

原住民族委員會
COUNCIL OF INDIGENOUS PEOPLES 出版

國內原住民族重要判決之編輯及解析
第三輯

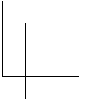
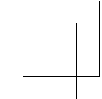
蔡志偉 Awi Mona、許恆達、徐揮彥、張鑫隆 著
原住民族委員會 出版



國內原住民族 第三輯 重要判決之編輯及解析

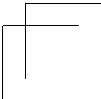
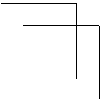
蔡志偉 Awi Mona、許恆達、徐揮彥、張鑫隆 著

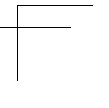
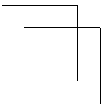
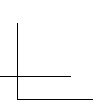
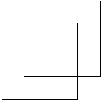
原住民族委員會
COUNCIL OF INDIGENOUS PEOPLES



國內原住民族重要判決
之編輯及解析
(第三輯)

作者：蔡志偉 (Awi Mona)、許恒達、徐揮彥、張鑫隆 著





序 言

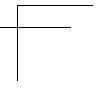
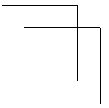
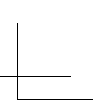
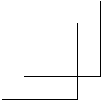
法律是社會的習慣和思想的結晶，然而對於原住民族而言，法律的變遷卻是見證了原住民族的顛沛流離與身不由己，到了今日，行政機關、司法體系和社會大眾，仍普遍對於原住民族文化存有嚴重的刻板印象，學習尊重多元文化及建立友善的法律制度仍是我國重要之課題。

本會為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，本書之出版為延續第一輯及第二輯出版之經驗，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，兼以提供立法方向及法學研究。

感謝徐揮彥副教授、蔡志偉副教授、許恒達教授、張鑫隆副教授吳秦雯副教授、林三元法官等研究團隊之辛勞，及期間林秀雄教授、劉宗德教授、鄧衍森教授、蕭宏宜副教授、黃明展律師等學者專家參與審查，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。謹以此序。

主任委員

蔣經國
Icyang. Parod





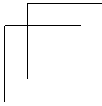
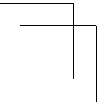
序 言

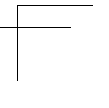
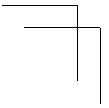
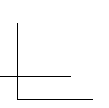
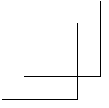
本書的系列出版已進入第三輯，在過去的幾年中，我國有關原住民族法律傳統及文化實踐的權利保障，在行政、立法與司法三面向，均有顯著的變革與發展。惟以司法實務上的分工，在檢察體系與法院系統仍有個案見解的不同，甚而有區域性的差異存在。誠然，近年來，我國整體法律資源已逐步朝向多元文化方向調整。2016年8月1日蔡英文總統代表政府提出向原住民族道歉文中承諾，國家要建立具有文化敏感度的「原住民族法律服務中心」，透過制度化的設計，緩和原住民族傳統慣習和現行國家法律規範之間，日益頻繁的衝突。惟不論是在前法院已設置原住民族專業法庭，或未來即將提供專責單位的法律扶助，並不同於承認各原住民族之法律傳統得與國家法律並存甚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。本書的系列出版，即係試圖建構一完整且足以完善實現原住民族法律關係全貌之實證研究，冀以確保具族群敏感性與維護其價值之法律傳統的發展與適用。

參與本項判決評析之撰寫，個人深刻以為，原住民族法律傳統之力量，並非在於其維持為傳統之形式，而是如何使其在變動世界中被繼續發展與保存。我也深刻體認，對於持續精進原住民族法律發展的需求，還要到原住民族能夠完全實現自我規範與治理，包括建立以原住民族觀點為中心之法律體系之時，才能告一段落。

蔡志偉

國立東華大學財經法律研究所專任副教授





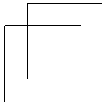
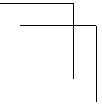


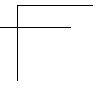
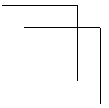
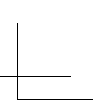
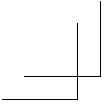
序 言

隨著原住民權利日益受到重視，整體刑事司法愈來愈關切原住民議題，不過在個別的刑事判決中，究竟應該如何處理原住民部落文化慣習與國家法律間的衝突，仍然考驗著刑事司法主事者的智慧。本次判決選輯延續前兩輯的基調，挑選較具爭議性且涉及原住民議題的刑事判決，並從筆者個人刑法學研究角度進行分析，期望能透過具體案例的研究，讓刑事司法對原住民的刑法議題有更深入了解，從而落實憲法增修條文重視多元文化的期待。

許恒達

國立政治大學法學院專任教授





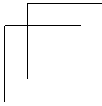
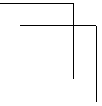


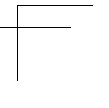
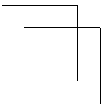
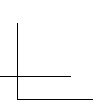
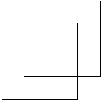
序 言

自憲法增修條文制訂原住民族條款及立法院通過原住民族基本法後至今雖然已逾十多年，但就我國的司法實踐觀察，憲法增修條文所揭示尊重原住民族的精神，及原住民族基本法所規定諸多重要制度及權利仍未獲完全的實現，其他法律與原住民族基本法相衝突的條款，多半被視為特別法，而優先於原住民族基本法條款適用，突顯出憲法增修條文之原住民族條款及原住民族基本法之理念，在實踐上遭遇許多問題。然而，原住民族法之實踐在許多區域人權架構及存有原住民族國家，所存在的問題及所面臨的挑戰具有許多共同之處。作者希望透過對國際及區域人權機構及個別國家法院所做成關於原住民族權利爭訟案件之探究，為我國之原住民族權利相關法律之解釋、適用乃至於未來進一步的修改，提供參考借鏡及思考啟發。

徐揮彥

國立東華大學財經法律研究所副教授兼所長





序 言

與原住民或原住民族為當事人的行政法判決並不多，最後篩選結果，主要可歸類為土地與自然資源之利用、土地權利之登記、居住權與文化權和原住民工作權保障等四大類的爭議案件。但是嚴格來說，其中在土地權利登記和多元就業開發方案補助資格之爭議尚涉及原住民身分的爭議。

從判決的評析中可歸納出目法院的見解與原住民的權利有下面三種衝突：

- 一、是土地登記與原住民族文化權和生存權之衝突。例如超限利用涉及原住民生存權及泰雅族長期休耕文化並不被法院所採認，而否定原住民有完整之土地的使用或登記的權利。
- 二 災後重建之土地徵收與原基法之知情同意權的衝突。依重建條例規定，從事土地徵收安置災民時，不須依原基法獲得原住民族土地所有權人同意之法院見解，認為該法亦未規定應取得何種形式之同意或參與，若採其他如說明會、協調會或座談會等形式並不違反原基法精神。
- 三、是促進原住民就業之平權措施與企業財產權的衝突。釋字 719 號解釋肯認未足額進用原住民之廠商，未無違背憲法第 7 條平等原則及第 23 條比例原則，與憲法第 15 條保障之財產權及其與工作權內涵之營業自由之意旨並無不符。

這些爭議除了有原基法立之相關配套立法和行政解釋法規不足的問題外，也包含法院對於原住民族文化之認識和重視程度不足的問題，例如賽克得克族之長期休耕文化未能被充分審酌情形；或者是山坡地超限利用限制制度涉及原住民耕作習慣和生存權的保障的問題，法院是否有

國內原住民族重要判決之編輯及解析（第三輯）

x

充分考量原住民基本法所揭示之原住民族對於其土地利用的自主性和原住民特殊地位下所生之經濟生活的困境亦是值得被關心的問題。

對於實務判決提出評釋，原本就是法學工作者很重要的一項任務，目的在提醒司法機關對於判決所欠缺的考量，促使今後的判決能更接近正義的期待。就原住民族重要判決之編輯與解析而言，有更一層的期待是，透過原住民族文化之法律意含的轉譯，讓法學和司法能清楚認識原住民族文化的真正意含，使今後的判決能更接原住民族社會的期待。

張鑫隆

國立東華大學財經法律研究所副教授

目 錄

序言 夷將·拔路兒	i
序言 蔡志偉	iii
序言 許恆達	v
序言 徐揮彥	vii
序言 張鑫隆	ix
壹、計畫說明	1
一、計畫緣由	1
二、計畫目的	1
三、辦理事項說明	1
貳、案件檢選清單	3
一、民事案件	3
二、刑事案件	5
三、行政案件	7
四、國際原住民族重要判決	10
參、民事判決編輯及解析實例	15
一、土地關係	15

國內原住民族重要判決之編輯及解析 (第三輯)

xii

案例一	排灣族土地權利取得與繼受習慣.....	15
案例二	烏來鄉泰雅族部落傳統習慣之代理爭議.....	24
案例三	太魯閣族土地買賣之習慣效力.....	32
案例四	法令調整過中附條件買賣原住民保留地之效力.....	41
案例五	保留地轉讓予非原住民之效力.....	57
二、親屬繼承關係.....		67
案例六	阿美族究否存有「長女為唯一繼承人」之習慣.....	67
案例七	婚約與原住民族習慣.....	76
案例八	原住民族婚姻習慣之適用與法效力.....	81
三、其他.....		89
案例九	泰雅族土地買賣之習慣效力.....	89
案例十	當選無效.....	96
肆、刑事判決編輯及解析實例..... 103		
一、違反槍砲彈藥刀械管制條例.....		103
案例一	持有非自製魚槍.....	103
案例二	自製獵槍用打釘槍空包彈作為發射動力.....	113
案例三	自製獵槍驅趕小鳥.....	116
案例四	無法定原住民身分而有原住民血統持有 自製獵槍.....	120
案例五	偶然持槍打獵案.....	123
案例六	繼受槍械與制式散彈.....	130
二、違反森林法.....		147
案例七	砍木燒火案.....	147

案例八	採桑黃及拾取臺灣水鹿案.....	151
案例九	燒木取火案.....	170
三、違反野生動物保育法.....		178
案例十	鄒族獵場文化.....	178
案例十一	獵殺保育類動物食用.....	209
案例十二	獵捕山羌供長輩食用.....	213
案例十三	自用保育類野生動物.....	217
四、其他.....		226
案例十四	賽夏族逃兵案.....	226
案例十五	原住民族地域及生活方式的特殊性與 經費核銷制度.....	230

伍、行政判決編輯及解析實例..... 341

一、土地事件.....		341
案例一	山坡地超限利用處罰.....	341
案例二	原住民保留地申請登記之身分爭議.....	351
案例三	原住民保留地申請登記.....	359
案例四	水土保持法侵害原住民族農耕生計權.....	366
案例五	原住民保留地登記爭議.....	374
案例六	土石採取.....	380
案例七	原住民保留地設定耕作權案.....	386
二、文化保障.....		393
案例八	莫拉克颱風災後永久性安置住宅計畫爭議.....	393
案例九	莫拉克颱風災後永久性安置住宅計畫爭議.....	401

國內原住民族重要判決之編輯及解析 (第三輯)

xiv

案例十	古蹟之指定處分	409
三、其他	416
案例十一	農業改良場請求撤銷未進用原住民 之代金處分	416
案例十二	台電輔導就業轉業金申請	425
案例十三	多元就業開發方案進用人員爭議	431
案例十四	原住民勞動合作社稅賦爭議案	437
案例十五	富邦人壽請求撤銷未進用原住民 之代金處分案	444

陸、國際原住民族重要判決編輯及解析實例

案例一	原住民族傳統領域權之要件	451
案例二	強迫遷徙原住民族	455
案例三	自然資源開發與當地原住民族生存	468
案例四	自然資源開發與當地原住民族生存	478
案例五	種族屠殺	483
案例六	原住民族傳統領域權之確認	488
案例七	梅蒂斯人之身分認定	498
案例八	原住民族漁獵專屬權保障	506
案例九	原住民族傳統土地權之確認	512
案例十	原住民族傳統土地權之確認	517

壹、計畫說明

一、計畫緣由

原住民族之法學發展，是維護原住民族權益之根基，除了應持續強化既有保障原住民族法律之落實，同時也必須兼顧法學研究與發展之基底工程。本計畫冀在進一步委託辦理建構原住民族法學專案研究，據以發展及落實不同階段之原住民族法學，使得原住民族法學之發展與落實更具全面性。

為完善推動法學研究工作，並有效運用法律學者在法學研究所累積的成果，期透過委託建構原住民族法學專案計畫，匯集國內原住民族法學研究專家學者，共同投入原住民族法學研究，包括法制化原住民族傳統習慣、蒐集彙整國內原住民族法學資料與重要判決、發行原住民族法學期刊、辦理國內原住民族法學研討會等，希冀保障原住民族司法權益並改善族人在法律中被動弱勢之地位。。

二、計畫目的

本計畫旨在建構臺灣原住民族法律資料庫，累積原住民族法律學術發展與實務樣態，作為建立保障原住民族權利法制之參考，並可供各界研究原住民族權之重要資料。準此，是項工作係在蒐集、整理並編輯編整 50 則原住民涉訟（民事、刑事、行政）重要判決案件，並解析國內原住民涉訟之法律實務見解。

三、辦理事項說明

1. 編輯範圍：收錄案件經原住民族委員會核定，參見「貳、案件檢選清單」

2. 評析內容

（1）法院判決中的原住民族權：原住民族透過法院爭取權益之過程及主要成果作論述，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. 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. 評析：說明該判決所建立的原則及其主要影響

（3）內容所涉及的相關法律條文需增加關鍵字（詞）與索引

（4）對於事實或法律關係複雜之案例，必要時得以關係圖呈現

（5）如案件屬二審、三審判決者，應將前審結果列入

貳、案件檢選清單

一、民事案件

土地關係			
編號	案由	案號	案例
1	確認登記無效	臺灣高等法院高雄分院 104 年原上易字第 8 號民事判決 臺灣屏東地方法院 103 年度原訴字第 5 號民事判決	排灣族土地權利取得與繼受習慣
2	土地移轉	臺灣臺北地方法院 98 年度簡上字第 334 號 臺灣臺北地方法院 97 年度店簡字第 1993 號民事判決	烏來鄉泰雅族部落傳統習慣之代理爭議
3	拆屋還地	臺灣花蓮地方法院 97 年花簡更字第 1 號民事簡易判決 臺灣花蓮地方法院 95 年度簡上字第 26 號民事判決 臺灣花蓮地方法院 94 年度花簡字第 78 號民事簡易判決	太魯閣族土地買賣之習慣效力
4	拆除地上物、返還土地等	臺灣高等法院臺中分院 104 年度原上字第 4 號民事判決 臺灣南投地方法院 103 年度原訴字第 8 號民事判決	法令調整過中附條件買賣原住民保留地之效力
5	返還土地	最高法院 103 年度台上字第 2394 號民事判決 臺灣高等法院 103 年度上字第 554 號民事判決 臺灣桃園地方法院 101 年度訴字第 2182 號民事判決	保留地轉讓予非原住民之效力

國內原住民族重要判決之編輯及解析（第三輯）

親屬繼承關係			
編號	案例	案號	案例
6	確認繼承權不存在	臺灣臺東地方法院 104 年度家訴字第 4 號民事判決	阿美族究否存有「長女為唯一繼承人」之習慣
7	確認婚約存在	最高法院 92 年度台上字第 2211 號民事裁定 臺灣高等法院 92 年度家上字第 65 號民事判決 臺灣新竹地方法院 91 年度婚字第 183 號民事判決	婚約與原住民族習慣
8	確認婚姻關係存在	最高法院 101 年度台上字第 801 號民事裁定 臺灣高等法院高雄分院 100 年度家上字第 23 號民事判決 臺灣高雄地方法院 99 年度家訴字第 246 號民事判決	原住民族婚姻習慣之適用與法效力
其他			
編號	案例	案號	案例
9	排除侵害	臺灣宜蘭地方法院 95 年度簡上字第 55 號民事判決 臺灣宜蘭地方法院 95 年度羅簡字第 82 號民事簡易判決	泰雅族土地買賣之習慣效力
10	當選無效	臺灣高等法院花蓮分院 100 年度選上字第 4 號民事判決 臺灣花蓮地方法院 99 年度選字第 19 號民事判決	餐敘飲酒是否構成賄選行為

二、刑事案件

編號	案由	案號	案例
1	違反槍砲彈藥刀械管制條例	臺灣高等法院 102 年度上易字第 930 號刑事判決 臺灣高雄地方法院 102 年度原訴字第 5 號	持有非自製魚槍
2	違反槍砲彈藥刀械管制條例	臺灣新竹地方法院 102 年度原訴字第 9 號	自製獵槍用打釘槍空包彈作為發射動力
3	違反槍砲彈藥刀械管制條例	臺灣南投地方法院 102 年度原訴字第 19 號	自製獵槍驅趕小鳥
4	違反槍砲彈藥刀械管制條例	臺灣宜蘭地方法院 102 年度訴字第 158 號	無法定原住民身分而有原住民血統持有自製獵槍
5	違反槍砲彈藥刀械管制條例	臺灣宜蘭地方法院 104 年度原訴字第 1 號	偶然持槍打獵
6	違反槍砲彈藥刀械管制條例等	最高法院 104 年度台上字第 3280 號 臺灣高等法院花蓮分院 103 年度原上訴字第 17 號 臺灣臺東地方法院 102 年度原訴字第 61 號	繼受槍械與制式散彈
7	違反森林法等	臺灣嘉義地方法院刑事簡易判決 102 年度原嘉簡字第 10 號	砍木燒火
8	違反森林法	臺灣高等法院臺中分院 104 年度原上訴字第 25 號 臺灣南投地方法院刑事判決 103 年度原訴字第 25 號	採桑黃及拾取台灣水鹿
9	違反森林法等	最高法院 104 年度台上字第 795 號 臺灣高等法院高雄分院 103 年度上訴字第 936 號刑事判決 臺灣高雄地方法院 103 年度原訴字第 18 號刑事判決	燒木取火
10	違反野生動物保育法等	臺灣高等法院臺南分院 104 年度原上訴字第 1 號	鄒族獵場文化

國內原住民族重要判決之編輯及解析（第三輯）

006

編號	案由	案號	案例
11	違反野生動物保育法	臺灣南投地方法院 102 年度原投刑簡字第 12 號	獵殺保育類動物食用
12	違反野生動物保育法	臺灣花蓮地方法院 104 年度原花簡字第 189 號	獵捕山羌供長輩食用
13	違反野生動物保育法	最高法院 104 年度台上字第 2815 號 臺灣高等法院花蓮分院刑事判決 104 年度原上訴字第 1 號 臺灣臺東地方法院刑事判決 103 年度原訴字第 38 號	自用保育類野生動物
14	違反職役職責	臺灣高等法院 103 年度軍上訴字第 8 號	賽夏族以文化為由逃兵
15	違反貪污治罪條例等	最高法院 103 年度台上字第 900 號	原住民族地域及生活方式的特殊性與經費核銷制度

三、行政案件

土地事務			
編號	案例	案號	主要爭點
1	山坡地超限利用處罰	高高行 100 年度簡字 244 號 最高行 101 年度裁字 751 號 最高行 101 年度裁字第 1612 號	1. 水土保持法施行細則關於「山坡地超限利用」之定義是否超越母法之授權範圍？ 2. 超限利用之處罰致聲請人須砍除維生之果樹是否影響其生存權而有違比例原則？ 3. 種植梅樹是否屬於宜林地進行林木種植之農業使用而屬適法？
2	原住民保留地申請登記	中高行 102 年度訴字第 418 號 最高行 103 年度裁字第 1624 號	上訴人因嫁與非原住民為妻，非自行使用之原保地之耕作權登記被被上訴人塗銷登記在案是否合法？
3	原住民保留地申請登記	高高行 103 年度原訴字第 1 號判決	1. 原告申請人僅依狩獵及引水之地緣關係作為「與土地具有傳統淵源關係」申請受配是否有理由？ 2. 被告以獵人的獵場無限擴張，對於因先人筆路藍縷，努力墾耕而具土地傳統淵源關係者，顯有不公為由是否有違誤？
4	水土保持法侵害原住民族農耕生計權	高高行 100 年度簡字第 248 號	1. 水土保持法侵害原住民族農耕生計權，是否有違反比例原則之嫌？ 2. 縱使因水土保持法之認定為宜林地，然而侵害到原住民族農耕生計權是否有合理的補償措施？
5	原住民保留地登記爭議	北高行 104 年度原訴字第 2 號	1. 補辦增編系爭土地為原住民保留地、「分配系爭土地之一部分（並設定耕作權）」之申請時系爭土地實際使用人之認定分是否有違誤？ 2. 原處分否准認定原告為使用人，並認定參加人為使用人後結案辦理農育權登記給吳千來，有無違誤？

國內原住民族重要判決之編輯及解析（第三輯）

008

土地事務			
編號	案例	案號	主要爭點
6	土石採取	高高行 104 年度訴字 105 號	<ol style="list-style-type: none"> 1. 上訴人委託他人搬離土石整地，是否需要申請土地採取許可？ 2. 原住民因為開墾之目的，是否得依照土石採取法第 3 條之規定，免申請土地採取許可？
7	原住民保留地設定耕作權案	最高行 103 年度判字第 687 號 最高行 103 年度判字第 419 號 中高行 102 年度訴字第 161 號	<ul style="list-style-type: none"> ❖ 主管機之審核是否僅需符合開墾完竣並自行耕作之事實存在即為已足？ ❖ 主管機關之審核是否應審酌本件賽德克族對於土地有以「長期休耕」方式以培育地力之使用土地文化？
文化保障			
編號	案例	案號	主要爭點
8	莫拉克颱風災後永久性安置住宅計畫爭議	高高行 100 年度訴字 442 號	<ol style="list-style-type: none"> 1. 主管機關能否以詢問災民替代部落會議實施徵收土地用做開發計畫？ 2. 選定該區域遷村是否也侵害當地原住民族的住居權？ 3. 莫拉克颱風災後重建特別條例第 20 條第 3 項及第 5 項「得徵收或申請撥用，且得免經協議價購程序」之規定是否有侵害憲法財產權保障之虞？
9	莫拉克風災永久屋申請	高高行 103 年度訴字 106	原告生母為排灣族但出養於無原住民身分的養父，生母所贈土地登記於於有原住民身分之大嫂名下，並實際居住在該地，於莫拉克風災後，房屋毀壞，可否申請風災永久屋？
10	吳全城開拓記念碑涉及原住民歧視	最高行 104 年度判字第 39 號 北高行 103 年度訴字第 685 號	<ol style="list-style-type: none"> 1. 被指定為縣定古蹟之碑文記載有「藩害」歧視當地原住民（即泰雅族）之字眼是否得撤銷該古蹟之指定？

其他			
編號	案例	案號	主要爭點
11	農業改良場 請求撤銷未 進用原住民 之代金處分	北高行 101 年度訴字 982 號 最高行 103 年度判字 第 519 號 北高行 103 年度訴更 一字第 111 號	1. 各級政府機關未足額進用原住民 時，在函請他機關提供「推介」人 選前免繳代金之文義為何？ 2. 各機關繳納之代金之性質為何？應 如何計算方為適法？
12	台電輔導就 業轉業金申 請	臺東地方法院 行政訴訟庭 103 年度 簡字第 1 號 103 年度簡字第 4 號	1. 台電輔導就業轉業金申請資格是否 可限定達悟族人？ 2. 「實際居住 10 年以上」之事實認定 是否有違誤？
13	多元就業開 發方進用人 員爭議	北高行 102 年度訴字 29 號 最高行 102 年度裁字 1636 號	1. 執行多元就業開發方案之「泰雅族 傳統工藝培訓就業擴展計畫」得否 進用原告理事長之三等親？ 2. 原住民不知漢人所謂三親等血親、 姻親關係是否影響多元就業補助
14	富邦人壽請 求撤銷未進 用原住民之 代金處分案	最高行 104 年度判字 第 127 號 北高行 104 年度訴更 一字第 37 號 北高行 101 年度訴字 第 1521 號	1. 彩券回饋金補助案件，是否有政府 採購法規定之適用而須繳未進用原 住民之代金？ 2. 繳納未進用原住民之代金額度之基 準為何？
15	原住民勞動 合作社稅賦 爭議	最高行 99 年度判字 第 1373 號判決 高雄高等行政法院 97 年度訴字第 764 號判決	❖ 原住民勞動合作社是否須僱用社員 勞力，方能享有原住民保障法第 8 條免繳所得稅及營業稅之優惠？

四、國際原住民族重要判決

編號	案例	名稱	摘要
1	原住民族傳統領域權之要件	Dodd v State of South Australia [2012] FCA 519	本案聲請人為南澳的阿拉巴族（Arabana people），對南澳大利亞省提出關於傳統領域權之案件。本案法院認為，原住民族傳統領域權利認定係以傳統文化生活權利為中心，任何仰賴土地所產生的活動國家都應與保障，而此權利之界定，應以部落與土地間所形成的傳統生活習慣為基礎。法院最後依據「原住民族傳統領域法」第 223 條形成一套認定原住民族傳統領域標準。
2	強迫遷徙原住民族	Xákmok Kásek Indigenous Cmty. v. Paraguay, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 214 (Aug. 24, 2010).	本案聲請方為原本居住在恰科區（Chaco Area）的原住民族部落，其對巴拉圭政府未考量原住民族利益，將其傳統領域所在之部分土地出售給私人，並將其他部分認定為動物保育區而無法為購買之作法，向美洲人權法院提出控訴。法院承認聲請方所主張的傳統領域以及對此土地之權利。法院審理後並認定，財產權、有效救濟權及免受歧視之權利被巴拉圭政府違反。法院更進一步承認傳統領域與原住民族文化認同間之關係，並且在國家之作為使原住民族無法近用其土地及進行自給自足，更加上國家怠於提供獲得適當飲水、教育、衛生服務及糧食下，部落有尊嚴的生存權亦受違反。
3	自然資源開發與當地原住民族生存	Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador, Merits and Reparations, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 245, 151 (June 27, 2012).	本案聲請方為厄瓜多雅馬遜省分最早定居在此的喀奇瓦族（Kichwa）之一支撒拉雅庫族（Sarayaku）。由於自 1996 年起厄瓜多政府分別與兩個阿根廷石油探勘及開發公司簽約，使其能獲得特許在聲請方族人長期生存的傳統領域進行開發及利

編號	案例	名稱	摘要
			用行為。然而，此契約之締結既未與聲請方諮商更為獲得其同意，在 2002 年及 2003 年系爭公司分別在撒拉雅庫族之傳統領域，在厄瓜多武裝警力協助下進行石油探勘及地震探勘，在此過程中該族之聖地遭 1.5 頓炸藥毀損並發生數次衝突，甚至該族之領袖受到威脅及其族人遭受暴力攻擊。法院審理後認為各國政府對申請方違反了先行諮商權、原住民部落土地權、文化認同
續 3			權、生命權及人身安全。法院並裁定厄國政府清理撒拉雅庫族之土地及爆裂物與對撒拉雅庫族提供賠償，並且在資源探勘計畫締結前，應與撒拉雅庫族進行適當、有效及完整的諮商，並進行環境影響評估；另外亦要求政府應對計畫進行之相關公務人員，實施與原住民族權利相關的訓練。
4	自然資源開發與當地原住民族生存	Angela Poma Poma v. Peru (Views adopted on 27 March 2009), Human Rights Committee, Communication No. 1457/2006, CCPR/C/95/D/1457/2006.	本案申請人為秘魯原住民，以在高原放牧維生，此高原因為國家將附近河流改道，使得原本所放牧之高原濕地水源枯竭、生態系統遭受嚴重破壞，導致其與族人數千年來所從事的放牧羊駝傳統面臨困境，連同影響其原本的家庭生活狀態。原告在 1994 年曾參加遊行，向政府提出抗議，但遭警方鎮壓。就此遭遇及困境，申請人向聯合國人權事務委員會對秘魯主張，該政府違反公政公約第 1 條第 2 項、第 2 條第 3 項第 1 款、第 17 條及第 14 條第 1 項。人權事務委員會依據公約第 27 條（對少數族群之保障）及第 23 號一般性意見，對本案進行審理後認定，秘魯政府在此案構成第 2 條第 3 項第 1 款及第 27 條之違反。

國內原住民族重要判決之編輯及解析（第三輯）

012

編號	案例	名稱	摘要
5	種族屠殺	Case of Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 116, Judgment of April 29, 2004 (Merits).	1982年7月18日瓜地馬拉政府軍及民兵殺害了268名民眾，其中大多數的受害者係居住在桑切斯計畫（Plan de Sánchez）村莊的馬雅族原住民，因瓜國政府懷疑此村莊居民參與反叛軍。針對此事件「人權法律行動中心」在1996年10月向美洲人權委員會提出控訴，委員會做成瓜國應對此事件進行調查、懲兇及賠償之建議，瓜國在2002年通知委員會其已履行所有建議，但委員會將此案件在同年7月31日提交美洲人權法院審理。法院在2004年3月29日做成判決，認為被告國在此案件違反了美洲人權公約法院並認為將審理在本案中國家對馬雅族之種族滅絕措施之類型及其對馬雅文化之影響。
6	原住民族傳統領域權之確認	Tsilhqot'in Nation v British Columbia, 2014 SCC 44	1983年卑詩省在一個被Tsilhqot'in認為部分是屬其傳統領域的土地上，授予了商業伐木許可。Tsilhqot'in部落對此伐木許可表示反對並該土地上的商業伐木尋求禁止。族人與卑詩省之對話陷入僵局，而且原本的土地主張，被修改成包括對系爭土地為所有Tsilhqot'in族之利益的原住民權利主張，但聯邦及省政府反對此權利主張。本案最後上訴至最高法院，法院宣告卑詩省違反其對Tsilhqot'in族所負應先向族人諮商之責任，但法院認為作為主張團體，Tsilhqot'in族負有建立原住民土地權利之責任。最高法院對於原住民土地權利檢測，對占有之認定認為含有3項特徵，包括充足性、持續性及排他性。
7	梅蒂斯人之身分認定	Daniels v. Canada, 2014 FCA 101	本案原告Harry Daniels在1999年當他做為原住民族議會（Congress of

編號	案例	名稱	摘要
			Aboriginal Peoples, CAP) 主席時提出，第一審之原告為 Daniels Gardner、Joudrey 及原住民族議會，被告為代表聯邦政府之印地安族事務及北部發展部部長。原告在本案主張主要有三點：(1) 梅蒂斯族及無身份印地安族為 1867 年憲法第 91 條第 24 項，「印地安族、為印地安族所保留之土地」中所稱之印地安族，(2) 聯邦政府對梅蒂斯族及無身份印地安族負有信託責任，(3) 梅蒂斯及無身份印地安族人權利，被聯邦政府以善意、及在整體的基礎上，透過其選擇之代表，與之進行諮詢及協商。法院判決原告勝訴，認同原告主張，認為聯邦政府應提供更多服務及計畫。
8	原住民族漁獵權	R. v. Kapp, [2008] 2 S.C.R. 483, 2008 SCC 41	原住民部落依據「原住民族部落捕魚執照登記法」在捕魚季前一天能獲得捕魚許可，因此本案聲請人 Kapp 為非原住民之商業漁民，因為無照捕魚而被罰，與其他人對此發起抗議活動，主張此捕魚執照之核發，在基本權憲章第 15 條第 1 項下，對其構成基於種族之歧視。在第一次上訴中，法院認為非原住民漁民之人性尊嚴，在系爭規定下未被影響，而在對卑詩上訴法院之上訴，被法院駁回，並且在上訴至最高法院後，法院亦認為系爭捕魚執照制度未違憲，上訴駁回。
9	原住民族傳統土地權之確認	2007 JUDGEMENT In the High Court in Sabah & Sarawak At Kota Kinabalu, Judicial Review K 25-02-2002 Rambilin binti Ambit (Plaintiff) v Assistant	本案原告不服被聲請機關怠於審查其對系爭土地所主張的原住民習慣權利 (Native Customary Rights, NCR)，以及拒絕其受託人之土地登記申請，向法院提出司法審查，原告另對無權侵入其土地者 (Ruddy)，提出民事訴訟。被申請

國內原住民族重要判決之編輯及解析 (第三輯)

014

編號	案例	名稱	摘要
		Collector of Land Revenue, Pitas (Respondent)	機關及 Ruddy 則回應，原告並就系爭土地未合法獲得，因為他最初未向政府取得進入國有土地實施耕種以作為 NCR 主張的許可。法院針對原告是否購得並持有系爭土地，及 Ruddy 之行為是否構成入侵他人土地進行審理。法院審理後認定原告有權持有系爭土地，並應自 Ruddy 獲得損害賠償，並裁定受聲請機關就原告 NCR 之申請應予決定以及撤銷將系爭土地登記給 Ruddy 之決定。
10	原住民族傳統土地權之確認	2012 JUDGEMENTS In the High Court of Sabah & Sarawak At Kota Kinabalu (22 March 2012) BKI-25-1/1-2012 Rambilin binti Ambit (Appellant) v Ruddy Awah, Director of Land & Surveys, Sabah	本案與前案係基於同一事實之相牽連案件，分二部分。第一部份案件所涉及的爭點為，先前傳票效力是否因既判力 (res judicata) 而受阻？及受聲請機關對原告 NCR 主張所為之決定是否不適當？法院審理後確認傳票效力喪失，及系爭決定不適當。案件第二部分係原告對 Ruddy 及受聲請機關所提出，關於系爭土地是否為國有？以及其最終歸屬為何？之訴訟。雙方當事人皆同意系爭土地過去為國有，但法院認定受聲請機關法律錯誤並為相反的主張，因而裁定准許聲請人之申請，並確認之前 2007 年之決定。法院亦認定聲請人對系爭土地具原住民習慣權利，並有權就此土地持有請求登記；法院亦宣告 Ruddy 就系爭土地之主張無效，並應對聲請人賠償。

參、民事判決編輯及解析實例

一、土地關係

案例一 排灣族土地權利取得與繼受習慣

案號 臺灣高等法院高雄分院 104 年度原上易字第 8 號民事判決
臺灣屏東地方法院 103 年度原訴字第 5 號民事判決

案由 確認登記無效

當事人

身 分	審 級	
	第一審	第二審
賴○雲、朱○水	被告	被上訴人
沈○蓮（沈○珠、沈○鳳為二審追加）	原告	上訴人

關鍵詞 平民階級、團主、通謀虛偽意思表示、臺灣省山地保留地管理辦法

壹、案例事實

系爭土地 A 原為國有之山胞（即原住民，下同）保留地，於 59 年 11 月 16 日辦理總登記，60 年 2 月 5 日設定耕作權予被告（即二審之被上訴人賴○雲，故依 63 年 10 月 9 日修正發布之〈臺灣省山地保留地管

理辦法〉第 7 條第 1 項第 1 款、第 16 條第 1 項規定，於登記後繼續耕作滿 10 年時，無償取得土地所有權，被告賴○雲於 73 年 11 月 7 日取得系爭土地所有權，並於 89 年 4 月 10 日將系爭土地出賣予其妹婿朱○水。原告沈○蓮等（即二審之上訴人）認系爭土地原係由原告之祖父母沈○智、沈○江開墾耕作，原告祖父母過世後，被告祖父母因扶養原告之母沈○妹而侵占系爭土地，然系爭土地應由原告之母沈○妹繼承，於沈○妹過世後由原告共同繼承，故提起本訴。二審先位之訴依無因管理及終止委任之法律關係，聲明確認被告賴○雲、朱○水就系爭土地所為之買賣關係不存在、被告朱○水應塗銷前項所有權移轉登記及被告賴○雲應將系爭土地移轉登記予上訴人沈○蓮、沈○珠、沈○鳳共同共有。並追加備位主張依終止委任之法律關係，請求被上訴人賴○雲給付新臺幣 100 萬元。備位聲明求為判決：被上訴人賴○雲應給付上訴人、追加原告 100 萬元，及自追加起訴狀繕本送達之翌日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

貳、法律關係圖

略

參、訴訟歷程及結果

一、訴訟歷程

臺灣屏東地方法院 103 年度原訴字第 5 號民事判決

臺灣高等法院高雄分院 104 年度原上易字第 8 號民事判決

二、判決結果

第一審：原告之訴駁回

第二審：上訴人之上訴、變更之訴、及追加原告之訴均駁回。

肆、爭點

（一）系爭土地是否原由原告之祖父母沈○智、沈○江耕作，並於其

上建木屋，沈○智、沈○江死亡後，被上訴人賴○雲之祖父母賴○勇、賴○妹有無為原告之母沈○妹無因管理系爭土地？被上訴人賴○雲於 60 年 2 月 5 日設定耕作權，於 73 年 11 月 7 日因耕作權期間屆滿而取得所有權，是否合法？

- (二) 被告賴○雲、朱○水就系爭土地所為之買賣行為，是否為通謀而為之虛偽意思表示？
- (三) 上訴人及追加原告先位之訴，依無因管理及終止委任之法律關係請求被告朱○水塗銷所有權移轉登記，並請求被告賴○雲將系爭土地移轉登記為沈○蓮、沈○珠、沈○鳳共同共有，是否有理由？

伍、當事人主張

一、兩造於一審之主張

(一) 原告主張

緣屏東縣牡丹鄉（下稱牡丹鄉）東源部落於 26 年間遷至現址時，系爭土地原為荒地，經原告沈○蓮之祖父母沈○智、沈○江開墾耕作，並於其地上搭建門牌號碼牡丹鄉牡丹村○○路○○號木屋居住使用。嗣沈○智、沈○江相繼死亡，渠等遺孤即原告之母沈○妹由被告賴○雲之祖父母賴○勇、賴○妹予以扶養，詎賴○勇、賴○妹趁沈○妹年幼可欺，及上開木屋無人居住之機會，竟侵奪系爭土地之權利，將系爭土地之耕作權設定予被告賴○雲，被告賴○雲遂於 73 年 11 月 7 日因耕作權期間屆滿而取得系爭土地所有權，並於 89 年 4 月 10 日與其妹婿即被告朱○水通謀而為虛偽之買賣契約，將系爭土地所有權移轉予被告朱○水。被告賴○雲登記為系爭土地之耕作權人時年僅十歲，並無耕作能力，上開耕作權之登記顯有瑕疵；又系爭土地原由沈○智、沈○江所耕作，嗣由沈○妹繼承，沈○妹死亡後，系爭土地之權利由沈○妹之女即原告沈○蓮與沈○珠、沈○鳳共同繼承而共同共有，則原告沈○蓮得本於所有權人之地位，起訴請求確認被告賴○雲、朱○水間就系爭土地之

買賣關係不存在，而請求被告朱○水塗銷所有權移轉登記，再請求被告賴○雲將系爭土地移轉登記予原告與沈○珠、沈○鳳共同共有等語，並聲明：（一）確認被告賴○雲、朱○水間就系爭土地於 89 年 4 月 10 日所為之買賣關係不存在。（二）被告朱○水應將前項所有權移轉登記予以塗銷。（三）被告賴○雲應將系爭土地移轉登記予原告與沈○珠、沈○鳳共同共有。

（二）被告主張

被告賴○雲：系爭土地前係被告賴○雲之祖父賴○勇向牡丹鄉公所申請開墾，經賴○勇、賴○妹夫婦及渠等長女賴○妹之贅婿李○成建造梯田等水土保持設施，向來係由被告家族耕作使用。又因賴○妹於 57 年間即已死亡，賴○妹為避免日後繼承之困擾，遂將系爭土地之耕作權直接設定予賴○妹與李○成之長女即被告賴○雲，系爭土地之耕作權登記並無瑕疵。原告祖先曾經耕作之土地為坐落牡丹鄉東源段 B 地號土地（下稱 B 地），而非系爭土地 A，原告主張系爭土地 A 為其祖產而遭被告侵奪云云，並無可採，其本件之請求均屬無據等語置辯。

被告朱春水：被告賴○雲前邀同伊擔任保證人向農會貸款，嗣無力清償，遂以新臺幣（下同）60 萬元之價格出售系爭土地 A 予伊，並以所得價金清償上開貸款，伊與被告賴○雲間就系爭土地確有買賣關係存在。又伊因信賴被告賴○雲提出之所有權狀及土地登記謄本，始向被告賴○雲買受系爭土地，伊取得之權利應受保護等語置辯。

被告均聲明：原告之訴駁回。

二、兩造於二審之補充主張

（一）上訴人

將其本於所有權人地位之請求，變更主張為：被上訴人賴○雲之祖父母賴○勇、賴○妹為沈○妹無因管理系爭土地。並追加沈○珠、沈○鳳為原告。先位之訴依無因管理及終止委任之法律關係請求，聲明與原審相同。另追加備位主張依終止委任之法律關係，請求被上訴人賴○雲

給付新臺幣（下同）100 萬元。備位聲明求為判決：被上訴人賴○雲應給付上訴人、追加原告 100 萬元，及自追加起訴狀繕本送達之翌日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

（二）被上訴人

不同意上訴人為變更及追加之訴。被上訴人賴○雲之祖父母賴○勇、賴○妹並未無因管理原告母親沈○妹之財產，亦無委任關係存在。

陸、法院見解

〔一審法院〕

排灣族對於耕地之分配方式，傳統上係以團主為主要之分配者。但近來在牡丹、高士佛諸社社民新闢水田時，不拘該土地屬原頭目所有，開墾者成為取得該水田之所有權者，實則並非取得所有權，不過是得其永久借耕權，有原住民族委員會 103 年 10 月 1 日原民土字第○○○○○號函暨所附原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制研究：排灣族及雅美族個案、番族慣習調查報告書等資料附卷可稽。原告沈○蓮之母與被告賴○雲於排灣族中均為平民階級，傳統上，均無取得土地所有權之可能，東源村移居至現址（原隸屬於牡丹鄉）時，土地是由各人開墾，開墾土地之人取得該土地上耕作權，而非由兩造家族之團主許○○分配，為兩造所自承在卷，則本件判斷系爭土地耕作權或所有權之歸屬時，即與排灣族之傳統習慣無關，而應適用法律之規定。

故依《民法》第 758 條第 1 項、《土地法》第 72 條、第 126 條、第 133 條第 1、2 項、〈土地登記規則〉第 4 條第 1 項第 7 款，耕作權為依《土地法》所創設之不動產物權，如係因法律行為而取得耕作權者，依法應辦理登記，未經登記即不生效力。及 63 年 10 月 9 日修正發布之〈臺灣省山地保留地管理辦法〉第 7 條第 1 項第 1 款、第 16 條第 1 項，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：農地登記耕作權，於登記後繼續耕作滿 10 年時，無償取得土地所有權之規定，系爭土地之所有權人應為登記為系爭土地耕作權人之被告甲。

〔二審法院〕

依上訴人及證人所言，上訴人及追加原告之祖父母即沈○○之父母沈○○、沈○○係耕作及建木屋於系爭 A 土地旁之 B 土地上，並非在系爭 A 土地上，系爭 A 土地係被上訴人賴○雲之祖父賴○○所耕作，堪予認定。系爭 A 土地既係被上訴人賴○雲之祖父賴○○所耕作，則被上訴人賴○雲於 60 年 2 月 5 日設定耕作權，於 73 年 11 月 7 日因耕作權期間屆滿而取得所有權，自無不法。則被上訴人間就系爭 A 土地之買賣即與上訴人及追加原告無涉，上訴人及追加原告主張被上訴人間就系爭土地所為之買賣行為係通謀虛偽意思表示而無效，請求確認被上訴人間就系爭 A 土地於 89 年 4 月 10 日所為之買賣關係不存在云云，顯無即受確認判決之法律上利益，應予駁回。

上訴人及追加原告未舉證證明有無因管理及委任之事實，其先位之訴，依無因管理及終止委任之法律關係，請求被上訴人朱○水塗銷系爭 A 土地所有權移轉登記，將系爭土地返還予被上訴人賴○雲，及請求被上訴人賴○雲將系爭 A 土地移轉登記為上訴人及追加原告共同共有，顯無理由。

柒、評析

本件如其他原住民族土地向來具有之爭議，係源自於中華民國法制施行前，延續迄今普遍見於原住民族部落之典型土地權屬衝突。細究其遠因，本係日治時期所實施於蕃地（即現今之山地原住民族鄉）之統治措施，為遂行殖民之目標而國家化原住民族（蕃人）土地，形式上致生原住民族（蕃人）失權之結果。然則，由於日治時期對於原住民族採以「特殊」統治的法制，而有漢蕃隔離之政策。是以，形式上原住民族雖無法作為法主體而得以行使權利、負擔義務的進行法律行為，實質上對其土地的使用傳統習慣，卻也因此獲得有限度的延續。

然若採以一般民事法律適用之規則來看本件判決內容，由於系爭權利之源為耕作權，而耕作權為依《土地法》所創設之不動產物權。準此，本件訴訟之判決，毫無意外的獲得如下結論：「被告賴○雲因登記

為系爭土地之耕作權人，進而取得系爭土地之所有權，則非系爭土地之耕作權人或所有權人，則原告自無從因繼承沈○妹而取得系爭土地之耕作權或所有權」。本案判決亦指出：「縱沈○妹另因法律行為而曾取得系爭土地之耕作權，亦因未經辦理登記，依民法第 758 條第 1 項規定，不生效力」。要言之，物權既生絕對效力，則其存在與變動，當須以公示方法之踐行為其生效要件。在此等立法意旨下，物權行為依法遵行「公示」¹與「公信」原則。如以本件爭訟之外觀而言，本案判決似僅須採以前述原則即可獲得適法的結果。不過本件判決內容，卻因為涉案雙方當事人之原住民身分，讓人出乎意料的見著審理法官如何的依職權調查證據，並透過闡明權的積極行使，且透過輔助人員（證人）之參與，期能獲得符合原住民族文化理解之判決。

本研究續採以原住民族習慣與文化面向進行判決之評析，審視本件土地爭訟之本質，實係涉及排灣族傳統習慣下之土地權利取得與繼受的判斷。本項研究要旨亦係判決見解所提的第一項檢視，此即判決所採之按《原住民族基本法》第 30 條的緣由。值得關注的是，本件判決雖有納入專家報告—「原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制研究：排灣族及雅美族個案」、「番族慣習調查報告書」，卻很謹慎的處理前開報告書等資料之證據力。換句話說，在適用報告書資料所記載之排灣族傳統習慣作為判斷基礎時，本案法官進一步調查土地分配與登記實務，且更邀請部落頭目以證人身分參與審理程序，採以實質考量形成、並繼續維護與適用傳統習慣之排灣族部落，對於該習慣（排灣族傳統社會中，所有屬於該團之土地為團主所有，平民只有使用權；使用權被當作一種可以繼承的權利，而由耕作者的長嗣代代繼承下去）之確實內容、適用條件與限制的現在認知，參考其所屬部落成員之意思表示，透過闡明權之行使，協助當事人確認該重要爭點是否仍有應適用之傳統習慣內容、範圍、條件與例外，以決定其確實具拘束力之部分。有別以

1 最高法院 33 年上字第 5374 號判例：聲請登記，而未經該管地政機關將應行登記之事項記入登記簿者，既不得謂已依土地法為登記，同法第三十六條所定之效力即無由發生。

往其他民事判決²逕以原住民族傳統習慣內容作為國家法之補充規定，而有自形成該規範之社會情境中被割離、去脈絡化，本案判決則避免了削足適履式的解釋與適用原住民族習慣，卻更能發現事實與正確的認事用法。

另以，綜合前開兩個面向的說明，本研究觀察判決內容，提出尚有原住民族傳統習慣得否成為創設物權之依據值得探究。民法第 757 條之修正於 2009 年 1 月 23 日公布施行，將習慣納為創設物權的方法之一，而其修法理由則謂：「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，爰仿韓國民法第 185 條規定修正本條。又本條所稱『習慣』係指具備慣行之事實及法的確信，即具有法律上效力之習慣法而言，併予指明」。然則，如欲採以習慣創設物權，首先必須確認「習慣」符合「慣行之事實」以及「法的確信」之兩項基本要件。其次，習慣創設之物權必須「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」。

本件判決先以《原住民族基本法》第 30 條作為原住民族習慣法近用權之揭示，強調「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」。復以專家研究調查報告進一步說明傳統習慣之內容，本研究推測審理法官似欲以此證成排灣族土地權利取得之習慣符合「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」。惟因部落現況與行政實務致使排灣族傳統習慣下之土地分配與繼受，未能滿足「慣行之事實」以及「法的確信」之兩項基本要件，因而無法完成此一論證。就此而言，本件判決內容有關原住民族傳統習慣之判斷，確係足以作為其他

2 最高法院民事裁定 92 年度台上字第 2211 號暨臺灣高等法院 92 年度家上字第 65 號判決

案件之參考範式，尤其是原住民族習慣如何作為習慣法創設物權之依據，值得未來藉由更多判決見解來論證。

❖ 相關法律條文

民法：第 758 條第 1 項

土地法：第 72 條、第 126 條、第 133 條第 1、2 項

土地登記規則：第 4 條第 1 項第 7 款

臺灣省山地保留地管理辦法（63 年 10 月 9 日修正發布）：第 7 條第 1 項、第 16 條第 1 項

原住民族基本法：第 30 條第 1 項

案例二 烏來鄉泰雅族部落傳統習慣之代理爭議

案號 臺灣臺北地方法院 98 年度簡上字第 334 號民事判決
臺灣臺北地方法院 97 年度店簡字第 1993 號民事判決

案由 土地移轉

當事人

身分 \ 審級	第一審	第二審
丙、癸、壬、辛、戊、己	被告	被上訴人
甲	原告	上訴人

關鍵詞 意定代理、表見代理、和解儀式 sbalay

壹、案例事實

坐落臺北縣烏來鄉○○段 A 地號土地係原住民保留地，由被上訴人等之被繼承人林○朝於民國 66 年間因耕作權期間屆滿，依〈原住民保留地開發管理辦法〉規定取得所有權，其上有門牌號碼臺北縣烏來鄉○○村 23 號（門牌號碼原為○○村 25 號，係供烏來鄉衛生所宿舍）磚造房屋 1 棟（下稱系爭房屋）。上訴人甲自 68 年間起即居住系爭房屋，嗣於 69 年 8 月 15 日，上訴人甲之配偶于○聚以甲名義向訴外人楊○生（即林○朝之岳父）以新臺幣 2 萬元購買系爭 A 土地，惟林○朝遲未將系爭土地辦理所有權移轉登記，遂於 83 年 7 月 24 日在臺北縣烏來鄉○○活動中心，由林○朝會同被上訴人壬○○與上訴人甲簽立切結書（下稱系爭切結書），林○朝承諾於 83 年 12 月 31 日前給付甲 25 萬元之搬遷補償費，否則願無條件將系爭土地過戶予甲。詎林○朝簽署系爭切結書後，未遵期履行承諾給付上開搬遷補償費，依系爭切結書約定，林○朝應無條件辦理系爭土地辦理所有權移轉登記予甲。而林○朝已於 85

年 7 月間亡故，被上訴人等為林○朝之繼承人，且均未拋棄繼承，上訴人甲爰依系爭切結書、繼承法律關係請求被上訴人等應連帶移轉系爭土地所有權應有部分 420 分之 124 予伊。

貳、法律關係圖

略

參、訴訟歷程及結果

一、訴訟歷程

臺灣臺北地方法院 97 年度店簡字第 1993 號民事判決

臺灣臺北地方法院 98 年度簡上字第 334 號民事判決

二、判決結果

第一審：原告之訴全部敗訴。

第二審：上訴駁回

肆、爭點

- (一) 林○朝有無簽署系爭切結書？有無授與代理權予壬？
- (二) 林○朝是否成立表見代理，而負授權人責任？

伍、當事人主張

一、兩造於一審之主張

(一) 原告甲主張

伊之配偶于○聚以其名義向訴外人楊○生（即林○朝之岳父）以新臺幣 2 萬元購買系爭土地 A，惟林○朝遲未辦理所有權移轉登記，雙方遂於 83 年 7 月 24 日由林○朝與被上訴人壬○○共同簽立切結書，承諾於 83 年 12 月 31 日前給付甲 25 萬元之搬遷補償費，否則願無條件將系爭土地過戶予甲。縱認系爭切結書上林○朝之簽名係壬○○所為，系爭

切結書簽立時既經多位見證人在場，確認壬○○充分瞭解系爭切結書內容，始以林○朝之代理人身分簽名於上，足見林○朝已授權壬○○到場簽立切結書；退步言，縱壬○○未取得林○朝之授權屬實，林○朝既知悉被告壬○○表示為其代理人而不為反對之表示，即應成立表見代理，而負授權人責任。

（一）被告等主張

癸、壬、己：林○朝並未於 83 年 7 月 24 日與壬○○共同簽立系爭切結書，其上之簽名非林○朝所為。系爭房屋原供臺北縣烏來鄉衛生所使用，嗣衛生所遷移他址，即將系爭土地及其上系爭建物交還林○朝，原告甲自行遷入居住，林○朝基於憐憫才將系爭房屋無償提供甲使用，詎甲擅將系爭房屋重行修建，經制止不聽，反而強佔系爭土地，林○朝不可能同意支付搬遷費 25 萬元予甲。

壬○○另指：系爭切結書上林○朝與壬○○之簽名均係壬所為，當時不知洽談系爭土地之事，伊以為大家正討論部落裡的事，遂依在場人指示於系爭切結書上簽字，林○朝並未授權伊簽署系爭切結書。

辛、戊、丙：不知 83 年 7 月 24 日林○朝與壬○○簽立系爭切結書之事。

一、兩造於二審之補充主張

- （一）上訴人：無
- （二）被上訴人：無

陸、法院見解

〔一審法院〕

原告甲固據提出切結書為憑，並舉證人即在切結書上簽名見證之乙○○、丁○○、陳○慶、周○寶為證；惟證人丁○○證稱：「切結書是在周○寶住處簽的，是我們請壬○○過來的，壬○○簽個名字就走，林○朝的名字是壬○○簽的」；證人乙○○則證稱：「切結書是原告甲找我

到他家寫的，我沒看到誰簽林○朝及壬○○的名字」；證人陳○慶結證：「我在活動中心簽字，我不知道二造間糾紛，也不知道林○朝、壬○○的名字是誰簽的」。

原告甲未能舉證切結書係林○朝所簽，雖復主張系爭切結書內容業經林○朝事前同意、事後承認，應負授權人責任云云。惟證人乙○○未能明確證述林○朝何時、何地告知其同意付款 25 萬元予甲；證人丁○○就壬○○由何人授與代理權簽署系爭切結書，前後證述歧異，亦難驟採。

原告甲未能舉證林○朝確有簽署系爭切結書，亦未能舉證林○朝有向壬○○或原告甲表示授與代理權之意思，且未能舉證由林○朝之行為表示以代理權授與被告壬○○，或林○朝知悉被告壬○○表示為其代理人而不為反對之表示，故本件無表見代理之適用。

〔二審法院〕

系爭土地本由林○朝因耕作權屆滿合法取得土地所有權，林○朝豈會願意再付款 25 萬元以取得土地所有權。證人周○寶之證詞，充其量僅能證明林○朝同意交付 25 萬元予于○聚以收回系爭房屋、土地，不足證明林○朝與甲就屆期未履行即移轉系爭土地所有權予甲一事意思表示合致。

上訴人甲主張其配偶于○聚以其名義於 69 年 8 月 15 日向林○朝之岳父楊○生以 2 萬元購買坐落○○村 25 號老衛生所土地云云，固據提出楊○生、庚○○於 69 年 8 月 15 日出具之收據為憑。惟上訴人甲所舉證人周○寶證稱：「我僅聽說于○聚基於愛心交付 2 萬元給楊阿生，並未看見楊○生、庚○○在收據上簽名捺印」，抑且證人庚○○否認其上簽名真正，前開收據形式上真正既有疑義，實不足證明上訴人甲有何權利占有系爭土地及房屋；遑論林○朝係因耕作期滿於 84 年 9 月 11 日登記取得系爭土地之所有權，縱使訴外人庚○○曾於 82 年 12 月 27 日在臺北縣烏來鄉調解委員會與上訴人甲就遷讓系爭房屋事成立調解，願分期給付上訴人甲 25 萬元，有 82 年 12 月 27 日調解書為憑，基於債之關係相對性，上訴人甲僅得訴請庚○○履行調解內容以資解決，要無拘束

非調解書當事人林○朝之理，衡情若無取得適當補償，林○朝豈會任將自己因耕作權已屆滿可取得所有權之土地一部移轉予上訴人。

上訴人甲徒以壬○○係林○朝之女，驟認林○朝有授權壬○○處理系爭土地之事，尤嫌速斷。是上訴人主張林○朝授與代理權予被上訴人壬○○在系爭切結書上簽字云云，殊無足取。

上訴人甲雖主張本件應依當時烏來鄉原住民部落（泰雅族）任一家屬即可代理本人為意思表示之習慣為壬○○是否有權代理林○朝為系爭切結書意思表示之判斷依據云云。惟民法第 1 條規定：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理」，而習慣法則之成立，必先有習慣事實存在，故法院認定習慣法則與認定事實，同應依法為種種之調查，以資認定，不得憑空臆斷（最高法院 18 年上字第 2259 號判例）。復以，我國民法就意定代理權之授與已有明文規範，即無從如上訴人所述，憑原住民間之「習慣」認定之餘地；況本件除證人丁○○片面證述：「82 年還有這個傳統，現在已經慢慢跟法律結合」外，上訴人並未舉證當時居住烏來之泰雅族原住民確有上開習慣，倘若原住民間確有此習慣，依丁○○上開證述情節，又何需事前、事後向林○朝說明處理經過情形，是上訴人此部分主張，亦難憑信。

上訴人依民法第 169 條規定主張林○朝應負授權人之責任，應證明由林○朝自己之行為表示以代理權授與壬○○，或有知壬○○表示為其代理人而不為表示反對之情事而後可。倘林朝就系爭切結書法律行為發生前或後，未曾有表見之事實，自無依上開規定，命林○朝就該切結書之法律行為，對於上訴人應負授權人責任之理。查：上訴人甲就系爭房屋及坐落土地、庭院移轉土地所有權之相關文件，包括記載楊○生、庚○○於 69 年 8 月 15 日出具之收據、甲與庚○○於 82 年 12 月 27 日成立之調解書及系爭切結書等，其相對人俱不相同；另上訴人所舉證人乙○○、丁○○之證詞，亦均無足採，難認林○朝有以自己行為表示以代理權授與壬○○，亦難謂其有知壬○○表示為其代理人而不為反對等表見事實存在。上訴人甲空言主張林○朝應依表見代理規定負授權人責任云云，即無可取。

柒、評析

本件爭訟事實原應為純粹法律要件是否具備之判斷，且如判決內容所指：「我國民法就意定代理權之授與已有明文規範，即無從如上訴人所述，憑原住民間之「習慣」認定之餘地」，亦即法院對於爭訟事實是否具備要件之判斷基準，依法不受當事人主張之拘束。

然而，考量原住民族土地爭訟多涉及源自於中華民國法制施行前，延續迄今之土地權屬衝突，亦有導因於土地總登記與山地保留地管理辦法實施所致之爭議，本研究爰承第一則案例之法院見解，認為應導入《原住民族基本法》第 30 條第 1 項保障原住民族習慣法之近用權，採以訴訟當事人所屬之原住民族傳統習慣，作為判斷本案是否構成意定代理之要件。

如以代理之要件言，實務與學說見解多認為應包括下列四項要件：其一，代理須以本人（被代理人）之名義為之，亦即代理人於代理權限內，必須以本人名義為意思表示，始能直接對本人發生效力。其二，代理人須有代理權限，而意定代理權之範圍，係依本人之授權範圍定其範圍。其三，代理人得代理本人為意思表示及受意思表示。其四，代理行為之效果係直接及於本人。

續以本案判決內容所示，「上訴人雖主張本件應依當時烏來鄉原住民部落（泰雅族）任一家屬即可代理本人為意思表示之習慣為癸○○是否有權代理林○朝為系爭切結書意思表示之判斷依據云云……況本件除證人丁片面證述：『82 年還有這個傳統，現在已經慢慢跟法律結合』外，上訴人並未舉證當時居住烏來之泰雅族原住民確有上開習慣」。本研究查以中央研究院民族學研究所編譯之「番族慣習調查報告書第一卷·泰雅族」所呈現資料顯示，有關債權債務法律關係之界定，泰雅族人為確保契約確實履行，經常舉行和解儀式 sbalay，舉行完畢後任一方當事人皆不得悔約。甚且，重大契約會有頭目或有勢力者在場聽取契約，惟僅作為見證人³。設若將來對於契約之存在或內容有爭議時，輕者

3 中央研究院民族學研究所編譯（1996），《番族慣習調查報告書第一卷·泰雅族》，頁 211-213，臺北：中央研究院民族學研究所。

由親族團體解決，再嚴重一點則交給部落頭目調解，避免同族間互相循環報復。此時，除了頭目外，長老也會參與其中，形成一個協商集團，讓兩方能盡情說明，並得到部落間多位有威望者的裁判及決定賠償的財物或祭品數量。日治時期，爭議依仲裁決定後，雙方舉行「解決衝突、尋求和解的 sbalay」儀式後，雙方和解⁴。

綜據前開各項說明，本研究一則贊同本案判決所採見解，縱然原告所提證人等之說明，似復與「使者」、「代表人」之概念相混淆，且無由確證代理權授與或表見代理責任之構成。再者，原告主張任一家屬即得代理本人為意思表示係烏來泰雅族部落之傳統習慣。本研究雖贊同本案判決對原告此一主張之結論，卻部分不認同本案判決逕以民法第 1 條作為排除適用原住民族傳統習慣之依據。實則，我們如把習慣當作一個法源時，它究竟是一個任意法還是強行法？亦即，民事案件有雙方當事人存在，原住民的習慣究竟是強行規定還是選法的任意規定，有其論證之必要性。本研究的觀點是，習慣已經成為法位階時，便已具有特殊法的性質，這樣才有意義。基本上來講，本件原告所提烏來鄉泰雅族原住民部落「習慣」之主張，一方面未能符合習慣之基本要件，另一方面則亦無法滿足代理之四要件，而遭致判決所排除。但是，若以私權的建構上來說，當中確有「習慣」的突破性在，而這時候公權力就要去做協商。畢竟，回到根本的問題就是，我們很多時候是確定權利存不存在，而不是去做創設。

4 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 36-37，臺北：行政院原住民族委員會。

❖ 相關法律條文

民法：第 1 條、第 169 條

原住民族基本法：第 30 條第 1 項

民事訴訟法：第 386 條、第 436-1 條

案例三 太魯閣族土地買賣之習慣效力

案號 臺灣花蓮地方法院 97 年度花簡更字第 1 號民事簡易判決
臺灣花蓮地方法院 95 年度簡上字第 26 號民事判決
臺灣花蓮地方法院 94 年度花簡字第 78 號民事簡易判決

案由 拆屋還地

當事人

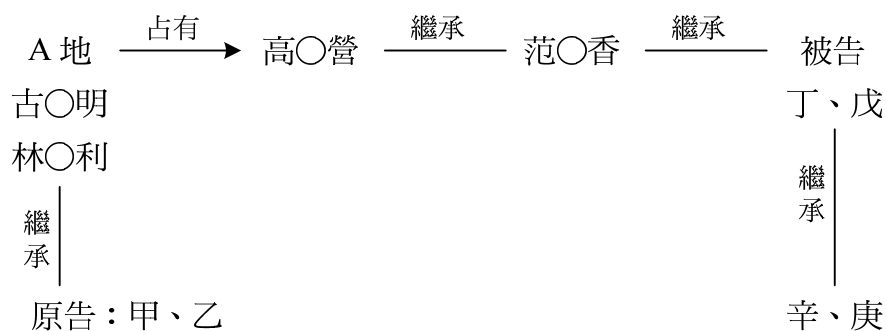
身 分	審 級	第一審	第二審
	丁、戊、辛、庚、丙		被告
乙、甲		原告	被上訴人

關鍵詞 口頭約定、以物易物、習慣

壹、案例事實

系爭土地原為訴外人林○利、古○明分別共有，被告戊之父親高○營於其上興建房屋使用，原告乙認系爭土地係古○明出借給高○營，原告繼承系爭土地後，續借予被告戊之母范○香，兩造並約定被告應於 94 年 1 月 10 日前自行拆屋還地，詎期限已屆至，被告仍然沒有拆屋，還繼續經營商店，原告因繼承關係，取得系爭土地所有權，為共同共有人，爰依民法第 767 條之所有物返還請求權及借用物返還請求權，擇一請求被告拆屋還地。被告則認，系爭土地為被告之父高○營於 62 年間所購買，系爭房屋是沒有為保存登記之違章建築，高○營於 81 年去世後，系爭土地所有權及房屋之事實上處分權，由被告戊之母范○香單獨繼承，再由被告等人繼承，被告是基於買賣和繼承關係，占有系爭房屋和土地，原告請求拆屋還地並無理由。

貳、法律關係圖



參、訴訟歷程及結果

一、訴訟歷程

臺灣花蓮地方法院 94 年度花簡字第 78 號民事簡易判決判決被告敗訴，而後遭臺灣花蓮地方法院 95 年度簡上字第 26 號民事判決廢棄，發回重審。

二、判決結果

第一審：被告應將系爭房屋拆除，並將占用之土地返還原告。

第二審：原判決廢棄，發回原審。

更審：原告敗訴。

肆、爭點

被告主張系爭房屋所占用之系爭土地部分，業於 62 年間由被告丁、戊之父高○營向原告之父古○明買受，被告為有權占有系爭土地，是否有理由？

伍、當事人主張

一、兩造於一審之主張

（一）原告主張

緣民國 76 年間，原告甲之父古○明（已歿）因和被告丁、戊之父高○營（已歿）是好朋友，古○明將系爭土地借給高○營，同意其建造系爭房屋為經商使用，並約定高○營去世時，即應返還系爭土地予古○明，嗣高○營去世後，原告甲向高○營之妻范○香請求返還，因范○香年邁體弱，靠經商維生，故協議後，原告甲同意續借，惟范○香於 93 年 10 月間病逝，原告甲要收回土地，兩造並約定被告應於 94 年 1 月 10 日前自行拆屋還地，詎期限已屆至，被告仍然沒有拆屋，還繼續經營商店，原告甲因繼承關係，取得系爭土地所有權為共有人，爰依民法第 767 條之所有物返還請求權及借用物返還請求權，擇一請求被告拆屋還地。

1. 被告主張

系爭土地是被告戊之父高○營於 62 年間，向原告甲之父古○明購買的，用來建系爭房屋，經營「○○商號」雜貨店，系爭房屋是沒有為保存登記之違章建築，高○營於 81 年去世後，系爭土地所有權及房屋之事實上處分權，由被告戊之母范○香單獨繼承，嗣范○香於 93 年 10 月 27 日去世時，再由被告等人繼承，被告是基於買賣和繼承關係，占有系爭房屋和土地，原告請求拆屋還地並無理由等語資為抗辯，並聲明：原告之訴駁回。

二、兩造於二審之補充主張

（一）上訴人：無

（二）被上訴人：無

三、兩造於更審之補充主張

原告：無

被告：

系爭土地是被告丁、戊之父親高○營於 62 年間，向原告甲之父古○明購買的，用來建系爭房屋，經營「○○商號」雜貨店，因雙方都是原住民依習慣並沒有立書面契約，然購買時曾經確認過買賣標的之位置、範圍及面積，且系爭土地為原告甲之父古○明及乙之父林○利所共有，當時古○明及林○利二人已有將系爭土地一分為二，彼此各據一方之默契，故系爭土地迄今雖未辦理分割，兩造共三戶人家 30 餘年來仍得長期毗鄰而居，彼此井水不犯河水，相安無事。

證人古○生為擔任教會牧師之神職人員，在地方上素孚眾望，不可能褻瀆神職而為虛偽不實之陳述。又古○生於 62 年間先父高○營向古○明購地之際，自軍中退伍未久，賦閒在家，高○營於前往古○明家途中，遂順道邀約古○生同行，並非刻意找古○生為買賣見證人，況其證詞是否可採，尚與年紀大小無涉，故原審以古○生當時年紀尚輕為由，認其證詞為不可採，尚有未洽。

高○營於 81 年去世後，系爭土地所有權及房屋之事實上處分權，由被告丁、戊及母親范○香繼承，嗣范○香於 93 年 10 月 27 日去世時，再由被告等人繼承，被告是基於買賣和繼承關係，占有系爭房屋和土地，原告請求拆屋還地並無理由。

陸、法院見解

〔一審法院〕

買賣土地乃重要交易，縱使未立買賣契約書及交付價金之收據，通常也會邀請親友在場見證，以求慎重，高○營於 62 年間，已近 40 歲之人，古○生當時年方 23 歲，高○營前往洽談不動產買賣事宜，未邀請較有社會經驗且較為親近之家人、朋友在場見證，卻找較自己年幼甚多之鄰居陪同，並於第一次洽商買賣事宜，就直接攜帶 2 萬元現金在身

上，且能當場完成交易，而未就土地面積、坐落位置先予測量或標記，均與常理不符。綜上，被告未能舉證證明有買賣關係存在，其所辯有權占有系爭土地乙節，即屬無據。

〔二審法院〕

上訴人辛、庚迄至原審判決即 95 年 6 月 8 日時，均為限制行為能力人，而無訴訟能力，惟原審未命上訴人辛、庚之法定代理人進行訴訟程序，亦未將言詞辯論期日通知書合法送達予上訴人辛、庚之法定代理人，即於 95 年 5 月 25 日言詞辯論期日逕行依被上訴人之聲請，由被上訴人一造辯論而為判決，原審之訴訟程序顯有重大瑕疵。

又訴外人戊雖於原審表明業已拋棄系爭房屋之繼承權，上訴人丁並提出遺產分割協議書 1 件可稽，惟觀諸上開遺產分割協議書並非由范○香之全體繼承人為遺產分割協議，且戊亦非就被繼承人范○香全部遺產，為拋棄繼承權之表示，戊就系爭房屋所為拋棄繼承之表示並不合法，自不生拋棄繼承之效力，則系爭房屋仍為全體繼承人即戊及上訴人 4 人所繼承而共同共有乙節，堪以認定。本件訴訟標的即系爭房屋既為戊及上訴人 4 人所共同共有，即有合一確定之必要，揆諸首揭判例意旨，自應由共同共有人全體即戊及上訴人 4 人一同被訴，其當事人適格始無欠缺，惟原審未命被上訴人補正本件訴訟當事人適格之欠缺，卻逕依戊前開拋棄繼承之表示，認戊無繼承權，而僅就上訴人 4 人為實體審理，其訴訟程序亦顯有重大之瑕疵。

〔更審法院〕

依花蓮縣政府 96 年 5 月 28 日府原地字第 09600766320 號函及所附花蓮縣萬榮鄉公所 96 年 5 月 17 日萬鄉農字第 0960005163 號函：「本鄉鄉民以前之「土地買賣習慣」皆以口頭約定，幾無所謂書面契約，且其價金並不一定，有時以家畜或少許金錢，即將土地交付他人使用，亦較無所有權觀念，對其他地籍位置，亦以傳統使用範圍為依據，並無申請土地鑑界之觀念」、花蓮縣秀林鄉公所 96 年 5 月 22 日秀鄉建字第 0960006989 號函：「有關涉及本族土地買賣之習慣，……大多係以「以物易物」之方式做買賣交易（如：以牲畜做為買賣標的，以換取土

地)，再者，係以私下口頭買賣之方式，提供金錢報酬來換取土地」，可知有關 62 年間太魯閣族土地買賣之習慣，對內當事人之意思表示一致發生效力，對外則以開墾、使用範圍為公示方法，並據以認定所有權之歸屬。

及，古○生當時為 23 歲對買賣土地等交易上情事應具備通常之認識及足夠之知識能力辨別買賣之行為及其效果，足認被告丁、戊之父高○營於 62 年間確實有向原告甲之父古○明購買系爭土地之事實，且高○營自 62 年間起占有系爭土地經營○○商號乙情，亦為原告所不爭執，是被告辯稱自 62 年起即使用系爭土地經營雜貨店等語，足堪採信。

另，原告乙、甲依繼承所取得共有之土地，且其所有門牌號碼分別為花蓮縣秀林鄉○○村○○74 號房屋及花蓮縣秀林鄉○○村○○76 號房屋，與被告所有坐落於系爭土地上、門牌號碼為花蓮縣○○鄉○○村○○76-1 號房屋，自 62 年間起相鄰而居。復依原告乙自承系爭土地係由原告甲之父古○明借給被告丁、戊之父高○營，可知原告甲之父古○明負責處理系爭土地之相關事宜，參諸前揭 62 年間太魯閣族土地買賣之習慣，足認系爭土地雖係原告乙之父林○利與甲之父古○明所共有，然嗣林○利開墾建築 74 號房屋、古○明則開墾建築 76 號及占有系爭土地。從而，系爭土地業經古○明售予高○營，前開二人成立買賣契約等情，已如前述，則原告甲之父古○明、被告丁、戊之父高○營對內就古○明將系爭土地售予高○營，改由高○營占有使用系爭土地一事達成合意，對外前開三筆土地之原所有權人即原告乙之父林○利及甲之父古○明於 62 年間即與原告各自占有使用上開 74 號房屋、76 號房屋及 76-1 號房屋為公示方法，而擁有前開三棟房屋各自坐落之土地所有權。

綜上，原告甲之父古○明既已將系爭土地出賣予被告丁、戊之父高○營，則依民法第 1148 條之規定，兩造應承受被繼承人財產上之一切權利義務，是被告基於買賣契約及繼承之法律關係占有系爭土地，自非無法律上原因，而原告乙、甲各自繼承其父林○利、古○明一切權利義務，仍應受系爭土地買賣契約效力之拘束，故上訴人得繼續利用系爭土

地之權利，尚不受影響。

柒、評析

本案係在審究原、被告間之土地權原，何者具法律保障之地位與利益。原告甲主張其權利係繼承其父古○明之所有權而來。被告則以其權利原係由其父高○營與原告甲之父古○明間之買賣，嗣由被告等因繼承關係占有系爭房屋和土地。

首先，值得關注的是第一審與更審之見解差異。第一審之判決見解，主要係以買賣土地乃重要交易，未有契約書之簽立，又以現金在現場完成交易，與常情有違；復以，縱使未立買賣契約書及交付價金之收據，通常也會邀請親友在場見證，以求慎重。惟被告之父卻未邀請較有社會經驗且較為親近之家人、朋友在場見證，且未就土地面積、坐落位置先予測量或標記云云，均與常理不符，而認被告所辯有權占有系爭土地即屬無據。

上述判決內容所顯示者，不意外的突顯出族群差異間的文化優勢，審理法院以其所理解的「常情」、「常理」，用在解釋民國（下同）60年代尚未完全落實法治國原則的部落社會生活，卻冀能「發現」審理法院所以為的真實。尤其是在對比原住民族地方行政機關所提供之意見，益徵顯示民法上對於法律行為所確立的一般原則，亦即：

	成立要件	生效要件
內容	1. 權利主體（當事人） 2. 標的（內容） 3. 意思表示	1. 當事人之行為能力 2. 標的可能、確定、適法 3. 意思表示健全

特別是在法律行為「標的」之討論上，原則上，法律行為若無「標的」可言，就無法判斷其法律效果；另一方面，標的之「可能」、「確定」、「適法」，則為法律行為之一般生效要件。此亦係第一審法院排除被告所提抗辯內容的主要理由之一。不過，經由更審法院的證據調查，確實顯示出現行民法規範內容與原住民族部落生活之習慣規範存在相當

程度之落差。

花蓮縣萬榮鄉公所函：「本鄉鄉民以前之「土地買賣習慣」皆以口頭約定，幾無所謂書面契約，且其價金並不一定，有時以家畜或少許金錢，即將土地交付他人使用，亦較無所有權觀念，對其他地籍位置，亦以傳統使用範圍為依據，並無申請土地鑑界之觀念」。

花蓮縣秀林鄉公所函：「有關涉及本族土地買賣之習慣，……大多係以「以物易物」之方式做買賣交易（如：以牲畜做為買賣標的，以換取土地），再者，係以私下口頭買賣之方式，提供金錢報酬來換取土地」。

本文贊同更審法院的判決見解，一以審理法官除積極行使闡明權，對於兩造所指耕種事實與習慣進行理解，更主動依職權調查證據，邀請部落年紀相仿人士與文化傳承者提供證述，並函詢地方政府及太魯閣族傳統生活領域內之鄉公所，用以確認當事人間所指有關 62 年間太魯閣族土地買賣之習慣。

總的來說，參以各次之判決內容與案例事實，本件判決之關鍵爭點實係在於，原告甲所爭執之其父古○明與被告丁、戊之父高○營間，按太魯閣族習慣所成立的買賣（債權）契約究竟是否有效。更審法院參酌客觀情事與證人證詞，認被告之被繼承人與原告之被繼承人就系爭土地所成立之買賣契約確屬有效，是被告等並非無權占有系爭土地。

假若按債權行為所具有之任意法性質與不要式性，本案之最終結論或許本該如此。但是，本研究觀察各次審理之判決內容，對於太魯閣族傳統交易習慣卻呈現偌大的差異，深以為更審判決以太魯閣族原住民之傳統習慣，作為意思表示合致之確認，意即「太魯閣族原住民土地買賣之習慣，大多以金錢或以物易物之方式口頭約定為之，不會簽定書面契約」，以及當事人間對於被告人等占有使用之默示該如何理解為同意，應係本案值得參考之價值所在；同時也是體現《原住民族基本法》第 23 條與第 30 條第 1 項揭示「法律多元主義」保障原住民族習慣法近用權的立法目的。

❖ 相關法律條文

民法：民法第 767 條、第 1148 條

原住民族基本法：第 30 條第 1 項

民事訴訟法：第 255 條、第 277 條、第 386 條

案例四 法令調整過中附條件買賣原住民保留地之效力

案號 臺灣高等法院臺中分院 104 年度原上字第 4 號民事判決
臺灣南投地方法院 103 年度原訴字第 8 號民事判決

案由 拆除地上物返還土地等

當事人

身分	審級	
	第一審	第二審
田○榮	原告	被上訴人
林○塗	被告	上訴人

關鍵詞 附條件買賣、禁反言

壹、案例事實

坐落南投縣仁愛鄉○○段○○地號土地即系爭土地，面積 16,010 平方公尺，為原住民保留地，102 年 9 月 2 日因買賣登記為原告田○榮所有，103 年 7 月 14 日因買賣登記為訴外人黃○明所有，原告田○榮應有部分 16010 分之 15511，黃○明應有部分 16010 分之 499。

依系爭土地手抄本地籍謄本所示，系爭土地於 57 年 9 月 15 日登記為山地保留地。58 年 5 月 27 日登記耕作權人為卓○登，耕作權存續期間 57 年 8 月 21 日至 67 年 8 月 20 日，68 年 10 月 11 日因法定取得為原因，登記所有權人為卓○登；75 年 4 月 22 日以分割繼承為原因，登記所有權人為卓○輝。

依系爭讓渡契約所載：「一、系爭土地。二、面積 1.601 公頃，右記土地內植栽梨、蘋果等果樹全部。此讓渡補償金新臺幣 82,000 元。右記山地保留地係本人耕作地，今願將該地上物及該地耕作權以前記補償金讓渡台端屬實，對該地耕權及地上物收益管理撫育權自即日起引交台

端，但該地應納地租等自本日起以後部分由台端負擔外，以前未納部分概由本人負責。該地保證確係自己耕地，如有第三人或親屬等提出異議，發生糾紛等情，概由讓渡人負責理直，如虧負台端時願負賠償之責。對該耕地日後政府准予放租或放領時，願由台端之名義申請，要本人印章時，不論何時應以無償且無條件蓋章之，不敢刁難或要求任何補貼之，右為後日之證立讓渡證乙紙為照。讓渡人卓岡登、卓光輝。承讓人林塗。中華民國 64 年 5 月 25 日」。

系爭土地如附圖即南投縣埔里地政事務所複丈日期 103 年 11 月 14 日土地複丈成果圖所示：編號 H，面積 8,023 平方公尺之土地，為被告林○塗占有使用，種植果樹。系爭土地上如附圖所示：編號 A 至 G 之建物及水塔為被告所建；被告不具原住民身分。

南投縣政府委託南投縣仁愛鄉公所（下簡稱仁愛鄉公所）辦理非原住民違法佔用原住民保留地土地清查，被告林○塗曾申請與仁愛鄉公所訂立租賃契約，因系爭土地已由卓○登、卓○輝登記為所有權人，故仁愛鄉公所不予審查。卓○輝死後，系爭土地於 99 年 6 月 25 日由其母即訴外人卓○世繼承，卓○世死後，由卓○雄於 102 年 1 月 25 日因繼承而登記為所有權人。原告田○榮為卓○輝與訴外人田○華之子。卓○雄於 102 年 9 月 2 日將系爭土地以買賣為原因，移轉登記予原告田○榮。

原告田○榮主張被告林○塗無權占用系爭土地興建工寮及種植水蜜桃等果樹，其占用包括編號 A、B 部分之鐵皮造建物，編號 C 部分之帆布覆蓋建物、編號 D、E、F、G 部分之水塔及編號 H 部分，面積 8,023 平方公尺之耕作範圍。原告爰依民法第 821 條、第 767 條規定，請求被告林○塗拆除占用系爭土地之上開地上物，並返還土地予原告及共有人全體；併依民法第 179 條規定請求被告林○塗給付占有系爭土地所受相當於租金之不當得利。

貳、法律關係圖

略

參、訴訟歷程及結果

臺灣南投地方法院 103 年度原訴字第 8 號民事判決：被告應拆（鑿）除占用系爭土地之地上物並返還土地予原告與共有人全體；被告應給付原告新臺幣貳萬貳仟陸佰柒拾壹元及自民國 103 年 12 月 26 日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息，暨自民國 103 年 8 月 3 日起至返還前項土地之日止，按月給付原告新臺幣貳仟零陸拾壹元。訴訟費用由被告負擔。

臺灣高等法院臺中分院 104 年度原上字第 4 號民事判決：原判決除確定部分外廢棄。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。第一（除確定部分外）、二審訴訟費用由被上訴人負擔。。

肆、爭點

1. 系爭讓渡契約是否為真正？被告可否以系爭讓渡契約對原告主張有權占有？
2. 原告與卓○雄間之所有權移轉登記是否無效？
3. 原告提起本件訴訟有無違反禁反言、誠信原則？
4. 原告請求被告拆除地上物返還土地及給付相當於租金之不當得利有無理由？

伍、當事人（原住民）主張

一、兩造於一審之主張

（一）原告主張

系爭土地面積 16,010 平方公尺，為原住民保留地，原告於 102 年 3 月 8 日買受系爭土地，並於同年 9 月 2 日辦理登記完畢，原告為系爭土地之共有人，應有部分 16010 分之 15511。被告無權占用系爭土地興建工寮及種植水蜜桃等果樹，爰依民法第 821 條、第 767 條規定，請求被告拆除占用系爭土地之上開地上物，並請求相當於租金之不當得利。

否認被告所提出與訴外人卓○登間讓渡書（下稱系爭讓渡契約）之真正，且被告與卓○登等人之系爭讓渡契約與原告無關，原告於 102 年 9 月 2 日向訴外人卓○雄買受系爭土地，系爭讓渡契約不可對抗原告。又如系爭土地原所有權人有出售土地之事實，卓○登是在 67 年 8 月 21 日取得系爭土地所有權，依據被告所提系爭讓渡契約立約時間為 64 年，顯然是當時系爭土地的他項權利人卓○登尚未取得所有權前所為之讓與行為，依據〈原住民保留地開發管理辦法〉及前〈山胞保留地管理辦法〉相關規定，此部分之讓渡契約應屬無效。

原告雖經訴外人白○義代書之建議，與卓○雄就系爭土地以形式上之買賣為之，然實際上依民法第 87 條第 2 項規定，當屬贈與，並非當然無效，且此部分原告受《土地法》第 43 條之保護，故原告請求自屬適當。

（二）被告主張

被告於 64 年間向原告祖父即卓○登購買系爭土地，購買面積為 1 甲 6 分，並簽立系爭讓渡契約，自 64 年起占有系爭土地耕作迄今，被告並非無權占有。

原告係卓○登之孫子，訴外人卓○輝之兒子，102 年始登記為系爭土地所有權人，政府未將系爭土地所有權登記予卓○登之前，卓○登就將系爭土地出售予被告，卓○登並無占有系爭土地之事實，為何還可以設定耕作權並取得所有權。卓○登、卓○輝相繼過世後，後來被告要去登記，卻因為卓○輝已經登記為所有權人而被否准。

原告未能舉證與卓○雄間確實為買賣契約關係，其等為通謀虛偽意思表示，故原告並非適法所有權人。卓○登於 64 年間將系爭土地出售被告，卓○登即不得取得所有權，因此被告縱為平地人，應可合法取得原住民保留地之承租權，又系爭讓渡契約明文「日後政府准予放租或放領時，願由台端名義申請，要本人印章時，不論何時應以無償且無條件蓋章之，不敢刁難或要求任何補貼之」，故基於系爭讓渡契約所示之附條件買賣，被告取得請求移轉耕作權之「物上期待權」，具有物權性

質，對任何人皆有效力，原告以所有權人地位提起本件訴訟，完全罔顧原告祖父與父親 2 人所立下之契約責任，嚴重違反權利濫用禁止原則及禁反言原則。

二、兩造於二審之補充主張

- (一) 上訴人：無
- (二) 被上訴人：無

陸、法院見解

〔一審法院〕

系爭土地於 57 年 9 月 15 日登記為山地保留地，面積 16,010 平方公尺，58 年 5 月 27 日登記耕作權人為卓○登，耕作權存續期間 57 年 8 月 21 日至 67 年 8 月 20 日，68 年 10 月 11 日因法定取得為原因，登記所有權人為卓○登；75 年 4 月 22 日以分割繼承為原因，登記所有權人為卓○輝。卓○輝死後，系爭土地於 99 年 6 月 25 日由其母卓○世繼承，卓○世死後，由卓○雄於 102 年 1 月 25 日因繼承而登記為所有權人。

原告田○榮為卓○輝與田○華之子。卓○雄於 102 年 9 月 2 日將系爭土地以買賣為原因，移轉登記予原告。原告復於 103 年 7 月 14 日，將其中應有部分 16010 分之 499，以買賣為原因登記為黃○明所有。

被告不具原住民身分，南投縣政府委託仁愛鄉公所辦理非原住民違法占用原住民保留地土地清查，被告曾申請與仁愛鄉公所訂立租賃契約，因系爭土地已由卓○登、卓○輝登記為所有權人，故仁愛鄉公所不予審查等情，為兩造所不爭，復有系爭土地第二類登記謄本、系爭讓渡契約、仁愛鄉公所 104 年 2 月 4 日仁鄉土管字第○○○○○號函附山地保留地清冊、地籍清冊、清理平地人民非法占用山地保留地審查清冊、系爭土地異動索引、南投縣埔里地政事務所 104 年 1 月 15 日埔地一字○○○○○號函附系爭土地手抄本土地登記簿、卓○雄與原告田○榮間移轉系爭土地所有權登記申請書等件在卷可憑。

又系爭土地上如附圖所示：編號 H 部分，面積 8,023 平方公尺之土

地，為被告占有使用，種植果樹；系爭土地上如附圖所示：編號 A 至 G 部分之建物及水塔為被告所建一節，亦經本院會同兩造及地政人員履勘現場屬實，製有履勘筆錄、現場照片及南投縣埔里地政事務所複丈日期 103 年 11 月 14 日土地複丈成果圖在卷可佐，上情均堪認為真。

被告抗辯於 64 年 5 月 25 日向原告祖父卓○登購買系爭土地，並提出系爭讓渡契約 1 紙為證，原告固否認系爭讓渡契約之真正，然查，系爭讓渡契約之文書紙質泛黃，紙張邊緣或有部分破損，蓋用之印章印文、手印亦有部分模糊，有該等文書之彩色影本在卷可佐，堪認應屬於年代較久之文書，並非臨訟杜撰而為。又證人林○崙證稱：讓渡書是我寫的，我在霧社開店，認識卓○登，卓○登說他要娶媳婦，沒錢要賣地，要我幫他介紹，我就介紹被告林○塗去買，讓渡書後面要附其他人的簽名是因為地主的家屬都有同意，所以要讓他們蓋章，當時的買賣習慣都是這樣，當時是買整塊地，買了之後，土地就是被告一直使用到現在，核與證人卓○雄證稱：系爭土地一直由被告占有使用到現在等語並無扞格，且觀諸仁愛鄉清理平地人民非法占用山地保留地審查清冊中被告確實有占用系爭土地申請租用之記載，而本件被告長期占有使用系爭土地不輟，如被告未與卓○登間就系爭土地有買賣契約關係，何以數十年來卓○登之家人均未曾異議？實與常情有違，是堪認被告與卓○登間於 64 年 5 月 25 日所定系爭讓渡契約應為真實，被告與卓○登間就系爭土地確實存有買賣關係。

原告主張被告與卓○登、卓○輝間之買賣契約不得對抗原告、縱得對抗原告，系爭讓渡契約亦有無效事由等語，經查：

1. 按法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效。但其規定並不以之為無效者，不在此限。民法第 71 條定有明文。系爭土地為原住民保留地，卓○登、卓○輝於 64 年 5 月 25 日將系爭土地地上物、耕作權讓渡予被告，而現行〈原住民保留地開發管理辦法〉（原名：山胞保留地開發管理辦法）係於 79 年 3 月 26 日公布施行，依法律不溯及既往原則，本件應適用廢止前之〈臺灣省山地保留地管理辦法〉。
2. 依 55 年 1 月 5 日公布之〈臺灣省山地保留地管理辦法〉第 8 條第 1

項規定：「山地人民依前條規定取得或使用之土地及權利暨基地林地上之土地改良物，除合法繼承或贈與於得為繼承之人外，不得讓與轉租或設定其他負擔，並不得在取得耕作權、地上權期間內預期轉讓所有權。山地人民取得山地保留地所有權後如有移轉，其承受人以能自耕之山地人民或供工業用或供建築用者為限，違者其土地所有權之移轉無效」。是法律既已明文原住民取得使用土地之權利不得為交易之標的，亦不得在取得耕作權、地上權期間內預期轉讓所有權，且如取得所有權後，僅能轉讓與原住民，否則土地所有權之移轉無效。而觀諸〈臺灣省山地保留地管理辦法〉第 1 條明文：為保障山地人民土地使用，促進山地保留地合理利用，以安定山地人民生活，發展山地經濟起見，特訂定本辦法。堪認該辦法旨在保障依法受配原住民之生活，避免他人脫法取巧，使原住民流離失所。是該辦法第 8 條應屬效力規定，如有違反該辦法第 8 條所定任一情形者，應屬違反民法第 71 條而有無效之事由，應堪認定。

3. 卓○登係於 58 年 5 月 27 日登記為系爭土地耕作權人，耕作權存續期間 57 年 8 月 21 日至 67 年 8 月 20 日，而系爭讓渡契約訂立於 64 年 5 月 25 日，並明文約定買賣標的為「地上物及該地耕作權」，堪認卓○登係於取得耕作權後將耕作權轉讓予無原住民身分之被告，並預期於系爭土地放領或放租時由卓○登提供證件配合被告名義申請，業已違反上開辦法第 8 條之規定，而有無效之事由，應堪認定。
4. 被告固抗辯系爭讓渡契約為附條件買賣契約，且預期不能情形可以除去再為給付，故契約有效等語，惟系爭讓渡契約違反法律強制禁止規定，已如前述，故給付縱為可能，亦不合法，難認有何適用民法第 246 條或被告所稱「物上期待權」之餘地。

綜上，系爭讓渡契約既為無效，被告即不得以該契約抗辯對系爭土地有何占有權源。

被告另抗辯原告與卓○雄間就系爭土地之買賣為通謀虛偽意思表示，故原告並非系爭土地真正所有權人等語，經查：原告固無法提出購

買之價金證明，然而，證人白○義證稱：系爭土地是原告父親的，但原告的父親沒有認領原告，系爭土地無法由原告繼承，所以最後辦理繼承的時候，同意此筆土地由卓○雄繼承，辦理完畢後，再由卓秋雄將土地還給原告等語，核與證人卓○雄證稱：系爭地本來是我爸爸卓○登的，我爸爸過世後給卓○輝繼承，卓○輝過世後，就由我媽媽卓○世繼承，我媽媽臨終前交代我，先登記給我，我再轉給原告，因為原告是卓○輝的兒子等語大致相符，堪認原告與卓○雄間就系爭土地縱無成立買賣契約之真意，然就移轉系爭土地所有權而言，原告與卓○雄間確實有所有權讓與之合意，難認該物權行為有通謀虛偽意思表示而無效之情形，是原告登記為系爭土地所有權人，並無名實不符之處，被告抗辯原告並非所有權人等語，難認有據。

本件原告為系爭土地之共有人之一，被告不得以系爭讓渡契約對原告主張有權占有，已如前述，又被告固抗辯可依法取得系爭土地之承租權等語。然查，被告所稱取得系爭土地之承租權應係指向行政機關取得承租權之意思，而系爭土地並非國有土地，乃為原告與黃○明共有，有土地登記第二類謄本在卷可憑，且被告迄今並未就系爭土地取得任何權利。是以，被告所辯無從作為對原告為有權占有之理由。此外，被告復未能證明其有其他占用系爭土地之正當權利，則被告抗辯有權占有系爭土地，應不可採。原告請求被告應將系爭土地上之鐵皮造建物、帆布覆蓋建物、不銹鋼水塔等拆除與面積 8,023 平方公尺之水蜜桃及李子等地上物鑿除，並將上開土地返還原告與共有人全體，於法有據，應予准許。

未按無法律上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益，民法第 179 條前段定有明文。無權占有使用他人所有之土地，可獲得相當於租金之利益，他人因此而受有相當於租金之損害，為社會通常之觀念（最高法院 61 年台上字第 1695 號判例參照）。被告無權占有系爭土地，已如前述，其占有土地自受有相當於租金之不當利益，則原告依據不當得利之法律關係請求被告給付相當於租金之不當利得，自屬有據。

按所謂誠信原則，係在具體的權利義務之關係，依正義公平之方

法，確定並實現權利之內容，避免當事人間犧牲他方利益以圖利自己，自應以權利人及義務人雙方利益為衡量依據，並應考察權利義務之社會上作用，於具體事實妥善運用之方法（最高法院 103 年度台上字第 576 號判決意旨參照）。次按權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的；行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法，民法第 148 條固定有明文。若當事人行使權利，雖足使他人喪失利益，而非以損害他人為主要目的，即不在該條所定範圍之內（最高法院 45 年台上字第 105 號判例參照）。而權利之行使，是否以損害他人為主要目的，應就權利人因權利行使所能取得之利益，與他人及國家社會因其權利行使所受之損失，比較衡量以定之；倘其權利之行使，自己所得利益極少而他人及國家社會所受之損失甚大者，非不得視為以損害他人為主要目的，此乃權利社會化之基本內涵所必然之解釋（最高法院 71 年台上字第 737 號判例參照）。被告抗辯原告提起本件訴訟有權利濫用、違反禁反言之情等語，經查：系爭土地由卓○登售予被告，被告於 76 年間向仁愛鄉公所辦理承租權申請時，因卓○登、卓○輝業已登記為所有權人而不予審查，而若卓○登未登記為系爭土地所有權人，被告或有可能取得系爭土地承租權，固有仁愛鄉公所公函在卷可憑。然而，被告與卓○登間之系爭讓渡契約因違反法律強制禁止規定而無效，已如前述，其是否能主張他人違反誠信原則或權利濫用，已非無疑；又所有人，於法令限制之範圍內，得自由使用、收益、處分其所有物，並排除他人之干涉，為民法第 765 條所明定，本件原告並非與被告訂立系爭讓渡契約之人，被告亦未能舉證原告為系爭讓渡契約當事人之繼受人，原告自不受系爭讓渡契約之拘束，又原告本於所有權人地位行使物上請求權，並無與自己先前行為矛盾，或反於先前行為所引起信賴之情事，難認有何違反禁反言原則之處；再者，原告提起本件訴訟請求被告拆屋還地，其主要目的為索回遭無權占用之土地，為所有權之合法行使，並非以損害被告為其主要目的，縱被告需拆除地上物返還土地，惟亦為無權占用之結果，故原告訴請拆屋還地無違反公共利益或原告所得利益極少，被告或國家社會所受損害極大之情可言，是經利益比較衡量結果，亦難認原告

提起本件訴訟有何權利濫用之情事，被告上開所辯，並非有據。

綜上所述，被告無權占用原告與他人共有之系爭土地，從而，原告請求被告應將系爭土地上之鐵皮造建物、帆布覆蓋建物、不銹鋼水塔等拆除與面積 8,023 平方公尺之水蜜桃及李子等地上物鏟除，並將上開土地返還原告與共有人全體及給付原告 22,671 元及自 103 年 12 月 26 日起至清償日止，按年息百分之 5 計算之利息，暨自 103 年 8 月 3 日起至返還上開土地之日，按月給付原告 2,061 元，均為有理由，應予准許。至於原告逾此部分之請求，為無理由，應予駁回。

〔二審法院〕

被上訴人雖主張讓渡書第一頁，讓渡人「卓○登」及「卓○輝」及該讓渡書內容之書寫字跡，顯屬同一人所書寫，然上訴人於原審嗣後再另行提出讓渡書第二頁，其上竟重複有「卓○登」及「卓○輝」之簽名字跡，此已有違契約書寫簽訂之經驗法則，且讓渡書第一頁之讓渡人之地址係書寫為「仁愛鄉精英村○○36 號」，然該讓渡書第二頁之地址又記載為「仁愛鄉精英村○鄰○○巷 36 號」，不僅非屬同一份之文書，且第二頁關於人名部分之字跡，顯亦係出於同一人之手，均難認無疑？況再細閱該讓渡書第二頁，於「卓○雄」字跡旁邊，並無任何「卓○雄」之蓋印或手印，顯然卓○雄當不知有該讓渡書，甚或契約書之存在云云。然依證人林○崙於原審證述：讓渡書的內容是我寫的，名字及印章都是他們自己寫自己蓋的。我只有跟卓○登接觸，沒有與其他人接觸。讓渡書第二頁，卓○雄、卓○里、卓○吉為何沒有蓋章指印，名字是誰寫的我也不清楚。讓渡書的第一頁已經就契約的內容、當事人簽名及日期全部記載完畢，為何還有第二頁其他人簽名按指印？那是卓○登怕他們的兄弟姐妹反對，所以他們自己蓋的，後來才多出這一頁。三、四十年前事情我記不清楚了等語。足以證明讓渡書的第一頁已經就契約的內容、當事人簽名及日期全部記載完畢，完成契約內容。如果上訴人欲偽造讓渡書，當無畫蛇添足於原審再提出讓渡書第二頁，自陷於不利之理，故證人林○崙所證讓渡書應屬真實，讓渡書後面（第二頁）要附其他人的簽名是因為地主的家屬都有同意，所以要讓他們蓋章，當時的買

賣習慣都是這樣，所以（讓渡書第二頁）他們自己蓋的等語，應屬真實。被上訴人抗辯讓渡書非真正，應不足採。

被上訴人與卓○雄間之所有權移轉登記是否無效？上訴人可否以系爭讓渡契約對被上訴人主張有權占有？被上訴人主張上訴人與卓○登、卓○輝間之買賣契約不得對抗伊，縱得對抗，系爭讓渡契約亦有無效事由等語，經查：

1. 行政院頒布之〈原住民保留地開發管理辦法〉（原名稱為山胞保留地開發管理辦法），係依《山坡地保育利用條例》第 37 條規定，授權制定之中央法規，該辦法第 15 條第 1 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，旨在保障依法受配原住民之生活，避免他人脫法取巧，使原住民流離失所，係屬效力規定，如有違反，依民法第 71 條規定，應屬無效（最高法院 88 年度台上字第 3075 號判決）。但〈臺灣省山地保留地管理辦法〉，係臺灣省政府經臺灣省議會決議通過而發布之地方規章，如無憲法或其他法律之依據，不得限制人民之自由權利（司法院大法官會議釋字第 38 號解釋參見）。故臺灣省政府公布施行之〈臺灣省山地保留地管理辦法〉第 8 條第 1 項雖規定：山地人民取得或使用之土地及權利暨基地、林地上之土地改良物，……不得讓與、轉租或設定負擔，並不得在取得耕作權、地上權期間內預期轉讓所有權。但依同辦法第 65 條第 1 項規定：山地人民違反上開規定，將其取得及使用之土地及其權利暨基地、林地上之土地改良物非法讓與、轉租、交換或設定負擔，或在取得耕作權、地上權期間內預期轉讓所有權者，終止其租賃或使用契約，或訴請法院判決確定後撤銷其耕作權或地上權，並在可享受土地面積內計算不准申請不足之土地。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者不同。所以，原住民於取得訟爭土地之耕作權及所有權前，將其占有、使用收益之權利讓

與，該債權行為不違反強制規定，其所約定之給付，亦不屬於違反強制規定之行為，即非屬法律上之給付不能，均不發生契約無效之問題（最高法院 84 年度台上字第 2012 號、88 年度台上字第 2135 號及 90 年度台上字第 262 號判決意旨參照）。

2. 臺灣省政府公布施行之〈臺灣省山地保留地管理辦法〉第 6 條第 1 項規定：山地保留地在辦理土地總登記之前，山地人民有無償使用收益之權。系爭土地係 57 年 9 月 15 日總登記為中華民國所有山地保留地。58 年 5 月 27 日登記耕作權人為卓○登，68 年 10 月 11 日因法定取得為原因，登記所有權人為卓○登。卓○登於總登記前，已占有系爭土地，就該土地有使用收益之權，其於 64 年 5 月 25 日將系爭土地之使用收益權讓與上訴人，即使違反當時有效之〈臺灣省山地保留地管理辦法〉第 6 條第 1 項規定，但依 55 年 1 月 5 日修正發布之同辦法第 63 條之規定，僅生臺灣省政府得撤銷其使用收益之權的法律效果，該債權行為不違反強制規定，其所約定之給付，亦不生契約無效的問題。
3. 上訴人另抗辯被上訴人與卓○雄間就系爭土地之買賣為通謀虛偽意思表示，故被上訴人並非系爭土地真正所有權人等語，經查：被上訴人固無法提出購買之價金證明，然而，證人白○義證稱：系爭土地是被上訴人父親卓○輝的，但卓○輝沒有認領被上訴人，系爭土地無法由被上訴人繼承，所以最後辦理繼承的時候，同意此筆土地由卓○雄繼承，辦理完畢後，再由卓○雄將土地還給被上訴人等語，核與證人卓○雄證稱相符，堪認被上訴人與卓○雄間就系爭土地縱無成立買賣契約之真意，然就移轉系爭土地所有權而言，被上訴人與卓○雄間確實有所有權贈與之合意，難認該物權行為有通謀虛偽意思表示而無效之情形。又以不動產為標的之債權行為，除法律另有規定外，固僅於特定人間發生法律上之效力（對人效力之債權相對性），而非如物權行為，以登記為公示方法使第三人得知悉之狀態下，並以之作為權利取得、喪失、變更之要件，俾保護善意第三人，而對任何第三人均發生法律上之效力（對世效力之物權絕對

性)。惟特定當事人間倘以不動產為標的所訂立之債權契約，其目的隱含使其一方繼續占有該不動產，並由當事人依約交付使用，其事實為第三人所明知者，縱未經以登記為公示方法，因已具備使第三人知悉該狀態之公示作用，自應與不動產以登記為公示方法之效果等量齊觀，並使該債權契約對於受讓之第三人繼續存在，此乃基於「債權物權化」法理所衍生之結果，觀之民法第 425 條第 1 項規定：「出租人於『租賃物交付後，承租人占有中』，縱將其所有權讓與第三人，其租賃契約，對於受讓人仍繼續存在」，特揭櫫「租賃物交付後，承租人占有中」等公示作用之文字，並參照司法院釋字第 349 號解釋文、理由書暨協同意見書、部分不同意書、不同意見書及最高法院 48 年台上字第 1065 號判例意旨自明（最高法院 97 年台上字第 1729 號判決參照）。查，被上訴人確為卓○輝之未婚生子，與卓○雄為叔姪關係，自 83 年 2 月 8 日未成年時即已將戶籍遷入卓○雄戶內，直至 88 年 2 月 9 日始於南投縣仁愛鄉○○村○○路○○號創立新戶，由此可知，被上訴人與卓○雄同居迄起訴時已達 20 年，關係非常親密。由系爭土地自 64 年起已由上訴人長期占有使用之事實，被上訴人與卓○雄應知悉卓○登於 64 年間已將系爭土地之耕作權轉讓與上訴人並交付占有。此轉讓耕作權之債權契約，其目的隱含使上訴人繼續占有該不動產，其事實為被上訴人所明知，縱未經以登記為公示方法，因已具備使被上訴人知悉該狀態之公示作用，自應與不動產以登記為公示方法之效果等量齊觀，並使該債權契約對於受讓之被上訴人繼續存在。被上訴人仍不能以債之相對性為由，對抗上訴人，請求拆除地上物交還土地。

又被上訴人援引最高法院 88 年度台上字第 3075 號及 103 年度台上字第 2279 號民事判決，認為系爭讓渡書違反強制規定云云。然查：最高法院 88 年度台上字第 3075 號判決係認為行政院頒布之〈山胞保留地開發管理辦法〉（現已修正為原住民保留地開發管理辦法），係依《山坡地保育利用條例》第 37 條及《農業發展條例》第 17 條第 2 項規定，授權制定之中央法規，該辦法第 15 條第 1 項規定：山胞取得山胞保留地

之承租權，除繼承或贈與於得為繼承之山胞、原受配戶內之山胞或三親等內之山胞外，不得轉讓或出租。旨在保障依法受配原住民之生活，避免他人脫法取巧，使原住民流離失所，係屬效力規定，如有違反，依民法第 71 條規定，應屬無效。其適用之法律係依《山坡地保育利用條例》第 37 條及《農業發展條例》第 17 條第 2 項規定，授權制定之〈山胞保留地開發管理辦法〉，與本件應適用臺灣省政府經臺灣省議會決議通過而發布之地方規章〈臺灣省山地保留地管理辦法〉不同；另最高法院 103 年度台上字第 2279 號民事判決事實係原住民保留地之農牧用地，原住民取得所有權後，與非原住民訂立契約，將土地交由非原住民管理種植茶樹所發生之爭執。與本件係卓○登尚未取得所有權前即轉讓耕作權予上訴人之情形不同，自不能比附援引。

上訴人業已買受系爭土地使用、收益權，得對抗被上訴人；而系爭房屋及地上物為上訴人所建，上訴人使用系爭房屋及系爭土地為有權占有；故上訴人對被上訴人而言，為系爭土地之合法占有人，就系爭土地有使用收益權限，故被上訴人不得請求上訴人拆除系爭土地之地上物，亦不得主張上訴人為無權占有而請求返還相當之租金之不當得利。

綜上所述，上訴人抗辯伊為有權占有，自屬可信，被上訴人主張為不足採。從而，被上訴人本於無權占有及不當得利之法律關係，請求上訴人拆除地上物返還土地及給付不當得利為無理由，不應准許。其假執行之聲請亦失所附麗，應併予駁回。原審判命上訴人拆除地上物返還土地及給付不當得利，並為假執行之宣告，自有未洽。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由。

柒、評析

本件一審法院及二審法院，經整理兩造之爭點如上，並於判決理由中分別加以論述說明。而本件最為關鍵之爭點，應係「被告可否以系爭讓渡契約對原告主張有權占有系爭土地（原住民保留地）」？

本件原告於 102 年 3 月 8 日買受系爭土地，並於同年 9 月 2 日辦理登記完畢，原告為系爭土地之共有人，得對於無權占有系爭土地之人，

請求拆除占用系爭土地之上開地上物，並返還土地予原告及共有人全體，自屬明確。而被告對於占有使用系爭土地之事實亦不爭執，被告自應證明其占有使用系爭土地之權源。而依被告抗辯之內容觀之，其係於 64 年間向原告祖父即卓○登購買系爭土地，並簽立系爭讓渡契約，自 64 年起占有系爭土地耕作迄今。原告之祖父係於 67 年 8 月 21 日取得系爭土地所有權，原告係卓○登之孫子，訴外人卓○輝之兒子，102 年始登記為系爭土地所有權人，政府未將系爭土地所有權登記予卓○登之前，卓○登就將系爭土地出售予被告，被告並非無權占有。因此，本件被告係於原告之祖父取得系爭土地所有權之前，即購買系爭土地並簽立讓渡契約書。則被告是否可以依據該讓渡契約書，主張有權占有系爭土地，其重點即在於該讓渡契約書有無違反法律之強行規定或禁止規定。

本件一審判決認為，依 55 年 1 月 5 日公布之〈臺灣省山地保留地管理辦法〉第 8 條第 1 項規定：「山地人民依前條規定取得或使用之土地及權利暨基地林地上之土地改良物，除合法繼承或贈與於得為繼承之人外，不得讓與轉租或設定其他負擔，並不得在取得耕作權、地上權期間內預期轉讓所有權。山地人民取得山地保留地所有權後如有移轉，其承受人以能自耕之山地人民或供工業用或供建築用者為限，違者其土地所有權之移轉無效」。且該辦法第 8 條應屬效力規定，如有違反該辦法第 8 條所定任一情形者，應屬違反民法第 71 條而有無效之事由，應堪認定。卓○登係於取得耕作權後將耕作權轉讓予無原住民身分之被告，並預期於系爭土地放領或放租時，由卓○登提供證件配合被告名義申請，業已違反上開辦法第 8 條之規定，而有無效之事由，系爭讓渡契約既為無效，被告即不得以該契約抗辯對系爭土地有何占有權源。

二審法院則由契約之標的（給付）是否屬於「自始客觀不能」，契約因此無效之觀點而為論述，並認為：「原住民於取得訟爭土地之耕作權及所有權前，將其占有、使用收益之權利讓與，該債權行為不違反強制規定，其所約定之給付，亦不屬於違反強制規定之行為，即非屬法律上之給付不能，均不發生契約無效之問題」。本件被告與原告之祖父卓○登簽訂之「讓渡契約」，係卓○登於總登記前，已占有系爭土地，就該土地有使用收益之權，其於 64 年 5 月 25 日將系爭土地之使用收益權

讓與被告，即使違反當時有效之〈臺灣省山地保留地管理辦法〉第 6 條第 1 項規定，但依 55 年 1 月 5 日修正發布之同辦法第 63 條之規定，僅生臺灣省政府得撤銷其使用收益之權的法律效果，該債權行為不違反強制規定，其所約定之給付，亦不生契約無效的問題。而被告占有使用系爭土地之權源（即系爭讓渡契約）既屬有效，其自得依此對原告主張「有權占有」系爭土地。二審法院依此廢棄一審判決，並判決原告之訴駁回。

上開一審及二審法院判決之理由，均係依據相關法令而為論斷。然就「原住民」與「非原住民」簽訂契約時，究應如何適用法律，並無任何討論。換言之，在國家法律的框架下，適用民法及相關法令，用以解決「原」、「漢」之間的紛爭，是我國司法體系向來的處理方式。而在法律之前人人平等的概念下，並依據民法第 1 條之規範意旨，涉及原住民相關權利之民事紛爭涉訟時，原住民族傳統習慣規範幾乎難以進入國家法律體系，並且成為民事紛爭的法源之一。

以本件紛爭事實為例，原告之祖父於取得國家法律肯認之「所有權之前」，早已基於所有權人之地位，使用、收益系爭土地，則原告之祖父處分系爭土地是否有效，除了從國家法之觀點而為論述之外，是否可以將該族群處分土地之習慣採為判決之法源？並且依原住民族之傳統習慣判斷該契約之效力。換言之，將國家法律規定，適用於原住民的日常生活之中，並採取「one-law-for-all」的思維，自與尊重原住民族傳統文化之思維相背。如何將原住民族傳統習慣採為紛爭解決的依據，值得審判實務深思。

❖ 相關法律條文

民法：第 71 條、第 87 條、第 179 條、第 425 條、第 821 條第 1 條

土地法：第 17 條、第 43 條

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 6 條、第 8 條

案例五 保留地轉讓予非原住民之效力

案號 最高法院 103 年度台上字第 2394 號民事判決
臺灣高等法院 103 年度上字第 554 號民事判決
臺灣桃園地方法院 101 年度訴字第 2182 號民事判決

案由 返還土地

當事人

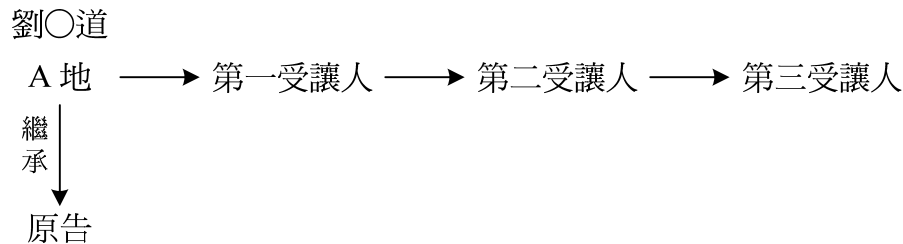
	審 級	第一審	第二審
身 分			
張○賜		被告	被上訴人
劉○榮、劉○輝、劉○治		原告	上訴人

關鍵詞 保留地轉讓予非原住民、耕作權、繼承

壹、案例事實

系爭土地之原使用人為原告之被繼承人劉○道，劉○道向復興鄉公所承租系爭土地，租用期間自 67 年 12 月 8 日至 77 年 12 月 8 日，劉○道於 66 年 7 月 30 日將系爭土地權利轉讓予訴外人游○照、林○金、鄭○吉、張○山，並交付土地，受讓人嗣於 80 年 7 月 18 日將系爭土地權利再讓與訴外人林○雄，林○雄再於 80 年 8 月 14 日將權利轉讓予訴外人張○達、周○清、吳○東及被告。劉○道於 67 年 6 月 3 日逝世後，至 98 年 7 月 17 日原告因繼承劉○道之承租權利，故提起本訴。

貳、法律關係圖



參、訴訟歷程及結果

一、訴訟歷程

臺灣桃園地方法院 101 年度訴字第 2182 號判決原告勝訴後，被告提起上訴，法院做成臺灣高等法院 103 年度上字第 554 號判決駁回上訴，上訴人續提起最高法院 103 年度台上字第 2394 號。

二、判決結果

- 第一審：被告應將系爭土地返還原告。
- 第二審：上訴駁回。
- 第三審：未合法表明上訴理由，上訴不合法。

肆、爭點

原告依法登記之耕作權是否有絕對效力及排除被告占有之效力？
被告占有系爭土地是否有合法權源？

伍、當事人主張

一、兩造於一審之主張

（一）原告

原告依〈原住民保留地開發管理辦法〉規定，為坐落桃園縣復興鄉

○○段○○地號土地（下稱系爭土地）之耕作權人，該耕作權性質上屬物權，詎被告無權占用系爭土地，並在如附表編號 A 至 E4 所示位置搭建房屋及種植農作物，原告自得訴請被告返還系爭土地。

（二）被告

〈原住民保留地開發管理辦法〉第 8 條 1 款之規定，係以原住民於民國 79 年 3 月 26 日前即自行開墾完竣繼續使用為要件。系爭土地之原使用人為原告之被繼承人劉○道，劉○道於 66 年 7 月 30 日將系爭土地權利轉讓並交付予訴外人游○照、林○金、鄭○吉、張○山（下稱第一受讓人），劉○道於 67 年 6 月 3 日逝世，桃園縣復興鄉公所不查，竟於 67 年 12 月 8 日將系爭土地放租予劉○道至 77 年 12 月 8 日。而第一受讓人嗣後將系爭土地權利再讓與訴外人林○雄（下稱第二受讓人），第二受讓人再將權利轉讓予訴外人張○達、周○清、吳○東及被告（下稱第三受讓人），並均於契約成立時交付土地由受讓人占有使用。而原告於 98 年 7 月 17 日以繼承劉○道之承租權利為由，依上開規定申請繼承劉○道之承租權利，經復興鄉公所到場會勘，原告偽稱其上建物及作物為自身使用，並完成耕作權登記。然土地登記之絕對效力，係指對第三人而言，不包括登記關係之直接前後手或其相對人，原告為劉○道之繼承人，劉○道於 66 年與第一受讓人成立契約時，已放棄系爭土地之權利，原告雖事後登記取得系爭土地之耕作權，惟原告於系爭土地自始未有開墾耕作事實，應不具申請登記耕作權之資格。另，〈原住民保留地開發管理辦法〉第 15 條第 1 項雖禁止原住民轉讓原住民保留地之耕作權予他人，然該辦法係 79 年 3 月 26 日發布，而劉○道與第一受讓人之買賣早在 66 年間，不受該辦法拘束，況該辦法逾越母法即《山坡地保育利用條例》第 37 條之授權，增加法律所無之轉讓限制，影響人民之權利義務，違反法律保留原則，法院自可不予適用。又依〈原住民保留地開發管理辦法〉公布前之〈臺灣省山地保留地管理辦法〉第 8 條第 1 項及第 64 條第 1 項之規定，山地人民在取得耕作權期間內預期轉讓所有權者，僅生終止其租賃契約或訴請法院判決撤銷其耕作權之效力，並

非轉讓無效。

二、兩造於二審之補充主張

- (一) 上訴人：無
- (二) 被上訴人：無

陸、法院見解

〔一審法院〕

耕作權既經登記，即有絕對之公信力，縱原告取得系爭土地耕作權之審查程序有瑕疵或原告取得耕作權後未自任耕作，在該登記未塗銷前，仍不失其效力。按「原住民取得原住民保留地之耕作權、地上權、承租權或無償使用權，除繼承或贈與於得為之原住民、原受配戶內之原住民或三親等內之原住民外，不得轉讓或出租」，〈原住民保留地開發管理辦法〉第 15 條第 1 項定有明文。該辦法雖於 79 年施行，惟施行前之 49 年 4 月 12 日修正發布〈臺灣省山地保留地管理辦法〉亦有不得轉讓或出租之規定，核其規定意旨，應在保障依法受配原住民之生活，使原住民保留地能歸山地人民耕作，以保障原住民之權益，避免他人脫法取巧，使原住民流離失所，其中規定均為效力規定，如有違反，依民法第 71 條規定，應屬無效。被告依〈原住民保留地開發管理辦法〉公布前之〈臺灣省山地保留地管理辦法〉第 8 條第 1 項及第 64 條第 1 項之規定，主張山地人民在取得耕作權期間內預期轉讓所有權者，僅生終止其租賃契約或訴請法院判決撤銷其耕作權之效力，並非轉讓無效云云，並援引最高法院 90 年度台上字第 262 號判決為據。然觀諸前開判決內容，讓與人及受讓人均為原住民，自不生該債權行為及所約定之給付，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，與本件第一受讓人不具備原住民身分之事實不同，不能比附援引。

再者，被告並非直接自原告或原告之父劉○道受讓系爭土地之耕作權，與原告並無直接前後手之關係，自難遽予否認原告因物權登記而受

推定為系爭土地耕作權人之效力，是被告辯稱原告不得以耕作權人地位對抗伊云云，並不可採。

〔二審法院〕

維持登記絕對公信力、系爭土地之買賣契約因移轉於非原住民，違反禁止規定無效之見解。

柒、評析

本項案件涉及原住民保留地之轉讓效力，同過往為數不少之案件，因「保留地」規範法令之數次變遷，加之以登記制度與私有化之導入，而生原住民與非原住民間對於保留地進行交易之效力爭議。

戰後政府管理「原住民族土地」的法令轉變，初係將原日治時期的準要存置林野，定名為「山地保留地」，並於民國 37（下同）年頒布〈臺灣省各縣山地保留地管理辦法〉，專供作為原住民生計及推行山地行政之用。初頒行該辦法時，由於土地未經測量登記，故大致沿襲日治時期成規，土地權屬國有，賦予原住民土地使用權，但不得私自交換、買賣或典押。此一辦法先後於 49 年、55 年、63 年、78 年及 79 年做過修正。目前現行的保留地管理辦法為 87 年 3 月 18 日修訂完成公布的，並改名為〈原住民保留地開發管理辦法〉。其間最大的轉折當屬 55 年修正施行之〈臺灣省山地保留地管理辦法〉，其中第 7 條第 1 項第 1 款：「農地登記耕作權，於登記後繼續耕作滿十年時，無償取得土地所有權」。第二款則以「自住房屋建地登記地上權，於登記後繼續無償使用滿十年時，無償取得土地所有權」。亦即，引進個人所有權制度，賦予原住民取得保留地之管道，從此保留地可區分為國有保留地及私有保留地。

然則，由於早年土地清理不夠確實，權籍使用難以掌握。另以，非原住民的進入山地區域，加上「保留地私有化」之制度，原住民土地租、售予非原住民開墾漸增，多有私下轉讓之情形。實則，原住民受制於政治經濟結構下的被支配者，最後空有地主之名，土地實際上落入非

原住民手中。換言之，非原住民取得保留地之使用收益權，即如本案所顯示，確實紛擾滋生，也處理困難。

以本案判決結果論，主要係以被告主張其與前手讓與人間所成立之債權行為及所約定之給付，本於債權相對性之侷限，無以否認原告本於繼承而取得之耕作權效力。另以，縱然被告指稱原告係因繼承登記取得系爭土地之耕作權，惟原告於系爭土地自始未有開墾耕作事實，應不具申請登記耕作權之資格。惟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之認定，法院採取登記簿上所彰顯之公示與公信力為判斷。前開解釋亦同本案一、二審見解，而認被告所辯稱原告不得以耕作權人地位對抗伊云云，並不可採。

再者，本案另一爭點在於原住民與非原住民間所為保留地之轉讓效力。惟以原住民保留地在原住民與非原住民之間進行買賣轉讓之實務見解，及其所造成之爭議，必須回溯規範原住民保留地之兩項法規來做檢視，即《山坡地保育利用條例》及〈原住民保留地開發管理辦法〉。揆諸〈原住民保留地開發管理辦法〉之立法沿革，如前述及，初由臺灣省政府於民國 37 年訂頒〈臺灣省各縣山地保留地管理辦法〉作為管理自日治時期所劃設之高砂族保留地的法規依據，民國 49 年更名為〈臺灣省山地保留地管理辦法〉，其後歷經民國 55 年及 63 年兩次修正，迄至民國 79 年始將「山地保留地」之名稱修改為「山胞保留地」，並由行政院訂定〈山胞保留地開發管理辦法〉，確立限制原住民（山胞）作為保留地權利主體之依據，民國 83 年配合憲法的修改，復將「山胞保留地」之名稱修改為「原住民保留地」，並將前述辦法名稱修正為〈原住民保留地開發管理辦法〉。

參以保留地政策之設立旨在「保障原住民生計，推行原住民行

政」，因此早期規制山地保留地之法令，即沿用日治時期的管制政策，禁止非原住民使用、取得保留地。民國 55 年修正之〈臺灣省山地保留地管理辦法〉，引進個人所有權制度，賦予原住民取得保留地所有權之方式，並在第 8 條規定所有權之取得以原住民（山胞）為限。然則，前揭限制保留地權利取得、讓與、移轉之規定，係以人民之權利義務作為規範內容，按照《中央法規標準法》之規定係屬法律保留原則之範圍，依據第 5 條第 2 款內容所示：「左列事項應以法律定之：…二、關於人民之權利、義務者」。亦即，國家行政機關行為在涉及人民之權利與義務者，必須有法律或法律授權訂定之法規命令規定始可為之。為此，《山坡地保育利用條例》於民國 65 年公布時，第 36 條規範內容指出：「山坡地設置山胞保留區，放租、放領以山胞為限；其管理辦法，由行政院定之」。按法律保留原則之意旨，有關人民權利義務事項，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則。前揭《山坡地保育利用條例》有關山坡地設置保留區之相關規定，未能符合授權命令具體明確之要求。因此，迄至民國 75 年《山坡地保育利用條例》修法前，有關原住民與非原住民間進行保留地之買賣轉讓，管理辦法中所示之移轉限制，不生構成違反民法第 71 條所稱禁止規定之行為。民國 75 年 1 月 10 日《山坡地保育利用條例》進行修正，第 37 條規定：「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」。並在民國 95 年 6 月 14 日修正「山胞」為「原住民」，而原條文內容修正為：「山坡地範圍內山地保留地，輔導原住民開發並取得耕作權、地上權或承租權。其耕作權、地上權繼續經營滿五年者，無償取得土地所有權，除政府指定之特定用途外，如有移轉，以原住民為限；其開發管理辦法，由行政院定之」。再者，從現行〈原住民保留地開發管理辦法〉以觀，保留地權利移轉或讓與之限制主要規範在第 15 條、第 18 條。對原住民受配取得公有保留地耕作權、地上權、承租權與無償使用權，要求其「自耕使用」，並管制「轉讓或出

