

國立臺灣大學法律學院法律學研究所

碩士論文

Graduate Institute of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis



原住民族刑事司法制度建構芻議

——邁向平等共治模式

A Study on Constructing the Criminal Justice System of
Indigenous People

——Toward the Mode of Co-governance among Equals

胡家瑋

Chia-Wei Hu

指導教授：謝煜偉 博士

Advisor: Yu-Wei Hsieh, Ph.D.

中華民國 107 年 6 月

June, 2018

謝辭

這本論文誕生的契機，必須追溯到碩一的冬天。那時候國考剛結束，我看到學校信箱裡寄來一封國立台北教育大學蔡志偉副教授（以下請讓我用 Awi 老師稱呼）徵求研究助理的信件，雖然由於當時系辦助理的一貫行事風格，這又是一封已經過了截止日期才收到的信，但抱著姑且一試的心情，我仍然寄信給 Awi 老師表達應徵意願，也隨即得到老師希望見面詳談的回信。結果面談之後老師認為我比較適合另一個跟原住民族專業法庭（股）刑事案件有關的計畫，自此之後的種種機緣才促成了這一本論文的誕生。

時序來到碩二，當我對於論文還只有連大綱都稱不上的「想像」時，指導教授謝煜偉老師（以下請讓我用寶寶師稱呼）一邊聽著我天馬行空的發想，一邊帥氣地簽下研究生指導單。寶寶師在那天建議我前往北海道大學留學，但他沒有想到的是我竟然在那一學期就迅速做出決定，而在北海道所發生的事情從此改變了我的人生。既然決定碩三要待在國外，我便越級打怪在碩二下學期趕緊參加刑事法論壇，也還好有當時的努力，讓我整個碩三在北海道玩得樂不思蜀卻還能保有一點進度（吃老本）。

回來台灣後逼迫自己跟寶寶師進行第二次的 meeting，雖然每次跟老師 meeting 的時間都只有短短的半小時，但已足夠讓我醍醐灌頂而找到接下來的方向，只是每次結束的時候都覺得自己前途一片黯淡。當時適逢霖澤館施工且聲音大到可能聽不到隔壁同學在說什麼，不過 1810 有了每天都準時出現在研究室的潘潘的陪伴，讓這麼怕吵的我也願意跟潘潘一起每天 10 點到 5 點來研究室「上班」。潘潘是這本論文得以完成的重要人物之一，因為我小到 Endnote 使用方式、大到口試進行流程，全部都直接問潘潘，甚至論文以外的許多生活瑣事我也都拿來煩她。在潘潘順利畢業後，下學期的研究室靠我一個人孤單奮鬥，還好終究是跌跌撞撞地走到今天。

謝謝指導教授寶寶師，在寒假合宿時看到同門師弟妹的論文題目都五花八門、包羅萬象（當然我的可能是最天馬行空的一個），更讓我感受到老師指導學生的堅強（？）與包容力（??）。謝謝老師逐步帶領我，讓我這本論文可以從一開始摸不著邊際的「想像」，發展到現在乍看有模有樣的一篇著作。也謝謝老師在口試前對我的鼓勵，這讓我當天終於可以不像論發那樣還緊張到牙齒打顫、渾身發抖；謝謝口試委員 Awi 老師，在老師指導下擔任研究助理的那一年，對我的價值觀影響非常巨大，而越跟您討論就越發現自己視野的狹隘。感謝您遠從花蓮來台北參加我的口試並給予我精闢的建議，我會努力達成您對我的期盼；謝謝口試委員王皇玉老師，雖然一直都沒有上過老師研究所的小班課程，但從各種大班課程、研討會場合或老師的文章當中，一直都對老師豐沛的學術能量以及對於原住民族的關懷深感欽佩。謝謝老師提前離席導生宴來參加我的口試，感謝您的指教讓我得

以發現自己論文的不足。

除此之外，我也要感謝在擔任 Awi 老師助理期間，一起奮鬥的陳冠甫（助理同事兼前輩），希望你在德國一切都好；而在同一段時間我同時擔任劉宗榮老師的助理，十分感謝劉老師對撈過界的我的諸多包容，還有每一次 email 往返對我的溢美之詞；我還要謝謝碩二參加刑事法論壇時，願意翹課來幫我做評論人的張至柔，妳溫和而中肯的指摘，都讓我得以看清自己的盲點，祝妳論文也一切順利；說到論壇，現在回頭去看自己當時的文章真的覺得那到底是什麼東西，謝謝當時薛智仁老師暖男風格的講評讓我不致於羞愧而死。碩二下學期幸運地適逢薛老師開設原住民族法學研究所課程，那一學期對我收穫非常大，也謝謝薛老師在學校（與附近）偶遇我時總是熱情地和我打招呼；當然還有一直在我的身後當最堅定支柱的家人，尤其是辛苦的媽媽，謝謝妳讓懶惰的女兒每天中午都有便當吃。

一路走來受到許許多多的照顧與幸運之神眷顧，一一點名下去總難免有遺漏，於此請原諒我不再繼續占用篇幅，但是我對於在這八年裡所有遇見的人、所有幫助我的人、所有指導我和所有相處過的人，都懷抱著無比感激。最後要回歸本篇論文主題以作為謝辭結語，希冀能對於多數族群（包括筆者在內）有所啟發與警惕（以下引用自：謝世忠，《後認同的污名的喜淚時代》，頁 226-227）：

原住民老人家文化標誌鮮明，浪漫的學生常常見之感動；獵人精彩的山中傳奇，都市年輕訪員聽了感動之餘目瞪口呆；原住民文學作品山上海裡都有樂符般的心跳，文藝讀者閱之感動；原住民樂舞搬上大舞臺，觀眾欣賞而感動；原住民基進抗爭現場，關心此事者來此一趟，跟著入舞哼歌，也是感動。此等非原住民籍人士的自我闡述經驗或回覆他人詢問，其重點就是「感動」。

我們聽到感動，可能自己也會跟著感動，但是對於原住民，多數漢人國家成員就僅止於感動，接下來應該如何，立刻變得手足無措。原住民族的真實世界充滿了沮喪與悲涼，這不會讓人感動，卻會使原運細胞發芽茁壯。他們省思漢人世界的我行我素，為何會使一個擁有泥土芬芳天賦的人群快速衰退？於是從政經文藝學創等各方面出聲音，但「感動」仍是第一順位的大社會回應。只是，若眾人仍僅停留於感動的臺階前，那麼感動就相當於煽情，因為它不會有下一個進階機會。

深覺感動當然是正面反應，但那份好意實如氣泡般虛幻，虛幻本身就和青山綠水的美景一般，日日夜夜不具意義地纏繞著原住民。

胡家瑋

2018.06

摘要

我國原住民族與漢人之間的法律衝突屢見不鮮，從憲法增修條文「原住民族條款」與《原住民族基本法》等增修以來縱已有若干減緩，然而始終無法根本地排除主流族群對於原住民族的侵害。司法院於 2013 年起嘗試藉由設置原住民族專業法庭（股）以解決此現象，然而此專庭（股）之設置並未以實體或程序法規的修正作為配套，則單純一個國家司法權底下分工系統的改變，是否真的能促進原住民族司法權益發展？其中尤以涉及刑事責任之持有槍砲、獵捕野生動物與採集森林產物之行為，與原住民族文化關聯最深而受到最多關注。

本文分析原民專庭（股）之組織架構以及涉及《槍砲彈藥刀械管制條例》、《野生動物保育法》以及《森林法》之刑事判決後發現，該專庭（股）所促成的較偏向是個案式的正義，整體而言未能稱上帶來大幅度進展。於是本文試圖從比較法的視野，探討下一步的改革方向。首先就原住民族特殊制度建置（特別是法律與司法面向）之理論基礎，本文分從多元文化主義與法律多元主義切入，並以「墾殖者國家」當中的美國、加拿大和澳洲為例，說明各國的原住民族刑事司法制度內涵、對於多元文化主義之詮釋以及對法律多元主義之實踐。檢討後發現，多元文化主義下的原住民族依然處於被統治地位，法律多元主義便因此無法獲得落實，生活於此種狀況下的原住民族都面臨領域／保留區內犯罪率高與被害率高的嚴重刑事司法困境。各國對此之處理方式不是將統治權力返回給各部族，而是以價值觀迥異的國家司法力量強化對他們的統治，並因此導致更多問題發生。近十幾年來雖有試圖融合國家司法體系與原住民族規範之嘗試（例如設置原住民族量刑法院），然而由於此等政策與措施並非立基於對等協商後的結果，是故不僅無法解決問題，反而對於原住民族文化帶來更大的破壞。

相反而言，二十世紀末期起陸續簽署國際勞工組織「原住民與部落人民公約」的拉丁美洲國家，則由原住民族領導，在各國憲法掀起一波變革，此股翻轉原住民族地位之浪潮被稱為「多元民族主義」。其中，玻利維亞與厄瓜多在修憲後承認自己為「多元民族國家」，並實質肯認原住民族規範與司法機制之效力，展現出與上開國家不同的風貌。參照此二國家實踐經驗，再藉由「國家與原住民族法律間關係」的四階段模式——不承認、過渡、順應與承認，本文依序提出我國在各個階段可行的修正建議，而最終目標是達到建立一個原住民族司法體系與國家司法體系二元並進的體系，亦即玻利維亞模式之「平等司法共治」。

關鍵字：原住民族專業法庭、原住民族刑事司法制度、多元文化主義、法律多元主義、多元民族主義、刑事司法管轄權、平等司法共治

Abstract

Conflicts between indigenous peoples and non-indigenous peoples (mostly the Hans) in Taiwan have long been an issue. Efforts have been made to address them from a legal perspective including amending the Constitution and the Indigenous Peoples Basic Law, but fall short of ceasing further tensions. To solve the problem, the Judicial Yuan established indigenous peoples' tribunals at all district and high courts in 2013 and 2014. However, it is debatable that without amending corresponding laws, the mere structural change can fundamentally improve judicial rights of the aboriginals.

This article therefore discusses future reform paths through the lens of comparative law. By studying distinctive institutions of indigenous peoples in three "settler states", the United States, Canada, and Australia, it first exemplifies how theories of multiculturalism and legal pluralism have been applied to a country's aboriginal criminal judicial system. It then reaches the conclusion that indigenous peoples in all the countries under examination are still in a subjugated position, where we have seen high crime and victimization rates in indigenous reserves. Rather than giving the aboriginals self-governing powers, each state had chosen to tighten its control with a judicial system based on disparate values. In recent decades, attempts have been made to combine national judicial systems with indigenous norms. Nevertheless, the aboriginals were always underrepresented and unfairly treated during the negotiation. The outcome policies have proven more detrimental to indigenous cultures.

By contrast, since the 1990s, Latin American countries have signed The Indigenous and Tribal Peoples Convention (1989) of the International Labor Organization. Aboriginal tribes in those countries spearheaded movements to amend their constitutions. Plurinationalism emerged as a new concept, under which a state was perceived as a composite of multiple nations. Among those Latin American countries, Bolivia and Ecuador stood out in that after constitutional amendments, they recognized themselves as plurinational states and approved the efficacy of indigenous norms and judicial systems.

Taking the experiences of Bolivia and Ecuador into consideration, and using "the four-stage model of indigenous law recognition" that includes non-recognition, transition, accommodation and full-recognition, this article concludes by proposing suggestions for criminal judicial reform at each stage in Taiwan. The ultimate goal is to achieve the Bolivian "judicial co-governance among equals", in which the judicial system of indigenous peoples parallel that of the nation.

Keywords: Indigenous Peoples' Court or Tribunal, Indigenous Criminal Justice System, Multiculturalism, Legal Pluralism, Plurinationalism, Criminal Jurisdiction, Judicial Co-governance among Equals

簡目



第一章 序論	1
第一節 研究內容	1
第二節 研究架構	4
第二章 原民專庭（股）——以刑事案件為中心	6
第一節 相關討論	6
第一項 原住民族刑事司法困境	6
第二項 對原民專庭（股）發揮效能之期待	8
第二節 制度設計	10
第一項 設置時間與地點	10
第二項 強制辯護與法律扶助	11
第三項 法庭組織與審理程序	14
第四項 通譯	14
第五項 法官與檢察官	17
第六項 評析	22
第三節 刑事案件數據	27
第一項 統計方法	28
第二項 案件數量	29
第三項 有罪率	29
第四項 涉案人數比例	30
第四節 刑事案件判決	30
第一項 槍砲條例案件	31
第二項 野保法案件	36
第三項 森林法案件	41
第五節 小結	46
第三章 墾殖者國家之原住民族刑事司法制度	51
第一節 理論基礎	51
第一項 多元文化主義	52
第二項 法律多元主義	55
第二節 外國實踐——以美、加、澳為例	58
第一項 美國	59
第二項 加拿大	70
第三項 澳洲	81
第三節 小結	91
第四章 從多元文化主義到多元民族主義——以拉丁美洲為例	95

第一節 拉丁美洲歷史概述	95
第一項 ILO 第 169 號公約	98
第二項 聯合國原住民族權利宣言	99
第二節 憲法改革與相關制度修正	100
第一項 整體分期	100
第二項 多元民族國家之憲政架構	104
第三節 司法多元性之實踐——以玻利維亞與厄瓜多為例	109
第一項 原住民司法裁判權劃定	110
第二項 原住民司法實踐之限制	114
第三項 與普通司法體系之競合關係	117
第四項 將法律多元性融入國家司法體系	121
第四節 小結	123
第五章 原住民族刑事司法制度修正芻議	128
第一節 理論基礎	128
第二節 朝向平等司法共治之制度修正方案	132
第一項 國家與原住民族法律之關係模式——以刑事法為例	132
第二項 過渡模式	138
第三項 順應模式	153
第四項 承認模式	162
第三節 承認模式之具體架構——以刑事裁判權劃設為中心	167
第一項 原住民族司法自治相關立論	168
第二項 具體架構	175
第六章 結論	203
附錄	208
參考文獻	223

詳目



第一章 序論	1
第一節 研究內容	1
第二節 研究架構	4
第二章 原民專庭（股）——以刑事案件為中心	6
第一節 相關討論	6
第一項 原住民族刑事司法困境	6
第二項 對原民專庭（股）發揮效能之期待	8
第二節 制度設計	10
第一項 設置時間與地點	10
第二項 強制辯護與法律扶助	11
第三項 法庭組織與審理程序	14
第四項 通譯	14
第五項 法官與檢察官	17
第六項 評析	22
第一款 強制辯護與法律扶助	22
第二款 法庭組織與審理程序	24
第三款 通譯	24
第四款 法官與檢察官	26
第三節 刑事案件數據	27
第一項 統計方法	28
第二項 案件數量	29
第三項 有罪率	29
第四項 涉案人數比例	30
第四節 刑事案件判決	30
第一項 槍砲條例案件	31
第一款 原民專庭（股）成立前	31
第二款 原民專庭（股）成立後	33
第一目 102 年度	33
第二目 103 年度	34
第三目 104 年度	35
第二項 野保法案件	36
第一款 原民專庭（股）成立前	36
第二款 原民專庭（股）成立後	37
第一目 102 年度	37
第二目 103 年度	38

第三目 104 年度.....	40
第三項 森林法案件.....	41
第一款 原民專庭（股）成立前.....	41
第二款 原民專庭（股）成立後.....	44
第五節 小結	46
第三章 墾殖者國家之原住民族刑事司法制度	51
第一節 理論基礎	51
第一項 多元文化主義.....	52
第二項 法律多元主義.....	55
第二節 外國實踐——以美、加、澳為例.....	58
第一項 美國.....	59
第一款 歷史概述.....	59
第一目 政策形塑時期：1789 年—1871 年.....	59
第二目 土地統整分配與同化時期：1871 年—1928 年.....	60
第三目 印地安部族重整時期：1928 年—1945 年.....	60
第四目 終止印地安部族時期：1945 年—1961 年.....	61
第五目 印地安部族自治時期：1961 年—.....	61
第二款 刑事司法制度.....	62
第三款 評析與近時發展.....	67
第二項 加拿大.....	70
第一款 歷史概述.....	70
第一目 同化政策階段.....	71
第二目 二元文化政策階段.....	72
第三目 多元文化主義政策階段.....	73
第二款 刑事司法制度.....	73
第三款 評析與近時發展.....	79
第三項 澳洲.....	81
第一款 歷史概述.....	81
第一目 從接觸到衝突.....	82
第二目 從保護、隔離到同化.....	82
第三目 從多元文化主義到自決.....	83
第二款 刑事司法制度.....	85
第三款 評析與近時發展.....	89
第三節 小結	91
第四章 從多元文化主義到多元民族主義——以拉丁美洲為例.....	95
第一節 拉丁美洲歷史概述	95
第一項 ILO 第 169 號公約.....	98

第二項 聯合國原住民族權利宣言.....	99
第二節 憲法改革與相關制度修正	100
第一項 整體分期.....	100
第一款 多元文化憲政主義：1982-1988	101
第二款 多文化憲政主義：1989-2005	101
第三款 多元民族憲政主義：2006-	103
第二項 多元民族國家之憲政架構.....	104
第一款 玻利維亞.....	105
第二款 厄瓜多.....	107
第三節 司法多元性之實踐——以玻利維亞與厄瓜多為例.....	109
第一項 原住民司法裁判權劃定.....	110
第一款 ILO 第 169 號公約.....	110
第二款 玻利維亞.....	111
第三款 厄瓜多.....	112
第二項 原住民司法實踐之限制.....	114
第一款 ILO 第 169 號公約.....	114
第二款 玻利維亞.....	115
第三款 厄瓜多.....	116
第三項 與普通司法體系之競合關係.....	117
第一款 ILO 第 169 號公約.....	117
第二款 玻利維亞.....	118
第三款 厄瓜多.....	120
第四項 將法律多元性融入國家司法體系.....	121
第一款 ILO 第 169 號公約.....	121
第二款 玻利維亞.....	122
第三款 厄瓜多.....	122
第四節 小結	123
第五章 原住民族刑事司法制度修正芻議	128
第一節 理論基礎.....	128
第二節 朝向平等司法共治之制度修正方案	132
第一項 國家與原住民族法律之關係模式——以刑事法為例.....	132
第一款 關係分類.....	132
第一目 不承認模式.....	132
第二目 順應模式.....	133
第三目 過渡模式.....	134
第二款 臺灣現狀.....	135
第二項 過渡模式.....	138
第一款 現行「特別刑法」之解釋論與應行修正.....	138

第一目 槍砲條例.....	138
第二目 野保法.....	142
第三目 森林法.....	147
第二款 修正現行程序進行方式.....	150
第三項 順應模式.....	153
第一款 確立刑法因應文化衝突犯罪之處理模式.....	153
第二款 建立納入原住民參與之原住民族法院.....	158
第四項 承認模式.....	162
第一款 承認原住民族習慣（法）之效力.....	163
第二款 承認原住民族紛爭解決與事後處理機制.....	164
第三節 承認模式之具體架構——以刑事裁判權劃設為中心.....	167
第一項 原住民族司法自治相關立論.....	168
第二項 具體架構.....	175
第一款 原住民與普通司法裁判權劃定基本原則.....	177
第一目 領域管轄.....	178
第二目 事務管轄.....	181
第三目 屬人管轄.....	183
一、原住民（族）之認定.....	183
二、領域管轄內.....	189
三、領域管轄外.....	190
第二款 原住民司法實踐之限制.....	192
第三款 原住民與普通司法裁判權之競合關係.....	197
第四款 將法律多元性融入國家司法體系之具體措施.....	201
第五款 小結.....	201
第六章 結論	203
附錄.....	208
參考文獻.....	223

表目錄

表 2-1 受扶助人為原住民族之案件數量（單位：件）	p.12
表 2-2 各級法院特約通譯人數與族別（單位：人）	p.15
表 2-3 各地方法院檢察署原住民族案件專責檢察官	p.19
表 2-4 司法院司法人員研習所針對原住民族專業法庭法官舉辦講習	p.19
表 2-5 106 年度法官學院第一期原住民族人權保障研習	p.21
表 2-6 106 年度法官學院第二期原住民族人權保障研習	p.21
表 2-7 特別刑法案件數量（單位：件）	p.29
表 2-8 特別刑法案件數量（依判決結果區分）（單位：件）	p.30
表 3-1 美國對於印第安部落刑事管轄權之主要限制	p.65
表 3-2 印地安保留區內之刑事司法管轄權	p.65
表 4-1 玻利維亞與厄瓜多之原住民與國家司法管轄權區分	p.114
表 4-2 玻利維亞與厄瓜多之原住民司法實踐限制與爭議處理機制	p.117
表 4-3 玻利維亞與厄瓜多之原住民司法權與普通司法權協調機制	p.121
表 5-1 傳統領域內之管轄權歸屬	p.190
表 5-2 傳統領域外之屬人權歸屬	p.192

圖目錄

圖 2-1 刑事訴訟法第 31 條運作模式	p.11
圖 2-2 法院特約通譯分布（族群、法院轄區別）	p.16
圖 2-3 原住民族強制辯護制度修正建議一	p.23
圖 2-4 原住民族強制辯護制度修正建議二	p.23
圖 4-1 多元民族玻利維亞國之架構與組織	p.118
圖 4-2 玻利維亞多元民族憲法法院組織圖	p.119
圖 5-1 國家對於原住民法之態度模式	p.135
圖 5-2 我國原住民族刑事司法制度修正芻議	p.137
圖 5-3 「違法性意識之可能性」的審查	p.157
圖 5-4 原住民傳統領域類型	p.179
圖 5-5 原住民傳統領域分布	p.180

第一章 序論

第一節 研究內容

關於本論文主題之「原住民族」並無統一的定義，不過大致上有四個共通要素：居住時間的優先性（priority in time）、自願的文化差異性（voluntary perpetuation of cultural distinctiveness）、曾經遭受宰制、邊緣化及驅逐之經驗（experience of subjugation, marginalization and dispossession）與自我認同為原住民族（self-identification）¹。在臺灣最早的外來政權——荷蘭人進行殖民統治前，臺灣原住民族社會已發展出一套有秩序、有規律的生活習慣、語言、生存方式與社會系統，有著獨特信仰與價值觀。然而，與世界上其他地區的原住民族一樣，當較為強勢的殖民統治者進入，原住民族立刻成為強權者所要征服與同化的對象²。原住民族共同的受殖民經驗顯示，傳統法律與部族組織面對國家歧視性或同化性政策的侵逼，不斷被弱化、排除與忽略。而原住民族傳統習慣法律與國家法律間之互動，不論是在內國法或國際法的層面，都一向是複雜的有機狀態，即使承認原住民族習慣的合法地位，兩系統間的衝突仍時有所聞，儘管也有相對良性協調機制的出現，但終究為少數³。

以我國刑事法領域而言，大部分在刑法中被界定為犯罪的行為悖離了人類最基本的道德感情，因此不分國家、社會、民族、文化，均普遍地不被認可，例如殺人、放火、竊盜。然而另有一部分的行為是根據不同文化與風俗習慣之特殊性而來，亦即這樣的禁止規範乃建立在社會結構相對性或是文化相對性上⁴。國民政府將源於中國的刑法典引入臺灣，以強權制定與頒行的法律規範來進行社會整合，背後始終隱藏著文化衝突所帶來的緊張與不安，其中尤以原住民族陷入屢遭打壓之困境。而在程序法方面，原住民族本已具備一套紛爭解決體系而自主裁決民族內部爭端，然而隨著現代國家的建立，原住民族固有政治體制及其職能被國家機器所替代，民族內部爭端也變成必須透過國家司法程序解決⁵。

一直到西元（下同）1980 年代解嚴迄至 1990 年代的憲法改革，同時間國際原住民族權利運動的開展，才終於帶動臺灣原住民族權利的覺醒與復振。1991 年第一次修憲，憲法首度承認「山胞」地位；1992 年第二次修憲，增訂「山胞條款」：「國家對於自由地區山胞之地位及政治參與，應予保障；對於其教育文化、

¹ ROBERT K HITCHCOCK & DIANA VINDING, INDIGENOUS PEOPLES' RIGHTS IN SOUTHERN AFRICA 8 (IWGIA. 2004); Siegfried Wiessner, *Rights and status of indigenous peoples: a global comparative and international legal analysis*, 12 HARV. HUM. RTS. J., 114-115 (1999).

² 王皇玉（2009），《刑罰與社會規訓》，頁 212-213，台北：元照。

³ 蔡志偉 Awi Mona、黃居正、王皇玉（2014），〈貳、我國原住民族法律規範研析〉，《國內原住民族重要判決之編輯及解析（第一輯）》，頁 8，台北：原住民族委員會。

⁴ 王皇玉，前揭註 2，頁 218。

⁵ 楊曉珞（2007），《台灣原住民族司法權之探討與建構》，頁 75，國立東華大學民族發展研究所碩士論文。

社會福利及經濟世界，應予扶持並促其發展」；1997 年第四次修憲，「山胞條款」增修為「原住民族條款」，後成為現行憲法增修條文第 10 條第 11 項、12 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」、「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。對於澎湖、金門及馬祖地區人民亦同」。

順應此股修憲浪潮，針對使用獵槍、獵捕野生動物與採集森林產物等原住民族傳統文化行為，陸續制定或修正了《槍砲彈藥刀械管制條例》等特別法當中的除罪化條款。而 2005 年制定之《原住民族基本法》，則在第 19 條規定：「（第一項）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。（第二項）前項各款，以傳統文化、祭儀或自用為限」，第 30 條則明示「（第一項）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。（第二項）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」，前者成為憲法原住民族文化條款之具體落實規定，後者則成為原住民族專庭或專院的法源基礎。其後，我國於 2009 年通過兩公約施行法，將《公民與政治權利國際公約（ICCPR）》（下稱公政公約）與《經濟社會文化權利國際公約（ICESCR）》（下稱經社文公約）內國法化，其中公政公約保障的自決權（第 1 條）、平等權（第 2 條）、少數族群權（第 27 條），以及經社文公約強調的文化權（第 15 條）等權利均與原住民族人權密切相關。

綜合上述，就實體法規層面而言，自 1990 年代憲法改革迄今，縱然仍有需要改善之處，但也已經正式開啟了原住民族文化行為除罪化的大門。至於如何在司法層面落實上開規定，亦即司法權如何調和多數統治者與原住民族之間價值觀的衝突，同屬國家維持秩序及原住民族權益保障之重要一環。可惜的是，從近二十年臺灣發展可以發現，原住民族司法案件在面對國家法制組織時，呈現的是檢察行政機關與司法審理機制對於原住民族法律規範意旨的不理解，也無法充分反應原住民族實際生活經驗⁶。最經典之案例莫過於以下二則：2003 年阿里山鄒族的頭目汪傳發、汪建光父子，因懷疑漢人盜採鄒族傳統領域內之野生蜂蜜而予以沒收，此一遵循部落規範的行為卻被嘉義地檢署依搶奪罪起訴，最後遭到有罪判決確定（下稱【鄒族頭目蜂蜜案】）；2005 年，遵循部落會議結論而將被颱風吹倒的櫟木殘枝撿拾回部落的司馬庫斯青年，被以構成《森林法》上竊取森林主產物罪遭到起訴，幸而最後獲得無罪判決確定，然在盼得此一結果前亦已歷經了數年寒暑（下稱【司馬庫斯風倒櫟木案】）。

有鑑於上開刑事司法困境，司法院自 2013 年 1 月 1 日起指定桃園、新竹、

⁶ 蔡志偉 Awi Mona（2011），〈從客體到主體：台灣原住民族法制與權利的發展〉，《臺大法學論叢》，40 卷 S 期，頁 1505。

苗栗、南投、嘉義、高雄、屏東、臺東、花蓮等九所地方法院，設立原住民族專業法庭（股）（下稱原民專庭（股））。其後，2014 年 9 月 3 日起新增包括臺灣高等法院、花蓮、臺中、臺南、高雄分院五處；地方法院則是基隆、臺北、士林、新北、臺中、彰化、雲林、臺南、宜蘭九處，以及高等行政法院三處。依據司法法院相關函令與新聞稿，該庭（股）設置之原則，「首要評估案件特殊性，在不修法的原則下，汲取國外相關經驗設立專庭或專股，可適度達到專業資源整合及案例累積之作用」。關注原住民族司法權益之各方賢達，無不將希望寄託在原民專庭（股）之上，尤其期盼其能在刑事法領域內，改變向來遭批評過度入罪、未能保障原住民族權益之局面。

設置原民專庭（股）後最受人矚目之案件，莫過於臺東地方法院 102 年原訴字第 61 號刑事判決，亦即布農族王光祿因使用拾獲之制式獵槍獵捕保育類野生動物以供自用，而遭到以違反《槍砲彈藥刀械管制條例》及《野生動物保育法》有罪判決確定之案件（下稱【王光祿案】）⁷。然而該案真正受到社會各界關注並非從地院層級即開始，而是直到 2015 年底最高法院有罪確定判決出爐後，始引起關心原住民族權益之各方譁然。因應高漲的反抗聲浪，檢察總長決定暫緩執行並提起非常上訴。2017 年 2 月 9 日最高法院召開非常上訴調查庭，創下我國非常上訴案件開庭首例。隨後最高法院於同年 9 月 28 日裁定全案停止審判聲請大法官釋憲，更成為最高法院有史以來首次由法官提出的釋憲聲請⁸。

此案引起筆者開始思考，從【王光祿案】所看到的原民專庭（股）審判模式與法律見解，是特例還是普遍的現象？是否還有其他遭到錯誤法律見解定罪之案件，沉浮在原民專庭（股）的檔案卷宗裡等待救援？回歸更根本的制度層面而言，原民專庭（股）作為第一個以族群別、而非案件類型作為分案標準的專業法庭（股），制度設計與相關司法人員的訓練與配置是否更有利於原住民族？所作之判決是否有較多對於原住民族文化與習俗的論述與實質肯認？綜合而言，原民專庭（股）究竟是否帶來正面的影響？而下一步是要維持這樣的制度、或者應該往原住民族法院乃至於司法自治邁進？在比較法制度上，目前國外已有針對原住民族的獨特

⁷ 對於本案歷審見解之判決評析，詳參：張志銘、蔡尚謙（2015），〈布農族人 TamaTalum 王光祿案之評析〉，《植根雜誌》，31 卷 12 期，頁 461-478。就本案涉及槍砲彈藥刀械管制條例之爭點評析，詳參：蔡志偉 Awi Mona、許恒達、張鑫隆、徐揮彥（2017），〈肆、刑事判決編輯及解析實例〉，《國內原住民族重要判決之編輯及解析（第三輯）》，頁 144-146，台北：原住民族委員會。

⁸ 最高法院於聲請釋憲新聞稿指出，「槍砲彈藥刀械管制條例限制原住民僅能以自製的落後槍枝打獵，致不能使用較安全的現代化制式獵槍；野生動物保育法限制原住民只能基於因動物逾額、學術研究、教育目的或傳統文化祭儀必要，進行狩獵，罔顧其生活習慣，既都未確實依據原住民族基本法檢討修正，且不符合兩公約揭示應事先與原民部落諮商，獲得其同意，和分享科技之惠的尊重、雙贏理念，並違反憲法增修條文肯定多元文化、維護原住民傳統及促進其發展的意旨。合議庭認為司法機關具有平亭曲直、實現正義的職責，但仍當謹守權力分際，乃請求司法院大法官就槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項及野生動物保育法第 18 條、第 41 條第 1 項，未就原住民特殊情形加以考量部分宣告違憲」。詳細參照：最高法院，最高法院審理原住民王光祿打獵案聲請釋憲新聞稿，司法院網站，2017 年 9 月 28 日，

<http://jirs.judicial.gov.tw/GNNWS/NNWSS002.asp?id=288249>（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日）

性而承認或建立訴訟體系的例子，例如美國至少有 145 個部落擁有部落法庭，在條約及聯邦法之規定範圍內行使審判權⁹。而除了美國外，加拿大與澳洲亦設置了處理原住民族刑事案件量刑之法院，拉丁美洲國家更在二十世紀末期起展開一波修憲浪潮，於憲法中承認國家的多元文化與法律多元特質，更有直接明文承認原住民族習慣法與司法機效力、並因此在該國內引起偌大變革者。相對而言，臺灣目前並無特殊的原住民族司法體系，原民專庭（股）亦僅是國家司法權內部的一種分工模式，雖然部分原住民族部落仍保留並實行傳統糾紛解決與懲罰制度，但並不被國家法律所承認，其決定僅有文化及社會上的意義而無法律的強制力。

面對由來已久而日益加深的原漢司法衝突，筆者深感原住民族司法制度改革之重要性，故擬以原民專庭（股）之刑事判決為出發點，以涉及原住民族文化行為之《槍砲彈藥刀械管制條例》、《野生動物保育法》與《森林法》等案件為核心，檢討該專庭（股）之制度設計與判決內容是否與設置目的相契合。其後，藉由外國原住民族法院與刑事訴訟制度之介紹，本文試圖指出，各國發展出的理論基礎與實踐成果，對於迄今在法庭制度上僅作出原民專庭（股）此變動之我國可以有如何之啟發。

第二節 研究架構

本文共分成六章，首先在第二章以原民專庭（股）之刑事案件為檢討對象，探討其在制度建構與判決數據上是否實質增進原住民族權益保障。在研究方法上，主要以國內文獻回顧為先，整理國內論者對於原住民族司法審判機制之改革建議與對原民專庭（股）之期望及評析，另搭配筆者對於原民專庭（股）之「特別刑法案件」——即涉及《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項、《野生動物保育法》第 21 條之 1 及第 51 條之 1 與《森林法》第 15 條第 4 項之案件——所為之數據統計，復從其中選取數則判決進行內容評析，分從量化與質化觀點評價原民專庭（股）之成效。本章所蒐集之判決，部分乃直接引用自國立東華大學蔡志偉副教授擔任主持人之科技部計畫「建立現代社會下原住民族傳統慣習在國家司法制度之合法性與實用性—總計畫暨子計畫（一）原住民族傳統慣習之合法正當性實證研究—互動關連與比較法之觀察」研究成果，筆者於擔任該計畫助理期間，與臺灣大學法律系陳冠甫助理一同蒐集 2013 年 1 月 1 日起至 2015 年 12 月 31 日，字號為 102 年度、103 年度與 104 年度開頭之地方法院原民專庭（股）及其上級審之判決。使用此部分之判決蒐集成果已經取得計畫主持人之同意，其後筆者為撰寫本論文，自行將地方法院判決補齊至判決日期在 2016 年 12 月 31 日之前者。

於檢討完我國現況後，第三、四章乃探討比較法上原住民族司法制度之建置，首先介紹在「西方」與我國討論到原住民族特殊法律機制建構時，通常以之為理論基礎之多元文化主義（multiculturalism）與法律多元主義（legal pluralism），其

⁹ 謝若蘭、楊曉珞（2017），〈臺灣司法體制下之原住民族困境初探〉，謝若蘭（編），《在，之間：認同與實踐之間的學術研究儀式》，頁 289-291，台北：稻鄉。

後依序介紹美國、加拿大與澳洲原住民族之歷史與各國對原住民族所施加之刑事規範。而有鑑於多元文化主義在上開國家所顯露之缺陷，另將參照對象轉移到發展出克服多元文化主義缺點之理論——多元民族主義（**plurinationalism**）的拉丁美洲國家，於第四章概述該地區之歷史與二十世紀末期以來之憲法改革，並以當中的多元民族國家（**plurinational state**）、亦是在原住民族權益保障上被認為發展較快速之玻利維亞與厄瓜多為討論核心，分述二國如何具體實踐國際勞工組織「原住民與部落人民公約」與聯合國原住民族權利宣言所規定之保障原住民族實踐習慣法與傳統司法機能之內容。

接著在第五章開頭首先提出本文認為玻利維亞模式之「平等司法共治」（**judicial co-governance among equals**）應作為我國司法改革目標之主張，而由於此以原住民族司法自治為前提，故續而整理臺灣迄今關於原住民族司法自治之論述，並主張此司法自治應以多元民族主義與法律多元主義之實踐為具體內涵。在改革提議上，參照論者分析澳洲、加拿大與紐西蘭經驗而提出之「國家與原住民族法律關係」：不承認（**non-recognition**）、過渡（**transitional**）、順應（**accommodation**）與承認（**recognition**）模式，本文認為臺灣應該從目前所處之過渡模式逐步往承認模式邁進，其中並必須同時包含實體法與程序法面向之改革。在最終目標之承認模式部分，另闢一節具體論述刑事裁判權劃分與相關議題於我國應如何實施，惟強調任何制度之建立都需立足於與原住民族立於平等地位之確實協商的基礎上。

最後結論之第六章，重新以多元民族主義之視角回顧本文第二到五章主要內容，重申我國未來之變革方向以及多數統治族群之應有心態。

第二章 原民專庭（股）——以刑事案件為中心

第一節 相關討論

第一項 原住民族刑事司法困境

臺灣曾移植多樣而紛雜的法律文明，中國法、日本法與西方法等共同形塑了當今臺灣的法社會，然而「法律移植」意味著原有行為規範和價值理念的改變，文化歧異性往往受到忽略。外來統治者試圖用單一的政治與法律制度來統治境內不同的民族，尤其進入國民政府時期後，原住民族被迫放棄原有的法律及司法制度而進入國家體制內。國家未正視境內多民族之事實，也未將原住民族原有之法制納入現行法律及司法體系當中，因此原住民族在與國家法律制度相衝突時往往陷入不利處境，在國家司法體系中淪為弱勢¹。而刑事法體系是法律最能公開展現其權威的場域，如欲檢視一個國家是否尊重多元文化，刑事法體系無疑是最容易觀察的對象之一。在原民專庭（股）成立前，我國刑事法體系對於原住民族刑事犯罪仍普遍停留在傳統自由主義維護個人權益的思維當中，法律對於犯罪的定義、法院對於構成要件的解釋都鮮少考量到主流價值以外的少數文化²。

從十餘年前開始，已有許多文獻指摘原住民族在司法程序所面臨之弱勢情境，例如論者曾認為，為了達成原住民訴訟平等權之保障，至少有三個面向需要改革：**習慣法優位原則之落實、法律扶助制度以及通譯**。於**習慣法層面**，除主張應由原住民主導習慣法法典化之工程外，在程序法方面贊同設置專庭（股），惟同時強調司法人員培訓與專業度的重要性，並主張應搭配讓部落長老進入審判流程之參審制；於實體法方面則建議可於刑法中增列一阻卻違法條款，肯認原住民在符合該族群傳統慣習下之行為不罰、得減輕或免除其刑。於**法律扶助制度層面**，有鑑於法律扶助基金會在確保原住民族社會地位的平等、以及爭取補償所受不公平待遇之過程中扮演角色之重要性，故建議在審查委員的配置上應有原住民研究專長的專家學者，且原住民中央主管機關應與法律扶助基金會合作，在原鄉部落廣設「法律服務中心」（Law Center），從事法律扶助工作、原住民法律教育及原住民法律問題之專案研究，提升原住民族之人權保護與意識。最後，關於**通譯問題**，論者認為應培養通曉原住民族各族語言且具備一定法學知識之通譯人才，具體作法可在具備相當師資之大專院校設立法學翻譯學程，以及修改原住民族語言能力認證辦法，增加選考之法學科目，達一定標準者在族語能力證明上註明，使法院在遇到相關訴訟案件時得有明確的對象選擇聘用³。

¹ 謝若蘭、楊曉珞（2017），〈臺灣司法體制下之原住民族困境初探〉，謝若蘭（編），《在，之間：認同與實踐之間的學術研究儀式》，頁 292-293，台北：稻鄉。

² 蕭宇軒（2011），《論文化辯護於我國刑事審判上實行之研究》，頁 40，國立成功大學法律學研究所碩士論文。

³ 林柏年（2005），《台灣原住民族權利法制研究－批判種族理論觀點》，頁 51-59，國立東華大學民族發展研究所碩士論文。

其後有指摘原住民族所面臨之司法困境包含**司法程序歧視、法院配置地點不利於原住民、法官缺乏多元文化基礎素養、國家法與原住民族傳統習慣規範之衝突**以及**法律扶助措施不足**等問題。在**司法程序**的問題上，論者認為雖然《原住民族基本法》對於當事人適格、訴訟標的、訴訟進行使用之語言與證據法則等不利於原住民族之課題已有原則性的規範，但具體作法猶待修改相關法規，目前仍只能經由法官在個案中的採認來實踐；其次，關於**國家法與原住民族傳統習慣規範之衝突**，其實即為漢族本位的法令及以原住民族為主體的法之間的衝突，此一衝突的結果造成原住民族基於傳統習慣規範所享有的權利消失或受到剝奪。另一方面，原住民為了避免牴觸國家法制而受罰，有時不得不改變或放棄傳統習慣所容許的行為，因而造成現行法制凌駕於傳統習慣的印象，也因此動搖傳統習慣在原住民心中的地位。而司法裁判上適用原住民族傳統習慣規範的另一困境在於資料欠缺，因此只能個案式的徵詢相關機關或專家學者的意見，然而有時因法官預先設定的問題過於狹隘，無法真正呈現爭議之所在，此亦涉及**法官的多元文化素養**問題。而在刑事訴訟上，原住民被處罰的許多行為是各族長期以來的習慣或是屬於原住民族宗教、文化或生活所需，典型案例即為觸犯《槍砲彈藥刀械管制條例》、《野生動物保育法》與《森林法》之行為。「實體法之不利規定固然是原住民族上述行為被視為犯罪行為的主要因素，但國家之犯罪偵查、訴追過程，也可能存在許多不利於原住民的因素。除了上述提到的司法程序歧視因素，也可能有其他因素諸如警察為求績效而採寧可錯殺不可妄縱的移送方式、檢察官濫行起訴、法官形成其裁判時未能充分考量有利於原住民的因素等」⁴。

前二文所指摘之原住民族司法困境可謂我國多數學者之共識，許多論者亦針對各個子議題撰文評析之。例如對司法人員缺乏多元文化概念之批評，有認為由於無論是法官或檢察官均絕大多數為漢人，再加上缺乏多元族群文化課程訓練，尤其缺乏對原住民族傳統規範的認識和尊重的涵養，故司法人員容易忽略原住民族傳統文化之價值。「為追求司法上的實質公平，對於審理涉及原住民事務的法官，宜要求其對於原住民族文化有一定程度的了解，（例如在審理槍砲條例等案件時）法官應以法庭作為溝通平臺，闡釋國家法的理念，而非蠻橫地認為原住民當事人惡性重大⁵」。是故有建議：「相關機關應定期辦理員警、行政官員、律師、法官、社會工作者等司法系統官員以及法律學生有關原住民文化、習俗和法制的培訓和教育課程，作為消除歧視和促進尊重文化多樣性的一種辦法，並採取特別措施消除對原住民的歷史偏見，這是造成在司法制度中對原住民歧視的潛在原因。（再者，）有計劃地培養具有原住民身分的律師、法官、檢察官等法律專業人員，或訓練法律專業的原住民種子教師前往原鄉服務。鼓勵原住民到立法、

⁴ 楊曉珞（2007），《台灣原住民族司法權之探討與建構》，頁 45-61，國立東華大學民族發展研究所碩士論文。

⁵ 王泰升（2003），《原住民保留地土地專屬法庭設置研究》，頁 94，台北：原住民族委員會。

司法、執法和教養機構任職，並在教育、培訓和招聘政策等方面採取措施，以增加原住民在司法系統工作⁶」。

再例如訴訟語言問題，現行法院所進行之訴訟程序以中文為主，訴訟文書亦原則上使用中文。然而原住民族之語言習慣與漢民族不同，且現行法律主要延襲西方法制而來，與原住民之傳統習慣亦格格不入，而特約通譯並非法律專家，經常無法適切表達當事人真意，也因此亦生糾葛⁷。有論者從實務運作中觀察到無論是通譯人選或是通譯選任標準都問題重重，「目前實務上擔任通譯之人可謂各式各樣，但簡單來說，就原住民語的通譯以『素人』通譯居多」，「除了員警自己以原住民語和被告溝通記載之外，其他通譯人選可謂五花八門，除了地檢署的特約通譯之外，實務判決出現的通譯者還有由被告的子女、族人或是鄉民代表來擔任通譯。在上述各式各樣的通譯中，有一些人是立場偏頗不中立的『誤譯』高危險群⁸」。再者，實務目前認為是否使用通譯在偵查中屬檢察官權限，在審判中屬法官權限，然而論者指摘：「檢察官與法官雖然具有應否命通譯的裁量權，但仍不得恣意漠視被告在訴訟上的權益。如果被告對於審判中交互詰問的內容，有無法辭能達意或無法充分理解，又無通譯加以傳譯時，就是一種對被告防禦權的保障不周。如果此時沒有命通譯進行傳譯，就屬判決違背法令⁹」。其後並建議：「法院應盡可能招聘固定的弱勢語言通譯，……某些制式的法庭訴訟文書如傳票、拘票，應以弱勢族群的語言加以翻譯，且對於弱勢語言族群者，除了由政府出錢提供訴訟律師之外，也應出錢為其聘請通譯或翻譯。這些翻譯者除了協助擔任口語翻譯外，也應協助其閱讀諸如傳票、拘票、起訴書，鑑定書，判決書等訴訟文書，以真正落實被告所享有的公平審判權¹⁰」。

第二項 對原民專庭（股）發揮效能之期待

於 2013 年原民專庭（股）成立前，許多文獻均將改善上述司法困境之希望寄託在原民專庭（股）上。論者認為，無論是【鄒族頭目蜂蜜案】或是【司馬庫斯風倒樺木案】所呈現之原漢衝突以及不合理之司法見解，追根究柢乃根源於國家法律在制定時並非以多元民族國家作為前提，而是以「中華民族」為單一族群的民族主義概念設計並制定現行法律。在這樣的單一價值觀法制架構下，如要做到實質保障原住民族司法權，論者認為應從原住民族專業法庭做起，具體而言必須要有「對於原住民族有同理心」、且「經過差異文化價值訓練的法官為之」，並希冀透過原住民族專業法庭達到原住民法律適用見解之一致性。其後「更期望能在

⁶ 高德義，重拾被放逐的傳統：排灣族習慣法與國家法的衝突與融合，第一屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會，原住民族委員會主辦，頁 185（2010 年 11 月 14 日）。

⁷ 湯文章，原住民族在訴訟法上地位之研究，第一屆民族法學研討會，國立東華大學民族發展研究所主辦，頁 45-57（2005 年 5 月 28 日）。

⁸ 王皇玉（2011），〈弱勢語言族群之接近司法權－以原住民通譯問題為中心〉，《刑事政策與犯罪研究論文集》，頁 68-69，台北：法務部。

⁹ 王皇玉，同前註，頁 70。

¹⁰ 王皇玉，同前註，頁 74-75。

累積相當的實務個案及有經驗的司法人員後，由原住民族專業法庭提升為原住民族法院」¹¹。

另有對於專庭（股）所能發揮功能採取比較保守消極態度之見解，如論者指摘：「如未制定相關法律或修改現行法律，明文肯認原住民族傳統規範具有法之效力，即使設置原住民法庭，也無法完全解決原住民所面臨的司法困境。但是，設置原住民法庭絕對是融合國家法制與原住民族傳統規範的最佳起點，也是解決規範衝突的最佳解決方式¹²」。其後主張具體的進行方式應以「法庭部落化」為目標：「在國家司法制度中，納入原住民族傳統規範，而其內容不僅包括程序規定，亦應吸納實體規範。……法官即必須理解並適用原住民族習慣法，並以之作為裁判之依據，原住民族習慣之位階即等同於國家法律」。除此之外，此專庭（股）尚應具備「融合部落中解決紛爭之機制與國家訴訟制度，並且在訴訟過程中減少語言障礙、吸納傳統規範」之功能¹³。

類似觀點亦可見於其他論者之著述，例如有指出原住民族於現行司法制度下所會面臨之問題點當中（包含：實體法未將原住民族傳統習慣納入現行法律、程序法上審判法官專業度不足、審判程序語言及文字僵化、刑罰執行方式過於僵硬等等），除了法官專業度以外，均涉及法律規範應否修法或現有法令如何確實發揮功能的問題，並非原住民專業法院或法庭之設置即能解決，專院或專庭之設置僅能解決「法官專業度不足、原住民族不懂審判程序所使用語言」兩項困境而已。結論上認為：「為解決法官因缺乏對於原住民族族群傳統文化的了解而遭質疑專業性不足的問題，宜透過教育訓練之方式增加新進之司法官或現職法官對於原住民族族群傳統文化關係了解」，而雖然「設置原住民族專業法院或建立一套有別於現行訴訟制度的原住民族訴訟制度，現階段尚未成熟，但為解決族群文化間的衝突，現階段立即可行的措施，……（即為）設置原住民族專業法庭¹⁴」。

同作者於他文中一一列舉贊成與反對設置原住民族專業法院／法庭之見解後，結論上重申原住民族法院／法庭雖非最佳措施但仍為可行且應行之舉：「現行法院體系長期漠視原住民族傳統文化，對於法官疏於施以族群文化關係之相關訓練，致法官普遍對於原住民族傳統文化認識不足，設置原住民族專業法院或法庭，可集中加強對於法官施以多元文化及族群關係之訓練。……設置專屬法院或法庭並非全然無用，至少是司法體系展現誠意的第一步，建立友善法院，讓法院成為一個溝通平臺，原住民族遇有糾紛事件，樂於運用法院來解決糾紛，讓專屬法院或法庭集中資源統一事權，可以避免裁判矛盾，並且可以累積經驗，逐漸為

¹¹ Yapasuyongu e'Akuyana (2009)，〈淺談原住民族專業法庭〉，《司法改革雜誌》，74 期，頁 22-23。

¹² 林三元（2012），〈從社會文化之觀點論設立原住民族法庭之必要性與可行性〉，《台灣原住民族研究季刊》，5 卷 2 期，頁 172。

¹³ 林三元，同前註，頁 177-182。

¹⁴ 湯文章（2008），《設置原住民法庭或法院可行性之研究》，頁 171-173，花蓮：臺灣花蓮地方法院研究開發項目研究報告。

民族法學及原住民族自治預作準備¹⁵」。

除了以上專門針對專庭（股）為論述之著作外，另有許多檢討原住民族文化行為與刑責困境之文獻，於指摘出現行法規與實務運作之不當後，將希望寄託在原民專庭（股）之成立。以下列文字為例：「近年來臺灣內部雖然已經逐漸意識到原住民文化傳統的特殊性，因而許多行政規章、特別刑法均已逐步修正，以避免不當箝制原住民傳統文化發展、或陷原住民於犯罪窘境。然而立法者修法往往過於草率與不周全，以致於目前特別刑法中對於原住民基於傳統文化之行為得以除罪化之規定常常只有『半套』……。除了立法疏漏外，司法審判者對於原住民特殊文化傳統嚴重缺乏理解與同情心，……顯示了司法人員對原住民傳統文化行為仍存在著誤解、不解與隔閡，更凸顯了我國司法審判體系下，應設置原住民專屬法庭的必要性，如此始能改變目前原住民所面臨的司法不利處境」¹⁶。

綜合上述文獻，可發現論者期待原民專庭（股）所能發揮之作用並不完全相同，較保守的見解認為其至多僅能解決法官專業度與法庭語言之問題，其餘有認為藉由專庭（股）可促使司法人員意識轉變，進而解決原住民族文化行為遭到過度入罪之問題，最積極的看法則認為專庭（股）應適用原住民族習慣法作為裁判依據，甚至在訴訟過程中將部落紛爭解決機制融入現行審判體系當中。惟不論是何種見解，均認為原民專庭（股）並非解決原住民族司法困境之最佳方案，毋寧為暫時性的權宜之計，實應藉由專庭（股）之實施逐步邁向設置原住民法院、甚至是包含司法權在內之原住民族自治。

第二節 制度設計

第一項 設置時間與地點

為落實《原住民族基本法》第 30 條第 2 項等規定並保障原住民族的司法訴訟權益，司法院以院臺廳司一字第 1010028460 號函指定桃園、新竹、苗栗、南投、嘉義、高雄、屏東、臺東、花蓮等 9 所地方法院，自 2013 年 1 月 1 日起設立原民專庭（股）。以刑事案件而言，不論何種犯罪類型，只要被告具有原住民族身分，均由原民專庭（股）審理；民事案件則因兩造是否具有原住民族身分而有所不同¹⁷。2014 年 9 月 3 日起新增包括臺灣高等法院、花蓮、臺中、臺南、高雄分院 5 處；地方法院則是基隆、臺北、士林、新北、臺中、彰化、雲林、臺南、宜蘭 9 處，以及高等行政法院 3 處。目前除了澎湖地方法院以外，地方法院（包

¹⁵ 湯文章（2012），〈論應否設置原住民族專屬法院或法庭〉，《台灣原住民族研究季刊》，5 卷 3 期，頁 116。

¹⁶ 王皇玉（2009），《刑罰與社會規訓》，頁 278-279，台北：元照。

¹⁷ （1）應由原住民族專業法庭（股）審理之民事事件類型：兩造當事人為原住民、部落、原住民族之民事事件；或一造當事人為原住民、部落、原住民族之返還（交還）土地、損害賠償、返還不當得利、排除侵害、確認土地或房屋所有權存在或不存在、確認租賃關係存在、塗銷耕作權或地上權登記、分割共有物、確認界址、遷移房屋等事件。（2）一造當事人為原住民、部落、原住民族而非前項案由之民事事件，經當事人聲請由原住民族法庭（股）審理，受訴法院認為適當者。

含 2016 年 9 月始成立之橋頭地方法院)與高等法院均已設置原民專庭(股)。而原住民族身分之認定依照司法院 102 年 1 月 8 日院臺廳司一字第 1020000935 號函，乃依照《原住民身分法》第 11 條，採取登記生效制。

第二項 強制辯護與法律扶助

2013 年《刑事訴訟法》於第 31 條第 1 項增列第 4 款：「被告具原住民身分，經依通常程序起訴或審判者」，審判中未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人或律師為其辯護，並增列同條第 5 項：「被告或犯罪嫌疑人因智能障礙無法為完全之陳述或具原住民身分者，於偵查中未經選任辯護人，檢察官、司法警察官或司法警察應通知依法設立之法律扶助機構指派律師到場為其辯護。但經被告或犯罪嫌疑人主動請求立即訊問或詢問，或等候律師逾四小時未到場者，得逕行訊問或詢問」。關於前者（審判中的強制辯護規定），司法院刑事廳認為，被告具原住民身分，經檢察官依通常程序起訴或聲請簡易判決處刑經法院改依通常程序審判等案件，屬強制辯護案件，「不得」改依簡易程序終結¹⁸，則原住民族案件之審判模式將形成以下三種途徑（圖 2-1）¹⁹：

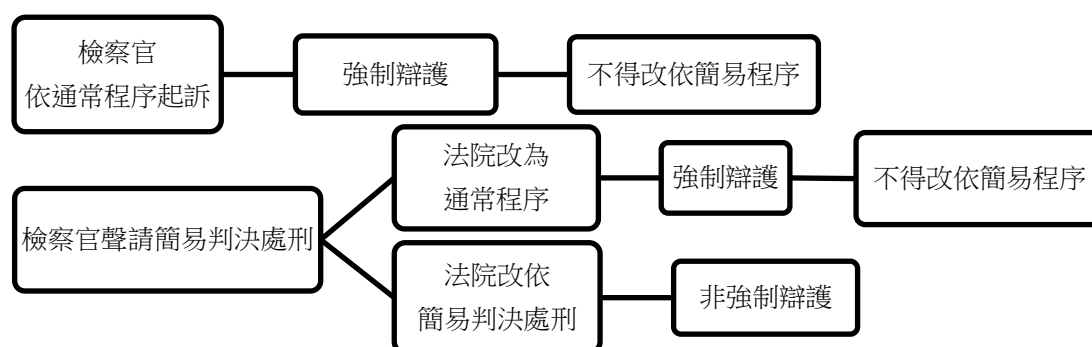


圖 2-1 刑事訴訟法第 31 條運作模式

※圖片來源：以註腳 19 之流程圖為基礎後自製

而在《刑事訴訟法》修正後，法律扶助基金會對於原住民被告之重要性更為提升。《法律扶助法》在 2003 年制定當初僅主要以無資力者作為扶助對象，而法律扶助基金會乃從 2004 年起提供無資力者相應之法律協助，2007 年開始試辦

¹⁸ 見 2012 年 12 月 26 日司法院刑事廳於「法官論壇」貼文意見，<http://efonm.mtraj/Afticle.Php?grFJdg&brd—crm&id—88189&tid—88136>（最後瀏覽日期：2013 年 1 月 8 日）。轉引自：邱忠義（2013），〈新修正刑法「可易刑處分與不可易刑處分」之數罪併罰問題及刑訴法「原住民及無資力民眾律師依賴權」性質之探討〉，《月旦法學教室》，126 期，頁 79。

¹⁹ 林禹宏（2014），《原住民被告於刑事程序之困境與解決》，頁 137，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

「檢警第一次偵訊律師陪同到場」專案，其後又於 2012 年試辦「原住民檢警第一次偵訊律師陪同到場」專案，並因而促成前述 2013 年《刑事訴訟法》第 31 條之修正²⁰。而與第一批原民專庭（股）成立大致同時期，法律扶助基金會於 2013 年 3 月 21 日與原住民族委員會簽署行政委託契約書，受委託辦理原住民法律扶助專案，同年度 4 月 1 日起正式啟動。符合該專案之扶助範圍者，由原住民族委員會全額負擔律師費用，其他扶助內容包含：書狀撰寫、調解、法律諮詢與「檢警偵訊，律師陪同」服務。與一般法律扶助專案之差別在於本專案並無資力限制，只要經過案情審查，除非已有具體事證足認無救濟途徑，否則均予以扶助²¹。

依據法律扶助基金會各年年報整理出自原民專庭（股）成立後四年度之扶助數據（表 2-1），除原住民檢警案件數量有較大浮動，一般案件及原民專案之扶助案件量均穩定增加中，【王光祿案】亦由法律扶助基金會於 2016 年度協助提起非常上訴與聲請釋憲。

表 2-1 受扶助人為原住民族之案件數量（單位：件）

	一般案件		原民專案	原住民檢警案件
	案件量	佔准予扶助案件之比例	准予扶助案件量	實際派遣律師案件數
2013 年	3,010	10.53%	280（4-12 月）	1,255
2014 年	3,268	10.70%	1,590	1,074
2015 年	3,995	10.24%	2,129	1,235
2016 年	5,249	10.49%	2,594	1,220

※表格來源：筆者自行整理自法律扶助基金會年報

除此之外，為了便於居住於原鄉、偏遠地區之原住民族使用法律諮詢服務，原住民族委員會除設立 24 小時原住民法律扶助免付費專線電話外，2014 年原住民族委員會委託法律扶助基金會成立「原住民法律諮詢駐點」服務，由律師進行面對面法律諮詢。自 2015 年 5 月 1 日起，另設置「電話法律諮詢服務」，提供上午 9 點到下午 5 點由律師電話線上回答法律相關問題²²。其後更進一步拓展服務

²⁰ 「本會自 96 年 9 月 17 日開始，針對全國重罪的被告，試辦『檢警第一次偵訊律師陪同到場』專案。……由於上述的檢警專案執行成效不彰，本會於是針對在法律知識方面較為弱勢的原住民族，重新規畫推動新的專案。自 101 年 7 月 15 日起，本會開始辦理『原住民檢警偵訊律師陪同到場專案』。本專案適用於具有原住民族身分的刑事被告，當其遭受警方拘提逮捕時，不論觸犯的是重罪或是輕罪，亦不論日間或夜間，皆可向本會申請律師陪同偵訊。……相較於本會早期開辦的檢警專案，原住民檢警專案的執行成效，相對良好許多。……由於本會原住民檢警專案執行成效良好，獲得立法委員們的信任與嘉許，於是促成了刑事訴訟法第 31 條及第 95 條的修正」。詳參：朱健文，淺談原住民之法律扶助制度，法律扶助基金會第 42 期會訊，2014 年 1 月，http://www.laf.org.tw/index.php?action=media_detail&p=1&id=173（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日）。

²¹ 法律扶助基金會網站，

http://www.laf.org.tw/index.php?action=service_product_detail&Sn=132&sid=4（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日）。

²² 原住民族委員會，原民會「電話法律諮詢服務」，412-8518（一通電話，幫我一把），2015 年 5 月 29 日，

範圍至視訊法律服務，除了新竹分會為直接到該法扶會之外，其餘分會則將視訊據點設於鄉鎮公所、國中小、鄉鎮調解委員會、戶政事務所等地²³。

除了以上便利原住民接近法律扶助基金會之制度變革外，為因應原民專庭（股）之設立，法律扶助基金會於 2012 年度分別於花蓮、臺東、高雄、臺北四地舉辦「原住民族案件訴訟實務」律師教育訓練，由熟稔原住民扶助案件之律師、學者與工作者擔任講座，以其承辦案件為例，分享「原住民族文化傳統慣習在法律實務之運用」、「原住民族土地與自然資源之使用」、「原住民族於法庭上之困境」等議題，總計 100 餘名律師報名參加。其後於 2014 年再度舉辦共五場之「原住民族訴訟實務暨集體權利保護教育訓練研討會」²⁴，2015 年除成立原住民族專門委員會外，另開始舉辦實際造訪部落之「前進部落」教育訓練活動²⁵，2016 年亦分別於花蓮²⁶、臺中²⁷等地進行相關座談會。

目前較新之進度為法律扶助基金會於 2017 年 7 月宣布籌辦原住民族法律服務中心，法律扶助基金會表示：「由於現行國家法律與原住民族傳統慣習、文化，經常會有格格不入的地方，因此便需要由國家來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，來緩和原住民族傳統慣習、文化和現行國家法律規範之間日益頻繁的衝突」²⁸。其後全國首座原住民族法律服務中心於 2018 年 3 月 12 日成立於花蓮²⁹，東部原住民族司法保障委員會主委蔡志偉（Awi Mona）指出：「我們除了被動式的，按照一般的申請扶助的系統，進到我們法律

<http://www.apc.gov.tw/portal/docDetail.html?CID=35AE118732EB6BAF&DID=0C3331F0EBD318C2B2FC615CC3F2A2A1>（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日）。

²³ 詳細據點與辦理辦法，參照法律扶助基金會，視訊法律諮詢時段一覽表，2016 年 5 月 13 日，http://www.laf.org.tw/index.php?action=apply_detail&p=1&id=705（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日）。

²⁴ 陳玉琪摘要記錄，原住民族訴訟實務暨集體權利保護教育訓練研討會摘要紀實，法律扶助基金會第 47 期會訊，2015 年 5 月，http://www.laf.org.tw/index.php?action=media_detail&p=1&id=82（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日）。

²⁵ 2016 年度為「前進花蓮港口部落，尋找太陽的孩子！（2016 年 12 月 9 日至 12 月 10 日）」，http://www.laf.org.tw/index.php?action=layer_detail&p=1&id=4347；「原住民族的狩獵權與野生動物保育間的對話座談會（2016 年 7 月 15 日）」；2017 年度為「神木山林中迴盪的部落心語（2017 年 7 月 7 日至 7 月 8 日）」，

<http://www.laf.org.tw/index.php?action=LAFBaoBao-detail&tag=251&id=94>（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日）。

²⁶ 法律扶助基金會網站，「原住民族的狩獵權與野生動物保育間的對話座談會（2016 年 7 月 15 日）」，http://www.laf.org.tw/index.php?action=layer_detail&p=4&id=3891（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日）。

²⁷ 原民案件律師教育訓練（南投分會）（2016 年 10 月 29 日），http://www.laf.org.tw/index.php?action=layer_detail&p=2&id=4248（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日）。

²⁸ 法律扶助基金會，「做你的後盾-原住民族法律服務中心籌備啟動記者會」，2017 年 7 月 26 日，http://www.laf.org.tw/index.php?action=news_detail&id=4930（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日）。

²⁹ 法律扶助基金會，「讓法律成為原民的後盾－法律扶助基金會原住民族法律服務中心揭牌典禮」，2018 年 3 月 13 日，http://www.laf.org.tw/index.php?action=news_detail&id=5722（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日）。

服務中心之外，我們也會來要求我們中心的，不管是專職的律師也好，或是法務人員也好，定時地跟東部地區的各民族、各部落來去辦一些工作坊」³⁰。

第三項 法庭組織與審理程序

原民專庭（股）設置前後，除於 2013 年修正《刑事訴訟法》第 31 條，跨大原住民族強制辯護之範圍外（然而修正原因和原民專庭（股）設置並無直接關聯），其餘程序法規並未有配合原民專庭（股）設置之重大修正。是故，原民專庭（股）於實際訴訟過程中，相關程序進行方式以及人員規劃完全如同其他一般法庭（股），原住民族固有紛爭解決機制亦未被採納。

第四項 通譯

語言在法律體系、尤其是訴訟程序的重要性經常被低估，然而語言在不同文化背景之下有不同的概念，必是某一文化族群長年共同實踐而形成。任何人必須具備足夠的觀念，才能正確理解、使用及實踐。易言之，語言能力的高低決定了法律質量的優劣³¹。原住民族之母語並非法庭使用語言，部分原住民對於中文之理解、表達及反應能力較差，表達方式亦有其特殊性，陌生之語言情境更容易讓其產生心理壓力及畏怯³²。論者曾以親身經驗表示，「過去五年來，本人.....在與原住民社群多次的接觸中，發現許多原住民雖然生長在臺灣一輩子，但仍然不見得通曉國語，尤其是世居於原住民部落之人。此外，原住民的族語與國語的語法也不盡相同，例如原住民語有許多倒裝句，所以在與漢人溝通上，有時會因無法精確地表達國語而吃虧或被誤解」³³。

與語言有關之法條主要規定於《法院組織法》與《刑事訴訟法》。《法院組織法》第 97 條規定：「法院為審判時，應用國語」，第 98 條規定：「訴訟當事人、證人、鑑定人及其他有關係之人，如有不通國語者，由通譯傳譯之，其為聾啞之人，亦同」，第 99 條規定：「訴訟文書應用中國文字。但有供參考之必要時，應附記所用之方言或外國語文」，第 100 條規定：「前三條之規定，於辦理檢察事務時準用之」；《刑事訴訟法》第 99 條則規定：「被告為聾或啞或語言不通者，得用通譯，並得以文字訊問或命以文字陳述」。另《原住民族基本法》第 30 條亦規定「政府處理原住民族事務、制定法律或實施司法與行政救濟程序、公證、調解、仲裁或類似程序，.....原住民有不諳國語者，應由通曉其族語之人為傳譯」。2017 年三讀通過之《原住民族語言發展法》第 13 條亦重申：「政府機關（構）處理行政、立法事務及司法程序時，原住民得以其原住民族語言陳述意見，各該政府機關（構）應聘請通譯傳譯之」。

³⁰ 原住民族電視台，「法扶原民服務中心 東華美崙校區正式啟動」，2018 年 3 月 12 日，<http://titv.ipcf.org.tw/news-37407>（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日）。

³¹ Bernd Rüthers（著），丁小春、吳越（譯）（2005），《法理學》，頁 73-75，北京：法律出版社。

³² 楊曉珞，前揭註 4，頁 48。

³³ 王皇玉，前揭註 8，頁 74-75。

在實務運作上，司法通譯由現職通譯、特約通譯與臨時通譯組成，現職通譯具有公務人員身分，後二者則否³⁴。在成立原民專庭（股）前，原住民族語通譯不僅未能涵蓋所有族別，人數亦相當稀少。依據監察院於 2012 年公布之「司法通譯案調查報告」，當時之原住民語言現職通譯僅臺東地方法院三等通譯 1 名（阿美族語）³⁵，各級檢察署人數掛零。由於原住民族語現職通譯之缺乏，實務上若遇到需要原住民語通譯之情形，則由法院遴聘臨時性質的特約通譯來進行審判³⁶。若特約通譯也不敷需求，則聘僱臨時通譯³⁷。原民專庭（股）成立後，原住民族語通譯人數與族別數開始增加，司法院與法務部遴選之特約通譯人數與語言種類如下表 2-2 與圖 2-2（聘期至 2017 年）³⁸。整體而言，司法院共有 31 位原住民族語特約通譯，法務部檢察署共有 48 位原住民族語特約通譯。相較於成立原民專庭（股）前已是大幅增加，不過仍未有通曉邵族、拉阿魯哇族與卡那卡那富族語之司法通譯。

表 2-2 各級法院特約通譯人數與族別（單位：人）

	高等法院		高等法院 臺中分院		高等法院 臺南分院		高等法院 高雄分院		高等法院 花蓮分院		總計
	法院	檢署	法院	檢署	法院	檢署	法院	檢署	法院	檢署	
阿美	3	4		1	1	1		2	8	6	26
泰雅		3									3
排灣	2	2					2	3			9
布農	1	3	1	6	1		3	2		1	18
魯凱		1						3			4
卑南		3				1					4
鄒	1	1			1						3
賽夏				2							2
達悟		1					1				2

³⁴ 林禹宏，前揭註 19，頁 42。。

³⁵ 沈美真、李炳南、楊美鈴（2012），《司法通譯案調查報告》，頁 111，台北：監察院。論者以原住民之犯罪嫌疑人數佔全國犯罪嫌疑人數之比例而認定應至少有 6 位具原住民身分之現職通譯。詳參：鄭川如、陳榮隆、姚孟昌（2016），〈從公民與政治權利國際公約檢視我國原住民司法通譯制度〉，《臺北大學法學論叢》，99 期，頁 278。

³⁶ 湯文章（2009），〈設置原住民法庭或法院可行性之研究〉，《司法研究年報》，頁 118，台北：司法院。

³⁷ 高等法院及其分院暨高等行政法院特約通譯約聘要點第 12 點：「各法院於審理案件時，如所遴聘之特約通譯備選人因故均不能擔任職務或人數不敷應用時，得因應需要，函請相關機關或單位協助指派熟諳該國語言人員擔任臨時通譯」；高等法院及其分院檢察署建置特約通譯名冊及日費旅費報酬支給要點第 13 點：「各級法院檢察署檢察官於辦理案件時，如所遴聘之特約通譯因故均不能擔任職務或人數不敷應用時，得因應需要，洽請相關機關或單位協助指派熟諳該種語言人員擔任臨時通譯」。

³⁸ 以下通譯人數與族別之資料來源：司法院特約通譯區與法務部特約通譯區（聘期：2015 年至 2017 年）。司法院與法務部於部分特約通譯有列出語系別（例如卑南族南王語、魯凱語茂林、萬山語系），然本文為統計方便，一律僅以主要族群別做統計。

邵											0
噶瑪蘭								1			1
太魯閣		3			1			1			5
撒奇萊雅								2			2
賽德克					1						1
拉阿魯哇											0
卡那卡那富											0
總計	7	20	1	9	5	2	6	10	12	7	79

※表格來源：筆者自行整理自司法院與法務部網站（聘期：2015 年至 2017 年）

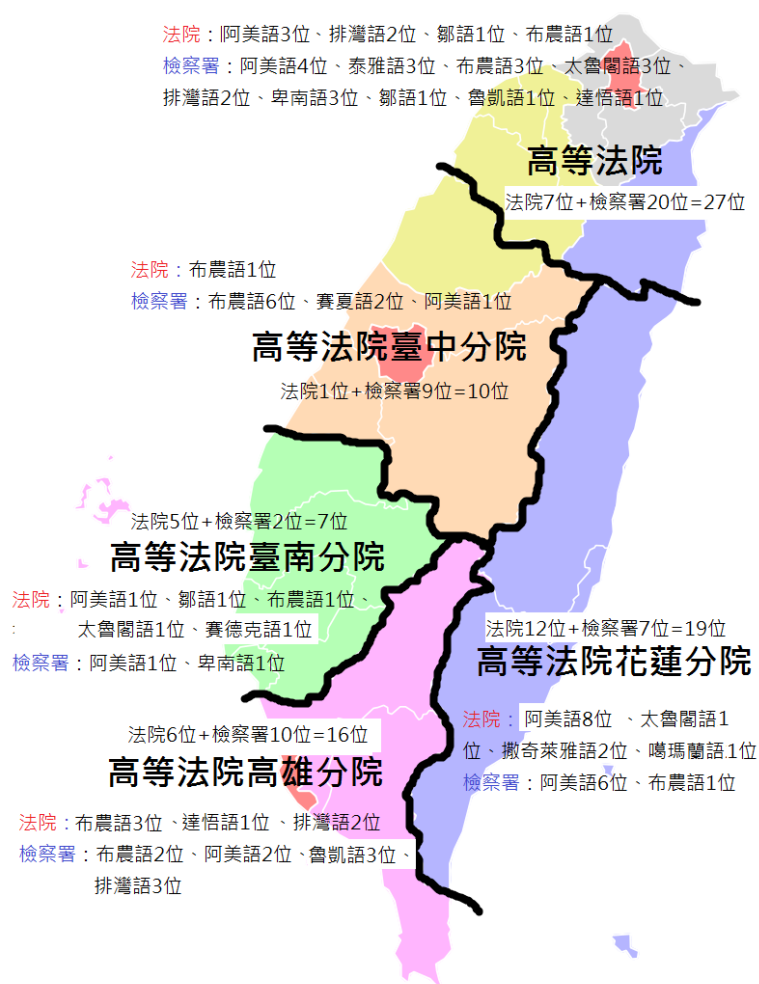


圖 2-2 法院特約通譯分布（族群、法院轄區別）

※圖片來源：筆者自行製作（聘期：2015 年至 2017 年）

至於現實上原住民族對於司法通譯之需求為何，參酌上開「司法通譯案調查報告」所載2010年1月至12月間臺灣高等法院及其分院開庭使用法庭通譯次數，其中臺灣高等法院、高等法院臺中分院、高等法院臺南分院並無使用原住民族與通譯，高等法院高雄分院為民事庭0次、刑事庭1次，地方法院部分則有桃園地方法院刑事庭2次、屏東地方法院民事庭與刑事庭各1次、臺東地方法院民事庭7次與刑事庭31次，其餘均未使用通譯³⁹。而就較新之數據資料，本文僅找到嘉義地院蔡廷宜法官於2013年發表之「原住民族法庭實務運作之現況及展望——以嘉義地院刑事案例觀察為中心」一文可供參酌，其統計嘉義地院自2001年迄2013年8月31日為止（自2013年1月1日後歸由原民專庭（股）辦理）之原住民涉訟案件後發現，雖然該院到2013年為止僅備有一名通曉鄒族語言之法警供傳譯，「然在審判實務上，原住民被告幾乎均能通曉國語，而少有使用傳譯需求，本院歷年來僅曾有約三件使用通譯之需求，但件數之少與原住民犯罪件數甚少亦有關聯，尤其早期對原住民身分並無特別要求註記、酒後駕車公共危險案件未以刑罰處罰之時代，原住民犯罪件數少，如原住民被告使用國語，即使未甚流利，常有被忽略原住民身分而未告以傳譯需求之情形」⁴⁰。

若從上述統計資料推斷，似乎原住民族被告在法院裡尚能以中文溝通，實際上使用通譯之情形並不多，則通譯語言分布以及人數、族別等問題似乎並未在現實上造成重大不便，上開「司法通譯案調查報告」中亦僅有臺東地方法院有較大需求而已。然而根據論者於2013年之質性訪談資料顯示，專門承辦原住民族案件之原住民律師表示：「在執業期間，經常可以遇見原住民犯罪嫌疑人／被告聽不懂法官或檢察官問話的情形，這些人並非完全不懂華語，而是聽不懂法官、檢察官使用的中文詞彙（非法律專業名詞）」，「大部分的法官（於律師說明後）會用較淺顯的中文重述問題，但也曾遇到法官怒氣沖沖地回答『本庭要用什麼語言問話是本庭的權利』，並堅持用被告聽不太懂的中文繼續審理」⁴¹。除此之外，律師亦表示警察機構也有應用而未用通譯之情形，於此應有很大之立法漏洞。是故，原住民族語之通譯制度應存有「實際上已使用通譯制度之統計數據」和「現實上應使用通譯案件數量」之落差。

第五項 法官與檢察官

原民專庭（股）之裁判者絕大多數非屬原住民族，而由於不同族群別所經歷之成長歷程與所受到的文化底蘊有明顯不同，非原住民之裁判者是否能對於原住民行為人的說法與陳述產生共鳴，取決於代表國家之裁判者與面對是否遭受處罰之被裁判者間是否存在一定程度的溝通連結。倘若欠缺此一連結，則裁判者仍有

³⁹ 沈美真、李炳南、楊美鈴，前揭註35，頁367-375。

⁴⁰ 蔡廷宜，原住民族法庭實務運作之現況及展望——以嘉義地院刑事案例觀察為中心，第四屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會，原住民族委員會主辦，頁168（2013年10月19日）。

⁴¹ 鄭川如、陳榮隆、姚孟昌，前揭註35，頁272。

可能僅以自身經驗、或者只依循司法系統內部過往判解之經驗做成決斷⁴²。法律應用的問題主要在於事實認定的複雜性，而如果法律人透過學院階段訓練，熟悉種種法律文字的形式規定，卻無法從正確的事實基礎，特別是社會幽微的角落去確認法律應有的作用，結果便會變成在追求整體社會最大幸福的方向上做了負價值的領導⁴³。

首先在原民專庭（股）法官人選擇定與相關要求方面，我國現行專業法庭法官之遴選依據分散在各法律、法規命令或行政規則且內容不盡相同⁴⁴。在原民專庭（股）部分主要依據司法院頒布之「各級法院法官辦理民刑事與行政訴訟及特殊專業類型案件年度司法事務分配辦法」（下稱「司法事務分配辦法」），並可以歸納出以下幾點：一、專業法庭中之法官，應以具有專業知識為其資格考量，而是否具有專業知識應以「證明書」作為證明（第 18 條、第 11 條第二項）。目前司法院針對專業法庭法官的遴選方式多採取專業證照制度的走向，例如金融與性侵害原民專庭（股）均訂有法官取得專業證明書之資格條件，惟目前尚未有原民專庭（股）之證照；二、縱未取得證明書，亦可因法官之個人意願而取得專業法庭之法官資格，參與事務分配（第 11 條第二項）；三、辦理專業案件之法官，每年應參加與該專業案件有關之研習，合計時間達十二小時以上（第 12 條第三項）⁴⁵。

而在檢察官部分，為配合原民專庭（股）設置並「為保障原住民族之司法權

⁴² 吳志強，刑事案件採納實證研究之必要性—以原住民族傳統習慣為中心，第七屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會，原住民族委員會主辦，頁 325（2016 年 10 月 30 日）。

⁴³ 黃榮堅（2017），《靈魂不歸法律管：給現代公民的第一堂法律思辨課》，頁 97，台北：商周。

⁴⁴ 例如，智財法院、少年及家事法院是由司法院組成遴選委員會遴選；金融、與工程有關之貪汙案件或其他社會矚目重大刑事案件則是由院長徵詢相關庭長、法官意見後遴選之。相關檢討參照：監察院（2013），《專業法庭（院）執行成效之探討專案調查研究報告》，頁 129-135，台北：監察院。

⁴⁵ 以下底線為本文所加：第 11 條：「（前略）（第二項）辦理民、刑事特殊專業類型案件及行政訴訟事件（以下合稱專業案件）法官出缺時，法官會議應不分法官現在辦理事務之屬性，優先擇定有意願且取得該專業法官證明書之非輪辦股法官辦理；符合上開資格之法官人數逾預定缺額時，按第五條第一項第三款至第七款之排序擇定之。（第三項）依前項規定擇定後，仍有缺額時，由法官會議依專業案件之民、刑及行政訴訟事務屬性，分別自辦理民、刑及行政訴訟事務之法官（含輪辦股及非輪辦股）中，按下列順序擇定之：一、意願：有意願者如逾缺額時，按第五條第一項第三款至第七款之排序擇定之。二、院長徵詢相關庭長、法官意見後建議之人選。各法院辦理同一專業案件之法官人數，不得低於二人。」第 12 條：「（第一項）辦理專業案件之法官，其辦理該類別專業案件之期間應連續三年。但有下列情形之一，不在此限：一、依本辦法規定，辦理非該專業案件屬性之事務者。二、輪辦期間屆滿者。三、遷調他法院者。（中略）（第三項）辦理專業案件之法官，每年應參加與該專業案件有關之研習，合計時間達十二小時以上。（後略）」第 14 條：「前條專業法庭或專股之庭數、股數與庭長、法官之遴選及其事務分配，應依下列原則辦理：一、專業法庭或專股之庭數、股數，由院長視法院業務需要定之。二、專業法庭或專股庭長、法官應由院長徵詢相關庭長、法官意見後遴選之；認有調整必要者，由院長徵詢相關庭長、法官意見後定之。三、專業法庭或專股庭長、法官專辦前條案件。但院長得於不違反妥速審結前條案件之原則下，視情形決定兼辦之案件範圍。四、專業法庭或專股庭長、法官，其辦理期間應連續三年，期滿，除本辦法另有規定外，得依其志願繼續辦理。」第 18 條：「（第一項）法官得向司法院，申請核發及換發專業法官證明書。（第二項）前項專業法官證明書之申請，以司法院已辦理核發者為限。」

益，妥適偵辦與原住民傳統習俗、文化、價值觀有關之案件」，法務部於 2012 年 6 月 1 日函請各檢察機關審酌轄區內案件特性與案件量，指定專責檢察官承辦原住民案件。目前全國 21 個地檢署共已指定 48 位專責檢察官⁴⁶（表 2-3），惟礙於資料無法取得，無從得知人選採擇標準。

表 2-3 各地方法院檢察署原住民族案件專責檢察官

檢察機關	專責檢察官人數	檢察機關	專責檢察官人數
臺北地方法院檢察署	1	臺南地方法院檢察署	2
新北地方法院檢察署	1	高雄地方法院檢察署	3
士林地方法院檢察署	1	屏東地方法院檢察署	1
桃園地方法院檢察署	1	臺東地方法院檢察署	4
新竹地方法院檢察署	3	花蓮地方法院檢察署	8
苗栗地方法院檢察署	2	宜蘭地方法院檢察署	4
臺中地方法院檢察署	2	基隆地方法院檢察署	1
南投地方法院檢察署	5	澎湖地方法院檢察署	1
彰化地方法院檢察署	2	金門地方法院檢察署	1
雲林地方法院檢察署	1	連江地方法院檢察署	1
嘉義地方法院檢察署	3		
總 計	48 位專責檢察官		

※表格來源：原住民族委員會網站（註腳 46）

既然在擇定原民專庭（股）人選時並未有證照制度可供篩選，則該庭（股）法官是否具有多元文化相關知識，除了其自身學養以外，僅能從司法官之養成訓練課程檢視。除了配合原民專庭（股）設置，司法院司法人員研習所緊急於 2012 年 12 月針對原住民族專業法庭法官舉辦講習（共 32 小時，詳細課程如表 2-4）外，主要可以從司法官學院與法官學院之課程安排進行探討。

表 2-4 司法院司法人員研習所針對原住民族專業法庭法官舉辦講習⁴⁷

單元與科目	時數	講座
如何在現行法中承認原住民族之風俗與習慣	2	國立臺灣大學王泰升教授
南島民族的源流與現況	2	原住民族委員會孫大川主任委員
原住民族傳統祭典講析	2	國立臺灣史前文化博物館林志興助理研究員

⁴⁶ 原住民族委員會，【法務部】原住民司法權益保障措施，2013 年 2 月 23 日，<http://www.apc.gov.tw/portal/docDetail.html?CID=18ADE0D0D6EE280E&DID=0C3331F0EBD318C2290CC8838D59E4D4>（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日）。

⁴⁷ 資料來源：原住民族電視台，原住民族新聞雜誌 742-1：原住民族專業法庭，2013 年 5 月 19 日，<https://www.youtube.com/watch?v=54NsbhQoZq8>（最後瀏覽日：2018 年 4 月 20 日）。

原住民族親屬組織與繼承關係	2	臺灣原住民教授學會蔡中涵理事長
原住民族傳統生態智慧與智識文化	2	國立東華大學民族發展與社會工作學系蔡志偉助理教授
原住民族傳統土地財產權與自然資源治理	2	國立政治大學民族學系官大偉助理教授
原住民族保留地事件之探討	2	私立輔仁大學法律系吳豪人教授
原住民族傳統習慣財產權之研析	2	原住民族委員會教育文化處雅柏魁詠·博伊哲努專門委員
涉及原住民族之實務案例研習－森林法、槍砲條例、野保法、水保法等案例研習	6	實務界人士
部落實地參訪嘉義縣阿里山鄉達邦村	16 ⁴⁸	---

※表格來源：原住民新聞雜誌（註腳 47）

司法官養成教育由司法官學院職掌，以法務部司法官學院司法官第 58 期訓練計劃為例，課程共分為一般課程、司法實務課程、專題課程及輔助課程，而與原住民族有關之議題在總時數 876 小時中僅占有 6 小時，分別為兩小時之「原住民族權利保護」（鄭天財立法委員）與四小時之「原住民爭訟案例研討」（預計邀請具實務經驗律師、法官、檢察官）⁴⁹。在法官學院（於 2001 年 3 月 1 日成立、2013 年 7 月 1 日正式改制更名）部分，按法官法第 8 條第 2 項之規定，經遴選為法官者應經研習，又按「司法事務分配辦法」所揭示原民專庭（股）法官應參加至少十二小時以上之研習課程，故法官學院每年度皆會辦理各種領域類型之研習會，並且透過網路數位研習之方式，給予線上研習之司法人員時數認證。以 106 年度法官學院研習業務計劃書為例⁵⁰，共有兩期原住民族人權保障研習會⁵¹，各 12 小時⁵²（表 2-5、2-6）。；而於線上數位課程中，2017 年共安排 3 堂與原住民族相關之課程，包含「差異人權——臺灣原住民的社會變遷與法政建構課程」、「如何讓原住民法成為國家法制的一部份」與「臺灣原住民族常見之法律爭議」，每堂課程各 3 小時⁵³。

⁴⁸ 原始表格並沒有寫出時數，惟節目主持人與司法院司法人員研習所黃明展法官言及總時數為 32 小時，故自行計算出。

⁴⁹ 法務部司法官學院，司法官第 58 期課程總表暨總說明，2017 年 9 月 5 日，<http://www.tpi.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=486199&ctNode=37308&mp=092>（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日）。

⁵⁰ 法官學院，106 年度研習計劃書，2016 年 12 月 13 日，<http://tpi.judicial.gov.tw/?struID=2&navID=49&contentID=760>（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日）。

⁵¹ 媒體似乎將之稱為「原民專業法庭（股）法官研習會」，然而計劃書內並未限制專業法庭（股）法官始得參與，亦非強制專業法庭（股）法官參加，僅標明「專業法庭（股）法官優先」。新聞參照：臺灣新生報，「法官學院辦原民專業法庭（股）研習會」，2016 年 12 月 20 日，<https://goo.gl/RAswiR>（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日）。

⁵² 前揭註 50，106 年度法官學院研習業務計劃書，頁 63-64。104 年度至 106 年度之課程清單，請參閱：<https://drive.google.com/file/d/0By62XistQkpxM29tZDAwTTV2OXc/view>（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日）。

⁵³ 課程列表：<https://virtual.nacs.gov.tw/etraining/newLCalssList.do>（最後瀏覽日期：2017 年 9 月 29 日）。

表 2-5 106 年度法官學院第一期原住民族人權保障研習會

課程名稱	擬聘講座	時數
習俗或犯罪－原住民族傳統文化與國家法律之衝突	浦忠勇教授／中正大學臺灣文學研究所	3
國際原住民族人權保障之現況與比較	林三元庭長／臺中地方法院	3
原住民族土地權利保障	待聘	3
實地教學系列－南投地區原住民族部落探訪	待聘	3

※表格來源：法官學院（註腳 50）

表 2-6 106 年度法官學院第二期原住民族人權保障研習會

課程名稱	擬聘講座	時數
國際原住民族人權保障之現況與比較	吳天泰教授／東華大學原住民族學院	3
原住民族傳統規範與現行法令的衝突	林三元庭長／臺中地方法院	3
原住民族土地權利保障	待聘	3
實地教學系列－花東地區原住民族部落探訪	待聘	3

※表格來源：法官學院（註腳 50）

在檢察官培訓方面，除了上述司法官學院之訓練內容外，在職檢察官之研習內容包含一審法院檢察署主任檢察官研習會、消費者保護法實務研究班、智慧財產權檢察官專班、司法實務研究會、財務金融專業課程與公訴檢察官進階班共六個班次⁵⁴，則除非原住民族議題被納入「一審法院檢察署主任檢察官研習會」或「司法實務研究會」，否則屢生爭議的狩獵、採集等相關法律議題並不在研習內容當中。此外，法務部自 2012 年起每年舉辦偵辦原住民族案件實務研習會，且自 2014 年起安排參與研習人員前進部落並由部落耆老解說分享，以了解原住民族文化風俗及目前所面臨的困境。以 2016 年 4 月於花蓮舉辦之研習會為例，根據媒體報導：「全臺各地檢署原住民相關案件的承辦檢察官等 37 人，造訪花蓮太巴塌部落、屋拉力部落、馬遠部落、靜浦部落、加灣部落等，包含阿美族、布農族、太魯閣族。課程除了由部落牧師、耆老、頭目講授原住民傳統文化，讓人明瞭原住民部落社會組織、領袖制度、年齡階級及宗教信仰儀式等，更帶領學員走入部落面對面溝通，深入了解部落生活文化，並交流分享生活法律爭議」⁵⁵。惟並不清楚內文提及之「各地檢署原住民相關案件的承辦檢察官」是否相當於「專責檢察官」。

⁵⁴ 法務部司法官學院，司法人員研習，2013 年 9 月 16 日，<http://www.tpi.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=318388&ctNode=34484&mp=092>（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日）。

⁵⁵ 相關報導參考：中央社，「與原住民面對面 檢察官前進部落」，2016 年 5 月 4 日，<http://www.chinatimes.com/realtimenews/20160504005201-260402>（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日）。

第六項 評析

第一款 強制辯護與法律扶助

《刑事訴訟法》第 31 條修正後，有論者指摘此條文似乎對原住民被告造成反效果。例如嘉義地方法院蔡廷宜法官指出，觀察原民專庭（股）成立後之案件後可發現有許多並非複雜案件，以酒後駕車公共危險案件經起訴者為例，由於酒精測定結果已無爭議，居住於山區之原住民被告，往往困惑為何不能簡易判決處刑，而須配合辯護人庭期到庭審理一至二次始能結案，是故強制辯護對原住民被告而言似乎反而成為負擔⁵⁶。同樣針對此條文之運作，有認為一旦檢察官依通常程序起訴即無可能轉換為非強制辯護案件之運作模式有所不當，「若原住民涉犯酒駕等輕罪，亦於審判中自白犯罪，並表示不欲律師協助，何以國家仍須強制法官不得改依簡易判決處刑？蓋此類犯罪案件，既不具本質上嚴重性，被告亦不見得具有援助之必要性，強制這類案件必須指定辯護且不得依簡易程序終結，不僅未必能達到保障原住民族權益之目的，亦有違設置簡易程序達到訴訟經濟的立法初衷」⁵⁷。除此之外，另有排擠法律扶助資源、造成真正需要文化辯護之案件不易尋得律師協助之疑慮⁵⁸。

目前有兩種建議解決模式，其一為參酌《刑事訴訟法》第 31 第 5 項但書之立法結構而修正為（底線為新增內容）：「被告具原住民身分，經依通常程序起訴或審判者。但若其表明無須為其指定者，不在此限」⁵⁹，其二為參酌同條項第 5 款而修正為「被告具原住民身分而聲請指定者」⁶⁰。二者之差別有二，其一為原則與例外之倒反，亦即第一種見解認為原則上原住民族案件仍需辯護人協助，是在被告認為無需指定時始免除國家之協助義務；反之，第二種見解則認為原住民族案件原則上並非強制辯護，除非被告自行聲請。第二個差別在於前者仍與現行法相同，認為檢察官聲請簡易判決處刑、且法院亦依簡易判決處刑時，非屬強制辯護案件；後者則認為縱為簡易判決程序，仍應給予原住民族被告請求辯護人協助之權利。本文將兩種見解圖示如下（圖 2-3、2-4）：

⁵⁶ 蔡廷宜，前揭註 40，頁 157-174。

⁵⁷ 林禹宏，前揭註 19，頁 138。

⁵⁸ 湯文章（2013），〈原住民族專業法庭目前之運作情形〉，《原教界》，53 期，頁 19。

⁵⁹ 邱忠義，前揭註 18，頁 80。

⁶⁰ 林禹宏，前揭註 19，頁 138。

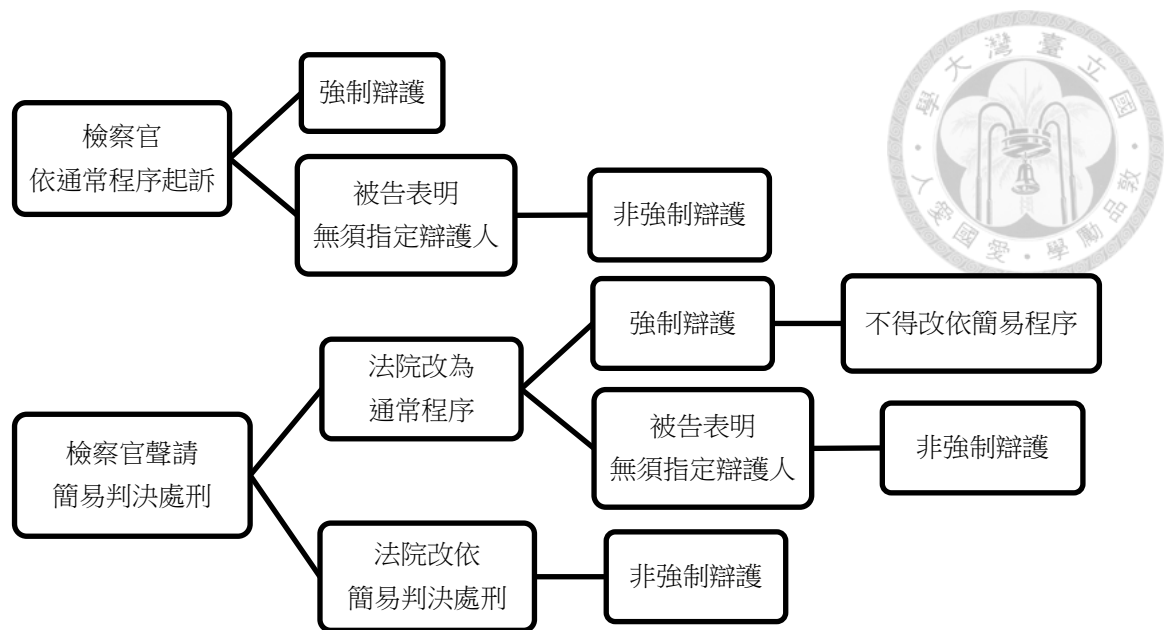


圖 2-3 原住民族強制辯護制度修正建議一

※圖片來源：筆者自製



圖 2-4 原住民族強制辯護制度修正建議二

※圖片來源：筆者自製

本文認為，與同時在 2013 年《刑事訴訟法》修法時增列之中低收入戶相較，原住民族除了亦有社會經濟地位通常較低而難以自行聘請律師之弱勢處境外，更有文化、語言等與多數統治族群相異之特性，故縱使中低收入戶為經聲請始成為強制辯護案件，原住民族為被告之情形應原則上指派辯護人協助，除非其自行拋棄此權利。而為符合增設簡易程序以達訴訟經濟之目的，本文贊同現行法原則上在簡易程序排除原住民族強制辯護之規定方式，蓋偵查中已透過《刑事訴訟法》第 31 條 5 項讓原住民族被告獲得律師協助，而縱使檢察官聲請簡易判決處刑，法院若認為有律師協助之必要仍得改依通常程序審理，是故原住民被告受律師協助之權益並未出現「空白」，且能兼顧訴訟經濟，並避免排擠公設辯護人或法律扶助基金會之人力資源。故結論上本文贊同第一種建議解決模式。

第二款 法庭組織與審理程序

猶如以農耕定居為主的漢族形塑出自身的法律，在臺灣利用各種原野資源、從事農漁獵的原住民族亦發展出適合其生存的法律⁶¹，只是歷史上一直遭外來的強權或強勢文化所鄙夷，或僅在統治安定的考量下被酌以利用而已⁶²。縱使設置了原民專庭（股），原住民族的法律在國家中的地位並未改變，法庭組織與審理程序方面仍未有革新性的變化，原住民族固有紛爭解決機制與懲罰模式等依舊未被納入我國既有體制當中，包含刑事訴訟在內的所有訴訟制度所呈現的依然是優勢族群的程序及實體利益。訴訟程序雖然表面上平等對待各族群，但各種訴訟要件的設定、程序進行的指導原則以及做成判決基礎之法律詮釋，其實是以主流族群的法律概念、文化習俗以及制度建構的想像為基礎，並非族群中立亦非價值中立⁶³。

國家也並非全然未顧及原住民族之司法權益，惟其辦理方式仍偏重於片段或個人補助的政策，然而這種「打點式的」局部調整似乎無法根本地提升原住民族所欲實現之具多元文化觀點的司法權益⁶⁴。再者，原住民族在現行原民專庭（股）之參與模式除了訴訟當事人以外，僅止於（專家）證人或鑑定人，並未如同外國制度納入原住民族長老、頭目或其他社群成員（例如澳洲之 **Murri** 法院，詳見第三章）。是故在國家之司法體系中，原住民族仍舊處於客體、被統治者之地位。我國正在推行之觀／參審制當中，亦未見對於原住民族案件或原住民族觀／參審員之特別設計。

第三款 通譯

我國通譯制度被認為「立法先天不足，實務後天失調」，在原民專庭（股）成立前早已受到許多批評。以法律層面而言，論者除指摘《刑事訴訟法》第 99 條僅規定在語言不通時「得」使用通譯而非「應」使用之不當，亦指出通譯規定的密度過低，而準用性質格格不入的鑑定條文（同法第 211 條），不但體系不當更錯失規範重點所在：「通譯協助作為被告防禦權一環，從何時開始、在何種場合、包含何種方式（口譯？書面翻譯？）及違反者有何法律效果」⁶⁵。即使是規定「原住民有不諳國語者，『應』由通曉其族語之人為傳譯」之《原住民族基本法》（雙引號由本文所加），亦因實務尚未形成決定何謂「不諳國語」之標準，使得選任通譯標準流於恣意⁶⁶，並因此出現不少應用通譯卻未使用之案例。另有以

⁶¹ 王泰升（2013），〈在法學與國家法中看見原住民族法律〉，《政大法學評論》，134 期，頁 8-10。

⁶² 王泰升，同前註，頁 36。

⁶³ 楊曉珞，前揭註 4，頁 123。

⁶⁴ 孔賢傑（2010），《從原住民司法權益觀點論法律扶助制度之改革》，頁 85，國立中正大學法律學研究所碩士論文。

⁶⁵ 林鈺雄（2015），〈2014 年刑事程序法裁判回顧：從國際人權公約內國法化的觀點出發〉，《臺大法學論叢》，44 卷 S 期，頁 1552。

⁶⁶ 相關判決與對此之評析，詳參：張立珊（2010），《入無人之境－司法通譯跨欄的文化》，頁 44-50，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文；林禹宏，前揭註 19，頁 47-49、57-60。

