民國 101 年 8 月 6 日止，按月給付原告新臺幣 80 元。

### 二、第二審判決：臺灣高等法院臺中分院 102 年度重上字第 198 號

原判決關於命上訴人乙、丙應給付不當得利金額，超過新臺幣壹佰玖拾萬零伍佰貳拾伍元本息，暨自民國 99 年 6 月 1 日起至 101 年 8 月 6 日止，按月給付新臺幣壹萬零肆佰柒拾柒元部分，及該部分假執行之宣告，暨訴訟費用之裁判均廢棄。

上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

其餘上訴均駁回。

甲上訴部分，第二審訴訟費用由甲負擔。乙、丙上訴部分，第一審（除確定部分外）及第二審訴訟費用由乙、丙負擔百分之九十九，餘由被上訴人負擔。

## 參、當事人主張

### 一、兩造於一審之主張

#### (一) 原告辛

原告辛所管理之 A、B、C 國有地，根據現場履勘測量結果，分別由甲於 A 地、乙、丙於 B 地、戊、己、庚於 C 地占有土地並搭建地上物，因此依民法第 767 條請求拆除於 A、B、C 地上搭設之地上物，並將土地返還予辛。

無權占有他人土地之人，應獲得相當於土地租金之利益，故請求甲、乙、丙、戊、己、庚依辛丈量之結果，返還占有 A、B、C 地所生之不當得利。

甲、乙、丙主張租金應適用民法第 126 條之 5 年短期時效規定，然而相當於租金之不當得利並非租金，二者性質不同，並無從適用 5 年之短期時效。

乙、丙主張 B 地當中之部分土地曾經放領，然雖所指之土地確曾有辦理過放領程序，然最後並未完成放領，土地所有權登記仍為國有，亦未登記於乙、丙或其他放領人名下。

目前辛與乙、丙間並未就 B 地有任何租賃關係存在，被告仍為無權占用。至於是否應將 B 地出賣或承租予乙、丙，與本案無關。

#### (二) 被告甲

甲於 A 地上所建造之房屋為有門牌號碼之合法建築，並自民國 71 年起繳交房屋稅，有稅務局及鄉公所文件可資證明。而據辛於民國 90 年之政令宣導，舉凡民國 82 年 7 月 21 日前已有使用國有非公用土地者，即可檢證提出申請承租、承購。甲已分別於民國 93、100 年兩度向辛申請承租、承購 A 地。辛曾於民國 93 年要求第二河川局（下稱二河局）函覆 A 地是否在河川行水區域內，然二河局函覆確認 A 地未於河川行水區域內後，辛即未再處理甲申請承租、承購一事，顯有行政怠惰，

至今更以虛構之電話通知卸責。

辛先提出返還土地訴訟後，在定讞前即註銷甲之承租承購申請，於法不合。甲之同村居民大多是於民國 90 年後依相同途徑申請承租承購，取得土地之使用權或所有權，辛對甲之申請漏為處理，顯然不當。

本案之原由為苗栗縣政府為辦理「苗栗縣出礦坑地區優質環境改造計劃—客家桃花源」之用地需要，申請撥用範圍中包含 A 地。然本案環評並未通過，又因貪瀆而受司法、監察機關調查中。依據國有非公用不動產出租管理辦法第 24 條，辛應審酌申請撥用之合法性，而非以此撥用率爾註銷甲之申請，且條文為規定得予註銷而非應予註銷。

甲否認自民國 92 年起，辛即有通知甲繳交不當得利，又依國有財產法第 42 條，使用補償金之收取亦以五年為限。

### （三）被告乙、丙

B 地當中之 B1 部份為苗栗縣政府於民國 50 年放領予丙之長輩壬；B2 部份為放領予訴外人癸，並由乙於民國 80 年向癸之女子購買後取得使用權；而 B3 部分則是放領予訴外人丑，而後由乙、丙於民國 69、70 年間對 B3 之實際使用人補償地上物而取得 B3 之使用。B1-B3 部分土地與周邊土地，原為先人自日治時期開墾之水田，為農牧用地，民國 84 年方被劃入水利用地，且業已先後於民國 91、99 年由經濟部劃出河川範圍之外，則應恢復農牧用地，並撤銷註銷放領，恢復放領。

B 地當中之 B4 部分則為丙之父寅自日治時期開始開墾，於民國 70 年開始向苗栗縣政府承租。民國 91 年公告劃出河川區域外後，乙即向辛申請承租承購。B5 部分則是日治時期之住宅，原住戶並有向苗栗縣政府繳納租金，再由丙於民國 69 年向原住戶卯購得，並非無權占有。乙亦於民國 91 年向辛申請承租承購 B5。

辛於民國 98 年發函向乙、丙催繳 B 地自民國 88 年以降之使用補償金，足見被告並非無權占用，為承受前述放領人之權利，只是辛怠為處理乙、丙申請承租承購而已。

A、B、C 地為被告等原住民族之傳統領域，彼此和睦使用向無爭議，民國 35 年後制度變遷導致之糾紛，不可歸責於被告。



不當得利部分，乙、丙夫妻為守護傳統領域勞心勞力，並無財產所得。數十年來系爭國有地均放任人民耕管，辛並未行使過相關權利，亦無損失可言。故乙、丙並無不當得利。

民國 92 年間並未收到辛通知須繳納不當得利，根據國有財產法第 42 條，收取使用補償金最長以五年為限，綜上所述，原告主張之不當得利並無理由。

#### （四）被告戊、己、庚

C 地上之建築為丁於民國 67 年所建，當地因為未辦理耕地放領故大多為國有地，希望辛考量戊之居住事實，暫緩處理或協助承租承購。

### 二、二審兩造主張之補充

#### （一）上訴人甲

原判決不利上訴人甲之部分廢棄；廢棄部分辛於一審之訴及假執行均駁回。其餘主張同一審。

#### （二）上訴人乙、丙

苗栗縣政府於民國 91 年撤銷 B1-B3 之放領，為無效行政處分。苗栗縣政府廢止授予利益之合法行政處分，應依行政程序法第 126 條規定，對乙、丙因信賴該處分致遭受財產上之損失給予補償。

B4 於民國 91 年劃出河川區域之外後，辛 10 年來均不許乙申請承租承購，反而訴請拆屋還地，為權利濫用。

原判決不利上訴人乙、丙之部分廢棄；廢棄部分辛於一審之訴及假執行均駁回。其餘主張同一審。

#### （三）被上訴人辛

於訴訟繫屬中，辰自辛處受讓 A、B 地，完成所有權登記，基於有法律上之利害關係，辰輔助辛聲明參加訴訟。

聲明上訴駁回，其餘主張同一審。

#### （四）參加人辰

甲、乙、丙並未證明其承受承領人之權利而為有權占有，且相關土地之承領權已於民國 91 年為苗栗縣政府註銷。

系爭土地所有權已於民國 101 年移轉登記予辰，依土地法第 43 條有絕對效力。

聲明上訴駁回。

#### 肆、爭點

本件被告當事人並非屬《原住民族基本法》所認定之原住民，其主張苗栗縣政府於民國 50 年 6 月將其中 B1 土地放領予丙之長輩壬。再者，本區為一完整區塊，自日據時期即為被告等原住（居）民墾耕改良賴以維生之地，即俗稱為地方傳統領域。彼此過著和睦農耕生活，向無爭議。迨民國 35 年間國民政府播遷來臺制度改變，成了人民政府間土地爭奪，此一歷史產物不可完全歸責使用人，並非被告無權占用。

因此，被告就系爭土地究有無有權占有之正當權源？

#### 伍、法院判決

##### 一、上訴人乙、丙不得以受讓 B1-B3 地承領人之權利為由，主張對 B1-B3 地之有權占有

B1-B3 地之承領人分別為壬、癸、丑，乙、丙並非 B1-B3 地之承領人，此為乙、丙所自承。查 B1-B3 地於民國 52 年時因葛樂禮颱風流失，停止徵收地價，嗣後土地復原，承領人未繼續承領並補繳地價，故並未將 B1-B3 之所有權移轉登記予壬、癸、丑。而 B1-B3 地因劃入河川地區，依土地法第 14 條為不得為私有土地，故辰於民國 91 年依法註銷壬、癸、丑之承領權。

公地放領目的係為扶植自耕農，故承領人如不自為耕作，或私自移轉他人耕作或使用，依臺灣省放領公有耕地扶植自耕農實施辦法第 13、15 條，即便已繳清地價取得所有權，放領機關亦得撤銷其承領，收

回土地。由是可知，占有他人申請放領之公有耕地，未經承領權人及放領機關之同意，仍非有權占有。

乙、丙取得 B1-B3 地之過程，並非自原承領人處受讓權利，也並未經過放領機關同意。尚不得以與子、B3 之實際使用人等他人之債權契約，及占有使用之事實，主張合法有權占有使用 B1-B3 地。

### 二、上訴人乙、丙不得主張 B 地為其原住民族傳統領域，而為有權占有

乙、丙雖主張該區土地為其先人墾耕而來，其世居當地，該區土地為其作為當地原住民之傳統領域，而非無權占用。惟查若欲主張原住民族傳統領域與原住民保留地，有關「原住民族」、「原住民」與「原住民族土地」均需符合《原住民族基本法》之定義。

查丙所提出之戶籍謄本，其祖父為大正三年設籍、居住於當地，種族記載為「廣」，應為中國廣東、廣西一帶移民，丙之戶籍謄本亦未記載丙為原住民族，均不符合《原住民族基本法》之定義。故其不得主張 B 地為其原住民族傳統領域，而為有權占有。

### 三、辛不准或註銷甲、乙之承租承購申請，訴請拆屋還地，並非權利濫用

依國有財產法第 42 條，是否出租國有財產，屬於辛之行政裁量權，而並非一符合該條之要件，即有義務出租予人民。查丙主張其父寅於民國 70 年承租 B4 地，並有河川公地使用許可證、民國 81 年之河川使用費代金折徵繳納聯單為證，僅能證明寅至民國 81 年為止之有權使用，且許可範圍不明。乙、丙占用 B 地經營休閒農場，亦與許可證上種植甘藷、花生之許可目的不符。

乙雖曾於民國 91 年申請承租 B4、B5 地，辛已於同年函復退件。此後乙、丙歷次對辛之相關申請，辛均有函復要求補件等等，並未有延宕之處。又甲雖於民國 93 年申請承租 A 地，惟當時丙亦申請 A 地提供開發，辛詢問甲之意願後，甲同意先由丙申請同意開發。嗣後丙因未繳納開發保證金而遭註銷開發案，甲亦可重新提出承租，卻遲至本件訴訟繫

屬中之民國 100 年方重新申請承租，此時已有辰申請撥用 A 地，辛據此註銷甲之申請承租案，於法並無不合。綜上所述，辛不准或註銷甲、乙之承租承購申請，均於法有據，訴請拆屋還地，並非權利濫用。

綜上所述，辛既為 A、B、C 國有地之管理機關，而上訴人等之占有使用狀況亦經法院會同兩造勘驗無訛，上訴人甲、乙、丙並無法舉證有權占有之權源，辛亦無權利濫用情況。從而辛請求依民法第 767 條拆屋還地為有理由。

#### 四、辛依民法第 179 條請求甲、乙、丙返還不當得利，為有理由

乙、丙雖抗辯其守護傳統領域，未有獲利云云。然其占有土地後經營之獲利情形，並無從否定其因占有土地而受有相當於租金之不當得利，固仍應返還不當得利，其計算方式與數額則如判決本文所載。

#### 陸、評析

本案係在探究被告等是否具有權占有之正當權源，審理法院一以按臺灣省放領公有耕地扶植自耕農實施辦法之規定，認為被告等既均非公地放領之承領人，原承領人非經呈准，當不得移轉承領公地，進而判決被告不得以與他人間債權契約，並移轉土地占有之事實，對被上訴人主張合法取得系爭放領公地之使用權源。審理法院另以該等土地後又因劃入河川區域，屬土地法第 14 條規定不得為私有之土地，不得准予繼續承領。綜合前開見解，審理法院認為被告應將土地上之地上物拆除，並將土地返還原告。

然則，審理法院為此見解，僅係著重於事實外觀之認事用法所得出之法律操作性結果，雖不意外，卻也難免失其妥適。本研究以為，系爭案例所呈顯之關鍵議題，應係被告所提「原住民族傳統領域土地」為其合法權源之主張。如與案例二比較，案例二之被告係不具原住民身分，卻主張其應比照原住民取得土地使用權源之方式；而本案之被告（上訴人）則提出日據時期戶籍謄本，主張其祖輩於日據時代設籍且居住於番

地，應認其為原住民，進而主張本於其等（原住民）傳統領域，渠等占有權源應受保障。因此，本案被告是否得認具原住民身分，進而主張傳統領域權源，應獲得更為細膩的探究。緣按法院不能依當事人聲明之證據得心證時，應先行使闡明權，促使當事人聲明證據，如當事人仍不知聲明者，法院為發現真實認為必要時，亦得依職權調查證據，並於裁判時斟酌之。（民事訴訟法 199、277、288 條）。

本書於後列有關原住民涉及之刑事案件評析中，臺東地方法院 101 年度重訴字第 11 號刑事判決、臺灣高等法院花蓮分院 102 年度上訴字第 103 號刑事判決等在確認原住民身分是否存在乙項問題，指出不應該從形式戶籍登記作為原住民身分的認定標準，原住民身分毋寧應該從實質角度判定，亦即「共同生活關係之人倫秩序上之事實為其根據」。戶籍制度中個人身分的登記內容，僅係用來簡化個案事項的處理流程，以作為形式上的根據。倘若戶籍資料中並無行為人屬於原住民的登記，但具有事實上的原住民族人倫關係，即應該認定為原住民。然而，本件被告（上訴人）提出日據時期戶籍謄本，主張其祖輩於日據時代設籍且居住於番地，應認其為原住民之主張是否有據？

臺灣總督府民政部在 1903 年（明治 36 年）設置「臨時蕃地事務調查掛」，掛長持地六三郎當時提出的「蕃政問題意見書」，略以「所謂熟蕃，百年前即已漢化，居住平地，服從國家統治，且居住區域均已編入普通行政區域；其服從狀態與其他本島人無異，是故在法律上應視為本島人」，作為當局的共同意見。其後，1905 年（明治 38 年）12 月，臺灣總督府以府令第 93 號訂定「戶口規則」，依「種族欄」規定登錄人民身分；當時的平埔族，多依清代舊慣登錄為「熟蕃」，與登錄為「福」、「廣」的漢人同屬「本島人」，適用普通行政的相關措施；相對之下，對「生蕃」則施行「理蕃」政策。所謂「本島人」乃日本「內地人」相對應之詞，在各種統計中，依情況有時也含括所有蕃族。不論如何，歷經日本統治時期，「熟蕃」仍大部分存留於戶籍註記中。

臺灣原住民的身分認定，始於臺灣省政府於民國 43 年 2 月 9 日以（肆參）府民四字第 11197 號令，規定：「凡原籍在山地行政區域內而其

本人或父系直系尊親屬（父為入贅之平地人者從其母）在光復前日治時代戶籍簿種族欄登載為高山族（或各族名稱）者，稱為山地同胞。」換言之，山地行政區內的「生蕃（高砂）」族群，直接認定為「山地同胞」；而對居住於平地行政區的「生蕃（高砂）」族群，則採「自願登記制」，並於民國 45 年 10 月 3 日，以（肆伍）府民一字第 109708 號令訂定「平地山胞認定標準」，規定「凡日治時代居住平地行政區域內，其原戶口調查簿登記載為『高山族』（即生蕃、高砂）者，為平地山胞。……應於命令到達公告後，向當地鄉鎮市區公所申請為平地山胞之登記」。

實則，當前法制中所謂原住民身分，不僅單純指涉歷史或血統，更指法律上之原住民。因此，個人血緣雖可連結至過去歷史上之原住民，若欠缺法律上所規定之認定要件，仍難認定其應具法律上原住民身分；其原因在於：法律上原住民身分之本質，係以國家與原住民族所存在之類信託法律關係為基礎，並依此作為原住民族權利保障之必要條件。茲以《原住民保留地開發管理辦法》之立法目的觀察，「原住民保留地」係基於國家土地政策而予編定，以安定原住民生計。復以《原住民族基本法》第 20 條所確立之原住民族土地權，即指出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。綜據前揭兩項法規所揭示之立法意旨，即在強調原住民身分之確認，不僅是民族認定或回復歷史正義等價值性議題，更涉及國家資源踐履對原住民族信託責任之分配正義議題。

本件法院對於被告（上訴人）所提日據時期戶籍謄本作為具有「原住民」權利之主張依據，法院僅以現行《原住民身分法》之形式要件檢視，因被告（上訴人）之戶籍謄本無註記為原住民族，排除所提之原住民權利主張，就結果論而言雖屬允當，惟究其實質而言，對於原住民族民事事件中多有傳統習慣之考量，仍存在力有未逮之處。本研究認為應完備有關原住民身分之性質及其論述，俾以作為檢視未來其他當事人欲以「原住民」為其主張之妥適基準，提出參考見解如上。

## ❖ 相關法律條文

國有財產法：第 2 條第 2 項、第 42 條

國有非公用不動產出租管理辦法：第 24 條第 1 項第 5 款

民法：第 125 條、第 126 條、第 179 條、第 767 條第 1 項

行政程序法：第 126 條

臺灣省放領公有耕地扶植自耕農實施辦法：第 15 條

原住民族基本法：第 2 條第 1、2、5 款

## ▶ 案例七 返還不當得利

案號 臺灣高等法院臺中分院 98 年度上易字第 151 號民事判決  
臺灣臺中地方法院 97 年度訴字第 2129 號民事判決

案由 返還不當得利

## ▶ 當事人

審級 身分	第一審	第二審
甲	原告	被上訴人
丙	被告	上訴人

關鍵詞 善意占有、實際使用、自行耕作、四鄰證明、脫法行為、總有、祖傳地

## 壹、案例事實

原告甲主張，其於民國 78 年間經拍賣取得系爭土地 A 及其地上物（蘋果樹、梨樹）之所有權。被告丙係一泰雅族原住民，因認系爭土地為其祖先相傳所留下之土地，對系爭土地有使用權源，乃於系爭土地上

耕作，之後並將系爭土地及被告原有之土地出租予第三人丁耕作。

原告甲取得系爭土地所有權後，有一段時間並未行使其權利，嗣後因訴外人乙欲承租 A 地，甲於 96 年間申請鑑界時發現被告丙自 84 年起將 A 地出租予丁。原告甲遂本於所有權人之地位，向丙要求返還土地以及所收租金，丙以 A 地為先人所留拒絕，故甲依民法第 179 條向丙請求返還 15 年之不當得利。

## 貳、訴訟結果

### 一、第一審判決：臺灣臺中地方法院 97 年度訴字第 2129 號

被告丙應給付原告甲新臺幣肆拾貳萬零肆佰零貳元。

### 二、第二審判決：臺灣高等法院臺中分院 98 年度上易字第 151 號

原判決關於上訴人敗訴部分廢棄。

## 參、當事人主張

### 一、被告丙於一審之主張

不知甲如何取得 A 地所有權，亦無任何人告知其占用了甲之土地，自父親以來，均是以目前範圍進行耕作以及出租，被請求賠償覺得相當冤枉，其應為善意占有人，不須負返還不當得利之責，聲明原告之訴駁回。

### 二、上訴人丙於二審之主張

丙於二審補充陳述，表示其為世居當地部落之泰雅族山地原住民，亦是實際長久使用系爭土地之人，依《原住民保留地開發管理辦法》相關規定及程序，丙應得據實際使用情形及相關規定就 A 地設定地上權，於取得地上權後實際使用經過一定期間，取得 A 地所有權之移轉登記。

又第三人（即原審甲之訴訟代理人）不具有原住民身分，迴避法規規定以具原住民身分之甲為 A 地之拍定人，乃係脫法行為，應屬無效行為，原告應無取得 A 地之所有權。



## 肆、爭點

- 一、上訴人丙是否有權占有 A 地？
- 二、被上訴人甲拍定 A 地是否有效？
- 三、上訴人丙是否須對原告甲負不當得利返還責任？

## 伍、法院判決

### 一、第一審判決

系爭 A 土地及其地上物（蘋果樹、梨樹），係原告甲經本院 77 年 7 月 21 日拍賣取得所有權，而於 78 年 5 月 9 日移轉登記。訴外人丁向被告丙承租土地耕作收成約 12 年，耕作範圍係連同系爭土地 A 及其上之果樹。承租之範圍，以可結果收成之果樹計算約有 170 株，屬於系爭土地上之果樹經兩造清點確認後計 70 株。A 地出租訴外人丁耕作前，由被告丙自行耕作。是原告甲主張被告丙無法律上之原因，耕作甲所有之土地、收成地上果樹，或將土地及地上果樹出租他人受有利益，致原告受有損害，依上開法律規定，應返還其利益，應屬可採。

A 地為原住民保留地，地處○○村之○○溪南岸山坡，坡度甚陡，交通甚為不便，種植果樹收益為其唯一用途，被告丙為年滿 73 歲之山地原住民，年老體衰後始將土地出租他人耕作，甲標得 A 地後，十數年來未曾使用等一切情狀，本院認為「相當於租金」之不當得利，應以申報地價百分之三計算為適當。

### 二、第二審判決

#### （一）上訴人丙為無權占有 A 地

上訴人丙主張伊自民國 46 年起使用 A 地，自占有使用後即陸續開墾並種植梨樹、蘋果樹等農作物，期間未曾中斷，並已有 40 餘年。丙長久以來均深信 A 地為祖傳地、且丙為世居鄰近部落之泰雅族人。丙提出四鄰證明其已耕作 A 地數十年，除對系爭土地之使用權及所有權具有

相當於法確信之習慣確信，且實際使用系爭土地，故對系爭土地非無權占有。

惟丙於未為地上權登記前仍不得主張其為有權占有，因時效而取得地上權登記請求權者，不過有此請求權而已，在未依法登記為地上權人以前，仍不得據以對抗土地所有人而認其並非無權占有。

### （二）被上訴人甲拍定 A 地有效

丙固主張甲之訴訟代理人基於脫法行為，以甲之名義取得 A 地，而 A 地係原住民保留地，非具原住民身分，不得登記為所有人云云。惟丙並未能舉證以實其說，故不得認定甲係基於脫法取得 A 地。

### （三）被上訴人甲請求不當得利為無理由

查系爭土地 A 是上訴人丙的祖先開墾，迨民國 46 年始由丙之父親耕作。依照泰雅族規，何人開墾土地即屬於該人所有，丙之父親耕作之土地在 A 地之上方，同族之○○○則在下方，約隔 70、80 公尺。至民國 97 年被上訴人甲提起訴訟時，才知道被登記在○○○名義遭拍賣而由甲取得等語，甲亦不否認自拍賣取得 A 地後，未曾向丙主張權利之情事。準此，丙於占有 A 地係基於其祖先一脈相傳，乃出於善意，非惡意占有。

復按占有人於占有物上行使之權利，推定其適法有此權利。又善意占有人依推定其為適法所有之權利，得為占有物之使用及收益。分別為民法第 943 條、第 952 條所明定。是占有人因此項使用所獲得之利益，對於所有人不負返還之義務，此為不當得利之特別規定，不當得利規定於此無適用之餘地，善意占有人自無需返還占有期間相當於租金之不當得利。

## 陸、評析

本案主要係關於原住民使用、耕作之祖傳地，卻因未登記為原住民保留地，復由他人依現行國家法取得該地之所有權後，對原占有、使用

人所提之民法損害賠償爭議。如同本研究前已評析之相關原住民所涉及之土地民事事件，按照《原住民保留地開發管理辦法》之立法意旨，原住民保留地係為保障原住民基本生計以及推動原住民行政所劃設，而此一制度設計的根源，則是日治時期為限縮原住民族生活空間、進行山林事業計畫所進行劃設的「蕃人所要地」制度。隨著殖民政府招募非原住民入山擔任警丁或開發殖產事業、戰後的農業上山、國民觀光等政策，以及晚近市場力量所推動的新一波土地開發，形成不同時期、不同原因的原住民保留地使用權利人混亂現象，且經常存在著適法性的爭議。

就本案判決見解論，其強調物權具有絕對排他之效力，其得喪變更必須有足由外部可以辨認之表徵，始可將法律關係透明化，避免第三人遭受損害，進而保護交易安全，亦即物權變動之公示方法。又，現行民法就不動產物權之變動係以登記為其公示方法。繼而，對於信賴依公示方法所表現之物權變動而為物權交易之善意第三人，縱使該物權之變動非屬真實（不存在或有瑕疵），仍受法律之保護，以維護交易安全，即指公信原則。本於前述之公示與公信原則，本案即據以認定上訴人之占有係為無權占有。對於本案結果，原則上係採不動產物權之邏輯論證，本在現行法之論證架構，似無疑義。然而，由於原住民族土地所牽涉之歷史因素，加上現行《原住民保留地開發管理辦法》亦迭次變動修正，造成諸多原住民保留地權利認定上之爭議，甚至潛藏族群衝突危機。

值得關注的是，本案法院對於上訴人所提實際占有使用之事實，及其按部落習慣作為權利取得之依據，並未全盤否定，而有如下之陳述：上訴人就使用系爭土地以來有 40 餘年，長久以來均深信系爭土地為祖傳地、且又為世居鄰近部落之泰雅族人，除對系爭土地之使用權及所有權具有相當於法確信之習慣確信，且實際使用系爭土地，故對系爭土地有使用權。甚且，上訴人亦提出自民國 46 年起使用系爭土地，期間未曾中斷等情，並提出四鄰證明書。然而，亦如本案判決所指，在未依法登記為地上權人以前，仍不得據以對抗土地所有人而認其並非無權占有（最高法院 69 年度第 5 次民事庭會議決議參照）。也就是說，原住民族有關土地管理、利用與權利歸屬之習慣規範，在現行法已然建立不動產

物權變動之法律架構下，全然遭致排除適用的機會。

緣本案上訴人為泰雅族原住民，本研究參以原住民族委員會所調查整理有關泰雅族之傳統習慣內容，對於部落土地管理、權利利用及其歸屬之習慣，調查報告指出部落內未被占有或經營的自然資源為部落總有，經部落中個人加工經營之物才屬個人私有<sup>16</sup>。前開報告並指出「採取土地私有的部落，只要休耕時也不拋棄該地，就可以擁有其地權。因此取得私有土地的方式就是先占權，只要該地無人開墾過，或曾被族人明確拋棄的土地，就可以藉由開墾該地，或在其地做出明顯標示，來取得那片土地<sup>17</sup>」。

按我國《民法物權編》之規範內容，基本特徵包括「一物一權主義」、「物權行為無因性原則」<sup>18</sup>、「不動產登記生效主義」<sup>19</sup>、「占有係一種事實」<sup>20</sup>等。而在物權的定義上，學說見解不盡一致，各有其強調<sup>21</sup>。如採較簡明之定義，即指「直接支配特定物之權利」。此外，在物權的類型上，按民國 98 年 1 月 12 日修正之民法第 757 條規定：「物權除依法律或習慣外，不得創設。」增訂「習慣法物權」之概念，放寬傳統「物權法定主義」中之「類型強制」與「內容固定」原則。揆諸本條之修正理由說明：「為確保交易安全及以所有權之完全性為基礎所建立之物權體系及其特性，物權法定主義仍有維持之必要，然為免過於僵化，妨礙社會之發展，若新物權秩序法律未及補充時，自應許習慣予以填補，故習慣形成之新物權，若明確合理，無違物權法定主義存立之旨趣，能依一定之公示方法予以公示者，法律應予承認，以促進社會之經濟發展，並維護法秩序之安定。」換言之，如「依習慣法使生新公示方

16 謝世忠、郭倩婷、楊鈴慧、劉瑞超、李韋誠（2007），《原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制：第二期委託研究——泰雅族、太魯閣族》，頁 7，臺北：行政院原住民族委員會。

17 謝世忠、郭倩婷、楊鈴慧、劉瑞超、李韋誠（2007），同前註，頁 87。

18 王澤鑑（1993），〈物權行為無因性理論之探討〉，《民法學說與判例研究第一冊》，14 版，頁 282，臺北：自刊。

19 王澤鑑（1992），〈民法五十年〉，《民法學說與判例研究第五冊》，7 版，頁 7-9，臺北：自刊。

20 民法第 940 條：「對於物有事實上管領之力者，為占有人。」

21 蔡明誠（2005），《物權法研究》，頁 4-5，臺北：學林。

法時，則物權法公示原則無破壞之虞，而且可依此緩和物權法定原則（主義）之硬化」<sup>22</sup>，即可肯認將習慣列入物權法定主義之範疇，使具備慣行之事實及法的確信之習慣，具有法律上之效力，成為物權取得之權源。

實則，現行司法實務之見解，民法第 1 條習慣多限於習慣法之概念。最高法院 17 年上字第 613 號民事判例：「習慣法之成立，須以多年慣行之事實及普通一般人之確信心為其基礎」。亦即，習慣法僅係判例法化的發展現象<sup>23</sup>。換言之，我們如何瞭解一般人的法確信內涵為何？似乎終究只能以法院對此所做的宣示來認定。然則，是否所有於特定地區上已在一定期間內成為反覆慣行之習慣，均得成為本條所指之「習慣」？從實證法主義來論，《民法》上所謂之習慣，係指「習慣法」而言。但是，在司法實務運作中，原住民族傳統習慣的地位又是如何？從歷史經驗中以觀，原住民族向來被視為社會下層的民族，而其文化也被認為是不如殖民者與主流社會。時至今日，即使這樣的理論已被宣告為科學性的錯誤，但實際上這樣的觀念卻一直被保留下來，且下意識的深植於那些應用法律的人的心中。回到現行司法實務狀況來看，原住民族傳統習慣與文化遭致國家法排除適用的情形比比皆是。

民法物權編為財產制度之基礎，而現行物權之內涵，與原住民族傳統財產習慣確有相當之差異。爰現行民法物權編既已納入習慣法作為物權取得之權源，且《原住民族基本法》第 20、23 條亦確立原住民族享有依其傳統習慣法律與文化慣俗所生的各項土地權利。再則，物權類型既非屬物權之本質，而是涉及一國之物權立法政策。政策之本質中彈性鬆綁是很重要的價值，但是彈性化不是普遍性的解除管制。因此，如按原住民族傳統習慣就某特定物權類型與內容得以固定，且確實產生法之確信力，似宜納入以原住民族傳統習慣為基礎之新興物權概念與類型，

22 蔡明誠，同前註，頁 17；史尚寬（2000），《物權法論》，頁 11，北京：中國政法大學。

23 王海南等（1995），《法學入門》，頁 121-122 中述及：「習慣，是指一般人就某一事項，長時期反覆為同一行為的習俗，因而使一般人確信應加以遵守，並由於國家的承認，使其具有法的拘束力，所以又稱為習慣法。如果只是事實上的慣行……或國家不承認其對一般人具有拘束力，即不能稱為習慣法。」

俾以符合原住民族對國家法律保障渠等權益之意旨與期待。

回到本案判決內容檢視，二審法院雖終以被告係善意占有替被告解套，惟判決既已論及泰雅族使用土地之傳統習慣，且似已贊同按其傳統實際使用人即應取得土地之所有權，惟法院並未論及就該傳統習慣在現行法下之關係，究應如何折衝、相容，殊值可惜，本研究遂以提出前開評析以供參考。

#### ❖ 相關法律條文

民法：第 1 條、第 179 條第 1 項、第 943 條、第 952 條

原住民族基本法：第 20 條、第 23 條

## 二、親屬繼承關係

### 案例八 代位分割遺產

案號 臺灣高等法院 102 年度重上字第 708 號民事判決  
臺灣臺北地方法院 101 年度家訴字第 30 號民事判決

案由 代位分割遺產

#### 當事人

身分 \ 審級	第一審	第二審
甲	原告	被上訴人
乙、丙、丁、戊、己、庚、辛、壬、癸、子、丑	被告	上訴人 (癸、丑為視同上訴人)

關鍵詞 裁判分割、變價分割、代位分割、共同共有、原住民身分、原住民族習慣

## 壹、案例事實

甲為乙之債權人，先前向法院提起強制執行，由於執行金額不足並無法清償債權，而取得債權憑證。復聲請乙因繼承所得，與其他繼承人共同共有渠等父親寅所遺之數筆原住民保留地（以下合稱 A 地）為強制執行，但因未經分割遺產而無法執行。甲因此以 A 地之全體繼承人乙、丙、丁、戊、己、庚、辛、壬、癸、子、丑為被告，代位乙提起遺產分割訴訟。

## 貳、訴訟結果

### 一、第一審判決：臺灣臺北地方法院 101 年度家訴字第 30 號

被告等之被繼承人寅所遺之遺產准予變價分割。

### 二、第二審判決：臺灣高等法院 102 年度重上字第 708 號

原判決廢棄。

上訴人乙、丙、丁、戊、己、庚、辛、壬、子、視同上訴人癸間，就被繼承人寅之遺產，按應繼分比例分割為分別共有。被上訴人對視同上訴人丑之訴駁回。

## 參、當事人主張

### 一、兩造於一審之主張

#### （一）原告甲

甲為乙之債權人，先前向法院提起強制執行，結果執行金額不足清償債權而取得債權憑證，又向該院聲請債務人所共有之不動產為強制執行，經民事執行處以未經分割遺產無法執行，命原告代位債務人即被告乙提起遺產分割之訴訟。被告乙現已陷於無資力，名下僅有繼承自被繼承人即父親寅所遺之不動產，因被告乙怠於辦理遺產分割，迄今仍為被告等人共同共有，致原告無法就被告乙所繼承之應繼分取償，爰依民法第 242 條、第 1164 條規定，代位被告乙請求裁判分割。

## （二）被告乙

沒有積欠甲金錢，不知為何會被告。

## （三）被告丑

沒有意見。

## （四）其他被告

未有陳述。

## 二、兩造於二審主張之補充

### （一）上訴人乙、丙、丁、戊、己、庚、辛、壬、子主張

1. 乙因繼承取得對 A 地共同共有之權利，甲雖無法對共同共有之物聲請強制執行，但可對乙共同共有之權利部分聲請強制執行，因此甲對本件無訴訟利益。
2. A 地全數為原住民保留地，為上訴人父親所留下之祖產，繼承人（上訴人）等多居住於系爭土地上，原審以視同上訴人丑無原住民身分，未能繼承登記，逕認原物分配有困難，而判決變價分割。此一判決忽視其餘繼承人皆可繼承登記，且對土地有感情，也願意以金錢補償以繼續使用 A 地。因此原審判決之變價分割，並不妥當。聲明原判決廢棄，甲在第一審之訴駁回。

### （二）視同上訴人丑主張

丑雖因無原住民身分而未能登記為 A 地之共同共有人，但丑仍為寅之繼承人，對 A 地有權利，同意一審變價分割之判決。

### （三）被上訴人甲主張

聲明上訴駁回，其餘主張同一審。



## 肆、爭點

- 一、原告提起代位分割訴訟有無理由？
- 二、被告公司共有之財產該如何分割？

## 伍、法院判決

### 一、甲有權代位乙請求分割 A 地

蓋各繼承人對於遺產之分割請求權，性質上即為具有財產價值之權利，得依民法第 242 條代位行使。而當債務人怠於行使其權利時，債權人因保全債權，得以自己之名義，行使其權利。本件甲為乙之債權人，曾聲請強制執行，因執行金額不足而核發債權憑證，又聲請強制執行 A 地，因遺產未經分割而無法執行。原告主張之事實，業據提出相關判決、債權憑證、民事執行處通知、繼承系統表、戶籍謄本、國稅局遺產稅逾核課期間案件同意移轉證明書、土地登記第二類謄本等件為證，經查核並無違誤，故被告所辯其非債務人等語，即非可採，堪認原告之主張為真正，甲確為乙之債權人。被告乙為被繼承人寅之繼承人，怠於行使分割遺產之權利，原告為保全債權，代位被告乙請求分割遺產，即無不合。

被繼承人寅除 A 地之外並無其他未分割遺產，A 地除丑無原住民身分外，由乙、丙、丁、戊、己、庚、辛、壬、癸、子十人共同共有。執行法院已就系爭土地之共同共有權利為查封，乙怠為行使分割權利，尚非不得由被上訴人甲代位乙提起分割遺產訴訟，待分割遺產完畢，始為拍賣，要無損於上訴人之權益。

### 二、A 地之分割方法，應採乙、丙、丁、戊、己、庚、辛、壬、癸、子按應繼分比例之分別共有

一審判決之 A 地分割方法，為考量繼承人丑並非原住民，無法為原住民保留地之所有人，因此判決以變價分割為分割方法。然查，視同上訴人丑既非原住民，依山坡地保育利用條例第 37 條、《原住民保留地開

發管理辦法》第 18 條第 1 項規定，無法繼承 A 地而為共同共有人。A 地目前為因繼承而登記為乙、丙、丁、戊、己、庚、辛、壬、癸、子之共同共有，則參與分割土地之當事人，應以土地登記簿之全體共同共有人為限。故法院並無從反於土地登記簿之內容，將丑亦認為 A 地之共同共有人，進而進行變價分割，原審判決顯有違誤。A 地之分割方式，考量上訴人之意願，應該以乙、丙、丁、戊、己、庚、辛、壬、癸、子之應繼分比例以分別共有方式分割，方為允當。

綜上，被上訴人甲依民法第 242 條、第 1164 條規定，代位請求分割遺產，按應繼分比例登記為分別共有，為有理由，應予准許。原審判決准予變價分割系爭土地，所得價金並按原判決所示應繼分比例分配之，尚有未洽，上訴意旨，指摘原判決不當，聲明廢棄，非無理由。爰由本院廢棄原判決，改判上訴人等 10 人間就被繼承人寅之遺產，按應繼分比例分割為分別共有，並駁回被上訴人對視同上訴人丑之訴。

## 陸、評析

本案係在審究因繼承關係所形成之共同共有財產，應如何進行遺產分割之事例。按民事法一般處理原則，共同共有的不動產因各共有人權利持分不明，故依法不能處分（如買賣、贈與、設定等行為），惟有將共有關係改變成分別共有後，各共有人才能處分該不動產。另以，法院實務有關共有物之分割原則，概有：（一）消滅共有原則：分割共有物以消滅共有關係為目的，法院裁判分割共有土地時，除因該土地內部分土地之使用目的不能分割，或部分共有人仍願維持其共有關係，應就該部分土地不予分割或准該部分共有人成立新共有關係外，應將土地分配於各共有人單獨所有，不受共有人原來約定使用方法之拘束（最高法院 69 年台上字第 1831 號判例、87 年度台上字第 2342 號判決、88 年度台上字第 1801 號判決、90 年度台上字第 2214 號判決參照）。（二）原物分配原則：民法第 824 條及最高法院 81 年度台上字第 1035 號判決參照。（三）維持現狀原則：查分割共有物固不受分管契約之拘束，惟儘量依各共有人使用現狀定分割方法，以維持現狀，減少共有人所受損害，當不失為裁

判分割斟酌之一種原則（最高法院 82 年度台上字第 1990 號判決參照）。

（四）提高價值原則：若以原物分割，各當事人分得之土地，面積過小，顯然不能作何用途，徒然減損系爭土地之經濟效用，故本件不能原物分割，只得予以變賣，所得價金各按應有部分比例分配予各共有人。如此始能將本件土地發揮最高之經濟上利用價值，並符合分割共有物應徹底消滅共有關係及公平合理之旨（最高法院 82 年度台上字第 512 號判決參照）。

惟參照前揭各項共有物分割原則來看，現行實務對於共有土地分割縱係兼有土地經濟利用與權利公平受益之考量，實則仍不脫以土地經濟價值極大化之強調。特別是綜合現行民事法之相關條文內容，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，固為民法第 1151 條所明定。然而，現行私法對於財產關係之建構，確係以單獨所有為原則，而以共同所有為例外。換言之，共同共有之遺產，其終局目的仍係在於分割。因此，依民法第 1164 條前段規定，繼承人得隨時請求分割遺產。

再者，值得觀察的是，本案涉及之當事人，包括具原住民身分者與不具原住民身分之丑。丑於一審主張，其雖因無原住民身分而未能登記為 A 地之共同共有人，但其確係寅之繼承人，對 A 地有權利，主張應為共有土地之變價分割。一審法院綜合前開土地經濟利用與權利公平受益之考量，認為丑不具原住民身分，而未能為繼承登記，是以原物分配顯有困難，應予以變價分割。上訴人等則指稱原審忽略繼承人等對於系爭土地之感情，且有意願繼續使用系爭土地，願以金錢補償之意願，主張原審顯未尊重當事人之意見，任意將當事人共有之土地變價，並非妥當。縱分割訴訟為形成之訴，法院不受當事人之主張拘束，但仍應尊重當事人、給予表示意見之機會。二審法院尊重當事人之意願，將原審所作成系爭土地行變價分割之決定，變更為分別共有，值得贊同。

惟此間之判決見解轉變，並未能審究上訴人所提「對於土地之感情」所存在之原住民族習慣本旨。此外，丑因非原住民而無法登記為土地之共同共有人，究竟是否得為合法繼承人，法院亦無深究，本研究認為有進一步探究之餘地。

按本件所呈現之事實關係，可推測當事人係新北市烏來區泰雅族原住民，參照原住民族委員會於 2007 年完成之《原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制：第二期委託研究—泰雅族、太魯閣族》，傳統泰雅族的財產或可分為公產（部落的、gaga 的）、家產與私產三部分。家族財產於死後歸繼承人所有，動產及土地各有不同處理方式：動產可分割予各繼承人；土地則係作為家族共有，不可分割。另以，繼承順序則係按直系血親卑親屬、配偶、世系群其它成員依序繼承。若繼承人數超過一人，則以共同繼承為之。對照泰雅族於其所在之地形成大小部落，依其組織功能不同，有祭團、獵團、牲團、部落及攻守同盟等社會組織。換言之，部落為政治單位，由同地域群或祖群中共同祭祀、共守禁忌、共負罪責的團體所組成。為維繫前揭共食、共祭、共獵之部落團體運作，泰雅族傳統習慣本即強調土地不分割主義。本研究以為，前開傳統習慣內容係過往泰雅族部落族人及其後嗣子孫所為之私法上結社及財產處分所形成之法律關係，基於私法自治，原則上應予尊重，以維護原住民族法秩序之安定。

再者，丑究竟是否得為「合法」之繼承人，由於本案事實並未說明丑與被繼承人寅所形成之繼承關係為何。本研究認為丑因非原住民而無法登記為系爭土地之共同共有人，卻能作為寅之繼承人來看，丑、寅兩人應可推測為夫妻關係。是以，依民法第 1144 條第 1 項之規定，配偶有相互繼承遺產之權，丑為寅之合法繼承人應無疑義。有爭議之點為，丑是否得為系爭原住民保留地之繼承人。爰依民法第 1148 條第 1 項所示，「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。」復參以《山坡地保育利用條例》第 37 條之規定，「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」。由此可知，上揭條文確立了原住民保留地由原住民持有及使用的基本原則。本此規範意旨，《原住民保留地開發管理辦法》亦承襲此一原則並法制化在第 18 條第 1 項之內容，確立「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」，也就是原住民保留地所具有之權利移轉限制。

原則上，在《山坡地保育利用條例》與《原住民保留地開發管理辦法》所確認原住民保留地權利移轉限制之規範架構下，實務上對於被繼承人死亡所遺之原住民保留地，其第一順位繼承人如未具原住民身分，自不得辦理繼承原住民保留地所有權，應由具原住民身分之其他順位繼承人繼承。前述見解，即同於二審法院所持之見解。然而，若從現行國家法律體系言之，前開有關原住民保留地因繼承關係而生之權利移轉限制，如何與民事法所依循之平均繼承原則相調和，亦即民法第 1141 條之規定，「同一順序之繼承人有數人時，按人數平均繼承。」又或者，民法有關繼承權之保障，得否因其他法律之規定，產生失權之結果。實則，任何人原則上皆不能任意排除法定繼承人之繼承權，僅於法律所規定之事由，始生繼承人喪失繼承權之效果。再者，原住民保留地之權利移轉限制，呈現在繼承關係上之效果，並不同於繼承權之喪失，對於具繼承權之非原住民配偶來說，僅生無法登記為原住民保留地之所有權人之結果。換言之，繼承標的若轉以其他（非原住民保留地）之形式而存在，如變價後之金錢，非原住民之配偶即得本於民法所確認之繼承人地位行使繼承權，主張按其應繼分比例享有。

再者，泰雅族傳統習慣對於繼承權人之確認，是否存在有別於現行民法之規定內容，亦係值得進一步深究之面向。參以原住民族委員會出版之《原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制：第二期委託研究—泰雅族、太魯閣族》，指出泰雅族傳統習慣顯現在繼承關係之特點有「強調直系主義」，輔以「男性優先」及「保護家族者概念」，作為確認繼承人之原則。此外，泰雅族傳統習慣對於繼承順序之規定，則係按直系血親卑親屬、配偶、世系群其它成員依序繼承。換言之，繼承關係中，若存在直系血親卑親屬，配偶原則上即無繼承權。另以，土地做為繼承財產，前已述及，泰雅族傳統習慣係不加以分割，而是永久屬該家族共同所有。

綜合前述關於現行民法與泰雅族傳統習慣之說明，本研究認為實應探求原住民族傳統習慣之保障及其與現行法律間之調和，本件視同上訴人丑於繼承事實發生時，因《山坡地保育利用條例》與《原住民保留地開發管理辦法》對非原住民所加之權利移轉限制，排除丑成為原住民保留地之合法權利人，是否構成丑之繼承權受憲法保障之平等權侵害，或在學術與實務間，甚或是一般社會與原住民族社群間，存有不同之見解。然而，若係回歸泰雅族傳統習慣言之，繼承關係所欲顯現者，在於部落所賴以維繫之共食、共祭、共獵之部落組織，亦即強調土地之不可分性。進一步來看，泰雅族對其土地所強調之集體管領性，適與現行法律加諸在原住民保留地之權利移轉限制有所相對應。

總的來說，本案審理之一審法院，過於強調財產權之經濟利用與個人私有，確認非原住民配偶對於原住民保留地亦有繼承權，為促使該繼承權實現，逕以土地變價分割方式，遂行同一順位繼承人之平均繼承，忽略「泰雅族之傳統習慣所形構之部落內部關係」。二審法院雖採以尊重當事人之意願，卻對非原住民之配偶依法享有之繼承權，產生「非屬法定繼承權喪失事由之判決失權結果」，卻未加以詳述論證理由。回到實務面尋求解決之道，本研究以為，在兼顧當事人遵循傳統習慣意願之前提下，應以維持部落土地完整性與不可分性為處理原則，對於依法具有繼承權之非原住民繼承人，其他具原住民身分之繼承人，應以其他補償方式（如金錢），給付同一順位之非原住民繼承人所應享有之應繼分權利。

#### ❖ 相關法律條文

- 民法：第 242 條、第 243 條、第 824 條第 2 項、第 830 條第 2 項、  
第 1151 條、第 1164 條  
山坡地保育利用條例：第 37 條  
原住民保留地開發管理辦法：第 18 條第 1 項

**案例九** 確認收養關係成立**案號** 臺灣花蓮地方法院 102 年度親字第 13 號民事判決**案由** 確認收養關係成立**當事人**

身分	審級	第一審
甲		原告
花蓮地方法院檢察署檢察官		被告
乙、己		訴外人

**關鍵詞** 收養、原住民族習慣、傳統習俗、身分關係**壹、案例事實**

原告甲為養母乙與養父丙收養之養子，乙之生母丁與生父戊結婚後，於明治 38 年育有乙，嗣後於戊死亡後，丁又與己再婚，己並於明治 44 年登記入戶，在日治時期之戶籍謄本當中，則登記乙為己之長女。嗣後乙於民國 77 年死亡後，繼承人甲為辦理己、乙之財產繼承事宜時得知上情，認為由於乙、己間之收養關係是否存在，將會影響甲之繼承地位，導致繼承之法律關係不安定，故依家事事件法第 67 條提起確認訴訟，請求確認乙、己之收養關係存在之訴。

**貳、訴訟結果**

確認原告甲之養母乙以及訴外人己之收養關係存在。訴訟費用由被告負擔。

### 參、當事人主張

原告甲為養母乙與養父丙之養子，乙之生母丁與生父戊結婚後，乙於明治 38 年出生，嗣後丁又於戊死亡後，和己再婚，己並於明治 44 年（民國前 1 年 3 月 14 日）登記入戶。參己日治時期之戶籍謄本當中，記載有「大正 9 年 9 月 20 日長女（即乙）共寄留；大正 12 年 4 月 7 日長女共轉寄留；大正 12 年 6 月 3 日長女共退去」等語，而認乙與己有共同生活之事實。己於續柄（親屬關係）欄登記為乙之父，含意可能包括生父、養父、繼父等，故依日治時期習慣法，可將乙視為己之養女，雙方有收養關係。

又依民國 19 年修正之中華民國民法第 1079 條，亦可認乙與己因長期共同生活而成立收養關係。日治時期戶籍謄本上雖記載乙之身分為己之長女，僅為日治時期稱謂使用習慣所致之戶政機關誤登記，並不妨害乙、己間收養關係之成立。

乙於民國 77 年 8 月 7 日死亡，甲為辦理己及乙之財產繼承事宜時始獲知上情，影響甲之繼承地位，甲為使繼承關係安定，認有確認乙、己間收養關係之必要，故提起本件確認之訴。

### 肆、爭點

- 一、本件訴訟應適用民法親屬編抑或當地習慣？
- 二、乙與己間之收養關係是否成立？

### 伍、法院判決

#### 一、本案被告應為花蓮地方法院檢察署檢察官

本案屬家事事件法第 3 條之家事訴訟事件，原應以乙、己為被告，然乙、己均已死亡，家事事件法並未明文規範此時應以何人為被告。然參家事事件法第 63 條規定，否認子女之訴以及否認推定生父之訴，應為被告之人死亡時，以檢察官為被告。其理由即為相關訴訟具有公益性



質，涉及公益之民事事件無當事人時，即由檢察官作為職務上之當事人，以確保程序進行。依家事事件法第 39 條提起之訴亦同，其理由亦為考量相關民事訴訟之公益性。

本案之確認收養關係之訴，與家事事件法第 63 條同為涉及公益性質之民事訴訟，基於「相類似之案件，應為相同之處理」之法理，提起確認收養關係之訴時，應為被告均已死亡時，應類推適用家事事件法第 63 條之規定，以檢察官作為職務當事人，故本件被告應為檢察官。

## 二、本件收養關係是否存在，應依原住民族習慣決之

現行民法親屬編第 1072 條至 1077 條關於收養之規定，係於民國 19 年 12 月 26 日制定公布，並於民國 20 年 5 月 5 日施行；按民法親屬編施行法第 1 條，在民法親屬編施行前發生之親屬事件，不適用民法親屬編之規定。復以，日治時期之臺灣親屬事件，亦不適用當時日本民法之規定，而應依當地習慣決之。又，收養戶籍登記僅為一種證明方法而已，並非收養關係成立之要件。按本件乙、己於民國前一年即為同一戶籍，而民國 35 年之戶籍登記當中仍為同一戶籍，足見乙、己之共同生活關係至少於民國前一年即已成立，因此並無從適用於當時尚未立法之民法親屬編，亦不適用日本民法，應依當地習慣決之。

查己之日治時期戶籍謄本上有「大正 9 年 9 月 20 日長女共寄留；大正 12 年 4 月 7 日長女共轉寄留；大正 12 年 6 月 3 日長女共退去」之記載；乙之戶籍謄本記事欄則敘有：「大正 12 年 4 月 7 日轉寄留」。經戶政事務所科員證稱，「共寄留」為共同寄留於非本籍之地址，「共轉寄留」為從原本寄留地再轉至另一地址，「共退去」則指離開寄留地回到本籍。以此一謄本寄載即足以證明乙、己有共同生活之事實，並共同寄留於非本籍之地址，後又共同回到本籍生活之事實。

原告甲為阿美族原住民，乙、己亦皆為原住民，按《原住民族基本法》第 30 條，政府施行司法程序時，應尊重原住民族之傳統習俗、文化及價值觀。故本件審酌渠等收養關係是否成立時，既以當地習慣決之，自應尊重原住民族之傳統習俗、文化及價值觀。

### 三、依原住民族習慣，乙、己確有父女關係

復經本院依職權函行政院原住民族委員會（下稱原民會）及中央研究院民族學研究所（下稱民族所），詢問本件乙、己間收養關係成立與否，是否有原住民族特殊文化習慣之適用。據原民會回覆略以：查本會出版品「原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法治第七期研究」乙書，關於阿美族對於收養文化習俗並無敘述，而中央研究院民族研究所編譯之「臺灣總督府臨時臺灣舊慣調查會番族慣習調查報告書第二卷（阿美族、卑南族）」乙書，雖於書中提及親屬關係之內容，惟其似無特別之文化習俗，故對於收養關係之成立是否有特殊文化習俗（同居即可收養）、原住民族習俗中是否區別養父或繼父與日據時期臺灣地區之民事習慣是否相同，無從考究。

謄本所載「共轉寄」、「共退去」等文字係日治時期戶籍制度上之「共寄留」制度，即指本籍人口在遷徙地再遷徙仍保留本籍。據民族所回覆略以：乙因父戊死亡繼承其家戶（新社○○番戶）。隔年乙母丁招贅己婚姻入乙之戶。謄本事由欄註記乙與己之間的關係稱謂為「長女」，從人類學對噶瑪蘭族或阿美族母系社會日本時期以來的婚姻與親屬習慣之研究，習俗上已必須將妻子與前夫所生之女等同於自己親生的女兒，完全不需要透過「收養關係」。光復後的戶籍謄本，以臺灣地區之民事習慣將戶長改為己，稱謂欄仍稱乙為「長女」，親屬細別欄也明確寫著乙為「戶長己之長女」，因此兩人的父女關係明確。足認噶瑪蘭族或阿美族原住民之母系社會裡，對於夫過世後妻再行招贅，所入贅之夫與其前夫所生之女兒間關係即視同親生女兒而無須透過收養關係，確有特別之傳統習俗存在。是本件訴訟自應尊重前揭原住民族之傳統習俗，以保障其合法權益。

### 四、依臺灣民事習慣調查報告與原住民族習慣，乙、己間確有收養關係

按法務部編印之臺灣民事習慣調查報告，日據時期收養之要件包括：收養者達 20 歲、養子之年齡小於養親、同族間之收養需昭穆相

當、養子需非獨生子、養父與生父之合意。該民事習慣調查報告並未特別排除原住民族收養之適用，本件自仍應參照該習慣認定之。而原告甲主張己為民國前 31 年 10 月 15 日生，乙為民國前 7 年 6 月 2 日生，兩者年齡相差 25 歲，而雙方為共同生活戶，又乙並非獨生女，尚有一胞妹○○○。參以證人即原告胞妹○○○證稱：知道己與乙間具有親屬關係，但不清楚是否有收養關係。曾與他們共同生活約 10 年，是乙把我及原告養大。證人○○○即原告兒子證稱：乙是我的阿嬤，己是他的爸爸，大約 30 幾年前我曾問過乙，她說父親是己，先生是丙，從出生後即與乙同住，當初我在○○戶政事務所填問卷時，是憑印象中乙有跟我說過是被己收養並扶養長大。證人○○○即曾為乙及配偶○○○收養之養子（於 102 年 8 月 6 日撤銷收養）證稱：乙是我的養祖母，自我小學四年級起，到乙過世為止，常常聽乙叫己為爸爸。他們有共同生活，像一家人一樣等。堪認乙自幼年時 6 歲起即與己共同生活，並由己扶養長大。證人即○○戶政事務所科員○○○證稱：依照前揭收養要件，我們實質審核後認為只有己與乙間是否有收養合意無法認定，大部分若有收養關係成立，稱謂欄會明確記載養子女，但當時錯漏也不少，也有可能日治時期與光復後之謄本都記載錯誤，但我沒有處理過此種情形。然參以乙前揭謄本記載，自己與其母親丁再婚後，乙即與己列於同戶謄本中，而乙出生別欄位則延續日治時期謄本，亦載為「長女」，足徵渠等間之親子關係應堪認定，自亦無法排除前揭謄本錯漏而未記載乙為養女之可能。再徵諸前揭說明關於原住民阿美族之習慣，乙應於己與其母丁為繼婚時起，視為己之親生女兒，亦因此習慣而發生父母子女之收養關係自明。

綜整前揭說明，收養戶籍登記，並非收養關係成立之要件，而本件既有前揭事證足資證明收養關係成立，復有前揭原住民族之傳統習俗等情，自應予以尊重。自難僅依該日治時期戶籍謄本記載，為不利原告之認定。是己與乙之收養關係存在之事實，應堪認定。

## 陸、評析

抽象言之，人類生活關係可大致上區分為身分上的結合關係與財產上的結合關係。原則上，身分關係是一種本質的社會結合關係，強調該結合關係的自然性（natural）、必然性（inevitable）、本質性（essential）。所謂「本質的社會結合關係」，意指基於人類之本性所必然之關聯性，並不以利益追求為其結合目的（此適為財產關係之本質），而是一種非權利的、非計量的，而強調是感情的集合關係。若與財產關係相較，親屬身分關係具有本質上的人倫性、結合上的整體性、存續上的穩定性，以及變動上的連帶性。

大抵來說，一個民族的身分倫理秩序通常是經過長時間反覆踐行的經驗累積與傳承而形成的。復以原住民族傳統部落社會為例，社會組織、身分類型、身分關係之權利義務內容，均本於部落社會習慣與文化所形構。在以臺灣作為現代法律之繼受與移植型態之法律體系，欲對人倫生活關係領域進行法律化的工程，確須體現出有別於其他社會關係領域的規範理念。此即現行民法親屬編施行法所揭示之法適用規則所強調，關於親屬之事件，在民法親屬編施行前發生者，除本法施行法有特別規定外，不適用民法親屬編之規定<sup>24</sup>。然而，進一步須深究者，本案需確認之事實係發生於日治臺灣時期，緣最高法院 85 年度台上字第 2316 號判決要旨所示，臺灣光復前之日據時期臺灣地區親屬事件，應依當地之習慣決之，而不適用民法親屬編之規定。惟前揭要旨，是否含括日治臺灣時期所有社群，也就是說，原住民族社群（時稱為番人）是否亦在其中，為本案判決並未深究者。

是以，本研究首先意在理清本案如何確定準據法之適用原則。查本件當事人欲確認其法律上之繼承地位，而須對於其養母乙與訴外人己間收養關係存在進行確認。由於乙、己間之身分關係，應至少於民國前 1 年即已成立，按前開說明，當無從適用當時尚未施行之民法親屬編，惟

24 民法親屬編施行法第 1 條：「關於親屬之事件，在民法親屬編施行前發生者，除本施行法有特別規定外，不適用民法親屬編之規定；其在修正前發生者，除本施行法有特別規定外，亦不適用修正後之規定。」

所謂應依當地習慣決之，係按漢人習慣或係原住民族（時稱為番人）習慣，則仍有進一步討論之必要。

學者王泰升之研究即指，從 1903 年之後，就將「蕃人蕃地」確立為警察系統專責事務。凡屬蕃人，不論居住於蕃地或普通行政區，均受到理蕃警察的特別統治<sup>25</sup>。由於對高山族原住民沒有「法律保留原則」之適用，故可依照不具法的意義的事實上習慣來處理其法律事務<sup>26</sup>。換言之，日治時期雖未正式將原住民族習慣規範視為「習慣法」，實際上在部落社會運作的情況卻是，只要這些原住民族「事實上的習慣」在警察行政作為過程被採納，即可在民事事項的處理上發揮其實質的規範力量<sup>27</sup>。綜合前開各項說明，本件在確認乙、己間之身分關係所應遵循之準據法，合理推斷應依原住民族習慣決之。

值得一提的是，本案法院為確認當時之收養習慣究竟為何，函詢多個相關單位，確實足見其用心。再者，本案法院明確肯認原住民族基本法之規範要旨，強調法院司法程序應尊重原住民族之傳統習俗、文化及價值觀，並進一步探究乙、己間所應適用之原住民族習慣內容，審理法院依職權主動調查證據，實值肯定。尤其在以「日治時期之戶口調查簿」內容作為收養關係之證明上，本案法院採以事實上存在共同生活之關係為基礎，並參考專家鑑定意見，人類學對噶瑪蘭族或阿美族母系社會自日本時期以來的婚姻與親屬慣習之研究，習俗上訴外人己必須將妻子與前夫所生之女等同於自己親生的女兒，完全不需要透過現代國家法律所規範之「收養關係」。

然而，本項判決在認事用法之論證過程中，終究還是不免顯露了強勢族群對於原住民族之優越性，逕以法務部編印之臺灣民事習慣調查報告，作為本案乙、己成立收養要件之判準。實則，各原住民族在收養方面之習慣，一方面本即排除在法律的適用範圍，另一方面也顯然與日治

25 王泰升（2012），《台灣法律史概論》，修訂4版，頁49-50，臺北：元照。

26 王泰升（2012），〈殖民現代性法學：日本殖民統治下台灣現代法學知識的發展（1895-1945）〉，《政大法學評論》，130期，頁216-218。

27 王泰升（2011），〈日治時期高山族原住民族的現代法治初體驗：以關於惡行的制裁為中心〉，《臺大法學論叢》，40卷1期，頁24-47。

時期所調查整理之漢人收養要件毫不相涉。然而，本案判決先謂「本件審酌渠等收養關係是否成立時，自應尊重原住民族之傳統習俗、文化及價值觀」，復又謂「該（臺灣）民事習慣調查報告並未特別排除原住民族收養之適用」，此間法院所建立之法適用連結關係，顯然有所矛盾。本研究僅能推測，或許是因為查無相關原住民族之習慣，固然為了解決本案所面臨的問題，亟欲在實體法架構中尋求立論支持，而適用上開臺灣民事習慣調查報告，惟如此論述在邏輯推理上確有不當與可議之處。

按親屬法上有關純粹身分關係的規定，與其說是法律的規範，不如說是人倫秩序的既定習慣規範。身分關係作為法律關係之核心基礎，即使受到法律的調整，也應該依據本有之傳統倫理秩序、道德習慣加以確認。也就是說，當係先有身分倫理秩序規則，而後法律予以規範；而非先有法律，其後才有身分及身分關係。回到身分關係之法規範本質，本研究認為事實身分關係一旦形成，只要不違反社會一般人倫秩序，法律本不該斷然否定其身分關係效果，尤其是若以在後形成之法律規範來評價過往已經發生及確認的社會事實，更是不可想像之事。

#### ❖ 相關法律條文

民法親屬編施行法：第 1 條

原住民族基本法：第 30 條

原住民族別認定辦法：第 7 條

**案例十** 聲請變更子女姓氏**案號** 臺灣屏東地方法院 102 年度家親聲字第 132 號民事裁定**案由** 聲請變更子女姓氏**當事人**

身分 \ 審級	第一審
甲	聲請人
丁	相對人

**關鍵詞** 變更子女姓氏、親權、為子女之利益、原住民身分、人格權**壹、案例事實**

聲請人甲係排灣族原住民，並為未成年子女乙、丙之母，甲、丁兩造於民國 101 年 5 月 25 日和解離婚，約定由丁行使親權與扶養乙、丙。嗣因丁未善盡扶養照顧未成年子女之義務，經法院調解後改定乙、丙之權利義務由甲行使或負擔之。甲考量就學中乙、丙之利益，主張若乙、丙從母姓可恢復原住民身分，即可申請政府補助以減輕經濟負擔，故依民法第 1059 條第 5 項聲請變更子女姓氏為母姓。

**貳、訴訟結果**

准乙、丙變更姓氏從母姓。程序費用由相對人丁負擔。

**參、當事人主張****一、聲請人甲主張**

甲為未成年子女乙、丙之母，相對人丁為其等父親，甲與丁離婚後，約定未成年子女乙、丙之權利義務行使或負擔，均由丁任之。嗣後

因丁未善盡扶養照顧未成年子女之責，經法院調解後改定乙、丙權利義務之行使或負擔由甲任之。目前乙、丙尚就學階段，若改從母姓恢復原住民身分，即可申請政府補助減輕經濟負擔，上開情事業已符合民法第 1059 條第 5 項第 1 款（父母離婚者）或第 4 款（父母之一方顯有未盡保護或教養義務之情事者）變更子女姓氏之情形。

## 二、相對人丁主張

丁並未對乙、丙有何不利行為，扶養上僅是稍有疏忽，丁之家族不同意乙、丙更改姓氏，未更改姓氏對乙、丙亦未有不利益影響。聲明駁回聲請。

## 肆、爭點

- 一、乙、丙是否得從母姓取得原住民身分？
- 二、准許甲變更乙、丙姓氏之聲請，是否符合未成年子女乙、丙之利益？

## 伍、法院判決

姓氏之變更，應為人民決定自我形象之表述權利，而非有於傳統宗祧制度下需承繼父姓之價值，故現行民法第 1059 條針對變更子女姓氏，已明定應考量子女之利益。至於變更姓氏是否合於「子女之利益」，即應綜合家庭狀況、自主人格發展需求、家族認同感及歸屬感等全部情狀予以審酌，除有明顯違反交易安全或身分安定致妨害其利益者外，即應尊重其對外自我表徵姓氏之權利，准予變更姓氏。

甲、丁離婚之後，雖約定乙、丙由丁扶養並與其同住，惟實際上之照顧者為丁之父母，乙、丙之生活費用與學費亦多由其他家人與甲負擔；且丁曾在未告知家人的情況下隻身離家，期間丙因病送醫，僅得由甲出面接回乙、丙照顧至今。足見丁疏於關愛未成年子女，有未盡保護教養義務之情事，自難期未成年子女會對其現從之父姓有認同感。衡諸丁以家族不同意更改姓氏作為反對理由，可知其並非以子女最佳利益來



考量姓氏變更問題。

乙、丙現實上與甲共同生活，由甲養育、照顧，擔任權利義務之行使負擔之責。且乙、丙亦於審理中明確表示希望改從母姓，考量乙、丙已滿 14、15 歲，對周遭人事物之認知、判斷能力應臻成熟，對於更正姓氏之意義以及將遭逢之改變，均能有所體悟，顯見其等確能真正理解姓氏之意義及重要性，自應尊重乙、丙對外自我表徵姓氏權利之意願。

依《原住民身分法》第 4 條之規定，原住民與非原住民婚生子女，從有原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字者，取得原住民身分。聲請人甲具排灣族之山地原住民身分，如未成年子女乙、丙能變更具原住民身分之母即聲請人之姓氏時，除可取得原住民之身分，獲得原住民相關福利與補助，符合其生活現況，對其等亦較為有利，故聲請人之請求，核與前揭法律規定尚無不合，本件聲請為有理由，應予允許，爰准變更未成年子女乙、丙之姓氏為聲請人甲之姓。

## 陸、評析

本案之爭點縱然按判決內容所示，係在依民法第 1059 條第 5 項之規定，探求甲為其子女乙、丙聲請變更從母姓時，是否係「為子女之利益」。本案法院以法條邏輯演繹解釋，分別審查各種情事，包括雙方主張是否係為子女之利益、兩造之前是否有疏於照顧之情形、目前實際照顧者係何人、生活費用係由誰負擔、子女自身之意願、相關福利規定等，綜合判斷後認為聲請人之聲請變更子女姓氏符合子女之利益，進而准許聲請人之聲請。然則，為子女之利益所為姓氏變更之裁定，卻也顯示若繼續維持父姓，將對子女乙、丙產生「不利之影響」。由於修法前之判準係著眼於「不利之影響」的事實認定，過往案例則常因法官認定當事人所提主張僅屬當事人主觀感受，判定不構成「不利之影響」。因此，立法者改以「為子女之利益」作為裁定之準則，以求更為周延保護未成年子女之最大利益。

實則，從「不利之影響」改為「為子女之利益」，仍然必須確認者，則係如何具體化「利益」之概念。參以學說與實務見解，多認為第

1059 條第 5 項的判斷，應是以子女現實可得或可預期之利益，即以有助於子女身心健全發展之條件為斷。然而，若與民法第 1055 條之 1 有關親權行使的子女最佳利益判準來比較，仍有實務上的差距。後者所審酌的情狀包括：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。六、父母之一方是否有妨礙他方對未成年子女權利義務行使負擔之行為。七、各族群之傳統習俗、文化及價值觀。

本研究以為第 1059 條第 5 項在缺少有關為子女最佳利益之判準內容的情況下，尤其是對於向來為社會強勢族群所認知為弱勢者的原住民族社群成員而言，若未能有以文化整體面之考量，多將淪為僅以經濟上之利益為裁定依準，恐有污名化原住民族子女從具原住民身分之父或母的姓氏之影響風險。

再者，在規範方法論上，本案法院裁定見解，似乎錯以未成年子女親權行使之判準，沿用於作為人格權表徵之姓氏選擇權。由於姓氏作為人格權係以強調維繫完整人格所需之成長或繼嗣、財產、名譽、自尊、親情互動等目的，與親權確認之依準容或有相類似之考量，惟其二者本質所存在之法律爭議，確有規範目的上之差異。從此觀點來看本案裁定書，其內容多在強調親權改定之符合法定判準，卻無法直接與變更子女姓氏之必要性產生連結。最終，法院僅以取得原住民身分，即可獲得原住民相關福利與補助，作成認與法律規定尚無不合之結論。

事實上，本案裁定書亦表示，除有明顯違反交易安全或身分安定致妨害其利益者外，姓氏屬姓名權而為人格權之一種，確有建立家族認同與歸屬之家系組織與制度表徵。特別在本案屬原住民族之事例，應可探求依傳統習慣變更姓氏所應遵循之規範為何，及其應否納入子女最佳利益之考量，均未加以敘明，僅以法條邏輯演繹並採以經濟上之利益衡酌，確有見解可惜之處。

## ❖ 相關法律條文

民法：第 1055 條之 1 第、第 1059 條  
原住民族身分法：第 4 條第 2 項

## 案例十一 聲請變更子女姓氏

案號 臺灣臺東地方法院 100 年度家聲字第 10 號民事裁定

案由 聲請變更子女姓氏

## 當事人

身分 \ 審級	第一審
甲	聲請人

關鍵詞 變更子女姓氏、母系社會、為子女之利益、原住民身分、人格權

## 壹、案例事實

聲請人甲及其未成年子女乙、丙係阿美族原住民，甲欲使其子女改從母姓，原欲依民法第 1059 條徵得甲之夫丁同意，以便為未成年子女變更為母姓。惟丁不幸於民國 92 年 3 月 23 日車禍死亡，致無法取得其同意，爰依民法第 1059 條第 5 項第 2 款之規定，請求宣告變更未成年子女乙、丙之姓氏為母姓。

## 貳、訴訟結果

宣告乙、丙變更姓氏為母姓。

### 參、當事人主張

阿美族為母系社會，為免未成年子女受到族內同儕之排擠及異樣眼光，並維持族群內母系社會之傳統，本欲徵求聲請人之夫丁同意，以便為未成年子女變更為母姓。惟丁不幸於民國 92 年 3 月 23 日車禍死亡，致無法取得其同意，且夫家之家族成員對於未成年子女改姓，並未表示任何意見，並經關係人即未成年子女乙到庭陳稱：伊自己也希望改從母姓，爰依民法第 1059 條第 5 項第 2 款之規定，請求宣告變更未成年子女乙、丙之姓氏為母姓。

### 肆、爭點

甲聲請宣告變更乙、丙姓氏，是否符合未成年子女之利益？

### 伍、法院判決

姓氏為個人在社會生活活動中之代號，其本身雖為一中性符號，並無有利或不利之區分，且主觀之感受並不足證明會有客觀不利之事實，然姓氏既與其人格、名譽、身分地位有著密不可分之關係，並為人格權之一部，而受憲法保障，其稱姓之選擇應尊重子女之意願，始能真正尊重及貫徹保護子女最佳利益之目的。

本件聲請人甲與未成年子女乙、丙均為阿美族之平地原住民，自聲請人之配偶丁過世後，乙、丙即居住在阿美族之部落中，又該族群是以母系社會為主，無論未成年子女於就學或成長過程中，難免因其姓氏而遭受同儕、師長或友人之異樣眼光，甚而嚴重至被排擠之地步，對未成年子女之心靈健全成長難謂有利。綜上，既認從父姓對未成年子女確有不利之影響，故准甲之聲請，准變更乙、丙之姓氏為母姓。

### 陸、評析

參以前一則判決評析所指，法院對於變更子女姓氏之最重要考量係在判斷是否符合「子女之利益」。本案裁定書一方面納以未成年子女自

身之意願，另一方面亦結合聲請人所屬原住民族之傳統習慣，作成准可變更之裁定，甚值贊同。

然而，與民法第 1055 條之 1 有關親權行使的子女最佳利益判準來看，姓氏權所欲彰顯者在於人格權之完整表徵，本研究依此脈絡，認為本案裁定未能做一文化整體性之連結與論說，確是美中不足之處。尤其是，原住民族之傳統習慣與名制規範間，究有如何之關聯，法院未詳加利用職權主動調查證據，僅論及「阿美族為母系社會」而逕以接受聲請人所提，未從母姓可能遭受同儕排擠等之結論。本研究認為，本案裁定書之認定，幾乎已等同於確認在阿美族原住民母系社會之習慣規範體系下，子女未承父姓似將對其人格權有不利之影響。復以，本案法院前已在其理由中表述：姓氏為個人在社會生活活動中之代號，其本身雖為一中性符號，並無有利或不利之區分，且主觀之感受並不足證明會有客觀不利之事實，然姓氏既與其人格、名譽、身分地位有著密不可分之關係，並為人格權之一部，而受憲法保障，其稱姓之選擇應尊重子女之意願，始能真正尊重及貫徹保護子女最佳利益之目的。相較之下，法院作成之兩項論證，卻無法在內部間有連結關係，共同支撐本條款之論證。

甚且，法院所援引聲請人所指從父姓對未成年子女確有不利之影響，如此對承父姓之不利益的概括結論，確係具有高度的文化敏感性與影響力，諸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？又，阿美族原住民族固為母系社會，惟本案聲請人之子女本原承父姓，為何是在父親死亡後，才有變更姓氏之需求？更進一步需深究者，在於法院所作成之個案裁定，所指阿美族是以母系社會為主，恐有試圖概念化與普遍化特定原住民族傳統習慣之錯誤理解。前此所舉幾例，均屬作成此概括性且具高度文化敏感性裁定前，法院必須先予以深究之論題，惜未加以敘明。

#### ❖ 相關法律條文

民法：第 1059 條

原住民族身分法：第 4 條第 2 項

**案例十二** 收養認可**案號** 臺灣南投地方法院 102 年度司養聲字第 41 號民事裁定**案由** 收養認可**當事人**

身分 \ 審級	第一審
甲、丙、丁	聲請人

**關鍵詞** 收養、子女最佳利益、氏族、傳統習俗、親族組織**壹、案例事實**

聲請人即收養人丙（男，民國 52 年 3 月 29 日生）與聲請人即被收養人乙（男，88 年 1 月 22 日生）之生母丁（已於 102 年 8 月 6 日死亡）於 95 年 3 月 4 日結婚，願收養被收養人為養子，業經被收養人之法定代理人即生父甲同意，雙方於 102 年 10 月 1 日共同訂立書面收養契約書，乃並提出收養契約書、戶籍謄本、職業證明、財產證明、健康證明等件，聲請本院認可收養等語。

**貳、訴訟結果**

認可丙於民國 102 年 10 月 1 日收養乙為養子。

**參、當事人主張****一、聲請人（收養人）丙主張**

- （一）收養人丙（下稱養父）表示與被收養人生母丁（下稱生母）係自己唯一一段婚姻，兩人婚後並未生育親生子女，被收養人係生母第一段婚姻所生子女，據被收養人三姨表示被收養人生父母原居

於臺中，被收養人滿月後，生母因工作緣故無暇照顧被收養人，故將被收養人帶回部落交由自己照顧，被收養人約三歲時，生父母離婚，被收養人之兩名姊姊由被收養人之生父甲（下稱生父）監護，被收養人則由生母監護，生母與養父嗣於民國 95 年間再婚，被收養人便與養父同住生活；生母於 102 年 8 月身體突發不適而驟然過世，目前獨留養父與被收養人。

- (二) 養父表示與生母結婚後，即協助扶養照顧被收養人至今，多年與被收養人共同生活相處，著實已有深厚感情，並將被收養人視為親生子女般對待，於生母生前即有收養之意，因認手續繁雜而未積極辦理，現生母意外過世，自己理應要照顧好被收養人，故向法院提出收養聲請。

## 二、聲請人（生父）甲主張

生父甲表示養父向法院聲請前，偕同被收養人與被收養人的三姨前來討論收養一事，甲原有意將被收養人帶回與姊姊們同住，但被收養人已表明希望被收養。甲請被收養人慎重考慮，被收養人被收養的意願仍明確，被收養人目前已屆青春期，甲認倘若未尊重被收養人的意願，是否會引起被收養人叛逆心理亦令自己擔心，不想事情演變到最後被收養人既不來與自己同住，也不願意回到養父家中。且甲於被收養人年幼時期即未互動相處，兩人目前在相處上有時確實感到尷尬，被收養人也不會主動與自己說話，被收養人目前應是習慣與養父同住，基於被收養人意願明確並審酌現況，生父甲亦希望被收養人過得幸福，因此同意出養。且生父與養父同為布農族原住民，居於同部落，生父與養父雖無直接互動聯繫，但聽聞養父個性好，也老實，並未聽聞被收養人生活狀況不好或是照顧狀況不佳的消息。

## 肆、爭點

丙收養乙為養子，是否合於法律之規定，符合被收養人之最佳利益？

## 伍、法院判決

### 一、被收養人意願

被收養人表示自知悉身世起，雖認知有生父的存在，但因長久未互動，認為與生父相處感到尷尬，以前姊姊們雖會帶自己至生父住所，但自己多與姊姊們互動，不會主動與生父說話，自己自幼即與養父同住生活，與養父相處自然，也將養父當成親生父親，知悉收養涵義，同意讓收養人收養。

### 二、訪視評估及建議

被收養人之生父母離婚後，生父即未與生母聯繫，被收養人則與生母同住，由生母監護，生父對被收養人受照顧狀況並不清楚，目前雖居於同部落，但因過往缺少互動相處，彼此仍顯生疏，而生父於生母過世後本有扶養照顧被收養人的意願，但因被收養人被收養意願明確，生父確認收養人的意願後願尊重被收養人的意願，同意出養。

生母與收養人再婚，生母攜被收養人與收養人同住，收養人視被收養人為親生子女，在生母驟逝後，基於照顧責任期望收養被收養人，延續其對被收養人的扶養照顧，評估收養人目前身心狀況、經濟能力及家庭支持系統等皆穩定，且被收養人目前受照顧狀況良好，認為收養人適合收養。

綜上情節，本院認被收養人之生母丁已於 102 年 8 月 6 日死亡，此有除戶戶籍謄本一件在卷為憑。而生母與收養人丙結婚後，被收養人即隨生母與收養人共同生活，其由收養人照顧、撫育，互動狀況佳，家庭氣氛融洽，適合收養；且成立合法收養關係後，收養人得以法定代理人名義照顧被收養人，被收養人之權益保護將更為即時周全；又被收養人到庭亦表示同意被收養人收養，其已年滿十四歲，意願自應受到尊重，因認本件收養對被收養人並無不利之情事，亦無無效或得撤銷之原因，符合被收養人之最佳利益，應予認可。



## 陸、評析

爰以現代親屬法關於未成年子女規範的基本原則，已由為家、為親，發展到為子女之利益<sup>28</sup>。復依《兒童及少年福利與權益保障法》之規定，事涉兒童或少年的利益關係，均須以兒童或少年之最佳利益為優先考量。即以聲請法院認可兒童及少年之出養，《兒童及少年福利與權益保障法》第 17、18 條均述及須在符合兒童及少年之最佳利益時始予認可。

然而，即如前二則判決評析所示，子女最佳利益原則最大的問題即在於其過於抽象，內涵究竟該如何具體化，便面臨實務見解無所定論之窘境。本研究綜合現行民法與《兒童及少年福利與權益保障法》之規範意旨，以為子女最佳利益原則的核心要義，應在於確認子女親權的有效行使。針對包括「訪視報告及建議」、「試行共同生活」、「收養人之年齡、職業、品行、健康情形、經濟能力及生活狀況」、「收養人保護教養子女之意願及態度」、「被收養人意願及人格發展之需要」、「各族群之傳統習俗、文化及價值觀」，進行必要性的綜合考量。

本件被收養人為年滿十四歲之未成年人，按前開各項有關收養之規定與說明，最重要之裁定依據當以尊重當事人自主意願，以及是否符合被收養人之最佳利益。本案裁定書作成：生母與收養人丙結婚後，被收養人即隨生母與收養人共同生活，其由收養人照顧、撫育，互動狀況佳，家庭氣氛融洽，適合收養；且成立合法收養關係後，收養人得以法定代理人名義照顧被收養人，被收養人之權益保護將更為即時周全；又被收養人到庭亦表示同意被收養人收養，其已年滿十四歲，意願自應受到尊重，因認本件收養對被收養人並無不利之情事，亦無無效或得撤銷之原因，符合被收養人之最佳利益，應予認可。

再者，身分關係事涉諸多要素，即使法律變遷影響規範內涵，身分關係所依循之傳統習慣與文化規範，亦應作為身分關係確認之理據。為此，本研究尤其關注民法第 1055 條之 1 第 1 項第 7 款，考量子女最佳

28 林秀雄（2003），〈我國親權法之現狀與課題〉，《月旦法學雜誌》，100 期，頁 42。

## 國內原住民族重要判決之編輯及解析（第二輯）

利益，應充分審酌「各族群之傳統習俗、文化及價值觀」。按生父與養父同為布農族原住民，考量被收養人之最佳利益時，本研究參以布農族行父系氏族制，保持非常完整氏族組織的傳統文化。因此，布農族的氏族功能係以其社會連帶關係與象徵性社會行為為其基本特質，層層疊構布農族的親族組織與認同體系。

綜合前揭布農族之傳統習俗、文化及價值觀，丙（被收養人）與乙（收養人）間成立收養關係，本研究認為，一來本係聲請人部落既成的身分生活事實，復以《原住民族基本法》第 30 條尊重原住民族傳統習俗、文化及價值觀之原則，法律本應僅行確認而已；另外，為與現代民法價值接軌，本案法院應探究布農族之氏族組織所具有之認同與身分意涵，且該規範與現在部落生活之依存關係如何，進而將之納入「子女最佳利益」之考量中。

### ❖ 相關法律條文

民法：第 1055 條之 1 第 1 項第 7 款、第 1076 條之 1、第 1076 條之 2、第 1079 條第 1 項、第 1079 條之 3  
兒童及少年福利與權益保障法：第 17 條、第 18 條  
原住民族基本法：第 30 條

## 三、其他

## 案例十三 當選無效

**案號** 臺灣高等法院 101 年度選上字第 4 號民事判決  
臺灣桃園地方法院 99 年度選字第 26 號民事判決

**案由** 當選無效

## 當事人

審級 身分	第一審	第二審
地檢署	原告	上訴人
甲	被告	被上訴人

**關鍵詞** 當選無效、對價關係、涵化

## 壹、案例事實

本件原告（上訴人）為○○地檢署，被告甲為鄉民代表候選人，原告主張甲於選舉期間，在拜訪選民拉票時，同時有交付金錢、米粉與雞酒給選民之賄選行為。首先是與其配偶乙先後拜訪丙、丁時交付現金予丙、丁爭取支持，又委託戊交付現金予己，要求支持甲。甲、乙另多次購入生雞肉、米酒、生薑、米粉等食材，由競選總部之廚房烹煮為雞酒及炒米粉後，由甲、乙親自或指示競選總部人員餽贈雞酒、米粉至庚、辛、壬、癸、子等人住處，以此賄賂方式行求庚、辛、壬、癸、子等人為投票權之一定行使。

原告主張被告甲於競選期間對於有選舉權之人行賄，涉有違反選罷法第 99 條第 1 項之犯行，依同法第 120 條第 1 項第 3 款之規定提起本

件當選無效之訴。

## 貳、訴訟結果

### 一、第一審判決：臺灣桃園地方法院 99 年度選字第 26 號

原告之訴駁回。

### 二、第二審判決：臺灣高等法院 101 年度選上字第 4 號

上訴駁回。

## 參、當事人主張

甲主張其並未以金錢行賄丙、丁、己，其至選民家中拜訪，係為讓選民能認識自己，瞭解自己參選及服務之熱誠以求取支持，卻因服務對象甚多往往得罪不同利益對象而不自知，丙等人雖明知被告無賄選之情卻為不合理之陳述，誇大曲解事實，而原告以渠等之證言作為不利被告之證據，實難採信。

成立投票行賄罪與否，須異時異地，衡以社會常情及經驗法則作為論斷之基礎。甲提供雞酒、米粉予訴外人庚等人僅是出於原住民聚會之習慣，並非欲以雞酒、米粉約為投票權一定行使之意思。原住民族之文化就是有聚會時，就會有酒，但因現在時代較為進步，就改變由作主人者提供雞酒、米粉。依目前一般人所熟知之選舉常態，為聚集、營造選舉動能，各候選人本多有以炒米粉、燒酒雞等方式拉抬選情，惟並不因此而影響個人之投票意願，餽贈雞酒、米粉與期約投票權間並無對價關係。

然甲提供燒酒雞、米粉，原告即謂已有與選舉人約為選舉權為一定行使之情，顯悖於一般人民感情。況所謂憲法之平等原則，應考慮原住民族之特殊生活背景，始得以判斷是否有犯罪之故意，故原告提起本件訴訟無理由。

## 肆、爭點

- 一、甲有無交付金錢與訴外人？
- 二、甲提供訴外人雞酒、米粉等食物是否構成行賄行為？

## 伍、法院判決

### 一、被告甲交付金錢予選民一事並無實證

#### （一）行賄丙部分

衡諸常情，候選人賄選時應會多方蒐集情資，不致向對手陣營之支持者或競選團隊人員為行賄行為而自招危險。丙與落選之候選人 A 熟識，復在 A 陪同下自首檢舉賄選之行為，其自首之動機實值懷疑，又無其他證據可資佐證，難認甲有向丙行賄。

#### （二）行賄丁部分

A、丁均是○○民防中隊之隊員，二人熟識，並法院開庭時，係由丁開車偕同 A 前往，可知其與落敗候選人 A 關係匪淺，其證詞之真實性甚值懷疑，故本件不能即認被告有交付丁賄款之事實。

#### （三）行賄己部分

己曾稱戊曾交付賄款予伊，然戊所交付之款項，是否即為甲所囑託或授意交付，於本件顯乏積極證據證明。再者，己擔任 A 競選團隊的副執行長，有實際參與助選，己對於戊所交付之款項為何，前後證詞矛盾，戊亦否認有交付該筆款項。準此，己證詞之真實性堪疑，不得遽認甲有委由戊交付賄款予己之事實。

### 二、被告甲確有交付雞酒與炒米粉之行為，然主觀上並無行賄之意思

按《公職人員選舉罷免法》第 99 條第 1 項所稱之投票行賄罪，賄賂，係指具有一定經濟價值之財物，價值高低雖非所問，仍須該財物與

投票權之行使或不行使間具有對價關係為必要。且為維護選舉之公平性，應嚴禁候選人以不公平之手段競選，但何謂不公平，應於不違背國民之法律感情與認知下，依社會一般生活經驗為斷。

就選舉言，為拉抬聲勢各種宣傳手法殆不可免，本件被告在與選民互動過程中，提供雞酒、米粉予選民及其家人或不具投票資格者食用一事，乃係號召群眾、吸引人潮之宣傳模式，準備簡單之餐點吸引民眾前往，或留住民眾，或藉以延長互動之時間，其手段尚非絕對為法所不許，故究係賄選或宣傳，除審酌被告主觀犯意外，亦應斟酌該餐點客觀上是否可能影響選民之投票意願為綜合考量。

甲雖承認其有交付雞酒與炒米粉予有投票權人之行為，但根據證人證詞表示，甲交付食物之目的，為希望聚集選民一同食用，藉機介紹候選人以及和選民交流意見。蓋準備簡單食物以吸引人潮、製造與選民互動機會，係競選活動中之常見宣傳手法，並無行賄之意思。另參原住民頭目以及縣政府原住民族事務主管機關官員之證詞，原住民聚會時確實有飲酒文化。然時至近代，主人家往往以雞酒、米粉等食物代之，舉辦活動與座談時之主辦人亦同。

依憲法第 7 條之平等原則，考量侯選人行為是否涉及賄選時，需考量各種種族、不同之風俗民情下所為之不同判斷。準此，原住民確係臺灣社會上之少數族群，有其特殊之文化、風俗民情。於相會時聚餐飲酒，乃其特有之風俗民情，原住民之婚喪喜慶，家族均需共同聚餐，舉辦活動時亦有共同聚餐，聚餐之主食為炒米粉、炒麵及小米酒，另外，選舉造勢活動、部落之座談，也都會準備炒米粉、雞酒。是被告為吸引原住民前往參與宣傳餐會時，僅提供簡單餐點免費招待，尚未踰越原住民族特有之民俗風情，應認係被告基於主辦者之情誼，難遽認為賄選行為。

再衡諸我國目前之社會水準及人民之法律感情，尚難單以提供上開餐點，即與為行賄之意而舉辦菜色豐富之流水席等同視之，遽以推論其有賄選之意。故核上開餐點之內容及成本，尚不足以動搖或影響有投票權人之投票意向，綜合社會價值觀念、授受雙方對於上開餐會之認知及其他客觀情事而為判斷，並未具有對價關係。

## 陸、評析

本件所關注者，是向來每每到了選舉就會成為原住民族社會內部眾所討論的問題—賄選。首先，在此一爭訟事實中，原告（地檢署）認為甲及配偶乙，為其選舉之目的，有交付金錢與餽贈雞酒、米粉予訴外人等，認有違反《公職人員選舉罷免》第 99 條第 1 項之行賄行為，請求法院宣告被上訴人甲就系爭鄉民代表選舉之當選無效。本案判決衡量被告行為是否構成賄選，在被告提供之雞酒、米粉與約定投票權行使或不行使間是否具「對價關係」的判斷上，除依目前一般社會之通念，另有考量到原住民族之風土民情，習慣在聚會上備有餐點，如雞酒及米粉等，而判決認定被告之行為僅是基於原住民做為主人者之情誼不構成賄選行為，本研究對此見解贊同。

值得注意的是，本案法院為確認被上訴人所提之原住民族文化主張，依職權主動調查證據，分別採納○○縣原住民之縣頭目所證稱：原住民之文化就是有聚會時，就會有酒，但因現在時代較為進步，就改變由作主人者提供雞酒、米粉；復按○○縣政府原民處長所證稱：原住民之所有婚喪喜慶，家族均需共同聚餐，舉辦活動時亦有共同聚餐，聚餐之主食為炒米粉、炒麵及小米酒，另外選舉造勢活動、部落之座談，也都會準備炒米粉、雞酒等語，進而認為被上訴人夫妻為配合居住於都市之原住民的散居模式，提供雞酒、米粉欲藉由小型聚會方式，邀集鄰近選民一起享用同時發表政見尋求支持，實尚未逾越前揭原住民特有之民俗風情。

確實，隨著民主政治的發展演進，昔日原住民族部落社會頭目權力威嚴漸已勢微，取而代之的是經過選舉產生的民意代表，看似符合當今民主政治的發展脈絡，事實上又是如何呢？我國原住民族過去在歷經兩代時間的「民族同化」與「社會融合」之「山地平地化」<sup>29</sup>，原住民族已經「暫時性地」遺忘依據傳統文化以及據此發展政治組織的能力，同時反而習慣資本主義自由市場經濟的競爭模式，以及透過選舉制度運作

<sup>29</sup> 其詳，請參見高德義（1996），〈台灣原住民的政治建設與政治議題〉，載於洪泉湖主編，《兩岸少數民族問題》，頁 122-125，臺北，文史哲出版社。

的地方治理。實則，憲法增修條文第 10 條第 11 項規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化」。又，同條文第 12 項前段則明列：「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」。2005 年 2 月 5 日公布施行之《原住民族基本法》更以原住民族文化保全與安全為保障目的，揭示包括：第 10 條前段課與「政府應保存與維護原住民族文化」之義務，並於第 23 條要求「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」。前開兩項條文所提及之內容，均係以「文化」作為關注與保障核心。因此，對照本案所涉及事實認定，本研究認為應探究原住民當事人於司法上之訴求與主張，是否係本於文化之涵化作用而來。

申言之，《原住民族基本法》揭示對於原住民族選擇之生活方式、社會經濟組織型態的文化保障，本即在回應原住民社群成員，確實會因其所處之文化環境與文化認同本體，形塑其人格與行為模式。是以，法院實務審理如遇當事人具原住民族身分，所涉事實又是關於原住民族文化顯著性之確認，法官確實應依職權調查證據，審酌包括被告是否確係特定原住民族文化社群成員，進而審視被告所提出之論述主張是否確屬原住民族特殊文化傳統，並依此確認被告之行為是否即在表現該原住民族文化傳統內容。而本案所認定之事實，透過不同證述內容，確係屬於該等都會原住民族社群所選擇之生活方式與社會經濟組織型態。雖就現行司法實務中，在原住民有違反公職人員選舉罷免法時，尚少有引用《原住民族基本法》為主張之先例，然而這並不代表《原住民族基本法》的制定與適用只能侷限於特定的文化抗辯案例<sup>30</sup>，如《森林法》、《槍砲彈藥刀械管制條例》、《野生動物保育法》。本研究認為，就本案所涉及之事實而言，如能體現《原住民族基本法》在對於原住民族文化保全與安全之重要目的下，日後司法實務的發展必有無限的可能性。

30 有關刑法與原住民族文化抗辯之衝突，請參見許恒達（2013），〈國家規範、部落傳統與文化衝突——從刑法理論反思原住民犯罪的刑責問題〉，《臺灣原住民族研究季刊》，6 卷 2 期，頁 33-82。



## ❖ 相關法律條文

公職人員選舉罷免法：第 99 條

憲法增修條文：第 10 條第 11 項、第 12 項前段

原住民族基本法：第 10 條前段、第 23 條

#### 案例十四 侵害著作權有關財產權爭議等

案號 智慧財產法院 102 年度民著訴字第 49 號民事判決

案由 侵害著作權有關財產權爭議等

#### 當事人

身分	審級	第一審
甲		原告
乙、丙、丁、戊、己、庚		被告

關鍵詞 著作權、集體創作、合理使用、林班歌、原住民族傳統智慧創作保護條例、文化成果表達、文化完整性

### 壹、案例事實

原告甲認為其係「我們都是一家人」、「我該怎麼辦」、「珍重」、「可憐落魄人」及「難忘的心上人」等（下稱系爭歌曲）歌曲之詞曲創作人，而被告乙、丙、丁、戊、己及庚等人就系爭歌曲有重製、改作、並將之公開演出之行為。原告認為前揭各被告之行為侵害其著作權，爰依著作權法之規定向被告等起訴請求損害賠償。

## 貳、訴訟結果

原告之訴駁回。

## 參、當事人主張

本件二造皆為原住民，合先敘明。

### 一、原告主張

- (一) 被告乙的「涼山情歌」係將原告甲之「難忘的心上人」詞部分音樂著作與「再會吧心上人」詞、曲重新編輯、抄襲，侵害原告的「難忘的心上人」的詞第二段，曲的部分是卑南族傳統的歌謠，被告乙顯然是在不詳時、地擅自將「難忘的心上人」詞、曲重新編輯，改作和譜成「涼山情歌」之名稱公開發表。
- (二) 原告甲雖授權被告丁使用「珍重」著作，惟授權地區限定在中華民國，但被告丙、丁卻同時在中國大陸發行「百年排灣風華再現」光碟唱片專輯，顯已逾越授權，而侵害原告之著作財產權。
- (三) 「我們都是一家人」詞、曲為原告甲創作之音樂及語文著作，被告丙竟意圖銷售，未經原告之同意或授權，擅自錄製成專輯，由丙公開演唱系爭詞、曲，將之收錄於該專輯內，並由被告庚公司發行該唱片，以此侵害原告之著作財產權。被告丙、丁另在中國大陸北京奧林匹克運動會暖場表演、中國大陸北京市「跨越海峽的愛心—援助臺灣受災同胞賑災晚會」、中國大陸北京市首都體育館之「中央民族大學 60 周年校慶晚會」及中國大陸深圳舉辦之「第 9 屆海峽兩岸各民族中秋聯歡晚會」中，未經原告授權，將「我們都是一家人」之歌詞改作，並在上開表演中公開演出改作後之詞曲。
- (四) 原告為「可憐落魄人」、「我該怎麼辦」、「我們都是一家人」等詞曲之創作人並享有著作財產權之音樂及語文著作，於民國 88 年至 89 年間，由被告丙、丁演唱上開音樂著作，並將之收錄、發

行並經銷，以此方式侵害原告之著作財產權。

- (五) 被告戊、己在民國 100 年於中國大陸發行天籟專輯，內有原告所創作之「我們都是一家人」這首歌，惟這首歌詞、曲為原告所創作，卻未經原告許可、授權，使用這首歌，發行天籟專輯，侵害原告的著作財產權。

## 二、被告主張

- (一) 智慧財產法院 97 年度刑智上易字第 27 號判決認為，被告乙「涼山情歌」包括「再會吧心上人」及「難忘的心上人」前後兩段詞曲，且皆已提出證據證明皆為乙所作，「涼山情歌」後半段歌曲著作權歸屬於乙。原告無法提出創作發表當時相關人證、物證，證明為「涼山情歌」後半段「難忘的心上人」詞曲創作者。反觀乙能提出民國 59、60 年間創作當時人證及物證來證明創作「涼山情歌」之公開發表時間、地點、歷程。
- (二) 被告丙抗辯「涼山情歌」之著作權人係被告乙，而被告丁取得被告乙之授權後，將「涼山情歌」收錄於專輯；有關「珍重」，原告亦曾授權予被告丁，收錄於專輯，並無任何違反著作權法之情事。並否認原告係「我們都是一家人」、「可憐落魄人」及「我該怎麼辦」之著作人，原告未舉證以實其說，亦未提出創作手稿及其創作能力之證明。根據證人證明上開歌曲係林班歌曲，早於 50、60 年間即已在林班內傳唱，並非原告所創作。且學者專家多認為上開歌曲係由原住民、林班工作者甚至外省老兵集體創作，並非一人單獨之創作。縱使原告為「我們都是一家人」之著作權人，被告使用部分係合理使用，不構成著作權之侵害。
- (三) 「我們都是一家人」、「可憐的落魄人」與「我該怎麼辦」等歌曲，非原告所創作，而係原住民族的傳統母語歌謠一代代口傳下來的，非由個人所創作，應屬於原住民的集體共用財，不應以個人名義去登記著作權甚或授權轉移給他人。又原告已確將「珍重」之詞曲授權予被告丁，其授權範圍包括「珍重」詞曲之改作權、重製權、散布權、公開演出權、編輯權、公開傳輸權，並收

取授權金 3 萬元。收錄之該專輯，並未授權海外發行，且原告與被告之授權契約，亦未載明此次授權限制使用於何國家或地區。

- (四) 智慧局著作權登記簿謄本雖記載系爭歌曲「我們都是一家人」之著作人為甲，惟主管機關係僅依申請之事項為登記，未進行實質審查，該登記僅為行政管理之手段及存證之性質，而非原創性著作之證明。登記或註冊不具有推定著作權之效果，原告甲仍應對其著作權利之存在，負舉證責任。原告甲未提出任何創作過程之具體證據，未盡其舉證責任，足見其並非系爭歌曲之創作人，僅因熟諳主管機關之著作權註冊手續，搶先申請系爭詞曲之註冊登記，取得權利人之名義，實則並無創作詞曲。

## 肆、爭點

原告甲對於系爭歌曲「珍重」、「難忘的心上人」、「我們都是一家人」、「可憐落魄人」、「我該怎麼辦」等歌曲，是否為著作財產權人及著作人格權人？

## 伍、法院判決

### 一、關於「珍重」之音樂著作

被告丁曾與原告甲簽訂「『珍重』錄音授權契約」，根據該契約第二條，原告「同意授權乙方（即被告丁）將授權標的錄製成專輯。其授權範圍包含系爭「珍重」音樂著作詞曲之改作權、重製權、散布權、公開演出權、公開播送權、編輯權、公開傳輸權，且未有任何地域上之限制，並收取授權金 3 萬元等情。被告丁既已取得原告甲之授權，則其公開演出並將之收錄於專輯，自屬基於系爭授權契約所為，故被告丁並無何侵害原告甲系爭珍重音樂著作之情事。被告等利用系爭「珍重」音樂著作並未逾越系爭授權契約，故原告之請求應予駁回。

### 二、關於「難忘的心上人」之音樂著作

「難忘的心上人」此首歌曲之音樂表達方式，足以表現該作者之個

性及獨特，自屬創作性之表達，且其創意已符合最低程度之要求，應認「難忘的心上人」之音樂著作具創作性。關於被告乙為系爭「涼山情歌」音樂著作享有著作權，業經本院另案確定判決認被告乙就系爭「涼山情歌」之音樂著作係屬被告乙獨立創作之事實為明確判斷，原則上本院不得就此事實再為相異之論斷。原告甲自應具體指出上開確定判決有何有顯然違背法令之處，或提出新訴訟資料，始能推翻上開確定判決之判斷。由原告甲於偵查中之陳述知，其係將原在○○部落流傳的「難忘吧心上人」加以譜曲、填詞，而在其譜曲、填詞之前於○○部落的人均已會傳唱。原告甲未能證明其係獨立創作「難忘的心上人」詞部分之創作者（原始性），原告就「難忘的心上人」音樂著作自未享有任何著作權。原告之請求為無理由，應予駁回。

### 三、關於「我們都是一家人」之音樂著作

原告甲主張其為著作權人，雖提出著作權登記簿謄本為證，然主管機關受理著作權登記並未進行實質審查，僅為著作人證明其確享有著作權之方法之一。原告仍應提出其他證據證明系爭「我們都是一家人」係屬原創性表達之事實。「我們都是一家人」此首歌曲之音樂表達方式，足以表現該作者之個性及獨特，自屬創作性之表達，且其創意已符合最低程度之要求，應認「我們都是一家人」之音樂著作具創作性。音樂人之創作手稿，通常其上必有塗改之痕跡，蓋創作時思考發想，如有靈感隨時修改方屬常態，綜觀原告所提出證據之內容，均以現有詞曲一氣呵成而並無修改之手稿，其上並無任何批改、增刪、校對之註記，故無從回溯創作之脈絡與軌跡，難以認屬創作原稿，無法認定「我們都是一家人」音樂著作為原告所創作。

