

法律扶助與社會

Legal Aid And Society Review

第 四 期／2020 年 3 月

財團法人法律扶助基金會
LEGAL AID FOUNDATION

出版委員／李茂生（臺灣大學法律學院教授）
姜世明（政治大學法學院教授）
廖福特（中央研究院法律學研究所研究員）
江玉林（政治大學法學院教授）
王能君（臺灣大學法律學院副教授）
吳豪人（輔仁大學法律學院法律學系教授）
吳宗昇（輔仁大學社會學系暨研究所副教授）
容邵武（中央研究院民族學研究所副研究員）
蔡志偉（東華大學財經法律研究所暨法律學系副教授）
官曉薇（臺北大學法律學系副教授）
周漢威（財團法人法律扶助基金會執行長）

主編／李茂生（臺灣大學法律學院教授）
編輯助理／葉柔訢（新學林出版股份有限公司）

出版者／財團法人法律扶助基金會
地址：臺北市 10644 大安區金山南路二段 189 號 5 樓
網址：<http://www.laf.org.tw/> E-mail：journal@laf.org.tw

總經銷／新學林出版股份有限公司
地址：臺北市 10669 大安區和平東路三段 38 號 4 樓

定價／每冊新臺幣 280 元；含郵資為 320 元
訂閱優惠／一次訂閱二年僅收 1,000 元（含郵資）
國外訂閱／請逕洽總經銷新學林出版股份有限公司
團體優待價／單次購買特定一期、數量達 20 本以上者 7 折優待
郵撥帳號／19889774 新學林出版股份有限公司
訂閱專線／電話：（02）2700-1808#18；傳真：（02）23779080；
E-mail：law@sharing.com.tw

本期的「法律扶助與社會」共收錄了三篇論文，分別是蔡穎芳所著：「原住民於家事調解當中的處境—以南投地方法院為例」、張永健、蔣侃學、許菁芳所著：「誰是法界廖添丁？法扶律師的量化與質性實證研究」以及范耕維所著：「初探少年事件中拘提發動權限之歸屬——以偵查階段為中心」。

第一篇探討了家事調解中具有異色的原住民家事調解案件，文中提及一般家事調解中不常會被涉及的議題，例如做為家庭支援系統一環的教會與部落成員、重視原住民經濟層面問題的暫時處分的聲請等。不僅如此，本文還特別論及在類此案件法扶律師酬金計付的修訂，非常具有參考價值。

第二篇則是第一次基於法扶所提供數據撰寫而成的實證研究論文。本文分別驗證了律師性別與受理案件偏好、世代差異等議題，不過重點應該是論文中所指謫出來的區域限制與其間的連結方式。「外部律師」既然有這種特徵，則跨區的案件其重責即會落到專職律師身上。法扶基金會應該透過本文研究所得，進一步探討人力分布的問題。

第三篇探討的是少年事件處理法中最近火紅，但從未出現在學術論文中的議題之一「少年事件中是否應承認固有偵查領域」。固有偵查領域的探討本由一篇實務短文所引發，但卻一直無法得到定論，且引發監察院的關注。本文透過國內與日本的相關文獻探討，闡明了作者本身的見解，值得關心少年事件司法程序的人一讀解惑。

主編

李茂生

2020年3月

法律扶助與社會

本期目錄

第四期 March 2020

Legal Aid And Society Review

主編的話..... i

研究論文

原住民於家事調解當中的處境

——以南投地方法院為例 蔡穎芳 1

The Position of Indigenous People in
Family Mediation Sessions:

Taking the Nantou District Court
as an Example

..... Grace Ying-Fang Tsai

誰是法界廖添丁？法扶律師的量化

與質性實證研究 張永健、蔣侃學、許菁芳 25

Who Are Robin Hood Lawyers?

Quantitative and Qualitative Studies on
Legal Aid Lawyers in Taiwan

..... Yun-Chien Chang,
Ivan Kan-Hsueh Chiang & Ching-Fang Hsu

初探少年事件中拘提發動權限之歸屬

——以偵查階段為中心 范耕維 57

Who Is Authorized to Sign the Arrest Warrant in
the Investigation for Juvenile Delinquency?

..... Fan Keng-Wei

原住民於家事調解當中的處境^{*}

——以南投地方法院為例

蔡穎芳^{**}

目次

- 壹、前言
- 貳、文獻探討
- 參、研究方法
- 肆、原住民傳統慣習於家事調解過程中的運用
- 伍、原住民於家事調解當中的困境與改善之道
- 陸、結論
- 參考文獻

摘要

本文主張，在家事調解的過程中，國家制定法似乎於多元法規交互運作當中，居於優勢主導位置，但原住民習慣法亦可透過當事人雙方於調解時達成合意的方式，被保留作為排解糾紛的依據。本文建議，教會與部落中的成員亦應被社工單位的訪視調查報告視為原住

民當事人欲爭取親權行使時的家庭支援系統之一，原住民當事人若中文表達能力有限，應透過原住民通譯為其傳達聲請事項與想法。於調解的階段，為使實際照顧未成年子女的一方於扶養費裁定確定前可以收到未成年子女扶養費，應多加運用並聲請暫時處分。法律扶助基金會的律師酬金計付辦法亦應重新調整，以鼓勵律師們協助原住民當事人撤回家事事件的聲請。

關鍵詞：法律多元、家事調解、原住民、習慣法、法律扶助。

壹、前言

在「原住民族傳統慣習之在地司法實踐——原住民族身分習慣法與糾紛排解」的計畫案中，本文作者希望藉由觀察法庭內外之糾紛排解機制的互動關係出發，瞭解國家制定法與原住民傳統習慣法則之間的互動關係，以及原住民於面臨家事糾紛時所處的困境，以從中尋求改善原住民於司法方面的弱勢處境。於計畫執行期間，幸運地獲得南投地方

* 投稿日：2018年10月22日；接受刊登日：2019年12月2日。

** 靜宜大學法律學系教授。

法院的協助，針對原住民家事調解的部分進行參與觀察¹，並於觀察結束後，和參與家事調解的糾紛排解人員進行半結構式訪談。而針對家事調解的部分，本文作者於「本土家事調解參與觀察——半自主社會場域觀點」一文中，並未針對原住民家事調解進行觀察分析，故屬於早先的研究限制之一，殊值另行收集資料並探討之。

貳、文獻探討

台灣是一個法律多元的社會，國家制定法、漢人習慣法與原住民法律文化同時併存²。有文獻指出，第二次世界大戰之後，若說華裔台灣人被迫接受移植繼受自西方的國家制定法，原住民裔台灣人則進一步可謂被迫接受揉合西方法律與漢人習慣的民事法典³。由此可見，原住民的家事習慣是處於受到台灣法制漠視的狀態。

家事糾紛的排解於家事事件法第23條採取「調解前置主義」，希望能透過調解程序，讓當事人先確實瞭解紛爭所在，進而自主解決紛爭，重建或調整和諧的身分關係，故而家事調解從傳統民事調解程序中獨立出來，由心理師、社工師、心理諮商師等專業人士協助家事事件之調解工作⁴。家事事件之調解，針

對離婚等當事人得處分事項，可將當事人合意內容記載於調解筆錄內，調解成立者，與確定裁判有同一效力⁵。由此觀之，原住民於家事調解程序中，似乎擁有比較大的空間，可以跳脫現行國家制定法的桎梏，透過當事人雙方合意的方式，依傳統慣習解決家事糾紛。

然而，原住民於家事調解程序當中實際的處境為何？本文作者首先以「家事調解」和「原住民」為關鍵字，透過「臺灣期刊論文索引系統」收集相關文獻⁶。

年3版，頁149。

⁵ 家事事件法第30條。

⁶ 然而，目前三篇可檢索取得的相關論文均非直接針對家事調解中的原住民處境進行檢討，僅係於文章全文當中剛好提及這兩個關鍵字。陳竹上，由司法案例探討社會工作職場風險之事故情境與制度脈絡，社區發展季刊，147期，2014年9月，頁87；王曉丹，法意識與法文化研究方法論：以女兒平等繼承為例——法律繼受下的法社會學研究取徑，月旦法學雜誌，189期，2011年2月，頁71、73；社區發展季刊社論，我國家庭政策的制訂與實施，社區發展季刊，114期，2006年，頁3-4，後來本文作者將期刊論文的檢索條件放寬為「家事調解」。本文作者曾於「本土家事調解參與觀察——半自主社會場域觀點」一文中，以「家事調解」為關鍵字，透過「臺灣期刊論文索引系統」檢視2012年以前的相關文獻，並將當時所收集文獻概分為「家事調解的制度改進設計與優點」、「自社會工作的角度談家事調解」以及「家事調解實務運作過程的缺點與反思」三種研究取徑以進行分析；文中並指出，當時的法學文獻或許是因為台灣家事調解制度施行未滿十年的關係，著重於家事調解制度的優點和制度設計的討論，針對家事調解實務運作過程進行檢視的文獻極少，另有心理學方面的英文文獻對於家事調解的優點提出相呼應的觀察結果；社會工作學界對於家事調解

¹ 此部分資料已另撰文分析討論。

² 王泰升，台灣法律史概論，2012年4版，頁7-10；林端，儒家倫理與法律文化——社會學觀點的探索，1994年，頁222。

³ 王泰升，同註2，頁304-305。

⁴ 李太正，家事事件法之理論與實務，2016

2013年以後所出版的家事調解相關文獻，於「家事調解的制度改進設計與優點」方面，成立於高雄的少年及家事事件專業法院之調查保護室主任表示，家事調解可協助當事人主動合作地終局解決紛爭，而不是讓當事人把自身的命運託付給法院去作裁判；其所服務的法院亦提供專業講習訓練課程，並施行「家事調解委員評核及評鑑要點」，以針對調解委員進行不定時個案評核以及年度評鑑，提升調解品質⁷。同一法院之家事調查官則指出，該院研發並使用「家事調解案件管理及庭期排程系統」，希望能將個別調解團隊進行跨科室的連結，以提升組織效率⁸。

另有鄧學仁教授主張，家事調解之調解委員應嘗試瞭解並調整當事人的人際關係，例如當事人若採取訴訟措施，藉以刁難欲離婚之他方，調解委員應將其視為想要重修舊好，允許當事人表達憤怒情緒並嘗試緩和其情緒；而為使當事人於調解程序當中能夠心情保持平靜理性，建議法院能於調解前，依家事事

件法第 27 條、家事事件審理細則第 58 條和第 107 條，要求當事人參加親職教育課程，未來並將參加此課程之義務法制化⁹。高鳳仙教授則提及，法院設置家事調解委員辦法第 5 條雖規定，家事調解委員受聘任前，應接受司法院所舉辦之專業訓練課程至少三十小時；任期內，應接受司法院或各法院每年定期舉辦之專業講習課程至少十二小時，並依法院通知參加座談會；前項聘任前之專業訓練課程，應包括關於家事相關法令、家庭動力與衝突處理、社會正義與弱勢保護（含兒童少年保護、性別平權、新移民與多元文化等）、家庭暴力處理、家事調解倫理及案例演練等核心能力專業訓練課程；然而其在職訓練並未明定應包括家庭暴力處理課程，且其職前訓練並未明定應有多少小時之家庭暴力處理課程，家庭暴力的專業訓練顯然不足¹⁰。

還有翟宗悌、王佩辰、鄔佩麗自心理輔導諮商專業背景的角度表示，家事調解可採用心理諮詢模式，但當事人雙方須各有一名專屬諮詢師，以減少單一調解員陷入雙方角力之壓力，並可專注照顧各自的案主¹¹；由於婚姻解消的過程中，高衝突家庭裡的個人累積了許多

的討論則重著於匯整社工員於調解業務方面的困境，並表達對於未成年子女最佳利益之原則能否落實於家事調解過程的關懷。蔡穎芳，本土家事調解參與觀察——半自主社會場域觀點，成大法學，25期，2013年6月，頁16-18。

⁷ 陳貞夙、鄭金朋，形塑優質的家事調解，臺灣高雄少年及家事法院院刊，22期，2016年4月，頁6-7；陳貞夙，調解室的「人合」：首創家事調解委員評核及評鑑要點落實家事調解專業化，頁17-19。

⁸ 鄭金朋，家事調解案件管理及庭期排程系統，高雄少年及家事法院院刊，22期，2016年4月，頁9-15。

⁹ 鄧學仁，善意父母原則於離婚親權酌定之運用，月旦法學雜誌，265期，2017年6月，頁112。

¹⁰ 高鳳仙，論涉家庭暴力事件與調解制度，月旦法學雜誌，273期，2018年2月，頁126。

¹¹ 翟宗悌、王佩辰、鄔佩麗，善了！心理諮詢師在離婚調解中的服務敘事，輔導與諮商學報，38卷2期，2017年2月，頁6。

傷痕，若雙方當事人透過訴訟進行攻擊防禦，重點會被放在家事官司的輸贏，使創傷不斷累積；唯有讓雙調委各自照顧案主，雙方的受傷情緒才能邁向癒合¹²。

另於「自司法／社會工作的角度談家事調解」方面，學者施慧玲、陳竹上表示，若家事調解程序能夠符合家庭暴力防治法第 47 條的規定，使當事人雙方具有對等之談判能力，讓調解結果並非於一方受權控的情形下，接受不平等的調解方案，調解程序即屬合法¹³。陳竹上、邱美月、賴月蜜進一步指出，家事事件所內含之家庭暴力應區分為「權力控制」與「遇境施暴」兩類，前者須審慎評估進入調解程序可能會面臨雙方權力失衡的問題，後者則與非真正的家暴事件近似，仍可藉由調解程序化解雙方紛爭¹⁴；若能具體評估暴力類型，並充分運用家庭暴力防治法第 47 條但書各項機制，應能妥適解決可調解之家事糾紛¹⁵。李姿佳、宋名萍、胡育瑄、潘淑滿更進一步將家暴案件的暴力與權力控制評估篩選向度區分為四個向度：「I. 暴力（輕微）、權控（輕微）」，「II. 暴力（嚴重）、權控（輕微）」，「III. 暴力（輕微）、權控（嚴重）」，「IV. 暴力（嚴重）、權控（嚴重）」。

向度I可進入家事調解程序，向度IV不建議以調解方式排解糾紛；向度II需結合社工單位的家暴防治個案管理協助，讓雙方當事人都有個案管理員，先處理完受暴當事人創傷經驗以後，再進入調解程序；向度III並不適合以調解方式排解糾紛，若當事人堅持，調委員必須做好配套措施，且調解過程可考量採取「個別會談」而非傳統的「聯合會談」¹⁶。

至於家事事務審理過程當中若欲要求糾紛當事人接受個別式的強制性親職教育，沈瓊桃建議應設立實施親職教育前的評估機制，以便以個別化的方式提供服務，例如於進入正式調解之前，家事調解委員、家事調查官、社工師或心理師應可協助法院判斷雙方當事人需要哪一類的親職教育相關課程¹⁷。

而在「家事調解實務運作過程的缺點與反思」方面，陳竹上透過擔任家事調解委員的工作經驗，發現兒童權利公約第 27 條第 4 項雖揭示各國應建立「養育費償還制度」，台灣卻讓養育者為求他方給付扶養費而身陷司法纏訟，未成年子女扶養費被視為是家庭成員間的私權

¹² 翟宗悌、王佩辰、鄔佩麗，同前註，頁20。

¹³ 施慧玲、陳竹上，當家事調解遇上家庭暴力，月旦法學教室，141期，2014年7月，頁18-20。

¹⁴ 邱美月、賴月蜜、陳竹上，婚姻暴力事件進入家事調解程序之可行性探討：跨界整合及在地實證觀點，成大法學，25期，2013年6月，頁104-105。

¹⁵ 邱美月、賴月蜜、陳竹上，同前註，頁115-116。

¹⁶ 李姿佳、宋名萍、胡育瑄、潘淑滿，家庭暴力家事調解服務之經驗與策略——以臺北、士林地方法院為例，臺灣社會工作學刊，16期，2016年6月，頁155。

¹⁷ 沈瓊桃，離婚過後、親職仍在：建構判決離婚親職教育方案的模式初探，台大社工學刊，35期，2017年6月，頁117。

爭議，以私法自治及家庭自治之名，使國家對子女養育責任繼續退居幕後；於計算未成年子女每月生活費用支出時，亦僅參考行政院主計處按區域別所公布的「平均每人每月消費支出」此一統計數據作為標準，並未針對兒童生存發展量身訂做計算標準¹⁸。李莉苓和沈瓊桃則發現，離婚、贍養費或夫妻剩餘財產分配之請求，性質上屬於法律關係的確認，或透過強制執行即可解決爭端的家事事件，經由法院審理程序及裁判，較能發揮問題解決的功能；但對於涉及未成年子女的親權相關事件，將資源投入療癒式家事調解程序，建立合作友善之父母關係，較能確保兒少權益並提升糾紛排解效益¹⁹。

郭書琴於「從法律人類學看民事紛爭解決之訴訟觀的演進——以家事紛爭解決為例」一文中，舉了三個家事調解個案進行分析，並主張當事人在法庭活動中，的確會因為法律術語與程序結構等法律權威現象而產生「失語」狀態，但當事人仍可能隨著程序進行，自我學習法律術語，或與對方協商方案、或拖延程序、或巧取利益；其並指出，當事人可能隨著紛爭解決動態進程改變其行為與擇，其所選擇的紛爭解決策略與方

案會更加多元，故而「當事人／關係人在法律霸權面前是弱勢的」這類的標籤可能簡化了整個紛爭解決程序的觀察與詮釋²⁰。其並質疑所提第三個「已男（孩子的父親）向庚女（孩子的母親）請求給付未成年子女扶養費並合併請求返還過去代墊扶養費之不當得利」個案裡的未成年子女，已經是十七、八歲可以半工半讀的青少年，與其想像中「需要保護的未成年子女」形象不符²¹；但其並未注意十七、八歲的青少年若能受到父母經濟上的保護照顧，不需要花那麼多時間外出打工，從事工時長而薪資低的勞力工作，會較有「時間」唸書充實自己的學識與工作能力，日後成為「窮忙族」的機會較少²²。郭書琴並質疑第三個個案裡的庚女並非弱勢，因自其學經歷、經濟能力、表達能力來看，雖不擅於言詞，可是經過先前兩次鄉鎮調解委員會的調解程序練習，她已能表達自己的意願和請求²³。唯本文作者對於下述

²⁰ 郭書琴，從法律人類學看民事紛爭解決之訴訟觀的演進——以家事紛爭解決為例，中研院法學期刊，20期，2017年3月，頁61-63。

²¹ 郭書琴，同前註，頁35。

²² 家境窮困的學生最缺乏的就是可以好好地坐下來唸書的「時間」。通過打工賺取生活費的速度太慢，時薪通常只有一百元；如果打算申請獎學金，高中職乃至於大學的獎學金，是隨著學校排名而定的，排名越前面的學校，獎學金越多，排名越後面的學校，獎學金越少，私立高中職還出現幾乎沒有獎學金可申請的狀況；對於家境不好的學生而言，光靠打工欲維持生活，是艱辛的。張慧慈，咬一口馬克思的水煎包：我這樣轉大人，2017年，頁156、158。

²³ 郭書琴，同註20，頁35。

¹⁸ 陳竹上，台灣社會離兒童權利公還有多遠？——一位家事調解委員的近身觀察，新世紀智庫論壇，64期，2013年12月，頁49-51。

¹⁹ 李莉苓、沈瓊桃，家事專辦調解法官之效能——以台灣台北地方法院為例／以親權相關事件為焦點，法學叢刊，63卷3期，2018年7月，頁114-115。

問題持保留態度：相較於通過法律扶助基金會的資產調查並獲得律師幫助的己男，國中畢業擔任工友的庚女看來並不知道其與己男假離婚的話，依民法第 87 條應屬通謀虛偽意思表示，離婚無效；庚女是否瞭解法律語言與常民語言的差異性？曾否向法律扶助基金會尋求協助？庚女的財務能力是否剛好無法通過法律扶助的資產調查，卻也無資力自行聘請律師？庚女是否確非弱勢？對於上述問題，似值作更進一步細緻的探究。

值得注意的是，上述與「家事調解」相關的文獻均未特別針對原住民於家事調解方面的處境與困境加以論述分析。最末，為探究原住民於家事調解的過程當中，國家法規與原住民傳統慣習是否並存，若有，其間交互運作的情形，以及當事人於多元法規之下的處境為何，本文作者以「法律多元」與「原住民」為關鍵字收集相關文獻。

Scott Simon 與蔡志偉（Awi Mona）自法律多元主義（legal pluralism）的觀點，探討原住民權利與野生動物保育的議題；其藉助 Sally Engle Merry 的觀點並表示，雖然國際法的在地化經常會由上而下地將源自於國際法律架構的外來觀念強加於非西方的地方文化之上，但目前其實並沒有任何原始質樸的地方文化是與西方法律制度完全不同且無任何關聯性；台灣的原住民權利遊說團體於辦理擴張原住民權利和創設原住民自治的倡議活動時，都會援引原住民權利方面的國際習慣法（生物多樣性公約、國際

勞工組織第 169 號公約、聯合國原住民權利宣言）和內國法（原住民族基本法）為依據；下述源自於國際法上的觀念已被台灣的內國法採納併入：實踐狩獵傳統對原住民獵人而言是一種固有權利，而且獵人們的生態知識有助於維持自然生態環境²⁴；然而，文中並未反向由下而上地討論，台灣的賽德克族與太魯閣族原住民於狩獵和生態保育方面的觀念可提供國際法哪些回饋與議題調整建議。

本文作者則指出，多元的法律系統可能限制或破壞了人權保障的訴求，因為部分習慣法可能具有歧視女性的特質；其實於建構多元文化的公平正義時，應透過性別的觀點，於傳統慣習和人權保障之間找尋若干共通的價值底蘊；以布農族婦女未能確實與男子平等地依民法第 1138 條享有繼承權的問題為例，應可藉用 Sally Engle Merry 所提出「以方言闡述人權」的觀點，將繼承權性別平等的人權保障觀念，透過布農族地方小米文化中的論述加以轉譯包裝，以促進此一人權保障觀念的落實²⁵；惟此文亦並未由下而上地透過布農族的小米文化，為繼承權性別平等的人權論述提供回饋。

²⁴ Scott Simon & Awi Mona (Chih-Wei Tsai), *Indigenous Rights and Wildlife Conservation: The Vernacularization of International Law on Taiwan*, 3(1) TAIWAN HUM. RTS J. 3, 23-26 (2015).

²⁵ 蔡穎芳，論布農族婦女之土地繼承權利保障，台灣原住民族法學，1卷2期，2017年4月，頁31。

黃居正認為，在法律多元主義下，不同次級民族的族群法域共同組成了競合的混合法制，會發生以族群身分連結適用之各法域的適用問題（屬人法的衝突）；平行適用原住民慣習的普通法國家，必須透過闡明權決定是否納入；台灣即使沒有將原住民傳統慣習予以成文化，或修改現行法，民事訴訟繫屬法院仍可藉由行使闡明權，協助兩造舉證傳統慣習之內容與適用方法，進而確立平行取代市民法之原住民習慣法體系²⁶。

陳瑋佑表示，若法院妥適履行闡明義務且確認當事人意思，原住民原告起訴主張傳統習慣法上的權利，原住民被告同意依習慣法裁判，依原住民基本法第30條²⁷以及公民與政治權利國際公約第27條²⁸，還有公民與政治權利國際公約施行法第2條²⁹，當事人就裁判規範

之選擇已有合意，應可以原住民習慣法作為裁判依據；若雙方當事人有一方主張國家制定法上的權利，但他方要求依傳統習慣法作為定紛止爭之標準，則須進行利益衡量與價值判斷，易陷入法規範選擇歧異的衝突，「習慣立法」有其必要性³⁰。

台灣採取大陸法系而非普通法系，此自民法第1條：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」即可得知；普通法的主要內容為法官審判所成的判例法，也就是法官所造之法，法官審判時主要遵從作成在先的判決先例，雖也有少數制定法，但制定法的地位和作用有限；大陸法系則以抽象、概括的成文法為主要法源，具體、個別的判例係居於輔助的地位，僅有補充成文法的效力，故而法官造法的空間有限。在大陸法系的法規範架構之下，或許應將原住民習慣法予以成文化，或是修改現行民事實體法，於原住民有特殊習慣之處，增訂「有習慣者，優先依習慣」的民事法源依據。

本文作者另基於「法律多元」與「原住民權利保障」的論述，發現排灣族的長嗣繼承傳統於部落中仍具有習慣法的地位，而且無論是鄉鎮市調解委員會的調解委員、律師或是地方法院的法官，均嘗試以不同的方式試圖依據長嗣繼承的傳統慣習為排灣族人排解繼承糾紛；

²⁶ 黃居正，適用原住民族傳統慣習作為法院民事裁判之準據法，台灣原住民族法學，1卷1期，2016年7月，頁5-7、15。

²⁷ 原住民基本法第30條指出，政府處理原住民族事務、制定法律或實施司法與行政救濟程序、公證、調解、仲裁或類似程序，應尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化及價值觀，保障其合法權益，原住民有不諳國語者，應由通曉其族語之人為傳譯。政府為保障原住民族之司法權益，得設置原住民族法院或法庭。

²⁸ 公民與政治權利國際公約第27條表示，凡有種族、宗教或語言少數團體之國家，屬於此類少數團體之人，與團體中其他分子共同享受其固有文化、信奉躬行其固有宗教或使用其固有語言之權利，不得剝奪之。

²⁹ 公民與政治權利國際公約施行法第2條：兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。

³⁰ 陳瑋佑，原住民族傳統「習慣」於民事司法上之適用與證明，台大法學論叢，46卷特刊，2017年11月，頁1206、頁1228-1229。

部分受訪者認為此慣習應由習慣法的法源層次予以成文法化，提升到具有實體立法的層次，唯亦有身為餘嗣的受訪者對此持較為保留的態度；長嗣繼承傳統應屬排灣族的法律自治事項，長嗣和餘嗣的見解均應納入討論³¹。

然而，上述文獻當中，僅最後一篇文獻有提及，鄉鎮調解委員會委員們會運用傳統慣習進行調解，但相對人希望依民法排解糾紛，故並未出席該次調解；每篇文獻均未論及原住民於法院內家事調解的過程當中，國家法規範與原住民傳統慣習並存和其相互間交互運作的情形，以及原住民於家事調解過程中的處境與困境。

參、研究方法

此研究自 2015 年 6 月 15 日至同年 8 月 14 日，針對南投地方法院家事庭的家事調解委員、司法事務官，與曾於此法院提供原住民家事方面法律扶助的律師們，進行半結構式訪談，以瞭解原住民傳統慣習於家事調解過程當中的運用情形，以及原住民當事人於家事調解過程中的處境與困境。研究參與者的背景資料整理如附件一。訪談內容均以錄音並繕打逐字稿的方式進行紀錄與分析。值得注意的是，所有研究參與者的族別