公政公約為標準，分從起訴、羈押與審判過程指摘《刑事訴訟法》與《法院組織法》相關條文之不當，包含未規定起訴書與押票於何種條件下應翻譯為被告理解之語言、審判過程中之語言保障僅為程序規定而非被告之權利等⁶⁷。

而在通譯人數與族語數方面，固然在原民專庭（股）成立後原住民族語特約通譯人數與涵蓋族語數確有增加，然而「以特約與臨時通譯為主」之制度運作模式仍未有改變，現職通譯仍幾乎全為非原住民族。論者主張應扭轉此局面而增加原住民族語現職通譯，首要理由即在於法學知識之確保。蓋特約通譯與臨時通譯大多為法律素人，現行特約通譯備選人教育訓練，在司法院的部分是施以 22 小時有關法院業務、法律常識、各類審理程序概要、傳譯之倫理責任等課程⁶⁸；檢察署則僅有 5 小時之課程⁶⁹。如此短促的訓練是否即能正確理解法律概念並翻譯給使用不同語言之異文化背景者，頗有疑慮⁷⁰。蓋通譯不只要留意字面上的意思，同時必須發掘和詳述待譯者所欲表達的意義⁷¹，受高度正確性要求的同時，通譯也居於縮小文化勢力差距的關鍵施力點上⁷²。溝通「複數文化」(biculturalism) 的工作者，需要具備將涉及的文化經驗以適當的方式詮釋的能力，若在通譯時不考慮語言在經驗脈絡中包含的意義，所做的詮釋將帶有單方文化優越的暗示，並且助長「單一文化」(monoculturalism) 之壟斷與宰制⁷³。翻譯法庭用語或法律語言，並非僅需具有雙語能力、亦絕非進行十數小時的法律教育講習或課程即可，必須有一定的訓練，或是專職，或是長時間不間斷地參與法庭審判工作或再進修，始有可能勝任⁷⁴。

論者對現職原住民族特約通譯之訪談紀錄即顯示出，縱使三位受訪之特約通譯均有相當程度之中文與族語能力，然而一方面可能難以找到直接對應的原住民族語詞彙，例如：「阿美族語裡並無『客廳』一詞，當通譯員必須將中文『客廳』一詞翻成阿美族語給被告聽時，通譯員就必須即興發揮」；再者，三位受訪者均未正確理解論者所提問之「緩起訴」與「緩刑」制度。據此，論者認為原住民族特約通譯普遍無法精確地將法律名詞翻譯給被告聽⁷⁵。除此之外，原住民族語之

⁶⁷ 鄭川如、陳榮隆、姚孟昌，前揭註 35，頁 267-269。

⁶⁸ 依據「高等法院及其分院建置特約通譯名冊及日費旅費報酬支給要點」第 5 條，課程內容包含：(一) 法院業務簡介二小時。(二) 法律常識六小時。(三) 各類審理程序或相關程序概要十小時。(四) 傳譯之專業技能及倫理責任四小時。

⁶⁹ 依據「高等法院及其分院檢察署建置特約通譯名冊及日費旅費報酬支給要點」第 5 條，課程內容包含：(一) 檢察業務簡介一小時。(二) 法律常識及偵查程序概要二小時。(三) 傳譯之倫理責任一小時。

⁷⁰ 同結論，鄭川如、陳榮隆、姚孟昌，前揭註 35，頁 286。

⁷¹ Mollo Jr, E. (2005). The Expansion of Video Conferencing Technology in Immigration Proceedings and Its Impact on Venue Provisions, Interpretation Rights, and the Mexican Immigrant Community. *J. Gender Race & Just.*, 9, 689&702.轉引自：張立珊，前揭註 66，頁 16。

⁷² 張立珊，前揭註 66，頁 19。

⁷³ JONGH, E. M. (1991). Foreign language interpreters in the courtroom: The case for linguistic and cultural proficiency. *The Modern Language Journal*, 75(3), 289.轉引自：張立珊，前揭註 66，頁 97。

⁷⁴ 王皇玉，前揭註 8，頁 65-67。

⁷⁵ 鄭川如、陳榮隆、姚孟昌，前揭註 35，頁 283。

特約通譯亦未涵蓋所有族群，則勢必可能需要聘用臨時通譯，而臨時通譯更無考評與培訓機制，通譯之品質更令人擔憂⁷⁶。

為了增加原住民族語現職通譯，現行通譯考試即有修正必要，蓋通譯考試之考科要求非常不利於原住民，可謂專為「漢人」而設。「法院通譯之考試科目包含（1）國文（2）公民與本國史地大意（3）民事訴訟法大意與刑事訴訟法大意（4）華語、閩南語及客家語翻譯。四大科裡面有三大科皆與語言有關，但沒有一個語言考試為原住民族語，因此，若原住民考生無法在公民、本國史地、民訴及刑訴考試上有顯著的表現，根本無法通過通譯考試」⁷⁷。除此之外，通譯制度尚有報酬過低的問題一直為人詬病，經過監察院「司法通譯案調查報告」⁷⁸指摘後固有增加⁷⁹，然而仍存在該調查報告所提及之付出與報酬不成比例的問題。

最後必須指出，訴訟當事人或關係人不懂中文，固然能夠由通譯加以翻譯，惟透過通譯的那一方必然處於劣勢，蓋其無法以最熟悉之語言為思考、發言與陳述。以何種語言為原則使用之語種，象徵了權力來源以及對他者是否尊重，而我國目前法院中固定配置的通譯均屬閩南語通譯，由此點可以看出極為明顯的漢人主流意識型態⁸⁰。而原民專庭（股）之成立未能帶來扭轉語言霸權之契機，我國也尚未出現以原住民族語為原則之法庭／院。

第四款 法官與檢察官

設置原民專庭（股）的其中一個目的，在於集中資源培育具有多元文化觀點及原住民族相關知識之司法人員，期待透過反覆操作類似案件之法律解釋，促進判決見解統一，而達到保障原住民族文化之最終目標⁸¹。惟臺灣傳統法學教育並不重視多元族群文化領域，法律系所鮮少有關於原住民族法律與傳統慣習等課程，具有原住民身份之法律從業人員更是稀少。如此一來，司法人員即易以自身成長

⁷⁶ 目前民間單位如臺灣司法通譯協會已意識到此問題，並與政府合作培訓具有司法知識之原住民族語通譯。該協會創辦人認為，臺灣司法的現實狀況中，許多通譯只是發揮其語言能力專長而已，他認為國內還沒有「司法通譯」認證的配套措施，通譯員的品質無法控管，並呼籲政府推出官方版通譯能力認證，才能提高司法通譯的品質並有效協助司法案件進行。相關新聞參照：公視新聞網，「臺東地檢開班培訓 原民語言司法通譯」，2018年3月7日，

<https://news.pts.org.tw/article/387611>（最後瀏覽日期：2018年4月20日）。

⁷⁷ 鄭川如、陳榮隆、姚孟昌，前揭註35，頁279。

⁷⁸ 沈美真、李炳南、楊美鈴，前揭註35，頁36、317。

⁷⁹ 原民專庭（股）成立後，司法院於2014年將「高等法院及其分院建置特約通譯名冊及日費旅費報酬支給要點」修正為「高等法院及其分院暨高等行政法院特約通譯約聘要點」，並修訂為「特約通譯每件次傳譯服務之報酬數額，承辦法官得視案件之繁簡及所費時間、勞力之多寡，於新臺幣五百元至四千元之範圍內支給」，至於「高等法院及其分院檢察署建置特約通譯名冊及日費旅費報酬支給要點」則並未修正。

⁸⁰ 王皇玉，前揭註8，頁62。

⁸¹ 此為多數論者贊同專業法庭（股）之論點。例如：「之所以由專業法官審理原住民案件值得期待，乃因涉及原住民族的現行法律有多種解釋可能性，究竟採取何者端視法官的利益衡量或價值選擇，故期待法官對原住民族的文化價值有更多的理解，再獨立做成判斷」。引用自：王泰升（2015），〈台灣法律史上的原住民族：作為特殊的人群、地域與法文化〉，《臺大法學論叢》，44卷4期，頁1691。

環境之漢人文化作為思維價值觀，這本是作為人性一環的人之常情。論者以美國經驗指出：「所有法官都會受到許多不被認可的偏見左右，這會影響到他們對於看似中立之法律及事實的認知，和他們最後的判決⁸²」。「我們得到的答案經常只是出於常春藤盟校（Ivy league）的狹隘觀點——來自北歐和西歐的後裔、受過教育的基督徒，而且是男性⁸³」。「性別、種族、階級和其他許多因素也都有類似的軌跡。法官們都很清楚不應該讓這些因素影響判決的作成.....不過，法官也只是這個社會的一分子，在這個社會中，這些因素就是會帶來許多聯想.....。人不會因為穿上了法袍，就輕易地擺脫一個人的成見⁸⁴」。

有鑑於此，司法院在設置原民專庭（股）前緊急舉辦了講習，之後也持續針對原住民族法律案件辦理相關研習，法務部亦持續舉辦一年一度之「原住民偵辦案件實務研習會」。然而，司法官學院以及法官在職進修之課程時數當中，相較於其他專業類型案件，原住民族相關課程之時數明顯較少，學者更批評課程內容僅為「文化欣賞式」的多元文化教學，「例如請人類學家或民族學家介紹什麼是原住民族文化，（但是）法官在職訓練應有原住民族法律跟多元文化法學教育⁸⁵」。

除了研習內容面的缺失，另有認為原民專庭（股）法官缺乏原住民族文化專業證照制度，是原民專庭（股）成立後仍不時出現法律見解不當判決之主因⁸⁶。然而證照制之實施尚有考科項目、採擇標準、核發機關等問題，目前已經實施證照制之專業法庭亦是問題重重，故本文認為不能認定實施證照制即能解決原民專庭（股）所有問題。且縱使採取證照制，若制度上無法讓具有原住民族法學專業之法官能夠較長時間待在同一個法院，則相關法律爭議並無法因為原民專庭（股）之設置而解決。以原住民族案件數量較多之臺東地區為例，前地方法院法官黃明展指出，「臺東地區因為比較偏遠，所以他的法官的流動性也非常地高，一個法官他可能剛分發到臺東，可是二年後他就要調動，他前二年是不懂的，可是等他真的懂了原住民議題之後，他又要調走了，那下一批來審理原住民議題的法官，又是新的法官，導致說審理這些原住民議題，或是案子的法官，他的專業性永遠不足⁸⁷」。

第三節 刑事案件數據

臺灣存在多元族群文化，本有複數的規範價值體系，其中原住民族因歷史背景及文化差異而在法律的議定權力上處於受支配者之地位，且過去獨尊一元的法

⁸² A. Benforado（著），堯嘉寧（譯）（2016），《不平等的審判：心理學與神經科學告訴你，為何司法判決還是這麼不公平》，頁 194，台北：臉譜，城邦文化出版。

⁸³ Benforado，同前註，頁 196。

⁸⁴ Benforado，同前註，頁 199。

⁸⁵ 聯合新聞網，「避免恐龍判決 學者建議原住民族專庭採證照制」，2016 年 12 月 13 日，<https://udn.com/news/story/7314/2165959>（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日）。

⁸⁶ 原住民族電視臺，「原民專庭法官 律師指缺文化專業制度」，2016 年 12 月 14 日，<http://titv.ipcf.org.tw/news-26128>（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日）。

⁸⁷ 同前註。

律並非以承認多元民族國家為前提，致使原住民族傳統習慣時常與國家法制產生衝突。近年來，由於原住民族對自身權利的爭取，雖然國家實定法尚未明確將原住民族傳統習慣納入現行法制，但許多法律規定已將原住民族文化、生活慣俗、傳統、習俗、價值、祭儀等作為原住民族權利之規範內涵或要件，或直接成為法律保護之對象⁸⁸，而本文主要探討之法規包含：《槍砲彈藥刀械管制條例》（下稱「槍砲條例」）第 20 條第 1 項、《野生動物保育法》（下稱「野保法」）第 21 條之 1 及第 51 條之 1 與《森林法》第 15 條第 4 項。

以槍枝獵捕野生動物而觸犯《槍砲條例》與《野保法》、以及因採集森林出產物而違反《森林法》，此二類型之犯罪最能凸顯原住民族傳統生活模式與主流價值規範之間的衝突性⁸⁹。此些犯罪類型幾乎以原住民為主要犯罪人，犯罪地幾乎均在過去原住民傳統世居領域，犯罪原因則與原住民自身特殊文化或過去傳承的生活習慣息息相關⁹⁰。是故本文將著重檢討原民專庭（股）當中涉及此三部法律之案件，藉由判決數據統計以及對於部分判決之內容評析，觀察法院對於原住民傳統文化、生活習俗是否有更多的尊重與體察，並內化於對於刑事犯罪要件的檢討當中。以下本文將涉及此三部法律之刑事案件統稱為「特別刑法案件」。

第一項 統計方法

本文進行之實證研究方法及重要資訊如下：

1. 判決資料檢索系統為法源法律網，不計入不公開之判決。
2. 統計對象包含全臺已成立原民專庭（股）之地方法院刑事判決，本文對 2013 年 1 月 1 日起成立原民專庭（股）之地方法院稱為「舊原民專庭（股）」，對 2014 年 9 月 3 日起設置者則稱為「新原民專庭（股）」。不計入 2016 年 9 月始成立之橋頭地方法院刑事判決。
3. 列入統計之判決書以判決字號有「原」字為準⁹¹，輔以關鍵字「原住民」以納入所有被告具有原住民身分的刑事案件。
4. 針對舊原民專庭（股）之部分，搜尋之判決日期為 2013 年 1 月 1 月起、字號為 102 至 104 年度者；新原民專庭（股）之部分則為 2014 年 9 月 3 日起、字號為 102 至 104 年度者。
5. 涉及原民專庭（股）判決之年度是以判決字號為準，而非判決日期，例如 103

⁸⁸ 蔡志偉 Awi Mona、黃居正、王皇玉（2013），〈貳、我國原住民族法律規範研析〉，《國內原住民族重要判決之編輯及解析（第一輯）》，頁 7-8，台北：原住民族委員會。

⁸⁹ 王皇玉，前揭註 16，頁 224-225。

⁹⁰ 王皇玉，前揭註 16，頁 208。

⁹¹ 依據「民刑事件編號計數分案報結實施要點」第五點規定：「原住民族專業法庭（股）審理案件之卷宗號數，依得由原住民族專業法庭（股）審理案件範圍種類，除於號數上冠以字樣如「臺灣高等法院以下各級法院民刑事案件案號字別及案件種類對照表」之字別外，並於其前加上『原』字。」

年做出的「102 年原訴字第 6 號判決」計入 102 年度之統計數據。

6. 同一判決字號同時涉及兩部法律以上時，均記入各自之統計數據。
7. 同一判決中部分被告有罪、部分無罪時，若無罪之理由與原住民族文化無涉（例如乃因檢察官舉證不足），則計入有罪之統計數據中。
8. 最後判決檢索時間為：2017 年 09 月 30 日。

第二項 案件數量

102 年度舊原民專庭（股）共 194 件特別刑法案件判決，其中包含 53 件槍砲條例判決、22 件野保法判決與 119 件森林法判決⁹²；103 年度舊原民專庭（股）共 142 件判決，其中包含 32 件槍砲條例判決、23 件野保法判決與 87 件森林法判決，而 2014 年 9 月始成立之新原民專庭（股）於 103 年度則各有 6 件、1 件與 1 件；104 年度新舊原民專庭（股）合計共 135 件判決，其中包含 40 件槍砲條例判決、28 件野保法判決與 67 件森林法判決（表 2-7）。

表 2-7 特別刑法案件數量（單位：件）

	102 年度 （僅舊）	103 年度		104 年度 （新與舊）
		舊原民專庭（股）	新原民專庭（股）	
槍砲條例	53	32	6	40
野保法	22	23	1	28
森林法	119	87	1	67
合計	194	142	8	135

※表格來源：筆者自行整理

對照到全國案件數量，依據司法院各年度終結件數統計，從 102 年至 104 年度之槍砲條例案件為 1,073 件、1,005 件、1,113 件，小幅度地先減後增；野保法案件為 61 件、38 件、50 件，亦為先減後增；森林法案件則為 391 件、301 件、277 件，呈現出逐漸減少的趨勢。相對而言，舊原民專庭（股）之數據當中僅有野保法案件於 104 年度稍微增加，槍砲條例與森林法之案件量均逐年下降。值得注意的是，102 年度僅有舊原民專庭（股）之統計數據，103 年度 9 月起至 104 年度則加入了新原民專庭（股）之案件，然而數據反而呈現出下滑之趨勢，可以更顯著地看出整體而言原民專庭（股）之特別刑法案件數量逐年減少。

第三項 有罪率

⁹² 新竹地方法院以「102 年原訴字第 19 號」為字號之判決即有 17 個，且被告均同時觸犯毒品犯罪防制條例，因被告及判決日期均不同故以 17 件計入，此應與當時犯罪集團以毒品控制原住民盜伐山林有關。相關新聞報導：大紀元時報，「毒品控制原民 警破盜伐集團」，2012 年 7 月 30 日，<http://www.epochtimes.com/b5/12/7/30/n3647109.htm>（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日）

將判決結果以有／無罪區分後整理如下表，可以發現槍砲條例案件較容易出現無罪判決，野保法與森林法之案件則幾乎都是有罪判決（-8）。若與地方法院刑事案件之普遍情形作比較，以「104 年司法院暨所屬機關業務統計結果摘要分析」為例，該年度地方法院刑事第一審科處有期徒刑比率約 72.64%，則除了 103 年度之槍砲條例案件以外，特別刑法案件之有罪率明顯較高。

表 2-8 特別刑法案件數量（依判決結果區分）⁹³（單位：件）

	102 年度			103 年度			104 年度		
	有罪	無罪	有罪率	有罪	無罪	有罪率	有罪	無罪	有罪率
槍砲條例	38	15	72%	20	9	69%	32	7	82%
野保法	21	1	95%	21	2	91%	26	2	93%
森林法	116	3	97%	84	3	97%	66	1	98%

※表格來源：筆者自行整理

第四項 涉案人數比例

所謂「涉案人數比例」，本文將之定義為各該部特別刑法案件當中，被告具原住民身分之案件量佔該年度總案件量之人數比例。依據內政部人口統計資料，原住民族人口數在 2012 年以來均大約占臺灣 2.3% 左右，而根據司法院統計，102 年度終結之槍砲條例第一審案件共 1,073 件、野保法 61 件、森林法 391 件⁹⁴，雖然本年度僅統計舊原民專庭（股）之數據，然而原住民族佔各部法律的涉案人數比例已經高達 4.9%、36%、31.2%，遠遠超過原住民族人口佔臺灣總人口之比例；103 年終結之槍砲條例第一審案件共 1,005 件、野保法 38 件、森林法 301 件⁹⁵，本年度從 9 月起加計新原民專庭（股）案件，而原住民族的涉案人數比例亦高達 3.8%、63.2%、29.2%；104 年終結之槍砲條例第一審案件共 1,113 件、野保法 50 件、森林法 277 件⁹⁶，本年度首次將全臺地方法院原民專庭（股）之所有案件計入統計，原住民族涉案人數比例各佔 3.6%、36%、24.2%。從這三年度之數據均可看出，這三部特別刑法當中被告具原住民身分之比例普遍高於原住民族在臺灣的人口比例。

第四節 刑事案件判決

原民專庭（股）之設置並未帶動相關實體法與程序法之修正，國家法律與原住民傳統規範發生衝突時，裁判者所依據之法規仍僅有主流體系所制定者；而除

⁹³ 以下表格不計入判決結果為「不受理」之判決。

⁹⁴ 資料來源：司法院統計處，公務統計 102 年年報，「64.地方法院刑事第一審案件裁判結果—按罪名別」。

⁹⁵ 資料來源：司法院統計處，公務統計 103 年年報，「65.地方法院刑事第一審案件裁判結果—按罪名別」。

⁹⁶ 資料來源：司法院統計處，公務統計 104 年年報，「69.地方法院刑事第一審案件裁判結果—按罪名別」。

了案件當事人外，程序中仍無法有其他原住民成員之參與。在此種狀況下不禁令人質疑，此改革幅度甚小之原民專庭（股）究竟是否能夠達到保障原住民族權利之目的，而本文試圖透過以下對原住民族傳統習慣與國家法互動關連之檢視來回答此疑問。蓋法律規定和法律之執行往往未必一致，然而法律的作用與意義乃具體存在於個案中適用，因此可說法律的解釋、適用與執行才是法律的生命。而所謂正義與否，最後指的都是個案的正義與不正義的問題。由於文字意義先天上都具有相當程度的抽象性，因此法律文字本身大致上都有解釋的空間。亦即，法律的正義與否，主要可說與執行法律者之態度有關⁹⁷。

第一項 槍砲條例案件

第一款 原民專庭（股）成立前

自從 2001 年《槍砲條例》修正第 20 條以來，司法實務大多承認狩獵文化屬於原住民族傳統生活方式，並從文化祭儀的觀點彰顯多元文化在這項法規上的意義⁹⁸，然而仍有部分判決對該條款作錯誤的限縮或詮釋，而任何的錯誤見解都是再一次給予已面臨多重威脅之原住民族狩獵文化沉重的一擊。論者爬梳原民專庭（股）成立前之槍砲條例判決後指出，在構成要件解釋上之爭議，「背後往往隱藏著漢人司法人員在適用法律時，不瞭解或不認同原住民狩獵權的意義，因此傾向於對原住民被告的行為進行極為嚴格的審查」。此外，「法官在審理判決理由中，或有提及憲法增修條文之判決，然卻少見直接援引原住民族基本法規範作為論理之基礎」⁹⁹。

例如關於「自製獵槍」之涵義，法院雖大抵肯認使用工業用底火（喜得釘）之獵槍符合該要件¹⁰⁰，然而關於槍枝規格是否須遵守內政部函釋¹⁰¹以及《槍砲彈藥刀械許可及管理辦法》第 2 條第 3 款¹⁰²所為之定義，縱然大多數法院認為前揭

⁹⁷ 黃榮堅，前揭註 43，頁 81。

⁹⁸ 蔡志偉 Awi Mona (2011)，〈從客體到主體：台灣原住民族法制與權利的發展〉，《臺大法學論叢》，40 卷 S 期，頁 1505。

⁹⁹ 王皇玉 (2012)，〈原住民持有槍械問題之研究〉，《台灣原住民族研究季刊》，5 卷 1 期，頁 4。

¹⁰⁰ 以臺東地方法院 101 年度重訴字第 9 號刑事判決為例：「隨著原住民族政治、經濟地位之漸受重視，原住民族之教育程度、專業知識也較以往精進，物料材質之取得更隨著交通發展、經濟水準之提升而更加方便，原住民族之製槍技術及使用材質均優於以往，致自製獵槍之槍枝結構略有修正，且較以往安全，主管行政機關自不能無視於現狀之進展，違反經濟社會文化權利國際公約人人有權享受科學進步及其應用之惠的規定，墨守陳規，一昧地引用不合時宜之函令限制人民之權利」。

¹⁰¹ 內政部於 1998 年 6 月 2 日曾就原住民依生活習慣特殊國民獵槍魚槍刀械管理辦法自製之獵槍認定一事，以 (87) 臺內警字第 8770116 號解釋：「說明：一『自製獵槍』：指原住民傳統習慣專供捕獵維生之生活工具，由申請人自行獨力製造或與非以營利為目的之原住民在警察分局核准之報備地點協力製造完成，以逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，打擊底火或他法引爆，將填充之射出物射出，非使用具有彈頭、彈殼及火藥之子彈者。二『射出物』：指供自製獵槍引爆槍管內火藥後發射之用，填充於槍管內，遠小於槍管內徑之固體物，如玻璃片、彈丸等，且不含具有彈頭、彈殼及火藥之子彈」。

¹⁰² 「第 2 條 本辦法用詞定義如下：(前略)三、自製獵槍：指原住民為傳統習俗文化，由申

函釋及管理辦法增加法律所無之限制、且有違憲法保障多元文化之旨意¹⁰³，然同時仍有判決依循上開函釋與管理辦法之見解而認定有罪¹⁰⁴；亦有認為「自製獵槍」應限於被告親自製作而不包含向他人取得者¹⁰⁵。若被告並非持有常見之「獵槍」而為其他種類，例如空氣槍¹⁰⁶或十字弓¹⁰⁷，法院大多並未意識到成罪上的問題點（例如性能比獵槍可能更差、因此更無對他人與社會之危險性）而直接以單純之法條文義解釋即認為不符合《槍砲條例》第 20 條¹⁰⁸。至於自製槍枝之「來源」是否亦屬法條之要件，高雄地方法院 100 年度訴字第 350 號刑事判決認為拾獲即非屬「自製」¹⁰⁹，然而同院 100 年度訴字第 1120 號刑事判決認為繼承而來之槍枝符合該要件¹¹⁰。

請人自行獨力或與非以營利為目的之原住民協力，在警察分局核准之地點，並依下列規定製造完成，供作生活所用之工具：（一）填充物之射出，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，或使用口徑為零點二七英吋以下打擊打釘槍用邊緣底火之空包彈引爆。（二）填充物，須填充於自製獵槍槍管內發射，小於槍管內徑之玻璃片、鉛彈丸固體物；其不具制式子彈及其他類似具發射體、彈殼、底火及火藥之定裝彈。（三）槍身總長（含槍管）須三十八英吋（約九十六點五公分）以上（後略）」。

¹⁰³ 例如臺東地院 101 年度訴字第 2 號刑事判決、屏東地方法院 99 年度重訴字第 11 號判決、花蓮地方法院 99 年度訴字第 502 號刑事判決。

¹⁰⁴ 例如花蓮地方法院 100 年度訴字第 239 號刑事判決、高雄地方法院 101 年度訴字第 509 號刑事判決、嘉義地方法院 101 年度訴字第 16 號刑事判決、彰化地方法院 99 年度重訴字第 12 號刑事判決、桃園地方法院 99 年度訴字第 330 號刑事判決、臺東地方法院 100 年訴更字第 1 號刑事判決等。

¹⁰⁵ 例如臺灣高等法院花蓮分院 97 年度上訴字第 213 號刑事判決。關於原住民之間販賣、轉讓獵槍與現行法規之適用問題（亦即槍砲條例第 20 條第 2 項之適用），詳參：蔡志偉 Awi Mona、許恒達、吳秦雯（2016），〈伍、刑事判決編輯及解析實例〉，《國內原住民族重要判決之編輯及解析（第二輯）》，頁 177-179，台北：原住民族委員會。

¹⁰⁶ 例如花蓮地方法院 100 年度訴字第 270 號刑事判決、屏東地方法院 99 年度訴字第 45 號刑事判決等。雖亦曾有無罪判決出現（例如屏東地方法院 100 年度訴字第 865 號刑事判決），然而因系爭空氣槍剛好符合內政部函釋之定義，法院並未意識到槍砲條例將獵槍與空氣槍並列所可能產生之爭議。

¹⁰⁷ 例如屏東地方法院 100 年度簡字第 2157 號刑事判決。

¹⁰⁸ 論者多批評此種實務操作，例如有指摘：「（槍砲條例）第 20 條之『獵槍』、『空氣槍』等名詞固然屬槍枝特徵之命名，惟在概念上混雜了不同的分類基準（槍枝外型、用途或發射構造），因此這些列舉而得的槍枝分類之間，未必具有明確的概念區分作用……因此第 4 條之『獵槍』與第 20 條之『獵槍』理應存有不同解釋的餘地，亦即第 4 條之『獵槍』著重在其構造上、性能上之特徵……相對地，第 20 條之『獵槍』應單純著眼於其功能（供狩獵之用）」，引述自：謝煜偉（2014），〈刑法解釋與原住民狩獵文化／最高院 102 臺上 5093 判決[裁判簡評]〉，《臺灣法學雜誌》，241 卷，頁 179-180。又如「（雖然槍砲條例第 4 條第一項第一款）將各類槍枝並列規範，但實際上卻又未注意到每種槍械名稱上可能的不一致與歧異……空氣槍與獵槍在我國法上的規範意義並不相同，空氣槍是規格型的概念，而獵槍是目的型的概念……並不能因為其規格不同於火藥推進的理由，就直接認為該槍械（註：空氣槍）不屬獵槍，毋寧應從其主觀目的是否在打獵予以判定」，引述自：蔡志偉 Awi Mona、許恒達、吳秦雯，前揭註 105，頁 165。

¹⁰⁹ 「系爭槍枝係被告郭萬康在高雄市那瑪夏區瑪雅村臨時鄉公所後方之旗山溪河床上拾獲乙節，業據被告郭萬康供述在卷，足認被告等持有之系爭槍枝並非「自製之獵槍」甚明，自與槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項之規定不符」。

¹¹⁰ 「檢察官就此節，徒以『上開槍枝係被告之父所遺留，非被告自行製造』，即認為非屬該條所稱之『自製獵槍』，顯屬對於法律之錯誤解釋及增加法律所無之限制，不足採認」。論者亦多認為槍砲條例第 20 條第 1 項除罪理由重點不在於獵槍本身或其取得方法，而在於原住民對於獵槍之持有目的與使用效果，蓋修法理由在於國家應尊重原住民族之文化習慣與部落傳統。例如：

至於「供作生活工具之用」此要件，固然「生活」之概念並非無邊無際，例如數個判決中均曾提及恫嚇他人等非法用途不屬之，然而法院多以被告經濟狀況作為判斷「生活工具」之依據，而忽略狩獵所具有之原住民族文化深層意涵¹¹¹，包含以被告失業的狀態而認定以獵槍獵取動物為食屬於「供作生活工具之用」¹¹²，更常見的是以被告另有職業而認定「被告持有槍枝用途，顯非供作日常生活工具之用」¹¹³。再者，法院似乎設下了「至少必須使用過一次」此不成文要件，例如屏東地方法院 99 年度訴字第 1445 號刑事判決指出：「其於警詢、偵訊時自承其無聽過其父親提及有如附表所示之物，亦無看過其父親拿過，其找到如附表所示之物後並無使用，僅擺放在屋內當紀念品，顯與槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項之『供作生活工具之用者』要件不符」；花蓮地方法院 99 年度訴字第 52 號刑事判決亦指出：「被告於警詢、偵查中均供稱：上開 2 把土造長槍係其父商嘉生所有，因其父死亡後，於上開時間整理山上房子在石縫內發現，不曾使用過，不會用以打獵等語。顯見被告發現上開長槍後，將上開長槍藏匿在上開山坡地，並未將之供作生活工具之用」。

第二款 原民專庭（股）成立後

第一目 102 年度

大致上可以用一指標性最高法院判決公布前後，將 102 年度槍砲條例地方法院判決劃分為二，該最高法院判決即為 2013 年 12 月 17 日作成之最高法院 102 年台上字第 5093 號判決。該判決針對以土製長槍獵捕動物供家人或朋友食用之原住民被告，對於《槍砲條例》第 20 條作了劃時代的見解，堪稱為標竿判決（下稱「槍砲條例標竿判決」）。其明確指出：一、內政部八十七年六月二日函釋及依槍砲條例第 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 款將本條「自製獵槍」限於前膛槍之見解，係增加法律所無之限制，法院不應受其拘束，亦即第 20 條之獵槍包含前膛槍與後膛槍；二、本條「供作生活工具之用」不以專以狩獵維生為必要；三、自製子彈為本條之隱藏性要件。在此標竿判決出爐後，上述這些爭議已久之爭點在下級審逐漸形成穩定的見解，地方法院判決大多沿用此標竿判決之論述，並得出無罪之結論（附錄表 1、2）。

不少論者亦對於該最高法院判決有所評論，例如，論者一面肯認該判決保障原住民族狩獵文化之觀點，一面指摘最高法院仍未正確理解原住民族文化核心意義之缺憾。一為對於「自製獵槍」之解釋不應受限於《槍砲條例》第 4 條定義之

蔡志偉 Awi Mona、許恒達、張鑫隆、徐揮彥（2017），〈肆、刑事判決編輯及解析實例〉，《國內原住民族重要判決之編輯及解析（第三輯）》，頁 145，台北：原住民族委員會。

¹¹¹ 蔡志偉 Awi Mona，前揭註 98，頁 1531。

¹¹² 例如臺東地方法院 90 年度訴字第 196 號刑事判決、同地院 90 年度訴字第 268 號刑事判決。

¹¹³ 例如宜蘭地方法院 96 年度訴字第 67 號刑事判決：「被告另自承其係以種植生薑、香菇、砍草為職業，持有該扣案之槍枝之用途，係用於打山豬，是被告雖係泰雅族原住民，惟依其上開供述，被告持有上開槍枝用途，顯非供作日常生活工具之用」。

「獵槍」，而應從功能上著手，「只要符合『非制式』以及『供狩獵所用』之具有殺傷力的槍枝，即可該當於『自製之獵槍』」；再者，反對判決對於「供作生活工具之用」要件另加上「本於與其傳統習俗文化目的有關」等限制，而認為狩獵的目的不應影響該要件之認定，蓋「（該判決所否認之）『單純遊興娛樂目的』下的狩獵行為是否符合原住民族群各自的狩獵規範，並非國家規範體系得以越俎代庖加以判斷的問題」¹¹⁴。

然而逸脫標竿判決處理範圍之爭點仍然爭執不休（附錄表3）。諸如：制式子彈是否亦為除罪化範圍¹¹⁵？擁有槍枝並非欲打獵供親友食用，而是要驅趕啃食作物之動物，此種情形是否屬於「供作生活工具之用」？若法院能確實掌握《憲法增修條文》、兩公約以及《原住民族基本法》之精神，上開爭點應能迎刃而解，然而102年度地方法院原民專庭（股）判決仍大多傾向保守解釋之有罪判決，僅高雄地方法院102年原訴字第18號刑事判決認為制式子彈亦包含在《槍砲條例》第20條之除罪化範圍內（然而檢方上訴後高等法院高雄分院撤銷改判有罪）。至於空氣槍是否屬於本條之「自製獵槍」，與原民專庭（股）成立前之見解相同，地方法院一致地認定有罪，即使有大量原住民被告都因為持有空氣槍而遭到起訴，地方法院原民專庭（股）似乎仍沒有意識到，同為原住民族狩獵行為，卻僅因槍枝種類不同即產生「獵槍可能無罪、空氣槍一律有罪」之結論是否不合理。

第二目 103年度

槍砲條例標竿判決對於103年度之地方法院判決持續發揮影響力，與標竿判決案情類似之案件數量減少，進入法院之判決亦無分結論為有無罪均大量引用該標竿判決。然而，103年度仍有若干不合時宜之見解，例如高雄地方法院103年原訴字第9號刑事判決之上級審（高等法院高雄分院103上訴719、最高法院103臺上4146）自行限縮自製獵槍必須是原住民族之「生活必需品」，增加法律所無之限制，且一反最高法院放寬「供作生活工具之用」之認定趨勢¹¹⁶。而關於實務上常見之驅趕啃食作物的動物是否符合「供作生活工具之用」此爭點，102年度地方法院判決大多採取限縮見解而傾向否定，103年度則有較多肯定的見解。另關於

¹¹⁴ 謝煜偉，前揭註 108，頁 176-181。

¹¹⁵ 判決除大多認為僅自製子彈屬於除罪化範圍，更有許多實務見解反過來認為能夠填裝制式子彈的槍枝即非得以除罪之「自製獵槍」（如臺東地方法院 102 年度原訴字第 61 號刑事判決【王光祿案】）。論者批評此見解：「自製獵槍不代表一定要技術上落伍且危險性較高，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，貫徹此種見解，無異承認原住民族文化在科學技術上不得進步……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保護原住民族文化習慣之初衷」。詳參：蔡志偉 Awi Mona、許恒達、張鑫隆、徐揮彥，前揭註 110，頁 145。

¹¹⁶ 對判決歷審之整理與評析，詳參：蔡志偉 Awi Mona、許恒達、吳秦雯，前揭註 105，頁 180-198。作者認為，「在現代工業社會中，已經有許多社會角色分工的現象，要求原住民必須以狩獵方式作為其營生方式，該獵槍持有才算是『生活必需品』，此種解釋已經誤解現代社會生活的現實……『供作生活工具之用』不應該如最高法院見解，採取極度限縮的解釋，毋寧應該擴張到文化意義的生活方式，只要原住民持有或製造獵槍，是為了實施其原住民族文化的生活，就應該積極適用該項除罪規定而排除刑責」。

制式子彈的問題，高雄地方法院103年原訴字第9號刑事判決認為制式子彈亦屬隱藏性要件，然而同地院即有相反見解（高雄地院103年審原訴第36號刑事判決）。最後，改造、自製空氣槍仍一致為有罪判決（附錄表4）。

整體而言，隨著最高法院標竿判決之作成，該判決所論述到的爭點逐漸形成穩定共識，此類案件進入法院的數量減少，可能在地檢署即給予不起訴處分；而地院對於制式子彈等其他爭點開始有比較細緻而詳實的敘述；至於空氣槍的部分則仍難以突破法院穩定的有罪見解。

第三目 104年度

本年度地院判決案件量較前兩年度更為減少，其中無罪判決大多數遵循槍砲條例標竿判決之見解（例如：臺東地方法院 104 年度原訴緝字第 3 號刑事判決、屏東地方法院 104 年度原重訴字第 1 號刑事判決等），而有罪判決多為使用改造手槍，且判決書所敘述之事實未見與原住民文化相關、被告方亦鮮有抗辯。其中值得一提者為花蓮地方法院 104 年度原訴字第 12 號刑事判決，法院認為「供作生活工具之用」之要件必須是被告使用槍枝之行為與「學習原住民族傳統狩獵文化、提升原住民族認同感」有關：「被告之前雖有打獵經驗，惟僅是陪伴，並非向部落長老學習原住民狩獵文化甚明，又其上山目的為砍草工作，且獵捕野生動物之際，原僅是試槍，均與學習原住民族傳統狩獵文化、提升原住民族認同感無關，復考其取得扣案土造長槍純為朋友贈與，亦非基於原住民族文化而持有扣案土造長槍，基此，實難認被告係為『供作生活工具之用』而持有自製獵槍」。此見解甚至比成立原民專庭（股）前之部分判決見解更為限縮，亦應證了論者先前對於「槍砲條例標竿判決」在「供作生活工具之用」要件上保留「本於與其傳統習俗文化目的有關」等限制之批評，可看到最高法院此種見解已經對於地方法院後續判決發揮負面影響力。

綜上所述，原民專庭（股）成立這三年以來，可以發現許多以往幾乎難以動搖之見解已有逐漸鬆動之傾向，且判決有越趨精緻化的趨勢。102 年度的無罪判決針對「自製獵槍」是否包含後膛槍的問題已大多仿照「標竿判決」之見解與論述模式，援引《憲法增修條文》、兩公約與《原住民族基本法》並認為內政部的函釋並不足採，到了 103、104 年度論述則更加深、加廣，且部分有罪判決也引用了《憲法增修條文》等法規，並詳細說明為何本案不符合《槍砲條例》除罪化條款。惟有部分爭議仍待法院作出突破見解，例如性能比起獵槍可能更無殺傷力、卻因為不符「獵槍」二字而仍一致性地被認定有罪之空氣槍與十字弓，對於後續地方法院判決持續發揮影響力之「槍砲條例標竿判決」本身亦有問題點所在。於此爭議，除期待司法判決能拋開狹義文義解釋之外，關於「制式獵槍」是否可以納入除罪化範圍、獵槍所使用之子彈又應如何適用法條等問題點，與其讓原住民擺盪在見解不一之法院判決當中無所適從，毋寧更應盡速修正早已不合時宜之《槍砲條例》。

第二項 野保法案件

第一款 原民專庭（股）成立前

《野保法》於 2004 年增列第 21 條之 1 及第 51 條之 1 後，論者以花蓮及臺東地方法院為例，指摘 95 年度之相關判決幾乎未曾提及此條款，反而都以該條所明文排除適用的「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」來科處罪刑，例如¹¹⁷：花蓮地方法院刑事判決 95 年度訴字第 92 號刑事判決：「核被告未經許可，使用獸鉗獵捕族群量未逾越環境容許量之保育類野生動物，所為係違反野生動物保育法第 18 條第 1 項第 1 款及第 19 條第 1 項第 6 款之規定」；花蓮地方法院刑事判決 95 年度簡上字第 62 號刑事判決：「被告未經中央主管機關許可，擅自設置鋼索作為陷阱，使用禁止之方式獵捕未逾環境容許量之保育類野生動物山羌，係違反同法第 18 條第 1 項第 1 款及第 19 條第 1 項第 6 款之規定」；臺東地方法院刑事簡易判決 95 年度東簡字第 462 號刑事判決：「查山羌為保育類野生動物，且未具族群量逾越環境容許量之條件，被告三人擅自加以獵捕，核其等所為，均係違反野生動物保育法第 18 條第 1 項第 1 款之規定，而犯同法第 41 條第 1 項第 1 款之罪」。

縱使意識到該除罪化條款，大多數判決仍嚴格要求「主管機關核准」之要件，故即使個案情節完全符合原住民族傳統文化或祭儀，惟法院對於未經核准者一律作出有罪認定。再者，關於獵捕「保育類」野生動物是否應該回歸第 41 條刑事制裁之立法漏洞問題，多數判決採肯定見解¹¹⁸，論述途徑包含《野保法》之歷史解釋（立法院之附帶決議）¹¹⁹、目的解釋¹²⁰、體系解釋（第 51 條之 1 僅規定「一般類野生動物」乃為與第 21 條之 1 規定之「野生動物」有意區分）以及「避免保育類與一般類野生動物於處罰上之輕重失衡」¹²¹等。亦有不少判決指出法院僅能遵守立法者所做出之「生態保育優先於原住民族狩獵文化」之價值判斷而「依法審判」，例如南投地方法院 100 年度訴字第 329 號刑事判決：「立法者就原住民權益及野生動物保護之調和已作有決定，即原住民獵捕一般類野生動物者，仍須經主

¹¹⁷ 楊曉珞，前揭註 4，頁 57。

¹¹⁸ 例如：臺東地方法院 101 年度重訴字第 8 號刑事判決、臺東地方法院 101 年度重訴字第 10 號刑事判決、臺東地方法院 101 年度訴字第 209 號刑事判決等。

¹¹⁹ 註腳 119-121 之內容乃以臺東地方法院 101 年度重訴字第 8 號刑事判決為例：「野生動物保育法第 21 條之 1 之規定係於 93 年 2 月 4 日增訂公布，該條規定於立法院三讀通過時，立法者另作有附帶決議表示：『有關第 21 條之 1 第 2 項之許可辦法，應特別尊重原住民族之傳統飲食文化，對一般類野生動物之種類、區域、及數量予以妥適訂定。』……亦可資說明野生動物保育法第 21 條之 1 第 2 項僅授權主管行政機關就原住民族獵捕、宰殺或利用一般類野生動物之相關許可事項訂定法規命令，而未包括保育類野生動物」。

¹²⁰ 「依野生動物保育法第 4 條第 1 項規定，保育類野生動物可包括瀕臨絕種、珍貴稀有及其他應予保育之野生動物 3 類，依同法第 3 條之定義規範，瀕臨絕種野生動物係指族群量降至危險標準，其生存已面臨危機之野生動物，如認為原住民族縱未經許可亦可任意獵捕瀕臨絕種野生動物，野生動物保育法所欲達成維護物種多樣性之立法目的豈不落空」。

¹²¹ 「蓋情節較輕微之未經許可獵捕一般類野生動物尚須處以行政罰鍰，情節較重之未經許可獵捕保育類野生動物既無行政責任，倘又無刑事責任，豈不輕重失衡」。

管行政機關許可，未經許可者，施以行政制裁，至於未經許可獵捕保育類野生動物者，則應依野生動物保育法第41條以刑罰制裁之。立法者此一依野生動物之稀有性而為行政或刑事管制之區分是否得當，容或有隨時、空環境之變遷而得加以調整之情形，然在立法者為進一步之修法前，本院亦僅得依此一管制模式適用法律」。

除此之外，有判決或「責備」原住民未能體會國家保育野生動物之用心：「被告.....未能體會野生動物保育法所欲彰顯之保育野生動物，維護物種多樣性，與自然生態之平衡之立法目的，在現今原住民生活型態已有改變之時，未能適時適當改變自己的觀念，為自己私欲任意宰殺保育類動物，破壞山野生態及其他人為環境生態復育之努力，.....期被告能因此次偵審程序記取教訓，藉以督促自己翻異現已不合時宜之任意宰殺野生動物的觀念¹²²」；或無根據地自行認定「自用」即非原住民族祭祀文化：「被告三人雖均為布農族原住民，然其等獵捕保育類野生動物均係供己食用，尚與其等之原住民固有風俗習慣之祭祀無關¹²³」；或將原住民族傳統狩獵文化當作是「需要根除的舊習」：「被告為魯凱族原住民，基於傳統狩獵之觀念尚未完全根除，對於國家法令禁止狩獵保育類野生動物之意識不足¹²⁴」（惟同判決卻在槍枝部分以原住民族之打獵文化保護必要為由¹²⁵判決無罪），有判決即因此給予較輕量刑：「基於傳統狩獵之觀念尚未完全根除，對於國家法令禁止狩獵保育類野生動物之意識不足，一時失慮而觸犯法令等情，是其犯罪情狀顯可憫恕.....依刑法第59條之規定，酌量減輕其刑¹²⁶」。

與先前對於《槍砲條例》之討論結合，相較於槍砲條例案件在原民專庭（股）成立前即陸續有無罪判決出爐，《野保法》部分則幾乎難以突破重圍，使得原住民被告一個以獵槍獵捕野生動物之行為，硬生生被切割成可能受到不起訴處分或被判決無罪之使用獵槍部分、以及幾乎均為有罪判決之獵捕野生動物部分。

第二款 原民專庭（股）成立後

第一目 102年度

在槍砲條例案件逐漸拋棄內政部函釋以及《槍砲彈藥刀械許可及管理辦法》之時，野保法案件仍相當受制於《野保法》第21條之1授權制定之「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。故部分判決雖然從《憲法增修條文》、《原住民族基本

¹²² 例如高雄地方法院 100 年度訴字第 67 號刑事判決、臺東地方法院 101 年度訴字第 142 號刑事判決等。

¹²³ 例如臺灣臺東地方法院 100 年度簡字第 55 號刑事判決。

¹²⁴ 例如臺灣宜蘭地方法院 101 年訴字第 152 號刑事判決。

¹²⁵ 「在無任何證據顯示被告持有土造長槍具有其他不法目的之情形，為貫徹憲法維護原住民族文化之意旨，避免原住民打獵之傳統文化流失之情形下，應認不宜率依槍砲彈藥刀械管制條例有關刑罰之規定相繩」。

¹²⁶ 例如臺灣花蓮地方法院99年度訴字第462號刑事判決。

法》19 條以及《野保法》第 21 條之 1 的立法過程中得出「保障原住民族文化優於野生動物保育」的精神，卻仍認為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¹²⁷。且與成立原民專庭（股）前相同，在原住民被告同時涉及《槍砲條例》及《野保法》時，槍砲案件的法官較能以《憲法增修條文》、《原住民族基本法》與兩公約等解釋法條，而認為被告符合該法的除罪化規範，而同判決涉及《野保法》的部分，法官卻常常對上述法條隻字未提¹²⁸，並因此認為獵捕保育類野生動物仍須受到刑罰處置（附錄表 5）。

論者指出，臺灣原住民族各族群所擁有的文化與祭儀特點均不相同，法院在判斷《野保法》第 21 條之 1 第 1 項「傳統文化、祭儀」時，實應從個案觀點審視被告之獵捕行為與其所主張之傳統文化或祭儀活動是否有關。舉例而言，「我們很難接受居住於海邊的達悟族原住民『出於文化傳統』在深山中獵捕臺灣水鹿，而居住在中央山脈中緣的泰雅族在屏東瑪家鄉獵捕臺灣獼猴時，也很難認為這是泰雅族的部落文化」。至於農委會為了該法條之適用而制定之「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」，該辦法雖然明確記載了祭儀型的獵捕行為，但卻遺漏了一般日常生活文化型的獵捕行為，而且還有違反《原住民族基本法》第 19 條第 1 項第 1 款規定之虞¹²⁹。追根究柢，管理辦法不是立法者訂定的法律，當管理辦法加諸原住民合法獵捕行為的進一步限制時，司法者不應該照單全收，毋寧應該考量個別限制的合宜性，尤其應具體觀察在法規命令中的限制，是否逾越了母法合法要素的授權界限。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「傳統文化型」，是故該管理辦法僅能作為「祭儀型」的狩獵情事參考標準，但不能因此排除「傳統文化」型狩獵的可能性¹³⁰。

結論是，個案中若屬於原住民族本於長年以來之生活習慣，出於供給自己或家人食用之目的而獵捕野生動物此種「傳統文化型」之獵捕行為，應該直接參考《原住民族基本法》第 19 條第 1 項第 1 款之規定，從而認定符合《野保法》第 21 條之 1 第 1 項規定而排除刑責¹³¹。

第二目 103 年度

103 年度野保法案件的爭點大致上與前一年相同，然而由於「野保法標竿判

¹²⁷ 例如：臺東地方法院 102 年度原訴字第 61 號刑事判決【王光祿案】、花蓮地方法院 102 年度原訴字第 33 號判決之上級審高等法院花蓮分院 102 年度上訴字第 186 號刑事判決。

¹²⁸ 例如臺東地方法院 102 年度原訴字第 46 號刑事判決、高雄地方法院 103 年度原訴字第 6 號刑事判決均為槍砲條例無罪，野保法有罪。

¹²⁹ 蔡志偉 Awi Mona、許恒達、吳秦雯，前揭註 105，頁 243。

¹³⁰ 許恒達（2017），〈持有獵槍、獵捕保育類野生動物與原住民慣習間的衝突及解套：評宜蘭地方法院 104 年度原訴字第 1 號刑事判決〉，《臺灣原住民族法學期刊》，1 卷 2 期，頁 59。

¹³¹ 蔡志偉 Awi Mona、許恒達、吳秦雯，前揭註 105，頁 243-244。

決」——最高法院104年度台上字第243號刑事判決（2015年1月22日）出現，地方法院見解亦開始產生變化（附錄表6）。該判決認為「（野保法第51條之1）雖未包含保育類野生動物；或有謂倘依行政院農業委員會所訂頒之上開辦法，而包括保育類野生動物，致准許原住民族獵捕之範圍太廣，將致對物種多樣性之法益保障不足，上開規定具有隱藏性法律漏洞云云。然亦不得據此認對於原住民族未經許可獵捕保育類野生動物之行為，仍應處以同法第四十一條第一項之刑罰，而致違反罪刑法定及類推適用禁止原則之刑法基礎」，明確地論述不得以「舉輕明重」之法理，即認為獵捕保育類野生動物必須回歸刑罰處斷¹³²。

在此「野保法標竿判決」出現前，縱使被告或辯護人提出符合《野保法》第21條之1第1項或《原住民族基本法》第19條之抗辯，各級法院亦鮮少就何謂「傳統文化」、「祭儀」等除罪化要件實質闡釋並進行涵攝認定，亦少討論原住民族文化權與生態保育應該如何均衡兼顧。迨此判決變更見解後，各法院始實質闡釋各除罪化要件，析述原住民族文化權之保障與野生動物保育間之衝突與權衡，並涵攝個案事實是否符合《野保法》「傳統文化」、「祭儀」或《原住民族基本法》「非營利」、「自用」等要件，且在具體適用之後出現數則之無罪判決¹³³。例如嘉義地方法院103年度原訴字第4號刑事判決（2015年2月24日）與臺東地方法院103年度原訴字第32號刑事判決（2015年6月11日）均引用該標竿判決，而前者經檢察官上訴後，上級審（高等法院臺南分院104年度原上訴字第1號刑事判決）駁回上訴，除了引用學者文獻以增強法院對於獵捕保育類野生動物不應受刑罰之論述外，更罕見地職權傳喚專家證人以釐清原住民的「傳統文化」為何¹³⁴。此判決在以往法院大多不附任何理由、或者完全以漢人觀點自行認定「原住民文化應為如何」的多數判決當中，顯得相當獨特¹³⁵。

¹³² 對判決歷審之整理與評析，詳參：蔡志偉 Awi Mona、許恒達、吳秦雯，前揭註105，頁214-235。作者指出，立法者在野保法第51條之1區分了兩類不同的違犯行為，其一為形式違法（未得事先許可）且實質違法（非供傳統文化或祭儀之用），其二為形式違法但實質合法。就第一種類型，作者認為依據第51條之1之反面解釋，應該直接以刑罰處理，亦即構成同法第41條第1項刑事責任；就第二種類型（本案判決亦為此種情形），作者認為「現行野保法並未排除原住民得獵捕或宰殺保育類野生動物的合法性，因此應該將保育類野生動物納入實質合法的理解範圍內，亦即，實質合法的條件除了『供文化或祭儀之用』外，還包括『獵捕、宰殺一般類或保育類野生動物』」。

¹³³ 張宏節，非法獵捕保育類野生動物罪原住民族文化權抗辯之實證研究，原住民族狩獵文化與憲法保障座談會，財團法人法律扶助基金會原住民族法律服務中心主辦，頁119（2018年1月27日）。

¹³⁴ 「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甲○○及乙○○到庭，甲○○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……，乙○○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；……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……。專家證人甲○○、乙○○均屬原住民鄒族，而證人甲○○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，證人乙○○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。」

¹³⁵ 對本判決之評價，詳參：蔡志偉 Awi Mona、許恒達、張鑫隆、徐揮彥，前揭註110，頁206-207。

第三目 104年度

本年度之有罪判決部分，以宜蘭地方法院 104 年原訴字第 6 號刑事判決（2016年6月20日）¹³⁶為例，該判決所涉爭點為迄今仍爭議不斷之「供自己食用而獵捕保育類野生動物」。法院先羅列迄今涉及類似爭點之正反判決見解後，認為縱然該案案情類似於判決被告無罪之嘉義地方法院103年度原訴字第4號刑事判決與高等法院臺南分院104年度原上訴字第1號刑事判決，惟最後法院仍認為「被告林濬哲3人本案獵捕野生動物，應可認為屬原住民族傳統文化之行為，但仍不能以傳統文化為由獵捕保育類野生動物」。其論述道：「原住民之傳統文化固然應予保障，但所應保障者，並非傳統文化的外型，而是其內涵的精神和目的，若為了一個傳統文化，而獵捕野生動物導致其絕種，這樣的傳統文化到底意義何在？縱同意為了傳統文化可將某一野生動物滅絕，此一傳統文化也將隨著該物種死亡，無以為繼而滅絕，或被迫改變傳統的方式。以本案而言，狩獵中所欲維護的『與自然共存』、『識別族群』、『展現勇氣及膽識』或『供自己或族人食用』等價值，都沒有非獵捕保育類野生動物才可達到的必要性，故不論從維護生物多樣性的目的、保障傳統文化本質的觀點，保護保育類野生動物的價值均高於保障原住民傳統文化」。

與上開見解相反，本年度出現兩則宣告獵捕保育類野生動物無罪之判決。第一則為臺東地方法院104年度原訴44號刑事判決，此判決引用「野保法標竿判決」之論述，以《野保法》之修法過程、該法與《原住民族基本法》之關係以及「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」之客體包含保育類野生動物在內等三項事實，佐證獵捕保育類野生動物亦包含在除罪化條款之射程範圍內。「況認野保法第21條之1就原住民族傳統獵捕『野生動物』之行為除罪化有射程太廣而未排除『保育類野生動物』之隱藏性法律漏洞者，亦僅能由立法者考量如何藉由修法消弭法律規定之衝突或疑義，使維護原住民族傳統文化與保育野生動物間能取得平衡，再藉由修法之手段彌補漏洞，尚不得藉由『逾越文字可能合理理解的範圍』之解釋方式，而限縮野保法第21條之1對被告有利之適用」。而在「自用」目的狩獵部分，該判決對於實體法律規範之闕漏作了以下詮釋（底線為本文所加）：「原住民在原住民族地區基於非營利行為之『傳統文化』、『祭儀』目的而獵捕保育類野生動物行為，依野保法第21條之1規定，不認其具有違法性與可罰性，而基於『自用』目的者，依原住民族基本法第19條規定，不認其具有違法性與可罰性」，「足見野保法就此部分確有立法上之重大缺漏，則原住民族基本法第19條所規定之『依法』，於原住民在原住民族地區基於非營利行為之「自用」而獵捕、宰殺或利用野生動物之情形，已因野保法上開立法上之重大缺漏，致無法可依，形成立法漏洞。……此項立法機關怠於檢討及修法之情，自不應由原住民族成員承擔，而仍『依法』適用未遵期且未合於上開原住民族基

¹³⁶ 其他有罪判決例如：臺東地方法院 104 年度原訴字第 4 號刑事判決、花蓮地方法院 104 年度原訴字第 12 號刑事判決等。

本法之目的及精神之野保法第21條之1規定，……在前述立法漏洞下，應回歸原住民族基本法第19條之規定予以審認」。結論上認為，原住民在原住民族地區基於非營利行為之「傳統文化」、「祭儀」目的而獵捕保育類野生動物，與基於「自用」目的者，可分別依《野保法》與《原住民族基本法》阻卻違法性與可罰性（判決用語為「不認其具有違法性與可罰性」）。

另一則判決為南投地方法院104年度原訴字第8號刑事判決，除持有獵槍之部分經檢察官為不起訴處分以外，就野保法部分論述模式相當接近嘉義地方法院103年度原訴字第4號刑事判決，除引用「野保法標竿判決」外，關於《原住民族基本法》與《野保法》之用語差異，法院認為（底線為本文所加）：「原住民族基本法及野保法皆使用『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？按原住民族基本法第19條與野保法第21條之1第1項之准許規定均係憲法所保障之原住民『文化權』之具體實現，本應充分尊重原住民族建構保持己身文化之權利，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」。至於《野保法》第21條之1第1項所謂「傳統文化」為何，法院於傳訊兩位專家證人後認定：「狩獵存在於原住民布農族社會已久，並藉由世代相傳延續至今，為原住民布農族生活一部分，是原住民布農族之所以為原住民的識別符號，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』，且其目的不僅在於祭儀（包括融入基督教信仰之聖誕節），亦擴及自用」，故最後判決獵捕保育類野生動物以供自用或供慶典使用之兩位被告無罪。

以上兩則無罪判決，均可謂立基於野保法標竿判決之基礎上，另為詳細論述或再加以延伸。此類判決雖仍為少數，然已是開創了原民專庭（股）成立前罕見的光景¹³⁷。

第三項 森林法案件

第一款 原民專庭（股）成立前

修法前之《森林法》，視原住民族採集習慣為違法行為，完全未考量原住民

¹³⁷ 關於「後野保法標竿判決」時代最高法院見解與事實審見解之變化，詳參：張宏節，前揭註133，頁126-133。論者指出，最高法院見解自該標竿判決作成後仍然分歧，事實審之見解亦更為多元，有罪及無罪之結論互見，但多數見解已針對憲法保障多元文化、原住民族文化權之保障與均衡、及野保法第21條之1與原住民族基本法第19條等要件為實質闡述，並在個案中具體涵攝，且有為數不少的案件引用相關文獻或專家證人證述，以為判斷之基礎。

族與自然的連結關係及其文化意涵，以及據此所運用的山林使用規範。然而，即便《森林法》於 2004 年修法新增第 15 條第 4 項後，依舊常見立法與執行上的落差¹³⁸。判決大多循簡式審判程序或為簡易判決，鮮見與原住民族文化有關之抗辯或敘述，更幾乎未曾提及《原住民族基本法》第 19 條對於原住民族採集權利的保障，即便提及也多為錯誤之詮釋。

論者爬梳判決後指出¹³⁹，成立原民專庭（股）之前提及《原住民族基本法》之森林法判決，除【司法庫斯風倒櫟木案】及魯凱族漂流木案¹⁴⁰之外，僅有六則判決¹⁴¹，且大致上採取以下見解：「原住民族基本法第 19 條係明定原住民得在原住民族地區『依法』從事採集野生植物，……足見原住民族於傳統領域內採取森林產物、野生植物及菌類，仍須以法定方式為之，非謂全然不受法律之規範」¹⁴²，其後認為所謂「依法」即是依照《森林法》第 15 條第 3 項及所授權主管機關訂立之「國有林產物處分規則」而認定採集必須事先專案申請。另有判決未調查證據、僅憑臆測判斷原住民傳統領域及傳統習慣¹⁴³，甚至將森林法第 15 條第 4 項的行使主體限縮在「原住民族」而認為：「森林法第 15 條第 4 項雖明定……等語，惟溯其立法意旨在於對於『原住民族』傳統生活慣俗之尊重，而非擴及原住民族之『個人』得無條件、任意採集國有森林產物甚明，是本案尚不得比附援引，亦此敘明」¹⁴⁴。

筆者另蒐集到其他提及《原住民族基本法》之森林法判決¹⁴⁵，以 99 年度至 101 年度為例共有三件提及被告之原住民族身分者。第一件花蓮地方法院 101 年

¹³⁸ 蔡志偉 Awi Mona，前揭註 98，頁 1531-1533。

¹³⁹ 李明芝（2013），《原住民採取森林產物的文化困境與除罪化研究》，頁 99，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

¹⁴⁰ 相關判決參照：臺灣高雄地方法院 99 年度審訴字第 2486 號刑事判決、臺灣高雄地方法院 100 年度聲再字第 13 號刑事裁定、100 年度聲再字第 15 號刑事裁定、臺灣高雄地方法院 100 年度聲再字第 21 號裁定、臺灣高等法院高雄分院 100 年度抗字第 169 號刑事裁定、臺灣高等法院高雄分院 100 年度抗字第 171 號刑事裁定、臺灣高等法院高雄分院 100 年度抗字第 259 號刑事裁定。

¹⁴¹ 高雄地方法院 96 年度易字第 2938 號刑事判決、最高法院 99 年度台上字第 6852 號刑事判決、新竹地方法院 100 年度竹東簡字第 180 號刑事判決、高雄地方法院 101 年度審易字第 1689 號刑事判決、高等法院花蓮分院 101 年度上訴字第 104 號刑事判決、高等法院臺中分院 101 年度上訴字第 1272 號刑事判決。

¹⁴² 李明芝，前揭註 139，頁 107-108。

¹⁴³ 高等法院臺中分院 100 年度上訴字第 1749 號刑事判決、高等法院高雄分院 101 年度上訴字第 449 號刑事判決。引用自：李明芝，前揭註 139，頁 112-113。

¹⁴⁴ 高雄地方法院 100 年度聲再字第 21 號刑事判決。引用自：李明芝，前揭註 139，頁 117。

¹⁴⁵ 除此之外，論者另指出一則與採集作物無關、但判決中實質考量原住民族文化之森林法判決：臺北地方法院 101 年度審訴字第 1139 號刑事判決。本案當中原住民被告依傳統習慣於原住民傳統領域埋葬往生者之行為被認為觸犯森林法第 51 條第 1 項「於他人森林或林地內，擅自墾殖或占用者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣六十萬元以下罰金」之規定，由於並非森林法第 15 條第 4 項或原住民族基本法第 19 條之涵蓋範圍，故引起爭議。然而本案法官先確定被告之行為確實屬該族之傳統慣俗，再推求森林法第 51 條第 1 項保護森林之立法目的，最後以欠缺社會非難性之理由認為得以阻卻違法。論者對此判決大力讚賞，詳參：蔡志偉 Awi Mona、許恒達、吳秦雯，前揭註 105，頁 259-275。

度 302 號刑事判決當中，辯護人僅以被告之原住民族身分為不法意識之抗辯¹⁴⁶；第二件高雄地方法院 101 年度審易字第 1689 號刑事判決則是法院在被告未為抗辯之情況下，主動闡述《原住民族基本法》與《森林法》之關係，惟結論上仍認為系爭案件事實與原住民族習俗無涉：「……原住民基本法第 20 條第 1 項、第 19 條及森林法第 15 條第 4 項前段定有明文。揆諸前開規定係植基於國家尊重原住民族傳統文化及生活慣俗之政策，則具體個案須符合原住民之生活慣俗，方有上揭規定之適用。本院審諸被告於本院訊問時陳稱：伊拿取上開牛樟木係作為自己經營烤鋼管雞生意之用，與部落習俗無關等語，足見渠撿拾牛樟木之行為係為謀生而蒐集營業所需之工具，尚難遽認此舉合於政府承認原住民族土地及自然資源權利，並尊重原住民族之傳統文化及生活慣俗之立法意旨」。本案涉及營利行為是否包含在原住民族採集權利當中之爭點，而自從最高法院 99 年度台上字第 6852 號刑事判決以降大抵認為並不包含在內¹⁴⁷；最後一件新竹地方法院 100 年度竹東簡字第 180 號刑事判決雖提及《原住民族基本法》第 19 條，然而仍認為被告必須符合《森林法》第 15 條第 3 項，其中不見任何論述，亦未提及《森林法》同條第 4 項對於原住民族之保障¹⁴⁸。

對於專庭（股）成立前之森林法判決，論者批評：「因承審法官不理解原住民族文化而不懂得主動調查，未讓原住民於審判過程中位於傳統習慣與傳統領域的知識主體，並了解原住民族習慣體系與空間知識與國家法制的差異，使得原住民於傳統領域內依傳統習慣採集森林產物的行為，仍受到國家法律的極大限制」，因此法院幾乎不曾在構成要件審酌原住民族之傳統習慣與傳統領域，至多僅在《刑法》第 57 條量刑及第 59 條酌減其刑時斟酌上述要素。對於此實務運作，論者認為法院實應積極地判斷原住民採取森林產物的行為是否合於《原住民族基本法》及《森林法》第 15 條第 4 項所保障的內容，「不必拘泥於相關子法及管理

¹⁴⁶ 「辯護人於本院審理時以被告 3 人均係原住民，其等均認係倒地之枯木可以取用，法律並不處罰，酌請依刑法第 16 條規定減輕其刑云云」。

¹⁴⁷ 「從最高法院 99 年度台上字第 6852 號判決中，可以得知幾個重要原則與標準，亦即必須符合下列條件，原住民之採集行為才能除罪。亦即：（一）具有原住民族身分。（二）於原住民族傳統領域內。（三）符合傳統文化、祭儀、自用等目的。（四）非營利行為。（五）應依法定方式」。摘引自：蔡志偉 Awi Mona、黃居正、王皇玉（2013），〈肆、判決編輯及解析實例說明：刑事〉，《國內原住民族重要判決之編輯及解析（第一輯）》，頁 294，台北：原住民族委員會。然而論者批評此見解，認為「如果要求原住民本於其生活習慣採集森林作物之後一律禁絕交易，事實上這是一個難以做到的事情……這種見解過度限縮原住民的權利，也忽略現代社會的特性，甚至對原住民有一定程度的歧視，蓋其認為原住民的生活只能是原始而不進步的作法」，「倘若原住民採取林產作品，本身並不造成過度的森林保育不良效果，而原住民進行交易的金額，尚不足以理解為重大獲利，而只是達成其部分生活資金來源時，法院應該從金額、保育效果等多重面向，認為這是原住民傳統習慣在現代會中的變化，擴大森林法第 15 條第四項『生活慣俗』之解釋」。詳參：蔡志偉 Awi Mona、許恒達、吳秦雯，前揭註 105，頁 295。

¹⁴⁸ 「按原住民族基本法第 19 條規定……又依據森林法第 15 條第 3 項所訂定之『國有林林產物處分規則』第 3 條規定，國有林林產物分為主產物及副產物 2 種，其中主產物係指生立、枯損、倒伏之竹木及餘留之根株、殘材，副產物則係指樹皮、樹脂、種實、落枝、樹葉、灌藤、竹筍、草類、菌類、及其他主產物以外之林產物，本件被告所竊牛樟樹靈芝係屬菌類，為該規則所稱之森林副產物，核其所為，係犯森林法第 50 條之竊取森林副產物罪，應依刑法規定處斷」。

規則，並在違法性將原住民的習慣及規範作為優越利益衡量標準，即以可罰違法性理論實質將兩公約、原住民族基本法及森林法第 15 條第 4 項的具體內容作為優越利益衡量指標，進行實質違法性判斷」¹⁴⁹。

第二款 原民專庭（股）成立後

《森林法》的案件量為三種特別刑法案件中最多，然而無論是被告抗辯或法院論述篇幅卻最為罕見且簡短，法院大多逕以《森林法》第 15 條第 3 項授權訂立之「國有林林產物處分規則」即論處原住民被告之犯行，完全忽略同條第 4 項原住民族條款之規定。

少數被告有抗辯的案件，例如南投地方法院 102 年度原訴字第 9 號刑事判決當中，被告主張「伊係要尋找水源，發現有木材，要拾取幾塊回家當材燒」，然法院仍逕依《森林法》第 15 條第 3 項及「國有林林產物處分規則」處斷；嘉義地方法院 102 年度原訴字第 6 號刑事判決之辯護人主張：「被告是原住民，對於『活於山林、取之山林』之體認與平地人不同，應尊重原住民的多元價值」，然法院僅作簡短回應：「本件被告係出於觀賞之動機而竊取扁柏，非屬原住民傳統慣俗使用之範疇」，故不得依《刑法》第 59 條減刑；嘉義地方法院 102 年度原嘉簡字第 10 號刑事判決指出：「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」，然法院僅認為「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」，故免除其刑¹⁵⁰。

南投地方法院 103 年度原訴字第 25 號刑事判決則論述較多，該案件之辯護人抗辯：「被告伍彥章屬布農族，然因在山林中生活，是被告伍彥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，被告伍彥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」。惟法院認為：「（森林法）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……，顯見原住民族於傳統領域內採取森林產物、野生植物及菌類，仍須依法定之方式、範圍加以運用，非謂全然不受法律之規範，雖迄今中央及原住民主管機關尚未就此制定其管理規則，惟依國有林林產物處分規則第 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

¹⁴⁹ 李明芝，前揭註 139，頁 193-194。

¹⁵⁰ 論者認為依本案之事實認定應可直接判決無罪，而非在量刑層次始給予免刑，「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，自應有森林法第 15 條第四項之適用空間，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利用野生植物之行為自屬無罪」。詳參：蔡志偉 Awi Mona、許恒達、張鑫隆、徐揮彥，前揭註 110，頁 149-150。

住房屋、自用家具及農具用材須用者』，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』。雖然注意到採集森林產物與《原住民族基本法》第 19 條之關聯，然而仍以《森林法》第 15 條第 3 項授權訂立之「國有林產物處分規則」作為原住民族應該遵守之規範¹⁵¹。

臺東地方法院 102 年度訴字第 14 號刑事判決則異於上述見解，認定採集藤心供自己及家人食用之阿美族被告無罪。其首先認為，本案應在《憲法》、兩公約與《原住民族基本法》肯定及尊重原住民族多元文化規範之前提下，判斷被告之行為是否構成《森林法》第 50 條之竊取森林副產物等罪。此後，法院傳訊同族證人二名並查詢臺北市政府原住民族事務委員會架設之「臺灣原住民族文化知識網——飲食文化」後認定，採取藤心食用之行為確實為阿美族之傳統文化及生活慣俗，故被告之行為符合《原住民族基本法》第 19 條第 1 項第 2 款與第 2 項之規定而無罪。最後更重申「國有林產物處分規則」並不適用於原住民族之採集行為，為一難得之正確判決¹⁵²。

本文所蒐集判決時間內最新之森林法判決為臺東地方法院 104 年原訴字第 32 號刑事判決（2016 年 9 月 27 日），法院捨棄長久以來依循國有林產物處分規則處斷之錯誤見解並判決被告無罪（底線為本文所加）：「揆諸前揭憲法、原住民族基本法第 19 條第 1 項第 2 款、第 2 項、森林法第 15 條第 4 項前段等規定意旨，足見政府尊重原住民族在原住民族傳統領域土地，依其生活慣俗需要，採取森林產物，及在原住民族地區依法採集野生植物及菌類，供其傳統文化、祭儀或自用等非營利行為，為原住民族維護生存及文化所必須，對於自然生態影響甚微，而應允許其從事。……森林法第 15 條第 4 項前段，既已規定原住民『得』依其生活慣俗需要採取森林產物，自難僅因中央主管機關尚未依森林法第 15 條第 4 項後段規定會同中央原住民族主管機關訂定前開管理規則，即遽認被告前開行為應科以森林法之罪責」¹⁵³。

¹⁵¹ 論者亦批評此種實務運作方式：「刑事法院不能只是因為行政機關未即時訂定管理辦法，就直接改依無關的第三項規定所衍生的處分規則。較合理的作法，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、方法、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 條之意旨」。詳參：蔡志偉 Awi Mona、許恒達、張鑫隆、徐揮彥，前揭註 110，頁 168。

¹⁵² 對判決歷審之整理與評析，詳參：蔡志偉 Awi Mona、許恒達、吳秦雯，前揭註 105，頁 281-291。

¹⁵³ 法院另駁斥以下於有罪判決常見之見解，其一為森林法第 15 條第 4 項應限於採集雜草、枯枝、落葉等物：「（森林法）立法理由僅記載『照黨政協商條文通過』，並未載明係將 95 年 3 月 1 日修正前森林法施行細則第 16 條所定：『國有林區內當地居民有採取雜草、枯枝、落葉之地方習慣者，得由林區管理經營機關限定區域、時期及採取種類，發給採取證。』予以明文，……且原住民族基本法第 19 條第 1 項第 2 款及森林法第 15 條第 4 項段，業已分別明定為『採集野生植物及菌類』及『採取森林產物』，揆諸前開規定意旨及說明，自不限於採集雜草、枯枝、落葉等物，而應包括牛樟菇及金線蓮等森林產物」；其二為主張應適用森林法第 15 條第 3 項所規定之「國有林產物處分規則」：「森林法第 15 條第 3 項所規定……乃關於採取『國有林產物』之一般規定。而同法條第四項所規定……則為對於『位於原住民族傳統領域土地，採取森林產物』之特別規定。兩者所規範之範圍，並非同一。亦即第 3 項所稱之『處分規則』，與第 4 項所稱之『管理規則』，應分別訂定。從而，被告上開行為，自不適用或準用國有林產物處分規則，須向管理機關專案申請核准之規定」。

整體而言，《森林法》相關判決雖然亦有原住民族文化之爭議，然法院大多逕以該法第 15 條第 3 項授權訂立之「國有林產物處分規則」即論處原住民被告之犯行，完全忽略同條第 4 項之規定，而被告幾乎都沒有提出相關抗辯，僅在原民專庭（股）成立後出現幾則正確見解之判決。此種現象是否僅是曇花一現、還是能激起更多法律論辯，須待後續觀察。

第五節 小結

以原民專庭（股）之制度層面而言，其實設立前後並無重大改變，審理程序與結構仍為「漢人一元」，僅在特約通譯人數上有明顯增加，而法律扶助基金會所提供之服務項目亦日益增多。在法官與檢察官的人才培育及在職訓練上，儘管主管機關增加了相應的課程，但仍受到「始終未見系統性的原住民族法與多元文化法學教育內容」之批評。而在行政權的面向上，衡諸整體社會對原住民族之認識，仍然存在偏見、不友善之行為，使得許多法制與政策之推動出現「空有佛身，沒有佛心」之現象¹⁵⁴。再者，實體法層面之相應修正更為稀少，《槍砲條例》等「特別刑法」當中的除罪化條款事實上於十多年前即已存在，惟因法條文字與體系設計不當，造成不僅與原住民族生活實態有所扞格，更衍生出眾多法律爭議與擺盪不定的司法見解。儘管歷年來原住民族、學者、實務界人士等多所指摘，然而此些法令於成立原民專庭（股）後仍未有變革，直到 2016 年始出現睽違已久之修法草案。換言之，設置原民專庭（股）後，無論在實體法或程序法上都沒有對原住民族規範做出任何程度的承認，背離了論者對於此制度得以達成「讓法官必須以原住民族習慣法作為裁判依據」以及「融合部落紛爭解決機制與國家訴訟制度」目標之期待。原住民族仍僅得依循向來模式作為審判客體參與訴訟程序，無法透過頭目、長老等機制進入訴訟並發揮影響力，近年發展亦不見藉由觀審或參審制度納入更多原住民族價值觀之可能性。

在法令未能修改之下，具有多元族群意識而欲保障原住民族文化之司法人員，就僅能在有限的空間裡努力作出合憲之判決，部分司法人員可能未察法條之不當，而作出看似合法然則實質上違憲之見解。論者於距今十多年前即已預測到此種結局，蓋「原住民族在訴訟上所遭遇之不利因素，絕大部分來自實體法之內容，即便原住民族法院或專業法庭成立，在實體法未修改下，法官依法審判，仍是陷原住民族於不利地位¹⁵⁵」。然而司法權亦不是完全沒有問題，部分不當見解與法條設計無涉，諸如對《槍砲條例》「供作生活工具之用」之要件純以當事人的經濟狀態來判斷，而忽略傳統狩獵祭儀與活動對原住民族所具有的文化意涵；又如本應受《森林法》保障之原住民族採集森林產物的權利，同樣因司法機關未考量原住民族基於與土地及自然資源的相互依存關係所形成之山林使用規範，而限縮了

¹⁵⁴ 蔡志偉 Awi Mona (2016)，〈國家道歉與原住民族歷史正義〉，《法律扶助基金會會訊》，51 期，頁 5。

¹⁵⁵ 林柏年（2006），《台灣原住民族之權利與法制》，頁 90，台北：稻鄉出版社。

國家法上可合法採集之物的範圍，大大減損修法賦予原住民族權利的意義¹⁵⁶。

在上述特別刑法案件所涉爭點部分，於原民專庭（股）成立後，可見到有越來越多判決提及《憲法增修條文》、《原住民族基本法》與兩公約對於原住民族文化之保障，以往難以撼動之實務見解亦逐漸鬆動，前述實體法修法草案之提出亦可謂乃順應於司法見解逐漸採取寬鬆解釋之趨勢而應運而生。然而，於個案判決中落實《憲法增修條文》與《原住民族基本法》之法律技術，與其被認為是屬於較為限定、或許可被認為是專門科目之「原住民法」之範疇，毋寧說更是臺灣法學中的一般性議題，蓋判斷一實踐方案之狹義合法性應屬法律專業工作的核心能力之一¹⁵⁷。亦即，事實上所有法律專業者本即應於個案中落實憲法等規定，不應因設置原民專庭（股）前後而有所差異。成立專庭（股）後有正面的進展固為可喜，但也只是遲來的正義，而相較於立法的不正義，法律執行層次上的不正義往往不會引起多數人的注意，因為執行的不正義大多出現在個案裡面，所以只有當事人會有感覺。然而所謂「正確的」判決本來即有一定難度，因此真正問題所在是當法律的錯誤理解或錯誤執行變成是一種被堅持的慣例或制度之時¹⁵⁸。

除了法律見解外，特別刑法案件往往涉及對於原住民族傳統文化、習俗等之理解與涵攝，而即便法官自身未具有相關知識，制度上已有鑑定人與專家證人¹⁵⁹等可供運用，蓋雖然對於法律問題基礎事實的確認，所依賴的主要是推理與邏輯能力之「思想」，然而現實世界事理複雜，無論如何對法官、檢察官等施以培訓，還是有很多領域的基礎事實探究是無法在短期間內速成的，因此必須透過制度上的輔助系統來協助¹⁶⁰。然而，以關鍵字「原住民&鑑定人」查詢法源法律網裁判書檢索系統後發現，成立原民專庭（股）前幾乎無法檢索到任何法院傳喚鑑定人以協助理解原住民族文化之判決。在專家證人部分，雖然此制度並未明文於我國刑事訴訟法規當中，惟於判決中曾經使用此名詞。經以關鍵字「原住民&專家證人」查詢後，於成立原民專庭（股）前僅檢索到兩則判決，即【司馬庫斯風倒樺木案】之高等法院判決 96 年上訴字第 2029 號判決¹⁶¹以及涉及《公職人員選罷法》之高等法院高雄分院 95 年選上訴字第 11 號判決。而在原民專庭（股）成立後，

¹⁵⁶ 王泰升，前揭註 81，頁 1684-1685；蔡志偉 Awi Mona，前揭註 98，頁 1530-1534。

¹⁵⁷ 吳宗謀（2017），〈實踐導向的法律史研究：運用歐洲法律史知識書寫臺灣原住民族傳統規範的可能性〉，《臺灣原住民族法學期刊》，1 卷 2 期，頁 62。

¹⁵⁸ 黃榮堅，前揭註 43，頁 81。

¹⁵⁹ 由於證人須為證明曾親身見聞某事實，故如為證明部落法律或傳統文化規範，應使用鑑定人或專家證人制度。雖有認為「此是否屬具特別學識經驗或知識經驗者，可否擔任鑑定人，尚有討論之空間」（詳參：高金枝、蔡惠如（2007），《澳洲、紐西蘭原住民族司法制度考察報告》，頁 96，台北：司法院），惟判決中仍曾出現以鑑定人身份說明原住民族文化之敘述（例如涉及撫摸男性生殖器是否為該族文化之最高法院 105 年台上字第 275 號判決，法院即以鑑定人稱呼向法院解釋排灣族文化之人），故本文亦從之。

¹⁶⁰ 黃榮堅，前揭註 43，頁 109。

¹⁶¹ 摘引部分判決內容如下：「且被告等人聲請傳訊之專家證人丙○○亦到庭證稱：根據伊對原住民部落之研究經驗，很多撿拾流木被判刑，這些案件部落都知道，也有討論，再根據伊和部落的人接觸，他們知道即使觸法還是會撿拾，因為這是根據部落法律，他們也知道被林務局查獲會觸法等語」。

特別刑法案件當中亦多由檢察官與法院自行認定原住民族文化，僅在少數特殊案件（例如：涉及妨害性自主罪之排灣族「阿力力」案；引起軒然大波而罕見地召開非常上訴調查庭之【王光祿案】），法院始活用輔助制度以協助進行文化認定。

以使用獵槍獵捕野生動物之行為為例，法院大多自行（且不附理由地）認定何謂原住民族文化或習慣，或者將所謂的「社會通念」、「一般作法」套用到原住民族身上，例如花蓮地方法院 102 年度原簡字第 3 號刑事判決：「被告之所以持有前開土造長槍，純粹為驅趕害及其農耕之動物，並非基於阿美族之文化傳統或特殊習慣而持有」，然法院並未說明其如何認定何謂「阿美族之文化傳統或特殊習慣」；南投地方法院 102 年度原訴字第 19 號刑事判決：「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」，不僅同樣有未論述如何認定原住民族文化傳統之問題，更以相異於「一般農民」以及不符時間、經濟成本等與《野保法》完全無關之理由，加以駁斥原住民族以槍枝驅趕鳥類之行為的合法性。又如，法院對於原住民族狩獵行為模式全然不了解，故而出現許多明顯違反狩獵行為規範之見解，如臺東地方法院 102 年度原訴字第 55 號刑事判決以「被告本件打獵特擇於夜間 9 時至凌晨 1 時間，並非白日為之，顯見其獵殺野生動物之意念強烈」之理由認定被告具有主觀故意。然而，原住民決定何時狩獵的主要標準並非時間為白天或晚上，而是月份或是各族之其餘禁忌¹⁶²，部分獵人由於白天尚有其他工作故大多於晚上狩獵¹⁶³，或者以狩獵方式區分白天或晚上為之¹⁶⁴。從上開判決內文推測，其隱含之意義為：「晚上比較看不清楚，被告卻還是刻意在晚上去狩獵，可見被告非常想要獵殺野生動物」，並據此推斷被告對於所獵捕之保育類野生動物之主觀故意，可說是犯了多重錯誤之典型漢人本位主義價值觀。類此由法院自行認定原住民族文化且鮮少利用輔助制度之情形一直持續到 103、104 年度之後，地方法院特別刑法判決始有越來越論述詳實、且會查閱相關文獻、傳訊專家證人或鑑定人之傾向，惟目前仍為少數。

本文並非認為所有由法院自行認定之判決均為不當，其中不乏法律論述完整

¹⁶² 例如，「西魯凱族獵人狩獵的時間在白天與夜晚都有，所以並沒有特別偏好，狩獵的月份大多都會避開雨季，因為山中下雨容易發生崩塌、土石流，甚至可能會造成大面積的崩塌，基於生命安全與交通運輸的考量，西魯凱族獵人多半不會上山狩獵，霧臺山區的雨季約為 7 月至 10 月，所以狩獵的月份主要會集中在 11 月至明年 6 月」。引述自：賴正杰（2013），《台灣原住民當代狩獵探討-以魯凱族隘寮群為例》，頁 32，國立屏東科技大學野生動物保育研究所碩士論文。

¹⁶³ 例如王光祿於採訪中指出，「打獵都在晚上進行，一方面白天工作繁忙；另一方面，黑夜中容易發現獵物」。引述自：端傳媒，「當原住民獵人成為法律的獵物」，2016 年 3 月 11 日，<https://theinitium.com/article/20160311-taiwan-aboriginal-interests/>（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日）。

¹⁶⁴ 例如，以排灣族和魯凱族為例，「在觀察到的非祭典期間的狩獵活動也依類似的模式進行：白天進行機陷狩獵、晚間以槍枝狩獵」。引述自：傅君（2011），《台東縣原住民族傳統文化、祭儀與狩獵行為等傳統知識調查計畫——排灣族、魯凱族》，頁 86，台北：行政院農委會林務局。

且實質上保障了原住民族文化之判決，然而對於類此判決中所提及之原住民族文化，必須審慎檢驗其是否僅為法院由自身觀點作出之「想像」，或者是僅以過往之判決經驗而形塑出之刻板印象¹⁶⁵。而在指摘司法工作者在認定原住民族文化上應多加利用鑑定人等制度之餘，仍應持續修正與補充各族傳統習慣之官方資料，蓋個案式的徵詢鑑定人或專家證人等之意見亦有「增加法官審理案件之困難度及不確定性」之缺點，且「個案徵詢有時因法官預先設定的問題過於狹隘，無法真正呈現爭議之所在，以致被徵詢者對於案件資訊掌握不足，無法提供全然正確的意見」¹⁶⁶。

整體而言，原民專庭（股）之成立未能在制度與實體法層面引起較大變革，判決內容面則有逐漸轉換至保障原住民族權益之傾向，原民專庭（股）可謂已為營造友善的審判環境跨出第一步。然而，從另一方面來看，事實上近年實際採行的行動，除了部分個案之外，似乎對於原住民的地位並沒有太大改變，理由就在於整體審判架構沒有變動使然：「主流社會意識隱藏在國家權力裡面，……這樣的權力結構未改變，原住民文化的觀點，例如原住民是如何看待族人違法、違法對於原住民文化的維繫有何影響、判決結果對於原住民文化的修復有何功能等等，是不可能出現在法院的判決裡」¹⁶⁷。逐漸在判決實務中「獲得平反」之採集、漁獵權，背後付出的是無數原住民族人的犧牲與努力，才緩慢地「教化」了臺灣的法官，放棄近代市民法與國家法本位的心態，逐步跟上國際人權法的水準¹⁶⁸。在刑罰效能失靈的情況下，刑事程序的承載與無限增益，卻只能徒耗資源，讓個案中的原住民進入刑事案件的加工生產線。當「犯罪人」一批接著一批製造出來時，各該條款的需刑罰性，應該到了再行檢視的時間了——刑罰，真的是這類型案件的「最後手段」嗎¹⁶⁹？

本文認為，欲以現行原民專庭（股）達到原住民族文化行為全面不罰之目標並非不可期待，然而曠日廢時，縱使本文所指摘制度面向之不足點均能改善亦同。而在時間虛耗的過程中，犧牲的是逐漸被司法消磨、改變的原住民族文化。原住民的文化、生活和價值或許會隨著時間而有不同的變化、也或許會隨著空間有所

¹⁶⁵ 以最後判決被告所涉槍砲彈藥刀械管制條例無罪之臺東地方法院 103 年度原訴字第 9 號刑事判決為例，判決指出：「查本案被告供稱：警察來我家搜索時，伊因為害怕就趁警察不注意時將槍枝丟到樓下菜園裡；伊兩年前將獵槍從南投帶回來後沒有使用過，伊在臺東的家後面有菜園，因為種菜，要留著趕山豬使用，核與原住民平日之生活型態與社會普遍之認知相符」，然而法官如何認定「原住民平日之生活型態」，以及為何本案需要考量「社會普遍之認知」，判決中均未交代。

¹⁶⁶ 楊曉珞，前揭註 4，頁 55。

¹⁶⁷ 張道周（2017），《司法研究年報第 33 輯（刑事類）第 2 篇「原住民族參與審判法制之研究」》，頁 13-14，台北：司法院。

¹⁶⁸ 蔡志偉 Awi Mona、許恒達、吳秦雯（2016），〈貳、原住民族與法〉，《國內原住民族重要判決之編輯及解析（第二輯）》，頁 10，台北：原住民族委員會。

¹⁶⁹ 施育傑，原住民相關案件之刑事實體與程序法初探——以實務若干見解出發，第四屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會，原住民族委員會主辦，頁 219（2013 年 10 月 19 日）。

差異，但是終究不應該是在法庭上形成，也不應該由法庭作最後的決定¹⁷⁰。有實務工作者直接指出「判決見解並沒有因為專庭成立而產生變化」，並因此主張未來的改革方向「不僅要將原住民／族的『權利』還諸於原住民／族，也應該要將原住民／族的『權力』還諸於原住民／族——只要能夠設立相當的個人保護機制（例如原住民和原住民族間的衝突），讓原住民族就自治事項委由原住民族自行處理，實在不必過於介入。甚至，刑事司法的『法庭』——或者稱，『裁決機制』，都未必要如現行刑事訴訟制度進行」¹⁷¹。延續此想法，本文於第三、四章將參酌比較法制度，其後提出包含實體法與程序法面向之原住民族刑事司法制度建構芻議，以達到實質保障原住民族權益之最終目標。

¹⁷⁰ 施育傑，同前註，頁 220。

¹⁷¹ 施育傑，同前註，頁 197-224。

第三章 墾殖者國家之原住民族刑事司法制度

我國與原住民族法律或司法制度有關之文獻當中，最常引用並以之為借鏡的外國法例，是被合稱為「CANZUS」(Canada, Australia, New Zealand, and the United States)的美、加、澳、紐這四個自由主義陣營且實施民主制度的墾殖者國家(settler state)。由於紐西蘭與該國原住民族(毛利人)相關的特殊司法制度偏重在土地法領域，且國內已經對其運作多所介紹¹，因此本章將主要以美國、加拿大與澳洲為例，簡介各國如何在司法議題上因應原住民族之特性而有所調整，特別是刑事司法之處理模式。於比較法研究上，雖欲同時納入「東方」、特別是亞洲之多民族國家觀點(例如新加坡、印尼、菲律賓等)，然而礙於能力有限，以下仍主要以「西方」國家為主要介紹對象。而在建構原住民族特殊制度、特別是法律與司法制度之理論基礎上，從這些墾殖者國家的經驗中，本文認為可以從多元文化主義與法律多元主義切入。

從人類學的觀點而言，「文化」指的是一個群體所共同持有的經驗，且這樣的經驗足以形成用以指導每一個成員的各種信仰、價值與表達符號。文化就如同一種不成文的規範，不僅塑造著成員的人格，也對成員的行為具有相當的控制力量²。世界各地的原住民族與較為強勢的殖民統治者與殖民文化相遇之後，其文化的差異性即被突顯出來，並成為強勢殖民文化所要征服與同化的對象³。臺灣原住民族文化在強權統治者的統治與改造下堅強地存活下來，然而過往的歷史背景，卻使得部分原住民族傳統生活方式或文化行為，牴觸了建立在強權統治者優勢價值觀之上的刑法規範。原住民族運動就是在這樣的氛圍當中，尋找自己、並要求國家尊重與認同的一連串行動。而文化是民族認同的根柢，是故原住民族的權利回復運動，必然訴諸文化權的實現⁴。原住民的文化權利包括其司法制度與實行方式、傳統習俗、價值觀和語言等得到法院和訴訟的承認；文化權利與原住民自決權密切相關，因此與訴諸司法的權利也有關⁵。

第一節 理論基礎

¹ 例如：王泰升(2003)，〈原住民保留地土地專屬法庭設置研究〉，頁 69-87，台北：原住民族委員會；高金枝、蔡惠如(2007)，〈澳洲、紐西蘭原住民族司法制度考察報告〉，頁 50-64，台北：司法院；湯文章(2008)，〈設置原住民法庭或法院可行性之研究〉，頁 141-145，花蓮：臺灣花蓮地方法院研究開發項目研究報告。

² Neil J Smelser(1985)，陳光中、秦文力、周懷嫻(譯)，〈社會學(Sociology)〉，頁 29；Keesing(2002)，張恭啟、于嘉雲(譯)，〈文化社會學〉，頁 112 以下，台北：巨流。

³ 王皇玉(2009)，〈刑罰與社會規訓〉，頁 212-213，台北：元照。

⁴ 吳豪人(2011)，〈文化權做為一種複合性權利：以日本阿依努族文化權發展史為例〉，《台灣原住民族研究季刊》，4 卷 3 期，頁 26。

⁵ 聯合國 2013 年研究報告(中文版)：訴諸司法增進和保護原住民人民權利，2013 年 6 月 30 日，頁 8，

http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session24/Documents/A_HRC_24_50_CHI.doc (最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日)。

第一項 多元文化主義

二十世紀晚期逐漸有學者突破以往自由主義對國家中立的堅持，體認到在多族群社會當中尊重並保障擁有不同文化者之重要性，威爾·金里卡(Will Kymlicka)以多元文化主義(multiculturalism)一詞概稱種族文化團體之主要要求——使種族文化團體的獨特身分和需要得到承認與包容⁶。多元文化主義在 1970 年代之加拿大與澳洲率先實施為國家政策，然而理論本身引起較多議論則是在 1980 年代美國出現有關文化差異之論爭時⁷。在美國，刺激多元文化主義興起的重要背景為非裔美國人所發起的民權運動(Civil Rights Movement)，其後進一步刺激不同文化背景的移民開始思考，自身文化是如何在「熔爐論」此一同化取向的政策底下受到壓抑與邊緣化。這樣的思考一旦開啟，遂陸續引發各不同文化群體試圖建構自己在這一塊土地上生活的歷史、記憶、文化與生存權⁸。雖然在多元文化主義最初之發展當中，原住民族權益議題並非討論焦點，然而其理論發展歷程與相關應用仍然對於原住民族有所啟發。

傳統以來，自由主義主張平等的社會關係建立在各項社會資源(如憲法所捍衛的各項基本權利等)的平等分配上，唯有當所有人平等地獲得實踐其美善人生所需的各種機會，平等社會關係的建立才有可能。為實現此一目標，國家不應基於特定理由(如種族、性別等)對社會資源進行差異分配，而應中立地平等分配個體所需的資源。然而事實真相是，統治者之主流文化將自己群體的價值觀與社會結構作為整個社會的主要標準，同時也置於法律規範中，要求其他社會上的成員遵守，弱勢團體只能被迫接受主流文化價值思想，甚至放棄原先既有的文化。相較於自由主義對國家中立原則的堅持，察覺到以上現象之多元文化主義論者主張，國家中立無法確保每一個人人生目標的達成，其甚至是造成社會不平等的可能原因之一。他們強調，文化對於個體形塑其自我認同具有特殊的重要意義，任何抽離特定情境、情感、關係與觀點的正義觀，只會獨厚主流社群的特定認同。因此，在體認文化差異乃多元民主國家不可否認的社會現實前提下，任何忽略此一差異的權利設計，就是一種不公平的體制設計⁹。可以說，多元文化主義的初始目的即在於破除國民國家是由一文化、一語言、一民族所形成之古典國民國家

⁶ Will Kymlicka (著)，劉莘(譯)(2003)，《當代政治哲學導論》，頁 433，台北：聯經。

⁷ 塩原良和(2010)，《変革する多文化主義へ：オーストラリアからの展望》，頁 4，東京：法政大学出版社。

⁸ 洪泉湖(2008)，《台灣的多元文化》，頁 5-6，台北：五南。

⁹ 本段綜合來自：Charles Taylor, *The Politics of Recognition*, in *Multiculturalism and the "The Politics of Recognition"* 25-73, (Amy Gutmann ed., 1992). Princeton: Princeton University Press; Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*. (1995) Oxford: Clarendon Press; Jurgen Habermas, *Kulturelle Gleichbehandlung und die Grenzen des Postmodernen Liberalismus*, *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, Vol.51, 367-394(2003); 張培倫(2005)，《秦力克論自由主義與多元文化論》。宜蘭：佛光人文社會學院。轉引自：石忠山(2011)，〈差異與肯認：初探多元民主國家原住民族法制建構之政治哲學基礎〉，《台灣原住民族研究季刊》，4 卷 4 期，頁 134-135。

主義¹⁰。國族社會的理想形式已經逐漸衰落，而多元文化主義的議題、麻煩和矛盾，也正是從這個衰落中逐漸浮現¹¹。

多元文化主義相關學說眾多，大致環繞在泰勒（Charles Taylor）「肯認政治」（politics of recognition）、艾莉斯·楊（Iris Marion Young）「差異政治」（politics of difference）以及威爾·金里卡（Will Kymlicka）「自由多元文化主義」（liberal multiculturalism）等人之理論上¹²。本文無法於此詳盡針對各種學說一一論述，惟三者之共同立場包含以下三點：第一、**批判族裔文化中立原則**：泰勒肯認政治論的主要訴求之一在於鼓勵少數或弱勢群體勇於表現其文化上的特殊性，再進一步躍進到平等肯認的政治要求，故採取差異盲目態度的傳統自由主義，顯然不足以回應少數或弱勢團體的需求；艾莉斯·楊認為在自由主義的觀點下群體之間的差異被掩蓋，然而實際上優勢群體乃是挾著文化上的優勢在各種事務上都享有詮釋權力。有鑑於此，為了解決在同一個社會生活中難免出現的紛爭，統治者必須要遵循群體差異的原則而非對之視而不見，如此才能救濟群體間之不平等並符合群體間的特殊需求；威爾·金里卡雖未如同上述二位對族裔文化中立的「可批判性」提出深厚的哲學理論基礎，然而其分從各國就少數民族、族裔文化群體與多數民族群體區別對待的現象整理出其「群體區別權」的規範架構，此即意味著其對於族裔文化中立原則亦有所疑慮；第二，**認定群體未必優先於個人**：受到承認的少數群體並不能以其獨特的文化為由，侵害內部成員的權益；第三，**強調凝聚力的形塑**：泰勒認為，由於不同文化背景者生活於同一塊土地上並屬於同一個政治共同體的成員，故應該透過實際的文化研究認識並了解彼此，最終追尋在廣闊的文化中達成「視野融合」的境界；艾莉斯·楊提倡「涵容式民主」，而這必須以深度的相互依賴、著重平等尊重、以及具有程序上的共識為目標；威爾·金里卡則認為自治權、代表權及多元族裔權利同樣都有促進社會團結的考量在內，並以此種觀點為少數群體各項「群體區別權」的正當性基礎尋出路¹³。

綜合而言，多元文化主義論者認為，欲統合多民族、多文化社會，立基於消弭語言、文化差異的同化主義不僅僅是無效的，反而正是造成民族、種族紛爭的原因。正確的做法應該是積極地保障各人種、民族、種族集團的傳統文化、語言、生活習慣並給予援助，導入積極平權與禁止人種歧視之措施¹⁴。基於此，二十世紀最後十多年間多元文化論或族群權利訴求之反思與論爭，至少有以下兩個貢獻：

¹⁰ 閔根政美（2000），《多文化主義社会の到来》，頁 205，東京：朝日新聞社。

¹¹ Alain Touraine（著），黃楚雄（譯）（2010），《我們能否共同生活：在平等又歧異中共處》，頁 203，台北：桂冠圖書。

¹² 關於 Charles Taylor、Iris Marion Young、Will Kymlicka 等人之論爭，詳細參照：張培倫（2009），〈歷史不正義、族群導向積極賦權行動政策與原住民族——一個初步研究〉，《台灣原住民族研究季刊》，2 卷 1 期，頁 10-12；涂予尹（2014），《論多元文化主義下種族優惠性差別待遇的法正當性基礎：以臺灣原住民學生高等教育升學優待措施為中心》，頁 220-335，國立臺灣大學法律學研究所博士論文。

¹³ 涂予尹，同前註，頁 337-366。

¹⁴ 閔根政美，前揭註 10，頁 42。

一、指出自由社會應重視文化社群於個人建構自我認同、乃至於自由追求其美善人生過程中的意義與重要性；二、指出忽略文化差異或少數族群差異需求的社會制度與運作，是假尊重社會個別成員普遍平等地位之名行文化壓迫之實，最終仍讓少數族群之文化社群遭到破壞或毀滅，並進而傷害其族群成員之自我認同。社會應調整忽略差異之制度運作，否則就是讓少數族群成員未能與多數族群成員一樣享有平等的自我認同與人生選擇機會¹⁵。由於當代的國族建立經常不是透過擊潰弱勢者的文化和國家認同而完成，多元文化以及多元民族體（multinationhood）的認同，隨著它對自決（self-determination）的企圖表達出來，亦即對平等的肯認與差異化之平等的宏圖，原住民的例子在這方面是最主要的。對於多元文化主義與自決的宏圖，經常採取一項有關正義與公民身分之抗爭的社會形式，它包含了關於法律與正義多重形式的主張，以及有關公民身分的新政體。法律秩序的多元性，隨著民族國家的危機變得更加明顯可見，該多元性微微表達下列概念，即多元公民身分的概念一併存在於相同的地緣政治區域之中，因此產生第一、第二以及第三級公民存在的概念。而非國家法律秩序可能也是非國家公領域的萌芽時期，以及自決式的制度化基礎，就像原住民正義／司法的案例¹⁶。

然而必須注意，以多元文化主義為理論基礎之政策並不是在各個國家均以相同方式實施，甚至「多元文化主義」一詞在不同國家所指涉之主要意義即不相同。例如在加拿大指的主要是移民表達他們族裔認同（ethnic identity）的權利；在歐洲是指各個民族社群（national communities）之間的權力分享；在美國則通常包含弱勢社會團體的要求¹⁷。不同國家當中「國民」的形成方法會影響到多元文化主義政策的實行方式與程度，而由於形成「多人種、多民族」的原因很多，故因應方法也不會相同。論者曾將多元文化主義以各國之形成歷史差異區分為三類¹⁸：

第一種類型是**殖民／移民起源的國家群**，共通點是原住民受到驅逐，以從歐洲而來的白人殖民者握有主導權之形式達到獨立國家成立。這種類型必定會發生原住民問題，而多數國家因為勞動力不足而鼓勵移民與引入奴隸之結果，使得很早就形成了多人種、多民族社會。在這類型當中，可再區分為舊英國殖民地的**美國、加拿大、澳洲與紐西蘭**，以及舊西班牙與葡萄牙殖民地的**拉丁美洲諸國**。區別依據包含經濟發展程度、政治體制、原住民或黑人奴隸與白人殖民者／移民之間的關係等等。具體而言，前者將白人與非白人的混血兒視為禁忌的傾向較強烈，展現出二元人種社會的特徵；後者則是將混血兒作為一種單獨的類別，獨立時有

¹⁵ 張培倫，前揭註 12，頁 10。

¹⁶ Boaventura de Sousa Santos（著），張珍立（譯）（2009），〈我們的美洲：肯認與重分配基礎典範的重新創造〉，《肯認與差異：政治、認同與多元文化》，頁 293，台北：韋伯。

¹⁷ 陳毓麟（2006），《多元文化社會中的團體權利》，頁 3-4，國立臺灣大學政治學研究所碩士論文。

¹⁸ 以下整理自：油井大三郎（1999），〈序 いま、なぜ多文化主義論争なのか〉，氏著，《多文化主義のアメリカー揺らぐナショナル・アイデンティティ》，頁 14-16，東京：東京大学出版会。

許多國家將「混血性」作為國民統合的象徵。這種人種觀念的差異影響了多元文化主義的形成。

第二種是**亞洲與非洲的舊殖民地**，當中許多國家在第二次世界大戰之後從長年的殖民支配中獨立時，被迫繼承殖民母國先前人為劃出的分割線作為獨立國家的國境線，因此獨立後被迫形成多人種、多民族社會。這些國家由多數派種族集團統治的國家主義依然十分強烈，因此謀求在同一個國家內多數派與少數派共存的多元文化主義式思考較為淡薄，有許多少數種族集團希望走向分離獨立。

第三種則是**西歐各國舊殖民母國**的類型，各該國有著近代成立的國民國家內的少數民族問題，亦即白人人種內部的民族差問題，這是在放棄殖民地的第二次世紀大戰後，由於戰後經濟成長下的勞動力不足，因此從舊殖民地大量導入「外國人勞工」的緣故。在這些國家，「定居外國人」的權利保障問題和傳統的少數民族問題不同，二者都是亟待解決的問題，故對於多元文化主義政策的關心高漲。

我國的情形與第一種類型較類似，是故除本章引介美、加、澳之發展過程外，下一章即欲以拉丁美洲作為另一借鏡對象。

第二項 法律多元主義

論者認為，採行多元文化主義之下一步，應該引導到法律多元主義（legal pluralism）¹⁹。受到多元文化主義、全球性族群復振與民主人權理念的影響，當代國家無法再繼續忽視少數民族的文化特質與需求，也因此國際組織紛從 1980 年代起關注少數民族與原住民族的權利，例如 1989 年國際勞工組織（ILO）通過「原住民與部落人民公約」、2007 年聯合國通過「原住民族權利宣言」等，都主張了法律多元主義並規定了對於原住民族司法權之保障²⁰。

以日本千葉正士教授之分析，法律多元主義在法學界有以下三種涵義：其一乃指出縱使法律之典型為國家法，然而除國家法以外尚有其他能夠被稱為法律之規範存在，可稱之為廣義的「法律多元性」。雖然此點在法學界乃自明之理，然而該多元性的構成構造為何仍待討論；其二指法律和道德、慣習或其他社會規範有不可分離之關係一事，可稱之為「法與社會之關係論」；其三則意指一個地域裡併存數種類的異文化法律之現象，開展議論之契機來自於第二次世界大戰以後被稱為第三世界的國家紛紛獨立並取得國際地位，而各國傳統固有法律滲透到各國國家法當中、或者是國家法以外有其他規範發揮強大影響力，法社會學、法人類學將此現象稱之為「legal pluralism」，日文則譯為「多元的法体制」²¹。於本

¹⁹ Gary F Bell, *Multiculturalism in Law is Legal Pluralism-Lessons from Indonesia, Singapore and Canada*, SING. J. LEGAL STUD. 315, 330 (2006).

