



原住民犯罪之難題—自阿力力案出發

(臺灣台東地方法院 101 年度侵訴字第 8 號、臺灣高等法院花蓮分院 101 年度侵上訴字第 47 號刑事判決)

■ 第 57 期學習司法官 林鈺滢

目 次

壹、前言	三、地方法院判決理由
貳、文化抗辯及其審理模式	四、高等法院判決理由
一、社會化、涵化與同化	五、判決評析
二、多元文化主義	肆、代結論
三、文化衝突審理模式	一、我國其他實務判決
參、阿力力案之文化衝突爭議	二、我國實務之評析及值得改進之處— 以美國發展為借鏡
一、排灣族傳統習慣	三、本文結論
二、原因事實	

壹、前言

長期以來，原住民因經濟地位、教育程度等因素致使其在政治、經濟、教育、法律等領域受到之待遇相較於漢人而言顯然低落許多。舉例而言，憲法增修條文第 10 條第 11、12 項規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，

並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之。」明文要求國家必須尊重原住民文化，原住民基本法第 1 條亦開宗明義表示：「為保障原住民族基本權利，促進原住民族生存發展，建立共存共榮之族群關係，特制定本法」，但是在多數原住民犯罪案件中，法官面對原住民被告以部落文化、傳統慣習作為抗辯時，多

數法官仍然立基於漢人的觀點看待原住民的行為，認為法律既然已經明文規定，原住民被告生活在文明社會中理所當然應該知悉法律的存在，亦應該知道其行為已經抵觸法律規定，因此，原住民被告提出受傳統文化、慣習影響之抗辯，法官多數不會採納。

然而，法官審理案件時雖然未直接適用憲法，但是解釋法律仍然會間接受到憲法基本精神之拘束。所以尊重原住民文化既然是憲法明文規定的價值、基本精神，法官適用法律自然必須考量不同文化的差異，不能單純以漢人的角度判斷原住民犯罪行為，忽視原住民的傳統文化。

本文首先大略介紹德國與美國實務、學說如何處理文化衝突案件，並以少數原住民被告主張文化抗辯獲法院承認之判決，研究法院之審理方向；其次，說明排灣族長輩與晚輩互動之傳統慣習；再者，評析臺灣台東地方法院 101 年度侵訴字第 8 號、臺灣高等法院花蓮分院 101 年度侵上訴字第 47 號兩則刑事判決是否符合憲法尊重原住民文化之要求審理原住民被告提出傳統慣習之抗辯，以及審理程序中鑑定人與專家證人問題；最後，以美國實務處理文化衝突案件之方式提供我國未來實務判決

之參考方向。

貳、文化抗辯及其審理模式

文化實有其模糊性空間，對於什麼是「文化」，人人都有一套自己的見解，也都知道「文化」是重要、需要被保護的。然而弔詭的是，對於「文化」的範圍、性質或何種文化有「價值」等問題，大家的答案卻莫衷一是，甚至南轅北轍，社會學家包曼 (Zygmunt Bauman) 認為這樣的現象顯現了「文化」此概念有著根深蒂固的「模糊性」(ambiguity)¹。而這樣的「模糊性」造就了「文化」一詞容易被操弄的空間，也容易使得對話者在進行論辯時陷入彼此各執一詞、無法處在同一語境的窘況，在當代社會中，「文化」這個詞彙琅琅上口、散見於社會生活的每一個角落，彷彿任何事都可以跟「文化」扯上關係；更在於「文化」一詞容易操作，事實上早已深入滲透到政策制定、資源配置等嚴肅課題，從近年來「文創」產業的勃興、文建會升格為文化部等現象皆可見端倪。

一、社會化 (socialization)、涵化 (acculturation) 與同化 (assimilation) 之不同

¹ Zygmunt Bauman (1999), *Culture as Praxis*, London: Sage Publications, p1.



既然文化是由人們經驗所創造、累積而成，則身處其中之群體會先經歷社會化之過程，藉由與生俱來的學習本能，培養出與周遭同伴相同生活方式。而文化的傳遞可分為垂直、水平及間接三種模式，垂直傳遞是藉由家庭教育，將父母之觀念、技巧等傳授給下一代，為人格自我探索與發展之起點；水平傳遞則是透過同儕間之交流而相互學習影響；間接傳遞則是指在其他社會組織或機構所獲得之刺激²。此後該種成文或不成文的行為方式會逐漸成為團體間的普遍意識。

涵化一詞最早是美國的鮑威爾（P. W. Powell）於 1880 年提出，當時主要是研究西方文明對美洲印第安文化之影響，現則泛指兩個不同文化接觸後，一個文化接受另一個文化之歷程³，通常在表現上會是雙向進行，即強勢文化在與他文化交流時，亦會加以借採其優點，而兼具「授」與「受」之兩種面向，而對於弱勢文化而言，則有可能是主動涵納也有可能是被動接受。

同化則有認為與涵化為同義詞，亦有認為兩者間仍有不同，即涵化為

同化之初步，而同化則為涵化之最終歷程。同化屬自然之過程，不需外力介入，兩文化從最初的碰撞衝突，進而開始磨合調適，最終走向統一，期間可能歷時數個世代。⁴

綜上所述，雖然各種文化之形成可能經歷不同的演變，惟可以確定的是，一旦確立了某種生活模式，該群體之行為表現即會受其規制，此即所謂文化決定論（culture determinism），因此在評價一個人的行為時，其文化背景亦應納入考量。

二、多元文化主義(multiculturalism)

多元文化主義是討論文化抗辯的一個重要基礎，最初是用於處理弱勢族群的相關權益，學者 Parekh 將社會普遍存在的文化差異現象分為三類：次文化差異（subculture diversity）、觀點差異（perspectival diversity）及社群差異（communal diversity），並傾向將多元文化的弱勢族群限定於社群差異群體，因為相較於主流社會，這類群體具有獨立文化系統，呈現獨立的思考與行為模式。⁵而多元文化主義之基本立場即是由此差異出發，提出對主流文化