均屬漢族，並無具有原住民身分的家事調解委員、司法事務官或律師受訪，且受訪的家事調委，均非屬法律專業背景，而係來自社會工作與教育等專業背景。

此研究亦曾針對原住民當事人之家事調解過程進行參與觀察和紀錄，因受論文字數之限制，分析結果已另投稿於其他期刊，並未收錄於本文當中。

肆、原住民傳統慣習於家事調解過程中的運用

曾有文獻沉痛地指出，由於民事實體法與程序法於制定時，並未將原住民傳統習慣法納入考量，立法者與司法體系中的工作人員對原住民習慣法認識不足，且具有原住民身分的立法者與司法人員尚屬少數，律師也不清楚原住民的文化習慣，加上原住民多不諳法律，導致原住民無法於具體事件中依傳統慣習主張權益³²。受訪者 R3 亦表示，其自 2002 年起在法院擔任書記官以來，家事事件的處理並不會特別去注意原住民傳統慣習，法官也不會針對這個部分去詢問或曉諭當事人，幾乎都是依民法的規定去處理；於專業課程的進修方面，於受訪的近 5 年，也都沒有原住民傳統慣

³¹ 蔡穎芳，繼承自治？——自排灣族的觀點出發，台灣原住民族研究季刊，4卷3期，2011年9月，頁101-182；蔡穎芳，排灣族部落的繼承糾紛排解，台大法學論叢，10卷2期，2015年9月，頁289-358。

³² 湯文章，原住民族在訴訟法上地位之研究，憲政時代，31卷1期，2005年7月，頁47-48；李秉弘、王千蕙紀錄，衝突？和解？台灣原住民族傳統習慣及文化VS.現行法律體系座談會，法律扶助雙月刊，3期，2004年，頁8。

習方面的課程³³。

但根據此研究的半結構式訪談紀錄，此一情形於家事調解方面似有改善的跡象，半數受訪者於家事調解的過程中，曾有為原住民當事人依傳統慣習排解糾紛的經驗。受訪者R3於從事調解工作的過程當中，有件讓其印象深刻的家事事件，是有關婚約違反之損害賠償（南投地院 103 年度家訴字第 4 號），男方是排灣族，女方是布農族，女方從事護理工作；雙方訂婚訂了兩次，第一次訂婚後，女方悔婚，男方又給女方一次機會，結果第二次訂婚後，喜帖都發放給親友，男方所居住的整個村莊都知道男方要結婚請客，婚紗照都拍好了，男方也付了拍婚紗照的費用，以及籌備婚禮所需的訂金，在即將舉行結婚儀式時，女方又反悔跑掉了；因為她做了一個夢，在夢境中，她的祖靈給她啟示，告訴她不可以和這個男生結婚，否則婚姻會不幸福；女方的母親和祖母也都因此贊成其作出不要和男方結婚的決定，結果讓男方在部落裡被人家當成笑柄；女方調解時有花錢請律師協助調解事宜；該案調解不成立，法官勸諭和解的金額，根據筆錄是女方要賠男方十幾萬。在這個

事件裡面，布農族「夢占」的傳統慣習³⁴主導著整個事件的發展，並透過民法第 975 條「婚約不得請求強迫履行」的規定而被保留下來；法官於勸諭男方體諒和尊重布農族傳統慣習之餘，亦要求女方賠償男方訂婚及婚禮籌備的支出，以衡平雙方的權益。

受訪者R1於調解時，也碰到布農族男性當事人堅持主張，女方（阿美族）若欲離婚，依布農族傳統慣習，應賠償其婚禮花費當中的 20 萬元³⁵；女方起初未答應，R1 和 R3 也告知男方，依現行民法第 1056 條第 1 項，若是調解不成，以裁判離婚的方式使婚姻解消，並不能請求婚禮花費的財產上損害賠償；但男

³³ 司法人員專業進修課程方面，已有改善並新增原住民家事方面的課程。本文作者於 2018 年 6 月與 8 月曾受法官學院邀請，分別為「107 年家事專業法官培訓課程」以及「107 年庭長、法官家事專業在職研習會」提供「從原住民文化與家庭價值談家事事件之處理」以及「從原住民文化與家庭價值談婚姻親子事件之處理」之演講。

³⁴ 布農族非常重視「夢占」，認為「夢」是某種事情即將發生的徵兆，所以每一位家庭成員的夢都特別受到重視，以作為行事的依據。田哲益（達西烏拉彎·畢馬），台灣的原住民：布農族，2003 年，頁 83-84。

³⁵ 根據布農族傳統慣習，若妻子決定離開夫家，女方必須送還結婚時所殺的同量的豬，如果她的原生家庭或新任丈夫無法償還時，則當初婚禮共享豬肉的女方父系氏族成員有義務償還；南投縣信義鄉的民眾表示，目前豬一頭要價一萬一千元；學者黃應貴的研究亦指出，過去結婚分豬肉，只要三頭豬就夠，現在則需要十二頭豬以上，目前以十八頭豬最普遍；因為九二一災後重建以來，交通大幅改善，使陳有蘭溪流域的日常社會生活擴大到聚落之外，以南投東埔為例，結婚分豬肉時，女方父系氏族的範圍不再以女家所屬的聚落為限，而是將整個陳有蘭溪流域的親屬都當成分豬肉的對象，甚至擴及於遷往南投市的親戚。田哲益（達西烏拉彎·畢馬），同前註，頁 198；黃應貴，「文明」之路：第三卷——新自由主義秩序下的地方社會（1999 年迄今），頁 62-63，2012 年，台北：中央研究院民族學研究所。

方的母親和地方議員一再重申男方立場，後經R1 與R3 詢問筆者有關布農族傳統慣習的問題，並協助當事人雙方進行斡旋的結果，由於阿美族並無此傳統慣習，遂請男方與女方各退一步，最末雙方同意以調解的方式離婚，女方並同意賠償男方十萬元。

身為律師的受訪者R4 則指出，其於南投地方法院提供原住民法律扶助時，原則上都儘可能在調解的階段就把糾紛排解完畢，因為如果家事事件進到法院，會依照法律規定，也就是平地人制定的法律來處理，原住民不見得會認為處理結果是公平的；如果依原住民的傳統慣習和糾紛排解方式，犯錯的一方以豬肉或是金錢賠償對方，不但可以迅速處理糾紛，原住民當事人也覺得公平合理；以布農族當事人為例，R4 於調解的階段，會先找雙方家長或宗族長老出來協助磋商，這樣當事人也較容易對於出面排解糾紛者產生信賴，進而和對方依慣習磋商出雙方滿意的解決方案；若依平地的法律排解糾紛的結果，不見得是原住民想要的。R4 表示，「原則上我都會在調解的時候就把它處理掉了，因為如果進到法院的話，我會跟他講說，就依照平地人的法律規定……而且我的個案裡面，很多他們就直接找宗族裡面的族長去談！由他們去談，我覺得會比較快，……他們會彼此有一個拘束的力量在，老實講，甚至有時候，他們調解條件就是，可能用什麼用豬肉啦，或是錢，就是賠償後，就用那個處理掉了！

比較多的是這種……我比較少勸他們在法院上處理，因為我都會跟他們講，如果你要到法院上處理的話，就回到民法的法律，看能不能接受。」（R4）

的確，法律是社會中人與人之間的行為規範，社會規範或法律並非如同自然科學方面的定律，放諸四海皆準、無可改變或爭執的，而是在每個社會中透過人與人之間的互動，在歷史的過程中逐漸形塑出來，並隨著環境變化而調整；但國家為維持統治的正當性，經常會賦予國家制定法強制力，並使某些社會習慣取得權威的地位，導致處於弱勢的原住民族及其社會規範於法源位階上被貶為次等的習俗³⁶。

婚姻或繼承方面的法規範對於維護民族基本倫理實具有重大的意義³⁷，應允許原住民族於家事方面，於符合國際人權保障的前提下，討論將傳統慣習成文法化的可能性，如此方能使原住民傳統慣習於採行大陸法系的台灣躍升為主要法源，而非被視為次等的習慣與法律文化，並由法院採納作為定紛止爭的依據；唯習慣法一旦被成文法化，仍需注意被成文法化的習慣法是否與部落民族人所實踐的習慣有落差³⁸，以及社會

³⁶ 楊智偉，原住民族部落規範的意義與發展，法律扶助雙月刊，3期，2004年，頁17-18。

³⁷ 林長振，原住民族傳統文化習慣與國家法的衝突與解決之道，法律扶助雙月刊，3期，2004年，頁13。

³⁸ Sarah Leah Whitson, "Neither Fish, Nor Flesh, Nor Good Red Herring" Lok Adalats: An Experiment in Informal Dispute Resolution

變遷對於習慣法的影響。

律師若對於原住民部落內的文化、習慣和律法有所認識，或接受跨文化的訓練，較能夠有效率地提供原住民當事人法律諮詢、陪同調解與訴訟代理服務³⁹。而協助原住民進行家事調解的司法人員和調解委員所接受的調解技巧與流程訓練若能從原住民的觀點出發，無論調解人員本身是否為原住民，均有辦法提供原住民式的家事調解服務，對於原住民習慣法與傳統文化有相當瞭解，應可提高原住民對於法院內家事調解的滿意度⁴⁰。

伍、原住民於家事調解當中的困境與改善之道

首先，台灣的原住民於接受家事調解服務時，雖然沒有如同澳洲原住民面臨傾向於被要求與對方共同行使親權並照顧未成年子女的處境與困境⁴¹，但根

據受訪者的觀察，原住民當事人於爭取單獨行使親權時，由於社工單位易受到漢人主流族群價值的影響，將原住民文化視為次等文化，對於原住民的特殊家庭支援系統又缺乏瞭解，在此「不平等的異化」之權力關係運作⁴²下，訪視調查報告的結果往往對原住民當事人不利。身為社工的受訪者R6指出：

「我接觸的原住民夥伴，可能是我們漢人米酒便宜的介入，我覺得喝酒不是他們本身的習性，應該是他本身族群有這樣慶祝的方式，但是酒的取得太容易，酒癮的狀況會比較多……另外一部分，像檳榔，有些是他們的習性，如果認為這表示他身心健康情形不好，好像有點刻板印象，在社工評估原住民方面有刻板化的情形；〔家庭支援系統〕協力的部分，不是原住民就代表不能做協力的部分，他們反而是部落，教會可以作為系統支持，不能只評估親屬，在家屬支持的系統，應該要加入宗教或是當地社區能力考量。……原住民的生活習性和方式，會影響離婚〔時爭取親權行使〕和改定監護〔的家事事件〕。(R6)」

身為律師的受訪者R2亦談到，有次

in India, 15 HASTINGS INT'L & COMP. L. REV. 391, 398-99 (1992).

³⁹ Gloria Valencia-Weber & Christine P. Zuni, *Women's Rights as International Human Rights: Domestic Violence and Tribal Protection of Indigenous Women in the United States*, 69 ST. JOHN'S L. REV. 69, 88 (1995).

⁴⁰ Loretta Kelly, *Recent Developments in NSW in Aboriginal Family Mediation*, 5(15) INDIGENOUS L. BULLETIN 14, 14-15 (2002); Chris Cunneen, Jocelyn Luff, Karen Menzies & Nina Ralph, *Indigenous Family Mediation: The New South Wales Program*, 9(1) AUST. INDIGENOUS L. REP. 1, 10-11 (2005).

⁴¹ Sandra Berns, Grania Sheehan, Cate Banks, Rosemary Hunter & Barbara Hook,

Reconfiguring Post-Divorce Parenting in a Risk Society Panic, 7(2) NEWCASTLE L. REV. 13, 37-39 (2003).

⁴² BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, TOWARD A NEW LEGAL COMMON SENSE 381 (2d ed. 2002).

協助一位原住民男性爭取親權行使權利，母方一直主張父方是原住民，所以對教育環境不重視，法官最後還是把親權給了孩子的母親；其實這個孩子在山上的部落裡面還有其他堂／表兄弟姊妹，在山上生活會過得健康愉快，而且山上有教會和學校的母語文化教育，很多住在山上的族人長大後都成為警察，少數成為老師，工作都很穩定；但後來法官是根據「幼年從母」原則將親權交給母方，並未採納這位律師的主張。受訪者R2亦提及，或許這位原住民當事人的國語不太流暢，開庭時詢問「什麼時候要去拿小孩」，其實他的意思是「什麼時候要去接小孩」，法官聽了皺眉頭罵他，雖然受訪者有替當事人解釋，但可能因此讓法官對這位當事人有排斥和厭惡的感覺，最後當事人並沒有爭取到親權行使的權利。

由此可見，於父母雙方均爭取親權行使權利時，社工單位在訪視調查報告當中，針對身為原住民的父方或母方進行家庭支援系統評估時，除依民法第1055條之1第1項第5款，評估「父母子女間或未成年子女與其他共同生活之人間之感情狀況」，亦應納入親屬以外的「教會」或「部落」所能提供的支援系統作為考量依據，因為從一九六零年代後期，台灣的原鄉經濟被急速地納入平地的工業資本主義經濟體系裡，使大多數原住民由原鄉走向平地、從部落遷移至都市，導致原鄉青壯年人口大量流

失⁴³，在部落內易產生家庭支援系統缺乏的現象；此外，根據同法第1項第3款評估「父母之年齡、職業、品行、健康情形、經濟能力及生活狀況」時，身為原住民的父方或母方若依部落禮俗有食用檳榔或於特殊節慶飲酒的情形，不應即認定由其行使親權對未成年子女會有不利影響。還有，原住民當事人於法庭上或調解過程當中若有詞不達意的情形，或許應該請「原住民通譯」⁴⁴出面協助，以瞭解原住民族語和國語之間語法結構的差異性，以避免引起不必要的誤會。

其次，於原住民當事人聲請給付「未成年子女扶養費」方面的家事調解事件，相對人經常宣稱其有經濟困難，調解完成後，部分相對人並沒有依約給付扶養費。針對此一現象，具有教育專業背景的受訪者R5會於調解完畢後，建議原住民聲請人，將來相對人若未給付扶養費，可持調解筆錄對相對人聲請強制執行，若未能查封到任何財產，法院的執行處會核發「債權憑證」，由聲請人持

43 李明政，台灣原住民族社會福利服務建構的理念初探，東吳大學社會工作學報，5期，1999年3月，頁80。

44 有關原住民通譯制度的檢討，鄭川如曾指出刑事通譯的人力不足，司法人員也缺乏相關訓練，有應使用通譯而未使用的情形，且現有的原住民通譯專業素養不足，有翻譯品質及專業倫理道德上的問題；惟民事方面的原住民通譯運用情形尚缺乏文獻進行探討。鄭川如、陳榮隆、姚孟昌，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，2016年9月，頁249-302。

債權憑證，向社會局申請「低收入戶補助」，較易通過。

然而，法院針對未成年子女扶養費的部分，裁判處理期限為1年4個月，強制執行處針對未成年子女扶養費的強制執行處理期限亦為1年4個月，於聲請人尚未取得法院強制執行處所核發的「債權憑證」，申請低收入戶補助、通過社會局的資產調查評估並獲核准以前，聲請人仍處於經濟困難的狀態。為提供原住民聲請人於這段空窗期的財務支援建議，身為律師的受訪者R2會幫當事人尋求「慈濟」救助金的協助，並請當事人透過學校老師向「張榮發教育基金會」申請孩子的教育補助，以減輕沈重的經濟負擔；教育界出身的受訪者R5也會幫原住民當事人聲請慈濟救助金、草屯的台灣愛心會和南投縣的家長協會（家長會長的協會）的救助金，或是建請里長幫忙開清寒證明，以便未成年子女申請獎學金。但是，這些急難救助資源能否在原住民聲請人獲得低收入戶生活津貼以前，滿足其未成年子女的最低生活支出需求，仍有疑問。

本文作者以為，於法律的層面，為避免原住民當事人所育之未成年子女生活費無著落，法律扶助基金會的律師於協助原住民聲請給付未成年子女扶養費時，為避免對方脫產，應依民事訴訟法第522條以下規定，針對對方名下資產作假扣押；亦可依家事事件法第85條，聲請法院於裁定確定前，作按月給付扶

養費若干的暫時處分⁴⁵。若具有原住民身分的未成年子女向父親／母親聲請給付扶養費，因有意維繫與相對人間的和諧關係，不欲透過非訟程序排解糾紛，以避免加深彼此的敵對和嫌隙，僅向法院聲請任意調解的話，如果在調解程序中，聲請人發現相對人有脫產或日後不願給付扶養費的情形，亦或可透過暫時處分制度維護聲請人權益⁴⁶。於社會救

⁴⁵ 台灣的暫時處分制度係作為家事非訟事件的保全方法；而家事事件法第3條已將原本屬於家事財產訴訟事件予以非訟化（例如：請求給付扶養費事件），債權人若有保全本案請求權將來執行實現之必要，仍須有保全處分機制；惟家事事件法以及「家事非訟事件暫時處分類型及方法辦法」並未將暫時處分之性質與機能定義為包括假扣押及標的物假處分類型，司法界人士認為此係立法疏漏，應透過法官造法來填補此漏洞，類推適用民事訴訟法有關假扣押和標的物假處分的規定。魏大曉，家事暫時處分性質疑義，月旦法學雜誌，244期，2015年9月，頁148-162。

⁴⁶ 暫時處分具有附隨性，若不存在已繫屬法院之家事非訟事件（本案），即無法聲請暫時處分以確保聲請人權益；但日本之家事事件程序法於2003年已開放於調解程序中，若尚無本案，特定事件仍得聲請暫時處分。蕭胤璫，家事事件法施行後暫時處分功能對未成年子女保障之研究，台北：台灣高等法院，2013年，頁27-37、頁66-68、頁152。惟許士宦指出，家事事件審理細則第91條第3項表示，關係人於家事非訟事件聲前，向法院聲請暫時處分者，法院應以書面或其他適當方式向聲請人發問或曉諭，是否併為本案聲請，並告知未為本案聲請之法律上效果。易言之，家事事件法第85條雖規定，暫時處分必須於家事非訟事件經法院受理後，才能聲請，但為保障關係人權益，在其未為本案聲請即為暫時處分之聲時，法院之闡明義務被加重，在未曉諭聲請人是否併為本案聲請，以及不為本案聲請之法律效果前，不得逕行駁回該聲，以使聲請人有及時聲請而適

助的層面，南投地方法院的家事調解委員或是於南投地院提供當事人法律扶助的律師或可增加「南投縣特殊境遇家庭扶助金」以及「南投縣政府急難救助金」作為建議申請項目。

此外，運用原住民的替代性糾紛解決機制來排解家事糾紛，或許可以減少調解協議執行所衍生的問題。以美國Navajo原住民保留區為例，對於解決家庭糾紛功效很好的和平製造者法院（Peacemaker Court），會允許糾紛當事人的親屬與所屬社區民眾、社區領導者與耆老等人參與製造和平的過程；相較於國家系統內的家事法庭，和平製造者法院會正面肯認印第安部落長年接受的行為準則，而且可能會讓法律扮演著療癒和修復關係的功能⁴⁷。

氏族（clan）是Navajo的法律機構，個人與群體之間存有複雜的互惠權益關係，大家都相當在意社區整體的福祉。例如，每當有人主張受到傷害時，會尋求親戚的協助，由一位「具有司法決定權的人（naat'aanii）」出面召集當事人雙方、其親戚以及氏族成員，在群體開會的狀態下，於向祖靈祈禱後，藉由超自然力量的見證以及參與協助，透過把事情說開來的方式，來尋求解決之道。Naat'aanii所扮演的角色不是法官，而比較

像是一位導師，在製造和平的過程中，會引領參與糾紛排解的人們去尊重傳統宗教信仰，並強化傳統延續以及文化統合的信念，以重新建構一個糾紛當事人及其氏族之間的和平新關係⁴⁸。由於參與和平製造過程的當事人雙方親友都有責任要共同防免犯錯的一方繼續對受害者及整個地方社群製造更多傷害，以確保地方上民眾的關係能夠重新回到和諧的狀態⁴⁹；或許透過此等原住民替代性的糾紛解決機制商議出問題解決方案，可提高原住民對該等方案的履行意願。

南投地方法院管轄區域境內的原住民以布農族、泰雅族、賽德克族居多，其傳統律法均具有「共同負責」的特質⁵⁰，或可設法多加運用。易言之，若

⁴⁸ Gretchen Ulrich, *Widening the Circle: Adapting Traditional Indian Dispute Resolution Methods to Implement Alternative Dispute Resolution and Restorative Justice in Modern Communities*, 20 HAMLINE J. PUB. L. & POL'Y. 419, 429-32 (1999).

⁴⁹ Nancy A. Costello, *Walking Together in a Good Way: Indian Peacemaker Courts in Michigan*, 76 U. DETROIT MERCY L. REV. 875, 899-900 (1999).

⁵⁰ 布農族於法律制裁方面，常採取集體負責的方式；一個人犯罪，整個氏族必須負起罪責賠償財物，被害者本人或其親屬得到賠償，則親族共享。在泰雅族的gaga和賽德克族的gaya/waya是生活、信仰與社會體制及權力結構中的最高準則，gaga或gaya/waya不僅指一切的風俗習慣與信仰，也指所有祖先流傳下來的訓示；在gaga或gaya/waya規範下，祭團是最重要的社會組織，同一祭團遵行相同的農事工作曆，共行祭事，遵守同樣的禁忌，成員中有人觸犯禁忌或犯罪，則共負罪責。田哲益（達西烏拉彎·畢馬），同註34，頁49；瓦歷斯·諾幹、余光弘，台灣原住民史：泰雅族史

時獲得暫時處分之機會。許士宦，家事非訟之暫時處分（上），月旦法學教室，196期，2019年1月，頁34-35。

⁴⁷ Barbara Ann Atwood, *Tribal Jurisprudence and Cultural Meanings of the Family*, 79 NEB. L. REV. 577, 651-52 (2000).

能邀請糾紛當事者的家族成員與部落民眾（例如：同一gaga團體的泰雅族人、同一gaya/waya團體的賽德克族人，以及布農族當事人的族長）共同參與家事調解，或於部落中重振復興此種替代性糾紛排解機制，或可藉助族人集體負責和監督的力量，提高南投原住民有關家事調解／協議的當事人履行意願和可能性。

以受訪者R4所處理的法院內離婚個案為例，布農族丈夫因在都會區有因工作上的挫折無法自行消化而對已懷孕數月的妻子施以家庭暴力的情形，男方位於原鄉部落的村長在出席法院內的家事調解時，有和聲請離婚的妻子協談，並答應要幫男方在部落內另找個足以養家的工作，讓妻方可以放心地嘗試和男方復合並把孩子生下和扶養長大。田哲益另指出，布農族於離婚的情形，若不是男方犯錯而導致婚姻破裂，女方必須送還結婚時所殺同量的豬隻，若她的新丈夫或原生家庭無法償還，當初婚禮時共享豬肉的女方父系氏族成員會以集體的力量幫忙償還。或許布農族於法院內討論離婚的調解事件，若男方主張依據此布農族傳統慣習排解糾紛，女方亦同意依此慣習解決糾紛，應邀請女方父系氏族成員共同商討婚禮所分享到的豬隻之賠償事宜，以提升履行家事調解筆錄

之意願與可能性⁵¹。

最末，受訪者們主張，家事糾紛對於原住民當事人而言，若能大事化小，小事化無，應較符合其最佳利益，儘可能讓家庭圓滿；但根據受訪者的觀察，法律扶助基金會的「酬金計付辦法」並不鼓勵被委任的律師協助當事人「撤回」家事事件，導致原本能夠以「撤回」方式解決的家事糾紛越演越烈，終以調解成立或訴訟／非訟程序結案。

George Contesse和Jeanmarie Fenrich曾撰文檢討為原住民提供法律扶助的情形，認為紐西蘭的毛利族婦女若未能順利通過法律扶助的資產調查門檻，又無資力自行聘請律師，很可能即無法取得法院核發的保護令；此外，提供原住民婦女法律扶助的律師通常是希望能從中汲取實務經驗的新科律師；故建議所有欲聲請保護令的毛利族婦女均應能享有法律扶助資源，而政府單位應創造更多的誘因吸引資深律師為家庭暴力受害者提供法律扶助⁵²。

台灣的原住民於法律扶助基金會自2013年受到行政院原住民族委員會委託，辦理「原住民法律扶助專案」之後，無須經資產調查，於律師費用方面即可獲得法律扶助資源（裁判費及訴訟費用若需扶助，仍須通過資產調查），故毋須

篇，2002年，頁7；蔡志偉（Awi Mona）、潘英海，原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制第8期委託研究計畫：賽德克族結案報告，台北：行政院原住民族委員會，2011年，頁26。

⁵¹ 田哲益（達西烏拉彎·畢馬），同註34，頁198。

⁵² Jorge Contesse & Jeanmarie Fenrich. *It's Not OK: New Zealand's Efforts to Eliminate Violence Against Women*, 32 FORDHAM INT'L L.J. 1170, 1821-22 (2009).

擔心律師費用方面的經濟負擔⁵³。然而自律師提供法律扶助的角度觀之，家事事件是原住民所遭遇最多的三種案件類型裡的其中一種⁵⁴；法律扶助制度並非為律師們開拓案源而設，而係以非營利的方式提供社會服務，故其報酬請求的範圍較一般律師可收受的報酬標準還低；報酬請求的範圍係依扶助內容而異，最低者為解答法律諮詢，其次為文件書類的撰寫，再來是參與和解及調解，最高為訴訟代理或刑事辯護；律師們請求法律扶助報酬時，由律師公會自法律扶助基金支應發給⁵⁵。法律扶助基金會亦不鼓勵興訟，若有扶助律師能促成事件和解，可獲得和解成功之獎勵金壹仟圓⁵⁶。

問題是，根據法律扶助基金會的律師「酬金計付辦法」，若律師協助當事人

撤回家事事件，即使係在雙方之間透過反覆溝通協調才促成這樣的結果，律師是無法申請報償的；若調解成立，合理工時為 15 小時，只能領取微薄報償；若進入非訟程序，合理工時為 30 小時；若進入訴訟程序，合理工時為 45 小時，可領取的報償會更多⁵⁷；導致原住民當事人在部分提供法律扶助的律師鼓勵之下，原本或可撤回案件，或以調解方式尋求解決之道，卻讓糾紛進入訴訟程序。

具有社會工作背景的受訪者R1 表示，在處理原住民相關家事糾紛時，當事人通常都有法律扶助基金會的律師提供協助，但法扶律師讓他感到困擾，因為根據法扶的律師酬金給付規則，案件一定要讓它調解成立，不然就是要訴訟，儘量不要撤回，撤回可能會影響到律師的業績和法律扶助基金會對律師的考評；受訪者R1 有一次調解給付未成年子女扶養費的案件，原住民當事人的法律扶助律師相當年輕，母方當事人經濟狀況不佳，表示婚後均為家庭主婦，先前係因前夫太大男人主義，回家經常對其漫罵侮辱，母方無法忍受遂離家出走，後來被先生通報為失蹤人口，再向法院主張被太太惡意遺棄而訴請離婚、聲請一造辯論判決並勝訴，父方取得兩個孩子的親權行使權利；母方因希望脫離先生的控制，雖然娘家有接到法院開

⁵³ 設立於1970年代的澳洲原住民與托斯海峽島民法律服務（Aboriginal and Torres Strait Islander Legal Services，簡稱ATSILS）機制亦提供原住民毋須經過資產調查的免費法律扶助，因為貧窮、健康不佳、識字與教育程度低落的情形對當地原住民而言，十分普遍。Francis Regan, *Does Recent Empirical Research Shed New Light on Australia's Legal Aid Scheme?*, 52 U. NEW BRUNSWICK L.J. 123, 135-36 (2003).

