

近代国家法と台湾の原住民旧慣

松 劉 黃
田
惠 武 源
美 政 盛
子 政 盛
(訳)

一、はじめに

二、国家法と原住民部族旧慣との文化衝突

(一) 台湾原住民の伝統的な部落規範

(二) 国家法と原住民旧慣との間の文化的な葛藤

三、最近一〇年間の原住民旧慣にかかわる台湾各級法院の事例

(一) 台東バイワン族伯祖父の男児「*de*」触り事件

(二) 新竹県スマングス地方タイヤル族人の倒木窃取事件

(三) 屏東県牡丹郷タイヤル族人の自己製造獵銃所持事件

(四) 嘉義県阿里山ツォウ族頭目の蜂蜜奪取事件

四、刑事裁判における慣習の法源としての地位

(一) 構成要件該当性と刑法の解釈

(二) 可罰的違法性理論と慣習

(三) 違法性認識と原住民の文化規範

五、結び

一、はじめに

成文法、慣習と法理は、裁判を行う際に基準となる三つの主要源である。そのうち、慣習法は通常、「法的確信」の積み重ねを通じて形成され、裁判官が裁判において確認した不文法である。民法法領域では、慣習法が制定法に次ぎ、第二的な法源であることが、大陸法系国家の立法上の通例になってきている。しかし、刑法法領域では、近代の罪刑法定主義の思潮により、犯罪と刑罰の判断基準が原則として成文法に限定され、慣習は含まれない。

慣習は、刑事裁判の直接の法源とすることができないが、裁判官が犯罪事実の認定及び法的推論を行う際に、刑法解釈の仕方では慣習の存在に対して実質上応用できるか否かが問われる。慣習は構成要件の解釈において、または行為者を有利にする違法性阻却事由や責任阻却事由の認定において、とりわけ法を補完する効用を有するか否かも問われる。

裁判法源における慣習の地位に関して、これまでの著作文献に依拠したところ、民法法領域では多くの論述が見受けられるが、刑法法領域ではあまり見当たらない。このため、本

稿は法社会史の視点から、まずはじめに清の統治時期及び日本統治時期から一九四九年までの原住民の旧慣規範を簡単に回顧し、その後最近の一〇年間の原住民旧慣にかかわる台湾の各級法院の刑事事件に重点を置き、国家実定法である「大きな伝統」と原住民部落の慣習である「小さな伝統」とが近代罪刑法定主義のもとで衝突する際に、どのように処理・応答すべきか、どのような方法でそれらの異なった二つの「伝統」を結び付けるべきか、その結び付けるポイントはどこにあるかを実証研究の手法で探求する。

二、国家法と原住民部落の旧慣との文化衝突

周知の如く、台湾現行の法制度と規範は、一九四九年に中国大陸から流れ着いたもので、それは漢文化および西欧文化の継受という基礎の上に成り立ち、非主流文化に属する少数民族の生活の実情に特別な配慮を払わなかった。「法条文主義」の現象が隆盛を極める台湾の司法実務界は長年裁判の運営を、法条文に基づき、形式的な論理的論証を法的事実に適用するものと見ており、原住民の関わる伝統的旧慣・生活習俗・社会組織・在来知識と文化の違い等の諸問題をあまり考慮せず、

その結果、国家法と原住民部落の旧慣との間に深刻な断絶を作ってしまった。問題は、どうしてこんなことになったのか、誰がそのようにしたのかである。

(一) 台湾原住民の伝統的な部落規範

台湾では、住民を四つのエスニックグループに区分するのが一般的である。それらは原住民、ホーロー人(福佬人)、客家人、外省人である。人種的に言えば、原住民はマレー・ポリネシア系 (Polynesian Malaysian) であるが、それ以外の三つのエスニックグループは漢人の末裔である。それらから海を渡り、続々と移住してきた経済的移民と政治的移民である。¹⁾ 清朝ないしその後の台湾漢人の慣習はその殆どが福建省の泉州や漳州、広東省の惠州や潮州等の地域から伝来してきたがゆえに、基本的に大差が見当たらない。²⁾

台湾原住民部族の社会組織は部落社会であり、自治組織と指導者制度「領袖制度」があるが、常設的な政府組織と地方組織はない。文字で出来事を記録する伝統がなく、彼等の「社会規範」の内容が書き残されていないので、その内部の生

活世界が書き記した資料により世間に知られることなく、後世の研究者は他族(漢人や欧州人や日本人)の文字記録資料を通して理解するしかない。³⁾ 史実の発展から見れば、オランダ、スペイン、明の鄭王朝、清帝国、日本又は第二次世界大戦後の中華民国のいずれにおいても、原住民は外来の開拓者や植民者に接触した後、自分の土地、文化、伝統的な生活形式そして自主性を次第に失ったといえるだろう。

清の統治時期は原住民を漢化の程度の違いにより「熟番」と「生番」とに区別した。それぞれは教化された蛮人と馴化されない蛮人を指す。漢人にとっては、「漢人でなければ蛮人である」「非漢即番」。清政府は「台湾を守るために台湾を治める」「為防台而治台」政策に基づき、台湾渡航への禁止令を發布しただけでなく、「番人領」「番界」を画定し、原住民事務を統治する土官・土目又は通事・社長を設置した。政府は人民が「生番地」に立ち入ることを禁止し、越境した者を処罰し、また生番と結婚してはならないと規定を設けた。別の言い方をすれば、生番地は清朝の政令が届かない区域である。⁴⁾ 原住民のうち、平埔族は二二年もの清朝の漢化政策を経験した結果、とうとう自分の固有法規範を失ったが、外来政権の影響を受けていない高山族原住民は自らの伝統的な生

活規範を日本統治時期まで持続させていた。

日本の植民統治初期に、漢人に対抗し原住民を味方にするために、植民者は「蕃人」の住居地が山地にあるか又は平地にあるかにより、彼らを「高砂族」と「平埔族」と呼び分けた。漢人と清朝に「生蕃」と名づけられ、日本政權に「蕃人」か「高砂族」と名づけられる「高山族原住民族」は元々、国家法のレベルにおいて同族である平埔族や漢族の移民と同等な処遇を受けなかった。より具体的に説明すれば、「生蕃」は清国臣民ではなく、まして日本帝国臣民でもなかったため、人格と権利能力を有しないので、野獸と変わらないとされる。彼らはただ教化という手段を通して「熟蕃」に開化されてはじめて、特別法を設けることにより国籍を付与されると考えられた。⁵⁾ 日本統治時期の国家法のうち、制定法レベルの法規範は日本人、本島人、清国人にしか適用されないため、高山族原住民の民事、刑事、手続法等の諸事項は、一組の普遍的に適用される法規範体系を予め確立せず、いわゆる「理藩警察」が個々の事件に即して判決を行った。普通行政区に住む高山族原住民だけは、民事訴訟や刑事事件のために現代的な意義の法制度に接触する機会があった。原住民の固有規範はこのような国家体系のもとで「旧慣」と見做され、警察の個別事