租」，且不問對象何人，可稱為「權利行使限制」。原住民取得保留地所有權原則上享有一般所有權人的使用收益處分權利，管理辦法在所有權移轉的對象上限定必須為原住民，可稱為權利移轉的身分限制。

綜合《山坡地保育利用條例》與〈原住民保留地開發管理辦法〉的規範內容來論，原住民保留地在原住民取得所有權後，移轉以具有原住民身分者限。至於取得所有權後，將原住民保留地出租或設定負擔，則無限制。但原住民如僅取得耕作權、地上權、承租權者，則不可以轉讓或出租。然則，假若違反前揭條款規定，其所生法律效果實務上有不同的爭議。一說主張前揭規定是屬於強制規定者，認為在《山坡地保育利用條例》第 37 條之規範意旨下，參以最高法院 89 年度台上字第 1714 號民事判決：「原住民保留地開發管理辦法前開規定，旨在保障依法受配原住民之生活，避免他人脫法取巧，使原住民流離失所，係屬效力規定，如有違反，依民法第 71 條規定，應屬無效」。另有主張前揭規定雖屬強制規定，但可適用民法第 246 條第 1 項但書：「以不能之給付為契約標的者，其契約為無效。但其不能情形可以除去，而當事人訂約時並預期於不能之情形除去後為給付者，其契約仍為有效。附停止條件或始期之契約，於條件成就或期限屆至前，不能之情形已除去者，其契約為有效」。據此，臺灣桃園地方法院 88 年度訴字第 837 號民事判決認為：「關於系爭保留地所有權移轉契約雖仍屬有效，惟依前揭條文內容窺知，系爭原住民保留地所有權之移轉，係以原住民保留地開放所有權可移轉登記予非具原住民身分之平地人民時，被告始應依原告自由指定之名義，無條件辦理產權移轉登記，是在法律未開放非具原住民身分之平地人可取得原住民保留地前，被告尚不負有移轉登記義務甚明」。另，參以最高法院 88 年度台上字第 3327 號對於原住民將其土地所有權及承租權私下讓渡予非原住民，指出「……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。係行政命令，而非法律上之強制規定，尚不發生使兩造間法律行為無效之結果」。

再者，亦有主張主張前揭規定不屬於強制規定者，茲節錄臺灣臺中地方法院 90 年度訴字第 2527 號民事判決內容如下：

臺灣省政府為促進山地保留地之合理使用，曾於 49 年 4 月 12 日公布〈臺灣省山地保留地管理辦法〉，並分別於 55 年 1 月 5 日、63 年 10 月 9 日修正。依前所述，系爭土地之耕作權及地上物既自 59 年間起即輾轉讓與，迄 61 年間由被告取得全部權利，則各該讓渡契約之效力，自應受 55 年 1 月 5 日修正公布後之〈臺灣省山地保留地管理辦法〉所規範。而依該管理辦法第 8 條第 1 項固規定：「山地人民依前條規定取得或使用之土地及權利暨基地、林地上之土地改良物，除合法繼承或贈與於得為繼承之人外，不得讓與、轉租或設定負擔，並不得在取得耕作權、地上權期間內預期轉讓所有權」。第 64 條第 1 項則規定：「山地人民違反第 8 條第 1 項之規定，將其取得及使用之土地及其權利暨基地、林地上之土地改良物非法讓與、轉租、交換或設定其他負擔，或在取得耕作權、地上權期間內預期轉讓所有權者，終止其租賃契約或訴請法院判決後撤銷其耕作權或地上權，並得視其情節輕重，限期停止聲請使用其他山地保留地之權利」。較之同辦法第 8 條第 2 項係規定：「山地人民取得山地保留地所有權後，如有移轉，其承受人以能自耕之山地人民或供工業或供建築用者為限。違者，其土地所有權之移轉無效」。及參以該管理辦法僅係臺灣省政府自行發布之管理辦法，而前項所述由行政院所頒布之〈山胞保留地開發管理辦法〉（修正後改為原住民保留地開發管理辦法），則係依《山坡地保育利用條例》第 37 條及 89 年 1 月 26 日修正公布前之《農業發展條例》第 17 條第 2 項規定，授權制定之中央法規，二者在制定機關、立法過程、法規位階等均有不同等情，應認違反〈臺灣省山地保留地管理辦法〉第 8 條第 1 項規定之情形，僅生該管理辦法第 64 條第 1 項規定之法律效果，尚難認已構成違反民法第 71 條所稱禁止規定之行為（最高法院 90 年度台上字第 262 號裁判可資參照）。

綜據前述，本文考以原住民保留地之法令制定過程，贊同本案一、二審所持見解，從山地保留地到山胞保留地，迄至現行之原住民保留地

國內原住民族重要判決之編輯及解析（第三輯）

066

之法令變遷，唯一不變之核心意旨即在保障依法受配原住民之生活，使原住民保留地能歸原住民耕作，以保障原住民之權益，避免他人脫法取巧，使原住民流離失所，其中有關權利移轉的身分限制規定當為效力規定，如有違反，依民法第 71 條規定，應屬無效。

❖ 相關法律條文

民法：第 71 條、第 148 條、第 767 條

民事訴訟法：第 78 條

土地法：第 43 條

原住民保留地開發管理辦法：第 8 條、第 15 條、第 19 條

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 8 條

二、親屬繼承關係

案例六 阿美族究否存有「長女為唯一繼承人」之習慣

案號 臺灣臺東地方法院 104 年度家訴字第 4 號民事判決

案由 確認繼承權不存在

當事人

身分 \ 審級	第一審
甲	原告
乙、丙、丁	被告

關鍵詞 長女繼承、習慣、

壹、案例事實

被告乙與被繼承人王○玉結婚，婚後育有 4 名子女即長子王○智、原告甲、被告丙、丁，長子王○智於民國 68 年間因車禍死亡，自此家中大小事情即由原告甲處理，嗣被繼承人王○玉於 103 年 10 月 8 日死亡，原應由兩造（即甲、乙、丙、丁）繼承被繼承人王○玉所留之遺產。

另以，被告丙與有夫之婦蔡○蘭相姦被抓，經原告甲協助處理終以新臺幣 60,000 元和解，被告丙未知感謝，30 年來不斷恐嚇或辱罵原告全家，還會利用午餐及晚餐時刻撥打電話恐嚇被繼承人，被繼承人只要接到被告丙電話就會哭，並講出「不給被告丙財產」等詞，依民法第 1145 條第 1 項第 5 款規定，被告王明仁已喪失繼承權，而被告丁則是就讀高商夜校時未婚生子，被繼承人對此非常生氣，被繼承人因而常向原

告抱怨被告丙、丁所作所為，亦曾對原告說出「原告為長女，又招贅完婚，以後伊怎麼樣，財產都是原告的，並要好好保守及善用」等詞，有原告之舅王○正可以證明，自應由原告一人繼承被繼承人之遺產。

然被告乙前係以招贅婚方式與被繼承人王○玉結婚，被告丙、丁則各為次子、次女，因阿美族為母系社會，原告甲遂認按阿美族之傳統習俗，僅依據贅婚儀式結婚之長女有唯一繼承權，排除其他子女或入贅配偶為繼承人之權利，而該長女係指留在本家年紀最長、行招贅婚制之女子，才有權利繼承，故依傳統習俗，原告甲方為唯一繼承人。

貳、法律關係圖

略

參、訴訟歷程及結果

- 一、訴訟歷程：臺灣臺東地方法院 104 年度家訴字第 4 號民事判決
- 二、判決結果：原告之訴駁回

肆、爭點

- (一) 被告丙有無對被繼承人為重大虐待或侮辱之情事，並經被繼承人表示不得繼承？
- (二) 依阿美族文化，是否有「長女為唯一繼承人」之習俗，亦即將被繼承人之全部財產由長女單獨繼承？若有此習俗，是否可依原住民族基本法優先於民法繼承編之適用？

伍、當事人主張

一、兩造於一審之主張：

1. 原告甲主張

民法雖對法定繼承人之應繼分有明文規定，但僅長女有繼承權係阿美族傳統，理應如同原住民持有獵槍不予處罰般尊重阿美族傳統習俗，

爰依照《原住民族基本法》第 23 條及第 30 條規定，請求確認被告乙、丙、丁對被繼承人之繼承權不存在。

2. 被告等主張

原告甲自行製作提出之繼承系統表，被繼承人本身即為次女，倘確如原告所稱阿美族有「長女為唯一繼承人」習俗，何以非由被繼承人長姊王○珠單獨繼承，反倒是被繼承人王○玉也有繼承上一代之財產，甚至被繼承人王○玉亦從父姓，舅舅王○正也表示在他們那一輩財產都均分，足見被繼承人父母非係招贅婚，尚與原告所稱阿美族傳統習俗「長女為唯一繼承人」之情形不合，故阿美族應無「長女為唯一繼承人」之習俗。

陸、法院見解

一、被告丙有無對被繼承人為重大虐待或侮辱之情事，並經被繼承人表示不得繼承？

原告固稱：被告丙對被繼承人有多次恐嚇，經被繼承人表示不得繼承財產，並請求向臺東縣警察局臺東分局○○派出所調取報案紀錄等語，然為被告所否認。又經本院向臺東縣警察局臺東分局函詢被繼承人報案紀錄，據覆略以：被繼承人王○玉自 103 年 1 月至 104 年 8 月止均無向本分局○○派出所報案提告繼承人丙涉嫌恐嚇之案件紀錄等語，有該分局 104 年 9 月 11 日信警偵字第○○○○○號函暨其檢附之交辦單存卷可參，可見原告僅片面主張被告丙喪失繼承權，卻未能提出其他事證以佐其說，殊難採信。

二、依阿美族文化，是否有「長女為唯一繼承人」之習俗，亦即將被繼承人之全部財產由長女單獨繼承？若有此習俗，是否可依原住民族基本法優先於民法繼承編之適用？

本院就阿美族是否有「長女為唯一繼承人」之習俗，函詢國立臺東大學南島文化中心，據覆略以：根據歷任學者對阿美族的研究與紀錄，

一般咸認阿美族具有母系親屬制度之特色，亦即以女性為計算親屬群體成員身分時之聯繫人，男人婚後居住在妻家，子女出生後即住在母親家，惟針對「長女為第一順位之財產繼承人」說法有待商榷，根據《番族習慣調查報告書》（2000：180）一書，臺東廳阿美族「相信一家之動產與不動產都歸全部家屬所有，其取得權是每個人皆平等，所以家產是共同使用，收穫亦共同消費，家產的使用處分既然是信賴家長之賢明與權威，由大家委任之。因此出售或贈與家產時，需要經過全體家屬之協議」；根據《阿美族文化》（1993：198）一書，「關於產業之繼承並非是以長女作為認定的標準而是以工作勤勞、心地善良、懂得孝順照顧父母的孩子來繼承，這是兄弟姊妹所共知的」；根據《臺東縣史阿美族篇》（2001：275）一書，「在財產分配方式，原則上財產是在家的兄弟姊妹均分，照顧老人家的，有時會多給一份」；根據《阿美族的物質文化—變遷與持續之研究（1998：50）》一書，「當初，日本政府製發土地所有權狀時，是按規定選擇家中一人來掛名（通常是女家長），擔任所有權人，可是萬萬沒想到一旦當家長死亡後會發生產權糾紛，原因是後輩明白了所有權狀的價值，也知道法令上繼承權的利害關係便想依循新的法律途徑來爭取遺產的繼承權，這樣一來便和傳統上大家所認定『土地為家庭或部落成員共有』之阿美族固有財產觀念愈趨愈遠了」；根據《大港口的阿美族》（1969：258）一書，「家庭財產以一家共享共有為原則」、「本族是母系社會，承繼是母女承繼，原則上長女承繼家產和家屋，實際上長女承繼的並不多」（261）、「土地財產之承繼與轉讓：父母不存在時若有三姊妹，則平均分配其土地」（263）。綜上，多數研究未明確提及「長女為唯一繼承人」，但多數研究強調「共享共有之原則」，涉及財產分配時則以平均分配為原則。又在阿美族傳統文化中，繼承者主要為管理和分配之責，並非現今法律所強調的個人所有權或擁有權之概念，此與阿美族傳統文化強調家產共有共享的原則與家產永續不分割的理念有所差異，多數研究尚提及傳統阿美族家產分配採共議共決，且尊重親屬團體婚出耆老 Faki（通常為母親的兄弟）的協調與意見，建議當事人與相關親屬成員協商，並尋求家族耆老的調解，此有國立臺東大

學 104 年 12 月 16 日東大南島字第○○○○○號函及其說明在卷可詳，顯無原告所主張阿美族有「長女為唯一繼承人」之習俗。

證人蔡中涵教授本身為阿美族族民，對於阿美族文化習俗研究甚深，據其到庭證稱：在伊與陳俊男教授合著「原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制第 7 期委託研究－阿美族」一書第 74 頁雖撰寫「長女為第一順位之財產繼承人」，然因阿美族在傳統文化中「繼承者」意指「主要的管理和分配者」，非現今法律強調所有權的概念，阿美族一般是媽媽管理本家財產所有事務，等到媽媽覺得沒有能力或年紀過大，就會跟長女說就留在本家繼承媽媽管理家中事務，包括財產的管理，所以在伊上開著作第 75 頁，就有提到真正要分家時，要請舅舅來主持家庭會議，由舅舅來說那一塊田、那一塊地給分家的妹妹，這個時候本家媽媽不會發言，也沒有決定的權利，分配權利是掌握在舅舅身上，如果舅舅不在，還有一個關卡就是氏族會議，會去找氏族的舅舅來幫忙主持，家裡財產是家裡成員共有，不會因為弟弟或妹妹婚嫁不同形式而喪失舅舅分配的權利，即使媽媽生前已囑託如何分配，舅舅還是有權利作分配，因此媽媽不可能在沒有與舅舅商量及舅舅不在場的情況下，自己決定本家財產怎麼分配，故在阿美族傳統文化中，並沒有分家時本家所有財產均由長女取得，而分家的妹妹們不能帶走任何本家財產的習俗等語，亦與原告上開主張不符。可見不論是被繼承人原生家庭之傳承下，或現今仍生活在部落之阿美族耆老，均未見阿美族存有「長女為唯一繼承人」之習俗，故原告上開主張並未有家族長輩或部落耆老證詞之支持，自不可採。

柒、評析

本案涉及遺產繼承規則之爭議，特別之處在於原告所提出的兩項主張：其一，依阿美族文化，原告認有「長女為唯一繼承人」之習俗，因此應將被繼承人之全部財產由其單獨繼承；其二，原告本於前項主張，而認應依《原住民族基本法》第 23 條⁵及第 30 條⁶規定，優先於民法繼

5 原住民族基本法第 23 條：政府應尊重原住民族選擇生活方式、習俗、服飾、社會經濟

承編之適用。

以現行民法規定而言，繼承係以法定繼承為原則，並在「同一順序之繼承人」有數人時，按人數「平均」繼承。另以，「繼承制度」作為民法規範身分關係之法則，向以維持社會倫理制度，且亦多有關於男女平等與未成年子女利益的重視，因而係以法律安定及穩定之考量。因而，在比較規範財產關係之內容與原則，身分法較多有強行規定者。

是以，過往有關涉及原住民族習慣與文化上的繼承規則，實務見解係以原住民族之習俗，與民法第 1 條規定揭示精神不符。也就是說，民法第 1 條已經揭示民事法規適用的順序，復以遺產法定繼承順序與平均繼承原則，既已明訂為成文法（民法第 1138 條、第 1141 條），縱訴訟當事人提出原住民族傳統習慣與文化之主張，亦多認無適用餘地⁷。相同的情況，普遍存在以現行法之規範內容為主要爭執基礎者，審理法院究否應該適用原住民族習慣作為裁判之基礎，多數實務見解均回到民法第 1 條之論理，而逕予排除適用⁸。

然而，本案特殊之處，即在於審理法院在發現事實的過程中，除調查當事人聲明之證據外，復因本案僅有原告一方陳述，「然原告均未提出任何專家文獻或證言加以佐證，實難僅憑原告片面陳述，逕而認定有『長女為唯一繼承人』之習俗存在」。更為發現真實之必要，依職權調查證據。一以函詢高等教育學術機構，加以邀請專家證人蒞庭表示意見，均獲得與原告主張不同之論點，進而確認原告所主張阿美族有「長女為唯一繼承人」之習俗，與應證事實無關，並駁回原告之訴。

民事訴訟原則上採「當事人進行主義」，訴訟程序之開始、發展、終結，多任由當事人之意思為之。復以，《民事訴訟法》第 222 條第 1 項：「法院為判決時，應斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依自由心證判斷事實之真偽。但別有規定者，不在此限」。惟以調查證據之原

組織型態、資源利用方式、土地擁有利用與管理模式之權利。

- 6 原住民族基本法第 30 條第 1 項：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。
- 7 臺灣屏東地方法院民事判決 93 年度家訴字第 25 號
- 8 臺灣高等法院臺中分院民事判決 98 年度上易字第 151 號

則，係排除「顯著或已知之事實」(民事訴訟法第 278 條第 1 項)、「當事人所自認或擬制自認之事實」(民事訴訟法第 278-280 條)。本件法官依職權主動調查證據，實係將本案爭點，即「阿美族文化有無長女為唯一繼承人之習俗」，視為「習慣法」之位階，而按《民事訴訟法》第 283 條之規定依職權調查之。本件法院對於原住民族習慣與法律傳統在案件審理過程中之認事用法，本研究深表認同，並認為確可提供實務在未來審理上之重要參考。

本文以為值得進一步深究者，尤其在於設若原告主張之習慣，經調查證據後確屬存在，那麼繫屬法院會如何處理，是逕予適用？抑或是仍以回到民法第 1 條之論理，而認應排除適用？復以，如欲適用，得否認係以《原住民族基本法》之規定，如本案所涉之第 23 條、第 30 條，優先於民法之規定。

本文試以民法第 1 條之「習慣」來看，習慣或習慣法通常被解為民法之法源，或相較於民法典之規定，其僅具有補充之地位或效力。亦即，習慣僅於法律無明文規定時有補充之效力。惟例外情形，習慣始有優先效力。要言之，習慣須經法官認定確已具備能成為法律之條件，始予承認為習慣法。本文以為，民法第 1 條係法律適用順位之規定，非認成文法之效力優於習慣(法)，更非認成文法與習慣(法)之價值，有何軒輊。亦即，習慣並不因成文法之排斥適用，而減損其法之效力。對於原住民族社群言，習慣相對於國家法係「本來的」且「獨立的」存在，其效力源於原住民族社會之法的確信，並非因司法或立法之承認而來。因此，本文以為必須跳開既有的法學思維，才能產生新的「法律意識」，現行實務既將習慣認為係出自事實上反覆實施之慣行，不論經人民之確信或國家之承認，當涉訟時，習慣可能由當事人主張，但亦可能由法官調查該習慣事實是否存在，之後經採取為裁判之依據，成為所謂習慣或習慣法。

再者，從原住民族權利的規範建構立論，聯合國「原住民族權利宣言」第 27 條⁹與第 34 條¹⁰，確已揭示為實踐原住民族之自決權所必須的

9 第 27 條：各國應與有關原住民族共同制定和執行公平、獨立、公正、開放和透明的程

「習慣法體系近用權」(right to use customary systems of law)¹¹。我國《原住民族基本法》亦係以「多元」、「民族意願」與「傳統習俗、文化及價值觀」作為原住民族權利之建構基礎。按黃居正所提，現行實務見解，多已認知原住民族傳統習慣係得以適用於具原住民族身分當事人間之爭執，惟卻又不認為原住民族傳統習慣之適用係以一項「完整的法」而被適用。是以，縱然實務漸已採用原住民族習慣作為裁判之依據，然其究以何原則與論理卻始終未有定論¹²。

綜合國際規範建構與國內法制發展，本文認為應以「法律多元主義」作為原住民族習慣法適用之理論。亦即，「法律多元主義是指在同一社會—地空間秩序下，就特定社會活動允許平行、而非階層式地適用一個以上的法律體系」¹³。因臺灣屬成文法國家，國家主權或法院訴訟制度之確立過程與發展，通常將習慣內化成法律，或予以重整。以本案為例，原住民族之習慣法體系近用權，在立法工程未竟全功，尚未能明文肯認原住民族傳統習慣具有法之效力前，本文深以為透過司法實踐，或可漸次確立原住民族習慣作為一項可供平行適用之「族群法域」。

序，充分承認原住民族的法律、傳統、習俗和土地所有權制度，以便承認和裁定原住民族對其土地、領土和資源，包括對他們歷來擁有或以其他方式占有或使用的土地、領土和資源的權利。原住民族應有權參與這一制定程序。

10 第 34 條：原住民族有權根據國際人權標準，促進、發展和保持其體制構築及其獨特的習俗、精神性、傳統、程序和做法，以及已有的司法制度或慣例。

11 黃居正（2016），〈適用原住民族傳統慣習作為法院民事裁判之準據法〉，《臺灣原住民族法學》，1 期，頁 3。

12 同前註，頁 5。

13 轉引自黃居正，同註 11，頁 3。

❖ 相關法律條文

民法：民法第 1138 條、第 1145 條

原住民族基本法：第 23 條、第 30 條第 1 項

槍砲彈藥刀械管制條例：第 20 條

民事訴訟法：第 222 條第 1 項、第 278 條、第 279、第 280 條、第
283 條、第 286 條、第 288 條

案例七 婚約與原住民族習慣

案號 最高法院 92 年度台上字第 2211 號民事裁定
臺灣高等法院 92 年度家上字第 65 號判決
臺灣新竹地方法院 91 年度婚字第 183 判決

案由 確認婚約存在

當事人

身分 \ 審級	第一審	第二審	第三審
乙	原告	上訴人	上訴人
丁	被告	被上訴人	被上訴人

關鍵詞 婚約、殺豬宴客

壹、案例事實

上訴人乙（原告）主張與被上訴人丁同意訂婚、結婚，並以口頭訂定婚約，並書立同意書，已為伊之未婚妻，詎被上訴人丁竟於訂婚後，見異思遷，常與不詳姓名男子交往，甚至發生性關係，惟一再安撫伊，以遂其花用伊金錢，以滿足其喜好消費購物之目的，顯已侵害伊之名譽，伊自得先請求確認與被上訴人丁間有婚約關係存在，再以被上訴人丁有上開不當行為，依法解除婚約，並以名譽受損害及解除婚約乃因可歸責於被上訴人丁之事由所致，請求被上訴人丁賠償非財產上之損害；被上訴人丁（被告）辯稱二人間尚未訂定婚約。

貳、法律關係圖

乙 訂婚同意書 90.6.23 丁
(原告) (被告)

參、訴訟歷程及結果

臺灣新竹地方法院 91 年度婚字第 183 號民事判決：原告之訴駁回

臺灣高等法院 92 年度家上字第 65 號民事判決：上訴駁回

最高法院 92 年度台上字第 2211 號民事裁定：上訴駁回

肆、爭點

兩造間婚約關係是否存在？

伍、當事人主張

一、兩造於二審之主張

（一）上訴人：

上訴人乙與被上訴人丁於民國（下同）90 年 6 月 23 日雙方合意，而簽名並捺指印訂定婚約及結婚同意書。又婚約為不要式行為，僅當事人間合意，即可成立。被上訴人確已表明不願訂婚、結婚，已違反「年底訂婚，明年底結婚」之婚約內容，符合民法第 976 條第 1 項第 2 款所定故違結婚期約，被上訴人顯已侵害上訴人之名譽，上訴人自得依民法第 977 條第 2 項（誤引為第 979 條第 1 項）規定，請求損害賠償。被上訴人為原住民，其雖未依俗殺豬宴客，但婚約係男女當事人約定將來應互相結婚之契約，上訴人與被上訴人丁間之訂婚契約已簽訂，婚約關係自己存在。

（二）被上訴人：

被上訴人丁與上訴人乙僅係男女朋友，二人間根本尚未訂定婚約，被上訴人丁係因上訴人乙之逼迫，始書立「訂婚同意書」。訂婚乃屬人生大事，如被上訴人丁與上訴人乙間果有訂婚之事實，理應會通知家屬親友以取得祝福，而上訴人從未至被上訴人家中求婚。上訴人乙之名譽並無因被上訴人丁之行為而受有損害。

二、兩造於三審之補充主張

- (一) 上訴人：無
- (二) 被上訴人：無

陸、法院見解

〔臺灣高等法院〕

被上訴人丁於 90 年 6 月 23 日所書立之同意書，其上僅記載：「年底訂婚，明年底結婚」，為兩造所不爭執，即僅約定兩造將於 90 年底先訂婚，再於 91 年底結婚。微論被上訴人丁抗辯係被逼迫，始書立該同意書，惟依其內容，充其量亦僅能據為證明雙方祇有訂婚之預約而已，即上訴人亦自認尚未依俗請客、殺豬，與被上訴人丁間僅有訂定訂婚之婚約，足證上訴人與被上訴人丁間僅有擬於 90 年底訂婚之約定而已。且上訴人亦自認被上訴人係原住民，依習俗男女在一起，要殺豬表示兩人訂婚，而被上訴人沒有殺豬，益證被上訴人丁確尚未與上訴人訂定婚約，上訴人既與被上訴人丁間並無婚約關係存在，自不生解除婚約問題。

〔最高法院〕

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

柒、評析

本件上訴人係起訴主張，其與具有原住民身分之被上訴人已訂立婚約，然被上訴人否認兩造已訂立婚約，上訴人因而請求法院確認「兩造婚約存在」。兩造雖就「其等為男女朋友，被上訴人書立內載有『年底訂婚，明年底結婚』之同意書」等情，均不爭執。然所謂「年底訂婚」，是否可解為兩造已有訂婚之合意？仍難遽為認定。再者，因上訴人具有原住民身分，則就兩造是否訂立婚約一事，應否斟酌原住民族之

傳統習慣，亦屬本件之重要爭點。

按婚約，應由男女當事人自行訂定，民法第 972 條定有明文。所謂婚約，乃男女當事人約定將來應互相結婚之契約，應雙方意思一致始能成立（最高法院 32 年上字第 130 號、18 年上字第 2082 號判例意旨參照）。本件上訴人主張兩造間婚約業已成立，然被上訴人則抗辯稱：雙方並未合意，係因上訴人之逼迫，被上訴人才書立「訂婚同意書」等語。是以，兩造就婚約是否意思表示一致，顯有爭執。第二審判決就此部分認為，被上訴人書寫之內容其上僅記載：「年底訂婚，明年底結婚」，即僅約定兩造將於 90 年底先訂婚，再於 91 年底結婚，充其量亦僅能據為證明雙方只有訂婚之預約而已。足證上訴人與被上訴人間僅有擬於 90 年底訂婚之約定而已。顯見法院認為兩造間並無約定「將來應互相結婚」，亦即兩造間之結婚契約，尚未意思表示一致，自無成立婚約可言。

此外，本件被上訴人係原住民，證人即被上訴人之舅媽於第一審審理時曾證稱：「兩造沒有訂婚，依山地人習俗訂婚，需要殺豬或請老人家講話，但什麼都沒有……。」上訴人亦自認尚未依俗請客、殺豬，第二審法院因此認為，被上訴人確尚未與上訴人訂定婚約。最高法院亦認：「原審係綜合被上訴人所立同意書內容、證人證言及兩造未依原住民訂婚習俗殺豬宴客等情，認定兩造未訂立婚約，非以殺豬宴客為婚約成立之要件，不生違背民法第 972 條規定之問題」。而裁定駁回上訴人之上訴。就此而言，第二審法院及最高法院，雖已論及「兩造未依原住民訂婚習俗殺豬宴客」，然就此部分原住民族傳統習慣之具體內容為何，則未能加以闡述，甚為可惜。

本文認為，法院於審理具體個案時，如認原住民族傳統習慣可以作為法源依據時，理應詳為說明，並進一步建構相關要件，始能在現行國家法律制度下，調和原住民族傳統習慣規範。以本案為例，法院並未說明被上訴人歸屬之族群，就訂定婚約有何特殊之習慣，而僅以被上訴人之舅媽之證言，即認為兩造之婚約，「尚未依俗請客、殺豬」，似已過度簡化原住民族傳統習慣。舉例而言，當事人兩造如均為賽德克族人，其

結婚儀式之傳統習慣為何？臺灣南投地方法院於審理具體個案時，即函詢原住民族委員會，請該會提供原住民結婚儀式相關資料。經原住民族委員會函覆略以：「賽德克族其結婚儀式為新郎準備 2 頭豬以上，1 隻給新娘家人，另 1 隻分送各家鄰居」（見該會 101 年 8 月 3 日原民企字第 1010041922 號函檢附之原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制第八期委託研究計畫賽德克族結案報告）。法院因此認為：兩造為賽德克族，倘兩造有舉行殺豬之儀式，可認兩造有依該族之習俗舉行公開結婚儀式（臺灣南投地方法院 101 年度婚字第 24 號民事判決）。上開最高法院 92 年度台上字第 2211 號民事裁定及臺灣高等法院 92 年度家上字第 65 號民事判決，雖已論及因考量原住民族關於婚約之傳統習慣，然其論述之內容，相較於前揭臺灣南投地方法院之判決，顯然較為薄弱，甚為可惜。然從另一角度觀察亦可發現，我國審判實務近年來已逐漸重視原住民族傳統習慣規範，亦值欣慰。

❖ 相關法律條文

民法：第 972 條、第 977 條、第 979 條

案例八 原住民族婚姻習慣之適用與法效力

案號 最高法院 101 年度台上字第 801 號民事裁定
 臺灣高等法院高雄分院 100 年度家上字第 23 號民事判決
 臺灣高雄地方法院 99 年度家訴字第 246 號民事判決

案由 確認婚姻關係存在

當事人

身分 \ 審級	第一審	第二審
乙	被告	上訴人
甲	原告	被上訴人

關鍵詞 兩願離婚、公開儀式、殺豬

壹、案例事實

原告甲與被告乙於民國 66 年 7 月 4 日結婚，98 年 1 月間應被告要求而於被告準備好之離婚協議書上簽名，後續協議書上證人部分由被告負責處理之後，原告再配合被告於 98 年 1 月 16 日至戶政事務所辦理離婚登記。隨後原告發現離婚協議書上證人「黃○容」、「黃○龍」之簽名及印文俱係出於偽造。顯然違反民法第 1050 條「兩願離婚需具備書面、2 人以上證人之簽名並向戶政機關辦理離婚登記」之規定，並不發生離婚之效力，兩造婚姻仍有效存在。

貳、法律關係圖

略

參、訴訟歷程及結果

一、訴訟歷程：臺灣高雄地方法院 99 年度家訴字第 246 號民事判決

臺灣高等法院高雄分院 100 年度家上字第 23 號民事判決
最高法院 101 年度台上字第 801 號民事裁定

二、判決結果：

- 一審：確認原告與被告間之婚姻關係存在
- 二審：確認反訴原告與反訴被告間於民國 66 年 7 月 4 日結婚登記之婚姻關係不成立。原判決廢棄。
- 三審：上訴駁回

肆、爭點

- (一) 本件兩願離婚是否合乎民法第 1050 條規定？
- (二) 反訴部分：兩造是否有辦理結婚公開儀式？

伍、當事人主張

一、兩造於一審之主張

原告甲：證人「黃○容」、「黃○龍」之簽名及印文俱係出於偽造。顯然違反民法第 1050 條「兩願離婚需具備書面、2 人以上證人之簽名並向戶政機關辦理離婚登記」之規定，並不發生離婚之效力，兩造婚姻仍有效存在。

被告乙：兩造離婚協議書上之文字及證人簽章，均由原告所處理。其上證人黃○龍、黃○容之簽章是否其本人所為，伊並不清楚。

二、兩造於二審之補充主張

上訴人乙（反訴被告）：兩造結婚有公開儀式，有結婚證書可資證明。伊結婚時不在場是因為當時即將產子，因此只有反訴原告去伊家鄉

宴客。

被上訴人甲（反訴原告）：兩造從未舉行結婚之公開儀式，依修正前民法第 982 條之規定，兩造無結婚之事實，僅有結婚之戶籍登記，兩造間所為結婚登記之婚姻關係自屬不成立，爰依法提起反訴，請求確認反訴原告與反訴被告間所為於 66 年 7 月 4 日結婚之戶籍登記之婚姻關係不成立。

陸、法院見解

〔一審法院〕

系爭離婚書上雖有證人黃○龍與黃○容之簽章，然證人黃○龍、黃○容均否認在系爭離婚協議書上簽名見證，與民法第 1050 條之離婚形式要件不合，兩造縱已向戶政機關辦妥離婚登記，亦不生兩願離婚之效力，從而兩造間之婚姻關係應仍存在。

〔二審法院〕

反訴部分：

所謂「公開之儀式」係指結婚之當事人應行定式之儀禮，使不特定人得以共聞共見認識其為結婚者而言（最高法院 51 年度台上字第 551 號判例參照），而所謂定式之禮儀，不論係依循舊式或新式，要必以使不特定人得以共見共聞，就其所行儀式之外表，依一般客觀習慣，立可認識其為結婚者始足當之，倘就其現場情狀，無從認識係舉行結婚儀式，仍不得認有公開之定式禮儀，即使已為結婚登記，結婚仍屬無效。反訴被告承認當時因反訴原告家貧，故男方未舉行結婚之公開儀式，惟辯稱，有於結婚登記前之 66 年 6 月 25 日由反訴原告買豬送到伊娘家，由伊娘家依原住民之習俗殺豬請客，伊之家人有喝豬血，當時伊快要生產，所以沒有出席婚禮，只有反訴原告至伊娘家云云。查，反訴被告之兄宗○來證稱，反訴原告有買豬至伊家給伊之家人宰殺，伊之族人並煮了三桌大鍋菜，此外無掛喜帳之類物品，如果有人獲得什麼獎也會有殺豬請客之情形，所以從外觀是難以判斷何原因請客。證人即反訴被告之

嬌嬌游○英證稱，反訴原告曾送一頭豬，由反訴被告娘家宰殺並煮了三桌請客，反訴被告沒有回去，是何原因回去，伊不知道等語，是可見反訴被告所稱之於 66 年 6 月 25 日在其娘家所舉行之結婚儀式，反訴被告並未在場，則以結婚之當事人一方既不在場情況，且依其所謂殺豬請客之情形之外觀，實難使不特定人得以共見共聞認識係在舉行兩造之結婚之儀式，自不得認兩造有舉行結婚之公開儀式，故兩造即無結婚之事實，僅在戶籍上為結婚之登記，依首開說明，自應認兩造之婚姻不成立。

本訴部分：

兩造所為於 66 年 7 月 4 日結婚之戶籍登記之婚姻關係既不成立，即無婚姻可離，縱使兩造於 98 年 1 月間所為之離婚登記違反兩願離婚之法定要式，亦不能使兩造原即不成立之婚姻關係，回復為成立而有效存在，從而，被上訴人訴請確認兩造間之婚姻關係存在，自無理由。

〔最高法院〕

本件上訴人對於原判決其敗訴部分提起上訴，雖以該判決違背法令為由，惟核其上訴理由狀所載內容，係就原審取捨證據、認定事實之職權行使所論斷，而未表明該部分判決所違背之法令及其具體內容，暨依訴訟資料合於該違背法令之具體事實，並具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性之理由，難認其已合法表明上訴理由。

柒、評析

婚姻關係作為親屬與身分法制的核心要目之一，影響當事人之身分效果甚鉅，雖言為維持法律之安定與秩序，故關於婚姻之成立與效力具有強行規範性質。然以婚約與婚姻為身分上之重要屬人事項，本文認為應按《原住民族基本法》第 30 條所強調之「應尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化及價值觀」，探求與其人有最密切之文化關連性規範，來決定應適用之法律。

茲以臺灣南投地方法院 101 年度婚字第 24 號家事判決為例，在該案中，賽德克族法律傳統就婚姻成立要件之規定，被審理法院視為一項族群法域，與市民法之婚姻要件規定平行被適用。此由判決所引證人證詞，以其是否依賽德克族之法律傳統認知系爭殺豬行為等同於公開結婚之儀式，可以得見¹⁴。黃居正並進一步指出，兩造或與宴者是否依市民親屬法之要件認定其具有舉行結婚儀式之意義（「兩造當時未穿著傳統服飾，未一同敬酒，現場無喜宴佈置，客人自行取食物食用……」），則因非適用法，在所不論¹⁵。復以，該判決明確指出「兩造為賽德克族，倘兩造有舉行殺豬之儀式，可認兩造有依該族之習俗舉行公開結婚儀式」等語，本研究以為，由於兩造均為賽德克族人，具有該法域所屬族群之身分，該共同身分即為適用賽德克族習慣最密切且適當的連接因素。

尤其是我國自 1997 年憲法增修條文確認國家肯定多元文化，其中一項的重要表徵即係藉由原住民族法的基礎建設，體現法律多元主義在我國的內國法實踐。具體來說，《原住民族基本法》第 30 條第 1 項即規定「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」。然而，面對具有多元法律並存的國家法制，內部法律的運作究竟該如何進行便成為一重要課題。

以本件判決內容來說，審理法院對於具有原住民身分之雙方當事人，逕以同一原住民族之證人等陳述，直接判定系爭涉訟事實並未構成婚姻成立之要件。亦即，採以反訴被告之兄宗○來證稱，「反訴原告有買豬至伊家給伊之家人宰殺，伊之族人並煮了三桌大鍋菜，此外無掛喜帳之類物品，如果有人獲得什麼獎也會有殺豬請客之情形，所以從外觀是難以判斷何原因請客」；復採反訴被告之孀孀游○英證稱，「反訴原告曾送一頭豬，由反訴被告娘家宰殺並煮了三桌請客，反訴被告沒有回去，是何原因回去，伊不知道等語」。法院依前開證詞認定反訴被告所

14 「證人徐建忠、徐治德證稱兩造有於 93 年間殺豬，並分送豬肉予親友，眾人均知悉兩造結婚，亦證被告所辯兩造有於 93 年間因結婚而殺豬之主張為真實」。

15 黃居正，註 11，頁 13。

謂殺豬請客之外觀，實難使不特定人得以共見共聞認識係在舉行兩造之結婚儀式，因此認兩造之婚姻不成立。

實則，本案在高等法院事實審級裡之最重要爭點，為系爭事件兩造間是否已成立婚姻，然審理法院採納原住民族傳統習慣之方法，本研究認為恐有割裂或任擇性適用的不利益。畢竟，即如高等法院於其判斷中亦首先揭示，「本件反訴為本訴（上訴）之先決問題」，若婚姻被認定不成立，則接續之請求必然敗訴。本研究前已提及，婚姻關係為身分上之重要屬人事項，其實現之效果將可產生絕對社會秩序利益。因此，按民法之私法自治原則，縱認婚約當事人確係契約關係下的自治主體，然從身分法律關係規範的目的性價值與民族法域所強調之文化整體性，進行多元法律並存的國家內部法律規範運作考量，似可推測婚姻法律關係之意思自治並非絕對的僅限個人，而應包括與婚姻關係之效果相關之個人所屬之家、氏族或其他傳統組織與親屬團體。對此，黃居正即指出，「在事實上存在的平行習慣法制裡，則甚至可能包括依原住民族部落或族群規範有權力表達意思之成員，例如部落或家族之頭目、耆老」¹⁶。

其次，本件判決同樣引發「習慣」（特別是原住民族習慣）的法律定位。具體來說，《原住民族基本法》第 30 條第 1 項所指「政府實施司法救濟程序，應尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化及價值觀」。本研究欲提出之想法在於，特別是以具有強烈屬人法性質的身分法律關係，如何在現行民法體系確認原住民族習慣之性質。參以我國民法第 1 條之規定：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理」。實務與學說上之見解多認為，民法第 1 條所指習慣，是「習慣法」而與「事實上之習慣」不同¹⁷。再如 37 年上字第 6809 號判例所指，「習慣僅於法律無明文規定時有補充之效力」，從法源論來言，民法第 1 條之規定表徵「法律優先主義」，確認了「習慣」僅居於補充性地位，僅於法律無明文規定之事項者，始有習慣之補充餘地。然而，學說亦有指出民

16 蔡志偉（Awi Mona）、黃居正、王皇玉（2012/12），《國內原住民族重要判決之編輯及解析·第一輯》，頁 151，臺北：原住民族委員會。

17 17 年上字第 613 號判例；王澤鑑（2011），《民法總則》，修訂版 7 刷，頁 61-63，臺北：三民；王泰升（2015），〈論台灣社會習慣的國家法化〉，《國立臺灣大學法學論叢》，44 卷 1 期，頁 4。

事法體系有關前開「法律優先主義」所建構之法位階論，即制定法最高、習慣法次之、法理居末，本為法律擬制的迷思¹⁸。實務上，確也多有證立習慣優先性的案例¹⁹。因此，對於民法第 1 條理解，如將習慣內化成法律的一部，則成為制定法之一部分。如未予明文規定，而是依法規定，所謂「另有習慣」之適用者，此具有優先適用之效力。如未明定得適用習慣時，則應按法律之性質（如是否為強行法），行個案判斷是否適用習慣²⁰。因此，習慣在民法中之內化過程，一可成為制定法之一部分，另則得為非成文性質之習慣法。

婚姻應是一個具有私人性和社會性雙重屬性的有機共同體，婚姻法律關係的建立不僅是當事人之間具有普遍性意義的一種人性追求，而且還承載著整個所屬民族、社群文化整體性的穩定、和諧和秩序。從法律實務的發展觀察，婚姻法律制度深受民族傳統習慣的影響，也是民事法律制度中最具有民族性和地域性的一個分支。此間所表現的法律關係，放在多元法律並存的國家法制中來比較，確可發現家族利益、個人利益與社會利益三者持續調和的運作機制。

18 簡資修（2004），〈習慣：游移於事實與法律之間〉，《月旦法學雜誌》，110 期，頁 172。

19 最高法院 28 年上字第 1078 號民事判例：民法第九百十五條第一項但書所稱之習慣，固有優先於成文法之效力，惟此係指限制典權人將典物轉典或出租於他人之習慣而言，並不包含轉典得不以書面為之之習慣在內，轉典為不動產物權之設定，依民法第七百六十條之規定應以書面為之，縱有相反之習慣，亦無法之效力。又如，以建築物增建之從物與交易上特別習慣為例，實務上對建築物之增建部分，於構造上及使用上已具獨立性，即為獨立之建築物，與不具有使用獨立性之附屬物不同，如其常助原有建築物之效用，而交易上無特別習慣者，即屬從物。參見最高法院 88 年台上字第 485 號判決：所有人於原有建築物之外另行增建者，如增建部分與原有建築物無任何可資區別之標識存在，而與之作為一體使用者，因不具構造上及使用上之獨立性，自不得獨立為物權之客體，原有建築物所有權範圍因而擴張，以原有建築物為擔保之抵押權範圍亦因而擴張。倘增建部分於構造上及使用上已具獨立性，即為獨立之建築物。苟其常助原有建築物之效用，而交易上無特別習慣者，即屬從物，而為抵押權之效力所及。若增建部分已具構造上之獨立性，但未具使用上之獨立性而常助原有建築物之效用者，則為附屬物。其使用上既與原有建築物成為一體，其所有權應歸於消滅；被附屬之原有建築物所有權範圍因而擴張，抵押權之範圍亦同。是從物與附屬物雖均為抵押權之效力所及，惟兩者在概念上仍有不同。

20 蔡明誠，習慣與習慣法於物權法及民法補充，發表「習慣與習慣法於物權法及民法補充研討會」，司法大廈 3 樓大禮堂，103 年 3 月 14 日。

綜據前開各項說明，本研究對於本件判決結果雖表贊同之餘，僅提出下列建議：其一，在採納原住民族傳統習慣作為裁判考量時，不該僅選擇性適用當事人所提傳統習慣內容作為市民法之補充性規定，使之自形成該規範之社會情境中被割離甚至去脈絡化，尚須「回溯調查形成、並繼續維護與適用系爭傳統習慣之族群團體，對於該慣習之確實內容、適用條件與限制的現在認知，參考其所屬族群或部落、家族之全體性意思（而非僅少數報導人），證明其內容、適用範圍、適用條件與例外；並探知在現在時空下，該規範之解釋向度是否繼續「扣緊演進（cogent transition）」，以決定其確實具拘束力之成分」²¹。

其二，自從我國 2009 年完成內國法化兩項國際人權公約，其後司法院復自 2013 年 1 月 1 日起設置原住民族專業法庭（股），同步於臺灣桃園、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，由專業法官審理涉及原住民族之案件。復為加強保障原住民族之司法權益，彰顯司法對多元文化與價值觀的尊重，並落實司法為民之改革理念，司法院自 2014 年 9 月 3 日起，指定臺灣高等法院及其分院、3 所高等行政法院，及澎湖、金門、連江以外之各地方法院均須設置。司法實務對於原住民涉訟案件漸有「友善」甚至「寬鬆」的態度，許多判決內容愈見採以國際人權兩公約對於原住民族文化的尊重與保護，併以《原住民族基本法》習慣近用之保障。然則，本研究雖樂見國內實務判決確認原住民之民族身分得作為適用「法域」之嘗試，惟深究判決實質之法律適用與解釋，卻多有跳躍式的論述邏輯，而有論者所提臺灣原住民族「普通法（common law）」中程序規則空洞化的困境²²，仍有待未來更多實務審判之經驗累積與建構。

❖ 相關法律條文

民法：民法第 982 條、第 1050 條

原住民族基本法：第 23 條、第 30 條第 1 項

21 黃居正，註 11，頁 11。

22 同前註，頁 13-14。

三、其他

案例九 泰雅族土地買賣之習慣效力

案號 臺灣宜蘭地方法院 95 年度簡上字第 55 號民事判決
臺灣宜蘭地方法院 95 年度羅簡字第 82 號民事簡易判決

案由 排除侵害

當事人

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

關鍵詞 泰雅族習俗、禁忌、拆屋還地

壹、案例事實

原告甲認宜蘭縣大同鄉○○段○○地號土地（以下簡稱「系爭土地」）為原告所有，被告子、庚、辛、壬、癸、乙、丁及丙之被繼承人曾○利生前占用系爭土地建築門牌號碼宜蘭縣大同鄉○○村○○路○○號房屋 1 棟（以下簡稱「系爭房屋」），曾○利死亡後由被告子、庚、辛、壬、癸、乙、丁及丙繼承其權利義務，爰依民法第 1148 條、第 767 條請求被告子、庚、辛、壬、癸、乙、丁及丙拆屋還地，被告辰、寅、丑、己及戊均應自上開建築物內遷出。。

貳、法律關係圖

略

參、訴訟歷程及結果

一、訴訟歷程

臺灣宜蘭地方法院 95 年度羅簡字第 82 號民事簡易判決

臺灣宜蘭地方法院 95 年度簡上字第 55 號民事判決

二、判決結果

原告主張依據民法第 767 條請求被告等拆除系爭房屋，將系爭土地返還原告，惟本院認原告之被繼承人古○星與被告等之被繼承人曾○利就系爭土地之買賣契約有效成立，被告等得以依據曾○利之買賣契約占有使用系爭土地。故判決原告敗訴。

肆、爭點

- (一) 被上訴人等之被繼承人曾○利與上訴人之被繼承人古○星間對系爭土地是否有買賣關係存在？
- (二) 若認被上訴人等之被繼承人曾○利與上訴人之被繼承人古○星間沒有買賣關係存在，是否有使用借貸關係存在？

伍、當事人主張

一、兩造於一審之主張

(一) 原告主張

雖被告抗辯其被繼承人曾○利與原告之被繼承人古○星間就系爭土地存有買賣契約，然被告未能提出曾○利曾向古○星購買系爭土地之具體證據，僅提出證人曾○吉及張○福之證詞為證，而曾○吉與張○福縱然年長，但並非族中長老，不足以證明當初古○星與曾○利存在買賣契

約。亦否認曾○利與古○星間就系爭土地存在使用借貸關係，縱有使用借貸關係存在，曾○利業已死亡，原告自得依民法第 472 條第 4 款之規定終止使用借貸契約，並以本件起訴狀繕本送達為終止之意思表示。至系爭房屋原係未辦保全登記之建物，雖宜蘭縣稅捐稽徵處羅東分處將原納稅義務人由曾○利更正為壬，但系爭房屋仍應由曾○利全體繼承人繼承，稅籍資料僅為課稅參考，並非所有權之證明。

（二）被告等主張

被告辛

系爭房屋原為其被繼承人曾○利所興建而原始取得，但曾○利過世後，系爭房屋為被告壬所繼承，此有宜蘭縣稅捐稽徵處羅東分處函文 1 件可證，被告辛並非系爭房屋之繼承人，對於系爭房屋並無所有權或處分權，原告訴請被告辛拆除系爭房屋，顯屬無據。惟如鈞院認被告辛為系爭房屋之繼承人，然系爭土地係 30 餘年前被告之被繼承人曾○利向原告之被繼承人古○星購買，因當時原住民社會教育落後，欠缺法律知識，有關生活機制及規範，多係以泰雅族之習俗及禁忌，或長老主持與神明見證方式為依據，俟系爭土地買賣契約成立後，古○星即將其在系爭土地上之原有建物拆除，並將可利用之建材搬運後，將系爭土地點交予曾○利，曾○利旋在系爭土地上興建系爭房屋，於興建房屋過程中及 30 餘年來，古○星均未出面主張權利或表示異議。原住民部落買賣土地僅有雙方同意即可，證人曾○吉並曾看到交付新臺幣（下同）4,000 元之過程等語，顯見曾○利與古○星就系爭土地確實成立買賣契約，被告等均為曾○利之繼承人，自得基於繼承與買賣契約占有使用系爭土地。縱鈞院認為古○星與曾○利就系爭土地並未有買賣契約存在，然曾○利所興建之系爭房屋已存在系爭土地上 30 餘年，古○星亦居住於附近，但從未表示異議，顯見古○星就系爭土地為曾○利無償使用一節，有默示同意之意思，被告自得基於繼承及無償使用借貸關係占有使用系爭土地。古○星與曾○利就系爭土地既有買賣契約存在，且古○星並將系爭土地交付曾○利占有使用，縱曾○利之所有權移轉登記請求權之消滅時

效業已完成，惟曾○利占有使用系爭土地係古○星本於買賣契約而交付，曾○利占有系爭土地即具有正當權源，並非無權占有，被告辛為曾○利之繼承人，自屬有權占有。

被告子、庚、壬、癸、乙、丁、丙、寅、丑、己、戊：

系爭土地是被告之被繼承人曾○利於 30 餘年前向原告之被繼承人古○星所買受，有證人曾○吉與張○福之證詞可以證明，但當時並未留下書面契約，被告係基於買賣契約而占有使用系爭土地，原告請求被告拆屋還地，並無理由。

二、兩造於二審之補充主張

（一）上訴人：無

（二）被上訴人：無

陸、法院見解

〔一審法院〕

查系爭房屋現納稅義務人雖為被告壬，然納稅義務人之認定僅係稅捐機關課稅之對象，並非所有權人之認定。系爭房屋既為被告之被繼承人曾○利所興建，則曾○利死亡後，自應由其全體繼承人共同繼承，系爭房屋仍應認定為被告子、庚、辛、壬、癸、乙、丁及丙因繼承而共同共有。

參酌證人之證詞後表示：30 餘年前原住民社會教育落後，欠缺法律知識，僅以口耳締約而未將買賣契約形諸書面文字，或辦理土地所有權移轉登記，並非不可想像，足認原告之被繼承人古○星於 30 餘年前以 4,000 元之價格將系爭土地出售予被告之被繼承人曾○利，價金並已交付，系爭土地並已點交予曾○利，雙方業已成立買賣契約。況原告自 77 年 1 月 16 日已以繼承為由而取得系爭土地，如認曾○利係屬無權占有，當可起訴請求返還，何以多年來均未表示異議或採取行動，顯與常情不符。

〔二審法院〕

法院參酌納稅資料後表示，目前僅有被上訴人壬及其妻子兒女之一家人設籍於系爭房屋，並實際居住使用。雖被上訴人方面並未提出相關書面資料證明上述繼承人均已拋棄繼承，然查：稅捐資料或戶籍資料雖僅為行政機關因稅務及戶政管理所需而製作之文書資料，不得直接憑以認定系爭房屋之事實上處分權歸屬何人，但並非不得作為佐證予以參考。而曾○利之所有繼承人均就系爭房屋由被上訴人壬單獨繼承乙節並無爭執，亦核與前述稅捐資料及戶籍資料顯現之客觀情事相符。

買賣契約存在與否部分：上訴人雖否認拆除之原因係因買賣之關係，然其就系爭土地原有房屋係由部落的人協助拆除，嗣後系爭土地即由曾○利占用而興建房屋之事實並未爭執。參酌證人曾○吉、張○福證稱：曾○利在系爭土地興建房屋時，部落的人有來協助之證詞，顯見 30 餘年前，兩造之被繼承人古○星及曾○利在系爭土地上拆除房屋及興建房屋時，均由部落的人共同協助，此與當時原住民部落之物資缺乏，仰賴部落成員互助之情形相符。如上訴人之被繼承人古○星或上訴人當時確實反對被上訴人之被繼承人曾○利在系爭土地興建房屋，何以部落成員會共同協助在系爭土地上拆屋後又興建房屋？且由曾○利興建而現由被上訴人壬享有處分權之系爭房屋占有使用系爭土地迄今，已逾 30 餘年，古○星及上訴人仍在附近居住，上訴人本人亦自 77 年 1 月 16 日已以繼承為由而取得系爭土地，如曾○利係無權占有系爭土地，何以期間古○星及上訴人從未向相關警察或司法機關請求救濟，甚至請部落成員協助排解？實與常情有違。

借貸契約部分：本院已認定古○星與曾○利間就系爭土地有買賣關係存在，本項爭點自無再予審酌之必要。。

柒、評析

本案在外觀上，係導因於當事人雙方對於彼此之被繼承人間之買賣是否有效成立，因繼承而延續至下一代之糾紛。然而，此類型之糾紛，

在原住民族部落社群成員間，確實是屢見不鮮。

就法律層面之分析來說，最關鍵之爭點，當係在探究當事人雙方之被繼承人間之買賣行為是否真正？契約是否有效成立？實則，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²³。在意思表示一致的判斷上，本不限於當事人間之對話或者非對話之意思表示，若確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²⁴。對於前揭要件，從審理法院判決所呈現之內容來看，法官確實點出了幾個重要的參考之資訊，包括認為 30 餘年前的原住民族社會，由於教育落後，欠缺法律知識，僅以口耳締約而未將買賣契約形諸書面文字，或辦理土地所有權移轉登記，並非不可想像；二審法院並認在系爭土地上拆除房屋及興建房屋時，均由部落的人共同協助，此與當時原住民族部落之物資缺乏，仰賴部落成員互助之情形相符，因此採認了被告及相關證人證詞，認為買賣行為係真正，且有效成立。

可惜之處在於，觀察本案判決內容，對於泰雅族傳統交易習慣則未見進一步之闡釋與適用，即如被告所指，部落內成員相互間之土地交易，多係以泰雅族之習俗及禁忌，或長老主持與神明見證方式為依據。本文以為，縱然本案判決結果似合於部落運作；然而，這樣的法律運作模式，卻忽略了原住民族社會規範的先驗價值。諸如，在泰雅族慣行之習慣中，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，常見有以明確放棄之情況來認定；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求。類同的案件，在臺灣高等法院 102 年度上易字第 444 號民事判決則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，特別是在判斷意思表示合致，並藉由部落習慣確認當事人

23 民法第 153 條

24 最高法院 97 年度台上字第 2678 號民事判決；另參最高法院 103 年度台上字第 582 號民事判決：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。

間在占有使用之默示同意。

本研究一方面贊同本案之判決結果，另一方面則以為，本案被告所提，且由相關證人證詞所提供泰雅族傳統習慣內容，既係泰雅族部落族人及其後嗣子孫所為之私法上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，以維護原住民族部落法秩序之安定。

再者，即便本文認為原住民族習慣應視為與現行民法併行之實體規範，仍有一點值得討論，也就是習慣的位階是什麼？換言之，我們把習慣當作一個法源時，它究竟是一個任意法還是強行法？畢竟，民事案件有雙方當事人存在，原住民的習慣究竟是強行規定還是選法的任意規定，這是我們可能必須要交代的問題。以實務上常見之原住民土地轉讓所生之爭議，多在未有完成登記的情況。當然，基本上而言，現行民法是沒有採取原住民族傳統習慣所涵蓋用以表彰權利轉讓的表示方法。不過，換一個角度思考，如果原住民族傳統習慣有用以表示權利轉讓的方法，或許就可以突破我們現在的登記方式，當然以現有的法律思維及技術來說，可能會被挑戰。但是，本文認為以私權的建構上來說，當中確實有習慣的突破性在，而這時候公權力就應該要去做協商。畢竟，回到根本的問題就是，我們很多時候是確定權利存不存在，而不是去做創設。

本文的觀點是，原住民族習慣已經成為位階時，即應具有特殊法的性質，同時習慣應該具有某種程度的強制性存在，不然習慣就沒有太大意義，只是參考用，當然這會有些突破性的問題。只不過，習慣到底強行到什麼程度，就有待未來更多實務見解的進一步討論。

❖ 相關法律條文

民法：民法第 472 條、第 767 條

原住民族基本法：第 30 條第 1 項

民事訴訟法：第 276 條

案例十 當選無效

案號 臺灣高等法院花蓮分院 100 年度選上字第 4 號民事判決
臺灣花蓮地方法院 99 年度選字第 19 號民事判決

案由 當選無效

當事人

身 分	審 級	第一審	第二審
	甲		被告
臺灣花蓮地方法院檢察署檢察官		原告	被上訴人

關鍵詞 餐敘飲酒、對價關係、守護家族者

壹、案例事實

被告甲係民國 99 年花蓮縣第 19 屆村里長選舉○○鄉○○村村長候選人，田○婷為其樁腳。被告甲、田○婷為求使被告順利勝選，竟共同基於賄選之犯意聯絡及行為分擔，明知對於有投票權之人不得行使、期約或交付賄賂，而約其為一定之行使，竟由被告甲於 99 年○○月○○日帶同支持者前往花蓮縣○○鄉公所抽籤決定號次後，沿途號召○○鄉○○村有投票權之村民呂○忠、江○花、張○花、楊○松、廖○賢、朱○玲、吳○愛、蔡○梅、白○花、楊○恩等人，於是日上午 10 時許共同前往花蓮縣○○鄉○○村○○小吃店內餐敘飲酒，甲並表明請上開投票權人盡情飲用，由其作東，並請託上開投票權人於村長選舉投票日投票支持伊當選，要求選舉人為投票權一定之行使，復私下委託田○婷支付飲宴款項新臺幣（下同）5,100 元。嗣經警循線查獲。本件被告甲有《公職人員選舉罷免法》（下稱選罷法）第 99 條第 1 項之行為，爰依同法第 120 條第 1 項第 3 款規定，提起當選無效之訴。

貳、法律關係圖

略

參、訴訟歷程及結果

一、訴訟歷程

臺灣花蓮地方法院 99 年選字第 19 號民事判決

臺灣高等法院花蓮分院 100 年度選上字第 4 號民事判決

二、判決結果

一審：被告就花蓮縣第 19 屆村里長選舉當選無效

二審：上訴駁回

肆、爭點

被告邀請訴外人等具投票權人由其作東餐敘飲酒，是否與投票權之行使構成對價關係，而有影響選舉之公正性？

伍、當事人主張

一、兩造於一審之主張

(一) 原告主張

被告甲係民國 99 年花蓮縣第 19 屆村里長選舉○○鄉○○村村長候選人，田○婷為其樁腳。被告甲、田○婷為求使被告順利勝選，竟共同基於賄選之犯意聯絡及行為分擔，由被告甲於 99 年○○月○○日帶同支持者前往花蓮縣○○鄉公所抽籤決定號次後，沿途號召○○鄉○○村有投票權之村民呂○忠等人，於是日上午 10 時許共同前往花蓮縣○○鄉○○村○○小吃店內餐敘飲酒，由甲作東，復私下委託田○婷支付飲宴款項新臺幣（下同）5,100 元，嗣經警循線查獲。

（二）被告主張

當天在場者確實均係被告之支持者，惟該人等均已明白表示對被告於該次選舉之支持，則被告對於這些立場鮮明之支持者顯無買票之必要，且觀諸被告被起訴係以餐宴為對價請求一定選舉權之行使，誠與一般賄選給付相當金錢之情形有違。再者，衡以國內原住民中遇婚喪喜慶之傳統習俗，於選舉候選人號碼抽籤後，候選人與其支持者一同慶祝而為餐聚，與一般原住民族之風俗民情並無不合，且與投票權之行使無對價關係，不宜據此認定有賄選之情節。

二、兩造於二審之補充主張

（一）上訴人

證人田○婷所為有關上訴人交付選舉不正利益之證述，屬共犯自白之範疇，且有受偵查機關誘導、嫁禍他人獲邀輕典虛偽陳述之可能，除證人田○婷之片面證述外，尚應有其他補強證據，始得為不利益上訴人之認定。且再按一般買票行賄者，應當隱密為之，始不易為他人察覺，本案發生當日○○小吃店內客人甚多，人來人往十分頻繁，又多有外地而來之客人，上訴人豈可能於眾人面前公然向眾人買票行賄？顯見上訴人自無對其等買票之動機及必要。

（二）被上訴人

1. 接受餐飲招待者，非全然陪同上訴人至鄉公所抽籤之支持者，上訴人辯稱該次屬支持者間正常聚會或犒賞選舉造勢走路工，與事實未合。
2. 當時餐聚焦點話題乃上訴人參選○○村村長及幸運抽到 1 號之選舉話題，縱上訴人未表明拜票請求支持，餐聚者亦可知悉或可得知悉餐敘目的乃希望在場之人投票支持之意，渠等亦欣然接受餐聚之不正利益，席間並以「加油」、「當選」等詞以示支持，足認有許諾為投票權一定行使之合意。

3. 縱上訴人未言明投票支持，參與之人於接受不正利益下，自無誤認上訴人希冀其等投票予上訴人，更無認為上訴人要其等投票予其他候選人之可能，難謂上訴人所支付費用非買票對價或為一定投票行使之合意。

陸、法院見解

〔一審法院〕

對有投票權人交付之財物或不正利益，並不以金錢之多寡為絕對標準，而應綜合社會價值觀念、授受雙方之認知及其他客觀情事而為判斷，本件餐聚者朱○玲、吳○愛、蔡○梅、白○花、楊○恩、呂○忠、江○花、張○花、楊○松、廖○賢於被告參選村長期間，受被告或田○婷之邀約，而進入小吃店接受宴飲之招待，縱被告僅於席間言及懇請支持或拜託等語，亦足認其等對於被告交付不正利益之目的已然認識而予收受。又被告、田○婷以耗費 5,100 元之餐飲，免費招待餐聚者，佐以被告先是動員村內具有投票權之人陪同抽籤，抽完籤後共同宴飲，在當地原住民部落儉樸之消費習慣、淳厚之風土民情，足以鞏固原支持者之投票意向，及誘使潛在支持者為一定之投票權之行使。

〔二審法院〕

據同案被告即共犯田○婷於警詢、偵查中供述全部事實，核與證人洪○松證稱上訴人交付金錢予田○婷支付餐費及向在場之人要求投票支持等語，及證人林○梅證稱當時用餐之餐費全係由田○婷支付等語大致相符，足證上訴人確犯投票行賄罪。

當時在○○小吃店內具有投票權之呂○忠、江○花、張○花、楊○松、廖○賢、朱○玲、吳○愛、蔡○梅、白○花及楊○恩等人，並非陪同上訴人參與抽籤之支持者，而係上訴人抽籤後與田○婷基於共同犯意連絡，由上訴人與田○婷分別招攬至該處參加飲宴之人，故上訴人主張此係屬支持者間慶祝或原住民族之風俗民情甚或造勢活動等語，並不足以採信。

當日在場具有投票權之人或經上訴人或經田○婷邀約後，上訴人以要吃什麼自己點等語，許諾參與之人自由點選餐點，再委由田○婷嗣後付帳，而上訴人所參與者為小型之地方性選舉，上開方式已足以使參與之人對其投票權為一定之行使產生動搖，故上訴人給予不正利益與有投票權人許以投票權為一定行使間確具有對價關係。

上訴人並經臺灣花蓮地方法院檢察署檢察官以違反《公職人員選舉罷免法》第 99 條第 1 項之交付賄賂罪提起公訴，且其共犯交付不正利益罪並經臺灣花蓮地方法院以 99 年度選訴字第 21 號刑事判決，判處有期徒刑 3 年 6 月，褫奪公權 2 年，有刑事案件起訴書及判決書在卷可稽，核與本院上開認定相符。

據上論結，本件上訴為無理由。維持一審法院見解。

柒、評析

從原住民族社會現況來看，過往每逢選舉，候選人在部落的各項造勢，都會殺豬烤肉、拼比人氣，不過由於國家法律的介入，原住民族文化常見之共食、共祭與共享，透過《公職人員選舉罷免法》的視角，往往引起很大的爭議，而與賄選牽扯不清。然而，國家用以規範選舉與被選舉之法律，本意係在獲致公平、公開、公正及誠實選舉之結果，卻遭致原住民族運動者的批判，認有瓦解部落傳統組織、弱化部落治理與衝擊傳統文化與價值觀的多重影響。

首先，在本件的爭訟事實，原告（地檢署）認為被告及其樁腳田○婷，為被告順利選舉之目的，以邀約餐敘飲酒之招待訴外人等，認有違反《公職人員選舉罷免法》第 99 條第 1 項之交付不正利益行為，請求法院宣告被告就系爭村長選舉之當選無效。本案判決衡量被告行為是否構成賄選，原則上均肯認警詢供述與原告所提證人證述皆有證據能力。並以被告由其作東邀請訴外人等具投票權人餐敘飲酒，與約定投票權行使間，認定具有「對價關係」。然對法院此項見解，本研究則有不同意見。

首先，本研究欲以「選舉」影響原住民族文化的面向論述，本件判

決中案件所發生的地點可以判知係屬太魯閣族之生活區域，再以村里長之選舉規模言，人口結構與數量相對單純。在這樣的文化脈絡與社會結構下，學術研究多認為太魯閣族是相對平權且具有民主理念的民族，其部落領導人之產生並非如排灣族係採世襲，而是依個人對於部落、家族或共祭、共獵與共享之傳統組織的貢獻程度，所形成之「太魯閣族文化脈絡的民主」方式來推選。然則，究其實質言，此中鑲嵌在文化脈絡的思考仍然無法避免且無法脫離以「家族」為中心的模式。

進一步來看，太魯閣族人推舉「領導人」之目的是為「家族的生存」，必需要能照顧到每一個人的基本需求，也因此在此習慣的規則中，會以「守護家族者」的地位視之。另以，推選習慣上的程序機制，即在強調獲致眾人均能心悅誠服且共識認同的公議過程。所以說，要能取得部落領導人的位置，必然須要獲得家族無異議認可。

仔細審視兩個審級的判決內容，對於在事實認定與論述的過程中，並未將被告所提「被告與參加餐聚之人，屬多年之舊識及鄰居」、「選舉候選人號碼抽籤後，候選人與其支持者一同慶祝而為餐聚」、「在場者確實均係被告之支持者。既該人等均已明白表示對被告於該次選舉之支持」等表述當成重要的事實，反而認為就是因為有這些情況，其後椿腳田○婷給付餐費行為之事實才是重點所在。本研究認為，法院對於被告及其椿腳之行為活動，似乎作法過度限縮解讀，選擇依循一般社會之通念，認為原住民被告的行為活動不能計入文化脈絡的範圍。

再者，《原住民族基本法》第 23 條強調：「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」。從太魯閣族文化脈絡來理解部落公共事務之運作，尊重親族會議並依其決議確定生活中重大事件，本來就是前揭條文所指「原住民族選擇生活方式」之概念。而原住民族傳統習慣結合選舉參與政治，當可更為實際決定社會經濟組織型態與資源利用方式的一種手段。

固然本案的情況與部落領導人在習慣與文化脈絡中的推選無法直接比擬，但國家選舉制度的介入，取代了部落傳統治理的機制與運作模

式。然而，以本案的實際狀況而言，考量太魯閣族在部落領導人推選上的特有文化脈絡，此項活動本來就是原住民族長久的習慣，法院若從漢人的角度來觀察，認為原住民被告的活動無法獲致公平、公開、公正及誠實選舉之結果，就直接認定被告不得提出文化表現之主張，不免對於文化概念過度限縮解釋。

從原住民族自治與自決的權利出發，本研究認為，原住民族如何參與選舉，係直接關係到原住民運用民主機制進而實現其主張，落實其權利保障的重要權利。然而，從本案的判決內容中，可惜的是並未突顯原住民族文化與選罷法之衝突。基於上述理由，本文建議應可納入《原住民族基本法》的文化權思維，作為理解原住民族文化與選舉之間的橋接平台。

❖ 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 23 條

肆、刑事判決編輯及解析

一、違反槍砲彈藥刀械管制條例

案例一 持有非自製魚槍

案號 臺灣高等法院 102 年度上易字第 930 號刑事判決
臺灣宜蘭地方法院 102 年度易字第 11 號刑事判決

案由 違反槍砲彈藥刀械管制條例

關鍵詞 非自製之魚槍

壹、案例事實

張○正自不詳時、地起，未經許可，自其族內某一「堂哥」（已歿，真實姓名、年籍及與張○正之親等關係不詳）處取得非自製之市售魚槍 1 支（槍枝管制編號：○○○○○）而持有之，並於民國 101 年 8 月 3 日晚上，欲持往南方澳豆腐峽海域打魚，旋於同日晚上 10 時 30 分許，在宜蘭縣蘇澳鎮○○路○○號前為警查獲，並扣得前開非自製之市售魚槍 1 支。

貳、訴訟結果

臺灣宜蘭地方法院 102 年度易字第 11 號刑事判決

張○正無罪。

臺灣高等法院 102 年度上易字第 930 號刑事判決

原判決撤銷。

張○正未經許可，持有魚槍，處罰金新臺幣貳萬元，如易服勞役，以新臺幣壹仟元折算壹日。緩刑貳年。扣案魚槍壹支（槍枝管制編號：○○○○○）沒收。

參、當事人主張

張○正供述：阿美族平地原住民，平日從事蓋房子的木工，但也有在岸邊捕魚，帶回家給父母吃，扣案魚槍係伊過世之表哥留下來的，該支魚槍平常放在○○路家中倉庫，被查獲當日伊係第一次攜出，本想用來捕魚，但還未使用就被查獲等語。

肆、爭點

- 一、市售魚槍是否一律不得納入《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項的除罪範圍？
- 二、繼承而獲得之魚槍，是否亦可認定屬於「供作生活之用」？

伍、法院見解

一、臺灣宜蘭地方法院 102 年度易字第 11 號刑事判決

（一）按被告之行為不罰者，應諭知無罪之判決，《刑事訴訟法》第 301 條第 1 項定有明文。所謂行為不罰者，乃指因實體刑法之理由，致欠缺《刑法》或其他刑事特別法之犯罪成立要件，除指法律特別明文規定之不罰事由外，兼指法律未規定處以刑罰之行為。另按《槍砲彈藥

刀械管制條例》第 20 條第 1 項於 94 年 1 月 26 日修正為：「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」，保留原住民未經許可持有自製獵槍，供作生活工具之用者，並不適用《槍砲彈藥刀械管制條例》有關刑罰之規定。本諸立法者於取締未經許可持有槍械行為之同時，併考量原住民傳統生活及習俗文化，而為自 90 年 11 月 14 日起為除罪化規定之立法意旨，應認原住民本於其文化傳統所形成之特殊習慣，因應生活中狩獵活動之目的而持有簡易獵槍之情形，即無《槍砲彈藥刀械管制條例》有關刑罰規定之適用。

(二) 被告張○正係阿美族平地原住民，其自不詳時日起，自己過世表兄處受讓該支扣案魚槍（槍枝管制編號：○○○○○）後，未經主管機關許可而持有乙情，業據被告坦承不諱，並有個人戶籍資料、戶役政查詢資料在卷可稽。而該支魚槍經內政部警政署刑事警察局鑑驗後認係市售魚槍，以橡皮彈力為發射動力，可發射隨附之金屬箭，認具殺傷力一節，亦有該局 101 年 8 月 28 日刑鑑字第○○○○○號鑑定書 1 份及扣案魚槍照片 6 張在卷可佐，並有上開魚槍 1 支扣案可資佐證。是被告係平地原住民，未經許可，持有可發射金屬具有殺傷力之魚槍一節，固堪認定。

(三) 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 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，本案即應在憲法、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、魚槍」及「供作生活工具之用」之定義。

（四）我國《槍砲彈藥刀械管制條例》於 72 年 6 月 27 日制定公布以來，迄至 86 年 11 月 24 日前，雖已意識到原住民之生活文化異於一般社會主流，而有就「專供生活習慣特殊國民之生活工具」另訂管理辦法之授權，然對違反規定之「生活習慣特殊國民」仍施以刑罰制裁。嗣於 86 年 11 月 24 日修正公布《槍砲彈藥刀械管制條例》，其中增列第 20 條：「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（指第 19 條有

關強制工作部分)」的規範內容，其修法意旨為：「基於原住民所自製之獵槍係屬傳統習慣專供獵捕維生之生活工具，且其結構、性能及殺傷力，均遠不及制式獵槍，為恐原住民偶一不慎，即蹈法以第 8 條相加，實嫌過苛，爰增訂得減輕或免除其刑規定，並得排除本條例強制工作之適用」。依此說明可知，立法者所著眼者，除原住民族傳統習慣之維護外，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持有槍枝之傳統評價為犯罪行為。直至 90 年 11 月 14 日修正公布後之《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項規定：「原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍或漁民未經許可，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」。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)。綜觀上開《槍砲彈藥刀械管制條例》關於原住民族使用自製獵槍之修法歷程可知，隨著原住民族權利意識之覺醒，文化衝突、壓迫之現象浮上臺面，立法者基於多元文化之認知與珍視，對原住民族使用自製獵槍之傳統逐步採取開放之態度，行政及司法機關自不應無視於此立法趨勢，而曲解、限縮法律文義。

(五) 觀諸 86 年 11 月 24 日修正公布《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條之修法意旨：「基於原住民所自製之獵槍係屬傳統習慣專供獵捕維

生之生活工具，且其結構、性能及殺傷力，均遠不及制式獵槍，為恐原住民偶一不慎，即蹈法以第 8 條相加，實嫌過苛，爰增訂得減輕或免除其刑規定，並得排除本條例強制工作之適用」，可知立法者係以自製獵槍與制式獵槍作比較，認為自製獵槍之殺傷力既然遠不及於制式獵槍，在考量原住民族狩獵文化中均有使用槍枝之傳統，予以減輕或免除刑事責任，進而於 90 年 11 月 14 日修法予以除罪化，依此，《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項中所謂「自製之獵槍」，應認凡非屬制式或固定兵工廠生產，而為簡易自製槍枝即屬之，始符合立法原意。本案被告所持有之魚槍係以橡皮彈力發射隨附之金屬箭作為發射動力，又依卷附照片所示，扣案魚槍之外型簡單，結構甚為簡略、材質亦屬粗糙，且僅能擊發隨附之金屬箭，顯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，故應屬該條例第 20 條第 1 項所稱之「自製之魚槍」。

（六）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」。（見「立法院公報」第 90 卷第 53 期第 360 頁）

（七）基於我國憲法肯認多元文化，兩公約、《原住民族基本法》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、魚槍，可供作生活日常使用，無據為犯罪工具之意圖，即應有《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條規定之適用，並不以恃狩獵為生或

以狩獵為其生活主要內容者為限，始與立法本旨相契合。本案被告張○正平時雖以搭蓋房子之木工為業，然亦供稱：伊雖無漁民證，但也算是漁民，平日有在岸邊浮淺、放網捕魚帶回家給爸媽吃，因為想說石頭縫裡也有魚，就想帶這隻魚槍去捕魚等語。足證本案被告雖非全憑捕魚維生，然其使用該扣案魚槍捕魚確有助於其日常生活之進展。且參以被告自始均坦承持有魚槍，未推諉卸責，僅不知魚槍亦須事先申請許可之規定，則在無任何證據顯示被告持有上開魚槍具有其他不法目的之情形下，為貫徹憲法維護原住民族文化之意旨，應認被告持有該支魚槍確係供作生活工具所用，而屬法律不罰之行為。故此部分應為被告張○正無罪之諭知。

（八）綜上所述，被告張○正為阿美族原住民，其持有扣案魚槍，既無供犯罪使用之意圖且為供作生活工具之用，雖未依法申請許可而持有，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，揆諸前揭規定與說明，自應為被告無罪之諭知。

二、臺灣高等法院刑事判決 102 年度上易字第 930 號

（一）被告所為係犯《槍砲彈藥刀械管制條例》第 9 條第 3 項之未經許可持有魚槍罪。又《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項雖規定：「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」。然其立法理由在於原住民使用獵槍、魚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，因而予以立法保障。另依〈槍砲彈藥刀械許可及管理辦法〉第 15 條第 1 項亦規定「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」。是所謂「原住民製造、運輸或持，有供作生活工具之用之自製魚槍」，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。本件魚槍具有金屬槍身及金屬

箭，其槍枝結構完整，並有動力裝置及扳機裝置，金屬箭可置於待擊發位置、扣按扳機並可產生動力發射金屬箭，非屬原住民以傳統方式所製造之自製簡易槍枝，而屬市售魚槍性質甚明。是以被告雖具原住民身分，仍無前開免責規定之適用，併此敘明。

（二）原審疏未審酌本件魚槍非屬原住民以傳統方式所製造之自製簡易魚槍，逕行引用《憲法增修條文》第 10 條第 11、12 項及《經濟社會文化權利國際公約》第 1 條、第 15 條與《公民與政治權利國際公約》第 1 條、第 26 條、第 27 條關於原住民族文化、語言及傳統習俗等人類社會資產之保障規定，判決被告無罪，容有未洽。檢察官據此提起上訴，指摘原審無罪判決不當，為有理由，自應由本院將原審判決予以撤銷改判。爰審酌被告素行非惡，且持有本件魚槍之動機單純，亦未對他人造成損害，犯後並供承錯誤，態度堪稱良好等一切情狀，量處罰金新臺幣 2 萬元，並諭知易服勞役之折算標準。又被告前因傷害等案件，於 86 年 11 月 3 日經臺灣新北地方法院（原臺灣板橋地方法院）以 85 年度易字第 7276 號刑事判決應執行有期徒刑 3 月，如易科罰金以銀元 300 元即新臺幣 900 元折算 1 日確定，88 年 3 月 16 日易科罰金執行完畢，其於前述故意犯罪所受有期徒刑執行完畢後，5 年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，有本院被告前案紀錄表之記載可憑，其因一時失慮而犯本件之罪，犯後亦表悔意，本院認其經此偵審程序之教訓後，當知警惕，而無再犯之虞，因認前開所宣告之刑，以暫不執行為適當，併依刑法第 74 條第 1 項第 2 款之規定宣告緩刑 2 年，用啟自新，以勵來茲。扣案魚槍 1 支為違禁物，併依刑法第 38 條第 1 項第 1 款規定諭知沒收。

陸、評析

本案涉及原住民被告因繼承之故，取得其表哥之魚槍，初次攜帶外出時，即被警方查獲，從而被起訴持有魚槍，第一審法院認為該原住民被告得依《槍砲彈藥刀械管制條例》（以下簡稱槍砲條例）第 20 條第 1 項規定，基於「供作生活之用」而排除刑責，但上訴至二審法院後，高

等法院則認為「本件魚槍具有金屬槍身及金屬箭，其槍枝結構完整，並有動力裝置及扳機裝置，金屬箭可置於待擊發位置、扣按扳機並可產生動力發射金屬箭，非屬原住民以傳統方式所製造之自製簡易槍枝，而屬市售魚槍性質甚明」，既然是市售魚槍而非「自製魚槍」，即不得適用上述除罪條文。

就本案二審法院此項見解，本文認為有兩點可茲研議：第一，是否市售魚槍一律不得納入第 20 條第 1 項的除罪範圍？第二，繼承而獲得之魚槍，是否亦可認定屬於「供作生活之用」？以下將分析此兩項議題。

就第一個議題而言，槍砲條例第 20 條第 1 項確實只授權原住民之「自製魚槍」可以除罪，在此意義下，如果該魚槍並非自製，而是軍械廠商基於商業用途而製造，理論上即不在該項除罪範圍之內，正是基於此種文義解釋，所以本案二審法院才會排除該項除罪規定的適用。儘管，槍砲條例第 20 條第 1 項只授權自製魚槍，問題是該項規定在現行法院實務與學理的審視立場中，已經逐步解釋成對於原住民族文化的保障規範，亦即國家本於尊重原住民族生活的傳統習慣，許可原住民依其生活方式使用獵槍及魚槍，但若依法律文字所指，始終限定在土製獵槍或魚槍，無異限制原住民只能運用不安全及無法與時俱進的技術以進行其文化實踐，這種觀點不僅違反憲法所要求的平等原則（只有漢人的文化實踐能夠搭配科技進步，原住民族文化實踐則不得進步），也對原住民多所歧視。依本文之見，槍砲條例第 20 條第 1 項的規範重心不是土製或制式獵槍或魚槍，而是原住民族的文化尊重與部落習慣的實踐。此外，我們還可以注意，若具體觀察警察的管制實務，在原住民的範圍以外，幾無任何一般人可以合法地持有獵槍，不過魚槍持有的管制較為寬鬆，一般人只要取得執照，通常能夠合法地持有、使用魚槍。考量原住民族文化與習慣的尊重，以及魚槍受管制較寬鬆的兩重面向，本文主張可考慮將本項法律效果類推適用至「制式魚槍」，即使原住民持有或使用制式魚槍，只要具有「供作生活之用」，即可依據該項規定予以除罪。

如果可以接受前文的看法，那在這個基礎上，可以再來討論本文的第二個議題，由於制式魚槍並非個人自行製造，而是購買所得，究竟原住民行為人如何取得系爭制式魚槍，即非重點所在。就本案而言，原住民行為人因繼承而取得系爭制式魚槍，但只要在個案中足以證明，該原住民行為人確實有捕魚之經濟或文化生活方式，即可認定魚槍為「供作生活之用」，亦得以之除罪。本案一審法院之見解值得認定，而二審高等法院看法不免失之過狹，未來應予以修正。

❖ 相關法律條文

槍砲彈藥刀械管制條例：第 20 條第 1 項

憲法增修條文：第 10 條第 11、12 項

經濟社會文化權利國際公約：第 1 條、第 15 條

公民與政治權利國際公約：第 1 條、第 26 條、第 27 條

案例二 自製獵槍用打釘槍空包彈作為發射動力**案號** 臺灣新竹地方法院 102 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** 日常生活之用、釘槍用空包彈**壹、案例事實**

李○楠（原住民）明知可發射金屬或子彈具有殺傷力之槍枝，係《槍砲彈藥刀械管制條例》所管制之物品，非經主管機關許可，不得持有，竟未經許可，基於持有具有殺傷力槍枝之犯意，先於民國 97 年間某日，在新竹縣尖石鄉，向真實姓名、年籍不詳具原住民身分之成年人，以新臺幣（下同）1 萬餘元之價格購入可發射金屬或子彈具殺傷力之土造長槍，並將之置放於其時所經營之位在新竹縣竹東鎮○○路○○號之「○○樂器行」而持有，嗣李○楠於 101 年 7 月間將「○○樂器行」轉讓予傅○君（另經檢察官為不起訴處分）後，仍未將上開土造長槍取走，經警於 102 年 2 月 1 日至「○○樂器行」內執行搜索，當場扣得該土造長槍 1 枝，因而查悉上情。

貳、訴訟結果

宣告緩刑 5 年，沒收可發射子彈具殺傷力之土造長槍 1 枝。

參、當事人主張

被告購買扣案之土造長槍，依一般人認知係屬獵槍，且被告購買係為日後回歸山林用以維持生活之用，應屬《槍砲彈藥刀械管制條例》所不罰之原住民「自製獵槍」，且被告本身為原住民，自小見習家中長輩於山林中持槍獵捕動物，不知持有獵槍有何違法之處，應認被告持有扣案槍枝，不適用《槍砲彈藥刀械管制條例》有關刑罰之處罰。

肆、爭點

- 一、被告自製的獵槍具有殺傷力，因此在鑑定意見中被認為屬於非獵槍的其他槍械，此項見解是否合理？
- 二、被告在生活中從未使用系爭槍枝，得否認為屬於《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項的供作生活工具之用？

伍、法院見解

一、扣案槍枝經送內政部鑑定結果為：「送鑑長槍 1 枝（槍枝管制編號：○○○○○號）認係土造長槍，由具擊發機構之木質槍身及土造金屬槍管組合而成，擊發功能正常，可供擊發口徑 0.27 吋打釘槍用空包彈（作為發射動力），用以發射彈丸使用，認具殺傷力，認屬《槍砲彈藥刀械管制條例》第 4 條第 1 項『其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲』，非屬原住民自製獵槍」。

二、被告於其 97 年間購買扣案槍枝之際係樂器行之負責人，期間僅從事與音樂相關之工作，且自購買之初至被查獲之時已有 5 年之久，從未使用過扣案槍枝，此觀被告偵查及本院審理時之供述至明，是倘被告有意退休後以打獵為生，卻自購買後從未練習使用，可認被告購買扣案槍枝顯非用作日常生活所需之農耕、漁獵、或祭祀之用，是被告上開辯稱明顯與客觀事證不符，尚屬有疑，並非足採。其次，我國對於具殺傷力之各類槍枝，係採行嚴格之管制主義，除法律規定或經主管機關內政部警政署之許可，原則上任何人均不得運輸、販賣、持有，此乃國民常識，自不殆言。被告身為本國人，自小住居成長於斯，為高中畢業之教育程度，現有正當職業等情，故依其教育程度、生活經驗，其對我國法律規定，自難諉為無認識之可能，且被告既自他人之處取得扣案槍枝，自應盡善加查證義務，以避免因持有違禁物而觸法，再參以被告於購買之後，一直將槍枝藏放於「○○樂器行」之廁所此具有隱密性之處，該當樂器行之受讓人傅○君亦認持有上開槍枝恐有違法之虞而再三催促被告將之取走，被告亦從未表示認為其具原住民身分故持有該槍枝並未違法等情觀之，尚難認其對本件犯行欠缺違法性之認識，已達於不

可避免之程度，自不得以前開理由卸免其刑責，附此敘明。

陸、評析

本案爭點主要有二：

- 一、被告自製的獵槍具有殺傷力，因此在鑑定意見中被認為屬於非獵槍的其他槍械，此項見解是否合理？
- 二、被告在生活中從未使用系爭槍枝，得否認為屬於《槍砲彈藥刀械管制條例》（以下簡稱槍砲條例）第 20 條第 1 項的供作生活工具之用？

就第一個爭點以論，本文認為法院見解顯有瑕疵，因為獵槍本身並非功能性的概念而是目的性的概念，此觀槍砲條例中並無獵槍的定義即可知悉，基此，應該認為只要使用者對於槍械的定位在於供打獵之用，即應認定屬於我國法上的獵槍；本案判決對於獵槍的定義，則未採取本文所主張之目的性定義方式，其見解不無可茲檢討之處。

而就第二個爭點而言，槍砲條例第 20 條第 1 項僅言「供作生活工具之用」，只要原住民對於獵槍製作或持有，符合供作生活工具之目的或實際效果即足，事實上是否已經供作生活之用，即非所問。舉例而言，某原住民獵人除了設立陷阱之外，亦會持槍打獵，未料其於某段期間內設陷阱即可捕得所需獵物，因此未曾真正進入山區打獵，此時豈可因原住民無事實上打獵行為就認定其持有獵槍違法？從該案例即可得知，是否供作生活工具之用，並非直接依據原住民的使用情況予以認定，而應考量主觀目的、客觀情況等相關事證綜合評價，法院就此見解似有疑義。

綜合以上兩點，本案原住民被告應可考慮得基於《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項規定阻卻刑事責任，法院卻未考慮該項的規範意旨，其見解不無可議之處。

❖ 相關法律條文

槍砲彈藥刀械管制條例：第 4 條第 1 項、第 20 條第 1 項

案例三 自製獵槍驅趕小鳥**案號** 臺灣南投地方法院 102 年度原訴字第 19 號**案由** 違反槍砲彈藥刀械管制條例**關鍵詞** 日常生活之用、驅趕小鳥**壹、案例事實**

全○忠為原住民，其明知可發射金屬子彈具有殺傷力之槍枝，係《槍砲彈藥刀械管制條例》所列管之槍枝，非經中央主管機關內政部之許可，不得持有，竟於民國 102 年 6 月初某日，在南投縣○○鄉○○村山區某處，拾獲具殺傷力之土造長槍 1 枝（槍枝管制編號為○○○○○號）後，竟將之攜回其南投縣○○鄉○○村○○巷○○號之住處藏放，並供作平時種植葡萄趕鳥使用，而未經許可持有之。嗣於 102 年 7 月 18 日上午 10 時 40 分許，全○忠因另案經檢察官合法傳喚到庭作證，無正當理由未到庭，經警持檢察官核發之拘票至上址拘提時，適全○忠在上址旁空地試射上開土造長槍而為警當場查獲，並扣得上開土造長槍 1 枝。

貳、訴訟結果

全○忠未經許可，持有可發射金屬具有殺傷力之土造長槍，處有期徒刑壹年捌月，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。緩刑貳年，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肆拾小時之義務勞務，緩刑期間付保護管束；扣案之土造長槍壹枝（槍枝管制編號為○○○○○號）沒收。

參、當事人主張

山上種植葡萄，槍是用來驅趕小鳥等語。

肆、爭點

- 一、拾獲之土製獵槍是否可以主張《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項之除罪事由？
- 二、原住民被告實際用途，在於使用獵槍驅趕小鳥，以避免其啄食其所種植之葡萄，這種使用方式是否可以認定為「供作生活工具之用」？

伍、法院見解

一、按被告全○忠上揭持有土造長槍之事實，迭據被告於警詢、偵訊及本院審理中均坦承不諱，復有中部地區巡防局臺中機動查緝隊扣押筆錄 1 份、中部地區巡防局臺中機動查緝隊扣押物品目錄表 1 紙、查獲照片 5 張、南投縣政府警察局槍枝初步檢視報告表暨所附照片 6 張附卷可稽。又扣案之土造長槍 1 枝經送請內政部警政署刑事警察局鑑定，其結果為：「送鑑長槍 1 枝（槍枝管制編號○○○○○），認係土造長槍，由具擊發機構之木質槍身及土造金屬槍管組合而成，擊發功能正常，可擊發口徑 0.27 吋打釘槍用空包彈（作為發射動力），供發射彈丸使用，認具殺傷力」等語，有該局 102 年 7 月 30 日刑鑑字第○○○○○號鑑定書 1 份暨所附照片 4 張在卷可憑，可證扣案之土造長槍具有殺傷力無疑，是被告持有可發射金屬子彈具有殺傷力之土造長槍，此部分事實，堪以認定。

二、按原住民未經許可，持有自製之獵槍，供作生活工具之用者，不適用《槍砲彈藥刀械管制條例》有關刑罰之規定，因為《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項所明定。然該條例第 20 條第 1 項經 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，原住民使用獵槍應「供作生活上及文化上之工具使用」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（最高法院 99 年度台上字第 5771 號判決參照）。若與原住民之生活無關，而非供為生活上所需要之工具，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。現今，雖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，而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，是本條項「供作生活工具之用」之解釋，固可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。準此，被告為布農族原住民，固有其戶役政連結作業系統個人基本資料在卷可查，惟其所拾獲而持有之土造長槍 1 枝，係作為驅趕小鳥之用，以免小鳥啄食其所種植之葡萄，然防免小鳥啄食農作物之方式甚多，如搭建網室、以線香定時燃放鞭炮或置立假（稻草）人等，被告竟以土造長槍驅趕小鳥，除不符時間、經濟成本外，亦與一般農民驅趕小鳥方式迥異，難認為其生活所需，亦與其傳統習俗、文化或本於其文化傳統所形成之特殊習慣不符，自非《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項所稱之「供作生活工具之用」，而無該免除刑罰規定之適用至明。

陸、評析

本案爭點有二，第一點是拾獲之土製獵槍是否可以主張《槍砲彈藥刀械管制條例》（以下簡稱槍砲條例）第 20 條第 1 項之除罪事由？第二點則是原住民被告實際用途，在於使用獵槍驅趕小鳥，以避免其啄食其

所種植之葡萄，這種使用方式是否可以認定為「供作生活工具之用」？

就第一個爭點而論，雖然槍砲條例只許可「原住民行為人自製獵槍」的合法持有，並未言明若原住民行為人拾獲的獵槍是否屬之，但本於該項對於原住民族文化與習慣的尊重，應該採取較為寬鬆的解釋立場，亦即只要原住民對於該獵槍的使用，是本於「供作生活工具之用」，原則上就應該認定為得適用本項規定排除刑事責任的範圍，至於是否為原住民行為人自行製造，或是購買、繼承、拾獲，均非所問。此一規範意旨，同樣表現在同條第 2 項的規定：「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」。雖然其文字未討論拾獲類型，但既然這些情況並無太大差別，解釋上亦應為相同之處理。

而就第二個爭點，也是本案判決聚焦所在，法院認為原住民被告持有獵槍僅用於驅趕小鳥，該行為尚難認定為供作生活工具之用，因此排除適用第 1 項的除罪規定。直觀而論，法院見解確實有相當程度的合理性。不過筆者必須強調，是否「供作生活工具之用」，不應該只觀察原住民行為人對於獵槍的使用方式，毋寧必須具體審視原住民被告的主觀意思。亦即，只要原住民被告主觀上出於經濟生活或文化生活的使用需求，而予以持有，即應認定為「供作生活工具之用」，從而可以考慮排除刑事責任。就此而言，本案法院雖謂驅趕小鳥尚未達成供作生活工具之用的程度，但卻未實質具體探討原住民被告內心主觀意思，這一點恐為本案判決較令人失望之處，未來應予以修正、調整判定的對象與方法。

❖ 相關法律條文

槍砲彈藥刀械管制條例：第 20 條第 1 項、第 2 項

槍砲彈藥刀械許可及管理辦法：第 15 條第 1 項

案例四 無法定原住民身分而有原住民血統持有自製獵槍**案號** 臺灣宜蘭地方法院 102 年度訴字第 158 號刑事判決**案由** 違反槍砲彈藥刀械管制條例**關鍵詞** 實質上原住民**壹、案例事實**

黃○峰自其外祖父蘇○志約於 11、12 年前過世後起，即取得蘇○志所遺留具有殺傷力之土造長槍（槍枝管制編號：○○○○○號）1 枝（含通槍條、打釘槍空包彈及鋼珠），並先將之藏置在宜蘭縣南澳鄉山區之工寮內，直至民國 100 年 7、8 月間，則改藏置在南澳鄉○○村○○路○○巷○○號住處，而未經主管機關許可非法持有之；嗣於 102 年 2 月 18 日晚間 11 時 25 分許，黃○峰持有該土造長槍在冬山鄉○○產業道路 8 公里處為警查獲，並扣得土造長槍 1 枝、通槍條 1 枝、打釘槍空包彈 9 發及鋼珠 11 顆。

貳、訴訟結果

諭知緩刑 3 年。扣案之土造長槍（槍枝管制編號○○○○○號）1 枝，具有殺傷力而屬違禁物，依刑法第 38 條第 1 項第 1 款規定宣告沒收。扣案之通槍條 1 枝、打釘槍空包彈 9 發及鋼珠 11 顆，係屬被告所有，且供其犯罪所用之物，均依法宣告沒收。

參、當事人主張

無記載。

肆、爭點

就原住民身分適用《槍砲彈藥刀械管制條例》之除罪化，該身分是否應就形式觀之亦或實質審查？

伍、法院見解

被告所為，係犯《槍砲彈藥刀械管制條例》第 8 條第 4 項未經許可持有可發射金屬之改造槍枝罪。再按被告於查獲後，自始坦承持有改造槍枝犯行，於持有槍枝期間中並未持以供犯罪之用，本件係被告欲持該改造槍枝用以打獵獲取獵物以供販賣貼補家用，衡以《槍砲彈藥刀械管制條例》第 8 條第 4 項之法定本刑為 3 年以上 10 年以下有期徒刑，併科新臺幣 7 百萬元以下罰金，被告因一時失慮致罹重典，情輕法重，本院衡其犯罪情狀在客觀上足以引起一般同情，倘科以其上開法定最低之刑，實嫌過重，爰依刑法第 59 條規定，酌量減輕其刑。爰審酌被告犯罪之目的、手段，持有改造槍枝對於社會之危害，及犯罪後坦承犯行等一切情狀，量處如主文所示之刑，並就罰金部分諭知易服勞役之折算標準，以示懲儆。查被告前未曾受有期徒刑以上刑之宣告，有卷附臺灣高等法院被告前案紀錄表可按，被告之母親、外祖父雖均具原住民身分，被告因法律規定未能取得原住民身分，但被告自外祖父處取得上開槍枝係作為狩獵目的之用，審酌被告持有槍枝之目的與其生活環境，經此起訴審判，當知所警惕，信無再犯之虞，本院認所宣告之刑以暫不執行為適當，併諭知緩刑 3 年，以啟自新。扣案之土造長槍（槍枝管制編號○○○○號）1 枝，具有殺傷力而屬違禁物，依刑法第 38 條第 1 項第 1 款規定宣告沒收。扣案之通槍條 1 枝、打釘槍空包彈 9 發及鋼珠 11 顆，係屬被告所有，且供其犯罪所用之物，均依法宣告沒收。

陸、評析

本案之爭點涉及欠缺形式上原住民身分之被告，因其母系親屬一方具有原住民身分，但是父系一方無原住民身分，由於我國現行原住民身

分之認定，純粹以父系身分作為認定基礎，因此使得本案被告無從構成原住民身分，故實務上屢生爭議，本案法院也依循實務上常見見解，認為只能依據形式上法律規定來判定被告有無原住民身分，進而決定被告得否適用《槍砲彈藥刀械管制條例》的除罪規定。基此，法院認為被告因欠缺形式上原住民身分，故無法適用除罪規定，僅得考量其長期本於原住民族文化的生活特性而給予減輕刑責的特別優惠。

對於以上見解，本文則有不同意見。《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項的除罪規定，旨在讓原住民實踐其固有的文化生活，重點並非在於形式法律的原住民身分關係，而是被告透過其槍枝的使用行為，實踐了國家應予尊重的原住民族文化，這是《原住民族基本法》及憲法增修時所強調，而事後訂定於《槍砲彈藥刀械管制條例》的規定。

建立於以上的理解，本文認為《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項的「原住民」，不應該從法律的形式規定予以解讀，毋寧應該考量被告本身的實質參與功能，只要被告具一定程度的母系原住民身分，而且事實上其行為與原住民族的文化生活有關，原則上應該肯認被告得適用上開規定，本於原住民身分特點而得適用此一規定排除刑事責任。

以本案為例，法院於調查事實後指出：「被告之母親、外祖父雖均具原住民身分，被告因法律規定未能取得原住民身分，但被告自外祖父處取得上開槍枝係作為狩獵目的之用」，此項事實已然相當程度揭明，被告雖然在法律形式上不具有原住民身分，但是似乎長期與原住民身分之母系親屬有相當程度互動，取得槍枝也是外組父所給予，即使不具有形式身分，法院亦應考量被告的實質原住民身分，而優先考慮讓被告適用《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項的除罪規定。

❖ 相關法律條文

槍砲彈藥刀械管制條例：第 8 條第 4 項、第 20 條第 1 項

原住民身分法：第 4 條

案例五 偶然持槍打獵案**案號** 臺灣宜蘭地方法院 104 年度原訴字第 1 號**案由** 違反槍砲彈藥刀械管制條例**關鍵詞** 打獵、職業**壹、案例事實**

甲為泰雅族山地原住民，明知未經主管機關許可不得持有可發射金屬具有殺傷力之槍枝，竟於民國 99 年間退伍後某日，基於持有可發射金屬具有殺傷力之槍枝之犯意，而取得其父高○發所贈可發射金屬具有殺傷力之土造獵槍（槍枝管制編號○○○○○）一枝後，將扣案土造獵槍置放其位於宜蘭縣南澳鄉○○路○號住處而未經許可持有之。嗣其因完成○○神學院研究所之畢業論文「泰雅族狩獵文化的神學反省」而擬至宜蘭縣南澳鄉山區進行舊部落田野調查，遂於 103 年 12 月 23 日邀約同學王○銘及友人白○龍備妥三日所需之糧食及物資準備一同入山，甲亦攜帶扣案土造獵槍、鋼珠及喜得釘底火防身後，由甲之舅賴○勇駕車搭載其等三人至宜蘭縣南澳鄉○○村○○溪某處再由其等三人自行徒步入山。惟入山第二日因糧食不足，甲即持扣案土造獵槍、鋼珠及喜得釘底火自行前往狩獵，明知臺灣野山羊（即臺灣長鬃山羊）業經主管機關行政院農業委員會（下稱農委會）公告為（二級）珍貴稀有之保育類野生動物，山羌亦經農委會公告為（三級）其他應予保育之野生動物，且均無族群量逾越環境容許量之情形，竟基於獵捕、宰殺保育類野生動物之犯意且未先經地方主管機關許可，而逕於同年月 24 日 16 時許，在宜蘭縣南澳鄉山區某處持扣案土造獵槍裝填扣案之鋼珠及喜得釘底火射擊珍貴稀有之保育類野生動物臺灣野山羊一隻及其他應予保育之野生動物山羌一隻，並均使之喪失活動能力後，予以宰殺、食用。嗣甲完成舊部落田野調查及拍照工作而於同年月 25 日 17 時 30 分許，搭乘其父高○

發駕駛之自用小貨車行經宜蘭縣南澳鄉○○村○○溪十公里處時，為內政部警政署保安警察第七總隊第四大隊羅東分隊員警攔檢並徵得甲同意後搜索而扣得已遭宰殺之臺灣野山羊、山羌各一隻及扣案土造獵槍一枝、鋼珠十顆及喜得釘底火九顆，始悉上情。

貳、訴訟結果

甲犯非法持有可發射金屬具殺傷力之土造獵槍罪，處有期徒刑壹年陸月，併科罰金新臺幣○○萬元，罰金如易服勞役，以新臺幣壹仟元折算壹日。緩刑○年。扣案土造獵槍（槍枝管制編號○○○○○）壹枝沒收之。

甲犯《野生動物保育法》第 41 條第 1 項第 1 款之非法獵捕、宰殺保育類野生動物罪，處有期徒刑陸月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。緩刑○年。扣案已宰殺之保育類野生動物臺灣野山羊及山羌各壹隻及供獵捕、宰殺保育類野生動物所用之獵具土造獵槍（槍枝管制編號○○○○○）、鋼珠拾顆及喜得釘底火玖顆，均沒收之。

參、當事人主張

被告係因完成畢業論文需至宜蘭縣南澳鄉山區進行舊部落田野調查始攜帶扣案土造獵槍、鋼珠及喜得釘底火作為防身工具，嗣因所帶糧食不足才臨時起意持扣案土造獵槍、鋼珠及喜得釘底火狩獵保育類野生動物臺灣野山羊及山羌食用果腹等情。

肆、爭點

- 一、具有原住民身分之被告持有土造槍枝，並於山中從事研究活動，而因食物不足使用槍枝，該行為得否適用《槍砲彈藥刀械管制條例》（以下簡稱槍砲條例）規定而排除刑事責任？
- 二、倘若該原住民身分得用以阻卻持有槍械的刑責，那麼進一步得否依《野生動物保育法》（以下簡稱野保法）第 21 條之 1 第 1 項之規定，排除獵捕、宰殺野生動物之刑責？

三、保育類野生動物，得否計入野保法第 21 條之 1 除罪事由所及？

伍、法院見解

一、按槍砲條例第 20 條第 1 項雖於 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，然稽之修正立法理由係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乃嚴重傷害原住民人權，故原住民持有獵槍者，只需登記即可合法，未經登記者則以行政罰加以處罰，不但符合行政程序法之規定，亦保障原住民基本之生活權益等語，並佐以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（最高法院 99 年度臺上字第 5771 號判決意旨參照）。查被告甲於 99 年間某日取得其父高○發所贈而未經許可持有扣案土造獵槍後，即將扣案土造獵槍置放其位於宜蘭縣南澳鄉○○路○○號住處且未曾使用，係因完成畢業論文需至宜蘭縣南澳鄉山區進行舊部落田野調查始攜帶扣案土造獵槍、鋼珠及喜得釘底火作為防身工具，嗣因所帶糧食不足才臨時起意持扣案土造獵槍、鋼珠及喜得釘底火狩獵保育類野生動物臺灣野山羊及山羌食用果腹等情，業據被告於警詢及偵審中到庭供承綦詳，顯見被告雖為原住民，然其持有扣案土造獵槍既非維持其原住民傳統生活所需要之工具，即核與前揭法條規定、判決意旨及說明所揭櫫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有間，自無前開法條適用之餘地。次按，未經許可持有槍枝，其持有之繼續即為行為

之繼續，亦即未經許可持有槍枝時，罪已成立，但其完結須繼續至持有行為終了時為止，其間法律縱有變更，然其行為既係繼續實施至新法施行以後，即與犯罪後法律有變更之情形不同，不生新舊法比較適用之問題（最高法院 95 年度臺上字第 2250 號判決意旨參照）。據此，被告於 99 年間某日未經許可而持有扣案土造獵槍後，槍砲條例第 8 條雖於 100 年 1 月 5 日修正公布，但被告甲未經許可持有扣案土造獵槍之狀態係持續至 103 年 12 月 25 日，自應適用現行之槍砲條例論處。是核被告甲未經許可持有扣案土造獵槍之行為，係犯槍砲條例第 8 條第 4 項之未經許可，持有可發射金屬具有殺傷力之土造獵槍罪。至其自 99 年間某日起至 103 年 12 月 25 日查獲之日止，持有扣案土造獵槍之行為，因具行為繼續之性質，為繼續犯，則應論以單純一罪。

二、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。前項第一款保育類野生動物之利用，應先經地方主管機關許可；其可利用之種類、地點、範圍及利用數量、期間與方式，由中央主管機關公告之，野保法第 18 條第 1 項第 1 款、第 2 項分別定有明文。又野保法用辭定義如下：四、珍貴稀有野生動物：係指各地特有或「族群量稀少」之野生動物，野保法第 3 條第 4 款亦有分別明定。查被告甲擅自捕殺之臺灣野山羊及山羌，業經農委會公告為珍貴稀有之保育類野生動物及其他應予保育之野生動物且族群量均未逾越環境容許量如前述，是被告未先經過地方主管機關許可即逕予捕殺，所為係犯野保法第 41 條第 1 項第 1 款之非法獵捕、宰殺保育類野生動物罪，然其先後獵捕、宰殺保育類野生動物臺灣野山羊及山羌之時間密切接近且地點相近，侵害法益同一，應為接續犯而僅論以一罪。至被告所犯前述槍砲條例第 8 條第 4 項之未經許可，持有可發射金屬具有殺傷力之土造獵槍罪及野保法第 41 條第 1 項第 1 款之非法獵捕、宰殺保育類野生動物罪，則因犯意個別，行為互殊而應分論併罰之。

三、查被告甲犯未經許可持有可發射金屬具有殺傷力之土造獵槍罪，法定刑為三年以上十年以下有期徒刑，併科新臺幣七百萬元以下罰

金之罪，然被告取得其父所贈而持有扣案土造獵槍之結構、效率及性能均非精良，亦未曾使用，此次入山攜帶扣案獵槍防身且因糧食匱乏始持以捕殺保育類野生動物食用果腹，堪認被告持有扣案土造獵槍之狀態對社會治安之危害與風險尚屬輕微，核其犯罪情節之嚴重性與槍砲條例第 8 條第 4 項重罰持有改造槍枝係因嚴重危害社會秩序及人民生命、財產安全之情尚有殊別，是若繩以上揭最低之法定本刑仍屬情輕法重，客觀上非無足以引起一般之同情而有堪為憫恕之處，故本院認對被告科以最低度刑實嫌過重，依其情狀處以相當之有期徒刑，即足懲儆並可達防衛社會之目的，爰依刑法第 59 條酌予減輕其刑。審酌被告甲素行良好並無前科，到庭坦承犯行且態度良好，持有及使用扣案土造獵槍之目的要非嚴重危害社會治安及人民安全，並兼衡其智識、生活狀況等一切情狀，依法就其所犯槍砲條例第 8 條第 4 項及野保法第 41 條第 1 項第 1 款等二罪，分別量處如主文第一、二項所示之刑，主文第一項併科罰金部分並諭知如易服勞役之折算標準，主文第二項宣告有期徒刑部分，則併予諭知易科罰金之折算標準。未查，被告甲未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，有臺灣高等法院被告前案紀錄表存卷可考，是其因一時失慮，偶罹刑典，惡性非重且坦承犯行，信其經此偵、審程序後，應能謹慎行事而無再犯之虞，本院因認主文第一、二項所為刑之宣告均以暫不執行為適當，爰各依刑法第 74 條第 1 項第 1 款併予宣告緩刑三年，以啟自新。

四、被告甲因犯槍砲條例第 8 條第 4 項而持有之扣案土造獵槍（槍枝管制編號○○○○○）一枝為違禁物，應依刑法第 38 條第 1 項第 1 款規定，在主文第一項下併予宣告沒收。另按野保法第 52 條第 1 項：犯第 40 條、第 41 條、第 42 條或第 43 條第三項之罪，查獲之保育類野生動物得沒收之；查獲之保育類野生動物產製品及供犯罪所用之獵具、藥品、器具，沒收之特別規定係採義務沒收主義，應優先於刑法第 38 條而適用（最高法院 86 年度臺上字第 356 號判決意旨參照），故扣案已宰殺之保育類野生動物臺灣野山羊及山羌各一隻及被告供獵捕、宰殺保育類野生動物臺灣野山羊及山羌所用之扣案土造獵槍（槍枝管制編號○

○○○○)、鋼珠十顆及喜得釘底火九顆等獵具，則應依野保法第 52 條第 1 項，在主文第二項下併予宣告沒收。。

陸、評析

本案所涉及之爭點有三：

- 一、具有原住民身分之被告持有土造槍枝，並於山中從事研究活動，而因食物不足使用槍枝，該行為得否適用《槍砲彈藥刀械管制條例》（以下簡稱槍砲條例）規定而排除刑事責任？
- 二、倘若該原住民身分得用以阻卻持有槍械的刑責，那麼進一步得否依《野生動物保育法》（以下簡稱野保法）第 21 條之 1 第 1 項之規定，排除獵捕、宰殺野生動物之刑責？
- 三、保育類野生動物，得否計入得否計入野保法第 21 條之 1 除罪事由所及？

就第一項爭點而論，主要的疑義是槍砲條例第 20 條第 1 項所謂「供作生活工具之用」的解釋，雖然實務上有若干較為保守的看法，始終認為應該將「生活」所用侷限於「經濟生活」，但目前較多學說主張的解釋方向，已經轉向以文化活動為中心的綜合評價，亦即應該考慮被告整體行為的目的、手段、週邊環境而作成判斷。就本案而言，被告具有原住民身分，而於山林中從事學術研究，其學術研究的議題同時為原住民之狩獵，被告亦在山林活動過程中，攜帶土造槍枝。被告雖然實施的不是傳統祭儀，但從被告活動的整體目的以觀，仍然應該肯定被告確實有其文化生活的側面，就此爭議而言，法院似應採取較為有利原住民被告的見解為宜。

就第二項爭點，本案被告獵捕、宰殺野生動物的理由，在於其「因糧食匱乏始持以捕殺保育類野生動物食用果腹」，此項理由得否符合野保法第 21 條之 1 第 1 項「基於其傳統文化、祭儀」的規定，即有疑慮。本案法院對於被告相關行為，似乎認為與文化、祭儀無關，僅在最後作為量刑上減輕應負刑責的考量因素而已。然對法院此項見解，本文則有不同意見，與前述的槍砲條例相同，法院對於被告活動似乎採取法

過度限縮的解讀，認為原住民被告的活動不能計入文化活動的範圍。固然本案的情況與祭儀無關，但原住民身分之研究者持槍入山，在山上因糧食告罄而獵捕野生動物，此項活動本來就是原住民族長久的天性與習慣，法院若從漢人的角度來觀察，認為原住民被告的活動是西方式的研究目的，就直接認定被告不得主張野保法除罪事由，不免對於文化概念同樣過度限縮解釋。基於上述理由，本文認為本案應可適用野保法除罪事由，並屬於「基於其傳統文化、祭儀」的一部分。

第三個議題則較不易處理，此即若原住民獵捕的是保育類野生動物，則得否計入野保法第 21 條之 1 除罪事由所及？就此問題，本案法院似乎採取否定見解，不過我國近期實務上的主流意見，已經逐漸走向認同原住民得獵捕保育類野生動物，其理由主要在於除罪事由的規定中，並未言明只限定於保育類野生動物，因此法院認為從文義以觀，不論是保育類或非保育類的野生動物，原則上都可以計入除罪範圍。就此實務近期主流意見，本文亦贊同之，從形式面向而言，立法者既然許可了原住民基於文化理由的獵捕、宰殺權，文字上也未限定在保育類野生動物，沒有理由排除保育類野生動物；而從實質以觀，原住民對於山林的破壞，遠小於一般漢人的商業開發，在衡量兩者利益時，原則上應以原住民權利作為優先保護的對象，才是合理的價值選擇。

綜合上述，本案法院仍為原住民被告有罪，該判決見解似有再予斟酌的空間。

❖ 相關法律條文

野生動物保育法：野保法第 18 條第 1 項第 1 款、第 2 項、第 21 條之 1、第 41 條第 1 項第 1 款

槍砲彈藥刀械管制條例：第 8 條第 4 項

案例六 繼受槍械與制式散彈

案號 最高法院 104 年度台上字第 3280 號
臺灣高等法院花蓮分院 103 年度原上訴字第 17 號
臺灣臺東地方法院 102 年度原訴字第 61 號

案由 違反槍砲彈藥刀械管制條例等罪

關鍵詞 拾獲槍械

壹、案例事實

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

王○祿明知臺灣野山羊[臺灣長鬃山羊，學名：Capricornis swinhoei（Synonym：Naemorhedus swinhoei），下稱長鬃山羊]及山羌（學名：Muntiacus reevesi），均業經行政院農業委員會（下稱農委會）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，而長鬃山羊及山羌族群量並未逾越環境容許量，竟為供其家人食用，未經主管機關許可，亦非基於學術研究或教育目的，即基於非法獵捕保育類野生動物之犯意聯絡，於 102 年 8 月 24 日晚上 10 時 30 分許，攜帶上開具殺傷力之土造長槍（含瞄準鏡）1 支及番刀 1 把，前往臺東縣○○鄉○○村境內之農委會林務局臺東林區管理處關山工作站（下稱臺東林管處關山工作站）第 3 林班地，在臺東縣○○鄉○○部落的第 3 林班地，持

前揭未經主管機關許可之裝置瞄準鏡之土造長槍，擊發 3 發子彈，獵捕保育類野生動物山羌 1 隻，嗣於翌日（25 日）凌晨 12 時許，在同鄉○○部落第 3 林班地內某處堰塞湖附近山壁，接續以前揭裝置瞄準鏡之土造長槍，擊發子彈 2 發獵殺保育類野生動物長鬃山羊 1 隻。嗣於 102 年 8 月 25 日凌晨 2 時 50 分許，在同鄉○○村即臺東林管處關山工作站第 1 林班地河床，為警攔查，經徵得王○祿同意後搜索，而當場查獲，並扣得其持有，且供非法獵捕、預備獵捕宰殺野生動物所用之物，及所獵捕之保育類野生動物長鬃山羊 1 具（屍體）、山羌 1 具（屍體），始知上情。

貳、訴訟結果

臺灣臺東地方法院 102 年度原訴字第 61 號

王○祿犯非法持有可發射子彈具殺傷力之槍枝罪，處有期徒刑○年○月，併科罰金新臺幣○萬元，罰金如易服勞役，以新臺幣壹仟元折算壹日，扣案之物，沒收；又犯《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○月，扣案之物，均沒收。應執行有期徒刑○年○月，併科罰金新臺幣○萬元，罰金如易服勞役，以新臺幣壹仟元折算壹日。扣案之物，均沒收。

臺灣高等法院花蓮分院 103 年度原上訴字第 17 號

上訴駁回。

最高法院刑事判決 104 年度台上字第 3280 號

上訴駁回。

參、當事人主張

被告具原住民身分，扣得之土造長槍，符合《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項「供作生活工具使用」之自製獵槍，被告自製獵槍為不罰之行為。

肆、爭點

- 一、原住民被告並非親自製造扣案獵槍，而是拾獲扣案獵槍，此種搶獲獵槍的情況得否適用第 1 項而排除刑事責任？
- 二、原住民被告所持有的獵槍，並非一般原住民自行製作的前膛槍或後膛槍獵槍種類，而是「由側邊裝填子彈，即於拉開槍機拉桿後，裝填散彈」，並足可擊發制式散彈，此種槍械是否得認為屬於自製獵槍？

伍、法院見解

一、臺灣臺東地方法院 102 年度原訴字第 61 號

（一）按被告於上開時、地，拾得土造長槍、子彈，並持以獵捕保育類野生動物山羌、長鬃山羊各 1 支，以及經警查獲過程等犯罪事實，業據被告王○祿於警詢、偵查及本院審理中均坦承不諱，核與證人即臺東林管處關山工作站技術士彭○盛於警詢之證述相符，且有搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、臺東縣警察局槍枝初步檢視報告表、會勘報告書、贓物認領保管單、盜獵及查獲現場空照圖各 1 份，及刑案現場照片 16 張、扣案物品照片 1 張等附卷可稽，並有上開土造長槍 1 枝（含瞄準鏡 1 具）、已死亡之山羌 1 隻、長鬃山羊 1 隻扣案為證。而扣案之槍枝，經送內政部警政署刑事警察局採「檢視法、性能檢驗法」進行鑑定，結果：送鑑土造長槍 1 枝（槍枝管制編號○○○○○號），認係土造長槍，由具擊發機構之木質槍身及土造金屬槍管組合而成，擊發功能正常，可供擊發口徑 12GAUGE 制式散彈使用，認具殺傷力等語，此有內政部警政署刑事警察局 102 年 9 月 27 日刑鑑字第○○○○○號鑑定書（含槍枝照片 5 張）1 份在卷可稽。又被告獵捕之山羌 1 隻、長鬃山羊 1 隻，均為保育類野生動物乙節，亦有臺東林管處 103 年 7 月 17 日東授關育字第○○○○○號函及其附件行政院農業委員會公告修正之保育類野生動物名錄節錄各 1 份可證，足見被告前開自白，與事實相符，應可採信。

(二) 按《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項於 90 年 11 月 14 日修正公布前，原規定「原住民未經許可，製造、運輸、陳列或持有自製之獵槍，供作生活工具之用者，減輕或免除其刑，並不適用前條之規定」，修正後第 1 項則規定「原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍，供作生活工具之用者，處新臺幣 2 萬元以下罰鍰，本條例有關刑罰之規定，不適用之」，修正立法理由謂：原住民使用獵槍是有其生活上之需要，以法律制裁持有生活必需品之行為，是對原住民人權之嚴重傷害。因此，原住民持有獵槍者只要登記即可合法，而未經登記者則以行政罰加以處罰，這不但符合《行政程序法》之規定，也保障原住民基本之生活權益等語。又該條例第 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……」，於法條中將「製造」（按：該獵槍如為行為人本人所製造，其製造之行為即吸收持有之行為），與「單純持有」自製獵槍二者分開列舉，可見立法者除容許「製造」之行為外，亦容許「單純持有」自製獵槍之行為。是以，既然係為保障原住民基本生活權益，且尊重其文化生活習慣，乃修正該條例第 20 條第 1 項之規定，則該條例第 20 條第 1 項所稱之「自製獵槍」，除須考量該槍枝之「結構、性能」是否為原住民以其文化所允許之方式製造之外，亦應考量該槍枝之「來源」是否與原住民族文化有關，意即，倘該槍枝係行為人以原住民族文化所允許之方式製造而取得者，固有該條文之適用而不罰；縱行為人所持有之槍枝非自己所製造，惟該槍枝係屬原住民以其文化所允許之方式製造而由行為人繼受取得，此種單純持有自製槍枝之行為，亦應有該條文之適用而不罰，始與立法本旨相契合。

(三) 查被告雖具有布農族原住民身分，此有個人戶籍資料查詢結果、戶籍謄本各 1 份在卷可憑，惟被告於警詢、偵查中均自承：伊是於 102 年 7 月間，在臺東縣○○鄉○○村○○部落往第 1 林班地某處堰塞湖附近的河床撿到等語，足認被告持有之上開槍枝並非其所製造，亦非屬原住民以其文化所允許之方式製造，而由被告繼受取得，尚難認被告取得槍枝之「來源」，與其原住民族文化有何相關，顯與《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項「自製獵槍」之構成要件不符，尚無援引

該條據為被告有利認定之餘地。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之野生動物，《野生動物保育法》第 4 條第 1 項定有明文。查長鬃山羊[學名：Capricornis swinhoei (Synonym: Naemorhedus swinhoei)]及山羌(學名：Muntiacus reevesi)，業經農委會公告列為保育類野生動物，有臺東林管處 103 年 7 月 17 日東授關育字 00000 號函及其附件修正之保育類野生動物名錄節錄乙份在卷可稽。而依目前一般研究調查報告中，並無長鬃山羊及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，故未將長鬃山羊及山羌公告為可利用之保育類野生動物種類。是被告獵捕山羌及長鬃山羊各 1 隻，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。又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，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《野生動物保育法》以資規範。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。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，亦指原住民族基

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》。且查，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」。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族傳統文化之保障間，已於衡平後作出相對之界線與範圍，而以保障原住民族傳統文化為主軸。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。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。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族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族各族「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。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》無異失其衡平物種多樣性之功能，而形同具文。本件被告為山地原住民，其戶籍登記之族別為布農族，有其全戶戶籍資料（完整姓名）查詢結果可按。然被告因有重大傷病，現在家修養，並在家裡種菜維生，業據其供明在卷，核與被告警詢筆錄之受詢問人職業欄記載相符，是被告並非以狩獵營生，狩獵非屬被告之生活方式，應堪認定。本件被

告係基於供家人食用目的而為狩獵，依上述說明，不能將其狩獵解作係依〈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 項附表之基於傳統文化之行為。況且，被告於本院審理時亦供稱知悉為祭儀而狩獵須事前申請許可，是被告既未事前申請許可，也非因傳統文化或祭儀而獵捕保育類野生動物山羌、長鬃山羊各 1 隻，即應依《野生動物保育法》第 41 條規定論以刑罰。綜上所述，本件事證明確，被告犯行均堪認定，俱應依法論科。

（四）法院指出，被告所持有之槍乃是由野外拾取，其取得方式並非其所製造，亦非屬原住民以其文化所允許之方式製造，而由被告繼承取得，尚難認被告取得槍枝之「來源」，與其原住民族文化有何相關，顯與《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項「自製獵槍」之構成要件不符，尚無援引該條據為被告有利認定之餘地。

二、臺灣高等法院花蓮分院 103 年度原上訴字第 17 號

（一）按《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項於 90 年 11 月 14 日修正公布前，原規定「原住民未經許可，製造、運輸、陳列或持有自製之獵槍，供作生活工具之用者，減輕或免除其刑，並不適用前條之規定」，修正後第 1 項則規定「原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍，供作生活工具之用者，處新臺幣 2 萬元以下罰鍰，本條例有關刑罰之規定，不適用之」，修正立法理由謂原住民使用獵槍是有其生活上之需要，以法律制裁持有生活必需品之行為，是對原住民人權之嚴重傷害。因此，原住民持有獵槍者只要登記即可合法，而未經登記者則以行政罰加以處罰，這不但符合《行政程序法》之規定，也保障原住民基本之生活權益等語。又該條例第 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……」，於法條中將「製造」（按：該獵槍如為行為人本人所製造，其製造之行為即吸收持有之行為），與「單純持有」自製獵槍二者分開列舉，可見立法者除容許「製造」之行為外，亦容許「單純持有」自製獵槍之行為。是以，既然係為保障原住民基本生活權益，且尊重其文化生活習慣，乃修正該條例 20 條第 1 項之規定，則該條例第 20 條第 1 項所稱之「自製獵槍」，首應考