⁵⁴ 根據法律扶助基金會花蓮分會的統計數據，原住民族的法律糾紛以勞資爭議、家事和土地糾紛等三類案件居多。余家玲，尋找原住民之文化與正義——從法律扶助案件談原住民族所面臨之問題，法律扶助雙月刊，5期，2005年，頁41。

⁵⁵ 張文郁，社會弱勢者訴訟權之保障，輔仁法學，20期，2000年12月，頁47。

⁵⁶ 林正杰，擔任法律扶助申請案件審查委員及扶助律師經驗談，全國律師，13卷6期，2009年，頁10。

⁵⁷ 法律扶助酬金計付說明表單之網址：<http://www.laf.org.tw/index.php?action=layer&p=1&cid=166>（最後瀏覽日：2018年10月13日）。

庭通知，但她採取消極未出庭的方式回應離婚官司；離婚後，自己從事體力勞動的按摩業，每月收入僅兩萬多元，並出示自己的存摺，證明自己的存款僅餘新台幣兩萬多元，存摺內過去出入的金額均不超過五萬元，經調解委員和雙方當事人商談的結果，母方願意每月給付兩個孩子一人五千元直到成年為止；但父方的律師還希望向母方請求先前由父方代為墊付、已到期的未成年子女扶養費新台幣一百三十幾萬之不當得利返還；受訪者R1認為，調解委員的功能在於把當事人雙方對彼此的傷害降到最低，不能讓打官司會贏的那一方來欺壓弱勢的一方，故建議該位律師先撤回不當得利返還的請求，因為母方若無資力給付，父方此時向女方追討這筆錢，對母方是雪上加霜，不當得利返還的請求時效有十五年，若母方經濟狀況日後有改善，再對其追討這筆錢還不遲；但該名律師仍堅持這個部分即使調解不成立也不能撤回，因為如果進入訴訟，法官一定會判他的當事人勝訴，只是金額多寡的問題，對律師的業績有幫助⁵⁸。

具有社會工作專業背景的受訪者R6亦指出，她曾遇過一位法扶律師，在為原住民當事人調解的過程中，完全沒有進入狀況，對原住民傳統慣習都沒有

試著做任何相關的瞭解，只想拉著他的當事人說「我們不要調解了」；對調解委員而言，法扶律師不希望以調解的方式協助當事人解決糾紛，卻因家事事件法第23條採取調解前置主義而進入調解程序，形同浪費調解委員的時間，對調解委員而言，法扶律師似乎只希望在調解時輕鬆地不作任何努力，讓糾紛在後端進入訴訟或非訟程序後，就可以申請比較多的律師扶助費用，使調解委員十分困擾；此位受訪者建議，法律扶助基金會應嘗試提升扶助律師的原住民傳統慣習素養，或挑選指派具有此類素養的律師為原住民服務，並促使律師們重視調解。

另一位身為律師的受訪者R4更進一步提及，其有一次為一對布農族年輕夫妻調解家事糾紛，女方於通常保護令過期之後，向男方訴請裁判離婚，其為女方的法律扶助律師；R4發現女方有孕在身，男方工作不穩定，在山上打獵可以獵到一頭很高的鹿，但在平地的工廠工作時，因為不諳機器的操作方式而闖禍，被雇主責罵，可能因為工作壓力太大又無法排解情緒，先前對女方有家庭暴力行為；調解時男方有請村長出面，受訪者R4請村長幫男方在山上的部落裡介紹工作，經與女方討論後，村長願意幫男方介紹女方也覺得足以養家活口的工作，且男方也當場對女方承認自己過去的錯誤，希望女方再給他一次機會；當場調解委員協助雙方再安排三個月後的續調日期，讓雙方為婚姻和家庭

⁵⁸ 本文以為，其實這位律師只須建議當事人依民法第129條時效中斷重新起算，並提醒當事人至遲何時需要表態請求／聲請即可。例如，可請相對人「承認」未給付未成年子女之扶養費，撤回並不會影響當事人的權益。

生活再努力一段時間，女方最後撤回該離婚事件。受訪者R4談到：

「其實我是覺得滿好笑咧，我那天去處理南投那個案件有沒有？後來他們女生同意回去了嘛？然後後來也和好了嘛！你知道嗎？那天是法扶基金會委託我的案件，結果我達成那個任務對不對！法扶基金會給我的公文是什麼你知道嗎？給我的公文是講說，與你當事人請求離婚的目的不符，將律師的酬金扣除！你知道嗎？那個公文我永遠留著，所以你看平地人的思考是這麼笨！我今天當了律師，雖然他剛開始是請求離婚對不對？我讓他們回去在一起了，結果我的律師費被扣光了！哈哈哈哈，這就是平地人的思考阿！但是我是覺得就算了，我不賺這個律師錢，因為我的道德良心在這邊，我不可以為了賺這個兩萬塊，去犧牲我的當事人的權利。(R4)」

實務見解認為，調解之功能並不侷限於促使當事人成立調解，例如婚姻無效或撤銷婚姻事件，亦希望能夠經由調解程序，促使當事人調整家庭成員間的利害關係，或提供諮詢服務，使當事人考慮除裁判外，有無其他更符合家庭成員利益的解決方案，以重新建立生活關係；縱使無法成立婚姻無效或撤銷婚姻之調解，如能因此不再爭執婚姻效力問題，進而撤回調解或裁判之請求，自主、圓滿解決紛爭，維持家庭和諧，仍具有

調解實益⁵⁹。

本文建議，法律扶助基金會應調整律師的酬金計付辦法，提高協助當事人「撤回」家事事件的酬金，或提供獎勵金，以鼓勵律師花時間幫助當事人進行協調，如此若原住民當事人有意願再為原來這段婚姻或所衍生的親子關係再嘗試努力磨合或稍微再包容對方一下，律師應較有意願協助當事人撤回家事事件的聲請，使原住民的家庭關係更加圓融⁶⁰。

⁵⁹ 姜世明，家事事件法論，2016年4版，頁276。

⁶⁰ 感謝審稿委員的提醒，對於這樣的看法，可能會有持反對見解者，例如從家庭動力中的弱勢者而言，小事化無可能只對於權力大者有利，若調解者不能看到這樣的權力關係，而一味朝向化小和化無的方向調解，並不能真正照顧到弱勢者的需求，因此在做出這個結論之前，應多做細緻的討論。

本文作者若以R4所協助處理的離婚個案為例，男方當事人於都會區對女方有家庭暴力行為，因女方已懷孕，或許該位律師及調解委員均希望再給他們的未成年子女一個機會，儘量讓孩子出生時，能夠受到父母雙方的照顧；且依民事訴訟法第263條第一項，訴經撤回者，視同未起訴，法院毋須為裁判，僅須批示歸檔報結，似不致影響當事人的權益，若無民法第1053條或1054條事由，當事人可再行起訴。姜世明，民事訴訟法（下冊），2016年4版，頁242。

而為平衡雙方的權力關係，R4於調解前已數度與雙方男女當事人溝通，調解當場並指出男方曾經做了什麼會讓女方傷心的事情，讓男方當場對女方承認自己的錯誤，並請求女方原諒；調解委員也擔心男方是否真正有心要善待女方，所以安排三個月後的續調日期，希望女方於調解後三個月內好好地觀察男方是否真心悔悟。女方係於調解後，又過了一段時間，才決定撤回離婚訴訟，所以當女方事後決定撤回時，

陸、結論

本文發現，雖然原住民家事傳統慣習尚未於法典中被成文法化，由法院採納為主流定紛止爭的依據，但台灣為法律多元的社會，法院已開始正視原住民傳統習受到忽略的問題，並嘗試於調解程序中，或依循現行民法規範，或跳脫現行民法規範的架構，透過雙方當事人合意，相互尊重對方傳統慣習的方式，保留並採納原住民傳統慣習，作為家事調解的依據。亦有律師於協助原住民排解糾紛時，鼓勵當事人以調解的方式，依傳統慣習與對方達成協議，使原住民當事人對糾紛排解結果更滿意，迅速有效率地讓紛爭落幕。

然而，本文也發現，原住民當事人於爭取單獨行使親權時，社工單位易受到漢人主流族群價值的影響，將原住民文化視為次等文化，對原住民的家庭支援系統缺乏瞭解；此外，原住民當事人可能因為中文口語表達能力不夠流暢，在法庭上產生詞不達意的情形，於教養未成年子女的態度方面，易產生不必要的誤會；還有原住民於聲請他方給付扶養費時，因強制執行程序冗長，在等待

執行效果的期間可能處於經濟困難的狀態，至若他方確實無資力給付扶養費，當事人持債權憑證再申請低收入戶補助，又需另經歷一段時間方可能領得補助金。再者，法律扶助基金會提供予律師的酬金計付辦法並不鼓勵「撤回」聲請，導致部分律師寧可讓家事糾紛以調解成立的方式結案，或讓糾紛進入家事訴訟／非訟程序，以申請更高的酬金，並不願意透過「撤回」的方式協助當事人平息家事紛爭以促進當事人家庭關係更加圓融。

本文建議，法院需酌定親權行使權利時，社工單位針對原住民父方或母方進行訪視調查之際，應將親屬以外的「教會」或「部落」所能提供的支援系統納入考量，而身為原住民的父方或母方若有依部落禮俗食用檳榔或於特殊節慶飲酒的狀況，不應即認定其對於未成年子女會有不良的影響；原住民當事人若中文表達能力有限，應使用原住民通譯以確實瞭解其想法和主張。律師於協助原住民當事人聲請給付未成年子女扶養費時，為避免對方脫產，應可針對對方名下資產聲請假扣押，亦可聲請法院於裁定確定前，作按月給付扶養費的暫時處分。重振復興原住民具有「共同負責」特質的替代性糾紛解決機制，亦可能可以提高原住民當事人調解筆錄的履行意願與可能性。法律扶助基金會若能重新調整律師的酬金計付辦法，鼓勵律師們協助原住民當事人「撤回」家事情件的聲請，應可幫助原住民繼續在同一段婚

女方可能感覺雙方權力關係有回復到平衡的狀態。

不過，如何於調解過程當中，幫助弱勢當事人以更多不同的方式重新嘗試調整權力關係，以避免撤回案件形同幫助權力大者，或是有哪些權力關係是無法重新調整的，不宜勸當事人撤回，確實值得更進一步討論。

姻或所衍生的親子關係上，繼續努力磨合並累積更深厚的感情，或建立更友善圓融的父母合作關係。

附件一 南投地方法院家事庭研究參與者的背景資料

受訪者編號	所屬族群	年齡	性別	法庭內所擔任工作	訪談日期
R1	漢	61	男性	家事調解委員	104.08.04
R2	漢	45	女性	律師	104.07.27
R3	漢	47	女性	司法事務官	104.07.17
R4	漢	48	男性	律師	104.06.15
R5	漢	65	男性	家事調解委員	104.06.29
R6	漢	45	女性	家事調解委員	104.06.27

參考文獻

一、中文部分

王泰升，台灣法律史概論，2012年4版，台北：元照。

王曉丹，法意識與法文化研究方法論：以女兒平等繼承為例——法律繼受下的法社會學研究取徑，月旦法學雜誌，189期，頁69-88，2011年2月。

瓦歷斯·諾幹、余光弘，台灣原住民史：泰雅族史篇，2002年，南投：國史館台灣文獻館。

田哲益（達西烏拉彎·畢馬），台灣的原住民：布農族，2003年，台北：台原。

余家玲，尋找原住民之文化與正義——從法律扶助案件談原住民族所面臨之問題，法律扶助雙月刊，5期，頁41-42，2005年。

李太正，家事事件法之理論與實務，2016年3版，台北：元照。

李明政，台灣原住民族社會福利服務建構的理念初探，東吳大學社會工作學報，5期，頁71-88，1999年3月。

李秉弘、王千蕙紀錄，衝突？和解？台灣原住民族傳統習慣及文化VS.現行法律體系座談會，法律扶助雙月刊，3期，頁4-12，2004年。

李姿佳、宋名萍、胡育瑄、潘淑滿，家庭暴力家事調解服務之經驗與策略——以臺北、士林地方法院為例，臺灣社會工作學刊，16期，頁119-166，2016年6月。

- 李莉苓、沈瓊桃，家事專辦調解法官之效能——以台灣台北地方法院為例／以親權相關事件為焦點，法學叢刊，63卷3期，頁75-119，2018年7月。
- 沈瓊桃，離婚過後、親職仍在：建構判決離婚親職教育方案的模式初探，台大社工學刊，35期，頁93-136，2017年。
- 林正杰，擔任法律扶助申請案件審查委員及扶助律師經驗談，全國律師，13卷6期，頁6-12，2009年。
- 林長振，原住民族傳統文化習慣與國家法的衝突與解決之道，法律扶助雙月刊，3期，頁13，2004年。
- 林端，儒家倫理與法律文化——社會學觀點的探索，1994年，台北：巨流。
- 社區發展季刊社論，我國家庭政策的制訂與實施，社區發展季刊，114期，頁1-5，2006年6月。
- 邱美月、賴月蜜、陳竹上，婚姻暴力事件進入家事調解程序之可行性探討：跨界整合及在地實證觀點，成大法學，25期，頁79-121，2013年。
- 姜世明，家事情事件法論，2016年4版，台北：元照。
- 姜世明，民事訴訟法（下冊），2016年4版，台北：新學林。
- 施慧玲、陳竹上，當家事調解遇上家庭暴力，月旦法學教室，141期，頁18-20，2014年7月。
- 高鳳仙，論涉家庭暴力事件與調解制度，月旦法學雜誌，273期，頁106-128，2018年2月。
- 張文郁，社會弱勢者訴訟權之保障，輔仁法學，20期，頁1-96，2000年12月。
- 張慧慈，咬一口馬克思的水煎包：我這樣轉大人，2017年，台北：大塊文化。
- 許士宦，家事非訟之暫時處分（上），月旦法學教室，196期，頁31-52，2019年2月。
- 郭書琴，從法律人類學看民事紛爭解決之訴訟觀的演進——以家事紛爭解決為例，中研院法學期刊，20期，頁1-75，2017年3月。
- 陳竹上，台灣社會離兒童權利公約還有多遠？——一位家事調解委員的近身觀察，新世紀智庫論壇，64期，頁42-58，2013年。
- 陳竹上，由司法案例探討社會工作職場風險之事故情境與制度脈絡，社區發展季刊，147期，頁76-88，2014年。
- 陳貞夙，調解室的「人合」：首創家事調解委員評核及評鑑要點落實家事調解專業化，高雄少家，22期，頁16-21，2016年。
- 陳貞夙、鄭金朋，形塑優質的家事調解，臺灣高雄少年及家事法院院刊，22期，頁6-8，2016年。
- 陳瑋佑，原住民族傳統「習慣」於民事司法上之適用與證明，台大法學論叢，46卷特刊，頁1203-1255。
- 湯文章，原住民族在訴訟法上地位之研究，憲政時代，31卷1期，頁35-60，2005年。

黃居正，適用原住民族傳統慣習作為法院民事裁判之準據法，台灣原住民族法學，1 卷 1 期，頁 5-16，2016 年 7 月。

黃應貴，「文明」之路：第三卷——新自由主義秩序下的地方社會（1999 迄今），2012 年，台北：中央研究院民族學研究所。

楊智偉，原住民族部落規範的意義與發展，法律扶助雙月刊，3 期，頁 14-18，2004 年。

翟宗悌、王佩辰、鄔佩麗，善了！心理諮詢師在離婚調解中的服務敘事，輔導與諮商學報，38 期 2 卷，頁 1-24，2017 年 2 月。

蔡志偉（Awi Mona）、潘英海，原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制第八期委託研究計畫：賽德克族結案報告，2011 年，台北：行政院原住民族委員會。

蔡穎芳，繼承自治？——自排灣族的觀點出發，台灣原住民族研究季刊，4 卷 3 期，2011 年，頁 101-182。

蔡穎芳，本土家事調解參與觀察——半自主社會場域觀點，成大法學，25 期，頁 7-78，2013 年。

蔡穎芳，論布農族婦女之土地繼承權利保障，台灣原住民族法學，1 卷 2 期，頁 21-33，2017 年。

鄧學仁，善意父母原則於離婚親權酌定之運用，月旦法學雜誌，265 期，頁 110-119，2017 年 6 月。

鄭川如、陳榮隆、姚孟昌，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 249-302，2016 年 9 月。

鄭金朋，家事調解案件管理及庭期排程系統，高雄少年及家事法院院刊，22 期，頁 9-15，2016 年 4 月。

蕭胤璫，家事事務法施行後暫時處分功能對未成年子女保障之研究，2013 年，台北：台灣高等法院。

魏大曉，家事暫時處分性質疑義，月旦法學雜誌，244 期，頁 148-162，2015 年 9 月。

二、外文部分

Atwood, Barbara Ann (2000), Tribal Jurisprudence and Cultural Meanings of the Family, 79 NEB. L. REV. 577-656.

Cunneen, Chris, Jocelyn Luff, Karen Menzies & Nina Ralph (2005), *Indigenous Family Mediation: The New South Wales Program*, 9(1) AUST. INDIGENOUS L. REP. 1-14.

Contesse, Jeorge, & Jeanmarie Fenrich (2009), *It's Not OK: New Zealand's Efforts to Eliminate Violence Against Women*, 32 FORDHAM INT'L L.J. 1170-1871.

Nancy A, Costello (1999), *Walking Together in a Good Way: Indian Peacemaker Courts in Michigan*, 76 U. DETROIT MERCY L. REV. 875, 899-900.

- Kelly, Loretta (2002), *Recent Developments in NSW in Aboriginal Family Mediation*, 5(15) INDIGENOUS L. BULLETIN 14, 14-15.
- Regan, Francis (2003). *Does Recent Empirical Research Shed New Light on Australia's Legal Aid Scheme?* 52 U. NEW BRUNSWICK L.J. 123-142.
- Sandra Berns, Grania Sheehan, Cate Banks, Rosemary Hunter & Barbara Hook (2003), *Reconfiguring Post-Divorce Parenting in a Risk Society Panic*, 7(2) NEWCASTLE L. REV. 13-40.
- de Sousa Santos, Boaventura (2002), *Toward a New Legal Common Sense*, 2d ed., Cambridge: Cambridge University Press.
- Simon, Scott & Awi Mona (Chih-Wei Tsai) (2015), *Indigenous Rights and Wildlife Conservation: The Vernacularization of International Law on Taiwan*, 3(1) TAIWAN HUM. RTS J. 3-31.
- Tsai, Grace Ying-Fang (2015). *Inheritance Dispute Resolution in Paiwan Tribes*, 10(2) NTU L. Rev. 289-358.
- Ulrich, Gretchen (1999), *Widening the Circle: Adapting Traditional Indian Dispute Resolution Methods to Implement Alternative Dispute Resolution and Restorative Justice in Modern Communities*, 20 HAMLINE J. PUB. L. & POL'Y 419-452.
- Valencia-Weber, Gloria & Christine P. Zuni (1995), *Women's Rights as International Human Rights: Domestic Violence and Tribal Protection of Indigenous Women in the United States*, 69 ST. JOHN'S L. REV. 69-135.
- Whitson, Sarah Leah (1992), *"Neither Fish, Nor Flesh, Nor Good Red Herring" Lok Adalats: An Experiment in Informal Dispute Resolution in India*, 15 HASTINGS INT'L & COMP. L. REV. 391-445.

The Position of Indigenous People in Family Mediation Sessions:

Taking the Nantou District Court as an Example

Grace Ying-Fang Tsai*

Abstract

This article argues that the state law appears to play a dominant role in the interactions of plural regulatory orders in the family mediation sessions. However, indigenous customary rules might be able to be preserved through reaching the agreements between the disputing parties. It is suggested that the members of the churches and the tribes should be taken into account as parts of the family support system of indigenous parents in the visitation reports of custody evaluation made by social workers. Court interpreters should be appointed to help indigenous parties express their claims and thoughts. Preliminary injunctions should be claimed so as to ensure that the child maintenance fee could also be received before the rulings of maintenance could be made. The payment rules of the Legal Aid Foundation should also be readjusted so that the lawyers could be encouraged to help indigenous clients withdraw family cases in family mediation sessions.

Keywords: legal pluralism, family mediation, indigenous people, customary law, legal aid.

* Professor of Law, Providence University.

誰是法界廖添丁？^{*}

——法扶律師的量化與質性實證研究

張永健^{**}、蔣侃學^{***}、許菁芳^{****}

目次

壹、序論

貳、法扶外部律師與其承辦案件

參、法扶外部律師無明顯世代差異

肆、法扶外部律師接案的地域性

伍、結論

附錄：訪談方法與資料說明

摘要

法律扶助基金會從 2004 年成立至今，已經有將近 4,000 名律師登記為法扶外部律師。但在歷年兩萬多名取得律師執照者中，選擇參與法扶活動的律師有哪些特徵，國內文獻尚未有任何基於

感謝本刊三位審查人提供寶貴意見。感謝蔡詠晴、戴旻諺、張凱評、朱明希的研究協助。

三位作者依據英文姓的字母排列，並分工研究，且共同撰寫論文，所有文稿均經三位共同反覆修正。

^{**} 中央研究院法律所研究員、法實證研究資料中心主任；美國紐約大學(N.Y.U.)法學博士。兼任特聘研究員，國立臺灣大學計量理論與應用研究中心。政治大學法學院合聘教授。kleiber@sinica.edu.tw；第一作者、通訊作者。

^{***} 歐盟伊拉斯莫斯計畫法律經濟學項目博士候選人，美國芝加哥大學法學碩士(LL.M.)。撰文時併為教育部與科技部高教深耕計畫博士候選人級研究助理。kan-hsueh.chiang@edle-phd.eu；第二作者。

^{****} 加拿大多倫多大學政治學博士候選人，美國芝加哥大學社會科學碩士，加州柏克萊大學法律碩士。撰文時併為交通大學法學院兼任講師，以及教育部與科技部高教深耕計畫博士候選人級研究助理。chingfang.hsu@mail.utoronto.ca；第三作者。

^{*} 投稿日：2019年3月13日；接受刊登日：2020年1月10日。

經費來源：Center for Research in Econometric Theory and Applications (Grant no. NTU-107L900203) from The Featured Areas Research Center Program within the framework of the Higher Education Sprout Project by the Ministry of Education (MOE) in Taiwan. The grant was co-funded by Ministry of Science and Technology, Taiwan (MOST 107-3017-F-002-004). 感謝教育部與科技部高教深耕計畫之經費補助。

本文之研究設計，通過中研院人文社會IRB之倫理審查(AS-IRB-HS-02-18007)以及加拿大多倫多大學之倫理審查。

作者感謝法扶基金會提供數據，特別感謝周漢威執行長、吳富凱律師、小巫、張毓珊博士的協助。感謝法扶基金會參加2018年11月28日內部討論會的所有同仁的寶貴意見，以及接受訪問同仁的寶貴時間。

量化實證資料的系統性論述。運用法律扶助基金會提供的行政數據、法務部網站上的律師數據，並以深度訪談相互佐證，本文提出以下發現：首先，法扶外部律師的性別組成與業界認知基本吻合：男多女少，男性律師接刑事案件較多，女性律師接家事案件較多。其次，法扶外部律師的世代差異並不明顯，這點與業界普遍認知不同。資深、資淺律師的法扶執業經驗大致相似，並沒有受到律師錄取率政策改變的影響。第三，法扶外部律師的地域性很強。從實際接案看來，大略有六個主要執業區，很少有律師跨出自己執業區辦法扶案件；由登錄法扶地方分會來看，法扶分會在全台灣可以分為台北、台中、高雄三個集群，而各集群有不同的連結方式。這點也與業界普遍認知不同。

關鍵詞：職業性別、世代差異、職業地域性、案件類型、法律扶助基金會、不平等。

壹、序論

法律扶助（以下簡稱「法扶」）制度自 2004 年開辦以來，秉持維護憲法訴訟權、平等權的精神，持續提供弱勢人民法律扶助，致力於消除有訴訟資源者（the have）和無訴訟資源者（the have not）間的不平等（inequality）¹，已歷

15 年。一般國外的法扶研究較關注於分析法扶業務的需求面，即哪一個社會階層、地區、特徵的人，較常使用法律扶助；然而，法扶服務的供給面，即「有哪些特質的律師，較為願意投入到法律扶助」，也是瞭解法律扶助制度同等重要的問題²。

本文首要目標在描述法律扶助基金會案件之外部律師³——以下簡稱「法扶外部律師」——的性別、業務類型、世代、執業地域。本文第貳部分以法扶基金會提供給筆者之法扶律師「行政數據」（administrative data）⁴進行量化分析。之

SOC'Y REV. 193 (2014); Kong-Pin Chen et al., *Party Capability Versus Court Preference: Why Do the "Haves" Come Out Ahead?—An Empirical Lesson from the Taiwan Supreme Court*, 31 J.L. ECON. & ORG. 93 (2015); Kuo-Chang Huang, *How Legal Representation Affects Case Outcome: An Empirical Perspective from Taiwan*, 5 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 197 (2008); Kuo-Chang Huang et al., *Does the Type of Criminal Defense Counsel Affect Case Outcomes? A Natural Experiment in Taiwan*, 30 INT'L REV. L. & ECON. 113 (2010).

² 近期美國文獻的總論，可見 Scott L. Cummings & Rebecca L. Sandefur, *Beyond the Numbers: What We Know — and Should Know — About American Pro Bono*, 7 HARV. L. & POL'Y REV. 83 (2013).