件の判断において選択肢の一つとなった。

一九四五年第二次世界大戦後、原住民は最初は「高山族」と呼ばれる。それは高山上の部落に住むことを意味している。その次は「山地同胞」と名づけられる。それが山地に住む同胞を概ね指す。「山胞」とも略称される。その後、執政する国民党政權は中華民國の六法体制を全面的に原住民族に執行し、また原住民の文化的な価値観を「改善」又は「更生化」「更化」するため、原住民族の「同化」を加速する多種の措置や制限を制定した。例えば原住民の伝統的な姓名の使用禁止、部落の伝統的な祭儀の開催禁止等である。それらによって原住民が長い間命名ルール、身分認定、祭儀開催等の自由な権利を享受することができなくなった。しかし、たとえ自分の固有規範と大きな隔たりがあるこれらの法制度に原住民が馴染まなくても、裁判所はこれまで中華民國民法第一条「法律に規定なきときは、慣習に依り、慣習なきときは、法理に依る」という法源の順位の中に位置付けられる原住民の慣習法を滅多に援用しなかった。刑事裁判においては慣習の地位が、罪刑法定主義の制約により一層取るに足らないものとなる。一九九〇年代から政治的な、経済的な、社会的な諸事情の急速変化により国家法がやがて原住民族の文化を尊重し始める。

一九九四年八月長年常用されてきた「山胞」は「原住民」という名称に改正される。また原住民に配慮する特別な法規範が制定される。しかし、これらの改変の実際の適用の効果は、いまなお差がかなり見られる。

(二) 国家法と原住民旧慣との間の文化的な葛藤

前述した如く、刑事法と民事法が異なる。民事法の法源には慣習が含まれる。刑事法の場合、慣習法は、成文法と同様に社会的な法的確信には由来するが、立法機関が立法手続を経て明文化しておらず、時空の違いにより変化するのが常であり、時と地に応じて変動を呈する相対性があり、客観的な明確性を欠くとの諸理由から、罪刑法定主義の原理に基づき、もし刑法の直接的な法源と見做すと、法の安定性と人権保障に脅威を与えかねないため、禁止するのが理にかなうのである。しかし近世以来、科学技術の飛躍、産業の発達、社会福祉理念の台頭により、公共利益及び社会の多元的価値の尊重のため、罪刑法定主義の含意が次第に厳格から寛大になり、それが派生する基本原理においても例外的な状況が現れている。

司法実務において、漢民族に対して、慣習を刑法の構成要件の補充や解釈とするものが判決の中にすでに出現している。その例として、

台湾の民間的な慣習として、農民がシーズン毎に稲を収穫した後、それを米工場に預けるが、米工場が預かる費用を受け取ることもできなければ、また農民が預けた稲を返してもらつたのを要求することもできないが、農民はそれを通常、市場価格で現金に引き換えることができる。それゆえ寄託と名付けられるが、実際は全部売る「紹賣」の如くである。従つて、農民が寄託した稲の所有権が、寄託時に既に受寄者に移転したため、それは受寄者が業務上所持する物ではない。受寄者が種類、品質、数量が同様な物を返還する責任のほか、預かつた稲を処分する行為は本罪（業務上横領罪）を構成しない¹⁷⁾。

他の例として、

サトウキビ畑の中にあるホワイトアスパラガスの先が、雑草と類似し経済的な価値がなく、当地の農村の慣習によりそれを自由に刈ることができるなら、窃盗罪を構成する余地はない。¹⁷⁾

興味深いことに、これまで原住民の刑事慣習に関連する

事件は極めて稀である。事實上、文化はある集団又はエスニックグループが共有する生活形式であり、人類が生活環境に適応し克服するために創り上げた産物である。法制の歴史的発展過程を見れば、慣習法と国家法は、それぞれ異なる原理に支配される、二種類の異なる知的伝統である。慣習法は人類学者が言う「小さな伝統」に属し、通常所謂「エリート文化」に由来する「大きな伝統」に對置する³⁾。文化は不成文法規範と同様に、構成員の性格を形成するだけでなく、彼らの行動や選択に対しても相当な支配力と影響力を及ぼす。異なる文化が接触する時に、マイノリティ集団の文化や伝統が、しばしばマジョリティ集団の政治、経済の優勢のため次第に転化され、マイノリティ集団の古くから伝承されてきた一定の旧慣が「犯罪」と定義されることさえあると、事実として証明された。これは、二種類の異なる文化的価値観がぶつかり合うときに起こる現象である。

最近一〇年間の台湾の刑事事件を見ると、ある共通の特色を呈するようと思われる。即ち、事件にかかわった原住民の被告人が現行法体系のもとで、自分の行為が犯罪にあたるだろうとよくわかっているが、原住民の被告人自身の部落文化からみると、その行為が完全に部落の伝統的な慣習と

文化的な期待に一致するということである。そのことが原住民に国家法に従うことが、部落旧慣に従うことかのいずれかを選択させる。もし原住民が自分の生まれ育った部落の慣習を選択すれば、実定法に反し犯罪を犯すことになるかもしれない。このため、国家実定法と原住民部落文化が衝突することになる。その際に、部落文化の特別な歴史と時代的な意味を考慮する必要があるか否か、原住民がかかわる刑事責任の実定法上の処罰範囲を限定する必要があるか否か、が刑事司法の対応し難い難題となるはずである。

三、最近一〇年間の原住民慣習にかかわる台湾各級法院の事例

最近一〇年の間に、社会的、文化的な諸要素の多元的發展に答えるように、原住民の慣習に関する刑事事件がしばしば発生する。これはかつてない傾向である。その中、自己製造猟銃を所持することによって「槍砲彈藥刀械管理條例」に違反する事件が最もよく見られる。その他に森林の主・副産物を窃取することによる「森林法」違反、または野生動物を狩猟することによる「野生動物保育法」違反という犯罪類型も

頻繁に見かけられる。これらの犯罪類型はその行為者が殆ど原住民で、その犯罪地が原住民の代々居住する地域にあり、その犯罪原因が原住民自身の特殊な文化や伝統的な生活習慣と密接に繋がる。社会が最も注目し、しかも広範に議論された四つの事例を取り挙げ、それぞれの事件の事実経緯及び裁判の経過の概要を以下にまとめる。それらの実質的な分析は次節で詳細に行う。

(一) 台東バイワン族伯祖父の男児「aiii」触り事件

二〇一一年六月に台東県のバイワン族（排湾族、Paiwan）の六歳男児が、自宅前の広場に置かれる籐の椅子の上で、自分の伯祖父に「aiii（生殖器）」を繰り返し触られた。検察官が「刑法」第二二四条の一「加重強制わいせつ罪」によって伯祖父を起訴した。台東地方法院は、伯祖父の行為がわいせつの犯意または自分の性欲を満足するものにあらず、男児の生殖器を軽く叩くことにより年下への愛しさを表現する習俗であるとの判断を示した。起訴に適用する法律の条文を変更し親告罪の「セクシャルハラスメント防止法」で処理した。⁹⁾

一審の無罪判決の後、検察官は、警察の取調べの際に男児

が、被告人が長時間にわたり「aiii」を複数回下から上まで触つたと述べ、さらに被告が強制力で男児の拒否を無視し、即ち男児の意志に反する状態で、強制的にわいせつ行為をしたため、強制わいせつにあたるとし、伯祖父が有罪であると主張し控訴した。

しかし、台湾高等法院花蓮分院の合議法廷による二審判決は、被告が当時開放的空間で被害者の生殖器を触り、朝という時間帯で、人の出入りがあり、家族も行き来する前庭で、ズボンの上から生殖器を下から上まで包み込んで軽く叩くという方法で行ったため、被告の行為は「性欲を興奮させる、又は満足させるに足りる行為」に該当するか否かが疑わしいと述べた。判決理由の中で、証人の台東県金峰郷衛生所主任高〇〇と証人のバイワン族部落の長老杜〇〇の第一審での証言、そして「台湾バイワン族性的文化に関する調査研究」と題する修士論文¹⁰⁾を引用し、「前掲のバイワン族の習俗に基づき、被告人が被害者の伯祖父として、年下の生殖器を触るその行為は、排湾族の習俗と認められるため、強制わいせつの犯行と認定しがたく、検察官の上訴は理由がないとすべきである」と示した。¹¹⁾