² 參考〈論文化辯護於我國刑事審判上實行之研究〉，蕭于軒，國立成功大學法律研究所碩士論文，2009.8。

³ 參考。〈涵化〉，張煌焜，教育大辭書（七），台北市：文景，2000。

⁴ 參考。〈同化〉，張秀雄，教育大辭書（三），台北市：文景，2000。

⁵ 參考〈論文化辯護於我國刑事審判上實行之研究〉，蕭于軒，國立成功大學法律研究所碩士論文，2009.8。

宰制之質疑，並且認為應該尊重及維護特定族群之文化，而將「認同政治/差異政治」(identity politics/politics of difference) 當作論述的中心。⁶

我國之多元文化發展自 1980 年代的社會運動蓬勃發展後逐漸受到重視，而 1987 年民進黨提出的黨綱認為台灣應該要關注兩種文化：現代文化及本土文化，更揭示我國多元文化之本質。其中原住民文化為關注的核心，前總統李登輝先生曾於第一次全國原住民文化會議中表示，所有原住民不能自外於台灣整體社會，任何一個族群問題，就是整個社會的問題，故原住民理當是台灣社會共同體之一員，而必須先有對文化差異的認同，才會有多元文化發展之空間。⁷

三、文化衝突之審理模式

對於發生原住民文化抗辯之事由時，法官於審理中究竟應該在哪個層次中做出回應，亦即應以什麼概念作為減免罪行之考量依據，有爭議存在。

實務上面對此類問題時，大多將其列為最後量刑時始作考慮之素材，此與美國實務上之作法有類似性。學說部

份則呈現見解不一之情形，有認係構成要件上根本欠缺該當性；有認應使行為人得於此類個案上主張阻卻違法；亦有認應視情況主張行為人欠缺違法性意識可能，進而阻卻其責任。以下介紹他國不同處理方式，再提出相關審理模式之理論見解並提出本文看法。

(一) 比較法上

德國法在處理此類案件時於實體法創設「良心犯」之概念，即當行為人基於特定文化、信仰、價值選擇，從事特定文化、信仰、價值脈絡下善的行為卻抵觸刑事法之規定，依據德國實務及通說見解，可以作為刑罰裁量事由。惟另有學說認為良心犯不應該僅作為刑罰裁量事由，其應該可以成為阻卻違法或減輕責任事由⁸。

美國對於此類少數文化或與主流刑法秩序抵觸之案件，則是發展出「文化抗辯」(或稱文化辯護)之訴訟策略模式。換言之，文化抗辯非刑事實體法上之概念，而是被告於偵查至審判程序中以自身因為受到特定文化、信仰或價值影響，從事與刑事法規定相違背之行為，主張檢察官或法官應考量少數之文

⁶ 參考〈由多元文化主義、共和主義、到憲政主義的思辨—建構多元族群的民族國家〉，施正鋒，國家政策季刊，4(2)，2005。

⁷ 參考：〈多元文化主義在台灣：衝突與挑戰〉，王俐容，元智大學社會系論文。

⁸ 參見許恆達，〈刑法秩序與多元文化—以東亞刑事法院為中心〉，東亞法院與法律繼受學術研討會(2013年6月7日)論文，頁3-5。



化脈絡與主流文化脈絡之差異性所提出之抗辯⁹，作為一種在量刑事由上之參考依據。

（二）審理模式

我國文化衝突的案例主要在於原住民文化與漢人文化衝突，因為原住民族傳統文化慣習與漢人有所不同，部落原住民依據傳統慣習之行為卻抵觸漢人制定之刑事法律。在原住民行為有違反現行法律規定之情形，是否應成立犯罪，抑或應保障原住民之權利而認為不該成立犯罪，容有下列看法：

1、欠缺構成要件該當性？

有見解認為，於具體案件中若能論證原住民對於犯罪客觀構成要件事實之定義與主流價值定義不同，應該可以排除構成要件該當性。並基於憲法增修條文及原住民基本法所揭示尊重原住民傳統文化、慣習之意旨，輔以前述社會化、涵化、同化對人民行為、認知之影響，以及多元文化主義對特定族群保障之觀點，進而認為在解釋客觀構成要件時，不能僅以漢人角度加以認定，須將原住民對於要件事實之詮釋納入考量。

2、成立阻卻違法事由？

有論者認為，針對文化抗辯之問

題，只有在違法性階層排除，方能針對依照文化習俗所為的「行為」評價，也才能真正深入了解不同文化，且基於平等原則，也應給予少數族群有機會能夠以其所認同的文化價值觀去推翻違法性。故應將原住民傳統慣習認作是超法規阻卻違法事由，以阻卻系爭行為之違法性¹⁰。

3、欠缺違法性意識可能性？

此說認為原住民文化與主流漢人文化有所差異，且大部分之居住地域有所不同，進而認為個案中之原住民，應可認係對於漢人法律之認識較為薄弱，或基於其文化傳統而難以理解，從而得主張有正當理由且不可避免之不知法律，屬違法性意識錯誤而減免其責。

4、供量刑參考？

實務上在處理具有文化抗辯意義之案件時，有以量刑的減免判斷來回應此種文化間的衝突事例者。如臺灣花蓮高等法院 100 年度上訴字第 184 號判決「被告張○○、林○○與其他共犯共同非法獵捕山羌數量高達 7 隻，對自然生態保育已造成相當之破壞，然念及被告均為原住民身份，有其特有之打獵文化，且犯罪動機乃欲以獵物供族人除喪

⁹ 參見許恆達，〈刑法秩序與多元文化—以東亞刑事法院為中心〉，東亞法院與法律繼受學術研討會（2013 年 6 月 7 日）論文，頁 5-7。

¹⁰ 許恆達（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》，第 6 卷第 2 期，頁 59 以下。