²⁰ 高德義（2009），〈解構與重構——原住民族人權與自治〉，頁 107，台北：翰蘆。

²¹ 千葉正士（1999），〈多元的法体制〉，《國際基督教大學學報 II-B, 社会科学ジャーナル》，43 期，頁 25-26。

文討論原住民族司法制度之脈絡下，較為重視的是第三種涵義，亦即將法律多元主義作為「國家法與其下位法文化（亦即國家內法文化）共存」之意義而使用²²。然而法律多元主義並不單純等同於「法之複數存在」（*plurality of law*），蓋此觀點僅僅指出「在一元的法體系內部存在著複數發揮同一機能的法律」此事實而已，法律多元主義乃超越此種認識，而更加積極肯定此種複數存在的意義與價值²³。

放在歷史脈絡中來看，法律多元主義之發展與國家法律體系的活動與命運密切相關。在中世紀的時候（第五到第十五世紀），「法律多元」是一個常態現象，不僅僅是同時存在分散的法律系統與法律規範實體，一個單獨的系統或法官也可以適用不同的法律實體（*bodies of law*）。舉例而言，從八到十一世紀，在「屬人原則」（*personality principle*）下，相同的法官可以依據當事人的出身——法蘭克人、勃艮地人、阿勒曼尼人或者是一個羅馬高盧人的後裔——而適用不同法律²⁴。而當法律被併入國家制度內後，法律多元主義在西歐本土就逐漸式微，同時在其他地方卻經由殖民而逐漸增強²⁵。歐洲對於非西方世界之殖民開始於十五世紀晚期，於十八世紀晚期達到巔峰，到 1970 年代走入尾聲，並從此開啟了對於法律多元主義之議論²⁶。

如同前面曾提及，自由主義主張每個人應擁有同樣的平等與自由權，故認為法律本身應為國家之法，對所有人統一適用，並由單一國家機構執行，其餘的教會、家庭等自主組織的規章對於國家法律而言僅具次要地位，此論點被稱為法律一元主義（*legal centralism*）。爾後，自由主義被批評無法處理少數族群歧視之問題，亦被質疑未尊重少數族群的差異性，迫使少數族群必須接受同化與主流文化思想，尤其是在法律層面上必須遵守僅依循主流文化價值觀而制定之單一法律。隨著自由主義遭到批判，學者紛紛提倡法律多元主義，正如同多元文化主義指摘國家應對於各族群之差異予以尊重和認同，法律多元主義亦認為統治者對於各地方習慣法或傳統習俗應作出回應²⁷。蓋在民主原則的前提下，法律永遠是（經濟力、政治力或人口數）強勢者所制定出來的法律，所以法律的現實就是強勢者的法律²⁸。理想的刑法目的概念先天上自然內含理想性質，從而法律之擁護者也勢必從社會之共有價值觀（普遍道德準則的假說）去強調法律的正當性²⁹。民主的核心是多數決，換句話說，「只要多數決的就是對的」。不過如果捨棄以多數決為價值的絕對標準，強勢者所制定出來的法律是否事實上合於最低限度利益衡平原

²² 千葉正士（1991），《法文化のフロンティア》，頁 265，東京：成文堂。

²³ 千葉正士，同前註，頁 234。

²⁴ Brian Z Tamanaha, *Understanding legal pluralism: past to present, local to global*, 30 SYDNEY L. REV. 375, 377-378 (2008).

²⁵ *Id.* at 410.

²⁶ *Id.* at 381.

²⁷ 張文曄（2015），《屬人法衝突—適用族群慣習為準據法之理論與實踐》，頁 13，國立清華大學科技法律研究所碩士論文。

²⁸ 黃榮堅（2006），《基礎刑法學（上）》，頁 47，台北：元照。

²⁹ Roger Cotterrell（1991），結構編譯群（編譯），《法律社會學導論》，頁 125，台北：結構群。

則，答案是「不一定」³⁰。

1975 年 M. B. Hooker 於其著作中將法律多元主義定義為「法律義務的多重系統在國家範圍界線內的存在」，並認為法律多元主義大致存在三個特色：第一，國家法制在政治上居於優越地位，且優位程度已達足以廢除本土法制之程度；第二，義務衝突時，國家法制規則將勝出，而任何對本土法制所做之容忍(allowance)都僅限於國家法制需要時始以國家所容許的方式為之；第三，任何對於本土法制的描述與分析所使用的分類方法必須來自於國家法制。上述見解為早期對法律多元主義的看法，又被稱為國家法律多元主義(state legal pluralism)。其後，John Griffiths 將法律多元主義分成「弱多元主義」與「強多元主義」，主張早期認為非國家法律之適用須仰賴國家承認之法律多元主義為「弱」多元主義，而並不認為如此之法律多元主義為「強」多元主義，也才是真正的法律多元主義。Sally Engle Merry 嗣後提出「古典」(classic legal pluralism)與「新型」(new legal pluralism)法律多元主義之分類，前者在地理範圍上關注前殖民地國家裡殖民與後殖民情境下西方法律與非西方法律的相互影響，在概念上則認為原住民法律是位於殖民力量的國家法律下的次要存在，此種非國家法律的存在須受到國家的認可；後者在地理範圍上將研究重心轉移到非殖民國家，特別是歐洲的工業化國家和美國，概念上則主張國家並非唯一的立法者，非國家社群同樣能立法，並將研究視野擴展到官方與非官方法律間的相互影響³¹。亦即，法律多元主義之意義逐漸從作為國家管理下的規範多樣性，轉移到在國家法律之外共存的多樣性(從「administered by」轉移到「existing beyond」)³²。

我國另有學者將「legal pluralism」譯為「多元文化主義法律論述」，並對此理論之發展過程整理如下：「多元文化主義法律論述通常係指兩個以上的法律系統並存於同一社會場域之中，傳統的法律多元論述之討論範疇著重於歐洲殖民國家之法律與被殖民國家之地方法律兩者間的互動關係，但目前法律多元主義相關論述的關注焦點，已轉向在一個進步的工業化社會之中，在種族、宗教、文化等方面居於主導地位之優勢民族所使用的正式法律規範，與弱勢民族所擁有的非正式社會規範，兩者規範之間的法律互動參與情形」³³。到了二十世紀晚期，全球化之影響亦為法律多元主義帶來新的風潮，促生所謂的「全球化法律多元主義」(global legal pluralism)³⁴。

³⁰ 黃榮堅，前揭註 28，頁 47-48。

³¹ 以上三位學者之論點，綜合來自：M.B.HOOKER, *LEGAL PLURALISM: AN INTRODUCTION TO CONONIAL AND NEO-COLONIAL LAWS* (Oxford: Clarendon Press, 1975); John Griffiths, *What is Legal Pluralism?*, 24 *Journal of Legal Pluralism* 1, 8(1986); Sally Eagle Merry, *Legal Pluralism*, 22 *Law & Society Review* 869, 872-874(1988). 轉引自：張文仔，前揭註 27，頁 15。

³² Mitra Sharafi, *Justice in many rooms since Galanter: de-romanticizing legal pluralism through the cultural defense*, 71 *LAW & CONTEMP. PROBS.* 2, 139, 142 (2008).

³³ 蔡志偉 Awi Mona，加拿大與澳洲法院實務中的原住民族習慣效力，第四屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會，原住民族委員會主辦，頁285（2013年10月20日）。

³⁴ 法律多元主義至二十一世紀之詳細發展，參照：Tamanaha, *supra* note 24, at 377-390.關於「全

法律多元主義所帶來的改變是，其假設了在任何管理體系下的不相容行為（non-conforming behavior），並非僅僅出自於國家執行上的失敗或者是人民的不服從，而有可能是反映了替代性法律規範概念。法律多元主義並因此認為應該要投注更多資源到這些非正式的紛爭解決機制，而這並非建立新的「半官方」機制，因為這僅僅是承認那些已經存在的系統而已³⁵。在這個概念當中，很重要的事情是其並未預設等級、階層，故不再認為殖民法律系統相較於原住民法律系統是優勢支配的，而改認為不同的法律系統乃單純地存在著、或者競爭於同一個領土中³⁶。

觀察外國經驗，法律多元主義經常被納入不同團體之法律規範或系統彼此競爭之分離社會（divided societies）的憲法設計當中，大多數前殖民國家的憲法事實上並沒有強加或創造法律多元主義，而是接受或是將法律多元主義加入既存的憲法秩序當中。藉由承認多元法律規範、或是存於一個國家內的法律系統和法律來源，憲法可以對於特定團體或在特定區域內賦予特殊的法律狀態。法律多元主義讓制憲者可以承認邊緣化的法律系統（例如那些以信仰規範或原住民法律系統為基礎者），並且提供機會以賦予受壓迫的團體權力，以合法化與保存傳統文化規範和實踐。再者，憲法明文承認法律多元主義之條款並被認為有助於提升司法權威（judicial authority）。法律多元主義不僅允許了多樣化法律來源的結合，也允許了多樣化的法院系統，創造了司法多樣性的機會。透過分散（decentralizing）司法以及較接近於所服務部落／社區之法院，法律多元主義也提供了地區與當地（regional and local）層級之司法的可能性。當然，這並非一件容易之事，為了讓多元法律系統適當地運作，立法者必須要決定每一個法律系統的範圍，並且辨認出可以橫跨適用於所有法律系統的基本權利。而在進入這些問題之前，也必須事先調查可以建構法律系統的多樣化法律來源³⁷。

第二節 外國實踐——以美、加、澳為例

美國、加拿大與澳洲原住民族的固有法（indigenous law）³⁸文化，雖然一開始在國家法律當中都完全被忽略，然而其後各國也隨著時代演進而反省並採用保障原住民族固有法律的政策。美國大致上是從戰前即開始，加拿大與澳洲則是從

球化法律多元主義」，詳細參照：Paul Schiff Berman, *Global legal pluralism*, 80 S. CAL. L. REV., 1155-1238 (2006); Ralf Michaels, *Global legal pluralism*, 5 ANN. REV. L. & SOC. SCI., 243-262 (2009).

³⁵ Roderick A Macdonald, *Metaphors of multiplicity: civil society, regimes and legal pluralism*, 15 ARIZ. J. INT'L & COMP. L., 79 (1998).

³⁶ Joas Platteeuw, *Understanding Taiwan's Indigenous Laws: A Brief Inquiry*, 臺灣蠻野心足生態協會，2016年7月28日，<http://en.wildatheart.org.tw/story/109/7949>（最後瀏覽日期：2018年4月20日）。

³⁷ NORA HEDLING, *A PRACTICAL GUIDE TO CONSTITUTION BUILDING: THE DESIGN OF THE JUDICIAL BRANCH* 23-24 (International Institute for Democracy and Electoral Assistance (International IDEA), 2011).

³⁸ 千葉教授認為法律可以分成「固有法」（indigenous law）與「移植法」（transplanted law），前者乃根源於一文化主體的固有文化，後者則是來自於自發或被強制繼受他種文化。參照：千葉正士，前揭註22，頁268。

二十世紀晚期才逐步實行³⁹。

第一項 美國

第一款 歷史概述

根據 2010 年人口調查，美國原住民族大概 522 萬人，佔總人口 1.7%。受到聯邦政府承認的印地安部族（Indian Nation）有 566 個，保留地則有 344 個，並有大概三分之一的印地安人居住於保留地⁴⁰。美國從英國獨立並逐漸擴大規模的過程，即為一個取得所到之處的印地安人土地的過程，美國的利益乃建立在印地安人的不利益之上。

第一目 政策形塑時期：1789 年—1871 年⁴¹

美國獨立後，聯邦議會被賦予規範印地安人的權限，從 1790 年到 1834 年持續制定與印地安人通商有關的法律，確立了印地安法（Indian law）⁴²的基本架構。具體而言，為了保護印地安人免於受到非印地安人的侵害，聯邦政府將印地安人的生活領域作為印地安領地（Indian country）而制定疆界，禁止非印地安人締結沒有經過憲法所定程序的條約而獲得或購買疆界內的土地、或居住於疆界內、或為了狩獵或放牧而進入，並依據聯邦刑法處罰違反規定的非印地安人，產生的損害則由聯邦政府賠償。這些法律僅規範印地安人與非印地安人之間的通商行為，對於印地安領地內印地安人的行為則完全未施加限制。是故，此時仍維持著尊重印地安團體主權的「國家對國家」（nation to nation）關係⁴³。

從 1830 年制定《印地安強制遷移法》（Indian Removal Act）後，美國與印地安部族締結條約以獲得印地安領地的土地，在政府高壓下簽署條約而擁有和美國之間法律關係的印地安人團體被稱為印地安部族。美國為了取得土地，約定設置由美國保護的印地安領域（Indian Territory）、尊重印地安部族的主權、以及提供給印地安部族成員社會福利等事情⁴⁴。雖然政府拒絕承認部族具有獨立國家的地位，但由於此條約簽署過程，聯邦政府與印地安部族之關係也就近似於政府與外國勢力間的關係。印地安人的地位因此模糊不清：既不具有公民身分（直到 1924 年始擁有），但似乎又不能算是外國人⁴⁵。

³⁹ 千葉正士，前揭註 22，頁 245。

⁴⁰ 落合研一（2014），〈アメリカ合衆国におけるハワイ先住民の法的地位(1)〉，《法学研究》，49 卷 4 期，頁 1088。

⁴¹ 以下各目時期區分，引用自：蔡志偉 Awi Mona（2010），〈初探美國「印地安學」的原住民族研究〉，施正鋒（編），《原住民族研究》，頁 99-100，花蓮：東華大學原住民族學院。

⁴² 泛稱規範居住於美國內印地安部族、內部個別印地安人的法律地位、部族政府與美國聯邦政府之間的關係、部族及其成員與聯邦政府、各州、美國市民之間所有的關係的全體法律。

⁴³ 落合研一，前揭註 40，頁 1086-1085。

⁴⁴ 落合研一，前揭註 40，頁 1083。

⁴⁵ Peter Kivisto（著），陳宗盈、連詠心（譯）（2007），《多元文化主義與全球社會》，頁 71，台

第二目 土地統整分配與同化時期：1871 年－1928 年

一開始設置印地安保留地之目的是企圖藉由隔離印地安與非印地安人以維持社會平穩，但同時也被認為是為了讓印地安人受到歐洲式「近代文明開化」的手段。為了讓印地安人適應非印地安人的生活方式，各保留地設置了印地安管理官(Indian agent)。1871 年開始，聯邦議會通過了法律(Act of Mar.3, 1871, 41 Cong. Ch. 120, §1, 16 Stat. 566)，保留地變成是不再藉由向來之條約，而是改由法律、或者是到 1919 年為止是藉由行政命令(executive order)因應狀況而設定⁴⁶。從十九世紀中葉到 1930 年代，印地安部族保留地形塑了印地安人與美國政府之間的關係，保留區成為用來圍堵與控制印地安部族的政治工具⁴⁷。

1883 年，審理印地安刑事嫌疑犯的法院（亦即部落法院，Tribal Court）受到承認，並透過印地安管理官來任命法官，但無論是這個法院或是藉由法官所確立的規則，都並非仿效印地安慣習。同年的最高法院判決 *Ex parte Crow Dog*, 109 U.S. 556 (1883) 指出，對於發生在印地安領地內且加害與被害者均為印地安人的殺人案件，僅承認部落(Tribe)的裁判管轄，聯邦法院完全沒有管轄權。理由在於，審理此種犯罪的權限是來自於部落的主權，而聯邦議會並沒有制定讓部落主權無效之法律。然而在此判決出爐後，聯邦議會隨即制定了《重大刑事法案》(Major Crimes Act)以對抗該判決之見解，規定印地安人在印地安領地內犯下殺人犯行、或者是其他重大犯罪應認為是違反了聯邦刑法，故應由聯邦法院審理。1886 年，最高法院在 *United States v. Kagama*, 118 U.S. 375 (1886) 判決支持了這部法律。於此時起，部落在紛爭解決的傳統機能便開始大幅下滑⁴⁸。

1880 年代，白人移民不斷侵入印地安保留區，善意的印地安之友組織與政府部門都嘗試要找出解決之道，以避免印地安土地流失並同時滿足白人移民擴張的土地需求。1887 年國會通過《印地安土地分配法》(General Allotment Act，又稱為 Dawes Act)，雖然初始目的在於保護印地安部落並使之「文明化」，然而最終卻造成印地安土地大量流失，且忽略各部落文化、社會與法律制度而強制適用的結果也摧毀了部落財產法制，造成部落領土的瓦解。由於土地分配政策造成白人土地所有權和人口在印地安保留區的擴張，1970、1980 年代聯邦最高法院判決便錯誤地以部落失去土地所有權為由作出判決，最終使得部落主權遭到剝奪殆盡⁴⁹。

第三目 印地安部族重整時期：1928 年－1945 年

北：韋伯。

⁴⁶ 落合研一，前揭註 40，頁 1077-1076。

⁴⁷ Kivisto，前揭註 45，頁 71。

⁴⁸ 落合研一，前揭註 40，頁 1076。

⁴⁹ 林淑雅(2007)，《解／重構台灣原住民族土地政策》，頁 191-204，國立臺灣大學法律學研究所博士論文。

1930 年代開始，由於聯邦政府開始無法確保繼續分配土地的財源，是故聯邦的印地安政策再度轉向。1934 年，聯邦議會通過《印地安重整法》(Indian Reorganization Act)，該法包含土地回復、提升經濟地位、確立部族自治等有關條項，目的是一面讓印地安的經濟狀況好轉，一面回復受到一百年以上的迫害以及家父長主義而損傷的部落自治。不過該法亦同時規定，若部族成員當中未有過半數的成人印地安人贊成該法之適用的話，那麼法律就不會適用於該部族。亦即，《印地安重整法》將是否組織憲法所規定之近代政府或者是繼續維持傳統政府，委由各部族決定⁵⁰。不過從另一面向而言，由於《印地安重整法》規定過去分配給個人的土地而尚未取得完整權利者，將無限期保留於信託狀態，便因此可能對印地安個人財產的有效利用以及部落財產法律的執行造成阻礙，而且這種「保護主義」式的立法反而可能違背印地安自決之理念⁵¹。

第四目 終止印地安部族時期：1945 年－1961 年

直到二十世紀，印地安人的差異在正常化法律中始終都被編製為劣等的未熟幼稚狀態，藉以證成對他們完整公民身分的剝奪。二十世紀之交的政策制定者假定，要終結這種受到指導、監護的地位，就必須與支配文化同化。在前一個時期，《印地安重整法》汰除並翻轉了許多這類政策，但到了 1950 年代，鐘擺又擺到了過去那頭，美國國會終止了聯邦與部落的關係，撤銷對印地安人做為特殊民族的所有認可，再次企圖強制印地安人與白人社會同化。這段美國與印第安民族關係來回擺盪的殘暴歷史，造成印地安人改變了自己的價值、實踐、制度、甚至他們的認同，以適應白人社會⁵²。不過終止保留區制度之政策最後失敗了，是故印地安人與聯邦政府間的特殊關係一直持續迄今。而在司法管轄權方面，1953 年制定了《一般法律 280 號》(Public Law 280)，使得州法院之刑事管轄擴及於州內的印地安保留地，反映了從 1950 年代起聯邦議會所追求的同化主義政策⁵³。

第五目 印地安部族自決時期：1961 年－

1960 年代開始，隨著世界各國民族解放運動的興起、美國國內民權運動的爆發、主流社會群體和少數族群之間的矛盾日益尖銳化等情形發生，多元文化主義以積極平權措施與雙語言教育等形式在美國逐漸開展⁵⁴。隨著多元文化主義思想逐漸萌芽，聯邦的印地安政策又再度將重心移往尊重印地安部族之主權與自治。1968 年，聯邦議會制定了《印地安公民權法案》(Indian Civil Rights Act)，使得大部分聯邦憲法之權利亦保障印地安人，並規定了將被《一般法律 280 號》

⁵⁰ 落合研一，前揭註 40，頁 1073-1071。

⁵¹ Mark D. Poindexter, *Note of Dinosaurs and Indefinite Land Trust: A Review of Individual American Indian Property Rights amidst the Legacy of Allotment*, 14 BOSTON COLLEGE THIRD WORLD LAW JOURNAL 53, 75-79 (1994).轉引自：林淑雅，前揭註 49，頁 199。

⁵² Iris Marion Young (著)，陳雅馨 (譯) (2017)，《正義與差異政治》，頁 307，台北：商周。

⁵³ 落合研一，前揭註 40，頁 1070。

⁵⁴ 油井大三郎，前揭註 18，頁 5-7。

跨大裁判管轄範圍的州管轄權返還給聯邦政府的程序⁵⁵。然而，該法也規定了聯邦憲法可以對部族政府的自治權做出限制。是故，於部分觀點中，聯邦政府實際上是藉由《印地安公民權法案》不當干涉了部族有關事項⁵⁶。無論如何，從制定《印地安公民權法案》以後，聯邦就確定了「自治尊重政策」、多文化共生乃至於多元文化主義的基調。不過，迄今的印地安政策不斷擺盪在「尊重部族的自治」與「以部族之解體為基調」的時期之間，故無法樂觀地認為現在以多元文化主義為基調的印地安政策能安定地持續下去⁵⁷。

第二款 刑事司法制度

美國司法部門相關數據顯示出，印地安人不僅是有非常高的比例成為犯罪被害人，而且許多非印地安人利用印地安保留區內缺乏法律執行力之特點，對印地安人犯下暴力犯罪、性騷擾、強制性交等犯行，尤其是針對印地安女性⁵⁸。美國境內的印地安保留地普遍面臨高於整體平均值 2.5 倍的暴力犯罪率之威脅，印地安女性有高於其他美國人 10 倍的機率更容易被謀殺，她們受到高於平均值 4 倍的強暴或性騷擾，超過三分之一曾經被強暴或經歷強暴未遂。美國檢察官對這些犯罪的低起訴率，以及聯邦調查局（Federal Bureau of Investigation）擁有對於保留地內最嚴重犯罪的管轄權，這兩件事情早已成為部落內長期爭論的焦點，印地安人認為他們所享有的是相當於鼓勵觸法之二等司法體系⁵⁹。

依據 Hart 分析，印地安保留區內高犯罪率之主要原因在於聯邦、國家、部落之法律與刑事管轄權所構成的複雜拼湊物（patchwork），讓許多肇事者（特別是印地安人）可以免於受到追訴。即使是輕微犯罪（minor crimes），許多印地安人仍必須要仰賴距離幾百英哩遠的聯邦檢察官來起訴，而這讓許多犯罪、甚至是重大犯罪都逃過司法追訴⁶⁰。這樣令人困惑的刑事司法管轄權安排，是因為一連串的法律與最高法院判決創造出一套沒有組織系統的運作模式所致⁶¹。

回顧美國政府對於印地安部族之管轄權的歷史，美國早期以來即建立印地安部族是在聯邦與州之外的「第三主權」（third sovereign）之概念，聯邦政府和許多部落簽訂了條約，並建立了「政府對政府」的關係⁶²。在十九世紀初期，美國

⁵⁵ 落合研一，前揭註 40，頁 1070。

⁵⁶ 落合研一，前揭註 40，頁 1067-1066。

⁵⁷ 落合研一，前揭註 40，頁 1064-1063。

⁵⁸ Gideon M Hart, *A Crisis in Indian Country: An Analysis of the Tribal Law and Order Act of 2010*, 23 REGENT UL REV. 139, 143-144 (2010).

⁵⁹ Timothy Williams, *Higher crime, fewer charges on Indian land*, THE NEW YORK TIMES (FEB. 20, 2012), <https://www.nytimes.com/2012/02/21/us/on-indian-reservations-higher-crime-and-fewer-prosecutions.html>.

⁶⁰ 另一個造成印地安領地內高犯罪率與低起訴率的重要因素是部落司法執行機構缺乏充分資金、人力、訓練。參照：Hart, *supra* note 58, at 159-160.

⁶¹ Hart, *supra* note 58, at 149-150. 相同結論：楊恕、曾向紅（2007），〈美國印地安人保留地制度現況研究〉，《美國研究》，21 卷 3 期，頁 57。

⁶² Lindsey Trainor Golden, *Embracing tribal sovereignty to eliminate criminal jurisdiction chaos*, 45

最高法院承認了美洲印地安部落部族 (American Indian tribal nations) 的分離性，於1831年 *Cherokee Nation v. Georgia* 案件中，強調美洲印地安部落是外於州與聯邦政府之「國內獨立部族」(domestic dependent nations)。其後於1832年 *Worcester v. Georgia* 案件中，最高法院進一步指出聯邦法律應該在美洲印地安部族的領域內「無力量或效果」(no force or effect)⁶³。不過這樣的對等關係與認知到後來就逐漸變質了。在同化政策階段，當殖民者試圖在印地安土地上增強對於美洲印地安人之控制時，一個很有效的工具即是**英裔美國人刑事司法系統**。透過司法系統，聯邦政府企圖控制那些爭取自己民族的主權與土地之印地安人，刑法與司法系統也被用來施加西方價值觀下的處罰，並將部落機制入罪化。由於這段美洲印地安人部落與西方系統之間的互動歷史，造成印地安人對於現代刑事司法系統懷有龐大的不信任感與質疑⁶⁴。

得到來自憲法的批准後，聯邦政府旋即著手限制部落法院對於發生在印地安領地內、由非印地安人對印地安人所為犯罪行為之刑事管轄權。1817 年，透過《一般刑事法案》(General Crimes Act)(後來的 1834 年《印地安領地刑事法案》，Indian Country Crimes Act)，此管轄權擴張被明文化，最後寫入 18 U.S.C. § 1152。依據此法案，聯邦法院對於印地安人為加害人或被害人的案件都有管轄權，除非加害與被害者都是印地安人、或印地安人已經依照當地部落法被懲處、或條約將刑事管轄權保留給部落⁶⁵。儘管該法的通過標誌著美國政府開始侵蝕部落的司法主權，但畢竟它還考慮到了聯邦政府與印地安人所簽訂的條約對前者之制約，是故這三種例外情況的保留對於印地安部落的司法權仍有重大意義⁶⁶。

其後，聯邦議會為了對抗最高法院於 *Ex parte Crow Dog*, 109 U.S. 556 判決之見解而制定之《重大刑事法案》(1885 年)，意味著部落政府司法權被再度削弱，聯邦政府已經開始全面介入部落的刑事司法權。《重大刑事法案》規定，在印地安保留地內所發生的謀殺、傷害、綁架、強制性交等均須移交聯邦法院，不論加害者是否具備印地安身分。隔年之最高法院 *United States v. Kagama* 判決當中，法院明白地表示聯邦政府對於美洲印地安人有完全的管轄權力 (absolute authority)⁶⁷。幾經修訂以後，現行《重大刑事法案》所規定必須交由聯邦法庭審理的刑事案件，已經遠遠超過了原來所規定的幾項罪行，新增了搶劫、亂倫、對未成年人的強制性交以及用危險武器對他人和物體進行攻擊等罪行。再者，1898 年《刑事整合法案》(Assimilative Crimes Act)(現在則是被寫在 18 U.S.C. § 13) 規定，所有那些不屬於各州刑事司法管轄權範圍的刑事犯罪均歸聯邦政府

U. MICH. J.L. REFORM 1039, 1041 (2011).

⁶³ Elizabeth Ann Kronk, *American Indian Tribal Courts as Models for Incorporating Customary Law*, 3 J. CT. INNOVATION 231, 236 (2010).

⁶⁴ CARRIE E GARROW & SARAH DEER, *TRIBAL CRIMINAL LAW AND PROCEDURE* 37 § 2 (Rowman Altamira. 2004).

⁶⁵ Hart, *supra* note 58, at 150.

⁶⁶ 楊恕、曾向紅，前揭註 61，頁 59。

⁶⁷ Kronk, *supra* note 63, at 236.

管轄，這樣一來，原本處於各州司法管轄權外的印地安保留地刑事案件自然就由聯邦法院審理⁶⁸。上述法律結合起來，再加上最高法院之詮釋，結果是**國家管轄權幾乎涵蓋了所有發生在印地安保留區的案件**⁶⁹。

進入二十世紀中期，影響印地安刑事司法管轄權最重要的法案之一是1953年通過之《一般法案280號》。根據該法案之授權，有六個「強制州」(Mandatory states)⁷⁰有權在各州的印地安人保留地上全面行使刑事司法權，其餘為「自選州」(Option states)，可以根據各州的實際情況和意願選擇在保留地上行使程度不一的刑事司法權。在《一般法案280號》中，也有對印地安人的刑事司法權的「保護」條款，亦即各州在保留地上行使刑事司法權時必須遵循以下三個要求：一、各州不得對印地安人的託管財產課稅、抵押或轉讓；二、不得以任何與聯邦政府的法律相抵觸的方式管理印地安人的託管財產；三、各州不得剝奪一個印地安人或部落由聯邦政府保障之狩獵、捕魚或圍獵權，同時也不得剝奪印地安人批准、控制或管理這些活動的權利。雖然該法設立初衷是為了解決印地安保留區內嚴重的犯罪問題，但從結果上來看其完全失敗了，而對印地安人而言，**州政府在保留地全面行使刑事司法權所造成部落司法權之損失是無可挽回的**。縱使《一般法案280號》的目的是要增進印地安保留區內的刑事執行，但該法真正做到的反而是在國家與部落之間建立更大的隔閡(gap)，且造成對於部落法院根本上是否擁有刑事管轄權之質疑⁷¹。

此時期，隨著部分目的是要促進當地部落自治政府之《印地安重整法》的實行，印地安保留區內開始大量出現印地安部落法院，而多數統治社會開始出現對於部落法之應用與執行感到畏懼的聲音。或許是為了對這些畏懼做出回應，議會與最高法院開始做出行動以限制美洲印地安部落法院的權力，前者例如制定《印地安公民權法案》，後者例如做出*Oliphant v. Suquamish Indian Tribe*判決⁷²。詳言之，1968年，聯邦議會制定《印地安公民權法案》(Indian Civil Rights Act)，限制部落法院所能實施刑罰限於一年以下有期徒刑與5,000美元罰金，結果讓部落只好大幅地依賴聯邦檢察體系；1978年，最高法院於*Oliphant v. Suquamish Indian Tribe*案件中表示，**印地安部落無權在部落法院中處置非印地安人，必須送交聯邦或州檢察官**。這個決定影響很大，因為在印地安保留區所發生之刑事案件大部分都來自於非印地安人之傷害，造成之後許多犯罪行為因為聯邦或州沒有行動而都沒有受到追訴⁷³。再者，部分印地安部落仍藉由條約而保有對非印地安人之刑事管轄權，在此種條約與*Oliphant*判決並存的情形下，管轄權應如何運作成為實

⁶⁸ 楊恕、曾向紅，前揭註 61，頁 59-60。

⁶⁹ Hart, *supra* note 58, at 151.

⁷⁰ 即加利福尼亞州、明尼蘇達州（除了紅湖保留地，Red Lake reservation）、內布拉斯加州、俄勒岡州（除了暖春保留地，Warm Springs reservation），威斯康辛州（除了梅諾米尼保留地，Menominees Reservation）與阿拉斯加州（1958 年）。

⁷¹ Hart, *supra* note 58, at 155-156.

⁷² Kronk, *supra* note 63, at 236-237.

⁷³ Hart, *supra* note 58, at 153-154.

務上新的問題⁷⁴。

以上這些混亂的法律規定和最高法院見解，造成實務運作模式亦是複雜難解，並對調查犯罪與逮捕行動製造了更多的難題（上述法案與最高法院見解之整理，參照表 3-1；目前印地安刑事案件管轄權區分，參照表 3-2）。由上述背景來看，印地安保留區的低起訴率與高犯罪率，應該一點也不令人意外⁷⁵。

表 3-1 美國對於印地安部落刑事管轄權之主要限制

年份	名稱	主要內容	備註
1817	一般刑事法案 (General Crimes Act)	發生在印地安領地內、由非印地安人對於印地安人所為之犯罪行為，原則上歸屬聯邦法院管轄。 →聯邦政府開始介入印地安人與非印地安人之間的犯罪	在印地安領地內由印地安人所為之所有類型犯罪行為仍由部落法院管轄，無論受害者是否為印地安人。
1885	重大刑事法案 (Major Crimes Act)	在特定犯罪行為類型專屬聯邦法院管轄，即使是發生在印地安領地內、由印地安人對於印地安人所為之犯罪行為亦同。 →聯邦政府對於印地安被告開始享有管轄權	最高法院支持此法案： <i>United States v. Kagama</i> , 118 U.S. 375 (1886)
1953	一般法案 280 號 (Public Law 280)	將部分原歸屬於聯邦管轄之發生在印地安領地內的犯罪行為，在特定的州轉由州法院管轄。 →州政府開始介入印地安領地內之管轄	依據是否必須要接受此管轄權之轉移，分成強制州 (Mandatory states) 與自選州 (Option states)
1978	<i>Oliphant v. Suquamish Indian Tribe et al.</i> , 435 U.S. 191	對於非印地安人，部落法院不再享有刑事管轄權。	無

※表格來源：筆者自行整理

表 3-2 印地安保留區內之刑事司法管轄權⁷⁶

A.當管轄權沒有透過《一般法案 280 號》授予給州：

加害人	被害人	管轄權
非印地安人	非印地安人	州（排除聯邦與部落）
非印地安人	印地安人	聯邦（依據《印地安領地刑事法案》）（排除州與部落）
印地安人	非印地安人	如果屬於《重大刑事法案》所規定之犯罪，那麼聯邦管轄排除州管轄，但可能不排除部落管轄。若沒有聯邦法律可以在該案件中適用，那麼以州法在聯邦法院中處理；

⁷⁴ GARROW & DEER, *supra* note 64, at 97.

⁷⁵ Hart, *supra* note 58, at 157.

⁷⁶ United States Department of Justice, *Criminal Resource Manual* 674; USAM 9-20.100(1997), <https://www.justice.gov/usam/criminal-resource-manual-689-jurisdictional-summary>(最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日)

		如果非屬《重大刑事法案》所規定之犯罪，那麼聯邦管轄排除州管轄，但不排除部落管轄（依據《印地安領地刑事法案》）。若沒有聯邦法律可以在該案件中適用，那麼以州法在聯邦法院中處理（依據《刑事整合法案》）。
印地安人	印地安人	如果屬於《重大刑事法案》所規定之犯罪，那麼聯邦管轄排除州管轄，但可能不排除部落管轄。若沒有聯邦法律可以在該案件中適用，那麼以州法在聯邦法院中處理； 如果非屬《重大刑事法案》所規定之犯罪，那麼專屬部落管轄。
非印地安人	沒有被害者	州專屬管轄。但如果對於個別印地安或部落利益有清楚的影響時，可能會附隨有聯邦管轄（federal jurisdiction may attach）。
印地安人	沒有被害者	可能會同時有聯邦與部落管轄，賭博相關犯罪則受到聯邦專屬管轄（根據《印地安博弈管理法》（Indian Gaming Regulatory Act））。

B. 當管轄權透過《一般法案 280 號》授予給州：

加害人	被害人	管轄
非印地安人	非印地安人	州（排除聯邦與部落）
非印地安人	印地安人	強制州：州（排除聯邦與部落）； 自選州：州與聯邦均有管轄權。
印地安人	非印地安人	強制州：州（排除聯邦），但未必排除部落； 自選州：與聯邦法院有共同管轄權（concurrent jurisdiction）。
印地安人	印地安人	強制州：州（排除聯邦），但未必排除部落； 自選州：對所有犯行州與部落法院有共同管轄權；而對於被列在《重大刑事法案》之犯行州與聯邦法院有共同管轄權。
非印地安人	沒有被害者	州專屬管轄。但在自選州，如果對於個別印地安或部落利益有清楚的影響時，可能會附隨有聯邦管轄。
印地安人	沒有被害者	州、部落以及聯邦（自選州）可能會同時有管轄權。於此國家沒有規定管轄權。

C. 當管轄權透過別的法律授予給州：

加害人	被害人	管轄
非印地安人	非印地安人	州（排除聯邦與部落）
非印地安人	印地安人	聯邦與州同時有管轄權，部落則否。
印地安人	非印地安人	州與聯邦和部落同時有管轄權。
印地安人	印地安人	對所有犯行州與部落法院有共同管轄權，對於被列在《重大刑事法案》之犯行州與聯邦法院有共同管轄權。
非印地安人	沒有被害者	州專屬管轄。但如果對於個別印地安或部落利益有清楚的影響時，可能會附隨有聯邦管轄。

印地安人	沒有被害者	州、部落以及聯邦（自選州）可能會同時有管轄權。於此國家沒有規定管轄權。
------	-------	-------------------------------------

※表格來源：譯自美國司法部網站（註腳 76）

第三款 評析與近時發展

1880年代的聯邦政府並沒有意識到印地安人享有一套習慣法與紛爭解決機制，故設計並施加了美國式的法律機制到印地安部族上，從此讓印地安傳統法律機制與紛爭解決制度陷入數百年的浩劫⁷⁷。聯邦政府的同化與涵化政策對於美洲印地安人的文化、語言、信仰和財產等造成很大傷害，造成到了二十一世紀的今日，印地安人在健康、教育、社經狀況等依然落後於其他美國人⁷⁸。在討論訂立《部落法律與秩序法》（2010年）之過程中，曾經討論是否應設置讓部落在各州將印地安刑事司法管轄權交還聯邦政府的過程中享有掌控權之規定。可惜的是，即使是在部落自我決定權已經成為正式聯邦政策的時代，一個讓部落可以擺脫州管轄（而這樣的管轄一開始就沒有經過部落同意）的提案仍然無法吸引足夠的議會支持。此現象背後隱藏的是對於部落刑事司法的公平性與有效性（effectiveness）的擔憂，而過去60年來對於印地安保留區的聯邦刑事司法政策也支持這樣的解釋⁷⁹。

然而，在部落刑事司法系統被國家力量削弱之前，每一個部落民族（tribal nation）都依據自己獨特的文化與法律系統以處理刑事犯罪行為與非行，雖然部落不一定把這樣的權力當作「管轄／審判權」（jurisdiction），但運行結果仍然與現在英裔美國人（Anglo-American）之管轄權運作完全相同⁸⁰。再者，傳統美洲印地安人的紛爭解決方法通常都是非對立性的（non-adversarial），以西式法庭結構而言偏向調解而非訴訟，目標是達成個人與部落之間關係與和諧（harmony）之修復⁸¹。然而長久以來，聯邦所制定之法律大致上都無法符合印地安部落之期待與需求。在議會研議《一般法律280號》時，對於州刑事司法管轄擴張到印地安保留地之官方理由是要解決印地安領地內的「無法律」（lawlessness）狀態，然而當時州刑事司法對於部落司法的優越性，亦即前者相較於後者更加公平且有效之假設沒有在聯邦政府受到任何一點質疑。是故，當議會明明就可以用支持部落刑事司法發展的方式來達成同樣目標，卻選擇了透過延展州管轄權的途徑，且完全沒有經過部落的同意。根據Goldberg的分析，《一般法律280號》實施後不久，就受到許多來自印地安領導人與部落成員的抗議，最主要的論點是傷害部落主權以及整套制度缺乏部落同意，再加上州刑事司法的不良品質、不具部落文化

⁷⁷ Raymond D Austin, *American Indian Customary Law in the Modern Courts of American Indian Nations*, 11 WYO. L. REV. 351, 355 (2011).

⁷⁸ *Id.* at 372-373.

⁷⁹ Carole Goldberg, *In Theory, In Practice: Judging State Jurisdiction in Indian Country*, 81 U. COLO. L. REV. 1027, 1057 (2010).

⁸⁰ GARROW & DEER, *supra* note 64, at 79.

⁸¹ Austin, *supra* note 77, at 354.

敏感性以及不易取得性（unavailability）。其認為，如果人們因為認為刑事司法系統在執行上不公平、或者是認為其沒有反映部落價值觀而不信任刑事司法系統，那麼人們就會傾向漠視法律系統並犯下犯罪。而且，被害人也比較不會提報受害，目擊者也比較不會協助指認與提供證詞。亦即，缺乏合法性（legitimacy）的刑事司法系統會經歷不遵守法律、不充分報告以及陷入困境之調查等難題⁸²。

為了解決印地安保留區內的高犯罪率問題，聯邦議會於 2010 年制定了《部族法律與秩序法案》（Tribal Law and Order Act），其修正了《印地安公民權法案》對部落法院量刑的限制，在部落法院作了保障被告權益措施之前提下，將部落法院所能實施的刑罰範圍從一年調高到三年有期徒刑、5,000 美元調高到 15,000 美元罰金。該等權益保障措施包含：向貧困被告提供有執照的法律顧問（counsel）之協助、當部落法院要審理被告可能會受到較高刑罰之案件時，必須有具備執照的律師協助之、程序公開且相關紀錄可被取得等⁸³。不過印地安部族對於《部族法律與秩序法案》接受度低，法案通過兩年內僅有兩個部落採取該法之規定而提高裁判刑度。根據 Hermes 分析，可能理由包含：部族沒有相應於提高後的刑度所需之資源，例如更多的法律顧問或有執照的法官等；有期徒刑時間增加，所需資金就變多，但部族沒有那麼多的錢，也沒有足夠對應較長刑期罰之設施；部族亦缺乏完整的刑事規範以因應能夠處以那麼高刑度的犯罪，蓋處理輕微犯罪僅需規範密度較低之刑法，但較重的犯罪就需要較詳盡的法條，而部族通常不具備足夠的時間與費用進行修法⁸⁴。

《部族法律與秩序法案》除了並未達成解決保留地內犯罪問題之預設目標外，亦未解消《重大刑事法案》所造成刑事司法系統「分離而不平等」的現象。從十九世紀晚期聯邦政府強調同化政策以來，聯邦議會不斷在印地安保留區內擴張聯邦管轄權，造成傳統部落制度、價值觀與文化解體。而即使印地安政策已經在最近幾個世紀開始有所轉變，印地安保留區內的聯邦刑事司法制度卻仍然頑固地維持著，並對於部落主權與自治造成嚴重的障礙⁸⁵。除此之外，另一對於《部族法律與秩序法案》之常見批評為，其將一套制度適用到所有印地安部落（one-size-fits-all），因此無法符合擁有不同能力與需求的部落所需。對於一些部落而言，給予再多兩年的刑度選項並不是他們想要的，但對其他部落而言，僅僅增加兩年卻是不夠的。對於後者，這樣一個小幅度的增加並不值得他們耗費時間力氣而改變現行法律以符合《部族法律與秩序法案》的要求⁸⁶。

在法案改革失敗下，印地安人仍被迫仰賴聯邦司法制度追訴犯罪。然而，聯

⁸² Goldberg, *supra* note 79, at 1057-1062.

⁸³ Kronk, *supra* note 63, at 241.

⁸⁴ Ed Hermes, *Law & Order Tribal Edition: How the Tribal Law and Order Act Has Failed to Increase Tribal Court Sentencing Authority*, 45 ARIZ. ST. LJ 675, 675, 691-693 (2013).同見解：Golden, *supra* note 61, at 1058-1061.

⁸⁵ Troy A Eid & Carrie Covington Doyle, *Separate but unequal: the federal criminal justice system in Indian Country*, 81 U. COLO. L. REV. 1067, 1067-1068 (2010).

⁸⁶ Hermes, *supra* note 84, at 693.

邦檢察官在印地安保留區內對於將印地安部落的價值觀內部化（internalizing）並且與之協調共處（acting in accordance with）上發生困難，蓋聯邦檢察官距離保留地通常有上百英哩之遠，可能無法理解部落的價值觀，而且他們通常無法使用部族成員所使用的語言。而印地安部族幾乎沒有任何政治手段可以要求改換這些並未共享相同價值觀之聯邦檢察官，這無可避免地引導部族批評聯邦檢察官脫離當地價值，特別是聯邦檢察官沒有成功起訴犯行、並造成現況之嚴重犯罪問題時⁸⁷。

對於印地安人司法困境之解決之道，有鑑於是當地部落、而非國家，才最清楚他們所需的資源、能力與法律執行，是故論者多主張根本解決之道在於給予部落機會以重新主張他們的主權及於所有保留地上發生的刑事案件。聯邦政府應該要停止對於部落法院給予過多的限制，議會應該要全面檢討限制部族對於保留地內刑事犯罪為控制之法案，並應盡速簡化現行制定法的系統，重新建立部落主權以讓部落保護他們的保留地免於犯罪⁸⁸。為了要有效降低犯罪率，最高法院亦應捨棄 *Oliphant* 判決所採見解，使部族得以追訴於其土地內犯罪之非印地安人⁸⁹。根據 Fletcher 的觀察，近時部落司法系統有一個新的發展趨勢，亦即越來越傾向於使用原住民法理（indigenous jurisprudence）而非聯邦法規，以部落習慣和傳統法來說明美國「公平程序」和「平等保護」概念之意義。其並認為，假以時日，這種基本公平原則的法理會有效地取代在部落法院中對美國法之使用⁹⁰，而國家法規的主要功能應限於協助部落法院、訴訟當事人與立法者，提供法律基礎建設以保障印地安保留區的基本公平性，亦即該法案僅是讓部落與部落法院可以暫時性依靠的支持，直到適當與合法的部落法產生並取代之為止⁹¹。

以 Navajo 族為例，他們的調解法院與和平方案，是世界上最知名的修復式正義進行方式之一，被稱為「平行審判體系」（horizontal system of justice），因為所有參與者都會在調解過程中受到平等的對待，乃相對於西方傳統的「垂直司法體系」（vertical system of justice）而言⁹²。Navajo 族原本亦主要採取美國式的法庭制度，但 1982 年 Navajo 民族司法會議創造了 Navajo 和平方案法庭（Navajo Peacemaker Court），將傳統的社區衝突處理方式結合到現代司法制度垂直式的法庭當中，具體而言是先從民族中選擇調停者，而該調停者在調停過程中引入作為傳統倫理觀之連帶感、相互利益與相補義務⁹³。以刑事案件而言，當 Navajo 族人犯下嚴重罪行或是犯罪行為發生在保留區之外時，將在屬於國家的聯邦法庭中受審，而較輕微的犯行、或在保留區內犯下的某些較嚴重的罪行，將在 Navajo 民

⁸⁷ Hermes, *supra* note 84, at 695.

⁸⁸ Golden, *supra* note 62, at 1070.

⁸⁹ Hermes, *supra* note 84, at 697.

⁹⁰ Matthew LM Fletcher, *Indian Courts and Fundamental Fairness: Indian Courts and the Future Revisited*, 84 U. Colo. L. Rev. 59, 61-63 (2013).

⁹¹ *Id.* at 95.

⁹² 謝若蘭、賴富庭（2017），〈原住民族修復式正義觀點與實踐簡介〉，謝若蘭（編），《在，之間：認同與實踐之間的學術研究儀式》，頁 236，台北：稻鄉。

⁹³ 松井健一（2013），《北米先住民族の文化と主権》，頁 271，茨城：筑波大学出版会。

族法庭中受審。調解衝突的方式是鼓勵所有參與會議的人們毫不保留地說出他們面對的問題，以及在這起衝突事件中的立場。透過祈禱的儀式過程與價值觀的澄清、加害者與受害者雙方各自的陳述、以及祖先所留下來的傳統神話中的智慧，來運作整個調解會議。透過此過程，在所有利害關係人之間達成一致的決議，並且恢復整個社區的和諧⁹⁴。

Navajo 和平方案法庭當中並沒有必定實施通常在州與聯邦法院中適用的聯邦憲法保護（如法律諮詢權或陪審團），取而代之的，家族成員和其他受影響之個人也與紛爭當事人一併參與程序。嚴格而言，刑事被告在過程中可能真的並未享有部分憲法權利，但這並不意味著該計畫就是不公平的或沒有實效的。相對的，Navajo 部族發現在家庭暴力等犯罪上該法庭比起聯邦刑事司法制度更有效率，且對於刑事被告較有利，因為該計畫關注被告作為一個社會中有生產力的成員的復原與社會復歸⁹⁵。從數據上來看，在和平方案法庭處理過的所有類型案例當中，加害人再犯的機率僅有 20%，如此看來似乎比起現行刑事司法政策更具有正面的矯治效果⁹⁶。

第二項 加拿大

第一款 歷史概述

由於過往的墾殖與殖民歷史，原住民、來自歐洲的殖民者再加上多樣化的移民團體，讓現在的加拿大成為境內包含一百個以上不同種族之多族群國家。根據 2011 年人口統計，加拿大的人口組成比例分別為：歐洲（77%）、亞洲（14%）、原住民（4%）、黑人（3%）、拉丁美洲（1%）與多種族（0.5%）⁹⁷。現行加拿大憲法把眾多的族群大略分為三類，第一類是原住民，包括印地安人、因紐特人（Inuit）與梅蒂斯人（Métis）；第二類是多數族群，即英裔與法裔加拿大人；第三類則是除了英裔與法裔之外的移民族裔。印地安人是在歐洲人移入以前居住在加拿大的原住民族，現在一般被稱為「第一民族」（First Nation）；因紐特人是居住在加拿大北部的原住民，以前被稱為愛斯基摩人；梅蒂斯人則是從事毛皮交易的法國男性與原住民女性結婚之後代。早在哥倫布抵達美洲前，印地安人和因紐特人早已發展出自己的語言和文化，並建立了自己的族群社會，而梅蒂斯人雖然是歐洲人移入之後才形成的民族，但因為其擁有獨特的文化故亦被以原住民對待⁹⁸。

⁹⁴ 謝若蘭、賴富庭，前揭註 92，頁 250-251。

⁹⁵ Samuel E Ennis & Caroline P Mayhew, *Federal Indian Law and Tribal Criminal Justice in the Self-Determination Era*, 38 AM. INDIAN L. REV. 2, 421, 474 (2013).

⁹⁶ 謝若蘭、賴富庭，前揭註 92，頁 251。

⁹⁷ MICHAEL DEWING, CANADIAN MULTICULTURALISM 1 (Library of Parliament, Parliamentary Research Branch. 2013).

⁹⁸ 松井茂記（2012），《カナダの憲法——多文化主義の国からのかたち》，頁 297，東京：岩波書店。

十八世紀時，隨著法國在歐洲大陸的戰爭中敗給英國，法國在北美之領土即割讓予英國。英王喬治三世於 1763 年發佈「皇家宣言」(Royal Proclamation)，主要目的是透過貿易、居住地與土地權取得等規範，以安定殖民者與該地原住民間的關係。皇家宣言劃定殖民者和印地安人之間的界線，殖民者非經許可不得越界遷移入印地安人地區，印地安人土地的買賣必須在有英國政府代表和印地安人的聚會進行⁹⁹，這有著防止原住民受到歐洲人搾取、保護原住民的意義在內¹⁰⁰。

其後又歷經了數波重要法律變革，最終加拿大在 1867 年成為聯邦國家，並制定了規範國家組織架構的《英屬北美法》(The British North America Act)。成為聯邦國家後的加拿大，基本上採取區別法裔與英裔住民之二元架構（尤其在法律與語言方面），謀求兩個集團間最低限度的共存，例如魁北克州適用法國式民法、其他各州則適用英國式民法的原則¹⁰¹。後來成為 1867 年《加拿大憲法》的《英屬北美法》雖然是加拿大立國的基本法，然而該法並未提到「原住民」(aboriginal)亦未對印地安人給予定義，僅於第 91 條第 24 項有關聯邦政府與省政府權力劃分的規定中提到「印地安人和印地安人土地保留地的事務由聯邦政府專屬管轄」，此項規定奠立聯邦國會日後制訂《印地安法》(The Indian Act)的法源基礎¹⁰²。

從 1867 年開始，加拿大聯邦政府的民族政策可以大略分成三個階段：同化政策、二元文化政策、以及現行之多元文化主義政策階段。雖然同化主義、文化多元主義(cultural pluralism)等名詞首先用於形容美國社會的現象，但多元文化主義此詞彙卻起源於加拿大和澳洲¹⁰³。

第一目 同化政策階段

從 1867 年到第二次世界大戰爆發前，採用的是由官方主導以英國思想為核心的強制同化模式¹⁰⁴，直到 1947 年《公民身分法案》(Canadian Citizenship Act)做成前，所有加拿大人都被當作同一身分之「英國人」對待。1876 年政府制定了《印地安法》(The Indian Act)，初始目的是藉由整合聯邦和各省過去所制定有關印地安人之法律，以將原住民同化入加拿大主流社會當中，然而該法實施結果實際上是將印地安人與加拿大主流社會更加隔開¹⁰⁵，更是惡名昭彰的「印地

⁹⁹ 李憲榮(2010)，〈加拿大梅蒂族群(Métis)的法律地位〉，《台灣原住民族研究季刊》，3 卷 2 期，頁 5。

¹⁰⁰ 松井茂記，前揭註 98，頁 298。

¹⁰¹ 加藤普章(1999)，〈カナダの多文化主義——言語と宗教をめぐる多元性と歴史的展開〉，油井大三郎・遠藤泰生(編)《多文化主義のアメリカ——揺らぐナショナル・アイデンティティ》，頁 232-234，東京：東京大学出版会。

¹⁰² 李憲榮，前揭註 99，頁 6。

¹⁰³ Kivisto，前揭註 45，頁 118。

¹⁰⁴ 張寅(2011)，《多元文化背景下的民族國家建構研究》，頁 126-127，中國吉林大學政治學博士論文。

¹⁰⁵ 李憲榮，前揭註 99，頁 6。

安住宿學校」(Indian Residential School)之開端¹⁰⁶。在此時期，中央權力機關駁回了文化異質性(cultural heterogeneity)的價值，認為種族與民族差異牴觸了國家利益，有害於加拿大的完整性。直到第二次世界大戰後出現大量的移民潮，才讓政府開始重新思考不斷演變的加拿大社會當中「其他種族」(other ethnics)所扮演的角色與定位¹⁰⁷。

第二目 二元文化政策階段

1960年代是加拿大族群關係開始轉變的新紀元，首先是魁北克的法裔集團由於感到民族文化延續受到威脅而在政治、經濟和文化領域掀起了一場改革，加拿大政府對此做出的反應是改變聯邦政府機構中獨尊英語的情形而轉向「二元文化政策」，例如1969年聯邦政府頒布了《官方語言法》，將法語和英語並列為加拿大的官方語言。然而，此政策並未改變法裔加拿大人在政治、經濟和社會中所處的相對劣勢，使得分離情緒不但沒有消失，反而越來越嚴重。而更令聯邦政府意想不到的是，二元文化政策的實施使其他民族擔心會淪為英裔和法裔集團下的「二等公民」，激起他們起身要求政府保障自身民族的平等地位和權利¹⁰⁸。

另一個重要的因素是，政府於1960年代中期任命了一個皇室委員會(Royal Commission)針對雙語政策(Bilingualism)及雙文化政策(Biculturalism)，在加拿大全境舉辦了多場的公聽會，結果是每一個地區的族群發言代表都認為舊有的同化政策不僅不公平而且失敗。他們催促政府應該盡快採行讓市民得以參與廣大社會的新模式，要求公眾接受文化差異性及支持文化多元性，以作為發展加拿大認同(Canadian Identity)的藍圖。不同於美國所採用的融爐(melting pot)模式，他們傾向文化馬賽克(cultural mosaic)的觀念——獨特的個體組成緊密的群體(此概念起源於1965年John Porter《垂直的馬賽克》(The Vertical Mosaic)一書)，認為種族差異並不會破壞加拿大的一致性，而這就是加拿大的特色所在。參考以上意見，委員會最終在1969年向政府提交的報告中，建議政府要認知文化多元性的價值，而且鼓勵在政策及方案設計上反映出這種多元性¹⁰⁹。此報告直接促成加拿大進入接續的多元文化主義政策階段¹¹⁰。

¹⁰⁶ 該寄宿學校之來龍去脈、2015年原住民族真相和解委員會調查報告與近年來政府與之有關之行動，參照：施正鋒，〈加拿大的原住民族真相和解委員會，第八屆發展研究年會：環境與永續發展〉，台灣發展研究學會、台灣大學地理環境資源學系主辦，頁1-27(2016年10月15日)；2015年原住民族真相和解委員會調查報告：Truth and Reconciliation Commission of Canada, <http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/index.php?p=890>(最後瀏覽日期：2018年4月20日)；風傳媒，〈加拿大的轉型正義〉，杜魯道總理邀請教宗為「文化滅絕原住民」道歉，2017年5月30日，<http://www.storm.mg/article/274816>(最後瀏覽日期：2018年4月20日)。

¹⁰⁷ DEWING, *supra* note 97, at 2.

¹⁰⁸ 范盛保(2004)，〈從大熔爐到多元文化主義：加拿大成功之移民經驗及其對台灣的啟示〉，施正峰(編)，《當代加拿大民主政治》，頁302，台北：翰蘆圖書。

¹⁰⁹ 吳克能(2005)，〈多元文化主義下的加拿大廣電政策〉，《93年出國專題研究》，頁25，台北：行政院客家委員會。

¹¹⁰ DEWING, *supra* note 97, at 3.

第三目 多元文化主義政策階段

1971年，加拿大當時的杜魯道總理在議會宣言採行多元文化主義作為國家政策，成為加拿大建國一百多年以來第一項成文的族群政策。依據此宣言，導入多元文化主義有四個目的，包含：援助民族文化團體（ethno-cultural groups）的文化發展、援助民族文化團體的成員克服完全參加加拿大社會的障礙、促進所有的民族文化團體之間的創造性接觸與交流、以及援助「新加拿大人」至少習得一種加拿大的官方語言¹¹¹。為確實落實多元文化主義政策，聯邦政府採取了一系列措施，例如從1972年成立了多元文化部，同時在內閣中相應增設一名「多元文化部長」負責執行與監督多元文化主義政策，在各地區也設立了各級地方的「多元文化主義工作部」和各種多元文化非政府機構組織¹¹²。

隨後，1988年加拿大議會通過了《加拿大多元文化主義法》（Canadian Multiculturalism Act），成為世界上第一個通過國家多元文化主義法律的國家¹¹³。該法案承認多元文化主義是加拿大社會的根本價值，並必須被納入聯邦政府的政策決定過程中，目的在於協助保存文化及語言、減少歧視、增進文化意識與理解、並促進聯邦層級修訂文化敏感（culturally sensitive）的制度¹¹⁴。

第二款 刑事司法制度

根據 Clark 和 J.Cove 的分析，加拿大政府在二十世紀中期以前從來都沒有認真審視過原住民與非原住民之差異，轉變的契機來自於負責處理「有身分印地安人」（status Indians）的福利事項之印地安事務局（Indian Affairs Branch）開始注意到印地安人受到越來越多刑事起訴與定罪的現象，並要求加拿大矯正協會（Canadian Corrections Association）比較印地安人與非印地安人在公訴罪（indictable offenses）方面的定罪率，結果發現前者顯著較高。加拿大矯正協會於1967年之報告指出，原住民所面臨的眾多問題之一是法律系統對於他們完全是文化疏離的（culturally alien），並指出原住民的社經狀況影響了他們和司法系統之關係，意味著如果非原住民處於和原住民類似的社經狀況下也可能會面臨相同困難。此報告標誌了政府對於原住民邊緣化的處境與其影響之全新關注的開始，其後又受到美國民權運動之影響，於是加拿大施加於原住民族的政策逐漸改變

¹¹¹ 石川涼子（2013），〈多文化主義とネイション——カナダにおける多文化主義を通じた政治統合の考察〉，佐藤正志=ポール・ケリー（編），《多元主義と多文化主義の間——現代イギリス政治思想史研究》，頁299-230，東京：早稻田大学出版部。

¹¹² 張寅，前揭註104，頁129-130。

¹¹³ 《加拿大多元文化主義法》的主要內容包含：一、承認國內種族多樣性的現實，促進民眾對於加拿大現存社會文化的接受與理解；二、承認國內不同民族的存在，促進社會各個民族平等參與國家社會生活，保障全部公民享有平等的社會權利；三、培養社會民眾對各民族不同文化的肯定與欣賞，強調各個機構需要尊重和體現多元民族文化的特色，提倡不同民族間相互理解和相互啟發；四、對官方語言（英語、法語）必要支持的同時，著重保護並加強非英、法語言的使用。

¹¹⁴ DEWING, *supra* note 97, at 4.



自 1967 年加拿大矯正協會發佈此份報告後，往後三十五年內共產出了一千份以上對於原住民社經狀況之調查報告¹¹⁶，在這些報告當中有三個特別與原住民族刑事司法境況相關：

1. The Royal Commission on the Donald Marshall Jr Prosecution (1989)：

此為起因於一件原住民冤獄案而發起之調查，在最終報告所提出之八十二項建議當中，對於刑事司法系統從調查至矯正階段做了全盤檢討，指出在原住民與黑人之待遇上，最根本的問題來自於系統性歧視 (systematic discrimination)¹¹⁷。

2. The Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba (1991)：

此調查報告指出，被起訴之原住民有高於非原住民 2.5 倍的機率受到有期徒刑宣判；原住民被告僅有 21% 被允許保釋 (bail)，而非原住民被告則有 56% 受允許。以曼尼托巴省 (Manitoba) 為例，原住民僅占該省人口 10%，然而監獄中卻有超過 60% 都是原住民；以全國而言，原住民約占總人口 3%，但在監獄中之比例亦高達 17%。最後報告建議：「聯邦與州政府應承認原住民建立自己的司法系統的權利是原住民固有自治權的一部分。聯邦與州政府應協助原住民於其部落內，以最符合原住民族傳統、文化、部落期望和族人權利之方式，建立原住民司法系統」¹¹⁸。

3. The Royal Commission on Aboriginal Peoples (RCAP, 1991～)：

RCAP 專家委員會指出，現行司法系統不符合原住民價值和紛爭解決模式，必須要立刻進行改革，而不應該存在任何建立分離司法系統的法律障礙。對任何改革而言，女性平等參與和安全保障都是重要的，且任何改變的決策過程都必須

¹¹⁵ Scott Clark & John J. Cove, *Canadian Commissions of Inquiry into Aboriginal Peoples and Criminal Justice*, in *INDIGENOUS PEOPLES' RIGHTS IN AUSTRALIA, CANADA, AND NEW ZEALAND* 303, (Michael Asch & Paul Havemann eds., 1999).

¹¹⁶ 到了二十一世紀，加拿大原住民的生活水平與機會仍顯著不均，與非原住民之加拿大人形成龐大差距。原住民通常來自於一個具有以下特徵之保留地部落：自殺率是非原住民加拿大人的兩倍；發生暴力死亡之機率高出其餘加拿大地區三倍；有高於其他加拿大人十五倍的機率居住在過度擁擠的住家；有 45% 以上並未就讀高中；平均家庭收入（無論是否居住於保留地）僅有其他加拿大人的一半；在部分原住民部落中被認為有 75% 到 90% 的女性、以及 40% 的兒童受到虐待；愛滋病、酗酒、毒品和藥物濫用等問題，在原住民部落裡特別嚴重。引用自：Harry S LaForme, *The justice system in Canada: Does it work for Aboriginal people*, 4 *INDIGENOUS LJ* 1, 5 (2005)；Peter Stoett (2005)〈加拿大人權與多元文化政策之實務經驗分享〉，《台灣國際研究季刊》，1 卷 1 期，頁 134。

¹¹⁷ The Marshall Inquiry: Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution, Digest of Findings and Recommendations 1989, https://novascotia.ca/just/marshall_inquiry/. 轉引自：Clark & J. Cove, *supra* note 115, at 305.

¹¹⁸ Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal Peoples, 266. 轉引自：Clark & J. Cove, *supra* note 115, at 309.

有原住民族的完全參與，亦即必須藉由協商而得到他們的同意¹¹⁹。

與上開行政調查報告同時，二十世紀末的司法系統亦觀察到報告所指摘的現象，例如最高法院於 *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688 判決中指出，「由於拘留環境文化上不適當 (culturally inappropriate)，再加上對於原住民之歧視在刑罰制度裡過於盛行，使得原住民被告更容易受到監禁之負面影響並更難以『復歸於社會』 (rehabilitated)」，「原住民在刑事司法系統中比例嚴重過高 (overrepresentation)」。¹²⁰ 刑法雖然在 1996 年做了修正，例如上開 *Gladue* 判決所引用之刑法第 718.2 (e) 條量刑規定¹²¹，但實質上並沒有造成什麼改變。甚至，即使刑法修正促使非原住民的拘留率 (custody) 下降了 22%，但原住民反而上升了 3%¹²²。已經有大量研究指出，司法體系中有種族歧視的問題，而原住民族受到過度監禁 (over-incarcerated)。到了 2015/2016 年情況仍未改善：原住民族人口僅佔全加拿大 3%，但在省與地方的矯治系統中占了 26%，在聯邦矯治系統則占了 28%¹²³。

不過，儘管刑法除了量刑規定外並無針對原住民族之特別考量，程序法上已有數間原住民刑事法院。目前加拿大的原住民刑事法院建立於二十世紀晚期，大多以有罪為前提而專注處理量刑事宜。各個法院都是地方法院系統的一環，與地方法院擁有同等地位，最主要的不同點在於由原住民族人所打造之原住民法院試圖以文化適當的方式解決問題，並促進均衡與修復¹²⁴。傳統上，西方法律實踐傾向優先個人化刑事犯罪行為的責任，而不考慮少數族群所經歷之殖民與種族主義歷史，故不重視原住民與種族知識或直接「征服」之。在犯罪處理過程中排除原住民知識並漠視殖民主義與種族歧視，被認為必須為延續了種族少數族群、特別是原住民族在司法系統內的高比例 (overrepresentation) 負起責任。透過發展將原住民刑事行為放置在殖民、種族關係與差別待遇之歷史脈絡當中的技術與規範性實踐 (technique and normative practices)，加拿大原住民刑事法院正在挑戰主流法律實踐之疆界¹²⁴。

¹¹⁹ RCAP, *Aboriginal Peoples and the Justice System*, 3-12. 轉引自：Clark & J.Cove, *supra* note 115, at 310.

¹²⁰ 「所有除了徒刑以外、在系爭情況下是合理的、且與對被告或對部落所造成之傷害是相符的可能量刑，都應該為所有犯罪行為人考量之，且必須特別關注原住民犯罪行為人的情況。」(All available sanctions, other than imprisonment, that are reasonable in the circumstances and consistent with the harm done to victims or to the community should be considered for all offenders, with particular attention to the circumstances of Aboriginal offenders.)

¹²¹ LaForme, *supra* note 116, at 15.

¹²² Julie Reitano, *Adult correctional statistics in Canada, 2015/2016* (Statistics Canada 2017).

¹²³ Heather Chan, *Access to Justice - Aboriginal Resources List 2013 1* (Alberta Civil Liberties Research Centre. Retrieved from: https://static1.squarespace.com/static/511bd4e0e4b0cecdc77b114b/t/5446cbcee4b0265bf17ebde7/1413925838363/ATJ_Aboriginal_2013_Resources_List.pdf, 2013). 同樣見解：K Whonnock, *Aboriginal courts in Canada 1* (The Scow Institute. Retrieved from http://lgdata.s3-website-us-east-1.amazonaws.com/docs/3978/803827/Aboriginal_Courts_Fact_Sheet.pdf, 2008).

¹²⁴ Paula Maurutto & Kelly Hannah-Moffat, *Aboriginal Knowledges in Specialized Courts: Emerging*

以下以數間加拿大原住民族法院為例¹²⁵：

一、亞伯達省 Tsuu T'ina 第一民族法院（2000 年）

Tsuu T'ina 第一民族法院（亦被稱為和平方案／調解法院，Tsuu T'ina Peacemaking Court）對於發生在 Tsuu T'ina 保留地的刑事與少年等案件有管轄權，是亞伯達省地方法院與調解過程（peacemaker process）此二不同系統之結合，以獨特的方式展現出合作結果¹²⁶。法院以第一民族的象徵和藝術作品做裝飾，法庭內置放圓桌以讓所有參與者都可以坐在一個平等的位置¹²⁷。以傳統煙燻儀式為始，所有在該法院進行的事情都是用傳統方式為之，律師參與其中但僅僅是對於法律議題提供指引而已。Tsuu T'ina 第一民族法院採取修復式司法模式，將對於被告作為一個人的待遇列為首要之事，並認為修復部落的和平需要許多人的參與和協助，而不僅僅是政府與被告而已。法院的主要目標是要透過 Tsuu T'ina 族人的傳統價值觀與信念在被害人、犯錯者與部落之間謀求和平。除了殺人與性犯罪以外的所有犯行都可以調解，而調解程序必須以犯行被害人之同意參與始得開啟¹²⁸。

法院職員是從部落中招募，兩個身為長老的調解者（Peacemakers）作為對於程序的社區證人（community witnesses）而參與其中，調解者人選則是由調解協調者（Peacemaker coordinator）從部落裡受到信任與尊重之人當中選擇。調解圓圈（Peacemaking circles）用以解決紛爭、修復並解決被害人與被告之關係。曾擔任調解者之 Ellery Starlight 表示：「此種司法並不是新的東西，人們早已熟知，其提供了一個人們真正可以說話的安全領域。同意進行調解的被告必須要對其所為行為負責，並且在圓桌形式中面對被害人。家族成員、社工與長老也有機會可以發言」¹²⁹。

二、薩斯喀徹溫省 Cree-speaking 法院以及 Dene-speaking 法院（2001 年、2006 年）

Practices in Gladue Courts, 31 CJLS 3, 451, 451-452 (2016).

¹²⁵ 其餘原住民族法院尚包含：2007 年成立之 Yukon Wellness 法院，主要功能在於讓胎兒酒精中毒症候群（Fetal Alcohol Spectrum Disorder）之被告獲得適當的診斷，該診斷包含因應每一個被告不同之技能、能力而應該如何在司法體系中對待他們的建議，目的是要創造一個讓他們能遠離觸犯法律並發揮功能（function）之環境與架構；2006 年成立之新西敏（New Westminster）第一民族法院，專注於處理認罪協商以及修復式司法量刑；2012 年成立之北溫哥華原住民法院，希望解決第一民族成人在英屬哥倫比亞刑事司法系統內過度出現（over-representation）的問題；2013 年成立之 Cknúcwentn 第一民族法院，在量刑問題上採取了問題解決與修復式司法途徑；2013 年成立之 Duncan 第一民族法院，一個月進行一次並由英屬哥倫比亞地方法院法官以及大約十位長老一起主持，一開始是作為原住民青少年法庭，但後來也包含成人在內。詳參：Whonnock, *supra* note 123, at 3; Shelly Johnson, *Developing First Nations courts in Canada: Elders as foundational to Indigenous therapeutic jurisprudence*, 2 JOURNAL OF INDIGENOUS SOCIAL DEVELOPMENT, 1, 8-9 (2014).

¹²⁶ Whonnock, *supra* note 123, at 3.

¹²⁷ Johnson, *supra* note 125, at 6-7.

¹²⁸ Chan, *supra* note 123, at 2.

¹²⁹ Johnson, *supra* note 125, at 6.

Cree-speaking 法院在 2001 年建立於薩斯喀徹溫省北部，每個月巡迴至薩斯喀徹溫省內 Pelican Narrows、Sandy Bay、Montreal Lake 以及 Big River 第一民族各五次。Cree 法院包含說 Cree 語言的法官與檢察官（後者取決於是否有人選），被告亦可以獲得說 Cree 語言的法扶律師之幫助。雖然律師通常以英文作抗辯，但被告可以在法院使用英文或 Cree 語言，法官會依照被告需求以任一語言解釋案件¹³⁰。隨後於 2006 年，第一個 Dene-speaking 法院從 Meadow Lake 地區開始了巡迴法院運作，法院會在翻譯協助下以 Cree 或 Dene 語言進行。法院也提供修復式正義模式，主持法官（presiding）也是會說 Cree/Dene 語言的 Cree/Dene 族人。法院亦提供服務給 English River、Buffalo River、Canoe Lake 以及 Big Island Lake 區域¹³¹。

Cree 法院最常處理量刑相關案件，法院可能會對於被告以及出席成員提供量刑原則的詳細解釋，在刑法及／或少年犯罪法（the *Criminal Code* and/or *Youth Criminal Justice Act*）之量刑原則以外，法官可能強調傳統 Cree 的價值觀對於個人、家庭與部落之尊重。即使使用的是典型地方法院制度的構造與過程，Cree 語言的效果仍改變了法律程序的動態（dynamic）¹³²。

依據薩斯喀徹溫省所設立之 Cree 法院介紹頁面，該法院之優點包含：讓法院可以和被告以合適於其語言與文化所需之方式做溝通；鼓勵部落領導人在刑事司法系統中的參與，並理解到部落在支持被告與受害者方面之角色；將傳統價值納入量刑當中，讓該等價值觀更能回應特定部落之需求；強化法院在薩斯喀徹溫省北方作為一個當地機構（a local institution）建立安全且健康社會之角色；認知（acknowledge）第一民族文化與語言方面的價值觀，以及這些價值觀對現在所面臨的挑戰可以扮演的角色¹³³。

三、安大略省 Gladue 法院（2001 年）

R. v. Gladue 判決指出，在對原住民被告為量刑時，必須要考量一定範圍內的資訊與證據（被稱為「Gladue 因素」），包含¹³⁴：

1. 毒品濫用：個人、家族、部落。
2. 貧窮：幼兒、成人、被告之家庭或部落。
3. 顯性／隱性種族主義：部落內、來自家族成員、陌生人、學校或職場。
4. 家庭：關係之品質、離婚、家庭在犯罪中的參與程度、寄宿學校、遺棄等。
5. 虐待：性、情緒、物理與精神上。

¹³⁰ Chan, *supra* note 123, at 1.

¹³¹ Whonnock, *supra* note 123, at 3.

¹³² Chan, *supra* note 123, at 1.

¹³³ Courts of Saskatchewan, <https://sasklawcourts.ca/home/provincial-court/cree-court-pc/>（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日）。

¹³⁴ 轉引自：Maurutto & Hannah-Moffat, *supra* note 124, at 456.

6. 失業：低收入、缺乏工作機會。
7. 缺乏接受教育的機會。
8. 從原住民部落中受到驅離／拆散（dislocation）。
9. 歧視的團體／部落經驗。
10. 寄養或收養：年紀、時間長短、由非原住民家庭。



2001 年 Gladue 法院之成立目的即是要實行最高法院之上開決定，並且要完全理解刑法第 718.2 (e) 條之量刑規定。Gladue 法院僅可以聽取原住民被告之案件，而該被告可以在 Gladue 法院中進行保釋聽證會、認罪協商與量刑程序¹³⁵。目前全加拿大共有 6 間 Gladue 法院¹³⁶。

Gladue 法院是「常規的」(regular) 加拿大刑事法院，適用加拿大法律，並非一個特別的原住民司法形式。然而，他們確實意識到傳統量刑原則問題重重，而應該要採用一個新的法律程序以處理原住民被告之待遇問題。為了確保判決符合 Gladue 原則，法院必須得到有關原住民被告行為之集合性歷史與壓迫經驗、監禁的替代方案以及造成過度監禁的因素等資訊。為了達到此目標，Gladue 法院依賴由多倫多的原住民法律扶助機構 (Aboriginal Legal Services of Toronto) 所訓練之法院職員 (court workers) 組成的五人團隊，他們會撰寫涉及原住民被告之生活環境以及量刑建議之「Gladue 報告」¹³⁷，透過與原住民被告的朋友、家庭成員之會談，詳細描述與原住民被告有關的生活境遇。報告內容將原住民被告個人的生活境遇，放置在社會系統的脈絡下觀察，說明社會系統如何影響該原住民被告。除此之外，報告內容亦會說明替代監禁處分的詳細執行計畫，例如報告內容如果是建議濫用藥物被告接受替代療法，通常在提出報告之前，該替代療法已經開始執行或執行完畢。在審判過程中，「Gladue 報告」除了可以讓法院詳細瞭解社會系統因素對於原住民被告過去生活所造成的影響之外，亦能藉由詳細的處遇建議方式，幫助法院做出符合修復式正義的處罰¹³⁸。

除了原住民法院職員外，另有原住民案件工作人員 (Case workers) 參與程序。他們有專業能力以敘述系統因素如何普遍地影響了原住民族與該被控訴之人，並知道對於被告應該要問什麼問題、以及答案的重要性。除此之外，他們也知道部落有哪些資源可以用來幫助被告的特別需求，他們能將學術與口說陳述轉化為支持的事實與法律證據¹³⁹。非原住民之律師所找出之被告資訊可能包含導致歧視的文化因素，但這些資訊卻沒有一致地以殖民主義和種族關係之歷史為基礎。相對而言，受過訓練的原住民所做出之報告則以根本上完全不同的知識，連結出被

¹³⁵ Chan, *supra* note 123, at 2.

¹³⁶ Whonnock, *supra* note 123, at 3.

¹³⁷ Chan, *supra* note 123, at 2.

¹³⁸ Jonathan Rudin, *Aboriginal Over-representation and R. v. Gladue: Where We Were, Where We Are and Where We Might Be Going*, THE SUPREME COURT LAW REVIEW: OSGOODE'S ANNUAL CONSTITUTIONAL CASES CONFERENCE 40, 687, at 705-706 (2008).

¹³⁹ Maurutto & Hannah-Moffat, *supra* note 124, at 460-461.

控訴者之行為和特殊原住民殖民歷史之間的關聯¹⁴⁰。

第三款 評析與近時發展

根據 Bell 分析，雖然加拿大一直以作為第一個將多元文化主義正式採用為官方政策之國家為豪，然而就原住民族部分而言，基本上統治者僅承認歐洲法可以適用於加拿大，在大多數時候都是完全忽視原住民法律的¹⁴¹。縱使 1982 年憲法當中加入原住民族相關規定，加拿大的多元文化政策仍是主要針對移民、而非原住民而發，威爾·金里卡將之稱為「移民多元文化主義」，在鼓勵不同祖籍之人們彼此交流而非組成自我封閉的族裔聚居區之同時，堅持加拿大移民必須學習並接受英語或法語作為生活中的語言¹⁴²。是故，加藤普章指摘，縱使加拿大在 1970 年代起即逐漸進入多元文化主義時代，開展的仍僅有作為「政治妥協產物」之「二語言、二文化」政策，政府所主張之多元文化主義並非以文化與身分認同的維持以及平等社會參與之實現為目標，也沒有將「有色人種」納入考量範圍¹⁴³。原住民幾乎無法在 1980 年代以前的加拿大歷史或政治框架內發揮任何作用，直到 1982 年憲法才在第 35 條第 1 項承認並確認「原住民」(aboriginal people) 所擁有之權利¹⁴⁴，原住民權利受到憲法保障一事才終於明確下來¹⁴⁵，土地問題與自治政府等議題也終於得以開展。至少從表面上來看，一直到二十世紀末，加拿大始從法裔住民與英裔住民構成的「二元加拿大」進展到包含原住民在內的「三元加拿大」¹⁴⁶。

而就法律多元主義在加拿大之實踐情形，若僅將法律多元主義定義為「在一個單一法律實體內，同時存在適用於特定情況的不同規範」之現象，則由於加拿大並存了多樣法律規範，亦即民法 (civil law)、普通法 (common law)、以及原住民法律傳統組織紛爭解決方法 (Indigenous legal traditions organize dispute resolution)，那麼可以認為加拿大是一個法律多元的國家 (legally pluralistic state)。

¹⁴⁰ Maurutto & Hannah-Moffat, *supra* note 124, at 455.

¹⁴¹ Bell, *supra* note 19, at 328-329.

¹⁴² Will Kymlicka (著)，鄧紅風 (譯) (2004)，《少數群體的權利：民族主義、多元文化主義和公民權》，頁 290，新北：左岸文化。

¹⁴³ 加藤普章，前揭註 101，頁 236。

¹⁴⁴ 1982 年加拿大憲法關於加拿大聯邦原住民族的權利的規定，主要有第 25 條與第 35 條。第 25 條規定：「本憲章中權利及自由的保障，不得解釋成廢止或減低包括以下各項關於加拿大原住民族其作為原住民的、條約上的或其他的權利或自由。第(a)項：1763 年 10 月 7 日國王佈告所承認的權利或自由。第(b)項：經由土地請求糾紛的和解，以及經由現存權利或土地請求糾紛的和解，可能獲得的權利或自由。(第(b)項的修正是根據 1983 年憲法修正的佈告)」；其次，第 35 條規定的主要內容是：「(1)在此承認並確認加拿大聯邦原住民族，作為現存原住民族的權利或條約上的權利 (treaty rights)。(2)本法律中所謂的「加拿大聯邦原住民」係指加拿大的印地安 (Indian)、因紐特 (Inuit) 與梅迪斯 (Métis) 而言。(3)第一項「條約上的權利」中明白地包括經由土地請求糾紛的和解，以及經由現存權利或土地請求糾紛的和解，可能獲得的權利。(4)不拘本憲法的任何規定，第 1 項所揭舉出的原住民族的權利以及條約上的權利，對男對女皆平等保障。(第 3 項及第 4 項的追加是根據 1983 年憲法修正的佈告)」。

¹⁴⁵ 松井茂記，前揭註 98，頁 297。

¹⁴⁶ 加藤普章，前揭註 101，頁 247。

¹⁴⁷。然而若採取「國家進一步承認原住民法律規範於國家體制內之應用」此定義方式，並以以下三個要件做檢視：第一，在國家法當中承認非國家法律管理（*govern*）部分市民的重要生活面向；第二，承認在同一個國家領域內有多樣的可適用法律；以及第三，適用此非國家法律、或是限制國家干涉該非國家法律之應用並承認其應用，則 Bell 認為，法律多元主義在加拿大並未成功落實¹⁴⁸。

根據 LaForme 的分析，其認為加拿大已經變得越來越不能容納差異，特別是法律中的差異。以刑事法領域為例，所有在加拿大的刑事法律都專屬聯邦議會管轄，並由同一部聯邦刑法（*The Criminal Code*）所規範，州法律也制定了刑事程序與類似的刑罰。這些法律的共同點是，他們都以「法律應該要反映主流社會對於加拿大應有模樣之價值觀」為基礎，亦即法治原則的「法」是社會所希望被規範的「法」（*the rules of law are those that society wants to be ruled by*）。然而這點在適用到原住民上會受到質疑。試問，誰真正決定了原住民會受到什麼法律規範與拘束¹⁴⁹？種種證據都顯示，主流刑事司法系統背棄了（*failing*）原住民的期待。Tefft 指出，加拿大社會調查研究機構 Environics Institute 在 2010 年之研究報告顯示，超過一半的都市原住民對於司法系統沒有信心，比例是非原住民的兩倍，意味著司法系統在原住民眼中並無合法性（*legitimacy*），原因包含：第一，原住民與加拿大政府之關係受到歷史上的種族滅絕與殖民主義影響而變得複雜。在殖民之前，原住民過著自治與自我管理的生活，雖然沒有監獄，但也完善地運作了千年之久。但之後西歐刑事司法模式被強加於他們身上，就像加拿大政府本身一樣；第二，西歐模式關注於懲罰、隔離與個人主義，與強調部落、修復與互補之傳統原住民價值觀完全不同¹⁵⁰。

根據 Johnson 私下的訪談經驗，服務於新西敏第一民族法院（FNC-NW）的長老指出，進入該法院的原住民高度受到以下因素影響：貧窮、殖民、破碎家庭與部落經驗、胎兒酒精中毒症候群（*Fetal Alcohol Spectrum Disorder*）、受損的經濟技能、兒童期經歷之情緒虐待及忽略、貧瘠心靈（*impoverished spirituality*）、或完全缺乏精神上連結（*spiritual connectedness*）。這些因素的影響下，造成原住民進入法律體系時面臨巨大恐懼以及世代創傷（*generational trauma*）。他們認為，關注於懲罰型措施、大部分由非原住民領導者所建構與組成、並且依據非原住民觀點所建立之主流加拿大司法系統，無助於原住民被告有意義的社會復歸¹⁵¹。

即便是二十世紀末期由國家所成立的原住民族刑事法院，由於試圖融合兩套基本價值觀全然不同的司法體系，不僅未能解決加拿大原住民族的刑事司法困境，

¹⁴⁷ JOHN BORROWS, *CANADA'S INDIGENOUS CONSTITUTION* 8 (University of Toronto Press. 2010).

¹⁴⁸ Bell, *supra* note 19, at 328.

¹⁴⁹ LaForme, *supra* note 116, at 6.

¹⁵⁰ Katerina Tefft, *Canadian Justice System Failing Aboriginal People: Restorative justice, self-government needed to correct "systemic discrimination"*, THE MANITOBA: THE OFFICIAL UNIVERSITY OF MANITOBA STUDENTS' NEWSPAPER (Aug. 12, 2013), <http://www.themanitoban.com/2013/08/canadian-justice-system-failing-aboriginal-people/15822/>.

¹⁵¹ Johnson, *supra* note 125, at 4.

反而更招致破壞原住民族文化本質之批評。雖有論者認為，面對原住民族嚴峻的刑事司法困境，長老在一些加拿大第一民族或修復（Healing）法院之出現，可以讓原住民司法權利朝向原住民治療法理（Indigenous Therapeutic Jurisprudence）發展¹⁵²。然而Tefft批評，長老在原住民部落的傳統角色本來是導師與治療者（teachers and healers），但在「原住民化」（indigenization）的加拿大司法體系中，長老變成更像是協助量刑的法官。這使得非階層制的（non-hierarchical）原住民司法體系出現質變，並讓西歐式階級制度與威權主義（hierarchy and authoritarianism）的價值觀在原住民部落中受到強化。簡言之，加拿大政府設置之原住民量刑法院所實踐的修復式司法，藉由將實行場域移到立基於完全不相容價值觀的西歐系統，實質上侵蝕了原住民傳統。在此種方法中，遺留下來的原住民傳統是零碎且遭到淡化的（fragmentary and watered down），甚至進一步影響到原住民的身分認同。再者，依據研究者Jessie Sutherland所述，原住民族成員得以參與法院程序，讓第一民族的領導人與部落成員開始相信他們正在推進重要的文化革新與自決，然而在實行加拿大法律的過程中，他們變成加拿大政府的「印地安中介人」（agency Indians）¹⁵³。這樣子表面的「原住民化」不僅戕害了原住民傳統，也傷害了原住民部落，蓋原住民法院可能僅呈現出主流體系所「許可」之原住民法律系統的樣貌¹⁵⁴。因此Tefft認為，加拿大原住民族司法改革的最終目標必須是自治（self-government）並返回到真正的修復式司法／正義，唯有此途始得以改正原住民族在加拿大刑事司法體系中所面臨的系統性歧視（systemic discrimination）¹⁵⁵。

第三項 澳洲

第一款 歷史概述

澳洲原住民族包含澳洲大陸原住民（Aboriginal）和托雷斯海峽島民（Torres Strait Islander），前者指的是原居澳洲大陸、塔斯馬尼亞島及部分鄰近島嶼者，後者則是指托雷斯海峽群島（位在昆士蘭省最北端接近巴布亞紐幾內亞處）的原住民，兩者合稱為「澳洲原住民族」（Indigenous Australians），在語言、儀式、親族構造等文化裡存在著眾多共通點與相異處¹⁵⁶。根據2011年人口統計，澳洲全國總人口約2,200萬人，其中原住民族約有67萬人，占全國人口的3.1%，主要居住於新南威爾斯省（20.84萬人）、昆士蘭省（18.89萬人）及西澳大利亞省

¹⁵² Johnson, *supra* note 125, at 8-9.

¹⁵³ Tefft, *supra* note 150.

¹⁵⁴ Mark Harris, *From Australian courts to Aboriginal courts in Australia-bridging the gap*, 16 CURRENT ISSUES CRIM. JUST. 26, 30 (2004)

¹⁵⁵ Tefft, *supra* note 150.

¹⁵⁶ 上橋菜穗子（2005），〈アボリジニ政策について——隔離と同化のダブル・スタンダード〉，早稻田大学オーストラリア研究所（著），《オーストラリアのマイノリティ研究》，頁136，東京：オセアニア出版社。

(8.83 萬人)¹⁵⁷。

在 1967 年憲法改革以前，墾殖者對澳洲原住民族之政策是僅在州層級執行的，故原住民政策因各州而異，不過大致上可以將二十一世紀前分成以下五期：一、首次接觸與調和（first contacts and conciliation）；二、取代、衝突與滅絕（displacement, conflict and extermination）；三、保護與隔離（protection and segregation）；四、同化（assimilation）；五、整合（integration），論者並認為進入二十一世紀後進入自決（self-determination）階段¹⁵⁸。

第一目 從接觸到衝突

美國獨立革命後，英國開始積極尋找像美國喬治亞（Georgia）一樣可以流放罪犯的土地。1770 年，庫克船長（James Cook）在澳洲大陸東部沿海勘查時佔領該地，命名為新南威爾斯（New South Wales），宣示為大英國協領土。1776 年，英國政府正式決定將罪犯流放至澳洲大陸開墾，揭開英國殖民統治澳洲的序幕¹⁵⁹。由於英國政府認為澳洲東海岸「居民很少且並不擁有財產權」，因此以土地為無主地（*terra nullius*）為由，以殖民力量主張對澳洲大陸享有所有權（possession）¹⁶⁰。

和北美洲殖民地不同的是，英國政府並未和澳洲原住民族簽訂任何條約以規範殖民行動的拓展，因此十九世紀的移民進入澳洲時，輕易地就取得原住民族的土地¹⁶¹。隨著殖民勢力逐漸伸往內陸，殖民者對主張享有土地所有權之原住民施以暴力，此種由墾殖者與警察對於原住民施加之暴力一直持續到二十世紀早期。土地剝奪、武力侵逼再加上墾殖者帶來的疾病造成原住民族人口大量減少，在十八世紀晚期白人剛抵達澳洲時粗估原住民族有 30 萬人左右，到了十九世紀中期僅剩下不到 18 萬人，二十世紀前半更銳減至 6 萬人以下¹⁶²，塔斯馬尼亞（Tasmania）的原住民更於 1876 年遭到虐殺殆盡。然而這僅僅是殖民所帶給原住民毀滅性影響的一小部分而已¹⁶³。

第二目 從保護、隔離到同化

澳洲原住民族在英國殖民統治下並未享有公民身分，被迫居於社會的最底層，

¹⁵⁷ 原教界編輯部（2012），〈澳洲原住民族概述〉，《原教界》，48 卷，頁 88。

¹⁵⁸ HEATHER MACRAE, et al., ABORIGINAL LEGAL ISSUES: COMMENTARY AND MATERIALS 9-32 (Law Book Comp. 1991).

¹⁵⁹ Kivisto, 前揭註 45, 頁 141。

¹⁶⁰ Michael Dodson & Robin McNamee, *Recognition of the Indigenous people of Australia and their rights*, in INDIGENOUS AUSTRALIANS AND THE LAW 236, (Martin Hinton, et al. eds., 2008).

¹⁶¹ Kivisto, 前揭註 45, 頁 141。

¹⁶² 金田章裕（2002），〈白人入植者とアボリジニ〉，小山修三 & 窪田幸子（著），《多文化国家の先住民—オーストラリア・アボリジニの現在》，頁 105，京都：世界思想社。

¹⁶³ Elliott Johnston, *Royal Commission into Aboriginal Deaths in Custody, National Report Summary: Part C* (Australian Government Publishing Service ed., Australian Government Publishing Service 1991).