(二) 新竹県スマングス地方タイヤル族人の倒木窃取事件

二〇〇五年九月の間に台風一三号が通過する際に、新竹県スマングス(司馬庫斯、Shangshu)地方にある唯一の連絡道路が遮断された。当該地域に住むタイヤル族(泰雅族、Tayal)人が生存のため、連絡道路を開通させようとした。強風により直径約六〇センチの台湾欒(ケヤキ)の木が倒れ、当該道路を横断した。その後程なく、林務局がこの吹き倒された欒の木を発見した。樹幹の部分は切断し運搬したが、樹根及び一部の枝は地中に深く埋められていたため、掘り出すことができなかった。林務局は欒の木の上に赤い塗料を噴き付け証明の焼き印を押してからそれを現場に留置した。その後、タイヤル族の部落会議で、欒の木が彼らの伝統的な生活領域にあつたため、原住民の慣例により、それが部落の共有の財物であると決定した。それを彫刻、造景と公益の用に使用するために原住民を三人派遣しそれを部落に持ち帰ろうとしたが、運搬途中に山パトロール警察に見つけられ、法院に移送された。

新竹地方法院檢察署が捜査した後、「森林法」第五二条の森

林主・副産物窃取罪違反として起訴した。一審、二審判決は被告人の原住民三人を有罪とした。その理由は概ね次の通りである。欒の木はまだ林務局の管理下に置かれるため、国が所有するものであり、原住民三人は欒の木の上に林務局が噴き付けた赤い塗料を見、またその赤い塗料の法的意味を知っていたため、国有林木を窃取する犯意がある。この外、原住民は「森林法」第十九条に基づき、原住民地区で「野生植物および菌類を採集する」等の非営利的行為に従事することができ、森林局が制定、発布した法律に基づかねばならない。「国有林林産物処分規則」第十四条によれば、特定事業計画を申請しなければならないが原住民三人は申請しなかつたので、違法性を阻却することができない。

本件は上告され第三審は、下級審と完全に異なつた見解を表明した。最高法院は原住民文化の独自性を考慮し、次のように述べた。

原住民の伝統的習俗は、その歴史的淵源と文化的特色があり、各部落間の公平と永續発展を促進させるため、多元主義の観点および文化的相対の角度に基づき、共存共栄の部落関係を築き上げる。とりわけ原住民の伝統的領域内において、その伝統的習俗に従って行われた行

為は、合理的な範囲であれば、原住民族の基本的権利を保障するために、適切な尊重を払うべきである。この原則に基づき、原住民族基本法第三〇条第一項は、原住民族事務の処理、法律の制定や司法手続の実施等の事項を行う際に、彼らの合法的な權益を保障するために、政府が原住民族の伝統的習俗、文化及び価値観などを尊重しなければならない。従って、原住民がその伝統的な領地内で伝統的な習俗に従って行った行為は、完全には非原住民の観点に立つことはできず、非原住民の行為と同視することはできない。¹²⁾

二〇一〇年二月台湾高等法院が第一次差し戻し審で一審判決、二審判決の実体法効果を変更し改めて無罪と判決した。¹³⁾ 検察官が上告を取りやめ、被告原住民三人は無罪で確定した。

(三) 屏東県牡丹郷タイヤル族人の自己製造獵銃所持事件

二〇〇八年六月の間、タイヤル族原住民で漁民の身分を有する被告人は所轄機関の許可を受けずに、他人から一定の殺傷力をもつ型の散弾を三個人手、所持し、また弾丸を発射することができ一定の殺傷力がある旧来製法の獵銃を二本、銃

を一本自己製造した。被告人は猪やムササビを狩猟し魚を刺す目的と用途で手製獵銃と手製銃を作った。月に一、二度狩りをし、得た獲物は家族と分け合っていたが、販売はしていなかった。

本件は検察官により公訴提起され、一審では無許可で殺傷力をもつ型の散弾を所持する行為を「槍砲彈藥刀械管制條例」第一二条第四項の規定に違反し有罪であるという判決を下した。被告人が狩猟、漁獲のために手製獵銃と手製銃を所持する部分、及び無許可で銃を製造する罪については無罪であるとした。¹⁴⁾ 本件は第二審に控訴したが、一審判決が維持され、検察官の上訴が棄却された。¹⁵⁾

本件はその後最高法院に上告された。最高法院が判決の中で、無許可で銃を製造する部分については検察官の上告を棄却したが、無許可で殺傷力のある銃器を製造する部分については原判決を破棄し原法院へ差し戻した。¹⁶⁾

高等法院高雄分院は第一次差し戻し判決の中で無許可で殺傷力のある銃器を製造する部分については一審の無罪判決を破棄し改めて有罪にした(懲役二年八月と罰金一〇万台湾元)。所謂「原住民が生活道具に使用するために製造、運搬又は所持する自己製造獵銃」とは、原住民がその文化伝統により形

成した特殊な慣習に基づき、その生活の中に従事している狩猟、祭事等の諸活動に使用し、かつ伝統的な方法で製造、運搬又は所持する自己製造簡易猟銃の場合であつて始めて、立法要旨に合致するとした。¹⁷⁾

その後、最高法院は終審判決の中で次のように述べた。

中華民國憲法增修条文第一〇条第一一項は「国家は多元的文化を認め、原住民族の言語と文化の發展を積極的に擁護する。」と定める。原住民族の基本的権利の保障、原住民族の生存發展の促進、共存共栄の部族關係の確立を実現するために、「原住民族基本法」第一〇条は、政府は原住民族の文化を保存、維持しなければならないと規定し、同法第三〇条は、法律を制定する際に、原住民族の伝統習俗、文化と価値観を尊重し、その合法的な權益を保障しなければならない旨を定める。そのため、関連する法律に従つて原住民族の基本権利の保障、そしてその生存發展の促進を実行する際に、その伝統習俗、文化と価値観を尊重しなければならない。同法第一九条の規定により、原住民が伝統文化、祭儀又は自分用のため、原住民族地区で法に従つて野生動物を捕獲する非営利的行為に従事することができる。原住民がこの需要に基づ

き行動すれば営利にはならないため、自分で製造した猟銃で野生動物を捕獲するのはその基本的権利である。「槍砲彈藥刀械管制条例」第二〇条第一項は原住民族のこの権利を尊重することに基づいて、またそれに対応するために、原住民が仕事用と生活用のための道具として手製猟銃を製造又は所持する行為については、刑事罰から行政罰に改める。

上述した観点に基づき、無許可で殺傷力のある銃器を製造することで訴えられた部分に対して、原審の有罪判決を破棄し、無罪判決を下し、これによつて本件は確定した。¹⁸⁾

(四) 嘉義県阿里山ツォウ族頭目の蜂蜜奪取事件

二〇〇三年二月、阿里山ツォウ族（鄒族、Tsuu）頭目 A-vai-h-Pengsi（漢名汪〇発、以下頭目と略称する）が息子と親族の葬式に駆けつける途中、彼が賃借する林班地の道端で、漢人陳〇茂が運転するジープ車を見かけ、頭目父子が車上に新鮮な野生の蜂蜜を一缶見つけた。鄒族の通例により、ツォウ族人の土地で採取した蜂蜜はツォウ族人の所有物とな