之用，被告張○○身為部落頭目對族群文化之維護本負有相當義務，卻未能與主管機關協商簡化相關申請機制，致使族人因輕率而觸犯法律，又被告2人被查獲後即坦承犯行，……，兼衡其等之智識程度、家庭及經濟狀況、犯罪過程與角色分工、犯罪手段等一切情狀，分別量處如主文所示之刑。」自此判決可知，文化抗辯事由在實務上，大多只是法官量刑時的綜合判斷要素之一而已。而這種思考模式，與美國實務上，面對文化衝突等抗辯事由時，將其置於程序上所提出之請求法官判決時考量的定位，有其類似性。

（三）本文見解

我國文化衝突的案例主要在於原住民文化與漢人文化衝突，因為原住民族傳統文化慣習與漢人有所不同，部落原住民依據傳統慣習之行為卻抵觸犯漢人制定之刑事法律。我國學者有認為應該在既有的刑法體系之下處理原住民文化與漢文化衝突問題，亦即藉由詮釋犯罪構成要件、違法性及罪責，將原住民傳統慣習納入刑法架構操作，從而排除原住民被告之刑事責任。犯罪構成要件之客觀構成要件係劃定成罪範圍，解釋

方向應該一體適用於各族群，不因原住民慣習而有不同詮釋空間，又因為當行為人主觀認知其行為與客觀構成要件事實相符即具有故意，不因行為人之文化差異而有所不同，所以在犯罪構成要件解釋上，原住民或是漢人被告之行為倘若符合主客觀犯罪構成要件事實，就應該認定該當犯罪構成要件，不因為不同族群有所差異¹¹。違法性部分，因為阻卻違法事由不以法律明定為限，超法規阻卻違法事由同樣得以阻卻構成要件行為違法性，因此原住民傳統慣習可以被認為是超法規阻卻違法事由，阻卻原住民被告行為之違法性¹²。罪責部分，行為人知道其行為不為法律接受仍執意為之，即足以認定具有不法意識，不以行為是否受到其他文化影響而有不同。

我國憲法未如同德國基本法第4條第1項明文保障人民思想自由，德國良心犯之概念於我國有無憲法上之權利得以涵攝？本文以為依司法院釋字第689號：「基於人性尊嚴之理念，個人主體性及人格之自由發展，應受憲法保障（本院釋字第六〇三號解釋參照）。為維護個人主體性及人格自由發展，除憲法以保障之各項自由外，於不妨害

¹¹ 許恒達，〈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》，第6卷第2期，頁50-54。

¹² 參見許恒達，〈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》，第6卷第2期，頁59-63。



社會秩序公共利益之前提下，人民依其意志作為或不作為之一般行為自由，亦受憲法第二十二條所保障。」揭示憲法保障人民一般行為自由，則人民基於特定文化、信仰、價值選擇，從事特定文化、信仰、價值脈絡下善的行為，與人性尊嚴、維護個人主體性及人格發展有緊密關係，屬憲法保障之一般行為自由。是以德國良心犯概念於我國得以一般行為自由之概念涵攝之。或有以為我國憲法第 13 條規定：「人民有信仰宗教之自由」，得以此說明良心犯概念，然本文以為按司法院釋字第 490 號：「所謂宗教信仰之自由，係指人民有信仰與不信仰任何宗教之自由，以及參與或不參與宗教活動之自由；國家不得對特定之宗教加以獎勵或禁制，或對人民特定信仰界予優待或不利益，其保障範圍包含內在信仰之自由、宗教行為之自由與宗教結社之自由。內在信仰之自由，涉及思想、言論、信念及精神之層次，應受絕對之保障；其由之而派生之宗教行為之自由與宗教結社之自由，則可能涉及他人之自由與權利，甚至可能影響公共秩序、善良風俗、社會道德與社會責任，因此，僅能受相對之保障。宗教信仰之自由與其他之基本權利，雖同受憲法之保障，亦同受憲法之規範，除內在信仰之自由應受絕對保障，不得加以侵犯或剝奪外，宗教行為之自由與宗教結

社之自由，在必要之最小限度內，仍應受國家相關法律之約束，非可以宗教信仰為由而否定國家及法律之存在。」首先，依我國憲法第 13 條文義侷限於「宗教」自由；其次，縱擴大解釋宗教自由包含思想自由，惟按司法院釋字第 490 號表示內在信仰派生之外在行為，僅受相對保障，得以法律限制之，又良心犯概念之關鍵在於使受特定文化、價值影響之行為人所為之行為免除法律之限制，即無法透過司法院釋字第 490 號揭示之意旨相符。是以，本文認為以我國憲法第 13 條及司法院釋字第 490 號說明德國良心犯概念似有不妥。

依據現今多數看法雖未肯認原住民傳統慣習可以排除客觀構成要件該當性，然而本文以為於具體案件中若能論證原住民對於犯罪客觀構成要件事實之定義與主流價值定義不同，應該可以排除構成要件該當性。因為兩種文化既然對於要件事實定義不同，依憲法增修條文及原住民基本法所揭示尊重原住民傳統文化、慣習之意旨，並輔以前述社會化、涵化、同化對人民行為、認知之影響，以及多元文化主義對特定族群保障之觀點，在解釋客觀構成要件時，即不能僅以漢人角度加以認定，且所謂「客觀」，係指從各種面向去觀察都會產生相同的結論，惟事實上不同群體甚或每個人的眼睛所望出去的景象皆有所不

同，故不可能存在「絕對的客觀」¹³，而對客觀的認知會影響主觀，則我們怎能獨斷地將一般社會通念下對刑法構成要件之解釋套用於所有人之上？因此若能接受文化抗辯作為一種訴訟技巧，在是否成罪之判斷上即必須將原住民對於要件事實之詮釋納入考量。在我國多數原住民犯罪案件，法官按照法律文義解釋，未考慮原住民文化的特殊性與差異性，認定原住民被告成立犯罪，僅有少數案件如舅公撫摸男童生殖器（阿力力）案、新竹泰雅族被告搬運風倒櫟木案¹⁴，當被告抗辯行為屬原住民慣習抑或是符合原住民部落會議決議，兩案件之終審法院於刑法體系之下肯認原住民傳統慣習或部落決議得以排除被告主觀上該當猥褻故意、竊盜故意及不法所有意圖，認定被告不成立犯罪。實務較多數見解係如臺灣花蓮高等法院 100 年度上訴字第 184 號判決，作為一種在量刑事由上之參考依據¹⁵，雖然與美國文化抗辯模式略有差異，但是我國實務應用同樣是在既有的主流脈絡檢視原住民文化做為免除刑事責任之可能性，似乎得