量該槍枝之「結構、性能」是否為原住民以其文化所允許之方式製造之，亦可考量該款槍枝之是否因原住民族文化而普遍使用，意即，倘該槍枝係行為人以原住民族文化所允許之方式製造而取得者，固有該條文之適用而不罰；縱行為人所持有之槍枝非自己所製造，惟該槍枝係屬原住民以其文化所允許之方式製造而由行為人繼受取得，此種單純持有自製槍枝之行為，亦應有該條文之適用而不罰，始與立法本旨相契合。

（二）被告雖具有布農族原住民身分，此有個人戶籍資料查詢結果、戶籍謄本各 1 份在卷可憑，惟被告於警詢、偵查中均自承：伊是於 102 年 7 月間，在臺東縣○○鄉○○村○○部落往第 1 林班地某處堰塞湖附近的河床撿到等語，足認被告持有之上開槍枝並非被告自己依照原住民族文化之生活需要所製造。扣案槍枝之結構性能，經送內政部警政署刑事警察局採「檢視法、性能檢驗法」進行鑑定，結果：送鑑土造長槍 1 枝（槍枝管制編號○○○○○號），認係土造長槍，由具擊發機構之木質槍身及土造金屬槍管組合而成，擊發功能正常，【可供擊發口徑 12GAUGE 制式散彈使用】，認具殺傷力等語，此有內政部警政署刑事警察局 102 年 9 月 27 日刑鑑字第○○○○○號鑑定書（含槍枝照片 5 張）1 份在卷可稽。《槍砲彈藥刀械管制條例》之中央主管機關先後於 87 年 6 月 2 日、100 年 2 月 11 日（臺內警字第○○○○○號）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，固增加法律所無之限制，而已逾越法律之授權，法院自不受其拘束。然法院於適用法律時，仍應審酌立法機關尊重、寬容原住民得因供作生活工具之用而自製獵槍，則其供獵槍適用之子彈，自仍應以「自製子彈」為範圍。故原住民族為供作生活工具用而自製獵槍，無論「前膛槍」或「後膛槍」，其所用子彈，係火藥、彈頭分離裝填之「自製子彈」，可見得使用「制式子彈」之獵槍應已逾越原住民供作生活工具用之範圍。因此，就獵槍所裝填火藥或子彈之方式而言，扣案槍枝既係可使用口徑 12 GAUGE【制式散彈】，自非

以原住民族文化所允許之方式製造；且被告亦自白稱扣案槍枝是由側邊裝填子彈，即於拉開槍機拉桿後，裝填散彈等語，益顯與原住民族所自製獵槍不同。況且，被告復自承被告所居住之「部落約有 50 幾戶，有 30 幾戶都有獵槍，這種款式的獵槍在我們部落沒有見過，我沒有看過這種款式的獵槍」，益徵扣案之獵槍款式，並非一般原住民族文化所使用之獵槍，亦為原住民族所認同；準此，扣案槍枝確難視為原住民以其文化所允許之方式製造之獵槍。本案扣案槍枝既非屬原住民以其文化所允許之方式製造，再由被告取得，顯與《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項「自製獵槍」之構成要件不符，尚無援引該條項之規定據為被告有利認定之餘地。

(三) 次按保育類野生動物，係指瀕臨絕種、珍貴稀有及其他應予保育之野生動物，《野生動物保育法》第 4 條第 1 項定有明文。查長鬃山羊[學名：Capricornis swinhoei (Synonym: Naemorhedus swinhoei)]及山羌(學名：Muntiacus reevesi)，業經農委會公告列為保育類野生動物，有上開臺東林管處 103 年 7 月 17 日東授關育字第○○○○○號函及其附件修正之保育類野生動物名錄節錄乙份在卷可稽。依目前一般研究調查報告中，並無長鬃山羊及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，故未將長鬃山羊及山羌公告為可利用之保育類野生動物種類。承上，被告獵捕山羌及長鬃山羊各 1 隻，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。

(四)《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，故不論是基於傳統文化或祭儀而為之狩獵行為，均須遵行〈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之規範。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，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《野生動物保育法》以資規範。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，即難以避免與保育野生動物此一抽象之公益產生價值衝突；而面對此等衝突究應如何調和、取捨，即應由具民主正當性之立法者善加抉擇。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，亦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》。況且，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」。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族傳統文化之保障間，已於衡平後作出相對之界線與範圍，而以保障原住民族傳統文化為主軸。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。又所謂傳統文化，係指存在於原住民族社會已久，並藉由世代相傳而延續至今之價值、規範、宗教、藝術、倫理、制度、語言、符號及其他一切生活內容之總稱，〈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。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。而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。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，均須遵行〈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之限制規範。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》無異失其衡平物種多樣性之功能，而形同具文。

（五）本件被告為山地原住民，其戶籍登記之族別為布農族，有其全戶戶籍資料（完整姓名）查詢結果可按。然被告因有重大傷病，現在家修養，並在家裡種菜維生，業據其供明在卷，核與被告警詢筆錄之受詢問人職業欄記載相符，是被告並非以狩獵營生，狩獵非屬被告之生活方式，應堪認定。本件被告係基於供家人食用目的而為狩獵，依上述說明，不能將其狩獵解作係依〈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 項附表之基於傳統文化之行為。況且，被告於原審審理時，亦供稱知悉為祭儀而狩獵須事前申請許可，是被告既未事前申請許可，也非因傳統文化或祭儀而獵捕保育類野生動物山羌、長鬃山羊各 1 隻，即應依《野生動物保育法》第 41 條規定論以刑罰。

三、最高法院刑事判決 104 年度台上字第 3280 號

（一）按《刑事訴訟法》第 377 條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件原判決維持第

一審依想像競合犯，從一重論處上訴人王○祿犯非法持有可發射子彈具殺傷力之槍枝罪刑之判決，駁回其該部分在第二審之上訴，係依憑上訴人坦承拾獲本案土造長槍而持有等供述，扣案土造長槍及卷附相關之內政部警政署刑事警察局（槍枝）鑑定書、所附照片等證據資料，暨卷內其他證據調查之結果而為論斷，已敘明其所憑證據及得心證之理由，復以查扣之槍枝，上訴人係因拾獲而取得持有，又該槍枝經鑑定結果「由具擊發機構之木質槍身及土造金屬槍管組合而成，擊發功能正常，可供擊發口徑 12 GAUGE 制式散彈使用，認具殺傷力」，敘明如何非屬「原住民自製獵槍」範疇，且逾原住民「供作生活工具之用」以維護原住民族文化之規範目的，所犯與《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項「自製獵槍」之構成要件不符，無該條不罰（刑罰）規定之適用，應依該條例有關刑罰之規定論罪科刑之理由綦詳，並對上訴人辯稱其係原住民，扣案槍枝應屬前揭供作生活工具使用之自製獵槍云云，如何為不可採，併依調查所得證據予以指駁，核其論述乃原審本諸職權之行使，對調查所得之證據而為價值上之判斷，據以認定上訴人該部分之犯罪事實，無違經驗法則與論理法則，亦無所指理由不備或理由矛盾之違法。

且《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項於民國 90 年 11 月 14 日修正公布前，原規定「原住民未經許可，製造、運輸、陳列或持有自製之獵槍，供作生活工具之用者，減輕或免除其刑，並不適用前條之規定。」修正後（第一項）則規定「原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍（略），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」。觀其修法理由，顯係在尊重原住民族傳統習俗、文化及價值觀之權利下，逐步將原住民為供作生活工具之用而製造或持有自製獵槍之行為，從刑事罰改為行政罰。然其排除適用刑罰者，應僅以「原住民自製之獵槍」為限，本件上訴人所持土造長槍係因拾獲而持有，且可供擊發制式散彈使用，原審因認非屬「原住民自製獵槍」，已如前述，論以犯前揭非法持有可發射子彈具殺傷力之槍枝罪，並無不合。上訴意旨猶執前詞，主張扣案槍枝非屬制式或固定兵工廠生產，且係供日常狩獵或維持文化生活所用，自可該當自製之獵

槍，應有《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項不罰規定之適用等情，係就原判決已說明論駁之事項，徒憑己意重為爭辯，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合，應認其非法持有槍枝部分之上訴違背法律上之程式，應予駁回。上開得上訴第三審部分既依程序上予以駁回，則與之有裁判上一罪關係不得上訴第三審侵占遺失物部分之上訴，自亦無從為實體上之審判，應併從程序上駁回。

（二）查第三審上訴書狀，應敘述上訴之理由，其未敘述者，得於提起上訴後十日內補提理由書於原審法院，已逾上述期間，而於第三審法院未判決前仍未提出上訴理由書狀者，第三審法院應以判決駁回之，《刑事訴訟法》第 382 條第 1 項、第 395 條後段規定甚明。本件上訴人因違反《野生動物保育法》案件，不服原審該部分判決，於 104 年 5 月 22 日提起上訴，並未敘述理由，迄今逾期已久，於本院未判決前仍未提出，依上開規定，其該部分上訴自非合法，應併予駁回。

陸、評析

本案主要的爭點包括《槍砲彈藥刀械管制條例》（以下簡稱槍砲條例）與《野生動物保育法》等兩部法律的解釋，但主要的疑義仍以槍砲條例為主，因此本評析乃著重於槍砲條例相關問題的解釋。

本案涉及槍砲條例的爭議與其他評析的案例相同，均與第 20 條第 1 項的適用有關，本案就此涉及二個爭點，分述如下：第一，原住民被告並非親自製造扣案獵槍，而是拾獲扣案獵槍，此種搶獲獵槍的情況得否適用第 1 項而排除刑事責任？第二，原住民被告所持有的獵槍，並非一般原住民自行製作的前膛槍或後膛槍獵槍種類，而是「由側邊裝填子彈，即於拉開槍機拉桿後，裝填散彈」，並足可擊發制式散彈，此種槍械是否得認為屬於自製獵槍，在實務上即有重大爭議。

就第一個問題而言，本研究必須再次強調，本項除罪理由從來不是槍枝本身，而是原住民應獲得國家法律尊重的文化習慣與部落傳統，因此重心不應該過度管涉原住民取得獵槍的方式，而是原住民對於獵槍的持有目的與使用效果，即使原住民搶獲獵槍，亦應擴張解釋槍砲條例第

20 條第 1 項的規定，認可其亦得適用該項規定而排除刑責。

至於第二個問題，本案所涉及的槍械屬於得填裝制式子彈的獵槍，在二審及三審判決中，均認為只要能夠填裝「制式子彈」，就不應該納入自製獵槍的範圍，其理由則是「就獵槍所裝填火藥或子彈之方式而言，扣案槍枝既係可使用口徑 12 GAUGE【制式散彈】，自非以原住民族文化所允許之方式製造」，法院顯然認為原住民族傳統上製造獵槍時，不能夠採取技術上先進、效果上安全的方法，而必須採用技術水準上較低的前、後膛槍技術。此外，其可擊發及填裝的子彈，也必須限定為「自製子彈」，否則即非「自製獵槍」。針對此種實務判決，本研究並不贊同，具體理由有二：首先，自製獵槍不代表一定要技術上落伍且危險性較高的獵槍種類，當個案原住民持有槍械確實供生活工具之用時，就應該認定屬於不構成犯罪的行為，至於該獵槍能夠擊發、填裝何種子彈，根本不是重點所在；其次，貫徹最高法院及高等法院實務見解，無異承認原住民族文化在科學技術上不得進步，不能夠因為時間遞嬗而接收新的科學技術，只能停留在技術落伍的時代，這種看法不僅是對原住民族文化的歧視，更有誤解《憲法增修條文》承認並誓言保護原住民族文化習慣的初衷，受到保護的原住民族文化只是一種落伍的技術，即使原住民有意讓文化更新，甚且呼應社會新局勢或科技新發展，法院仍然不許可。綜合以上兩點，本研究認為實務並無任何正當、充分的理由限制原住民族文化發展的與時俱進，認為原住民只能採用低技術以實踐文化活動的看法，更是無任何正當理由，在這個理解的前提下，應該認為：即使槍械採取較高技術，只要能夠符合「供作生活工具之用」的條件，就不應該認定為仍構成槍砲條例刑責的持有行為。換言之，本案原住民即使持有能夠裝填制式槍彈的獵槍，若能符合「供作生活工具之用」的要求，仍得適用槍砲條例第 20 條第 1 項免除刑事責任。本案判決在此點的見解容有誤會，應予變更。

❖ 相關法律條文

槍砲彈藥刀械管制條例：第 20 條第 1 項

憲法增修條文：第 10 條第 11、12 項

經濟社會文化權利國際公約：第 1 條、第 15 條

公民與政治權利國際公約：第 1 條、第 26 條、第 27 條

二、違反森林法

案例七 砍木燒火案

案號 臺灣嘉義地方法院 102 年度原嘉簡字第 10 號刑事簡易判決

案由 違反《森林法》等罪

關鍵詞 相思木、取火

壹、案例事實

巴○娜明知嘉義縣阿里山樂野村大埔事業區第 227 林班地（下稱第 227 林班地）為行政院農業委員會林務局嘉義林區管理處（下稱嘉義林管處）編定管理之國有林班地，且為保安林地，未經許可不得擅自砍伐、搬運林地內倒伏、餘留之根株、殘材，竟意圖為自己不法之所有，基於竊取森林主產物之犯意，於民國 102 年 4 月 1 日上午 9 時許，駕駛車牌號碼○○○○○號自用小客車，前往上開林班地（TWD97 座標 X：222953、Y：○○○○○），持鏈鋸裁切相思木 19 塊（共計 514 公斤、材積 0.58 立方公尺，價值新臺幣 1,204 元），得手後將相思木塊悉數搬運上車，並將上揭自用小客車車牌拆卸後，啟動車輛運載離去。嗣於同日中午 12 時 20 分許，駕車行經嘉義縣阿里山鄉台 18 線公路 64 公里處時，為警查獲，並扣得相思木 19 塊（已發還嘉義林管處）。

貳、訴訟結果

巴○娜犯《森林法》第 52 條第 1 項第 1、6 款之竊取森林主產物罪，免刑。扣案鏈鋸壹支沒收。

參、當事人主張

被告自承其因經濟考量，乃循家族傳承慣俗砍伐扣案風倒之殘餘相思木樹頭，作為烹煮石篙筍所需柴火之情。

肆、爭點

砍伐風倒之相思木樹頭以作柴火，能否以家族傳統作為阻卻違法事由？

伍、法院見解

被告為鄒族原住民，有個人戶籍資料乙份在卷可考。審酌被告自承其因經濟考量，乃循家族傳承慣俗砍伐扣案風倒之殘餘相思木樹頭，作為烹煮石篙筍所需柴火之情，其為維繫家庭生活費用支出，圖以傳統慣俗方式牟取經濟利益，尚非大量盜取森林主產物逕販售贓木圖利之犯罪動機，及參酌被告砍伐者為原已風倒之相思木，且價值僅新臺幣 1,204 元非鉅，對森林資源之保育及森林公益、經濟效用難謂有何等重大危害可言，其行為在法律上之可非難性甚輕，顯有情輕法重、足堪憫恕之情形，然縱使爰引《刑法》第 59 條規定，減輕其刑後，最低仍應量處「有期徒刑 3 月以上」之刑，考量本案犯罪情節十分輕微顯可憫恕，判處有期徒刑之刑度，顯有過重情事。再者，《森林法》第 50 條規定之竊盜森林主、副產物，搬運、寄藏、收買贓物或牙保者，可認為即係刑法上之普通竊盜罪或贓物罪，而為《刑法》第 61 條第 2 款或第 5 款之案件（最高法院 81 年臺上字第 3521 號判例意旨參照）。《森林法》第 52 條相對同法第 50 條之規定，類同《刑法》第 321 條於同法第 320 條，均為特別規定，亦當屬《刑法》第 61 條第 2 款之案件。爰依《刑法》第 61 條第 2 款規定，併參酌「法院辦理刑事訴訟簡易程序案件應行注意事項第 7 條」之規定，予以免除其刑。至扣案鏈鋸 1 支為被告所有供本案犯罪所用之物，爰依《刑法》第 38 條第 3 項、第 1 項第 2 款之規定宣告沒收。

陸、評析

本案涉及《森林法》第 50 條盜取森林主副產物的犯罪，法院最後見解認為，原住民被告雖然有罪，但是因為犯罪所得價值甚低，其行為對於森林保育及經濟效果影響有限，因此給予被告免刑的判決。雖然在結果上被告並不會受到刑罰的惡害，但值得思考的仍是，是否在本案中被告有無罪的空間？

就《森林法》第 50 條的刑責而言，在《森林法》中其實另外有相關的除罪規定，此即《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」，本案法院並未適用此一規定排除原住民被告的刑責，其理由或許是因為目前尚乏相關的管理規則，既然無具體管理規則，若認為被告可以依該項規定阻卻刑事責任，不免難以合理說明。然依本文之見，之所以沒有任何可茲適用的管理規則，其責任並非因被告所致，而是立法且進行司法裁判的國家責任，當國家於立法上並未盡到應有責任時，豈可要求原住民被告為國家立法懈怠而無法適用除罪規定？比較合理的作法，即是在主管機關訂頒管理規則之前，援引相接近法規中，對於原住民合理使用森林產物的意旨，例如《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：[……]二、採集野生植物及菌類」，依其規定，如果原住民在原住民族地區從事採集野生植物的非營利行為時，即應該認定為合法行為，並以之排除《森林法》刑事責任的適用。

基此，本文認為即使欠缺法律授權的管理規則時，不足以直接排除適用法律所規定的阻卻犯罪事由，毋寧應該尊重立法者對於保護原住民族文化、祭儀的立法形成相關精神，並擇納有關立法予以解釋，因此法院應該在判決中，優先考慮被告得否依據《森林法》第 15 條第 4 項的規定排除刑責，尤其當法院已經認定的事實為：「被告自承其因經濟考量，乃循家族傳承慣俗砍伐扣案風倒之殘餘相思木樹頭，作為烹煮石篙

筍所需柴火乙情，其為維繫家庭生活費用支出，圖以傳統慣俗方式牟取經濟利益，尚非大量盜取森林主產物逕販售贓木圖利之犯罪動機」，既然被告並非大量謀取不法經濟利益，而是以傳統慣俗方式追求溫飽，自應有第 4 項適用空間，而因欠缺相關管理規則，就此可擴大適用《原住民族基本法》第 19 條的規定，認定在原住民族地區圖溫飽而無營利事實的原住民被告有利合法利用其野生植物，其行為自屬無罪，但本案法院見解構成上，卻繞過此項之適用，容有可議之處。

❖ 相關法律條文

森林法：第 15 條第 4 項、第 50 條

刑法：第 61 條第 2 款或第 5 款

法院辦理刑事訴訟簡易程序案件應行注意事項：第 7 條

案例八 採桑黃及拾取臺灣水鹿案

案號 臺灣高等法院臺中分院 104 年度原上訴字第 25 號刑事判決
臺灣南投地方法院 103 年度原訴字第 25 號刑事判決

案由 違反《森林法》

關鍵詞 盜採桑黃、拾取臺灣水鹿屍體

壹、案例事實

伍○章、伍○富為父子，全○賢為伍○章之女婿，其 3 人均為南投縣信義鄉之原住民，且均明知南投縣信義鄉巒大事業區第 109 林班地內之桑黃，係行政院農業委員會林務局南投林區管理處（下稱南投林管處）管理之國有林產物，竟利用受僱於南投林管處包商種植樹苗之機會，共同意圖為自己不法之所有，基於結夥 2 人以上，為搬運贓物，使用車輛，竊取森林副產物之犯意聯絡，於民國 102 年 12 月 2 日上午 6 時 30 分許，由伍○富駕駛伍○章之子伍○祥所有自用小貨車，搭載伍○章、全○賢，前往國有、由南投林管處所管理，坐落南投縣信義鄉○○區○○號林班地（衛星定位座標 X：244622、Y：○○○○○○）之處（下稱被害地點甲），並將上開車輛作為搬運贓物之車輛，徒手竊取桑黃 43 臺斤（山價總計為新臺幣【下同】1 萬 2,900 元）；迨於 102 年 12 月 3 日下午 2 時許，伍○富駕車搭載伍○章、全○賢，將竊得之桑黃載運離去。之後於同日下午 4 時許，途經郡大林道 22 公里（即衛星定位座標 X：242581、Y：○○○○○○之處）（下稱被害地點乙），伍○章見有已死亡之保育類動物臺灣水鹿 1 隻陷於真實姓名不詳之成年人所設置捕獸鋼索之陷阱內，明知該已死亡之水鹿係屬野生動物產製品，依法不得任意持有，竟與伍○富、全○賢另行起意，共同意圖為自己不法之所有，基於竊盜之犯意聯絡，合力徒手竊取上開臺灣水鹿之屍體 1 具後，將之搬至上開自用小貨車，得手後，續由伍○富駕車載運離去。嗣

為警接獲線報於 102 年 12 月 3 日晚上 7 時許，在南投縣信義鄉郡大林道檢查哨前查獲，並在上開自用小貨車車斗內起獲國有森林副產物桑黃 2 袋（業由南投林管處水里工作站技士張○鈞領回）、臺灣水鹿之屍體 1 具，因而查悉上情。

貳、訴訟結果

臺灣南投地方法院 103 年度原訴字第 25 號刑事判決

伍○章結夥二人以上，為搬運贓物，使用車輛，竊取森林副產物，處有期徒刑陸月，併科罰金新臺幣壹萬捌仟柒佰元，有期徒刑如易科罰金，罰金如易服勞役，均以新臺幣壹仟元折算壹日；又結夥三人以上竊盜，處有期徒刑陸月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。應執行有期徒刑拾月，併科罰金新臺幣參萬捌仟柒佰元，有期徒刑如易科罰金，罰金如易服勞役，均以新臺幣壹仟元折算壹日。

伍○富結夥二人以上，為搬運贓物，使用車輛，竊取森林副產物，處有期徒刑陸月，併科罰金新臺幣壹萬捌仟柒佰元，有期徒刑如易科罰金，罰金如易服勞役，均以新臺幣壹仟元折算壹日；又結夥三人以上竊盜，處有期徒刑陸月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。應執行有期徒刑拾月，併科罰金新臺幣參萬捌仟柒佰元，有期徒刑如易科罰金，罰金如易服勞役，均以新臺幣壹仟元折算壹日。

全○賢結夥二人以上，為搬運贓物，使用車輛，竊取森林副產物，處有期徒刑陸月，併科罰金新臺幣壹萬捌仟柒佰元，有期徒刑如易科罰金，罰金如易服勞役，均以新臺幣壹仟元折算壹日；又結夥三人以上竊盜，處有期徒刑陸月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。應執行有期徒刑拾月，併科罰金新臺幣參萬捌仟柒佰元，有期徒刑如易科罰金，罰金如易服勞役，均以新臺幣壹仟元折算壹日。

臺灣高等法院臺中分院 104 年度原上訴字第 25 號刑事判決

上訴駁回。伍○富、全○賢均緩刑參年。

參、當事人主張

一、當時是把桑黃誤認為猴板凳，主觀上無竊盜之犯意。

二、辯護人為被告伍○章辯護稱：被告伍○章在 102 年 12 月 2 日上山工作之餘，因為有痛風宿疾，又曾聽聞部落耆老傳說猴板凳治療痛風症有效，因前於 102 年 10 月間曾向南投林管處申請採摘猴板凳，遂趁上山工作之際自行搜尋採摘林區內之猴板凳，孰知誤桑黃為猴板凳而採摘，被告伍○章前已經申請採摘猴板凳在先，足證明其無不法所有意圖，又依《原住民族基本法》第 19 條第 1 項規定「原住民得在原住民族地區依法從事下列非營利行為：……二、採集野生植物及菌類。……前項各款，以傳統文化、祭儀或自用為限」，被告伍○章屬布農族，然因在山林中生活，是被告伍○章以採食菌菇治療疾病，均係其長久以來居住該環境之慣俗，而且採摘目的在自用治療痛風宿疾，並無營利行為，是按《原住民族基本法》精神，被告伍○章之被起訴行為所取得之桑黃純屬自用，並無營利行為，又為其慣俗行為，應無不法等語。

三、搭載被告伍○章、全○賢，至被害地點甲種植樹苗之事實，惟堅詞否認有前揭違反《森林法》犯行，均辯稱：其 2 人一上山下車就開始種樹苗，完全不知情，不知道伍○章跑出去撿桑黃，是被警察查獲時才知道車上有放桑黃云云；辯護人為被告伍○富、全○賢辯護稱：被告伍○富、全○賢並不知悉被告伍○章誤採桑黃，且被告伍○富、全○賢並無「痛風」之宿疾，無與被告伍○章有採摘猴板凳或桑黃之犯意聯絡或行為分擔等語。

主觀上無竊盜之犯意；又辯護人為被告伍○章辯護稱：被告伍○章下山途中發現並搬運已死之臺灣水鹿屍體 1 具，純粹係因為原住民山區進入 12 月已經係冬季休耕期，加上部落聖誕節及過新年需要存糧，為免臺灣水鹿繼續腐爛浪費，擬運回山下處理充為糧食，雖其為他人所設陷阱之獵物，惟該水鹿已經死亡倒臥郡大林區，已非有主之物，被告伍○章撿拾並非竊取，被告伍○章雖屬布農族，然因也在山林中生活，是被告伍○章撿拾倒臥已死亡之臺灣水鹿屍體 1 具，充為休耕期間部落過

節慶之糧食，係其長久以來居住該環境之慣俗，是按《原住民族基本法》精神，被告伍○章所取得之物純屬自用，並無營利行為，又為其慣俗行為應無不法等語；另辯護人為被告伍○富、全○賢辯護稱：被告伍○富、全○賢撿拾臺灣水鹿屍體 1 具並運回，事實上係為準備過聖誕節及新年存糧，因冬季為原住民山區休耕期，原住民該時如果沒有外面打零工機會，生活所需則必須自給自足，住在山林取之山林，為原住民生活之道，被告伍○富、全○賢並無竊取臺灣水鹿屍體 1 具之意圖等語。

肆、爭點

採取桑黃為治療疾病是否為原住民族慣俗行為？

拾取臺灣水鹿屍體是否有《野生動物保育法》第 21 條之 1 適用？

伍、法院見解

一、臺灣南投地方法院 103 年度原訴字第 25 號刑事判決

（一）被告伍○章及其辯護人均以被告伍○章前向南投林管處申請採摘猴板凳在先，乃將桑黃誤認為猴板凳而取之，足證明被告伍○章無不法所有意圖等語置辯，惟「松生擬層孔菌」俗稱為「猴板凳」，其子實體背面呈棕褐色，腹面乳白色，傘徑 5 至 30 公分，呈扇形或半圓形，周緣通常由 1 層白色組織環繞，邊緣白色或老時呈紅褐色，為多年生硬殼菌，每年生長一環，故可達到相當大之體積，是木棲寄生之中型菇類，生長於如臺灣等地之低中海拔林區，海拔 1,500 公尺以下常見，而桑黃學名為鮑氏層孔菌，寄生於野生桑樹之多孔菌，屬針裂蹄蘑菇，桑黃在活的桑樹幹上，有如黑色的瘤一般，質地堅硬，彷彿樹幹之變形物，且其子實體子實層面為鮮黃色，菌肉部分亦為鮮黃色，分佈在臺灣中、南部中海拔山區，有網路列印之菌類學習資源、松生擬層孔菌、著名藥用真菌「桑黃」新種發現、桑黃傳奇及相關資料各 1 份在卷可參，可見猴板凳與桑黃係不同之菌類，且外觀截然不同，又被告伍○章亦自承係受雇為南投林管處種植樹苗，是被告伍○章既為從事種植樹苗之人，實有能力分辨猴板凳與桑黃之不同，另被告伍○章前向南投林管處

申請採集猴板凳野生植物，可見被告伍○章對於猴板凳應有相當之認識及瞭解，始會向南投林管處申請採集猴板凳，而無將桑黃誤為猴板凳之可能，參以臺灣山林區佔地廣闊，桑黃分布在臺灣中、南部中海拔山區，目前為稀有及瀕危狀態，有著名藥用真菌「桑黃」新種發現資料 1 份附卷可參，非在該山林區成長而熟知地形、林木分佈狀況之人，如未預先勘查地形，絕無可能偶然於茫茫山區中，不費吹灰之力即得撞見昂貴且極難覓得之原生桑黃，再南投林管處接獲被告伍○章之聲請後，以 102 年 10 月 25 日投作字第○○○○○號函請南投林管處水里工作站就申請採集地點派員調查該野生植物之生產季節、價值及預估可採取數量，並副知被告伍○章略以：有關採取副產物或藥用林產物者，依〈國有林林產物處分規則〉第 14 條規定應按其生產季節核定之，每案最多以 10 個林班為限，有 2 人以上申請者時，應以標售或比價方式行之等語，有南投林管處上開函 1 份附卷可佐，觀之上開內容，語意明確，實無使人誤認南投林管處已同意被告伍○章採集猴板凳，益徵被告伍○章主觀上顯具有意圖為自己不法之所有之竊取上開桑黃之犯意。是被告伍○章及其辯護人上開所辯，殊無足採。

(二) 上開桑黃總重為 43 臺斤，放置於上開自用小貨車車斗之前半部，佔用之體積非小，有南投林管處國有林主副產物被害價金查定書 1 份、照片 2 張在卷可憑，以正常人在崎嶇山路之負力狀況衡量，依上開桑黃重量、體積來看，獨自一人無法完成自被害地點甲採摘後將之搬運下山，又本案盜採之桑黃體積重量龐大、數量又多，從開始盜採起迄搬運至上開自用小貨車應需花費相當之時間，為免犯行暴露或贓物被人盜走，不可能將所竊得之桑黃留在原地或分次運走，為順利一次載走贓物，自須事先安排前來載運贓物之駕駛者及車輛，其後更須有銷贓管道以免前功盡棄，可知以竊取森林林產物之犯罪型態而言，從擇定勘查盜採地點、尋覓盜採者、帶領入山及現場指揮盜採、裁切搬運贓物、安排車輛及駕駛者、到最終置放贓物地點及銷贓管道之處理，各階段均需熟知臺灣交易贓物市場，並有一定人脈可資運用之人縝密策畫，並集數人協力分工始能得逞，其中任一環節倘因人為因素阻止或拖延，非但會功

虧一簣，亦能導致犯行暴露遭查獲之風險。職此之故，為防免盜採之桑黃得手後，因搬運贓物之車輛使用出狀況導致先前所花費之人力物力盡付流水，被告伍○章實不可能安排對本件犯行毫不知悉或無意願之車輛駕駛者負責載運贓物之犯罪行為，堪認被告伍○富駕車搭載被告伍○章、全○賢前往被害地點甲之當時，被告伍○富、全○賢應知悉前往被害地點甲係要盜採桑黃並將之載運下山，方合乎事理，況被告全○賢於103年5月23日偵訊時亦供稱：43臺斤之桑黃是在我工作附近採的，是我去採的等語相符，益徵上開桑黃是由被告伍○章、伍○富、全○賢負責竊取並搬運上車後載運下山甚明，被告伍○章於警詢時供稱：桑黃都是我從工地附近拿到的等語；準備程序時供稱：我跟林務局包工程，然後請伍○富、全○賢幫忙工作，3個人一起上山工作，他們工作時，我就去巡視工地，然後在工地看到桑黃，我就把它帶到車上去，他們都不知道云云，難以採信。被告伍○富、全○賢及其等辯護人上開所辯，實非可採。

（三）辯護人主張：被告伍○章屬布農族，在山林中生活，以採食菌菇治療疾病，均係其長久以來居住該環境有的慣俗，是按《原住民族基本法》精神，被告伍○章、伍○富、全○賢所取得之桑黃純屬自用，並無營利行為，又為其慣俗行為應無不法云云。惟《森林法》於93年1月20日增訂第15條第4項規定：「森林位於原住民族傳統領域土地者，原住民族得依其生活慣俗需要，採取森林產物，其採取之區域、種類、時期、無償、有償及其他應遵行事項之管理規則，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之」。其立法理由係將原施行細則第16條有關國有林區內當地居民採取雜草、枯枝、落葉之許可規定，提昇至法律位階，顯見該法第15條第4項之立法目的係將原住民在國有林區採取雜草、枯枝、落葉之行為合法化，而本案並非僅撿拾、採取「雜草」、「枯枝」、「落葉」等，而係採取43臺斤且有相當經濟價值之桑黃，顯與立法理由所規範之行為態樣不同。然該法第15條第4項就原住民採取森林產物之區域、種類、時期、無償、有償等事項，係授權主管機關制定法規命令，以限制其範圍，《原住民族基本法》第19條第1

項亦規定：「原住民得在原住民族地區『依法』從事下列非營利行為：……二、採集野生植物及菌類」，顯見原住民族於傳統領域內採取森林產物、野生植物及菌類，仍須依法定之方式、範圍加以運用，非謂全然不受法律之規範，雖迄今中央及原住民族主管機關尚未就此制定其管理規則，惟依〈國有林產物處分規則〉第 14 條之規定：「林產物有下列情形之一，得專案核准採取：……七、原住民造林開墾，為排除障礙，須採取竹木，經查明屬實者。八、原住民為生產上之必要，其建造自住房屋、自用家具及農具用材須用者。十、採取副產物或藥用林產物者。……十二、打撈漂流竹木者」。第 17 條並規定：「凡申請專案核准採取者，應向管理機關申請之」。查被告伍○章、伍○富、全○賢係山地原住民，有其等之個人戶籍資料（完整姓名）查詢結果各 1 份附卷可稽，又被告採取桑黃所在之被害地點甲，該座標地點係屬原住民族委員會原住民族傳統領域調查成果範圍內，亦有該委員會 104 年 3 月 13 日原民經字第○○○○○號函 1 份附卷可參，再依上開說明，顯見原住民採取森林副產物，仍須向管理機關「專案申請」核准始得為之，本件採取之桑黃 43 臺斤，數量龐大，顯已逾一般日常生活所需，已非原住民單純撿拾枯枝、落葉資為一般日常生活運用所得比擬，更遑論供「世代相傳反覆實踐為傳統文化活動、祭儀」之用，況被告伍○章、伍○富、全○賢非依法定方式採取，業據證人張○鈞於警詢證述明確，是辯護人上開主張，尚無從為被告伍○章、伍○富、全○賢免罰之依據。綜上以觀，被告伍○章、伍○富、全○賢及其等辯護人上揭所辯，洵非可採，事證明確，被告伍○章、伍○富、全○賢上揭犯行均堪以認定，應依法論科。

（四）被告伍○章、伍○富、全○賢有於 102 年 12 月 3 日 16 時許在被害地點乙，見有不詳姓名之盜獵者所設陷阱之捕獸鋼索套住已死之臺灣水鹿 1 隻，其等即合力將上開臺灣水鹿屍體 1 具搬上車牌號碼○○○○號自用小貨車車斗內，嗣為警於同月 3 日 19 時許，在信義鄉郡大檢查哨前攔檢，並於上開自用小貨車車斗內起獲上開臺灣水鹿屍體 1 具等情，業據被告伍○章、伍○富、全○賢於警詢、偵訊、準備程序、

審理中所坦認，並經證人即南投縣政府農業處林務保育科人員盧○輔於警詢時證述明確，復有南投縣政府警察局信義分局扣押物品目錄表、贓物認領保管單、國立屏東科技大學研究發展處野生動物保育服務中心物種鑑定書、森林暨自然保育警察隊南投分隊代保管條、南投縣政府警察局信義分局信義派出所贓物保管單、野生動物（水鹿）受害位置圖、南投縣政府警察局信義分局信義派出所刑事案件陳報單、職務報告各 1 份、信義分局信義派出所搜索扣押筆錄 3 份、照片 5 張在卷可稽，此部分之事實堪認為真正。

（五）被告伍○章、伍○富、全○賢於警詢時均供稱：臺灣水鹿 1 隻是我們大約於 102 年 11 月（應係 12 月之誤）3 日 16 時許在下山返家的路上發現的，我們發現時它已經被別人放的捕獸鋼索套在脖子死了，我們就想說順便帶回去吃等語；被告伍○富於偵訊時供稱：臺灣水鹿是在當日 16 時許撿到的，現場有陷阱，但是誰放的我不知道等語；被告伍○章、伍○富、全○賢於偵訊時均證（供）稱：臺灣水鹿確實是我們在別人的陷阱撿到的等語，堪認被告伍○章、伍○富、全○賢，當知現場不詳姓名之成年人設置之捕獸鋼索套住之臺灣水鹿確為他人所有之物，未得所有人之同意，不得任意拿取等情甚明，辯護人所稱被告伍○章、伍○富、全○賢僅係撿拾無主物之辯解，不可採信。按刑法上之竊盜罪，係以行為人具有為自己或第三人不法所有之意圖為必要，而所謂「不法所有意圖」，係指欠缺適法權源，仍圖將財產移入自己或第三人實力支配管領下，得為使用、收益或處分之情形而言。他人捕獲之動物，未經所有權人同意，不得擅自據為己有，乃一普遍之法律常識。被告伍○章、伍○富、全○賢縱未受法學教育，但非智識低下之人，對於此一法規範所禁止之事項當有認識，其明知不詳姓名之盜獵者所設陷阱之捕獸鋼索套住臺灣水鹿，其等仍合力將上開臺灣水鹿屍體 1 具搬上自用小貨車車斗內，圖將之據為所有，難謂被告伍○章、伍○富、全○賢無為自己不法所有之意圖，辯護人辯稱：被告伍○富、全○賢並無意圖為自己不法之所有等語，難以足採。

（六）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，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 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」。依其文義，當是允許原住民族基於其傳統文化、祭儀而有獵捕、宰殺、利用之必要，即可獵捕、宰殺、利用野生動物，包括保育類野生動物及一般類野生動物，惟仍須合於《野生動物保育法》第 21 條之 1 第 2 項之規定。復按《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。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。查被告伍○章、伍○富、全○賢均為山地原住民，有其等之個人戶籍資料（完整姓名）查詢結果 3 份附卷可稽，又不詳姓名之盜獵者所設陷阱之捕獸鋼索套住已死之臺灣水鹿屍體 1 具及被告伍○章、伍○富、全○賢合力將上開臺灣水鹿屍體 1 具搬上車牌號碼○○○○○號自用小貨車所在即被害地點乙，係屬原住民族委員會原住民族傳統領域調查成果範圍內，亦有該委員會 104 年 3 月 13 日原民經字第○○○○○號函 1 份附卷可參，其等共同將他人所設陷阱之捕獸鋼索套住已死之保育類動物

臺灣水鹿屍體 1 具竊取得手載運回家，自非屬對活體野生動物之獵捕、宰殺或利用，應無《原住民族基本法》第 19 條及《野生動物保育法》第 21 條之 1 規定之適用。況卷內亦查無被告伍○章、伍○富、全○賢業經主管機關許可得在被害地點乙所屬區域內從事獵捕、宰殺或利用野生動物之行為，其等具有意圖為自己不法所有之竊盜犯意甚明，核與《原住民族基本法》第 19 條及《野生動物保育法》第 21 條之 1 規定之立法精神相違，自難依上開規定免其等涉犯之刑事責任，辯護人上開所辯容有誤會。

二、臺灣高等法院臺中分院 104 年度原上訴字第 25 號刑事判決

（一）被告伍○富有於 102 年 12 月 2 日上午 6 時 30 分許，駕駛車號○○○○○號自用小貨車，搭載被告伍○章、全○賢，至被害地點甲，於同月 3 日下午 2 時許由被告伍○富駕車搭載被告伍○章、全○賢下山，嗣為警於同日晚上 7 時許，在信義鄉郡大檢查哨前攔檢，並於上開自用小貨車車斗內起獲桑黃 43 臺斤等情，業據證人即南投林管處水里工作站技士張○鈞於警詢時證述明確，且為被告伍○章、伍○富、全○賢所不爭執，並有南投縣政府警察局信義分局扣押物品目錄表、贓物認領保管單、南投林管處國有林主副產物被害價金查定書、森林副產物-桑黃受害位置圖、南投縣政府警察局信義分局信義派出所刑事案件陳報單、職務報告各 1 份、信義分局信義派出所搜索扣押筆錄 3 份、照片 8 張在卷可稽，該部分之事實堪認為真正。

（二）被告伍○章及其辯護人均以被告伍○章前向南投林管處申請採摘猴板凳在先，乃將桑黃誤認為猴板凳而取之，足證明被告伍○章無不法所有意圖等語置辯。惟查，「松生擬層孔菌」俗稱為「猴板凳」，其子實體背面呈棕褐色，腹面乳白色，傘徑 5 至 30 公分，呈扇形或半圓形，周緣通常由 1 層白色組織環繞，邊緣白色或老時呈紅褐色，為多年生硬殼菌，每年生長一環，故可達到相當大之體積，是木棲寄生之中型菇類，生長於如臺灣等地之低中海拔林區，海拔 1,500 公尺以下常見，而桑黃學名為鮑氏層孔菌，寄生於野生桑樹之多孔菌，屬針裂蹄蘑菇，

桑黃在活的桑樹幹上，有如黑色的瘤一般，質地堅硬，彷彿樹幹之變形物，且其子實體子實層面為鮮黃色，菌肉部分亦為鮮黃色，分佈在臺灣中、南部中海拔山區，有網路列印之菌類學習資源、松生擬層孔菌、著名藥用真菌「桑黃」新種發現、桑黃傳奇及相關資料各 1 份在卷可參，顯見猴板凳與桑黃係不同之菌類，且外觀截然不同；又被告伍○章亦自承係受僱為南投林管處種植樹苗，是被告伍○章既為從事種植樹苗之人，實有能力分辨猴板凳與桑黃之不同；另被告伍○章前向南投林管處申請採集猴板凳野生植物，可見被告伍○章對於猴板凳應有相當之認識及瞭解，始會向南投林管處申請採集猴板凳，而無將桑黃誤為猴板凳之可能。參以臺灣山林區佔地廣闊，桑黃分布在臺灣中、南部中海拔山區，目前為稀有及瀕危狀態，有著名藥用真菌「桑黃」新種發現資料 1 份附卷可參，非在該山林區成長而熟知地形、林木分佈狀況之人，如未預先勘查地形，絕無可能偶然於茫茫山區中，不費吹灰之力即得撞見昂貴且極難覓得之原生桑黃；再者，南投林管處接獲被告伍○章之聲請後，以 102 年 10 月 25 日投作字第○○○○○號函請南投林管處水里工作站就申請採集地點派員調查該野生植物之生產季節、價值及預估可採取數量，並副知被告伍○章略以：有關採取副產物或藥用林產物者，依〈國有林林產物處分規則〉第 14 條規定應按其生產季節核定之，每案最多以 10 個林班為限，有 2 人以上申請者時，應以標售或比價方式行之等語，有南投林管處上開函 1 份附卷可參，觀之上開內容，語意明確，實無使人誤認南投林管處已同意被告伍○章採集猴板凳，益徵被告伍○章主觀上顯具有意圖為自己不法之所有而竊取上開桑黃之犯意。是被告伍○章及其辯護人上開所辯，洵無足採。

（三）被告伍○章於警詢時雖供稱：桑黃都是我從工地附近拿到的等語；原審準備程序中供稱：我跟林務局包工程，然後請伍○富、全○賢幫忙工作，3 個人一起上山工作，他們工作時，我就去巡視工地，然後在工地看到桑黃，我就把它帶到車上去，他們都不知道云云；復於本院審理中以證人身分證稱：「（扣案的桑黃是誰取得的？）桑黃是我自己取得的，不是工作取得的，我也不知道是桑黃還是猴板凳，我是要自己

吃的，不是要賣的」、「（猴板凳你是怎麼採回開車的地方的？）我是一點一點由路上慢慢搬到我的車上」、「（你將誤以為猴板凳的桑黃拿到車上的時候，你有無告知兒子女婿你有採猴板凳的事實？）他們不曉得，他們在工作」、「（他們何時發現你有採猴板凳？）他們不曉得」、……「（桑黃你拿到之後，你是放在車子的哪裡？）裝在袋子裡，放在車上」、「（他們兩個都沒有看到？）沒有」等語。然查，上開查獲之桑黃總重為 43 臺斤，放置於上開自用小貨車車斗之前半部，佔用之體積非小，有南投林管處國有林主副產物被害價金查定書 1 份、照片 2 張在卷可憑；而以正常人在崎嶇山路之負力狀況衡量，依上開桑黃重量、體積來看，獨自一人無法完成自被害地點甲採摘後將之搬運下山，又本案盜採之桑黃體積重量非少、數量又多，從開始盜採起迄搬運至上開自用小貨車應需花費相當之時間，為免犯行暴露或贓物被人盜走，不可能將所竊得之桑黃留在原地或分次運走，為順利一次載走贓物，自須事先安排前來載運贓物之駕駛者及車輛，其後更須有銷贓管道，以免前功盡棄，衡以一般竊取森林林產物之犯罪型態，從擇定勘查盜採地點、尋覓盜採者、帶領入山及現場指揮盜採、裁切搬運贓物、安排車輛及駕駛者、到最終置放贓物地點及銷贓管道之處理，各階段均需集數人協力分工始能得逞，其中任一環節倘因人為因素阻止或拖延，非但會功虧一簣，亦能導致犯行暴露遭查獲之風險。是為防免盜採之桑黃得手後，因搬運贓物之車輛使用出狀況，導致先前所花費之人力物力盡付流水，被告伍○章實不可能安排對本件犯行毫不知悉或無意願之車輛駕駛者負責載運贓物之犯罪行為，堪認被告伍○富駕車搭載被告伍○章、全○賢前往被害地點甲之當時，被告伍○富、全○賢均應知悉前往被害地點甲係要盜採桑黃，並將之載運下山，方合乎事理。參以被告伍○章與伍○富、全○賢係父子、翁婿之關係，是被告伍○章所為上開供述及證詞，顯係迴護被告伍○富、全○賢之詞，自難採信。準此，上開桑黃係由被告伍○章、伍○富、全○賢所共同竊取而搬運上車後載運下山甚明，被告伍○富、全○賢及其等辯護人上開所辯，實非可採。

（四）辯護人雖主張：被告伍○章屬布農族，在山林中生活，以採

食菌菇治療疾病，均係其長久以來居住該環境的慣俗，是按《原住民族基本法》精神，被告伍○章、伍○富、全○賢所取得之桑黃純屬自用，並無營利行為，又為其慣俗行為，應無不法等語。惟按《森林法》於 93 年 1 月 20 日增訂第 15 條第 4 項規定：「森林位於原住民族傳統領域土地者，原住民族得依其生活慣俗需要，採取森林產物，其採取之區域、種類、時期、無償、有償及其他應遵行事項之管理規則，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之」。其立法理由係將原施行細則第 16 條有關國有林區內當地居民採取雜草、枯枝、落葉之許可規定，提昇至法律位階，顯見該法第 15 條第 4 項之立法目的，係將原住民在國有林區採取雜草、枯枝、落葉之行為合法化，而本案並非僅撿拾、採取「雜草」、「枯枝」、「落葉」等，而係採取 43 臺斤且有相當經濟價值之桑黃，顯與立法理由所規範之行為態樣不同。然該法第 15 條第 4 項就原住民採取森林產物之區域、種類、時期、無償、有償等事項，係授權主管機關制定法規命令，以限制其範圍，《原住民族基本法》第 19 條第 1 項亦規定：「原住民得在原住民族地區『依法』從事下列非營利行為：……二、採集野生植物及菌類」。顯見原住民族於傳統領域內採取森林產物、野生植物及菌類，仍須依法定之方式、範圍加以運用，非謂全然不受法律之規範，雖迄今中央及原住民族主管機關尚未就此制定其管理規則，惟依〈國有林產物處分規則〉第 14 條之規定：「林產物有下列情形之一，得專案核准採取：……七、原住民造林開墾，為排除障礙，須採取竹木，經查明屬實者。八、原住民為生產上之必要，其建造自住房屋、自用家具及農具用材須用者。十、採取副產物或藥用林產物者。……十二、打撈漂流竹木者」。該規則第 17 條並規定：「凡申請專案核准採取者，應向管理機關申請之」。經查，被告伍○章、伍○富、全○賢係山地原住民，有其等之個人戶籍資料（完整姓名）查詢結果各 1 份附卷可稽，又被告 3 人採取桑黃所在之被害地點甲，該座標地點係屬原住民族委員會原住民族傳統領域調查成果範圍內，亦有該委員會 104 年 3 月 13 日原民經字第○○○○○號函 1 份附卷可參，依上開說明，顯見原住民採取森林副產物，仍須向管理機關「專案申請」核准始

得為之，本件採取之桑黃 43 臺斤，數量龐大，顯已逾一般日常生活所需，已非原住民單純撿拾枯枝、落葉資為一般日常生活運用所得比擬，更遑論供「世代相傳反覆實踐為傳統文化活動、祭儀」之用；況被告伍○章、伍○富、全○賢非依法定方式採取，業據證人張○鈞於警詢證述明確，是辯護人上開主張，尚無從為被告伍○章、伍○富、全○賢免罰之依據。

（五）訊據被告伍○章、伍○富、全○賢固均坦承於 102 年 12 月 3 日下午 4 時許，在被害地點乙，見有不詳姓名之盜獵者所設陷阱之捕獸鋼索套住已死之臺灣水鹿 1 隻，其等即合力將上開臺灣水鹿屍體 1 具搬上車號○○○○○號自用小貨車車斗內，嗣為警於同日晚上 7 時許，在信義鄉郡大檢查哨前攔檢，並於上開自用小貨車車斗內起獲上開臺灣水鹿屍體 1 具之事實，惟均矢口否認有何竊盜之犯行，均辯稱：主觀上無竊盜之犯意云云；又辯護人為被告伍○章辯護稱：被告伍○章下山途中發現並搬運已死之臺灣水鹿屍體 1 具，純粹係因為原住民山區進入 12 月已經係冬季休耕期，加上部落聖誕節及過新年需要存糧，為免臺灣水鹿繼續腐爛浪費，擬運回山下處理充為糧食，雖其為他人所設陷阱之獵物，惟該水鹿已經死亡倒臥郡大林區，已非有主之物，被告伍○章撿拾並非竊取，被告伍○章雖屬布農族，然因也在山林中生活，是被告伍○章撿拾倒臥已死亡之臺灣水鹿屍體 1 具，充為休耕期間部落過節慶之糧食，係其長久以來居住該環境之慣俗，是按《原住民族基本法》精神，被告伍○章所取得之物純屬自用，並無營利行為，又為其慣俗行為應無不法等語；另辯護人為被告伍○富、全○賢辯護稱：被告伍○富、全○賢撿拾臺灣水鹿屍體 1 具並運回，事實上係為準備過聖誕節及新年存糧，因冬季為原住民山區休耕期，原住民該時如果沒有外面打零工機會，生活所需則必須自給自足，住在山林取之山林，為原住民生活之道，被告伍○富、全○賢並無竊取臺灣水鹿屍體 1 具之意圖等語。

（六）被告伍○章、伍○富、全○賢於 102 年 12 月 3 日下午 4 時許，在被害地點乙，見有不詳姓名之盜獵者所設陷阱之捕獸鋼索套住已死之臺灣水鹿 1 隻，其等即合力將上開臺灣水鹿屍體 1 具搬上車牌號碼

○○○○○號自用小貨車車斗內，嗣為警於同月 3 日晚上 7 時許，在信義鄉郡大檢查哨前攔檢，並於上開自用小貨車車斗內起獲上開臺灣水鹿屍體 1 具等情，業據被告伍○章、伍○富、全○賢於警詢、偵查、原審及本院審理中所自承，並經證人即南投縣政府農業處林務保育科人員盧○輔於警詢時證述明確，復有南投縣政府警察局信義分局扣押物品目錄表、贓物認領保管單、國立屏東科技大學研究發展處野生動物保育服務中心物種鑑定書、森林暨自然保育警察隊南投分隊代保管條、南投縣政府警察局信義分局信義派出所贓物保管單、野生動物（水鹿）受害位置圖、南投縣政府警察局信義分局信義派出所刑事案件陳報單、職務報告各 1 份、信義分局信義派出所搜索扣押筆錄 3 份、照片 5 張在卷可稽，此部分之事實堪認為真正。

（七）按刑法上之竊盜罪，係以行為人具有為自己或第三人不法所有之意圖為必要，而所謂「不法所有意圖」，係指欠缺適法權源，仍圖將財產移入自己或第三人實力支配管領下，而為使用、收益或處分之情形而言；是他人持有之物，縱屬依法不得任意持有之物，在未經該持有人同意下，仍不得擅自據為己有。本件被告伍○章、伍○富、全○賢於警詢時均供稱：臺灣水鹿 1 隻是我們大約於 102 年 11 月（應係 12 月之誤）3 日 16 時許在下山返家的路上發現的，我們發現時它已經被別人放的捕獸鋼索套在脖子死了，我們就想說順便帶回去吃等語；被告伍○富於偵訊時供稱：臺灣水鹿是在當日 16 時許撿到的，現場有陷阱，但是誰放的我不知道等語；被告伍○章、伍○富、全○賢於偵查時均證（供）稱：臺灣水鹿確實是我們在別人的陷阱撿到的等語，是堪認被告伍○章、伍○富、全○賢當知現場不詳姓名之成年人設置之捕獸鋼索套住之臺灣水鹿確為他人持有之物，未經該持有人之同意，不得任意拿取等情甚明，辯護人所辯被告伍○章、伍○富、全○賢僅係撿拾無主物云云，顯不可採。又上開遭捕獸鋼索套住之臺灣水鹿於被告 3 人發現當時雖已死亡，惟該死亡之水鹿屍體仍屬《野生動物保育法》第 3 條第 6 款之「野生動物產製品」，依同法第 16 第 2 項規定不得任意持有，是不詳姓名之捕獵者就其所設陷阱之捕獸鋼索套住之臺灣水鹿屍體雖未取得所

有權，惟就其未合法取得所有權之持有物，被告 3 人仍不得擅自據為己有；然被告伍○章、伍○富、全○賢明知不詳姓名之盜獵者所設陷阱之捕獸鋼索套住臺灣水鹿，其等仍合力將上開臺灣水鹿屍體 1 具搬上自用小貨車車斗內，而將之據為所有，難認被告伍○章、伍○富、全○賢無為自己不法所有之意圖，辯護人辯稱：被告伍○富、全○賢並無意圖為自己不法之所有云云，自難採信。

（八）《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，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》；而《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」。依其文義，當是允許原住民族基於其傳統文化、祭儀而有獵捕、宰殺、利用之必要，即可獵捕、宰殺、利用野生動物，包括保育類野生動物及一般類野生動物，惟仍須合於《野生動物保育法》第 21 條之 1 第 2 項之規定。復按《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；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。

查被告伍○章、伍○富、全○賢均為山地原住民，有其等之個人戶籍資料（完整姓名）查詢結果 3 份附卷可稽，又不詳姓名之盜獵者所設陷阱之捕獸鋼索套住已死之臺灣水鹿屍體 1 具及被告伍○章、伍○富、全○賢合力將上開臺灣水鹿屍體 1 具搬上自用小貨車所在即被害地點乙，係屬原住民族委員會原住民族傳統領域調查成果範圍內，亦有該委員會 104 年 3 月 13 日原民經字第○○○○○號函 1 份附卷可參，其等共同將他人所設陷阱之捕獸鋼索套住已死之保育類動物臺灣水鹿屍體 1 具竊取得手載運回家，自非屬對活體野生動物之獵捕、宰殺或利用，應無《原住民族基本法》第 19 條及《野生動物保育法》第 21 條之 1 規定之適用。況卷內亦查無被告伍○章、伍○富、全○賢業經主管機關許可得在被害地點乙所屬區域內從事獵捕、宰殺或利用野生動物之行為，是其等具有意圖為自己不法所有之竊盜犯意甚明，核與《原住民族基本法》第 19 條及《野生動物保育法》第 21 條之 1 規定之立法精神相違，自難依上開規定免其等涉犯之刑事責任，辯護人上開所辯，容有誤會。

陸、評析

本案涉及爭點有二，其一是《野生動物保育法》第 21 條之 1 除罪事由的解釋，相關討論已於本次研究案中著力甚多，就此點在此不再詳細論述。

接下來的討論，主要聚焦於原住民主張採取桑黃自用並為治療疾病之理由，在規範層次上，是否屬原住民族慣俗行為所及，相關問題連結《森林法》第 15 條第 4 項的適用界限應該如何掌握，其條文為：「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」，針對原住民採取桑黃自行使用，是否符合前揭法律規範，法院見解先承認，目前尚無相關的管理規則可茲依循，不過法院接著指出，〈依國有林產物處分規則〉第 14 條及第 17 條，必須另外向主管機關申請事前許可，才能夠採取森林產物，本案原住民並未向主管機關事前申請，故無法排

除刑事責任。

對於以上本案法院的見解，本文則有不同意見。析言之，《森林法》立法之時，對於林產的使用，《森林法》中共有兩項規定處理，其一是前文提過的第 15 條第 4 項，有關於原住民在固有傳統領域內的森林產物使用問題，該項雖然只提及「採取森林產物」的字眼，依其法律文字規定，只要是原住民在固有傳統領域內的利用林地產物行為，應該儘可能地理解為該項規定的「採取森林產物」，而依第 4 項所要求，必須有「管理規則」，但若主管機關未訂明管理規則時，致使原住民無法依規則合法採取森林產物時，仍然不能對於原住民的林產利用行為作出不利評價。此外，還有第 15 條第 3 項有關一般林產的使用規則：「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」，而主管機關基於第 3 項規定，另行制定了「國有林林產處分規則」。

承上，當主管機關未依第 4 項頒布管理規則時，法院轉而適用與法律文字本身無關原住民權益，但在法規命令中竟然出現原住民管制規定的國有林林產處分規則，這種立法適用作法，已經完全超出立法者原先對於原住民權益保障的立法授權，基此，本文認為刑事法院不能只是因為行政機關未即時訂定管理規則，就直接改依無關的第 3 項規定所衍生的處分規則。較合理的作法，其實應該從系爭原住民部落的傳統慣俗，考量其採取林產的範圍、方式、時節，綜合決定該行為的合法性，同時考量《原住民族基本法》第 19 條授權原住民得於原住民族地區內，本於非營利目的而使用林產的意旨，從而直接依據《森林法》第 15 條第 4 項作為原住民採取林產的阻卻違法事由。換言之，即便欠缺管理規則，法院仍應該積極地將保護原住民族的憲法意旨及部落慣俗當作判斷優越利益的參考指標，不必事事取決於主管機關訂頒規定，否則只會讓立法者尊重多元文化的美意落空。本案法院竟直接要求原住民適用第 3 項衍生的處分規則，而以未事前許可為由，認定不得適用第 4 項阻卻違法，其論證恐再須斟酌。。

❖ 相關法律條文

森林法：第 15 條

國有林林產物處分規則：第 14 條及第 17 條

野生動物保育法：第 3 條

原住民族基本法：第 19 條

案例九 燒木取火案**案號** 最高法院 104 年度台上字第 795 號刑事判決**案由** 違反《森林法》等罪**關鍵詞** 相思木、取火**壹、案例事實**

蔡○宏前因施用毒品案件，經臺灣屏東地方法院以民國 102 年度簡字第 615 號判決判處有期徒刑 2 月確定，於 102 年 7 月 30 日易科罰金執行完畢。詎未警惕，於 102 年 11 月 20 日 16 時許，與孫○南（另經原審判處有罪確定）共乘未懸掛車牌之吉普車（不知情之孫○帆所有），抵達行政院農業委員會林務局屏東林區管理處（下稱屏東林管處）管理之荖濃溪事業區第 60 林班地國有林（下稱 60 林班地）之河床處時，因見該處置有遭他人裁切成塊之森林主產物即肖楠木，明知該肖楠木係屬國有，管理機關為屏東林管處，未經主管機關許可，不得任意竊取國有林之森林主產物，竟與孫○南共同意圖為自己不法所有，並基於結夥二人以上，搬運贓物使用車輛竊取森林主產物之犯意聯絡，共同將肖楠木 4 塊【合計材積約 0.47 立方公尺，山價新臺幣（下同）32,431 元】搬運至上開吉普車，得手後旋即離去。嗣因屏東林管處六龜工作站人員在附近進行山溪魚類調查，發現上情，立即拍照、攝影存證，且將攝得影像提供警方追查，而循線查獲。並扣得上開殘存之肖楠木 2 塊（原為 1 塊，裁切成 2 塊。已交由屏東林管處六龜工作站保管）。

貳、訴訟結果

臺灣高雄地方法院 103 年度審原訴字第 18 號刑事判決

蔡○宏共同犯森林法第 52 條第 1 項第 4 款、第 6 款之竊取森林主

產物罪，累犯，處有期徒刑柒月，併科罰金新臺幣陸萬肆仟捌佰陸拾貳元，罰金如易服勞役，以新臺幣壹仟元折算壹日。孫○南共同犯森林法第 52 條第 1 項第 4 款、第 6 款之竊取森林主產物罪，處有期徒刑陸月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日，併科罰金新臺幣陸萬肆仟捌佰陸拾貳元，罰金如易服勞役，以新臺幣壹仟元折算壹日。

臺灣高等法院高雄分院 103 年度上訴字第 936 號刑事判決
上訴駁回。

最高法院 104 年度台上字第 795 號刑事判決

參、當事人主張

伊僅係與孫○南在河床上撿拾漂流木，並未在林班地內撿拾，且不知撿拾地點係在國有林班地之範圍內，並無竊取森林主產物之犯意等語。

原審憑以認定山價基礎之卷附行政院農業委員會林務局屏東林區管理處（下稱屏東林管處）六龜工作站森林主副產物損失價格查定書（下稱森林主副產物損失價格查定書），係依據民國 102 年 12 月 9 日高屏地區當日市價表為查定根據，而非以同年 11 月 20 日上訴人竊取時為計算標準，則原判決關於罰金之計算基礎，有判決不備理由之違法。

原判決就上訴人所為不知案發地點為林班地，主觀上認為一般河床，並無竊取森林主產物之犯意之辯解，未予採納，且對於「海拔較高之處」、「深山區域」符合「森林」之範圍，未說明其認定理由，均有判決不備理由之違法。

上訴人於原審已主張案發當日屬原住民之孫○南為在山上過夜，始撿拾木塊生火取暖等情。詎原審就此，未調查審認是否符合《森林法》第 15 條第 4 項所定原住民依其生活慣俗需要，採取森林產物之情形，復未說明應依《森林法》第 15 條第 4 項授權訂定之「管理規則」，於尚未制定前，關於原住民族在傳統領域土地，如何管理？又究否適用或準用〈國有林產物處分規則〉，亦未向中央主管機關及中央原住民族主

管查明，亦有判決不備理由之違誤云云。

肆、爭點

非原住民基於共犯地位是否亦有適用森林法第 15 條第 4 項之餘地？

伍、法院見解

一、臺灣高雄地方法院 103 年度審原訴字第 18 號刑事判決

（一）業據被告 2 人於本院審理時均坦承不諱，核與證人劉○宏、證人即高雄市政府警察局六龜分局偵查佐郭○昌、證人即被告孫○南之配偶羅○香於警詢及偵查中之證述相符，並有移送機關之扣押筆錄、扣押物品目錄表、贓物認領保管單、森林被害告訴書、空照位置圖、森林主副產物損失價格查定書、土地建物查詢資料、地籍圖查詢資料各 1 份、竊取點影像圖 4 份及現場照片共 30 張在卷可稽。是被告 2 人上開任意性自白與事實相符，堪可作為認定事實之依據。本件事證明確，被告 2 人之犯行，均堪認定，俱應予依法論科。

（二）按森林係指林地及其群生竹、木之總稱。而所謂森林主產物，依〈國有林產物處分規則〉第 3 條第 1 款之規定，係指生立、枯損、倒伏之竹木及餘留之根株、殘材而言。是森林主產物，並不以附著於其生長之土地，仍為森林構成部分者為限，尚包括已與其所生長之土地分離，而留在林地之倒伏竹、木、餘留殘材等。至其與所生長土地分離之原因，究係出於自然力或人為所造成，均非所問，即便係他人盜伐後未運走之木材，既仍在管理機關之管領力支配下，如予以竊取，仍屬竊取森林主產物（最高法院 93 年台上字第 860 號判例參照），是本件被告 2 人駕駛車輛至上述林地內竊取之肖楠木，雖已遭砍伐截斷，而與其所生長土地分離，仍屬森林「主產物」，應無疑義。又其係不詳之人砍伐採切後未運走之木材，且放置在 60 林班地之河床處（座標 X：227462，Y：○○○○○），仍在管理機關即屏東林管處之管領支配力下，被告 2 人使用車輛而予以竊取搬運，仍屬竊取森林主產物。另按《森林法》第 52 條第 1 項第 6 款規定竊取森林主、副產物，為搬運贓

物，使用牲口、車輛、船舶或有搬運造材之設備者，加重處罰，旨在阻止宵小利用易於搬移、運送之設備，助益其搬運贓物脫離現場，以遂其盜取森林產物之目的，資以杜絕森林之濫採行為。其所處罰者，係竊取森林主（副）產物，而利用設備載運贓物脫離現場之行為，故舉凡足供助益行為人搬移、運送贓物之牲口、車船等一切設備，均屬該條文規範之範疇（最高法院 100 年台上字第 1368 號判決意旨參照），本件被告 2 人駕駛上開吉普車至案發地點，而為搬運竊得之肖楠木，復將肖楠木搬運至該吉普車上載離現場，揆諸上開說明，該吉普車當屬《森林法》第 52 條第 1 項第 6 款所指之車輛設備。又《森林法》之竊取森林主產物罪為刑法竊盜罪之特別法，依特別法優於普通法原則，自應優先適用依《森林法》之竊取森林主產物加重罪處斷，不另論以刑法之竊盜罪，而《森林法》第 52 條規定為同法第 50 條之特別規定，亦應優先適用《森林法》第 52 條規定論罪，是本件被告 2 人所為之犯行，應僅論以《森林法》第 52 條第 1 項第 4 款、第 6 款之加重竊取森林主產物罪，併予敘明。

（三）是核被告 2 人所為，均係犯《森林法》第 52 條第 1 項第 4 款、第 6 款之竊取森林主產物罪。被告 2 人就上開竊取森林主產物犯行，有犯意聯絡及行為分擔，應論以共同正犯。至犯《森林法》第 52 條第 1 項之罪兼具數款加重情形時，因竊取行為祇有 1 個，仍祇成立 1 罪，尚非法條競合或犯罪競合。被告蔡○宏有前開受有期徒刑執行完畢之情形，此有臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可佐，其於有期徒刑執行完畢 5 年之內故意再犯本件有期徒刑以上之罪，為累犯，應依刑法第 47 條第 1 項之規定加重其刑。起訴書漏未論及被告蔡○宏為累犯，容有未恰，併予指明。另被告孫○南前因違反《森林法》案件，經本院以 100 年度審訴字第 1934 號判處有期徒刑 6 月確定，因改易服社會勞動尚未執行完畢（執行期間自 102 年 10 月 22 日至 103 年 10 月 21 日），不構成累犯，附此敘明。

（四）爰審酌被告 2 人未顧及維護國家重要森林資源，擅自竊取肖楠木塊，破壞森林自然生態，實不可取；復斟酌其等竊取之肖楠木數

量、價值及方式，及其中肖楠木 1 塊業經六龜工作站領回，此有贓物認領保管單 1 紙在卷足憑，所造成之損害稍有減輕，惟念其等犯後坦承犯行之態度，及參以其等犯罪手段、目的等一切情狀，分別量處如主文所示之刑，並就被告孫○南部分諭知如易科罰金之折算標準。又犯《森林法》第 52 條之加重竊取森林主、副產物罪，應併科之罰金以贓額 2 倍以上、5 倍以下為其額度；所謂「贓額」係指其竊取之森林主、副產物之價額（最高法院 86 年度臺上字第 6566 號判決意旨參照），且贓額之計算，係以山價為準，並不以交易價格之市價為準（最高法院 81 年度臺上字第 1758 號判決意旨參照），如係以就贓物加工或搬運者，自須將該項加工與搬運之費用，扣除計算（最高法院 47 年度台上字第 1095 號判例參照）。另《森林法》第 52 條第 1 項之竊取森林主、副產物罪，關於併科罰金部分，係以贓額（即山價）之倍數（2 倍至 5 倍）為準據，自屬刑法第 33 條第 5 款之特別規定（最高法院 95 年度台上字第 2020 號判決意旨參照），從而，如遇山價計算至百元以下者，乘以倍數後之罰金，仍應計算至百元以下（臺灣高等法院暨所屬法院 99 年法律座談會刑事類提案第 11 號法律問題討論意見可資參照）。此外，《森林法》於 87 年 5 月 27 日修正時，相關罰金之條文均已修正為以新臺幣為罰金之單位，雖同法第 52 條並未予以明示，仍規定「併科贓額 2 倍以上 5 倍以下罰金」，惟同法之罰金條文既已全部修正為以新臺幣為貨幣單位，解釋上該條文之貨幣單位應與其他條文相同。本件被告 2 人所共同竊取之肖楠木 4 塊，經屏東林管處所查定之山價共為 32,431 元之事實，有卷附森林主副產物損失價格查定書 1 份在卷可參，故本院斟酌被告 2 人犯罪情節，爰依《森林法》第 52 條之規定，分別處以所竊取森林主產物山價 32,431 元之 2 倍即 64,862 元（計算式：32,431 元×2=64,862 元）之罰金，並均就罰金部分諭知易服勞役之折算標準。

二、臺灣高等法院高雄分院 103 年度上訴字第 936 號刑事判決

原審認被告罪證明確，因而適用《森林法》第 52 條第 1 項第 4 款、第 6 款，刑法第 11 條前段、第 28 條、第 47 條第 1 項、第 42 條第 3 項前段等規定，並審酌被告未顧及維護國家重要森林資源，擅自竊取

肖楠木塊，破壞森林自然生態，實不可取；復斟酌其等竊取之肖楠木數量、價值及方式，及其中肖楠木 2 塊（原為 1 塊，嗣裁切成 2 塊）業經六龜工作站領回，有贓物認領保管單在卷足憑，所造成之損害稍有減輕，再念其於原審犯後坦承犯行之態度，及參以其犯罪手段、目的等一切情狀，量處有期徒刑 7 月。復斟酌被告犯罪情節，爰依《森林法》第 52 條之規定，處以所竊取森林主產物山價 32,431 元之 2 倍即 64,862 元（計算式：32,431 元×2=64,862 元）之罰金，且就罰金部分諭知易服勞役之折算標準。另敘明被告用以搬運肖楠木之未懸掛車牌之吉普車 1 輛，係不知情之第三人孫一帆所有，業據共犯孫慶南陳明在卷（詳偵卷第 32 頁背面），非屬被告或共犯孫慶南所有之物，爰不予宣告沒收之。其認事用法，核無不合，量刑亦屬允當。被告以否認犯罪為由，提起上訴，指摘原判決不當，為無理由，應予駁回。

三、最高法院 104 年度台上字第 795 號刑事判決

（一）證據之取捨、證據證明力之判斷，以及事實有無之認定，屬事實審法院之職權，苟其取捨判斷與認定，並不違背論理法則及經驗法則，即不容任意指為違法，而執為適法之第三審上訴理由。原判決主要依憑上訴人部分不利於己之供述；證人孫○南、劉○宏（屏東林管處六龜工作站巡山員）之證述；復參酌卷附贓物認領保管單、查獲及蒐證相片、位置圖、森林主副產物損失價格查定書（原判決誤載為「表」），暨其他證據資料等，本於調查所得心證，分別定其取捨，而認定上訴人確有上開之犯行。對於上訴人否認犯行，所為：伊與孫○南係在河床上撿拾漂流木，並未在林班地內撿拾，更不知撿拾地點屬國有林班地，伊無竊取森林主產物之犯意云云等辯詞，以：上訴人經常受僱以挖土機從事漂流木撿拾作業，或由雇主指示之工作範圍，或觀閱及從事撿拾作業時，須隨身攜經濟部水利署第七河川局有關使用挖土機機具，撿拾漂流木之限制之公函等，應知悉使用挖土機機具，撿拾漂流木，僅限於所申請之河川區域，不得在國有林地內為之；又案發地，係在屬較高海拔之高雄市茂林區多納里原住民部落之更高處，且群山環繞，森林覆蓋，是上訴人對該處係屬國有林，置放其上之系爭肖楠漂流木，仍屬森林之

「主產物」，為屏東林管處所管領支配，不得任意撿拾等情，亦無不知之理；上訴人猶與孫○南共同以車輛搬運，自有竊取之犯意等理由，乃認上訴人上開辯解不足採信，亦已俱憑卷證資料，在理由逐一詳加指駁及說明。核此，均係事實審法院採證認事之職權行使，尚難謂有採證違背證據法則、判決不備理由之不當；所為論斷，衡諸經驗及論理法則，亦皆無違背。上訴意旨就此，經核係置原判決所為明白論斷於不顧，仍持已為原判決指駁之陳詞再事爭執，及對於事實審法院取捨證據與自由判斷證據證明力等職權行使，徒以自己之說詞，任意指摘，難謂為適法之第三審上訴理由。

（二）原判決既認定上訴人所為成立犯罪，自係認為上訴人於原審主張伊僅幫助有原住民身分之孫○南撿拾生活所需之林木，符合《森林法》第 15 條第 4 項之規定云云為無理由，其雖未於判決理由中敘明對該主張不予採信之理由，而有微疵，但此於判決之結果顯無影響，依《刑事訴訟法》第 380 條規定，仍不得據為合法之第三審上訴理由。又上訴人於原審並未爭執卷附森林主副產物損失價格查定書關於系爭肖楠木山價之查定標準，迨於法律審之本院始為此主張，自非依據卷內資料執為指摘之合法上訴理由。

陸、評析

本案所涉及之事實為原住民與非原住民共同犯《森林法》之犯罪，原住民被告已於另案起訴並被認定有罪，因此本案僅處理非原住民被告的刑事責任問題，主要之爭點乃該不具有原住民身分之被告，主張自己亦可一併適用原住民被告的除罪事由，則刑法上是否應該許可不具原住民身分被告適用《森林法》的除罪規範？

《森林法》之除罪規範見於《森林法》第 15 條第 4 項，其規定為：「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」，依其規定，只要原住民於其傳統領域中，本於生活慣俗的需求採

取森林產物，若能符合相關管理規則，即可排除《森林法》的刑事責任。該項除罪事由於我國實務上一直以來的爭點在於，現階段尚無主管機關所制定的管理規則，不過此項爭議不應該排除本條之適用，毋寧應該認為，因為行政機關怠惰而無管理規則的責任，不應由原住民負擔，即使無管理規則，原住民若實質上於其傳統領域施行生活慣俗的採取森林產物行為，仍不成罪。

問題是為什麼原住民不成罪？究竟是排除犯罪成立的何項要素。依本文之見，較允宜的解釋應該認定為阻卻違法事由。阻卻違法事由本身是考慮利益權衡，通常是為了高價值利益的保護而許可行為人在特定情況滿足時，可以侵害較低價值的利益，這是整體法秩序面臨多種價值衝突之時，在價值衡量之後的評價結果。

就《森林法》第 15 條第 4 項而言，該項涉及兩種不同類型的價值衝突，其一是《森林法》對於森林的生態保護需求，另一種價值則與原住民族文化權利有關，第 4 項即立法者本於立法時的價值衡量，認為應該優先保護必要的原住民族文化權利，從而許可原住民本於生活慣俗而利用森林物產，基此，本文認為《森林法》第 15 條第 4 項為阻卻違法事由。

既然該項為阻卻違法事由，那麼當原住民符合該項事由而阻卻違法，不構成不法行為時，該原住民所侵害的森林產物利益即屬法秩序下認為必須退讓與原住民族文化權的利益，與該原住民共犯之非原住民，同樣也未構成不法行為。基此，非原住民亦得於其共犯之原住民阻卻違法時，一併適用第 15 條第 4 項的除罪效果。

❖ 相關法律條文

森林法：第 52 條第 1 項第 4 款、第 6 款

三、違反野生動物保育法

案例十 鄒族獵場文化

案號 臺灣高等法院臺南分院 104 年度原上訴字第 1 號刑事判決
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 鄒族獵場、打獵

壹、案例事實

甲係鄒族原住民，明知可發射金屬、具有殺傷力之槍枝係經《槍砲彈藥刀械管制條例》所列管之物品，未經政府許可，不得持有。甲基於持有槍枝之故意，於民國 98 年間某日，自不詳親戚處購得以彈簧帶動活塞壓縮空氣為發射動力、可發射金屬彈丸、具有殺傷力之空氣槍一枝（槍枝管制編號：○○○○○號），因而未經許可持有上開空氣槍，並將之藏放在其嘉義縣阿里山鄉○○村○鄰○○號旁工寮之住處內。嗣警方持本院所核發、案由為違反《槍砲彈藥刀械管制條例》之搜索票，於 103 年 4 月 11 日上午 11 時 35 分許，至上址工寮搜索，當場扣得該枝空氣槍。案經嘉義縣警察局竹崎分局報告臺灣嘉義地方法院檢察署檢察官偵查起訴。

甲明知山羌、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。警方嗣於 103 年 4 月 11 日持本院核發之搜

索票，至被告其嘉義縣阿里山鄉○○村○鄰○○號旁工寮之住處搜索，當場扣得山羌軀體 1 具、山羌腳 8 隻、臺灣野山羊腳 12 隻、穿山甲軀體 1 具，因認被告未具備《野生動物保育法》第 18 條第 1 項第 1 款之資格或要件而獵捕保育類野生動物，應為同法第 41 條第 1 項第 1 款所處罰等語。

貳、訴訟結果

臺灣嘉義地方法院 103 年度原訴字第 4 號刑事判決

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：○○○○○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。

臺灣高等法院臺南分院 104 年度原上訴字第 1 號刑事判決

上訴駁回。

參、當事人主張

一、對於槍械方面並無主張

二、被告坦承獵捕山羌、臺灣野山羊之行為，否認獵捕穿山甲，辯稱穿山甲係某次打獵在路上所拾得，拾得時穿山甲業已死亡等語。

三、辯護人辯稱：《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，不應受到處罰等語。

四、原住民鄒族之專家證人乙及丙，乙就此係證稱：從小我是在部落長大，基本上（狩獵）是男孩子經常會去做的事情；狩獵在原住民當中，尤其是鄒族，是重要的傳統習俗；不管是為了祭典、自用，是經常性行使狩獵的行為；我們在山上有各家族或是個人的獵區，只要不要侵犯到別人的獵區，不會有人干涉；（狩獵的目的）是對山上特殊的野味，可能因為從小就吃這個東西，會想要去吃，另外是自己家人的分享，經常去狩獵的時候是快要過年，或是客人要來家裡要讓他吃比較好的東西，就會做這樣的行為；以我本身的經驗，我到國中的時候，我的父親就教我如何拿獵槍，等我熟練後，就允許我去打小的東西，慢慢往比較危險的地方，深山，是漸進式的等語；丙則係證稱：我們對狩獵的行為、目的，第一個儀式為主，第二是分享之用；傳統狩獵文化本來就是我們傳統的習俗，儀式之用分家族的或整個族群的，自用就是說當我自家家人，……獵獲的時候，可能跟我關係愈緊密的，看獵物的多寡來分享；我們有需求的時候，也會在自己的獵場進行狩獵的行為；每個家族都有自己的獵場，獵場是神的土地，我們只是向神請求賜予我這塊獵場，讓我來保護，保護的同時也會酌用裡面的資源來維持我們家族的生命；獵人並沒有選擇，只要是男人，就是一個獵人，就必須進行狩獵的行為，就必須學會；如果按照家族的獵場大概的分佈，…，羅家、湯家、甘家，這三個家族在樂野這邊，就是曾文溪以北也是屬於他們的，在這個地方獵捕，是屬於他們自己家的獵場等語。專家證人乙、丙均屬原住民鄒族，而證人乙於行政院原住民族委員會文化園區管理局擔任主任秘書，學歷為 EMBA 碩士，大學係研讀營建管理，證人丙則於嘉義縣阿里山鄉特富野社鄒族庫巴文化發展協會擔任常務理事，專門從事原住民族傳統文化，包含狩獵文化的研究。

肆、爭點

《野生動物保育法》第 21 條之 1 規定，得以獵捕之動物是否包含保育類動物？

伍、法院見解

一、臺灣嘉義地方法院 103 年度原訴字第 4 號刑事判決

(一) 訊據被告甲對於持有空氣槍之犯罪事實坦承不諱，核與其警詢及偵查中自白一致。又被告係鄒族原住民，有其全戶戶籍資料在卷可憑。警方確係持本院所核發、案由為違反《槍砲彈藥刀械管制條例》之搜索票，於 103 年 4 月 11 日至被告位在嘉義縣阿里山鄉○○村○鄰○○號旁工寮之住處內搜索扣得空氣槍一枝，有卷附搜索票、搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、搜索扣押照片等可參。扣案之「空氣槍一枝，槍枝管制編號○○○○○號，認係口徑 4.5mm 空氣槍，為中國 Listone 廠製 LQB88 型，槍號為 V715525，以彈簧帶動活塞壓縮空氣為發射動力，經以鉛彈測試三次，其中鉛彈（直徑 4.5mm，重量 0.542g）最大發射速度為 128 公尺／秒，計算其動能為 4.4 焦耳，換算其單位面積動能為 27 焦耳／平方公分」、「依日本科學警察研究所之研究結果，彈丸單位面積動能達 20 焦耳／平方公分，則足以穿入人體皮肉層」、「本局對活豬作射擊測試結果，彈丸單位面積動能達 24 焦耳／平方公分，則足以穿入豬隻皮肉層」等情，業據內政部警政署刑事警察局 103 年 5 月 26 日刑鑑字第○○○○○號鑑定書鑑定在卷，該槍枝係可發射金屬、具有殺傷力之槍枝，殆無疑問。因此，被告自白核與事實相符，事證明確，其犯行堪以認定。

(二) 核被告所為，係犯《槍砲彈藥刀械管制條例》第 8 條第 4 項之非法持有空氣槍罪。被告所持有空氣槍固具殺傷力，惟其殺傷力超過殺傷力判定標準甚為有限，又查無證據得認被告曾使用該槍作何用途，或者供由他人使用，犯罪情節顯然輕微，應依同條例第 8 條第 6 項減輕其刑。爰依與被告犯罪行為有關之上開證據，以及被告陳述、戶籍資料、前案資料等，審酌：被告係因練習射擊準度而犯罪之動機及目的；犯罪時未受刺激；購得空氣槍一把，並將之藏放住處之犯罪手段；已婚、育有 3 名子女，分別為國小 6 年級、國中 2 年級、高中 1 年級，與配偶及小孩同住，父母健在，從事裝潢，須扶養配偶、小孩及父母之生

活狀況；曾因酒駕公共危險案件經法院判處拘役 59 日確定，99 年 11 月 8 日執行完畢，別無其他前科之品行；國中肄業；本案無直接被害人；故意犯罪；持有時間非短，惟槍枝性能有限，無證據得認另作他用或供他人使用之危險及損害；犯罪後坦承犯行之態度等犯罪一切情狀，量處如主文所示之徒刑及罰金，並就罰金部分諭知易服勞役之折算標準。扣案之空氣槍一枝（槍枝管制編號：○○○○號），係屬違禁物，應併依刑法第 38 條第 1 項第 1 款規定宣告沒收。

（三）被告未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，有上揭前案紀錄可循（被告曾於 96 年間因妨害自由案件，經本院判處有期徒刑 2 年，緩刑 2 年，96 年 10 月 25 日確定，該緩刑期滿未據撤銷，刑之宣告依刑法第 76 條前段已失其效力），其坦承犯行，深表悔悟，經本案之偵查審判，信無再犯之虞，特宣告緩刑二年，以啟自新。惟被告故意犯罪，所犯又係持有槍枝之重罪，法紀觀念薄淡，為避免再度觸法，有專人輔導必要，併命其於本判決確定後六月內接受法治教育課程及緩刑期間接受保護管束。

無罪部分之理由：

公訴意旨另以：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。警方嗣於 103 年 4 月 11 日持本院核發之搜索票，至被告其嘉義縣阿里山鄉○○村○鄰○○號旁工寮之住處搜索，當場扣得山羌軀體 1 具、山羌腳 8 隻、臺灣野山羊腳 12 隻、穿山甲軀體 1 具，因認被告未具備《野生動物保育法》第 18 條第 1 項第 1 款之資格或要件而獵捕保育類野生動物，應為同法第 41 條第 1 項第 1 款所處罰等語。

檢察官認被告涉有上開犯嫌，無非以被告之自白、警方搜索扣押所得之野生動物屍體、物種鑑定書等，為其論據。訊據被告坦承獵捕山羌、臺灣野山羊之行為，否認獵捕穿山甲，辯稱，穿山甲係某次打獵在

路上所拾得，拾得時穿山甲業已死亡等語。其辯護人辯稱：《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，不應受到處罰等語。

穿山甲部分：

(一) 按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實。不能證明被告犯罪者，應諭知無罪之判決。檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。《刑事訴訟法》第 154 條第 2 項、第 301 條第 1 項、第 161 條第 1 項均定有明文。復按檢察官對於起訴之犯罪事實，應負提出證據及說服之實質舉證責任。倘其所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，或其指出證明之方法，無從說服法院以形成被告有罪之心證，基於無罪推定之原則，自應為被告無罪判決之諭知，《刑事妥速審判法》第 6 條亦有明文。

(二) 復按《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。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。《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。

（三）檢察官所舉證據，其中被告供述部分，被告警詢時供稱：「警方所查扣穿山甲屍體一隻是我在通往奮起湖的路上拾獲的，但已死亡，感覺還蠻鮮的，所以才拿回家冰存」等語；偵查中供稱：「穿山甲是我在路上拾到的，它好像剛被撞到，已經死掉了」等語，自始堅稱係撿拾到已死亡之穿山甲屍體，而未自白獵捕活體之穿山甲。其中搜索扣押所得部分，搜索票、搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣押物品照片等，固得證明警方係在被告住處扣得穿山甲一隻，惟依該穿山甲之搜索扣押照片，其於搜索扣押時形體完整無缺損，處在冰凍死亡狀態，並非活體。則搜索扣押所得至多只能證明被告持有穿山甲屍體之狀態，尚無法證明被告取得穿山甲時，穿山甲究係活體或屍體，進而推論被告確係獵捕活體之保育類野生動物。其中物種鑑定書部分，依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 日物種鑑定書所載，扣案之穿山甲係死體之保育類野生動物。該紙鑑定書固能證明穿山甲確係《野生動物保育法》所稱之保育類野生動物，但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。

（四）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○○○○○號函：「本府辦理甲君違反野生動物保育法案件，查扣之證物：穿山甲（屍體）1 具。業經臺灣嘉義地方法院檢察署 103 年 7 月 18 日嘉檢榮字 103 偵 2848 字第 19151 號函同意銷燬，案業已於 103 年 8 月 22 日由本府將全

部證物載至本縣鹿草焚化爐銷燬完畢」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○○○○○號函：「本校野生動物保育服務中心鑑定係依據清楚明確的物種照片，進行鑑定。該中心僅能對於物種進行品種鑑識，並無法針對死因進行鑑別，故也無法得知該穿山甲是否有槍傷或是捕獸夾夾傷」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。

(五) 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，本院窮盡調查能事，仍無法認定被告確係獵捕活體之穿山甲。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。

山羌、臺灣野山羊部分：

(一) 訊據被告坦承曾於 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。又警方確係持本院核發搜索票，於 103 年 4 月 11 日至被告位在嘉義縣阿里山鄉○○村○鄰○○號旁工寮之住處內執行搜索，當場扣得山羌軀體 1 具、山羌腳 8 隻、臺灣野山羊腳 12 隻等物品，有搜索票、搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣押物品照片等在卷可稽，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）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。檢察官認為准許規定僅限於「一般類」，不及於「保育類」，原住民獵捕保育類野生動物應加以處罰，辯護人則認為適用範圍及於「保育類」，為解決此爭點，本院必須回答下列問題：法律是否准許原住民獵捕保育類野生動物？如是，是否限定在特定條件下？本案之原住民被告獵捕保育類野生動物是否合於准許規定？

（三）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 17 條第 1、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）」。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 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」。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）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）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 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，三讀時亦通過：「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。」之附帶決議（立法院公報 93 卷第 6 期 3340 號第 1 冊第 245 頁）。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。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。

（六）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；二、就論理解釋而言，舉輕以明重之解釋方法，並非僅有「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；三、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」。（立法院公報第 92 卷第 11 期 3285 號第 1 冊第 191-193 頁），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；四、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。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族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）。

（七）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。《原住民族基本法》第 19 條明定：「原住民得在原住民族地區依法從事下列非營利行為：一、獵捕野生動物。二、採集野生植物及菌類。三、採取礦物、土石。四、利用水資源。前項各款，以傳統文化、祭儀或自用為限」。條文明白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（立法院公報第 93 卷第 37 期 3371 號上冊第 82-83 頁）、黨團協商結論（立法院公報第 94 卷第 7 期 3389 號中冊第 551-552 頁）、二讀及三讀（立法院公報第 94 卷第 7 期 3389 號中冊第 555、557 頁），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。

（八）《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五條第四項規定，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（註：係指行政院）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○○○○○○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。

（九）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？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族「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、瓦解原住民族文化，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。

（十）憲法增修條文第 10 條第 9 項及第 10 項明文保障原住民族文化，為原住民族文化權的根本規定。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。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）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存共生共榮，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，在原住民族傳統文化中，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族文化。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族文化，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。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。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。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，僅在反於原住民族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）軍旅來台，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，雜居而不鬻，男女易位，居瘞共處。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」，道出原住民族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「巴達維亞城日記」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）。

（十二）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，或者與原住民族傳統文化相悖，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。

二、臺灣高等法院臺南分院 104 年度原上訴字第 1 號刑事判決

（一）穿山甲部分：

1. 按《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。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。另《野生動物保育法》第 41 條第 1 項規定：「有下列情形之一，處 6 月以上 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 20 萬元以上 100 萬元以下罰金：1、未具第 18 條第 1 項第 1 款之條件，獵捕、宰殺保育類野生動物者。2、違反第 18 條第 1 項第 2 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。3、違反第 19 條第 1 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。

2. 依檢察官所舉證據，其中關於被告供述部分，被告警詢時供稱：警方所查扣穿山甲屍體 1 隻是我在通往奮起湖的路上拾獲的，但已死亡，感覺還蠻鮮的，所以才拿回家冰存等語，於偵查中亦供稱：穿山甲是我在路上撿到的，它好像剛被撞到，已經死掉了等語，被告始終均堅稱係扣案之穿山甲屍體係其於路上所撿拾之屍體，未曾自白係其所獵捕。檢察官另所舉之搜索票、搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣押物品照片等，固得證明警方係在被告住處扣得穿山甲屍體 1 隻，惟依該穿山甲之搜索扣押照片，其於搜索扣押時形體完整無缺，處在冰凍死亡狀態，並非活體，則此僅能證明被告持有穿山甲屍體之狀態，尚無法進而推論被告確係獵捕活體之保育類野生動物。另檢察官所提出之物種鑑定書部分，依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 日物種鑑定書所載，亦僅能證明穿山甲確係《野生動物保育法》所稱之保育類野生動物，至於被告所取得該穿山甲之狀態究係活體之野生動物抑或屍體之野生動物產製品，亦無從證明，更遑論被告是否有獵捕活體之穿山甲。

3. 原審為確認扣案穿山甲死因是否係受到外傷、宰殺或自然死亡，特再送請主管機關鑑定其死因，惟據嘉義縣政府 104 年 1 月 21 日府農育字第○○○○○○號函覆略以：「本府辦理丙君違反野生動物保育法案件，查扣之證物：穿山甲（屍體）1 具……業經臺灣嘉義地方法院檢察署 103 年 7 月 18 日嘉檢榮字 103 偵 2848 字第（19151）號函同意銷燬，案業已於 103 年 8 月 22 日由本府將全部證物載至本縣○○焚化爐銷燬完畢」等語，則扣案之穿山甲已經銷燬而不復存在，自無從再行鑑定死因。原審復再送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，然據鑑定機關函覆稱：「本校野生動物保育服務中心鑑定係依據清楚明確的物種照片，進行鑑定。該中心僅能對於物種進行品種鑑識，並無法針對死因進行鑑別，故也無法得知該穿山甲是否有槍傷或是捕獸夾夾傷」等語，有國立屏東科技大學 104 年 1 月 23 日屏科大建野字第○○○○○○號函附卷可稽，則該鑑定機關並無從說明鑑定時之狀態是否有異。綜上，依檢察官所提出之證據及調查證據之

結果，顯然無法證明扣案之穿山甲為被告所獵捕，應屬明確。

（二）山羌、臺灣野山羊部分：

1. 被告曾於嘉義縣阿里山鄉○○村附近之曾文溪上游，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 隻之事實，業據其坦承在卷，且經警方持臺灣嘉義地方法院所核發之搜索票，於 103 年 4 月 11 日至上址執行搜索，當場扣得山羌軀體 1 具、山羌腳 8 隻、臺灣野山羊腳 12 隻等物品，有搜索票、搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣押物品照片等在卷可稽。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，是被告確有獵捕保育類野生動物之行為，應可認定。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：1、族群量逾越環境容許量者。2、基於學術研究或教育目的，經中央主管機關許可者。《野生動物保育法》第 18 條第 1 項固有明文，違反者更應依同法第 41 條第 1 項處罰。惟同法第 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：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。前項各款，以傳統文化、祭儀或自用為限」。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，則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。而檢察官認為准許規定僅限於「一般類」，不及於「保育類」，原住民獵捕保育類野生動物應加以處罰，辯護人則認為適用範圍及於「保育類」，是本件應審究者厥為：法律是否准許原住民獵捕保育類野生動物？如是，是否限定在特定條件下？本案之原住民被告獵捕保育類野生

動物是否合於准許規定？

2. 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1至4款省略）5、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6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。惟第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」。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。再者，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。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 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。」之規定，三讀時亦通過：「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。」之附帶決議（立法院公報 93 卷第 6 期 3340 號第 1 冊第 245 頁）。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。

惟查：

3. 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。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。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」。(立法院公報 93 卷第 6 期 3340 號第 1 冊第 243 頁) 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。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。

4. 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。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族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。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（最高法院 104 年度台上字第 243 號判決意旨參照）。

5. 《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。而原住民族之

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）。是《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。《原住民族基本法》第 19 條明定：「原住民得在原住民族地區依法從事下列非營利行為：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。前項各款，以傳統文化、祭儀或自用為限」。條文明白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，此係於立法層次阻卻符合原住民族習慣之行為的違法性，易言之，若國家法僅將原住民族固有法律視為習慣法，則因現代法制通常採取「罪刑法定主義」，不容習慣法推翻刑事制定法之效力，故唯有將習慣法內涵直接作為制定法本身之規定，方足以使遵守原住民族習慣、法律傳統之人免於國家刑事制裁。詳言之，與原住民族使用山林原野資源的固有法律規範，最常發生衝突或抵觸之為保障現代型國家利益而設置的刑法規定，即特別針對原住民某些行為除罪化之《野生動物保育法》，可謂係

明文規定原住民族基於固有法律傳統所為之某些行為不構成犯罪，即為「習慣立法」的一種（王泰升，在法學與國家法中看見原住民族法律，政大法學評論第 134 期）。從而，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。

6. 《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：1、限於原住民族地區；2、非營利行為；3、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）。而所謂「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《原住民族基本法》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（註：係指行政院）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）．．．」而行政院前於 91 年 4 月 16 日以院臺疆字第○○○○○○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。而本件被告供稱其獵捕山羌、臺灣野山羊等野生動物之區域為阿里山鄉○○村附近曾文溪上游，獵捕目的係為煎煮食用及族人分食，則被告係山地原住民，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。

7. 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？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族「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之權利，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、瓦解原住民族文化，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。

8. 憲法增修條文第 10 條第 9 項及第 10 項明文保障原住民族文化，為原住民族文化權的根本規定。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。

9. 《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。

10. 《野生動物保育法》第 21 條之 1 第 1 項所稱之「傳統文化」究何所指，〈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 條第 1 款定義如下：「傳統文化：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」。而關於原住民族之「傳統文化」內涵為何，經本院傳訊屬於原住民鄒族之專家證人乙及丙到庭，乙就此係證稱：從小我是在部落長大，基本上（狩獵）是男孩子經常會去做的事情；狩獵在原住民族當中，尤其是鄒族，是重要的傳統習俗；不管是為了祭典、自用，是經常性行使狩獵的行為；我們在山上有各家族或是個人的獵區，只要不要侵犯到別人的獵區，不會有人干涉；（狩獵的目的）是對山上特殊的野味，可能因為從小就吃這個東西，會想要去吃，另外是自己家人的分享，經常去狩獵的時候是快要過年，或是客人要來家裡要讓他吃比較好的東西，就會做這樣的行為；以我本身的經驗，我到國中的時候，我的父親就教我如何拿獵槍，等我熟練後，就允許我去打小的東西，慢慢往比較危險的地方，深山，是漸進式的等語，丙則係證稱：我們對狩獵的行為、目的，第一個儀式為主，第二是分享之用；傳統狩獵文化本來就是我們傳統的習俗，儀式之用分家族的或整個族群的，自用就是說當我自家家人，……獵獲的時候，可能跟我關係愈緊密的，看獵物的多寡來分享；我們有需求的時候，也會在自己

的獵場進行狩獵的行為；每個家族都有自己的獵場，獵場是神的土地，我們只是向神請求賜予我這塊獵場，讓我來保護，保護的同時也會酌用裡面的資源來維持我們家族的生命；獵人並沒有選擇，只要是男人，就是一個獵人，就必須進行狩獵的行為，就必須學會；如果按照家族的獵場大概的分佈，……，羅家、湯家、甘家，這三個家族在樂野這邊，就是曾文溪以北也是屬於他們的，在這個地方獵捕，是屬於他們自己家的獵場等語。專家證人乙、丙均屬原住民族鄒族，而乙於行政院原住民族委員會文化園區管理局擔任主任秘書，學歷為 EMBA 碩士，大學係研讀營建管理，證人丙則於嘉義縣阿里山鄉特富野社鄒族庫巴文化發展協會擔任常務理事，專門從事原住民族傳統文化，包含狩獵文化的研究，則以其等之原住民族血統、生長環境、學識及經歷，對於原住民族傳統文化當有相當程度之瞭解，其等證述之內容應可採信。是綜合其等之證述可知，狩獵為原住民族傳統文化，其目的不僅在於祭儀，亦擴及自用，原住民族男子自幼即需於家族獵場進行狩獵，別無例外。又玉山國家公園於 74 年設立，範圍以玉山為中心，涵蓋鄒族傳統東部獵場，對於慣行狩獵之鄒族獵人，尤其達邦、特富野始終未曾間斷狩獵的鄒族人而言，國家公園的成功，無疑是對狩獵行為的鼓舞。國家公園設置保護野生動物棲地得以繁殖，園內動物數量增加，其活動範圍便往往越過界線至園區之外，鄒族獵人便在沿界線附近佈設陷阱，獵獲物增加，對於生態平衡亦有助益，對傳統鄒族人而言，至所屬獵場行獵具有巡視獵場、宣示所有權之意義，狩獵行為使鄒族人與傳統獵場重新建立起如過去熟悉的緊密關聯（王嵩山、汪明輝、浦忠成，臺灣原住民史鄒族史篇，第 195-196 頁）。易言之，狩獵存在於原住民族社會已久，並藉由世代相傳延續至今，為原住民生活一部分，是原住民之所以為原住民族的識別符號，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。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，亦符合上開管理辦法所稱之「傳統文化」。

11. 上開管理辦法第 6 條第 2 項另以附表方式就各地區原住民族獵捕野生動物之區域、期間、方式及種類均有規範，其中，嘉義縣鄒族得以獵捕種類包括山羌及臺灣野山羊，獵捕方式包括獵槍及陷阱，則本案被告所獵捕之野生動物種類及獵捕方式均合於上開規定。至於本案獵捕期間被告供稱已不復記憶，亦無證據證明被告有於該規定所限制之期間以外獵捕，尚難認被告本件獵捕行為已違反上開辦法之規定。又本案之被告既係久居原住民族地區之山地原住民，狩獵之區域係位於曾文溪，此亦符合證人丙所稱其家族之獵場，而被告供稱扣案之保育類野生動物 5 隻係其分次獵捕，1 次 1 隻，每次獵捕均間隔半年至 1 年，獵捕之目的是與他人分食，則於別無其他證據得認係其獵捕行為與山林生活無關之情形下，應認係基於鄒族傳統文化，所為獵捕保育類野生動物之行為，合於《野生動物保育法》第 21 條之 1 第 1 項除罪規定，依上開說明，自無論以同法第 41 條刑罰之適用。

12. 綜上所述，依檢察官所提出之證據，顯然無法證明扣案之穿山甲為被告所獵捕，另被告獵捕山羌、臺灣野山羊之行為，既合於鄒族傳統文化，而屬《野生動物保育法》第 21 條之 1 第 1 項除罪化之行為，即應為無罪之諭知。原審認檢察官所提證據無法證明被告有違反《野生動物保育法》之犯行，而就此部分為被告無罪之諭知，其採證法則於法相容，亦與經驗法則、論理法則無悖，檢察官上訴意旨仍認《野生動物保育法》第 21 條之 1 所指「傳統文化」應限於〈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〉附表所指範圍云云，惟被告本件狩獵自用行為，合於《野生動物保育法》第 21 條之 1 規定，並未違反上開管理辦法，已詳如前述，檢察官上訴認應為被告有罪之判決，為無理由，應予駁回。

陸、評析

本案涉及近年來極度重要的原住民刑法議題，此即原住民於符合《野生動物保育法》第 21 條之 1 第 1 項除罪規定時，得否獵捕或宰殺「保育類野生動物」，此一問題已於本次研究計畫之其他則判決評釋中

討論，本案之所以特別值得分析，在於法院認為保育類動物應屬該項除罪事由所及，而法院在判決中亦提出相應論證，就其論證尤值討論。

法院認為第 1 項包括保育類野生動物，主要的理由有三點。第一，從文義解釋方法以觀，第 21 條之 1 只言明「野生動物」，並未排除「保育類野生動物」；第二，從論理解釋以觀，亦不排除一般情節之宰殺一般類野生動物構成較低制裁效果的行政罰，而嚴重情節之宰殺保育類野生動物構成較重制裁效果的行政罰；第三，從立法者制定此項規定當時的時空背景而言，立法者顯然有意優先保護原住民族的文化權利，並朝向減輕原住民刑事責任的立法方向，此為整體立法架構下的解釋結果，如果曲解立法者當時的主觀意思，而排除保育類野生動物可適用第 21 條之 1，那麼在修法之後與舊法間只有地域性質的差別，此項沒有太大意義的差別顯非立法者本旨所繫。基於上述三點主要理由，本案法院積極地主張保育類野生動物也應計入。

上述見解殊值認同，特別值得注意的是，法院於此在解釋法條時，運用了各類型的解釋方法，除了直觀的文義解釋之外，法院也運用了體系解釋及歷史解釋。就此本文認為，以上三種解釋均屬合宜，基本上也能推導出包括保育類野生動物的結論，析言之，文義解釋是最直接認定上開結論的解釋方法，因為法條只言明「野生動物」，而因第 21 條之 1 第 1 項屬於排除刑事責任的法律規範，就此沒有理由作過多限制，仍應優先採取對行為人有利的文義解釋結果；至於體系解釋的運用，對於判決最終法效的證立，基本上較不具有直接的效果，僅能認為不能夠認為原住民宰殺保育類動物就一定要採取刑罰應對；本判決最特別之處，在於詳細地考察了立法當時的歷史文件，法院也透過歷史文件的分析，得到立法者有意納入保育類野生動物的結論，此項解釋方法的運用相對耗時，惟本案法院仍致力於歷史文本分析，此點努力誠值贊同。

綜合上述，本案判決論述翔實，也採取各種不同的解釋方法析論問題，就第 21 條之 1 的分析與說理，係屬重要且難得一見之判決

❖ 相關法律條文

野生動物保育法：第 21 條之 1

原住民族基本法：第 19 條

憲法增修條文：第 10 條第 9、10 項

案例十一 獵殺保育類動物食用**案號** 臺灣南投地方法院 102 年度原投刑簡字第 12 號刑事簡易判決**案由** 違反野生動物保育法**關鍵詞** 打獵、食用**壹、案例事實**

方○武為布農族原住民，其明知臺灣野山羊（學名：Capricornis swinhoei）及山羌（學名：Muntiacus reevesi）、臺灣獼猴（學名：Macaca cyclops）分別經行政院農業委員會公告列為珍貴稀有及其他應予保育之保育類野生動物，非因族群量逾越環境容許量，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，方○武亦非基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕野生動物之必要，竟基於非法獵捕保育類野生動物之犯意，持其所有自製供生活捕獵所用、性質上屬獵槍之土造長槍 1 枝，接續獵捕臺灣野山羊、山羌各 2 隻及臺灣獼猴 1 隻。警攔檢盤查，當場在該車輛上扣得其所有預備供獵捕保育類野生動物所用之探照頭燈 1 組、底火 17 顆、鋼珠 70 顆，及已死亡之臺灣野山羊、山羌各 2 隻、臺灣獼猴 1 隻，其復於翌日（13 日）6 時許，帶同警方返回上開獵捕地點，扣得前揭土造長槍 1 枝，而悉上情。

貳、訴訟結果

方○武犯《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。緩刑貳年，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捌拾小時之義務勞務。扣案之土造長槍壹枝、探照頭燈壹組、底火拾柒顆及鋼珠柒拾顆，均沒收。

參、當事人主張

獵捕臺灣野山羊、山羌、臺灣獼猴係欲供自己或親友食用。

肆、爭點

原住民獵捕保育類動物為供自己及親友食用是否屬於原住民族傳統文化？

伍、法院見解

本件被告獵捕臺灣野山羊、山羌、臺灣獼猴係欲供自己或親友食用，此據被告於警詢時自承在卷，顯非基於學術研究或教育目的，又臺灣野山羊、山羌、臺灣獼猴之族群量並未逾環境容許量一節，亦有上揭行政院農業委員會林務局函 1 份附卷足憑。是核被告所為，係犯《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。

陸、評析

本案涉及《野生動物保育法》（以下簡稱野保法）第 21 條之 1 除罪事由規定的解釋，特別是「打獵自行食用」是否屬於傳統文化的範圍。我國實務解讀傳統文化的定義範圍時，法院幾乎都採取非常限制的標準限定傳統文化的內容，這種解釋作法與野保法第 21 條之 1 第 2 項有關，我國立法者對於原住民合法獵捕野生動物的行為，創設了實質與形式兩道限制，由於形式上要求原住民先向主管機關申請核准，為了讓主管機關核准有參考依據，又另行以法規命令方式頒布「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），雖然管理辦法不是立法院通過的法律，卻在其規定內定義了野保法第 21 條之 1 第 1 項實質要件的判定準則，包括管理辦法第 2 條：「本辦法用詞，定義如下：一、傳統文化：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。二、祭儀：指原住民族傳統文化

中，依其宗教、信仰或習慣，藉由世代相傳而反覆實踐之祭典活動及儀式行為」。依此規定，傳統文化必須具有相當時間的延續性，並且符合世代相傳的生活內容；又例如管理辦法第 12 條：「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」，進一步限制傳統文化不能夠具有營利性；此外，管理辦法第 6 條第 1 項、第 2 項又另行規定：「直轄市、縣（市）主管機關審查申請案時，應考量各地區原住民族之傳統領域、文化、祭儀、獵捕區域、期間、方式及動物種類、數量之獨特性；核准獵捕野生動物之數量，應以傳統文化、祭儀所需為限，並應參考轄區野生動物資源現況及上年度實際獵捕野生動物種類、數量決定之。前項各地區原住民族之傳統領域、文化、祭儀、獵捕區域、期間、方式及動物種類如附表」，依此規定，決定原住民獵捕是否與傳統文化有關時，還必須審視管理辦法附表內容，附表中雖然列明了原住民各族有關活動，但其範圍不出「特定祭典」或「生活禮俗」兩類。

雖然野保法第 21 條之 1 第 1 項未言明傳統文化的定義，但行政機關透過管理辦法，已然賦予傳統文化定義極多未出現在法條本文的大幅限制，其中最主要的限制即「時間延續性」、「非營利性」、「附表中所載明之特定祭典或生命禮俗」，再觀察這些限制所能肯認的傳統文化活動，其實已經跟部落祭儀毫無區別，這也就造成我國刑事司法實務在判定是否屬於傳統文化時，幾乎無任何外於祭儀的合法情狀，也因此，我國法院無例外地處罰任何原住民在平日、無任何特別祭俗或禮俗事由時的獵捕野生動物活動。

雖然管理辦法附件有其原住民族學術研究依據，但是綜觀管理辦法中所強調的祭儀及禮俗，無一不是野保法第 21 條之 1 第 1 項所稱「祭儀」的關聯類型，在此意義下，原本立意良善的附件規定，反而全面架空了同項一併規定的「傳統文化」類型，說得更簡單些，採取附件指明的活動定性傳統文化，那麼傳統文化型早已等同祭儀型，完全架空了母法授權傳統文化類型的原住民合法狩獵可能性。本文認為附件只能作為「祭儀型」的狩獵情事參考標準，但對於什麼是「傳統文化」型的狩獵

事由，則不能依據不具法律位階的管理辦法之附件解釋，否則將明顯牴觸母法授權。

承上，原住民被告在田野調查時狩獵自行食用的行為，其目的顯然非關特定儀禮的祭儀類，而應考慮傳統文化類，傳統文化類亦不受管理辦法附件列舉事由限制，故應予實質、個案觀察，原住民被告顯然沒有任何營利關係，而是在調查自己部落舊地時，為了充飢而採取其祖先於山野活動時的取得食物方式，這種取得食物方法的選擇顯然與原住民的部落背景及文化傳承有關，考量原住民之所以必須採用狩獵的取得食物方式，完全是因為部落地域的田野調查，與部落活動、山林生活具有高度密切關係。綜合以上考量，筆者認為原住民被告狩獵行為，正是「基於傳統（飲食及山林探索）文化」的實踐，也因此野保法第 21 條之 1 第 1 項除罪規定所及範圍內，故若為了自行食用目的而獵捕，不應該因為附件的關係而認定非屬傳統文化，其仍應為原住民山林傳統生活文化的一部分，而在野保法許可並除罪的範圍之內。

❖ 相關法律條文

野生動物保育法：第 21 條之 1

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、第 6 條、第 12 條

案例十二 獵捕山羌供長輩食用**案號** 臺灣花蓮地方法院 104 年度原花簡字第 189 號刑事簡易判決**案由** 違反野生動物保育法**關鍵詞** 打獵、自食**壹、案例事實**

周○誠、吳○義（渠等違反槍砲彈藥刀械管制條例部分，業經臺灣花蓮地方法院檢察署檢察官為不起訴處分在案）係太魯閣族之原住民，均明知山羌係經行政院農業委員會公告列為保育類野生動物，未經主管機關許可，非因族群量逾越環境容許量，不得獵捕、宰殺，且亦無基於學術研究或教育目的而經中央主管機關許可之情形，竟仍共同基於非法獵捕、宰殺保育類野生動物之犯意聯絡，於民國 104 年 7 月 17 日凌晨 2 時許至翌（18）日凌晨 0 時 50 分許間之某時許，由吳○義駕駛自用小客車搭載周○誠，至花蓮縣秀林鄉○○村附近山區，由周○誠持其於 103 年 6 月間某日，在花蓮縣○○號「小黑」之人購得具殺傷力之土造長槍 2 支（槍枝管制編號分別為：○○○○○號、○○○○○號）獵殺山羌 2 隻。嗣於同日凌晨 0 時 50 分許，在花蓮縣秀林鄉○○村附近省道臺 8 線公路 146 公里處，為警查獲，並扣得如附表所示之物。案經花蓮縣警察局新城分局報請臺灣花蓮地方法院檢察署偵查後聲請簡易判決處刑。

貳、訴訟結果

周○誠、吳○義共同犯《野生動物保育法》第 41 條第 1 項第 1 款之非法獵捕、宰殺保育類野生動物罪，各處有期徒刑陸月，如易科罰金，均以新臺幣壹仟元折算壹日。均緩刑貳年，緩刑期間均付保護管束，並應於本判決確定之翌日起壹年內，各向執行檢察官指定之政府機

關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體提供陸拾小時之義務勞務，及完成法治教育捌小時。扣案如附表所示之物均沒收。

參、當事人主張

不是完全清楚山羌是保育類，依照一般原住民的想法，因代代沿襲靠山吃山的習慣，不會刻意分別是保育類或非保育類，既然長輩想吃，伊們就去打，並不會濫殺，打 1、2 隻就下來，也不會轉賣等語。

平日不會以狩獵維生，打獵係供己或長輩食用。

肆、爭點

打獵係供己或長輩食用是否符合《野生動物保育法》第 21 條之 1 該當為原住民族傳統文化得以阻卻違法？

伍、法院見解

山羌為「其他應予保育」之保育類野生動物，而被告 2 人獵殺前開山羌 2 隻，係為供己或長輩食用，顯非基於學術研究或教育目的。

陸、評析

本案主要爭點涉及「保育類野生動物」是否得適用《野生動物保育法》（下稱野保法）第 21 條之 1 的除罪事由，野保法第 18 條及第 41 條之主要處罰對象均是獵捕或宰殺「保育類野生動物」，可是野保法第 21 條之 1 第 1 項僅提及「野生動物」，本於保育類野生動物保護及其所追求的生物多樣性保障，或許應該限縮解釋第 21 條之 1 第 1 項，將能夠除罪的野生動物範圍限定於「非保育類野生動物」。倘若原住民獵捕宰殺「保育類野生動物」，自不得適用第 21 條之 1 第 1 項除罪規定，仍成立刑事責任。

以上看法似乎認為，原住民族文化權的整體價值，仍未優越於保育類野生動物的多樣性價值，因此採取保育類野生動物優先保護的立場，

此立場在我國實務上實屬常見，近期實務亦有判決堅持保育類野生動物不得獵捕、宰殺。但在本文看來，這種質疑仍不妥適。從法條文字觀察，雖然第 21 條之 1 第 1 項並未言明「保育類野生動物」，但至少寫明了「野生動物」，野生動物應包括保育類及一般類野生動物，而第 21 條之 1 第 1 項又排除了專門針對保育類野生動物予以規範的第 18 條限制，不論從什麼角度來看，第 21 條之 1 第 1 項實無限縮適用至原住民獵捕、宰殺「一般類野生動物」的解釋空間，既然立法者已經在第 21 條之 1 第 1 項許可原住民本於傳統及祭儀對野生動物的利用，當然應該積極地認定第 21 條之 1 應該同時適用到保育類及一般類的野生動物。

若再從實質層面省思，之所以制裁獵捕、宰殺保育類野生動物的理由，在於保育類動物數量有限，如果再予以獵捕或宰殺，可能破壞物種多樣性，這會使得既有的生態圈發生改變，打破本於多類物種而維持的生態系統平衡，未來可能會帶來人類生活環境難以想像的衝突及破壞，這種影響可能帶來人類生活環境不可預期的衝擊，也因此干擾了多數人的共通利益。在這個視角下，限制一般人獵捕、宰殺保育類野生動物的主要理由，即在於該行為可能威脅生態系統，影響人類生存環境。不過，相對於一般人對山林的掠奪式開發，原住民長期依山林而居，但因漢人「入侵」後，掠奪了原住民族原本享有的傳統領域，甚而將之權利化而歸於國家所有，並以漢人為中心改寫其傳統領域的法律意義，進而使得其管理與利用山林資源的方法，完全地去除原住民族文化的關連性，某程度而言，將土地及自然資源「法化／權利化」的結果，帶來的結果就是對於原住民族的剝削。

綜上，相對於與山林領域欠缺感情連帶的漢人，原住民族對於山林資源及野生動物的利用則非採取掠奪式的開發，原住民來自山林，其生活始終帶有對於山林資源的尊重與敬仰，不論是在山林中耕作或是獵捕野生動物，都是以依順於自然為前提，並以保護山林資源的永續為中心¹，試想原住民為了祭儀而獵捕山羌一隻，以及漢人為了在山中蓋渡假

1 有研究指出，原住民執行狩獵時有「獵場規範」、也有祖靈所訂定的「狩獵道德」，其實行結果對於環境干擾極其有限，參見王進發、童信智，同註 12，頁 49-58；王舜薇，在山美部落看原民慣習與國家法律的競合，法扶，51 期，2016 年 8 月，頁 36-37。

小屋而開路、引入現代化設備，造成山羌棲息地的破壞，使得極多山羌被迫遷徙。這兩者究竟那一種對於保育類及生物多樣性的破壞較為嚴重？答案很明顯是大規模且不契合山林自然法則的工業化開發。既然動用刑法保護保育類野生動物，是為了人類生存環境的利益維護，當原住民利用山林資源的保育類野生動物，根本不會影響人類生存環境時，實質以論，根本沒有限制原住民依循其運用山林資源的部落傳統而打獵之正當理由，在此意義下，自即沒有將野保法第 21 條之 1 第 1 項限定適用於非保育類野生動物的合理性。

❖ 相關法律條文

野生動物保育法：第 18 條、第 21 條之 1、第 41 條

案例十三 自用保育類野生動物**案號** 最高法院 104 年度台上字第 2815 號刑事判決**案由** 違反野生動物保育法**關鍵詞** 打獵、自食**壹、案例事實**

乙明知山羌為行政院農業委員會公告列為應予保育之野生動物，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，不得騷擾、虐待、獵捕、宰殺或為其他利用。詎乙未經中央主管機關許可，於民國 103 年 2 月 21 日晚間 10 時許，以請不知情之蔡○餘為其試車為由，請蔡○餘駕駛車牌號碼○○○號自用小貨車搭載乙，途經臺東縣卑南鄉○○村山區，乙即下車配帶頭燈之照明設備獨自進入林區內，手持土造長槍 1 支（乙所涉違反《槍砲彈藥刀械管制條例》部分，另經同署檢察官為不起訴處分確定），獵得保育類野生動物山羌 2 隻後，將獵得之山羌搬回車上，遂駕車離去。嗣於翌日（22 日）凌晨 1 時 25 分許，在臺東縣卑南鄉○○村鎮○○段○○地號上方 3 公里之產業道路上，為警查獲，並扣得上開土造長槍 1 枝、散彈子彈 7 顆、彈殼 3 顆、頭燈 2 具、鐮刀 1 把、短刀 1 把、山羌屍體 2 隻等物，始查獲上情。

貳、訴訟結果

臺灣臺東地方法院 103 年度原訴字第 38 號刑事判決

乙犯《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。扣案之山羌屍體貳隻、非制式長槍壹支、非制式子彈（散彈）伍

顆、非制式彈殼（散彈）貳顆、頭燈貳個、短刀壹支、鑷刀壹支，均沒收。

臺灣高等法院花蓮分院 104 年度原上訴字第 1 號刑事判決
上訴駁回。

最高法院 104 年度台上字第 2815 號刑事判決
上訴駁回。

參、當事人主張

依行政院農業委員會會同行政院原住民族委員會於 101 年 6 月 6 日共同發布〈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〉，就有關原住民基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物等事項予以規範，其中第 2 條第 1 款規定傳統文化係自存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，第 2 款規定祭儀係指原住民族傳統文化中依其宗教、信仰或生活習慣，藉由世代相傳而反覆實踐之祭典活動及儀式行為，故原住民族基於「自用」而獵捕野生動物，亦包括被告捕獵野生動物。

主張其係為了用山產招待女友之家長。

肆、爭點

原住民因自用獵捕野生動物，是否包含保育類動物？

伍、法院見解

一、臺灣臺東地方法院 103 年度原訴字第 38 號刑事判決

（一）按保育類野生動物應予保育，除具有族群量逾越環境容許量之條件外，不得騷擾、虐待、獵捕、宰殺或為其他利用，《野生動物保育法》第 18 條第 1 項第 1 款，定有明文。查山羌業經行政院農業委員

會列為其他應予保育之野生動物，而該委員會迄今尚無《野生動物保育法》第 18 條第 1 項第 1 款族群量逾越環境容許量之相關公告，此為本院審理違反《野生動物保育法》案件職務上所已知之事實，故山羌之族群量目前並未逾越環境容許量甚明。是上開山羌既未逾越環境容許量，而未經地方主管機關許可獵捕，核被告乙所為，係違反《野生動物保育法》第 18 條第 1 項第 1 款之規定，應依同法第 41 條第 1 項第 1 款之規定處罰。

(二) 爰審酌被告雖為原住民，然其獵捕保育類野生動物係為供己食用，尚與原住民族固有傳統文化、祭儀無關，且其僅為一己之口慾，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，所為實有可責，惟考量被告犯後尚能坦承犯行，態度良好，復衡酌本案遭獵捕之保育類野生動物為山羌 2 隻，併考量被告於本院審理時自承已離婚，經濟狀況不好，目前無業，及高中肄業之智識程度等一切情狀，量處如主文所示之刑，並諭知易科罰金之折算標準。又被告雖未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，此有臺灣高等法院被告前案紀錄表附卷可參，然被告僅因自身口慾而隨意獵捕保育類野生動物山羌，其犯行不可謂輕，難認有暫不執行刑罰之必要，是以，本院認不宜為緩刑之宣告，未此敘明。

(三) 未按犯第 41 條之罪，查獲之保育類野生動物產製品及供犯罪所用之獵具、藥品、器具，沒收之，《野生動物保育法》第 52 條第 1 項定有明文。查扣案之保育類野生動物山羌屍體 2 隻，屬《野生動物保育法》第 3 條第 6 款所定之「野生動物產製品」，原係被告獵得為其所有，應依《野生動物保育法》第 52 條第 1 項後段之規定宣告沒收；又扣案之非制式長槍 1 支、非制式子彈（散彈）5 顆、非制式彈殼（散彈）2 顆、頭燈 2 個、短刀 1 支、鑷刀 1 支，為被告所有供犯本件犯罪所用之工具，業據被告供陳明確，亦應依上開規定宣告沒收。

二、臺灣高等法院花蓮分院 104 年度原上訴字第 1 號刑事判決

(一) 依行政院農業委員會會同行政院原住民族委員會於 101 年 6 月 6 日共同發布〈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〉，就有關原住民基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物等事項予以規範，其中第 2 條第 1 款規定傳統文化係自存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，第 2 款規定祭儀係指原住民族傳統文化中依其宗教、信仰或生活習慣，藉由世代相傳而反覆實踐之祭典活動及儀式行為，故原住民族基於「自用」而獵捕野生動物，亦包括被告捕獵野生動物，符合《野生動物保育法》第 21 條之 1 不罰之規定云云。

（二）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之野生動物，《野生動物保育法》第 4 條第 1 項定有明文。而本案山羌（學名：Muntiacusreevesi），確經農委會公告列為保育類野生動物，為被告所不爭執。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，故農委會並未將山羌公告為可利用之保育類野生動物種類。承上，被告獵捕山羌 2 隻，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。《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，故不論是基於傳統文化或祭儀而為之狩獵行為，均須遵行〈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之規範。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，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《野生動物保育法》以資規範。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，即難以避免與保育野生動物此一抽象之公益產生價值衝突；而面對此等衝突究應如何調和、取捨，即應由具民主正當性之立法者善加抉擇。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，亦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》。況且，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）」。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」。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族傳統文化之保障間，已於衡平後作出相對之界線與範圍，而以保障原住民族傳統文化為主軸。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。又所謂傳統文化，係指存在於原住民族社會已久，並藉由世代相傳而延續至今之價值、規範、宗教、藝術、倫理、制度、語言、符號及其他一切生活內容之總稱。〈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。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族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。而前開附表既已將原住民族各族「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。而此將原住民族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。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，均須遵行〈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之限制規範。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》無異失其衡平物種多樣性之功能，而形同具文。辯護意旨另稱原住民可以供「自用」而獵捕云云，然核所稱「自用」一詞應係闡明依上開規定及 101 年 6 月 6 日所發布〈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〉，聲請及獵捕宰殺之野生動物，於祭儀等傳統文化儀式完成後，應由原住民族基於傳統文化、習俗而「自用」，不容許趁祭儀等機會，從事販賣等與上開規範目的相違之行為；辯護意旨豈可反執「自用」一詞，毀棄上開規範目的？因之，辯護意旨僅執「自用」一詞，遽謂凡本於自用均合乎上開不罰之規定云云，益徵被告除未依規定事先申請外，亦有隨時恣意獵捕之心態。