る。頭目父子は陳〇茂の車上の蜂蜜を鄒族人の土地で採取したものと疑った。二人は陳〇茂がツォウ族の財産を窃取したとして、彼に交番へ同行するよう促したが、陳〇茂に拒否されたため、陳が注意を向けていない間に、蜂蜜を陳の車から自家用車に搬入した。しかし、父子二人は当時親族の葬式に間に合うようにするため、交番へは行かず、陳〇茂の車両ナンバーを記録しただけである。彼らは帰り道に交番へ届けを出しに行く計画をした。ところが、帰りの途中で頭目父子が警察に奪取罪の疑いで移送された。

検察官は「刑法」第三二五条第一項普通奪取罪で頭目父子を起訴し、合わせて略式判決で刑に処すよう申し立てた。第一審法院は調査した後、陳〇茂が所持した蜂蜜が頭目父子の所有土地から採取されたものではないため、蜂蜜はその所有とならず、しかも頭目父子の土地では蜜蜂を飼育していないため、彼らが明らかに不法所有の意図で陳〇茂が所有した蜂蜜を奪い取ったのであるから、普通奪取罪を構成し、それぞれ懲役六月執行猶予二年と言いい渡した¹⁹⁾。被告人が控訴したが、嘉義地方法院は被告人の控訴を棄却し原判決を維持し、本件は確定した²⁰⁾。

四、刑事裁判における慣習の法源としての地位

歴史は我々に次のようなことを教えた。一八世紀末西洋の啓蒙運動は個人主義、自由主義、法治国家の思潮を勃興させ、中世以降の罪刑への専断に対して強い反動を引き起こした。王権専制時代において君主が強権を独占し、どのような行為が犯罪を構成するか、どのような犯罪に対してどのような刑罰を科すかが、全て王権者とその裁判官の恣意によって決まり、しかも刑罰のその殆どが苛酷なものであった。立法、司法に一定の限界もなければ、人民の生命、身体、自由、財産等に保障もない。啓蒙思想運動以来、所謂「警察国家」の罪刑専断に対して強い不満が生じ、それがゆえに、罪刑法定主義が確立された。

近代大陸法を継受する台湾「中華民国刑法」第一条は「行為の処罰は、行為時の法律に明文規定があるものに限る。」と規定し、罪刑法定主義を明白に掲げている。原住民が、部落の慣習に従って行動することが所屬部落の文化伝統に適用と予期し、自分の行動を大いに正当性があるものと自認するが、それが現実的に国家法規範において違法行為とレッテルを貼

られることに注意する必要がある。そのときはどうしたらよ
いだろうか。国家実定法と伝統部落旧慣との間に相違がある
とき、その文化衝突の面を慎重に斟酌すべきことは、一般
的に認知されている。しかしながら、行為者の行為が刑事責
任を負うべきかについての判断は、刑法の概念に依拠しなけ
ればならない。「文化的アイデンティティ」という言葉だけで、
犯罪が成立したり刑事責任を免除したりすることはできず、
必ず実際の犯罪体系への論証の中で具体的な操作の仕方を探
求しなければならない。このとき、効果的に運用するために
刑法の解釈方法に助けを求めることは避けられないだろう。

誰もが認めるように、刑法学が存在する所以は、刑事制裁
を適用する際の安定性と一貫性を確保するためである。それ
によって刑罰が社会的な紛争を解決する際の最終的な手段・
機能を果たすとともに、裁判官が感情的な要素で恣意的に人
に罪を着せるのを防ぐことができる。大陸法系において、刑
事責任が成立するか否かは、刑法の教義学から発展してきた
概念と体系に頼らねばならない。現代刑法学の通説によると、
犯罪の成立は構成要件該当性、違法性と有責性の三つの段階
を精査しなければならず、さらにそれぞれの段階に個別的・
具体的内的要素があり、刑事責任にかかわるそれらの諸要素

には各自の固定した定義と概念的な範疇がある。この際、理
想とされる判決とは刑法の解釈方法を適切に運用し、人の情
や物の理に大きく反しないようなものである。別の言い方を
すれば、主流である漢民族文化又は国家法に原住民部落の文
化が抵触する際に、原住民の特殊な文化的背景を尊重するた
めに、原住民の文化規範と伝統的慣習そして原住民自身が有
する文化的な認識をできる限り刑法学の教義学の枠組みに入
れて考えなければならない。

(一) 構成要件該当性と刑法の解釈

世間の人々には無数の争いがあるが、法条文は有限である
ため、その限られた法条文で、無限の争い事を規制しようと
しても、必ずしもできはしない。古今東西の法制の歴史を見
たところ、「条文本位」「法典本位」を採用する国家や社会で
は、法律の条文が時には曖昧で難解であり、時には概括的・
抽象的であり、ひいては幾らか欠漏することもある。その時、
法を解釈することによってその真の意味を明らかにしなければ
ならない。さらにそれを敷衍すると、事物を客観化するに
は、文字を使ってその意味を表さなければならない。文字が

表す意味が、往々にして概念上の意味となり、表そうとするその本来の意味と、全く同じであることは望めない。「文字を使わない」場合を除き、文字を使って「法」を作るしかないので、これは永遠に存在する難題である。

そのため、法解釈は成文法典を採用する国家では極めて重要である。それが法を適用する第一段階である。所謂「解釈」は、法の本当の含意を確かめる点からすると、確認的であって、創造的ではない。法理論では法院が法を解釈する方法には次の三つがある。第一に、文字で法律条文の意味を決める。第二に、立法者の意思で法律条文の意味を決める。第三に、社会的現実の必要性から法律条文をどう解釈するかを決める。純粹に理論から言えば、この三つの方法はそれぞれ長所と短所があるが、刑法の解釈方法としては、罪刑法定主義という大原則に制約されるため、慎重に行わなければならないのである。理想的には、法を解釈する際は、弾力的であって、社会の現実によって法の意味を理解しなければならないが、同時に憲法が構築した法秩序枠組みの下で、憲法が示そうとする価値理念を具現化する。とりわけ憲法が認めた多元的文化という規範的前提のもとで、少数派である原住民族文化が受けべき尊重を得られるように、多元的観点で法を解釈すべき

である。²¹⁾

本文で取り上げた事例(一)「台東排灣族伯祖父が男児の「a3iii」を触る事件を例とすると、刑法学の犯罪類型に「傾向犯」という犯罪類型があり、それは特殊な心理的傾向を持つ故意犯の一種である。単なる外的行為だけで犯罪を構成せず、その行為は行為者の内心の主観的傾向を強く表して始めて、犯罪が成立しうる。本件の被告は被害者の生殖器を触っていたと認められたのは事実であるが、強制わいせつの犯行を強く否定した。「彼はわいせつの犯意に基づき又は自分の性欲の心理的傾向を満すために触ったのではなく、事件発生当時、被害者甲男が彼に遊びを求めたが、彼が甲男の伯祖父として年下を可愛がる意思を表現するために、パイワン族の習俗に従い、甲男の生殖器を包み込んで軽く叩いた」等の言葉で弁解した。²²⁾ 本件の第二審法院判決の中でも次のことを明白に示した。