又證人證明「我們都是一家人」歌曲早在民國 62 年以前已在林班內流傳，為原住民所傳唱，非原告創作。因屬部落傳唱的民歌，歌謠之作者不可考，因民歌非個人創作。各原住民族群都有類似傳唱的民歌歌謠，甚至他們的生活文化就是一種集體傳唱的創作模式，排灣族的歌謠傳唱經常在部落聚會的場合傳唱，進入現代後更因為部落的交流更加頻繁，創新歌謠經常在部落間傳唱，也受到部落青年的喜愛。林班歌之形

成，是你一句我一句之集體創作，而系爭「我們都是一家人」為林班歌，係為原住民集體創作。綜上，原告未能證明其獨立創作系爭「我們都是一家人」音樂著作之原始性，自未享有任何著作權，故原告之請求為無理由，應予駁回。

#### 四、關於「可憐落魄人」之音樂著作

「可憐落魄人」此首歌曲之音樂表達方式，足以表現該作者之個性及獨特，自屬創作性之表達，且其創意已符合最低程度之要求，應認「可憐落魄人」之音樂著作具創作性。惟系爭歌曲於民國 58 至 60 年間已在○○部落廣泛傳唱，原告甲未能證明其係獨立創作系爭「可憐落魄人」音樂著作之創作者（原始性），原自未享有任何著作權，原告之請求為無理由，應予駁回。

#### 五、關於「我該怎麼辦」之音樂著作

此首歌曲之音樂表達方式，足以表現該作者之個性及獨特，自屬創作性之表達，且其創意已符合最低程度之要求，應認「我該怎麼辦」之音樂著作具創作性。惟原告所提出之創作原稿之內容，均以現有詞曲一氣呵成之詞譜並非修改之手稿，其上並無任何批改、增刪、校對之註記，故無從回溯原告創作之脈絡與軌跡，難以認屬創作原稿，尚無法證明系爭「我該怎麼辦」音樂著作為其所創作。又證人證明系爭歌曲約是在民國 57 年至 60 年間在林班傳唱的歌曲之一，屬於集體創作。綜上，原告未能證明其獨立創作系爭「我該怎麼辦」音樂著作之創作者（原始性），自未享有任何著作權。故原告之請求為無理由，應予駁回。

### 陸、評析

本案所關注的事實，本在於確認音樂創作之權利歸屬，法院見解按現行著作權法之規範邏輯論證，一一針對每項標的主張，進行著作權保護要件之檢視，其中最重要者即係原創性之證成<sup>31</sup>。由於原告無法成功

31 有關原創性之內涵，請參見最高法院 81 年度台上字第 3063 號判決、最高法院 90 年度台上字第 2945 號判決、智慧財產法院 98 年度民著上字第 7 號民事判決。

舉證其係各項所提音樂著作之原始創作者，而遭認定所提請求為無理由。

若僅採以著作權法之規範架構進行審視，本案判決見解論述四平八穩、無重大可議之處。然而，值得進一步探究者，在於被告人等所提主張，指出本案所涉及音樂著作多為早年即在部落間傳唱，屬於部落集體創作之文化成果。對此，本研究希冀引入 2007 年公布施行之《原住民族傳統智慧創作保護條例》之視角，冀能對於由原住民族社群成員集體創作之文化內容，提出法制上的保障建議。

憲法增修條文第 10 條第 11 項規定「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化」，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。長久以來，臺灣原住民族的傳統文化成果表達，多數均因無法符合市民法財產權制度的權利取得要件，而被視為某種「無主物」。原住民族以不同於市民財產意識之價值觀所構建的智慧財產利用與分配體系，以及此一利用與分配系統對臺灣知識文明的貢獻，並未被法規體系所承認<sup>32</sup>。因此，原住民族的傳統文化表現成果，可以被任何人所優先「發現」，並以所有之意思加以管領、取得，或甚至因此落入公共領域，而必須無限制、無附加條件、無償的對全體公眾開放<sup>33</sup>。即如原住民族傳統音樂、古調，若置於著作權法保護要件之架構檢視，將會面臨如臺灣高等法院 90 年度上字第 1252 號民事判決所闡釋，受著作權法保障之著作「是著作人須本於自己獨立之思維、智巧、技匠而為具有原創性之創作，並非抄襲、改竄、剽竊或模仿自他人之著作；此種思想或情感之人類精神上心智活動作用須具有最少限度、微量之創意性（Minimal Requirement of Creativity）程度，而足以表現出著作人之個別性或獨特性」。由前揭定義來看，世代相傳的原住民族傳統古調、音樂，將因難以證明原始創作人為誰而不符合保護要

32 黃居正（2009 年 7 月），〈憲法解釋與原住民權利〉，《憲法解釋之理論與實務》，第 6 輯，頁 430-431。

33 黃居正（2010 年 12 月），〈傳統智慧創作與特殊權利——評析「原住民族傳統智慧創作保護條例」〉，《臺灣原住民族研究季刊》，3 卷 4 期，頁 12。

件，更難以證明該創作係「獨力完成」且「具有少量創意」。長期下來，原住民族文化內容與成果表達，在受制於現行法律價值體系的情況下，構成外來文化剝削、誤用原住民族傳統文化成果表達的正當理由，使原住民族無法保有與管理控制其文化內容。

為保障與維護原住民族傳統文化之傳承與發展，前揭《原住民族傳統智慧創作保護條例》所欲保障之內容，按條例第 3 條所例示，包括原住民族傳統之宗教祭儀、音樂、舞蹈、歌曲、雕塑、編織、圖案、服飾、民俗技藝或其他文化成果之表達。論者有謂，原住民族傳統智慧創作與現代智慧財產之基本差異僅具「年代」上的差異，指出原住民族傳統智慧創作與現代的創作具有相同的本質，只是因其年代久遠，無法受現行法制保護，故必須特別予以保障而已。持此論點者的主要問題在於，如果二者的本質並無差異，那麼特殊的保護將失其正當性，只是「權宜」，無法為特殊制度的建立提供完整的說理基礎。對於原住民族而言，「文化」是一項動態發展與生成的活化資產系統，包括了許多豐富的資訊，像是傳統藝術、工藝、舞蹈與文化成果表達、信仰系統、習慣法律、環境知識等整體世界觀，並是維繫原住民族作為文化與政治獨特實體的根本。因此，任何形式對於原住民族「文化」的侵害或傷害，都被視為對於原住民族生命存續與文化永續發展的直接侵害。在私領域所呈現的文化侵害或傷害爭議，即如所謂的「文化侵佔」(cultural appropriation)<sup>34</sup>。在最基本的意義上來說，「文化侵佔」(cultural appropriation)指涉一方對於他方的文化具有掌控與支配權。舉例而言，隸屬於一個文化社群的符號、名稱或儀式，遭致另一文化社群所侵佔或挪用，並且賦予不同的意義與價值。

本研究盤整《原住民族傳統智慧創作保護條例》之規範架構，第 6 條與第 7 條確認智慧創作專用權人之權利主體，按其傳統智慧創作內容，可分別由部落、原住民族或全體原住民族來取得。其次，第 10 條第 3 項針對智慧創作專用權之行使規定，強調應以特定民族、部落或全

34 詳參 James O. Young, *Cultural Appropriation and the Arts*, Blackwell Pub., 2008. 相關事例，請參見楊淑媛(2011)，〈文化自我意識與傳統的再創造：以布農人為例的研究〉，《臺灣人類學刊》，9卷第2期，頁60-62。



部原住民族名義，專有使用及收益其智慧創作之財產權。再者，關於智慧創作財產權之授權，第 13 條亦係以智慧創作專用權人—部落、原住民族或全體原住民族作為授權主體。綜合前開各項條文之說明，原住民族傳統智慧創作的權利本質，係以集體權的型態而存在當無疑義<sup>35</sup>。本條例所保障之原住民族傳統智慧創作權利的使用、收益、管理與授權等各事務，既係以原住民族或部落為其治理主體，重新回復內蘊之原住民族內部秩序與確認其主體文化之意涵當為主要目的。在原住民族傳統文化與習慣法律規範下，傳統智慧創作的保有者可以是單一個人、單一家族或整體社群，而對於此項傳統智慧創作的分享與傳遞，係受到原住民族多元複雜的集體文化系統所規範，在傳遞原住民族傳統文化知識的同時，伴隨著保護部落文化完整性之義務。

如何使兩個世界（市民法與原住民族法）中的每一個重要權利都能獲得滿足？過往許多國家法針對原住民族傳統智慧財產的語言和標準，僅是表面上的創建和授權，美其言是為了保護原住民族的最佳利益，但實際上，隨著時間的推移，從問題的面向上來看，在現實的法律和道德的框架下，貌似是讓原住民族的傳統智慧創作免受盜竊，但最終的效果卻是全球性與國家性的到處複製、掠奪、剝奪原住民族的傳統智慧創作，包括世界智慧財產權組織、聯合國專門機構，當然也包括學者在內。當原住民族遇到以西方知識傳統所建構的智慧財產法體系時，即如兩套截然不同的文化體系相遇一般，出現許多概念鴻溝。我們如何正確地結合兩者關係完全不同的概念，在一個以目標為導向、以市場為主導的世界，和另一個以傳統歷史為定位、以傳承為圭臬的世界，兩個不同主體間的關係如何找到適當的平衡，是個需要跳脫框架來思考的課題。

本於前揭各項說明，未來再有如本案涉及之原住民族傳統古調、音樂、傳唱內容，若均已由各權利歸屬主體依據《原住民族傳統智慧創作保護條例》經認定取得傳統智慧創作專用權利，則非該族群成員在未取得該族群同意之情形下，當不得任意予以使用，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。又，即便在未經依法申請取得傳統

35 黃居正（2010），前揭註 33，頁 24-26。

## 國內原住民族重要判決之編輯及解析（第二輯）

130

智慧創作專用權之事例，法院亦應主動依職權調查證據，究明是否屬《原住民族傳統智慧創作保護條例》之範疇，而給予適當之救濟。

### ❖ 相關法律條文

著作權法：第 3 條第 1 項、第 16 條第 1 項、第 85 條第 1 項、第 88 條

民法：第 179 條、第 184 條第 1 項前段、第 2 項、第 185 條

原住民族傳統智慧創作保護條例：第 6 條、第 7 條、第 10 條第 3 項、第 13 條

憲法增修條文：第 10 條第 11 項

## 伍、刑事判決編輯及解析實例

### 一、違反《槍砲彈藥刀械管制條例》

**案例一** 取得原住民身分前製作土造長槍案

**案號** 最高法院 102 年度台上字第 5223 號刑事判決  
臺灣高等法院花蓮分院 102 年度上訴字第 103 號刑事判決  
臺東地方法院 101 年度重訴字第 11 號刑事判決

**案由** 違反《槍砲彈藥刀械管制條例》

**關鍵詞** 原住民身分、土造長槍、供作生活工具之用

#### 壹、案例事實

甲明知可發射子彈具有殺傷力之槍枝，係槍砲彈藥刀械管制條例所公告列管之物品，未經許可，不得製造及持有，竟未經許可，基於製造具殺傷力土造長槍之犯意，自民國 100 年 10 月間某日起迄至 101 年 4 月初某日止，在花蓮縣鳳林鎮某不詳地址之廢棄工寮內，製造如附表編號 2 所示之具殺傷力之土造長槍 1 枝，並自製造完成時起，未經許可而持有上開土造長槍。

被告乙基於製造具殺傷力槍枝之犯意，於民國 100 年 6 月下旬起迄 101 年 4 月中旬止，在花蓮縣○○鎮○○里○○路○○號其住所旁之工寮內，製造如附表編號 1 所示之槍枝，並自斯時起，藏放在該處而無故

持有槍枝。又基於製造具殺傷力子彈之犯意，於 100 年 8、9 月間，在上開處所，以填充喜德釘、彈珠等物於彈座內之方式，製造如附表編號 4 所示之子彈，並自斯時起，藏放在該處而無故持有子彈。

## 貳、訴訟結果

### 一、第一審判決：臺東地方法院 101 年度重訴字第 11 號刑事判決

甲犯非法製造可發射子彈具有殺傷力之槍枝罪，處有期徒刑貳年陸月，併科罰金新臺幣參萬元，罰金如易服勞役，以新臺幣壹仟元折算壹日，扣案如附表編號 2 之土造長槍壹枝（槍枝管制編號：0000000000），沒收；又共同犯野生動物保育法第 41 條第 1 項第 1 款、第二款之非法獵捕保育類野生動物罪，處有期徒刑陸月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日，扣案如附表編號 1 至 7 所示之物，均沒收。乙共同犯野生動物保育法第 41 條第 1 項第 1 款、第 2 款之非法獵捕保育類野生動物罪，處有期徒刑陸月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。扣案如附表編號 1 至 7 所示之物，均沒收。乙其餘被訴製造槍枝、子彈部分，均無罪。

### 二、第二審判決：臺灣高等法院花蓮分院 102 年度上訴字第 103 號刑事判決

原判決關於甲、乙共同違反野生動物保育法部分撤銷。甲共同犯野生動物保育法第 41 條第 1 項第 1 款之非法獵捕保育類野生動物罪，處有期徒刑六月，如易科罰金，以新臺幣一千元折算一日；扣案如附表編號 1 至 7 所示之物，均沒收。乙共同犯野生動物保育法第 41 條第 1 項第 1 款之非法獵捕保育類野生動物罪，處有期徒刑六月，如易科罰金，以新臺幣一千元折算一日。緩刑貳年，緩刑期間付保護管束，並應於判決確定之日起壹年內接受法治教育課程參場次。扣案如附表編號 1 至 7 所示之物，均沒收。其他上訴駁回（甲被訴製造槍枝有罪，及乙其餘被訴製造槍枝、子彈無罪部分）。

### 三、第三審判決：最高法院 102 年度台上字第 5223 號刑事判決

上訴駁回。

#### 參、當事人主張

##### 一、被告甲認為其應為原住民

被告甲供稱：我母親是阿美族等語，然亦自承：我沒有申請原住民註記。我母親沒有做原住民註記。我有去問，但戶政事務所人員說我母親沒有註記，所以不讓我辦理。我只有一个妹妹○○○，她也沒有原住民註記，我不清楚我母親的兄弟姊妹是否有人有去做註記。我母親那邊的親屬都沒有去做原住民註記，我也不知道母親的兄弟姊妹以及他們的子女有無原住民註記，我知道我自己的戶籍資料無原住民註記，我的兄弟姊妹也沒有人有原住民註記。我現在無法確定我父母親有無做結婚登記，只知道他們是我的父母，我有印象他們好像有去辦離婚。我母親是從小被人家收養，我不知道他的原生家庭有無原住民註記，我母親有無做法律上的收養程序登記我也不清楚，她從小就被抱走了。我有印象時母親有教我原住民語言，她也會講原住民的話，所以我認為我應該是原住民，以前母親教我的語言我現在還會講。這個就是我母親，她過世的時候我有去屏東辦除戶登記等語。

##### 二、被告乙

(一) 我是太魯閣族，我有做原住民註記。我製造槍枝及子彈目的是要打獵，平常的工作是做土木，我平常沒有打獵，之前有跟原住民長輩一起去過，偶爾也會跟著去，但我平常都是上班。槍枝及子彈是土製，之前老一輩教我們從前面填充火藥的方式，但比較會膛炸，我看到原住民有用起訴書所載的方式填充喜德釘跟鋼珠製造槍彈，所以我就用這個方式製造本案的槍枝及子彈。扣案的槍枝和子彈是我第一次拿來打獵，我是慢慢做才把槍枝、子彈做

## 國內原住民族重要判決之編輯及解析（第二輯）

好，並不是一天就做好，因為我平常還要上班。

- (二) 辯護人則為被告乙辯護稱：被告乙係太魯閣族原住民，雖案發當時尚未做原住民註記，但不影響他具有可登記為原住民之事實，他一直生活在族裡面，且與母親同住，跟母親那邊的親屬一起打獵，他何時取得原住民註記並非重點，而是他本身就具有原住民的血統，認定原住民與否應參考其生活文化，不是只有身分取得才叫原住民；被告乙所製造及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，為不罰之行為，且被告乙是把衛生紙塞入空心鐵管前方，再塞入一顆鋼珠，後面塞入少許衛生紙與一顆喜德釘，經喜德釘撞擊鋼珠後發射，其仍為鋼珠並非子彈。

### 肆、爭點

- 一、被告於行為時尚未取得原住民身分，得否適用《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項？
- 二、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」？
- 三、子彈得否適用《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項？
- 四、被告乙製造及持有槍枝的目的為獵捕動物供己食用，為否為「供作生活工具之用」？

### 伍、法院判決

#### 一、第一審判決

- (一) 被告甲不具原住民身分而無《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項規定之適用：
1. 現行法制原住民身分認定，係依《原住民身分法》認定，按《原住民身分法》第 2 條規定略以，「本法所稱原住民，包括山地原住民及平地原住民……」又原住民族別認定辦法第 2 條規定：「本辦法所稱民族指阿美族、泰雅族、排灣族、布農族、卑南族、魯凱

族、鄒族、賽夏族、雅美族、邵族、噶瑪蘭族、太魯閣族及其他經行政院核定之民族。」及同辦法第 3 條規定：「本辦法所稱註記，指戶籍之登記。」

2. 依卷附被告甲之全戶戶籍資料查詢結果觀之，其上並未有原住民身分之註記，再依卷附屏東縣○○鄉戶政事務所 102 年 4 月 11 日屏新戶字第 10230044500 號函暨林○○相關戶籍資料觀之，被告甲之母林○○及其父母、兄弟姐妹均無「原住民族別」註記，亦未見林○○係經收養之記載。是以林○○是否如被告甲所言係經人收養尚難確定，且被告甲身分資料上既無原住民身分之註記，又無其他證據顯示其有原住民血統，仍與上開《原住民身分法》認定取得原住民身分之要件不符，即應認被告甲不具有原住民身分而無《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項規定之適用。

(二) 依《原住民身分法》第 4 條第 3 項之立法意旨，原住民身分之取得應以共同生活關係之人倫秩序上之事實為其根據，而非以在法律上有該效果發生之時為準，故應認被告乙製造及持有上開獵槍之時，已具有原住民身分：

1. 檢察官雖認被告乙於行為時尚未取得山地原住民身分並註記原住民族別，惟「臺灣省山胞身分認定標準」發布後，歷經多次修正而於 83 年 10 月 24 日改為「原住民身分認定標準」(90 年 8 月 24 日廢止)，嗣於 90 年 1 月 17 日公布《原住民身分法》，其中《原住民身分法》係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，該法第 4 條第 2 項及第 3 項分別規定：「原住民與非原住民結婚所生子女，從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字者，取得原住民身分。」「前項父母離婚，或有一方死亡者，對於未成年子女之權利義務，由具有原住民身分之父或母行使或負擔者，其無原住民身分之子女取得原住民身分。」而被告乙係於○○年○○月○○日出生時，出生時從父姓，原姓名為「鄭○○」，於 101 年 5 月 17 日依《原住民身分法》約定自願從母姓，更名為「林○○」於同日取得山地原住民身分並註記原住民族

別等情，有被告乙之全戶戶籍資料查詢結果 1 紙附卷足據。又親屬身分關係秩序，係以人倫秩序為基礎，乃因外在要求，而以法律加以秩序化，而成為國家或民族維持共同生活關係秩序之依據。原住民身分若係因出生或死亡之自然事實而取得者，所生之身分取得效果，應以共同生活關係之人倫秩序上之事實為其根據，而非以在法律上有該效果發生之時為準，始符合《原住民身分法》第 4 條第 3 項之立法意旨。

2. 故被告乙雖於本件犯罪時尚未取得原住民身分，遲至 101 年 5 月 17 日始約定自願從母姓，更名取得原住民身分，而被告乙既已取得原住民身分，則揆諸前揭說明，自應有溯及至被告出生之時（即 63 年 3 月 12 日）之效力，因認被告乙製造及持有上開獵槍之時，已具有原住民身分。

- （三）被告乙為太魯閣族山地原住民，雖非以狩獵為生，然其既有使用自製獵槍狩獵之行為，確有助於其日常生活之進展並促進其個人尊嚴、生活價值之開拓，仍可認持有之自製獵槍係供作生活工具所用。是以，其製造及持有自製之獵槍、子彈既無供犯罪使用之意圖且為供作生活工具之用，雖未經許可，然僅屬違反行政規定處以行政罰之範疇，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：

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。

1. 《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項規定：「原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍、魚槍，或漁民未經許可，製造、運輸或持有自製之魚槍，供作生活工具之用者，處新臺幣 2 千元以上 2 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。申言之，原住民族群基於長期適應生活環境衍生出打獵捕魚之文化傳統，使打獵技能及



精良工具成為原住民自我認同之重要象徵，獵槍除了具有經濟生活之意義外，更深化成為原住民各部落文化中的內涵，當原住民族群之生活型態與經濟來源，隨著國家經濟型態轉變、社會整體發展，而發生明顯重大之改變，但作為傳承原住民文化內涵象徵之打獵行為，則透過儀式化、休閒化、祭典化及部分生活工具化，而繼續留存於原住民部落文化中。此種以自製獵槍打獵之文化，自有別於將槍枝作為武器之其他族群文化，此所以《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項增訂免罰條文之意旨。

2. 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。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、社會與文化之發展。」「本公約締約國確認人人有權：(一) 參加文化生活；(二) 享受科學進步及其應用之惠；(三) 對其本人之任何科學、文學或藝術作品所獲得之精神與物質利益，享受保護之惠。」再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、價值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。此外，《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。

3. 依槍砲彈藥刀械管制條例修法沿革，可知立法者首先所著眼者除原住民傳統習慣之維護外，原住民自製獵槍之殺傷力不及於制式獵槍亦為修法放寬之關鍵之一，至於槍枝之擊發方式應非考慮之重點；接續之修法，乃為貫徹憲法增修條文第 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」之精神。

(1) 由《槍砲彈藥刀械管制條例》之下列立法過程，亦可得知其尊重多元文化之立法本旨：(1)《槍砲彈藥刀械管制條例》於 72 年 6 月 27 日公布施行，而依同條例第 4 條第 1 款規定「本條例所稱槍砲包括獵槍及其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲」，第 5 條則明定「非經中央主管機關許可，不得製造、販賣、運輸、持有、寄藏或陳列槍砲、彈藥」，又未經許可，製造、持有獵槍及其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲者，分別依同條例第 8 條第 1 項、第 3 項、第 10 條第 1 項、第 3 項處斷，惟同條例第 14 條同時明定獵槍、魚槍專供生活習慣特殊國民之生活工具者，其管理辦法，由中央主管機關定之。該條例上開所定，雖已有尊重原住民傳統生活習慣

之旨意，然關於獵槍、魚槍專供生活習慣特殊國民之生活工具者，係由中央主管機關訂定管理辦法加以管理，而未經許可，製造、運輸或持有「獵槍」（按應指制式獵槍）、「自製之獵槍」（應指土造獵槍）者，仍應處以刑罰，而未予以除罪或阻卻違法。(2) 嗣《槍砲彈藥刀械管制條例》雖歷經 74 年 1 月 18 日、79 年 7 月 16 日、85 年 9 月 25 日修正部分條文，然關於上開相關規定，乃修正為專供生活習慣特殊國民之生活工具，由中央主管機關於同條例修正公布後 6 個月內訂定管理辦法，而專供生活習慣特殊國民之生活工具除獵槍、魚槍外，再增列刀械（參 85 年 9 月 25 日修正公布之第 14 條）。據此，內政部乃於 86 年 3 月 24 日頒布「生活習慣特殊國民獵槍魚槍刀械管理辦法」，該辦法第 3 條第 2 項所謂「專供生活習慣特殊國民生活工具」，即包括原住民於狩獵、祭典等場合所使用之獵槍在內；又依該辦法第 4 條至第 6 條規定，只要不具備該辦法第 5 條所定之消極條件，並完成警察機關之報備及發照手續後，即可自製或持有獵槍。換言之，原住民依前開管理辦法之規定，自製或持有自製之獵槍，乃至於持自製之獵槍入山狩獵，除有違反《野生動物保育法》之情形外，本非法所不許。

- (2) 然原住民未依前開管理辦法之規定，合法自製或持有獵槍致誤觸《槍砲彈藥刀械管制條例》重典之情形仍層出不窮，立法者有鑑於此，乃於 86 年 11 月 24 日再修正公布全文。其中第 4 條第 1 款仍規定「本條例所稱槍砲包括各式制式槍砲（包括『獵槍』）及其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲」，未經許可，製造、持有「獵槍」及「其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲」者，分別改依同條例第 8 條第 1 項、第 4 項、第 11 條第 1 項、第 4 項處斷，而同條例第 23 條固仍明定獵槍、魚槍、刀械專供生活習慣特殊國民之生活工具者，其管理辦法，由中央主管機關定之，惟同條例第 20 條第 1 項已增訂「原住民未經許可，製造、運輸、陳列或持有自製之獵

槍，供作生活工具之用者，減輕或免除其刑，並不適用前條（按第 19 條強制工作）之規定。」其立法說明略謂「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如制式獵槍，惟恐原住民偶一不慎，即蹈法以第 8 條（製造、持有獵槍罪）或第 11 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」，依此說明可知，立法者所著眼者除原住民傳統習慣之維護外，原住民自製獵槍之殺傷力不及於制式獵槍亦為修法放寬之關鍵之一，至於槍枝之擊發方式應非考慮之重點。此次修法雖已較修法前寬鬆，然意義上仍是將原住民未經許可，製造、運輸或持有「自製之獵槍」之傳統評價為犯罪行為，仍未予以除罪或阻卻違法，惟已明文規定應減輕或免除其刑，立法意旨顯已進一步尊重原住民之傳統生活習慣。

- (3) 因原住民未依前揭管理辦法規定，合法自製及持有獵槍，而觸犯《槍砲彈藥刀械管制條例》第 8 條規定之情形猶一再發生，立法者復於 90 年 11 月 14 日修正公布同條例，其中與上開規定有關者，乃刪除同條例第 23 條關於獵槍、魚槍、刀械專供生活習慣特殊國民之生活工具者，其管理辦法，由中央主管機關定之規定；同時修正同條例第 20 條，於第 1 項、第 3 項明定「原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍或漁民未經許可，製造、運輸或持有自製之漁槍，供作生活工具之用者，處新臺幣 2 千元以上 2 萬元以下罰鍰，本條例有關刑罰之規定，不適用之」、「前二項之許可申請、條件、期限、廢止、檢查及其他應遵行事項之管理辦法，由中央主管機關定之」，始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。」（見立法院公

報第 90 卷第 53 期第 360 頁)、「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。」(見立法院公報第 90 卷第 53 期第 367 頁)。考此修正意旨，可知此次修法主要目的乃在貫徹憲法增修條文第 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」之精神，落實保障原住民原有生活及文化習慣之立法政策，而明文宣示尊重原住民傳統生活及文化習慣之原則，允許原住民為供作生活工具之用，得製造、運輸或持有自製之獵槍，並改以行政管理方式，授權中央主管機關訂定管理辦法以規範許可事項，縱未經許可，製造、運輸、持有自製之獵槍，亦僅課以行政罰鍰，而正式將之除罪化。

(4) 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、壓迫之現象浮上檯面，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。

4. 本案槍枝屬於本法第 20 條第 1 項之「自製獵槍」：

內政部於 91 年 10 月 2 日雖頒布「槍砲彈藥刀械許可及管理辦法」來定義何謂自製獵槍，但此辦法之定義卻與法律修正前主管機關頒布之函示內容相同，從而，此一內政部頒布之辦法，其內涵是否與立法修正之意旨完全相符，容有疑義。又隨著原住民族政治、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，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；且本法第 20 條之立法目的係尊重原住民文化傳統，對其文化傳統所形成之自製獵槍狩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。

- (1) 由上述《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條修正之立法過程觀之，其尊重原住民生活習俗，而將原住民自製槍枝之製造、持有等行為逐步除罪化。而為兼顧整體社會秩序，乃另外授權行政機關制定管理辦法。內政部乃於 91 年 10 月 2 日頒布「槍砲彈藥刀械許可及管理辦法」（以下稱管理辦法）。該辦法原本並未針對自製獵槍做出法規定義，但 100 年 11 月 7 日卻增訂第 2 條第 3 款，「自製獵槍：原住民依傳統習慣專供捕獵維生之生活工具，由申請人自行獨力製造或與非以營利為目的之原住民在警察分局核准之報備地點協力製造完成，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：係指可填充於自製獵槍槍管內，遠小於槍管內徑之固體物，如玻璃片、彈丸等，供發射之用。」此項新增自製獵槍之定義，與內政部 87 年 6 月 2 日臺 87 臺內警字第 8770116 號函說明：「原住民依傳統習慣專供捕獵維生之生活工具，由申請人自行獨力製造或與非以營利為目的之原住民在警察分局核准之報備地點協力製造完成，以逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，打擊底火或他法引爆，將填充之射出物射出，非使用具有彈頭、彈殼及火藥之子彈者。射出物：指供自製獵槍引爆槍管內火藥後發射之用，填充於槍管內，遠小於槍管內徑之固體物，如玻璃片、彈丸等，且不含具有彈頭、彈殼及火藥之子彈」幾乎完全相同，將 86 年內政部函示內容引為 100 年之法規內容。然而槍砲彈藥刀械管理條例於 90 年修訂，增訂免除原住民持有自製獵槍之刑罰規定，主管機關卻

將法律修正前之函示引為授權法規命令之內容，是否與立法修正之意旨完全相符，容有疑義。

- (2) 且前述管理辦法中所列自製獵槍之定義，除依照立法理由列出結構、功能外，尚要求「自行獨力製造或與非以營利為目的之原住民製造」、「警察分局核准之報備地點協力製造完成」、「逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內」等要件，顯然增加法律所無之限制，既將具有文化意涵之行為活動，透過定義性法規，轉換成為需要經過行政機關核准，不當干預人民文化活動，顯然與立法原意不符。

其他法院對於內政部於 91 年 10 月 2 日頒布 「槍砲彈藥刀械許可及管理辦法」所持之見解	
臺灣高等法院花蓮 分院 102 年度上訴 字第 117 號判決	此一函釋乃增加法律所無之限制： 內政部乃於 91 年 10 月 2 日頒布「槍砲彈藥刀械許可及管理辦法」（以下簡稱管理辦法）。該辦法原本並未針對自製獵槍做出法規定義，但 100 年 11 月 7 日卻增訂第 2 條第 3 款規定：「……。」此項新增自製獵槍之定義，除列出結構、功能外，尚要求自行獨力製造或與非以營利為目的之原住民製造、警察分局核准之報備地點協力製造完成、逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內等要件，顯然增加法律所無之限制，既將具有文化意涵之行為活動，透過定義性法規，轉換成為需要經過行政機關核准，不當干預人民文化活動，與前述歷次修法之立法意旨不盡相符。
最高法院 101 年度台上字 第 1563 號判決	本判決未明白表態，但有敦囑原審應再為斟酌： 則究竟內政部上開原住民自製獵槍函釋，有無事實根據，是否基於專業意見對原住民自製獵槍之客觀具體解釋，又以口徑 0.27 吋建築工業用彈作為發射動力，是否屬原住民傳統自製簡易獵槍之方式？此攸關係爭土造長槍二支，是否屬原住民自製獵槍之判斷，原判決就此未予辨明，自有進一步調查、審酌之必要。
最高法院 96 年度台上字 第 1674 號判決	採用內政部 87 年 6 月 2 日臺 87 臺內警字第 8770116 號函，對於「自製獵槍」之定義： 又所謂「自製獵槍」，依內政部 87 年 6 月 2 日臺 87 警字第 8770116 號函說明：係指「……。」是以，此之「自製獵槍」結構簡單，常見者是一端開口，……。

- (3) 再依上開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陳○○於本院另案 101 年訴字第 152 號違反《槍砲彈藥刀械管制條例》案件審理中證稱：原住民部落所使用之槍枝會以工業底火（俗稱喜得釘）來當火藥，因為火力較大，且較安全。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，如果原住民使用工業底火（俗稱喜得釘）的話，就使用者而言是比較安全而且威力比較大，與傳統火藥一樣都是擊發後要重新填裝等語，顯見原住民使用工業底火來當火藥，對使用者而言較以往由槍口填充火藥之方式安全。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，一昧地引用不合時宜之函令限制人民之權利。換言之，法律並非靜止之概念，其乃孕育於一持續更新之國家成長過程中，當不能排除時代演進而隨之有所變遷之適用。
- (4) 又因《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條屬於免除行為人罪責之法規性質，性質上具有犯罪構成要件之功能，依照刑法第 2 條所揭示之罪刑法定原則，就犯罪之構成要件或除罪之要件，不得由行政機關以命令規範之或加以解釋，而需以法律定之。再依據大法官第 216 號釋字「法官依據法律獨立審判，憲法第 80 條載有明文。各機關依其職掌就有關法規為釋示之行政命令，法官於審判案件時，固可予以引用，但仍得依據法律，表示適當之不同見解，並不受其拘束，本院釋字第 137 號解釋即係本此意旨；司法行政機關所發司法行政上之命令，如涉及審判上之法律見解，僅供法官參考，法官於審判案件時，亦不受



其拘束。」因此，綜合立法者正視原住民文化之差異性與獨特性，及其迭次修法以展現國家對原住民文化傳統之尊重與包容，是《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，不以專恃狩獵維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。

- (5) 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，係指火砲、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、魚槍及其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲。依此，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。本案被告乙自製及持有之槍枝經送請刑事局鑑定後，認：送鑑長槍 1 枝係土造長槍，由具擊發機構之木質槍身與土造金屬槍管組合而成，擊發功能正常，可供擊發同案送鑑子彈使用，認具殺傷力等語，有該局 101 年 6 月 4 日刑鑑字第 1010069979 號鑑定書暨所附槍枝照片 10 張附卷可查，足見上開扣案長槍 1 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」，另經本院函詢內政部警政署保安組亦同此認定，有內政部 101 年 11 月 6 日內授警字第 1010872406 號函 1 紙存卷可參。

- (6) 經本院將扣案槍枝送法務部調查局鑑定結果認：1、送鑑長槍（槍枝管制編號 0000000000 號）全長為 104cm、槍管長 60cm、彈膛前端口徑約 10.7mm；送鑑長槍（槍枝管制編號 0000000000 號），全長為 108cm、槍管長 50cm、彈膛前端口徑約 6.75mm；均係類同火銃操作方式之土造長槍。2、送鑑土造長槍槍管細長，機件粗糙，應屬原住民傳統使用之獵槍。一般黑道使用之土造長槍因殺傷力考量其口徑較大，為裝填操作之便捷子彈與彈頭須為一體，又為便於攜帶與隱藏槍枝長度不宜過長等語，有該局 101 年 11 月 26 日調科參字第 10123214490 號鑑定書 1 份暨所附照片 4 張附卷可查，又扣案槍枝係屬土造長槍，以木質槍身及土造金屬槍管組合而成，已如前述，再觀諸卷附如附表編號 1 之槍枝照片所示，扣案如附表編號 1 土造長槍之外型簡單、結構簡略、材質亦屬粗糙，堪認屬簡易自製槍枝無誤。
- (7) 至於扣案槍枝固使用席格釘（工業底火），惟依上開證人即臺東縣警察局鑑識課警員陳逸文於本院另案 101 年度訴字第 152 號違反《槍砲彈藥刀械管制條例》案件審理中證稱內容及鑑識課警員楊水生於本院另案 101 年度訴字第 166 號違反《槍砲彈藥刀械管制條例》案件審理中證稱內容觀之，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。
- (8) 又依前述，《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條制定之目的，係

尊重原住民文化傳統，對其文化傳統所形成之自製獵槍狩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，難謂與其文化傳統有違，故《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項所稱之「自製獵槍」，應屬《槍砲彈藥刀械管制條例》第 4 條第 1 項第 1 款之「其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲」，是鑑定後認屬「其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲」而為原住民族本於其文化傳統，供其於生活中從事狩獵、祭典、文化、技藝傳承等活動使用，而簡易自製者即屬自製獵槍，前揭內政部 87 年 6 月 2 日臺 87 臺內警字第 8770116 號函示內容及 100 年 11 月 7 日槍砲彈藥刀械許可及管理辦法所增訂第 2 條第 3 款，係主管行政機關依職權所為之解釋性行政規則，其就自製獵槍之定義增加法律所無之限制，有違憲法多元文化之精神及《槍砲彈藥刀械管制條例》歷次修法所揭示之意旨，並無拘束法院之效力。

(9) 本件公訴意旨以前述管理辦法之定義作為判斷是否自製獵槍之依據，而管理辦法適用於槍砲彈藥刀械管理條例第 20 條第 1 項，有規範過剩導致侵奪刑罰構成要件明確性原則之疑慮，已如前述，自不宜逕引為認定被告犯罪之依據，法院均不予援用。

5. 本案槍枝屬於「供作生活工具之用」：

「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、農閒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；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，本條之適用範圍將大幅縮減，顯然有背於上揭多元文化之憲法精神與立法旨趣。

(1) 於 90 年 11 月 14 日《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條修正之

立法理由為「原住民使用獵槍是有其生活上之需要，以法律制裁持有生活必需品之行為，是對原住民人權之嚴重傷害。因此，原住民持有獵槍者只要登記即可合法，而未經登記者則以行政罰加以處罰，這不但符合行政程序法之規定，也保障了原住民基本之生活權益。」又此條之修法意旨為：「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。」

- (2) 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、農閒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。
- (3) 基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《槍砲彈藥刀械管制條例》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、農閒或工作之餘進

入山林狩獵及驅趕獵捕果園、菜園中之野生動物等行為。

- (4) 被告乙雖於警詢及審理時供稱職業為農、木工，然如前所述，國民經濟生活已普遍提升，野生動物之獵捕尚受有《野生動物保育法》之規範，無法任意捕捉，客觀環境之改變已甚少有原住民族僅憑狩獵維生者，倘將《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項所稱「供作生活工具之用」嚴格限縮在特以維生之程度，本條之適用範圍將大幅縮減，顯然有背於上揭多元文化之憲法精神與立法旨趣。
- (5) 再者，人類生活之需求不僅侷限於追求溫飽之經濟生活，更多的需求來自於尊嚴、文化及情感所形塑生活模式之認同，缺乏了這些表徵，表面上的物質生活不會產生影響，但卻實質地影響到人因為認同所產生之尊嚴及價值的斷裂，故本案被告乙供稱其係為獵捕而製造及持有槍枝，為了供己食用才去打獵等語，核與原住民族捕獵之習慣與社會普遍之認知相符，復查無其所言不實之證據，或有任何證據顯示被告乙持有上開扣案槍枝具有其他不法目的之情形，堪認被告乙乃原住民且持有自製獵槍，並無犯罪之意圖，應係為供作生活工具使用無訛。
6. 本案子彈合於《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項之規定  
被告乙既為前開狩獵目的製作獵槍，已如前述，繼而製造專供獵槍使用之子彈，依舉重明輕之原則，自為前揭規定適用之範圍
- (1) 本案被告乙自製及持有之彈殼 8 顆經送請刑事局鑑定後，認：其中 2 顆認均係非制式子彈，由金屬彈殼組合直徑  $8.0\pm 0.5\text{mm}$  金屬彈丸而成，採樣 1 顆試射，可擊發，認具殺傷力；另 6 顆，認均非制式金屬彈殼等語，……，足見上開扣案彈殼其中 2 顆確具有殺傷力。辯護人認僅為鋼珠並非子彈等語，容有誤會。
- (2) 被告乙於偵查及本院準備程序供稱：彈殼 8 顆是我的。將席格丁跟鋼珠放在彈殼內，再放入槍管內（不是從槍管的頭放進去），放進去後就可以扣扳機擊發。（問：為何要製造槍枝）好

奇，是要打獵自己食用。我製造槍枝及子彈目的是要打獵。我製造槍枝及子彈目的是要打獵等語。

- (3) 再依上開刑事局鑑定書觀之，被告乙所自製及持有之槍枝係土造長槍，由具擊發機構之木質槍身與土造金屬槍管組合而成，擊發功能正常，可供擊發同案送鑑子彈使用，認具殺傷力等語，核與被告乙所述製造子彈之目的相符，益證被告乙係為打獵而製造專供獵槍使用之子彈。被告乙既為前開狩獵目的製作獵槍，已如前述，繼而製造專供獵槍使用之子彈，依舉重明輕之原則，自為前揭規定適用之範圍。

## 二、第二審判決

判決意旨同於第一審判決，至於撤銷原判決之部分，應與本文評釋內容並無關聯，故於此不贅。

## 三、第三審判決

### (一) 檢察官上述意旨

本件檢察官就原判決維持第一審諭知被告乙無罪之判決部分，其上訴意旨略以：

1. 按修正前《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項原規定「原住民未經許可，製造、運輸、陳列或持有自製之獵槍，供作生活工具之用者，減輕或免除其刑，並不適用前條之規定。」修正後第 1 項則規定「原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍，供作生活工具之用者，處新臺幣二萬元以下罰鍰，本條例有關刑罰之規定，不適用之。」修正立法理由係為保障原住民基本生活權益，自應尊重其傳統生活習慣，則該上開規定應解釋為原住民本於其文化傳統所形成之特殊習慣，專為其於生活中從事狩獵、祭典等活動使用，而以傳統方式所製造、運輸或持有之自製簡易獵槍，始與立法本旨相契合。蓋原住民傳統自製之獵槍，結構簡單、性能較差、威力不大，僅配合其生活領域，專供狩獵及文化活動之用，且其自製方式及使用範圍行之已久，已具有生活文化價值，為尊重其傳統生

活及自治精神，縱未依法登記，仍以行政罰為已足，自無科以刑事處罰之必要。惟若與原住民之生活無關，而非供為生活上所需要之工具，且持供非法用途者，自無該條之適用，仍應適用該條例有關刑罰之規定論罪科刑。從而不能僅以持有該自製獵槍者身分屬原住民，且供作生活工具之用，即認已符合上開規定，尚須符合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，而持有以傳統方式所製造之自製簡易獵槍之要件始可。

2. 被告乙自製及持有之槍枝經送內政部警政署刑事警察局鑑定結果，及依內政部警政署保安組函釋，均認定為可發射金屬或子彈具有殺傷力之土造長槍，且經原審認不合於獵槍之定義，自非上開規定所稱之自製獵槍。
  3. 又依刑事警察局鑑定書雖記載扣案土造長槍可供擊發同案送鑑子彈使用，認具殺傷力等語，雖可認扣案之子彈可供乙所製造之槍枝使用，然該子彈是否可供其他經改造而具有殺傷力之手槍或其他各式槍砲使用，並未經鑑明，原審遽以認定該子彈係專供獵槍使用之子彈，亦有未洽。
  4. 鈞院亦持相同見解；鈞院 101 年度台上字第 1563 號判決復認上開規定所稱之獵槍，應解釋為原住民本於其文化傳統所形成之特殊習慣，專為其於生活中從事狩獵、祭典等活動使用，而以傳統方式所製造、運輸或持有之自製簡易獵槍；始與立法本旨相契合。原審為無罪判決，依司法實務前例，及將來社會治安防護面觀之，恐未允洽，將來對此部分之法律適用，亦有影響。原判決有適用法則不當之處，又違背最高法院判決先例，自有撤銷發回更審之必要。
- (二) 最高法院對於原審所做出，關於乙如何具有原住民身分、內政部頒布之管理辦法第 2 條第 3 款規定，如何顯有法規命令與立法修正意旨不符、對於本法第 20 條「自製獵槍」之解釋、對於「供作生活工具使用」之解釋，皆表示肯認：
1. 經審理結果，認公訴人所提出之證據，並不足為乙確有未經許可製造槍枝、子彈之證明，亦無從說服法院以形成乙有罪之心證，因而

維持第一審諭知乙此部分無罪之判決，駁回檢察官該部分在第二審之上訴。已依據卷內資料，敘明其取捨證據及得心證之理由。檢察官上訴意旨，對於原判決所為前揭論斷，並未依據卷內資料，具體指摘有何判決所適用法令牴觸憲法或判決違背解釋、判例情形。

2. 原判決已說明乙如何具有原住民身分。並由《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條歷次修正之立法過程，說明該規定之意旨，如何係基於尊重原住民生活習俗，而將原住民自製槍枝之製造、持有等行為逐步除罪化。至內政部於所頒「槍砲彈藥刀械許可及管理辦法」（下稱管理辦法）於 100 年 11 月 7 日增訂第 2 條第 3 款規定：「自製獵槍：原住民依傳統習慣專供捕獵維生之生活工具，由申請人自行獨力製造或與非以營利為目的之原住民在警察分局核准之報備地點協力製造完成，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：係指可填充於自製獵槍槍管內，遠小於槍管內徑之固體物，如玻璃片、彈丸等，供發射之用。」其內容如何係引用《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條於 90 年修正前之內政部 87 年 6 月 2 日臺 87 內警字第 8770116 號函說明，參諸《槍砲彈藥刀械管制條例》於 90 年增訂免除原住民持有自製獵槍之刑罰規定之意旨，上開管理辦法第 2 條第 3 款規定，如何顯有法規命令與立法修正意旨不符之疑義，該規定所要求之要件如何顯然增加法律所無之限制，不當干預人民文化活動，亦與立法原意不符。原判決已於理由中詳加論敘。
3. 原判決再說明：《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項所謂「原住民製造、運輸或持有供作生活工具之用之自製獵槍」，如何應解釋為「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。」依立法意旨，並不以專恃狩獵維生或以狩獵為其生活主要內容者為限。故該條所稱「自製之獵槍」，如何應屬同條例第 4 條第 1 項第 1 款所稱之「其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲」，為原住民族本於其文化傳統，供其於生活中從事狩



獵、祭典、文化、技藝傳承等活動使用，而簡易自製者而言。本件被告乙自製及持有之槍枝經送刑事警察局鑑定後，認屬《槍砲彈藥刀械管制條例》第 4 條第 1 項第 1 款之「其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲」。另內政部警政署保安組之函覆亦同此旨。扣案槍枝固使用席格釘（工業底火），惟依證人陳○○、楊○○於另案所證，足見原住民使用工業底火當火藥，使用工業用底火乃考量其安全及有效性，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，顯違尊重原住民文化傳統之立法意旨。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，亦難謂與其文化傳統有違。而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。主管行政機關自不得無視於現狀之進展，違反上開條約之規定，一味引用不合時宜之函令限制人民之權利。依刑法第 2 條所揭示之罪刑法定原則，及司法院釋字第 216 號解釋之意旨，法院如何不受上開內政部 87 年 6 月 2 日臺 87 內警字第 8770116 號函、管理辦法之拘束。本件公訴意旨以前述管理辦法之定義作為判斷是否自製獵槍之依據，該規定如何有違背刑罰構成要件明確性原則之疑慮而不予援用。原判決亦已逐一說明甚詳。

4. 原判決復說明：《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」，如何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、農閒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。據乙所供，其係為獵捕而製造及持有槍枝，為了供己食用才去打獵等語，核與原住民族捕獵之習慣與社會普遍之認知相符。復無任何證據顯示乙持有上開扣案槍枝具有其他不法目的情形，該槍枝如何係供作生活工具使用無訛。再由上開刑事警察局鑑定結果，乙所製造及持有之土造長槍，如何可供擊發同案送鑑子彈使用，核與乙所述製造子彈之目的相符，如何可見係乙為打獵而製造專供獵槍使用之子彈。因認第一審諭知乙被訴製造槍枝、子彈部分無罪，並無不合，而予維持。原

判決均已依據卷內資料予以指駁及說明。所為論斷及法則之適用，從形式上觀察，並無違背法令之情形存在。檢察官上訴意旨，對於原判決所為前揭論斷，如何有適用法令牴觸憲法或判決違背解釋、判例情形，未置一詞予以說明，揆諸上揭說明，其上訴為不合法律上之程式，應予駁回。

5. 檢察官提起第三審上訴，對於原判決究竟有何所適用之法令牴觸憲法、違背司法院解釋或違背判例等情事，並未具體敘明，難謂符合上揭之法定要件。其上訴為違背法律上之程式，應予駁回。

## 陸、評析

本案是近期有關原住民獵槍問題最具指標性的判決，在本案中的終審判決中，最高法院本於憲法保護原住民族文化的意旨，採取了諸多有利於原住民獵槍問題的見解，本案被告的排灣族原住民也於最高法院宣判本案之後，在最高法院前燃放狼煙以告祖靈<sup>1</sup>。本案涉及原住民獵槍長久以來的爭議，尤其是用以排除原住民自製獵槍刑事責任的《槍砲彈藥刀械管制條例》（以下簡稱槍砲條例）第 20 條第 1 項有關原住民自製獵槍除罪的規定：「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」。簡單地說，行為人必須有原住民身分，而自製獵槍，並供生活工具之用才得以除罪，有關本項規定如何適用於本案，以下分為四個議題分析之。

首先討論原住民身分問題，此項爭議並未上訴到最高法院，僅於一、二審針對該項爭議進行討論而已，關鍵重點在於，本案被告的戶籍資料上並無原住民身分的註記，因此檢察官在起訴時，即以被告不具有原住民身分為由，認為本案不適用槍砲條例第 20 條第 1 項規定。不過第一審判決中，法院認為不應該從形式戶籍登記作為原住民身分的認定

1 蘋果日報，罕見／原民自製獵槍無罪：習俗獲尊重 法院前放狼煙慶祝，2013 年 12 月 18 日，<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20131218/35515172/>（2015/6/24 瀏覽）

標準，原住民身分毋寧應該從實質角度判定，亦即一、二審判決中所指出的「共同生活關係之人倫秩序上之事實為其根據」，就此本案一、二審判決的此項見解，殊值贊同。國家雖然建立戶籍制度，並在戶籍制度中登記個人身分的相關事項，但這些登記內容只是用來簡化個案事項的處理流程，以作為形式上的根據，倘若戶籍資料中並無行為人屬於原住民的登記，但事實上該行為人於犯罪行為時（本案即自製獵槍時），具有事實上的原住民人倫關係，即應該認定為原住民。

近期實務上亦有見解指出，若行為人母親為原住民、而其父親則為漢族，因我國戶政登記制度之故，未能取得原住民身分，此時該原住民行為得否主張適用原住民的免責刑法條文，各級法院雖然有不同看法，但實務逐漸傾向的看法認為，只要行為人具有原住民的文化生活關係，即使戶政上未登記為原住民，亦得適用相關免責條款，此項實務發展可供參照（參考臺灣高等法院 103 年度法律座談會第 21 號提案之見解：「我國對於原住民身分之認定，原則上係以血統及親子關係為基礎，只要父親或母親之一方具有原住民身分，子女實質上即為原住民……是以不論甲有無於審理中變更其姓紙為母姓，甲之母親為原住民，依血親及親子關係判斷，甲實質上為原住民，應可依《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項之規定免除其刑事責任」）

其次的爭議是關於原住民被告自製土造長槍，是否屬於槍砲條例第 20 條第 1 項的獵槍？長期以來實務見解均採取內政部相當早期的函釋見解<sup>2</sup>，認為自製獵槍只限於較弱殺傷力、且以從前方槍口裝填火藥的「前膛槍」，如果殺傷力過強，特別是能夠發射，就已經脫逸出「自製獵槍」的範圍；由於本案被告未經許可而自行製作「後膛槍」，若採取實務向來採用的內政部函示見解，自無適用槍砲條例第 20 條第 1 項的除罪規定；不過最高法院採取了立法目的的解釋，此即從原住民文化及傳

2 臺（87）內警字第 87701166 號函釋：「原住民依傳統習慣專供捕獵維生之生活工具，由申請人自行獨力製造或與非以營利為目的之原住民在警察分局核准之報備地點協力製造完成，以逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，打擊底火或他法引爆，將填充之射出物射出，非使用具有彈頭、彈殼及火藥之子彈者。射出物：指供自製獵槍引爆槍管內火藥後發射之用，填充於槍管內，遠小於槍管內徑之固體物，如玻璃片、彈丸等，且不含具有彈頭、彈殼及火藥之子彈。」

統生活尊重的觀點，討論該項規定的適用界限，由於該項規定文字中未曾限制「自製獵槍」僅限於火力較差之前膛槍，而且從原住民自製獵槍的規範目的來看，本來就是尊重原住民的傳統部落文化，過度從國家行政管理需求限制原住民自製獵槍除罪條款的適用，同樣違反了憲法承認的原住民多元文化尊重意旨，也因此最高法院明確宣示該項規定並無限制於火力、安全性均較差的前膛槍，即便原住民未經主管機關許可而製作後膛槍，亦即適用該項的除罪規定，僅得科予罰鍰。

此項最高法院見解，可說是完全體現了憲法對於原住民族傳統部落文化的尊重，同時一併貫徹了立法者在規範設計時的真意，行政機關試圖以行政命令而限制原住民除罪規定的適用空間，顯然悖離了對於原住民族保護的實質憲法要求，基此，最高法院此項見解殊值贊同。

最高法院另於本案中指出，雖然槍砲條例第 20 條第 1 項中，未言明是否自製子彈亦可除罪，但從規範的當然解釋觀之，倘若立法者已許可了自製獵槍，沒有理由禁止子彈，否則單純獵槍又無子彈，根本不可能有使用功能可言，因此最高法院認為「子彈」屬於該項的「隱藏性構成要件」。

就以上最高法院的看法，亦深值贊同。尤其考量該項規定是除罪功能，並非積極入罪，因此在解釋上當然應該力求採取最寬範圍的解釋原則，才能符合憲法對於原住民族文化的保障期待，子彈雖然沒有寫在項下法文中，但僅許可獵槍卻不許可子彈，實乃難以想像之事，基此，只要該子彈用於受到該項許可的獵槍，當然也應予承認為該項除罪事由所及。

最後的爭點則是，本案被告自製獵槍是為了獵捕動物食用，是否屬於「供作生活工具之用」，所謂供生活工具之用，應該指原住民為了實踐其原住民族生活，而獵取山林收穫。近年來雖然因為社會進步，我們很難再想像原住民完全以打獵的方式營生，因此本項此部分文字的解釋，不應該限制於「純粹依獵捕營生」的類型，還應該擴張至原住民於農閒或工作餘裕，至山林間實踐其部落傳統的獵捕方式，這種非純粹營生，但具有高度實踐原住民族文化生活意義的型態，也應該包括在該項規範所及範疇，才稱得上是實踐憲法保護原住民族文化的根本宗旨。綜

上，本案原住民被告為了獵捕山林間的動物而自製獵槍，即使不完全依打獵維生，但已經屬於原住民族傳統生活的一部分實踐行動，自屬本項所謂「供作生活之用」。

綜合上述，本案最高法院見解全面許可原住民被告適用槍砲條例第 20 條第 1 項規定，同時也認定內政部函釋並不足以解釋該項規定，應值肯定。

#### ❖ 相關法律條文

槍砲彈藥刀械管制條例：第 20 條第 1 項

#### 案例二 製造空氣槍射擊斑鳩玩樂案

**案號** 最高法院 102 年度台上字第 5203 號刑事判決  
臺灣高等法院高雄分院 102 年度上訴字第 672 號刑事判決  
高雄地方法院 102 年度重訴字第 3 號刑事判決

**案由** 違反《槍砲彈藥刀械管制條例》

**關鍵詞** 空氣槍、供作生活工具之用

### 壹、案例事實

甲於民國 99 年農曆過年前某日，由網路覓得乙所架設之「○○模型槍專賣店」網站，經電話聯繫後，即至乙所經營設在高雄市○○區○○街○○號之前述專賣店，以新臺幣 2 萬元之價格，向乙購得原不具殺傷力之空氣槍 1 枝，以該空氣槍射擊斑鳩、麻雀、松鼠，藉此玩樂。嗣約二個月後，甲發覺該空氣槍之動能似有不足，可能係彈簧疲乏所致，為增加上開空氣槍之動能，遂向乙詢問是否有較長之彈簧，可資更換，以增強該空氣槍之動能，經乙告知僅能以原廠之彈簧更換，否則可能會使該空氣槍具有殺傷力而違反國內法令規定，且彼時其店內亦僅有適合西班牙 GAMO 廠製之空氣槍使用之彈簧，該彈簧比前揭美國

CROSMAN 廠製 CS1K77 型號之空氣槍使用之彈簧較長，若要以之更換，應將彈簧裁切（短）後更換，以免觸法。

詎甲經乙告知後，明知可發射金屬具有殺傷力之空氣槍係管制物品，非經中央主管機關許可，不得製造，為增加射擊玩樂之樂趣，仍執意向乙購入上開長度較長之彈簧，隨後基於製造具殺傷力之空氣槍之犯意，在住處將自乙處購得之彈簧裝入上開美國 CROSMAN 廠製 CS1K77 型之空氣槍內，致使上開空氣槍成為具有殺傷力之空氣槍，而製造可發射金屬具有殺傷力之空氣槍，並將之藏匿在上開住處內。甲復於 101 年農曆過年期間某日，至乙所經營之前述專賣店，以 2 萬 5 千元之價格，向乙購得原不具殺傷力之空氣槍 1 枝，以該空氣槍射擊斑鳩、麻雀、松鼠，藉此玩樂。嗣甲發覺該空氣槍之動能似有不足，遂向乙詢問是否有辦法增加上開空氣槍之動能，經乙告知上開西班牙 GAMO 廠製之空氣槍，國外規格與國內規格不同，為符合國內法令規定，國內進口該空氣槍時，有在該槍彈簧活塞附近挖一小洞以供洩氣，如果將該洞塞住，動能增加可能會具有殺傷力而觸法，不要將該洞塞住等語。詎甲經乙告知後，明知可發射金屬具有殺傷力之空氣槍係管制物品，非經中央主管機關許可，不得製造，竟為增加射擊玩樂之樂趣，仍基於製造具殺傷力之空氣槍之犯意，返回住處後，自行取出該空氣槍之活塞，將該活塞內之小洞塞住，致使上開空氣槍成為具有殺傷力之空氣槍，而製造可發射金屬具有殺傷力之空氣槍，並將之藏匿在上開住處內。

## 貳、訴訟結果

### 一、第一審判決：高雄地方法院 102 年度重訴字第 3 號刑事判決

甲犯未經許可製造空氣槍罪，處有期徒刑貳年陸月，併科罰金新臺幣貳萬元，罰金如易服勞役，以新臺幣壹仟元折算壹日；扣案空氣槍壹支（槍枝管制編號：○○○○○○號）沒收之。又犯未經許可製造空氣槍罪，處有期徒刑貳年陸月，併科罰金新臺幣貳萬元，罰金如易服勞役，以新臺幣壹仟元折算壹日；扣案空氣槍壹支（槍枝管制編號：○○

○○○○號)沒收之。應執行有期徒刑參年，併科罰金新臺幣參萬元，罰金如易服勞役，以新臺幣壹仟元折算壹日。扣案空氣槍貳支(槍枝管制編號：○○○○○○○、○○○○○○○號)均沒收之。

乙無罪。

### 二、第二審判決：臺灣高等法院高雄分院 102 年度上訴字第 672 號刑事判決

上訴駁回。

### 三、第三審判決：最高法院 102 年度台上字第 5203 號刑事判決

上訴駁回。

## 參、當事人主張

被告甲之母親為排灣族，打獵為原住民族之固有文化，甲之外公為獵人，其外公從被告甲小時候即帶其外出打獵，請依《槍砲彈藥刀械管制條例》第 8 條第 6 項規定減輕其刑。

## 肆、爭點

- 一、原住民未經許可製造空氣槍，得否主張《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項？
- 二、如不得主張《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項，則原住民為娛樂而射擊斑鳩、麻雀、松鼠，是否屬於其固有文化，而得依同條例第 8 條第 6 項規定減輕其刑？

## 伍、法院判決

### 一、第一審判決

- (一) 本件行為人之行為合於《槍砲彈藥刀械管制條例》第 5 條所稱之「製造」行為：

1. 扣案之空氣槍 2 枝，經送鑑定結果，……扣案之 2 枝空氣槍確具有殺傷力無訛……。
  2. 按《槍砲彈藥刀械管制條例》第 5 條所稱之「製造」行為，包括創製、改造、組合、混合、化合等行為在內，已損壞之零件而加以修理亦屬製造（最高法院 99 年度台上字第 554 判決要旨參照）。查本件被告甲以更換彈簧、塞住彈簧活塞內小洞之方式增加該空氣槍之動能，造成扣案之空氣槍具有殺傷力之結果，分別屬「創製」、「改造」之行為，均屬《槍砲彈藥刀械管制條例》第 5 條所稱之「製造」行為。
- (二) 本件依《槍砲彈藥刀械管制條例》第 8 條第 6 項規定減輕其刑，但原因係犯罪行為輕微，且本案法院明白否認辯護人主張原住民族文化之抗辯：
1. 本院審酌被告甲製造完成前揭 2 枝空氣槍之目的係供已玩樂，並非出於作奸犯科之目的，對於社會潛在之危險較低，其犯罪行為之情節輕微，爰均依《槍砲彈藥刀械管制條例》第 8 條第 6 項規定減輕其刑。
  2. 至被告甲之辯護人以：被告甲之母親為排灣族，打獵為原住民之固有文化，甲之外公為獵人，其外公從被告甲小時候即帶其外出打獵，請依《槍砲彈藥刀械管制條例》第 8 條第 6 項規定減輕其刑等語。
  3. 查被告甲之母親為排灣族，固有戶籍謄本在卷可證，然本院認被告甲製造上開空氣槍之目的，在射擊斑鳩、麻雀、松鼠，供已玩樂，與原住民族於平日或祭典前獵取老鷹、山豬、黑熊、山鹿等動物，供同族享用以增進同胞認同、取得象徵地位、或供自己家庭生活所需之固有文化，迥然不同，自不得因被告甲之母親為排灣族，其亦具有原住民之血統，即據此而認其犯罪情節輕微，得依《槍砲彈藥刀械管制條例》第 8 條第 6 項規定減輕其刑<sup>3</sup>，然此並不影響

3 槍砲彈藥刀械管制條例第 8 條規定如下：

「未經許可，製造、販賣或運輸鋼筆槍、瓦斯槍、麻醉槍、獵槍、空氣槍或第四條第一項第一款所定其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲者，處無期徒刑或五年以



本院認定被告甲所為本件犯罪行為情節輕微之認定，附此敘明。

## 二、第二審判決

皆同於第一審判決，而認「查被告甲之母親為排灣族，固有戶籍謄本在卷可證，然本院認被告甲製造上開空氣槍之目的在射擊斑鳩、麻雀、松鼠，供己玩樂，與原住民族於平日或祭典前獵取老鷹、山豬、黑熊、山鹿等動物，供同族享用以增進同胞認同、取得象徵地位、或供自己家庭生活所需之固有文化，迥然不同，自不得因被告甲之母親為排灣族，其亦具有原住民之血統，即據此而認其犯罪情節輕微，得依《槍砲彈藥刀械管制條例》第 8 條第 6 項規定減輕其刑，然此並不影響本院認定被告甲所為本件犯罪行為情節輕微之認定」等，而認原判決認事用法並無不合，量刑亦屬適當，被告甲上訴指摘原判決量刑過重，為無理由，應予駁回。

## 三、第三審判決

### （一）上訴意旨

上訴人自幼即常與外公上山打獵，打獵對上訴人而言，非但是一種娛樂，亦屬身為原住民族自我族群認同之表現，自符合第 20 條第 1 項立法意旨所揭示「供作生活工具之用」。

1. 依憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項規定，可知針對原住民族文化之保障及發展，於法律保留層次上屬憲法保留之範疇，以確保多元文化國之理念。而《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條規

---

上有期徒刑，併科新臺幣一千萬元以下罰金（第 1 項）。

未經許可，轉讓、出租或出借前項所列槍枝者，處五年以上有期徒刑，併科新臺幣一千萬元以下罰金（第 2 項）。

意圖供自己或他人犯罪之用，而犯前二項之罪者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑，併科新臺幣一千萬元以下罰金（第 3 項）。

未經許可，持有、寄藏或意圖販賣而陳列第一項所列槍枝者，處三年以上十年以下有期徒刑，併科新臺幣七百萬元以下罰金（第 4 項）。

第一項至第三項之未遂犯罰之（第 5 項）。

犯第一項、第二項或第四項有關空氣槍之罪，其情節輕微者，得減輕其刑（第 6 項）。」

定，若原住民未經許可而製造或持有用以供作生活工具之自製獵槍者，處以罰鍰，該條例有關刑罰之規定不適用之。立法意旨乃在於原住民之自製獵槍係屬供作生活上及文化上工具之用，並無據為犯罪工具意圖，以落實憲法增修條文及符合該條例多元文化主義之政策目標與規範目的。顯見前揭第 20 條規定係立法者基於多元文化之認知與珍視，秉承國家寬容政策，對原住民族使用獵槍之傳統採取開放態度，司法機關自不應無視於此立法旨意及趨勢，進而曲解、限縮法律文義。

2. 則上揭法條所謂「供作生活工具之用」，不應嚴格限制解釋於「恃以維生」，蓋現今國民經濟生活普遍提升，客觀環境之改變已鮮少原住民族僅單純依憑狩獵維生。原判決僅以上訴人製造本件槍枝之目的在於「射擊斑鳩、麻雀、松鼠供己玩樂」，而認非屬第 20 條規定所謂「供作生活工具之用」。然上訴人外公為排灣族獵人，上訴人自幼即常與外公上山打獵，打獵對上訴人而言，非但是一種娛樂，亦屬身為原住民族自我族群認同之表現，自符合第 20 條第 1 項立法意旨所揭示「供作生活工具之用」，應免除其刑。原判決將上訴人射擊麻雀、松鼠而製造槍枝之行為定性為供自身玩樂，而排除該條項之適用，顯於法有悖。

## （二）法院見解

1. 《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項並未將空氣槍一併列入，故原住民未經許可製造空氣槍，自不得據以主張本條。

《槍砲彈藥刀械管制條例》第 4 條第 1 項第 1 款所規定之槍砲，係將獵槍、空氣槍、魚槍分別列舉<sup>4</sup>，足見三者係分屬不同種類之槍

4 槍砲彈藥刀械管制條例第 4 條規定如下：

「本條例所稱槍砲、彈藥、刀械如下：

- 一、槍砲：指火砲、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、魚槍及其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲。
- 二、彈藥：指前款各式槍砲所使用之砲彈、子彈及其他具有殺傷力或破壞性之各類炸彈、爆裂物。

械。而同條例第 20 條第 1 項係規定「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。」並未將空氣槍一併列入。則原住民未經許可，製造空氣槍，既非屬上開規定之適用範圍，自不得據以主張排除同條例之刑罰非難。上訴意旨執此指稱原判決適用法令不當，即顯非依卷內資料而為指摘之適法第三審上訴理由。

2. 被告於原審皆坦承其改造空氣槍係為玩樂之用：

又第一審判決業認定上訴人改造前揭空氣槍之目的，僅在射擊斑鳩、麻雀、松鼠，藉此玩樂，並非以該等空氣槍供作生活工具之用。上訴人雖提起第二審上訴，然在原審已明確表示其就第一審所為認定之事實「都認罪」；亦即上訴人改造扣案空氣槍，確僅係作為玩樂嬉戲之用。則原審經合法調查後，據以認定其非以之供作生活工具使用，因與同條例第 20 條第 1 項規定未符，而無排除刑罰適用之餘地，自屬事實審法院採證認事職權之適法行使，要無上訴意旨指稱之違法可言。

## 陸、評析

本案的爭點有二項議題，第一項議題涉及《槍砲彈藥刀械管制條例》（以下簡稱槍砲條例）第 20 條第 1 項除罪規定中，有關「原住民供作生活工具之用」的解釋。一般而言，我國法院早期多數見解均認為，此項生活工具指的是原住民的經濟生活，不過近期已經逐漸出現若干判決傾向一併接納文化生活，只要原住民為了實踐其部落傳統習慣而製作獵槍，即應認定為供作生活工具。至於本案是否滿足此一要素，由於法

---

三、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。前項第一款、第二款槍砲、彈藥，包括其主要組成零件。但無法供組成槍砲、彈藥之用者，不在此限。槍砲、彈藥主要組成零件種類，由中央主管機關公告之。」

院所認定的事實傾向本案的原住民被告是「出於玩樂之用」，若依法院最終的事實認定，當然與供作「經濟／文化」生活之用無關，至於本案原住民被告究竟是本於何種意思而製作涉案槍械，這應該是事實認定問題，與法律爭點較無直接關係。

此外，本案最值得討論之處，在於原住民被告製作了較少出現於原住民相關案例中的「空氣槍」，問題即在於倘若原住民出於「供作生活工具之用」而自行製作了空氣槍時，得否適用槍砲條例第 20 條第 1 項排除刑事責任？由於該項只核准了原住民製作「獵槍」，這使得關鍵而且不易處理的問題成為：究竟空氣槍算不算是獵槍？

本質而論，空氣槍與其他槍枝在發射子彈的基本原理上並不相同，一般的槍枝（包括獵槍）是用火藥的燃爆作為推進子彈發射的主要動力源頭，但空氣槍的子彈推進動力，並不是來自火藥，而是透過壓縮空氣，也有部分使用瓦斯作為推進動力來源，一般市售的空氣槍因子彈推進動力有限，難以用來狩獵，無論如何，空氣槍在結構上必須以不使用火藥為前提，本質上係藉由槍械的規格或動力源定義之。

相對於此，獵槍指的是用來狩獵的槍枝，一般常見的制式獵槍指的通常是單發或雙方式的霰彈槍，不過必須強調的是，因為我國現行法制尚未開放制式獵槍，只許可原住民自行作成土製獵槍，土製獵槍欠缺一定的法定規格要素，當然沒有辦法從槍械規格或裝置予以定性，因此現行獵槍的概念並非功能、動力或規格性質的概念，毋寧應該由主觀目的予以設定，亦即從製作該槍械的原住民在製作時，主觀上對於槍械未來的使用目的予以決定，只要原住民出於狩獵目的而製作槍械，即應理解為「獵槍」。

至於判決中提及，「《槍砲彈藥刀械管制條例》第 4 條第 1 項第 1 款所規定之槍砲，係將獵槍、空氣槍、魚槍分別列舉，足見三者係分屬不同種類之槍械」，此一見解雖然以條文字義為中心，但顯然過度拘泥於條文字面意義。析言之，雖然槍砲條例中將各類槍械並列規範，但實際上卻又未注意到每種槍械名稱上可能的不一致與歧異，以及條文中其實仍有「其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲」的概括規定，這

是因為槍砲條例主要的規範方向，在於設法禁止所有可能存在殺傷力的槍械武器，但是在本研究討論的案例中，重點應該不是禁止，而是許可原住民自製的範圍，將禁止的規範管制定義直接且不修正地連結至許可規範，必然會造成規範解釋方向的衝突，也因此，筆者認為即使條文中獵槍與空氣槍分開規定，但這也不表示作為「目的性概念」的獵槍，絕對不能以空氣壓縮的方式推進子彈；相反地，只要原住民在製作時出於文化或經濟生活功用的狩獵意思，就應該尊重原住民文化權利的角度，許可該槍械被理解為原住民使用的獵槍。

綜合上述，針對最具爭議性的第二項議題，因為空氣槍與獵槍在我國法上的規範意義並不相同，空氣槍是規格型的概念，而獵槍是目的型的概念，所有製作者用以狩獵的槍枝即屬獵槍，即使該獵槍的子彈是以空氣壓縮方式驅動。基此，本案原住民被告製作空氣壓縮作為推進動力的槍械，並不能因為其規格不同於火藥推進的理由，就直接認為該槍械不屬獵槍，毋寧應從其主觀目的是否在打獵予以判定。

最後必須補充的是，這種見解是現行法解釋上，最適合且最符合規範意旨的解釋方向，雖然結果上乍看之下有點不合乎常情，但問題癥結其實在於我國獵槍管理法制的緩慢且錯誤立法方向，只要我們無法開放安全且符合原住民使用習慣的制式獵槍，這個問題勢將無法解決。我們更應該注意的是未來對於相關問題的修法，本研究所提出的解釋，只是暫時性終止判決爭議的作法而已。

#### ❖ 相關法律條文

槍砲彈藥刀械管制條例：第 20 條第 1 項

**案例三** 原住民製作手槍案

**案號** 最高法院 103 年度台上字第 443 號刑事判決  
臺灣高等法院臺中分院 102 年度上訴字第 1243 號刑事判決  
臺灣彰化地方法院 102 年度訴字第 114 號刑事判決

**案由** 違反《槍砲彈藥刀械管制條例》

**關鍵詞** 手槍、供作生活工具之用

**壹、案例事實**

甲明知可發射子彈具有殺傷力之改造槍枝及子彈，係《槍砲彈藥刀械管制條例》所管制之物品，非經中央主管機關許可，不得製造、持有。竟基於持有子彈之犯意，未經許可，於民國 95 年年底某日，在南投縣某處山上，拾獲具有殺傷力之非制式子彈 1 顆，竟基於持有具殺傷力之子彈之犯意而持有之。復另基於製造具有殺傷力槍枝之犯意，未經許可，於 98、99 年間某日，先在雲林縣虎尾鎮某處，以新臺幣 2 至 3 萬元之代價，向真實姓名不詳、綽號「阿強」之成年男子，購入已貫通之金屬槍管 1 枝後，又在彰化縣彰化市溪湖鎮某玩具模型店，以不詳價格購入仿半自動手槍之不具殺傷力手槍 1 枝，並將之換裝前開貫通之金屬槍管，而改造成可發射子彈具有殺傷力之改造手槍。

**貳、訴訟結果****一、第一審判決：臺灣彰化地方法院 102 年度訴字第 114 號刑事判決**

甲犯非法製造可發射子彈具殺傷力之槍枝罪，處有期徒刑五年壹月，併科罰金新臺幣肆萬元，罰金如易服勞役，以新臺幣壹仟元折算壹日。扣案改造手槍壹枝（含彈匣貳個，槍枝管制編號：000000000 號）沒收。又犯非法持有子彈罪，處有期徒刑柒月，併科罰金新臺幣貳萬元，罰金如易服勞役，以新臺幣壹仟元折算壹日。應執行有期徒刑五年

參月，併科罰金新臺幣伍萬元，罰金如易服勞役，以新臺幣壹仟元折算壹日。扣案同上之改造手槍壹枝（含彈匣貳個，槍枝管制編號：0000000000 號）沒收。

## 二、第二審判決：臺灣高等法院臺中分院 102 年度上訴字第 1243 號刑事判決

上訴駁回。

## 三、第三審判決：最高法院 103 年度台上字第 443 號刑事判決

上訴駁回。

## 參、當事人主張

- 一、被告具原住民身分，扣案槍枝係作為獵槍使用，應依前揭規定無刑罰規定之適用。
- 二、《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項明確規定原住民之「自製獵槍」應予除罪，法律就「自製獵槍」未為任何形式上限制，亦未授權主管機關就「自製獵槍」之槍枝功能為限制管理。上訴人係布農族原住民，已自白持有自行組裝之獵槍及拾獲之紀念彈，應有該除罪規定之適用。原審認為內政部民國 102 年 3 月 25 日內授警字第 0000000000 號函文屬鑑定報告之範疇，將該槍是否「自製獵槍」交由其他機關認定，當有違法。

## 肆、爭點

《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項之「自製獵槍」應如何定義？

## 伍、法院判決

### 一、第一審判決

- （一）具有布農族原住民身分，此有被告之戶籍謄本 1 件為證；然扣案槍枝經送內政部警政署保安組鑑定，結果認為扣案槍枝係屬《槍

砲彈藥刀械管制條例》第 4 條第 1 項第 1 款之「其他可發射金屬或子彈具有殺傷之各式槍炮」，非屬同條例規定之原住民自製獵槍等情，此有內政部 102 年 3 月 25 日內授警字第 0000000000 號函 1 件可參。

- (二) 且被告於本院審理中亦供稱原住民使用的獵槍，以前是像荷蘭人留下來的長槍，須裝填火藥，現在原住民使用的獵槍槍柄比較長等語，即與本案扣案槍枝為手槍之槍枝種類、外型不同。從而，扣案槍枝非屬原住民自製獵槍一節甚明。是被告及辯護人前揭所辯，即無足採。

## 二、第二審判決

- (一) 按《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項經民國 90 年 11 月 14 日修正為「原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍或漁民未經許可，製造、運輸或持有自製之漁槍，供作生活工具之用者，處新臺幣二萬元以下罰鍰，本條例有關刑罰之規定，不適用之。」嗣再經修正增列行政罰上下限規定。稽之前者修正立法理由「原住民使用獵槍是有其生活上之需要，以法律制裁持有生活必需品之行為，是對原住民人權之嚴重傷害。因此，原住民持有獵槍者只要登記即可合法，而未經登記者則以行政罰加以處罰，這不但符合行政程序法之規定，也保障了原住民基本之生活權益。」及槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第 15 條第 1 項規定意旨，所謂「原住民製造、運輸或持有供作生活工具之用之自製獵槍」，自應以原住民本諸其文化傳統所形成之特殊習慣，專為其於生活中從事狩獵、祭典等活動使用，而以傳統方式所製造、運輸或持有之自製簡易獵槍，始符立法本旨。若與原住民之生活無涉，而非供為生活上所需要之工具，甚且持供非法用途者，自無該條項之適用，仍應適用該條例有關刑罰規定論罪科刑，此有最高法院 99 年度台上字第 5771 號判決意旨可參。
- (二) 經查，被告固具有布農族原住民身分，此有被告之戶籍謄本 1 件為證；然扣案槍枝經送內政部警政署保安組鑑定，結果認為扣案



槍枝係屬《槍砲彈藥刀械管制條例》第 4 條第 1 項第 1 款之「其他可發射金屬或子彈具有殺傷之各式槍炮」，非屬同條例規定之原住民自製獵槍等情，此有內政部 102 年 3 月 25 日內授警字第 0000000000 號函 1 件可參（見原審卷第 40 頁）。且被告於原審審理中亦供稱原住民使用的獵槍，以前是像荷蘭人留下來的長槍，須裝填火藥，現在原住民使用的獵槍槍柄比較長等語，即與本案扣案槍枝為手槍之槍枝種類、外型不同。從而，扣案槍枝非屬原住民以傳統方法製造，供作生活工具之用之自製簡易獵槍至明，自無《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項規定之適用。是被告及辯護人前揭所辯，即無足採。

### 三、第三審判決

- （一）所謂「原住民自製之獵槍」，應解為「原住民本於其文化傳統所形成之特殊習慣，專用於生活中從事狩獵、祭典等活動使用，而以傳統方式所製造、持有之自製簡易獵槍」

《槍砲彈藥刀械管制條例》所管制之槍枝，無不可用於獵殺動物，故同條例第 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，處新臺幣二萬元以下罰鍰，本條例有關刑罰之規定，不適用之」，立法理由謂「原住民使用獵槍是有其生活上之需要，以法律制裁持有生活必需品之行為，是對原住民人權之嚴重傷害。因此，原住民持有獵槍者只要登記即可合法，而未經登記者則以行政罰加以處罰，這不但符合行政程序法之規定，也保障了原住民基本之生活權益。」其排除適用刑罰者，應僅以「原住民自製之獵槍、魚槍，或漁民自製之魚槍」為限，即所謂「原住民自製之獵槍」，應解為「原住民本於其文化傳統所形成之特殊習慣，專用於生活中從事狩獵、祭典等活動使用，而以傳統方式所製造、持有之自製簡易獵槍」。即須係原住民自行製造，目的僅供狩獵、祭典等活動使用，且其發射速度較慢、威力較

小、攜帶較為不便之簡易長槍，始與立法本旨相契合。

### （二）「手槍」非屬「原住民自製獵槍」之範疇

本件上訴人製造之槍枝，依上揭鑑定書及照片所示，明顯係攜帶方便之短柄改造「手槍」，經鑑定結果具有殺傷力，原審因認非屬「原住民自製獵槍」之範疇，核屬事實審採證、認事之合法職權行使，不容任意指摘為違法。

## 陸、評析

最高法院在本案中認為，《槍砲彈藥刀械管制條例》（以下簡稱槍砲條例）第 20 條第 1 項之規定，僅適用於原住民為了實踐其基本生活權益及文化傳統，供狩獵或祭典而製作的獵槍，此時才能依該項規定而排除刑事責任；如果原住民未得主管機關同意，所製作的槍械無法認定為供狩獵或祭典等「供作生活之用」的獵槍，即不得依該項排除刑事責任。

雖然上文似言之成理，但在本案發生的問題則是，當原住民被告拾獲子彈一顆後，又改造玩具手槍為具有殺傷力的槍枝時，究竟算不算是所謂「供作生活之用」。就此案例涉及的事實包括「拾獲子彈」及「改造手槍」兩部分事實，本案的判決內容基本上均聚焦於第二部分「改造手槍」的事實。

至於改造手槍能否適用除罪規定，最高法院採取否定見解，其主要的理由認為：「須係原住民自行製造，目的僅供狩獵、祭典等活動使用，且其發射速度較慢、威力較小、攜帶較為不便之簡易長槍，始與立法本旨相契合」，此判決的見解包括三個除罪的構成元素，即槍砲條例第 20 條第 1 項須限於「自行製造」、「供狩獵、祭典等活動使用」、「發射速度較慢、威力較小、攜帶不便之簡易長槍」，就本案所關涉的案例事實以論，其中尤因原住民被告是購買半成品的手槍而再予以改造，一方面並非真正「全部自製」，另一方面因為手槍不算是「簡易長槍」，因此最高法院仍認為本案的原住民被告應該成立刑事責任。

然而針對最高法院所主張除罪前提的三項要素，本文則有不同意見：

- 一、因為除罪規定中已經寫明「自製獵槍」，所以最高法院向來均要求必須要「全部自製」，但能否將「自製」擴大解釋為「全部自製」，其實仍有疑慮。析言之，在現代的工業社會中，我們難以想像任何一位製作槍枝的行為人，必須從找礦、煉鐵到製作出全槍都不假手他人，實際的情況通常是，行為人向特定商家購買必要的原料再自行組合、加工，只要整個組合、加工的完成過程，行為人都有決定其是否續行、如何開展後續加工方法等實質地位，即應認定為行為人自製，所以自製的重點不在於行為人親手製作，而是行為人對於整個成品的完成過程，具有實質上的支配與監督效果。基此，最高法院認為必須要達到全部自製，顯有誤會。
- 二、其次是供狩獵、祭典使用的解釋，由於槍械本身並不會直接揭露使用目的，我們可以用水果刀削蘋果，也可以使用匕首達成同樣的功能。任何槍械只要使用者對於其用途的個人計畫，是拿來作為狩獵、祭典的功能，就應該認定為供狩獵、祭典使用，就此點應該著重於尊重製作或持有者本人的意思。
- 三、最高法院對於原住民獵槍的限制，除了長年以來限制為前膛槍之外，本案判決中更進一步限制為「簡易長槍」，從而排除手槍作為獵槍之用並適用除罪規定的空間，本研究認為這種解釋完全曲解了槍砲條例第 20 條第 1 項的規範意旨，具體理由有二：第一，獵槍並非專門性質或設計槍枝的用語或概念，而是陳述該槍枝的用途，只要被設定用來打獵的槍械，即可被理解為獵槍，確實絕大多數的獵槍都是長槍，但我們不能相反而論，因為原住民用以打獵的槍枝是短槍或手槍，與其他人常用的長槍不同，就認定這不算是獵槍；第二，除罪規定條文中從未出現長、短的限制，從立法者所授權的文字看來，立法者並未要求只有「長獵槍」才能除罪，但「短獵槍」或「手槍式獵槍」不能除罪。基於以上兩項理由，本研究認為最高法院持手槍並非獵槍的見解，容有檢討必要。

綜上，既然槍砲條例第 20 條第 1 項並未限制獵槍為長槍、短槍或手槍，法官應於個案中調查是否用途設定為原住民供作生活之用的獵槍，但不能僅因屬於手槍就直接否認適用除罪規定的可能性。

#### ❖ 相關法律條文

槍砲彈藥刀械管制條例：第 20 條第 1 項

#### 案例四 原住民間為營利販賣自製獵槍案

**案號** 最高法院 103 年度台上字第 1521 號刑事判決  
臺灣高等法院花蓮分院 102 年度上訴字第 198 號刑事判決  
臺灣臺東地方法院 102 年度原重訴字第 2 號刑事判決

**案由** 違反《槍砲彈藥刀械管制條例》

**關鍵詞** 販賣、土造長槍、供作生活工具之用

### 壹、案例事實

甲原為臺東縣臺東市○○○路 00 號○○○用品社之負責人，明知《槍砲彈藥刀械管制條例》所列管之槍枝，非經中央主管機關許可，不得製造、販賣、持有，竟於民國 100 年 6 月間某日，在○○○用品社內，接受乙（原名黃○○，布農族原住民）訂製土造長槍，隨即基於製造具殺傷力土造長槍以販賣之犯意，在該○○○用品社工作室內，以其在新北市某不詳資源回收場所購得之鐵管、彈簧等材料及已有工具製造完成可發射金屬或子彈具有殺傷力之土造長槍 1 把（不含槍托，槍枝管制編號：0000000000 號，含喜得釘彈座 2 個）。後於 100 年 9、10 月間之某日，以營利之目的，在上開○○○用品社內，以新臺幣 1 萬元之代價，販售前揭土造長槍予乙，乙取得上開具殺傷力之槍枝後，再自行安裝木質槍托，乙取得警方核發之原住民自製獵槍執照後持有之。

## 貳、訴訟結果

### 一、第一審判決：臺灣臺東地方法院 102 年度原重訴字第 2 號刑事判決

甲未經許可，製造其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之土造長槍，處有期徒刑壹年玖月，併科罰金新臺幣參萬元，罰金如易服勞役，以新臺幣壹仟元折算壹日，扣案之土造長槍壹支（槍枝管制編號：○○○○○○號，含喜得釘彈座貳個）沒收。

### 二、第二審判決：臺灣高等法院花蓮分院 102 年度上訴字第 198 號刑事判決

上訴駁回。

### 三、第三審判決：最高法院 103 年度台上字第 1521 號刑事判決

上訴駁回。

## 參、當事人主張

- 一、「原住民未經許可，製造……自製之獵槍、魚槍，……供作生活工具之用者，處新臺幣二千元以上二萬元以下罰鍰，本條例有關刑罰之規定，不適用之。」「原住民相互間……未經許可，販賣、轉讓、出租、出借或寄藏前項獵槍或魚槍，供作生活工具之用者，亦同。」《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項、第 2 項定有明文。被告替同為原住民之乙承製獵槍，而該人已獲准製造持有，被告為其製造，不生違法問題，又被告向其收取材料及人工費用新臺幣一萬元，亦非高價謀利。況依《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 2 項之規定，原住民間相互販賣槍枝，僅應處以罰鍰。
- 二、被告係販賣土造長槍與合法持有之原住民，作為原住民打耳祭使用，其情節輕微，請求依刑法第 59 條規定酌減其刑。

## 肆、爭點

《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 2 項應如何解釋？

## 伍、法院判決

### 一、第一審判決

- (一) 准許原住民間販賣自製之獵槍，其立法目的既為「保障原住民基本之生活權益」，則應係指原住民間非基於營利目的，而係本於互助動機所為之販賣行為：
1. 按「原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍、魚槍，或漁民未經許可，製造、運輸或持有自製之魚槍，供作生活工具之用者，處新臺幣二千元以上二萬元以下罰鍰，本條例有關刑罰之規定，不適用之。原住民相互間或漁民相互間未經許可，販賣、轉讓、出租、出借或寄藏前項獵槍或魚槍，供作生活工具之用者，亦同。」《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1、2 項定有明文，上開條文於 90 年 11 月 14 日修正之立法理由為「原住民使用獵槍是有其生活上之需要，以法律制裁持有生活必需品之行為，是對原住民人權之嚴重傷害。因此，原住民持有獵槍者只要登記即可合法，而未經登記者則以行政罰加以處罰，這不但符合行政程序法之規定，也保障了原住民基本之生活權益。」
  2. 經查，本件被告甲及乙雖均為原住民，然被告甲製造上開土造長槍，係以 1 萬元之高價販賣與乙，其目的顯為販賣以營利，與上開規定原住民製造之獵槍「供作生活工具之用」的要件不符。
  3. 此外，上開條文雖規定原住民相互間未經許可販賣自製之獵槍，供作生活工具之用者，亦免除刑罰。然因我國法制基於維護社會治安，對於槍枝乃採嚴密管制措施，原則上不准許一般人民製造、販賣及持有槍械。《槍砲彈藥刀械管制條例》雖基於尊重原住民族之傳統，例外的准許原住民在「供作生活工具之用」之範圍內得製造、販賣及持有自製之獵槍，故准許原住民間販賣自製之獵槍，其

立法目的既為「保障原住民基本之生活權益」，則應係指原住民間非基於營利目的，而係本於互助動機所為之販賣行為，非認具原住民身分，即可以營利之目的，販賣自製之獵槍，否則無異變相的鼓勵原住民得以販賣自製之獵槍為業，將對社會治安造成威脅，亦違反立法原意。

4. 綜上，被告製造土造長槍與販賣土造長槍以營利之行為與上開免除刑罰規定之要件不符，被告之辯護人前開辯解，委無足採。

(二) 本案不得依刑法第 59 條予以減刑：

按犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑，刑法第 59 條定有明文。考其立法意旨，科刑時原即應依同法第 57 條規定審酌一切情狀，尤應注意該條各款所列事項，以為量刑標準。刑法第 59 條所謂「犯罪之情狀顯可憫恕」，自係指裁判者審酌第 57 條各款所列事項以及其他一切與犯罪有關之情狀之結果，認其犯罪足堪憫恕者而言（即犯罪另有其特殊之原因與環境等等），即必於審酌一切之犯罪情狀，在客觀上顯然足以引起一般同情，認為縱予宣告法定最低刑度猶嫌過重者，始有其適用（最高法院 38 年台上字第 16 號、45 年台上字第 1165 號及 51 年台上字第 899 號判例可資參照）。經查，本院就被告犯行已依《槍砲彈藥刀械管制條例》第 18 條第 1 項之規定減輕其刑至 3 分之 2，另參諸被告之犯罪情節，並無任何足以引起一般同情之客觀情狀而應予憫恕之處，爰不依刑法第 59 條之規定酌減其刑。

## 二、第二審判決

第二審法院之見解同於第一審判決，故於此不贅。

## 三、第三審判決

本條例第 20 條第 2 項亦應以原住民間相互販賣、轉讓其原供自己作為生活工具用之非營利自製獵槍、魚槍為限；且「槍砲彈藥刀械許可及管理辦法」第 15 條第 1 項亦要求非以營利為目的。

1. 《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項規定，旨在尊重原住民族傳統生活習慣之特殊性，於身分及用途上為特殊考量而予以除

- 罪，自應解釋為原住民本於其文化傳統所形成之特殊習慣，專為其生活中從事狩獵、祭典等活動使用，而自行獨立製造、運輸或持有自製之簡易獵槍、魚槍為限。本諸相同立法精神，同條例第 2 項亦應以原住民間相互販賣、轉讓其原供自己作為生活工具用之非營利自製獵槍、魚槍為限。
2. 且主管機關內政部依《槍砲彈藥刀械管制條例》第 6 條之 1 第 1 項及第 20 條第 3 項規定授權訂頒之「槍砲彈藥刀械許可及管理辦法」第 15 條第 1 項規定：「原住民因狩獵、祭典等生活需要，得申請製造、運輸或持有自製之獵槍、魚槍。」仍以自行獨力製造及非以營利為目的而製造獵槍、魚槍為限。
  3. 依卷內資料，上訴人固具原住民身分，然其經營「○○○用品社」，製造該具有殺傷力之土造長槍，以一萬元販售與他人，係為販賣營利，並非為自己於生活中從事狩獵、祭典等活動所用，自與《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條規定之本旨不符。
  4. 原判決認上訴人所為該當同條例第 8 條第 1 項之罪，已說明所憑之證據及理由，且詳敘上訴人所辯其主觀上無犯罪之認識云云，如何不足採信等情，要無違法之可言。上訴意旨置原判決之明白論斷於不顧，徒以自己之說詞，指為違法，難謂已符合首揭法定上訴要件，其上訴不合法律上之程式，應予駁回。

## 陸、評析

本案涉及《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 2 項，以及其所連結同條第 1 項的適用疑義，該條第 2 項規定為：「原住民相互間或漁民相互間未經許可，販賣、轉讓、出租、出借或寄藏前項獵槍或魚槍，供作生活工具之用者，亦同」。至於什麼是獵槍或魚槍，同條第 1 項則語焉不詳地規定了：「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」。



從以上兩項條文的對比可以發現，第 2 項涉及了兩位原住民之間的獵槍轉讓關係，我們姑且稱之為獵槍的原持有人與新持有人，由於我國法上尚未開放原住民使用制式獵槍，因此正常情況下，原持有人是獵槍的製造者，其製造獵槍可能屬於合法製造（事先獲得主管機關許可）或非法製造（未得主管機關許可），而進一步該非法製造又可以區別為行政不法（適用第 20 條第 1 項）與刑事不法（不適用第 20 條第 1 項）；接著，原持有人若將其所製造的獵槍轉讓給新持有人時，原持有人即可能因為轉讓而另行成立販賣、轉讓、出租、出借的罪名（槍砲條例第 8 條第 1 項「販賣」及第 2 項相關行為參照），此一類型的行為就是槍砲條例第 20 條第 2 項所主要排除刑事責任的類型；至於新持有人取得獵槍，該行為應適用持有獵槍的構成要件（槍砲條例第 8 條第 4 項參照），但同樣可以考慮適用第 20 條第 1 項的規定排除刑責。

綜合上述，倘若系爭轉讓過程發生時，正常且最理想的情況應該是下面圖示的 A 案例：

#### 《A 案例》

原持有人製作	原持有人轉讓	新持有人取得
自製、自用於狩獵且得到事前授權→合法	轉讓情事得到事前授權→合法	自用於狩獵且得到事前授權→合法

在 A 案例中基本上因得到事前的授權，所以全面合法。不過，若原持有人未得事前授權逕行製作時，仍然可能發生適用第 20 條第 1 項的情況，接續的轉讓行為可以考慮再適用同條第 2 項排除刑責，至於新持有人則可能依第 1 項排除刑責，我們可以用下面的 B 案例來說明：

#### 《B 案例》

原持有人製作	原持有人轉讓	新持有人取得
未得授權，但屬於自用於狩獵，依第 1 項排除刑責	未得授權，但原持有人自用於狩獵，且轉給新持有人亦供其自用於狩獵，依第 2 項排除刑責	未得授權，但屬自用於狩獵而取得持有，依第 1 項排除刑責

## 國內原住民族重要判決之編輯及解析（第二輯）

B 案例在解釋上有一個基本的問題，此即第 2 項的文字中存在「供作生活工具之用」到底指的是什麼，最高法院在本案判決中所宣示的見解認為：「同條例第二項亦應以原住民間相互販賣、轉讓其原供自己作為生活工具用之非營利自製獵槍、魚槍為限」。換言之，最高法院似乎認為，第 2 項只能發生於原持有人製作時乃出於自用於狩獵，且新持有人同樣自用於狩獵的情況，此即 B 案例，從此可見 B 案例是實務解釋上符合該項意旨的正常案例。

但我們可以再修正一下 B 案例為 C 案例

### 《C 案例》

原持有人製作	原持有人轉讓	新持有人取得
自製、自用於狩獵且得到事前授權→合法	未得授權，但原持有人自用於狩獵，且轉給新持有人亦供其自用於狩獵，依第 2 項排除刑責	未得授權，但屬自用於狩獵而取得持有，依第 1 項排除刑責

C 案例與 B 案例唯一的差別，在於原持有人事前得到許可，但未獲轉讓的事前許可，不過仍得依第 2 項規定排除刑責。

不過，如果原持有人的製作行為，並非供自己使用，而是給新持有人使用，此時就會出現解釋難題，我們可以再把案例區別為兩類：

### 《D 案例》

原持有人製作	原持有人轉讓	新持有人取得
未得授權，且非自用於狩獵，而是提供他人使用	未得授權，但轉給新持有人是供其自用於狩獵	未得授權，但屬自用於狩獵而取得持有，依第 1 項排除刑責

### 《E 案例》

原持有人製作	原持有人轉讓	新持有人取得
未得授權，且非自用，而是提供他人使用	未得授權，但轉給新持有人非供其自用於狩獵	未得授權，亦非自用於狩獵

就 E 案例而言，這是最明確完全違法的情況，某程度而言，通常是新持有人欲持用獵槍實施犯罪，即便原持有人或新持有人均為原住民，

亦應構成完整刑事責任。

不過 D 案例則有疑問，此案的特別在於，原持有人的製作行為並非供己用，而是供他人之用，本案相關事實亦即 D 案例的情況，依最高法院的見解，此時原持有人之所以製作，並非為了供自己狩獵，而是製作後販賣給新持有人營利。最高法院認為在此情況發生時，針對原持有人的製作行為，不得適用第 1 項排除刑責，其轉讓行為亦不適用第 2 項排除刑責，只不過因為製作與販賣均出於同一犯意，且規定於槍砲條例第 8 條第 1 項，因此僅成立一罪而已。

大致而言，E 案例的刑責並無問題，但針對 D 案例的刑事責任，本研究與最高法院見解則有不同。最高法院認為，第 2 項僅得適用於前述典型的 B 案例，但不適用於製作而供他人自用於狩獵的 D 案例，然而此項解釋某程度同樣曲解了第 2 項的文字定義。析言之，第 2 項僅強調轉讓行為合法性的前提，在於「供作生活工具之用」，而原持有人既然必須將持有轉交給新持有人，那麼是不是供生活工具之用，必然應依新持有人對於獵槍的屬性、用途進行判斷，在這個意義下，新持有人如果本來就要把獵槍用於經濟或文化生活，其本來就可以依第 1 項規定除罪。因此，第 2 項當然應該適用至原持有人，然而第 2 項中又規定「供作生活工具之用」，原持有人在轉讓他人之後，已經不再持有獵槍，如何「供作生活工具」，實在難以想像，唯一可能的合理解釋即是，第 2 項不僅適用在典型的 B 案例，亦應擴張至 D 案例，亦即，只要原住民（原持有人）為他人（新持有人）製作獵槍時，已有明確證據使其認知到，他人取得獵槍之後將僅限於符合原住民族文化習慣的狩獵，那麼原製作並轉讓獵槍的原住民，就可以依第 2 項規定阻卻刑事責任；更進一步而言，只要原持有人在製作之時，已經出於供其他原住民狩獵等生活工具之用的意思，亦應認定可依第 1 項阻卻刑事責任。

採本文所見，則本案原住民被告販賣其所製作之獵槍的行為，仍得依同法第 2 項排除刑事責任。

#### ❖ 相關法律條文

槍砲彈藥刀械管制條例：第 20 條第 2 項

**案例五** 使用組裝槍彈獵捕野生動物案

**案號** 最高法院 103 年度台上字第 4146 號刑事判決  
臺灣高等法院高雄分院 103 年度上訴字第 719 號刑事判決  
臺灣高雄地方法院 103 年度原訴字第 9 號刑事判決

**案由** 違反《槍砲彈藥刀械管制條例》

**關鍵詞** 拾獲、霰彈長槍、霰彈子彈、供作生活工具之用

## 壹、案例事實

甲於 102 年 10 月 3 日上午 9 時許，在位於高雄市桃源區之小關山某山溝某處，拾獲具殺傷力之土造霰彈長槍 1 枝、制式霰彈子彈 7 顆、改造霰彈子彈 6 顆後，明知果子狸、山羌均為族群量未逾越環境容許量之保育類野生動物，並經主管機關行政院農業委員會公告列為「應予保育」類之野生動物，非經主管機關許可，不得騷擾、虐待及使用特殊獵捕工具予以獵捕、宰殺，竟為供己食用，未經主管機關之許可，基於非法獵捕、宰殺保育類野生動物之犯意，於同日晚間某時許，在拾獲上開槍枝及子彈附近某處之某山溝狩獵時，持上開土造霰彈長槍及子彈獵捕保育類野生動物白鼻心及山羌各 1 隻，並將之予以燒烤、肢解，預備供己食用。

## 貳、訴訟結果

### 一、第一審判決：臺灣高雄地方法院 103 年度原訴字第 9 號刑事判決

甲成年人與少年犯結夥二人以上竊取森林副產物罪，處有期徒刑拾月，併科罰金新臺幣陸拾陸萬捌仟參佰肆拾捌元，罰金如易服勞役，以罰金總額與壹年之日數比例折算，扣案之如附表編號 1 至 12 所示之物均沒收之；又犯《野生動物保育法》第 41 條第 1 項第 1 款、第 2 款之

非法獵捕保育類野生動物罪，處有期徒刑壹年，扣案之如附表編號 13 至 16 所示之物均沒收之。應執行有期徒刑壹年陸月，併科罰金新臺幣陸拾陸萬捌仟參佰肆拾捌元，罰金如易服勞役，以罰金總額與壹年之日數比例折算，緩刑伍年，扣案之如附表編號 1 至 16 所示之物均沒收之。

甲其餘被訴違反《槍砲彈藥刀械管制條例》部分無罪。甲、乙均成年人與少年犯結夥二人以上竊取森林副產物罪，各處有期徒刑捌月，各併科罰金新臺幣陸拾陸萬捌仟參佰肆拾捌元，罰金如易服勞役，均以罰金總額與壹年之日數比例折算。均緩刑貳年，扣案之如附表編號 1 至 12 所示之物均沒收之。

## 二、第二審判決：臺灣高等法院高雄分院 103 年度上訴字第 719 號刑事判決

原判決關於甲部分撤銷。甲成年人與少年犯結夥二人以上竊取森林副產物罪，處有期徒刑拾月，併科罰金新臺幣陸拾陸萬捌仟參佰肆拾捌元，罰金如易服勞役，以新臺幣貳仟元折算壹日，扣案如附表編號 1 至 12 所示之物均沒收；又犯非法持有可發射子彈具殺傷力之槍枝罪，處有期徒刑參年貳月，併科罰金新臺幣陸萬元，罰金如易服勞役，以新臺幣貳仟元折算壹日，扣案如附表編號 13 至 16 所示之物均沒收；又犯《野生動物保育法》第 41 條第 1 項第 1 款、第 2 款、第 3 款之非法獵捕保育類野生動物罪，處有期徒刑壹年。應執行有期徒刑肆年肆月，併科罰金新臺幣柒拾萬元，罰金如易服勞役，以新臺幣貳仟元折算壹日，扣案如附表編號 1 至 16 所示之物均沒收之。

## 三、第三審判決：最高法院 103 年度台上字第 4146 號刑事判決

上訴駁回。

## 參、當事人主張

甲坦承於上開時間、地點，為警查獲扣得之具有殺傷力之土造霰彈長槍、制式霰彈子彈、改造霰彈子彈及霰彈皮帶，而非法持有具殺傷力

之槍枝、子彈等事實，惟辯稱：當天伊是山溝裡拾獲上開長槍、子彈，剛好伊拿來打獵，伊有想要將拾獲之槍枝、子彈報繳警察，因為伊下山時就被警察查獲，所以來不及報繳。

## 肆、爭點

原住民組裝槍彈後用以獵捕野生動物，是否構成《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項之「供作生活工具之用」？