政治、經濟權與社會福利全遭到剝奪，失業率高、所得低、教育程度低、平均壽命短、人口不斷減少，在學校、醫院等地方備受歧視¹⁶⁴。注意到此現象之英國政府開始非難澳洲墾殖者對於原住民族的待遇，並促成 1886 年《原住民保護法》（Aboriginal Protection Act）以及原住民保護委員會之成立¹⁶⁵。以此法律為分界，統治者與澳洲原住民族之關係轉而進入家父長主義、高壓統治與保護時期¹⁶⁶。

1901 年澳大利亞聯邦成立，成為英國的自治領之一。同年制定之《移民限制法案》（Immigration Restriction Act）將移民劃分為「可被白人社會同化」與「不可被白人社會同化」二類，並認定後者為降低國人生活品質之「次等種族」，是故必須不惜一切代價防止他們破壞白人原有的美好生活¹⁶⁷，自此澳洲正式進入二十世紀前葉至中葉的「白澳」（White Australia）政策階段。在原住民方面，雖然法律禁止白人與原住民通婚，但十九世紀到二十世紀初，白人男子和原住民女子交往的情形相當普遍，尤其是在白人女子很少的內陸地區。由於混血人口數日漸增加，殖民政府擔心混血人種會對白人文化之「純潔」或傳承造成威脅，認為必須將混血兒從「天命已盡的種族」中「搶救」出來¹⁶⁸。基於此種想法，政府制定了《原住民管理法》（The Native Administration Act, 1905-1936），目的是剝奪原住民的權利並賦予政府管理原住民的權限，此部法律並為將原住民兒童強行送往白人家庭或者政府機構之「奪去政策」賦予合法效力，該政策直到 1970 年才遭到廢止¹⁶⁹。對原住民族而言，這群「失竊的一代」（stolen generations）是「白澳政策」對原住民族層層剝削和壓榨的血淚證據。

第三目 從多元文化主義到自決

原住民族在法律與社會上受到差別對待的情形一直持續到第二次世界大戰後才出現轉機¹⁷⁰。1960 年代起，政府開始致力於弭平白人和原住民間的極度不平等待遇，例如 1967 年公民投票通過促成憲法中首度賦予原住民公民身分、受到批准「消除一切形式種族歧視條約」之影響而在 1975 年制定《禁止種族歧視法》等。然而由於政府賦予原住民公民身分之理由是要「帶領原住民融入澳洲主流文化」，故原住民認知到，公民身分雖然可以使自己透過合法的政治途徑以追求整體利益，但也會導致自身文化和族群的解體。為了對抗這樣的不平衡，原住民族化為一股龐大的社會力量，要求政府修正族群同化政策¹⁷¹。

¹⁶⁴ Kivisto，前揭註 45，頁 142。

¹⁶⁵ 上橋菜穗子，前揭註 156，頁 139。

¹⁶⁶ Paul Havemann, *Indigenous Rights in the Political Jurisprudence of Australia, Canada, and New Zealand*, in *INDIGENOUS PEOPLES' RIGHTS IN AUSTRALIA, CANADA, AND NEW ZEALAND* 25-62, (Michael Asch & Paul Havemann eds., 1999).

¹⁶⁷ Kivisto，前揭註 45，頁 146。

¹⁶⁸ Kivisto，前揭註 45，頁 142；范盛保（2011），〈澳洲原住民族——爭論中的議題與研究取向〉，施正鋒（編），《原住民族研究》，頁 155，花蓮：國立東華大學原住民族學院。

¹⁶⁹ 上橋菜穗子，前揭註 156，頁 139-141。

¹⁷⁰ 上橋菜穗子，前揭註 156，頁 143。

¹⁷¹ Kivisto，前揭註 45，頁 143。

受到原住民族運動與加拿大之影響，1972 年多元文化主義代替「白澳主義」作為國民統合的理念而登場，否定了僅有英裔澳洲人享有正統性，提倡非英裔澳洲人（特別是有色人種）也同樣是國家成員¹⁷²，然而在 1990 年代以前的政策當中，原住民的存在都僅僅是附帶的而已¹⁷³。澳洲大多數的權力機構都依循將澳洲定位為墾殖殖民地（settled colony）、而非割讓或征服（ceded or conquered）之分類¹⁷⁴，此澳洲墾殖原則（doctrine of the settlement of Australia）帶來的後果是，澳洲被認為是先前並沒有具有可識別的（recognisable）機制、習俗或法律之人們居住其上的地方，原住民便因此僅僅被認為是英國人（British subjects），同時受到英國法保護也隸屬之（be subject to），自身的法律與習慣不被承認¹⁷⁵。

轉捩點發生在 1992 年昆士蘭最高法院之 *Mabo v. Queensland [No.2]* (1992) 175 CLR 1 判決（下稱 Mabo 判決），該判決推翻 1971 年最高法院法官 Richard Blackburn 基於「無主地原則」而判定「歐洲墾殖者抵達澳洲之前，任何土地所有權都不歸任何人擁有，故原住民也無法追索無主之地的所有權」之見解，判決原住民 Mabo 合法擁有莫瑞島（Murray Island）土地¹⁷⁶。本案提供澳洲原住民族一項可行的法律原則，據以保障傳統土地權利與強化原住民族文化的保存與推定，迫使非原住民族社群面對長期對於原住民族的種族主義偏見與不公正的殖民文化¹⁷⁷。Mabo 判決作成不久後，國會即通過《原住民所有權法》（Native Titles Bill），並成立了「原住民土地權法庭」（Native Title Tribunal），試圖作為中介機構以處理原住民土地所有權的爭議¹⁷⁸。其後，2008 年時任總理陸克文（Kevin Rudd）公開對原住民族道歉，澳洲也於 2009 年正式批准聯合國原住民族權利宣言。2011 年，澳洲政府推出「澳洲人民：澳洲的多元文化主義政策」（The People of Australia: Australia's Multicultural Policy），表列實現澳洲多元文化的四個原則，特別是遏止任何形式的種族主義與種族歧視¹⁷⁹。

¹⁷² 鎌田真弓（2002），〈国民国家のアボリジニ〉，小山修三、窪田幸子（編），《多文化国家の先住民—オーストラリア・アボリジニの現在》，頁 130，京都：世界思想社；Kivisto，前揭註 45，頁 149。

¹⁷³ 鎌田真弓，同前註，頁 136。

¹⁷⁴ Dodson & McNamee, *supra* note 160, at 234.

¹⁷⁵ Dodson & McNamee, *supra* note 160, at 240.

¹⁷⁶ Kivisto，前揭註 45，頁 144。

¹⁷⁷ 蔡志偉 Awi Mona（2011），《原住民族權利的變遷與發展：美國、澳洲、紐西蘭、加拿大與國際組織之判決選輯及解說》，頁 109-110，台北：原住民族委員會。

¹⁷⁸ 范盛保（2012），〈澳洲原住民主權——從國際原則到澳洲法院判例之初探〉，施正鋒（編），《原住民族主權與國家主權》，頁 60，台北：台灣原住民族研究協會。

¹⁷⁹ 許建榮（2016），〈澳洲原住民權利與轉型正義〉，《台灣原住民族研究學報》，6 卷 3 期，頁 40。該四個原則如下：一、澳洲重視與珍惜多元文化，多元文化也為國家團結、社區和諧以及維護民主價值帶來益處。澳洲多元文化的核心是「令所有人都對澳洲有歸屬感」，並且確認多元文化得以呈現在澳洲法律框架內；二、澳洲努力創造公平、包容及和諧的社會，人人都能獲得澳洲政府提供服務的機會。政府為不同文化和語言背景的澳洲人提供各種服務，不論任何背景的澳洲人都有權利獲得平等的政府服務，而且得到應有的尊重並能參與澳洲社會；三、澳洲因為多元文化特質而帶來了經濟、貿易和投資等裨益。移民與文化多元性創造了更多的澳洲對外貿易關係，拓寬了商業範疇，多元文化和多語言的勞動人口也促使澳洲在全球經濟中更具競爭力；四、澳洲政府

第二款 刑事司法制度

澳洲原住民族長久以來始終面臨十分嚴峻的刑事司法困境，早在「皇家原住民監禁中死亡調查委員會」(The Royal Commission into Aboriginal Deaths in Custody, 下稱 RCIADC) 1989 年第六號研究報告即指出，以 1987 年為例，非原住民族在每十萬人當中僅有 97.2 人入監，原住民族之數據卻為 1,464.9 人，為前者之 15 倍；而當原住民族人口占全澳洲僅 1.46%，原住民族在監獄中卻占了 14.6%。RCIADC 在 1991 年的最終報告指出，原住民族受刑人在監獄中的死亡率雖然與非原住民相同，但由於原住民族一開始就比較容易遭判入監，故使得其監禁中死亡人數佔總人口的比例明顯較高¹⁸⁰。

儘管政府試圖解決上開現象，然而原住民族受刑人人數與監禁中死亡率卻不降反升。在 2016，澳洲原住民族依然在所有受刑人當中高佔 30%；新南威爾斯省的原住民受刑人人數從 2001 年到 2015 年更是成長了 238%¹⁸¹。尤有甚者，澳洲原住民不僅比起非原住民更常成為受刑人，也更常成為被害人。2014 年，原住民受刑人在監獄的比例是非原住民的 12 倍，同時原住民比起非原住民成為性犯罪被害人之機率高了 2.3 倍至 3.7 倍，而成為殺人罪被害人的比例更是高出 20.5 倍¹⁸²。Vines 認為，這種悲劇的源頭來自於殖民力量與原住民附屬地位的持續，英國自殖民之始即否認原住民文化是一個有效的系統 (valid system)，並因此將澳洲認定為無主地，現在的澳洲政府大致上蕭規曹隨，最終造成原住民族土地與生命之喪失以及今日澳洲原住民族的悲慘境況：貧窮、受到差別待遇、擁有最低預期壽命以及最高嬰兒死亡率¹⁸³。

在英國進入澳洲大陸墾殖的最初 60 年，幾乎沒有承認任何原住民的習慣、慣行與法律。一度出現認為普通法院體系對於原住民間殺人案件並不享有管轄權之判決 (1829 年 *R. v. Ballard* 判決)，不過這樣的判決見解很快就被廢棄了¹⁸⁴。1840 年英國政府明確指示澳洲與紐西蘭之統治者：「英國法應該要完全地取代原住民習慣法」¹⁸⁵。此見解具體呈現於法院判決當中，例如刑事案件 (*R. v. Jack*

一方面倡導人民彼此接納和理解不同文化，一方面在必要時也立法遏止種族歧視等問題。澳洲政府也據此反對任何形式的種族主義與種族歧視。

¹⁸⁰ 轉引自：PRUE VINES, *LAW AND JUSTICE IN AUSTRALIA: FOUNDATIONS OF THE LEGAL SYSTEM* 113 (Oxford University Press, 2005).

¹⁸¹ AUSTRALIAN BUREAU OF STATISTICS, *PRISONERS IN AUSTRALIA, 2016*, CAT No 4517.0 (2016), TABLE 8; DON WEATHERBURN AND STEPHANIE RAMSAY, 'WHAT'S CAUSING THE GROWTH IN INDIGENOUS IMPRISONMENT IN NSW?' (BUREAU BRIEF ISSUE PAPER No 118, NSW BUREAU OF CRIME STATISTICS AND RESEARCH, 2016) 8. 轉引自：AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION(ALRC), *INCARCERATION RATES OF ABORIGINAL AND TORRES STRAIT ISLANDER PEOPLES*, DISCUSSION PAPER No 84, 37 (2017).

¹⁸² Lorana Bartels, *Indigenous-specific court initiatives to support Indigenous defendants, victims and witnesses 1* (Crime and Community Safety Council Australian Institute of Criminology and Law ed., Indigenous Justice Clearinghouse 2015).

¹⁸³ VINES, *supra* note 180, at 94.

¹⁸⁴ David Yarrow, *Law's Infidelity to Its Past: The Failure to Recognize Indigenous Jurisdiction in Australia and Canada*, in *ABORIGINAL TITLE AND INDIGENOUS PEOPLES* 91, (Louis A. Knafla & Haijo Westra eds., 2011).

¹⁸⁵ Dodson & McNamee, *supra* note 160, at 234.

Congo Murrell (1836)1 Legge 72)、婚姻案件 (*R. v. Cobby* (1883)4 L.R. (N.S.W.)355) 以及土地權利案件 (*Milirrpum v. Nabalco*)¹⁸⁶。*R. v. Murrell* 刑事判決當中，Burton 法官認為原住民在數量、文明 (civilization) 程度、政府組織與法律形式上都不足以在英國人到來之前取得「最先墾殖者」(first settler) 之地位，也不足以被承認為「由自己的法律所統治之主權國家」，因此新南威爾斯的領地在英國皇室到來以前「並未分配給任何人」，「殖民地內的原住民族附屬於殖民地的法律，由他們對一個白人所犯下的犯行和對於其他原住民所為之犯行並沒有區別」¹⁸⁷。

然而從十九世紀晚期開始，對於原住民統治當中的刑事司法定位開始變得不確定。「法律的結果應該要讓澳洲原住民認為是公正的」，這樣的擔憂同時訴說了原住民之訴求，以及墾殖者對於自身法律和制度之公正 (justice) 的不確定性¹⁸⁸。到了二十世紀中期，同時有來自澳洲社會運動者以及國際批評之壓力，要求給予原住民族平等的法律地位 (legal status)。1967年聯邦政府對於「是否修改憲法使原住民納入國內人口內，以讓政府可制定與原住民族有關之法律」一事舉辦了公投，最後以超過90%以上的同意率通過，被認為是澳洲原住民與墾殖者關係上的分水嶺¹⁸⁹。然而，修憲並未因此使得刑事司法管轄之預設受到動搖¹⁹⁰，例如涉及原被告均為原住民之殺人案件的 *Reg v. Wedge* 判決 (1976年) 當中，被告主張「原住民是主權人民 (sovereign people)，並不附屬於英國法。退步言之，縱使原住民並非主權人民，由殖民者帶來的英國法也僅適用於他們自己而已」。然而法院認為澳洲原住民族並非適當的定居 (settled) 居民、亦無一套法律系統，故於英國來到澳洲後英國法就立刻適用到包含原住民在內的所有居民上，是故最後法院認定其有權審理原住民之間的殺人犯行¹⁹¹。

隨著時序進展，這種信念受到新的政治上承認之要求影響而逐漸被拋棄，1992年 *Mabo* 判決正式破除上開依循墾殖原則與無主地預設的司法見解。正當論者期盼該案能帶給澳洲原住民族權益新發展時，*Walker v. NSW* 案件 (1994年) 明確地在刑事管轄上否定之。該案件之原告是一個 Noonuccal 族之原住民，被控觸犯新南威爾斯省刑事犯行，而該行為是發生在 Bandjalung 族領域內。法院認為，新南威爾斯省的立法者有權為了和平、福利與良好管理而對任何情況制定法律，必須拒絕那些「法律可以不適用於新南威爾斯省內特定居民或發生在州內的特定行為」之主張，蓋「*Mabo* 判決並沒有指明州或聯邦缺乏規範原住民族之權力，或者該種規範必須要得到其管轄人民之同意。再者，澳洲刑法並沒有容納一個並行運作的替代實體」。法院亦指出，對於犯下相同犯行之不同人適用不同刑事制

¹⁸⁶ Campbell McLachlan, *The Recognition of Aboriginal Customary Law: Pluralism beyond the Colonial Paradigm: A Review Article*, INT'L & COMP. L.Q. 368, 384 (1988).

¹⁸⁷ Yarrow, *supra* note 184, at 91-92.

¹⁸⁸ HEATHER DOUGLAS & MARK FINNANE, *INDIGENOUS CRIME AND SETTLER LAW: WHITE SOVEREIGNTY AFTER EMPIRE* 86 (Springer. 2012).

¹⁸⁹ *Id.* at 146.

¹⁹⁰ *Id.* at 147.

¹⁹¹ *Reg v. Wedge* (1976) 1 NSWLR 581. 轉引自：VINES, *supra* note 180, at 7-12.

裁之構造，會違背「法律之前，人人平等」此普通法的基本原則¹⁹²。

不過即使刑事管轄的預設難以突破，法院在量刑決定與刑罰措施上卻願意將原住民族習慣納入考量。隨著澳洲在1920和1930年代對原住民族習慣法的關注逐漸增加，西澳大利亞省於1936年成立了原住民事務法庭(Court of Native Affairs)，專門處理發生在原住民之間的犯行，而《原住民族法案修正案》(the *Aborigines Act Amendment Act*) 規定法院能夠「在減輕量刑上，考慮任何可能成立並證明是犯罪行為原因的部落習俗」，並允許法院傳喚被告部落的首領前來協助¹⁹³。原住民法院在決定量刑時將被告之原住性(Aboriginality)納入考量一事，經歷1940到1960年代官方同化政策所帶來的不利影響，隨後在1970年代主流政治對於原住民族的態度轉變後，此議題重新回到議程上。1977年，當時的聯邦首席檢察官R.J Ellicott要求由澳洲政府所設立之獨立研究機構「澳洲法律改革委員會」(Australian Law Reform Commission, 下稱ALRC) 調查「是否應將全部或部分的原住民族習慣法適用於原住民族上，而在地理範圍上是否應限制於特定地區或應普遍適用」¹⁹⁴。九年後(1986年)該機構提出「承認原住民習慣法(ALRC第31號報告)」(Recognition of Aboriginal Customary Laws, ALRC Report 31)，對於原住民族所面臨之各種司法困境，ALRC第31號報告提出以下建議(僅摘錄刑事法相關部分)¹⁹⁵：

刑法：應該要引進與減輕責任有關的部分習慣法抗辯(a partial customary law defence)，以在被控訴者深信其原住民部落之習慣法要求其實行構成犯行之行為的案件中，減輕對於殺人或過失致死罪之控訴(reduce a charge)。在決定刑事意圖與建立有關刑事犯行之抗辯時(例如挑釁或脅迫)，應該要將原住民習慣法與傳統納入考量。在決定量刑的時候亦應將原住民習慣法納入考量。

刑事調查：在原住民部落中需要更敏感的警察行動(sensitive policing practices)，需要有特別規定以保護受到警詢之原住民被告，以及確保任何承認或認罪之可信性與自願性，任何違反規定而取得之承認或認罪原則上在法院不可使用，除非法院確信在特定情況下，被告理解警告(caution)與問題的實質(nature)，而非僅僅因為服從權力機構或者是受到其建議之影響而做出回答。

承認：應該盡可能地透過現行司法與行政權力機構承認原住民習慣法，避免創造新的、分離的法律結構，除非有清楚證明有這樣的需要。對於原住民習慣法之承認應該要透過可適用於所有州與領域之聯邦法規來執行，且政府與原住民團體應該要一起合作以決定原住民習慣法受到承認的方法。

¹⁹² Walker v. State of New South Wales(1994) 182 CLR 45; 126 ALR 321. 轉引自：VINES, *supra note* 180, at 232-234.

¹⁹³ HENRY REYNOLDS (著)，虹源翻譯有限公司(譯)(2001)，《原住民族主權：對種族、國家及國族的深思》，頁94-96，台北：原住民族委員會。

¹⁹⁴ Australian Law Reform Commission(ALRC), Recognition of Aboriginal Customary Laws, 3 (Australian Government 1986). 轉引自：REYNOLDS，同前註，頁96。

¹⁹⁵ 翻譯自 ALRC 網站關於本份報告之”Key Recommendations”部分：

<https://www.alrc.gov.au/inquiries/aboriginal-customary-laws>(Published on 12 June 1986. Last modified on 24 August 2017.) (最後瀏覽日期：2018年4月20日)。

經過此份ALRC第31號報告以及前述RCIADC 1991年報告¹⁹⁶，將近十年後政府才陸續於各地建立專注於處理原住民量刑事宜之法院，並以廣泛性與文化適當性為目標¹⁹⁷。大多數原住民量刑法院關注於可能受到有期徒刑量刑之被告，目標是希望法院更具文化包容／廣泛性（culturally inclusive）並試圖減少犯行與累犯發生，研議是否有其他更適當的替代方案¹⁹⁸。一個重要的發展是原住民法院工作者（court workers）的出現，他們的工作依不同法院而異，可能是協助檢察官或被告與辯護團隊以向法院提供量刑之建議，或者負責處理量刑後的持續追蹤（follow-ups）¹⁹⁹。綜合而言，可以將原住民量刑法院之目標分成兩類，亦即**刑事司法目標**：減少累犯、增進到庭率和減少原住民在刑事司法系統的過度高比例（over-representation），以及**部落建構目標**（community building）：提供一個文化適當的過程、增進部落參與和促進和解²⁰⁰。原住民司法經常和修復式司法與治療法理連結，但應該要認為原住民法院是獨立的一個類別，因為它們比起另外二者更加注重部落的參與²⁰¹。

一、維多利亞省Koori法院

維多利亞省Koori法院運作於兒童、治安與州法院，是第一間、也是唯一一間澳洲公訴罪之量刑法院（比治安或當地法院層級更高，亦即是地區或州法院或以上）。Koori法院使用非傳統法院格局與簡明語言（plain-language），展現出較不正式的氛圍，並讓原住民部落能在法院程序中有更多的參與。Koori法院讓長老（Elders）、原住民家族和一個「Koori法院官員」（Koori Court Officer）在聽證中參與，Koori法院官員除參與當地部落外，亦可對法院、被告與其家人提供協助。Koori法院專注於降低文化疏離（cultural alienation），並確保在更高程度的部落支持下制定出適當的量刑²⁰²。

二、新南威爾斯省圓桌量刑法院²⁰³

原住民被告如果在簡易程序中認罪，那麼在部分新南威爾斯地區可以選擇進

¹⁹⁶ RCIADIC 1991 年報告的三百多個建議幾乎都關注於減少原住民受監禁人口、以及在刑事司法系統當中促進原住民作為法院工作人員或顧問（advisor）之參與，對於原住民在法院系統所受待遇之建議包含：雇用原住民作為法院工作人員（court staff）與通譯、對於法院人員（court personnel）施以跨文化訓練、制定對於非以英文為母語之原住民提供充足的通譯服務之法律規範等等。詳參：Mark Harris, *supra* note 154, at 30.

¹⁹⁷ ALRC, *supra* note 181, at 191.

¹⁹⁸ Elena Marchetti, *Indigenous Sentencing Courts 2* (Crime and Community Safety Council Australian Institute of Criminology and Law ed., Indigenous Justice Clearinghouse 2009).

¹⁹⁹ KATHLEEN DALY & ELENA MARCHETTI, *INDIGENOUS COURTS AND JUSTICE PRACTICES IN AUSTRALIA 2* (Australian Institute of Criminology. 2004).

²⁰⁰ Marchetti, *supra* note 198, at 3; JOHN TOMAINO, *ABORIGINAL (NUNGA) COURTS 3-4* (Office of Crime Statistics & Research. 2004).

²⁰¹ Elena Marchetti & Kathleen Daly, *Indigenous sentencing courts: Towards a theoretical and jurisprudential model*, 29 SYDNEY L. REV. 415, 438-442 (2007).

²⁰² ALRC, *supra* note 181, at 192.

²⁰³ 法院運作詳細流程參照：蔡惠如（2008），〈以原住民族文化為司法制度核心價值之全球化與在地化－以澳洲原住民刑事司法制度為鑒〉，《中華國際法與超國界法評論》，4 卷 1 期，頁 66-76。

入圓桌量刑此替代程序。此法院與維多利亞省Koori法院的運作模式類似，但差別在於此法院僅適用於簡易犯罪（summary offences）²⁰⁴。

新南威爾斯省圓桌量刑法院建立於2002年，目標是希望部落在量刑過程中能完全參與，並相信那些普通法院甚少考慮的因素與替代方案應該被納入考量。法院並不是坐落於當地的治安法庭，而是位於一個對於被告與其部落更加文化適當（culturally appropriate）的地點。首先由治安法官審視被告是否適合進入法院，之後會由部落受尊敬者組成之原住民部落司法團體（Aboriginal Community Justice Group）對被告作第二次審查。參與者坐在圓桌旁，有四位長老、一位治安法官、被告及其支持者、原住民計畫官（Aboriginal Project Officer）、被害人及其支持者、辯護律師（defense counsel）與公訴人（the police prosecutor）出席。治安法院準備了敘述被告犯行與相關背景資訊之檔案，以口頭方式傳達給法庭內所有人。圓桌旁的成員一同討論對於被告最適當之量刑計畫，之後會再度召集以審視被告之進程²⁰⁵。

三、昆士蘭省Murri法院²⁰⁶

昆士蘭省Murri法院比起主流法院也較不正式，且亦以對原住民被告作出更加文化適當的回應（culturally responsive）為目標。Murri法院專注於強調犯行原因，例如藥物濫用或不佳精神狀況，在必要時將被告提交給（refer to）部落的支援服務。Murri法院也尋求更多關於被告之文化與個人生活環境的資訊，這有一部份是透過部落司法團體（Community Justice Groups, CJGs）之協助，其提供了與被告部落有關之議題與相關文化考量之資訊、並陳述可取得之部落服務或方案²⁰⁷。

四、南澳大利亞省Nunga法院

南澳大利亞省Nunga法院創立於1999年，是以坐落於普通法院內的原住民法庭的方式運作，在所有刑事管轄當中都可以適用原住民量刑會議（Aboriginal Sentencing Conferences），並允許法院可以在較不正式的情境中對被告量刑。參與者坐在平等的地方，鼓勵被告談論自己的罪行。比起一般法庭而言較不正式且較不依賴常在一般法庭看到的法律角色（legal actors），而是有較多原住民法院工作者與團體參與開庭程序²⁰⁸。

第三款 評析與近時發展

²⁰⁴ ALRC, *supra* note 181, at 193.

²⁰⁵ DALY & MARCHETTI, *supra* note 199, at 3.

²⁰⁶ Murri 法院詳細進行流程參照：高金枝、蔡惠如，前揭註 1，頁 15-26；財團法人法律扶助基金會（2015），《2015 年考察澳洲原住民法律扶助制度參訪報告書》，頁 46-50，台北：財團法人法律扶助基金會；蔡惠如，前揭註 203，頁 57-66。

²⁰⁷ ALRC, *supra* note 181, at 193-194.

²⁰⁸ DALY & MARCHETTI, *supra* note 199, at 3.

澳洲的研究者對於原住民族與多元文化主義之關係，有不從正面來論述的傾向。主要的理由在於，由於多元文化主義是從將非英語系移民統合到主流社會的政策發展而來，故與原住民族權利回復有著顯著不同的系譜²⁰⁹。澳洲此種透過政府給予官方解釋、定義與實行之多元文化主義被稱為「官方多元文化主義」(official multiculturalism)，乃相對於由少數族群與其支持者實踐而來的多元文化主義。此種官方多元文化主義是為了便於統合管理而實施²¹⁰，將殖民地化而形成的澳洲國家視為自明之理，不追究白人多數族群殖民的歷史。然而，澳洲原住民族運動包含以回復自決為目標之去殖民化的要求，亦即對於建立在征服原住民族社會而成立的近代澳洲國家本身的抗議。從這樣的立場出發，官方多元文化主義如果不清算過去的殖民歷史，那麼僅是以「從原住民族奪取而來的土地」承認移民的文化多樣性的「白人」多數民族暴力而已²¹¹。因此，依據鎌田真弓分析，澳洲原住民族的代表雖然歡迎多元文化政策當中原住民族語言的教育支援與文化復興支援等政策，但認為必須要將原住民與種族／少數團體之間作出區隔。他們主張他們是澳洲大陸的原住「民族」，與以殖民開始作為歷史起點的國民國家之間乃是對峙的存在，在受到英國殖民力量侵略的這塊土地上，他們的文化應具有正統性。無論是形成了「白澳」之英裔澳洲人或者是近年來取得正當地位而成為社會成員一份子之非歐洲系移民，他們都是藉由破壞原住民族與澳洲大陸之間「自然的羈絆」而建構之國民國家成員的一份子²¹²。

多元文化主義在澳洲之推行未能符合原住民族之期望與需求，原住民族法院之設置亦在帶來部分變革的同時，引起更多爭議。雖然原住民族法院當中對於原住民規範的部分承認，被認為是一種「弱的法律多元主義」之展現²¹³，然而一方面實際進入該等法院之原住民案件數量很少，例如在 2005 年，昆士蘭省僅有 0.2% 原住民相關事務進入 Murri 法院²¹⁴；再者，不同法院得到的評價不一，例如 Koori 法院被認為比起主流法院更加吸引人、內容廣泛、且較不令人畏懼²¹⁵；而澳洲犯罪學學會 (Australian Institute of Criminology) 認為 Murri 法院成功地促進原住民部落與昆士蘭治安法院之間的關係，包含提升了被告到庭率以及與社會復歸服務之間的連結，並指出該法院在原住民部落間受到高度評價²¹⁶；然而，一份 2008

²⁰⁹ 塩原良和，前揭註 7，頁 34-35。

²¹⁰ 塩原良和，前揭註 7，頁 9。

²¹¹ 塩原良和，前揭註 7，頁 36-37。

²¹² 鎌田真弓，前揭註 191，頁 131、135。

²¹³ 言其「弱」，乃在於對於這些法律的非正式承認意味著要在被白人法律權威審查 (scrutinized) 的情況下，在有限的空間內作為替代性的法律權威 (legal authority) 而使用。詳參：DOUGLAS & FINNANE, *supra* note 188, at 182.

²¹⁴ LARISSA BEHRENDT, et al., *INDIGENOUS LEGAL RELATIONS IN AUSTRALIA* 167 (Oxford University Press, 2008).

²¹⁵ 本段綜合參照：County Court of Victoria and the Department of Justice, *County Koori Court: Final Evaluation Report* (2011) 49; Productivity Commission, *Overcoming Indigenous Disadvantage: Key Indicators 2016—Report* (Produced for the Steering Committee for the Review of Government Service Provision, 2016) [5.24]. 轉引自：ALRC, *supra* note 181, at 192.

²¹⁶ Anthony Morgan and Erin Louis, 'Evaluation of the Queensland Murri Court: Final Report' (Technical and Background Paper No 39, Australian Institute of Criminology, 2010) 150. 轉引自：

年的評估報告指出，是否參與新南威爾斯省圓桌量刑法院並沒有對於再犯時間造成顯著差異，且在再犯的嚴重性上也一樣沒有差別²¹⁷。最終 Beranger 等人認為，這些法院可能增強了原住民部落的非正式社會控制，但是迄今沒有什麼證據顯示他們解決了原住民再犯率高的問題，或者持久地減低了原住民在法院的出現數量²¹⁸。Harris 亦指出，當認為原住民法院具有潛力可以讓現存的刑事司法系統更能回應原住民部落之需求時，在對於現有程序沒有根本改變的情形下，必須注意到法院僅擁有非常受限的操作空間，而且他們仍然是非原住民系統的一部分²¹⁹。

另一方面，Morse 曾做出警告：任何以執行殖民力量的法律為目標、透過招募原住民族人而為之刑事司法體系的原住民化（indigenisation），幾乎不可能是令人滿意的方案。Morse 指出作為此過程的一份子具有雙重危險性，包含身份的短期威脅（the short-term threat to identity）、處理衝突的忠誠之挑戰，以及參與混合系統的政治性代價此長期危險。這樣一個混合的系統意味著其呈現了原住民司法機制被普遍接受的形式，而排除了所有其他的形式。更糟糕的是，原住民法院可能僅呈現出非原住民法院所「許可」之原住民法律系統的樣貌²²⁰。

另一個擔心點與協助治安法官的原住民族人之角色有關。在所有的程序中共通的是「長老」（Elders）或「受尊敬者」（respected persons）之重要性，許多在司法體系內工作的原住民族人強力擁護對於長老的傳統角色之承認。然而，最根本的困難在於要找到對於「長老」或「受尊敬者」的適當定義。當白人殖民歷史造成原住民團體的離散，可能已經不僅僅有一個部落（tribe）或民族（nation），因此一個被部落或團體認為是長老或受尊敬者之人，可能並不會從其他團體得到相同的認可。再者，另一對於原住民量刑法院之批評是，原住民法院假設了原住民部落都會有現存的、運行中的傳統或習慣法，否認了可能會有不存在這種法律的原住民社群。對於這樣的社群，他們或者被期待製造出一套與這樣的習慣法相一致的信念與價值觀體系，或者就被要求服從於澳洲法律系統²²¹。

第三節 小結

全球原住民族長期堅持的一個強烈要求，是在司法中承認他們的文化和習慣法制度。不承認或否定原住民習慣法和習俗，是侵犯人權的一個標誌，而僅僅採取「西方」法律與附隨的法律實踐，也造成各國政府與原住民族之間的鴻溝。例如，徒刑制度對許多原住民社會來說是陌生的，他們常認為這種方法不僅無效又

ALRC, *supra* note 181, at 193-194.

²¹⁷ Fitzgerald, J. Does circle sentencing reduce Aboriginal offending? *BOCSAR NSW Crime and Justice Bulletins*, 11 (2008).轉引自：ALRC, *supra* note 181, at 193.

²¹⁸ BORIS BERANGER, et al., REDUCING INDIGENOUS CONTACT WITH THE COURT SYSTEM 1 (NSW Bureau of Crime Statistics and Research. 2010).

²¹⁹ Harris, *supra* note 154, at 38.

²²⁰ B MORSE & GORDON R WOODMAN, INDIGENOUS LAW AND STATE LAW 72 (Dordrecht: Foris. 1988).轉引自：Harris, *supra* note 154, at 34.

²²¹ Harris, *supra* note 154, at 35-36.

與社會復歸的目標相牴觸。避開了法律多元主義的政府體制（regimes eschewing legal pluralism）就很有可能違反了原住民懲罰體系的特點，因為其在重大犯罪上依賴監獄刑罰。在此種觀點下，世界上有超過一半的人口相較於國家體系，都對於自己團體的習慣法律系統比較熟悉，這意味著，缺乏對於法律多元主義的承認與實踐，這些人就會被迫屈從於自己所不熟悉、不認為是「自己的」（ones considered their "own"）的法律與刑罰制度²²²。

在許多國家，國內法一元論的觀點阻礙對於多元法律傳統之適當承認，造成習慣法從屬於單一官方法律規範的局面，依循習慣法之行為更常常被認定為構成刑事犯罪。然而，得不到官方承認的原住民習慣法實乃深深根植於當地的傳統和習俗，通常能在維護社會秩序與和平解決各種衝突和處理違法者的程序方面滿足原住民部落的需要。因此，涉及緣於不同文化價值觀的多樣性法律制度時，某種形式的法律多元制度被認為是一種建設性的辦法²²³。

美、加、澳之原住民族傳統紛爭解決機制，均展現出重視關係修復、犯罪行為為人社會復歸、反映該部落價值觀、強調部落其他成員之參與等特質，比起統治者司法體系，該種程序更加貼近原住民族生活而不具文化疏離感。此三國雖然在前述論者之分類中屬於同一種多元文化主義發展模式，然而各國在處理與原住民族有關之司法議題、特別是刑事案件之過程中，仍然因為各國歷史發展、人口組成以及原住民族政治力量等而有所不同，對於多元文化主義之詮釋與法律多元主義之採納程度亦多有差異。

美國原住民印地安人自受到殖民之始即與統治者簽訂條約，並因此保留許多遵循部落模式之印地安部落法院。然而其後受到一連串聯邦法律與法院判決之限制，固有之司法管轄權逐步被聯邦與州政府瓜分而呈現複雜難解之面貌，造成印地安保留區內犯罪率高、起訴率低與被害率高的現象。在現行法規與判決之制約下，印地安部落法院可管轄事件類型受限（《重大刑事法案》）、對象範圍受限（1978年 *Oliphant* 判決）、可判決刑度亦受限（《印地安公民權法案》）。面對目前美國印地安人之刑事處境，論者多建議應該要讓部落主權擴及於所有發生在保留地上的刑事案件，甚至有認為應該要在聯邦憲法制度下，提供給印地安部族選擇何時以及如何設計與運作自己的刑事司法機制的自由²²⁴。具體而言，聯邦議會應該要給予美國司法部（DOJ）權力以讓他們和有意願的部落簽訂因應不同需求之協議，以增加部落之刑事管轄權²²⁵，部落如果不滿意內容，可以不用和 DOJ 簽協議，這些部落就仍會受到現行法規限制²²⁶，而聯邦政府仍須確保這些部落持續受到美

²²² Lindsay Short, *Tradition versus Power: When Indigenous Customs and State Laws Conflict*, 15 CHI. J. INT'L L. 376, 390-391 (2014).

²²³ 高德義，前揭註 20，頁 115-116。

²²⁴ Eid & Doyle, *supra* note 85, at 1068.

²²⁵ Hermes, *supra* note 84, at 693.

²²⁶ Hermes, *supra* note 84, at 696.

國公民都享有之最低限度公民權保障（civil-rights protections）²²⁷。論者強調，即使部落法院系統可以對印地安人為全面管轄，也不會完全獨立於聯邦法院，而是在基本架構上作為夥伴關係（partners）²²⁸。

加拿大從1970年代起即已將多元文化主義採為國家政策，卻遲至1982年才在憲法第35條承認原住民所擁有之權利，土地問題與自治政府等議題也終於得以開展。其後，1988年《加拿大多元文化主義法》期望藉由保護與強化加拿大的多元文化主義，達到提升各種文化並消除歧視之效果²²⁹。然而一反政策與法規層面所展現出尊重多元文化的樣貌，根據Bell分析，自從1982年修憲後，大多數的加拿大人反而開始認為應該僅能有一部適用於所有人的法律，而任何差異都是令人無法接受的。其批評道：「加拿大常認為自己走在多元文化主義與宗教寬容（religious tolerance）的前端，但事實上他們是被拋在後頭的。加拿大還沒有充分理解，多元文化主義應該引導到法律多元主義，他們也還不理解法律一定是一個人的文化與身分的一部分，尊重一個人的文化就意味著也要尊重他的法律」²³⁰。儘管原住民族與過往殖民統治者訂立不少條約，然而由於國家逐漸將條約認定為是「對於發展之障礙」，故單方面調整或甚至中止之，直到二十世紀晚期條約權利始在*R. v. Van der Peet*(1996)等判決中獲得重新確認。惟至今加拿大法律仍不承認原住民族習慣規範之存在與地位，因此大多認為法律多元主義並沒有成功地在加拿大實現。對於現在的加拿大而言，論者認為原住民族權利的憲法化標誌著同化政策走入歷史，現階段的目標應在於建構協商與和解的機制，並重新建立夥伴關係，據以重現1763年皇家宣言所確立原住民族與國家間「政府對政府」的對等關係²³¹。

如果將澳洲從1788年英國殖民開始到1970年代初期的兩百多年歷史以幾句話概要的話，可以說是「澳洲原住民族受到殖民開始後的虐殺、強制移住或隔離等政策、以及其後聯邦國家不當的同化與統合政策影響，自決權受到顯著剝奪的時期」。澳洲原住民族與美、加最不同之處，除了既無條約亦無憲法規定可據以主張權利之外，更是直到1967年始取得公民地位。對澳洲原住民族的政策開始有轉變的徵兆，必須要等到1970年代工黨開始掌權時起²³²。然而，縱使澳洲政府在1972年起採行多元文化主義政策，主要關注焦點仍在於將非英語系移民統合入主流社會，直到Mabo判決(1992)出爐後原住民族司法權益之發展始出現改變契機。

二十一世紀起澳洲陸續成立原住民族量刑法院，雖然致力於引進原住民族法院工作者並且以圓桌量刑等制度企圖達到修復式司法之效果，然而由於法院處理

²²⁷ Eid & Doyle, *supra* note 85, at 1072.

²²⁸ Hart, *supra* note 58, at 184.

²²⁹ 吳克能，前揭註109，頁31。

²³⁰ Bell, *supra* note 19, at 329-330.

²³¹ 蔡志偉 Awi Mona (2010)，〈加拿大原住民族的自治權〉，施正鋒（編），《加拿大原住民權利保障》，頁215，台北：翰蘆。

²³² 前田耕司(2005)，〈先住民族アボリジニの自己決定と大学開放〉，早稻田大学オーストラリア研究所（編），《オーストラリアのマイノリティ研究》，頁171，東京：オセアニア出版社。

案件範圍受到層層限制，故實際進入該等法院之案件量甚少，迄今所發揮之成效亦不明顯，且與加拿大原住民量刑法院相同，受到「此種在國家系統內引入原住民角色之作法，反而改變了原住民司法原有樣貌」之質疑。Nehhheim 指出，或許有認為 Mabo 判決和《原住民所有權法》在澳洲法當中提供了對法律多元主義認知的方法（measure of acknowledge），特別是土地與其他資源的權利，而雖然理論上並無理由不能延伸到其他領域例如智慧財產權、刑事司法或自治，然實際上並不成功，以美國之「國內非獨立民族」（domestic dependent nations）概念為基礎之自治聲明也受到 *Isabel Coe v. Commonwealth and NSW* 3(66) *Aboriginal Law Bulletin*(1994)判決否定²³³。多數論者認為，澳洲的當務之急在於落實法律多元主義之精神，朝向承認原住民族習慣與紛爭解決機制之方向邁進。

若將視野從上述三個前大英帝國殖民地國家轉向拉丁美洲，可看到大相逕庭之發展。簽署國際勞工組織「原住民與部落人民公約」與聯合國原住民族權利宣言之拉丁美洲國家，大多於憲法中明文承認多元文化主義以及原住民族習慣、慣行與紛爭解決機制之效力，被認為對於法律多元主義做了較完善的實踐，近年來更因體察到多元文化主義之侷限而發展出「多元民族主義」此概念。對於法律多元主義之承認已經逐漸成為拉丁美洲各國之共識，且乃由法律多元主義形塑各國的制度，而非由國家來決定法律多元主義的樣貌。在拉丁美洲，於歷史上一一直被邊緣化的原住民族在塑造法律多元主義的過程中扮演重要角色，成為集合性權利的主體，促成憲法對於法律多元主義之承認與保護，與主要推動力來自於黑人民權運動之美國、為了回應魁北克分離運動之加拿大、以及為了因應日漸增多之移民的澳洲展現出不同風貌²³⁴。而且，拉丁美洲的法律多元主義並非僅是承認國家內文化多元性、或者是僅僅允許「在地而遙遠的社區」（local and remote communities）可以自行處理小型糾紛，而是將原住民司法作為政治上「去殖民化」與「去資本主義」使命的一部份²³⁵。

是故，下一章即續以拉丁美洲為例，說明多元文化主義已展現的侷限與拉丁美洲因此發展出的新改革方向——多元民族主義，以及各國如何具體落實憲法所承認之法律多元主義，特別是以原住民族刑事司法體系之建構為核心。

²³³ Garth Nehhheim, *IV Mabo and legal pluralism: The Australian Aboriginal justice experience*, in *LEGAL PLURALISM AND THE COLONIAL LEGACY: INDIGENOUS EXPERIENCES OF JUSTICE IN CANADA, AUSTRALIA, AND NEW ZEALAND* 113, (Kayleen M. Hazlehurst ed. 1995).

²³⁴ Sergio Miranda Hayes(2015-2016). *The Andean New Legal Pluralism*. Unpublished master's thesis, Central European University, Hungary.

²³⁵ *Id.* at 27.

第四章 從多元文化主義到多元民族主義——以拉丁美洲為例

雖然我國與原住民族法學／司法相關之研究大多以美、加、澳、紐為參考對象，然而若將視野進一步擴大到中南美洲半島，可發現拉丁美洲國家從二十世紀末起亦進行了一場原住民族權利進展之大變革。不過事實上到二十世紀末為止，拉丁美洲國家與亞洲新興工業國家相比，雖然兩個地區都經歷了經濟自由化及民主化，但民主轉型似乎無法解決拉丁美洲的經濟危機，甚至因此產生「威權體制更適合推動經濟成長」的看法。而在原住民權益方面，亦有論者斷然認為「拉丁美洲各國的現況當中，幾乎不可能在國家內部讓原住民享有平等與正當的地位」，「多元文化主義並不適合拉丁美洲的政治社會狀況」¹。然而，進入二十一世紀後，拉丁美洲卻展現出一番新氣象。長期研究拉丁美洲原住民族運動之學者，更對拉丁美洲有著「界定多元族群文化的觀念領先全球」之讚譽²。

以下首先簡介拉丁美洲歷史，並介紹影響該地區深遠之兩個國際公約：國際勞工組織原住民與部落人民公約（ILO 第 169 號公約）與聯合國原住民族權利宣言。其後藉由二十世紀末以來之憲法改革發展，闡述該地區發展出多元民族主義之背景，並以玻利維亞與厄瓜多爾此二「多元民族國家」為中心，闡述二國如何在多元民族憲政主義下，具體化對於原住民族權益之保障以及法律多元主義之實踐。

第一節 拉丁美洲歷史概述

1492 年哥倫布在西班牙女王的贊助下進行「發現新大陸」的探險活動，自此揭開西班牙殖民美洲的序幕。歐洲人的入侵、對生產活動的破壞以及從歐洲帶來的疾病等都造成拉丁美洲原始人口 90% 到 95% 死亡³。如同世界各地的殖民歷史，西班牙政府之政策走向亦為欲傳輸「文民的」(civilized) 價值觀給當地族群，並讓當地原住民族印地安人隸屬於西班牙人之下。僅有少數的原住民權力機構 (authorities) 受到承認，而原住民族司法權僅被容許管轄輕微案件 (minor cases)，涉及較重處罰之案件則必須交由西班牙法院決定⁴。歐洲的殖民導致印地安人土地流失，傳統生活型態遭受衝擊，再加上種族偏見，印地安身分被認為「不文明」、「野蠻」、「無行為能力」，以上種種都是埋下拉丁美洲原住民政治、經濟、社會

¹ 木村秀雄 (1999)，〈多文化主義・人類学・ラテンアメリカ〉，油井大三郎、遠藤泰生（編），《多文化主義のアメリカー揺らぐナショナル・アイデンティティ》，頁 278、254，東京：東京大学出版会。

² 石雅如 (2015)，〈拉丁美洲原住民族權利發展－兩次原住民族國際十年期間(1995-2014)〉，《台灣原住民族研究學報》，5 卷 4 期，頁 156。

³ Van Cott & Donna Lee, *Latin America's Indigenous Peoples*, 18 J DEMOCR. 4, 127, 129 (2007).

⁴ Sergio Miranda Hayes (2015-2016). *The Andean New Legal Pluralism*, at 11-12. Unpublished master's thesis, Central European University, Hungary.

和文化地位結構性劣勢的遠因⁵。拉丁美洲經歷西班牙、葡萄牙、法國等國三百餘年的拓殖，到了 1836 年美國以強國之姿蠶食墨西哥後，南北美洲呈現強烈對比，法國學者於是使用「拉丁美洲」一詞形容墨西哥以南的「美洲」。自此，「拉丁美洲」表面上成為最魔幻、最戲謔的名詞，實際上乃最無奈、最宿命的代稱⁶。

十九世紀初，在美洲大陸上真正和西班牙政權做鬥爭的是印地安人，但從殖民母國獨立後這些人並未獲得任何補償，相反地，這些為之灑了鮮血的人的期望被辜負了。和平到來的同時，一個充滿災難的年代又開始了⁷。殖民地時期的原住民族被支配者視為「野蠻」，在獨立後的國家形成過程中也被當作「他者」而持續地受到歧視。由白人及混血麥士蒂索人組成的統治階層仍舊抱持西班牙殖民時期的意識形態，社會階級繼續存在，對原住民的壓榨與排擠依舊。易言之，僅是從外部殖民換成內部殖民⁸。例如殖民時期原住民族尚有某程度的國內自治和集合性土地權利，但這些權利在各國贏得獨立戰爭後反而遭到破壞⁹。在要將原住民編入國民社會這樣的國民統合理念下，拉美各國政府藉由導入歐洲移民而以國民的「白色化」為目標，原住民族受到強力壓迫甚至是遭到「抹消」¹⁰。隨著統治者政權的擴展，拉丁美洲的印地安人被迫奔波遷徙，被驅趕到最貧困的地區、最荒涼的山區或沙漠的深處。印地安人過去和現在都由於本身的富有而遭到不幸，這是整個拉丁美洲悲劇的縮影¹¹。

進入二十世紀後，面對經濟發展的需求，許多拉美國家統治者認為開發原住民所在地之天然資源是國家唯一能夠擺脫貧窮的方法¹²，於是推行一連串的土地政策，然而眾多表面看似「保護」原住民土地權益的政策往往是障眼法，真正目的在於獲取原本屬於原住民之土地¹³。失去土地無法從事傳統農事維生的原住民只能進入種植園和礦場工作，成為經濟上的弱勢底層；社會文化上則面臨同化政策的衝擊，原住民被認為是影響國家工業化與現代化的阻礙，應該要併入國族一體、融入國家社會¹⁴。拉丁美洲各國為了建立國族認同而迫使原住民放棄使用母語、忽視傳統文化並且侵略原住民的傳統領域。這種塑造單一國族認同的政策，

⁵ 石雅如（2014），〈當代拉丁美洲原住民族運動發展〉，《台灣原住民研究論叢》，15 期，頁 40。

⁶ 陳小雀（著），王玫、張小強、韓曉雁、張倉吉、吳國平（譯）（2013），〈序 掀開崎嶇真相 縷述殘酷歷史〉，Eduardo Galeano（著），《拉丁美洲：被切開的血管》，頁 7，台北：南方家園。

⁷ Eduardo Galeano（著），王玫、張小強、韓曉雁、張倉吉、吳國平（譯）（2013），《拉丁美洲：被切開的血管》，頁 169，台北：南方家園。

⁸ 石雅如（2012），〈西屬美洲原住民主權的發展〉，《台灣原住民族研究學報》，2 卷 4 期，頁 35。

⁹ Cott & Lee, *supra* note 3, at 129.

¹⁰ 新木秀和（2014）《先住民運動と多民族国家：エクアドルの事例研究を中心に》，頁 177-178，東京：御茶の水書房。

¹¹ Galeano，前揭註 7，頁 75。

¹² David C Baluarte, *Balancing Indigenous Rights and a State's right to develop in Latin America: The inter-american rights regime and ILO convention 169*, 4 SUSTAINABLE DEV. L. & POL'Y 9, 9 (2004).

¹³ 石雅如（2009），〈土著主義、原住民主義與拉丁美洲原住民族運動〉，《台灣原住民族研究季刊》，2 卷 3 期，頁 87-88。

¹⁴ 石雅如，前揭註 5，頁 40-41。

造成文化涵化和萎縮¹⁵。

面對國家暴力行為，進入二十世紀後半，拉丁美洲原住民族運動開始越來越活躍，主要原因包含國內與國際環境之變化¹⁶。在國內環境方面，自 1970 年代開始，各國的原住民超越了共同體或地區之界線，在一國或地區層級上舉行各種會議並成立跨國組織。當他們的地理範圍擴張，他們的訴求也逐漸從要求守護自己的土地權益，跨大到文化議題（例如雙語教育）以及對於習慣法和自治權之尊重¹⁷。1980 年代拉美國家陷入外債危機，各國政府推行新自由主義經濟政策，容許以利益掛帥的強勢跨國資金和企業直接掠奪原住民資源。正因為政府的逼迫，拉美原住民運動和組織呈現蓬勃的活動力¹⁸，而此時期各國國內的民主化與國家改革運動也正如火如荼進行中，亦對原住民族運動產生影響。隨著民主化進展與教育普及，原住民族逐漸享有參與國政之機會。1990 年代開始各國實施雙語言教育，雖然有著對原住民加強西班牙語教育之面向，但不可否認的是隨著原住民識字率提高，也促進了對於自身種族與身分意識的覺醒¹⁹。

而在國際環境方面，1989 年國際勞工組織原住民與部落人民公約（下稱「ILO 第 169 號公約」）和 2007 年 9 月聯合國原住民族權利宣言，都扮演重要的推手²⁰，特別是 ILO 第 169 號公約促成拉丁美洲各國一連串的修憲行動，並使得第一部承認部分原住民族權利和法律多元主義之憲法誕生。於批准 ILO 第 169 號公約後，哥倫比亞於 1991 年透過包含三名原住民族代表之修憲大會，首度賦予原住民族與部落包含領域、政治、經濟發展、行政、社會與文化等在內之權利；1994 年，玻利維亞選出首位原住民族副總統，並於一年後修憲，將對於法律多元主義之承認明文化；厄瓜多則在歷經許多政治衝突與原住民族運動後，於 1998 年憲法中承認厄瓜多為多元文化、跨文化、多元種族（multicultural, intercultural, multiethnic）之國家，並且承認原住民族有「免於受到任何壓迫系統」之權利。其後，各國原住民族要求承認自治權、建立新形式的參與式民主以及政治與經濟改革，玻利維亞與厄瓜多更分別於 2009 年與 2008 實行新的憲法，於其中均主張自己為「多元民族國家」（Plurinational States）²¹。

以下將首先以國際勞工組織 ILO 第 169 號公約和聯合國原住民族權利宣言為中心，分述其與原住民族司法權有關之內容，其後於下一節詳述拉丁美洲各國國內之相應改革措施與具體實踐方案。

¹⁵ 石雅如，前揭註 13，頁 89。

¹⁶ 此見解及以下所列舉之國內與國際因素乃大多數研究拉丁美洲原住民學者之共識，例如：新木秀和，前揭註 10，頁 183-189；Anna Barrera, *Turning legal pluralism into state-sanctioned law: Assessing the implications of the new constitutions and laws in Bolivia and Ecuador*, GIGA RESEARCH PROGRAMME: LEGITIMACY AND EFFICIENCY OF POLITICAL SYSTEMS 1, 6-7 (2011).

¹⁷ Cott & Lee, *supra* note 3, at 130.

¹⁸ 石雅如，前揭註 5，頁 45。

¹⁹ 新木秀和，前揭註 10，頁 188。

²⁰ 新木秀和，前揭註 10，頁 182-188。

²¹ Hayes, *supra* note 4, at 15-17.

第一項 ILO 第 169 號公約

國際勞工組織是聯合國的專門組織當中，在提倡和保護原住民族權利、特別是經濟和社會發展方面最有行動力的一個機構。1957 年國際勞工組織「第 107 號有關在獨立國家中保護和消除原住民、其他部落及半部落人口種族差別待遇公約」拉開了國際組織保護原住民族權利的序曲。然而此公約認為原住民族的發展必須仰賴國家而非他們自己本身的文化價值，關注的是創造能將原住民族整合進入當代工業化社會的條件，目的在促使原住民族加入主流政治、經濟、法律與文化等價值體系中。是故，此公約被批評為鼓勵同化和整合，導致全世界的原住民族群起反對²²。事實上這個公約對許多拉丁美洲國家政府也根本毫無存在感，國家對原住民族施加的暴力事件仍時有所聞²³。種種反對聲浪下，最後促成 ILO 第 169 號公約之誕生（1989 年）。到了二十一世紀的今日，ILO 第 169 號公約仍然是保護原住民權利最具有拘束力的國際文書，在後續諸多公約與條約（包含聯合國原住民族權利宣言在內）創設各種原住民（族）權利之際，承擔了作為最重要的根據來源之責任²⁴。

ILO 第 169 號公約明確承認各國原住民族對於他們傳統領域有合法與正當的權利，在關於他們各項法律和行政的事務上有實質參與權，並承認他們有依照自身文化和傳統而發展的權利。ILO 第 169 號公約亦主張原住民族可以依照他們自己的信仰，享有與其他社群不同的生活和發展方向。該公約傳達出的重要訊息包含：原住民有權維持並發展他們的獨特文化身分（cultural identity）、靈性（spirituality）、語言與傳統生活方式；他們擁有在政治、經濟與社會層面的自我決定權（self-determination），包含廣範圍的自治以及維持並強化他們自己的司法系統（system of justice）；原住民對他們傳統上擁有或佔有並使用的土地有權得以劃界（demarcation）、享有所有權、發展、控制及使用；政府必須要兌現並信實地遵守與原住民族（indigenous nations）之間的條約協定²⁵。亦即，ILO 第 169 號公約移除家父長式作風和同化整合式的語言，採取尊重原住民族和部落文化與傳統規範制度的途徑，肯定原住民族擁有永續生存的權利，並承認原住民族有權建立他們自己的制度及宣示他們自己的發展方向²⁶。簡言之，ILO 第 169 號公約拋棄第 107 號公約之同化政策走向，轉而強調深化原住民族土地與領土的概念，並引進原住民族對於附屬於土地上自然資源之權利以及返回祖居地之權利。該公約並引入原住民族自決權、協商與參與的權利、自己決定優先性的權利，並

²² 蔡志偉 Awi Mona (2008)，〈聯合國中的原住民族國際人權〉，《臺灣國際研究季刊》，4 卷 2 期，頁 88-89。

²³ 石雅如，前揭註 8，頁 37-38。

²⁴ 角田猛之（2016），〈[翻譯] アンドリュー・エルエティ「伝統的な土地に対する先住民の権利の承認：国際条約上の諸機関による諸国家の評価」〉，《關西大學法學論集》，65 卷 6 期，頁 224。

²⁵ Siegfried Wiessner, *Rights and status of indigenous peoples: a global comparative and international legal analysis*, 12 HARV. HUM. RTS. J. 57, 127 (1999).

²⁶ 蔡志偉 Awi Mona，前揭註 22，頁 91-92。

要求應強化承認與保護原住民族傳統價值、組織與習慣法²⁷。儘管 ILO 第 169 號公約仍招致不少批評，然而不可否認其乃**第一個直接關注原住民族身分保障與發展之國際公約**。

迄今簽署國雖僅 22 國²⁸，惟拉丁美洲國家就占了其中 15 國，各國國內法並因此受到深遠影響，特別是在司法權益方面。以該公約第 8 條與第 9 條為例，其分別規定了²⁹：「(第 8 條) 1.在對有關民族實施國家的立法和規章時，應適當考慮他們的習慣和習慣法。2.當與國家立法所規定的基本權利或國際公認的人權不相矛盾時，這些民族應有權保留本民族的習慣和各類制度。必要時，應確立各種程序，以解決實施這一原則過程中可能出現的衝突。3.本條第 1 和第 2 款的實施應不得妨礙這些民族的成員行使賦予所有公民的權利和承擔的相應義務。(第 9 條) 1.在國家立法和國際公認的人權允許的範圍內，對有關民族採用傳統方法處理其成員所犯罪行應予尊重。2.當局和法院在處理刑事案件時，應考慮這些民族處理此類問題的習慣」。為具體落實上開內容，批准 ILO 第 169 號公約之拉美各國便開始賦予原住民族部落獨立的司法權、引入基於習慣法之紛爭解決機制、或者在向來的裁判機制當中構築保障原住民族權利之制度等³⁰。

第二項 聯合國原住民族權利宣言

2007 年聯合國大會通過「原住民族權利宣言」，意在與原住民族建立夥伴、諮商與合作關係，藉由原住民族權利法制化的工作以保障原住民族的各項人權。整個國際人權體系的建構，也在此一宣言的通過下更加完備³¹。拉丁美洲諸國當中除了哥倫比亞棄權以外，其餘均對此宣言投下贊成票。

若將聯合國原住民族權利宣言與 ILO 第 169 號公約相對照後可發現，ILO 第 169 號公約在其總則編確立保障原住民族自主管理各民族各類機構、生活方式和經濟發展，以及保持並發揚原住民族的特點、語言和宗教的權利，並特別針對原住民族土地與自然資源的治理，一方面肯認其為原住民族的基本人權，另一方面揭示原住民族對人類文化的多樣性、和諧、生態平衡等之貢獻。相對而言，聯合國原住民族權利宣言則以明確性權利的規範方式，表彰原住民族所享有者是主觀公權利之法性質³²。其中與本文探討主題較相關者包含：自決權、自治權（第 3、

²⁷ 蔡志偉 Awi Mona (2011)，〈從客體到主體：台灣原住民族法制與權利的發展〉，《臺大法學論叢》，40 卷 S 期，頁 1510。

²⁸ ILO, Ratifications of C169 - Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989(No. 169), http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312314 (last visited Apr. 20, 2018)

²⁹ ILO 第 169 號公約中譯版本引用自：國際特赦組織台灣分會，<https://www.amnesty.tw/node/700> (最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日)

³⁰ 額田有美 (2013)，〈コスタリカの裁判における先住民族の権利保障システムに関する一考察：「文化鑑定」の現状と課題〉，《ラテンアメリカ・カリブ研究》，20 期，頁 58。

³¹ 蔡志偉 Awi Mona，前揭註 22，頁 102-103。

³² 蔡志偉 Awi Mona、許恒達、吳秦雯 (2016)，〈貳、原住民族與法〉，《國內原住民族重要判決之編輯及解析 (第二輯)》，頁 8-9，台北：原住民族委員會。

4、23、35 條)、文化完整權(第 8 條)、土地權(第 10、25-29、32 條)、司法權(第 34、40 條)等³³。論者並將該宣言第 27 條與第 34 條結合,認為其賦予了原住民族獨特的「司法近用權」(「各國應...充分承認原住民族的法律、傳統、慣習和土地所有權制度,.....」;「原住民族有權.....促進、發展與保持其體制架構及其獨特的習俗、精神性、傳統、程序和做法,以及已有的司法體系或慣習」)。其特色在於賦予原住民在司法實踐中近用自身程序與實體習慣法體系(customary systems of law)的一種特殊權利。

在宣言制定前後,各國因原住民族間互動的歷史,以及在既存憲政結構與社會組織上的差異,都發展出了各種讓原住民族近用其司法體系與慣習的方法。過去沒有機會建立條約關係的國家,可能會藉由轉型正義立法來回溯、重建法律多元主義,而與原住民族已經訂有條約的國家,則可能選擇在既有的「族群飛地」(ethnic enclave)外,藉由解釋與類推適用等方法,擴充普通法的內容,使其涵括原住民族的習慣法³⁴。

第二節 憲法改革與相關制度修正

第一項 整體分期

拉丁美洲自二十世紀晚期以來,逐漸察覺多元文化主義之侷限以及其所造成法律多元主義之窒礙難行,故開始往新的方向發展。學者 Yrigoyen 認為可以將 1980 年代修憲行動以來當代拉丁美洲之憲政主義區分為三個時期,整體而言展現出「逐漸質疑十九世紀時建構與定義拉丁美洲共和國之核心概念,以及原住民殖民保護下所留下的遺產,並因此提出深遠的去殖民計畫」之特色。由於這些憲法改革,新制度被融入法律語言當中,影響或改變了國家的特色,包含:多元文化主義(multiculturalism)、跨文化主義(interculturalism)與多元民族主義(plurinationalism)³⁵。時期區分如下:

1982-1988 : 多元文化憲政主義 (multicultural constitutionalism)

↓

1989-2005 : 多文化憲政主義 (pluricultural constitutionalism)

↓

³³ 聯合國原住民族權利宣言中譯版本引用自:國際特赦組織台灣分會, <https://www.amnesty.tw/node/699> (最後瀏覽日期:2018 年 4 月 20 日)。

³⁴ 前一段「司法近用權」之概念與本段引用自:黃居正,原住民族司法近用權之理論與實踐—與中國等社會主義觀點之比較,第七屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會,原住民族委員會主辦,頁 403-404 (2016 年 10 月 30 日)。

³⁵ Yrigoyen Fajardo Raquel (2011). El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización, en Rodríguez Garavito C. (Coord.). EL derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico en el siglo XXI. Buenos Aires-Argentina. Siglo XXI Editores. 轉引自: Israel Leonardo Patzi Condori (2017). *Administration of indigenous justice: limits and scope of indigenous legal systems based on the plural control of constitutionality of the Plurinational Constitutional Court of Bolivia*, at 33-34. Master's thesis, University of San Martin, Argentina.

2006- : 多元民族憲政主義 (plurinational constitutionalism)

第一款 多元文化憲政主義：1982-1988³⁶

1985年瓜地馬拉和1987年尼加拉瓜修憲，承認國內的其他文化存在，這顯示出對於國家而言文化多樣性變得重要，且展現出**多元文化主義**在拉丁美洲大陸不可抵擋的趨勢。此時期之「多元文化主義」用來指稱國家對於原住民族執行的開放政策，部分國家使用「多元種族」(pluri-ethnic)一詞。然而，這樣由自由主義所建立的多元文化並不允許任何人改變國家結構或開放更多民主過程之參與，原住民之權利必須作為與國家模型相容的文化實踐始得以被承認。是故，雖然原住民族的文化開始受到承認，然而由於國家的文化仍居於統治地位，故文化之間的關係並不是對稱的，僅能稱得上是「半套的承認」(a half recognition)。是故，必須要再提出一個新的概念以克服上述多元文化模型的限制。

第二款 多文化憲政主義：1989-2005³⁷

自1990年代起拉丁美洲諸國陸續簽訂ILO第169號公約³⁸，該公約對於原住民族權利之承認較以往更為廣泛，包含機會與待遇平等、對於原住民族及其習俗之保護、所有權與占有之權利、以適當形式取得健康和教育之權利、獲得諮詢 (consulted) 之權利、自我決定和自我管理權、有益於部落其他權利的範圍內的土地權等等³⁹。是故相應地，各國開始有了思想上的轉變，例如不再認為原住民族僅僅是受他人主宰的政治上客體，而改認為是主體，亦即原住民族有權利掌控自己的典章制度並且決定自己的命運。再者，打破了國家僅僅代表一個擁有單一文化、語言與信仰認同之同質民族的觀念，開始理解文化、語言與法律的多樣性。在質疑國家對於製造法律 (legal production) 的壟斷性 (monopoly) 後，各國開始承認不同程度的法律多元主義，認可原住民與其社群擁有自己的法律、權力機構與司法形式。隨著ILO第169號公約之簽訂、各種原住民族運動之開展以及超過15個拉丁美洲國家之憲法改革，二十世紀最後十年對於多元文化世代 (multi-cultural generation) 而言成為一個新的典範⁴⁰。

這股修憲風潮承認了原住民權力機構，包含他們自己的規則與程序、習慣法與司法功能。哥倫比亞憲法 (1991年)、秘魯憲法 (1993年)、委內瑞拉憲法 (1999年)、厄瓜多爾憲法 (1998年) 和玻利維亞憲法 (1994年) 都在不同程度上明確承認習慣法得以在部分司法權中適用。其中，玻利維亞1994年憲法聲明玻利維亞是

³⁶ *Id.* at 34-35.

³⁷ *Id.* at 35-38.

³⁸ 拉丁美洲諸國批准 ILO 第 169 號公約之年份：1991 年哥倫比亞、玻利維亞、1993 年哥斯大黎加、巴拉圭、1994 年秘魯、1995 年宏都拉斯、1996 年瓜地馬拉、1998 年厄瓜多、2000 年阿根廷、2002 年巴西、委內瑞拉、多明尼加、2008 年智利、2010 年尼加拉瓜。

³⁹ Hayes, *supra* note 4, at 26.

⁴⁰ Raquel Y Yrigoyen Fajardo, *Legal pluralism, indigenous law and the Special Jurisdiction in the Andean Countries*, 10 BEYOND LAW 32, 33 (2004); Barrera, *supra* note 16, at 6-7.

一個多元文化與多元種族的國家（multicultural and pluri-ethnic State），並承認原住民司法是紛爭解決的一種替代形式，多元主義與文化多樣性（cultural diversity）成為憲法原則⁴¹。

第一個憲法文字中的重要改變是對於多文化（plural-cultural）和多種族（multiethnic）的承認⁴²。在多數拉美國家憲法當中，接受文化多樣性是社會與政治系統的構成要素⁴³，作為承認語言和法律多樣性以及特別原住民權利（special indigenous rights）的基礎，此「承認」意義重大。其次，縱然規定上略有差異，大致上各國憲法均承認原住民紛爭解決的組織、法規和程序，同時也都加上了限制，例如不能與國家法律系統所定義的基本權利或者國際認可的人權不符。除此之外，所有憲法文字均提及在特別審判權／原住民法律機制以及國家法律系統／國家力量之間協調的規定。在這樣的憲法修正之前，各國法規僅將習慣作為次要法律，在法律真空（absent）時始能操作之，而且不能夠與法律相矛盾，否則可能構成犯罪。透過承認原住民與其社群之司法與管轄權的機制，憲法修正條文明確地承認不同的司法、立法和執行力量機構的存在。他們承認所謂的習慣法（customary law）不僅僅是法律的來源，更是原住民族自己的法律，可以應用於與國家法律相抗衡。因此，當原住民權力機構正在運行其管轄機制時，一般的法院必須要限制自己不可以干預其中，否則就有可能違憲⁴⁴。

綜合而言，此時期之拉美各國至少承認了以下三個要素：一、習慣法的系統：包含規範和管理原住民社群與其人民的力量；二、特殊裁判權機制（special jurisdictional function）或「可以管理司法的能力」：此特殊管轄權機制包含任何管轄權的所有權力，例如調查相關事情的權限（傳喚證人或蒐集證據等）、用自身的法律解決問題的能力、使用強制力以在必要時使其決定有效的能力（包含了可能會限制權利的行動，例如執行拘留、要求金錢或者提供勞務等等）。再者，特殊管轄權機制之決定具備自動合法性與有效性；三、權力機構之體制（the institutional system of authorities）或者是以自身之自治政府制度實行管理的權力：包含可以指定、改變或使權力機構合法的結構。其中，原住民特別審判權的概念引起了一系列的衝突，法律、一般法院或憲法法院都無法明確地界定該權利的範圍，特別是與其他人權之間的關係。部分原因出自於，此時期的憲法改革仍然強烈地受到寬容多元文化主義的自由主義（the tolerant multiculturalism of liberalism）之影響，文化多樣性對於原住民法律體系之承認同時是助力也是限制。立基於這些因素，憲法試圖克服法律一元主義的幻象（phantom），並將不影響國家完整、

⁴¹ 聯合國 2014 年研究報告（中文版）：利用司法途徑增進和保護原住民族人民權利：恢復性司法、原住民族司法制度以及婦女、兒童和青少年以及身心障礙人士利用司法制度問題，2014 年 8 月 7 日，頁 5，

http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session27/Documents/A_HRC_27_65_CH I.doc; Cott & Lee, *supra* note 3, at 138.

⁴² Yrigoyen Fajardo, *supra* note 40, at 34.

⁴³ Hayes, *supra* note 4, at 28.

⁴⁴ Yrigoyen Fajardo, *supra* note 40, at 34-35.

法律保障以及人權價值的某種形式的內部法律多元主義融入其中⁴⁵。

第三款 多元民族憲政主義：2006-⁴⁶

在二十一世紀的第一個十年，厄瓜多與玻利維亞分別在2008年與2009年修憲時，進一步明確宣示該國乃立基於種族多元（ethnic pluralism）及「多元民族主義」（plurinationalism）⁴⁷。以原住民之政治動員和其他社會運動組織為特徵，Santos與Del Real Alcalá等論者稱之為「轉型憲政主義」（Transformational Constitutionalism）或「多元民族憲政主義」（Plurinational Constitutionalism），意味著去殖民化與反資本主義的政治方案，打破了在發展過程中始終居於主流之歐洲中心主義（Eurocentric）⁴⁸。

在這次的修憲行動中，原住民不再僅僅被認為是多元文化的一部份而已，而是作為在單一國家下（within the unity of the State）擁有自我決定權的行動主體。這兩部憲法試圖克服在共和國創立與發展時期原住民所欠缺之制憲／修憲權（constituent power），對抗少數族群隸屬於國家保護下的法律狀態。亦即，玻利維亞與厄瓜多憲法之法律多元主義基礎不再僅僅存在於文化多樣性上，而更是承認了原住民的自我決定權。在此之前居於主流之自由多元文化主義，乃是在非歐洲文化「僅於其部落／社區內運行、且限於不干擾主流文化之情形」始承認其存在。相對而言，多元民族憲政主義以其跨文化構成要素，並不單純地要求對於多樣性的承認，而是讚揚／歌頌（celebrate）在多樣現存的文化當中的文化多樣性以及共通豐富性。論者Yrigoyen認為，多元民族（plurinational）的意義在於原住民族不僅僅是被承認為「相異文化」，而亦是擁有自我決定權或自由決定權的最初民族（originating nations or nationalities）。多元民族國家的概念承認了以多樣性、人類的平等尊嚴、跨文化以及平等法律多元主義的模型為基礎的新原則，並且包含了對於原住民司法功能的明示承認⁴⁹。

多元民族憲政主義將「跨文化性」（interculturality）等概念融入其中，並成為克服多元文化主義限制之關鍵。「跨文化性是一個促進以不同文化身分作為特徵之相異社會團體彼此之間關係的工具或原則，提倡在一個跨文化社會中，將各自之邏輯、實踐、以及與政治、經濟、社會、文化、語言和法律規範等有關的知

⁴⁵ Yrigoyen Fajardo, *supra* note 40, at 35-36. 同樣看法：Rachel Sieder, *The Challenge of Indigenous Legal Systems: Beyond Paradigms of Recognition*, 18 BROWN J. WORLD AFF. 103, 104 (2011).

⁴⁶ Patzi Condori, *supra* note 35, at 38-42.

⁴⁷ Sieder, *supra* note 45, at 104.

⁴⁸ Boaventura de Sousa Santos y José Luis Exeni Rodríguez Eds. (2012). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. 1ª ed. Fundación Rosa Luxemburg/Abya Yala. Del Real Alcalá, Carlos Alberto (2010). *La construcción de la plurinacionalidad desde las resoluciones del nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Desafíos y resistencias*. La Paz-Bolivia. 轉引自：Patzi Condori, *supra* note 35, at 38.

⁴⁹ Raquel Yrigoyen, El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización in “*El derecho en América Latina*.”, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, p.149 [Law in Latin America]. 轉引自：Hayes, *supra* note 4, at 30.

識納入考量，在該社會中基本權利與集合性權利之實踐是受到不帶有任何差別待遇之尊重與保障的」⁵⁰。這會需要國家與原住民族之間建立一個立基於對於彼此文化之尊重而不僅僅是多元文化主義所提出之「容忍」(tolerance)的新的對話，是一個讓所有人都可以自由地表達並主張自己權利的空間。至此，法律多元主義才得以正式地融入國家當中，而原住民享有實行自身司法的權力，國家不再獨占法律製造 (legal production) 的唯一權威。除了跨文化性外，另一個在玻利維亞 2009 年憲法當中具有同等重要性的概念是「去殖民化」，這意味著即使在玻利維亞獨立後殖民主義也沒有停止，種族主義與歧視概念依然盛行。基於此，國家必須以多元民族的框架再度重建。論者 Attard 主張，「去殖民必須以『補償—使均等—重建』(restitution- equalisation- reconstitution) 為基礎而理解.....；再者，他們的政治、司法、經濟、文化、宗教與領域機制必須在團結和尊重的和諧過程中受到修復與重建，此為與多元民族單一國家相符的景象⁵¹」。

在玻利維亞與厄瓜多此種多元民族模式 (plurinational model) 下，原住民族的處境改變了：從脆弱的 (vulnerable) 存在變成享有保護與提升之監管法規 (regulatory statute) 保障之政治主體。論者 Ramírez 主張，此多元民族模型將會是拉丁美洲原住民族主張權利的最後一哩路⁵²。

第二項 多元民族國家之憲政架構

論者指出，拉丁美洲諸國當中，在原住民權利、公民身分 (citizenship)、國家改革等領域上，玻利維亞與厄瓜多均為箇中翹楚⁵³。玻利維亞和厄瓜多新憲法 (2009/2008 年) 除了都採取聯合國原住民族權利宣言所建立之自治權外，兩國均接受了國內原住民族組織之主要訴求，亦即同意將國家從不對稱的民族國家 (nation-state) 轉向多元民族國家 (plurinational state) 模式。以文化多樣性作為出發點，此新模式預設所有國內之身份團體 (identity groups) 平等對待彼此且在共同利益之區域內分享共同治理的責任。因此，需要修改現存機制 (例如司法體系) 以確保這些團體的代表以及平等考量他們的利益與世界觀。同時，多元民族國家是一個多中心的 (polycentric) 實體，承認不同團體有可以依據自己的價值、規範和身份自由地決定發展方向之自治空間⁵⁴。

是故，以下將以玻利維亞和厄瓜多之憲法規定與相關具體措施為例，說明法

⁵⁰ Walsh Catherine (2009). *Interculturalidad, Estado, sociedad: luchas (de) coloniales de nuestra época*. Quito-Ecuador. Universidad Andina Simón Bolívar.p.152.轉引自：Patzi Condori, *supra* note 35, at 40.

⁵¹ Attard Bellido, María Elena (2014). *Sistematización de jurisprudencia y esquemas jurisprudenciales de pueblos indígenas en el marco del sistema plural de control de constitucionalidad*. La Paz, Fundación Konrad Adenauer.p.33. 轉引自：Patzi Condori, *supra* note 35, at 42.

⁵² Ramírez Silvina (2015). *Matriz constitucional, Estado intercultural y derechos de los pueblos indígenas*. 1ra ed. Buenos Aires-Argentina. Editorial Ad-Hoc. 轉引自：Patzi Condori, *supra* note 35, at 41.

⁵³ 新木秀和，前揭註 10，頁 247。

⁵⁴ Barrera, *supra* note 16, at 7-8.

律多元主義與多元民族主義如何使得原住民族司法制度之國家政策展現新的樣貌。

第一款 玻利維亞

不少歷史學家認為玻利維亞統治者對待原住民的殘暴程度是南美之冠。十六世紀西班牙殖民者屠殺印加原住民，比屠殺中南美洲馬雅族有過之而無不及。即使 1825 年玻國獨立後也征戰連年，並逐步邁向軍人鐵腕統治的年代，獨裁者對原住民之壓迫不比西班牙殖民者輕，原住民沒有公民權或土地，更被隔絕在鄉間裡、或在大莊園當奴隸。過去甚至有大地主或白人上層階級視原住民為「玩物」，命令他們學野生動物逃跑，然後向他們追捕射殺，以模擬打獵的樂趣⁵⁵。一直到 20 世紀初，報紙上都還可以看到出租從事家務勞動的印地安人的廣告，被稱為「蓬戈人」(los pongos) 的他們吃的是狗剩下來的東西，和狗睡在一起，還要跪著向任何一個白皮膚的人說話。這樣的情景一直到 1952 年革命後，玻利維亞印地安人被踐踏的尊嚴始得以恢復⁵⁶。由於這種強烈的民族憂患意識，玻國的原住民抗爭遂演變成一場波瀾壯闊的運動。

玻利維亞有 62% 都是原住民，分成 36 個種族和語言相異之團體，是所有拉丁美洲國家當中原住民佔該國人口比例最高者，然而同時也是南美洲大陸上最貧窮的國家。玻利維亞在地理範圍上主要可以分為兩個區域，亦即多數原住民群居並過著農業生活之高地地區，以及其餘少數部族居住並以傳統農耕、狩獵和採集為生之低地地區。玻國獨立後，新政府之政策目標立基於去族群化 (non-ethnic basis) 之方向，亦即「農民」這個用語開始涵蓋包含原住民共同體在內的所有高地農村住民，將原住民與農民以同一個社會階級 (social class) 待之。統治階層文化之優越地位以及「原住民應該附屬於統治階層」之假設不曾受到質疑，革命結果事實上再製了殖民模式⁵⁷。1970 年代新政府崩解後，原住民內部逐漸萌生種族意識 (ethnic consciousness)，拒絕附屬性 (assimilation) 並要求國家去殖民化。但是要到二十世紀末，原住民受到邊緣化的文化才受到關注，並開始與基於民族與文化的集團權利和階級之要求做結合⁵⁸。

玻利維亞在 1991 年批准 ILO 第 169 號公約，1994 年修憲時承認國家的多民族與多元文化性，並制定了促進原住民族政治參與以及給予集合性土地所有權 (collective landownership) 等集合性權利之法律。然而玻國人發現多元文化主義並沒有根本地改變根深柢固的種族主義或國家的整體架構，因此原住民組織進而主張必須重新塑造國家，並非僅僅是承認原住民的存在，而亦應承認他們作為民

⁵⁵ 張翠容 (2009)，〈拉丁美洲真相之路〉，頁 255，台北：馬可孛羅。

⁵⁶ 陳小雀，前揭註 6，頁 74。

⁵⁷ John L Hammond, *Indigenous community justice in the Bolivian constitution of 2009*, 33 HUM. RTS. Q. 3, 649, 650-651 (2011).

⁵⁸ 中野育男 (2017)，〈ILO169 号条約と先住民種族民の参加・協議・同意〉，《専修商学論集》，105 卷 121。

族 (nations) 之主權⁵⁹。2006 年 Evo Morales Aima 政權成立，作為玻利維亞第一個原住民出身的總統，其以「國家復興」為目標，藉由原住民族、農民組織、都市住民組織等各式各樣社會運動的力量施展政權，宣言「新自由主義體制的結束與殖民地國家的解體」⁶⁰。然而其所屬政黨 MAS 與其說是以原住民、毋寧是以農民運動為核心，再與民族文化要素和社會主義意識形態結合。其後，玻利維亞國內 CONAMAQ、CIDOB 與 CSUTCB 三個社會運動團體聯合起來，成員涵蓋了玻利維亞幾乎所有的原住民與農民，並在 2009 年 1 月制憲會議當中共同提案設立「多元民族國家」(pluri national state)⁶¹。

其後，在 Evo Morales 總統強力推行下，玻國以公民投票 90% 的投票率以及超過 61% 的贊成票通過新憲法。2009 年新憲法第 1 條規定：玻利維亞乃建立在語言、文化、經濟、政治和法律多元之基礎上 (linguistic, cultural, economic, political, and legal pluralism)，且為一「多民族共同體的社會統一國家」，正式確立國家的多民族性格。在使用的字詞上，比起會讓人想起少數民族與語言之西班牙語「pluriétnica」，使用的是意味著玻利維亞的 36 個原住民族作為擁有獨特語言與文化之同等民族意涵的「plurinacional」一字⁶²。此新憲法達成許多原住民族的歷史性要求，包含承認 36 種原住民語言跟西班牙文都是官方語言，保障對於宗教和原住民信仰 (cosmovisiones) 之尊重，且允許在原住民「民族與人民」("nations and peoples") 居主導地位之區域實行自治⁶³。修憲後第三個月，國家名稱由玻利維亞共和國改成「多元民族玻利維亞國」(Plurinational State of Bolivia)，凸顯出國家往多元民族國家建設的意向⁶⁴。

依照新憲法的內容，2010 年玻利維亞國會通過包含「司法機關法案」與「多元民族憲法法院法案」在內之五項新法案⁶⁵，其中「司法機關法案」要求修改法律系統以反映國家的多元民族現實，保障憲法、ILO 第 169 號公約與聯合國原住民族權利宣言中所明示之民族自我決定權、自治權和自我管理權。司法方面，除了依據「多元民族憲法法院法案」建立多元民族憲法法院 (Plurinational Constitutional Tribunal，具體功能詳後述) 外，相較於單純在現有的法律框架內承認原住民族法律此有效地使得原住民族法律附屬於國家法之方法，玻國在一般司法體系外成立了獨立的原住民族司法體系，憲法第 179 條並明確強調原住民族司法裁判權與傳統國家裁判權地位平等⁶⁶。

新憲法不像舊的憲法只是修辭，除了上述新法之制定外，實際上引發了一連

⁵⁹ NANCY POSTERO, *THE INDIGENOUS STATE: RACE, POLITICS, AND PERFORMANCE IN PLURINATIONAL BOLIVIA* 54 (University of California Press. 2017).

⁶⁰ 新木秀和，前揭註 10，頁 201。

⁶¹ 中野育男，前揭註 58，頁 122。

⁶² 新木秀和，前揭註 10，頁 232。

⁶³ Hammond, *supra* note 57, at 654.

⁶⁴ 新木秀和，前揭註 10，頁 232。

⁶⁵ 石雅如，前揭註 2，頁 141-142。

⁶⁶ Sieder, *supra* note 45, at 110.

串的改變。例如，公職人員此後必須學習國內艾馬拉族、奎竹阿族、瓜朗尼族、或任何一種印地安語言；原住民部落事務方面，在不違背普遍人權的前提下，允許實行原住民部落法的規範⁶⁷。實踐法律之權利並不僅僅被承認為一種集合性權利，而是得以在原住民部落的自治領域內發揮力量的權利。這些法規都被認為是對於 ILO 第 169 號公約與聯合國原住民族權利宣言所設定標準之完全實踐，以及對原住民族法律實踐／慣行（indigenous legal practice）之完全法律承認。玻利維亞是第一個將原住民司法和普通司法置於平等地位的拉丁美洲國家，建立了平等司法共治（judicial co-governance “among equals”）之路，並且至少就法規層面而言，成為多元民族國家於司法制度上之典範⁶⁸。

第二款 厄瓜多

西班牙殖民時期的厄瓜多曾課徵「原住民稅」（西班牙原文：tributo de indios 或 tributo indígena）以作為一種政府統治手段，這是第一次在公共政策與法律層面上制定出「原住民」此類別，這種稅賦一直持續到 1857 年始遭到廢止，然而「原住民」此種身分也因此失去了法律基礎，國家對於原住民的統治也轉移到地方層級。二十世紀末的自由主義革命時（1895 年），統治者認為原住民必須「文明化」，是故原住民被逐步逼向「無聲的人民」、「看不見的存在」之地位。到了 1920 年代左右，「朝向麥士蒂索」（主要指美洲印地安與歐洲血統之後代）的思想開始滲透到拉丁美洲各國，亦即認為原住民與其文化應該要「白色化」（blanqueamiento），這個概念被統治者拿來作為國民統合之政策使用。在這過程中原住民的文化遭到扭曲，圍繞在原住民上面的形象也不斷更易，論者將這種原住民的形象稱之為「被操縱的原住民」，意指原住民就好像被操控的人偶一樣，主體性受到全然剝奪，至多僅能作為沒有聲音的客體而存在。直到 1990 年在全國遍地開花的原住民運動鞏固國家政治的基盤之前，厄瓜多的原住民一直都只能是「看不見的存在」，這種狀況並與種族歧視和貧窮等惡劣社經狀況密切相關⁶⁹。

為對抗來自國家的壓迫，佔厄瓜多人口 7% 左右的原住民族紛紛組成組織對抗，其中最具代表性者乃 1986 年成立之厄瓜多全國原住民多元族群聯會（Confederation of Indigenous Nationalities of Ecuador，下稱 CONAIE），內部有不同的原住民族裔團體為共同目標攜手合作，是厄國最具規模的原住民運動組織，也是南美社運組織的典範⁷⁰。CONAIE 是肯認政治的一個極重要代表，該組織將在語言、習俗與宗教形式上相當不同、廣泛散佈於由安地斯山脈延伸到亞馬遜地區的原住民整合在一起。由 CONAIE 建立其組織與力量的政治領域，是對於國家作為一個多民族、去中心、多中心的國家的轉變性理解之主要平台，其中許多

⁶⁷ Sebastian Schoepp(著)，麥德文(譯)(2012)，〈孤寂的盡頭：全世界能向拉丁美洲學到什麼？〉，頁 131-132，新北：野人文化。

⁶⁸ Barrera, *supra* note 16, at 10.

⁶⁹ 新木秀和(2011)，〈メスティサへと多文化主義のはざまで：エクアドルにおける先住民の包摂と排除〉，《人文学研究所報》，46 期，頁 54-55。

⁷⁰ 張翠容，前揭註 55，頁 307。

民族被肯認，並扮演一個相同且等值的角色。多民族的概念對於厄瓜多原住民聯盟所運用的策略，及其想在物質形式中獲得的利益來說都十分重要，同時，其為了容納多民族的概念而嘗試改變憲法⁷¹。

以 1990 年 6 月起原住民在厄國各地開展的行動為始，CONAIE 反覆進行一連串的抗議行動並與中央政府直接交涉，其要求涵蓋法律、政治、農業、經濟與文化等層面，並具體化為「原住民運動的十六個項目」，內容包含要求正式宣言厄瓜多是一個多元民族國家、土地移轉與民族生活領域的合法化、解決農業問題、承認原住民醫藥、提供實施雙語言教育之資金等等。其後 CONAIE 透過選舉制度擔任各地地方首長與議員，確立其於厄國之政治地位⁷²。

歷經許多政治衝突與原住民族運動後，厄瓜多終於在 1998 年憲法中承認該國為多元文化、跨文化、多元種族 (multicultural, intercultural, multiethnic) 之國家，並且承認原住民族有「免於受到任何壓迫系統」之權利⁷³。憲法第 84 條承認原住民族對於其領域之財產權，並承認原住民族社會和政治組織之傳統形式，第 191 條則規定「原住民之當局者，在不違反憲法及各種法律的前提下，為了遵循其習慣或者習慣法以解決共同體內部之紛爭，可以遵照自己的規範與程序以行使裁判機能」。然而此條文並未成功實施，使得原住民族司法在 1998 年憲法底下仍處於非正式的狀態⁷⁴。

其後，厄瓜多於 2006 年起換上 Rafael Correa 總統執政，其許多政策均來自於原住民族向來之訴求，例如修憲大會 (constituent assembly) 之組成便是反映了原住民運動自始之主張。2007 年厄瓜多批准聯合國原住民族權利宣言，雖然 CONAIE 曾嚴詞批評：「該宣言歷經 20 年的討論，卻未課予政府任何義務」，「我們只能採用這樣的宣言，可說是一種恥辱」；再者，在決定該宣言最終文案的交涉過程中，厄國原住民族的代表無法實質參與，且大多數的原住民族都沒有得到關於該宣言足夠的資訊。惟縱使如此，CONAIE 仍認為聯合國原住民族權利宣言對於原住民族而言可以評價為一種「勝利」。是故，為了使該宣言的內容實質進入該國憲法當中，CONAIE 積極地推動全國動員行動，「否則聯合國原住民族權利宣言就會跟其他與原住民族有關的法律一樣，變成無實質效力的空洞條文」⁷⁵。

在 2008 年 3 月初，五千名以上的原住民 (CONAIE 估計為三萬名以上) 透

⁷¹ Sallie Westwood (著)，張珍立 (譯) (2009)，〈錯綜複雜的安排：肯認的政治與機制〉，《肯認與差異：政治、認同與多元文化》，頁 351、352，台北：韋伯。

⁷² 新木秀和，前揭註 69，頁 56。

⁷³ Hayes, *supra* note 4, at 16.

⁷⁴ Philipp Altmann, "The Right to Self-determination": Right and Laws Between Means of Oppression and Means of Liberation in the Discourse of the Indigenous Movement of Ecuador, 29 INT'L J. FOR SEMIOTICS L. 1, 121, 129 (2016).

⁷⁵ 小林致広 (2008)，〈国連宣言採択とアメリカ大陸の先住民運動の「転回」〉，《PRIME》，27 期，頁 71。

過 CONAIE 向 Correa 總統和修憲大會提出修憲案聲明，要求建立多元民族國家、保障原住民對於自己領域的掌控權以及將原住民語言和西班牙語同時列為官方語言。在同年 4 月，CONAIE 對於多元民族國家之要求被修憲大會接受，並成為 2008 年新憲法之內容⁷⁶。CONAIE 期待多元民族主義（plurinationalism）賦予原住民權利，而隨著 2008 年新憲法第 1 條規定厄瓜多「是一個擁有權利與正義、社會、民主、主權、獨立、單一的（unitary）、跨文化、多元民族的和世俗的（secular）的憲政國家」，原住民運動總算達到他們的目標⁷⁷。另觀察新憲法其他條文，第 57 條承認原住民族人民和民族（nationalities）之權利，第 171 條則承認了原住民族裁判權（indigenous jurisdiction）⁷⁸。

關於新憲法第 1 條所提及之多元民族主義，原住民族知識份子 Luis Maldonado Ruiz 於 2008 年將其定義為「對於文化多元性的法律和政治承認」，反映了「共享共同價值觀、特定身分、社會和政治組織、歷史起源和語言」之人們。Maldonado 指出多元民族國家有三個關鍵要素：對於人種和文化之多樣性的承認：包含對發展以及社會與政治組織有不同想法之尊重；國家和霸權之轉變：將不同族群併入一個新的國家意味著廢棄任何形式的壓迫、剝削和排除，國家應該要去殖民地化，並建立公正與平等之參與；以及需要具備跨文化性（interculturality）：其意味著尊重不同民族與文化，終結統治體系並替換成平等關係⁷⁹。

第三節 司法多元性之實踐——以玻利維亞與厄瓜多為例

玻利維亞與厄瓜多不僅在憲法中加入法律多元主義，兩國之立法者亦致力於設計或調整法規，以將原住民族法律實踐／慣行之要素合併到他們自己的司法制度當中，並嘗試調和與劃定兩股司法權之界線⁸⁰。比起僅在於現有法律框架下承認原住民法律，此二國新憲法均明文承認原住民司法自治權（the autonomy of indigenous jurisdictions）⁸¹。原住民族裁判權之問題，迄今仍持續在此二多元民族國家當中作為「司法多元性」之問題而受到議論⁸²。

以下將續以玻國與厄國為例，檢討多元民族國家中與司法多元性有關之議題，並以以下四個子題為討論主軸：原住民與普通司法裁判權劃定基本原則、原住民司法實踐之限制、原住民與普通司法裁判權之間的互動關係以及將法律多元性融入國家司法體系之具體措施（論者將此四大議題整理為「近期在玻利維亞與厄瓜

⁷⁶ Kenneth P Jameson, *The indigenous movement in Ecuador: The struggle for a plurinational state*, 38 LATIN AMERICAN PERSPECTIVES 1, 63, 69-70 (2011).

⁷⁷ Marc Becker, *Correa, indigenous movements, and the writing of a new constitution in Ecuador*, 38 Latin American Perspectives. 47, 53-54 (2011).

⁷⁸ Sieder, *supra* note 45, at 111.

⁷⁹ Becker, *supra* note 77, at 54-55.

⁸⁰ Barrera, *supra* note 16, at 8.

⁸¹ Sieder, *supra* note 45, at 110.

⁸² 新木秀和，前揭註 10，頁 164。

多所提出之容納法律多元主義之倡議」表格，本文將翻譯置於附錄表 7⁸³。

第一項 原住民司法裁判權劃定

第一款 ILO 第 169 號公約

最常用來界定原住民司法裁判權範圍之概念包含領域、事務與屬人管轄 (territorial, material and personal jurisdiction)。作為原則，ILO 第 169 號公約 (第 13-15 條) 承認原住民有對於土地和領域 (territory) 的權利，以作為集合性安排 (collective management) 的空間，他們於該地得以進行物質與文化生產。因此，擁有對於發生在此空間範圍內的事情的司法裁判權正是領域權利 (territory rights) 的部分定義。對於領域內的管轄權僅是最低限度而非限制，因為原住民司法裁判權的範圍可以延伸到事務和屬人管轄，亦即可以擁有領域外的管轄。

至於何謂原住民之「領域」，依據公約第 13.2 條，領域 (territory) 為「人們以某種方式佔有或使用之棲息地區域的總和 (the totality of the habitat of the regions that the peoples occupy or utilize in some way)」，且包含「並非由他們所排他性地佔有、但是他們傳統上於其上進行傳統與生存活動之土地 (lands that are not exclusively occupied by them, but to which they have traditionally had access for their traditional and subsistence activities)」(公約第 14.1 條)。由於在許多國家中並非所有原住民族或社群對於其土地均有所有權或清楚明確之界線，故此定義相當重要，其使得原住民族領域範圍不須與原住民族財產權上之土地完全相等，更重要的決定基準是族人實際上使用之地理空間 (geophysical space)⁸⁴。

其次，於事務管轄之觀點，原住民族司法裁判權有權審查所有在原住民部落的領域內發生之紛爭，ILO 第 169 號條約並沒有對於可以由原住民法律管理的事務性質或者犯罪嚴重性設下限制。由於各個法律系統都有依據各自之價值觀和標準以分類和重建社會事實的方式，因此如何定義何種社會事實值得／應由自己干預，也是仰賴各個系統自己決定。簡而言之，原住民法律系統有權審視所有事務，不論它們是否被國家法所規範、被認為是輕微或嚴重、被認定為國家法底下的刑事犯罪或民事案件，因為特別審判權並不由國家法、而是由自己的法律所決定⁸⁵。對於原住民族司法裁判權之限制，乃是反映了殖民時代的觀念：這些「indios (過往對於拉丁美洲原住民族輕蔑的稱呼)」只具有處理那些不影響法律的、小的或輕微案件的權能⁸⁶。

最後於屬人管轄方面，其不僅意味著對於具有原住民身分者享有司法裁判權，

⁸³ 原始表格來自：Barrera, *supra* note 16, at 25.

⁸⁴ 以上兩段：Yrigoyen Fajardo, *supra* note 40, at 37-38.

⁸⁵ Bernales, Enrique (1999). *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima: Constitución y Sociedad ICS; Rubio Correa, Marcial (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Volume V. Lima: PUCP; San Martín, César (1999). *Derecho Procesal Penal*. Vol. I. Lima: Ed. Grijley.轉引自：Yrigoyen Fajardo, *supra* note 40, at 40.

⁸⁶ Yrigoyen Fajardo, *supra* note 40, at 39-41.

更指對於所有在原住民領域內的個人享有裁判權，包含非原住民。此種裁判權有以下兩個理論基礎：其一為「文化」，亦即原則上每個人或部落有受與自身文化相符合之規範系統審判之權利，此可說明原住民權力機構得以對於領域外之原住民裁判之理由。在這樣的案子中，會由原住民權力機構自己決定是否要介入。可以用來類比的相似情形是國際法——有國內系統擁有額外的領土權力以定義權利、義務或制裁之民法或刑法案件存在，例如家庭關係、遺產與繼承及某些類型的犯罪。對於被影響的人而言，要求由自己的系統來介入並且質疑普通裁判權的適用是很充足的。如果特別裁判權準備好要介入，普通裁判權就必須放手。第二個屬人管轄理論基礎為「政治」，涉及得以掌控自身之制度並決定領域內所發生之事情此集合性力量之保護，此可說明原住民權力機構得以對於領域內之非原住民裁判之理由。透過屬人管轄，原住民司法裁判權可以規範發生在原住民領域內之原住民與非原住民之間的糾紛，使得原住民法律得到強化，並促進達成保護原住民族權益之最終目標⁸⁷。

第二款 玻利維亞

玻利維亞憲法與《司法分權法》（*Law on Jurisdictional Delimitation, ley de deslinde jurisdiccional*）將原住民族法律得以適用之案件同時以屬人、領域和事務管轄做限制。在屬人管轄方面，原住民法律適用於所有與原住民團體有特定關聯之人（*a specific relationship to an indigenous group*）、或者被認為屬於該團體者；在領域管轄部分，原住民權力機構可以規範所有發生在原住民社區（*indigenous community*）領域內、或對於原住民領域裁判權有影響之法律衝突；在事務管轄上，原住民權力機構可以規範他們傳統慣於處理（*traditionally used to address*）之法律議題，然而玻國在此規定外另建立了一個原住民權力機構不能做出裁決之法律領域的長清單，包含國際公法和私法（違反人性之犯罪、影響國安、恐怖主義與貿易之犯罪）、刑事犯罪（貪汙、對於人類、武器或毒品之貿易）或關稅法等，再者，原住民權力機構也不能處理國家為訟爭相對人之民事案件、涉及兒童與青少年、自殺或暗殺（*assassination*）之案件、或是與勞工、社會保險、稅務、情報（*information*）、碳氫化合物（*hydrocarbon*）、森林以及農業領域（在農業議題之唯一例外是涉及原住民部落擁有法律權利（*hold legal titles*）之國內管理土地時）有關之案件。除了以上原則性的規定外，法律另外承認當法律衝突之雙方均明示或暗示將案件交給通常沒有管轄權之法官時，管轄權可以延伸到領域外⁸⁸。

論者指出，同時用屬人、領域與事務管轄來定義原住民司法審判權範圍雖然是一個合理的起點，但已產生許多問題點。例如，若必須同時考量此三種管轄原則，那麼一個發生在原住民領域以外的兩個原住民部落成員之間的糾紛，就明顯地不會屬於原住民管轄權，而非原住民在原住民領域內對於原住民犯下傷害、竊

⁸⁷ Yrigoyen Fajardo, *supra* note 40, at 41-43.