據以推論我國實務操作比較傾向文化抗辯模式。

參、阿力力案之文化衝突爭議

一、排灣族傳統慣習

依據排灣族文化、社會生活、風俗相關文獻資料，「相傳該族至今仍有祭拜性器之遺俗，尤對母性崇拜有加，現存於知本深山中之大神石柱，據聞實為三棵極為肖似男女性器之石柱。該族認為人從母體而來應崇敬之」。排灣族的木雕作品除了雕刻花紋、動植物外，還會有人形雕刻作品，部分人形雕刻作品會刻意強調男女性徵，藉此傳承性教育知識以及反映族人內心期待子孫繁衍、延續家族；此外，部落之頭目、貴族嫁女時，傳統上會搭建一座鞦韆象徵其社會地位，鞦韆刻有男女人形且刻意凸顯兩性性徵意在鼓勵新婚夫婦多繁衍子孫。對排灣族人而言，生小孩是確立婚姻的完整性，它代表家庭（族）、部落的擴展，具有社會延續性。由此可

¹³ 參考：〈客觀與主觀〉，梁乃崇，http://www.obf.org.tw/new/learn/learn_03_09_1.htm。

¹⁴ 新竹地方法院 96 年度易字第 4 號、臺灣高等法院 96 年度上訴字第 2092 號、最高法院 98 年度台上字第 7210 號、臺灣高等法院 98 年度上更（一）字第 565 號刑事判決。

¹⁵ 臺灣臺中高等法院 100 年度上訴字第 184 號判決亦同：「考量被告 3 人均為布農族山地原住民，狩獵活動對被告 3 人而言，有其歷史、族群之背景，且被告 3 人犯後均坦承犯行，犯後態度良好，原審蒞庭檢察官請求從輕量刑等一切情狀，分別量處如主文所示之刑。」



知，男女的性器官在排灣族人的觀念中，除表象意義之外，更是象徵整個部落對於生命延續、傳承的期待，本文以為或許無法直接斷言排灣族的性知識、性觀念開放，但是排灣族人透過雕刻作品公開且正面地向下一代傳遞繁衍子孫之重要性並且傳承性教育的做法，與漢人提到和性有關之事表現出羞愧、不齒的態度明顯有差別，在此似乎可認為排灣族對於性文化的態度較漢人開放。

排灣族重視生命之延續，認為男女結婚繁衍後代是婚姻圓滿的象徵，每個出生的小孩對排灣族人而言是家族、部落生命力的展現、生命的傳承，是整個家族、甚至是部落中的大事。因此，從懷孕至生產期間，無論男孩或是女孩，親朋好友會藉由不同儀式祈求祖靈保佑孕婦順利生產，一直至小孩成年，家族親友亦會替成年之男女舉辦成年儀式，象徵長輩們之祝福、重視與疼愛。

家族或是部落中的長輩除了藉由祭典儀式展現對晚輩的關愛，亦會透過身體碰觸表現親暱與疼愛。身體接觸即包含家族長輩會親吻嬰兒或者撫摸幼童之生殖器，祝福嬰兒或幼童健康成長，因為「排灣族人視後代子孫為自己身體的一部份與生命延續」，「老人認為親吻小孩子陰部可以獲得一股神奇的生命力量並與嬰兒有生命的交流，沒有一絲猥褻的意味。甚至有些老人家會親吻男

嬰陰莖說：我的寶貝，我的種子。對女嬰則會親陰部說：哇！我們的財產，我們的土地。它代表的意涵是代表人類生命的延續。而這些動作會一直持續到小孩第二性徵出現才會停止，這也讓排灣族長輩對嬰兒、後代子孫的關懷與重視不論而明」。

在根深蒂固的道德倫理規範與嚴守長幼有序階級觀念影響之下，漢人的行為舉措都需要符合社會價值倫理規範，否則將會遭受主流輿論之責難。漢人的認知中刻意迴避性文化，將性歸類為低俗、不雅、荒誕之事，因此與性有關之詞語、行為即不為主流價值接受，甚至會被大肆抨擊，所以難以想像漢人長輩會透過撫摸晚輩的生殖器表現對晚輩的關愛。不過，此種看似主流實際上卻不一定適用在其他族群的價值觀念，很有可能因為其他族群特有的傳統慣習而受到挑戰，例如排灣族長輩親吻或撫摸孩童的生殖器是他們表達與孩童的親近關係以及對孩童的疼愛之方式，並且藉由此種舉動展現對於生命延續的喜悅，在排灣族長輩的觀念中認為並無任何可議之處，但是在漢人眼中，卻認為這種行為背離道德規範、不見容於社會，因此在主流價值下形塑出的法律體系也會認為此種行為應該受到法律的制裁，以端正社會善良風氣。

然而，當案件中出現多種文化衝

突—如本案中漢文化與排灣族文化的衝突—法院於適用法律時，是否僅機械性地適用法律，認定排灣族被告行為違反刑法強制猥褻罪？或是進一步於適用法律時須注意排灣族文化與漢文化之差異性？此外，就鑑定人與專家證人地位差異性之探討，係本文就本案第一審、第二審刑事判決評釋之焦點。