## 伍、法院判決

### 一、第一審判決

被告甲持有具殺傷力土造長槍 1 枝，其性質屬自製獵槍，其持有之扣案具殺傷力制式霰彈子彈 7 顆及非制式霰彈子彈 6 顆則係供該自製獵槍使用，其持有霰彈子彈之行為，亦未逾越「供作生活工具之用」之範疇，縱認其持有之霰彈子彈應與自製獵槍相同須經依法申請許可，其雖未依法取得許可，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，揆諸上開規定及最高法院判例要旨，自應就被告甲上開被訴違反《槍砲彈藥刀械管制條例》罪，依法為無罪之諭知：

- （一）被告甲為布農族之原住民乙節，業據被告於本院審理中供承在卷，並有被告之個人戶籍資料查詢結果 1 份在卷可稽，是此部分之事實，堪以認定。
- （二）又扣案之土造霰彈長槍 1 支及制式霰彈子彈 7 顆、改造霰彈子彈 6 顆等物，均經送請內政部警政署刑事警察局鑑定，其鑑定結果認：……，足見扣案土造霰彈長槍 1 支，係屬《槍砲彈藥刀械管制條例》第 4 條第 1 項第 1 款所定之其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲；扣案子彈均分別為制式霰彈子彈 7 顆及非制式霰彈子彈 6 顆等情，是此部分之事實，亦足堪認定。
- （三）獵槍除了具有經濟生活之意義外，已然深化成為原住民族各部落文化內涵。次按《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項規

定：「原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍、魚槍，或漁民未經許可，製造、運輸或持有自製之魚槍，供作生活工具之用者，處新臺幣 2 千元以上 2 萬元以下罰鍰，本條例有關刑罰之規定，不適用之」。明令原住民未經許可，製造、持有自製獵槍者，不適用《槍砲彈藥刀械管制條例》有關刑罰之規定。申言之，原住民族群基於長期適應生活環境衍生出打獵捕魚之文化傳統，使打獵技能及精良工具成為原住民自我認同之重要象徵，獵槍除了具有經濟生活之意義外，更深化成為原住民各部落文化中的內涵，原住民族群之生活型態與經濟來源，雖隨著國家經濟型態轉變、社會整體發展，發生明顯重大之改變，但作為傳承原住民文化內涵象徵之打獵行為，則透過儀式化、休閒化、祭典化及部分生活工具化，而繼續留存於原住民部落文化中。此種以自製獵槍打獵之文化，自有別於將槍枝作為武器之其他族群文化，此所以《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項增訂免罰條文之意旨。

- (四) 文化權之保障雖尚未成為憲法明定之基本人權，但既然憲法增修條文以及經濟社會文化權利國際公約均已列明確保人民自由選擇參與文化生活之權利，國家自負有義務在有限可得資源下，積極逐步實現人民之上述權利。而原住民參與其所處群體之傳統狩獵文化，自屬參與文化生活當中的一環，故本案應在憲法、兩公約、《原住民族基本法》肯定及尊重原住民族多元文化規範的前提下，解釋《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項所定「自製之獵槍」及「供作生活工具之用」之意義：
1. 復按憲法增修條文第 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。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、社會與文化之發展。」、「本公約締約國確認人人有權：

（一）參加文化生活；（二）享受科學進步及其應用之惠；（三）對其本人之任何科學、文學或藝術作品所獲得之精神與物質利益，享受保護之惠。」再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。」由以上我國憲法增修條文以及經濟社會文化權利國際公約之規定，雖然未能明確推論文化權之保障已經成為我國憲法所明文規定之基本人權，但既然憲法增修條文以及經濟社會文化權利國際公約均已列明確保人民自由選擇參與文化生活之權利，國家自負有義務在有限可得資源下，積極逐步實現人民之上述權利。

2. 而所謂人民自由選擇參與文化生活的權利，應包含參與文化生活的權利、享受文化創新的權利、享受創新被保護的權利以及創新的自由。其中參與文化生活的權利，除了指參與文學、藝術之創作外，也包含其他民俗音樂、電視廣播、大眾出版等多元文化表現形式，更包含社會或群體的生活方式，例如運動、習俗、衣著、食物等等。因此，原住民參與其所處群體之傳統狩獵文化，自屬參與文化生活當中的一環。而人民除了參與文化生活之外，也同時擁有享受文化創新的權利，使傳統文化隨著時代科學技術之進步而有改變更新的機會，使傳統文化得以獲得新生，與時俱進。國家既負有積極逐步實踐人民上述權利之義務，縱然不能投入所有資源於維護原住



民傳統之文化生活方式，至少不得透過法令限制原住民傳統文化之更新發展，間接地阻礙原住民參與創新傳統文化的機會。至於文化創新所可能帶來的文化衝突，自應在憲政主義下，經由民主程序，透過原住民與主流社群之共同審議，共同參與制訂影響其共同生活之法規政策的決定過程，經由對話、溝通朝向多元文化生活的核心理念邁進。並藉由確保原住民參與其文化生活的權利之決定過程，使共同生活在憲政主義下的各個群體，得以更加相互理解、相互尊重，進而學習理性寬容的民主生活態度，落實憲政主義，確保憲政所揭櫫民主自由生活之命脈綿延流長。

3. 又我國鑑於少數原住民族之文化、語言、習慣、價值觀及社會規範自成特殊之體系，迥異於主流社會，少數原住民族之文化、語言及傳統習俗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，故參酌上開公約有關保障國家內各民族之文化、語言及傳統習俗之規定，制訂《原住民族基本法》，其中第 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提下，解釋《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項所定「自製之獵槍」及「供作生活工具之用」之意義。

- (五) 「原住民製造、運輸或持有供作生活工具之用之自製獵槍」之解釋，應係原住民為供作生活工具之用，而自行製造具有獵槍性能之可發射金屬或子彈具有殺傷力之槍枝：

而觀諸立法者正視原住民族文化之差異性與獨特性，迭次修法以展現國家對原住民族文化傳統尊重與包容之精神，並參諸《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項於 90 年 11 月 14 日修正立法理由：「原住民使用獵槍是有其生活上之需要，以法律制裁持有

生活必需品之行為，是對原住民人權之嚴重傷害。因此，原住民持有獵槍者只要登記即可合法，而未經登記者則以行政罰加以處罰，這不但符合行政程序法之規定，也保障了原住民基本之生活權益。」及修法意旨：「一、屬於工作生活上及文化上工具之用，而『無據為犯罪工具之意圖』。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。」則該條例第 20 條第 1 項所謂「原住民製造、運輸或持有供作生活工具之用之自製獵槍」，自應解釋為「原住民本於其文化傳統所形成之特殊習慣，專為其於生活中從事狩獵、祭典等活動使用，而以傳統方式所製造、運輸或持有之自製簡易獵槍（最高法院著有 101 年度台上字第 1563 號判決意旨參照）」。蓋原住民傳統自製之獵槍，一般而言，結構簡單、性能較差、威力不大，僅配合其生活領域，專供狩獵及文化活動之用，且其自製方式及使用範圍行之已久，已具有生活文化價值，為尊重其傳統生活及自治精神，縱未依法登記，其製造、運輸、陳列或持有自製之獵槍，既作為生活工具之用，僅以行政罰為已足，自無科以刑事處罰之必要；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。且因社會整體發展急遽變遷，原住民族生活型態亦隨之改變，復因《野生動物保育法》獵捕規定之限制，難期其仍專以狩獵維生或以狩獵為其生活主要內容，基於維護原住民族傳統習俗文化及發展之考量，前揭規定關於「供作生活工具之用」之解釋，自應因應生活型態變遷而放寬，只要本於與其傳統習俗文化目的有關而自行製造或持有之獵槍，即應認係供作生活工具之用，不以專恃狩獵維生或以狩獵為其生活主要內容者為限，始與立法本旨相契合（最高法院 102 年度台上字第 5093 號判決意旨可憑）。

(六) 有關「自製之獵槍」部分：

1. 按所謂「自製之獵槍」係指原住民為供作生活工具之用，而自行製造本條例第 4 條具有獵槍性能之可發射金屬或子彈具有殺傷力之槍枝而言，所自製之獵槍裝填火藥或子彈之方式，法律既未設有限制，無論「前膛槍」或「後膛槍」均應包括在內；又狩獵係原住民族傳統維生方式之一，並與其祭典文化有關，原住民在狩獵過程中，可訓練膽識、學習互助精神及生存技能，亦得藉與族人分享狩獵經驗與成果，獲得認同，提升在部落族人中之地位，故原住民族自製獵槍獵捕野生動物，乃其傳統生活習俗文化之重要內容。
2. 惟因社會整體發展急遽變遷，原住民族生活型態亦隨之改變，復因《野生動物保育法》獵捕規定之限制，難期其仍專以狩獵維生或以狩獵為其生活主要內容，基於維護原住民傳統習俗文化及發展之考量，本條項「供作生活工具之用」之解釋，自應因應生活型態之改變而放寬，只要本於與其傳統習俗文化目的有關而自行製造或持有之獵槍，即應認係供作生活工具之用，不以專恃狩獵維生或以狩獵為其生活主要內容者為限，然如溢出此範圍而使用自製獵槍，自不在此限。
3. 從而，中央主管機關 87 年 6 月 2 日函釋及依本條例第 20 條第 3 項授權訂定之槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第 2 條第 3 款將自製獵槍定義為「原住民傳統習慣專供捕獵維生之生活工具」、「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」等情，增加法律所無之限制，已逾越法律之授權，法院自不受其拘束（最高法院著有 102 年度台上字第 5093 號判決意旨參照）。
4. 再按《槍砲彈藥刀械管制條例》所稱之槍砲，乃指該條例第 4 條第 1 項第 1 款所指之各式制式槍砲及其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲（即所謂各式「土造槍枝」），該條例第 4 條第 1 項第 1 款定有明文，簡言之，非該條例第 4 條第 1 項第 1 款所定之各式制式槍砲及其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲，即非本

條例所規範之槍砲。據此，同條例第 20 條第 1 項、第 2 項既明定原住民為供作生活工具之用，製造、運輸、持有、販賣、轉讓、出租、出借、寄藏「自製之獵槍」者，不適用本條例有關刑罰之處罰，而予以除罪化，顯然同條例第 20 條所指原住民「自製之獵槍」，亦屬同條例第 4 條第 1 項第 1 款所指槍砲，否則倘認同條例第 20 條所指原住民「自製之獵槍」，非屬同條例第 4 條第 1 項第 1 款所指之槍砲，即本無《槍砲彈藥刀械管制條例》之適用，更無所謂不適用本條例有關刑罰之處罰可言，事理至明；況參照上開論述關於原住民為供作生活工具之用，製造、運輸、持有、販賣、轉讓、出租、出借、寄藏「自製獵槍」除罪化之沿革，乃本應依該條例加以刑事處罰，進而修正除罪化，亦堪足為相同之認定，再者，同條例第 20 條所指原住民「自製之獵槍」既為「自製」，顯然即非同條例第 4 條第 1 項第 1 款所指之各式「制式」槍砲，當然即非該各式制式槍砲內所指之「獵槍」（即「制式獵槍」），因此，同條例第 20 條所指原住民「自製之獵槍」，顯然即指同條例第 4 條第 1 項第 1 款所指之其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲（即所謂「土造」獵槍）無疑，是所謂「自製之獵槍」之定義應係原住民為供作生活工具之用，而自行製造具有獵槍性能之可發射金屬或子彈具有殺傷力之槍枝，最高法院 102 年度台上字第 5093 號判決意旨亦同上認定。

（七）「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：

1. 另按《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項、第 2 項雖僅係規定原住民為供作生活工具之用，製造、運輸、持有、販賣、轉讓、出租、出借、寄藏「自製之獵槍」，不適用本條例有關刑罰之規定，而未明示是否包括該「自製之獵槍」所用之子彈在內，然觀諸上述立法意旨，既然允許原住民為供作生活工具之用，得製造、運輸、持有、販賣、轉讓、出租、出借、寄藏「自製之獵槍」，而該「自製之獵槍」，又係指同條例第 4 條第 1 項第 1 款所指之其他可

發射金屬或「子彈」具有殺傷力之「土造獵槍」，則舉重以明輕，顯然同條例第 20 條第 1 項、第 2 項規定原住民為供作生活工具之用，製造、運輸、持有、販賣、轉讓、出租、出借、寄藏「自製之獵槍」，應即包括該「自製之獵槍」所適用之「子彈」，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，此乃法律條文與法規體系之當然解釋。從而，同條例第 20 條第 1 項、第 2 項規範所指原住民「自製之獵槍」之範圍應即包括該「自製之獵槍」所適用之「子彈」。至「自製之獵槍」所適用之「子彈」是否僅限於具殺傷力自製子彈，而排除制式子彈。另參諸最高法院 102 年度台上字第 5093 號判決意旨認「至原住民既得供作生活工具之用而自製獵槍，自包括該獵槍所適用之『自製子彈』，為本條例第 20 條第 1 項規定之『隱藏性』要件，此乃法律條文與法規體系之當然解釋」。顯見最高法院 102 年度台上字第 5093 號判決並未明示供自製獵槍使用之制式子彈，不得適用《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項之除罪化規定。且槍枝及子彈須相互搭配使用，方能發揮功能，僅有其一，即無法擊發射擊。是原住民製造、運輸或持有具殺傷力自製獵槍除罪化之規定，依法律條文與法規體系解釋當然包含供自製獵槍使用之具殺傷力自製子彈而得併同予以除罪化甚明。但槍枝及子彈本有不同，同條例第 20 條第 1 項之規定，於具殺傷力子彈之情形，解釋上即無當然僅以具殺傷力自製子彈為限而排除制式子彈之理。又同條例第 20 條第 1 項規定除罪化之立法本旨，在於尊重及維護原住民傳統習俗文化及發展，非在考驗原住民族組裝槍枝之能力。

2. 同理，關於具殺傷力子彈部分，既認屬前開條文之「隱藏性」要件，則其目的自亦非在測試原住民製作子彈之技術。另制式子彈在使用上，顯較自製子彈更具安全性，射擊性能也較為優良。如謂原住民持自製獵槍搭配具殺傷力自製子彈使用進行狩獵，始有同條例第 20 條第 1 項之適用，持自製獵槍搭配制式子彈者，其持有制式

子彈之行為，即不得適用依同條例第 20 條第 1 項規定，反以未經許可持有具有殺傷力子彈之罪責相加，此無異於在處罰製作子彈技術不佳致僅能使用制式子彈為狩獵之原住民，且有製子彈並製作完成供狩獵使用者得以除罪化，無製子彈者則科予刑罰，亦有輕重失衡之情形。再者，同樣搭配自製獵槍進行狩獵，使用安全性低、射擊性能不佳的自製子彈方能免於刑事處罰，使用具較高安全性、射擊性能較優的制式子彈，則須承擔刑責，等同迫使原住民只能選擇使用對其等生命、身體安全危害較嚴重及較無效率之方式進行狩獵，不僅期待可能性較低，顯然也未能完全契合尊重及維護原住民傳統習俗文化及發展之同條例第 20 條第 1 項除罪化規定的立法本旨。

3. 綜上所述，本院認原住民製造、運輸或持有供自製獵槍使用之制式子彈，仍有同條例第 20 條第 1 項除罪化規定之適用，最高法院 102 年度台上字第 5093 號判決意旨，亦僅係例示供自製獵槍使用之具殺傷力自製子彈可併予除罪化而已，並非將供自製獵槍使用之制式子彈排除在同條例第 20 條第 1 項適用之外。綜此所述，《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項所稱「自製之獵槍」，應認凡非屬制式或固定兵工廠生產，而為簡易自製供獵用之槍枝即屬之。
4. 本案被告甲所持有之土造長槍係以具擊發機構之槍身及土造金屬槍管組合而成；其外型簡單，結構甚為簡略，可認係非屬制式或固定兵工廠生產，而為簡易自製之槍枝無訛，應屬該條例第 20 條第 1 項所稱之「自製之獵槍」。是本院認自應為對被告甲為有利之認定，而認槍枝管制編號 0000000000 號具殺傷力土造長槍 1 枝係供被告甲狩獵使用之自製獵槍，扣案具殺傷力之制式霰彈子彈 7 顆及非制式霰彈子彈 6 顆則係供該自製獵槍使用之子彈，並參酌最高法院 102 年度台上字第 5093 號判決意旨及前揭說明，扣案具殺傷力之制式霰彈子彈 5 顆及非制式霰彈子彈 4 顆，既均係供「自製之獵槍」使用，則不論子彈為制式或非制式，均符合《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項規定之「隱藏性」要件。因之，被告甲持

有扣案之具殺傷力制式霰彈子彈 7 顆及非制式霰彈子彈 6 顆之行為，自有同條例第 20 條第 1 項之適用，而應予除罪化。

(八) 有關「供作生活工具之用」部分：

原住民族的狩獵行為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，而第 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，故本案被告甲供稱其持有扣案長槍、子彈係為狩獵之用，是被告甲持有扣案長槍並無犯罪之意圖，應係為供作生活工具使用無訛。

1. 人類「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，更重要者是在狩獵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，並與族人共同分享狩獵的成果，維繫族人間之情感、藉由狩獵行為訓練膽識，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。故原住民族持有自製獵槍獵捕野生動物，乃屬原住民族傳統生活中建立及維繫部落秩序的重要行為，近年來，雖因生活型態之改變，專以狩獵維生之情形雖已極為少見，惟原住民族所居住之部落仍有持自製的獵槍於慶典時或工作之餘進入山林狩獵及驅趕獵捕果園、菜園中之野生動物之習俗，仍為原住民族群體生活及對自我認同的重要行為。
2. 基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。
3. 故本案被告甲供稱其持有扣案長槍、子彈係為狩獵之用，是被告甲

持有扣案長槍並無犯罪之意圖，應係為供作生活工具使用無訛。

4. 再查，本件扣案之土造長槍之外型簡單、結構簡略、材質粗糙，有扣案長槍之照片 2 張附卷可稽，堪認應屬簡易自製槍枝無誤。
5. 又被告甲自陳其拾獲該槍枝係用來打獵使用等語，此亦有被告甲於案發時為警查獲之已肢解燒烤山羌屍塊、白鼻心屍體等物扣案可佐，本院復查無其所言不實之證據，堪認被告甲乃原住民且持有自製獵槍而供作生活工具之用，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底火，惟依前開說明，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。
6. 綜合以上，本件被告甲被訴非法持有之扣案土造長槍、霰彈子彈等物，經鑑定固屬具殺傷力乙節，已如前述，又被告甲供稱：我當天拾獲槍枝、子彈後則狩獵山羌等物供自己食用等語，另本件確有屬保育類野生動物之山羌、白鼻心等死體扣案可佐，業如前述，可認身為布農族原住民之被告，確均保有狩獵之傳統生活習俗文化至明，是被告甲辯稱係拾得上開長槍、子彈顯仍不能完全排除被告甲持有上開槍、彈係為供其狩獵之用，基上所述，被告甲持有上開可發射金屬具有殺傷力之土造長槍、子彈，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。是公訴意旨雖認定被告甲涉犯《槍砲彈藥刀械管制條例》第 8 條第 4 項之非法持有可發射子彈具殺傷力之槍枝罪嫌及同條例第 12 條第 4 項之非法持有子彈罪嫌，然其所憑之論據，與該條例所規定之犯罪構成要件不合，依罪刑法定主義原則，即無從科以刑責。此外，本件依公訴意旨所提出之證據，均不足證明被告甲持有上開槍、彈係具有其他不法目的之情形。同時為貫徹憲法維護原住民族文化之意旨，避免原住民族



狩獵之傳統文化流失之情形下，應認不宜率依《槍砲彈藥刀械管制條例》有關刑罰之規定相繩（臺灣高等法院 99 年度上訴字第 3253 號判決意旨足資參照）。

## 二、第二審判決

「撤銷無罪判決，改判非法持有可發射子彈具殺傷力之槍枝罪。」

被告係基於好奇之心理，組裝該槍彈後用以獵捕野生動物，堪認其係基於偶然、突發因素持有扣案槍彈，且平日係以零工為業，主觀上並無以之供為生活工具之意，持有扣案槍彈復無作為生活必需品之可能，亦非本於其文化傳統所形成之特殊習慣，專用於生活中從事狩獵、祭典等活動使用；該子彈具有殺傷力，若持以結合適宜之槍枝使用，自具有危險性及破壞力，非屬以傳統方式所製造、持有之自製子彈，復與同條例第 20 條第 1 項原住民持有「自製獵槍」供作生活工具者，可排除刑罰適用之要件，迥然有別。

（一）原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍、刀槍，供作生活工具之用者，處新臺幣 2 千元以上 2 萬元以下罰鍰，本條例有關刑罰之規定，不適用之，《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項定有明文。該條立法理由謂「原住民使用獵槍是有其生活上之需要，以法律制裁持有生活必需品之行為，是對原住民人權之嚴重傷害。因此，原住民持有獵槍者只要登記即可合法，而未經登記者則以行政罰加以處罰，這不但符合行政程序法之規定，也保障了原住民基本之生活權益。」可見具有原住民身分者持有獵槍係基於生活上之需要，該獵槍係屬其生活必需品者，始與該條規定之意旨相符。

（二）準此，再就被告持有前揭槍彈，是否符合該條例第 20 條第 1 項之要件，而不適用刑罰之規定，論述如下：

1. 被告偶爾從事零工，現無業，業據其於警詢及原審審理時供陳在卷。而被告與甲等人於 102 年 9 月 30 日上午 7 時前往○○市○○區○○○事業區第○○林班地之目的，業據共同被告洪○○、張○○、少年顏○○於警詢時均供稱：我們四人於 102 年 9 月 30 日 7

時許，每人揹一個背包，內有水、食品及挖牛樟芝的一些工具，由○○市○○區一起出發進入荖濃事業區第 90 林班地採集牛樟芝，當時進入山區時，我沒有看到槍枝，也不清楚如何獵得果子狸（註即白鼻心）及山羌等語。核與被告於警詢及偵查中供稱：在家中聊天時，我提議去採牛樟芝治病用後，大家都同意，就於 102 年 9 月 30 日早上 7 點左右由家中出門，前往山區採牛樟芝，於第 4 天即 102 年 10 月 3 日在小關山的山溝發現土造散彈長槍、制式散彈及改造散彈，我因為好奇就先包起來帶著，當天晚上我把槍組裝好，到附近打獵，用 2 顆子彈，先打到山羌，後打到果子狸。我拿到槍和子彈時，洪○○等 3 人都不在場，也不知道我去打獵等語相符。足證被告與共同被告洪○○等人於前揭時間前往○○市○○區○○事業區第○○林班地之目的，在於竊取森林副產物牛樟芝，並未預期被告會拾獲及持有前揭槍彈。

2. 而被告係基於好奇之心理，組裝該槍彈後用以獵捕野生動物，堪認其係基於偶然、突發因素持有扣案槍彈，且平日係以零工為業，主觀上並無以之供為生活工具之意，持有扣案槍彈復無作為生活必需品之可能，亦非本於其文化傳統所形成之特殊習慣，專用於生活中從事狩獵、祭典等活動使用。
3. 原審認被告持有上開土造散彈長槍，係供作生活工具使用之情，尚有未合。此對照被告於原審審理中始終坦認未經許可持有槍彈之事實，益足彰顯此節。
4. 其次扣案送鑑之子彈 7 顆，……，均可擊發，認具殺傷力；另送鑑之子彈 6 顆，認均非制式散彈，由口徑 12 GAUGE 制式散彈換裝金屬彈丸而成，採樣 2 顆試射，均可擊發，認具殺傷力；業經內政部警政署刑事警察局鑑定屬實，彰顯該子彈具有殺傷力，若持以結合適宜之槍枝使用，自具有危險性及破壞力，非屬以傳統方式所製造、持有之自製子彈，而與《槍砲彈藥刀械管制條例》4 條第 2 款、第 12 條第 4 項所定之未經許可持有具殺傷力之子彈罪之處罰要件合致；復與同條例第 20 條第 1 項原住民持有「自製獵槍」供

作生活工具者，可排除刑罰適用之要件，迥然有別。

- (三) 基上所述，原審未察，遽認具原住民身分被告持有扣案之土造散彈長槍 1 枝、制式散彈子彈、改造散彈子彈等物，係與《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項所定原住民持有自製獵槍供作生活工具之要件相合，應排除刑罰之適用，而為無罪之諭知，自有未恰。檢察官以此為由提起上訴，為有理由，應予撤銷改判為有罪。

### 三、第三審判決

#### (一) 上訴意旨

《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」，應從寬認定，祇要本於傳統習俗文化目的有關而持有之獵槍，即屬之，不以專恃狩獵維生或以狩獵為其生活主要內容者為限。上訴人持有本件槍、彈，本意僅在依原住民傳統生活習俗，充為打獵之用，核與前揭規定相符，其行為應屬不罰。原判決既認上訴人拾獲本件槍、彈，持之獵捕保育類野生動物白鼻心及山羌各一隻；卻又以上訴人偶爾從事零工，現在無業，認前揭槍、彈並非生活必需品云云，就上訴人前述持槍打獵行為予以論處罪刑，自有判決不適用法則、理由矛盾之違法等語。

#### (二) 最高法院見解：同於高等法院之見解

1. 「原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍……，供作生活工具之用者，處新臺幣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。」《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項定有明文。該條立法理由謂：「原住民使用獵槍是有其生活上之需要，以法律制裁持有生活必需品之行為，是對原住民人權之嚴重傷害。因此，原住民持有獵槍者只要登記即可合法，而未經登記者則以行政罰加以處罰，這不但符合行政程序法之規定，也保障了原住民基本之生活權益。」足見具有原住民身分者持有獵槍係基於生活上之需要，該獵槍係屬其生活必需品者，始與該條規定之意旨相符。

2. 上訴人雖具原住民身分，惟其於民國 102 年 9 月 30 日前往○○市○○區○○○事業區第○○林班地之目的，在於竊取牛樟芝，並未預期會於出發後第四天（即 102 年 10 月 3 日）拾獲、持有本件槍、彈。
3. 又上訴人係基於好奇之心理，而組裝該槍、彈後用以獵捕野生動物，堪認其係基於偶然、突發因素持有本件槍、彈，且其平日係以零工為業，主觀上並無以之供為生活工具之意，持有本件槍、彈復無作為生活必需品之可能，亦非本於其文化傳統所形成之特殊習慣，用於生活中從事狩獵、祭典等活動使用，如何與《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項之規定不符之理由。因而就上訴人所犯非法持有可發射子彈具殺傷力之槍枝、非法獵捕保育類野生動物部分，分別論處其罪刑，於法並無不合，亦無判決理由矛盾之違法可言。上訴意旨徒憑己見，再事爭執，指摘原判決上開部分違法云云，難謂已符合首揭法定上訴要件，其此部分上訴違背法律上之程式，應予駁回。

## 陸、評析

本案涉及原住民被告於撿拾自製獵槍後，又自行改造為土製獵槍，並用以實際進行狩獵，該行為是否稱得上「供作生活工具之用」而得依《槍砲彈藥刀械管制條例》（以下簡稱槍砲條例）第 20 條第 1 項之規定，從而排除刑事責任？

本案一審法院採取的看法較有利原住民，第一審判決中明確地指出：「原住民族的狩獵行為，除了為獲得獵物食用外，更重要者是在狩獵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，並與族人共同分享狩獵的成果，維繫族人間之情感、藉由狩獵行為訓練膽識，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。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」，而因本案原住民確實使用該改造獵槍於狩獵行為，並從中以獲取獵物，因此一審法

院認為得構成「供作生活工具之用」；不過從二審法院之後，實務見解開始轉向，到了最高法院，則從打獵與生活的關係，將「供作生活工具之用」而持有獵槍的事例，作了更進一步的細分，最高法院先引述槍砲條例第 20 條第 1 項的規定指出，「供作生活工具之用」必須符合「原住民身分者持有獵槍係基於生活上之需要，該獵槍係屬其生活必需品者」，只要欠缺「生活上需要」的特點，即非供作生活工具之用。以最高法院見解審視本案，由於被告僅有持有獵槍並獵捕動物的事實，但該項獵捕行為尚未達到生活必須的程度，因此最高法院否認本案得適用槍砲條例第 20 條第 1 項的除罪規定。

最高法院主張「供作生活工具之用」必須到生活必需品的程度，此項見解已把所謂的「生活工具」侷限在經濟生活的層面，僅當獵槍作為原住民取得生存資源過程中，不可欠缺的工具之一時，才能夠構成除罪規定；然而本研究則有不同看法，值得思考的重點有二：

第一，人在社會的營生過程中，不僅有經濟生活或物質條件的滿足而已，還包括文化與社會生活，這些文化與社會生活的進行與實現方式，往往形塑了個人對於自己文化與社會意義的認同感。某程度而言，人要維持自己的生物機能，只需要取得物質或經濟條件，但這樣的物質給養，不足以讓人有辦法享有具有智性的生活基礎，試想虔誠的基督徒，縱然每天吃飯前不禱告，還是可以活得下去，但欠缺了飯前的祝禱儀式，根本無法形成對該基督徒個人極其重要的認同感，這一點尤其見於憲法增修條文第 10 條有關原住民族的保障，著重之處不是在原住民族的經濟、物質生活，而是在其文化、政治及社會認同等層面。最高法院將所謂供作生活之用的概念全面限定在經濟生活，顯然忽略人的文化及社會認同需求。

第二，在現代工業社會中，已經有許多社會角色分工的現象，要求原住民必須以狩獵方式作為其營生方式，該獵槍持有才算是「生活必需品」，此種解釋已經誤解現代社會生活的現實。析言之，因為工業化的生活，生活給養品的取得通常不再需要透過狩獵，狩獵的意義已經逐漸轉變為原住民維護其文化認同，相對於工業社會之前，既然原住民已經不再需要採用狩獵來維護自己的給養，此處所謂的生活工具理應包括文

化意義的生活工具。

綜上，本研究認為「供作生活工具之用」不應該如最高法院見解，採取極度限縮的解釋，毋寧應該擴張到文化意義的生活方式，只要原住民持有或製造獵槍，是為了實施其原住民族文化的生活，就應該積極適用該項除罪規定而排除刑責。就本案而言，原住民被告雖然是撿到若干制式槍械，再予以組合、加工並使用於山上獵捕，此項獵捕行為雖然不是在祭典上，但只要屬於原住民生活過程中的一部分，即便僅具有文化或社會認同功能，亦應判定屬於「供作生活工具之用」。

#### ❖ 相關法律條文

槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項

## 二、違反《野生動物保育法》

### 案例六 獵捕保育類野生動物無罪案

案號 臺灣嘉義地方法院 103 年度原訴字第 4 號刑事判決

案由 違反《槍砲彈藥刀械管制條例》等

關鍵詞 環境容許量、保育類野生動物

### 壹、案例事實

被告明知山羌、臺灣野山羊、穿山甲係經行政院農業委員會公告之保育類野生動物，族群量亦未逾越環境容許量，非經主管機關許可，不得予以獵捕，竟基於獵捕保育類野生動物之故意，於 103 年間，先後在不詳地點，以設陷阱之方式或持其弟領有執照之獵槍，獵捕山羌 2 隻、臺灣野山羊 3 隻、穿山甲 1 隻。

## 貳、訴訟結果

甲犯非法持有空氣槍罪，處有期徒刑壹年陸月，併科罰金新臺幣參萬元，罰金如易服勞役，以新臺幣參仟元折算壹日。扣案之空氣槍壹枝（槍枝管制編號：0000000000 號）沒收。緩刑貳年，並於本判決確定後陸月內完成臺灣嘉義地方法院檢察署法治教育課程肆小時。緩刑期間付保護管束。

其餘被訴部分無罪。

## 參、當事人主張

《原住民族基本法》第 19 條規定，原住民得在原住民族地區依法從事以傳統文化、祭儀或自用為限之非營利獵捕野生動物行為。《野生動物保育法》第 21 條之 1 規定，臺灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，不受同法第 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項及第 19 條第 1 項各款規定之限制。被告係鄒族原住民，其在傳統居住領域之嘉義縣阿里山鄉內獵捕保育類野生動物，既屬踐行原住民族傳統文化，自不受《野生動物保育法》第 18 條第 1 項之限制，不應受到處罰。

## 肆、爭點

- 一、被告獵捕野生動物是否合於《原住民族基本法》第 19 條之「傳統文化、祭儀或自用」及《野生動物保育法》第 21 條之 1 第 1 項之「基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕之必要」之目的。《原住民族基本法》及《野生動物保育法》皆使用「傳統文化」一語，外加上其他「祭儀」或「自用」之文字，其間關係為何？後者是否獨立於「傳統文化」，而為特別的要件？
- 二、何謂原住民族之「傳統文化」？

## 伍、法院判決

### 一、穿山甲部分

《野生動物保育法》第 3 條第 12 款就「獵捕」，應專指活體之動物而言，不及於產製品之屍體；本院窮盡調查能事，仍無法認定被告究係獵捕活體野生動物，或係撿拾屍體之野生動物產製品。

- (一) 野生動物之屍體既屬野生動物產製品，則「野生動物」本身應指活體之動物。《野生動物保育法》第 3 條第 1 款規定：「野生動物：係指一般狀況下，應生存於棲息環境下之哺乳類、鳥類、爬蟲類、兩棲類、魚類、昆蟲及其他種類之動物。」第 6 款規定：「野生動物產製品：係指野生動物之屍體、骨、角、牙、皮、毛、卵或器官之全部、部分或其加工品。」明顯就「野生動物」與「野生動物產製品」各有不同之定義。
- (二) 而野生動物之屍體既屬野生動物產製品，則「野生動物」本身應指活體之動物。準此，同條第 12 款就「獵捕」所為之「係指以藥品、獵具或其他器具或方法，捕取或捕殺野生動物之行為」定義，應專指活體之動物而言，不及於產製品之屍體。
- (三) 《野生動物保育法》第 41 條第 1 項規定：「有下列情形之一，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣二十萬元以上一百萬元以下罰金：一、未具第十八條第一項第一款之條件，獵捕、宰殺保育類野生動物者。二、違反第十八條第一項第二款規定，未經中央主管機關許可，獵捕、宰殺保育類野生動物者。三、違反第十九條第一項規定，使用禁止之方式，獵捕、宰殺保育類野生動物者。」該獵捕保育類野生動物之處罰規定，其構成要件有二，一為行為人未具備第 1 款至第 3 款之一定資格或要件，二為行為人獵捕保育類野生動物。此獵捕保育類野生動物之要件，依前揭定義，應侷限於活體之野生動物，不及於產製品之屍體。
- (四) 檢察官所舉證據仍無法證明被告所取得者，究係活體之野生動物或屍體之野生動物產製品，更遑論獵捕活體之野生動物。



- (五) 本院為確認扣案穿山甲死因是否係受到外傷、宰殺或自然死亡，特依職權調查該扣案穿山甲之所在，欲再行鑑定死因，惟據主管機關之嘉義縣政府 104 年 1 月 21 日府農育字第 0000000000 號函：「……」等語，扣案之穿山甲已經銷燬而不復存在，自無從再行鑑定死因。又本院再依職權請鑑定機關說明扣案穿山甲於鑑定時外觀是否有異，得否據以判斷死因，然據鑑定機關之國立屏東科技大學 104 年 1 月 23 日屏科大建野字第 0000000000 號函：「……」等語，該鑑定機關僅係依據扣案物照片鑑定物種，無從說明鑑定時之狀態是否有異。本院窮盡調查能事，仍無法認定被告究係獵捕活體野生動物，或係撿拾屍體之野生動物產製品。
- (六) 綜上所述，檢察官所舉證據固能證明被告持有扣案穿山甲一隻，惟被告自始堅稱係撿拾屍體，搜索扣押所得最多只能證明被告持有穿山甲屍體，鑑定結果至多只能證明扣案穿山甲係屬保育類野生動物，均不及於取得狀態與死亡原因。
- (七) 此外，復查無其他積極證據得以證明被告就穿山甲部分有何犯罪，不能證明被告此部分犯罪，應為無罪之諭知，以免冤抑。

## 二、山羌、臺灣野山羊部分

- (一) 被告獵捕保育類野生動物之行為，洵以認定  
被告坦承曾於 103 年間，在嘉義縣阿里山鄉○○村附近，使用合法自製獵槍或設陷阱方式，先後獵捕山羌 2 隻、臺灣野山羊 3 隻。又警方……，足以佐證被告所稱獵捕情節屬實。而扣案之動物肢體經鑑定確係保育類野生動物山羌、臺灣野山羊之腳部，則有卷附之國立屏東科技大學研究發展處野生動物保育服務中心 103 年 4 月 11 日物種鑑定書可憑，堪認被告所獵捕動物確係保育類野生動物無訛。因此，被告獵捕保育類野生動物之行為，洵以認定。
- (二) 又被告係鄒族之山地原住民，居住在嘉義縣阿里山鄉○○村，除為其自陳無訛外，復有其全戶戶籍查詢資料在卷可證。按「保育類野生動物應予保育，不得騷擾、虐待、獵捕、宰殺或為其他利

用。但有下列情形之一，不在此限：一、族群量逾越環境容許量者。二、基於學術研究或教育目的，經中央主管機關許可者。」固為《野生動物保育法》第 18 條第 1 項定有明文，違反者更應依同法第 41 條第 1 項處罰。惟被告既為原住民，而同法第 21 之 1 第 1 項復規定：「臺灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，不受同法第 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項及第 19 條第 1 項各款規定之限制。」《原住民族基本法》第 19 條復明定：「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。」本案之原住民被告獵捕「保育類」野生動物之行為涉及上開《野生動物保育法》及《原住民族基本法》准許原住民獵捕野生動物之規定。

- (三) 修正後之准許規定應適用於所有野生動物（原因在於，修正前之《野生動物保育法》第 21 條第 5 款之野生動物，其內涵包含一般類及保育類野生動物，而舊法同條但書有特別規定「但保育類野生動物除情況緊急外，應先報請主管機關處理」；而後修法將第 5 款單獨訂為第 21 條之 1；修正前後，相同點在於符合「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」即得獵捕、宰殺野生動物；不同點在於修正後條文並無保育類除外之規定，故修正後之准許規定應適用於所有野生動物）：

93 年 2 月 4 日修正前之《野生動物保育法》第 21 條原規定：「野生動物有下列情形之一，得予以獵捕或宰殺，不受第十七條第一項、第十八條第一項及第十九條第一項各款規定之限制。但保育類野生動物除情況緊急外，應先報請主管機關處理：（第一至四款省略）五、臺灣原住民族於原住民保留地，基於其傳統文化祭典，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者（第六款省略）。」係獵捕一般類及保育類野生動物之准許規定，其中第 5

款係原住民族獵捕野生動物之准許規定。法條結構係以「符合各款資格者得獵捕或宰殺野生動物」作為原則，而此處之「野生動物」乙詞包括一般類及保育類野生動物，從法條使用「不受第 18 條第 1 項各款規定之限制」即可清楚得知，因為第 18 條第 1 項各款係保育類野生動物不得騷擾、虐待、獵捕、宰殺或為其他利用之禁止規定。不過，第 21 條針對上開原則，設有「但保育類野生動物除情況緊急外，應先報請主管機關處理」之除外規定（即保育類仍在禁止之列，只有情況緊急下可以獵捕或宰殺）。93 年 2 月 4 日公布之《野生動物保育法》第 21 條則刪除第 5 款規定，另增訂第 21 條之 1：「臺灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，不受第十七條第一項、第十八條第一項及第十九條第一項各款規定之限制。前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准，其申請程序、獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域及其他應遵循事項之辦法，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。」刪除與增訂之條文實係將修正前第 21 條第 1 項第 5 款之原住民准許規定移至第 21 條之 1。比較修正前後條文，准許獵捕所有野生動物之原則相同，亦即，符合「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」之資格者，即得獵捕、宰殺或利用所有野生動物，但修正前後之差異在於，修正後條文並無「保育類除外規定」，是在法條文義上，修正後之准許規定應適用於所有野生動物，且無例外。

- (四) 修正後之第 21 條之 1 第 1 項、第 2 項都不區分一般類或保育類，且「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」亦未排除保育類野生動物：

又修正後之第 21 條之 1 分為 2 項，第 1 項為原住民獵捕、宰殺或利用野生動物之准許規定，第 2 項則為原住民獵捕、宰殺或利用野生動物之行政管制規定。不僅第 1 項使用野生動物之名稱，未區分一般類或保育類，第 2 項亦同。而主管機關之行政院農業

委員會根據第 2 項規定，於 101 年 6 月 6 日與行政院原住民族委員會會銜訂定發布「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」，該管理辦法復未排除保育類野生動物，係將所有野生動物納入行政管制之範圍，主管機關對於野生動物乙詞之解釋核與本院相同。

（五）第 51 條之 1 之行政罰及附帶決議未提及保育類應屬立法疏漏，並無將保育類部分排除在第 21 條之 1 第 1 項准許規定之外：

1. 立法院於 93 年修正《野生動物保育法》時，除上開第 21 條、第 21 條之 1 之刪除及增訂外，同時增訂第 51 條之 1：「原住民族違反第二十一條之一第二項規定，未經主管機關許可，獵捕、宰殺或利用一般類野生動物，供傳統文化、祭儀之用或非為買賣者，處新臺幣一千元以上一萬元以下罰鍰，但首次違反者，不罰。」之規定，三讀時亦通過：「有關第二十一條之一第二項之許可辦法，應特別尊重原住民族之傳統飲食文化對一般類野生動物之種類、區域、及數量予以妥適訂定。」之附帶決議。論者或謂，第 51 條之 1 僅針對一般類設有行政罰規定，保育類則不與焉，又附帶決議僅針對「一般類」要求行政機關妥適訂定許可辦法，全未提及「保育類」，舉輕以明重，情節較輕之一般類部分係課以行政罰，情節較重之保育類部分自應對應較重之刑事罰。另外，一般類設有行政罰規定，保育類卻無行政罰明文，此時倘未課予刑事罰，情節較重之行為反而不受任何管制及處罰。因此，立法者顯然有意將准許條文限定在「一般類」，保育類部分仍應以刑事罰處理。
2. 上開體系解釋，雖非無據，惟本院基於下列理由認為第 51 條之 1 之行政罰及附帶決議未提及保育類應屬立法疏漏，並無將保育類部分排除在第 21 條之 1 第 1 項准許規定之外：
  - （1）就文義解釋而言，保育類部分應課予刑責之見解，認第 21 條之 1 第 1 項之准許規定不包括保育類，乃將第 21 條之 1 之「野生動物」乙詞解為「一般類」，明顯違背第 21 條之 1 之未有任何限制或區分之文義；

- (2) 就論理解釋而言，舉輕以明重之解釋方法，並非僅有「情節輕較之一般類課予較輕之行政罰，情節較重之保育類當然應課予較重之刑事罰」乙途，亦有「情節較輕之一般類課予較輕之行政罰、情節較重之保育類當然應課予較重之行政罰」之解釋空間，不必然導出刑事罰之結論；
- (3) 就目的解釋而言，觀之 93 年修正時之立法緣由，草案說明稱：「本條文係為配合行政院所提新增第 22 條之 1 修正條文而設，經 91 年 10 月 19 日召開之朝野協商結論共識，責由本席等原住民籍委員擬具修正條文草案，以有效規範相關行為，例如誤捕、殺或利用等在行政秩序上之責任，並具體保障憲法增修條文中所揭示之原住民族文化權利，修正條文如上。」立法者顯然有意朝保障原住民族文化權利，減輕原住民刑事責任之方向修法，排除保育類之解釋顯然與修法目的明顯扞格，且如此解釋之下，新舊法之差異僅有地理區域放寬而已，而此地理區域之放寬係立法文件所未論及，除去地理區域放寬外，新舊條文准許範圍完全相同，修正豈非毫無意義之事；
- (4) 就刑罰規定之解釋原則而論，第 51 條之 1 及附帶決議係針對一般類之行政管制規定而發，未論及保育類，客觀上存在二種解釋可能，一為立法者有意排除保育類，使用刑事罰處理保育類部分，但此一解釋違背條文文義及修法目的，業經敘明。二為立法者制定行政罰規定時，疏未刪除「一般類」文字，或針對「保育類」另設行政罰之條項。按刑事處罰為國家對於人民最為嚴重的侵害，解釋上必須符合明確及謙抑原則，故在處罰與否有所疑義之際，應循有利於人民之解釋，以免人民遭到難以預測處罰範圍及法律效果之規定所處罰。
- (5) 綜上所論，當「准許規定排除保育類之解釋」與「准許規定未予限制區分」之文義有違之情況下，舉輕以明重之論理解釋亦不必然導出排除保育類之結論，且立法者更有保障原住民文化及減輕原住民刑責之修法意念，此際依法治國家之刑罰解釋原

則針對處罰與否容有疑義之處採取「疏未制定保育類行政罰規定」之解釋，方為的論（最高法院 104 年度台上字第 243 號判決參照）。

（六）《原住民族基本法》具有基本、指導、優位之法律位階，而本法第 19 條第 1 款並未限制在保育類野生動物：

此外，《野生動物保育法》於 93 年 2 月 4 日增訂第 21 條之 1 之准許規定後，《原住民族基本法》繼於 94 年 2 月 5 日公布施行。

《原住民族基本法》之制定，係落實 86 年 7 月 18 日憲法增修條文增訂第 10 條第 9 項「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」及第 10 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。」所揭示之保障原住民族傳統文化之基本國策，並實現國家所體認之多元文化價值，就國家與原住民族間規範具有基本、指導、優位之法律位階。其第 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。」條文明確認可原住民獵捕野生動物之行為，雖獵捕野生動物之地區、非營性、目的仍有所限制，然就獵捕對象之野生動物而言，法文並無任何區別，未限制僅得獵捕一般類野生動物，文義甚為明確，復與《野生動物保育法》第 21 條之 1 用語一致。立法文件中，無論行政院草案、黨團協商結論、二讀及三讀，亦未見任何限制之意旨。從而，是依《野生動物保育法》第 21 條之 1 第 1 項，以及其後制定、具有基本、指導、優位法律位階之《原住民族基本法》第 19 條第 1 項第 1 款規定，原住民所得獵捕者，應包括「一般類」及「保育類」之野生動物。

（七）被告獵捕野生動物符合上開「限於原住民族地區」及「非營利行為」之要件：

《原住民族基本法》第 19 條就原住民獵捕野生動物行為有三項限制：一、限於原住民族地區；二、非營利行為；三、以傳統文化、祭儀或自用為限。《野生動物保育法》第 21 條之 1 第 1 項亦有類似限制，即基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕之必要（同條第 2 項規定僅係行政管制規定，違反之效果為課予行政罰）。本案被告係屬鄒族原住民，且為山地原住民，籍設嘉義縣阿里山鄉○○村，警方係在被告嘉義縣阿里山○○村工寮住處搜索查獲野生動物屍體，均業經敘明及認定。按《原住民族基本法》之原住民族地區，係指原住民傳統居住，具有原住民族歷史淵源及文化特色，經中央原住民族主管機關報請行政院核定之地區，為該法第 2 條第 3 款定之至明。其立法理由謂：「『原住民族地區』之定義依據《原住民族工作權保障法》第 5 條第 4 項規定，係指『原住民族傳統居住，具有原住民族歷史淵源及文化特色，經中央原住民族主管機關報請本院核定之地區。』本法從之，另本院業已核定上開地區包括三十個山地鄉及二十五個平地原住民鄉（鎮、市），共五十五個鄉（鎮、市）……。」而行政院前於 91 年 4 月 16 日以院臺疆字第 0000000000 號函核准嘉義縣阿里山鄉為「原住民族地區」，則阿里山鄉屬《原住民族基本法》所稱之「原住民族地區」，殆無疑問。再者，被告復稱其獵捕山羌、臺灣野山羊等野生動物之區域為阿里山鄉○○村附近之溪流旁，獵捕目的係為煎煮食用及族人分食。被告係山地原住民，被告居住地理區域、警方搜索查獲野生動物處所、被告所稱獵捕位置均位在嘉義縣阿里山鄉境，該等地區係屬原住民族地區，目的則係供自己或族人食用，且無反於該等事實之證據存在，應認被告獵捕野生動物符合上開「限於原住民族地區」及「非營利行為」之要件。

（八）無論「祭儀」或「自用」，皆為傳統文化在特定面向的呈現，應屬傳統文化之例示，只作為認定「傳統文化」之輔助，非別傳統文化而獨立存在：

1. 茲有疑問者，被告獵捕野生動物是否合於《原住民族基本法》第 19 條之「傳統文化、祭儀或自用」及《野生動物保育法》第 21 條之 1

第 1 項之「基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕之必要」之目的。《原住民族基本法》及《野生動物保育法》皆使用「傳統文化」一語，外加上其他「祭儀」或「自用」之文字，其間關係為何？後者是否獨立於「傳統文化」，而為特別的要件？

2. 本院認為，《原住民族基本法》第 19 條與《野生動物保育法》第 21 條之 1 第 1 項之准許規定均係憲法所保障之原住民「文化權」之具體實現，本應充分尊重原住民族建構保持己身文化的權利，非不得已須以主流族群文化所建構的國家權力檢視、介入、詮釋時應保持謙抑態度，避免國家權力自身文化立場解釋及適用時，形同曲解、同化、瓦解原住民文化，致使多元文化的憲法價值無從達成。循此解釋方法，准許規定既屬文化權保障的具體實現，核心價值係在「文化」，無論「祭儀」或「自用」，皆為傳統文化在特定面向的呈現，應屬傳統文化之例示，只作為認定「傳統文化」之輔助，非別傳統文化而獨立存在。

（九）原住民族文化權保障為普世價值：

憲法增修條文第 10 條第 9 項及第 10 項明文保障原住民文化，為原住民文化權的根本規定。又公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法第 2 條規定，兩公約（註：即聯合國 1966 年公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約）所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。同法第 3 條規定，適用兩公約規定，應參照其立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋。而公民與政治權利國際公約第 1 條第 1 項及經濟社會文化權利國際公約第 1 條第 1 項均規定：「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。」公民與政治權利國際公約第 27 條規定：「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。」經濟社會文化權利國際公約第 15 條第 1 項第 1 款規定：「本公約締約國確認人人有權參加文化生活。」均明白承認原住民族文化權保障為普世價值。故



《原住民族基本法》與《野生動物保育法》准許規定之所以設立，厥為反映「原住民族文化權」之憲法核心價值，乃彰彰明甚。

(十) 又經濟社會文化權利國際公約第 21 號一般性意見第 36 點指出：

「締約國應採取措施，保證在行使參加文化生活的權利時充分顧及文化生活價值觀，這種價值觀可能有強烈的族群性，或者說，只有原住民族作為一個群體才能表現和享受。原住民族文化生活的強烈的族群性對於其生存、福祉和充分發展是不可或缺的。原住民族與其祖先的土地及其與大自然的關係相連的文化價值觀和權利應予尊重和保護，以防止其獨特的生活方式受到侵蝕，包括喪失維生方式、自然資源，乃至最終的文化認同。」基此意見，為了確保原住民族文化的延續及不受侵害，國家履行保障原住民族文化的義務時，尤應特別注意原住民族文化與自然環境之緊密連結。

(十一) 原住民族傳統文化係指，原住民在與山、森林、野生動物共同生存的自然情境之中，所存在之獨特生活與思考方式，因此，狩獵即為原住民族之傳統文化，是山林鳥獸情境中的獨特生活與思考的展現，自然不會侷限在某一特定功能，而文化具有整體性，要求原住民必須是為了祭儀緣故才去狩獵，實際上是將狩獵置於祭儀的下位，強調狩獵的工具性格，實是以主流社會功利角度出發去解釋原住民族文化；認為原住民過度狩獵，導致野生動物瀕臨絕種，往往是主流族群自己製造出來的恐慌，而未平心觀察原住民族長久以來與山林鳥獸共生共存共榮的客觀事實

1. 何謂原住民族之「傳統文化」？蓋文化係指存在於特定情境中的獨特生活與思考方式，是建構價值觀點的根本（王嵩山，原住民族的文化旅程，遠足文化，2010 年，第 15、38 頁）。文化具有整體性格，不能與情境分離而存在，亦不能切割某部分而獨立存在。依此定義，原住民族傳統文化係指，原住民在與山、森林、野生動物共同生存的自然情境之中，所存在之獨特生活與思考方式。原住民與山林鳥獸共生共存共榮，在此情境中蘊育出視狩獵為生活必要、價值正當、識別族群之生活與思考方式，因此，狩獵即為原住民族之傳統文化，原住民狩獵行為正是履踐其世界觀之行動。原住民的

祭儀，是原住民在與山林鳥獸共存共生共榮情境中所形成信仰觀點，亦是傳統文化，與狩獵都是某特定面向的呈現，且互有連結，在原住民傳統文化中，原住民會為了祭儀所需進行狩獵，但也會在狩獵時祈求山神祖靈的祝福。因此，文化具有整體性，單單依據祭儀的事實去解釋狩獵，要求原住民必須是為了祭儀緣故才去狩獵，實際上是將狩獵置於祭儀的下位，強調狩獵的工具性格，不過是以主流社會功利角度出發去解釋原住民文化。事實上，主流族群在接受現代化的同時，拋棄了與山林鳥獸共存共生共榮的情境，長久處在這樣的情境下，生活與思考方式遠離山林鳥獸的大自然，無法體會共存共生共榮的獨特生活與思考，以這樣的視角去詮釋原住民文化，一如以管窺天之片面、切割、零星觀察，始會導出祭儀有別於傳統文化，或者狩獵為祭儀下位概念的誤解。

2. 狩獵是原住民的傳統文化，是山林鳥獸情境中的獨特生活與思考的展現，自然不會侷限在某一特定功能。舉例而言，狩獵除了供應食物來源，分食象徵族人和諧團結關係，按世代相傳的獵場及獵季傳統兼有平衡大自然生態之寓意，狩獵活動代表族人山林間生存的能力、勇氣及膽識，狩獵是生活的一部分，是原住民之所以為原住民的識別符號。在山林鳥獸的情境中，按照向來的生活與思考方式進行狩獵，本身就是履踐傳統文化，合於傳統文化。
3. 本案之被告既係久居原住民族地區之山地原住民，所從事獵捕野生動物活動之區域亦係在原住民族地區，所獲僅供自己或族人食用，別無其他證據得認係出與山林生活無關之目的，應認其獵捕行為合於傳統文化，而有《原住民族基本法》及《野生動物保育法》准許規定之適用。
4. 或謂，原住民狩獵如無相當限制，任令獵捕，恐有害野生動物保育，使之滅絕云云。惟查，《原住民族基本法》及《野生動物保育法》就原住民狩獵的管制係以行政罰為原則，僅在反於原住民傳統文化等特定要件之例外情況下，方繩之以刑，實係考量原住民依循傳統文化而為狩獵，其實是與山林鳥獸共存共生共榮之生活方式，乃大自然環境之一部分，為保育的一種形式，得以釐清原住民狩獵

與野生動物保育中間的關係。之所以會認為原住民過度狩獵，導致野生動物瀕臨絕種，往往是主流族群自己製造出來的恐慌，而未平心觀察原住民族長久以來與山林鳥獸共生共存共榮的客觀事實。事實上，主流族群邁向現代化國家的同時，早已自絕於山林鳥獸的情境，所及之處野生動物悉盡無存，主流族群對於物種滅絕的恐慌，究其根本，是源自其將野生動物逼上絕路的事實（當人喪失了某物時，會對某物特別懷念與珍惜），並把自己無能保護野生動物的價值觀點強加在原住民身上，認為原住民亦會如同自己一般將野生動物消滅殆盡。論者常常舉原住民曾經過度獵鹿的歷史來佐證其說，但真正的事實卻是，在非原住民來到臺灣以前，原住民與野生動物已共存數千年之久。明朝的陳第於萬曆 30 年（西元 1602 年）軍旅來臺，其事後所著「東番記」中如此記載：「異哉東番！……迺有不日不月，不官不長，裸體結繩之民，不亦異乎？且其在海而不漁，雜居而不鬪，男女易位，居廛共處。窮年捕鹿，鹿亦不竭。」（譯：真是奇異的東番！……竟然住著不分年歲日月，沒有政府官員，赤身裸體、結繩記事的人們，真是很奇異！他們居住海邊卻不捕魚，親人共居卻不雜交，男女社會地位相反，活人和死人共處一室（註：係將亡故之親人置於居處內），整年追捕野鹿，鹿隻也不枯竭），其中「窮年捕鹿，鹿亦不竭」，道出原住民與大自然間的共生共存共榮的永續關係。反而，非原住民的到來，以開發自然資源為目標，竭澤而漁，才是臺灣野生動物的浩劫（學者周婉窈於其所著「陳第〈東番記〉—十七世紀初臺灣西南地區的實地調查報告」一文中指出：「東番夷人捕鹿的方式顯示土著和自然生態維持著和諧的關係，他們『居常禁不許私捕鹿，冬，鹿群出，則約百十人即之，窮追既及，合圍衷之，鏢發命中，獲若丘陵』。也就是說，他們捕鹿有時，除此之外禁止捕鹿，因此，『窮年捕鹿，鹿亦不竭』。但三十餘年後（1630 年代後半），在荷蘭聯合東印度公司統治下，漢人取代土著成為主要的獵鹿者，濫捕無時，造成臺灣西南平原鹿的數量銳減，生態失去平衡。再六十年，郁永河來到臺灣，在他的《裨海紀遊》中未特別提到鹿，『千百為群』似乎已然是過去式。」

（故宮文物月刊第 241 期，2003 年 4 月，第 38 頁）。另根據荷蘭人所著「巴達維亞城日紀」中 1640 年 12 月 6 日部分之記載：「三年來，大規模獵鹿，造成鹿隻迅速減少，即使經過雙倍時間，或仍無法復育鹿群數量；因此臺灣議會決議禁用陷阱、繩套獵鹿一年，以免貪得無厭的中國人危及原住民生計。」（轉引自韓家寶著、鄭維中譯，荷蘭時代臺灣的經濟·土地與稅務，臺北：播種者文化有限公司，2002 年，第 64 頁）。

5. 綜上所述，被告獵捕山羌、臺灣野山羊之保育類動物固屬事實，惟其既係原住民，《原住民族基本法》第 19 條及《野生動物保育法》第 21 條之 1 第 1 項復規定，原住民於原住民族地區，基於非營利目的獵捕保育類野生動物，且其行為合於傳統文化者，得予准許，而被告平日生活起居區域、警方搜索扣押野生動物之地區、被告所稱獵捕區域，無一不在嘉義縣阿里山鄉之原住民族地區，且其自陳獵捕所得係供自己食用及族人分食，且查無證據得認其獵捕行為係出於營利目的，或者與原住民傳統文化相悖，應認其獵捕行為合於《原住民族基本法》及《野生動物保育法》之准許規定，應屬不罰。

## 陸、評析

本案判決主要分為兩個部分，第一部分有關穿山甲的狩獵問題，這部分法院認為證據不足以證明被告有狩獵的事實，因此判決無罪，由於該部分事實主要與證明有關，本研究不予詳述。

不過第二部分涉及原住民被告獵捕山羌、臺灣野山羊等保育類動物，即與特別適用於原住民的《野生動物保育法》（以下簡稱野保法）第 21 條之 1 有關，該條第 1 項授權許可原住民可以在其傳統領域內，「基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物」的權利，不過第 2 項則要求必須事前申請，倘若原住民未事前申請，又依同法第 51 條之 1 規定，符合第 21 條之 1 第 1 項規定，卻未申請事前許可者，該行為不構成犯罪。由於野保法採取了三階層的規範模式：「未事前申請又不實質符合第 21 條之 1 第 1 項」構成犯罪、「未申請但實質符合第 21 條之 1 第 1 項」構成行政罰、「申請且實質符合第 21 條之 1 第 1 項」

則不罰。在刑事司法實務上，能否實質構成第 21 條之 1 第 1 項規定，往往成為原住民被告得否排除刑事責任的重點所在，此項爭議又連結至是否包括保育類野生動物，本研究主張應採肯定見解，由於此項爭點已經於本研究的其他判決評析中處理，在此不予贅述（參見本研究有關最高法院 104 年度台上字第 243 號刑事判決評析）。

就本案第二部分的事實而言，涉案的主要議題在於是否屬於「基於其傳統文化、祭儀」，本案原住民被告屬於鄒族，在嘉義縣阿里山鄉○○村附近，使用合法自製獵槍或設陷阱方式，先後獵捕山羌 2 隻、臺灣野山羊 3 隻，純粹出於供自己及族人食用的目的，得否依野保法第 21 條之 1 第 1 項及第 51 條之 1 規定排除刑事責任，即生疑義。本案最特別之處在於，本案的鄒族原住民在無任何特別祭儀或原住民部落活動時，出於供自己及家人食用的目的而獵捕保育野生動物。針對此一爭點，本案法院採取了有利於原住民的立場：「《原住民族基本法》第 19 條及《野生動物保育法》第 21 條之 1 第 1 項復規定，原住民於原住民族地區，基於非營利目的獵捕保育類野生動物，且其行為合於傳統文化者，得予准許，而被告平日生活起居區域、警方搜索扣押野生動物之地區、被告所稱獵捕區域，無一不在嘉義縣阿里山鄉之原住民族地區，且其自陳獵捕所得係供自己食用及族人分食，且查無證據得認其獵捕行為係出於營利目的，或者與原住民傳統文化相悖，應認其獵捕行為合於《原住民族基本法》及《野生動物保育法》之准許規定，應屬不罰」。簡單地說，法院認為只要在原住民族傳統領域內，出於非營利意思，即便僅是單純的食用意圖而獵捕保育類野生動物，亦屬原住民「基於傳統文化」的行為。

從本案判決看來，野保法第 21 條之 1 第 1 項中所規範的「基於傳統文化、祭儀」等用文，法院就此似乎區別了傳統祭儀型及傳統文化型兩類，就傳統文化型，法院擴張解釋，並從《原住民族基本法》第 19 條第 1 項第 1 款規定，掌握傳統文化型的概念（兩類事由的區別與討論，詳見本研究有關臺灣高等法院花蓮分院 102 年度上訴字第 186 號之評析）。就以上見解，本研究認為應值肯定。析言之，文化是內蘊於人類社會生活的根本，文化形塑了我們決定如何實現社會生活的想望，文

化自應表現在我們社會生活的每一個部分與層面，我們的社會生活都是一種文化的實踐過程，也因此，個人的文化實踐並非必然要以祭儀方式表達，即使在飲食、起居的日常活動中，也可以理解為文化的實踐。從這個角度以觀，原住民族部落的傳統就是依山而居，與其山林土地依附共存，原住民獵取其山林所產供給自己食用，若無任何營利意思，而是純粹依其原有生活方式攝取營養，這種行為當然屬於原住民族文化活動的實踐手法之一，法院認定屬於「基於傳統文化」而適用除罪條文，實值肯定。

#### ❖ 相關法律條文

原住民族基本法：第 19 條

野生動物保育法：第 21 條之 1 第 1 項

#### 案例七 小米豐收季獵捕保育類野生動物無罪案

案號 最高法院 104 年度台上字第 243 號刑事判決

臺灣高等法院花蓮分院 102 年度上更（一）字第 23 號刑事判決

最高法院 102 年度台上字第 3541 號刑事判決（撤銷發回）

臺灣高等法院花蓮分院 102 年度上訴字第 39 號刑事判決

臺灣臺東地方法院 101 年度重訴字第 10 號刑事判決

案由 違反《野生動物保育法》

關鍵詞 山羌、保育類野生動物、狩獵

### 壹、案例事實

甲、乙、丙、丁均係布農族山地原住民，4 人均明知山羌係經主管機關行政院農業委員會公告列為保育類野生動物，應予保育，非因其族

群數量逾越環境容許量，或基於學術研究、教育目的且經中央主管機關許可者外，不得獵捕，而山羌族群量並未逾越環境容許量，竟為供小米豐收季慶典使用，未經主管機關許可，亦非基於學術研究或教育目的，即基於獵捕保育類野生動物之犯意聯絡，於民國 101 年 6 月 17 日 22 時 30 分許，由丙駕駛甲所有之廂型車，搭載甲、乙與丁一同前往臺東縣長濱鄉南竹湖山區，並在山區內分別持用如附表編號 1 至 4 所示之自製獵槍共 4 枝及席格丁、鋼彈、鉛丸、頭燈射擊山羌共 10 隻。

## 貳、訴訟結果

### 一、第一審判決：臺灣臺東地方法院 101 年度重訴字第 10 號刑事判決

甲、乙、丙、丁共同犯《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。扣案如附表所示之物均沒收。

甲、乙、丙、丁其餘被訴違反《槍砲彈藥刀械管制條例》部分，均無罪。

### 二、第二審判決：臺灣高等法院花蓮分院 102 年度上訴字第 39 號刑事判決

上訴駁回。

### 三、第三審判決：最高法院 102 年度台上字第 3541 號刑事判決

原判決關於違反《野生動物保育法》部分撤銷，發回臺灣高等法院花蓮分院。

### 四、更一審判決：臺灣高等法院花蓮分院 102 年度上更（一）字第 23 號刑事判決

原判決關於違反《野生動物保育法》部分撤銷。

甲、乙、丙、丁被訴違反《野生動物保育法》部分均無罪。

## 五、第三審判決：最高法院 104 年度台上字第 243 號刑事判決

上訴駁回。

### 參、當事人主張

甲、乙、丙、丁所為獵捕其他應予保育之野生動物山羌，可適用《野生動物保育法》第 21 條之 1 規定。

### 肆、爭點

《野生動物保育法》第 21 條之 1：「臺灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，不受第 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項及第 19 條第 1 項各款規定之限制。前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准，其申請程序、獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域及其他應遵循事項之辦法，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之」中之野生動物，是否包含保育類野生動物，抑或僅能適用於及一般類野生動物？

### 伍、法院判決

#### 一、第一審判決

(一) 山羌無《野生動物保育法》第 18 條第 1 項但書之適用，不得獵捕：

1. 按保育類野生動物，係指瀕臨絕種、珍貴稀有及其他應予保育野生動物，而「其他應予保育」之野生動物，係指族群量雖未達稀有程度，但其生存已面臨危機之野生動物，《野生動物保育法》第 4 條第 1 項第 1 款、第 3 條第 5 款分別定有明文。
2. 查山羌（學名：Muntiacus reevesi）業經農委會公告列為「其他應予保育」之保育類野生動物，此為本院歷來審理此類案件職務上所知悉之事項，並有保育類野生動物名錄 1 份在卷可參，而依目前一般



研究調查報告中並無山羌之族群量逾越環境容許量之紀錄，且每年查獲違法獵捕的案件數未見大幅減少，故農委會迄今未將山羌公告為可利用之保育類野生動物種類。是被告甲、乙、丙、丁所獵捕之其他應予保育之野生動物山羌共 10 隻，並無《野生動物保育法》第 18 條第 1 項但書之例外容許獵捕之情形。

(二) 立法者就原住民權益及野生動物保護之調和已作有決定，原住民獵捕一般類野生動物者，仍須經主管行政機關許可，未經許可者，施以行政制裁，至於未經許可獵捕保育類野生動物者，則應依《野生動物保育法》第 41 條以刑罰制裁，而無同法第 21 條之 1 之適用：

1. 原住民族向來即有狩獵之習慣，在以往經濟、物質生活尚未發達之年代，狩獵係原住民族獲取食物來源之管道，時至今日，國民經濟生活已普遍提升，保育之觀念亦漸受重視，客觀環境之改變，已甚少有原住民族賴狩獵維生者，然狩獵在原住民族之傳統祭儀中仍具有重要之意義，尤其原住民族之政、經地位長期處於弱勢，在主流文化的衝擊、同化下，狩獵文化作為原住民彰顯其自我意識及人格開展之象徵即顯重要，此在肯認多元文化精神之我國更是如此。然而，如前所述，隨著保育觀念之抬頭，野生動物之保護亦屬重要之公共利益，基於維護物種之多樣性及自然生態之平衡，我國亦制定有《野生動物保育法》。是以，當原住民族基於其人格之自我實現而實施狩獵活動時，即難以避免地與保育野生動物此一抽象之公益產生價值衝突，如何調和、取捨即應由具民主正當性之立法者善加抉擇。
2. 按《原住民族基本法》第 19 條規定：「原住民得在原住民族地區依法從事下列非營利行為：一、獵捕野生動物。二、採集野生植物及菌類。三、採取礦物、土石。四、利用水資源。前項各款，以傳統文化、祭儀或自用為限。」依其文義表面上觀之，似指原住民族基於傳統文化、祭儀或自用之目的，而不具營利性者，即可獵捕野生動物，包括保育類野生動物及一般類野生動物，然該法文同時揭示

「依法從事」，所依之法除《原住民族基本法》外，自應包括《野生動物保育法》。《野生動物保育法》第 21 條之 1 規定：「臺灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，不受第十七條第一項（指獵捕一般類野生動物之限制）、第十八條第一項（指獵捕保育類野生動物之限制）及第十九條第一項各款（指獵捕方式之禁止）規定之限制。前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准，其申請程序、獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域及其他應遵循事項之辦法，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。」依其文義，似亦指原住民族基於其傳統文化、祭儀而有獵捕之必要，即可獵捕野生動物，包括保育類野生動物及一般類野生動物。然原住民族違反第 21 條之 1 第 2 項規定，未經主管機關許可，獵捕、宰殺或利用一般類野生動物，供傳統文化、祭儀之用或非為買賣者，處新臺幣 1 千元以上 1 萬元以下罰鍰，但首次違反者，不罰，《野生動物保育法》第 51 條之 1 亦定有明文，該條僅就一般類野生動物作有規範，而未包括保育類野生動物，是以未經主管機關許可獵捕、宰殺或利用保育類野生動物者即應依《野生動物保育法》第 41 條受刑事制裁，蓋情節較輕微之未經許可獵捕一般類野生動物尚須處以行政罰鍰，情節較重之未經許可獵捕保育類野生動物既無行政責任，倘又無刑事責任，豈不輕重失衡。

3. 再者，《野生動物保育法》第 21 條之 1 之規定係於 93 年 2 月 4 日增訂公布，該條規定於立法院三讀通過時，立法者另作有附帶決議表示：「有關第 21 條之 1 第 2 項之許可辦法，應特別尊重原住民族之傳統飲食文化，對一般類野生動物之種類、區域、及數量予以妥適訂定。」（立法院公報 93 卷 6 期 245 頁），亦可資說明《野生動物保育法》第 21 條之 1 第 2 項僅授權主管行政機關就原住民族獵捕、宰殺或利用一般類野生動物之相關許可事項訂定法規命令，而未包括保育類野生動物。農委會、行政院原住民族委員會雖據此於 101 年 6 月 6 日頒布「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺

利用野生動物管理辦法」，依該辦法第 3 條、第 6 條第 2 項、第 9 條之規定觀之，被告甲、乙、丙、丁如欲獵捕野生動物供小米豐收季慶典使用，除需事先提出申請外，獵捕區域、期間、方式及動物種類均需符合該辦法第 6 條第 2 項之附表，惟被告甲、乙、丙、丁均未依該辦法提出申請。況且，依《野生動物保育法》第 4 條第 1 項規定，保育類野生動物可包括瀕臨絕種、珍貴稀有及其他應予保育之野生動物 3 類，依同法第 3 條之定義規範，瀕臨絕種野生動物係指族群量降至危險標準，其生存已面臨危機之野生動物，如認為原住民族縱未經許可亦可任意獵捕瀕臨絕種野生動物，《野生動物保育法》所欲達成維護物種多樣性之立法目的豈不落空。

4. 是以，應認立法者就原住民權益及野生動物保護之調和已作有決定，即原住民獵捕一般類野生動物者，仍須經主管行政機關許可，未經許可者，施以行政制裁，至於未經許可獵捕保育類野生動物者，則應依《野生動物保育法》第 41 條以刑罰制裁之。辯護意旨認被告甲、乙、丙、丁所為獵捕其他應予保育之野生動物山羌可適用《野生動物保育法》第 21 條之 1 規定，容有誤會

## 二、第二審判決

同於並維持原審判決見解。

## 三、第三審判決

依據中央主管機關農委會基於《野生動物保育法》第 21 條之 1 第 2 項授權規定，於 101 年 6 月 6 日訂頒之「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」，把屬於保育類野生動物的「山羌」、屬「珍貴稀有」之保育類野生動物「臺灣水鹿」、「臺灣野山羊（長鬃山羊）」都包含在內，而認為保育類野生動物也是可以申請許可獵捕的範圍，故最高法院認為，究竟是否僅限於一般類野生動物才可以去刑罰化？應該再斟酌，至於《野生動物保育法》第 51 條的文義，是否可能是立法疏漏，原審都應該再查，因此撤銷原審判決，發回更審。

- (一) 《野生動物保育法》第 21 條之 1 第 2 項無同法第 18 條第 1 項規

定之適用，僅課以其向主管機關申請核准義務，以為管理。

經查「保育類野生動物應予保育，不得騷擾、虐待、獵捕、宰殺或為其他利用。但有下列情形之一，不在此限：一、族群量逾越環境容許量者。二、基於學術研究或教育目的，經中央主管機關許可者。」固為《野生動物保育法》第 18 條第 1 項定有明文。然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，不受同法第 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項及第 19 條第 1 項各款規定之限制。此亦經 93 年 2 月 4 日增訂公布之同法第 21 條之 1 第 1 項所明定。

該條第 2 項並規定「前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准，其申請程序、獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域及其他應遵循事項之辦法，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。」依此，即認臺灣原住民族如基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，無論係一般或保育類野生動物，均無同法第 18 條第 1 項規定之適用，僅課以其向主管機關申請核准義務，以為管理。

（二）《野生動物保育法》第 51 條的文義，是否可能是立法疏漏，原審應該再查：

而同法第 51 條之 1 規定「原住民族違反第 21 條之 1 第 2 項規定，未經主管機關許可，獵捕、宰殺或利用一般類野生動物，供傳統文化、祭儀之用或非為買賣者，處新臺幣一千元以上一萬元以下罰鍰，但首次違反者，不罰。」即係就其違反此申請核准義務者，課以行政處罰。雖該條項文字指稱「一般類野生動物」，似未包含保育類野生動物，然依中央主管機關農委會基於《野生動物保育法》第 21 條之 1 第 2 項授權規定，於 101 年 6 月 6 日訂頒之「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」，其第 6 條第 2 項關於原住民族基於傳統文化及祭儀需要，而獵捕、宰殺、利用野生動物之種類，其中除一般類野生動物外，列為「其他應予保育」之保育類野生動物「山羌」、

屬「珍貴稀有」之保育類野生動物「臺灣水鹿」、「臺灣野山羊（長鬃山羊）」，亦包含在內。此似徵原住民族依《野生動物保育法》第 21 條之 1 規定，因基於傳統文化、祭儀需要，有獵捕、宰殺、利用野生動物，而依同條第二項規定，得申請許可獵捕、宰殺、利用之野生動物，並不限於一般類野生動物，保育類野生動物，亦包含在內。

則《野生動物保育法》第 51 條之 1，關於原住民族因傳統文化、祭儀之用，非為買賣，未經申請許可，而獵捕、宰殺或利用一般類野生動物，應課以行政罰之規定，其中「一般類野生動物」是否係立法文字之疏誤所致？不無疑義。原判決上開理由先說明《野生動物保育法》第 21 條之 1 第 2 項僅授權主管行政機關就原住民族獵捕、宰殺或利用一般類野生動物之相關許可事項訂定法規命令，未包括保育類野生動物。乃嗣引用「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」前揭規定，認上訴人等如欲獵捕野生動物供小米豐收季慶典使用，除需事先提出申請外，其獵捕區域、期間、方式及動物種類，均需符合該辦法第 6 條第 2 項之附表，渠等此未經申請核准之行為，違反《野生動物保育法》第 18 條第 1、2 款規定，應論以同法第 41 條第 1 項第 1、2 款之罪，所為論述不無前後齟齬，而有判決理由矛盾之違法。

- (三) 如認《野生動物保育法》第 21 條之 1 第 2 項未包括保育類野生動物則農委會訂頒之管理辦法何以將列為「保育類野生動物」之山羌、臺灣水鹿，臺灣野山羊，亦包含在內？

且倘如原判決理由所指《野生動物保育法》第 21 條之 1 第 2 項僅授權主管行政機關就原住民族獵捕、宰殺或利用一般類野生動物之相關許可事項訂定法規命令，未包括保育類野生動物。則農委會所訂頒上開「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」，其附表關於原住民族基於傳統文化及祭儀需要，得獵捕、宰殺、利用之動物種類，何以將列為「保育類

野生動物」之山羌、臺灣水鹿，臺灣野山羊，亦包含在內？不無疑問。原審對此未遑釐清，遽以上情為不利於上訴人等之認定，尚嫌速斷。又依《野生動物保育法》第 21 條之 1 第 1 項規定，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，不受同法第 17 條第 1 項，第 18 條第 1 項及第 19 條第 1 項規定之限制，原無區分一般類野生動物或保育類野生動物，乃原判決上開理由，僅以《野生動物保育法》第 51 條之 1 關於行政處罰規定，對保育類野生動物未予涵蓋在內，逕認所為係違反《野生動物保育法》第 18 條第 1 項規定，而論以同法第 41 條第 1 項第 1、2 款之罪，此與《野生動物保育法》第 21 條之 1 第 1 項規定，將原住民族基於其傳統文化、祭儀有獵捕、宰殺或利用野生動物必要，所為獵捕、宰殺或利用野生動物（包含一般類及保育類）之行為，予以除罪之立法意旨，似有不符，難認為適法。是上訴人等四人之上訴意旨執以指原判決此部分違背法令，非無理由，應認原判決關於違反《野生動物保育法》部分，有撤銷發回更審之原因。

#### 四、更一審判決

- (一) 肯認最高法院見解，而認保育類野生動物亦為（《野生動物保育法》第 21 條之 1 第 2 項）所涵蓋，而無同法第 18 條第 1 項規定之適用：

經查「保育類野生動物應予保育，不得騷擾、虐待、獵捕、宰殺或為其他利用。但有下列情形之一，不在此限：一、族群量逾越環境容許量者。二、基於學術研究或教育目的，經中央主管機關許可者。」固為《野生動物保育法》第 18 條第 1 項定有明文。然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，不受同法第 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項及第 19 條第 1 項各款規定之限制，此乃 93 年 2 月 4 日增訂公布之同法第 21 條之 1 第 1 項所明定。該條第 2 項並規定「前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准，其申請程

序、獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域及其他應遵循事項之辦法，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。」即認臺灣原住民族如基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，無論係一般或保育類野生動物，均無同法第 18 條第 1 項規定之適用，僅課以其向主管機關申請核准義務，以為管理。

(二) 肯認最高法院見解，而認諸多法律皆明白宣示原住民族傳統文化之保存價值優先於野生動物保育之物種多樣性；且根據《野生動物保育法》立法體系，「野生動物」包括「保育類」及「一般類」兩種，除法律有特別明文野生動物種類者外，自均應包括在內；再者，不得另以保護物種多樣性之目的，限縮《野生動物保育法》第 21 之 1 條關於「野生動物」範圍之概念，而為不利於被告之法律類推適用：

1. 而同法第 51 條之 1 規定「原住民族違反第 21 條之 1 第 2 項規定，未經主管機關許可，獵捕、宰殺或利用一般類野生動物，供傳統文化、祭儀之用或非為買賣者，處新臺幣一千元以上一萬元以下罰鍰，但首次違反者，不罰。」即係就其違反此申請核准義務者，課以行政處罰。雖該條項文字指稱「一般類野生動物」，似未包含保育類野生動物，然依中央主管機關農委會基於《野生動物保育法》第 21 條之 1 第 2 項授權規定，而於 101 年 6 月 6 日訂頒之「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」，其第 6 條第 2 項關於原住民族基於傳統文化及祭儀需要，而獵捕、宰殺、利用野生動物之種類，其中除一般類野生動物外，列為「其他應予保育」之保育類野生動物「山羌」、屬「珍貴稀有」之保育類野生動物「臺灣水鹿」、「臺灣野山羊（長鬃山羊）」，亦包含在內。此似徵原住民族依《野生動物保育法》第 21 條之 1 規定，因基於傳統文化、祭儀需要，有獵捕、宰殺、利用野生動物，而依同條第 2 項規定，得申請許可獵捕、宰殺、利用之野生動物，並不限於一般類野生動物，保育類野生動物，亦包含在內。則《野生動物保育法》第 51 條之 1，關於原住民族因傳統文化、祭儀之用，非為

買賣，未經申請許可，而獵捕、宰殺或利用一般類野生動物，應課以行政罰之規定，其中「一般類野生動物」是否係立法文字之疏誤所致？不無疑義。

2. 按法律解釋之方法，包括文義解釋、系統解釋、歷史解釋、目的解釋等，基於罪刑法定原則及刑法最後手段性（刑法謙抑性），對於犯罪之法律要件、法律效果及犯罪追訴條件之範圍，不但不得超過文義解釋之最大範疇，更應於文義範圍內，綜合立法目的、歷史及體系等解釋方法，作出最適當解釋，以免增加法律條文所無之限制，致害及罪刑法定原則，或不當擴大刑罰範圍，進而影響刑法安定性及明確性（最高法院 96 年度台非字第 153 號判決可資參照）。
3. 經查：86 年 7 月 18 日憲法增修條文增訂第 10 條第 9 項「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化」及第 10 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。」確認保障原住民族之傳統文化以促進文化多元之價值，並賦予憲法位階之優越地位。

嗣 94 年 2 月 5 日公布施行之《原住民族基本法》，乃為落實保障原住民族基本權，促進原住民族生存發展，建立共存共榮之族群關係，其中第 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。」也未將原住民基於傳統文化、祭儀或自用之非營利行為之獵捕「野生動物」區分種類。且查，93 年 2 月 4 日修正前《野生動物保育法》第 21 條原規定：「野生動物有下列情形之一，得予以獵捕或宰殺，不受第 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項及第 19 條第 1 項各款規定之限制。但保育類野生動物除情況緊急外，應先報請主管機關處理：（第一至四款省略）五、臺灣原住民族於原住民保留地，基於其傳統文化祭典，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者（第六款省略）。」明白宣示原住民族傳統文化之保存價值優先於野生動物保育之物種多樣性；修正後更將前揭規範單獨規定而增



訂為現行之 21 條之 1，其就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，明文排除《野生動物保育法》之限制，確立保護原住民傳統狩獵文化優先保護之原則。

4. 再根據《野生動物保育法》立法體系，「野生動物」包括「保育類」及「一般類」兩種，除法律有特別明文野生動物種類者外（例如第 21 條第 1 項、第 24 條第 1 項、第 6 項、第 37 條、第 41 條第 1 項等），自均應包括在內。

而行政院農業委員會基於《野生動物保育法》第 21 條之 1 第 2 項授權規定，於 101 年 6 月 6 日訂頒之「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」，其第 6 條第 2 項關於原住民族基於傳統文化及祭儀需要，而獵捕、宰殺、利用野生動物之種類，其中除一般類野生動物外，列為「其他應予保育」之保育類野生動物「山羌」、屬「珍貴稀有」之保育類野生動物「臺灣水鹿」、「臺灣野山羊（長鬃山羊）」，亦包含在內，顯見主管機關亦認為原住民族傳統獵捕行為之客體不限於一般類野生動物，亦包括珍貴稀有、其他應予保育之保育類野生動物。是《野生動物保育法》第 21 條之 1 對於臺灣原住民基於傳統文化或祭儀而獵捕野生動物，既明文以「野生動物」為除罪化之對象，故無論依其文義、體系或從保護原住民傳統文化之立法目的解釋，均不應限縮為「一般類野生動物」而排除「保育類野生動物」之適用，是《野生動物保育法》第 21 條之 1 規定之「野生動物」，自應包括「一般類野生動物」及「保育類野生動物」兩種，以符合該條除罪之立法意旨。

5. 再者，立法者為實踐憲法對多元文化之尊重，要求國家機關應積極維護原住民族傳統文化之發展，除制定《原住民族基本法》以落實並保障原住民族之傳統文化與生活方式外，將原住民族基於傳統文化及祭儀等之採集森林主副產物行為（《森林法》第 15 條），及基於傳統文化及祭儀所為之獵捕野生動物行為（《野生動物保育法》第 21 條之 1）均予以除罪化，更可說明立法者就生物多樣性及原住民傳統文化之保障間，已於衡評後作出相對之界線與範圍，而以保障原住民傳統文化為主軸。根據《野生動物保育法》第 4 條第 1 項

規定：「野生動物區分為下列二類：一、保育類：指瀕臨絕種、珍貴稀有及其他應予保育之野生動物。二、一般類：指保育類以外之野生動物」，依照法律文字用語及其通常之字義，「野生動物」之概念即應包括「一般類野生動物」及「保育類野生動物」，故同法第 21 條之 1 對於臺灣原住民基於傳統文化或祭儀而獵捕「野生動物」之除罪化範圍，亦不得逾越文字可能合理理解的範圍，而進行目的性限縮致生不利於行為人之解釋或適用。更且刑罰係以國家強制力為後盾，動輒剝奪人民生命、自由及財產權利之制裁手段，自應以嚴格之標準要求其規範內容之明確性，此即「罪刑法定主義」作為刑法規範基本原則之根本意義所在。刑罰既係國家最嚴峻的權力作用，縱有維持法秩序統一性之需求，仍應禁止就刑罰之適用進行類推適用，以避免人民遭受難以預測之損害。故即使認為物種多樣性之法益優於原住民族傳統狩獵文化之價值決定，《野生動物保育法》第 21 條之 1 就原住民族傳統獵捕「野生動物」之行為除罪化有射程太廣而未排除「保育類野生動物」之隱藏性法律漏洞者，亦僅能藉由修法之手段彌補漏洞，尚不得藉由解釋方式「逾越文字可能合理理解的範圍」，而限縮《野生動物保育法》第 21 條之 1 對被告有利之適用。

6. 更何況行政院農業委員會基於《野生動物保育法》第 21 條之 1 第 2 項授權，於 101 年 6 月 6 日訂頒之「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」，其第 6 條第 2 項已另以附表規定說明將《野生動物保育法》第 21 條之 1 規定除罪化文義射程兼含「一般類野生動物」、「保育類野生動物」、「珍貴稀有保育類野生動物」，是不得另以保護物種多樣性之目的，限縮《野生動物保育法》第 21 條之 1 關於「野生動物」範圍之概念，而為不利於被告之法律類推適用。又《野生動物保育法》第 51 條之 1 之目的與功能，固為原住民族傳統狩獵行為除罪化後，採取行政管制之方法以為規範，然並未具有得憑藉作為判斷立法者除罪化範圍之功能，因此不得以該條未就原住民未經許可獵捕「保育類野生動物」施予行政裁罰之規定，據以推論原住民未經許可獵捕保育類野生動

物不在除罪化範圍（或應處同法第 41 條第 1 項之刑罰），而違反罪刑法定原則與類推適用禁止原則之刑法基礎。

7. 查 101 年度由布農文化教育關懷協會主辦，卓溪數位機會中心、古風社區發展協會、卓溪家婦中心協辦，花蓮縣政府指導之「101 年布農文化教育關懷協會小米祭儀活動計畫」，定於 101 年 6 月 18 日舉行，參加對象為各部落村民，此有前揭小米祭儀活動計畫書附卷可參。該活動計畫之緣起乃因布農年曆裡，以小米為主，標示著不同歲時祭儀，更發展各種儀式祭典甚至禁忌，同時流傳著舉世聞名的「小米豐收天籟」，為了使傳統農作「小米」文化深層植入各個社區發展，乃計畫活動期間男人必須先上山打獵，下山快到社區時定要吼幾聲，婦女則要準備已釀好的小米，迎接自家的男人幫忙迎接獵物煮食，和社區族人一起分享，此時報戰功、八部合音在社區裡歌聲環繞，而該活動最重要之傳統祭典展演即為「報戰功」、「八部合音」，活動之目的乃為延續布農族傳統狩獵文化祭典特色、推廣傳統小米布農文化等。被告甲、乙、丙、丁四人均為布農族山地原住民，久居於卓溪鄉，有其等個人戶籍資料查詢結果在卷可稽。渠等於前揭小米祭儀活動前日 101 年 6 月 17 日晚間 22 時 30 分許前往山區獵捕保育類野生動物山羌，顯係基於布農族傳統文化及祭儀目的所需，其等獵捕山羌之行為，合於《野生動物保育法》第 21 條之 1 之除罪規定，依上開說明，自無因同法第 51 條之 1 對於未予許可獵捕「一般類野生動物」行為課予行政罰，以舉輕以明重之方式，認未經許可獵捕「保育類野生動物」之行為應論以同法第 41 條刑罰處之。
8. 綜上所述，本案被告甲、乙、丙、丁四人未經許可獵殺其他應予保育類動物山羌，屬《野生動物保育法》第 21 條之 1 除罪化之行為，本應為無罪之諭知。原審以《野生動物保育法》為維護物種多樣性之立法目的，原住民於獵捕一般野生動物而未經許可之情形，應課行政處罰，情節較重之未經許可獵捕保育類野生動物者，應依《野生動物保育法》第 41 條第 1 項規定以刑罰制裁之，而對被告論罪科刑，顯與《野生動物保育法》第 21 條之 1 為保障原住民傳

統文化為主軸之意旨不合，亦悖於罪刑法定主義原則之適用，而非可採。被告上訴為有理由，應由本院予以撤銷改判，諭知被告甲、乙、丙、丁均無罪。

## 五、第三審判決

### （一）本件檢察官上訴意旨：

《野生動物保育法》於三讀通過時有附帶決議僅限於「一般類野生動物」，故「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」為逾越母法授權之解釋，應屬無效；且如認原住民得獵捕保育類動物，將使《野生動物保育法》立法意旨落空；又依舉輕明重之法理，應認獵捕保育類動物應施以刑罰

1. 按法律漏未規定，係立法者故意之疏漏。解釋法律，不得援引法律授權制定卻逾越母法之法規命令，據而擴張解釋。行政院農業委員會、行政院原住民族委員會頒布之「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」，逾越母法之授權為擴張解釋，而頒布包括「保育類野生動物」之獵捕內容。原判決據認《野生動物保育法》第 21 條之 1 第 2 項之「一般類野生動物」包括保育類野生動物，有適用法律錯誤之情形。蓋該條於民國 93 年 2 月 4 日增訂公布，立法院三讀通過時，另作附帶決議，對於該條第二項，僅授權主管行政機關，就原住民族獵捕、宰殺或利用「一般類野生動物」之相關許可事項訂定法規命令，是應未包括「保育類野生動物」。
2. 被告甲、乙、丙、丁欲獵捕野生動物，供小米豐收季慶典使用，應事先提出申請，其獵捕區域、期間、方式及動物種類，均需符合上開辦法第 6 條第 2 項之附表所列。況若認原住民因之未經許可，可獵捕亦屬保育類野生動物之瀕臨絕種野生動物，則《野生動物保育法》之立法目的即將落空。
3. 且原住民未經許可而獵捕一般類野生動物，仍須施以行政制裁，而未經許可獵捕保育類野生動物，舉輕明重，自應依同法第 41 條規定以刑罰制裁，較符法理。

4. 上開逾越母法之授權，擴張解釋而頒布之行政命令，應屬無效。被告等獵殺山羌達十隻，原審未就其獵殺之目的及用途，詳加調查審認，率認「顯係基於布農族傳統文化及祭儀所需」，與上開管理辦法之規定目的不符，且難認屬上開辦法容許之範圍，原判決係違背法令等語。
- (二) 原審及本院依文義解釋、立法解釋，或從保護原住民族傳統文化之立法目的解釋，上開《野生動物保育法》第 21 條之 1 各項之規定，均不應限縮解釋，而排除「保育類野生動物」之適用，且如認原住民族未經許可獵捕保育類野生動物之行為，應處以同法第 41 條第 1 項之刑罰，將違反罪刑法定及類推適用禁止原則之刑法基礎；本院並認為，至於附帶決議也僅僅要求主管機關對「一般類野生動物」有關事項，應特別尊重原住民族之傳統飲食文化，為妥適訂定；且違反第 21 條之 1 第 1 項與違反同法其他規定不可同視：
1. 原判決經審理結果，認被告等行為不罰，因而撤銷第一審關於違反《野生動物保育法》部分之科刑判決，改判諭知被告等均無罪，已依卷內證據資料，詳敘其論斷所憑之依據及理由。
  2. 並肯認原判決，而認為上開《野生動物保育法》第 21 條之 1 第 1、2 項，既明定其範圍為「野生動物」，且未規定排除「保育類野生動物」，則行政院農業委員會頒訂之上開辦法將保育類野生動物包括在內，即難認屬無據。
  3. 再關於原住民族權益之保障及其傳統文化之保護，我國憲法 86 年 7 月 21 日增修條文，已增訂第 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」、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」，均明白揭示保障原住民族之傳統文化，以促進文化多元價值之旨，並賦予憲法位階之優越地位。嗣於 94 年 2 月 5 日，又公布施行《原住民族基本法》，落實保障原住民族基本權，促進原住民

族生存發展，建立共存共榮之族群關係，其中第 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」，上開規定亦未就許可原住民獵捕「野生動物」之範圍，區分種類而排除保育類野生動物在內。

4. 且依修法歷程觀之，《野生動物保育法》第 21 條之 1 增訂前，該宣示保護原住民族傳統文化而保障其權益，准依傳統文化獵捕野生動物之規定，原規定於同法第 21 條第 5 款：「野生動物有下列情形之一，得予以獵捕或宰殺，不受第 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項及第 19 條第 1 項各款規定之限制。但保育類野生動物除情況緊急外，應先報請主管機關處理：……五、『臺灣原住民族於原住民保留地，基於其傳統文化祭典，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者』（第一至四、六款省略)」。嗣於 93 年 2 月 4 日，特別將上開第五款之規定，予以單獨立法，以更加落實保障原住民族傳統狩獵文化。
5. 再按法律解釋之方法，包括文義解釋、系統解釋、歷史解釋、目的解釋等，基於罪刑法定原則及刑法最後手段性（刑法謙抑性），對於犯罪之法律要件、法律效果及犯罪追訴條件之範圍，不但不得超過文義解釋之最大範疇，更應於文義範圍內，綜合立法目的、歷史及體系等解釋方法，作出最適當解釋，以免增加法律條文所無之限制，致害及罪刑法定原則，或不當擴大刑罰範圍，進而影響刑法安定性及明確性。尤其，刑罰係以國家強制力為後盾，動輒以剝奪人民生命、自由及財產權利為手段之制裁，自應嚴格要求其規範內容應明確，此即「罪刑法定主義」作為刑法規範基本原則之根本意義所在。而刑罰既係國家最嚴峻之權力作用，縱有維持法秩序統一性之需求，仍應禁止就刑罰之規定為類推適用，以避免人民遭受難以預測之損害。
6. 至於《野生動物保育法》第 51 條之 1「原住民族違反第 21 條之 1 第 2 項規定，未經主管機關許可，獵捕、宰殺或利用『一般類野生

動物』，供傳統文化、祭儀之用或非為買賣者，處新臺幣一千元以上一萬元以下罰鍰，但首次違反者，不罰」之規定，對違反申請許可義務，獵捕一般類野生動物者，課以行政處罰，雖未包含保育類野生動物；或有謂倘依行政院農業委員會所訂頒之上開辦法，而包括保育類野生動物，致准許原住民族獵捕之範圍太廣，將致對物種多樣性之法益保障不足，上開規定具有隱藏性法律漏洞云云。然亦不得據此認對於原住民族未經許可獵捕保育類野生動物之行為，仍應處以同法第 41 條第 1 項之刑罰，而致違反罪刑法定及類推適用禁止原則之刑法基礎。

7. 查 101 年度由布農文化教育關懷協會主辦，古風社區發展協會等單位協辦，花蓮縣政府指導之「101 年布農文化教育關懷協會小米祭儀活動計畫」，定於 101 年 6 月 18 日舉行，參加對象為各部落村民，此有前揭小米祭儀活動計畫書附卷可參。該活動計畫之緣起乃因布農年曆，以小米為主，標示不同歲時祭儀，發展各種儀式祭典甚至禁忌，同時流傳聞名的小米豐收天籟，為使傳統農作「小米文化」深植各社區，活動期間男人必須先上山打獵，下山快到社區定要吼叫幾聲，婦女則要釀好小米，迎接自家男人、幫忙迎接獵物煮食，和社區族人一起分享，此時報戰功、八部合音在社區裡歌聲環繞，為活動最重要之傳統祭典，活動目的乃為延續該族傳統狩獵文化祭典特色、推廣傳統小米布農文化等。被告等四人均為布農族山地原住民，久居卓溪鄉，於前揭小米祭儀活動前日，前往山區獵捕保育類野生動物山羌，顯係基於布農族傳統文化及祭儀目的所需。依上開說明，自無因同法第 51 條之 1 對於未予許可獵捕「一般類野生動物」行為課予行政罰，而以舉輕明重之方式，認未經許可獵捕「保育類野生動物」之行為，應依同法第 41 條論處。是被告等之行為，並無處罰之規定。
8. 本院按：《野生動物保育法》第 21 條之 1 於立法時，立法院雖曾為附帶決議謂：「有關第 21 條之 1 第 2 項之許可辦法，應特別尊重原住民族之傳統飲食文化，對『一般類野生動物』之種類、區域、及數量予以妥適訂定」，而僅要求主管機關對「一般類野生動物」有

關事項，應特別尊重原住民族之傳統飲食文化，為妥適訂定。

9. 另《野生動物保育法》第 51 條之 1，就上開違反同法第 21 條之 1 第 2 項規定，未經許可獵捕「一般類野生動物」者，課以行政罰之規定，而排除保育類野生動物在內。據上觀之，立法者對原住民族違反《野生動物保育法》第 21 條之 1 之規定，而獵捕「保育類野生動物」者之處罰，似有保留，且對原住民族違法獵捕一般類野生動物者課以行政罰，而獵捕「保育類野生動物」者未予處罰，亦不合理，又或有謂排除原住民族獵捕保育類野生動物之處罰，亦不足以保護物種多樣性之法益等情。惟查：臺灣原住民族，依據該法第 21 條之 1 第 1 項之規定，且符合行政院農業委員會所訂頒上開辦法之內容（包括季節、祭典、獵捕區域、獵捕之野生動物種類等事項），而獵捕野生動物之行為，與「原住民族『違反行政院農業委員會上開辦法規定之事項』，獵捕野生動物」，而違反該第 21 條之 1 第 1 項之規定，及「『非原住民族』違反《野生動物保育法》其他規定，任意濫捕野生動物」，而違反同法其他規定之情形不同，不可同視。
10. 且如前所述，《野生動物保育法》第 21 條之 1 第 1 項，已自同法第 21 條第 1 項第 5 款移列，而單獨立法，明定臺灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕野生動物之必要者，「不受同法第 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項及第 19 條第 1 項各款規定之限制」，用以特別保護原住民族之傳統獵捕文化。則臺灣原住民族，依同法第 21 條之 1 第 1 項之規定，基於其傳統文化、祭儀之獵捕行為，自不得漠視上開規定，及該條單獨立法以加強保護原住民族傳統文化之意旨，再以違反上開第 17 條至第 19 條之有關規定為由，逕依該法第 41 條各款予以處罰。
11. 而布農族原住民族，於六月間之小米豐收祭季節，為傳統祭儀，以獵槍獵捕山羌，係行政院農業委員會於 101 年 6 月 6 日訂頒之上開辦法第 6 條第 2 項附表所列許可事項，有該附表在卷可稽。被告等四人係布農族原住民，渠等上開獵捕山羌，係為供小米豐收季慶典，基於傳統祭儀，而獵捕保育類野生動物山羌等情，分別為檢察



官起訴書所記載，及原判決明白認定，雖因未經主管機關之許可，而違反該法第 21 條之 1 第 2 項之規定，惟如前所述，對於原住民族違反該條第 2 項規定，未經許可，基於傳統文化、祭儀而獵捕保育類野生動物之行為，縱立法時有所保留，但既疏漏而未定有處罰之明文，自無從違反罪刑法定及類推適用禁止原則，而予以比附援引、擴大適用範圍，逕以同法第 41 條論處罪刑之餘地。原審諭知被告等無罪之判決，結論尚無不合，亦無所指適用法律錯誤之情形。

## 陸、評析

本案涉及原住民未事先取得主管機關核准，即為了舉行祭儀，上山獵捕保育類野生動物，該獵捕、宰殺行為構成《野生動物保育法》（以下簡稱野保法）第 41 條第 1 項連結同法第 18 條第 1 項的規定，亦即在欠缺「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者」等兩類事由時，即獵捕或宰殺保育類野生動物。

不過，如果行為人具有原住民身分，野保法另有特別規定，此項規定即第 21 條之 1 第 1 項：「臺灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，不受第 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項及第 19 條第 1 項各款規定之限制」，依此規定，原住民若基於文化或祭儀的需求，而必須獵捕、宰殺「野生動物」，即不受第 18 條兩項事由所限，仍得為之。在此就涉及本案的第一個問題，此即第 18 條第 1 項只言明「野生動物」，卻未寫「保育類野生動物」，倘若原住民行為人獵捕、宰殺的對象是保育類野生動物，得否適用該項規定除罪？就此問題實務判決有不同見解，但最高法院採取肯定見解，認為條文既然只寫明「野生動物」，在解釋上就不能單純限縮為「一般類野生動物」，排除「保育類野生動物」，毋寧應該認為，原住民得依第 18 條第 1 項的規定，獵捕、宰殺「一般類」或「保育類」野生動物，均屬該項所規範許可。

針對最高法院以上看法，殊值贊同。本研究的理由有三點：第一，本項規定是用來排除原住民被告的刑事責任，具有除罪功能的要件，不應給予過多的限制，否則即可能違反刑罰謙抑性的機能；第二，本項條

文寫的是「野生動物」，並未限制為「保育類野生動物」，何況本項也指明「不受第 18 條第 1 項之限制」，第 18 條第 1 項的限制涉及的正巧是保育類野生動物，如果不把本項的野生動物含括至保育類野生動物，那麼本項文字刻意排除第 18 條第 1 項的限制，即無任何意義；第三，有認為立法院在議決本條規定之時，曾附帶決議主管機關應針對「一般類野生動物」訂定命令，但此項論點只是立法機關當時的附帶決議，一來與成文法的效力有明顯差距，二來也不代表立法機關只許可一般類，卻不許可保育類野生動物的獵捕或宰殺。

綜合以上三點理由，本研究認為原住民出於文化或祭儀所必要，依現行野保法第 21 條之 1 第 1 項規定，得獵捕或宰殺一般類或保育類野生動物。

不過，立法者對於第 1 項的適用，同樣採取了事前許可的規範模式，第 21 條之 1 第 2 項接續規定：「前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准，其申請程序、獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域及其他應遵循事項之辦法，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之」。換言之，如果原住民獵捕宰殺一般類或保育類動物時，必須先得主管機關的同意，農委會曾於 2012 年依本項授權，訂頒「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」，其中詳細規範了原住民獵捕野生動物的各項要件與限制，值得特別說明者，該辦法其實完全未限制原住民僅得獵捕「一般類野生動物」，毋寧在辦法中未予限制，而其附表中有關原住民特定的文化活動與祭儀，以及這些活動中得獵捕的野生動物種類，也同時包括一般類及保育類的野生動物。