⁸⁸ Barrera, *supra* note 16, at 12.

盜等犯罪行為時，原住民司法系統也無法處理這類案件，而這當然無法讓原住民族接受，尤其是在國家司法系統難以發揮作用的偏遠（rural）部落⁸⁹。惟同時亦有論者指出依據《司法分權法》，原住民法律可以適用於發生在領域外且影響到原住民利益之行為上⁹⁰。另有質疑事務管轄上需限於原住民權力機構「傳統上慣於處理者」之法規內容正當性，蓋若考慮到原住民法律實踐／慣行之高度活躍與彈性（而這讓他們在幾世紀以來能良好地適應周遭環境之變化），認為原住民權力機構不能對於現在或未來可能發生之問題做出適當的解決是不恰當的⁹¹。

第三款 厄瓜多

與玻利維亞的情況類似，厄瓜多之原住民司法裁判權也是用領域、事務和屬人管轄決定，然而厄瓜多對於原住民法律權力機構之管轄範圍僅規定於 2008 年憲法，尚未制定出法律位階之具體條文。2010 年原住民議員 Lourdes Tibán 已經提出法案並送交國會審議，惟迄今尚未通過。

在領域管轄部分，厄瓜多憲法規定原住民法律實踐／慣行限於「被合法承認之領域以及自古擁有之社區土地」(legally recognized territories and communitarian lands of ancestral possession)，原住民議員 Lourdes Tibán 之版本則將「原住民領域」(indigenous territories) 定義為「原住民族人居住及發展其文化、社會、經濟與法律組織形式之居住地 (habitat)」。不過兩個版本都問題重重，例如在後者之定義當中，厄瓜多原住民「居住地」之疆界範圍並不清楚，另由於教育、佔領或私人因素 (educational, occupational, or private matters)，許多原住民的居住地從很久以前就擴張到原始社區以外。但是當想要找尋前者定義當中所謂「被合法承認」之原住民領域時，又可發現即使 1998 年、2008 年憲法以及最近之《領域組織法》(Law on Territorial Organization) 都特別提及建立原住民領域之必要性，迄今仍僅有非常少數特別設計之原住民區域 (circumscription) 存在⁹²。於此，論者主張解決之道是要找到對於「領域」之詮釋避免過狹或過廣之平衡點，而這樣的平衡是可以透過個案分析研究以找到重要影響因素的。論者復強調，亦須注意強制管轄與任意管轄之區別，蓋即使某案件發生在原住民領域外，當事人（無論是否為原住民）可能也希望能受到原住民族司法權管轄，只要它是民事案件或者是允許調解的刑事案件類型，即應該允許之⁹³。

在事務管轄方面，憲法規定原住民族法律自治權適用於發生在原住民領域內的「內部衝突」(internal conflicts)，除此之外沒有給予其他定義，惟憲法法院將所有涉及生命的案件均排除在原住民部落司法權以外，至於其他案件無論犯行多

⁸⁹ Barrera, *supra* note 16, at 12.

⁹⁰ Sieder, *supra* note 45, at 111.礙於筆者無法閱讀西班牙文，故無法直接閱讀該法規以確認內容。

⁹¹ Barrera, *supra* note 16, at 12-13.

⁹² 以上兩段整理自：Barrera, *supra* note 16, at 13-14.

⁹³ Oswaldo Ruiz-Chiriboga, *Finding the right judge: challenges of jurisdiction between indigenous and ordinary adjudicators in Ecuador*, 49 JLP 1, 3, 23-24 (2017).

麼嚴重，都有可能仍歸原住民管轄⁹⁴。原住民議員Lourdes Tibán提出的草案則定義所謂的「內部衝突」是任何破壞和諧之行為或者任何不被允許之舉止，其另外提及此種管轄不應該被限制在特定犯罪行為或者取決於犯行之影響廣泛性或嚴重程度⁹⁵。

而屬人管轄上，厄瓜多最高法院在相關案件中認為，「內部衝突」意味著加害者與被害者必須屬於同一個部落。不過儘管最高法院作如此之宣示，地方層級的法院仍有不同意見⁹⁶。原住民議員Lourdes Tibán提出之草案則特別指出國家法院應該對於原住民與非原住民發生在原住民領域以外的案件負責，而對於此種落入普通法院審理之案件，法院應該要尊重公平程序（due process）原則，提供給涉案原住民通譯，並且以跨文化詮釋（intercultural interpretation）之態度做出決定，過程中應該要諮詢原住民法律專家。於此時，系爭衝突之原住民當事人應該可以要求以自己所屬的原住民權力機構審理犯行，同樣地該原住民權力機構也應該可以要求處理該紛爭。不過可惜的是目前尚無具體的處理機制規定，一切僅停留在草案階段⁹⁷。

另有討論到，合意管轄原則是否允許原住民法院處理當事人一方或雙方都不是原住民的案件？在刑事案件上，有認為有鑑於厄國的刑法除了涉及國家利益或生命法益、涉及死亡之人性尊嚴與自由案件、涉及性自由之犯罪以及對於女性和家庭之暴力等情形以外，都允許雙方達成協議並停止刑事追訴，那麼既然國家法律讓當事人在上述案件中可以選擇審理結構，那麼限制當事人得以合意選擇原住民司法體系就顯得不合理⁹⁸。而若當事人間沒有如此之合意、且其中一方是非原住民時，根據論者至厄瓜多原住民族領域實地訪談經驗，原住民領袖Efraim指出，如果當事人一方為非原住民，而所為之犯行是在原住民司法審判權內發生或者違反了原住民權利時，那麼原住民司法會適用到該人身上⁹⁹。然而學者 Julio Cesar Trujillo 持相反意見認為非原住民不應該被原住民法律所處置，蓋若原住民之文化價值應該被尊重，那麼非原住民也有同樣權利。其建議，在這類案件應該要考量很多因素，是故應該用個案分析之方式建立處理模式。如果是一個居住在部落內且實行原住民生活方式之非原住民，那麼原住民司法權應勝出；但如果該非原住民只是路過該地而犯下犯行，那麼應該由國家司法來處置¹⁰⁰。

2011 年厄瓜多國家議會提出原住民法律和國家法律之間協調與合作之法規草案（*Ley Organica de Coordinacion y Cooperacion entre Justicia Indigena y la Jurisdiccion Ordinaria*），非原住民之反對聲音擔憂原住民司法權將會施予之刑罰

⁹⁴ *Id.* at 23.

⁹⁵ Barrera, *supra* note 16, at 13-14.

⁹⁶ Ruiz-Chiriboga, *supra* note 93, at 18.

⁹⁷ Barrera, *supra* note 16, at 13-15.

⁹⁸ Ruiz-Chiriboga, *supra* note 93, at 16.

⁹⁹ “Efraim” (interview), 13 March 2014. 轉引自：Ruiz-Chiriboga, *supra* note 93, at 17.

¹⁰⁰ Julio Cesar Trujillo, academic (interview), 12 February 2014. 轉引自：Ruiz-Chiriboga, *supra* note 93, at 17.

類型以及該如何保障憲法與人權之問題，原住民代表則擔心原住民司法系統可能會受到統治法律系統過度的限制。此草案在屬人管轄與領域管轄之議題上認為，只要案件事實發生在原住民領域內，則原住民法律一律可以適用到無論身分是否為原住民之當事人身上¹⁰¹。

表 4-1 玻利維亞與厄瓜多之原住民與國家司法管轄權區分

	全符合	二管轄符合				一管轄符合						均不符
領域	O	O	O	O	X	O	O	X	X	X	X	X
事務	O	O	O	X	O	X	X	O	O	X	X	X
屬人	O	△	X	O	O	△	X	△	X	O	△	X
ILO	原	原	原	原	原	原	原	註 3	普通	原	註 3	普通
玻國	原	爭議	爭議	普通	原 司法分權法	普通	普通	普通	普通	普通	普通	普通
厄國	原	原 運作實務	原 2011 草案	普通	普通	普通	普通	普通 議員草案	普通	普通	普通	普通

※表格來源：筆者自行製作

註：

1. 屬人管轄之「△」圖示指僅一方當事人為原住民之情形。
2. ILO 第 169 號公約未有事務管轄之限制。
3. ILO 第 169 號公約未提及此種情形之審判權歸屬。
4. 對玻利維亞與厄瓜多而言僅「事務管轄」是強制規定，二國均允許原非屬原住民司法裁判權範圍（例如發生在領域外或者當事人不具原住民身分）之可調解刑事案件的當事人，透過合意管轄選擇原住民法院（玻利維亞有法律明文規定，厄瓜多則為學者之見解）。

第二項 原住民司法實踐之限制

第一款 ILO 第 169 號公約

ILO 第 169 號公約對原住民習慣法與各類制度之限制僅有不可以違反基本人權而已（第 8.2 條規定：「當與國家立法所規定的基本權利或國際公認的人權不相矛盾時，這些民族應有權保留本民族的習慣和各類制度」），因此任何聲稱原住民司法裁判權必須次要、隸屬於普通裁判權、其不能干涉普通裁判權、或者其必須被管理或者限縮之論點，無論採取之途徑為文義解釋、體系解釋或目的解釋，都是不符合 ILO 第 169 號公約意旨之詮釋。再者，對於人權之定義和詮釋並不能被把持在單一文化來源或者是單一體系上，而是必須依據跨文化對話（intercultural-dialogue）為之¹⁰²。亦即，當原住民司法受到人權標準檢視時，對此之評斷不應該太輕率，且人權標準的普遍性也應該要受到來自原住民司法系統

¹⁰¹ Sieder, *supra* note 45, at 111.

¹⁰² Yrigoyen Fajardo, *supra* note 40, at 43-44.

之批評影響¹⁰³。

然而，ILO 第 169 號條約第 8.2 條之規定被認為源於自由多元文化主義，因而引起強烈的政治與法律爭論，論者批評該規定進入國內法後，與各該國憲法所承認之文化多樣性、法律多元主義以及文化間的平等性並不一致¹⁰⁴。哥倫比亞憲法法院曾在一判決中試圖處理此憲政矛盾，其指出如果原住民司法必須要服從整部憲法與法律，那麼多元主義原則之採行可能會變得無效。因此，該判決僅建立了四個基本底限：**原住民司法權之量刑不可以包含死刑、酷刑或奴役，並且要具備可預測性**，亦即他們必須尊重自己的公平程序。然而 Bonilla、Yrigoyen 與 Sánchez 等論者指出，哥倫比亞憲法法院在其後的判決另外限制了原住民司法僅能對於其成員實施，且限於輕微或家庭案件（minor or domestic cases），範圍並限制在他們的領域環境內¹⁰⁵。

而當出現原住民習慣法與基本人權可能衝突的情形時，ILO 第 169 號公約第 8.2 條規定必須建立適當的程序以解決之，而這樣的程序必須是建立在與原住民諮詢（consultation）後之前提下（第 6 條）。此程序必須要能確保對於事件及法律本身的跨文化詮釋，以彰顯憲法中所寫的對於多樣性的權利（the right to diversity）之承認。一個可能性是組成一個**混合法庭**，由國家的法官以及原住民當中負責處理紛爭的權威者構成，以解決原住民習慣法和人權的衝突，而且過程中並非僅依循單一的法律（不論是國家法或原住民習慣法），而是以各自的文化框架嘗試理解不同位置，容納雙方的要求與需要並且促進避免暴力與違反人權的安排。蓋建造一個多元文化的國家應該以對於差異的相同尊重開始，且須以對話和協商為基礎¹⁰⁶。

第二款 玻利維亞

玻利維亞 2009 年憲法期待原住民權力機構尊重、甚至要促進與保障生命權以及其他憲法所保障之權利，其不能以現存法律之缺席、含糊（obscurity）或不充足（insufficiency）而正當化對於人權之違反、或者是忽略這些權利。死刑通常被禁止，而涉及死刑之案件必須要經由普通法院審理。《司法分權法》提醒原住民權力機構，對於兒童、青少年與女性之暴力是不能被允許的，且促進加害者與被害人之間的調和（conciliation）在這樣的案件當中是不適當的。同樣的，老人與身心障礙者也不能被處以剝奪土地或驅逐出部落之處罰。不過論者批評，上

¹⁰³ Hammond, *supra* note 57, at 673.

¹⁰⁴ Patzi Condori, *supra* note 35, at 37.

¹⁰⁵ Bonilla Maldonado Daniel (2006). *La Constitución Multicultural*. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes-Facultad de Derecho. Universidad Javeriana-Instituto Pensar. Yrigoyen Fajardo Raquel (2011). El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización, en Rodríguez Garavito C. (Coord.). *EL derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico en el siglo XXI*. Buenos Aires-Argentina. Siglo XXI Editores. Sánchez Botero Esther (2010). *Justicia y pueblos indígenas de Colombia*. Bogotá-Colombia. Tercera edición. 轉引自：Patzi Condori, *supra* note 35, at 38.

¹⁰⁶ Yrigoyen Fajardo, *supra* note 40, at 44.

述這些對於原住民權力機構之限制與要求，事實上國家體系自己都沒有完全做到。

雖然曾有草案賦予對於原住民權力機構所為裁決（*ruling*）之上訴權，但最後玻利維亞立法者並沒有制定這樣的機制。取而代之，他們在2012年起運行之「多元民族憲法法院」設置了特別的委員會（*chamber*），以提供給原住民法律權力機構諮詢關於在個案上他們自己的規範與憲政要求之相容性。這樣的諮詢可透過口頭或書面為之，委員會在72小時內要決定是否接受，而最終回應要在30天內以西班牙文和原住民團體之母語做出。如果法院認為原住民規範與憲法規定不相符合，則法院應該要提出文化敏感的代替性方案（*an alternative, culturally sensitive solution*），此決定對於原住民權力機構具有強制力¹⁰⁷。

第三款 厄瓜多

厄瓜多2008年憲法規定原住民法律實踐不可以違反憲法或國際人權之規定（特別是女性與少數族群之權利）。與玻利維亞相較，厄瓜多的原住民權力機構並沒有促進和保障國際和基本憲法規範之義務，不過仍應該要尊重該等規定。

依據厄瓜多憲法與《司法保障與憲法控制法》（*the Law on Jurisdictional Guarantees and Constitutional Control*），當原住民個人或團體覺得自己的憲法權利被違反時，當事人可以在權力機構裁決做成後20天內，對於原住民權力機構所為之裁決向厄瓜多憲法法院（*the Ecuadorian Constitutional Court*）提起上訴（口頭或書面）。法院必須迅速決定是否接受以及接受後之聽審日期，程序以口頭進行，如有必要應配置通譯。憲法法院的法官必須要以國際與國內人權之規定、包含原住民之權利以及其他國內法為基礎下判決，必須對系爭案件做出跨文化理解而非「種族中心與單一文化」（*ethnocentric and monocultural*）之詮釋。為達此目標，審理過程中可以諮詢原住民社區之法律實踐／慣行專家。作為平衡原住民法律權力機構與法院間權限之機構，憲法法院的法官必須要尊重原住民司法功能之實踐，以保障原住民最大程度之自治。論者認為，這部法律比起玻利維亞更為進步，因為對於原住民法律實踐（慣行）的憲法控制更加即時、且讓受到該判決影響之人可以直接對其提起上訴。對於主張其基本權利受到自己的權力機構忽視之原住民個人或團體而言，此規定是一個強大的機制¹⁰⁸。

¹⁰⁷ 以上兩段引用自：Barrera, *supra* note 16, at 16-18.

¹⁰⁸ 以上兩段引用自：Barrera, *supra* note 16, at 18-19.

表 4-2 玻利維亞與厄瓜多之原住民司法實踐限制與爭議處理機制

	原住民司法實踐之限制	爭議處理機制
ILO 第 169 號公約	不可違反基本人權。	與原住民諮商後建立跨文化處理詮釋處理機制，例如由原住民與非原住民法官共同組成之混合法庭。
玻利維亞	須尊重、促進與保障生命權與其他憲法所保障之權利；不得處以死刑。	原住民法律權力機構可向多元民族憲法法院之委員會諮詢自身規範與憲政要求之相容性，如果法院認為原住民規範與憲法規定不符則應提出文化敏感代替性方案，原住民權力機構受此決定之拘束。
厄瓜多	不可違反憲法或國際人權之規定。	對於原住民權力機構所為之裁決，當事人可向厄瓜多憲法法院提起上訴。

※表格來源：筆者自行製作

第三項 與普通司法體系之競合關係

第一款 ILO 第 169 號公約

在原住民族司法和國家司法體系之間的互動關係上，包含合作模式以及紛爭解決機制的建立此二面向，後者又包含裁判權爭議以及人權侵害疑慮之處理。在制定調和原住民與普通司法權運作之法律時，必須要注意到國家與原住民司法制度在財政、技術和人力資源上有相當大的不同，且須避免一案件於兩個系統內均受到審理，故必須要有更多的透明度（transparency）。除此之外，對於一案之調查可能會需要另一個法律權力機構之協助，因此必須要建立二者間之溝通機制。由一者所做出來之法律決定必須要受到他者之尊重，而當對於審判權歸屬有疑義時，必須設計出適當的處理機制¹⁰⁹。

在 ILO 第 169 號公約之精神下，拉美各國憲法大多規定必須有一個在特別司法權與國家司法系統間協調（coordination）的法律。首先值得注意的是，此為「協調」的法律而非「規範」（regulation）的法律，且特別司法權的有效性並不會受這部法律影響。其次，「協調」二字建立了一個平行的關係，而非控制、調整或某種形式的隸屬（subordination），重點在於建立特別裁判權與普通裁判權之間的和諧與和平關係，是故必須建立解決權限紛爭的規則，以及合作與互相幫助的機制。再者，在跨文化對話的心態下，必須建立人權與特別司法權之間衝突的處理程序，而這個協調的力量並不會自動給予國家權力機構去控制或監督原住民族權力機構的權力。除此之外，也必須創造一套適當的機制以讓特別審判權與不同公共實體（public entities）——例如警察、軍隊、地方政府、公共註冊（public registry，例如記錄特別司法權調整財產權登記或個人紀錄的決定）——之間能夠

¹⁰⁹ Barrera, *supra* note 16, at 23.

協調運作。最後，必須建立起憲法、ILO 第 169 號公約和所有其他國內規範之間調整的機制，法律不可以減少或限制權利，但可以拓寬或發展之。而依據 ILO 第 169 號公約第 6 條，這部法律必須要在與原住民一起討論後之前提下始得制定¹¹⁰。

第二款 玻利維亞

在新憲法的制度運作下，玻利維亞國內同時有數個司法管轄權：普通、原住民與農民（Native Indigenous Campesino）、農業環境（Agro-environmental）與其他特殊司法管轄權（圖4-1）。這些管轄權彼此之間在階層上是平等的，但都必須服從於憲法要求，而確保這些管轄權之間協調運作的機制即為前述審理原住民司法與人權爭議之多元民族憲法法院。該法院主要關注以下四種事項：一、個人與集合性人權之違反案件；二、處理原住民司法審判權和其他審判權之間的權限衝突；三、讓原住民權力機構在特定案件中，針對關於適用他們自身規範與程序之事項為諮商討論；四、較低層次的監管控制則依循《對合憲性的多元控制》（Plural Control of Constitutionality）法規處理¹¹¹。

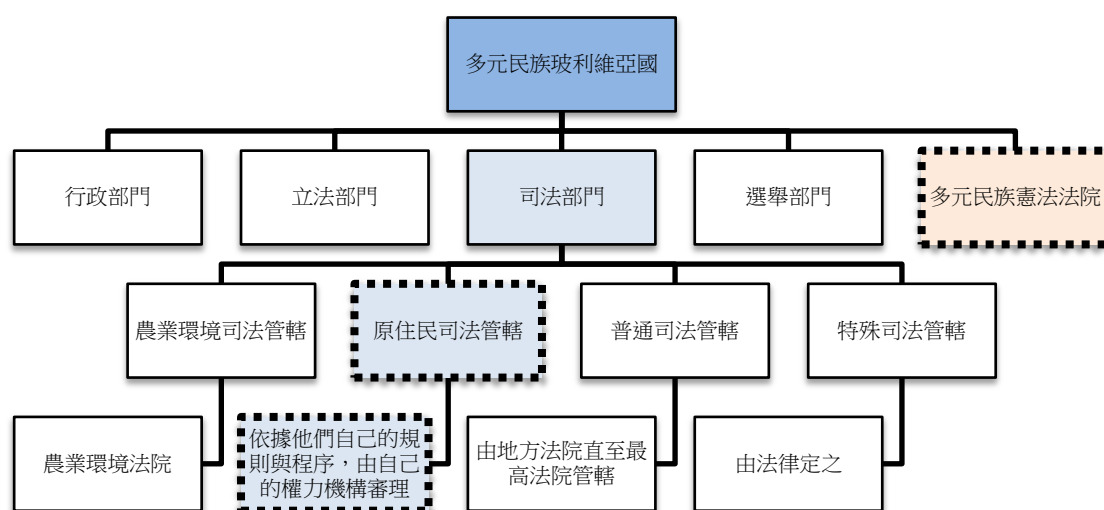


圖 4-1 多元民族玻利維亞國之架構與組織¹¹²

※圖片來源：譯自註腳 112

依據玻國法律，作為司法權爭議處理機構之多元民族憲法法院，應在原住民法官和非原住民法官之跨文化審議（intercultural deliberation）基礎下做成判決¹¹³，而在這七名憲法法官當中至少要有兩名來自原住民司法系統。有認為多元憲法法

¹¹⁰ Yrigoyen Fajardo, *supra* note 40, at 44-45.

¹¹¹ Patzi Condori, *supra* note 35, at 10-11.

¹¹² 原始圖片來自於：Patzi Condori, *supra* note 35, at 48.

¹¹³ Sieder, *supra* note 45, at 110-111.

院透過此做法提供給法律共治（legal co-governance）一個新的空間¹¹⁴，然而亦有認為僅開放兩名來自原住民司法審判體系之名額，要達到充分理解 2009 年憲法與多元法律系統是不足夠的，因為「西方」司法在判決過程中往往會占優勢，並影響到對於案件之跨文化詮釋¹¹⁵。再者，多元民族憲法法院法官的候選人必須要滿足一些公務人員（public administrative service）的普遍要求，包含熟習第二種官方語言、有律師執照（hold the title of lawyer）、專精憲法、行政法或人權領域等。在原住民社區中曾實行過法律權力功能僅僅被認為是候選人優點之一，而所謂第二官方語言是漸進式的而非立即之要求。然而這些規定對原住民而言是非常嚴格的，可以預見到在幾年內都不會有幾位原住民能夠符合為他們所保留之職位之要求¹¹⁶。論者批評，此規定使得建立原住民與非原住民之平等性的立法原意遭到破壞，顯示國家支配此法律霸權依然存在¹¹⁷。

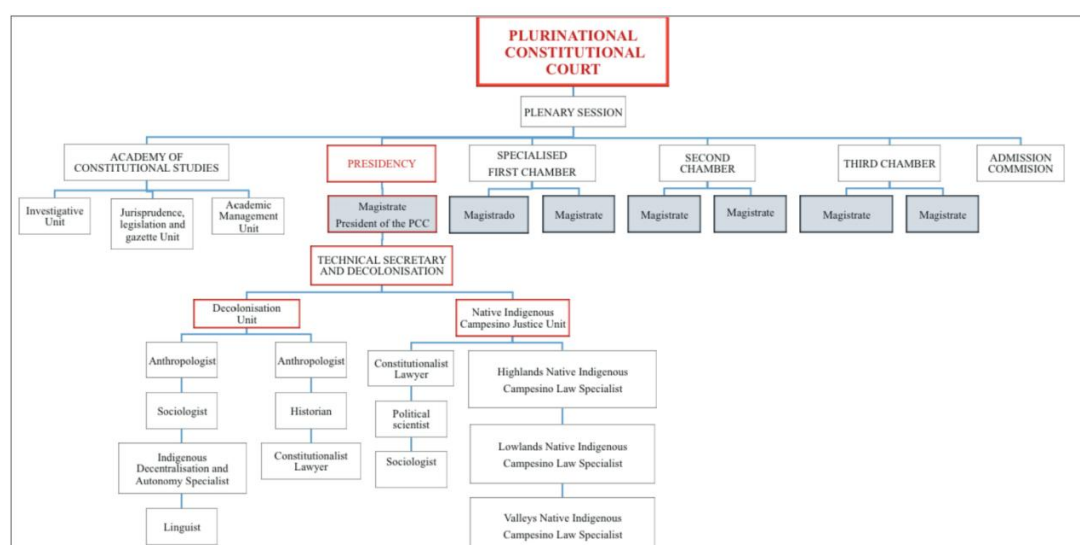


圖 4-2 玻利維亞多元民族憲法法院組織圖¹¹⁸

※圖片來源：引用自註腳 118

玻國另有《司法分權法》立基於司法系統間之相互尊重，強調合作之必要性，規定法律機構不可以妨礙或僭越他者之管轄範圍。所有的公共機構必須要遵守由原住民權力機構所做出之決定，不可以由普通法律系統來批駁之（reverse）。再者，必須要在原住民和國家司法執行者之間建立自由流通刑事犯罪行為以及個人紀錄之透明資訊系統，司法和法律執行機構，例如檢察署、警察和獄政系統等在受到要求下，應該要提供原住民法律機構解決案件所必要之資訊，相對地原住民權力機構亦被期待要協助國家司法機構。各種形式的合作應該以下列原則為之：平等、透明、團結（solidarity）與敏捷（celerity），且應該可以自由選擇使用口

¹¹⁴ Barrera, *supra* note 16, at 20.

¹¹⁵ Patzi Condori, *supra* note 35, at 106.

¹¹⁶ Barrera, *supra* note 16, at 20-21.

¹¹⁷ Sieder, *supra* note 45, at 110-111.

¹¹⁸ 圖片截取自：Patzi Condori, *supra* note 35, at 26.

頭或書面形式¹¹⁹。依據《司法分權法》，支配玻利維亞司法部門管轄權的原則包含：一、尊重多元民族國家的單一性與完整性；二、原住民和地球之母（Mother Earth）之間的靈性關係（spiritual relationship）；三、文化多樣性；四、跨文化詮釋；五、階層平等之法律多元主義；六、互補性；七、獨立性；八、平等與性別平權；九、機會平等¹²⁰。

第三款 厄瓜多

根據厄瓜多憲法，立法機構應該要制定與原住民司法與普通司法體系間調和與合作機制有關之法規，但迄今尚未兌現。不過2009年時厄瓜多通過《司法組織法》（Organic Code of the Judiciary），其中第345條規定了原住民判決者向普通法判決者要求放棄管轄之程序，被稱為「管轄權放棄」（relinquishment of jurisdiction）。該條有兩個目的，第一是確保一事不再理原則之落實，第二是保護原住民部落成員受到自己之權力機構、依循自己的習俗、慣習與傳統受到審判之權利¹²¹。當普通法判決者收到這樣的要求時，應該要在三天內決定是否確實屬於原住民司法審判權之範圍（而要求者必須概要證明其請求），若是就應該要結束案件並移轉之¹²²。該條並未規定原住民權力機構應如何證明其與該案件之連結（條文用語為「該調用之關聯」（relevance of his/her invocation）），厄瓜多憲法法院則在許多個案中認定應包含以下兩個要件：**聲請人必須證明其部落對於聽審該案件有裁判權**（詳參前述之領域、事務與屬人管轄原則），且該要求不是為了用來逃避司法（evade justice）¹²³。

關於逃避司法之案例通常發生在被害人為女性之性犯罪，例如有部分原住民族社區可能並不認為個案構成性騷擾或性侵害，而欲對被告從輕處理¹²⁴。另外普通法院也應該要考量到，使用普通法院也有可能是被告用來逃避其部落司法之手段，因此法院應該要讓該案件回歸原住民族司法管轄。從制度使用者觀點而言，在有以下任何一種情形發生時，司法制度之權能就被削弱了：當作錯事的人發現藉由選擇司法制度可以逃避比較嚴重的懲罰時；當做決策過程中當事人一方的文化被忽視時；當適用於該案件之法律系統被一方或雙方當事人認為是不合的或者是無用的之時（alien or futile）；當案件出現性別歧視或者是法律系統出現無法保護女性、兒童、LGBTI、身心障礙或其他弱勢者之情形；當現存解決方法因為不夠預防、充足、公平、合乎比例或者具有抑止效果（preventive, adequate, fair, proportional and deterrent）而充滿限制時；以及當一個體制過度使某些團體之價值觀優越於個人權利和自由時。法律多元主義要達成的是促進公正，而非鼓勵「不

¹¹⁹ Barrera, *supra* note 16, at 23-24.

¹²⁰ Patzi Condori, *supra* note 35, at 48.

¹²¹ Ruiz-Chiriboga, *supra* note 93, at 23.

¹²² Ruiz-Chiriboga, *supra* note 93, at 4.

¹²³ Ruiz-Chiriboga, *supra* note 93, at 9-14.

¹²⁴ Ruiz-Chiriboga, *supra* note 93, at 21.

受懲罰」(impunity)¹²⁵。

論者指出，兩種司法裁判權之協調機制的實踐，實際上取決於個別地方法院的態度。當部分法官接受原住民族司法機制為一種紛爭解決方式，其他法官則拒絕之並且要求由普通的西式法院審判**所有**發生在原住民部落的不法行為或犯罪。第二個問題是，原住民族的司法常常被誤認為是「不經過審判的私刑」，然而私刑制度雖然的確存在於厄瓜多的鄉村地區(countryside)，但卻未必與種族(ethnicity)聯結。這些來自大眾媒體對於原住民族司法的「私刑印象」對於真正的原住民族司法造成巨大傷害，尤其是減損了其合法性¹²⁶。但是私刑之出現僅僅代表著任何司法系統之不彰，常出現在缺乏穩定制度與警察保護之都市周遭貧民窟¹²⁷，並非原住民司法系統之懲罰形式¹²⁸。

表 4-3 玻利維亞與厄瓜多之原住民司法權與普通司法權協調機制

	兩種司法權之協調機制
ILO 第 169 號公約	必須建立管轄權發生爭議時之溝通處理機制，二系統間應互相協助。協調管轄權之程序並不會自動給予普通管轄權權力機構去控制或監督特別審判權權力機構的權力。
玻利維亞	由多元民族憲法法院處理涉及司法管轄權間爭議，在原住民法官和非原住民法官之跨文化審議基礎下做成判決，然而論者批評原住民難以符合限制過嚴之法官資格規定。
厄瓜多	原住民權力機構可依循「管轄權放棄」程序要求普通法院放棄管轄，聲請人必須證明其部落對於聽審該案件有管轄權（領域、事務與屬人管轄原則），且該要求不是為了用來逃避司法。

※表格來源：筆者自行製作

第四項 將法律多元性融入國家司法體系

第一款 ILO 第 169 號公約

在依據以上裁判權區分原則而決定由國家司法體系審理的情形，仍必須在審判及制裁時考慮原住民行為人的文化情狀(cultural conditioning)。在任何案件中，都存有一個跨文化對話與協議的龐大任務，於此應適用兩個原則：第一，一個人不應該因為做了在他的文化中是適當的行為而被譴責，因為他無法提供真正的抗辯(real defense)；第二，當處理在不同文化中受到不同評價的事情時，文化的平等尊嚴(equal dignity of cultures)概念可以避免將其他人認為是文化上可以接

¹²⁵ Ruiz-Chiriboga, *supra* note 93, at 25.

¹²⁶ Altmann, *supra* note 74, at 129.

¹²⁷ Hammond, *supra* note 57, at 672.

¹²⁸ 同樣見解，新木秀和，前揭註 10，頁 164。「承認與國家司法制度平行的原住民族司法制度後，有批判見解認為會招致國家的分裂。然而這樣的看法是認為原住民族的物理性制裁一定是私刑這樣的多數民族偏見而已。原住民族的傳統當中，有著為了重建共同體的和諧而謀求犯罪者之淨化的額外目的存在，因此其慣行得以正當化」。

受的 (culturally accepted) 的行為入罪化¹²⁹。ILO 第 169 號公約第 8 條成為此類案件中應遵循之指標¹³⁰，除了要在國家控制之法律程序中提供通譯和法律文化專家以外，論者建議國家可以考慮在法律機制當中做出更一般性的改革，例如提供更多原住民相關司法工作機會並且對於現行人員提供更多特殊訓練¹³¹。

第二款 玻利維亞

承上所述，玻利維亞已於 2012 年成立多元民族憲法法院，在原住民法官之出現以及對於原住民權力機構之特別委員會諮詢機制上展現出司法系統多元性之進展。然而值得注意的是，玻利維亞立法者並沒有接著進展到推進普通司法體系當中的原住民權利保護，而根據玻國法律與實務運作，對於少數族群完整性 (integrity) 之違反、勞工議題以及發生在原住民領域外之原住民與非原住民紛爭¹³²等案件乃由普通司法體系處理。對於由普通司法體系管轄之原住民族相關案件，論者認為除應在審判過程中採用法律人類學家關於司法過程中法律衝突之評估 (assessments) 外 (此在哥倫比亞已被證實對於法官而言是有價值的方法)，亦應要求大學增加關於國內文化和法律多樣性的課程，並對法律實務工作者提供相關議題之專業訓練，如此一來正在進行中的司法體系改革才能夠更進一步¹³³。早在 2000 年即已有指出，最重要的挑戰是提供給法官和檢察官關於原住民法律實踐以及國際與國內有關原住民族權利之法律規範教育，並且要訓練各族群之印地安人成為法官、檢察官和通譯¹³⁴。

第三款 厄瓜多

對於普通司法系統之法官、檢察官、公設辯護人、警察以及其他公務人員，厄國《司法組織法》第344條要求他們必須遵循以下原則：一、**多樣性**：必須將原住民部落和人民之法律、習慣與其他傳統慣習納入考量，以確保對於文化多樣性的最大承認以及完全理解；二、**平等**：在涉及原住民之案件，要設法理解其規則、程序和法律結果；三、**一事不再理**：原住民權力機構所做出之決定不應該在沒有經由憲法檢視下，由普通法官或行政體系再次審視；四、**原住民裁判權優先性**：當一個案件出現裁判權爭議時，應該選擇原住民司法審判體系；五、**跨文化詮釋**：當原住民個人或團體進入國家司法或行政體系當中，他們應該在詮釋和適

¹²⁹ Yrigoyen Fajardo, *supra* note 40, at 42-43.

¹³⁰ ILO 第 169 號公約第 8 條：「1.在對有關民族實施國家的立法和規章時，應適當考慮他們的習慣和習慣法。2.當與國家立法所規定的基本權利或國際公認的人權不相矛盾時，這些民族應有權保留本民族的習慣和各類制度。必要時，應確立各種程序，以解決實施這一原則過程中可能出現的衝突。3.本條第 1 和第 2 款的實施應不得妨礙這些民族的成員行使賦予所有公民的權利和承擔的相應義務」。

¹³¹ Barrera, *supra* note 16, at 19.

¹³² 於此有反對見解，論者認為依據玻利維亞《司法分權法》，原住民法律可以適用在發生在領域外之影響到原住民利益之行為上。詳參：Sieder, *supra* note 45, at 111.

¹³³ Barrera, *supra* note 16, at 21.

¹³⁴ Donna Lee Van Cott, *A political analysis of legal pluralism in Bolivia and Colombia*, 32 J. LATIN. AMER. STUD. 1, 207, 234 (2000).

用憲法與國際人權公約時，將相關原住民習慣法納入考量¹³⁵。除此之外，法條規定厄瓜多司法議會（the Ecuadorian Judiciary Council/ *Consejo de Judicatura*，一個監督所有國家法院之實體）應該要提供資源以促進原住民和國家司法管轄權之間的調和。諸如文化多樣性之議題應該被納入法學院的課程當中，而對於在有大量原住民居住區域工作之法律執行人員，應該要施以原住民法律規範和實踐之特別專業訓練¹³⁶。

第四節 小結

在西班牙殖民統治時期，拉丁美洲原住民被奪走了從土地到身分的一切，獨立後拉丁美洲成為美國の後院，原住民又淪為血汗工廠的最低層廉價勞工。他們好像已經在歷史裡封塵，沒有面容也失掉聲音。到了二十世紀，拉丁美洲原住民開始用不同的方式讓世界記起他們，原住民運動撕開民主與自由的虛偽外衣，激發出各式各樣的社會運動¹³⁷。

爭取土地所有權和民族自治權是許多原住民運動的中心目標，不同國家的原住民依照文化和社經需求，對於自治權有不同程度的要求。有些類似公民參與地方政治，要求政府承認原住民法律和政治權力，有些則要求建立原住民自治政府，由原住民管理自己的事務。然而，就算是最大強度的原住民族爭取自治，都是國家框架下自治而非分離主義，主要目的是要政府向原住民地區提供與其他非原住民地區相同水準的教育、醫療等基本社會服務，改善邊緣化和貧窮等問題。尤其是原住民傳統文化在政治和法律層面有別於西方國家體制的特殊性，都是拉丁美洲原運中一直大聲疾呼的重要議題¹³⁸。

雖然實際上，實行自身法律系統的權利對於原住民而言並非主張的核心（就現在而言土地權利才是主張焦點），然而原住民可以決定與管理衝突的可能性強化了他們的身分，擁有自己的法律系統與使之制度化也是原住民生存的一部份。以玻利維亞為例，如果多元民族憲法法院透過其所作成之判決持續鞏固原住民權力機構之力量及其合法性，這無疑地與原住民之身分鞏固過程（identity consolidation processes）有關。原住民實行自己司法的權力無非是自決權的展現，自治權之實踐也無非是在他們一直以來自行決定的事務上繼續作出決定的可能性而已。將原住民法律系統融入到國家架構當中，意味著人們可以管理自己的衝突，也意味著國家立法力量不再是唯一一個能夠創造法律的實體，因為原住民也可以在內部作出決定¹³⁹。所有安地斯山脈地區國家（包含玻國與厄國在內）的憲法改革均承認原住民族司法系統以及原住民權力機構的司法自治權（例如他們有權在自己的領域內實行司法權），即使是墨西哥、瓜地馬拉等在憲法改革中對於

¹³⁵ Ruiz-Chiriboga, *supra* note 93, at 4.

¹³⁶ Barrera, *supra* note 16, at 24-25.

¹³⁷ 張翠容，前揭註 55，頁 13。

¹³⁸ 石雅如，前揭註 5，頁 49-50。

¹³⁹ Patzi Condori, *supra* note 35, at 101.

承認法律多元主義較為保守之國家，也有逐漸接受原住民族得以享有「在自己的部落裡實踐自己的紛爭解決機制」之權利的傾向。這樣的轉變反映了國際發展思考上認為，非國家的司法制度亦屬於增進受到邊緣化族群之正義的重要要件之一¹⁴⁰。

玻利維亞與厄瓜多在融合原住民和國家制度與規範方面制定了不少規定，例如在憲法當中作了去殖民化的努力，讓人們依循自己的祖傳文化生活，論者稱之為一種「憲法調和」（constitutional syncretism），亦即原住民族可以和國家權力機構和平共處且互相尊重，而其也可以在自己的特別裁判權內實踐特定權利¹⁴¹。兩國都傾向透過屬人、事務和領域管轄規範原住民法律權力機構，玻利維亞已經在內國法當中具體化審判權之界線，而厄瓜多受到政府與原住民行動之間對抗政治勢力之阻礙，迄今法案尚停留在草案階段。在兩國，原住民法律實踐都必須尊重基本憲法權利，不過對於這些實踐的憲法控制則各有不同：玻利維亞讓原住民權力機構斟酌是否向多元民族憲法法院要求評估其規範之合憲性，而厄瓜多憲法法院則可以在原住民權力機構被控以漠視憲法保障之權利時，特定地審查個案決定。除此之外，為了確保司法系統中原住民法律文化之呈現（representation），玻利維亞憲法法院敞開大門給曾有原住民法律實踐經驗之法官，而這是厄瓜多的立法者迄今還不願意考慮的，不過玻利維亞對於法官資格要求過嚴使得現實上難以有原住民符合法官職位需求。其次，處理涉及原住民案件之厄瓜多普通法院必須採取跨文化司法原則，且被鼓勵要尋求原住民法專家之協助，玻利維亞則還沒有在跨文化司法當中發展出類似的法律規定。再者，根據兩國國內法與論者見解，國家與原住民法律機制應該要對彼此之責任與決定互相尊重，同時也應該要建立一套在這些權力機構間的調和途徑（channel），例如共享刑事犯罪資訊系統或對於未決（pending）案件之情報交換等¹⁴²。

然而，兩國自採取多元民族主義後，迄今亦已顯露出不少缺點與問題點。首先在玻利維亞方面，受到政治勢力拉扯以及自然資源掌控問題等因素的影響，論者批評玻國政府在正式承認原住民族自治權之同時，實質上卻給予重重限制且幾乎僅有象徵性的內容¹⁴³。憲法中所承認的多元文化主義變得越來越像自由主義下的多元文化主義，反而重新確認了國家力量支配原住民族人民和領域的原則¹⁴⁴。

¹⁴⁰ Sieder, *supra* note 45, at 104.

¹⁴¹ Hayes, *supra* note 4, at 45-46.

¹⁴² Barrera, *supra* note 16, at 26.

¹⁴³ Jason Tockman & John Cameron, *Indigenous autonomy and the contradictions of plurinationalism in Bolivia*, 56 LAT AM POLIT SOC 3, 46, 47&64 (2014).

¹⁴⁴ 例如，雖然 2009 年修憲後玻利維亞承認「原住民族第一人民之農民自治實體」（Indigenous First People's Peasant Autonomies）在一定限制下對於原住民族司法有管轄權，可以藉由自己的統治機構對於個案為不同的處理。然而其後相關立法與行政作為，卻是不斷的限制原住民族自治之範圍。例如 2013 年立法（Law of Territorial Units）禁止該自治實體擴張原住民族領域至「非連續」的範圍，因而至少排除了 2011 年以來已經被法律承認為原住民族領域之一百九十個第一人民集合性土地（First Peoples' Collective Lands）當中的五十六個。再例如，儘管從 2009 年以來正式實施原住民族自治，然而大部分提出自治申請的原住民團體都並未達到政府設置之標準，其餘大多數

在原住民司法制度部分，自從2009年憲法更明確地承認原住民族習慣法與司法權之地位以來，目前仍有許多議題尚未被釐清，例如為了使原住民管轄權與普通管轄權之間有效調和，需要主事者政府提供更多預算、技術資源和人力資源。再者，亦需要建立一個可以監督這些努力、並且調和不同世界觀與所涉利益以滿足當地需求之機制。重要的是，法律機構必須要帶到離公民（citizens）更近的地方，特別是國家的偏遠地帶（rural parts），否則憲法保障永遠僅會停留於未被實踐之層次。玻利維亞雖於法規中規定原住民權力機構對於符合人權負有責任（accountable），但它們都幾乎沒有指示這些權力機構要如何與人權內容相符合之具體作法，以及他們要如何應用到所管轄案件。論者認為，考慮到玻利維亞國內法律之間的複雜關係、個人與團體在不同領域間的流動性與共居（co-habitation）之情形，嘗試以屬人、事務以及領域管轄來定義原住民法律權力機構之處理範圍，勢必無法成功地減輕法律歧異性，此時多元民族憲法法院會扮演關鍵的角色。長期來看，立法者也應該要設計出支持性措施以讓未來對於法律工作有興趣之原住民青年男女加入行列，以確保法院之平衡組成以及法律案件中的跨文化詮釋¹⁴⁵。

在厄瓜多方面，論者指摘，儘管憲法明定該國為多元民族與多元文化國家，但實際上原住民族的法律體系仍一再遭受法官和其他法律權力的破壞，主流族群仍常以單一文化與語言的司法體系角度醜化、誤解原住民司法體系¹⁴⁶。而由於欠缺實行憲法精神之具體法規，造成原住民權力機構的法律自治範圍和國家司法權之間的界限不斷產生爭議，原住民權力機構實行習慣法之範圍仍然相當模糊，造成法律不確定（legal uncertainty）的現象¹⁴⁷。在輕微案件（minor offenses）方面，原住民權力機構自1998年以來似乎是擁有更多的管轄權，然而在較嚴重的犯罪上，厄瓜多政府似乎是正在破壞其曾正式承諾要維護的法律多元主義，例如在司法權之實踐上，憲法法院將所有涉及生命的案件排除在原住民部落司法權以外¹⁴⁸。

論者嘗以憲法修訂後的兩件實際案例為例，說明厄瓜多決定刑事案件審判權之現況¹⁴⁹。其一為發生在2007年、涉及最高刑度兩個月之誹謗罪與恐嚇罪的 *Tigua* 案件。厄國最高法院判決指出，當普通司法體系之法官遇到一個發生在原住民部落且當事人雙方均為原住民之案件時，法官的首要義務在於判斷他們是否對於該案件有審判權。就 *Tigua* 案件而言，由於犯罪行為發生在原住民部落內、且雙方均為原住民，故符合憲法所述「內部紛爭」並應依循習慣法處理，下級審法院認為國家有審判權之見解違反了憲法的意旨。第二件則為涉及最高刑度十六

未提出申請的團體乃是顧忌申請過程過於倉促、且對於到底自治實體如何實踐並不清楚。詳細參照：*Id.* at 50-53.

¹⁴⁵ Barrera, *supra* note 16, at 27.

¹⁴⁶ 石雅如，前揭註2，頁144-145。

¹⁴⁷ Marc Simon Thomas, *The Effects of Formal Legal Pluralism on Indigenous Authorities in the Ecuadorian Highlands*, 22 *JLACA* 1, 46, 57 (2017).

¹⁴⁸ *Id.* at 47-48.

¹⁴⁹ 以下兩段整理自：*Id.* at 53-59.

年之殺人犯行的 *La Cocha-Guant'opolo* 案件，不僅審判權受到熱議，更成為一個政治敏感議題。除了該國最高公訴檢察官（public prosecutor）對此案件公開發表評論外，厄國內政部長也在 2010 年 5 月 5 日投書於報紙並表示「在涉及殺人行為之案件中不應適用習慣法」，Correa 總統也在 *El Comercio* 報（2010 年 5 月 23 日和 24 日）和 *El Vistazo* 報（2010 年 5 月 26 日）的文章中指出：「涉及原住民間殺人案件之 *La Cocha* 審判中所實施之習慣法與量刑是怪異的、野蠻的、顯示出丟臉景象的酷刑」（“monstrous”, “barbaric,” and “a degrading spectacle” of “torture”）。面對重重的政治壓力，案件繫屬之 Latacunga 省刑事法院聲明，直到憲法法院作出該案件使用習慣法是否適當之建議前，其無法處理該案件，而憲法法院也不得不由院長出面發表他們「不會屈服於政治壓力」的聲明。由於該案件的高度政治敏感性，憲法法院花了很長的時間審理，最後在 2014 年時終於做出決定，法院指出該案所涉及之殺人罪行永遠都屬於國家法律裁判權的一部份，並將憲法文字附加了限制，認為「內部紛爭」只有在僅涉及「當地價值」（local values）時始得以適用習慣法。

此二案件在屬人管轄方面都與原住民有關，在領域管轄方面都發生在原住民部落，因此最主要的差別是所涉犯罪類型、亦即事務管轄部分——*Tigua* 案件涉及輕微犯行，而 *La Cocha-Guant'opolo* 案件則涉及嚴重犯罪。這也是在前者案件中，司法權對於法律多元主義之憲法承認並無困難，並因此接受案件由原住民管轄之最主要原因，而後者案件就明顯地發生爭議。然而論者認為，不同結果背後所隱藏的，其實並不是法律問題而是政治問題。定義了什麼樣的犯行或犯罪可以由原住民權力機構裁決之協調規則還沒有被制定出來，問題並不是在於其中涉及多困難的法律問題，而是因為在國家與原住民法之間涉及了政治敏感的議題。

不過，儘管有以上種種的缺點，採取多元文化、法律多元主義與多元民族概念之憲法仍已明確地成為拉丁美洲國家之特徵。原住民族為了集合性權利（collective rights）已經抗爭了數世紀，因此對原住民司法系統之法律上承認此一轉變被認為是一個重要政治進展¹⁵⁰。對於拉美特色之「多元民族主義」（plurinationalism），支持者強調該概念與多元文化主義的差異性，認為多元文化主義雖然認識到種族與文化的差異，但卻試圖讓原住民族融入一個完全自由主義、因而最終仍是同化與殖民的框架當中。「多元文化主義可能允許特定原住民行動實踐和信念被合併於國家當中，然而大部分都僅止於裝飾性的或象徵性之事物而已，多元文化主義讓支配的西式自由資本主義經濟、政治和社會架構仍維持現狀」¹⁵¹。亦有論者在分析美國文化衝突相關犯罪時，觀察到多元文化主義在此議題上

¹⁵⁰ Sieder, *supra* note 45, at 112.

¹⁵¹ 綜合整理自：Rivera Cusicanqui, Silvia.(2012). Ch'ixinakax utxiwa: A Reflection on the Practices and Discourses of Decolonization. *South Atlantic Quarterly* 111, 1: 95–109. Garces, Fernando.(2011). The Domestication of Indigenous Autonomies in Bolivia: From the Pact of Unity to the New Constitution. In *Remapping Bolivia: Resources, Territory, and Indigeneity in a Plurinational State*, ed. Nicole Fabricant and Bret Gustafson. Santa Fe, NM: School for Advanced Research. 46–67. Sanchez, Consuelo.(2011). Autonomia y pluralismo: estados plurinacionales y pluriétnicos. In *La autonomía a*

之侷限：「多元文化主義雖然揮舞著尊重不同族群文化的大纛，但並未放棄自由主義重視個人權利的基本價值；將此立場反應到刑事實體法上，於文化辯護的案件中，只要涉及到個人的權利或法益時，刑罰權便無法作太多的退讓，尊重多元文化的訴求遇到這種情況時也只能退居次位¹⁵²」。

相反的，多元民族主義明確要求國家以非自由主義的世界觀分享權力給多元民族。從此觀點出發，建立多元民族主義即意味著「徹底與自由主義決裂，……從根本質疑國家整體結構和支撐國家的自由主義原則」，並挑戰「國家對於領域有唯一且絕對的權力」此一觀點¹⁵³。而玻利維亞與厄瓜多雖均定義自己為多元民族國家並完全承認原住民實踐適當法律（*practice proper law*）的集體權利，但還是有不同點存在：玻利維亞在普通司法體系與原住民司法體系間建立了階層式（*hierarchical*）平等，後者被併入國家整體司法體系當中；厄瓜多則認為原住民法律實踐是制度的一部分，因此絕對不可能與國家司法體系相當（*equated with*）¹⁵⁴。

當多元文化主義已經逐漸顯露出固有缺點、並對於法律多元主義之實踐造成障礙，參照在憲法上明確承認原住民族習慣與司法機制效力之拉丁美洲各國，本文認為其所採取之多元民族主義是一個可行出路，其中更以玻利維亞模式為典範。是故，以下將以多元民族主義之精神為基礎，強調法律多元主義之內涵與原住民司法權相對於國家體系之平等性，討論我國可行之修正方案。

debate: autogobierno indigena y estado plurinacional en America Latina, ed. Miguel Gonzalez, Araceli Burguete Cal y Mayor, and Pablo Ortiz. Quito: FLACSO.259–88. Tapia, Luis.(2011). Consideraciones sobre el estado plurinacional. In *Descolonizacion en Bolivia: cuatro ejes para comprender el cambio*. La Paz: Vice-presidencia del Estado/Fundacion Boliviana para la Democracia Multipartidaria. 轉引自：Tockman & Cameron, *supra* note 143, at 49.

¹⁵² 蕭宇軒（2011），《論文化辯護於我國刑事審判上實行之研究》，頁 40，國立成功大學法律學研究所碩士論文。

¹⁵³ 綜合整理自：Garces, Fernando.(2011). The Domestication of Indigenous Autonomies in Bolivia: From the Pact of Unity to the New Constitution. In *Remapping Bolivia: Resources, Territory, and Indigeneity in a Plurinational State*, ed. Nicole Fabricant and Bret Gustafson. Santa Fe, NM: School for Advanced Research. 46–67. Sanchez, Consuelo.(2011). Autonomia y pluralismo: estados plurinacionales y plurietnicos. In *La autonomia a debate: autogobierno indigena y estado plurinacional en America Latina*, ed. Miguel Gonzalez, Araceli Burguete Cal y Mayor, and Pablo Ortiz. Quito: FLACSO.259–88. Tapia, Luis.(2011). Consideraciones sobre el estado plurinacional. In *Descolonizacion en Bolivia: cuatro ejes para comprender el cambio*. La Paz: Vice-presidencia del Estado/Fundacion Boliviana para la Democracia Multipartidaria. 轉引自：Tockman & Cameron, *supra* note 143, at 49.

¹⁵⁴ Barrera, *supra* note 16, at 26.

第五章 原住民族刑事司法制度修正芻議

綜觀前面幾章對我國原民專庭（股）刑事案件現況、墾殖者國家（美加澳）與拉丁美洲國家（玻利維亞與厄瓜多）原住民族司法制度之檢討分析，從結論而言，本文認為必須在現行裁判體系中構築更加實質保障原住民族權利的機制，並應該循序漸進地承認原住民族習慣規範（包含紛爭解決機制），以使原住民族之價值觀實質反映在審判過程、判決乃至於後續懲罰與社會復歸措施當中。最終目標是破除國家的宰制地位，給予原住民族文化與習慣規範實質承認，並賦予原住民族獨立司法權，達到所謂「平等司法共治」(judicial co-governance among equals)的境界。

「平等司法共治」為論者用來描述將原住民司法和普通司法置於平等地位的玻利維亞所使用之詞彙，相較於在美、加、澳等文獻中曾出現之「特殊原住民裁判權」(special indigenous jurisdiction)、「平行／分離原住民司法體系」(parallel/separate indigenous justice system)、「多元裁判權」(multiple jurisdictions)、「原住民法律自治」(indigenous legal autonomy)等字眼，「平等司法共治」一詞不但能表達二元司法審判制度乃平行並進而非上下隸屬關係之意旨，且意味著原住民族司法體系與國家體系乃是朝著人權保障之共同目標，一起經營／管理各自權力範圍內的土地與人民。是故，本文即以此名稱作為我國原住民族刑事司法制度改革之目標。

第一節 理論基礎

從歷史經驗可知，當國家統御與該國多數族群不同的民族時，國家所做的往往不是走向鞏固族群合作與正義公理的道路，而是退化為強迫同化與認同的暴虐專制政體。當不同族群相遇、彼此間又有不同文化時，最容易產生族群淨化的悲劇。因此或可斷言，會產生問題最根本的原因，就在於文化的差異¹。原住民族運動就是在這樣的氛圍當中尋找自己、並要求國家尊重與認同的一連串行動。而文化是民族認同的根柢，是故原住民族的權利回復運動，必然訴諸文化權的實現²。

臺灣原住民族經過疊代的殖民歷史，傳統生活領域都被強制納入國家版圖內，文化自主性與社會發展則長期受到貶抑。直到 1980 年代原住民族與客家族群要求權利保護和文化承認之運動展開後，多元文化主義始伴隨著此股風潮逐漸於 1990 年代受到注目³。論者認為，自 1996 年原住民族委員會成立⁴，以及翌年《憲

¹ 辛年豐（2011），〈原住民族權利保障的建構與實現－從平等權出發到落實平等保障〉，《中正大學法學集刊》，34 期，頁 197-198。

² 吳豪人（2011），〈文化權做為一種複合性權利：以日本阿依努族文化權發展史為例〉，《台灣原住民族研究季刊》，4 卷 3 期，頁 26。

³ 田上智宜（2012），〈多文化主義言説における新移民問題〉，沼崎一郎、佐藤幸人（編），《交錯する台湾社会》，頁 176，千葉：アジア経済研究所。

法增修條文》第 10 條第 9 項（現為第 11 項）與 10 項（現為第 12 項）增訂後，原住民族政策制度在歷經了數十年的同化主義時期後，終於正式朝多元文化主義過渡⁵。此種「肯定多元文化條款」的入憲，是在憲法層面上肯定了差異的存在，可以評價為在族群文化事務領域發生了國家角色的轉換，打破了公民均為同質之想像，為差異的折衝提供了平台⁶。

然而如前所述，多元文化主義理論本身在近十幾年來已經受到不少批評，特別是針對其已顯露出對於提升原住民族權益的侷限甚至是更加惡化之缺點。例如論者指出，「多元文化主義將原住民與地區的自然、社會之間有機的連結以及歷史上所形成的固有文化和移民文化等同視之，將各該國家具支配性地位的移民文化（在加拿大、澳洲的情形即為白人移民文化）原封不動地予以正當化，在這點上備受質疑」，「多元文化主義被認為忽視了這些白人的移民文化是透過剝奪原住民族土地而成立之歷史事實」，「就像過去十九世紀以前的殖民主義是與同化主義一起進行一樣，二十世紀伴隨殖民主義的變成是多元文化主義。從失去土地的原住民族的觀點而言，殖民主義到現在仍持續著」⁷。

進入我國後，當多元文化論述與我國多元族群想像（四大或五大族群）密切連結，且由官方推動作為上位的基本國策以後，特定族群是否就此掙脫過往社會壓迫與權力宰制關係的束縛，從而能夠實現獨特的社群權利保障？上開在外國經驗中多元文化主義所展現的缺點，在我國是否不幸地重演？帳面上看起來，《憲法增修條文》對多元文化的肯定帶動諸多進步立法、施政，在原住民族的部份主要有「新夥伴關係」的簽署和《原住民族基本法》的實施，原住民族委員會也日益建制化並推動一系列部落營造及民族教育工作。然而，到現在的經驗已經顯示，多元文化論述並沒有辦法讓原住民族遭遇的各種問題就此迎刃而解。「新夥伴關係」七項承諾中，包括承認原住民族自然主權、推動原住民族自治、締結土地條約、國會議員回歸民族代表等四項，隨著政權更易，迄今都沒有取得具體成果。從傳統領域與森林或動保法規的各類衝突、教育部高中課綱微調忽略原住民族歷史觀點的爭議等諸多例子，都再再說明了現行體制的「族群盲」缺陷⁸。

⁴ 論者認為原住民族委員會之成立意義重大，「原民會的成立具有幾項重要意義。首先，它是第一個中央部會級的原住民事務專責機構；其次，行政院原住民族委員會組織條例也是我國第一部有關原住民事務的專門法律。因此，原民會的成立，一方面，代表著政府正視原住民這個族群在制度上的特殊需求，另一方面，也意謂著原住民權益法制化的第一步。因此，以原民會的成立可以說是多元文化主義政策的開端」。引用自：林銘溢（2004），《從同化主義到多元文化主義：政治轉型與原住民族自治》，頁 17，國立臺灣大學社會學研究所碩士論文。

⁵ 林銘溢，同前註，頁 147。同結論：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 卷 1 期，頁 6。

⁶ 涂予尹（2014），《論多元文化主義下種族優惠性差別待遇的法正當性基礎：以臺灣原住民學生高等教育升學優待措施為中心》，頁 395-396，國立臺灣大學法律學研究所博士論文。

⁷ 松名隆（2011），〈アイヌ民族の文化享有權と多文化主義——二風谷ダム裁判の基層文化論による総括〉，貝澤耕一、松名隆、奥野恒久、丸山博（編），《アイヌ民族の復権——先住民族と築く新たな社会》，頁 94，京都：法律文化社。

⁸ 阮俊達（2015），〈從族群主流化觀點思考原住民族政策〉，《台灣原住民族研究學報》，5 卷 3

上述困境，恰恰呼應了先前論者對當代臺灣多元文化論述的批判：當代臺灣的「多元文化」基本上是一種由政治力量主導的文化工程，主要仍依循「四大族群」的架構來討論文化差異，不僅衍生出具有「分配、庇護」性格的文化政策，也限制了我們對人群差異與分類方式的看法。同時，為了確立多元文化的代表性與正當性，政策常以「再現」方式呈現文化多樣性，並以為差異越多便越有代表性，其稱此為「加法模式」(additive model)，這類多元文化政策容易產生一種有關共識與差異的虛假辯證，因而忽略了族群關係中的歷史經驗與宰制面向。以原住民族為例，隨著多元文化論述的擴散，臺灣原住民族已從九族增加為十六族，但原住民族數目的增殖表象可能因此掩飾更多根本問題、忽略不同文化或族群間既存的權力結構與不平等關係⁹。亦有認為¹⁰，多元文化主義即使經過二十多年的推動，還是停留在口頭的尊重，多數族群仍然還是服膺「人多就是民主」的真諦。「如果我們真的心儀多元文化的境界、而非只是把少數族群的文化當作異國情調般消費，有待大家願意承認彼此的差異」。簡言之，當《原住民族基本法》遭到架空，多數行政機關並未真正在政策推動過程中納入族群思考，「加法模式」的多元文化便只能是「淺碟的、盆栽化」的多元文化，徒有節慶活動（如所謂聯合豐年祭、客家的桐花節、移工的潑水節與開齋節）、觀光消費及歌舞表演的「多元」表象，卻難以翻轉既有權力關係上的不平等¹¹。

面對上述困境，論者主張，**族群主流化**是彌補臺灣社會與政府體制對多元文化僅流於「加法模式」或「口頭的尊重」等缺陷的可能出路，或許可讓原住民族議題跳脫扁平多元文化中的點綴地位，進入臺灣社會的「主流」，進而實現族群間的對等互動，並創造出跨文化的公共領域，使不分族群皆可共同展望臺灣的未來¹²。此「族群主流化」概念，是要評估各種立法、政策或企畫等對不同族群的各種影響，透過各項經濟、政治、社會的政策與計畫的設計、執行、監督、評估過程中加入不同族群的關切與經驗，藉以達到使不同族群可以平等受益、不受不平等待遇的最終目標¹³。「從族群主體立場來說，要如何從邊緣走向中心位置？要如何擺脫邊緣位置的被壓迫與被歧視？或許以族群主流化的意識來推動，可以成為臺灣族群之想像共合體的一種途徑¹⁴」。

綜上所述，針對建構平等司法共治之背後理論基礎，本文認為必須超越我國過往原住民族相關文獻對於多元文化主義之關注，蓋我國早在十餘年前即已於憲

期，頁 175-179。

⁹ 李廣均（2008），〈籍貫制度、四大族群與多元文化：國家認同之爭下的人群分類〉，王宏仁、李廣均、龔宜君（編），《跨越：流動與堅持的臺灣社會》，頁 106-107，台北：群學。

¹⁰ 施正鋒（2013），〈民進黨執政八年族群政策回顧與展望〉，《臺灣原住民研究論叢》，14 期，頁 109。

¹¹ 阮俊達，前揭註 8，頁 179-180。

¹² 阮俊達（2016），〈族群主流化觀點下的原住民族轉型正義〉，《台灣原住民研究學報》，6 卷 3 期，頁 56。

¹³ 謝若蘭（2017），〈以「族群主流化」建構臺灣價值〉，氏著，《在，之間：認同與實踐之間的學術研究儀式》，頁 349-350，台北：稻鄉。

¹⁴ 謝若蘭，同前註，頁 353。

法正式承認我國為多元文化國家，然而迄今仍無法在原住民族法律權益上做出重大突破。為解決此困境，承襲拉丁美洲的經驗，本文認為我國亦已到了採取比多元文化主義更進一步之多元民族主義的時刻。而上開論者所提倡之「族群主流化」與拉丁美洲採取之多元民族主義甚為類似，不僅均出自於體認到多元文化主義在提升原住民族權益方面之困境，且均強調族群間的平等地位，並力促不符合此預設之政府制度加以調整¹⁵。而當我們從「民族」的角度說明原住民族各族的特殊政治需求，並不意味著要抹煞臺灣社會中不同移民群體所形成的「族群」多樣性。閩南、客家、中國大陸各省移民、乃至於主要來自於東南亞的新移民等等，或多或少仍保有各自的方言或語言、生活習慣、信仰，也希望國家採取措施以維護他們的傳統習慣。但是這種移民群體對其文化保存的政治需求，在強度、方法與正當性基礎上都與原住民族各族的政治訴求——自治、代表性強化等——有相當大的差距。世界上所有原初自治的、地理上集中的、被迫整合進較大型國家的原住民族，即以普遍的自治主張，與移民族群的文化特性維持主張明顯地區隔開來¹⁶。

而以多元民族主義取代多元文化主義之目的之一，無非是希望法律多元主義能得到更具體的落實。於此，本文認為以下對於法律多元主義之詮釋與多元民族主義更相契合，且有助於達成「平等司法共治」之目標¹⁷。論者認為，如果法律多元主義要在理解分歧法律規範之間的複雜關係上有所助益，必須轉而關注法律多元主義之基本組成要素：共存（co-existence）、獨立（independence）以及互補性（complementariness）。首先，共存應被理解為同時包含「獨立」（independence）以及「相互依存」（interdependence）此二概念，這是因為承認另一個法律規範系統的合法性，也意味著承認自身法律規範的限制。一個法律規範無法完全地獨立，永遠必須在某程度上依賴他者之承認，而這並不意味著「獨立」這個概念並未發生作用。再者，共存也意味著「相互依存」，亦即一個法律規範當中對於法律或規範秩序的特定概念是否與另一個法律規範有關或者得以適用於其上，是一個關於協調（negotiation）的問題，而這可能會隨著時間而演化。第三個基本構成要素是「互補性」，亦即當獨立又相互依存之系統彼此互動，他們透過對於彼此之存在與知識之尊重和理解而互相強化。這個途徑讓每個法律規範拋開對於他者合法性之疑問，轉而關注理解他者在法律和規範秩序當中所展現出的基礎

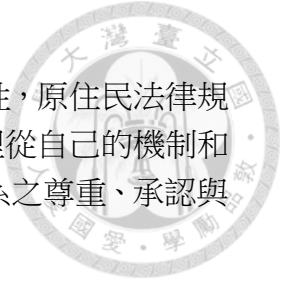
¹⁵ 論者主張，以族群主流化為核心之相關族群政策必須至少包含以下幾點：一、是一種理想共識：讓所有的人在社會上享有同等機會，而不因為個人的族群文化特性受歧視性的差異對待；二、是一種改革運動：改變社會的不平等結構，使不同族群文化的個人有均等的機會與被平等的對待；三、是一個永續歷程：完全消除因差異而產生歧視與機會剝奪，並藉此達到族群平等多元的信念與行動力；四、是一種和諧途徑：建立機制與機會去了解現今國內與國外各民族與國家間的文化差異，包括其語言、宗教、歷史及貢獻；五、是一種誠信與承諾：透過政策與立法來培養差異觀點的相互理解，進而以公民社會的參與來抗衡族群及其他各種形式的偏見、歧視、剝奪與壓迫；六、是一種關係修復：透過原住民族修復式正義人生觀來成就「族群平等」。引自：謝若蘭，同前註，頁 352。

¹⁶ 林淑雅（2000），〈多元民族國家的原住民族基本權〉，《律師雜誌》，247 期，頁 13。

¹⁷ 以下整理自：Perry Shawana, *Legal Processes, Pluralism in Canadian Jurisprudence, and the Governance of Carrier Medicine Knowledge*, in *INDIGENOUS LEGAL TRADITIONS* 125-129, (Law Commission of Canada ed. 2007).

(underpinnings)¹⁸。

當我們對法律多元主義之關注焦點移往共存、獨立與互補性，原住民法律規範和過程將更有可能獲得承認，而原住民族將更有可能取得管理從自己的機制和部落內所發展出來的知識之權力。此種對於不同法律與司法體系之尊重、承認與相互合作，正是平等司法共治所欲達成之目標。



第二節 朝向平等司法共治之制度修正方案

第一項 國家與原住民族法律之關係模式——以刑事法為例

論者曾藉由分析澳洲、加拿大與紐西蘭之實踐經驗，對於國家與原住民族法律之間的關係提出不承認 (non-recognition)、過渡 (transitional)、順應 (accommodation) 與承認 (recognition) 模式，並認為應循序漸進往承認模式邁進。該原住民族法律包含實體與程序法面向，前者例如對於刑法構成要件之認定、後者例如刑罰方式。雖然上開國家之法律體系與臺灣並不相同，然本文認為其所檢討出之進展方向亦值得我國借鏡。而由於論者分析後認為此三國當中僅有加拿大在家事法 (family law) 與部分土地法案件採取承認模式，是故本文將省略對此模式之討論。為將上開論述與本文第三章所介紹之外國法內容搭配，以下以共同提及之澳洲與加拿大說明之，並以刑事法領域為例。

第一款 關係分類

第一目 不承認模式

在刑事法領域採取拒絕承認原住民規範效力之不承認模式判決，從較早期之法院一直到二十世紀末都不曾消失。第三章曾提及，澳洲之 *R. v. Murrell* 案件 (1836年) 認為即使是原住民之間的衝突也不能適用他們自身的規範，理由在於法官不認為原住民族有自己的法律，而只是擁有「次於法律且不值得受到司法保護」的東西。一百多年後，*Walker v. NSW* 案件 (1994年) 再度否定了原住民法律的存在，理由在於首席法官 Mason 認為在處理刑事案件之國家法律出現後，原住民法律就被「消滅」了，亦即普通法和制定法之產生即等同於原住民法律的廢除 (abolition)。而在加拿大 *R. v. Ballargeon* 案件 (1986年) 當中，首席法官 Marshall 認為加拿大刑法應適用於所有加拿大人，審判時不應將原住民法律、價值觀或者原住民行為人之背景、環境等等納入考量¹⁹。

¹⁸ 關於互補性之要件，有論者補充認為背後隱含了「謙遜」(humility) 的價值，雖然「謙遜」通常被錯誤地和軟弱與膽怯連結，而這似乎與西方價值觀所追求或讚揚之競爭、權力與統治等觀點南轅北轍，然而仔細審視後可以發現，謙遜其實意味著缺乏傲慢、保持開放態度以及尊重的精神。謙遜的概念恰當地陳述了在理解真正的法律多元主義上，論者強調「互補性」作為法律多元主義之基礎要素的理由。詳細參照：BRUCE DUTHU, *SHADOW NATIONS: TRIBAL SOVEREIGNTY AND THE LIMITS OF LEGAL PLURALISM* 187-188 (Oxford University Press, 2013).

¹⁹ Mei Lin Ng (2006). *In Search of the 'Golden Thread': Common Law Interactions With Indigenous*

法院採取不承認模式的理由，不外乎以下三者：認為原住民法律不存在、普通法不能認可原住民法律（可能是因為法院認為只有一部法律可以適用於所有公民）、或者原住民法律不適合獲得認可。時至今日，現在的法院已經不再否認原住民法律的存在（故第一個理由已不復見）、或認為其低劣於歐洲法，但原住民法持續在澳洲與加拿大不受到承認，部分原因在於司法預斷（judicial assumptions）依然傾向對於原住民文化、社會與法律有偏見，此即連結到上開第三個理由，亦即有認為適用原住民族法律會使得犯罪者受到過於寬容（leniently）的待遇並因此顯失公平（unconscionability），或者現在的原住民法律看起來跟傳統所運行的樣子幾乎完全不同²⁰。而關於第二個理由，亦即部分法院認為如果將原住民法律納入考量是違反了「法律之前人人平等」或者「一部法律適用於全體」的原則，論者批評對於所有犯罪者施以一樣的待遇反而無法達到此目標，而僅僅是更確立了現存的不平等而已。蓋許多原住民被告所面對的特定困境都需要受到特別的考量，沒有將原住民部落的價值觀——特別是可能與犯罪行為有關的價值觀——納入考量，反而可能會削弱對於確保「法律之前人人平等」的努力²¹。

第二目 順應模式

順應模式並非承認原住民族法律，而是想辦法順應／接納（accommodate）之。在順應模式當中，法院用了很多種方法以因應原住民法，通常包含了讓原住民部落可以參與對加害人為處置或者是修復和平與和諧之行動。法院可能依據被告已經在部落中受到、或將來有可能受到的懲罰而減輕對於原住民被告之量刑，或者法院在形成量刑時將部落對於修復和平與和諧之需求納入考量。法院有可能將加害人直接交由他們的部落處置，例如澳洲 *Jabaltjari v. Hammersley* (1977 年) 與 *R. v. Sydney Williams* (1976 年) 案件；或是讓部落在決定量刑時能夠參與其中，例如加拿大的圓桌量刑法院，其提供了接納原住民部落價值觀、乃至於以行為人社會復歸為目的之部落處罰機制之架構（framework），然而由於僅有在法官同意

Law in Canada, Australia and New Zealand, at 185-192. Unpublished doctoral dissertation, Griffith University, Australia.

²⁰ 例如 *R. v. J.N.* 案件（1986 年）指出，大多數法院撤銷量刑法官所為量刑之理由在於他們認為部落用以處理加害人的機制不夠傳統，這意味著如果原住民部落曾經調整處理加害人之方式以因應社會現況之需求，該法律與機制可能就不會被國家納入考量。這樣的假設否定了原住民社會也會為了適應環境而與時俱進並且對於其他文化保持開放態度，這造成原住民部落的兩難：如果他們遵守自己的傳統法律且拒絕修改之，法院可能會認為這些法律不合理（unconscionable）而拒絕接納；另一方面，如果原住民部落接受一些西方觀點因此修改了他們的法律，法院也可能認為這些法律不再傳統而同樣拒絕接納。因此，法院對於原住民法律施加嚴格的對於「傳統」的限制，使得法院原則上不會將原住民法律和處理加害者的機制納入考量，除非原住民部落維持在以往的生活（remains locked in the past）。這樣的見解或許也解釋了部分加拿大案件對於是否將原住民價值觀納入考量時，以部落之偏遠與隔離（remoteness and isolation）程度為準之看法。加拿大刑法第 718.2(e) 條之規定以及 *R. v. Gladue* 判決對該條之詮釋，往修正「對於原住民被告背景僅能在被告屬於偏遠社區之情形下被納入考量」一事之路上邁出了重要的一步，然而其餘加拿大社會仍認為「涉及原住民加害人之事務上，為了將原住民部落價值觀與機制納入考量必須要求偏遠性之要件」。

²¹ 以上整理自：Ng, *supra* note 19, at 195-199, 245-254, 268-271 and 514-519.

時該制度才具有效力，因此法官對於原住民法律與價值觀是否、以及在何種程度上應被接納仍享有最終控制權，此為圓桌量刑制度之缺點。而有時候法院雖然沒有讓部落參與審判過程，但使用了原住民法律系統以實行傳統懲罰，例如加拿大 *Saila v. R.* 案件（1984 年）²²。

採取「順應模式」之理由通常出自於法院對於犯罪行為與其人、以及犯罪者之部落的要求之關心，並因此認為以下因素應該要納入到判決當中：行為者的文化與背景、同一個犯行受到雙重處罰之擔憂以及修復社群和諧的需求。順應模式給予法院相當大的彈性以及酌處權，法院並已發展出一系列讓原住民法律與價值觀和不同部落之需求相互配合的方法。然而，儘管順應模式富有彈性，它也有一些缺點。例如，在允許法官擁有相當酌處權的同時也造成了不確定性；再者，法官可能出於不同的原因而使用部落處罰，使得法官們對於相同的部落處罰可能有不同的想法，而這可能導致風險，因為原本這些處罰之內涵與實施情形都應該是一樣的²³。

原住民刑事法沒有辦法得到司法承認，而僅僅是被順應／接納的理由可能有以下幾點：首先，承認途徑——至少是加拿大法院在家事法案件中所指出的——要求加拿大法與原住民法之間相當程度的相似性。但在刑事法方面，懲罰加害者或使其復歸社會的方法、甚至是決定犯罪與否以及構成量刑之方法都相當不同。被害人在原住民司法體系中所扮演的角色，會比法院所傳統上允許者來得大。另一個可能更重要的理由是，在普通法管轄權中，國家是刑事案件的相對人，因此國家是透過檢察官之角色直接參與刑事案件。相反地，家事法案件當中，雖然國家對於維護家庭關係有利害關係，但國家並非案件當事人。因此，如果法院要對於原住民刑事法給予完全承認，可能會被認為是侵奪國家權力機構（*usurping state authority*）以及剝奪國家之角色與責任。若僅僅是順應／接納原住民法律的話就不會有這個風險，因為法院可以決定是否、以及在何種程度上要接納原住民法律，國家也可以保持其追訴犯罪的角色。因此，在刑事法領域內要對原住民法做完全承認，會面臨其他法領域所沒有的障礙²⁴。

第三目 過渡模式

過渡模式介於不承認模式與順應模式之間，此模式並未順應原住民法，甚至不需要意識到原住民法存在，但此模式下的判決認為原住民加害者或／和其部落在某些狀況下有權獲得特別考量。這些過渡模式案件有幾點特徵：他們沒有特別使用原住民法、他們意識到具有原住民背景的被告或其部落有權受到特別考量、他們揭示了法院在沒有採納順應模式的情況下也可以彈性處理原住民被告與其部落的可能性。過渡模式下的案件主要有三種樣態：第一種樣態為意識到加害人

²² Ng, *supra* note 19, at 200-222.

²³ Ng, *supra* note 19, at 271-272.

²⁴ Ng, *supra* note 19, at 266-267.

的原住民背景或文化在特定情況下會構成相關量刑考量；第二種樣態為承認原住民部落與主流社會之標準可能有異，而這樣的差異在刑事案件中應該納入考量；第三種樣態為將原住民部落的價值觀與期望納入考量。然而這些案件中並沒有看到圓桌量刑法院所擁有的部落參與特徵，因為他們並不是基於原住民部落擁有可以處理加害人之機制此種預設，亦即這些案件並不在意是否應順應／接納原住民法²⁵。

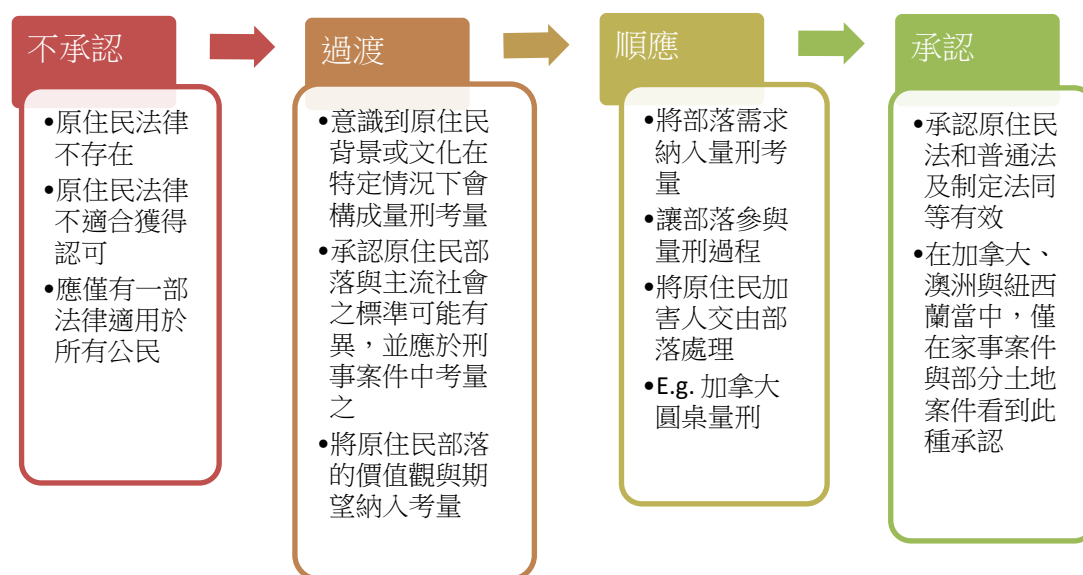


圖5-1 國家對於原住民法之態度模式

※圖片來源：筆者自行製作

第二款 臺灣現狀

就臺灣的情形而言，原住民族習慣規範與國家法之關係可以以 1945 年為分界劃分出兩個截然不同的時期。於 1945 年以前之日治時期，原住民族並沒有被納入制定法下，而是透過警察之行政裁量權在具體個案中決定準據法之適用（制定法或原住民族的習慣規範），國家法與原住民族習慣規範之衝突便因為如此之實務運作而相形減輕。進入 1945 年以後，原住民族被一併納入制定法下，原住民族之習慣規範欲具有法效力，變成僅能透過立法承認之管道。然而由於我國無論在程序法或實體法上均未針對原住民族之特殊性而設有特別規定，以致於原住民族固有的生活方式受到了來自國家法莫大的干擾²⁶。原住民受到漢人統治的國家壟斷土地、使用中文而非族語作為官方語言之際，均顯示原住民仍在國家中處於被內部殖民的狀態²⁷。直到 1990 年代臺灣政治民主化之後，1997 年《憲法增

²⁵ Ng, *supra* note 19, at 223-243.

²⁶ 蔡桓文（2007），《國家法與原住民族習慣規範之衝突與解決》，頁 190-196，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

²⁷ 蔡穎芳，布農族家事傳統慣習納入實證法之研究及建議-自兩則家事調解案例觀之，第七屆原

修條文》確立了我國憲政體制在文化差異、民族自決與自治原則下對於原住民族權利之承認，原住民族方在憲法上爭取到應有之地位。

在原漢一體對待的觀念被突破後，不少刑罰法規也開始顧及原住民族的固有文化而制定例外性規定，將原住民某些行為予以「除罪化」（但仍為行政管制），主要即為本文第二章所討論之《槍砲條例》、《野保法》與《森林法》。其後《原住民族基本法》於 2005 年公布施行，明定保障原住民族的語言文化、傳統的狩獵或採集等行為、傳統的生活方式及社會結構，以及在司法或其他紛爭解決程序上尊重其族語與傳統習俗文化及價值觀（第 9～10、12、19、23、30 條）²⁸。原住民族委員會亦自 2005 年開始委託學術單位進行原住民族傳統習慣之調查整理及評估納入現行法制委託研究，並自 2010 年開始，每年舉辦「原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會」，促成學界、政府機關與法律實務界之間的對話²⁹。雖然目前前開委託研究還未能完全符合法院將原住民族習慣認定為習慣法或事實上習慣時所需，但法院就司法個案依職權調查習慣時，至少有一個起碼的參考資料。例如 2010 年高等法院在【司馬庫斯風倒櫟木案】判決當中，即引用這項政府調查而為有利於原住民被告之認定³⁰。

而上述《槍砲條例》等「特別刑法」當中的除罪化條款過往並未被行政或司法部門積極執行，此誠然源自國家機關未能理解並尊重在歷史上長期被忽略甚至被污名化的原住民族文化，但從法學的角度而論，亦導因於原住民族的法律傳統極少被當成可作為法源的習慣法、或在法律條文中明定「若有習慣即依習慣」，更不用說進行習慣立法，故難以獲得現代法上包括權利制度等機制的保障。這些號稱保障原住民族的立法條文僅著重於被動排除刑責，是以迄今最佳的範例只不過是【司馬庫斯風倒櫟木案】的司法判決依從《原住民族基本法》上尊重原住民族文化的誡命，以《森林法》中允許「依其生活慣俗需要，採取森林產物」之規定，引用政府所為習慣調查所載「泰雅族生活習慣會對山中資源視為財產的一種」，而宣告涉案之原住民無罪³¹。原住民法雖然終於開始在個案中與漢人習慣法包裝的國家法律同時受到考量，然而此時已經是幾個世代不斷受罰乃至於喪失民族自信心之後遲來的善意。個案也不一定成為通例，下一回秉持習慣法行事的族人被逮捕了，前案有利的結果未必能影響後案，習慣法承載者照樣注定倒楣，漢人國家依漢人習慣法包裝成現代成品的執法者，終究很難轉到另一文化進行理解³²。

住民族傳統習慣規範與國家法制研討會，原住民族委員會主辦，頁 272（2016 年 10 月 30 日）。

²⁸ 王泰升（2015），〈論台灣社會上習慣的國家法化〉，《臺大法學論叢》，44 卷 1 期，頁 53。

²⁹ 官大偉（2013），〈原住民族傳統習慣規範與法制〉，《原教界》，53 期，頁 17。

³⁰ 王泰升，前揭註 28，頁 52。

³¹ 王泰升，前揭註 28，頁 54-55。

³² 謝世忠（2017），《後認同的污名的喜淚時代：臺灣原住民族前後臺三十年 1987-2017》，頁 209-210，台北：玉山社。

若將現在我國與原住民族有關之刑事法律關係套入上開論者分類，由於我國並未承認原住民法之效力，亦未讓當事人以外之原住民部落成員參與審判、量刑或刑罰執程序，因此我國應仍處於過渡階段。在原民專庭（股）成立後之判決當中，可以看到法院將原住民身分或文化作為量刑事由並大多因此予以減輕，而在認定原住民被告無罪之判決方面，亦出現以原住民文化有異於主流族群為由而認為在構成要件之解釋上應考量該原住民文化之字句，例如《槍砲條例》相關案件中經常出現以下段落：「原住民族持有自製獵槍獵捕野生動物，乃屬原住民族傳統生活中建立及維繫部落秩序的重要行為。近年來，雖因生活型態之改變，專以狩獵為生之情形雖已極為少見，惟原住民族所居住之部落大多仍在山林中，故持自製的獵槍於慶典時、農閒或工作之餘進入山林狩獵及驅趕獵捕果園、菜園中之野生動物，仍為原住民族群體生活及對自我認同的重要行為」，其後並因此認定「本條項『供作生活工具之用』之解釋，自應因應生活型態之改變而放寬，只要本於與其傳統習俗文化目的有關而自行製造或持有之獵槍，即應認係供作生活工具之用，不以專恃狩獵維生或以狩獵為其生活主要內容者為限」。

過渡模式雖然仍位於進展前期，惟論者認為過渡模式仍因以下兩個原因而顯得重要：第一、雖然某些案件可能被歸類到「不承認模式」底下，但過渡模式底下的判決已經意識到原住民背景的加害人或其部落應該要獲得特別考量，因而開啟了法院順應原住民法律之契機；第二、這些案件並沒有清楚地落入「不承認模式」或者「順應模式」當中，顯示出法院從不承認模式進展到順應模式必定是一個漸進的過程。沒有其中某些案件的出現，那麼順應模式可能根本不會出現在刑事法律當中³³。然而，縱使承認了過渡模式的意義，我國仍不應即以此為滿足，應持續往順應模式乃至於承認模式邁進，始得以真正達到「平等司法共治」之目標。上文對於「過渡、順應與承認模式」之討論較著重於法院制度與訴訟進行程序，惟以下本文將兼論實體法層面之修正。預先將本文見解以下圖呈現：

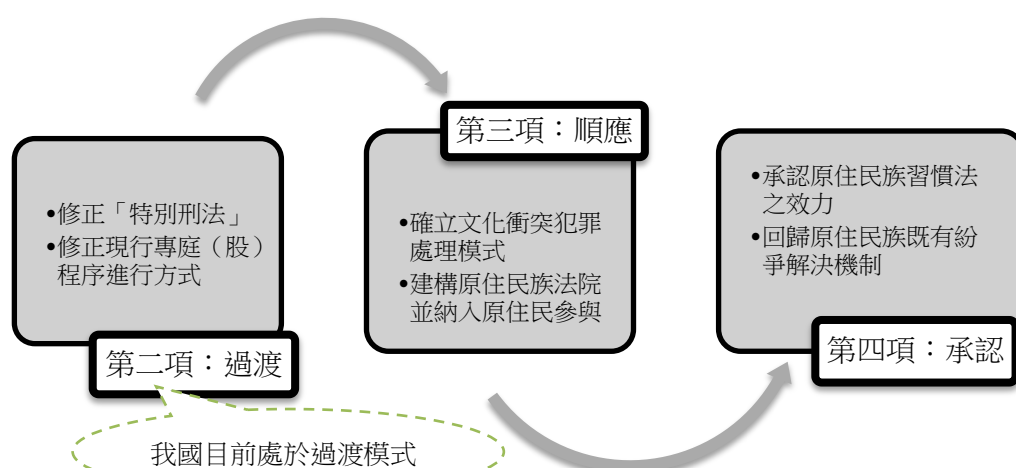


圖 5-2 我國原住民族刑事司法制度修正芻議

※圖片來源：筆者自行製作

³³ Ng, *supra* note 19, at 223.