（三）本件被告為平地原住民，其戶籍登記之族別為卑南族，有其個人戶籍資料（完整姓名）查詢結果可按，且於警詢供稱為「無業」，即被告警詢筆錄之受詢問人職業欄記載為「無業」，是被告並非以狩獵營生，狩獵非屬被告之生活方式，應堪認定。又本件被告於警詢即供稱「沒有申請狩獵許可」、「要拿來吃的」，於檢察官訊問時亦供稱「因為想要自己吃。」「因為我想要吃」，參以被告於偵查中檢察官質問「打獵季不是才剛過完？」「才過不久又要打獵？」時，被告自承「沒有特定原因」。足認被告確係基於供自己食用目的而為狩獵，依上述說明，不能將其狩獵解作係依〈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 項附表之基於傳統文化之行為。況且，被告於檢察官訊問時，亦供稱知悉為祭儀而狩獵須事前申請許可；此外，被告於本院準備程序及審理時，固另辯稱其係為了用山產招待女友之家長云云，然於本院詢問與女友交往等情時，則推稱與女友冷戰中，沒有婚期云云，復未能提出具體證據，以實其說，益徵被告既未事前申請許可，也非因傳統文化或祭儀而獵捕保育類野生動物山羌 2 隻，自應依

《野生動物保育法》第 41 條規定，論以刑罰。

三、最高法院 104 年度台上字第 2815 號刑事判決

按《刑事訴訟法》第 377 條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件原判決維持第一審論處上訴人犯《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刑之判決，駁回其在第二審之上訴，已詳敘其取捨證據及認定事實所憑之心證理由，從形式上觀察，並無足以影響判決結果之違法情形存在。又查：證據之取捨及事實之認定，為事實審法院之職權，苟其判斷無違經驗法則或論理法則，即不能任意指為違法。原判決已說明上訴人雖抗辯其捕獵野生動物，符合《野生動物保育法》第 21 條之 1 不罰之規定云云。然依上訴人於警詢及偵查時所供，其係基於供自己食用之目的，復未事前申請許可，也非因傳統文化或祭儀而獵捕保育類野生動物山羌 2 隻，自不得將其行為解作合乎〈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 6 條附表之基於傳統文化之行為，而應依《野生動物保育法》第 41 條第 1 項第 1 款規定論以刑罰之心證理由。上訴意旨仍執陳詞略稱其基於自用獵捕之行為，僅屬行政罰之範疇，原判決有不適用法則或適用法則不當之違誤云云，難謂係適法之第三審上訴理由，其上訴違背法律上之程式，應予駁回。

陸、評析

本案主要涉及原住民得否出於「自行食用之目的」而獵捕宰殺「保育類野生動物」，相關的法律規範是《野生動物保育法》第 21 條之 1 第 1 項的規定，其內容為：「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」，依此規定，若原住民本於

「傳統文化、祭儀」時，即使構成獵捕或宰殺野生動物，仍屬除罪規定所及。該項規定主要的爭點有二，第一是自行食用目的是否屬於「傳統文化、祭儀」所及，第二是保育類野生動物能否計入該項除罪範圍之內，以下分點詳述之。

針對自行食用是否屬於傳統文化、祭儀目的，我國實務向來均採取否定見解，主要理由在於，我國實務對於傳統文化或祭儀目的採取相對限制的解釋，僅限於原住民於特定節日、特定活動時，才願意接納為傳統文化或祭儀，然而此種解釋在本文看來並不合宜。析言之，縱或「祭儀」指的是特定時間的特別活動，但這無礙傳統文化可以包括特殊節慶與一般生活中既有的傳統生活方式。基此，所謂「傳統文化」的概念當然可以包括原住民一般日常生活的食用行為，而當原住民本於自行食用需求而獵捕野生動物時，考量原住民長久以來就有獵食的生活習性，自應納入所謂傳統文化的範圍之內。

至於得否本於傳統文化而獵捕「保育類野生動物」，本文則認為這個問題涉及兩種進步價值之間的衝突，此即生態永續保育及原住民族文化權利之間的權衡，就此原則上應該由立法者決定取捨保護的順位，並將之納入成文法的規範之中。而就現行法的解釋而言，立法者僅於《野生動物保育法》第 21 條之 1 第 1 項以稍嫌粗略的文字規定，原住民在特定條件下可以獵捕「野生動物」，文字中並未確認是否包括保育類野生動物，但解釋上應該認為，野生動物包括「保育類」及「非保育類」的野生動物，在立法者未修正或精確規定之前，應該採取較寬泛及有利於原住民族文化權的解釋為妥。

綜上，原住民在出於自行食用目的而獵捕保育類野生動物，應認定為第 21 條之 1 第 1 項的除罪事由，從而排除其刑責。

❖ 相關法律條文

野生動物保育法：第 21 條之 1、第 41 條

原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法：第 2 條、第 6 條

四、其他

案例十四 賽夏族逃兵案

案號 臺灣高等法院 103 年度軍上訴字第 8 號刑事判決

案由 違反職役職責

關鍵詞 逃兵

壹、案例事實

章○遠於民國 102 年 1 月 8 日 18 時許，自澎湖駐地休假離營，原應於同年月 16 日 21 時許須返營銷假，屆時竟以不適應部隊生活為由，而萌長期脫免職役之意圖逾假未歸遂離去職役，棄役潛逃在外，匿居在臺中市及苗栗縣一帶，賴打零工維生。迄於 102 年 7 月 13 日 23 時 50 分許，在苗栗縣竹南鎮為苗栗縣警察局竹南分局大同派出所警員緝獲。

貳、訴訟結果

上訴駁回。

參、當事人主張

因為不習慣澎湖部隊的生活，在逾假時就不想再回去部隊了。

肆、爭點

賽夏族族群文化與部隊生活之衝突，可否以該文化作為逃兵的抗辯事由？

伍、法院見解

一、《陸海空軍刑法》第 39 條第 1 項前段規定之「意圖長期脫免職役而離去職役」罪，屬刑法之目的犯，係以「意圖長期脫免職役」為構成要件。故行為人須有長期脫免職役之意圖；又所謂「意圖長期脫免職役」，係指行為人擅自離去或不就職役之目的，並非短暫性，而係永久性、終局性脫離部隊或離去職役處所，且無再度返回之意，至該目的可否達成，在所不問。故「意圖」要素係為犯罪之主觀條件，而非結果條件；縱行為人擅自離去部隊後，放棄該目的且自動返回部隊，亦無礙於「意圖」要素之成立。又認定「長期」之基準，除被告主觀心理意念外，自得藉由諸多外在客觀事實綜合審認之。查：被告於原審審理時供稱：因為我不習慣澎湖部隊的生活，在逾假時就不想再回去部隊了，因此才逾假未歸等語，並參酌被告潛逃在外近 6 月，平日賴打零工賺取生活費用，此段期間並無不能與部隊聯繫之情形，亦無不能主動向憲警機關投案之事由，惟被告不思及此，而經南軍檢發布通緝，至 102 年 7 月 13 日始為警緝獲等情（詳前述）。足認被告自 102 年 1 月 16 日 21 時許逾假未返營銷假之時，即有永久脫離部隊之脫免職役意圖甚明。被告係賽夏族之原住民，入營服役後於族群文化及部隊生活之適應上究有無困難，本應為部隊首應著重之問題，自不能單以被告由義務役士兵轉服志願役，即漠視此一問題之存在，反科以被告較其他一般士兵更高之義務，此顯非事理之平。

二、軍事檢察官以被告身為志願役士兵應較義務役之責任為高及逃亡期間另涉其他案件，並以他案比附援引，而指摘原判決有違比例及公平，並不足採。綜上，軍事檢察官以前開理由提起上訴指摘原判決不當，均無理由，應予駁回。

陸、評析

本案涉及原住民被告逃兵，並被控以《陸海空軍刑法》第 39 條第 1 項前段之刑事責任，問題在於原住民被告於刑事訴訟中，主張其因原住

民之族群文化與部隊生活無法相互適應，所以才不得已逃兵，本案爭點即在於「原住民（本案為賽夏族）之族群文化」，對於原住民被告實際參與部隊生活，究竟有多少程度的影響？其在刑法上應該為如何的評價？

必須先行強調，憲法與刑法立法者均重視原住民族的文化保障，但這不意謂只要主張原住民族的文化特點，就可以免除所有應該盡的行為規範義務，必須個案性地決定該原住民的文化活動內涵，是否就其慣俗而言，與國家的法律規範出現了明確的牴觸，此種情況才有必須在刑事責任成立的考量過程中，納入原住民族文化的特點，並予以具體判斷。一個相類似的案例即耶和華見證會信徒拒絕服兵役案，該案雖非原住民的案例，但具有宗教特色，而被告所信仰的宗教要求信徒不得殺人，亦不得服役，這種宗教帶來的道德或倫理誡命，直接牴觸了「應服兵役」的法律規範，所以才有必須特別考量宗教因素而設法除去行為人刑責；另一個與原住民相關的案例，則是司馬庫斯案，該案的三位原住民青年被告，面臨「族中長老命令搬走櫟木」與「森林法規定不得搬走櫟木」的規範衝突，當其選擇優先遵從族內長老命令時，勢將違反《森林法》的刑罰規定，所以在討論是否成立犯罪時，才必須納入「族中長老命令」的衡平考量。

至於本案原住民被告主張，他是基於賽夏族的族群文化無法繼續服役，此項主張若要直接產生除罪效果的前提，應該是「其所屬原住民族文化命令其不得繼續服役」，所以才會與「繼續服役」的國家社會法律規定相互衝突，然而遍覽判決，實在看不出來原住民被告此項主張的部落或習慣依據為何，當法官已經盡力調查，仍舊無法確認足以讓原住民被告必須反抗法律規範的部落習慣內容時，此項主張在刑事司法實務上的意義自然受到限制，亦即，原住民被告不能以部落族群文化有適應困難而主張排除刑事責任。

即便如此，原住民被告長期生活於部落，其與漢人社會的價值與判斷立場，必然有一定程度的差異，此項個人的特別因素雖然不能排除刑責，但仍然可作為成立犯罪之後，在被告科刑上的考量因子。亦即，被

告若因族群文化差異因素，產生相當程度的適應障礙時，此種個人因素必須反應在科刑的最終效果上，並獲得較輕的刑期。就此法院似乎未予處理，也未明白指出已經考量了被告的原住民族群特色而從輕量刑，就此點而言，法院的審酌態度似乎有不當之處，未來亦應設法修正並調整。

綜上，原住民被告的抗辯無法直接除罪，但得應該量刑因子而從輕科處刑罰，原審判決未言明此項量刑層次的考量，容有值得檢討之處。

❖ 相關法律條文

陸海空軍刑法：第 39 條第 1 項

案例十五 原住民族地域及生活方式的特殊性與經費核銷制度

案號 最高法院 103 年度台上字第 900 號刑事判決
臺灣高等法院臺中分院 101 年度重上更（二）字第 3 號刑事判決
最高法院 100 年度台上字第 7228 號刑事判決
臺灣高等法院臺中分院 98 年度重上更（一）字第 112 號刑事判決
最高法院 98 年度台上字第 5177 號刑事判決
臺灣高等法院臺中分院 95 年度上訴字第 105 號刑事判決
臺灣南投地方法院 94 年度訴字第 73 號刑事判決

案由 違反貪污治罪條例等罪

關鍵詞 貪污、經費核銷

壹、案例事實

行政院文化建設委員會（下簡稱文建會）為凝聚地震災區社會意識，遂訂定「九二一震災重建區社區總體營造執行方案」，於全國災區成立四個社區營造中心，其中武界部落社造點之社區則屬第四區營造中心，而社區營造員（下簡稱社造員）則為協助文建會與社區互動及傳遞之訊息窗口，由重建區之社區營造中心負責及輔導；社造員係由各個社區營造中心採公開徵選或由社區管理委員會及相關組織推薦或個別申請方式產生，每一社區營造點一位，以社區在地人員為優先。甲、戊二人為文建會第四區社區營造中心武界部落社造點之社造員，係受文建會委任協助辦理社區總體營造工作，為受公務機關委託承辦公務之人員。甲、戊於民國 91 年 8 月間，與該部落社造點社造員申○○、辜○濟等四人（武界社區為原住民部落、因範圍廣闊，社造員有四位），以南投縣仁愛鄉法治村武界社區發展協會（下簡稱武界社區發展協會）名義，

經由第四區社區營造中心向文建會中部辦公室申請補助經費新臺幣（下同）一百四十八萬五千元，辦理「武界部落之聲—喚起文化生命」計畫系列活動（下簡稱計畫書），該計畫預定辦理「動植物生態調查記錄」、「生態解說員人才培訓」、「狩獵文化傳承」、「傳統歌謠與新興原歌交流競賽」、「部落產業特色發展及學習」、「體育人才培育」、「社區交流觀摩」、「父親節傳統文化知性活動」及「傳統編織剪裁班」等九項社區營造活動，文建會中部辦公室審查後，於91年9月26日核備在案，並同意照該計畫申請金額全額補助，並分二期撥款，第一期補助款一百十八萬八千元於91年10月23日匯入武界社區發展協會在南投縣仁愛鄉農會所開立之帳戶，第二期款則於計畫辦理結束後，檢據審核後撥付；文建會中部辦公室並要求武界社區發展協會依《政府採購法》辦理，且照預算核實支用，各項經費應專款專用，不得任意變更用途，倘計畫如有變更必要或因故無法執行，應事先徵得文建會中部辦公室書面同意。

甲、戊二人明知上開活動核定辦理之時間係自91年10月1日起至92年1月31日止（該活動計畫，嗣經武界社區發展協會向文建會申請延展至92年3月31日止），且應依《政府採購法》之規定，協助武界社區發展協會按計畫辦理前開九項社區營造活動，竟基於意圖為自己不法所有之概括犯意聯絡，自91年11月11日起至92年1月14日止，陸續提領第一期補助款一百十八萬八千元後，僅辦理「狩獵文化傳承」、「社區交流觀摩」、「傳統編織剪裁班」、「體育人才培育之拔河比賽」四項活動，其餘活動均未舉辦，嗣於92年間計畫結束後辦理經費核銷時，明知渠等二人僅舉辦前開四項活動，且實際僅花費四十二萬九千一百八十六元（起訴書誤載為四十二萬九千六百八十六元），竟向文建會中部辦公室申報已舉辦「狩獵文化傳承」、「社區交流觀摩」、「傳統編織剪裁班」、「體育人才培育之拔河比賽」、「傳統歌謠競賽」、「體育人才培育之籃球組訓營」等六項活動，並花費一百萬四千四百十六元，共同連續將補助款五十七萬五千二百三十元侵占入己，其餘十八萬三千五百八十四元則繳回文建會中部辦公室。嗣甲、戊二人為掩飾前揭侵占之犯行，復基於行使偽造私文書之概括犯意聯絡，於92年8月間，由戊出

面委請位於南投縣埔里鎮不知情之某刻印店之成年人員，偽刻附表一所示之余○明（即前武界發展協會理事長）、何○行（即前武界發展協會出納）、紀○錦、陳○安、丙、己、卯、陳○娥、馬○丁、馬○山、李○送、蔡○貴、李○天、馬○邦、李○德、蔡○滿、柯○忠、馬○庫、馬○誠、申、柯○慧、柯○茹、柯○銀、蔡○德、蔡○興、葉○良、何○中、寅、馬○華、楊○枝、馬○溫、陳○蘭、陳○花、李○花、楊○霞（起訴書誤載為柯○霞）、蔡○珠、陳○英、林○雲、黃○香、陳○花（起訴書誤載為蔡○花）等共四十人之印章各一枚，並盜用乙、子、癸、辰、丑、柯○錦、未等七人先前交予戊保管之印章，在附表二所示之南投縣仁愛鄉武界社區發展協會支出證明單（下簡稱支出證明單）上之理事長欄位加蓋「余○明」印章、會計及出納欄位加蓋「何○行」印章、領款人簽收欄位加蓋「紀○錦等人」之印章，而偽造紀○錦等人已領取附表二所示款項之私文書；甲、戊二人復未購物而向附表二所示之林○鏞、吳○芳二人索取估價單，以估價單充作購物之收據；且向附表二所示馬○笑、張○美二人索取空白收據，自行填載購物金額，製作附表二所示之支出證明單共計 125 張為報銷憑證後，共同持向文建會中部辦公室辦理經費核銷，足生損害於附表二所示紀○錦等人之權益及文建會中部辦公室對前開經費核銷之正確性。嗣後因支出憑證資料不完整，經文建會中部辦公室於 92 年 8 月間退件要求補正，然甲、戊迄今仍未完成前開經費之核銷，而查悉上情。

貳、訴訟結果

臺灣南投地方法院 94 年度訴字第 73 號刑事判決

甲、戊共同連續受公務機關委託承辦公務之人，侵占公有財物，各處有期徒刑拾年陸月；其所得財物新臺幣伍拾柒萬伍仟貳佰參拾元應連帶追繳並發還被害人行政院文化建設委員會，如全部或一部無法追繳時，應以其財產抵償之。附表一所示余○明等人之印章共計肆拾枚均沒收。附表三所示支出證明單上偽造之署押共計參佰肆拾捌枚均沒收。

臺灣高等法院臺中分院 95 年度上訴字第 105 號刑事判決

原判決撤銷。甲、戊共同公務員侵占公有財物，各處有期徒刑拾年貳月，均褫奪公權陸年；所得財物新臺幣參拾貳萬玖仟肆佰拾參元應連帶追繳並發還被害人行政院文化建設委員會，如全部或一部無法追繳時，應以其財產連帶抵償之；附表一所示之印章及附表二所示經偽造之印文部分（不含盜用部分）均沒收。

最高法院 98 年度台上字第 5177 號刑事判決

原判決撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。

臺灣高等法院臺中分院 98 年度重上更（一）字第 112 號刑事判決

原判決撤銷。甲、戊共同受公務機關委託承辦公務之人侵占公有財物，各處有期徒刑陸年，均褫奪公權肆年；所得財物新臺幣玖萬肆仟貳佰捌拾捌元應連帶追繳並發還被害人行政院文化建設委員會，如全部或一部無法追繳時，應以其財產連帶抵償之；附表一所示之印章及附表二所示經偽造之印文部分（不含盜用部分）均沒收。

最高法院 100 年度台上字第 7228 號刑事判決

原判決撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。

臺灣高等法院臺中分院 101 年度重上更（二）字第 3 號刑事判決

原判決撤銷。

戊行使偽造私文書，足以生損害於公眾及他人，處有期徒刑壹年；減為有期徒刑陸月，如易科罰金，以銀元參佰元即新臺幣玖佰元折算壹日。如附表一所示之偽造印章及如附表二所示之偽造印文、署名均沒收之。

甲無罪。

最高法院 103 年度台上字第 900 號刑事判決

上訴駁回。

參、當事人主張

一、被告甲、戊二人非受公務機關委託承辦公務之人員，亦不符合公務員身分之人，蓋文建會為重建九二一震災地區，乃設立研究服務計畫（即行政院文化建設委員會九二一震災重建區社區總體營造執行方案），由淡江大學建築系標得此研究計畫，並輔導第四區社區營造中心推動原住民社區營造業務，是淡江大學、第四區社區營造中心與文建會係屬承攬關係，非上下隸屬，是被告二人所執行之業務項目並未涉有公權力之行使，自非受委託承辦公務之人。

二、被告二人確實有依原計畫舉辦狩獵文化傳承、社區交流觀摩、傳統編織剪裁班、體育人才培育（拔河比賽、籃球組訓營）、傳統歌謠競賽活動、父親節傳統文化知性活動等六項活動，總共支出經費為一百二十二萬八千零三十九元，其中：因當初籃球比賽活動計畫是用以「武 BA 籃球比賽」之名稱申請，但因文建會對於活動名稱有所意見，故與武界部落菁英、村長討論後，以「社區入口意象暨武 BA 籃球聯賽」合併舉辦，但以「籃球組訓營」名義向文建會核銷，活動期間自 91 年 7 月至 9 月間；為使「傳統歌謠競賽」活動有多數人參加，始於 92 年 1 月 17 日與「力拔山河」合併舉辦，惟因當時 SARS 疫情及參加報名隊數不足等因素，被告二人乃與村長等人研議，改邀請法治國小之學童及中正村之婦女至法治村表演跳舞，致證人李○送、卯○○、李○德誤以為未舉辦傳統歌謠競賽，而於偵訊中為不實之證述；於 91 年 7 月間即開始籌備父親節傳統知性活動，並於同年 8 月 8 日在南投縣仁愛鄉法治村天主教外場地舉辦，是起訴書所載被告二人僅辦理四項活動乃不實在。

三、91 年 6 月間於清靜農場舉辦第四區社造員大會，就文建會尚未核定活動計畫前，已舉辦之活動經費如何核銷乙事，文建會中部辦公室

承辦專員曾口頭同意可以先辦理活動，保留收據，待計畫核定後，依核定日作為時間依據，再請廠商重新開立收據，以資核銷；復於 92 年 7 月 20 日假南投縣仁愛鄉法治村武界活動中心舉行之「協調如何核銷」會議中，文建會人員就此核銷問題，再次重申可以計畫書中之預算人事費名目辦理核銷，是「武 BA 籃球比賽」、「父親節傳統知性活動」雖已於計畫核定前舉辦，但依上揭原則，仍以「武 BA 籃球比賽」、「父親節傳統知性活動」單據或領據向文建會辦理經費核銷，所浮報之款項皆用在舉辦活動所發放之獎金及無法取得單據之支出，並無私人挪用活動款項之情云云。

四、被告辯稱與文建會中部辦公室專員於「協調如何核銷」會議中曾達成共識，得先辦理活動，再以期程（即活動期間自 91 年 10 月 1 日起至 92 年 1 月 31 日止，嗣後經武界社區發展協會向文建會申請延展至 92 年 3 月 31 日止）外之收據、領據等辦理經費核銷云云。

五、被告甲、戊 2 人非屬受公務機關委託承辦公務之人員，亦不符合公務員身分之人，蓋文建會為重建九二一震災地區，乃設立研究服務計畫（即行政院文化建設委員會九二一震災重建區社區總體營造執行方案），由淡江大學建築系標得此研究計畫，並輔導第四區社區營造中心推動原住民社區營造業務，是淡江大學、第四區社區營造中心與文建會係屬承攬關係，非上下隸屬，是被告 2 人所執行之業務項目並未涉有公權力之行使，自非受委託承辦公務之人。又社造中心媒介文建會社區營造資源，且同時給予武界社區發展協會獨立提案之輔導協助，使得武界社區發展協會亦能如同社造中心般以提出計畫案獲得文建會補助資源，可見武界社區發展協會與文建會關係屬承攬關係。因此，被告 2 人並不具有公務員之資格，當無《貪污治罪條例》之適用。

六、被告 2 人確實有依原計畫舉辦「狩獵文化傳承」、「社區交流觀摩」、「傳統編織剪裁班」、「體育人才培育（拔河比賽、籃球組訓營）」、「傳統歌謠競賽活動」、「父親節傳統文化知性活動」等 6 項活動，總共支出經費為○○○○○○元，其中：

（一）有關「籃球組訓營」活動部分：因當初籃球比賽活動計畫是

用以「武 BA 籃球比賽」之名稱申請，但因文建會對於活動名稱有所意見，故與武界部落菁英、村長討論後，以「社區入口意象暨武 BA 籃球聯賽」合併舉辦，但以「籃球組訓營」名義向文建會核銷；因俟文建會核准後再執行活動，時間將會非常緊迫，所以經過同意後，將「籃球組訓營」之活動期間提前於 91 年 7 月至 9 月間辦理；又關於「籃球組訓營」活動，原呈報文建會計畫書之經費共計 239,720 元，但實際辦理過程中發現原計畫沒有供應餐點，且沒有比賽獎金規劃，經部落長老會議建議提供比賽獎金及供應點心，以鼓勵村民踴躍參加，致使開銷方面超過原計畫金額甚多，經統計結果共花費 476,425 元，在不及向文建會申請變更活動計畫經費項目之情形下，導致許多實際支出無法按文建會規定方式核銷，故不得以僅能蒐集單據，以文建會所通過之人事費及業務費等項目去核銷，以致名實不符；此項活動事後僅向文建會核銷 225,120 元，等於實際超支 250,305 元，此部分資金缺口僅能從其他活動項目資金彌補。

（二）有關「力拔山河拔河比賽」、「傳統歌謠」活動部分：「力拔山河拔河比賽」活動原訂於 92 年 1 月 4 日舉辦，「傳統歌謠」活動原訂於 92 年 1 月 3 日舉辦，因該時間與部落教會耶誕節活動及仁愛鄉過年活動時間衝突，乃改在 92 年 1 月 17 日舉行，惟「傳統歌謠」比賽僅有中正村及法治國小報名參加，經討論變通權宜後，主辦單位決定將「傳統歌謠」活動改為於「力拔山河拔河比賽」晚會時表演跳舞，故「傳統歌謠」活動確實有辦理。「力拔山河拔河比賽」活動向文建會核銷金額為 181,500 元，「傳統歌謠」活動向文建會核銷金額為 119,215 元，而該二次活動實際花費為 241,735 元，此二項活動實際結餘 58,980 元（即 181,500 元 + 119,215 元 - 241,735 元 = 58,982 元），係用以支應上開「籃球組訓營」活動之資金缺口。

（三）有關「狩獵文化傳承」活動部分：向文建會核銷金額為 136,370 元，實際支出為 60,200 元，結餘 76,170 元，係用以支應上開「籃球組訓營」活動之資金缺口。

（四）有關「社區交流觀摩」活動部分：向文建會核銷金額為

206,800 元，實際支出為 129,500 元，結餘 77,330 元，係用以支應上開「籃球組訓營」活動之資金缺口。

(五) 有關「傳統編織剪裁班」活動部分：向文建會核銷金額為 135,428 元，實際支出為 103,515 元，結餘 31,913 元，係用以支應上開「籃球組訓營」活動之資金缺口。

(六) 前開舉辦之活動中，有關比賽獎金及拔河比賽整地之費用等，無法按文建會所規定項目核銷，然此獎金又是鼓勵村民組隊參賽所不可或缺；其他尚有舉辦活動訂製運動服裝(T 恤)發給參賽村民，僅拔河一項已高達 6 萬元，亦無法按文建會規定之項目核銷。又文建會規定支出單據限定於 91 年 10 月 1 日至 92 年 1 月 31 日期間始得核銷，而武界部落並無任何開立發票之商店，取得單據甚有困難，且之前舉辦之「籃球組訓營」活動之相關支出亦無法申報，導致大部分單據均無法核銷而必須重新填寫，始能按文建會規定項目及期限核銷。

(七) 被告 2 人係第 1 次辦理社區活動，之前完全沒有相關計畫執行及核銷之經驗，故在提擬計畫當時未能妥善評估活動項目與經費預算，導致實際辦理活動時，實際狀況與當初提報計畫時之活動項目及經費預算有所出入，導致需藉由其他活動結餘支應其他超支缺口；再者，活動舉辦時會有一些突發之狀況，大都以部落長老及小組會議討論之方式更改之，因而常變更活動內容及經費開銷，並且在不熟悉文建會核銷方式之情況下，造成單據核銷方面的問題。

(八) 91 年 6 月間於清靜農場舉辦第 4 區社造員大會，就文建會尚未核定活動計畫前，已舉辦之活動經費如何核銷乙事，文建會中部辦公室承辦專員曾口頭同意可以先辦理活動，保留收據，待計畫核定後，依核定日作為時間依據，再請廠商重新開立收據，以資核銷；復於 92 年 7 月 20 日假南投縣仁愛鄉法治村武界活動中心舉行之「協調如何核銷」會議中，文建會人員就此核銷問題，再次重申可以用計畫書中之預算人事費名目辦理核銷，是「武 BA 籃球比賽」、「父親節傳統知性活動」雖已於計畫核定前舉辦，但依上揭原則，仍以「武 BA 籃球比賽」、「父親節傳統知性活動」單據或領據向文建會辦理經費核銷。

國內原住民族重要判決之編輯及解析（第三輯）

（九）本件被告 2 人所浮報之款項皆用在舉辦活動所發放之獎金及無法取得單據之支出上，並無私人挪用、侵占活動款項之情形。

（十）武界社區發展協會固有向文建會申請辦理本案活動之補助 1,188,000 元，後來有繳回 183,500 元，但協會帳戶尚有 38,000 元，則被告 2 人對該款項自無不法侵占情事可言云云。

（十一）然查，協會帳戶於 91 年 10 月 23 日收到文建會撥款 1,188,000 元，而被告等於 92 年 11 月 24 日以匯款方式繳回 183,500 元乙節，有協會帳戶交易明細表、匯款委託書在卷可按。且查，協會帳戶在 91 年 10 月 23 日文建會撥款前，結存 15,858 元，在 92 年 11 月 24 日繳回之後，92 年 11 月 24 日當天結存金額不高於 15,858 元，有交易明細表可證。

肆、爭點

按《貪污治罪條例》第 4 條第 1 項第 1 款，原住民族居住之區域可否因為消費憑證無法取得但有實際花費而阻卻罪責？

伍、法院見解

一、臺灣南投地方法院 94 年度訴字第 73 號刑事判決

（一）文建會為凝聚地震災區社會意識，遂訂定九二一重建區社區總體營造執行方案，於全國災區成立四個社區營造中心，其中武界部落社造點之社區則屬第四區營造中心，被告甲、戊與案外人申○○、辜○濟四人則為文建會第四區社區營造中心武界部落社造點之社造員，渠等四人以武界社區發展協會名義，經由第四區社區營造中心向文建會中部辦公室申請補助經費一百四十八萬五千元，辦理「武界部落之聲—喚起文化生命」計畫系列活動，該計畫預定辦理「動植物生態調查記錄」、「生態解說員人才培訓」、「狩獵文化傳承」、「傳統歌謠與新興原歌交流競賽」、「部落產業特色發展及學習」、「體育人才培育」、「社區交流觀摩」、「父親節傳統文化知性活動」及「傳統編織剪裁班」等九項社區營造活動，該活動核定之辦理時間自 91 年 10 月 1 日起至 92 年 1 月 31 日

止（嗣經武界社區發展協會向文建會申請延展至 92 年 3 月 31 日止），文建會中部辦公室審查後，於 91 年 9 月 26 日核備在案，並同意照該計畫申請金額全額補助，並分二期撥款（百分之八十、百分之二十），第一期補助款一百十八萬八千元於九十一年十月二十三日匯入武界社區發展協會在南投縣仁愛鄉農會所開立之帳戶（帳戶：○○○○○○號），第二期款則於計畫辦理結束後，檢據審核後撥付；文建會中部辦公室並要求武界社區發展協會依《政府採購法》辦理，且照預算核實支用，各項經費應專款專用，不得任意變更用途，倘計畫如有變更必要或因故無法執行，應事先徵得文建會中部辦公室書面同意；嗣因被告二人未於期限內辦理核銷，經文建會中部辦公室於 92 年 7 月 24 日、9 月 29 日函催被告二人檢送相關資料辦理經費核銷，迄今仍未完成經費核銷等情，有「武界部落之聲—喚起文化生命」計畫書影本一份、文建會中部辦公室 91 年 9 月 26 日中二字第○○○○○○號函、92 年 7 月 24 日中二字第○○○○○○號函、92 年 9 月 29 日中二字第○○○○○○號函（均影本）、武界社區發展協會在南投縣仁愛鄉農會活期儲蓄存款存摺及其明細表、取款憑條等在卷可稽，此部分之事實，堪可信實。

（二）按《貪污治罪條例》第 2 條所指受公務機關委託承辦公務之人，係謂其所委託承辦者，必為該機關權力範圍內之公務，受任人因而享有公務上之職權及權利主體之身分，於其受任之範圍內行使行政主體之權力而言（最高法院著有 88 年度台上字第 2273 號、84 年度台上字第 5755 號、89 年度台上字第 4802 號刑事判決要旨足資參照）。本件文建會所訂定之九二一重建區社區總體營造執行方案，其目的係為重建九二一地震災區，凝聚社區意識，並就第四區營造中心為部落人才培訓、增進部落災後凝聚力，此方案由文建會主辦、淡江大學建築系承辦，並於全國災區成立四個社區營造中心，而社造員則係為協助文建會與社區互動及傳遞之訊息窗口，由重建區社區營造中心負責輔導；該社區營造員係由各個社區營造中心採公開徵選或由社區管理委員會及相關組織推薦或個別申請方式產生，每一社區營造點一位，以社區在地人員為優先。社造員之職責為：（一）協助成立並運作社區管理委員會或相關組織；

（二）協助向本會或相關單位申請各項經費或核銷作業；（三）協助有關社區營造之各項專業諮詢；（四）作為本會與社區之窗口及互動橋樑；（五）其他協助事項。社造員經遴選後，須報請文建會中部辦公室核定後方具有營造員資格，其薪資係由文建會提撥一筆人事經費約四百萬元交由淡江大學建築系統籌發放，社造員承辦之業務為文建會交辦之一切事務等情，此有文建會中部辦公室 94 年 9 月 2 日中三字第〇〇〇〇〇〇號函及其所附資料、武界社區發展協會 94 年 7 月 12 日仁武社協字第〇〇〇〇〇〇號函在卷可稽；核與證人庚〇〇（即文建會第四區營造中心專案總執行長）到庭結證稱：第四區營造中心是培訓部落人才的單位，社造員之薪水係由淡江大學每月自提案計畫書中之一筆約四百萬元之人事經費支出，社造員需每月繳交社造日誌（即工作日誌），由第四區營造中心會同督導武界社區辦活動等語，暨證人西〇〇（即於 92 年 7 月間擔任文建會中部辦公室專員）到庭結證稱：社造員領有文建會之工作費用等語大致相符；職是，被告二人既係文建會所遴選並聘為第四區社區營造中心武界部落社造點之社造員，受託從事文建會所執掌社區總體營造之公務，亦即公務機關之文建會所委託承辦之業務，為該機關公權力範圍內之公務，受任人之本件被告二人因而享有公務上之職權及權力主體之身分，於其受任之範圍內行使公務主體之權力，並非僅係民事上之承攬關係，非受託承辦公務，故依據前開最高法院刑事判決要旨釋示，被告二人當係屬《貪污治罪條例》第 2 條後段所謂「受公務機關委託承辦公務之人」，自不待言。從而，被告辯稱渠等二人非依據法令從事公務之人員，亦非受公務機關委託承辦公務之人，非《貪污治罪條例》第 2 條所規範之主體云云，尚有誤會。

（三）又文建會中部辦公室於 92 年 9 月 26 日准予核備計畫書時，即函知本案補助款應依《政府採購法》規定辦理，並照算核實支用，各項經費應專款專用，不得任意變更用途，倘計畫如有變更必要或因故無法執行，應事先徵得文建會中部辦公室書面同意；且於計畫辦理結束後一個月內檢送所有原始支出憑證、收據（需為貴會之統一收據，編有流水號碼及註明立案字號，並由主管、會計及出納等核章）、成果報告書

等辦理核撥尾款乙情，有文建會中部辦公室 91 年 9 月 26 日中二字第○○○○○號函影本在卷可按；而依文建會經費報結注意事項第 3 項：「收（領）據應註明受領事由、時間（年月日）、實收數額、支付機關全銜、受領人之姓名或名稱、地址暨國民身分證或營利事業統一編號；如屬機關或立案之團體則應經負責人、會計及出納（或經手人）簽名或蓋章，並加蓋關防或團章」、第七項：「憑證之總金額有更改者，應由負責人在改正處簽名或蓋章證明。收據或發票如有遺失或供其他用途者，應檢具原立具人加蓋印章負責證明與原本相符之影本，並註明無法提出原本之原因」、第 25 項：「支出憑證內容應與預算項目核符，並按計畫別依序編號彙訂」，亦有文建會活動補助案成果報告書其所附資料一份在卷可按，是被告二人既具有社造員資格，且受有第四區營造中心之經費核銷課程訓練，復受第四區營造中心之督導及指導如何辦理活動、經費如何申請、如何核銷經費等事項，對於上揭文建會要求補助款需專款專用、檢實核銷經費等程序，自難諉為不知。

（四）被告雖於本院審理時傳訊證人申○○、壬○○二人證明渠等確實有舉辦計畫書中所載之「傳統歌謠競賽」、「體育人才培育之籃球組訓營」、「父親節傳統文化知性活動」云云，然查：傳統歌謠競賽活賽並未舉辦，而係於 92 年 1 月間，於拔河比賽結束後當日晚上在同一場地，由法治國小之學童及中正村之婦女至法治村表演跳舞以表演方式舉行，且當年度武界社區僅於中秋節時，由台電公司在天主教堂舉辦卡拉 OK 比賽，嗣後即未再舉辦與歌唱有相關之活動；「武 BA 籃球比賽」即與「部落入口意象揭牌暨籃球聯賽慶祝活動」合併已於 91 年 6 月 29 日起至 9 月間舉辦，嗣後即未舉辦任何籃球組訓營活動等情，業據證人杜○輝、李○德、卯○○等人於南投縣調查站、偵查中證述綦詳，是被告所舉證人申○○、壬○○於本院之證詞，尚難為有利於被告之認定。

（五）次查，「武 BA 籃球比賽」於 91 年 6 月 29 日起至 9 月初舉辦，附表二所示之柯○慧、柯○錦、柯○銀、蔡○德等人曾擔任工作人員，於 91 年 9 月間活動結束時，柯○慧、柯○錦、柯○銀、蔡○德等人各自均領取工作費 11,200 元乙情，業據證人柯○慧、柯○錦、柯○

銀、蔡○德於調查員調查及偵查中證述綦詳。而武界社區發展協會於 91 年間未辦理「體育人才培訓之籃球組訓營」活動，只有在 91 年 6 月 29 日起至 9 月間，由被告等在武界基督長老教會舉辦「武 BA 籃球比賽」，報名參加者每人需繳交五百元，共有長青組四隊、青年組五隊，比賽結束後，前三名有頒發獎金，第一名頒發三萬元、第二名頒發二萬元、第三名頒發一萬元，證人癸○○參加青年組，榮獲第二名，於 91 年 9、10 月間舉辦武 BA 晚會，於晚會中頒發獎金，癸○○所屬球隊有十名隊員，每名隊員獲得獎金二千元；另證人乙○○亦有組隊參加比賽，該隊獲得長青組第二名，每員隊員獲得一千元獎金乙節，迭據證人癸○○、乙○○於南投縣調查站、偵查中證述明確，其中證人癸○○復於本院審理中證述無訛。再觀以被告二人於 91 年 6 月間舉辦「武 BA 籃球比賽」時，曾向台灣電力股份有限公司抽蓄工程處申請補助金二萬元，並向武界地區施工廠商○志、太○設公司、瑞○公司及工人等募款七萬餘元乙節，業據被告戊於南投縣調查站及偵查中自白在卷，且有武界發展協會 91 年 6 月 19 日（91）仁鄉法發字第○○○○號函、武界社區入口意象碑暨武 BA 籃球聯賽開幕慶祝活動計畫、武界社區發展協會收受二萬元補助之收據等影本各一份在卷可參。足證，「武 BA 籃球比賽」於「武界部落之聲—喚起文化生命」計畫活動開始前之 91 年 6 月 29 日起至 9 月間即已舉辦完畢，且以報名費及向廠商募款所得支應比賽所需之費用，亦即被告二人確實未舉辦計畫書原預定之「體育人才培訓之籃球組訓營」活動，至為明確。

（六）另被告辯稱：與文建會中部辦公室專員於「協調如何核銷」會議中曾達成共識，得先辦理活動，再以期程（即活動期間自 91 年 10 月 1 日起至 92 年 1 月 31 日止，嗣後經武界社區發展協會向文建會申請延展至 92 年 3 月 31 日止）外之收據、領據等辦理經費核銷云云；然據：（1）證人西○○於南投縣調查站、偵訊證述：並未同意武界社區發展協會在文建會核定補助「武界部落之聲—喚起文化生命」計畫前先舉辦籃球比賽活動，該計畫所擬定之活動，須經核定，始得舉辦，並於舉辦活動後，辦理經費核銷；另已經舉辦過之社區活動，不得列入前開計

畫執行等語；其復於本院審理中具結證稱：【(辯護人問：你是否有參加 92 年 7 月武界社區關於「協調如何核銷」之會議?) 我確實有和午○○老師參加這個會議，淡江大學所承辦的是第一年的第四區社造中心，第二年之後由午○○老師主導，我跟黃○○老師有到部落去找相關的人，針對這個問題交換意見，當初核定的金額和武界社區發展協會提報的單據的金額差距太大，單據的金額比核定的項目和金額少很多。在會議之前，已經用電話聯繫瞭解這個狀況，但是都沒有改善，所以才會和午○○老師到部落去，教他們如何完成核銷的程序。】、【(辯護人問：會議中，被告二人是否有提到關於核銷有什麼困難?) 被告二人是有提到他們很多的單據沒有拿到，有的單據遺失。】、【(辯護人問：被告二人是否有提到活動期程外的單據?) 社區營造是希望部落有能力為了部落的發展爭取到相關公部門的資源，公部門的擬定計畫書、經費核銷的程序，我們有提醒營造員，這是很重要的東西，而且執行的期程和執行的項目、金額要按照核定的來執行，期程外的單據是不可能被接受的。被告二人是否有提到活動期程外的單據這件事，我沒有印象了。】、【(辯護人問：這個會議是否有達成結論?) 我們是提出建議，請他們把單據不全的部分補全，要件不符的單據要補正，沒有執行項目的金額要繳回，我們在核定計畫的時候，就會先把經費的百分之八十撥下去，剩下的百分之二十在活動結束，單據齊全之後，才會核撥。】等語；(2) 另證人午○○到庭結證稱：【(辯護人問：92 年 7 月間，文建會和武界社區發展協會及第四區社造中心，是否有就武界之聲的核銷問題做討論?) 有，在 92 年 7 月 25 日在武界活動中心。】、【(辯護人問：討論的議題為何?) 因為武界之聲的計畫是 91 年度的，所以最晚要在 92 年 2 月 28 日之前核銷，92 年 2 月 28 日之前不是我們承辦的，我們是在 92 年 3 月 1 日接辦的，因為武界辦理核銷延遲太久，當場是有文建會中部辦公室的鄭○○專員帶了一份公文上去，那份公文是說武界發展協會執行期程是 91 年 10 月至 92 年 1 月，經催辦至今仍未提出核銷資料，請於文到十日內，辦理核銷，逾期追回補助款。】、【(辯護人問：開會的時候是否有討論到被告二位核銷發生什麼問題?) 從我們接觸他們開始，我們

發現他們根本不知道什麼是核銷，不知道什麼憑證是公部門認可的憑證，所以他們辦了很多活動，但是憑證都有問題，因為 91 年不是我們輔導的，我不清楚 91 年他們是否瞭解，我們接辦之後，發現他們根本不瞭解何種的憑證才符合規定。文建會通常有一個執行期程，91 年度的計畫就是要在 91 年 10 月到 92 年 1 月 31 日執行，核銷則要在 92 年 2 月 28 日之前向文建會核銷，但是他們從 2 月 28 日延到 7 月，都不會處理核銷的程序，核銷的程序是每一張憑證要編號，還要做明細表、彙總表，別的部落也是有延遲，但是武界是最嚴重的。】、【（辯護人問：當天的會議是否有達成初步的結論？）當天主要是鄭○○專員帶著函去討論如何核銷的問題，工作人員就有問什麼樣的收據才能核銷，我們發現核銷的日期延後太多，有一些是有辦活動但是找不到單據的，有一些是單據的日期在期程外，也就是在計畫書送審之後，文建會核定之前就先辦活動。鄭○○專員上去的目的是說明核銷的日期不能再延了，不然要把款項追回來，並且提出核銷的最後期限。】等語，有上揭證詞足徵，本件補助金活動經費之核銷實不能以計畫書活動期間外之收據、單據等為經費核銷，是被告二人為此辯解，要難採信。

（七）再觀諸被告戊於南投縣調查站及偵查中供述：本件經費核銷之憑證是我和甲共同製作；在擬定計畫書前，文建會承辦人員酉○○有告訴我們，獎金、獎品不能核銷，計畫核定前之單據不能使用核銷。但於辦理前述「武 BA 籃球比賽」等活動時，有很多經費無法核銷，例如計畫核定前之花費、獎金、獎品等，所以才會用人頭核銷，實際上只有工作費有交付工作人員，大部分以人頭核銷之經費，都充作獎金、獎品費，並未交給人頭等語；另被告甲於南投縣調查站及偵查中則供稱：支出憑證是我和戊共同製作；「傳統歌謠競賽」活動因參加報名隊數不足，所以沒有舉辦，我、戊、村長申○○等人研議決定改為邀請法治國小小朋友及中正村婦女會表演跳舞，由武界協會製作不實之「傳統歌謠競賽」活動名冊，據以向文建會辦理核銷；我等確實有以不實領據或廠商單據浮報或虛報活動費用，但是所浮報之款項都是用在舉辦其他活動上面等語。被告二人復於本院審理時，對於渠等於南投縣調查站所述並

無表示受到逼供刑求或其他不正之方法，是渠等上開陳述，應具任意性；且被告二人就附表二所示之憑證為二人共同製作，以不實憑證向文建會辦理經費核銷乙節，供述大致相符，堪可採信；再參諸前開各情，足證被告二人確實有檢具傳統歌謠競賽活動之憑證二十四張、及以「武BA 籃球比賽」所花費之憑證計二十六張，充當「體育人才培訓之籃球組訓營」之收據，再持以辦理活動經費核銷，渠等所欲核銷之金額，均屬虛報。

(八) 附表二所示紀○錦、陳○安等人所領取之講師費、工作費、購物款、裁判費、誤餐費、交通補助費、場地費、住宿費等(憑單編號、活動項目、經費別、日期、金額、單據內容、請款發票人等項，詳如附表二各欄次所示)，紀○錦、陳○安等人或未領取如附表二所示單據內容之費用，或未足額領取，或僅由商家提供估價單、由被告二人以估價單充作收據，或至深山打獵不需租用場地，或未購物、由商家提供空白收據，再由被告二人填具金額後，再由被告戊將盜刻如附表一所示余○明等人之印章，或由乙○○、子○○、杜○輝、辰○○、丑○○、柯○錦、未○○等人先前交予戊保管之印章，盜蓋在支出證明單、收據、估價單上，以之作為經費核銷之憑據等情，迭據證人余○明、何○行、紀○錦、陳○安、丙、己、葉○良、馬○華、卯、陳○娥、馬○丁、馬○山、李○送、蔡○貴、李○天、馬○邦、李○德、柯○忠、馬○誠、申、柯○慧、柯○茹、柯○銀、蔡○德、蔡○興、杜○正、何○中、馬○溫、寅、蔡○滿、楊○枝、陳○蘭、陳○花、李○花、楊○霞、蔡○珠、陳○英、林○雲、黃○香、蔡○花、乙、子、杜○輝、辰、丑、柯○錦、未、林○鏞、吳○芳、馬○笑、張○美等人於南投縣調查站、偵訊中結證稱屬實；其中證人申○○、卯○○、乙○○、陳○英、辰○○、未○○、巳○○、丁○○、辛○○、杜○輝、寅○○、子○○等人復於本院審理中具結證稱無訛。此外，復有被告二人據以虛報或浮報之如附表二所示之支出證明單、估價單、收據共計一百一十九份(均為影本)等在卷可資佐證。是以，被告二人明知附表二所示之不實內容之憑據，竟仍持向文建會中部辦公室辦理經費核銷，堪認被告二人

所欲核銷之附表二所示金額共計五十七萬五千二百三十元，均係虛報或浮報，至為明確。

（九）綜據上述，被告二人以附表二所示之不實支出證明單、估價單等憑據，以掩飾其侵占補助款之犯行，至為明顯。從而，被告二人前揭辯解，顯係事後卸責之詞，委無可採。本件事證已臻明確，被告二人上揭犯行，洵堪認定，應依法論罪科刑。

（十）受公務機關委託承辦公務之人，犯《貪污治罪條例》之罪者，亦依該條例處斷，《貪污治罪條例》第 2 條後段定有明文。被告甲、戊二人為文建會第四區社區營造中心武界部落社造點之社造員，均係受文建會委任協助辦理社區總體營造工作，為受公務機關委託承辦公務之人。核被告二人所為，均係犯《貪污治罪條例》第 4 條第 1 項第 1 款之侵占公有財物罪及刑法第 216 條、第 210 條之行使偽造私文書罪。被告二人就上開二罪間，有犯意聯絡及行為之分擔，均為共同正犯。被告二人利用不知情之成年人偽刻附表一所示余○明等四十人之印章，為間接正犯。被告二人盜刻附表一所示余○明等四十人之印章，進而分別盜蓋在附表二所示支出證明單上之理事長欄位、會計及出納欄位、請款人簽收欄位，及持乙等七人之真正印章盜蓋在附表二所示之支出證明單請款人簽收欄位等行為，均為偽造私文書之部分行為，均不另論罪；偽造私文書後復持以向文建會中部辦公室為申報經費核銷，該偽造之低度行為應為行使之高度行為所吸收，均不另論罪。被告二人先後多次行使偽造私文書、侵占公有財物之犯行，時間緊接，犯罪構成要件相同，顯係各基於概括犯意而為，均為連續犯，應依刑法第 56 條之規定，各以一罪論，並均加重其刑（貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 1 款之侵占公有財物罪，除法定刑中無期徒刑部分，不得加重外，餘均依法加重其刑）。又被告二人所犯上開二罪間，有方法結果之牽連關係，為牽連犯，依刑法第 55 條之規定，從一重之侵占公有財物罪處斷。爰審酌被告二人並無前科，素行良好，惟渠等二人受文建會委任協助辦理社區總體營造工作，竟徇私舞弊圖取暴利，而偽造不實之支出證明單、收據後，再據以虛報、浮報補助款，浪費公帑，侵占公有財物金額為五十七

萬五千二百三十元，辜負所託，貽害百姓權益不輕，犯罪情節重大，其等犯後猶飾詞圖卸、未見具體悔過表現等一切情狀，分別量處如主文所示之刑，以資懲儆。

（十一）有關沒收諭知：

按「犯第 4 條至第 6 條之罪者，其所得財物，應予追繳，並依其情節分別沒收或發還被害人。前項財物之全部或一部無法追繳時，應追徵其價額，或以其財產抵償之」。《貪污治罪條例》第 10 條第 1、2 項分別定有明文。本件被告二人因犯前開侵占公有財物罪，侵占公有財物所得為五十七萬五千二百三十元，均未扣案，該筆款項均係被告二人檢具不實之憑證，向文建會申辦經費核銷，是爰依前開規定，諭知被告二人侵占之財物五十七萬五千二百三十元應連帶追繳並發還予被害人文建會，如全部或一部無法追繳時，則應以其財產抵償之。又按偽造之印章、印文或署押，不問屬於犯人與否，沒收之，為刑法第 219 條定有明文規定。被告二人所盜刻如附表一所示余○明等 40 人之印章，雖未扣案，然依現有卷證資料，不能證明業已滅失，仍應依刑法第 219 條宣告沒收。

被告二人盜用乙○○、子○○、癸○○、辰○○、丑○○、柯○錦、未○○等七人之印章，而偽造 20 張支出證明單，雖屬被告二人所偽造之私文書，然該等支出證明單係由被告二人盜用乙○○、子○○、癸○○、辰○○、丑○○、柯○錦、未○○等七人先前所交付保管之印章，於「請款人簽收」欄位所盜蓋所偽造之印文共二十枚，並非屬偽造印章之印文，均無從於本案中諭知沒收，併此敘明。被告二人盜刻余○明等人之印章，復持之盜蓋於支出證明單上之「理事長」欄位、「會計及出納」欄位、「請款人簽收」欄位內所示之印文共計三百四十八枚，均為被告二人所偽造之署押，均依刑法第 219 條之規定予以沒收。

另公訴意旨認被告二人所侵占之補助款為五十七萬四千七百三十元，容有誤會；因（一）起訴書所附之附表憑單編號 1A-19「狩獵文化傳承活動、2002.12.30、2,500 元、工作費、子」部分，業據證人子○○於本院審理中證稱：該筆狩獵文化活動傳承工作費用二千五百元，因於

本案偵訊時，不知被告已委請母親交付，致彼時證述無收到該筆費用，嗣後已經由母親交付無訛，且伊確實有參加該活動等語，是該支出證明單所載金額自非被告二人所偽造或虛報，此部分自應扣除，而公訴人既認此部分與被告二人前揭有罪部分具有連續犯之裁判上一罪關，爰不另為無罪之諭知，附此敘明。（二）公訴人起訴被告二人侵占公有補助款，雖未論及卷附之憑單編號 4D-12「力拔山河、旅運費、2003.1.18、3,000 元、交通補助費、馬○溫」部分，然據證人馬○溫於南投縣調查站及偵訊中證述：其確實有參加力拔山河活動，卻未領到該筆交通補助費三千元等情在卷，是被告二人就此部分亦屬檢具不實憑證以資向文建會為經費核銷之犯行，雖未據公訴人起訴，惟此部分與被告二人上開所犯之侵占公有財物罪，具有連續犯之裁判上一罪關係，本院自得審究，故本院認被告二人所侵占公有財物應共計五十七萬五千二百三十元，並此敘明。

二、臺灣高等法院臺中分院 95 年度上訴字第 105 號刑事判決

（一）訊據上訴人即被告（下稱被告）甲、乙 2 人固不否認渠等 2 人係文建會所聘任為第 4 區社區營造中心武界部落社造點之社造員，受文建會委任協助辦理社區總體營造工作，迄至 92 年 1 月 23 日止陸續將文建會中部辦公室第 1 期補助款元提領完畢，確實未辦理計畫書所預定之「動植物生態調查記錄」、「生態解說員人才培訓」、「部落產業特色發展及學習」等 3 項活動，並於計畫活動辦理完畢後，檢具名目不實之單據向文建會中部辦公室申請核銷活動費用，被告 2 人為解決名目不實之單據核銷問題，而為前開盜刻印章、偽造印文及盜用印章、印文及行使為造私文書之行為，惟均矢口否認有何侵占公有補助款之犯行，並辯稱：

（二）被告甲、乙 2 人非屬受公務機關委託承辦公務之人員，亦不符合公務員身分之人，蓋文建會為重建 921 震災地區，乃設立研究服務計畫（即行政院文化建設委員會 921 震災重建區社區總體營造執行方案），由淡江大學建築系標得此研究計畫，並輔導第 4 區社區營造中心推動原住民社區營造業務，是淡江大學、第 4 區社區營造中心與文建會

係屬承攬關係，非上下隸屬，是被告 2 人所執行之業務項目並未涉有公權力之行使，自非受委託承辦公務之人。又社造中心媒介文建會社區營造資源，且同時給予武界社區發展協會獨立提案之輔導協助，使得武界社區發展協會亦能如同社造中心般以提出計畫案獲得文建會補助資源，可見武界社區發展協會與文建會關係屬承攬關係。因此，被告 2 人並不具有公務員之資格，當無《貪污治罪條例》之適用。

(三) 被告 2 人確實有依原計畫舉辦「狩獵文化傳承」、「社區交流觀摩」、「傳統編織剪裁班」、「體育人才培育（拔河比賽、籃球組訓營）」、「傳統歌謠競賽活動」、「父親節傳統文化知性活動」等 6 項活動，總共支出經費為〇〇〇〇〇元，其中：(1) 有關「籃球組訓營」活動部分：因當初籃球比賽活動計畫是用以「武 BA 籃球比賽」之名稱申請，但因文建會對於活動名稱有所意見，故與武界部落菁英、村長討論後，以「社區入口意象暨武 BA 籃球聯賽」合併舉辦，但以「籃球組訓營」名義向文建會核銷；因俟文建會核准後再執行活動，時間將會非常緊迫，所以經過同意後將「籃球組訓營」之活動期間提前於 91 年 7 月至 9 月間辦理；又關於「籃球組訓營」活動，原呈報文建會計畫書之經費共計 239,720 元，但實際辦理過程中發現原計畫沒有供應餐點，且沒有比賽獎金規劃，經部落長老會議建議提供比賽獎金及供應點心，以鼓勵村民踴躍參加，致使開銷方面超過原計畫金額甚多，經統計結果共花費 476,425 元，在不及向文建會申請變更活動計畫經費項目之情形下，導致許多實際支出無法按文建會規定方式核銷，故不得以僅能蒐集單據以文建會所通過之人事費及業務費等項目去核銷，以致名實不符；此項活動事後僅向文建會核銷 225,120 元，等於實際超支 250,305 元，此部分資金缺口僅能從其他活動項目資金彌補。(2) 有關「力拔山河拔河比賽」、「傳統歌謠」活動部分：「力拔山河拔河比賽」活動原訂於 92 年 1 月 4 日舉辦，「傳統歌謠」活動原訂於 92 年 1 月 3 日舉辦，因該時間與部落教會耶誕節活動及仁愛鄉過年活動時間衝突，乃改在 92 年 1 月 17 日舉行，惟「傳統歌謠」比賽僅有中正村及法治國小報名參加，經討論變通權宜後，主辦單位決定將「傳統歌謠」活動改為於「力拔山河拔河

比賽」晚會時表演跳舞，故「傳統歌謠」活動確實有辦理。「力拔山河拔河比賽」活動向文建會核銷金額為 181,500 元，「傳統歌謠」活動向文建會核銷金額為 119,215 元，而該二次活動實際花費為 241,735 元，此二項活動實際結餘 58,980 元（即 181,500 元 + 119,215 元 - 241,735 元 = 58,982 元），係用以支應上開「籃球組訓營」活動之資金缺口。(3) 有關「狩獵文化傳承」活動部分：向文建會核銷金額為 136,370 元，實際支出為 60,200 元，結餘 76,170 元，係用以支應上開「籃球組訓營」活動之資金缺口。(4) 有關「社區交流觀摩」活動部分：向文建會核銷金額為 206,800 元，實際支出為 129,500 元，結餘 77,330 元，係用以支應上開「籃球組訓營」活動之資金缺口。(5) 有關「傳統編織剪裁班」活動部分：向文建會核銷金額為 135,428 元，實際支出為 103,515 元，結餘 31,913 元，係用以支應上開「籃球組訓營」活動之資金缺口。

(四) 前開舉辦之活動中，有關比賽獎金及拔河比賽整地之費用等，無法按文建會所規定項目核銷，然此獎金又是鼓勵村民組隊參賽所不可或缺；其他尚有舉辦活動訂製運動服裝（T 恤）發給參賽村民，僅拔河一項已高達 6 萬元，亦無法按文建會規定之項目核銷。又文建會規定支出單據限定於 91 年 10 月 1 日至 92 年 1 月 31 日期間始得核銷，而武界部落並無任何開立發票之商店，取得單據甚有困難，且之前舉辦之「籃球組訓營」活動之相關支出亦無法申報，導致大部分單據均無法核銷而必須重新填寫，始能按文建會規定項目及期限核銷。

(五) 被告 2 人係第 1 次辦理社區活動，之前完全沒有相關計畫執行及核銷之經驗，故在提擬計畫當時未能妥善評估活動項目與經費預算，導致實際辦理活動時，實際狀況與當初提報計畫時之活動項目及經費預算有所出入，導致需藉由其他活動結餘支應其他超支缺口；再者，活動舉辦時會有一些突發之狀況，大都以部落長老及小組會議討論之方式更改之，因而常變更活動內容及經費開銷，並且在不熟悉文建會核銷方式之情況下，造成單據核銷方面的問題。

(六) 91 年 6 月間於清靜農場舉辦第 4 區社造員大會，就文建會尚未核定活動計畫前，已舉辦之活動經費如何核銷乙事，文建會中部辦公

室承辦專員曾口頭同意可以先辦理活動，保留收據，待計畫核定後，依核定日作為時間依據，再請廠商重新開立收據，以資核銷；復於 92 年 7 月 20 日假南投縣仁愛鄉法治村武界活動中心舉行之「協調如何核銷」會議中，文建會人員就此核銷問題，再次重申可以用計畫書中之預算人事費名目辦理核銷，是「武 BA 籃球比賽」、「父親節傳統知性活動」雖已於計畫核定前舉辦，但依上揭原則，仍以「武 BA 籃球比賽」、「父親節傳統知性活動」單據或領據向文建會辦理經費核銷。本件被告 2 人所浮報之款項皆用在舉辦活動所發放之獎金及無法取得單據之支出上，並無私人挪用、侵占活動款項之情形云云。

(七) 文建會為凝聚地震災區社會意識，遂訂定 921 重建區社區總體營造執行方案，於全國災區成立 4 個社區營造中心，其中武界部落社造點之社區則屬第 4 區營造中心，被告甲、乙與案外人癸○○、辜○濟等 4 人則為文建會第 4 區社區營造中心武界部落社造點之社造員，渠等 4 人以武界社區發展協會名義，經由第 4 區社區營造中心向文建會中部辦公室申請補助經費○○○○○元，辦理「武界部落之聲—喚起文化生命」計畫系列活動，該計畫書預定辦理「動植物生態調查記錄」、「生態解說員人才培訓」、「狩獵文化傳承」、「傳統歌謠與新興原歌交流競賽」、「部落產業特色發展及學習」、「體育人才培育」、「社區交流觀摩」、「父親節傳統文化知性活動」及「傳統編織剪裁班」等 9 項社區營造活動，該活動核定之辦理時間自 91 年 10 月 1 日起至 92 年 1 月 31 日止（嗣經武界社區發展協會向文建會申請延展至 92 年 3 月 31 日止），文建會中部辦公室審查後，於 91 年 8 月 27 日批示核准前開計畫書，並於 91 年 9 月 26 日核備在案，並同意照該計畫書申請金額全額補助，並分 2 期撥款，第 1 期補助款○○○○○元於 91 年 10 月 23 日匯入武界社區發展協會在南投縣仁愛鄉農會所開立之帳戶，第 2 期款則於計畫書活動辦理結束後，檢據審核後撥付；文建會中部辦公室並要求武界社區發展協會依《政府採購法》辦理，且照預算核實支用，各項經費應專款專用，不得任意變更用途，倘計畫書活動如有變更必要或因故無法執行，應事先徵得文建會中部辦公室書面同意；嗣被告 2 人並未辦理計畫

書所預定之「動植物生態調查記錄」、「生態解說員人才培訓」、「部落產業特色發展及學習」等 3 項活動，且未於期限內辦理核銷，經文建會中部辦公室於 92 年 7 月 24 日、9 月 29 日函催被告 2 人檢送相關資料辦理經費核銷，迄今仍未完成經費核銷；而嗣後被告卡〇〇山僅於 92 年 11 月 24 日將前開文建會中部辦公室所撥附之第 1 期補助款中之 183,500 元匯還文建會中部辦公室等情，有「武界部落之聲—喚起文化生命」計畫書影本 1 份、文建會中部辦公室 91 年 9 月 26 日中二字第〇〇〇〇〇〇號函、92 年 7 月 24 日中二字第〇〇〇〇〇〇號函、92 年 9 月 29 日中二字第〇〇〇〇〇〇號函（均影本）、武界社區發展協會在南投縣仁愛鄉農會活期儲蓄存款存摺及其明細表、取款憑條、仁愛鄉農會電腦共用中心匯款委託書影本 1 件等在卷可稽，復為被告 2 人所不否認，此部分之事實，堪可信為實在。又於 92 年 8 月間由乙出面委請位於南投縣埔里鎮不知情之某刻印店之成年人員，偽刻附表一所示之余〇明（即前武界發展協會理事長）、何〇行（即前武界發展協會出納）、紀〇錦、陳〇安、酉、天、未、戊、陳〇娥、馬〇丁、馬〇山、李〇送、蔡〇貴、李〇天、馬〇邦、李〇德、蔡〇滿、柯〇忠、馬〇庫、馬〇誠、癸、柯〇慧、柯〇茹、柯〇銀、蔡〇德、蔡〇興、杜〇正、葉〇良、何〇中、馬〇華、陳〇財、楊〇枝、馬〇溫、陳〇蘭、陳〇花、丁、李〇花、楊〇霞、蔡〇珠、陳〇英、林〇雲、柯〇鳳、黃〇香、陳〇花等人之印章各 1 枚，並盜用子〇〇、戌〇〇、申〇〇、寅〇〇、柯〇錦、卯〇〇等人先前交予乙保管之印章，分別偽造或盜蓋在附表二所示以南投縣武界社區發展協會名義所製作之「核銷憑證資料」上之理事長欄位偽蓋「余〇明」印文、會計及出納欄位偽蓋「何〇行」印文，及在「支出證明單」上之領款人簽收欄內偽蓋或盜用紀〇錦等人之印文，用以表示紀〇錦等人已領取附表二所示之款項，暨在「黏貼憑證用紙」上主計欄部分偽蓋「何〇行」印文、負責人欄部分偽蓋「余〇明」印文；甲、乙 2 人復向林〇鏞、吳〇芳、馬〇笑、張〇美等人索取空白估價單或收據，自行填載購物金額後，充作辦理活動購物之收據。甲、乙 2 人將前開所有經偽造之資料彙整後，在「全案經費支出彙總表」上記載「原預算金額」總

計○○○○○元，「實支金額」○○○○○元，共同將此不實製作之文書持向文建會中部辦公室辦理經費核銷等事實，業據被告 2 人於本院審理中坦白承認，核與證人余○明、何○行、紀○錦、陳○安、卯、子、寅、戌、酉、天、申、未、戊、陳○娥、馬○丁、馬○山、李○送、蔡○貴、李○德、蔡○滿、癸、柯○慧、柯○錦、柯○銀、蔡○德、蔡○興、杜○正、葉○良、何○中、楊○枝、馬○溫、陳○蘭、陳○花、李○花、楊○霞、蔡○珠、陳○英、林○雲、黃○香、陳○花等人於法務部調查局南投縣調查站及偵查中證述之情形相符，復有卷附之核銷憑證資料及黏貼憑證用紙可稽，足認被告 2 人之自白與事實相符，足堪予採信。

（八）按刑法第 10 條第 2 項關於公務員之定義，原刑法第 10 條第 2 項規定：「稱公務員者，為依法令從事於公務之人員」，已於 94 年 2 月 2 日修正公布為：「稱公務員者，謂下列人員：一、依據法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限者。二、受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者」。並自 95 年 7 月 1 日起施行，因此，關於公務員之定義，分為三種類型：一為依法令服務於國家或地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限者，名之為「身分公務員」；二為其他依法令從事於公共事務而具有法定職務權限者，名之為「授權公務員」；三為受國家或地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者，名之為「委託公務員」。而《貪污治罪條例》第 2 條原規定：「依據法令從事公務之人員，犯本條例之罪者，依本條例處斷；其受公務機關委託承辦公務之人，犯本條例之罪者，亦同」。亦於 95 年 5 月 5 日修正為：「公務員犯本條例之罪者，依本條例處斷」。於同年 7 月 1 日施行，以配合前述刑法關於公務員定義之修正，即採與刑法相同之公務員定義。次按《貪污治罪條例》第 2 條（指修正前）所指受公務機關委託承辦公務之人，係謂其所委託承辦者，必為該機關權力範圍內之公務，受任人因而享有公務上之職權及權利主體之身分，於其受任之範圍內行使行政主體之權力而言

國內原住民族重要判決之編輯及解析（第三輯）

（最高法院著有 88 年度台上字第 2273 號、84 年度台上字第 5755 號、89 年度台上字第 4802 號刑事判決要旨足資參照）。本件文建會所訂定之九二一重建區社區總體營造執行方案，其目的係為重建九二一地震災區，凝聚社區意識，並就第 4 區營造中心為部落人才培訓、增進部落災後凝聚力，此方案由文建會主辦、淡江大學建築系承辦，並於全國災區成立 4 個社區營造中心，而社造員則係為協助文建會與社區互動及傳遞之訊息窗口，由重建區社區營造中心負責輔導；該社區營造員係由各個社區營造中心採公開徵選或由社區管理委員會及相關組織推薦或個別申請方式產生，每一社區營造點一位，以社區在地人員為優先。社造員之職責為：（1）協助成立並運作社區管理委員會或相關組織；（2）協助向本會或相關單位申請各項經費或核銷作業；（3）協助有關社區營造之各項專業諮詢；（4）作為本會與社區之窗口及互動橋樑；（5）其他協助事項。社造員經遴選後，須報請文建會中部辦公室核定後方具有營造員資格，其薪資係由文建會提撥一筆人事經費約 4 百萬元交由淡江大學建築系統籌發放，社造員承辦之業務為文建會交辦之一切事務等情，此有文建會中部辦公室 94 年 9 月 2 日中三字第○○○○○○號函及其所附資料、武界社區發展協會 94 年 7 月 12 日仁武社協字第○○○○○○號函在卷可稽；又被告 2 人所舉辦之各項活動經費係來自於文建會，且於活動舉辦完畢之後，尚應遵期提出各項核銷單據向文建會辦理經費核銷等情，已如前述；且證人丙（即文建會第 4 區營造中心專案總執行長）到庭結證稱：第 4 區營造中心是培訓部落人才的單位，社造員之薪水係由淡江大學每月自提案計畫書中之一筆約 4 百萬元之人事經費支出，社造員需每月繳交社造日誌（即工作日誌），由第 4 區營造中心會同督導武界社區辦活動等語；暨證人丑（即於 92 年 7 月間擔任文建會中部辦公室專員）到庭結證稱：社造員領有文建會之工作費用等語大致相符；足認被告 2 人既係文建會所遴選並聘為第 4 區社區營造中心武界部落社造點之社造員，受託從事文建會所執掌社區總體營造之公務，亦即公務機關之文建會所委託承辦之業務，為該機關公權力範圍內之公務，受任人之本件被告 2 人因而享有公務上之職權及權力主體之身分，於其受任之

範圍內行使公務主體之權力，並非僅係民事上之承攬關係，故依據前開最高法院刑事判決要旨釋示，被告 2 人當係屬受國家所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者，自屬公務員無訛。從而，被告 2 人辯稱，第 4 區社區營造中心與文建會，及武界社區發展協會與文建會關係，均屬承攬關係，渠等非屬公務員，所執行之業務項目並未涉有公權力之行使，自非受委託承辦公務之人，非《貪污治罪條例》第 2 條所規範之主體云云，尚有誤會。

(九) 又文建會中部辦公室於 92 年 9 月 26 日准予核備計畫書時，即函知本案補助款應依《政府採購法》規定辦理，並照預算核實支用，各項經費應專款專用，不得任意變更用途，倘計畫書活動如有變更必要或因故無法執行，應事先徵得文建會中部辦公室書面同意；且於計畫辦理結束後一個月內檢送所有原始支出憑證、收據（需為貴會之統一收據，編有流水號碼及註明立案字號，並由主管、會計及出納等核章）、成果報告書等辦理核撥尾款乙情，有文建會中部辦公室 91 年 9 月 26 日中二字第○○○○○○號函影本在卷可按；而依文建會經費報結注意事項第三項：「收（領）據應註明受領事由、時間（年月日）、實收數額、支付機關全銜、受領人之姓名或名稱、地址暨國民身分證或營利事業統一編號；如屬機關或立案之團體則應經負責人、會計及出納（或經手人）簽名或蓋章，並加蓋關防或團章」、第七項：「憑證之總金額有更改者，應由負責人在改正處簽名或蓋章證明。收據或發票如有遺失或供其他用途者，應檢具原立具人加蓋印章負責證明與原本相符之影本，並註明無法提出原本之原因」、第二十五項：「支出憑證內容應與預算項目核符，並按計畫別依序編號彙訂」，亦有文建會活動補助案成果報告書其所附資料 1 份在卷可按，是被告 2 人既具有社造員資格，且受有第 4 區營造中心之經費核銷課程訓練，復受第 4 區營造中心之督導及指導如何辦理活動、經費如何申請、如何核銷經費等事項，對於上揭文建會要求補助款需專款專用、檢實核銷經費等程序，自難諉為不知。故被告 2 人辯稱，渠等因不熟悉文建會核銷方式之情況下，造成單據核銷方面的問題云云，並無足採。至有關辦理相關活動時所發放之獎金、獎品部分，

或與名目不合之款項是否得以向文建會核銷？經查：依照文建會所核備之「武界部落～喚起文化生命」活動所編制之預算書內，並無獎金、獎品之編列，且所有支出之項目均有編定，此有文建會中部辦公室 92 年 10 月 30 日中二字第○○○○○○號函所附之「武界部落～喚起文化生命活動計畫」案相關資料可資憑對。因此，本件「武界部落～喚起文化生命」活動中有關獎金、獎品之發放，或與名目不合之款項之報支，應與文建會所規定之內容有違，依照規定係不得核銷之帳目，先予敘明。

（十）惟查：（1）證人丙於本院審理時證稱：「（問：武界部落是否每項支出都有合法的單據？）沒有。除了一些雜貨店之外，並沒有其他的便利商店。沒有辦法拿到合法的單據。」、「（問：要如何去取得合法的單據核銷經費？）請他們去熟悉的廠商給他們空白的單據。或到埔里地區去拿合法的單據。」、「（問：獎金及獎品是否可以報帳？）不可以。」、「（問：如果部落有需要，要用獎金及獎品激勵人員來參加，就可以用其他的場地佈置的費用作為獎金及獎品，是我們社造中心同意的，文建會部分只有看單據，沒有表示意見。」等語。又證人庚於本院審理時證稱：「（問：有無遇到過活動辦理之後沒有辦法核銷經費的狀況？）有。如文建會要我們找社區的人來參與，我們找社區的媽媽來煮菜，但有些菜是社區媽媽自己種的，所以沒有單據可以核銷。」、「（問：無法核銷的狀況下你們如何處理？）先寫領據看是否可以領，如果不行，請他們向附近的商家消費取得單據。再來跟我們申請核銷。」、「（問：活動先辦，那收據日期如何寫？）因為公文還沒有核准下來所以先不寫日期，或者先欠款等到款項下來再結。」、「（問：比如種菜的部分自己帶來煮，如果所取得的單據項目與你們所核銷的項目不符，你們如何處理？）我們先看金額是否相同，因為金額最重要，如果金額相符合而且也合乎文建會許可核銷的項目我們就會讓他核銷。」等語。依上證述之內容可知，按照文建會之規定，係不得就名目不合之帳目辦理核銷的，然因收據或發票取得困難，倘有必要仍得向他人取得空白之收據，事後填寫做為報帳之單據；又有關無法報支之項目（即獎金、獎品，或未列入預算項目之支出等），私下亦可拿一般可報支之其

他費用支應。(2) 本件被告 2 人於辦理前開相關活動時，確實有發放獎金、獎品部分，或支出與名目不合之款項等情，業據證人戊○○、杜○輝、子○○、杜○正、葉○良、何○中、李○花、蔡○珠、丁○○、陳○英等人分別證述在卷；且參酌證人己○○於本院審理時證稱：「(問：他們【指被告 2 人】在核銷單據有無遭遇單據無法核銷的情形?) 有，因為他們部落要拿發票或單據很困難，都要到外面或是比較繁榮的地方才拿的到。」、「(問：文建會或社造中心對於武界部落取得單據困難的情形是否瞭解?) 我們有反應讓文建會知道，所以他們才會請派有專業知識的人過來上課。」、「(問：就你所負責的五個部落是否都有活動提前舉辦及無法取得單據的情形?) 就我所知是四個部落有提前舉辦的情形，單據無法取得的部分五個部落都有此種情形。我們有請他們去拿合法的單據來核銷。」、「(問：有無單據事後補填的狀況?) 有。」、「(問：如果是先辦活動，所支出的費用超過文建會實際上所補助的金額如何處理?) 可以在百分之十五的部分勻支，如果再有不足我就不知道他們如何處理。」等語。以上可見，被告 2 人確實於舉辦前開相關活動時，有發放獎金、獎品或支出與名目不合之情形，且被告 2 人亦有將此項情形向文建會反應，此正與前開說明之內容相合。(3) 綜上，被告 2 人在未經過文建會事先核准或事後准予變更預算項目之情形下，即做出與文建會補助內容不符項目之支出，固有未當之處，惟渠等係在被默許或出於辦好活動之情形下，始為前開不當之處置，倘果有真正之支出，而事後以其他合法名目之款項申請准予報銷，尚難認有何不法所有之意圖。故本院就被告 2 人辦理以下相關活動所為支出之認定，將以被告具有不法所有意圖而侵占入己之款項，始算入被告 2 人不法所得之範圍內；倘僅名目不合，或實際有支出而無法申報之金額，應屬行政程序不符規定之範疇，本院將剔除在被告 2 人侵占金額外，先予說明。

(十一) 有關「體育人才培育(籃球組訓營)」、「父親節傳統文化知性活動」活動是否有舉辦，及所舉辦各項活動其經費使用之情形分別說明如下：經查：(1) 本件有關活動核定辦理之期間係自 91 年 10 月 1 日起至 92 年 1 月 31 日止(該活動計畫，嗣經武界社區發展協會向文建

國內原住民族重要判決之編輯及解析（第三輯）

會中部辦公室申請延展至 92 年 3 月 31 日止，並經文建會中部辦公室同意備查在案）等情，固有有文建會中部辦公室 92 年 10 月 30 日中二字第○○○○○○號函附卷可稽。及證人丑（證稱：並未同意武界社區發展協會在文建會核定補助「武界部落之聲—喚起文化生命」計畫前先舉辦籃球比賽活動，該計畫書所擬定之活動，須經核定，始得舉辦，並於舉辦活動後，辦理經費核銷；另已經舉辦過之社區活動，不得列入前開計畫書執行等語）與證人字（證稱：文建會通常有一個執行期程，91 年度的計畫就是要在 91 年 10 月到 92 年 1 月 31 日執行等語）之證詞，雖說明文建會所同意辦理之前開活動，應在所規定之時間內辦理者，其所花費之經費始得依法辦理核銷。惟查：證人丙於本院證述：文建會及第 4 區營造中心私下是允許武界社區發展協會先行辦理活動，且確實有辦理籃球組訓營活動，亦可與其他單位合辦等語；及證人己○○於本院證述：文建會未反對武界社區發展協會先行辦理籃球活動。且原企劃書上係寫武 BA 籃球賽，專管中心復修改為籃球組訓營等語。核與證人戊、癸、丁等人證述確實提前舉辦籃球組訓營活動等語之情節相符。又武界社區入口意象揭牌暨武 BA 籃球聯賽開幕慶祝活動計畫書上記載：部落入口意象及社區籃球聯賽得文建會贊助舉辦，於指導單位部分有文建會、台電抽蓄工程處、武界社區發展協會等單位，活動時間 91 年 6 月 29 日，此有該計畫書存卷可查，可見前開武 BA 籃球聯賽之舉辦與文建會前開之補助款項有關。再武界社區發展協會在舉辦「籃球組訓」活動時，確實有為參與之球員向新光人壽保險股份有限公司（下稱新光人壽保險公司）投保意外險之事實，業經證人即新光人壽保險公司之業務員辛○○到庭證述屬實，並有投保名單 1 份附卷可稽。雖本院曾向新光人壽保險公司查詢有關武界社區發展協會於 91 年間舉辦之籃球活動，是否有投保乙情，然經該公司回覆稱：本公司於 91 年間查無武界部落籃球組訓人員投保團體意外險記錄，本公司團體意外險資料保存期限為 4 年，保存期限屆滿後書面資料即予以銷毀，電子記錄則自作業系統中移出等情，有新光人壽保險公司 97 年 8 月 15 日（97）新壽法務字第○○○○號、97 年 9 月 18 日（97）新壽法務字第○○○○號函附卷可稽。

惟本件之所以向新光人壽保險公司查無武界社區發展協會舉辦「籃球組訓」活動有關投保團體意外險記錄，係因保存期限超過 4 年所致，尚不得以此逕採為不利被告等 2 人之認定。本院另參酌證人即豐原市○○社區營造員及行政企畫庚○○於本院審理時證述：其他社區亦有提前辦理活動情形等語。此外，並有武界社區籃球聯賽報名表附卷可資佐證。依上所述，堪認上開文建會中部辦公室及證人丑、宇之證述，應是根據原有規定所做之說明而已，事實上既然執行單位已私下同意武界社區發展協會提前辦理相關之活動，此部分仍應採為有利被告 2 人之認定，認為被告 2 人確實有舉辦「籃球組訓營」活動。(2) 有關「籃球組訓營」活動支出部分說明如下：本件「籃球組訓營」活動除文建會補助款項外，尚有台灣電力公司抽蓄工程處所補助之款項 2 萬元；且被告乙於法務部調查局南投縣調查站時供稱：另外有向武界地區施工廠商○志、○○建設、○○營造及工人等募集 7 萬元。因此，前開募得之款項 9 萬元仍應計入收入之款項內，始為適當。惟被告 2 人竟將其他單位補助款部分未予列入，尚有未洽。被告 2 人就其辦理有關「籃球組訓營」活動支出部分，固據渠等提出相關之單據及收入支出明細表等為證，本院依據前開說明原則及對照被告 2 人所提出前開相關之單據、收入支出明細表等，暨卷內有相關之卷證資料與證人證述之內容，認定被告 2 人辦理此項活動之總支出應為 403,123 元。至逾此部分支出之金額，被告 2 人並未提出證據供本院審酌，尚難以採認。故被告 2 人辯稱渠等辦理有關「籃球組訓營」活動，總共支出 476,425 元，而不足之款項為 250,305 元部分，應非的論（且此項活動所有之經費，既不足以支應該活動之總支出，自應由該費用收入項下先予支應，亦即被告等 2 人另外所募得 9 萬元應優先支付不足款項之部分，始為合理）。(3) 有關「力拔山河拔河比賽」、「傳統歌謠」等 2 項活動支出部分說明如下：被告 2 人就其等辦理有關「力拔山河拔河比賽」、「傳統歌謠」等 2 項活動支出部分，固據渠等提出相關之計畫經費說明、照片、單據及收入支出明細表等為證，本院依據前開說明原則及對照被告 2 人所提出前開相關之計畫經費說明、照片、單據、收入支出明細表等，暨卷內有相關之卷證資料與證人

證述之內容，認定被告 2 人辦理此 2 項活動之支出，有關「力拔山河拔河比賽」活動部分為 164,734 元，有關「傳統歌謠」活動部分為 13,475 元，總支出應為 178,209 元。至逾此部分支出之金額，被告 2 人並未提出證據供本院審酌，尚難以採認。故被告 2 人辯稱渠等辦理有關「力拔山河拔河比賽」、「傳統歌謠」等 2 項活動，總共支出 241,735 元，應非的論。(4) 有關「傳統編織」活動支出部分說明如下：被告 2 人就其等辦理有關「傳統編織」活動支出部分，固據渠等提出相關之單據及收入支出明細表、傳統編織計畫經費說明、照片等為證，本院依據前開說明原則及對照被告 2 人所提出前開相關之單據、收入支出明細表、傳統編織計畫經費說明、照片等，暨卷內有相關之卷證資料與證人證述之內容，認定被告 2 人辦理此項活動之總支出應為 9,155 元。至逾此部分支出之金額，被告 2 人並未提出證據供本院審酌，尚難以採認。故被告 2 人辯稱渠等辦理有關「傳統編織」活動，總共支出 103,515 元，應非的論。(5) 有關「狩獵文化傳承」活動支出部分說明如下：被告 2 人就其辦理有關「狩獵文化傳承」活動支出部分，固據渠等提出相關狩獵文化傳計畫經費說明及支出明細表、照片等為證，本院依據前開說明原則及對照被告 2 人所提出前開相關狩獵文化傳計畫經費說明及支出明細表、照片等，就有關被告 2 人抗辯支出「工作費」共 50,000 元部分說明如下：1. 證人卯（證述收受 5,000 元）、寅（證述收受 5,000 元）、辰（證述收受 5,000 元）、午（證述收受 2,500 元）、戌（證述收受 2,500 元）、酉（證述收受 2,500 元）、巳（證述收受 2,500 元）、杜○輝（證述收受 2,500 元）、未（證述收受 2,500 元）、亥（證述收受 2,500 元）等人證述確實有收取上述「工作費」屬實，自堪認定為實在，而此部分「工作費」之支出總共為 32,500 元；2. 證人子於原審法院審理中證述：其僅收到 3,000 元之「工作費」等語，故被告 2 人抗辯此部分之支出為 5,000 元云云，於逾 3,000 元部分與事實不符，難以採信，堪認被告 2 人僅支付予證人子之「工作費」為 3,000 元；3. 證人地、天於原審法院審理中證述：其等均僅各收到 1,300 元之「工作費」等語，故被告 2 人抗辯此部分之支出每人各為 25,000 元，共 5,000 元云云，於逾 2,600 元部分與

事實不符，難以採信，堪認被告 2 人僅支付予證人地、天 2 人之「工作費」共為 2,600 元；4. 證人戊於原審法院審理中證述：其僅收到 2,000 元之「工作費」等語，故被告 2 人抗辯此部分之支出為 2,500 元云云，於逾 2,000 元部分與事實不符，難以採信，堪認被告 2 人僅支付予證人戊之「工作費」為 2,000 元；5. 被告乙亦有參加此次活動，業據被告乙供述在卷，則其收到 5,000 元工作費部分，亦可以採認。因此，有關此部分工作費之支出總共為 45,100 元；逾此部分之支出，則難認與事實相符。有關講師費 3,200 元及講師交通補助費 7,000 元部分（合計 10,200 元）：此部分相關之支出，被告 2 人並未提出相關之證據以供本院審酌，且本院亦查無證據證明被告 2 人有為此部分支出之證據，此部分即難認被告 2 人之抗辯為可採。故被告 2 人辯稱渠等辦理有關「狩獵文化傳承」活動，總共支出 60,200 元，應非的論；實際上之支出應為 45,100 元。(6) 有關「社區觀摩」活動支出 129,500 元部分說明如下：被告 2 人就其辦理有關「社區觀摩」活動支出部分，業據渠等提出社區觀摩計畫經費說明及收入支出明細表、照片等為證，並經證人即○○旅行社業務員林○文於法務部調查局南投縣調查站偵訊時證述屬實，並有名冊 1 份在卷可資佐證，堪認被告 2 人此部分之抗辯與事實相符，而足以採信。(7) 被告 2 人雖辯稱渠等確實有舉辦「父親節傳統文化知性活動」活動，及提出照片為證，並經證人丁於原審審理中證述在卷。惟查：依照被告 2 人所提出之「全案經費支出彙總表」上之記載，並無有關「父親節傳統文化知性活動」相關經費支出之項目，亦即並無任何實際經費之支出，堪認被告 2 人確實沒有舉辦此項活動（倘被告 2 人有舉辦此項活動，則為何於前開「全案經費支出彙總表」內未為列載？）；且被告 2 人亦未提出任何證據證明渠等確實有支出此部分經費之證據，以供本院審酌，可見武界部落社區縱有舉辦父親節有關之活動，亦難認與文建會補助款項欲舉辦之「父親節傳統文化知性活動」有關。故被告 2 人所提出之前開證據，尚不足以證明確實有舉辦「父親節傳統文化知性活動」，因此，其等所稱此活動有關經費支出部分，即難以採信。(8) 綜前說明，本件被告 2 人辦理前開「籃球組訓營」、「力拔山河拔河比

賽」、「傳統歌謠」、「傳統編織」、「狩獵文化傳承」、「社區觀摩」等項活動，總共之支出應為 765,087 元（即 403,123 元+164,734 元+13,475 元+9,155 元+45,100 元+129,500 元）。至被告 2 人抗辯渠等辦理前開活動之支出於超過 765,087 元部分，即無足採信。

綜上，本件被告 2 人獲得文建會補助辦理前開各項活動之經費總共為○○○○○○元。而被告 2 人辦理前開活動所為花費，於扣除辦理前開「籃球組訓營」活動由台灣電力公司抽蓄工程處、武界地區施工廠商○志、○○建設、○○營造及工人等募集之 9 萬元外，總共應由文建會補助款項中支出的部分應為 675,087 元（即 765,087 元－90,000 元＝675,087 元）。因此，本件被告 2 人既實際上僅由文建會所補助之前開款項中支付 675,087 元，但渠等卻未將剩餘款項 329,413 元繳回文建會，並以不實之單據向文建會辦理經費之核銷（含應繳回之款項 329,413 元），足認渠等就剩餘款項 329,413 元部分，具有不法所有之意圖，而侵占此部分款項無訛。故被告 2 人前開所辯，應屬事後卸責之詞，不足採信。本件事證已臻明確，被告 2 人犯行堪以認定，應依法論科。

（十二）有關法律修正適用部分之說明：查被告等行為後，刑法於 94 年 2 月 2 日修正公佈，並於被告行為後之 95 年 7 月 1 日施行（下稱新刑法，修正前刑法則稱舊刑法），參酌最高法院 95 年 5 月 23 日刑事庭第 8 次會議決議，新刑法第 2 條第 1 項之規定，係規範行為後法律變更所生新舊法律比較適用之準據法，於新法施行後，應適用新刑法第 2 條第 1 項之規定，為「從舊從輕」之比較。另於比較新舊法時，應就罪刑有關之共犯、未遂犯、想像競合犯、牽連犯、連續犯、結合犯，以及累犯加重、自首減輕暨其他法定加減原因（如身分加減）與加減例等一切情形，本於統一性及整體性原則，綜其全部罪刑之結果而為比較。

1. 被告行為後，刑法第 10 條第 2 項關於公務員之定義，原刑法第 10 條第 2 項規定：「稱公務員者，為依法令從事於公務之人員」，已修正公布為：「稱公務員者，謂下列人員：一、依據法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限者。二、受國家、地方自治團體所屬機關依法

委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者」。是刑法上公務員之定義在新法施行後，已較前為嚴格，犯罪構成要件已有變更。而《貪污治罪條例》第 2 條原規定：「依據法令從事公務之人員，犯本條例之罪者，依本條例處斷；其受公務機關委託承辦公務之人，犯本條例之罪者，亦同」。亦於 95 年 5 月 5 日修正為：「公務員犯本條例之罪者，依本條例處斷」。於同年 7 月 1 日施行，以配合前述刑法關於公務員定義之修正，即採與刑法相同之公務員定義。是被告行為後，法律對於公務員之定義已有變更，應依刑法第 2 條第 1 項之規定為新舊法比較適用（參照最高法院 96 年度台上字第 1901 號判決）。經比較新舊法，《貪污治罪條例》第 2 條修正後有關公務員之範圍已予限縮，自屬有利於被告，自應適用新法。

2. 此次刑法第 28 條共同正犯規定，亦有修正，分別適用新、舊法比較結果，刑法第 28 條原規定「2 人以上共同『實施』犯罪之行為者，皆為共同正犯」，新法修正為「2 人以上共同『實行』犯罪之行為者，皆為共同正犯」，將舊法之「實施」修正為「實行」。原「實施」之概念，包含陰謀、預備、著手及實行等階段之行為，修正後僅共同實行犯罪行為始成立共同正犯。是新法共同正犯之範圍已有限縮，排除陰謀犯、預備犯之共同正犯。新舊法就共同正犯之範圍既因此而有變動，自屬犯罪後法律有變更，而新法之規定並非較有利於被告，應適用被告行為時之規定。

3. 關於牽連犯之規定，新刑法已刪除舊刑法第 55 條牽連犯之規定，此刪除雖非犯罪構成要件之變更，然顯已影響刑罰之法律效果，仍屬法律有變更。經比較新舊刑法關於得否成立牽連犯之情形（舊法係從一重處斷，而依新法之規定則應予併罰），應以舊刑法較有利於被告。

4. 被告所犯《貪污治罪條例》第 4 條第 1 項第 1 款之侵占公有財物罪，法定刑中規定有罰金刑部分，依修正後刑法第 33 條第 5 款將罰金刑定為「新臺幣 1 千元以上，以百元計算之」等規定計算，較諸被告行為時之刑罰法律，即罰金罰鍰提高標準條例第 1 條前段及修正前刑法第 33 條第 5 款所定之罰金刑最低額銀元 1 元即新臺幣 3 元等規定計算，則

國內原住民族重要判決之編輯及解析（第三輯）

新法所得科處之罰金刑較高。比較修正前、後之刑罰法律，自以行為時即修正前之法律有利於被告。

5. 新刑法第 37 條第 2 項規定「宣告 1 年以上有期徒刑，依犯罪之性質認為有褫奪公權之必要者，宣告褫奪公權 1 年以上 10 年以下」，舊刑法第 37 條第 2 項則規定「宣告 6 月以上有期徒刑，依犯罪之性質認為有褫奪公權之必要者，宣告褫奪公權 1 年以上 10 年以下」，惟按「科刑判決所適用之法律，無論係對主刑、從刑或刑之加重、減輕或免除等項，除法律別有規定外，應本統一性及整體性之原則而適用之，不容與主刑所適用之法律任意割裂」（最高法院 85 年度台上字第 2483 號判決意旨參照）。則本件關於褫奪公權部分，自應適用刑法修正前第 37 條第 2 項之規定。

被告 2 人係屬文建會第 4 區社區營造中心武界部落社造點之社造員，係受國家所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者，自屬公務員無訛。核被告 2 人所為，均係犯《貪污治罪條例》第 4 條第 1 項第 1 款之侵占公有財物罪及刑法第 216 條、第 210 條之行使偽造私文書罪。

被告 2 人就所犯上開 2 罪，有犯意聯絡及行為之分擔，均為共同正犯。被告 2 人利用不知情之成年人偽刻附表一所示之人之印章，為間接正犯。被告 2 人盜刻附表一所示之人之印章，及將子○○、戌○○、申○○、寅○○、柯○錦、卯○○等人先前交予被告乙保管之印章，分別偽造或盜蓋在附表二所示核銷憑證資料上之理事長欄位偽蓋「余○明」印文、會計及出納欄位偽蓋「何○行」印文，及在「支出證明單」上之領款人簽收欄內偽蓋或盜用紀○錦等人之印文，暨在「黏貼憑證用紙」上主計欄部分偽蓋「何○行」印文、負責人欄部分偽蓋「余○明」印文等行為；均為偽造私文書之部分行為，均不另論罪；被告 2 人於偽造私文書後復持以向文建會中部辦公室為申報經費核銷，該偽造之低度行為應為行使之高度行為所吸收，均不另論罪。

被告 2 人雖有多次偽造私文書之犯行，然其行使偽造私文書之行為僅有 1 次，則多次偽造私文書之行為既已為行使之高度行為所吸收，即

不再論以連續犯。又被告 2 人雖有多次領取公款之行為，但並無證據證明被告 2 人於領款之際即具有侵占之意圖，且被告 2 人亦有依規定舉辦多項之活動，故應以被告 2 人於舉辦活動完畢，依法向文建會申請核銷款項之際，做為認定被告 2 人實行侵占犯行之著手時期，本件被告 2 人之侵占犯行應僅論以 1 次。公訴人認為被告 2 人所犯之行使偽造私文書罪及侵占公有財物罪均有多次犯行，且應依修正前刑法第 56 條之規定，分別論以連續犯，並加重其刑云云，其法律見解尚有未洽，併此說明。

又被告 2 人所犯上開 2 罪間，有方法結果之牽連關係，為牽連犯，依修正前刑法第 55 條之規定，從一重之侵占公有財物罪處斷。原審以被告 2 人罪證明確予以論罪科刑，固非無見，惟原審判決有下列違誤之處：(1) 被告 2 人所侵占之金額應為 329413 元，原審認定之金額有誤；(2) 原審認定被告 2 人未舉辦「籃球組訓營」活動部分，容有違誤；(3) 被告 2 人分別僅為 1 次行使偽造私文書及侵占公有財物之犯行而已，惟原審認定被告 2 人所犯上開 2 罪，均應成立連續犯，尚有未洽；(4) 原審認定宙○○印章遭盜用部分（與宙○○證述該印章為真正之證詞不符，又漏未論杜○正、陳○財、丁○○、柯○鳳等人之印章亦為被告所偽刻的，所認定之事實亦有違誤；(5) 本件被告等 2 人所犯之罪係屬《貪污治罪條例》第 4 條第 1 項第 1 款之侵占公有財物罪，而原審為被告等 2 人有期徒刑以上之宣告，惟竟未依該條例第 17 條之規定，為被告等 2 人褫奪公權之宣告，於法亦有未合；(6) 前開相關法律於原審判決後，已有修正，原審未及比較新舊法之適用，容有未合。本件被告 2 人提起上訴，猶執前詞否認有前開侵占公有財物罪犯行云云，雖為無理由；惟原審判決既有前開可議之處，即屬無可維持，應由本院將原審判決予以撤銷改判。爰審酌被告 2 人並無前科，素行良好，惟渠等 2 人受文建會委任協助辦理社區總體營造工作，竟徇私舞弊圖取暴利，而偽造不實之支出證明單、收據後，再據以虛報、浮報補助款，浪費公帑，侵占公有財物金額為 329,413 元，辜負所託，貽害百姓權益不輕，其等犯後猶飾詞圖卸、未見具體悔過表現等一切情狀，分別量處如

主文第 2 項所示之刑，以資懲儆。按犯本條例之罪，而受有期徒刑以上之宣告者，並宣告褫奪公權，《貪污治罪條例》第 17 條定有明文。本件被告 2 人應依前開規定，均予褫奪公權之諭知。

（十三）有關沒收諭知：

次按「犯第 4 條至第 6 條之罪者，其所得財物，應予追繳，並依其情節分別沒收或發還被害人。前項財物之全部或一部無法追繳時，應追徵其價額，或以其財產抵償之。」《貪污治罪條例》第 10 條第 1、2 項分別定有明文。又《貪污治罪條例》之共同貪污所得財物，採連帶追繳沒收（發還）主義。原判決認詹○松與熊○光共同犯修正前《貪污治罪條例》第 6 條第 1 項第 2 款之徵用土地，從中舞弊罪，熊○光所得如原判決所示財物應予追繳發還台中縣○○市公所。但未諭知就其 2 人連帶追繳發還，要有未合。最高法院 93 年台上字第 213 號判決亦著有明文。本件被告 2 人因共犯前開侵占公有財物罪，侵占公有財物所得為 329,413 元，均未扣案，該筆款項均係被告 2 人檢具不實之憑證，向文建會申辦經費核銷，是爰依前開規定及說明，諭知被告 2 人侵占之財物 329,413 元應連帶追繳並發還予被害人文建會，如全部或一部無法追繳時，則應以其財產連帶抵償之。

又按偽造之印章、印文或署押，不問屬於犯人與否，沒收之，為刑法第 219 條定有明文規定。被告 2 人所盜刻如附表一所示之人之印章，雖未扣案，然依現有卷證資料，不能證明業已滅失，仍應依刑法第 219 條宣告沒收。再按刑法第 219 條所定不問屬於犯人與否沒收之者，以偽造之印章、印文或署押為限，盜用者不在其列，原判決竟將盜用印章蓋在限欠字據之印文，依該條予以沒收，顯屬於法有違，最高法院 48 年台上字第 1533 號亦有明文。被告 2 人盜用子○○、戌○○、申○○、寅○○、柯○錦、卯○○等人之印章，而偽造如附表二所示之支出證明單，雖屬被告 2 人所偽造之私文書，然該等支出證明單係由被告 2 人盜用子○○、戌○○、申○○、寅○○、柯○錦、卯○○等人先前所交付保管之印章，於「請款人簽收」欄位所盜蓋所偽造之印文，並非屬偽造印章之印文，均無從於本案中諭知沒收，併此敘明。

被告 2 人盜刻余○明等人之印章，復持之盜蓋於如附表二所示以南投縣武界社區發展協會名義所製作之「全案經費支出彙總表」、「武界部落之聲～喚起文化生命」全案開支明細表、「狩獵文化傳承」經費支出彙總表、「狩獵文化傳承」開支明細表、「籃球組訓營」經費支出彙總表、「籃球組訓營」開支明細表、「傳統歌謠與原歌交流競賽」經費支出彙總表、「傳統歌謠與原歌交流競賽」開支明細表、「力拔山河」經費支出彙總表、「力拔山河」開支明細表、「社區觀摩」經費支出彙總表、「社區觀摩」開支明細表、「傳統編織班」經費支出彙總表、「傳統編織班」開支明細表、「支出證明單」等單據上之理事長欄位「余○明」印文、會計及出納欄位「何○行」印文，及在「支出證明單」上之領款人簽收欄內紀○錦等人之印文，暨在「黏貼憑證用紙」上主計欄部分「何○行」印文、負責人欄部分「余○明」印文，均為被告 2 人所偽造之印文，均依刑法第 219 條之規定予以沒收。

三、最高法院 98 年度台上字第 5177 號刑事判決

(一) 本件原判決認定上訴人甲、乙均受行政院文化建設委員會(下稱文建會)聘任為社區營造員(下稱社造員)，負責協助辦理九二一重建區第四社區即南投縣仁愛鄉武界部落總體營造工作，係受公務機關依法委託承辦公務之人員。於民國九十一年間，以上揭武界社區發展協會名義，向文建會中部辦公室申准辦理「武界部落之聲～喚起文化生命」計畫系列活動，內容計有「動植物生態調查記錄」、「生態解說員人才培訓」、「狩獵文化傳承」、「傳統歌謠與新興原歌交流競賽」、「部落產業特色發展及學習」、「體育人才培育(籃球聯賽及力拔山河)」、「社區交流觀摩」、「父親節傳統文化知性活動」與「傳統編織剪裁班」等九項工作，文建會第一期補助款新臺幣(下同)一百十八萬八千元匯入該發展協會之帳戶(第二期款俟全部計畫完成後，檢據報核通過再行撥付)，並要求必須依《政府採購法》相關規定處理，各經費應依預算細目專款專用，不得任意變更，如確有變更必要或因故無法執行，應事先徵得文建會中部辦公室書面同意，且應於該計畫書活動辦理結束後一個月內，檢送所有原始支出憑證、收據(須為武界社區發展協會之統一收

據，編有流水號碼及註明立案字號，並由主管、會計及出納等核章）、成果報告書等送文建會中部辦公室辦理核撥第二期款事宜。而上開活動核定辦理之期間係自九十一年十月一日起至九十二年一月三十一日止（嗣經申准延展至九十二年三月三十一日止）。上訴人等乃自九十一年十一月十一日起至九十二年一月二十三日止，陸續將前開第一期補助款提領完畢。竟明知渠等並未完全依照計畫書內容為執行，而僅辦理「狩獵文化傳承」、「社區交流觀摩」、「傳統編織剪裁班」、「體育人才培育」、「傳統歌謠」等五項活動，其餘活動則未舉辦，實際花費僅為六十七萬五千零八十七元，致無法據實提出原始支出憑證與成果報告等資料，然文建會中部辦公室一再函催辦理經費核銷事宜，逾期將追回補助款，乃為掩飾上情，而共同基於侵占公款及偽造、行使偽造私文書之犯意聯絡，於九十二年八月間，推由乙出面委請不知情之某刻印店成年人員，偽刻如原判決附表一所示之余○明等四十四人之印章各一枚，並盜用田○成等七人先前交予乙保管之印章，分別偽造或盜蓋在如原判決附表二所示以南投縣武界社區發展協會名義所製作之「全案經費支出彙總表」、「武界部落之聲～喚起文化生命」全案開支明細表、「狩獵文化傳承」經費支出彙總表、「狩獵文化傳承」開支明細表、「籃球組訓營」經費支出彙總表、「籃球組訓營」開支明細表、「傳統歌謠與原歌交流競賽」經費支出彙總表、「傳統歌謠與原歌交流競賽」開支明細表、「力拔山河」經費支出彙總表、「力拔山河」開支明細表、「社區觀摩」經費支出彙總表、「社區觀摩」開支明細表、「傳統編織班」經費支出彙總表、「傳統編織班」開支明細表、「支出證明單」等單據上之理事長欄位，偽蓋「余○明」印文，會計及出納欄位偽蓋「何○行」印文，及在「支出證明單」上之領款人簽收欄內，偽蓋或盜用紀○錦等人之印文，用以表示紀○錦等人已領取該附表二所示之款項，暨在「黏貼憑證用紙」上主計欄部分偽蓋「何○行」印文，負責人欄部分偽蓋「余○明」印文；另向林○鏞、吳○芳、馬○笑、張○美等人索取空白估價單或收據，自行填載購物金額後，充作辦理前開活動購物之收據。俟上訴人等將前開所有經偽造之資料彙整後，即在「全案經費支出彙總表」上記載：「原

預算金額」總計一百零三萬一千零五十元、「實支金額」一百萬四千四百十六元，再共同將此不實製作之文書持向文建會中部辦公室辦理經費核銷以行使，足生損害於原判決附表二所示余○明等人及文建會中部辦公室對前開經費核銷之正確性等情。因而撤銷第一審之科刑判決，改判適用較有利於上訴人等之行為時刑法，依牽連犯關係，從一重論上訴人等以共同公務員侵占公有財物罪（各處有期徒刑十年二月，並褫奪公權、連帶追繳所得財物）。固非無見。

（二）惟查：（一）取捨證據、認定事實，雖均屬事實審法院自由判斷之職權，但此項職權之行使，不能違背客觀存在之經驗法則與論理法則，否則難認適法，此由刑事訴訟法第一百五十五條第一項規定反面意旨可知。而犯罪事實須以積極證據嚴謹證明之，如欠缺此項證據，被告應受無罪推定原則之基本人權保障，觀諸同法第一百五十四條第一項、第二項規定亦明。原判決僅就上訴人等可以提出單據之部分，認列確有支出，「逾此部分支出之金額，被告二人並未提出證據供本院審酌，尚難以採認」，罔顧上訴人等提出之照片，顯示可能尚有上揭單據上所無之花費情形，是否符合客觀存在之經驗法則、論理法則及被告無自證己罪義務之原則，並非無再酌之餘地。（二）與待證事實有重要關係之證據，雖經調查，倘尚非完全明瞭者，無異未經調查，遽行判決，應認有證據調查職責未盡之違失。又《貪污治罪條例》第四條第一項第一款之侵占公有財物罪，法文內雖未見有不法所有之主觀犯意要件，但其係刑法第三百三十六條第一項公務侵占罪之特別法，故同應具有該主觀犯意，乃法理所當然。倘行為人確有公款公用，未落入私囊，即難認有不法侵占犯意，縱然其報帳憑證不齊全或以不實單據混充，仍祇應就其不實單據部分令負偽造文書等相關罪名，尚無逕以上揭貪污罪名相繩之餘地，審理事實之法院，自應詳加查明、審認。依系爭活動照片，顯示「籃球組訓」部分，有裁判、計分、用餐、照相、音響；「力拔山河與傳統歌謠」部分，有餐會、搭蓋帆布篷、使用音響、豬隻、歌謠表演；「傳統編織」部分，有使用場地、聘請講師、使用針車、材料、照相、提供餐飲；「狩獵文化傳承」部分，有使用帆布、刀、鐵線、飲

料、食品；「父親節傳統文化知性活動」部分，有摸彩品、音響設備，衡諸常情，在在需款支應，原判決既採信馬○安等人所為上訴人等舉辦活動，確有發放獎金、獎品，或支出與名目不符之款項，文建會人員李○珍、陳○伶一致證實部落地區難以取得合法單據各等語之證言，卻未傳喚可能證明上揭活動花費之裁判蔡○貴、計分員柯○茹、餐事人員黃○明、照相人員林○鏞、音響出租人黃○香、受獎人谷○德、馬○昆、田○忠、杜○暉、馬○桃、柯○蓉、蔡○珠、馬○美、帆布提供者魯○龍、音響提供者洪○賜、售豬人柯○忠、歌謠表演獎金領款人洪○華、邱○豪、柯○霞、編織講師陳○花、蕭○妮、學員黃○美、餐料等物供應人梁○民、潘○仁、廖○寶、馬○笑與證人李○吉，以詳加調查，縱然上訴人等原先具狀聲請傳喚上揭諸人作證，嗣復具狀以「今為節省司法資源，經鈞庭曉諭，特將……證人聲明均捨棄……」，但既攸關公平正義之維護，且於上訴人等之利益具有重大關係，未遑查明，遽行判決，難認無證據調查職責未盡之違法。以上均為上訴意旨所指摘，洵有理由，應認原判決具有撤銷發回更審之原因。

四、臺灣高等法院臺中分院 98 年度重上更（一）字第 112 號 刑事判決

（一）訊據上訴人即被告（下稱被告）甲、乙 2 人固不否認渠等 2 人係文建會所聘任為第 4 區社區營造中心武界部落社造點之社造員，受文建會委任協助辦理社區總體營造工作，迄至 92 年 1 月 23 日止陸續將文建會中部辦公室第 1 期補助款○○○○○元提領完畢，確實未辦理計畫書所預定之「動植物生態調查記錄」、「生態解說員人才培訓」、「部落產業特色發展及學習」等 3 項活動，並於計畫活動辦理完畢後，檢具名目不實之單據向文建會中部辦公室申請核銷活動費用，被告 2 人為解決名目不實之單據核銷問題，而為前開盜刻印章、偽造印文及盜用印章、印文及行使為造私文書之行為，惟均矢口否認有何侵占公有補助款之犯行，並辯稱：被告甲、乙 2 人非屬受公務機關委託承辦公務之人員，亦不符合公務員身分之人，蓋文建會為重建 921 震災地區，乃設立研究服務計畫（即行政院文化建設委員會 921 震災重建區社區總體營造執行方

案)，由淡江大學建築系標得此研究計畫，並輔導第 4 區社區營造中心推動原住民社區營造業務，是淡江大學、第 4 區社區營造中心與文建會係屬承攬關係，非上下隸屬，是被告 2 人所執行之業務項目並未涉有公權力之行使，自非受委託承辦公務之人。又社造中心媒介文建會社區營造資源，且同時給予武界社區發展協會獨立提案之輔導協助，使得武界社區發展協會亦能如同社造中心般以提出計畫案獲得文建會補助資源，可見武界社區發展協會與文建會關係屬承攬關係。因此，被告 2 人並不具有公務員之資格，當無《貪污治罪條例》之適用。

(二) 被告 2 人確實有依原計畫舉辦「狩獵文化傳承」、「社區交流觀摩」、「傳統編織剪裁班」、「體育人才培育（拔河比賽、籃球組訓營）」、「傳統歌謠競賽活動」、「父親節傳統文化知性活動」等 6 項活動，總共支出經費為〇〇〇〇〇元，其中：(1) 有關「籃球組訓營」活動部分：因當初籃球比賽活動計畫是用以「武 BA 籃球比賽」之名稱申請，但因文建會對於活動名稱有所意見，故與武界部落菁英、村長討論後，以「社區入口意象暨武 BA 籃球聯賽」合併舉辦，但以「籃球組訓營」名義向文建會核銷；因俟文建會核准後再執行活動，時間將會非常緊迫，所以經過同意後將「籃球組訓營」之活動期間提前於 91 年 7 月至 9 月間辦理；又關於「籃球組訓營」活動，原呈報文建會計畫書之經費共計 239,720 元，但實際辦理過程中發現原計畫沒有供應餐點，且沒有比賽獎金規劃，經部落長老會議建議提供比賽獎金及供應點心，以鼓勵村民踴躍參加，致使開銷方面超過原計畫金額甚多，經統計結果共花費 476,425 元，在不及向文建會申請變更活動計畫經費項目之情形下，導致許多實際支出無法按文建會規定方式核銷，故不得以僅能蒐集單據以文建會所通過之人事費及業務費等項目去核銷，以致名實不符；此項活動事後僅向文建會核銷 225,120 元，等於實際超支 250,305 元，此部分資金缺口僅能從其他活動項目資金彌補。(2) 有關「力拔山河拔河比賽」、「傳統歌謠」活動部分：「力拔山河拔河比賽」活動原訂於 92 年 1 月 4 日舉辦，「傳統歌謠」活動原訂於 92 年 1 月 3 日舉辦，因該時間與部落教會耶誕節活動及仁愛鄉過年活動時間衝突，乃改在 92 年 1 月 17

日舉行，惟「傳統歌謠」比賽僅有中正村及法治國小報名參加，經討論變通權宜後，主辦單位決定將「傳統歌謠」活動改為於「力拔山河拔河比賽」晚會時表演跳舞，故「傳統歌謠」活動確實有辦理。「力拔山河拔河比賽」活動向文建會核銷金額為 181,500 元，「傳統歌謠」活動向文建會核銷金額為 119,215 元，而該二次活動實際花費為 241,735 元，此二項活動實際結餘 58,980 元（即 181,500 元 + 119,215 元 - 241,735 元 = 58,982 元），係用以支應上開「籃球組訓營」活動之資金缺口。(3) 有關「狩獵文化傳承」活動部分：向文建會核銷金額為 136,370 元，實際支出為 60,200 元，結餘 76,170 元，係用以支應上開「籃球組訓營」活動之資金缺口。(4) 有關「社區交流觀摩」活動部分：向文建會核銷金額為 206,800 元，實際支出為 129,500 元，結餘 77,330 元，係用以支應上開「籃球組訓營」活動之資金缺口。(5) 有關「傳統編織剪裁班」活動部分：向文建會核銷金額為 135,428 元，實際支出為 103,515 元，結餘 31,913 元，係用以支應上開「籃球組訓營」活動之資金缺口。前開舉辦之活動中，有關比賽獎金及拔河比賽整地之費用等，無法按文建會所規定項目核銷，然此獎金又是鼓勵村民組隊參賽所不可或缺；其他尚有舉辦活動訂製運動服裝（T 恤）發給參賽村民，僅拔河一項已高達 6 萬元，亦無法按文建會規定之項目核銷。又文建會規定支出單據限定於 91 年 10 月 1 日至 92 年 1 月 31 日期間始得核銷，而武界部落並無任何開立發票之商店，取得單據甚有困難，且之前舉辦之「籃球組訓營」活動之相關支出亦無法申報，導致大部分單據均無法核銷而必須重新填寫，始能案文建會規定項目及期限核銷。被告 2 人係第 1 次辦理社區活動，之前完全沒有相關計畫執行及核銷之經驗，故在提擬計畫當時未能妥善評估活動項目與經費預算，導致實際辦理活動時，實際狀況與當初提報計畫時之活動項目及經費預算有所出入，導致需藉由其他活動結餘支應其他超支缺口；再者，活動舉辦時會有一些突發之狀況，大都以部落長老及小組會議討論之方式更改之，因而常變更活動內容及經費開銷，並且在不熟悉文建會核銷方式之情況下，造成單據核銷方面的問題。91 年 6 月間於清靜農場舉辦第 4 區社造員大會，就文建會尚未核定活動計畫

前，已舉辦之活動經費如何核銷乙事，文建會中部辦公室承辦專員曾口頭同意可以先辦理活動，保留收據，待計畫核定後，依核定日作為時間依據，再請廠商重新開立收據，以資核銷；復於 92 年 7 月 20 日假南投縣仁愛鄉法治村武界活動中心舉行之「協調如何核銷」會議中，文建會人員就此核銷問題，再次重申可以用計畫書中之預算人事費名目辦理核銷，是「武 BA 籃球比賽」、「父親節傳統知性活動」雖已於計畫核定前舉辦，但依上揭原則，仍以「武 BA 籃球比賽」、「父親節傳統知性活動」單據或領據向文建會辦理經費核銷。(6) 本件被告 2 人所浮報之款項皆用在舉辦活動所發放之獎金及無法取得單據之支出上，並無私人挪用、侵占活動款項之情形。(7) 武界社區發展協會固有向文建會申請辦理本案活動之補助 1,188,000 元，後來有繳回 183,500 元，但協會帳戶尚有 38,000 元，則被告 2 人對該款項自無不法侵占情事可言云云。

(三) 經查：(一) 文建會為凝聚地震災區社會意識，遂訂定 921 重建區社區總體營造執行方案，於全國災區成立 4 個社區營造中心，其中武界部落社造點之社區則屬第 4 區營造中心，被告甲、乙與案外人蔡○興、辜○濟等 4 人則為文建會第 4 區社區營造中心武界部落社造點之社造員，渠等 4 人以武界社區發展協會名義，經由第 4 區社區營造中心向文建會中部辦公室申請補助經費○○○○○元，辦理「武界部落之聲—喚起文化生命」計畫系列活動，該計畫書預定辦理「動植物生態調查記錄」、「生態解說員人才培訓」、「狩獵文化傳承」、「傳統歌謠與新興原歌交流競賽」、「部落產業特色發展及學習」、「體育人才培育」、「社區交流觀摩」、「父親節傳統文化知性活動」及「傳統編織剪裁班」等 9 項社區營造活動，該活動核定之辦理時間自 91 年 10 月 1 日起至 92 年 1 月 31 日止（嗣經武界社區發展協會向文建會申請延展至 92 年 3 月 31 日止），文建會中部辦公室審查後，於 91 年 8 月 27 日批示核准前開計畫書，並於 91 年 9 月 26 日核備在案，並同意照該計畫書申請金額全額補助，並分 2 期撥款，第 1 期補助款○○○○○元於 91 年 10 月 23 日匯入協會帳戶，第 2 期款則於計畫書活動辦理結束後，檢據審核後撥付；文建會中部辦公室並要求武界社區發展協會依《政府採購法》辦理，且

照預算核實支用，各項經費應專款專用，不得任意變更用途，倘計畫書活動如有變更必要或因故無法執行，應事先徵得文建會中部辦公室書面同意。嗣被告 2 人並未辦理計畫書所預定之「動植物生態調查記錄」、「生態解說員人才培訓」、「部落產業特色發展及學習」等 3 項活動，且未於期限內辦理核銷，經文建會中部辦公室於 92 年 7 月 24 日、9 月 29 日函催被告 2 人檢送相關資料辦理經費核銷，迄今仍未完成經費核銷；而嗣後被告甲僅於 92 年 11 月 24 日將前開文建會中部辦公室所撥附之第 1 期補助款中之 183,500 元匯還文建會中部辦公室等情，有「武界部落之聲——喚起文化生命」計畫書影本 1 份、文建會中部辦公室 91 年 9 月 26 日中二字第○○○○○○號函、92 年 7 月 24 日中二字第○○○○○○號函、92 年 9 月 29 日中二字第○○○○○○號函（均影本）、武界社區發展協會在南投縣仁愛鄉農會活期儲蓄存款存摺及其明細表、取款憑條、仁愛鄉農會電腦共用中心匯款委託書影本 1 件及南投縣仁愛鄉農會 100 年 7 月 29 日（100）仁農信字第○○○○號函與所附協會帳戶交易往來明細表 1 件等在卷可稽，復為被告 2 人所不否認，此部分之事實，堪可信為實在。

（四）又於 92 年 8 月間由乙出面委請位於南投縣埔里鎮不知情之某刻印店之成年人員，偽刻附表一所示之余○明（即前武界發展協會理事長）、何○行（即前武界發展協會出納）、紀○錦、陳○安、柯○榮、田○貴、李○泉、馬○安、陳○娥、馬○丁、馬○山、李○送、蔡○貴、李○天、馬○邦、李○德、蔡○滿、柯○忠、馬○庫、馬○誠、蔡○興、柯○慧、柯○茹、柯○銀、蔡○德、蔡○興、杜○正、葉○良、何○中、馬○華、陳○財、楊○枝、馬○溫、陳○蘭、陳○花、李○吉、李○花、楊○霞、蔡○珠、陳○英、林○雲、柯○鳳、黃○香、陳○花等人之印章各 1 枚，並盜用田○成、林○誠、杜○暉、陳○明、柯○錦、蔡○政等人先前交予乙保管之印章，分別偽造或盜蓋在附表二所示以南投縣武界社區發展協會名義所製作之「核銷憑證資料」上之理事長欄位偽蓋「余○明」印文、會計及出納欄位偽蓋「何○行」印文，及在「支出證明單」上之領款人簽收欄內偽蓋或盜用紀○錦等人之印文，

用以表示紀○錦等人已領取附表二所示之款項，暨在「黏貼憑證用紙」上主計欄部分偽蓋「何成行」印文、負責人欄部分偽蓋「余○明」印文；甲、乙 2 人復向林○鏞、吳○芳、馬○笑、張○美等人索取空白估價單或收據，自行填載購物金額後，充作辦理活動購物之收據。甲、乙 2 人將前開所有經偽造之資料彙整後，在「全案經費支出彙總表」上記載「原預算金額」總計○○○○○元，「實支金額」○○○○○元，共同將此不實製作之文書持向文建會中部辦公室辦理經費核銷等事實，業據被告 2 人於本院審理中坦白承認，核與證人余○明、何○行、紀○錦、陳○安、柯○榮、田○貴、李○泉、馬○安、陳○娥、馬○丁、馬○山、李○送、蔡○貴、李○天、馬○邦、李○德、蔡○滿、柯○忠、馬○庫、馬○誠、蔡○興、柯○慧、柯○茹、柯○銀、蔡○德、蔡○興、杜○正、葉○良、何○中、馬○華、陳○財、楊○枝、馬○溫、陳○蘭、陳○花、李○吉、李○花、楊○霞、蔡○珠、陳○英、林○雲、柯○鳳、黃○香、陳○花等人於法務部調查局南投縣調查站及偵查中證述之情形相符，復有卷附之核銷憑證資料及黏貼憑證用紙可稽，足認被告 2 人之自白與事實相符，足堪予採信。

(五) 按刑法第 10 條第 2 項關於公務員之定義，原刑法第 10 條第 2 項規定：「稱公務員者，為依法令從事於公務之人員」，已於 94 年 2 月 2 日修正公布為：「稱公務員者，謂下列人員：一、依據法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限者。二、受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者」。並自 95 年 7 月 1 日起施行，因此，關於公務員之定義，分為三種類型：一為依法令服務於國家或地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限者，名之為「身分公務員」；二為其他依法令從事於公共事務而具有法定職務權限者，名之為「授權公務員」；三為受國家或地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者，名之為「委託公務員」。而《貪污治罪條例》第 2 條原規定：「依據法令從事公務之人員，犯本條例之罪者，依本條例處斷；其受公務機關委託承辦公務之人，犯

本條例之罪者，亦同」。亦於 95 年 5 月 5 日修正為：「公務員犯本條例之罪者，依本條例處斷」。於同年 7 月 1 日施行，以配合前述刑法關於公務員定義之修正，即採與刑法相同之公務員定義。次按《貪污治罪條例》第 2 條（指修正前）所指受公務機關委託承辦公務之人，係謂其所委託承辦者，必為該機關權力範圍內之公務，受任人因而享有公務上之職權及權利主體之身分，於其受任之範圍內行使行政主體之權力而言（最高法院著有 88 年度台上字第 2273 號、84 年度台上字第 5755 號、89 年度台上字第 4802 號刑事判決要旨足資參照）。本件文建會所訂定之 921 重建區社區總體營造執行方案，其目的係為重建 921 地震災區，凝聚社區意識，並就第 4 區營造中心為部落人才培訓、增進部落災後凝聚力，此方案由文建會主辦、淡江大學建築系承辦，並於全國災區成立 4 個社區營造中心，而社造員則係為協助文建會與社區互動及傳遞之訊息窗口，由重建區社區營造中心負責輔導；該社區營造員係由各個社區營造中心採公開徵選或由社區管理委員會及相關組織推薦或個別申請方式產生，每一社區營造點一位，以社區在地人員為優先。社造員之職責為：（1）協助成立並運作社區管理委員會或相關組織；（2）協助向本會或相關單位申請各項經費或核銷作業；（3）協助有關社區營造之各項專業諮詢；（4）作為本會與社區之窗口及互動橋樑；（5）其他協助事項。社造員經遴選後，須報請文建會中部辦公室核定後方具有營造員資格，其薪資係由文建會提撥一筆人事經費約 4 百萬元交由淡江大學建築系統籌發放，社造員承辦之業務為文建會交辦之一切事務等情，此有文建會中部辦公室 94 年 9 月 2 日中三字第○○○○○○號函及其所附資料、武界社區發展協會 94 年 7 月 12 日仁武社協字第○○○○○○號函在卷可稽；又被告 2 人所舉辦之各項活動經費係來自於文建會，且於活動舉辦完畢之後，尚應遵期提出各項核銷單據向文建會辦理經費核銷等情，已如前述；且證人李○珍（即文建會第 4 區營造中心專案總執行長）到庭結證稱：第 4 區營造中心是培訓部落人才的單位，社造員之薪水係由淡江大學每月自提案計畫書中之一筆約 4 百萬元之人事經費支出，社造員需每月繳交社造日誌（即工作日誌），由第 4 營造中心會同督導武界