刑法上のわいせつ罪は、最高法院六三年台上字第二三三
五号判例を参照にし、姦淫の他、性欲を興奮させる、又は満足させるのに足りる好色の行為を指す。そのため、わいせつ罪は性欲を興奮させる、又は満足させるのに足りる好色の行為がなければならない。性器の接触行為だけで、わいせつ罪を構成するわけではない。そ

の行為は性欲を興奮させる、又は満足させるのに足りるか否かによって決定しなければならない。

被告人が成長した環境では年下の生殖器を触ることによって愛しさを表現する習俗がある。前述した通り、被告人が開放的空間で、早朝という時間帯に、人の出入りがあり、家族も行き来する前庭という場所で、ズボンの上から生殖器を下から上まで包み込んで軽く叩くという方法で行い、しかも被告人が被害者の尊長であり、被告人が被害者に触られることを繰り返して強要しなかったこと等、それらが証人が述べたパイワン族の風俗習性と一致するため、被告人がわいせつの犯意により被害者の生殖器を触ったのではないことは明らかである。¹⁶⁾

本件の第一審及び第二審の見解は、年配の親族が男児の生殖器を触るのが当地の習俗文化であるか否かを真剣に調査するほか、刑法の構成要件要素を解釈することを通し「強制わいせつ罪」の「傾向犯」の実質的含意を説明しているので、大いに説得力のあるものである。

(二) 可罰的違法性理論と慣習

日本と台湾の刑法学界では、刑法の謙抑主義と違法性相対論の理念に基づき、学説上所謂「可罰的違法性」の理論が主張されている。即ち行為者の違法行為に対しては「処罰を科すに値する違法性」と「処罰を科すに値しない違法性」に区分することができる。犯罪の成立は、行為が違法でなければならぬだけでなく、刑罰を科すに値する程度の違法性に達しなければならない。可罰であるか否かの判断基準については、以下の二点によって決まると考えられる。

1 被害法益が軽微な場合であるか否かである。即ち違法性の量又は結果無価値の判断である。

2 社会倫理相当性に違反することが軽微な場合であるか否かである。即ち違法性の質又は行為無価値の判断である。

通説では、上述した二つの基準を満たした場合に、初めて行為が可罰的違法性を有しないと認める。ただ、その中の一つしか満たさない場合は、なお適用する余地があるか否かを熟考しなければならない。

上に挙げた事例(二)スマングス地方タイヤル族の倒木窃取事件の第一次差戻審判決の中で、法院は被告人原住民三人の刑事責任を免除したが、その主な論拠は、相当な紙幅を割いて「森林法」第一五条第三項と第四項の適用関係を論証した外、特に挙げるべきは、原住民被告人の実質的違法性の角度から立論しているということである。

被告人三人がスマングス部落の決議に従い、部落の景観を美化するために樺の木に残った部分を部落に持ち帰るつもりであった。彼らの行為は森林の自然的資源を破壊するものではなく、その樺の木が持つ公的利益と経済効果を發揮しようとするためであり、森林法の立法目的に違反しない。刑罰慎重論の原則に基づき、社会倫理的非難性のある不法な行為のみに対して、刑法的手段を利用する必要がある。前述の如く、被告人三人の行為は、原住民の伝統文化及び生活習俗と一致し、且つ国家の財政資源の分配利用の目的に反しておらず、また森林法の立法目的に違反しないため、被告人三人の行為は社会倫理的な非難性がない⁽²⁾。

本件の判決では、行為に「社会倫理的な非難性がない」といった抽象的な価値概念を判断基準とするが、その種の論述は濫

用の危険に繋がりにやすく、主観に陥りかねない。ただ、下に挙げる理由でそれを認めるべきである。⁽²⁵⁾

1 理論の側面…本項の判決は現行刑法の犯罪論体系に対して、調和の効果を發揮した。この論点によると、刑罰の厳格な手段の使用に適さない違法行為と軽微な行為はその犯罪の成立を否定することができる。それによって、社会の現実を顧慮することができ、刑法の適用が形式化と硬直化にならないようにすることができ、しかも現行刑法の犯罪論体系を変えることなく、それらの行為に免責の基礎を直ちに与えることもできる。

2 実践の側面…この種の論点は、法院の判決をできるだけ国民の法律面の生活感情に近づけることができる。刑法各条が予定する程度に達しない軽微な違法行為、又は刑罰に適さない違法行為は、その犯罪の成立を否定することができ、処罰を受けることを免れる。こうして、法院が下した無罪判決は、社会通念に次第に一致し、刑法が人々に苛酷感を与えるのを避けることができる。

しかし、逆説的に、たとえ被告人の行為に社会倫理的な非難性が欠けることを認めたとしても、この種の効果は刑法の犯

罪三段階理論体系中のどの段階で処理すべきか、所謂「可罰的違法性理論」を適用することができると否かについては、法院ははっきり説明するつもりがないように見える。むしろ法院は違法性の議論を避け、本件に「違法性阻却」を適用する可能性を率直に認めるとせず、本件の問題を直ちに行為者の「不法所有の意図」の欠如に結びつける。各法院の判決では、「森林法」の認める原住民が合法的に林地を使用する範囲を詳細に議論したが、どれも結局、結論として被告に不法所有の主観的意図が欠けるということに転じた。「管轄機関の許可がなくても、林地を合法的に使用することができる」という法的効果をもたらすのは、明らかに法院が喜ばないだろう。ある種の規制理論の次元から見れば、これは行政機関が必然的に持つ規制的な期待である。しかし、刑事判決の理由としては、たとえ結論が無罪であることが共通だとしても、法院の論証に不明瞭な感は否めない。⁽²⁶⁾

(三) 違法性認識と原住民の文化規範

刑法学の理論には「違法性の認識」或いは「不法の意識」と呼ぶものがある。即ち、行為者が自分の行為を法規範に反

するもの、また社会共同生活の秩序維持の要求に抵触するものと認識することをいう。一般的に、行為者が行為する際に、このような認識さえあれば充分であるが、自分の行為がどの具体的な刑罰法規範に反するか、又はその行為に可罰性があるかを確実に認識する必要はない。行為者が自分の行ったことについては知っているが、それが法に反するということを知らない場合は、一般に「違法性認識の錯誤」又は「禁止の錯誤」と呼ぶ。原住民の行為が構成要件該当性と違法性を構成すると認めた場合、有責性を阻却するために、「違法性認識の錯誤」を主張することができるか否かが、興味深い問題である。

前述の事例(三) タイヤル族の銃器不法所持の事件から言えば、原住民身分をどう認定するか、「自己製造猟銃」の範囲が「自己製造銃弾」を含むか否か、が本件の争点であるが、猟銃を所持する目的が「生活道具に用いるため」であるか否か、もしそれが「仕事や生活に用いるため」の含意に一致するならば、犯罪の成立を阻却することができるか否かが、最も重要な問題である。最高法院の判決の中で次のようなことを示した。