第二項 過渡模式

第一款 現行「特別刑法」之解釋論與應行修正

自從《憲法增修條文》明文承認「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化」以來，臺灣內部雖然已逐漸意識到原住民族文化的特殊性，因而許多行政規章、特別刑法均已逐步修正，以避免不當箝制原住民族文化發展或陷原住民族於犯罪窘境。然而由於欠缺對原住民族權利之淵源與內涵的理解，許多以保障原住民族權利為目的之法律，都試圖把原住民族的權利鑲入一般權利體系中，因此創造出許多對於原住民族來說極為怪異的制度³⁴。論者批評，由於立法者修法往往過於草率與不周全，以致於目前特別刑法中對於原住民基於傳統文化之行為得以除罪化的規定，往往只有「半套」³⁵。

其實，原住民族對於人與自然、人與環境之間的關係本有自己的法律規範作為行為準則，雖不若當代國家法律的成文形式與法律程序，卻同樣具有強制力³⁶。國家雖高舉「保障、尊重」大旗，卻選擇忽視原住民族社群內長久以來形成的自律規範，而僅係在現行「原則上禁止」之國家法規框架下，開了一條仍以漢人思維本位設計、且限制重重的除罪化途徑而已。無怪乎論者主張，「原住民族在刑事訴訟法上的處境不只是司法體制問題，也反映刑事實體法對於原住民族課題的懵懂³⁷」。

雖然以現行臺灣刑事司法實務而言，這些排除原住民刑事責任的規定已經產生相當程度效果，然而這些規範已難以因應現今原住民文化活動的除罪需求。部分法院在個案判決時，被迫在狹隘且不符現況的法律文字中，努力尋求原住民實踐文化生活的自由路徑，不過也有部分法院採取保守的解釋而拒絕適用除罪規定，這使得我國原住民刑事法制陷入見解無從統一的困境。論者指摘：「我國空有保障原住民的抽象性基礎法律，法律文字內容卻顯非合宜，實踐法律精神的具體法規命令也不夠完備，這些微視面向的法律規範，在在左右了個案中的原住民文化權益，長久以來只見司法機關努力尋求解釋的合理空間以貫徹憲法要求，問題根源的立法內容卻未見修正。正本清源之計，正是立法者重新檢視個別規範的合理性，修正相關文字或儘早頒訂法規命令，以實現尊重原住民文化的憲法誠命³⁸」。

第一目 槍砲條例

³⁴ 雅柏魁詠·博伊哲努（2008），〈論原住民族集體權〉，氏著，《原住民族權之詮索》，頁4，花蓮：東華大學原住民族學院。

³⁵ 王皇玉（2009），《刑罰與社會規訓》，頁278-279，台北：元照。

³⁶ 蔡志偉 Awi Mona、許恒達、吳秦雯（2016），〈貳、原住民族與法〉，《國內原住民族重要判決之編輯及解析（第二輯）》，頁10，台北：原住民族委員會。

³⁷ 楊曉珞（2007），《台灣原住民族司法權之探討與建構》，頁73，國立東華大學民族發展研究所碩士論文。

³⁸ 許恒達，「自由廣場」〈澄社評論〉重新修正檢討原住民除罪規範，此其時也，自由時報，2016年11月7日，<http://talk.ltn.com.tw/article/paper/1049521>（最後瀏覽日期：2018年4月20日）。

槍砲條例第 20 條第 1 項：「原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍，供作生活工具之用者，處新台幣二萬元以下罰鍰，本條例有關刑罰之規定，不適用之」。

對於上開條文當中的「自製獵槍」以及「供作生活工具之用」此二關鍵性要件，由於法律並未給予定義，司法人員於實務上便因此遇到困難。關於前者，早期的爭議集中於是否採取內政部於 1998 年將「自製獵槍」限於「前膛槍」的函釋上，而所謂「獵槍」是否一律不包含空氣槍或其他槍枝種類，到現在都尚未形成共識；關於後者，有認為必須系爭原住民平日即以槍枝狩獵維生始符合之，亦有認為使用槍枝本來就是原住民生活的一部分，故不需要特別探究個案行為人的經濟生活模式，而近來更產生是否需細究使用槍枝之目的或使用時機的爭議。除此之外，槍枝所使用之子彈是否亦屬於本條項所涵蓋的範圍，也因為立法疏漏而造成法院見解仍分歧。

上述實務爭議，到最高法院 102 年度台上字第 5093 號此判決（本文第二章所稱之「槍砲條例標竿判決」）以降有部分爭點開始形成共識。關於「自製獵槍」之認定，固然現在大多數法院已經不採取內政部函釋之見解，因此過往對於前膛槍或後膛槍之爭議已經減緩，然而近時引起軒然大波之【王光祿案】案卻附加了該自製槍枝必須「原住民以其文化所允許之方式製造者」之限制，對此即有批評認為：「只要製造或持有獵槍之目的係與其傳統習俗文化有關，例如狩獵用，即應符合刑事免責要件，若未登記，充其量不過是行政罰鍰而已，要不宜再額外附加應以『原住民以其文化所允許之方式製造』（即槍枝之「來源」應與原住民文化有關）為免責要件」。論者其後訪談三位原住民族獵人，並因而認為根本上槍砲條例之除罪化範圍不應限於「自製獵槍」：「受訪者認為獵人不會也不可以持槍至部落或傳統獵場外，否則不配當獵人，此時必須嚴加管制，很明顯的意圖已不是在打獵，而是可能與恐嚇、傷害等暴力有關，已具有危害公共安全之虞，故一旦攜出部落或傳統獵場，就應繩以刑罰，不必有施加暴力或恐嚇之實害。換言之，為政者只要管制持有狩獵之場域及使用目的是否為狩獵即可，不必管制獵人使用槍枝的種類及長短，亦不必管制其來源是否應以『原住民以其文化所允許之方式製造』為免責要件，若政府開放合法兵工廠替原住民製造優良之安全長短獵槍，供原住民打獵用，則屬最佳選項」³⁹。

此種看法並非天外飛來一筆或是因應個案而來之創見，而是早已有論者為相同主張：「現行法限制原住民只能使用自製獵槍，卻又無任何獵槍製作教程或認證機制，等於強迫原住民陷於槍械使用可能帶來的人身高度風險之下，……強迫原住民以過時、落伍的器械從事其族群重要的文化活動，顯然無視於原住民用槍過程中的安全問題，同時也過度干預、介入原住民實現族群自我認同的方法」。

³⁹ 邱忠義（2016），〈原住民自製獵槍之認定及持有獵槍之管制新思維〉，《月旦法學雜誌》，256 期，頁 102-123。

結論上認為，「雖然法院判決日益擴大原住民權利的承認與保護，但只要法律未修改，唯一能使用的也只有語焉不詳的自製獵槍，但自製獵槍的製造與使用，均對原住民的人身安全造成重大危害。基此，筆者主張我國法制上，未來應該逐步走向許可原住民使用制式獵槍，但在許可的同時，必須對整套立法作出良善的規劃，這樣才能讓原住民在使用制式獵槍實踐其部落文化活動及建立族群認同的同時，亦無安全上的顧慮」⁴⁰。

追根究柢，此些縈繞在司法實務上的難題，實來自於對原住民族狩獵文化的不瞭解。就「自製獵槍」而言，現行法對於原住民族狩獵所使用之獵槍限制為必須「自製」，然而原住民族向來根本未曾有製造槍枝之傳統，而是使用和漢人、日本人、西班牙人或荷蘭人等交易而來之制式槍枝⁴¹。再者，原住民族對槍枝之使用，沒有引起過度獵殺野獸或大量殺害異族的現象，也沒有出現軍事擴張、試圖建立主權國家等變化⁴²。然而基於對原住民族之不信任以及對人民擁有槍械的「槍械恐懼症」(Weapon Phobia)⁴³，1983 年《槍砲條例》第 14 條全面禁止原住民族所持有之制式槍枝，原住民族為了繼續實踐狩獵文化行為只好開始自製獵槍，而這樣迫於法規而被創造出來的「自製獵槍現實」，竟被寫入 1997 年《槍砲條例》第 20 條之修法當中，亦即原住民族製造、運輸、陳列或持有「自製之獵槍」始不適用刑罰之規定。「自製獵槍」一方面並無精確定義，二方面實務限制重重⁴⁴，再者製造過程危險有害於原住民族之生命安全⁴⁵，完全不適宜打獵。若欲兼顧槍枝管制、治安維護與原住民族文化，上開文獻已指摘應以有條件開放制式槍枝最為適宜⁴⁶。而承襲開放制式獵槍使用之建議，本文認為制式子彈亦應屬

⁴⁰ 許恒達 (2014)，〈重新檢討原住民自製獵槍之管制與處罰〉，《台灣原住民族研究季刊》，7 卷 3 期，頁 138-142、146-149。

⁴¹ 詳細請參閱：陳宗仁 (2005)，〈近代臺灣原住民圖像中的槍—兼論槍枝的傳入、流通與使用〉，《臺大歷史學報》，36 期，頁 70-80。

⁴² 陳宗仁，同前註，頁 91。

⁴³ 此用語引用自大法官釋字 669 解釋陳新民大法官協同意見書。

⁴⁴ 例如內政部於 1998 年 6 月 2 日曾以 (87) 台內警字第 8770116 號解釋「自製獵槍」：「說明：一、『自製獵槍』：指原住民傳統習慣專供捕獵維生之生活工具，由申請人自行獨力製造或與非以營利為目的之原住民在警察分局核准之報備地點協力製造完成，以逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，打擊底火或他法引爆，將填充之射出物射出，非使用具有彈頭、彈殼及火藥之子彈者。二、『射出物』：指供自製獵槍引爆槍管內火藥後發射之用，填充於槍管內，遠小於槍管內徑之固體物，如玻璃片、彈丸等，且不含具有彈頭、彈殼及火藥之子彈」；另實務多半認為販賣自製獵槍違法，然而如此等於要求原住民欲使用獵槍必須親手製造或僅能收受他人無償受贈，相關新聞參照：自由時報，「原住民身分作掩護 男子製土造獵槍販售」，2017 年 9 月 8 日，http://news.ltn.com.tw/news/society/breakingnews/2187242?utm_medium=P (最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日)

⁴⁵ 原住民族因自製獵槍而造成傷亡之案例時有所聞，例如：自由時報，「原民持獵槍打山豬 膛炸鋼珠卡左臂送醫」，2017 年 2 月 27 日，<http://news.ltn.com.tw/news/society/breakingnews/1987902> (最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日)

⁴⁶ 再參照：臺灣狩獵研究會，「承認吧！是漢人的「集體槍械恐懼症」造就臺灣還在恐龍時代的槍砲條例」，2015 年 12 月 18 日，Mata Taiwan，

<https://www.matataiwan.com/2015/12/18/between-the-culture-of-gun-and-law/> (最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日)；讀者投書 (程茂森／國家射擊隊總教練、師大體育研究所碩士生)，「請還給原住民一個安全使用獵槍的管理辦法」，蘋果日報，2016 年 12 月 6 日，

於除罪化範圍，蓋管制重點應在於使用獵槍的地區與目的，而非在於槍枝與子彈的來源和規格。不應讓原意在保障原住民族狩獵文化之法規，反而成為迫使原住民族必須危險地製作槍枝與子彈、並因此遭致生命危險之幫兇。

具體而言，開放制式獵槍後應為何等管制，論者認為首先應對於得以擁有槍枝之原住民設下資格限制，僅當原住民通過相關的考試、參與一定時數的課程或與有經驗獵人共同實習的課程之後，始得以取得資格並購買制式槍枝。購買時必須確實登記槍枝及子彈的型號與數量，若未確實登記，則科處該未予登記的原住民族行政罰。而最具爭議的野生動物獵捕問題，應認為有獵槍使用執照且合法持有獵槍的原住民，即可依法向主管機關申請於特定時間、地點進行狩獵，最初仍可採用現行作法，必須針對原住民的個別狩獵活動予以許可，許可的理由應包括《原住民族基本法》提及的各項事由（傳統文化、祭儀、自用），但未來應可考慮，在原住民固有領域直接給予長期性許可，只要該原住民申請長期許可時，計劃獵捕的動物並無生態或數量上的疑慮，就應給予至少一年以上的長期許可。而狩獵活動中使用的制式子彈，必須於完成狩獵之後確實申報，否則得科予行政罰。若以上制度確實能建構完成，則對於蓄意逸脫法規而狩獵之原住民，論者認為此時課以刑事處罰即具有較高正當性⁴⁷。本文則進一步認為，雖因為槍枝管制涉及國家社會治安故無法全權交由原住民族內部管控，然而上開提案仍帶有強烈的「上對下」單一管制色彩，是故為了平衡原住民族文化發展與社會治安管理，本文認為取得制式獵槍之資格限制，包含考試內容、考核人員、授課者人選等仍應與原住民族協商後始得決定，蓋目前對於狩獵相關知識，何者較具有教導資格其實未必是當然之理。

另在「供作生活工具之用」此要件上，引起爭議之理由在於 2001 年增訂此條項之立法理由提及：「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……（後略）」，當中所提到「生活必需品」之見解影響了後續的司法判決。對於遵循立法理由而將「供作生活工具之用」限縮為「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」之判決，論者批評道：「這種採取立法當時傾向生存權定義，而極度限定『生活工具』的解釋作法，恐怕無法符合社會變動的操作狀況及現實需求」。其主張，所謂「供作生活工具之用」的「生活」範疇，當然不再侷限於營養供給意義的經濟生活，而是擴大至以部落活動、原鄉及山林實踐為中心的文化生活，其內容不該局限於特定的祭典或儀式，毋寧包括原住民經營日常生活、傳承其固有部落文化傳統等，尤其著重在延續原鄉的祖先生活，進而建立後輩部落認同的過程⁴⁸。即使是正確地表示不以專恃狩獵維生或為生活主要內

<http://www.appledaily.com.tw/realtime/news/article/new/20161206/1005364/>（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日）

⁴⁷ 許恒達，前揭註 40，頁 147-148。

⁴⁸ 許恒達（2017），〈持有獵槍、獵捕保育類野生動物與原住民慣習間的衝突及解套：評宜蘭地方法院 104 年度原訴字第 1 號刑事判決〉，《臺灣原住民族法學期刊》，1 卷 2 期，頁 53-55。

容為必要之「槍砲條例標竿判決」，仍對於「供作生活工具之用」設下必須符合以下目的之限制：「(原住民狩獵目的在於)訓練膽識、學習互助精神及生存技能，亦得藉與族人分享狩獵經驗與成果，獲得認同提升在部落族人中之地位」。然而保障與尊重原住民文化的重點不在於狩獵文化的「傳統」，而在於原住民族所共同擁有的狩獵生活經驗，因此不應要求原住民必須懷抱著「保存傳統以來生活習慣的自覺」或者本於「傳統習俗文化目的」而狩獵，無論是供食用、競賽活動、獵捕破壞農作物的動物、還是單純遊興娛樂都應該符合「供作生活工具之用」之要件，至於上開目的是否符合原住民族各自的狩獵規範，並非國家體系應該越俎代庖加以判斷的問題⁴⁹。

第二目 野保法

野保法第 21 條之 1：「(第 1 項)臺灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，不受第十七條第一項、第十八條第一項及第十九條第一項各款規定之限制。(第 2 項)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。」

野保法第 51 條之 1：「原住民族違反第二十一條之一第二項規定，未經主管機關許可，獵捕、宰殺或利用一般類野生動物，供傳統文化、祭儀之用或非為買賣者，處新臺幣一千元以上一萬元以下罰鍰，但首次違反者，不罰」。

由於上開條文前者使用「野生動物」、後者使用「一般類野生動物」之用語歧異，造成原住民違反第 21 條之 1 而獵捕「保育類野生動物」是否須受刑罰處置一事，始終未有定論。再者，依照《野保法》第 21 條之 1 第 2 項所制定之管理辦法，將同條第 1 項的「傳統文化」化約成「祭儀」，忽略《原住民族基本法》第 19 條規定「自用」亦屬「獵捕野生動物」之目的，造成有許多非供祭儀之用之狩獵行為遭到起訴乃至於定罪判刑。立法在先的《野保法》第 21 條之 1 在規範內容上與《原住民族基本法》相關規定產生扞格，本即應依據《原住民族基本法》第 34 條第 1 項規定進行修正，然而《野保法》迄今的四次修正卻從來沒有排除掉前述法規內容歧異，造成各級法院之間見解分歧，從「法秩序不一致」演變為「司法見解不一致」。此間將臺灣原住民族之狩獵權長期置於飄忽不定之境地中，對於原住民族文化的戕傷恐怕莫此為甚⁵⁰。

⁴⁹ 謝煜偉（2014），〈刑法解釋與原住民狩獵文化／最高院 102 臺上 5093 判決[裁判簡評]〉，《臺灣法學雜誌》，241 卷，頁 180-181。

⁵⁰ 王毓正，野保法相關規定限制原住民狩獵行為之違憲可能（與談），原住民族狩獵文化與憲法保障座談會，財團法人法律扶助基金會原住民族法律服務中心主辦，頁 2（2018 年 1 月 27 日）。

關於這些爭議的解決，首先針對獵捕保育類野生動物之議題，論者分從文義解釋與實質法益權衡等觀點分析《野保法》之規定後，結論上認為《野保法》第21條之1第1項應適用至獵捕、宰殺「保育類野生動物」的除罪化，即使原住民未依同條第2項事前取得主管機關核准，但只要符合第2項所稱的「基於傳統文化、祭儀」，就可以排除刑責⁵¹。至於「傳統文化」的解釋不應侷限於管理辦法所稱的祭典或禮俗，毋寧應擴大解釋至所有與原住民有關的文化生活方式。其中最根本的理由在於，原住民獵捕保育類野生動物的行為根本不具有法益侵害性，因此當然不具刑罰正當性：「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。然而原住民來自山林，其生活始終帶著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。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維護利益，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」。縱使某一物種真的已經瀕臨絕種，然而「此時與山林共存的原住民，在整體文化上也必然會停止獵捕這種已經難以找到的保育類野生動物，不會貿然施行其獵捕行為；最後，此時真正應該負責介入整件事情管制者，應該是國家的保護機制，亦即主管機關在面對這類族群數目趨零之時，必須儘可能地公告週知，並採取全面禁獵的特別處分，但這是針對非常情況時的特別保護機制，我們不能因為有這種特別保護機制的設計可能性，就反推所有的保育類野生動物都已經族群量趨零，而應該全面禁止原住民獵捕」⁵²。較佳的解決方式，仍應是考量生物多樣性與原住民狩獵文化的平衡後，由立法機關修法為之，且「原住民族基本法作為規範原住民事項的母法，應具備『基本法』的性質，野生動物保育法保障原住民的狩獵權自亦不能低於原住民族基本法的標準」⁵³。

諷刺的是，出於野生動物保育之名而對原住民族狩獵行為施加限制之法律，並沒有因此減緩野生動物之滅絕。此種失敗乃自始注定，蓋「制度之設計基礎係認為人之狩獵行為——特別是原住民的狩獵——才是導致野生動物滅亡的主因此一錯誤的價值觀⁵⁴」。誠如論者所言，傳統狩獵習慣經過千百年的經驗累積，透

⁵¹ 最高法院於2017年第二次刑事庭會議中即闡釋了上開論者之見解：「原住民族於其傳統文化、祭儀期間，若供各該傳統文化、祭儀之用，且符合依野生動物保育法第二十一條之一第二項授權規定而訂頒之『原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法』第六條及其附表之各項規定，僅事先未經向主管機關申請核准，持自製獵槍獵捕屬上開辦法第六條第二項附表所列准許獵捕之保育類野生動物『山羌』、『臺灣水鹿』，不能因野生動物保育法第五十一條之一僅規定對於未經許可獵捕、宰殺或利用『一般類野生動物』科以行政罰，即認同法第二十一條之一第一項所謂野生動物僅指一般類野生動物而不包括保育類野生動物」。

⁵² 以上見解引用自：許恒達，前揭註48，頁56-59。

⁵³ 李耿誠（2012），《論臺灣原住民犯罪——以判決選評為核心》，頁122，國立中正大學法律學研究所碩士論文。

⁵⁴ 雅柏魁詠·博伊哲努（2008），〈從原住民族處境、原住民族條款到民族權〉，氏著，《論原住民族集體權》，頁50，花蓮：東華大學原住民族學院。

過禁獵期、獵場禁忌、獵場規劃及其階層制度，維護了動物的生存的同時，也能滿足自身的文化與營養需求。現今《野保法》之立法目的雖然在於保障瀕臨絕種的野生動物，但是排除人類在維護生態平衡角色之作法，尤其是對當地原有狩獵習慣的打壓，反而達不到保育的目的⁵⁵。再者，「『清一塊地蓋房子』或『蓋攔沙壩』對於生態造成的傷害，絕對比狩獵嚴重，而蓋一條橫貫公路而死掉的野生動物，也絕對遠多於原住民狩獵所獲，但我們並不因此禁止蓋房子或開公路，但卻要對狩獵嚴加控制。而且如今的事實是，對於建築或開馬路的管制強度遠低於對狩獵的管制強度，更別說區域開發計畫下某些區域根本不存在任何生態管制⁵⁶」。

《野保法》第 21 條之 1 的原意，本來是希望能夠與世界接軌、連結文化保存與野生動物保育，但過去十多年的施行經驗顯示，由於法規內容與管理辦法未能尊重原住民族的文化與慣習，反而使得初始立法目的完全落空。目前的保育體制壓迫原住民族文化，並加速破壞原住民族傳統治理及在地知識體系（如傳統獵區制），而原住民族因為遭受長年壓迫，所以拒絕與現行保育體制合作，狩獵活動轉為地下化，幾乎無法管理。而政府無論是面對族群無虞或已經過少的物種，都是以不變（全面保護）應萬變，缺乏細緻的措施與人力去進行有意義的經營管理。例如，我國《野保法》中所謂的「保育類」事實上是涵蓋了族群現況差異極大的許多物種，包括有族群持續減少且面臨滅種危機的「瀕臨絕種野生動物（例如：石虎、白海豚、黑熊）」，以及許多事實上族群量眾多、分佈普遍的「珍貴稀有」和「其他應予保育」的物種（例如：獼猴、山羌、山羊、水鹿……等）。因此，將所有保育類物種均視為「瀕臨絕種」並全面禁獵的做法，不但沒有必要，也沒有可行性⁵⁷。

其次，於「自用」爭議上，釜底抽薪之計亦應是要求立法者盡速調整《原住民族基本法》與《野保法》之衝突。在修法遲遲未有進展下，作為權宜之計，2017 年 6 月原民會與農委會共同發布解釋性行政規則（原民經字第 10600235541 號、農林務字第 1061700971 號），並謂：「依原住民族基本法第三十四條第二項規定，核釋野生動物保育法第二十一條之一第一項所定『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』，包括依原住民族基本法第十九條規定，原住民在原住民族地區基於自用之非營利目的而獵捕、宰殺或利用野生動物之行為。前述之『自用』，係指非藉此獲取利益，僅供本人、親屬或依傳統文化供分享之用」。此解釋令固然可以某程度地讓「自用」之狩獵目的納入《野保法》第 21 條之 1 保障範圍內，但其取徑乃藉由《原住民族基本法》第 34 條第

⁵⁵ 羅國夫（2009），《原住民知識、習慣法與人權——以排灣族為例的探討》，頁 112，國立東華大學民族發展研究所碩士論文。

⁵⁶ 雅柏魁詠·博伊哲努，前揭註 54，頁 51。

⁵⁷ 戴興盛、裴家騏，「獨立評論@天下：野生動物保育法修正，是臺灣社會齊力往前走的契機」，天下雜誌，2016 年 12 月 21 日，<https://opinion.cw.com.tw/blog/profile/164/article/5139>（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日）。

2 項此權宜性質的「替代法律修正之解釋」，意味著其認為《野保法》本身規範內容無法得出能包含「自用」狩獵目的，恐有治絲益棼之虞。再者，受到《原住民族基本法》所規定「非營利目的」之牽絆，營利目的自用之狩獵行為是否得以在我國得到允許，仍然是待解疑義⁵⁸。

至於農委會依據《野保法》授權而制定之「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」，除了有完全排除「傳統文化型」狩獵行為之缺失外（詳參第二章野保法判決評析部分），該管理辦法第 6 條所規定之「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」附表另有諸多疏失之處，例如保育類野生動物名錄的認定並未納入原住民族傳統自然生態知識與文化系統的監測機制⁵⁹；未規範管理原住民族地區生態環境內野生動物之數量；欠缺明確規範低於多少數量之野生動物類型不得狩獵，或者雌、雄比例失衡造成物種多樣性難以維持時，不能對該物種進行狩獵的專業性認定說明等情形；附表所述各族所舉辦之祭典內容與名稱、所獵捕之動物種類等錯誤百出；申請書填寫項目如狩獵物種及各物種數量與傳統信仰或禁忌背道而馳⁶⁰，導致族人普遍無法接受，申請意願低落等等⁶¹。有鑑於上述種種規範不當，行政主管機關實應與原住民族主管機關溝通並調整管理辦法，以期解消原住民族因法規衝突所帶來之刑罰風險，維繫法系統內部之多元價值觀⁶²。

在現行法規與多數司法實務運作的制約下，臺灣原住民的狩獵行為似乎僅剩

⁵⁸ 王毓正，前揭註 50，頁 3-4、7-8。

⁵⁹ 蔡志偉 Awi Mona (2011)，〈從客體到主體：台灣原住民族法制與權利的發展〉，《臺大法學論叢》，40 卷 S 期，頁 1531。

⁶⁰ 例如：讀者投書 (Snayian，「原民院街頭陣線」成員，畢業於東華大學民族發展與社會工作研究所)，「為什麼原住民就是不好好申請狩獵？」，天下雜誌，

<http://opinion.cw.com.tw/blog/profile/52/article/2267>（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日）：「狩獵本身就是一種具有高度不可預測之活動，更遑論諸多原住民族對於狩獵自有一套規範，其中不乏利用夢占、鳥占等方式來決定出獵時間，或若上山途中碰到不祥之兆如有人放屁便得打道回府等，這與事先申請狩獵日期是完全不同的文化價值體系，我曾問過布農族老獵人這個問題，Dama 也只能淡淡的說『還是要上山啊，不然申請好的時間不去不行』，但這其實是迫使族人與其傳統慣習斷裂的干預。除此之外，事先提出獵捕物種更被視為是對山林自然神靈的不敬，而若事後所獵捕物種與事前申請的有所不符又會有違法的可能，種種障礙都促使族人將既有法律所保障之狩獵活動轉而以地下化的方式進行，以省去一些不必要的麻煩」。復以鄒族為例，「鄒族的獵人認為，在禁忌規範的限制下，接下來的狩獵程序、方式是視實際獵場狀況而定，不論犬獵、陷阱獵或機關獵，對獵人而言均依當下情境而定，狩獵知識根本就是動態情境知識，這樣的依法申請程序已經脫離狩獵的脈絡而流於形式」。「其次，關於獵捕種類或數量，……鄒人會在祭祀土地神的祈禱中說，『我們今天來了，請您保佑我們平安，也請您恩賜您在山林所飼養的』，沒有獵人膽敢向山神要求什麼動物、又要求多少數量。在獵人的觀念中，這是對山神無禮，難有獵獲」。詳參：浦忠勇，習俗或犯罪？探討一群游移在傳統文化與國家法律的鄒族獵人，第四屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會，原住民族委員會主辦，頁 71（2013 年 10 月 19 日）。

⁶¹ 裴家騏，「狩獵如何自主管理？【環原臺灣：環境正義與原住民族轉型正義的並進之路】系列講座」，地球公民基金會，2017 年 7 月 26 日，<https://www.cet-taiwan.org/events/3042>（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日）

⁶² 吳志強（2015），〈尋求原住民族基本法與野生動物保育法間規範衝突的緩衝地帶——以「違規性意識之可能性」的視角淺析〉，《東吳法律學報》，27 卷 2 期，頁 217-218。

下象徵意義的「文化活動（即傳統祭儀）」。然而，我國已簽署之兩公約其實對於原住民族漁獵權做了非常廣泛意義的解釋，我國現行法即應順應兩公約而盡速調整⁶³：

- 1.公政公約第 27 條保障的文化權包括少數民族的傳統生活方式，而雖然原則上經濟活動並非文化權保障的內涵之一，但當此經濟活動構成該少數民族文化中之「基本要素」時，該經濟活動就會被納入文化權保障的範圍內。
- 2.所謂傳統的生活方式，不僅僅限於「以前的」生活方式，因此即使少數民族借助現代科技而改善其經濟活動的進行方式，也不影響其權利。
- 3.國家為了維護及保障少數民族整體的福祉，可以限制個人參與傳統經濟活動，但此限制必須建立在以下二個條件之上：（1）對於該個人的限制必須是合理且客觀的；（2）此限制對於該少數民族整體的存續及福祉是必要的。
- 4.國家對於少數民族傳統生活方式（經濟活動）的侵害，並不以發生在少數民族的土地為限，換句話說，即使國家是在國有土地上進行經濟開發的活動，也有可能會侵害少數民族基於公約第 27 條的權利。
- 5.基於公政公約第 27 條，國家有義務維護並保障少數民族的傳統生活方式，而這並不代表國家完全不能在該區域進行經濟開發活動，只要該經濟開發活動對當地少數民族的衝擊是有限的，國家就仍然能夠進行開發。但是，當國家必須在少數民族進行傳統經濟活動的區域進行經濟開發活動時，必須要滿足二個要件：（1）在決策過程中必須特別留意少數民族文化上以及宗教上的重要性；（2）必須確保少數民族有效的參與決策過程。
- 6.原住民狩獵權與漁業權不僅僅是一文化或宗教行為，同時更是經濟行為，原住民族有權依其傳統的生活方式（狩獵、捕漁、馴鹿畜牧等）維持其生活，國家不僅不能侵害原住民從事傳統的狩獵與捕魚活動，還要進一步保障其權利不被其他人（例如：私人公司）所侵害。

綜上所述，現行《野保法》與《槍砲條例》雖已考量原住民族文化，而對於原住民持有自製獵槍及狩獵之行為制定一定條件下免除刑事責任之規範，然而從規範內容來看其保障範圍不夠徹底，司法實務案例亦不乏以主流文化之角度看待原住民族持槍與狩獵行為之見解。然而，「原住民族狩獵文化與現行野生動物保育法及槍砲彈藥刀械管制條例之保護目的並無必然的衝突，且在相當程度上有合作、調和的空間。……若能開放原住民使用制式專用獵槍……從使用者的安全性、政府管理的效率來說，都會有比較好的結果；就獵捕野生動物的管制，可考慮由政府與原住民族群或部落建立共同管理之制度，即合作建立獵場、獵期、獵捕方式等管理規範，並由政府提供所需的行政資源，再結合政府、團體或學術單位對

⁶³ 以下引用自：鄭川如（2014），〈論兩人權公約中原住民狩獵權漁業權的內涵〉，《台灣原住民族研究季刊》，7 卷 3 期，頁 83-120。

棲地、野生動物數量等進行持續性的監測，掌控生態現況之全貌，俾使有關管理規範能夠及時修訂因應」⁶⁴。任何一個政府都不該讓他的國民使用危險的工具，尤其對工具的疑慮更使狩獵活動隱匿化難以管理。欲化解主流社會對狩獵工具的疑慮之關鍵即在於建立管理制度，而原住民族對於獵槍、陷阱等等都有各自的管理制度，並和先進國家一樣走向現代化的管理。論者指出，原住民的民族與民族、部落與部落之間差異非常大，一套辦法無法涵蓋所有需求，因此任何辦法都應保留最大的彈性。未來若能自主管理，就會打散化整為零，以小面積傳統獵場管理，每個獵場都有管理單位，而這類管理將增加管理效率⁶⁵。

事實上，在 2016 年 4 月 14 日立法院審查會中通過的《野保法》第 21 條之 1 修正案曾建議了以下修正文字(其後因覆議而退回黨團協商)(底線為修正處)：「(第 1 項) 台灣原住民族基於其傳統文化、祭儀及非營利自用，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、第 19 條第 1 項第 1 款至第 6 款及第 8 款規定之限制。(第 2 項) 前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准或備查，其申請程序、獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域、非營利自用及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。並應依尊重原住民族文化、部落自主管理之原則定之」。修正草案分別涉及三個重點，包括「非營利自用」、「核准或備查」及「部落自主管理」。雖然關於非營利目的之限制本文仍有所保留，惟後二者當然是現階段推動保育工作前進不可或缺的要害。透過合理利用行為的除罪化與授權部落治理權責，原住民族與政府才會重建信任關係，部落才有可能願意提供管理所需資訊，包括獵獲量、獵區生態環境與野生動物狀況、是否(以及何時何地及為何)發生盜伐濫獵活動等。若能重建原住民族嚴謹的資源治理制度(這些制度並非全然是傳統制度，而是包括那些保留核心精神，並在當代脈絡下所發展出來的可運作制度)，始能重建原住民族社會文化尊嚴與生態環境知識體系，也才有可能建立國家與原住民族合作共管的保育機制，以全面提升自然保育體制的效能，而這將對包含非原住民族在內的所有人均有助益⁶⁶。

第三目 森林法

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」。

⁶⁴ 涂偉俊，原住民族狩獵習慣納入成文法之研究，第七屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會，原住民族委員會主辦，頁 239-270 (2016 年 10 月 30 日)。

⁶⁵ 裴家騏，前揭註 61。

⁶⁶ 戴興盛、裴家騏，前揭註 57。

在原住民族傳統生活領域與森林、保安林地高度重疊的情形下，原住民因長年生活慣行採集山林植物，而遭到以竊取森林主副產物之罪名法辦之案例屢見不鮮。《森林法》首度考量原住民族權益而進行修法，應屬依據《森林法》第15條第3項授權之「國有林產物處分規則」第14條第1項第7、8款之修訂（2001年）：「森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。（後略）」，並於第2項進一步規範：「依前項第七款、第八款及第十一款核准採取者，以原住民保留地內之竹木為限，採取人須取具當地鄉（鎮、市、區）公所之證明」。2004年《森林法》第15條第4項修訂後，將上述「國有林產物處分規則」第14條僅得於原住民保留地內採取之限制，擴大範圍到位於原住民族傳統領域土地之森林，在採取目的上亦由條列式限制改為「原住民族得依其生活慣俗需要採取森林產物」之概括授權⁶⁷。然而，自2004年增訂該項以來，迄今僅有行政院農委會與原民會於2007年10月18日因應【司馬庫斯風倒櫟木案】而共同頒定之「新竹縣尖石鄉玉峰村及秀巒村原住民族採取森林產物作業要點」，且試辦至今原住民族與主管機關都還沒有達成共識⁶⁸；其餘地區之原住民族應如何採取森林產物，相關規定更是付之闕如。

繼《森林法》2004年1月修正後，2005年1月立法院通過《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採集野生植物及菌類之傳統文化、祭儀或自用等非營利行為，採集區域之限制亦由原住民保留地、原住民族傳統領域土地變更為「原住民族地區」，依據《原住民族基本法》第2條第3款「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」。然而，《原住民族基本法》第19條雖明定原住民於原住民族地區之採集權，但仍有「依法從事」之限制，導致此次修法仍須回歸其他法律規範之窘境⁶⁹，且現實上與原住民族有關之森林法判決甚少提及《原住民族基本法》（詳見第二章），遑論提及《原住民族基本法》與《森林法》之關係。因行政怠惰，再加上司法實務錯誤地以《森林法》第15條第3項所授權訂立之「國有林產物處分規則」作為認定原住民族是否犯罪之依據，使得《原住民族基本法》第19條保障原住民族採集野生植物之規定無法落實，原住民族也無所適從。

2017年6月29日原委會與農委會共同發布《森林法》第15條第4項之解釋性行政規則：「一、查森林法於九十三年一月二十日增訂第十五條第四項前段規定，森林位於原住民族傳統領域土地者，原住民族得依其生活慣俗需要，採取森林產物。復查原住民族基本法於民國九十四年二月五日制定公布施行，並於同法第十九條規定，原住民得在原住民族地區依法從事以傳統文化、祭儀或自用之採集野

⁶⁷ 陳竹上（2012），〈重返山林的坎坷路：由泰雅族櫟木事件及魯凱族漂流木事件探討原住民族土地及自然資源權利在國家司法體系中的處境〉，《文化研究月報》，132期，頁132-133。

⁶⁸ 環境資訊中心，「原民傳統領域採集行不行？管理法12年未完成遭批」，2016年3月16日，<http://e-info.org.tw/node/113907>（最後瀏覽日：2018年4月20日）。

⁶⁹ 陳竹上，前揭註67，頁133。

生植物及菌類等非營利行為。二、森林法第十五條第四項前段所稱『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』，係指位於原住民族基本法第二條第三款所定原住民族地區之國有林及公有林，提示關於《森林法》第15條第4項之解釋，應該與《原住民族基本法》第19條對於採集行為之保障一併觀察（雖然這本是自明之理與當為之事），而《森林法》該條項所指之「位於原住民族傳統領域土地之森林」乃係指原住民族地區之國有林及公有林。惟此與上開《野保法》第21條之1之解釋性行政規則相同，均非法律層次，根本之道仍應是盡速通過／提出《野保法》修正案，以及盡速依《森林法》第15條第4項之規定訂立「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」。

關於此管理規則之內容，論者建議除了本於原住民族文化慣習之尊重外，應就採集之地區、期間、植物種類等詳細規定。就森林「副產物」，例如愛玉子、山蘇、蕨類、箭竹筍等植物的採集管理，應以「原則允許，例外禁止」的方式規範，此等森林副產品即便具有經濟價值，原則上仍應尊重原住民傳統採集文化，允許原住民本於靠山吃山的傳統而採集。例外禁止採集的森林副產物，則應以特殊、珍稀、保育必要性之物種者為限，例如牛樟芝。對於森林「主產物」之樹木，則是反過來，應採「原則禁止，例外允許」方式進行規範。所謂例外允許，應以事先經過核准，法令允許採集（如風倒木、漂流木），原住民族部落會議決定，或保育價值較低者，始可以砍罰或採集。至於是珍稀樹種，例如千年神木，或是樹齡百年的七里香、檜木、扁柏等樹木，仍應屬禁止砍伐之森林產物⁷⁰。

從《槍砲條例》到《森林法》，上述這些看似立意良善之原住民族文化行為除罪化條款，卻是原住民司法權益受害的根源之一。刑事實體法對於原住民族課題的懵懂，造成原住民族在自己的土地上實行傳統文化行為卻動輒觸法⁷¹。論者批評，這種憲法與法律上的條文，「跟國際上原住民族的處境一樣，存在著口惠而實不至的執行落差現象」。其並認為，造成這些賦予原住民族權利的條文未能落實的原因，與「國家法律仍舊不承認原住民族依其法律傳統（從國家壟斷法之形成的現代法觀點，稱為「習慣」或「生活慣俗」等）已形成特定的秩序狀態」息息相關⁷²。而原民專庭（股）之成立並未直接引起任何法律之修正。《槍砲條例》第20條自2001年增訂以來歷經三次修正，惟關鍵的第1項條文並沒有本質性的改變；《森林法》第15條第4項自2004年增訂以來，主管機關始終未訂定屬於原住民族之管理規則，經過十多年後終於在2016年8月由農委會提出「原住民族採取傳統領域土地森林產物管理規則草案」⁷³，惟內容仍頗有爭議⁷⁴；《野

⁷⁰ 王皇玉，原住民犯罪的文化抗辯及其實踐—以近年來之刑事判決為中心，第四屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會，原住民族委員會主辦，頁107（2013年10月19日）。

⁷¹ 楊曉珞，前揭註38，頁73。

⁷² 王泰升（2015），〈台灣法律史上的原住民族：作為特殊的人群、地域與法文化〉，《臺大法學論叢》，44卷4期，頁1685。

⁷³ 行政院農業委員會，「預告原住民族採取傳統領域土地森林產物管理規則草案 尊重原住民族

保法》第 21 條之 1 與第 51 條之 1 自 2004 年制定以來亦是長年未修正，直到 2015 年底【王光祿案】引起輿論批評後，才終於在 2016 年 4 月通過第 21 條之 1 修正草案一讀，試圖解決長期以來與《原住民族基本法》用語不一致之問題⁷⁵，隨後於同年度 10 月行政院提出同法第 51 條之 1 修正草案⁷⁶，將獵捕保育類野生動物之行政處罰明文化，同年 12 月立法院決議會議決定交經濟、內政 2 委員會審查⁷⁷。由於此波修法乃因應重大社會事件而生，對於原住民族文化權和野生動物保育之間「衝突」之解決，臺灣社會其實仍然缺乏共識，因此可以預見修法過程將不會是一路坦途。

第二款 修正現行程序進行方式

於循序漸進朝向順應模式乃至於承認模式的過程中，若必須暫時性地維持現行原民專庭（股），那麼相關制度改革為當務之急。承第二章所述，此包含了：

- 審判程序與法庭組織：應扭轉原住民始終僅得作為審判客體而參與程序之地位，相關方式可能為納入原住民長老、或在觀／參審制當中設置原住民觀／參審員等⁷⁸。
- 強制辯護與法律扶助：為避免強制辯護制度反造成原住民被告之負擔，宜修正《刑事訴訟法》第 31 條第 1 項第 4 款為（雙引號內為新增內容）：「被

採集野生植物、菌類使用權益」，2016 年 8 月 5 日，

http://www.coa.gov.tw/theme_data.php?theme=news&sub_theme=agri&id=6595（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日）。

⁷⁴ 相關討論，例如：Vanessa Lai，「保護森林不能見樹不見林！農委會將開放原民採林產，應反思國家治理的不足」，Mata Taiwan，2016 年 8 月 17 日，

<http://www.matataiwan.com/2016/08/17/taiwan-indigenous-forest-product-collect-rights/>（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日）：「今天（8/17）於立法院舉行的公聽會上，許多學者與民間團體代表肯定農委會林務局做出第一步，但是由於目前原住民族傳統領域的劃定尚未完成立法程序，依據《原民林產管理草案》提到，將先由原住民族經當地鄉（市、鎮、區）公所向管理機關指認，以個案方式指認可採集區域的規範。因此，引來學者擔憂如何認定並不清楚，管理主權仍由政府機構主導。臺灣蠻野心足生態協會律師謝孟羽指出，此規則草案是以部落為單位申請，而排除個人申請的理由是擔心過於廣泛、可能造成其他傳統領域的紛擾；但他認為這個理由不夠充分，是不是表示部落會議難以召開，或沒通過就不能進行採集？或是非得要參與當地原住民族團體才能申請？另外，將採取森林產物區分為『有償』與『無償』引起爭議，若是要回復部落對其自然資源的主權，怎麼還會限制『有償』呢？」。

⁷⁵ 2016 年 4 月 14 日立法院經濟委員會針對《野保法》第 21 條之 1 做出一讀修正決議（以下劃底線部分，為本次修法新增內容）：臺灣原住民族基於傳統文化、祭儀及非營利自用之必要，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或備查（後略）。

⁷⁶ 詳細修正草案說明請參照：行政院，野生動物保育法第 51 條之 1 修正草案，2016 年 10 月 21 日，

http://www.ey.gov.tw/News_Content4.aspx?n=D0675BEBB0C613C7&sms=1B6A34286EEBCD4C&s=D00BB96AF01729C0（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日）

⁷⁷ 立法院，野生動物保育法第 51 條之 1 條文修正草案，2016 年 12 月 1 日，

<https://www.ly.gov.tw/Pages/Detail.aspx?nodeid=6588&pid=85331>（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日）

⁷⁸ 惟此方式因為在審判中納入原住民參與，應已屬於順應模式。

告具原住民身分，經依通常程序起訴或審判者。『但若其表明無須為其指定者，不在此限』。

- 通譯：研議以原住民語為本位之法庭可能性；若前者難以達成，則須繼續增加各族原住民族語通譯人數以符合人口比例與分布，並強化對渠等之法學訓練，同時亦應思考扭轉現行以特約和臨時通譯為原則之制度運作現況；提高通譯報酬至應有水準。
- 法官與檢察官：在司法官受訓課程中增加原住民相關課程之時數與質量、解決原民專庭（股）法官流動率高造成經驗累積不易或專業性難以養成之問題、鼓勵法官藉由鑑定人與專家證人制度認定個案中原住民文化⁷⁹、持續建置原住民文化與傳統規範資料庫等⁸⁰。

除了以上建議外，於過渡階段之現行程序調整上，拉丁美洲經驗又再度可作為參照對象，而此時之專注焦點是在原住民族自治權獲得運動上進展相較緩慢的哥斯大黎加。該國自1993年批准ILO第169號公約後，亦在原住民族司法制度方面作出部分變革，其中並以「文化鑑定人」之出現為特色。所謂「文化鑑定」制度乃是法院為了做出公平裁判，藉由被稱為「文化鑑定人」之專家，對於系爭原住民族之社會規範做出鑑定意見，乃依循分別在2009年與2011年制定之「促進原住民族接近司法途徑之運用規定」及檢察廳第13號行政命令而實施。該國文化鑑定制度是在同時考慮原住民共同體當中「延續迄今」與「產生變化」的兩個面向後，試圖釐清共同體之規範與系爭事件事實是否具有關聯性的機制，而該鑑定報告亦可能影響當事人之量刑⁸¹。

若被告行為所涉及之原住民共同體規範乃無異議地依循傳統，則文化鑑定所要提示之內容僅為共同體規範與事件事實之間是否具有關聯性；若所涉及之原住民共同體規範是受到各種社會影響下而已經變換容貌者，則文化鑑定所欲呈現的

⁷⁹ 縱然我國迄今仍鮮少在原住民族案件中，藉由鑑定人或專家證人制度引入人類學者等專家進入法庭以協助文化認定與判決作成，惟法律人類學者仍提醒，若遇到該種情形，人類學者將會遇到如何把「文化」證據呈現給法庭時的難題，因為此時二個衝突的典範（conflicting paradigms）相遇了，而人類學者要負擔沉重的說明任務，去把文化知識轉化成在一個高度領域文化裡養成的法律人員能夠理解的話語。再者，亦必須注意當文化證據呈現在法庭時所可能伴隨的副作用，例如文化本質化等。詳參：容邵武（2009），〈觀看法律，尋找文化—解構與重構法律人類學〉，《思與言：人文與社會科學雜誌》，47卷4期，頁253-254。

⁸⁰ 再者，論者另建議應統整現今已有之原住民族傳統文化、生活慣習之實證研究，並建制便於查詢原住民族傳統習慣實證研究經驗之資料庫，囊括各種與原住民族傳統習慣相關之資料（例如：原住民族刑事案件判決整理、統計數據、國家負責原住民族之專責機關所認定之各原住民族的傳統習慣、祭儀文化之資料、學者實證研究量化或質性研究成果等相關資訊），以供裁判者查詢。如此一來，當立法、修法失當時，得以作為司法系統對錯誤之法規範提出不同見解之著力點，使得即便裁判者與行為人分屬不同生活領域之族群，亦有一個平台得作為中介傳遞不同族群之文化經驗脈絡。詳參：吳志強，刑事案件採納實證研究之必要性—以原住民族傳統習慣為中心，第七屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會，原住民族委員會主辦，頁325-326，（2016年10月30日）。

⁸¹ 額田有美（2013），〈コスタリカの裁判における先住民族の権利保障システムに関する一考察：「文化鑑定」の現状と課題〉，《ラテンアメリカ・カリブ研究》，20期，頁57。

則為該共同體規範現在之「樣貌」。亦即，為了要對於無論從國家法律還是共同體規範來看均為「非合法」之行為做出公平之裁判，透過理解規範現在之樣貌，文化鑑定制度影響了是否減刑以及量刑之適切判斷。例如殺人行為無論在國家法律或者原住民族規範當中均為不被允許之行為，惟文化鑑定人除了指出此結論外，另會論及該原住民族共同體於國家建立過程中所受到的觀念衝擊與壓迫：「他們對於土地並不僅止於物理意義上的空間而已，更具有宗教上、精神上的意義」；來自西洋觀念的土地所有權分配制度強行實施之後，「他們的世界觀被破壞」，「共同體內即有產生混亂狀態之可能性」，並認為以上這些歷史與社會現象乃量刑時所必須考慮之因素⁸²。

文化鑑定制度實施迄今已經展現出部分問題點，例如：一、文化鑑定人人數不足：2013 年被任命為文化鑑定人之專家僅有非原住民之學者一名，儘管是長期研究哥斯大黎加原住民族之人類學者，然其能力之優秀無法掩蓋制度上人員不足之事實。再者，哥斯大黎加有 8 族原住民、24 個原住民保留區，不同民族與保留區都各自有其特徵，僅僅一名文化鑑定人無法掌握所有共同體現狀；二、鑑定作業之調查方法受限：由於會論及正在變化當中的原住民族與共同體規範，因此實際上必須走訪當地，然而除了文化鑑定人之人數限制使得現實上不可能每一案件均走訪當地之外，居住地之難以到達性也是原因之一。因此，文化鑑定人僅能依據司法關係者所做成之證據書類加以檢證與分析；三、司法人員與文化鑑定人對於規範之相異解釋：司法人員通常認為共同體規範是不變的，故共同體內的「合法」、「不合法」觀念亦為固定的，然而文化鑑定人將共同體規範理解為可變動的、流動的，故共同體內的「合法」、「不合法」觀念也是在受到各種社會影響以及與行為主體之間的相互作用當中逐漸形成的。此種雙方對於共同體規範性質之理解差異，難以透過鑑定之方式而達到改善⁸³。

我國目前原民專庭（股）對於既有之鑑定人或專家證人制度利用率不高，面對裁判上原住民族文化證據之認定需求，未來必須更加積極地利用既有制度甚或討論是否有另設一類似「文化鑑定人」專門職務之必要。而在這過程中，必須對於哥斯大黎加已面臨之問題事先擬定因應措施。在文化鑑定制度之實施過程中，哥斯大黎加已逐漸在「是否更應推動原住民族自治」之議題上分成兩個派別，即希望繼續積極推動文化鑑定制度之「自治慎重派」，以及比起文化鑑定制度認為更應該實行原住民族獨自裁判制度之「自治推進派」。「自治慎重派」重視文化鑑定制度之理由在於，他們認為縱使承認了原住民共同體內部的獨自司法權，共同體內社會資源較弱者之基本人權仍有受到威脅之可能性存在，且基於習慣法所為之判決與國家法律之間的衝突仍容易產生，是故應該透過文化鑑定而非自治以保障原住民族權益；「自治推進派」雖未否定文化鑑定制度，然而其認為更重要的毋寧是讓原住民自己運行裁判機制，亦即讓原住民自己成為法官，實行基於習慣

⁸² 額田有美，同前註，頁 60-62。

⁸³ 額田有美，同前註，頁 62-63。

法而為之判決⁸⁴。本文認為，此種分歧毋寧更加證立了文化鑑定制度乃位於過渡模式之方案，為了更加實質保障原住民族權益之推展，勢必會有應繼續朝向順應乃至於承認模式之聲音出現。而「自治慎重派」所指摘實施自治制度可能遇到的問題點亦是承認模式所必須面對之課題，此留待本章後段處理。本文認為，只要能妥善處理上開對於實施自治之疑慮，即不應故步自封地以文化鑑定制度為足，而應在確認原住民族實施自治意願之前提下，朝向司法自治目標邁進。

第三項 順應模式

第一款 確立刑法因應文化衝突犯罪之處理模式

法院適用刑法必然有其地域限制，原則上只能在其管轄權界限內，依據刑法法條、共通理論及基本價值，給予該地域內犯罪者公平一致的犯罪評價及制裁效果。然而，當居住在同一地域內的社會成員，擁有不同於共通價值的其他文化立場時，刑事責任是否仍應依原有標準判斷，勢必發生困擾，我國原住民族屢屢發生的司法糾紛即為適例。更精確地說，法律規範取向通常賴基於其所發源的文化脈絡，一般而言，法律通常選擇多數成員共享的文化規範，從而形塑法律管制的實質內。但當共存於同一土地上的部份成員與其他多數成員不同，有其獨立特有的文化背景脈絡，而該文化背景可能使得該成員面臨特定事件、並做出迥異於多數社會成員的決定、甚或構成犯罪時，這時與「主流文化」、「國家主權」相連結的刑事司法，是否應該積極地介入處罰，自然成為刑事法院不能迴避、卻又難以應對的困擾⁸⁵。

在涉及原住民族文化之刑事案件中，經常提到「文化衝突」(culture conflict)一詞。文化衝突理論乃由犯罪學者雪林(Thorsten Sellin)提出，其認為犯罪之形成與文化的內部衝突、有問題之社會結構以及一般價值觀念之改變等有關，由於文化鴻溝造成許多衝突現象，而陷入衝突之犯罪人對於規範制度之接受與否以及判斷標準之差距所形成的衝突，都會使犯罪發生⁸⁶。前述【鄒族頭目蜂蜜案】即導因於原住民所有權、部落首領權限與主流社會制度有異，【司馬庫斯風倒樺木案】亦出自於原住民森林資源共享之觀念異於主流社會之國有財產想法，均為文化衝突犯罪之事例⁸⁷。對於此種文化衝突犯罪，在刑事法領域內除了《槍砲條例》、《野保法》與《森林法》等在有限的程度內承認原住民族習慣外，刑法內並無共通之習慣法除罪化條款，學理與實務亦尚未形成一套穩定的法律對應策略。

⁸⁴ 額田有美，同前註，頁 58-59。

⁸⁵ 許恒達(2016)，〈刑法秩序與多元文化：以東亞刑事法院為中心的考察〉，葉俊榮(編)，《變遷中的東亞法院：從指標性判決看東亞法院的角色與功能》，頁 110，台北：國立臺灣大學出版中心。

⁸⁶ Thoestein Sellin(著)，許章潤、麼志龍(譯)(2010)，〈文化衝突與犯罪〉，Bronisław Malinowski、Thoestein Sellin(編)，《犯罪：社會與文化》，頁 81-82，桂林：廣西師範大學出版社。轉引自：何書雅(2015)，《文化抗辯及其理論實踐於我國刑事判決之適用——以原住民為中心》，頁 160，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

⁸⁷ 何書雅，同前註，頁 160-161。

就此議題若以德國和美國為例，在德國學理上並沒有一個直接考量文化脈絡的刑法術語或概念，這些問題通常歸諸良心犯的層次。對良心犯而言，僅當他實施特定價值觀點下的善行，才算是履行其行為義務，形成「刑法義務」與「道德／文化／價值義務」之間的衝突關係，法律效果上有阻卻違法與罪責層次之爭。但由於德國實務迄今僅認為是刑罰裁量問題而已，故以上均停留在學術層次。美國則在考量文化脈絡上發展出了文化抗辯（cultural defense，有譯為文化辯護）作為排除或減輕刑責的實質論理，理論基礎在於每個人的行為選擇都植基於文化背景，因此必須尊重個人成長過程的文化脈絡，並設法保護個人依循其文化脈絡行動的自由空間。一旦文化背景與刑法規範發生衝突時，法院有義務審酌涉及文化背景的相關證據，以認定被告是否構成犯罪⁸⁸。然而其並非直接與實體法連結的概念，毋寧是一個從偵查程序至訴訟過程中，被告所提出的免責或減責抗辯，可能與實體法或訴訟法的概念相互連結⁸⁹。

我國學界亦大多分從良心犯與文化抗辯取徑切入文化衝突之法律對應策略，前者例如有主張當原住民出於固有的部落信念而執意違反法律以貫徹部落規範時，於符合下列三要件的前提下可以成立良心犯：「第一，系爭原住民規範提供了一個明確的善／惡標準，而該善／惡的標準剛好悖反於刑法的合法／非法行為……；第二，原住民在面臨上述差異時，為了踐履自身文化的特有目的，從而決定優先依據部落文化而放棄遵守現行法規定，原住民個人必須有不得已的情事存在；第三，該原住民的善／惡標準，並未悖反於憲政秩序提供的多元文化保護框架」。而成立良心犯之後的法律效果，論者認為應採取罪責減免說，亦即「個別行為人在具體情況下，難以直接抗拒其自身文化背景所提供的行為指令，從而只好選擇違反實證法規範，在此涉及的是遵從法律或部落規範的衝突關係，對於原住民背景的行為人而言，他們確實很難直接拒絕部落決議，而完全依循主流法律系統」⁹⁰。

就文化抗辯而言，依據論者分析，相較於美國學者對於文化抗辯之討論主要聚焦在是否應讓文化抗辯成為正式的抗辯事由，我國在原住民案件上則聚焦在應如何對於原住民被告在法庭上所提出之文化主張加以操作，在刑法三階論中文化抗辯應具有何等效果等問題⁹¹。例如有指出，文化抗辯訴諸的主軸乃傳統文化習慣對於特殊族群之人具有行為指導的作用與影響力，因而根據傳統文化習慣所為之行為，有可能是行為人根本處於欠缺違法性認識的情況下而為，亦有可能是即便知道自己的行為與主流法律規範抵觸，但仍然選擇站在自己傳統文化的這邊。二者分別為「不法意識錯誤」與「期待可能性」之問題，而我國原住民族多屬後者之情形。期待可能性之概念意味著，如果法律有「強人所難」之處，就必須思

⁸⁸ ALISON DUNDES RENTELN, THE CULTURAL DEFENSE 14-15(Oxford University Press.2004).

⁸⁹ 許恒達，前揭註 85，頁 111-119。

⁹⁰ 許恒達(2013)，〈國家規範、部落傳統與文化衝突－從刑法理論反思原住民犯罪的刑責問題〉，《台灣原住民族研究季刊》，6 卷 2 期，頁 33-82。

⁹¹ 何書雅，前揭註 86，頁 159。

考法律的實踐與行為人的內在發生衝突時，是否可以強迫行為人遵守法律，如果不能期待行為人遵守法律，就必須給予免除或減輕罪責⁹²。

而在我國法院實務上，在早期的【鄒族頭目蜂蜜案】當中，法院並不理會鄒族頭目出於文化理由的抗辯，但隨著原住民權益日漸獲得重視，法院在嗣後判決中逐漸意識到必須依循原住民既有文化脈絡觀察他們在其固有領域中的行為，最後的結果表現在【司馬庫斯風倒樺木案】當中⁹³。若將我國實務與上述二模式相較，依據論者分析，在文化抗辯模式底下，法院並不那麼在乎源自文化脈絡的行動規則是否與刑事法律秩序之間具有緊張與衝突關係，而是只要存在文化脈絡的影響，而行為人依該文化脈絡做成決定，則該出於特定文化信念之行動就有可能無法完全符合實定法之規定，從而排除或減輕罪責；相對而言，採用良心犯模式之德國法院必須仔細深究文化脈絡是否影響了行為人的意志決定內容，造成行為人陷入「不得不」或「情感上被迫」的兩難困境，並顯無其他選擇可能，構成犯罪當時欠缺完整、全盤的可非難性。在這個意義下，良心犯的責任抗辯至少不可能對構成要件要素的成立與否有實質影響。是故，雖然我國法院一直操作繼受自德國之刑法理論，但在解決文化衝突的案例時，判決論理的實質內涵反而較接近美國法院實務創造出來的文化抗辯模式⁹⁴。

對於文化抗辯與良心犯此二種將文化脈絡納入法律概念中的處理模式，論者認為主要思考途徑上的差異乃根源於德國與美國訴訟機制與社會背景方面的不同：由於德國並非嚴格意義的移民社會，比較大的移民族群與主流族群之間的衝突較少，因此德國實務鮮少面對文化間的差異關係，類似問題的觀察重心毋寧是個人道德與法律規範間的落差；相對而言，美國自始是一個移民社會，不同文化間對於特定行為的看法必然有相當差異，也因此訴訟過程中會有許多當事人主張因其不同的文化認同，而產生有別於主流白人文化的社會反應，是故法院實務自難以忽視這些考量文化屬性的期待⁹⁵。有鑑於此背景而回顧我國的情形，我國原住民與刑事法規間的衝突、以及相關判決之考量亦主要根源於文化差異而非道德觀的不同，且既然我國刑事法院在文化衝突案件中已經展現出採取文化抗辯取徑之傾向，那麼本文認為繼續深化文化抗辯相關論述會是順應模式當中一個較佳的途徑。

至於文化抗辯應在我國所承襲之歐陸刑法三階理論當中發揮何等法律效果，依據論者分析，在主觀構成要件之故意與意圖、以及違法性層次之法定阻卻違法事由（其所分析者為正當防衛與緊急避難）均不適宜納入對文化抗辯之操作，則罪責層次之不法意識與期待可能性之欠缺將成為可行途徑⁹⁶，而本文從之。於此，

⁹² 王皇玉，前揭註 70，頁 93-108；王皇玉（2016），〈原住民犯罪的文化抗辯及其實踐〉，《臺灣原住民族法學》，1 卷 1 期，頁 31-44。

⁹³ 許恒達，前揭註 85，頁 136。

⁹⁴ 許恒達，前揭註 85，頁 138。

⁹⁵ 許恒達，前揭註 85，頁 121。

⁹⁶ 何書雅，前揭註 86，頁 162-177。

為了克服在判斷期待可能性時所可能產生之「要件不明確」與「法律不安定」缺點，論者主張參照美國學者 Alison Dundes Renteln 於研究美國司法中的文化案件後所提出之文化抗辯檢驗標準⁹⁷：一、當事人是否為該少數族群之成員；二、該族群是否存有這樣的傳統；三、當事人行為是否受該傳統影響⁹⁸。另有從德國學者 Roxin「實質責任論」之觀點，認為應在個案中妥適活用責任階層之非難可能性理論，讓行為人存在責任阻卻之反證可能性。具體而言，其主張裁判者應考量：一、行為人與一般人相較是否存有特殊之身分；二、存有該身分所承載經驗脈絡是否與一般人有無不同；三、經驗脈絡中接收的傳統文化、風俗習慣是否與一般人迥異等附隨、環繞在行為人系統外的環境因素；四、此些因素是否會影響行為人心理層面的動機抉擇⁹⁹。其次，關於不法意識，同作者於他文中主張在刑法第 16 條之抗辯上，對於違法性意識之可能性概念分成三階段審查，筆者將論者之見解整理如下圖¹⁰⁰：

⁹⁷ 何書雅，前揭註 86，頁 181。

⁹⁸ ALISON DUNDES RENTELN, *supra* note 88, at 207.

⁹⁹ 吳志強，前揭註 80，頁 323-325。

¹⁰⁰ 「適用到原住民族基於傳統文化、祭儀或自用之目的而在原住民族地區未經許可實行狩獵之行為，原住民族之行為人倘若主張積極、誤信原基法第 19 條規定容許原住民族在原住民族地區，只要非營利，基於傳統文化、祭儀或自用均得獵捕野生動物者，原基法第 19 條並未規範經主管機關許可，則有作為信賴基礎之機會當然，司法系統透過釋義學之解釋途徑，以原基法第 19 條『依法』連結至『依野動法』，或者以野動法是特別法、原基法是普通法，依『特別法優先於普通法』原則，解決具體個案之法規範衝突，但對於行為人責任階層中『違法性意識之可能性』的判斷，除非審酌該原住民族行為人之『年齡身分、智識程度、職業類別及生活環境』等客觀因素，或者具有特殊之情形，可以認定其能夠感知、理解具專業性之法律解釋方法外，實難期待原住民族行為人能夠理解除了法條文義之外，更進一步地理解法律釋義學，故應以被告不具備違法性意識之可能性而為無罪判決」。詳參：吳志強，前揭註 62，頁 173-222。

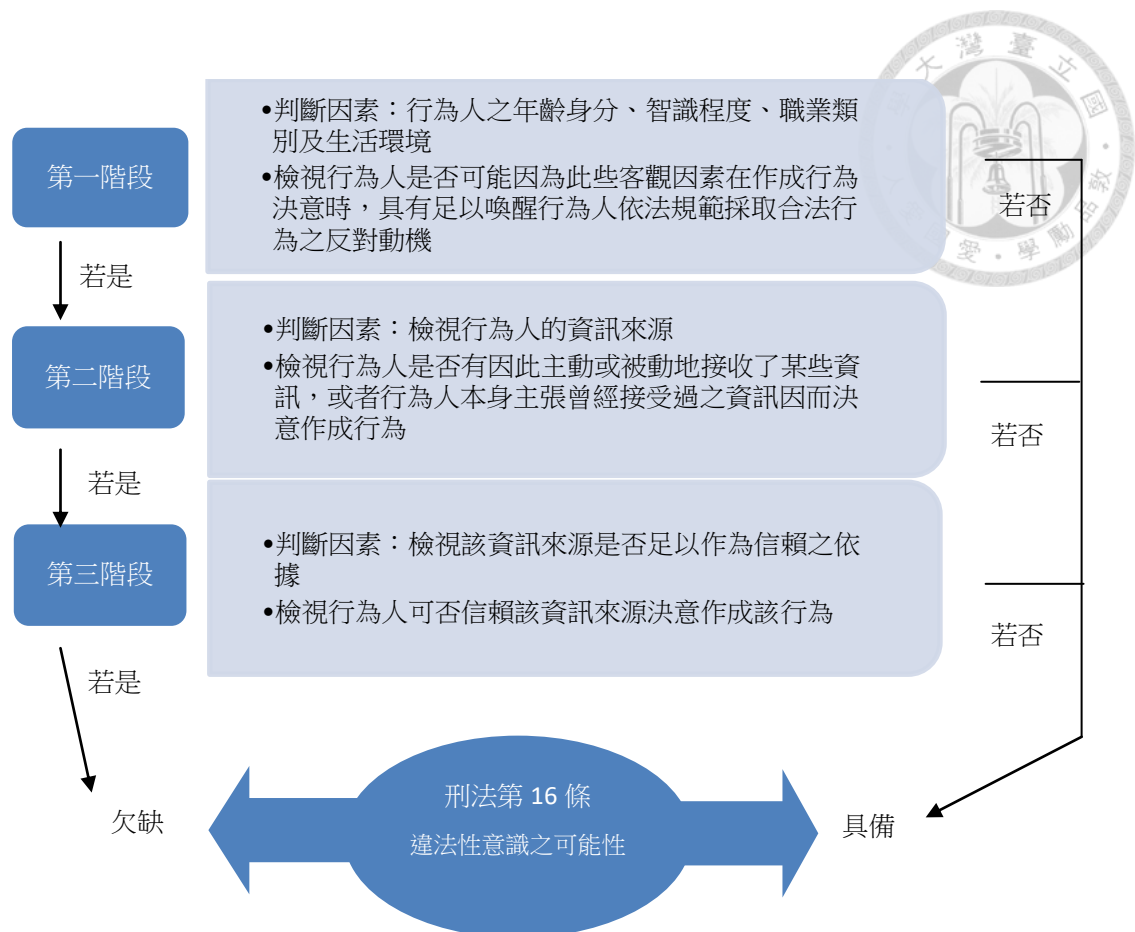


圖 5-3 「違法性意識之可能性」的審查流程

※圖片來源：筆者根據註腳 62 之文章自行製作

Alison Dundes Renteln 於後續關於文化抗辯之著作中提到，「有些人可能會擔心，採取了文化抗辯作為正式的政策可能會削弱法律系統的完整性（integrity），然而個別化的正義（individualized justice）要求懲罰與犯罪相當，而文化爭執（cultural argument）就是用來讓懲罰與犯行程度相呼應。在現行法允許考慮個人屬性（personal attributes）的範圍內（例如精神是否失常、成年人或青少年），加入文化身分（cultural identity）僅僅是加入另一個要考慮的特徵，引進文化證據可幫助法官適當地調整判決，以確保懲罰並不會不合比例地苛刻」。然而其同時亦強調文化抗辯並非可以無限上綱，文化權利（the right to culture）與其他重要人權之間必須做權衡，亦即當一個習俗會導致無法復原的傷害，則該人不應該獲得豁免。反面言之，當一個傳統並沒有包含嚴重的傷害威脅，個人即應擁有不受到政府干擾、遵循其生活規劃的權利¹⁰¹。是故，我國於順應模式之改革應繼續深化文化抗辯相關理論，包含在實行上是否應有界線、以及應如何劃定該界線的問題，例如前開良心犯理論所提到的第三個要件：「該原住民的善／惡標準，並未悖反於憲政秩序提供的多元文化保護框架」。再者，論者指出我國實務尚未發展

¹⁰¹ Alison Dundes Renteln, *Making room for culture in the court*, 49 JUDGES J. 7, 7-8 (2010).

出來程序上的轉出機制，亦即文化抗辯其實亦包含讓刑事司法機關接納行為人的文化脈絡，從而改用輕罪、不起訴或認罪協商的方法解決爭議，而此亦值得我國刑事司法深思¹⁰²。

第二款 建立納入原住民參與之原住民族法院

順應模式的典型為融合國家與原住民族體系之原住民族法院，具體實行措施例如：將非當事人之原住民部落成員納入審判當中、採納原住民族之懲罰方式、或是將原住民被告直接交由部落處理後續懲罰與社會復歸方案等。簡言之，共通特色是制度設計與裁判權限仍由國家掌控，而在審判中引入原住民之參與或／且對於後續刑罰執行納入對於各族傳統機制之考量。澳洲法律改革委員會 1986 年「承認原住民習慣法報告」(ALRC 第 31 號報告)曾對於是否應設置此種原住民法院做出詳盡討論。與會者 Mrs Loma Lippman 擔憂在原住民部落指定特定之人實行司法權威，建立分離的、被形式化的法院可能會毀壞傳統權威承受者 (traditional bearers of authority) 的地位，「因此使得原住民再一次接受到兩個世界最壞的東西」¹⁰³。很不幸的是，這樣的擔憂在加拿大與澳洲的實踐經驗上，的確一語成讖了（詳參第三章加拿大與澳洲之評析）。

加拿大與澳洲的原住民族量刑法院實行經驗似乎反映出，順應模式由於混雜了國家體系與原住民機制，結果不僅未達成初始設置目的，反而讓原住民族原有的司法機制因沾染國家色彩而變質。然而本文認為，上開量刑法院對原住民族造成的負面效應並不是順應模式之原住民族法院固有的缺陷，而是兩國政府在實踐上並沒有完全遵行順應模式背後理論基礎與思想核心所致。再度回顧前開 ALRC 第 31 號報告，其在結論上認為如果是出自於原住民社群成員自己的要求且經過其仔細審視，則「原住民法院或其他正式實體可能會是適當的」。這些法院或類似實體應具有以下基本的要求，且應與當地社群合作以定期檢視之：

1. 當地的原住民團體應有權草擬包含與原住民習慣、規則及傳統相結合或將其納入考量等內容之規程 (by-laws)
2. 確保建立保護個人權利的適當機制，例如上訴制度。
3. 原則上該規程應該要適用於所有在社群範圍內的人。
4. 如果法院要由當地人來營運，他們應有權決定他們自己的程序，且該程序必須被社群認為是程序上最公平的。
5. 社群應該要對於選擇什麼樣的人組成法庭有發聲的機會，而這些被選擇之人應該要可以取得適當的訓練。在輕微案件 (minor matters) 中不須有自動取得法律辯護 (legal counsel) 的權利，但是這些案件中的被告應有權讓其

¹⁰² 許恒達，前揭註 85，頁 140-141。

¹⁰³ Paper prepared by Mrs Loma Lippman and presented as a submission to the Commission by the Commissioner for Community Relations (Hon AJ Grassby), *Submission 13* (12 May 1977).轉引自：Australian Law Reform Commission(ALRC), *Recognition of Aboriginal Customary Laws*, Chapter 814 (Australian Government 1986).

他人（例如其朋友）代表其陳述。

6. 法院的權力應該要包含調解與和解¹⁰⁴。

將澳洲與加拿大量刑法院之運作情況和上開要件對照後可發現，首先，各該原住民量刑法院之成立未必是出自原住民社群之要求，有可能是來自於國家法規之強行規定，設立過程更遑論建立在與原住民間良好溝通與協商之基礎上；再者，原住民團體大多對於法院之設立架構與進程序不能置喙，僅少數法院在程序上納入了當地原住民族之傳統儀式。而本文認為最大問題在於原住民族法院此制度初始並未預設僅能處理量刑事宜，惟澳洲與加拿大兩國在實踐上大多僅允許原住民法院在量刑層次始得以納入對原住民族價值觀與文化之考量，因此其不能減緩兩國原住民族於刑事司法程序中的高比例問題，是自始即能預料的，蓋原住民族習慣法與司法機制在此模式下所能施力之處甚少且僅僅位於最末端而已。

在量刑層次始處理原住民族文化之特殊性不僅無法解決刑事司法制度既有問題，反而更額外引起新的爭議。例如，在澳洲原住民量刑法院運作下，原住民和非原住民的量刑敘事（*sentencing stories*）展現出不同風貌，南澳大利亞省的法官頻繁地將原住民被告置於「機能不彰與創傷」的脈絡當中，不論該被告之犯行是否為如此環境之產物，也不論非原住民被告是否也有可能居住於這樣病態的環境當中，此些負面因子可能減輕了被告的有責性與量刑程度，但也有案例是反而促成更嚴峻的量刑¹⁰⁵。原住民的「功能不彰」（*dysfunction*）、「瓦解」（*disintegration*）及「病態」（*pathology*）頻繁地被澳洲政府、民粹主義者（*populist*）、有時候甚至是學術領域用於解釋原住民高犯罪率的原因。雖然這樣的敘事（*narratives*）的短期成效之一是量刑方面的寬恕（*leniency*），但令人擔憂的是此途徑再度強化了深植人心的刻板印象，並讓焦點從殖民者責任轉移到怪罪被殖民者身上，甚至進一步惡化了殖民過程¹⁰⁶。在加拿大，關注原住民量刑事宜之 *Gladue* 法院也被寄予厚望，然而自該法院設立後原住民的監禁率（*imprisonment*）反而上升了，例如薩斯喀徹爾省被判監禁的原住民罪犯占所有入監者的比例上升至令人吃驚的 75%¹⁰⁷。最高法院自己在 *R. v. Ipeelee*（2012 年）案件中也承認在 *Gladue* 判決後「惡化的」原住民過度監禁現象，並再度確認了加拿大法院將原住民被告足以影響量刑過程之特殊生活環境納入考量方面的「不充分性」與「失敗」。許多法學者都將 *R. v. Gladue* 判決視為「雙面刃」，亦即在展現出進展性（*progressive*）的同時卻掩蓋了持續的歧視與殖民政策¹⁰⁸。

¹⁰⁴ *Id.* at Chapter 818.

¹⁰⁵ Samantha Jeffries & Christine EW Bond, *Narratives of mitigation: Sentencing Indigenous criminal defendants in South Australia's higher courts*, 46 J. SOCIOLOGY 3, 1, 17-18 (2010).

¹⁰⁶ Webb, R. (2004). *Maori Crime: Possibilities and Limits of an Indigenous Criminology*. Doctor of Philosophy Thesis. Auckland: University of Auckland. 轉引自：*Id.* at 18.

¹⁰⁷ Julian Roberts & Ronald Melchers, *The incarceration of Aboriginal offenders: Trends from 1978 to 2001*, 45 CAN. J. CRIMINOLOGY & CRIM. JUSTICE 2, 211, 229 (2003).

¹⁰⁸ Paula Maurutto & Kelly Hannah-Moffat, *Aboriginal Knowledges in Specialized Courts: Emerging Practices in Gladue Courts*, 31 CJLS 3, 451, 458 (2016).

按「順應模式」一詞本即具有高度多義性，只要是超越了「在量刑上考量原住民之特性而納入原住民族價值觀與文化、但並未讓部落得以參與程序」之過渡模式，且尚未達到「承認原住民族習慣法與司法機制」之承認模式之情形，均可被歸類於此，並大致上以「讓原住民族社群成員得以參與程序」作為共通特色。然而該得以參與之「程序」範圍為何、如何決定得參與之原住民族社群成員、原住民族對於整體程序之進行能夠發揮多少影響力等，涵蓋範圍與類型可謂十分廣泛。若原住民族法院之制度設計與程序進行確實奠基於與原住民族充分溝通與協商後始建立，且亦確保了當事人於該法院中所得享有之權利並不低於國家體系之法院，則本文認為此種原住民族法院應得發揮順應模式之架橋機能，且不會對原住民族原有之司法機制和社會組織結構有所傷害。詳言之，原住民族法院應設置在各族群之傳統領域或其他對於大多數族人而言交通便利處，始能提升當地居民利用法院機制之誘因；當事人以外之部落人民得以參與並發揮影響力，成員人選則由各部落自行決定；依當地需求得原則上使用該族群語言作為主要溝通語言，同時聘請通譯以協助非原住民司法人員溝通（亦即翻轉主流司法體系之語言架構）；法官在犯罪構成要件與量刑之認定、乃至於事後處理機制上得納入各族之價值觀與文化。整體而言，此種與原住民族協商後而建立之原住民族法院會比現行的過渡模式更加「文化適當」（culturally appropriated）。

目前在我國可歸類為順應模式之程序法與組織構造面向之建議，主要有兩種方向，第一為主張應仿效澳洲制度，在量刑程序中引入原住民族部落長老或頭目之參與，例如以下對於澳洲法院之稱讚：「昆士蘭 Murri 法院在發展國家司法介入原住民族司法案件問題上，特別強調發展適合原住民的處遇策略，尤其是將原住民族的文化與傳統信仰帶入。……這種結合傳統原住民族部落成員相互支持的組織系統，表達了對原住民族特殊文化的尊重與肯定，所謂專業的司法量刑關係不致在無形中複製了主流社會對原住民族文化的統治關係，讓原住民族成員得以在自身文化環境中獲得生命的力量而更生¹⁰⁹」。司法院亦曾於出訪澳洲與紐西蘭考察後認為，澳洲在發展、實施及評估原住民法院上有兩大原則值得我國參考：「一、法院係使原住民得以享受法律上公平之權利及法庭內之平等待遇；二、原住民法院係本於原住民之自決權，故政府應確信原住民確有成立原住民法院之需要及期望，且於發展及評估過程中，有必要諮詢當地原住民族部落之意見」¹¹⁰。惟其後司法院選擇的改革方向僅止於原民專庭（股）而已，不僅民刑事實體法與

¹⁰⁹ 財團法人法律扶助基金會（2015），《2015 年考察澳洲原住民法律扶助制度參訪報告書》，頁 86，台北：財團法人法律扶助基金會。

¹¹⁰ 其後並指摘，若欲將澳洲原住民族法院引入我國，則必須思考許多面向之問題，例如：法院組織方面（是否考慮增設類似澳洲制度之案件協調專員、部落事務專員、聯繫專員、計畫專員、矯治服務事務官等人員？各人員之遴選、任用是否以具原住民身分者為優先或必要？）、訴訟程序與實體法律規範方面（民、刑事實體法與程序法有無修正必要？是否容許部落頭目、原住民長老或長老團體參與訴訟程序？如肯定之，則應考慮何種訴訟參與方式？陪審制、參審制、鑑定人、證人或諮詢專家？）、社會資源整合方面（是否成立類似澳洲制度之原住民部落司法小組、司法支持小組、支持者）等等。詳參：高金枝、蔡惠如（2007），《澳洲、紐西蘭原住民族司法制度考察報告》，頁 99-103，台北：司法院

程序法均未修正，原住民長老或其他社群成員亦未能參與程序。

相對地，第二種主張為在推行中的觀／參審制中制定關於原住民觀／參審員之特別規定，理由在於其認為原住民族法院仍無法扭轉司法權力既有結構，蓋原住民被告仍是由主流族群所建構的法院系統審判，在這樣的情境與場所下，主流族群的價值無可避免地被視為是「正確」或「典範」，原住民的傳統價值被邊緣化而淪為「錯誤」或「不正確」。即便是圓桌量刑制度，原住民之意見表達範圍仍未及於事實認定及法律適用，故無法在審判程序中確認傳統慣習並重新塑造規範觀點¹¹¹。在圓桌量刑此類似觀審的制度中，原住民無法取得審判主體地位，無法在程序中確認並強化原住民的規範觀點，已行瓦解的規範無由復甦，規範鬆弛的狀態持續之中，再犯率居高不下應非意外¹¹²。故其主張在原住民族案件上實施具有原住民參審員之參審制：「原住民參與審判，享有認定事實、適用法律、裁量（包括量刑及其他裁量權）的權限，具有重大的宣示意義，就是原住民作為完全的審判主體，能夠維持、回復、確認及重塑專屬於原住民的法意識。在取得審判主體地位之後，即便仍舊處在主流族群的框架之下，透過平等對話的過程，在規範價值確認及形成的過程中融入原住民的觀點及意識，是改變單向規範成為多元規範的契機，更是從崩壞瓦解中重新發掘並形塑原住民規範意識的起點」¹¹³。

綜上所述，無論是在既有法院體制中引進原住民族部落頭目或長老等成員、或是在人民參與審判制度當中針對與原住民族有關之案件引進原住民參審員之特殊設計、或是另成立原住民族法院（依循國家司法體系之架構，然而在法官進用或審判程序為特別設計），目前此等見解均尚未納入我國之立法排程中¹¹⁴。本文認為，以原住民在程序中的參與程度觀點而言，前二者均為在既有程序中引入原住民族部落成員（參審員即為「參與」形式之一），若是模仿澳洲制度則僅得對於量刑提供建議，若是與我國推行中之刑事參與審判制度結合則亦得對於犯罪事實認定部分發揮影響力，比較之下當以後者之參與程度較深。而第三個建議則

¹¹¹ 張道周（2017），《司法研究年報第 33 輯（刑事類）第 2 篇「原住民族參與審判法制之研究」》，頁 57，台北：司法院

¹¹² 張道周（2012），〈原住民參與審判－原住民審判主體地位的建立〉，《台灣原住民族研究季刊》，5 卷 3 期，頁 60。

¹¹³ 張道周，同前註，頁 73。具體而言應如何設計原住民參審制，其首先主張在原住民參審員的遴選上，由於迥異於主流社會的社經條件及文化觀點，更基於司法權的自治理念，應由原住民自行決定遴選的條件（指定特定人選或者隨機從族人中挑選）；其次在參審員人數方面，為了貫徹原住民充分作為審判主體的原則，回應整體司法體系仍由漢人族裔掌握的實況，原住民參審由原住民保有最後決定權，故適用原住民參審的案件，以一人一票作為前提，參審員人數應多於職業法官；而在參與審判的案件範圍方面，應包含民刑與行政訴訟案件，蓋各類型案件中都有民主化正當性的需求。惟為免程序上勞費困頓，干擾原住民日常生活，制度設計上應有除外條款，例如規定僅特定類型案件原則上適用原住民參審制，其餘案件經被告聲請、甚至需經法院或原住民族委員會同意後（以是否對於原住民傳統文化或價值規範有重要性為基準）始適用原住民參審制。詳參：張道周，同前註，頁 74-75。

¹¹⁴ 目前在我國人民參與審判制度上之最新發展為司法院於 2017 年 11 月 30 日發布國民參與刑事審判法草案，雖然由觀審制轉向為「能看也能判」的參審制，然而當中依然不見對於原住民案件或原住民參審員之特殊考量。而關於在刑事審判程序中引進部落頭目、長老或其他社群成員，即便在原民專庭（股）成立之後依然未有實現的曙光。

是另設一法院，除了在事實認定或量刑上原住民得參與外，在程序設計或進行方式上(例如使用語言)亦必須考量原住民族文化而為特殊規劃，故參與程度更深、面向更廣，而這當然亦影響了其實施難度。

是故在實施順序上，本文認為我國應先思考如何在量刑、乃至於事實認定程序中納入原住民之參與，無論是既有制度之專家證人、鑑定人或是規劃中的觀／參審員，其後應逐步規劃讓國家司法體系中納入更多原住民角色，法院並應展現多元文化意識而改變漢人一元色彩，例如仿效加拿大 Gladue 法院雇用當地原住民以協助程序進行或了解當事人之背景與文化，或者 Cree 法院原則上以原住民語進程序之形式，或者澳洲 Murri 法院藉由部落司法團體以了解與被告部落有關之議題、與原住民族文化考量有關之資訊以及可取得之部落服務或方案等等。而為了避免重蹈澳洲與加拿大量刑法院已顯露缺點之覆轍，任何順應模式之實施都必須是在充分與原住民溝通後始得為之，且對於原住民所能發揮影響力之事項不應事先設下限於量刑或是輕微案件之限制。事實上，澳洲與加拿大法院的失敗經驗亦可從我國過往實務中看到類似案例，蓋我國過往有許多判決面對原住民基於傳統生活習慣、文化傳統與經濟生產所生刑法評價之行為，亦往往是在量刑時始表示原住民身分之特殊性。然而此種方式容易陷入一再將原住民族貼上「弱勢族群」標籤之窘境，蓋當前原住民族多受國家政策與社會結構認定為「弱勢族群」，而認定基準多係按強勢社群所構建之政策指標。惟若過於強調客觀面之表徵，反有忽略結構所由生之政策實係僵化與固著原住民族位處社會結構劣勢之結果，進而造成原住民族時常須面對強勢社群所造成之「責備受害者」(blame the victims) 困境¹¹⁵。

至於原住民族法院具體架構應如何建立，我國對此有提及之文獻較少。曾有論者主張，原住民族法院應為二審制且具備終審功能，如此一來可以比較全面的解決基於原住民族習慣法所產生的爭議，而當事人如對原住民族法院之終審不服，則可提請司法院大法官會議作憲法解釋，進而對於憲法之實踐產生影響。此一方案必須搭配實體法對於原住民族權利之特殊規定，並且也必須針對各族之傳統習慣加以規範。雖然傳統習慣之衝突並非司法課題而是族群政治問題，可透過民族間之協商談判來處理，但一旦爭議進入原住民族法院，即有必要建立裁決之基準，可以依據民族自決原則，擇人、地、事等因素加以規範，經過各族之認可，建立各族可接受的標準¹¹⁶。關於原住民族法院應設置於何處、如何決定管轄權劃分、審級制度應如何規劃、司法人員人選如何擇定等，本文仍強調必須在和原住民族詳細討論後始得決定，以真正符合原住民族之需求。

第四項 承認模式

¹¹⁵ 蔡志偉 Awi Mona (2016)，〈國家道歉與原住民族歷史正義〉，《法律扶助基金會會訊》，51期，頁 5-6。

¹¹⁶ 楊曉珞，前揭註 38，頁 76-77。

第一款 承認原住民族習慣（法）之效力

儘管國家對於原住民族的特定境況給予越來越多的關注，原住民族仍然面臨其他社群所不需承受的問題與困境，其中一項最關鍵的因素即在於非原住民族社會與國家體制對於原住民族傳統法律規範（常被稱為習慣或習慣法）的不承認，亦即所謂的原住民族固有權在面對以行政權、立法權和司法權組成之國家巨靈時，原住民族的傳統生活文化、經濟生產、語言教育、法律制度及政治組織，在國家法律眼中被視為「未開化的」與「需要被提升的」¹¹⁷。

惟習慣法是現代法律的根本，臺灣法律尤其是民法也是以習慣為藍本發展而來，等到司法體系完整建置，並且經由教育和宣傳，不斷灌輸它的合理進步性，遵守法律就成了良民的代名詞。一個強勢人群，經由征服、逼迫、威脅、利誘以及人口壓力和物質技術等手段，成功統治了在地原住族群，他們所組成的國家也順利開展統治效能，其中當然包含了一套仲裁是非的司法體系。原住民族不再有聲音、傳統習慣法完全失效之後，國家才說：「法律之前人人平等」，而這裡的「法律」專指政府所頒佈以漢人文化習慣法為根本的國家法律¹¹⁸。然而對於原住民族而言，習慣法體系是構成其自我認同當中主要而不可缺之一部分，持續運用習慣法體系亦能協助原住民族對抗民族國家同化政策的威脅，對於原住民文化發展可提供相當的貢獻。未肯認原住民的習慣法，致使原住民的傳統律法與權力結構受到持續破壞，導致糾紛排解結果對原住民而言不公正。將非原住民的法制施行於原住民部落，其價值體系與原住民慣習產生落差，法制無法有效落實的情形亦十分常見¹¹⁹。

習慣規範進入國家法領域之方式有「習慣法」與「習慣立法」兩種，可能的作法是先使特定習慣規範得以習慣法之外貌進入審判機關，審判機關得以在具體個案中探求習慣法之內容，並藉由審判機關之具體認定，一則使習慣法之內容更為具體明確，也可以讓審判機關適度地將國家法的法概念灌注到習慣法之中，此有助於下一個步驟，即「習慣立法」工程的進行。透過習慣法與習慣立法之混合運用，國家能夠在最不影響人民生活關係的情形下，將習慣規範漸漸轉化成習慣法，再轉化為制定法。然而，在刑事法領域中因為罪刑法定主義之拘束，習慣規範要想進入刑事法領域，惟有透過直接明文承認原住民族的習慣規範之「習慣立法」一途。目前並沒有針對原住民族習慣規範制定單一的刑事法規，但是已經有針對特定行為的習慣立法之例，即本文第二章所分析之《槍砲條例》、《野保法》與《森林法》。儘管條文內容有待修正，然而它們是當前罪刑法定主義拘束的刑事法中，原住民族習慣規範唯一得以進入國家法的管道¹²⁰。未來是否應在更多特殊法當中訂立此類條款，或者修正、擴充與細緻化《原住民族基本法》第 19 條

¹¹⁷ 蔡志偉 Awi Mona，前揭註 59，頁 1506。

¹¹⁸ 謝世忠，前揭註 32，頁 208。

¹¹⁹ 蔡穎芳，前揭註 27，頁 272。

¹²⁰ 蔡桓文，前揭註 26，頁 198-199。

之內容，或者應直接在《刑法》當中訂定承認原住民族習慣（法）之原住民族文化行為概括除罪化條款、甚或另立一專法，都應該列入檢討的方向。

第二款 承認原住民族紛爭解決與事後處理機制

聯合國 2013 年「訴諸司法增進和保護原住民權利——原住民權利專家機制的研究報告」當中，於「原住民人民的司法制度」段落指出，原住民司法制度通常反映了原住民的文化和道德觀念，有利於協調關係且比國家司法系統更容易使用。許多原住民族的傳統司法展現出修復式正義的特性，讓受事件影響的當事人、家屬和社區成員參與解決問題。許多其他聯合國人權機構均強調，必須承認原住民的司法機制在司法制度中的地位，各報告共通的重要優先事項就是原住民實行自己司法制度的權利。所關注的問題包括：對原住民司法機關管轄權的限制、對傳統司法工作人員的正式法律培訓要求、修正原住民司法體制對普通司法體制的從屬地位、以及提高司法官員對原住民實行自己司法制度的權利之認識等等¹²¹。

其後，聯合國於 2014 年發布「利用司法途徑增進和保護原住民權利——恢復性司法、原住民司法制度以及原住民婦女、兒童和青少年及身心障礙者利用司法途徑問題」研究報告，再度強調原住民長久以來一直根據他們對司法的認識而使用自己的司法制度和法律框架，屬於他們的固有權利。雖然原住民遭受了歷史不公正待遇，但其法律制度的價值觀和理想卻因為他們強韌的適應力與原住民法律與土地的密切關係而得以延續。數百年來，這些法律和規範為建立和管理原住民之間以及原住民與土地間的和諧關係提供了充分的條件，雖然原住民的傳統司法制度因殖民法律與政策、以及隸屬於各國正式司法制度之地位而在很大程度上遭到忽視、削弱或否定，然而法律所依據的是人們的世界觀和他們所居住的土地，並且與文化和傳統息息相關，是故排斥原住民傳統和習慣的狹隘司法觀違反了所有法律制度的文化基礎。因此，聯合國呼籲在法律上對原住民的習俗、習慣法和傳統給予應有的尊重，強調原住民司法制度和司法慣例是文化權利的重要組成部分，並呼籲作為一種補償形式，承認包括法律和解決糾紛程式在內的原住民治理結構¹²²。

原住民族作為享有自然主權的民族本即享有固有的司法權，只是在與墾殖國家接觸後原住民族固有政治體制及其職能往往被國家機器取代，民族內部爭端也必須透過外在於民族的國家司法程序來解決¹²³。然而承第二章所述，一般司法制度存有結構性問題，而在原民專庭（股）成立後也無法根本地解決。在國家體系

¹²¹ 聯合國 2013 年研究報告（中文版）：訴諸司法增進和保護原住民人民權利，頁 12-15，http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session24/Documents/A_HRC_24_50_CHI.doc（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日）

¹²² 聯合國 2014 年研究報告（中文版）：利用司法途徑增進和保護原住民族人民權利：恢復性司法、原住民族司法制度以及婦女、兒童和青少年以及身心障礙人士利用司法制度問題，頁 7，http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session27/Documents/A_HRC_27_65_CHI.doc（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日）

¹²³ 楊曉珞，前揭註 38，頁 75。

中固然偶有尊重理解原住民族的司法人員，但仍無法改變以「漢人優先」價值觀為核心之體制。雖然在順應模式中建議建置原住民族法院，然而本文認為仍不應以該種原住民族法院為已足、而應朝向全面承認原住民族紛爭解決機制之原因在於，一套企圖結合兩種司法模式之架構仍然可能帶有風險。

以美國為例，雖然印地安人在自治權下享有司法權之自主性，但各民族法庭執行人員實行的是殖民者的懲罰訓誡模式，變成一套擁有原住民族法庭之名，卻無傳統原住民族的修復式正義司法制度之實的運作機制。Navajo 民族法庭首席法官 Yazzie 曾提及，美國所設置的部落法庭指派當地原住民擔任警察去逮捕民眾，並指派當地原住民擔任法官進行審判，但是無論是逮捕、起訴、審判、監禁等措施，都迥異於 Navajo 族傳統的衝突處理模式和價值觀，這些擔任警察或法官的原住民事實上是將殖民者的法律制度強加於族人身上。也因此，現行的制度與法規並無法遏止犯罪或社會問題，因為當代司法制度中的懲戒心態高過於和解與消弭仇恨，導致修復式正義在實務運作中僅止於輕微民法訴訟中的調解而已¹²⁴。此段敘述彰顯了試圖將原住民族與國家司法體系融合之下所可能招致的弊端，即便處理範圍不限於量刑層次，仍然可能對於原住民族傳統紛爭解決模式與價值觀造成傷害。是故，本文認為為了讓修復式正義／司法得以確實實行，未必要堅守以法院制度建構司法體系之作法，亦未必要依循向來的審判流程，讓原住民族循著自身方式解決相關紛爭實為正途。易言之，最根本的解決之道除了要在實體法上承認原住民族習慣(法)之效力外，程序上亦應回歸各族既有的紛爭解決機制，與國家既有司法體系共存，建立一平等司法共治架構。

自始被殖民者先入為主地定位在「野蠻／未開」的原住民族傳統規範，事實上可能比自以為「文明」之強權統治者更加「先進」。舉例而言，我國原住民族之懲罰觀點裡，其實早已蘊含現在臺灣正推崇之修復式正義／修復式司法理念。依據舊慣調查會於《番族慣習調查報告書》之整理，最能顯示出跨族群特色的，就是原住民族盡可能以財產刑取代身體刑（特別是死刑）的明顯傾向，第二個特色是沒有連坐制度，顯示出早在至少一百年以前，絕大部分的原住民就放棄了機械式的應報主義，已可以看到許多與修復式正義理念相重疊的原住民傳統規範¹²⁵。然而，「若說近代臺灣的歷史，是一個連續殖民的歷史，那麼在臺灣這個場域裡曾經登場過的所有族群之中，其絕對弱勢的處境從未有所改變的，而且仍然處於被殖民狀態的，就只有原住民各族，臺灣的原住民各族弱勢到了連轉型正義的『討論』都很少被納入考量（當然也有少數例外）。……在臺灣這個多族群社會裡，我們卻幾乎看不到原住民各族對主流社會使用仇恨語言，遑論暴力復仇（反而是

¹²⁴ Robert Yazzie, *Navajo Traditional Concepts and Methods of Justice*, 第三屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會，原住民族委員會主辦，頁 169 (2012 年 10 月 14 日)。轉引自：謝若蘭、賴富庭 (2017)，〈原住民族修復式正義觀點與實踐簡介〉，謝若蘭 (編)，《在，之間：認同與實踐之間的學術研究儀式》，頁 241-242，台北：稻鄉。

¹²⁵ 吳豪人 (2012)，〈「野蠻」的復權：台灣修復式正義與轉型正義實踐的困境與脫困之道〉，《台灣人權學刊》，1 卷 3 期，頁 82-84。

所謂的廣義『漢族』之間經常在上演這種戲碼)。這種少數對多數的寬容，被害人對加害人的寬恕，對於社會終將回復正義與正常秩序的信心與等待，正式修復式正義與轉型正義精神的最佳詮釋。這種寬恕的態度，至少從戰後起算，已經成為一個原住民跨族群的『嶄新傳統規範』¹²⁶。然而當臺灣開始意識到修復式正義的重要性，並了解到原住民族傳統規範對於我們的啟示之重要度時，這些傳統規範卻已經幾乎被破壞得已然奄奄一息，「我們踐踏信奉修復式正義的民族，而且宣稱修復式正義很重要¹²⁷」。

若以泰雅族為例，已有多篇文獻以爬梳資料與質性訪談之方式指出，泰雅族之傳統紛爭解決機制與修復式正義思想不謀而合，然而因國家法律的強行進入與一律排斥，造成泰雅族傳統司法機制已嚴重凋零¹²⁸，論者因此建議應該讓泰雅社群內自由選擇適用此等修復式正義解決模式：「原住民受到經濟、教育、人口結構等社會多重弱勢的影響，在遭遇被害事件後，若在經歷文化性主體不同的刑事司法機構與人員處理過程中因原住民身份受到歧視，其所受傷害勢必更深、影響層面更廣。若能自行選擇調解者、被害人得參與過程、雙方情感交流以及事件的處理符合己身的認知與需求，在幫助被害人修復方面成效理應遠高於現行的刑事司法制度¹²⁹」。「既然正式的刑事司法體系在原住民社區中不能發揮其預期之效益，立法承認泰雅族調解機制之法律效益（非調解委員會之調解案件），使得更多人願意採行此種修復圈模式、協議模式的犯罪處遇制度，將有助於原住民部落的社會秩序以及山地發展¹³⁰」。

原住民部落要信任一個新的、外來的法律系可能很緩慢，原因可能是因為過往該系統的壓迫歷史及其法律規範，或者是單純因為那些規則並沒有反映原住民部落的規範。類似地，存在已久的紛爭解決機制要被完全取代也是有困難的。除此之外，許多傳統信念和習慣與原住民部落的政治、社會與經濟面向交織在一起，因此要僅處理社會生活的單一面向而不影響到其他部分是不可能的。因此，認為部落會因為新中央政府的法令就捨棄當地慣習是不現實的。再者，在將傳統法律放到新法律體系內時，傾向使用當地、傳統的法院是合乎理性的選擇，尤其對於偏遠地區（rural areas）而言，習慣法院（customary courts）是容易使用的，該法院往往以當地語言提供服務，而其他正式國家系統通常無法有效地達到偏遠地區，亦無法使用當地語言。傳統法院作為紛爭解決機制亦為高效率且符合經濟效應的，

¹²⁶ 吳豪人，同前註，頁 89。

¹²⁷ 吳豪人，同前註，頁 90。

¹²⁸ 詳參：洪千涵（2008），〈修復式正義對被害人損害影響——以泰雅族為例〉，頁 1-130，國立臺北大學犯罪學研究所碩士論文；張謹名（2007），〈泰雅族正義模式內涵與實施機制之研究〉，頁 1-180，國立臺北大學犯罪學研究所碩士論文；許春金、陳玉書、張謹名、張淑慧、高政昇、姚淑文（2008），〈泰雅族傳統正義概念內涵之探討〉，《犯罪與刑事司法研究》，10 期，頁 125-174；全偉慧（2015），〈泰雅族 Gaga 規範及除罪(和解)儀式變遷之研究〉，頁 1-89，國立臺北大學犯罪學研究所碩士論文。

¹²⁹ 洪千涵，同前註，頁 125。

¹³⁰ 張謹名，前揭註 128，頁 160。

因為其在紛爭處理上比國家所營運的法院來得快¹³¹。

原住民各族本有其傳統規範模式，因應民族之人口數、分布、習慣或其他特殊意願與需求而有多種可能性，比如長老會議、頭目、巫師或其他制度等¹³²，本文所設目標「平等司法共治」之前提即是在承認原住民族紛爭解決機制之效力下回歸原住民族司法自治。不過縱使為「自治」，只要尚未獨立，原住民族就仍處於國家框架內，且生活中勢必常常與非原住民族有所接觸，是故在討論原住民族司法自治時勢必面對與普通法院體系之關係，故完全交由原住民族自己決定之自治機制是不存在的，這也是本文之所以將制度建構目標設定在「平等司法『共治』」之原因。於此情形下，本文認為國家僅需關注於建立兩套司法體系之間的圓滑運作與相互協調架構、人權保障與爭端解決機制即可，至於原住民族司法權內部如何處理相關紛爭、適用何種規範等，都非國家所得置喙。對於原住民族司法自治的限制應僅限於涉及非原住民族與人權保障的範圍，其餘仍應回歸各族自己決定，故應該朝盡量擴大原住民司法裁判權之方向設計。任何對於原住民自治司法權施以過度限制的制度，都已經不是真正的民族司法制度，也並非真正的「『平等』司法共治」。關於詳細制度規劃設計，本文欲在下一節續以在第四章拉丁美洲所檢討過之內容為切入點，提出若欲在臺灣建構一套類似機制時之初步提案。

第三節 承認模式之具體架構——以刑事裁判權劃設為中心

「平等司法共治」既以原住民族司法和普通司法之平等與平行並進關係為核心，則必須以承認原住民族習慣、規範、紛爭解決功能與事後處理機制之法效力為前提，即相當於承認原住民族司法自治。事實上我國歷來所有與原住民族司法議題有關之改革建議當中，一直都有原住民族自治之主張。嘗有原住民教育工作者直接指出「自治是原住民族的唯一活路」：「原住民族所需要的，不是什麼道歉或是賠償的問題，而是誠心誠意地讓原住民族完全而自主性的自治而已。因為這是原住民族在二十一世紀所能找到唯一可以使他們存活的道路，也是讓他們可以安心、而族群生命得以永續發展的方式¹³³」。

在我國，規定於憲法總綱的「各民族一律平等」，強調國家組成民族的法律地位實質平等，也構成基本權利、政府組織、地方制度與基本國策各章規定的適用前提。由於整個國家法體系幾乎就是漢族價值觀的展現，因此所謂原住民族法律地位的實質平等，即意味著各原住民族的政治、經濟、社會、文化、規範等制度亦應獲得與國家現有體制同等的法評價，則除了「原住民族自治」以外，很難

¹³¹ Elizabeth Ann Kronk, *American Indian Tribal Courts as Models for Incorporating Customary Law*, 3 J. CT. INNOVATION 231, 234 (2010).

¹³² 楊曉珞，前揭註 37，頁 79。

¹³³ 布興·大立（2008），《自治是原住民族唯一的活路》，頁 157-158，台北：前衛。

想像有其他方式可以達到原住民族與漢族法律地位實質平等的憲法要求¹³⁴。

亦有指摘原住民族習慣實優於國家制度，故與其認為是將原住民族習慣納入國家體制中，毋寧應該反其道而行：「自從 1910 年理蕃政策起算，國家凡介入，就造成悲劇。假使還有高人躍躍欲試，非要讓這兩者互相『涵攝』一番不可，那麼，就應該反其道而行，認真思索『國家法（帝國法）納入原住民族傳統習慣』的實現可能性。雖然筆者強烈懷疑，臺灣國家法的上層菁英們，究竟有多少人有能力理解這句話是什麼意思。畢竟，對於生命權的尊重（死刑）、對於社會秩序的維持（修復性司法）、對於土地做為財產的意義（土地不屬於人，人屬於土地）、對於自然環境的保護（以貫徹聯合國世界原住民族權立宣言對抗全球化資本主義帶來的生態浩劫）……筆者實在看不出來，標榜近代市民法體系的國家法，究竟有哪一點，可以勝過原住民族傳統習慣」¹³⁵。

而自治權當中當然不可缺少司法權。原住民族本有其固有之自然主權，與國家之間乃是對等之夥伴關係，原住民族司法權即應以此為前提加以實踐，而非在單一主權且司法權專屬於中央政府的現況下，致使原住民族應有之權利／權力遭到剝奪¹³⁶。從部落的觀點而言，刑事司法管轄權是一個很重要的因素，蓋其給予部落可以保護自己的人民、文化與民族（nation）之力量。如果部落對於刑事案件享有管轄權，那麼依據部落之價值觀與信念所制定之法律便可以適用到該非行上。有鑑於部落司法正義與西方司法正義觀差距甚大，此點相當重要¹³⁷。從國際人權發展趨勢以觀，原住民族逐步邁向自治、建立獨立政治組織，已經是天風海雨，逼人而來。其他族群無非裝聾作啞、意圖拖延而已。當然，被剝奪數百年法律人格的原住民自然權的發動，勢將引發盤根錯節的既得利益者之反彈，不可能一路坦途，毫無險阻¹³⁸。

第一項 原住民族司法自治相關立論

在原住民族自治與法律或司法議題之關聯上，從歷史發展可知，原住民族大體是在被納入中華民國法制後，才全面適用以近代西方個人主義與自由主義為基調的現行法制。在當事人進行主義的訴訟程序下，因文化背景的不同，原住民被告較難就其有利的證據或法律為論證，而在對原住民文化不了解的非原住民籍法

¹³⁴ 林淑雅（2007），〈解／重構台灣原住民族土地政策〉，頁 273，國立臺灣大學法律學研究所博士論文。

¹³⁵ 吳豪人，〈近代市民法與「習慣」：一個殖民戰略的回顧〉，第七屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會，原住民族委員會主辦，頁 460（2016 年 10 月 30 日）。

¹³⁶ 謝若蘭、楊曉珞（2017），〈臺灣司法體制下之原住民族困境初探〉，謝若蘭（編），〈在，之間：認同與實踐之間的學術研究儀式〉，頁 293-294，台北：稻鄉。

¹³⁷ CARRIE E GARROW & SARAH DEER, TRIBAL CRIMINAL LAW AND PROCEDURE § 2 (Rowman Altamira. (2004).75-76.