社區辦活動等語；暨證人鄭○寧（即於 92 年 7 月間擔任文建會中部辦公室專員）到庭結證稱：社造員領有文建會之工作費用等語大致相符。足認被告 2 人既係文建會所遴選並聘為第 4 區社區營造中心武界部落社造點之社造員，受託從事文建會所執掌社區總體營造之公務，亦即公務機關之文建會所委託承辦之業務，為該機關公權力範圍內之公務，受任人之本件被告 2 人因而享有公務上之職權及權力主體之身分，於其受任之範圍內行使公務主體之權力，並非僅係民事上之承攬關係，故依據前開最高法院刑事判決要旨釋示，被告 2 人當係屬受公務機關委託，從事與委託機關權力範圍內之公務之人，自屬公務員無訛。從而，被告 2 人辯稱，第 4 區社營造中心與文建會，及武界社區發展協會與文建會關係，均屬承攬關係，渠等非屬公務員，所執行之業務項目並未涉有公權力之行使，自非受委託承辦公務之人，非《貪污治罪條例》第 2 條所規範之主體云云，尚有誤會。

（六）又文建會中部辦公室於 91 年 9 月 26 日准予核備計畫書時，即函知本案補助款應依《政府採購法》規定辦理，並照預算核實支用，各項經費應專款專用，不得任意變更改用途，倘計畫書活動如有變更必要或因故無法執行，應事先徵得文建會中部辦公室書面同意；且於計畫辦理結束後一個月內檢送所有原始支出憑證、收據（需為貴會之統一收據，編有流水號碼及註明立案字號，並由主管、會計及出納等核章）、成果報告書等辦理核撥尾款乙情，有文建會中部辦公室 91 年 9 月 26 日中二字第○○○○○○號函影本在卷可按。而且，依文建會經費報結注意事項第三項：「收（領）據應註明受領事由、時間（年月日）、實收數額、支付機關全銜、受領人之姓名或名稱、地址暨國民身分證或營利事業統一編號；如屬機關或立案之團體則應經負責人、會計及出納（或經手人）簽名或蓋章，並加蓋關防或團章」、第七項：「憑證之總金額有更改者，應由負責人在改正處簽名或蓋章證明。收據或發票如有遺失或供其他用途者，應檢具原立具人加蓋印章負責證明與原本相符之影本，並註明無法提出原本之原因」。第二十五項：「支出憑證內容應與預算項目核符，並按計畫別依序編號彙訂」。亦有文建會活動補助案成果報告書

其所附資料 1 份在卷可按，是被告 2 人既具有社造員資格，且受有第 4 區營造中心之經費核銷課程訓練，復受第 4 區營造中心之督導及指導如何辦理活動、經費如何申請、如何核銷經費等事項，對於上揭文建會要求補助款需專款專用、檢實核銷經費等程序，自難諉為不知。故被告 2 人辯稱，渠等因不熟悉文建會核銷方式之情況下，造成單據核銷方面的問題云云，並無足採。

（七）至有關辦理相關活動時所發放之獎金、獎品部分，或與名目不合之款項是否得以向文建會核銷？經查：依照文建會所核備之「武界部落～喚起文化生命」活動所編制之預算書內，並無獎金、獎品之編列，且所有支出之項目均有編定，此有文建會中部辦公室 92 年 10 月 30 日中二字第○○○○○○號函所附之「武界部落～喚起文化生命活動計畫」案相關資料可資憑對。因此，本件「武界部落～喚起文化生命」活動中有關獎金、獎品之發放，或與名目不合之款項之報支，應與文建會所規定之內容有違，依照規定係不得核銷之帳目，先予敘明。惟查：

（1）按《貪污治罪條例》第 4 條第 1 項第 1 款之侵占公有財物罪，法文內雖未見有不法所有之主觀犯意要件，但其係刑法第 336 條第 1 項公務侵占罪之特別法，故同應具有該主觀犯意，乃法理所當然。倘行為人確有公款公用，未落入私囊，即難認有不法侵占犯意，縱然其報帳憑證不齊全或以不實單據混充，仍祇應就其不實單據部分令負偽造文書等相關罪名，尚無逕以上揭貪污罪名相繩之餘地。（2）證人李○珍於本院上訴審理時證稱：「（武界部落是否每項支出都有合法的單據？）沒有。除了一些雜貨店之外，並沒有其他的便利商店。沒有辦法拿到合法的單據。」「（要如何去取得合法的單據核銷經費？）請他們去熟悉的廠商給他們空白的單據。或到埔里地區去拿合法的單據。」「（獎金及獎品是否可以報帳？）不可以。」「（如果部落有需要，要用獎金及獎品激勵人員來參加，就可以用其他的場地佈置的費用作為獎金及獎品，是我們社造中心同意的，文建會部分只有看單據，沒有表示意見。」等語。又證人黃○中於本院上訴審理時證稱：「（有無遇到過活動辦理之後沒有辦法核銷經費的狀況？）有。如文建會要我們找社區的人來參與，我們找社區

的媽媽來煮菜，但有些菜是社區媽媽自己種得，所以沒有單據可以核銷。」（無法核銷的狀況下你們如何處理？）先寫領據看是否可以領，如果不行，請他們向附近的商家消費取得單據。再來跟我們申請核銷。」（活動先辦，那收據日期如何寫？）因為公文還沒有核准下來所以先不寫日期，或者先欠款等到款項下來再結。」（比如種菜的部分自己帶來煮，如果所取得的單據項目與你們所核銷的項目不符，你們如何處理？）我們先看金額是否相同，因為金額最重要，如果金額相符合而且也合乎文建會許可核銷的項目我們就會讓他核銷。」等語。依上證述之內容可知，按照文建會之規定，係不得就名目不合之帳目辦理核銷，然因收據或發票取得困難，倘有必要仍得向他人取得空白之收據，事後填寫做為報帳之單據；又有關無法報支之項目（即獎金、獎品，或未列入預算項目之支出等），私下亦可拿一般可報支之其他費用支應。（3）本件被告 2 人於辦理前開相關活動時，確實有發放獎金、獎品部分，或支出與名目不合之款項等情，業據證人馬○安、杜○輝、田○成、杜○正、葉○良、何○中、李○花、蔡○珠、李○吉、陳○英等人分別證述在卷；且參酌證人即文建會第四區營造中心輔導員陳○伶於本院上訴審理時證稱：「（他們【指被告 2 人】在核銷單據有無遭遇單據無法核銷的情形？）有，因為他們部落要拿發票或單據很困難都要到外面或是比較繁榮的地方才拿的到。」（文建會或社造中心對於武界部落取得單據困難的情形是否瞭解？）我們有反應讓文建會知道，所以他們才會請派有專業知識的人過來上課。」（就你所負責的五個部落是否都有活動提前舉辦及無法取得單據的情形？）就我所知是四個部落有提前舉辦的情形，單據無法取得的部分五個部落都有此種情形。我們有請他們去拿合法的單據來核銷。」（有無單據事後補填的狀況？）有。」（如果是先辦活動，所支出的費用超過文建會實際上所補助的金額如何處理？）可以在百分之十五的部分勻支，如果再有不足我就不知道他們如何處理。」等語。以上可見，被告 2 人確實於舉辦前開相關活動時，有發放獎金、獎品或支出與名目不合之情形，且被告 2 人亦有將此項情形向文建會反應，此正與前開說明之內容相合。（4）綜上，被告 2 人在未經過

文建會事先核准或事後准予變更預算項目之情形下，即做出與文建會補助內容不符項目之支出，固有未當之處，惟渠等係在被默許或出於辦好活動之情形下，始為前開不當之處置，揆諸上開說明，倘若有真正之支出，而事後以其他合法名目之款項申請准予報銷，尚難認有何不法所有之意圖。故本院就被告 2 人辦理以下相關活動所為支出之認定，將以被告具有不法所有意圖而侵占入己之款項（即無公款公用之實際支出部分），始算入被告 2 人不法所得之範圍內。倘僅名目不合，或實際有支出而無法申報之金額，應屬行政程序不符規定之範疇，本院將剔除在被告 2 人侵占金額外，先予說明。

（八）有關「體育人才培育（籃球組訓營）」、「父親節傳統文化知性活動」活動是否有舉辦，及所舉辦各項活動其經費使用之情形分別說明如下：1. 本件有關活動核定辦理之期間係自 91 年 10 月 1 日起至 92 年 1 月 31 日止（該活動計畫，嗣經武界社區發展協會向文建會中部辦公室申請延展至 92 年 3 月 31 日止，並經文建會中部辦公室同意備查在案）等情，固有有文建會中部辦公室 92 年 10 月 30 日中二字第○○○○○○號函附卷可稽。及證人鄭○寧（證稱：並未同意武界社區發展協會在文建會核定補助「武界部落之聲——喚起文化生命」計畫前先舉辦籃球比賽活動，該計畫書所擬定之活動，須經核定，始得舉辦，並於舉辦活動後，辦理經費核銷；另已經舉辦過之社區活動，不得列入前開計畫書執行等語）與證人黃○英（證稱：文建會通常有一個執行期程，91 年度的計畫就是要在 91 年 10 月到 92 年 1 月 31 日執行等語）之證詞，雖說明文建會所同意辦理之前開活動，應在所規定之時間內辦理者，其所花費之經費始得依法辦理核銷。惟查：證人李佩珍於本院上訴審證述：文建會及第 4 區營造中心私下是允許武界社區發展協會先行辦理活動，且確實有辦理籃球組訓營活動，亦可與其他單位合辦等語；及證人陳○伶於本院證述：文建會未反對武界社區發展協會先行辦理籃球活動。且原企劃書上係寫武 BA 籃球賽，專管中心復修改為籃球組訓營等語。核與證人馬○安、蔡○興、李○吉等人證述確實提前舉辦籃球組訓營活動等語之情節相符。又武界社區入口意象揭牌暨武 BA 籃球聯賽開幕慶祝

活動計畫書上記載：部落入口意象及社區籃球聯賽得文建會贊助舉辦，於指導單位部分有文建會、台電抽蓄工程處、武界社區發展協會等單位，活動時間 91 年 6 月 29 日，此有該計畫書存卷可查。可見前開武 BA 籃球聯賽之舉辦與文建會前開之補助款項有關。再武界社區發展協會在舉辦「籃球組訓」活動時，確實有為參與之球員向新光人壽保險股份有限公司（下稱新光人壽保險公司）投保意外險之事實，業經證人即新光人壽保險公司之業務員黃○蓉到庭證述屬實，並有投保名單 1 份附卷可稽。雖本院曾向新光人壽保險公司查詢有關武界社區發展協會於 91 年間舉辦之籃球活動，是否有投保乙情，然經該公司回覆稱：本公司於 91 年間查無武界部落籃球組訓人員投保團體意外險記錄，本公司團體意外險資料保存期限為 4 年，保存期限屆滿後書面資料即予以銷毀，電子記錄則自作業系統中移出等情，有新光人壽保險公司 97 年 8 月 15 日（97）新壽法務字第○○○○號、97 年 9 月 18 日（97）新壽法務字第○○○○號函附卷可考。惟本件之所以向新光人壽保險公司查無武界社區發展協會舉辦「籃球組訓」活動有關投保團體意外險記錄，係因保存期限超過 4 年所致，尚不得以此逕採為不利被告等 2 人之認定。本院另參酌證人即○○社區營造員及行政企畫黃○中於本院審理時證述：其他社區亦有提前辦理活動情形等語。此外，並有武界社區籃球聯賽報名表附卷可資佐證。依上所述，堪認上開文建會中部辦公室及證人鄭○寧、黃○英之證述，應是根據原有規定所做之說明而已，事實上既然執行單位已私下同意武界社區發展協會提前辦理相關之活動，此部分仍應採為有利被告 2 人之認定，認為被告 2 人確實有舉辦「籃球組訓營」活動。

2. 有關「籃球組訓營」活動支出部分說明如下：本件「籃球組訓營」活動除文建會補助款項外，尚有台灣電力公司抽蓄工程處所補助之款項 2 萬元；且被告乙於法務部調查局南投縣調查站時供稱：另外有向武界地區施工廠商○志、○○建設、○○營造及工人等募集 7 萬元。上開台電公司補助 2 萬元款項部分，係以補助「部落入口意象揭牌暨籃球聯賽活動之名義」，贊助武界社區發展協會，業據上開武界社區發展協會收據、台電抽蓄工程處簽辦用箋內容記載甚明，並有武界部落入口意象落

成啟用」照片 1 幀在卷，足見此部分台電補助款確有用於部落入口意象揭幕儀式中，雖然，此部分補助款並列「部落入口意象揭幕」、「籃球聯賽活動」2 項名義，本院以有利被告之解釋原則，認定此 2 萬元部分全數均用於「部落入口意象揭幕」部分，而不計入「籃球組訓營」活動收入項目。至於，另外有向武界地區施工廠商○志、○○建設、○○營造及工人等募集 7 萬元部分，被告乙於調查站已供稱：入口意象落成啟用典禮，向外含台電公司共募得 9 萬元，其台電補助 2 萬元外，其他 7 萬元係向武界地區施工廠商○志、○○建設、○○營造及工人等募集等語。而證人蔡○興在本院證稱：當時伊在武界社區擔任村長及社造員，有作「入口意象揭幕儀式」募款，各向台電、○○建設、○○營造募到款，但金額已經記不清楚等語，核與被告乙上開供述大致相符，可見除台電公司外，向○志、○○建設、○○營造等廠商及工人等募集 7 萬元部分，仍有用於「部落入口意象揭幕」，本院同以有利被告之解釋原則，認定此 7 萬元部分全數均用於「部落入口意象揭幕」部分，而不計入「籃球組訓營」活動收入項目。被告 2 人就其辦理有關「籃球組訓營」活動支出部分，固據渠等提出相關之單據及收入支出明細表等為證，本院依據前開說明原則及對照被告 2 人所提出前開相關之單據、收入支出明細表等，暨卷內有相關之卷證資料與證人證述之內容，認定被告 2 人辦理此項活動之總支出應為 434,623 元。至逾此部分支出之金額，被告 2 人並未提出證據供本院審酌，或提出之證據為本院所不採，尚難以採認。

（九）被告舉證為本院所不採部分：

1. 被告主張辦理「籃球組訓營」活動，向黃○明支出中餐費 30,000 元部分，證人黃○明對於辯護人提示之照片 2 幀，或證稱：91、92 年間，伊有到南投埔里武界那邊辦理餐飲，像有次是拔河活動；或證稱：2 張照片看起來好像是布農族在辦打耳祭的那次等語。核其證內容，均與「籃球組訓營」活動無關，況查，被告之辯護人為被告 2 人所整理之「籃球組訓營」活動之各項支出資料，肉、魚、鴨掌、雞翅、油麵等食物項目支出，並無黃○明辦餐部分，是被告 2 人此部分之主張為本院所

不採。2. 被告等主張辦理「籃球組訓營」活動，向林文鏞購買照相器材 DV 帶 599 元（按：實際金額應為 499 元），並引據憑單編號 6B03 之統一發票部分，證人林○鏞固不否認該發票係伊店裡所開出之發票。然查，證人林○鏞對該發票係被告等因何購買，並未能一併說明。而且，被告等向林○鏞購買之 4 捲 DV 帶，共 925 元，業於本院上訴審提出林○鏞之發票 1 張，經本院依其在本院上訴審之主張，採信而將該 4 捲 DV 帶之 925 元，列為上訴本判決附表三編號 2 之 87 之因公支出項目。被告等於本院再提出林文鏞所開出之憑單編號 6B03 之統一發票金額 499 元部分，為被告等在「籃球組訓營」活動，顯屬重複，而難採信。3. 以「武 BA 工作隊」名義支出之奠儀，固有收據 1 紙在卷，然其支出目的顯與辦理「籃球組訓營」等系列活動不能吻合，故此部分支出不應列入「籃球組訓營」活動之因公支出項目，被告 2 人此部分主張為本院所不採。故被告 2 人辯稱渠等辦理有關「籃球組訓營」活動，總共支出 476,425 元，而不足之款項為 250,305 元部分，應非的論。4. 有關「力拔山河拔河比賽」、「傳統歌謠」等 2 項活動支出部分說明如下：被告 2 人就其等辦理有關「力拔山河拔河比賽」、「傳統歌謠」等 2 項活動支出部分，固據渠等提出相關之計畫經費說明、照片、單據及收入支出明細表等為證，本院依據前開說明原則及對照被告 2 人所提出前開相關之計畫經費說明、照片、單據、收入支出明細表等，暨卷內有相關之卷證資料與證人證述之內容，認定被告 2 人辦理此 2 項活動之支出，有關「力拔山河拔河比賽」活動部分為 224,934 元，有關「傳統歌謠」活動部分為 13,475 元，總支出應為 238,409 元。至逾此部分支出之金額，被告 2 人並未提出證據供本院審酌，或提出之證據為本院所不採，尚難以採認。被告舉證為本院所不採部分：被告主張辦理「力拔山河」與「傳統歌謠」活動，邱○豪、楊○霞有參與表演，但領取獎金數額不明云云。查，證人邱○豪於本院證稱：未參加拔河，也未參加歌謠比賽，未領取任何獎金等語。而證人楊○霞則證稱：伊有參加傳統歌謠活動，有 30 多人婦女隊之之表演，表演之後有無領取獎金，伊忘記了等語。是以，被告等主張邱○豪、楊○霞參與此部分活動領取獎金云云，即非可取。

國內原住民族重要判決之編輯及解析（第三輯）

故被告 2 人辦理有關「力拔山河拔河比賽」、「傳統歌謠」等 2 項活動，總共支出應為 238,409 元。

有關「傳統編織」活動支出部分說明如下：被告 2 人就其等辦理有關「傳統編織」活動支出部分，固據渠等提出相關之單據及收入支出明細表、傳統編織計畫經費說明、照片等為證，本院依據前開說明原則及對照被告 2 人所提出前開相關之單據、收入支出明細表、傳統編織計畫經費說明、照片等，暨卷內有相關之卷證資料與證人證述之內容，認定被告 2 人辦理此項活動之總支出應為 61,780 元。至逾此部分支出之金額，被告 2 人並未提出證據供本院審酌，或提出之證據為本院所不採，尚難以採認。被告舉證為本院所不採部分：被告主張辦理「傳統編織」活動，陳○花、蕭○珊有擔任講師，但領取講師費用數額不明云云。查，證人陳○花於本院審理中，否認擔任講師，也未領取憑單編號 6A01 之講師費 36,000 元；蕭○珊於本院固證稱：在本項活動有擔任講師，但未領取講師費等語。是以，被告等主張陳○花、蕭○珊擔任講師，領取講師費云云，即非可取。故被告 2 人辯稱渠等辦理有關「傳統編織」活動，總共支出 103,515 元，應非的論。

有關「狩獵文化傳承」活動支出部分說明如下：被告 2 人就其辦理有關「狩獵文化傳承」活動支出部分，固據渠等提出相關狩獵文化傳計畫經費說明及支出明細表、照片等為證，本院依據前開說明原則及對照被告 2 人所提出前開相關狩獵文化傳計畫經費說明及支出明細表、照片等，就有關被告 2 人抗辯支出「工作費」共 50,000 元及其他費用部分說明如下：(1) 證人蔡○政（證述收受 5,000 元）、陳○明（證述收受 5,000 元）、陳○山（證述收受 5,000 元）、李○光（證述收受 2,500 元）、林○誠（證述收受 2,500 元）、柯○榮（證述收受 2,500 元）、余○賢（證述收受 2,500 元）、杜○輝（證述收受 2,500 元）、李○泉（證述收受 2,500 元）、柯○信（證述收受 2,500 元）等人證述確實有收取上述「工作費」屬實，自堪認定為實在，而此部分「工作費」之支出總共為 32,500 元。(2) 證人田○成於原審法院審理中證述：其僅收到 3,000 元之「工作費」等語，故被告 2 人抗辯此部分之支出為 5,000 元云云，於

逾 3,000 元部分與事實不符，難以採信，堪認被告 2 人僅支付予證人田○成之「工作費」為 3,000 元；(3) 證人李○成、田○貴於原審法院審理中證述：其等均僅各收到 1,300 元之「工作費」等語，故被告 2 人抗辯此部分之支出每人各為 2,500 元，共 5,000 元云云，於逾 2,600 元部分與事實不符，難以採信，堪認被告 2 人僅支付予證人李○成、田○貴 2 人之「工作費」共為 2,600 元。(4) 證人馬○安於 93 年 1 月 6 日偵查、94 年 9 月 21 日原審均具結證述：其僅收到 2,000 元之「工作費」等語。但馬○安於 100 年 6 月 28 日本院卻證稱：領到 2500 元等語，所述與之前陳述不符。惟馬○安於本院作證時，距離已逾 8 年，其記憶難免模糊，自應以其偵查、原審所述比較可採。故被告 2 人抗辯此部分之支出為 2,500 元云云，於逾 2,000 元部分與事實不符，難以採信，堪認被告 2 人僅支付予證人馬○安之「工作費」為 2,000 元。(5) 被告乙亦有參加此次活動，業據被告乙供述在卷，則其收到 5,000 元工作費部分，亦可以採認。(6) 被告 2 人主張辦理本項活動，向證人廖○邦買受輕便雨衣 800 元，有收據 1 紙在卷，並為證人廖○邦所肯認，此部分應可採認。至於，廖○邦所開其他憑單編號 2B05、3B04、3B05、3B06 之收據，其中編號 2B05 已認定為傳統歌謠之合法支出，其中編號 3B04、3B05、3B06 已認定為「籃球組訓營」之合法支出，故於此不重複計算。(7) 被告 2 人主張向證人陳○進買受帆布，供「狩獵文化傳承」活動使用云云。然查，證人陳○進有出售此部分帆布，但係用於何項活動，伊不知道等語。又，陳○進出售帆布開立之收據，業經編為憑單編號 3C01，金額 10,300 元，有該憑單在卷。而該紙業依被告在本院上訴審之主張，將之列為「籃球組訓營」活動費用項目，有該判決附表三編號 2 之 46 之記載可查。則該筆費用支出，自不得於「狩獵文化傳承」活動支出部分重複計算。(8) 被告等雖另主張辦理「狩獵文化傳承」活動，曾向曾○宗購買活動材料，金額不明云云。然查，被告所引據向曾○宗購買材料之估價單 2 紙，證人曾○宗於本院已證稱：估價單上所有手寫之字跡均非伊及伊家人之字跡。而且，曾○宗前於 92 年 10 月 1 日調查站並證稱：伊不知道武界社區發展協會有無辦理狩獵文化傳承活

動，伊未賣東西給該協會，也未收到該協會所支付款項，該收據並非伊之南豐五金行所開立。今年（92年）6月間，伊夫妻才在埔里鎮經營五金行，該收據日期為91年12月5日，當時其五金行尚未成立，經伊夫妻檢視該2張收據後，發現並無此2筆交易，因為收據內容非伊家人書寫，另外「曾○宗私人印章」是今年（92年）6月才開始使用，另外，編號1E-04收據的品名鉛線12分，我都習慣寫為「鐵線12井」，單價25元與伊出售價15元不同，品名白繩單價1,050元太高，且品名「pe藍白條帆布16×16尺」，寫法也不同，伊都寫「16×16條帆A」，另外五金行沒有出售補鼠器，編號1E05收據（內載有補鼠器）顯然記載不實等語。是以，該2紙估價單所載7,350元、5,600元，亦難認與「狩獵文化傳承」活動有關。有關講師費3,200元及講師交通補助費7,000元部分（合計10,200元）：此部分相關之支出，被告2人並未提出相關之證據以供本院審酌，且本院亦查無證據證明被告2人有為此部分支出之證據，此部分即難認被告2人之抗辯為可採。故被告2人辯稱渠等辦理有關「狩獵文化傳承」活動，總共支出60,200元，應非的論；實際上之支出應為45,900元。

有關「社區觀摩」活動支出129,500元部分說明如下：被告2人就其辦理有關「社區觀摩」活動支出部分，業據渠等提出社區觀摩計畫經費說明及收入支出明細表、照片等為證，並經證人即○○旅行社業務員林○文於法務部調查局南投縣調查站偵訊時證述屬實，並有名冊1份在卷可資佐證，堪認被告2人此部分之抗辯與事實相符，而足以採信。被告2人雖辯稱渠等確實有舉辦「父親節傳統文化知性活動」活動，及提出照片為證，並經證人李○吉於原審審理中證述在卷。惟查：依照被告2人所提出之「全案經費支出彙總表」上之記載，並無有關「父親節傳統文化知性活動」相關經費支出之項目，亦即並無任何實際經費之支出，堪認被告2人確實沒有舉辦此項活動（倘被告2人有舉辦此項活動，則為何於前開「全案經費支出彙總表」內未為列載？）。而且被告2人亦未提出任何證據證明渠等確實有支出此部分經費之文書證據，以供本院審酌，可見武界部落社區縱有舉辦父親節有關之活動，亦難認與文

建會補助款項欲舉辦之「父親節傳統文化知性活動」有關。至於，證人黃○香、柯○慧固證稱有舉辦父親節活動，證人柯○慧並證稱：有向被告乙拿錢買魚肉等，有取得收據交給被告乙等語，但查，被告 2 人對於本項活動迄未提出任何單據，前已敘明，則證人柯○慧所證：因該活動取得並交付被告乙單據云云，顯與上開彙總表之文書證據不合，則證人黃○香、柯○慧所證內容，均難採為被告等有利之認定。從而，被告 2 人所提出之前開證據，尚不足以證明確實有舉辦「父親節傳統文化知性活動」，因此，其等所稱此活動有關經費支出部分，即難以採信。

綜前說明，本件被告 2 人辦理前開「籃球組訓營」、「力拔山河拔河比賽」、「傳統歌謠」、「傳統編織」、「狩獵文化傳承」、「社區觀摩」等項活動，總共之支出應為 910,212 元（即 434,623 元+224,934 元+13475 元+61,780 元+45,900 元+129,500 元=910,212 元）。至被告 2 人抗辯渠等辦理前開活動之支出於超過 910,212 元部分，即無足採信。

被告又辯稱：武界社區發展協會固有向文建會申請辦理本案活動之補助 1,188,000 元，後來有繳回 183,500 元，但協會帳戶尚有 38,000 元，則被告 2 人對該款項自無不法侵占情事可言云云。然查，協會帳戶於 91 年 10 月 23 日收到文建會撥款 1,188,000 元，而被告等於 92 年 11 月 24 日以匯款方式繳回 183,500 元乙節，有協會帳戶交易明細表、匯款委託書在卷可按。且查，協會帳戶在 91 年 10 月 23 日文建會撥款前，結存 15,858 元，在 92 年 11 月 24 日繳回之後，92 年 11 月 24 日當天結存金額不高於 15,858 元，有交易明細表可證。是以，被告等繳回補助款之後，文建會原有撥款已無剩餘，被告所謂繳回 183,500 元後，協會帳戶尚有補助之餘款，並非屬實，難以採信。至於，辯護人聲請傳訊證人余○芬，以證明余○芬是否參加傳統歌謠比賽，並領取獎金。但查，被告等及其辯護人直至本院最後審理期日為止，並未查報證人余○芬真正住址或其身分證字號，以供傳喚或查詢，而其等前所查報之地址，經本院送達，因查無此街路名稱，而遭退回，有送達證書（未送達）及其信封在卷為憑。是以，證人余○芬所在不明，此部分之待證事實不能調查，辯護人聲請傳訊證人余○芬，應予駁回。

綜上，本件被告 2 人獲得文建會補助辦理前開各項活動之經費總共為○○○○○○元。而被告 2 人辦理前開活動所為花費（不扣除辦理前開「籃球組訓營」活動由台灣電力公司抽蓄工程處、武界地區施工廠商○志、○○建設、○○營造及工人等募集之 9 萬元），總共應由文建會補助款項中支出的部分應為 910,212 元。因此，本件被告 2 人既實際上僅由文建會所補助之前開款項中支付 910,212 元，但渠等卻未將剩餘款項 94,288 元繳回文建會，並以不實之單據向文建會辦理經費之核銷（含應繳回之款項 94,288 元），足認渠等就剩餘款項 94,288 元部分，具有不法所有之意圖，而侵占此部分款項無訛。故被告 2 人前開所辯，應屬事後卸責之詞，不足採信。本件事證已臻明確，被告 2 人犯行堪以認定，應依法論科。

（十）比較新舊法：

有關法律修正適用部分之說明：查被告等行為後，刑法於 94 年 2 月 2 日修正公佈，並於被告行為後之 95 年 7 月 1 日施行（下稱新刑法，修正前刑法則稱舊刑法），參酌最高法院 95 年 5 月 23 日刑事庭第 8 次會議決議，新刑法第 2 條第 1 項之規定，係規範行為後法律變更所生新舊法律比較適用之準據法，於新法施行後，應適用新刑法第 2 條第 1 項之規定，為「從舊從輕」之比較。另於比較新舊法時，應就罪刑有關之共犯、未遂犯、想像競合犯、牽連犯、連續犯、結合犯，以及累犯加重、自首減輕暨其他法定加減原因（如身分加減）與加減例等一切情形，本於統一性及整體性原則，綜其全部罪刑之結果而為比較。

被告行為後，刑法第 10 條第 2 項關於公務員之定義，原刑法第 10 條第 2 項規定：「稱公務員者，為依法令從事於公務之人員」，已修正公布為：「稱公務員者，謂下列人員：一、依據法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限者。二、受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者」。而《貪污治罪條例》第 2 條原規定：「依據法令從事公務之人員，犯本條例之罪者，依本條例處斷；其受公務機關委託承辦公務之人，犯本條例之罪者，亦同」。

亦於 95 年 5 月 5 日修正為：「公務員犯本條例之罪者，依本條例處斷」。於同年 7 月 1 日施行，以配合前述刑法關於公務員定義之修正，即採與刑法相同之公務員定義。是以，修正後之規定雖對於公務員之範圍加以限縮，但經比較新舊法，被告無論依修正前後之《貪污治罪條例》第 2 條、刑法第 10 條第 2 項之規定，其均係公務員，修正後規定並無較有利於被告之情形，依刑法第 2 條第 1 項前段規定，應適用被告行為時即修正前之法律。

此次刑法第 28 條共同正犯規定，亦有修正，分別適用新、舊法比較結果，刑法第 28 條原規定「2 人以上共同『實施』犯罪之行為者，皆為共同正犯」，新法修正為「2 人以上共同『實行』犯罪之行為者，皆為共同正犯」，將舊法之「實施」修正為「實行」。原「實施」之概念，包含陰謀、預備、著手及實行等階段之行為，修正後僅共同實行犯罪行為始成立共同正犯。是新法共同正犯之範圍已有限縮，排除陰謀犯、預備犯之共同正犯。新舊法就共同正犯之範圍既因此而有變動，自屬犯罪後法律有變更，而新法之規定並非較有利於被告，應適用被告行為時之規定。關於牽連犯之規定，新刑法已刪除舊刑法第 55 條牽連犯之規定，此刪除雖非犯罪構成要件之變更，然顯已影響刑罰之法律效果，仍屬法律有變更。經比較新舊刑法關於得否成立牽連犯之情形（舊法係從一重處斷，而依新法之規定則應予併罰），應以舊刑法較有利於被告。

被告所犯《貪污治罪條例》第 4 條第 1 項第 1 款之侵占公有財物罪，法定刑中規定有罰金刑部分，依修正後刑法第 33 條第 5 款將罰金刑定為「新臺幣 1 千元以上，以百元計算之」等規定計算，較諸被告行為時之刑罰法律，即罰金罰鍰提高標準條例第 1 條前段及修正前刑法第 33 條第 5 款所定之罰金刑最低額銀元 1 元即新臺幣 3 元等規定計算，則新法所得科處之罰金刑較高。比較修正前、後之刑罰法律，自以行為時即修正前之法律有利於被告。

新刑法第 37 條第 2 項規定「宣告 1 年以上有期徒刑，依犯罪之性質認為有褫奪公權之必要者，宣告褫奪公權 1 年以上 10 年以下」，舊刑法第 37 條第 2 項則規定「宣告 6 月以上有期徒刑，依犯罪之性質認為

有褫奪公權之必要者，宣告褫奪公權 1 年以上 10 年以下」，惟按「科刑判決所適用之法律，無論係對主刑、從刑或刑之加重、減輕或免除等項，除法律別有規定外，應本統一性及整體性之原則而適用之，不容與主刑所適用之法律任意割裂」（最高法院 85 年度台上字第 2483 號判決意旨參照）。則本件關於褫奪公權部分，自應適用刑法修正前第 37 條第 2 項之規定。

（十一）論罪科刑部分：

1. 被告 2 人係屬文建會第 4 區社區營造中心武界部落社造點之社造員，係受國家所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者，自屬公務員無訛。核被告 2 人所為，均係犯《貪污治罪條例》第 4 條第 1 項第 1 款之侵占公有財物罪及刑法第 216 條、第 210 條之行使偽造私文書罪。2. 被告 2 人就所犯上開 2 罪，有犯意聯絡及行為之分擔，均為共同正犯。被告 2 人利用不知情之成年人偽刻附表一所示之人之印章，為間接正犯。被告 2 人盜刻附表一所示之人之印章，及將田○成、林○誠、杜○暉、陳○明、柯○錦、蔡○政等人先前交予被告乙保管之印章，分別偽造或盜蓋在附表二所示核銷憑證資料上之理事長欄位偽蓋「余○明」印文、會計及出納欄位偽蓋「何○行」印文，及在「支出證明單」上之領款人簽收欄內偽蓋或盜用紀○錦等人之印文，暨在「黏貼憑證用紙」上主計欄部分偽蓋「何○行」印文、負責人欄部分偽蓋「余○明」印文等行為；均為偽造私文書之部分行為，均不另論罪；被告 2 人於偽造私文書後復持以向文建會中部辦公室為申報經費核銷，該偽造之低度行為應為行使之高度行為所吸收，均不另論罪。3. 被告 2 人雖有多次偽造私文書之犯行，然其行使偽造私文書之行為僅有 1 次，則多次偽造私文書之行為既已為行使之高度行為所吸收，即不再論以連續犯。又被告 2 人雖有多次領取公款之行為，但並無證據證明被告 2 人於領款之際即具有侵占之意圖，且被告 2 人亦有依規定舉辦多項之活動，故應以被告 2 人於舉辦活動完畢，依法向文建會申請核銷款項之際，做為認定被告 2 人實行侵占犯行之著手時期，本件被告 2 人之侵占犯行應僅論以 1 次。公訴人認為被告 2 人所犯之行使偽造私文書罪及侵占公有財物

罪均有多次犯行，且應依修正前刑法第 56 條之規定，分別論以連續犯，並加重其刑云云，其法律見解尚有未洽，併此說明。4. 又被告 2 人所犯上開 2 罪間，有方法結果之牽連關係，為牽連犯，依修正前刑法第 55 條之規定，從一重之侵占公有財物罪處斷。5. 另，本院審酌被告 2 人前未曾有刑案紀錄、素行良好，依其等於調查站所陳之經歷，被告甲前曾擔任長老會社工、代課老師、研究所碩士班進修，被告乙曾任建築模板工人、挖土機司機、農夫，在原住民社區中，原屬能自食其力努力上進之人，被告等因熱心公益，參與本件社區營造公務，因一時失慮而罹重典，所侵占公有財物之所得非多，惟被告所犯《貪污治罪條例》第 4 條第 1 項第 1 款之法定刑度為「無期徒刑或 10 年以上有期徒刑，得併科新臺幣 1 億元以下罰金」，不可謂不重，考以被告之犯罪情狀，如科以法定最輕本刑，仍尚嫌過重，顯堪憫恕，爰依刑法第 59 條之規定酌量減輕其刑。6. 原審以被告 2 人罪證明確予以論罪科刑，固非無見，惟原審判決有下列違誤之處：(1) 被告 2 人所侵占之金額應為 94,288 元，原審認定之金額有誤；(2) 原審認定被告 2 人未舉辦「籃球組訓營」活動部分，容有違誤；(3) 被告 2 人分別僅為 1 次行使偽造私文書及侵占公有財物之犯行而已，惟原審認定被告 2 人所犯上開 2 罪，均應成立連續犯，尚有未洽；(4) 原審認定林○正印章遭盜用部分（與林○正證述該印章為真正之證詞不符【見 92 年度他字第 629 號卷三第 118 至 119 頁】），又漏未論杜○正、陳○財、李○吉、柯○鳳等人之印章亦為被告所偽刻的，所認定之事實亦有違誤；(5) 本件被告等 2 人所犯之罪係屬《貪污治罪條例》第 4 條第 1 項第 1 款之侵占公有財物罪，而原審為被告等 2 人有期徒刑以上之宣告，惟竟未依該條例第 17 條之規定，為被告等 2 人褫奪公權之宣告，於法亦有未合；(6) 前開相關法律於原審判決後，已有修正，原審未及比較新舊法之適用，容有未合。本件被告 2 人提起上訴，猶執前詞否認有前開侵占公有財物罪犯行云云，雖為無理由；惟原審判決既有前開可議之處，即屬無可維持，應由本院將原審判決予以撤銷改判。爰審酌被告 2 人並無前科，素行良好，惟渠等 2 人受文建會委任協助辦理社區總體營造工作，竟徇私舞弊圖取利益，而偽造

不實之支出證明單、收據後，再據以虛報、浮報補助款，浪費公帑，侵占公有財物金額為 94,288 元，辜負所託，貽害百姓權益不輕，其等犯後猶飾詞圖卸、未見具體悔過表現等一切情狀，分別量處如主文第 2 項所示之刑，以資懲儆。7. 按犯本條例之罪，而受有期徒刑以上之宣告者，並宣告褫奪公權，《貪污治罪條例》第 17 條定有明文。本件被告 2 人應依前開規定，均予褫奪公權之諭知。

（十二）有關沒收諭知：

1. 次按「犯第 4 條至第 6 條之罪者，其所得財物，應予追繳，並依其情節分別沒收或發還被害人。前項財物之全部或一部無法追繳時，應追徵其價額，或以其財產抵償之」。《貪污治罪條例》第 10 條第 1、2 項分別定有明文。又《貪污治罪條例》之共同貪污所得財物，採連帶追繳沒收（發還）主義。原判決認詹○松與熊○光共同犯修正前《貪污治罪條例》第 6 條第 1 項第 2 款之徵用土地，從中舞弊罪，熊○光所得如原判決附表九所示財物應予追繳發還台中縣豐原市公所。但未諭知就其 2 人連帶追繳發還，要有未合。最高法院 93 年台上字第 213 號判決亦著有明文。本件被告 2 人因共犯前開侵占公有財物罪，侵占公有財物所得為 94,288 元，均未扣案，該筆款項均係被告 2 人檢具不實之憑證，向文建會申辦經費核銷，是爰依前開規定及說明，諭知被告 2 人侵占之財物 94,288 元應連帶追繳並發還予被害人文建會，如全部或一部無法追繳時，則應以其財產連帶抵償之。2. 又按偽造之印章、印文或署押，不問屬於犯人與否，沒收之，為刑法第 219 條定有明文規定。被告 2 人所盜刻如附表一所示之人之印章，雖未扣案，然依現有卷證資料，不能證明業已滅失，仍應依刑法第 219 條宣告沒收。3. 再按刑法第 219 條所定不問屬於犯人與否沒收之者，以偽造之印章、印文或署押為限，盜用者不在其列，原判決竟將盜用印章蓋在限欠字據之印文，依該條予以沒收，顯屬於法有違，最高法院 48 年台上字第 1533 號亦有明文。被告 2 人盜用田○成、林○誠、杜○暉、陳○明、柯○錦、蔡○政等人之印章，而偽造支出證明單，雖屬被告 2 人所偽造之私文書，然該等支出證明單係由被告 2 人盜用田○成、林○誠、杜○暉、陳○明、柯○錦、蔡○政等

人先前所交付保管之印章，於「請款人簽收」欄位所盜蓋所偽造之印文，並非屬偽造印章之印文，均無從於本案中論知沒收，併此敘明。

4. 被告 2 人偽刻余○明等人之印章，復持之蓋用於以南投縣武界社區發展協會名義所製作之「全案經費支出彙總表」、「武界部落之聲～喚起文化生命」全案開支明細表、「狩獵文化傳承」經費支出彙總表、「狩獵文化傳承」開支明細表、「籃球組訓營」經費支出彙總表、「籃球組訓營」開支明細表、「傳統歌謠與原歌交流競賽」經費支出彙總表、「傳統歌謠與原歌交流競賽」開支明細表、「力拔山河」經費支出彙總表、「力拔山河」開支明細表、「社區觀摩」經費支出彙總表、「社區觀摩」開支明細表、「傳統編織班」經費支出彙總表、「傳統編織班」開支明細表、「支出證明單」等單據上之理事長欄位「余○明」印文、會計及出納欄位「何○行」印文，及在「支出證明單」上之領款人簽收欄內紀○錦等人之印文，暨在「黏貼憑證用紙」上主計欄部分「何○行」印文、負責人欄部分「余○明」印文，均為被告 2 人所偽造之印文，均依刑法第 219 條之規定予以沒收。

另公訴意旨認被告 2 人所侵占之補助款為 574730 元，與本院調查後認定結果之金額，並不相符；惟本院既認定被告 2 人僅成立 1 次侵占公有財物罪，則就逾本院認定金額以外之部分，毋庸為不另為無罪之諭知，附此敘明。據上論斷，應依刑事訴訟法第 369 條第 1 項前段、第 364 條、第 299 條第 1 項前段，(修正前)《貪污治罪條例》第 2 條後段、《貪污治罪條例》第 4 條第 1 項第 1 款、第 10 條第 1 項、第 2 項、第 17 條，刑法第 11 條、第 2 條第 1 項前段、(修正前)第 28 條、第 216 條、第 210 條、(修正前)第 55 條、第 59 條、(修正前)第 37 條第 2 項、第 219 條，判決如主文。

五、最高法院 100 年度台上字第 7228 號刑事判決

(一) 本件原判決認定上訴人甲、乙有其事實欄所載侵占公有財物、行使偽造私文書等犯行。因而撤銷第一審之科刑判決，改判仍比較行為時及裁判時法律，適用較有利於上訴人等之行為時刑法，依牽連犯關係，從一重論上訴人等以共同受公務機關委託承辦公務之人侵占公有

財物罪，各處有期徒刑六年，並均諭知褫奪公權四年及連帶追繳所得財物。固非無見。惟查：（一）、依《貪污治罪條例》第四條第一項規定之公務員侵占公有財物罪，性質上為雙重身分（關係）犯，行為人除必須具有公務員之身分外，並應對於該公有財物具備持有之特定關係，倘欠缺其中一種身分或特定關係，即不能成立該罪名。故如公務員雖不法或不當取得公有財物，然其對於是項財物並不具備持有之特定關係者，即無以上揭罪名相繩之餘地。原判決事實認定上訴人等獲聘為行政院文化建設委員會（下稱文建會）第四區社區營造中心武界部落社造點之社造員，係受文建會委任協助辦理社區總體營造工作，為受公務機關依法委託承辦公務之人員。渠二人於民國九十一年間以南投縣仁愛鄉法治村武界社區發展協會（下稱武界社區發展協會）名義辦理「武界部落之聲～喚起文化生命」計畫系列活動，並經由該第四區社區營造中心向文建會中部辦公室申請補助經費新臺幣（下同）一百四十八萬五千元（分二期撥款，第一期補助款一百十八萬八千元，於九十一年十月二十三日匯入武界社區發展協會設於南投縣仁愛鄉農會之帳戶）。渠等明知並未依計畫辦畢所有系列活動，且實際花費為九十一萬零二百十二元，為掩飾無法據實提出原始支出憑證與成果報告等資料之事實，竟共同基於侵占公款及偽造、行使偽造私文書之犯意聯絡，將前開文建會中部辦公室所撥附之第一期補助款中之十八萬三千五百元匯還文建會中部辦公室，剩餘款項九萬四千二百八十八元則侵占入己等情。理由內僅說明上訴人等係屬文建會第四區社區營造中心武界部落社造點之社造員，係受國家所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務，自屬公務員無訛，有《貪污治罪條例》之適用，應論以共同犯侵占公有財物罪名云云。既謂上訴人等係為「掩飾無法據實提出原始支出憑證與成果報告等資料之事實」，何以該當侵占公款之主觀不法犯意？且既以武界社區發展協會名義申請並辦理活動，則該補助經費核撥後究屬何人所有？以武界社區發展協會名義設於南投縣仁愛鄉農會之帳戶存款性質如何？其持有人為何？上訴人等是否為持有人？原審未詳查審認，致事實未明，且攸關法律之適用，洵有證據調查未盡及理由不備之違法。

(二) 事實認定與理由說明不相一致，或事實、理由欄內之記載前後齟齬，或認定之事實與所採之證據不相適合，或認定事實與卷證資料不符，均屬判決理由矛盾之當然違背法令。(1) 原判決事實認定上訴人等舉辦活動，實際花費九十一萬零四百十二元，但理由卻說明總支出應為九十一萬零二百十二元；有關「籃球組訓營」活動支出部分，原判決說明上訴人等辦理此項活動之總支出應為四十三萬四千六百二十三元，然依原判決附表三所列編號 1 至 5 項目之金額（未列計編號 6 其他「奠儀」三千元部分）總計為四十三萬七千六百二十三元，前後數額不符。

(2) 原判決引證人即文建會第四區營造中心專案總執行長李○珍、證人即原○○社區營造員及行政企畫黃○中、證人即文建會第四區營造中心輔導員陳○伶等於原法院上訴審理時所證，而謂「按照文建會之規定，係不得就名目不合之帳目辦理核銷，然因收據或發票取得困難，倘有必要仍得向他人取得空白之收據，事後填寫做為報帳之單據；又有關無法報支之項目（即獎金、獎品，或未列入預算項目之支出等），私下亦可拿一般可報支之其他費用支應」；「倘若有真正之支出，而事後以其他合法名目之款項申請准予報銷，尚難認有何不法所有之意圖」。卻又以證人林○鏞出具之購買照相器材 DV 帶四百九十九元之單據，林○鏞無法說明係上訴人等因何購買為由；及曾○宗出具之購買材料估價單二紙，難認與「狩獵文化傳承」活動有關，而均不予採信，先後為不同論敘。(3) 卷查，「父親節傳統文化知性活動」，文建會係於九十一年九月二十六日以中二字第○○○○○○號函核備，核准辦理之各項活動期間為九十一年十月一日至九十二年一月三十一日。然父親節為八月八日，顯在核准辦理活動期間之前，稽之李○珍及黃○中所證活動辦理可在之前，只要有實際辦理即可。而就「父親節傳統文化知性活動」，上訴人有提出活動照片，並有證人李○吉、黃○香、柯○慧作證確有辦理該項活動。再依卷附照片所示，活動名稱為「武界部落 2002 年父親節傳統射箭暨慶祝活動」，承辦單位為「武界社區發展協會」，足見上訴人等所辯確有辦理該項活動之情，尚非無據。依該活動照片顯示，該項活動有摸彩品、音響設備及照相器材，上訴人等亦提出該活動內容所需要之烤

肉、食材細目、油資、攝影用品、獎品、音響等支出，逐項列舉，有活動細目表在卷可按。原審未察，遽以渠等所提出之「全案經費支出彙總表」上之記載，並無「父親節傳統文化知性活動」相關經費支出之項目，而認上訴人等未舉辦此項活動，顯與卷證資料不符。

（三）證據雖已調查，但若有其他重要證據未予調查，致事實未臻明瞭者，即與未經調查無異，如遽行判決，仍難謂無應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。原判決以編號 6B03 統一發票所列器材 DV 帶四百九十九元，證人林○鏞固不否認該發票係其店裡所開出。然以林○鏞對該發票係上訴人等因何購買，並未能一併說明。且渠等向林○鏞購買之四捲 DV 帶，共九百二十五元，業已列為附表三編號 2 之 87 之因公支出項目。是其等再提出林○鏞所開出之憑單編號 6B03 統一發票金額四百九十九元部分，顯屬重複而難採信。然上訴人等向林○鏞購買照相器材 DV 帶三捲四百九十九元，憑單編號 6B03 統一發票之號碼係 RB○○○○○○、消費日期為九十一年十二月三十一日，並據林○鏞於法務部調查局南投縣調查站證稱：據我僱用店長彭○萍表示，該 6B03（DV 錄影帶）及 6B04（DV 錄影帶）編號單據是我們店裡開立統一發票收據，確實有到我們店購置物品等語無誤；而原判決附表三編號 2 之 87 之因公支出項目所列 DV 帶四捲，共九百二十五元，其統一發票號碼係 NE○○○○○○、消費日期為九十一年六月二十八日，二者購買捲數、日期及發票號碼均不相同，上訴人等所辯辦理「籃球組訓營」活動，向林○鏞購買照相器材 DV 帶四百九十九元乙情，即非全屬無稽。原判決雖已審酌林○鏞之證述，並說明不予採信之理由。但對於上揭有利於上訴人之證據是否可採，並未加以調查，遽認二者係重複而不採，亦有調查未盡及理由不備之違誤。

（四）取捨證據、認定事實，雖均屬事實審法院自由判斷之職權，但此項職權之行使，不能違背客觀存在之經驗法則與論理法則，否則難認適法，此由刑事訴訟法第一百五十五條第一項規定反面意旨可知。而犯罪事實須以積極證據證明之，如欠缺此項證據，被告應受無罪推定原則之基本人權保障，觀諸同法第一百五十四條第一項、第二項規定亦

明。原判決僅就上訴人等可以提出單據之部分，認列確有支出，「逾此部分支出之金額，上訴人二人並未提出證據供本院審酌，或提出之證據為本院所不採，尚難以採認」，姑不論已罔顧李○珍、黃○中、陳○伶所證「因部落取得收據或發票困難，倘有必要仍得向他人取得空白之收據，事後填寫做為報帳之單據」、「亦可先辦活動，收據日期因公文還沒有核准下來所以先不寫日期」及上訴人等提出之活動照片，顯示可能尚有上揭單據上所無之花費情形，是否符合客觀存在之經驗法則、論理法則及被告無自證己罪義務之原則，非無再研酌之餘地。本院前一次發回意旨對此亦已詳加指明。乃原審仍未就此項疑點詳予剖析，並說明該等「事前取得空白之收據，事後填寫做為報帳」用之單據及相關證人（如：陳○進、李○吉、黃○香、柯○慧）所為有利於上訴人等之陳述何以不足採之理由，遽認該等證據及上開證人所述為不可信，亦嫌調查未盡。

（五）《貪污治罪條例》第四條第一項第一款之侵占公有財物罪，法文內雖未見有不法所有之主觀犯意要件，但其係刑法第三百三十六條第一項公務侵占罪之特別法，故同應具有該主觀犯意，乃法理所當然。倘行為人確有公款公用，未落入私囊，即難認有不法侵占犯意，縱然其報帳憑證不齊全或以不實單據混充，仍祇應就其不實單據部分令負偽造文書等相關罪名，尚無逕以貪污罪名相繩之餘地，審理事實之法院，自應詳加查明、審認。原判決以「籃球組訓」部分，上訴人等所列支付予柯○貴奠儀三千元，其支出目的與辦理「籃球組訓營」等系列活動不合而予扣除。然上訴人等既有以「武 BA 工作隊」名義支付予柯○貴、李○吉奠儀各三千元，且經李○吉證述及柯○貴出具之收據各在卷，足見此部分支出確實有據。原判決缺乏積極證據證明，以推測、擬制之方法，為其判斷基礎，遽為上訴人等此部分論罪之認定，已違證據法則。且上訴人二人間，是否具有主觀不法之犯意？究於何時、何地、如何謀為侵占公有財物？侵占後如何分贓等攸關犯罪成立與否之重要事實並未依據確實之證據予以論斷說明，其判決洵有理由欠備之違法。況依系爭活動照片，「籃球組訓營」部分，有使用場地、提供餐飲；「傳統歌謠」

部分，有餐費、歌謠表演費用及獎金；「傳統編織」部分，有使用場地、聘請講師、照相、提供餐飲；「狩獵文化傳承」部分，有使用鐵線、飲料、食品，衡諸常情，在在需款支應。而證人黃○銘於原審審理時亦到庭證稱：（九十一、九十二年間，有無到南投埔里武界那邊辦過餐飲？）如果我有辦過，那邊都有紀錄，其實整個部落若需要餐點都會叫我去，像有次是拔河活動。（乙是否有就餐點部分跟你接觸？）有，他跟我接觸的。（你總共跟乙請了多少錢？）一般我在他們那幾個部落辦的，一場價錢差不多是三萬元，因為他們人數大概就是二、三百人，他們就是整個村落來吃。所提示的那兩場，應該是有紀錄，也都是我去做的，也是三萬元，兩場總共就是六萬元。（你有無拿收據給乙？）因我自己本身沒有店號，我都是跟直接上手的廠商拿收據。（你是否有拿過一張烤鴨店的收據給乙？）「真好味」的？那就是我上頭的廠商。（你有拿這個真好味烤鴨店的收據給乙？）應該吧，時隔已久，但應該是辦完就要拿收據給他，我才有辦法請款。（你剛所謂的「真好味」烤鴨店收據是不是你拿給乙的？）對，我拿給乙的等語。設使屬實，則黃○銘應有於該期間經由乙接洽而至武界辦過二場餐飲，共六萬元，因其沒有店號，始交其上手真好味之收據予乙至明。對照原判決附表三至六所示，除原判決附表四（力拔山河拔河比賽）編號 3 之 5 列有黃○明餐費三萬元外，均無列有另筆三萬元餐費之支出；而傳統歌謠部分，李○珍於原法院上訴審時證稱獎金之支出是合法的；證人楊○霞亦證稱伊有參加傳統歌謠活動，有三十幾人婦女隊之表演等情無誤，雖其亦證稱表演完後有無領取獎金忘記了。然參照卷附李○珍頒發獎金之照片，足見此情非虛。原判決既採信文建會人員李○珍、陳○伶一致證實部落地區難以取得合法單據各等語之證言，卻未採信關於此部分上訴人等之供述、黃○明之證述及卷存相片所示，逕認上訴人等具有侵占之主觀不法意圖，尤有欠妥。本院前次發回意旨亦已指明，乃原判決猶未予以釐清，致原有瑕疵依然存在，仍屬無可維持。以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，應認仍有撤銷原判決發回更審之原因。

六、臺灣高等法院臺中分院 101 年度重上更（二）字第 3 號 刑事判決

（一）有罪部分：

1. 訊據被告乙對於上揭事實均坦承不諱，且查：（一）文建會為凝聚地震災區社會意識，遂訂定 921 重建區社區總體營造執行方案，於全國災區成立 4 個社區營造中心，其中武界部落社造點之社區則屬第 4 區營造中心，被告乙與同案被告甲則為實際推動文建會第 4 區社區營造中心武界部落社造點之社造員，並以武界社區發展協會名義，經由第 4 區社區營造中心向文建會中部辦公室申請補助經費 148 萬 5,000 元，辦理「武界部落之聲—喚起文化生命」計畫系列活動，該計畫書預定辦理「動植物生態調查記錄」、「生態解說員人才培訓」、「狩獵文化傳承」、「傳統歌謠與新興原歌交流競賽」、「部落產業特色發展及學習」、「體育人才培育」、「社區交流觀摩」、「父親節傳統文化知性活動」及「傳統編織剪裁班」等 9 項社區營造活動，前開活動核定之辦理時間自 91 年 10 月 1 日起至 92 年 1 月 31 日止（嗣經武界社區發展協會向文建會申請延展至 92 年 3 月 31 日止），文建會中部辦公室審查後，於 91 年 8 月 27 日批示核准前開計畫書，並於 91 年 9 月 26 日核備在案，並同意照該計畫書申請金額全額補助，並分 2 期撥款，第 1 期補助款 118 萬 8,000 元於 91 年 10 月 23 日匯入協會帳戶，第 2 期款則於計畫書活動辦理結束後，檢據審核後撥付；被告乙未於期限內辦理核銷，經文建會中部辦公室於 92 年 7 月 24 日、9 月 29 日函催檢送相關資料辦理經費核銷，其後由同案被告甲於 92 年 11 月 24 日將前開文建會中部辦公室所撥附之第 1 期補助款中之 18 萬 3,500 元匯還文建會中部辦公室，且迄今仍未完成經費核銷等情，為被告乙所坦認，復有「武界部落之聲—喚起文化生命」計畫書影本 1 份、文建會中部辦公室 91 年 9 月 26 日中二字第○○○○○○○號函、92 年 7 月 24 日中二字第○○○○○○○號函、92 年 9 月 29 日中二字第○○○○○○○號函影本、武界社區發展協會在南投縣仁愛鄉農會活期儲蓄存款存摺及其明細表、取款憑條、仁愛鄉農會電腦共用中

心匯款委託書影本 1 件及南投縣仁愛鄉農會 100 年 7 月 29 日（100）仁農信字第○○○○號函與所附協會帳戶交易往來明細表 1 件等在卷可稽，此部分之事實，足為認定。

2. 被告乙於 92 年 8 月間委請位於南投縣埔里鎮境內之姓名不詳、已成年之刻印店人員，偽刻附表一所示之余○明（即前武界發展協會理事長）、何○行（即前武界發展協會出納）、紀○錦、陳○安、柯○榮、田○貴、李○泉、馬○安、陳○娥、馬○丁、馬○山、李○送、蔡○貴、李○天、馬○邦、李○德、蔡○滿、柯○忠、馬○庫、馬○誠、蔡○興、柯○慧、柯○茹、柯○銀、蔡○德、蔡○興、杜○正、葉○良、何○中、馬○華、陳○財、楊○枝、馬○溫、陳○蘭、陳○花、李○吉、李○花、楊○霞、蔡○珠、陳○英、林○雲、柯○鳳、黃○香、陳○花等人之印章各 1 枚【起訴書漏載被告乙有偽刻葉○良、馬○華、陳○財、馬○溫、李○吉、柯○鳳之印章各 1 枚。又證人馬○庫於偵訊時具結證稱：如附表二編號 118 所示 4D-23 號單據上之其印文為真正，簽名亦係其所為等語明確，又附表二編號 64、65 所示支出證明單上之「馬○庫」簽名及印文各 1 枚之筆跡及印章字體，均與附表二編號 118 相同，足認亦係馬○庫所為；本院前審即更一審判決誤認被告乙另有偽刻馬○庫之印章，有所誤會，且起訴書亦未起訴被告乙有偽造馬○庫印章之罪嫌，均附予敘明】，並盜用田○成、林○誠、杜○暉、陳○明、柯○錦等人先前交予乙保管之印章【起訴書誤認被告乙另有盜用林○正、蔡○政之印章，有所未洽，詳見本判決理由欄貳、五之說明】，分別蓋用在如附表二所示以南投縣武界社區發展協會名義所製作之「核銷憑證資料」上理事長欄位偽蓋「余○明」印文、在會計及出納欄位偽蓋「何○行」印文，及在「支出證明單」上之領款人簽收欄內偽蓋紀○錦等人印章或盜用田○成等人之印章蓋印、或併偽造領用人之署名（指附表二編號 69），用以表示紀○錦等人出具證明已領取如附表二所示之款項，暨在「黏貼憑證用紙」上主計欄部分偽蓋「何○行」印文、負責人欄部分偽蓋「余○明」印文，足以生損害於文建會對前開經費核銷之正確性；復向林○鏞、吳○芳索取已分別由店家蓋妥「○○○照相器材」、

「○○五金百貨行」店章及「林○鏞」、「吳○芳」私章之原僅供估價使用之估價單後，逾越授權，自行將「估價單」刪除而更改填載為「收據」（即編號 1B-01、1B-02、2B-02、3B-03、1C-01、1E-03 等單據，見 93 年度偵字第 940 號卷〈下稱 940 偵卷〉第 107、108、110、111、112、125 頁，且此因文書之本質已有變更，故屬偽造而非變造〈最高法院 29 年上字第 1785 號判例意旨參照〉。另證人林○鏞於調查站提及之 4B-02 單據，並未有將「估價單」更改為「收據」之情形，起訴書誤為此部分亦有偽造之行為；又證人吳○芳於調查站所稱之 2C-05 估價單，實應係真正之統一發票〈此部分並無偽造私文書以行使之情形，檢察官亦未就此部分起訴〉，見同上卷第 109、126 頁及扣案仁愛鄉武界部落核銷憑證資料 1 冊右下角鉛筆編號第 39-2 頁、第 27-5 頁之 4B-02、2C-05 單據，均附予敘明）而偽造上開私文書，充作辦理前開活動購物之單據，將前開所有經偽造之資料彙整後，在「全案經費支出彙總表」上記載「原預算金額」總計 103 萬 1,050 元，「實支金額」100 萬 4,416 元（「全案經費支出彙總表」影本見 940 偵卷第 23 頁），將前開偽造之私文書持以向文建會中部辦公室辦理經費核銷等事實，業據被告乙坦白不諱，核與證人余○明、何○行、紀○錦、陳○安、蔡○政、田○成、陳○明、林○誠、柯○榮、田○貴、杜○暉、李○泉、馬○安、陳○娥、馬○丁、馬○山、李○送、蔡○貴、李○德、蔡○滿、蔡○興、柯○慧、柯○錦、柯○銀、蔡○德、蔡○興、杜○正、葉○良、何○中、楊○枝、馬○溫、陳○蘭、陳○花、李○花、楊○霞、蔡○珠、陳○英、林○雲、黃○香、陳○花等人於調查站及偵查中證述之情形相符，復有卷附之核銷憑證資料及黏貼憑證用紙可稽，被告乙之前開自白與事實相符，足為採信。又被告乙偽造上開私文書後，持以向文建會中部辦公室辦理經費核銷而行使之，自足以生損害於文建會對於前開經費核銷之正確性及如附表二所示之余聰明等人甚明。

3. 被告乙於本審審理時對於上開行使偽造私文書之犯行均表示認罪，其於本審以證人身分作證時，雖曾一度陳稱將前開估價單刪改為收據字樣部分非其所為，係同案被告甲交付時即已改為收據云云。然被告

乙其後於本審審理時就其先前證稱伊自同案被告甲處取得「○○照相器材」估價單時，估價單已遭更改為收據部分，已改為證述：因時隔已久，伊並不確定同案被告甲交付其上開估價單時，其上已否改為收據等語，同案被告甲於本審復堅決否認其有將前開估價單刪改為收據或知情之事，本院酌以上開編號 1B-01、1B-02、2B-02、3B-03、1C-01、1E-03 等單據之「收據」字樣，與同案被告甲於本審當庭書寫之「收據」2 字之字型，均有所不同，又其中編號 1E-03 之估價單上之「收據」，則與被告乙於本審書寫之「收據」字樣，有雷同之處，而除編號 1E-03 以外之其餘估價單上之「收據」字體，雖與被告乙於本審審理當庭所寫之「收據」字體有別，然被告乙於本院作證時自承同案被告甲去臺東唸書後，其後之核銷事宜均係由伊處理等語，則被告乙當無可能不知上開「估價單」經刪改為「收據」之情事，故認應以被告乙於本審訊問事實時坦認此部分係其單獨所為等語，較為可信。

4. 如附表二編號 90、116 所示之「杜○正」印文，並非杜○正之真正印章所蓋印，且杜○正亦未同意他人刻用其印章等情，已據證人杜○正於偵訊時證述明確，且經起訴在案；原判決疏未認定被告乙有偽造「杜○正」之印章及前開單據上蓋印而偽造私文書以行使之行為，有所未合。又公訴人起訴書「犯罪事實」欄一中，雖未載及被告乙偽造葉○良、馬○華、陳○財、馬○溫、李○吉及柯○鳳之印章，並在前開如附表二所示各編號單據，分別持以蓋印而偽造上開私文書後持以行使之犯行，然此部分除據被告乙於本審坦白不諱外，並經證人葉○良、馬○華、馬○溫、李○吉等人分別於調查站、偵訊及本院上訴審審理時證述在卷，復有如附表二編號 91、99、103、108、125、133、135 所示之支出證明單扣案可佐，被告乙此部分之自白足為採信，且該部分與起訴書所載被告乙偽造紀○錦等人之印章後，持以蓋用偽造支出證明單後加以行使之行為間，具有同一行使行為之一罪關係而為起訴效力所及，自應併予審理；原判決就此部分未併為審理，亦有未當。起訴書雖認被告乙前開行使偽造私文書犯行，係與同案被告甲共犯，惟同案被告甲就被告乙上開行使偽造私文書之犯行確不知情而未參與，詳如後述【參見本判

決理由欄參中之同案被告甲論知無罪部分】，起訴書此部分之認定，容有誤會。綜上所述，被告乙上開行使偽造私文書犯行之事證明確，洵足認定。

5. 刑法修正之新舊法比較部分：查被告乙行為後，於 94 年 2 月 2 日修正公布之刑法，已自 95 年 7 月 1 日起生效施行。修正後刑法第 2 條第 1 項之規定，已將新舊法律適用之「從新從輕」原則，改採「從舊從輕」原則，而此規定僅係規範行為後法律變更所生新舊法律比較適用之準據法，並非實體刑罰法律，自不生行為後法律變更之比較適用之問題，應逕行適用新法第 2 條第 1 項之規定，為「從舊從輕」之比較。又被告乙所犯刑法第 216 條、第 210 條之行使偽造私文書罪之法條本身均未修正，惟與本案被告乙科刑有關之易科罰金折算標準部分，94 年 2 月 2 日修正公布前刑法第 41 條第 1 項前段規定：「犯最重本刑為 5 年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受 6 個月以下有期徒刑或拘役之宣告，因身體、教育、職業、家庭之關係或其他正當事由，執行顯有困難者，得以 1 元以上 3 元以下折算一日，易科罰金。」又被告乙行為時之易科罰金折算標準，依修正刪除前（即 95 年 5 月 17 日修正公布刪除、同年 7 月 1 日生效施行前）之罰金罰鍰提高標準條例第 2 條之規定，就其原定數額提高為 100 倍折算 1 日（罰金罰鍰提高標準條例其後業已於 98 年 4 月 29 日經總統以華總一義字第○○○○○○號令公布廢止，並於 98 年 5 月 1 日生效）。至修正後刑法第 41 條第 1 項前段係規定：「犯最重本刑為 5 年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受 6 個月以下有期徒刑或拘役之宣告者，得以新臺幣 1,000 元、2,000 元或 3,000 元折算 1 日，易科罰金」。經為新舊法比較之結果，因修正後之規定並非有利於被告乙，故應依刑法第 2 條第 1 項前段之規定，適用修正前刑法第 41 條第 1 項前段之規定。

6. 論罪部分：

(1) 核被告乙所為，係犯刑法第 216 條、第 210 條之行使偽造私文書罪。(2) 被告乙利用不知情之成年人偽刻如附表一所示之人之印章，為間接正犯。(3) 被告乙偽造印章、盜用印章及偽造印文、署名，

均為偽造私文書之部分行為；又其偽造私文書後復持以向文建會中部辦公室為申報經費核銷，該偽造之低度行為應為行使之高度行為所吸收，均不另論罪。(4) 被告乙雖有多次偽造私文書之犯行，然其行使偽造私文書之行為僅有 1 次，則多次偽造私文書之行為既已為行使之高度行為所吸收，即不再論以連續犯；起訴書認被告乙所為行使偽造私文書罪應成立連續犯，有所誤會。(5) 公訴人起訴書雖未敘及被告乙偽造葉○良、馬○華、陳○財、馬○溫、李○吉及柯○鳳之印章，並以前開偽造印章蓋印而偽造如附表二編號 91、99、103、108、125、133、135 所示單據並持以行使之行使偽造私文書犯行，亦未敘及被告乙偽造供以行使之文書另有如附表二編號 1 至 6、19、20、22 至 24、26 至 28、30、32、37 至 45、55、58、80、86、87、93、95、96、101、103、108、111、115、118、123、125、133、135、137 至 140、143 及另有偽造署名之部分，然前開被告乙行使偽造私文書行為，因與起訴書所載被告乙偽造其餘紀○錦等人之印章蓋用而偽造支出證明單後持以行使之犯行間，具有同一行使行為之單純一罪關係（含屬階段、低度行為而不另論罪部分）而為起訴效力所及，本院自應併予審理。(6) 按「自第一審繫屬日起已逾 8 年未能判決確定之案件，除依法應諭知無罪判決者外，經被告聲請，法院審酌下列事項，認侵害被告受迅速審判之權利，情節重大，有予適當救濟之必要者，得酌量減輕其刑：一、訴訟程序之延滯，是否係因被告之事由。二、案件在法律及事實上之複雜程度與訴訟程序延滯之衡平關係。三、其他與迅速審判有關之事項」。《刑事妥速審判法》第 7 條定有明文，且被告乙於本審審理時請求依上開規定酌量減輕其刑。本院酌以本案係於 94 年 1 月 17 日繫屬於原審法院，迄今已逾 8 年，雖因本案被告乙行使偽造之單據非少，因案卷單據之繁雜，致歷審之審判人員於訴訟過程中，為達於審判正確性之目的，無可避免而均確實須耗費時間予以調查、核對，以詳為釐清、認定事實；然此不利益尚不可歸責於被告乙，刑事被告有權在適當時間內獲取確定之判決（此為我國憲法第 16 條所明定訴訟權之保障，司法院釋字第 446 號、第 530 號解釋，亦一再於解釋中闡釋人民享有受法院公正、合法及迅速審判的

權利)，考量本案複雜程度及妥速審判之衡平原則，且被告乙自調查站、偵查、原審及本院歷審均未有因逃亡而遭通緝或意圖阻撓訴訟程序之順利進行而無理故為延滯訴訟程序之情事，審酌被告乙因案件長時期繫屬於法院未能判決確定而對其應受迅速審判權利影響之程度、情節，爰依《刑事妥速審判法》第7條之規定，予以減輕其刑。

7. 原審法院認被告乙上開行使偽造私文書犯行之事證明確，予以論罪科刑，固非無見。惟查：(1) 被告乙並未犯有與上開行使偽造私文書犯行具有牽連犯關係之共同連續受公務機關委託承辦公務之侵占公有財物罪嫌；原判決認被告乙上開行使偽造私文書罪，另牽連犯有共同連續受公務機關委託承辦公務之侵占公有財物罪，有所未合。(2) 又被告乙前開行使偽造私文書犯行係單獨所為；原判決認係與同案被告甲共同所犯，亦有未當。(3) 再被告乙僅為1次行使偽造私文書之犯行；原審認定被告乙應成立連續犯，尚有未洽。(4) 原判決雖認被告乙有盜用林○正、蔡○政之印章而偽造上開如附表二編號所示支出證明單之行為，惟因與證人林○正、蔡○政之證詞不符，有所誤會。(5) 又原判決漏未就為起訴效力所及之被告乙偽造杜○正、葉○良、馬○華、陳○財、馬○溫、李○吉、柯○鳳之印章，並在前開如附表二所示各編號單據分別持以蓋印而偽造上開私文書後持以行使之犯行，及被告乙偽造如附表二編號1至6、19、20、22至24、26至28、30、32、37至45、55、58、80、86、87、93、95、96、101、103、108、111、115、118、123、125、133、135、137至140、143之其他名義人之私文書而持以行使之部分均併為審理，有認定事實疏漏之誤。被告乙指摘原判決有本段上開(1)所示之違誤而提起上訴，非無理由，且原判決關於被告乙部分，併有前開本段(2)至(5)所示可議之處，即屬無可維持，自應由本院予以撤銷改判。爰審酌被告乙前未曾有前案紀錄、素行良好，為便於處理上開補助款核銷事宜之犯罪動機、目的，其為布農族山地原住民、社會資源較為缺乏之智識程度、生活狀況、犯罪時未受刺激、如犯罪事實欄所示行使偽造私文書之手段、情節，對文建會中部辦公室對前開經費核銷之正確性、如附表二所示之余○明等人所生之損害及其犯罪後坦承

犯行，態度尚屬良好，並有《刑事妥速審判法》第 7 條規定之適用等一切情狀，量處如主文第二項所示之宣告刑，以資懲儆。而中華民國九十六年《罪犯減刑條例》已於 96 年 7 月 4 日公布，並自同年 7 月 16 日起生效施行，依上開條例第 2 條第 1 項第 3 款：「犯罪在中華民國 96 年 4 月 24 日以前者，除本條例另有規定外，依下列規定減刑：三、有期徒刑、拘役或罰金，減其刑期或金額二分之一。」之規定，本案被告乙之犯罪時間係在 96 年 4 月 24 日以前，復無上開條例所定不應減刑之情形，爰依該條例第 2 條第 1 項第 3 款、第 7 條、第 9 條之規定予以減輕其刑，並諭知易科罰金之折算標準。

8. 沒收部分：(1) 按偽造之印章、印文及署押，不問屬於犯人與否，應沒收之，刑法第 219 條定有明文。被告乙偽造如附表一所示之印章，雖未扣案，然依現有卷證資料，不能證明業已滅失，仍應依刑法第 219 條之規定併予宣告沒收之。(2) 被告乙偽刻余○明等人之印章，持之蓋用於如附表二所示以南投縣武界社區發展協會名義所製作之「全案經費支出彙總表」、「武界部落之聲～喚起文化生命」全案開支明細表、「狩獵文化傳承」經費支出彙總表、「狩獵文化傳承」開支明細表、「籃球組訓營」經費支出彙總表、「籃球組訓營」開支明細表、「傳統歌謠與原歌交流競賽」經費支出彙總表、「傳統歌謠與原歌交流競賽」開支明細表、「力拔山河」經費支出彙總表、「力拔山河」開支明細表、「社區觀摩」經費支出彙總表、「社區觀摩」開支明細表、「傳統編織班」經費支出彙總表、「傳統編織班」開支明細表、「支出證明單」等單據上之理事長欄位「余○明」印文、會計及出納欄位「何○行」印文，及在「支出證明單」上之領款人簽收欄內紀○錦等人之印文，暨蓋印在「黏貼憑證用紙」上主計欄部分「何○行」印文、於負責人欄部分「余○明」印文，及在支出證明單上偽造之署名，雖前開如附表二所示之私文書均業由被告乙行使交付予文建會中部辦公室而均已非屬被告乙所有之物，惟如附表二所示私文書上之偽造印文、署名，亦均應依刑法第 219 條之規定予以宣告沒收之。(3) 按刑法第 219 條所定不問屬於犯人與否沒收之者，以偽造之印章、印文或署押為限，盜用者不在其列，

有最高法院 48 年台上字第 1533 號判例意旨可資參照。被告乙盜用田○成、林○誠、杜○暉、陳○明、柯○錦等人之印章，而偽造如附表二所示之支出證明單，雖屬被告乙所偽造之私文書，然該等支出證明單係由被告乙盜用田○成、林○誠、杜○暉、陳○明、柯○錦等人先前所交付保管之印章，於「請款人簽收」欄位所盜蓋所偽造之印文，並非屬偽造印章之印文，核與沒收之要件未符，故不予諭知沒收之。

9. 被告乙應不另為無罪諭知部分：(一) 公訴意旨另略以：被告乙及同案被告甲【同案被告甲應為無罪之諭知，詳見後述】均為文建會第四區社區營造中心武界部落社造點之社造員，受文建會委任協助辦理社區總體營造工作，為受公務機關委託承辦公務之人員。被告乙與同案被告甲於 91 年 8 月間，以武界社區發展協會名義，經由第四區社區營造中心向文建會中部辦公室申請補助經費 148 萬 5000 元，辦理「武界部落之聲—喚起文化生命」計畫系列活動，該計畫預定辦理「動植物生態調查記錄」、「生態解說員人才培訓」、「狩獵文化傳承」、「傳統歌謠與新興原歌交流競賽」、「部落產業特色發展及學習」、「體育人才培育」、「社區交流觀摩」、「父親節傳統文化知性活動」及「傳統編織剪裁班」等 9 項社區營造活動，文建會中部辦公室審查後，同意照該計畫申請金額全額補助，並分 2 期撥款，第 1 期補助款 118 萬 8,000 元，於 91 年 10 月 23 日匯入武界社區發展協會在南投縣仁愛鄉農會所開立之帳戶，第 2 期款於計畫辦理結束後，檢據審核後撥付，文建會中部辦公室並要求武界社區發展協會依規定照預算核實支用，各項經費應專款專用，不得任意變更途。被告乙、同案被告甲明知上開活動核定之辦理時間自 91 年 1 月 1 日起至 92 年 1 月 31 日止，且應依規定協助武界社區發展協會按計畫辦理前開 9 項社區營造活動，其等竟基於意圖為自己不法所有、行使偽造私文書之概括犯意聯絡，自 91 年 11 月 11 日起至 92 年 1 月 14 日止，陸續提領第一期補助款 118 萬 8,000 元後，僅辦理「狩獵文化傳承」、「社區交流觀摩」、「傳統編織剪裁班」、「(體育人才培育之) 拔河比賽」4 項活動，其餘活動均未舉辦，嗣於 92 年間辦理經費核銷時，明知其僅舉辦前開 4 項活動，且僅花費 42 萬 9686 元，竟向文建會中部辦

公室申報舉辦前開 4 項活動及「傳統歌謠競賽」、「(體育人才培育之)籃球組訓營」活動，並花費 100 萬 4,416 元，連續將補助款 57 萬 4,730 元侵占入己，其餘 18 萬 3,584 元繳回文建會中部辦公室，嗣為掩飾侵占犯行，被告乙及同案被告甲復於 92 年 8 月間，盜用附表二所示林○正、蔡○政之前交予被告乙保管之印章，加蓋在支出證明單上，而偽造林○正、蔡○政（起訴書犯罪事實欄固載有被告乙盜用蔡國政印章之事實，然其附表未列有以盜用蔡○政印章蓋印所偽造並持以行使之私文書）領取款項之支出證明單；或未購物，而向林○鏞索取編號 4B-02 估價單，以估價單充作購物之收據；或向馬○笑、張○美索取空白收據（指起訴書附表所指之編號 1E-01、2B-03、2B-04、2B-06、6B-02、6B-10、6B-20、6B-21 及 2B-07、4D-21 之免用統一發票收據），自行填載購物金額，製作上開林○正、蔡○政、林○鏞、馬○笑、張○美之報銷憑證，持向文建會中部辦公室辦理經費核銷（被告乙除此部分以外之其餘行使偽造私文書犯行，均已由本審判決有罪，詳見前述），足生損害於紀○錦等人之權益及文建會中部辦公室對前開經費核銷之正確性，惟因憑證資料不完整，經文建會中部辦公室於 92 年 8 月間退件，要求補正，然被告乙及同案被告甲迄未完成前開經費之核銷，因認被告乙此部分另涉有《貪污治罪條例》第 4 條第 1 項第 1 款之侵占公有財物及刑法第 216 條、第 210 條之行使偽造私文書罪嫌。

10. 公訴人起訴書認被告乙涉有此部分之罪嫌，主要無非係以：

(1) 傳統歌謠競賽活賽並未舉辦乙節，業據證人李○送、馬○安、李○德等人於調查站及偵查中證述在卷。是被告乙、同案被告甲於起訴書附表所示傳統歌謠競賽活動所欲核銷之金額，均屬虛報。(2) 被告乙、同案被告甲所欲核銷如起訴書附表所示紀○錦等人所領取之講師費、工作費、購物款、裁判費、誤餐費、交通補助費、住宿費、場地費等，紀○錦等人或未領取附表所示單據內容之費用、或未足額領取、或商店僅提供估價單，遭被告乙、同案被告甲以估價單充作收據、或至深山打獵不需租用場地、或未購物，由商店提供空白收據，遭被告乙、同案被告甲自行填載購物金額等情，業據證人紀○錦等人於調查站及偵查中證述

綦詳，堪認被告乙所欲核銷之附表所示金額均係虛報或浮報。(3) 鄭○寧並未同意武界社區發展協會在文建會核定補助「武界部落之聲—喚起文化生命」計畫前先舉辦籃球比賽活動，該計畫所擬定之活動，須經核定，始得舉辦，並於舉辦活動後，辦理經費核銷；另已經舉辦過之社區活動，不得列入前開計畫執行；再被告乙、同案被告甲為社造員，均上過至少 4 次以上之經費核銷課程，第四區社造中心相關講習活動中，一再強調經費使用規定及核銷程序，被告乙、同案被告甲知悉如何核銷經費等情，業據證人鄭○寧於調查站及偵查中證述綦詳。而文建會中部辦公室於 91 年 9 月 26 日以中二字第○○○○○○號函同意武界社區發展協會「武界部落之聲—喚起文化生命」計畫核備，並要求該協會立即掣製第一期補助款 118 萬 8,000 元之收據送該辦公室辦理核撥補助款；前開計畫活動辦理之時間自 91 年 10 月 1 日起至 92 年 1 月 31 日止；文建會之第 1 期補助款 118 萬 8,000 元，於 91 年 10 月 23 日匯入武界社區發展協會在南投縣仁愛鄉農會所開立之帳戶內，被告乙、同案被告甲於 92 年 1 月 14 日，將文建會第一期補助款提領完畢等情，除據被告乙、同案被告甲供承在卷外，且有文建會前開函文、「武界部落之聲—喚起文化生命」計畫書、武界發展協會前開帳戶存摺及取款憑條等影本在卷可稽，堪認「武界部落之聲—喚起文化生命」計畫之執行，係自 91 年 10 月 1 日開始，且被告乙、同案被告甲應依照該計畫所規定之時程，舉辦相關活動，並不得以已舉辦過之活動所支出費用之憑證，作為該計畫經費之核銷。(4)「武 BA 籃球比賽」於 91 年 6 月底至 9 月初舉辦，每位參加人員需繳交報名費 500 元，柯○慧、柯○錦、柯○銀、蔡○德等人曾擔任工作人員，於 91 年 9 月間活動結束時，柯○慧、柯○錦、柯○銀、蔡○德分別領取工作費 1 萬 1 千餘元、1 萬元、6,000 元、5,000 餘元等情，業據證人柯○慧、柯○錦、柯○銀、蔡○德於調查站及偵查中證述綦詳。又「武 BA 籃球比賽」乃於 91 年 7、8 月間舉辦，田○成有組隊參加比賽，該隊獲得第 2 名，每員隊員獲得 1,000 元獎金乙節，業經證人田○成於調查站及偵查中證述明確。另武界社區發展協會於 91 年間未辦理籃球組訓營活動，只有在 91 年 7 至 9 月間，由被告乙、同

案被告甲在武界基督長老教會舉辦「武 BA 大會」籃球比賽，報名參加者每人繳交 500 元，共有長青組 4 隊、青年組 5 隊，比賽結束後，前 3 名有頒發獎金，第 1 名頒發 3 萬元，第 2 名頒發 2 萬元，第 3 名頒發 1 萬元，杜○暉參加青年組，榮獲第 2 名，於 91 年 9、10 月間舉辦武 BA 晚會，於晚會中頒發獎金，杜○暉所屬球隊有 10 名隊員，每名隊員獲得獎金 2,000 元等情，業據證人杜○暉於調查站及偵查中證述明確。再被告乙、同案被告甲於 91 年 6 月間舉辦「武 BA 籃球比賽」時，曾向台灣電力股份有限公司抽蓄工程處申請補助 2 萬元，另向武界地區施工廠商○志、○○建設、○○營造及工人等募款 7 萬餘元乙節，業據被告乙供述在卷，且有武界發展協會 91 年 6 月 19 日 (91) 仁鄉○○○○號函、武界社區入口意象碑暨武 BA 籃球聯賽開幕慶祝活動計畫、武界社區發展協會收受二萬元補助之收據等影本各 1 份在卷可參。顯然「武 BA 籃球比賽」於「武界部落之聲—喚起文化生命」計畫活動開始前之 91 年 9 月間即已舉辦完畢，且以報名費及向廠商募款所得支應比賽所需之費用。(5) 被告乙、同案被告甲舉辦「武 BA 籃球比賽」時，文建會尚未核定補助「武界部落之聲—喚起文化生命」計畫，縱該計畫已開始研擬，文建會是否同意補助經費亦屬未定，自無可能先舉辦相關活動，再以已舉辦過之活動申請經費補助之理。再觀諸被告乙供述：我們辦理前述活動，有很多經費無法核銷，例如計畫核定前之花費、獎金、獎品等，所以才會用人頭核銷，實際上只有工作費有交付工作人員，大部分以人頭核銷之經費，都充作獎金、獎品費，並未交給人頭；在我們擬定計畫前，文建會承辦人鄭○寧有告訴我們，獎金、獎品不能核銷，鄭○寧也有告訴我們計畫核定前之單據不能使用核銷等語。是被告乙、同案被告甲辯稱鄭○寧同意先行辦理籃球比賽云云，核與事實不符，委無足採。(6) 被告乙、同案被告甲明知已舉辦活動之支出憑證不得作為「武界部落之聲—喚起文化生命」計畫活動之經費核銷，仍於核銷經費時，將已舉辦之「武 BA 籃球比賽」充作「籃球組訓營」活動，被告乙、同案被告甲顯然有以不實之憑據掩飾其等侵占前開補助款之意甚明。此外，並有被告等據以虛報或浮報附表所示紀○錦等人領取附表所示款項

之支出證明單、估價單、收據等在卷可參等語為其論據。

11. 惟按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實；又不能證明被告犯罪者，應諭知無罪之判決，刑事訴訟法第 154 條第 2 項、第 301 條第 1 項定有明文。訊據被告乙固不否認其與同案被告甲係文建會所聘任為第 4 區社區營造中心武界部落社造點之社造員，受文建會委任協助辦理社區總體營造工作，迄至 92 年 1 月 23 日止陸續將文建會中部辦公室第 1 期補助款 118 萬 8,000 元提領完畢，確實未辦理計畫書所預定之「動植物生態調查記錄」、「生態解說員人才培訓」、「部落產業特色發展及學習」等 3 項活動，並於計畫活動辦理完畢後，檢具名目不實之單據向文建會中部辦公室申請核銷活動費用等情，然堅決否認有何此部分行使偽造私文書及侵占公有補助款之犯行，被告乙之辯解及其辯護人之辯護意旨略以：(1) 被告乙及同案被告甲均非屬受公務機關委託承辦公務之人員，亦不符合公務員身分之人。蓋文建會為重建 921 震災地區，乃設立研究服務計畫（即行政院文化建設委員會 921 震災重建區社區總體營造執行方案），由淡江大學建築系標得此研究計畫，並輔導第 4 區社區營造中心推動原住民社區營造業務，是淡江大學、第 4 區社區營造中心與文建會係屬承攬關係，非上下隸屬，是被告乙、同案被告甲所執行之業務項目並未涉有公權力之行使，自非受委託承辦公務之人。又社造中心媒介文建會社區營造資源，且同時給予武界社區發展協會獨立提案之輔導協助，使得武界社區發展協會亦能如同社造中心般以提出計畫案獲得文建會補助資源，可見武界社區發展協會與文建會關係屬承攬關係。因此，被告乙、同案被告甲 2 人並不具有公務員之資格，當無《貪污治罪條例》之適用。(2) 被告乙、同案被告甲確實有依原計畫舉辦「狩獵文化傳承」、「社區交流觀摩」、「傳統編織剪裁班」、「體育人才培育（拔河比賽、籃球組訓營）」、「傳統歌謠競賽活動」、「父親節傳統文化知性活動」等 6 項活動，總共支出經費為 122 萬 8,039 元，其中：(a) 有關「籃球組訓營」活動部分：因當初籃球比賽活動計畫是用以「武 BA 籃球比賽」之名稱申請，但因文建會對於活動名稱有所意見，故與武界部落菁英、村長討論後，以「社區入口意象暨武 BA 籃球聯

賽」合併舉辦，但以「籃球組訓營」名義向文建會核銷；因俟文建會核准後再執行活動，時間將會非常緊迫，所以經過同意後將「籃球組訓營」之活動期間提前於 91 年 7 月至 9 月間辦理；又關於「籃球組訓營」活動，原呈報文建會計畫書之經費共計 23 萬 9,720 元，但實際辦理過程中發現原計畫沒有供應餐點，且沒有比賽獎金規劃，經部落長老會議建議提供比賽獎金及供應點心，以鼓勵村民踴躍參加，致使開銷方面超過原計畫金額甚多，經統計結果共花費 47 萬 6,425 元，在不及向文建會申請變更活動計畫經費項目之情形下，導致許多實際支出無法按文建會規定方式核銷，故不得以僅能蒐集單據以文建會所通過之人事費及業務費等項目去核銷，以致名實不符；此項活動事後僅向文建會核銷 22 萬 5,120 元，等於實際超支 25 萬 0,305 元，此部分資金缺口僅能從其他活動項目資金彌補。(b) 有關「力拔山河拔河比賽」、「傳統歌謠」活動部分：「力拔山河拔河比賽」活動原訂於 92 年 1 月 4 日舉辦，「傳統歌謠」活動原訂於 92 年 1 月 3 日舉辦，因該時間與部落教會耶誕節活動及仁愛鄉過年活動時間衝突，乃改在 92 年 1 月 17 日舉行，惟「傳統歌謠」比賽僅有中正村及法治國小報名參加，經討論變通權宜後，主辦單位決定將「傳統歌謠」活動改為於「力拔山河拔河比賽」晚會時表演跳舞，故「傳統歌謠」活動確實有辦理。「力拔山河拔河比賽」活動向文建會核銷金額為 18 萬 1,500 元，「傳統歌謠」活動向文建會核銷金額為 11 萬 9,215 元，而該二次活動實際花費為 24 萬 1,735 元，此二項活動實際結餘 5 萬 8,980 元，係用以支應上開「籃球組訓營」活動之資金缺口。(c) 有關「狩獵文化傳承」活動部分：向文建會核銷金額為 13 萬 6,370 元，實際支出為 6 萬 0,200 元，結餘 7 萬 6,170 元，係用以支應上開「籃球組訓營」活動之資金缺口。(d) 有關「社區交流觀摩」活動部分：向文建會核銷金額為 20 萬 6,800 元，實際支出為 12 萬 9,500 元，結餘 7 萬 7,330 元，係用以支應上開「籃球組訓營」活動之資金缺口。(e) 有關「傳統編織剪裁班」活動部分：向文建會核銷金額為 13 萬 5,428 元，實際支出為 10 萬 3,515 元，結餘 3 萬 1,913 元，係用以支應上開「籃球組訓營」活動之資金缺口。(3) 前開舉辦之活動中，有關比

賽獎金及拔河比賽整地之費用等，無法按文建會所規定項目核銷，然此獎金又是鼓勵村民組隊參賽所不可或缺；其他尚有舉辦活動訂製運動服裝（T 恤）發給參賽村民，僅拔河一項已高達 6 萬元，亦無法按文建會規定之項目核銷。又文建會規定支出單據限定於 91 年 10 月 1 日至 92 年 1 月 31 日期間始得核銷，而武界部落並無任何開立發票之商店，取得單據甚有困難，且之前舉辦之「籃球組訓營」活動之相關支出亦無法申報，導致大部分單據均無法核銷而必須重新填寫，始能按文建會規定項目及期限核銷。(4) 被告乙、同案被告甲 2 人係第 1 次辦理社區活動，之前完全沒有相關計畫執行及核銷之經驗，故在提擬計畫當時未能妥善評估活動項目與經費預算，導致實際辦理活動時，實際狀況與當初提報計畫時之活動項目及經費預算有所出入，導致需藉由其他活動結餘支應其他超支缺口；再者，活動舉辦時會有一些突發之狀況，大都以部落長老及小組會議討論之方式更改之，因而常變更活動內容及經費開銷，並且在不熟悉文建會核銷方式之情況下，造成單據核銷方面的問題。(5) 91 年 6 月間於清境農場舉辦第 4 區社造員大會，就文建會尚未核定活動計畫前，已舉辦之活動經費如何核銷乙事，文建會中部辦公室承辦專員曾口頭同意可以先辦理活動，保留收據，待計畫核定後，依核定日作為時間依據，再請廠商重新開立收據，以資核銷；復於 92 年 7 月 20 日假南投縣仁愛鄉法治村武界活動中心舉行之「協調如何核銷」會議中，文建會人員就此核銷問題，再次重申可以用計畫書中之預算人事費名目辦理核銷，是「武 BA 籃球比賽」、「父親節傳統知性活動」雖已於計畫核定前舉辦，但依上揭原則，仍以「武 BA 籃球比賽」、「父親節傳統知性活動」單據或領據向文建會辦理經費核銷。(6) 被告乙、同案被告甲所浮報之款項皆用在舉辦活動所發放之獎金及無法取得單據之支出上，並無私人挪用、侵占活動款項之情形。(7) 武界社區發展協會向文建會申請辦理本案活動之補助 118 萬 8,000 元，後來有繳回 18 萬 3,500 元，被告乙、同案被告甲對該款項自無不法侵占情事可言。(8) 另有關上開被訴行使偽造私文書罪嫌部分，其中有部分單據係經名義人自行或同意授權製作（惟因時隔已久，已無法詳為分辨），經名義人同

意製作之部分，並無行使偽造私文書之犯行等語。

12. 文建會中部辦公室於 91 年 9 月 26 日准予核備本案計畫書時，曾函知本案補助款應依規定照預算核實支用，各項經費應專款專用，不得任意變更用途，倘計畫書活動如有變更必要或因故無法執行，應事先徵得文建會中部辦公室書面同意；且於計畫辦理結束後 1 個月內檢送所有原始支出憑證、收據（需為貴會之統一收據，編有流水號碼及註明立案字號，並由主管、會計及出納等核章）、成果報告書等辦理核撥尾款乙情，有文建會中部辦公室 91 年 9 月 26 日中二字第○○○○○○號函影本在卷可按。而且，依文建會經費報結注意事項第三項：「收（領）據應註明受領事由、時間（年月日）、實收數額、支付機關全銜、受領人之姓名或名稱、地址暨國民身分證或營利事業統一編號；如屬機關或立案之團體則應經負責人、會計及出納（或經手人）簽名或蓋章，並加蓋關防或團章」、第七項：「憑證之總金額有更改者，應由負責人在改正處簽名或蓋章證明。收據或發票如有遺失或供其他用途者，應檢具原立具人加蓋印章負責證明與原本相符之影本，並註明無法提出原本之原因」。第二十五項：「支出憑證內容應與預算項目核符，並按計畫別依序編號彙訂」。亦有文建會活動補助案成果報告書其所附資料 1 份在卷可按。被告乙、同案被告甲均具有社造員資格，且受有第 4 區營造中心之經費核銷課程訓練，復受第 4 區營造中心之督導及指導如何辦理活動、經費如何申請、如何核銷經費等事項，對於上揭文建會要求補助款需專款專用、檢實核銷經費等程序，固難諉為不知。

13. 然按《貪污治罪條例》第 4 條第 1 項第 1 款之侵占公有財物罪，法文內雖未見有不法所有之主觀犯意要件，但其係刑法第 336 條第 1 項公務侵占罪之特別法，故同應具有該主觀犯意，乃法理所當然。倘行為人確有支用而未落入私囊，即難認有不法侵占犯意，縱然其報帳憑證不齊全或以不實單據混充，仍祇應就其不實單據部分令負偽造文書等相關罪名，尚無逕以上揭貪污罪名相繩之餘地。（1）證人李○珍於本院上訴審審理時證稱：「（武界部落是否每項支出都有合法的單據？）沒有。除了一些雜貨店之外，並沒有其他的便利商店。沒有辦法拿到合法

的單據。」、「(要如何去取得合法的單據核銷經費?)請他們去熟悉的廠商給他們空白的單據。或到埔里地區去拿合法的單據。」、「如果部落有需要,要用獎金及獎品激勵人員來參加,就可以用其他的場地佈置的費用作為獎金及獎品,是我們社造中心同意的,文建會部分只有看單據,沒有表示意見。」等語。又證人黃○中於本院上訴審理時證稱:「(有無遇到過活動辦理之後沒有辦法核銷經費的狀況?)有。如文建會要我們找社區的人來參與,我們找社區的媽媽來煮菜,但有些菜是社區媽媽自己種的,所以沒有單據可以核銷。」、「(無法核銷的狀況下你們如何處理?)先寫領據看是否可以領,如果不行,請他們向附近的商家消費取得單據。再來跟我們申請核銷。」、「(活動先辦,那收據日期如何寫?)因為公文還沒有核准下來所以先不寫日期,或者先欠款等到款項下來再結。」、「(比如種菜的部分自己帶來煮,如果所取得的單據項目與你們所核銷的項目不符,你們如何處理?)我們先看金額是否相同,因為金額最重要,如果金額相符合而且也合乎文建會許可核銷的項目我們就會讓他核銷。」等語。依上證述內容可知,按照文建會之規定,係不得就名目不合之帳目辦理核銷,然因收據或發票取得困難,倘有必要仍得向他人取得空白收據,事後填寫做為報帳之單據;又有關無法報支之項目(即獎金、獎品,或未列入預算項目之支出等),私下亦可拿一般可報支之其他費用支應。(2)被告乙、同案被告甲 2 人於辦理前開相關活動時,確實有發放獎金、獎品部分,或支出與名目不合之款項等情,業據證人馬○安、杜○輝、田○成、杜○正、葉○良、何○中、李○花、蔡○珠、李○吉、陳○英等人分別證述在卷;且參酌證人即文建會第 4 區營造中心輔導員陳○伶於本院上訴審理時證稱:「(他們〈指被告乙、同案被告甲 2 人〉在核銷單據有無遭遇單據無法核銷的情形?)有,因為他們部落要拿發票或單據很困難都要到外面或是比較繁榮的地方才拿的到。」、「(文建會或社造中心對於武界部落取得單據困難的情形是否瞭解?)我們有反應讓文建會知道,所以他們才會請派有專業知識的人過來上課。」、「(就你所負責的五個部落是否都有活動提前舉辦及無法取得單據的情形?)就我所知是四個部落有提前舉辦的情

形，單據無法取得的部分五個部落都有此種情形。我們有請他們去拿合法的單據來核銷。」、「(有無單據事後補填的狀況?)有。」、「(如果是先辦活動，所支出的費用超過文建會實際上所補助的金額如何處理?)可以在百分之十五的部分勻支，如果再有不足我就不知道他們如何處理。」等語。以上可見，被告乙、同案被告甲 2 人確實於舉辦前開相關活動時，有發放獎金、獎品或支出與名目不合之情形，且被告乙、同案被告甲 2 人亦有將此項情形向文建會反應，此正與前開說明之內容相合。(3) 基上所述，被告乙、同案被告甲 2 人在未經過文建會事先核准或事後准予變更預算項目之情形下，即做出與文建會補助內容不符項目之支出，固有未當之處，惟渠等係在被默許或出於辦好活動之情形下，始為前開不當之處置，揆諸上開說明，倘若有真正之支出，而事後以其他合法名目之款項申請准予報銷，尚難認有何不法所有之意圖。故本審就被告乙、同案被告甲 2 人辦理以下相關活動所為支出之認定，倘僅名目不合，或實際有支出而無法申報之金額，認應僅屬行政程序不符規定之範疇，尚難據以認定被告乙、同案被告甲主觀上有何不法所有之意圖存在。

14. 有關「體育人才培育(籃球組訓營)」、「父親節傳統文化知性活動」活動是否有舉辦，及所舉辦各項活動其經費使用之情形分別說明如下：本件有關活動核定辦理之期間係自 91 年 10 月 1 日起至 92 年 1 月 31 日止(該活動計畫，嗣經武界社區發展協會向文建會中部辦公室申請延展至 92 年 3 月 31 日止，並經文建會中部辦公室同意備查在案)等情，固有有文建會中部辦公室 92 年 10 月 30 日中二字第○○○○○○號函附卷可稽及證人鄭○寧(證稱：並未同意武界社區發展協會在文建會核定補助「武界部落之聲—喚起文化生命」計畫前先舉辦籃球比賽活動，該計畫書所擬定之活動，須經核定，始得舉辦，並於舉辦活動後，辦理經費核銷；另已經舉辦過之社區活動，不得列入前開計畫書執行等語)與證人黃○英(證稱：文建會通常有一個執行期程，91 年度的計畫就是要在 91 年 10 月到 92 年 1 月 31 日執行等語)之證詞，雖說明文建會所同意辦理之前開活動，應在所規定之時間內辦理者，其所花費之經

費始得依法辦理核銷。惟查：證人李○珍於本院上訴審證述：文建會及第 4 區營造中心私下是允許武界社區發展協會先行辦理活動，且確實有辦理籃球組訓營活動，亦可與其他單位合辦等語；及證人陳○伶於本院證述：文建會未反對武界社區發展協會先行辦理籃球活動。且原企劃書上係寫武 BA 籃球賽，專管中心復修改為籃球組訓營等語，核與證人馬○安、蔡○興、李○吉等人證述確實提前舉辦籃球組訓營活動等語之情節相符。又「武界社區入口意象揭牌暨武 BA 籃球聯賽開幕慶祝活動計畫」上記載：部落入口意象及社區籃球聯賽得文建會贊助舉辦，於指導單位部分有文建會、台電抽蓄工程處、武界社區發展協會等單位，活動時間 91 年 6 月 29 日，此有該計畫書存卷可查。可見前開武 BA 籃球聯賽之舉辦與文建會前開之補助款項有關。再武界社區發展協會在舉辦「籃球組訓」活動時，確實有為參與之球員向新光人壽保險股份有限公司（下稱新光人壽保險公司）投保意外險之事實，業經證人即新光人壽保險公司之業務員黃○蓉到庭證述屬實，並有投保名單 1 份附卷可稽。雖本院曾向新光人壽保險公司查詢有關武界社區發展協會於 91 年間舉辦之籃球活動，是否有投保乙情，然經該公司回覆稱：本公司於 91 年間查無武界部落籃球組訓人員投保團體意外險記錄，本公司團體意外險資料保存期限為 4 年，保存期限屆滿後書面資料即予以銷毀，電子記錄則自作業系統中移出等情，有新光人壽保險公司 97 年 8 月 15 日（97）新壽法務字第○○○○號、97 年 9 月 18 日（97）新壽法務字第○○○○號函附卷可考。惟本件之所以向新光人壽保險公司查無武界社區發展協會舉辦「籃球組訓」活動有關投保團體意外險記錄，係因保存期限超過 4 年所致，尚不得以此逕採為不利被告乙、同案被告甲之認定。本審另參酌證人即○○社區營造員及行政企畫黃○中於本院一訴審之審理時證述：其他社區亦有提前辦理活動情形等語。此外，並有武界社區籃球聯賽報名表附卷可資佐證。依上所述，堪認上開文建會中部辦公室及證人鄭○寧、黃○英之證述，應是根據原有規定所做之說明而已，事實上既然執行單位已私下同意武界社區發展協會提前辦理相關之活動，此部分仍應採為有利被告乙、同案被告甲 2 人之認定，認為被告乙、同案被

告甲 2 人確實有舉辦「籃球組訓營」活動。

15. 有關「籃球組訓營」活動支出部分：本件「籃球組訓營」活動除文建會補助款項外，尚有台灣電力公司抽蓄工程處所補助之款項 2 萬元；且被告乙於法務部調查局南投縣調查站時供稱：另外有向武界地區施工廠商○志、○○建設、○○營造及工人等募集 7 萬元。上開台電公司補助 2 萬元款項部分，係以補助「部落入口意象揭牌暨籃球聯賽活動之名義」，贊助武界社區發展協會，業據上開武界社區發展協會收據、台電抽蓄工程處簽辦用箋內容記載甚明，並有「武界部落入口意象落成啟用」照片 1 幀在卷，足見此部分台電補助款確有用於部落入口意象揭牌儀式中，雖然，此部分補助款並列「部落入口意象揭牌」、「籃球聯賽活動」2 項名義，本院以有利被告之解釋原則，認定此 2 萬元部分全數均用於「部落入口意象揭牌」部分，而不計入「籃球組訓營」活動收入項目。至於，另外有向武界地區施工廠商○志、○○建設、○○營造及工人等募集 7 萬元部分，被告乙於調查站已供稱：入口意象落成啟用典禮，向外含台電公司共募得 9 萬元，除台電補助 2 萬元外，其他 7 萬元係向武界地區施工廠商○志、○○建設、○○營造及工人等募集等語。而證人蔡○興在本院證稱：當時伊在武界社區擔任村長及社造員，有作「入口意象揭牌儀式」募款，各向台電、○○建設、○○營造募到款，但金額已經記不清楚等語，核與被告乙上開供述大致相符，可見除台電公司外，向○志、○○建設、○○營造等廠商及工人等募集 7 萬元部分，仍有用於「部落入口意象揭牌」，本院同以有利被告之解釋原則，認定此 7 萬元部分全數均用於「部落入口意象揭牌」部分，而不計入「籃球組訓營」活動收入項目。被告乙、同案被告甲 2 人就其辦理有關「籃球組訓營」活動支出部分，已據其等提出相關之單據及收入支出明細表等為證，本院對照前開相關之單據、收入支出明細表等，暨卷內有相關之卷證資料與證人證述之內容，認定被告乙、同案被告甲 2 人辦理此項活動之總支出至少計有 47 萬 3,122 元。

有關本審較之本院更一審增加認定為支出部分之說明：

16. 被告乙、同案被告甲主張辦理「籃球組訓營」活動，向黃○明

支出中餐費 3 萬元部分：被告乙、同案被告甲確實有於籃球組訓活動另支出餐費 3 萬元與黃○明，已據其等提出收據、照片為憑。雖證人黃○明於本院更一審審理作證時，容因時隔甚久而未能辨識上開照片所示之活動，然證人黃○明於上開審理期日同時證稱：「(九十一、九十二年間，有無到南投埔里武界那邊辦過餐飲?) 如果我有辦過，那邊都有紀錄，其實整個部落若需要餐點都會叫我去，像有次是拔河活動。(乙是否有就餐點部分跟你接觸?) 有，他跟我接觸的。(你總共跟乙請了多少錢?) 一般我在他們那幾個部落辦的，一場價錢差不多是三萬元，因為他們人數大概就是二、三百人，他們就是整個村落來吃。所提示的那兩場，應該是有紀錄，也都是我去做的，也是三萬元，兩場總共就是六萬元。(你有無拿收據給乙?) 因我自己本身沒有店號，我都是跟直接上手的廠商拿收據。(你是否有拿過一張烤鴨店的收據給乙?) 「真好味」的? 那就是我上頭的廠商。(你有拿這個真好味烤鴨店的收據給乙?) 應該吧，時隔已久，但應該是辦完就要拿收據給他，我才有辦法請款。(你剛所謂的「真好味」烤鴨店收據是不是你拿給乙的?) 對，我拿給乙的等語。是證人黃○銘應有於該活動期間經由被告乙接洽而至武界辦過 2 場餐飲，共 6 萬元，因其沒有店號，始交其上手真好味之收據予被告乙至明。對照附表三至六所示，除附表四(力拔山河拔河比賽)編號 3 之 5 列有黃○明餐費 3 萬元外，均無列有另筆 3 萬元餐費之支出。被告乙、同案被告甲有上開費用之支出，足以憑信。

17. 向林○鏞購買照片器材 DV 帶 499 元部分：編號 6B03 統一發票所列器材 DV 帶 499 元，其統一發票之號碼係 RB○○○○○○、消費日期為 91 年 12 月 31 日，並據證人林○鏞於調查站證稱：據我僱用店長彭○萍表示，該 6B03 (DV 錄影帶) 及 6B04 (DV 錄影帶) 編號單據是我們店裡開立統一發票收據，確實有到我們店購置物品等語無誤；而附表三編號 2 之 87 之因公支出項目所列 DV 帶四捲共 925 元，其統一發票號碼係 NE○○○○○○、消費日期為 91 年 6 月 28 日，二者購買捲數、日期及發票號碼均不相同，被告乙、同案被告甲所稱辦理「籃球組訓營」活動，向林文鏞購買照相器材 DV 帶 499 元一情，即屬有據而為

可信，且無重覆列帳之情形，足以認定。

18. 武界社區發展協會確實有支出武界社區發展協會辦理活動之人員柯○貴、李○吉夫人之奠儀各 3,000 元（共 6,000 元）部分：被告乙、同案被告甲有以「武 BA 工作隊」名義支出上開奠儀予柯○貴、李○吉奠儀各 3,000 元（共計 6,000 元），已據證人李○吉證述及柯○貴出具收據 1 件在卷明確，足見此部分支出洵屬有據。被告乙、同案被告甲既確有以「武 BA 工作隊」名義支付予柯○貴、李○吉奠儀各 3,000 元，自不得以其支出目的與辦理「籃球組訓營」等系列活動無直接關聯而予扣除。

19. 有關「力拔山河拔河比賽」、「傳統歌謠」等 2 項活動支出部分：(1) 被告乙、同案被告甲 2 人就其等辦理有關「力拔山河拔河比賽」、「傳統歌謠」等 2 項活動支出部分，業據渠等提出相關之計畫經費說明、照片、單據及收入支出明細表等為證，本審對照相關之計畫經費說明、照片、單據、收入支出明細表等，暨卷內有相關之卷證資料與證人證述之內容，認定被告乙、同案被告甲 2 人辦理此 2 項活動之支出，有關「力拔山河拔河比賽」活動部分為 22 萬 4934 元，有關「傳統歌謠」活動部分為 2 萬 3475 元。(2) 本審較之本院更一審增加認定為支出部分之說明：有關「傳統歌謠」活動確有舉辦，已據證人楊○霞於本院證稱：其有參加傳統歌謠活動，其所代表之武界社區該隊約有 30 多人參加表演等語。又證人余○芬於本審審理時亦到庭證述：「(問：你十年前有無參加武界社區發展協會之傳統歌謠的活動?) 有。我嫁到隔壁村，是法治村邀請我們去表演，是表演原住民的舞蹈。(問：你是代表何團體?) 是代表中正村的婦女團體。(問：這個活動除了你們團體表演之外，尚有何其他團體去表演?) 有法治國小。(問：你們表演完以後，有無獎金或獎品?) 有，有一萬元。(問：何人去領取?) 是村長。(辯護人問：〈請提示鈞院前審卷 98 重上更一 112 號卷一第 100、101 頁〉，我們所提 99 年 2 月 1 日準備書狀之證物一、二，照片的第十頁、十一頁，你剛才所講的活動是否上開照片所顯示的活動?) 是的。」等語。依上開證人楊○霞、余○芬之證詞，足認「傳統歌謠」活

動確有舉辦，且有發放獎金，雖證人楊○霞證稱忘記有無領取獎金，惟依證人余○芬於本審之證稱內容，至少足認被告乙、同案被告甲於此活動至少有支出如附表五編號 4 之獎金 1 萬元。

20. 有關「傳統編織」活動支出部分：(1) 被告乙、同案被告甲 2 人就其等辦理有關「傳統編織」活動支出部分，業據其等提出相關之單據及收入支出明細表、傳統編織計畫經費說明、照片等為證，本審比對其等所提出前開相關之單據、收入支出明細表、傳統編織計畫經費說明、照片等，暨卷內有相關之卷證資料與證人證述之內容，認定被告乙、同案被告甲 2 人辦理此項活動之至少應支出 7 萬 0,020 元。(2) 本審較之本院更一審增加認定為支出部分之說明：被告乙、同案被告甲所提出傳統編織活動之支出費用即編號 6B-15 (1,080 元)、6B-05 (400 元)、6C-02 (800 元)、6C-04 (400 元)、6C-05 (2,450 元) 收據 5 紙 (共 5,130 元)，均為○○百貨行所開立，且該商號確已收到單據上所示金額之款項等情，已據證人即○○百貨行人員彭○蓉於調查站證述屬實，且有上揭單據在卷可稽。又編號 6C-03 (80 元)、6B-07 (280 元)、6B-09 (500 元) 6B-10 (1,350 元)、6B-12 (900 元) 之支出單據 (合計支出 3110 元)，則均係○○編織行所出具，且收據內容完全實在等情，亦據證人即○○編織行之負責人游○財於調查站證述為真。前開單據金額均確實有支出，足為認定。

21. 有關「狩獵文化傳承」活動支出部分：(1) 被告乙、同案被告甲 2 人就其辦理有關「狩獵文化傳承」活動支出部分，已據其等提出相關狩獵文化傳計畫經費說明及支出明細表、照片等為證，本審核對其等所提出前開相關狩獵文化傳計畫經費說明及支出明細表、照片等，就有關其 2 人所稱支出「工作費」共 50,000 元及其他費用部分說明如下：證人蔡○政 (證述收受 5,000 元)、陳○明 (證稱收受 5,000 元)、陳○山 (證述收受 5,000 元)、李○光 (證稱收受 2,500 元)、林○誠 (證述收受 2,500 元)、柯○榮 (證稱收受 2,500 元)、余○賢 (證述收受 2,500 元)、杜○輝 (證稱收受 2,500 元)、李○泉 (證述收受 2,500 元)、柯○信 (證稱收受 2,500 元) 等人均證述確實有收取上述「工作費」屬實，

均堪認定為實在，此部分「工作費」之支出總共為 3 萬 2,500 元。證人田○成於原審法院審理中證述：其僅收到 3,000 元之「工作費」等語，故被告乙、同案被告甲稱此部分之支出為 5,000 元部分，於逾 3,000 元部分，尚難採信，堪認僅支付予證人田○成之「工作費」為 3,000 元。證人李○成、田○貴於原審法院審理中證述：其等均僅各收到 1,300 元之「工作費」等語，故被告乙、同案被告甲所稱此部分之支出每人各為 2,500 元、共 5,000 元部分，於逾 2,600 元部分，因乏所據而尚難憑採，堪認支付予證人李○成、田○貴 2 人之「工作費」共為 2,600 元。證人馬○安於 93 年 1 月 6 日偵查、94 年 9 月 21 日原審均具結證述：其僅收到 2,000 元之「工作費」等語。但證人馬○安於 100 年 6 月 28 日本院卻證稱：領到 2,500 元等語，所述與之前陳述不符。惟馬○安於本院作證時，距離已逾 8 年，其記憶難免模糊，自應以其偵查、原審所述比較可採。故被告乙、同案被告甲所辯此部分之支出為 2,500 元之部分，於逾 2,000 元部分，亦難採信，此部分堪認支付予證人馬○安之「工作費」為 2,000 元。被告乙亦有參加此次活動，業據被告乙供述在卷，則其收到 5,000 元工作費部分，亦可以採認。又被告乙、同案被告甲 2 人主張辦理本項活動，向證人廖○邦買受輕便雨衣 800 元，有收據 1 紙在卷，並為證人廖○邦所肯認，此部分應可採認。至於廖○邦所開其他憑單編號 2B05、3B04、3B05、3B06 之收據，其中編號 2B05 已認定為傳統歌謠之合法支出，其中編號 3B04、3B05、3B06 已認定為「籃球組訓營」之合法支出，故於此不重複計算。被告乙、同案被告甲 2 人主張向證人陳○進買受帆布，供「狩獵文化傳承」活動使用。然查，證人陳○進有出售此部分帆布，但係用於何項活動，伊不知道等語。又陳○進出售帆布開立之收據，業經編為憑單編號 3C01，金額 1 萬 0,300 元，有該憑單在卷。而該紙業依被告在本院上訴審之主張，將之列為「籃球組訓營」活動費用項目，有該判決附表三編號 2 之 46 之記載可查。則該筆費用支出，自不得於「狩獵文化傳承」活動支出部分重複計算。被告乙、同案被告甲主張辦理「狩獵文化傳承」活動，曾向曾○宗購買活動材料等語，依卷附收據其等購買之物品之品名計有：鋁線、白繩、帆布、水

桶，金額 7,350 元，棉手套、捕鼠器、鋼索，金額 5,600 元 2 紙，金額總計 1 萬 2,950 元。雖證人曾○宗於調查站曾稱未有收據填載之交易云云，然證人曾○宗於本院更一審具結作證時，已堅為更正澄清其在調查站筆錄所陳，係因未見到被告乙、不知道被告乙之名字所致，實則被告乙確有以武界社區發展協會名義購買前開單據上所載之物品等語屬實。因此，被告乙、同案被告甲確實有支付該 1 萬 2,950 元之費用，足為認定。(2) 基上所陳，被告乙、同案被告甲辦理有關「狩獵文化傳承」活動，至少總共支出 5 萬 8,850 元，足以認定。

22. 有關「社區觀摩」活動支出 12 萬 9,500 元部分說明如下：被告乙、同案被告甲 2 人就其辦理有關「社區觀摩」活動支出部分，業據提出社區觀摩計畫經費說明及收入支出明細表、照片等為證，並經證人即舒跑飛旅行社業務員林雅文於調查站及偵訊時證述屬實，並有名冊 1 份在卷可資佐證，足認與事實相符而為可信。

23. 「父親節傳統文化知性活動」支出費用之說明：有關「父親節傳統文化知性活動」，文建會係於 91 年 9 月 26 日以中二字第○○○○○號函核備，核准辦理之各項活動期間為 91 年 10 月 1 日至 92 年 1 月 31 日。然父親節為 8 月 8 日，雖在核准辦理活動期間之前，惟稽之證人李○珍及黃○中所證活動辦理可在之前，只要有實際辦理即可。而就「父親節傳統文化知性活動」，被告乙、同案被告甲已提出活動照片，並有證人李○吉、黃○香、柯○慧分別於原審、本院作證確有辦理該項活動。再依卷附照片所示，活動名稱為「武界部落 2002 年父親節傳統射箭暨慶祝活動」，承辦單位為「武界社區發展協會」，足見被告乙、同案被告甲確有辦理該項活動。依該活動照片顯示，該項活動有摸彩品、音響設備及照相器材，上訴人等亦提出該活動內容所需要之烤肉、食材細目、油資、攝影用品、獎品、音響等支出，逐項列舉，有活動細目表在卷可按，前開支出均足認定。

綜前說明，本案被告乙及同案被告甲 2 人辦理前開「籃球組訓營」、「力拔山河拔河比賽」、「傳統歌謠」、「傳統編織」、「狩獵文化傳承」、「社區觀摩」等項活動如附表三至附表九所示之支出「至少」已達

到 100 萬 9,494 元。被告乙、同案被告甲獲得文建會補助辦理前開各項活動之經費總共為 100 萬 4,500 元。而被告乙、同案被告甲辦理上開活動所為花費（不扣除辦理「籃球組訓營」活動由台灣電力公司抽蓄工程處、武界地區施工廠商○志、○○建設、○○營造及工人等募集之 9 萬元），總共實際之支出「至少」已有 100 萬 9,494 元（依證人李○珍、黃○中、陳○伶前開所證，「因部落取得收據或發票困難，倘有必要仍得向他人取得空白之收據，事後填寫做為報帳之單據」、「亦可先辦活動，收據日期因公文還沒有核准下來所以先不寫日期」及被告乙、同案被告甲提出之活動照片，顯示應另有上揭單據上所無之花費情形，及因款項零星、難以取得單據之支出費用，均尚未詳為列入，故實際支出金額應較 100 萬 9,494 元更多），顯然已超逾所獲得之補助款 100 萬 4,500 元，且衡酌同案被告甲其後復繳回 18 萬 3,500 元，有協會帳戶交易明細表、匯款委託書在卷可按，足認被告乙、同案被告甲就本案補助款之核銷處理，並無將款項占為己有之為自己不法所有意圖甚明。而被告乙、同案被告甲既均乏為自己不法所有意圖之主觀犯意，而均足認不構成檢察官起訴之侵占公有財物罪嫌至明；則被告乙、同案被告甲於本案是否具有公務員或委託承辦公務之公務員、前開補助經費核撥後究屬何人所有、武界社區發展協會名義設於南投縣仁愛鄉農會之帳戶存款性質如何及其持有人等情，因均無礙於被告乙、同案被告甲此部分罪嫌已有未足之認定，故均不另予贅論，附為敘明。

24. 有關本審認為被告乙被訴上開行使偽造私文書之罪嫌尚有未足所憑之證據及理由：按刑法第 216 條、第 210 條之行使偽造私文書罪，以無制作權之人制作他人名義之文書為要件，故倘非無權製作之文書，縱內容不實，亦不得以該罪相繩（最高法院 44 年度台上字第 192 號刑事判例意旨參照）。查：（1）起訴書雖認被告乙於 92 年 8 月間，盜用附表二所示林○正、蔡○政之前交予被告乙保管之印章，加蓋在支出證明單上，而偽造林○正、蔡○政名義之報銷憑證，持向文建會中部辦公室辦理經費核銷。惟上開如附表二編號 68 所示 3A-03 之支出證明單之「領款人簽收」欄上僅有「林○正」之簽名及蓋印各 1 枚，並未有「林

○正」之印文，且證人林○正於調查站時已證稱：前開附表二編號 68 所示 3A-03 之支出證明單上之「林○正」署名，係其擔任裁判而應被告乙之要求簽寫；又起訴書附表所示之如本判決附表二編號 102 之蔡○政編號 4D-06 支出證明單及其餘卷附如附表二編號 20、32、58、102、123 所示之蔡○政支出證明單（單據編號分別為 1A-14、1A-26、2A-14、4D-28，分見 629 偵卷一第 192 至 196 頁），固均有「蔡○政」之署名或印文，然證人蔡○政於調查站證述：上開 1A-26、4D-28、2A-14 之支出證明單，係其本人簽名、蓋印，另 1A-14、4D-06 支出證明單則係其授權配偶何○珍在單據上蓋印等情。是上開支出證明單既分別係由有權製作之林○正、蔡○政所為或授權他人為之，檢察官起訴書認被告乙與同案被告甲共犯偽造上開私文書並持以行使，即有誤會。(2) 起訴書復認被告乙與同案被告甲共同涉有向林○鏞索取編號 4B-02 估價單，以估價單充作購物之收據而持以核銷本案補助費之行使偽造私文書罪嫌。惟證人林○鏞於調查站所提及之 4B-02 單據，並未有將其上之「估價單」字樣竄改載為「收據」2 字之情形，有該張估價單 1 件（見 940 偵卷第 109 頁〈該份影本上方雖未影印完整，但由扣案之單據原本，明顯可見「估價單」部分未經修改為「收據」〉及扣案仁愛鄉武界部落核銷憑證資料 1 冊右下角鉛筆編號第 39-2 頁之 4B-02 單據）在卷可憑，且人林○鏞已於調查站證稱該單據係由其店內人員彭○萍所開立，故起訴書認被告乙有此部分行使偽造私文書罪嫌，係屬無據。(3) 起訴書再認被告乙與同案被告甲共同涉有向馬○笑、張○美索取空白收據，自行填載購物金額而偽造報銷憑證後，持向文建會中部辦公室辦理經費核銷之行使偽造私文書罪嫌。然起訴書附表所列之馬○笑單據編號 1E-01、2B-03、2B-04、2B-06、6B-02、6B-10、6B-20、6B-21 等免用統一發票收據，均確為馬○笑所經營「○○商店」所出具之單據，且係在武界社區發展會舉辦相關活動時，因被告乙、同案被告甲向其購買飲料，乃由馬○笑同意提供已蓋有店章及「馬○笑」私章之空白單據，由其等事後自行填寫購買物品及金額，前開單據所載之款項均已付清，惟實際數額多少，馬○笑已無法記憶等情，已據證人馬○笑於調查站及偵訊及本院更一審時

證述綦詳。又起訴書附表所列之張○美單據編號 2B-07、4D-21 之免用統一發票收據 2 張，確亦為張○美所開設之○○烤鴨莊所出具（即其上之「張○美」印文為真正），因該店經營雞、鴨、鵝肉等販售，提供外燴商家食材供應，有時因外燴商家需要，會提供空白收據，至於上開收據 2 張已未能清楚查知係何家外燴商家提供給武界社區發展協會使用等情，業據證人張○美於調查站證述在卷。從而，被告乙取得上開已蓋妥店家或其負責人印文之空白單據，既係經馬○笑、張○美同意交付並授權填載，且因證人馬○笑已未能記得實際交易金額，證人張○美亦不知其上開免用統一發票收據 2 紙係交由何人提供給武界社區發展協會，亦不能確知交易之細項，是於尚乏被告乙有逾越授權在前開空白單據填載不實內容之積極事證下，自難論以被告乙此部分有何行使偽造私文書之罪嫌。

綜上所述，被告乙辯稱伊與同案被告甲均無侵占之不法所有意圖，且亦無此部分行使偽造私文書之犯行等語，均足採信。此外，本審復無其他積極證據足資證明被告乙有何此部分公訴意旨所指訴之罪嫌，揆諸首揭法律規定及判例意旨，此部分既不足為被告乙有罪之積極證明，基於無罪推定之原則，原應為無罪之諭知，惟起訴意旨認被告乙此部分之罪嫌，與前揭經本審判決有罪之行使偽造私文書之部分，分別具有牽連犯之裁判上一罪（指被訴侵占公有財物罪嫌部分）或單純一罪（指被訴上開行使偽造私文書罪嫌部分）之關係，爰均不另為無罪之諭知。