二、原因事實：

被害人為未滿 14 歲之男童甲，被告為甲之舅公，被告乙為排灣族人。在案發當時，甲男找乙嬉戲，乙為了表示對於晚輩疼愛的意思，按照排灣族的習俗，捧著輕拍甲男的生殖器。甲男表示不舒服，檢察官以被告涉犯刑法第 224 條之 1 加重強制猥褻罪起訴之。地方法院之判決因變更起訴法條為騷擾防治法第 25 條第 1 項之性騷擾罪，並經被害人甲表示撤回告訴，而為不受理判決。高等法院則認為檢察官上訴無理由。

三、地方法院判決理由

被告於第一審法院審理中抗辯：「我並不是基於猥褻的犯意或是滿足自己性慾的心理傾向而撫摸，而是在案發當時伊身為被害人甲男的舅公，甲男找我嬉戲，我為了表示對於晚輩疼愛的意思，按照排灣族的習俗，捧著輕拍甲男的生殖器，這是排灣族慣習等語。」而依被害人甲之祖母乙證稱：「我們有一個原住民的習俗是疼愛孫子，阿公給你

摸有沒有長大了，我們是原住民，我們從小也是會這樣子摸自己孩子的小鳥，就是疼小孩，他也是會摸孫子的小鳥。」且兩位證人亦均證稱：「甲表示不要被告觸摸時，被告即收手未再觸摸」。綜上所述，按「刑法上之猥褻罪，係指姦淫以外，足以興奮或滿足性慾之一切色情行為而言」，最高法院著有 63 年台上字第 2235 號判例可參。因此猥褻罪必須有足以興奮或滿足性慾之色情行為方屬之，非謂所有性器官之接觸行為均構成猥褻罪，仍必須視行為是否足以興奮或滿足性慾而定。被告短暫碰觸到甲男生殖器之行為，客觀上難認足以誘起他人性慾，在主觀上亦非足以滿足自己性慾，而非屬「猥褻」之行為，難認被告主觀上確有猥褻之動機與意圖，自與強制猥褻之構成要件有間。綜被告陳述與上開證人之陳述，足認被告乙無強制猥褻之故意。

四、高等法院判決理由

被告當時撫摸被害人是在開放式空間、時間是在早晨，地點是在人來人往，家人可以進進出出之前院，方式是隔著褲子由下往上輕捧撫摸，則被告此種行為是否屬於「足以興奮或滿足性慾之行為」，應有可疑。參酌被害人甲之祖母證詞，被告是否基於族內長輩之情誼，而撫摸被害人，即尚待查證排灣族是否果真存在與漢族不同之習俗。查：



- (一) 證人杜東龍(排灣族長老)：我在排灣族的部落擔任長老，平常在家裡跟孫子們、孩子們同樂的時候，我們很久沒有看到他或是想念他、疼愛他的時候我們就會順便去動他(會觸摸男孩生殖器)，就是摸了閃過去，不同的長輩可能會有不同方式。
- (二) 證人高正治：在排灣族部落還有被告所屬的新園部落，小時候都會被長者、長輩叫過去，觸摸我們的性器官，甚至五、六個會輪流去觸摸，他還會親吻，那種親善、關心還有接納的感覺一開始會不習慣，但是一直到我們青春期的時候，回到部落或是有儀式也是會這樣子觸摸，那時候就會覺得很榮耀自己是男的性別。排灣族對於觸摸生殖器官都是初次見面或是很久沒有見到，基於想念他會輕輕的觸摸你，如果是經常相處在一起，想要表示親密的時候，也隨時會做，甚至會去親吻生殖器官。
- (三) 再根據樹德科技大學人類性學研究所一編題為〈臺灣排灣族性文化的調查研究〉之碩士論文中研究發現：傳統排灣族的長輩會直接摸小孩的下體，表示關愛之

情，但就只是觸碰而已。甚至是自己的阿公、阿媽，會把孩子抱起來親吻生殖器，這是對第三代的關愛之舉。被告是被害人長輩，被告並未一再強迫被害人接受撫摸等等，均與證人所述排灣族風俗習性相同，顯見被告並非出於猥褻之犯意，觸摸被害人之性器官。

- (四) 綜上所述，依照前述排灣族之習俗，被告身為被害人之舅公，撫摸晚輩生殖器，其行為之模式既為排灣族習俗所容許。認定被告確實有長時間撫摸被害人生殖器，被告係以猥褻之犯意撫摸被害人之生殖器，並據以認定被告有強制猥褻之犯行，檢察官之上訴應無理由。

五、判決評析：

(一) 猥褻故意

判決中舉出最高法院 63 年台上字第 2235 號判例「刑法上之猥褻罪，係指姦淫以外，足以興奮或滿足性慾之一切色情行為而言」。由此可知我國刑法規定乃以主流文化為主，亦即傳達的是主流社會的價值觀、規範。例如在釋字第 407、617 號解釋中，即闡明，所為猥褻物品乃指「一切在客觀上，足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般人羞恥或

厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化之出版品而言」從此可知，對於猥褻物品之認定，是以客觀合理之人認定，於立法之時，並未考量少數文化，甚至將少數文化習慣定義為犯罪行為。

本文以為於具體案件中若能論證原住民對於犯罪客觀構成要件事實之定義與主流價值定義不同，並依憲法增修條文第 10 條第 11 項：「國家應肯定多元文化，並積極維護發展原住民語言及文化」及原住民基本法第 23 條：「政府應尊重原住民族選擇生活方式、習俗、服飾、社會經濟組織型態、資源利用方式、土地擁有利用與管理模式之權利」、第 30 條規定：「政府處理原住民族事務、制定法律或實施司法與行政救濟程序、公證、調解、仲裁或類似程序，應尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化及價值觀，保障其合法權益」所揭示之意旨，解釋客觀構成要件將原住民對於要件事實之詮釋納入考量，則於本案中對於猥褻之定義，考量原住民族對於其行為之認知，亦可導論出，本案被告欠缺猥褻故意。

（二）證人與鑑定人區別

在地院、高院判決中，分別傳喚祖

母乙、排灣族長老及臺東縣金峰鄉衛生所主任，對於排灣族的文化習俗表達意見。就此，丙、排灣族長老、主任，於刑事訴訟程序之地位為何，究竟是一般證人、鑑定人或是專家證人，不無疑問。