¹³⁸ 吳豪人、黃居正（2006），〈對市民財產制度的再檢視：由司馬庫斯部落公約到自然資源的歸屬〉，《臺灣國際法季刊》，3 卷 1 期，頁 226。

官審判下，某些被原住民族視為傳統文化習俗的行為常被判定為違法¹³⁹。以原住民族法律和傳統習慣為基礎的系統，受制於以實證法為核心的主權國家法律體系，持續地被邊緣化、空洞化和弱化。從憲法保障原住民族文化權之意旨出發，原住民族法律和傳統習慣法制作為體現部落關係、行為規範和價值體系的中介過程，類此社會觀念型態、群體生活模式以及其所構築之社會規範和制度，均屬原住民族文化呈現本身。是故原住民族自決與自治的內涵在於原住民族法律和傳統習慣法制的文化化、法制化和國際化，亦即原住民族法律與權利的發展應具體建構在立基於原住民族法律和傳統習慣之原住民族自治(包含行政權、立法權和司法權)¹⁴⁰。

論者嘗對於原住民族司法自治提出背後的理論基礎：「在原住民族與國家的關係所特有的發展脈絡下，民主的信念(包括分權化政府的概念)與文化整體性的價值，共同創造一項原住民族自治權的特殊權利規範。要言之，該項特殊權利規範含括兩項獨特卻又相互關聯的權利系譜：其一肯認原住民族社群政府治理或自主管理的權能；其二則旨在確保原住民族有效參與對其可能產生直接影響的國家與地區發展計畫與方案的制定、實施和評價」。「綜據國際法與國內法之發展，原住民族權利的當代法律定位具有如下之三項特徵：一在糾正過去之惡，二在落實憲法多元文化與實質平等原則，三在體現原住民族自主、自決、自治的核心權利。是以，從司法權自治的角度立論，結合文獻探討與國外司法判決實務研究，大膽地以為雖言此等司法自治的落實，係在國家主權統治框架之內，確實也能獲致在現行憲法架構下的分權體制中，建構一套兼具可欲性、可行性與穩定性的原住民族特殊權利模式的原住民族司法自治制度¹⁴¹」。

另一與原住民族司法自治有關之理論依據可溯自追求歷史正義之補償觀點¹⁴²，而這通常會與原住民族和其他少數族群之區分同時論述。原住民族與一般的少數族裔(ethnic minority)之定義與遭遇相近，不過其「原住性」(indigeneity)則足以讓原住民族和他者有所區隔，也是其歷史正義之所以應被重視之處。許多國家的弱勢族群常常是新移民，因其移民時間落後，因而在社會經濟上處於弱勢地位，其追求的可能是分配正義，而非歷史正義。然而，原住民族原本是土地主人，卻因為後來移入者的入侵、殖民、宰制等而居於劣勢。原住民族當前的處境是以往國家所發動的壓迫歷史所造成，同時仍被現在非原住民社群所維持著，並內化於國家工具之中。該如何補償歷史不義而帶給原住民族的創傷與劣勢，正是歷史正義所需關注的¹⁴³。然而須注意此處之「原住性」並非僅以原住民「最先來到這塊土地」為正當化基礎，重點應在於原住民乃是被迫納入現代國家體系，且

¹³⁹ 林柏年(2005)，《台灣原住民族權利法制研究—批判種族理論觀點》，頁97，國立東華大學民族發展研究所碩士論文。

¹⁴⁰ 蔡志偉 Awi Mona，前揭註59，頁1499-1539；王泰升，前揭著28，頁54-55。

¹⁴¹ 蔡志偉 Awi Mona(2011)，《原住民族權利的變遷與發展：美國、澳洲、紐西蘭、加拿大與國際組織之判決選輯及解說》，頁5-6，台北：原住民族委員會。

¹⁴² 採取相同結論：蔡志偉 Awi Mona，前揭註59，頁1535。

¹⁴³ 謝國斌(2013)，《族群關係與多元文化政治》，頁265，台北：翰蘆。

當初並未被給予任何保障或程度嚴重不足。

此一論述模式散見於世界各國原住民族爭取權益之行動脈絡當中。加拿大很早就因為移民的多樣性而形成多民族社會，在二十世紀晚期學者即已意識到原住民族與移民少數民族有著基本的不同，亦即族群上的少數民族擁有文化保存的權利並且能夠要求終止歧視，「但他們沒有明確的、被認可的、或是有用的法律或理論基礎來要求自決，然而所有的原住民族卻有」¹⁴⁴。此種差異之理由在於：「移民選擇來到這裡並且順服加拿大的法律與制度，他們的選擇是個人的選擇；相反地，印地安人、因紐特人以及梅蒂斯人則是已經存在在這裡，並未以希望被同化的個人或是家族的身分移民到加拿大，而是被迫服從統治他們的白人社會的法律與制度，但他們從來不曾放棄對於在我們之中以獨特不同的民族被對待的要求」¹⁴⁵。

威爾·金里卡指出，原住民不僅僅是少數群體，他們還是「被殖民的」少數群體，亦即這些各不相同的文化社群雖然從前實行自治，但是現在他們的家園被不情願地併入更大的國家當中。但重點不是原住民「是最先來的」因此他們可以作為這片土地的最初所有者而對其擁有所有權，而是在於政治共同體界線的質疑：「假設權力天平不是今天這個樣子的話，原住民可能還保持他們的獨立，只是由於強迫和殖民他們才失去了自治，這是對他們固有的自治權的侵犯」。其指出，在國際法中，所有民族都有自決的資格，亦即有成為獨立國家的資格，這一原則把獨立賦予了被強制併入歐洲各帝國之中的海外殖民地人民，卻沒有被應用於國內殖民地人民——於此特別指原住民——的身上，然而兩者都是從前實行自治、領土集中、文化獨特的社會，殖民過程都是強迫的，結果也同樣都是毀滅性的，是故無法合理解釋國內與海外殖民地的不同待遇。當然這並不意味著原住民應當要求或應被同意成為獨立國家，其實對所有這樣的群體來說，這也不是一個可行的或他們想要的選擇。但是他們被強迫納入一個更大的國家當中，如果我們問在什麼條件下兩個或多個民族會自願組成聯邦，那麼很清楚地，原住民只有在這一聯邦承認他們對自己傳統家園擁有固有自治權時，才會選擇進入這樣的聯邦。簡而言之，如果原住民不要求獨立，那麼他們就至少要求自治和承認其為獨立民族¹⁴⁶。

¹⁴⁴ Werther, Guntram F. A., *Self-Determination in Western Democracies: Aboriginal Politics in a Comparative Perspective (Contributions in Political Science)*, Greenwood Press, 24(1992). 轉引自：HENRY REYNOLDS (著)，虹源翻譯有限公司 (譯) (2001)，《原住民族主權：對種族、國家及國族的深思》，頁 216，台北：原住民族委員會。

¹⁴⁵ Patrick Machlem, *Disturbing Sovereignty: Indian Nations and the Equality of Peoples*, 45 Stan L Rev 1329(1993). 轉引自：REYNOLDS，同前註。在澳洲原住民族與移民之區別上可見到類似觀點，詳參：Patricia Hyndman (著)，潘欣欣 & 倪世傑 (譯) (2008)，〈制定和實踐澳洲人權法政策的文化正當性〉，Abdullahi Ahmed An-Nacim (編)，《跨文化的人權觀點》，頁 384-387，台北：韋伯。

¹⁴⁶ Will Kymlicka (著)，鄧紅風 (譯) (2004)，《少數群體的權利：民族主義、多元文化主義和公民權》，頁 252-255，新北：左岸文化。

再以日本為例，「原住性」之概念在日文裡以「先住性」表示，學者將此概念定義為「先於近代國家之成立即居住在此之民族，而該地區因為受到近代國家之領土統合影響，與其他民族之間的關係被迫居於被支配者之立場」¹⁴⁷。日本原住民族愛奴族（アイヌ）於藉由修改名為「保護」實為「同化」之《北海道舊土著保護法》（日文原文：北海道旧土人保護法）以促進自身權益保障之過程中，即特別強調愛奴族不僅是少數民族而另具有「先住性」，其用意即在於回應論者對於給予愛奴族特殊待遇有牴觸日本憲法第 14 條平等權疑慮之質疑。愛奴族人主張，由於他們乃先於身為統治者之「和人」居住於北海道地區，另鑑於土地資源、生活方式等逐步被統治者侵奪與強迫改變之歷史，現在所給予愛奴族之保障都僅僅是「返還」愛奴族原本所享有之權利而已。1996 年，作為北海道知事之諮詢機關「ウタリ問題懇話会」所提出之報告書（ウタリ対策のあり方に関する有識者懇談会報告書）指出，「此處之『先住權』指的是先住民族在某塊土地上自律地依循自己的生活方式、遵從自己的文化、遵循自己的政治體制而生活。然而某天起，受到從其他地方來的民族之壓制，從此陷於無法行使自己所擁有之政治、經濟以及文化相關權利之狀態。『先住權』所要求的，就是將這個無法行使、被凍結的權利回復回來。在這個意義之下，將愛奴族與日本其他國民區別開來是極為合理的¹⁴⁸」。

回到我國的情形，對於司法自治之倡議一直未曾在原住民族司法制度改革建議中缺席，而將「設置原住民族專業法庭作為短期目標、原住民族法院或原住民族自治作為長期或最終目標」之見解，近十年來已成為我國主流（參照第二章第一節）。例如，有主張「於累積原住民專業法庭的運作經驗後，未來可考慮提升為『原住民族法院』，……配合原住民族自治的進展，若有需要可在原住民族自治區設置原住民族法院，其組織及管轄事項當然需另以專法規定之」。該專法「可一方面延續過去在專業法庭時代施行成效良好的部分，另一方面採納更具有獨特性的制度設計，例如可參酌紐西蘭毛利土地法院所採的職權（調查）主義，選用原住民語為訴訟程序之進行、法官主動了解案情等制度。又如美國印地安部落法院之法官選舉或養成方式，亦可研究其必要性與可行性」¹⁴⁹。再如，有認為「涉及原住民的糾紛，由於語言及文化差異，可考慮設民族法庭，特別是原住民人口比例較高的縣市，更有此需要。設立民族法庭，舉證責任若適度改採職權調查主義，由受有關訓練的法官負責調查證據，釐清事實真相，將使得目前類似個案因舉證困難而頻頻敗訴的情形適度緩和」，「在兼顧國家法制統一下，在立法政策上如中央法規不適用原住民者，可制訂變通規定或者補充規定，在一定範圍內原

¹⁴⁷ 落合研一（2015），〈アイヌ民族が先住民族であることの法的意義（ミニ・シンポジウム アジアにおけるマイノリティの権利とアフーマティブ・アクション）〉，《比較法研究》，77 期，頁 230-231。

¹⁴⁸ 常本照樹（2000），《アイヌ民族をめぐる法の変遷—旧土人保護法から「アイヌ文化振興法」へ》，頁 24-26，さっぽろ自由学校「遊」。

¹⁴⁹ 王泰升（2003），《原住民保留地土地專屬法庭設置研究》，頁 93-102，台北：原住民族委員會。

住民可訂定符合傳統慣習之法律，給予習慣法一定承認及效力。或通過原住民族自治法，成立自治區，明定原住民族在一定土地領域內享有司法管轄權，建立原住民族自治司法系統，使其與國家司法系統合作有效發揮作用，成為國家制度的補充¹⁵⁰」。

至於原住民族法院之設置或自治司法系統之運作方案，論者曾具體提出四個模式，依照原住民族享有權限之程度由低到高依序為：方案一：原住民族專業法庭、方案二：作為一般法院體系之特殊分支的原住民族法院、方案三：作為獨立原住民族訴訟體系的原住民族法院、最後是方案四：作為原住民族自治權的民族司法制度。結論上其認為，「方案一雖獨立性及特殊性較低，然而由於不涉及法令修正，屬於立即可行的方案，短期內應可針對原住民族較為急迫且較具民族專業之權利爭議類型，如土地與自然資源糾紛、身分認定（民族與個人）、傳統知識與智慧創作等領域，先行成立專業法庭審理之；與此類同，方案二對於現行法院體系之調整幅度甚小，也是短期內可行的方案，但須配合相關實體法之修訂；方案三涉及司法院組織改造，牽動國家司法權之行使方式，對於非原住民也將產生相當的影響，可能引發族群間的緊張。故除了縝密的制度設計，也必須經過相當的政治動員，甚至透過憲法改造過程，才有可能達成；方案四需要搭配原住民族自治制度，必須在原住民族自治之相關法規中有相關的規定，然而檢視目前各界所提出的原住民族自治法案，僅曾華德版及太魯閣族版內容中有關於司法權的規定，且曾華德版規定應成立原住民族專業法庭或法院，並不屬於原住民族自治權意義的司法權，故僅太魯閣族版有關設長老院行使審判權並解釋法令之規定，屬於本方案。未來要採取此一方案，其關鍵在於原住民族自治法案必須有配套規定」¹⁵¹。

類似地，有論者將原住民族自治司法權依照自治程度高低排序，最低程度為「派任受多元文化訓練之法官，並配置完整原住民族語通譯，以及建立專業參審制度」之原住民族專業法庭，其亦認為此為立即可行之方案；最高程度為完整司法權行使之「完全自治」，如完全審級及相關機關的設置，然其認為牽涉到一國內有一個以上司法權之議題且經費高昂，故短期內可行性不高；二者之間則為享有部分司法權之「半自治」，具體而言可能是「在普通法院體系外，以原住民族法院組織法或自治條例為法源，由自治區按照其傳統司法慣習設計組織與管轄事項，成立原住民族法院¹⁵²」，「此為有別於普通法院之法律體系，其管轄範圍、組織等事項，在不違背憲法之規定下，另於原住民族自治區中按傳統慣習立法規定原住民族法院組織法。此種方式將大幅變動中華民國的司法體系，但在法官任用或法律見解的形成上，較能針對自治區內族群之慣習，有較大的揮灑空間」¹⁵³。

¹⁵⁰ 高德義，重拾被放逐的傳統：排灣族習慣法與國家法的衝突與融合，第一屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會，原住民族委員會主辦，頁 184-185（2010 年 11 月 14 日）。

¹⁵¹ 楊曉珞，前揭註 37，頁 76-81。

¹⁵² 林柏年（2006），《台灣原住民族之權利與法制》，頁 162-163，台北：稻鄉出版社。

¹⁵³ 林柏年，前揭註 139，頁 95-99。

綜合上述，從《憲法增修條文》到《原住民族基本法》制定後迄今十餘年，我國關於原住民族自治、自決權與司法自治之理論基礎與粗略架構已經有相當豐富的文獻與相關論述¹⁵⁴。而在司法權方面，承第二章所述，許多檢討原住民族文化行為與刑責困境之著作，於指摘出現行法規與實務運作之不當後，將希望寄託在原民專庭（股）之成立上，並認為其後應循序漸進逐步邁向原住民法院、乃至於包含司法權在內之原住民族自治。然而具體而言應如何建構此種自治司法權、當中又會遇到哪些困難、又應如何解決相關爭議，對此有所涉獵之文獻較少。事實上司法權在原住民族自治議題當中，一直不如行政權、立法權、土地權等受到重視，在各種原住民族自治草案版本中，亦鮮少對此部分有所提及，即使提及亦對於行使範圍或權限上多所保留或限縮¹⁵⁵。前開具體提出司法改革建議之文獻在結論上亦從自治主張退一步認為我國可設置的是原住民族法院¹⁵⁶，而由於其主張之原住民族法院並未如同澳洲與加拿大模式僅限處理量刑事宜，故可歸類為順應模式當中較靠近承認模式之方案。

面對司法議題即較保守之第一個可能的理由在於牽涉到違憲疑慮。關於原住民族司法自治是否為我國憲法所允許，憲法第107條第4款規定司法制度為「中央立法並執行」之事項，則由自治民族建置並執行的自治司法權是否符合憲法的規定？一般認為，由於司法權的任務在於確保法秩序之存續、法的實踐、創造及更新，因此法院獨占司法權的行使，不允許其他國家權力假借法院之名義來行使司法權，也不允許成立非憲法所明定之法院類型來從事司法審判¹⁵⁷。也因此，縱使許多論者認為原住民族司法自治為最終目標，然礙於違憲疑慮，是故在憲法修訂

¹⁵⁴ 關於自治／自決，我國已有豐富的文獻可供參考，本文於此不再贅述，例如：蔡志偉 Awi Mona (2016)，〈原住民族自治〉，《台灣原住民族研究學報》，6卷1期，頁137-145；劉恩廷（2007），〈國中之國？新夥伴關係？——原住民族自治權之建構與制度設計〉，頁1-125，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文；施正鋒（2014），〈台灣原住民族自治的路徑〉，《台灣原住民族研究學報》，4卷4期，頁189-206；李佳純（2013），〈論我國原住民族傳統領域權——以司法實務判決之比較發展〉，頁1-108，國立東華大學財經法律研究所碩士論文；鄭志強（2008），〈台灣原住民族自治之研究：以權利法制化的觀點分析〉，頁1-263，國立臺灣大學國家發展研究所碩士論文；蔡志偉 Awi Mona，前揭註59，頁1538-1539；蔡志偉 Awi Mona (2016)，〈民族法主體之建立：臺灣原住民族自治之視角〉，《臺灣原住民族學》，1卷1期，頁77-86。

¹⁵⁵ 例如，論者雖亦認為司法權應屬於自治內涵，但主張限於使用國家體制（法院）而非由原住民族自己決定紛爭解決機制，且僅得實行第一審法院之權限：「關於自治司法權問題，雖然草案並未規定自治區之司法體制及權限，惟司法案件影響人民權利至鉅，台灣原住民族傳統生活方式、習慣、法律文化觀念與台灣漢民族未必一致，似宜在不損及國家司法統一原則下，自治區得設地方法院，行使司法初審權，有關私法關係之爭議優先適用原住民族習慣法，且法官與檢察官得特殊任用（註：指任用原住民法官），並可採用參審制或設置安法院，在訴訟程式上應可使用族語，以確保其權益」。詳參：高德義（2009），〈解構與重構——原住民族人權與自治〉，頁107，台北：翰蘆。同作者對於魯凱族與達悟族之自治制度規劃亦採取自治司法權限於「地方法院初審權與任用原住民法官」之見解，參照：高德義（2005），〈原住民族自治制度之研究與規劃——排灣族、魯凱族與雅美族〉，頁315，台北：原住民族委員會。

¹⁵⁶ 林柏年，前揭註152，頁164。

¹⁵⁷ 陳慈陽（2004），〈憲法學〉，頁722-723，台北：元照；蘇永欽（1998），〈司法改革的再改革〉，頁77，台北：月旦出版社。

前，渠等均認為我國目前無法採行此種制度¹⁵⁸。而這也是原住民族同時大力推行「憲法原住民族專章」之理由之一，蓋原住民族委員會提出的「憲法原住民族專章」草案第1條規定民族司法制度屬於原住民族自治權，即可以解決上開違憲困境。

除違憲疑慮外，整體原住民族自治制度的停滯不前，亦是許多文獻無法以原住民族司法自治作為我國改革建議之原因。是故有論者雖然贊同原住民族自治，然囿於現實上難以推行而主張實行參審制（關於參審制之詳細內容，參照本章第二節順應模式）：「原住民族自治是憲法原住民族權利的制度性保障，透過原住民族的自治，憲法上對於原住民族政治參與始能獲得確保，語言及文化方得永續維持¹⁵⁹。」然而，「我國的原住民族基本法內雖有原住民族自治的條文，但是自治的範圍僅及於立法及行政權，不包含司法權，原住民族自治區設立部落法院缺乏法源的依據。再者，原住民族自治相關法律仍有諸多爭議，相關議案已在立法院審議多年，設立自治區前景依然未明，因此仿效美國部落法院在自治區設立法院的做法短期內難有實現的可能¹⁶⁰」。「既然問題的核心在於司法權力的結構上，解決之道唯有調整權力結構，由原住民族參與其中成為審判主體。參與審判能夠扭轉原住民族向來的客體地位，原住民司法權保障不再是主流族群的單方給予，而是接近自治的境界」¹⁶¹。

就此議題，本文認為固然原住民族司法自治方案之推行牽涉重大而無法在短時間內一蹴可幾，的確必須花長時間規劃而從長計議，然而自《憲法增修條文》及《原住民族基本法》制定後十多年以來，迄今較「重大」的改革僅有在法院內部組織增設原民專庭（股）而已。縱使如同前述指摘，原住民族法院與原住民族司法自治之建置影響重大、甚至有修憲必要，然而如果永遠忌憚這些實行上的麻煩而選擇較簡單的道路走，則原住民族司法權益就難以有實質進步的一天。我國已經採行了相關文獻所指出之「現在立刻可行的最佳改革方案」、「原住民族司法改革的起點」，惟如同第二章所指摘，囿於制度本身仍是由國家掌控，原住民族像過往一樣僅能作為客體而被動應對，專庭（股）已經展露出先天的缺點以及後天的不足。與其繼續在漢人制度中想盡辦法讓原住民族的文化受到理解、原住民族的聲音「被聽見」，不如直接將司法權限交還給本即享有自治權限之原住民族。

一個額外的優點是，原住民族自治不會帶來國家分崩離析的結果，反而能增進「一體感」。澳洲 Russel Mathews 教授在 1993 年發表「朝向原住民族自治」（Towards Aboriginal Self-government）一文，闡述了原住民族自治所應涵蓋之議

¹⁵⁸ 楊曉珞，前揭註 37，頁 79；林柏年，前揭註 139，頁 97。

¹⁵⁹ 張道周，前揭註 112，頁 11。

¹⁶⁰ 張道周，前揭註 112，頁 53。

¹⁶¹ 張道周，前揭註 112，頁 14。

題¹⁶²，並認為只要國家確實落實此些議題之內涵且明確劃分責任範圍，原住民族或許會歡迎一種更強勢的國家存在感，而非主張獨立或分離主義。以澳洲托列斯海峽島民為例，沒有人會懷疑他們想要達成區域自治以及政治自主的決心，但同時托列斯海峽當局在國防、移民、關稅、環境管理事務等也在尋求一種更強大的聯邦存在感，他們要求強大的聯邦國家為原住民族的自主背書，提供他們能夠運作的安全舞台。亦即，當原住民族的民族狀態受到尊重時，原住民族會更能夠接受重疊的忠誠與文化交換，自由地進行在歷史中屢見不鮮的文化融合以及族群間合作¹⁶³。

因此，若我們能確定臺灣原住民族確實希望實行司法自治，那麼「實行上可能會遇到困難」此點就不應該成為阻礙改革之理由。原住民族所蒙受的司法不正義已經持續過久，該是時候進行基進的改革了。既然理論上合乎公平正義，那麼現實上的難題只待制度設計過程中一一克服即可。

第二項 具體架構

既以多元民族主義或「族群主流化」為理念，原住民族與主流族群之關係就必須由「上對下」、「統治者與被治者」轉化為平等關係，亦即是一種「準國與國關係」¹⁶⁴。是故，在司法裁判權之劃分上，本文認為得參考民事案件之國際私法概念以及國際刑事司法管轄權制度運作模式。在國際管轄權之劃分上，於刑事領域借用國際私法之概念具有正當性基礎，蓋民事或刑事案件之區分並不會影響立法管轄權（legislative jurisdiction）之決定（在國家領域內可以使得決定或規則有效的權力），亦即案件之事務屬性並不會造成限制治外法權管轄權之原則有所差異，民事案件管轄權決定上所會遇到的問題，本質上與刑事案件相同¹⁶⁵。

建構作為民族自治權之司法權體制有許多必須加以考量的課題，例如審判權範圍、是否要有一定的組織基準、裁判人員是否須具備一定的資格、審判是否公

¹⁶² 節錄如下：「在現有澳洲政府的結構中承認原住民族擁有某種形式的自治權；承認原住民族自治的權力來自於他們對澳洲的先前佔領，以及來自非原住民族澳洲人對矯正過去的壓制、不公正與剝奪的願望。向原住民族提議的特殊權利不得被視為是對澳洲多元文化人口中的其他種族團體提供特殊待遇的先例，因為後者乃是自由地選擇接受現有的政府形式；承認任何自治領地仍舊是澳洲聯邦整體的一部份，並且不會實施種族隔離；自治實體與現有政府之間的憲法、法律地位與相互關係；自治實體當中立法、行政管理、司法等形式與結構；轉型期之安排及建立選舉程序的時間表、提供在治理、行政及財務技巧上的必要訓練、建立協調機制等；自治實體可以根據傳統的做法發展出他們自己的治理形式以及法律系統，必須同時尊重原住民族與非原住民族之權利」。Russell Mathews, *Towards Aboriginal Self-government*, CEDA Public Information Paper, 46, 1993, pp.10-11.轉引自：REYNOLDS，前揭註 144，頁 175-177。

¹⁶³ REYNOLDS，前揭註 144，頁 214。

¹⁶⁴ 而這也是我國原住民族所主張之模式，例如：「魯凱族民族議會暨宣示傳統領域大會 3 日在屏東霧台鄉的文化廣場舉行，共有 100 多名族人穿傳統服飾盛裝參加，這是台灣第 7 個原住民族議會，現場也升起魯凱族民族議會族旗「百合族旗」，代表魯凱族與國家的『準國與國』關係」。引用自：中國時報，「魯凱：與中華民國準國與國關係」，2017 年 4 月 4 日，<http://www.chinatimes.com/newspapers/20170404000223-260118>（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日）。

¹⁶⁵ IAN BROWNLIE, *PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW* 311 (Oxford University Press. 2008).

開、是否採取審級制度、屬人及屬地管轄之範圍、與一般法院體系的關連性為何、傳統習慣的適用原則及範圍為何、自治民族成員是否可選擇普通訴訟程序、可否採用特殊審判方式、自治司法制度是否可能造成自治民族成員之不平等地位或相對的歧視處境等等。對於這些課題如採取嚴格的解決方案可能限縮民族的自治權，而越寬鬆的解決方案則可能導致人權遭受侵害的風險¹⁶⁶。本文於此無法處理所有議題，以下主要欲藉由第四章在玻利維亞與厄瓜多兩國之實施過程中所著重之四個面向，探討承認模式底下我國原住民族刑事司法體系建置芻議——原住民與普通司法裁判權劃定基本原則、原住民司法實踐之限制、原住民與普通裁判權之間的互動關係以及將法律多元性融入國家司法體系之具體措施。

在進入細部討論前必須重申，縱使概念上借用了國際私法與國際刑事管轄權的想法，然而本文並非認為原住民族應主張獨立而成立「國家」。蓋即使是於憲法中承認原住民族自治權之拉丁美洲各國，亦強調是在**單一國家**下的自我決定權，**原住民族自身也強調多元民族主義並未意味著國家分裂**。厄瓜多原住民運動者與政治家 Monica Chuji 指出，多元民族國家意味著一個社會契約的新態樣，其以司法架構和政治力量對於原住民地位和權利作出承認，達到尊重並調和原住民族權利之目標，但並不意味著厄瓜多國家之解體或者分裂為數個自治團體，蓋**多元民族主義代表「多元中的統一」**（unity in diversity）¹⁶⁷。

在玻利維亞，最主要倡導並擁護「多元民族國家」概念之原住民與農民組織 *Pacto de Unidad*（下稱 Pacto）在 2007 年對修憲大會提出之修憲草案中，特別強調多元民族國家模式下三個相互連通的主題：一、**自治與去殖民化**；二、**國家統一中的多樣性**（plurality within national unity）；三、**共享決策**（shared decision-making）。當自由主義民族國家（liberal nation-state）以單一同質玻利維亞人為前提，多元民族國家模式則立基於一個完全不同的假設——人種是多元多樣的。Pacto 認為多樣性存在於許多層面，首先是對於民族、人民與文化之多樣性的承認；其次則是**司法多樣性（juridical pluralism）**，亦即「**原住民與農民司法系統在多元民族國家內之共存，並立基於平等、尊重與協調**」；第三則認為多元民族國家必須要尊重政府與民主的多樣形式，因此自由主義下的代議政治應該與原住民族的社群民主（communitarian democracy）共存（例如部落會議等）。這些對於多樣性承認之呼籲並不意味著分離主義，反而是立基於單一國家之基礎上。易言之，Pacto 認為「**單一多元民族國家**」（unitary plurinational state）的基本原則是「**司法多樣性、單一、互補、互惠、平等以及團結**」¹⁶⁸。

¹⁶⁶ 楊曉珞，前揭註 37，頁 79-80。

¹⁶⁷ Monica Chuji, “Políticas ambientales: los limites del desarrollismo y la plurinacionalidad.” *Tendencia: Revista de Analisis Politico* 7 (March/April): 55(2008); “El estado plurinacional.” *Yachaykuna* 8 (April): 14,16 (2008).轉引自：Marc Becker, *Correa, indigenous movements, and the writing of a new constitution in Ecuador*, 38 *Latin American Perspectives*. 47, 55 (2011).

¹⁶⁸ Pacto de Unidad, (2006). *Propuesta para la Nueva Constitución Política del Estado [PNCPE; Proposal for the New Political Constitution of the State]*. Sucre, Bolivia; Pacto de Unidad, (2007). *Constitución Política del Estado Boliviano, Propuesta Consensuado del Pacto de Unidad [PCPU;*

第一款 原住民與普通司法裁判權劃定基本原則

司法裁判權與人權有關，蓋每個人都有權受到一個適格的法院審判，否則即是違反了公平審判原則。決定何者為適當之司法體系並非易事，雙方之判決者都必須持續檢視自己關於裁判權的決定，而在決定過程當中法官／司法權威者應該要意識到這不僅僅是一個涉及法律技術性或者對抗文化霸權（counter-hegemony）的策略，判決者的適格性更是法律正當程序的前提¹⁶⁹。

在國際刑事管轄權法律制度上，關於管轄權取得的基礎，積極的屬人原則可以說是發展最早的一項理論，時至今日，各國多改以屬地原則為主，而輔以屬人原則為補充。屬地原則（territorial principle）最初之想法是，基於領域主權，只是要發生在自國領域內的犯罪行為，即無分犯人的國籍，自國刑事管轄與刑法一律可及之；積極的屬人原則（active personality principle）或國籍原則（nationality principle）則是對於擁有自身國家國籍者，無分犯罪行為地為何，主張得適用內國刑法，然而隨著行為地法的屬地主義逐漸居於優位，此原則變成僅具補充效力而限縮適用¹⁷⁰。

綜合言之，從領土管轄發展出涉外或治外法權管轄權原則（Principle of extraterritorial jurisdiction），主要包含以下三點：一、本國人在外國之「國籍原則」，我國刑法第 6、7 條即為適例；二、外國人在外國加害本國人之「被動國籍原則」（消極的屬人原則，passive personality principle），現在各國大多對於得以適用之犯罪類型設下限制而使此原則僅具補充性質，我國刑法第 8 條則限於最輕本刑為三年以上有期徒刑之重罪；三、外國人在外國侵害本國法益之「保護原則」（protective principle）：此處之「本國法益」限於國家重大法益，例如政治性之內亂外患或經濟性之重大財經犯罪，我國刑法規定於第 5 條第 1、2、5 款等。則在原住民族司法權加入國家體系內的情形下，上開規定是否應該隨同修正、或可直接將原住民族傳統領域代入上開規定之「中華民國領域外」，即成為管轄權劃分時所必須處理之議題。

在國際刑事司法管轄制度底下，一個國家要對某一個犯罪擁有刑事司法管轄權，必定對其主張管轄權之犯罪有著較他國更為密切的聯繫以作為其主張管轄權之合理基礎，在國際法上並可被認為是恰當且合理的¹⁷¹。套用到原住民族司法權與國家司法權之關係上，原住民族司法體系欲對某一犯罪擁有刑事管轄權，必須對該犯罪有著較國家更為密切之聯繫，而此種在國際私法上被稱為連結因素

Political Constitution of the Bolivian State, Consensus Proposal of the Unity Pact]. Sucre, Bolivia. 轉引自：NANCY POSTERO, THE INDIGENOUS STATE: RACE, POLITICS, AND PERFORMANCE IN PLURINATIONAL BOLIVIA 53-56 (University of California Press. 2017).

¹⁶⁹ Oswaldo Ruiz-Chiriboga, *Finding the right judge: challenges of jurisdiction between indigenous and ordinary adjudicators in Ecuador*, 49 JLP 1, 3, 23-24 (2017).

¹⁷⁰ 山本草二（1991），《國際刑事法》，頁 142、148-149，東京：三省堂。

¹⁷¹ 徐克銘（2001），〈從國際法觀點論刑事管轄權基礎之屬人原則〉，《律師雜誌》，264 期，頁 82。

(connecting factors) 之要件¹⁷²，於「平等司法共治」模式下原住民族與國家司法權劃分的情形，本文認為必須立基於對原住民族自決權、司法自治以及文化權之尊重與保障。

參照前述拉丁美洲國家之例，本文以下亦以領域、事務與屬人管轄為主要司法權區分原則，惟並不排除原住民族與政府協商後，對於管轄權歸屬另有拓寬或限縮之可能性。而是否允許當事人之間以合意管轄之方式決定管轄權歸屬，亦應在協商過程中一併討論之。

第一目 領域管轄

立基於原住民族自治、對等的「準國與國關係」為前提之司法權權限劃分，原住民族的領域範圍將猶如刑法第 3 條所規定之「中華民國領域外」，則原住民族領域範圍內發生的所有事情，原則上將排除國家管轄，具有強大的效力。是故，如何決定其具體界線即成為管轄權劃分第一要事。承第四章所述，在 ILO 第 169 號公約之定義下，原住民族領域範圍不須與財產權概念之土地範圍完全相等，更重要的取決標準是族人所實際上使用之地理空間，則於我國之相應概念應為「原住民傳統領域」加上現有「原住民保留地」之總和。而由於原住民保留地範圍明確且大多位在原住民傳統領域範圍內，因此主要爭論焦點就落在「原住民傳統領域」上。

傳統領域在我國成為一個正式的法律名詞，首度出現於 2004 年《森林法》第 15 條第 4 項當中（底線為本文所加）：「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（後略）」；第二次出現在重要的法規內，則是 2005 年《原住民族基本法》第 2 條的名詞定義：「原住民族土地：係指原住民族傳統領域土地及既有原住民保留地」¹⁷³。就概念本質而言，原住民族的傳統領域是指原住民族先於墾殖者開墾之前所擁有、居住、或使用的土地及海域，又可稱為祖靈地（ancestral land）¹⁷⁴。然而，我國空有傳統領域之構想與法規，政府之實際作為卻沒有展現出保障原住民族土地權利之真意。原住民族委員會自 2002 年起開始調查原住民族傳統領域範圍，卻並非以整體法制化的目標來進行，而多流於地方政府、耆老、學者專家、部落文史工作者等多頭馬車的各自做法，且未訴諸各民族與部落議會的共識與同意過程，使得難以發揮在原住民族地區保障族人權益的效果¹⁷⁵。一直要到 2017 年 2 月，原民會才終於公告《原住民族土地及部落範圍土地劃設辦法》草案，雖然為正式劃設傳統領域的範圍開啟了第一步，但卻因條文設計不當而讓原住民族認為反而惡化了他們的處境。最

¹⁷² 劉鐵錚、陳榮傳（2008），《國際私法論》，頁 73，台北：三民。

¹⁷³ 林益仁，「寄語 2017：透視當前政府原住民族傳統領域政策的核心議題」，報導者，2017 年 1 月 6 日，<https://www.twreporter.org/a/opinion-2017-aborigine-policy>（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日）。

¹⁷⁴ 施正鋒（2017），〈原住民族傳統領域的劃設〉，《台灣原住民族研究學報》，7 卷 1 期，頁 166。

¹⁷⁵ 林益仁，前揭註 173。

主要的問題點在於，該辦法排除私有地而使得原本 180 萬公頃的傳統領域於該辦法當中僅剩下 80 萬公頃，再者，該辦法復規定公有地傳統領域之劃設必須和主管機關商議。為了抗議劃設辦法的不公，原住民從 2017 年 2 月 28 日開始在凱達格蘭大道前長期抗戰，要求政府落實「轉型正義」並呼籲「傳統領域寸土不讓」¹⁷⁶。



圖 5-4 原住民傳統領域類型¹⁷⁷

※圖片來源：關鍵評論網（註腳 177）

¹⁷⁶ 該草案之問題點，詳參：莎瓏·伊斯哈罕布德、馬躍·比吼，「劃一條『回家的路』——了解原住民傳統領域的 16 題問答」，報導者，<https://www.twreporter.org/a/opinion-indigenous-areas-qa>（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日）。

¹⁷⁷ 圖片來源：關鍵評論網，「消失的 100 萬公頃「傳統領域」——原住民族要的不是『土地』，而是『主權』」，2017 年 3 月 21 日，<https://www.thenewslens.com/article/63214>（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日）。



圖 5-5 原住民傳統領域分布¹⁷⁸

※圖片來源：關鍵評論網（註腳 177）

在上述問題未能解決之前，以「原住民傳統領域」界定原住民族司法權之領域管轄範圍的確會遭致困難，然而司法管轄界定當中，領域管轄是最基本的底線，因此縱使傳統領域之概念仍在爭議當中，但為了符合原住民族最大利益，本文仍認為應以「原住民傳統領域」作為原住民司法權之領域管轄範圍，而非圖其便利而以政府所公告之內容為準。

至於有權決定傳統領域之範圍者，原住民學者與社會運動家認為應該由**部落**為之。理由在於，其實在原住民族自己的觀念中，傳統領域的範圍相當清楚，不僅是不同族群之間，事實上同族的部落之間也涇渭分明，自有彼此相互的辨識方式，即使有重疊之處，也有內部自我協調和解的機制¹⁷⁹。目前包括太魯閣族的銅門部落¹⁸⁰、魯凱族的達魯瑪克部落¹⁸¹、排灣族的卡拉魯然（新園）部落¹⁸²、阿美族的都蘭部落¹⁸³等都已經自行公告部落傳統領域，魯凱族亦已公告整個魯凱族的傳統領域，總面積9萬多公頃¹⁸⁴。他們認為最理想的情況是每個部落都自主調查、

¹⁷⁸ 圖片來源：關鍵評論網，同前註。

¹⁷⁹ 施正鋒，前揭註 174，頁 169。

¹⁸⁰ 自由時報，「轉型正義！花蓮銅門自行宣布傳統領域公告」，2016 年 10 月 26 日，<http://news.ltn.com.tw/news/politics/breakingnews/1867325>（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日）。

¹⁸¹ 環境資訊中心，「達魯瑪克自主公告傳統領域 傳承文化也建立『新夥伴關係』」，2016 年 12 月 20 日，<http://e-info.org.tw/node/201945>（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日）。

¹⁸² 自由時報，「〈南部〉排灣族新園部落 自主公告『傳統領域』」，2017 年 1 月 3 日，<http://news.ltn.com.tw/news/local/paper/1068043>（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日）。

¹⁸³ 原住民族電視台，「都蘭要自治 228 自行公告傳統領域」，2017 年 3 月 4 日，<http://titv.ipcf.org.tw/news-27992>（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日）。

¹⁸⁴ 聯合報，「魯凱族成立民族議會 確認傳統領域 9 萬 6 千公頃」，2017 年 3 月 28 日，<https://udn.com/news/story/7314/2370146>（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 20 日）。

自主公告，爭議的部分也自行與附近部落協調。最後由中華民國政府追認¹⁸⁵。不過於認定過程中，為杜絕爭議，本文認為傳統領域仍需以具備一定要件始足該當，於此值得參考以下論者之建議，其認為以下幾個概念是重要的：一、傳統領域是原住民族在市民（殖民）政權進行佔領或征服之前，就已經存在於該土地上的一種權利狀態；二、傳統領域是原住民族基於對土地及其自然資源之事實管領而成立的權利；以及三、原住民族對於傳統領域土地及自然資源之管領及利用狀態，必須在市民（殖民）政權出現時仍然繼續存在。詳言之，原住民族必須在時間上比市民（殖民）政權更早出現於該土地與自然資源之上，包括原住民族利用土地及自然資源之習慣的內容，以及對傳統領域客觀範圍的控制權，都足以作為符合既存條件的充分證明；其次，原住民族對於該土地必須有管領的事實，而管領並不等於絕對排他性的占有，僅要求原住民族必須是有意識地、基於其慣習而使用該地與自然資源，且這種使用必須具有明顯可見的特徵。即使原住民族所主張的管領期間中，因為其他移民族群的活動（例如征戰、強奪或大量屯墾）致使原住民族必須間斷其使用，也不當然使其傳統領域消滅¹⁸⁶。

以原住民傳統領域作為原住民族司法管轄之領域範圍界線，《刑法》第3條即可能因此修正為（新增第二項底線文字）：「（第一項）本法於在中華民國領域內犯罪者，適用之。在中華民國領域外之中華民國船艦或航空器內犯罪者，以在中華民國領域內犯罪論。（第二項）前項規定，於原住民傳統領域內犯罪者，不適用之」。而由於刑事行為可以分成行為地與結果地，故在國際刑事司法管轄之概念上因應此種現象而出現了「限定屬地（qualified territoriality）原則」，並可再分為主觀屬地（subjective territoriality）與客觀屬地（objective territoriality）原則，前者指國家對於開始於其本國領土而完成於外國土地上之犯罪行為有管轄權，後者則指國家對於結果完成於其土地上之犯罪有管轄權。由於限定屬地原則之效果，一個案件可能有多國皆主張享有領土管轄權，此時各國政府通常會進行管轄權之協調程序以因應競合管轄之情形¹⁸⁷。以原住民族刑事司法權與國家司法權二元體系並存為前提，在現行《刑法》第4條基於上開限定屬地原則而規定「犯罪之行為或結果，有一在中華民國領域內者，為在中華民國領域內犯罪」之情形下，應該如何處理「犯罪之行為與結果，分別在原住民族傳統領域與（原住民族傳統領域以外之）中華民國領域內」時可能發生的競合管轄問題，即需要經由協商後事先訂定處理準則以決定管轄權歸屬。

第二目 事務管轄

ILO第169號公約並未對可以由原住民管理的法律事務性質或犯罪嚴重性設下限制，理由在於各個法律系統都有依據各自之價值觀和標準以分類和重建社會

¹⁸⁵ 莎瓏、馬躍，前揭註176。

¹⁸⁶ 黃居正（2009），〈憲法解釋與原住民權利〉，廖福特（編），《憲法解釋之理論與實務（第六輯）（下冊）》，頁457-459，台北：中央研究院法律學研究所籌備處。

¹⁸⁷ 陳守煌、陳荔彤（2013），〈國際刑事管轄權法律制度〉，《法學叢刊》，58卷1期，頁13-17。

事實的方式，因此如何定義何種社會事實值得／應由自己干預，也是仰賴各個系統自己決定。然而，在領域、事務與屬人管轄中，各國實踐上最難以突破國家管控的就是事務管轄，即使是憲法承認原住民習慣與司法機能效力之拉丁美洲亦無法倖免。細究各國限制原住民司法權所能處理案件類型之背後原因，不外乎不信任與不相信原住民族有能力可以處理「比較複雜或嚴重」的案件，故各國施加之限制雖各有不同，但很明顯的共通點是將涉及生命法益之殺人罪排除在外，再逐步限縮、排除較複雜或重大之犯罪類型（雖然仍包含了例如搶劫等普通財產犯罪），甚至是僅能處理量刑事宜（參照第三章美加澳）。

本文認為，若是基於「原住民僅具備處理那些不影響法律的、小的或輕微案件的能力」這種殖民時代遺留下來的刻板印象心態而限制原住民族所能處理之刑事案件類型，此種方式將不具備實質正當性。然而，若是基於其他合理理由而擴張國家刑事管轄權及於原住民傳統領域內，則未必一律構成對於原住民司法自治權之侵害。依據涉外法權管轄權之保護原則，國家對於部分侵害國家與社會法益之重大犯罪，即便發生在原住民族傳統領域內亦享有管轄權。而就原住民族的角度而言是否亦得以適用保護原則，本文認為，在承認原住民族自治權之前提下，作為一享有部分權力之政治主體，其社會運作之順暢進行與否亦應得作為一種保護法益，再者原住民族對於財產制度等亦有一套相異於漢人社會私人所有權之理解，是故對原住民族自治社會秩序或者集體權利之侵害亦有可能屬於刑事犯罪（端視原住民族內部之界定），而本文暫以「原民社會」代稱之。是故，對於發生在原住民族傳統領域外而侵害「原民社會」之重大犯罪，基於保護原則，原住民族亦應享有管轄權，不過是否積極主張管轄，仍由原住民各族自行決定，非國家可以強行規範。

對於這兩種在自身的領域外得例外享有管轄權之犯罪類型，本文認為應以列舉的方式明定於法律當中。對於國家得以例外享有管轄權之事務類型決定，應著眼於原住民族與主流體系間仍非真正的對等國家關係之事實，原住民族人仍生活在由多數族群所建構的國家社會當中，兩者間不具有均等的資源與統治力量。因此，犯罪類型之設定上應立足於由國家司法體系管轄始較具有實效性與可能性者，並可以現行《刑法》第 5 條為基礎加以增刪修訂，其中必須特別注意不可以侵奪原住民族的自治自決權核心。是故，國家不得假借保障社會法益之名，再度將管控權力之手伸向與原住民族文化密切相關之狩獵、採集、山林利用等行為類型。值得參考的是，「台灣原住民族真實自治聯盟」於 2011 年提出之民間版原住民族自治法草案中，主張以《原住民族基本法》第 19 條為基礎，認為國家對於該條所規定之行為類型「應以維護生態環境之安全與永續為前提，尊重原住民族依其傳統規範管理，不受野生動物保育法、森林法、礦業法、土石採取法、水利法、溫泉法、水土保持法、文化資產保存法及國家公園法等相關規定之限制」¹⁸⁸。由

¹⁸⁸ 民間版原住民族自治法草案總說明（連結自財團法人小米穗原住民文化基金會網站），2011 年 6 月 27 日，<http://www.millet.org.tw/service/20110627114158.doc>（最後瀏覽日期：2018 年 4 月

上述內容可知，這些事項應是原住民族所最關切、也是渠等之文化與自治權的核心，則類此事項即不允許由國家再為過度干預。

相對而言，原住民族得以例外管轄之領域外刑事犯罪類型亦應明文規範於法條當中，無論是於現行《刑法》或《原住民族基本法》當中增訂條文，或者是制定一專門協調兩股司法權之法規。無論如何，規範模式不能如同玻利維亞或厄瓜多一般，由國家體系決定原住民族所不能處理之犯罪類型，國家應僅能依照涉外管轄權原則明定自身得以例外管轄的傳統領域內犯罪類型。若發生雙方意見不一致的情形，即為國際上時常發生的管轄權競合，此時或可經由制定管轄權法規時事先予以排除，或者是留待個案中交由裁判權爭議處理機構決定。再者，即便是歸屬於國家司法體系內之案件，若行為人具有原住民身分，國家仍應在主流司法系統的法院中提供必要協助措施，諸如通譯、法律扶助、部落成員偕同參與等。

第三目 屬人管轄

一、原住民（族）之認定

在屬人管轄上，第一個要解決的是原住民身分認定之問題，並可以區分為「原住民族」（族群身分）以及「原住民」（個人身分）之情形。

首先在關於原住民族之認定上，《原住民族基本法》第2條第1款將「原住民族」定義為：「既存於臺灣而為國家管轄內之傳統民族，包括阿美族、泰雅族、排灣族、布農族、卑南族、魯凱族、鄒族、賽夏族、雅美族、邵族、噶瑪蘭族、太魯閣族及其他自認為原住民族並經中央原住民族主管機關報請行政院核定之民族」。目前主張正名的原住民群體，首先必須向原住民族委員會提出申請，申請受理後原民會隨即委託民族學相關學者，針對申請者族群別的主客觀要件進行研究。倘若學者的研究結果認為此申請者應屬新的族群，原民會即依據學者的研究結果行文要求行政院核定之，而原民會及行政院幾乎不曾否定學者之認定結果¹⁸⁹。其中，最具有爭議的是平埔族之身分認定問題，蓋目前大多數自我認同為平埔族者並未享有法定原住民族之地位。

2001年施行之《原住民身分法》第2條第2款規定：「本法所稱原住民，包括山地原住民及平地原住民，其身分之認定，除本法另有規定外，依下列規定：（第一款略）；二、平地原住民：臺灣光復前原籍在平地行政區域內，且戶口調查簿登記其本人或直系血親尊親屬於原住民，並申請戶籍所在地鄉（鎮、市、區）公所登記為平地原住民有案者」。由此可見，當代官方對於平地原住民身分的認定完全採認1956年至1963年四次登記山胞身分認定的結果¹⁹⁰，然而大多數

20日）。

¹⁸⁹ 鄭川如（2015）。〈誰有權決定誰是原住民？－從兩人權公約及相關國際文件檢視原住民身分認定問題〉，《法令月刊》，66卷9期，頁89。

¹⁹⁰ 葉高華（2013）。〈排除？還是放棄？平埔族與山胞身分認定〉，《臺灣史研究》，20卷3期，

平埔族人卻缺席了那時的平地山胞登記。根據論者分析，一個可能的原因是政府的訊息未傳達給大多數平埔族人，另有認為在當時的社會氛圍下，不論是「山地山胞」或者是「平地山胞」都背負著污名的認同與刻板印象的歧視，使得部份平埔族人因為害怕暴露自己真正的族群識別會受到不公平待遇與排擠，只好選擇隱藏自己真正的身分¹⁹¹。

在此產生了一個法律爭議：若未於公告登記期間內申請登記，是否即不得再為申請登記，進而因欠缺法定要件而喪失成為「原住民」的權利？我國過往行政與法院實務多採肯定見解，然而論者分從不同面向指出，答案應為否定。首先依「立法史解釋」的方法，參照《原住民身分法》第 2 條之前身——內政部「山胞身分認定標準」第 2 條的立法說明曾提到，制度上要求平埔族辦理身分登記，乃著眼於便利行政機關區辨平地原住民與非原住民之需求，是故論者主張，只要因原漢混居而繼續有這種區辨的需要，就應允許人民不定期地提出申請；其次依照「體系解釋」方法，參照《原住民身分法》制定了第 8 條此為「應取得」而「未取得」原住民身分者提供補正的程序性規定，則同法第 2 條關於原住民身分之法定要件即應朝具有「可補正性」的方向解釋；最重要的是依「目的解釋」方法，參照晚近有關原住民族的法律非常重視當事人的意願，例如《原住民身分法》第 7 條規定「成年後（得）依個人意願取得或變更（非／原住民身分）」，是故論者認為同法第 2 條之規範目的亦應在於尊重當事人的主觀意願，則唯有解釋為不受既有之公告登記期間之限制，當事人的主觀意願才能得到最大範圍的尊重¹⁹²。

是故，其認為政府機關以先前未登記即拒絕承認平埔族的法定原住民族身分實為不當，應允許現在的補行登記。如果當年因為平埔族面對「負面社會化」（negative socialization）的壓力而被強迫同化，因為怕被羞辱或是污名化而不敢前往登記身分，那麼現在應該要讓他們可以要回原住民族的身分。因為平埔族過去面對漢人的威脅，不管是經濟剝奪、社會歧視、政治壓迫、甚至於肢體傷害而被迫選擇同化，並不代表現在就能逕自取消其歷史身分以及國家保障的權利¹⁹³。至於在允許補行登記後，應該要如何認定平埔族的問題，論者首先認為應以日治時期之官方調查結果作為判斷法律上身分的憑據，亦即以戶口調查簿上所記載的「熟」註記為準¹⁹⁴。在第一屆平埔正名高峰會中，多數族人與平埔族學者除贊同

頁 201。1954 年 3 月台灣省文獻會根據「歷史、文化、血統等」擬定了承襲日治時期分類的九族呈報內政部核定，1956 年 10 月以「台灣省平地山胞認定標準」規定：「凡日據時代居住平地行政區域內，其原戶口調查簿載為『高山族』者，為『平地山胞』」，「凡符合上開規定條件之平地山胞，應於命令到達公告後，向當地鄉鎮市區公所申請為平地山胞之登記」，「前項登記期間自公告日期，至民國四十五年十二月三十一日止」。詳參：謝若蘭（2015），〈平埔族群恢復族群身份之權利伸張與策略建議〉，《台灣原住民族研究學報》，5 卷 1 期，頁 48。

¹⁹¹ 葉高華，同前註，頁 202。

¹⁹² 王泰升、陳怡君（2013）。〈從「認同」到「認定」——西拉雅族人的原住民身分認定問題〉，《台灣原住民族研究學報》，3 卷 2 期，頁 13-14。

¹⁹³ 施正鋒（2011），〈從權利保障探討平埔族原住民族身分被剝奪〉，《台灣國際法季刊》，8 卷 1 期，頁 27。

¹⁹⁴ 王泰升、陳怡君，前揭註 192，頁 10。

應優先以「熟」註記作為認定依據外，另強調此非唯一基準，基因檢驗或居住地等應亦可作為輔助指標，同時並應注意母系社會所可能造成是否為「熟」註記之差異¹⁹⁵。

而在實質要件上應如何決定某一族群是否具有原住民族地位，就國際上的定義而言，聯合國特別報告員（special rapporteur）José Martinez Cobo 於 1986 年之報告指出，原住民族指「在被征服或殖民前已在其土地上有綿長且持續至今之歷史，並且自認與目前該土地之其他後來之成員顯著不同之族群」。他們不屬於社會統治者之成員，並願意將祖先的土地、身分認同加以維持、發展並傳承給後代，他們擁有自己的文化型態、社會組織及法律體系¹⁹⁶。於我國之適用，有主張《原住民族基本法》對於原住民族的認定具有基於一般性法律而生的補充適用效力，則既然立法者已刻意地針對原住民族之定義，在行政院於 2003 年提出的「原住民族發展法草案」所規定之「經中央原住民族主管機關報請行政院核定」要件外，於《原住民族基本法》當中增加了「既存於臺灣之傳統民族」與「自認為原住民族」兩項要件，則在解釋該法第 2 條時，應將「自認為原住民族」解釋為係認定原住民族的一個實質要件，至於「並經中央原住民族主管機關報請行政院核定」，則僅屬程序性的規定。則就臺灣爭取正名的平埔族群而言，如能依據史料證明其歷史淵源符合客觀要件之「既存於臺灣之傳統民族」，且各該族亦已表明「自認為原住民族」的主觀意願，則依據《原住民族基本法》，即應具有我國法定原住民族之地位¹⁹⁷。此種解釋方式亦與上開聯合國報告之定義相符合。

其次，於原住民個人身分之認定上，亦即什麼樣的人可被認為屬於某一原住民族之問題，《聯合國原住民族權利宣言》第 33 條規定：「原住民族有權按照其習俗和傳統，決定自己的身份或歸屬。這並不妨礙原住民獲得居住國公民資格的權利。原住民族有權按照自己的程式，決定其機構的構架和挑選這些機構的成員」，根據論者分析，這代表國際社會上對於「誰有權、依據什麼標準來認定誰是原住民」是採取「自我認定原則」。原因在於，每一個組織或社團都有其各自所要追求的利益或者想要維護的價值，倘若組織成員沒有辦法親自訂定成員的入會與退會條件，則該組織想要維護的價值就不可能繼續被維護下去，而原住民族各族亦是這樣的一個團體¹⁹⁸。前開 Cobo 聯合國 1986 年報告指出，某一個人要被認為是原住民族的成員，必須符合以下兩個要件：主觀要件上該人必須認同自己為該族之成員，以及客觀要件上該族群必須知悉且亦接受該人作為成員。族群對於成

¹⁹⁵ 「怎麼證明你是平埔？首屆平埔正名高峰會決議：「熟」優先認定、要求納平埔正名為總統政見！」，Mata Taiwan，2015 年 8 月 16 日，<http://www.matataiwan.com/2016/08/17/taiwan-indigenous-forest-product-collect-rights/>（最後瀏覽日期：2018 年 5 月 20 日）

¹⁹⁶ JOSE R MARTINEZ COBO, STUDY OF THE PROBLEM OF DISCRIMINATION AGAINST INDIGENOUS POPULATIONS chapter 5 § 1 (United Nations. 1900).

¹⁹⁷ 王泰升、陳怡君，前揭註 192，頁 8-9。

¹⁹⁸ 鄭川如，前揭註 189，頁 101-102。

員的接受與否是主權權利的表現之一，且不應該受到來自外界的干預¹⁹⁹。不過各國對此定義之反應不一²⁰⁰，例如加拿大梅蒂斯人之身分認定大致符合前述定義，依照加拿大梅蒂斯人評議會（Canadian Metis Council）之規定，要成為梅蒂斯人必須符合以下要件：必須自我認定為梅蒂斯人；必須要得到部落認可為梅蒂斯人；不能夠同時登記為印地安或因紐特人之成員；必須要藉由加拿大梅蒂斯評議會所制定的驗證流程，以證明自己是印地安人的後代²⁰¹。

相對於此，紐西蘭國內法對於原住民族毛利人（Maori）之定義偏重在家族血緣，亦即只要有至少一位毛利人祖先（*antecedent*），無論在家族成員關係上距離該人多麼遙遠，都會成為法律上定義之毛利人。然而，論者認為應該在現有定義外加上「且其認定自己為毛利人」之要件²⁰²，即先前 Cobo 主張之主觀要件。芬蘭對於其領域內的原住民族薩米人（Sámi），則有更詳盡的規定。在芬蘭的法規中，薩米人在薩米居住區域內享有文化主權（*cultural sovereignty*），特別是在語言和文化方面。為此，薩米人可以選出薩米議會（Sámi Parliament），而關於薩米議會之法律（974/1995）當中便對於何謂薩米族之成員給予了定義。詳言之，如果一個人要被認定為是薩米人，除了他主觀意願外，尚必須符合下面三項之一：他自己或至少是他的父母輩或祖父母輩的一方以薩米語作為第一語言（薩米語言要件）；或者他是在土地、稅務或人口普查登記當中被認定為是高地、森林或漁獵薩米人（Fell, Forest or Fishing Sámi）的後代（薩米血統要件）；或者他的父母當中至少有一人取得在薩米代表團（Sámi Delegation）或薩米議會中投票的權利（薩米父母要件）²⁰³。此二國均欠缺需要部落認可該人為族群成員之要件，紐西蘭甚至連當事人的主觀意願亦不要求，而兩國的客觀要件均著重於血統認定。

在臺灣的情形，從《原住民身分法》之規定觀之，目前原住民子女身分認定原則上採**血統主義為主，認同主義為輔**：如果父母雙方都是原住民，本於血統所生小孩理當具有原住民身分；如果僅一方為原住民，則是看小孩從何人之姓²⁰⁴。

¹⁹⁹ COBO, *supra* note 196, at Chapter 5.

²⁰⁰ 關於各國如何決定原住民（族）身分，詳參以下包含歐亞美非洲之詳盡介紹：Ravi de Costa, *Descent, culture, and self-determination: States and the definition of indigenous peoples*, 3 ABORIGINAL POLICY STUDIES 3, 55, 55-81(2014).

²⁰¹ Canadian Metis Council, *Qualifying As a Metis*. <http://www.canadianmetis.com/Qualifying.htm> (accessed 22 Sep 2013).轉引自：Erika Sarivaara, et al., *Who is indigenous? Definitions of indigeneity*, 9 ESJ 10, 369, 373 (2014).

²⁰² Natalie Coates, *Who are the indigenous peoples of Canada and New Zealand*, 12 JSPL 1, 50-51 (2008).

²⁰³ Erika Sarivaara, et al., *supra* note 201, at 373-374 (2014).不過，這三個要件都受到許多批判，例如有認為此定義主要關注於薩米語言而非對於薩米語言的知識，然而這會有範圍過廣的疑慮，因此主張應該要將薩米人的定義重新聚焦在對於薩米語言的真正知識上。詳參：Myntti, K. *Saamelaismääritelmä oikeudelliselta kannalta [The Sámi definition from the juridical perspective]*. In I. Seurujärvi-Kari, ed., *Beaivvi mánát. Saamelaišten juuret ja nykyaika [The Sámi roots and the modern time]*. Helsinki: Finnish Literature Association, 2000, 216-226. 轉引自：Erika Sarivaara, et al., *supra* note 201, at 374.

²⁰⁴ 原住民身分法第 4 條第 1、2 項規定：「原住民與原住民結婚所生子女，取得原住民身分。原住民與非原住民結婚所生子女，從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字者，取得原住民身分。」同法第 6 條規定：「原住民女子之非婚生子女，取得原住民身分。前項非婚生子女經非

然而論者批評，縱使臺灣原住民大多已有漢人姓氏與名稱，但這並不代表即適宜將漢人宗族從姓表彰血脈傳承的概念，套用在原住民對其文化認同與否的認定標準²⁰⁵。且此種規定方式亦與上開比較法法例相同，忽略了部落應有自我認定族群成員之權力，顯然有違上述Cobo報告以及國際法上的「自我認定原則」，並造成了許多法律以及社會問題²⁰⁶。是故論者主張，關於原住民個人身分認定實應回歸部落／族群自我認定，由各部落／族群依據自己的習俗與傳統，由族人自己去認定其成員身分實為正途²⁰⁷。

除此之外，以上所指摘現行制度之缺失，比較著重在自我認同為原住民、但受限於現行實務而無法受到國家「承認」之情形，至於已經屬於原住民族，但已不認同該族文化之情形，雖然現實上不一定存在，惟亦有論者已對此提出見解。其提及，個人屬於哪一個民族涉及到主觀上的自我認同問題，當一個人認同特定族群的文化並對該民族具有歸屬意識時，不論是先天無從選擇或後天認同某一民族而願意成為該民族的成員，只要在各個民族既有的運作模式下，各該民族的成員並不否認該個人成為民族的成員，國家也沒有干涉的道理。反之，經成員自我衡量，如不再認同該族群的文化，不願以該族群的生活方式或決策模式生活，則站在個人主義及自由主義的觀點，他應可以選擇退出該族群並以多數族群的生活方式過生活。如此一來，即可兼顧原住民族集體與個人的平等²⁰⁸。

綜上所述，關於原住民族司法裁判權屬人管轄之族群身分界定，本文主張先依循主管機關之認定，具有法定原住民身分者即為屬人管轄中的原住民。若個人主張其所屬族群為臺灣之原住民族、然而該族群尚未獲得行政院核定時（特別是平埔族），則當事人應可向裁判權爭議解決機構（關於該機構與程序詳後述）提出申請原住民族認定時所需符合之主客觀要件相關資料（例如證明其歷史淵源符合「既存於臺灣之傳統民族」要件之史料等），該機構於收到資料後應委託相關學者盡速進行認定；再者，若個人主張其為某一法定原住民族之成員，然而並不符合現行《原住民身分法》之規定時，則亦交由該裁判權爭議解決機構決定，至於認定的方式應循上開「自我認定原則」為之；而若個人主張其已不屬於某法定享有之原住民身分，則此時應尊重其意願而在司法之屬人管轄上以非原住民待之。

至於在自我認定原則下，若各族並未有一個權威性的討論決議機構可以做出

原住民生父認領者，喪失原住民身分。但約定從母姓或原住民傳統名字者，其原住民身分不喪失。非原住民女子之非婚生子女，經原住民生父認領，且從父姓或原住民傳統名字者，取得原住民身分」。

²⁰⁵ 吳孟蓉（2017），《臺灣原住民身分認定之研究》，頁 136-137，國立台北大學公共行政暨政策學系碩士在職專班碩士論文。

²⁰⁶ 例如：「原住民媽媽生不出原住民小孩」（對原住民女性的性別歧視）、原漢婚姻子女之平等權及原住民優惠性保障措施之資源錯置、原住民保留地無人繼承、以及將漢人文化強加於原住民族等。詳參：鄭川如，前揭註 189，頁 90-95。

²⁰⁷ 鄭川如，前揭註 189，頁 105。

²⁰⁸ 辛年豐，前揭註 1，頁 216。

成員身分之決定，本文認為此時該裁判權爭議解決機構可以綜合考量各種要件後自行認定之。除了血緣外，有認為可以用「是否從小到大接受部落文化慣習之濡化作用為基準」，可以從語言、宗教與民俗等來判斷是否和其他族人具有共通性²⁰⁹。近年來，美國亦在相關司法案件中嘗試定義何謂「印地安人」以劃定刑事案件管轄權界線。不同於最高法院於 *Oliphant* 案件和 *Duro* 案件中(*Duro v. Reina*, 495 U.S. 676, 694 (1990)) 先後以「種族」(racial) 和「成員」(member) 作出之區分²¹⁰，Rolnick 主張藉由「是否與部落有充分聯繫」(sufficiently affiliated with) 之定義方法以認定管轄權區分標準之「印地安人」，並稱之為「社區／部落認定標準」(the community recognition)²¹¹。於拉丁美洲文獻中亦可看到類似看法，承第四章所述，厄瓜多原住民領袖表示部落之司法將適用於領域內之原住民與非原住民間紛爭²¹²，然而學者 Julio Cesar Trujillo 認為應區分情況而論，若是一個居住在部落內且實行原住民生活方式之非原住民，那麼應歸由原住民司法權管轄；但如果該非原住民只是路過該地而犯下犯行，那麼應該由國家司法來處置²¹³。此種處理方式與 Rolnick 透過「是否充分與部落有連繫」之區分方式如出一轍。本文認為，若個案中出現「具有法定原住民身份但與原住民族部落關係淡薄」、或是「不具有法定原住民身分但與原住民族部落關係深厚」此二情形並因此滋生管轄權爭議，則關於其司法管轄權之認定，此「社區／部落認定標準」應得做為參考準據之一。不過，此標準是否得以一體適用領域外之案件類型，由於文獻中並未對此提及，此留待後續檢討分析。

由司法機關在個案中決定原住民(族)身分別之見解並非本文首見，先前已有論者主張若行政機關因怠惰或故意不作為而未將某原住民族列為「族別」之一，作為司法機關的法院本可自行依據法律認定原住民族，且就個人的身分認定問題適用《原住民身分法》，而認定某一未被行政機關列入「族別」之原住民族的族人具有原住民身分²¹⁴，本文亦採取相同見解。在加拿大實務上，對於自我認為印地安人、但不符合法定要件而不具有印地安人身分者，稱呼其為「無身分印地安人」(Non-Status Indians)，與「有身分印地安人」在若干權利義務上有差別，而自從 2016 年加拿大最高法院作出認定聯邦政府對於梅蒂斯人與無身分印地安人均有管轄權之判決後，聯邦政府從此對於他們也負有如同對於有身分印地安人

²⁰⁹ 何書雅，前揭註 86，頁 180。

²¹⁰ 論者批評前者一方面過度寬鬆(涵蓋了具有印地安人身分、但對於部落完全陌生之人)，另一方面也過度狹窄(排除了所有不具印地安身分之人，不論該人與部落之關連程度)；後者則錯誤地排除了所有的非印地安人、來自其他部落的印地安人、不符合該部落註冊標準的印地安人、符合標準但還沒有去註冊的同部落印地安人、以及自願或非自願而沒有註冊但仍居住於部落內的印地安人。詳參：Addie C Rolnick, *Tribal Criminal Jurisdiction Beyond Citizenship and Blood*, 39 AILR 2, 337, 447-448(2014)。

²¹¹ *Id.* at 345-346.

²¹² “Efrain” (interview), 13 March 2014. 轉引自：Ruiz-Chiriboga, *supra* note 169, at 17.

²¹³ Julio Cesar Trujillo, academic (interview), 12 February 2014. 轉引自：Ruiz-Chiriboga, *supra* note 169, at 17.

²¹⁴ 王泰升、陳怡君，前揭註 192，頁 11。

與因紐特人之義務²¹⁵。藉由加拿大的經驗，本文認為不妨亦稱呼符合上開原住民（族）定義、但不符合我國法定原住民（族）要件者為「無身分原住民」，並在司法權議題上以原住民之地位身分對待之。由於司法權劃分當中的屬人管轄認定並不具有終局決定行政體系內原住民（族）地位之效力，故為求程序快速以及擺脫錯誤法規之桎梏，本文認為將個案中的認定機關交由司法體系之裁判權爭議解決機構、而非行政體系之主管機關應為妥當。當然，釜底抽薪之計仍是盡速修正我國相關法制以符合國際水準。

以下續以紛爭案件發生在原住民族傳統領域內與外，分別論述當事人身分之不同對於審判權歸屬所可能造成的影響，而後續提及「原住民」之認定方法即依循本文前揭見解。

二、領域管轄內

若為發生在原住民傳統領域內之刑事案件，依照加害者與被害者之身分或法益種類，可以分成以下幾種類型：

編號	侵害者	受侵害者／法益
1	原住民	原住民
2	原住民	非原住民
3	原住民	社會或國家
4	原住民	原民社會
5	非原住民	原住民
6	非原住民	非原住民
7	非原住民	社會或國家
8	非原住民	原民社會

原則上，基於領域管轄為司法管轄權之最低保障，原住民族權力機構對於發生在原住民族傳統領域內之所有犯行均應享有管轄權。惟承先前所述，本文在事務管轄上認為部分犯罪類型應例外歸由國家司法管轄較為妥適，是故於上表編號 3、7 之情形即有部分案件應交由國家處理。而若搭配我國現行刑法第 5 到第 8 條管轄權之規定並立於國家司法權之觀點，以下三種情形國家可依各理論基礎主張管轄權：一、在「國籍原則」下，非原住民在原住民族傳統領域內傷害非原住

²¹⁵ 儘管在細部內容上仍非享有同等權利，且有指摘從該最高法院作成後迄今仍未實質促成重大改變，然而此對於梅蒂斯人與無身分印地安人而言仍為一個歷史性的重大勝利。相關新聞參照：Chelsea Vowel, *What a landmark ruling means — and doesn't — for Métis, non-status Indians*, CBC News (Apr. 16, 2016), <http://www.cbc.ca/news/indigenous/landmark-supreme-court-decision-metis-non-status-indians-1.3537419>; CBC News, *A year after landmark ruling, Métis, non-status Indians chart way forward* (Mar. 21, 2017), <http://www.cbc.ca/news/canada/ottawa/daniels-symposium-metis-non-status-1.4034131>.

民或國家或社會法益，並限於特定犯罪類型（上表編號 6、7）；二、在「被動國籍原則」下，原住民在原住民族傳統領域內傷害非原住民，且限於所觸犯者為重罪者（上表編號 2）；以及三、在「保護原則」下，原住民在原住民族傳統領域內傷害國家或社會法益，並限於重大法益者（上表編號 3）。

於以上三種情形中，本文在事務管轄之例外規定應已可涵蓋第一與第三種類型犯罪，因此僅餘第二種情形、亦即為上表編號 2 的犯罪類型，以及「國籍原則」下非原住民之間在原住民族傳統領域內所發生犯行（上表編號 6）之情形需討論管轄權歸屬，而此時即為典型之管轄權競合。為了兼顧法安定性與明確性，本文認為應盡量事先訂立相關規定以決定在何種犯罪類型下（刑度或罪名）國家司法例外享有管轄權，並應注意上開三原則相對於屬地原則所具有的補充性質。至於表格內其他情形，國家即不得主張享有管轄權，因此原住民族傳統領域內之管轄權歸屬將如下表：

表 5-1 傳統領域內之管轄權歸屬

編號	侵害者	受侵害者／法益	管轄權	備註
1	原住民	原住民	原住民	
2	原住民	非原住民	原住民或國家	被動國籍原則
3	原住民	社會或國家	原住民或國家	保護原則；事務管轄之例外
4	原住民	原民社會	原住民	
5	非原住民	原住民	原住民	
6	非原住民	非原住民	原住民或國家	國籍原則
7	非原住民	社會或國家	原住民或國家	國籍原則；事務管轄之例外
8	非原住民	原民社會	原住民	

※表格來源：筆者自行製作

三、領域管轄外

若為發生在原住民族傳統領域外之刑事案件，依照加害者與被害者之身分或法益種類，同樣可以分成以下幾種類型：

編號	侵害者	受侵害者／法益
1	原住民	原住民
2	原住民	非原住民
3	原住民	社會或國家
4	原住民	原民社會
5	非原住民	原住民
6	非原住民	非原住民
7	非原住民	社會或國家
8	非原住民	原民社會



與前開發生在原住民族傳統領域內之犯行不同的是，於前者之討論，原住民族乃是**原則上具有司法權、例外則否**；此處之犯行則是發生在原住民族傳統領域外，則原住民族變成**原則上不具有司法權、例外始有**，而此例外亦應建立在前開涉外或治外法權管轄權原則下：一、在「國籍原則」下，原住民在傳統領域外傷害原住民個人或原住民族集體法益，並限於特定犯罪類型（上表編號 1、4）；二、在「被動國籍原則」下，非原住民在傳統領域外傷害原住民，且限於所觸犯者為重罪者（上表編號 5）；以及三、在「保護原則」下，非原住民在傳統領域外傷害原住民族集體法益（上表編號 8），並限於重大法益者。

於以上三種情形中，本文在事務管轄之例外規定應已可涵蓋第一與第三種類型犯罪，因此僅餘第二種情形、亦即為上表編號 5 的犯罪類型，以及「國籍原則」下原住民之間在原住民族傳統領域外所發生犯行（上表編號 1）之情形需討論管轄權歸屬。此時之解決方式應與傳統領域內之管轄相同，亦即應於雙方協商後，將例外歸於原住民族司法權管轄之犯罪類型明訂於法規當中，至於上表其他情形（編號 2、3、6、7）則交由國家刑事司法管轄權處理。於此需再度強調，即使依照涉外法權管轄權原則，原住民族得對於傳統領域外之事件例外地享有管轄權，惟原住民族若不欲主張管轄，亦非國家所得以強迫實行者，對渠等案件即應回歸國家司法體系處理。而縱使案件歸屬國家司法權管轄，若行為人具有原住民身分，國家仍應在主流司法系統的法院中提供必要協助措施。

表 5-2 傳統領域外之管轄權歸屬

編號	侵害者	受侵害者／法益	管轄權	備註
1	原住民	原住民	國家或原住民	國籍原則
2	原住民	非原住民	國家	
3	原住民	社會或國家	國家	
4	原住民	原民社會	國家或原住民	國籍原則；事務管轄之例外
5	非原住民	原住民	國家或原住民	被動國籍原則
6	非原住民	非原住民	國家	
7	非原住民	社會或國家	國家	
8	非原住民	原民社會	國家或原住民	保護原則；事務管轄之例外

※表格來源：筆者自行製作

第二款 原住民司法實踐之限制

聯合國原住民族權利宣言要求原住民包含司法權在內之實踐必須符合國際人權標準，例如第 34 條規定（底線為本文所加）：「原住民族有權根據國際人權標準，促進、發展和保持其體制架構及其獨特的習俗、精神性、傳統、程序和做法，以及已有的司法制度或慣例」、第 46 條第 2 項規定：「在行使本宣言宣佈的權利時，應尊重所有人的人權和基本自由。本宣言規定的權利的行使，只應受法律規定的限制和受根據國際人權義務規定的限制。（後略）」。²¹⁶ ILO 第 169 號公約對原住民習慣法與各類制度之限制亦僅有不可以違反基本人權而已，且強調對於人權之定義和詮釋必須依據跨文化對話（intercultural-dialogue），不能建立在單一文化來源或者是單一體系上。

跨文化對話之過程並不否定現存的國際人權標準，反而認為有充分的理由去接受並採用這些人權標準。理由在於，以現存標準的架構與特定條款作為參考點（亦即，作為某種待辯論、贊同、否定或修改的事物）是非常有用的，當學者及社運人士試圖在其各自社會中發展及實行更具文化正當性的標準之際，他們可以由現存的標準與機制中獲得一些保護²¹⁶。不過現行國際人權標準就像所有規範性原則一般，必然基於特定的文化及哲學假設，而在經濟、科技、知識及其他領域之連結下，主要是「西方」霸權者深刻地影響了世界上其他地區的統治菁英、學者及社會運動者。是故，為了要增進人權在全球的文化正當性，必須試圖透過現有的國際標準進行詮釋性閱讀，盡量推導出一個普世的概念。每個人都必須從各自的文化著手，盡可能在國際標準與文化規範價值之間搭起溝通的橋樑。文化不論是在內部或是對外部力量之回應上皆是處於動態且不斷改變的，是故文化內永

²¹⁶ Abdullahi Ahmed An-Nacim（著），潘欣欣、倪世傑（譯）（2008），〈緒論〉，Abdullahi Ahmed An-Nacim（編），《跨文化的人權觀點》，頁 5-6，台北：韋伯。

遠有另類的資源及立場，比那些被認為有問題的文化更為接近現有的國際標準²¹⁷。簡言之，應該藉由重新詮釋基本人權價值與規範之內涵與跨文化對話之過程，擴大並深化人權之普世共識，而不是滿足於找出當前人權的最小公約數²¹⁸。

當實行以原住民習慣（法）為基礎之法律／司法系統時，最重要的事情是國家不可以事先認為國家法是「較佳的」與「具優越地位的」，否則這就會對於原住民自治造成立即而險峻的障礙。之所以設計一套使得原住民得以使用自身習俗之機制，並非因為該等習俗／習慣法「比較好」（better），而是「對他們比較好」（better for them）。此理論建立在，每一個社會都應該能夠建構自己的法律，以自己的最佳利益為優先並據此實踐之²¹⁹。然而在增進原住民法律自治之承認同時，亦須維護人權標準²²⁰，而世界人權宣言應可以作為人權標準之參考工具。以懲罰手段為例，世界人權宣言第 9 條規定：「任何人不得被任意逮捕、拘禁或放逐」，因此當原住民社會可以自由地選擇任何懲罰模式之同時，他們所決定的方式仍有不可以出於「任意」（be arbitrary）之限制²²¹。另有其他論者支持以世界人權宣言作為參考標準之見解，其認為在世界人權宣言第 1 條及序言中所設想的人權承諾有著開放式的道德混合社會歷史的理性，而這點可以強化人權的跨文化正當性，因為它展現了動態的正當化途徑，並且從一開始就傾向謹慎處理不同的、甚至衝突的文化、宗教與政治傳統。立基於這個正當化途徑，所有的規範性傳統都可以用來支持普世人權，只要它能尊崇與生俱來的自由及人類尊嚴平等，並且要能促進對現代世界體系及其動能相關面向的珍視²²²。

研究玻利維亞之論者主張，為了確保原住民的司法系統符合人權與憲法，方法不應該是由國家領導，而應該是由原住民權力機構主導，國家司法部門、多元民族憲法法院與玻利維亞法學院等協助。這些政府部門應該以以下方法執行：一、強化玻利維亞的原住民法律系統；二、保護在原住民司法系統中的個人人權；三、實踐法律多元主義，讓不同的法律系統可以發揮作用。「如果具有充分的來自國家（原住民、法務部、法學院、司法議會以及多元民族憲法法院）的公共政策，我們相信原住民司法權之實踐並不會被給予超越人權標準的優先權」²²³。在我國

²¹⁷ Abdullahi Ahmed An-Nacim（著），潘欣欣、倪世傑（譯）（2008），〈結論〉，Abdullahi Ahmed An-Nacim（編），《跨文化的人權觀點》，頁 502-507，台北：韋伯。

²¹⁸ Abdullahi Ahmed An-Nacim（著），潘欣欣、倪世傑（譯）（2008），〈從跨文化取徑來界定國際人權標準——殘忍、不人道或有辱人格的待遇或處罰的意義〉，Abdullahi Ahmed An-Nacim（編），《跨文化的人權觀點》，頁 24，台北：韋伯。

²¹⁹ Lindsay Short, *Tradition versus Power: When Indigenous Customs and State Laws Conflict*, 15 CHI. J. INT'L L. 376, 401 (2014).

²²⁰ *Id.* at 379.

²²¹ *Id.* at 403-405.

²²² Tore Lindholm（著），潘欣欣、倪世傑（譯）（2008），〈人權文化正當性研究的展望：以自由主義與馬克思主義為例〉，Abdullahi Ahmed An-Nacim（編），《跨文化的人權觀點》，頁 471，台北：韋伯。

²²³ Israel Leonardo Patzi Condori(2017). *Administration of indigenous justice: limits and scope of indigenous legal systems based on the plural control of constitutionality of the Plurinational Constitutional Court of Bolivia*, at 101-103. Master's thesis, University of San Martin, Argentina.

國內法上可以藉由論者對於《涉外民事適用法》第 8 條之討論作借鏡，該條規定：「依本法適用外國法時，如其適用之結果有背於中華民國公共秩序或善良風俗者，不適用之」。所謂「公共秩序或善良風俗」，乃彰顯一國社會群體的價值觀與法律文化，而其概念內涵不僅自歷史傳統長久積累，更會受到社會發展及其他不同文化衝擊而有變遷。惟即便在同一社會群體中，文化意識推移革新的速度仍有差異，因此法院在解釋目前內國社會公序良俗時，有可能置入自己固有的價值觀，而忽視內國社會文化可能已經有更新、更多元的發展，導致未能客觀地檢視所謂公序良俗的真貌，而易有以自身價值觀過度限制外國法適用之情形²²⁴。對此之解決方法，論者提議透過學說或判例發展，建立基本權於國際私法領域中所必須適用的最低標準保障清單，且此清單是由各文明國家所共同承認，而不僅僅是一套「西方」的標準²²⁵。

綜合以上見解，本文認為透過國際公約等國際人權標準，再搭配跨文化詮釋與對話之觀點，可作為施加原住民族司法制度之限制基準，蓋基本權利之保護規範應當適用於所有法領域而無例外²²⁶。至於國際人權標準與原住民族習慣若發生衝突時，以最常被提及之性別平等議題而言，我國學者首先指出，依據 Vicki Jackson 所提出之分析，內國憲法與國際法或外國法之關係可以分成抗拒（resistance）、涉入實踐（engagement）與匯流模式（convergence）。相較於我國蔚為主流之匯流模式——亦即認為內國憲法之解釋應與國際法一致，學者認為涉入實踐模式應較為妥當，亦即不把國際法或外國法視為應遵守或應排拒的權威，而是強調法官審議思辯憲法規範的能力，致力於司法審議，並以開放性的態度面對自國法律的自我理解（self-understanding）與跨國法的關係。其理由包括憲法文本作為實證法的涉入實踐必要性、基於實用主義（pragmatism）或結果主義（consequentialism）的考量、認為法是一種探究（inquiry）的形式、以及將憲法視為在地與全球的調和介面等等²²⁷。

在涉入實踐模式下，學者討論了如何回應性別平等與習俗傳統的差異難題。以多元文化主義和女性主義之關係為例，相較於要求必須在二者中選擇其一的選擇論（the choice approach），另有認為二者主張並非必然互斥而有相容可能性之可相容論（the compatible approach）²²⁸，其中又可再區分為極小化文化論（the

²²⁴ 黃怡珊（2016），《涉外婚姻事件準據法決定適用與承認之研究－以婚姻成立之實質要件為中心》，頁 80，國立成功大學法律學系碩士論文。

²²⁵ 許耀明（2009），《國際私法新議題與歐盟國際私法》，頁 173，台北：元照。

²²⁶ 許耀明，同前註，頁 160。

²²⁷ VICKI JACKSON, CONSTITUTIONAL ENGAGEMENT IN A TRANSNATIONAL ERA (2010). 轉引自：陳昭如，差異的難題：以性侵害和習俗傳統為例論性別人權公約的涉入實踐，人權公約與我國憲法解釋研討會，司法院大法官主辦，頁 65-67（2015 年 12 月 5 日）。

²²⁸ 分類方法來自：Oonagh Reitman, *Multiculturalism and Feminism: Incompatibility, Compatibility, or Synonymity?*, 5(2) *Ethnicities* 216, 216-247 (2005); Karen Knop, Ralf Michaels & Annelise Riles, *From Multiculturalism to Technique: Feminism, Culture, and the Conflict of Laws Style*, 64 *Stan. L. Rev.* 589, 589 (2012); Sarah Song, *Majority Norms, Multiculturalism, and Gender Equality*, 99 *Am. Pol. Sci. Rev.* 473, 473 (2005). 轉引自：陳昭如，同前註，頁 77。

minimizing culture approach) 和轉化文化論 (the transforming culture approach)，前者質疑普遍性的主張並主張解構文化，因此較不傾向於以文化作為平等的可能資源，而希望盡量弱化、取代或極小化文化主張；後者同樣採取文化的反本質主義 (anti-essentialism) 觀點，但仍然看重文化的角色並更加強調文化的可塑性，主張透過（特別是由群體內部出發的）文化的轉化，來協調差異與平等的難題。轉化文化論的脈絡下，Leti Volpp 認為，將多元文化主義與女性主義加以對立，就是將女性主義等同於人權、將文化等同於性別壓迫的錯誤對立，其預設了女性主義不需要考量少數文化的權利，而多元文化主義則不關心女權。因此，Volpp 認為應以反臣屬 (anti-subordination) 為目的，策略性地提出文化主張²²⁹。也有的研究者從管轄的模式著手，例如 Ayelet Shachar 提議一種聯邦主義式的多元取徑，她將之稱為共同治理 (joint governance) 或「轉化的容納」(transformative accommodation) 之多元文化管轄模式，依據事務的性質區分管轄，將部分權力交由少數社群的自治來強化其文化價值，部分權力交由國家來促進女性主義價值²³⁰。Catharine A. MacKinnon 也採取一種雙軌的多元取徑，主張一種共通法與社群法雙軌並行的模式，社群可以決議採用共通法之全部或一部，女性可以選擇適用何種準據法，亦即可以選擇退出 (opt out) 社群法而選擇適用 (opt in) 共通法²³¹。

在選擇論、極小化文化論與轉化文化論當中，論者認為以轉化文化論最為可採，蓋此理論較能尋求適當的平衡，兼重承認與重分配，不以文化交換平等，但也不因文化而犧牲平等。承認文化的可塑性，重視的是培力文化中的弱勢，這包括相對於優勢文化的弱勢文化、以及弱勢文化中的弱勢者。從轉化文化論的立場，性別平等與習俗傳統的關係就不是價值衝突的二擇一問題，藉此可以對憲法第 7 條與增修條文之肯定多元文化與積極維護發展原住民族語言及文化條款做出整全性的解釋，讓多元文化與平等成為可以並存的價值²³²。

綜上所述，本文認為原住民族執行司法的權力機構不可以違背以跨文化觀點詮釋與轉化文化論底下的基本人權保障，而對於原住民族司法權之實踐亦僅可施加「應符合人權標準」之限制而已，亦即我國法律不應對原住民族權力機構課以超越普通司法權所需遵守程度之限制。事實上，依據原住民族委員會委託學者製作之「原住民族傳統習慣規範調查與評估納入現行法制研究」報告關於各族犯罪與

²²⁹ Leti Volpp, *(Mis)Identifying Culture: Asian Women and the 'Cultural Defense'*, 17 Harvard Women's Law Journal 57, 57-101(1994); *Talking 'Culture': Gender, Race, Nation, and the Politics of Multiculturalism*, 96 Columbia Law Review 1573, 1573-1617(1996); *Blaming Culture for Bad Behavior*, 12 Yale J.L. & Human. 89, 89-116(2000); *Feminism Versus Multiculturalism*, 101 Columbia Law Review 1181, 1181-1218(2001). 轉引自：陳昭如，同前註，頁78-79。

²³⁰ Ayelet Shachar, *Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women's Rights* (2001). 轉引自：陳昭如，同前註，頁 79-80。

²³¹ Catharine A. MacKinnon, *Sex Equality Under the Constitution of India Problems, Prospects, and "Personal Laws"*, in *Are Women Human? : And Other International Dialogues*, 120, 120-138 (2007). 轉引自：陳昭如，同前註，頁80。

²³² 陳昭如，同前註，頁 80-83。

處罰習慣之敘述，原住民族大多已經順應社會而修正過往習俗，懲罰措施上重視加害者之悔過、對被害者之補償以及和平之修復²³³，甚至可以說比起我國現行主流刑事司法制度更無侵害人權之疑慮。威爾·金里卡亦觀察到，就大多數情況而論，西方民主國家的種族文化團體事實上並不尋求限制自己成員的基本自由，也不試圖阻止自己的成員去質疑和修正傳統慣例和習俗。例如，當原住民在更大社會裡的政治制度中尋求特殊的團體代表權時，他們的目標是確保自己的利益會在更大社會的決策中被納入考慮，而不是在自己的團體中限制不同意見²³⁴。

而即使出現原住民習慣法與基本人權可能衝突的情形，ILO 第 169 號公約第 8.2 條規定解決此衝突之程序必須是在跟原住民諮詢之後才能建立，並且必須要能確保對於事件及法律本身的**跨文化詮釋**，以彰顯這些國家憲法中對於多樣性的權利（the right to diversity）之承認。在具體實踐上，承第四章所述，玻利維亞乃由原住民族司法機構向多元民族憲法法院尋求意見，厄瓜多則是由認為自身權益受侵害之原住民個人向國家體系要求做出判斷，以原住民個人人權保障的觀點而言，當以後者為佳。至於應由何等機構決斷個案中是否有人權侵害，本文認為應與處理裁判權爭議之機構相同，是故欲於下一款一併論述之。論者指出，最終面對國家法律與族群法域規範衝突情況時，法院必須與系爭族群法域之規範本質搏鬥，且法院也需要真切地闡述最後拒絕服從族群法域規範的原因，首要了解族群法域規範內容，再進一步闡述法律規定面向應為何。重要的是在法律衝突時，核心價值並非在消除族群，而是解決紛爭與取得平衡，且不一味使國家公權力的手介入否定族群規範²³⁵。若為一個有可能構成人權侵害、同時亦屬於原住民法律實踐的要素之事件，有主張此時應思考該法律實踐在部落中是否被廣泛知悉與接受，如果越少人知悉或接受，某種程度上就意味著為了保障人權而取締（outlaw）該法律實踐就越可以被接受，因為一方面侵害到原住民自治的程度不高，另一方

²³³ 以排灣族為例，對於生命及身體相關犯罪之最高處理原則為保障加害者之生命權、以及盡力補償被害者（或其家屬）之損失。財產法益部分以竊盜行為為例，處罰通常是遭團主、當事人責罵，且必須歸還當事人其所竊取之物，若情況嚴重就會涉及到罰財。詳參：羅國夫（2008），〈排灣族傳統習慣探討〉，高德義、石忠山、羅國夫、楊逸翔、楊鵬穎、權皓翔（編），《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》，頁 51-55，台北：原住民族委員會；再以賽德克族為例，早期賽德克族對於領域的觀點很強烈，只要有異族侵入到部落的領域，最嚴重的就是透過「出草」以衡平部落間的秩序。然而時至今日，**出草被普世人權價值所否定，部落也在這快速轉換的時代中重新獲得新的適應模式**。過去部落以 gaya/waya 作為行為規範，若做錯事族人間會有一項「禁止令」，如違反了打獵的規矩，即禁止一段時間不能上山打獵，而若行為太過嚴重，就需要有陪祭犧牲儀式作為道歉，由頭目主持、雙方互相協調，對方損失多少就要賠償多少，主要以畜牧、家禽或是作物作為賠償，或者以換工的方式作為賠償。但通常部落裡很少人違反規矩，因為巫師在族人間的地位相當崇高。詳參：蔡志偉 Awi Mona、潘英海（2011），《原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制研究：賽德克族》，頁 44-47、63-64、119，台北：原住民族委員會。

²³⁴ Will Kymlicka（著），劉莘（譯）（2003），《當代政治哲學導論》，頁 444，台北：聯經。

²³⁵ 張文仔（2015），《屬人法衝突—適用族群習慣為準據法之理論與實踐》，頁 64，國立清華大學科技法律研究所碩士論文。

面也同時保障了人權²³⁶。

第三款 原住民與普通司法裁判權之競合關係

在兩股司法權之互動關係上，首要處理的是裁判權爭議問題。以民事案件國際裁判管轄制度為例，由於各國對於涉外案件之國際裁判管轄乃依各自之決定基準為之，致使同一案件數國法院皆具有管轄權之情形時常發生，倘當事人就相同訴訟分別向不同國家法院起訴，此時即發生「國際裁判管轄權競合」，而英美法系國家對此之應對方式為十九世紀所發展出的「不便利法庭原則」(forum non conveniens)。詳言之，於涉外訴訟中，由於原告可任擇一國法院提起訴訟，依合理的推論，原告必選擇對自己有利而對被告不利的法院提起訴訟。然而，若審理此案將給當事人及法院帶來種種不便，從而使司法的公正性以及紛爭解決的迅速與有效性無法保障，此時若在他國存在著對該訴訟同樣具有國際裁判管轄權的法院，則原法院可以以其為不便利法庭為由，依職權或依被告的請求裁量決定拒絕行使對本案的國際裁判管轄權²³⁷。

相對而言，大陸法系採取的是「承認預測說」或「停止訴訟說」，我國《民事訴訟法》第 182 條之 2 採取的是承認預測說的精神，但是在做法上則是採取停止訴訟說²³⁸。日本近幾年民事訴訟法修法則另闢蹊徑，除了於新法第 3 條之 2 到第 3 條之 8 明定國際裁判管轄之管轄原因，以確保當事人之預見可能性及法安定性之外，同時為兼顧「個案的具體妥當性」，於第 3 條之 9 條賦予法院裁量權，使其得在日本法院依法具有國際裁判管轄權之個案中，進一步針對事案之性質、被告應訴所生之負擔、證據之所在等因素加以考量，若認為由日本法院審理及裁判將有害當事人間之公平，或有妨礙適當且迅速審理之實現的特別情事存在時，即得駁回該訴訟，被稱為「特別情事論」²³⁹。一般認為，此「特別情事論」與英美法體系中的「不便利法庭原則」極為類似，都是用以修正過份擴張之管轄規則的個別調整手段²⁴⁰。

相對於以上民事案件，刑事管轄亦是國家主權之直接功能之一，而一個國家為維繫其主權獨立，通常不願其他國家在其法域內有涉外管轄權主張。惟犯罪無國界，涉外管轄權行使往往導致多國競合管轄，在刑事政策上，國際間刑事司法互助合作已成今日有效打擊刑事犯罪之一項重要有效機制。目前主要處理方法包

²³⁶ Short, *supra* note 219, at 405.

²³⁷ 吳光平 (2007)，〈國際私法上國際裁判管轄發展之新趨勢〉，《軍法專刊》，53 卷 3 期，頁 128-129。

²³⁸ 吳光平，同前註，頁 130-131。民事訴訟法第 182 條之 2 第 1 項：「當事人就已繫屬於外國法院之事件更行起訴，如有相當理由足認該事件之外國法院判決在中華民國有承認其效力之可能，並於被告在外國應訴無重大不便者，法院得在外國法院判決確定前，以裁定停止訴訟程序。但兩造合意願由中華民國法院裁判者，不在此限」。

²³⁹ 何佳芳 (2016)，〈從日本民事訴訟法之修正論國際裁判管轄規則法制化〉，《輔仁法學》，52 期，頁 178-179。

²⁴⁰ 何佳芳，同前註，頁 154-156。

含：一、依照現行已發展出之習慣國際法管轄權原則之法理(jurisdiction of general principles of international law) 審酌決定之；二、國家間可制定雙邊或多邊條約以決定在何種情況下何國有優先管轄權²⁴¹。

綜合上述，在民事領域(國際私法)，國際裁判管轄權制度已從重視以公平、有效、經濟為基礎之裁判機能，轉向為以保障利害關係當事人權利之正義理念加以修正²⁴²，於此有不便利法庭原則、承認預測說、停止訴訟說或特別情事論等理論得以適用；而在刑事領域(國際刑事裁判制度)，一般刑法管轄權的競合亦無習慣國際法規定優先順位(除非條約針對特別事務領域規定專屬管轄，例如1982年海洋法公約)，國際實踐上多由領土管轄優先之情況亦不代表有其他聯繫因素的國家就失去了管轄權，解決方案多尋政治外交途徑。若回歸到平等司法共治架構下的原住民族司法權劃分，其與國家司法權之間的競合管轄或爭議處理將近似於上開國際私法或國際刑事裁判權之解決模式。本文認為，在裁判權劃分上，為了調和法安定性與個案具體妥當性，我國除應立法將與管轄權區分原則明文化之外，在遇有競合管轄或管轄權爭議的情形應以**利益衡量說**之觀點綜合評斷之。此模式即類似於修正後之日本民事訴訟法，亦即原則上依照法規決定裁判權歸屬，同時賦予法院裁量權以調整個案裁判權歸屬。不過此時除主流系統之法院與原住民族司法權力機構得於權衡後駁回特定案件外，本文主張另設置一中立機構享有管轄權之最終決定權，以杜爭議。

參考論者見解，利益衡量之具體考量因素包含：是否具充分牽連、證據方法是否集中、判決是否具實效性、平衡原被告之利益(原告是否相對弱勢、被告應訴負擔等)、以及法院地實踐國際公法上的基本人權價值(指以實踐國際公法上基本權價值為由具有裁判管轄權)。其中需特別注意最後一原則之適用必須具備最後手段性與例外性，唯有在符合以下二個條件的情況方得以此作為具國際裁判管轄權的基礎：第一，須系爭案件之行為明確為國際條約或習慣國際法所肯認之嚴重侵害基本人權的犯罪行為；第二，須法院地法對受害人能提供較有利的保護，例如在舉證責任、責任構成、賠償範圍、消滅時效等方面²⁴³。另參考國際刑事管轄權制度處理競合管轄之方法，學者 Ian Brownlie 認為決定何一國家管轄權具優先性、或者決定何時一個國家行使管轄權不致侵犯到其他國家之主權之要件包含：一、國家行使管轄權必須具備和案件事務的實質和真實連結(substantial and bona fide connection)；二、其他國家的內國和領土管轄不能被侵害；三、必須符合包含適應性(accommodation)、共同性(mutuality)及比例性(proportionality)要素在內之原則等²⁴⁴。其中第二要件為主要審酌因素，其次為第三要件²⁴⁵。對照到

²⁴¹ 陳守煌、陳荔彤，前揭註187，頁7-12。

²⁴² 吳光平，前揭註237，頁124-125。

²⁴³ 吳光平(2006)，〈國際裁判管轄權的決定基準－總論上方法的考察〉，《政大法學評論》，94期，頁298-310。

²⁴⁴ BROWNIE, *supra* note 165, at 311-312.

²⁴⁵ 陳守煌、陳荔彤，前揭註187，頁38-39。

原住民族司法權範圍之認定上，本文認為對於不侵害他者主權之強調即意味著必須特別注意個案是否屬於原住民族自治／自決權之範圍，以作為整體利益衡量考量基準之核心。

以【鄒族頭目蜂蜜案】為例，在原住民族的觀點中，此為「原住民族的集體權利為受害法益、非原住民為加害人」之事件，然而在國家體系的傳統觀點中，立場則轉換為「原住民個人為加害人、非原住民為受害人」，因此在司法權之歸屬上難以期待達成共識。然而，此事件發生在原住民族傳統領域內，而原住民族既已主張此涉及該族的傳統領域管理權或集體財產權等概念，且此等主張並非空穴來風而是有所憑據，則縱使該拿取蜂蜜之非原住民至國家司法體系欲主張自身「權利」，國家司法體系亦應鑒於本案涉及高度的原住民族文化與自治／自決概念，而將案件移交由原住民族司法機構處理。事實上，承第四章所述，厄瓜多在該國之《司法組織法》第 344 條甚至規定了「當一個案件出現裁判權爭議時，應該選擇原住民司法審判體系」之「原住民裁判權優先性」原則，本文認為此亦可列入我國未來檢討方向。

至於處理裁判權爭議與原住民族司法體系侵害人權疑慮之機構，玻利維亞乃設立多元民族憲法法院應對之，該憲法法院乃由七名法官組成，其中原住民必須至少占兩名。相對而言，厄瓜多並未另設一審查機構，而是於《司法組織法》第 345 條建立了原住民權力機構向普通法院要求放棄管轄之程序。而在人權保護議題上，威爾·金里卡指出，美國在討論到印地安部落法院與權利法案之關係時，美國自由主義者通常認為應由聯邦最高法院審查部落法院是否遵循權利法案之保障規定，但印地安人大多希望有一個國際機構以監督美國政府（包含最高法院在內）是否尊重條約所規定之少數群體權利。而威爾·金里卡認為最佳辦法是所有政府——包括主流群體和少數群體——都接受某種形式的國際審查，亦即由主流群體控制的聯邦法院無論對印地安人的個人權利還是少數群體權利都不是最終判決者。「法庭應公平地擁有雙方的代表，一方面需要提出有效的機制，使少數民族政府對個人所受待遇負責，蓋包含少數民族自治權在內的任何政治權力都需要遵守這些原則，但是我們同時需要想出有效機制以使大社會負起尊重少數群體權利之責任」²⁴⁶。

若在我國嘗試尋找類似機制，由於目前並無一立於與國家司法機構平等地位之體系存在，是故僅有國家一元司法內不同法院體系間之例。參照普通法院與行政法院間審判權衝突之處理模式（《民事訴訟法》第 31 條之 2、第 182 條之 1 與《行政訴訟法》第 12 條之 2），關於審判權之消極衝突，行政／普通法院若認為其無管轄權，必須以裁定移送普通／行政法院，並允許當事人對於法院裁定得提出抗告聲明不服，而法院在為裁定前必須先徵詢當事人之意見。在該移送訴訟之裁定確定後，若受移送之普通／行政法院亦認其有審判權則無問題，惟若其認無

²⁴⁶ 以上整理自：Kymlicka，前揭註 146，頁 162-167。

審判權時，原則是藉由聲請大法官會議解釋以解決此爭議，例外於法律有特別規定時允許當事人合意直接由普通法院審理。若經大法官會議認受移送之普通／行政法院並無審判權，其亦不得逕以裁定駁回，而必須將該訴訟再以裁定移送回有審判權之行政／普通法院。而若為審判權之積極衝突，如該法院認其有受理訴訟權限而為裁判確定者，則其他法院即應受該裁判之拘束，不得再為相反之認定而行使審判權。

綜合上述，關於裁判權與人權侵害爭議處理機構，玻利維亞乃在國家體系內另設一屬於司法權下的解決機構，並在人員組成上設立原住民法官席位；厄瓜多則是賦予原住民司法權威機構向普通法院主張自身具有審判權之權利，惟最終決定權仍掌握在普通法院手中；論者對美國之建議則是提升到國際層次，由類似歐洲人權法院之國際法庭同時審視國家與原住民族權力機構是否遵守人權；而我國在民事與行政案件審判權爭議之處理上，原則上由審判權爭議雙方法院自行裁定，並允許當事人以抗告表示不服，若裁定確定後仍無法達成共識則聲請大法官會議解釋。本文認為，由於原住民司法審判權之議題涉及原住民族自決權與文化特殊性，若由主流體系獨享最終決定權，則仍有文化霸權宰制之疑慮，而超國家機制對於我國而言較不現實，因此欲主要參照我國既有處理審判權爭議之相關規定與玻利維亞之機制。

亦即，本文主張關於審判權積極與消極衝突之處理流程沿用現行制度，制定類似《民事訴訟法》第31條之2、第182條之1與《行政訴訟法》第12條之2之規定，而在無法形成共識時之最終決定機構的建置上，本文不採取「憲法原住民族專章草案」在原住民族自治權限爭議上交由司法院大法官處理之模式²⁴⁷，而認為應在司法院底下另設一類似多元民族憲法法院之特殊法庭或會議機制，專門審理原住民司法審判權之爭議以及人權侵害疑慮之案件。此法庭／會議之組成人數可再進行細部討論，惟本文認為具有原住民族身分者應佔一半以上，而不具備原住民族身分者應在原住民族相關領域有所涉獵，例如人類學、歷史學、法學、民族學等。而雖然關於裁判權爭議之審理機構，本文選擇玻利維亞模式之多元民族憲法法院，但人權侵害爭議處理上則欲採取厄瓜多之作法，亦即並非由原住民族司法權力機構向國家體系尋求意見，而是由認為自身權益受侵害之原住民個人向此機構要求做出判斷，蓋此方法更能確實保障到個人權利。

最後，於兩司法權的競合關係上，除權限劃分外，彼此之間的合作機制亦相當重要。ILO 第 169 號公約指出，制定調和原住民司法權與普通司法權運作之法律時，必須要注意到兩者在財政、技術和人力資源上有相當大的不同，且必須避

²⁴⁷ 憲法原住民族專章草案第 1 條：「（第二項）原住民族自治權包含以下事項：機關組織、民族司法制度……（略）；（第五項）原住民族自治權限爭議，由司法院解決之」；第 38 條：「（第一項）自治區間之爭議，由自治區議會解決之；自治區與地方組織之爭議，由立法院解決之；中央與自治區之爭議，由司法院大法官解決之。（第二項）原住民自治機關與其他政府機關，於自治權限之範圍或行使有爭議時，由大法官釋憲解釋之」。引用自：鄭志強，前揭註 154，頁 223-224。

免一案件於兩個系統內均受到審理。玻利維亞於 2010 年實施了一部建立不同法律形式間協調與合作機制的法律，立基於司法系統間之相互尊重而強調合作之必要性，規定一者之法律機構不可以妨礙或僭越他者之權限範圍。我國在建構平等司法共治體系之過程中，亦應於相關法規中建立兩體系間相互合作之機制，包含透明的資訊流通系統、警政力量與獄政系統之合作模式、原住民司法機構所做決定對於國家系統之拘束力、交流過程中使用各自最熟悉之語言以及取得通譯與法律專家協助之權利、雙方會面商談地點之多元性（包含至原住民族傳統領域討論協商的可能性）等等，並應思考建立類似國際刑事管轄權底下「引渡」制度的可能性。

第四款 將法律多元性融入國家司法體系之具體措施

本款所著重面向為，國家體系對於落入自身管轄之司法案件的多元文化意識與相應作為。關於臺灣應行之措施，已大致上呈現於本章第二節當中，而以下論者對於玻利維亞政府提出之建議亦值得我國參照：一、透過原住民成員與普通司法管理者之間之共同工作坊，溝通關於個人與集合性原住民權利（憲法與人權）之意見，邀請多元民族憲法法院法官、檢察官與所有司法系統參與者對於玻利維亞法律的多元系統作分析與辯論；二、讓原住民在大學（法學院）和 NGO 之文化（人類學）評估幫助下修改其自身之法律系統；三、系統化並宣傳原住民族紛爭解決法案：原住民機構、法務部、法學院以及多元民族憲法法院應該要在原住民部落／社區之宣傳、保護與傳播過程中合作；四、改革原住民國小到高中的課程：應教授包含原住民紛爭解決模式等內容，法學院也要有新的課程；五、研究原住民經濟資源之分配以進一步強化他們的機制；六、創設為了原住民的公共政策觀測站（observatory），以供考慮不同指標之公共政策的設計與監督，例如原住民女性在紛爭解決機制之參與面向²⁴⁸。

第五款 小結

以上四款主要以玻利維亞與厄瓜多之經驗為借鏡，提出在平等司法共治之理念下，刑事裁判權劃設之應有原則和對於相關議題之考量。由於實際上裁判權應如何劃分、爭議處理機構之設置與處理原則等等，本文均認為必須是與原住民族機構協商後始得以決定，故以上僅是提供一參考架構。而具體而言國家應該如何與原住民族協商、應採取何種模式，在美國法上對此有所討論。

美國政治理論家 Duncan Ivison 曾呼籲國家與原住民團體依循「制度設計途徑」(institutional design approach)，鼓勵雙方對於共同利益與關心議題展開對話，目的是為了促進「在權力機構之間的權力循環（circulation of power），而非容認系統性不公平持續累積」²⁴⁹。目前美國與部落團體之間主要的法律與政治上制度

²⁴⁸ Patzi Condori, *supra* note 223, at 103.