（二）被告甲無罪部分：

1. 公訴意旨略以：被告甲、同案被告乙（同案被告乙被訴行使偽造私文書罪嫌，業經本審部分為有罪判決，部分則與另所涉侵占公有財物罪嫌均不另為無罪之諭知，詳如前述）2 人為文建會第 4 區社區營造中心武界部落社造點之社造員，受文建會委任協助辦理社區總體營造工作，為受公務機關委託承辦公務之人員。被告甲、同案被告乙於 91 年 8 月間，與該部落社造點社造員蔡○興等人，以武界社區發展協會名義，經由第 4 區社區營造中心向文建會中部辦公室申請補助經費 148 萬

8,500 元，辦理「武界部落之聲——喚起文化生命」計畫系列活動，該計畫預定辦理「動植物生態調查記錄」、「生態解說員人才培訓」、「狩獵文化傳承」、「傳統歌謠與新興原歌交流競賽」、「部落產業特色發展及學習」、「體育人才培育」、「社區交流觀摩」、「父親節傳統文化知性活動」及「傳統編織剪裁班」等 9 項社區營造活動，文建會中部辦公室審查後，同意照該計畫申請金額全額補助，並分 2 期撥款，第 1 期補助款 118 萬 8,000 元，於 91 年 10 月 23 日匯入武界社區發展協會在南投縣仁愛鄉農會所開立之帳戶，第 2 期款於計畫辦理結束後，檢據審核後撥付，文建會中部辦公室並要求武界社區發展協會依規定照預算核實支用，各項經費應專款專用，不得任意變更途。被告甲、同案被告乙明知上開活動核定之辦理時間自 91 年 10 月 1 日起至 92 年 1 月 31 日止，且應依規定協助武界社區發展協會按計畫辦理前開 9 項社區營造活動，竟基於意圖為其等不法所有、行使偽造私文書之概括犯意聯絡，自 91 年 11 月 11 日起至 92 年 1 月 14 日止，陸續提領第 1 期補助款 118 萬 8,000 元後，僅辦理「狩獵文化傳承」、「社區交流觀摩」、「傳統編織剪裁班」、「(體育人才培育之) 拔河比賽」4 項活動，其餘活動均未舉辦，嗣於 92 年間辦理經費核銷時，明知其等僅舉辦前開 4 項活動，且僅花費 42 萬 9,686 元，竟向文建會中部辦公室申報舉辦前開 4 項活動及「傳統歌謠競賽」、「(體育人才培育之) 籃球組訓營」活動，並花費 100 萬 4,416 元，共同連續將補助款 57 萬 4,730 元侵占入己，其餘 18 萬 3,584 元繳回文建會中部辦公室，嗣為掩飾侵占犯行，被告甲、同案被告乙復於 92 年 8 月間，或委請不知情之刻印店，偽造前武界發展協會理事長余○明、出納何○行及附表所示紀○錦、陳○安、田○貴、李○泉、馬○安、陳○娥、馬○丁、馬○山、李○送、蔡○貴、李○天、馬○邦、李○德、柯○忠、馬○誠、蔡○興、柯○慧、柯○茹、柯○銀、蔡○德、蔡○興、杜○正、何○中、柯○榮、蔡○滿、楊○枝、陳○蘭、陳○花、李○花、柯○霞、蔡○珠、陳○英、林○雲、黃○香、蔡○花等人之印章各一枚，另盜用附表所示田○成、林○誠、杜○暉、陳○明、林○正、柯○錦、蔡○政等人之前交予同案被告乙保管之印章，加蓋在

支出證明單上，而偽造起訴書附表所示紀○錦等人領取附表所示款項之支出證明單；或未購物，而向起訴書附表所示之林○鏞、吳○芳等人索取估價單，以估價單充作購物之收據；或向起訴書附表所示馬○笑、張○美索取空白收據，自行填載購物金額，製作紀○錦等人取得起訴書附表所示金額之報銷憑證，持向文建會中部辦公室辦理經費核銷，足生損害於紀○錦等人之權益及文建會中部辦公室對前開經費核銷之正確性，惟因憑證資料不完整，經文建會中部辦公室於 92 年 8 月間退件，要求補正，然被告甲、同案被告乙迄未完成前開經費之核銷，因認被告甲涉有《貪污治罪條例》第 4 條第 1 項第 1 款之侵占公有財物罪及刑法第 216 條、第 210 條之行使偽造私文書罪等罪嫌。

2. 按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實；又不能證明被告犯罪者，應諭知無罪之判決，刑事訴訟法第 154 條第 2 項、第 301 條第 1 項分別定有明文。次按認定不利於被告之事實，須依積極證據，苟積極證據不足為不利於被告事實之認定時，即應為有利於被告之認定，更不必有何有利之證據；又事實之認定，應憑證據，如未能發現相當之證據，或證據不足以證明，自不能以推測或擬制之方法，以為裁判之基礎；且認定犯罪事實所憑之證據，無論直接或間接證據，其為訴訟上之證明，須達於通常一般之人均不致有懷疑，而得確信其為真實之程度者，始得據為有罪之認定，倘其證明尚未達到此一程度，而有合理之懷疑存在時，尚難為有罪之認定基礎（最高法院 30 年上字第 816 號、40 年台上字第 86 號、76 年台上字第 4986 號判例參照）。

3. 公訴人起訴書認被告甲涉有前開侵占公有財物及行使偽造私文書罪嫌，主要無非係以有同本判決理由欄貳、五、（二）本文所載之同一事證為據。然訊據被告甲堅詞否認有何上開侵占公有財物及行使偽造私文書之犯行，被告甲及其辯護人除引用同於本判決上開理由欄貳、五、（二）所示同案被告乙之共同答辯意旨內容（詳見前述，於此不再重覆贅列）外，另就被告甲被訴偽造前開紀○錦、陳○安、田○貴、李○泉、馬○安、陳○娥、馬○丁、馬○山、李○送、蔡○貴、李○天、馬○邦、李○德、柯○忠、馬○誠、蔡○興、柯○慧、柯○茹、柯○銀、

蔡○德、蔡○興、杜○正、何○中、柯○榮、蔡○滿、楊○枝、陳○蘭、陳○花、李○花、柯○霞、蔡○珠、陳○英、林○雲、黃○香、蔡○花等人之印章各一枚，及盜用上揭田○成、林○誠、杜○暉、陳○明、林○正、柯○錦、蔡○政等人之前交予同案被告乙保管之印章，加蓋在支出證明單上，而偽造附表所示紀○錦等人之核銷憑證並持以行使之部分辯稱：伊不知道要偽刻、盜用印章的事情，因伊在 92 年 8 月間就到臺東去唸書，後續核銷事宜均由同案被告乙處理；伊之前坦認行使偽造私文書之罪，係因不知法定「偽造」文書之定義須出於未經名義人之同意為之，因而錯以為只要以名目內容不符之單據申報核銷即應成立行使偽造私文書罪，才會誤為認罪，實則伊對於上開行使偽造私文書之部分確不知情，並無行使偽造私文書之犯行等語。

4. 本院查：(一) 有關被告甲被訴《貪污治罪條例》第 4 條第 1 項第 1 款之侵占公有財物罪嫌部分，因該罪於法律要件上應具有不法所有意圖之主觀犯意始得成罪，是縱然行為人報帳憑證不齊全或以不實單據混充，然倘若確有該金額之支出而未落入私囊，即難認有不法侵占犯意，自無逕論以上開罪名之餘地。而依本判決上揭理由欄貳、五、(三)、1 至 3 所示之證據及論述、說明【詳見前述，於此不再重覆論載】，被告甲及同案被告乙 2 人辦理前開「籃球組訓營」、「力拔山河拔河比賽」、「傳統歌謠」、「傳統編織」、「狩獵文化傳承」、「社區觀摩」等項活動之如附表三至附表九所示之總支出「至少」已達於 100 萬 9,494 元。被告甲及同案被告乙獲得文建會補助辦理前開各項活動之經費總共為 100 萬 4,500 元。而被告甲及同案被告乙辦理前開活動所為花費（不扣除辦理「籃球組訓營」活動由台灣電力公司抽蓄工程處、武界地區施工廠商○志、○○建設、○○營造及工人等募集之 9 萬元），如附表三至附表九所示之總支出「至少」即已多達 100 萬 9,494 元（依證人李○珍、黃○中、陳○伶前開所證，「因部落取得收據或發票困難，倘有必要仍得向他人取得空白之收據，事後填寫做為報帳之單據」、「亦可先辦活動，收據日期因公文還沒有核准下來所以先不寫日期」及被告甲及同案被告乙提出之活動照片〈詳外附證據袋內被告檢附之證據資料〉，顯

示尚有上揭單據上所無之花費情形，及因款項零星、難以取得單據之支出，均尚未能詳為列入，故實際支出金額應較 100 萬 9,494 元更多），顯然已超逾所獲得之補助款 100 萬 4,500 元，且衡酌被告甲其後復繳回 18 萬 3,500 元，有協會帳戶交易明細表、匯款委託書在卷可按，足認被告甲就本案補助款之核銷處理，並無將款項占為己有之為自己不法所有意圖甚明等情，均業已詳述如前，依上揭同一理由，被告甲因欠缺不法所有意圖之主觀犯意，自不構成此部分被訴之侵占公有財物罪已明（至被告甲於本案是否具有公務員或委託承辦公務之公務員、前開補助經費核撥後究屬何人所有、武界社區發展協會名義設於南投縣仁愛鄉農會之帳戶存款性質如何及其持有人等情，因均無礙於被告甲此部分罪嫌已有未足之認定，故均不另予論述），被告甲辯稱伊無侵占財物之犯行等語，足以採信。

5. 有關被告甲被訴行使偽造私文書罪嫌部分：（1）被告甲於本審堅稱：「我不知道要刻印章的事情。偽刻印章的部分是被告乙去刻的。我在 92 年 8 月就到台東去唸書了，刻印章是在 92 年 8 月之後的事情，那時我就不清楚了。起訴書所載盜蓋印章的情形也是被告乙蓋的」等語。雖被告甲前於本院上訴曾表示承認有行使偽造私文書之行為、證人即同案被告乙亦曾於 93 年 1 月 15 日調查筆錄陳稱：本案之活動憑證是由伊與被告甲共同製作，其等辦理前述活動，有很多經費無法核銷，例如計畫核定前之花費、獎金、獎品等，所以才會用人頭核銷，實際上只有工作費有交付工作人員，大部份以人頭核銷之經費，都作為獎金、獎品費，其有未徵得當事人同意偽刻及盜用印章辦理經費核銷，但未浮報費用等語；然被告甲前開於本院上訴審之自白僅簡單表示認罪，證人即同案被告乙於上開調查站筆錄亦僅概稱伊有與被告甲共同製作單據，前揭被告甲之供述及證人即同案被告乙之證稱內容，均未詳述相關其等填製單據之過程。而證人即同案被告乙於本審具結作證後，已就其於本審歷次準備程序所稱：「（問：前審判決記載你偽刻的印章，刻之前你有無與被告甲商量？）那時候被告甲已經去台東唸書，我不太記得他什麼時候去唸書。我在刻印章之前，沒有跟他講過要偽造印章」、「我去……刻印

章回來，我有用電話告訴被告甲有刻印章，因為他當時不在部落，但是我沒有告訴他有無經過這些人的同意。製作單據的後期他沒有參與。前期他有參與...前期作業沒有蓋章，只有準備領據、單據的部分」；「我以為人頭就是偽造...他〈註：指被告甲〉知道要用人頭，可是後面有些單據沒有經過人家同意，這部分他不知道。我之前說被告甲知道單據是偽造指的是名目不符，並不是說他知道沒有經過人家同意。（問：依照你上開所述，被告甲對於行使沒有經過人家同意的偽造單據，他是不知情的，只知道說為了報銷使用名目不符的單據，找工作人員來充做人頭？）是的。當時因為蒐集單據有困難，才會便宜行事這樣做...我之前針對被告甲說他知道是偽造，指的是名目不符單據的部分，不是沒有經過人頭同意的部分」；「（問：本審第二次準備程序，你曾經講過，你在行使這些單據之前，被告甲看完知道是偽造，他也同意提出去行使核銷，你所指是什麼意思？）我指的是內容不實的部分。偽造印章的部分被告甲並不知道，我之前也是誤解偽造的意思，以為內容不實在就是偽造。」等語均確認而證述實在，並於本審審理時堅決證稱：「（問：有關本案被告甲行使偽造私文書部分，他有無參與，如有他的參與情況如何？）這部分我有做。之前被告甲他曾經說他有參與，是因為開會有討論過單據的核銷有些不能使用，所以我們要取得新的單據來使用，我們以為這樣子就是偽造文書。所以我與被告甲才說被告甲有參與這部分。實際上後來因為他去台東唸書，後來核銷的部分都是我在處理...（問：有關你在本審準備程序曾經提到，之前因為以為單據內容不實在就是偽造，才會指稱被告甲有參與偽造私文書並行使的行為，實際上單據都是由你處理，被告甲後來到外地唸書，對於偽刻印章以及盜用偽造印文的事情他都不知情，是否實在？）實在。」等語。是堪認被告甲先前自承有行使偽造私文書犯行，及證人即同案被告乙曾指陳被告甲有與其共同偽造文書並持以行使之行為云云，均容係因其等對於刑法所定「偽造」之定義係無制作權人偽造內容不實之文書始行該當一節，有所誤認所致。故被告甲對於同案被告乙有未經同意偽造紀○錦等人印章及盜用田○成等人印章以偽造報銷憑證之部分，既不知情、亦未參與，且有關如

附表二編號 68 所示 3A-03 之林○正支出證明單及如附表二編號 20、32、58、102、123 所示之蔡○政支出證明單（單據編號分別為 1A-14、1A-26、2A-14、4D-06、4D-28）部分，並未有盜用上開 2 人印章之情事，已據本判決理由欄貳、五、4、（1）論明，被告甲該部分自均不成立行使偽造私文書罪。（2）又關於被告甲被訴向林○鏞、吳○芳索取估價單（指單據編號 1B-01、1B-02、2B-02、3B-03、1C-01、1E-03、4B-02），以估價單充作購物之收據核銷費用之行使偽造私文書罪嫌部分，本審引用前開理由欄貳、一、（三）及理由欄貳、五、4、（2）所示之證據及心證【詳如前述，於此不再贅敘】，亦認被告甲並未有此部分之行使偽造私文書犯行。（3）再有關被告甲被訴向馬○笑、張○美索取空白收據，自行填載購物金額而偽造報銷憑證後，持向文建會中部辦公室辦理經費核銷之行使偽造私文書罪嫌之部分，因起訴書附表所列馬○笑之單據編號 1E-01、2B-03、2B-04、2B-06、6B-02、6B-10、6B-20、6B-21 及張○美之單據編號 2B-07、4D-21 之免用統一發票收據，均係經馬○笑、張○美同意交付並授權填載，已據證人馬○笑於調查站、偵訊、本院更一審及證人張○美於調查站證述屬實，且因證人馬○笑已未能記得實際交易金額，證人張○美亦不知其上開免用統一發票收據 2 紙係交由何人提供武界社區發展協會，亦無法確知交易之內容，是於尚乏被告甲有逾越授權在前開空白單據填載不實內容之積極事證下，實難論以被告甲此部分有何行使偽造私文書之罪嫌。

綜上所述，被告甲辯稱伊未有侵占公有財物及行使偽造私文書之犯行等語，均足採信。本案被告甲部分依起訴檢察官所憑之前開證據，無論直接或間接證據，均尚未達於一般之人均可得確信而無合理之懷疑存在之程度。此外，本院亦查無其他積極確切之證據，足以證明被告甲確應負經檢察官起訴之前開罪責，被告甲之犯行尚屬不能證明。原審未詳細審酌上情，致對被告甲為科刑之判決，自有未洽。被告甲上訴意旨否認犯罪，並據以指摘原審判決不當，非無理由，依照前述刑事訴訟法之規定與最高法院判例要旨，及罪疑唯有利於被告之原則，自應由本院將原審判決撤銷改判，諭知被告甲為無罪之判決，以免冤抑。

七、最高法院 103 年度台上字第 900 號刑事判決

(一) 按刑事訴訟法第三百七十七條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

檢察官上訴意旨略謂：

(二) 被告甲、乙皆係（前）行政院文化建設委員會（按現已改制為文化部，下仍沿舊稱文建會）所委託辦理推動社區營造計畫之授權公務員（按係文建會就九二一震災重建工作，於災區成立社區營造中心，委託淡江大學執行，甄選山地原住民擔任「社區營造員」〈下稱社造員〉，作為協助該會與原住民社區互動及傳遞訊息之窗口），對於文建會匯入「社區發展協會」之款項，必須確實用於營造計畫之各項活動，屬於公款性質，主觀上應能認知，尤其文建會尚有舉辦經費事後核銷程序之相關講習，益見明知。詎：（1）關於報銷奠儀部分被告等支付社區發展協會理事長親屬柯榮貴、李萬吉之奠儀各新臺幣（下同）三千元，性質上乃私人情誼支出，縱然以「武 BA 工作隊」（按為武界部落工作隊之意）名義為之，「既非自然人或法人，顯然不符合公款公用」情形，卻仍於其等社區營造計畫之「籃球組訓營」活動經費項下，列報「因公支出」，豈可謂無貪污侵占公款之不法所有主觀犯意和客觀行為？（2）關於報銷餐費部分餐飲業者黃○明雖然供稱：曾經二次替武界部落辦桌，共收六萬元費用，因本身無店號，故祇以上游廠商「○○○」之三萬元收據，向被告等請款等語，然原判決則僅於其「附表四編號 3 之 5」內，列載「黃○明餐費三萬元」，其餘未見記載（按其實另於「附表三標號 6 之 1」中，有此列支之認定）；衡諸黃○明既係包商，必有承攬利潤，倘逕以上游廠商之單據交付被告等，憑為請款依據，金額總計當少於六萬元之數，而設使所提供單據金額恰為此數，自必有假，且為被告等明知，乃竟認列，亦非適宜，何況縱然全數認列，仍與「前審判決第

二十五頁第二十二行所核算認定三十二萬九千四百十三元有差距而有不足」（按當係指原審之「上訴審」而非「更一」或「更二」審，且此判決早經本院撤銷不存，難明其真意）；再參諸被告等曾向部落附近相關商家募得九萬元之贊助費，竟然辯稱實際開支結果，尚多於申請核銷之金額而有虧損云云，顯不可信。（3）關於報銷「武 BA 籃球比賽」費用部分證人鄭○寧（按原係文建會中部辦公室第二科專員）在調、偵查中，已供明各社區營造計畫所擬定之活動，必須先經核定始可舉辦，系爭「武 BA 籃球比賽」則係在經核定同意補助經費之前，先行舉辦，應不符合報銷規定；而輔導員陳○伶及社造員黃○中雖在審理中，一致證稱：倘因收據或發票取得困難，必要時，仍得向他人取得空白收據，事後填寫作為報帳單據，且某些例如獎金、獎品或未列入預算項目之支出，亦可私下「拿一般可報支之其他費用支應」，更因既有真正支出，「尚難認有何不法所有之意圖」等語，其等真意當係謂在公款公用原則及政府機關計畫管考施政目的下，於依計畫活動而實際支出，卻無法取得單據之情形，「仍得向支付公款對象，合法取得空白單據，事後填寫之意」（按此句難解，倘能如此取據，則一切合法，根本無所謂「無法取得單據」之情形存在），「絕非容許被告等向非支付公款對象，索取空白單據，或以非於計畫活動期間內與範圍目的之實際支出收據，申報核銷」。（4）關於報銷錄影帶費用部分被告等以林○鏞（按係○○照相器材行負責人）商店名義之 6B03、6B04DV 錄影帶統一發票報支（按金額各為四九九元），雖經林○鏞證實確有交易無訛，但被告等究竟係在舉辦活動之前或之中購物？（按統一發票日期載為「九一—一二—三一」；「九二—〇一—〇八」，恰在活動舉辦期中）是否確實使用於活動？均攸關被告等將此款項貪污侵占之認定；同店名義出具之估價單，則無實際出貨，只是應甲之要求而提供，業據林文鏞及其店員彭小萍在調、偵查中供明，衡諸統一發票和估價單性質迥異，被告等持以申報核銷，顯然不當。原審就上揭各項存疑、難信、失當及不法諸情，既不加詳查，復逕行採納被告等之辯解，且就如何不足憑為不利被告等認定之依據說明理由，自有查證未盡、判決理由不備和矛盾與卷證不符之

違法，尤以不認定甲共同犯貪污罪，其採證認事更違證據法則。

(三) 民國九十二年八月之前，系爭計畫之主導者乃甲，既已檢據向文建會申辦核銷手續，未獲通過，始經該會再三函催補正原始支出憑證及成果報告等資料，乃有此次不法情事之發生，足見被告等應係「再度」行使偽造文書。詎原判決僅認定為一次罪行，而不適用連續犯，甚且罔顧甲涉案至深之情，不加究責，未依共同行使偽造文書罪論擬，顯然不符合經驗法則、論理法則云云。

(四) 惟查：法律是社會生活的產物，執法人員自須體察社會脈動，秉持立法精神和整體法律秩序理念，與時俱進，法律生命於焉豐富而有活力，司法裁判（含檢察官之處分）因此適於社會正義，符合人民法律感情，刑事訴訟法第二條第一項關於「實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意」之客觀性義務規定，亦得藉此具體展現。世界各原住民族多處偏遠地區，接觸、利用現代物質、經濟、科技、教育等資源之機會，相對缺乏，形成弱勢族群，乃不爭之實情，我國參酌聯合國之「原住民族權利宣言」草案（按業於西元二〇〇七年九月十三日正式通過，現已非草案），早於民國九十一年十月十九日，由當時之陳水扁總統以國家元首身分，正式和臺灣原住民族代表簽訂「原住民族與臺灣政府新的夥伴關係」協定，更於九十四年二月五日公布「原住民族基本法」（自同年、月七日起生效施行），揭示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；實行原住民族自治；國家應寬列預算予以協助；提供優惠措施（按即保護性差別優待）；輔導文化產業及培育專業人才；尊重原住民族選擇之生活方式、價值觀；建立天災防護、善後制度等（以上分見第一、五、九、二十三、二十五及三十條）。提案立法委員周錫璋在其草案說明中，直指：九二一震災原住民地區嚴重受損，但政府之救災、重建工作，各機關各行其是，明顯瑕疵、亂象叢生，民怨不斷。全案審議通過時，另提案委員瓦歷斯·貝林發言：期許「原鄉與政府機關將不再發生衝突」；高金素梅表示：已往政府對於原住民，「除了憲法的保障外，從來沒有一部法律是保障原住民族，此後當予告別；曾華德

委員慨稱：「原住民多年來都在尋求歷史的主體性，我們常感嘆：原住民不是不守法，而是執政的政府不給法」各等語。誠哉斯言！聞之心酸。現行刑事訴訟法第三十一條第一項第四款並增列被告具原住民身分，經依通常程序起訴或審判者，未經選任辯護人時，應指定辯護人為其辯護；第五項規定，於偵查中未經選任辯護人者，檢察官、司法警察官或司法警察應通知依法設立之法律扶助機構指派律師到場為其辯護。又自第二次世界大戰以後，刑事實體法進步理念，已由傳統的國家主義價值觀，轉向個人主義價值觀，學理上稱為刑法謙抑思想，認為刑事罰是最後的手段，如依民法或行政法，已可達到維持社會正義的作用，原則上就無以刑罰相加之必要。此於普通刑法、特別刑法；輕罪、重罪之補充關係，於立法裁量抉擇時，同應考量；於司法實務適用上，則須恤刑。《貪污治罪條例》第四條第一項第一款之侵占公有財物罪，法文之內，雖然未載明不法所有之主觀犯意要件，但既係刑法第三百三十六條第一項公務侵占罪之特別法，故其構成，同應具有此主觀犯意，乃法理所當然。倘行為人確有因公支用、未落入私囊，自不能認其存有不法侵占之犯意，縱然其報帳憑證不齊全，或以不實單據混充，仍無逕以上揭貪污罪名相繩之餘地，要之，祇屬偽造文書罪章之範疇。其實，會計憑證類多、型雜、數繁，報帳既要求翔實、巨細靡遺，事情自然至為瑣碎，除非係會計、總務人員，因屬其專業領域，責無旁貸，但於其他一般兼辦之人而言，短期一、二日，或許猶能勝任，長期責成，豈堪負荷。一般人民如此，教育水平尚待增進之原住民益是。古言：不教而誅，謂之虐；如今若政府對於不具有會計報帳專業之原住民，罔顧其山區取據困難，甚至根本無從取據之現實窘況，僅略施數小時之講習，即要求中規中矩，否則其無法核銷之公款部分，必依貪污侵占重罪論擬，其違義、失當、不宜，無待多言。司法官追求個案正義，允宜深思。原審秉持上揭理念、見解，採納淡江大學聘僱擔任文建會委辦系爭社區營造計畫專案總執行工作之證人李○珍，所為：「（武界部落）沒有其他的便利商店（無法有統一發票），沒有辦法拿到合法的單據」，祇好「請他們去熟悉的廠商給他們空白的單據」，「如果部落有需要，要用獎

金及獎品激勵人員來參加，就可以用其他的場地佈置的費用，作為獎金及獎品，是我們社造中心同意的，文建會部分只有看單據，沒有表示意見」；社造員黃○中所為：「我們找社區的媽媽來煮菜，但有些菜是社區的媽媽自己種的，所以沒有單據可以核銷」，「請他們向附近的商家消費取得單據，再來跟我們申請核銷」；輔導員陳○伶所為：「(被告等之)部落要拿發票或單據很困難，都要到外面或是比較繁榮的地方才拿得到……我們有反應讓文建會知道，所以他們(按指文建會)派有專業知識的人過來上課」各等語之證言，作為判斷之基礎。(1) 就系爭奠儀報銷部分：依憑李○吉(鄰長)證實確有收到三千元；柯○貴出具收得三千元之收據；參諸此奠儀之名義，均以「武 BA 工作隊」為之(非被告等之私人名義，當屬社造團隊)，則列入報銷因公支出，即無不可。

(2) 就系爭餐費報銷部分：依憑黃○明供證確實替武界部落辦過二場餐會，每場三萬元，總共六萬元，因本身無店號，所以直接拿上游廠商「○○○」之收據充當等語，並有餐會照片可佐，衡諸被告等報支餐費者，除於「力拔山河拔河比賽」活動項下，有黃○明之三萬元餐費報帳外，僅此系爭之「籃球組訓營」活動項下，亦同有三萬元報帳，可見不虛，應堪認列。(3) 就系爭「武 BA 籃球比賽」費用報銷部分：依憑李○珍證稱文建會和營造中心「私下」是允許武界社區發展協會先行辦理活動，且(被告等)確有舉辦籃球組訓營活動；陳○伶亦同此證言；村長蔡○興、鄰長馬○安與李○吉且證實提前辦理是項活動，均見被告等所為此活動係經武界部落菁英、村長討論而後舉辦之辯解無訛，況有新光人壽保險公司業務員黃○蓉證稱該比賽有投保意外險等語，復有投保名單一份在案可考，尚有該社區籃球聯賽報名表、照片等存卷足徵，自不能僅因核准舉辦在後，逕謂支出非公用而不准核銷；鄭○寧、黃○英所言者，無非根據原有規定而作說明，(不及於權宜達變)，不足為不利被告等認定依據。(4) 就報銷錄影帶費用部分：依憑林○鏞供明系爭統一發票確係因至「我們店購置物品」而開具無訛之供詞，佐以卷內照片確實顯示活動中有音響設備、照相器材之影像，足見被告等取具相關物品之估價單據，申報核銷，並無不合。此外，尚指出：被告等之因公支

出，總金額多達一百萬九千四百九十四元，猶較補助款一百萬四千五百元為多。以上所為之證據取捨及得心證理由，俱有各項證據資料在卷可稽，自形式上觀察，難認有悖於客觀存在之經驗法則、論理法則。公訴人就陳○伶、黃○中之證言縱有疑問，於踐行交互詰問之訴訟程序進行中，未行釐清，卻自行作相異於文義之解讀，核非適宜。

（五）刑事訴訟新制採改良式當事人進行主義，檢察官應負實質舉證責任，若其所舉證據不足以說服法院形成被告無罪之確信心證，當受類似民事訴訟之敗訴判決，逕為被告無罪之諭知，以落實無罪推定原則與證據裁判主義，觀諸刑事訴訟法第一百五十四條第一項、第二項、第一百六十一條第一項及第三百零一條第一項規定即明。公民與政治權利國際公約第十四條第二項暨刑事妥速審判法第六條亦同此意旨。原判決就甲被訴共同貪污侵占公款及偽造私文書乙節，業於其理由欄參一四內，指出甲擔任社造員，確實有舉辦籃球組訓營、力拔山河拔河比賽、傳統歌謠、傳統編織、狩獵文化傳承、社區觀摩等項活動，總共支用多達一百萬九千四百九十四元，較諸申報補助之一百萬四千五百元為高，況復繳還十八萬三千五百元，縱然加上募集之社區附近商家捐款，仍無不法侵占之情，有協會帳戶交易明細表、匯款委託書等可供勾稽；而偽刻印章，製作領款單據，以便報銷公款乙情，乙堅證：「那時候被告甲已經去台東唸書……我在刻印章之前，沒有跟他講過要偽造印章」、「我去……刻印章回來，我才用電話告訴被告甲有刻印章，因為他當時不在部落，但是我沒有告訴他有無經過這些人的同意。製作單據的後期，他沒有參與」，更詳言：甲所參與者，祇是準備領據、單據，屬於前期作業，「沒有蓋章」等語（按乙單獨偽造私文書部分，則經判罪處刑，詳見後述）；馬○笑、張○美名義出具之收據，係經該二人事先同意而授權製作，分據此二人一致供明，甲既堅決否認此部分被訴犯罪之知情、參與，公訴人所舉證據，僅足證明其中不實，尚不能直接憑為甲共同犯罪之積極確證，因而撤銷第一審關於甲部分不當之科刑判決，改為此部分無罪諭知。至於乙雖然確有多次偽刻參加上揭活動之原住民印章，偽製領據之行為，但係統合一次提出行使申報，祇能成立一次行使偽造私

文書罪，起訴書認屬連續犯，尚非允洽。以上所為之事實認定及得心證理由，俱有各項證據資料在案可稽，既係綜合調查所得之各直接、間接證據而為合理推論，自形式上觀察，即未違背客觀存在之經驗法則、論理法則，且主要之事證已臻明確。上訴意旨或不具新念，或非確實依據卷內訴訟資料，或置原判決已明白論斷之事項於不顧，就屬原審採證認事職權之適法行使，異持評價，猶為單純事實爭議，不能認為適法之第三審上訴理由。

陸、評析

本案所涉之事實相對複雜，而其中與原住民保護議題較具直接關聯性之點，應在於核銷事務。與爭點相關的事實情狀涉及原住民身分之被告為公務員，被控犯《貪污治罪條例》第4條第1項第1款侵占公有財物罪，雖然構成要件上寫明為財物，但長期以來我國實務並未嚴守財產必須為有體性之要求，不過此項問題是刑法解釋的一般議題，但與原住民議題無直接關係，就此本文不予詳論。

真正涉及原住民議題的是報帳核銷，要構成公務員侵占公有財物罪，必須公務員對於公有財物本於取得所有權意思，而將公有財物據為己有，由於公家單位的帳款核銷，往往先由承辦人先行支出，再持用單據向公家機關申請核銷退款。就此而言，必須有白紙黑字的核銷單據，才有辦法核銷退款給原先行支出之人，而要構成侵占公有財物罪，即行為人並無事實上支出事實，但持用不實單據向公家機關申請核銷。問題在於，因為原住民族部落位居偏遠山中，其舉辦活動通常也不必然有相應於平地漢人活動的單據，如果原住民有實質上辦理活動支出，卻因欠缺相關單據無法核銷經費，在實務上必然造成極大困擾，也因此往往會迫使活動辦理者必須使用內容有疑義的單據，否則根本無法通過會計單位所要求的核銷作業。

換言之，雖然政府為求財政控管而建立了經費核銷的相關制度，但從文化研究的角度而言，這是將平地漢人系統的制度，原封不動地搬至原住民族相關活動的核銷，卻未考量山區交通不便及欠缺報帳單據此項

特殊性，即要求原住民必須採取相同於平地漢人核銷經費的方法報帳，否則不予退款，這勢必造成原住民族活動舉行上極大困擾，而為求能夠報帳，恐怕也只有使用不實單據之途。某程度而言，這是漢人經費核銷系統未能妥為因應原住民族生活、地域特性，就一律適用而未因地制宜的結果，此項問題在刑事責任的解釋上，往往會讓原住民陷於極高的成罪風險。

為了解決以上問題，本文認為或可採取幾種作法：第一，司法解釋上應顧及原住民族地域及生活方式的特殊性，採取對單據文本較為寬容的審查要求；第二，行政作為上也應該儘可能有相應調整。本案法院判決雖形式觀之，貌似符合規範意旨，但實質內涵上卻未注意上述原住民族地域的特有性質，不免有所偏失，也應有相應修正、調整，才能落實對原住民族保護的憲法誠命。

❖ 相關法律條文

貪污治罪條例：第 2 條、第 4 條第 1 項第 1 款

聯合國「原住民族權利宣言」

「原住民族與臺灣政府新的夥伴關係」協定

原住民族基本法

伍、行政判決編輯及解析實例

一、土地事件

案例一 山坡地超限利用處罰

案號 最高行政法院 101 年度裁字第 1612 號（再審）
最高行政法院 101 年度裁字第 751 號
高雄高等行政法院 100 年度簡字第 244 號

案由 違反水土保持法爭議

關鍵詞 超限利用、禁止過當原則、比例原則、諮商同意權。

壹、案例事實

甲（原住民、原告、聲請人）有坐落高雄市桃源區、經乙（高雄市政府、被告、被上訴人、被聲請人）查定為宜林地之山坡地，並在該土地上種植梅子樹等果樹，經乙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，發函甲應於 100 年 1 月 31 日前完成改正，將農作物移除改行造林。嗣乙於 100 年 4 月 28 日派員至現場勘查結果，發現系爭土地上仍種植梅子樹等果樹而作農業經營使用，並未在前揭指定期限內改正，違規使用面積在 1.5 公頃以上，違反《水土保持法》第 22 條第 1 項，乃依同法第 33 條第 1 項第 1 款規定，並裁甲

新臺幣 10 萬元罰鍰。

貳、訴訟歷程及結果

本案為原住民保留地使用涉及水土保持法之事件，甲不服行政院農業委員會 100 年 10 月 14 日農訴字第 1000141622 號訴願決定，提起行政訴訟，經高雄高等行政法院於 101 年 2 月 7 日裁定原告之訴駁回（高高行 100 年度簡字 244 號），經向最高行政法院上訴，於同年 4 月 12 日被駁回確定（最高行 101 年度裁字 751 號）。雖提起再審之訴，最高行政法院仍於 101 年 8 月 3 日裁定再審聲請駁回。

參、當事人主張

一、原告（原住民）主張

（一）其所有之土地，原已種植長達 30 多年以上之梅子樹，因違反《水土保持法》規定超限利用被處罰鍰。然其認為《水土保持法》侵害原住民族農耕生計權，有違反憲法限制生存權之基本權及《行政程序法》第 7 條之比例原則。〈原住民保留地開發管理辦法〉第 3 條規定該法所稱原住民保留地，指為保障原住民生計，推行原住民行政所保留之原有山地保留地及經依規定劃編，增編供原住民使用之保留地。系爭土地是原告祖先所遺留之土地，原告的保留地絕大部分都是林木用地（很少有農牧用地），該土地是原告全家賴以生存之土地，原告的小孩靠梅子的收成繳學校的生活費，原告全家都是靠梅子收成的錢過日子。

（二）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，應諮商原住民族並取得同意。原告為勤和部落原住民，依《原住民族基本法》於 101 年 2 月 26 日召開部落議會議，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」。

（三）83 年《水土保持法》頒布前，原住民依 65 年制定之《山坡地保育利用條例》及 79 年制定之〈原住民保留地開發管理辦法〉為土

地耕作使用。83 年《水土保持法》制定後，限縮原住民族對於原住民保留地之使用規範，依該法至 96 年底為期限，林牧用地必須強制造林或自然復育（不得有農業行為）為選項，否則依「土地超限利用」之查定標準裁罰。上述《水土保持法》之編訂未考量原住民之生計使用權，應研修原住民保留地水土保持專章，規範林牧用地數種（果樹）類經濟作物為合法水土保持之樹種範疇，不應強制以該法侵權，否則有違反憲法第 22 條之比例原則「禁止過當原則」精神。端看原住民保留地（林牧用地）之面積僅佔全國山坡林地不到 7.4%，其預防性之法律規範與侵害性之法律侵權其後為孰重。

二、被告（高雄市政府）答辯

（一）《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。

（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 99 年 10 月 28 日函請於 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。

肆、爭點

- 一、《水土保持法》制定後所限制之原住民保留地的耕作使用是否有「法律不溯及既往」原則之適用？
- 二、縱因《水土保持法》之認定為宜林地，然侵害到原住民族農耕生計權是否有合理的補償措施？
- 三、《水土保持法》對於原住民耕作是否有違反憲法第 22 條之比例原則或「禁止過當原則」？

伍、法院見解

一、高雄行政法院見解

（一）關於爭點一

按《水土保持法》係於 83 年 5 月 27 日制定，有關山坡地超限利用之違規，如屬《水土保持法》公布施行前即已存在，且其違規狀態倘現在仍存在尚未終了者，即違反《水土保持法》上不得超限利用義務，主管機關仍得依《水土保持法》予以裁處，並無「法律不溯及既往」原則之適用；又《行政罰法》之裁處權應以「行為終了」或「結果發生」為起算之基準，如因違規狀態現在仍存在，自無《行政罰法》第 27 條第 1 項裁處權因 3 年期間經過而消滅。故原告共有系爭土地縱使在《水土保持法》制定前即已作農業經營使用種植梅子樹，因其迄今仍在系爭林地種植梅子樹等果樹作農業經營使用，未改正造林，自不能免責前述《水土保持法》之行政罰責任。

（二）關於爭點二

原告以全家生計為由之部份，農委會自 81 年起全面清查全省山坡地超限利用，系爭土地於 83 年 9 月即被查定為「宜林地」，農委會為兼顧農民生計與保育水土資源，輔導超限利用改正，於 91 年 1 月公告實施「山坡地超限利用處理計畫」，期程為 91 年至 96 年底，採間植方式造林，並得領造林獎勵金，初期（91-96 年）果樹與林木共存，惟 96 年底必須達到無超限利用情形，否則依相關規定查處。上開計畫公告後，被告已個別就桃源區超限利用土地所有人寄發造林須知，依規定參加造林領取造林獎勵金等情。足見中央主管機關農委會在處理全省山坡地超限利用問題，制訂政策時已兼顧農民生計，給予 6 年緩衝時間逐步改正，並發給造林獎勵金酌予補償，而地方主管機關即被告亦配合辦理輔導違規農民改正。是原告再以全家生計為由，拒絕改正，亦難作為其免責之事由。

（三）關於爭點三

《水土保持法》將所有需要實施水土保持地區作一整體之規範，並將《山坡地保育利用條例》中有關山坡地之水土保持事項一併納入本法之規定範圍。《山坡地保育利用條例》第 16 條第 1 項及第 4 項亦規定，山坡地供農業使用者，應實施土地可利用限度分類，並由中央或直轄市主管機關完成宜農、牧地、宜林地、加強保育地查定，經中央或直轄市主管機關查定之宜林地，其已墾殖者，仍應實施造林及必要之水土保持處理與維護；已就山坡地之利用作分類管理，促進土地合理利用，且就宜林地部分為函養水源，減免災害，故將山坡地之宜林地限制僅供造林使用，實有其必要，是水土保持法就山坡地之水土保持管理及維護等規定，已兼顧山坡地之利用及水土保持之需要，難以認為有違反憲法第 22 條之比例原則「禁止過當原則」精神。因此原告上開主張並不可採。

二、最高行政法院之見解

就原告上訴之理由主張「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。但其所陳上訴理由並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因此認定其上訴不應許可，予以駁回。

陸、評析

依據《水土保持法施行細則》第 26 條之規定，山坡地超限利用係指「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」。921 大地震以來，政府對於山坡地利用之限制及取締漸趨嚴格化，原住民農民耕作地被查定為超限利用地土地之範圍甚大，對於原住民生計產生重大影響。對此，原住民族委員會曾函文請農委會參酌原住民族基本法之精神，檢討並評估修正水土保持法等相關法規案，農委會函復表

示暫無修正之必要¹。其理由之一是，原住民保留地之超限利用列管面積占全國超限利用列管土地之 24.82%，倘放寬原住民地區之超限利用行為，恐將引起其他族群之超限利用行為人要求比照辦理，超限利用問題將更趨嚴重。惟此一見解顯然無視於前述原基法之相關規定。理由之二是，八八水災造成之重大傷亡，歸咎山坡地超限利用所致。但並未提出對於原住民土地之利用與水災之重大傷亡間之因果關係有科學上論證²。政府為解決超限利用問題，針對超限利用行為在處理過程中，存在之造林樹種定義不清、無補償機制、造林意願不高、竊占國土等問題³。

在上述背景下，本案有下列三項爭點值得討論：

一、83 年實施之《水土保持法》對於山坡地超限利用之限制是否遡及適用在實施前已存在之原住民保留地之利用行為？

依據 65 年制定之《山坡地保育利用條例》第 5 條規定，山坡地除了可為防治天然災害、保護自然生態景觀、水土保持處理與維護之外，尚可「為經濟有效之利用」。但是同法第 9 條復規定在山坡地為一定經營或使用時，「其土地之經營人、使用人或所有人」，於其經營或使用範圍內，應實施水土保持之處理與維護。又依據同法第 16 條規定，「山坡地供農業使用者，應實施土地可利用限度分類」不得超限利用。亦即山坡地所有人、使用人或經營人，山坡地在實施水土保持之處理與維護後，依其土地使用的分類，在一定的程度內可為經濟上之利用。同條在 2002 年修法時，更增加第 4 項規定，經中央或直轄市主管機關查定之宜林地，其已墾殖者，仍應實施造林及必要之水土保持處理與維護。對於

1 行政院農業委員會農授水保字第 1010103895 號，民國 101 年 05 月 08 日。

2 有文獻指出，目前被查定為宜林地及「與加強保育地」等地區，從敏感程度與自然保育之觀點看來，實已符合水保法第 16 條之規定，理應劃定為特定水土保持區，以禁止開發為原則。但由於特定水土保持區之管制密度過高，以及原則禁止開發之模式衝擊過大，在實務管制上已經限縮甚多。從山保條例到水保法，關於山坡地超限利用管制之延續，亦是一種妥協產物（鍾秉正（2015），〈山坡地超限利用相關法制與其衍生之法律問題〉，《高大法學論叢》，第 10 卷第 2 期，頁 11）。

3 姜燁秀、林俐玲（2011），〈山坡地超限利用相關處理與法規論述〉，《水土保持學報》，43(2):頁 235-237。

已經墾殖者人亦課予實施水土保持之義務。

除此之外，依據《山坡地保育利用條例》第 37 條規定，山坡地範圍內原住民保留地得由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，其開發管理辦法由行政院定之。因此行政院原住民族委員會依該規定於 79 年公布之〈原住民保留地開發管理辦法〉為《山坡地保育利用條例》之授權命令，專門規範山坡地範圍內之原住民保留地之開發與利用。

因此，山坡地在依法施實水土持及可利用限度分類之前提下，可「為經濟有效之利用」。但是，83 年實施之《水土保持法》第 22 條及 33 條設有山坡地超限利用的限制及處罰規定，本件原住民土地之利用行為雖然在《水土保持法》成立前，但是農委會早在 85 年即函釋認為《水土保持法》為水土保持之特別規定，只是相對於《山坡地保育利用條例》及〈原住民保留地開發管理辦法〉中相關規定，具有特別法之地位，亦即凡涉及水土保持處理與維護，《水土保持法》應優先適用，而《山坡地保育利用條例》之規定仍可為補充⁴。

由於超限利用情形多始自《水土保持法》公布之前，對於適用《水土保持法》之處分，實務上亦有違反法律不溯及既往之疑問。就此，法務部 89 年 4 月 5 日（89）法律字第 008212 號函說明二略以：「按行政法規不溯及既往，乃指行政法規不適用於該法規生效前業已終結之事實或法律關係而言。除上述不得為『真正的溯及既往』外，學說上尚有所謂『不真正溯及既往』，乃指行政法規並非適用於過去發生之事實或法律關係，亦非僅適用於將來發生之事實或法律關係，而是適用於過去發生、但「現在仍存在」、「尚未終結」之事實或法律關係而言，此種情形，係因行政法規生效當時，事實或法律關係業已存在且尚未終結，而依該法規規定對之發生『立即效力』，應適用該法規...」。因此，對於延續時間甚久的山坡地超限利用，其違規情形於查報時依舊存在者，即無溯及既往處罰之問題⁵。

4 農委會農林字第 5136876A 號函。

5 法務部 89 年 4 月 5 日（89）法律字第 008212 號函

本案高雄高等行政法院認定並無「法律不溯及既往」原則之適用，該法院在另案判決中則是依《水土保持法》第 1 條第 2 項規定，認為水土保持法就立法體例，應係立於特別法之地位，僅水土保持法未規定時，始可適用其他法律。故《水土保持法》為《山坡地保育利用條例》之特別法，應優先適用。從此一法理看來，在土保持法實施前之土地利用行為只有繼續存在既有適用，似無爭議。

二、水土保持法施行細則之超限利用定義是否有違母法之規定

83 年實施之《水土保持法》第 22 條及 33 條設有山坡地超限利用之限制及處罰規定，所謂超限利用，根據同法施行細則第 26 條之規定，係指「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」。又，依《山坡地保育利用條例施行細則》第 12 條公告之山坡地土地可利用限度分類標準⁶規定，查定為宜林地之利用限度分類基準為，「應行造林或維持自然林木或植生覆蓋，不宜農耕之土地，初期造林有沖蝕嚴重現象時，應配合必要之水土保持。」另言之，一旦被查定為宜林地，即不能作為農、漁、牧業之利用。

但是依據《水土保持法》第 22 條第 1 項之規定，「山坡地超限利用者，或從事農、林、漁、牧業，未依第十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……」。依文義看來，山坡超限利用是一個獨立之法律概念，另外「從事農、林、漁、牧業，未依第十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」是另外一個被限制對象。後者很明確指出在山坡地事農耕等行為未實施水土保持之情形始受限制，表示在規範前者之超限利用之對象時，並不包括後者之情形。因此前述《水土保持法施行細則》第 26 條是否有逾越母法之規定，不無疑問。

6 88 年 12 月 31 日行政院農業委員會（88）農林字第 88160813 號令修正發布。

三、「山坡地超限利用」之規定是否侵害原住民族土地利用與管理之權利？

但是，問題在於「山坡地超限利用」之查定基準與管制模式並非法律目的本身，而是一種手段選擇⁷。此種手段選擇固為行政機關之政策決定，但是涉及原住民族土地及自然資源之限制時，「應諮商原住民族或部落，並取得其同意；受限制所生之損失，應由該主管機關寬列預算補償之」，為《原住民族基本法》第 21 條第 2 項明文規定。又關於土地利用之管理模式，同法第 23 條復規定：「政府應尊重原住民族選擇生活方式、習俗、服飾、社會經濟組織型態、資源利用方式、土地擁有利用與管理模式之權利」。其目的在保護及尊重原住民族傳統之土地之利用與管理模式。

特別是依據前述農委會「山坡地可利用限度分類標準」，其內容除涉及分類技術之外，亦規定各分類之利用限制，土地一旦被查定為宜林地或加強保育地時，必須清除農作物、恢復自然植生，對原住民之土地利用的權利以及對其生存權之影響，實乃不可承受之重⁸。

依據學者研究指出，原住民族部落傳統之土地利用模式是以狩獵、漁獵、採集與游耕為主之生活方式，但是在殖民者政策影響下，傳統土地利用方式逐漸崩解，轉變為獎勵種植經濟作物之定耕及山地資源開採政策，導致土地超限利用；近年則受到國土保安、水土保持等防災政策影響，原住民保留地的利用轉向保育與開發兼顧的方向發展⁹。由此可知，原住民族對於其土地利用一直是受到外在統治者支配，而失去其對土地使用之自主性。上述《原住民族基本法》第 23 條規定之目的，即在恢復原住民族對於土地利用之自主性，使其參與土地利用之限制基準與管理模式，以回復或維持其傳統的文化和生活方式，並得兼顧其生存

7 關於超限利用管制，有文獻舉出他國採取「混農林業經營」(Agroforestry)之模式，可作為山坡地永續經營的方式之一。鍾秉正，同前註 2，頁 24。

8 鍾秉正，同前註 2，頁 21-22。

9 孫稚堤、顏愛靜、孫稚堤(2009)，原住民族地區共用資源保育與利用之分析——以新竹縣尖石鄉後山的泰雅族部落為例，國立政治大學地政研究所碩士論文，2009年，頁 31-34(<http://thesis.lib.nccu.edu.tw/record/#G0929230211>)。

基礎。

但是，法院對於此點並未正面回應，只針對政府制訂政策時「已兼顧農民生計」給予 6 年緩衝時間逐步改正，並發給造林獎勵金酌予補償等為由，否定原告具有「免責之事由」。本判決顯然刻意迴避上述《原住民族基本法》之規定，將原住民保留地之地主與一般農林地之農民等同視之，未考量《原住民族基本法》所揭示原住民族對其土地利用之自主性與原住民特殊地位下之經濟生活困境¹⁰。

因此，上述超限利用之限制對於原保地之查定是否應在尊重原住民之土地權利之前提下，採取不同之查定基準？甚至踐行原基法第 21 條之諮商同意程序，不無疑問。但由於原基法第 21 條之諮商同意權行使之相關配套法令尚未制定，無法行使之下，司法機關應依據原住民族基本法之立法精神，考量原住民族之「社會經濟組織型態、資源利用方式、土地擁有利用與管理」等特殊情形，對於農委會依據依山坡地保育利用條例施行細則第 12 條公告「山坡地可利用限度分類標準」之宜林地查定基準是否有逾越母法之水土保持之目的及原住民族基本法之精神，而不單純就水土保持法之合目的性來判斷對土地使用限制無違反憲法第 22 條之比例原則「禁止過當原則」精神。

❖ 相關法律條文

水土保持法：第 22 條第 1 項

行政程序法：第 7 條

原住民族基本法：第 20 條第 1 項、第 21 條第 2 項、第 23 條

憲法：第 22 條

10 例如有文獻批評行政法院判決未能斟酌原住民族在保留地上登記耕作權轉為農耕生活後，以提高水土保持之要求對原住民使用土地之權利造成剝奪之結果後，有無應依原住民族基本法之規定給予合理補償之可能，或考量國家要將該土地劃為林牧地時，應否得原住民族之參與（原住民族基本法第 21 條第 2 項），或可能因為違反上開原住民族基本法之要求，進而影響以林牧地之劃編作為土地超限利用之行政罰依據時，該行政罰之合法性問題。參見許萃華（2013），〈原住民族基本法之司法實踐—原住民族土地權為中心〉，《司法新聲》，106 期，頁 35-36。

案例二 原住民保留地申請登記之身分爭議

案號 臺中高等行政法院 102 年度訴字第 418 號
最高行政法院 103 年度裁字第 1624 號
臺中高等行政法院 103 年度聲字第 39 號裁定

案由 原住民保留地

關鍵詞 原住民身分、原住民保留地登記、國有地分配。

壹、案例事實

原告甲之養母於 56 年間，取得坐落於南投縣三筆原住民保留地（以下稱 A 地）地上權及耕作權登記，設定權利期間至 66 年 8 月 20 日止，但因與非原住民買賣或轉讓與他人使用而喪失耕作權；另有兩筆土地（以下稱 B 地）列其為保留地列冊之權利人，嗣其於 63 年 8 月 27 日死亡，被告乙（南投縣仁愛鄉公所）以原告甲於 55 年 6 月 7 日已嫁與非原住民為妻，喪失原住民法定身分，不符山地保留地土地權利繼承或受配之資格為由，於 77 年將該 A 地核定收回，並囑託南投縣埔里地政事務所辦理塗銷登記，B 地等為非原住民占有耕作使用，而未完成改配。民國 80 年 10 月 14 日「山胞身分認標準」公布，規定原住民嫁與非原住民其身分不喪失，原告甲於 88 年 11 月 20 日回復原住民身分。100 年向被告申請系爭土地辦理地上權、耕作權或農育權之登記，經被告現況勘查，系爭土地並非原告自行使用，核與〈原住民保留地開發管理辦法〉第 8 條及第 12 條規定不符，乃否准所請。原告甲不服，於 101 年 1 月提起訴願亦遭駁回，因原告並未提起行政訴訟而確定在案。嗣原告又於 101 年 3 月就系爭土地提出「國有地分配」之申請，被告復以否准所請。

貳、訴訟歷程及結果

本案為當事人間原住民保留地事件，原告不服南投縣政府 102 年 8 月 15 日府行教字第 1020161590 號訴願決定，提起行政訴訟，又經臺中高等行政法院於 103 年 7 月 30 日判決原告之訴駁回（中高行 102 年度訴字第 418 號），經向最高行政法院提起上訴，於 103 年 11 月 19 日被裁定駁回（最高行 103 年度裁字第 1624 號）。因一部聲明一審漏未裁判，為二審所摘，因而二審依原告甲之聲請，再作成臺中高等行政法院 103 年度聲字第 39 號裁定。

參、當事人主張

一、原告甲主張

（一）〈臺灣省山地保留地管理辦法〉（80 年 4 月 10 日廢止）第 6 條第 4 項規定，山地人民一旦被平地人收養或招贅或嫁與平地人為妻，即喪失該辦法第 6 條、第 7 條之土地權利。該規定將使得原住民因嫁、娶非原住民，即喪失原有之土地權利，因而使得原住民於婚姻對象選擇上，產生法律上地位之不平等。該辦法第 6 條第 4 項規定，顯然不符該辦法之立法意旨，亦非合理之區別對待，核與憲法第 7 條平等原則牴觸。

（二）上開管理辦法第 6 條第 4 項規定已箝制原住民決定婚姻自由權利，使原住民必須在婚姻自由與山地保留地權利主體適格作出取捨，故與憲法第 22 條保障人民結婚自由權利之意旨有違。

（三）按憲法增修條文第 10 條第 12 項之立法意旨，主要係以保障原住民族之地位而設。可知憲法上所保障原住民權益措施已落實各層面之法律上。山地保留地管理辦法第 6 條第 4 項規定，倘原住民娶、嫁非原住民，即喪失憲法為原住民權益措施落實「原住民保留地」之立法目的，該規定已與憲法增修條文第 10 條第 12 項之基本國策立旨相違背。

（四）甲母於 63 年 8 月 27 日死亡，其繼承資格，應以當時之「臺灣省平地山胞認定標準」為準（45 年 10 月 3 日前臺灣省政府公布），而

原處分所援引屬後公布之 69 年 4 月 8 日「臺灣省平地山胞認定標準」。依「臺灣省平地山胞認定標準」第 1 條第 1 項第 1 款第 3 目，「平地山胞之身分，不因與山地山胞或平地人結婚（包括入贅）而變更」，原住民身分不因與平地人結婚而變更。因此，原告繼承之際並未喪失原住民之身分。

（五）依內政部 88 年 10 月 28 日（88）台內地字第 8811224 號函釋意旨，行政機關於作成行政處分時，應不得再以原告前喪失原住民身分，而認甲無合法繼承其母之原住民保留地土地使用權。

（六）被告乙所主張之認定甲並未因繼承關係，取得其對系爭土地有任何物權，或對土地所有權人中華民國就系爭土地有任何債權關係，而駁回原告之訴確定之臺灣南投地方法院 99 年度訴字第 131 號民事判決，以原告甲無法證明有與系爭土地有物權關係，而認定無行使代位權之可言，並於判決理由欄載明「原告如欲主張塗銷之行政處分為不當或重新取得前開物權之事由，自應另行向主管機關提出申請，並依行政訴訟程序尋求救濟」。

二、被告乙（南投縣仁愛鄉公所）主張

（一）原告甲於 100 年 12 月 13 日之申請案，經被告以前揭 100 年 12 月 27 日函及 100 年 12 月 29 日函等函文予以否准，原告甲雖提出訴願，惟經前訴願決定駁回而確定在案。甲本件行政訴訟依其起訴狀，既係對上開申請事件之行政處分提起行政訴訟，即係對於確定訴願決定提起行政訴訟，自非適法。

（二）原處分否准原告申請，於法並無不合：

1. 本件 A 地因原告甲之母因買賣及轉讓他人使用，均違反當時有效之山地保留地管理辦法第 65 條第 1 項規定而喪失耕作權；B 地之耕作權則因原告甲於 55 年 6 月 7 日與非原住民結婚，依據山地保留地管理辦法第 6 條第 2 項規定，山地人民被平地人民收養或招贅，或嫁與平地人民者，均不得享有該管理辦法第 6 條及第 7 條之土地權利。
2. 系爭土地因原告之母死亡後無可為繼承之人，荒廢 13 年之久，至

77 年間始經被告乙報請南投縣政府准予塗銷其耕作權及地上權而收回列管，系爭土地之權利既經塗銷，且原告從未占有使用過系爭土地，即其提出申請以迄於今，亦未曾使用，故原告已無由因繼承關係而對系爭土地享有任何權利。

3. 縱原告甲有權繼承，因其遷出系爭土地所在之吉安鄉至桃園，無法繼續使用該地，客觀上其亦未為使用，且時間長達 13 年，再從土地權利登記形式上觀之，從原告甲之母死亡後迄今歷時 40 年，未曾耕作使用系爭土地，且現亦未為占有使用，則其縱然原有繼承權，亦因土地長期未為耕作使用，而於甲之母死亡 13 年後而被收回，致喪失其對系爭土地繼承之權利

肆、爭點

原告甲因嫁與非原住民為妻，非自行使用之原住民保留地之耕作權登記為被上訴人塗銷登記在案是否合法？

伍、法院見解

一、一審法院

（一）被告當事人不適格

1. 本件原住民保留地之耕作權，為《山坡地保育利用條例》所創設之關於土地之他項權利，故除山坡地保育利用條例或其授權訂定之管理辦法或其他相關法律，就耕作權等相關登記設有特別規定應優先適用外，則仍應依土地法第 37 條、土地登記規則第 3 條第 1 項、第 27 條第 3 款之規定處理（最高行政法院 99 年度判字第 894 號判決可資參照）。

2. 依據《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〉，就耕作權之繼承登記並無特別規定，依法自應向系爭土地所在地之登記機關（即地政事務所）申請登記。然查，原告提起本件課予義務訴訟之被告「南投縣仁愛鄉公所」，就系爭土地耕作權繼承登記之申請，並非權責機關，其就本件申請自無處理權限，致無法達成原告本

件訴訟之目的，欠缺訴之利益，即欠缺權利保護必要，為無理由，依法應予駁回。

（二）本件非依法申請之案件

1. 本件原告系爭申請書所申請之「國有地分配」，其真意應為上開審查委員會掌理之「原住民保留地分配、收回、所有權移轉、無償使用或機關學校使用申請案件之審查事項」中之「原住民保留地申請改配案」，而非原住民保留地「地上權」「耕作權」「農育權」之「新申請」或「他項繼承」案件，已甚明確。

2. 課予義務訴訟係以人民因中央或地方機關對其「依法申請之案件」，於法令所定期間內應作為而不作為或予以駁回，認為其權利或法律上利益受損害者，經依訴願程序後，始得向高等行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。

3. 而所謂「依法申請之案件」，係指人民依據法令，有向機關請求就特定具體事件為一定處分之權利而言，若對非「依法申請之案件」逕行提起課予義務訴訟，即屬不具備起訴要件，依行政訴訟法第 107 條第 1 項第 10 款規定，應以裁定駁回之。

4. 本件原告系爭申請書所申請之「國有地分配」，其真意為系爭土地之「改配案」，而非原住民保留地「耕作權」之「設立登記」或「繼承登記」。

5. 又原告甲提起本件課予義務訴訟，其最終確定之聲明為：訴願決定及原處分均撤銷。本件原告「申請原住民保留地申請改配案」後，並未另向被告提出申請系爭土地「耕作權」之「繼承登記」，且被告於法令所定期間內應作為而不作為，經提起訴願程序之相關證據。則原告就「非依法申請之案件」，逕行提起本件課予義務訴訟，作成將系爭土地「耕作權」「繼承登記」予原告之行政處分，即屬不具備起訴要件，揆諸前揭規定，依法亦有不合。

二、二審法院

（一）上訴理由對原判決駁回上訴人訴之聲明第二項之請求，即關

於上訴人申請「國有地分配」事件之爭議，並未具體說明其違背何項法令條款，其上訴為不合法。

（二）判決主文所載「原告之訴駁回」，只是駁回訴之聲明第二項之請求，就訴之聲明第一項請求撤銷原處分及訴願決定並未裁判，依行政訴訟法第 218 條準用民事訴訟法第 233 條第 2 項規定，以聲請補充判決論，此部分自應由原審另行裁判之被告以原處分否准原告之申請，並無違誤；訴願決定遞予維持，亦無不合。

三、一審之聲請補充判決裁定

二審認為關於訴請判令被告作成將系爭土地耕作權辦理繼承登記予上訴人（被告乙）之行政處分，屬怠為處分之課予義務訴訟類型，係請求行政機關作成行政處分，產生一定之法律關係，並不必要在主文中為「原處分及原決定均撤銷」之諭知，僅直接依行政訴訟法第 200 條第 3 款、第 4 款之意旨，作成主文即可。因此，以無漏未裁判情形為由駁回聲請。

陸、評析

本件實體主要爭點為，原告甲於 59 年嫁與非原住民為妻，是否因而喪失原住民身分，進而不具繼承或受配其母之原住民保留地權利之資格。但是在程序上，因為原告甲在第一次向被告乙申請系爭土地耕作權登記被否准，經訴願決定駁回，未提起行政訴訟而確定在案。甲於是再向乙申請系爭土地之「國有地分配」，經被乙否准後再經訴願決定不服，而提起撤銷本件「申請原住民保留地申請改配案」之訴願決定及原處分，並判令被上訴人（被告乙）作成將系爭土地耕作權辦理繼承登記予上訴人之行政處分，即所謂課予義務之訴。但由於《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〉，就耕作權之繼承登記並無特別規定，法院認為繼承登記機關應為系爭土地所在地之地政事務所，因此以乙鄉公所為被告之本案，被以當事人不適格駁回。

其次，原告甲雖然曾向被告乙申請系爭土地之「國有地分配」，但

是其真意為系爭土地之「改配案」，並未另向被告提出申請系爭土地「耕作權」之「繼承登記」，則原告就「非依法申請之案件」，因此遭一審法院駁回。

本案在程序上已被駁回，故並未進行實體之裁判¹¹。但是本件被告乙適用 69 年 4 月 8 日「臺灣省平地山胞認定標準」，認定原告甲因嫁與非原住民為妻而喪失其原住民身分，進而作成否准繼承其母之原住民保留地的耕作權之處分之過程容有下面二點議論的空間。

一、原住民因嫁與非原住民，其原住民身分是否喪失，該如何認定？

現行《原住民身分法》有關原住民身分之認定是採血統主義，原住民與非原住民結婚之情形，依據《原住民身分法》第 3 條之規定，原住民與非原住民結婚，並不喪失原住民身分，但是依同法第 9 條第 1 項得申請喪失原住民身分，同條第 2 項亦規定於婚姻關係終了後得回復原住民身分。這種血統主義之原則在戰後初期，臺灣省政府於 45 年 10 月 3 日訂頒之「臺灣省平地山胞認定標準」第 3 點亦作相同的規定¹²。但是，69 年 4 月 8 日「臺灣省山胞身分認定標準」第 3 條第 1 款規定，「山胞女子與平地男子結婚，其山胞身分喪失。但其婚姻關係消滅後，再與山胞男子結婚時，恢復山胞身分」。此認定標準至 80 年 10 月 14 日始廢除，改由「山胞身分認定標準」取代，隨後在 83 年 10 月 24 日名稱改「原住民身分認定標準」。該認定標準第 3 條第 2 款規定「原住民女子嫁與非原住民男子，其原住民身分不喪失」，且無例外。一直到 90 年 1 月 17 日方由現行之《原住民身分法》所取代，並增加前述得申請喪失及恢復之規定。

從上述規定之變遷可知，本件原告甲乃在 55 年 6 月 7 日嫁與非原住民為妻，而被引用使其原住民身分喪失之「臺灣省山胞身分認定標

11 89 年 10 月 6 日之最高行政法院判決（89 年度判字第 2884 號）屬類似案件，法院亦未進行實質審判，僅就再訴願機關未命補正之程序不合法為由撤銷再訴願決定，並未對於因嫁予非原住民而喪失原住民身分及原住民保留地權利爭議作實質審判。

12 民國 45 年 10 月 3 日臺灣省政府訂頒之「臺灣省平地山胞認定標準」第 3 點：「平地山胞之身分，不因與山地山胞或平地人結婚（包括入贅）而變更。」

準」是在 69 年 4 月 8 日開公布，其身分之認定應適用 45 年 10 月 3 日訂頒之「臺灣省平地山胞認定標準」。如前所述，依據該認定標準，並不喪失原住民身分，但是本件原告甲之原住民身分因為適用法律錯誤而喪失原住民身分及依其身分之繼承權利，在法理上並非回復身分之請求，而應依據《原住民身分法》第 12 條之規定請求更正之登記。原民會函釋亦認為「喪失原住民身分及未回復原住民身分，若均符合登記當時有效之原住民身分認定法規，則應適用本法第 8 條規定申請回復；若不符合登記當時有效之原住民身分認定法規，則應適用本法第 12 條規定辦理更正¹³。

二、原住民身分回復或更正後，其繼承權如何救濟？

原住民身分之更正與回復之不同，在於後者乃依當時法令而喪失其身分，回復身分之效力應向後生效，並不影響其喪失原住民身分期間之法律變動；而後者則是自始未喪失其權利，在其身分未更正前所發生之權利變動的登記亦得向行政機關請求塗銷，如有被占用，並提起民事訴訟，請求占用人返還始符合法理。

❖ 相關法律條文

原住民身分法：第 3 條、第 8 條、第 9 條、第 12 條

臺灣省平地山胞認定標準：第 3 點

山地保留地管理辦法：第 6 條第 2 項

¹³ 原住民族委員會 102 年 10 月 24 日原民企字第 1020056938 號函；參閱原住民族委員會（2015），《原住民身分法解釋彙編》，頁 77-78。

案例三 原住民保留地申請登記**案號** 高雄高等行政法院 103 年度原訴字第 1 號**案由** 原住民保留地申請登記之條件爭議**關鍵詞** 原住民保留地證記、相鄰地緣關係、漏報增編原住民保留地**壹、案例事實**

被告為執行行政院原住民族委員會（下稱原民會）安定原住民族生計、促進原住民社會發展目的訂頒之「原住民使用原住民保留地以外公有土地漏報增編為原住民保留地 4 年工作計畫」（下稱系爭工作計畫），訂定「屏東縣牡丹鄉○○里○○段漏報增編為原住民保留地分配計畫」（下稱系爭分配計畫），全段共 606 筆土地，其中可分配土地共計 432 筆；並於民國 102 年 5 月 7 日函報屏東縣政府核備，經屏東縣政府原住民處同年 5 月 15 日備查後，依〈原住民保留地開發管理辦法〉公告辦理申報，被告於同年 6 月 7 日以牡鄉農觀字第 10230757900 號公告之。嗣原告原住民甲於同年 7 月 30 日檢具申請書，向被告請求依系爭分配計畫第肆點、三、（二）第 3 類：參照〈原住民保留地開發管理辦法〉第 20 條規定申請受配者、第 1 款「原受配面積不足，且與該土地具傳統淵源關係者」（系爭分配計畫第 3 類第 1 款）資格，受配系爭分配計畫○○段 382 地號土地（下稱系爭土地），經被告原住民保留地土地權利審查委員會（下稱土審會）同年 10 月 4 日第 5 次審查會（下稱第 5 次土審會）決議：「不予通過」。原告不服，於同年 10 月 21 日請求土審會再為勘查，則被告於同年 11 月 6 日會同土審會現地勘查，再於同年 12 月 31 日召開之第 7 次審查會討論，決議：「維持原決議」，並於 103 年 2 月 11 日函報該次審查會審議結果予屏東縣政府核定，屏東縣政府原住民處於同年 3 月 14 日同意核備後，被告以同年 3 月 26 日牡鄉農觀字第 10330365700 號函（下稱原處分）駁回原告所請。原告不服，提起訴

願，亦遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟。

貳、訴訟歷程及結果

法院認為，按原告請求被告作成將系爭土地改配予原告之行政處分，與〈原住民保留地開發管理辦法〉第 20 條第 1 項第 1 款規定不符。被告以原處分否准原告之申請，並無違誤；訴願決定遞予維持。原告起訴意旨求為撤銷原處分及訴願決定，並請求被告依其 102 年 7 月 30 日陳情書之申請，作成將系爭土地分配予原告之行政處分，均無理由，應予駁回。

參、當事人主張

一、原告甲主張

原告合計在系爭○○段土地上種植面積約近 7 分地以上，原告千辛萬苦耕作近 23 年，被告所言原告與系爭土地及只是地緣關係，並拿獵人做比擬云云，顯有排除原告取得系爭土地之意圖。蓋原告固定在系爭土地飲水食用並墾耕葛鬱金、大芋頭、地瓜後，又種植檳榔樹、竹子、香蕉等作物，這些都是可食用之植物；而原告捕獵山豬也是固定在系爭土地內設陷阱，並非是主要目的，惟被告竟將原告比做獵人，擴張誤導詮釋，坦白說一般獵人之場域不只是固定的 1 甲地，他們都是遊動式狩獵及固定陷阱場域有 10 甲、20 甲以上或多處，故被告之主張，顯不可採。

原告與配偶名下之土地都是向他人購買，兩位子女名下土地是祖產，依照被告於 102 年 5 月間之說明會及屏東縣政府原民處副處長 103 年 3 月 18 日為宣導政令來鄉，向被告所說的：凡是向他人買下之土地應排除在你名下。如此，原告與配偶應列第 1 順位，但被告卻未照辦，且舉辦的土審會，原告懷疑因為其政治立場而受到不公平待遇，聲明求為判決：

- （一）撤銷訴願決定及原處分。
- （二）被告應依原告 102 年 7 月 30 日申請，作成准予系爭土地分配給

原告之行政處分。

二、被告（屏東縣牡丹鄉公所）主張

（一）系爭計畫內計有 3 大類共 6 款受配對象，第 1 類屬合法租使用人，即上述土地於未完成增編原住民保留地前，與原公產管理機關已訂有租賃契約在案之合法租使用人，則符合第 1 類之受配申請要件，經查對其原承租土地與登記地號相符，即可逕為登記設定原住民保留地他項權利；第 2 類則屬公共設施占用私有地者，可與被告協議受配適當面積之土地後，塗銷公共設施所占用之土地權利，以維護公共利益；而第 3 類則分有 4 款受配資格，分別為「一、原受配面積不足，且與該土地具有傳統淵源關係者。二、尚未受配者。三、原受配土地面積較少者。四、提供土地作為興建公共設施用地致其土地面積不足者」。其中有關係爭計畫第 3 類第 1 款與該土地具有傳統淵源關係申請受配者，依系爭分配計畫申請須知規定，申請人尚須檢具於 80 年 12 月 31 日前，即繼續使用迄今之證明文件，如：四鄰證明切結書、航照圖、地上物營作情形，用水用電證明或其他文件等提供審查，其目的係為回復族人於該區域傳統墾耕之土地權利。易言之，申請人以「與土地具有傳統淵源關係」申請受配者，尚需提供該土地係於 80 年 12 月 31 日以前（即土地申請增劃編為原住民保留地之起始年），即已開始墾作，迄今仍繼續使用之相關佐證，被告除書面審查外，亦派員進行現場勘驗查證是否屬實，必要時得會同土審委員進行查驗，並將查驗結果提交被告土審會審查議決，再由被告參酌審查議決結果，為准駁人民之申請。

（二）次查，原告係以系爭分配計畫第 3 類第 1 款「傳統淵源關係」資格向被告提起申請，為確認原告是否符合申請要件，被告於 102 年 11 月 6 日會同被告土審會委員辦理會勘作業，以了解土地使用情形，並於會勘結束後召開土審會 102 年第 5 次審查會，進行本件實質審查。復查，原告實際上係以買賣方式取得石門段土地，與系爭土地相距約 250 公尺，並無相鄰之地緣關係，後因引水需要方至系爭土地，並曾因引誘野生動物為目的，點狀、少量種植之作物，與系爭土地受配面積近 10,000 平方公尺相去甚遠，非原告賴以維持生計之必要營作，亦無原告

所述於期限前即已開墾耕作，且原告於起訴狀自述其於 81 年 6 月始有於系爭土地實際栽植作物之行為等語；則如不以墾耕具體事實為依據，僅依狩獵及引水之地緣關係，而逕為認定此種行為態樣與土地具有傳統淵源關係，則牡丹鄉內土地皆為具有狩獵能力之獵人所佔有，獵人的獵場無限擴張，對於因先人筆路藍縷，努力墾耕而具土地傳統淵源關係者，顯有不公，亦難服眾。

（三）原告因土地買賣關係，取得鄰近之農地後，為利農耕，於系爭土地接管引水，併為進行狩獵，種植若干作物以誘捕野生動物，方與之產生之地緣關係，而系爭土地水源亦為附近農作飲水共同所需，又原告無法舉證其於規定期限前即已於系爭土地開墾耕作之事實，要難符合系爭分配計畫第 3 類第 1 款所謂傳統淵源關係。復因原民員會推動增劃編原住民保留地之政策，方有占用國有土地之耕作行為，實非法之所許。政府推動原住民保留地增劃編政策，係以追求全體原住民族土地權益公益為目的，並非鼓勵民眾占用國有土地，而求其私利。被告基於依法行政及公平公正原則，依本計畫目的，參酌土審會之決議，駁回其申請，並無不合，相關行政作為均符合法定程序，並無違失等語，資為抗辯。並聲明求為判決駁回原告之訴。

肆、爭點

- 一、原告申請人僅依狩獵及引水之地緣關係作為「與土地具有傳統淵源關係」申請受配是否有理由？
- 二、被告以獵人的獵場無限擴張，對於因先人筆路藍縷，努力墾耕而具土地傳統淵源關係者，顯有不公為由，是否有違誤？

伍、法院見解

- 一、原告申請人僅依狩獵及引水之地緣關係作為「與土地具有傳統淵源關係」申請受配是否有理由？

本件原告甲受配系爭土地之申請案，既經被告乙土審會部分委員代表會同承辦人員及原告親自勘驗現場，並經會議合法決議認定原告與系

爭土地不具有傳統淵源關係，且經核其上揭判斷尚無恣意濫用及其他違法情事，本院自應尊重，是被告以原處分否准原告之本件申請，於法尚屬無違。

二、被告以獵人的獵場無限擴張，對於因先人筆路藍縷，努力墾耕而具土地傳統淵源關係者，顯有不公為由是否有違誤？

本案法院認為原告實際上以買賣方式取得之土地，與系爭土地距離甚遠而無相鄰之地緣關係，後因引水需要至系爭土地，並曾因引誘野生動物為目的，點狀、少量種植之作物，非原告賴以維持生計之必要營作，亦不如原告所述於期限前即已開墾耕作，是被告認定原告上述作為，非屬具體於系爭土地上有墾耕之事實，判斷原告與系爭土地不具有傳統淵源關係，從以上亦難認被告機關有何恣意濫用及其他違法情事。是原告上述主張，縱然屬實，仍難為原告有利之認定。

另查，原告其主張（二），若被告確有違法分配土地之情事，也是被告是否撤銷原來所為分配土地之處分之間題，並無法據此而對本件原告有利之認定，其所稱其因政治立場未受到公平對待云云，僅係其個人主觀猜測及感受，亦不可採原告請求被告作成將系爭土地改配予原告之行政處分，與〈原住民保留地開發管理辦法〉第 20 條第 1 項第 1 款規定不符。被告以原處分否准原告之申請，並無違誤；訴願決定遞予維持，亦無不合。

陸、評析

本件為關於收回之原住民保留地改配與轄區內原住民之分配基準的爭議。主要有兩項爭點，分述如下：

一、關於「漏報增編」之原住民保留地之分配

本件系爭土地是屬於被告為執行行政院原住民族委員會「原住民使用原住民保留地以外公有土地漏報增編為原住民保留地 4 年工作計畫」而訂定之漏報增編為原住民保留地分配計畫，並依〈原住民保留地開發

管理辦法〉公告辦理申報。

此一公告申報的土地為「漏報增編」之原住民保留地之分配，與〈原住民保留地開發管理辦法〉第 20 條之收回土地之改配有別。依據該規定，原住民土地收回之情形有三，一是原住民使用之原住民保留地設定耕作權或地上權超過第 10 條面積標準者（11 條）；二是違反第 15 條第 1 項之轉讓或出租規定者（16 條）；三是土地權利人因死亡無人繼承、無力自任耕作、遷徙或轉業致不能繼續使用者（19 條）。但是本件「漏報增編」之原住民保留地的分配卻依管理辦法第 20 條第 1 項第 1 款收回土地改配的順序辦理，似有不符。但是根據「原住民使用原住民保留地以外公有土地漏報增編為原住民保留地四年工作計畫（自 94 年 1 月起至 97 年 12 月）內容，其土地分配住先順序基準逕行依據上述管理辦法第 20 條第 1 項第 1 款。

二、關於「傳統淵源關係」

依〈原住民保留地開發管理辦法〉第 20 條第 1 項之規定依法收回之原住民保留地，得由鄉（鎮、市、區）公所公告三十日後，依①原受配面積不足，且與該土地具有傳統淵源關係者、②尚未受配者、③原受配土地面積較少者之順序，辦理改配轄區內之原住民土地。

所謂「具有傳統淵源關係」並沒有具體之基準，本件原告甲主張其申請原民保留地登記之係爭土地已墾耕達 23 年之久，但經被告乙認定申請人以僅具依狩獵及引水之地緣關係並無土地相鄰之地緣關係，並為本件判決所尊重，並無恣意濫用及其他違法情事。

本件被告土審會認定「具有傳統淵源關係」之基準主要有五點值得參考：①鄰地之地緣關係：申請人所有之土地與系爭土地相距 250 公尺並無相鄰之地緣關係；②與實際利用之土地的比例：原告甲實際利用之土地與系爭土地受配面積相去甚遠；③維持生計之關係；④於期限前即已開墾耕作；⑤有具體於系爭土地上有墾耕之事實。

關於「相鄰之地緣關係」之認定，多以申請人居住區與系爭土地之距離判斷，如臺北高等行政法院 98 年度訴字第 420 號判決認為：自然人之居住地區並非重劃區內土地，與重劃區距離相距甚遠，亦不具備緊

鄰或相鄰之地緣關係。」「距離」是否是相鄰之地緣關係之惟一的標準，似有斟酌的餘地。以現在交通工具的能力來看，上述 250 公尺距離之單獨理由，似不足以否定相鄰地緣關係之事實。

土審會對於「相鄰之地緣關係」之認定是否有專門之裁量性值得商榷。雖然依〈原住民保留開發管理辦法〉第六條規定，土審會之委員必須有五分之四為原住民，但是依據〈鄉鎮市區原住民保留地土地權利審查委員會設置要點〉第 3 點之規定，土審會委員是由鄉（鎮、市、區）長擔任主任委員由公所就鄉公所轄內之公正人士或原住民社區推舉熟諳法令之熱心公益人士聘兼之。從過去研究顯示，原住民除了是「賣出」土地之地主外，亦有少部分人擔任捐客、人頭，以及鄉公所之土審會委員及操控土審會之地方政客¹⁴，因此土審會之專門性功能並未受到肯定，其所作成之判斷是否具有裁量餘地，值得懷疑。

再者，〈原住民保留地開發管理辦法〉第 20 條第 1 項所規定之「土地具有傳統淵源關係者」之改配要件，應如何認定，尚未見有相關之認定基準。為避免土審會之擅斷，行政機關應提出該要件之認定基準，以杜紛爭。

❖ 相關法律條文

原住民保留地開發管理辦法：第 11 條、第 15 條第 1 項、第 16 條、
第 20 條第 1 項

14 官大偉（2014），〈原住民族土地權的挑戰〉，《考古人類學刊》期，頁 29，。

案例四 水土保持法侵害原住民族農耕生計權**案號** 高雄高等行政法院 100 年度簡字第 248 號**案由** 水土保持法爭議**關鍵詞** 超限利用、諮商同意權。**壹、案例事實**

原告甲於高雄縣桃源鄉 A 地號經查定為宜林地之山坡地（下稱系爭土地）上種植梅子樹，被告乙前經高雄縣政府（99 年 12 月 25 日改制為高雄市政府）以其屬超限利用，乃依水土保持法第 22 條第 1 項規定，發函限原告應 100 年 1 月 31 日前完成改正，將農作物移除改行造林。嗣被告於 100 年 4 月 28 日派員至現場勘查結果，發現系爭土地上仍種植梅子樹而作農業經營使用，並未在指定期限內改正，核已違反水土保持法第 22 條第 1 項規定，乃依同法第 33 條第 1 項第 1 款規定，發函附裁處書處以原告新臺幣 8 萬元罰鍰，原告不服，提起訴願，經遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟。

貳、訴訟歷程及結果

本案為當事人間水土保持法事件，原告不服原處分提起訴願，經遭決定駁回，遂提起行政訴訟。嗣後，迭經高雄高等行政法院以 100 年度簡字第 248 號判決駁回原告之訴，本案從而確定。

參、當事人主張**一、原告甲主張**

（一）按憲法法治國家原則與比例原則、行政程序法第 7 條規定。復按〈原住民保留地開發管理辦法〉第 3 條、《原住民族基本法》第 20

條、第 23 條、聯合國原住民族權利宣言及森林法第 6 條均規範應保護原住民族之土地、文化、生存及發展等權利

(二) 查 83 年水土保持法頒布前，原住民族依「《山坡地保育利用條例》(65 年制定)」及「〈原住民保留地開發管理辦法〉(79 年制定)」為土地耕作使用。83 年水土保持法制定後，限縮原住民族對於原住民保留地之使用規範，依該法至 96 年底為期限，林牧用地必須強制造林或自然復育(不得有農業行為)為選項，否則依「土地超限利用」之查定標準裁罰。

(三) 復查，原住民保留地對於原住民族群來說其法定特別規範與使用意義，乃供原住民族生計使用。水土保持法之編訂未考量原住民之生計使用權，應卓研修制原住民保留地水土保育專章，規範林牧用地數種(果樹)類經濟作物為合法水土保育之樹種範疇，不應強制以該法侵權。端看原住民保留地(林牧用地)之面積僅占全國山坡林地不到 7.4%，其預防性之法律規範與侵害性之法律侵權失衡。

(四) 原住民保留地對於原住民族群來說其法定特別規範與使用意義，乃供原住民族生計使用。水土保持法之編訂未考量原住民之生計使用權，應卓研修制原住民保留地水土保育專章，規範林牧用地數種(果樹)類經濟作物為合法水土保育之樹種範疇，不應強制以該法侵權，否則有違反憲法第 22 條之比例原則「禁止過當原則」精神。

(五) 系爭土地上的梅子是原告父親種植的，已經存在 35 年多，原告一家皆靠此維持生活，若要強制造林，1 年就算 3 甲地也不過可申請造林獎金 6 萬元，無法生活。系爭土地係 83 年水土保持法頒布之前政府給我們拿來生計使用，78 年時省政府還行文，要求林務局及國有財產局再提供土地給原告以供生計，原告一直委請民意代表要求農委會及立法院修法，在尚未修法前，農委會可以頒布「要點或辦法」讓我們林果並存，事情就解決了，為什麼沒有任何一個有關單位能正視原住民族的農耕生計問題。並聲明求為判決撤銷訴願決定及原處分。

二、被告乙主張

(一) 《山坡地保育利用條例》於 65 年制定，其超限利用之規定皆

比〈原住民保留地開發管理辦法〉還早，故非水土保持法制定後限縮原住民族對於原住民保留地之使用規範。

（二）原告為山坡地經營、使用人，依法為水土保持義務人，其於系爭土地超限利用，經前高雄縣政府函請於 100 年 1 月 31 日前完成改正。惟屆期未改正，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；罰鍰額則依據高雄市政府處理違反水土保持法案件罰鍰裁罰基準有關規定予以裁罰，所為處分並無違誤等語，資為抗辯。並聲明求為判決駁回原告之訴。

肆、爭點

- 一、水土保持法可否限縮原住民依〈原住民保留地開發管理辦法〉所取得之耕作權、地上權或承租權？
- 二、被告乙所作原處分有無違反水土保持法及比例原則？

伍、法院見解

爭點一：水土保持法並非限縮原住民依〈原住民保留地開發管理辦法〉所能取得之耕作權、地上權或承租權？

原告為系爭土地之所有人，屬水土保持法第 4 條所稱之水土保持義務人，其在經查定為宜林地之系爭土地上種植梅子樹，前經高雄縣政府以其屬超限利用，派員至現場勘查結果，發現系爭土地上仍種植梅子樹而作農業經營使用，未在指定期限內改正，且原告對於其仍在系爭土地種植梅子樹乙事，亦不否認，其超限利用之違規事實，至為明確。

禁止山坡地超限利用之規定，比 79 年 3 月 26 日訂定之〈原住民保留地開發管理辦法〉還早，至於〈原住民保留地開發管理辦法〉係依《山坡地保育利用條例》第 37 條規定訂定之，旨於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，故其有關水土保持部分，仍應受相關法令規範，並非水土保持法制定後限縮原住民族對於原住民保留地之使用規範。

爭點二：被告乙所作原處分有無違反水土保持法及比例原則？

按水土保持法第 1 條第 2 項規定：「水土保持，依本法之規定，本法未規定者，適用其他法律之規定」。由此觀之，水土保持法就立法體例，應係立於特別法之地位，僅水土保持法未規定時，始可適用其他法律。故水土保持法為《山坡地保育利用條例》法之特別法，應優先適用。

經查，系爭土地為宜林地，原告既為系爭土地之水土保持義務人，並經前高雄縣政府函告知其在系爭土地種植梅子樹之行為已屬超限利用，並限期應於 100 年 1 月 31 日前完成改正，自應於期限前將農作物移除，改行造林，以避免山坡地之水土流失，造成災害，惟卻仍繼續種植梅子樹，原告就其行為有義務且有注意，卻未注意，難謂無過失。從而被告衡酌本件違規面積約 0.8 公頃，第 1 次違規，依據水土保持法第 33 條第 1 項第 1 款規定暨高雄市政府處理違反水土保持法案件罰鍰裁罰基準處以原告 8 萬元罰鍰，於法並無違誤，原告主張被告依水土保持法裁罰原告，有過當之嫌云云，亦非可採。

陸、評析

本件為原住民保留地之利用是否有違反水土保持法超限利用限制之爭議，進而行政機關在處分上是否有違比例原則之爭議。

一、關於水土保持法超限利用限制可否限縮原住民依〈原住民保留地開發管理辦法〉所能取得之耕作權、地上權或承租權？

（一）實務見解

1. 最高行政法院 87 年度判字第 1501 號

原告未經申請核准，於屏東縣三地門鄉某某等地號原住民保留地開挖整地，興修道路，案經被告派員會同三地門鄉公所及德文派出所人員現場勘查屬實，認有違水土保持法規定，乃分別各處新臺幣六萬元罰

緩，原告認為僅吊勾廢木材、清除路面雜，因而循序提起行政訴訟。經最高行政法院以原告未擬具水土保持計畫書等……開挖山坡地、興修道路、濫伐林林，影響水土保持為由，判決駁回原告之訴確定。

2. 最高行 101 年度裁字第 751 號、高雄高等行政法院 100 年簡字第 244 號行政判決

在被查定為宜林地之原住民保留地種植果樹之原住民遭行政機關以違反水土保持法處罰。其在法院主張，原判決涉及違背〈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，以及依《原住民族基本法》應得部落族人對於土地使用之同意。但一審法院避開原基法關於應得部落同意之主張，僅以①中央主管機關農委會在處理全省山坡地超限利用問題，制訂政策時已兼顧農民生計，給予 6 年緩衝時間逐步改正，並發給造林獎勵金酌予補償，是原告再以全家生計為由，拒絕改正，亦難作為其免責之事由；②《水土保持法》就山坡地之水土保持管理及維護等規定，已兼顧山坡地之利用及水土保持之需要，難謂其有何違反憲法第 22 條之比例原則「禁止過當原則」精神為由，判決原告敗訴。最高法院亦以不具上訴要件為由理由裁定駁回。

（二）《水土保持法》與《山坡地保育利用條例》之關係

從上述實務見解及本件判決之見解看來，本件根據〈原住民保留地開發管理辦法〉所取得之原住民保留地耕作權雖然在水土保持法施行前既已取得，但是實務見解多認為《水土保持法》立於特別法地位，應優先適用。且原住民保留地開發管理辦法係依山坡地保育利用條例第 37 條規定訂定，旨於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，故其有關水土保持部分，仍應受相關法令規範，並非水土保持法制定後限縮原住民族對於原住民保留地之使用規範。

二、裁罰手段是否有違比例原則?

但是，依據《行政程序法》第 7 條之規定，行政行為，應依下列原則為之：「一、採取之方法應有助於目的之達成。二、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。三、採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。」亦即，本件處分是否適法，應審查其是否符合①適當性、②必要性及③衡量性等三項原則。

關於衡量性原則，法院認為依據水土保持法第 33 條之裁罰規定，本件違反同法第 22 條第 1 項超限利用之處罰為新臺幣 6 萬元以上 30 萬元以下罰鍰，屬於裁量處分，被告乙得在衡量事實後，在法律範圍內決定是否作成或以何種方式作成之行政處分。本案被告依據其所公告之〈高雄市政府水利局處理違反水土保持法案件裁罰基準〉，是以違規面積及次數作為裁罰基準裁罰 8 萬元並無違誤。但是關於適當性原則，一審判決依據農委會之函釋認為山坡地經查定公告為宜林地者，不宜作為農耕使用，如於宜林地種植果樹、檳榔、茶等農耕使用行為，均屬超限利用¹⁵之見解，因為宜林地是否絕對不能為農耕行為，當有爭議。利如有文獻舉出他國採取「混農林業經營」(Agroforestry)之模式，可作為山坡地永續經營方式之一¹⁶。而且定義該超限利用之〈水土保持法施行細則〉第 22 條第 1 項將「山坡地超限利用者」，「從事農、林、漁、牧業，未依第十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」分開限制，亦即後者之農耕行為如依法實施水土保持之措施，並不受處罰。關於此點似有斟酌之餘地。

三、水土保持法與原住民保留地之關係

〈原住民保留地開發管理辦法〉是依《山坡地保育利用條例》第 37 條的法律授權而訂定，其適用範圍包含原住民保留地範圍地界定、土地所有權、耕作權、地上權之申請條件、移轉方式等，法理上即以《山坡

15 經農委會 86 年 2 月 12 日農林字第 86104478A 號函釋。

16 鍾秉正，同前註 2，頁 24。

地保育利用條例》所指的範圍為限¹⁷，又由於該法第 1 條規定，山坡地之保育、利用，依本條例之規定；本條例未規定者，依其他法律規定。因此 83 年公布實施之水土保持法亦成為限制原住民保留地之超限利用之根據。又，農委會函釋基於特別法住於普通法及「後法優法住於前法」等法理，認為凡涉及水土保持處理與維護，水土保持法應優先適用¹⁸。

但是，依據〈原住民保留地開發管理辦法〉第 3 條之規定，設置原住民保留地的目的是在「保障原住民生計，推行原住民行政」，所以從立法體系來看，原住民之土地的利用是以受山坡地保育及水土保持之法律限制為前提，原住民族委員會或部落似無介入餘地。

然，94 年《原住民族基本法》公布施行，該法第 14 條規定：「政府應依原住民族意願及環境資源特性，策訂原住民族經濟政策，並輔導自然資源之保育及利用，發展其經濟產業」。又，同法第 21 條第 2 項規定：「政府或法令限制原住民族利用前項土地及自然資源時，應與原住民族、部落或原住民諮商，並取得其同意；受限制所生之損失，應由該主管機關寬列預算補償之」。另外，根據同法第 20 條第 3 項之規定，原住民族或原住民所有、使用之土地、海域，其回復、取得、處分、計畫、管理及利用等事項，另以法律定之。基於山保條例非以保障原住民使用原住民族土地權益為主要立法目的之理由，目前「原住民族土地及海域法」草案已在立法院審議中，關於原住民族土地之開發、利用及保育有專章加以規範。從上述法令及立法趨勢可知，對於利用原住民保留地之限制法令在「原住民族土地及海域法」未通過前，必須與原住民族、部落或原住民諮商，並取得其同意。在此前提下，尚須主管機關輔導自然資源之保育及利用，發展其經濟產業，如果受限制而產生損失，應由該主管機關寬列預算補償之。

確實，水土保持之限制和原住民保留地之利用如何取得平衡，是最大的問題所在。目前政策上是採獎勵造從的措施，但據學者指出，由於

17 許萃華，同前註 10，頁 31。

18 農委會 85 年 8 月 29 日（85）農林字第 5136876A 號函。

私人持有土地規模較小，加上森林法對於林業利用行為的管制甚多，山坡地違規進行農耕的情形仍多，傳統的管制模式效果甚為有限。如何在山坡地的保育與利用之間取得調和？除了獎勵造林之外，是否有其他手段？政府似乎要有足夠的誘因，才能使山坡地的超限利用「轉農為林」¹⁹。

但是，此僅為一般論，自然環境之保育與原住民生計維持，在原住民傳統生活中並非是衝突議題，因為原住民族長久生活在自然環境中，已形成一個傳統之共生關係，自有一套共存之習慣或機制，非必然應完全排除農業利用。例如，有人類學者指出，由已發表的研究結果推論，在原住民長期山田燒墾輪耕經營方式下，臺灣許多山區呈現不同演替階段森林鑲嵌分布之現象，創造出多樣化環境，也提供不同生物生長、棲息環境²⁰。

綜上所述，法院在適用前述《水土保持法》對於原住民保留地，乃至傳統領域之原住民族土地之保育與利用限制規定時，應考量原住民傳統文化及生活習慣，不能一概否定與既定規範不同之利用方法及範圍，同時應參酌主管機關是否已盡到原基法所規定之輔導及補償責任，依據比例原則加以判斷。

❖ 相關法律條文

原住民保留地開發管理辦法：第 11 條、第 15 條第 1 項、第 16 條、
第 20 條第 1 項

19 鍾秉正，同前註 2，頁 8。

20 王相華、田玉娟（2009），落之山田燒墾農耕方式及其傳統生態知識，國家公園學報第 19 卷第 4 期，2009 年，頁 18。

案例五 原住民保留地登記爭議**案號** 臺北高等行政法院 104 年度原訴字第 2 號**案由** 是否為實際耕作人之爭議**關鍵詞** 原住民保留地登記、傳統淵源關係。**壹、案例事實**

原告甲向被告乙（花蓮縣壽豐鄉公所）申請補辦增編原住民保留地，現勘時原告指界錯誤，被告乙於 103 年 5 月 16 日函送會勘紀錄並依會勘決議結案登錄。原告甲於同年 6 月 3 日提出申復書，申復原申請地號因未知土地地號而指界錯誤，申請之勘查地點確無誤云云。然系爭土地業依行政院號函核定漏報增劃編為原住民保留地，核定使用人為參加人丙，並辦竣管理機關變更登記為原住民族委員會，使用屬實地號內辦理分割在案。系爭土地辦理分割後為 A、B 兩筆，B 地號現為河川地，依水利法第 83 條規定屬於尋常洪水行水區域之土地，不得增編為原住民保留地。經被告乙於同年 7 月 30 日及 8 月 26 日辦理現地會勘，並依 103 年 9 月 25 日花蓮縣壽豐鄉原住民保留地土地權利審查委員會（下稱土審會）土地權利糾紛協調會議議決，系爭土地經參加人漏報申請至核定及管理機關變更程序均無違誤，爰於 103 年 10 月 3 日函復原告甲其申請不符規定，依規定辦理結案登錄，並將 A 地號全部設定農育權（103 年 11 月 14 日至 108 年 11 月 13 日）予參加人丙。原告甲不服，提起訴願，業經駁回，遂向本院提起本件行政訴訟。

貳、訴訟歷程及結果

一審終結，原處分否准原告「補辦增編原住民保留地」、「分配系爭分配系爭土地之一部分（並設定耕作權）」，並無違誤，維持對訴願的決定，理由雖有不同，但結果並無二致，自無撤銷之必要，原告訴請撤

銷，並請求作成准予將系爭土地補辦增劃為原住民保留地及設定耕作權登記之處分，均為無理由，應予駁回。

參、當事人主張

一、原告甲（原住民）主張

系爭土地在民國初年即由原告甲外曾祖父開墾種植稻田，歷經原告外祖父持續耕作，有公有土地繳納稻穀地租聯單等，後原告甲母親結婚後，外祖父將此地交給原告母親，由原告父母及全家人耕作，系爭土地雖經行政院函核定予參加人丙，但事實上該地並非參加人丙耕作，此由該地上現由原告種植香蕉，被告乙亦未說明丙係系爭土地權利人之依據。丙長年旅居日本，並未居住花蓮，遑論其於系爭土地耕作，而趁原告甲等人不察，擅自向被告乙申請系爭土地增劃編為原住民保留地，實屬有違。本件原告甲申請案本意乃欲於系爭土地設定耕作權。至於被告誤設定耕作權予丙部分，其未有工作事實及不敢協商等情。故本件原告及其祖先既有於系爭土地耕作之事實，本件被告應作成准予原告耕作權登記之行政處分，方屬適法。綜上所述，並聲明求為判決：（一）原處分及訴願決定均撤銷。（二）被告應作成准予將 A 地號補辦增劃為原住民保留地之處分。（三）被告應作成准予原告甲於 A 地號設定耕作權登記之處分。（四）訴訟費用由被告負擔。

二、被告乙主張

查系爭土地業奉行政院 97 年 2 月 18 日函核定漏報增劃編為原住民保留地，核定人為丙，有持續耕作之事實，現地種植：藤心、血桐、九芎，並依據使用面積地號內辦理分割依規定申請設定他項權利。另外，原告僅於書面文字敘述「本人於民國 77 年 2 月 1 日前即已使用 A 地號內土地」，卻無土地使用權源證明，明顯不符公有土地增劃編原住民保留地審查作業規範，原告於 103 年 6 月 3 日所提申復書之附件照片日期分別為同年 3 月 11 日及同年 4 月 24 日，顯不足以證明於 77 年 2 月 1 日前即已使用祖先遺留且迄今仍繼續使用，與公有土地增劃編原住民保留

地審查作業規範第 4 條規定未符。至於公有土地繳納稻穀地租聯單土地標示為壽豐鄉水璉段未地號，亦與系爭土地無涉。且被告為維護民眾權益，釐清該原住民保留地土地權利糾紛之調查及調處，已辦理 2 次現地會勘及土審委員土地權利糾紛協調會議，均符合〈原住民保留地開發管理辦法〉第 6 條、行政程序法第 9 條、第 43 條等規定，被告並依 103 年 9 月 25 日土審會結論予以結案登錄，自屬有據等語，資為抗辯。綜上所述，並聲明求為判決：（一）駁回原告之訴。（二）訴訟費用由原告負擔。

三、參加人丙

申請系爭土地為原住民保留地必須符合 77 年 2 月 1 日前即已使用祖先遺留且迄今仍繼續使用公有土地之規定，惟原告所提出之證據，包括稻穀地租聯單上記載為未地號，與系爭土地無關、種植香蕉之照片日期卻為 103 年 3 月及 4 月、傳喚之證人鄭成雄為原告表哥，范傳男父親則與原告母親係表兄妹，渠等所為之證詞證據力應受質疑。

反之，參加人丙早年即已使用即申辦系爭土地為原住民保留地，行政院並於 97 年 2 月 18 日函核定漏報增劃編為原住民保留地，核定人為參加人丙在案，同時於 103 年 12 月取得他項權利。

而取得他項權利前，業經主管機關至現地會勘並拍照存證，會勘記錄亦有記載時間、地點及使用狀況，即參加人丙種植滕心、血桐、九芎及蕃龍眼等農作物，均足以推翻原告所提出之證物，且原告於 103 年 3、4 月間種植之香蕉，係由伊剷除參加人丙之作物後所為，故原告嗣後補提出之照片亦不足採。

肆、爭點

- 一、補辦增編系爭土地為原住民保留地，「分配系爭土地之一部分（並設定耕作權）」之申請時系爭土地實際使用人之認定分是否有違誤？
- 二、原處分否准認定原告為使用人，並認定參加人為使用人後結案辦

理農育權登記給吳千來，有無違誤？

伍、法院見解

原告甲並非自 77 年 2 月 1 日前即已使用系爭土地之一部分，原處分否准認定原告甲為使用人，並認定參加人丙為使用人後結案辦理農育權登記給丙，並無違誤。

土地使用情形私相授受不易究明，花蓮縣壽豐鄉土審會委員依其過去聽聞及生活經驗一致認為「系爭土地經丙漏報申請」之結論，雖未敘明得心證之理由，但仍為有力參考，原告欲推翻此認定，即應提出更為強大之反證。原告提出之「公有土地繳納稻穀地租聯單」，土地標示為壽豐鄉水璉段地號「未」，而其所提「互換工證明書」並無工作地點之標示，均不足以證明原告於 77 年 2 月 1 日前即已使用系爭土地且迄今仍繼續使用。原告提出之樹齡 80 年以上之蕃龍眼、蓮霧及與鄰地接界情形之現場照片，不能證明是「人為種植」及何人所種；其所提空照圖雖顯示有人開墾，但未經套繪，無從區分地號，亦無法證明是何人所種植。證物、證詞均尚不足以推翻行政院 97 年 2 月 18 日院函核定「丙為使用人」，及花蓮縣壽豐鄉土審會委員一致認為「系爭土地經丙漏報申請至核定及管理機關變更程序均無違誤」之結論，被告否准原告「分配系爭土地之一部分（並設定耕作權）」之申請，尚無違誤。。

陸、評析

本件判決特點是，「補辦增編系爭土地為原住民保留地」及「分配系爭土地之一部分（並設定耕作權）」之申請時，系爭土地實際使用人發生爭議應如何認定之問題。

一、關於「繼續使用」之要件

原住民保留地登記申請發生有二人以上使用人之爭議時，屬事實認定問題，由土審會依據個案事實，根據雙方之舉證來加以認定。但是依據公有土地增劃編原住民保留地審查作業規範第 4 條規定，申請劃編為

原住民保留地的資格是，原住民於 77 年 2 月 1 日前即已使用其祖先遺留且迄今仍繼續使用之公有土地，檢附相關證明文件。所謂「繼續使用」之基準如何，同條第 2 項列舉中斷事由之第 4 款規「因土地使用人之糾紛而有中斷情形，經釐清糾紛」者亦得增編為原住民保留地。本件被告乙機關土審會在 103 年 11 月 14 日將 A 地號全部設定農育權予參加人丙之前，原告甲亦就同一 A 地提出申請，雙方是否已「釐清糾紛」，判決中並未見土審會說明，事實認之程序上有所不足。蓋原住民土地糾紛中，依文獻之記載有祖先借貸、增與之約定或因長期休耕而為他人所占有等情形²¹，土審會以「依其過去聽聞及生活經驗一致」為由一致作成決議，而為法院所採，認為具有參考力，據以課予申請人提出更為強大之反證的義務，理由似嫌不足。

二、關於「與該土地具有傳統淵源關係」之要件

〈原住民保留地開發管理辦法〉第 20 條第 1 項第 1 款規定受分配之土地須具有「與該土地有傳統淵源關係」者。「傳統淵源關係」之不確定法律概念如何判斷？本件判決引用最高行政法院肯認，行政機關之獨立專家委員會之判斷，基於尊重其不可替代性、專業性及法律授權之專屬性，對其判斷採取較低之審查密度，僅於行政機關之判斷有恣意濫用及其他違法情事時，得依法撤銷或變更之見解²²，認為所謂「與該土地有傳統淵源關係者」之要件，此屬不確定法律概念，由鄉公所轄內之公正人士或原住民社區推舉熟諳法令之熱心公益人士聘兼，且成員應有 5 分之 4 為原住民等條件所構成之土審會應具有獨立專家委員會之性質，其對申請者與其所申請受配之土地是否具有「傳統淵源關係」之判斷，除有恣意濫用及其他違法情事時，始得依法撤銷或變更外，應賦予

21 例如太魯閣族的邱寶琳在其碩論中提到外公在土地總登記前借地給親戚，而在土地清查與丈量之時以卻被其申請登記成自己的名字（邱寶琳（2010），〈原住民族土地權之探討——以花蓮太魯閣族為例〉，《國立東華大學民族發展研究所碩士論文》，頁 iii）。又筆者在布農族馬遠部落進行法律諮詢服務時，被當地族人問到其繼續耕作土地因休耕被其他族人占據耕作並被申請登記之案例。

22 最高行政法院 104 年度判第 199 號判決。

相當程度之判斷餘地，給予尊重²³。

但是，如前所述，土審會委員依其「過去聽聞及生活經驗」作為判斷根據為法院所採，是否妥當，值得斟酌。特別是土審會之專業性常受到民眾質疑，被要求應朝法制化、專業化、中立化、獨立化改革²⁴。更有文獻建議在原基法承認原住民族土地權利之後，國家亦應針對原住民族傳統文化與土地習慣之概念進行調查，將歷年土地變遷與爭議為充分影音紀錄及文字登記，並在登記表格增加相對應項目，作為族群部落會議或自治政府在建構糾紛調處機制時之證據資料，方能針對原住民族土地權為糾紛調處，因為在西方財產權體制下之現行國家法令，是不可能認識並解決原住民土地糾紛，國家應該在承認原住民族土地權下重新進行原住民族土地之土地清查與新總登記²⁵。

❖ 相關法律條文

公有土地增劃編原住民保留地審查作業規範：第 4 條

原住民保留地開發管理辦法：第 6 條、第 20 條

行政程序法：第 9 條、第 43 條

23 高雄高等行政法院 103 年度原訴第 1 號判決。

24 例如原住民立委 Kolas Yotaka 在立法院提案要求全面檢討鄉鎮市區原住民保留地土地權利審查委員會設置要點，將原住民族土地權利審查委員會委員權責法制化，並納入專業化（如具有法律、地政、歷史等相關專長）、中立化（如利益迴避、與主席一定親等內不得兼任委員）、獨立化（如一定比例由鄉（鎮、市、區）公所以外之外部委員擔任）之聘任準據及監督機制，並將事權回歸由行政機關（立法院第 9 屆第 1 會期內政委員會第 15 次全體委員會議紀錄）。

25 邱寶琳，同前註 21，頁 313。

案例六 土石採取**案號** 高雄高等行政法院 104 年度訴字第 105 號**案由** 採取風災後沖積土石之爭議**關鍵詞** 土石採取、自然資源利用權。**壹、案例事實**

原告原住民甲，未經申准許可，擅自僱用他人駕駛挖土機及卡車於屏東縣○○鄉某土地採取土石。本案經警察會同鄉公所技士查獲，其現場挖掘石材面積約 250 平方公尺，且有將土石運往外面之情事，據此警察以現場勘查之資料請被告縣政府於以裁處。而後經被告派員會同原告、土地之地主、挖土機司機及卡車司機等人，於 103 年 7 月 21 日共同前往系爭土地會勘，並據原告當場陳述意見後，被告遂核認原告盜採土石之行為，爰依《土石採取法》第 36 條及《區域計畫法》第 21 條規定，處原告罰鍰 100 萬元，並「禁止繼續違反管制使用土地、採取土石，及將已採取之土石外運」，「限於 103 年 8 月 21 日以前變更土地使用、辦理整復及清除其設施」之處分。原告不服，提起訴願，亦遭決定駁回，遂就關於罰鍰部分提起本件行政訴訟。

貳、訴訟歷程及結果

高雄高等行政法院認為，被告未詳查原告所採取之土石係以何方式採取，即逕以原告未經申准許可，於系爭土地採土石，即該當於《土石採取法》第 36 條之構成要件，裁處原告 100 萬元罰鍰，認事用法，均屬有誤。訴願之決定維持，亦有可議。原告訴請撤銷訴願決定及原處分關於裁處罰鍰部分為有理由，應予准許。

參、當事人主張

一、原告甲（原住民）主張

（一）系爭石頭非原賦存於地下之土石：系爭石頭（大石 2 顆、小石 8 顆），乃先前為天然災害致原住民之石造屋遭破壞後留之物或為災害之土石沖刷而遺留於系爭土地之上，本非賦存於系爭土地之下，即系爭石頭並非自始即賦存於系爭土地之下，顯不該當土石採取法所定之土石採取要件，被告未實察上述情事，遽認原告違反《土石採取法》第 36 條之規定作成原處分，乃有違誤。

（二）原告雇請工人於系爭土地進行整地行為，非屬《土石採取法》第 36 條所定未經許可採取土石行為：「土石採取，應依本法取得土石採取許可。但下列情形，不在此限：……二、實施整地與工程就地取材者」。《土石採取法》第 3 條第 1 項第 2 款定有明文，可認為因實施整地而有土石採取者，不須先依《土石採取法》第 3 條第 1 項本文之規定，須先經許可之情形，即無《土石採取法》第 36 條適用。土地因長期受天然災害等侵襲、原石造屋崩塌，該土地之上遺留（非賦存於該土地之下）大量不利種植農作物之石頭，故原告欲於系爭土地種植芒果等農作物，自需先行進行整地，以利日後從事農作，原告所為係該當前開《土石採取法》第 3 條第 1 項第 2 款之整地行為，不適用《土石採取法》第 36 條之規定，則被告未究明上情，逕以原告違反《土石採取法》第 36 條之規定作成原處分，並不妥當。

二、被告乙（屏東縣政府）主張

原告僅憑空稱系爭石頭非原賦存於地下之石頭，其僅係為整地外運土石，應為〈採取土石免申辦土石採取許可管理辦法〉第 3 條之規定云云，並不可採。

原告辯稱其非《土石採取法》第 36 條所定違反行政法上義務之人，因為他不知情石頭外運之事是假的，理由為已證稱係受原告指示將採取之土石外運，且原告於 103 年 6 月 16 日警詢筆錄時亦坦承犯行：

「我為了整地，有石頭不能種植，整地後的石頭沒地方放置，所以才外運」等語，顯見確是原告對於石頭外運一事，已有認知。

按《土石採取法》第 36 條規定，未經許可採取土石者，處 100 萬元以上 500 萬元以下罰鍰。承前所述，原告違反土石採取法甚明，被告衡量原告為原住民身分、應受責難程度、所生影響及因違反行政法上義務所得之利益，及受處罰者之資力等情，裁以最低法定刑 100 萬元之罰鍰，並無不當等情。並聲明求為判駁回原告之訴。

肆、爭點

- 一、上訴人委託他人搬離土石整地，是否需要申請土地採取許可？
- 二、原住民因為開墾之目的，是否得依照《土石採取法》第 3 條之規定，免申請土地採取許可？

伍、法院見解

就第一點主張，土石採取之部分，倘行為人所採取之土石，非屬《土石採取法》所欲規範者，即未違反《土石採取法》第 3 條第 1 項前段之規定，自不能依《土石採取法》第 36 條前段規定裁處罰鍰，《土石採取法》所指土石採取，應係指將原賦存於地下之土石，藉由開採挖取之行為，使其脫離原賦存之狀態，並外運或外賣移作其他用途作用。簡單言之，原賦存於地下之土石一經開採挖取行為，即脫離原賦存型態，影響土質結構，其就應受保育以達涵養水源、維持地基穩固之功能而言，已有受損，從而其未經許可採取土石之行為，方足以該當同法第 36 條規定之構成要件。反之，如因天然災害（如颱風、土石流等）造成土石堆置於私有土地上，土地所有權人或使用人因整地需要，而將該堆置於原有土地上之土石移往他處，即不屬《土石採取法》所定之土石採取行為，就沒有第 36 條之適用。

法院根據相關證據表示，該土地原本即有大小不一之石頭堆置於上，並佈滿雜草，可證明原告當日雇請之怪手司機張清水挖取土石之行為，應僅是在系爭土地上平挖之整地行為，而非係向下深挖之採取土石

行為，堪予認定。是原告稱系爭石頭係因土石流沖刷而遺留於系爭土地上，非原即賦存於該土地下，可採信之。

被告雖以原告所稱天然災害，係指因 61 年泰利颱風襲台所發生土石流，然系爭土地並非該次颱風災區，且 61 年迄今已有 40 餘年，以此作為整地之理由實屬過於遷強等理由；但法院認為，土地上大小不一之石頭長期裸露在外，顯係歷次天然災害所造成，如果不是因人工開採自地下挖掘出來，則縱原告有雇請工人將該土石移置他處，甚至丟棄，依據上開說明，亦非《土石採取法》所欲規範之範圍。是被告認定原告未經許可，於系爭土地採取原有土石，依《土石採取法》第 36 條規定，處原告罰鍰，顯有違誤。至原告上開行為雖未依採取土石免申辦土石採取許可管理辦法辦理相關事宜，然因土石採取法對該情形未設處罰規定，自應視該行為是否違反其他法令而予以查處。

陸、評析

依據《土石採取法》第 4 條第 2 款對於「陸上土石」之定義，是指「指賦存於陸地之土石」。本件判決則進一步解釋認為，應係指「賦存於地下之土石」，而開採挖取之行為，是使其脫離原賦存之狀態，並外運或外賣移作其他用途作用。因此排除①非原「賦存於地下之土石」之天然災害（如颱風、土石流等）所生土石；②該土石堆置於私有土地上；③使用人因整地需要，而將該堆置於原有土地上之土石移往他處之本案例情形。

本案判決據此採認原告甲主張其採取系爭石頭（大石 2 顆、小石 8 顆）為先前該為天然災害致原住民之石造屋遭破壞後留之物或為災害之土石沖刷而遺留於系爭土地之上之主張，以被告未詳查原告所採取之土石係以何方式採取，即逕以原告未經申准許可，於系爭土地採土石，即該當於土石採取法第 36 條之構成要件，裁處認事用法均屬有誤而判決原裁罰處分撤銷。但是，原告所採取之石頭縱使非原住民石造屋之基石，而為該法第 36 條所稱之「原賦存於地下之土石」，仍涉及原住民利用自然資源之傳統習慣，在實務上尚未有明確之見解，因此本件判決射程仍

有其侷限性。

《原住民族基本法》第 20 條第 1 項原住民族土地及自然資源權利、第 19 條原住民得在原住民族地區，基於傳統文化、祭儀或自用為目的，依法從事採集野生植物及菌類等非營利行為之規定雖然曾經司馬庫斯櫟木案臺灣高等法院 2010 年判決所引用，認為依據森林法第 15 條第 4 項前段原住民族得依其生活慣俗需要，採取森林產物等規定，認定因檢拾枯櫟而被依違反森林法第 52 條第 1 項第 4 款、第 6 款起訴之原住民判決無罪²⁶。但是自然資源之採集之範圍仍有爭議，是否僅止於森林法第 15 條第 4 項前段所稱之「傳統文化及生活慣俗」，或應包括上述《原住民族基本法》第 19 條所稱之「自用」仍有爭議。例如臺灣苗栗地方法院 102 年盜採牛樟木案刑事判決²⁷中引用日治時期之臺灣總督府臨時臺灣舊慣調查，認定泰雅族原住民在菇類作物中，僅有採取香菇食用之紀錄，而無培養牛樟芝供作食用或藥用之資料，且在該族傳統文化中，未經許可擅取他人物品，仍可引起部落內部之糾紛，而遭到相對應之處罰之文獻記載來否定被告主張。

《原住民族基本法》第 19 條所規定「自用」之目的範圍如何，又其他諸如森林法並未包含「自用」之目的，或本案之土石採取法完全未針對原住民之採集行為有例外規定之情況下，《原住民族基本法》之效力位階問題，常被提出討論。有學者認為，《原住民族基本法》應該承認具有指導法律解釋與法律適用之位階，在其他相關法律尚無詳細規定或管理辦法時，應允許原住民依憲法保障原住民族多元文化的憲法價值的解釋，承認所謂「法理」之採集²⁸。

2004 年經濟部修正〈採取土石免申辦土石採取許可管理辦法〉第 2 條規定，允許採取少量土石供自用者免申請許可，應以人工採取，其採取總量以二立方公尺為限。但原住民因興（修）建住宅、機關、學校、

26 臺灣高等法院 98 年上更（一）字第 565 號刑事判決

27 臺灣苗栗地方法院 102 年原訴字第 2 號判決

28 王皇玉，原住民犯罪的文化抗辯及其實踐，臺灣原住民族法學，第 1 卷 1 期，2016 年 7 月，頁 41。

教會需要石板材，得不以人工採取，其採取總量以十立方公尺為限²⁹。2015 年又修正為以人工採取，採取總量以二立方公尺為限。但以徒手方式撿拾三十公斤以下之土石，得免申請。但放寬原住民於在下面兩種情形免申請：

- 一、原住民在原住民族地區內因傳統文化、祭儀或非營利目的採取少量土石，採取總量以十立方公尺為限，得不限人工採取。
- 二、原住民於原住民族地區內因新（修）建傳統石板屋形式之住宅、機關、學校、教會或公共設施而需要石板材，採取總量以三十立方公尺為限，得不限人工採取。

上述行政機關所發布之法規命令似有承認原住民對於自然資源之利用權，但是在法律位階之層次上似仍有疑義³⁰。

❖ 相關法律條文

土石採取法：第 3 條第 1 項、第 36 條

區域計畫法：第 21 條勞動基準法：

採取土石免申辦土石採取許可管理辦法：第 3 條

29 93 年 10 月 27 日經濟部經礦字第 09302715970 號令

30 例如立法院法制局研究建議認為，興（修）建之住宅如為自用，該管理辦法固然與母法（本法第 3 條第 1 項第 1 款）規定相符，如住宅非屬自用者，則是否已逾越母法之規定？不無疑義。另興（修）建機關、學校及教會，因其為公共建設，提供眾人使用，自與母法所指之「自用」不符，似已違反法規命令不能抵觸母法之原則，宜檢討修正。如基於保障原住民族之權益，而有加以規定之必要，宜提升至法律位階（http://www.ly.gov.tw/05_orglaw/search/lawView.action?no=25117）。

案例七 原住民保留地設定耕作權案

案號 臺中高等行政法院 102 年度訴字第 161 號
最高行政法院 103 年度判字第 419 號
最高行政法院 103 年度判字第 687 號

案由 原住民保留地開發管理辦法繼續耕種要件之爭議

關鍵詞 原住民保留地登記、長期休耕。

壹、案例事實

本件原告甲向被告乙（南投縣仁愛鄉公所）申請就分割前坐落南投縣仁愛鄉前割前 A 號原住民保留地設定耕作權登記，經被告乙機關函覆為否准處分，惟該處分後依據南投縣政府以訴願決定撤銷該處分，被告乙於後以函請原告甲依原住民保留地各種用地申請作業須知之規定，檢具相關書件重新提出申請，而此次被告乙復函以該土地係屬公共造產事業用地不得設定耕作權登記為由，否准所請。其後又經過多次行政院及被告機關之現場勘驗，但未作成准駁處分。原告未經提起訴願，即逕向本院提起行政訴訟，請求確認其就系爭土地之耕作權存在，被告應辦理耕作權登記，經法院判決駁回，並於判決理由諭示原告應循提起課予義務訴訟途徑救濟，原告狀請被告應速就系爭土地作成准予設定耕作權登記之處分，惟被告仍遲未作成處分，原告經提起訴願被決定駁回後，遂提起本件行政訴訟。

貳、訴訟歷程及結果

原告甲於 91 年至 99 年間共 4 次向被告（被上訴人）乙鄉公所申請分割前之 A 號原住民保留地耕作權設定登記申請，前 2 次均被否准。甲第 3 次就 A 號地分割後之 A-1 號地申請，僅許可一部分，並分割成同段 A-2 號地被核准登記，第 4 次再就分割後之 A-1 號地提出申請，被告乙

未為准駁決定。甲未經提起訴願逕向原審台中高等法院提起請求確認系爭土地之耕作權存在之訴，令乙辦法耕作權登記，經原審駁回（臺中高等行政法院 102 年度訴字第 161 號），再向最高行政法院提起本件上訴再被駁回（最高行政法院 103 年度判字第 419 號），經再向同法院提起再審之訴亦被駁回（最高行政法院 103 年度判字第 687 號）。

參、當事人主張

一、原告甲（原住民）主張

（一）原告家族於 50 年間即開墾系爭土地完竣，符合〈原住民保留地開發管理辦法〉第 8 條第 1 款規定之要件，並經仁愛鄉原住民保留地土地權利審查委員會（下稱土審會）於 99 年 8 月 19 日決議通過本件申請案，依原住民保留地各種用地申請作業須知之辦理程序，被告應即核准，並應於 5 日內函請埔里地政事務所將系爭土地設定耕作權登記予原告。

（二）本件申請案既多次經仁愛鄉土審會所決議通過，被告即應居於執行機關之地位，依法核准本件申請案，不得藉詞濫權推諉。

（三）原告開墾系爭土地完竣之事實既明確記載於「仁愛鄉山地保留地清冊」，被告應核定原告本件申請案，並應駁回「其他」非上開山地保留地清冊所載之人之申請。

（四）證人張厚生固稱系爭土地係由其父於 50 年間開始耕作，現存之松茂梨亦係其父所種植，並由其於 70 年間復耕。惟張厚生就系爭土地具有利害關係，且其主張與先前陳述及經驗法則相違，應不可採。

（五）被告未積極協助原告取得系爭土地之耕作權，長年藉故拒為本件申請案之核定，嚴重違背政府輔導原住民取得土地權利之義務，顯屬違法。

（六）況查，被告乙所通過審查之耕作權設定及設定耕作權期滿取得所有權之案件，其土地利用情況，亦多有雜木、雜草等情況，甚至有休耕中之土地，並非一定要持續種植特定作物並持續耕作中，始足當之。因此，仁愛鄉土審會於審議本件申請案時確已通盤掌握系爭土地之

利用情況後，始作成通過之結論。被告所稱土審會決議係遭誤導云云，並不可採。

綜合上述，原告甲之主張本件訴願決定未審慎查明原委以被告乙100年5月16日函即回覆原告存證信函之公函，當作被告乙就本件申請案已作成准駁之決定，而認原告甲所提課予義務訴願為無理由，顯然違背憲法上之「法治國原則」所賦予人民之程序保障與司法救濟之內涵，並非適法，應予撤銷等情。並聲明求為判決撤銷訴願決定，被告應就系爭土地設定耕作權登記案件，作成准許之行政處分。

二、被告主張

（一）被告乙承辦人至現場會勘，發現地上多為雜木、雜草及少數板栗、松茂梨等原始林貌，並無經人工開墾之跡象。故僅依土地現況，被告實無從認定原告於〈原住民保留地開發管理辦法〉施行前，就上開標的已有開墾完竣並自行使用之事實，80年間系爭土地內是鄉營之公共造產林木，又訴外人丁因盜伐林木供自己不法之使用種植香菇等，而遭被告乙以違反森林法提出告訴並經判決確定；當時原告亦未曾出面主張其權利，故推而可知原告主張系爭土地於〈原住民保留地開發管理辦法〉施行前即已開墾完竣並自行使用之說辭，實有可疑之處。

（二）該地於未分割出土地之前，固有部分係原告墾植茶樹，然該部分於嗣後經原告指界，已另有地號，並已登記耕作權予原告。而本件所爭土地迄今仍呈未開發山地之地貌，只有雜木雜草，原告並未曾開發使用，自無權申請耕作權登記，其欲不經被告依法定程序公告分配，即欲強求登記耕作權，自屬無理由。

肆、爭點

- 一、主管機之審核是否僅須符合開墾完竣並自行耕作之事實存在即為已足？
- 二、主管機關之審核是否應審酌本件賽德克族對於土地有以「長期休耕」方式以培育地力之使用土地文化？

伍、法院見解

一、臺中高等行政法院見解

(一) 本件系爭土地既已廢耕多年，非屬原告自行耕作之原住民保留地，不問其原墾者係何人，依據前面被告所提具關於該地之實地勘查結果，原告之申請並不具備〈原住民保留地開發管理辦法〉第 8 條第 1 款規定設定耕作權登記之法定要件，則被告前已將原告實際種植茶樹部分之另外地號土地核准設定耕作權登記在案，而就原屬他人開墾，但已無人耕作之本件系爭土地，已發函收回改配，而未准許原告之申請，自屬適法有據。