進一步的問題則是，倘若原住民未依第 21 條之 1 第 2 項規定，於事前取得主管機關的許可，即獵捕或宰殺保育類動物，此時應該如何處理？針對此一問題，野保法在第 51 條之 1 另外有所規定：「原住民族違反第 21 條之 1 第 2 項規定，未經主管機關許可，獵捕、宰殺或利用一般類野生動物，供傳統文化、祭儀之用或非為買賣者，處新臺幣一千元以上一萬元以下罰鍰，但首次違反者，不罰」，從這一條的規定可以發現，立法者在此區別了兩類不同的違犯行為，我們可分類為：「形式違

法（未得事前許可）且實質違法（非供傳統文化或祭儀之用）」以及「形式違法但實質合法」。

就第一類形式、實質均不符合第 21 條之 1 有關規定的情況，依據第 51 條之 1 的反面解釋（不符合「供傳統文化、祭儀之用或非為買賣者」），應該直接以刑罰處理，構成同法第 41 條第 1 項刑事責任。

相反地，第二類形式不合法、但實質合法的類型，本即第 51 條之 1 的規範主軸，此類型不構成刑事責任，但仍得科予行政罰鍰。

換言之，原住民行為人未得事前授權而獵捕、宰殺野生動物，是否構成刑責，取決於該行為人究竟是否滿足實質合法要件。

本案的爭議在於，如果未取得事前許可（形式不合法），但乃出於供傳統文化或祭儀之用，而獵捕「保育類野生動物」，這一類案例應該理解為實質合法或實質不合法？已如前文所述，本研究認為現行野保法所有相關規範中，並未排除原住民得獵捕或宰殺保育類野生動物的合法性，因此應該將保育類野生動物納入實質合法的理解範圍內，亦即，實質合法的條件除了「供文化或祭儀之用」外，還包括「獵捕、宰殺一般類或保育類野生動物」，若原住民未得事前許可，但仍滿足相關的實質條件，即得依第 51 條之 1 規定，排除刑事責任。

最後要強調的是，以上為依現行法制所作的分析，但環境生態的保護與原住民族文化利益，均為憲政體制下極具重要性的價值，當兩者在「獵捕、宰殺保育類野生動物」一事發生價值衝突時，正確的作法是透過立法規定具體解決，而不是一再強調現行法如何規範，現行法的解釋只是治標而非治本之道。

#### ❖ 相關法律條文

野生動物保育法：第 21 條之 1

**案例八** 為食用目的獵捕山羌案

**案號** 臺灣高等法院花蓮分院 102 年度上訴字第 186 號刑事判決  
臺灣花蓮地方法院 102 年度原訴字第 33 號刑事判決

**案由** 違反《野生動物保育法》

**關鍵詞** 食用、山羌、保育類野生動物

## 壹、案例事實

甲、乙均係平地原住民，明知山羌係經行政院農業委員會列為應予保育之野生動物，且無族群量超越環境容許量經主管機關許可獵捕之情形，竟為食用之目的，共同基於違反《野生動物保育法》之犯意聯絡，由甲、乙分別持具殺傷力之土造長槍 1 支，於民國 102 年 3 月 16 日晚間 21 至 22 時許，與不知情之丙及丁，一同前往花蓮縣豐濱鄉八里灣山區附近獵捕野生動物，而獵殺保育類野生動物山羌 1 隻。

## 貳、訴訟結果

### 一、第一審判決：臺灣花蓮地方法院 102 年度原訴字第 33 號刑事判決

甲、乙共同犯《野生動物保育法》第 41 條第 1 項第 1 款之非法獵捕保育類野生動物罪，均處有期徒刑陸月，如易科罰金，均以新臺幣壹仟元折算壹日。均緩刑貳年，緩刑期間均付保護管束，並均向指定之政府機關、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玖拾小時之義務勞務。扣案如附表所示之物均沒收。

### 二、第二審判決：臺灣高等法院花蓮分院 102 年度上訴字第 186 號刑事判決

原判決撤銷。甲、乙共同犯《野生動物保育法》第 41 條第 1 項第 1 款之非法獵捕保育類野生動物罪，均各處有期徒刑陸月，如易科罰金，

均各以新臺幣壹仟元折算壹日。均各緩刑貳年，緩刑期間均各付保護管束，並均各向指定之政府機關、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玖拾小時之義務勞務。扣案土造長槍二支（槍支管制編號：0000000000、0000000000）、火藥八小罐（其中有三罐為空瓶）、鋼珠九小罐、底火十三片、喜得釘二十一顆、鋼珠三十三粒、山羌屍體一具均沒收。

### 參、當事人主張

其等為原住民族，基於食用目的而獵捕山羌應該沒有罪；又原住民基於傳統文化獵捕野生動物，屬《野生動物保育法》第 21 條之 1 除罪化範圍，應不受刑事之追訴，請求撤銷原判決，改為無罪之諭知。

### 肆、爭點

為食用目的獵捕山羌，是否屬於原住民基於傳統文化之行為？

## 伍、法院判決

### 一、第一審判決

原審為簡式審判，故判決簡短，實體認定未多說明，於此不贅。

### 二、第二審判決

（一）獵捕山羌不合於《野生動物保育法》第 18 條第 1 項但書例外：

1. 惟查：所謂保育類野生動物，係指瀕臨絕種、珍貴稀有及其他應予保育之野生動物，而「其他應予保育」之野生動物，係指族群量雖未達稀有程度，但其生存已面臨危機之野生動物，《野生動物保育法》第 4 條第 1 項第 1 款、第 3 條第 5 款分別定有明文。
2. 查山羌（學名：Muntiacus reevesi micrurus）業經行政院農業委員會公告列為「其他應予保育」之保育類野生動物。而依目前一般研究調查報告中並無山羌之族群量逾越環境容許量之紀錄，且每年查獲違法獵捕的案件數未見大幅減少，故山羌並非可利用之保育類野生

動物。是被告二人共同獵捕山羌，顯非《野生動物保育法》第 18 條第 1 項但書例外可容許獵捕、宰殺或為其他利用之行為。

(二) 諸多特別法係以保障原住民族傳統文化為主軸，但為表彰原住民族世代相傳之普世價值，讓新一代的原住民族體認舊有文化，將其延續下去，應對已不合時宜的舊傳統文化予以排除，或限制在相當時空下才可執行；故不論是基於傳統文化或祭儀而為的狩獵行為，均須按「原住民族傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」第 6 條附表所規定之期間，以及得獵捕之野生動物種類為限制：

1. 雖原住民族向來即有狩獵之習慣，在以往經濟、物質生活尚未發達之年代，狩獵係原住民族獲取食物來源之管道，時至今日，國民經濟生活已普遍提升，保育之觀念亦漸受重視，客觀環境之改變，已甚少有原住民族賴狩獵維生者，然狩獵在原住民族之傳統祭儀中仍具有重要之意義，尤其原住民族之政、經地位長期處於弱勢，在主流文化的衝擊、同化下，狩獵文化作為原住民彰顯其自我意識及人格開展之象徵即顯重要，此在肯認多元文化精神之我國更是如此。然而，隨著保育觀念之抬頭，野生動物之保護亦屬重要之公共利益，基於維護物種之多樣性及自然生態之平衡，我國亦制定有《野生動物保育法》。是以，當原住民族基於其人格之自我實現而實施狩獵活動時，即難以避免地與保育野生動物此一抽象之公益產生價值衝突，如何調和、取捨即應由具民主正當性之立法者善加抉擇。
2. 86 年 7 月 18 日憲法增修條文增訂第 10 條第 9 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」、第 10 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」，確認保障原住民族之傳統文化以促進文化多元之價值，並賦予憲法位階之優越地位。嗣 94 年 2 月 5 日公布施行之《原住民族基本法》，乃為落實保障原住民族基本權，促進原住民族生存發展，建立共存共榮之族群關係，其中第 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。」依其文義觀之，似指原住民族基於傳統文化、祭儀或自用之目的，而不具營利性者，即可獵捕野生動物，包括保育類野生動物及一般類野生動物，然該法文同時揭示「依法從事」，所依之法除《原住民族基本法》外，自應包括《野生動物保育法》。

3. 且查，93年2月4日修正前《野生動物保育法》第21條原規定：「野生動物有下列情形之一，得予以獵捕或宰殺，不受第17條第1項、第18條第1項及第19條第1項各款規定之限制。但保育類野生動物除情況緊急外，應先報請主管機關處理：（第一至四款省略）五、臺灣原住民族於原住民保留地，基於其傳統文化祭典，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者（第六款省略）。」明白宣示原住民族傳統文化之保存價值優先於野生動物保育之物種多樣性；並於93年新增《野生動物保育法》第21條之1規定：「臺灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，不受第17條第1項（指獵捕一般類野生動物之限制）、第18條第1項（指獵捕保育類野生動物之限制）及第19條第1項各款（指獵捕方式之禁止）規定之限制。前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准，其申請程序、獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域及其他應遵循事項之辦法，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。」其就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，明文排除《野生動物保育法》之限制，確立保護原住民族傳統狩獵文化優先保護之原則。
4. 再者，立法者為實踐憲法對多元文化之尊重，要求國家機關應積極維護原住民族傳統文化之發展，除制定《原住民族基本法》以落實並保障原住民族之傳統文化與生活方式外，將原住民族基於傳統文化及祭儀等之採集森林主副產物行為（《森林法》第15條），及基

於傳統文化及祭儀所為之獵捕野生動物行為（《野生動物保育法》第 21 條之 1）均予以除罪化，更可說明立法者就生物多樣性及原住民傳統文化之保障間，已於衡平後作出相對之界線與範圍，而以保障原住民傳統文化為主軸。故《野生動物保育法》第 21 條之 1 規定應屬原住民族基於傳統文化、祭儀而為獵捕野生動物之行為之除罪化規定。

5. 惟按傳統文化，係指存在於原住民族社會已久，並藉由世代相傳而延續至今之價值、規範、宗教、藝術、倫理、制度、語言、符號及其他一切生活內容之總稱。原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法第 2 條定有明文。由文義解釋可知，傳統文化乃原住民族中存續長久且延續至今之一切生活內容。原住民依靠山海之有限資源生活，而發展出不同之傳統文化，如漁獵、採果等，皆是順應時序，而與自然界之有限資源取得一定之平衡。為表彰原住民族世代相傳之普世價值，讓新一代的原住民族體認舊有文化，將其延續下去，應對已不合時宜的舊傳統文化予以排除，或限制在相當時空下才可執行。
6. 是《野生動物保育法》第 21 條之 1 雖就原住民族基於傳統文化或祭儀所為之獵捕野生動物行為予以除罪化，惟為保障生物多樣性，復於原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法中，另以附表方式將原住民各族舊有之傳統文化及祭儀就得獵捕期間及野生動物獵捕種類予以限制。又前開附表既已將原住民各族「狩獵祭」之期間、獵捕方式、獵捕種類及實施地區均作標明，即表明原住民族應於適當期間以適當之方式獵捕適當之野生動物種類，以兼顧野生動物之保育與原住民族傳統文化之傳承。而此將原住民狩獵之傳統文化限縮於相當期間並錯開野生動物種類，乃為使野生動物休養生息，亦是表現原住民族順應時序與自然共存共榮，所採之取之於山林，用之於山林之精神。
7. 再者，現今社會發展蓬勃，原住民族大量進入城市，造成傳統文化逐漸沒落甚至消失，以狩獵維生之職業獵人人數更是微乎其微，故



國家為保護原住民族傳統文化之遺產，方將各族祭儀及傳統文化以附表方式記明，希望各族能將固有之文化永續傳承，讓新一代的原住民族得知舊時代的生活與文化，故不論是基於傳統文化或祭儀而為的狩獵行為，均須按原住民族傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法第 6 條附表所規定之期間及得獵捕之野生動物種類為限制，倘認只要符合附表所列均屬基於傳統文化狩獵而作如是擴張，《野生動物保育法》所欲達成維護物種多樣性之立法目的將無法實現，故不得謂原住民族得以高呼基於祭儀或傳統文化之大纛，即能肆無忌憚的獵捕野生動物，否則《野生動物保育法》無異失其平衡物種多樣性之功能，而形同具文。

(三) 為食用目的而為狩獵，不能將其等狩獵行為解作係基於傳統文化之行為：

1. 查被告甲、乙為平地原住民，其戶籍登記之族別分別為撒奇萊族、阿美族，有其等個人戶籍資料查詢結果可按。然甲原從事板模工作，現已退休，目前撿拾海菜及打零工維生；被告乙則係務農，擁有膠筏一艘，農暇時會出海捕魚貼補家計，業據其等供明在卷，並有花蓮縣警察局鳳林分局 102 年 5 月 9 日鳳警偵字第 0000000000 號函可稽，是被告二人並非以狩獵營生，狩獵非屬被告二人之生活方式。
2. 而依「原住民族基於傳統文化及祭儀需獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」第 6 條第 2 項就各地區原住民之傳統領域、文化、祭儀、獵捕區域、期間、方式及動物種類之附表中，屬於花蓮縣阿美族三月祭儀有 Mitelus（相撲），所能狩獵之野生動物為山豬及其他一般類動物，實施地區為吉安鄉，與本案被告二人所狩獵之山羌及行為地豐濱鄉不符；
3. 另屬撒奇萊雅族三月祭儀有 Hamaybaky（長老賜福祭）、Itiway（木神祭成年禮）、Misatumuh（迎春季）之祭儀，可獵捕之動物雖然包括山羌，但被告二人係基於家人食用目的而為狩獵，依上述說明，也不能將其等狩獵行為解作係基於傳統文化之行為。

## 國內原住民族重要判決之編輯及解析（第二輯）

4. 況且，被告二人於警詢時均坦承知悉獵捕山羌屬違法之行為，於本院審理時亦供稱知悉為祭儀而狩獵須事前申請許可，是本案被告二人既未事前申請許可，也非因傳統文化或祭儀而獵捕保育類野生動物山羌，即應依《野生動物保育法》第 41 條以刑罰制裁之。
5. 綜上所述，本件事證明確，被告二人犯行洵堪認定，應予依法論科

同認基於食用目的而獵捕，不得認為係傳統文化	
臺灣臺東地方法院 102 年度原訴字 第 9 號刑事判決	爰審酌被告 2 人雖均為阿美族原住民，然渠等獵捕保育類野生動物係為供己食用，尚與原住民固有風俗習慣之祭祀無關，且渠等僅為一己之私，罔顧政府大力宣導保育野生動物之用心，以上開方式獵捕保育類野生動物，破壞自然生態之平衡，妨礙環境之永續發展，所為應予非難。
臺灣臺東地方法院 102 年度原簡字 第 26 號刑事簡易 判決	爰審酌被告雖具有原住民身分，然其獵捕保育類野生動物係為供己食用，尚與原住民固有風俗習慣之祭祀無關，且渠等僅為一己之私，罔顧政府大力宣導保育野生動物之用心，以上開方式獵捕保育類野生動物，破壞自然生態之平衡，妨礙環境之永續發展，所為應予非難。

### 陸、評析

本案的爭點有二，包括《野生動物保育法》（以下簡稱野保法）中一直存在的爭議，此即原住民出於文化或祭儀使用的目的，得否獵捕、宰殺保育類動物？就此議題的討論，本案終審判決採取否定見解，然此項見解實不無檢討空間。簡言之，動保法有關規定中，其實並無限制原住民僅得獵捕一般類野生動物的規定，只要原住民本於文化或祭儀的理由而獵捕野生動物，即應排除刑事責任。有關討論已經在最高法院 104 年度台上字第 243 號刑事判決的評析中處理，在本號判決的評析中，即不再贅述。

除了以上爭議之外，本號判決另一個重要問題則涉及文化或祭儀目的的認定，主要的法律規定是動保法第 21 條之 1 第 1 項：「臺灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，不受第 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項及第 19 條第 1 項各款規定之限制」，再參考同條第 2 項以及第 51 條之 1 的規定，即使原住民未先經主

管機關的許可，但若符合第 21 條之 1 第 1 項的有關要件，仍得排除刑責。不過，第 21 條之 1 第 1 項限定原住民獵捕或宰殺時必須以「基於其傳統文化、祭儀」為必要，那麼當原住民出於食用目的而獵捕時，是否稱得上「基於傳統文化、祭儀」，即發生爭議。

依本研究之見，動保法第 21 條之 1 第 1 項並非概括性地授權原住民可以獵捕野生動物，毋寧必須本於其傳統文化或祭儀，而臺灣原住民族群甚多，每一族群擁有的文化及祭儀特點都不相同，包括獵捕時間、獵捕地點、獵捕野生動物種類及祭儀程序都有相當大的差別，法院在判斷時，實應從個案觀點，分析原住民獵捕野生動物時，究竟與其所主張的傳統文化或祭儀活動是否相關。舉例而言，我們很難接受居住於海邊的達悟族原住民，「出於文化傳統」在深山中獵捕臺灣水鹿；而居住在中央山脈中緣的泰雅族在屏東瑪家鄉獵捕臺灣獼猴時，也難以認為這是其泰雅族的部落文化。

為了確認相關問題，農委會曾頒布「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」（以下簡稱管理辦法），該辦法的附表中詳細明訂了不同族的原住民可以在什麼樣的文化或祭儀需求下（時間、地點等），獵捕或宰殺特定類型的野生動物，例如泰雅族原住民得於九月祖靈祭時，於其傳統地域內使用獵槍獵捕山豬。然而，管理辦法雖然明確記載了原住民族祭儀型的獵捕行為，但針對所謂一般日常生活文化型的獵捕行為，卻未明確地規範，尤其相對比於《原住民族基本法》第 19 條第 1 項第 1 款的規定：「原住民得在原住民族地區依法從事下列非營利行為：一、獵捕野生動物」，管理辦法顯然授權相對有限，甚至有違反作為原住民族基本文化權利保障母法的《原住民族基本法》之虞。

正因為農委會訂頒的管理辦法太過限制，也主要集中在祭儀式的除罪類型，因此本研究認為，對於野保法第 21 條之 1 第 1 項所謂「基於傳統文化、祭儀」的規定，必須分成兩個層面來觀察，如果是「傳統祭儀型」，原則上可以參考上述管理辦法的規定具體地處理；相反地，如果涉及非祭儀的關係，例如原住民在無特別祭儀之時，本於其原住民長

年以來的生活習慣，出於供給自己或家人食用的目的，獵捕野生動物，這種所謂「傳統文化型」的解釋，應該直接參考《原住民族基本法》第 19 條第 1 項第 1 款的定性，認為只要原住民在其所屬部落的固有領域內，非出於營利意思，獵捕該傳統領域上屬於原住民族物產的獵物時，即屬其文化活動的實踐，從而符合野保法第 21 條之 1 第 1 項規定排除刑責。

以本案法院所認定的事實為例，原住民被告分別為撒奇萊族、阿美族，兩位原住民被告並不符合管理辦法所定的傳統祭儀型獵捕許可。因此，應該具體地判斷是否符合「傳統文化型」的許可關係，就此點必須具體審視其地點、獵捕對象及獵捕目的，被告其中之一屬於撒奇萊雅族，只要在其傳統領域內獵捕具有傳統意義的獵物（例如本案的山羌），只要無營利意思，縱然純粹出於食用目的，即可基於傳統文化型而排除刑事責任。就此點的法院見解認為：「屬撒奇萊雅族三月祭儀有 Hamaybaky（長老賜福祭）、Itiway（木神祭成年禮）、Misatumuh（迎春季）之祭儀，可獵捕之動物雖然包括山羌，但被告二人係基於家人食用目的而為狩獵，依上述說明，也不能將其等狩獵行為解作係基於傳統文化之行為」，顯然過度拘泥於傳統祭儀型的除罪效果，忽略傳統文化型亦可得適用，似有進一步檢討空間。

#### ❖ 相關法律條文

野生動物保育法：第 21 條之 1

**案例九** 原住民買賣山羌案

**案號** 最高法院 103 年度台上字第 9 號刑事判決  
臺灣高等法院花蓮分院 102 年度上訴字第 84 號刑事判決  
臺灣臺東地方法院 101 年度訴字第 243 號刑事判決

**案由** 違反《野生動物保育法》

**關鍵詞** 買賣、山羌、保育類野生動物

**壹、案例事實**

被告乙明知山羌為行政院農業委員會公告之第三級保育類野生動物，非經《野生動物保育法》主管機關之同意，不得買賣山羌或其產製品，竟未經主管機關之同意，即基於買受保育類野生動物產製品山羌屍體之犯意，於民國 101 年 3 月 28 日下午 5 時許，在甲位於臺東縣太麻里鄉○○村○○號之住處，以新臺幣 1,000 元之代價，向甲買受山羌屍體 1 隻。

**貳、訴訟結果****一、第一審判決：臺灣臺東地方法院 101 年度訴字第 243 號刑事判決**

乙犯《野生動物保育法》第 40 條第 2 款之非法買賣保育類野生動物產製品罪，處有期徒刑陸月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。扣案之保育類野生動物產製品山羌肉壹塊沒收。

**二、第二審判決：臺灣高等法院花蓮分院 102 年度上訴字第 84 號刑事判決**

上訴駁回。

### 三、第三審判決：最高法院 103 年度台上字第 9 號刑事判決

上訴駁回。

#### 參、當事人主張

該山羌屍體 1 隻係其與甲於 100 年 4 月份及 12 月份依法向臺東縣政府申請狩獵所得，因頭目將該山羌屍體 1 隻分配予甲，其因而向甲索取該物，另委請甲以燒毛處理該山羌屍體並清除內臟，因而支付 1,000 元予甲，該 1,000 元並非買賣之價金，僅係處理山羌屍體所為燒毛及清除內臟之報酬。

再者，縱認被告有購買之行為，因該山羌屬合法獵得（依本法第 21 條之 1），應無違《野生動物保育法》第 40 條第 2 款為嚇止違法獵捕、獵殺之立法目的。

此外，依「原住民基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」第 12 條規定僅禁止販賣之行為，未禁止購買之行為。

#### 肆、爭點

- 一、《野生動物保育法》第 35 條第 1 項禁止買賣保育類野生動物或其產製品，是否排除依同法第 21 條之 1 所獵捕之保育類野生動物或其產製品？
- 二、「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」第 12 條規定：「獵捕活動所得之野生動物之宰殺、利用須用於傳統文化、祭儀活動，不得有販賣或其他營利行為。」得否理解為僅禁止販賣之行為，故購買之行為應屬合法？

#### 伍、法院判決

##### 一、第一審判決

基於體系解釋，本法第 21 條之 1 僅言：「不受第 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項及第 19 條第 1 項各款規定之限制」，並未將同法第 35 條同

予排除；且基於文義解釋，本法第 40 條 2 款亦未限制賣保育類野生動物或其產製品之來源；又如基於其傳統文化或其他目的而有買賣之必要，亦應依同法第 35 條之規定經主管機關同意後買賣之，如認得未經主管機關同意下之買賣保育類野生動物或其產製品，反徒增查緝之困難。又辯護人所稱，依「原住民基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」第 12 條規定僅禁止販賣之行為，未禁止購買之行為，然此管理辦法係為補充同法第 21 條之 1，故不得理解為申請及參與獵捕之人或除此之外之人購買依該辦法獵捕活動所得之野生動物即屬合法：

- (一) 被告乙固不否認有於前揭時間、地點，交付 1,000 元予甲，並自甲取得山羌屍體 1 隻以供友人食用，惟否認有向甲買賣保育類野生動物產製品之情事。
- (二) 針對被告乙及辯護人辯稱該 1,000 元並非買賣之價金，僅係用以支付甲處理山羌屍體所為燒毛及清除內臟之報酬等語。
  1. 雖經證人甲於本院審理時證稱：……以 1,000 元作為處理內臟之代價，至山羌部分則係伊送予被告，被告未曾提及買賣之事等語。
  2. 但法院審酌惟查勘驗通訊監察光碟後所製作之譯文內容，以及證人甲於同次本院審理時復經本院質以依前開通話譯文內容，而認如甲願將山羌本體無償送予被告之事為真，卻又另行為被告處理山羌後再收取勞力付出之報酬，恐與社會常情相違。反之，如認被告乙與甲二人自始即以買賣之意各自取得金錢與實物，則非但與上開譯文內容相合，亦與證人甲於警詢及偵查中之陳述相符，較可採信。
  3. 法院進一步認為，況且被告於警詢及偵查中均自承其係於前揭時地以 1,000 元向甲購買取得該山羌屍體 1 隻，且均未提及該 1,000 元為處理山羌報酬之說，是被告、辯護人前揭所辯及證人甲於本院審理時所為之證述，委難憑採。
- (三) 針對被告及辯護人辯稱，本案所涉山羌屍體 1 隻係屬合法獵得應無違《野生動物保育法》第 40 條第 2 款<sup>5</sup>為嚇止違法獵捕、獵殺

5 野生動物保育法第 40 條第 2 款規定如下：「有下列情形之一，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣三十萬元以上一百五十萬元以下罰金：

之立法目的等語：

1. 細譯該條款禁止買賣之立法目的，應係嚇阻買賣保育類野生動物，以杜絕銷售之管道、防免保育類野生動物之被濫捕、濫獵、或濫殺，以加強保護保育動物。
2. 又關於本條禁止買賣之保育類野生動物或其產製品，是否排除臺灣原住民基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要，並依同法第 21 條之 1 規定經主管機關核准後所合法獵捕關於本條禁止買賣之保育類野生動物或其產製品，是否排除臺灣原住民基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要、宰殺後之保育類野生動物或其產製品乙節：  
依體系解釋以觀，本法並未設有如第 21 條之 1 規定，於第 17 條至第 19 條之禁止限制獵捕、宰殺或利用之規定外，設有例外之規範；於文義解釋上，同法第 40 條第 2 款規定亦未限制買賣保育類野生動物或其產製品之來源。
3. 再者，臺灣原住民依同法第 21 條之 1 規定經主管機關核准後所合法獵捕、宰殺後之保育類野生動物或其產製品，如基於其傳統文化或其他目的而有買賣之必要，亦應依同法第 35 條<sup>6</sup>之規定經主管機關同意後買賣之，如此，亦無違第 40 條第 2 款之規定。
4. 此外，合法獵得之保育類野生動物或其產製品，如任許未經主管機關同意下之買賣，則主管機關恐無從審查是否合乎臺灣原住民基於其傳統文化、祭儀或其他正當理由所必須，而得藉以平衡原住民文化與保護保育類野生動物之價值衝突，且擁有保育類野生動物或其產製品之合法來源者，藉由向主管機關申請買賣之許可，於合法取得保育類野生動物或其產製品之管理上，亦屬最適之處理模式。反之，如未經主管機關同意下之買賣保育類野生動物或其產製品，行

---

二、違反第三十五條第一項規定，未經主管機關同意，買賣或意圖販賣而陳列、展示保育類野生動物或其產製品者。」

6 野生動物保育法第 35 條：

「保育類野生動物及其產製品，非經主管機關之同意，不得買賣或在公共場所陳列、展示。前項保育類野生動物及其產製品之種類，由中央主管機關公告之。」



為人均辯稱該保育類野生動物或其產製品來自合法來源，反徒增查緝之困難。

5. 況且，本案所涉之山羌屍體 1 隻是否係屬合法獵得，亦非無疑：證人甲所持有超過 1 隻之山羌來源為何，實屬有疑。……且證人甲無論於本案或另案均陳稱，伊先後持有之山羌屍體來源均來自上開經核准之排灣族祭典及獵捕活動，亦與前揭審核通知書所示經核准獵捕之山羌數量有異。……，已時約 3 月，此間日數非短，該合法獵得之山羌屍體 1 隻與本案所涉山羌屍體 1 隻是否同一，亦屬有疑。是被告及辯護人前揭所辯，洵無足採。

(四) 針對辯護人所稱，依「原住民基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」第 12 條規定僅禁止販賣之行為，未禁止購買之行為等語：

1. 該管理辦法係行政院農業委員會會同行政院原住民族委員會依《野生動物保育法》第 21 條之 1 第 2 項規定於 101 年 6 月 6 日所訂定，即臺灣原住民基於其傳統文化、祭儀有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要，而依同法第 21 條之 1 規定申請獵捕所應遵循之辦法。
2. 是以，該辦法第 12 條規定：「獵捕活動所得之野生動物之宰殺、利用須用於傳統文化、祭儀活動，不得有販賣或其他營利行為」，顯係針對依該辦法申請獵捕及參與獵捕之人於獵得野生動物後如何處分所為之規範，尚不得就此理解為申請及參與獵捕之人或除此之外之人購買依該辦法獵捕活動所得之野生動物即屬合法。是辯護人前揭所辯，亦難憑採。

(五) 核被告所為，係違反《野生動物保育法》第 35 條第 1 項、第 40 條第 2 款未經主管機關同意，買賣保育類野生動物產製品罪。

## 二、第二審判決

同於第一審法院見解，於此不贅。

### 三、第三審判決

#### （一）上訴主張：

本件山羌屍體係乙於 100 年 12 月向主管機關申請後所合法獵得，依「原住民基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」第 12 條規定，僅禁止販賣之行為，未禁止購買之行為，故上訴人縱有向甲購買之事實，其行為亦屬不罰。

#### （二）最高法院見解：

對於辯護人之主張，本案最高法院認為，上開管理辦法係行政院農業委員會會同行政院原住民族委員會依《野生動物保育法》第 21 條之 1 第 2 項規定於 101 年 6 月 6 日所訂定，即臺灣原住民基於其傳統文化、祭儀有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要，而依同法第 21 條之 1 規定申請獵捕所應遵循之辦法，該辦法第 12 條規定：「獵捕活動所得之野生動物之宰殺、利用須用於傳統文化、祭儀活動，不得有販賣或其他營利行為」，係針對依該辦法申請獵捕及參與獵捕之人於獵得野生動物後如何處分所為之規範，尚不得據此解為申請及參與獵捕之人或除此之外之人購買依該辦法獵捕活動所得之野生動物即屬合法，原判決已於理由內詳予論敘說明，經核於法並無違誤。

從而，最高法院認為上訴意旨對於原判決究竟如何違背法令，並非依據卷內資料為具體指摘，猶執前詞，而為事實之爭辯，並對原審前述職權之行使，任意爭執，難謂已符合首揭法定上訴要件，其上訴違背法律上之程式，應予駁回。

### 陸、評析

本案涉及原住民與《野生動物保育法》（以下簡稱野保法）之中一個較特別的議題，此即原住民與原住民之間，得否相互買賣合法獵捕的野生動物。本案第三人為原住民，先依野保法第 21 條之 1 規定，合法獵捕山羌乙隻後，本案的被告原住民以 1,000 元向其購買而出售予被

告，該購買山羌的行為被起訴違反野保法第 40 條第 2 款規定：「違反第 35 條第 1 項規定，未經主管機關同意，買賣或意圖販賣而陳列、展示保育類野生動物或其產製品者」而構成刑責，因為本案被告原住民未依野保法第 35 條第 1 項規定「保育類野生動物及其產製品，非經主管機關之同意，不得買賣或在公共場所陳列、展示」，欠缺取得主管機關的事前許可時，即向他人購買保育類野生動物，因此各審法院判決均認為本案原住民被告構成第 40 條第 2 款罪名。

不過，本案原住民被告在訴訟上抗辯得適用若干除罪規範而排除刑責，但各審級的法院均否認適用被告主張的除罪規定，本案各審級均認同的主要理由，可分為兩點說明：

1. 野保法第 21 條之 1 雖許可原住民獵捕、宰殺或利用野生動物，但該項規定未及於買賣行為的許可，故本案自不適用野保法第 21 條之 1 有關規定；
2. 原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法（下稱管理辦法）的第 12 條規定：「獵捕活動所得之野生動物之宰殺、利用須用於傳統文化、祭儀活動，不得有販賣或其他營利行為」，此項規定似未直接規定原住民不得「購買」合法獵捕的野生動物，但最高法院仍認為，此項規定「係針對依該辦法申請獵捕及參與獵捕之人於獵得野生動物後如何處分所為之規範，尚不得據此解為申請及參與獵捕之人或除此之外之人購買依該辦法獵捕活動所得之野生動物即屬合法」，換言之，法院認為管理辦法第 12 條的規範主軸是「合法獵捕者」，至於其他之人，並不適用該條規定。

就以上最高法院與歷審法院的見解，某程度上並沒有太大的錯誤，不論野保法第 21 條之 1 或者管理辦法第 12 條的規定，原則上都未直接規範「非合法獵捕原住民的購買行為」得否成罪，此項本案所爭議的關鍵事實，其實無法從既有的法令規定中尋求除罪解套。不過，針對最高法院最終仍認定本案原住民被告成立刑事責任的見解，本研究容有不同看法，以下可分為兩點說明：

1. 首先要重申，法院認為本案不適用野保法第 21 條之 1 規定，此項

見解可認為正確，因為野保法第 21 條之 1 確實未針對「購買」野生動物的行為予以規範；同樣道理，管理辦法第 12 條亦誠如最高法院所見，涉及「合法獵捕原住民」的行為規範，與單純買受的原住民無關。本案原住民在訴訟上主張此兩項除罪規定，並無充分理由；

2. 雖然實證法上並無足資適用以排除原住民被告刑事責任的條文，但若從原住民族文化保障的精神看來，似乎仍有值得檢討之處。析言之，原住民之所以享有在其土地上的狩獵權，正是為了貫徹原住民族部落的文化實踐，但若原住民在實踐其文化權時，因主、客觀因素無法遂行狩獵，轉而向其他合法狩獵的原住民購買其物產，且其交易價格足以認定賣出者的獲利相對有限時，此時若僅因欠缺實證法規範，就直接認定買受原住民構成刑事責任，不免未能切實踐履對原住民族狩獵文化的尊重，也忽視了原住民依山而居，同時食用山林產物的實際文化意義。基此，本研究認為雖然野保法第 21 條之 1 第 1 項未直接規定買受的除罪，但在符合一定條件下，仍應該類推適用該項規定所要貫徹的原住民族文化保護精神，許可有實際獵捕困難的原住民得採用購買方式取得其他合法原住民獵捕的山林獵物，本研究主張的要件包括：(a) 賣出者與買入者均為原住民、(b) 賣出的原住民是合法獵捕野生動物、(c) 買入的原住民有實際上的獵捕困難而無法進行獵捕、(d) 雙方所交易的價格足認無重大獲利、(e) 賣出者不具有營利意圖。符合以上五項要求時，顯見賣出與買入野生動物的原住民，均是實踐其文化權的行為，應類推適用野保法第 21 條之 1 第 1 項規定，排除野保法第 40 條第 2 款的刑事責任。

#### ❖ 相關法律條文

野生動物保育法：第 21 條之 1、第 35 條第 1 項

**案例十** 夜間射殺棕簑貓案

**案號** 臺灣高等法院花蓮分院 103 年度上訴字第 72 號刑事判決  
臺灣臺東地方法院 101 年度訴字第 244 號刑事判決

**案由** 違反《野生動物保育法》

**關鍵詞** 棕簑貓、保育類野生物、獵捕

## 壹、案例事實

甲係排灣族之原住民，明知棕簑貓經中央主管機關行政院農業委員會公告列為保育類之珍貴稀有野生動物，應予保育，非因其族群數量逾越環境容許量，或基於學術研究或教育目的且經中央主管機關許可者外，不得獵捕，竟非基於學術研究或教育目的，在棕簑貓之族群數量未逾越環境容許量前，於民國 100 年 12 月下旬某日晚間某時許，在臺東縣金峰鄉歷坵山區打獵之際，雖預見於夜間持槍朝草叢內之動物射擊，將有射殺獵捕棕簑貓之可能，竟基於縱予射殺獵捕，亦不違背其本意之不確定故意，持其所有土造長槍 1 支，朝棕簑貓所在之草叢內射擊，而獵捕棕簑貓 1 隻。

## 貳、訴訟結果

### 一、第一審判決：臺灣臺東地方法院 101 年度訴字第 244 號刑事判決

甲犯《野生動物保育法》第 41 條第 1 項第 1 款之非法獵捕保育類野生動物罪，處有期徒刑陸月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日，扣案之土造長槍壹支（槍枝管制編號為 0000000000 號）沒收之。

## 二、第二審判決：臺灣高等法院花蓮分院 103 年度上訴字第 72 號刑事判決

上訴駁回。

### 參、當事人主張

被告係在合法舉辦之狩獵活動期間狩獵，況於夜間狩獵時，實在難以判斷是否為保育類野生動物棕囊貓，是有誤殺之可能。

### 肆、爭點

被告於夜間向草叢內之動物射擊，是否具獵殺保育類野生動物棕囊貓之故意？

### 伍、法院判決

#### 一、第一審判決

- (一) 證人黃○○於原審審理中證稱：伊是獵人，伊也曾經寫過一本有關於原住民獵人的書；原住民通常是在白天的時候持自製的獵槍打獵，但是晚上也有，晚上去打獵的時候都會有頭燈，獵人是靠著動物的眼睛在晚上會發出亮光而發現獵物，例如山豬晚上的眼睛會發出亮光，在頭燈照射下，眼睛反射，所以可以發現山豬在那裡；晚上反射的眼睛不一定代表是山羌、山豬或是猴子，因為飛鼠在樹上，所以判斷在樹上的可能是飛鼠；30 公尺以內就可以大約判斷是怎樣的獵物，超過 30 公尺，就看不清楚，只能看到亮亮的眼睛；通常原住民獵人在晚上打獵的時候，原則上要在 30 公尺以內才有把握打中獵物，但是面對黑熊、猴子，因為只是要把牠嚇走，所以會在 30 公尺以外開槍；棕囊貓的習性通常是在地上，如果要開槍獵捕像棕囊貓這麼小的動物，通常要距離在 1、20 公尺以內才可以，如果晚上在 1、20 公尺的距離內，用頭燈照射，應該可以隱約看出是什麼動物；棕囊貓在晚上的時候，如果靜止不動，單獨用頭燈照射出其眼睛的反射，如果是熟悉獵

捕的獵人的話，應該可以判斷的出來；伊是經常獵捕的獵人，只要在 30 公尺以內，伊就可以辨識出來是什麼動物；如果不是經常獵捕的獵人，很難判斷出來，一般的獵人都是找近距離的獵物，近距離的動物都很敏感，只要看到有亮亮的就開槍了；晚上打獵的時候，獵人可以判斷人類和一般動物的不同，因為人的眼睛沒有那麼亮，而且要配合判斷看到的形狀，還有周遭生態的變化來分辨到底是人還是野生動物等語明確，且證人黃○○確有豐富之狩獵經驗等情，亦有行政院原住民委員會 102 年 11 月 29 日原民經字第 0000000000 號函暨所附之「臺灣原住民族數位典藏資料庫」—太魯閣族黃○○耆老訪談紀錄 1 份在卷可考。則依證人黃○○上開證言可知，原住民於夜間狩獵時，原則上須於 20 公尺內方能使用自製獵槍射擊棕囊貓或與其體型相同嬌小之獵物，而在此距離內透過頭燈的照射，亦能判斷所獵捕之動物是否為棕囊貓。參以被告於原審審理中供稱：「(問：你剛剛說你獵捕到的這隻棕囊貓，你們原住民的話如何稱呼?) 甲哈發味(音同)。」、「(問：為何知道棕囊貓叫做『甲哈發味』(音同)?) 因為我爸爸以前常常抓，所以我知道甲哈發味(音同)。」等語，顯見被告於本案發生前已知悉棕囊貓之體型與習性，應可於獵捕前分辨其欲射擊之獵物是否為棕囊貓無疑。

- (二) 證人周○○雖於原審審理中證稱：伊於 100 年 12 月 25 日至 100 年 12 月 31 日與被告一起參加部落的狩獵活動，打獵的時候伊與被告在同一組，伊負責背工具，被告負責打獵；整個狩獵的期間都在晚上，打獵時只有帶頭燈，帶頭燈後看到獵物的形狀很模糊，但是被燈照到有亮點反光；狩獵的時候很難判斷動物是否屬於保育類動物，動物有時候會躲在草裡面，只有看到眼睛有閃光，狩獵的時候有可能就不小心打到一些保育類動物等語。然其亦於原審審理中證稱：伊與被告在 100 年 12 月下旬在狩獵季期間有獵捕到棕囊貓，伊沒有看過這種動物；當時打獵季記載可以獵捕的野生動物有飛鼠、山豬、山羊、山羌及水鹿，棕囊貓的體型和飛鼠差不多，都是夜行性動物；一般獵捕飛鼠的時候，飛鼠

都在樹上，但是當時獵捕棕簑貓時，棕簑貓是在草叢，與飛鼠的習性不同等語。而本件參以棕簑貓主要是於日間活動，但活動時間仍可能延伸至日出前與日落後數小時，棕簑貓與大型飛鼠的頭軀幹長相近，但毛色相當不同，大型飛鼠多數時間在樹上，偶爾才下至地面，棕簑貓則不爬樹，因為飛鼠有翼膜，棕簑貓與飛鼠在地面行走、跑步方式亦相當不同，一般而言，若光線充足且觀察者熟悉此兩類動物，並不易將棕簑貓與飛鼠混淆等情，有行政院農業委員會特有生物研究保育中心 102 年 11 月 12 日農特動字第 0000000000 號函附卷可參。

- (三) 足徵被告於射殺本件草叢內之棕簑貓時，業已知悉其所欲獵殺之動物與飛鼠之體型雖相近，然飛鼠習於樹上活動，與該草叢內之棕簑貓習性不同，猶仍開槍射殺之；況被告亦自承知悉棕簑貓為何種動物，苟其於獵捕之始係因夜黑無法辨識係何種動物，然既已知悉所欲獵捕之動物與飛鼠或其他得以狩獵之動物體型、習性均有所不同，被告或可上前查看辨識，或不再射獵，然其竟不為此之圖，猶率然射獵，如認其為誤殺，恐與常情有悖。

## 二、第二審判決

維持並肯認原審見解，內容皆如上。

## 陸、評析

本案涉及原住民獵捕野生動物時主觀故意的認定，基於《野生動物保育法》（以下簡稱野保法）第 41 條第 1 項處罰獵捕宰殺保育類野生動物的規定，行為人只要客觀上獵捕或宰殺了保育類野生動物，而行為人主觀上也知悉其事，符合刑法第 13 條對於故意的要求，即可構成該犯罪，而刑法第 13 條區別了兩類的故意形態，包括直接故意「行為人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者，為故意」（刑法第 13 條第 1 項），以及間接故意「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 條第 2 項）。換言之，只要原住民於獵殺保育類野生動物時，主觀上出於直接或間接故意，即可



成立本罪。

本案在客觀上，原住民被告以獵槍獵殺了棕囊貓，棕囊貓確實屬於保育類野生動物，滿足該罪成立的客觀要件；不過，因為原住民被告並非在白天狩獵，而是在夜間狩獵，被告因而辯稱在開槍時，不知道所獵殺的野生動物是棕囊貓，因此欠缺故意。本案的關鍵爭點即在於：是否原住民被告主觀上可以認定有故意？

已如前述，刑法中區別了可非難性較高的直接故意與可非難性較低的間接故意，本案被告原住民，因為並非明知其所獵殺者是保育類的棕囊貓，應可排除直接故意的適用，但得否構成間接故意的主觀要素，即有重大爭議。依刑法理論的看法，間接故意的成立必須以行為人已經預見損害事實有可能發生，但主觀意思上具有反對動機，該反對動機並不強烈，行為人也未採取任何明確的防果行為確保損害事實不實現，從而足以認為，行為人具損害事實的預見性，雖然行為人仍不期待該事實發生，但該事實的發生對行為人而言係屬無關緊要。

以上述間接故意的標準審視本案中的原住民主觀意思，本案判決引用了兩項關鍵性的資料，包括（1）證人黃○○（原住民耆老，且具獵人身分）的證詞，其認為熟知獵物習性的原住民獵人在夜間獵捕時，是以動物眼睛亮光為主要依據以發現獵物，但若獵人與獵物間距達 30 公尺以上，只能發現獵物，無法確認獵物種類，只有在相距 30 公尺以內，才有辦法辨識獵物種類；（2）證人周○○（與被告同行狩獵之人）則證稱，「棕囊貓的體型和飛鼠差不多，都是夜行性動物；一般獵捕飛鼠的時候，飛鼠都在樹上，但是當時獵捕棕囊貓時，棕囊貓是在草叢，與飛鼠的習性不同」。基於以上兩項證言，法院認為本案被告一方面已經熟知棕囊貓的生活習性，另一方面在射擊時，已足認獵物在草叢中，應該不是飛鼠，有可能是棕囊貓，因此法院指出：「飛鼠習於樹上活動，與該草叢內之棕囊貓習性不同，猶仍開槍射殺之；況被告亦自承知悉棕囊貓為何種動物，苟其於獵捕之始係因夜黑無法辨識係何種動物，然既已知悉所欲獵捕之動物與飛鼠或其他得以狩獵之動物體型、習性均有所不同，被告或可上前查看辨識，或不再射獵，然其竟不為此之圖，

猶率然射獵，如認其為誤殺，恐與常情有悖」，從而肯定被告主觀上有故意。

對於法院上述見解，本研究認為仍然有一些值得斟酌省思之處：

- 一、首先，法院透過原住民獵人與熟知原住民狩獵、獵物習性的證人證言，藉以判斷本案中原住民被告有無故意，法院引入此項具有原住民特點的證據資料，這樣的作法可以讓原住民山林活動的特殊知識表現，在實務判決中獲得重視，同時也依此斷定最終的故意事實認定結果，此項作法應值肯定；
- 二、其次，構成間接故意的第一個要素是行為人認知損害事實發生的可能性，然而法院採用原住民證人的證詞，綜合判斷的結果，只能認為原住民被告在開槍時，足可認定在草叢中的動物應該不是飛鼠，但是否原住民被告意識到，「其所攻擊的對象可能是棕囊貓」，此項原住民被告認知層面的分析，在本案判決中並未詳述，換言之，就間接故意「知」的層面，其實法院並未詳細深究就直接認定成立，這一點似乎有再深入檢討的空間；
- 三、最後，間接故意還必須有「欠缺強烈反對動機」的「漠然或容任」之「欲」層面，但綜觀法院判決，完全對於原住民被告是否「無視可能獵殺棕囊貓之後果，仍執意獵殺」乙項內在意識，完全隻字未提，這一點對於原住民被告極度重要，卻在本案判決中未予處理，這是本案判決另一個可惜之處。

#### ❖ 相關法律條文

野生動物保育法：第 41 條第 1 項

刑法：第 13 條

### 三、違反森林法

案例十一 依傳統習俗於國有林地建造墓碑案

案號 臺灣臺北地方法院 101 年度審訴字第 1139 號刑事判決

案由 違反森林法等

關鍵詞 國有林地、墳墓、原住民族傳統領域

#### 壹、案例事實

被告甲明知坐落新北市○○區○○段 00000 地號土地，係中華民國所有，由行政院農業委員會林務局新竹林區管理處（下稱林務局新竹林管處）管理之土地，且上開土地之地目編定為「林」，為《森林法》所稱之林地，屬國有林地，非經林務局之核准或同意，不得擅自墾殖或占用，竟意圖為自己不法之利益，自民國 101 年 2 月 25 日起至同年 3 月底止，在上開土地擅自建造立有「主內○○○墓」墓碑之墳墓一座，竊佔上開土地面積計 16 平方公尺。嗣林務局新竹林管處烏來工作站護管員庚○○，於 101 年 3 月 16 日，執行林地護管工作時發現，並報警處理，而循線查悉上情。

#### 貳、訴訟結果

甲無罪。

#### 參、當事人主張

##### 一、被告甲主張

被告甲固供認有於前揭時、地，建造立有「主內○○○墓」墓碑之

墳墓 1 座，惟堅決否認有何違反《森林法》及竊佔之犯行，辯稱：我是泰雅族人，原本居住在哈盆部落，於 50 幾年間遷移到下盆部落，族人死亡後，都埋葬在部落附近的系爭墓地上，我的父親、兒子、弟弟、大伯、二伯、堂哥等親戚均埋葬在該處，依我們泰雅族傳統習俗，死亡後必須要跟祖先葬在一起，因此母親○○○往生後，我將其葬在該處等語。

## 二、辯護意旨稱

被告之行為符合泰雅族傳統習慣，且所葬之地點係原住民族傳統領域，應不構成犯罪。

## 肆、爭點

《森林法》第 15 條第 4 項僅規定「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。」並未就原住民依傳統習慣於原住民傳統領域埋葬往生者之行為，為特別規定，就此應如何處理？

## 伍、法院判決

- 一、被告於前揭國有林地上設置系爭墳墓之行為，客觀上符合犯罪客觀構成要件，主觀上具構成要件故意，並具有不法所有之意圖。
- 二、《森林法》第 51 條主觀上自應具有「不法所有之意圖」，而判斷上不應納入文化、信仰等觀點考量，故不因被告行為依循原住民族傳統而排除不法意識：  
按刑法上關於財產上之犯罪，所定意圖為自己或第三人不法所有之意思條件，即所稱之「不法所有意圖」，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。《森林法》第 51 條所訂於他人森林或林地內，擅自墾植或占用之行為，其犯罪之本質當然含有竊佔罪質，主觀上自應具有「不法

所有之意圖」。關於「不法所有意圖」之解釋，應以行為人主觀上認知或可得而知其行為在現行法律秩序下不被許可，足認其具有此不法意識，而非納入文化、信仰等觀點考量之，蓋文化、信仰等與法律規範未必一致，若行為人以自身之文化、信仰認為優於實證法之規範，即可排除不法意識，進而減免刑責，不僅使法律處於不確定之狀態，亦不具刑罰公平性，難為社會大眾所接受。查本案被告主觀上知悉系爭墓地屬於國有林地，因該地尚未經政府核准編定為公墓用地使用（詳後述），被告將系爭墳墓葬在該土地上，以自己實力支配管領之意圖占用該土地，無正當合法之權源，依前開說明意旨，主觀上即具有不法所有之意圖，不因其行為係依循原住民傳統文化而排除不法意識。

三、烏來地區泰雅族有將往生者埋葬在祖先墓地附近之傳統習慣，而被告將往生之母親埋葬於系爭墓地，符合上開傳統習慣：

（一）部落原住民證稱

證人已到庭證稱：

原住民族傳統不把先人葬在外面，到日據時代被禁止，才埋在屋外，而墓地都不會離部落很遠，至於墓碑，是之後接觸現代文明才有的。

我是泰雅族人，出生在福山里的李茂岸部落，58年遷到現在之烏來里，一直住到現在。58年4月開始在烏來（鄉）區公所工作迄今。我對於當地原住民族的祭祀文化非常了解。日據時代以前，我們往生者一定要埋葬在屋內床底下，要起一個墓穴，因為聚落很小，三、五戶、多則十幾戶的聚落，主要生活需求範圍裡面天然的東西、河邊魚、山上獵物，因為往生的人都是聚落的人，由頭目來主持，照著原住民族傳統的方式隆重簡單，從來不把先人丟到外面，日據時代光復之前開始禁止我們用這種方式，劃設了公墓用地，墓地很小，因為人口少，我們才埋葬在屋外，儀式因為光復之後有人來傳教，有信仰，基督教就用基督教方式，以前來墓碑都沒有，因為原住民沒有文字，就是默禱、就地埋葬，沒有墓碑，墓碑是之後因為現代文明接觸了才有，是用木頭，然後寫上漢字，後來才慢慢改變成現代化的埋葬方式。日據時代之後，原住民改變了埋葬習慣，墓地會選擇在部落的附近，不會很遠的地方，要抬棺，都是羊腸小徑就是路邊、上方而已。有墓地之後，部落埋葬往生者時，全聚落的大小大小都要集中一起，從家中開始到墓地，幾乎全部落的人只要是在家的都要參加，就是往生後一個星期之內，都到齊了，我們才去埋葬。過去我們沒有清明節，可能日據時代接觸日本文化之後，有定一個

## 國內原住民族重要判決之編輯及解析（第二輯）

時間即國曆 7 月 15 日類似中元節這天，我們說的是豐年祭時候都會到墓地祭拜，帶食物去祭拜，家人都會到，之後慢慢教育說在清明節去掃墓，所以才在清明節掃墓，公所會派人去服務，並送掃把、工具給他們，政府只要有編預算辦理清明掃墓服務工作，我們會派人過去服務，過程有幾十年了。烏來的泰雅族人如有人往生，都埋葬在同一個墓地範圍，甚至埋葬在同一個地方等語。

**證人即下盆部落長者丙到庭證稱：**

**傳統上，我們下盆部落就要葬在一起，並不會葬在別的部落**

我今年 65 歲，目前下盆部落裡年紀最大就是我，其他年紀長的都過世了，我於民國 52 年住在上面的哈盆老部落，53 年到現在是住在下盆部落，目前下盆部落共有潘家 7 戶、黃家 4 戶、林家 2 戶、陳家 1 戶。當時我們遷過來之後，所在地都是比較陡峭，所以到對面那邊距離約 200 公尺處有個山坡、有個水源，比較平坦地方，老年人就葬在那邊。當時部落長老有開會說以後死亡的人葬在那個地方。後來老鄉長在 54 年時同意讓我們墓地葬在這個地方。我埋葬過爸爸、媽媽、弟弟在那個墓地，現在部落如果有人死亡，也都葬在該墓地。後來區公所有來，知道祖先已經葬在那個地方，所以後來有協調，鄉公所也有做公共設施、階梯、排水溝，因為要抬棺，有階梯比較好走。傳統上，我們下盆部落就要葬在一起，並不會葬在別的部落，因為親朋好友祖先都是親戚，不喜歡東一個、西一個。別的部落往生者，也不會葬在我們的墓地。每年 7 月 15 日，是一年一度的豐年祭，我會帶祭品去系爭墓地祭拜祖先等語。

**證人丁到庭證稱：**

**下盆部落的人除葬在系爭墓地外，並沒有葬在其他的的地方，沒有跟祖先葬在一起，會違反禁忌**

我是泰雅族人，屬福山里李茂岸部落，……，本案被告所屬下盆部落（屯鹿）屬於福山里。下盆部落有一個墓地，就是系爭墓地，該墓地埋葬的往生者，都是下盆部落的人，並沒有其他部落的人，而下盆部落的往生者，除葬在系爭墓地外，並沒有葬在其他的的地方。因我們過去原住民都是在家附近或家裡面下葬，傳統是放在家裡面，擔心祖靈，不能讓他分散，絕對不允許。泰雅族人往生，都是用土葬的方式，福山的原住民我沒聽過用火葬的，除非是嫁給漢人，才可能火葬，其他都是土葬。福山的合法公墓墓地有兩個，一個是在大羅蘭（這是二號公墓），另一個是在卡拉摸基（這是一號公墓），我的家族就葬在卡拉摸基公墓那邊。我們傳統習俗及殯葬習慣，族人往生後都必須要與先人的墳墓葬在一起，好比祖先先走，第二代就要想盡辦法葬在旁邊，有空位絕對是葬在旁邊，同樣家族的人都葬在一起。至於被告是屯鹿部落，過去是下盆部落，整編後地名整編成屯鹿。該屯鹿部落如有族人往生都是葬在系爭墓地，就我所瞭解，他們從 57 年就葬在那裡了，沒有葬在其他

地方。如果泰雅族人往生，沒有跟祖先葬在一起，會違反禁忌，可能睡不著，可能天天做惡夢，或下一代不太順利，無論食衣住行都不順利。被告的父母、小孩都葬在系爭墓地等語。

### (二) 函詢新北市政府原住民族行政局

本院向新北市政府原住民族行政局函詢有關泰雅族傳統習慣、文化中，就往生者之埋葬方式為何？是否有將往生者埋葬在祖先墳墓附近之傳統習慣？此種埋葬方式與祭祀祖先、土地使用之關係為何？

經該局函覆稱：

- (1) 在文獻上，以烏來區的喪葬為例，大部分早期有室內葬習俗，日據時期開始轉變為室外葬。以時間點切入，從西元 1918 年的屈尺群開始，到 1933 年行室內葬的泛泰雅族為少數。泰雅族人受到日據時期官方政策推行，大多以家族墓地或共同墓地為主，例如忠治部落林家、烏來部落宋家、烏來部落簡家、信賢部落林家等，可顯示出會有在祖先墳墓附近埋葬之習慣。
- (2) 同一部落更顯示出安葬於祖先附近的現象，如在 1920 年代泛泰雅族的各「社」陸續開始行室外葬，設立「共同墓地」的概念。例如烏來區現有的公墓除了下盆部落附近的墓地之外，忠治公墓、烏來公墓、信賢公墓、卡拉模基公墓以及大羅藍公墓均為從日本時代開始延續使用的。
- (3) 泰雅族人與土地、祭祀的關係，可從獵區範圍來觀察，每個部落都有自己的獵場（土地），而獵場（土地）通常屬於獵團（單位）所擁有，而非個人，且狩獵行為只僅於在自己所屬的獵團（單位）下的獵場（土地），嚴禁侵犯到其他部落的獵場（土地）。獵場也提供泰雅族人的平日食用、祭儀或婚禮喜事，獵場範圍在現代的稱呼為「原住民保留地」、「原住民族傳統領域土地」等名稱，以泰雅族人或是其他族群對土地的看法，部落即為國家的概念，傳統領域等於國家領土，故泰雅族人在各種祭儀是與土地有相當密切關係。

- (三) 即便在明知被告已遭移送法辦之情況下（被告遭移送法辦之事於下盆部落應屬眾所皆知之事），部落族人仍選擇將往生的親人埋葬於祖先的墳墓附近即系爭墓地，此顯係基於原住民對於傳統習慣之遵循、祖靈之信仰，寧可冒國家刑事追訴之危險，也不願違反祖先所留下之傳統習慣。由此益徵下盆部落有此傳統習慣無訛。

（四）法院結論：

綜上，以烏來地區而言，關於泰雅族人之喪葬傳統文化演變，從當地族人、官方資料、學者研究、現場履勘等資料顯示，可知族人往生後原係室內葬習俗，日據時期因官方政策開始轉變為室外葬，並以家族墓地或共同墓地為主，會有在祖先墳墓附近埋葬之傳統習慣，尤以同一部落更顯示出安葬於祖先附近的現象，並不會有埋葬在別的部落的墓地的情形，若沒有跟祖先葬在一起，則違反禁忌，可能睡不著、做惡夢、下一代不太順利或食衣住行都不順利之情形。於臺灣光復後，仍延續上開習慣，惟部落接觸宗教信仰及平地文化後，始開始有以漢字書寫於墓碑之文化發展。而本案之下盆部落，係於 53 年左右自哈盆遷至現址，並由部落長老與老鄉長協調往生者埋葬在部落附近之系爭墓地，且自 54 年起迄今，部落族人陸續往生者，均埋葬在系爭墓地。並不會埋在別的部落的墓地，別的部落的墓地也不會葬在系爭墓地。由此足認烏來地區泰雅族從日據時期開始，即有將往生者埋葬於祖先墓地附近之傳統習慣，而被告將往生的母親埋葬於祖先所在之系爭墓地，自符合上開傳統習慣。

四、系爭墓地位於泰雅族原住民族傳統領域範圍內，屬泰雅族傳統地名、傳統祭典、祖靈聖地或舊部落及其周邊獵區或耕墾之土地：

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 1 項第 5 款訂有明文。經本院向行政院原住民委員會函查「原住民保留地」、「原住民族傳統領域土地」之內涵，及前揭新北市○○區○○段 00000 地號土地，是否是原住民保留地或原住民族傳統領域土地？

該委員會函覆稱：原住民保留地係指《原住民保留地開發管理辦法》第 3 條所稱：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；而原住民族傳統領域土地，係指道路、河道等既有公共設施用地外之原住民族傳統地名、傳統祭典、祖靈聖地或舊部落及其周邊獵區或耕墾



之土地。本案系爭土地查非原住民保留地，但係位於本會原住民族傳統領域調查成果範圍內（泰雅族）等情。準此，依行政院原住民委員會調查成果，系爭墓地係位於原住民族傳統領域範圍內乙節，應堪認定。

- （一）在法律無特別規範下，被告依傳統習慣於原住民傳統領域埋葬往生者之行為，就必須瞭解原住民對於「土地」的觀點

按有關原住民權益保護問題，幾乎都是圍繞著財產權這個最基本的核心概念而營造。而以原住民族傳統的狩獵、漁耕生活來看，要保障其文化、水利、經濟、土地等權益，必然涉及土地財產權，也就是所謂「原住民族土地」（原住民族傳統領域土地及既有原住民保留地）的問題（林孟皇，談設置原住民法庭的時代意義——從維護原住民權益思考重新發現正義，司法週刊 1639 期）。《原住民族基本法》第 20 條第 1 項、第 3 項規定：「政府承認原住民族土地及自然資源權利」、「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」；而同法第 34 條固規定：「主管機關應於本法施行後三年內，依本法之原則修正、制定或廢止相關法令。」惟有關原住民於傳統領域的土地、資源使用權，其相關立法及修法（如《森林法》、《山坡地保育利用條例》、《野生動物保育法》等）迄今仍未完成。另關於森林位於原住民族傳統領域土地者，原住民使用森林資源之相關規範，《森林法》僅於第 15 條第 4 項規定「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。」並未就原住民依傳統習慣使用傳統領域土地部分訂出特別規範。因此，就本案而言，在法律無特別規範下，被告依傳統習慣於原住民傳統領域埋葬往生者之行為，就必須瞭解原住民對於「土地」的觀點。

- （二）泰雅族原住民依傳統習慣將往生者與祖先集葬於傳統領域土地之系爭墓地內，屬原住民族自然資源權利之體現，國家基於尊重傳

統多元文化及原住民對於傳統領域土地使用的深刻關係，自應予尊重、保護。

對多數原住民而言，大自然的生活資源，不論是土地、森林、水源及其一切生物，皆屬於造物主所管轄宰制，人們所需要的資源皆為造物主所賦予，這種思維讓原住民對自然資源、財富維持公有性質，這就是所謂原住民的「自然資源權利」。所謂「公有」，即自然在未經人類取用的公有狀態下的公有，人類只需透過先占的方式而得到使用的權利，並無權加以處分，此與我國繼受歐陸市民法所強調的個人所有權財產法制不符。原住民對於土地、自然資源的關係，大都有自然主權的思維。而國家對於原住民與其祖先的土地，以及其與大自然的關係相連的文化價值觀與權利，應予以尊重與保護，以防止其獨特的生活方式受到侵蝕，也讓美麗的臺灣山川林地，歸還給大自然、交由原住民依其傳統習慣使用（林孟皇，談設置原住民法庭的時代意義——從維護原住民權益思考重新發現正義，司法週刊 1639 期、1640 期）。從此角度出發，佐以前述行政院原住民委員會所揭示之內涵，「原住民族傳統領域」乃原住民部落生活中，所集體共同使用的山林、河川、海域等空間，包括傳統的獵區、漁區、耕墾及其他自然資源採集區域、傳統祭典、祖靈聖地等土地，在使用土地的意義上，除了供生活所需外，更重要的是建構出原住民文化延續的重要空間場域，並透過土地、自然環境的依存關係，與祖先維持連結。從而，本案中泰雅族原住民依傳統習慣將往生者與祖先集葬於傳統領域土地之系爭墓地內，屬原住民自然資源權利之體現，國家基於尊重傳統多元文化及原住民對於傳統領域土地使用的深刻關係，自應予尊重、保護。

- （三）系爭墓地於民國 90 年間已由原臺灣省政府依「變更臺北水源特定區計畫第二次主要計畫通盤檢討案」通過劃設變更為南墓四公墓用地，因行政機關作業疏失問題，迄今仍未變更編定為公墓用地，目前相關地目變更、撥用作業程序有關機關仍在進行中：

1. 關於系爭墓地於民國 90 年間已由原臺灣省政府依「變更臺北水源特定區計畫第二次主要計畫通盤檢討案」通過劃設變更為南墓四公墓用地乙節，業據辯護人提出臺灣省政府「變更臺北水源特定區計畫（含南、北勢溪部分）（第二次主要計畫通盤檢討）書」暨變更內容明細表、公共設施用地明細表影本為證。……。由上開函文可知，系爭墓地早於 90 年 5 月「變更臺北水源特定區計畫第二次主要計畫通盤檢討案」劃設為南墓四公墓用地，但目前相關地目變更、撥用作業程序有關機關仍在進行中。
2. 證人戊證稱：「（問：你是否了解為何到現在系爭公墓用地，還沒有編訂完成合法化？）公所之前有在做，我接任之後也有積極在做，希望能將墓地變成政府列管公墓，因為很多基礎建設已經做好了」、「（問：既然你們已經申請變更系爭土地為南墓 4 的公墓用地，通盤計畫檢討報告也在 90 年通過了，為何到現在還沒有完成公墓用地的取得，中間發生什麼問題？）最近處理的狀況是發現現在使用的墓地跟之前通盤檢討的圖有落差，所以還要跟相關單位協調更正補救，依當時通盤檢討的公告與現在使用的公墓來套圖是有落差，我們公所還在積極解決。」、「（問：你說通盤檢討計畫跟本案墓地因為有落差，所以本案墓地還沒有通過列為公墓地，請問落差是什麼？）主要是鄉公所指定的位置即目前的屯鹿公墓，跟通盤檢討所畫的位置不一致，我們最近請新店地政事務所測量才發現不是我們指定的地方，我們指定的地方就是現在屯鹿部落埋葬地方是對的，但通盤檢討劃設出來的是跟我們指定的位置是不一致、不一樣的，但面積是一樣的，至於為何這樣我就不清楚，要問新北市政府城鄉局、水源局。」、「（問：所以是鄉公所還在跟新北市政府城鄉局做協調？）是，還有跟林務局，林務局來往公文也同意現在使用地方趕快去申請撥用，但礙於我方才所說的落差問題，所以碰到瓶頸」、「（問：據你所知，烏來地區有幾個部落，每個部落政府是否都有編訂合法公墓，讓原住民埋葬使用？）每個部落都有，本案部落是屬於福山里，我們公所把屯鹿公墓當作公墓在管理，也都有

在維護公共設施，但地目上還沒有列管，其他的部落公墓都是有經過列管，只有福山里屯鹿公墓還沒有列管」、「（問：其他部落的公墓在地目上被列管，是被列管為什麼地目？）墓地」、「（問：被告所埋葬的屯鹿公墓的地籍圖上的地目？）好像還是林班地，所以我們公所申請劃設為公墓用地。地目為『林』。」等語。

3. 證人已（新北市烏來區公所民政防災課里幹事）到庭證稱：「（有關下盆部落即屯鹿部落，他們從老部落遷居下來，以至於有關其墓地的設置你有無了解？）很了解。屯鹿部落本來是我們福山村舊的哈盆部落，這兩個部落相距約 20 公里，我們當時的村長跟村幹事向我們鄉公所陳報，因每次颱風時他們道路就被中斷，這道路是舊的步道即古道、日據時代的古道，每次颱風豪雨就中斷，當地原住民有十幾戶、大概壹佰多人，他們的糧食、醫療就會中斷、有外送問題，所以政府建議是否遷移到現在的屯鹿部落，我們傳統上一個聚落的原住民都是有親戚關係，所以聚落附近照傳統習俗先人往生不能離開部落很遠，傳統上我們要常常祭祖靈，所以里、跟鄉商量說遷移過來之後，墓的用地一定要解決，後來我們屯鹿部落的原住民保留地有壹仟兩百多公頃，所以省政府民政廳與農林廳林務局交換用地，所以他們現在屯鹿本來是林班地，編為原住民保留地，墓地部分因為交換作業的時間延宕很久，一直到民國 69 年中央準備要劃設水源保護區，因此到 72 年公告實施以前，水利署歷經數年在我們烏來鄉做全面的土地現況使用調查，唯一被遺落的就是屯鹿部落的現況使用的墓地，因為範圍非常的小，該道路不是現在的道路，而是日據時代留下來的輕軌台車道路，使用這個墓地到案發之前，我們公所實際上就是從民國 51 年間他們陸續遷移之後，中間土地交換作業沒有完成，因為墓地是屬於中央水利署規劃分區使用，這個墓地後來發現因為沒有在現況使用調查裡面，把它列出來，所以造成使用不符合分區使用的用途，鄉公所在通盤檢討時建議縣政府重新規劃現況使用的地，就地合法化，可是因為權責機關在地籍圖的劃定時，因為本身就是一個大林班地，地政機關的地籍

圖上標示位置與我們指定的位置有偏差，所以這個案子一直都沒有處理好，現況使用的墓地從 51 年開始到案發之前，我們當地林務局是土地權責機關，分區使用是中央水利署機關，他們都有巡山員巡視，水利署也有警察巡視，這兩個權責機關從來沒有說這是違法使用的，這兩個機關當然也知道區分變更用途的作業還在繼續進行中，所以我們當地的原住民居民從來在他們的知識常識上認為這是政府允許使用的墓地，且使用了數十年。」、「(問：本案的墓地，鄉公所平常有無做維護管理或經費的支援?) 有，本來是泥巴，也不是直的，里民大會建議說因出入不方便，撥點經費去施作，所以現在看到的台階就是鄉公所僱工或發包做的，這是鄉公所做的設施。每一年清明節之前，全鄉的公墓我們都會規劃，請里長僱用當地的人把雜草清理乾淨，讓他們在清明節方便出入，每年都做一次。」、「(問：是否唯獨本案公墓沒有編列地目為公墓用地?) 是，但地方政府早就想要給他編列公墓，早年政府法令嚴格但執行寬鬆，尊重原住民。」等語。

4. 證人丁(新北市烏來區公所里幹事) 到庭證稱：屯鹿部落的族人在民國 50 年之前住在哈盆部落即福山、宜蘭界線那邊，後來 50 年葛樂禮颱風，省政府輔導他們遷村，也有跟林務局交換土地，陸續搬過來。而福山里有李茂岸部落、屯鹿部落、大羅蘭部落、馬岸部落、卡拉摸基部落。……。這些部落中，政府有規劃公墓讓部落下葬的，包括大羅蘭部落、馬岸部落是在大羅蘭公墓(二號公墓)，卡拉摸基、李茂岸是在卡拉摸基公墓(一號公墓)。至於屯鹿部分沒有規劃，就是葬在系爭墓地。因為臺灣光復之後，分為原住民保留地、林班地，原住民保留地主管機關是省政府，做公墓比較方便，但林務局不行，十幾年前就在接洽，有在規劃做公墓，但林務局不好取得土地，而原住民保留地比較好取得，而卡拉摸基公墓、大羅蘭的墓地是原住民保留地，比較好取得，我們也有與林務局接洽，想要將本案土地撥交給烏來區公所，目前還在商談當中。另系爭墓地入口有水泥製的台階，大概係 86 年到 88 年的一個里長去向

公所爭取興建的，是公所興建，讓人民方便進出。每年掃墓時，公所都有編列預算，針對全鄉的部落墓地，每年都會撥款，按照墓地大小去分配，然後由里長帶人去除草，因五個里的墓地位置都離很遠等語。

5. 綜上，佐以理由欄四（六）之證據，可知哈盆部落早年位於宜蘭、福山交界處，常因颱風豪雨致交通中斷，經省政府輔導於民國 53 年間遷至目前之下盆（屯鹿）部落。惟部落遷移後族人往生時，因傳統習俗上往生不能離開部落很遠，且族人需祭祖靈，因此烏來鄉公所與部落長老協調系爭墓地供族人埋葬使用迄今。然福山里之李茂岸部落、大羅蘭部落、馬岸部落、卡拉摸基部落，政府均已設置公墓讓該部落族人下葬，僅下盆部落族人所埋葬之系爭墓地，迄今仍未變更編定為公墓用地。而系爭墓地早於民國 90 年間即由臺灣省政府依「變更臺北水源特定區計畫第二次主要計畫通盤檢討案」通過劃設變更為南墓四公墓用地，但因行政作業疏失，通盤檢討之南墓四公墓用地，與系爭墓地實際位置有所落差，致未能將系爭墓地變更編定為公墓用地，而相關變更、撥用程序有關機關目前仍在進行中，足認從行政機關之立場，亦認系爭墓地應可變更編定為公墓用地。是被告於系爭墓地埋葬，並無影響現有之森林保育資源。

- 五、我國憲法、《原住民族基本法》、兩公約均承認、尊重原住民族多元傳統文化及生活慣俗、價值觀，並承認原住民族土地及自然資源權利，並應加保障之：

按憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 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。」；又《原住民族基本法》第 20 條第 1 項、第 30 條規定：「政府承認原住民族土地及自然資源權利。」、「政府處理原住民族事務、制定法律或實施司法與行政救濟程序、公證、調解、仲裁或類似程序，應尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化及

價值觀，保障其合法權益……」；經濟社會文化權利國際公約第 1 條及第 15 條分別規定：「所有民族均享有自決權，根據此種權利，自由決定其政治地位及自由從事其經濟、社會與文化之發展」。「本公約締約國確認人人有權：(一) 參加文化生活；(二) 享受科學進步及其應用之惠；(三) 對其本人之任何科學、文學或藝術作品所獲得之精神與物質利益，享受保護之惠」。公民與政治權利國際公約第 1 條、第 26 條及第 27 條分別規定：「所有民族均享有自決權，根據此種權利，自由決定其政治地位並自由從事其經濟、社會與文化之發展」。「人人在法律上一律平等，且應受法律平等保護，無所歧視。在此方面，法律應禁止任何歧視，並保證人人享受平等而有效之保護，以防因種族、膚色、性別、語言、宗教、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」。是依上揭規定，足見我國憲法、《原住民族基本法》、兩公約均承認、尊重原住民族多元傳統文化及生活慣俗、價值觀，並承認原住民族土地及自然資源權利，並應加保障之，以防止少數原住民族之文化、傳統習慣、土地等珍貴資產受到其他文化侵蝕、掠奪。

六、以烏來地區泰雅族喪葬、祭祖文化而言，部落確有將墳墓葬在祖先祖先之墓地旁的傳統習慣，如有違背，將受祖靈懲罰。而被告母親死亡，依傳統習慣應埋葬在祖先所在之系爭墓地，不能埋葬於其他部落之公墓或他處，故被告別無選擇；且系爭墓地雖位於國有林地，但政府已通盤檢討變更編定為公墓用地，然因作業疏失，迄今未完成相關作業程序，被告於系爭墓地內埋葬，並非於其他國有林地內濫葬，故未影響現有之森林保育資源，對於森林並無實質侵害；故在權衡國土森林保育以及原住民傳統文化之結果，法院認定被告之行為欠缺社會非難性，應得阻卻違法，不成立犯罪：

(一) 再者，民族傳統習慣是一個族群千百年來生活實踐中逐漸形成、

不斷積墊、世代相襲、共同信守，並由家庭、宗族、部落等群體或組織利用強制力加以維護的行為規範，它是一種文化現象及知識傳統，對維持民族生存、調整權利義務關係、傳承民族文化起著重要的作用（高德義，解／重構習慣法與國家法的關係：蘭嶼雅美族個案探討，收錄於第三屆原住民族傳統習慣規範與國家法治研討會論文集）。又原住民的思想淵源，來自於固有文化中強烈的「崇祖」觀念，認為只要是祖先流傳下來的東西，便具有存在的合理性與正當性；同時，也相信靈魂不滅，祖靈或神靈依然與族人共同生活在一起，如違反固有習俗、禁忌等，則祖靈必降災禍，故需探求祖靈的意志，遵循著由經驗累積而來的慣例行事（王泰升，臺灣法律史概論，第 20 至 21 頁）。是以，祖先世代所流傳下之傳統習慣，對於原住民社會具有深厚的社會基礎，並具文化精髓，對於原住民的觀念、行為產生深遠的影響。如果傳統文化遭侵蝕，意味著部落失去自我、逐漸走向滅亡，不再是原住民族。因此，當此等原住民族傳統習慣與我國法令發生衝突時，自應基於肯認、尊重原住民族多元文化之角度下，思考如何保護珍貴原住民傳統習慣、文化？彼此間如何溝通、互動、協商？如何調和衝突？如何兼以實現法規範之目的？本院審酌以烏來地區泰雅族喪葬、祭祖文化而言，部落確有將墳墓葬在先人祖先之墓地旁的傳統習慣，如有違背，將受祖靈懲罰。而被告母親死亡，依傳統習慣應埋葬在祖先所在之系爭墓地，不能埋葬於其他部落之公墓或他處，故被告別無選擇。

- (二) 又系爭墓地自民國 53 年部落遷移以來使用迄今，其上已有 28 座墳墓，包括被告之父親、兒子等親屬，區公所不僅修築階梯、排水溝，每年復撥預算供除草掃墓，此墓地雖位於國有林地，但政府已通盤檢討變更編定為公墓用地，惟因作業疏失，迄今仍未完成相關作業程序，被告於系爭墓地內埋葬，並非於其他國有林地內濫葬，故未影響現有之森林保育資源，對於森林並無實質侵害，且系爭墓地位於原住民傳統領域範圍，屬原住民傳統祭典、



祖靈聖地等土地，被告遵循傳統習慣埋葬母親於系爭墓地，在權衡國土森林保育以及原住民傳統文化之結果，認被告之行為欠缺社會非難性，應得阻卻違法，不成立犯罪。

- (三) 綜上，被告係泰雅族山地原住民，其於國有林地設置系爭墳墓，固無合法之權源，然依其文化傳統所形成之習慣，族人往生後，應埋葬於祖先墳墓旁，而此等習慣之核心價值，乃厚植於原住民對於祖先之崇敬。哈盆部落於民國 53 年遷移至現址之下盆部落後，即經烏來鄉公所與部落長老協調系爭墓地供族人使用迄今，此墓地雖位於國有林地，但政府已通盤檢討變更編定為公墓用地，僅因行政作業疏失，迄今未完成辦理公墓用地之變更編定及撥用程序，但相關作業目前仍在進行中。又系爭墓地位於泰雅族原住民傳統領域範圍，本屬原住民族集體共同使用的山林、河川、海域等空間，包括傳統的獵區、漁區、耕墾及其他自然資源採集區域、傳統祭典、祖靈聖地等土地，被告依循傳統習慣，將母親葬在原住民傳統領域範圍內之系爭墓地，屬原住民自然資源權利之體現，基於尊重傳統多元文化及原住民對於傳統領域土地使用的深刻關係，自應予尊重、保護。外，被告並非濫葬於其他國有林地，故未影響現有之森林保育資源，對於森林並無實質侵害，經權衡尊重原住民族傳統文化、《森林法》保育森林資源之立法目的，認被告之行為應不具社會非難性，得阻卻違法而不成立犯罪，行為自屬不罰，應為被告無罪之諭知。

## 陸、評析

本案涉及原住民在其傳統領域內埋葬先人，此項原住民對其傳統領域土地之利用方式，在構成要件的層次上，應該考慮的罪名是《森林法》第 51 條第 1 項：「於他人森林或林地內，擅自墾殖或占用者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣六十萬元以下罰金」，原住民於國有土地上，未得所有人之同意，埋葬先人的行為係屬利用，但是否此項行為一律成立犯罪，應該考量兩項要件：第一，原住民即便未獲得

國有土地之主管機關同意，但在其傳統領域內的行為，是否即可認定為「擅自」？第二，若仍可認定為擅自占用，是否有其他要素足供排除刑事責任。以下即就此兩點予以討論。

就第一個問題而言，條文中並未言明什麼叫作擅自，但從條文所保護的利益而言，主要以他人森林或林地之所有權，同時兼顧林地的使用利益看來，原則上「擅自」與否應該從三個層面立論：(1) 本條第 1 項開頭即揭明「他人」土地，因此所有人的意思在本項中扮演極重的法益機能，若得所有人同意，原則上可排除刑責；(2) 所有人與該土地之現使用者之間，不必然為同一人，例如所有人可能租賃予他人培養樹苗，該土地之合法使用人意思，亦應為本項考量的重點之一；(3) 若個案中未得任何所有人與使用人的同意，唯一能排除刑責的理由應該只有法令規定，這個問題自當連結下一個層次的討論，亦即：有無其他特別的規定使得原住民被告阻卻違法？

就第二個問題，目前埋葬先人的行為，在各項法律中均無明確的規定，包括《原住民族基本法》第 19 條第 1 項只許可了四種不同的行為：「(1) 獵捕野生動物、(2) 採集野生植物及菌類、(3) 採取礦物、土石、(4) 利用水資源」，埋葬先人的行為實難納入任何一類的許可規範，而《森林法》第 15 條第 4 項，也只有「採取森林產物」的特別規範而已。正因為法律無任何合法明文，所以本案承審法院只能另闢他途解決問題，本案法院提出了三項重要的論點作為除罪理由：

- 一、此為原住民族長久以來的習慣，法院並針對此點明確地指出：「烏來地區泰雅族喪葬、祭祖文化而言，部落確有將墳墓葬在先人祖先之墓地旁的傳統習慣，如有違背，將受祖靈懲罰。而被告母親死亡，依傳統習慣應埋葬在祖先所在之系爭墓地，不能埋葬於其他部落之公墓或他處，故被告別無選擇」。
- 二、本案用地早應納為公墓用地，僅因行政作業疏失，目前尚未變更土地使用名目。
- 三、本案原住民被告僅埋葬先人，該行為不僅未侵害任何森林保育資源，也未造成森林的實質損害。

綜合以上三點，本案承審法院認為被告的行為欠缺社會非難性，應

得阻卻違法。

針對本案法院的見解，本研究完全贊同，法院在討論過程中，先確定原住民被告的行為屬於其傳統慣俗，並非特立獨行之個案行為。此外，再推求《森林法》第 51 條第 1 項保護森林的立法目的，確認原住民被告的行為未影響該立法目的企圖達成的規範目標，最後法院再提出欠缺社會非難性的見解，並排除原住民被告的刑事責任。觀其論述，不僅符合阻卻違法優越利益的作法，也就實質衝突的利益：保育森林 vs. 原住民傳統習慣進行衡量，且不拘泥於形式上欠缺法律明文的困擾，本案法院實對優越利益在個案中的適用，作出了極令人激賞的示範。

綜上所述，本研究認同本案判決見解，亦大力支持法院在個案中進行優越利益的具體衡量，從而決定得否阻卻違法。

#### ❖ 相關法律條文

森林法：第 15 條第 4 項、第 51 條第 1 項

#### 案例十二 布農族人撿拾牛樟木殘材案

案號 最高法院 102 年度台上字第 2958 號刑事判決

臺灣高等法院臺中分院 101 年度上訴字第 1908 號刑事判決

臺灣苗栗地方法院 101 年度訴字第 469 號刑事判決

案由 違反森林法

關鍵詞 竊取森林主產物、牛樟、酌減刑度

### 壹、案例事實

101 年 5 月 30 日 1 時 30 分許，丁與戊、丙（以上 2 人另行審結）、少年庚等人，共同基於為自己不法所有意圖之犯意聯絡，由乙駕駛自小客貨車，抵達苗栗縣南庄事業林區第 13 區國有林班地後，先撿拾置於該處之鍊鋸 1 臺、鍊條 2 條、鋸子 1 支等物品，復共同竊取該林班地內

之森林主產物牛樟殘材 1 塊，將之搬運上車，再使用前開車輛載運下山。

## 貳、訴訟結果

### 一、第一審判決：臺灣苗栗地方法院刑事判決 101 年度訴字第 469 號刑事判決

丁成年人（依判決內容，其為布農族原住民）與庚少年共同犯《森林法》第五十二條第一項第四款、第六款之竊取森林主產物罪，累犯，處有期徒刑陸月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日，併科罰金新臺幣參仟零柒拾陸元，罰金如易服勞役，以新臺幣壹仟元折算壹日。

### 二、第二審判決：臺灣高等法院臺中分院刑事判決 101 年度上訴字第 1908 號刑事判決

駁上訴回。

### 三、第三審判決：最高法院 102 年度台上字第 2958 號刑事判決

撤銷原二審判決，改認定仍同原判決所述之同一理由，適用刑法第五十九條規定酌量減輕其刑，及併同原審審酌被告前揭犯罪情狀，及所宣告之刑以暫不執行為適當之理由，適用刑法第七十四條第一項第一款、第二項第五款、第九十三條第一項第二款，量處被告有期徒刑三月，如易科罰金，以新臺幣一千元折算一日，併科罰金新臺幣三千零七十六元，罰金如易服勞役，以新臺幣一千元折算一日。緩刑二年，緩刑期間付保護管束，並應向指定之政府機關、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四十小時之義務勞務，以資適法。

## 參、當事人主張

- 一、戊辯稱不知黑黑不起眼的是牛樟木。
- 二、丙辯稱係丁發現牛樟木，其餘人帶回，已因不勝酒力而不知上情。

## 肆、爭點

- 一、被告為原住民，如其行為構成《森林法》第 52 條，得否因原住民向來有打獵、墾殖之習俗，而依刑法第 59 條酌減其刑？
- 二、如係撿拾牛樟殘材，得否因非其本身砍伐，而主張依刑法第 59 條酌減其刑？

## 伍、法院判決

### 一、臺灣苗栗地方法院 101 年度訴字第 469 號刑事判決

- (一) 因行為人竊取森林主、副產物之類別有異，原因動機不一，犯罪情節亦未必盡同，所造成危害森林環境之程度自屬有異，如行為人之竊取行為較為輕微，且對環境之維護影響不大，而依其情狀處以 6 月以下有期徒刑，即足以懲儆，並可達立法之目的者，自非不可依客觀之犯行與主觀之惡性二者加以考量，而適用刑法第 59 條之規定酌量減輕其刑，以期個案裁判之量刑能符合比例原則。查本件被告所竊取之樟木，材積共計 0.007 立方公尺，山價經計算後為 1538 元等情，有上開函文檢附之森林主副產物被害價格查定書 1 紙可佐。
- (二) 而前述牛樟殘材應為砍伐已久之殘材，顯見非被告所砍伐，其竊取之木材數量及價值均非鉅，故考量被告之惡性及犯罪情節尚非重大，影響森林環境之程度亦屬輕微，本院認所犯之罪縱處以最低之有期徒刑 6 月，猶嫌過重，犯罪情狀尚堪憫恕，爰依刑法第 59 條規定酌減其刑，並依法先加重 2 次後減輕之。……據上論斷，應依刑事訴訟法第 273 條之 1 第 1 項，刑法第 11 條前段、第 28 條、第 47 條第 1 項、第 59 條、第 41 條第 1 項前段、第 42 條第 3 項，判決如主文。

### 二、臺灣高等法院臺中分院 101 年度上訴字第 1908 號刑事判決

檢察官上訴理由係認為，原審引用刑法第 59 條酌減被告丁、戊、丙等人之刑度不當，對此，高等法院採不同見解而認：

- （一）《原住民族基本法》性質上為普通法、廣義法，《森林法》為特別法、狹義法，依特別法、狹義法優先於普通法、廣義法之原則，應優先適用《森林法》。況《原住民族基本法》第 19 條第 1 項亦規定：「原住民得在原住民族地區『依法』從事下列非營利行為：二、採集野生植物及菌類。前項各款，以傳統文化、祭儀或自用為限」，顯見原住民族於傳統領域內採取森林產物、野生植物及菌類，除須具有原住民族身分，並符合傳統文化、祭儀、自用等目的及非營利行為之外，尚應依法定方式辦理，為上開條文之當然解釋，非謂原住民在原住民族地區採集野生植物，全然不受法律之規範。又《森林法》第 15 條第 4 項規定：森林位於原住民族傳統領域土地者，原住民族得依其生活慣俗需要，採取森林產物，其採取之區域、種類、時期、無償、有償及其他應遵行事項之管理規則，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之（最高法院 99 年度台上字第 6852 號判決參照）。
- （二）本件被告丁固係布農族之原住民，且原住民之傳統向來有打獵、墾殖之習俗，被告丁擁有原住民之特有習慣，因而會夥同被告戊、丙等人進入山區採取靈芝或牛樟木加以利用，希望能貼補一點家用，始會一時不查而涉犯刑典。
- （三）又《森林法》第 52 條規定就竊取森林主、副產物之行為，應予論罪科刑之目的，乃在於保護森林資源，以免不肖分子以不法方法破壞林相，進而影響整體之生活環境。惟因行為人竊取森林主、副產物之類別有異，原因動機不一，犯罪情節亦未必盡同，所造成危害森林環境之程度自屬有異，如行為人之竊取行為較為輕微，且對環境之維護影響不大，而依其情狀處以 6 月以下有期徒刑，即足以懲儆，並可達立法之目的者，自非不可依客觀之犯行與主觀之惡性二者加以考量，而適用刑法第 59 條之規定酌量減輕其刑，以期個案裁判之量刑能符合比例原則。
- （四）查本件被告丁、戊、丙等人所竊取之樟木，材積共計 0.007 立方公尺，山價經計算後為 1538 元等情，有上開函文檢附之森林主

副產物被害價格查定書 1 紙可佐。而前述牛樟殘材應為砍伐久之殘材，顯見非被告丁、戊、丙所砍伐，其竊取之木材數量及價值均非鉅，故考量被告丁、戊、丙等人之惡性及犯罪情節尚非重大，影響森林環境之程度亦屬輕微，本院認所犯之罪縱處以最低之有期徒刑 6 月，猶嫌過重，犯罪情狀尚堪憫恕，爰依刑法第 59 條規定酌減其等 3 人之刑，並就被告丁部分先依二次加重其刑後減輕其刑（被告丁會加重其刑，係因曾犯詐欺案件判處有期徒刑 3 月確定，於 99 年 9 月 29 日易科罰金執行完畢。其於有期徒刑執行完畢後五年內，因故意犯本案有期徒刑以上之罪，係為累犯，應依刑法第 47 條第 1 項規定加重其刑，並遞加重之）、被告戊部分加重其刑後減輕之。

### 三、最高法院 102 年度台上字第 2598 號刑事判決

- (一) 緩刑宣告，得斟酌情形，命犯罪行為人向指定之政府機關、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「四十小時以上」二百四十小時以下之義務勞務，刑法第七十四條第二項第五款定有明文。第一審判決對被告論處上開罪刑，併予宣告緩刑二年，及依刑法第七十四條第二項第五款規定，命被告提供義務勞務，然僅命提供「三十小時」之義務勞務，與前開「四十小時以上」之規定不符，自屬違背法令，原判決未予糾正，仍予維持，同有違誤。
- (二) 檢察官上訴意旨執以指摘原判決關於上開部分不當，為有理由。惟原判決之上開違誤，尚不影響於事實之確定，本院可據以為裁判，應由本院將原審及第一審關於被告部分之判決均撤銷，並自為判決。爰依森林法第五十二條第一項第四款、第六款、刑法第十一條前段、第二十八條之規定，論被告以共同犯森林法第五十二條第一項第四款、第六款之竊取森林主產物罪。
- (三) 仍同原判決所述之同一理由，適用刑法第五十九條規定酌量減輕其刑，及併同原審審酌被告前揭犯罪情狀，及所宣告之刑以暫不執行為適當之理由，適用刑法第七十四條第一項第一款、第二項

第五款、第九十三條第一項第二款，量處被告有期徒刑三月，如易科罰金，以新臺幣一千元折算一日，併科罰金新臺幣三千零七十六元，罰金如易服勞役，以新臺幣一千元折算一日。緩刑二年，緩刑期間付保護管束，並應向指定之政府機關、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四十小時之義務勞務，以資適法。

## 陸、評析

本案犯罪事實相對明確，此即數位原住民被告竊取林班內之牛樟殘材，法院認定其屬於數人共同為之的結夥型共同正犯，故得適用加重要件，直接依據《森林法》第 50 條及第 52 條規定處罰。

問題在於，因為第 52 條規定，將結夥型的犯罪直接作為加重構成要件，因而使得原住民被告必須擔負較為嚴重的刑事責任，單就刑法的規定以觀，其結夥的行為實不宜直接作為加重要件，結夥在實務上的解釋，大多理解為數位在現場參與犯行的行為人共同實施犯罪，其概念除了排除共謀共同正犯的類型之外，其實與一般的共同正犯無異，而共同正犯既然已經作為擴張未實施構成要件者的成罪理由了，若又再一次加重而當作適用加重構成要件的依據，實為單一要素的雙重評價，雖然目前最高法院甚或大法官會議，對於此一作法尚未作為違憲宣告，但其已不無違憲之虞。

職是，為了和緩雙重評價的不合理加重，在個案中尋求減刑的效果，或許成為可以考慮的解決方法，依本研究之見，即使原住民犯罪時非直接出於《森林法》或《原住民族基本法》的阻卻違法事由，但若在要件上有部分該當，或者在整體效果上符合該阻卻違法事由的基本精神，只是不能夠完全符合該阻卻違法事由的全部要件，仍應考慮原住民被告實踐原住民與山林合一生活方式的特殊性，而予以一定程度的減刑。

本案的原住民被告砍伐的牛樟木並非生意盎然，而是長期的殘材，最終取得的木材數量在經濟價值上亦非甚鉅，整體法益侵害效果極度輕微，僅因其數人共同犯罪，而必須適用較重的《森林法》第 52 條規定，實有情輕法重之虞，故斟酌本案的特殊情節，由法官直接動用刑法



第 59 條予以減刑，應屬兼顧原住民文化保護目的及森林保護等雙重利益的折衷作法。原一審法院採取此說，而二審法院及終審之最高法院，亦認為本案得適用刑法第 59 條酌減原住民之刑責，應可贊同。

#### ❖ 相關法律條文

森林法：第 52 條

刑法：第 59 條

### 案例十三 阿美族人採集藤心食用案

**案號** 臺灣高等法院花蓮分院 103 年度上訴字第 106 號刑事判決  
臺東地方法院 102 年度訴字第 14 號刑事判決

**案由** 違反森林法

**關鍵詞** 牛樟菇、竊取森林副產品、原住民族傳統領域

## 壹、案例事實

被告丙與同案共犯丁共同基於意圖為自己不法所有之犯意聯絡，於民國 101 年 8 月 18 日上午 9 時許，被告丙與丁商議前往臺東林管處關山事業區第 4 林班地竊取牛樟菇，並於該日中午 12 時許，抵達上址，被告丙攜帶客觀上足以對人之生命、身體造成危害而可供兇器使用之鐮刀 1 把、挫刀 3 支、刮刀 3 支及改裝加柄鏡子 1 支、手電筒 2 支、黑色背包 1 個、7 號夾鏈袋 25 個；丁攜帶客觀上足以對人之生命、身體造成危害而可供兇器使用之刮刀 2 支及改裝加柄鏡子 1 支、黑色背包 1 個、8 號夾鏈袋 16 個，共同竊取牛樟菇未果，遂於同日下午下山，被告丙於途中因該次竊盜未果，心有不甘，接續上開意圖為自己不法所有之犯意，竊取森林副產物藤心 10 條。

## 貳、訴訟結果

### 一、第一審判決：臺東地方法院 102 年度訴字第 14 號刑事判決：

無罪。

### 二、第二審判決：臺灣高等法院花蓮分院 103 年度上訴字第 106 號刑事判決：

上訴駁回。

## 參、當事人主張

- 一、當天是要去採牛樟菇，但是完全沒有看到牛樟菇；我承認有採藤心 10 條，是要給我及家人吃的，沒有要拿來賣。
- 二、原本要採牛樟菇，但是因未看到牛樟菇，所以被告並未動手摘取，被告並未著手，不構成犯罪。
- 三、藤心為阿美族傳統食物，被告採藤心供自己及家人食用，依《原住民族基本法》第 19 條之規定，原住民得在原住民族地區依法從事採集野生植物之非營利行為，請為無罪判決。

## 肆、爭點

採集藤心是否為原住民族（阿美族）之傳統文化及生活慣俗，而得符合《原住民族基本法》第 19 條第 1 項第 2 款、第 2 項之規定，從而不適用《森林法》第 50 條之刑責？

## 伍、法院判決

### 一、地方法院見解

檢察官所持論據僅足以證明被告於上開時、地採集藤心前，並未向政府機關單位申請許可。惟本案被告採集藤心欲供自己與家人食用之行

為，符合其阿美族之傳統文化及生活慣俗，且為非營利行為。換言之，與《原住民族基本法》第 19 條第 1 項第 2 款、第 2 項規定之意旨相符，自與《森林法》第 50 條、刑法第 321 條第 1 項第 3 款之竊取森林副產物、攜帶兇器竊盜等罪之要件有間。此外，復無其他積極證據足資證明被告有何公訴意旨指訴之犯行，揭糞憲法、兩公約及《原住民族基本法》之意旨，本案被告行為欠缺《森林法》第 50 條之竊取森林副產物、刑法第 321 條第 1 項第 3 款之攜帶兇器竊盜等罪構成要件該當性，自應為無罪之諭知。

地方法院所持理由簡表

<p>本案應在憲法、兩公約、《原住民族基本法》肯定及尊重原住民族多元文化規範的前提下，判斷本案被告採集藤心之行為，是否構成《森林法》第 50 條之竊取森林副產物、刑法第 321 條第 1 項第 3 款之攜帶兇器竊盜等罪。</p>
<p>阿美族的習慣對於採集大自然可食用的野菜，是採取一種開放的財產態度，採集野菜之行為是被允許，且藤心為阿美族經常食用之野菜，亦為其傳統特色食材。本案被告為阿美族原住民，其於原住民族地區內採集阿美族傳統食材藤心 10 條，欲供其與家人食用之非營利行為，應認符合《原住民族基本法》第 19 條第 1 項第 2 款、第 2 項之規定，為原住民族（阿美族）之傳統文化及生活慣俗，與《森林法》第 50 條之竊取森林副產物之要件自屬有間。</p>
<p>《森林法》第 15 條第 3 項及同條第 4 項兩者規範範圍並非同一，故被告採集藤心之行為，自不適用或準用「國有林產物處分規則」，故不須依此規則向管理機關為「專案申請」之核准。</p>

- (一) 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。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、社會與文化之發展」。「本公約締約國確認人人有權：(一) 參加文化生活；(二) 享受科學進步及其應用之惠；(三) 對其本人之任何科學、文學或藝術作品所獲得之精神

與物質利益，享受保護之惠」。再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、價值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，故上開兩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。

- (二) 此外，《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」。據此，本案應在憲法、兩公約、《原住民族基本法》肯定及尊重原住民族多元文化規範的前提下，判斷本案被告採集藤心之行為，是否構成《森林法》第 50 條之竊取森林副產物、刑法第 321 條第 1 項第 3 款之攜帶兇器竊盜等罪嫌。
- (三) 為保障原住民族基本權利，促進原住民族生存發展，建立共存共榮之族群關係，及基於民族平等及多元文化的發展、延續，《原住民族基本法》第 19 條第 1 項第 2 款、第 2 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」。次按《原住民族基本法》第 2 條第 3 款規定：「本法用詞定義如下：……三、原住民族地區：係指原住民傳統居住，具有原住民族歷史淵源及文化特色，經中央原住民族主管機關報請行政院核定之地區」。再依該條立法理由第 3 項「『原住民族地區』之定義依據《原住民族工作權保障法》第 5 條第 4 項規定，係指『原住民族傳統居住，具有原住民族歷史淵源及文化特色，經中央原住民族主管機關報請本院核定之地區』。本法從之，另本院（指行政院）業已核定上開地區包括 30 個山地鄉及 25 個平地原住民鄉（鎮、市），共 55 個鄉（鎮、市）。又『原住民族地區』係原住民族行政區域，區域內僅少部分土地屬於原住民族所有土地，其已行諸 50 餘年，相關機關及社會均能認同」。觀之，《原住民族基本法》所稱「原住民族地區」之範圍與《原住民族工作權保障法》所稱「原住民族地區」範圍，應屬一致，堪以認定。

- （四）《森林法》第 50 條固規定：「竊取森林主、副產物，收受、搬運、寄藏、故買贓物或為牙保者，依刑法規定處斷」。惟基於民族平等及多元文化的發展、延續，《森林法》第 15 條於 93 年 1 月 22 日亦增定第 4 項，規定如下：「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」。此由《原住民族基本法》第 19 條之立法理由亦明文說明「三、本院農業委員會所提《森林法》部分條文修正草案第 15 條第 4 項（即現行《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』。與本條第 1 項第 2 款意旨相同」。亦可得證。惟查，該「原

住民族採取傳統領域土地森林產物管理規則」目前尚未發布，有行政院原住民族委員會 102 年 9 月 26 日以原民經字第 0000000000 號函覆本院在卷，是自不能因上開管理規則尚未訂定即遽認被告之行為應科以《森林法》第 50 條之罪責。

- (五) 查證人甲於本院審理時具結證稱：我本身為布農族原住民，從事教育工作且有原住民相關著作 16 本，並在網路上架設名稱為「甲○○探索文化研究室」網頁，將個人原住民著作資料之一部分放在網路上供人瀏覽。採集活動是我們原住民早期非常重要的經濟來源，我們原住民十幾族有一共通性質，就是在自然界自然生長的東西，我們都可以採集；不管是不是我們種植的土地，只要它是自然生長的，任何人都可以去採集，譬如豆畹、龍葵、香鍋、藤心等，尤其是野菜都是去大自然採集而得。採集野菜的習慣，婦女固然會比較多一點，但事實上男性也是隨時看到就會去採集這些東西（指野菜），只要在路邊看到就是可以拿的，只要有得吃都會有採集行為。採集活動並無特定時間，只要當季可以食用的，就隨時採集，量足夠了以後就不會再拿，因為多拿也壞掉。與打獵不同，採集是隨時可採集，不分季節。植物是藤心沒有錯。這是處理過的藤心，是已經去除表皮留下可食用的部分，野外的藤是有刺的。藤心其實阿美族用得非常多。採集當然是帶回家來食用，另外在祭典上則是族人自己採野菜之類的，或是共同到山上去找需要的蔬菜，大家共同來吃，像現在的「辦桌」。野菜屬於共有的財產，在森林、保留地裡面的東西（指植物），這個東西是屬於自然生長的，自然生長的大家都可以拿，但不能拿很多，這樣做就可以。食用藤心以阿美族居多，阿美族經常採集藤心，我們布農族也吃藤心，但是只有在家裡窮到沒有東西吃的時候，布農族才會拿藤心來吃；阿美族喜歡採野菜，他們喜歡到山上找東西吃，能吃就把它採下來，所以目前為止採集野菜最多、很多植物都吃的，阿美族是佼佼者，其他原住民族雖然也採野菜，但採集作為食物之種類沒有阿美族多，阿美族因為有採集