狩猟は原住民族の伝統的な生計手段の一つであり、しか

もその祭典の文化と関係している。原住民が狩猟の過程を通して、胆力と識見を鍛え、助け合いの精神と生存の技能を学習することができ、また部族人とともに狩猟の経済と成果を分け合うことを通して、他人に認知してもらい、部落における自分の地位を上げることができる。それゆえに原住民が自己製造の猟銃で野生動物を捕獲することは、その伝統生活と習俗文化の重要な内容である。しかしながら社会全体の発展が急速に変化するため、原住民の生活形態もそれによって変化し、また野生動物保育法の規定に制限され、原住民が専ら狩猟で生計を立てることや狩猟をその生活の主要な内容と期待することは難しい。原住民の伝統的な習俗文化への擁護とその発展の考量に基づいて、本条の「生活道具に用いる」の解釈は、生活形態の改変に応じて広く行われるべきである。即ち、自分で製造し所持する猟銃は、その伝統文化に則りその目的に関連すれば、専ら狩猟で生計を立てたり、狩猟をその生活の主な内容としたりするものに限らず、生活道具用として認めるべきである。しかし、この範囲を越えた自己製造猟銃の使用が、この限りでないことは言うまでもない。¹⁷⁾

狩猟文化は、原住民の先祖代々受け継がれ、部落コミュニティの共通認識を固く結びつける、長い期間踏襲されてきた生活と文化習俗である。生活一般の需要の他に、狩猟を通して青少年の胆力と識見を鍛え磨き、未成年の狩猟者に部落人と大自然との間の調和関係をどのように維持するかを教え込む。それらが原住民にとつての最も重要な知識体系である。しかしながら、外来の統治者が強権的な方法で原住民を支配してから、原住民の狩猟文化が直ちに「犯罪」の影を被る。というのは原住民の狩猟道具、即ち銃器が危険の象徴であると思われるからである。そのため、日本統治時期又は一九四五年以後の中華民国時期、どのように原住民の銃器所持を規制するかが、原住民に対する統治者の最も重要な統治政策であった。前述した最高法院の判決は、違法性認識の欠如により責任を阻却することを明言しなかったが、「原住民の生活にかかわり、しかもその生活に必要である」ことに着眼し、「非犯罪化」の範囲をより緩やかに認定する立場に立ち、終審法院の態度を明白に表明した。原住民の狩猟文化を保護する観点から、肯定すべきである。

その他、前述した事例(四)阿里山ツォウ族頭目の蜂蜜奪取の事件の中で、本件で争われた問題は、蜂蜜の所有権を誰

が有するか、頭目父子が不法所有の意図を有するか等の実定法上の構成要件要素を備えたかどうかの他に、主として既存の刑事法規範と原住民の伝統領域である慣習との間に衝突が起きれば、どのように調節し均衡をとるべきかということである。頭目父子は原住民の部落文化の角度から次のような抗弁を提起した。

何びとであれ私たちは人を侮ったり傷つけたりするつもりはない。私たちは法を理解していない状況で行動しただけで、自分の行動の多くについてどうすべきであったかわからない……。私の考えではこの蜂蜜が私の林地から盗まれたと思っただけであり、私の考えでは私自身の權益を占有したのである。¹⁶⁾

しかし、法院は頭目父子の言い分を明らかに受け入れなかった。判決の中で被告人に「違法性認識の錯誤」があるか否かの問題について特に言及した。

原住民族と非原住民族との間の権利衝突にかかわる事項は、正当な理由に基づき、法により原住民族に対してより優越的な保護を与えるのを明文化した場合を除き、原住民族がマイノリティであるとして一般に認められているという理由で、彼らが一般的な法規範から逸脱し他人の財

産法益を侵害することを許してはならない。刑法第一六条前段では、法を知らないという理由で刑事責任を免除してはならないと規定し¹⁷⁾、また奪取は元々文明社会で共通に処罰される行為である。被告人乙（頭目）は日本統治時代に三年間就学したことで、被告人甲（頭目の息子）はその学歴が高校卒業であることをそれぞれ供述し、しかも被告人乙は自分がツォウ族の頭目であると陳述し、「純朴で朴訥、真面目で職責を果たし、伝統儀礼に謹んで従う男性」であると自らを認める。さらに周知のツォウ族の習俗により、被告人甲は将来、父親の頭目の職位を引き継ぐ可能性がある。それらの点により、二人とも文明社会の構成員であり、現在また未来の原住民族の精神的指導者なので、「奪取してはならない」は、地域を越えて普遍的に遵守されている道德的規範と法的戒律であるのを彼らは認識しているわけである。よって、本件の被告人については刑法の禁止規範に対して不知又は認識の錯誤という情状は存在しない。¹⁸⁾

法院は「文明社会」の角度から刑事責任が成立するかどうかを立論し、原住民に特別な法的地位を許可・許容し又は付与する法的明文を設けられる例外的な場合を除き、原住民は

「文明社会」の法的戒律に従わねばならず、法を知らないことやその他の刑事責任を排除する利益を主張してはならないと考えているように見える。しかし、所謂「文明社会」とは漢人社会か、都市社会か、それとも他の社会を指すのかに疑義がある。法院が現行法制度と原住民文化を断ち切る立場を取るのが明らかである。法院は、憲法増修条文で原住民部落文化を擁護する明文規定があると認めるが、それが政策表明に止まり、個別事案の判断においてそれを貫くことができず、個別事件における刑事責任が成立するか否かは依然として、現行の法制度と規範に依拠するしかないと明示した。¹⁶⁾

しかし、頭目父子は主観的にはそう思わないようである。原住民の固有の領地にいるその漢人がツォウ族人の所有する蜂蜜を盗んだかもしれないと二人とも思っており、彼らは伝統的慣習に基づき、自分が有する制止・駆逐又は懲戒の権力により、部落の財産を保護するために、その蜂蜜を奪い取って差し押さえた。この種の主観的認識に関しては、刑法上における誤想自救行為が成立するか否かの問題に関連するかもしれない。¹⁷⁾ 純刑法理論的に言えば、既存の刑法理論の枠組みにおいて、もし行為者に「誤想の自救行為」があると認められるならば、現行刑法により、頭目父子が刑事責任を負わないと

いう結論を導き出すことができる。刑法は、故意による奪取行為のみを処罰するが、過失は処罰しない。「許容構成要件の錯誤」の処理方法をとれば、行為者に過失の刑事責任のみを認めることができるが、故意犯の成立を認めることはできない。ツォウ族頭目父子が、ツォウ族の財産を盗んだと思った相手から蜂蜜を奪い返すと誤認したのであるから、主観的に法益を侵害する意思を欠如しているので、当該犯罪の故意がないと認定すべきである。刑法は奪取の過失犯を処罰しないため、頭目父子は無罪となる。残念なことに、本件判決では原住民文化の特殊性、社会組織及び伝統慣習等は特に重要視していない。法院は形式的に、刑法学の概念に従って頭目父子の刑事責任を徹底して考えたように見えるが、奪取を行う際の保護利益についての頭目父子の考え方に対して最終的に配慮を払わず、有罪判決を下すことになったのである。

五、結び

人類社会学の角度から見れば、古くから少数民族である原住民の生活は自分たちの土地から離れないものであった。そのため、全ての国家の原住民は、その殆どが土地に大いに依

存する習性がある。清末・民国時期から現在の台湾に至り、法制の近代化の後の民法法領域において、単なる慣習から法的効力をもつ慣習法になるためには、通常以下の四つの要件を具えねばならないと考えられる。内的要素、即ち人々の法への確信の心がなくてはならない。外的要素、即ち一定の間に同一事項を反復して行う同一の行為でなくてはならない。法令が規定していない事項でなくてはならない。公序良俗に反してはならない。¹⁶⁾ 刑法法領域では、文化的なアイデンティティー又は価値相対的な多元性のみにより犯罪を成立させたり刑事責任を排除したりすることができるのか、原住民の慣習が「犯罪不成立」の構成要件阻却事由や違法性阻却事由や責任阻却事由の役割を果たすことができるのかを検討しなければならぬ。上述の議論をまとめてみれば、以下の知見が得られる。