(二) 被告對於原告申請設定耕作權之案件，前已就原告實際種植茶樹之土地面積部分，另行由母地分割編定另一土地，以第 3 次處分准許所請，而原告復就系爭土地申請設定耕作權登記，因不符合〈原住民保留地開發管理辦法〉第 8 條第 1 款規定之要件，被告未予准許，於法並無不合。

二、最高行政法院見解

(一) 依據被告乙機關所查驗之結果，難認定上訴人在提出申請耕作權登記時，有自行在系爭土地上耕作之事實，原審判決駁回上訴人之訴，自屬依調查證據為事實認定後之判決，並無上訴意旨所主張原判決有判決理由矛盾及與社會經驗法則不符之情事。

(二) 經原審法院履勘現場結果，系爭土地荒蕪，雜木野草叢生之舊觀益形顯著，足見系爭土地確已棄耕多年，係屬無人耕作之原住民保留地，從而原處分未准許上訴人之申請，自屬適法有據，而駁回上訴人之訴，依法自無違誤。

(三) 依《原住民族基本法》第 20 條、第 23 條與經濟社會文化權利公約第 15 條之規定，固均揭示應尊重原住民族之合法權益之原則，惟上開規定僅屬原則性之提示，惟究應如何運作，仍應委諸於國內法規之規定，本件原判決已敘明適用《山坡地保育利用條例》及該條例所授權制定之〈原住民保留地開發管理辦法〉，自無違上訴人所主張之上開

《原住民族基本法》及經濟社會文化權利公約所揭示之原則。

陸、評析

一、原住民土地登記制度之問題點

根據人類學者之研究，原住民並無土地登記概念，其土地所有偏向於勢力範圍之概念，並非一般認為之無土地所有制度。一般說來，社地多屬部落公有，除魯凱及排灣族之貴族制外，漁、獵場及休耕地等多為生產團體或親族團體所有，耕地則為家族私有³¹。因此，土地個人私有之制度並不存在。

戰後初期的原住民族原地政策大致沿襲日據時代成規，土地權屬國有，賦予原住民土地使用權，但不得私自交換、買賣或典押。一直到1966年修正施行之「〈臺灣省山地保留地管理辦法〉」，導入了所有權私有化制度，於第7條第1款規定，農地登記耕作權，於登記後繼續耕作滿十年時，無償取得土地所有權；同條第2款規定自住房屋建地登記地上權，於登記後繼續無償使用滿十年時，無償取得土地所有權」，賦予原住民取得保留地之管道，從此保留地可區分為國有保留地及私有保留地³²。

原住民土地被劃分為保留地，進行私有化之第一步便是登記制度之導入。根據〈原住民保留地開發管理辦法〉第8條第1款之規定，本辦法施行前由原住民開墾完竣並自行耕作之土地者，原住民得會同中央主管機關向當地登記機關申請設定耕作權登記。但是根據行政院核定「補辦增劃編原住民保留地實施計畫」³³指出，自1999年以後，政府不再受理原住民申請，但仍有部分原住民符合增編原則或劃編要點規定之要件，而未能申請，以致原住民未能取得祖先原使用之土地權利，影響權益至鉅。顯示有部分原住民並無取得私有土地之意願，或有部分在申請

31 林秋綿，臺灣各時期原住民土地政策演變及其影響之探討，台灣土地研究，第2期，2001年，頁26。

32 林秋綿，臺灣各時期原住民土地政策演變及其影響之探討，台灣土地研究，第2期，2001年，頁33。

33 行政院104年2月5日院臺建字第1040005405號函核定。

登記審查程序上，無法符合登記要件。原住民繼續耕作其祖先承繼之土地，縱未完成土地登記，亦不影響其事實上之使用權益。如前所述，原住民土地根本無個人私有制度存在，未完成登記之土地仍屬部落公有或家族私有之狀態，只是不具有登記制度下所承認之所有權私轉或交易之權能。

二、原住民有休耕培育土地之習慣

2005 年制定之《原住民族基本法》第 20 條承認原住民族土地及自然資源權利及調查、管理等權限；復於 23 條規定政府應尊重原住民族選擇生活方式、習俗、服飾、社會經濟組織型態、資源利用方式、土地擁有利用與管理模式之權利。顯然已承認原住民族對於其土地之利用及管理有高度自治之權限。但本件終審法院及再審法院認為上開規定僅屬原則性之提示，究應如何運作，仍應委諸於國內法規之規定，認為原審法院適用《山坡地保育利用條例》及該條例所授權制定之〈原住民保留地開發管理辦法〉，並無違反上開《原住民族基本法》之規定。

行政程序法第 4 條規定，「行政行為應受法律及一般法律原則之拘束」。在此一依法行政原則下，法院固然只能依照現行之法令適用，但是在《原住民族基本法》相關配套立法未完成前，其立法精神仍不能被忽視。

根據人類學者之研究，臺灣本島之原住民族部落在傳統上多採行山田之耕作期為 2-4 年，休耕時間為 3-8 年，即休耕之時間約為耕作時間的 1.5-2 倍，但在部落內與部落間之不同耕地差異性頗大。實際上耕作時間長短與土壤肥力及栽植之作物種類有關，休耕期長短則視土壤、植生恢復情形而言³⁴。

本件判決之法院實地履勘現場結果，以「系爭土地荒蕪，雜木野草叢生之舊觀益形顯著，足見系爭土地確已棄耕多年，係屬無人耕作之原住民保留地」為由而肯定土審會認定不符〈原住民保留地開發管理辦法〉第 8 條「由原住民開墾完竣並自行耕作之土地」之判斷，是否妥

34 王相華、田玉娟（2009），〈台灣六個原住民部落之山田燒墾農耕方式及其傳統生態知識〉，《國家公園學報》，19 卷 4 期，頁 13。

當，有待斟酌。依據上開原基法對於原住民族土地利用文化之尊重，上述賽德克族對於土地有以「長期休耕」方式以培育地力之使用土地文化是否應作為准否耕作權登記之判斷基準，仍有裁量餘地，行政機關亦應對於該項文化之實際狀況進行調查並提出補充性解釋，方為問題解決之道。

❖ 相關法律條文

土石採取法：第 3 條第 1 項、第 36 條

區域計畫法：第 21 條 勞動基準法：

採取土石免申辦土石採取許可管理辦法：第 3 條

二、文化保障

案例八 莫拉克颱風災後永久性安置住宅計畫爭議

案號 高雄高等行政法院 100 年度訴字第 442 號判決

案由 土地徵收

關鍵詞 莫拉克颱風、土地徵收、部落會議、住屋權、諮商同意權。

壹、案例事實

緣行政院原住民族委員會（下稱原民會）與本案參加人丙（臺東縣政府）為辦理「98 年莫拉克颱風災後永久性安置住宅計畫」需用臺東縣金峰鄉某號內等 27 筆土地等，乃檢附徵收土地計畫書及圖等有關資料，報經被告乙（內政部）核准徵收，並一併徵收其土地改良物，並交由丙公告。原告原住民甲等 3 人不服被告系爭徵收處分，旋提起訴願惟遭駁回，遂提起行政訴訟。

貳、訴訟歷程及結果

本案經高雄高等行政法院作成 100 年度訴字第 442 號判決，以原告之訴無理由駁回。嗣後，原告不服提起上訴，迭經高雄高等行政法院以上訴不合法為由，裁定命上訴人其補正，惟上訴人逾期未補正，是高雄高等行政法院即以上訴人上訴不合法為由裁定駁回上訴，本案從而確定。

參、當事人主張

一、原告（原住民）主張

（一）徵收未經部落會議同意：依據《原住民族基本法》第 21 條第 1 項、第 2 項、行政院原住民族委員會推動原住民族部落會議實施要點之規定，部落會議為行使《原住民族基本法》第 21 條同意權之代表機關，故於設有部落會議之原住民族地區，《原住民族基本法》第 21 條之同意和參與權，自應依部落會議決議之方式行使，而非主管機關得任意以其他形式之會議或座談代替。於設有部落會議之原住民族地區，原民會以《原住民族基本法》第 21 條之同意權和參與未必由部落會議行使之見解，非可採。是以本件土地徵收既未獲部落會議同意，則其徵收程序自與《原住民族基本法》第 21 條及 23 條之規定不合而有重大瑕疵。

（二）誤導災民作出決定：由被告所提出之「莫拉克颱風災後重建」永久遷村區位現地會勘（臺東縣）被告僅提供系爭土地為嘉蘭村災民安置地點之唯一方案，台東縣政府及被告並未提供尚有其他安全之公有土地可供選擇等資訊予災民，且未告知本件徵收土地緊臨危險的土石流潛勢溪流，並經專家履勘建議不作為永久安置地點等資訊，誤導災民作出決定。

（三）所謂離災不離村、離村不離鄉之原則，其精神在於遷居時，儘量不使災民離開原生活區，而非一律以行政區域為遷建之地點。又依據所謂集體遷建原則亦不能排除劃定辦法第 6 條第 1 項第 1 款規定之公用土地優先原則，小林村、南沙魯村災民永久屋之遷建何以能選定離災民原有部落近 2 個小時車程之月眉大愛村，而本件徵收為何不能選擇離災民部落 3、5 公里之公有土地。

（四）按我國已簽署經濟社會文化權利國際公約，該公約一般性意見編號第 7 號規定「驅逐不應使人變得無家可歸，或易受其他人權的侵犯，如果受影響的人無法自足，締約國必須採取一切適當的措施，用盡它所有的一切資源酌情提供新的住房、新的住區、新的有生產能力的土

地」。又依《原住民族基本法》第 32 條第 1 項規定，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。查本件徵收之目的，乃係為安置莫拉克風災災民，並非前述土地有何立即而明顯危險，故被告乙自不得未經原告等人同意即徵收系爭土地，而強迫將原告等原住民趕出系爭祖先遺留世居之土地。

二、被告乙（內政部）

（一）重建條例第 20 條第 3 項前段、第 5 項規定，為安置災民興建房屋及前項被限制居住或強制遷居、遷村、安置所需之土地，得徵收或申請撥用依此徵收土地，得免經協議價購程序；其以協議價購方式取得者，無優先購買權之適用。

（二）基地之勘選業經行政院莫拉克颱風災後重建推動委員會及臺東縣政府多次諮詢災民意願，尚符合依《原住民族基本法》第 21 條規定之精神……其徵收原因及依據均已於公聽會說明甚詳……。」是以臺東縣政府申請徵收依據之適法性，應無疑義。

（三）參加人丙（臺東縣政府）函復本案土地係金峰鄉公所所建議，並由內政部營建署邀集專家學者會勘評估在案後，始辦理用地取得後續作業，土地之選址，不論公有、私有土地作為永久屋需經內政部營建署莫拉克颱風災後住宅重建安全評估後方可作為永久屋之預建基地。故本件土地基地之選址業已審慎評估，被告核准本件徵收應無違反行政程序法第 7 條比例原則之情事。

三、參加人丙

（一）《原住民族基本法》第 21 條所規定之「原住民族的同意」的程序依目前的作法，是徵求部落會議的同意，但徵收處分只是就用地取得作成處分，而不是在用地上從事實質的開發，所以本件徵收尚未構成「從事土地開發」之要件。

（二）《原住民族基本法》第 21 條並未規定應以何種形式取得部落原住民的同意、諮詢或參與，部落會議只是《原住民族基本法》規定的形式而已，並非一定要經過部落會議決議或同意，若採其他形式，也是

符合《原住民族基本法》之精神。

（三）參加人在諮詢過程中，前後總共召開 9 次協商會議，在召開諮商會議之前有針對受災戶作問卷調查，收回問卷有 40 戶，有 36 戶贊成原部落重建。

（四）離災不離村為第一優先原則，不選擇原告所提之土地，係因該段土地經內政部營建署評估，僅適合作臨時性中繼屋而不適合作永久性基地，且其基地面積有所不足。況且現在的基地係在同一部落、同一村落，相隔不到 50 至 100 公尺。

肆、爭點

- 一、所謂「集體遷建、離災不離村、離村不離鄉等原則」是否僅為行政機關之便宜措施，而非有必要？另本件徵收處分是否有違反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 6 條第 1 項第 1 款？
- 二、系爭土地之徵收及永久屋之開發建築，是否因未獲得部落會議通過，而違反《原住民族基本法》第 21 條及部落會議實施要點第 6 點規定，故徵收程序不合法？
- 三、本件徵收是否與經社文公約之精神及《原住民族基本法》第 32 條之規定相違背？

伍、法院見解

一、關於「爭點一」

查金峰鄉各村，各由不同原住民族部落組成，並各有生活及文化領域。而莫拉克颱風發生後，災民於劫難倖存之際，因房屋倒塌或受嚴重毀損，……甚或流離失所，生命、身體、財產之安全及精神之安寧均陷於重大危懼，基本生活之維持有難以為繼之虞，國家負有以迅速及實效之執行，照護安置災民之義務。……是行政院莫拉克颱風災後重建委員會、台東縣政府、原民會及被告等本於重建條例第 2 條之精神，就嘉蘭部落原住民災民原部落之重建，秉持落實土地情感、原鄉生計重建之理

念，以離災不離村，避免造成部落間之衝突等原則，於會同專家勘查多處土地後，擇定系爭土地為災民永久屋設置地點，對原告而言，雖留下遺憾，惟乃原告為公益而接納同部落族人之特別犧牲，此犧牲應由徵收之補償予以填補，從而，被告於盡其各種考量後，為達照護安置災民之目的，所為系爭徵收處分，縱非圓滿，然難謂違法。

二、關於「爭點二」

經查，嘉蘭部落受災戶成立「莫拉克水災自救重建委員會」，強烈表達以原部落為依歸聚集及維持部落整體性之意願；是以系爭永久屋安置地點之擇定，先後由金峰鄉公所召開多次選址說明暨協調會等，…自救會對於地點的選定並無太多歧見，…嗣金峰鄉公所向受災戶作問卷調查結果，絕大多數贊成於嘉蘭村原部落（即新富社區東西兩側永久屋）重建，可見災民離災不離村之意願強烈。

再查，原民會函表示：……有關本案臺東縣政府為安置莫拉克颱風災民興建永久屋住宅，基地之勘選業經行政院莫拉克颱風災後重建推動委員會及臺東縣政府多次諮詢災民意願，尚符合依《原住民族基本法》第 21 條規定之精神。……況且，受災戶對系爭永久屋之安置地點及興建，雖於金峰鄉公所或台東縣政府諮詢其重建意見時曾有表意，惟之後已未對此安置地點有所異議。

三、關於「爭點三」

進行重建條例第 20 條規定之安置措施及土地取得時，雖應併同考量《原住民族基本法》第 21 條之規定，惟其意在追求安全效率的同時，兼顧人本生活及文化、社區參與及環保等，然非謂依重建條例第 20 條第 3 項從事土地徵收安置災民時，若未得徵收原住民族土地所有權人同意時即不得為之。換言之，在重建條例第 20 條第 3 項之規範基礎下，對於依據此規定徵收安置災民之土地時，除應落實原住民之程序參與外，並無《原住民族基本法》第 21 條第 1 項及第 2 項應取得原住民族土地所有權人同意始得從事土地徵收及開發規定之適用，應為當然之解釋。次按「部落會議實施要點」乃原民會為協助原住民族部落協商機

制所訂定，並非法律或法規命令，且從其第 2 點規定，除其他法令另有規定行使方式者外，『得』以部落會議議決行之」。

復觀諸《原住民族基本法》第 21 條第 1 項及第 2 項規定，其立法意旨在於藉由原住民族與政府間共管機制之建立，以確保原住民族之自主性及權益，而該共管機制乃透過諮詢、諮商並取得原住民族同意或參與等方式建立，並未限定應以何種形式進行諮詢、諮商，亦未規定應取得何種形式之同意或參與，是部落會議僅為上述形式之一種，若採其他如說明會、協調會或座談會等形式，並不違反《原住民族基本法》之精神。

查，系爭土地為排灣族人即原告所有，在被告作成徵收處分前，被告為劃設適宜遷村區位已召開多次協調會、說明會及公聽會，觀其會議內容從安置用地選址說明、基地意願調查協調、用地規劃與屋型協調至安置用地協調取得，及徵收前之公聽會、用地取得說明等，需用土地人亦已踐行土地徵收條例規定之公聽會程序甚明。

又按《原住民族基本法》第 32 條第 1 項規定，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。經查，本件係為安置莫拉克颱風嘉蘭部落原住民災民而依據重建條例第 21 條第 3 項規定徵收系爭原供農作之土地，難謂係驅逐原告致無家可歸而違反《經社文公約》及《原住民族基本法》第 32 條規定。

陸、評析

本件原住民土地徵收案之爭議關鍵在於重建選地政策過程，由於政策決定選擇徵收原住民私人土地進行受災戶之重建，而有一半土地之原住民地主不同意徵收，因此在程序上產生諸多爭議。

原住民土地之徵收，不同於一般土地，受《原住民族基本法》第 21 條第 1 項及第 2 項之限制。亦即，「政府或私人於原住民族土地或部落及其周邊一定範圍內之公有土地從事土地開發、資源利用、生態保育及學術研究，應諮商並取得原住民族或部落同意或參與，原住民得分享相關利益」；「政府或法令限制原住民族利用前項土地及自然資源時，應與

原住民族、部落或原住民諮商，並取得其同意；受限制所生之損失，應由該主管機關寬列預算補償之。」

但是，本件判決認為重建條例第 20 條第 3 項之規範基礎下，對於依據此規定徵收安置災民之土地時，除應落實原住民之程序參與外，並無《原住民族基本法》第 21 條第 1 項及第 2 項應取得原住民族土地所有權人同意始得從事土地徵收及開發規定之適用，應為當然之解釋。以「程序參與」來排除該條之「同意」的要件，甚為不妥。

又，本件判決認為本法未規定應取得何種形式之同意或參與，因而認定部落會議僅為上述形式之一種，得以其他如說明會、協調會或座談會等形式，並不違反《原住民族基本法》之精神。

但是有文獻認為《原住民族基本法》第 21 條、第 22 條中增訂於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、政府於原住民族地區劃設國家公園…及其他資源治理機關時，均應徵得原住民之同意，此種依據原住民族同意與否之立法例，乃來自聯合國原住民族權利宣言中，希望藉此開啟原住民與外部利益的雙向對話管道，並讓原住民族作成一個合於其傳統之決定，故要求應保障原住民族同意權之誠命³⁵。因此，所謂的同意應該是一個符合原住民族作傳統之決定，而不是說明會或協調會等形式。

附帶一提，原住民族委員會於 2016 年 1 月 4 日依據《原住民族基本法》第 21 條第 4 項規定訂定「諮商取得原住民族部落同意參與辦法」，其中第 4 條明確指出原住民族或部落同意，是指過半數關係部落依本辦法召開部落會議議決通過；所稱原住民族或部落參與，指過半數關係部落依本辦法召開部落會議議決通過之參與機制。因此，本案判決所肯定之說明會或協調會等形式，今後如非經部落會議通過之參與機制均不符合原基法第 21 條第 4 項所稱之原住民族或部落同意同意或參與。

35 參見許萃華，同前註 10，頁 26。

❖ 相關法律條文

原住民族基本法：第 21 條、第 23 條、第 32 條

莫拉克颱風災後重建特別條例：第 2 條、第 20 條、第 21 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 6 條

部落會議實施要點：第 6 點

經濟社會文化權利國際公約

案例九 莫拉克颱風災後永久性安置住宅計畫爭議**案號** 高雄高等行政法院 103 年度訴字第 106 號判決**案由** 風災後永久性安置住宅計畫適法性之爭議**關鍵詞** 莫拉克、住宅權、安置計畫、永久屋、平等原則。**壹、案例事實**

原告被繼承人甲原設籍居住臺東縣金峰鄉嘉蘭村門牌 143 號之 A 建物，坐落 B 土地上且未辦理保存登記，98 年 8 月 8 日遭莫拉克颱風毀損滅失。甲於 102 年 7 月 29 日向被告乙（臺東縣政府）申請核配永久屋，經乙函復：「……三、查台端居住之房屋土地所有權人為戊女士，業已完成永久屋申請並獲配永久屋，重建住宅（永久屋）之興建旨在安置災民解決其居住問題，並非財產權之賠償，故台端不符申請資格，不予發配永久屋」等語。

貳、訴訟歷程及結果

甲不服被告乙不予發配之處分，提起訴願，遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟。因甲於訴訟中（103 年 7 月 2 日）死亡，遂由甲之繼承人丙、丁 2 人以繼承人地位承受訴訟。判決結果原告之訴駁回。

參、當事人主張**一、原告主張**

（一）甲早在 99 年 5 月間即已檢附永久屋申請表、受災證明、水電費繳費證明、切結書、實際居住事實證明書等資料，交被告乙所屬金峰鄉嘉蘭村辦公室辦理，嘉蘭村辦公室並將申請案及其全部資料轉送乙所屬機關之金峰鄉公所，金峰鄉公所亦於 102 年 5 月 22 日重新函送申

請資料至被告乙。甲雖因不諳法令，不知鄉公所已轉送其申請案至被告，致於 102 年 7 月 29 日重複向被告乙提出永久屋核撥之申請，然金峰鄉公所依法既有轉送之義務，且亦已於 102 年 5 月 22 日函轉甲申請資料予被告乙，則甲向被告乙提出永久屋之申請期間，自應以其第一次向嘉蘭村辦公室提出申請之時間即 99 年 5 月為準，而非以甲重複提出申請之 102 年 7 月 29 日為申請日期。故被告乙與訴願決定認甲申請永久屋核撥之提出時間為 102 年 7 月 29 日，已逾法令所定之申請時間，顯有誤會。

（二）甲生母雖為排灣族之原住民，然因嫁與無原住民身分漢人，又因臺灣早年法律歧視女姓，故甲依法未能取得原住民身分，其後法令雖修改，但因朱子水已出養予無原住民身分之漢人，故亦無法取得原住民身分。89 年 11 月甲養父去世，甲因自 80 年間即患有精神疾病，無法自理，乃回生母處依親。甲生母為照顧甲，將臺東縣金峰鄉 B 號土地贈與甲，惟甲未具原住民身分，該土地乃借名登記於魯凱族大嫂戊名下。甲並以養父遺留之現金 50 萬元，於金灣段 B 號土地上搭建系爭 A 建物，惟並未辦理保存登記。

（三）102 年 6 月 25 日甲申請永久屋其原毀損房屋為全倒戶或流失戶疑義乙案協調會會議，係因金峰鄉公所誤認系爭建物遭土石流流失，然實際上系爭建物雖遭土石流沖毀全倒並未流失，因二者認定結果涉及甲可否領取 15 萬元之搬遷補償費，「住屋流失」者因無需搬遷，故無該 15 萬元之搬遷補償，如為「住屋全倒」則可領取搬遷補償。因此，甲就金峰鄉公所誤認系爭建物遭土石流以致「住屋流失」之認定提出異議，故上開會議之目的僅在認定系爭建物為「住屋流失」或「住屋全毀」，不在確認系爭建物之所有權歸屬。其次，102 年 6 月 25 日協調會會議記錄，並未寄送予甲等人確認，甲及甲之大嫂等人之簽名，乃出席簽名，並非會議紀錄之簽名。又因該協調會議後，金峰鄉公所已依實際情形改認定系爭建物為「住屋全毀」而非「住屋流失」，並補發搬遷費予甲，一就該會議紀錄為何，即未追查，亦不知該會議紀錄之內容有何不實之處等情。並聲明求為判決訴願決定及原處分均撤銷；被告乙並應

就甲之申請，為同意配發永久屋一戶之行政處分。

二、被告主張

(一) 座落臺東縣金峰鄉 B 土地上，門牌號碼 143 號之 A 屋之土地所有權人為第三人戊，「莫拉克颱風災後重建特別條例」規定，其重建住宅（永久屋）之興建旨在安置災民解決其居住問題，並非財產權之賠償。又依照內政部營建署頒布之「莫拉克颱風災後民間重建住宅贈與契約書參考範本」規定、金峰鄉公所 101 年 11 月 6 日函及被告乙 101 年 11 月 16 日函，第三人戊共有門牌 143 號之 A 屋（由甲自費興建）之土地及門牌 144 號 C 屋之 D 地等 2 筆土地，經審核業已核配永久屋乙戶，故仍依相關審查核配標準維持原核配原則。

(二) 民間團體興建之永久屋之申請資格與分配規定，自有房屋無合法權狀者，應檢具：(1) 土地所有權狀及水電費繳費收據；(2) 設籍或居住事實證明，143 號及 144 號土地所有權狀所有權人、水電費用戶皆為第三人戊，故甲之申請不符永久屋核配原則。

(三) 又系爭建物雖由甲提出座落房屋為自費興建之切結書，但非合法興建之房屋（未經申請許可擅自建造），亦未辦理保存登記且土地所有權人非甲，又金峰鄉公所 101 年 11 月 6 日號函，土地所有權人戊於 144 號農舍使用執照，未設籍但有居住之事實，本申請購屋貸款利息補貼因未設籍致不符規定而無法通過補貼申請，故轉向金峰鄉公所及被告請求核配永久屋，被告乙依情理法之考量，決定核配永久屋乙戶，以解決其居住問題。且重建住宅（永久屋）之興建旨在安置災民解決其居住問題，並非財產權之賠償，被告均遵內政部營建署頒布重建住宅（永久屋）相關審查核配標準相關規定辦理，並無違誤。

肆、本件爭點

- 一、原告被繼承人數度申請分配永久屋是否已逾法令所定之申請時間？
- 二、災民申請分配永久屋之資格，是否須就該自有未辦保存登記建物

坐落之土地至少持有所有權、租賃或借貸等權利？

三、原告所提出之證明 B 地為甲借名登記之事實是否具有證據力而被採信？

伍、法院見解

一、臺北高等行政法院見解

（一）莫拉克颱風災後重建特別條例第 20 條第 2 項規定：「中央政府、直轄市政府、縣（市）政府得就災區安全堪虞或違法濫建之土地，經與原住居者諮商取得共識，得劃定特定區域，限制居住或限期強制遷居、遷村，且應予符合前項之適當安置」。次按內政部營建署 99 年 3 月 9 日函修正之「民間團體興建永久屋之申請資格與分配」第 1、2 點規定：「一、自有房屋有合法權狀者（含有稅籍者）：……二、自有房屋無合法權狀者，以土地所有權狀（或土地使用證明，如租賃契約或已向公有土地管理機關繳納最近 5 年內使用補償金者）及水電費繳納證明者：……未設有戶籍者但有實際居住事實者：（1）居住事實可經由村里長及幹事或鄉鎮市公所或社區發展協會或當地派出所或部落會議出具之證明文件；惟嗣後若經檢舉、查證確有不實者，政府得追回其所有權，並追繳期間不當得利。

（二）依該規範訂定內容及過程，顯然非屬制定法或授權命令，性質上應屬內政部於其職權範圍內，為順利分配民間團體興建之永久屋，解決災民居住問題所制定之行政規則。惟該規範既係內政部指示各縣（市）政府應如何對莫拉克風災受災戶分配永久屋之給付行政任務，且經函送各相關縣市政府據以適用，而發生「事實之外部效力」，依行政自我拘束原則，或信賴保護原則之要求，此事實外部效力亦具有法律意義，產生「法律外部效力」，則凡符合永久屋之配住資格者，即得依該規範之外部法律效力向各縣（市）政府申請獲配永久屋，再由各縣（市）政府審查是否符合資格並決定是否核配。

（三）又依前揭「民間團體興建永久屋之申請資格與分配」第 1、2 點規定觀察，災民申請分配永久屋，除其需以戶為單位外，尚須為安置

災前已有自有房屋、但因莫拉克風災致原有住居所無法繼續居住使用之災民為限。至於申請人之自有房屋，雖不以業經保存登記之建物為必要，但亦須申請人就該自有未辦保存登記建物坐落之土地至少存有所有權、租賃或借貸等權利「及」提出水電費繳納證明者為限。

(四) 經查，原告被繼承人甲原設籍居住之系爭 A 建物係坐落 A 土地，且屬未辦理保存登記之建物，遭莫拉克颱風毀損滅失，數度依「民間團體興建永久屋之申請資格與分配」規定申請分配永久屋。於 99 年 5 月間即已提出申請，但因被告遲未作成准駁之處分，則於 101 年及 102 年間提出之申請書，僅視為促請被告乙儘速作成就其 99 年 5 月間申請行為所要求特定處分之意思表示，故甲就本件永久屋之申請，應已依前揭莫拉克颱風災後重建條例第 30 條規定，於 101 年 8 月 27 日屆滿前提出申請，堪予認定。

(五) 系爭 A 建物係屬未辦保存登記建物乙節，甲受分配永久屋僅得依據「民間團體興建永久屋之申請資格與分配」第 2 點規定，即自有房屋無合法權狀者，以土地所有權狀及水電費繳納證明者：...未設有戶籍者但有實際居住事實者，提出申請。然系爭 A 建物坐落之 B 號地，95 年 12 月起即登記為戊（為甲之同胞兄之配偶）所有；其次，系爭 A 建物於莫拉克風災毀損後，經當地金峰鄉公所初步查證時，即表明系爭建物所有權人為戊所有，但為甲所設籍及居住，再者，被告乙因甲申請永久屋其原毀損房屋究為全倒戶或流失戶疑義乙案，曾於 102 年 6 月 25 日召集甲、戊等到場，在金峰鄉公所召開協調會，該會主席結論載明戊於莫拉克颱風災期間確實有 143 及 144 號兩棟住屋等語，並由其向台電公司申請裝表供電使用。雖甲為前揭永久屋申請時有提出系爭建物實際居住事實證明書、水電戶名雖為戊卻甲自行繳納費。

(六) 水電使用證明書及切結書至多僅證甲有居住使用系爭建物，並代第三人沙桂蓮繳納水電費用之情事，惟代繳水電費用之原因事實有多種，可能基於租賃、使用借貸、債務承擔等原因，非必基於建物所有人之資格始得為之，尚不得憑其前揭申請資料即可核認朱子水確為其設籍居住系爭建物之所有權人。

（七）甲主張第三人戊僅係借名登記云云，並提出第三人出具之切結書為證，然查，朱子水提出之切結書所載事實，但與前揭查證事實所依憑之土地所有權狀、台電公司證明函、現場勘查及相關人員明確陳述之會議紀錄內容相左，且該等切結書僅屬傳聞證據，亦不得遽行採用，是甲於行政救濟後始行提出之主張，即屬未經舉證，而不足採信。

陸、評析

一、關於原告被繼承人甲數度申請分配永久屋，是否逾申請時間之認定

一般原住民不諳法令，往往不知行政機關行政程序，因時間冗長而重複提起的情形時有所聞。本件法院認為甲第一次提出永久屋申請，被告乙通知金峰鄉公所應予補件，但其既未將前揭函文送達予甲，究其實質即未通知申請人補件，亦未曾作成核准與否之行政處分，認為不得視為甲放棄申請之意思表示，其再度提出申請應解釋為甲促請被告乙儘速作成處分之意，因而認定原告之申請未逾時。法院依據原告之真意判斷申請未逾期限，值表贊同。

二、關於申請分配永久屋之資格爭議

關於本件永久屋分配之法律性質，本件判決認為，非屬制定法或授權命令，應屬為解決災民居住問題所制定之行政規則。但是法院又認為，該規範且經函送縣市政府據以適用，而發生「事實之外部效力」，而有依行政自我拘束原則，或信賴保護原則之要求。所謂行政自我拘束原則，是基於憲法之平等原則之要求，對於同求相同之事物為相同處理之「禁止差別待遇原則」所導出，行政程序法第 6 條因而規定，行政行為非有正當理由，不得為差別待遇。據此，行政機關作成行政處分時，對於相同或具同一性之事件，為保障人民之正當信賴，並維持法秩序之安定，應受合法行政先例或行政慣例之拘束，如無實質正當理由，即應為相同處理，此即所謂行政自我拘束原則，故行政機關於法律效果之選擇裁量即應依循此原則，方為適法之行政處分。又行政機關規範機關內

部秩序及運作之指令及辦事細則（例如：機關內部組織、事務分配、業務處理方式、人事管理等一般性規定、為協助下級機關或屬官統一解釋法令、認定事實、及行使裁量權，而訂頒之解釋性規定及裁量基準等），透過憲法「平等原則」之規定而具有外部效力³⁶。

因此，對於受災戶之永久屋分配應秉持此一原則，公平分配予受災戶，但是前述「民間團體興建永久屋之申請資格與分配」第 2 點規定，自有房屋無合法權狀者，必須具條①以土地所有權狀（或土地使用證明，如租賃契約或已向公有土地管理機關繳納最近 5 年內使用補償金者）及水電費繳納證明者，②災前設有戶籍者或有實際居住事實者等兩項資格，才能受分配永久屋。亦即，該規範以災民毀倒之房屋其土地所有權或租賃契約等法律關係為前提，事實上已排除不具此等資格之災民，是否符合上述行政自我拘束原則，甚有疑問。特別是在原住民部落，原住民保留地申請之認定尚有諸多爭議，原住民使用中未取得土地登記之災民可以想見不在少數，對於這些無法受分配之災民而言，並不公平，亦是一種無正當理由之差別待遇，可能有違行政程序法第 6 條之規定。

三、原告所提出之證明 B 地為甲借名登記之事實是否具有證據力而被採信

本件原告之被繼承人甲因生母嫁與無原住民身分漢人，根據 69 年 4 月 8 日「臺灣省山胞身分認定標準」第 3 條第 1 款規定「山胞女子與平地男子結婚，其山胞身分喪失，直至被 80 年 10 月 14 日「山胞身分認定標準」取代後才廢止。回復原住民身分後，甲又出養於非原住民之漢人，又依據「山胞身分認定標準」第 3 條第 5 款之規定，山胞被平地人收養，其山胞身分喪失。後來該認定標準於在 83 年 10 月 24 日名稱改「原住民身分認定標準」，於第 3 條第 4 款始規定原住民為非原住民收養者，其原住民身分不喪失。

因此，甲可依現行原住民身分法第 4 條第 1 項之規定，申請回復或

³⁶ 參見臺北高等行政法院 98 年簡字第 651 號判決。

取得原住民身分。而有關於其基於原住民身分可得享有之權利應溯及生效而有重行取得物權之事由，自應另行向主管機關提出申請，並依行政訴訟程序尋求救濟³⁷。亦即，甲得主張其母在其喪失原住民身分時所為之贈與有效，其借名登記在兄嫂戊名下之土地，應塗銷改登記為其名義。但是關於此點，法院未究明其身分上之關係，而逕以其在搬遷補償之協調會中承認爭建物所有權人為戊所有為由，認定甲與房地之所有無涉，理由顯有不足。

又，法院認定甲所舉之借名登記相關證人所為切結書僅屬傳聞證據，不得遽行採用之見解，容有討論餘地。蓋原住民之土地本無登記制度，其使用或所有之狀態全憑部落公認之習慣，因此相關證人之證言當屬重要證據，不應被貶低僅具傳聞證據之效力。關於此點，有文獻認為，國家應該進行原住民族傳統文化與土地習慣之概念調查，將土地歷年土地變遷與爭議做充分影音紀錄及文字登記，並在登記表格增加相對應項目，作為族群部落會議或自治政府在建構糾紛調處機制後之證據資料，方有機會發展原住民族土地權及糾紛調處之可能³⁸。亦即，法院就原住民與所有之土地關係，不能僅以該原住民無法取得相關證明，即否定其與該土地之使用或所有關係，應廣泛調查申請人本人及祖先與該部落與土地之關係，重視部落耆老所陳述之歷史證言，始能正確掌握原住民與土地之關聯性。

❖ 相關法律條文

莫拉克颱風災後重建特別條例：第 20 條、第 30 條

民間團體興建永久屋之申請資格與分配：第 1 點、第 2 點

行政程序法：第 6 條

原住民身分法：第 4 條

37 參照臺灣南投地方法院民事判決 99 年度訴字第 131 號。

38 邱寶琳，同前註 21，頁 313。

案例十 古蹟之指定處分

案號 最高行政法院 104 年度判字第 39 號判決
臺北高等行政法院 103 年度訴字第 685 號判決

案由 文化資產保存

關鍵詞 文化資產、歧視、比例原則、必要性原則、轉型正義

壹、案例事實

花蓮縣壽豐鄉公所於民國 101 年 3 月 26 日向被告乙（花蓮縣政府）提報位於原告甲（台灣糖業股份有限公司）土地之「吳全城開拓紀念碑」為古蹟，乙遂於 101 年 8 月 17 日會同文化資產審議委員及甲進行現場勘查，並於 101 年 8 月 20 日召開 101 年度花蓮縣文化資產審議委員會第一類組第 2 次會議，亦請甲與會表達意見，會中經 8 位出席委員一致決議指定「吳全城開拓紀念碑」為古蹟，指定範圍包含碑體及附屬構造、碑後糖遺蹟，並將甲列為系爭古蹟之管理人；又於 101 年 9 月 19 日將會議紀錄函送甲。乙旋依上開會議決議，於 101 年 10 月 30 日公告「吳全城開拓紀念碑」為古蹟（即原處分），並於同日函報文化部備查。

貳、訴訟歷程及結果

本案為當事人間文化資產保存爭議事件，原告甲所屬花蓮區處不服原處分，提起訴願，經文化部決定不受理，原告不服該訴願決定，遂向臺北高等行政法院提起行政訴訟，經臺北高等行政法院 102 年度訴字第 690 號判決以訴願程序有瑕疵，故原告之訴有理由，從而撤銷訴願決定。文化部旋依前開判決意旨，又於 103 年 1 月 10 日函請原告所屬花蓮區處補正訴願主體不適格之瑕疵，經原告所屬花蓮區處於 103 年 1 月 24 日函送訴願書補正資料及補充理由書，惟文化部仍為訴願駁回之決

定，原告不服，遂提起本件行政訴訟。嗣後，臺北高等行政法院作成 103 年度訴字第 685 號判決以原告之訴無理由駁回，原告不服提起上訴，迭經最高行政法院作成 104 年度判字第 39 號判決以上訴無理由駁回，本案從而確定。

參、當事人主張

一、原告甲（臺灣糖業股份有限公司）主張

（一）關於古蹟之指定，除須先經審議委員會決議外，尚須召開古蹟評鑑審議會會議作成決定，始能完成古蹟之指定處分。被告雖於 101 年 8 月 17 日勘查後召開審議委員會，並經與會之 8 名審議委員一致決議指定「吳全城開拓紀念碑」為縣定古蹟及定著土地範圍，惟被告並未就上開決議另依花蓮縣古蹟評鑑審議作業要點召開古蹟評鑑審議會會議，是被告所為原處分，顯有未按法定程序作成之瑕疵。

（二）被告將「吳全城開拓紀念碑」指定為古蹟，並將原告列為「吳全城開拓紀念碑」之管理人，然古蹟之指定不僅宣告所有權人之財產權受到限制，且課予所有權人、使用人及管理人必須依文化資產保存法規定管理維護資產之義務，國家為了達到保存文化資產之公益目的，而以公權力限制人民財產權之行使，自應慎重為之。

（三）原處分於指定古蹟本體及面積時，係將碑體及附屬構造（基地、台階坡坎、圍欄、空地等）、碑後糖遺跡均列入，已逾上開古蹟本體 4 倍之多；然原處分竟又將定著土地範圍指定逾古蹟本體及面積 4 倍之多，實際上逾古蹟本體達 17 倍之多，顯見原處分不當擴大「吳全城開拓紀念碑」定著土地之範圍，已違反比例原則。

（四）被告乙以古蹟之再利用即觀光之目的認為本件應保留較大之定著土地範圍云云，顯然逾越文化資產保存法規定之限度，而違反不當聯結禁止原則。

（五）縱「吳全城開拓紀念碑」有發展為觀光景點之必要，亦應由古蹟之主管機關透過「徵收」或「租賃」之手段向原告取得土地所有權並加以規劃利用，而非以劃定定著土地範圍強行侵害原告之財產權。

(六) 另「吳全城開拓記念碑」之碑文記載「藩害」等字眼存有歧視當地原住民(即泰雅族)之字眼，且吳全城之開墾史，涉及歷史上漢人、日本人與當地原住民泰雅族人彼此爭奪生活領域之舊怨，為避免當地泰雅族人之不滿，造成漢原紛爭，吳全城開拓記念碑實不宜指定為古蹟。

綜上，求為判決撤銷訴願決定及原處分。

二、被告乙(花蓮縣政府)答辯

(一) 被告將原告所屬「吳全城開拓記念碑」指定為古蹟，悉依〈古蹟指定及廢止審查辦法〉第 3 條所定，分別辦理現場勘查、審議並作成指定處分之決定及辦理公告等程序，另刊登於被告公報並函報中央主管機關，完全符合《文化資產保存法》第 14 條及相關法令之規定。

(二) 其次，被告乙依據行政院文化建設委員會(現為文化部)發布之「審議委員會組織準則」及〈古蹟指定及廢止審查辦法〉辦理古蹟指定，其一切作業流程，符合法定程序。

(三) 被告依據古蹟指定及廢止審查辦法第 4 條規定，於原處分中載明「吳全城開拓記念碑」及其所定著土地之範圍，係指「吳全城開拓記念碑」本體範圍而非定著土地範圍。原告僅片面泛指被告之古蹟指定範圍有違比例原則，然並未詳盡說明何以違反比例原則，復無提出相關事證，其主張應無理由；縱認原告已盡舉證之責，因文化資產古蹟之保存具高度公益性，古蹟定著土地之範圍較古蹟本體大，應屬必要且適當，是原處分與明確性原則及比例原則無違。

肆、本件爭點

- 一、原處分指定「吳全城開拓記念碑」本體及面積為 426.12 平方公尺，卻將原告土地面積 1,824.25 平方公尺全數劃入定著土地範圍，是否違反比例原則及必要性原則？
- 二、上訴人(原告甲)指稱系爭標的上記載「藩害」等字眼，有歧視當地原住民泰雅族人之意，可能導致漢人與當地原住民產生嫌

隙，引發社會事件，為避免當地泰雅族人不滿，造成漢原紛爭，實不宜指定為古蹟之主張是否有理由？

伍、法院見解

一、臺北高等行政法院見解：

該審僅就爭點一提出判決理由，爭點二則未提及。

（一）按行政法院對行政機關依裁量權所為行政處分之司法審查範圍限於裁量之合法性，而不及於裁量行使之妥當性。至於不確定法律概念，行政法院以審查為原則，但對於具有高度屬人性之評定、高度科技性之判斷、計畫性政策之決定及獨立專家委員會之判斷，則基於尊重其不可替代性、專業性及法律授權之專屬性，而承認行政機關就此等事項之決定，有判斷餘地，對其判斷採取較低之審查密度，僅於行政機關之判斷有恣意濫用及其他違法情事時，得予撤銷或變更，其可資審查之情形包括：行政機關所為之判斷，是否出於錯誤之事實認定或不完整之資訊。法律概念涉及事實關係時，其涵攝有無明顯錯誤。對法律概念之解釋有無明顯違背解釋法則或牴觸既存之上位規範。行政機關之判斷，是否有違一般公認之價值判斷標準。行政機關之判斷，是否出於與事物無關之考量，亦即違反不當聯結之禁止。行政機關之判斷，是否違反法定之正當程序。作成判斷之行政機關，其組織是否合法且有判斷之權限。行政機關之判斷，是否違反相關法治國家應遵守之原理原則，如平等原則、公益原則等（司法院釋字第 382 號、第 462 號、第 553 號解釋理由參照）。

（二）系爭「吳全城開拓紀念碑」為古蹟之花蓮縣文化資產審議委員會係就具有該文化資產專門學術經驗之專家學者、主管業務及有關機關代表遴聘組成，所為決議事項，基於尊重其專業客觀判斷，行政法院承認其決議結果具有判斷餘地，對之採取較低之審查密度。此外，上開專業判斷之決議，經核並無恣意濫用，亦無原告所指違法情事，原處分自應予以維持。

（三）經查「吳全城開拓紀念碑」係民國 29 年（昭和 15 年）建

立，紀念淡水商人吳全、日本賀田金三郎等，先後來到花蓮開墾之功績，其拓荒血汗事蹟，與花蓮地方開發歷史密切相關，為該地拓墾與製糖業發展之重要紀錄實物，亦為花蓮漢人開發史的重要紀念物，具歷史文化價值，該紀念碑與吳全、賀田金三郎等開發者有密切相關，具重要歷史事件或人物關係，碑體類型較為稀少，值得永傳。

（四）又揆諸本院法官赴花蓮壽豐鄉現場履勘，而依地籍圖與現場逐一比對，並拍照存卷。經查，現場情形……是基於系爭 4 筆土地現況及過去長久與其他鄰地有所區隔等情狀，被告將系爭 4 筆土地全數劃入為古蹟定著土地範圍尚屬合理。

（五）又按文化資產保存、傳承，具有公益性，相對的，其對人民財產權之限制，亦不能忽視，自應公、私利益衡平兼顧。查，本件原告所有系爭 4 筆土地已有相當長久時間閒置荒蕪未供耕作，並無收益，被告以碑體為中心將之劃入古蹟定著土地範圍，自不致造成原告所稱過重之不利益，為妥善保存系爭古蹟及其周遭環境景觀、整體風貌，保留觀覽古蹟通道，同時與時俱進前瞻宏觀為將來留設再利用之妥適空間，被告所為系爭古蹟定著土地範圍，自屬必要，與比例原則無違。

二、最高行政法院之見解

（一）原告甲（上訴人）上訴理由針對「爭點一」部分，上訴意旨以原審判決有適用法規不當及判決不備理由之違誤。惟最高行政法院則稱：原審本於職權調查認定之事實予以論明，經核原判決已詳述其審認之理由，且其所適用之法規與該案應適用之現行法規或解釋，並無不合，亦無上訴意旨所指判決不備理由之情事。原告（上訴人）主張「原處分將系爭 4 筆土地數劃入定著土地範圍，欠缺合理與必要，違反比例原則及必要性原則，而原判決認尚屬合理應有適用法規不當及判決不備理由之違誤」云云，亦無可採。

（二）原告（上訴人）上訴理由針對「爭點二」部分，上訴意旨以原審判決有適用法規不當及判決不備理由之違誤。惟最高行政法院則稱：原審本於職權調查認定之事實予以論明，經核原判決已詳述其審認之理由，且其所適用之法規與該案應適用之現行法規或解釋，並無不

合，亦無上訴意旨所指判決不備理由之情事。原告（上訴人）主張「原處分將系爭 4 筆土地數劃入定著土地範圍，欠缺合理與必要，違反比例原則及必要性原則，而原判決認尚屬合理應有適用法規不當及判決不備理由之違誤」云云，亦無可採。

（三）關於「爭點二」，甲之上訴意旨雖主張系爭標的上記載「蕃害」等字眼，歧視當地原住民泰雅族人之意，可能導致漢人與當地原住民產生嫌隙，引發社會事件，為避免當地泰雅族人不滿，造成漢原紛爭，實不宜指定為古蹟，原判決對此未置一詞，有判決不備理由之違誤云云。惟「本法第 3 條第 1 款所定古蹟及歷史建築，為年代長久且其重要部分仍完整之建造物及附屬設施群，包括祠堂、寺廟、宅第、城郭、關塞、衙署、車站、書院、碑碣、教堂、牌坊、墓葬、堤閘、燈塔、橋樑及產業設施等」。文化資產保存法施行細則第 2 條前段有明文規定，另參照前揭文化資產保存法第 3 條第 1 款規定，就古蹟之內涵定義已有明確規範，可知，古蹟指定後是否引發社會事件，尚與古蹟之指定無涉。原判決就上訴人此部分之主張，縱未予敘明，並不影響判決之結果，故上訴意旨執此指摘原判決違法，殊無可採。

陸、評析

本件為台糖不服位於其土地之「吳全城開拓紀念碑」古蹟指定處分而提起。與原住民有關之部分是在於該紀念之碑文記載「蕃害」等字眼，原告主張有歧視當地原住民泰雅族人之意，可能導致漢人與當地原住民產生嫌隙，引發社會事件，為避免當地泰雅族人不滿，造成漢原紛爭，實不宜指定為古蹟。

類似此一碑文之古蹟應不在少數，但是在本件判決中被質疑有歧視原住民之意，在判決中甚為少見。由於一審並未就此主張加以判斷，最高行政法院則以文資法施行細則對於指定古蹟之對象有詳細規定，但是對於「古蹟指定後是否引發社會事件，尚與古蹟之指定無涉」。亦即，其內容即使有被認為可能引起社會爭議，仍不妨礙古蹟之指定。

依據《文化資產保存法》第 3 條規定，古蹟系指人類為生活需要所營建之具有歷史、文化、藝術價值之建造物及附屬設施。復依同法第 17

條第 5 項之規定，古蹟指定基準、廢止條件、申請與審查程序、輔助及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之。並無有關具有歧視性古蹟之相關規定。

再查，依據該法授權訂定之〈文化部古蹟指定及廢止審查辦法〉第 2 條古蹟之指定基準來看，是以該「古蹟」所具有之歷史、文化及藝術上價值、稀少性等客觀上要素來判斷。從《文化資產保存法》第 1 條之立法目的「為保存及活用文化資產，保障文化資產保存普遍平等之參與權，充實國民精神生活，發揚多元文化」解釋，亦無從導出有否定於指定時點有歧視性文字呈現之設施為古蹟之意涵。蓋古蹟本身代表當時之文化與思想，其保存之行為並無價值認同之意涵，否則過去統治者之建築物乃至書籍、文化均恐無被留存之可能。

再者，古蹟指定之意義在保存人類之歷史記憶，並無主觀上善惡之分。本件開拓碑代表吳全招募漢人移民開發拓墾之重要記憶，對於後代子孫有重要之意義，應不涉對於原住民之歧視與否問題。

又如被告乙所指之「吳鳳紀念碑」例子，指稱國民政府不斷傳頌關於吳鳳之英勇事蹟，並在教科書中將當地鄒族人塑造為不文明之獵頭族，對於鄒族部落文化有羞辱與歧視之意云云，確實此等文物是對於原住民族有諸多侵害之歷史證據，因而可能使相關文物或設施招受破壞或毀損，一旦經古蹟認定後，可能涉及違反文資法之刑事責任。但是，該等文物之保存並不代表對歷史之肯定，相反的，文物保存本身具有反省、教育意義等轉型正義之表徵，如果適當加以說明與註記，並無否定其古蹟指定之必要。

❖ 相關法律條文

文化資產保存法：第 3 條、第 14 條

文化資產保存法施行細則：第 2 條

古蹟指定及廢止審查辦法：第 2 條、第 3 條

審議委員會組織準則：第 3 條、第 7 條

行政程序法：第 5 條

三、其他

案例十一 農業改良場請求撤銷未進用原住民之代金處分

案號 臺北高等行政法院 101 年度訴字第 982 號
最高行政法院 103 年度判字第 519 號
臺北高等行政法院 103 年度訴更一字第 111 號

案由 政府機關未足額進用原住民之代金計算爭議

關鍵詞 原住民就業代金、積極優惠措施、特別公課、負擔處分。

壹、案例事實

被告乙（原住民族委員會）以原告甲（行政院農業委員會茶業改良場）所屬魚池分場（下稱魚池分場）於民國 96 年 2 月至 99 年 5 月未依《原住民族工作權保障法》第 5 條第 1 項規定，僱用足額原住民，乃依同法第 24 條第 1 項規定，以 100 年 11 月 9 日原民衛字第 1001060107 號處分書（下稱原處分），追繳原告原住民就業代金新臺幣（下同）1,769,760 元。原告不服，提起訴願。嗣被告以魚池分場於 98 年 12 月已足額僱用原住民，以 101 年 4 月 3 日原民衛字第 1010018542 號函撤銷追繳該月份原住民就業代金 17,280 元；訴願機關乃作成「原處分關於追繳 96 年 2 月至 98 年 11 月及 99 年 1 月至同年 5 月原住民就業代金 175 萬 2,480 元部分訴願駁回。其餘部分訴願不受理」之決定，原告遂就對其不利部分，向最高行政法院提起本件行政訴訟。

貳、訴訟歷程及結果

本案為《原住民族工作權保障法》事件，原告不服行政院訴願決

定，提起行政訴訟，臺北高等行政法院於 102 年撤銷裁定訴願決定及原處分關於繳納代金部分（102 年 6 月 19 日臺北高等行政法院 101 年度訴字第 982 號判決）。被告乙不服提起上訴，經最高行政法院裁定原判決廢棄，發回臺北高等行政法院（最高行 103 年度判字第 519 號）。更一審臺北高等行政法院於 105 年判決，撤銷訴願決定及原處分關於追繳 96 年 2 月至 98 年 11 月及 99 年 1 月至同年 5 月原住民就業代金逾新臺幣壹佰肆拾伍萬捌仟柒佰貳拾元部分均撤銷。

參、當事人主張

一、原告甲（行政院農業委員會茶業改良場）主張

（一）按進用原住民作業要點第 3 點第 3 項之規定，被告追繳原住民就業代金之處分，其計算約僱等 5 類人員總額時，並未扣除出缺不補之人數，顯然有誤。

（二）本件原告所屬魚池分場之工友（含技工、駕駛）均屬編制內之人員，況且倘欲予以資遣，需支付資遣費，然行政院從未核撥資遣費預算，故原告並無多出來約僱人員員額及預算以進用原住民，故以提出研究計畫爭取經費及與其他研究單位合作之方式，以進用原住民臨時人員，此亦符合《原住民族工作權保障法》之規定。

（三）為落實推動原住民就業，保障原住民之工作權及經濟生活，以提出研究計畫爭取經費及與其他研究單位合作之方式，招募研究助理，為配合研究計畫時程，無法一年一聘，而僅得按實際所需時間僱用之。

二、被告乙（原住民族委員會）主張

（一）有關人員出缺不補之問題

行政院人事行政總處 95 年 9 月 22 日院授力字第 0950063923 號函並非解除所有之人事員額管制，而是通知已被列管機關，得依實際人力需求狀況專案報院核定人事預算員額，抑或透過請求各機關移撥約僱等

5 類人員之方式，達成足額進用工友技工駕駛等 5 類人員之目的。

（二）有關臨時人員之問題

1. 「行政院及所屬各機關學校臨時人員進用及運用要點」第 2 條，所謂臨時人員，指機關非依公務人員法規，以人事費以外經費自行進用之人員，但不包括依聘用人員聘用條例及行政院暨所屬機關約僱人員僱用辦法等進用之人員，顯見臨時人員與約僱人員之區別。

2. 行政院人事行政局（現為人事行政總處）於 92 年 6 月召開之研商會議決議，排除臨時人員屬約僱五類人員之範疇，並無與相關人事法規有所牴觸，被告基於行政一體原則，遵守並受上開會議決議之拘束，本無疑義。

3. 又按「進用原住民作業要點」第 4 條 2 款所謂聘用及約僱進用，其為機關進用人員之方式與方法，而非得以據此解釋臨時人員即可納入《原住民族工作權保障法》所規定之約僱五類人員主體之範疇。

（三）有關推介人員之問題

1. 原告雖以相關短期促進就業方案函請相關部門提供原住民族身分之臨時人員人才，仍不符合《原住民族工作權保障法》第 24 條規定函請推介人員之要件。

2. 原告請求被告代為刊登求職廣告，僅為一種機關協助刊登職缺和利用服務平台之行政事實行為，非屬正式以函請之形式，請求被告推介適用約僱人員名單，蓋屬推介而生免繳代金之效果者，依《原住民族工作權保障法》之規定須具有一定之要件。

肆、本件爭點

- 一、《原住民族工作權保障法》第 5 條第 2 項規定，「經各級政府機關、公立學校及公營事業機構列為出缺不補各該人員不予列入前項總額計算之」。其「出缺不補」人數如何認定？
- 二、原告所以臨時人員所僱用之原住民是否屬於《原住民族工作權保

障法》第 4 條第 1 項及第 5 條第 1 項所稱之五類人員？

- 三、《原住民族工作權保障法》第 14 條第 2 項規定各級政府機關未足額進用原住民時，在函請他機關提供「推介」人選前免繳代金之文義為何？

伍、法院見解

一、關於爭點一「出缺不補」不計入僱用人數總額

（一）臺北高等行政法院

供機關進用人員，需求機關自應依法律所規定之比例僱用原住民，倘政府就某員額內不補人，此部分負擔自不應由需求機關承擔。從而，進用原住民人數之計算方式應係「預算員額減出缺不補人數，再乘以 3 分之 1」（但前提是實際僱用人數高於該人數，倘實際僱用人數尚不足該人數，應以實際僱用人數乘以 3 分之 1 計算進用人數）。……〈原住民族工作權保障法施行細則〉第 3 條第 1 項規定係何時點計算多少人數之標準（以每月 1 日參加公勞保人員為準），並非如何進用人員之標準，否則一律以實際僱用人員為準，即無庸考量出缺不補之問題。

（二）最高行政法院及更一審之臺北高等行政法院

均未否定原審「預算員額扣除出缺不補人數以計算進用人數」之見解。

二、爭點二關於臨時人員是否屬應依比例進用之對象

（一）臺北高等行政法院

認為應包含臨時人員之理由主要有下面幾點：

1. 《原住民族工作權保障法》第 4 條第 1 項及第 5 條第 1 項規定之僱用「約僱人員」等五類人員，並無限制臨時人員之規定。
2. 「行政院及所屬各機關學校臨時人員進用及運用要點」第 5 點規定：「依身心障礙者權益保障法第 38 條（身心障礙者保護法第 31 條）

及《原住民族工作權保障法》第 4 條或第 5 條規定，應進用身心障礙者或原住民而未足額進用之機關，依前點規定進用臨時人員時，優先進用身心障礙者及原住民」。亦規定優先進用原住民為臨時人員之情形。

3. 非臨時人員時，雇主依《勞動基準法》第 11 條或第 13 條但書規定終止勞動契約者，應給付資遣費，然行政院並未核撥資遣費之預算，原告並無足夠經費給付資遣費。凡行政法律關係之相對人因行政法規、行政處分或行政契約等公權力行為而負有公法上之作為或不作為義務者，均須以有期待可能性為前提。本件原告在無任何預算編列之情況下須給付為數不少之資遣費，實強人所難，客觀上欠缺期待原告得依處分內容改正之可能性。

4. 該等臨時人員，依進用原住民須達總人數 3 分之 1 之比例計算，總人數增加，僱用原住民之數額亦同時增加，不會降低應進用人員及比例，符合《原住民族工作權保障法》保護原住民工作權及經濟生活之立法目的。

5. 臨時人員之僱用期間雖屬臨時性，表面上對受僱者雖屬不利，然《原住民族工作權保障法》規定一定之進用比例，因臨時人員須加入總僱用員額員以計算進用人數，如此一來，對於聘僱原住民為臨時人員，不會減損原住民之權益。

（二）最高行政法院

肯定前審之見解，補充認為「行政院及所屬各機關學校臨時人員進用及運用要點」第 5 點關於優先進用身心障礙者及原住民為臨時人員之情形，基於行政一體性之原則，各機關自應受該要點之規範，以落實本法第二章「比例進用（原住民）原則」規定，如實實踐本法促進原住民就業，保障原住民工作權及經濟生活之立法目的。

（三）更一審臺北高等行政法院

依照最高行政法院之判決意旨，將臨時人員算入應依比例進用之僱用對象及總額。

三、關於爭點三「推介」之文義

（一）臺北高等行政法院

認為符合函文，其主旨為：「本分場自〇〇年〇〇月起，擬進用原住民族籍臨時人員數名，敬請貴機關協助媒介適當人員參加甄選，甄選辦法如說明」。……以電子郵件檢附請求被告公告在其網頁上，其意均係請求各級主管機關推介進用原住民人員，符合立法目的精神，自屬《原住民族工作權保障法》第 24 條第 1 項但書所稱之「推介」。

（二）最高行政法院

認為函文「未具體表明」所擬進用之原住民「臨時人員」人數，則主管機關即上訴人（被告）如何據以適用本法第 24 條第 1 項但書規定，扣除各級主管機關未推介進用原住民人員前免繳代金之不足人數，原判決未載明其理由；另原判決所列電子郵件，並無通知上訴人推介擬僱用原住民從事所缺「臨時計畫助理人員」之意旨，與本法第 14 條第 2 項所指「推介」即有不符，自無本法第 24 條第 1 項但書「於主管機關未推介進用人員前，免繳代金」規定之適用。

（三）更一審臺北高等行政法院

認為：《原住民族工作權保障法》既明定前述通知「推介」，係以公文「函」方式為之，則該「函」之內容除須具體、明確表明欲進用原住民從事相關職務外，並應具備《公文程式條例》規定之法定程式，始得謂為合法之通知。另上開「通知」，必要時得以電報、電報交換、電傳文件、傳真或其他電子文件行之。再所稱「推介」，係指「推薦介紹」而言，業經最高行政法院 103 年度判字第 519 號判決於發回意旨闡述綦詳。

陸、評析

本件案例之就業代金性質為何，似可參考司法院釋字第 426 號解釋

針對「空污費之說明」，即認其是一種國家為一定政策目標之需要，對於有特定關係之國民所課徵之公法上負擔，並限定其課徵所得之用途，在學理上稱為「特別公課」。其與稅捐不同，無須以一般國民為徵收對象，或一律由稅捐稽徵機關徵收歸入公庫，但其徵收目的、對象、用途應由法律予以規定，其由法律授權命令訂定者，如授權符合具體明確之標準，亦為憲法之所許。

因此，原住民就業代金為特別公課性質，屬負擔處分一種，如認負擔處分為違法或不當者，則可提起「撤銷訴願」與「撤銷訴訟」，要求撤銷該處分。

但是本案爭議是關於臨時人員是否應計入《原住民族工作權保障法》第 4 條第 1 項、第 5 條第 1 項規定之「約僱人員」等五類人員，以計算應進用原住民人數？

第一審臺北高等行政法院及第二審最高行政法院均引用，行政院及所屬各機關學校臨時人員進用及運用要點（以下稱該要點）第 5 點，「進用身心障礙者或原住民而於未足額進用時，依本要點規定得進用臨時人員者，優先進用身心障礙者及原住民」之規定，將臨時人員計入《原住民族工作權保障法》第 4 條及第 5 條之應依比例進用原住民的五類人員中，使用人機關可增加用人的彈性，免於繳交代金之處分。此項見解是否妥當，以下從《原住民族工作權保障法》的立法目的及行政機關僱用臨時人員理由之妥當性加以檢討。

首先，行政院該要點第 5 點規定優先進用原住民及身心障礙者為臨時人員之規定，是否逾越《原住民族工作權保障法》之規定？甚至可作為進用原住民比例之員額？似有疑問。

由於行政院該要點第 6 點已明白規定臨時人員除民國 96 年 12 月 31 日前經行政院核定進用臨時人員進用者外，其契約期間依勞動基準法規有關定期契約之規定辦理。因此，依據勞動基準法第 9 條第 1 項之規定，有繼續性工作應為不定期契約。而《原住民族工作權保障法》第 4 條及第 5 條所稱之約僱人員等職務如果在該機關中屬於有繼續性工作

者，不能以定期契約之臨時工來僱用³⁹。

臨時工是一種不安定工作，故勞基法以原則來排除臨時工之僱用。近年來公務機關受到員額管制之限制，臨時人員在公部門有被濫用之趨勢，於是又以人力外包方式大量僱用派遣勞工，這兩種僱用方式只是法律上之雇主不用，本質上都是一種「非典型僱用」，因此社會對於公部門大量使用臨時工及派遣勞工有很大責難。

如進一步查閱當時立法理由，政府提案立法理由為：「考量目前原住民勞動人口以及技術工、體力工之比例為最高，為積極輔導就業，爰明定各級政府機關，公立學校及公營事業機構……僱用無需公務人員任用資格之非技術工及級職務時，應僱用一定比率之原住民」⁴⁰。在審查時，立委鄭朝明向當時原民會主委尤哈尼質詢：原住民不論體力與耐力上都較平地人強得多、是很好人力資源。為何現在失業人口特別多？主委回答是引進外勞造成最大衝擊⁴¹。亦即，引進體力勞動為主之外勞是造成原住民就業不安定主因，原住民本身之勞動能力低並不低於非原住民。

在二讀之廣泛討論前，原民會主委更發言表示：「工作權就是原住民之生存權、文化及其他各項發展。如能透過法律保障及大家支持，讓原住民族都能擁有適當工作，以承擔家庭及社會責任，臺灣原住民才能有發展可言」。⁴²

由此可知，依比例進用原住民之立法目的是因為政府外勞政策造成原住民就業處於勞動條件低落、就業不安定情況，為使原住民勞工獲得適當工作，以承擔家計及社會責任，得以發展其民族，才有此項立法。如果將該法之進用員工解釋為包括勞動條件低落、就業不安定之臨時員工在內，無疑是在使原住民勞工之低薪及不安定工作狀態固定化，可以說與該法之立法目完全背道而馳。

相對於同法第 12 條依《政府採購法》得標廠商僱用原住民之比例

39 有關勞基法第 9 條 1 項之「繼續性工作」之概念參見：周兆昱，我國定期勞動契約法制暨勞基法修正草案之研究，台灣勞動法學會學報第 9 期，2012 年，頁 45-48。

40 立法院議案關係文書第 1722 號政府提案第 7476 號政 264 頁。

41 立法報 90 卷 26 期 3160 號二冊 189-219 頁。

42 原住民族工作權保障法立法草案審查報告書，頁 138-139，<https://goo.gl/1ndoHT>。

國內原住民族重要判決之編輯及解析（第三輯）

及補助之規定，是以「履約期間僱用原住民」為條件，對此司法院釋字第 719 號解釋指出「此所能提供者，多屬短期或不具技術性之工作，難以增進原住民長期穩定之工作機會及專業技能，國家仍應透過具體政策與作為，積極實踐上開憲法增修條文對於原住民族工作權之保障，並應就該積極優惠措施，依國家與社會時空環境與保障原住民族工作權之需求，定期檢討修正」。承此，同法第 4 條及第 5 條之依比例進用如果得以定期契約之臨時工僱用，實有違該號解釋所強調之本法之立法目的。

當然，如最高行政法院所言，《原住民族工作權保障法》所列之五類員工固為編制內或長期雇用之人員，仍會有臨時缺人之情形，如該等員工請產假或育嬰假等情形。但是此等非繼續僱用固然可以原住民為優先考量，但是是否能算入依比例進用總額中，從上述立法目的及司法院解釋之精神看來，實不宜算入。最高行政法院之見解似有意鬆綁公務機關用人限制，但是如此將造成原住民勞工之非典型勞動人口更加惡化趨勢，不宜再採此一立場。因為以短期僱用為目的之非僱用勞動之型態，事實上並無助於原住民之工作權保障。

前述釋字 719 號之理由書亦明示，國家所採取原住民族之保障扶助發展措施原有多端，規定要求得標廠商於履約期間進用一定比例之原住民之措施所能提供者，多屬短期或不具技術性之工作，難以增進原住民長期穩定之工作機會及專業技能，國家仍應透過具體政策與作為，積極實踐憲法增修條文對於原住民族工作權之保障，並應就該積極優惠措施，依國家與社會時空環境與保障原住民族工作權之需求，定期檢討修正。於此前提下，唯有在得標廠商須繳納代金超過政府採購金額者時，始允宜有適當之減輕機制。

❖ 相關法律條文

原住民族工作權保障法：第 4 條第 1 項、第 5 條第 1 項、第 14 條第 2 項、第 24 條第 1 項

行政院及所屬各機關學校臨時人員進用及運用要點：第 2 條

進用原住民作業要點：第 3 點第 3 項、第 4 點第 2 款

案例十二 台電輔導就業轉業金申請

案號 臺東地方法院行政訴訟庭 103 年度簡字第 1 號
臺東地方法院行政訴訟庭 103 年度簡字第 4 號

案由 台電輔導就業轉業金申請資格爭議

關鍵詞 輔導就業轉業金、就業歧視、身分歧視、受益處分。

壹、案例事實

原告甲為非原住民、原告乙為魯凱族之原住民，兩人為夫妻，均設籍臺東縣蘭嶼鄉連續 10 年，依「臺東縣蘭嶼鄉 95-100 年度土地出租輔導就業轉業金運用計畫」，及被告丙（臺東縣蘭嶼鄉公所）101 年 10 月 19 日公告，分別於 101 年 11 月 19 日及 21 日對被告提出「臺東縣蘭嶼鄉 101 年度台電輔導就業轉業金」申請書，申請台電輔導金，依台電輔導金運用計畫規定，非雅美族人須「於 101 年 4 月 30 日（含）前設籍本鄉並連續滿 10 年以上且實際居住達 10 年以上者（須檢附證明文件）」，始為輔導對象。原告甲經被告丙審查結果未符合台電輔導金運用計畫所規定之「實際居住達 10 年以上」之要件。原告甲一再提出申覆，丙仍認為不符合申請資格。原告乙之申請亦被丙核定結果為「不符合」。兩人均不服，提起訴願，亦遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟。

貳、訴訟歷程及結果

本件經臺東地方法院行政訴訟庭判決原告甲及乙依台電輔導金運用計畫向被告丙申請台電輔導金時，符合台電輔導金運用計畫第 11 條所規定之要件，被告丙裁量減縮至零，應作成原告符合輔導對象之行政處分。原告甲、乙兩人請求撤銷訴願決定及原處分並為特定內容之行政處分，均有理由。

參、當事人主張

一、原告甲及乙主張

（一）依照台電輔導金運用計畫，其輔導對象若為「非雅美族」身分，另須符合曾於 91 年 5 月 1 日起至 101 年 4 月 30 日（含）前設籍臺東縣蘭嶼鄉，並連續滿 10 年以上，且實際居住達 10 年以上者等要件，原告甲及乙完全符合請領資格，被告丙不能恣意以「不符合」、「不採信」等理由駁回。且被告「實際居住」認定標準不明，不可能全年 365 天都不離開蘭嶼鄉，相同情況之申請人，有些人領取，有些人不能領取，原告甲、乙前年度可以領取，101 年度卻不能領取，被告乙行政行為已違反行政中立及誠信、信賴之原則。

（二）「台電輔導金運用計畫」將輔導對象區分雅美族、非雅美族身分，已違反憲法第 7 條平等原則。核廢污染對人所造成傷害，並不因是否為雅美族人與非雅美族人而不同，應該是針對居住於蘭嶼鄉之居民為補償，被告訂定之台電輔導金運用計畫已濫用「合理差別待遇」，且轉業金計畫緣起、目標等，在於保障蘭嶼鄉居民，被告卻在輔導對象上區別身分，嚴重違憲，亦違反計畫本身之宗旨與目標。並聲明：訴願決定及原處分一、原處分二均撤銷。被告應作成原告符合台電輔導金運用計畫輔導對象之行政處分。

二、被告主張

（一）因每一期計畫內容及審核依據有所不同，審查結果自然有所不同，另外原告原任職航警所，但於 101 年 3 月 9 日已調離，自無於 91 年 5 月 1 日至 101 年 4 月 30 日續住航警所宿舍，共同被告為其眷屬，亦不得借用該宿舍；故原告調職後與其妻鮮少出現該址，亦未聞另有租屋情事，故不符合「實際居住 10 年以上」之規定。

（二）原告不具雅美族人身分，但仍可提申請本計畫之輔導，僅是要件不同，原住民保留地為雅美族祖先祖傳用地，取得耕作權或地上權者，目前均只有雅美族籍者，依司法院釋字第 481 號及 485 號解釋，台

電輔導金運用計畫輔導對象區分是否具雅美族身分之規定，為合理之區別對待，不違反憲法平等之規定，且轉業金計畫之內容、宗旨及目標之訂定，為被告自訂，係依據審查委員會議決通過，並經鄉代表會審議通過，無「違反計畫本身之宗旨與目標」等語。並聲明：原告之訴駁回。

肆、爭點

- 一、台電輔導就業轉業金申請資格是否可限定雅美族（達悟族）人？
- 二、「實際居住 10 年以上」之事實認定是否有違誤？

伍、法院見解

一、關於申請資格限定雅美族（達悟族）人之要點合法性

原告甲及乙均非雅美族（達悟族）人，申請台電輔導金時設籍於臺東縣蘭嶼鄉，主張自己具有台電輔導金運用計畫輔導對象資格。原告兩人於 101 年 4 月 30 日前設籍臺東縣蘭嶼鄉已連續 10 年，已足認定，則本件爭點乃在於台電輔導金運用計畫是否合法，分述如下：

（一）台電輔導金運用計畫於第 6 條「計畫緣起」，明揭台電輔導金運用計畫設置之目的為同時處理現居蘭嶼鄉離島居民之弱勢，及以蘭嶼鄉為傳統領域之雅美族（達悟族）人之弱勢等二現象，前者係補助居住臺東縣蘭嶼鄉之居民（不論是否為雅美族），後者則針對具有傳統領域關係之雅美族（達悟族）人，被告丙所設立台電輔導金運用計畫因此針對現居蘭嶼鄉者，均可申請，惟區分雅美族人與非雅美族人為不同待遇（要件），與被告上述目的並無違誤。

（二）被告丙本於「核能發電後端營運基金放射性廢棄物貯存回饋要點」第 6 條有決定上開金額如何使用之行政上裁量權。丙就台電輔導金運用計畫，已經民選之鄉民代表會審查通過，並經主關機關核備在案，踐行法定程序；原告設籍蘭嶼鄉，對於蘭嶼鄉鄉民代表亦有選舉權，對於鄉民代表會之決議內容有所不服，亦屬民主運作結果等情形，認為就台電輔導金運用計畫之內容，被告之行政權上之裁量，本院應給與尊重，既查無明顯違法情形，台電輔導金運用計畫應於本件加以適用。

二、原告是否符合要點規定之輔導對象資格

（一）原告是否有台電輔導金運用計畫第 11 條規定之「實際居住達 10 年以上」之情形，而「實際居住」為不確定法律概念，為執行之行政機關與受規範人無從預見，同時確保法律解釋一致性，法院於個案審理時，應本於法規文字一般意涵下之原旨，進行理解。

（二）關於「實際居住」事實如何判斷，判斷「實際居住」之要件，無法單憑某一特定文件，是以均以「有關證明」、「其他足以證明居住事實之文件」作基礎，台電輔導金運用計畫第 11 條規定「需檢附證明文件」亦是相同的道理。所謂有關證明，法院認為不外乎為戶籍資料、工作證明、房屋租賃契約、房屋所有權狀或房屋稅、借（租）用契約、租賃契約、水費、電費、電話費或有線電視收據、掛號郵寄、出入境紀錄資料等資料，各行政機關倘本於上述證據進行判斷，可確保判斷標準之一致性。規定申請人「需檢附證明文件」僅在明示申請人之協力義務，必須主動提出相關單據，供被告審核，並非在提高申請人之舉證門檻。

（三）被告審查委員會第 9 梯次審查會議中，針對原告提起本件訴願，曾再次審酌原告是否符合輔導對象之資格，當中曾提及：歡迎非雅美族（達悟族）人居住在蘭嶼，但福利部分，不應分享，這個部分請代表提案通過，我們生活如此困苦，而外地人離開蘭嶼時候都是帶著大把鈔票走，不需給他們就業輔導及分享福利等內容，有會議紀錄為憑。被告作成原處分一、原處分二時，可能在判斷「實際居住」之事實時，不當考量原告之原住民族別，而有不當。

陸、評析

關於本件「輔導就業轉業金」之性質，依據行政院經濟部「核能發電後端營運基金放射性廢棄物貯存回饋要點」第 5 條規定，由台灣電力股份有限公司向該會申請，由該會撥付接受回饋之直轄市、縣政府及鄉（鎮、區）公所。」因此，本件判決認為台電輔導金運用計畫，對於輔

導對象之資格、輔導內容，及相關規範效果，已有細節性規定，申請人得據以請求就某一特定具體之事件，作成行政處分或應為特定內容行政處分之權利，屬於受益處分的一種。原告得依行政訴訟法第 5 條第 2 項提起課予義務訴訟，依據〈台電輔導金運用計畫〉，請求被告為特定內容之行政處分。

本件涉及原住民之間不同族群之差別待遇的爭議。主要爭點有二，一是台電公司依據〈台電輔導金運用計畫〉發放「輔導就業轉業金」補助對象針對蘭嶼全體居民還是僅限於雅美族（達悟族）人？其二是，如果是針對蘭嶼全體居民，則原告是否符合台電公司所定「實際居住達 10 年以上」作為發放「輔導就業轉業金」之申請資格。

本件判決認為台電「輔導就業轉業金」之適用對象是針對現居蘭嶼鄉者，均可申請，惟區分雅美族人與非雅美族人為不同待遇（要件），與該轉業金乃欲同時處理現居蘭嶼鄉離島居民之弱勢，及以蘭嶼鄉為傳統領域之雅美族人之弱勢等二個現象，並無衝突。亦即，雅美族（達悟族）與其他民族或非原住民之申請資格之差別待遇，並無問題，而是在被告審查委員會第 9 梯次審查會議中，針對原告提起本件訴願，曾再次審酌原告是否符合輔導對象之資格，當中曾提及：「歡迎非雅美族人居住在蘭嶼，但福利部分，不應分享」。如此區別雅美族（達悟族）、非雅美族身分，已違反憲法第 7 條平等原則。但是台電輔導金運用計畫於第 6 條「計畫緣起」，明揭台電輔導金運用計畫設置之目的為同時處理現居蘭嶼鄉離島居民之弱勢，及以蘭嶼鄉為傳統領域之雅美族（達悟族）人之弱勢等二現象，前者係補助居住臺東縣蘭嶼鄉之居民（不論是否為雅美族），後者則針對具有傳統領域關係之雅美族（達悟族）人，蘭嶼鄉公司所設立台電輔導金運用計畫針對現居住於蘭嶼鄉者，均可申請，惟區分雅美族人與非雅美族人為不同要件，與被告丙上述之目的並無違誤。

被告丙發放「輔導就業轉業金」屬於一種給與經濟補助之給付行政，給付行政並非限制相對人之自由與權利，故法律保留原則之適用並不嚴格。但是經濟補助措施往往有多數之競爭者，為防止行政機關之措

施出於恣意，應有法律保留原則適用，因此釋字第 443 號解釋認為給付行政措施，其受法律規範之密度，自較限制人民權益者寬鬆，倘涉及公共利益之重大事項者，應有法律或法律授權之命令為依據，乃屬當然。

以本件原住民間給付行政之身分歧視而言，該給付雖然是依據鄉公所之台電輔導金運用計畫而來，雖非法律，但是依據釋字 542 號解釋，行政機關訂定之行政命令，屬給付性之行政措施具授與人民利益之效果者，亦應受相關憲法原則，尤其是平等原則之拘束。本件判決之結果誠屬適當。

❖ 相關法律條文

台電輔導金運用計畫：第 11 條

憲法：第 7 條

司法院解釋：第 443 號、第 481 號、第 485 號、第 542 號

案例十三 多元就業開發方案進用人員爭議

案號 最高行政法院 102 年度判字第 1636 號判決
臺北高等行政法院 102 年度訴字第 29 號判決

案由 多元就業開發方案涉及任用三親等之禁止規定

關鍵詞 多元就業、平等原則、比例原則、利益迴避原則。

壹、案例事實

原告甲（宜蘭縣原住民工藝協會）依多元就業開發方案（下稱就業方案）規定執行民國 100 年及 101 年（經濟型）「泰雅族傳統工藝培訓就業擴展計畫」（下稱系爭計畫），經被告乙（行政院勞工委員會職業訓練局北基宜花金馬區就業服務中心）查知進用人員 A 及專案經理人 B 係原告理事長之三等親，不得為就業方案進用人員及專案經理人，原告溢領工作津貼及勞健保機關負擔計新臺幣（下同）63 萬 5,388 元，被告乙函（即原處分）請原告依限繳回，並自 101 年 8 月 1 日起註銷員額 1 名。原告不服，提起訴願，經遭駁回，遂提起本件行政訴訟。

貳、訴訟歷程及結果

本件第一審臺北高等行政法院判決駁回原告甲之請求，二審最高行政法院亦維持原判決，駁回甲之上訴。

參、當事人主張

一、原告甲（宜蘭縣原住民工藝協會）

（一）專案經理人應不受三親等之限制

1. 系爭計畫設專案經理人權責為專辦晉用人員之派工差勤管理、並協助晉用人員參加訓練、輔導自我成長再就業等配套行政聯繫與督導措

施，訂定工作人員差勤管理等辦法、帳目稽查...等等，可見專案經理人為系爭計畫之實際執行人，系爭計畫特別要求專業經理人所需專長或技能為「資訊管理實務經驗」。

2. 被告乙說明會簡報內容，均除未提及三親等之限制外，更明載「專案經理人或專案管理人由用人單位自行遴選，並經用人單位理事會（董事會）通過後，報經被告參酌其資格經與計畫書需要審理同意後始得聘用」。「專案經理人或專案管理人之進用資格，不受系爭方案進用對象之限制」。證明專案經理人不受三親等之限制，且為被告一再告知之事項，依誠實信用及禁反言等原則，被告事後不得為相反之主張。

（二）原告甲為執行系爭計畫進用之人員，須具備專業織布技藝

1. 原告甲於系爭計畫中載明需特定專長或技能，被告乙事後辯稱「計畫書不應規範工作者之特殊專業條件，其工作所需之技能，應由執行單位施予教育訓練建立」，顯不實在。

2. 再者，系爭計畫之目的非以職業訓練為唯一目的，部落產業及觀光之建立及推廣亦屬之，因執行就業方案而生產製織品是為供銷售之用，自需具有相當之品質，產造人員當然必須具備相當之技能始能勝任。

（三）原告甲為原住民團體，所有人員及 A、B 等 2 人亦均為原住民，原住民族文化、習俗與漢人原即有差異，原住民對於親屬之定義及歸屬，與漢人亦不同，本案相關人員實因不瞭解「三親等」、「血親」、「姻親」之確切意義，未有何故意詐欺之意圖。

（四）A、B 兩人縱未依規定申請，惟僅為程序瑕疵，且未影響用人之公平性，尚未達應由被告追回 2 人全部或部分補助款之程度。又 A 及 B 於進用期間，均正常到班，實際付出勞動力，並非溢領或冒領工作津貼。

（五）應否追繳補助款，應視違規情節之輕重而定，非一有「進用資格不符、溢領或冒領工作津貼或有不當得利」之情形，即一律追繳。只有在情節嚴重且有必要時始能進行追繳補助款之程序。退萬步言，被告主張之溢領，均已由 A 及 B 受領完畢，原告並未因而受有任何利益，

被告要求原告返還該等款項，顯屬無理。

一、被告乙（行政院勞工委員會職業訓練局北基宜花金馬區就業服務中心）

（一）被告為協助各民間團體認識就業方案相關規定，特別於計畫申請前辦理「方案說明會」等原告均有指派代表出席，並告知原告理事長等之三親等內親屬者不得為就業方案同一單位之進用人員。但其配偶、三親等內血親、姻親如符合條件，且有意願參加就業方案、該用人單位之失業者數量不足，得由勞委會職業訓練局所屬公立就業服務中心辦理專案推介。專案經理人則無此項但書。

（二）又原告計畫於 100 年 1 月間，開始由被告所屬羅東就業服務站辦理人員推介作業，專案經理人則以單位自行遴選報被告核備方式辦理。函報 A 為計畫專案經理，B 並於 2 月 24 日親筆簽具「參與多元就業開發方案意願書」，其中已有註明「非屬用人單位現任理事長、總幹事、執行長或相同職務之配偶及三親等內血親、姻親，若有違事實，願立即離職並繳回溢領款項」。

（三）按就業方案第 9 點已明確揭示用人單位之三等親限制，符合條件，且有意願參加就業方案，而該用人單位之失業者數量不足，得由勞委會職業訓練局所屬公立就業服務中心辦理專案推介，並報勞委會職業訓練局備查。同條第 2 款亦無認列專案經理人得以專案方式進用三親等人員。次按該方案第 21 點民間團體用人單位或進用人員有涉及進用資格不符、溢領或冒領工作津貼或有不當得利等情形經查屬實者，勞委會職業訓練局所屬公立就業服務中心得終止、撤銷或廢止原核定補助，並向用人單位或進用人員追繳已領取之補助款。

（四）就業方案之立案意旨即在藉由計畫執行，提升弱勢工作者就業技能，均未設定應具備專業織布技藝之進用條件，故本不該以此認定進用資格。原告計畫書中記載理事長有高職、專科學歷，似難構成不知民法三親等血親、姻親關係之理由。

（五）原告另稱 A 及 B 於進用期間，正常到班，實際付出勞動力，並非溢領或冒領工作津貼，實與 A、B 等 2 人親筆簽署「參與多元就業

開發方案意願書」第 8 點內容相符，未有比例原則問題，亦無補正空間。

（六）A 和 B 等 2 人工作津貼、勞健保費用 63 萬 5,388 元，雖稱有所謂工作紀錄，然仍應視為不該核銷之佐證物件，應依規定繳回溢領之 63 萬 5,388 元，並註銷 1 名員額。

肆、爭點

- 一、執行多元就業開發方案之「泰雅族傳統工藝培訓就業擴展計畫」得否進用原告理事長之三等親？
- 二、原住民不知漢人所謂三親等血親、姻親關係是否影響多元就業補助？

伍、法院見解

一、原告所提計畫並未設定求職人應具專業技術，故專案經理人之遴選進用程序，應不適用專案推介之規定，原告甲違反前揭規定堪以認定。

二、系爭就業方案核屬政府政策性之補助措施，於審酌政府財力負擔及促進民間團體與政府部門間促進就業及合作夥伴關係、提升社會福祉，及政府補助性支出之資源有限情況下，主管機關自得本其權責就適用之對象與範圍，補助項目、範圍、期間及標準等為必要及限定性之分配，並明文規定違反相關規定撤銷補助之效力，期使有限之資源發揮最大效益，並未違反法律保留原則及比例原則。

三、原告之理事長三親等內血親及姻親，均不得參加系爭方案，用人單位亦不得進用其為專案經理人，故原告主張專案經理人應不受三親等之限制，自無可取。

四、又原告進用理事長侄女 A、B 為專案經理人，對於彼此具有三親等關係不可能不知悉，原告進用 A 並未經公立就業服務中心辦理專案推介，亦未經遴選程序後理事會通過，報經被告同意後始予聘用，影響用人公平性及系爭方案補助意旨，不符合進用專案經理人之規定。

五、綜觀系爭就業方案、作業手冊及補助作業要點等規定，專案推介的發生乃就業服務中心確無其他可推介之人選與用人單位提供名單說明，始有專案推介。

六、查原告計畫書中記載理事長主張兩人不知所謂三親等血親、姻親關係，但是二人分別為高職、專科學歷，原告甲稱渠等為原住民，對於親屬之定義及歸屬，與漢人不同，不知所謂三親等血親、姻親關係，為不可採。

七、系爭就業方案之立案意旨在於建構民間團體與政府部門間促進就業之合作夥伴關係，透過促進地方發展，提升社會福祉之計畫，創造弱勢族群（包括原住民、失業者等）在地就業機會，對於進用對象、推介之限制及優先對象、不得參加之人員等，均有明確規定。原告之理事長與進用人員 A、B 間具有三親等關係，若未經專案推介程序，本不具參與被告計畫之進用資格，原告未予告知，且提供該二人不實記載之意願書，致被告作成核定 A、B 派工之行政處分，原告以系爭就業方案之經費補助款違規進用人員之薪資健保費等，系爭就業方案意旨，情節核屬重大，亦無從補正，即便於進用期間，正常到班，實際付出勞動力屬實，亦不足卸免原告違反前揭規定應負之責任，渠等不符合系爭就業方案予以補助之規定，自應由原告自行支付薪資。

陸、評析

一、多元就業開發方案補助之性質

依據多元就業開發方案第 1 點之規定，勞動部為建構民間團體與政府部門間促進就業之合作夥伴關係，透過促進地方發展，提升社會福祉之計畫，創造失業者在地就業機會設立本要點。因此，本件多多元就業開發方案屬於一種給與經濟補助之給付行政。依據司法院釋字第 443 號解釋理由書，關於給付行政措施，其受法律規範之密度，自較限制人民權益者寬鬆，倘涉及公共利益之重大事項者，應有法律或法律授權之命令為依據之必要，乃屬當然。本件多元就業開發方案的補助如經編列預算，是否需要再有法律保留原則之適用，應視其是否為重要事項而定。

但依司法院釋字 542 號解釋：行政機關訂定之行政命令，其屬給付性之行政措施具授與人民利益之效果者，亦應受相關憲法原則，尤其是平等原則之拘束。

二、本件多元就業開發方案所限制之對象是否符合平等原則？

因此，本件多元就業開發方案之第 9 點所排除之兩類型人員中，三等親不得參加是否有正當理由，為本案重點。亦即，用人單位之理事長、總幹事、執行長、理監事、相關領導幹部或相同職務者，及其配偶、三親等內血親、姻親等，其排除是否具有正當理由。

本件法院判決認為，系爭就業方案核屬政府政策性之補助措施，可以審酌政府財力負擔，本其權責就適用之對象與範圍，補助項目、範圍、期間及標準等為必要及限定性之分配，並明文規定違反相關規定撤銷補助的效力，期使有限之資源發揮最大之效益，並未違反法律保留原則及比例原則。

但是從三等親之限制看來，應屬為防止理事長等幹部優先進用具有親屬關係之人，造成補助不公之一種利益迴避原則之具體規定。內政部公布之社會團體法草案第 18 條即規定會員、理事或監事行使權利或執行職務，涉及個人利益衝突者，應即自行迴避。

因此，原告甲因違反此項規定而被要求繳回補助款之處分並無不當。至於 A、B 實際付出勞動力屬實，已受領之勞動對價（薪資）並不受影響，該就業方案是對於甲所僱用特定對象的補助，不因該補助被取消，而使 A 和 B 之工資債權受到影響，故自應由原告自行支付此二人之薪資。

❖ 相關法律條文

多元就業開發方案

司法院解釋：第 443 號、第 542 號

案例十四 原住民勞動合作社稅賦爭議案

案號 最高行政法院 99 年度判字第 1373 號判決
高雄高等行政法院 97 年度訴字第 764 號判決

案由 營業稅、免稅

關鍵詞 原住民族工作權保障法、稅賦、勞動合作社、勞動派遣。

壹、案例事實

緣原告甲（有限責任臺東縣原住民資料處理勞動合作社）於民國 95 年 1 月至 10 月間銷售勞務，將應稅銷售額新臺幣（下同）187,142,195 元申報為免稅銷售額，涉嫌逃漏營業稅 9,357,110 元，經被告乙（南區國稅局）按所漏稅額 9,357,110 元處以 2 倍之罰鍰計 18,714,200 元（計至百元止）。原告不服，申經復查，未獲變更，提起訴願，遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟。

貳、訴訟歷程及結果

第一審：被告敗訴（財政部臺灣省南區國稅局上訴第二審）。

第二審：原判決廢棄。被上訴人在第一審之訴駁回。

參、當事人主張

一、原告（勞動合作社）主張

（一）《合作社法》第 3 條之 1 第 2 項第 5 款雖規定：「勞動合作社不得僱用非社員勞力」，但同法第 44 條復規定：「合作社因業務必要，得設事務員及技術員，……。」其前提要件是合作社因業務必要，並無人數之限制，亦無規定所僱用事務員、技術員人數及須具備社員身分。再依內政部 96 年 8 月 3 日內授中社字第 0960026752 號函說明三：

「……合作社因業務必要，得設事務員及技術員，……該等人員係屬合作社聘用之專案技術人員，與合作社之社員有別」。即認合作社所僱用之事務員、技術員不必須為社員。是上開合作社法第 3 條之 1 第 2 項第 5 款，旨在明定合作社業務經營及交易對象之限制，其中「除政府或公益團體委託代辦之業務」之除外規定，非關合作社之本質，亦非合作社之主要業務，目的在便於政府或公營團體得以委託合作社辦理其職權範圍內之業務，非強制性規定。故政府或公營團體職權範圍內之業務是否委託合作社辦理或委託範圍為何，悉由「政府」或「公營團體」自行決定。內政部 93 年 12 月 24 日內授中社字第 0930004544 號函即已明示。然上訴人非招標機關亦非權責主管機關，竟不循權責機關所作函釋，反擴張解釋作出不利被上訴人之處分，有逾越權限且濫用權力之違法。

（二）原告勞動合作社承作之勞務案既為政府機關所委託辦理，所僱用之技術員、事務員依《合作社法》第 3 條之 1 第 2 項除外規定，自可不囿於社員資格之限制。上訴人以被上訴人所僱用非社員之事務員、技術員人數多於社員，即認被上訴人業務上無須僱用上開事務員、技術員，逕認被上訴人所僱用之事務員、技術員屬僱用非社員勞力，違反《合作社法》第 3 條之 1 第 2 項第 5 款規定。本件問題非在人數多寡，而在所僱用者是否須具備社員身分。合作社業務上有無僱用事務員、技術員之必要，係合作社基於業務需要而為考量，非可由上訴人代替被上訴人考量，故上訴人逕代被上訴人認定業務上無須僱用事務員、技術員，即於法不合。

（三）上訴人主張合作社所僱用之事務員、技術員依《合作社法》第 3 條之 1 第 2 項第 5 款規定須具備社員身分而非有該法第 44 條規定之適用，上訴人自應負舉證責任。又相同情形除上訴人外，其他國稅局對其轄區內合作社所僱用非社員之事務員、技術員並不認為有違反規定，而予以補稅處罰，顯存有一國二制之不公平現象。被上訴人係依《合作社法》第 3 條之 1、第 44 條及《原住民族工作權保障法》經營，上訴人漠視《合作社法》第 44 條規定，實有違行政法對人民有利之規定應予注意之規定。

(四) 上訴人主張依《原住民族工作權保障法》第 1 條規定，原住民合作社所承接案件，須將工作職缺安排給原住民，惟查，該法條僅在闡述立法之目的，未有如上規定，否則，原住民合作社亦有 20% 非原住民社員，倘依上訴人所主張，渠等 20% 之非原住民社員豈非無工作機會。再者，被上訴人承接業務亦先於社員中選任分派，但如社員中無此工作能力，始聘用技術員，一方面藉以順利完成履約，一方面藉訓練及帶動社員職技能力，冀早日自立自主能獨立完成履約，此與《原住民族工作權保障法》第 1 條立法旨趣並無相悖。《合作社法》第 44 條規定，在闡明合作社社員無能力完成業務，為使業務完成得聘任技術員及事務員，其目的在補充《合作社法》第 3 條之 1 規定之例外，並藉由技術員之聘用以提升社員之職技能力，故上訴人主張被上訴人所僱用工作人員，非社員人數多於社員人數，而違反《合作社法》及《原住民族工作權保障法》規定，並無依據等語，求為判決撤銷訴願決定及原處分（含復查決定）。

二、被告乙（財政部南區國稅局）主張

依《原住民族工作權保障法》第 7 條第 1 項、第 3 項、第 8 條及同法施行細則第 5 條第 1 項、第 2 項規定，原住民合作社依法經營者，得免徵所得稅及營業稅，所謂「依法經營」係指依《合作社法》及其相關法令規定設立經營，且原住民社員超過該合作社社員總人數 80% 以上之合作社。另依《合作社法》第 3 條之 1 第 2 項第 5 款規定，勞動合作社不得僱用非社員勞力。惟查本件被上訴人形式上雖登記原住民社員超過社員總人數 80%，但實際上 95 年度僱用員工 1,008 人，其中僅 3 人為社員，其餘事務員及技術員 1,005 人均非其社員，有被上訴人個人社員名冊、95 年度申報給付各項所得資料可稽，顯然未符《原住民族工作權保障法》第 8 條「原住民合作社依法經營」得免徵營業稅之要件，亦有違同法第 1 條所定促進原住民就業，保障原住民工作權及經濟生活之立法目的。又內政部 95 年 1 月 13 日內授中社字第 0950720217 號函指出，勞動合作社業務之經營，係以承攬方式從事勞作，其勞動限於社員；該部 96 年 9 月 3 日內授中社字第 0960026752 號函亦闡明，勞動合作社是

由無一定雇主之勞動者，依據平等原則，在互動組織之基礎上，以共同經營方式所組設之「專營性」法人組織；其目的在藉共同向外承攬勞務，提供社員勞作，以增加社員所得並改善生活，其社員應具備「勞動力性質相同」及「能實際提供勞務能力」，因社員無專業技能而無法勝任之工作，得由理事會聘任技術員，惟該等人員係屬合作社聘用之專業技術人員，與合作社之社員有別。又上訴人於核課期間內查得被上訴人不符原住民保障法第 8 條「原住民合作社依法經營」得免徵營業稅之要件，依法補稅處罰，不生信賴保護之問題等語，資為抗辯，求為判決駁回被上訴人之訴。

肆、爭點

原住民勞動合作社是否須僱用社員勞力，方能享有《原住民族工作權保障法》第 8 條免繳所得稅及營業稅之優惠？

伍、法院見解

一、高雄高等行政法院

認為本件原告係依《合作社法》成立之勞動合作社，其原住民社員人數已達社員總人數 80%等情，為被告所不爭，則原告形式上已符合享有《原住民族工作權保障法》第 8 條稅捐優惠之要件；被告若認原告係違法經營，即應依職權調查證據以證明違法事實之存在，始能據以對原告作成負擔處分。

《合作社法》第 3 條之 1 第 2 項有關勞動合作社僱用非社員勞力之例外規定包含「政府」及「公益團體」委託代辦之業務，亦與《營業稅法》第 8 條第 1 項第 10 款有關《合作社法》依法經營銷售「政府」委託其代辦之業務及同條項第 11 款有關農會、漁會、工會、商業會、工業會依法經營銷售「政府」委託其代辦之業務等免稅規定，二者範圍亦有不同；是原住民勞動合作社僱用非社員勞力是否為合法經營，應依《合作社法》第 3 條之 1 第 2 項之規定認定，尚難逕以《營業稅法》第 8 條第 1 項第 10 款及第 11 款之規定作為判定標準。

二、最高行政法院

參諸《原住民族工作權保障法》及《合作社法》相關規定，原住民勞動合作社於承作政府或公益團體委託代辦之業務時，固不受《合作社法》第 3 條之 1 第 2 項第 5 款不得僱用非社員勞力之限制，而得僱用非社員勞力；惟其若欲享有《原住民族工作權保障法》第 8 條免繳所得稅及營業稅之優惠，則其僱用之勞力，仍應以社員為主，否則，前揭《原住民族工作權保障法》第 7 條及第 8 條透過租稅優惠，鼓勵成立原住民勞動合作社以保障原住民工作權之立法目的，不僅無法達成，反會形成利用成立原住民勞動合作社，並承作政府或公益團體委託代辦之業務，一方面可僱用非社員之勞力，另一方面其營業行為及所得卻得免稅之租稅不公，當非《原住民族工作權保障法》第 8 條關於租稅優惠規定之本旨。是原住民勞動合作社以非社員為主要勞力來源之營業行為，依法即不合第 8 條所稱「依法經營者」，而不得免徵營業稅。

陸、評析

一、勞動合作社與其提供勞務社員間之法律關係為何？

依據《合作社法》第 3 條之規定，成立勞動合作社得經營提供勞作、技術性勞務或服務之業務。但是對於勞動合作社與會員間之關係並未有清楚定義。依據內政部之說明，勞動合作社為勞動者據以工作上之共同需要，依據合作社法所成立之法人團體，以共同經營之方法向外承攬勞務，分配給社員工作，以減少中間剝削，增加收益之自立自助之經濟組織⁴³。因此，勞動合作社承攬之勞務提供的工作，再分配由其社員來完成是勞動合作社最大特色。換言之，勞動合作社社員即是合作社之出資者，亦是合作社承攬勞務之履行者。

在此種特性下，行政院勞工委員會前於民國 87 年發布之行政命令解釋認為，合作社社員與合作社之間無僱傭關係，不適用勞動基準法，但是合作社所聘用之經理、會計如係受僱於該社從事工作獲致工資者，

43 內政部官網 <http://coop.moi.gov.tw/moi-introduction/moi-p3-2.html> (2016/8/29 瀏覽)。

則屬勞動基準法第 2 條所稱勞工，與該社有僱傭關係⁴⁴。

依照前述勞動合作社之原理，勞動合作社所承攬之勞務分配給社員來履行，其與合作社之間依前勞委會解釋，並無僱傭關係，但承認合作社所聘用之員工具有僱傭關係，前後似有矛盾。

但是現行法，例外規定包括勞動合作社在內，政府、公益團體委託代辦及為合作社發展需要，得提供非社員使用，使非會員亦得提供勞務，與一般營利事業之區別逐漸模糊化。

二、勞動合作社享免稅之要件？

符合《原住民族工作權保障法》第 8 條稅捐優惠之要件時，被告（上訴人）若欲對之課稅，即應證明被上訴人係「違法經營」。如最高行政法院之見解，若欲享有《原住民族工作權保障法》第 8 條免繳所得稅及營業稅之優惠，則其僱用之勞力，仍應以社員為主，否則原住民保障法立法目的不僅無法達成，反會形成利用成立原住民勞動合作社免稅之租稅不公。

本件原住民勞動合作社是依據《原住民族工作權保障法》第 7 條由政府輔導原住民依據《合作社法》所設立，得享有同法第 8 條免徵所得稅及營業稅、第 9 條經費補助考核及獎勵。其目的在於以合作組織方式，可以提升原住民技術層次，減少工程轉包剝削。本件原住民勞動合作社違法經營，已如同勞動派遣公司，企圖享受租稅優遇，應予以排除。

有論者認為，原住民勞動合作社由於擔心違反《合作社法》「不得僱用非社員勞力」之限制，以至於無法為原住民謀取更多經濟收入機會⁴⁵。如今修法後，解除勞動合作社僱用非社員之限制後，是否對於原住民合作社之經營更為有利，令人懷疑。因為，如此將使勞動合作社與營利事業並無兩樣，持有較多資金者往往是非原住民，如果在少數人，特別是非原住民之經營下，勞動合作社可能成為利用法律保障與優待所

44 行政院勞工委員會，民國 91 年 10 月 14 日，勞保一字第 0910051561 號函。

45 梁玲菁、孫碧霞（2008），〈臺灣勞動合作社的發展困境（上）〉，《合作經濟》，99 期，頁 31。

成立之原住民派遣公司⁴⁶。在派遣勞動被大量濫用之今天，原住民勞動合作社限制之鬆綁，可能使以原住民為對象之勞動派遣現象更加擴大，令人擔憂。

❖ 相關法律條文

合作社法：第 3 條之 1

原住民族工作權保障法：第 8 條

46 例如有調查顯示某勞動合作社承攬一千萬元勞務工作，但社員數卻只有 60 人，該勞動合作社勢必尋找其他人力，如此一來非社員之勞工的勞動保障是否又更低於社員，則令人值得省思。參見涂峻懿（2014），〈以花蓮縣勞動合作社為例論原住民族工作權保障制度〉，《國立東華大學財經法律研究所碩士論文》，頁 111。

案例十五 富邦人壽請求撤銷未進用原住民之代金處分案

案號 臺北高等行政法院 104 年度訴更一字第 37 號
最高行政法院 104 年度判字第 127 號
臺北高等行政法院 101 年度訴字第 1521 號

案由 原住民族工作權保障法

關鍵詞 原住民就業代金、政府採購、特別優惠措施、特別公課。

壹、案例事實

被告乙（行政院原住民族委員會）以原告甲（富邦人壽保險股份有限公司）標得台灣彩券股份有限公司（下稱台彩公司）「電腦型彩券經銷商五年期儲蓄保險暨轉業補助」採購案（下稱系爭採購案），履約期間為民國 98 年 5 月 15 日至 102 年 12 月 31 日，其於 99 年 1 月 1 日至同年 12 月 31 日，僱用員工總人數逾一百人，惟進用原住民人數未達《原住民族工作權保障法》第 12 條第 1 項之標準，乃依同條第 3 項規定，以 101 年 5 月 10 日原民衛字第 1010026858 號處分書（下稱原處分）追繳原告原住民就業代金新臺幣（下同）8,734,464 元。原告不服，提起訴願，遭決定駁回，遂提起行政訴訟。案經臺北高等行政法院以 101 年度訴字第 1521 號判決將訴願決定及原處分關於追繳原告原住民就業代金逾 8,371,584 元部分均撤銷，並駁回原告其餘之訴。兩造對各自敗訴部分不服，分別提起上訴，經最高行政法院以 104 年度判字第 127 號判決廢棄原判決，將本件發回臺北高等行政法院，更行審理。。

貳、訴訟歷程及結果

臺北高等行政法院 101 年度訴字第 1521 號：訴願決定及原處分關於追繳原告原住民就業代金逾部分均撤銷。原告其餘之訴駁回。（富邦人壽保險股份有限公司上訴第二審）。

最高行政法院 104 年度判字第 127 號：原判決廢棄，發回臺北高等行政法院。

臺北高等行政法院 104 年度訴更一字第 37 號：訴願決定及原處分關於追繳原告原住民就業代金部分均撤銷。原告其餘之訴駁回。

參、當事人主張

一、原告甲（富邦人壽）主張

（一）最高行政法院發回意旨指明本件受補助者為公益彩券經銷商個人（即自然人），並無《政府採購法》之適用，依此，被告執《原住民族工作權保障法》第 12 條及《政府採購法》第 98 條課予原告原住民就業代金之原處分顯有違法之處，應予撤銷。

（二）本件補助對象實為個別彩券經銷商，僅因受限於上開補助處理原則，方由中國信託商業銀行及台彩公司代為「申請」補助。被告徒以「電腦型彩券經銷商五年期儲蓄保險暨轉業補助採購案」合約書（下稱系爭合約書）係由台彩公司簽署，即率論本件補助對象為台彩公司，自有違誤。

（三）原告就員工勞工保險事項，為管理方便乃統一以總公司名義為員工投保，故勞工保險局提供予被告之原告員工參加勞工保險人數統計資料，實係包含原告總公司與分公司員工。

（四）政府採購之得標廠商未能僱用足額原住民時，所繳納之代金屬專款專用之特別公課，係因政府透過採購合約挹注財務資源予私人企業，故得將部分照顧弱勢族群之責任，轉嫁至私人企業，惟此私人企業分擔國家照顧弱勢族群之責任，不應超過政府機關財務挹注私人企業之金額範圍，否則難謂無違於特別公課公平負擔原則。

（五）政府採購案之得標廠商進用原住民員工僱用比例，須先調查現職員工種族分布比例，且於確認僱用原住民比例不符規定時，須再耗費相當時間徵聘具原住民身分員工，且極可能因所屬行業特殊性，而無法聘僱足額具原住民身分員工。

（六）參與政府採購之得標廠商若未符合法定進用原住民比例，則

得標廠商勢必僱用具備原住民身分者，勢將資遣部分現職不具原住民身分者，此又將構成歧視不具原住民身分者，亦屬違反《就業服務法》第 5 條規定。

（七）被告迄今已課予原告高達 2,212 萬 9,392 元之原住民族就業代金，已超過原告履約 5 年期間所評估之 850 餘萬元利潤金額，應繳納之代金高於合約金額甚多已有違反比例原則之情形。

二、被告乙（原民會）主張

（一）原告自承台彩公司係確實受財政部國庫署之經費補助，而益證《政府採購法》第 4 條所稱「法人或團體接受機關補助辦理採購」之情形於本件係專指財政部國庫署補助台彩公司辦理系爭採購案而言，而非補助公益彩券經銷商（自然人）個人。

（二）其公益彩券經銷商（自然人）個人是否另有受財政部國庫署依獲配公益彩券回饋金辦理補（捐）助計畫處理原則之補助，以及補助之效果為何，均非本件所問。本件有採購法之適用，原告自應依同法第 98 條之「法律」足額僱用原住民，或就僱用不足部分繳納代金。

（三）台彩公司實質上即非僅屬執行單位，且主管機關工程會亦認定原告係標得台彩公司之系爭採購案，並踐行投標、決標及評選等相關辦理採購之程序，則本件自有《政府採購法》之適用。

（四）原住民就業代金之性質為特別公課性質，非為租稅，甲公司自不得以違反租稅法上之量能原則及扼殺稅禁止原則等，而主張不須履行繳納原住民就業代金之法定義務等語，因而將訴願決定及原處分關於追繳甲公司原住民就業代金均撤銷。

（五）原告員工總人數已明顯合於法律所預設之規模，且《原住民族工作權保障法》第 12 條亦給予原告履行法定義務之選擇權，僱用未達法定比例者，始須依其差額向原住民族綜合發展基金繳納代金，實已透過立法裁量考量廠商承受法律義務之規模，並賦予廠商法定義務行使之選擇權以取其平衡，顯於立法形成時已考量法規內容之比例原則。

（六）《就業服務法》第 5 條規定乃為保障國民就業機會之平等，使雇主以客觀之工作能力為僱用標準；而因原住民長期生活水準及經濟

地位處於弱勢，《原住民族工作權保障法》第 12 條及《政府採購法》第 98 條即藉政府採購以達保障原住民工作權之政策目的，其差別待遇係為追求實質平等之目的，身心障礙者權益保障法第 38 條強制僱用之規定亦復如是，故《就業服務法》與《原住民族工作權保障法》之規範並無衝突。

肆、爭點

- 一、彩券回饋金補助案件，是否有《政府採購法》規定之適用而須繳未進用原住民之代金？
- 二、繳納未進用原住民之代金額度之基準為何？

伍、法院見解

一、臺北高等行政法院 101 年度訴字第 1521 號

(一) 依甲未足額僱用原住民法定最低人數以及應繳納代金一覽表所示，原民會並未依法扣除留職停薪員工人數，課處富邦公司應繳納之原住民就業代金自有不當。至於富邦公司其餘請求部分，原處分於法並無違誤，應予駁回。

(二) 依勞工保險相關規定，得分別以總公司、分公司為投保單位加入勞工保險，各別作為計算國內總員工人數之計算依據，甲既選擇以總公司名義得標之政府採購案，則當事人既得選擇，則對當事人之保護亦無不周之虞。

(三) 甲為私法人，自非《原住民族工作權保障法》第 4 條、第 5 條及第 24 條第 1 項但書所適用之對象。該法第 12 條僅預設「得標廠商」於履約期間始有僱用義務，故該法於制度設立之初即有意採行雙軌設計，尚非甲可任意比附援引。

(四) 原住民就業代金之性質為特別公課性質，非為租稅，甲公司自不得以違反租稅法上之量能原則及扼殺稅禁止原則等，而主張不須履行繳納原住民就業代金之法定義務等語，因而將訴願決定及原處分關於追繳甲公司原住民就業代金均撤銷。

二、最高行政法院 104 年度判字第 127 號

《政府採購法》和《原住民族工作權保障法》關於未足額僱用原住民人數須繳代金之規定，並不違背憲法第 7 條平等原則、第 15 條人民財產權之保障及第 23 條比例原則，業經釋字第 719 號解釋文載明。

系爭公益彩券回饋金之補助對象既有未明，原審持前揭理由為不利甲公司之判決，亦不利於上訴人原民會部分，皆應認上訴為有理由。爰將原判決均廢棄，發回原審法院重為審理。

三、臺北高等行政法院 104 年度訴更一字第 37 號

（一）本件應有《政府採購法》之適用。惟最高行政法院亦認依《政府採購法》第 98 條計算得標廠商於履約期間應僱用之身心障礙者及原住民人數時，其國內員工總人數之計算，自 98 年 7 月 11 日起，同有〈身心障礙者權益保障法施行細則〉第 15 條第 2 款規定之適用。

（二）準此，本件原告於履約期間內，每月均有參加勞工保險申請留職停薪之員工，依原告各該月員工總人數經扣除留職停薪員工人數後，核算原告各該月應繳代金金額。至原處分其餘追繳原住民就業代金部分，並無違誤，訴願決定予以維持，並無不合。

陸、評析

關於《原住民族工作權保障法》規定依《政府採購法》得標之廠商於履約期間進用一定比例之原住民，未達進用標準者，應向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金者之規定，是與原住民族合作，採行特殊措施，以確保原住民族所屬勞工在受僱及勞動條件上得到有效保障之極優惠措施，係為維護重要之公共利益，目的洵屬正當（司法院釋字第 719 號解釋理由書參照）。

又該就業代金之性質為何，似可參酌司法院釋字第 426 號解釋，認其係屬一種國家為一定政策目標之需要，對於有特定關係之國民所課徵之公法上負擔，並限定其課徵所得之用途，在學理上稱為特別公課。其與稅捐不同，無須以一般國民為徵收對象，或一律由稅捐稽徵機關徵收

歸入公庫，但其徵收目的、對象、用途應由法律予以規定，其由法律授權命令訂定者，如授權符合具體明確之標準，亦為憲法之所許。

例如與本件就業代金類似之《身心障礙者保護法》第 31 條課予未足額進用足額身心障礙者之一定員工以上人數者之公私部門及事業機構，向身心障礙就業基金專戶繳納差額補助費之規定，亦屬特別公課之性質，並非行政罰，自無責任條件之適用。凡合於法規構成要件者，即依法負有僱用原住民或繳納代金之義務，故原處分係屬負擔處分。又進用身障者或繳納就業基金差額補助費，既屬一定規模之事業、機關所應負擔之特別公課，原告選擇以「進用」為其履行法定義務之方式，即應以符合身心障礙者保護法之立法精神之方式予以進用，故其自不得提供兼職方式供身障者服其勞務⁴⁷。

因此，本件一審判決認為原住民就業代金為特別公課之性質，非為租稅，原告甲公司自不得以違反租稅法上之量能原則及扼殺稅禁止原則等，而主張不須履行繳納原住民就業代金之法定義務。所謂扼殺稅禁止原則又稱扼死稅禁止原則，指若國家選以加重稅捐方式來抑制特定行為或產業者，不能以稅捐手段完全扼殺該等特定行為或產業存在的可能性。亦即，社會目的之稅法規範不能將財政目的完全擠壓或予以排除，作為稅捐規範，至少必須要維持財政收入目的，作為次要或附隨目的⁴⁸。

但是本件原告甲公司仍依《政府採購法》得標廠商，未足額進用原住民時應繳交代金是否違憲以及代金計算方法之爭議提起上訴。

《政府採購法》之規定固然得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。如未進用一定比例之原住民，亦得繳納代金代替，對於得標廠商營業自由之限制是否過當，一直有所爭議。

司法院釋字第 719 號解釋肯認《原住民族工作權保障法》及《政府

47 最高行政法院 98 年度判字第 955 號。

48 柯格鐘（2016），〈論稅捐正義的追尋：從憲法平等原則到稅法量能課稅原則的路徑〉，《台大法學論叢》，第 45 卷持刊，頁 1255-1266。

採購法》關於政府採購得標廠商於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用原住民，人數不得低於總人數百分之一，進用原住民人數未達標準者，應向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金部分，尚無違背憲法第 7 條平等原則及第 23 條比例原則，與憲法第 15 條保障之財產權及其與工作權內涵之營業自由之意旨並無不符。但是就代金部分，該號解釋認為，「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」。

因此，本案更一審判決依據上述釋字 719 號解釋之意旨，給予適當減輕機制，亦即其國內員工總人數之計算，同有身心障礙者權益保障法施行細則第 15 條第 2 款規定之適用，經機關（構）依法核予留職停薪，仍繼續參加勞工保險或公教人員保險之人數得不予計入員工總人數之計算。

然因此得標廠商所能提供之工作，多屬短期或不具技術性之工作，難以增進原住民長期穩定之工作機會及專業技能，國家仍應透過具體政策與作為，積極實踐上開憲法增修條文對於原住民族工作權之保障，並應就該積極優惠措施，依國家與社會時空環境與保障原住民族工作權之需求，定期檢討修正。

又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，得標廠商始負繳納代金之義務。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，且繳納之代金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等，具有重要功能。

❖ 相關法律條文

原住民族工作權保障法：第 12 條

政府採購法：第 98 條

陸、國際原住民族重要判決編輯及解析實例

案例一 原住民族傳統領域權之要件

案名 Dodd v State of South Australia [2012] FCA 519. (澳大利亞)

案由 確認原住民族傳統領域權利

當事人 聲請人：Reginald Dodd, Laurie Stuart (Deceased) and Millie Warren
被聲請人：南澳大利亞省等

關鍵詞 原住民族傳統領域、國家公園、可識別

壹、案例事實

本案之聲請人為南澳的阿拉巴那族 (Arabana people)，在 1998 年因為南澳大利亞省 (State of South Australia) 擬在一塊位於該省中部至中北部傳統領域權設立國家公園，所提出之案件。本案之聲請人與南澳省及其他的被申請方，針對本聲請案之系爭傳統領域認定條件獲致協議。雙方依據 1993 年《原住民族傳統領域法》第 87 條，以書面向最高法院尋求做成認定的同意命令 (consent orders for a determination)。南澳省聲稱政府在本案「附表 4」(Schedule 4) 所列的認定區域 (Determination Area) 的權利 (Vesting) 是指，依據《原住民族傳統領域法》所確立的不消滅原則，行使所有關於那些被廢止的區域上的權利及利益。因此，所有附表 4 區域上的原住民族傳統領域權利及利益，在那些區域被政府依據《國家公園及野生動物法》維持權利其間，依舊被廢止。而聲請人

主張，關於附表 4 區域的傳統領域權利及利益，並未全部受到廢止，但其瞭解《原住民族傳統領域法》所規定不消滅原則之運作。法院做成有利於聲請人之認定，讓聲請人就大約 68,823 平方公里之土地享有非專屬的傳統領域權利及利益¹。

貳、爭點

聲請人等是否足已被認定為一支原住民族？以及其所享有原住民族傳統領土地權之內涵為何？。

參、兩造主張

聲請人主張其為阿拉巴那族之成員，並享有原住民族傳統領域土地權，並就南澳大利亞省在其傳統領域部分設立國家公園表示異議。

被聲請方否認聲請人之原住民族身分及其異議。

肆、法院見解

在本案，南澳省與聲請人同時同意執行一項「原住民族土地使用協議」（Indigenous Land Use Agreement, ILUA），做為將位在 Marree 鎮幾筆先前並未被區分出的傳統領域土地，予以移轉之同意認定（consent determination）。該認定區域之大部分，包括世界上最大的安那溪牧場（Anna Creek Station）及對聲請人特別重要的芬尼斯泉（Finniss Springs）牧場，被出租為放牧用²。根據此協定，南澳省授與聲請人芬尼斯泉區域的長期使用權，協議亦規定南澳省在認定地區得採取未來行為之程序。此外，此協議亦規定，依據 1993 年《原住民族傳統領域法》國家賠償責任的最終解決方式。

聲請人邀請人類學者，在南澳省官員的參與下，在系爭主張權利領域之南半部進行田野調查，並依《原住民族傳統領域法》第 223 條規定做成專家報告，以協助證明聲請人對土地的現代聯繫，此作法過去並未

1 Dodd v State of South Australia [2012] FCA 519, paras 1-2.

2 Ibid, para. 8.

被南澳省所採取。省方亦進行了就主張領域相關人種歷史文獻，進行全面性的歷史及族譜學研究。聲請方所提供的包括聯合田野調查之影音記錄的專家資料，並經南澳省方的外部專家所審查過，該專家後來所提供的書面意見表示，基於證據該同意認定是有理由的³。

審理本案之法官表示，本院近期已準備好依據南澳省的協議及程序，認定是否傳統領域土地權已建立。法院亦發現有證據顯示，存在一群自我認同為「阿拉巴那」的顯著社會團體，並遵守著關於此團體身分承襲之規範。法院依據專家意見，足以接受現在主張團體之成員，為對於主張領域具有原住民傳統領域土地持有人之後代或繼承人⁴。

而證據亦指出，自本國主權建立以來，阿拉巴那社會之特色清楚地有一些轉變。關於繼承制度、婚姻及親屬制度與土地持有的制度之傳統法律及習慣已經轉變。但法院仍接受那些改變係建立在傳統制度並與之一致，以及被承認的傳統領域土地權利及利益，與傳統權利及利益一致⁵。

同意認定意味著，聲請人就所認定之領域，具有非專屬的權利及利益從事下列行為：進入及遷出該認定領域、在土地上狩獵及在水域中捕魚、採集與使用自然資源（包括水資源）、分享及交易賴以為生或其他傳統資源、居住、紮營及建築住處、為家庭目的之烹煮及點火、從事及參與文化活動及儀式，以及造訪、維持及保護對傳統領域土地持有人具文化價值的遺址⁶。

但傳統領域土地權利及利益在以下面向不存在：在認定日期之前，建立在放牧契約上的房屋、設備及其他改善物，公共工程所覆蓋之範圍，礦產、石油或其他地熱能源資源，許多位在馬利鎮地區、其鄰近郊區及威廉溪（William Creek）的分配物。根據《原住民族傳統領域法》第 238 條所建立的不消滅原則，原住民族傳統領域土地權，受到位在認定區域的 Lake Eyre 及 Lake Torrens 兩個國家公園部分區域的抑制。

3 Ibid, paras 26-29.

4 Ibid, para. 32

5 Ibid, paras 42-50.

6 Ibid, at 4-5.

《原住民族傳統領域法》第 87 條授權法院，就特定程序及條件已符合的原住民族認定，做成同意認定⁷。法院同意第 66 條所規定的通知期間已屆至，以及第 225 條之要求已符合，因而其有權限做成命令。法院因此在當事人合意下，做成阿拉巴那原住民族法人（Arabana Aboriginal Corporation）為本法第 57 條第 2 項目的下所規範的機構之命令⁸。

伍、本案評析

本案在澳大利亞就原住民族傳統領域土地權利之主張者，應證明其屬於一個與其他族群存有差異，可以被識別，並且其生活習慣仍延續自其祖先所承襲下來之傳統及文化，包括繼承、親屬或關於財產持有之規範，以及他們對其族群之認同支持他們想延續其傳統及文化之信念。再者，必須建立其所實踐的傳統慣俗與文化與其所欲主張的傳統領域土地具有連結，倘若喪失對該傳統領域土地，將對其傳統及文化的傳承及延續造成重大損害。如此，主張者才能成功建立對特定範圍土地，享有原住民族傳統領域土地權利，並對國家之干預請求排除獲賠償。

❖ 相關法律條文

原住民族傳統領域法：第 223 條、第 225 條、第 238 條

7 Ibid, para. 4.

8 Ibid, at 14.

案例二 強迫遷徙原住民族

案名 Xákmok Kásek Indigenous Cmty. v. Paraguay, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 214 (Aug. 24, 2010). (巴拉圭)

案由 國家未經原住民族同意將其傳統領域出售，對原住民族進行強迫遷徙所造成之權利侵害

當事人 聲請人：Xákmok Kásek 原住民族部落
被聲請人：巴拉圭

關鍵詞 原住民族傳統領域、強迫遷徙、無歧視

壹、案例事實

本案之被控國巴拉圭，被指控怠於確保 Xákmok Kásek 原住民族及其成員之傳統財產，系爭族人自 1990 年代起開始展開對政府主張返還傳統領域之行動，但政府遲遲未給予該原住民族滿意之決定。Xákmok Kásek 族部落，向美洲人權委員會主張巴拉圭政府怠於保障 Xákmok Kásek 原住民族部落之權利以及其成員之傳統財產，並使其部落長期處於欠缺糧食、藥品及衛生的弱勢狀態，而該部落之完整性及其族人之生存受到威脅⁹。

在 19 世紀末至 20 世紀初在國家允許下，將原本 Xákmok Kásek 原住民部落所擁有的傳統領域——恰科（Chaco）地區，被殖民及轉賣給農場經營者、傳教士、孟諾派教徒及其他人而成為私有土地¹⁰。而此地區的農業及工業活動開始增加，原本居住在恰科地區之原住民，則受雇於

9 Xákmok Kásek Indigenous Cmty. v. Paraguay, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 214 (Aug. 24, 2010), para. 2.