³ 法扶內部專職律師承擔非常多的業務量，各方面的特徵與法扶外部律師不同，因此本文只分析法扶外部律師。由法扶行政數據庫中 2004 年以來「累計扶助案件數」數據來看，歷年來一共有 414,296 案件，其中 3,777 名法扶外部律師承辦 397,227 案件（95.8%），平均一人承辦 105.2 案件；31 名曾任法扶內部專職律師者承辦 17,069 案件，平均一人承辦 550.6 件案件！

⁴ 此行政數據包括 2004 年法扶基金會成立後，2018 年底數據提供前，所有曾註冊為

¹ 以量化實證研究方法，探討台灣此等不平等問題的重要文獻，Kuo-Chang Huang et al., *Do Rich and Poor Behave Similarly in Seeking Legal Advice? Lessons from Taiwan in Comparative Perspective*, 48 LAW &

前文獻雖對法扶外部律師有所勾勒⁵，但以完整的內部行政數據，完整描繪法扶外部律師的圖像，本文應為首篇。

本文第二項目標在於檢驗律師業界的兩個常見認知，分別於第參部分與第肆部分探討。此兩部分之思路是，首先根據145個質性訪談⁶中重複出現的共同經驗，歸納出兩項可供驗證的假說；再使用量化分析檢驗這些律師業界的普遍說法。具體而言，作者之一許菁芳於2016至2019年之間共進行三波田野調查，在第一波（2016–2017）田野調查間，開始收集各地訴訟律師關於法扶業務之第一手經驗與敘事，並首先整理出數項重複出現的說法。第二波訪談對象（2017–2018）則多為台北商務律師事務所，該類型事務所極少直接承接法扶業務，但是正好提供側面資訊檢驗第一波訪談所整理出之主題。第二波訪談中也持續接觸位於北部其他有規模的訴訟事務所，從中觀察法扶業務在整體律師生態系中的位置。第三波訪談（2018–2019）則更進一步擴張地域（於台南以及台東進行

更深入的田野），再次對比第一波訪談間重複出現之說法。

本文第參部分以不同世代的法扶外部律師在其執業生涯不同階段的法扶接案數量，說明法扶外部律師的世代差異並不明顯。本文第肆部分，從「法扶外部律師實際接案地域」和「律師登錄之法扶分會」兩種不同掌握法扶外部律師地域性的數據，以描述統計與社會網絡分析，展示了絕大部分法扶外部律師是在有限地理區域內接辦法扶案件。換言之，法扶外部律師並不會全台「跑透透」；業界的常見說法，無法由法扶基金會行政數據佐證。

由於目前的中文研究社群中，尚無關於法律扶助的社會科學文獻，因此本文的企圖並不包含與既有文獻對話。但本文的貢獻在於：第一，首次以完整的量化分析，描繪法扶外部律師的圖像。第二，檢驗由質化分析獲得之研究假說，並指出業界可能對整體法扶市場的誤會處。

貳、法扶外部律師與其承辦案件

本部分第一節先鳥瞰法扶外部律師四個基本特徵：性別、年齡（世代）、接案年資、專科律師資格；然後描繪法扶扶助類型。第二節以本文特別關注的法扶外部律師性別，與另一基本特徵——世代——交叉分析。第三節則以性別與律師接辦的法扶訴訟案件類型交叉分析。

法扶外部律師者，共3,808人。

⁵ 例如：李美玉、李玲玲等學者曾就法扶的發展、營運、分案狀況以及主要業務範圍發表過數篇描述性的論文。李美玉，法扶實務及發展：提升法扶品質——以臺中分會為說明，全國律師，20卷5期，2016年5月，頁11-22；李玲玲、楊林激，法扶實務發展暨運行概況介紹：以高雄法扶為中心，全國律師，20卷5期，2016年5月，頁23-30；林金陽，法律扶助實務分享，全國律師，20卷5期，2016年5月，頁31-33；紀互彥，法律扶助法修正後的幾個問題，全國律師，20卷5期，2016年5月，頁8-10。

⁶ 請見附錄說明。

一、基本特徵

圖 1 是法扶外部律師四個基本特徵的組合。由圖 1 可知，法扶外部律師男性約占三分之二（2,677 人），女性約占三分之一（1,100 人）⁷。圖 1 也可以看出法扶外部律師的年齡分布。最多人的年齡段是 36 到 45 歲，超過三分之一。

從法扶接案年資可知曉法扶外部律師的世代分布。法扶於 2004 年才成立，將 2004 年算第 1 年，截至本文獲得行政資料的 2018 年，最多的法扶接案年資是 15 年（超過五分之一的法扶外部律師是如此）。在 2004 年以前就已經獲得律師資格，並在法扶一成立就加入並接案的律師，比 2004 年之後才考上律師的人多，並不意外。圖 1 統計的不是登記為法扶外部律師的年資，而是從第一次接法扶的案件開始計算年資。

法扶近年來推行的專科律師資格，已經有 16% 的律師取得家事專科律師資格；15% 的律師取得消債律師資格；不到 10% 的律師有勞工專科律師資格。值得特別注意的是，有些律師會有兩個或三個專科律師資格，圖 1 僅顯示

在所有的法扶外部律師當中，有多少比例者有此種專科資格。

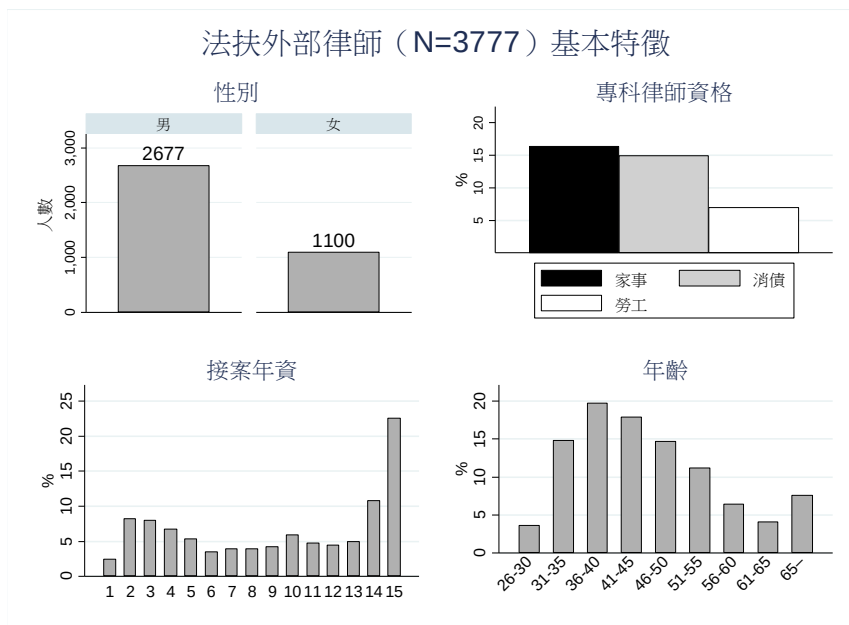
圖 2 則呈現法扶外部律師法扶案件量的分布。雖然法扶有多種專案，提供不同的法律服務，包括諮詢、調解以及債務消解，但訴訟案件仍然是法扶外部律師主要的服務。首先，法律文件撰擬在 10 件以下的居多。和解、調解亦然，有此種法扶經驗的律師不多；就算有，只有 1 件經驗者超過半數。其次，圖 2 顯示，84% 的法扶外部律師沒有接過任何消債案件⁸。

訴訟案件仍是法扶外部律師作法律扶助的大宗。由圖 2 可知，最大多數的法扶外部律師仍是接 20 件案件以下，約占三分之一。接案量低於 40 件的律師佔了超過一半。只有少數律師會承接大量案件：僅有 4.4% 的律師接過超過 200 件法扶案件。圖 2 的案件量是指 2004 年到 2018 年的訴訟案件總量，併予敘明。

⁷ 從法務部律師資料庫至 2018 年 10 月 19 日為止的律師數據，排除 342 筆本文確認為同一人之重複紀錄後，共有 16,143 位律師。其中有性別資訊者有 16,120 位，其中 5,886 位為女性（36%）。但請注意，法務部律師資料庫只有過去數十年來所有領過律師執照者領照時之資訊，因此無法從法務部數據中得知，目前有哪些律師還在執業。而圖 1 法扶數據中的女性佔 29%，低於總體女性律師比率。

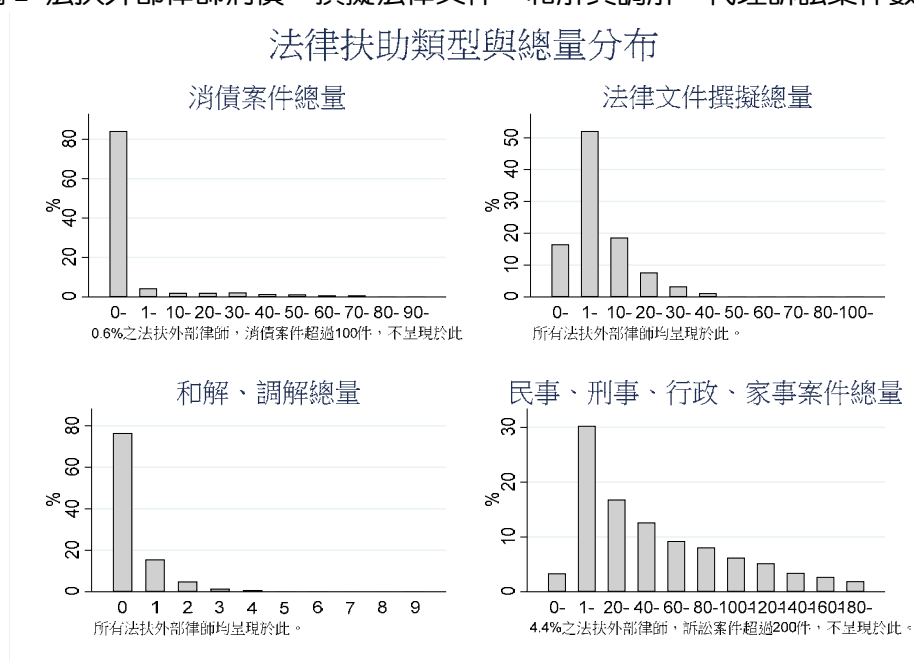
⁸ 消債案件並不列入每年 24 件接案限制之列，而且 2014 年之後的 2 年條款也不適用於消債案件，所以消債案件分別統計。

圖 1 法扶外部律師性別、專科律師資格、接案年資、年齡



數據來源：法扶基金會行政數據，本文製圖。

圖 2 法扶外部律師消債、撰擬法律文件、和解與調解、代理訴訟案件數量



數據來源：法扶基金會行政數據，本文製圖，四個圖都分別標出 0 件之數量，以上兩圖為例，「1-」表示 1-9 件；「10-」表示 10-19 件；以此類推。

二、性別與世代差異

整體而言，女性法扶律師的比例反映台灣律師的性別比例變化。早期女性法扶律師數量極少，而晚近十年，女性法扶律師有具體成長。而在服務案件類別上，也大致符合一般業內認知：女性法扶律師較少代表刑事案件，而提供較多家事案件的服務。

以台北都會區為區分點，圖 3 顯示了不同世代的法扶外部律師的性別分布。在法扶三個台北分會（台北、士林、新北分會），資深律師中並沒有任何女性成為法扶外部律師（因為幾乎沒有女律師⁹），在 1990 年代通過律師考試而後來加入法扶外部律師行列者，女性一度超過三分之一，最近 20 年則在三成上下。在法扶三個台北分會以外的分會註冊的律師，也呈現一樣的趨勢。隨著時代越接近現在，女性法扶外部律師的比例上升，但最多也只到接近四成。

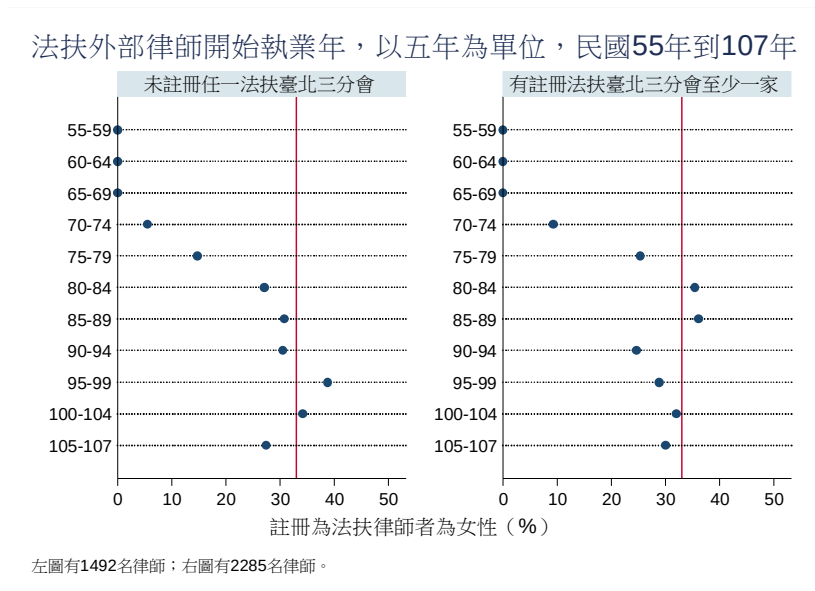
若聚焦於 2004 年到 2016 年¹⁰間進入市場的律師，會發現女性律師註冊為法扶律師者比例較低。圖 4 顯示，取得法務部律師執照者，女性多在四成到五成間；註冊為法扶律師者，女性在三成到四成間。即使額外納入 1990 年班到

2003 年班，前者高於後者的情況依舊。換言之，女律師似乎比男律師更「不」傾向註冊為法扶律師。理想上，要能進一步檢驗此命題是否為真，必須知道各年班的每個律師，在何時有真正執行律師職務。

⁹ 根據法務部公布的律師資訊計算，民國69年以前領證的律師一共有945名，其中43名（4.6%為女性）。她們在法扶於2004年成立時是否還有在執業，不得而知。

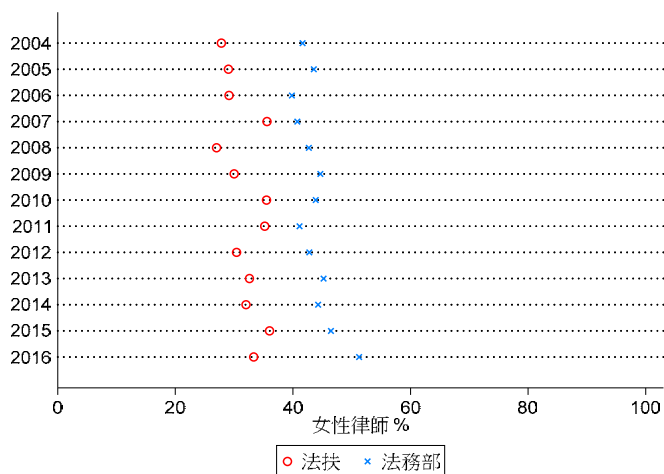
¹⁰ 2004年法扶基金會成立。2016年以前開始執業者，才能在數據年（2018）就適用原則規定註冊為法扶律師。

圖 3 開始執業年、註冊比率、性別之分布



數據來源：法扶基金會行政數據，本文製圖。

圖 4 年班與性別之分布



數據來源：法扶基金會行政數據、法務部網站律師資料¹¹（本文自行整理）。

說明：法務部數據的年份依據是獲得律師證書之年；法扶數據的年份數據是律師自行申報的開始執業年，本文製圖。

¹¹ 參照法務部律師查詢系統，<https://service.moj.gov.tw/lawer/baseSearch.aspx>，最後瀏覽日：2019年12月19日。

三、性別與案件類型

圖 5 以下是案件量的分布，分男女性別來看。圖 5 是民事案件，垂直線顯示 10 個案件，同時顯示中位數與平均數。總體來看，男性、女性法扶外部律師所承接的法扶民事案件數約略相當。法扶基金會能分派的民事案件總量沒有很多，所以即使是平均而言接最多民事法扶案件的律師年班，平均民事案件量也只有 20 件。當然，從平均數總是高於中位數可知，大多數律師很少接民事案件，少數律師接很多民事案件，以致於平均數高過中位數。

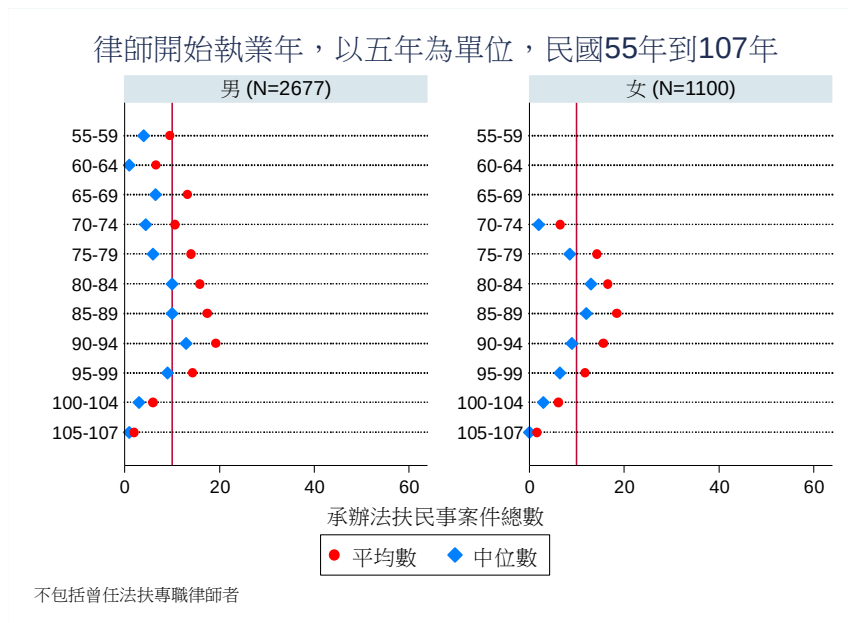
圖 6 呈現刑事案件，垂直線顯示 40 件案件。圖 6 清楚顯示，男性律師比女性律師接更多的刑事案件。男性律師在 2010 年以前開始執業者，平均刑事案件量都在 40 件上下。而女性律師不論世代最多平均接 20 餘件刑事案件。這和一般業內認知，女性律師承接較少數的刑事案件大致相符¹²。圖 7 是家事案件，垂直線顯示了 20 件案件。趨勢相反—女性律師接家事案件的案件量比較多，有若干世代的女性律師，平均而言接超過 20 件家事案件。而男性律師者不論世代無一超過平均 20 件¹³。

¹² 當然，也可能是刑事案件當事人（被告多為男性）不喜歡女律師；也可能是法扶傾向於不派刑事案件給女律師；可能以上皆是，有待進一步研究。

¹³ 須注意的是，此處之平均數、中位數都是以各自的世代做平均，比如民國55年到59年開始執律師業的男性律師，若登錄為法扶外部律師，有若干人則取其法扶家事案

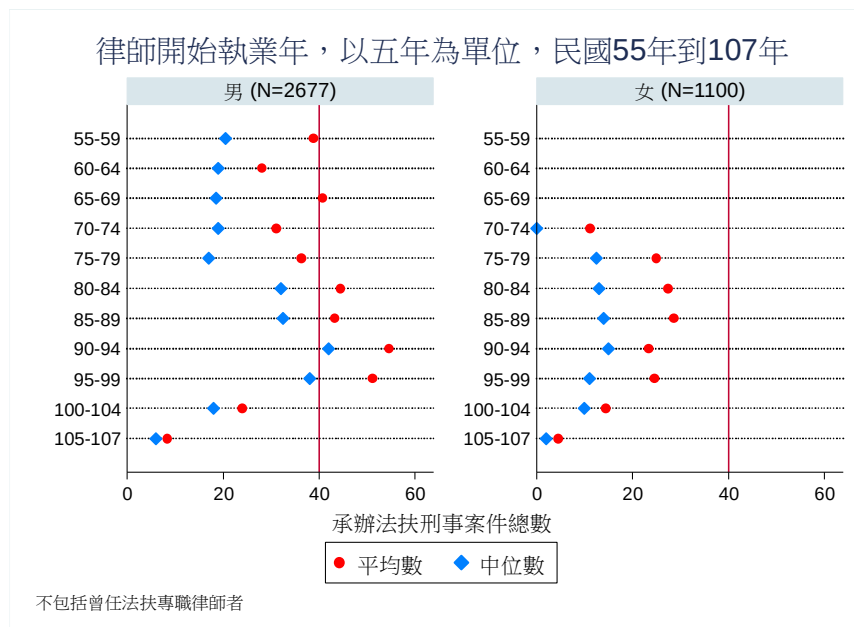
件平均數與中位數呈現於圖7。圖5、圖6也是同樣的呈現邏輯。早期的律師人數少，加入法扶者也不多，請讀者自行詮釋圖之意涵時，納入考量。

圖 5 法扶民事案件、世代、性別之分布



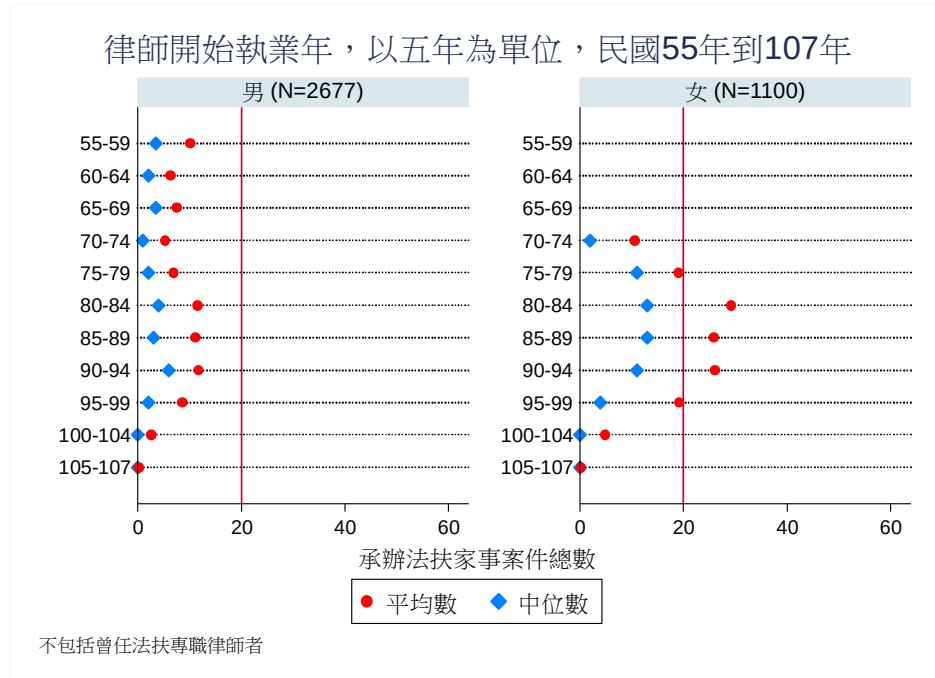
數據來源：法扶基金會行政數據，本文製圖。

圖 6 法扶刑事案件、世代、性別之分布



數據來源：法扶基金會行政數據，本文製圖。

圖 7 法扶家事案件、世代、性別之分布



數據來源：法扶基金會行政數據，本文製圖。

參、法扶外部律師無明顯世代差異

一個業界常見的說法是，律師錄取率提升所增加的年輕律師，大量湧向法扶¹⁴。在訪談當中，不少受訪律師提及，

¹⁴ 本部分所討論之「世代差異」，假說形成如下：在第一波訪談中，由少數資深律師提出，其基本敘事為：律師考試錄取率提高之後，競爭力不足的年輕律師向法扶爭取業務。然而，在第二波訪談當中所遇見的年輕商務律師，以及其他中生代訴訟律師對於年輕律師的描述之間，卻甚少觀察到他們承辦法扶業務。更明確地說，在諸多台北商務所，以及具規模之訴訟所之間，都有年輕的律師，但是他們並無法扶業務經驗，或是以相當陌生的態度提及。至此，世代差異成為可能需要驗證的假說。在第三波訪談中，世代差異的敘事再

現在的年輕律師大量倚賴法扶維生，因為「新進律師人脈沒那麼廣，所以會仰賴法扶給的案件」(TW201710)。為了驗證這個說法，本文須先分析不同世代的律師，是否會有不同的法扶經驗。以下，法扶律師被分為不同「年班」，以年班量化世代。年班是依據法扶業務系統中，律師自陳其開始執行業務的年份。例如，「2010年班」指涉所有在2010年開

次出現，但也更加複雜。於非都會區的田野發現，中年與青年律師都同樣具有法扶經驗，但也都同樣提到法扶可以支持年輕律師建立業務基礎。是故，世代差異成為一個值得使用量化數據檢驗之說法：多方認知與經驗不一，但皆匯集於同一個主題，「世代」。

始執行律師業務的法扶外部律師¹⁵。若每1年班的律師，在生涯早期都承接許多法扶案件，但在步入生涯中、後期後，減少甚至完全不接法扶案件，則以上業界的說法就被數據支持。再者，比較不同年班的律師，是否在生涯早期有不同的承接法扶案件態樣，也可以進一步區分「世代」和「資歷」的差異。舉例而言，如果早期的菜鳥律師沒有承接許多法扶案件，但近期的新鮮人律師卻承接許多法扶案件，則表示「資歷」（執業多久）不是最關鍵因素，而是世代。例如可能因為律師錄取率大幅增加，或者整體經濟環境不佳，導致新世代律師必須仰賴法扶案件。

本文的主要發現是，無論是世代或資歷都沒有明顯影響。不同年班的法扶律師接案數量沒有明顯差異；不同世代的律師，在法扶的接案量大致相同。而即使是已經承接法扶案件十餘年的法扶外部律師，也沒有減少接案的趨勢。

首先，關於資歷：圖8顯示，從2010年班到2018年班的律師，都沒有減少法扶接案量之趨勢。¹⁶2010年是重要的觀察起始點，因為2010年是律師制度改革，錄取率大幅提高的前夕。同時，從2010年開始，法扶基金會有精確掌握每

1年每一位法扶外部律師的接案地區和接案量。因此，圖8能夠顯示律師錄取率增加是否影響法扶律師的接案量——而數據顯示，在律師考試制度改革後進入市場的律師，並沒有因為資歷增加而減少接案量¹⁷。

另外，本圖顯示的彩色，以同一個顏色代表同一個執業年段。例如紅色都顯示各年班執業前3年的平均接案量。紅色長條都會是每一個年班的圖中，由左邊數來第三個的長條。若想比較2016年班、2015年班、2014年班等等各自前3年的法扶接案量，由此可以橫向跨圖比較。