その一、犯罪が成立するか否か及び刑罰をどのように科すべきかは、刑法概念の操作に関わる。「犯罪成立」又は「犯罪不成立」の理由は実定法の解釈方法を通し、又は少なくとも刑法概念の解釈方法を運用しなければならぬ。感情、アイデンティティー、ケアないし慣習は「犯罪成立」又は「犯罪不成立」の直接の法源になりえない。言い換えれば、原住民

の犯罪行為は、たとえ文化衝突の難題に直面したとしても、訴訟上の戦略として、単に「文化的弁護」や「文化的抗弁」で処理することはできない。¹⁷⁾ 刑法にかかわる問題である限り、刑法学理論から解決策を探求しなければならない。刑法学の議論を通してのみ、文化衝突の「犯罪不成立」の事柄を処理する一連の適切な理論や概念を発展させることで、論争を徹底的に解決することができる。そのため、慣習は形式的にもとより刑事裁判の直接の法源になりえないが、犯罪事実の認定及び法解釈においての補足資料となることはでき、刑事裁判の間接の法源にはなりえる。

その二、法は理念として合理的、客観的、公正かつ合目的な規範である。法解釈は法の安定性と理想を兼ね備えなければ、法の機能を十分に發揮することができない。法の安定性を維持するために法の理想を犠牲にすれば、法解釈が形式論理化に傾く恐れがあり、正義の実現が困難になる。そのため、法を釈明する際に、もし法の安定性と具体的妥当性が並存することができなければ、法の安定性を求めることをやめ、具体的妥当性を取るべきである。¹⁸⁾ 具体的に言えば、刑法がその概念の中で多元的文化、特に原住民の固有の規範を考慮する義務がある。法院はすでに原住民の文化慣習を意識し

ているのであれば、なお機械的な「概念法学のモデル」で操作すべきではなく、原住民族の伝統慣習と国家実定法との間の深い溝を埋めることに力を尽くすべきである。これが、裁判官が取り戻さなければならない裁判の良心であろう。³⁶ 史実が示すように、台湾の刑事立法や司法裁判の大半は、少なくとも二〇〇一年までは、多くは主流である漢人の価値観と歴史観に依拠する。原住民犯罪行為者の特殊性に特に焦点を合わせる例外規定や判決は稀である。しかし二〇一〇年の間、各級法院が、これらに類似した事件の裁判で、原住民の文化伝統と慣習に配慮する傾向が徐々に現れてきた。そのため原住民文化の特殊性と自主性を尊重しようとする観点に立ち、国民の法的感情により適合できる判決が現れている。

その三、国家実定法と部落文化との間の衝突を徹底的に解決するために、実際の司法の運用において犯罪を判断するにあたり、個々の要素が果たす機能を考慮しなければならない。原則として、犯罪の成立要件を「犯罪成立」の積極的要件と「犯罪不成立」の消極的要件に分けることができる。犯罪が成立するために、行為者が客観的・主観的構成要件に該当する他に、違法性、有責性の「犯罪成立」の積極的要件を有しなければならない。このとき、一致的、共通的な特性が欠けて

いる他種の文化的文脈を過度に考慮せず、刑罰範囲の要求を穏やかに制限するために、現行法体系の実定的規範によつて処理すべきである。しかし「犯罪不成立」の消極的要件に対し、構成要件阻却事由、違法阻却事由、責任阻却事由や刑の減免事由等を含めて、非主流である他種の文化的文脈をできる限り考慮すべきである。その中に、原住民の部落旧慣はもちろん含まれている。

本文で取り挙げた事例（一）から事例（三）までのいずれの場合も、刑法学においてはそれらに対応するに足りる概念がすでに存在し、最終的に「無罪」の結論を導き出すことも可能であると言えるだろう。しかしそれにもかかわらず、我々はおおそれらの事例が無罪の結論に至ることが、検察側と法院側の各級の担当者が苦心して交互に弁論した結果であるということを感じ取らねばならない。とりわけ、その殆どは刑法解釈の巧妙な技術を利用し、構成要件を阻却したり、違法性を阻却したり、有責性を阻却したりする。残念なことに、これらが基礎的な刑法理論の応用であり、法院の判決は原住民文化と漢文化との間の衝突が起きる時に一連の対応策を独自に発展させることができなかつた。国家法と部落慣習との二種類の異なる知識的伝統の間に、ある意味では、内在的・

有機的な連結が今なお欠けている。

実際に台湾の領土は決して広大なわけではない。近年、情報技術の発達や教育事業の普及、マスメディアの広範な伝達により、原住民の旧慣が激しく衝撃を受けており、次第に失われてきている。このとき、原住民の旧慣の特殊性と自主性を過剰に際立たせる必要はないが、今なお残っている多元的な文化習俗と価値観を尊重するために、部落文化の遺産をより時代に合わせて変化させていけるか、公序良俗に反する一部の偏執的な旧慣をどのように「選別」し、「是正」するかを考へなければならぬ。立法の面では、原住民の犯罪行為に関連する諸法を引き続いて検討し改正すべきである。そして司法的実践の面では、原住民の民事・刑事事件を専門的に審理するために、原住民専門法廷を設置するのが望ましい。最も、これらの事件を裁判する際に、各級法院は純粋な法概念のレベルでの思考枠組みを脱却し、更に一歩進んで価値志向のレベルで本質に突っ込んだ思考をし、「風習を問う」ことが重要である。こうして問題を解決するのみならず、解釈の妥当性、現存性、創造性及び社会性を考慮しえた判決を下すことができる。それによって法院の判決は初めて社会の動きに合わせて同一歩調をとり、国民の期待に応える「情法兼備」

の判決となるだろう。

一一一

* 「一」は中国語を示し、原則として初出時のみ付した。

注

- (1) 莊万寿、『台湾文化論…主体性之結構』二五頁(台北:玉山社、二〇〇三年) 参照。
- (2) 『台湾慣習紀事』(台北:台湾慣習研究会、一九〇一年)、台湾島民の原籍地及び其の殊風特習の發生、五五 五六頁参照。
- (3) その中、日本人により行われた調査報告のほうに豊かな成果をもたらした。例えば一九一三年から一九二三年までの間に次々と刊行された『蕃族調査報告書』、『蕃族慣習調査報告』と『台湾蕃族慣習研究』の三セットで各八冊がある。台湾省文献委員会は、衛惠林、林衡立が一九四八年から十数年を経て行った野外調査や記録を整理し、『台湾文献』(台北:台湾省文献委員会、一九七八年)を編纂した。
- (4) 一八七四年牡丹社事件が起きると、日本は清朝の政令が生番地に及ばないとして、国際法に基づき当該地が清帝国の主権範囲内にないと主張する。そこで清政府は始めて「後山」を「領土」に編入し、積極的に「開山撫番」政策を行う。王泰升、『台湾法律史概論』五七 六〇頁(台北:元照、二〇〇一年七月) 参照。
- (5) 吳豪人『野蠻与文明的弁証』:台湾原住民伝統規範在殖民地時