食物的習慣，所以藤心也變成他主要的採集食材。

- (六) 證人戊於本院審理時亦具結證稱：我從 86 年開始到現在持續從事原住民族田野資料的收集，範圍包含阿美族部分。我曾在國立自然博物館館訊第 286 期發表 1 篇名為「阿美族傳統市場上的野菜世界」文章。就我所知，阿美族食用野菜是其日常生活獲取蔬菜的方式之一。我從 86 年至今年初都有去各地查訪原住民市場，我有整理書面資料，顯示從臺東的成功市場、馬蘭市場、花蓮聯語市場、觀光市場、美崙市場、重慶市場、黃昏市場等都有紀錄說阿美族有在吃藤心，藤心是他們非常普遍的食物之一。這些野菜市場所陳列的野菜幾乎都是山野間採集的，大部分都是取自於林地，阿美族食用的藤心幾乎都是野生的。阿美族人採集野菜的範圍其實還蠻廣的，是去皮的藤心，外皮拿掉的。一年四季都可以採集到黃藤心。阿美族食用藤心，是平常就有在吃，不侷限在豐年祭。一般是簡單容易採的野菜是阿美族婦女在採，但沒有侷限；譬如說阿美族男性到山上工作看到野菜也會採回來，至於藤心的話，因為藤心外皮的刺很多又要拉，所以採集藤心對婦女來講可能會比較吃力，所以藤心很多是男生去採的，小孩子也會，因為那是（阿美族）文化的一部分，從小就教導小孩子哪些菜是他們在吃的野菜。藤心在阿美族分布較多的市場都可以看到，其他原住民族也會採集藤心實用，但是比較少，阿美族是最普遍的。阿美族吃的野菜比其他（原住民）族多很多，尤其是比較田野地區的這些草（指野菜），阿美族吃很多；藤心全臺灣分布，但是因為藤在原住民的文化主要拿來做編織，其他（原住民）族比較少吃藤心，可能是文化習慣，阿美族非常喜歡吃藤心。藤編阿美族也有在做，阿美族的床就是用藤去編的，或者是綁建材的繩索，都是用藤去綁的。黃藤心的採集沒有區域限制，他們（指阿美族）都是哪邊可以看到，就採哪邊等語。
- (七) 次查臺北市政府原住民族事務委員會架設維護之「臺灣原住民族文化知識網－飲食文化」網頁一文中指出：豐富的野菜文化係阿

美族之飲食文化特點之一，其中「十心菜」是具有阿美族特色的菜餚，「十心菜」其實是指各種野菜的菜心，阿美族常食用的野菜菜心如：黃藤心（即本案被告竊取之藤心）、林投心、山棕心、甘蔗心、椰子心等，其中黃藤心更是阿美族招待與宴客不可或缺的一道佳餚，阿美族有句諺語「吃藤心壽命如藤修長，產婦吃了增加奶水量」，顯示阿美族人相信黃藤心對於健康相當有助益等語，證人甲架設維護之甲○○探索文化研究室「阿美族簡介」一文中亦指出：阿美族人之經濟生活，除漁撈及農耕外，仍保存有採集的傳統生產方式。採集在原始的阿美族社會中也曾是獲得食物的手段之一。在沒有和外來文化接觸以前，他們很少種植蔬菜，大部分菜類完全靠採集得來。採集的工作通常並不限男女老幼，只要有空閒或工作順便時任何人都可以擔任這種工作。採集的場地也不受限制，田邊、路旁、河岸、山谷均可以採集，阿美族生活在大自然中，所以許多自然界隨手可取得的食物，就是阿美族主要食物的來源等語。證人戊於國立臺灣自然科學博物館第 286 期館訊發表之「阿美族傳統市場上的野菜世界」一文中亦指出：在阿美族傳統市場上可以看到在販售栽培及野生的兩類蔬菜，這些野菜大多由阿美族人自田野採集而來，少部分種類由於市場需求量大，發展承當地經濟栽培作物等語。據此，在阿美族的習慣上對於採集大自然可食用的野菜，是採取一種開放的財產態度，採集野菜之行為是被允許，且藤心為阿美族經常食用之野菜，亦為其傳統特色食材等節，俱堪認定。

- (八) 據上，揭櫫憲法、兩公約及《原住民族基本法》第 19 條第 1 項第 2 款、《森林法》第 15 條第 4 項前段規定等之意旨，足見政府尊重原住民族為歲時祭儀或供生活之用，及維護生存及文化所必須，以對於自然生態影響甚微之方式利用自然資源，如採集野生植物。本案被告為阿美族原住民，其於原住民族地區（第 4 林班地）內採集阿美族傳統食材藤心 10 條，欲供其與家人食用之非營利行為，應認符合《原住民族基本法》第 19 條第 1 項第 2



款、第 2 項之規定，為原住民族（阿美族）之傳統文化及生活慣俗，與《森林法》第 50 條之竊取森林副產物之要件自屬有間。

- (九) 至《森林法》第 15 條第 4 項後段規定：原住民族依其生活慣俗需要，在原住民族傳統領域土地，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；惟依行政院原住民族委員會上述函覆可知，迄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（即「原住民族採取傳統領域土地森林產物管理規則」），致使原住民族依其生活慣俗需要，如何在原住民族傳統領域土地採取森林產物，並無明文程序可遵循。
- (十) 而《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；行政院農業委員會林務局亦函覆，現無明文適用或準用「國有林林產物處分規則」之命令。從而，被告上揭採集藤心之行為，自不適用或準用國有林林產物處分規則，須向管理機關「專案申請」核准之規定。

## 二、高等法院見解

本案檢察官上訴意旨，主要係針對摘取牛樟菇未遂原審判處無罪之實體部分，而為爭執。而針對摘取藤心之部分，上訴意旨僅爭執裁判宣告方式（應認定被告上開 2 行為屬接續犯，故不應認定係兩行為而再另為一個無罪諭知），故前開原審法院之見解，高等法院並未明白表明其態度。是以，高等法院之裁判內容，於此不贅。

## 陸、評析

本案被告為阿美族原住民，在其傳統領域內試圖採集牛樟芝未遂，此外亦採集藤心，檢察官起訴該原住民犯《森林法》第 50 條竊取森林主、副產物的刑事責任，就構成要件的層次而言，其行為之地點雖然屬於原住民保留地及原住民族傳統領域，但土地的所有權仍然屬於國有，故要考慮得否適用《森林法》第 50 條的罪名，就此點而言，檢察官並無法律選擇上的誤會，但仍須進一步檢視該構成要件具體要素能否符合。

不過，《森林法》本身並未明文定義什麼是森林的主、副產物，而是委諸「國有林產處分規則」予以詳細規範，而依該規則第 3 條的規定：「林產物分為下列二種：一、主產物：指生立、枯損、倒伏之竹木及餘留之根株、殘材。二、副產物：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」，牛樟芝與藤心應可認為屬於國有林地所生產的菌類或相關林產物，故滿足本罪的行為客體，而原住民被告未經同意而直接取得，因此在構成要件的層次可認為該當。

即使該當本罪的構成要件，但仍要進一步檢視是否有阻卻違法事由可得適用。相關的法令應先檢視作為基本規範的《原住民族基本法》，該法第 19 條第 1 項第 2 款規定：「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」，而同條第 2 項則進一步規範：「前項各款，以傳統文化、祭儀或自用為限」；此外，《森林法》第 15 條第 4 項又另行規定：「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」。綜合上述兩則規範的意旨，可以認為：當原住民出於傳統文化、祭儀、自用之目的，且認定屬於其慣俗所需，而在其傳統領域內採集森林主、副產物時，即非不法行為，至於那些情況下可以採集，依《森林法》的規定，必須由主管機關訂定相關的管理規則，

但是目前主管機關尚未針對《森林法》第 15 條第 4 項規定訂定成文的管理規則，這是主管機關對於管理規則訂定上的消極不作為，理論上不應該責難於原住民被告。基此，即使欠缺管理規則，本文仍主張原住民得依上述兩法的規定，排除採取國有林地主、副產物的刑事責任。

至於判決中另外提到《森林法》第 15 條第 3 項的規定：「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」，因為有此項規範從而有見解認為，當主管機關尚未針對第 4 項而訂定管理規則時，仍應適用第 3 項的處分規則（此即前文提到「國有林林產處分規則」）的決定森林產物，此項見解依本研究之見並非適宜，因為處分規則的授權依據是《森林法》第 15 條第 3 項，雖然其中有規範原住民使用的若干要件，但該處分規則並非法律，而是行政機關頒布的法規命令，若處分規則並未詳定，或雖有規定但有不適切時，仍不得對抗授權母法，也不得因此拘束原住民依據《森林法》第 15 條第 4 項受有保障的既定權利。基此，既然處分規則中並未訂定有關原住民採集菌類的相關規範，即應回歸適用原有的授權規定，亦即《森林法》第 15 條第 4 項。

綜合上述，本案的原住民被告在其傳統領域內，採集牛樟芝未遂，同時採集藤心既遂，雖然該當《森林法》第 50 條的構成要件，但只要個案事實足供認定，原住民乃出於其傳統文化、祭儀、自用所需，即得依《森林法》第 15 條第 4 項阻卻違法。本案一、二審判決均採與本研究之相同見解，應可贊同。

#### ❖ 相關法律條文

原住民族基本法：第 19 條第 1 項第 2 款、第 2 項

森林法：第 50 條

**案例十四** 原住民族人為營利摘取桑黃案

**案號** 最高法院 102 年度台上字第 847 號刑事判決  
臺灣高等法院花蓮分院 101 年度上訴字第 170 號刑事判決  
臺灣花蓮地方法院 100 年度訴字第 309 號刑事判決

**案由** 違反森林法

**關鍵詞** 森林副產物、桑黃、摘取、生活慣俗

**壹、案例事實**

庚、辛、壬明知坐落行政院農業委員會林務局花蓮林區管理處立霧溪事業區第 63 林班地，係屬國有林地，未經主管機關許可，不得任意採取國有林之森林副產物，竟邀集亦明知前開情事之癸，共同意圖為自己不法之所有，結夥二人以上，基於竊取森林副產物之犯意聯絡，於 100 年 4 月 25 日下午 3、4 時許，自梨山出發前往太魯閣國家公園碧綠神木停車場，並在該停車場過夜。翌日上午 8 時許，壬、癸與辛、庚以分組分頭竊取桑黃之方式，持前揭工具進入上開林班地，迨同日下午 5、6 時許，因發現警察埋伏，遂將竊得之桑黃藏匿路旁護欄下方。

**貳、訴訟結果****一、第一審判決：臺灣花蓮地方法院 100 年度訴字第 309 號刑事判決**

辛犯《森林法》第 52 條第 1 項第 4 款之竊取森林副產物罪，處有期徒刑柒月，併科罰金新臺幣拾貳萬陸仟柒佰貳拾元，罰金如易服勞役，以新臺幣壹仟元折算壹日。扣案之背籃壹個、鋁製背架壹個、鋼刷參支、鋸子貳支、鐮刀壹支及撬鐵貳支均沒收。

壬犯《森林法》第 52 條第 1 項第 4 款之竊取森林副產物罪，處有期徒刑柒月，併科罰金新臺幣拾貳萬陸仟柒佰貳拾元，罰金如易服勞

役，以新臺幣壹仟元折算壹日。扣案之背籃壹個、鋁製背架壹個、鋼刷參支、鋸子貳支、鐮刀壹支及撬鐵貳支均沒收。

癸犯《森林法》第 52 條第 1 項第 4 款之竊取森林副產物罪，處有期徒刑陸月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日；併科罰金新臺幣拾貳萬陸仟柒佰貳拾元，罰金如易服勞役，以新臺幣壹仟元折算壹日。緩刑貳年，並應向公庫支付新臺幣參萬元。扣案之背籃壹個、鋁製背架壹個、鋼刷參支、鋸子貳支、鐮刀壹支及撬鐵貳支均沒收。

庚犯《森林法》第 52 條第 1 項第 4 款之竊取森林副產物罪，處有期徒刑柒月，併科罰金新臺幣拾貳萬陸仟柒佰貳拾元，罰金如易服勞役，以新臺幣壹仟元折算壹日。扣案之背籃壹個、鋁製背架壹個、鋼刷參支、鋸子貳支、鐮刀壹支及撬鐵貳支均沒收。

## 二、第二審判決：臺灣高等法院花蓮分院 101 年度上訴字第 170 號刑事判決

上訴駁回。

## 三、第三審判決：最高法院 102 年度台上字第 847 號刑事判決

上訴駁回。

## 參、當事人主張

被告之行為屬於原住民之生活慣俗，應可阻卻違法。

## 肆、爭點

基於營利目的採取桑黃，得否認為屬於原住民生活慣俗，而阻卻違法？

## 伍、法院判決

### 一、第一審法院

本案第一審法院並未處理原住民族文化相關問題，僅著重在本件被

告辛、壬、癸、庚均共同實施前開竊取森林主產物犯行，為其等一致供明，顯均得算入結夥人數，從而被告等 4 人均符合結夥二人以上之加重條件。又被告等 4 人將 100 年 4 月 26 日竊取之桑黃藏匿於台 8 線 126.9 公里處路旁護欄下方，置於其等實力支配之下，其等竊取森林副產物之行為，早已既遂等事實認定上。

## 二、第二審法院

依《原住民族基本法》第 19 條之規定，原住民須非基於營利之目的，始得因傳統文化、祭儀或自用，而在原住民地區從事採集野生植物及菌類。本件被告等於原審審理時均已供承採取桑黃之目的是為了出賣；既係基於營利之行為，即無採取桑黃之合法性。辯護人辯以被告之行為屬於原住民之生活慣俗，應可阻卻違法云云，於法未合。

## 三、第三審法院

- (一) 按原住民得在原住民族地區，依法從事獵捕野生動物、採集野生植物及菌類、採取礦物、土石及利用水資源之行為者，以非營利行為，且以傳統文化、祭儀或自用為限，《原住民族基本法》第 19 條規定甚明。查原判決認上訴人等竊取桑黃，係為出售營利之行為，已敘明其所憑證據及理由，並無判決不備理由及適用法則不當之情形。
- (二) 另《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」。是原住民族在其傳統領域土地採取森林產物，自須以依其生活慣俗需要之目的為要件，倘非依其生活慣俗所需，自不得採取上開森林資源。查上開林班地係在原住民族之傳統領域土地範圍內，雖經行政院原住民族委員會函覆原審在卷，惟上訴人等採取桑黃行為，不屬原住民族之生活慣俗，既經原判決認定明確，原審認無《森林法》上開規定之適用，亦無違法可言。

## 陸、評析

本案主要涉及《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」，該規定強調必須以「生活慣俗需要」為前提，但什麼才稱得上「生活慣俗」，依最高法院及下級法院長期以來累積的實務見解，只要被告有任何出售營利之行為，即認為並非生活慣俗。

以上見解雖然並非絕對有誤，試圖將原住民土地作物出售謀利者，實難想像認為屬於生活慣俗需要，但這種解釋在某程度上過度限制了「生活」的可能方式。亦即，生活是人類營生的方法，早期的人類必須全面自理、自製生活一切所需物品，但這種獨立他人生活的模式，隨著工業化的腳步，已經不再可能，我們難以想像現代人不透過交易方式而獲取生活必需品，也因此，如果要求原住民本於其生活習慣採集森林作物之後，一律禁絕交易，事實上這是一個難以作得到的事情，依據最高法院所示的看法，似乎只要有任何交易，就一律屬於非生活慣俗範圍，原住民被告也無法因之除罪。本研究認為這種見解過度限縮原住民的權利，也忽視現代社會的特性，甚至將對原住民有一定程度的歧視，認為原住民的生活只能是原始而不進步的作法。

承上，本研究主張《森林法》第 15 條第 4 項的「生活慣俗」應該儘可能地擴大解釋，所謂其傳統生活不能當作原住民「原始生活」的同義字，毋寧應該與時俱進，特別當社會已經不再是自製自銷的關係時，必須容忍一部分可能的交易活動。換言之，倘若原住民採取林產作品，本身並不造成過度的森林保育不良效果，而原住民進行交易的金額，尚不足以理解為重大獲利，而只是達成其部分生活資金來源時，法院應該從金額、保育效果等多重面向，認為這是原住民傳統習慣在現代社會中的變化，而擴大適用第 4 項規定除罪。除非其交易金額龐大，同時嚴重侵害森林保育時，才否認其適用。

綜合上述，《森林法》第 15 條第 4 項乃除罪規定，法院應本於《原

住民族基本法》的立法旨趣，儘可能地適用該項除罪效果，才能達成原住民權利的最適保障。

#### ❖ 相關法律條文

森林法：第 52 條第 1 項第 4 款、第 15 條第 4 項

### 案例十五 撿拾販售牛樟木樹瘤案

案號 臺灣屏東地方法院 102 年度原易字第 28 號刑事判決

案由 竊盜（依森林法第 50 條而為準用）

關鍵詞 牛樟樹、樹瘤、竊取森林主產物、原住民族傳統領域

## 壹、案例事實

101 年 5 月 13 日至同年 7 月 20 日期間之某 4 日，甲基於竊取森林主產物之犯意，徒步前往坐落臺東縣太麻里鄉○○段 0000 地號之國有林業用地內，徒手搬運已被不詳人士鋸斷、置放路旁之牛樟樹之樹瘤 1 塊而竊取之；嗣於 101 年 7 月 20 日下午某時許，乙與甲相約於臺東縣太麻里鄉○○村之某卡拉 OK 店見面後，由甲帶領乙前往臺東縣太麻里鄉○○山區之工寮交易，並由乙當場交付 14 萬元現金予甲後，甲交付其竊得之前開牛樟樹瘤。

## 貳、訴訟結果

甲犯《森林法》第 50 條之竊取森林主產物罪，處有期徒刑參月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。

## 參、當事人主張

一、被告於林地內撿取他人棄置之牛樟樹瘤，無礙森林資源之保育，更



有利於經濟效益，合乎《森林法》之立法目的，從而《原住民族基本法》第 19 條對具有原住民身分之人所施加之限制，除與《森林法》之立法目的不合外，更妨礙原住民之生存權，應不予適用。

- 二、被告具有原住民身分，又係在其部落之傳統生活領域內從事採集工作，自無不法所有之竊盜犯意。
- 三、被告拾得之牛樟樹瘤係樹木因受傷後所形成之保護組織，不能認係樹木之自然產物，從而欠缺恆常性、普遍性，與根株係樹木之主要部分不同，難認為森林主產物，是林務局等行政機關對森林主產物擅加擴張解釋，即難認適法。

#### 肆、爭點

- 一、撿拾棄置之牛樟木，是否構成《森林法》第 50 條？
- 二、原住民於其部落傳統生活領域為採集工作，是否具不法所有意圖？
- 三、牛樟木樹瘤是否屬於森林主產物？

#### 伍、法院判決

- 一、被告甲所為，既有違《森林法》之立法意旨，亦與《原住民族基本法》第 19 條所允許原住民對於自然資源使用情形有悖，自非法之所許：
  - (一) 被告甲取得該牛樟樹瘤 1 塊係供其販售予同案被告乙，業據被告甲供述甚明，則本件被告甲雖將該牛樟樹瘤交付予有此需求之同案被告乙，但所促成之經濟利益均完全由被告甲（取得價金部分）及共同被告乙（取得該物部分）所獨享，顯非基於公益之目的。
  - (二) 該牛樟樹瘤 1 塊係在國有林地上之天然產物，並非被告甲所有，是被告甲未依法定方式，恣意取得該牛樟樹瘤供已販賣以賺取價金，自屬對國家財產權之侵害。
  - (三) 況森林資源並非一概需投入交易市場，以貨幣交換之方式獲取一定之價金，方屬合乎《森林法》例示具經濟效益之利用。易言

之，該牛樟樹瘤於所在之林地內，依隨自然機制腐化，或供其他生物附著、生長、棲息，均有利於生態循環，此亦屬《森林法》第 1 條所規定「保育森林資源」之內涵，被告甲任意將該牛樟樹瘤 1 塊自其天然產地移出，供已販售以換取價金，自屬對森林資源之濫用，從而亦難謂無礙於森林資源之保育。是被告甲所為，即難認符合《森林法》之立法意旨。

（四）按《原住民族基本法》性質上為普通法、廣義法，《森林法》為特別法、狹義法，依特別法、狹義法優先於普通法、廣義法之原則，應優先適用《森林法》。況《原住民族基本法》第 19 條第 1 項亦規定：「原住民得在原住民族地區『依法』從事下列非營利行為：二、採集野生植物及菌類。前項各款，以傳統文化、祭儀或自用為限」，顯見原住民於傳統領域內採取森林產物、野生植物及菌類，除須具有原住民族身分，並符合傳統文化、祭儀、自用等目的及非營利行為之外，尚應依法定方式辦理，為上開條文之當然解釋，非謂原住民在原住民族地區採集野生植物，全然不受法律之規範（最高法院 99 年度台上字第 6852 號判決意旨參照）。是以辯護人雖為被告之利益辯稱，《原住民族基本法》第 19 條之規定對被告甲增加《森林法》所無之不當限制，然核與法律規定之情形明顯悖離，自無足採。

（五）再則，觀諸上開條文之立法理由略以：「原住民族為歲時祭儀或供生活之用，常需利用部落週邊自然資源，比如排灣族修繕房屋需用石版，鄒族祭典需用木懈蘭等等，該等行為係維護生存及文化所必須，且對於自然生態影響甚微，故應允許其從事，另為避免過度利用可能導致之弊端，本條允許之行為，僅限於『傳統文化、祭儀或自用』，且必須是『非營利』行為，亦即取得之物不得作為買賣交易或其他商業利益用途，並必須『依法』從事，亦即相關行為之規範仍以各相關法律之規定為之」等語，益見此部分對於原住民利用其傳統領域內天然資源之限制，並非刻意不當限制原住民族基於傳統之使用方式，且參諸《森林法》並無類似

之除外條款，益徵該條規定實係提供原住民合法使用天然資源之權利基礎。

- (六) 至所謂「傳統文化、祭儀、自用等目的及非營利行為」之限制，除可調和生態等自然資源之保育與原住民族賡續其傳統文化之權利外，亦符合原住民族原先較少受到市場經濟與消費主義侵擾之傳統生活態樣，是《原住民族基本法》第 19 條之規定，自無礙於原住民族之生存權，足堪肯認。故辯護人雖為被告之利益辯稱，該條規定對原住民施加不當限制，妨害其生存權等語，核無足採。
- (七) 又按原住民族之傳統習俗，有其歷史淵源與文化特色，為促進各族群間公平、永續發展，允以多元主義之觀點、文化相對之角度，以建立共存共榮之族群關係，尤其在原住民族傳統領域土地內，依其傳統習俗之行為，在合理之範圍，予以適當之尊重，以保障原住民族之基本權利。本此原則，《原住民族基本法》第 30 條第 1 項已經揭示，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（最高法院 98 年度台上字第 7210 號判決意旨參照）。
- (八) 復按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，《森林法》第 15 條第 4 項亦定有明文。本件被告甲供稱其係臺東縣魯凱族○○部落之原住民等語，且具有魯凱族之原住民族身分，再以被告甲徒手搬運之牛樟樹瘤 1 塊，原坐落之臺東縣太麻里鄉○○段 0000 地號之部分土地，屬原住民○○部落之傳統生活領域範圍乙節，是此部分固無疑義。
- (九) 惟將上開物品販賣予非其部落內之非原住民，並非魯凱族之傳統

習慣，亦有行政院原住民族委員會前揭函在卷可查。被告甲既自承其取得前開牛樟樹瘤 1 塊之目的，係為販售予不具有原住民族身分之同案被告乙等語，則被告甲既係自行前往該處取得該牛樟樹瘤 1 塊，並非依法定方式採取森林產物，其所為之販售行為亦與原住民族生活慣俗需要或傳統文化、祭儀、自用之目的不合，又係基於營利意圖，是其所為即難認適法。

### 二、被告具不法所有之竊盜犯意：

被告甲既係基於販賣圖利之意圖，採取前開牛樟樹瘤 1 塊，而非基於其原住民族傳統文化所需，已如前述，其所為自與原住民族傳統無關，而無從依前揭《原住民族基本法》之規定予以免責，更無以依憲法上對多元文化主義之實踐要求，承認被告甲對於該牛樟樹瘤有何足以排他之正當權利。故被告之辯護人雖為被告辯稱並無不法所有之竊盜犯意，亦無足採。

### 三、本案牛樟樹瘤屬森林主產物：

- （一）按「森林」係指林地及其群生竹、木之總稱。次按國有林產物之種類、處分方式與條件、林產物採取、搬運、轉讓、繳費及其他應遵行事項之處分規則，由中央主管機關定之，《森林法》第 15 條第 3 項定有明文，故行政院農業委員會據此訂頒「國有林產物處分規則」，其第 3 條第 1 款明定：主產物：指生立、枯損、倒伏之竹木及殘留之根株、殘材。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。故不論存活之立木、風倒枯死木，或因路壁坍方滑落林地內之樹木，或因地形變動將原砍伐之枯死樹頭，及樹片深埋地下嗣後始發現之該枯死樹頭、樹片等林產物，均屬森林主產物而受《森林法》之保護（最高法院 75 年度台上字第 4601 號、81 年度台上字第 5360 號、85 年度台上字第 2517 號、86 年度台上字第 2104 號、90 年度台上字第 3920 號判決意旨參照）。

- (二) 又查樹瘤為在樹木受傷後，細胞無性繁殖形成的一種自我保護癒傷組織等語，亦有前揭行政院農業委員會林務局臺東林區管理處 102 年 7 月 15 日函在卷可稽。
- (三) 本件被告甲搬取、販賣之牛樟樹瘤 1 塊，屬於牛樟樹於其根株或主幹受傷後自行產生附著其上之癒傷組織，係屬該植物依其生物特性所天然形成之部分，應無疑問。易言之，樹瘤雖非牛樟樹於自然生長過程必然伴隨生長之部分（牛樟樹之生命週期內未必定然會有受傷現象之存在），然牛樟樹之根株、主幹等部位一旦受傷，即會於該受傷部位產生樹瘤，是辯護人雖為被告之利益辯稱，樹瘤非自然產物，不具有恆常性、普遍性等語，即顯然與事實未合。
- (四) 牛樟樹瘤既係於根株、主幹部位受傷後經細胞無性繁殖所形成之自我保護癒傷組織，顯係產生於受傷之根株、主幹部位處，自亦屬附著於該根株、主幹部位之組織，從而為該根株、主幹之一部；是該牛樟樹瘤即可認係屬牛樟樹之根株、主幹之部分，依前揭說明，自屬主產物無誤。故行政院農業委員會林務局臺東林區管理處以前揭 102 年 7 月 15 日函認定扣案牛樟樹瘤屬森林主產物等語，即與前揭規定相符，並無恣意擴張解釋之情形。是辯護人雖為被告之利益，辯稱該牛樟樹瘤並非森林主產物、主管機關之擴張解釋與法未合等語，即有誤會，而無足採。

## 陸、評析

本案涉及原住民被告在其傳統領域內，未經主管林務機關的事前許可，即採集已經被他人所鋸斷的牛樟樹樹瘤，本案一審法院認為原住民被告仍屬有罪，其主要理由已如前述，可分為三點：(1) 樹瘤依「國有林產物處分規則」所訂，是森林主產物；(2) 原住民被告主觀上有不法所有意圖；(3) 原住民被告不得適用《原住民族基本法》第 19 條或《森林法》第 15 條第 4 項所規範的阻卻違法事由。以下即針對三項爭點逐一說明本研究之見解。

森林主產物範圍的界定，在《森林法》中並無明文規定，因此一般實務上都援用行政機關的法規命令，此即「國有林林產物處分規則」（以下簡稱處分規則），該規則第 3 條對於主、副產物有相關定義：「林產物分為下列二種：一、主產物：指生立、枯損、倒伏之竹木及餘留之根株、殘材。二、副產物：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」，某程度而言，此項定義建立在《森林法》的基本邏輯上，並沒有太大的問題，但主產物包括「倒伏之竹木及餘留之根株、殘材」等，此項定義並未細緻地區別林木倒伏或餘留的原因，包括因天災而使林木倒伏，也包括人為所致的倒伏，因此單從處分規則第 3 條的規定以觀，雖然不具有法律直接約束力，其規定尚未全然悖返《森林法》的規範意旨。因此解釋《森林法》第 50 條時，引用處分規則作為解釋的參考，並未有違反罪刑法定主義的疑慮。

《森林法》第 50 條其實僅只規定「竊取森林主、副產物，收受、搬運、寄藏、故買或媒介贓物者，處六月以上五年以下有期徒刑，併科新臺幣三十萬元以上三百萬元以下罰金」，該規定中並未有主觀不法所有意圖，然而我國實務一般在解釋本罪時，仍然援用竊盜罪的構成要件，並將竊盜罪構成要件中的主觀不法所有意圖納入本罪的解釋範圍，此項限縮犯罪成立的不成文構成要件酌參作法，具有限制犯罪成立的功能，同時強化重視行為人對於財產本身的侵害意思，應值贊同。採取此見解適用至原住民被告時，若原住民被告主觀上出於據他人財產為己有之意思，即可考慮排除其主觀不法意圖，然本案的原住民被告，若其於竊取之時，主觀上確實有認定該財產屬於原住民族，並得以之出售而充填原來之原住民所有人的想法，某程度即應考慮排除其主觀不法意圖，本案判決似乎認為，因為原住民被告出於轉售他人，故仍認定有不法所有意圖，似乎有欠考慮主觀不法意圖建立在「僭受財產權」主觀想法，當原住民被告不認為該項林產屬於國家，而是歸屬於自己時，即應考慮此點而排除其不法所有意圖。

最後，《原住民族基本法》第 19 條第 2 項規定，原住民必須出於

「傳統文化、祭儀或自用」目的，才得以適用阻卻違法事由，此項規定於本案中之適用時，法院認為依原住民所屬魯凱族之慣俗，並無轉賣他人謀利的傳統，因此否認原住民被告適用阻卻違法事由的空間。此項見解基本上是順承法律文字的解釋，但無形中卻也限制了原住民族傳統習慣的變動可能性，易言之，在傳統社會中的慣俗可能是完全否認交易，但以今日工商社會而言，原住民依其慣俗採集林產，嗣後再與他人交易，以兌換經濟價值，不失為實踐原住民依山而居的原有理念，法院認定此項因應工商社會變遷的作法絕不符合其慣俗，似乎未仔細斟酌其慣俗因應社會變動的空間。

綜上，本案原住民其實應進一步考慮其有無不法所有意圖，同時探求其慣俗在社會變遷後的意義範圍，法院判決未予處理，值得再行斟酌。

#### ❖ 相關法律條文

森林法：第 52 條第 1 項第 4 款

原住民族基本法：第 19 條第 2 項

## 四、其他

### 案例十六 卡地布部落遷葬案

**案號** 臺灣臺東地方法院 102 年度原易字第 93 號刑事判決

**案由** 妨害公務等

**關鍵詞** 遷葬、原住民族傳統領域、名譽法益

### 壹、案例事實

被告丙為「卡地布」陳情抗議團體之發起人，其以「宣揚傳統文化及捍衛祖靈活動」為由，向臺東縣警察局申請集會遊行，並獲核發許可通知書，並由其擔任該集會遊行之負責人。嗣被告丙於 101 年 10 月 12 日 14 時 30 分許及 15 時 30 分許，與被告丁、戊、庚等人攜帶雞蛋及漆彈，於遊行至臺東縣臺東市○○路 00 號之臺東市○○路 00 號之臺東縣政府前廣場時，即手持預先分配好之上開雞蛋及漆彈等物，朝臺東市公所、臺東縣政府之大門門面丟擲，時間分別持續約 3 至 5 分鐘，致蛋液濺於大門玻璃及地面。

### 貳、訴訟結果

丙、丁、戊、庚均無罪。

### 參、當事人主張

伊等丟雞蛋的目的是要抗議，且僅向建築物丟雞蛋，並無侮辱執行職務的公署；99 年底時臺東縣政府未與在地原住民族討論即擅自在知本第六公墓張貼遷葬公告，該地係伊等的傳統領域，遷葬行為違背族人的



祖靈信仰，所以在部落會議的共識下，部落集體對縣政府及市公所集會遊行方式表達訴求即「拒絕遷葬、還我傳統領域、捍衛《原住民族基本法》」；先人死後下葬就不能移動，因為第六公墓是先祖在一百多年前就已經選定的區域，族人的信仰是：「先祖死後，形體其實還是跟族人在一起，會眷顧族人」，若擅自把祖先的遺骸移走即代表伊等不要祖先了，這是會遭受到詛咒的，遷走祖先的遺骸就是切斷族人的信仰，也等於切斷文化的根源，祖靈信仰及遷葬行為是矛盾並且違背；第六公墓所在地根據部落耆老的口述係部落的傳統領域，該地以母語即稱為「tarnáúwan」，意思是瞭望、警戒，先祖選此地把先人的骨骸葬在該處是要看守、眷顧部落，早期也發現在日據時代，那裡有建立一個日據時代的先人塚，該地是伊等祖先們生活的地方等語。

#### 肆、爭點

- 一、本案原住民主張行政機關要求遷葬有違其傳統習俗，從而向市公所、縣政府大門丟擲雞蛋等物，是否構成妨害公務？
- 二、本案被告丁並不具原住民身分，然其認同原住民文化，是否應因被告不具原住民身分，即對其行為給予不同評價？

#### 伍、法院判決

- 一、本判決揭示，依據我國憲法、兩公約、《原住民族基本法》，皆指出應承認、尊重原住民族多元傳統文化及生活慣俗、價值觀，以防止少數原住民族之文化、傳統習慣等珍貴資產受到其他文化侵蝕、掠奪：

中華民國憲法第 13 條規定：「人民有信仰宗教之自由」。中華民國憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 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宗教信仰及

多元文化。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、社會與文化之發展」、「本公約締約國確認人人有權：（一）參加文化生活；（二）享受科學進步及其應用之惠；（三）對其本人之任何科學、文學或藝術作品所獲得之精神與物質利益，享受保護之惠。本公約締約國為求充分實現此種權利而採取之步驟，應包括保存、發揚及傳播科學與文化所必要之辦法」。且經濟社會文化權利國際公約第 21 號一般性意見書更具體指明：「締約國應採取措施，保證在行使參加文化生活的權利時充分顧及文化生活價值觀，這種價值觀可能有強烈的族群性，或者說，只有原住民族作為一個群體才能表現和享受。原住民族文化生活的強烈的族群性對於其生存、福祉和充分發展是不可或缺的，並且包括對於其歷來擁有、占有或以其他方式使用或獲得的土地、領土和資源的權利。原住民族與其祖先的土地及其與大自然的關係相連的文化價值觀和權利應予尊重和保護，以防止其獨特的生活方式受到侵蝕，包括喪失維生方式、自然資源，乃至最終的文化認同。因此，締約國必須採取措施，確認和保護原住民族擁有、開發、控制和使用其公有土地、領土和資源的權利，並且，如果未經他們的自由和知情同意而被以其他方式居住或使用，則應採取步驟歸還這些土地和領土。原住民族有權採取集體行動，確保其維持、控制、保護和開發其文化遺產、傳統知識和傳統文化表達方式，以及其科學、技術和文化表現形式——包括人類和基因資源、種子、醫藥、動植物性質的知識、口頭傳統、文學、設計、體育和傳統比賽、和視覺和表演藝術——的權利得到尊重。締約國在所有涉及原住民族特殊權利的問題上應尊重原住民族自由、事先和知情同意的原則」。再者，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」。查少數原住民族之文化、語言、習慣、價值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，從而，上開「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約」（下稱兩公約）明文規定要保障國家內各民族之文化、語言及傳統習俗等。此外，《原住民族基本法》第 1 條、第 21 條、第 22 條及第 23 條分別規定：「為保障原住民族基本權利，促進原住民族生存發展，建立共存共榮之族群關係，特制定本法」。「政府或私人於原住民族土地內從事土地開發、資源利用、生態保育及學術研究，應諮詢並取得原住民族同意或參與，原住民得分享相關利益。政府或法令限制原住民族利用原住民族之土地及自然資源時，應與原住民族或原住民諮商，並取得其同意」、「政府於原住民族地區劃設國家公園、國家級風景特定區、林業區、生態保育區、遊樂區及其他資源治理機關時，應徵得當地原住民族同意，並與原住民族建立共同管理機制；其辦法，由中央目的事業主管機關會同中央原住民族主管機關定之」、「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」。又《原住民族基本法》第 21 條之立法理由謂：「（一）為維護原住民族對於自然資源及其他經濟事業的權益，以及合理規劃國土、區域或城鄉等計畫性事項，爰訂定本條，以保障原住民族之自主性及權益」。為確保原住民族之傳統文化與信仰價值免於遭到多數文化之壓迫，使原住民族能綿延流長、永續

留存，乃係《原住民族基本法》之核心價值，據此，政府之行政行為為必需考量原住民族之生存發展、文化保留及自主性。是依上揭規定，足見我國憲法、兩公約、《原住民族基本法》均承認、尊重原住民族多元傳統文化及生活慣俗、價值觀，以防止少數原住民族之文化、傳統習慣等珍貴資產受到其他文化侵蝕、掠奪。

二、本判決傳喚四位卡大地布部落耆老作為證人，詳細說明卡大地布部落殯葬習慣、後續習俗變化的原因以及祖靈信仰；法院後向中央研究院民族學研究所、原住民族委員會函詢，並經法院實際勘驗後，法院採信四位耆老所證述的殯葬習慣：

- (一) 卡大地布 (Katratripulr) 部落原名為卡地布部落，於 102 年 12 月 6 日經該部落會議決議將「卡地布部落」更名為「卡大地布部落」（參見中央研究院民族學研究所 103 年 8 月 21 日以民族字第 0000000000 號函文），下均稱卡大地布部落，先予敘明。
- (二) 依部落耆老證述，卡大地布部落卑南族人的祭祀式，是將屍體埋在家中，之後因日本統治，被要求葬在外面。證人即部落耆老證述如下：
  1. 以前採室內葬（日治時期被強制採室外葬）、沒有撿骨習慣  
證人田○○104 年 3 月 25 日於本院審理時證稱：伊係知本卡大地布部落的卑南族人，卡大地布部落範圍大概在知本里、建業里，伊從日據時代即住在建業里至今，光復時伊大概國小四年級約 10 歲；以前族人將逝者的遺體葬在家內，日據時被日本人要求將屍體放在田裡埋葬，族人會放置石頭在上面做記號，但石頭並不是墓碑，族人也沒有撿骨的習俗，平地人（漢人）才有安置墓碑及撿骨的習俗等語。
  2. 逝者屍體埋家中（日治時期被強制採室外葬）、沒有撿骨習慣、沒有遷葬行為、沒有掃墓習慣傳統只以儀式緬懷（後受國民政府影響才掃墓）  
證人林○○104 年 3 月 25 日於本院審理時證稱：伊係知本卡大地布部落的卑南族人，部落範圍大概在建業里、知本里，伊從小到大均

住在建業里，約莫已經 60 年；祖母說以前都是將逝者的屍體埋在家中，因為族人捨不得自己的親人，不願意和逝者分開，但是日據時代日本人要求把祖先移到知本第六公墓那邊，伊懂事時族人都已經葬在外面了；族人將逝者埋葬後會把地填平，上面就放一塊石板或是大一點的石頭，如果家裡比較有錢的人，有讀書或有讀日本文字的人，他就會用日本字在石頭那刻字，但這並不是墓碑，僅係用來做記號；族人沒有撿骨的殯葬文化，也沒有遷葬的行為，即便聚落有瘟疫要移到另外一座山，但是祖先的遺骸仍不會移動，因為族人是認為應係活人離開；以前族人沒有掃墓的習慣，緬懷祖先的方式是每年一定要祭拜祖先一次，年底時在家中用儀式去緬懷祖先，就是做一些粿來祭拜祖先，告訴祂說伊等有準備佳餚請祂們吃，並請親朋好友到家裡共享佳餚，後來國民政府訂了清明節後族人才跟著漢人習慣也去第六公墓掃墓等語。

3. 習慣採室內葬（日治時期被強制採室外葬）、祖先遺骸不隨行遷移、沒有掃墓習慣（因為不想侵擾祖靈）

證人林○○104 年 3 月 25 日於本院審理時證稱：伊係卡大地布部落的卑南族人，部落目前的範圍大概為臺東市知本里、建業里，伊從知本里搬到建業里，但從小到現在都住在知本村；族人早期是採用室內葬方式來埋葬逝者，即便族人要遷移，在家屋內之先祖遺骸就會留在那邊，族人自己離開再蓋一個新的地方住，因為族人是不能去打擾、驚擾到祖先；日本人強迫族人要行室外葬，嗣後亦未經族人的同意就把傳統領域設為公墓，族人葬的時候不會設立墓碑，頂多用一個石塊做記號，告訴後面葬的人說這裡有葬過不要再重複葬，後來漢人遷徙過來東部，死亡後也會埋在第六公墓，但是漢人埋的時候與族人的祖先疊葬，漢人埋在上面，族人的祖先埋在下面，這也沒有經過伊等的同意，且政府單位也無好好的去管理；族人沒有像漢人一樣掃墓及撿骨的習俗，伊等會在祖靈屋祭祀用以緬懷祖先，以前不會再回到墓地祭祀，那邊是祖靈的一個聖地，伊等的習俗是不去侵擾祖靈，60 年代以後受到漢人的影響才有掃墓的行

為；族人做文化祭儀的時候會以祖靈文化為中心思想，沒有祖靈文化就沒有文化生命，所以凡事都要先祭拜祖靈，祭拜完畢了以後才可以做其他的活動，像是小米收穫祭、大獵祭等祭典，都是以祖靈的信仰為中心，例如之前法官履勘知本第六公墓時，就是由祭祀長來做祭祀的動作，即任何的儀式活動都必須以祖靈做一個中心才開始等語。

4. 祖先們沒有墳墓的概念，只有家的概念、原屋不足使用會蓋新的、傳統不掃墓、沒有遷移骨骸的習慣：

證人陳○○104年3月25日於本院審理時證稱：伊係知本卡大地布部落的卑南族人，部落的範圍目前大概是在知本里、建業里，伊從小就住在知本里，至今約已63年；臺灣的原住民族自古以來除了蘭嶼的達悟族之外，都是行屋內葬或室內葬，祖先們沒有墳墓的概念，只有家的概念，族人從出生到長大都在這個家，也在這個家裡面受到保護，這個家是祖先長輩們的，祖先長輩們蓋了房子，所以祂當然有權利到死掉後也住在房子裡面，而且在族人的文化思維中，祖先永遠的照顧著族人，族人也要永遠尊敬祖先；在族人的習慣裡面，屋子裡面填滿了去世的親人後，先人遺骸不能挖掘，族人會另外再蓋一個房子，現在這個房子就成為祖先住的地方，祭典或祭祀的時候族人回到這個家裡面做祭祀；族人以前是不掃墓的，但幾乎每個月都會有祭典，族人在祭典之前都會到老家「karumaan」（祭祀屋）起火或是做年糕、小米，就是表示伊等和祖先還是在一起，用這個方式緬懷祖先，現在會去掃墓是學習漢人的，族人的祭祀方式是祭祀完了、香燒完了就在那邊跟祖先一起喝酒吃飯，漢人是鞭炮一放就趕快走，好像是污穢的地方，族人並不會這樣，因為祖先養育族人長大成人，族人也不像漢人有那種陰陽界是鬼是靈魂的這種觀念，所以族人會跟祖先在一起同樂，有一次伊在發祥地就問了拉罕（首領）說：「為什麼這麼莊嚴的祭祀，大家斟酒之後還要唱歌跳舞？」拉罕就說：「沒有，我們的祖先很喜歡這樣，喜歡看到我們快樂」，所以原住民跟漢人是不一樣的；族人沒有遷移骨

骸的習俗習慣等語。

5. 本案法院之結論：

按臺灣原住民所屬南島語族之歷史傳承，依憑故事之口傳、歌曲之流唱及圖像圖騰之雕刻雕塑等方式，耆老之口傳歷史乃係原住民歷史傳承之重要方法，在學術研究上亦為應然，則原住民族耆老之口傳歷史係整理歸納原住民歷史最被重視的一環；查本案證人田○○、林○○、林○○及陳○○均係卡大地布部落之卑南族人，其等於該部落均已居住約莫 60 年以上，而證人田○○自己更親身經歷過日據時代，其等均為卡大地布部落之耆老，又證人田○○ 4 人所述互合一致，並無捏造之理，證人田○○4 人之證述當可採信，故卡大地布部落卑南族人原本係採行室內葬，後於日據時代因衛生考量方改為室外葬，其等無安置墓碑之習俗，但並非表示係無主墓，而是該部落之殯葬文化與漢人殯葬習俗截然不同，該部落亦無撿骨及遷葬之文化，傳統祭祀方式係在祖靈屋緬懷祖先，後受漢人影響方進行掃墓活動，但仍無撿骨及遷葬之行為；又祖靈乃係卡大地布部落的信仰，任何祭典活動蓋以祖靈為中心，例如：小米收穫祭、大獵祭等，均先需由祭祀長來做祭祀告知祖靈，祖靈文化即為卡大地布部落的文化生命。

本案法院向中央研究院民族學研究所、原住民族委員會函詢並採取其見解，卡大地布部落之祖靈文化、殯葬習慣，得到的結論同於前開四位耆老的說明，都提到傳統採室內葬、沒有遷葬習俗。

本院依職權向中央研究院民族學研究所、原住民族委員會函詢卡大地布部落之祖靈文化、殯葬習慣，回函如下：

中央研究院民族學研究所於 103 年 8 月 21 日以民族字第 0000000000 號函復：「根據耆老的報導與日治時代的文獻，卑南族跟排灣族、魯凱族、布農族與部分泰雅族均行室內葬，但相關的記載與討論並不多見，這或許跟日本殖民政府在 1910 年代後期即廢除室內葬有關。以臺灣總督府《蕃族調查報告書（第一冊）》（佐山融吉 2007【1913】：289）為例，僅簡略卑南社在人過世後，是埋在屋內，之後舉

行除喪的儀式。至於稍後出版的《蕃族慣習調查報告書（第二冊）》（河野喜六 2000【1915】：313-316），就有稍微多些的描述。例如：卑南人行室內葬，頭置南方埋葬，『墓穴是在屋內的西南隅（按：住屋面向東），從西端依次向東埋葬，跨越南北，靠近頂住屋頂中央橫木的柱子時，就把住屋破壞遷至他處。這是因為他們認為中央的柱子以西為 biruwa【按：指靈魂】的住處，以東為生者的住處。bir-uwa 侵入生者的住處，尚與之同居時，據傳家人會病死』。值得注意的是，記載也提到病死與意外死亡者的處理是不一樣的。家人得知訊息，『隨即將炊具及其他日用器具搬到屋外再挖掘墓穴，毀壞家屋入口右側之牆壁，作為屍體之入口。做好準備後迎屍，在新的入口處洗淨死者之臉，更換上衣，在用布包起來後搬進屋內，立即放入墓穴把土掩上。全體家人結束祈禱後，前往河邊為橫死者進行祈禱（與雙胞胎的祈禱方式相同），歸宅後在屋外搭建臨時小屋居住，不與他人共用水、火。翌日再新建小屋移居，第三天亦如此。……番社中有橫死者時，與雙胞胎出生時同樣，社民皆停止工作而不外出戶外；而且與他社斷絕往來，三天內裡外交通皆斷絕。』（河野喜六 2000【1915】：315）。這樣再三遷居移動的過程，今日仍見於南王（普悠瑪）卑南人對於意外死亡者的處理方式，此過程稱為 makararuntauru。而除喪儀式也清楚呈現一般死亡與意外死亡的差別：一般死亡的除喪儀式是在屋內，而意外死亡的除喪儀式是在屋後搭建一個臨時帳棚中舉行。換句話說，以往是行室內葬，也沒有遷葬的習俗。因此，從室內葬改為室外葬是一個相當大的改變，因為以往只有意外死亡者才不葬在室內。根據笠原政治（2005）的研究，臺灣原住民族室內葬的廢除是先從北部開始，南部較後（頁 288-289）。例如，泰雅族『區尺蕃』（今日烏來）是在 1918 年（大正 7 年）即有實施屋外葬的記載，而南部最早的是太麻里社（今日分類的排灣族），是在 1924 年（大正 13 年）。根據《理蕃誌稿》第四卷的記載，描述該社較為開化，1923 年成立日語普及會與青年會，1924 年 4 月 8 日並向太麻里駐在所報告，以原頭目下葬之處為公墓。該社民以革除長久以來之傳統乃係一重大事項，必須先向其祖先報告，4 月 25 日決議請頭目主持奉告祖先祭典，於



5月1日舉行（吳萬煌 1997：590）。而大武支廳的猴子蘭社（Ralawadan，今日香蘭）受到太麻里社設置公墓之影響，也在社區下方一處選定公墓用地，6月17日召集頭目、耆老、青年會員等，在駐在所警員見證下舉行向祖先報告儀式（同上：592-593）。這些報導顯示要做這樣的改變，不但舉行儀式，而且是已逝頭目下葬之處。目前未見卑南族何時改室外葬的記載，但是時間上應該較晚於上述兩地。若是較早，應該會有所記載。再者，卑南社人（今日南王卑南人）是1929年（昭和4年）從舊社所在地的卑南里遷到現址的南王里，筆者訪問出生於卑南社的耆老，都提及曾看過家中有室內葬。至於卡大地布（知本），也可能在遷移新社時，同時廢除此習俗。目前第六公墓96位先人的「知本納骨塔」，上面標示1934年（昭和9年）。卑南族有一個特有的特徵：祖靈屋 karumaan。河野喜六（2000【1915】：316）記載：『他們認為死者的靈魂在人死亡的同時前往 karumaan（在卑南社則為留在舊社 Maydatar 的古昔住屋），從前面入口右側的正方形小窗進入屋內，並宿於裝在該窗戶內側的棚架內，一切的祭祀都以此棚架為靈堂而舉行，並且相信宿於窗口的靈魂是優越的，而普通的靈魂是從此窗口進入後，立即沿著牆壁右轉到盡頭，再沿著牆壁往裡面前進，宿於西南隅的盡頭。』祖靈屋分不同類型，有部落型、家族型（設於本家旁側）以及個人型的。直迄今日，部落型祖靈屋仍是部落舉行歲時祭儀與祈求部落福祉的場所，如普悠瑪（南王）、卡大地布（知本）與建和等部落。綜合前述，我們可以這麼說：卑南族行室內葬時，不會把先人葬在室外，因為那是意外死亡的處理方式。也不會遷葬，而是活人離開，但以祖靈屋的方式祭祀祖靈。就此而言，日本殖民政府廢止的「室內葬陋習」，其實也是在改變家人與已逝先人的關係。另一方面，由於從室內葬到室外葬，其實也在改變家與部落之間的關係，以及具象化已逝族人的歸所。誠如前述，祖靈屋有不同的類型，也有不同的意涵（陳文德 2011）。值得注意的是，卡大地布部落內的個人型祖靈屋是卑南族中為數最多的，目前仍約有30多間。佐山融吉（1921：155）曾記載知本社（今日卡大地布）362戶中，有三分之一的住戶持有『靈屋』。這樣的數字呈現出該部落族人與

祖先之間關係具象化的特點。」

原住民族委員會於 103 年 10 月 7 日以原民社字第 000000000 號函覆：

「卑南族傳統行室內葬，卑南族（傳統）住屋內部構造有寢室及客廳（即埋葬先人遺骸區）。室內葬之精神及目的在於不捨親人離去，在日本殖民時，因衛生考量，不再實行室內葬，改以部落公墓或近幾年的自然環保葬。室內葬滿先人時，是活人離開，卑南族之殯葬文化中無遷移已埋於室內先人遺骸之行為。」

本案法院實際勘驗，認為祖靈信仰確為卡大地布部落之信仰文化，且深深影響卡大地布部落族人之活動。

本院勘驗知本第六公墓時，在進入公墓前，卡大地布部落祭祀長（拉罕）林○○即在第六公墓入口前牌坊左下方進行向祖靈告知之祭祀動作，核與證人林○○證述相符，並有本院 103 年 7 月 11 日勘驗筆錄、臺東縣警察局臺東分局提供之現場照片存卷足憑；是以，祖靈信仰為卡大地布部落之信仰文化，深深影響卡大地布部落族人之活動。

準此，卡大地布部落卑南族人自古即舉行室內葬，即家屬會將過世親人的屍體埋在住家地下，因卡大地布部落卑南族人視過世的親人為祖靈，仍是家中的一份子，室內葬若家屋內已經葬滿先人遺體而無法再葬時，卡大地布部落卑南族人是以活人離開之方式再蓋房屋，而非移動親人的遺骸，所以不會像漢人一樣有撿骨或遷墳之行為，室內葬於日據時代時方改變成室外葬；緬懷祖先之方式係在祖靈屋做祭祀之活動，祖靈是卡大地布部落的信仰，任何祭典活動均以祖靈為中心，必須在活動前由祭祀長舉行儀式告知祖靈，祖靈文化為卡大地布部落的文化生命當可確定。

## 三、知本第六公墓所在地係卡大地布部落之傳統領域

證人即部落耆老證述如下：

<p>表格結論：日治時期日本人改採室外葬，便找族人的傳統領域「tarnáúwan」來做公墓，把祖先的遺骸全部都埋在一起，而知本第六公墓所在地族語稱「tarnáúwan」，並非墳墓的意思，「tarnáúwan」族語的意思是「瞭望處」，而因為族人的祖先都是在這邊，所以知本第六公墓所在地是祖靈地。</p>
<p>(1) 證人田○○104年3月25日於本院審理時證稱：以前族人採行室內葬，日據時日本人要求改採室外葬，族人將屍體埋葬於現今知本第六公墓；日據時代施做卑南大圳時挖到人骨，日本人就將人骨放在水泥裡面，並在上面放置一個墓碑（經證人田正夫確認係本院卷第88-90頁圖示之知本納骨塔），祖先把知本第六公墓這個地方選做伊等的祖靈地，即祖先埋葬的地方等語。</p>
<p>(2) 證人林○○104年3月25日於本院審理時證稱：伊聽老人家說日本人開挖大圳時，挖到族人的遺骸，日本政府知道族人捨不得逝去的親人，就找一個空地吧祖先的遺骸全部都埋在一起，所以今天才有一個日據時代做的墓碑在那裡（經證人林○○確認係本院卷第88-90頁圖示之知本納骨塔）；55年時伊常到知本第六公墓養牛、放牛或打鳥，當時已經有很多族人的墳墓；阿嬤說以前族人住的地方就是祖靈地，知本第六公墓所在地族語稱「tarnáúwan」，並非墳墓的意思，而是祖先們選定這個地方埋葬屍體，要族人將那個地方看管、看護好，不要去移動到祖先的遺骸，這件事情在漢人還沒有來的時候就已經發生等語。</p>
<p>(3) 證人林○○104年3月25日於本院審理時證稱：日據時代以前祖先採行室內葬，表示彼此不會分開還是一家人，後來日本人認為這樣的習俗不衛生，就找族人的傳統領域「tarnáúwan」來做公墓，該名稱的意思是「瞭望處」，也就是進入到部落時的一個守護的地點，因為族人的祖先都是在這邊，知本第六公墓所在地是祖靈地等語。</p>
<p>(4) 證人陳○○104年3月25日於本院審理時證稱：知本第六公墓所在地的地理位置對部落非常重要，因為過去東部地區的南北通路就在「tarnáúwan」這個地方，「tarnáúwan」族語的意思是「瞭望處」，該地過去是一個關卡；後來日本人認為室內葬不衛生，所以強迫族人改採室外葬，非常有智慧的祖先們就在「tarnáúwan」作為以後的圍落、居住地方，即選定該地作祖靈地，這樣好就近照顧已經遷移到知本新社區部落的族人，避免將來跟子孫們的臍帶關係斷掉，這是媽媽親口告訴伊的等語。</p>

## 國內原住民族重要判決之編輯及解析（第二輯）

本院依職權向原住民族委員會函詢，經原住民族委員會函復稱：

**法院函詢問題：**

**何謂傳統領域？臺東知本第六公墓是否屬於「卡大地布部落」之傳統領域？「卡大地布部落」之傳統領域範圍為何？**

所謂傳統領域，係指原住民族傳統祭典、祖靈聖地、舊部落及其獵區與耕墾或其他依原住民歷史文化、傳統慣俗等一般性特徵可得確定其範圍之土地。「卡大地布部落」係屬卑南族傳統領域，又因其臨近性，族人負有義務善盡管理責任。

查本案第六公墓位於青林段 721、735、736 地號、建本段 585、586 地號，係位於本會原住民族傳統領域調查成果範圍內，本會並業於 101 年 9 月 4 日原民地字第 0000000000 號函及 101 年 10 月 4 日原民地字第 0000000000 號函知臺東市公所在案。

另查現階段有關傳統領域土地之界定，本會基於《原住民族基本法》之中央主管機關，現階段對原住民族傳統領域本權可依《行政程序法》第 159 條第 2 項進行解釋及認定事實；另查《森林法》第 15 條第 4 項亦見諸「原住民族傳統領域土地」之規定，查最高法院 102 年度台上字第 847 號刑事判決（違反《森林法》）略以：「另《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』。是原住民族在其傳統領域土地採取森林產物，自須以依其生活慣俗需要之目的為要件，查上開林班地係在原住民族之傳統領域土地範圍內，雖經行政院原住民族委員會函覆原審在卷」、最高法院 98 年度台上字第 7210 號刑事判決（違反《森林法》）略以：「本件經向行政院原住民族委員會查詢結果，涉案檺木所在之 X 座標 280934、Y 座標 0000000 處，位於泰雅族馬里光群傳統領域土地範圍內，固有該委員會之覆函可稽」、臺灣高等法院 98 年度上更（一）字第 565 號刑事判決（違反《森林法》）略以：「再依上揭行政院原住民族委員會 96 年 7 月 11 日原民字第 0000000000 號函暨所附新竹縣尖石鄉原住民族傳統領域調查成果圖，可見系爭檺木發現地點，係位於泰雅族馬里光群（Mrgwang 或 Maliqwan）傳統領域範圍內」及臺灣臺北地方法院 101 年度審訴字第 1139 號刑事判決（違反《森林法》建造墳墓）略以：「經本院向行政院原住民族委員會函查「原住民保留地」、「原住民族傳統領域土地」之內涵，及前揭新北市○○區○○段 00000 地號土地，是否是原住民保留地或原住民族傳統領域土地？該委員會函覆稱：本案系爭土地查非原住民保留地，但係位於本會原住民族傳統領域調查成果範圍內（泰雅族）等情，有行政院原住民族委員會 102 年 6 月 7 日原民地字第 0000000000 號函在卷可稽。準此，依行政院原住民族委員會調查成果，系爭墓地係位於原住民族傳統領域範圍內乙節，應堪認定」，由上揭諸多判決

均以本會所函復之傳統領域調查成果範圍做為傳統領域土地之認定。又查本會前所調查之傳統領域範圍，係以族群及縣市等行政範圍進行調查，尚未對單一部落進行傳統領域範圍之確認，惟查上揭傳統領域調查成果範圍內，第六公墓鄰近位置查有卡大地布部落之傳統地名點分布。

此有原住民族委員會 103 年 10 月 7 日原民社字第 0000000000 號函附卷可稽。是以，原住民族委員會之函復更可徵上揭證人田○○4 人證述內容屬實，知本第六公墓為卡大地布部落卑南族之傳統領域。

本院為釐清知本第六公墓是否係被告丙等人所辯之傳統領域，前往知本第六公墓進行勘驗，到達知本第六公墓所在處（臺九線路旁），可見卡大地布部落族人搭設之牌坊，上方書寫「卡大地布傳統領域」、「捍衛祖靈」、「拒絕遷葬」，沿公墓內小路前行，一路爬坡向上行進，現場人員將草叢砍倒後，出現一石碑，該石碑面海處記載「知本納骨塔」，背面記載日文及中文，有「昭和九年十月一日立之」字樣（昭和九年為西元 1934 年，民國 23 年），轉身走回臺九線時沿路均為下坡，在將到達路口處時，即見下方卡大地布部落及大海，是以，知本第六公墓顯係較卡大地布部落及臺九線較高之處，此有本院 103 年 7 月 11 日勘驗筆錄、臺東縣警察局臺東分局提供之現場照片可參。則知本第六公墓確實地處較高處，可見南北通行之交通狀況，證人田○○4 人證述與現場所見狀況相符，「tarnáúwan」當係卡大地布部落之瞭望處無虞。據上，卡大地布部落卑南族人以「tarnáúwan」稱知本第六公墓所在地，意思係瞭望處，其祖先們原本即居住於該處，在遷移到目前卡大地布部落居住地後，祖先們方將死者統一埋葬於此，則知本第六公墓所在地為卡大地布部落之傳統領域可得認定。

四、據上所述，本案法院認為臺東縣政府、臺東縣臺東市公所就知本第六公墓強制遷葬之行政行為，要求卡大地布部落卑南族人撿骨，與中華民國憲法增修條文、兩公約、《原住民族基本法》之規定大相逕庭，不僅違背憲法保障原住民族之宗教信仰及多元文化理念，亦

違背兩公約保障國家內各民族之文化及傳統習俗，與《原住民族基本法》制定初衷相違，蓋此不僅違背該部落「活人離開」之殯葬文化，且將先人遺骸從傳統領域移走，係破壞卡大地布部落卑南族人與祖靈之連結，切斷族人與祖靈之臍帶關係，嚴重影響整個部落之生命、文化命脈，失去祖靈之傳統領域絕非意象上之傳統領域，僅僅係一塊對該部落毫無意義的地，政府強制遷葬之行政行為，當係嚴重破壞卡大地布部落卑南族人之文化根源：

按民族傳統習慣是一個族群千百年來生活實踐中逐漸形成、不斷積墊、世代相襲、共同信守，並由家庭、宗族、部落等群體或組織利用強制力加以維護的行為規範，它是一種文化現象及知識傳統，對維持民族生存、調整權利義務關係、傳承民族文化起著重要的作用（高德義，解／重構習慣法與國家法的關係：蘭嶼雅美族個案探討，收錄於第三屆原住民族傳統習慣規範與國家法治研討會論文集）。又原住民的思想淵源，來自於固有文化中強烈的「崇祖」觀念，認為只要是祖先流傳下來的東西，便具有存在的合理性與正當性；同時，也相信靈魂不滅，祖靈或神靈依然與族人共同生活在一起，如違反固有習俗、禁忌等，則祖靈必降災禍，故需探求祖靈的意志，遵循著由經驗累積而來的慣例行事（王泰升，臺灣法律史概論，第 20 至 21 頁）。且原住民族認為萬物皆有靈，祖靈崇拜即是萬物有靈的核心與支柱，祖靈信仰構成卡大地布部落傳統信仰的基本元素，其認為祖先生前領導族人開創家園、艱苦奮鬥，從事採集、狩獵、漁撈、農耕等維持族人生命延續之活動，為部落族人的生存與發展鞠躬盡瘁；死後祖先的靈魂亦對後代子孫賜福或降災，舉凡農事、出獵、捕魚及祭祀慶典，必先祭獻祖靈，因為祖靈會像生前一樣，冥冥中照顧著族人，生者與逝者共同生活在這片土地上，遵循祖先的規矩將得到庇佑，違背祖先的意志將遭懲罰，遷葬行為即屬於後者。據上，原住民族祖先世代流傳下來之傳統文化習慣，乃係原住民族的社會基礎，具備文化之精髓，對於原住民族的觀念、行為產生深遠的影響；若傳統文化習慣遭侵蝕，意味著部落

失去自我，此亦與證人即耆老田○○證稱：「政府把知本第六公墓此地搬遷是不好的事情，族人的阿嬤、阿公都在那邊，這樣的話族人的生活該怎麼辦」等語，及證人即耆老陳○○證稱：「若這樣將知本第六公墓遷走，族人的文化等於是整個毀了，臺東縣政府、臺東市公所這樣子強迫族人跟祖先分開，情何以堪」等語相符。而卡大地布部落卑南族人崇尚祖靈，祖靈信仰為該部落生命根源，殯葬文化與漢人不同，該部落族人昔稱知本第六公墓所在地為「tarnáúwan」，乃卡大地布部落之傳統領域，逝者葬在此處可以看顧部落族人，亦不至使逝者與生者臍帶切斷，此情已如上述；深究該部落之文化，這片埋葬著先祖的土地，並非墓地，而是家的概念，因該部落認為土地係祖先遺體所幻化成為之塵土，世間萬物並非死亡就消失，而是蛻變成另一種形態存在，例如人的肉體回到土地滋養了植物，植物再養育了生者，如此循環不息，人類與大地萬物和諧共存，從前採行室內葬，亦係本於相同之道理，所以，政府之遷葬行政行為其實是毀壞該部落的「家」；又《原住民族基本法》第 2 條就「原住民族土地」之定義係指原住民族傳統領域土地及既有原住民保留地，而該法除第 2 條用詞定義外，另有 5 次「原住民族土地」、1 次「原住民族之土地」用詞，分別於第 18 條、第 20 條、第 21 條，細釋各該法條之目的均係為了尊重原住民族對於土地之使用，從而，傳統領域之劃定是為了原住民族文化傳承及對族群的尊重，則臺東縣政府、臺東縣臺東市公所就知本第六公墓強制遷葬之行政行為，要求卡大地布部落卑南族人撿骨，不僅違背該部落「活人離開」之殯葬文化，且將先人遺骸從傳統領域移走，係破壞卡大地布部落卑南族人與祖靈之連結，切斷族人與祖靈之臍帶關係，嚴重影響整個部落之生命、文化命脈，失去祖靈之傳統領域絕非意象上之傳統領域，僅僅係一塊對該部落毫無意義的地，政府強制遷葬之行政行為，當係嚴重破壞卡大地布部落卑南族人之文化根源，與中華民國憲法增修條文、兩公約、《原住民族基本法》之規定大相逕庭，不僅違背憲法保障原住民族之宗教信仰及多元文化

理念，亦違背兩公約保障國家內各民族之文化及傳統習俗，與《原住民族基本法》制定初衷相違。

五、從西班牙荷蘭的殖民統治到現今，關於原住民族法治的演變歷程，體現了原住民權利運動回歸到以部落為主體，此乃原住民族文化主體失落到重現的過程：

再者，17 世紀以降，臺灣相繼遭受西班牙、荷蘭之殖民統治，清朝政府治臺期間沈葆楨、丁日昌及劉銘傳接力採行開山撫番政策，有計畫的使「蕃」民漢化，西元 1895 年至 1945 日本殖民臺灣，對原住民族有一套完整之理蕃政策，語言同化政策讓日治時期出生的臺灣原住民普遍會說日語，在其母語上多滲有日語，影響甚重。而我國政府的原住民族政策，從早期 40 年至 50 年代省政府制定「山地人民生活改進辦法」，在山地推行國語運動、改進臺灣原住民衣著、飲食，以及改革風俗習慣等，隱含對原住民族語言及生活文化上否定之態度；中期 60 至 70 年代施行之「臺灣地區山地族籍學生升學優待辦法」、「臺灣省山胞社會發展方案」等，則將原住民族引導為「平地化」；而於 80 至 90 年代「教育部獎勵原住民母語研究著作實施要點」、「姓名條例第 1 條修正」、「原住民族基本法經過立法院一讀程序」等相關法治配套，方始原住民族權利運動回歸到以部落為主體，此乃原住民族文化主體失落到重現的過程。尤以 83 年 8 月 1 日中華民國憲法增修條文正式使用「原住民」此一稱謂，改變往年使用「山胞」稱謂，94 年 2 月 5 日立法三讀通過《原住民族基本法》，98 年 5 月 14 日總統更簽訂公民與政治權利國際公約批准書、經濟社會文化權利國際公約批准書，更顯現出我國政府對於維護原住民族自覺、文化復興、傳統價值之努力。

六、本案法院認為，長期以來我國政府都沒有尊重原住民的文化，而原住民族群長期以來飽受壓抑：

查原住民族在臺灣近代史上，迭經不同政權、國家之統治，然大抵均係遭受打壓，否定其傳統文化價值，使原住民族長期飽受壓抑，多數時期均接受政府所有政策，不知有合法途徑可資救濟，不懂得



運用媒體、公民力量，亦不懂得尋求司法救濟以對抗政府之政策，就如同本案被告丙陳稱：「發生本案抗爭時，並不知道可以提起行政訴訟救濟」等語；另證人陳○○證稱：「丟雞蛋跟漆彈是學漢人的，這不是我們的傳統文化，我們只有出草，但是政府禁止我們拿刀槍，都被政府沒收了」等語，雖係以平和幽默的口吻表達，然背後之意涵係對政府最嚴厲之控訴，表達原住民族百年來被壓迫之心聲；近年來，公民意識逐漸抬頭，原住民族在原權運動提倡下逐漸清楚自己之歷史地位，另一方面中華民國憲法增修條文、兩公約、《原住民族基本法》等相關法制又陸續修訂或簽署，兩者相互幫襯影響下，原住民族近年來終於逐漸團聚部落力量、復興傳統文化、為部落發聲、爭取權益，原住民族權利運動發展越亦成長，此均與國際社會及我國法制維護原住民族傳統文化及生活慣俗、價值觀之方向相符，政府為行政行為與中華民國憲法增修條文、兩公約、《原住民族基本法》之規定相違時，本應積極溝通，不該斷然以非原住民之角度判定事務之對錯，況社會科學本即無對錯，僅會因社會、時間、空間、背景等而產生不同之價值判斷，無論是政府或人民本即應以尊重對方之態度表達自身立場，例如證人林○○證稱：「因為今天政府欺負我們，對我們不尊重，我們當然會氣憤，若是以前我們甚至會出草，當時我們只是表達憤怒的一種行為，因為政府欺負到我們真正中心思想」等語，即係表達政府未尊重該部落最中心之思想。

- 七、政府強制遷葬之行政行為，已經違背部落的傳統殯葬文化、祖靈信仰，也破壞部落的傳統領域，被告丙等人基於前揭訴求方參加本次抗爭，是在已無退路、亦無救濟方式之情形下，被告丙等 4 人方藉由丟擲雞蛋及漆彈之手段，一方面抗議政府之行政行為未尊重部落族人，另一方面亦希望政府能確實傾聽族人心聲，渠等與臺東縣政府、臺東縣臺東市公所並無私怨或仇恨，上揭行為純粹僅係表達訴求，是被告丙 4 人主觀上確實無貶低、減損公署名譽或社會地位之侮辱犯意：

- （一）按《集會遊行法》第 30 條規定：「集會、遊行時，以文字、圖畫、演說或他法，侮辱、誹謗公署、依法執行職務之公務員或他人者，處 2 年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣 6 萬元以下罰金」。自該條之構成要件以觀，與刑法第 140 條第 2 項侮辱公署罪之差異，係行為人為侮辱行為之時、地是否於集會、遊行時所為，是行為人是否成立法律上所處罰之侮辱犯行，仍應依刑法相關規定認定之，另參以《集會遊行法》第 1 條第 2 項規定：「本法未規定者，適用其他法律之規定」。亦同此旨，合先敘明。又按刑法所稱「侮辱」，係指未指定具體事實，乃對他人為輕蔑表示之言詞或舉動，其內涵須具有足使他人精神上、心理上感受到難堪或不快之虞者，亦即侮辱行為本身須具有侵害他人感情、名譽之一般危險者；而是否符合侮辱之判斷，除應顧及行為人之年齡、教育程度、目的、與被害人之關係等，亦應依一般國民生活經驗判斷，是否已達使人感到難堪之程度，而有損及他人名譽或社會地位者。
- （二）再按刑法第 140 條第 2 項之公然侮辱公署罪所保護之法益為代表國家執行一定公權力之公務機關組織體之威信，是為貫徹國家公務之執行，凡對公署以特定事件或抽象事實公然詆毀者，不論其所採取之手段為言語、文書、圖畫、影像或舉動，僅需有表示鄙視、使人難堪之舉動均屬之，然仍須行為人主觀上有貶低、減損公署名譽或社會地位之侮辱犯意，客觀上依一般國民經驗判斷，該行為人之舉止將使公署之名譽或社會地位因而減損始足當之。
- （三）是倘行為人基於氣憤而對公署為丟擲雞蛋或漆彈之行為，雖該行為係於不特定人或多數人得以共見共聞之情狀下為之，惟仍須參照當時之客觀狀況、行為人與被害人之關係、行為人之動機及社會時空背景等具體情況，依據一般國民生活經驗為判斷，尚難遽以行為人有丟擲雞蛋、漆彈等舉止，即遽認有貶低、減損公署名譽、人格或社會地位之侮辱犯行。查本案被告丙等 4 人均稱抗爭行動之訴求為「拒絕遷葬、還我傳統領域、捍衛《原住民族基本

法》」，此與 1012 卡地布遊行陳抗滋事分子丟擲雞蛋照片、刑案現場照片所示抗爭團體所持抗議標語及頭綁抗議布條相符，政府強制遷葬之行政行為違背該部落之傳統殯葬文化、祖靈信仰，亦破壞該部落之傳統領域，已如上述，被告丙等人基於前揭訴求方參加本次抗爭，在已無退路、亦無救濟方式之情形下，被告丙等 4 人方藉由丟擲雞蛋及漆彈之手段，一方面抗議政府之行政行為未尊重部落族人，另一方面亦希望政府能確實傾聽族人心聲，渠等與臺東縣政府、臺東縣臺東市公所並無私怨或仇恨，上揭行為純粹僅係表達訴求，是被告丙 4 人主觀上確實無貶低、減損公署名譽或社會地位之侮辱犯意。

- (四) 況據現今社會一般通念，行為人或團體故意向公署丟擲雞蛋及漆彈，社會大眾通常僅認為有團體在對政府政策抗議，並未因此即認定政府做錯事情而降低對政府之信賴，亦難認即會減損、貶低公署之威信。從而，被告丙等 4 人之上揭行為，尚未達使該些公署之威信、名譽或社會地位因而減損之侮辱程度。

八、本案被告丁雖是漢人，但被告從小住在卡大地布部落，且認同族人的生活文化，故於探究「侮辱公署」之構成要件時，丁雖不具原住民身分，但應不區分其是否為部落原住民、非該部落之原住民或非原住民而有不同解釋，亦即人民參與公共事務時，應就行為本身是否違法加以判斷，若以身分、議題為標準而有不同之評價，必將使公共議題之參與度降低，進而產生寒蟬效應，此與社會應接受多元聲音之發展相違，是以，本院不因被告丁並非原住民即予其行為不同之評價：

又證人林○○104 年 3 月 25 日於本院審理時證稱：丁雖然是漢人但很喜歡跟原住民在一起，他從 80 幾年就住在部落裡（即知本里），他的朋友大部分都是原住民等語；證人林○○104 年 3 月 25 日於本院審理時證稱：丁雖然是閩南人，但是他很熱衷伊族人的文化，他年輕大概 20 幾歲的時候就已經參與族人的文化活動等語。經查，被告丁自 68 年起戶籍地址即在知本里，從未變動過，顯見被告丁

自小即居住在卡大地布部落範圍內，且證人林○○、林○○亦證稱被告丁認同族人之生活文化，被告丁自小即居住在卡大地布部落範圍內，與該部落族人一同生活，認同該部落之傳統文化及生活方式，則被告丁聲援卡大地布部落亦屬當然；又臺東縣臺東市公所、臺東縣政府強制遷葬之行政行為，不僅卡大地布部落族人有所不滿，國立東華大學亦有學生聲援而參加本次抗爭，因認同係不分原漢，此有 1012 卡地布遊行陳抗滋事分子丟擲雞蛋照片存卷足參，並經原住民族電視台強力報導，已然係社會關注之公共議題，於「侮辱公署」之構成要件探究時，當不區分為該部落原住民、非該部落之原住民或非原住民而有不同解釋，公共議題之多方參與，不同族群彼此傾聽，必須仰賴社會團體與政府之對話，此乃係國家社會進步之力量，人民參與公共事務時，應就行為本身是否違法加以判斷，若以身分、議題為標準而有不同之評價，必將使公共議題之參與度降低，進而產生寒蟬效應，此與社會應接受多元聲音之發展相違，是以，本院不因被告丁並非原住民即予其行為不同之評價，附此敘明。

九、此外，卷內並無其他證據足資證明被告丙、丁、戊及庚 4 人有公訴意旨所指之犯行，揆諸前開法條規定、判例意旨，被告丙等 4 人所為不構成上開被訴侮辱公署罪，依法應諭知被告丙等 4 人無罪之判決。

## 陸、評析

本案涉及兩個不同層次之爭議，第一個層次是原住民本身參與自身族群內之抗議行為，而被起訴犯侮辱公署罪時，得否本於原住民自身的文化理由而排除刑責；而第二個層次則是「非原住民但認同原住民理念者」，若一併參與原住民的抗議活動時，得否適用相同於原住民的理由而排除刑責。

就第一層次的問題而言，原住民對於國家公權力不滿，而採取較具激烈性的抗爭活動，本質上與憲法所保護的言論自由有重大關係，亦即，原住民期待其行動向社會大眾發出訴求，此時若過度地採取刑事責

任手段予以抑制並處罰，即有過當侵犯憲法保護言論自由的疑慮，問題在於如何調合言論自由與公權力執行間的衝突關係。

一般而論，上述問題的解決必須從言論目的、言論場所及言論訴求實施方式進行觀察。如果原住民在抗爭過程之中，其表達言論具有高度的政治與文化價值，同時抗議的場合也在公共論壇，藉由公共場域的行動、言論表達其政治、文化訴求，而採取的手段也未過當時，這種言論在憲法的視角下，屬於最具有保護需求的政治性言論，要限制政治性言論時，除非有非常急迫的公共利益，否則應該退讓予言論自由的保障，同時肯定言論自由的保護優先性。

就本案而言，原住民文化有埋葬先人於其傳統區域的特點，國家若要遷移，該行為一方面涉及財產權利的干預，另一方面則是原住民文化利益的否定，在這個雙重基本權利受干預的視角下，國家對於此項反對聲音，自應儘可能地容忍並接納，而原住民本於其文化利益而採取公開集會、遊行方式訴求主張，自當為前文提及的高價值政治性言論，就此而言，若其訴求方法只是對公署的建築物丟擲雞蛋，考量該行為並不會造成無可回復性的損害，理應認定為並非有刑法上的侮辱行為。

換言之，本研究認為，原住民基於文化及政治性主張，其行為是否構成侮辱公署，應衡量其訴求目的與手段，並從言論自由的視角檢視是否屬於刑法上禁止的侮辱公署行為，若符合言論自由的保護意旨，其行為即非侮辱。丟擲雞蛋在此意義下，具有高度的文化宣示意義，故非侮辱行為。

承上，既然第一個層次的初步結論認為，原住民族文化訴求是言論自由的保護範圍，那麼第二個層次之疑問，非原住民得否與原住民一同主張原住民族的文化訴求，自應為肯定的結論。申言之，在此的重心應該不是原住民身分的問題，而是訴求內容與方式是否符合憲法保護言論自由的根本性意旨，如果符合言論自由的範圍，且認定為高價值的政治性言論，不論主張訴求者是否具備原住民身分，均應一律適用最擴大的保護範圍。

綜合上述，本研究主張原住民與非原住民共同訴求原住民土地財產與祖靈的保護，此訴求為高價值政治性言論，應獲得最大的保護。至於

## 國內原住民族重要判決之編輯及解析（第二輯）

在刑法上的應用，則應認為：具高價值政治言論不算是侮辱公署行為。本案法院雖然在結論上相同，但理由構成上，似乎傾向從主觀上無侮辱故意著眼，而未先強化言論自由在侮辱公署行為上的解釋、參考特性，這一點實有檢討必要。

## ❖ 相關法律條文

集會遊行法：第 30 條

刑法：第 140 條第 2 項

附記：2010–2013 年卡地布部落反遷葬大記事<sup>7</sup>

7 資料來源：讓祖靈可以回家—卡地布反遷葬（記者/陳睿哲），<http://studio-mo.blogspot.tw/2014/09/blog-post.html>（最後瀏覽日期：2016/2/14）。

**案例十七** 原住民開墾山坡地案

**案號** 最高法院 101 年度台上字第 3386 號刑事判決  
臺灣高等法院臺中分院 100 年度上訴字第 1700 號刑事判決  
臺灣南投地方法院 97 年度訴字第 1000 號刑事判決

**案由** 違反水土保持法

**關鍵詞** 原住民保留地、水土保持法

**壹、案例事實**

緣坐落南投縣仁愛鄉○○段第 1208、1209、1210、1211 地號等 4 筆土地均為非屬國有林事業區之國有林地，由行政院原住民族委員會管理，而以南投縣仁愛鄉公所為執行機關，且前經臺灣省政府核定公告為《山坡地保育利用條例》第 3 條所稱山坡地，其後並經行政院於民國 86 年 7 月 31 日以臺 86 農 30824 號函核定為水土保持法所稱山坡地範圍，並於 86 年 10 月 8 日由臺灣省政府以 86 府農水字第 168867 號公告在案。

詎甲與其子乙自 95 年 12 月間某日起，未經許可擅自砍伐本案山坡地上之林木，就地焚燒，並在其中仁愛鄉○○段第 1208、1209 地號土地上開墾種植茶樹、在武界段第 1211 地號土地上種植茶樹及水蜜桃、甜柿等果樹，復在武界段第 1210 地號土地上搭建工寮 1 間，供作農作使用，而違法占用本案山坡地擅自墾殖迄今，惟尚未造成水土流失或毀損水土保持之處理與維護設施結果。

**貳、訴訟結果****一、第一審判決：臺灣南投地方法院 97 年度訴字第 1000 號刑事判決**

甲、乙共同犯《水土保持法》第 32 條第 4 項之非法墾殖致水土流失未遂罪，各處有期徒刑伍月，如易科罰金，均以新臺幣壹仟元折算壹

日。如附圖編號 A、B、C 所示土地上之茶樹、南投縣仁愛鄉○○段第 1211 地號土地上之茶樹及果樹等墾殖物，及如附圖編號 D 所示之工寮壹間均沒收。

## 二、第二審判決：臺灣高等法院臺中分院 100 年度上訴字第 1700 號刑事判決

上訴駁回。

## 三、第三審判決：最高法院 101 年度台上字第 3386 號刑事判決

上訴駁回。

## 參、當事人主張

甲固坦承有自 95 年 12 月間起，在本案山坡地上伐木、開墾土地，種植茶樹、果樹等農作物迄今之事實不諱。

### 一、被告甲主張

- (一) 我 13 歲時就在本案山坡地工作，該處以前是我們的土地，林務局將原住民保留地歸還給我們，所以我就去開墾該土地，我認為本案山坡地是我自己的土地，我於 88 年在 1208、1209 地號土地上遭林務局砍伐的杉木間補種 3 千棵杉木，因杉木種植好幾年才有收成，我才砍除杉木並改種水蜜桃、茶葉、甜柿。
- (二) 96 年間我有叫我兒子乙去向仁愛鄉公所申請使用該土地，但沒有通過，我之前聽說要先在土地上種植作物申請才會通過，謝○○也告訴我要先種才能申請。

辯護人為被告甲辯護意旨則以

- (一) 被告甲與其父在 43 年之前即在本案山坡地上工作，林務局於 84 年間將本案土地上之森林砍除殆盡，林務局埔里工作站帶隊人員向被告及其他村民表示「這土地是你們以前耕作使用的，現在地上物全部砍完了，現在就還給你們，你們可以在這土地耕作使用」，故被告甲於 85 年間即沿用之前耕作狀況及面積，在其上補



種杉木，直到 95 年 12 月砍伐杉木改種水蜜桃、茶葉、甜柿，被告甲並無竊佔之犯意。

(二) 且竊佔罪為即成犯，被告甲自 85 年開始墾殖前關山坡地，其追訴權時效亦已屆滿。

## 二、被告乙則主張

本案山坡地是我父親甲長大的土地，林務局於 84 年間砍伐杉木後，我自 85 年 1 月 5 日在本案山坡地種植杉木並管理土地，85 年至 95 年間，我與我父親每年都有去砍草，95 年 12 月底我父親在本案山坡地上砍伐杉木換植茶樹、果樹，我表示我不想做，因為我在部落裡得罪很多人，換植的茶苗及樹苗都是我父親自己訂購的，武界段第 1210 地號土地上的工寮是 85 年間就有了，是之前林務局在該處砍伐樹木留下的工寮，後來我們有修復。

## 肆、爭點

原住民與系爭原住民保留地具傳統淵源關係，得否據此主張其得合法使用該地？

## 伍、法院判決

### 一、第一審法院

(一) 本案山坡地屬於《水土保持法》所明定之山坡地，亦有臺灣省山坡地範圍地段明細表 1 份及行政院農業委員會 97 年 10 月 28 日農授水保字第 0971841617 號函 1 紙附卷可佐，堪先認定。

(二) 被告 2 人具有竊佔之不法意圖甚明：

1. 又被告甲、乙均辯稱本案山坡地為渠等固有之土地，並質疑仁愛鄉公所於 87 年間辦理本案山坡地分配之合法性，而否認有何不法之竊佔犯意。
2. 惟本案山坡地原屬仁愛鄉濁水溪事業區第 40 林班地，固於 85 年間經行政院農委會同意解除林班地，而增編為原住民保留地，改由行

政院原住民族委員會管理，然其使用分配仍應依相關法令為之，而依《山坡地保育利用條例》第 37 條及《原住民保留地開發管理辦法》之規定，原住民保留地之土地分配事宜，應經原住民保留地土地權利審查委員會審查決議，並非個人或特定家族可得任意圈佔土地，從而縱被告甲與本案山坡地之間具有傳統淵源關係，仍應依上開管理辦法由原住民保留地土地權利審查委員會審查其是否符合相關受配要件，經審議通過後，始得取得本案山坡地之權利。

3. 且被告甲於 96 年間即曾因砍伐南投林區管理處濁水溪事業區第 40 林班地上之杉木，涉嫌竊佔案件，嗣經檢察官偵查後以其乃誤認該土地為其所有而誤墾而為不起訴處分，有臺灣南投地方法院檢察署檢察官 96 年度偵字第 743 號不起訴處分書 1 份可參，被告乙亦自承知悉現在國有原住民保留地應先承租後始得開墾，是被告甲、乙對國有山坡地不得擅自墾殖乙節，自當知之甚詳。
4. 又被告甲供承其有要求被告乙向仁愛鄉公所申請使用權限，被告乙並分別於 96、97 年間以其自己或家人名義兩度向仁愛鄉公所申請設定地上權，可見被告甲與乙均明知本案山坡地乃國有土地，須先向主管機關申請核准後始得使用，不得擅自墾殖、占用，詎渠 2 人竟仍未獲許可即擅自砍伐林木而墾殖、占用本案山坡地，被告 2 人具有竊佔之不法意圖甚明。

（三）論罪科刑部分：

爰審酌被告甲已年逾古稀，被告乙則尚值壯年，渠 2 人為圖私利，竟未經許可，非法墾殖毀損林木，占有公有土地面積非微，對國家重要森林資源之損害非輕，易致土地涵水結構產生缺損，導致水土流失，惟被告 2 人除本案外尚無犯罪前科，有臺灣高等法院被告前案紀錄表為憑，並考量其犯罪動機、墾殖方式及犯罪後飾詞圖卸，並繼續墾殖、占用本案山坡地迄今，犯後態度難謂良好等一切情狀，分別量處如主文所示之刑，並均諭知易科罰金之折算標準。

## 二、第二審法院

- (一) 同原審見解。
- (二) 此外，本案山坡地前業經仁愛鄉公所辦理申請有關分配事項之公告，並於 85 年 8 月、11 月間分別公告受理登記分配，而於 87 年 5 月間提交土地權利審查委員會依據公告分配原則審查，作成各項准予分配及不准分配之決議，並將其審查結果函送南投縣政府核定，因被告乙等人並非本案山坡地原核定之原配戶，仁愛鄉公所乃否准其地上權之申請，嗣經被告乙以仁愛鄉公所前開分配違背法令為由提起訴願及行政訴訟，均遭駁回確定，有南投縣仁愛鄉公所 96 年 8 月 7 日仁鄉土農字第 0960011364 號函、97 年 5 月 30 日仁鄉土農字第 0970008678 號函、97 年 6 月 9 日仁鄉土農字第 0970009218 號函、南投縣政府 97 年 10 月 16 日府行救字第 09701974730 號訴願決定書、臺中高等行政法院 97 年度訴字第 451 號判決書各 1 份在卷可參，是被告 2 人仍執前詞質疑仁愛鄉公所於 87 年間辦理本案山坡地分配之合法性，即無足採。
- (三) 另依行政院原住民族委員會 96 年 5 月 3 日 0000000000 號函所示，有關原住民保留地合法使用人之認定解釋，認為：原住民保留地之合法使用人係指符合下列資格之人：(一) 該土地之所有權人；(二) 就該土地設定地上權或耕作權之他項權利人；(三) 就該土地訂有契約之承租人或無償使用人；(四) 《原住民保留地開發管理辦法》施行前，就該土地開墾完竣並自行耕作，且於鄉鎮市公所之山地保留地使用清冊記載有案之原住民事其繼承人；(五) 《原住民保留地開發管理辦法》施行前，就該土地租用造林並已完成造林，且於各鄉鎮市公所之山地保留地使用清冊記載有案之原住民或其繼承人，有該委員會函示在卷可參。惟查，本案之被告二人，均查非土地所有權人、設定地上權人或耕作權人、就土地訂有承租或使用契約之人、亦非《原住民保留地開發管理辦法》施行前，於各鄉、鎮、市公所之山地保留地使用清冊記載有案之原住民或其繼承人，非前述函文所示之符合原住民保

留地合法使用人。

### 三、第三審法院

從形式上觀察，原判決並無違背法令之情形存在，是原判決事實之認定（見原判決第二頁）與上開理由之說明，並無相互矛盾之情形。上訴人等上訴意旨任意指摘，難謂已符合首揭法定上訴第三審之要件。

- （一）上訴人繼續擅自在上開公有山坡地內墾殖、占用迄今，其違反《水土保持法》第 32 條第 4 項規定之行為仍在繼續實行中；皆依據卷內資料予以指駁及說明；復說明上開山坡地原屬仁愛鄉濁水溪事業區第 40 林班地，於 85 年間經行政院農業委員會同意解除林班地，而增編為原住民保留地，改由行政院原住民族委員會管理，並經行政院於 87 年 7 月 31 日，以台 86 農 30824 號函檢定為《水土保持法》所稱山坡地範圍，於 86 年 10 月 8 日由臺灣省政府以 86 府農水字第 16887 號公告在案，其雖編為原住民保留地，但使用分配仍應依相關法令為之。而上訴人等在南投縣政府於 87 年 5 月間，就上開山坡地辦理公告並受理登記審查並分配時，並未經核定為原配戶，嗣○○○以仁愛鄉公所之分配違背法令為由提起訴願及行政訴訟，均遭駁回確定，有南投縣仁愛鄉公所 96 年 8 月 7 日仁鄉土農字第 0960011364 號函、97 年 5 月 30 日仁鄉土農字第 0970008678 號函、97 年 6 月 9 日仁鄉土農字第 0970009218 號函、南投縣政府 97 年 10 月 16 日府行救字第 09701974730 號訴願決定書、臺中高等行政法院 97 年度訴字第 451 號判決書各一件在卷可憑。
- （二）另依行政院原住民族委員會 96 年 5 月 3 日 0000000000 號函所示，有關原住民保留地合法使用人之認定解釋，認為：原住民保留地之合法使用人係指符合下列資格之人：（一）該土地之所有權人；（二）就該土地設定地上權或耕作權之他項權利人；（三）就該土地訂有契約之承租人或無償使用人；（四）《原住民保留地開發管理辦法》施行前，就該土地開墾完竣並自行耕作，且於鄉鎮市公所之山地保留地使用清冊記載有案之原住民其繼承人；

(五)《原住民保留地開發管理辦法》施行前，就該土地租用造林並已完成造林，且於各鄉鎮市公所之山地保留地使用清冊記載有案之原住民或其繼承人，有該委員會函示在卷可參。

惟上訴人等均查非土地所有權人、設定地上權人或耕作權人、就土地訂有承租或使用契約之人、亦非《原住民保留地開發管理辦法》施行前，於各鄉、鎮、市公所之山地保留地使用清冊記載有案之原住民或其繼承人，亦非前述函文所示之符合原住民保留地合法使用人等語。

## 陸、評析

本案與原住民對其傳統領域的土地利用方式有關，本案之原住民被告於其傳統領域中種植水果，卻未符合官方所規定的山坡地使用方式，因而被起訴犯《水土保持法》第 32 條第 4 項併同第 1 項的違法開發山坡地未遂罪。值得先行說明的是，該項刑事責任以「在公有或私人山坡地或國、公有林區或他人私有林區內未經同意擅自墾殖、占用或從事第 8 條第 1 項第 2 款至第 5 款之開發、經營或使用，致生水土流失或毀損水土保持之處理與維護設施者」的未遂行為為必要，依據本案法院所認定的事實，本案並無水土流失情事，也沒有毀損相關設施，也因此本案只涉及未遂刑事責任。

必須注意的是由於相關土地並非由原住民享有所有權，其所有權均登記為國家所有，因此本案確實為原住民在國有林區及山坡地，未經所有權人即相關主管機關的同意，即於該土地上進行墾植行為，問題在於，原住民之所以在該地墾植，乃因該土地屬於原住民族的固有傳統領域，若僅因土地登記為國有，而全面排除原住民在其上的耕作權利，比照《原住民族基本法》所創設的規範意旨，不免是與原住民族權利保護明顯相違背的解釋結果。

不過，法院的立場則非如此，基本上法院採取的見解均直接依現行法的規定及登記內容，尤其各審級的法院在判決中均一再強調，《山坡地保育利用條例》第 37 條規定，原住民保留地的土地分配事宜，應該先經過原住民保留地土地權利審查委員會的決議，個別的原住民不得任

意圈佔土地而為使用。

對於以上的法院實務見解，本研究認為有若干考慮不夠周詳之處，分點說明如下：

- 一、《水土保持法》的規範重點，應該是環境資源的保護，而非個別土地所有人之所有權保護，判斷個案是否構成《水土保持法》相關刑事責任時，即應將審視重心置於環境資源的維護，只不過環境資源是否受到損害，往往源自無土地所有權之人的非法墾植，但不能因為行為人非登記名義的土地所有人，就直接認定該行為人成立《水土保持法》所稱的非法墾植，試想土地所有人自行墾植，即使其為所有人，但仍然有可能造成《水土保持法》的法益損害。換言之，解釋重心不應該是所有權，而是墾植與造成水土保持損害的關聯性。
- 二、因此，《水土保持法》第 32 條第 1 項所謂「墾植」行為的解釋，不能單單出於事實上的墾植即認為成立犯罪，毋寧必須屬於足以造成水土保持有害的墾植行為，若個案中有墾植，但該墾植的面積、方式均無傷於系爭土地的水土保持效果，即不應該認定為成罪的墾植行為。
- 三、實務見解並未重視《水土保持法》著重於環境的保障，而將解釋重心始終置於所有權之上，並因原住民非土地所有人，亦無任何法律制度上承認的權利，就認定構成本罪，實不無曲解本案法益為所有權保護的財產犯罪之嫌。
- 四、最後，即使於解釋時強化所有權的保護，本案應該享有的所有權實為原住民族，這一點即使是國家的法律制度亦不予以否認，只不過因為會議與行政作業尚未具體重分配，使得具有一部分權源的原住民被告，未能及時分配得應該享有的傳統領域土地，這是國家政策的疏忽，卻由原住民被告承擔其不利益，從責任分配的角度而言，亦有失公允。

綜合上述，本研究認為本案的第一審至終審見解中，未能有效斟酌條文保護法益，對於墾植作了過度形式取向的解釋，僅以「未得所有人

同意、且無法定權利而耕作」，但一來原住民的墾植未造成水土保持的危險性，二來原住民是相當權利人，只因行政作業而未能及時分配，考量這兩點，自應認定本案原住民被告無罪，然而法院卻未採此種解釋進路，其判決論理不無檢討之必要。

#### ❖ 相關法律條文

水土保持法：第 32 條第 4 項

山坡地保育利用條例：第 37 條

### 案例十八 原住民族習俗與毀損案

**案號** 臺灣花蓮地方法院 101 年度簡上字第 56 號刑事判決  
臺灣花蓮地方法院 101 年度花簡字第 234 號刑事簡易判決

**案由** 毀損

**關鍵詞** 毀損、原住民習俗、正當防衛

## 壹、案例事實

丁與戊係鄰居，分別居住於花蓮縣秀林鄉○○36 號、○○36 之 1 號。丁因認戊在所居住之○○36 之 1 號住處之廣場所搭蓋之鐵皮遮雨棚會將雨水導流至其○○36 號之住處，心生不滿，竟基於毀損他人物品之犯意，於民國 100 年 10 月 12 日早上 6 時 30 分許，以其自備之鉗子拔掉使前開鐵皮遮雨棚得以固定在樑柱上之鐵釘，再以自備之鐵鎚由下往上戳擊該遮雨棚邊緣，使遮雨棚邊緣向上翻起，減損該遮雨棚導流雨水之效能，致令不堪用，足以生損害於戊。

## 貳、訴訟結果

### 一、第一審判決：臺灣花蓮地方法院 101 年度花簡字第 234 號刑事簡易判決

丁犯毀損他人物品罪，處拘役拾日，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。

### 二、第二審判決：臺灣花蓮地方法院 101 年度簡上字第 56 號刑事判決

上訴駁回。

## 參、當事人主張

- 一、告訴人戊所搭建之遮雨棚鐵皮屋頂伸入伊住處，形同刀刃一般銳利，且大雨污水會沿著鐵皮屋頂流入伊（丁）住處，對伊與家人安全造成危害，伊如此做只是正當防衛。又伊拔除一根釘子，告訴人損失不到新臺幣 10 元，原審判處拘役 10 日，顯然違反比例原則。
- 二、另外伊係原住民，依據原住民族習俗，遇有他人侵害權利時，都是先自行排除侵害後，再告訴侵害權利者而取得其諒解，本案亦是如此，不應依刑法毀損罪相繩。

## 肆、爭點

原住民族習俗得否作為阻卻違法事由？

## 伍、法院判決

### 一、第一審見解

第一審因為簡易判決，故判決內容僅言及犯罪事實及簡略法律見解，於此不贅。



## 二、第二審見解

被告辯稱其屬原住民，依原住民之習俗，其行為亦應屬不罰云云，然其並未提及前揭毀損行為與原住民族傳統習俗、文化有何關連，且依《原住民族基本法》第 30 條第 1 項之規定：「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。」觀其立法理由，係指原住民族之傳統習俗及語言與其他民族不同，此一差異成為原住民享受權利之障礙，爰明定政府各項作為應尊重原住民族之族語及傳統習俗，並提供具體措施，以彌補語言、文化之差異。換言之，本條項之規定為保障原住民族享受權利之基本規範，條文本身並無得以原住民族之習俗而阻卻違法之明文。況原住民族在臺灣居住歷史悠遠，各族之風俗習慣甚多且不相同，就刑事法律之層面以觀，目前我國承認及保障者，多為歲時祭儀時，原住民族經過向主管機關申請之程序後，得以進行狩獵或使用森林產物等行為，倘以自身權益遭受侵害，在並非不能獲得國家機關保障之情形下，不思尋求公權力救濟，即率而以私力報復或自力救濟，尚非我國法律所承認保障原住民族權利之列，是以被告就此部分所辯，顯屬無稽。

## 陸、評析

本案事實相對簡單，此即本案被害人所有的遮雨棚漏水，其後果將可能侵害及原住民被告家中的財產，因此為了解決即時性的漏水侵害，原住民被告採取即時性的行為，透過毀損其遮雨棚的部分功能而讓水不會流至自己家中。

本案一、二審的法院基本上的看法，可分為幾個重點分析：(1) 本案事實應可構成刑法上的毀損罪；(2) 本案無其他阻卻違法事宜可得適用；(3) 原住民被告主張，依其文化可以優先解決紛爭，實非刑法的阻卻違法事由，不得採用；(4) 原住民被告不得毀損他人財物，應依循民事救濟方式解決紛爭。就此四點見解，茲分析如下。

針對第一個問題，原住民被告確實造成對方財物的毀損，但此項毀損是否已經達到對他人財產構成影響，而達到「致令不堪用」的效果，本案法院在判決中並未詳論，本研究認為此屬事實認定問題，原則上尊重承審法院在個案評價上的權限。

而第二個問題，法院認為無任何阻卻違法事由可以考慮，此點本研究則有不同看法。析言之，本案遮雨棚為人為設置，並造成水流方向改變，使得水流向原住民被告家中，從其效果而言，確實是被害人行為所致生的即時侵害，而該即時侵害並不符合法律系統保護原住民被告家之財產目的，從以上論述中，可認為屬於現在不法侵害（特別說明者：刑法對於正當防衛情狀之「不法」性，不要求達到刑事不法，而只要違反整體法律秩序的不法行為即足），而原住民被告戳擊雨棚邊緣，可以認為是為了保護自己財產利益而對原不法侵害者予以反擊的正當防衛行為，只要原住民被告手段具有必要性，亦即已經找不到任何同樣有效的保護手段，即可依正當防衛阻卻違法。依判決中所確認之事實，本案原住民被告顯可考量正當防衛而排除行為之違法性，本案法院似乎未就此點申述。

就第三個問題，原住民被告所主張的內容，其實就是正當防衛，而在我國現行法制中，同樣與原住民被告主張的文化一致，都承認合界限內正當防衛的合法性，這一點實不因原、漢的文化不同，而有法律意義上的差別。基此，本案原判決中論及原住民族文化並非直接阻卻違法事由，雖然並非絕對有誤，但在與原住民族文化中若有與國家法制相類的制度時，該文化上的應對作法，當然可以符合國家法制而阻卻違法。換言之，原住民被告既然行使其文化慣俗的防衛權，而是項防衛權也被我國現行法制所接納，自可直接依正當防衛阻卻違法，本案原一、二審判決似乎有欠考慮正當防衛的效果。

就第四個問題，國家原則上已經將私人自力救濟權限收納公有，私人不得實施私力救濟，但若於緊急情況發生時，要求受害私人循求公力救濟事實上於事無補。本案原住民被告家中已經被他人雨棚導入的水流侵犯，這是即時性的不法損害過程，要求原住民循公力救濟，一律禁止私力救濟行為，顯然架空其保護，也造成原住民被告權利的重大損害，

因為若不得即時私力救濟，只能於下雨後，透過民事方式求償，而民事求償要件極多，並非易事，否定私力救濟可能而強求事後的公力救濟，實非允宜作法。

綜合上述，本案原住民被告在文化上及現行法制中，均得即時展開正當防衛，既然屬於正當防衛，即使毀損罪構成要件該當，亦應考慮阻卻違法的效果。

#### ❖ 相關法律條文

原住民族基本法：第 30 條第 1 項

刑法：第 23 條

### 案例十九 原住民參選人米酒招待案

**案號** 最高法院 92 年度台上字第 4921 號刑事判決  
臺灣高等法院臺中分院 91 年度上訴字第 1377 號刑事判決  
臺灣臺中地方法院 91 年度訴字第 426 號刑事判決

**案由** 違反公職人員選舉罷免法等罪

**關鍵詞** 賄選、豬肉、炒米粉

## 壹、案例事實

被告辛參選臺中縣第十五屆平地原住民縣議員，被告子擔任其競選總部之總幹事，並提供其住所供被告辛作為競選總部，被告庚擔任該競選總部副總幹事，被告壬受僱為該競選總部之會計，被告甲擔任大肚地區競選辦事處副總幹事，被告癸、戊為被告辛之友人，被告乙、己為被告辛之樁腳，渠等為使被告辛當選第十五屆臺中縣平地原住民縣議員，於民國 91 年 1 月 13 日下午，由被告辛出資租用遊覽車二部，被告己等人負責邀集選民，自○○等地區載送有投票權之平地原住民，至競選總