按所謂一般證人，乃指證人就本案待證事實陳述其本身經驗。而在我國法上鑑定人之角色為就無關親身經歷之待鑑事項，陳述專業意見，惟鑑定人和美國法上之專家證人就陳述專業意見之部分有相類似之處，以下探討分析二者相同或相異之處：有實務家認為英美法系之專家證人，即大陸法系之鑑定制度，本質上均屬幫助事實判斷者做成適當之判斷體制¹⁶。而我國實務似傾向此看法：最高法院 98 年度台上字第 4960 刑事判決：「鑑定，係由選任之鑑定人或囑託之鑑定機構，除憑藉其特別知識經驗，就特定物（書）證加以鑑（檢）驗外，並得就無關親身經歷之待鑑事項，僅依憑其特別知識經驗（包括技術、訓練、教育、能力等專業資格）而陳述其專業意見；人證，則由證人憑據其感官知覺之親身經歷，陳述其所見所聞之過往事實。而英美法上憑其專業知識、技術等專家資格就待證事項陳述證

¹⁶ 陳祐治，〈專家證言與鑑定〉，《檢察新論》，第六期，頁 141。



人意見之專家證人，為我國刑事訴訟法所不採。倘專家依憑其特別知識、技術、經驗到庭陳述其專業意見，仍屬鑑定之範疇應踐行鑑定人具結程序。」

有學者認為：「(1) 英美法將證人分為一般證人與及專家證人：一般證人乃陳述事實，亦即就經驗事項（聽到看到聞到接觸到）作證；而專家證人乃係針對系爭事實、假設性問題表示意見之證人，性質上仍為證人，並非法院之輔助者。聯邦證據法 702：若科學、技術上或其他專業知識有助於瞭解事實審判者，具專家證人資格之人，得以陳述意見或其他方式作證。而大陸法系之鑑定制度，乃是具有專門知識經驗之人陳述意見，具有輔佐法院角色之中立色彩。(2) 專家證人和鑑定人不同處在於：鑑定人乃由法官或檢察官選任，具備中立客觀之屬性，乃法院輔助者；而英美法上之專家證人乃是受委任人之報酬，難免有偏頗之虞，聯邦證據法 706(d)：本條不禁止當事人聲請傳喚自己選擇之專家證人。故二者在性質有所不同，不應如實務多數之見，而認為凡依專業經驗陳述意見者，均屬鑑定人。(3)

故，我國法並未明文禁止專家證人，應擴張傳統上對於證人的定義，不僅限於對本案過往事實陳述經驗，亦含依其專門知識經驗陳述意見但非屬鑑定人之專家證人。」¹⁷

本文以為專家證人與鑑定人確實有些微相異之處，惟仍應認為專家證人與鑑定人本質上相同。於大陸法系，本就将作證者區分為證人與鑑定人二種，並分別就其應適用之程序有不同規定，和英美系對於證人分為一般證人與專家證人自始相異。雖專家證人與鑑定人均依其專門經驗知識而陳述意見，並且於法庭上之陳述應具結，然而，我國法並無如英美法系就專家證人之部分，有詳細規定，是否可如美國法由當事人自行選擇專家證人，不無疑問。再者若當事人欲聲請傳喚專家證人，亦可透過聲請調查證據之方式為之，並經鑑定人之相關程序命其具結，依本文之見，英美法之專家證人仍屬我國鑑定之範疇。

（三）法官之白色巨塔？

在地方法院曾審理交互詰問過之證人證詞及辯護人有關排灣族習俗慣性之辯詞，但何以於一審法院判決理由書中絲毫未見蹤影？而在一審判決書中屢

¹⁷ 參見吳巡龍，〈鑑定與專家證人〉，《台灣法學雜誌》，第 153 期，月旦法學知識庫。

屢提及之最高法院判例見解，是否意味著我國法院實質上已成為一個象牙塔，在各級法院之法官僅能循著這象牙塔的樓梯，一步一步往上爬，而無法透過依法獨立、認事用法，依個案真正事實為一適當判決¹⁸？我國司法體系於判例、考績、績效管考、人事制度調遷之制度下，無論任何個案均依最高法院見解唯命是從，然而在論證與判斷過程中，一味引用最高法院判例、裁判來背書，未必契合立法意旨，亦未必符合個案正義！是以，個案法官應依其調查之證據所得之心證，本於同理關懷，使人民相信法庭是發現並實現正義之場所，以促進台灣法學之發展¹⁹。

本文以下即按鑑定意見之採納與否以及法院不採納或採納之時，應否將不採納之理由、採納之鑑定意見書均於判決理由書中詳載，討論如下：

首先，依刑事訴訟法第 155 條：「證據證明力，由法院本於確信判斷」。而實務一向認為專家證人乃鑑定人之範疇，依刑事訴訟法第 159 條之立法理由，本條所謂「法律有規定者」，係指本法第一百五十九條之一至第一百

五十九條之五及第二百零六條等規定，亦即鑑定人依刑事訴訟法第 206 條之言詞或書面報告，具有證據能力。意謂著本件第一審法院經被告之要求傳喚二位證人作證，證明排灣族確有以撫摸下體之方式來表達關愛之風俗習慣，該二位證人其訴訟上地位應係「鑑定人」。而本文認為，鑑定意見依刑事訴訟法第 159 條、206 條具有證據能力，法官仍可本於其獨立審判、認事用法，而決定該鑑定意見證明力之高低、是否採納該鑑定意見作為裁判之基礎。

第二，本文以為當法官認為鑑定意見可採或不可採時，均應將鑑定意見載於判決理由中，並且敘明法官之心證理由。在某些犯罪審理中，具有鑑定之必要而實施鑑定者，依其特殊性可能涉及被告或原告之隱私性，例如鑑定被告是否患有精神上疾病而認定是否具有罪責、強制性交之案件中對於加害人之生殖器官之描述、精液之採樣等，均涉及當事人之隱私，此時法官於撰寫判決理由時，是否應將上述帶有個人極度隱私性之鑑定意見記載於判決理由中，不無疑問。依大