其次，律師制度改革前進入市場的律師，是否在變資深後，減少法扶接案量呢？數據顯示：律師沒有在變得資深後就完全離開法扶，連案件量減少都不明顯¹⁸。從圖9可知，數個年班的法扶

¹⁷ 圖8中的每一個小圖顯示一個年班，一共九個年班。2018年班只有成為律師第1年的法扶案件數據，2010年班則有從成為律師第1年到第9年的全部法扶案件數據。每一個長條都代表該生涯年及之前所有生涯年之平均法扶案件量。譬如，2010年班的第三個長條，表示生涯前3年的平均案件量，而非僅有第3年的平均案件量。而2010年班的第九個長條，這表示生涯前9年的法扶接案量的平均。如果後1年比前1年的平均數降低，則表示後1年的接案量，低於之前各年的平均，可能顯示該年班律師在該執業年開始減少其法扶接案量。

¹⁸ 圖9顯示2004年班到2009年班律師的平均法扶接案量。2004年法扶成立，但2010年之後才有精確的接案數據。因此，圖9只能顯示這六個年班的律師，在2010年之後的平均法扶接案量。詳言之，平均數的計算會不包括2009年以前的案件量，也不把2009年以前的執業年份納入計算。例如

¹⁵ 請注意，2010年班的律師，不會都在2010年就註冊為法扶外部律師；註冊後也不當然會當年度就開始辦理法扶案件。開始執行業務的年份，也不當然是律師通過律師考試、開始實習、領證後開始執業的年份。

¹⁶ 不過，從2010年班到2015年班的圖，可以看出案件增長的「速度」減緩，但其原因無法從本圖中獲知。

外部律師，大約在執業第 10 年左右，每年法扶案件量不再成長，甚至接得少一點；但接案量大致維持穩定。以平均言，並沒有看到法扶外部律師在執業進入第二個 10 年時，明顯減少法扶接案量。

綜合圖 8 和圖 9，本文並沒有觀察到如資淺律師仰賴法扶案件，但變資深之後就不接法扶案件的現象。反之，註冊為法扶律師者，在執業生涯中並未停止承接法扶案件¹⁹。

再者，關於世代：本文發現，以律師改制為切分點，改制前以及改制後兩個世代的法扶律師，在職涯初期，承接法扶的經驗沒有明顯不同。圖 10 則是將圖 8 和圖 9 的資料用另外一個方式呈現。圖 10 納入 2010 到 2015 年班的律師，每一個小圖顯示各年班的前 1 年、前 2 年、前 3 年到前 9 年的平均案件量為何。各小圖顯示，各年班的律師在生涯同一個執業階段，平均承接法扶案件量的差異甚為微小，多在一兩件之間，甚至不到一件。因此，2010 年班之後的律師，在生涯前幾年，接辦法扶案件的經驗基本上相似。

圖 11 較複雜，比較 2004 和 2009 年

班的律師，在 2010 和 2018 年之間的接案情形²⁰，其基本發現與圖 10 相同：2004 到 2009 年班的律師在生涯同一個執業時程，接辦法扶案件的經驗基本相似。

若再比較圖 10 與圖 11 以觀察世代差異，我們發現 2004 到 2009 年班的律師，在生涯前幾年的平均接案量，高於 2010 到 2018 年班的律師²¹。律師訪談中所稱之新進律師比較仰賴法扶案件，如果確有其事，也是 2010 到 2018 年班的律師應該接比較多的案件，而非反之。故此論點從各方面觀察皆無法從法扶之行政數據得到驗證。總而言之，2010 年前後數年兩個世代的律師，未有明顯不同的法扶經驗。

2009 年班前 3 年平均接案量的意思是，2010 年和 2011 年的接案量總和除以 2。這個除數 2 是因為 2010 和 2011 年只有 2 年。2009 年的案件量假設等於 0，但 2009 年這 1 年也沒有算入除數。

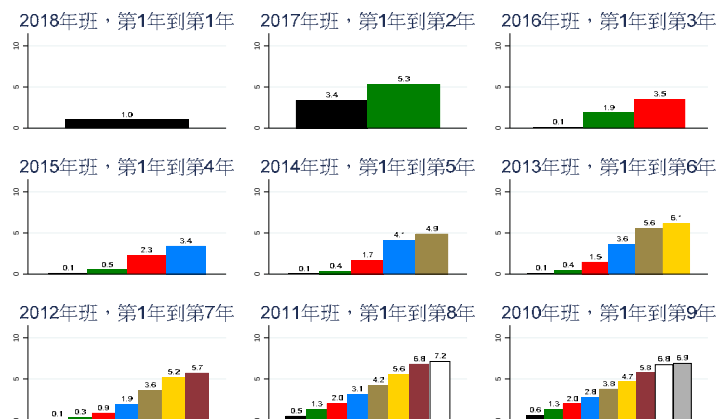
¹⁹ 圖 8 和圖 9 看到平均接案量在生涯早期會往上升，但這並非因為資淺律師不願意多做法扶，而是反映法扶各分會的傾向，即不分配太多案件給資淺的律師（田野筆記 2018 年 11 月 28 日）。

²⁰ 圖 11 與圖 9 以同樣方式調整平均數計算方式，其呈現數據的思路和圖 10 相同。

²¹ 這很可能導因於法扶行政數據庫缺乏 2004 年到 2009 年的接案數據。若法扶各分會都傾向於分配較少案件給資淺律師，因為 2004 到 2009 年班律師的生涯早期接案量不得而知，所以圖 11 會高估這些律師的平均接案量。

圖 8 2010-2018 年班律師的接案量變化（平均數）

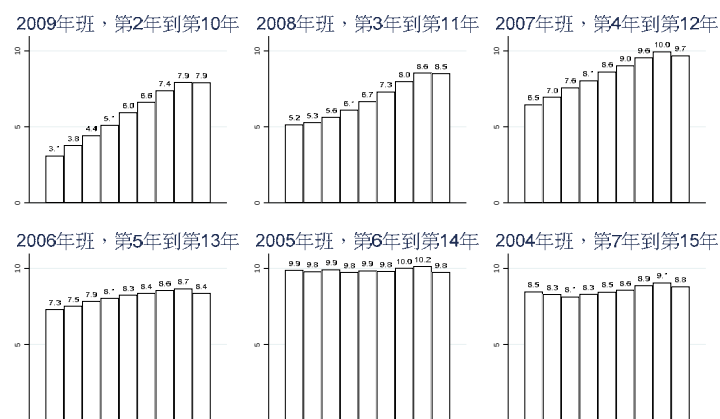
2010-2018年班律師，生涯前9年法扶接案平均量變化。
一個長條代表該年與之前所有年的平均案件量。
案件量為該年班所有法扶外部律師之「平均」。同色為同一年齡。



數據來源：法扶基金會行政數據，本文製圖。

圖 9 2004-2009 年班律師的接案量變化（平均數）

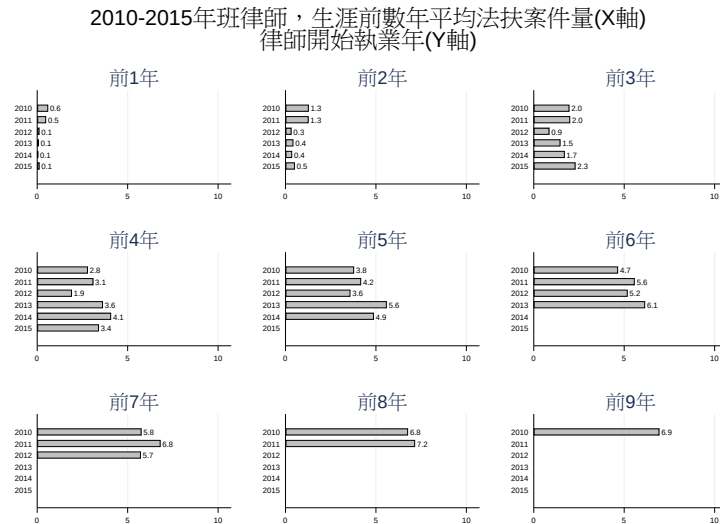
2004-2009年班律師，2010-2018年間法扶接案平均量變化。
一個長條代表該年與之前所有年的平均案件量。
案件量為該年班所有法扶外部律師之「平均」。



數據來源：法扶基金會行政數據，本文製圖。

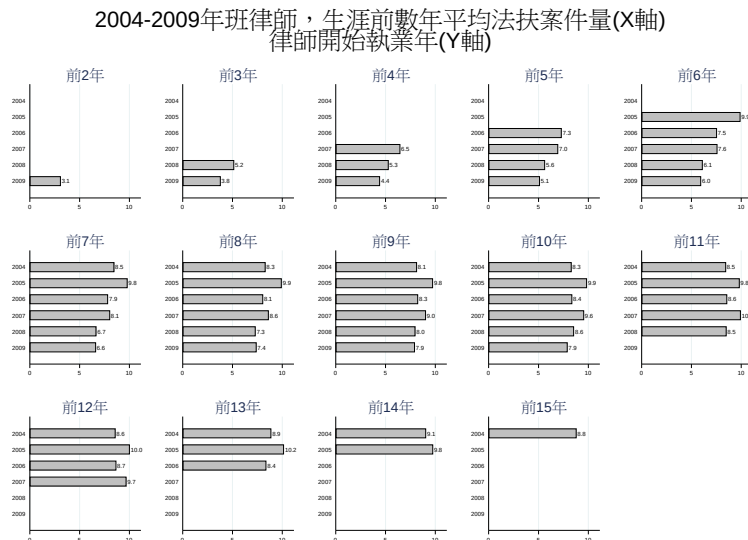
說明：本文只有 2010-2018 年間的律師逐年法扶接案量數據。2009 年以前的案件量被假設為 0，但 2009 年以前的年份，不計入分母（除數）。舉例而言，2008 年班的前 4 年平均案件，是將 2010 與 2011 年份案件量加總為被除數，除數則是 2，而非 4（實際執業年數）。2009 年班的前 4 年平均案件，是將 2010、2011、2012 年份案件量加總為被除數，除數則是 3，而非 4（實際執業年數）。

圖 10 2010-2015 年班律師生涯前數年接辦法扶案件



數據來源：法扶基金會行政數據，本文製圖。

圖 11 2004-2009 年班律師生涯前數年接辦法扶案件



數據來源：法扶基金會行政數據，本文製圖。

說明：本文只有 2010-2018 年間的律師逐年法扶接案量數據。2009 年以前的案件量被假設為 0，但 2009 年以前的年份，不計入分母（除數）。舉例而言，2008 年班的前 4 年平均案件，是將 2010 與 2011 年份案件量加總為被除數，除數則是 2，而非 4（實際執業年數）。2009 年班的前 4 年平均案件，是將 2010、2011、2012 年份案件量加總為被除數，除數則是 3，而非 4（實際執業年數）。

肆、法扶外部律師接案的地域性

律師業界的常見認知是，近年來市場競爭激烈，因而有不少台北都會區的律師外溢到台灣其他地區接案(TW201716; TW201817; TW201890)²²，鬆動了原本律師執業的地域性。本部分的量化分析則顯示，至少在律師接辦法扶業務時，地域性非常強²³。在台北都會區的律師，如果他們會承接法扶案件，他們大多數會留在台北都會區，只有少部分會到桃竹苗辦案，而且幾乎不會跨越到中部或南部。中部都會區的律師基本上只承接自己區域範圍的案件，而南部都會區（高雄與屏東）更是謹守

「守備範圍」。法扶外部律師註冊法扶各地分會的數據，同樣顯示，跨「區」登錄的律師並不多見，而沒有註冊某分會的律師，自然就不會接辦該分會的法扶案件。

一、法扶外部律師接辦案件的地理範圍

本文首先依據田野調查的綜合觀察結果，將法扶執業區域分成六區：北北基執業區塊（台北都會區，即台北、新北、基隆）、桃竹苗執業區塊（桃園、新竹、苗栗）、中彰投執業區塊（台中、彰化、南投）、雲嘉南執業區塊（雲林、嘉義、台南）、高橋屏執業區塊（高雄都會區，即高雄、橋頭、屏東）、宜花東執業區塊（宜蘭、花蓮、台東）。圖 12 以六種顏色分別代表六個執業區塊，每一個小圖反映了不同區塊內，法扶外部律師的接案分布²⁴。

由圖 12 的色塊分布可知，法扶執業的地域性非常強。一名法扶外部律師如果在六個執業區塊當中的其中之一，接案超過 50%，本文就將其歸類為該執業

²² 關於法扶律師地域性的假說形成過程如下：在第一波訪談中，一位執業17年之資深律師（屆時亦於南部地方公會擔任職位）提及自身背景，從台北結束實習後返回南部執業，當時法扶剛開辦，他認為自己的職涯受益於承辦法扶業務。相似地，另一位中部資深律師（執業31年，屆時亦於中部地方公會擔任職位）也於言談中提及北部市場競爭過激，年輕律師往外地爭取業務，導致台北律師公會為了回應台北年輕律師的需求，而積極推動單一入會全國執業。在第二波訪談中，有多位在北部商務所執業之受僱律師，卻沒有提到激烈的市場可能導致其南返、南遷。只有一位年輕的企業法務律師表示有同學從台北到桃園尋求更多業務，也認為同年紀的律師會爭取法扶業務。於此，年輕律師的遷徙浮現為一個值得探討的議題。於第三波訪談當中，在台南與台東都出現有年輕律師遷自台北，而同樣都承辦法扶業務，並且認為自己受益於法扶業務。是故，本文認為「地域」是值得進一步使用量化數據檢驗的說法。

²³ 律師承辦非法扶案件時，是否固守疆域，則需要額外的數據才能探究。

²⁴ 每一個圖都是由一條一條細長條組成，每一個細長條代表一個律師，每個細長條都可能有六種顏色。接辦北北基的案件是黑色，桃竹苗的案件是綠色，中彰投的案件是紅色，雲嘉南案件是藍色，高橋屏案件是紫色，宜花東的案件是黃色。如果一位法扶外部律師一直全台各地接案，則他的細長條會是由六種顏色組成，每個組成部分的長度取決於該執業區塊案件占他接辦案件的比例。譬如如果在六個執業區塊，都是接辦六分之一的案件，則他的細長條當中的六個顏色都是16.6%，一樣長。

區塊律師。譬如，如果有一位法扶外部律師的中彰投案件占 51%，本文就稱這位律師是「中彰投律師」。這樣的做法或許會讓人覺得擔憂掛一漏萬，但將近 4,000 位法扶外部律師中，只有 20 位會在此種標準當中被排除在作圖之外²⁵。也就是，幾乎所有的法扶外部律師的接案超過一半都在六執業區塊之一。

圖 12 中，北北基的小圖幾乎都是黑色的，意思是：當一位法扶外部律師有 50% 以上的案件都在北北基時，他／她幾乎所有案件都在北北基。右上角有一個綠色的三角地帶，那就表示北北基律師不是承辦台北案件，就是辦桃竹苗案件，而且只有少部分人為之。

而桃竹苗的小圖幾乎都是綠色；有一個尖角是紅色，表示有一小部分律師在桃竹苗地區之外，也接辦了中彰投的案件。右下角的黑色三角，則是桃竹苗律師也來接北北基的案件。

其餘的小圖以此類推：中彰投律師可能往北接桃竹苗案件，也可能往南接雲嘉南案件，但這些都是小眾跟小宗。這與田野調查的結果一致。在中部地區執業二十年，也曾於地方律師公會服務過的一位資深律師清楚地表示指出中部律師的生態：

台中、彰化、南投是一個區塊，中彰投在台灣裡面算是最團結

的。照目前的執業登記，彰化應該九百多個快一千個【律師】，台中大概一千六不只。其實在彰化主事務所在這裡的，頂多一百個啦，所以大部分都是由南投或台中兼區執業。南投應該更少，在地律師不超過二十個，大部分都是從台中或彰化過去的（TW201720）。

至於南部與東部律師也呈現很強的區域性。雲嘉南律師可能往南接高橋屏案件，也可能往北接中彰投案件，但顏色區塊都很小。高橋屏律師很少人會接雲嘉南的案件，也很少人會南迴到東部去接觸宜花東的案件。而宜花東律師則是有少數往北接台北案件，跟有少部分往西南接高橋屏案件。

圖 13 可以看出有註冊法扶台北三個分會其中一分會的律師，和沒有註冊任一法扶台北三分會的律師，其註冊法扶分會的態樣不同。有註冊法扶台北其中一個分會的律師，基本上三個分會都會註冊（這個從沒有報告出來的統計數字中可以看出）。這也是為什麼在圖 13 的右邊小圖，三個分會是眾數。而如果是沒有在台北地區活動的律師，則接近四成的人是只註冊一個分會，合理推測大概就是其居住地的分會。註冊五個以上分會的人極少，絕大部分都是台北地區，從圖 12 推測，或許是他們註冊北北基的四個分會，並註冊了桃竹苗的部分分會。

圖 14 則是分同樣的六個執業區塊，來顯示 2009 年到 2017 年之間「法

²⁵ 本文先忽略了所有金馬澎的案件。本文定義下的金馬澎律師一共只有八名，金馬澎的案件也非常少，所以為了圖示方便，本文先不呈現金馬澎律師，也在圖中假設金馬澎案件為 0。

扶外部律師總量」和「當年度法扶訴訟案件數量」的增長。由這六個小圖可以知道，在每個地區，法扶外部律師總數都緩慢成長，在宜花東中尤其緩慢；在北北基稍快一些，在不到 10 年間，從 1,000 人上下成長到將近 2,000 人。但與此同時，每個地區的法扶案件量也上升。在北北基、桃竹苗、中彰投、雲嘉南、高橋屏，法扶案件量與法扶外部律師總數的成長幾乎亦步亦趨。但在 2015 年之後，高橋屏的案件量成長速度快於法扶外部律師總量成長速度，而在宜花東也呈現類似的情況。

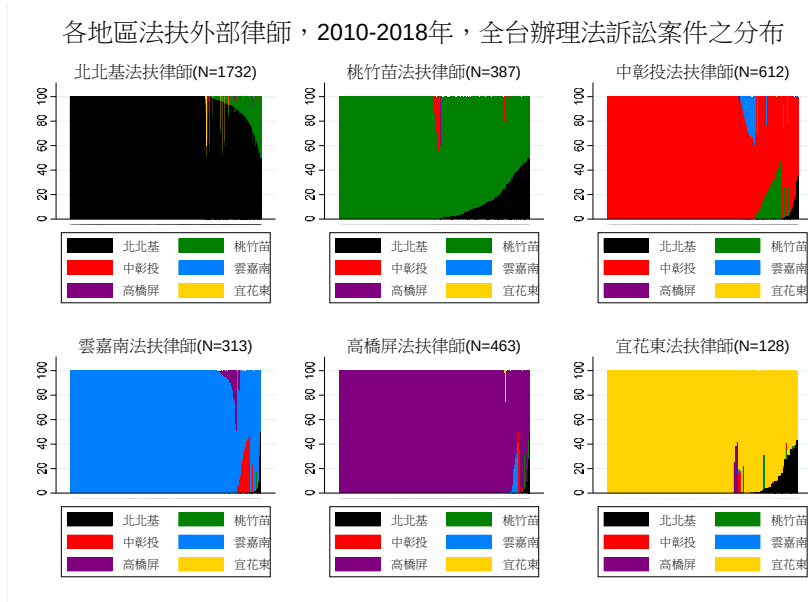
圖 15 則是以另外一種方式來呈現同樣的數據，以每年的法扶案件數量除以當時的法扶外部律師數量，得到每人平均可獲得多少法扶案件的數字。在北北基維持差不多在 7 到 8 之間。在桃竹苗、中彰投、高橋屏都緩慢上升。到高橋屏甚至一人可以分到 15 個案件。而宜花東則是持續有成長：圖 14 顯示，原因是案件總量成長，和律師人數停止成長。雲嘉南則先降後升。但總體來說，六個區域都呈現上升的情形。

圖 16 和圖 17 是所謂的盒鬚圖，中間的盒子的兩個短邊顯示了 25 百分位和 75 百分位，中間那條線則顯示中位數

也就是 50 百分位；盒子外兩側的短槓為籬笆，左右籬笆各代表第 25 百分位數減去 1.5 倍的四分位距與第 75 百分位數加上 1.5 倍的四分位距。四分位距的定義是第 75 百分位數與第 25 百分位數之差，是數據變異程度之一種測量。落在籬笆之外之圓圈為離群值，故從離群值可以找出資料之最大值與最小值。如果沒有離群值，籬笆就會停在最大值或最小值。圖 16 和圖 17 只包括我們稱為「忠實的法扶外部律師」，也就是在 2010 到 2018 年間，每年至少都接一個法扶案件的律師。

圖 16 是 2004 到 2009 年班的律師在 2010 到 2008 年間的接案數量分布。圖 16 可以看到，這六個年班的忠實法扶外部律師的接案比例差不多——圖 16 的盒鬚圖顯示，接案量的 75 百分位數在各地各年班幾乎都在 25 件以下。在 9 年之間，接案總量差異在十幾、二十件間，其現實意義不大。圖 17 納入所有律師，按照其法扶接案年資為標準，顯示其 2010 到 2018 年之間的接案數量分布。可以看到，一旦接案年資超過 6 年，7 到 9 年、10 到 12 年、13 到 15 年的律師，接案分布相差不多，沒有明顯趨勢。

圖 12 法扶外部律師接案之地域性

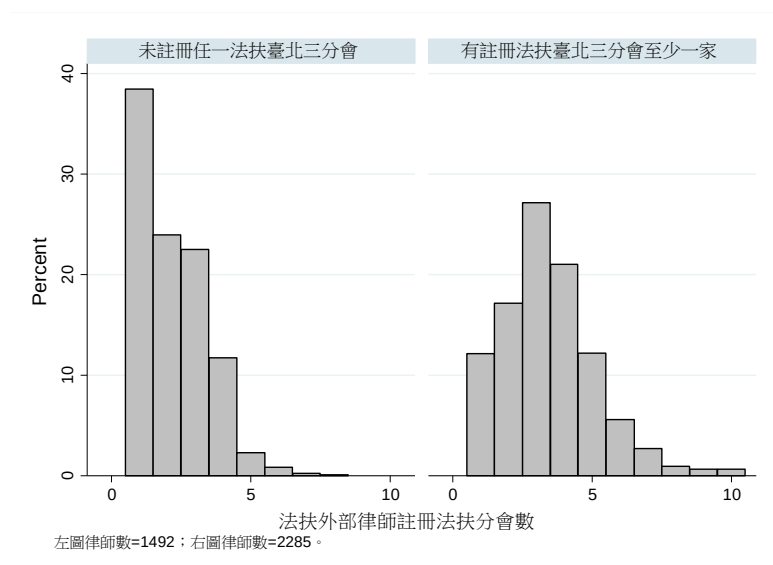


數據來源：法扶基金會行政數據，本文製圖。

說明：N=3777、Y軸顯示%。北北基律師之定義為：過半法扶案件在北北基分會，其餘類推。

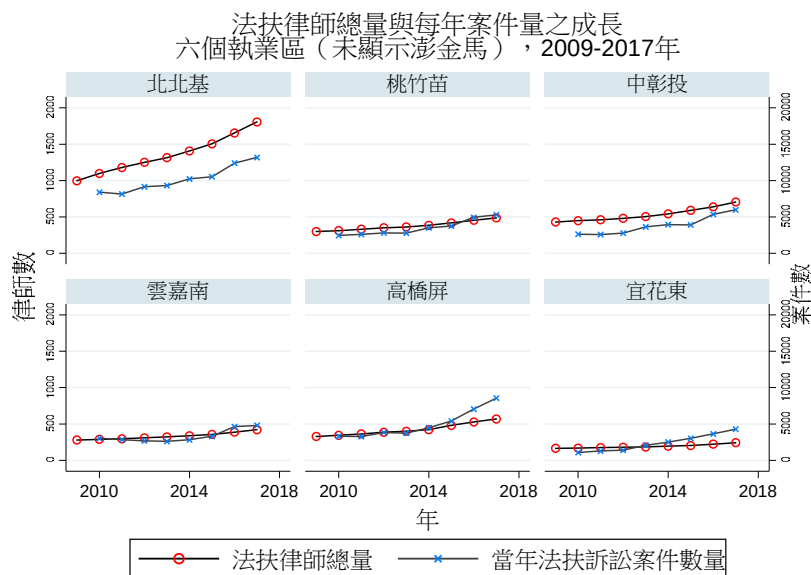
1 位律師為一細長條；其顏色呈現其接案分會來源，1 位律師只會出現在 1 個小圖，8 名金馬澎律師未納入；另外 20 名律師未於任一地區辦理過半案件，未納入。納入本圖之律師，有 178 位辦理過金馬澎分會案件，為求圖示清晰，不顯示其金馬澎案件量。