10 Ibid, paras 57-58.

農場，且在類似奴隸的狀態下工作¹¹。在恰科地區原住民部落族人不斷向政府主張下，系爭地區的部分土地被承認為私人所持有且受保障的自然保留區，並且該土地的使用及所有受到法律限制，包括禁止占有及禁止部落成員從事諸如狩獵、漁捕及採集等傳統活動¹²。而包括 66 個家庭及 268 個人的 Xákmok Kásek 族，在私有農場主人所加諸的特定限制下，持續的在此傳統領域遷徙及使用自然資源。然而，在對遷徙及傳統生計活動的限制過度繁重下，該族之成員決定離開此領域，並定居在名為「25 de Febrero」的地方¹³自 2003 年起，政府對系爭族人終止供水服務。2009 年 4 月巴拉圭總統及教育暨文化部長發布第 1830 號命令，宣布包括 Xákmok Kásek 族部落之地區進入緊急狀態，國家對於此族人所居住的「25 de Febrero」地區及其他地區提供用水¹⁴。

貳、爭點

國家對原住民族賴以生存之傳統領域，負有何等之維護與保護義務？

參、兩造主張

一、Xákmok Kásek 族主張：

巴拉圭違反美洲人權公約第 3 條（司法人格權）、第 4 條（生命權）、第 8 條第 1 項（公平審判權）、第 19 條（兒童權利）、第 21 條（財產權）及第 25 條（司法保障權）。

二、美洲人權委員會主張：

應要求巴拉圭立即對系爭原住民族部落提供適當的用水及其他維持生計所必要的補給物及服務。

11 Ibid, paras 59-63.

12 Ibid, para. 82.

13 Ibid, para. 98.

14 Ibid, para. 191.

肆、法院見解

一、關於部落財產權之司法保障

法院了解到原住民族與其傳統土地及自然資源間之密切關係與其文化具密切關聯，因此應在美州人權公約第 21 條規定下被保障。法院也考量到原住民族關於土地之傳統，即對土地之集體所有的共有模式，在此概念下土地並不屬於個人，而是屬於部落以及集體。這項傳統，係原住民族文化、精神生活、族群整體及經濟生存之基礎。法院過去已表示，雖然原住民族對財產的所有及持有，並非專注在個人，而在群體及其部落，但仍受本公約第 21 條之平等保障¹⁵。

法院回顧過去認定原住民族土地共同所有之案例法有：1. 原住民族土地之傳統持有，與國家所授與的完全所有資格具相同效果；2. 傳統所有的資格，讓原住民族有權利向政府要求對其所有資格的正式承認及登記；3. 國家應對原住民族部落成員之土地集體權利為劃定、區分及授與；4. 原住民族之成員若因其無法控制之因素，離開其土地或喪失該占有，即使沒有法律上資格，仍保有其所有權，除非該土地已被合法地移轉給善意第三人；5. 原住民族之成員非自願喪失對其土地之占有，將土地合法地移轉給不知情的第三人者，有權恢復對該土地之權利或獲得相同大小及品質的其他土地。在本院之前的案例，巴拉圭已承認原住民族對所失去傳統土地的恢復請求權，即使那些土地已在私人所有中，並且原住民族對其並無完全的占有。因此，在本案即使系爭原住民族部落成員，並無擁有所主張的土地，依本院之案例法及巴拉圭之法律，他們有權恢復其土地所有權¹⁶。

法院在過去之判決中已確立，原住民族對其傳統土地恢復之可能性，係建立在原住民族與其土地間所存在的精神及實質基礎所形成的獨特關係，倘若此關係消失，則主張恢復該土地的權利亦不存在。為確認原住民族與其傳統土地間的獨特關係是否存在，法院已確立兩項認定原

15 Ibid, paras 85-87.

16 Ibid, paras 109-111.

則，第一、此關係可依原住民族之特別狀況，而有不同的體現方式，例如精神或儀式性的連結、狩獵、漁捕、季節性採集、對自然資源的使用習慣，第二、與土地的關係必須是可能，亦即部落的成員實施體現與傳統土地之間持續關係的活動，未被其無法掌控之因素所干預¹⁷。在本案之狀況，法院觀察到系爭原住民族部落成員與其傳統土地間的關係是顯著的，即便自 2008 年起因為政府在該傳統土地上建立私人自然保留區域，該族人因此被限制進入其傳統土地，但他們依舊秘密的前往狩獵，並在該片土地上從事傳統經濟活動，甚至進行採集醫療植物或依習慣將過世族人埋葬於此。據此，法院認為 Xákmok Kásek 部落成員，主張恢復其喪失土地之權利仍然有效¹⁸。另外，由於公約第 1 條第 1 項規定，對原住民族財產權之保障，國家應依部落之習慣及傳統確保部落成員，在任何可能影響或限制其對傳統土地使用的計畫或決定之有效參與。在本案之狀況，原住民族對被公告為自然保留地土地之主張，經正當的證明在第 11804 號命令被公布時並未被考量，且系爭部落並未被告知將公告 Salazar Ranch 地區之部分將成為私有的自然保留區計畫，以及該公告對該部落成員之生活方式造成損害¹⁹。

關於無法恢復其傳統領域對系爭部落成員文化認同所產生之效果：法院瞭解原住民族之文化及生活方式，構成其與傳統領域及自然資源間之基礎，傳統領域不只是維持生計之方式，更是其宇宙觀、精神及文化認同之整體要件；對其土地之傳統占有及就此所生的文化模式，形成文化認同之一部分。對 Xákmok Kásek 族之部落而言，諸如語言、祭祀儀式、結婚儀式、傳統知識及火化亡者之方式等文化特徵，都是與傳統土地之深刻連結所產生的宇宙觀及特殊生活方式。然而，該部落所有成員之文化特徵及實踐，都因無法進入其傳統領域而受影響。此外，沒有傳統土地及來自私人土地所有人所加諸之限制，對該部落成員之生計方式已造成影響。狩獵、漁捕及採集變得越來越困難，導致該原住民族決定離開 Salazar Ranch 並遷居至 25 de Febrero 此處或其他地方，該部落族群

17 Ibid, paras 112-113.

18 Ibid, paras 114-116.

19 Ibid, paras 157-158.

因此散居在不同地方²⁰。這些不利效果隨著時間及主張恢復傳統領域部落族人數量之成長而加劇。法院發現 Xákmok Kásek 部落成員因其文化認同所受的多重負面效果而蒙受其苦，特別是因為無法對其原本傳統領域及其上自然資源占有，所生公約第 21 條第 1 項之違反²¹。

二、關於生命權

在本案中，國內當局知悉特定原住民族部落成員之生命，處在真實且立即的風險之中。依據美洲人權公約第 4 條及國內法（第 1830 號命令），國家在此狀況下負有特定預防義務，即應採取特定能合理地被期待的必要措施，以避免或預防此風險。據此，法院必須評估國家所採取之措施是否符合保障 Xákmok Kásek 部落成員生命權所生之義務。故法院將對此權利被指控之違反，以二項要件分析，第一、最起碼生存之權利，第二、國家對死亡所負之國際責任²²。

（一）最低度生存之權利

對水資源之進用及品質：法院發現 2009 年 5 月至 8 月，國家所提供之水每人每天不超過 2.17 公升。然而，根據國際標準，每人每天所需的水資源至少為 7.5 公升。因此，國家所提供之水資源未達前述最低標準。此外，國家所提供之證據無法證實在 2010 年間曾對 25 de Febrero 之屯墾區提供安全的水資源。相反的，在與此相關的公聽會中，部落成員指出，在彼時國家對其提出水資源之請求不是未供應就是拖很久才供應，因 25 de Febrero 地區僅有叢林，沒有儲水槽或湖泊，他們飽受嚴重乾旱之苦，為免除此乾旱之苦，他們必須前往 7 公里左右的水槽取水。因此，法院認為國家依據第 1830 號命令所採之措施，對系爭部落成員不足以提供充足數量及適當品質之水資源，而因此暴露在風險及疾病之威脅²³。

20 Ibid, paras 174-180.

21 Ibid, paras 181-182.

22 Ibid, paras 192-193.

23 Ibid, paras 195-196.

（二）飲食

關於獲得糧食之機會（access to food），系爭部落成員深受當時對系爭土地具所有權之人所課予的「嚴格限制」所苦。例如，地主禁止族人擁有牲畜，並禁止他們在該土地上種植作物及狩獵，因此族人可得的糧食來源很少，而且在量與質上都很貧瘠。然而，倘若部落成員有錢，他們可在農場或從跨恰科高速公路邊的糧食卡車上購買一些食物，但此選擇取決於有限的購買力²⁴。

法院也承認，依據第 1830 號命令，國家在 2009 年 5 月至 11 月至少運送 8 次糧食，在 2010 年 2 月及 4 月各運送一次，國家在每次運送中提供部落成員糧食袋。但是法院必須給予部落成員糧食的可接近性、可得性以及持續性，並確認這項提供的協助是否滿足適當飲食的基本要求²⁵。法院發現部落成員之兒童處於營養不良狀況，儘管國家已說明，依舊無法證明國家所提供的糧食援助，符合第 1830 號命令前存在的營養要求²⁶。

（三）健康

法院瞭解國家所為之進展，但依據第 1830 號命令所採措施的性質是暫時及過渡的。此外，就提供之證據顯示，國家並未保障部落成員實際上及地理上近用衛生照護設施之可能，亦無提供確保部落成員醫藥供應及服務的積極措施，抑或任何尊重傳統習慣及實踐的衛生教育措施²⁷。

（四）教育

依據國際標準，國家有義務確保免費基本教育及其永續性之獲得機會，特別是關於原住民族基本教育權利之滿足，國家應自民族教育之角度促進此權利。此意味著從民族差異的角度，採取積極措施以確保教育

24 Ibid, para. 197.

25 Ibid, para. 198.

26 Ibid, paras 201-202.

27 Ibid, para.208.

在文化上之可接受性²⁸。法院自所獲得之證據發現，雖然國家所提供教育使有些條件獲改善，但兒童教育之設施仍不足，例如學童在簡陋或露天的空間上課。此外，國家未提供任何避免學童輟學之計畫²⁹。簡言之，法院強調國家在第 1830 號命令下所提供之協助，不足以克服 Xákmok Kásek 部落之特殊脆弱性所生條件³⁰。

該部落成員之處境，與其欠缺土地之狀況緊密相連。該部落成員所面臨的困境，使他們只能更加對國家依賴，且被迫僅能過著與其文化傳統迥異的生活方式³¹。就此，法院也注意到聯合國經濟、社會及文化權利委員會第 21 號一般性意見提及，貧窮嚴重影響個人及群體在所有層面參與文化生活權利之行使。最後法院宣布，國家並未對特殊團體之個人就其所面對的特別、真實及立即危險提供最起碼生存權保障所需之基本服務，以致於構成公約第 4 條第 1 項及關於第 1 條第 1 項之違反，因而損害所有 Xákmok Kásek 部落成員³²。

三、關於兒童權利

法院注意到雖然兒童與所有人享有相同的權利，但基於其特殊弱勢處境享有特殊權利，相對應的使家庭、社會及國家負有特殊義務。兒童最佳利益之普遍化，應被理解成滿足所有兒童之權利，並使國家負擔義務，並對本公約所規定涉及未成年人的其他權利以此原則解釋之。此外，國家基於兒童的特殊弱勢處境，應對兒童的需求及兒童權利特別地注意³³。本院已經確立，對兒童所提供的教育及健康照護，涉及不同的保障措施，並構成保障兒童應享有最低基本生存要素的根本支柱，且欠缺有效保障其權利的適當方式³⁴。

法院觀察到經證實的受影響部落兒童所處的極端弱勢狀況。這些兒

28 Ibid, para. 211.

29 Ibid, para. 213.

30 Ibid, para. 214.

31 Ibid, para. 215.

32 Ibid, paras 216-217.

33 Ibid, para. 257.

34 Ibid, para. 258.

童欠缺適當營養的狀況，影響其發育與成長，並增加一般發育遲緩的比例，導致這些兒童營養不良比例大增。另有證據顯示，這些兒童未依國際標準施打任何疫苗，亦無任何接受疫苗施打的證明。更值得關切的，在 13 個死亡的部落成員中有 11 位是兒童，且死因可歸咎於國家。法院亦注意到這些死亡之原因，是可透過適當的國家醫療照護或協助來避免的。因此，很難認為國家已對該部落之兒童，採取特別地保護措施³⁵。

關於該原住民族部落兒童的文化認同，法院注意到兒童權利公約第 30 條之規定，本規定對美洲人權公約第 19 條予以補充並確立額外及補充義務。此義務之內容係促進與保障原住民兒童享有其自身文化信仰及語言之權利。此外，法院亦發現在國家促進及保障文化多樣性之整體義務中，對原住民兒童之文化生活權產生一個特別的保障義務³⁶。

據此，法院考量到傳統實踐之喪失，如男女青年的啟蒙儀式、部落之語言及因為喪失傳統領域所生之傷害，特別影響了部落兒童的文化認同及發展，他們未來將因此與其傳統領域產生特別的連結，也因此無法發展出其文化中的獨特生活方式，倘若保障這些權利享有的必要措施並未被實施的話。綜合以上，法院並未採取必要措施，以保障所有的部落兒童，因而構成對美洲人權公約第 19 條權利及第 1 條第 1 項之違反³⁷。

四、無歧視地尊重及保障權利之義務

法院已在其案例法中確立，關於原住民族，國家應考慮其特殊性、經濟及社會特性、特殊的脆弱性、其習慣法、價值、傳統及實踐，授與有效地保障。此外國家也應該防免採取可能直接或間接造成法律或事實上歧視之措施。國家有義務採取積極措施，以消除或改變存在其社會並損害特定族群的歧視狀況。這包括一項國家的特殊保障義務，即對第三人所為創造、維持或促進歧視狀況的行為或慣例上來履行³⁸。

法院提及公約第 1 條第 1 項及第 24 條之差異在於，前者所規定的

35 Ibid, paras 259-260.

36 Ibid, paras 261-262.

37 Ibid, paras 263-264.

38 Ibid, paras 270-271.

是締約國對公約所規定權利，負有「無歧視地」尊重及確保之整體義務。換言之，若締約國對一個公約所規定權利在尊重或保障上予以歧視，將構成公約第 1 條第 1 項及系爭實體權利之違反。相反地，若歧視是由國內法所生的不平等保障，則構成第 24 條之違反³⁹。

在本案已經確立，該原住民族部落成員之極端及特別脆弱之狀況，特別是由於實際上，非僅表面上，欠缺保障原住民族權利補救的適當有效措施。國家機關對原住民族部落成員，負有義務提供補給及服務，如飲水、糧食、健康照顧及教育，但其實現卻有限。另外，國家在對財產權之保障印象，廣泛的對私所有權人授與較原住民族對傳統領域請求權較大的保障，因而怠於承認該民族之文化認同並危及其實際生計⁴⁰。

上述對於 Xákmok Kásek 部落成員之事實上歧視，是權利之享有遭排斥，因而法院在本判決中宣告其違法。此外，系爭國家顯然未採取必要措施以消除此排斥。綜上所述以及先前所宣告之違反，法院基於公約第 1 條第 1 項以及公約第 21 條第 1 項、第 8 條第 1 項、第 25 條第 1 項、第 4 條第 1 項、第 3 條及第 19 條之規定，認定巴拉圭怠於採取充分與有效措施，無歧視地保障 Xákmok Kásek 族部落及其成員之權利享有⁴¹。

五、國家補償義務之內涵

(一) 傳統領域土地之返還及保全

法院認為，依據公約第 21 條第 1 項、第 8 條第 1 項及第 25 條第 1 項，將傳統領域返還給 Xákmok Kásek 部落成員，係最接近恢復原狀原則的補償措施，因此法院決定國家應採取所有必要的立法、行政及其他措施，以確保該部落成員對其傳統土地所有權，使其能使用收益其土地⁴²。

因此，國家應返還該原住民族部落共 10,700 公頃之土地，並應在判

39 Ibid, para. 272.

40 Ibid, para. 273.

41 Ibid, paras 274-275.

42 Ibid, para. 281.

決做成後一年內，在部落領袖及依部落自由選舉出的代表參與下，完成土地領域及邊界的確認。當被劃定應返還的傳統領域若屬於私人主體時，國家應依本判決之意旨，決定是否可能透過徵收還地於原住民族⁴³。

另外，國家不應實施任何可能阻礙本判決效果之措施。亦即在所有傳統領域都移轉給系爭部落前，國家應確保該領域不受到國家本身或第三方私當事人之破壞。國家並應確保此領域內的森林不被砍伐，及領域內對部落具文化重要性之遺址未受破壞，以及此領域及其自然資源未遭受將導致無法恢復損害方式的開發⁴⁴。

（二）其他補償措施：承認國際責任之國家行為、判決之公告與傳播

在本院的其他案例中曾經裁定，為對受害者之損害予以修復，法院認為國家有必要針對被本判決宣告之違反所生之國際責任公開的予以承認。此國家行為必須在先前取得系爭部落之同意，甚至應在該部落之現址，在高階政府官員及部落領袖之參與下以公開儀式舉行。儀式應以部落語言及西班牙語和 Guarani 瓜拉尼語進行，並在恰科地區以收音機廣播。國家應在本判決做成後一年內籌備此行為⁴⁵。此外，法院亦認為國家就判決之摘要，透過收音機以各種原住民族語言，在判決做成後六個月內予以廣播，亦屬適當⁴⁶。

（三）復原措施

基於本判決就公約第 4 條所做成之結論，在傳統領域以移轉給系爭部落成員前，國家應立即、定期或持續的對此成員們提供適足之飲水、醫藥及心裡社會照護（特別是對於孕婦、產婦及嬰幼兒）、糧食、公共廁所及適當的衛生系統、為確保兒童受教權所需的教材、學校所需之人

43 Ibid, paras 283-284.

44 Ibid, para. 291.

45 Ibid, para. 297.

46 Ibid, para. 299.

力資源。就此目的，國家應在適當狀況下與部落諮商。另為確保上述基本生活物資及服務措施之適當與規律，國家應在判決做成 6 個月內就此措施之實施，據法院之格式做成報告⁴⁷。

（四）不再重蹈覆轍之保證

當國家締結並批准本公約時，做為國家機關一部份的國內法院法官，與國家接受本公約拘束，有義務確保公約條款之效果，不會在與公約目的及宗旨相反下以適用國內法的方式被減損。換言之，司法機關必須在其相關的職權及程序規則架構中，依據美洲人權公約意旨依職權行使其對國內法之正確適用。據此，司法機關不僅應考慮條約，更應考慮本院這個對公約最終解釋者對公約之解釋。在本案，2008 年 1 月 31 日所發布的第 11804 號命令，宣布部分被部落所主張的土地屬於私人所有，因其忽略原住民族對於系爭土地之主張，應認為其屬無效。因此，國家應採取措施，以確保該命令不會成歸還系爭土地給系爭原住民族部落成員之障礙⁴⁸。

（五）賠償

衡量非金錢損害賠償時，法院會評估土地對原住民族整體及特別對 Xákmok Kásek 部落之特殊意義。此意味著對其土地財產權行使或享受之否定，會傷害對該族成員極具意義的價值，而使族人之生命、身分及歷代祖先傳承下來的文化資產蒙受難以恢復之傷害⁴⁹。綜合以上考量及先前之案件，法院基於衡平法，適於裁定國家應出資設置一個部落發展基金做為補償部落成員所蒙受傷害的非金錢損害賠償。此基金及其計畫，將支持據本判決第 283 至 286 段及第 306 段所述必須歸還給部落成員土地所需事務，以及其他關於部落成員教育、住房、營養、健康、衛生基礎建設所需開銷⁵⁰。

47 Ibid, paras 301-303.

48 Ibid, paras 311-313.

49 Ibid, para. 321.

50 Ibid, para. 323

法院無異議地拒絕被聲請國終止本訴訟之主張，並以 7 比 1 票宣告，國家違反了 Xákmok Kásek 部落族人在本公約第 21 條第 1 項、第 8 條第 1 項及第 25 條第 1 項之共有財產權及司法保障權；國家對 Xákmok Kásek 部落成員在本公約第 4 條第 1 項所保障之生命權構成違反；國家對特定部落成員在本公約第 3 條所規定的法律人格權構成違反；國家針對本公約第 21 條第 1 項、第 25 條第 1 項、第 3 條及第 19 條所承認之權利，怠於履行第 1 條第 1 項所規定的無歧視義務。法院另無異議地認定，國家在認定所有 Xákmok Kásek 部落成員時，違反本公約第 5 條第 1 項之人身自由保障規定；國家對於本公約第 19 條所規定的兒童權利構成違反；國家應履行本判決所為賠償及補償措施。

伍、本案評析

土地對原住民族而言，並非只是一項具經濟價值的財產，而是其文化、傳統、習俗、精神、社會規範及生計的基礎。本案所涉原住民族之傳統領域，被殖民政府佔領後轉讓給私人，並將原本在此土地上生活之原住民族強迫遷徙，使得該族人之生計、文化及族群延續受到重大衝擊。法院在此案件中，對原住民族就傳統領域財產權之理解，結合上述意義而對財產權賦予更深刻之意涵，其認為：「傳統領域不只是維持生計之方式，更是其宇宙觀、精神及文化認同之整體要件；對其土地之傳統占有及就此所生的文化模式，形成文化認同之一部分。」此結合尊重原住民族文化觀的財產權詮釋，對原住民族傳統領域之恢復及維護相關制度的建立，才能讓原住民族之文化及族群得以永續發展。

基於傳統領域對原住民族文化及族群發展的重要意義，就兩個世紀前的殖民活動自原住民族所取得之傳統領域，即便後來出售或移轉給私人而成為私人財產，歷經二百多年後，法院依舊認為國家就此負有返還傳統領域土地及進行其他補償措施之責任。法院甚至要求國家就此對原住民族所造成之傷害，應承諾不再重蹈覆轍。此案例對於刻正追求對原住民族轉型正義之國家及政府，深具啟示與意義。

我國《原住民族基本法》亦肯認傳統領域土地對原住民族之意義與

重要，因此本法第 20 條第 1 項規定：「政府承認原住民族土地及自然資源權利」。第 2 項並規定：「政府為辦理原住民族土地之調查及處理，應設置原住民族土地調查及處理委員會」。但此委員會自本法實施至今未設置，對於原住民族傳統領域土地權之恢復、保障及實現造成重大阻礙，並在 2016 年 3 月受監察院催促檢討改善，監察委員表示：「原住民族自治、經濟土地權利及傳統文化保存乃原住民族生存及權益保障核心事項，但相關法規未完成檢討修正或制定，嚴重影響原住民族權益保障，行政院允應督促並協調有關機關儘速完成相關法規制定與修正，對於各機關久懸無法達成共識的歧見，宜本諸原基法所立下的制度，儘速提報原基法推動會處理，並適時提示各機關於援用主管法規時，應尊重原基法所定規範與原則，以確實保障原住民族權益」⁵¹。

❖ 相關法律條文

美洲人權公約：第 3 條、第 4 條、第 8 條第 1 項、第 19 條、第 21 條、第 25 條

51 監察院全球資訊網：http://www.cy.gov.tw/sp.asp?xdURL=./di/Message/message_1.asp&ctNode=903&mp=1&msg_id=5494

案例三 自然資源開發與當地原住民族生存

案名 Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador, Merits and Reparations, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 245, 151 (June 27, 2012). (厄瓜多)

案由 原住民族對於國家在其傳統領域進行開發前之同意權

當事人 聲請方：喀奇瓦·撒拉雅庫原住民族
被聲請方：厄瓜多

關鍵詞 原住民族傳統領域、原住民族同意、自然資源開發、文化權

壹、案例事實

撒拉雅庫族（Sarayaku）所居住之領域位在屬於厄瓜多的亞瑪遜區域，海拔為 400 英尺的熱帶雨林，並屬喀奇瓦（Kichwa）原住民族之一支，人口約 1,200 人。撒拉雅庫族所居住之地區，並不容易抵達，從附近城市到此大約需花三天船程及二天路程。撒拉雅庫族之生計主要是沿襲祖先所船程下來的傳統與習慣，進行共同農耕、狩獵、捕魚及在所居住的領域採集。撒拉雅庫族人對重要事務之決定，係透過稱為「Tayjasaruta」的部落大會做成，此組織由各部落的現任及過去領導人、耆老、建議團及特殊技術者所組成。在此族人的世界觀中，土地占有重要的地位與意義，他們認為森林是有生命的，自然的每個要素都有靈性，在他們彼此的連結及存在下，使他們的土地具有神聖性。

由於自 1996 年起厄瓜多政府分別與兩個阿根廷石油探勘及開發公司簽約，使其能獲得特許在一塊傳統上及法律上為撒拉雅庫族長期生存的傳統領域佔 65% 的土地上，進行開發石油及相關利用行為。然而，此契約之締結既未與聲請方諮商更未獲得其同意。

在 2000 年間本案與厄瓜多政府簽約的系爭石油探勘公司之法律代

表，曾拜訪撒拉雅庫族並表示願提供六萬美元工作發展基金，並提供 500 個工作機會給部落男性，但經部落大會決議拒絕。但當時鄰近地區的其他部落接受此公司的邀約。2002 年 11 月撒拉雅庫農業地區委員會（Rural Parochial Board of Sarayaku）向監察使辦公室提出申訴，要求系爭公司應尊重其土地，並要求保護該公司的軍隊應立即撤離。厄瓜多監察使隨及在同月宣布，撒拉雅庫族人在其保護之下，任何人或機構不應阻礙該族族人在其土地及河川上的自由通行、運行、航行及往來。

由於石油探勘公司在 2002 年 11 月之地震探勘所引發之反彈，及石油公司進入撒拉雅庫族領域，撒拉雅庫族之喀奇瓦協會宣布緊急狀態，當時部落的正常經濟、行政及學校活動癱瘓達四至六個月，族人並組織起來在傳統領域之邊緣的據點守護。在當時這些生活在叢林的族人，糧食供應也被切斷。在 2002 年 10 月至 2003 年 2 月間，系爭石油公司在撒拉雅庫族傳統領域內的工作進展了 29%，但在 2 月 6 日厄瓜多碳氫化合物產業協會宣布該公司遭遇不可抗力並中止地震探勘工作。在前述作業期間於撒拉雅庫族傳統領域內，石油公司至少破壞一項對族人精神生活具重要意義的聖地遺址。石油公司亦清除了地震帶，建築了 6 個直昇機停機坪、破壞了洞穴、水資源及部落用水所需的地下河流，並且砍伐了樹木及大環境、文化及對撒拉雅庫族具營養生計之價值。系爭公司的石油開發工作所造成的影響，為數次使撒拉雅庫族部落的傳統文化活動及祭典中止。另外，在 2003 年 2 月及 2004 年 12 月系爭石油公司曾被指稱對部落的領袖、成員及律師進行威脅及騷擾。

貳、爭點

厄瓜多之行為是否違反美洲人權公約所保障原住民族之諮商同意權及其他權利。

參、兩造主張

一、美洲人權委員會主張

厄瓜多政府在本案中，與石油開發公司締結開發契約前怠於與撒拉雅庫族人諮詢之行為，違反《美洲人權公約》第 21 條（財產權）、第 13 條（表意自由）及第 23 條（參政權）

厄國政府違反公約第 22 條（居住及遷徙自由）

厄國政府因怠於遵守其對撒拉雅庫族人之財產權，允許石油開發公司在傳同領域內埋放炸藥，不僅造成族人生命權之持續威脅，並危及族人的維護及傳播其文化資產之權利

厄國政府違反第 5 條關於個人尊嚴及人身自由保障之義務，因為在 2003 年 2 月間族人受到石油公司人員之威脅及騷擾時，厄國警方即便在現場亦怠於保護受干擾之族人。

厄國政府對於撒拉雅庫族人之諸多訴請，予以無理由之遲延，且對族人受到暴力及威脅後的訴請，未展開有效調查亦未提供說明，而違反公約第 8 條（公平審判權）及第 25 條（司法保障權）

二、撒拉雅庫族代表主張

厄國政府怠於在與系爭石油公司締約前與族人進行諮商的不作為，基於族人與傳統領域土地間的特別關係，侵害了其在公約第 26 條之文化權。

三、被控政府主張

政府與石油公司簽約時，在本公約下無義務與撒拉雅庫族人先行諮商，而且當時亦未締結國際勞工組織第 169 號公約。

對於違反居住及遷徙自由之指控，厄國政府認為委員會之證據不足，相反的，政府已提供族人就此權利足夠之保障。

對於族人代表所提違反文化權之指控，政府認為公約第 26 條未被違反，並且主張文化權為政府的首要考量，且對此權利之保障已發展為

重要憲法原則之一。

對於允許開發行為，構成對族人生命權威脅之主張，厄國政府認為在此狀況下宣稱政府行為違反生命權是極例外的，石油公司開發活動影響之嚴重程度已達威脅撒拉雅庫族人生命權所需的最低要求。並且該公司放置爆裂物之措施屬臨時性，且居民所稱健康受影響之狀況，未由中立的醫學機構提供證明。

對於違反公約第 5 條之指控，厄國政府認為此指控之證據不足證明相關的不當待遇曾經發生及國家的責任。

對於違反公平審判權及司法保障權之指控，厄國政府主張，由於撒拉雅庫族人對檢察官欲進入部落進行調查給予阻礙，致調查無法完成，也因此無法對族人之控訴予以起訴，而法院也無法僅據族人的提告，就對被告做出有罪判決。故被控國政府認為此權利之違反，係基於可能被害人一造的完全拒絕合作所造成。

肆、法院見解

一、針對關於撒拉雅庫族人部落財產權之諮商權及文化認同權保障

法院認為公約第 21 條對財產權之規定，保障了原住民族與其土地，以及傳統領域中的自然資源與從其中所生出無形要素間的緊密連結。因此，在對原住民族財產權之保上下，有必要確保財產之實體及文化遺產，並確保其文化認同、社會結構、經濟制度、習慣、信仰及特殊傳統被國家所尊重、確保及保障。雖然撒拉雅庫族自其祖先對傳統領域之持有及行使時間悠久，但不應被質疑，法院並強調族人與其領域間所維持的深刻文化、非物質及精神之連結，尤其是「有生命的叢林」與其成員間的密切關係，以不限於僅據生計上意義，更是與其世界觀、文化及精神認同相結合。

法院確認，基於對撒拉雅庫族繁榮的文化及文化認同權利之尊重，承認原住民族部落、社區及鄉村之自由、事前及被告知的同意權。雖然，形式上厄國未締結國際勞工組織第 169 號公約，在該公約中規定原

住民族的事前諮商權，但許多美洲國家組織成員國已締結此公約並在國內法院案例被援用，而且厄國已在國內法完全承認此事前諮商權。法院因此認為此原則在美洲國家間，已成為國際法之一般原則（general principle of international law），美洲國家因此負諮商義務，無論形式上有無締結第 169 號公約⁵²。因此，當原住民族之特定利益將受影響時，國家應展開特別及明確之諮商程序之義務，已為清楚地確立。此程序應尊重每個部落及村莊的特別諮商制度，使其能被瞭解，亦做為原住民族與其他國家機關、社會或政治主體及其他利益第三方間的適當及有效關係。另外，石油開發公司在 2002 年 7 月間所進行的地震探測活動，係在厄國政府批准國際勞工組織第 169 號公約之後，以及將該公約所規定原住民族集體權在憲政體制中予以採納後，因此厄國政府無疑地對撒拉雅庫族之先行諮商權有確保義務。因此，法院發現厄國在此義務下，國家在給予石油公司開發特許前，若可能影響原住民族的共同財產權及文化認同權的最低與必要條件時，國家有責任證明先行諮商權之所有面向都已被確保。在第 169 號公約第 15 條第 2 項的意旨下，法院認為締約國應以與原住民族部落傳統一致的方式，在開發及投資計畫的初步階段與之進行諮商，而非像本案待系爭原住民族部落提出諮商需求時才展開。在本案，厄國未在執行石油開發行為的任何階段，透過其任何機構或代表與撒拉雅庫族人實施任何諮商。

法院認為諮商應在善意下，並且依個別狀況所適當的方式進行，並以對欲採取之措施達成協議或同意為其目標。此外，諮商不應僅是表面上進行，而應被理解為一項真實的促進參與的方法，而此方法應在信賴及相互尊重的原則上，使雙方當事人建立對話並達成共識。此諮商的善意原則，要求國家、其代表或第三方無使用任何的強制，且不得有任何企圖分裂受影響社群社會團結的作為，例如賄賂領袖或與個別社群成員以違反國際標準方式進行協商。再者，既然諮商為國家之責任，對於諮商過程的規劃及執行，不能以委託給私人公司或其他第三方的方式規

52 Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador, Merits and Reparations, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 245, 151 (June 27, 2012), paras 164-165.

避。然而，法院發現在本案厄國主張，系爭石油公司與政府簽約後為達契約活動之執行，與原住民族部落尋求「瞭解」或「交際」，並進行環境影響評估。而厄國不僅承認其未實施協商，且即便諮商可能委託私人第三方進行，其並未指示在此過程中所採用來觀察、監督或參與的類型，以確保撒拉雅庫族人的權利。法院亦發現厄國以軍隊支持系爭石油公司的探勘活動，此對於善意諮商過程所需的信賴僅相互尊重氣氛不利。

二、關於諮商的適當及可接近性

法院認為與原住民族社群的諮商，應透過文化上適當的程序進行，並且應符合族人的傳統。雖然無單一的適當模式，國家及原住民族社群的所有狀況，以及諮商時相關措施的性質及內容皆應予以考量。但法院發現在本案，系爭石油公司試圖與撒拉雅庫族少數成員，直接建立個別關係，而未尊重部落原本的政治組織，因此不能被認為是適當及可接近的諮商。

根據國際勞工組織第 169 號公約第 7 條第 3 項，締約國在規劃開發計畫時，應與相關的民族合作，確保該計畫之實施對於民族在環境、文化、社會及精神層面所受影響為何之研究被實施，而且此研究之結果應作為實施開發行為之基本標準。據此，國家應確保未經獨立及技術上適格的機構在國家的監督下，先行實施社會及環境影響研究，以評估擬進行的開發計畫的潛在損壞或影響，才可在原住民族的傳統領域範圍內授與開發特許，國家並應確保原住民社群之成員瞭解可能的環境及健康風險，並使其能夠在被告知及自願的方式下權衡是否接受擬進行的開發或投資計畫。環境影響評估應以符合國際標準及良好實踐下進行，並尊重原住民族部落的傳統及文化，在授與開發許可前實施。法院發現在本案狀況，厄國就環境影響計畫之實施，未讓撒拉雅庫族部落成員參與，由石油開發公司所找的私人公司承攬，並且未考量預計的開發活動對相關原住民族可能造成的社會、精神及文化影響。

三、關於原住民族部落是否在知悉擬開發及投資計畫之可能風險下進行諮商

法院認為國家所實施的諮商程序證實具許多瑕疵，並附帶許多石油開發公司對相關部落的分化行為，並造成相關部落間的對立。因此，法院確認諮商程序並未適當或有效地，在政府開始或授權在原住民族傳統領域進行開發計畫前被實施。撒拉雅庫族在石油開發活動進行前、裝置爆裂物或特殊文化價值的遺址被影響前，皆未被政府諮商。

法院詳細說明到，不尊重原住民族部落就其領域的傳統權利，將損及其他基本權利，例如文化認同權及原住民族部落及其成員之文化遺產權。法院亦考量到族人對其土地共有財產權的享有及行使，保障了原住民族部落成員對其遺產之維護，國家應在尊重此特別關係下，保證其社會、文化及經濟上的遺產。在非歧視原則下，對文化認同權之承認，是對本公約及國內法所保障原住民族人權享有及行使的確保，並以此權利作為交錯解釋這些人權所生的瞭解、尊重及保證的重要內容及方法。法院認為文化認同權，是原住民族部落具集體權性質的基本權利，在一個文化多樣、多元及民主的社會應被尊重。在本案，對撒拉雅庫族具有高度環境及文化價值的區域被系爭公司破壞，並導致特定行為及傳統文化儀式被迫中止之事實並未被否認，此意味著本族的世界觀及文化信仰遭侵犯。法院認為撒拉雅庫族原住民未受諮詢，影響其文化認同；在此範圍內對於此族文化資產的干預及破壞，連帶影響使族人對其文化認同、傳統、世界觀、對文化特徵及生活方式的維護遭受嚴重的輕蔑，並使族人感到嚴重的關切、難過及痛苦。在本案，厄國政府怠於與撒拉雅庫族原住民進行諮商，就在其傳統領域進行石油開發行為的事實，不僅與許多國際法及其自身國內法義務不一致，並使族人的文化及社會生活、對共有財產權以及文化認同權受影響。就此法院認為厄國對撒拉雅庫族人在公約第 21 條所規定的共同財產權，以及在公約第 1 條第 1 項及第 2 條所相關的文化認同權構成違反而負有責任。

法院審理後認為厄國政府對聲請方違反了先行諮商權、原住民族部落土地權、文化認同權、生命權及人身安全。法院裁定厄國政府應清理

撒拉雅庫族之土地及爆裂物與對撒拉雅庫族提供賠償，並且在資源探勘計畫締結前，應與撒拉雅庫族進行適當、有效及完整的諮商，並進行環境影響評估；另外，要求政府應對計畫進行之相關公務人員，實施與原住民族權利相關的訓練。

伍、本案評析

本案與前案相同，法院認為原住民族財產權之保障，並不侷限於狹隘的經濟價值，而是包括原住民族所擁有傳統領域上對該民族所具備文化價值及精神內涵。本案最值得注意者，係厄國未締結國際勞工組織第 169 號公約，前開公約第 6 條規定締約國在規劃開發計畫時，應與受影響之原住民族進行諮商，但法院認為此規範已非僅基於條約法基礎拘束國家，而已具備國際法之一般原則地位，對所有國家產生普遍的拘束力，故厄國仍負有與原住民族進行諮商之義務。而原住民族之諮商同意權，對其傳統領域土地權之保障及實現為不可或缺之權利。在法院之探究下，將原住民族諮商同意權之規範意義、內涵及實現方式的適當性及可接近性予以清楚的呈現。

我國《原住民族基本法》第 21 條及第 22 條皆規定了原住民族的諮商同意權，第 21 條第 1 項及第 2 項規定：「政府或私人於原住民族土地或部落及其周邊一定範圍內之公有土地從事土地開發、資源利用、生態保育及學術研究，應諮商並取得原住民族或部落同意或參與，原住民得分享相關利益。政府或法令限制原住民族利用前項土地及自然資源時，應與原住民族、部落或原住民諮商，並取得其同意；受限制所生之損失，應由該主管機關寬列預算補償之」。第 22 條規定：「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」。自本法實施以來，各項公共及商業開發涉及影響原住民族土地及自然資源，並引發族人反彈之事件時有所聞，但直接涉及原住民族諮商同意權之法院案件，卻只有 2 件判決（臺灣高等法院 100 年

上字第 57 號及臺北高等行政法院 104 年度訴字第 1160 號），究其原因或許是主管機關對此權利之促進及實現不足，讓族人不了解如何主張此重要權。而原住民族委員會於 2016 年 1 月 6 日始制定公布「諮商取得原住民族部落同意參與辦法」（以下簡稱「諮商辦法」），對於關係原住民族自決權、傳統領域權及生存權甚鉅之諮商同意權的實施，雖有千呼萬喚使出來之感，卻不失為一個重要的起點。

但自本案例被聲請方厄瓜多政府針對其在法庭上所提出已尊重諮商同意權之抗辯及石油開發業者的行為，殊值我國諮商辦法修改參考。首先，厄瓜多政府認為對原住民族的諮商義務，是委由石油開發公司進行，就此法院認為此義務之履行應直接由政府為之，而不可推委由私人第三人進行。而石油開發業者在本案「取得」系爭原住民族同意的方式，被法院認為不符合善意原則及適當性原則，亦即開發業者賄賂部落領袖或與個別社群成員以違反國際標準方式進行協商，抑或是試圖與撒拉雅庫族少數成員直接建立個別關係，而未尊重部落原本的政治組織，更有透過分化手段讓相關部落間造成對立，而達成獲得形式上具瑕疵的同意。針對上述在本案所出現的干擾措施，並未在原住民族基本法或「諮商辦法」中規定其防免方式及該同意的效力。另外，法院在本案表示取得原住民族同意的諮商程序，應以對系爭原住民族或部落以符合文化上適當及族人傳統的方式進行。但在「諮商辦法」僅就部落章程規定得以民族語言書寫（第 11 條），及部落會議通知必要時得並用原住民族語言書寫（第 17 條）外，並無就部落會議程序應符合上述文化及傳統的程序要素。例如，「諮商辦法」第 12 條第 2 項規定部落會議的召集、決議及程序違反本辦法者，無效。則部落召開會議做成內部同意或決議，只能依「諮商辦法」所定具現代西方民主色彩的程序，此是否能兼顧上述文化及傳統適當性？尤其是該辦法第 19 條的家戶代表過半數贊成通過的模式，是否與各民族及部落的社會治理模式一致？

❖ 相關法律條文

美洲人權公約：第 5 條、第 8 條、第 13 條、第 21 條、第 22 條、第 23 條、第 25 條、第 26 條

國際勞工組織第 169 號公約：第 7 條

案例四 自然資源開發與當地原住民族生存

案名 Angela Poma Poma v. Peru (Views adopted on 27 March 2009), Human Rights Committee, Communication No. 1457/2006, CCPR/C/95/D/1457/2006. (秘魯)

案由 國家對原住民族傳統領域之開發，剝奪原住民族用水致影響生存

當事人 聲請方：Ángela Poma Poma
被聲請方：秘魯

關鍵詞 家庭生活、文化權、徵詢

壹、案例事實

本案聲請人為秘魯原住民，與及家人在海拔 4,000 公尺的安地斯高原養殖南美駱駝維生，這是他們唯一的生計來源。聲請人之牧場附近有一條 Bofedal 河，此條河為 Uchusuma 河的舊河床，此高原自然濕地的地下水孕育聲請人牧場及附近高原。在 20 世紀 50 年代，秘魯將 Uchusuma 河改道，使聲請人牧場的濕地失去用來灌溉及孕育牧草成長的地表水，但濕地仍自牧場上游 Patajpujo 地區的地下水源取水。但秘魯自 70 年代起，在 Patajpujo 地區鑿井抽取地下水，此導致聲請人牧場水源供應明顯下降，人畜用水告枯竭。聲請人主張，者些鑿井造成 Bofedales 河逐漸乾涸，影響了艾馬拉人自其祖先所承襲，而且延續數千年的在此領域進行飼養羊駝（alpaca）的傳統。在 80 年代締約國為從安地斯山引水到太平洋沿岸，批准一項計畫，擬在 Patajpujo 地區陸續開鑿 62 口井。就此聲請人主張，此計畫加速艾馬拉人領域 10 萬公頃牧場的土壤乾燥及退化，並造成許多牲畜死亡。此計畫事前未進行環境影響評估，亦未依「環境和自然資源法」規定獲得事先核准。1994 年聲請人所

屬的艾馬拉族領域成員，進行示威遊行對政府之作為表示抗議，但遭軍警鎮壓。1997年12月14日聲請人之族人向秘魯提出集體訴訟，但法院以程序不完備駁回此案。

貳、爭點

秘魯之水源開發措施，對於世代居住在附近之原住民族，是否構成公民與政治權利公約第27條之違反。

參、兩造主張

聲請人向聯合國人權事務委員會對秘魯主張，該政府違反公政公約第1條第2項（自決權），因為秘魯政府之行為使其原本仰賴的地下水源移轉，導致高原的生態系統遭破壞，並造成土壤退化及濕地乾涸，連帶造成成千上萬牲畜死亡，使其傳統領域唯一的一個放牧羊駝的生態系統崩潰，使族人陷入貧窮並被剝奪生計。

聲請人另主張秘魯政府違反公約第17條（家庭生活不受恣意干預），因水資源短缺影響了其唯一生存方式——即放牧羊駝。締約國不應強迫聲請人及其族人改變生活方式，也不能禁止其延續祖先所傳承在土地上生活之模式。聲請人認為其私生活及家庭生活是由其傳統習俗、社會關係、艾馬拉人語言、放牧形式、飼養牲畜所組成，而這樣一貫的生活方式被地下水源的移轉所影響。

所涉締約國秘魯主張，系爭鑿井計畫不需進行環境影響評估，也不需事先獲得核准，而且這些措施都是在環境及自然資源法生效前所進行。此外，水源開發措施之取水量並不會影響系爭自然保護區，不論是在技術上或法律上，均未證實聲請人之傳統放牧地區的生態系統遭破壞。

肆、法院見解

人權事務委員會認為聲請人對秘魯政府違反公約第17條之主張，與公約第27條對少數族群權有關。而本案需討論之問題，為秘魯是否

造成聲請人傳統領域土壤退化的工程進而影響其傳統文化，因此影響了聲請人在公約第 27 條所享有之權利。

人權事務委員會依據「第 23 號一般性意見」指出，本公約第 27 條規定的權利賦予屬於少數族群的個人，是他們作為個人根據本公約可與所有其他人享有的單獨權利或補充所有其它權利。在某些方面，該條承認的這些個人權利，例如享有自己文化生活的權利，可被視為與領土及其資源利用密切相關的一種生活方式。對於構成少數族群的原住民部落成員可能尤其如此。在這些一般性意見中，關於行使第 27 條規定的文化權利，委員會還指出，文化可以有多種形式，並尤其表現為與自然資源利用有關的某種特別生活方式，原住民族的情況尤其如此。這些權利可包括開展傳統的活動，如捕魚或狩獵以及在受法律保護的保留地上生活。行使這些權利可能需要法律規定的積極保護措施和確保少數族群成員有效參與影響他們的決策措施。保護這些權利旨在確保文化身分的存在和永久發展，從而豐富整個社會結構。

在以往案件中，受到第 27 條所保障之權利，包括個人與他人一起從事屬於其族群文化一部的經濟及社會活動的權利。本案聲請人，不可否認的，屬於一個少數族群的成員，飼養羊駝是艾拉馬部落文化的一個重要元素，也是他們的為生方法，從祖先代代相傳至今的一項古老傳統，聲請人本人就是從事這項活動。

委員會亦瞭解，締約國採取促進經濟發展之措施是合理的，但不應影響本公約第 27 條所保障之權利。因此，國家在這方面之自由程度，必須依據公約第 27 條賦予其的義務予以衡量。委員會過去已認為，剝奪某一部落享受其獨特文化權利之措施，不符本條之規定，而對屬於特定部落個人之生活方式及生計影響不大的措施，則不一定是否定本條規定的權利。

委員會發現聲請人所主張，艾馬拉放牧地區 10 萬公頃土地退化，造成數以千計的牲畜死亡，這可直接歸因於秘魯政府過去在此所進行的計畫，對此族人生活方式及部落經濟的摧毀，並迫使其成員放棄自己的土地及傳統經濟活動。而秘魯對此並無反駁，僅主張自己在此地區所為

鑿井行為之合法性。委員會認為嚴重影響或妨礙少數族群或原住民族重要文化、經濟活動的措施與以下適時有關，即該部落成員是否有機會參與導致採納這些措施的決策過程，以及這些成員能否繼續從事其傳統經濟活動。並且，參與決策的過程必須是有效的，這意味簡單的協商是不夠的，應該能證明部落成員是事先知情且自由意志下同意的。此外，所採取的措施必須遵守比例原則，不得危害部落及其成員之生計。

委員會審議本案發現，秘魯在任何時候皆未徵詢過聲請人意見，亦未徵求過其所屬部落對鑿井之意見。並且秘魯未尋求合格且獨立的機構進行必要研究，以預測鑿井對傳統經濟活動之影響，也未採取措施以減少有害影響及賠償所受損失。委員會注意到，因土讓乾涸及家畜的損失，使聲請人無法從事其傳統經濟活動。秘魯之干預行為已影響聲請人做為部落成員的生活方式及文化。因此，委員會認定秘魯所從事之活動，構成違反申請人及其部落其他成員在公約第 27 條所共享自身文化生活的權利。另外，秘魯法院以程式不備駁回申請人控訴之行為，已妨礙申請人在公約第 2 條第 3 項所規定，締約國對公約權利被侵害，應享有有效救濟之權利。

人權事務委員會對本案進行審理後認定，秘魯政府在此案構成第 2 條第 3 項第 1 款及第 27 條之違反。

伍、本案評析

公政公約第 27 條保障屬於特定少數族群（minorities）之個人，其信奉、躬行及實踐其文化及語言之權利，不應被國家否定。人權事務委員會確認原住民族，屬於本條所規定「少數族群」之範疇。而本條所指的「文化」，其呈現可以有許多方式，包括與自然資源之利用所展開的特別生活方式，對於原住民族更是如此。由於此權利之保障意旨，在確保少數族群的文化認同的存續及發展，進而豐富整個社會結構。因此，原住民族從事其傳統活動，如狩獵、捕魚及採集森林資源，應受本條之保障。

在本案，屬於秘魯艾拉瑪族原住民族之一員的聲請人，從事傳承自

其祖先的羊駝放牧行為，不僅係其唯一維持生計之方式，亦是其作為該原住民族所擁有文化認同的重要內涵。國家對此權利的尊重，應體現在進行任何開發或建設工程前，倘若會影響原住民族對其原本賴以為生的經濟活動或傳統領域的生態與環境造成重大影響，都應誠摯的與可能受影響的原住民族進行有效的協商，並獲得同意才能展開。若無，並對原住民族從事傳統文化造成干擾或破壞，則將構成公政公約第 27 條之違反。

我國《原住民族基本法》第 21 條之規範意旨與公政公約第 27 條規定精神一致，本案更是體現國家在進行任何開發及資源利用行為前，對原住民族文化應有的尊重，對我國政府機關進行相關開發計畫前如何與原住民族進行諮商取得同意，提供明確之參考實踐方式。

❖ 相關法律條文

公民與政治權利國際公約：第 1 條、第 2 條、第 17 條、第 27 條

案例五 種族屠殺

案名 Case of Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 116, Judgment of April 29, 2004 (Merits).

案由 瓜地馬拉政府在內戰時期將原住民族視為異議份子，進行種族屠殺所生之責任

當事人 原告：桑切斯計畫（Plan de Sánchez）村受害者
被告：瓜地馬拉

關鍵詞 桑切斯計畫、種族屠殺

壹、案例事實

在 1962 年及 1996 年瓜地馬拉發生嚴重內戰，瓜國軍隊將馬雅原住民成員認定為「國內敵人」。桑切斯計畫（Plan de Sánchez）村所居住的，主要為講 Achí 語的馬雅原住民族，這些原住民因為拒絕加入「民防巡邏隊」（Civil Defense Patrols），瓜國軍隊開始威脅居民並造成恐怖氛圍。居民曾對此威脅向司法當局訴請，然不但未受理，反而被罰。

1982 年 7 月 18 日瓜地馬拉政府軍及民兵對本村展開轟炸，並對村莊部署軍隊並展開逐戶搜查，在將村民集中後殺害了 268 名民眾後命存活者予以掩埋，並對村莊進行破壞後，將村民財物竊取。倖存的村民被迫逃到附近山區躲藏數年，直到 1992 年倖存者及受害者家屬，在人權團體的協助下才能開始向外界揭露當時發生在桑切斯計畫（Plan de Sánchez）村的種族屠殺（genocide）事件，但當時屠殺的行兇者仍未被處罰。針對此事件「人權法律行動中心」在 1996 年 10 月向美洲人權委員會提出控訴，委員會認為瓜國在此事件不但怠於保障當地人民，更試圖掩蓋證據。委員會要求瓜國應對此事件進行調查、懲兇及賠償之建議。瓜國在 2002 年通知委員會其已履行所有建議，但委員會將此案件

在同年 7 月 31 日提交美洲人權法院審理。

貳、爭點

瓜地馬拉政府在本案對原住民部落之種族屠殺（genocide）行為，構成美洲人權公約哪些相關規定之違反。

參、兩造主張

受害者及家屬主張：

瓜國政府另外違反《美洲人權公約》第 11 條（隱私權）、第 13 條（表意自由）及第 16 條（結社權）。

美洲人權委員會主張：

瓜國政府違反《美洲人權公約》第 5 條、第 8 條、第 25 條、第 24 條、第 12 條及第 21 條，並且瓜國在此屠殺事件對被害者的加害事件中的行為，構成種族屠殺（genocide）。

被控（瓜地馬拉）政府主張：

承認其在本事件中因違反公約第 1 條第 1 項、第 5 條、第 8 條、第 11 條、第 12 條、第 13 條、第 16 條、第 21 條、第 25 條、第 24 條所生的國際責任，但主張對於種族屠殺爭議之責任，並非在本法院之事務管轄範圍中。

肆、法案見解

法院在 2004 年 3 月 29 日做成判決，由於被控政府之承認為法院接受，法院認為被告國在此案件違反了《美洲人權公約》第 5 條（禁止酷刑）、第 8 條第 1 項（在合理期間受合法且獨立法庭審理之權）、第 11 條（隱私權）、第 12 條第 2 項（思想、良心及宗教自由）、第 13 條第 2 項（禁止事先審查）、第 3 項（禁止種族仇恨言論）、第 16 條第 1 項（結社權）、第 21 條第 1 項（財產權）、第 24 條（平等保障權）以及第 25 條（司法保障權）；另外瓜國政府亦怠於實現其在公約第 1 條第 1 項之

尊重本公約義務⁵³。

關於種族屠殺之問題，法院認為其管轄權僅能依據《美洲人權公約》，在本公約無相關規定下，就此並無管轄權。但對 268 名原住民村民之屠殺行為，令瓜國政府負加重國際責任，其結果並反應在賠償內容中⁵⁴。

法院並審理在本案中國家對馬雅族之種族屠殺措施之類型，及其對馬雅文化之影響。法院注意到本案的受害人為馬雅原住民族中的 Achí 語社群，其擁有自身的傳統權威、社群組織形式，並以共識及尊重聚集。他們擁有自己的社會、經濟及文化結構，此社群中的成員與環境間的和諧，是透過與土地的精神關係、他們管理其資源的方式與對自然的深度尊重所表現。此族人的精神事務，反映在生者與亡者間的密切關係，透過喪葬儀式來表現，並作為與其祖先之間的永恆堅固聯繫形式。而此社群的文化及傳統知識的傳遞，係指派給長者及女性族人擔任主要角色⁵⁵。在本案受害者為馬雅原住民族之成員下，法院認為個人賠償的重要內容應為法院將此社群之整體成員作為被授與對象。

法院基於公平建構一非金錢損害賠償之價值，而且應對所有受害者基於以下原則實現：(a) 應考量到受害者在慘案發生當時無法根據其傳統，適當的埋葬在大屠殺中遭殺害的家人。法院有必要特別考量 Achí 馬雅族的特殊殯葬文化，以及因為未在受尊敬的儀式下被掩埋對被害者造成損害之強度；(b) 法院亦應注意在本案的受害者，無法在一段期間自由地舉辦追思儀式，對其文化的發展及傳遞已造成影響。而在此事件中長者、女性及 Achí 馬雅文化口語傳播者的族人死亡，經證明，已導致文化發生真空；(c) 長期軍事佔領、監督及壓迫對被害者所造成之損害，應被考量；(d) 桑切斯計畫對村民所產生的非金錢損害賠償，應注意其係歸因於對該村之軍事化，並使原本原住民族社會制度被取代而無

53 Case of Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 105, Judgment of April 29, 2004 (Merits), paras 46-47.

54 Ibid, para. 51.

55 Case of Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No.116, Judgment of November 19, 2004 (Reparations), para. 85.

法運作；(e) 法院考量到本案加害者迄今未被處罰之事實，已導致受害者感到挫折、無力與極度痛苦；(f) 法院應謹記，受害者所受之歧視，已導致其尋求司法救濟之可能性，並讓他們感到受排斥及貶抑；(g) 因為本案之事實，應注意到受害者之生理及心理健康已受影響，並需照顧及治療⁵⁶。

就瓜國在此事件對桑切斯計畫村受害者所造成之傷害，法院要求瓜國政府應對受害之村莊及部落實施以下發展計畫：(a) 由瓜地馬拉馬雅語言學院及其他類似機構，對受影響社群所使用的 Achi 馬雅語展開研究及傳播；(b) 維護並改善系爭村莊與都市間的公共道路；(c) 建設下水道及飲用水供應系統；(d) 在部落的各級學校提供學科及雙語教學師資；(e) 在村莊設置配備適當人員及設備的衛生中心，並訓練能提供心理及醫學照護之人員。

伍、本案評析

本案涉及瓜地馬拉政府對馬雅原住民族部落所展開最嚴重的人權侵害行為：大屠殺。在實體面向，由於瓜國政府對於系爭被指控違反諸項公約行為予以承認，因而法院在被控國違反公約之認定上單純許多。然而，美洲人權法院本案對受害原住民個人及村莊整體，因為系爭大屠殺事件在文化及傳統上所造成的負面影響特別重視，並予以深入的考量。進而在判決中，責令被控國政府對受害者應採取諸多語言及文化修復及重建的措施。

臺灣原住民族在歷史上，在諸多不同的移民所建立政權運作過程中，亦存在許多因為衝突所遺留下來的轉型正義、文化及語言振復、傳統領域恢復或劃定需求，雖《原住民族基本法》對上述議題有相關規定，但如規定民族自治的第 4 條、保存與維護文化的第 10 條、發展原住民族經濟的第 14 條、承認原住民族土地及自然資源的第 20 條等規定，其落實程度仍有許多空間。

⁵⁶ Ibid, para. 87.

❖ 相關法律條文

美洲人權公約：第 5 條、第 8 條第 1 項、第 11 條、第 12 條第 2 項、第 13 條第 2 項、第 3 項、第 16 條第 1 項、第 21 條第 1 項、第 24 條以及第 25 條

案例六 原住民族傳統領域權之確認⁵⁷**案名** Tsilhqot'in Nation v British Columbia, 2014 SCC 44（加拿大）**案由** 請求確認傳統領域之範圍**關鍵詞** 傳統領域、Tsilhqot'in、原住民、原住民族、加拿大最高法院**壹、案例事實**

1983年Carrier Lumber公司取得在Tsilhqot'in傳統領域內進行工業伐木的執照。如同淘金時期的交通需要，該公司為了使載運木材的卡車到達伐木地點，計畫建造跨越Tsilhqox River的橋樑，Tsilhqot'in領袖及耆老們為了反對該橋樑工程及阻止繼續伐木，在該處設立了阻隔設施。因為族人的反對及採取阻隔措施，政府機關代表與Tsilhqot'in的領袖，舉行了協調磋商會議。在會議中，政府承諾，除非獲得Tsilhqot'in族人之同意，不會繼續在傳統領域內進行伐木。

儘管有上述政府的承諾，但伐木執照仍持續核發，相關公司在取得執照之後，即可能繼續在Tsilhqot'in的傳統領域砍伐森林。族人也因此意識到，如果沒有進行訴訟程序，傳統領域及領域內的資源仍舊會繼續流失。因此，對Tsilhqot'in而言，選擇以訴訟方式捍衛土地、文化，除了是一種防禦行動之外，策略上更是為了族群之生存而戰！因此，如果可以透過磋商方式達到捍衛領土的目的，Tsilhqot'in即沒有必要提起訴訟，因為採取訴訟的手段曠日費時，必須投入大量的成本，顯然是不得已而採行之最後手段。

1992年，以Roger William為Tsilhqot'in Nation以及XeniGwet'in First Nations之代表人，針對上開林木公司在該族群傳統領域內進行之開發計畫提起訴訟，請求法院確認Tsilhqot'in傳統領域之範圍（面積超過

⁵⁷ 本案評析作者為林三元法官（國立交通大學科技法律研究所博士，英國愛丁堡大學法律研究所「創新、科技與法律」碩士，臺灣大學法律學系畢業）。

4,380 km²)。

貳、爭點

原住民族傳統領域權 (aboriginal title) 之享有與行使，因聯邦或地方法律之建置受影響時，應如何救濟？

參、兩造主張

一、原告 Tsilhqot'in Nation 主張

該族群是一個半游牧民族，對於土地的利用有其傳統規律，政府應該尊重該族群有決定土地及土地資源如何利用的權利，如此才能彰顯傳統領域作為一種原住民族集體權利的價值。因此，傳統領域範圍之認定標準，應該尊重原住民族之文化傳統，不能任由政府決定。

二、被告英數哥倫比亞省政府主張

1997 年加拿大最高法院在 Delgamuukw 案判決，雖然肯認了傳統領域亦屬原住民族之法律上權利。但是，在英屬哥倫比亞省，原告如欲主張系爭地屬於該族群之傳統領域，仍然必須證明在 1864 年歐洲移民政權建立之前，該族群在系爭土地之特定區域內，已持續地排他地占有使用。本件原告如未能證明在政權建立之前，已持續地排他占有使用系爭土地，自不能主張系爭土地屬傳統領域之範圍。

肆、法院見解

英屬哥倫比亞省高等裁判法院 (British Columbia Supreme Court) 於 2007 年 11 月判決結果認為，Tsilhqot'in 在系爭土地上享有狩獵、誘捕、交易獵物及捕捉與使用野生馬匹等屬於原住民之權利。高等裁判法院進一步表示，系爭土地約百分之四十的範圍，屬於 Tsilhqot'in 之傳統領域，因為在 1864 年歐洲移民建立主權之前，Tsilhqot'in 族人已占有使用該土地，用以維繫他們的社群及文化，系爭土地部分範圍，自屬該族群之傳統領域。

高等裁判法院判決之後，兩造均提起上訴。英屬哥倫比亞省上訴法院（British Columbia Court of Appeal）於 2012 年 6 月 27 日之判決結果，推翻了高等裁判法院關於肯認 Tsilhqot'in 傳統領域的判決。而在本案例中，上訴法院對於高等裁判法院認定 Tsilhqot'in 在系爭土地範圍內，享有狩獵、誘捕等原住民權利，均表示同意。但是，上訴法院認為，Tsilhqot'in 無法主張系爭土地均屬於該族之傳統領域，除非其可主張該族群之傳統領域係以特地區域為基礎（site-specific basis），且在該特定區域內有排他使用之事實，例如：聚落、屯墾之土地，或者是以狩獵、漁獲、集會及祭儀之場域。在符合這些情況下，才能認定該特土地屬於原住民族之傳統領域。由此可見，上訴法院認為在本案例中，如何判斷系爭土地是否屬於原住民族之傳統領域，其重點並非依據原住民族主張之「領域範圍」，而是該土地是否屬於原住民排他使用的「特定區域」。

上訴法院認為原告主張系爭土地屬於該族群之傳統領域，顯然是基於「領域範圍」的概念。因為原告之主要論述如下：原告於不同之時間，在系爭土地之不同地點居住；並在系爭土地之不同地點狩獵、漁獲及誘捕獵物；此外，隨著季節的變化，原告在系爭土地範圍內遷徙。正因為原告上開主張，上訴法院指出，原告在 1864 年歐洲移民政權建立前，並未排他占有系爭土地之特定區域。原告自無法主張系爭土地為該族群之傳統領域。

英屬哥倫比亞省上訴法院判決之後，Tsilhqot'in 對該判決提起上訴。而加拿大最高法院受理該案之後，必須處理之爭點為「原住民族傳統領域，在法律上之判斷準則為何」？2014 年 6 月 26 日加拿大最高法院以全體無異議之判決，認為系爭土地屬於 Tshilhqot'in 族群之傳統領域。該判決由最高法院首席大法官 Beverley McLachlin 負責撰寫，判決理由強調，討論原住民族傳統領域判斷標準中，有關「占領」（occupation）的概念，必須從不同族群的文化脈絡中加以理解。而 Tshilhqot'in 是一個半游牧的族群，對於占領的意義，也必須依據該族群長期運行的慣習及對土地的利用方式加以解釋。McLachlin 大法官援引

Delgamuukw 案關於認定原住民族傳統領域的三個判準：首先，該土地必須在國家主權建立之前，已在原住民族占領中。其次，原住民族目前對於土地之占領，已證明是基於在國家主權建立前之占領，且目前仍持續占領中。最後，該占領必須是持續地排他狀態。最高法院強調對於原住民族如何使用土地，必須予以尊重，而 Tshilhqot'in 是一個半游牧的族群，該族群與土地的關係，自與其他民族不同。因此，上訴法院強調必須以特地區域為基礎（site-specific basis），且在該特定區域內有排他使用之事實，才能認定屬於該族群之傳統領域，對於半游牧民族而言，顯然有所不當。換言之，上訴法院所認定的事實（Tshilhqot'in 屬半游牧民族，在系爭土地上進行狩獵、誘捕等活動），並非爭議的重點。真正的問題在於，基於這樣的事實認定，能否認為系爭土地屬於 Tshilhqot'in 之傳統領域？最高法院除否定上訴法院對於原住民族傳統領域的判斷標準之外，更進一步就原住民族傳統領域與國家法律之關係，提出了具有創見的看法。首先，最高法院強調，在法院判決認定特定土地屬於原住民族傳統領域之前，政府利用該土地之前，必須基於誠信原則徵詢（consult）該族群之意見，以符合該族群之最佳利益。至於徵詢之方式為何，必須考量對該族群可能造成之不利益程度，而有不同之層次的要求。政府如未盡到徵詢該族群之責任，原住民族自可以透過請求法院核發禁制令、請求損害賠償等方式，要求政府進行徵詢原住民族意見之程序。其次，最高法院認為，在法院認定特定土地範圍屬於原住民族傳統領域之後，政府在進行土地開發之前，必須得到該族群之同意（consent）。政府如未獲得原住民族之同意，即不得進行土地開發，除非政府可以依據 1982 年憲法法案第 35 條之規定，正當化利用土地之行為。

伍、本案評析

從上述加拿大最高法院判決出發，本文嘗試從「時間界線」、「國家主權」、「司法權」等面向，提出以下觀察，作為我國回復原住民族傳統領域，如何調整法制狀態之參考。

一、跨越時間界線的傳統領域

在國家主權建立之前，原住民族早已長期占有、使用傳統領域。但是當現代政府依據其訂定的財產法制，重新宣示對於土地所有權的定義，原住民族自不因此喪失其對於傳統領域的管領權，因為原住民族與殖民主權首次接觸時，對既存的傳統領域歸屬，係透過雙方締結之條約，劃定權利界線。此種方式係將「原住民族財產權」與「市民法」之時期合而為一，賦予憲法上之規範基礎，學者稱之為「非線型組織憲政體制」⁵⁸。換言之，在承認原住民族傳統領域與國家財產權法制雙軌併行的概念下，原住民族傳統領域並未因國家主權建立之後隨即消失⁵⁹。甚至應該認為原住民族對於傳統領域之管領權，係與國家法制「同時」、「繼續」地存在。也因為原住民族從未失去對於傳統領域之管領權，當原住民族透過締結條約、修改憲法、制定法律或法院判決等方式，要求重新劃定傳統領域範圍，自屬實踐當代尊重多元文化的人權思維，應予以肯認⁶⁰。

以加拿大最高法院在 *Tsilhq'tin* 案之判決為例，法院在判決理由中特別說明，在肯認系爭土地屬於該族群之傳統領域前，國家主權仍應尊重原住民族對於土地之管理權，在進行土地開發計畫時，必須徵詢原住民族之意見。對 *Tsilhq'tin* 族群而言，其對傳統領域之主權，既未因 1864 年歐洲移民政權建立後隨之消失。則該族群自可繼續主張系爭土地屬於該族群之傳統領域。反觀我國關於原住民族傳統領域之爭議，向來討論之內容，似乎仍以「傳統領域範圍」為主。例如：中央研究院民族學研究所於 2005 年，依據李亦園院士於 1983 年所出版的「山地行政政策之研究與評估報告書」為基礎，進行「台灣原住民社會變遷與政策評估研究計畫」，並於 2008 年 5 月發表研究報告，另於 2010 年出版「台灣原住民政策變遷與社會發展」專書，該書共分為 12 個章，其中第 9 章為

58 黃居正（2009），〈憲法解釋與原住民權利〉，《憲法解釋之理論與實務第六輯（上）》，頁 435-437。

59 *Melanie Riccobene Jarboe, Collective Rights to Indigenous Land in Carcieri v. Salazar*, 30 B.C. Third World L.J. 395, 414-15 (2010).

60 同前註，頁 398。

「原住民族傳統領域問題分析與建議」，該研究係「透過深入之田野研究與問卷調查，探討當代臺灣原住民族對於其傳統領域之所有權歸屬與使用權行使所面臨的主要問題，同時對於這些問題提出相關之政策建議」⁶¹。該研究除指出原住民族傳統領域政策問題外，亦提出 7 點具體建議，其中第 5 點為「全面性的檢視與修改現行法令中，與原住民族土地及資源所有權和使用權相關法令產生衝突之條文，使得過去幾年來修訂的原住民法律政策不再窒礙難行」。第 6 點為「尤其，現行『國家公園法』應盡速參酌國際如加拿大與澳洲原住民族與國家共同管理國家公園的案例，並考量臺灣之特殊性進行修法。本計畫強調，位於原住民族傳統領域內的國家公園需以朝向原住民族與國家共同管理之方向為主要修法內涵，落實原住民族傳統領域內資源永續利用及參與經營管理之原則。至於共同管理之方式，宜由原民會與內政部營建署共同推動，國家公園所在地鄰近之原住民族代表以及國家公園管理機構與學者專家代表組成最高權責之『共同管理委員會』，現行之國家公園管理處則負責實際業務之執行⁶²」。觀察上開中研院關於臺灣原住民族傳統領域問題所提出之政策建議，仍是以國家法為論述中心，而提出「儘速修法」、「借用外國法經驗」等觀點。然加拿大最高法院在 *Tsilhqot'in* 案，則是肯認原住民族對於傳統領域之主權，並未隨著國家主權之建立而消失，原住民族主權與國家主權是「繼續」、「同時」存在。故「傳統領域」是原住民族跨越時間界線的主權展現，加拿大最高法院在 *Tsilhqot'in* 案所提出之見解，值得作為我國後續相關研究之參考。

二、理應退讓的國家主權

如前所述，歐洲殖民者遠渡重洋到達美洲大陸之後，為了佔領原住民族土地，必須取得其正當性之論述，而「不平等條約」及「無主地理論」、「發現理論」，變成為殖民者佔領原住民族土地的重要法律工具。但從另一個角度觀察，原住民族就成為歐洲殖民者「合法取得土地」的受

61 紀駿傑、陽美花（2010），〈原住民族傳統領域問題分析與建議〉，《台灣原住民政策變遷與社會發展》，黃樹民、章英華等編，頁 466。

62 同前註，頁 489。

害者⁶³。再者，國家主權建立之後，對於土地之權利義務關係，依據國家法律重新分配的結果，原本狩獵的場域，可能變成礦區，向來誘捕野生動物的森林，或許成為國家公園。原住民族不僅失去對於土地的所有權，甚至連如何使用土地之權能亦隨之喪失。但是，對原住民族而言，最為艱辛的道路是如何回到傳統領域。

從 1864 年 Tsilhqot'in 戰爭⁶⁴開始，一直到 1992 年提起訴訟，國家一直站在與原住民族對抗的立場。在國際人權思維高漲，多元文化日益受到尊重之後，國家雖然不斷以各種優惠措施，彌補過去對原住民族所造成的傷害。然而，國家如果能透過其他方式與原住民族進行協商，必定可以降低對抗原住民族所耗費的成本，對國家及原住民族而言，才能朝向效益極大化的目標邁進。申言之，以戰爭或訴訟的方式解決紛爭，都是權利義務關係對立之兩造為前提，兩造在爭執過程中，經常會落入「追求正義，不計代價」的思維中。但是，寇斯定理（Coase theorem）告訴我們，當交易成本為零的時候，不管財產權如何分配，都會是有效率的⁶⁵！換言之，當交易成本不斷提高時，財產權配置的效率，亦將隨之遞減。因此，國家應當思考的是，如何降低回復原住民族權利（包括傳統領域）的相關成本。

由此可見，政府如果為了維持既有法秩序的穩定，忽略回復原住民族應有權利之重要性，必然會投入相當的資源進行相關訴訟。如果政府採取這樣態度面對原住民族，猶如訴訟上不肯讓步協商的對造，進而促使交易成本高漲，也不令人意外了。再者，從原住民族的立場而言，如果政府不願意協商讓步，必須透過訴訟方式解決傳統領域之爭議。因為

63 梁崇民（2008），〈加拿大對於少數人權之保障——原住民土地權個案分析〉，《加拿大原住民族的土地權實踐》，施正鋒、謝若蘭等編，頁 57、60。

64 See Edward Sleight Hewlett, KLATSASSIN, in 9 Dictionary of Canadian Biography 2003, available at http://www.biographi.ca/en/bio/klatsassin_9E.html (last visited Mar. 23, 2016); Sean Carleton, "We Meant War Not Murder": A Punk Rock History of Klatsassin and the Tsilhqot'in War of 1864, activehistory.ca, <http://activehistory.ca/2014/10/we-meant-war-not-murder-a-punk-rock-history-of-klatsassin-and-the-tsilhqotin-war-of-1864/> (last visited Mar. 25, 2016).

65 關於寇斯定理及相關議題之討論，請參見：簡資修（2012），〈寇斯的法律經濟學〉，《台灣法學雜誌》，191 期，頁 80-85。

原住民族係提起訴訟之原告，在程序上必須耗費時間、金錢，收集、分析相關土地使用之歷史、文化資料，否則無法證明系爭土地屬於原住民族之傳統領域，這無疑地又增加了更多的交易成本⁶⁶。

臺灣原住民族歷經多個殖民政權，而不同的殖民政權，透過相異的手段與方法，剝奪原住民族對於土地的管領權利。再加上殖民政權以國家法律進行土地管制，導致原住民族與土地關係的改變，嚴重影響原住民族生存與文化延續。當政府開始思考如何回復原住民族相關權利之際，承認原住民族主權存在，且國家主權應適度退讓，應該是協商的起點，也唯有如此，才能降低雙方的交易成本，達到效率極大化的目的。正如同加拿大最高法院在 *Tsilhqot'in* 案所表示的一樣，原住民族並未因國家主權之建立，而失去對於傳統領域之管領權。相反地，即使傳統領域之範圍，未經法院判決認定，但政府必須本於誠信原則，基於維護原住民族之最大利益，就具體土地開發案件，徵詢原住民族之意見，而這正是國家主權適度退讓的最佳範例。

三、司法權之自我反思

依法審判原則，不僅是依據客觀規範定紛止爭，亦能避免裁判者濫權，甚至侵害人民權益，此在民主法治國家自屬應然之理。但是，目前國家法律尚未將原住民族集體權納入規範體系之內，實難期待司法機關接受原住民族對於傳統領域之管理權與國家財產權法制，係屬雙軌併行的概念。然而，上開加拿大最高法院在 *Tsilhqot'in* 案則已明白表示，原住民族傳統領域並未因國家主權建立之後隨即消失，亦即認為原住民族對於傳統領域之管領權，係與國家法制「同時」、「繼續」地存在。正因為原住民族從未失去對於傳統領域之管領權，當原住民族透過締結條約、修改憲法、制定法律或法院判決等方式，要求重新劃定傳統領域範圍，自屬實踐當代尊重多元文化的人權思維。

由此可知，司法機關在審理原住民族集體權相關案件時，應思考所

66 正因為訴訟成本不斷提高，當事人（原住民族）為了參與訴訟支出相關勞力、時間、費用，即可能造成更多的不公平，法律所追求的目的亦難達成。Neil K. Komesar, *Law's Limits: Rule of Law and the supply and demand of Rights*, 37-38 (2001).

謂「依法裁判」，所稱之「法」，不僅是指「國家法」，亦應含括「部落法」（原住民族傳統規範）。換言之，原住民族集體權利的概念，與現行國家法係基於個人主義的立法精神，有其本質上的差異。司法機關如何透過「法律的文化解釋」（cultural interpretation of law），調和其中的差異，雖屬不易，但仍是無法規避的問題⁶⁷。總之，在不違反「依法裁判」的憲法精神下，納入「部落法」的思維，更能體現保護原住民族權益，並糾正過去不正義所產生的謬誤。

原住民個人涉及犯罪時，我國司法機關雖已援引國際人權保障以及多元文化的觀點，但此與肯認原住民族集體權利（如傳統領域），仍有不同。換言之，原民個人涉及犯罪時，司法機關如何審理及判決，僅涉及原住民個人，而回復原住民族傳統領域，重新建構族群與土地的關係，則仍有待司法權更進一步討論、省思。以傳統領域之爭議為例，在司法程序上，回復原住民族對於土地之集體權利，其困難程度遠高於對原住民個人是否犯罪的審理。其原因在於國家法律看待土地的觀點，與原住民族對於土地的認知，有著本質上的差異⁶⁸。首先，基於資本主義所設計的國家法律，認為土地是一種「商品」（commodity），土地所能產生之孳息，當然必須含括在內，且均屬市場交易的標的。但是，原住民族認為土地是孕育族群生命的資源（resource），此項資源如同空氣、海洋一般，不可能屬於特定個人所有而成為一種商品，甚至進行買賣，從部落文化的觀點而言，利用土地資源的權利，是屬於全體族群所有而非個人。可見在國家法制下，私人對於特定土地已擁有法律所賦予的權利，但原住民族對於傳統領域則有其文化歷史上的管領權，兩者之間如

67 美國學者 Naomi Mezey 即提出「法律即文化」（law as culture）、「文化即法律」（culture as law）的論述，並認為如果能跳脫傳統的法律解釋方式（尤其是文義解釋），並透過「法律的文化解釋」（cultural interpretation of law）的理念，對異質文化進行深度的描繪，找出文化解釋的可能空間，那麼將有助於理解文化與法律的互動關係。See Naomi Mezey, *Law As Culture*, 13 *Yale J. L. & Human.* 35-67 (2001).

68 例如：在游牧社會不需要對土地投入勞動與資本，但是對於在游牧地點飼養的家畜，則必須投入勞動與資本，則對游牧民族而言，權利的觀念會出現在家畜而非土地。此與資本主義社會將土地視為重要權利客體的思考方式，截然不同。請參見：加藤雅信著，鄭芙蓉譯（2012），*所有權的誕生*，頁 68-69。

何調整，實屬不易⁶⁹。因此，如何透過司法機關的智慧，在彼此的文化差異中，找出最適宜的解決方式，仍有待更多的討論⁷⁰。值得司法權省思的是，在相關法律沒有修訂的情形下，加拿大最高法院肯認系爭土地屬 Tsilhqot'in 之傳統領域，應可作為我國司法機關在未來審理原住民族集體權利爭議時的借鏡。

❖ 相關法律條文

S. 109 of the Constitution Act, 1867

S. 35(1) of the Constitution Act, 1982

Forest Act, R.S.B.C. 1996, c. 157 (and its predecessor Forest Act, R.S.B.C., 1979 c.140)

Ministry of Forests and Range Act, R.S.B.C. 1996, c. 300

Forest Practices Code of British Columbia Act, R.S.B.C. 1996, c. 159

69 See Dwight G. Newman & Danielle Schweitzer, Between Reconciliation and The Rule(s) of Law: Tsilhqot'in Nation v. British Columbia, 41 U.B.C. L. REV. 249, 259-63 (2008).

70 Jarboe, 註 119, 頁 401-02; Mezey, 註 127, 頁 57-8。

案例七 梅蒂斯人之身分認定**案名** Daniels v. Canada, 2016 SCC 12（加拿大）**案由** 原住民身分認定**當事人** 聲請方：Harry Daniels, Gabriel Daniels, Leah Gardner, Terry Joudrey 及原住民族議會

被聲請方：加拿大政府（由印地安及北方發展部長及檢察總長代表）

關鍵詞 身分認定、梅蒂斯**壹、案例事實**

本案係 2014 年加拿大聯邦上訴法院，為亞伯大省梅蒂斯族所做成。本案聲請人 Harry Daniels 在 1999 年當他做為原住民族議會（Congress of Aboriginal Peoples, CAP）主席時提出。原住民族議會主張其代表梅蒂斯族、無身分的印地安人及居住在全加拿大非保留區的無身分印地安人。故本案最原始的聲請人為 Daniels、Leah Gardner 以及原住民族議會。Daniels 在 2004 年過世，隔年其兒子 Gabriel 代其位成為聲請人，以確保梅蒂斯族的聲請人代表得以維持。同時，另一位無身分的印地安族人 Terry Joudrey 加入了訴訟，故第一審之聲請人為 Daniels Gardner、Joudrey 及原住民族議會，被聲請人為代表聯邦政府之印地安族事務及北部發展部部長及檢察總長。

本案在第一審法院同意原告第一點主張，第二點及第三點拒絕聲明。法官認為早在 1818 年時的政府將「印地安部族」（Indian）做為一個指稱混和原住民族及歐洲人血統之社群的一般名稱。聯邦政府在許多條約及邦聯制之前的法規，將梅蒂人認為是「印地安部族」，並從邦聯制時期至今在許多法規及政策提案中，將梅蒂人認為是憲法第 91 條第

24 項規定中的「印第安人」(Indians)。甚至，憲法第 91 條第 24 項規定之意旨，與加拿大邦聯制時的擴張主義目標密切關連。歷史及立法證據顯示，將此國家往西部擴張，為邦聯制的主要目標之一。修築國家鐵路為此計畫的重要要素⁷¹。法院因此認為，憲法第 91 條第 24 項之目的，在「控制原住民族及其社群，以促進英聯邦自治領地 (Dominion) 之發展，以及尊重英聯邦自治領地自大英所承襲對原住民族之義務，最終同化原住民族並予以文明化」。由於大多西北領土都在梅蒂族之控制下，唯有將憲法第 91 條第 24 項所規定的「印地安部族」之定義範圍廣泛的包括那些享有一部原住民族血統之民族，才能賦予國會為實施擴張主義所必要的立法權限⁷²。因此，在歷史、哲學及語言脈絡來說，本規定所稱之「印地安部族」，泛指所有加拿大原住民族，包括無身分印第安人及梅蒂人的廣泛用語⁷³。

在聯邦上訴法院審理下，法院接受前審法院就事實之認定，以及憲法第 91 條第 24 項所稱之「印地安部族」，整體上包括所有的原住民族，但予以修正。即依據最高法院 2003 年 R v. Powley 案所歸納之三項認定標準，梅蒂人可被認定印第安人，而排除無身分的印第安人。第二點及第三點聲明維持第一審判決見解。

本案最後上訴至最高法院。

貳、爭點

加拿大 1867 年憲法第 91 條第 24 項規定：「印地安部族、為印地安部族所保留之土地」中所稱之印地安部族的內涵及範圍為何？

參、兩造主張

聲請方主張

一、梅蒂斯部族及無身分印地安部族為 1867 年憲法第 91 條第 24 項規

71 Daniels v. Canada, 2016 SCC 12, para. 4.

72 Ibid, para. 5.

73 Ibid, para. 6.

定「印地安部族、為印地安部族所保留之土地」中所稱之印地安部族。

- 二、聯邦政府對梅蒂斯部族及無身分印地安部族負有信託責任
- 三、梅蒂斯部族及無身分印地安部族人有權利，被聯邦政府以善意、及在整體的基礎上，透過其選擇之代表，與之進行諮詢及協商⁷⁴。

被聲請方（加拿大政府）主張

原告所提出的三項聲明主張，都不應該授與⁷⁵。

肆、法案見解

一、關於梅蒂斯人及無身分印第安人，是否為 1867 年憲法第 91 條第 24 項所包括。

由於在現今加拿大社會，對於梅蒂斯人或無身分印第安人，並無共識也無此需要。文化及種族上的標誌，並不能有助於形成一個清楚的界線。但「梅蒂斯人」能指稱歷史上在曼尼托巴（Manitoba）紅河屯墾區上的梅蒂斯社群，或做為指稱那些歐洲移民與原住民祖先通婚後所生後代的一般用語。有些白人與原住民混合血統的社群自我認同為梅蒂斯人，有些認為是印第安人⁷⁶。而無身分印第安人（non-status Indian）定義上的界線也是模糊的。身分上的印第安人（Status Indians）係指，在 1985 年印地安法下，被聯邦政府承認並登記者。因此，無身分印第安人就是那些依據該法無印地安身分者，或從未被聯邦政府承認為印地安的混合社群成員。他們有些密切的認同其印地安血統，但其他的認為梅蒂較能呈現其混合血統之背景⁷⁷。

然而，定義上的模糊仍無法不對這兩個群體是否屬於憲法 91 條第 24 項之範疇予以認定。本案同意前二審法院自歷史、哲學及語言脈絡所確立的，憲法 91 條第 24 項所稱的「印地安部族」包括所有原住民族，

74 Ibid, para. 2.

75 Ibid, para. 10.

76 Ibid, para. 17.

77 Ibid, para. 18.

包括無身分印第安人及梅蒂斯人⁷⁸。

對於無身分印第安人，政府在本院口頭陳述時表示，其承認無身分印第安人為系爭憲法條款中的「印地安部族」，並在過去許多立法中，將無身分印第安人認為是「印地安部族」。因此，政府表示法院不需要依原告請求，做出第 1 項聲明。然而，本院發現在過去的訴訟中，政府曾採取相反之立場。為避免未來之不確定性，在聲明中確認見解有明顯的實益⁷⁹。就梅蒂斯人的問題，法院由大多數的研究文獻發現，梅蒂斯人做為憲法第 91 條第 24 項中的印地安族之一為普遍的見解⁸⁰。

事實上「印地安部族」已長期被用來泛指所有原住民族的通用名詞，亦包括像梅蒂斯人此具混合血統之社群。此名詞為早期歐洲開墾者所創，並且在加拿大原住民族上，不區辨族別地適用。早在加拿大實施邦聯制前，政府在 1850 年羅賓遜條約已稱梅蒂斯人為印地安部族⁸¹。

二、就相關法規及行政實踐之探索

法院亦發現，聯邦政府在許多立法中已認為能將梅蒂斯人認為是印第安人。例如 1876 年印地安法 (Indian Act, 1867) 及 1893 年西北騎馬政策 (North-West Mounted Policy, 1893)。而在加拿大真相及和解委員會最終報告所揭示的紀錄亦發現，1899 年之印地安事務部長，在關於印第安人住宿學校政策文件中，將梅蒂斯人之兒童亦納入此政策之適用範圍，而使得許多梅蒂斯兒童被強制帶往住宿學校，以將基督化及文明化。現今聯邦政府已對過去印地安住宿學校政策承認其錯誤並道歉。在 20 世紀早期，許多過去獲得許可證的梅蒂斯人，持續生活在印地安保留區並參與在印地安條約中，例如 1944 年亞伯達省的調查委員會主席，在其報告中提及，聯邦政府依據憲法之權限，能許可梅蒂斯人參與條約。而梅蒂斯人即使混血，基於其印地安血統，亦可享受印地安權利。1958 年聯邦政府依此見解，修改印地安法。此立法實踐也意味著，聯邦

78 Ibid, para. 19.

79 Ibid, para. 20.

80 Ibid, paras 21-23.

81 Ibid, paras 23-24.

政府認為其依據憲法第 91 條第 24 項之規定，對梅蒂斯人事務享有權限⁸²。

三、原本之憲法精神變遷下之解釋

憲法第 91 條第 24 項之目的，與當時邦聯制之更廣泛目標有關，而使用的本條所稱之印地安族係泛指所有原住民族。由於早期的英屬北美邦聯制之主要目的在於擴充領域，以及修築全國鐵路以達成此計畫。當時的土地被許多原住民族所占有，包括梅蒂斯人。因此與所有的原住民族群體維持良好關係，為修築鐵路及實施諸多聯邦政府措施所必要。藉由對原住民族之管轄，新的聯邦政府才能保護鐵路免於攻擊及屯墾過程中的抵抗。唯有將所有原住民族納入管轄，才能有助於英聯邦自治領地往西部之擴張。由 1867 年憲法第 91 條第 24 項之制定背景觀察，加拿大不可能在未將本項所規定的「印地安部族」排除梅蒂斯人下完成其擴張主義⁸³。

雖然 1867 年憲法第 91 條第 24 項對印地安部族之範疇無定義，但值得注意 1982 年憲法第 35 條規定，本憲法目的所稱之原住民族，為印紐特部族（Inuit）及梅蒂斯部族（Metis）。本院在近期案件曾解釋，本憲法第 35 條之整體目的，讓原住民族及非原住民加拿大人間在互相尊重的長期關係下和解，而第 91 條第 24 項及第 35 條應結合解讀⁸⁴。

在憲法的脈絡下，「印地安部族」（Indian）或「印地安人」（Indians）有兩個含意：廣義而言，就如第 91 條第 24 項所採，其內涵包括梅蒂斯人與印紐特人，並與第 35 條所採的「加拿大原住民族」（aboriginal peoples of Canada）之意涵等同；狹義而言，係於所有原住民族中所特別區分出的印地安社群（Indian bands）。既然聯邦政府承認，第 91 條第 24 項包括無身分印第安人，倘若又認為梅蒂斯人為唯一應被承認的原住民族，且被第 35 條所涵蓋，卻又被第 91 條第 24 項的

82 Ibid, paras 27-33.

83 Ibid, paras 25-27.

84 Ibid, para. 34.

範圍排除，在憲法解釋上將不協調⁸⁵。

在 1996 年所公布的「皇家原住民族委員會報告」強調，在加拿大重建國家與包括梅蒂斯部族的所有原住民族間的關係之重要性。此報告更要求聯邦政府承認梅蒂斯部族作為憲法第 91 條第 24 項所規定聯邦責任之範疇。另外，加拿大真相及和解委員會最終報告亦承認此重建之重要性。對原住民族過去之歷史錯誤予以道歉之憲法變遷，以及原住民族與非原住民人民關係之重視逐漸提升，為加拿大邦聯制的兩個重要伙伴。而前述兩項報告都指出，與加拿大所有原住民族之和解為國會的目標⁸⁶。

四、司法實踐

在 1939 年本院的 *Re Eskimo* 案以及 1976 年的 *Canard* 案之見解，對本案所探討是否梅蒂斯部族被憲法第 91 條第 24 項包括，提供重要的案例法上指引。本院在前案確立，一個群體具有獨特的認同及歷史，且其成員之自我認同係有別於印第安人之事實，並不阻礙其為憲法第 91 條第 24 項排除；在後案則表示，異族通婚及混合血統祖先之狀況，不排除群體被包括在憲法第 91 條第 24 項⁸⁷。在近期的兩個案件亦呈現，梅蒂斯人作為一個個別民族，其個別性是可被承認的。2011 年的 *Cunningham* 案，本院表示梅蒂斯人具有其獨特的歷史，並被廣泛地承認為一個文化上獨特的原住民族，並生活在文化上獨特的社群中。這些相關的案件顯示，將憲法第 91 條第 24 項之「印地安部族」做廣義理解指所有的加拿大原住民族，包括梅蒂斯人及無身分印第安人，能解決許多定義上所產生的問題，因此不需要在區分哪些混合血統背景的是梅蒂斯人，哪些是無身分印第安人⁸⁸。

五、Powely 案之認定標準應適用於本案？

Powely 案是關於 1982 年憲法第 35 條下之梅蒂斯人如何認定之問

85 Ibid, para. 35.

86 Ibid, paras 36-37.

87 Ibid, para. 41.

88 Ibid, para. 46.

題。本案因 2 位梅蒂斯獵人被以違反「遊憩及漁獵法」(Game and Fish Act) 起訴，他們主張依憲法第 35 條，享有原住民族為獲取糧食的狩獵權。本院同意其主張並就憲法第 35 條立法意旨下的梅蒂斯人，應符合 3 項標準：第一、自我認同為梅蒂斯人，第二、具備歷史梅蒂斯社群的血統，第三、被現代梅蒂斯社群所接納⁸⁹。

第三項標準，係在 *Powely* 案脈絡下的特別關切所生，即關於保障歷史上由社群所擁有 (historic community-held) 權利之保障，因此需要為社群所接納之標準，從而落實以憲法第 35 條下梅蒂斯人為條件的權利。但憲法第 91 條第 24 項之憲法上規範目的不同，而是關於聯邦政府與加拿大原住民族之關係。這包括那些，因為政府措施被隔離於自身社群（如印地安寄宿學校政策），而不再被其社群所接納者。因此，基於「為社群所接納」要件，將那些人排除在國會的保護權限之外，並沒有合理基礎⁹⁰。

法院判決原告勝訴，認同原告主張，認為聯邦政府應提供更多服務及計畫，以及聯邦政府怠於與梅蒂斯部族在相關的原住民族權利上，與原告進行協商或締結條約。

最後，關於原告訴請作成的第二及第三項聲明，由於本院在其他相關案件中已處理過，因而已不具審理之實益 (practical utility)，故法院拒絕受理此二項聲明⁹¹。

伍、本案評析

本案在加拿大社會，是一項備受關注之案件，並涉及到加拿大政府過去對原住民族所實施同化及隔離政策對原住民族個人所造成創傷之療痛及損害之補償。本案在第二審上訴判決，法院認為具備梅蒂斯人之要件，除了對身為此族人之認同及具備此族人之血統外，仍須具備「被梅蒂斯社群」所接納的要件才具備。但對於因為加國政府過去實施同化政策，被迫離開其原生家庭的原住民兒童，許多與其原生父母及部落已失

89 Ibid, para. 48.

90 Ibid, para. 49.

91 Ibid, paras 52-56.

去聯繫，遑論被接納。對於這些原住民，要求其獲得原住民身分應具備受其族人接納之要件，無異是在其傷口上灑鹽，不僅讓過去同化政策之效果延續，更不利加國政府對原住民族正式道歉後的憲政變化精神。因此，最高法院考據相關憲政發展歷史及脈絡以及司法與行政實踐，認為「為梅蒂斯社群所接納」之要件屬不必要，最後判決聲請人勝訴。加拿大最高法院，基於國家對原住民族提出正式道歉後，所展開的諸多轉型正義及恢復原住民族權利措施，視之為一項重要之憲法變遷，而做為原住民族權利相關的法律解釋的重要指引，在釋憲方法上屬與社會變遷及需求相符的革新性解釋，對族群融合及多元文化社會的發展亦屬有益。

我國原住民身分認定與取得，並無本案所面臨之問題。依據我國原住民身分法之規定，取得原住民身分係以血統主義為主、認同主義為輔，以及修正的收養主義。即本法第 2 條所規定本人或其直系血親尊親屬為原住民者，以及第 4 條所規定，父或母其中一人為原住民，其所生子女取得原住民身分。而 7 歲以下之非原住民兒童，為 40 歲以下之原住民父母收養者，依本法第 5 條取得原住民身分。上述規定，並無本案第二審判決所出現之爭點，即為原住民族社群所接納之要件。

❖ 相關法律條文

加拿大 1867 年憲法：第 91 條第 24 項

加拿大 1982 年憲法：第 35 條

案例八 原住民族漁獵專屬權保障**案名** R. v. Kapp, [2008] 2 S.C.R. 483, 2008 SCC 41（加拿大）**案由** 對特定原住民族社群賦予優先捕魚權，非原住民國民因而被處罰所提出之侵害平等權異議**當事人** 聲請方：John Michael Kapp 人等
被聲請方：加拿大政府**關鍵詞** 漁獵權、平等權**壹、案例事實**

原住民族部落依據「原住民族部落捕魚執照登記法」在傳瑞瑟河捕魚季前一天能獲得捕魚許可，本案聲請人 Kapp 為非原住民之商業漁民，因為無照捕魚而被罰，與其他人對此發起抗議活動，主張此捕魚執照之核發，在基本權憲章第 15 條第 1 項下，對其構成基於種族之歧視。在第一次上訴中，法院認為非原住民漁民之人性尊嚴，在系爭規定下未被影響，因而向卑詩省上訴法院提出上訴，遭法院駁回，再上訴至最高法院後，法院亦認為系爭捕魚執照制度未違憲，上訴駁回。

1992 年加拿大聯邦政府「捕魚及海洋部」在最高法院做出 R. v. Sparrow 案後實施「原住民族漁權策略」（Aboriginal Fisheries Strategy），此策略主要是用以實現家用（自用）原住民捕魚權，但卻授與特定原住民族團體，共同捕魚執照，以從事商業捕魚行為。本策略之目標有三：第一、確保原住民為獲得糧食之捕魚權、社會與儀式目標被尊重，第二、提供原住民族社群在捕魚管理上持續提升的地位，及較大的經濟機會，第三、對非原住民捕魚干擾予以降低⁹²。本策略之部分實施，係採取 3 項先行銷售計畫，其中包括基於「原住民族共同商業捕魚

92 R. v. Kapp, [2008] 2 S.C.R. 483, 2008 SCC 41, para. 7.

執照規則」(Aboriginal Communal Fishing Licenses Regulation)，對原住民族組織所授與的商業捕魚執照。此先行銷售計畫規定商業捕魚執照得授與印地安群體(bands)、印地安群體理事會、部落理事會或代表以特定地區為基礎之原住民族社群所設之組織，且獲得執照者得指定使用此執照之個人。在這個許可制度下，原住民族群體得指派其漁民在特定 24 小時內捕捉紅鮭魚(sockeye salmon)，並為糧食、社交及儀式性目的使用捕獲的鮭魚或銷售之⁹³。

在這指定的捕魚期間，聲請人係被排除在這項先行捕魚計畫外的商業捕魚者，為表反對刻意採取抗議性捕魚，後來因在被禁止的時段捕魚而遭起訴。針對其所受刑事指控，聲請人訴請法院聲明系爭共同捕魚執照及相關的規則，違反加拿大權利及自由憲章第 15 條平等權⁹⁴。

本案聲請人在卑詩省級法院被提起刑事控訴，法院認為系爭共同捕魚執照制度，侵害了憲章第 15 條第 1 項所規定的平等權⁹⁵。政府因此就本案，向卑詩省最高法院提出上訴。法院受理本案上訴後認為，先行銷售計畫並無歧視性目的或效果，也不使一項觀點能夠長期持續下去，即聲請人或類似狀況之人被視為或評價為加拿大社會成員的能力與價值將受減損。因此，憲章第 15 條第 2 項，無適用之必要。本案另外再被向卑詩省上訴法院提出上訴，但最後被駁回。本法院合議庭多數見解亦認為，先行銷售計畫並無違反第 15 條第 1 項。聲請人因而向最高法院提出上訴⁹⁶。加拿大最高法院與卑詩省上訴法院⁹⁷，最後皆維持與卑詩省最高法院相同見解。

貳、爭點

系爭政府措施或計畫，是否違反加拿大權利及自由憲章第 15 條第 1 項對個人平等權之保障？

93 Ibid, para. 8.

94 Ibid, para. 9.

95 Ibid, para. 10, R. v. Kapp, 2003 BCPC 0279.

96 *Supra* note 92, paras 11-12.

97 R. v. Kapp, [2006] BCCA 277.

參、兩造主張

本案雖涉及原住民族的捕魚權，但聲請人係以違反原住民捕魚策略規定被起訴的非原住民漁民，其主張其在加拿大權利及自由憲章第 15 條所保障之平等權，因為無法享有商業捕魚權而受侵害，以及此策略下的共同捕魚執照制度，係基於種族所生之歧視。

被聲請人為政府，由相關省分的檢察總長代表，其主張核發捕魚執照措施之整體目的，在於規範捕魚行為，並改善弱勢族群的條件。

相關原住民族部落在本案並無當事人地位，而是以第三參加人方式參與本案程序。

肆、法案見解

對原住民族之差別待遇，是否屬於事實上歧視而構成對人性尊嚴的損害

法院回顧其過去所做出關於憲章第 15 條第 1 項及第 2 項關係之案件發現，法院應考量本條第 2 項是否能獨立出第 1 項規定，做為改善性措施免於受指控為歧視的理由。在 1989 年的 *Andrew v. Law of Society of British Columbia* 案，法院認為憲章第 15 條之規範目的在保障實質平等。相對於形式平等，實質平等之理念在於，實質平等的促進，必需社會的提升，亦即每個人的安全是建立在人人在法律上都被承認是人，且平等地享有關懷、尊重及關心⁹⁸。

法院強調憲章第 15 條第 1 項及第 2 項係一起運作，以促進本條整體所強調實質平等的內涵。本條第 1 項旨在避免因為本項所規定之理由或其他類似理由所產生歧視性的區別，對特定族群之成員造成負面影響。在本條第 2 項規定下，讓政府有權得實施相關計畫或措施，而不需擔心受到前項規定之挑戰。因此，憲章第 15 條第 1 項及第 2 項係共同運作，確保本條提升實質平等的規範目的得以實現⁹⁹。

98 *Supra* note 92, para. 15.

99 *Ibid.*, para. 16.

法院接著審查，系爭捕魚執照計畫係針對特定原住民族群體，是否符合憲章第 15 條第 2 項所規定的「一項旨在促進弱勢個人或群體條件的法律、計畫或行動」。法院認為系爭計畫，顯然地為本項定義範圍所指的法律、計畫或行動。接著，法院繼續審查此計畫是否符合本條第 2 項的另一項標準，以及本計畫之宗旨是否「在促進弱勢個人或群體的條件」¹⁰⁰。法院認為，倘若政府能證明系爭受質疑之計畫，符合第 2 項之標準，就不需再進行第 1 項之分析。法院最後認為，憲章第 15 條第 1 項之目的，在避免政府基於所規定或類似的理由所形成之區別，產生長久的不利、損害或基於刻板印象課予不利益。而本條第 2 項所著重的，在使政府有能力能主動地打擊歧視。因此，憲章第 15 條之前二項規定，係互相支持與強化。第 2 項支持對平等的完全呈現，而非減損平等。在平等的實質定義下，為了弱勢群體的差別待遇，就是平等的呈現，而不能視之為其例外¹⁰¹。

法院另外強調，憲章第 15 條前二項間的互相支持與強化關係，並不排除第 2 項的某些獨立地位。在第 2 項清楚的規定表示，第 1 項不能被解讀為認為一項旨在消除弱勢地位的促進計畫，構成歧視且違反第 15 條¹⁰²。

法院接著自憲章第 15 條第 2 項規範建立一套測驗，用以審查政府所採取計畫是否違反本項所保障之平等，即政府應證明系爭計畫為促進或補救之目的，以及該計畫所針對的弱勢群體，係由本憲章所規定或類似之理由所區辨出來，才不構成本項之違反。這意味著若政府所採取之計畫符合前述要素，則符合第 15 條第 2 項規定，聲請人之主張則失敗。

在適用此測驗時，法院先釐清憲章第 15 條第 2 項之要件：(1) 具一定目標 (has its objective)：此目標應與一定目的為基礎的方式有關，而非基於一定效果的方式，並且促進性目的，不需為系爭計畫的唯一目

100 Ibid, para. 30.

101 Ibid, para. 37.

102 Ibid, para. 38.

的¹⁰³；(2) 促進 (amelioration)：規定限制或處罰一定行為之法律，不符合第 15 條第 2 項之保障¹⁰⁴；(3) 弱勢 (disadvantage)：在第 15 條第 2 項規定下，此要件意味著易受傷害性、損害及負面社會特徵¹⁰⁵。

就前述要件在本案之適用，由於政府所授與的共同捕魚執照，係以特定原住民族群體為對象，因此法院認為此區別係以第 15 條所規定的「種族」(race) 為基礎¹⁰⁶。法院接著審視，聲請人及其他非原住民族群體之漁民，被該計畫排除在受允許的漁民外，是否具促進或補救之目的。政府代表主張，系爭計畫之目的包括對原住民族捕魚權主張之商議解決、對原住民族群體提供經濟機會並支持其往自給自足發展，而法院接納此主張¹⁰⁷。政府實施此計畫之目的，與三個原住民族群體成員所蒙受實際上的經濟及社會弱勢有關，法院亦認為此弱勢地位，是無爭議的，亦知悉原住民所面臨的高失業率及貧窮，在教育、衛生及住房所面臨的嚴重弱勢，可藉由解決自給自足的長期目標，以及透過提供額外的收入及就業來源加以改善，因而認定共同捕魚執照與系爭原住民族群體所蒙受的經濟弱勢有關¹⁰⁸。本案系爭政府計畫符合第 15 條第 2 項所規定「具有促進弱勢個人或群體弱勢條件之目的」。因此，系爭計畫並不違反第 15 條所保障的平等權¹⁰⁹。

加拿大最高法院最後駁回上訴，認定原住民族捕魚策略之許可執照制度無歧視性，且未違反憲章第 15 條。

伍、本案評析

對於原住民族社群，給予排他性之捕魚權，在加拿大憲法所具備的價值在於對原住民族文化及傳統之尊重，及對原住民所處經濟弱勢地位的改善。但本案所引發的爭議，在於對於不能享受此專屬捕魚權之非原

103 Ibid, paras 43-52.

104 Ibid, paras 53-54.

105 Ibid, para. 55.

106 Ibid, para. 56.

107 Ibid, para. 58.

108 Ibid, para. 59.

109 Ibid, para. 61.

住民公民，是否在經濟活動及營業自由的保障構成歧視，此措施是否因而有違加拿大權利及自由憲章的平等權規定。此案件，雖涉及原住民權利，但相關原住民族社群或部落卻不是本案之當事人，僅能以第三參加方參與此案件。最後，法院認為系爭措施形式上固為效果上獨惠原住民族之差別待遇，但其精神卻是為了實現憲法所揭示的實質平等精神，因而判決聲請方敗訴，系爭措施並無違憲。

在我國憲法實踐中，亦有類似基於憲法及法律對原住民族在經濟生活及就業上所給予之特別保障，引發非原住民個人或企業之被剝奪感而提出的釋憲聲請案，大法官釋字第 719 號即為著例。因為原住民在教育及經濟活動層面所面臨的困境與弱勢，《原住民族基本法》第 17 條規定：「政府應保障原住民族工作權，……。原住民族工作權之保障，另以法律定之」。是以，原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項與第 3 項規定及政府採購法第 98 條規定，政府採購得標廠商所雇用之員工，應有一定比例之原住民，否則將受裁罰。因上述規定而受裁罰之業者，遂主張前述規定有違憲法第 15 條工作權及財產權內涵之營業自由意旨不符。大法官會議對此做成釋字第 719 號解釋，在理由書中表示爭規定係依據憲法第 5 條及增修條文第 10 條第 12 項之意旨所制定，為「促進原住民就業、改善其經濟與社會狀況，而透過得標廠商比例進用之手段所為優惠措施，亦符合保障原住民族國際標準之精神」，且據前述規範「國家具有保障扶助並促進原住民族發展之義務」，且系爭規定並無違反比例原則及授權明確性原則，因而認為前述法律規定並無違憲。釋字第 719 號與此案相同，共同體現對原住民族因為社會經濟弱勢所應採取符合實質平等的平權措施（affirmative action）。

❖ 相關法律條文

加拿大權利及自由憲章第 15 條

原住民族部落捕魚執照登記法

原住民族漁權策略

原住民族共同商業捕魚執照規則

案例九 原住民族傳統土地權之確認**案名**

Judgement In the High Court in Sabah & Sarawak At Kota Kinabalu

K 25-02-2002

Rambilin binti Ambit (Plaintiff) v Assistant Collector of Land Revenue, Pitas (Respondent)

K 24-240-2002

Rambilin binti Ambit (Plaintiff) v Director of Land & Surveys, Sabah, Assistant Collector for Land Revenue, Pitas and Registrar of Titles of Pitas District (Respondents)

K 22-71-2000

Rambilin binti Ambit (Plaintiff) v Ruddy Awah (Respondent)

案由

原住民族傳統領域權

關鍵詞

原住民族傳統領域、習慣占有、原住民習慣權

壹、案例事實

本案聲請人 Ramblin 為沙巴之原住民，她在 1982 年購買了兩塊位在沙巴 Kampung Gailun Salimpodon，共 15 公頃的土地。第一塊土地以 12,500 馬幣自 Osman 購得，第二塊土地自 Endun 以 2,000 馬幣購得。前述二位土地出售者，皆為原住民依其慣俗占有於系爭土地。自購得系爭土地後，聲請人與其先生在 1983 年在此土地上建築房舍、修築圍籬及埋設水管線。聲請人雖想就此土地之購買及移轉申請登記為所有人，但前述二位原住民土地出售者，因系爭土地當時被登記為國有土地，而無法有移轉權。

聲請人丈夫之工作為需要不時在不同地區調派之農業部公務員，因此聲請人也因為丈夫之工作遷徙，因而並未持續的停留在系爭土地上，

但會在固定時間回來，不在的期間，系爭土地及財產由聲請人兄弟（Magudar）代為照顧。

1989 年聲請人向其當地的土地收益助理收稅官（Assistant Collector of Land Revenue, ACLR）請求移轉並登記為其土地，但此申請到 1992 年才做成拒絕決定。聲請人被 ACLR 拒絕之理由，為其申請與另一個由名為 Liong Sham 的主張重疊，但卻查無此項申請存在的紀錄。馬國 1930 年土地法（Land Rules 1930）規定，此決定之通知應向請求人做成，其規定：「通知應對任何持有人依據沙巴土地條例（Sabah Land Ordinance），透過掛號信，對家庭中的成年成員通知，並簽名以確認」。此通知向聲請人之兄弟 Magudar 做成，他當時正在代為看管系爭財產，並有收受通知的資格，但他未曾將此通知交到聲請人手上。

聲請人在 1995 年向 Magudar 要求離開系爭財產，當時 Magudar 並無異議。然而，在 1995 年至 1996 年間 Magudar 提出了一項佔地 15 公頃且與聲請人土地重疊的土地登記申請。1996 年 10 月 8 日 Magudar 以詐欺意圖將聲請人 4 公頃土地申請登記於 Ruddy Awah 名下。1996 年 12 月 22 日聲請人以書面向 ACLR 對 Magudar 的土地登記申請提主張異議，因為此擬登記之土地與之重疊。在 1997 年 1 月 ACLR 對此事件進入調查發布通知，並註記該月的兩個日期，但對於調查是否展開並不明確。

在 1997 年 4 月 28 日最初出售土地給聲請人的 Endun 為 4.5 公頃的土地提出登記申請，2 天後再將此土地登記申請讓渡給 Ruddy。Ruddy 在 1996 年 12 其間曾占有該土地。聲請人對 Ruddy 進入土地提出異議並試圖阻止。在 1997 年一位名為 Leong Ah Yau 之當事人主張自 Magudar 受讓 3 公頃土地，連同另一塊受讓自 Endun 之 3 公頃土地，一起讓渡給 Rudy。Rudy 對這 6 公頃土地提出土地登記申請，因為他在 1998 年 4 月 13 日獲得一份收據。當進入該土地時，Rudy 僅購得 4 公頃，其餘 10.5 公頃在 1997 年及 1998 年的占有後購得。

2000 年 ACLR 對 Magudar 的土地登記申請，給予了第 3/2000 號土地調查通知。就此，本案聲請人基於其土地申請提出異議，並主張對此

土地之原住民習慣權（Native Customary Right）。同年聲請人向沙巴及沙勞越高等法院主張其對系爭土地之權利，請求恢復對系爭土地之占有，並向 Ruddy 請求入侵土地所生的損害賠償。2001 年聲請人成功的取得就系爭土地之利益，並在 ACLR 獲得登記。在 2002 年，聲請人對高等法院就前述行政決定，聲請進行違憲審查，此審查案件分別為 JR-K25-02 以及 K24-240 案號，聲請人之聲請皆獲得同意。聲請人據此判決向 ACLR 請求對系爭土地為登記，但 ACLR 以聲請人未獲得政府同意進入國有土地為由，做成拒絕登記之決定。

貳、爭點

原住民族傳統權利是否仍存在於系爭土地？國家機關之同意，是否係原住民進入國有土地並建立原住民族傳統權利所必要？

參、兩造主張

本案聲請人主張，其對系爭土地之持有權，並恢復占有，被告（Ruddy）應返還對系爭土地之占有，並支付聲請人損害賠償。對被聲請機關（ACLR），聲請人主張應就其土地登記聲請在 90 天內做成決定，以及被聲請機關對於非聲請人之其他當事人就系爭原住民傳統土地之登記屬自始違法及無效。

被聲請機關及被告（Ruddy）則主張，聲請人對系爭土地之獲得係違法，因為他在進入國有土地以進行耕作以符合主張原住民傳統權利前，未獲得政府機關之同意。

肆、法案見解

一、聲請人最初購買系爭土地之行為，是否取得任何權利？

由於被告（Ruddy）主張聲請人購買系爭土地之行為本質上違反 1930 年沙巴土地條例（Sabah Land Ordinance 1930）第 6 條所規定，非法占有國有土地，無法在土地上建立任何權利及利益。而被聲請機關亦主張，聲請人對系爭國有土地之主張，應以獲得國家「合法」同意為前

提，但聲請人卻沒有。

法院就該法進行歷史分析後發現，國會在立法時並無意圖要強迫原住民占有國有土地前，應先獲得政府同意。法院另對沙巴土地規則第 15 條進行分析，其規定：「原住民族習慣權利之獲得應：(a) 基於習慣占有 (customary tenure) 之土地持有；(b) 在土地上種植果樹，且每公頃上的果樹應達 50 年以上；(c) 採收下的果樹、西穀米、藤或其他具經濟價值之植物，主張者應能向收稅官證明經其視為個人財產般且定時地種植或維護；(d) 就放牧之土地需為主張者所同意，足夠畜養一定數量牲畜或馬匹而不致成長不良之規模；(e) 系爭土地經耕作或建築房舍三年內；(f) 墓地或祭祀聖地；(g) 通常先行權可讓人或動物來自河流、道路或是讓馬匹通往河流、道路或全部 (usual rights of way for men or animals from rivers, roads, or houses to any or all of the above)」。並分析同規則第 65 條所規定的「習慣占有」(customary tenure) 是指，「對土地的合法持有，是由原住民持續的居住占有或耕種達連續三年以上，或是基於本規則此章所規定之權利、人頭稅法或 1913 年土地規則第 4 章」。法院認為在欠缺明確及不模糊的立法意圖呈現下，前述規定所提的「合法」不足以意味要求占有國有土地者，應先獲得政府同意。若政府有意如此改變，對他而言並不難。再者，沙巴土地規則第 66 條規定，習慣占有是可繼承、可轉讓的，意味者聲請人具合法性獲得其土地。

二、是否聲請人持有系爭土地，以及其入侵土地之主張是否可維持？

1950 年特別救濟法 (Specific Relief Act) 第 8 條規定，倘若在未經當事人同意下的不動產處分，且此處分未經法律規定的正當程序，他能恢復對該土地之占有。高等法院認為實際占有並非唯一重要的，需被證明的反而是排他性的支配行為。在本案，聲請人證明其曾透過安排其兄弟 (Magudar) 在她遠行時代為照顧系爭土地，而有行使支配情狀之存在。因此，聲請人對於其他當事人對系爭土地之進入及占有所主張的入侵土地主張足以維持，並為排他性支配行為的行使。

三、關於司法審查之聲請

法院經調查後發現，Ruddy、Maudar、Leong Ah Yau 及 Endun 之行為屬詐欺。法院對於被聲請機關基於系爭土地移轉登記於 Ruddy 及 Endun，對聲請人之土地登記申請未為任何決定感到「無人情味」（inhumane），且發現 ACLR 及其主任之決定欠缺正當程序，為共謀詐欺。因此，該主任之行為構成法律錯誤，該決定應予撤銷。法院因此宣告聲請人有權自 Ruddy 恢復對系爭土地之占有，且 Ruddy 應離開系爭土地，並就侵占土地及詐欺等行為，支付聲請人相關之損害賠償及利息。法院並裁定，令 ACLR 就申請人對原住民傳統權利之聲請應做成決定，並撤銷其主任對系爭土地移轉給 Ruddy 之決定。

伍、本案評析

沙巴原住民族有資格享有原住民傳統土地權利，且有資格獲得適當之憑證文件。習慣佔有是可繼承的，且其所有權可自原始所有人購得。原住民傳統土地權並不要求實際地持有，只要有排他的支配行為，而且為建立原住民傳統土地權，並不需獲得國家同意進入國有土地，因為此權利之存在已時間久遠。

馬來西亞法律體系雖屬普通法，但法院在本案對原住民傳統土地權之認知，超越現代主要法律制度對財產權之占有及使用支配內涵，亦即原住民族傳統土地權之存在先於國家法律制度，且可存在於國有土地之上，及不需要實際上之占有，能夠舉證對此傳統土地曾行使排他性支配行為者，即可建立此權利之享有資格。相較於我國關於土地不動產之法制，對不動產之取得採取登記主義，對善意取得土地不動產者之保障亦相當嚴謹。因此對於成為國有土地及私人持有土地的原住民族傳統領域之恢復困難度較高，也使得原住民族之生活脫離其傳統土地領域越來越遠，將導致原住民族之文化傳承及凝聚力逐漸地面臨瓦解之危險。

❖ 相關法律條文

1930 年沙巴土地規則：第 6 條、第 15 條、第 66 條

案例十 原住民族傳統土地權之確認

案名 JUDGEMENTS In the High Court of Sabah & Sarawak At Kota Kinabalu (16 March 2012)
S-01-190-04/2012
Magudar bin Ambit (Appellant) v Rambilin binti Ambit (Respondent) In the High Court of Sabah & Sarawak At Kota Kinabalu
BKI-25-1/1-2012
Rambilin binti Ambit (Appellant) v Ruddy Awah, Director of Land & Surveys, Sabah, Assistant Collector for Land Revenue, Pitas and Registrar of Titles of Pitas District (Respondents) (馬來西亞)

案由 原住民族傳統領域權

關鍵詞 原住民族傳統領域、原住民族習慣權利、習慣占有

壹、案例事實

本案與前一案係相關連案件，為前一案件之後續發展。在前審法院做出判決後，ACLR 主任對於 Rambilin 就系爭土地所主張的原住民族習慣權利仍予以拒絕，這也使後者就此拒絕決定提出異議，但 ACLR 主任就該異議遲遲不做成任何決定。前案當事人 Magudar bin Ambit 及 Rambilin 為迫使該主任做成決定，對其提出上訴聲請¹¹⁰。

110 Rambilin binti Ambit v. Ruddy Awah, Director of Land & Surveys, Sabah, Assistant Collector for Land Revenue, Pitas and Registrar of Titles of Pitas District, , BKI-25-1/1-2012, paras 12-13.

貳、爭點

ACLR 所作之決定是否適法？

系爭土地是否為國有土地，聲請人就此土地有無權利？

參、兩造主張

聲請方對前審法院撤銷沙巴土地及 ACLR 主任之決定表示不服，並在其上訴聲請主張：前審法院所做出「ACLR 主任對系爭土地並非國有土地」之決定是錯誤的；前審法院錯誤的認定，Rambilin 並無相反的證詞主張其對系爭土地具原住民族習慣權利；前審法院未考慮律師所主張，沙巴土地條例在 1930 年後禁止原住民族習慣權利實屬違誤。¹¹¹

被聲請方對系爭 15 公頃土地主張具原住民族傳統權利。

ACLR 主任主張系爭土地並非國有土地。

肆、法案見解

一、ACLR 之決定是否適當

法院認為 ACLR 所為的決定不適當，並重申 2007 年判決之有效性，即原住民習慣權利能存在於國有土地上，並且為了主張此權利，不須在進入國有土地前事先獲得相關政府機關之同意，因為依據沙巴土地條例第 6 條第 1 項之規定原住民土地權利自古以來即已存在。ACLR 應受先前高等法院判決之拘束，其怠於遵守此判決意旨所為之決定係法律上錯誤，為不適當且無效的。

二、關於 ACLR 主任就系爭土地並非國有土地之認定

依前審法官認定，系爭土地事實上為國有土地，已屬無爭議之事。法院認為 ACLR 主任並無理由與前審已獲致共識之事實，採取不同之觀點，對於 ACLR 主任在土地調查聽證未給予聲請人在做出決定前提交文件之機會而做出的認定，亦是無理由。法院認為，除非有充分之理由，

¹¹¹ *Ibid*, para. 21.

否則 ACLR 不能背離過去之認定¹¹²。

三、關於 Rambilin 並無相反證詞主張其有原住民族習慣權利

就此法院亦認為，Rambilin 無理由與前審法院依據正確法律所做出之決定為相反之認定，且前審已就系爭土地已建立原住民族習慣權利之事實予以確立，同意 Ramblin 就系爭 15 公頃之土地具原住民習慣權利¹¹³。

四、關於 1930 年代後，沙巴土地條例是否保障原住民族習慣權利

由於上訴聲請人該項主張，涉及法律條文內容不明確所生之歧見，而應透過法律解釋釐清。法院首先說明對條文之解釋應始於一般文義，並應受其拘束。在一般文義不清楚時，法院得採取目的性解釋或體系性解釋來探求系爭條文之規範意義¹¹⁴。本院就前審法院對系爭被質疑條文之解釋方法，認為適當、無違誤¹¹⁵。為強化其主張，聲請人援引沙勞沃土地法的相關規定，但本院認為無此必要¹¹⁶。

沙巴土地條例第 88 條規定：「除非仍舊在習慣占有的持有，欠缺記錄文件的土地權利、交易、主張或利益，應依據本篇之規定登記後，始屬有效」。在前審判決法院對於沙巴土地條例第 88 條解釋後認為，此條文並不禁止在習慣占有（customary tenure）下的交易。故依此規定，Rambilin 並未被禁止取得習慣占有，相反的，其已獲得該習慣占有。另依同法第 66 條規定，習慣占有可被繼承與移轉，因此 Rambilin 就系爭土地之移轉受讓屬合法。

由於第 88 條中規定「依舊持有」（still held），本院認為這些文字未提及 1930 年，而是提到土地登記的時間。由於本條屬於沙巴土地條例中，旨在處理「土地登記」的第五篇，因此本條不處理原住民族習慣權

112 *bid*, para. 28.

113 *Ibid*, para. 29.

114 *Ibid*, para. 32.

115 *Ibid*, para. 33.

116 *Ibid*, para. 34.

利之形成，該權利之形成在同法第一篇的規定中處理。因此，本院認為立法者之目的清楚，無理由接受聲請人之主張。本院亦無理由接受聲請人所主張，原住民族習慣權利不能在 1930 後形成¹¹⁷。

基於上述理由，法院駁回上訴人之上訴。

伍、本案評析

自 1990 年代起馬來西亞有越來越多的原住民，開始透過法律訴訟主張其對傳統領域的原住民族習慣權利。這類案件大多是因為馬來西亞法律對原住民族習慣權利，在相關法規中規範不明確，特別是因為在原住民族間原本已廣泛認同的傳統習慣，與國家法律制度就土地所建立的文件記錄或登記文件存有差異，過去的政府部門實務運作，只認可後者文件或登記才具有彰顯權利之效果。

本案對於馬來西亞原住民族一系列就傳統領域主張習慣權利之司法運動，不僅受矚目並具指標性。即便在 2007 年法院已透過法律解釋，肯認 Rambilin 就系爭土地的習慣權利，但當事人依判決向土地登記主管機關 ACLR 請求登記仍遭遇障礙，凸顯前述馬國就原住民族傳統領域與現行土地管理政策之矛盾。所幸，受理本案上訴法院仍維持前審見解，並重申對原住民族傳統領域上習慣權利之承認，因而讓本案爭議塵埃落定，並對其他相關案件具引導效果。另外，對原住民族傳統領域在法律制度上之保障，透過承認習慣權利而更進一步提升，也讓馬國因為此爭議所引發之族群敏感及衝突有所緩和。

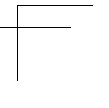
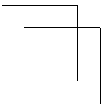
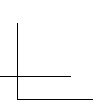
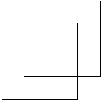
我國因實施兩項人權公約，受國際審查委員會就我國實施兩項人權公約而提出的結論性意見及建議中，原住民族的土地問題一直是審查委員會所關切的。在 2017 年的第二次國際審查，審查委員會也建議原住民族委員會應直接與原住民族合作，繼續找出並認定原住民族的傳統土地及領域。但是在認定原住民族傳統土地及領域過程中，最容易遭遇的挑戰，就是與現行財產權法制所建構出的土地權利規範內涵間的衝突。但是，透過本案自 2007 年之發展及結果得知，原住民族就傳統領域之

117 *Ibid*, paras 36-37.

習慣權利，並非無法與現代財產權法制所建構出的土地權利相調和，並且共同存在運作。在 2013 年的第一次兩項人權公約國際審查中，審查委員會即強烈建議：「原住民族基本法應予以有效執行，並且修改與原住民族基本法有所抵觸的政策和行政措施」。原住民族基本法第 20 條第 1 項規定：「政府承認原住民族土地及自然資源權利。」第 23 條亦規定：「政府應尊重原住民族 土地擁有利用與管理模式之權利」。此兩則條文規定，已清楚地對政府揭示承認原住民族土地之義務，並且應在尊重原住民族土地利用與管理模式，而非過度著眼在現行財產權法制思維之下具專屬、排他的使用收益面向，讓原住民族傳統領域之認定與劃設得與財產權法制得以調和。

❖ 相關法律條文

1930 年沙巴土地規則：第 6 條、第 66 條、第 88 條



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（第三輯）

作 者：蔡志偉（Awi Mona）、許恒達、徐揮彥、張鑫隆

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

封面設計：徐中文

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 106 年 9 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)：

國際標準書號(ISBN)：