部參加辛競選總部成立大會，並於會後即當晚十八時許，由被告辛提供豬肉、炒米粉、白帶魚、米酒、蔬菜等餐點，免費招待參加之有投票權人被告己、丁、丙等約三百餘人共餐（俗稱流水席），計花費新臺幣（下同）四萬餘元，並由被告辛於餐會中向有投票權之選民要求支持其當選，而交付不正利益，約其為投票權之一定行使。被告辛復自競選期間，由被告癸負責提供米酒八十箱、被告戊負責提供每瓶市價六十五元至七十元不等之「維士比」藥酒三十箱，分別交付被告甲米酒八箱、「維士比」藥酒十箱、提供被告乙米酒五箱，並將上開米酒、「維士比」藥酒放置於上址競選總部內，由被告甲、乙分別邀集被告丁、丙等有投票權人，免費飲用上開米酒及「維士比」藥酒，及於上址競選總部免費提供上開米酒、「維士比」藥酒、餐點予到場之有投票權之選民飲用（俗稱流水席），而交付不正利益予被告丁、丙及其他不特定選民，約其為投票權之一定行使，被告丁、丙二人亦允為支持被告辛，而收受不正利益約為投票權之一定行使。

## 貳、訴訟結果

### 一、第一審法院：臺灣臺中地方法院 91 年度訴字第 426 號刑事判決

辛、子、甲、壬、癸、戊、庚、乙、己、丙、丁均無罪。

### 二、第二審法院：臺灣高等法院臺中分院 91 年度上訴字第 1377 號刑事判決

上訴駁回。

### 三、第三審法院：最高法院 92 年度台上字第 4921 號刑事判決

上訴駁回。

## 參、當事人主張

伊在競選總部成立大會時，宰殺二隻豬、炒米粉，及朋友提供四桶

米酒，純粹是為了讓前來聽政見的朋友充飢，並無賄選之意，原住民於慶典或重大節日殺豬、飲米酒、喝維士比，乃屬平常之風俗民情。

## 肆、爭點

原住民縣議員參選人以米酒，招待參加競選總部成立大會與會人員，是否屬於原住民習俗，而不構成賄選行為？

## 伍、法院判決

### 一、第一審法院

原住民係臺灣社會上之少數族群，本身有其特殊之文化、風俗民情，於慶典或重大節日殺豬、飲米酒等，乃屬其特有之風俗民情。查被告辛○○於競選總部成立大會時，出資租用二部遊覽車，邀集臺中縣大肚鄉、龍井鄉、清水鎮等地之平地原住民，前去參加競選總部成立大會，並殺豬、炒米粉及提供米酒等計花費四萬餘元（包括遊覽車資、餐點及現場音響等費用），免費招待參加競選總部成立大會之三百餘人，核其所為，尚未逾越前述原住民特有之民俗風情。蓋當時已屆用餐時間，而參加者中不乏由臺中縣大肚鄉、龍井鄉、清水鎮等海線地區，前往被告辛○○競選總部所在之臺中縣太平市參與造勢者，被告辛○○準備簡單之餐點供與會者充飢，係基於主人情誼，且所花費之四萬餘元，扣除遊覽車資及現場音響等費用後，用於餐點部分誠屬不多，實難遽認為賄選行為。

### 二、第二審法院

同原審見解。

### 三、第三審法院

#### （一）上訴意旨

原住民於慶典或重大節日時殺豬、請客，固為其民俗風情，然亦為世界各地均有之習俗，非原住民之特有民俗風情，惟該習俗僅

限於慶典或重大節日時，選舉並不包括在內，蓋選舉之目的在選賢與能，應保持純正廉潔之選風，不得以金錢或其他不正之利益誘惑有投票權人為一定之投票，原住民於選舉時亦不得以餐飲招待誘使有投票權人為一定之投票，被告辛等於競選時提供餐飲招待，辛並於餐會進行中，出面要求到場選民支持其競選臺中縣平地原住民縣議員，此業據被告甲、乙、己、子、壬、戊等人於偵查中供述明確，並與證人林○○於偵查中之指述相符，其投票行賄犯行已至明確，原判決竟以未逾越前述原住民特有之民俗風情，為被告辛等無罪之判決，顯有違經驗法則。

#### （二）最高法院見解

經查辛於競選總部成立大會時，出資租用二部遊覽車，邀集臺中縣大肚鄉、龍井鄉、清水鎮等地之平地原住民，前去參加競選總部成立大會，並殺豬、炒米粉及提供米酒等計花費四萬餘元，免費招待參加競選總部成立大會之三百餘人，固為被告辛等所承認。然當時已屆用餐時間，而參加者之中不乏由臺中縣大肚鄉、龍井鄉、清水鎮等海線地區，前往競選總部所在之臺中縣太平市參與造勢者，辛準備簡單之餐點供與會者充飢，係基於主人情誼，亦未逾越臺灣原住民於慶典或重大節日殺豬、飲米酒之特有民俗風情。且所有花費四萬餘元，扣除遊覽車及現場音響等費用後，用於餐點部分誠屬不多，衡諸我國目前之社會經濟水準、價值觀念及人民之法律感情，一般人應不致有免費接受上述簡單之餐點招待，即將之視為賄選之對價，或候選人因此即可約使有投票權人投票予該候選人之認知。是尚不能單以辛於競選總部成立時，免費提供前述餐點供與會人員食用，即將之與為行賄之意而舉辦之流水席等同視之。

### 陸、評析

本案涉及原住民被告參與選舉，以山豬、米粉、米酒招待有投票權之人，是否構成賄選罪之問題。就該罪的成立而言，應具備的要件包

括：行為人必須與投票權人為一定的期約或給付利益，亦即行為人提供賄賂或相當之利益予投票權人，而投票權人則允許為一定的投票，約定或給付之賄賂、利益必須與投票期約具有相互對價關係。

本案的爭點主要涉及行為人究竟有無提供賄賂或利益，並以之與他人約定為一定投票。就此要素而言，最高法院長久以來針對投票行賄罪均認為，如果行賄者所提供的賄賂或利益，本身價額有限，此時雖然確實提供予投票權人，仍應該理解為人情事故的社會相當行為，不應該立即認定為賄賂，從而欠缺對價關係，否則候選人致贈他人價值甚為低微的面紙乙包或招待水果一盒，即認定為行賄，不免將法律責任過度擴大。最高法院就此亦著有判決認為：「行為人對團體或機構所交付之財物或其他利益，既係假借捐助名義，從其名目上自不可能明示為選舉之用，是否遂行賄選之實而具有違法性，除應就行為人之主觀犯意等心理狀態、行為時之客觀情事，本於邏輯推理為綜合判斷外，仍須異時異地，衡酌社會常情及經驗法則，在不悖離國民之法律感情與認知下，就社會一般生活經驗予以評價其捐助有無逾越社會相當性，而與當今社會大眾之觀念相連結，憑為判斷是否足以影響或動搖各該團體或機構構成員之投票意向而定，始能彰顯該罪之立法本旨，以及與捐助之本質在於行善或祈福之念有所區隔，而為人民所接受。倘若行為人之捐助經評價尚未逾社會相當性之範圍，諸如參與民俗節慶、廟會活動，贈送禮金、禮品顯與社會禮儀相當者，即不能僅因捐助入或其助選人員有趁機請託其構成員投票支持之行為，遽認兩者間具有對價關係，而以該罪相繩」（最高法院 98 年度台上字第 7793 號刑事判決），可供參照。

雖然最高法院在行為人是否成立行賄乙事上，考量所謂的社會民情，但是否此處的社會民情應該進一步納入原住民的文化習慣，則屬於進一步的爭議，依本研究之見，社會民情是文化的實踐層面，只不過絕大多數的情況，都是以主流的漢人文化作為社會民情主要的參酌依據，但若投賄行賄與受賄之人具有原住民身分，將漢人文化挪移以判斷其有無投票行賄，自即與涉嫌投票行賄雙方間的民情不符，也因此，判斷有無投票行賄時，若涉嫌犯罪者均具有原住民身分，自應考量該原住民族

人的慣俗。以本案為例，以總價額僅 4 萬元的山豬、米粉、米酒招待來訪友人，其價額不僅有限，考量原住民的禮俗，亦不失為原住民之間的正常社會交往行為，若妄言此項價額足以動搖投票權人的意向，亦不無過度曲解原住民之間的禮俗文化意義之嫌。

綜合上述，本案最高法院考量原住民的慣俗後，認為本案原住民被告僅提供正常社會交往的酒席，尚非賄選的流水席，從而認定被告不成立刑責，此項見解洵屬正確，亦值贊同。

#### ❖ 相關法律條文

公職人員選舉罷免法：第 99 條

### 案例二十 原住民族婚禮習俗與重婚罪案

**案號** 最高法院 91 年度台上字第 2791 號刑事判決  
臺灣高等法院高雄分院 91 年度上訴字第 53 號刑事判決  
臺灣屏東地方法院 90 年度訴字第 697 號刑事判決

**案由** 妨害婚姻

**關鍵詞** 重婚、登記、服飾

## 壹、案例事實

甲與丙於民國 85 年 4 月 15 日在本院公證處舉行結婚儀式，雖雙方迄未至戶政機關辦理結婚登記，仍係有配偶之人。雙方婚後 8、9 個月因故分居，甲在外另結識潘○○，並於 90 年 3 月 12 日下午 6 時許與不知情之潘○○在屏東縣崁頂鄉○○路○○號前之露天廣場舉行結婚儀式，並宴請親友多人，嗣經丙聞訊報警當場查獲。



## 貳、訴訟結果

### 一、第一審判決：臺灣屏東地方法院 90 年度訴字第 697 號刑事判決

甲有配偶而重為婚姻，處有期徒刑參月，如易科罰金，以參佰元折算壹日。

### 二、第二審判決：臺灣高等法院高雄分院 91 年度上訴字第 53 號刑事判決

上訴駁回。

### 三、第三審判決：最高法院 91 年度台上字第 2791 號刑事判決

上訴駁回。

## 參、當事人主張

依魯凱族習俗，結婚要穿原住民服裝，當日並無如此穿著，並非結婚。

## 肆、爭點

依魯凱族習俗，結婚要穿原住民服裝，如當日並無如此穿著，是否仍構成民法上之結婚，而構成刑法重婚罪？

## 伍、法院判決

### 一、臺灣屏東地方法院 90 年度訴字第 697 號刑事判決

- (一) 按我國民法採儀式婚主義（此為舊法），結婚須有公開儀式及二人以上之證人，此觀民法第 982 條第 1 項規定意旨自明。又結婚之公開儀式應行定式禮儀，並無特定形式，僅須使不特定人得以共聞共見，並認識其為結婚者，即為已足，最高法院 51 年臺字

第 551 號判例意旨參照。

- (二) 經查：證人即當日現場處理之員警乙證稱：到現場看到台子，被告是穿紅色旗袍，台上主持人也有介紹，主持人講話內容應該是喜宴場合講的話；證人即參與喜宴之陳○○證稱：現場辦了十桌，有搭舞台，被告穿紅色旗袍，我認為是結婚喜宴上的穿著；證人即與告訴人同往之丁於警詢時證稱：晚宴現場有康樂台，並有主持人在介紹結婚喜宴的公開儀式、本院詢問時亦證稱：有看到主持人，請了約八、九桌，看到康樂台前面有一個喜字各等語，足臻當日係舉行結婚儀式，辯護人所稱「依魯凱族習俗應著原住民服裝」云云，顯與前開法條規定及判例意旨不符。

## 二、臺灣高等法院高雄分院 91 年度上訴字第 53 號刑事判決

同原審見解。

## 三、最高法院 91 年度台上字第 2791 號刑事判決

本件原判決維持第一審論處上訴人甲有配偶而重為婚姻罪刑之判決，駁回其在第二審之上訴。已詳敘認定犯罪事實之依據及憑以認定之理由，並對上訴人否認犯罪之辯詞，如何不足採信上訴意旨置原判決之論敘於不顧，仍執陳詞為事實上之爭辯，並對原審採證認事之職權行使，任意指摘，難謂已符合首揭法定上訴要件，其上訴違背法律上之程式，應予駁回。

## 陸、評析

本案原住民被告被控訴重婚罪，其是否成立重婚，必須視第一次結婚時，是否具有民法的婚姻效力。原住民被告第一次結婚時，採取法院公證方式，只是在公證過程中，並未穿著魯凱族服飾，而完成公證之後，本應登記，但卻因故未辦理，而因當時民法尚未修正，對於婚姻關係之有無，是採取儀式婚的標準，本案的問題即在於得否本於原住民特有的著衣風俗，從而推翻國家實證法所規範的婚姻效力。

婚姻本質上是男女之間的結合關係，理論上不需要國家法律系統予

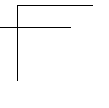
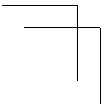
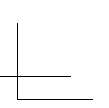
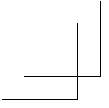
以承認，也因此我國民法在制定時，採取不需國家先行介入認證的儀式婚，至於儀式的規定，只要求公開與兩人以上的證人，但此項規定是否可以再要求依個別族群的特有文化予以限制，即成為問題所在。

依本研究的見解，雖然婚姻制度源起自族群的文化，但在現代社會中，已經難以認為婚姻制度必須全然依據個別族群文化關係而決定，例如甲、乙分屬不同族群，此時應該用何種族群的文化決定甲、乙的婚姻關係，甚或甲在結婚之後，與第三人丙之間得否再婚，丙得否請求甲、乙婚姻中的財產性，這些問題都逐步使得婚姻制度有相當程度的公共性，從而脫離固有文化傳統的範圍，欠缺國家介入，難以決定甲、乙、丙三人間的法律關係；此一問題近期的表現即為同性婚的問題，固然有謂同性不必婚姻關係也有感情，但婚姻制度不僅只是感情的實證化而已，毋寧涉及諸多後續公共關係的定性與處理，包括繼承、監護、財產代理等制度，都建立在婚姻關係的前提上，也因此同性婚姻的主張，必然是要求國家承認同性婚制度，從這一點更可看出婚姻制度的公共性。

既然婚姻制度有其非私人性、非文化性的面向，那麼主張原住民族個別的文化觀點必須納入婚姻制度的考量基礎，似乎有欠合理。基此，本案原住民被告在第一次結婚時，採取國家承認的公開、二人以上證人方式締結婚姻，即使未符其魯凱族文化，仍應認定有婚姻關係，其若嗣後再行結婚，即可考慮構成重婚罪，本案法院見解應可接受。

#### ❖ 相關法律條文

刑法：第 237 條



## 陸、行政判決編輯及解析實例

### 一、身分事務

**案例一** 《原住民身分法》施行前未取得原住民身分之認定爭議

**案號** 臺北高等行政法院 103 年度原訴字第 3 號行政判決

**案由** 原住民身分

**關鍵詞** 身分認同慣習、男女平等、血統主義、認同主義、日據時期  
戶口調查簿種族欄

#### 壹、案例事實

原告檢附行政院原住民族委員會（下稱原民會）100 年 11 月 28 日原民企字第 1001063438 號函等證明文件，主張依《原住民身分法》第 8 條第 2 項規定取得原住民身分為由，向被告臺北市中山區戶政事務所申請原住民身分登記。依上開原民會函之說明，原告之祖母甲○○有為山地原住民（泰雅族），原告之父乙○○依《原住民身分法》第 2 條第 1 款規定，應具山地原住民身分，惟乙○○於《原住民身分法》施行前死亡，未及申請取得原住民身分，其婚生子女即原告得依同法第 8 條第 2 項規定，申請取得原住民身分，被告准予所請辦竣登記。嗣經被告查得原民會以 101 年 8 月 21 日原民企字第 1010039333 號函更正前揭認定，

以原告之父乙○○為原住民與非原住民所生子女，應適用《原住民身分法》第 4 條第 2 項規定認定是否具原住民身分，無適用同法第 2 條規定之餘地。被告審認原告之父親乙○○為原住民（原告之祖母甲○○）與非原住民（原告之祖父丙○○）所生子女，且未從具原住民身分之母之姓，依《原住民身分法》第 4 條第 2 項規定，應不具原住民身分，原告之申請與《原住民身分法》第 8 條第 2 項規定不符，其原住民身分登記有錯誤，應予撤銷並為更正登記，乃通知原告限期至被告辦理撤銷原住民身分之更正登記。原告逾期仍未辦理更正登記，被告乃於 103 年 3 月 25 日逕為辦理撤銷原告原住民身分之更正登記，原告不服，提起訴願，遭經駁回，遂向法院提起撤銷被告逕為辦理撤銷原告原住民身分之更正登記之訴。

## 貳、訴訟結果

原告於提起訴願遭駁回，復至高等行政法院提出訴訟，獲勝訴判決。

## 參、當事人主張

### 一、原告（原住民）主張

- （一）原告之父親縱因死亡而未取得原住民身分，原告仍可依據《原住民身分法》第 8 條第 2 項取得原住民身分。
- （二）被告以《原住民身分法》施行後之《原住民身分法》第 4 條第 2 項規定「未具原住民之母之姓」來認定不合同法第 8 條第 1 項要件，適用法律錯誤。

《原住民身分法》第 8 條規定適用者為「本法施行前」未取得原住民身分者，被告引用《原住民身分法》施行後之第 4 條第 2 項中之取得辦理之程序要件，倒用作為取得資格之核定要件。《原住民身分法》第 8 條第 1 項適用者是為彌補在《原住民身分法》實行前，因時代因素喪失或未能取得原住民身分的歷史遺憾，但是被告卻以《原住民身分法》施行後同法第 4 條第 2 項規定「未

具原住民之母之姓」來作為不符合第 8 條第 1 項要件，顯適用法律錯誤。且在《原住民身分法》施行前，原告之父無任何法律可依循改具母姓取得原住民身分。判別原告之父乙○○是否符合《原住民身分法》第 8 條第 1 項要件，應為確認是否為原住民之婚生子女，且於《原住民身分法》施行前因死亡未取得原住民身分。

- (三) 身分法施行前應取得未取得之婚生子女也應同享取得原住民身分
- 《原住民身分法》第 8 條第 1 項規定因自願拋棄而喪失原住民身分者之婚生子女，可回復原住民身分；依公平原則與舉輕明重原則，《原住民身分法》施行前應取得未取得者之婚生子女也應同等享有取得原住民身分之權益；《原住民身分法》第 8 條規定上一代自願拋棄已喪失原住民身分者，只要發生時間在《原住民身分法》施行前，第 8 條第 2 項給予自願拋棄喪失原住民身分之當事人其婚生子女，有取得原住民身分的權益與機會；何況本案原告之父因在日據時期死亡，無法可申請，合於前述《原住民身分法》第 8 條第 2 項立法目的，在當事人因其他原因（死亡）未取得原住民身分的情形下，依公平原則與舉輕明重原則，其婚生子女依《原住民身分法》也應有取得原住民身分之權益。
- (四) 被告就《原住民身分法》第 8 條第 2 項立法規定與目的之解釋，造成男女不平等結果也將漢人父權觀念強加於原住民，不符憲法多元精神

民國 90 年立法院通過現行《原住民身分法》，讓女性原住民與非原住民男性結婚所生子女，平等享有繼承原住民身分權益（日據以前原住民各族部落各有身分認同慣習，社會制度差異極大，男女平權觀念也與漢族不同；阿美族為母系社會、家庭財產由母傳女；排灣族貴族頭目也可由長女繼承）。訴願決定書以《原住民身分法》條文中未明列之「符合要件」為由，在父權為重、從父姓的臺灣漢人習慣裡，讓男性原住民與非原住民女性結婚所生子女「符合要件」，而女性原住民與非原住民男性結婚所生子女

「不符合要件」，斷絕其後代選擇認同原住民身分的機會與權益。變相懲罰了原住民女性嫁給非原住民男性所生的後代。輕輕一句「不符合要件」，漠視本法第 8 條第 2 項立法規定與目的，將原本男女平等的法律規定，經被告解釋執行後，卻造成男女不平等的結果，違反人權。

違反憲法增修條文第 10 條多元文化精神：臺灣原住民族共有 16 族，有父系、母系社會之差異，如最大族群的阿美族即為母系社會，傳統阿美族家屋、田產為母傳女，子女命名亦多傳襲母系名字。被告只考量原住民父母的漢姓規定，又未注意父系從姓習俗所造成對原住民婦女權益有所歧視，無視《原住民身分法》相關原住民身分取得可用原住民傳統名字之規定，忽略原住民多元文化存在，違反憲法多元文化精神。

## 二、被告（臺北市中山區戶政事務所）主張

### （一）具不完全原住民血統者，需具原住民身分父或母之姓或傳統名字

按《原住民身分法》第 4 條規定：「原住民與原住民結婚所生子女，取得原住民身分。（第 1 項）原住民與非原住民結婚所生子女，從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字者，取得原住民身分。（第 2 項）前項父母離婚，或有一方死亡者，對於未成年子女之權利義務，由具有原住民身分之父或母行使或負擔者，其無原住民身分之子女取得原住民身分。（第 3 項）」依前開條文規定，《原住民身分法》就原住民身分認定要件，係以「血統主義兼認同主義」為基本原則，亦即：具完全原住民血統者，即得依個人對其原住民血統之認同意思，申請認定其原住民身分；具不完全原住民血統者，需以從具原住民身分之父或母之姓或原住民族傳統名字，表彰其對原住民血統之認同後，始得申請認定其原住民身分。



## (二) 父母必須具備身分法各項實體要件子女始得申請原住民身分

《原住民身分法》第 8 條規定，當事人（適格申請人）需業以符合《原住民身分法》所定各項原住民身分認定實體要件而應具原住民身分者，當事人（適格申請人）及其婚生子女，方有該條之適用可能。惟查被告戶籍資料，原告之父乙○○係屬原住民與非原住民結婚所生子女，依《原住民身分法》第 2 條、同法第 4 條及行政院原住民族委員會 101 年 8 月 21 日原民企字第 1010039333 號函之旨意，其是否得認定具原住民身分，應依《原住民身分法》第 4 條第 2 項規定審認之，原告之父乙○○未從具原住民身分之母之姓，而不得取得原住民身分。準此，原告之父母皆不得認定具原住民身分，則原告亦無從取得，乃屬當然。

## 肆、爭點

- 一、原告之祖母甲○○為原住民，祖父丙○○為福佬人，原告之父乙○○於《原住民身分法》施行前死亡，未從具有原住民身分之母姓，乙○○是否符合《原住民身分法》第 8 條所稱「於本法施行前，因其他原因未取得原住民身分者，得檢具足資證明原住民身分之文件，取得原住民身分」之要件？
- 二、原告之父乙○○並未於戶籍登記為原住民，原告主張已依《原住民身分法》第 8 條第 2 項規定取得原住民之身分登記，是否適法？

## 伍、法院判決

- 一、查原告之祖母甲○○為山地原住民（泰雅族），其配偶即原告之祖父丙○○日據時期戶口調查簿種族欄記載為「福」（福佬人），並非原住民族，原告之父乙○○屬原住民與非原住民所生子女，其雖未從具原住民身分之母即原告之祖母甲○○之姓，但原因在於乙○○於民國前 11 年出生（明治 34 年，清光緒 27 年），於 27 年（昭和 13 年）死亡，生前均處於臺灣日據時期，乙○○在世時《原住民身

分法》並未施行，當時並無法律規定「從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字者，取得原住民身分」，是縱使日據時期之法規允許乙○○「從母姓」，且乙○○亦有意願取得原住民身分，其在世時亦期待不可能會去「從母姓」，乙○○即已符合《原住民身分法》第 8 條所稱「於本法施行前，因其他原因（法律尚未施行、無從改從母姓）未取得原住民身分者」之要件，若其仍在世，即可檢具足資證明原住民身分之文件，取得原住民身分，但因乙○○已去世，故其子女即原告可準用第 4 條第 2 項規定，從乙○○姓而取得原住民身分。

- 二、被告雖主張原告之父乙○○係屬原住民與非原住民結婚所生子女，惟查 97 年 12 月增修《原住民身分法》第 8 條第 2 項之立法理由為：「第 8 條第 2 項所謂之當事人，係指原住民身分認定標準施行之前（80 年 10 月 14 日），原住民女子與非原住民結婚、原住民為非原住民收養、自願拋棄原住民身分者，因當時法令規定喪失原住民身分者，如果當事人在原住民身分認定標準施行之前（80 年 10 月 14 日）過世，或是當事人在原住民身分認定標準施行之後（90 年 8 月 24 日）在申請回復或取得原住民身分前過世未能於生前親自申請回復原住民身分，其結婚所生子女將受限於身分行為禁止代理之法律原則，無法取得原住民身分。故為落實本法血統主義之精神，並兼顧其子女相關權益，爰增訂第 2 項如當事人已死亡，其子女得準用《原住民身分法》第 4 條第 2 項及第 7 條規定取得原住民身分，以保障當事人直系血親卑親屬之權益」，前揭立法理由雖僅提及「喪失原住民身分者」，而未提及「具有原住民血統者在 80 年 10 月 14 日前過世，且未取得原住民身分者，其直系血親卑親屬是否亦在保護之列」，但既強調血統主義，前揭「未提及」應非有意省略，且《原住民身分法》第 8 條第 1 項條文亦有「於《原住民身分法》施行前，因……或其他原因喪失或未取得原住民身分者」之明文，故若可證明具有原住民血統，基於「落實《原住民身分法》血統主義之精神，並兼顧其子女相關權益」之立法意旨，「具有原

住民血統者在 80 年 10 月 14 日前過世，且未取得原住民身分者」，其直系血親卑親屬亦應在《原住民身分法》第 8 條第 2 項規定保護之列。

- 三、本案中，乙○○可證明具有原住民血統，於 80 年 10 月 14 日前已過世，因 80 年 10 月 14 日前《原住民身分法》尚未施行，致乙○○在世時期待不可能（或依日據時代法令無法）申請從母姓，乙○○之直系血親卑親屬（即原告）即可依《原住民身分法》第 8 條第 2 項準用第 4 條規定取得原住民身分。被告主張「乙○○未從其原住民身分之母之姓，因而不取得原住民身分」云云，尚不足採。
- 四、或謂乙○○既未從母（楊）姓，原告亦未從楊姓，原告與具原住民血統之甲○○姓氏不同，在登記上將無從銜接云云，但查原民會 100 年 10 月 19 日原民企字第 1001054924 號函稱：「經查原住民族文化慣俗，係採親子連名、氏族名、家屋名、親從子名等類型之名制，均無姓名條例所稱之『姓』」。此函釋乃執行母法之技術性、細節性行政規定，與立法意旨相符，且未逾越母法之限度，行政機關予以適用，自無違誤，本件原告之祖母甲○○為泰雅族，而泰雅族係採父子聯名制，例如第一代名「瓦旦老辛」，第二代名「貝林瓦旦」、第三代名「瓦歷斯貝林」、第四代名為「那甫瓦歷斯」、第五代名為「尤幹那甫」（見王雅萍著《宜蘭泰雅族的傳統名制變遷與復名問題探討》），其傳統名字本無姓名條例所稱之「姓」存在，無所謂以「姓氏」銜接血統之問題，是《原住民身分法》第 4 條第 2 項要求該法施行後具有原住民血統者（例乙○○），要從具原住民身分之母（甲○○）之姓方能取得原住民身分，就泰雅族傳統而言，本無任何識別血統之意義存在，尤其本件是《原住民身分法》施行前，乙○○事實上無法從母姓的情形，更不宜以同法第 4 條（從母姓）之規定做為女性原住民甲○○後代（原告）不能取得原住民身分的原因。
- 五、乙○○既已符合《原住民身分法》第 8 條所稱「於本法施行前，因其他原因（法律尚未施行、無從改從母姓）未取得原住民身分者」

之要件，若其仍在世，即可檢具足資證明原住民身分之文件，取得原住民身分，但因乙○○已去世，故其子女即原告可準用第 4 條第 2 項規定，從乙○○姓而取得原住民身分，原處分通知原告自行撤銷原住民身分，逾期未辦理，將逕為更正登記（嗣果逕為更正登記撤銷原告之原住民身分），均於法不合，應予撤銷。

## 陸、評析

本件判決，法院罕見地尋求專家鑑定人之意見，並大量參考專家鑑定人之專業意見以認定事實，不拘泥於條文字義本身之解釋，從整體原住民政策與轉變長期以來原住民所承受之不正義著眼，承認原住民身分取得之有利解釋方向，值得肯定。不過，從此一案件中，反而發現行政機關在解釋法令上似乎較容易受限於文義解釋，無法從目的性解釋之角度解釋法律，殊為可惜。尤其，在我國憲法增修條文第 10 條第 11 項以多元文化主義為憲法精神之概念下，既然已經將原住民文化與語言設定為國家憲法價值之保護對象，不論是法院或是行政機關，應盡量以原住民族文化的價值觀對於原住民身分之認定要件進行解釋為宜。

### 一、主管機關之法律解釋方式

本案爭議之起源，在於行政機關對於《原住民身分法》採取文義解釋，對於非原住民與原住民通婚所生之子女，必須與具備原住民身分一方之父或母同姓，方得被法律承認具備原住民身分，採取此一解釋方式固然是因為行政機關尊重並遵守《原住民身分法》之立法目的，但恐怕仍有兩點值得斟酌之處。

首先，法令解釋的時間性考量。對於不曾生活在《原住民身分法》施行時期之當事人，使《原住民身分法》溯及既往地產生規範效力，要求當事人回復到過去以改從母性，實有違反法不溯及既往原則之嫌疑。而主管機關採取如此之解釋方式與要求，相當接近以漢人宗法與父系傳承之姓名家族觀念為主；然而，《原住民身分法》第 4 條第 2 項對於血統主義並未特別偏向父系傳承，而是採取中立之尊重態度，不論是來自

於父母哪一方之血統，都有被法律承認具備原住民身分之資格。

其次，再論及血統。本案原告之父因為其母為原住民，故在血統上自具備二分之一原住民血統。依據現行之《原住民身分法》第 4 條第 2 項，原住民與非原住民通婚所生之具備二分之一原住民血統子女，只要從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字者，取得原住民身分；其後該子女與非原住民通婚所生下之具備四分之一血統子女只要繼續符合《原住民身分法》第 4 條第 2 項之規定，仍具原住民身分。相比對之下，依本案主管行政機關之解釋，擁有二分之一原住民血統之原告之父因為無法回到從前依據《原住民身分法》第 4 條第 2 項之要件從具母性或原住民傳統姓名，反而無法被法律承認擁有原住民身分。如此適用之結果，似非妥適。

## 二、原住民族的認同與身分認定不宜以姓氏為絕對唯一關聯之判準

原住民族身分之授予，依現行法採血統主義兼認同主義。依《原住民身分法》第 4 條第 2 項之規定，係以姓氏作為非原住民與原住民通婚子女是否具備原住民身分之唯一標準。然而這樣的規定之正當性基礎並不明確，其立法理由僅知其為「黨團協商條文」，因而無法探知其立法目的。以姓氏作為原住民與非原住民通婚後，是否取得原住民身分之依據，將造成未從具原住民姓氏或傳統姓名者，喪失原住民身分之結果，在今日原住民身分與所有原住民獲得之補助相互連結之情況下，此一身分要件，因此成為後續法律與事實上差別待遇之結果，則此一分類標準是否具有正當基礎與合理性，成為必須受檢驗之對象。主管機關有義務對於原住民姓氏得作為差別待遇標準之分類依據提出說明。

次就認同而言，單以姓氏之歸屬而認定原住民對原住民身分是否認同，恐怕流於漢人隨父姓或母性承繼香火嫁娶招贅之傳統觀念。誠如判決中專家鑑定人所述，原住民族身分之認同，與漢人姓名之關係應不相同；尤其就姓名而言，姓氏此一概念並不出於原住民自身傳統。因此，以姓氏作為家族血緣傳遞關係之代表，乃是漢民族之思維，以漢人文化邏輯單方面並一律認定原住民與非原住民通婚子女從具父母那一方之姓

氏，並不符合我國憲法所揭示之多元文化精神，並有忽略原住民文化本身之嫌疑。

另外，姓名所代表之意義究竟為何，不無討論空間。司法院大法官釋字第 399 號已然揭示：「姓名權為人格權之一種，人之姓名為其人格之表現，故如何命名為人民之自由，應為憲法第 22 條所保障」。雖然解釋對象主要針對「名」而非「姓」，但再考量於原住民傳統文化中，姓本非具備承繼身分或族群認同之價值。整體衡量下，應可認定姓名為個人表徵人格權之重要方式，個人有權自己決定，儘管政府得以法律限制人民選定姓名之權利，但是否可以透過法律另外課與人民姓名必須與民族身分連結之義務，不無疑義，或有進一步思考之空間。

### 三、後續發展說明與評析

本案後又經臺北市中山區戶政事務所向最高行政法院提起上訴，並由最高行政法院於 104 年 12 月 17 日作成 104 年度判字第 760 號判決，將原本有利於原住民之本案判決廢棄並發回臺北高等行政法院。其理由主要基於最高行政法院 104 年 11 月第一次庭長法官聯席會議決議，認定「100 年 5 月 25 日修正公布之《戶籍法》第 48 條第 4 項第 7 款所定之撤銷登記事項，依同法第 23 條規定，於法定事由發生時人民即有申請登記之義務，並非因戶政機關催告始創設之新義務，尚難謂該催告對受催告者產生有容忍戶政機關逕為登記之義務，足見該催告函尚未發生獨立之法律規制效力，自難認為行政處分」。而被上訴人（第一審之原告、原住民）於言詞辯論聲明撤銷者，係非屬行政處分之上訴人（臺北市中山區戶政事務所）於 103 年 2 月 19 日北市中戶登字第 10330082200 號函，而非起訴狀所載之臺北市中山區戶政事務所 103 年 3 月 28 日北市中戶登字第 10330223800 號函撤銷原告原住民身分及族別登記，因而最高行政法院認定「被上訴人究是以何者為撤銷對象，始正確並符其起訴意思，尚待原審闡明」，乃是針對原審認定訴訟標的之違誤與不明確，要求原審法院再次為當事人起訴真意之確認，不但未實質判斷原住民身分關係之法律認定標準，也未否定原審法院對於原住民身分認定之法律見解，表示最高行政法院對於原住民身分認定之判定，或有採取本

評析判決見解之可能性；若然，對於原住民身分認定即採取較為寬鬆之認定方向。不過，最高行政法院目前判決僅為形式審查，並未直接拒絕適用原民會 100 年 10 月 19 日原民企字第 1001054924 號函，故仍待後續行政法院之定讞判決方可知行政法院之最終法律見解。

#### ❖ 相關法律條文

原住民身分法：第 2 條第 1 項、第 4 條第 2 項、第 8 條第 2 項

#### ◇ 相關案件

最高行政法院 104 年判字第 761 號判決

最高行政法院 104 年 11 月第 1 次庭長法官聯席會議決議

#### 📖 延伸閱讀

鄭川如，「原住民身分法」中「姓氏綁身分」條款的違憲分析，國立中正大學法學集刊，40 期，頁 1-40，2013 年 7 月。

陳俊安、以撒克·阿復，臺灣平埔原住民身分認定的法律問題，臺灣國際法季刊，8 卷 1 期，頁 39-71，2011 年 3 月。

### 案例二 收養關係下之原住民身分得喪

案號 最高行政法院 94 年度判字第 1562 號行政判決  
臺中高等行政法院 92 年度訴字第 911 號行政判決

案由 山地原住民身分

關鍵詞 收養、改從母姓

## 壹、案例事實

原告甲原住花蓮縣萬榮鄉西林村，生父陳○○、生母陳仲○○，於 52 年 5 月 16 日經仲○○（本籍山地原住民）及其贅夫黃○○（本籍四

川省，89 年歿）收養為養女。甲養父非為原住民，其養母為原住民，且其未從具原住民身分之母姓或原住民傳統名字，又甲於 52 年 7 月 15 日為收養登記申請時，已約定從養父姓，而黃炎中非具原住民身分。甲向被告臺中市北區戶政事務所申請變更為山地原住民身分，被告以甲前開申請不合於《原住民身分法》第 5 條第 2 項規定，否准所請，原告不服，向臺中市政府提起訴願，經訴願決定不受理有關申請改從母姓部分，並駁回其餘部分。原告仍不服，提起本件行政訴訟。並經臺中高等行政法院 92 年度訴字第 911 號判決認為原告之養父既非原住民，則其向被告申辦取得原住民身分，即於法未合，亦無類推適用之餘地，駁回原告之訴。原告不服，遂向本院提起上訴。

## 貳、訴訟結果

上訴駁回。

## 參、當事人主張

### 一、上訴人（生母為泰雅族）主張

#### （一）本件上訴人在原審起訴主張

上訴人主張自身具有原住民血統，養父雖非原住民，但養母具有原住民身分，且養母與生母又係親姊妹關係，上訴人不僅在血統上具有原住民血統，且上訴人在山地村長大，精通泰雅族語，在文化認同上，亦具有深厚之認同及傳承使命感。又因上訴人母方兄弟姐妹之子嗣有絕後之虞，是以上訴人欲改從母姓，延續仲姓香火。依《原住民身分法》立法目的及規範計劃，係採血統主義，上訴人本應有取得原住民身分之權利，卻因立法當時疏未慮及此種情形，而漏未規範。本諸平等原則，在原住民與非原住民收養子女之情形，若養子女自身本即具有原住民血統，亦應肯認其有自主決定是否從具有原住民身分之養父或養母之姓，進而取得原住民身分之權利，方符立法真意及《原住民身分法》第 1 條所揭示之保障原住民權益之本旨。爰請判決將原處分及訴願決定撤銷，



被上訴人應依法准上訴人改從母姓並取得原住民身分。

## （二）本件上訴人上訴意旨主張

依《原住民身分法》第 4 條第 2 項及第 7 條之規定，係因原住民與非原住民所生子女具有原住民之血統，故允其於成年時得以變更從姓之方式，取得原住民身分。該規定僅就原住民與非原住民結婚所生之子女加以規定，於原住民與非原住民收養子女之情形，卻漏未規範。參酌《原住民身分法》第 4 條立法過程中之提案會議記錄採「血統主義」，又第 7 條係根據國際公法之「自我認定」原則。上訴人因自身具有原住民血統，養父雖非原住民，但養母具有原住民身分，上訴人不僅在血統上具有原住民血統，且在文化認同上，亦具有深厚之認同及傳承使命感，依《原住民身分法》立法目的，本應有取得原住民身分之權利，卻因立法漏未規範，本諸平等原則，應肯認得類推適用上開條文，使此法律漏洞得以獲得填補。

## 二、被告（臺中市北區戶政事務所）主張

上訴人生父陳○○為非原住民，生母陳仲○○為山地原住民，上訴人從未取得具原住民身分之母姓或原住民傳統名字，依《原住民身分法》第 4 條第 2 項規定不符合原住民身分，即由仲○○（山地原住民）及黃○○（非原住民）所收養。按《原住民身分法》第 5 條第 2、3 項規定，上訴人出生並未取得原住民身分，於《原住民身分法》施行前（90 年 1 月 1 日以前）被收養者，仍須具備「非原住民未滿 7 歲」及「養父母均為原住民」二項條件，始可取得原住民身分，上訴人養母是原住民，養父非原住民，不合《原住民身分法》第 5 條第 2 項及第 3 項之規定，被上訴人駁回其申請取得原住民身分案，並無違誤之處等語，資為抗辯。

## 肆、爭點

生母為原住民而被一方為非原住民之養父母收養，並從非原住民之父方姓氏之養子女，是否得主張改從養母姓並取得原住民身分？

## 伍、法院判決

按原住民身分之取得與喪失等事項，係取得原住民權益或優惠政策等受益對象之資格，屬於人民之權利、義務事項，依《中央法規標準法》第 5 條第 2 款之規定，應以法律定之。關於原住民身分之認定，既屬「法律保留」事項，基於「依法行政」原則，自有約束行政機關採用司法實務上之「類推適用」的方法，以「補充法律」之權力。

依《原住民身分法》第 5 條第 1 項、第 2 項及第 3 項規定：「原住民為非原住民收養者，除第 9 條另有規定外，其原住民身分不喪失」。

「未滿 7 歲之非原住民為年滿 40 歲且無子女之原住民父母收養者，得取得原住民身分」。「本法施行前，未滿 7 歲之非原住民為原住民父母收養者，不受前項養父母須年滿 40 歲且無子女規定之限制」。本件依原判決所認定之事實，上訴人之生父為非原住民，生母為原住民，上訴人未從具原住民身分之母姓或原住民傳統名字，依《原住民身分法》第 4 條第 2 項規定，不符合原住民身分；上訴人嗣為非原住民與具原住民身分之人收養，因其養父母之一方為非原住民，上訴人復從非原住民身分之養父的姓氏，依《原住民身分法》第 5 條第 3 項規定，上訴人亦無從申辦取得原住民之身分。

原判決以被上訴人否准上訴人申辦原住民身分之取得，並無不合，本件亦無類推適用《原住民身分法》相關規定之餘地，因將訴願決定及原處分維持，駁回上訴人之訴，經核於法並無違背。上訴論旨，仍執前詞，指摘原判決未類推適用《原住民身分法》第 4 條第 2 項及第 7 條規定，復未說明其理由，有不適用法規及判決不備理由之違誤，求予廢棄，難認有理由，應予駁回。

## 陸、評析

本案若從現行實定法之架構下論斷，並無明顯法理上違法錯誤之處，但若自憲法肯定多元文化與保護扶助原住民之角度，以及我國原住民身分認定權限規範論析，則可自兩方面進行檢討：

## 一、原住民身分之憲法特殊性

我國各級法院之判決向來罕見直接或間接適用憲法規定，與憲法密切度較高之行政法院亦無例外，最多只有將司法院釋字之解釋文或理由書作為理論依據者，在我國外交處境困難之現實環境下，更遑論援引各國國際法條文之情形，連將國際法條文認定為習慣之規範地位而進行適用者亦相當罕見，可知對我國各級法院而言，最重要的規範依據乃為立法者通過並經總統公布之法律、行政機關公布之命令，以及上級法院所為之判例、判決或相當於判例地位之決議。此等行政法院判決習慣於處理一般人民與行政機關間之法律關係固然尚未引起嚴重窒礙，但於原住民事件時，卻相當程度地引發法令適用上之問題。原因之一在於我國憲法增修條文第 10 條第 11 款與第 12 款特別規定予以保障之原住民權益與地位，與多元文化之認定具有關連，但何謂憲法概念下之多元文化概念，並未有嚴格之定義，在國內法相關定義不明之情況下，因此適當地參考外國法，甚至國際法對於多元文化的界定與詮釋，在法律解釋方法上實有必要。其二，儘管各國對於「原住民」之定義與用語不盡相同，但原住民並非僅為一內國法之法律名詞，蓋原住民之所以為原住民，主要原因之一在於其存在於世界之歷史悠久，加上具有相當跨國性之共同性（如南島語族），因此在界定原住民身分時，並不宜從傳統國族主義之行政管制角度出發，否則極可能違反我國憲法增修條文尊重多元文化之憲法誠命。

換言之，各級行政法院針對原住民身分進行認定時，適當地運用憲法規範精神與國際法，而非受限於現行實定法之設計，甚至更進一步參酌個案原住民之族別習慣、產生爭議之歷史與時代背景，應能更有助於爭議問題之解決。因而，在本案當中，上訴人主張之「原住民族和部落民族公約」（Convention concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries）第 1 條第 2 項所明文規定之「自我認同（Self-identification）為原住民或部落應被視為是決定本公約條款適用的群體的一個根本標準」，以及聯合國「原住民族權利宣言」，法院實有適當地進行具體適用並加以論述之可能。

另外，法院判決也未考量原告之收養時間係發生於民國 52 年，養母為生母之妹，養父可能具有隨國民政府來臺之背景，當時外省籍人士與原住民女性間的通婚情況、當時政府的原住民政策，以及原告生母與養母之泰雅族係父系社會，是否原告並無從母姓之可能，民國 92 年提出改姓之請求，是否符合泰雅族之傳統習慣，此等以憲法多元文化價值進行的相關論述在判決中付之闕如。又《原住民身分法》第 8 條已經針對未能即時申請原住民身分者提供可能的適用方式，事實上可作為行政法院做出有利當事人認定之依據，但由於當事人並未於訴訟中特別主張，因而行政法院或受限處分權主義而未進一步適用，實屬遺憾。

## 二、當今原住民身分認定權限規範之缺漏

首先，本案之被告（被上訴人）為臺中市政府戶政事務所，而非原住民族委員會，然原住民身分之取得、喪失、變更或回復究竟是中央或地方之權限？依據《原住民身分法》第 11 條之規定：「原住民身分取得、喪失、變更或回復之申請，由當事人戶籍所在地之戶政事務所受理，審查符合規定後於戶籍資料及戶口名簿內註記或塗銷其山地或平地原住民身分及族別，並通報當事人戶籍所在地之鄉（鎮、市、區）公所」。故由地方自治團體之戶政事務所「審查符合規定」，則此一審查權限，係源自地方自治團體之自治權，或為受隸屬中央之原住民族委員會之委辦，並不明確。

本案係改制前臺中縣所為之行政處分，其屬於縣級之地方自治團體，依據《地方制度法》第 19 條之自治事項定義，並無原住民事務，因此顯然無法依此直接認定為地方自治事項；然若為中央事務，依據《行政程序法》第 15 條第 3 項之規定，職司中華民國原住民權限之原住民族委員會，依法必須將此一原住民身分審查權限委託予各地方自治事項之事，公告並刊登於政府公報或新聞紙；不然至少於個別的行政作用法中，制定所謂主管機關條款，但《原住民身分法》當中並無類此條文。因此，觀察本案訴訟判決文書，並未見此部分權限委託之說明。若原住民族委員會並無依照行政程序法之規定進行公告，則戶政事務所並無法以自己名義辦理審查並為註記之否准。此一問題實有釐清之必要，尤

其目前仍產生爭議之臺南西拉雅族正名事件，該案地方政府依據法定程序公告原住民族身分認定自治法規，被原住民族委員會認定地方戶政機關之認定無法律效力<sup>1</sup>，若依據該案所循之權限認定方式，則本案臺中縣之戶政機關應無權限自行認定，當事人應向原住民族委員會提出申請。是以，究竟我國之原住民身分認定權限所屬為何，有確認並依據行政程序法完備相關程序之必要，目前將其認定為中央統一劃定審查標準之方式，是否已經考量原住民族個別種族、部落傳統文化、個別身分認定之歷史背景與差異，非無檢討空間。亦即，本案當事人若依據原生血統，其確有泰雅族之血統，但因受收養，加上當時關於子女姓氏多從父系姓氏，在民國 50 年左右係以外省男子與原住民族女子結婚為多，則擁有原住民族血統者，容易因父系社會之法律規範而喪失原住民族之身分，是否得由自我認同或語文文化認同之標準予以補足，應可進一步思考。

#### ❖ 相關法律條文

原住民身分法：第 4 條第 2 項、第 5 條第 2 項、第 3 項、第 9 條

#### ◆ 相關案例

臺北高等行政法院 101 年度訴字第 1975 號判決

#### 📖 延伸閱讀

鄭川如，「原住民身分法」中「姓氏綁身分」條款的違憲分析，國立中正大學法學集刊，40 期，頁 1-40，2013 年 7 月。

陳俊安、以撒克·阿復，臺灣平埔原住民身分認定的法律問題，臺灣國際法季刊，8 卷 1 期，頁 39-71，2011 年 3 月。

1 參見最高行政法院 101 年度判字第 732 號判決

## 二、土地事務

### 案例三 反亞泥還我土地案

**案號** 最高行政法院 103 年度判字第 156 號行政判決  
臺北高等行政法院 101 年度訴字第 1997 號行政判決

**案由** 原住民保留地

**關鍵詞** 礦業權、原住民保留地土地權利審查委員會、耕作權

### 壹、案例事實

本件之參加人（太魯閣族之甲○○、乙○○）分別就位於花蓮縣秀林鄉之部分原住民保留地（即重測前秀林鄉○○段 54、63、63-1 地號及富世段 724 地號，所有權人為中華民國，管理機關為被上訴人，下合稱系爭土地）設定耕作權，後因上訴人受讓取得包括系爭土地在內之土地礦業權，為興建水泥製造廠申請租用該原住民保留地作為礦業用地，經花蓮縣秀林鄉公所於民國 62 年 6 月 14 日邀集花蓮縣政府、花蓮工業策進會及上訴人，召開「亞洲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 1 次召開協調會」，會後依協調結果將包括系爭土地在內之多筆原住民保留地出租與上訴人，惟參加人於系爭土地設定之上開耕作權迄未辦理塗銷登記。迨 93 年 7 月 29 日、93 年 11 月 17 日參加人分別依《原住民保留地開發管理辦法》第 17 條第 1 項規定，向秀林鄉公所申請辦理系爭土地所有權移轉登記，秀林鄉公所於 99 年 7 月 30 日、99 年 10 月 4 日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，以二公文函送花蓮縣政府核定。案經花蓮縣政府以系爭土地現況無申請人經營或自用之事實，與《原住民保留地開發管理辦法》第 17 條規定要件不符，於 100 年 5 月 23 日以原處分否准參加人所

請。參加人不服，提起訴願，經被上訴人以 101 年 10 月 19 日原民訴字第 1010055207 號訴願決定將原處分撤銷，著由原處分機關於 2 個月內另為適法之處分。上訴人不服，依行政訴訟法第 4 條第 3 項規定，提起行政訴訟，遭判決駁回，提起本件上訴。

## 貳、訴訟結果

上訴駁回。

## 參、當事人主張

### 一、上訴人（亞洲水泥股份有限公司）主張

#### （一）上訴人享有合法占有使用收益系爭土地之權益

上訴人依 55 年 1 月 5 日修正發布之臺灣省山地保留地管理辦法（下稱 55 年管理辦法）第 33 條規定申請租用系爭土地俾供採礦，經政府核准，並遵核准意旨，於補償費發放完成，且設定登記之耕作權人提出承諾書同意拋棄土地使用權利或塗銷登記後，始與秀林鄉公所簽訂租賃契約，承租系爭土地，上訴人自屬 55 年管理辦法第 33 條規範保護之對象。

#### （二）上訴人具有訴訟權能

被上訴人與參加人主張礦業法第 47 條足以保護上訴人礦業權，上訴人權益未受侵害，然礦業法第 47 條僅規定礦業權人得先行提存租金使用土地，礦業權人尚需與土地所有人及關係人進行協議及訴訟，該規定並無法回復上訴人之公權利。

訴願決定賦予參加人有請求登記為系爭土地所有權人之權利，侵害上訴人獲准租用系爭土地之法律上資格及合法使用收益系爭土地之法律上利益，上訴人具提起本件訴訟之訴訟權能。

上訴人在前行政訴訟（臺北高等行政法院 95 年度訴字第 2055 號判決、最高行政法院 98 年度判字第 1205 號判決）中均獲行政法院認可以參加人身分參加，顯示上訴人對於本件確具利害關係。

訴願決定意旨要求花蓮縣政府另為處分時須依不真正溯及既往原則，適用 96 年 4 月 25 日修正發布之《原住民保留地開發管理辦法》（下稱現行管理辦法）第 17 條第 1 項規定，使參加人違法取得系爭土地所有權，致損害上訴人法律上利益。

### （三）系爭訴願決定程序違法，應予撤銷

本件訴願委員林○○長期策劃、參與「反亞泥還我土地」運動，依訴願法第 55 條規定，係屬應迴避未迴避之重大瑕疵。

## 二、被上訴人（原住民族委員會）主張

（一）上訴人之礦業權不會因所有權人變動而影響，上訴人並無權利保護必要，非本件利害關係人

依《礦業法》第 47 條規定，可知上訴人使用系爭土地需支付對價，使用對價不能達成協議時，仍可向主管機關申請調處，不接受調處時，尚得由法院審判，不會因土地所有權人之變動，而增加或減少其使用對價。

又依《礦業法》第 46 條規定，租用土地之年租金，必須在一般正常交易價格 8% 以下定之，故其使用土地之對價，亦不致因土地所有權人之變動而受影響。上訴人只要符合《礦業法》第 31 條規定，其礦業權均可無限延展，不受所有權人異動而變更。

訴願決定僅撤銷原處分，並使花蓮縣政府另為適法處分，參加人得否取得土地所有權，仍須經調查審認，上訴人遽然提起本訴，實屬無理。

（二）上訴人未提出作成訴願決定時，訴願委員有何自行迴避事由之證據資料

上訴人所提證據係 10 餘年前之資料，並未提出在作成訴願決定時，訴願委員有何自行迴避事由之證據資料。

（三）另 55 年管理辦法已於 80 年 4 月 10 日廢止，並以現行管理辦法代之，但因系爭土地之耕作權未塗銷，而有跨越新舊法規範之情形。故參加人取得系爭土地所有權，屬不真正溯及既往，自應適



用現行管理辦法第 17 條第 1 項規定。

### 三、參加人（太魯閣族）主張

訴願決定所產生之規制效果，僅係撤銷原處分，並課與花蓮縣政府另為適法處分之義務，並未造成系爭土地所有權由中華民國移轉於參加人之法律效果。甚且，訴願決定僅在處理中華民國與參加人間土地所有權歸屬問題，與上訴人之礦權、土地使用權或對系爭土地之占有狀態等無涉。上訴人對系爭土地之礦業權與土地使用權，並不因土地所有權人之更迭與出租意願而受影響。

### 肆、爭點

上訴人於本件之中有無訴訟權能。

### 伍、法院判決

原判決以被上訴人訴願決定僅在審酌花蓮縣政府否准參加人辦理系爭土地所有權移轉登記申請是否合法妥適，且訴願決定所產生規制效果僅在使原否准處分因撤銷而失其效力，並課與花蓮縣政府另行調查參加人是否符合土地所有權移轉登記之法定要件，再為適法處分之義務，並未造成系爭土地所有權由現行所有權人中華民國移轉於參加人之法律效果，亦未變動系爭土地目前之使用狀態。

原處分並未賦予上訴人一定之法律地位或利益，原處分否准參加人依現行管理辦法，申請辦理系爭土地所有權移轉登記申請，上訴人因此免生採礦所使用土地發生使用權爭議之事實利益，僅為原處分所生之反射效果，尚非屬法律上利害關係。

參加人申請辦理系爭土地所有權移轉登記，依訴願決定之意旨，雖認依不真正溯及既往原則，應有現行管理辦法第 17 條第 1 項規定之適用，依《訴願法》第 96 條之規定，固拘束重為處分之原行政處分機關，然訴願機關此一法律見解之表示，尚不影響本件訴願決定係以事實不明而撤銷原處分。

原判決認上訴人非系爭訴願決定之利害關係人，且系爭訴願決定以

事實不明撤銷原處分，由花蓮縣政府另行調查，再為適法處分，並未致原告權利或法律上利益受損，原審原告依《行政訴訟法》第 4 條第 3 項規定提起本件撤銷訴訟，非屬適格之當事人，欠缺訴之利益，無權利保護必要。

## 陸、評析

本判決經媒體報導為太魯閣族人與原住民族委員會勝訴<sup>2</sup>，並因為後續花蓮縣政府核發土地所有權狀予擁有耕作權之太魯閣族人，被認定為係糾纏四十餘年之「還我土地」運動之初步成果。就原住民土地問題之政策與社會學研究之角度言，本案因為涉及原住民傳統土地面廣大、原住民人數眾多，又為原住民保留地長期以來「原地非原用」之現實與法令規範層面不符著例，因而廣受矚目。然究其法律性質，係行政法院支持行政院原住民族委員會之 101 年原民訴字第 1010055207 號訴願決定，並否定上訴人提起撤銷訴訟之訴之利益與當事人適格。詳言之，本判決所涉及之實體權利關係於訴願決定當中獲得確認，且係原住民族委員會確認花蓮縣政府與太魯閣族人兩造間之權利義務關係，本判決之上訴人若欲以行政訴訟方式爭執訴願決定，必須主張原處分係第三人效力之行政處分，且上訴人具有對該第三人效力之行政處分提起撤銷訴訟之訴之利益。我國目前行政訴訟實務，對於第三人效力之行政處分之訴之利益採取相對嚴格之限縮認定標準，上訴人以第三人之地位提出撤銷訴訟，在訴訟策略上原本就居於不利之地位。

因而本案之重點，首先在於訴願決定如何肯定太魯閣族之訴願人擁有移轉原住民保留地所有權登記之請求權，而此一議題涉及我國原住民保留地之土地轉型正義。其次則為太魯閣族之訴願人取得亞洲水泥公司取得礦業權之原住民保留地之所有權後，究竟如何依據太魯閣族人之傳統習俗，積極對於該土地行使其使用、收益與處分之所有權能。關於前者，訴願決定書以憲法增修條文第 10 條第 12 項為主要依據，認為「原

2 「抗議亞泥占領域 太魯閣族人獲勝訴」<http://news.pts.org.tw/detail.php?NEENO=283778>；「等了 40 年……太魯閣族人拿回亞泥侵佔土地」<http://www.thenewslens.com/post/101210/>

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」，此一概念若能確立為我國原住民保留地之政策主軸，則國家應具有基於保護並扶助原住民權益之保證地位，不但應對於原住民使用保留地提供適當協助，並應排除非原住民對於原住民保留地之不當侵害。但由於原住民傳統習俗與文化依族別部落而異，本案太魯閣族之相關部落與原住民也因此應負擔相當之協力義務，協助國家相關主管機關辨明該族別部落之傳統習俗與文化，俾使國家得採取符合部落需要之適當措施，協助當地居民正當行使原住民保留地之所有權。亦即，原住民非僅消極地接受國家扶助，更應積極提供相關確認、理解傳統習俗之資訊，以與國家共同實現憲法增修條文保障原住民族之意旨。

#### ❖ 相關法律條文

憲法增修條文：第 10 條第 12 項

原住民保留地開發管理辦法：第 17 條第 1 項

#### 案例四 山坡地超限利用案

案號 最高行政法院 101 年度裁字第 1612 號裁定  
最高行政法院 101 年度裁字第 751 號裁定

案由 水土保持法

關鍵詞 超限利用

### 壹、案例事實

聲請人（原住民）共有之土地（下稱系爭土地），查定為宜林地之山坡地，並在該土地上種植梅子樹等果樹，經改制前高雄縣政府以其屬超限利用，乃依《水土保持法》第 22 條第 1 項規定，發函命聲請人限

期改正，將農作物移除改行造林。後高雄縣政府派人至現場勘查結果，發現聲請人並未在前揭指定期限內改正，違反《水土保持法》第 22 條第 1 項，裁處聲請人新臺幣（下同）10 萬元罰鍰。聲請人經高雄高等行政法院 100 年度簡字第 244 號判決敗訴判決，向最高行政法院提起上訴，惟因法院認本案所涉及之法律見解不具有原則性，故判本件上訴為不合法（最高行政法院 101 年度裁字第 751 號），聲請人不服，復向最高行政法院提起再審。

## 貳、訴訟結果

再審之聲請駁回。

## 參、當事人主張

### 一、原住民（聲請人）主張

- （一）聲請人不服原簡易程序判決而提出上訴，因聲請人不懂法令，漏未具體說明本案所涉及之原則性法律見解，而高雄高等行政法院本應依法先命聲請人補正，卻未命聲請人補正，逕行核轉本案上訴卷宗至本院，而本院未依法先命聲請人補正，而逕行以本案並無涉及法律見解具有原則性為由，作成原確定裁定，駁回聲請人之上訴，由此可見，原確定裁定有不適用《行政訴訟法》第 246 條及第 249 條規定之適用法規顯有錯誤情事，致使聲請人之訴訟權受損。
- （二）原處分乃就原住民於原住民保留地上務農維生之社會秩序，予以處罰，涉及違背《原住民保留地開發管理辦法》所保障原住民生活及生計之相關規定，侵害原住民之生存權，原簡易程序判決卻完全忽略有關原住民權利保障之相關法令，包括憲法增修條文第 10 條第 12 項、《原住民族基本法》第 20 條第 1 項、第 21 條第 2 項及第 23 條及《原住民保留地開發管理辦法》等牽涉原住民之法令，與《水土保持法》、《森林法》及《山坡地保育利用條例》間，如何競合適用問題，應由本院予以闡明。

- (三) 原處分裁罰之法律依據為《水土保持法》，但《水土保持法》本身並沒有對於山坡地超限利用定義，而由該法施行細則第 26 條加以定義。但《水土保持法施行細則》第 26 條僅為行政命令，其就山坡地超限利用之定義，顯已超出母法授權範圍，亦不符合《山坡地保育利用條例》之規範，顯已違反法律保留原則，而屬無效之行政命令，且原處分對超限利用之處罰，是否有助於達成水土保持法所欲達成之目標，顯有疑義，違背比例原則之適合性原則。
- (四) 《山坡地保育利用條例》第 16 條規定係要求不可超出可利用限度之分類為農業使用，並不禁止於所查定之宜林地進行林木種植之農業使用，且依行政院農業委員會 89 年 7 月 25 日農林務字第 891720295 函公告訂定「國有林事業區出租造林地管理要點」第 10 點及 90 年 1 月 31 日林政字第 901601010 號函釋，果樹亦屬林木之一種，聲請人種植梅樹，乃屬於宜林地進行林木種植之農業使用，應屬適法。
- (五) 聲請人所屬改制前高雄縣桃源鄉，有許多原住民農民，長久以來都是以梅樹維生，易受政府鼓勵種植梅樹等果樹，改制前高雄縣政府亦正式舉辦梅花季活動，而原處分、原簡易程序判決及原確定裁定已使原住民面臨砍除維生果樹，造成生存權受影響。

## 二、被告（高雄市政府；改制前為高雄縣政府）於簡易庭（高雄高等行政法院 100 年度簡字第 244 號判決）主張

- (一) 按「水土保持法施行細則」第 26 條所稱，超限利用係指於《山坡地保育利用條例》規定查定為宜林地或加強保育地內，從事農、漁、牧業之墾殖、經營或使用者。另《山坡地保育利用條例》第 16 條明定，經查定為宜林地之土地不得超限利用，於宜林地種植果樹即屬超限利用行為。又《水土保持法》第 4 條規定：「公、私有土地之經營或使用，依本法應實施水土保持處理與維護者，該土地之經營人、使用人或所有人，為本法所稱之水土保持義務人」。同法第 22 條第 1 項規定：「山坡地超限利用

者，或從事農、林、漁、牧業，未依第 10 條規定使用土地或未依水土保持技術規範實施水土保持之處理與維護者，由直轄市或縣（市）主管機關會同有關機關通知水土保持義務人限期改正；屆期不改正或實施不合水土保持技術規範者，得通知有關機關依下列規定處理：一、放租、放領或登記耕作權之土地屬於公有者，終止或撤銷其承租、承領或耕作權，收回土地，另行處理；其為放領地者，所已繳之地價予以沒入。二、借用、撥用之土地屬於公有者，由原所有或管理機關收回。三、土地為私有者，停止其開發。前項各款之地上物，由經營人、使用人或所有人依限收割或處理；屆期不為者，主管機關得會同土地管理機關逕行清除。其屬國、公有林地之放租者，並依森林法有關規定辦理」。第 33 條第 1 項第 1 款規定：「有下列情形之一者，處新臺幣 6 萬元以上 30 萬元以下罰鍰：一、違反第 8 條第 1 項規定未依水土保持技術規範實施水土保持之處理與維護，或違反第 22 條第 1 項，未在規定期限內改正或實施仍不合水土保持技術規範者。」

- (二) 原告為山坡地經營、使用人依法為水土保持義務人，其所有土地超限利用，經改制前高雄縣政府發函，請於 100 年 1 月 31 日前完成改正。惟原告屆期未改正，明顯違反《水土保持法》第 22 條第 1 項規定，爰依據同法第 33 條第 1 項第 1 款規定裁處罰鍰；罰鍰額則依據被告違反水土保持法案件罰鍰裁罰基準有關規定予以裁罰，所為處分並無違誤。綜上所述及法律依據，原告之訴無理等語，並聲明求為判決駁回原告之訴。

## 肆、爭點

本件爭點有二：首先為訴訟法上之爭點（主要表現於最高行政法院之二則判決），其次為實體法上之爭點（僅於高雄高等行政法院判決中呈現）。以研究本旨而言，後者方為重要爭點，但仍先說明訴訟法上之爭點，在於是否本案該當簡易訴訟得提起上訴之要件，亦即是否涉及訴訟事件所涉及之法律見解，具有原則上之重要情事，而須由最高行政法

院統一法律上意見，或該訴訟事件所涉法律問題意義重大，而有加以闡釋必要之問題。實體法上之爭點，則在於《水土保持法》於 83 年 5 月 27 日制定後，以水土保持之法定目的為由，限制原住民土地之利用方式，此等方式是否有礙甚至侵害原住民土地使用權益之問題。

## 伍、法院判決

本件聲請人對原簡易程序判決不服，於 101 年 3 月 2 日提起上訴，略以：依《原住民族基本法》第 20 條第 1 項、第 21 條第 2 項及第 23 條規定，政府應尊重原住民族對於土地之利用與管理模式之權利，另對於政府之法令限制原住民族利用原住民族之土地時，應取得原住民族諮商與同意；聲請人為○○部落原住民族，依《原住民族基本法》於 101 年 2 月 26 日召開部落議會會議，決議主張「依《原住民族基本法》，部落族人對於土地使用之權利」為上訴要件之一等語，為其論據。前程序原審法院認前開上訴理由已論及「訴訟事件所涉及之法律見解，具有原則上之重要情事」，乃於 101 年 3 月 28 日將卷證資料全部（含聲請人上訴狀）檢送本院審理，本院受理後審核結果，亦認為該上訴狀業已表明「訴訟事件所涉及之法律見解，具有原則上之重要情事」，揆諸上揭規定及說明，自無適用《行政訴訟法》第 246 條第 2 項、第 249 條第 1 項但書定期間先命補正之問題。查本院原確定裁定已論明：「按對於適用簡易程序之裁判提起上訴，須經本院許可，且該許可以訴訟事件所涉及之法律見解具有原則性者為限，《行政訴訟法》第 235 條定有明文。所謂法律見解具有原則性者，係指該事件涉及之法律問題意義重大，而有加以闡釋必要之情形而言，非以其對於該訴訟當事人之勝敗有無決定性之影響為斷。例如原裁判所適用之行政命令是否牴觸法律之判斷，或高等行政法院就同類事件所表示之法律見解存在歧異，或與本院向來之見解互相牴觸，有由本院確認或統一法律上意見之必要等情形屬之」。經裁量、判斷原簡易程序判決及上訴意旨結果，認聲請人「所陳上述理由，尚非高等行政法院各庭間就同類事件所表示之法律見解存在歧異，須由本院統一法律上意見，或該訴訟事件所涉法律問題意義重大，而有

由本院加以闡釋必要之問題，上訴不應許可」，而駁回聲請人之上訴。經核並無聲請意旨所指適用法規顯有錯誤情事，其再審之聲請顯無再審理由，應予駁回。

## 陸、評析

本案之爭點就最高行政法院而言，偏重於程序要件之審查，僅於高雄高等行政法院處理實體問題，因此以下先對程序要件進行評析，再論及實體爭議。

### 一、程序爭點

最高行政法院不論於上訴審或是再審，都先審酌行政訴訟之上訴要件與再審要件之該當性，認定不符合訴訟要件後，即未再進一步對於實體爭議進行論斷。亦即，最高行政法院前後二裁定對《行政訴訟法》第235條均採取文義解釋，以立法理由為據，否定本案該當「法律見解具有原則性」之要件；然而，最高行政法院僅考量立法理由中的前二情況：行政法院除具有審查命令是否牴觸法院，以及盡量避免與其他行政法院意見牴觸，卻未考慮到《水土保持法》係83年5月27日制定，顯然早於現行憲法增修條文第10條第12款對於原住民特殊保障之增修<sup>3</sup>，彼時自亦無《原住民族基本法》之相關規定；既然《水土保持法》相關條文訂定之際，無法推知是否具備任何考慮到特別保護原住民之思維，但如今法律之實施確實形成原住民土地使用之限制，是否在現行法律規範秩序下，對於《水土保持法》之解釋適用，應適當考量後法（憲法增修條文、原住民族基本法）已然制定，在體系解釋之架構下，表達法院立場，而不是謹守文義解釋。尤其對於何以未該當「涉及之法律問題意義重大，而有加以闡釋之必要情形」，最高行政法院僅複述條文規定與立法理由，並未進行任何理由論述，令人無法理解其認定不具備法律問題重大意義性之理由何在，非常可惜。

3 我國憲法增修條文第一次出現對於原住民之特殊保障，始於第四次修憲之民國86年7月18日。



## 二、實體爭議

本案件當事人之所以遭受裁罰，乃因為其所有並種植梅樹之土地於 83 年 9 月即被查定為「宜林地」，依據現行之《水土保持法》第 22 條第 1 項前段之規定，其被法令課與依水土保持技術規範實施水土保持之處理與維護之義務，因未履行義務而遭主管機關依據《水土保持法》第 33 條第 1 項第 1 款裁罰。然而，原告在判決中主張，土地皆為原住民祖先所留，大部分都被認定為林木用地，原告全家之生計仰賴該土地。亦即，本案之實體爭執在於原住民土地因為被政府認定為林木用地而使用受到限制，甚至難以維生。

因此首先必須釐清，何以原住民所有之該土地會被查定為宜林地？查定之程序是否考量到原住民土地傳統使用與所有之狀況，特別是原住民族長期以來對於該土地之利用依賴性？其次，若查定程序合乎正當法律程序，亦已經將原住民對於土地使用之利益納入衡量，則土地被查定為宜林地應當負擔如何之法定義務，該義務是否合法適當？以下依序檢討之。事實上，此乃水土保持法當中超限利用爭議，長期未被正視而值得釐清的重要關鍵。

83 年 9 月當時將原住民土地查定為宜林地之法源為何，在判決中並未說明。若依據判決所引用之相關法規，可推知法院引用的法規有《森林法》第 6 條第 1 項至第 3 項、《山坡地保育利用條例》第 16 條第 1 項、第 4 項、《水土保持法》第 22 條第 1 項前段、第 33 條第 1 項第 1 款及《水土保持法施行細則》第 26 條。

然而，高雄高等行政法院就本案做成簡易判決所適用之《森林法》第 6 條第 3 項「前項土地為原住民土地者，除依前項辦理外，並應會同中央原住民族主管機關核准」之規定，係於 93 年 1 月 2 日方修正制定；因此，根本不可能於 83 年適用該法而將土地查定為宜林地。彼時僅能依據 74 年 12 月 3 日修訂之《森林法》第 6 條第 1 項「荒山、荒地之宜於造林者，由中央主管機關商請中央地政主管機關編為林業用地，並公告之」。故而，當事人之土地被查定為宜林地時，因為當時的《森林法》並未考慮原住民土地傳統使用與所有之狀況，不但極可能完全未考

慮原住民族長期以來對於該土地之利用依賴性；當時也尚未有中央原住民族主管機關（因為民國 85 年方成立原住民族委員會）。因此，在簡易判決中，高雄高等行政法院事實上不宜直接適用《森林法》第 6 條第 3 項。

若原處分機關非適用《森林法》以認定原住民之土地為宜林地，則於 83 年 9 月認定本案原住民之土地為「宜林地」，查定之依據與被認定為宜林地所應負擔之義務規定為 74 年 12 月 24 日修正公告之《山坡地保育利用條例》。當時認定為宜林地之法規為該條例之第 3 條與第 16 條。

先就第 3 條規定進行論述，當時之條文與現行條文除了因應臺灣省政府功能業務與組織調整及因應業務實際需要，而修正主管機關外，認定山坡地之程序並未調整，除國有林事業區、試驗用林地及保安林地以外，都是由主管機關「參照自然形勢、行政區域或保育、利用之需要，就合於左列情形之一者劃定範圍，報請行政院核定公告之公、私有土地：一、標高在一百公尺以上者。二、標高未滿一百公尺，而其平均坡度在百分之五以上者」。因此，都是由主管機關單方面進行劃定，然而，土地被劃定為山坡地之行為，必須被認定為行政處分方有得救濟之可能，但彼時是否認定為行政處分實仍有疑；縱有救濟可能，由於當時並無任何對於原住民積極保護之規範，原住民之土地是否在當時的時空背景下，相較於其他土地「易於」被認定為山坡地，非無討論空間。亦即，如果標高與坡度符合山坡地標準，但主管機關因為有「利用之需要」，即可不將合於標準之山坡地劃入範圍；在這樣的行政自由裁量空間下，主管機關當時是否可能已經考量到原住民利用之需要，認為原住民並無利用之需要，方將原住民之土地劃定為山坡地，本文在無相關資料支持之情況下，只能抱持存疑之態度。故而，原住民所有之土地於 83 年被劃定為山坡地，並再進一步認定為宜林地，恐怕有忽略原住民對於土地長期利用之事實與依賴必要性之可能。

再就第 16 條規定進行論述。當時第 16 條之條文僅有 3 項，並無判決中引用的第 4 項「經中央或直轄市主管機關查定之宜林地，其已墾殖者，仍應實施造林及必要之水土保持處理與維護」。第 4 項乃是 91 年 5 月 21 日方增修。亦即，儘管 83 年 9 月即認定本案原住民之土地為「宜林地」，但彼時並未針對被認定為宜林地前，已經進行墾殖者就是否具

備造林與水土保持處理與維護義務進行規範。換言之，在 91 年增訂法令之前已經擁有山坡地並已經進行墾殖者，在 83 年土地被查定為宜林地時，並不知悉自己對於土地使用之權益受到如何具體內容之限制，直到 91 年後，方因為法令增修，明確被課與「實施造林及必要之水土保持處理與維護」的法定義務。

因此，原住民土地被查定為宜林地之 83 年時之法定義務僅為「不得超限利用」，但如何之行為將構成超限利用，依據《山坡地保育利用條例》第 16 條第 3 項「第一項土地可利用限度分類標準，由中央主管機關定之」，因而必須進一步探究「土地可利用限度分類」之具體規定。然而，法院並未對於土地可利用限度分類標準進行論述，而是直接以當時並不存在的《山坡地保育利用條例》第 16 條第 4 項「應實施造林及必要之水土保持處理與維護」義務，連結使用《水土保持法》第 22 條第 1 項之法定義務。此一跳躍法規制定時期而適用法律之方式，顯然強加當時所不存在之法定義務於本案提出救濟之原住民，無怪乎超限利用之法制規範受到反彈。

國土之整體環境利益當然為重要之公共利益，然而，適用法律之行政機關與法院，也應考量各該法令制定之時間差與時代背景，尤其對於較晚納入憲法保障之原住民權利，若不適當透過合理的法律體系解釋，將憲法意旨納入考量，僅以法律之文義解釋與歷史解釋為據，恐怕有違憲法增修條文明定之憲法價值選擇。各級法院法官並非僅依據法律進行審判，在遵守法規體系之規範秩序下，更應依憲法進行審判，法院在適用法律為判決時，應積極援引憲法作為其審判之依據，綜合考量憲法上之價值而為個案判斷，而非以不具重大法律爭議為由，僅以形式審查，因而不具體斟酌當事人之權利保護可能。

誠如本案聲請人所陳述，其全家之生計寄託於系爭土地上的果樹，但因果樹被認定為非造林樹種，因此認定違反水土保持法，除了必須砍除賴以維生之果樹外，尚須繳納罰鍰，本案呈現了現今實務上原住民財產權、傳統文化維護、生存權與國家整體水土保持環境公益的衝突關係。縱政府已有採間植方式造林、領造林獎勵金等方式協助原住民轉變生活型態，然實際上造林獎勵之金額若顯不如果樹收益，對於大多已經

處於經濟弱勢之原住民，恐保護不足，甚至侵害其生存權。既然憲法增修條文第 10 條第 2 項規範環境與生態保護，第 10 項、第 11 項保護原住民，均同為憲法所欲保護之利益與價值，若無法從法制演變之時代背景、當前社會正義公平需求之考量與全球氣候變遷之背景，適當取得平衡，而僅僅機械性適用法規，恐怕對於原住民族之保護，僅為空中樓閣。

#### ❖ 相關法律條文

水土保持法：第 22 條第 1 項

山坡地保育利用條例：第 16 條

水土保持法施行細則：第 26 條

原住民族基本法：第 20 條第 1 項、第 21 條第 2 項、第 23 條

森林法：第 6 條第 1 項至第 3 項

#### ◆ 相關案例

高雄高等行政法院 100 年度簡字第 247 號判決

最高行政法院 101 年度裁字第 960 號

### 案例五 原住民保留地耕作權設定案

案號 最高行政法院 96 年度判字第 2012 號行政判決

案由 原住民保留地

關鍵詞 耕作權、原住民保留地土地權利審查委員會

## 壹、案例事實

原告於民國 62 年起，於位於宜蘭縣南澳鄉之原住民保留地（下稱系爭土地）種植 30 年生以上之柑桔自力耕作，惟原告於 69 年 5 月間，將其中約 0.6 公頃轉讓予非原住民之乙○○耕作，再由乙○○轉讓予丙

○○耕作，並將其中約 0.6 公頃之柑橘收穫權轉讓予戊○○（仍屬原告自力耕作），案外人丁○○於 82 年 2 月 2 日登記為系爭土地之耕作權人，嗣原告於 85 年至 87 年間收回丙○○所使用之土地，以約 0.7 公頃之土地，委由案外人陳德政經營魚池，其餘 0.5 公頃仍種植柑橘，丁○○於 93 年間自願放棄耕作權，原告及其配偶庚○○於 93 年 5 月 20 日向被告申請原住民保留地耕作權設定，經上訴人派員勘查結果，經上訴人所屬原住民保留地土地權利審查委員會審查後，以該地上之產物非原住民所經營，依法不符，駁回其申請，被上訴人及其配偶等不服，提起訴願，經遭駁回，遂由被上訴人提起行政訴訟，經原審法院判決將訴願決定及原處分均撤銷，上訴人不服提起本件上訴。

## 貳、訴訟結果

原判決廢棄。（本案後經臺北高等行政法院 96 年度訴更一字第 190 號判決駁回原告「即本判決之被上訴人」之訴，而最後之最高行政法院 97 年度裁字第 5382 號裁定駁回上訴而告確定）。

## 參、當事人主張

### 一、上訴人（宜蘭縣南澳鄉公所）主張

#### （一）本件上訴人在原審起訴主張

1. 原告所請求為耕作權登記標的之系爭土地，原先雖為原告所耕作，惟原告業於 69 年 5 月、76 年 7 月 10 日間分別轉讓與平地人耕作，因而前開山地保留地使用清冊上所載之使用人甲○○（即原告）乃予以刪除，改註記為：「國有」，此觀前開山地保留地使用清冊上之記載即明。故原告主張其自 62 年起在系爭土地上耕作種植有 30 年生以上之柑桔云云，與事實不符。
2. 《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」。同辦法第 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：1、已為耕作權或地上權登記者，訴請法院塗銷登記。2、租用或無償使用者，終止其契約」。本件如認有《原住民保留地開發管理辦法》第 16 條規定之適用時，被告於否准原告之請求為耕作權登記時，即有終止之意思表示。

3. 查《原住民保留地開發管理辦法》於 79 年 3 月 26 日由行政院發布施行，而依前開所敘，原告就其所使用之系爭土地，其中部分於 69 年 5 月 19 日轉讓與平地人戊○○，另部分亦於 76 年 7 月 17 日轉讓與平地人乙○○後再讓與丙○○，則於《原住民保留地開發管理辦法》於 79 年 3 月 26 日由行政院發布施行前，原告業將系爭土地全部讓與第三人，已非由原告自行耕作，自未合於《原住民保留地開發管理辦法》第 8 條第 1 款所規定之原住民開墾完竣並「自行耕作」土地之要件。

#### （二）本件上訴人上訴意旨主張

1. 本件被上訴人及第三人雖辯稱系爭土地上之魚池係被上訴人與第三人合作經營養殖香魚，並提出 91 年 11 月 13 日之收據影本乙張，惟並未依原住民保留地輔導共同、合作及委託經營實施要點第 8 條、第 9 條規定訂定書面，並由上訴人見證及監督契約履行，已違反實施要點，上訴人依法認定被上訴人非自行耕作並駁回被上訴人耕作權申請，並無違誤。
2. 原審判決謂《原住民保留地開發管理辦法》第 8 條所謂「自行」耕作，在「原住民自己參與勞動」之前提下，應包含「僱請他人工作」、「與他人共同經營」之情形。惟卻就「與他人共同經營」之他人若為「非原住民」則應依實施要點第 8 條、第 9 條規定書面等要件辦理未為審酌適用，原審判決即有不適用法規及適用法規不當之違背法令。

## 二、被告、被上訴人（原住民）主張

- （一）按《原住民保留地開發管理辦法》（92年4月16日修正）第8條：「原住民保留地合於下列情形之一者，原住民得會同『行政院原住民族委員會』向當地登記機關申請設定耕作權登記：一、本辦法施行前原住民開墾完竣並自行耕作之土地……」，而本件中，系爭土地係被上訴人繼承父親耕作，且有證據得證明系爭土地乃被上訴人自力占有耕作甚明，被上訴人對於系爭土地，亦曾一再向有關機關陳情主張該地乃被上訴人數十年前之原耕地，嗣於84年被上訴人為委託並共同經營養魚池，由被上訴人囑配偶請承包商於該土地開挖，上訴人未經查證，遽下不實結論以該地非原住民經營，否准被上訴人耕作權登記，實有錯誤。
- （二）查修訂前《臺灣省山地保留地管理辦法》第18條規定：「山地人民申請登記耕作權之農地，以合於左列各款之一者為限，一、自力開墾者……」，而丁○○就上揭土地並不符合上開管理辦法第18條規定之要件，竟提出耕作權登記之申請書，並在「南澳鄉金岳村山地保留地使用清冊」之「原使用人」欄偽填為「國有」，被告審核承辦人員於該申請書「土地利用現況」欄，原係原告所種植之30年生以上柑桔，卻偽填為「雜草」，「審查分析擬具處理意見」欄勘查人亦未蓋章，被告竟然審查不實，准予丁○○設定耕作權，查丁○○確無耕作之事實，也從未占有系爭土地，實無權設定耕作權，故其自行拋棄耕作權，由被告公告並塗銷耕作權登記在案。
- （三）且《原住民保留地開發管理辦法》第15條第1項固規定「原住民取得保留地之耕作權，無償使用權不得轉讓」，但依據該管理辦法第16條規定原住民違反前條第1項規定者，除由被告收回原住民保留地外「應終止其契約」，因此原告迄今從未收到被告改註國有及終止契約意思表示函件，自無改註國有及終止契約情事。
- 況且被上訴人並無轉讓系爭土地，原告於申請本件設定耕作權登

記時（含庚○○申請案）提出土地返還證明書 2 件（即戊○○及丙○○）以證明土地仍由原告耕作，而且被告知道系爭土地在養殖，係原告夫妻委託他人開挖養殖池養魚，並請專家即陳○○的兒子陳○○共同經營養魚，迄今未放棄耕作。

縱有短暫轉讓系爭土地，但已經收回，依民法第 943 條及第 944 條第 2 項規定，被上訴人主張前後兩時為占有者，推定前後兩時之間繼續占有，自係合乎《原住民保留地開發管理辦法》第 8 條之規定，被上訴人申請就系爭土地為耕作權設定，依法有據。

#### 肆、爭點

原告於《原住民保留地開發管理辦法》公布施行時，已將系爭土地移轉與他人，並未於系爭土地自行耕作，此部分土地申請設定耕作權登記，即與該辦法第 8 條第 1 款之規定不合，得否應嗣後有經營行為而得補正。

#### 伍、法院判決

- 一、按《原住民保留地開發管理辦法》第 8 條第 1 款規定，申請設定耕作權登記者，必須於該辦法 79 年 3 月 26 日發布施行前，已由原住民開墾完竣並自行耕作之土地，始得為之；至於該辦法第 8 條第 2 款關於依區域計畫法編定為農牧用地及養殖用地，既分別規定，則編定為農牧用地者，僅能供農作使用，而不能供養殖之用甚明。被上訴人於 79 年 3 月 26 日《原住民保留地開發管理辦法》公布施行時，並未於上開土地自行耕作，依首揭說明，此部分土地申請設定耕作權登記，即與該辦法第 8 條第 1 款之規定不合。被上訴人於 85 年至 87 年間收回土地，並開挖養魚池，經營魚塢，惟被上訴人關於此部分之土地，已不符合該辦法第 8 條第 1 款之規定，自不因嗣後經營魚塢，而得以補正。
- 二、訴外人無占有使用系爭之部分土地，涉及被上訴人能否就該部分土地申請設定耕作權登記，所關至切，原判決僅以原審之供詞為判



斷之唯一依據，仍嫌疏略。

三、系爭土地為非都市土地，編定使用類別，分區用途為山坡地保育區，使用類別為農牧用地，如供養殖之用，則不能申請設定耕作權登記，系爭土地既編定為農牧用地，土地於收回後，未供農作使用，而開挖養魚池，供養殖之用，亦不合該辦法第 8 條第 2 款之規定。

## 陸、評析

本件中，除了當事人爭執之事實，亦即原告（被上訴人）究係有無將系爭土地移轉於他人一事似乎尚未完全釐清外，自臺北高等行政法院 94 年度訴字第 227 號判決以及最高行政法院 96 年度判字第 2012 號二判決中，可發現被告（上訴人）所欲爭執以及法院所欲解決之法律問題有二，分別為「原告與他人共同合作經營養殖業，然並未訂定書面契約，則應非屬自行耕作」以及「如於《原住民保留地開發管理辦法》（下稱系爭辦法）施行時未於系爭土地自行耕作，得否於嗣後補正」，此為原住民保留地耕作與開發容易產生爭議之處，故以下分別就此二部分進行評析。

### 一、立法目的為保護原住民之規範反而導致原住民權利受限制之結果

誠如原審法院於判決中所述，於現代欲從事農業或者漁業等工作，均非一人之力即可達成，在符合原住民自己參與勞動之前提下，與非原住民共同經營或者委請非原住民應屬於合理，其經營行為自不因有非原住民之參與即認定不得屬於系爭辦法第 8 條所指稱之「自行耕作」。為釐清原住民與非原住民共同經營或合作、委託行為之法律關係，原住民保留地輔導共同、合作及委託經營實施要點第 8 條、第 9 條因而規定，原住民如欲委託非原住民參與共同、合作、委託經營，必須以書面訂定契約，並交由鄉（鎮、市、區）公所見證及監督契約履行。

依據該規定之立法目的可知，係為了「防止非原住民挾其經濟優

勢，或防止原住民因知識淺薄對法律常識不足遭非原住民以『共同』、『合作』或『委託經營』名義為由，進而壓迫原住民」。故規範必須書面訂定契約並交由公權力見證、監督，並非為了限制原住民與非原住民共同經營，而係出於保障原住民權利之目的；惟在本案之中，為上訴人之鄉公所反而以該契約未由鄉公所見證監督而否認原住民與他人共同經營之依據。若從原住民保留地輔導共同、合作及委託經營實施要點規範之目的觀之，如個案中並非涉及非原住民欲侵害、壓迫原住民權益之事實者，或許法院於審酌個案是否適用系爭辦法第 8 條時，得酌情不適用原住民保留地輔導共同、合作及委託經營實施要點規範之規定，而將審查之重點置於該個案中是否已經符合構成要件，亦即是否確有「自行耕作」之事實，而非將審酌之重點置於有無書面契約，而導致適用保障原住民之法令反而限制原住民申請設定耕作權登記之權益。

按憲法增修條文第 10 條第 12 項，國家應保障原住民族，並對其經濟土地保障扶助並促其發展。再探原住民保留地之設置目的，按系爭辦法第 3 條，乃係為保障原住民生計，推行原住民行政所特別保留供原住民使用之地。未按原住民保留地輔導共同、合作及委託經營實施要點規範，整體之立法意旨以及保護目的，均可知我國就原住民保留地之政策方向，應係欲提供原住民一較為完善的經濟發展環境，然在實際法律適用上，卻未必得出優先保障原住民所有原住民保留地之結果，或有再為探討之空間。

不過，此法律主張固有其理由，但本案終局判決之臺北高等行政法院最後不再以此一論點質疑原住民是否自行耕作，而將重點置於現場之養殖魚池，已經不符合非都市土地使用類別中之農牧用地；然原住民保留地如何被認定為不同之土地使用類別，是否相較於其他平地人所有之土地，容易被認定為受限制之土地使用類別，不無思索空間。

## 二、《原住民保留地開發管理辦法》適用之疑慮

在本件判決之中，當事人主要所爭執的部分尚包含民國 79 年系爭辦法施行時，原住民並未於系爭土地上從事耕作行為，而於民國 85 年間方再收回土地從事養殖行為，得否仍視為符合系爭辦法第 8 條第 1 項

之要件。

就事實認定部分，最高行政法院將原判決廢棄發回原審詳為調查；臺北高等行政法院於後續判決中再次調查事實確認本案之原住民確實曾經中斷自行耕作。因此，針對原住民曾長期於該地自行耕作，若有中斷是否得補正之主張，成為本案重點。本案判決首先認定縱原住民過去曾有自行耕作之事實，嗣後亦再為自行耕作，仍應以民國 79 年該辦法施行之時點為認定之標準，亦即如原住民未於民國 79 年在系爭土地上自行耕作，便喪失其申請權。臺北高等行政法院則更進一步表示：「原住民保留地開發管理辦法關於耕作權申請之相關規定，係根據《山坡地保育條例》第 37 條之授權而制定，其目的在於輔導原住民在既有墾殖之事實下，能取得法律上之耕作權利，而保障原住民之權益，同時避免非原住民者擅自取得或占用原住民保留地，進而侵害國土保育。故解釋上應限於原住民長期不間斷地自行耕作，始足當之」。並主張「原告主張縱有轉讓，但後來取回即不影響其自任耕作之辯解如屬可採，將使上述原住民保留地開發管理辦法之相關規範形同具文，原住民任意將原住民保留地轉讓第三人占有使用後再收回，依然可以申請登記耕作權，嚴重違背賦予耕作權登記之立法意旨。」

若單純自系爭辦法認定原住民申請設定耕作權登記之資格，確實必須該當由原住民開墾完竣、自行耕作之要件；然輔以該辦法之立法意旨，從規範意旨探究，可知該辦法同時具有獎勵原住民開發土地之用意，因而給予開墾該土地之原住民一定程度之福利保障。既然有此規範目的存在，進行規範解釋時，或許應採取目的性解釋，較能達到保障原住民權利之結果。即便從法條文字本身進行文義解釋，也未能立即得出該規範要求受規範者必須於系爭辦法施行之時點持續有耕作事實，或僅須於施行前曾有自行耕作之事實即可，甚至也無法判斷是否必須從不中斷地有耕作事實。法院最後以保障原住民之權益為理由，推出「解釋上應限於原住民長期不間斷地自行耕作」之結論，反而限縮系爭辦法之適用，未能考量現實層面上，身為原住民之申請人可能遭遇必須中斷耕作之困難，造成原住民因為一時的中斷耕作，而永久喪失登記耕作權，恐

怕使得原住民因無法獲得耕作權之登記而遭致更大的權益損害，在認定上實應更為謹慎。

#### ❖ 相關法律條文

原住民保留地開發管理辦法：第 8 條第 1 款、第 15 條第 1 項、第 16 條

#### ◆ 相關案例

臺北高等行政法院 96 年度訴更一字第 190 號  
最高行政法院 97 年度裁字第 5382 號  
最高行政法院 103 年度判字第 419 號

### 案例六 違規於原住民保留地採取板石案

案號 最高行政法院 96 年度判字第 1818 號行政判決  
高雄高等行政法院 94 年度訴字第 711 號行政判決

案由 原住民保留地採取土石

關鍵詞 土石採取、公共工程

## 壹、案例事實

訴外人○○公司於民國 92 年承包霧台鄉公所 4 件工程，並將上述工程有關依工程契約圖說及工程項目內所有板石施工材料部分工程轉包上訴人甲（原告），○○公司並依法於 93 年 2 月 25 日，向霧台鄉公所申請核准於系爭土地以人工方式採取，每案採取數量 2 立方公尺，總計可採 8 立方公尺板石。惟上訴人擅自於系爭土地，以重機械採取板石，經臺灣屏東地方法院檢察署國土保持專案小組於 93 年 3 月 10 日當場查獲，計採取 50 立方公尺，已超越許可總數量。被上訴人通知上訴人於

93年9月22日至被上訴人處陳述意見後，依土石採取法第36條規定，以93年10月25日屏府工利字第930201682號違反土石採取法案件處分書裁處上訴人新臺幣（下同）100萬元罰鍰，並限於93年11月30日前辦理整復，上訴人不服，提起訴願，遭決定駁回，遂提起行政訴訟。

## 貳、訴訟結果

上訴駁回（原告之訴駁回）。

## 參、當事人主張

### 一、上訴人主張

#### （一）違規採取不同於未經許可採取

本件係訴外人○○營造有限公司（下稱○○公司）標得由屏東縣霧台鄉公所發包之4件工程後，依圖說及工程項目內所有頁岩石片、板石等施工材料部分之工程立約轉包上訴人。嗣經○○公司負責人李○○向霧台鄉公所申請准予在當地原住民保留地內採取板石，供作公共工程材料用途，霧台鄉公所乃於93年2月25日函文李○○准予採取，該函係依據92年度「協助霧台鄉民採取石板用材」會議紀錄決議事項辦理，該會議紀錄決議，中央派員與會作成決議，上訴人經李○○告知核准後，即在系爭土地內採取板石施作。雖霧台鄉公所核准每件以人工方式採取，數量為2立方公尺，總計可採8立方公尺板石，上訴人採取方式雖以重機械為之，數量與所核准者不符，惟此僅屬違規，並非未經許可，要無違反土石採取法第36條規定，更無不法盜賣等語，為此求為撤銷訴願決定及原處分。

#### （二）上訴人違規採取板石係因工程所需

上訴人採取本案工程所需板石材料以重機械採取板石五十立方公尺，實乃霧台鄉公所核准開採期間，僅為期五天，如以人工方式採取，五天之限期根本無法完成採取。又前述四件工程依工程契約所需板石數

量超出核准數量數倍之多，況採取板石及製成石材，耗損頗大，採取數量本會溢出核定數量。上訴人不得已在工程契約之束綁下，始以重機械採取五十立方公尺板石，工程乃得竣工並完成驗收。

### （三）裁處對象錯誤

霧台鄉公所發包上述四件工程，既需使用板石材料，且板石材料之取得，由包商就地負責採取，則發包單位之霧台鄉公所就其工程設計所需板石之數量，負責爭取使包商得以採取需用之數量。詎霧台鄉公所僅核准採取板石共 8 立方公尺與工程契約所載需用板石數量超出數倍之多，竟不變更設計減少板石工程項目及數量，復限令工程如期完成，且發包單位霧台鄉公所只管監造工程數量，不問石材來源及現場監工。原包商將板石工程轉包原告，其間流程，原告實不知其詳。故本件應歸責者為霧台鄉公所與○○公司。

## 二、被上訴人（屏東縣政府）主張

### （一）公共工程需採取土石者必須申請中央主管機關核定區域及期間

依《土石採取法》第 3 條第 5 款規定，政府機關辦理重要工程所需者，固得不需事先取得土石採取許可，然依《採取土石免申辦土石採取許可管理辦法》第 6 條第 1 項規定，應由工程主辦機關或承包工程廠商，檢附相關資料申請中央主管機關核定並公告劃定區域及採取期間。本件既未於工程施工前由霧台鄉公所或承包商○○公司，提出申請核定並公告劃定區域及採取期間，自無法免除該採取土石仍須事先取得許可之規定。

### （二）土石非依核准之方式數量採取即屬未經許可採取土石

《採取土石免申辦土石採取許可管理辦法》第 2 條前段定有明文：「依本法第三條第一項第一款規定採取少量土石供自用者，應以人工採

取，且其採取總量以二立方公尺為限。」依卷附 93 年 9 月 22 日霧台鄉○○段 333 號原住民保留地違反土石採取法有關單位及當事人陳述意見綜合紀錄表記載，可知本件 4 項工程各申請 2 立方公尺板石，合計 8 立方公尺，採取板石核准案係由○○公司提出申請；而本件上訴人明知核准採取板石之方式、數量，乃其不僅未依核准之方式採取，所採取之板石數量復遠超過核准數量，其所為即屬《土石採取法》第 36 條所規定之未經許可採取土石。上訴人主張其所為僅屬違規，並非未經許可，無違反《土石採取法》第 36 條規定云云，即無可採，被上訴人所為處分，並無違法不當。

#### 肆、爭點

- 一、以完成部落環境改善工程為目的，而於原住民保留地開採板石，是否該當《土石採取法》第 3 條但書之規定，免申請土石採取許可，而依據《採取土石免申辦土石採取許可管理辦法》，僅向中央主管機關申請核定並公告劃定區域及採取期間？
- 二、工程主辦機關核准以人工方式採取保留地中一定數量之板石，上訴人以重機械採取，且數量與核准者不符，是否違反《土石採取法》第 36 條？
- 三、上訴人雖為採取土石之行為人，但其係受託人，是否該當《土石採取法》第 36 條規定之裁罰主體？

#### 伍、法院判決

本件工程所需土石之採取，既係由○○公司向霧台鄉公所申請，並由霧台鄉公所依《採取土石免申辦土石採取許可管理辦法》第 2 條第 1 項、第 2 項予以核准，則本件土石採取於每案 2 立方公尺，以人工方式採取之範圍內，屬《土石採取法》第 3 條第 1 項第 1 款所定之少量土石採取；逾此範圍者，則非該款所定之範圍，自不得適用該款規定免予申請採取許可，亦即仍應申請土石採取許可，始得採取。另霧台鄉公所、○○公司及上訴人既均未依《採取土石免申辦土石採取許可管理辦法》

第 6 條第 1 項及第 2 項規定，向中央主管機關提出申請，揆之前開規定，應認本件工程顯非《土石採取法》第 3 條第 1 項第 5 款所定之政府主辦之重大工程。上訴人主張本件土石採取屬免申請採取土石許可者，自無足採。

本件工程所需數量龐大之土石如何取得，應由霧台鄉公所或○○公司負責一節，核屬工程契約如何履行及履行是否可能之私法問題，與本件上訴人未經取得採取土石許可即違法為採取土石之行為無涉。

上訴人之採取土石，並不符合《土石採取法》第 3 條第 1 項但書各款規定，應申請採取土石許可後，始可為之，無從認其僅係違反《採取土石免申辦土石採取許可管理辦法》第 2 條第 1 項、第 6 條第 1 項、第 2 項規定，而應認其係違反《土石採取法》第 3 條第 1 項前段規定，應依同法第 36 條規定予以處罰。本件被上訴人以上訴人未申請採取土石許可，即於系爭土地以機械採取板石 50 立方公尺，爰依《土石採取法》第 36 條規定，處上訴人罰鍰 100 萬元，並限於 93 年 11 月 30 日前辦理整復，訴願決定及原判決遞予維持，核均無不合。

## 陸、評析

本案看似為單純的未經申請採取原住民保留地內之天然資源（板岩），而與國家對於土石資源開發之管理與兼顧自然環境之維護有關，在判決中也未能明確知悉受裁罰之上訴人是否為霧台鄉當地之魯凱族人，因此似乎無從原住民族傳統習慣之角度論析，但一方面因事實仍有未臻明確之處，產生疑點並有深入評析之價值，另一方面此一土石採取地點位於原住民保留地，相關行政機關與行政法院進行個案法律涵攝時，似無同時考量《原住民保留地開發管理辦法》，是否妥適而有檢討空間。

首先，本案所涉及之 4 件工程案若依據上訴人於上訴所述，需 600 立方公尺，但○○公司僅向工程主辦機關申請核准 8 立方公尺，故上訴人係基於竊盜故意而為超量採取，或僅為受○○公司之委託而為，並不明確，雖判決中提及已經由臺灣屏東地方法院檢察署依法偵辦，仍無法



究明。又上訴人是否因為超量採取被認定為竊盜而受刑法裁處，亦未可知。一方面，依據《行政罰法》第 26 條第 1 項之規定，以刑罰為優先，則本案在刑事判決尚未確定前即以行政罰進行裁處，可能產生一行為二罰之結果。二方面，上訴人是否為《行政罰法》第 3 條之行為人，或其僅為受○○公司委託、指揮之人，應以○○公司為真正之行為人，又或係該當《行政罰法》第 14 條第 1 項之共同行為人，均未明確。

其次，本件之霧台鄉公所、○○公司及上訴人除了未依據《土石採取法》申請取得土石採取許可外，也均未依《採取土石免申辦土石採取許可管理辦法》第 6 條第 1 項及第 2 項規定，向中央主管機關提出申請，原因為何？是否因為鄰近原住民保留地之地方政府較中央主管機關對原住民保留地中資源的開採，有較接近地方之認知，因而規避中央法令規定之義務要求？

另外，本案所涉及之 4 項部落環境或公共設施改善工程（霧台村整建原住民部落公共設施改善工程、大武部落環境設施改善工程、谷川社區部落環境改善工程、神山社區部落環境改善工程），必須使用之土石，與《原住民保留地開發管理辦法》第 24 條是否有競合之處，亦未明確。