²⁴⁹ Duncan Ivison, *Postcolonial Liberalism* (Cambridge: Cambridge University Press 2002), 143.

協議包含：持續依賴聯邦法規保護、修正憲法、以及重啟條約三種途徑。然而論者提出第四種途徑，並認為應以此為準，即「對於部落主權之協定」(conventions on tribal sovereignty)，為一種以**相互尊重與和平共存**為基礎而建立於**跨政府關係**之模式，論者認為此種協定能夠讓部落與聯邦之關係更加反映法律多元主義之理念。例如，若聯邦與州的政策制訂者擔心部落司法權之實行會影響對於個人之法律保護，那麼這些擔憂就可以在此框架安排下明確地陳述。此協定途徑要求雙方陳述並捍衛各自的政治偏好以及對於那些偏好而言最佳的制度設計方式，創造出一個原住民觀點可以被聆聽且辯論的場域，原住民被允許在更寬廣的空間裡將他們的社會概念化為政治實踐²⁵⁰。

承此見解，若運用到臺灣社會，立基於多元民族主義和族群主流化對於族群間平等地位之要求，復秉持著法律多元主義之精神，政府應與原住民族權威者立於平等地位，共同制定出一套二元司法系統並進之規範，原住民族方面必須包含所有法定原住民族與尚未正名成功但自我認定為原住民族之族群團體，各族之協商代表人選應由各族自己決定。政府應以巡迴至各部族傳統領域之方式與各部族進行意見交流，必要時應以各原住民族族語作為溝通語言並搭配口譯協助。雖然在現在的臺灣社會，這樣的方式看似遙不可及，然而本文認為唯有真實懇切並翻轉向來權力架構之行為方式與協商過程，才能產生蘊含實質平等價值之制度內容。雖然難以期待一帆風順，然而必須以此作為努力目標。

²⁵⁰ DUTHU, *supra* note 18, at 164.

第六章 結論

數世紀以來，原住民族乃是「發展的受害者」，被迫成為邊緣化最嚴重、最貧窮的社會階層，長期受到偏見和歧視的困擾。原住民族之生活習慣規範多依賴傳統土地，當殖民者進入原住民族地區，破壞的不僅是最基本的財產權，更包含文化、規範、自然資源、經濟體制及環境生態等在內。因此，保障多元文化之法律體制，首當其衝的任務應是維持及傳承原住民族之傳統領域文化，其中狩獵與採集文化是原住民族與土地間的重要連結，在主流文化長久的衝擊與同化政策下，其作為原住民彰顯其自我意識及人格開展之象徵更為重要¹。平心而論，近年來臺灣已逐漸重視原住民族法制建設，可看出我國尊重原住民族特殊性的立法趨勢，《憲法增修條文》與《原住民族基本法》早在十多年前即明示確立尊重保障原住民族文化之目標，在《槍砲條例》、《野保法》與《森林法》當中亦隨之制定了相應的條文。然而立法、執法及司法者對原住民族習慣法的認識不足，以至於立法美意時遭曲解，甚至執法結果反而侵害原住民族傳統及族群關係的和諧。而原住民多不諳法律，社經地位又處於不利，加上司法體系缺乏原住民法官及相關行政人員，因而警察及司法人員在執法時，對非法剝削原住民之案件往往未能充分考量其特殊性，時有差別待遇情形發生²。

為改善原住民族司法困境，司法院設立了原民專庭（股），以營造出一個對原住民族友善的司法環境為目標。本文分析後發現，原民專庭（股）之成立在個案上的確展現出有別於以往之風貌，然而審判制度本身未能有較大的變革，原住民依然僅能作為客體參與刑事訴訟當中，惴惴不安地希冀「能遇到一個具有多元文化素養的法官」，對於其餘事項均無能為力。【王光祿案】引發一連串司法與法律風暴，然而追根究柢，筆者認為應從審判制度本身思考權力扭轉與返還權力／利於原住民族之可能性（詳參第二章）。

在比較法上，本文從多元文化主義與法律多元主義談起，並以「墾殖者國家」當中的美國、加拿大與澳洲作為參照對象。然而，多元文化主義遭批評偏向於關注移民融入主流社會的途徑，不去正視國家乃建立在殖民剝削原住民族社會之上的事實，對於法律多元主義之實踐成為阻礙；再者，美加澳迄今所發展出、由國家所建立之試圖結合國家法律體系與原住民族習慣（法）的原住民族法院，不僅未能解決原住民族犯罪率與受害率皆居高不下的問題，反而招致破壞原住民族文化本質之批評（詳參第三章）。

從對於上開現象之檢討浪潮中，本文轉而選取發展出試圖克服上述缺點之理論——多元民族主義之拉丁美洲國家，作為另一組改革借鏡³。從 1980 年代以後，

¹ 李佳純（2013），《論我國原住民族傳統領域權——以司法實務判決之比較發展》，頁 72，國立東華大學財經法律研究所碩士論文。

² 高德義（2009），《解構與重構——原住民族人權與自治》，頁 99-100，台北：翰蘆。

³ 近來亦有我國論者注意到我國與拉丁美洲之類似性：「其實拉丁美洲的原住民族和他們的主流

拉美各國乃以原住民族作為推動國家變革之主體，逐漸修憲承認原住民族之地位與權利，大多數國家之憲法亦明文化國家對於多元民族主義與法律多元主義之採行。其中又以玻利維亞和厄瓜多在 2009 年與 2008 年的修憲行動中，承認自身為多元民族國家，顯得最為特殊。尤其玻利維亞不僅承認國家的多元民族性，在司法議題上更積極建構與國家司法權具平等地位之原住民族司法體系，此種「平等司法共治」模式成為許多研究者眼中保障原住民族法律系統之典範（詳參第四章）。當然，由於玻利維亞是原住民佔總人口比例最高的國家之一，因此期待其他國家也能比照辦理可能是過度樂觀，但是正式承認的潮流若能繼續進行下去，會對全世界建立原住民法律系統的合法性帶來正面影響⁴。

以拉丁美洲經驗為師，本文認為若欲使法律多元主義得以在我國獲得完全落實、原住民族權益得以獲得平等保障，則我國亦應以多元民族主義、或者國內所提出之「族群主流化」概念，作為原住民族相關政策制定的核心（詳參第五章第一節）。筆者作為一個「外人」來觀看原住民族之處境，以下千葉正士教授之論述富有意義。其指出，法律多元主義對於原住民族而言，意味著一方面他們熱切希望維持作為法律主體的法文化，但是一方面也必須接受與自身法文化之原則與制度相異的其他東西。他們在一方面希望實現新的文化與社會的同時，也交雜著對於已經習慣而親近的傳統的眷戀，他們在這當中十分痛苦，並且因此被迫做出應該如何處理的決定。作為外人，我們沒有辦法理解他們的痛苦，但既然已經知道他們面臨如此困境，我們能做的就是讓他們自己做出是否維持自身文化的判斷時，理解他們的立場並且給予適當援助，盡力協助去除路途上所會面臨到的障礙⁵。是故論者認為，當今對原住民族最根本的保障可謂存於政治力量及法律制度之外，主流社會是否願意尊重原住民族傳統文化乃最重要的社會基礎。唯有以此心態為基礎而構築之司法正義及多元文化觀點的原住民法令，才能真正消弭強弱勢文化間的宰制關係⁶。

以玻利維亞模式之「平等司法共治」作為目標，本文在第五章以過渡、順應與承認模式之架構提出實體法與程序法面向之可行改革，依序為（詳參第五章第二節）：

1. 過渡模式：

社會與國家政權之間的發展，與臺灣頗為相似。「（我國）原住民族從明鄭到現在都一直被統治、一直被殖民，如同拉丁美洲的原住民也是一直被殖民。一開始開始承認原住民族自治，可是並不把他們當作與統治者一樣可以平起平坐，換句話說原住民族就是化外之民。接著就是統治者把原住民族視為國民，乍看之下原住民族與其他國民有同樣權利，但問題是在這樣子的法律之下根本無視原住民族與主流社群在文化、社會以及經濟發展上的差異性，所以導致即便原住民族被當作是國民的一份子，但是本質上的差異性沒有在法律上被考慮到，而造成事實上的排擠」。詳參：王毓正（2017），〈原住民傳統文化尊重與野生動物保育交錯下之正念場〉，《思想——原民狩獵的倫理省思》，33 期，頁 139-140。

⁴ Lindsay Short, *Tradition versus Power: When Indigenous Customs and State Laws Conflict*, 15 CHI. J. INT'L L. 376, 402 (2014).

⁵ 千葉正士（1991），《法文化のフロンティア》，頁 246，東京：成文堂。

⁶ 陽美花（2011），《回家：從部落觀點出發》，頁 176，台北：翰蘆。

- (1) 盡速修正《槍砲條例》等「特別刑法」除罪條文之文字，並思考是否有從根本改變管理心態及模式之必要，例如應適度開放使用制式獵槍，並且以共同管理模式面對野生動物保育議題；除此之外，司法見解亦應朝向保障原住民族權益之詮釋方向，例如對「供作生活工具之用」之解釋不應偷渡主流社會對於日常生活之想像，而對「傳統文化」之要件亦不應限於祭儀文化等。
- (2) 程序法上應修正專庭(股)之制度設計與進行方式使得更加「文化適當」，包含司法人員培訓時數與課程內容、原住民族語通譯運作模式與人選等。

2. 順應模式：

- (1) 確立以文化抗辯作為刑事法領域因應文化衝突犯罪之處理模式。
- (2) 檢討在司法審判程序中納入原住民參與之可能性，包含在量刑程序中引入長老或其他部落推舉人選、在推行中的參審制當中對於特定案件設立原住民參審員，以及應檢討設立納入原住民參與之原住民法院的可能性。

3. 承認模式：

- (1) 承認原住民族習慣(法)以及紛爭解決與事後處理機制之效力。
- (2) 以刑事裁判權劃設為中心，探討「平等司法共治」於我國刑事法領域之實現可能性，其中並以原住民族傳統領域為基礎，逐步建立「準國與國關係」下原住民族司法與國家司法體系之協調運作機制(詳參第五章第三節)。

以上的建議乃環環相扣，非可個別獨立施行，否則將會如同現行原民專庭(股)一樣，由於相關實體法規與程序配套措施並未隨同修正，導致功虧一簣。如同論者所述，從原住民族的觀點而言，國家法律構築了弱化與控制原住民族的結構，合法化國家暴力的過度介入與使用，進而容許國家以殖民時期的法律思維論述原住民族的想像，並在原住民族政策內容的歷史與政治面向上，有意識性的遺忘原住民族先於國家建立前已存在的事實、土地與傳統領域權、主權與民族自決。是故，原住民族傳統習慣與文化在司法權之保障議題上，其實絕非單純設置特別審理程序、設立原住民族法院或專屬法庭即可徹底解決，在研議審判制度改革之同時，必須秉持法律多元主義之精神，跳脫國家制定法的研究框架，詳加研究、調查現行法律規範與原住民族傳統文化有何落差、發生落差之政治、經濟、法律、社會及文化面向的原因，再整體檢視我國實體法及程序法之規範應否予以調整，思考如何將原住民族傳統文化融入相關實體法與程序法規定，方能根本解決問題⁷。

2017 年司法改革國是會議當中，亦對於原住民族司法制度提出短、中、長

⁷ 蔡志偉 Awi Mona (2016)，〈國家道歉與原住民族歷史正義〉，《法律扶助基金會會訊》，51 期，頁 6。

期建議，該等建議與本文以過渡、順應與承認模式區分改革進程之分類方法有異曲同工之妙。茲將司法改革國是會議之建議羅列如下⁸：

1. 短期部分－培養司法相關人員之文化衝突敏感度，落實保障原住民族之司法權益：
 - (1) 針對辦理原住民族案件之司法人員(含法官、檢察官、律師及警察等)，各機關除定期舉辦在職訓練等系統性課程外，宜安排至部落辦理實務工作坊，實際深入部落了解其文化及生活。
 - (2) 針對未來原住民族專庭法官之選任，建請司法院研議原住民法官專業證照制度，鼓勵法官取得證照，且以取得證照之法官優先擇用為原住民專庭法官。
 - (3) 應以政策(例如研議於律師考試以「原住民族法律」為選考科目之一)鼓勵各大學法律學院系所增設原住民族研究之相關課程，瞭解文化衝突案件之判斷基準等等。
2. 中期部分－檢討原住民案件審理事件範圍，研擬增設原住民族司法諮詢委員會、人民參與審判制度應考量原住民案件的文化因素：
 - (1) 司法院應檢討原住民族專庭審理事件範圍，將未具原住民族身分但屬於文化衝突案件亦納入原住民族專庭審理。並研議規劃原住民案件巡迴法庭制度。
 - (2) 建請原住民族委員會研議增設原住民族司法諮詢委員會，於認定案件是否為文化衝突案件有疑義時，得請原住民族司法諮詢委員會出具諮詢意見或提出文化抗辯是否成立之意見，作為辦理案件參考依據。
 - (3) 司法院於研擬人民參與審判制度時，應將原住民案件之文化因素納入立法考量(例如參考國外法例，引入長老或部落代表參審之精神)。
3. 長期部分－我國應參酌各國立法例，研議承認原住民族習慣法及設置原住民族法院之可行性，以實踐原住民族司法自治之精神。

我國近來相關實務見解已經逐漸鬆動，例如2014年高等法院法律座談會認為刑事案件中認定被告是否具有原住民身分，應採血統及親子關係認定說，亦即不應以有無形式登記做為唯一判斷標準⁹；最高行政法院107年度判字第240號判決

⁸ 總統府司法改革國是會議，司法改革國是會議第一分組第三次增開會議會議錄影與會後新聞稿，2017年5月13日，<https://justice.president.gov.tw/newinfo/87/> (最後瀏覽日期:2018年4月20日)。

⁹ 臺灣高等法院暨所屬法院 103 年法律座談會刑事類提案第 21 號 (底線為本文所加):「依原住民身分法第 2 條及第 4 條之規定可知，我國對原住民身分之認定，原則上係以血統及親子關係為基礎，只要父親或母親之一方具有原住民身分，子女實質上即為原住民，雖然在僅父親或母親之一方具有原住民身分時，有些子女因為姓氏等原因暫時未能取得形式上原住民之身分，然因其實質上為原住民，故在更改姓氏等情形後，自然可取得形式上原住民之身分。是以槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項有關原住民之認定，亦應以血統及親子關係為判斷標準，否則，如以形式上是否登記為原住民身分為判斷標準，將造成父母僅有一方為原住民之相同情況下，子女實質上雖為原住民，父親是原住民從父姓之子女，取得形式原住民身分，得依槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項之規定免除刑罰，母親是原住民從父姓之子女，因無法取得形式上原住民身分，而不得依該條規定免除刑罰之不公平現象，顯與憲法第 7 條之平等原則有違。是以不論甲有無於審

亦在平埔族之身分登記議題上指出：「原住民身分，係因血緣關係而來，身分之有無，是與生俱來，非國家權力所恩賜，更非登記取得或未及登記而喪失。原住民身分法第2條……僅係為管理便利方區分山地和平地原住民，非認於登記期間外即無再取得原住民身分之可能。……原住民的身分應顧及個人意願，……非所謂應經登記後方屬原住民，或未於期間內登記即喪失或不能取得平地原住民身分」。原住民（族）認定與平埔族群正名等議題在我國已經逐漸在司法與立法界出現超越向來見解之變革，筆者喜見這樣的趨勢，更期盼將來能有更多的法案與司法見解往實質保障原住民族權益的方向進展，制度建置本身亦能有超脫現有國家統治格局下的修正提案。謹以本論文拋磚引玉，希冀能激起更多討論的火花。

理中變更其姓氏為母姓，甲之母親為原住民，依血統及親子關係判斷，甲實質上為原住民，應可依槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項之規定免除其刑事責任」。

附錄

表 1 槍砲條例標竿判決所提及之爭點：標竿判決作成前（102 年度）

爭點	判決結果	判決（例示）	法院見解（底線、粗體均為本文所加）
非賴打獵維生、或者不曾上山打獵是否符合「供作生活工具之用」	有罪	花蓮 102 原簡 11 （2013.04.30） 花蓮 102 原訴緝 1 （2013.07.10） 花蓮 102 原簡 11 （2013.04.30）、 花蓮 102 原簡 43 （2013.12.12）、 新竹 102 原訴 9 （2013.09.05）	花蓮102原簡11： 被告於偵查中所稱：現在兆豐農場從事種植西瓜之臨時工作，早於7、8年前從事隧道之臨時工作，均係從事臨時工作維持生計， <u>非賴打獵為生等語明確，顯未持以從事其太魯閣族之祭典或活動，並非基於太魯閣族之文化傳統或特殊習慣而持有</u> ，自難僅以其身分上係太魯閣族原住民，即遽以認為符合本法20條1項之要件。

※表格來源：筆者自行製作

表 2 槍砲條例標竿判決所提及之爭點：標竿判決作成後（102 年度）

爭點	判決結果	判決（例示）	法院見解（底線、粗體均為本文所加）
為了參與重返部落活動而製造及持有槍枝；以自製獵槍獵捕動物	無罪	臺東 102 原重訴 4（2014.03.07）、 臺東 102 原重訴 5（2014.02.07）、 臺東 102 原重訴 6（2013.12.31）、 臺東 102 原訴 46（2013.12.27）、 臺東 102 原訴 59（2014.04.21） 屏東 102 原重訴 1（2014.04.10）、 屏東 102 原重訴 2（2013.12.25）、 屏東 102 原重訴 3（2014.01.08）、 屏東 102 原重訴 4（2014.03.05）、 屏東 102 原重訴 5（2014.03.14）、 桃園 102 原訴 6（2014.04.28）	引用 <u>最高法院 102 年度台上字第 5093 號判決</u> 之論述： 1. 本案應在憲法、兩公約、原住民族基本法肯定及尊重原住民族多元文化規範的前提下，解釋槍砲條例第 20 條第 1 項規定「自製之獵槍」及「供作生活工具之用」之定義。 2. 「自製獵槍」：原住民本於其文化傳統所形成之特殊習慣，專為其於生活中所從事之狩獵活動為目的，而以傳統方法製造或持有簡易獵槍，即應有前揭規定之適用，不以專恃狩獵維生或以狩獵為其生活主要內容者為限；法律既未設有限制，無論「前膛槍」或「後膛槍」均應包括在內。 3. 「供作生活工具之用」：原住民族製造或持有自製之獵槍，無據為犯罪工具之意圖，於慶典時、農閒或工作之餘進入山林狩獵及驅趕獵捕果園、菜園中之野生動物等行為。
並非以打獵維生、先前無狩獵經驗是否符合「供作生活工具之用」	無罪（是）	高雄 102 原訴 13（2013.12.26）	惟槍砲條例第 20 條第 1 項關於「供作生活工具之用」之解釋，應因應生活型態變遷而放寬， <u>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</u> ，已如前述。再者，既然肯認狩獵屬原住民之傳統習俗文化，應予尊重並保障之，則 <u>不論具體個案中之原住民先前是否曾有狩獵經驗，均應尊重並保障其選擇是否及何時依循傳統習俗文化為狩獵之權利</u> 。

※表格來源：筆者自行製作

表 3 槍砲條例標竿判決未論述之爭點（102 年度）

爭點	有/無罪	判決（例示）	法院見解（底線、粗體均為本文所加）
原住民販賣自製獵槍給原住民是否符合槍砲 20 條除罪化條款	有罪（否）	臺東 102 原重訴 2 (2013.10.14)	上開條文雖規定原住民相互間未經許可販賣自製之獵槍，供作生活工具之用者，亦免除刑罰，然因我國法制基於維護社會治安，對於槍枝乃採嚴密管制措施，原則上不准許一般人民製造、販賣及持有槍械，槍砲條例雖基於尊重原住民之傳統，例外的准許原住民在「供作生活工具之用」之範圍內得製造、販賣及持有自製之獵槍，故准許原住民間販賣自製之獵槍， 其立法目的既為「保障原住民基本之生活權益」，則應係指原住民間非基於營利目的，而係本於互助動機所為之販賣行為 ，非認具原住民身分，即可以營利之目的，販賣自製之獵槍，否則無異變相的鼓勵原住民得以販賣自製之獵槍為業，將對社會治安造成威脅，亦違反立法原意。
改造空氣槍是否屬於「自製獵槍」	有罪（否）	臺東 102 原重訴 3、 臺東 102 原重訴 7、 臺東 102 原訴 41、 臺東 102 原訴 1、 花蓮 102 原簡 33 高雄 102 原重訴 3	按槍砲條例第四條第一項第一款所規定之槍砲，係將獵槍、空氣槍、魚槍分別列舉，足見三者係分屬不同種類之槍械。而同條例第二十條第一項係規定.....，並未將空氣槍一併列入。則原住民未經許可，製造空氣槍， 既非屬上開規定之適用範圍，自不得據以主張排除同條例之刑罰非難（最高法院 102 年度台上字第 5203 號判決意旨） 揆諸前開最高法院判決見解，顯然槍砲條例第 20 條第 1 項免罰之規定，僅限於原住民自製之獵槍、魚槍，並不包括空氣槍在內。
以撿到的土製長槍獵捕動物	有罪	臺東 102 原訴 61 【王光祿案】、 高雄 102 原訴 14	「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」是否與原住民文化有關。
自製獵槍用於驅趕啃食作物之動物，是否屬於「供作生活工具」之用	有罪（否）	花蓮 102 原訴 19、 花蓮 102 原簡 3、 花蓮 102 原簡 33、 南投 102 原訴 19	花蓮102原簡3： 被告之所以持有前開土造長槍，純粹為驅趕害及其農耕之動物，並非基於阿美族之文化傳統或特殊習慣而持有，亦未用以從事狩獵生活、祭典活動使用，揆諸前開見解，自難僅以其身分上係阿美族原住民，又將之用在經營農業生活上使用，即遽以認為符合槍砲條例第20條第1項之要件。 南投102原訴19： 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。
20 條除罪化範圍是否包含制式子彈	無罪（是）	高雄 102 原訴 18	參酌 <u>最高法院102年度台上字第5093號判決</u> 意旨及前揭說明，扣案具殺傷力非制式散彈5顆及制式散彈2顆，既均係供「自製之獵槍」使用，則不論子彈為制式或非制式，均符合槍砲條例第20條第1項規定之「隱藏性」要件。
	有罪（否）	高雄 103 上訴 462 （高雄 102 原訴 18 之上級審）	<p>.....原住民既得供作生活工具之用而自製獵槍，自包括該獵槍所適用之「自製子彈」，為本條例第20條第1 項規定之「隱藏性」要件，此乃法律條文與法規體系之當然解釋（<u>最高法院102年度台上字第5093號判決意旨參照</u>）。是就有關槍砲條例第20條第1 項所除罪規定涵攝之子彈範圍，應係以「自製子彈」為限甚明。</p> <p>又查槍砲條例第20條所規定原住民族持有自製之獵槍、魚槍，不受刑事責任之除外條款，其立法理由既為「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如制式獵槍，惟恐原住民偶一不慎，即蹈法以第8條（製造、持有獵槍罪）或第11條相加，實嫌過苛」，顯係立法者於衡量尊重原住民族傳統習慣、自製獵槍殺傷力與制式獵槍之不同二種利益後，基於尊重多元文化之前提下，仍只限定原住民族持有殺傷力較低之「自製獵槍」始有除罪之適用，而非謂只要係原住民族即可持有任何槍械。就槍枝部分立法者既已以殺傷力大小為決定除罪與否之標準，在槍砲條例第20條就子彈部分未為明文規定下，亦應以相同標準為判斷，即得除罪之子彈，應係限定於殺傷力較小之自製子彈，而不包括傷害力較大之制式子彈。</p>

※表格來源：筆者自行製作

表 4 103 年度原民專庭（股）槍砲條例案件

爭點	有/無罪	判決（例示）	法院見解（底線、粗體均為本文所加）
與標竿判決類似案情：自製獵槍參加祭典或獵捕動物供親族食用	無罪	臺東 103 原重訴 2 ¹⁰ 、 南投 103 原訴 26、 高雄 103 原訴 6、 花蓮 103 原訴 26 ¹¹	引用「標竿判決」最高法院 102 年度台上字第 5093 號判決，論述無論前膛槍或後膛槍均屬自製獵槍、以及「供作生活之用」不限於以狩獵、祭典活動為職業者。
改造空氣槍是否屬於「自製獵槍」	有罪（否）	新竹 103 原訴 11、 臺東 103 原重訴 1、 嘉義 103 原訴 4、 屏東 103 原訴 11	被告幾乎沒有抗辯空氣槍應該屬於「自製獵槍」，法院也較少論述。
自製獵槍用於驅趕啃食作物	無罪（是）	臺東 103 原訴 9、 花蓮 103 重訴 5	「供作生活工具之用」，應係指原住民族製造或持有自製之獵槍，無據為犯罪工具之意圖，於慶典時、農閒或工作之餘進入山林狩

¹⁰ 本則判決不僅引用標竿判決，並分從立法沿革、最高法院見解之演變、歷史考察、平等原則、立法目的、憲法與原住民族基本法等面向探討槍砲條例第 20 條之要件應如何解釋，判決共 41 頁，值得一讀。

¹¹ 本判決不僅引用標竿判決，並分別從罪刑法定主義、立法理由、目的解釋之必要性以及刑法保障機能之角度，對於如何解釋槍砲條例 20 條之要件作出十分詳實之論述。摘引如下（底線為本文所加）：（1）按基於罪刑法定主義之旨趣，尤其是使國民事先知悉受處罰行為之機能，於解釋刑法時，考量立法理由等歷史沿革，自是無待贅言。查民國 90 年 11 月 14 日修正槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條之立法理由略為：……足見，立法者修正意思為：為保障原住民基本生活權益，使用獵槍為原住民「生活上」之需要，因此特針對原住民使用獵槍不以刑罰相繩。顯見，立法者並未「限制」或「要求」原住民使用獵槍須與其日常生活有「助益關係」，始不受刑罰規範。（2）目的解釋之必要性：……法規解釋操作，首先除應遵照文理之外，繼而即應基於該當法規目的及旨趣往論理推論移動，之後再參照立法旨趣補充法律，且一般多認為實質論之目的解釋多優位於形式論之文理解釋。況且，刑法既然是為保障共同生活之平穩及安全，其所規範之對象自是一般普羅大眾，自然應該按照一般國民用語例加以解釋。而由於一般國民之日常生活用語例或多或少，多有曖昧模糊，並且與時變化推移之情，因此，只要在日常用語例之框架內，縱然從嚴密學術、專門用語例觀點檢視，有擴張解釋之情，亦難認為違罪刑法定主義。（3）實現刑法保障機能：拘泥執著於僵硬之專門技術論理解釋，容易招致與社會常識脫勾背離之結果，與社會現實面向產生矛盾，反而斷傷一般國民對於法律之信賴感及尊敬感，容易引發蔑視法律之風潮。因此，為實現刑法之保障機能，自不可僅固守有限於法律專家間所通用之獨特論理，擔當司法裁判者，亦不可終始於消極、形式論理主義，在還不至於從正面侵害立法權之範圍內，更不可躊躇卻步，反而應在日常用語例框架內，實踐合致國民常識之法目的論之解釋運用。（4）本院認為：憲法增修條文第 10 條規定……另參以民國 90 年 11 月 14 日修正槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條之立法理由，「限制」或「要求」原住民使用獵槍須與其日常生活有「助益關係」，始不受刑罰規範，應尚難認與憲法基本國策及立法者意識相契合。又探照憲法基本國策價值及立法沿革、背景及內在於刑罰法規之條理，藉以補充刑罰法規內容，判定屬於構成要素事項之事實，亦難認為係從事法解釋精神活動時所不容許（日本福岡高等裁判所昭和 34 年 3 月 31 日判決參照）。是基於維護原住民傳統習俗文化及發展之考量，同時審酌社會整體發展急遽變遷，自然生態急遽變遷，及原住民族現實經濟、生活型態，及國土規劃、利用情形，槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項「供作生活工具之用」之解釋，自應對應上述實然情形，只要本於與原住民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内容者為限。

之動物，是否屬於「供作生活工具」之用			獵及驅趕獵捕果園、菜園中之野生動物等行為；並不限於以狩獵、祭典活動為職業者。查本案被告供稱：警察來我家搜索時，伊因為害怕就趁警察不注意時將槍枝丟到樓下菜園裡；伊兩年前將獵槍從南投帶回來後沒有使用過，伊在臺東的家後面有菜園，因為種菜，要留著趕山豬使用，核與原住民平日之生活型態與社會普遍之認知相符。
20 條除罪化範圍是否包含制式子彈	無罪（是）	高雄 103 原訴 9	<u>最高法院 102 年度台上字第 5093 號判決</u> 並未明示供自製獵槍使用之制式子彈，不得適用槍砲彈藥刀械管制例第 20 條第 1 項之除罪化規定。且槍枝及子彈須相互搭配使用，方能發揮功能，僅有其一，即無法擊發射擊。是原住民製造、運輸或持有具殺傷力自製獵槍除罪化之規定，依法律條文與法規體系解釋當然包含供自製獵槍使用之具殺傷力自製子彈而得併同予以除罪化甚明。 <u>但槍枝及子彈本有不同，同條例第 20 條第 1 項之規定，於具殺傷力子彈之情形，解釋上即無當然僅以具殺傷力自製子彈為限而排除制式子彈之理。</u> 又同條例第 20 條第 1 項規定除罪化之立法本旨，在於尊重及維護原住民傳統習俗文化及發展，非在考驗原住民族組裝槍枝之能力。同理，關於具殺傷力子彈部分，既認屬前開條文之「隱藏性」要件，則其目的自亦非在測試原住民製作子彈之技術。另制式子彈在使用上，顯較自製子彈更具安全性，射擊性能也較為優良。 <u>如謂原住民持自製獵槍搭配具殺傷力自製子彈使用進行狩獵，始有同條例第 20 條第 1 項之適用，持自製獵槍搭配制式子彈者，其持有制式子彈之行為，即不得適用依同條例第 20 條第 1 項規定，反以未經許可持有具有殺傷力子彈之罪責相加，此無異於在處罰製作子彈技術不佳致僅能使用制式子彈為狩獵之原住民，且有能力製作子彈並製作完成供狩獵使用者得以除罪化，無製作能力者則科予刑罰，亦有輕重失衡之情形。</u> 再者，同樣搭配自製獵槍進行狩獵，使用安全性低、射擊性能不佳的自製子彈方能免於刑事處罰，使用具較高安全性、射擊性能較優的制式子彈，則須承擔刑責，等同迫使原住民只能選擇使用對其等生命、身體安全危害較嚴重及較無效率之方式進行狩獵，不僅期待可能性較低，顯然也未能完全契合尊重及維護原住民傳統習俗文化及發展之同條例第 20 條第

			1 項除罪化規定的立法本旨。
	有罪 (否)	高雄 103 審原訴 36	<p>查槍砲條例第 20 條所規定原住民族持有自製之獵槍、魚槍，不受刑事責任之除外條款，其立法理由既為「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如制式獵槍，惟恐原住民偶一不慎，即蹈法以第 8 條（製造、持有獵槍罪）或第 11 條相加，實嫌過苛」，顯係立法者於衡量尊重原住民族傳統習慣、自製獵槍殺傷力與制式獵槍之不同二種利益後，基於尊重多元文化之前提下，仍只限定原住民族持有殺傷力較低之「自製獵槍」始有除罪之適用，而非謂只要係原住民族即可持有任何槍械。就槍枝部分立法者既已以殺傷力大小為決定除罪與否之標準，在槍砲條例第 20 條就子彈部分未為明文規定下，亦應以相同標準為判斷，即得除罪之子彈，應係限定於殺傷力較小之自製子彈，而不包括傷害力較大之制式子彈。況制式子彈與僅得供自製獵槍使用之自製子彈不同，其亦得使用於制式槍枝中，既制式槍枝已不列於原住民除罪之範圍內，亦難認制式子彈即包括在除罪之範圍內，足以認定（最高法院 102 年度台上字第 5093 號判決、臺灣高等法院高雄分院 103 年度上訴字第 462 號判決意旨參照）。</p>
自製槍枝之初符合 20 條，之後因「不法目的」而持有是否影響成罪	無罪（不影響）	臺東 103 原訴 48（上級審高等法院花蓮分院採取相反見解 ¹² ）	<p>...最高法院 102 年度台上字第 5093 號判決意旨參照。亦即「供作生活工具之用」，即應認係基於原住民文化傳統所形成之特殊習慣，專為其於生活中從事狩獵、祭典等活動使用者，並不限於以狩獵、祭祀活動為職業者。</p> <p>本案被告係布農族初來部落原住民，且多次於部落祭典中擔任總幹事、活動負責人</p>

¹² 「...**最高法院 102 年度台上字第 5093 號判決**參照。足見，槍砲條例第 20 條第 1 項「供作生活工具之用」之解釋，固應對應原住民生活型態之改變而放寬擴張解釋，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，然仍不得逸出供作生活工具之用而使用持有自製獵槍。查被告於犯罪事實欄一、(二)、(三)、(四)時間，持有系爭獵槍係供作恐嚇、傷害他人之用，無論將「供作生活工具之用」該概念如何擴張其外延範圍或其可能文義，顯不可能將恐嚇、傷害他人行為，認定為「供作生活工具之用」該概念之射程效力所及。被告於 99 年 11 月間製造持有之初，固無槍砲條例刑罰之適用，惟一旦被告逸出除罪化範疇，槍砲條例自無再次退讓之理。而且，亦不得因被告於 99 年 11 月間製造、持有之初，無槍砲條例之適用，即認被告因此即可取得所謂的「免死金牌」，日後與系爭獵槍有關之全部行為均不在槍砲條例等刑罰法律之射程效力內。如此解釋顯有不當扭曲槍砲條例第 20 條第 1 項「供作生活工具之用」之文義，更有無視立法者之規範目的、想法之疑。」

		<p>等工作，其製造系爭土造長槍之目的，乃係為參加該部落每年均會舉辦之射耳祭活動...為尊重原住民族之傳統文化及價值觀，落實保障原住民原有生活及文化習慣之立法政策，應認具有原住民身分之被告係本於其文化傳統所形成之特殊習慣，因應生活中尋根祭祖、祭典活動等目的而製造自製簡易槍枝。</p> <p><u>又原住民製造、持有自製簡易獵槍之初，倘係為供作生活工具、傳統文化目的，即屬不罰之行為，嗣後縱因一時失慮偶發性地持槍觸犯其他犯罪行為，並不影響其原始自製獵槍之免罰性（最高法院 103 年度台上字第 281 號歷審判決、臺灣高等法院花蓮分院 102 年度上訴字第 141 號、100 年度上訴字第 130 號判決參照）。</u></p>
--	--	---

※表格來源：筆者自行製作

表 5 102 年度原民專庭（股）野保法案件

爭點	有/無罪	判決（例示）	法院見解（底線、粗體均為本文所加）
獵捕保育類野生動物是否需受刑罰	有罪 （是）	臺東102原訴9、 臺東102原訴46	（野保法）第51條之1規定...然上開規定僅就一般類野生動物予以規範，而未包括保育類野生動物，是以原住民違反同法第21條之1第2項規定，未經主管機關許可獵捕、宰殺或利用保育類野生動物，仍應依野保法第41條規定受刑事處罰， <u>蓋情節較輕微之未經許可獵捕一般類野生動物尚須處以行政罰鍰，情節較重之未經許可獵捕保育類野生動物既無行政責任，倘又無刑事責任，自屬輕重失衡。</u>
供自己或親族食用是否符合條文之「傳統文化或祭儀」	有罪 （否）	臺東 102 原訴 55、 臺東 102 原簡 26、 臺東 102 原訴 61 【王光祿案】	然野保法第21條之1規定，雖就原住民族基於傳統文化或祭儀所為之獵捕野生動物行為予以除罪化，惟為保障生物多樣性，復於原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法中，另以附表方式將原住民各族舊有之傳統文化及祭儀就得獵捕期間及野生動物獵捕種類予以限制。又前開附表既已將原住民各族「狩獵祭」之期間、獵捕方式、獵捕種類及實施地區均作標明，即表明原住民族應於適當期間以適當之方式，獵捕適當之野生動物種類，以兼顧野生動物之保育與原住民族傳統文化之傳承。.....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。查本案被告為高雄市茂林區之魯凱族原住民，其基於供已食用之目的，前往臺東縣省道海端鄉霧鹿林道即非其自己族群之固有傳統領域，所為狩獵之行為，依上述說明，自不能將其狩獵行為，解為係基於傳統文化或祭儀目的之行為。
黑暗中開槍是否具有故意	有罪 （是）	臺東 102 原訴 55、 南投 102 原訴 12	衡諸常情，在山區附近持槍獵捕野生動物，若恣意對尚未經確認物種為何之野生動物開槍射擊，將可能因此射傷或擊斃如山羌、臺灣野山羊等保育類野生動物。而被告於偵訊中亦自陳.....是被告依其過去10餘次打獵經驗，其使用頭燈時，得以區別山豬與長鬃山羊之差異性，又被告本件打獵特擇於夜間9時至凌晨1時間，並非白日為之，顯見其獵殺野生動物之意念強烈。足見，被告於上揭時、地，持上開獵槍獵捕野生動物之際，主觀上當可知悉在上開山區附近持槍獵捕野生動物，仍有可能射傷或擊斃臺灣野山羊等保育類野生動物，其猶在未經確認獵物之種類前，即恣意對之開槍射擊，.....是以，足認被告具有非法獵捕保育類野生動物之未必故意。
	無罪	屏東 102 原重訴 1	依其所辯山羌出現的時間在凌晨3點，現場沒有光線，只有身上的頭燈，則依案發時之照明狀況，被

			<p>告確有可能僅由頭燈的微弱照明，來判斷動物的屬性，並因此誤認出現之動物為經常出入園內、破壞作物之山豬，則其主觀上是否有獵捕保育類動物山羌之故意，自有合理懷疑。...被告雖承認於獵捕之後，有食用山羌之意，但無從推認被告於射擊當時，即知該動物屬於保育類動物，且其所辯獵捕山豬而誤射山羌之經過，亦無不合常理之處...無法證明被告有獵捕保育類動物之主觀犯意。</p>
--	--	--	---

※表格來源：筆者自行製作

表 6 103 年度原民專庭（股）野保法案件

爭點	有/無罪	判決（例示）	法院見解（底線、粗體均為本文所加）
原基法19條與野保法之「衝突」	有罪	臺東103原訴46、南投地院103原訴25	按原住民族基本法第 19 條規定.....依其文義表面上觀之，似指原住民族基於傳統文化、祭儀或自用之目的，而不具營利性者，即可獵捕野生動物，包括保育類野生動物及一般類野生動物，然該法文同時揭示「依法從事」，所依之法除原住民族基本法外， <u>應認包括野保法。</u>
	無罪	嘉義103原訴4	野保法於 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.....及第 10 項.....所揭示之保障原住民族傳統文化之基本國策，並實現國家所體認之多元文化價值，就國家與原住民族間規範具有基本、指導、優位之法律位階。其第 19 條明定：.....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，復與野保法第 21 條之 1 用語一致。.....從而，是依野保法第 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。
舉輕以明重，獵捕保育類野生動物需受刑罰	有罪	高雄103原訴6	立法者依據野生動物之數量及對於維護物種多樣性與自然生態平衡之重要性，將野生動物區分為保育類、一般類，針對保育類野生動物以保育為原則，於例外情形始得為獵捕、宰殺或為其他利用，如未符合例外情形而予獵捕、宰殺或為其他利用者，即以刑責相加；一般類野生動物則得於申請核發許可證後，在地方主管機關所劃定之區域進行獵捕，如未申請取得許可證或未在劃定之區域為之，亦僅課予行政罰鍰。 <u>野保法第 51 條之 1 應係立法者刻意區分一般類、保育類野生動物而為不同處理，並非立法文字之疏誤所致。</u>
	無罪	嘉義103原訴4、臺東103原訴32	就 <u>文義解釋</u> 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 <u>論理解釋</u> 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

			<p>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；</p> <p>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二十二條之一修正條文而設，經九十一年十月十九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案草案，以有效規範相關行為，例如誤捕、殺或利用等在行政秩序上之責任，並具體保障憲法增修條文中所揭示之原住民族文化權利，修正條文如上。」，立法者顯然有意朝保障原住民族文化權利，減輕原住民刑事責任之方向修法，排除保育類之解釋顯然與修法目的明顯扞格，且如此解釋之下，新舊法之差異僅有地理區域放寬而已，而此地理區域之放寬係立法文件所未論及，除去地理區域放寬外，新舊條文准許範圍完全相同，修正豈非毫無意義之事；</p> <p>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。<u>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。</u>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）</p>
供自己或親族食用不符合條文之「傳統文化或祭儀」	有罪	臺東 103 原訴 35、臺東 103 原訴 38、屏東 103 原訴 9	<p>野保法第 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，<u>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。</u>……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。……<u>不得謂原住民族得以高呼基於祭儀或傳</u></p>

			<p>統文化之大蠱，即能肆無忌憚的獵捕野生動物，否則野保法無異失其衡平物種多樣性之功能，而形同具文。……本件被告3人係基於供宗親族人食用目的而為狩獵，依上述說明，<u>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。</u></p>
	無罪	嘉義 103 原訴 4	<p>原住民族基本法及野保法皆使用「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，<u>原住民族基本法第19條與野保法第21條之1第1項之准許規定均係憲法所保障之原住民「文化權」之具體實現，本應充分尊重原住民族建構保持己身文化的權利，非不得已須以主流族群文化所建構的國家權力檢視、介入、詮釋時應保持謙抑態度，避免國家權力自身文化立場解釋及適用時，形同曲解、同化、瓦解原住民文化，致使多元文化的憲法價值無從達成。循此解釋方法，准許規定既屬文化權保障的具體實現，核心價值係在「文化」，無論「祭儀」或「自用」，皆為傳統文化在特定面向的呈現，應屬傳統文化之例示，只作為認定「傳統文化」之輔助，非別傳統文化而獨立存在。</u></p>
黑暗中開槍具有故意	有罪	屏東 103 原訴 9	<p>……衡諸常情，<u>在山區附近持槍獵捕野生動物，若恣意對尚未經確認物種為何之野生動物開槍射擊，將可能因此射傷或擊斃如山羌、臺灣野山羊等保育類野生動物。而被告甲○○於本院審理時雖辯稱，當時是要到山上的田裡驅趕山豬等語，惟復坦認，不管是不是山羌，只要在田裡破壞作物都會獵殺等語，足見被告甲○○於上揭時、地獵捕野生動物之際，主觀上當可知悉在上開山區附近持槍獵捕野生動物，仍有可能射傷或擊斃山羌等保育類野生動物，其猶在未經確認獵物之種類前，即恣意對之開槍射擊，縱令其所獵捕者係屬保育類野生動物，亦在所不惜，並聽任結果發生。再以被告甲○○持獵槍射殺第一隻山羌之後，依其持有獵槍之性能，及生物求生之本能，斷無接連槍殺本案被訴獵捕山羌3隻之可能，則被告甲○○於射殺第一隻山羌後，即應於上前查看時知悉所獵得之動物屬於保育類野生動物山羌，惟仍繼續持槍獵捕，至終共獵得保育類野生動物山羌3隻，亦難認被告甲○○就嗣後之山羌2隻，全無獵捕之故意可言。</u></p>

※表格來源：筆者自行製作

表 7 近期在玻利維亞與厄瓜多所提出之容納法律多元主義之倡議

	玻利維亞	厄瓜多
對原住民法律的承認與其地位	國家司法部門仍維持單一，並將原住民法律當作其中一環。國家法與原住民法位於同一位階(hierarchical level)。 原住民有權利在自治領域內作為集合實體實行適當的法律。	原住民法律受到正式承認，其合法性也受到確認。原住民法律系統維持其特殊制度、與國家司法系統分離且地位並非相當。 原住民有權利可以在被合法承認或傳統上居住之領域內，創造、發展和執行適當的法律。
原住民司法裁判權範圍	當同時符合屬人、事務與領域管轄時，原住民法律權力機構有權管轄此類案件。原住民司法審判權不能處理與國際公法與私法、刑事法(特定犯罪)、關稅法有關之案件、國家為當事人之案件、對於少數民族之侵害、自殺、暗殺等有關之案件。當紛爭雙方明示或默示願意交由原住民裁判權處理時，其裁判權範圍則可例外地延伸到此種案件當中。	厄瓜多憲法亦以屬人、事務和領域管轄定義原住民法律權力機構的管轄範圍(法律草案則認為屬人管轄可以擴張適用至違法侵奪原住民司法功能之人以及對原住民部落造成傷害的人，即使不具有原住民身分)。
原住民法律實踐之限制和憲法控制	原住民權力機構必須要尊重、促進並保障生命權、辯護權、以及其他憲法所規定之權利。 原住民法律過程必須要提供少數民族、女性、年長者以及身心障礙者特別保護。死刑是受到禁止的。 關於原住民之規範於具體個案中是否合乎憲法保障，原住民法律權力機構可以向多元民族憲法法院諮詢。	原住民法律實踐不可以違犯憲法或國際人權規範。 國民對於原住民法律權威機構所做之決定可以向厄瓜多憲法法院提起上訴。
國家體制裡所呈現之原住民法律文化	多元民族憲法法院的七名成員當中至少有兩名需來自於原住民司法體系。	在落入普通法院管轄之涉及原住民成員的法律案件上，國家必須遵守以下跨文化司法原則：多樣性、平等、一事不再理、裁判權爭議時原住民優先、跨文化詮釋。
相異裁判權間之協調	雙方法律機構都不可以妨害對方之工作或侵奪他者之裁判權。 國家體系內的公共機關必須尊重原住民權力機構所作之決定，且不可以由普通法院體系更改之。 必須建立起刑事犯罪與個人紀錄之共享資訊系統，在特定案件中應該互相幫助並提供資訊。	已經由原住民權力機構所處理之案件不可以再提交給國家法院體系。 在提供證據證明自己有管轄權之前提下，原住民權力機構可以拒絕將案件交給國家法律體系。 司法議會應該協助提供雙方調和之資源。 法學院之課程應該包含文化多樣

	相異裁判權間之衝突應由多元憲法法院解決。	性。 法律執行人員應該接受與原住民法律規範和法律實踐（慣行）之特別訓練課程。
--	----------------------	---

※表格來源：筆者翻譯自：Anna Barrera, Turning legal pluralism into state-sanctioned law: Assessing the implications of the new constitutions and laws in Bolivia and Ecuador, GIGA RESEARCH PROGRAMME: LEGITIMACY AND EFFICIENCY OF POLITICAL SYSTEMS 1, 25 (2011).

參考文獻

中文文獻

一般書籍

- 王皇玉 (2009)。《刑罰與社會規訓》。台北：元照。
- 布興·大立 (2008)。《自治是原住民族唯一的活路》。台北：前衛。
- 林柏年 (2006)。《台灣原住民族之權利與法制》。台北：稻鄉。
- 施正鋒 (2005)。《台灣原住民族政治與政策》。台北：翰蘆。
- 洪泉湖等 (2008)。《台灣的多元文化》。台北：五南。
- 高德義 (2009)。《解構與重構——原住民族人權與自治》。台北：翰蘆。
- 張翠容 (2009)。《拉丁美洲真相之路》。台北：馬可孛羅。
- 許耀明 (2009)。《國際私法新議題與歐盟國際私法》。台北：元照。
- 陽美花 (2011)。《回家：從部落觀點出發》。台北：翰蘆。
- 雅柏魁詠·博伊哲努 (2008)。《論原住民族集體權》。花蓮：東華大學原住民族學院。
- 雅柏魁詠·博伊哲努 (2008)。《原住民族權之詮索》。花蓮：東華大學原住民族學院。
- 黃榮堅 (2006)。《基礎刑法學（上）》。台北：元照。
- 黃榮堅 (2017)。《靈魂不歸法律管：給現代公民的第一堂法律思辨課》。台北：商周。
- 蔡志偉 Awi Mona (2011)。《原住民族權利的變遷與發展：美國、澳洲、紐西蘭、加拿大與國際組織之判決選輯及解說》。台北：原住民族委員會。
- 蔡志偉 Awi Mona、黃居正、王皇玉 (2014)。《國內原住民族重要判決之編輯及解析（第一輯）》。台北：原住民族委員會。
- 蔡志偉 Awi Mona、許恒達、吳秦雯 (2016)。《國內原住民族重要判決之編輯及解析（第二輯）》。台北：原住民族委員會。
- 蔡志偉 Awi Mona、許恒達、張鑫隆、徐揮彥 (2017)。《國內原住民族重要判決之編輯及解析（第三輯）》。台北：原住民族委員會。
- 劉鐵錚、陳榮傳 (2008)。《國際私法論》。台北：三民。
- 謝世忠 (2017)。《後認同的污名的喜淚時代：臺灣原住民族前後臺三十年 1987-2017》。台北：玉山社。
- 謝若蘭 (2017)。《在，之間：認同與實踐之間的學術研究儀式》。台北：稻鄉。
- 謝國斌 (2013)。《族群關係與多元文化政治》。台北：翰蘆。

翻譯文獻

- 聯合國 2013 年研究報告（中文版）：訴諸司法增進和保護原住民人民權利，2013



年 6 月 30 日，

http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session24/Documents/A_HRC_24_50_CHI.doc

聯合國 2014 年研究報告(中文版): 利用司法途徑增進和保護原住民族人民權利：恢復性司法、原住民族司法制度以及婦女、兒童和青少年以及身心障礙人士利用司法制度問題，2014 年 8 月 7 日，

http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session27/Documents/A_HRC_27_65_CHI.doc

An-Nacim, A. A. (著)，潘欣欣、倪世傑(譯)(2008)，〈緒論〉，收於：Abdullahi Ahmed An-Nacim (編)，《跨文化的人權觀點》，頁 1-20。台北：韋伯。

An-Nacim, A. A. (著)，潘欣欣、倪世傑(譯)(2008)，〈結論〉，收於：Abdullahi Ahmed An-Nacim (編)，《跨文化的人權觀點》，頁 501-510。台北：韋伯。

An-Nacim, A. A. (著)，潘欣欣、倪世傑(譯)(2008)，〈從跨文化取徑來界定國際人權標準——殘忍、不人道或有辱人格的待遇或處罰的意義〉，收於：Abdullahi Ahmed An-Nacim (編)，《跨文化的人權觀點》，頁 21-52。台北：韋伯。

Benforado, A. (著)，堯嘉寧(譯)(2016)。《不平等的審判：心理學與神經科學告訴你，為何司法判決還是這麼不公平》。台北：臉譜、城邦文化。

Galeano, E. (著)，王玫、張小強、韓曉雁、張倉吉、吳國平(譯)(2013)。《拉丁美洲：被切開的血管》。台北：南方家園。

Kivisto, P. (著)，陳宗盈、連詠心(譯)(2007)。《多元文化主義與全球社會》。台北：韋伯。

Kymlicka, W. (著)，劉莘(譯)(2003)。《當代政治哲學導論》。台北：聯經。

Kymlicka, W. (著)，鄧紅風(譯)(2004)。《少數群體的權利：民族主義、多元文化主義和公民權》。新北：左岸文化。

Patricia, H. (著)，潘欣欣、倪世傑(譯)(2008)，〈制定和實踐澳洲人權法政策的文化正當性〉，收於：Abdullahi Ahmed An-Nacim (編)，《跨文化的人權觀點》，頁 349-400。台北：韋伯。

REYNOLDS, H. (著)，虹源翻譯有限公司(譯)(2001)。《原住民族主權：對種族、國家及國族的深思》。台北：原住民族委員會。

Richard, F. (著)，潘欣欣、倪世傑(譯)(2008)，〈國際人權保護的文化基礎〉，收於：Abdullahi Ahmed An-Nacim (編)，《跨文化的人權觀點》，頁 53-78。台北：韋伯。

Santos, B. de S. (著)，張珍立(譯)(2009)，〈我們的美洲：肯認與重分配基礎典範的重新創造〉，收於：《肯認與差異：政治、認同與多元文化》，頁 253-303。台北：韋伯。

Schoepp, S. (著)，麥德文(譯)(2012)。《孤寂的盡頭：全世界能向拉丁美洲學到什麼？》。新北：野人文化。

- Tore Lindholm (著), 潘欣欣、倪世傑 (譯) (2008)。〈人權文化正當性研究的展望：以自由主義與馬克思主義為例〉, 收於: Abdullahi Ahmed An-Nacim (編), 《跨文化的人權觀點》, 頁 455-500。台北: 韋伯。
- Touraine, A. (著), 黃楚雄 (譯) (2010)。《我們能否共同生活：在平等又歧異中共處》。台北: 桂冠圖書。
- Westwood, S. (著), 張珍立 (譯) (2009)。〈錯綜複雜的安排：肯認的政治與機制〉, 收於: 《肯認與差異：政治、認同與多元文化》, 頁 347-371。台北: 韋伯。
- Young, I. M. (著), 陳雅馨 (譯) (2017)。《正義與差異政治》。台北: 商周。

專書與期刊論文

- Yapasuyongu e'Akuyana (2009)。〈淺談原住民族專業法庭〉, 《司法改革雜誌》, 74 期, 頁 21-24。
- Stoett, P. (2005)。〈加拿大人權與多元文化政策之實務經驗分享〉, 《台灣國際研究季刊》, 1 卷 1 期, 頁 131-140。
- 王皇玉 (2011)。〈弱勢語言族群之接近司法權－以原住民通譯問題為中心〉, 收於: 法務部 (編), 《刑事政策與犯罪研究論文集》, 頁 59-75。台北: 法務部。
- 王皇玉 (2012)。〈原住民持有槍械問題之研究〉, 《台灣原住民族研究季刊》, 5 卷 1 期, 頁 1-37。
- 王皇玉 (2016)。〈原住民犯罪的文化抗辯及其實踐〉, 《臺灣原住民族法學》, 1 卷 1 期, 頁 35-43。
- 王泰升 (2013)。〈在法學與國家法中看見原住民族法律〉, 《政大法學評論》, 134 期, 頁 1-46。
- 王泰升 (2015)。〈台灣法律史上的原住民族：作為特殊的人群、地域與法文化〉, 《臺大法學論叢》, 44 卷 4 期, 頁 1639-1704。
- 王泰升 (2015)。〈論台灣社會上習慣的國家法化〉, 《臺大法學論叢》, 44 卷 1 期, 頁 1-69。
- 王泰升、陳怡君 (2013)。〈從「認同」到「認定」－西拉雅族人的原住民身分認定問題〉, 《台灣原住民族研究學報》, 3 卷 2 期, 頁 1-20。
- 王毓正 (2017)。〈原住民傳統文化尊重與野生動物保育交錯下之正念場〉, 《思想——原民狩獵的倫理省思》, 33 期, 頁 129-143。
- 石忠山 (2011)。〈差異與肯認：初探多元民主國家原住民族法制建構之政治哲學基礎〉, 《台灣原住民族研究季刊》, 4 卷 4 期, 頁 109-147。
- 石雅如 (2009)。〈土著主義、原住民主義與拉丁美洲原住民運動〉, 《台灣原住民族研究季刊》, 2 卷 3 期, 頁 85-97。
- 石雅如 (2012)。〈西屬美洲原住民主權的發展〉, 《台灣原住民族研究學報》, 2 卷 4 期, 頁 27-43。

- 石雅如 (2014)。〈當代拉丁美洲原住民族運動發展〉，《台灣原住民研究論叢》，15 期，頁 39-53。
- 石雅如 (2015)。〈拉丁美洲原住民族權利發展－兩次原住民族國際十年期間 (1995-2014)〉，《台灣原住民族研究學報》，5 卷 4 期，頁 139-162。
- 何佳芳 (2016)。〈從日本民事訴訟法之修正論國際裁判管轄規則法制化〉，《輔仁法學》，52 期，頁 101-187。
- 吳光平 (2006)。〈國際裁判管轄權的決定基準－總論上方法的考察〉，《政大法學評論》，94 期，頁 267-334。
- 吳光平 (2007)。〈國際私法上國際裁判管轄發展之新趨勢〉，《軍法專刊》，53 卷 3 期，頁 116-133。
- 吳志強 (2015)。〈尋求原住民族基本法與野生動物保育法間規範衝突的緩衝地帶－以「違規性意識之可能性」的視角淺析〉，《東吳法律學報》，27 卷 2 期，頁 173-222。
- 吳宗謀 (2017)。〈實踐導向的法律史研究：運用歐洲法律史知識書寫臺灣原住民族傳統規範的可能性〉，《臺灣原住民族法學期刊》，1 卷 2 期，頁 61-72。
- 吳豪人 (2011)。〈文化權做為一種複合性權利：以日本阿依努族文化權發展史為例〉，《台灣原住民族研究季刊》，4 卷 3 期，頁 1-32。
- 吳豪人 (2012)。〈「野蠻」的復權：台灣修復式正義與轉型正義實踐的困境與脫困之道〉，《台灣人權學刊》，1 卷 3 期，頁 67-93。
- 吳豪人、黃居正 (2006)。〈對市民財產制度的再檢視：由司馬庫斯部落公約到自然資源的歸屬〉，《臺灣國際法季刊》，3 卷 1 期，頁 207-263。
- 李憲榮 (2010)。〈加拿大梅蒂族群 (Métis) 的法律地位〉，《台灣原住民族研究季刊》，3 卷 2 期，頁 1-24。
- 辛年豐 (2011)。〈原住民族權利保障的建構與實現－從平等權出發到落實平等保障〉，《中正大學法學集刊》，34 期，頁 187-245。
- 阮俊達 (2015)。〈從族群主流化觀點思考原住民族政策〉，《台灣原住民族研究學報》，5 卷 3 期，頁 173-200。
- 阮俊達 (2016)。〈族群主流化觀點下的原住民族轉型正義〉，《台灣原住民族研究學報》，6 卷 3 期，頁 51-71。
- 官大偉 (2013)。〈原住民族傳統習慣規範與法制〉，《原教界》，53 期，頁 12-17。
- 林三元 (2012)。〈從社會文化之觀點論設立原住民族法庭之必要性與可行性〉，《台灣原住民族研究季刊》，5 卷 2 期，頁 155-187。
- 林孟皇 (2013)。〈消失的證人證詞？－從排灣族舅公摸童「阿力力」事件談法官的審判靈魂〉，《司法改革雜誌》，95 期，頁 72-78。
- 林淑雅 (2000)。〈多元民族國家的原住民族基本權〉，《律師雜誌》，247 期，頁 11-22。
- 林開世 (2008)。〈一個法案保護了什麼？〉，《人類學視界》，1 期，頁 2-5。
- 林鈺雄 (2015)。〈2014 年刑事程序法裁判回顧：從國際人權公約內國法化的觀

- 點出發》，《臺大法學論叢》，44 卷 S 期，頁 1535-1566。
- 邱忠義（2013）。〈新修正刑法「可易刑處分與不可易刑處分」之數罪併罰問題及刑訴法「原住民及無資力民眾律師依賴權」性質之探討〉，《月旦法學教室》，126 期，頁 79。
- 邱忠義（2016）。〈原住民自製獵槍之認定及持有獵槍之管制新思維〉，《月旦法學雜誌》，256 期，頁 102-123。
- 施正鋒（2011）。〈從權利保障探討平埔族原住民族身分被剝奪〉，《台灣國際法季刊》，8 卷 1 期，頁 7-38。
- 施正鋒（2014）。〈台灣原住民族自治的路徑〉，《台灣原住民族研究學報》，4 卷 4 期，頁 189-206。
- 施正鋒（2017）。〈原住民族傳統領域的劃設〉，《台灣原住民族研究學報》，7 卷 1 期，頁 165-189。
- 范盛保（2004）。〈從大熔爐到多元文化主義：加拿大成功之移民經驗及其對台灣的啟示〉，收於：施正峰（著），《當代加拿大民主政治》，頁 289-314。台北：翰蘆。
- 范盛保（2011）。〈澳洲原住民族——爭論中的議題與研究取向〉，收於：施正鋒（著），《原住民族研究》，頁 75-94，花蓮：國立東華大學原住民族學院。
- 范盛保（2012）。〈澳洲原住民主權——從國際原則到澳洲法院判例之初探〉，收於：施正鋒（著），《原住民族主權與國家主權》，頁 45-64。台北：台灣原住民族研究協會。
- 原教界編輯部（2012）。〈澳洲原住民族概述〉，《原教界》，48 卷，頁 88-93。
- 容邵武（2009）。〈觀看法律，尋找文化——解構與重構法律人類學〉，《思與言：人文與社會科學雜誌》，47 卷 4 期，頁 237-259。
- 徐克銘（2001）。〈從國際法觀點論刑事管轄權基礎之屬人原則〉，《律師雜誌》，264 期，頁 71-85。
- 張志銘、蔡尚謙（2015）。〈布農族人 TamaTalum 王光祿案之評析〉，《植根雜誌》，31 卷 12 期，頁 461-478。
- 張培倫（2009）。〈歷史不正義、族群導向積極賦權行動政策與原住民族——一個初步研究〉，《台灣原住民族研究季刊》，2 卷 1 期，頁 1-29。
- 張道周（2012）。〈原住民參與審判——原住民審判主體地位的建立〉，《台灣原住民族研究季刊》，5 卷 3 期，頁 41-83。
- 許建榮（2016）。〈澳洲原住民權利與轉型正義〉，《台灣原住民族研究學報》，6 卷 3 期，頁 31-49。
- 許恒達（2013）。〈國家規範、部落傳統與文化衝突——從刑法理論反思原住民犯罪的刑責問題〉，《台灣原住民族研究季刊》，6 卷 2 期，頁 33-82。
- 許恒達（2014）。〈重新檢討原住民自製獵槍之管制與處罰〉，《台灣原住民族研究季刊》，7 卷 3 期，頁 121-152。
- 許恒達（2016）。〈刑法秩序與多元文化：以東亞刑事法院為中心的考察〉，收於：

- 葉俊榮（編），《變遷中的東亞法院：從指標性判決看東亞法院的角色與功能》，頁 107-136。台北：國立臺灣大學出版中心。
- 許恒達（2017）。〈持有獵槍、獵捕保育類野生動物與原住民慣習間的衝突及解套：評宜蘭地方法院 104 年度原訴字第 1 號刑事判決〉，《臺灣原住民族法學期刊》，1 卷 2 期，頁 49-60。
- 許春金、陳玉書、張謹名、張淑慧、高政昇、姚淑文（2008）。〈泰雅族傳統正義概念內涵之探討〉，《犯罪與刑事司法研究》，10 期，頁 125-174。
- 陳守煌、陳荔彤（2013）。〈國際刑事管轄權法律制度〉，《法學叢刊》，58 卷 1 期，頁 1-44。
- 陳竹上（2012）。〈重返山林的坎坷路：由泰雅族櫟木事件及魯凱族漂流木事件探討原住民族土地及自然資源權利在國家司法體系中的處境〉，《文化研究月報》，132 期，頁 17-43。
- 陳宗仁（2005）。〈近代臺灣原住民圖像中的槍—兼論槍枝的傳入、流通與使用〉，《臺大歷史學報》，36 期，頁 53-106。
- 郭佩宜（2008）。〈法律是解藥，還是毒藥？〉，《人類學視界》，1 期，頁 6-8。
- 湯文章（2012）。〈論應否設置原住民族專屬法院或法庭〉，《台灣原住民族研究季刊》，5 卷 3 期，頁 85-119。
- 湯文章（2013）。〈原住民族專業法庭目前之運作情形〉，《原教界》，53 期，頁 18-21。
- 黃居正（2009）。〈憲法解釋與原住民權利〉，收於：廖福特（編），《憲法解釋之理論與實務（第六輯）（下冊）》，頁 429-465。台北：中央研究院法律學研究所籌備處。
- 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 卷 1 期，頁 5-16。
- 楊恕、曾向紅（2007）。〈美國印地安人保留地制度現況研究〉，《美國研究》，21 卷 3 期，頁 50-69。
- 葉高華（2013）。〈排除？還是放棄？平埔族與山胞身分認定〉，《臺灣史研究》，20 卷 3 期，頁 177-206。
- 蔡志偉 Awi Mona（2008）。〈聯合國中的原住民族國際人權〉，《臺灣國際研究季刊》，4 卷 2 期，頁 81-108。
- 蔡志偉 Awi Mona（2010）。〈加拿大原住民族的自治權〉，收於：施正鋒（著），《加拿大原住民權利保障》，頁 209-232。台北：翰蘆。
- 蔡志偉 Awi Mona（2010）。〈初探美國「印地安學」的原住民族研究〉，收於：施正鋒（著），《原住民族研究》，頁 29-50。花蓮：東華大學原住民族學院。
- 蔡志偉 Awi Mona（2011）。〈從客體到主體：台灣原住民族法制與權利的發展〉，《臺大法學論叢》，40 卷 S 期，頁 1499-1550。
- 蔡志偉 Awi Mona（2016）。〈民族法主體之建立：臺灣原住民族自治之視角〉，《臺灣原住民族法學》，1 卷 1 期，頁 77-86。
- 蔡志偉 Awi Mona（2016）。〈原住民族自治〉，《台灣原住民族研究學報》，6 卷 1

期，頁 137-145。

蔡志偉 Awi Mona (2016)。〈國家道歉與原住民族歷史正義〉，《法律扶助基金會會訊》，51 期，頁 6-9。

蔡惠如 (2008)。〈以原住民族文化為司法制度核心價值之全球化與在地化——以澳洲原住民刑事司法制度為鑒〉，《中華國際法與超國界法評論》，4 卷 1 期，頁 51-89。

鄭川如 (2014)。〈論兩人權公約中原住民狩獵權漁業權的內涵〉，《台灣原住民族研究季刊》，7 卷 3 期，頁 83-120。

鄭川如 (2015)。〈誰有權決定誰是原住民？——從兩人權公約及相關國際文件檢視原住民身分認定問題〉，《法令月刊》，66 卷 9 期，頁 81-108。

鄭川如、陳榮隆、姚孟昌 (2016)。〈從公民與政治權利國際公約檢視我國原住民司法通譯制度〉，《臺北大學法學論叢》，99 期，頁 249-302。

謝若蘭 (2015)。〈平埔族群恢復族群身份之權利伸張與策略建議〉，《台灣原住民族研究學報》，5 卷 1 期，頁 43-58。

謝煜偉 (2014)。〈刑法解釋與原住民狩獵文化／最高院 102 臺上 5093 判決[裁判簡評]〉，《臺灣法學雜誌》，241 卷，頁 176-181。

研討會文章

王皇玉 (2013 年 10 月)。〈原住民犯罪的文化抗辯及其實踐——以近年來之刑事判決為中心〉，發表於：《第四屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會》。原住民族委員會（主辦）。

王毓正 (2018 年 1 月)。〈野保法相關規定限制原住民狩獵行為之違憲可能（與談稿）〉，發表於：《原住民族狩獵文化與憲法保障座談會》。財團法人法律扶助基金會原住民族法律服務中心（主辦）。

吳志強 (2016 年 10 月)。〈刑事案件採納實證研究之必要性——以原住民族傳統習慣為中心〉，發表於：《第七屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會》。原住民族委員會（主辦）。

吳豪人 (2016 年 10 月)。〈近代市民法與「習慣」：一個殖民戰略的回顧〉，發表於：《第七屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會》。原住民族委員會（主辦）。

施正鋒 (2016 年 10 月)。〈加拿大的原住民族真相和解委員會〉，發表於：《第八屆發展研究年會：環境與永續發展》。台灣發展研究學會、國立台灣大學地理環境資源學系（主辦）。

施育傑 (2013 年 10 月)。〈原住民相關案件之刑事實體與程序法初探——以實務若干見解出發〉，發表於：《第四屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會》。原住民族委員會（主辦）。

浦忠勇 (2013 年 10 月)。〈習俗或犯罪？探討一群游移在傳統文化與國家法律的鄒族獵人〉，發表於：《第四屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會》。

- 原住民族委員會（主辦）。
- 涂偉俊（2016 年 10 月）。〈原住民族狩獵習慣納入成文法之研究〉，發表於：《第七屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會》。原住民族委員會（主辦）。
- 高德義（2010 年 11 月）。〈重拾被放逐的傳統：排灣族習慣法與國家法的衝突與融合〉，發表於：《第一屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會》。原住民族委員會（主辦）。
- 張宏節（2018 年 1 月）。〈非法獵捕保育類野生動物罪原住民族文化權抗辯之實證研究〉，發表於：《原住民族狩獵文化與憲法保障座談會》。財團法人法律扶助基金會原住民族法律服務中心（主辦）。
- 陳昭如（2015 年 12 月）。〈差異的難題：以性侵害和習俗傳統為例論性別人權公約的涉入實踐〉，發表於：《人權公約與我國憲法解釋研討會》。司法院大法官（主辦）。
- 湯文章（2005 年 5 月）。〈原住民族在訴訟法上地位之研究〉，發表於：《第一屆民族法學研討會》。原住民族委員會、財團法人法律扶助基金會、國立東華大學民族發展研究所（主辦）。
- 湯文章（2013 年 10 月）。〈原住民族專業法庭（股）設置後法院實務變化之觀察與評析〉，發表於：《第四屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會》。原住民族委員會（主辦）。
- 黃居正（2016 年 10 月）。〈原住民族司法近用權之理論與實踐—與中國等社會主義觀點之比較〉，發表於：《第七屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會》。原住民族委員會（主辦）。
- 蔡志偉 Awi Mona（2013 年 10 月）。〈加拿大與澳洲法院實務中的原住民族習慣效力〉，發表於：《第四屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會》。原住民族委員會（主辦）。
- 蔡廷宜（2013 年 10 月）。〈原住民族法庭實務運作之現況及展望—以嘉義地院刑事案例觀察為中心〉，發表於：《第四屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會》。原住民族委員會（主辦）。
- 蔡穎芳（2016 年 10 月）。〈布農族家事傳統慣習納入實證法之研究及建議-自兩則家事調解案例觀之〉，發表於：《第七屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會》。原住民族委員會（主辦）。

政府研究報告

- 王泰升（2003）。《原住民保留地土地專屬法庭設置研究》。原住民族委員會。
- 吳克能（2005）。〈多元文化主義下的加拿大廣電政策〉，收於：《93 年出國專題研究》。行政院客家委員會。
- 沈美真、李炳南、楊美鈴（2012）。《司法通譯案調查報告》。監察院。
- 高金枝、蔡惠如（2007）。《澳洲、紐西蘭原住民族司法制度考察報告》。司法院。

- 高德義（編）（2005）。《原住民族自治之研究與規劃——排灣族、魯凱族與雅美族》。原住民族委員會。
- 張道周（2017）。《司法研究年報第 33 輯（刑事類）第 2 篇「原住民族參與審判法制之研究」》。司法院。
- 傅君（2011）。《台東縣原住民族傳統文化、祭儀與狩獵行為等傳統知識調查計畫——排灣族、魯凱族》。行政院農業委員會林務局。
- 湯文章（2008）。《設置原住民法庭或法院可行性之研究》。臺灣花蓮地方法院研究開發項目研究報告。
- 湯文章（2009）。〈設置原住民法庭或法院可行性之研究〉，收於：《司法研究年報第 26 輯》。司法院。
- 監察院（2013）。《專業法庭（院）執行成效之探討專案調查研究報告》。監察院。
- 蔡志偉 Awi Mona、潘英海（2011）。《原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制研究：賽德克族》。原住民族委員會。
- 羅國夫（2008）。〈排灣族傳統習慣探討〉，收於：高德義、石忠山、羅國夫、楊逸翔、楊鵬穎、全皓翔（編），《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》。原住民族委員會。

學位論文

- 孔賢傑（2010）。《從原住民司法權益觀點論法律扶助制度之改革》，國立中正大學法律學研究所碩士論文，嘉義。
- 全倖慧（2015）。《泰雅族 Gaga 規範及除罪(和解)儀式變遷之研究》，國立臺北大學犯罪學研究所碩士論文，臺北。
- 何書雅（2015）。《文化抗辯及其理論實踐於我國刑事判決之適用-以原住民為中心》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，臺北。
- 吳孟蓉（2017）。《臺灣原住民身分認定之研究》，國立臺北大學公共行政暨政策學系碩士在職專班碩士論文，臺北。
- 李佳純（2013）。《論我國原住民族傳統領域權——以司法實務判決之比較發展》，國立東華大學財經法律研究所碩士論文，花蓮。
- 李明芝（2013）。《原住民採取森林產物的文化困境與除罪化研究》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，臺北。
- 李耿誠（2012）。《論臺灣原住民犯罪——以判決選評為核心》，國立中正大學法律學研究所碩士論文，嘉義。
- 林柏年（2005）。《台灣原住民族權利法制研究——批判種族理論觀點》，國立東華大學民族發展研究所碩士論文，花蓮。
- 林禹宏（2014）。《原住民被告於刑事程序之困境與解決》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，臺北。
- 林淑雅（2007）。《解／重構台灣原住民族土地政策》，國立臺灣大學法律學研究所博士論文，臺北。

- 林銘溢（2004）。《從同化主義到多元文化主義：政治轉型與原住民族自治》，國立臺灣大學社會學研究所碩士論文，臺北。
- 查勞·巴奈·撒禮朋岸（2012）。《阿美族長光部落社會制度與習慣規範的變遷與適應》，國立東華大學民族發展與社會工作學系研究所碩士論文，花蓮。
- 洪千涵（2008）。《修復式正義對被害人損害影響——以泰雅族為例》，國立臺北大學犯罪學研究所碩士論文，臺北。
- 涂予尹（2014）。《論多元文化主義下種族優惠性差別待遇的法正當性基礎：以臺灣原住民學生高等教育升學優待措施為中心》，國立臺灣大學法律學研究所博士論文，臺北。
- 張文杼（2015）。《屬人法衝突—適用族群慣習為準據法之理論與實踐》，國立清華大學科技法律研究所碩士論文，新竹。
- 張立珊（2010）。《入無人之境—司法通譯跨欄的文化》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，臺北。
- 張寅（2011）。《多元文化背景下的民族國家建構研究》，吉林大學政治學博士論文，長春。
- 張謹名（2007）。《泰雅族正義模式內涵與實施機制之研究》，國立臺北大學犯罪學研究所碩士論文，臺北。
- 陳毓麟（2006）。《多元文化社會中的團體權利》，國立臺灣大學政治學研究所碩士論文，臺北。
- 黃怡珊（2016）。《涉外婚姻事件準據法決定適用與承認之研究—以婚姻成立之實質要件為中心》，國立成功大學法律學系碩士論文，臺南。
- 楊曉珞（2007）。《台灣原住民族司法權之探討與建構》，國立東華大學民族發展研究所碩士論文，花蓮。
- 劉恩廷（2007）。《國中之國？新夥伴關係？—原住民族自治權之建構與制度設計》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，臺北。
- 蔡桓文（2007）。《國家法與原住民族習慣規範之衝突與解決》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，臺北。
- 鄭志強（2008）。《台灣原住民族自治之研究：以權利法制化的觀點分析》，國立臺灣大學國家發展研究所碩士論文，臺北。
- 蕭宇軒（2011）。《論文化辯護於我國刑事審判上實行之研究》，國立成功大學法律學研究所碩士論文，臺南。
- 賴正杰（2013）。《台灣原住民當代狩獵探討-以魯凱族隘寮群為例》，屏東科技大學野生動物保育研究所碩士論文，屏東。
- 羅國夫（2009）。《原住民知識、習慣法與人權——以排灣族為例的探討》，國立東華大學民族發展研究所碩士論文，花蓮。

其他

財團法人法律扶助基金會（2015），《2015 年考察澳洲原住民法律扶助制度參訪



日本文献

一般書籍

- 新木秀和(2014)。《先住民運動と多民族国家：エクアドルの事例研究を中心に》。
東京：御茶の水書房。
- 塩原良和(2010)。《変革する多文化主義へ：オーストラリアからの展望》。東
京：法政大学出版局。
- 関根政美(2000)。《多文化主義社会の到来》。東京：朝日新聞社。
- 千葉正士(1991)。《法文化のフロンティア》。東京：成文堂。
- 常本照樹(2000)。《アイヌ民族をめぐる法の変遷—旧土人保護法から「アイヌ
文化振興法」へ》。札幌：さっぽろ自由学校「遊」。
- 松井茂記(2012)。《カナダの憲法—多文化主義の国からのかたち》。東京：
岩波書店。
- 松井健一(2013)。《北米先住民族の文化と主権》。茨城：筑波大学出版会。
- 山本草二(1991)。《国際刑事法》。東京：三省堂。

専書與期刊論文

- 新木秀和(2011)。〈メスティサへと多文化主義のはざままで：エクアドルにお
ける先住民の包摂と排除〉,《人文学研究所報》,46期,頁53-66。
- 石川涼子(2013)。〈多文化主義とネイション——カナダにおける多文化主義を
通じた政治統合の考察〉,收於：佐藤正志=ポール・ケリー(編),《多元
主義と多文化主義の間——現代イギリス政治思想史研究》,頁299-316。
東京：早稲田大学出版部。
- 上橋菜穂子(2005)。〈アボリジニ政策について——隔離と同化のダブル・スタ
ンダード〉,收於：早稲田大学オーストラリア研究所(編),《オースト
ラリアのマイノリティ研究》,頁133-150。東京：オセアニア出版社。
- 落合研一(2014)。〈アメリカ合衆国におけるハワイ先住民の法的地位(1)〉,《法
学研究》,49巻4期,頁1088-1055。
- 落合研一(2015)。〈アイヌ民族が先住民族であることの法的意義(ミニ・シン
ポジウム アジアにおけるマイノリティの権利とアフーマティブ・ア
クション)〉,《比較法研究》,77期,頁230-236。
- 加藤普章(1999)。〈カナダの多文化主義——言語と宗教をめぐる多元性と歴史
的展開〉,收於：油井大三郎、遠藤泰生(編),《多文化主義のアメリカ
——揺らぐナショナル・アイデンティティ》,頁229-251。東京：東京大
学出版会。
- 角田猛之(2016)。〈[翻訳] アンドリュー・エルエティ「伝統的な土地に対す

- る先住民の権利の承認：国際条約上の諸機関による諸国家の評価」》《關西大學法學論集》，65 卷 6 期，頁 198-239。
- 金田章裕 (2002)。〈白人入植者とアボリジニ〉，收於：小山修三、窪田幸子 (編)，《多文化国家の先住民—オーストラリア・アボリジニの現在》，頁 105-128。京都：世界思想社。
- 鎌田真弓 (2002)。〈国民国家のアボリジニ〉，收於：小山修三、窪田幸子 (編)，《多文化国家の先住民—オーストラリア・アボリジニの現在》，頁 129-152。京都：世界思想社。
- 木村秀雄 (1999)。〈多文化主義・人類学・ラテンアメリカ〉，收於：油井大三郎、遠藤泰生 (編)，《多文化主義のアメリカ—揺らぐナショナル・アイデンティティ》，頁 253-281。東京：東京大学出版会。
- 小林致広 (2008)。〈国連宣言採択とアメリカ大陸の先住民運動の「転回」〉，《PRIME》，27 期，頁 69-80。
- 田上智宜 (2012)。〈多文化主義言説における新移民問題〉，收於：沼崎一郎、佐藤幸人 (編)，《交錯する台湾社会》，頁 175-207。千葉：アジア経済研究所。
- 千葉正士 (1999)。〈多元的法体制〉，《国際基督教大学学報. II-B, 社会科学ジャーナル》，43 期，頁 25-34。
- 中野育男 (2017)。〈ILO169 号条約と先住民種族民の参加・協議・同意〉，《専修商学論集》，105 卷，頁 115-124。
- 額田有美 (2013)。〈コスタリカの裁判における先住民族の権利保障システムに関する一考察：「文化鑑定」の現状と課題〉，《ラテンアメリカ・カリブ研究》，20 期，頁 57-65。
- 前田耕司 (2005)。〈先住民族アボリジニの自己決定と大学開放〉，收於：早稻田大学オーストラリア研究所 (編)，《オーストラリアのマイノリティ研究》，頁 169-187。東京：オセアニア出版社。
- 松名隆 (2011)。〈アイヌ民族の文化享有権と多文化主義——二風谷ダム裁判の基層文化論による総括〉，收於：貝澤耕一、松名隆、奥野恒久、丸山博 (編)，《アイヌ民族の復権—先住民族と築く新たな社会》，頁。京都：法律文化社。
- 油井大三郎 (1999)。〈序 いま、なぜ多文化主義論争なのか〉，收於：油井大三郎、遠藤泰生 (編)，《多文化主義のアメリカ—揺らぐナショナル・アイデンティティ》，頁 1-18。東京：東京大学出版会。

英文文獻

一般書籍

Behrendt, L., Cunneen, C. and Libesman, T. (2008). *Indigenous legal relations in*

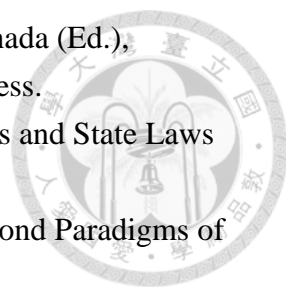
- Australia*: Oxford University Press.
- Borrows, J. (2010). *Canada's indigenous constitution*. Toronto: University of Toronto Press.
- Brownlie, I. (2008). *Principles of Public International Law*: Oxford University Press.
- Clark, S. and Cove, J. J. (1999). Canadian Commissions of Inquiry into Aboriginal Peoples and Criminal Justice. In M. Asch and P. Havemann (Eds.), *Indigenous Peoples' Rights in Australia, Canada, and New Zealand*: Oxford University Press.
- Douglas, H. and Finnane, M. (2012). *Indigenous crime and settler law: white sovereignty after Empire*: Springer.
- Duthu, B. (2013). *Shadow Nations: Tribal Sovereignty and the Limits of Legal Pluralism*: Oxford University Press.
- Garrow, C. E. and Deer, S. (2004). *Tribal Criminal Law and Procedure* (Vol. 2): Rowman Altamira.
- MacRae, H., Nettheim, G. and Beacroft, L. (1991). *Aboriginal legal issues: commentary and materials*: Law Book Comp.
- Postero, N. (2017). *The Indigenous State: Race, Politics, and Performance in Plurinational Bolivia*: University of California Press.
- Renteln, A. D. (2004). *The cultural defense*: Oxford University Press.
- Vines, P. (2005). *Law and Justice in Australia: Foundations of the legal system*: Oxford University Press.

專書與期刊論文

- Altmann, P. (2016). "The Right to Self-determination": Right and Laws Between Means of Oppression and Means of Liberation in the Discourse of the Indigenous Movement of Ecuador. *Int'l J. for Semiotics L.*, 29(1), 121-134.
- Austin, R. D. (2011). American Indian Customary Law in the Modern Courts of American Indian Nations. *Wyo. L. Rev.*, 11, 351-374.
- Baluart, D. C. (2004). Balancing Indigenous Rights and a State's right to develop in Latin America: The inter-american rights regime and ILO convention 169. *Sustainable Dev. L. & Pol'y*, 4, 9-15.
- Barrera, A. (2011). Turning legal pluralism into state-sanctioned law: Assessing the implications of the new constitutions and laws in Bolivia and Ecuador. In *GIGA Research Programme: Legitimacy and Efficiency of Political System*. Retrieved from:
https://www.giga-hamburg.de/de/system/files/publications/wp176_barrera.pdf
- Becker, M. (2011). Correa, indigenous movements, and the writing of a new constitution in Ecuador. *Latin American Perspectives*, 38(1), 47-62.


- 
- Bell, G. F. (2006). Multiculturalism in Law is Legal Pluralism-Lessons from Indonesia, Singapore and Canada. *Sing. J. Legal Stu*, 315-330.
- Berman, P. S. (2006). Global legal pluralism. *s. Cal. l. Rev.*, 80, 1155.
- Coates, N. (2008). Who are the indigenous peoples of Canada and New Zealand. *Journal of South Pacific Law*, 12(1), 49-55.
- Cott, V. and Lee, D. (2007). Latin America's Indigenous Peoples. *J Democr.*, 18(4), 127-142.
- de Costa, R. (2014). Descent, culture, and self-determination: States and the definition of indigenous peoples. *Aboriginal Policy Studies*, 3(3), 55-85.
- Dodson, M. and McNamee, R. (2008). Recognition of the Indigenous people of Australia and their rights. In M. Hinton, D. Rigney and E. Johnston (Eds.), *Indigenous Australians and the law*(pp. 233-245): Routledge.
- Eid, T. A. and Doyle, C. C. (2010). Separate but unequal: the federal criminal justice system in Indian Country. *U. Colo. l. Rev.*, 81, 1067-1118.
- Ennis, S. E. and Mayhew, C. P. (2013). Federal Indian Law and Tribal Criminal Justice in the Self-Determination Era. *Am. Indian L. Rev.*, 38(2), 421-476.
- Fletcher, M. L. (2013). Indian Courts and Fundamental Fairness: Indian Courts and the Future Revisited. *U. Colo. L. Rev.*, 84, 59-96.
- Goldberg, C. (2010). In Theory, In Practice: Judging State Jurisdiction in Indian Country. *U. Colo. L. Rev.*, 81, 1027-1066.
- Golden, L. T. (2011). Embracing tribal sovereignty to eliminate criminal jurisdiction chaos. *U. Mich. JL Reform*, 45, 1039-1070.
- Hammond, J. L. (2011). Indigenous community justice in the Bolivian constitution of 2009. *Hum. Rts. Q.*, 33(3), 649-681.
- Harris, M. (2004). From Australian courts to Aboriginal courts in Australia-bridging the gap. *Current Issues Crim. Just.*, 16, 26-41.
- Hart, G. M. (2010). A Crisis in Indian Country: An Analysis of the Tribal Law and Order Act of 2010. *Regent UL Rev.*, 23, 139-186.
- Havemann, P. (1999). Indigenous Rights in the Political Jurisprudence of Australia, Canada, and New Zealand. In M. Asch and P. Havemann (Eds.), *Indigenous Peoples' Rights in Australia, Canada, and New Zealand*(pp. 22-64): Oxford University Press.
- Hermes, E. (2013). Law & Order Tribal Edition: How the Tribal Law and Order Act Has Failed to Increase Tribal Court Sentencing Authority. *Ariz. St. LJ*, 45, 675-702.
- Hitchcock, R. K. and Vinding, D. (2004). Introduction. In R. K. Hitchcock and D. Vinding (Eds.), *Indigenous peoples' rights in Southern Africa*(pp. 8-21): IWGIA.

- Jameson, K. P. (2011). The indigenous movement in Ecuador: The struggle for a plurinational state. *Latin American Perspectives*, 38(1), 63-73.
- Jeffries, S. and Bond, C. E. (2010). Narratives of mitigation: Sentencing Indigenous criminal defendants in South Australia's higher courts. *J. Sociol.*, 46(3), 1-19.
- Johnson, S. (2014). Developing First Nations courts in Canada: Elders as foundational to Indigenous therapeutic jurisprudence+. *Journal of Indigenous Social Development*, 2(2), 1-14.
- Kronk, E. A. (2010). American Indian Tribal Courts as Models for Incorporating Customary Law. *J. Ct. Innovation*, 3, 231-246.
- LaForme, H. S. (2005). The justice system in Canada: Does it work for Aboriginal people. *Indigenous LJ*, 4, 1-18.
- Macdonald, R. A. (1998). Metaphors of multiplicity: civil society, regimes and legal pluralism. *Ariz. J. Int'l & Comp. L.*, 15, 69-92.
- Marchetti, E. and Daly, K. (2007). Indigenous sentencing courts: Towards a theoretical and jurisprudential model. *Sydney L. Rev.*, 29, 415-444.
- Maurutto, P. and Hannah-Moffat, K. (2016). Aboriginal Knowledges in Specialized Courts: Emerging Practices in Gladue Courts. *CJLS*, 31(3), 451-471.
- McLachlan, C. (1988). The Recognition of Aboriginal Customary Law: Pluralism beyond the Colonial Paradigm: A Review Article. *Int'l & Comp. L.Q.*, 368-386.
- Michaels, R. (2009). Global legal pluralism. *Ann. Rev. L. & Soc. Sci.*, 5, 243-262.
- Nehhheim, G. (1995). IV Mabo and legal pluralism: The Australian Aboriginal justice experience. In K. M. Hazlehurst (Ed.), *Legal Pluralism and the Colonial Legacy: Indigenous Experiences of Justice in Canada, Australia, and New Zealand*(pp. 103-130): Avebury.
- Renteln, A. D. (2010). Making room for culture in the court. *Judges J.*, 49, 7-15.
- Roberts, J. and Melchers, R. (2003). The incarceration of Aboriginal offenders: Trends from 1978 to 2001. *Can. J. Criminol. Crim. Justice.*, 45(2), 211-242.
- Rolnick, A. C. (2014). Tribal Criminal Jurisdiction Beyond Citizenship and Blood. *American Indian Law Review*, 39(2), 337-449.
- Ruiz-Chiriboga, O. (2017). Finding the right judge: challenges of jurisdiction between indigenous and ordinary adjudicators in Ecuador. *JLP*, 49(1), 3-33.
- Sarivaara, E., Maatta, K., & Uusiautti, S. (2014). Who is indigenous? Definitions of indigeneity. *European Scientific Journal*, 9(10), 369-378.
- Sharafi, M. (2008). Justice in many rooms since Galanter: de-romanticizing legal pluralism through the cultural defense. *Law & Contemp. Probs.*, 71(2), 139-146.
- Shawana, P. (2007). Legal Processes, Pluralism in Canadian Jurisprudence, and the

- 
- Governance of Carrier Medicine Knowledge. In L. C. o. Canada (Ed.), *Indigenous Legal Traditions* (Vol. 6)(pp. 114-135): UBC Press.
- Short, L. (2014). Tradition versus Power: When Indigenous Customs and State Laws Conflict. *Chi. J. Int'l L.*, 15, 376-408.
- Sieder, R. (2011). The Challenge of Indigenous Legal Systems: Beyond Paradigms of Recognition. *Brown J. World Aff.*, 18, 103-114.
- Simon Thomas, M. (2017). The Effects of Formal Legal Pluralism on Indigenous Authorities in the Ecuadorian Highlands. *JLACA*, 22(1), 46-61.
- Tamanaha, B. Z. (2008). Understanding legal pluralism: past to present, local to global. *Sydney L. Rev.*, 30, 375-411.
- Tockman, J. and Cameron, J. (2014). Indigenous autonomy and the contradictions of plurinationalism in Bolivia. *LAT AM POLIT SOC*, 56(3), 46-69.
- Van Cott, D. L. (2000). A political analysis of legal pluralism in Bolivia and Colombia. *J. Latin. Amer. Stud.*, 32(1), 207-234.
- Wiessner, S. (1999). Rights and status of indigenous peoples: a global comparative and international legal analysis. *Harv. Hum. Rts. J.*, 12, 57-128.
- Wilson, P., Du Plessis, P. and Pienaar, J. (2000). Land Claims of Indigenous Peoples—The Impact on Property Values: A Comparative Study on South Africa and Australia. *JREL*, 8(1), 35-56.
- Yarrow, D. (2011). Law's Infidelity to Its Past: The Failure to Recognie Indigenous Jurisdiction in Australia and Canada. In L. A. Knafla and H. Westra (Eds.), *Aboriginal title and Indigenous Peoples*(pp. 85-99): UBC Press.
- Yrigoyen Fajardo, R. Y. (2004). Legal pluralism, indigenous law and the Special Jurisdiction in the Andean Countries. *Beyond law*, 10, 32-46.

政府單位報告

- Australian Law Reform Commission. (1986). *Recognition of Aboriginal Customary Laws*(ALRC Report 31). Canberra: Australian Government.
- Australian Law Reform Commission. (2017). *Incarceration Rates of Aboriginal and Torres Strait Islander Peoples* (DP 84). Canberra: Australian Government.
- Bartels, L. (2015). *Indigenous-specific court initiatives to support Indigenous defendants, victims and witnesses*. Indigenous Justice Clearinghouse.
- Beranger, B., Weatherburn, D. and Moffatt, S. (2010). *Reducing Indigenous contact with the court system*: NSW Bureau of Crime Statistics and Research.
- Cobo, J. R. M. (1900). *Study of the problem of discrimination against indigenous populations* (Vol. 1). United Nations.
- Daly, K. and Marchetti, E. (2004). *Indigenous courts and justice practices in Australia*: Australian Institute of Criminology.

- 
- Dewing, M. (2013). *Canadian multiculturalism*. Ottawa: Library of Parliament, Parliamentary Research Branch.
- Fitzgerald, J. (2008). Does circle sentencing reduce Aboriginal offending? *BOCSAR NSW Crime and Justice Bulletins*, 11.
- Hedling, N. (2011). *A Practical Guide to Constitution Building: The Design of the Judicial Branch*: International Institute for Democracy and Electoral Assistance (International IDEA).
- Johnston, E. (1991). *Royal Commission into Aboriginal Deaths in Custody, National Report*. Canberra: Australian Government Publishing Service.
- Marchetti, E. (2009). *Indigenous Sentencing Courts*. Indigenous Justice Clearinghouse.
- Tomaino, J. (2004). *Aboriginal (Nunga) Courts*: Office of Crime Statistics & Research.
- Reitano, J. (2017). *Adult correctional statistics in Canada, 2015/2016*.
<https://www.statcan.gc.ca/pub/85-002-x/2017001/article/14700-eng.htm>: Statistics Canada.

學位論文

- Hayes, S. M. (2015-2016). *The Andean New Legal Pluralism*. (Master), Central European University, Budapest-Hungary.
- Ng, M. L. (2006). *In Search of the 'Golden Thread': Common Law Interactions With Indigenous Law in Canada, Australia and New Zealand*. (Ph.D), Griffith University.
- Patzi Condori, I. L. (2017). *Administration of indigenous justice: limits and scope of indigenous legal systems based on the plural control of constitutionality of the Plurinational Constitutional Court of Bolivia*. (Doctoral dissertation), Global Campus.

其他

- Chan, H. (2013). Access to Justice - Aboriginal Resources List 2013: Alberta Civil Liberties Research Centre. Retrieved from
https://static1.squarespace.com/static/511bd4e0e4b0cecdc77b114b/t/5446cbce44b0265bf17ebde7/1413925838363/ATJ_Aboriginal_2013_Resources_List.pdf.
- Whonnock, K. (2008). Aboriginal courts in Canada: The Scow Institute. Retrieved from http://lgdata.s3-website-us-east-1.amazonaws.com/docs/3978/803827/Aboriginal_Courts_Fact_Sheet.pdf.
- Williams, T. (2012). Higher crime, fewer charges on Indian land. *The New York Times*.

February.