¹⁸ 林孟皇，〈消失的證人證詞？〉，《司法改革雜誌》，第 95 期，頁 72-74。

¹⁹ 林孟皇，同註 14，頁 75-78。



法官釋字第 603 號解釋：「隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第二十二條所保障。」隱私權乃憲法保障之概括基本權之一，是以若將對於當事人人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展具有重大影響之個人資料，載於判決理由書中，似乎對於當事人隱私權侵害甚鉅。惟本文肯認法官應將鑑定意見載於判決理由書中，原因如下：

第一點：隱私權並非絕對權，合乎憲法比例原則下，得加以限制之。

第二點：判決書應該公開，是法律的規定，除了滿足人民知的權利外，也有讓外界監督法院判決，借由公開的判決促進法學研究，達成法治教育的目的²⁰。而現行司法院判決檢索系統，對於涉有隱私性之案件，如強制性交、猥褻等罪嫌均不開放查詢。

第三點：既現行判決檢索系統對於某些具高度隱私性之案件未開放查詢、亦無法於法官審判時旁聽，對於雙

方當事人而言，該些鑑定意見本係法官應調查證據之範圍，該些鑑定意見對於雙方當事人亦應不具有秘密性，何以無法載於第三人知曉之判決中，亦不載明鑑定意見？再者，基於武器平等，亦應使上訴人於上訴時，得就該些鑑定意見提出攻防方法。

基於上述理由，本案一審法院對於已交互詰問之鑑定意見，於判決理由中隻字未提，不論是受困於現行司法實務中之象牙塔，亦或是本於保護當事人之隱私為理由，本文均認為一審法院應將於審理程序已踐行調查之鑑定意見載於判決理由書中。非如本案一審法院未具體說明何以不採納經被告請求之二位證人之鑑定意見，甚或是使該些鑑定意見於判決理由書中消失殆盡！此已足以構成本法 379 條第 14 款判決不載理由之判決違背法令！

肆、代結論

一、我國其他實務判決

阿力力案於第二審法院認同原住民被告提出排灣族傳統慣習之抗辯。然而我國其他涉及文化衝突之案件，法院

²⁰ 蔡碧玉，檢察日報，2013/09/05。

多數並未意識到文化差異之問題，逕自依據主流價值對於法律文字定義，解釋法律，未肯認被告提出之文化抗辯。本文以台北地方法院 98 年度訴字第 1604 號判決以及屏東地方法院 97 年度重訴字第 24 號判決為例，說明案例事實，並簡單評析二判決，並於評析中點出二案判決有問題之處，以窺見我國實務不當之處：

（一）台北地方法院 98 年度訴字第 1604 號判決

1、案例事實

被告為菲律賓女性，與台灣男子婚後生下一女 A，嗣後離婚但被告仍是女兒之監護人，故得以繼續留在台灣。被告遭指控，於離婚後照顧女兒期間，經常親吻女兒之下體而導致陰部發炎。檢察官以刑法第 224 條之 1 之加重強制猥褻罪起訴。

2、法院之判決—被告成立加重強制猥褻罪

(1) 被告抗辯：

我是很有感情的母親，對於 A 女之親吻行為，基於菲律賓之國情乃是出自於對於子女的關愛之情，當然不具有猥褻之意圖，若造成 A 女之陰部發炎，頂多照顧失當。

(2) 判決理由：

女性陰部乃女性極為隱私之器

官，若非出於清潔之必要或有罹患疾病之虞，甚少會加以碰觸，更遑論是以嘴親吻，甚或以舌頭舔拭。再者，A 女已告訴被告不要親，感覺不適，被告卻仍繼續親吻 A 之陰部。是以被告辯稱是對於 A 女之關愛之情而親吻 A 之下體，並無猥褻意圖，難令人盡信其為真實。

（二）屏東地方法院 97 年度重訴字第 24 號判決

1、案例事實

塔哈里、迪迪、達坦等八名印度尼西亞共和國國籍船員受雇於我國船長李豐寶，於民國 97 年 7 月出海從事捕魚作業時，塔哈里因覬覦魚獲而與迪迪、達坦共謀殺害李豐寶奪財，使其落入海中後將船駛離，逃往印尼，全體並共同將鯊魚宰殺，取其魚翅置於甲板曝曬時被查獲。檢察官依強盜殺人將塔哈里、迪迪、達坦三人起訴，其他五人則依贓物罪起訴。

2、法院就贓物罪部分之判決—被告成立贓物罪但於量刑上酌減其刑

(1) 被告抗辯：

因塔哈里年長於其他船員，根據印尼習俗，晚輩十分尊從長輩之指示，不敢隨便忤逆，且加上當時身處於船上，害怕自己亦遭遇不測，只好參與計畫。

(2) 判決理由：

塔哈里於犯案後，即召集其他人



告知曝曬魚獲較有利於保存，並要其提供帳戶以利其後變賣分配金錢之用，雖語帶威脅惟並無其他暴力舉動，被告五人既知悉整體計畫而仍加入，已具參與利益分配之盤算，且其不安均係源於內心想像，並非因任何具體之外力施壓而處於意志不自由之狀態，又參酌印尼尊重長輩之習俗，得判斷被告之行為具任意性，該當贓物罪之要件，然而考量被告離鄉背井在臺工作，法治觀念本難與我國人民等同視之，又因其於案發時與塔哈里同處於一條船上，於汪洋中可能因孤立無援而有所畏懼，應有可憫之處而減輕其刑。

二、我國實務之評析及值得改進之處—以美國發展為借鏡

菲律賓案中之被告雖未直接提出文化抗辯，然以國情不同為由，而主張其行為是出於菲律賓之文化習俗。法院並未採信被告說詞，逕認定被告有猥褻之故意。是以從法院判決理由可知，法院並未意識到本案可能涉及文化上差異之問題。我國領土雖非極為廣大，惟因我國有引進外籍勞工，且與其他國籍人士通婚等種種因素，亦應肯認我國乃移民社會，面對移民