- 代的意義」『人權理論と歴史論文集』六四四—六四五頁（台北：國史館、二〇〇四年一月）参照。
- (6) 台湾最高法院六一台上第五四五二号民事判決から引用。
- (7) 台湾最高法院四七上第一三九九号刑事判決から引用。
- (8) 梁治平『清代習慣法・社会与国家』二二七—二三〇頁（北京：中国政法大学出版社、一九九九年一〇月）参照。
- (9) 台東地方法院一〇一年度侵訴字第八号刑事判決参照。
- (10) 簡炎輝「台湾排灣族性文化的調査研究」樹德科技大學大学院人類性学研究科修士論文（二〇一〇年）参照。
- (11) 台湾高等法院花蓮分院一〇一年度侵上訴字第四七号刑事判決参照。
- (12) 最高法院九八年度台上字第七二一〇号判決参照。但し、最高法院は、上述した原住民文化尊重という基本論点を維持することとはない。その後の論述の中で、「審判決が言う『特定事業計画を申請』しなければならないことは、『国有林林産物処分規則』によるものであり、その規則の法源的根拠が『森林法』第一五条第三項であることを改めて強調する。一方、原住民被告人三人が主張した「原住民生活慣習」は「森林法」第一五条第四項のこのため、両者の母体となった法的根拠が異なるので、最高法院は原判決を破棄し審理を差し戻した。最高法院は授權した母法の不一致のみを指摘するが、原住民の伝統領域土地内の慣習をどのように尊重すべきかを明言していない。
- (13) 台湾高等法院九八年度上更（一）字第五六五号刑事判決参照。
- (14) 第一審判決について、屏東地方法院九八年度重訴字第一一号刑事判決参照。
- (15) 第二審判決について、高等法院高雄分院一〇〇年度上訴字第二〇一〇号刑事判決参照。
- (16) 最高法院一〇一年度台上字第一五六三号刑事判決参照。
- (17) 台湾高等法院高雄分院一〇一年度上更（一）字第三四号刑事判決参照。
- (18) 最高法院一〇二年度台上字第五〇九三号刑事判決参照。
- (19) 嘉義地方法院九二年度簡字第一〇六四号刑事簡易判決参照。
- (20) 嘉義地方法院九二年度簡上字第一五一号刑事判決参照。
- (21) 林孟皇「談設置原住民法廷的時代意義」從維護原住民權益重新發見正義、（下）『司法周刊』第一六四〇期（二〇一三年四月）第一二三版参照。
- (22) 台湾高等法院花蓮分院一〇一年度侵上訴字第四七号刑事判決参照。
- (23) 台湾高等法院花蓮分院一〇一年度侵上訴字第四七号刑事判決参照。
- (24) その次、第一次差し戻し審は被告人三人に不法所有の主観的意図が欠けることを論証する。「被告人三人は部落の伝統文化と生活慣習に基づき、スマングス部落の決議に従い、前掲の樺の木が残った部分を部落の景観造りや景観の美化のために部落に持ち帰るつもりであった。彼らは主観的に不法所有の意図がない」。台湾高等法院九八年度上更（一）字第五六五号刑事判決参

照

(25) しかし、学界で「可罰的違法性理論」に対して否定的な見解を持つ者がいる。それらの学者によると、違法性は、行為が法秩序全体と対立関係に立つということである。即ち、違法性は、程度が高いか低いか或いは可罰か否かの問題ではなく、対立か非対立かのどちらしかない。その上に、違法性は刑罰必要性の前提要件であり、刑罰必要性は違法性の前提要件ではない。違法性の成立が行為に刑罰を科す必要性があるかないかによって決まるため、可罰的違法性理論は適切ではない。

(26) 許恆達「国家規範・部落伝統与文化衝突 從刑法理論反思原住民犯罪的刑責問題」『台湾原住民研究季刊』第六卷第二期(台北・翰盧圖書,二〇一二年夏季号) 参照。

(27) 最高法院一〇二年度台上字第五〇九三号民事判決参照。

(28) 嘉義地方法院九二年度簡上字第一五一号刑事判決参照。

(29) 『中華民國刑法』第一六条は、「正当な理由があり、それを避けることができない者を除き、法律を知らざることにより、刑事責任を免除することはできない。但し、其の情状により刑を減輕することができる。」と規定する。

(30) 嘉義地方法院九二年度簡上字第一五一号刑事判決。

(31) 前掲注(26)、許恆達「國家規範・部落伝統与文化衝突 從刑法理論反思原住民犯罪的刑責問題」三九頁参照。注意すべきことは、法院が現行法制度を描写する際に、「文明社会」という用語を採用することである。このような表現は、現行法制度と融

合できない原住民エスニックグループが「文明的でない」社会を暗喩するように思われる。我々は法院の文字の行間によってしか微かに露呈した立場を推測することはできない。しかし、これは、原住民が自分の行為を決める際に、「文明」的な漢文化の法制度を優先して遵守し、「文明的でない」原住民文化に従うことを放棄すべきことをも仄めかした。なお、雅柏甦詠・博伊哲努、楊曉珞「文明社会的野蠻誠命…從嘉義地方法院九二年度簡上字第一五一号判決談鄒族伝統財產權」(『台湾原住民族研究季刊』第五卷第三期二二三—二五二頁,二〇一二年) 参照。

(32) 頭目父子が蜂蜜を奪い取る時、主観的には確かにその行為を通して自己の財産的利益を保護する意思があるが、客観的には所有権が相手に属するため、違法阻却の自救行為の成立にはなりえない。しかし行為者が自救行為の意思により、自己の財産権を保護しようとして相手を攻撃するならば、誤想の自救行為の成立が考えられるべきである。前掲注(26)、許恆達「國家規範・部落伝統与文化衝突 從刑法理論反思原住民犯罪的刑責問題」を参照。その他に、呂秉翰「論信念犯之罪与罰 司法院大法官會議釋字第四九〇号解釋評析」(『判解研究彙編』八) 台北・李模務実法学基金会九二年第八屆法學論文徵選得獎作品集、二〇〇四年) 参照。

(33) 黃源盛編纂『大理院民事判例輯存・總則編』一六頁(台北・元照出版,二〇一二年二月) 参照。

(34) 「文化的弁護」又は「文化的抗弁」と称するものは、法体系に

してくれたものである。

において承認され受け入れられた名詞ではない。それが通常ある種の訴訟戦略に対する呼称である。即ち、訴訟ではマイノリティ文化のエスニックグループの被告が、自分の行為を文化習俗の規制力に影響され、故意や罪責が欠けているため、無罪判決や刑の減軽を要求すると主張する。李佳玟「圧迫与解放 美国種族主義中的認同政治（下）」（『成大法学』第八期一三六頁、二〇〇四年二月）参照。

(35) 楊仁寿『法学方法論』四八三頁（台北・作者印行、二〇一〇年五月）参照。

(36) 林孟皇「消失的証人証詞？ 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』九五期七一七八頁、二〇一三年四月）参照。

補記

本稿は名城大学アジア研究センター・谷口プロジェクトの一環として二〇一四年六月二八日に開催された、第三回「慣習と『近代』」研究会での黄源盛氏の報告「近代國家法與台灣原住民舊慣」の翻訳である。研究会に際し輔仁大学の黄源盛氏から、報告原稿と劉武政氏による翻訳原稿の送付を受けた。劉武政氏の翻訳はほとんど問題のないものであったのだが、若干松田の方で日本語として通りがよいと思うものに表現を改め、掲載のために全体の体裁を整えた。劉武政氏は法哲学を専攻し、台湾大学卒業の後、京都大学の法学研究科で学び博士号も取得している人物であるが、その日本語力を活かして今回翻訳を担当