目前若係於原住民保留地核發土石採取許可，或透過《採取土石免申辦土石採取許可管理辦法》僅向中央主管機關提出申請，是否保有原住民參與之程序與機制，亦應一併檢討。

#### ❖ 相關法律條文

土石採取法：第 36 條

採取土石免申辦土石採取許可管理辦法：第 2 條、第 6 條第 1 項

**案例七** 原住民保留地設置加油站案**案號** 最高行政法院 95 年度判字第 557 號行政判決**案由** 土地事務**關鍵詞** 公共工程、公共設施、加油站**壹、案例事實**

訴外人宜蘭縣南澳鄉公所（下稱南澳鄉公所）於民國 81 年間，依臺灣省政府 69 年 8 月 21 日制定發布之臺灣省獎勵興辦公共設施辦法第 5 條之規定，公告南澳鄉南強都市計畫——南澳加油站公共設施之興建獎勵條件。上訴人（○○企業有限公司）於 81 年間向南澳鄉公所申請於坐落南澳鄉○○段 462 之 1、463 之 4、464 之 1 地號等 3 筆原住民保留地籌設加油站，由南澳鄉公所核轉，經被上訴人（宜蘭縣政府）以 82 年 2 月 10 日 82 府建都字第 11068 號函核准上訴人之申請，並指示南澳鄉公所辦理及簽訂投資契約。上訴人另向經濟部申請核准設置南澳加油站，經經濟部以 82 年 6 月 1 日經（82）能字第 85559 號函表示「……貴站係屬山胞保留地，請依臺灣省政府民政廳 81 年 4 月 22 日 82 民胞字第 17633 號函示，依《山胞保留地開發管理辦法》第 23 條、第 24 條規定辦理租（使）用土地……」准許籌設，其後上訴人多次申請延展籌建期限，最後一次經前臺灣省政府建設廳以 88 年 6 月 15 日 88 府建 5 字第 155030 號函，同意上訴人展延期限至 89 年 1 月 1 日（原延展之最後籌建之期限為 88 年 7 月 1 日），逾期籌建核准自動失效，後因臺灣省政府進行組織功能調整，上開延期籌建權責移由被上訴人職掌，上訴人再於 88 年 12 月 14 日向被上訴人申請展延籌設期限，被上訴人以 89 年 4 月 7 日 89 府旅商字第 032046 號函否准其申請，上訴人不服，提起訴願及行政訴訟，均遭駁回。

## 貳、訴訟結果

上訴駁回。

## 參、當事人主張

### 一、上訴人（○○企業有限公司，非原住民）主張

本件申請籌建加油站乃係被上訴人及經濟部核准，且經當時之管理機關明確指示辦理程序，上訴人依循法規申辦，自不應因管理機關更易而駁回展延之申請。本件申請展延，參酌加油站設置管理規則所定，應審究有無可歸責於上訴人事由。本件歷次展延，在 82 年時，經濟部有為准否之權，83 年 6 月 30 日改由省政府核定准駁，臺灣省政府組織功能調整後，改由被上訴人主管。經濟部及臺灣省政府原均以土地之承租使用因行政機關對法令的莫衷一是，致令未能正式訂立租約，乃非可歸責上訴人之事由而一再准予展延。

本件上訴人申請設置加油站使用之土地，乃坐落宜蘭縣南澳鄉○○段 462 之 1、463 之 4、464 之 1 地號 3 筆土地，上訴人已支付對價取得或得同意使用，僅有 463 之 4 地號土地為原住民保留地，上訴人已按《原住民保留地開發管理辦法》第 23 條、第 24 條之法令逐級申請，並支付補償金並暫時交由代管機關南澳鄉公所為管理。是本件申請案於核准後向南澳鄉公所辦理租用之土地，僅 463 之 4 地號為國有地，而租（使）用該原住民保留地，已經依據《原住民保留地開發管理辦法》第 23 條規定辦理。

系爭土地乃南澳鄉公所無法收回之土地，後經上訴人依《原住民保留地開發管理辦法》第 24 條規定，自行出資收回。且本件業已依據《原住民保留地開發管理辦法》第 6 條第 1 項第 4 款及第 24 條第 1 項、第 2 項、第 4 項規定，經由原住民保留地土地權利審查委員會核准通過。

## 二、被上訴人（宜蘭縣政府）主張

坐落宜蘭縣南澳鄉○○段 462 之 1、464 之 1 地號土地業經原住民取得土地所有權，惟因上開土地屬原住民保留地，依修正前之《山胞保留地開發管理辦法》第 24 條規定，山胞依第 23 條規定申請開發時，山胞已取得之土地所有權，應協議計價層報縣（市）主管機關同意後參與投資。至同段 463 之 4 地號土地係公有原住民保留地，依申請當時《山胞保留地開發管理辦法》第 5 條規定，山胞保留地所有權人欄應登記為中華民國，管理機關為前省（市）政府民政廳，上訴人自始均未取得管理機關臺灣省政府民政廳之同意函。

行政院 89 年 2 月 16 日台 89 內字第 4589 號令修正《原住民保留地開發管理辦法》後，始容許在原住民保留地上設置加油站，是以在 89 年 2 月 16 日前，上訴人無法依該辦法規定申請設置加油站，被上訴人於 88 年 12 月 14 日受理上訴人之申請展延後，認上訴人既自始即未能取得管理機關前臺灣省政府民政廳同意使用系爭土地，實無延展之必要，乃未予核准展期，原處分並無違誤。

## 肆、爭點

- 一、原住民保留地是否容許申請設置加油站？
- 二、本案因涉及《原住民保留地開發管理辦法》之修訂以及臺灣省政府組織調整，如何適用新舊法律？

## 伍、法院判決

- 一、上訴人原申請興建加油站領有被上訴人核發之 82 年 7 月 22 日 82 建管字第 4987 號建造執照，嗣因基地部分使用臺灣省所有、前臺灣省政府民政廳管理之坐落南澳鄉○○段第 463 之 4 地號土地，上訴人申請時僅由南澳鄉公所出具土地使用同意書，與《建築法》第 30 條規定不符，經被上訴人所屬建設局於 82 年 10 月 22 日以 82 建管字第 3017 號函撤銷原核發之建造執照，上訴人對該處分並未聲明不服而告確定。

- 二、《加油站設置管理規則》第 16 條規定，加油站經核准籌建後，應於核准次日起 2 年內完成各項營運設備，並檢具建築物之使用執照送直轄市、縣（市）主管機關審查。本件上訴人籌建南澳加油站欲興建建築物之建造執照既經撤銷，上訴人又未主張其已另行依法申請領得建造執照，自亦無從取得使用執照送被上訴人審查，上訴人復未說明就此其有不可歸責事由，則被上訴人於原核定延展期限屆滿後，否准上訴人延展期限之申請，核無不合。
- 三、463 之 4 地號土地屬於公有原住民保留地，依申請當時《山胞保留地開發管理辦法》第 5 條規定，並無權限之南澳鄉公所出具該筆土地之使用同意書予上訴人，南澳鄉公所該行政行為顯有瑕疵，因此，上訴人於 88 年 12 月 23 日再向被上訴人申請展延籌建期限時，被上訴人於 89 年 3 月 10 日以 89 府建工字第 024885 號函請宜蘭縣南澳鄉公所表示意見，南澳鄉公所於 89 年 3 月 27 日以 89 鄉財字第 2238 號函復上訴人不同意上訴人承租該土地。據此，依行政院 89 年 2 月 16 日台 89 內字第 04589 號函修正發布施行之《原住民保留地開發管理辦法》第 6 條第 1 項第 4 款、第 24 條第 1 項、第 2 項、第 4 項規定，上訴人於申請租用原住民保留地時，該公所之原住民保留地土地權利審查委員會審查時將不會通過，縱被上訴人同意上訴人展延籌建期限之申請，上訴人仍無法租用系爭土地以興建加油站。

## 陸、評析

本案未直接與特定之原住民族相關，僅能從地理位置位於宜蘭縣南澳鄉推測，發生爭議的原住民保留地可能屬於泰雅族人所有，但因為只是推測，故無從自泰雅族之傳統習慣或文化之角度對本案件事實進行任何論述。實際上在為數不少的行政法院判決中，由於當事人未能具體表明，法院也未進行職權調查，因而難以避免會有這樣的情形。儘管並非所有的案件都與原住民族之傳統習慣與文化具有相關性，但考量到憲法增修條文第 10 條第 11 項之憲法多元文化誠命，尤其是行政院所處理者係行政機關與人民之間的公權力關係，若能多關注其中不同傳統習慣

## 國內原住民族重要判決之編輯及解析（第二輯）

所造成對於公權力關係認知之落差與規範效力，應能有效助益行政機關與人民對於原住民族文化之尊重。

本案主要涉及原住民保留地是否得興建設置加油站，故必須探究使用、利用原住民保留地之相關法規。處分時之《原住民保留地開發管理辦法》（89年2月16日修正）以及上訴人與南澳鄉公所簽訂投資契約行為時之《山胞保留地開發管理辦法》，當中對於原住民保留地之利用已經有不同的規範方式。儘管前後二辦法之授權依據都同樣來自《山坡地保育利用條例》第37條<sup>4</sup>及《農業發展條例》第17條第2項<sup>5</sup>訂定，與現行有效，最後一次修正日期為民國96年4月25日之《原住民保留地開發管理辦法》之授權依據已經限縮為《山坡地保育利用條例》第37條，規範意旨已然不同。

就本案而言，僅需比較當事人首次申請時（81年）與訴訟時（89年）之適用法規。上訴人向南澳鄉公所申請開發並簽訂投資契約時之《山胞保留地開發管理辦法》第23條規定：「為促進山胞保留地內礦業、土石、觀光遊憩及工業資源之開發，在不妨礙國土保安、環境資源保育、山胞生計及山胞行政之原則下，優先輔導山胞開發。（第一項）山胞申請開發時，應分別按其申請情形檢具下列文件，申請該管鄉（鎮、市、區）公所提經山胞保留地土地權利審查委員會通過，層報省（市）主管機關核准後，租用山胞保留地，每一租期不得超過九年，期滿後得續租。（第二項）前項開發或興辦計劃圖說，包括下列文件：一、開發事業主管機關核准證明文件。二、水土保持計畫（含植生計畫）。三、開發計畫圖說（包括分年開發計畫、申請用地配置圖應標示

4 本條例歷經多次修正，本案適用之條例應為民國75年1月10日總統（75）華總（一）義字第0119號令修正公布之條文，其條文內容為：「山坡地範圍內山地保留地，輔導山胞開發並取得耕作權、地上權或承租權。其耕作權、地上權繼續經營滿五年者，無償取得土地所有權，除政府指定之特定用途外，如有移轉，以山胞為限；其開發管理辦法，由行政院定之。」

5 民國72年8月1日總統（72）台統（一）義字第4301號令修正公布之條文，其條文內容為：「山坡地、山地保留地、河川新生地、海埔新生地及海邊養殖地等土地，由政府統籌規劃，劃定區域，自行投資開發或核准由農民、合作農場、農民團體、農業企業機構投資開發。但政府開發之土地，指定為農業使用者，除供自用外，應優先租售農民，分期收回開發費用。前項土地之開發管理及山地保留地輔導開發辦法，由行政院定之。」

於比例尺不小於五千分之一地形圖及地籍套繪圖)。四、土地登記簿謄本。五、輔導山胞就業或轉業計畫。六、環境影響評估報告書或環境說明書。(第三項)公、民營企業或非山胞申請承租開發，應由鄉(鎮、市、區)公所先公告三十日，公告期滿無山胞申請時，始得依前項規定辦理。(第四項)」

而上訴人於 89 年進行訴訟時，《原住民保留地開發管理辦法》第 24 條已然修正，主要在第 2 項與第 3 項進行修正規定：「原住民為前項開發或興辦，申請租用原住民保留地時，應檢具開發或興辦計畫圖說，申請該管鄉(鎮、市、區)公所提經原住民保留地土地權利審查委員會審查通過，層報行政院原住民委員會核准後租用，並俟取得目的事業主管機關核准開發或興辦文件後，租用原住民保留地；每一租期不得超過九年，期滿後得依原規定程序申請續租。(第二項)前項開發或興辦計畫圖說，包括下列文件：一、分年開發或興辦計畫。二、申請用地配置圖，並應標示於比例尺不小於五千分之一之地形圖及地籍套繪圖。三、土地登記簿謄本。四、輔導原住民就業或轉業計畫。(第三項)」。從前後法令之修正條文比較後可知，當事人一開始申請與訴訟時在公有原住民保留地上建設加油站之要件，已然不同；但地方主管機關(南澳鄉公所)不論如何均無權出具土地使用同意書，在我國地方基層行政機關較易因為選舉或關係壓力而「出賣公權力」之情況下，適當地限縮地方行政機關之權力，確實有助於原住民保留地所有與利用之完整性。

#### ❖ 相關法律條文

建築法：第 30 條

加油站設置管理規則：第 16 條

原住民保留地開發管理辦法：第 23 條、第 24 條

#### ◆ 相關案件

最高行政法院 92 年度判字第 1203 號

最高行政法院 104 年度判字第 535 號

**案例八** 原住民保留地申請設定農育權案**案號** 臺北高等行政法院 102 年度訴字第 443 號行政判決**案由** 原住民保留地**關鍵詞** 地上權、行政處分之效力**壹、案例事實**

本件原告於 101 年 2 月 13 日向被告新北市烏來區公所申請，就坐落於新北市烏來區○○段登記為原住民保留地之系爭土地（下稱系爭土地）辦理原住民保留地設定農育權登記，經被告審查結果，以其存檔資料即「75 年原住民非法使用山地保留地經清理准予租（使）用清冊（山胞）」（下稱系爭清冊）所載，原告非合法原始使用人，經以 101 年 3 月 6 日函請原告提出合法使用系爭土地書面資料供參，原告亦未能補正，原告所請核與《原住民保留地開發管理辦法》（下稱開發管理辦法）第 9 條及第 10 條規定不符，被告於 101 年 9 月 17 日以新北烏原字第 1012262500 號函（下稱原處分）否准原告請求地上權（農育權）之設定。原告提出訴願未獲救濟，故提出行政訴訟。

**貳、訴訟結果**

原告敗訴。

**參、當事人主張****一、原告（原住民）主張****（一）先位請求**

1. 72 年以前因原住民私墾情形，省政府為進行管理，由被告於 75 年間依「臺北縣烏來鄉非法使用山地保留地清理計畫」進行使用狀況



- 清查，作成系爭清冊。清理計畫中，七、作業程序中載明：「(一) 依據本鄉 71、72 年度山地保留地清查統計成果清冊及 73 年度違約違規／非法使用山地保留地調查清冊編定審查清查」，但被告迄今未提出 71、72 年度山地保留地清查統計成果清冊及 73 年度違約違規／非法使用山地保留地調查清冊，且被告就本次清理工作之工作項目順序，應先編造非法使用山地保留地清冊，而可列名系爭清冊之非法使用人應僅限於原清冊之人，被告不提出即無從證明參加人本即為原清冊所載非法使用人。
2. 又依「75 年度臺北縣烏來鄉非法使用山地保留地清理工作月報表」所示，被告應通知實地勘查、編造審查清冊並公告審查結果，而審查清冊依前揭清理計畫中，七、作業程序規定：「(四) 審查結果由本所公告 1 個月，並將情通知當事人，另受理異議。」惟原告當年未接獲通知，被告迄今無法提出公告相關資料，亦無通知各當事人之通知單或回執等郵務資料，雖被告辯稱已公告於各村辦公室，亦不符公告 1 個月並通知當事人之程序規定。
  3. 原告父、母、兄長於 55 年間即已在系爭清冊所載之系爭土地上種植杉木，75 年清查時，土地使用人應為原告父、母及兄長，且系爭土地上現仍有當時種植、樹齡已逾 50 年之杉木。況參加人自陳「老人家之前也是種杉木，杉木被松鼠咬到壞掉……所以杉木沒有辦法存活」、「參加人種植的是杜英，有一部分土地上有杉木，這是原告越界種植的」等語，已自認杉木係屬原告所有，依原證 13 照片即可看出系爭土地上杉木樹齡已逾 50 年，被告亦自承系爭土地上除魚池、建物外，其餘為杉木林，並無參加人所稱種植之杜英，有被告發給參加人之 97 年 7 月 24 日北縣烏產經字第 0970007498 號函可證。
  4. 被告清查土地使用狀況所依據之清理計畫係根據臺灣省政府於 74 年秋季所公布之「加強山地保留地管理與促進開發利用實施要點」而來，該實施要點二、(四) 即已明定宜林地已完成造林者，由鄉公所限期申辦租地造林及訂約。該實施要點乃上級機關依權限對下

級機關為內部規範，非直接對外發生法效力之一般規定，具有法位階效力，被告制定、執行清理計畫應依法行政，自無登載非土地現使用人之行政裁量權利，是被告將系爭土地使用人不實登載為參加人，即屬違法。

5. 再上述登載於系爭清冊即准予租用之性質，可視為授益行政處分，則被告即係對參加人作成無效、違法授益行政處分，且此一無效、違法原因為參加人所明知，其無值得保護之信賴基礎，被告依《行政程序法》第 117 條第 1 項規定，自應主動依職權撤銷。

## （二）備位請求

原告兄長應為系爭土地之使用人，並已依清理計畫繳納補償金，即應為系爭土地之租用人，否則系爭清冊何以載為「經核准租使用」。是系爭土地於被告 75 年間依清理計畫清查完畢，作成系爭清冊後，即應准予原告兄長租用，換言之，被告作成系爭清冊時，該授益行政處分已直接生效。

## 二、被告主張

- （一）本件原告於 101 年 2 月 13 日向被告申請就登記為原住民保留地之系爭土地辦理設定地上權登記，經被告審查結果，以其檔存資料即系爭清冊所載，系爭土地原使用人應為參加人，原告非合法原始使用人。
- （二）按《行政程序法》第 110 條第 3 項規定，行政處分未經撤銷、廢止，或未因其他事由而失效者，其效力繼續存在。查被告依開發管理辦法規定審查原住民保留地土地之分配、無償使用、所有權移轉等申請案件，及陳請核示而函准設定系爭地上權、取得所有權之行為，係行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施，而對外直接發生法律效果之單方行政行為之行政處分。被告於 75 年所進行之山地保留地清理工作，係以依《臺灣省山地保留地管理辦法》等所擬定之清理計畫，並經前臺北縣政府核准後層報臺灣省政府民政廳核備。上開清理計畫經核准實施後，

被告係會同地政機關及現使用人至各筆土地勘測分割，再將會勘結果製成系爭清冊，該清冊經 75 年 8 月 30 日及 75 年 10 月 27 日所召開之鄉土地審查委員會審查通過後，公告於各村辦公處所供閱覽，公告期間為 75 年 11 月 5 日至 75 年 12 月 4 日，俟 1 個月公告期滿無異議後，經臺北縣政府核准後，再轉呈臺灣省政府民政廳備查。

是被告 75 年清理山地保留地，將參加人登記於系爭清冊並准予其使用系爭土地之行政處分，並無違反開發管理辦法及相關行政規則，被告自無依職權撤銷之必要。而上開行政處分未經撤銷、廢止，或未因其他事由而失效，其效力應繼續存在，在系爭清冊仍登記參加人為系爭土地使用人之情況下，被告自無可能作成准予原告設定系爭土地原住民保留地地上權之行政處分。

- (三) 系爭清冊所登載之土地與實際使用者是否相符等情，原告父母、兄長實無可能諉為不知，渠等於 75 年間被告公告系爭清冊並受理異議時，並未對清冊登載參加人為系爭土地使用人乙節提出異議，足見原告父母、兄長並未認為清冊之登載有何錯誤之處。
- (四) 原告對其主張父母、兄長自 55 年起在系爭土地種植杉木等情，未能舉證說明，並自承系爭土地上之杉木係 86 年始為原告所種植，原告自無從以系爭土地之現況，證明其父母、兄長自 55 年起即有於系爭土地開墾種植杉木之情。

## 肆、爭點

- 一、於公告系爭清冊並受理異議時，未對清冊錯誤登載參加人為系爭土地使用人一事提出異議，是否即不具有被登記為土地所有人之資格？
- 二、對系爭清冊所載情形通知，是否可僅公布於村內佈告欄為之？

## 伍、法院判決

- 一、緣前臺灣省政府為處理山地保留地濫墾情形，於 74 年 12 月 4 日以

74 民四字第 27981 號函請各縣政府督促有關鄉鎮公所切實依照前函頒《加強山地保留地管理與促進開發利用實施要點》、《健全山地保留地租地造林林地管理暨分收改進要點》暨山地保留地管理辦法等規定加強辦理，經前臺北縣政府 74 年 12 月 11 日 74 北府民三字第 446655 號函轉被告，被告乃於 75 年間據以擬訂清理計畫。依該計畫六、清理原則（一）、2. 規定，舊濫墾地屬宜林地已完成造林之土地，准予清理放租予土地現使用人；清理計畫七、作業程序則規定，被告應編造審查清冊，加註初核意見，據供審查，並訂期召開鄉土地權利審查委員會予以審查，審查結果由被告公告 1 個月，將情形通知當事人，另受理異議，於覆審異議後，報送核定，並據以處理相關土地。被告上開清理計畫業經前臺北縣政府以 75 年 4 月 29 日 75 北府民三字第 131206 號函復經轉省民政廳同意備查在案。

二、被告於前開清理計畫報準備查後，即依據相關規定於 75 年間進行山地保留地清理工作，由被告會同地政機關及現使用人至各筆土地勘測分割，再將會勘結果製成系爭清冊，該清冊提經臺北縣烏來鄉土地權利審查委員會 75 年 8 月 30 日及 75 年 10 月 27 日會議審查通過，被告爰以 75 年 11 月 5 日 75 北縣烏財經字第 6254 號公告將系爭清冊存放於各村辦公處所供閱覽，公告期間自 75 年 11 月 5 日至 75 年 12 月 4 日，嗣因公告期滿無人異議，被告乃將系爭清冊報送前臺北縣政府核准後，再轉呈前臺灣省政府民政廳核備。原告主張當時實際種植杉木從事造林之原告父母、兄長未曾於公告期間就系爭清冊關於參加人之記載有所錯誤提出異議，自堪認被告於 75 年辦理山地保留地清理工作時，依現場會勘結果製成系爭清冊，其上登載參加人為系爭土地之使用人，與當時現狀應屬相符。原告雖稱被告未將系爭清冊所載情形通知原告父母及兄長，致其父母兄長未能提出異議云云，然如前述，系爭清冊業經公告於各村辦公處所供人閱覽，即已公告周知，且被告於 75 年間係全面清理轄內山地保留地非法使用情形，非僅會同地政機關及使用人至各筆土地勘測分割，由系爭清冊所載亦可知關涉之使用人數眾多，衡情應屬烏來地區之地方大事，原告父母及兄長既居住當地並實際種植杉木從事

造林工作，自無不知之理，原告徒執前詞否認知悉系爭清冊所載，誘不足採。

- 三、系爭清冊所載原告兄長○○○及參加人使用之土地地號與現行土地登記謄本地號固然有異，惟渠等使用之各該土地面積則完全相同，可見原告兄長○○○及參加人對於渠等各自可使用之土地面積及範圍，自始清楚明瞭，此由 75 年系爭清冊公告並報請備查後，至 88 年原告受讓○○○相關權利前，長達 13 年期間雙方從無爭執，亦足徵之。○○○自始即係依據系爭清冊所載行使其就○○○○、○○○○及○○○○地號土地使用之權利，並移轉、贈與上開權利予原告，從未表示其有系爭土地之使用權，其所轉讓、贈與原告之權利亦未包含系爭土地使用權在內，原告稱其自○○○繼受取得系爭土地使用權，自無可採。倘系爭清冊確有將渠等使用之系爭土地誤登載為參加人使用之情，以面積懸殊若此，豈有不發現之理，惟原告兄長○○○對系爭清冊並未提出異議，在其轉讓相關權利予原告前，亦未與參加人就此有所爭執，凡此均足徵原告主張與常情有違，難予採信。
- 四、被告依其 75 年辦理山地保留地清查結果，將參加人為系爭土地使用人登記系爭清冊並報經前臺北縣政府核准後轉呈前臺灣省政府民政廳備查，而准參加人使用系爭土地，系爭土地原使用人應為參加人，原告非合法原始使用人，復未能提出合法租（使）用系爭土地之證明文件，與開發管理辦法第 9 條規定不符，以原處分否准原告所請，並無違誤。原告主張系爭清冊登載參加人為系爭土地使用人顯有錯誤，其兄方為系爭土地使用人，依清理計畫六、（一）、2. 「宜林地已完成造林之土地，准予清理放租予土地現使用人」之規定，應取得租用權利，原告因繼受取得其兄所有之上開權利，自得請求地上權（農育權）設定云云，核屬無據，洵不足採。

## 陸、評析

本案法院判決雖然論證詳實，且將相關事證進行明確之調查與論述。但其中以民國 75 年原告父母及其兄長未提出異議為主要原因支持

行政機關之行政處分，其並認定清冊經公告於各村辦公處所，又為當時烏來之大事，原告父母及其兄長必然知悉，既然未為爭執表示系爭清冊之記載並無違誤。此一認定，縱然係以公文書或行政處分應推定其為真實、正確為據，但恐怕仍有兩方面值得推敲之處。

首先，法院認定「系爭清冊所載亦可知關涉之使用人數眾多，衡情應屬烏來地區之地方大事，原告父母及兄長既居住當地並實際種植杉木從事造林工作，自無不知之理」，然而或可思考的是，知悉此一大事與明白系爭清冊之法律權利義務關係未必一定有必然關係。尤其本案中原告之父母、兄長若係未曾受漢人教育之原住民，其依據原住民傳統習俗對土地利用之方式使用土地，其後之法律對土地使用加以限制，若僅以未於公告系爭清冊並受理異議之期間，未對清冊登載參加人為系爭土地使用人提出異議，即否定具有被登記為土地所有人之資格，或許忽略對於原住民傳統土地利用習俗之尊重。但因為本案並未顯現原告之父母、兄長與原告本人是否為原住民，亦不知若其確為原住民，其屬於何種族群，因而不易判斷本案是否必須考量原住民傳統或文化對於土地利用之習俗與習慣。

其次，可能未實際考量原告父母、兄長之知識能力，並以一般具備知識公民之標準推斷原告父母與兄長具有明白法律、公告等文書之能力，但原告父母兄長是否僅具備農牧能力而未必具備足夠了解現代法律之能力，實為處理原住民保留地爭議中常常被忽略之面向。縱原告之父母與兄長皆為了解現代法律者，在短暫公告期間內，尤其在民國 75 年的時空背景下，能否與願否提出即時之權利主張亦有疑問。當然，行政機關自身所提具「75 年度臺北縣烏來鄉非法使用山地保留地清理工作月報表」此一辦法中，僅對審查結果加以公告，並未逐一通知當事人，以當代法治觀之，恐不符正當行政程序之要求；但當時並未有正當法律程序之要求，是否產生爭執之今日，仍可以當時無欠缺程序要件而治癒此等跨時空之程序瑕疵，對於相同需要轉型正義思考的原住民事務言，或有再斟酌之餘地。

最後，法院就實質認定採取行政法案件之一般法律判斷標準，並無違誤。然而或許可進一步思考，在原住民土地爭議中，嚴格地課與當事

人舉證責任之原則是否妥適。因法院認定無法舉證或舉證不足即判原告敗訴的邏輯，也容易使其他原住民因為欲主張恢復其傳統領域、或以其實際耕作、占有、使用之事實而取得保留地設定權利資格、並取得相關土地權利時，因法院認定其不具備嚴格的使用土地證明，造成原住民之主張於司法途徑中較可能遭遇敗訴判決？甚至造成壓抑原住民取得土地所有權以發展自治等相關權利之結果？更進一步言，對認定何者取得土地、具有所有權，倘皆由地方主管機關、法院等漢人本位決定原住民事項，並無賦予原住民足夠之參與，對於原住民主張或認定固有領域似較為不利，也因而較難踐行原住民族自治之目的。

#### ❖ 相關法律條文

原住民保留地開發管理辦法：第 9 條、第 10 條

行政程序法：第 110 條第 3 項

#### ◆ 相關案例

最高行政法院 103 年度裁字第 1624 號

臺中高等行政法院 102 年度訴字第 418 號

### 案例九 原住民保留地解編爭議案

**案號** 高雄高等行政法院 99 年度訴字第 412 號行政判決（最高行政法院 100 年度裁字第 670 號裁定）

**案由** 原住民保留地解編

**關鍵詞** 原住民保留地解編、國有所有權登記

## 壹、案例事實

原告陳○○於民國 98 年 5 月 27 日提出請求書，向被告行政院原住

民族委員會申請就劃編為原住民保留地之 54 筆土地作成解編之行政處分，經被告 98 年 6 月 1 日檢送原告請求書及相關資料影本轉請臺東縣政府查明事實，並副知原告。臺東縣政府旋於 98 年 7 月 6 日函復被告略以：「說明：二、比魯段 1-1 地號等部分土地業已放租予李○○君等二人。三、至請求解編之標的『比魯段』及『金星段』係分別於 58 年及 59 年度總登記時之山地保留地，並非因 79 年間因增劃編計畫而新增之原住民保留地，自無行政院 85 年 10 月 15 日台 85 內字第 35891 號函示『撤銷增劃編原住民保留地原則』之適用。」

被告乃於 98 年 7 月 8 日及 98 年 8 月 17 日函請臺東縣政府查明上開 54 筆土地之總登記日期及使用現況（承租人及其初次承租日期、占用人及占用日期）等相關資料。嗣臺東縣政府以 98 年 8 月 20 日檢送上開 54 筆土地之租（使）用清冊後，被告復分別於 98 年 8 月 26 日、98 年 9 月 16 日及 98 年 11 月 19 日函請臺東縣政府再查明補正及增列「鄉別」、「土地面積（m<sup>2</sup>）」、「非都市使用分區」、「使用地類別」等相關資料。惟因臺東縣政府迄未補正，被告亦未對原告為函復，原告不服，遂以被告逾法定期間未對其申請作成准駁之行政處分，依《訴願法》第 2 條規定，於 99 年 2 月 12 日向行政院提起訴願，亦遭行政院於 99 年 6 月 24 日訴願決定不受理，原告仍不服，遂提起本件行政訴訟。（原告後續行上訴，但為最高行政法院以 100 年度裁字第 670 號駁回）

## 貳、訴訟結果

原告之訴駁回。

## 參、當事人主張

### 一、原告（非原住民）主張

（一）原告可依《公有山坡地放領辦法》放領系爭土地

按《公有山坡地放領辦法》第 3 條第 1 項規定，如係符合 65 年 9 月 24 日以前已依法承租公有土地之要件者，除非該公有山坡地為原住



民保留地，否則承租人得依前開辦法申請放領公有山坡地。而原告早於 48 年間即在系爭土地耕作並設籍居住於系爭土地上。嗣於 53 年間，經前臺灣省政府民政廳派員實施測量後，亦准予原告承租耕作系爭土地，58 年 11 月 26 日及 59 年 12 月 1 日系爭土地始辦理總登記為國有財產，同時劃編為原住民保留地。系爭土地已由原告向臺東縣金峰鄉公所承租耕作迄今。

然而，系爭土地劃編為原住民保留地並不符合《原住民保留地開發管理辦法》（下稱開發管理辦法）所規定劃編原住民保留地之要件。準此，系爭土地係於 65 年 9 月 24 日以前經依法放租之公有土地，符合《公有山坡地放領辦法》所規定之放領要件，原告本得依該辦法辦理放領系爭土地，卻因行政機關之疏失將系爭土地劃編為原住民保留地，致系爭土地成為《公有山坡地放領辦法》第 3 條第 1 項第 6 款規定不予放領之土地，原告因而無法辦理放領系爭土地，取得系爭土地所有權，而僅能以承租之方式使用系爭土地，已侵害原告得依法申請成為系爭土地所有權人之合法權益。原告於系爭土地耕作之財產權受限制，有受保護之權利或法律上利益存在，自得請求被告將原劃編為原住民保留地之行政處分予以撤銷，作成准予解編之行政處分。

## （二）系爭土地劃編為原住民保留地，顯有違誤

### 1. 公有土地劃編保留地必須有原住民占有使用

按「臺灣省山胞原居住使用公有土地劃編山胞保留地要點」第 3 條規定：「本要點實施前山胞原居住使用之土地，符合下列條件之一而願劃編為山胞保留地者，得依本要點劃編為山胞保留地，分配予現使用人。1、土地總登記前已使用之土地。2、遷村使用之土地。3、經政府分配使用之土地。4、其他經山胞現在使用之土地」。前揭開發管理辦法第 3 條規定，劃編原住民保留地之立法目的，旨在於保障原住民生計，而因劃編或增編供原住民使用之保留地。因此，該劃編或增編土地須以原住民使用為必要，亦即以劃編或增編土地與原住民有特定之連結，有作為原住民使用為必要，始能劃編為原住民保留地。（另參前揭開發管

理辦法第 8、17、18 條)。不論原住民保留地之劃編或增編、原住民取得所有權或地上權登記，均以該保留地有原住民有耕作之事實為法定要件。而原告自 48 年起就在系爭土地設籍居住及耕作、使用迄今。系爭土地於劃編為原住民保留地前，已由原告耕作、使用，系爭土地雖劃編為原住民保留地，但從未有原住民於系爭土地占有使用、設籍居住之事實。原告經營耕作之系爭土地遭劃編為原住民保留地，顯係行政機關之疏失所致。

### 2. 劃編保留地必須辦竣國有土地所有權總登記

又依「臺灣省山地保留地辦理土地總登記應行注意事項」第 1 點規定：「本省山地保留地應就已辦妥地籍測量地區製備精確之圖籍後，依土地法、土地登記規則及臺灣省山地保留地管理辦法之規定，辦理國有土地所有權總登記」。準此，劃編為原住民保留地之法定程序，須先辦妥地籍測量並製備精確之圖籍。惟查系爭土地所屬地區迄未辦妥地籍測量並製備精確之圖籍，業經鈞院於 99 年 10 月 1 日以電話通知被告提出系爭土地劃編前之地籍圖及測量資料，被告自承並無該項資料，足證被告將系爭土地劃編為原住民保留地，顯屬違反法定程序。

### 3. 原告占有系爭土地符合解編保留地之規定

依 90 年 4 月 3 日《原住民保留地開發管理辦法》之原主管機關內政部邀請相關機關開會研商「原住民保留地開發管理條例草案」，其中第 24 條規定：「依前條清查之結果，非原住民於民國 59 年 12 月以前，即已居住、使用之原住民保留地或因錯誤編為原住民保留地者，得視實際情形，於不影響原住民族共有區域使用下，報經中央主管機關核准後，予以解編」。據此規定，得解編原住民保留地之情形為：(1) 縱為原住民保留地，但始終均由非原住民於 59 年 12 月以前，即已居住、使用之原住民保留地；(2) 因錯誤而劃編為原住民保留地之情事。準此，系爭土地縱為原住民保留地，惟原告既自 48 年起即於系爭土地耕作、使用迄今，亦即於 59 年 12 月以前，原告非原住民即於系爭土地已居住、使用長達約 50 年，符合該草案第 24 條得予解編之條件。此外，系爭土地自始至終均無原住民居住，行政機關將其劃編為原住民保留地亦

屬錯誤。再參以「原住民保留地開發管理條例草案」第 24 條之立法說明：「對於非原住民長期使用之保留地因誤編為原住民保留地者，既與原住民無傳統淵源關係，又無法留供原住民使用，顯已失去保留地劃設之政策目的」。原告申請解編自有理由。

## 二、行政機關（被告）主張

### （一）原住民保留地完成國有所有權登記程序，依法自主有絕對效力

關於原住民保留地之總登記，依「臺灣省山地保留地辦理土地總登記應行注意事項」第 1 點規定：「本省山地保留地應就已辦妥地籍測量地區製備精確之圖籍後，依土地法、土地登記規則及臺灣省山地保留地管理辦法之規定，辦理國有土地所有權總登記」。又依《土地法》第 43 條規定：「依本法所為之登記，有絕對效力」。是以，現有原住民保留地，除依「原住民使用原住民保留地以外公有土地預定增編原住民保留地會勘處理原則」及「原住民原居住使用公有土地劃編原住民保留地要點」規定增、劃編者外，其餘皆係依土地法、土地登記規則、管理辦法及注意事項等相關規定辦理總登記為保留地，所有權人為中華民國，管理機關為臺灣省政府民政廳（現為被告）。原住民保留地經調查測量後，已完成國有所有權登記程序，依法自主有絕對效力。

### （二）7 年至 64 年辦理總登記之原住民保留地目前無法源解編

增編原住民保留地之目的係為保障原住民生計，推行原住民行政，但臺灣省政府據以辦理增編原住民保留地之情形，部分或與會勘處理原則不符，或與原增編目的不符，為審慎處理，臺灣省政府經報奉行政院核示，有關「撤銷增編原住民保留地原則」依內政部 85 年 9 月 26 日函議復意見辦理，辦理原則略以：「（一）得檢討撤銷增編之原住民保留地：1. 與原住民使用原住民保留地以外公有土地預定增編原住民保留地會勘處理原則不符者。2. 位於增編邊緣之原住民保留地且無原住民耕作

使用並不影響原住民保留地之整體經營者。3. 增編範圍內大部分原住民保留地已為平地人承租使用者」。是以，上述得撤銷之增編原住民保留地，僅適用於 79 年至 87 年間經行政院核定之增劃編原住民保留地，至於 57 年至 64 年辦理總登記之原住民保留地，目前尚無法源據以辦理解編事宜。而如前述，系爭土地既屬 57 年至 64 年辦理總登記之原住民保留地，《原住民保留地開發管理辦法》無解編之相關規定，被告未依原告之申請辦理解編，並無違誤。

### （三）原告無權利或利益損害，其提起之訴訟應予駁回

按依《訴願法》第 2 條第 1 項規定：「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法定期間內應作為而不作為，認為損害其權利或利益者，亦得提起訴願」。查本件原告請求被告解編之原住民保留地，並非得撤銷之增編原住民保留地，本件原住民保留地事件即非依據法令規定得提出申請之案件，被告對於原告之申請事項，自無應作為而不作為之情事。且原告亦未提出任何因被告未解編系爭原住民保留地致其權利或利益受有損害之具體事實，原告之既存承租權利未受影響，財產權亦無所減損或受到限制，亦未增加其負擔，是原告無權利或利益損害等語，並聲明求為判決駁回原告之訴。

## 肆、爭點

原告主張自己於民國 48 年起即於系爭土地耕作、使用迄今，因而請求被告應依其 98 年 5 月 27 日申請，就系爭土地作成准予自原住民保留地解編之行政處分，是否有據？

## 伍、法院判決

一、原告有無訴訟權能應視實體法有無賦予請求被告作成准予解編之行政處分之公權利而定

依《行政訴訟法》第 5 條第 1 項，提起課予義務訴訟，須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」，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之。若無此種情形，其起訴即為不合法應予駁回。而有無訴訟權能，人民依法律有請求行政機關為行政處分或為一定內容行政處分之公權利者，行政機關對人民依法申請之案件，即有作成行政處分之義務。倘實體法規範既未明文賦予人民申請權，且就該法規範之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，亦無保護其個人權益之規範意旨時，即難謂有提起課予義務訴訟之訴訟權能，自不得再以他人之公權利為據而提起課予義務訴訟。準此，本件原告提起課予義務訴訟是否合法，應視實體法規範有無賦予其請求被告依其申請作成准予解編原住民保留地之行政處分之公權利而定。

## 二、法律未賦予特定人得請求解編原住民保留地之公權利

依《山坡地保育利用條例》第 37 條規定：「山坡地範圍內山地保留地，輔導原住民開發並取得耕作權、地上權或承租權。其耕作權、地上權繼續經營滿 5 年者，無償取得土地所有權，除政府指定之特定用途外，如有移轉，以原住民為限；其開發管理辦法，由行政院定之」。基於該條例規定之授權，前揭開發管理辦法第 1 章雖已分別規定原住民保留地之土地管理、開發、利用與保育，以及林產物管理之規範，惟該開發管理辦法並無關於原住民保留地解編之規定。是前揭開發管理辦法並未賦予特定人得請求解編原住民保留地之公權利，則原告請求被告作成准予解編原住民保留地之行政處分，已屬無據。再參以原告所提出之「原住民保留地開發管理條例草案」第 24 條規定雖已就解編原住民保留地事項為規範，惟原住民保留地之解編，涉及憲法委託國家（行政、立法、司法權）積極維護發展原住民族文化，保障扶助原住民族經濟、土地並促其發展等基本國策之落實與非原住民居住、使用該國有土地權利之保護，兩種利益衝突之權衡，該條例草案既尚未完成立法程序，自不許原告在無實體法規範為依據之情形下，逕請求解編原住民保留地。是原告主張其得依前揭條例草案第 24 條規定申請解編云云，顯不可採。

- 三、又按前揭 54 年《臺灣省山地保留地管理辦法》第 2 條規定：「本辦法所稱山地保留地，係指本府為保護山地人民生計及推行山地行政所保留之國有土地而言」。第 14 條前段規定：「山地保留地應分鄉實施地籍測量，銓定地目等則，並即辦理土地總登記」。第 15 條規定：「山地保留地所有權之登記，由民政廳囑託各縣政府為之，其所有權人欄註明為國有（山地保留地），管理機關臺灣省政府民政廳」。據此，山地保留地之總登記，應於實施地籍測量，銓定地目等則後，由前臺灣省政府民政廳依土地法、土地登記規則及前揭管理辦法、注意事項辦理，地政機關則應於所有權人欄註明為國有（山地保留地），管理機關臺灣省政府民政廳。經查，系爭土地分別係於 58 年 11 月 26 日及 59 年 12 月 1 日辦理總登記，所有權人登記為中華民國所有，管理者為被告（管理者原為前臺灣省政府民政廳，嗣於 87 年 6 月 3 日變更為臺灣省政府原住民事務委員會，精省後又變更管理者為被告），其他登記事項欄並登記為「山地保留地」，核與前揭開發管理辦法、注意事項規定並無不合，則原告主張系爭土地劃編為原住民保留地之行政處分應予撤銷云云，已無理由。
- 四、原告雖爭執依原住民保留地之劃編或增編、原住民取得所有權或地上權登記等權利，均以原住民有居住使用該保留地之事實為要件，系爭土地從未有原住民使用、設籍居住之事實，其劃編為原住民保留地顯有違誤云云。惟如前述，系爭土地為原有山地保留地，非依前揭劃編山胞保留地要點而劃編之原住民保留地。再者，前臺灣省政府劃編山地保留地之目的在於保障原住民土地使用，促進原住民保留地合理利用，以安定原住民生活，發展原住民經濟（前揭 37 年《臺灣省各縣山地保留地管理辦法》第 1 條、55 年《臺灣省山地保留地管理辦法》第 1 條規定參照），劃編山地保留地之目的，寓有由國家提供國有土地分配予原住民，專供其使用收益，並得取得土地權利，藉此安定並改善原住民族之生活，促進其生存及發展。準此，原有山地保留地之劃編，本即不以原住民有居住使用該保留

地之事實為前提。原告執前詞爭執系爭土地無原住民使用之事實，系爭土地劃編為原住民保留地違反前揭規定云云，顯有誤會。

五、原告雖又以被告無法提出系爭土地劃編前之地籍圖及測量資料為據，爭執系爭土地迄未辦妥地籍測量並製備精確之圖籍，劃編違法云云。惟如前述，系爭土地已分別於 58 年 11 月 26 日及 59 年 12 月 1 日辦理總登記確定，此為兩造所不爭執，且依該注意事項第 2 點規定，山地保留地之地籍圖及地籍清冊等資料，係由當地地政事務所永久保存，而被告係於 85 年 12 月 10 日始設立，於辦理系爭土地之總登記時，尚未成立，自無法提供前述地籍圖及測量資料。

## 陸、評析

本案原告遭法院判決敗訴後，即聲請司法院大法官解釋，惟經 102 年 7 月 5 日大法官第 1407 次會議議決不受理，因為與原住民相關案件聲請憲法解釋者目前並不多<sup>6</sup>，加上本案之原告、被告雖均非原住民，但卻是非原住民主張被劃定為原住民保留地之土地已長期由其佔用，而主張排除該土地被劃定為原住民保留地，以保護自己之財產權，此等案例儘管於行政訴訟中並不多見，但卻也是原住民保留地遭遇原住民保護與非原住民財產權間爭議與權利權衡之案件，故特別分析此一釋憲聲請案之原因案件。

相較於本研究多數行政訴訟案件，係由原住民請求承認土地相關權益之案件，本件乃非原住民請求政府解編原住民保留地以承認其於土地上之權利。自整件行政法院判決論述與雙方當事人之主張可見，原告為長期（自民國 48 年以來）對系爭土地（山坡地）進行墾殖之平地人，對於其長期墾殖之系爭土地被認定為原住民保留地，使其無法對該土地主張任何權利，尤其其已占有系爭土地數十年，卻無法如同原住民一般依《山坡地保育利用條例》第 37 條規定請求取得土地所有權表示不服，認為國家將該土地編列為原住民保留地影響並侵害自己之財產權。

6 若以原住民為關鍵字於大法官解釋文中進行查詢，查得釋字第 721 號與第 719 號，但事實上僅有後者確實涉及原住民之權益；若搜尋不受理決議，雖可查得 15 則，但僅有此則與原住民保留地相關。

就事實表面觀之，原告似因為族群差異而遭遇基於族群出身之差別待遇，可能違反憲法第 7 條所保護之平等權。然而，法律上之差別待遇並非一律違反平等權保障；立法者非不得基於具備正當性之理由，基於不同的分類標準為差別待遇。

原住民保留地制度，涉及憲法委託國家各憲法機關積極維護發展原住民族文化，保障扶助原住民族經濟、土地並促其發展等基本國策之落實，以及非原住民居住、使用系爭土地權利之財產權保護，乃是兩種基本權利衝突進行權衡後之制度。法院依據現行法制設計之架構，認為國家對於原住民保留地之劃設編列，主要係國家提供國有土地以安定並改善原住民族生活之措施，因此並不以原住民有居住使用該保留地之事實為前提；儘管法院並未進一步透過合憲解釋方式，更深入說明此等措施儘管確實排除非原住民使用並所有國有土地之財產權，但乃是立法者之立法形成自由，並該當憲法增修條文對於政府扶助原住民發展等基本國策之落實，為合理之差別待遇，但可隱約從法院判決中得知法院之論述隱含此等價值判斷。此一見解確實值得肯定。立法者此等積極保護義務之立法，輔以行政權之實踐，縱然非原住民可能遭遇「間接歧視」，但此乃所有採取優惠性差別待遇（或稱積極平權）之措施均可能遭遇之困境。然而，對於原住民族之所以必須實施優惠性差別待遇措施，正是國家為了彌補長期以來對於特定族群之不公平對待。正如司法院大法官釋字第 719 號所言，基於憲法增修條文第 10 條第 12 項之規定，國家具有保障扶助並促進原住民族發展之義務，透過原住民保留地此一差別待遇之手段，對於安定並改善原住民生活之目的確有合理之關聯。又誠如被告於訴訟聲明中所表示，原住民自民國 77 年後開始發起「還我土地」運動<sup>7</sup>，象徵原住民族已經意識到以往所得自由使用之土地已經被非原住民平地人以不同之方式占有侵奪，因而發起社會運動聲明其權利，足證即便現行已經有原住民保留地之制度，對於原住民而言，恐仍有保護不足之嫌，相較於整體原住民族所遭受之不正義，以限制類似原告之非原

7 參考解嚴後的原住民族運動，<http://proj1.sinica.edu.tw/~video/main/people/5-tribe/tribe2-all.html>（2015/12/12 瀏覽）。



住民所有之財產作為侵害手段，非謂不符合最小侵害原則。原住民保留地所採取之分類標準，應與達成差別待遇之目的間，具有合理之關聯性，與憲法第 7 條平等原則亦無抵觸。

#### ❖ 相關法律條文

公有山坡地放領辦法：第 3 條第 1 項

臺灣省山胞原居住使用公有土地劃編山胞保留地要點：第 3 條

原住民保留地開發管理辦法：第 8 條、第 17 條、第 18 條

#### ◆ 相關案例

臺北高等行政法院判決 97 年度訴字第 1628 號

最高行政法院裁定 98 年度裁字第 1887 號

最高行政法院裁定 100 年度裁字第 670 號

#### 📖 延伸閱讀

傅玲靜，怠惰的行政機關與訴願機關——怠為處分之課予義務訴訟之相關問題，月旦法學教室，第 62 期，頁 24-25。

李建良，淺說原住民族的憲法權利——若干初探性的想法，臺灣本土法學雜誌，第 47 期，頁 115-125。

**案例十** 利害關係人請求撤銷原住民耕作權設定

**案號** 最高行政法院 104 年度判字第 536 號行政判決  
臺中高等行政法院 103 年度訴字第 499 號行政判決

**案由** 原住民保留地耕作權設定

**關鍵詞** 實際耕作、自行耕作、新保護規範理論

## 壹、案例事實

訴外人甲○○、乙○○於民國 99 年 12 月 28 日分別申請辦理坐落於臺中市和平區之原住民保留地耕作權設定乙案，經被上訴人（臺中市和平區公所）排定 100 年 1 月 5 日至現場辦理現況勘察、公告，並經臺中市和平區第 2 次原住民保留地土地權利審查委員會審議通過，臺中市政府原住民事務委員會同意備查在案。被上訴人認與原住民保留地開發管理辦法相符並以公函即原處分核定，再送臺中市東勢地政事務所辦理耕作權設定登記事宜。上訴人向被上訴人提出陳情書，主張其中 65、65-5、65-4 地號土地（下稱系爭土地）自 64 年間起即由上訴人耕作，甲○○、乙○○二人並無實際耕作之事實。上訴人先依《行政訴訟法》第 6 條第 2 項規定提起確認行政處分無效之訴敗訴，上訴人仍不服原處分，又以利害關係人身分，提起訴願、行政訴訟，均不受理駁回。

## 貳、訴訟結果

上訴駁回。

## 參、當事人主張

### 一、上訴人（原告）主張

《原住民保留地開發管理辦法》（下稱開發管理辦法）於 79 年 3 月 26 日訂定發布，依該辦法第 8 條及原住民保留地各種用地申請作業須知

其申請種類欄亦載明申請登記耕作權之要件為「本辦法施行前由原住民開墾完竣並自行耕作之土地」，是申請耕作權登記，至少應於 79 年 3 月 26 日前即已開墾完竣，並有自行耕作之事實行為，始符合規定。上訴人於 64 年 11 月間自訴外人丙○○受讓系爭土地及地上物，迄今均由上訴人在系爭土地耕作及種植果樹，此有果園讓渡契約書及臺灣中區電信管理局電話費收據可憑。且乙○○曾於 76 年間向臺中縣和平鄉（現改制為臺中市和平區）調解委員會聲請調解原住民保留地耕作權，足證當時系爭土地之實際耕作人確為上訴人。甲○○及乙○○取得耕作權他項權利設定登記後，向臺灣臺中地方法院對上訴人提起拆除地上物及返還土地之民事訴訟（102 年度訴字第 1999 號），益證上訴人方為系爭土地實際占有耕作之人。上訴人為系爭土地實際耕作使用人，被上訴人逕以原處分核准甲○○及乙○○取得系爭土地之耕作權，於法未合。100 年之土地會勘不但流於形式，無法確認耕作事實，且被上訴人未合法通知上訴人參加，竟核准渠等設定耕作權，顯有違法濫權之嫌。上訴人占有系爭土地之法律地位因原處分受到侵害，該當利害關係人身分。

按 63 年 10 月 9 日修正發布之《臺灣省山地保留地管理辦法》第 6 條第 1 項及第 64 條規定，原住民當時就山地保留地，於取得無償使用收益至取得他項權利前之期間，如將保留地讓售第三人，其法律效果僅為主管機關得撤銷該筆土地使用收益之權，而非原住民當然喪失使用收益權。本件丙○○早於 64 年將系爭保留地使用收益權讓渡上訴人前，即合法使用收益該地，且 75、76 年土地總清查資料中，65、65-1、65-2 地號使用人亦有「丁○○1.000、丙○○0.4000、戊○○0.2000」之註記，被上訴人並從未撤銷丙○○就系爭土地之使用收益權，故丙○○雖未取得他項權利，仍有使用收益系爭土地之合法權源。

開發管理辦法第 15 條第 1 項設有對原住民取得原住民保留地耕作權之轉讓之禁止規定，惟該管裡辦法之授權依據係《山坡地保育利用條例》第 37 條，而該條例係於 65 年 4 月 9 日公布實施，是依法律不溯及既往原則，於該條例公布實施前以原住民保留地為買賣標的物者，其法律行為係有效。上訴人與丙○○間之果園讓渡契約書非屬無效。法律上

利害關係人亦包括私法上利害關係人，故上訴人對系爭土地之利用，自具有法律上利害關係。

開發管理辦法由新保護規範理論觀之，應有保障非原住民已合法租用原住民保留地繼續自耕或自用之財產權益，不使該管理辦法施行前之耕種行為遭受不利影響之規範意旨存在，而與上訴人權益直接相關，應屬保護規範，非僅為保障公益而存在。

原處分使上訴人無法繼續合法占有使用土地，致其因該核定措施直接遭受法律上之不利益，自應認其為法律上利害關係之第三人，而當然具有提起本件撤銷訴訟之訴訟權能，具當事人適格。

## 二、被上訴人（被告）主張

被上訴人以原處分函送臺中市東勢地政事務所辦理登記事宜，係依開發管理辦法第 2 條至第 8 條規定辦理，並無違誤。系爭土地 49 至 52 年間原始登記清冊為胡○○，與申請人乙○○、甲○○為父子關係，有繼承其耕作權之權利。又上訴人主張 64 年間承受讓渡自丙○○，然尚查無丙○○有登記現況使用之事實。至 76 年間由乙○○申辦調解，乃為主張該土地確為先父所使用。

## 肆、爭點

對原住民保留地設定耕作權之核定處分不服之利害關係人如何認定？

## 伍、法院判決

提起撤銷訴訟，須經合法訴願程序，始得為之。又提起撤銷訴訟不以受處分人為限，尚包括利害關係人，所謂利害關係乃指法律上之利害關係而言，不包括事實上之利害關係在內。若依其主張陳述，不足以顯現出行政處分有違法並損害其權利或法律上利益之可能者，提起撤銷訴訟，即非屬適格之原告。

開發管理辦法第 8 條之規定，非原住民即非屬得依上開規定申請設定原住民保留地耕作權登記之人。查上訴人不具原住民身分，無法申請

設定原住民保留地耕作權登記，即不因被上訴人將系爭土地之耕作權登記核與甲○○、乙○○二人，而影響上訴人對系爭土地為設定原住民保留地耕作權登記申請。

64 年間有關原住民保留地（當時稱為山地保留地）之管理，應適用 63 年 10 月 9 日修正之《臺灣省山地保留地管理辦法》（80 年 4 月 10 日廢止），該管理辦法第 6 條第 1 項、第 8 條第 2 項第 34 條第 1 項及第 35 條第 1 項亦嚴格限制平地人使用山地保留地（按即現行法所稱原住民保留地），僅於特定情形，例外許可非原住民使用原住民保留地。

不問依現行開發管理辦法之規定，或 64 年間適用之《臺灣省山地保留地管理辦法》規定，因系爭土地為原住民保留地，上訴人非原住民身分，對於原住民保留地或山地保留地權利之繼受有法規之限制，無可能因其曾於 64 年間自訴外人丙○○之讓與，而取得合法之地上權或耕作權，至多僅為事實上占有系爭土地、地上物，而為果樹之收益。綜上，原處分對外發生之法律效果，並未對上訴人現存在之權利或合法利益發生影響，依上訴人之主張，其僅對原處分具事實上之利害關係。

原判決以上訴人縱使於 64 年間受讓系爭土地並實際耕作，然其既未取得承租權，或設定耕作權及地上權，系爭土地是否經被上訴人撤銷原處分就耕作權之設定登記，上訴人並無任何法律上之利害關係，至多僅具債權之經濟上及事實上之利害關係，而無本件訴訟實施權能，認其提起本件撤銷訴訟為當事人不適格，而駁回上訴人在原審之訴，經核尚無不合。

## 陸、評析

本案雖然並非直接由原住民提出訴訟，主張自丙○○之土地權益受到公權力機關之侵害；然而，一方面現行社會中，許多權利侵害的加害者並非公權力機關，而可能是私人，因而對於私人侵害原住民權利之行政案件亦有注意必要；另一方面，由於現行法令對於原住民保留地設定或取得之權利要件，採取排除非原住民主體資格之立場，但早期尚未編列或確認原住民保留地之前，已經有不少平地人前往原住民族傳統領域，

或原住民以往使用但未必經現代法律承認所有權或排他權之土地進行墾殖開拓，待國家意識到有保護原住民族權益之必要與責任後，方制定各種相關法令以保護原住民族土地權利。然此一時間落差與法令當時的欠缺，自然形成平地人期待獲得土地墾殖之利益，甚至主張應與原住民獲得相同之法令保護與保障。受理相關案件之行政機關與法院，如何正確適用法律，以在個案中平衡相關人之間的利益，尤其適當地彰顯並表達國家對於原住民族土地權益之重視，實有助於涉訟當事人正確理解相關法令意旨。

本案從訴願、高等行政法院與最高行政法院之判決，都以當事人非為利害關係人之程序理由，未進入實質審查即駁回當事人之請求，此固然符合訴訟法上之前程序後實體的審理邏輯，然而實務限縮利害關係人認定之標準，向為學者所批評，尤其本案件上訴人（原告）乃實體上爭執系爭土地不應該被認定為原住民保留地，法院未能實質進行審酌，以累積原住民保留地認定之客觀標準，殊為可惜。

本案之法院判決若能如同前一案例一般，對於原住民保留地制度之立法意旨進行若干論述，並援引憲法增修條文第 10 條第 12 項為依據，說明立法者此等立法政策選擇之正確性，當更有利於未來原住民族或原住民族主管機關適用或主張原住民保留地之合法合理基礎。

#### ❖ 相關法律條文

山坡地保育利用條例：第 37 條

原住民保留地開發管理辦法：第 8 條

### 三、其他

#### 案例十一 政府採購得標廠商應進用一定比例原住民案

案號 司法院大法官解釋釋字第 719 號

案由 政府採購得標廠商應進用一定比例原住民案

關鍵詞 政府採購、積極平權、平等權、比例原則

本號解釋係聲請人針對終局判決所適用之《原住民族工作權保障法》第 12 條第 1 項、第 3 項及《政府採購法》第 98 條，認定侵害憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經用盡法律救濟途徑而未獲權利救濟，認有牴觸憲法之疑義，故依據《大法官審理案件法》第 5 條第 1 項第 2 款規定聲請解釋憲法。因為本號解釋之原因案件眾多，故以下據以提出本解釋之各終局確定判決事實依序整理。

#### 壹、臺北高等行政法院判決 97 年度訴字第 2942 號（港商壹傳媒案）

##### 一、原告主張

- （一）《原住民族工作權保障法》第 12 條及《政府採購法》第 98 條未區分得標廠商得標之標案類型為何，全部要求其應依照上開法條僱用原住民，違背憲法第 7 條平等原則及第 23 條比例原則，爰懇請鈞院裁定停止訴訟程序，聲請大法官釋憲：

《原住民族工作權保障法》第 12 條及《政府採購法》第 98 條未區分得標廠商得標之標案類型為何，全部要求其應依照上開法條僱用原住民，自違背《憲法》第 7 條平等原則及第 23 條比例原則：查依《政府採購法》得標之廠商得標之標案類型眾多，在工

程案件，因工程完工大多需時頗長，可能要約數年的時間才能完工，且金額亦屬龐大，故在此種工程標案依《原住民族工作權保障法》第 12 條及《政府採購法》第 98 條要求其必須僱用原住民，方具有期待可能性，且符合比例原則，也才能達到《原住民族工作權保障法》為促進原住民就業，保障原住民工作權及經濟生活的目的。綜上，《原住民族工作權保障法》第 12 條及《政府採購法》第 98 條未區分得標廠商得標之標案類型為何，全部要求其應依照上開法條僱用原住民，自有違憲法第 23 條比例原則。且不同事務作相同處理，也違背憲法第 7 條規定實質平等之原則。

- (二) 被告所為原處分未提供原住民身分資訊已違反《行政程序法》第 5 條明確性原則。訴願決定認為原處分未提供原住民身分為合法亦不可採：

按《行政程序法》第 5 條係明確性原則之具體化，即內容明確的行政行為始能讓人民預見行政機關行政行為將發生何種法律效果，俾人民得以遵行而有助於法秩序安定。查本件原處分雖載明主旨、事實、處分理由、法令依據，然依原處分附件 1 之「一覽表」中，僅有數字而未有姓名，且數字的來源依據為何、是否有誤、如何計算等情，原告皆無法得知，也無法複查被告計算是否有誤，則原告實無從得知行政機關獲致結論之原因，自與行政行為應具備明確性原則有違。按「隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第 23 條所保障」，本件原住民身分是否如被告所辯涉及個人隱私權而不予提供，首應探究者，即為原住民身分有無涉及資訊隱私權私密敏感事項，如與資訊隱私權私密敏感性質無涉，則公開原住民身分自無任何侵害隱私權可言。

查原住民得依《原住民身分法》第 11 條主動向行政機關申請認定為具原住民身分，經被認定為原住民身分後，即可享有法律上對原住民所賦予之各種權利保障，對原住民而言，實有利而無害。



其次，原住民申請認定具原住民身分，除享有法律上之諸多保障外，多基於對其族群之認同感及情感，非具有秘密不欲為人知之性質。且查，被告辯稱原住民身分涉及個人隱私，又礙於權責劃分，實難將該等資訊公開查詢云云，容有誤會，從未提供實際僱用原住民人數之相關資訊予原告或公開上開資訊，則縱使原告欲依法僱用，也無從掌握在職員工中究竟有多少員工屬於原住民族，則不僅原告無從預見及調整公司實際原住民身分之人數，抑且原告縱施以謹慎之注意力，亦無法得知案件事實涵攝於法令構成要件之判斷上是否有違誤，復無法預見該規範涵攝構成要件之具體事實內容，於何種情形下，應憑何種證據方能為原住民身分之認定，如此，行政機關隱藏資訊之瑕疵，將永久無法被揭露，則被告遽憑未經檢視之資訊，即對原告作成系爭行政處分，自與行政行為應明確性之要求相悖。

- (三) 《政府採購法》第 113 條違反授權明確性原則、《政府採購法施行細則》第 107 條及第 108 條違反法律保留原則，故被告據此規定所作成之處分自屬違法應予撤銷：

國家對人民課予租稅以外之金錢給付義務，涉及人民之財產權限制，屬法律保留事項，惟立法機關在符合授權明確性原則下，可授權行政機關以命令補充之。人民自由及權利之限制，依憲法第 23 條規定，應以法律定之。其得由法律授權以命令為補充規定者，則授權之目的、內容及範圍應具體明確，始得據以發布命令。

《政府採購法》第 113 條違反授權明確性原則：查《政府採購法》第 98 條規定得標廠商違反僱用原住民員工義務時，應予繳納代金，然上開條文並未對代金之繳納額度、代金之計算方式有明確規定。《政府採購法》第 113 條雖曾授權主管機關訂定施行細則，然依前開司法院大法官解釋之意旨，仍應符合授權明確性之要求方可，即授權之目的、內容及範圍均應具體明確，始得據以發布命令。然《政府採購法》第 113 僅規定，「本法施行細則，由主管機關定之」，未詳列授權之目的、內容及範圍，自與授權明

確性原則有違，而據以訂定之《政府採購法施行細則》亦屬違法而不予適用。

《政府採購法》第 98 條係針對得標廠商國內員工總人數逾 100 人者，應於履約期間內僱用一定比例原住民，如僱用人數不足，廠商應繳納代金，此條文係為保障原住民工作權及經濟生活而設，核屬為公益目的，應無疑問；而在廠商違反僱用原住民之公法上義務時，負以繳納代金之法律效果，亦屬課予人民租稅以外之金錢給付義務，是前揭條文既為課予人民租稅以外之金錢給付義務，如授權給行政機關以命令補充時，自須具體明確。而《政府採購法施行細則》第 107 條及第 108 條係由行政機關（行政院公共工程委員會）針對《政府採購法》（即母法）第 98 條所作補充規定，若母法未具體明確授權，又行政機關逕自增加對人民權利所無之法律限制，即與法律保留原則相悖。查《政府採購法》第 98 條規定：「得標廠商其於國內員工總人數逾 100 人者，應於履約期間僱用身心障礙者及原住民，人數不得低於百分之二，僱用人數不足者，除應繳納代金，並不得僱用外籍勞工取代僱用不足額部分」。據此條文觀之，可否從條文中得知授權之「目的」、「內容」、「範圍」，顯有疑問，蓋本條係規定得標廠商在違反該條僱用原住民一定人數義務下，會被課予繳納代金之法律效果，立法者在本條並無授權給行政機關訂定代金之計算、繳納額度及方式等作補充規定，其授權目的自條文整體規定自無從推知，得標廠商亦無從預見，亦即從前揭條文無法預見授權內容及範圍包括繳納代金之方式或比例在內，如該條文可作為授權條款，則行政機關在繳納代金之計算上即可以行政命令毫無限制的為代金之任意增減，不受立法者之拘束，實已與保障人民財產權意旨相違。

綜上所述，《政府採購法》第 98 條未明確具體授權行政機關補充規定，而《政府採購法》第 113 條不得作為《政府採購法施行細則》第 107 條及第 108 條授權依據，據此，《政府採購法施行細則》第 107 條及第 108 條已違反法律保留原則，從而被告依據

《政府採購法施行細則》第 107 條及第 108 條作成命原告應繳納代金之原處分自屬違法。

(四) 原處分違反《行政程序法》第 7 條行政行為應符合比例原則之規定應予撤銷：

按行政法上之比例原則係國家為達特定目的，而採取之方法或措施，必須符合適當性、必要性及狹義比例原則，此為《行政程序法》第 7 條所明定。所謂適當性係指採取方法有助於目的之達成，而必要性係指有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。《政府採購法》第 98 條及《原住民族工作權保障法》第 12 條固為透過政府採購方式給原住民更多就業機會保障其工作權益，而課予達一定規模得標廠商僱用原住民員工之公法上義務，而手段上則以繳納代金取代未足額僱用原住民之法律效果，惟繳納代金之手段，是否可通過適當性檢驗不無疑問。縱認以繳納代金手段具有同樣達成目的之效果，其亦非對人民權益損害最小手段，承如前述，行政機關可在得標廠商於履約期間內未僱用原住民員工時，先命廠商在一定期限內補足僱用原住民員工人數，與繳納代金之手段相較下即為對人民權益侵害較小之手段。故繳納代金之手段不符適當性及必要性原則，被告作成之處分因為違反比例原則自為不合法。

## 二、被告主張

- (一) 系爭公法爭議乃立法者為落實憲法增修條文第 10 條之國家重大政策，故藉由規範政府採購此一政府重要歲出，以達保障原住民就業之社會福利政策，自當合於平等原則及比例原則之要求：原告訴稱系爭公法義務未區分得標案件類型，有違背憲法第 7 條平等原則及第 23 條比例原則云云。惟前已述及原住民就業代金之立法理由及立法者所欲規範者，誠乃政府每年從事私經濟行政時所支付之龐大金額，藉由政府支出而達保障原住民就業之目的，此外，更希冀得標廠商得於履約期間內僱用原住民，於力有未逮之際，被告亦得就其繳納之代金，支應相關促進原住民就業

之支出，實有代負其責任之意旨，其立法目的與手段實質正當關聯，故原告前述所持等語，顯係誤解法令。至若原告訴稱就業基金非僅用就業用途乙節，惟被告另訂有《原住民就業基金收支保管及運用辦法》，其中第 4 條及第 5 條均已詳加明文基金之來源及其用途，故原告來文等語，誠屬誤解，委無足採。

（二）依司法院釋字第 443 號解釋意旨，履約期間及國內員工總人數之認定僅屬執行上細節性、技術性事項，無悖於法律保留及授權明確性之要求：

1. 按司法院釋字第 443 號解釋理由，規範密度得作為審查有無符合法律保留及授權明確性之判準。涉及人民自由或權利之限制者，應由法律或法律具授權之命令方得為之；反之，倘屬執行細節性、技術性之事項，得以法律概括授權之方式，由主管機關發布命令為補充。
2. 查原住民族工作權保障法第 12 條及採購法第 98 條均明定依採購法得標之廠商應於履約期間內僱用原住民達其員工總人數百分之一，而原住民族工作權保障法第 24 條第 3 項規定：「前項及第 12 條第 3 項之代金，係差額人數乘以每月基本工資為計算」。職此，採購法施行細則第 107 條及 108 條係針對如何認定法條中所稱之國內員工總人數、履約期間、應收取代金之機關及計算方式之詳實述明，尚未增加法條中所無之限制，僅屬主管機關針對執行細節性、技術性之事項予以命令之形式為補充。
3. 原告訴稱採購法施行細則第 107 條、108 條係增加法律所無之限制，有違法律保留原則等語。然前已述及相關施行細則規定僅係針對原住民就業代金義務時之細節性、技術性事項，承司法院大法官釋字第 443 號解釋意旨，無違法律保留原則之要求。至若原告另訴以採購法第 113 條之授權明確性乙節，惟採購法施行細則僅對細節性、技術性事項為補充規範，尚無增加法律所無之限制，依司法院釋字第 367 號及相關諸多解釋意旨，自得以法律概括授權之方式，由主管機關基於專業及合目的性範圍為必要之補充規範。故原告起

訴所持等語，顯係誤解法令，委無足採。

- (三) 本件公法義務之課徵方式、範圍、額度均已明定於相關法令中，且相關事證亦詳附在卷，被告依法課處原告就業代金，無違行政法上相關原理、原則：

原告訴稱略以原處分未明確說明計算式及其來源依據，亦無提供實際僱用原住民人數資料等語，其行政行為實有欠缺明確性云云。惟系爭公法義務之計算方式已如前揭法規甚詳，尚無不明之處；再者，被告於實務上亦曾多次與類似原告之其他應負代金義務者，反覆核對標案資料、員工人數、標案資料及代金之計算，原告徒執前詞，顯與事實不符。至若其訴稱實際僱用原住民員工人數資料乙事，惟被告於訴願答辯及相關案件中均已聲明，原住民員工個人資料係由戶役政單位協助建置之原住民人口資料庫而來，其資料來源賴其他法定機關戶役政單位之提供，被告非執掌該等資料之主管機關，受前揭機關要求妥善保管、合法運用之拘束，基於行政機關權責劃分原則，被告實非可任意外洩。再者，承司法院釋字 585 號、603 號解釋意旨，個人自主控制其資料之資訊隱私權而言，乃保障人民決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，並保障人民對其個人資料之使用有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權。除保護個人隱私權之意旨，兼有《電腦處理個人資料保護法》個人人格權保護之限制，被告實難將該等資公開查詢。

## 貳、最高行政法院判決 99 年度判字第 205 號 (興農公司案)

### 一、原告主張

- (一) 對照《原住民族工作權保障法》第 4 條第 1 項規定與同法第 12 條第 1 項之規范文義，上訴人應與政府機關等，同有適用《原住民族工作權保障法》第 24 條第 1 項所設三年緩衝期。如有差別待遇，縱形式上符合法律保留原則，惟仍違反憲法第 7 條所揭諸

之平等原則。況《原住民族工作權保障法》係 90 年 11 月 2 日生效，則上訴人所應擁有之緩衝期，應至 93 年 11 月 2 日始屆至。

- (二) 上訴人前因信賴依《政府採購法》得標之採購契約，並依採購契約有可信賴之基礎及信賴利益存在。然相關案件招標機關，係由各縣市政府單位等之專人負責，應知行政院公共工程委員會 90 年 11 月 13 日工程企字第 90044255 號公告，卻仍在各採購契約規定上訴人應僱用身心障礙人士及原住民合計達百分之二即可。上訴人實依約履行僱用義務，自應受有保障。且上訴人依法招募，原住民人數始終無法僱足，係客觀情事所不能達成。被上訴人以每月計算上訴人是否僱用足額原住民並據此科處代金，顯有違比例原則。
- (三) 況《原住民族工作權保障法》或施行細則並未就履約期間何時點應僱足原住民人數作細節性或技術性規範。被上訴人以履約期間內各月份按月計算人數，將造成同一採購合約履約期間內，縱有部分月份已僱足原住民人數，僅因其他月份未僱足原住民人數而遭被上訴人科處代金之不合理現象，解釋上應以得標廠商履約期間屆滿當月份是否僱用足額原住民作為科處代金基礎，始為允當。被上訴人援引《政府採購法施行細則》第 107 條第 1 項認履約期間內應按月計算是否僱足，惟該第 107 條第 1 項並非定義代金計算之依據，且是否具合法性，訴願決定理由均未敘明，顯有違誤。又《政府採購法施行細則》第 107 條第 2 項規定僱用身心障礙者及原住民各須達百分之一以上，與《政府採購法》第 98 條規定（僅需合計達百分之二以上即可）顯有牴觸等語，求為判決撤銷訴願決定及原處分。

## 二、被告主張

- (一) 《原住民族工作權保障法》第 4、5 條及第 12 條，目的雖然相同，但規範主體、適用期間及執行方式有所差異。政府機關等平時即應比例進用原住民，其所負的義務遠較得標廠商於履約期間內始需比例僱用原住民者為高，故有第 24 條第 1 項所設之三年

緩衝期。且公部門進用人員，需受到各該職缺之管理辦法或聘用條例之規範，非立於私人地位從事私法僱用契約行為。故實已斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待，並未違反平等原則。

- (二) 行政院公共工程委員會 90 年 11 月 13 日 (90) 工程企字第 90044255 號令公告並刊登於政府採購公報，依《政府採購法》得標之廠商即應遵守第 12 條之規定；另 91 年 11 月 27 日亦修正《政府採購法施行細則》第 107 條，上訴人前已承接並履行其他標案，自不得以契約雙方未明文規定或不知法律為由，主張免除法定僱用義務。且未僱用足額者始需繳納代金，屬特別公課，無涉有無歸責性，是以故意過失與否本在所不問。且《原住民族工作權保障法》第 12 條第 1、3 項、第 24 條第 2 項、《政府採購法》第 98 條、《政府採購法施行細則》第 107 條、第 108 條，已明定得標廠商本應於履約期間內，按月繳納上月之代金，而非於履約屆滿之隔月繳納上月代金。被上訴人對於計納代金之方式，並無裁量空間，是屬羈束處分。又縱如上訴人所言招募有客觀不能之情事，代金之繳納係代負其教育、訓練、輔導就業等應盡而未盡之義務，亦達《原住民族工作權保障法》促進並保障原住民族工作權及經濟生活之目的。
- (三) 勞工保險局（下稱勞保局）事實上僅能提供每月月底投保人數，並曾函予被上訴人說明目前並無統計投保單位每月一日投保人數之機制。且其所提供之月底生效人數係指扣除當月份退保之被保險人人數後，事業單位仍加保生效中之被保險人人數。被上訴人作成對上訴人處分，係以其各月份所據員工總人數即係依勞保局提供之前月月底投保人數將其退月後作為當月份國內員工總人數，且因各該數據已扣除當月月底退保者，故每月月底投保生效人數實已相當接近次月一日之生效人數。惟遇有例外情形，如人數差距逾百人致影響代金數額變動時，得標廠商亦能舉出反證，被上訴人必當予以審酌。

## 參、最高行政法院 100 年度判字第 427 號判決 （蘋果日報案）

### 一、原告主張

《原住民族工作權保障法》第 12 條及《政府採購法》第 98 條之規定，未區分得標廠商之標案類型，全部均要求依上開規定僱用原住民，已違反憲法第 7 條平等原則及第 23 條比例原則。再者，原處分附件之一覽表，僅有數字、金額，但未列相關標案名稱，部分標案未據被上訴人提出各招標機關確認表，顯未完成調查即予裁處，且原處分就標案天數、計算方式均付之闕如，上訴人無從據以複核，訴願決定就此亦未詳為說明，均有違背行政行為明確性原則之要求。又《政府採購法》第 113 條雖授權主管機關訂定施行細則，然未詳列授權目的、內容及範圍，已與授權明確性原則有違，而《政府採購法施行細則》第 107 條、第 108 條第 2 項之規定，影響人民權益，於未有法律明確授權下即就追繳代金之計算方式有所規定，亦違反法律保留原則，被上訴人據此作為處分依據自屬違法，應予撤銷等語。

### 二、被告主張

《原住民族工作權保障法》第 12 條及《政府採購法》第 98 條之規定，係立法者為落實憲法增修條文第 10 條之國家重大政策，故藉由規範政府採購此一政府重要歲出，以達保障原住民就業之社會福利政策，自合於平等原則及比例原則之要求。至於有關代金計算之相關履約期間及國內員工總人數之規定，係屬執行上細節、技術性事項，以施行細則定之，並無悖於授權明確及法律保留之要求。至於代金之課徵方式、範圍、額度均已明定於相關法律，有關事證亦已詳附在卷，並無違反行政法上之原理原則。



## 肆、臺北高等行政法院判決 100 年度訴更一字 第 223 號（高鐵公司案）

### 一、原告主張

- （一）《政府採購法》第 98 條及《原住民族工作權保障法》第 12 條等有關繳納代金之規定，係依履約期間及差額人數乘以每月基本工資計算，而未斟酌採購契約之性質、得標廠商於履約期間之所得（或所受利益）等情形，致疏未考量以此計算基準可能造成追繳代金金額與採購案金額不合比例，或竟超過採購案金額之可能性。因此，時有命廠商繳納不符比例之代金情事，甚至竟有命繳納代金金額高於採購總額 53 倍之案例。且繳納代金之規定，自實施以來即衍生諸多爭端，政府機關與廠商間爭議不斷，行政院更於 95 年 12 月 6 日即已提出「政府採購法第 98 條條文修正草案」及「原住民族工作權保障法部分條文修正草案」，並坦言上揭規定確無以達成其所企求之目的，反而造成政府機關與廠商間爭議不斷，並嚴重侵害廠商之財產權。查系爭採購案之預估採購總價原為 550 萬元，惟實際履約金額僅為 420 萬餘元，而被告命繳納之代金竟高逾 128 萬元，占實際履約金額約 32.8%，實已違背公課公平負擔之原則並侵害憲法第 15 條所保障之財產權，而違反憲法第 7 條平等原則及第 23 條比例原則，依司法院釋字第 371 號解釋，建請本院以之為本案之先決問題裁定停止訴訟程序，並聲請司法院大法官解釋。
- （二）《身心障礙者保護法施行細則》第 12 條第 2 項規定「前項總人數之計算，自機關被裁減，其人員被資遣或退休而仍繼續參加勞保者，不予計入」，此乃係考量計算合理性而就員工總人數之計算所設之例外排除規定，此於計算履約期間應僱用原住民廠商之員工總人數時亦應有其適用，蓋該部分人員係依法加保而實際並未任職，如再予計入，顯失公允。又依《身心障礙者權益保障法施行細則》第 15 條規定，受僱者依《性別工作平等法》第 16 條

第 1、2 項規定申請育嬰留職停薪並仍繼續參加勞工保險者而經核准者，亦應符合前揭規定，得不予計入員工總人數之計算。查原告於 98 年 9 月份之勞工總人數固為 3,110 人，惟內含申請育嬰留職停薪之員工 14 人，該 14 人自應得不予計入員工總人數之計算。惟被告未詳究，仍將之計入員工總人數，並據此計算應繳代金金額，亦屬違法不當。

- (三) 又於繼續性供給契約，其履約期間與契約期間顯然有別，原《政府採購法施行細則》關於履約期間之規定，對於繼續性供給契約之廠商顯失公允，故《政府採購法施行細則》第 107 條第 1 項後段規定，於 99 年 11 月 30 日修正為：「所稱履約期間，自訂約日起至廠商完成履約事項之日止。但下列情形，應另計之：……三、一定期間內履約而日期未預先確定，依機關通知再行履約者，依實際履約日數計算」。另有關政府採購案繳納原住民就業代金相關規定不合理之處，於法規尚未修訂之前，不乏經由解釋方式而為適用之限制。被告於 94 年 3 月 11 日召開研商「協助廠商（企業）解決繳納原住民就業代金相關問題與籌組專案小組」第一次會議時，即曾為「各機關與廠商簽訂共同供應契約，若於契約有效期內未有任何文易者，可由訂約機關出具證明，而不受《政府採購法》第 98 條規範」之結論。是以，被告為辦理原住民就業代金業務之主管機關，縱於相關法規尚未修訂之前，其就《原住民族工作權保障法》第 12 條所指之「履約期間」仍應有解釋之權，惟其疏未考量繼續性供給契約之性質，而就繼續性供給契約之「履約期間」為合理允洽之解釋限制適用，亦有未當等語。並聲明：訴願決定、原處分均撤銷。

## 二、被告主張

- (一) 依《原住民族工作權保障法》第 12 條及《政府採購法》第 98 條規定，僱用未達法定比例者，依其差額始需向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金，係國家為落實保障原住民並維護其生存權，對於依採購法得標之廠商，就其未足額僱用人數及採購案

履約期間為計算，所課徵之公法上負擔，並限定其課徵所得之用途，性質上屬於特別公課，與行政罰或其他行政責任有間，自與司法院釋字第 685 號所稱罰鍰過苛無涉。衡酌憲法增修條文第 10 條第 12 項之精神與《原住民族工作權保障法》之意旨整體以觀，《原住民族工作權保障法》乃立法者就原住民與非原住民間工作權之判斷、調和，因此不生違反比例原則與平等原則之疑義，亦無聲請大法官解釋之必要。

- (二) 國內員工總人數之計算基準，《原住民族工作權保障法》未有明確規範，鑑於《原住民族工作權保障法》第 12 條與《政府採購法》第 98 條具有補充關係之法律地位，被告乃回歸《政府採購法》相關之規定。依《政府採購法施行細則》第 107 條第 1 項前段規定，所稱國內員工總人數僅依《身心障礙者保護法施行細則》第 12 條第 1 項第 1 項之規定辦理，非全盤接受前法之計算規定。又《身心障礙者保護法施行細則》於 97 年 4 月 15 日修正為《身心障礙者權益保障法施行細則》，原《身心障礙者保護法施行細則》第 12 條第 1 項規定移至《身心障礙者權益保障法》第 38 條第 3 項；第 2 項規定移至其施行細則第 15 條第 1 款；第 3 項規定移至其施行細則第 14 條。新舊條文比較後，舊法「員工總人數以每月 1 日參加勞保、公保人數為準」之規定仍未變更，僅係條文變動，不影響《政府採購法施行細則》第 107 條第 1 項之規定意旨，適用範圍亦不應因條文變動而將本未準用之條文納入。

倘依原告所持理由辦理，將《身心障礙者權益保障法施行細則》第 15 條亦納入員工總人數內計算，因該條第 1 款係移植舊條文第 12 條第 2 項之規定，即顯與《政府採購法施行細則》第 107 條第 1 項準用事項不符，於法未合。《身心障礙者權益保障法》第 38 條第 3 項就國內員工總人數之計算方式，主管機關考量整體規範所根據之價值及原則，於該法施行細則第 15 條再予限縮其範圍，自成《身心障礙者權益保障法》一套身心障礙者差額補

助費之計算標準。較之《原住民族工作權保障法》第 12 條、《政府採購法》第 98 條，所賦予義務主體之構成要件已屬不同，故倘準用全部《身心障礙者權益保障法》及其施行細則相關規定，不僅逾越母法授權，亦係適用法令未規定之事項，破壞法律保留原則。

- (三) 依《政府採購法》第 98 條及《原住民族工作權保障法》第 12 條立法目的，旨在藉政府採購程序創造原住民就業機會，廠商於履約期間須隨時準備履約，即有進用人員之必要，非僅履約日進用。又徵諸就業之本質，長期進用方得使弱勢之原住民得因此而參與社會活動，故法制設計上，以履約期間計算得標廠商進用原住民義務之期限，而不以履約實際天數或得標廠商所得利潤為其計算依據，始能有效保障原住民之工作權及經濟生活。是以，依《政府採購法施行細則》第 107 條第 1 項規定，規範得標廠商之僱用義務始於契約發生效力之日起，終於完成契約義務之日止，並無逾越授權範圍與立法精神。且原住民族就業代金之性質乃法定債之關係，於法律事實該當於法律構成要件時即當然發生代金債之效果，準此，代金債權債務關係之成立，應以構成要件事實該當（行為時）之法律為準。
- (四) 被告於 94 年 3 月 11 日召開之研商「協助廠商（企業）解決繳納原住民就業代金相關問題與籌組專案小組」第一次會議，僅係召集各部會研商追繳代金業務之疑義並請求提供相關意見，其會議中之結論僅屬會議之決議性質，並無拘束之效力。又原告係於 98 年 7 月 13 日起至 98 年 12 月 31 日政府採購案履約期間，未依法僱足法定比例之原住民，被告於 99 年 8 月 9 日以原處分核定原告需補繳原住民就業代金 1,287,360 元，故原處分作成時新修正之《政府採購法施行細則》第 107 條並不存在。職此，原處分所適用之法令係行為當時之法令，無違反法律保留原則之情事，亦不生法律適用錯誤之疑義。雖 99 年 11 月 30 日《政府採購法施行細則》第 107 條有修正規定，惟此與原處分是否合法無涉，不能

期待被告預知未來修法而適用未來法令，原告指責被告有解釋之權，主張應適用新修正之規定，實屬無稽。未依《中央法規標準法》第 18 條「實體從舊」之法律適用原則，本件有關履約期間之計算自應依行為時即 91 年 11 月 27 日修正之《政府採購法施行細則》第 107 條第 1 項後段為準，則 99 年 11 月 30 日修正之採購法施行細則第 107 條第 1 項第 3 款，自無本件履約期間計算之適用。是以履約期間之計算方式仍以「自訂約日起至廠商完成履約事項之日止」為準。

## 伍、評析

本件大法官解釋主要針對《原住民族工作權保障法》第 12 條第 1 項、第 3 項及《政府採購法》第 98 條（以下簡稱「系爭規定」）對人民形成增僱或選擇受僱對象等之限制，且未符合規定者則須繳納代金，涉及人民之營業自由及財產權。又，系爭規定僅係針對進用人數較多之事業額外課予上開義務，以人數作為差別待遇之分類標準，涉及人民之平等權。關於前者，本號解釋透過比例原則進行合憲審查；後者則為平等權保護之審查。

### 一、比例原則之審查

傳統的比例原則可分為適當性原則、必要性原則及狹義比例原則，三者係確定評價公權力行為之目的後，再分析其與手段間之關係，但並不直接探究公權力行為之目的是否正當。因此，目的正當性之審查可作為操作比例原則之前提，於前階段排除目的不當之公權力行為。

進行目的正當性之審查，須先判明公權力行為之真實目的。所謂目的，係指立法者透過法律所欲達成之「實際效果」。因此，除根據立法者宣稱之目的外，亦須探求立法者限制人民基本權利當時之目的，就法律之具體規定、立法背景、行政機關之執行結果等內容，判斷出真實目的。判明後，應先否定明顯不當之目的，再將其與具有約束力之國際文件、憲法、法律所確立之基本價值加以比較，判斷其正當性。

本號解釋引用《憲法》、《憲法增修條文》、《聯合國原住民族權利宣

言》及《國際勞工組織原住民族和部落人民公約》，說明「促進原住民就業、改善其經濟與社會狀況」為重要之公共利益，目的亦屬正當。惟目的之正當性與重要性並非相同，又以「公共利益」作為審查目的正當性亦非清楚。系爭規定為「優惠性差別待遇（積極平權措施）」，係屬國家對於過往受到歧視或不公平待遇之群體，透過積極具體的措施加以「救濟」或「彌補」。論理上，應就我國社會結構下就原住民之歷史、就業、經濟及社會處境等情形為具體之論述，說明國家為特別照顧之正當性。

另外，葉百修大法官不同意見書謂：「本件解釋系爭規定而言，對於得標廠商進用一定比例之原住民，表面上是各別原住民獲得工作權之保障，實際上是透過原住民在工作場域上的存在，凸顯社會各種場域中多元價值的重要性」。其中，認為透過「促進社會之多元性能實踐人民實質平等」之觀點，亦可為正當之目的。

確立系爭條文之正當性後，本號解釋先分別對營業自由及財產權進行比例原則之審查。

就營業自由部分比例原則之操作，本號解釋認為：「政府採購係國家公務運作之一環，涉及國家預算之運用，與維護公共利益具有密切關係。系爭規定固然限制得標廠商之財產權及營業自由，然其僅係要求該廠商於其國內員工總人數每逾一百人者，應於履約期間僱用原住民一名，進用比例僅為百分之一，比例不大，整體而言，對廠商選擇僱用原住民之負擔尚無過重之虞；如未進用一定比例之原住民，亦得按每月基本工資為標準繳納代金代替，對於得標廠商營業自由之限制並未過當」。就適當性原則言，立法者選擇於涉及國家預算、維護公共利益之政府採購上，採取對一定規模以上之得標廠商，課予進用原住民員工或繳納代金義務之手段，應能有助於目的之達成<sup>8</sup>。就必要性原則言，系爭規定所規定之進用比例並不大，且另設有繳納代金之替代性措施，儘管大法官並未明白確認為最小侵害手段，但以「未過當」認定並未違反必

8 陳新民大法官部分協同部分不同意見書：「質言之，立法者面對各種憲法委託的條款，擁有可審時度勢，定其緩急先後之程序，並採行一切可行的方式，形諸於法律條文的高度裁量空間，正是憲法委託的概念具體寫照。」

要性原則。

另外，系爭規定所為之「優惠性差別待遇」，並非直接由公權力授予資源，而是透過政府採購之程序，強制得標廠商授予資源予原住民。因此，就基本權利之限制可能涉及兩方面。一方面為課予廠商義務之權利限制；另一方面則係廠商為履行義務，而間接導致其他族群權利受損之效果，然而此類間接導致之損失是否為國家對於人民基本權利之限制，並非無疑。本號解釋雖得出第一部分合憲之結論，但由於原因案件中並未涉及特定人民權利受限制之主張，因而非屬解釋之範圍，大法官也未進行論述。

就財產權部分比例原則之操作，本號解釋認為：「系爭規定並非規定得標廠商一律須繳納代金，而僅係於未進用一定比例之原住民時，始令得標廠商負繳納代金之義務；至代金是否過高而難以負擔，廠商於參與投標前本得自行評估。參諸得標廠商之繳納代金，係用以充實原住民族綜合發展基金之就業基金，進而促進原住民就業，改善其經濟與社會狀況，系爭規定就有關得標廠商繳納代金之規定，對得標廠商財產權之限制，與其所維護之公共利益間，尚非顯失均衡。」

就適當性原則言，繳納之代金係以充實原住民族綜合發展基金之就業基金，符合立法目的。而就必要性原則之分析，本號解釋指出得標廠商具有雙重選項，並認為縱不考量「得標金額」與「繳納代金之金額」之關聯性，仍屬合憲。簡言之，縱使得標廠商繳納代金之金額大於得標金額，亦屬對於財產權之合理限制。其一，廠商得選擇進用一定比例之原住民，於此情形下廠商可享受原住民之工作成果，即未存在財產之損失；其二，廠商得於投標前自行評估費用是否過高。惟本號解釋又建議：「得標廠商未僱用一定比例之原住民而須繳納代金，其金額如超過政府採購金額者，允宜有適當之減輕機制。有關機關應依本解釋意旨，就《政府採購法》及《原住民族工作權保障法》相關規定儘速檢討改進」。似未能於此問題上，有一致之立場<sup>9</sup>。但此亦為釋憲上首度出現

<sup>9</sup> 林錫堯大法官之不同意見書則明確指出，若造成廠商不成比例之負擔，應違反比例原則。

「定期檢討機制」，應值注意<sup>10</sup>。

## 二、平等權之審查

就平等權之審查，本號解釋認為：「基於上開憲法暨憲法增修條文之意旨，國家具有保障扶助並促進原住民族發展之義務。系爭規定乃規範於政府採購制度下，以國內員工總人數是否逾一百人為分類標準，使逾百人之得標廠商，於履約期間負有進用一定比例原住民，以及未達比例者須繳納代金之義務，在政府採購市場形成因企業規模大小不同而有差別待遇。按系爭規定所以為差別待遇，係因國內員工總人數逾百人之廠商，其經營規模較大，僱用員工較具彈性，進用原住民以分擔國家上開義務之能力較高；且系爭規定所為進用比例為百分之一，以百人為差別待遇之分界，其用意在降低實現前開目的所為差別待遇造成之影響。至於此一差別待遇對於目的之達成，仍應有合理之關聯，鑑於現今原住民所受之教育及職業技能訓練程度，通常於就業市場中之競爭力處於相對弱勢，致影響其生活水準，其所採取之分類與達成上開差別待遇之目的間，具有合理之關聯性，與憲法第七條平等原則亦無抵觸。」

本號解釋係以「企業雇員規模」作為差別待遇之分類標準，並認為大規模事業對於國家照顧原住民之義務具有較高之分擔能力，分類標準尚屬合理，但亦有大法官認為此理由不足以成為差別待遇之正當依據<sup>11</sup>。就平等原則之審查，儘管相同未說明理由，但係採寬鬆之合理審查標準，認為鑑於照顧原住民之正當目的下，以此分類所為之差別待遇具有合理關聯性。

與前述相同，此差別待遇除了存在於廠商之間，亦造成原住民與非原住民之差別待遇，並可能侵害非原住民之工作機會。對照司法院大法官釋字第 649 號解釋，該號解釋係直接考量對非視障人士工作權之限制，因而採取較嚴格之中度審查標準。就此觀點而言，若本號解釋聚焦於系爭規定造成原住民與非原住民之差別待遇，是否仍採取相同之結

10 許育典（2015），〈政府採購得標廠商進用原住民的合憲性探討——釋字第七一九號解釋評析〉，《月旦法學雜誌》，242 期，頁 109。

11 陳新民大法官部分協同部分不同意見書。



論，或有可能採取較為嚴格之審查標準？是否表示，大法官對於憲法增修條文明文揭示之原住民族保障扶助制度，因為係全體原住民族一體適用，不若司法院大法官釋字第 649 號身心障礙者仍須再進一步區分不同的障礙類別，因而願意較明確地給予積極保護？若然，未來若涉及原住民族不同族群之權益衝突時，法院將如何進行權衡，不易預測，實有再續為觀察探究之必要。

#### ❖ 相關法律條文

原住民族工作權保障法：第 12 條第 1 項、第 3 項

政府採購法：第 98 條

### 案例十二 阿禮上部落劃設特定區域案

**案號** 最高行政法院 102 年度裁字第 505 號行政判決  
最高行政法院 101 年度判字第 1073 號裁定  
臺北高等行政法院 99 年度訴字第 1677 號行政判決

**案由** 有關土地事務

**關鍵詞** 風災、災區、特定區域範圍、諮商、居住遷徙自由

## 壹、案例事實

行政院莫拉克颱風災後重建推動委員會（下稱重建會）與行政院經濟建設委員會（下稱經建會）於民國 98 年 9 月 6 日召開會議，決定就莫拉克颱風受災區域進行安全評估。關於原住民居住的 55 個村落，勘驗工作由行政院原住民族委員會（下稱原民會）受理。原民會於 98 年 9 月 10 日委託中華民國環境工程學會承辦此項評估作業，而臺灣省屏東縣霧台鄉阿禮部落（下稱阿禮部落）於 98 年 9 月 13 日初勘及同年 9 月 14 日複勘，評估結果認定阿禮上、下部落均不安全。

行政院經建會於 98 年 11 月 9 日召開莫拉克風災災區「研商辦理莫拉克颱風後劃設特定區域指定劃設機關相關事宜」會議，指定被上訴人（即行政院農業委員會，下稱農委會）為阿禮部落地區的劃定機關，被上訴人召集行政院莫拉克災區劃定特定區域工作小組（下稱工作小組）赴阿禮部落進行劃定特定區域之實地勘查及審議會議；工作小組於 99 年 1 月 15 日與阿禮部落原住居者進行諮商並取得共識後，決議阿禮部落之特定區域範圍，並經行政院莫拉克災區劃定特定區域專案小組（下稱專案小組）第 6 次會議核定為特定區域範圍，被上訴人爰依前開決議於 99 年 2 月 11 日以農授水保字第 0991879621 號公告阿禮部落為特定區域範圍，上訴人表達異議後，對於重建會函復說明函內容未能接受，循序提起行政訴訟，為原審判決駁回，而提起上訴。

## 貳、訴訟結果

上訴駁回（原告之訴駁回、再審之訴駁回）。

## 參、當事人主張

### 一、上訴人（魯凱族）主張

#### （一）上訴人在原審起訴主張

《原住民族基本法》為進行原住民族地區重建事務之特別法及優位法源之地位。被告進行劃定特定區域之行政處分，應遵守《莫拉克颱風災後重建特別條例》（下稱重建條例）第 1 條及第 20 條及相關法令之規定，劃定特定區域要件應同時符合以下三要件：災區安全堪虞或違法濫建之土地、與原住居者諮商取得共識、提供符合重建條例第 20 條第 1 項之適當安置。首先，阿禮上部落並不屬於《莫拉克颱風災區劃定特定區域安置用地勘選變更利用及重建住宅分配辦法》（下稱劃定辦法）第 2 條第 1 項第 5 款之「嚴重崩塌地區」，故原處分之事實認定顯有錯誤。其次，原處分之作成，不符合重建條例第 20 條所規定之「諮商而取得共識」要件，而是草率以多數決取代法有明文之共識要求，劃定特定區

域的決定違背「每位原住居者的意願都予以充分尊重」，且未提供適當安置，甚至以劃定特定區域後，始提供受災民眾重建住宅安置，違反不當連結之禁止原則，並違反平等原則。違反重建條例第 1 條及《原住民族基本法》第 22 條與第 23 條。最後，被告並無劃定地區之權限。

重建條例第 20 條所規定之「劃定特定區域」所產生之「限制居住或限期強制遷居、遷村」之法律效果，原告將被迫於一定期限內（3 個月內）遷離原住居地，亦不得再回原住居地居住及建造房屋，將嚴重侵害原告居住遷徙自由與財產權，且違反我國簽署之公民及政治權利國際公約、經濟社會文化權利國際公約。甚且，部落被迫遷村尚將影響魯凱族之文化傳承、侵害原住民自治權之行使。

## （二）上訴人於上訴審主張

重申重建條例第 20 條第 1 項規定之三要件。此外，依據被上訴人實地勘查之結論已顯示「阿禮上部落」並不屬於劃定辦法莫拉克颱風災區劃定特定區域安置用地勘選變更利用及重建住宅分配之「嚴重崩塌地區」。再者，原民會並非劃定機關之權責單位，逾越事務管轄權限辦理 98 年 9 月 13 日安全初評及 98 年 11 月 14 日安全複評，且該二次評估均極為草率，評估內容並有資訊錯誤之情事。重建會關於阿禮上部落究有何不適合上訴人族人居住之情形，亦未提出具體客觀證據。

重建會及被上訴人草率以多數決取代法有明文之共識要求，違法逕行作成原處分，違反重建條例第 20 條「諮商取得共識」要件。被上訴人做成本件劃定特定區域之處分，所提供的安置內容顯非適當，未依重建條例第 20 條規定提供上訴人「符合第 20 條第 1 項之適當安置」，原處分之作成，違反誠實信用原則、不當連結之禁止原則、平等原則、明確性原則、比例原則及不當侵害上訴人受憲法所保障之財產權。

## 二、被告（被上訴人）主張

系爭地區先經輔助參加人原民會於 98 年 9 月 13 日及 98 年 11 月 14 日辦理初步安全評估及複勘，阿禮部落就各項條件研判結果，確有安全上之疑慮。此外，依據 98 年 12 月 18 日重建會召開「研商莫拉克颱風

災區劃定特定區域作業有關事宜第 3 次會議」決議、98 年 12 月 30 日重建會第 9 次會議修正通過之「莫拉克颱風災區劃定特定區域說明書」有關共識認定原則、被上訴人於 99 年 1 月 15 日辦理阿禮、佳暮、伊拉等 3 部落諮商會議結論及屏東縣政府於 99 年 3 月 29 日再次辦理諮商會議結果，經報專案小組第 8 次會議討論後，決議維持原公告範圍，被上訴人處分事項已符合所謂達成共識之要件。

阿禮部落於莫拉克颱風災後遷居重建基地現為長治百合園區，其重建工作目前由重建會統籌辦理，包含生活、文化、族群、就學、社區營造、就業及產業等。前開工作辦理期間，重建會與阿禮部落遷居居民亦以召開會議方式交換意見後辦理相關工作，業已依重建條例第 20 條第 1 項之精神執行適當之安置。

被上訴人於 99 年 12 月 22 日所提之說明書所載辦理特定區域劃定及後續工作與重建條例及劃定辦法內容並無落差。且已劃定之特定區域，並未有依重建條例第 20 條第 3 項，實際經內政部撥付縣市政府相關經費執行強制徵收等情形。甚且，「已提供適當安置」應屬「劃定特定區域」之行政處分確定後，分階段之後續行為，並非「劃定特定區域」處分確立之充要條件關於特定區域之劃定以及後續之強制遷居、遷村等作為，主管機關均具有裁量權。

#### 肆、爭點

本案之核心爭點在於被上訴人依重建條例第 20 條第 2 項，於 99 年 2 月 11 日公告阿禮部落為特定區域範圍之處分是否違法；而原處分是否違法之核心關鍵係「是否安全堪虞」、「有無取得共識」、「有無適當安置」。除此以外，原處分是否造成或分配安置即需放棄原住民在特定區之財產權之不當聯結、對劃定特定地區之住戶所有之受益行為但未提供予安全堪虞地區之遷居戶是否違反憲法上之平等權、選定特定地區遷村是否侵害當地原住民族的住居權，以上三者也是本案值得深究的爭點。

## 伍、法院判決

不論是高等行政法院或是最高行政法院之上訴審或再審，法院之判決意見相當一致，均肯定臺北高等行政法院經過論證後，於判決中先表示之「本件個案，是司法權審查高度行政裁量事件之爭議，並無前例可循」，以及「原處分雖未盡妥適，但未到違法之程度」。亦即，最高行政法院並未於判決中表示與臺北高等行政法院不同之見解，故以下之判決重點整理以臺北高等行政法院之判決為主：

### 一、本件訴訟爭執之核心，及其判準之參考點

首先法院認為重建條例第 20 條第 2 項的立法選擇採取原則性的宣示，因不確定的用語多，就會不好執行（立法的成本低，而行政的成本就偏高），執行的結果，相對地會比較有彈性而契合現狀。其次提出必須考慮兩方面之參考點：

1. 重建條例的規範位階是特別法，但不是效力優先的特別法，而是一種補充性的特別立法；就原住民族地區之重建事務，並同時參酌《原住民族基本法》之相關規定。
2. 重建條例第 20 條第 2 項劃定特定區域的規範價值之判準，在於兩項參考點的權衡，包括「安全效率（安全、有效、迅速地推動颱風災後重建工作，參重建條例第 1 條）」，及「人本思想（亦即應尊重該地區人民、社區、部落之組織、文化及生活方式，參重建條例第 20 條第 1 項）」；而且二者是併同考量，而非各自觀察。

### 二、審理之範疇，及爭點之審查重心

法院所先闡明法院所為乃合法性審查而非適當性之審查，故「行政處分若無涉違法而僅涉妥當與否者，即非本件撤銷之訴所應審查之範疇」。且「安全堪虞」、「取得共識」、「適當安置」，應參酌重建條例第 20 條第 2 項規範價值判準之參考點「安全效率」及「人本思想」進行論述，方得判定受爭執之處分是否該當違法。