圖 13 法扶外部律師登錄少數分會



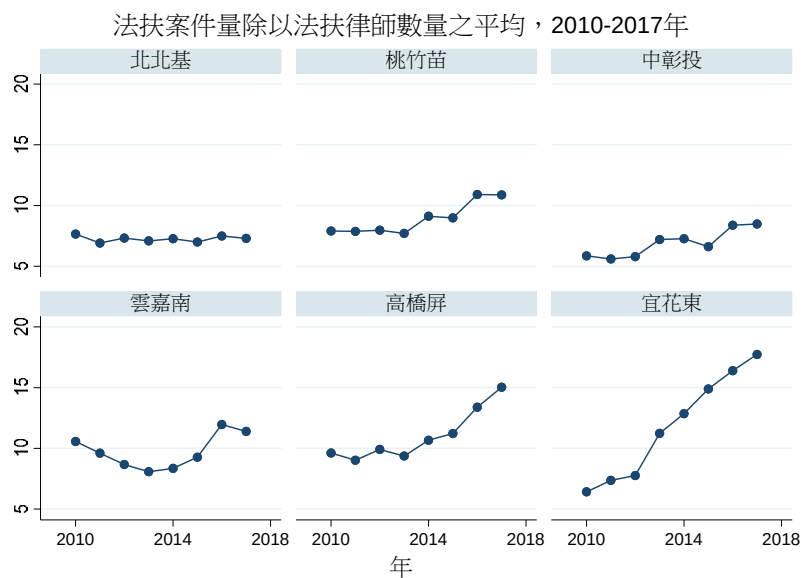
數據來源：法扶基金會行政數據，本文製圖。

圖 14 法扶外部律師總量與每年案件量之成長



數據來源：法扶基金會行政數據，本文製圖。

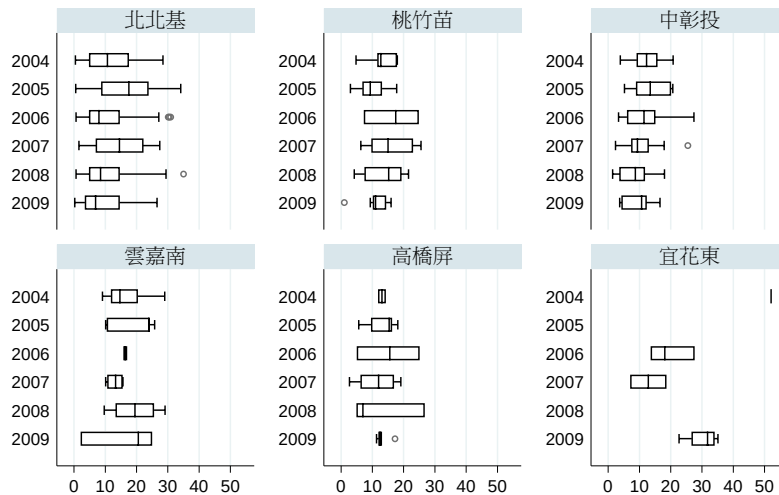
圖 15 法扶案件量除以法扶外部律師數量之平均



數據來源：法扶基金會行政數據，本文製圖。

圖 16 2004-2009 年班律師，在 2010-2018 年間，接案數量分布

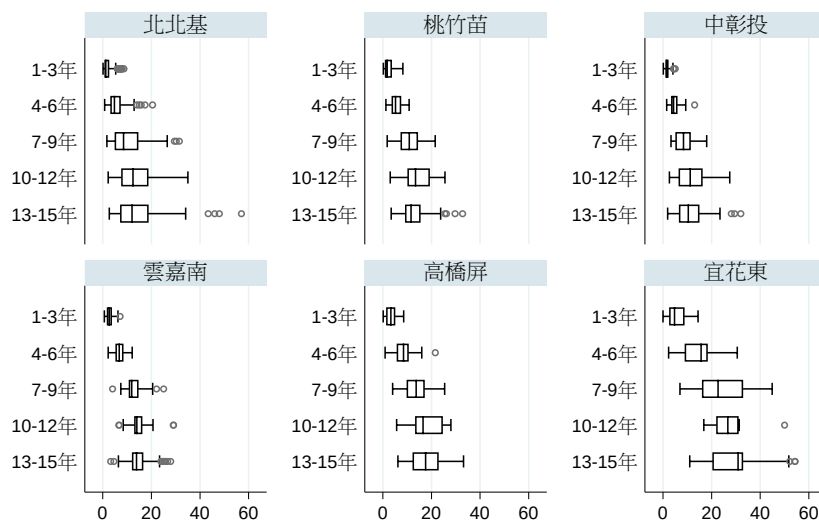
2004-2009年班律師，在2010-2018年間，接案數量分布
年班是Y軸。本圖只包括2010-2018年每年至少接1個法扶案件的律師



數據來源：法扶基金會行政數據，本文製圖。

圖 17 2010-2018 年間，各法扶接案年資律師的接案數量分布

2010-2018年間，各法扶接案年資律師的接案數量分布
法扶接案年資是Y軸。本圖只包括這9年間每年至少接1個法扶案件的律師



數據來源：法扶基金會行政數據，本文製圖。

二、法扶外部律師加入法扶分會的社會網絡分析

法扶律師的地域性除了上述的基本特徵分析，還可從另一個角度來探討。本段透過社會網絡分析，發現與上文一致的結果：法扶律師並沒有所謂「從都會區外溢」的現象。法扶外部律師重複登記在不同法扶分會的現象雖然非常普遍，但是有明顯的群體性，分為北、中、南三區，並且各有不同的群體性格。

首先，律師出現在不同分會的聯繫關係，可以用來衡量各分會之間的網絡關係，並且分析各分會的集群性。圖 18 顯示法扶外部律師在全台 22 個分會重複登錄的情形。舉例而言，有在台北分會登錄的 2,182 個法扶外部律師，其中過半也同時登入於士林分會（1,368）、新北分會（1,627）；有登錄於台中的 761 個法扶外部律師則過半也同時註冊於彰化分會（424）、南投分會（332）；有登錄於高雄分會的法扶外部律師（543）也有相當高的人數同時登錄於屏東分會（299）、橋頭分會（316）。

圖 19 用圖 18 內的登錄數量，將兩分會中有任一分會登錄於另一分會人數超過 50% 者，視為有強連結（strong tie），進一步畫出法扶分會的網路集群分析圖²⁶。由圖 19 可知，全台 22 個法扶

分會，分為 3 個集群：台北集群、高雄集群、台中集群。

以下說明此圖的呈現設定：圖中各分會與其他分會聯繫的數量，反應於其圖點的大小；與其他分會連結數量愈多、圖點愈大²⁷。圖點的形狀則反應其在各自群體內部的連接強度。所有分會的預設圖形皆為圓形。若該分會只與一個分會連結，圖示為三角形；與一半以上分會、八成以下分會有連結者，圖示為有十字的方形；與八成以上分會有連結的，圖示為內有圓形的方形。完全沒有與其他分會連結的，圖示為十字——僅有花蓮分會如此。點與點之間的距離僅是方便呈現，並無特別意義。

使用社會網絡分析理論，並繪製網路集群分析圖者，通常之分析目標在於探究資訊傳遞方式。在網路時代，台灣各地律師確實並不必要透過註冊分會才能獲得資訊。準此，本文何以要繪製網路集群分析圖？背後的思維是：法扶律師註冊不同分會，若又有接案²⁸，則確

連結標準後，決定以五成做為定義強連結的標準。五成也剛好是登記比例過半，容易為一般讀者理解。但請注意，其他數據庫、其他研究，則很可能應該選擇其他百分比，作為強連結之標準。

²⁷ 此處定義的連結數量為「擇一連結關係」，也就是雙方分會只要有一方登錄於另一方超過 50%，本文就視雙方為一個強連結。舉例而言，台北分會的註冊律師只有少於一成的律師同時註冊於馬祖分會，但是馬祖分會有高於九成的律師同時註冊於台北分會，由於馬祖的訊息因此可以流通於台北，本文仍然視台北、馬祖之間為一條強連結。

²⁸ 由於法扶基金會提供之行政數據，並未提

²⁶ 何以用五成作為標準？若將例如八成才則視為強連結，則全台分會少有連結；若將標準調低至兩、三成，則幾乎全部有強連結。過或不及，都無法看出各分會間有不同的連結程度。因此，本文在試驗不同強

實會有不同分會承辦案件的親身經驗。一些細微、可意會難以言傳的作法、訊息，可能可以藉由個別律師與各分會的互動，從一個分會傳遞到另一分會。且因分會分成三大集群，導致有三種法扶「文化」產生的可能性²⁹。

以下分述三個法扶分會其特色：

1. 台北集群

台北分會、新北分會基本上聯繫了整個北部的各個法扶分會。所以北北基、宜蘭、新竹、桃園組成了（以登錄而言）聯繫非常緊密的法扶案件律師供給群體。（以實際接案而言，請參照圖12）。不但如此，從網路集群分析的視角，台北分會也承擔了與台東以及除了澎湖以外各離島分會聯絡角色。

台北集群顯示，有相當數量的法扶外部律師是註冊台北分會的同時，也註冊了台東、馬祖、金門分會，並可能因此傳播了不同地區法扶案件的訊息、作法。這也證實了金門、馬祖的法扶外部

律師，是由台北地區的律師前往支援之說法（田野筆記 2018/11/28）。同時，台北、新北分會並沒有足夠數量的法扶外部律師，同時註冊於高雄或是台中，使得台北並沒有成為法扶律師市場的全國資訊中心——當然，此推論奠基在全國資訊中心必須有過半律師登錄於其他所有分會的假設上；而以五成為標準僅為本文武斷的選擇，其他研究者可以選擇更高或更低的標準。

2. 台中集群

台中法扶集群的情況相當特別。首先，雖然多數的法扶分會是藉由台中分會進行訊息的傳播聯繫，然而，台中分會的訊息卻無法直接傳送到台南、嘉義分會，卻必定得經由唯一的渠道——雲林分會（見圖 19）。在這個意義上，雲林分會成為上文中彰投執業區塊與雲嘉南執業區塊聯繫的代理人（agency）角色。直言之，藉由唯一的管道雲林分會，中彰投的法扶外部律師才較有機會接觸到雲嘉南的法扶案件的資訊。

3. 高雄集群

這是三個集群中成員最少的一個集群，成員僅有四個分會。這四個法扶分會雖然看似以高雄為中心，但是事實上彼此之間都有相當數量的律師同時註冊於其他三個分會之間，使得此一地區的法扶案件訊息雖然不流傳到其他集群，卻能夠在內部幾個分會之間流動，且不需要假道於高雄分會。

供每位律師在每個分會的承辦案件數量，而只有每位律師在七個分會區的承辦案件數量，故本文無法檢驗是否有註冊多個分會的律師，都有在各分會承辦案件。律師在多個分會註冊，可能有兩種原因：第一，該律師很活躍、很有口碑，在不同分會皆有案件可接；第二，該律師在一個分會的案件量不足以生存，故只能藉由在多個分會註冊、接案以滿足生計。本文數據尚無從檢驗何者為是。

²⁹ 不過，即使沒有傳遞資訊的功能，從註冊分會的網路集群分析，仍可以檢驗訪談中不時出現的「台北律師到處接法扶案件」的說法（TW201717；TW201723），進一步強化圖12與圖13傳遞的訊息：法扶執業活動的地域性。

值得特別注意的是，第一，台北、台中、高雄三個法扶分會集群之間，並沒有一個可以聯繫三群體的橋接（bridge）分會，使得三個法扶分會集群被視為是較為獨立的群體。這更進一步證實了本文前一段法扶外部律師執業有很強的地域性的結論。

第二，圖 19 顯示台南屬於台中集群，而非高雄集群，亦有訪談資料可徵。一位在南部執業約 15 年，也曾任地方公會幹部的資深律師，分析台南、高雄、屏東三地律師公會的關係：

高雄跟台南是兩個山頭，從以前活動就是各辦各的，那屏東基本上是高雄的衛星城市，包括[屏東律師公會的]理監事很多是從高雄過來的。

在歷史背景來看，高分院成立的時間，高等法院高雄分院成立的時間比台南分院晚，那府城是老台灣的經濟重鎮，高雄反而是因為工業比較晚起來的都市，所以高雄公會跟台南公會曾經是一樣大的[……]。

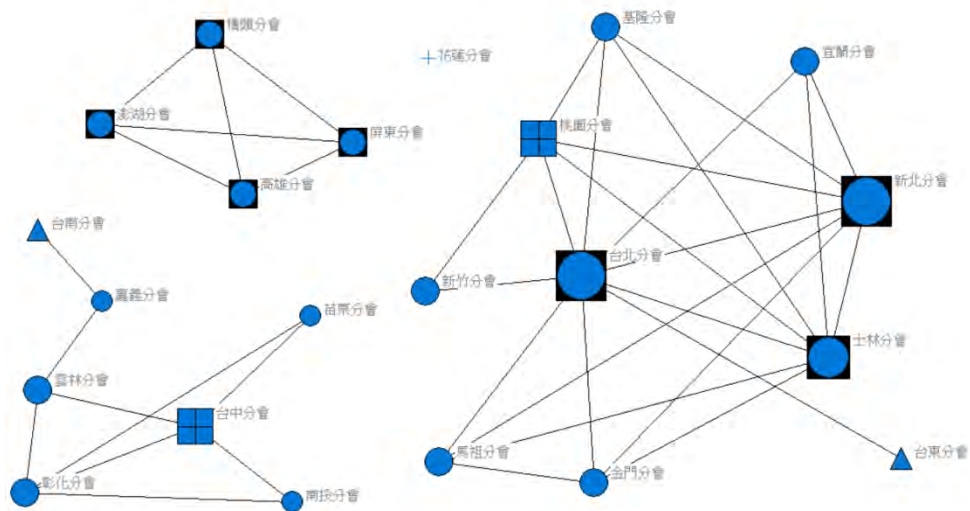
可是因為歷史往後走，高雄人口越來越多，台南社經場所比較沒那麼大，它有少於高雄一截，包括會員人數啊等等的，除了六都之後才開始又拉回來一點。[……]加入一個高雄公會，可以開少[年]家[事]法院，現在還有橋頭地院、然後高雄本院，然後高分院，四個。台南呢，就台南地院跟高分院而已，所以想要來參加高雄公會的人數就多啦（TW201716）。

圖 18 全國法扶外部律師重複登錄於其他分會的數量表

	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22
	台北	台中	台南	高雄	花蓮	桃園	新竹	彰化	宜蘭	台東	基隆	苗栗	雲林	嘉義	屏東	南投	澎湖	金門	馬祖	新北	士林	橋頭
1 台北分會	2182	191	59	90	41	794	164	97	88	33	408	100	53	59	49	70	23	259	179	1627	1368	47
2 台中分會	191	761	49	51	26	110	62	424	25	24	49	187	120	64	32	332	10	33	19	145	130	28
3 台南分會	59	49	353	93	20	32	23	54	21	21	25	30	70	87	55	35	27	17	11	39	34	84
4 高雄分會	90	51	93	543	20	49	25	39	21	27	25	31	34	35	299	31	175	27	14	64	52	316
5 花蓮分會	41	26	20	20	93	30	21	24	23	29	24	23	21	20	21	24	4	11	10	35	34	18
6 桃園分會	794	110	32	49	30	922	125	61	52	24	259	67	36	40	33	48	7	131	88	723	608	26
7 新竹分會	164	62	23	25	21	125	249	37	21	22	49	83	25	26	21	33	5	25	14	123	97	18
8 彰化分會	97	424	54	39	24	61	37	466	24	22	31	143	120	64	27	272	7	23	13	77	65	24
9 宜蘭分會	88	25	21	21	23	52	21	24	106	20	42	23	22	25	21	21	4	16	14	74	68	18
10 台東分會	33	24	21	27	29	24	22	22	20	63	23	22	21	20	25	22	5	9	7	26	28	22
11 基隆分會	408	49	25	25	24	259	49	31	42	23	425	35	24	26	22	25	5	93	62	379	368	21
12 苗栗分會	100	187	30	31	23	67	83	143	23	22	35	260	57	37	24	120	4	15	11	70	62	20
13 雲林分會	53	120	70	34	21	36	25	120	22	21	24	57	187	95	23	85	6	12	8	42	38	25
14 嘉義分會	59	64	87	35	20	40	26	64	25	20	26	37	95	168	28	46	8	14	8	46	40	24
15 屏東分會	49	32	55	299	21	33	21	27	21	25	22	24	23	28	323	25	117	19	11	36	31	219
16 南投分會	70	332	35	31	24	48	33	272	21	22	25	120	85	46	25	351	4	15	8	59	50	21
17 澎湖分會	23	10	27	175	4	7	5	7	4	5	5	4	6	8	117	4	177	11	6	13	14	122
18 金門分會	259	33	17	27	11	131	25	23	16	9	93	15	12	14	19	15	11	267	163	238	213	16
19 馬祖分會	179	19	11	14	10	88	14	13	14	7	62	11	8	8	11	8	6	163	181	163	146	10
20 新北分會	1627	145	39	64	35	723	123	77	74	26	379	70	42	46	36	59	13	238	163	1724	1283	34
21 士林分會	1368	130	34	52	34	608	97	65	68	28	368	62	38	40	31	50	14	213	146	1283	1429	29
22 橋頭分會	47	28	84	316	18	26	18	24	18	22	21	20	25	24	219	21	122	16	10	34	29	339

數據來源：法扶基金會行政數據，本文製圖，行、列的總計，呈現在表格對角線，以台北分會的列為例：總共有 2,182 位律師登錄台北分會，該列的其他數字則是這 2,182 位律師中有多少位同時登記於其他分會，對角線上下的數字對稱。

圖 19 法扶各分會的集群分析



數據來源：法扶基金會行政數據，本文製圖，本圖只有畫出強連結。若將弱連結加入，則全台所有分會皆有連結，失去以集群分析圖分析的意義。

為什麼法扶律師不太跨區執業呢？一方面，跨區執業是有成本的。律師需要在不同的地方律師公會註冊，才能在當地出庭。而各地律師公會則會向這些跨區執業的律師收取會費，有些地方律師公會收取的費用相當高昂。站在個別律師的角度，如果只是為了服務收費低於市場行情的法扶案件，跨區執業並不算是划算的生意。另一方面，各區域法扶基金會也對「跨區」執業的律師有不同的管理態度。例如，一位在高雄執業過的律師提出他的觀察：

台南法扶分會不喜歡，他會限制在地律師才派案，誰是在地律師由該會主觀認定；而屏東分會不介意，應該是因為如果限制在地律師，屏東律師很少，而且高屏兩地距離近，彼此律師常常跨區辦案

(TW201890)。

他的經驗與上文網絡分析的結果一致。台南、高雄、屏東三地雖然地理上接相鄰，但是台南是外於高雄、屏東的律師群體；而高雄、屏東是兩個緊密相連的律師群體，在這兩個地區之間，律師「跨區」辦案的情況很常見。事實上，從網絡分析的結果來看，高屏兩地可以說是同一區的律師。訪談的訊息也顯示，屏東律師並不會把高雄律師當成外人，可是台南律師會把不是台南的律師當成外人。區域認同的邊界雖然是主觀的，但卻忠實地存在，可以在質化、量化數據中反映出來。

為什麼法扶分會對於跨區執業持有不同的態度呢？跨區律師由於不容易找到人，對於當事人來說，服務品質容易打折扣。法扶對於品質的擔憂會反映在

派案上，如同這位曾於東部地區參與法扶派案程序的律師指出：

法扶會評估律師是在地或跨區，會對能夠提供給當事人的品質有疑慮。【派案】原則上公平，但會考量對律師對法扶業務的貢獻而酌增加減。派案時有審查機制，律師檢察官法官都有代表，由其審查要派給誰。例如是否參與法扶諮詢、陪偵等；參與越多，會派給他越多案。也會考慮是否能給當事人較多的幫助，例如跨區律師或是被申訴就會被扣減（TW201889）。

換個角度說，在地律師與法扶之間會形成一種互信的正回饋網絡。品質穩定、積極投入支援法扶的律師會讓法扶成為「回頭客」，願意反覆給予案件。這位在南部執業的律師經驗很好地證實，在地律師之間，也分成經常獲得機會以及不常獲得機會的兩種人：

怎麼常常都輪到我，因為以前別人都跟我說，啊我跟你講啦，好幾個月才一件，我覺得沒有啊，常常在打電話問我（TW201806）。

總而言之，從法扶本身的數據，以及本文訪談考察的結果，法扶律師的區域性很強。整體而言，法扶律師並沒有所謂「從都會區外溢」的現象，也並沒有因為世代的不同，而有不同的法扶經驗。

最後，值得一提的是關於律師遷徙（migration）的問題。遷徙也是一種「外溢」的表現。業界經常出現的一種說法

是，由於律師錄取率增加，有許多都會區的律師在激烈的市場競爭底下遷徙至其他地區接案，而法扶為他們提供了基本的案件量。例如，一位在南部執業將近 20 年的律師就提出了他的觀察：「這幾年台北的市場趨近於緊張化、飽和，所以這些年輕律師就會想說，一樣年輕一樣菜，我可能就去深耕比較都會之外的鄉鎮，所以就會回來屏東，然後南部就業。」（TW201716）或者，另一位在東部執業的律師，也認為在短期的未來，仍然會有人願意移入：「還是會【有律師移入】，畢竟法扶就是誘因……除了退休司法官，來台東的都是年輕在地人，」（TW201889）。

遷徙（migration）與跨區執業是兩組相關連，但並不同的行為模式。同樣面對加劇的市場競爭，有些律師可能會直接移出競爭激烈的地區，而有些律師可能會增加他地執業。本文目前所掌有的證據可以證實後者情況並不多，但是尚未無法確知前者敘述是否為真：律師可能在職涯的前階段就已經遷徙遠離競爭激烈的地區，而在其選定的地區落地生根，但這在現有數據裡尚未證實。另外也請注意，由圖 14 可知，從 2009 年到 2017 年，北北基地區的法扶律師從 1,000 人上下成長到接近 2,000 人；而同一時間內，在訪談中多次出現的宜花東地，法扶律師人數幾乎沒有成長。因此，是否真有大量的律師遷徙，目前恐怕需要先打問號。

伍、結論

本文利用法扶基金會提供的行政數據，法務部網站的律師資料，輔以質性訪談所獲之資訊，分析法扶外部律師的特徵與其處理法扶案件的態樣與趨勢。本文發現，法扶外部律師男性約佔三分之二；註冊為法扶律師之女性百分比，比獲得律師執照之女性百分比低。法扶外部律師最多人的年齡段是 36 到 45 歲。絕大部分的律師沒有接過法扶消債案件，而法律文件的撰擬也在十件以下居多。

本研究利用質性訪談得知一般執業律師對於法扶職業群體的觀察，再用量化方式檢驗此種認知。主要的發現是，進入法扶的律師，並沒有因為世代有顯著的接案量差異，不同世代的法扶律師接案量皆是隨著進入法扶市場逐年上升。即便將 2010 年律師錄取率上升這個關鍵差異納入考慮，世代之間接案量仍舊沒有顯著差異。沒有證據顯示，法扶註冊律師在執業資歷增加後，會明顯減少接案量。

此外，本文另一個重要的發現是：法扶執業的地域性非常強。幾乎所有法扶外部律師都在本文發現的六個執業區塊中辦理絕大部分法扶案件。若以法扶外部律師的「註冊分會」為準，全台灣 22 個法扶分會可以分為三個大的集群，分別以台北、高雄、台中為中心分會，而不同的地域群體也有不同的區域性格。

附錄：訪談方法與資料說明

本文所參照的 145 個律師訪談，來自於作者之一許菁芳在 2016 年至 2019 年之間進行的三波研究調查。以學年區分，時序與地點如下：第一，2016 年於台北完成 7 個訪談。2017 年上半年於台北、台中、彰化、高雄共訪談 19 位律師；第二，2017 年下半年專注於台北商務所，完成 27 個訪談。第三，在 2018 年，許菁芳本人於台北、台南、台東進行了 45 個訪談，並指導另外兩位研究助理在台中與花蓮完成了 44 個訪談。2019 年則又再進行了 3 個訪談。

所有訪談皆是半開放式的，長度則從三十分鐘到三個小時不等。多數為個人訪談，但依照受訪者意願與安排，也有多個團體訪談。絕大多數訪談於受訪者的辦公場所中進行；訪談前後，偶爾會受邀參觀受訪者的職業環境或餐敘，在這些脈絡中受訪者提供的資訊也會成為研究的參考資料。受訪者背景多元，包括非訟與訴訟律師，從大型律師事務所、中型所、小型所、到個人執業者皆有，年齡層亦涵括二十幾歲到七十歲。

訪談的目的在於產出豐富的厚資料（thick data）³⁰，其定義為提供敘事（narrative）、描述性資料（descriptive data）、情緒（emotion as data）、以及第一手經驗（first-hand account）。是故，雖然每一場訪談都有預先擬定的大綱

³⁰ CLIFFORD GEERTZ, THE INTERPRETATION OF CULTURES: SELECTED ESSAYS 6 (1973).

(如下)，但是每一場訪談也會根據受訪者的背景調整主題的先後順序，在訪談當中，也會隨著受訪者的答案繼續深入挖掘更多細節。

為從訪談中提煉出系統性資訊，其整理方式如下：首先，建立訪談者資料庫，包含訪談者的真實姓名、訪談編碼、訪談日期與地點、任職單位、職稱、律師資格取得年份、學歷、性別、年齡（若訪談者不願提供，則以就學時間推測）。每份訪談也都有簡短的訪談摘要，記錄訪談主題。其次，整理出重複出現的主軸（reoccurring themes）。如同序論所述，第一波訪談作為先導性研究（pilot study）已顯示諸多重要主題，包括律師的地域、世代、聲譽、競爭力。第二波訪談與第三波訪談則幫助優化（refine）關於這些主題的敘事，將其類型化、抽象化及概念化，進而提升為分析性的主張。例如，關於「地域」的資訊可以分類為「跨區執業」以及「遷徙」，成為地

域這個主題底下的次級概念。在主題優化完畢之後，再回頭檢驗所有訪談，觀察是否可以摘出更多相關的資訊。具體而言，回到資料庫當中找出同樣具有北部求學、南返執業的受訪者，檢驗她的訪談內容中是否有間接或直接相關的資訊。

下方表格列出本文直接引用的受訪者，紀錄律師編號與其基本專業特徵。訪談編號前四個數字為年份，後兩位數字為該年訪談編號。例如，TW201801為2018年訪談的第一位法律從業人員。值得說明的是，作者之一許菁芳於2018年數次參訪台灣各地法扶分會收集資料，參訪承蒙法扶從業人員幫助，獲得許多重要資訊。但由於參訪時獲得的資訊眾多，來源零星，由不同的從業人員提供、在不同時間點獲得，無法整理在單次的訪談當中。是故，若引用未發生在單次訪談中的資訊，本文則以「田野筆記（日期）」的方式標明資訊來源。

附表 1 直接引用訪談者列表

訪談編號	性別	律師執業年資 (訪談時)	是否承辦法扶	區域	其他說明
TW201710	男	15	是	南部非都會區	
TW201716	男	17	是	南部都會區	亦於南部地方公會擔任職位
TW201817	女	6	是	南部非都會區	
TW201890	男	12	是	東部	曾於地方法扶基金會擔任行政人員
TW201889	男	8	是	東部	司法官轉任律師
TW201720	男	20	是	中部	曾於中部地方公會擔任職位
TW201717	女	31	否	中部	曾於中部地方公會擔任職位
TW201723	男	3	否	北部	
TW201806	女	18	是	南部非都會區	

說明：律師排列按照於文章中出現順序，本文製表。

訪談大綱：

- 請介紹你的背景與執業概況？
- 你如何選擇你的執業領域？
- 你的客戶從哪裡來？
- 你的事務所有多少人，各自負責什麼業務？
- 在你所職業的地區，有多少律師事務所？業務類型有何不同？他們的關係如何？
- 過去 5 年之間，你所執業的地區業務有何變化？
- 你會參與律師公會或者其他職業團體活動嗎？
- 你承接法扶業務嗎？
- 在你所職業的地區，審檢辯關係如何？
- 在工作之外，你參與什麼樣的社團活動？
- 你對於司法改革有什麼看法？你對於「單一入會全國執業」有何看法？

參考文獻

一、中文部分

- 李美玉，法扶實務及發展：提升法扶品質——以臺中分會為說明，全國律師，20 卷 5 期，頁 11-22，2016 年 5 月。
- 李玲玲、楊林澂，法扶實務發展暨運行概況介紹：以高雄法扶為中心，全國律師，20 卷 5 期，頁 23-30，2016 年 5 月。
- 林金陽，法律扶助實務分享，全國律師，20 卷 5 期，頁 31-33，2016 年 5 月。
- 紀互彥，法律扶助法修正後的幾個問題，全國律師，20 卷 5 期，頁 8-10，2016 年 5 月。

二、外文部分

- Huang, Kuo-Chang, Chang-Ching Lin, & Kong-Pin Chen (2014), *Do Rich and Poor Behave Similarly in Seeking Legal Advice? Lessons from Taiwan in Comparative Perspective*, 48 LAW & SOC'Y REV. 193-223.
- Chen, Kong-Pin, Kuo-Chang Huang, & Chang-Ching Lin (2015), *Party Capability Versus Court Preference: Why Do the "Haves" Come out Ahead?—An Empirical Lesson from the Taiwan Supreme Court*, 31 J.L. ECON. & ORG. 93-126.
- Huang, Kuo-Chang (2008), *How Legal Representation Affects Case Outcome:*

- An Empirical Perspective from Taiwan*,
5 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 197-238.
- Huang, Kuo-Chang, Kong-Pin Chen, &
Chang-Ching Lin (2010), *Does the Type
of Criminal Defense Counsel Affect
Case Outcomes? A Natural Experiment
in Taiwan*, 30 INT'L REV. L. & ECON.
113-127.
- Scott L. Cummings & Rebecca L.
Sandefur (2013), *Beyond the Numbers:
What We Know — and Should Know —
About American Pro Bono*, 7 HARV. L. &
POL'Y REV. 83-111.
- Geertz, Clifford (1973), THE
INTERPRETATION OF CULTURES:
SELECTED ESSAYS, New York, NY:
Basic Books.