社會所帶來的多元文化，應考量文化要素對於行為人之影響，縱認為犯罪構成要件該當、無法完全阻卻違法，亦應認為行為人受到文化脈絡之影響，行為人受到特定文化信念上之行動，從而可減輕甚或免除罪責。²¹

而於印尼案中，法院在考量行為人主觀意圖時，完全係依有無收受贓物之認知以及行為時是否具備自主性為判斷標準，惟被告之抗辯中有強調印尼習俗中晚輩對長輩之尊敬與服從，法院不僅未探討被告於傳統觀念下可能受到之牽制，甚至將晚輩聽命於長輩行事及未有形式上脅迫行為之事實，逕認定為必經過自主意識決定，稍嫌速斷。又依本文前述之論點，文化抗辯於構成要件之判斷上即得加以適用，則本案法院僅於量刑時將國情差異納入考量，亦值得檢討。

由上述評析可知，法院適用法條仍然是基於漢人觀點，並未考量被告行為受不同文化影響，而係機械式認定事實適用法律。然我國憲法既以強調尊重多元文化之重要性，實務理應遵守憲法揭示下之憲法價值。以下本文提出與我國同採文化抗辯審理模式之美國實務文

²¹ 參許恆達，前註 1，頁 5-7。

化衝突之案例加以比較：

(一) Kargar 案^{22 23}

Mohammad Kargar 是一名阿富汗難民，在美國幫忙照顧鄰居小孩時被目擊親吻自己 18 個月大兒子的性器官，被檢察官依性侵害罪名起訴，被告主張親吻兒子性器官是阿富汗文化中普遍習慣，目的係為將孩子身上不潔的東西帶走，以表達父母對孩子的愛，並不具性的意涵，原審法院判決被告敗訴，惟上訴法院及 Maine 州最高法院均認為，既然研究阿富汗文化之專家證人於審判中已證實該國確有此傳統，則原審法院未將文化以及被告主觀意圖納入考量即有違誤。

(二) Sirpongs 案²⁴

Jaturun Spripong 是一名泰國男性，被指控洗劫美國加州當地之超市，並於行搶過程中殺害兩名店員，及竊取店員信用卡，檢察官依謀殺罪、強盜罪及竊盜罪起訴之。被告承認其強盜犯嫌，然辯稱殺人行為係共犯所為，卻不願提供他共犯資訊，專家指出，因為在

泰國文化中，羞恥心、榮譽感及宗教為其核心價值，指認之行為因係使他人遭受牽連，會讓家族蒙羞，再者，其亦堅信犯錯而未在這一世遭受處罰者，在下一世亦須負相同之責任。惟法院不採信其說詞，律師亦未主張文化抗辯減輕刑責，業經 Spripong 向聯邦法院聲明不服，被以未受有效律師協助接受其聲請，並允許於量刑階段主張文化證據。

(三) Wu 案²⁵

被告 Helen Wu 為中國人，1963 年認識已結婚的美國人 Gary 並產生情愛，Gary 謊稱妻子因無法受孕欲離婚，Helen 於是搬到美國並為 Gary 生了一個兒子 Sidney，然 Gary 卻始終沒有離婚，Helen 於是回到香港，為了隱瞞未婚生子而將 Sydney 留下。之後 Helen 再度來到美國探視 Gary 母親，兩人於其後完婚，Helen 才發現 Gary 會打小孩，且同時與其他女性交往，並經常在外散布 Helen 精神異常之言論。Helen 悲憤之餘欲與 Sydney 共同赴死，豈料用窗簾繩勒死兒子後卻自殺

²² 參蕭于軒(2009)，〈論文化辯護於我國刑事審判上實行之研究〉，國立成功大學法律研究所碩士論文，頁 94。

²³ 參考：[http://www.pierceatwood.com/files/452_State%20v.%20Kargar%20\(W1066587\).PDF](http://www.pierceatwood.com/files/452_State%20v.%20Kargar%20(W1066587).PDF)，最後瀏覽日：2013/11/9。

²⁴ 參蕭于軒(2009)，前註 15，頁 98。

²⁵ 參蕭于軒(2009)，前註 15，頁 49、50



未果，被檢察官以謀殺罪起訴。原審法院判決其二級謀殺罪成立，被告以法院未考量中華文化之理由上訴，被上級法院駁回，認為原審法院應有指示陪審團判斷被告精神狀態時「得」考慮其文化背景。

三、本文結論

根據研究，美國實務上多半仍會以無關連性排除文化證據之適用，或同 Wu 案一樣認為不一定須列為參考依據，其餘案例則多在量刑階段納入考量，故如 Kargar 案得在構成要件之判斷上即加以排除者十分罕見，此發展與我國相似，顯示文化抗辯於訴訟上之發

展仍過於受限，美國學者有見解認為法院應該透過判決累積文化證據之適用，而非將其視為個案之抗辯，且基於檢察官之專業性及所擁有之龐大資源做為後盾，當被告提出文化證據時應由檢方加以挑戰之，又法院在評價時不得預設立場，必須跳脫社會主流價值的觀點，站在被告角度判斷其行為及心理因素與文化間之關連性²⁶，值得參考。此外，美國認罪協商機制之蓬勃發展，使被告得採取審判外之程序解決紛爭，而可能獲得遠低於原本控訴罪責之刑度²⁷，此種程序上的轉向機制（diversion）²⁸亦可做為文化衝突下之另一種選擇出路。

²⁶ 參蕭于軒(2009)，前註15，頁101。

²⁷ 如 Kong Moua 案，可參考〈THE CULTURAL DEFENSE AND THE PROBLEM OF CULTURAL PREEMPTION: A FRAMEWORK FOR ANALYSIS〉，NANCY S. KIM，p.123

²⁸ 參許恆達，前註1，頁18