- （一）規範文義與實際運作之先後安排次序分別是「安全堪虞」、「取得

共識」、「劃定特定區域」、「適當安置」。「安全堪虞」是劃定特定區域的客體要件，是事實認定的問題；「適當安置」涉及到內容的認知，就要參酌共識，換言之需要透過共識來呈現適當安置的人本考量。

- (二) 不能假藉安全效率之實踐，而破壞基本人性尊嚴的維護；若重建工作在追求安全及效率的過程中，踐踏了基本人性尊嚴，則重建工作的執行方法要另做選擇。但若安全之維護或效率之提升，不至於影響到基本人性尊嚴時，當安全效率與人本思想無法兼顧時，規範價值的選擇則是在安全與效率，人本思想的貫徹就要讓步，而以事後彌補的方式來包容。

### 三、安全堪虞之釐清

- (一) 限縮審理客體於本件安全堪虞地區爭執之所在的阿禮村三、四鄰，即阿禮上部落。
- (二) 法院就安全堪虞認定之實質面是尊重行政裁量，但就實體行程的程序事項，是法院審查之重心。原民會所為之 98 年 9 月 13 日之初勘屬前置作業的一環，而 98 年 11 月 14 日之複勘，是因應阿禮部落對初勘結果有異議而為之嚴謹行政作業。因應前置作業之初步評估結果，98 年 11 月 9 日行政院經濟建設委員會召開莫拉克颱風災區「研商辦理莫拉克颱風後劃設特定區域指定劃設機關相關事宜」會議，指定被告為阿禮部落地區之劃定機關，安全堪虞之認定程序，相關應遵循事項，被告均予依循，程序上應無疑義。
- (三) 安全堪虞之審查，宜斟酌重建條例之規範價值首重安全，且有資訊足以認定被告及重建會之認定為可採。
- (四) 安全堪虞之認定僅為劃定特定區域之客觀要件之一，劃定特定區域之法律效果得為遷居、遷村，而非認定安全堪虞立即發生遷居、遷村之規制效力。

#### 四、有無共識之釐清

此部分爭執在於，原告主張的共識是 100% 的同意，而非多數決；原告等在 99 年 1 月 15 日諮商會議前，所屬阿禮部落自救會於 99 年 1 月 12 日召開會議形成「以戶進行劃定」之共識，但諮商會議後，被告卻將阿禮上部落全部劃定（與部落共識不符）並於 99 年 2 月 11 日作成原處分。阿禮部落自救會於 99 年 2 月 25 日召開會議，全數通過「恢復原有共識」的決議。

共識的內容及其真意應為即使政府認定為安全堪虞，若住戶認為安全無慮，縱然政府劃定特定區域，也不執行重建條例第 20 條第 2 項之限制居住或限期強制遷居、遷村，緊急災害發生時也僅援用災害防救法予以強制撤離，安置到安全的處所。這樣的共識足認符合重建條例第 20 條第 2 項之規範本旨。

#### 五、適當安置之釐清

諮商會議中僅提出「莫拉克颱風災區劃定特定區域說明書」關於尊重多元文化之說明，而且缺少適當之翻譯人員及說明人員，阿禮部落的住民對於安置之內容當然缺乏認知。但重建會關於適當安置之作業確實進行中。被告由勘查及審議、進行諮商、送請核定迄為原處分，為期大約三個月，重建會均高度參與各個環節，就此因應安全之維護或效率之提升，不至於影響到基本人性尊嚴（已經尊重每位住戶之意見），這是行政行為未臻妥當的範疇，原告主張欠缺適當安置而認為原處分違法者，自無足採。

本項爭議，是重建會對原住民族之了解有落差而導致，原民會應該本於原住民族主管機關之立場，更積極協助重建會瞭解探知原住民之需求，並深度協助阿禮部落住戶與重建會之溝通，裨益部落之組織文化及生活方式，透過適當安置而得以存續。

#### 六、其他爭議釐清與說明

原告質疑原處分之作成，違反「誠實信用原則、不當聯結禁止原

則、平等原則、明確性原則、比例原則」等，並不侵害原告基於憲法所保障之居住遷徙自由權、財產權、不受迫遷之基本自由權利等，以及違反我國簽署之公民及政治權利國際公約、經濟社會文化權利國際公約者云云，均無可採。

原告之訟爭，聲明「關於劃定阿禮部落為莫拉克風災後特定區域範圍內之原告等人所原住居之土地，應予撤銷其劃定」，所爭執的僅是關於原告部分之劃定，與其他阿禮部落之住民是否劃定在原處分範圍內無涉，無論判決結果如何，就訴之聲明而言均對非原告之其他阿禮部落之住民無關。

阿禮部落族人聚居於此近 400 年，文化傳承、生產活動與重要祭儀，均與原住居地有密不可分的關連，但是天然災害造成阿禮上、下部落為不同程度之危險區域。阿禮部落所形成之部落文化是整個阿禮部落來觀察，而不是單獨或各別的上、下部落，該族群與原住居地數百年所形成之特殊文化因為這樣的天然災害而受到如何的影響，需要多方面向的觀察，而非僅以「原住民族被迫遷離原住居地，無異將造成該族群與原住居地數百年所形成之特殊文化喪失殆盡」為論述。

## 陸、評析

本案例為全球遭逢氣候變異、我國國家邁向現代化行政管制國家歷程當中，相當具有指標意義之案件，首先，因為在於氣候變遷下之天災嚴重情況今非昔比，其所造成之地球人類生存與生活區域之地形地貌變異，又非人類現行科技所得預料並預防，而此一氣候變遷對於多數居住在山林原鄉之原住民族所造成之損害，往往遠較居住在都市化程度較高之平地人民為嚴重，但較為嚴重之原因，並非單純因為原住民居住在山林原鄉，更因為平地人大量擴張生活領域、甚至為了獲取更多資源而不惜破壞原有的自然原貌，亦即，原住民居住環境之惡化，並非僅天然災害此一因素，也與人力不斷破壞自然環境有關，儘管此一因素並未在本案的重建條例與法院判決中被提及，但氣候變遷下國家應如何進行更有效率並符合人性之行政管制，同時考量原住民居住環境可能隨之急速惡化之因應措施，實為必須正視之一重大難題。



其次，災難下之多元文化人權價值與行政管制之安全效率問題如何進行衡量，由於災難造成損害後之修復任務，不僅涉及眾多不同權責之行政機關，也往往同時牽涉中央地方之不同公法人之權力劃分，應由何機關、採取何種行政程序進行決策方合法適當，如何進行統籌整合，甚至亦可能涉及公私協力或委託行政之態樣。尤其為了搶救災害所為之即時措施，隨時間經過後再進行評價，或可能在適當性上並非無檢討空間，本案所涉及之阿禮上部落，因為未遷村並持續進行活絡山村經濟之努力，在 102 年獲得國家永續發展獎之肯定<sup>12</sup>，正可作為檢討遷村政策與處分之適當性之適例。

最後，本案不論是原告之主張，或是臺北高等行政法院判決，都有相當值得進一步深入探討之處。就原告部分，其連結憲法對於居住遷徙自由之保障，與國際公約之適足住居權之論述，確實補足原住民長期以來此部分權利論述的欠缺。而法院判決部分，相當特殊地採取類似利益衡量之法律經濟學分析方法進行判決，並進行相當詳細的論述，可謂論證詳實細膩之判決內容，但很可惜地卻忽略阿禮部落之於魯凱族之重要文化與歷史意義。

#### ❖ 相關法律條文

莫拉克颱風災後重建特別條例：第 1 條及第 20 條

原住民族基本法：第 22 條與第 23 條

12 行政院農業委員會林務局，災後重建推動原鄉部落參與保護區監測行動計畫—以霧台鄉阿禮部落為例，<http://nsdn.epa.gov.tw/ch/news/awardsc10209.pdf>

**案例十三** 美麗灣環境影響評估案**案號** 最高行政法院 101 年度判字第 55 號行政判決**案由** 環境影響評估法**關鍵詞** BOT、民間參與、開發行為、原住民族同意**壹、案例事實**

臺東縣政府與美麗灣渡假村股份有限公司（下稱美麗灣公司）於民國 93 年 12 月 14 日簽訂「徵求民間參與杉原海水浴場經營案興建暨營運契約」，以 BOT 方式進行土地開發，經 94 年臺東縣政府同意合併土地再行分割，將實際建築基地土地獨立計算，使開發面積僅 9,997 平方公尺，經認定免依「開發行為應實施環境影響評估細目及範圍認定標準」第 31 條第 1 項第 13 款規定實施環境影響評估。嗣上訴人美麗灣公司以擴建規劃別墅區增加開發範圍（即 346 地號土地，面積 49,959 平方公尺）為由，於 95 年 9 月 26 日申請開發「美麗灣渡假村新建工程」（全部開發範圍包括加路蘭段 346 及 346-4 地號土地，面積合計 59,956 平方公尺），並檢具環境影響說明書送審，經上訴人臺東縣政府環境影響評估審查委員會審查後，於 97 年 6 月 15 日第 5 次審查會議作成「有條件通過環境影響評估」之結論，上訴人臺東縣政府並於 97 年 7 月 22 日以府環水字第 0976101385B 號公告之。

**貳、訴訟結果**

上訴駁回。

## 參、當事人主張

### 一、上訴人主張

#### (一) 臺東縣政府

1. 原審判決混淆旅館業之主管機關與《環境影響評估法》之開發單位，將兩者不同而混為一談，並將促進民間參與公共建設之二階段適用之規定，強令解釋 BOT 契約為公法契約，進而主張審查本案環境影響評估時，上訴人臺東縣政府之人員應依法迴避，其認定事實適用法令有違誤。
2. 上訴人美麗灣渡假村股份有限公司於辦理環境影響評估時之黃金海開發計畫係屬依法不得許可開發之案件，雖其嗣後曾提出對策檢討報告等資料送交通部觀光局審核，然迄今仍未取得開發許可，無法進行共同影響評估。
3. 原審判決未審酌所謂海洋生態評估技術規範，係於上訴人美麗灣渡假村股份有限公司提出環評後才由行政院環境保護署修正公告。

#### (二) 美麗灣公司

1. 由《促進民間參與公共建設法》第 12 條第 1 項之立法理由足證投資契約之性質係屬民事契約，而非原審認定之行政契約。況本開發案係由上訴人臺東縣政府將杉原海水浴場之土地，以設定地上權之方式提供與上訴人美麗灣渡假村股份有限公司使用，故非屬《行政程序法》第 135 條規定之行政契約。縱認系爭營運契約之性質係屬行政契約，惟原審無視契約內業已明定僅上訴人美麗灣渡假村股份有限公司負有開發義務，而將根本無開發行為之上訴人臺東縣政府亦認為係共同開發單位。原審既認定兩造係締結行政契約，則於認定開發單位時，卻又不以行政契約之內容為依據。
2. 依原審見解，全部 BOT 案，官方所指派之環評委員均應迴避，而僅有專家學者委員始能參與環評審查程序。

3. 民間機構與主辦機關在《促進民間參與公共建設法》下本有區別，而為不同契約主體，若僅因民間機構與主辦機關簽訂投資契約，即將二者認為係屬共同開發，顯違《促進民間參與公共建設法》之明文規定及 BOT 之基本原則。且對於環評委員之認定有誤，將迴避表決及迴避出席混為一談。
4. 系爭第 5 次審查會議之出席委員為 9 名，已符合系爭組織規程第 7 條第 1 項規定得作成合法決議，而系爭會議結論乃全體 9 名委員均簽名同意，故縱認 4 名機關代表應迴避表決，該次審查會議仍已獲得過半數委員之同意。
5. 原審認本開發案應將黃金海開發計畫之背景值一併納入作為評估考量，不僅於實務上不可行，且亦不具有實質意義，故此亦有悖於一般經驗法則及論理法則之違法。

## 二、被上訴人於起訴時主張

- (一) 環境及生態保護，影響國民健康及福祉甚鉅，且環境及生態之破壞具有不可回復性，應追求永續發展。環境與經濟發展有所衝突，兩者應有所取捨時，依《環境基本法》第 3 條規定應以環境保護為優先。
- (二) 《環境影響評估法》之規範，法院判決及學者見解均認為屬保護規範，非僅是反射利益，本件被上訴人等 8 人均為該法保障之對象，無當事人不適格之情形。
- (三) 本件有環境影響評估審查委員會組織不合法之情形，不僅未依規定力求各領域委員人數之均衡，亦有應迴避而未迴避之情事，故審查結論應予以撤銷。
- (四) 本件審查結論尚有審查事實基礎錯誤，適用法規違誤之違法，訴願決定及審查結論均應予撤銷。

## 肆、爭點

- 一、臺東縣政府參與環境影響評估有無應迴避而未迴避之情形？
- 二、該環評結果是否合法？

三、本案有無應考量黃金海開發計畫而需將相互關係或影響記載於說明書中？

## 伍、法院判決

依《促進民間參與公共建設法》、《環境基本法》、《環境影響評估法》與《環境影響評估法施行細則》，以及司法院釋字第 462 號解釋與第 601 號解釋理由書意旨等綜合觀察可知，「民間機構」簽訂參與公共建設之投資契約之直轄市政府或縣（市）政府，除係該法規定之「主辦機關」外，亦為該公共建設之目的事業及環境影響評估法規定之主管機關，再依據環保署 99 年環署綜字第 0990025524 號函知內容，一直轄市或縣市政府代表開發案件主辦單位或督導開發案件主辦單位之環評審查委員會委員，均屬目的事業主管機關委員，應迴避表決。

美麗灣公司於 95 年 9 月 26 日申請開發「美麗灣渡假村新建工程」，並檢具環境影響說明書送審，經臺東縣政府環境影響評估審查委員會審查後，於 97 年 6 月 15 日第 5 次審查會議作成「有條件通過環境影響評估」之結論，前開「施工環境保護執行保護計畫」與「施工及營運監測計畫」或屬環境影響評估法第 6 條第 7 款規定之「預測開發行為可能引起之環境影響」、或係同條第 8 款規定「環境保護對策、替代方案」之環境影響說明書應記載且為環境評估審查委員會應討論、審查並決議之事項，該審查會議結論將之列為通過環境影響評估審查之「條件」，由開發單位美麗灣渡假村股份有限公司訂定後送上訴人臺東縣政府備查，已與環境影響評估法第 6 條規定者不合。惟上開審查會議結論 10. 列為通過環境影響評估審查之條件——亦即由開發單位將該次審查會委員所提意見納入環境影響說明書修正報告並送委員確認，而未將修正後之環境影響說明書提由環境影響評估審查委員會開會討論、審查、決議，其程序同有未合。

系爭開發案雖於 95 年 9 月 26 日提出申請並檢具環境影響說明書送審，而「海洋生態評估技術規範」係行政院環境保護署於 96 年 8 月 2 日發布實施，依《中央法規標準法》第 18 條規定，系爭開發案固無該

技術規範之適用，然依系爭開發案之特性，仍應就系爭開發案對海洋生態影響進行分析與預測，始為適法。

系爭開發案之主辦單位為臺東縣政府旅遊局（現已更名為臺東縣政府城鄉發展處），僅該開發單位擔任系爭開發案環境影響評估審查委員會委員時，始須迴避表決，原審以系爭審查會共有 9 名委員出席，其中彭○○、黃○○、許○○及廖○○為目的事業主管機關（上訴人臺東縣政府）委員，於該委員會審查系爭開發案環境影響評估報告有關事項時，應迴避決議（表決），上開審查會出席委員扣除應迴避之委員後，僅剩 5 名委員出席，不足全體委員半數，依臺東縣政府環境影響評估審查委員會組織規程第 7 條第 1 項規定，不得為決議，則因上開委員未依法迴避（表決），所為審查結論，其程序即屬違法。

而關於應有「海洋生態評估技術規範之適用」一事，本審法院維持原審見解，原審以為黃金海開發計畫已通過環境影響評估審查，並取得開發許可，雖逾期末開工，然已經開發單位依法提出環境現況差異分析及對策檢討報告送環保署審查在案，並未停止該開發案，足認該開發計畫係屬規劃中之計畫，上訴人美麗灣渡假村股份有限公司製作系爭開發案之環境影響說明書時，自應將黃金海開發計畫與系爭開發案相互關係或影響記載在說明書中。綜上所述，原審所持理由雖未盡周詳，但不影響判決之結果，仍應予以維持。

## 陸、評析

本案係國內環境法，尤其是環境影響評估受行政法院審查之著名案例，當事人主要爭執者係環境影響評估之程序是否合法，尤其是環境影響評估委員是否該當迴避事宜，似乎與原住民並無直接影響，甚至上訴人美麗灣公司曾提及：「觀諸杉原地區富山居民連署書、卑南鄉富山村村民連署書及卑南鄉富山村當地部落原住民連署書等，即可看出當地大多數之居民於瞭解本開發案之具體內容及上訴人美麗灣渡假村股份有限公司為保護環境提出之規劃後，均支持本開發案之實施，且期盼能早日開幕，讓開發案帶來更蓬勃的觀光事業發展，及幫助推廣原住民文化，

且當地居民於環境影響評估審查會召開時，亦均有推派代表參與及表達意見，此亦有歷次審查會簽到單可稽。」

然而，觀諸本案判決後之 101 年 12 月 25 日行政院原住民族委員會所發之「美麗灣渡假村開發案應尊重當地原住民族之意見」中所示：「美麗灣渡假村 BOT 開發案之土地經調查係屬原住民族傳統領域土地範圍，行政院原住民族委員會要求，本項開發案應依《原住民族基本法》第 21 條精神，諮詢當地原住民族部落意見，召開部落會議」。顯見本案判決前，美麗灣公司所提交之居民連署書究竟由何人所連署？是否為世居於此地的都蘭阿美族與卑南族？又係經過何種程序取得？法律效力為何？等等都充滿疑點。

進一步言之，目前《環境影響評估法》當中，固然於第 11 條第 2 項第 12 款規定「對當地居民意見之處理情形」，但此處所提及之當地居民範圍不明，居民意見對於環境影響評估之拘束力如何亦未明。尤其當進行開發行為之地點坐落或接近於原住民保留地、原住民族傳統領域土地時，立刻與《原住民族基本法》第 20 條與第 21 條產生適用之競合，必須在法律適用上取得規範價值之平衡，但負責環境影響評估之開發單位與環境影響評估之主管機關，目前究竟如何在實務上明確顯現已經與原住民族進行溝通，並取得原住民之同意，似乎在許多環境影響評估案件中並未能顯現，造成受影響原住民之權益可能受到侵害而未有適當管道或程序表徵。法院於判決中如能特別職權調查此部分，或有提醒未來從事相關開發案件之主管機關與開發單位之效。

#### ❖ 相關法律條文

促進民間參與公共建設法：第 12 條第 1 項

環境基本法：第 3 條

原住民族基本法：第 21 條

#### 📖 延伸閱讀

李建良，環境公民訴訟的訴訟類型與程序要件——美麗灣渡假村環評公民訴訟裁判綜合評析，台灣法學雜誌，第 211 期，頁 25-43。

## 國內原住民族重要判決之編輯及解析（第二輯）

詹順貴，公民訴訟路上的摸索，台灣法學雜誌，第 210 期，頁 60-64。

戴興盛、康文尚、郭靜雯，臺灣環評制度設計與執行爭議——反思美麗灣案，國家發展研究，第 12 卷第 2 期，頁 133-178。

王毓正，美麗灣公民訴訟判決對於環境影響評估法適用爭議之釐清，月旦法學雜誌，第 213 期，頁 39-59。

李建良，環評審查的迴避問題：美麗灣環評案——最高行政法院 101 年度判字第 55 號判決的解析與商榷，台灣法學雜誌，第 210 期，頁 68-86。

李建良，環評程序與行政訴訟：美麗灣渡假村環評案，台灣法學雜誌，第 176 期，頁 25-48。

傅玲靜，環評訴訟權能之論證構造與停止執行之審查要件：美麗灣渡假村停止執行案——闡析高雄高等行政法院 102 年度停字第 7 號裁定，興大法學，第 7 期，頁 209-273。

### 案例十四 好茶部落風災國家賠償案

**案號** 屏東地方法院 102 年度原重國字第 1 號民事判決

**案由** 國家賠償

**關鍵詞** 國家賠償、風災

### 壹、案例事實

民國 98 年莫拉克風災 72 小時累積降雨量，靠近魯凱族好茶部落之上德文雨量觀測站測得為 2,194.5 毫米，好茶部落因莫拉克風災影響，受隘寮南溪暴漲之水、土砂石掩埋，共 127 戶房屋遭到掩埋。



## 貳、訴訟結果

原告之訴駁回。

## 參、當事人主張

### 一、原告（原住民，魯凱族）主張

民國 66 年，臺灣省政府以交通因素將屏東縣霧台鄉的舊好茶部落遷移至隘寮南溪河旁，地勢低階臨近河道，不宜人居之新好茶村（好茶部落），當時政府所為遷村選址，已有不當。98 年 8 月 8 日莫拉克颱風來襲，挾帶超大豪雨，崩塌土石沖刷到河道，隘寮南溪河道淤積，全無通洪能力，致使隘寮南溪暴漲，好茶部落被溢出之水、土砂石掩埋，造成渠等之房屋及財物（文化資產）滅失。

好茶部落遭掩埋之因為：（1）屏東縣政府、原住民族委員會深知新好茶村面臨隨時遭土石流之危害，遷村已經刻不容緩，屏東縣政府於 96 年 8 月 31 日編製完「屏東縣霧台鄉好茶村遷建綱要計畫」並呈請原住民族委員會核示，惟後續竟虛耗於公文作業往返，延宕遷村。（2）隘寮南溪為第七河川局管轄之高屏溪水域重要支流，第七河川局忽視隘寮南溪河道逐年淤積之嚴重性，96 年 9 月 7 日參與「屏東縣霧台鄉好茶村部落安全評估及危險區域勘定及危機戶認定會勘」怠於疏濬。經濟部水利署未能有效監督管理第七河川局之防汛工作，同屬怠於執行職務。（3）好茶部落北方有大規模崩場地，水土保持局竟未將周圍崩場地列為特定水土保持區，擬定長期水土保持計畫，怠於整治崩場地。（4）隘寮南溪上游集水區，流經屏東事業區 9 個林班地與 34 林班地為屏東林區管理處所轄，屏東林區管理處對於水源地帶或河川兩岸之崩場地負有整治或必要之水土保持處理義務，違反《森林法》第 21 條規定，怠於整治。（5）行政院農業委員會與林務局怠於監督管理其等下轄機關水土保持局、屏東林區管理處整治源頭崩場地，預防土石流。渠等因被告機關怠於執行職務，共同造成滅村之結果，受有房屋、財物（文化資產）及非財產上之損害，為此依《國家賠償法》第 2 條第 2 項後段規定，請求被

告機關連帶給付原告加計法定遲延利息，連帶賠償渠等各如附表所示之金額。

## 二、被告主張

### （一）原住民族委員會、屏東縣政府

屏東縣政府 96 年 9 月 10 日提報「屏東縣霧台鄉好茶村遷建綱要計畫」，經原住民族委員會於 96 年 10 月 1 日會議認為可行，因遷村作業適用行政院頒訂之「重大災害災民安置及住宅重建原則」辦理，依法必須進行之行政程序無從簡化，遷村涉及之層面甚廣，各項法令層層限制，加以重建經費龐大，必然耗費時日，本來預定分期執行至 103 年止，渠等並未怠於執行遷村計畫。而且，原告所受損害係因莫拉克颱風挾帶超大豪雨，坡地難以負荷，土石崩塌造成，屬於人力無法抗拒之天然災害，即便及時遷村，原告之房屋仍不免被掩埋，有無遷村與原告房屋並不具因果關係，何況原告於災後已獲配住永久屋，損益相抵後，原告應無房屋之損害。

### （二）經濟部水利署、第七河川局

第七河川局總計於莫拉克颱風來襲前疏濬 175 萬立方公尺，並未怠於執行疏濬工作，經濟部水利署亦無監督不周之情事。

### （三）水土保持局

特定水土保持區之劃定，必須相關目的事業主管機關研提特定水土保持區劃定建議書，報請中央主管機關劃定，而且縱然劃定為特定水土保持區，仍係由提出計畫之管理單位負責，管理權限並非因此移轉水土保持局，水土保持局並非崩場地之管理機關或水土保持義務人。實則，莫拉克颱風挾帶超大豪雨，河川根本無法負擔所致，不論有無將好茶部落周圍劃定為特定水土保持區，皆無法改變河水溢流之結果，與好茶部落被淹埋間並無因果關係。

#### (四) 屏東林區管理處

屏東林區管理處所轄林班地之經營準則在於維護森林原始狀態，覆蓋良好，無山坡地超限利用或擅墾、濫伐等情事。關於治山及野溪整治，事涉單位權責，水土保持局臺南分局與屏東林區管理處於 98 年 6 月已經陸續完成「隘寮北溪等集水區調查規劃」及「高屏溪流域上游集水區國有林班地整體治理調查與規劃」，針對溪床崩塌問題進行設計規劃，且歷年來隘寮南溪流域林班地所發包之工程，確能發揮功能，屏東林區管理處並無怠於整治所轄林班地或疏於防範災害之發生，無庸負國家賠償責任。

#### (五) 行政院農業委員會、林務局

好茶部落周圍並無列管中之山坡地超限利用土地，被告機關並未怠於執行職務，原告應具體舉證被告機關就森林保育政策或管理有何不當之處。

### 肆、爭點

- 一、第七河川局未於莫拉克風災前疏濬隘寮南溪是否有違法令規範？
- 二、水土保持局未於莫拉克風災前整治好茶部落北側崩塌地，是否有違法令規範？
- 三、屏東林區管理處未於莫拉克風災前整治隘寮南溪流域之 9 個林班地及 34 林班地，是否有違法令規範？
- 四、原住民族委員會與屏東縣政府是否怠於在莫拉克風災前將好茶部落遷村？
- 五、本件有無相當因果關係？
- 六、被告機關是否成立《國家賠償法》第 2 條第 2 項後段所定國家賠償責任？
- 七、原告有無損害？損害範圍？

## 伍、法院判決

法院首先將爭點整理為以下 7 點：（1）第七河川局未於莫拉克風災前疏濬隘寮南溪，是否有違法令規範？（2）水土保持局未於莫拉克風災前整治好茶部落北側崩場地，是否有違法令規範？（3）屏東林區管理處未於莫拉克風災前整治隘寮南溪流域之 9 個林班地及 34 林班地，是否有違法令規範？（4）原住民族委員會與屏東縣政府是否怠於在莫拉克風災前將好茶部落遷村？（5）本件有無相當因果關係？（6）被告機關是否成立《國家賠償法》第 2 條第 2 項後段所定國家賠償責任？（7）原告有無損害？損害範圍？並分別進行論述。茲將法院爭點之判斷整理如下：

- 一、按《國家賠償法》第 2 條第 2 項，凡公務員職務上之行為符合：行使公權力、有故意或過失、行為違法、特定人自由或權利所受損害與違法行為間具相當因果關係之要件，而非純屬天然災害或其他不可抗力所致者，被害人即得分就積極作為或消極不作為，依上開法條前段或後段請求國家賠償。於個別事件中必須：人民權益受侵害達危險迫切之程度、公務員對於損害之發生可得預見、侵害之防止必須仰賴公權力之行使方能達成目的，而非個人之努力可能避免等因素，已致無可裁量者為限，始有成立國家賠償之餘地。
- 二、原告據以主張之法規，《河川管理辦法》第 2 條第 1 項、第 3 條第 1 款、第 4 條第 1 項、第 17 條；《水土保持法》第 16 條第 2 款、第 3 款、第 5 款、第 6 款、第 18 條、第 19 條；《森林法》第 21 條，其適用對象為被告機關，法規目的係為維護國土，並非專為保障原告之生命、身體或財產法益，法規亦未明確規定管理河川、造林、水土保持計畫等執行事務之具體內容，依其適用對象、目的及整體結構，並無法得知已經賦予特定人享有權利，授予其向行政主體或國家機關為一定作為之請求權，因此原告應無得請求被告機關為具體特定之疏濬、整治之公法上請求權存在。然而，該等規定之目的明顯係為增進公共利益及國民福祉，同時寓有保護特定人權益之意

旨，倘若國家機關之裁量權限已經限縮至零，始有成立國家賠償之餘地。

- 三、96 年學者專家比較好茶部落安全性、遷村費用、災害重建費用，作出 4 種結論，並未侷限遷村為唯一途徑，直至 98 年仍有極少數居民反對遷村，且影響遷村決策因素很多，居民經過長期溝通才達到遷村共識，固可認為好茶部落不宜人居，居民已經達成共識遷居，惟並不足以認為好茶部落居民之生命、身體、財產法益已經存在迫切之危險。
- 四、本院函請屏東科技大學就其協助辦理好茶部落重遷建評估提供專業意見，據該校函覆略以莫拉克颱風所帶來的強降雨為百年以上的重現期距機率，與所有工程設計要求標準 25 年或 50 年的重現期距機率是有差距的，面對全球氣候異常，並不是以人定勝天的態度看工程技術如何擋住土石崩塌或隘寮南溪潰堤之災害。可見莫拉克颱風所帶來之強降雨，不免造成災害，並非單憑政府機關努力以人為方式發包工程進行疏濬或整治，便能防止災害之發生，加以好茶部落居民之生命、身體、財產法益尚未存在迫切之危險，即不足以認為第七河川局、水土保持局、屏東林區管理處按原告據以主張之法規，已經毫無不作為之裁量餘地，從而，經濟部水利署、行政院農業委員會、林務局自無怠於監督管理而須負國家賠償責任可言。
- 五、本件原告再主張屏東縣政府違反《災害防救法》第 22 條第 1 項第 1 款規定，原住民族委員會則違反《原住民族委員會組織條例》第 1 條、第 2 條、第 4 條、第 7 條、第 7 條之 1 所定作為義務，上述條文固然明定被告機關編訂災害防救計畫與保障及扶助原住民族之發展，惟同樣抽象地規範防災事項及保障扶助原住民族之意旨，對於遷村時機、遷村期程、如何遷村等具體內容，付之闕如，自當有賴政府機關依上開法律意旨執行。被告機關於 96 年已經意識以遷村來迴避未來可能發生之災害，並著手規畫遷村事宜，惟考量《原住民族基本法》第 32 條規定政府除因立即而明顯危險外，不得強行將原住民遷出其土地區域。好茶部落固然不宜人居，惟並非屬於立

即明顯之危險，被告機關當不能貿然進行強制遷村，則好茶部落未及遷村，誠屬憾事，仍不足以認為被告機關已然怠於執行職務。

## 陸、評析

莫拉克颱風後續產生之八八風災對於臺灣南部土地之重創，可謂前所未見。氣候變遷下的災害嚴重性日益超過人們以往對於自然環境的想像，使人驚覺，不僅許多人為的防災技術停留在氣候未歷經嚴重變遷前的科技指標，無法符合、預測、更遑論預防災害。誠如法院在判決所引用之專家鑑定意見所云「莫拉克颱風為百年以上重現期距機率，此事無人能夠預料」，在此情況下，國家行政機關習慣以承平時代之行政官僚思維處理災難後的重建事務，對於我國憲法增修條文第 10 條第 11 項之多元文化誠命似乎僅將其視如裝飾，並未積極地在現實行政法令中予以落實；尤其政府事後救災工作的遲緩與延宕，對於受創最為嚴重的原住民族部落以及受創部落賴以維生的傳統領域，並未能即時予以協助，造成災區民眾怨聲載道；甚至，當時政府火速立法通過之《莫拉克颱風災後重建特別條例》，不但未經過災區原住民族之適當參與，且未舉辦凝聚地方共識、汲取民間智慧之公聽會而倉促立法，更讓飽受摧殘的原鄉聚落原住民族人與相關公益團體高度憂心原住民族是否將從黃昏的民族走向消失的民族<sup>13</sup>；更遑論相關國家責任行政法令一直是停滯於二次大戰後之法制觀念，以過失、究責主義為基調，未能適當地適用預防理論與國家自己責任理論，造成將所有的損害認定為不可抗力之天災禍害，以避免在現行《國家賠償法》制度下，必須對有責任之公務員究責之後果。以下數則相關國家賠償案例之所以發生，事實上均有這樣法制上之缺憾與不足存在。

詳言之，本案所應檢討之法制缺失有二：首先，本案是否僅能適用《國家賠償法》第 2 條第 2 項後段之公務員怠於執行職務而請求國家賠償？法院判決主要判斷皆聚焦於此，並以司法院大法官釋字第 469 號為

13 蔡志偉（2009），〈災後重建與人權保障——以原住民族文化為本的思考〉，《臺灣民主季刊》，6卷3期，頁180。

據，將此條項之賠償該當要件之判斷主要限縮為：第一，必須人民權益受侵害達危險迫切程度；第二，公務員無裁量空間。對於前者，法院引用專家證人之研究報告與先前好茶部落遷村結論，認定人民權益並未達到危險迫切之程度，因而認為相關行政機關尚有裁量空間，故無怠於監督管理之責。然而，在承平之際，欲以國家公權力強制人民自原生土地遷移，若無明確妥適之配套措施，本有影響人民適足住居權之虞。更何況，若非政府相關機關將所有資訊進行完整揭露，否則一般人民往往不會特別質疑自己居住環境之整體環境安全情況，尤其好茶部落之現址係因民國 66 年臺灣省政府之決定而遷移，居住於新好茶部落之居民自然合理期待當時之政府已經考慮各種條件狀況而要求其遷移目前新好茶之部落位置。因此，法院判決僅提及 98 年 6 月 15 日屏東縣政府修正編製「屏東縣霧台鄉好茶部落遷建計畫（草案）」內容，認定遷村並非唯一選擇，而認定好茶部落居民之生命、身體、財產法益並不存在迫切之危險，卻未進一步論述好茶部落居民是否獲得相關政府機關充分之資訊揭露，而得正確判斷是否該部落位置確實已經存在對於自己生命、身體、財產法益之迫切危險，似乎未能考慮原住民族傳統習俗中對於部落土地之依賴情感，以及其對於政府相關資訊宣導之理解情況。

關於裁量空間部分，本件判決認為《災害防救法》第 22 條第 1 項第 1 款及《行政院原住民族委員會組織條例》第 1 條、第 2 條、第 4 條、第 7 條、第 7 條之 1 規定，均未規範遷村時機、遷村期程、如何遷村之具體內容，在此一情況下，被告機關於 96 年已經意識以遷村來迴避未來可能發生之災害，並著手規劃遷村事宜，此後並非毫無進度，因而並非怠於行使職務。亦即，先以法律條文並未課與行政機關具體行政作為義務為前提，認定行政機關因而有較大的裁量空間，接著再以行政機關已有若干作為，即認定不違反裁量空間。法院此等判決似乎過於尊重行政機關之裁量空間，未能進一步判斷行政機關此等裁量行為在氣候變遷之現代社會中，繼續以有作為即可免責的寬任態度，是否將使得行政機關無法因應新的時代變遷而人民因為無法繼續信賴行政機關必須自力救濟？另一方面，法院此等認定，等於給立法機關與行政機關一個規避

## 國內原住民族重要判決之編輯及解析（第二輯）

行事的空間，只要立法者盡量不進行明確規範，行政機關即無作為義務，最後也就不會因為不作為而有國家賠償責任？此與國家保護義務之意旨似有違誤。

此外，本案或許有援引特別犧牲理論，認為國家為達成公益，而對特定人民之憲法上權利，加諸超越社會一般容忍程度的侵害，這些侵害之於所有人均應忍受之義務，係屬特別之犧牲，基於平等原則即應對權利受到特別犧牲者提供補償之可能。然或許受限於民事訴訟之當事人主義，當事人未對此進行主張，故法院判決即未能予以考量。

### ❖ 相關法律條文

河川管理辦法：第 2 條第 1 項、第 3 條第 1 款、第 4 條第 1 項、第 17 條

水土保持法：第 16 條第 2 款、第 3 款、第 5 款、第 6 款、第 18 條、第 19 條

森林法：第 21 條

國家賠償法：第 2 條第 2 項

### ◇ 相關案例

臺東地方法院 101 年度重國字第 1 號

屏東地方法院 99 年度重國字第 1 號

### 📖 延伸閱讀

林明鏘，2014 年行政法發展回顧，臺大法學論叢，44 卷特刊，頁 1439-1472，2015 年 11 月。



**案例十五** 南沙魯村風災國家賠償案

**案號** 臺灣高雄地方法院 102 年度原重國字第 1 號民事判決  
臺灣高等法院高雄分院 104 年度原重上國字第 1 號民事判決

**案由** 國家賠償

**關鍵詞** 國家賠償、因果關係、強制撤離、水土保持、國家不作為

## 壹、案例事實

98 年 8 月初莫拉克颱風襲台，高雄縣那瑪夏鄉（現為高雄市那瑪夏區）於 72 小時內降下 1,868 毫米雨量，並導致大量土石順托爾薩溪流下，導致南沙魯村內造成土石流災害，惟在事前高雄縣政府與那瑪夏鄉公所並未強制民眾撤離，最終導致 16 人死亡、25 人失蹤、80 戶建築物受損。

## 貳、訴訟結果

第一審之臺灣高雄地方法院 102 年度原重國字第 1 號認為被告所屬之公務員並不該當國家賠償責任，但經當地原住民以丙名義上訴，第二審法院判定高雄市政府應賠償責任並支付賠償金額。

## 參、當事人主張

本案當事人第一審與上訴審主張並無重大差異，一併整理如下：

### 一、原告、上訴人（原住民）原審與上訴審主張

- （一）水保局為全國山林保育之業務主管機關，負責全國有關山林保育及水土保持等相關工作之草擬及各項山林保育及水土保持業務之執行，然就原高雄縣那瑪夏鄉南沙魯村之土石流潛勢溪（下稱系爭溪流），卻未依法劃定為特定水土保持區（下稱特定水保區）

而進行長期水土保持計畫。

- (二) 水資局則於進行曾文水庫越域引水工程（下稱系爭引水工程）時，已造成大量湧水而降低地下水位，並加速深層土石風化、增大土石孔隙現象，水資局卻未加以監測，以致莫拉克颱風自 98 年 8 月 7 日起至同年 9 日止期間，在該區降下豪雨時，地下水位迅速上升，引發劇烈「管湧現象」，致使邊坡基土被帶出，砂石頓失依附而產生深層崩塌，大量土石即順系爭溪流而下，於同年 9 日 17 時許，在南沙魯村境內造成土石流災害（下稱系爭土石流災害）。
- (三) 系爭土石流災害發生前，水保局及原高雄縣政府（下稱高縣府）、原高雄縣那瑪夏鄉公所（下稱那瑪夏鄉公所）均未依《災害防救法》（下稱災防法）第 3 條第 1 項、第 2 項、第 22 條、第 23 條第 1 項、第 23 條及土石流防災疏散避難作業規定（下稱土石流作業規定）第 3 條辦理土石流防災演練，顯有怠忽職務之處，復以系爭溪流於 98 年 8 月 8 日 11 時許經發布土石流紅色警戒後，高縣府及那瑪夏鄉公所卻未通知南沙魯村居民加以警戒，亦未劃定警戒區域並強制疏散居民，而任由其等在莫拉克颱風過境期間，對外交通、通訊全無之情況下，自生自滅，隨後並遭受系爭土石流災害侵襲，造成人死亡及房屋全倒或半倒之毀損（下稱系爭損害）。
- (四) 前開機關所屬公務員因執行疏失或怠於執行職務，而致原告分別受有系爭損害，爰依《國家賠償法》第 2 條第 2 項、第 5 條、《國家賠償法施行細則》第 18 條第 1 項、民法第 194 條等規定，訴請被告水保局、水資局，及改制後分別概括承受高雄縣政府、那瑪夏鄉公所權利義務之高雄市政府、那瑪夏區區公所等機關，連帶負損害賠償責任。

## 二、被告、被上訴人（高雄市政府、高雄市那瑪夏區區公所、行政院農業委員會水土保持局、經濟部水利署南區水資源局）之答辯

### （一）水土保持局

本件致災原因，業經行政院公共工程委員會（下稱公工會）與國家災害防救科技中心共同委託中國土木水利工程學會（下稱土木水利學會）於 98 年 10 月 20 日辦理「莫拉克颱風高雄縣那瑪夏鄉小林村及那瑪夏鄉、桃源鄉致災原因調查」報告（下稱工程會報告），指出本次降雨特性為總累積雨量大、降雨延時長皆超過歷年紀錄，輔以監察院報告，可知莫拉克颱風襲台前，南沙魯村附近地區並未有明顯破壞水土保持跡象，且此次風災崩塌租地面積占同林班崩塌面積之比率甚微，顯示系爭土石流災害係因莫拉克颱風所帶來之超大豪雨及長時降雨所致，與當地水土保持措施並無直接關聯，原告指稱水保局未善盡水土保育工作，亦為致災原因云云，顯屬無據。水保局災前早已依職權制頒相關法令，以整合防災單位、強化應變處理能力及建全地區防救災體系，並且加以落實。水保局已依權責於颱風期間監控雨量情形，適時發布土石流警戒，並通知地方政府因應。原告就其所指系爭溪流應劃為特定水保區乙節，並未舉證其必要性及與系爭土石流災害發生之關聯性。

### （二）水利署南區水資源局

水資局於 92 年報奉行政院核定推動系爭引水工程，而該工程計畫已於 91 年 6 月通過環境影響評估審查，那瑪夏鄉公所亦於 94 年 2 月召開原住民保留地土地權利審查委員會，決議同意撥用，並依程序報高縣府原民局轉行政院原民會取得同意撥用函後，提報國有財產局辦理撥用程序，均係依法行政所為。原告所稱攔河堰位址係在荖濃溪上游河段，與系爭土石流災害發生地點位在旗山溪上游河段及其支流，兩者分屬不同流域，自無因果關係可言。原告主張因系爭引水工程開炸隧道而造成地層鬆動，並導致地滑或土石流云云，並無科學及實務之立論依據，委無足採。

### （三）高雄市政府

原高雄縣災害應變中心（下稱縣災害應變中心）自 98 年 8 月 6 日 15 時一級開設起，農業處即成立「農業災害及土石流災害緊急應變小組」並進駐縣災害應變中心，並於 98 年 8 月 7 日 17 時通報那瑪夏鄉災害應變中心（下稱鄉災害應變中心）依土石流警戒區預報內容進行防災警戒作為，並派巡佐挨家挨戶通知南沙魯村民撤離，並於 98 年 8 月 8 日當晚即安置村民，足見高縣府已盡通報及協助撤離之責。系爭土石流災害發生前尚無相關之研究，且莫拉克颱風在南沙魯村總降量為歷年颱風之冠，先前未有任何颱風帶來超過 800 毫米之總雨量，是本件災害發生之原因已超越人力所能預見，原告自不能以此災後研究之結果，引為高縣府所屬公務員未盡作為義務之依據。高縣府於平時整備期間，已依土石流作業規定協助各鄉鎮公所擬定各種計畫，也積極爭取經費，尚無原告所稱未進行各項防避災害及救災演練之情事。

### （四）那瑪夏區公所

那瑪夏區公所依其組織規程第 3 條第 1 項所定職掌範圍、高雄市未就此交辦，又那瑪夏鄉公所之權利義務於改制後，依《地方制度法》（下稱地制法）第 87 條之 3 第 1 項規定，既應由改制後之高雄市政府概括承受，那瑪夏區公所就本件並無當事人能力自明。

崩塌尚非人力以目前之科技、技術可得預測，則連具有專業知識之學者專家尚無法預測崩塌，自難期待那瑪夏鄉公所所屬一般公務員可得預見其崩塌並進而引發系爭土石流災害。原規劃之避難處所即民族國小亦遭土石流淹沒，故縱使那瑪夏鄉公所當時有進行強制撤離至上開避難處所，亦無法避免系爭損害之發生，可見系爭損害結果與有無執行強制撤離作為間，並無因果關係。更何況，以當時南沙魯村對外交通中斷、通訊斷續不定之狀態下，亦無法期待當時留守鄉災害應變中心值勤之 6 名公務員進行強制撤離。職故，那瑪夏鄉公所所屬公務員仍有強制撤離之裁量空間，並無怠於執行職務情事。

## 肆、爭點

- 一、那瑪夏區公所有無當事人能力及本件被告適格？
- 二、本件致災原因為何？被告行政院農業委員會水土保持局或經濟部水利署南區水資源局有無原告所指執行過失或怠於執行職務之情形？
- 三、高雄縣政府及那瑪夏鄉公所（下合稱原地方機關）所屬公務人員，有無怠於執行職務之疏失？
- 四、被告如有原告所指國家賠償責任發生，其等各得請求之項目及金額為何？

## 伍、法院判決

### 一、地方法院判決

- （一）區公所應屬直轄市之行政機關（隸屬直轄市市政府之下），而非直轄市政府之內部單位，亦即於區公所之自治業務範圍或受直轄市政府交辦事項，依《民事訴訟法》第 40 條第 4 項規定，自有當事人能力。

那瑪夏區公所之區長有獨立明確之自治業務範圍，依據《災害防救法》第 24 條第 1 項規定，於災害發生或有發生之虞時，亦負有勸告或強制撤離區內人民並為適當安置之責，再依據土石流作業相關規定，可知災害防救亦屬那瑪夏區公所業務範圍。那瑪夏區公所徒以本件係在其組織改制後起訴，高雄市政府依上開地制法規定應概括承受那瑪夏鄉公所之權利義務等語置辯，認其不具被告適格云云，亦無可取。

- （二）無論哪一種國家責任，仍均限於人民因為國家機關之作為或者所採取之活動，因公益而受到損害時，方得請求國家機關補償或者國家賠償。如果是天災所造成之損失，則屬於社會救助之範疇，其法理與國家賠償之法理迥然不同，自應分別對待，各自依其法理原則而為判斷：

1. 本件系爭土石流災害之成因，係莫拉克颱風在原高雄縣山區降下史

無前例之超大豪雨後，導致系爭溪流上游集水區發生多處崩場所引發，進而造成系爭損害之結果，此有工程會報告所載，且兩造對於上揭系爭土石流災害發生之因果歷程，並無爭執，堪予認定。莫拉克颱風所帶來之超大雨量，乃南沙魯村災害之「最主要」原因。

2. 系爭溪流在本件災前之水土保持狀況乙節，經土木水利學會調查結果與監院調查意見，足認原告主張被告水保局未將系爭溪流劃為特定水保區，不事區內山林及水土復育，長期放任山林之砍伐云云，應屬無稽。
3. 主要崩塌而致災之系爭溪流上游集水區，係在遠離系爭隧道口之南沙魯村東方山區，與上開輶○○及證人魯○○所述水流或山頂土石崩落地點無涉，其等所為證述自無足作為有利原告主張之依憑。原告指稱系爭溪流集水區邊坡因施工導致地下水位下降，造成土石鬆動易崩乙節，殊屬有疑。有關隧道鑽炸對於地質結構影響部分，亦經土木水利學會實地施測調查後，將之排除在本件致災因素之外。
4. 被告水保局及水資局援引專業團隊實地調查分析而作成之工程會報告內容，抗辯系爭損害係因超大降雨量之天災因素所導致乙節，洵屬可採。原告指稱上開被告機關執行疏失或怠於執行職務，亦為致災原因云云，則無可採信。

（三）《國家賠償法》第 2 條第 2 項後段所稱之公務員怠於執行職務之消極不作為國家賠償責任之論斷：

1. 依據釋字 469 號解釋理由書引用「裁量收縮至零」理論來界定國家不作為責任之標準。而關於「裁量收縮至零」理論，學理上提出 5 個判斷標準：即（1）被害法益之對象性、（2）具體危險之急迫性、（3）危險發生之預見可能性、（4）損害結果之迴避可能性及（5）規制權限發動之期待可能性。且國家機關之不作為，往往涉及國家社會資源整體分配，不容人民個別指定，行政機關因所屬公務員不作為而導致人民權益受損，必須符合前述要件，該機關始應負國家賠償責任。
2. 《災害防救法》第 24 條第 1 項明定，為保護人民生命、財產安全

或防止災害擴大，直轄市、縣（市）政府、鄉（鎮、市、區）公所於災害發生或有發生之虞時，應勸告「或」強制其撤離，並作適當之安置，為所明定。可知法律就防範災害發生，乃賦予行政機關有選擇以勸告或強制撤離之權限，原告逕執上開條文之「應」字，主張地方政府已無裁量權限云云，已有誤會。

3. 農委會針對《災害防救法》第 24 條關於土石流災害防範及救難部分，於 93 年 12 月 23 日函頒土石流作業規定，依系爭土石流災害當時所應適用土石流作業規定第 4 點（三）由農委會水土保持局發布該地區為 1 級（紅色警戒）土石流警戒區，地方政府「得」指示撤離強制疏散，亦清楚訂定當土石流紅色警戒發布時，仍留予地方政府視情況進行強制撤離或疏散之裁量空間。此對照土石流黃色警戒發布時，地方政府即應進行疏散避難勸告之規定，益徵明確。上開土石流作業規定，乃農委會依據法律授權而制訂發布，其賦予地方政府裁量權限之規定，亦與其母法即災防法規定尚無牴觸。職故，高雄市政府及那瑪夏區公所抗辯原地方機關依上開災防法暨該法授權農委會所制訂之土石流作業規定，對於是否劃定管制區並執行強制撤離或疏散，具有裁量權限乙節，自為可取。從而，原地方機關於本件災害發生當時，既有裁量是否需要劃定管制區並強制撤離之權限，則其對可得特定之人所負作為義務是否已無不作為之裁量空間。
4. 原告主張系爭土石流災害發生前，水保局既已針對系爭溪流發布土石流紅色警戒，中央氣象局復持續提供雨量即時及預報資訊供參，原地方機關之裁量空間亦已減縮至零，而應立即強制民眾撤離警戒區。但法院認為系爭臨界雨量僅係推測之結論，尚待長期資料分析始能確認或修正，能否引為是否原地方機關發動強制撤離之判準，已屬有疑。原告援引災前所無之調查數據，指摘原地方機關當時未以此為據，作出強制撤離之判斷，自有未合。
5. 鄉災害應變中心所負責轄區內除南沙魯村外，尚有瑪雅村及達卡努瓦村等山區偏遠部落，且颱風亦持續肆虐致外援無法到達，該等值勤人員復須在應變中心待命以接收最新災防資訊，並通報實地災情

狀況及任務執行情形，足認被告那瑪夏區公所抗辯在對外交通中斷及通訊不良狀況下，以當時留守之 6 名公務人力，亦無發動強制撤離之期待可能乙節，尚非無稽。本件以當時留守災區之人、物力言，是否符合前揭五項標準中之「規制權限發動之期待可能性」，亦屬有疑。

6. 本件原地方機關所屬公務員於當時既無法預見系爭溪流集水區將發生大規模山崩並造成土石流沖擊村落，且留守之人、物力極其有限，復無外援，如期待其等短時間內作成剝奪近百戶村民自由權之強制撤離決定，顯有困難，足徵依當時境況，原地方機關就有無劃區警戒並強制撤離必要之裁量權限，尚非減縮至零。

- (四) 本件莫拉克颱風在原告居住之南沙魯村地區造成嚴重土石流災情，使附表一所示原告與其至親天人永隔，及附表二原告安身立命之處所毀滅殆盡，令人同感悲惋，然依本件調查結果所示，此次災難最主要係因颱風帶來前所未有之超大雨量所致，非當時人力所得預見並加以防範，被告所屬公務員尚無所指作為或不作為之疏失，原告依《國家賠償法》第 2 條第 2 項、民法第 194 條規定，請求被告連帶給付如附表一、二所示金額及遲延利息，為無理由，應予駁回。

## 二、高等法院判決

- (一) 關於水資局、水保局之部分，本案於一、二審法院皆因認為該次颱風係屬超過歷年紀錄的超大豪雨，並經調查發現該地林相完整未有明顯破壞水土保持跡象，且於二審法院認為南沙魯村納托爾薩溪於本次災害前並無洪水、土石流等情況，因此不符合「其他對水土保持有嚴重影響者」外，高雄縣政府亦未報請核定，因此水保局並無劃定為特定水土保持區之必要。而水資局部分，法院亦認為基於林相完整、原告主張之湧水現象與該地水脈無關聯、同時原告亦無法主張管湧現象有加速土石崩塌之情況、攔河堰及隧道鑽炸導致地質影響等，因此認水資局並無執行疏失與怠於執行職務之事由。



(二) 紅色警戒發布時間比土石流災害發生時間，提早約 30 小時預警，可知自紅色警戒發布至土石流災害發生時，高雄縣政府、那瑪夏鄉公所所有充裕時間得採取預警防止居民生命安全之作為。依《災害防救法》第 24 條第 1 項及當時行政院農委會所頒布之土石流防災疏散避難作業規定可知災害防救法明文課予被上訴人機關於有發生災害之虞時，負有「通報傳遞土石流警戒通報等災害預報資訊」及「應勸告民眾撤離」之責任。而所謂有災害發生之虞的定義，參照土石流防災疏散避難作業規定，是以「發布土石流警戒區」時，即應認為「有災害發生之虞」，即需啟動相關防災機制，不容行政機關尚有不作為之裁量餘地。

依照前開法令規定，高雄縣政府於 8 月 7 日晚間 23:08 既已收到被上訴人農委會水土保持局所發布之土石流紅色警戒後，應即指揮那瑪夏鄉公所災害應變中心、村里長及調度消防、警察機關以巡邏車、廣播車等方式傳遞土石流警戒通報等災害預報訊息，於災害發生前將災害資訊傳達至各單位與民眾、村里鄰社區住戶，俾便居民有時間準備避難及撤離。此訊息告知及勸告撤離之作為義務，在土石流警戒一經發布，其即有依法作為之義務，行政機關依法並無任何裁量空間。

(三) 高雄縣政府未確認那瑪夏鄉公所是否有通知村里幹事等人進行土石流紅色警戒之訊息傳遞，更未指揮轄下警察、消防機關協助通知居民該 DF004 那托爾薩溪已經發布土石流紅色警戒之重要訊息，是而高雄縣政府、那瑪夏鄉公所於 8 月 7 日晚間 23:08 收到 DF004 溪流發布土石流紅色警戒後，違反土石流防災疏散避難作業規定四、應變作業程序(三)發布土石流警戒區 2. 通報方式規定(4)規定之通報義務，導致當地居民因資訊不通，缺乏判斷的資訊與數據，故而未能提高警覺，並及早進行往高處避難等保護自己的措施。

(四) 《災害防救法》第 24 條第 1 項規定內容，當有災害發生之虞時，行政機關必須要有所作為，若行政機關研判情況尚未達到「強制

撤離」之狀態，則必須採取「勸告撤離」之作為，其裁量權僅止於此，而非指行政機關有擇取不勸告也不強制撤離的不作為裁量權。

早於土石流災害發生前 30 小時水保局即對南沙魯村發布紅色土石流警戒通知，高雄縣政府亦曾於土石流災害發生前，聯繫那瑪夏鄉公所進行疏散撤離並回報，詎那瑪夏鄉公所竟無作為，而高雄縣政府竟於中華電信通訊中斷後，亦怠未以其他通訊方式（如衛星電話或行動電話）督促、追蹤被上訴人那瑪夏鄉公所疏散撤離執行情形，對於那瑪夏應變中心 8 月 8 日 20 時 10 分通報南沙魯村民族國小後方斜坡有土石流情形未積極處理，未指揮所轄警察、消防等人員為有效之作為，均有不作為疏失。

- (五) 將土石流資訊通報居民或勸告居民遷離，非要鄉中心留守之 6 人親自為之，其本得透過村、鄰長、村幹事、警察、消防等人員協助執行之，並無所辯之無期待執行可能性之情。至於公所選定民族國小為避難處所，該國小亦被土石流所淹，乃選址評估當否之問題。依人性趨吉避凶及原住民對其環境熟悉、靈敏之特性，若悉有危害發生，居民自會往安全之處所避難，非必會去民族國小避難，此徵諸嗣後於土石流侵襲部落時，居民即另往民族平台避難，且事實上民族國小亦無因土石流而導致居民傷亡之情即明。是而那瑪夏鄉公所執此抗辯，要無足採。
- (六) 《災害防救法》課予高雄縣政府及那瑪夏鄉公所有發布傳遞土石流警戒通報等災害預報資訊、勸告民眾撤離及為弱勢族群特殊保護措施之作為義務，此見該法第 27 條第 1 項第 1、3 款規定之精神自明，此保護人民生命安全之作為義務，公務員並無不作為之裁量餘地。

## 陸、評析

自土石流警戒至災害發生間，那瑪夏鄉公所有充裕時間向民眾預警，且《災害防救法》課予行政機關於災害發生之虞，有通報傳遞警戒

及「應」勸告民眾撤離之責任。因此高雄縣政府於收到水保局發布之土石流紅色警戒後、中央氣象局降雨量資訊等之後即應傳遞警戒，此並無任何裁量空間。然經證人證詞，高雄縣政府、那瑪夏鄉公所並未發布土石流警戒、亦未確認及指揮通知村里幹事等人進行訊息傳遞。此外，針對證人證詞：「警察有來告知我們要注意安全」，二審法院認為僅係安全提醒，與土石流警戒發布之通知無涉，因欠缺安全提醒，導致居民在高危險之警戒區域活動，避難處所雖遭淹沒，然二審法院認為居民會自主選擇安全避難之處所，因此無法以此作為抗辯。綜上所述，二審法院認為高雄縣政府、那瑪夏鄉公所公務員違反法定作為義務，上訴人（原住民）主張依《國家賠償法》第 2 條請求賠償有理由。

本案一、二審判決結果差異之原因主要在於對於地方政府的指示撤離及強制疏散，於土石流警戒發布時有無裁量空間，一審法院依土石流防災避難疏散作業規定第 4 點（三）1.（3）的條文，肯認地方主管機關有裁量權，然二審法院則係依該作業規定的母法——《災害防救法》第 24 條之規定，認定有發生災害之虞時，及富有應勸告撤離之責任。換言之，在本案之背景下地方機關裁量權限為零。本文認為，二審法院之見解值得贊同，原因在於《災害防救法》第 24 條係為法位階之上位，且當時之土石流防災避難疏散作業規定倘若給予地方主管機關裁量之權限，明顯已違反災害防救法之立法意旨。

然而，是否基於上述理由即能肯認本案中之公務人員該當《國家賠償法》第 2 條不法侵害人民權益？卻不無疑問，因若認行政命令訂定地方機關「得」撤離已違反母法，然此處課予公務人員依據「母法」行事之責任是否有可能？公務員的注意義務程度為何？依據過往學說認為於國賠法中，公務員的注意義務為「忠於義務之一般公務員之理想典型」，應類似於民法上善良管理人之責，並且具體化成七種屬有過失之類型，包含：忽視法規之存在、錯釋法規之意義、忽視司法院之解釋、牴觸判例、服從長官或上級機關之違法指示、認定要件事實時未盡調查義務、違反安全確保義務<sup>14</sup>。而由上述七項之內容，並配合善良管理人

14 林三欽（2007），〈國家賠償：第一講——國家賠償請求權基礎之一——「執行職務型」

注意義務之法理，本文認為本案之「土石流防災避難疏散作業規定」係屬中央主管機關對於下級機關於事故發生時，所依循之行政流程，換言之，即與上述之「服從長官或上級機關之違法指示」性質相同，換言之，公務人員執行行政命令時，倘若該行政命令有違背母法之情事，因公務人員本身即具有知法的義務，即應具備一定之專業程度，不應縱其以「不知行政命令違背母法」作為抗辯。因此，本文肯認二審判決，當行政命令與母法違背之時，以母法之規定判定是否有所過失。

惟，雖行政機關於通知那瑪夏鄉之居民土石流之迅即及撤離有所過失，然本文認為二審法院以「依人性趨吉避凶及原住民對其環境熟悉、靈敏之特性，若悉有危害發生，居民自會往安全之處所避難，非必會去民族國小避難」，不以採納行政機關之抗辯是否合理？依據「土石流防災避難疏散作業規定」四、5.(4)之規定，行政機關有協助弱勢人民至避難處所之責，且於判決內文既已提及於八八風災期間，南沙魯村之對外交通中斷，民族國小做為行政機關指定之避難處所情形下，何能以「居民自會往安全之處所避難」作為因果關係不中斷之理由？且本文對二審判決此一部分持保留態度。由此判決認定地方自治團體應負擔賠償責任之結果，可能必須更進一步考量，現行山地原住民因為傳統習慣而選擇居住之地點，往往在氣候變遷與國土維護不易之情況下，日益危險。如何在傳統與安全之間妥善衡量，實為重要挑戰。

#### ❖ 相關法律條文

- 地方制度法：第 87 條之 3 第 1 項
- 災害防救法：第 24 條第 1 項
- 國家賠償法：第 2 條第 2 項、第 5 條

#### ◆ 相關案例

- 高雄地方法院 101 年度重國字第 4 號
- 高雄地方法院 101 年度重國字第 3 號
- 高雄地方法院 100 年度重國字第 6 號

之國賠請求權》，《月旦法學教室》，53 期，頁 41。

**案例十六** 嘉蘭村風災國家賠償案**案號** 臺灣臺東地方法院 101 年度重國字第 1 號民事判決**案由** 國家賠償**關鍵詞** 國家賠償、國家不作為、因果關係、居住權**壹、案例事實**

原告共 66 人（以下合稱甲），均係臺東縣金峰鄉嘉蘭村村民，依原住民族之傳統智慧，嘉蘭村位居沖積扇平原之行水區，並不適合定居。然而自日治時期開始至國治時期間，排灣族人即陸續被政府移居至嘉蘭村。嘉蘭村於民國 94 年 7 月間遭海棠颱風重創，造成村民無家可歸，住家遭太麻里溪河水暴漲沖毀。民國 98 年 8 月 8 日莫拉克颱風來襲，是日凌晨洪水即開始暴漲，嘉蘭村開始淹水，約於清晨 5 時，洪水溢過南太麻里溪並潰堤，洪流擴散廣闊，使民宅及農舍遭洪水沖刷破壞，周邊農田皆遭大量土石淤積掩埋，甚至積水達到一層樓高。災後經統計，嘉蘭村房屋全倒 46 間，嘉蘭村農地重劃區淹沒約 100 公頃，聯外道路路基沖毀交通中斷。

原告認為被告（臺東縣政府、經濟部水利署第八河川局、行政院農業委員會水土保持局、行政院農業委員會林務局、行政院）就相關防汛措施、橋梁等公共設施設置有不當、欠缺之處，且主管之公務員於災害前、災害時，各有怠於執行職務，包括被告臺東縣政府於河川治理、防洪等作為不當，並怠於清淤、設置防汛設施等；經濟部水利署第八河川局防洪規劃不當、怠於進行防災工程；行政院農業委員會水土保持局未妥善規劃工程、怠於建制預警措施；行政院農業委員會林務局怠於採行適當林業政策；行政院怠於指定專業指揮官、預警地方政府。原告甲認基於上述各機關之疏失，造成原告之財產及適當住房權、健康權、文化權、家庭權之人格權受有損害，爰依《國家賠償法》第 3 條第 1 項及第 2 條第 2 項向被告提起訴訟請求國家賠償。

## 貳、訴訟結果

原告之訴駁回。

## 參、當事人主張

### 一、原告甲（原住民）共同主張

#### （一）臺東縣政府之責任

##### 1. 應負《國家賠償法》第3條第1項責任

河川治理不當：太麻里溪屬縣管河川，臺東縣政府負有依法為防災計畫擬定、執行及檢討責任，以減少災害發生及防止災害擴大之法定義務。惟被告未考量河川流域特性、隘口地形效應，堤防設計亦未慮及堤後坡面強度，致洪水溢堤後造成堤後淘刷而潰決，是被告就太麻里溪之治理及防災保護措施，顯有缺失。

防洪構造物設置不當：太麻里溪之堤防，不僅築堤限制並束縮河道，與水爭地，且設計標準僅25年頻率，顯然偏低，此臨時性防洪構造物建造之初，即存有瑕疵而無法達到防洪作用。

未就防洪構造物維修、檢查：被告未落實對防洪構造物之檢查，致未能發現臨時防洪構造物保護標準不足，而未為任何補強、維修，導致災害來臨之際，臨時防洪構造物毫無保護能力，被告就防洪構造物之管理顯有疏失。

橋樑設置不當：太麻里溪於嘉蘭村下有拉灣橋、上有嘉蘭橋坐落於河道束縮瓶頸段，上游來砂石多，疏濬量能力不足，造成河段土砂淤積，進而造成太麻里溪主流改道，侵襲嘉蘭村。橋樑設置亦屬河川治理之一環，被告負有將橋樑設置於適當地點，及檢查是否具備通洪能力之權責，是被告未為適當之規劃，顯有疏失。

##### 2. 應負《國家賠償法》第2條第2項責任

怠於清除河道泥沙淤積：遲至莫拉克颱風來襲前之汛期，被告臺東縣政府之公務員仍未辦理清淤工程。是被告臺東縣政府就清淤工程之量

能，顯未達河川流量斷面維持之目的，無法因應莫拉克颱風於太麻里溪上游水流夾帶泥沙沉積河床，致河川通水斷面縮小，洪流漫溢河岸淹沒嘉蘭村聚落。則被告臺東縣政府之公務員，就清除河道泥沙淤積一節，顯有怠於執行職務之情事。

怠於設置防汛設施：被告未於河川兩岸之適當地點，設置防汛搶險所需器材之儲備所及儲備防汛搶險所需之土石料或混凝土塊，致莫拉克颱風之豪雨達到使溪水暴漲警戒時，嘉蘭村並無足夠之器材及土石料阻止溪水漫溢及堵塞防洪建造物最早之破口。是被告之公務員疏於依照災害防救法之規定，錯失搶救之良機，顯有怠於執行職務之情事。

未落實災害預警措施：被告未有效落實相關防災警戒之整備工作，缺乏資訊整合之應變機制，疏於事前建立完善的防災警戒措施，導致本件災害發生之災情通報延誤，造成損失擴大，是被告之公務員就此部分亦有怠於執行職務之情事。

## （二）第八河川局之責任

### 1. 應負《國家賠償法》第3條第1項責任

被告第八河川局未能有效執行該河段之疏濬及河川治理工作，造成河川泥沙淤積縮小通水斷面，洪水宣洩不及，致釀成本件重大災情，是被告第八河川局就公有公共設施之設置及管理顯有欠缺，而應負《國家賠償法》第3條第1項之賠償責任。

### 2. 應負《國家賠償法》第2條第2項責任

被告之公務員怠於清理泥沙淤積，致使河道流水斷面減少，抬高河床，洪流夾帶大量泥沙擠壓橋面或溢漫河岸，而釀成本次災害。又依系爭治水規劃之具體治理計畫，顯見政府已意識到嘉蘭村堤防建設屬防洪減災刻不容緩之事宜，詎被告之公務員竟至莫拉克颱風侵襲臺灣之數年間，仍未辦理防災工程。是以，被告公務員就怠於清理泥沙淤積及怠於設置相關堤防工程，顯有過失。

### （三）行政院農業委員會水土保持局之責任

#### 1. 應負《國家賠償法》第3條第1項責任

被告對於災害防救設施設備，負有檢查之法定義務，應確保公共工程施工成果符合設計及規範之品質要求。惟依監察院報告足見被告水土保持局就簡易橋樑之危險性，於莫拉克颱風來襲前已發覺，卻仍未就相關水土保持工程妥善規畫，且未除去自始存在之工程瑕疵，是被告自應負《國家賠償法》第3條第1項之國家賠償責任。

#### 2. 應負《國家賠償法》第2條第2項責任

被告之公務員怠於因應災害類型之變遷及複雜化，採取適當之水土保持措施；且疏於檢視相關之災害預警措施，導致災害來襲時，預警措施無法及時發揮功能，災區無法負荷複合型災害同時發生之情事，造成損害之發生或擴大，被告之公務員就上揭事項顯有過失。

### （四）行政院農業委員會林務局之責任

被告林務局之公務員，因過失而疏於考量當地山林地質特性，維持單一林相之林業政策，造成森林之水土保持涵養機能不足，生態系劣化，致未能有效維護太麻里溪中、上游河段之山林水土保持機能，而無力抵抗天然災害。被告之公務員於執行職務時，疏於採行適當的林業政策，造成原告之損害，自應負《國家賠償法》第2條第2項之責任。

### （五）行政院之責任

行政院於災害發生或有發生之虞時，負有及時蒐集及傳遞相關資訊予以分析後，為相關警報發布之責。本件災害應變中心疏於即時依據預測雨量分析研判具體災害規模，同時告知地方政府嚴重性，導致原告等無法及時因應而為適當防災舉措，是行政院災害應變中心顯怠於執行防災職務，且與原告所受損害存有因果關係，自應負《國家賠償法》第2條第2項之賠償責任。

原告甲等人均為嘉蘭村民，嘉蘭村位居太麻里溪沖積扇平原上，依



原住民族傳統智慧不適定居。惟日治時期開始，日本政府將各社排灣族人移居至此，形成現今之嘉蘭村。國治時期亦延續此一移居政策。嘉蘭村於民國 94 年 7 月遭海棠颱風重創，即不斷向政府反映應積極治理太麻里溪。民國 98 年 8 月 8 日莫拉克颱風來襲，太麻里溪提防潰堤，洪水導致嘉蘭村房舍全倒 46 間，農地淹沒 100 公頃，道路中斷等災情。甲認因前揭被告之行為，導致莫拉克颱風帶來嚴重水患，而受有財物損害。又，「適當住房權」、「健康權」、「文化權」及「家庭權」係受「公民與政治權利國際公約」及「經濟社會文化權利國際公約」所保障之重要人格權。此災害之發生與擴大，從中央政府於地方規劃及災害防救之措施，未將原住民族居住區之特殊性納入考量，以致未能採取適當的防災因應措施，被告上開行為致生本件災害，沖毀原告等之家園及房舍，導致原告家園殘敗、家庭解組以及個人心理調適之問題，亦造成原住民族傳統文化資產之滅失，嚴重侵害原告之「適當住房權」、「健康權」、「文化權」及「家庭權」等人格法益，造成原告等精神上之痛苦。綜此，爰依《國家賠償法》第 2 條、第 3 條、第 9 條及民法第 184 條、第 185 條、第 195 條，聲請被告機關連帶給付損害賠償及精神慰藉金。

## 二、被告臺東縣政府主張

臺東縣政府對縣管河川所設堤防，於民國 94 年海棠風災之後，即將嘉蘭村列為「太麻里溪整體規劃工作」（下稱治水規劃）之第一優先，考量永久性工程需時，以緊急保護工因應汛期，均符合水利署所定之保護基準，亦每年進行檢查，並無保護不足。橋樑之設置亦未小於現有河道，並無造成河道瓶頸。甲等人之損害實因莫拉克颱風 200 年洪峰釀災，與公有公共設施之設置與管理有無欠缺無因果關係，並無《國家賠償法》第 3 條之責任。

臺東縣政府於民國 94 年 7 月以降，辦理太麻里溪疏濬工程共有七件，總數達 1,523,675 平方公尺。亦有監控河川警戒水位與設置防汛塊，潰堤第一時間即投入防汛塊搶救。就此部分並未有怠於執行職務之行為，亦無《國家賠償法》第 2 條之責任。至嘉蘭村遷建部分，於民國 94 年海棠颱風災後開始進行規劃，至民國 100 年遷村完工嘉蘭村民入住

為止，並無不當遷建嘉蘭村之情事。

就甲等人所請求之金額部分，財產損害缺乏具體舉證。縱有損害，亦與臺東縣政府之作為無關。況且文化權之具體概念空泛，又是否可與民法第 195 條之人格權等同，均屬可疑，甲等人據此請求精神慰撫金，自非有據。

### 三、被告第八河川局主張

太麻里溪屬縣管河川，堤防與疏濬均屬臺東縣政府職權，河道亦非公有公共設施，甲等人並未具體指陳第八河川局所管理之何設施於設置管理上有所欠缺，自無《國家賠償法》第 3 條之責任。

太麻里溪自民國 95 年起納入易淹水地區水患治理計畫，然測量、分析等工作需時，流域環境又變化劇烈，規劃相當困難，最後於民國 98 年 6 月奉行政院經濟部核定，旋即於同年 8 月發生莫拉克風災，第八河川局並未怠於執行治水規劃，並無《國家賠償法》第 2 條之責任。莫拉克風災造成之洪峰流量遠超原先計畫洪水量，為不可抗力之天然災害，與第八河川局無涉。另甲等人對損害之舉證亦有未足。

### 四、被告水土保持局主張

太麻里溪屬縣管河川，權責機關為臺東縣政府。且莫拉克風災期間警戒疏散得宜，未有人員傷亡，此乃水土保持局土石流預警、避難規劃之成果。莫拉克風災應檢討者，為太麻里溪之防汛搶險工作是否有疏失，而非水土保持局所管之水保工程與預警措施有何懈怠。再者，多利野溪本次因治理生效，未有土石溢流，與嘉蘭村因太麻里溪溢流致災亦無因果關係。

### 五、被告林務局主張

林務局自民國 80 年起禁止砍伐天然林，且採多元混合栽植，並非採取單一林相之造林政策。又，太麻里溪上游為大武山自然保育區，向採自然復育，未有人工造林及曾為伐木之紀錄。莫拉克風災期間，太麻里溪上游之累積雨量為 1500 毫米至 2100 毫米，已超過學者研究導致山

崩之累積日雨量 400 毫米，所致崩塌應為極端氣候下不可抗力之天然災害，而與林業、造林政策無關。林務局自無《國家賠償法》第 2 條之責任。

## 六、被告行政院主張

中央災害應變中心於民國 98 年 8 月 5 日晚間 8 時 30 分發布莫拉克颱風警報後即二級開設，與各縣市政府密切聯繫，並於 8 月 6 日上午 8 時 30 分提升為一級開設。惟當時中央氣象局對臺東地區山區總雨量預測僅為 200 至 400 毫米。臺東縣政府亦依中央通報於民國 98 年 8 月 6 日下午 1 時，完成災害應變中心一級開設，並疏散嘉蘭村民，有效避免人命傷亡，並無怠於執行職務之情事。

以莫拉克風災之雨量研判，即便中央災害應變中心預知有災害發生，亦無法於 2 日間採取阻止溪水溢堤淹沒嘉蘭村之有效措施。故無論中央災害應變中心是否將具體災害規模告知地方，嘉蘭村受災結果均未能改變。行政院為災害防救立法政策之決定機關，而非實際執行搶救之機關，故甲等人主張行政院正、副院長執行職務有故意過失云云，顯不符《國家賠償法》第 2 條之要件。

## 肆、爭點

- 一、各被告是否應負《國家賠償法》第 2 條第 2 項之國家賠償責任？
- 二、被告臺東縣政府、第八河川局、水土保持局是否應負《國家賠償法》第 3 條第 1 項之國家賠償責任？
- 三、原告得請求被告賠償之金額為若干？

## 伍、法院判決

### 一、《國家賠償法》第 2 條「怠於執行職務」構成國家賠償責任之要件

現代《國家賠償法》已拋棄須公務員執行職務主觀上有過失，客觀上為違法之理論；而側重於危險分擔原則，縱使公務員為合法執行職

務，仍允許受有特別犧牲之人民請求國賠。惟仍須限於人民之損害是因為國家機關作為而生，與因天災受有損害給付之社會救助有間。

至於《國家賠償法》第 2 條中，國家是否因公務員不作為而負賠償責任，參照釋字 469 號解釋理由書，乃是以「裁量收縮至零」理論作為國家不作為責任之標準，學理上共有五個判斷標準：即（1）被害法益之對象性、（2）具體危險之急迫性、（3）危險發生之預見可能性、（4）損害結果之迴避可能性，及（5）規制權限發動之期待可能性。且國家機關之不作為，往往涉及國家社會資源之整體分配，不容人民個別指定，故行政機關因為所屬公務員之不作為，導致人民權益受損，必須符合前述要件，行政機關始須負國家賠償責任。

## 二、被告機關臺東縣政府、第八河川局並無怠於執行職務

依監察院調查報告，認同太麻里溪嘉蘭橋控制點於莫拉克颱風時，洪峰流量接近 200 年重現期距，而災因研析亦認為莫拉克颱風來襲時，造成嚴重水患之首因，係因降雨集中於民國 98 年 8 月 7、8 日二日，依水文分析結果，太麻里河流域平均降雨量約 1,100 毫米、洪峰流量值 3,300 毫米，約相當於 50 年重現期距保護標準。復因上游集水區大量崩塌帶來土石、漂流木，加計後估算流量值約達 4,290cms，已相當於 180 年重現期距流量值，造成太麻里溪水位暴漲，此種洪水、土砂及漂流木複合型災害所產生之水流沖擊，造成流域範圍內之建築物遭沖毀流失。莫拉克颱風於太麻里河流域所造成之雨勢夾帶泥沙、漂流木，導致洪峰流量接近 180 年至 200 年重現期距，此實非被告機關設置防洪設施保護標準時所得預見之情況。

被告臺東縣政府於民國 95 年 8 月至 12 月之清淤工程乃係針對海棠颱風災後所帶來之大量砂石所為，尚難以被告臺東縣政府於 96 至 98 年各次之清淤數量，未達 95 年 8 月至 12 月之清淤數量，遽論被告臺東縣政府有怠於清理太麻里溪淤積土石之責。惟以莫拉克颱風帶來 200 年重現期距之洪峰量以觀，於事後檢討時固可謂被告臺東縣政府日後應再加強太麻里溪之疏濬工程，被告第八河川局並應克盡規劃、督導之責，然尚難反推此次災害之發生，係因被告臺東縣政府或第八河川局怠為疏濬

工程所致。

自民國 94 年 7 月海棠颱風來襲至民國 98 年 8 月莫拉克颱風來襲此近四年間，共計有 17 個颱風侵襲臺灣，其中不乏數個颱風均係於花蓮海岸附近登陸，路徑與海棠、莫拉克颱風相近，期間亦有挾帶豪雨；惟於此四年內，並未發生如莫拉克颱風如此嚴重之氾濫情形，則莫拉克颱風所造成之氾濫，與被告臺東縣政府、第八河川局怠於清除河道泥沙淤積或設置防汛設施之行為不具相當因果關係，而屬天然災害所致。

被告臺東縣政府及第八河川局是否符合《國家賠償法》第 2 條第 2 項之構成要件，並不能僅以檢討報告及監察院報告為證據；況莫拉克颱風所帶來之高強度、高總量降雨及洪峰量，並不具備危險發生之預見可能性及損害結果之迴避可能性。被告臺東縣政府於太麻里溪河水氾濫前業已疏散嘉蘭村村民，從而並無人員傷亡，亦足證明被告臺東縣政府並非毫無預警措施。是以，原告主張被告臺東縣政府、第八河川局應負《國家賠償法》第 2 條第 2 項之國家賠償責任，難認有理由。

原告並未明確舉證被告水保局究有何項具體之水土保持措施及災害預警措施有所疏失，本件風災主要肇因於如前述之高強度、高雨量降雨而導致之洪峰量，縱被告為相關措施亦無從阻擋災害之發生，是即不足以認為被告水保局已毫無不作為之裁量餘地，而負有必須立即作為之義務，是被告水保局自無怠於作為而應負國家賠償責任可言。

### 三、被告機關林務局並未怠於執行職務

甲等人主張林務局之林業政策疏失，導致水患嚴重，其根據為雜誌報導以及期刊論文，然相關文獻為對林業政策之建議，並且亦肯定林務局全面禁伐之政策，是否得憑此認為林務局之林業政策過失，導致本次風災之洪水發生，實有可疑。

國內外之研究均認為，山區之日累積雨量達 400 毫米以上，縱有山坡森林，亦足以造成山崩。而莫拉克颱風期間，太麻里溪上游日雨量達 1,000 毫米以上，屬長延時且高強度之降雨，顯已超過山坡森林之承載及抗滑能力，因此導致坡地崩坍，實難謂被告林務局之公務員有何過失可言。是以，原告主張被告林務局採行不當之造林政策，導致太麻里溪

中、上游河段之山林水土保持機能不足，無法抵抗天然災害，應負《國家賠償法》第 2 條第 2 項之賠償責任，尚屬無據。

#### 四、被告行政院並無怠於執行職務

行政院中央災害應變中心為因應莫拉克颱風來襲，於中央氣象局民國 98 年 8 月 5 日晚間 8 時 30 分發布莫拉克颱風警報後，立即二級開設莫拉克颱風中央災害應變中心，通報各參與編組機關指派權責人員進駐作業，透過防救災資通訊系統、電話、傳真等各項通訊方式與各縣市政府保持密切聯繫。惟於民國 98 年 8 月 7 日下午 4 時及晚間 7 時，中央氣象局對於臺東地區山區之總雨量預測僅為 200 至 400 毫米，為全臺各地預測降雨最低之地區。被告臺東縣政府亦於民國 98 年 8 月 6 日下午 1 時，依行政院所成立之中央災害應變中心通報，完成災害應變中心一級開設，辦理相關因應作為。並為預防災害發生侵害人民生命疏散撤離嘉蘭村民 200 人，全數安置收容於安全之處所，足見行政院中央災害應變中心業已主動協助地方政府因應災害處理，有效執行疏散撤離作為，使嘉蘭村村民免於遭受傷亡，已將災害損失降低，尚難謂有何怠於執行職務之情事。

#### 五、被告臺東縣政府、第八河川局、水保局是否應負《國家賠償法》第 3 條第 1 項之國家賠償責任？

監察院調查報告結果顯示，太麻里溪於莫拉克颱風來襲時，造成嚴重水患之首因，係因集中於民國 98 年 8 月 7、8 日二日之強降雨。太麻里溪於遭受海棠颱風豪雨侵襲造成嘉蘭村水患後，被告臺東縣政府立即為系爭治水規劃之提出、設計，此均係與被告第八河川局、水保局及公共工程委員會等中央單位及多位專家學者討論之結果，已將太麻里溪左岸嘉蘭村段列為優先項目。惟因系爭治水規劃執行之行政程序費時，對於已遭海棠颱風侵襲之嘉蘭村居民而言緩不濟急，故系爭治水規劃新提出緊急防洪保護措施，而採用臨時性保護工，然均係以能順利宣洩 50 年計畫洪水量為計算，原應無安全上之疑慮。被告臺東縣政府依系爭治水規劃所設置之堤防，在一般客觀情狀下應足以抵擋颱風所造成之雨

勢，但依莫拉克颱風帶來之相當於 200 年重現期距流量值而言，亦難認定原告所受之損害與被告之作為有相當因果關係。是原告主張被告臺東縣政府及被告第八河川局應負《國家賠償法》第 3 條第 1 項之國家賠償責任，尚難為有利於原告之認定。

原告甲等人主張臺東縣政府就橋樑有設置不當之缺失，惟橋樑因聚落開發而設置於河道瓶頸段由來已久，此設置位址本可降低施工費用及施作困難度，且於莫拉克颱風來襲前並未造成如本次災害之嚴重水患；是於莫拉克颱風來襲後，依監察院檢討報告評估，建議配合河寬加長並採不落墩方式興建，以避免阻礙通水造成淹溢。然並非有前揭橋樑存在，於颱風來襲時必會發生如此次災害之水患，是尚難謂前揭橋樑與本件災害具有相當因果關係。

原告甲等人主張水保局未妥善規劃水土保持工程，且未除去既存之工程瑕疵。惟查水保局雖於民國 97 年之檢討報告顯示，多利野溪之無名橋入侵河道，恐影響嘉蘭村之安全，然甲並未舉證多利野溪於莫拉克風災期間有造成氾濫情事，或與本件災害有何相當因果關係。前述檢討報告乃係針對太麻里河流域（含支流）整體治水規劃為檢討，並不能遽此即謂被告水保局就多利野溪之無名橋有管理疏失而導致本次災害，自難謂水保局就此無名橋有管理疏失造成甲之損害，是原告此部分主張亦屬無據。

綜上所述，原告之請求為無理由，應予駁回。

## 陸、評析

本案判決與前述案例事實相同，皆因為莫拉克颱風所帶來強陣雨導致之災害。我國向來之國家責任思維，習慣將此等自然事故所引發之災害認定為人力所不可控制之天然災變，既然為人力無法控制之不可抗力，即無事前預防之可能，而得出「無論哪一種國家責任，仍均限於人民因為國家機關之作為或者所採取之活動，因公益而受到損害時，方得請求國家機關補償或者國家賠償。如果是天災所造成之損失，則屬於社會救助之範疇，其法理與國家賠償之法理迥然不同，自應分別對待，各

自依其法理原則而為判斷」<sup>15</sup>。此等結論，此段論述幾乎完全相同地出現在本件判決當中，因此本件法院判決基本上已經採取天災損失非屬國家賠償範圍之態度，卻未考量近年亦有最高法院判決認為「公務員怠於執行職務，不必為損害發生之唯一原因，如與自然事實如地震、颱風、大雨、洪水等相結合而發生損害之結果者，亦具有相當因果關係，應負國家損害賠償責任，不得以天災不可抗力主張免責。」（最高法院 103 年度台上字第 711 號判決參照）亦即，每個案件事實上應有不同的判斷要件，並不會因為只要有超出預料之風災存在，即認定所有風災引發之損害結果，均為不可抗力而無需負擔國家賠償責任。

然本件法院之論述事實上已經先將「風災≠國家賠償」且「風災=社會救助」之預設立場闡明，因此在後續的推論上，也一貫地採取此基本立場。例如「依水文分析結果，太麻里溪流域平均降雨量約 1,100 毫米、洪峰流量值 3,300 毫米，約相當於 50 年重現期距保護標準，復因上游集水區大量崩塌帶來土石、漂流木，加計後估算流量值約達 4,290 cms，已相當於 180 年重現期距流量值，造成太麻里溪水位暴漲，此種洪水、土砂及漂流木複合型災害所產生之水流沖擊，造成流域範圍內之建築物遭沖毀流失」。因此，「太麻里溪各河段防洪設施保護標準不足，均可能造成洪水溢堤情形，且由於堤防型式為土堤，僅在臨水坡面簡易噴漿保護，洪水於溢堤後造成滔刷形成潰堤」之防洪設施不足事實，不認定為公有設施設置欠缺，而得到結論為「足見莫拉克颱風於太麻里溪流域所造成之雨勢夾帶泥沙、漂流木，導致洪峰流量接近 180 年至 200 年重現期距，此實非被告機關所得預見」。又如對於被告機關未清除河道泥沙淤積等行為與河川氾濫之間，認定並無任何因果關係，純係莫拉克颱風所致。本案判決對於自然災害與國家賠償之間的關聯性，堅守傳統法學見解，避免全體國民共同負擔賠償責任，固然有其理由，但並非無因應氣候劇烈變遷，考量國家責任風險承擔義務之可能性。

此外，本件原告特別提出嘉藍村之位置依據原住民族之傳統智慧，早已判斷為不適合定居之地點，原告之所以居住於該地，全係政府單方

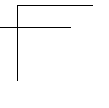
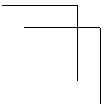
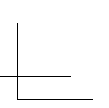
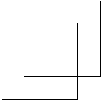
15 臺灣高等法院花蓮分院 99 年度上國更（一）字第 1 號判決。



面之強制作為，而此強制作為造成村民生命、身體、財產權利之損害，卻又不積極作為改善當地之居住安全環境，這不也是政府無視或輕忽偏鄉原住民權益之具體例證？然法院對此論述全無進行論述，同時就原住民族之「適當住房權」、「健康權」、「文化權」及「家庭權」等議題，也均未加以表達見解，略為可惜。

#### ❖ 相關法律條文

國家賠償法：第 2 條第 2 項、第 3 條第 1 項



# 索引

## 二劃

人格權 103, 106, 107, 108, 109, 124, 358, 429, 477, 481, 482

## 三劃

土審會 33, 36, 38

土石採取 28, 388, 389, 390, 391, 392, 393

土造長槍 20, 22, 131, 132, 134, 143, 145, 146, 150, 151, 153, 155, 172, 173, 174, 175, 176, 182, 190, 192, 236, 237, 253

子女最佳利益 19, 104, 106, 108, 109, 110, 113, 114

山羌 180, 192, 194, 195, 198, 201, 207, 212, 213, 214, 216, 219, 220, 221, 222, 223, 225, 227, 229, 231, 232, 236, 237, 241, 242, 244, 245, 246, 247, 249, 250, 254, 255

## 四劃

不當得利 17, 19, 42, 43, 44, 46, 48, 49, 57, 69, 70, 71, 72, 73, 76, 79, 80, 81, 82

公共工程 388, 389, 390, 394, 426, 430, 431, 467, 480, 486

公共設施 262, 264, 267, 268, 393, 394, 477, 479, 481, 482

公司共有 14, 50, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92

公有荒地招墾 33, 38

分割 54

手槍 20, 22, 145, 151, 162, 166, 168, 169, 170, 171, 172

文化成果表達 121, 127, 128

文化完整性 121, 129

日據時期戶口調查簿種族欄 349, 353

比例原則 277, 278, 336, 373, 423, 427, 430, 432, 433, 435, 437, 438, 439, 443, 448

氏族 110, 114, 355

水土保持 327, 332, 333, 334, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 398, 457, 458, 459, 460, 461, 465, 467, 469, 470, 471, 472, 473, 477, 480, 482, 483, 485, 486, 487

水土保持法 25, 27, 31, 327, 329, 332, 333, 334, 335, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 379, 380, 460, 464

牛樟 24, 194, 196, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 290, 291, 296, 297, 298, 300, 301

牛樟菇 281, 282, 289

牛樟樹 296, 297, 298, 299, 300, 301

**五劃**

代位分割 16, 17, 19, 86, 89  
 加油站 29, 394, 395, 396, 397, 398, 399  
 占有 18, 29, 40, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 55, 57, 58, 59, 60, 61, 64, 66, 68, 69, 71, 74, 75, 76, 77, 81, 82, 83, 84, 330, 367, 369, 383, 384, 387, 407, 409, 410, 415, 419, 420, 421  
 四鄰證明 55, 79, 81, 83  
 平等權 9, 30, 94, 416, 423, 437, 440, 444  
 正當防衛 335, 336, 338, 339  
 母系社會 98, 101, 107, 108, 109, 351, 352  
 民間參與 450, 451, 452, 453, 455  
 生活慣俗 1, 20, 24, 260, 265, 270, 271, 278, 282, 283, 285, 289, 290, 292, 293, 294, 295, 299, 300, 305, 308, 316, 321

**六劃**

先占 38, 50, 54, 84, 266  
 共地 54  
 共有 54  
 合理使用 121, 123  
 名譽法益 304  
 因果關係 458, 459, 460, 465, 467, 468, 476, 477, 480, 481, 482, 485, 487, 488  
 地上權 17, 38, 43, 44, 45, 48, 54, 67, 68, 80, 82, 83, 92, 330, 331, 332, 333, 381, 398, 400, 402, 403, 405, 410, 413, 414, 421, 451

收養 17, 18, 19, 27, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 110, 111, 112, 113, 114, 133, 135, 354, 359, 360, 361, 362, 364, 365  
 自行耕作 48, 51, 53, 68, 79, 81, 331, 332, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 418, 419  
 血統主義 135, 349, 352, 354, 356, 357, 360, 361  
 行政處分之效力 66, 400

**七劃**

改從母姓 104, 105, 107, 108, 354, 355, 359, 360, 361  
 災區 441, 442, 444, 462, 472, 480  
 男女平等 135, 349, 352  
 身分認同慣習 349, 351  
 身分關係 15, 95, 100, 101, 102, 113, 136, 358

**八劃**

供作生活工具之用 20, 22, 131, 134, 136, 138, 140, 145, 147, 149, 150, 152, 154, 156, 157, 161, 162, 163, 166, 168, 169, 172, 173, 174, 176, 178, 179, 180, 182, 183, 185, 186, 187, 188, 191, 192, 193, 195, 196, 197, 198  
 居住權 477  
 拆屋還地 16, 17, 42, 44, 49, 56, 69, 73, 75, 76  
 放領 54, 66, 69, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 79, 374, 408, 409, 417  
 服飾 25, 120, 128, 307, 344, 346  
 林班歌 121, 123, 125  
 炒米粉 115, 116, 117, 118, 119, 339,

340, 341, 342  
空氣槍 20, 22, 145, 157, 158, 159, 160,  
161, 162, 163, 164, 165, 199  
返還土地 16, 17, 44, 50, 56, 57, 70, 72,  
80, 419

### 九劃

保育類野生動物 23, 24, 132, 180, 192,  
196, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204,  
206, 212, 213, 214, 216, 217, 218, 219,  
220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227,  
228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235,  
236, 237, 239, 242, 245, 246, 247, 248,  
249, 251, 254, 256, 257  
拾獲 166, 167, 170, 180, 182, 192, 194,  
195, 196  
政府採購 30, 423, 425, 426, 427, 430,  
431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438,  
439, 440, 441  
為子女之利益 103, 105, 107, 113  
狩獵 10, 136, 139, 142, 145, 146, 147,  
148, 149, 150, 151, 152, 153, 162, 164,  
165, 168, 169, 170, 171, 176, 177, 178,  
179, 180, 183, 184, 186, 187, 189, 190,  
191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 209,  
210, 212, 214, 217, 225, 226, 227, 230,  
231, 238, 239, 240, 241, 242, 244, 246,  
252, 254, 255, 256, 257, 258, 263, 265,  
318, 337  
重婚 25, 344, 345, 346, 347  
風災 26, 30, 31, 441, 442, 443, 444,  
445, 446, 447, 448, 449, 456, 459, 460,  
462, 465, 467, 476, 477, 481, 482, 483,

484, 485, 487, 488  
食用 20, 22, 23, 24, 118, 134, 148, 149,  
150, 153, 156, 180, 191, 196, 207, 210,  
212, 213, 214, 236, 237, 241, 242, 243,  
244, 247, 252, 263, 281, 282, 283, 286,  
287, 288, 342

### 十劃

原住民身分 4, 20, 22, 25, 26, 27, 43,  
47, 60, 68, 76, 77, 78, 80, 82, 86, 88,  
89, 91, 93, 94, 103, 105, 106, 107, 109,  
131, 134, 135, 136, 151, 152, 154, 167,  
168, 175, 176, 193, 195, 196, 197, 233,  
242, 297, 305, 323, 325, 343, 349, 350,  
351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358,  
359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 420,  
421, 424  
原住民保留地 4, 18, 19, 25, 26, 27, 28,  
29, 33, 35, 36, 37, 38, 40, 41, 42, 46,  
47, 48, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57,  
58, 59, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 75,  
78, 80, 81, 82, 83, 87, 88, 89, 92, 93,  
94, 202, 224, 230, 239, 263, 264, 265,  
268, 269, 290, 316, 319, 327, 328, 329,  
330, 331, 332, 333, 366, 368, 370, 371,  
372, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386,  
387, 388, 389, 391, 392, 393, 394, 395,  
396, 397, 398, 399, 400, 402, 403, 406,  
407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414,  
415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422,  
455  
原住民保留地土地權利審查委員會  
57, 58, 330, 333, 366, 380, 381, 395,

## 國內原住民族重要判決之編輯及解析 (第二輯)

397, 399, 418, 467  
 原住民保留地解編 29, 407, 412, 413  
 原住民族土地移轉繼受習慣 18, 56  
 原住民族同意 307, 450  
 原住民族習慣 1, 14, 15, 18, 19, 25, 38, 39, 40, 55, 62, 63, 68, 86, 91, 95, 97, 98, 101  
 原住民族傳統智慧創作保護條例 121, 127, 128, 129, 130  
 原住民族傳統領域 8, 10, 46, 47, 68, 75, 76, 213, 259, 260, 263, 264, 265, 266, 278, 281, 285, 289, 290, 294, 295, 296, 299, 304, 316, 319, 421, 455  
 原住民習俗 335, 341  
 時效 43, 44, 45, 48, 49, 69, 71, 82, 329  
 時效取得 42, 43, 44, 45, 48  
 桑黃 24, 292, 293, 294  
 特定區域範圍 30, 441, 442, 444  
 祖傳地 79, 81, 82, 83  
 耕作權 17, 28, 33, 35, 36, 37, 40, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 57, 58, 59, 60, 64, 65, 67, 68, 92, 331, 332, 333, 366, 368, 370, 374, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 398, 413, 418, 419, 420, 421  
 財產 54  
 酌減刑度 275  
 高權行為 50, 55, 56

**十一劃**

國有所有權登記 407, 411  
 國有林地 24, 259, 260, 261, 271, 272, 273, 290, 291, 292, 297, 327

國家不作為 465, 470, 477, 484  
 國家賠償 15, 17, 26, 31, 456, 457, 459, 460, 461, 462, 464, 465, 466, 469, 470, 472, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489  
 強制撤離 447, 465, 468, 469, 471, 472, 474  
 涵化 115, 120  
 移轉限制 63, 68, 93, 94  
 移轉繼受習慣 50  
 習慣 1, 2, 3, 4, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 15, 18, 19, 20, 21, 24, 25, 37, 38, 39, 40, 48, 53, 54, 55, 60, 61, 62, 63, 78, 82, 83, 84, 85, 86, 92, 93, 94, 96, 97, 98, 100, 101, 102, 106, 109, 111, 113, 116, 119, 128, 129, 137, 138, 139, 140, 142, 145, 147, 149, 150, 151, 152, 153, 155, 163, 165, 168, 169, 175, 179, 185, 186, 187, 192, 193, 194, 196, 217, 238, 242, 244, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 271, 273, 274, 275, 278, 283, 284, 286, 287, 288, 295, 300, 303, 305, 307, 308, 309, 310, 311, 318, 320, 337, 343  
 習慣 351, 363, 364, 392, 397, 406, 462, 476, 487  
 脫法行為 79, 80, 82  
 販賣 22, 23, 42, 43, 138, 160, 161, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 188, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 297, 299, 300, 301

**十二劃**

善意占有 49, 79, 80, 82, 86

- 棕葉貓 24, 253, 254, 255, 256, 257, 258
- 森林副產物 180, 181, 194, 281, 283, 284, 289, 292, 293, 294
- 無權占有 19, 33, 42, 43, 46, 47, 49, 53, 60, 71, 72, 81, 82, 83
- 登記 16, 17, 18, 19, 29, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 42, 43, 44, 45, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 64, 65, 66, 67, 68, 71, 73, 74, 77, 78, 80, 81, 82, 83, 84, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 95, 96, 97, 99, 123, 124, 125, 133, 134, 135, 141, 148, 151, 154, 168, 169, 174, 186, 193, 195, 241, 331, 332, 333, 334, 344, 346, 349, 353, 355, 356, 358, 360, 366, 367, 369, 370, 374, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 396, 399, 400, 402, 403, 405, 406, 408, 409, 410, 411, 412, 414, 415, 418, 419, 420, 421
- 著作權 19, 121, 123, 124, 125, 126, 127, 130
- 裁判分割 86, 87, 90
- 買賣 18, 23, 39, 58, 59, 60, 90, 204, 218, 220, 221, 223, 231, 234, 235, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 298, 419
- 超限利用 371, 373, 374, 377, 379, 459
- 開發行為 450, 451, 453, 455
- 集體創作 121, 123, 126, 127
- 十三劃**
- 傳統立證 56, 59
- 傳統習俗 1, 3, 11, 13, 20, 21, 24, 25, 95, 97, 98, 99, 101, 102, 106, 110, 113, 114, 138, 148, 185, 186, 187, 189, 190, 191, 195, 259, 260, 262, 268, 270, 284, 299, 305, 307, 318, 320, 337, 370, 406, 463
- 新保護規範理論 418, 420
- 毀損 25, 327, 330, 333, 335, 336, 337, 338, 339, 466
- 瑕疵 52, 59, 63, 65, 83, 368, 397, 406, 425, 478, 480, 487
- 當選無效 17, 19, 115, 116, 119
- 賄選 19, 25, 115, 116, 117, 118, 119, 339, 341, 342, 343, 344
- 十四劃**
- 實際使用 72, 75, 79, 80, 82, 83, 86, 403
- 實際耕作 34, 63, 65, 68, 407, 418, 419, 421
- 對價關係 115, 116, 118, 119, 343
- 摘取 24, 282, 289, 292
- 管理 54
- 認同主義 349, 352, 357
- 十五劃**
- 墳墓 259, 260, 261, 262, 263, 264, 271, 272, 273, 274, 310, 315, 316
- 豬肉 339, 340
- 遷葬 20, 25, 304, 305, 308, 309, 311, 312, 317, 318, 321, 322, 324, 326
- 十六劃**
- 樹瘤 24, 296, 297, 298, 300, 301
- 積極平權 416, 423, 438
- 親族組織 110, 114
- 親權 103, 106, 109, 113

諮商 307, 375, 441, 442, 443, 444, 447

### 十七劃

總有 79, 84

環境容許量 180, 198, 202, 215, 217,  
220, 222, 233, 236, 237, 253

### 十八劃

獵捕 19, 20, 21, 22, 23, 132, 134, 136,  
140, 147, 148, 149, 153, 156, 180, 181,  
182, 183, 186, 187, 191, 193, 194, 195,  
196, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204,  
206, 207, 210, 212, 213, 214, 215, 216,  
217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224,  
225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232,  
233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240,  
241, 242, 243, 244, 246, 247, 248, 249,  
250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257,  
274, 294

### 二十劃

繼承 54

繼承人 54

霰彈子彈 180, 181, 182, 190, 192

霰彈長槍 180, 181, 182

礦業權 366, 367, 368, 369, 370

### 二十二劃

權利濫用 44, 45, 46, 69, 73, 75, 76

### 二十三劃

變更子女姓氏 17, 19

變更子女姓氏 103, 104, 105, 106, 107,  
108

變價分割 86, 87, 88, 89, 90, 91, 94

竊取森林主產物 275, 276, 279, 294,  
296

竊取森林副產品 281



國家圖書館出版品預行編目資料

國內原住民族重要判決之編輯及解析. 第二輯／蔡志偉, 許恒達,  
吳秦雯著.-- 初版.-- 新北市：原住民族委員會, 民 105.08

面；公分

ISBN 978-986-04-9780-9 (平裝)

1.原住民行政法規 2.判決

588.29

105016005

國內原住民族重要判決之編輯及解析（第二輯）

作 者：蔡志偉（Awi Mona）、吳秦雯、許恒達 著

出版單位：原住民族委員會

發行人：夷將·拔路兒 Icyang·Parod

編輯顧問群：伊萬·納威、汪明輝、鍾興華、葉月津

策 劃：王瑞盈

主 編：雅柏甦詠·博伊哲努

執行編輯：曾興中、高卉孜、林衢成

封面設計：張浩峰

地 址：(242) 新北市新莊區中平路 439 號北棟 15 樓

電 話：(02) 8995-3456

傳 真：(02) 8521-1590

網 址：www.apc.gov.tw

出版年月：民國 105 年 8 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：原住民族委員會

本書保留所有權利。

欲利用本書全部或部分內容者，須徵求原住民族委員會同意或書面授權。

政府出版品統一編號(GPN)：1010501616

國際標準書號(ISBN)：978-986-04-9780-9