Who Are Robin Hood Lawyers?

Quantitative and Qualitative Studies on Legal Aid Lawyers in Taiwan

Yun-Chien Chang^{*}, Ivan Kan-Hsueh Chiang^{**}, & Ching-Fang Hsu^{***}

Abstract

Since 2004, more than 4,000 lawyers have registered as a legal aid attorney at the Legal Aid Foundation, among over 20,000 lawyers ever licensed in Taiwan. And yet, there is barely any systematic research based on quantitative data of those who participated in legal aid activities in Taiwan. Using the Legal Aid Foundation administrative data, licensed lawyer data available at the Minister of Justice website, and in-depth interviews, we come up with the following observations. First, the gender composition is similar to the profession's general perception: there are more male lawyers than female lawyers registered, and the former take more criminal cases whereas the latter take more family law cases. Second, the generational difference is not clear among registered legal aid lawyers, which diverges from the general perception. Third, in contrast to the general perception in the profession, strong tendency of local practice can be identified among registered legal aid lawyers. Six major practice areas can be identified from individual case record, and few lawyers move across practice areas to take

* Research Professor & Director of Center for Empirical Legal Studies, Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica, Taiwan; Professor of Law by joint appointment, National Chengchi University School of Law, 2019 Fall to 2020 Spring; Researcher, Center for Research in Econometric Theory and Applications, National Taiwan University. J.S.D., New York University School of Law. Email: kleiber@sinica.edu.tw.

** PhD candidate, European Doctorate in Law & Economics, University of Rotterdam, University of Hamburg, University of Bologna, University of Haifa.

*** PhD candidate, Political Science Department, University of Toronto. Email: chingfang.hsu@mail.utoronto.ca.

legal aid cases. Using data from registration records of local legal aid offices in social network analysis, we identify three clusters of local practice: Taipei, Taichung and Kaohsiung. Each cluster has distinctive connections.

Keywords: legal aid, gender in legal profession, geographic locality in legal profession, case selection, generation, inequality.

初探少年事件中拘提發動權限之歸屬^{*}

——以偵查階段為中心

范耕維^{**}

目次

- 壹、前言
- 貳、現狀整理與問題的釐清
- 參、固有偵查階段理論之批判性檢討
- 肆、結論
- 參考文獻

摘要

本文處理的問題是在少年事件的偵查程序中，拘票核發之權限應歸屬於何人：檢察官，抑或少年法院（庭）之法官？若認為應適用刑事訴訟法，認定檢察官為有權核發者時，可謂是將少年事件處理法視為刑事訴訟之特別法。反之，若認該權限仍屬於少年法院（庭）之法官，則適用者仍是少年事件處理法與其相關規範，背後思維是認為少年事

件處理法有其不同於刑事訴訟法的內涵。換言之，本文處理之問題中，蘊含的核心疑問是少年事件法與刑事訴訟法之間的關係。對此問題，我國司法院提出「固有偵查階段理論」，主張依刑事訴訟法第 228 條，檢察官在少年事件偵查階段中，仍享有核發拘票之權限。本文將透過對該理論之批判，說明少年事件處理法與刑事訴訟法在規範目的上的差異，進而主張少年事件的偵查階段不應適用刑事訴訟法，故應將拘票核發權歸於少年法院（庭）之法官。

關鍵詞：少年事件、刑事訴訟法、拘提、固有偵查階段理論。

壹、前言

我國少年事件法（下稱「少事法」）於 2019 年 6 月進行了自 1997 年修正全文以來，最大規模的一次修正，主要內容包括「廢除觸法兒童準用少事法規定，使之回歸教育、社政體系」、「去除曝險少年去標籤，縮減司法介入事由」、「建置曝險少年行政輔導先行機制」、「尊

* 投稿日：2019年12月2日；接受刊登日：2020年2月13日。

** 中央研究院法律學研究所博士後研究人員、日本一橋大學法學博士。

重少年主體權及保障程序權」、「增訂多元處遇措施，推動資源整合平台」、「引進少年修復式機制」與「恢復少年觀護所之收容鑑別功能」¹等。本文列舉修法內容，並非要評釋此次修法之良窳，而是想點出在如此大範圍的修法過程中，修法參與者們仍將焦點放在促進教育與福利體系對兒童、少年之保障，以及尊重少年主體權及程序基本權等面向，追求與所謂世界兒少司法權益接軌之目標。但於此同時，存在於少年事件開端之偵查階段中，在實務運作上迭生爭議，卻未在少事法中被清楚規範的「少年事件中強制處分權限之歸屬」的問題，依然未被放入修法議程中。簡言之，本文欲將觀察視角轉向少年案件的偵查階段，思考當有確保少年當事人到場、調查少年案件事實之內容與搜集該案件相關證據之必要時，何者為有權發動偵查者，以及其合法發動方式為何。

具體言之，由於現行少事法有關偵查階段²的條文中，僅就少年法院（庭）法官（下稱「少年法官」）傳喚少年、少

年之法定代理人（少事法第 21 條）、傳喚未到場時強制同行的合法要件與執行方式（少事法第 22 條、第 23 條）、協尋行蹤不明少年之執行方式（少事法第 23 條之 1）與責付及收容少年的合法要件與執行方式（少事法第 26 條至第 26 條之 2）等，進行規範。至於刑事偵查中常使用的拘提、搜索或扣押等手段，有關其合法要件與執行方式等，其詳細規範在少事法中可謂付之闕如，僅被簡要地於同法第 24 條訂定「刑事訴訟法關於人證、鑑定、通譯、勘驗、證據保全、搜索及扣押之規定，於少年保護事件性質不相違反者準用之」之規範。在此現況下，若考量少事法明白於該法第 1 條所揭示的「保障少年健全之自我成長，調整其成長環境，並矯治其性格」之立法目的，以其與刑事訴訟法（下稱「刑訴法」）的差異為出發點，即會衍生出二問題：問題一，少年事件之偵查階段中，拘提、搜索與扣押等強制處分，應由何人為發動主體（如：應由少年法官或刑事庭法官核發令狀）；問題二，若第一個問題中，係由少年法官作為發動者，應依少事法之精神來規範強制處分的發動與執行時，少年案件的強制處分有何特殊之法理或原則。由於篇幅所限，加之問題二係以問題一為前提，故本文將以問題一作為關照之重心。

接著，若更仔細檢視，可謂問題一實質上蘊含的論題在於將少年移送至少年法院（庭）前的偵查階段，其在少年事件的程序中應如何定性。亦即，該階

¹ 立法院三讀通過少年事件處理法部分條文修正草案新聞稿網址：<http://jirs.judicial.gov.tw/GNNWS/NNWSS002.asp?id=466989>（最後瀏覽日：2019年11月20日）。

² 本文中使用了「少年事件偵查階段」之用語，並非意指在少年事件中，於進入需保護性的調查前，有設計特殊偵查程序之必要。相反地，僅是為了較清楚描述檢警將案件移送少年法院（庭）前之階段，故使用該詞彙稱呼之。事實上，本文所欲討論的重點，也正是該階段的性質為何，以及由少事法精神來看，該階段中是否適宜賦予檢察官拘票核發之權限。感謝匿名審查者之一指出此未清楚說明之處。

段究竟應看作刑事程序的一部分，抑或是以少事法的法理基礎對現有程序之修正，又或者是基於同樣的法理基礎完全翻新設計的程序。而要回答這個論題，必須要回答一個更核心而深層的問題，也就是「少年事件與刑事訴訟間的關係」：應將少事法視為以少年為規範對象的特別刑訴法，抑或應認為少事法與刑訴法具有本質上差異？若為前者，雖然在少年事件中應優先適用少事法，但仍有適用刑訴法規範於少年事件偵查階段、以刑事庭法官作為強制處分發動者之可能；若為後者，則少事法的偵查階段中，關於強制處分之發動等，原則上應有符合少年事件特殊性的規則，例如由少年法官作為各種強制處分的審查與發動者。對此問題，我國學說曾有主張少事法是刑訴法之特別法，故應優先適用之主張³。但是，該「特別法」的意涵究竟是前述二者中的哪一個，仍未有清楚的說明。因此，為了具體討論此問題，本文中將先聚焦於「偵查中拘提」的部分⁴，透過觀察監察院曾調查之實務爭

議，指出實務上存在透過「固有偵查階段」理論，使少年事件之偵查階段刑事程序化的現象。亦即點出存在以該概念為基礎，使少年事件中拘提之發動主體與要件，皆依刑訴法來決定之立場。透過此說明，確立本文所欲批判性分析的對象為何。（本文貳）。接著，本文將批判性地檢討固有偵查階段理論的問題所在，並說明其與少事法理念間的扞格，表明本文立場係將少事法視為與刑訴法具有本質上差異性的法規範，且少年事件偵查階段不應賦予檢察官拘票核發權（本文參）。最終，以前述立場為基礎，本文將確立少年案件的偵查階段中「應揚棄固有偵查階段之理論，回歸少事法立法精神」之結論，進而說明少年事件偵查階段中的拘票核發權人為何（本文肆）。

貳、現狀整理與問題的釐清

本段中，筆者將先說明實務上將少年事件偵查階段刑事程序化，依刑訴法之規定來決定強制處分發動者的趨勢，以及說明作為背後論理依據的固有偵查階段理論。以此說明為基礎，筆者將點出本文要處理的核心問題，在於究竟應

³ 劉作揖，少年事件處理法，2011年8版，頁9。

⁴ 事實上，於少年事件的偵查階段中適用刑訴法的強制處分類型，並非僅限於拘提，尚包括搜索。如在臺灣高等法院暨所屬法院100年法律座談會刑事類提案第32號中，其討論之問題，即是當警察監控某國中不良幫派組織，查知該組織成員X（國中生未滿18歲）與同校同學數十人（均為未滿18歲之少年）組成犯罪組織，在校園內進行販賣第三級毒品愷他命及媒介同校之學生與他人為性交易等犯罪行為，認有對X與其他少年成員之住處、學校等處搜索之必要時，應由刑事庭法官或少年法

院、各法院少年法庭法官核發搜索票。不過，由於拘提與搜索係屬不同強制處分類型，應如何設計二者在少年事件之偵查階段中的合法要件，在討論脈絡上顯有差異。故在本文中，將先聚焦於拘提的部分，以釐清少事法與刑訴法間的關係為重點。至於少年案件中搜索的合法要件等，則留待他文再論。

如何看待少事法與刑訴法之間的關係：在維持少事法特殊性與少年事件刑事程序化的拉扯間，如何做出立場的選擇。

一、固有偵查階段理論與少年事件偵查階段的刑事程序化

關於問題一，在我國實務上可看出「依照刑訴法之規定，決定少年事件偵查階段中之強制處分發動者」之傾向的顯例，當推偵查中發動拘提的部分。根據第五屆監察委員林雅鋒於 2017 年 4 月 12 日提出之調查報告，其指出於其所調查的 2015 年至 2016 年 10 月之期間內，存在 53 起警察機關針對少年事件，在少年法院先議前，即依刑訴法第 76 條報請檢察官核發拘票後，進行拘提之案例。不過，從兩個面向來看，此作法的合法性與正當性都是有疑慮存在的：第一，自少事法第 65 條與第 66 條來看，檢察官可開始偵查的時點，應是少年法院（庭）依同法第 27 條裁定移送之後。換言之，檢察官欠缺可在移送少年法院（庭）前核發拘票的明文依據，故其合法性顯有疑慮；第二，由少事法的立法精神來看，若該法所著重的是少年的「健全（自我）成長發達權」，且強調成人有提供少年健全成長環境之責任⁵，則在未經少年法官判斷下，直接使少年適用以成人作為立法對象之刑事程序，是否會

招致對其健全成長的不利影響，背離少年事件的處理精神而缺乏正當性，即有疑問。在此脈絡下，司法院作為檢察官核發拘票之依據而提出的「固有偵查階段理論」，自然成為討論的對象。

關於該理論，司法院主要由兩個面向來證立之：第一，此理論是以刑訴法第 228 條第 1 項，作為檢察官在法官移交前即可針對少年事件進行偵查的法律依據，並在此脈絡下，適用同法第 71 條之 1 與第 88 條之 1 作為偵查中核發拘票的依據。亦即，其認為由於依刑訴法第 228 條第 1 項，檢察官因告訴、告發、自首或其他情事知有犯罪嫌疑者，應即開始偵查，故在「少年法庭調查、審理」的階段之前，應存在檢察官可運用刑訴法賦予之職權的固有偵查階段。依此理論，若司法警察（官）依刑訴法第 71 條之 1 第 1 項，使用通知書通知 14 歲以上之少年犯罪嫌疑人到場詢問時，若經合法詢問，該少年無正當理由不到場時，得報請檢察官核發拘票。另外，若符合刑訴法第 88 條之 1 第 1 項之合法要件者，同樣可依該條行緊急拘提⁶。

第二，從司法警察移送少年於法院的程序操作來看，司法警察機關在移送之前，有向檢察官聲請核發拘票的必要。首先，依少事法第 18 條第 1 項規定，當司法警察官或檢察官或法院於執行職務時，知有少年觸犯刑罰法律之行為時，應移送該管少年法院。而在移送時，

⁵ 李茂生，新少年事件處理法目的規定釋疑，月旦法學雜誌，40期，1998年9月，頁34。

⁶ 監察委員林雅鋒，106年司調0011調查報告，2017年4月，頁9、14。

依少年保護事件審理細則（下稱「審理細則」）第2條第1項、第2項規定，應以書面記載：1. 可特定少年、少年之法定代理人或現在保護少年之人的身分資訊、2. 少年觸犯刑罰法律或虞犯之事實⁷、3. 有關證據及可資參考之資料。故司法警察機關於移送前，為了調查犯罪嫌疑與蒐證，並釐清少年是否符合法院啟動先議權門檻之必要，故此時應屬司法警察的固有偵查階段。接著，依少年法院（庭）與司法警察機關處理少年事件聯繫辦法（下稱「聯繫辦法」）第4條第1項規定，司法警察機關逮捕、拘提少年，應自逮捕、拘提時起24小時內，指派妥適人員，將少年連同卷證，送請少年法院（庭）處理。此時，若涉案少年並非現行犯，司法警察則有必要對該少年是否觸犯刑罰法律進行查證，而有調查之必要。最後，依聯繫辦法第7條，當法官對於司法警察官或司法警察移送或報告之少年事件，認為調查未完備者，得於收案後10日內以書面敘明應調查或補足之部分，並指定期間將卷證發回命其補足或發交其他司法警察官或司法警察調查。司法警察官或司法警察應於限定之期間內補正。因此，在設有退案審查制度的情況下，勢必有使司法警察先進行調查之必要⁸。

本文認為，透過上述的簡介，可發

現少年事件偵查階段中拘提權限歸屬於檢察官的看法，奠基於固有偵查階段理論之上。詳言之，該理論之特色在於其直接自刑訴法中，尋找檢察官對少年事件發動偵查乃至於發動拘提的合法依據，在以少年作為對象的偵查階段中，逕行適用刑事程序之規範。同時，依照此理論的解釋，少年事件的程序開始時點被設定在案件移送給法官之時，而非對少年發動偵查之時。綜合這些特點，若從少年事件強調「少年健全成長」、「避免少年過早進入刑事程序」的精神來看，此理論可說是將適用少年事件目的與法理的階段，限定於案件移送法官之後，刻意忽略偵查階段適用這些法理的可能，或逕認偵查階段毋需適用這些法理。換言之，此理論可謂選擇了「迴避少年特質與少事法之法理是否仍應適用於偵查階段的問題，進而繞過了強制處分（如拘提等）之性質是否與少年事件有所衝突之問題」的論述途徑，直接取徑於解釋刑訴法來證立檢察官固有偵查階段於少年事件中的存在，且在此脈絡下順理成章地證立檢察官對少年事件發動拘提之權限。

二、核心問題：固有偵查階段理論與少年事件處理法精神間的衝突

綜上所述，要檢討檢察官在少年事件之偵查階段中有無核發拘票之權限，可謂實則是在探討固有偵查階段理論本身的妥當性，並藉此釐清將少年事件的

⁷ 此處文字仍使用「虞犯」一語，惟於2019年少事法改採曝險少年之概念後，此細則文字亦應一併調整之。

⁸ 李茂生，同註5，頁15-16。

偵查階段理解為刑事程序一部分之立場的適切與否。換言之，既然該理論的特質在於迴避少年事件的特殊性，與迴避該特殊性與刑事程序間存在的可能衝突，進而推導出將少年事件的偵查階段刑事程序化的結論。則可謂對該理論妥當性之檢討，實則蘊含了「如何在偵查階段中，看待少年事件與刑事程序間的關係」之問題。

事實上，此問題並非我國所獨有，在同樣將少年法目的理解為異於刑事程序的日本，也存在相似的爭議。在日本法上，不同於將刑訴法的目的理解為「滿足公共利益的維持與個人基本人權之保障，同時釐清事件真相，正確且迅速地適用刑罰法令」，少年法的目的中並未僅偏重公共利益的維持，而是著重於少年健全成長，以及提供矯正不法行為之少年的性格與調整其環境的保護處分，因此會建構出針對少年事件的特別程序⁹。基於此特殊性，在日本少年法發展的歷史過程中，呈現出所謂「分離、累積」的模式，亦即形成少年司法制度的軸心，在於對少年處遇與對成人處遇的分離：在刑的執行、刑罰、審判與偵查等各階段的分離中，累積而成少年司法制度¹⁰。不過，在這個分離與累積的過程中，「偵查階段的分離」可謂是較特殊的情形，而成為日本少年法發展的歷史

課題¹¹。詳細來說，日本少年司法制度的形成是沿著「（實體法上）刑事責任年齡制度的設置→成年與少年在監獄中處遇的分離（刑的執行）→對少年保護處分與處分設施的設立（刑罰）→少年審判制度的設置（審判）→對少年的特別警察行動的成立（偵查）¹²」之順序在發展，但在偵查階段並未充分自刑事程序分離，而未能發展出對少年偵查特有的程序¹³。這一點，可由日本少年法在家事法院受理前的偵查過程中，是將少年事件作為形式上的刑事案件來處理，若無特別規定時則適用刑訴法規定的現狀¹⁴中看出。對此現狀，學者齊藤豐治即認為應考量以下兩點，來設置相對於對成年人進行偵查的少年警察：第一，在犯罪偵查過程中，要特別留意少年的

¹¹ 武內謙治，同註9，頁171。

¹² 此處應注意到日本與我國在偵查主體為何者的部分，存在認知上的差異。由於在日本刑事訴訟中，警察居於與檢察官相互協助的地位而作為偵查主體之一（酒卷匡，刑事訴訟法，2015年，頁20-21），因此在討論將少年司法制度由刑事訴訟中分離而出時，自然會思考在少年司法制度中透過警察進行偵查之可能性，而出現少年事件偵查階段中的少年特別警察的構想，並進一步思考少年事件偵查階段中警察偵查權限的範圍為何。但在我國的偵查階段中，目前條文體例上，明顯是將檢察官視為偵查主導者，而警察僅是輔助機關，因此在我國脈絡下討論少年事件偵查階段的偵查主體時，就會聚焦在檢察官偵查權限的有無與偵查權限的範圍等問題上。簡言之，雖然問題意識具有相似性，但仍須留意二國在偵查法制上對於偵查主體設定的區別。

¹³ 齊藤豐治，同註10，頁298。

¹⁴ 丸山雅夫，少年法講義，2016年3版，頁117。

⁹ 武內謙治，少年法講義，2015年，頁8。

¹⁰ 齊藤豐治，日本における少年司法の形成とサイクル，甲南法学，50卷4號，2010年3月，頁293。

心理特質，充分考量對少年欠缺的防禦能力與帶有社會價值之情感的保護，必須制度性地設計應與這些特質相呼應的程序保障；第二，預防少年犯罪的行動中，應正當地實行具有與保障少年健全成長與其成長發達權相呼應之內容與程序的輔導活動¹⁵。

承上述的觀察，可發現在同樣將少年司法制度理解為具有司法功能與福祉功能，且同樣採取全案移送主義與承認法官對少年事件具有先議權的日本，也同樣存在少年事件之偵查階段仍未針對少年特質而特殊化，依然依照一般法的刑訴法進行規範的現象。而對此現狀的批評，也多是環繞少年特殊性而發，認為應正視少年事件與刑事訴訟間的差別，建構適於少年特質的偵查程序。誠然，在歷史發展的脈絡中，日本現行少年法所繼承的舊少年法，之所以對偵查程序採此種立法模式，可能原因在於創設新制度的廣泛範圍會招致過高費用的疑慮，進而造成整個少年法立法的潰敗¹⁶。在此點上，該立法背後的成本考量，未必同於我國司法院提出固有偵查階段理論的思考脈絡。但是，如學者武內謙治就認為，實則在該舊少年法時代，就已經有質疑該立法漠視少年法精神的批評，那麼在現行法已經由過往的檢察官先議主義轉為家事法院先議主義與全件移送主義的現況下，若考量正當

程序的有效保障，仍有實行適於少年之偵查的必要¹⁷。換言之，無關乎舊少年法之立法帶有成本考量的背景，單就該制度現存狀態本身，由於未考量少年事件之特質，即可認有批評與改進的必要。在此理解下，縱然該成本影響立法的歷史脈絡與我國有異，但就現存制度欠缺對少年特質之考量此點來看，上述有關日本現行法之批評，仍可謂有參考之價值。

綜上所述，可發現我國固有偵查階段理論之論述，雖然異於日本現行少年法有關偵查階段之立法設計，但皆有忽略少年事件之特質，未針對該特質來設計程序，導致少年事件偵查階段未能由刑事司法制度中分離而形成特殊規範，或者發生少年事件偵查階段刑事程序化的狀況。在此脈絡下，由上述外國學者對該國法制批判中可看出，本文欲討論固有偵查階段理論之當否時，核心問題在於應如何理解少年事件的特殊性、少事法的立法目的與刑事程序間的關係，如何在維持少年事件偵查階段的特殊性、避免少事法理念與目的不受妨礙之立場與將少年事件偵查階段刑事程序化的立場間做出選擇。唯有釐清此點，才能進而決定少年事件偵查階段中強制處分發動權限（本文中為發動拘提之權限）之歸屬，以及應如何建構少年事件偵查階段之立法原則。

¹⁵ 齊藤豐治，同註10，頁336-337。

¹⁶ 谷田三郎，少年法に就て，法曹記事，31卷3號，1921年，頁14。

¹⁷ 武內謙治，同註9，頁172。

參、固有偵查階段理論之批判性檢討

本段中，筆者將依序由二點來對固有偵查階段理論進行批判性的檢討：第一，該理論本身形式上存在推論不充分的問題；第二，由少事法的目的與立法精神，以及由此推導出的少事法與刑訴法間關係來看，該理論實質上與現行少事法無法相容。以此批判為基礎，本文將嘗試主張少事法與刑訴法間具有本質上的差異：我們不應將少事法看成針對少年的特殊刑訴法，而應理解為以少年為規範主體而異於刑訴法的一部法律。如此一來，即可得出揚棄少年事件中固有偵查概念之結論，並確立少年事件偵查階段之性質並非一般刑事程序的性質，進而否定檢察官於少年事件偵查階段中核發拘票之權限。

一、固有偵查階段理論之推論未盡完善

檢視司法院透過程序操作面向來支持固有偵查階段理論的論述中，可發現其論述除存在共通問題外，各論點本身也都存有推論未盡完善的問題。首先，司法院指出由於檢警將少年移送少年法院時，依審理細則第 2 條第 1 項、第 2 項，有製作書面並記載少年個人資訊、觸犯刑罰法律的事實與相關證據資料，故應承認檢警在移送少年之前的階段中，有發動偵查權之必要。確實，由少事法第 18 條第 1 項表明「檢警於執行職

務時，知有少年觸犯刑罰法律者，應移送少年法院」觀之，可推論在將少年移送於法院前，檢警若要知道少年有觸犯刑罰法律，勢必有在偵查過程中接觸到少年的可能性。但這僅是說明檢警有偵查權限存在的可能，並不代表檢警在少年事件的偵查階段中，其權限的行使可不因少年事件的特質而受限。換言之，單單由檢警在偵查中有接觸少年並知曉其觸犯刑罰法律之可能，就逕自推導出檢警在少年事件偵查階段中仍享有固有的偵查權限，甚且檢方有核發拘票之權利，該推論稍嫌過速且跳躍。

接著，包括依聯繫辦法第 4 條第 1 項，司法警察機關逮捕、拘提非現行犯之少年後，為查證其是否觸犯刑罰法律而有調查之必要，以及依聯繫辦法第 7 條，法官對司法警察（官）移送或報告之少年事件，享有退案審查權等，司法院據以主張少年事件偵查階段為檢察官固有偵查階段之理由，事實上都與上述主張相同，存在論述有欠完整的弊病。亦即，在第一線的偵查者必然是司法警察（官）而非少年法官的前提下，在少年事件偵查階段中，為了釐清當事人是否具有少年身分、有無移送少年法院之必要，司法警察（官）當然會想有一定程度的偵查權。與此相關，作為移送對象單位的少年法院（庭）法官，對該移送前的偵查享有審查的權限，也並非難以想像之事。但誠如前述，考量少年事件的特殊性質，縱然司法警察（官）與檢察官相較於法官，擁有最初步的偵查

權限，該權限也可能被限定或特別規範於與少年事件之性質相對應的範圍內，未必承認偵查階段就必然全部為檢警固有偵查權限所涵蓋，且也未必可推論出檢察官可依刑訴法擁有發動強制處分之權限（如：核發拘票）。

最後，若對照刑訴法第 231 條之 1¹⁸ 有關刑事程序中退案審查制度之規定架構，司法院將聯繫辦法第 7 條¹⁹ 之規範架構與意涵解釋為少年事件中退案審查制度之規定，應屬有理。不過，若依照學說看法，將刑事程序中退案審查制度的規範意涵，理解為使檢察官能透過對移送之（刑事）案件的審查，來確立其偵查主之地位，且能有效監督作為輔助機關之司法警察（官）²⁰。此時，應可將條文結構與意涵相似之聯繫辦法第 7 條，解釋為使少年法官能透過對移送之少年事件的審查，來確立其在少年事件偵查階段中的主導地位，使其可有效監督擁有偵查權限但僅為輔助機關的司法

警察（官）。若這樣的解釋成立時，則可理解為在少年事件偵查階段中，享有固有偵查權限者應為少年法官，而司法警察（官）僅是作為初階段偵查者而享有輔助的偵查權限。此時，司法院所謂固有偵查階段理論之成立與否，即有被質疑之餘地。

總結以上檢討，可以發現司法院提出固有偵查階段理論時，最主要的依據在於「為了釐清法院有無先議權」、「為了釐清少年有無觸犯刑罰法律」，故檢警有進行偵查之固有權限，進而承認檢察官有核發拘票、發動拘提之權利。但是，本文認為司法院論述的問題，也正是出自於此理由。詳細來說，司法院是從「檢警的工作內容」，亦即釐清少年個人資訊與行為內容的必要性，來建構固有偵查階段理論，但卻忽略在少年事件偵查階段中，應被關注的重點是「檢警的工作對象」；其偵查對象是具有少年此法律上特殊身分之人。換言之，若考量移送書面須記載少年個人資訊、確認是否具有少年身分的前提下，無可否認檢警機關在發現案件到移送法院之間的階段中，具有偵查之權限。但是，若考量到重點並非僅是釐清與搜集當事人資訊等工作內容，而是要釐清個人特質的對象是少年的話，當考量少年需健全成長、盡力避免過早進入刑事程序的特質時，顯然檢警擁有的偵查權限是必須相對應被限縮的，而這又包括兩種可能：1. 檢警在少年事件的偵查階段，可能並未擁有固有的刑事程序之偵查權限，該權限實則

18 刑訴法第231條之1第1項：「檢察官對於司法警察官或司法警察移送或報告之案件，認為調查未完備者，得將卷證發回，命其補足，或發交其他司法警察官或司法警察調查。司法警察官或司法警察應於補足或調查後，再行移送或報告。」

19 少年法院（庭）與司法警察機關處理少年事件聯繫辦法第7條：「法官對於司法警察官或司法警察移送或報告之少年事件，認為調查未完備者，得於收案後十日內以書面敘明應調查或補足之部分，並指定期間將卷證發回命其補足或發交其他司法警察官或司法警察調查。司法警察官或司法警察應於限定之期間內補正。」

20 林鈺雄，刑事訴訟法（下），2017年8版，頁80。

為少年事件之性質所賦予；2. 檢警在少年事件偵查階段中，可能仍有刑事偵查之固有權限，但因為少年事件特質而受限縮。若是如此，雖然究竟是何者仍有釐清之必要，但可確認的是檢警在少年事件偵查階段中，應沒有司法院該理論所預設，可廣泛到檢察官得擁有核發拘票權限之偵查權。

綜上所述，固有偵查階段理論若欲證立自身主張時，勢必須面對少年身分的特殊性，以及由此而生的少年司法制度與少事法之特殊性，並論證為何可忽略該特殊性，或提出更強而有力的論據來說明檢警在少年事件偵查階段中，可擁有如同刑事程序中的偵查權，進而推導出以刑訴法第 228 條第 1 項作為該固有偵查權之依據，以及賦予檢察官依刑訴法核發拘票之權限。惟於監察院調查報告所顯示的司法院論據中，此最關鍵之論證，可謂付之闕如，也成為該理論之推論跳躍而難謂詳盡之處。

二、固有偵查階段理論欠缺與少年事件本質、少事法目的間之相容性

根據上段的檢討，固有偵查階段理論之論證中，形式上最明顯的缺漏，在於未能說明面對少年事件的特質以及少事法第 1 條即揭示的立法目的，檢警在少年事件偵查階段中，為何可排除來自這些特質或目的之限制，仍能適用性質上屬於刑事程序之偵查發動依據（刑訴法第 228 條第 1 項），以及為何檢察官可

發動本質上屬於刑事程序中強制處分的拘提。簡言之，縱然檢警作為先於法官接觸少年的偵查者，若要建構其可以刑訴法規範為依據且發動刑事程序性質之強制處分的理由時，就必須面對刑事案件與少年事件間存在的性質上差異，並由該辯證中推導出少年事件偵查階段仍可適用刑事訴訟規範的理據。但是，由監察院報告所呈現的司法院說明中，顯然未能看到司法院對此核心問題進行論述，其僅是迂迴地以檢警擁有該階段中之偵查固有權限來迴避此關鍵爭論，而徒留一塊論證上的空白地帶。本文認為，要批判性檢討固有偵查階段理論，除了形式上指出論證的缺漏部分外，更應實質地面對少年事件與刑事程序間衝突的問題。換言之，筆者認為唯有正面就少事法與刑訴法在偵查階段中的關係、少年事件偵查階段之性質進行實質檢討，才能根本地提出對固有偵查階段理論之批判。

（一）少年司法制度與少事法之特殊性：作為設定少年事件處理框架之特別法

若要掌握少年事件與少事法的特殊性，就必須由其作為「以少年為規範對象之法規」來談起。所謂少年，並非僅法規所示之「12 歲以上 18 歲未滿之人」的形式意義而已，而是具有描述某種主體形象之實質意涵。亦即，該形式上的年齡基準，僅是為呼應少年概念的實質內涵，嘗試用來具體描述該主體形象而

劃出的一段人類年齡範圍。在此理解下，實質意義的少年其實是一種相對於成人形象而形塑出來的概念：與已經發展成熟、受外在環境影響較小之成年人相比，易受外界環境影響、人格等仍在發展階段的未成熟主體形象。借用學者丸山雅夫的用語，即是少年不單單只是小大人，而是具有未成熟、可塑性與教育可能性高等實質意涵的特質²¹。

在此脈絡下，不同於以成人作為主體的刑法或刑訴法，以少年作為規範主體的少事法，即會對應於該主體形象而建構其目的，以及衍生具體條文規範。換言之，當將少年所具有的未成熟、可塑性與教育可能性高等特質（下稱「少年特質」）等，納入建構少事法之考量時，基於該作為未成熟且具可塑性之形象，即會產生以引導該少年成長、治理其成長環境為目的之法規。其顯例即如我國少事法第1條所揭示「為保障少年健全之自我成長，調整其成長環境，並矯治其性格」之立法目的，借鏡學者李茂生關於「愛的司法」與「贖罪的司法」之分類，無論是從普遍性、抽象性的人性尊嚴角度來理解該條，並在成長過程連續性的假設上，嘗試來引導少年成為成人理想形象之前者，抑或如學者李茂生所支持的從強調個體複雜性、多樣性的個人尊嚴角度來理解該條，並在非連續性的獨立性的前提下，嘗試來引導少年找尋實存的自我主體之後者²²，都呈

現出考量少年主體形象並嘗試引導的規範精神。

而若以少年主體特質為基礎的規範是基於上述目的來建構時，則其程序設計勢必不同於以成人為主體，基於成人人權保障及公共利益之衡量來訂定的刑事程序。相反地，須納入對少年健全成長之考量，由保障該目的、維持少年事件程序正當性的角度來建構少年事件之程序²³。以日本為例，其刑事程序偵查階段係以適用起訴便宜主義，賦予檢察官對起訴、不起訴享有廣泛的裁量權為特色，但其少年法並未賦予檢察官此等權限，而是以要求將全部案件移送家事法院（全案移送主義）作為原則²⁴，這正可解讀為是考量少年健全成長之目的，希望透過少年法院來考量少年利益並進行引導的產物。而以我國少事法於1997年的修訂過程為例，則是透過福利行政系統與少年司法審理系統的相互刺激，形塑出所謂司法福利系統之內涵，藉此將少年司法與刑事司法系統加以區隔²⁵。詳細來說，建立在少年健全發展之目的上，作為司法福利系統的少事法與少年司法制度中，所要判斷的不僅是

後現代法秩序序說，收錄於：少年事件處理法論文集——一部以贖罪心理與道德決斷形塑出來的法律，2018年，頁128-136。

²³ 本庄武，少年に対する刑事処分，2014年，頁20。

²⁴ 川出敏裕，少年法，2015年，頁3。

²⁵ 李茂生，後現代犯罪學的啟示與少年事件處理法，收錄於：少年事件處理法論文集——一部以贖罪心理與道德決斷形塑出來的法律，2018年，頁61。

²¹ 丸山雅夫，同註14，頁1。

²² 李茂生，新少年事件處理法的立法策略——

少年行為的合法或非法，也同時要判斷少年需保護或不需保護²⁶。而此司法福利系統的特殊性，依照學者李茂生的描述，包括兩部分：第一，對於福利行政系統的開放性；第二，保持與刑事司法系統間消極的關係。前者的部分，係指當司法福利系統與福利行政系統相耦連時，可對福利行政系統所產生之元素予以積極解釋，並使之進一步影響司法福利系統；後者的部分，係指當兩系統耦連時，積極地排除適用刑事司法系統的可能，且對於刑事司法系統對司法福利系統之刺激，進行消極地解釋來免於受其影響²⁷。

依本文之詮釋，可將上述關於少年司法制度與少事法性質之描述，理解為少年司法制度與少事法是在促成少年發現自我、建構可賦予其發展個人可能性的宗旨之下，所形成的一個用來處理少年事件的框架。因為此框架是建構在司法制度的基礎上，故具有司法制度的外觀，顯例即為少年法院（庭）的設置。但同時基於少事法的目的與對少年特質之考量，形成這個框架實質內涵的，並非刑事訴訟制度所蘊含的實體真實發現、公共利益之追求與人權保障、法定程序之追求間的權衡，因此雖然少年事件同樣有偵查、審判與處遇等面向，但

這些制度的內涵都是透過與福利制度間的相互影響所重塑，形成有著司法制度、組織與人員之形式外觀，但本身實質上蘊含引導少年之福利思想的制度，包括全案移送主義、少年法院（庭）、保護處分等。基於相同原因，少年司法制度與少事法中，為避免影響對少年健全成長之引導，將會盡力迴避少年進入刑事程序之可能。在此理解下，少事法所設的框架本身即不會具有刑事程序的性質，縱然有刑事程序相關制度的適用或相關人員參與少年事件，其只是形式上看似適用刑事程序，實質上內涵已經是以少事法的精神來進程序：形式外殼與組成相同，但實質運作精神全然相異。或者，也可以理解成：刑事程序要能夠運作在少年事件中，必須是在少事法所設框架中運作，不得牴觸少年司法制度之精神，此時該刑事程序之運作實質上可與少事法目的相容，已可謂是少年事件之程序。

（二）小結：無法與少年司法制度本質相容的固有偵查階段理論

以上述關於少年司法制度與少事法的描述為前提，可以發現以引導少年成長、促成少年健全發展的框架本身，與刑事訴訟偵查階段的構造間，處於不相容的狀況。若我們由所謂偵查程序構造的面向切入，會更為清楚。關於偵查階段的構造，主要可分為兩種居於對立的看法——糾問偵查觀點與彈劾偵查觀

²⁶ 李茂生，同前註，頁62。

²⁷ 李茂生，我國少年事件處理法的檢討與展望——以刑事司法與福利行政兩系統的交錯為論點，收錄於：少年事件處理法論文集——一部以贖罪心理與道德決斷形塑出來的法律，2018年，頁337。

點：前者認為作為起訴前程序之中心的偵查階段，係由被授與強制處分等權限的國家機關來進行，而偵查的目的在於透過對犯罪嫌疑人的調查，來追求實體真實的發現，至於法定原則與令狀主義等，則是為了防止國家濫權追訴所設的限制；後者則認為偵查階段是偵查機關與犯罪嫌疑人作為對等主體來進行審判程序的準備工作，而強制處分權限為法院所擁有，僅是由偵查機關來執行²⁸。但是，由上述對少年司法制度與少事法之性質的描述中，可發現其性質與這兩種刑事訴訟的偵查構造難以契合。詳細來說，由於少年司法制度的目的在於將少年視為程序主體來促進其健全成長，故自難相容於將少年作為調查客體的前者。另外，雖然後者是將犯罪嫌疑人視為程序中防禦活動的主體，強調其在審判準備工作中，應保障其防禦權²⁹。但在少年司法制度中，除了其主要目的並非刑事程序所追求的實體真實發現外，在將少年視為應促成其實現自我之主體的理解下，法院與少年的關係也偏向於「法院基於成年人之責任，以贖罪的精神去提供少年成長的可能」，而非刑事程序中二者一同準備發現真實的關係。

綜合以上討論，可發現少年司法制度與少事法本身，及與刑事訴訟間存在本質上之差異。因此，回頭來看本文所關注的少年事件偵查階段，雖在其中確實可能於形式上存在檢警偵查的可能，

但該檢警偵查之進行勢必是在少事法目的所形成的框架中為之。亦即，該偵查行為不可與少事法精神相牴觸，不得影響少年之健全發展，其目的已異於刑事訴訟，實質上成為少年司法制度的一環。此時，可以說少事法並非針對少年適用的特殊刑訴法，少年事件偵查階段自然也不是刑事偵查的一環，不應發生刑事程序化的現象。相反地，少事法就是以少年作為規範主體，針對該特殊主體來修正實體面向與程序面向，具有自身價值追求（少年健全發展）的一部法規，而少年事件偵查階段也應理解為對應少年特質而設計的資訊搜集程序。以此為基礎，結論上來說，在少年事件偵查階段中，就不可能存在檢警基於刑事程序之犯罪偵查而來的固有偵查階段。縱然承認在將該管少年移送少年法院（庭）前，檢警有調查權限，那也不是檢警基於刑訴法第 228 條第 1 項而享有的固有偵查權限，而是在少年司法制度的框架中，於不違反少事法精神的前提下，承認第一線偵查者現實上必然先於少年法官接觸該管少年，而有進行初步偵查的權限：形式上看似刑事偵查，實質上是以相似的偵查人員與行為為基礎，融入福利精神而以協助少年成長、防止被刑事程序影響為目的之少年事件偵查程序。

²⁸ 後藤昭，捜査法の論理，2001年，頁251。

²⁹ 白取祐司，刑事訴訟法，2015年8版，頁75。

三、小結

(一) 欠缺法律依據之固有偵查階段理論

回顧前面對固有偵查階段理論之批評，該理論在論證上的缺陷之一，就是忽略了對少年事件與刑事訴訟間之關係的分析，以及如何在二者的衝突中證立拘提等強制處分在少年事件偵查階段之適用可能。對於少年事件與刑事訴訟間之關係，本文已確立了少事法本質上並非刑訴法的特別法，而是以少年為規範主體並以幫助其健全成長為目的而訂定之規範，並作為處理少年事件與形塑少年司法制度的框架：透過其劃出刑事程序之要素可適用於少年事件的部分，或將刑事程序中部分要素整合並轉化為少年司法制度一環。在此意義下，若考量少年健全成長目的之充分達成，避免國家過早介入會影響少年健全成長、防止少年輕易被影響而作出非任意自白，不僅限於少年移送法官之後的階段，包括移送前的少年事件偵查階段，也應避免適用刑訴法。亦即，偵查階段仍應適用少事法法理，考量少年特質後，調整偵查方式並盡可能不要影響少年心智、精神狀況與提供少年偵查中協助，追求引導少年健全成長之目標³⁰。依此推論，固有偵查階段理論顯然無法與少年司法

制度與少事法相容，亦即不應將少年被移送於少年法官前之階段的性質，視為刑事程序的一部分。換言之，不應將少年事件的起點設定在「移送少年法官時」，少事法法理的適用不應侷限於少年移送少年法官後的階段。

在此脈絡下重新檢視刑訴法第 228 條第 1 項時，由於該條文是規範在以成人作為規範主體而建構的刑訴法中，其若欲適用在少年事件時，必須要受到少年司法制度與少事法所形塑的框架所限制，或必須透過該框架被整合適用於少年事件中。因此，本文認為應將該條之適用，目的性限縮為「檢察官因告訴、告發、自首或其他情事知有犯罪嫌疑者，『於不反於少年事件之範圍內』，應即開始偵查」。此時，檢察官在少年事件中適用本條來發動偵查，必定只能在不反於少年健全成長的範圍內（少事法定之框架內）為之。易言之，檢察官的偵查行為是否可行使，都必須逐一經過少年健全成長目的之檢驗，無法以刑訴法第 228 條第 1 項為由，就證立其可在少年事件偵查階段中不受限地使用任何刑事訴訟上偵查手段與處分方式。

接著，若配合少事法第 18 條，可更清楚發現上開解釋與現行少年司法制度間的相容性。也就是說，在保障少年健全成長的思維下，少事法第 18 條關於全案移送主義與少年法官先議權的明文規定，即可看成是基於該思維所具體形塑出的少年事件處理框架。該框架的意義在於少年若觸犯刑罰法律時，基於少年

³⁰ 相似考量：武內謙治，山形マツト事件：少年事件の事実認定と捜査、少年法「改正」，法学セミナー，48卷6號，2003年6月，頁33。

特質，不應逕行適用僅追求實體真實發現的一般刑事程序來處理，而應交由少年法官基於引導少年健全成長的精神，考量少年的須保護性後，決定程序的走向。在此理解下，少事法第 18 條所欲傳達者，正是否定檢警作為偵查主體，並認為應以專業的少年法院作為主體來審理少年犯罪事實與少年須保護性之訊息³¹。此時，在偵查階段中，縱然檢警尚未進行縝密的偵查，只要初步認為有少年觸犯刑罰法律之嫌疑，就應該移送給少年法院（庭），由少年法官來決定接下來的偵查方式。我們可以說，這樣的理解正與上一段關於刑訴法第 228 條第 1 項相一致，亦即該條文在少年事件中無法再賦予檢察官作為偵查主導者的權利，反之其必須在少年司法制度與少事法所設定的框架中，於經少年事件偵查主導者之少年法官審查後，於不影響少年健全成長的範圍內被適用。結論上，考量強制處分等可能造成對少年之標籤作用或其偵查過程可能影響少年未來成長，刑訴法第 228 條第 1 項被適用於少年事件之範圍，可能僅限於對少年違反刑罰法律的初步偵查³²。

³¹ 李茂生，同註22，頁162。

³² 匿名審查者之一曾指出，現行實務上檢警會為了調查其他共同被告（成人）的犯罪事實，而將少年以「證人」或「關係人」的方式傳喚或通知到案。關於此種偵查方式的合理性，本文認為同樣要放在本文對於少年事件偵查程序性質之理解上，進行說明。詳言之，本文認為檢警僅能就移送於少年法院（庭）後，供法官判斷該少年是否應移送於檢察官的相關事證，進行初步的偵查。因此，與該目的無關的狀況下，

最終，若再結合少事法第 27 條、第 65 條與第 66 條一併觀察時，對刑訴法第 228 條第 1 項在少年事件中被限制適用而無法作為固有偵查階段理論之依據的理解，會更為清楚：若我們對比少事法第 18 條與第 27 條中，移送給少年法官審查的對象是「少年觸犯刑罰法律」，而當法官依同法第 27 條移送給檢察官處理後，亦即對少年行為性質進行判定後，在同法第 65 條與第 66 條中作為由檢察官依刑事程序來追訴的對象是「少年犯罪」，即可發現在少事法的框架下，能夠適用刑事程序來進行追訴的必須是已經過少年法官審查且定性為「犯罪」的刑事事件，且此時檢察官使用刑事程序追訴的依據是賦予檢察官對刑事事件開啟偵查的少事法第 66 條，而非同法第 228 條第 1 項。既然如此，可詮釋為在少年事件中呈現出「刑訴法第 228 條第 1 項→少年法官先議（少事法第 18 條、第 27 條）→少事法第 65 條、第 66 條」的圖示，而刑訴法第 228 條第 1 項於此圖示中，僅能在不牴觸少事法目的所設框架的前提下，被整合為少年事件中作為檢察官擔任第一線偵查者來進行人別確定、少年身分判定與事證搜集等初步偵查的依據，無法作為檢察官擔任偵查主而適用刑事程序相關規範來處理少年

為避免使少年過早進入刑事程序而影響少年之健全成長，其餘關於犯罪事實更詳細的偵查行為，檢警應無權為之。在此脈絡下，為了調查其他共犯詳細犯罪事實而將少年以證人等身分傳喚到案之行為，應不合乎少年事件偵查階段之性質，不宜為之。

犯罪之依據。在此脈絡下，即與前述關於刑訴法第 228 條第 1 項之解讀相契合，也可發現要透過刑訴法第 228 條第 1 項來推導出所謂固有偵查階段理論之作法，顯然窒礙難行。

（二）重新商榷少年事件偵查程序中檢察官之拘票核發權限

最後，以上述對固有偵查階段理論的批判性檢討為基礎，筆者基於下述三個理由，提出在移送少年法官先議之前的偵查階段中，檢察官應無拘票核發權限之看法：第一，回顧檢察官在少年事件偵查階段中可依刑訴法第 71 條之 1 第 1 項、第 75 條、第 76 條與第 88 條之 1 第 1 項來發動拘提之權限，是建立在固有偵查階段理論成立的前提之上。亦即，因為少年被移送少年法官先議前的階段，被該理論詮釋為檢察官可依刑事程序進行偵查的固有偵查階段，故檢察官自可在該階段中依上開刑訴法之規定來發動拘提。但是，在固有偵查階段理論為本文所否定的前提下，檢察官於開始偵查後得否進一步發動拘提，就必須檢視作為短期人身自由的拘提是否與促進少年健全發展之目的有所衝突，其可否與少事法的框架間存在相容的關係。換言之，若對照前述考量刑訴法與少事法規範對象的差異，對於刑訴法第 228 條第 1 項所為之限縮解釋，則刑訴法之拘提在少年事件中，也應限縮解釋為「於不反於少年事件之範圍內」可發動之。

此時，關於拘提與少年事件間的關係，可由拘提之性質切入，進行觀察。首先，拘提是一定期限內（短期）拘束被告人身自由，強制其到達一定處所接受訊問，以保全被告、蒐集與保全證據為目的的強制處分³³，其是在考量程序順利進行、實體真實發現與人權保障間的關係後，賦予檢察官在偵查中發動之權限。但是，在少年事件中，考量的目的還必須納入對少年健全發展之影響，此時考量對少年人身自由的限制可能造成其恐懼等心理上不利影響，以及少年的未成熟性可能導致其在偵查中無法作出充分判斷，將發動權限交由不以考量少年須保護性為目的，而是以發現真實與保全程序等主要工作的偵查機關來發動，似乎難以契合少年司法制度與少事法所揭示之目的與價值。且若自少事法第 21 條傳喚少年之規定與第 22 條強制少年同行到場的規定觀之，此二條會間接或直接干預少年人身自由之規範中，都是由少年法官作為發動者，或可理解為立法者在衡量少年健全發展與實體真實發現等價值衝突後，選擇將干預少年人身自由之偵查行為發動權限交予少年法官。在此理解下，同屬干預人身自由的拘提，於少年事件偵查階段中，自然也不應交由檢察官來發動。

第二，若檢視刑訴法中偵查階段的拘提發動主體，顯然是「檢察官」。但是，誠如上段（參、三、（一））所述，在少

³³ 林鈺雄，同註20，頁357。

事法第 18 條採全案移送主義的前提下，於少年法官對少年行使先議權之前的偵查階段中，檢察官得作為偵查主體而發動者，僅可能是對人別與犯罪嫌疑等進行初步偵查工作，並無發動拘提此種強制處分的可能。在此前提下，檢察官若在移送少年於法官前，就率先核發拘票、發動拘提，可謂已居於偵查主體的地位來發動偵查，但使用的偵查方式已經超過該階段中得行使之權限，此時該檢察官發動拘提之處分行為，適法性即顯有疑義³⁴。

第三，若檢視刑訴法中有關拘提對象之用語，從拘提適用對象為「被告」（刑訴法第 75 條、第 76 條），或如緊急拘提之目的為「偵查犯罪」（刑訴法第 88 條之 1）觀之，其性質上得否相容於少年法官先議前之偵查階段，容有疑義。當檢視刑事訴訟中被告的意涵時，其係指「刑罰權對象之特定人」³⁵，亦即刑罰權所施加的對象。但是，若把目光拉回到少年司法制度與少事法時，由於制度（如少年法院、保護處分、少年監獄）與規範的設計皆以少年健全發展為目的，加上少年法官審查時也必須兼顧「須保護性」的判斷，故作為規範對象的少年，其性質上並非單純的刑罰權施加對象，而是具有應受國家引導、保護的形象。簡言之，從刑訴法與少事法

對規範對象的預設來看，少年與刑事被告在內涵上具有根本差異。在此脈絡下，在少年被移送給法官進行先議前的階段中，可以說少年作為刑事事件的被告、刑罰權行使對象的地位尚未形成，則自然也不可能適用以被告、犯罪嫌疑人作為規範對象的刑訴法之拘提相關規定。國內如黃士元檢察官亦持相似見解，其也認為在少年法院未行使先議權移送少年於檢察官偵辦前，該少年尚未形成刑事被告之地位，檢察官僅可將該少年依少事法第 18 條移送少年法院（庭），不得據認其為被告而發動拘提³⁶。

綜合上述三點理由，在少年事件偵查階段中，檢察官應不得依刑訴法第 71 條之 1 第 1 項、第 75 條、第 76 條與第 88 條之 1 第 1 項等規定，來合法發動拘提。以此為前提，固有偵查階段理論主張檢警可依刑訴法第 71 條之 1 第 1 項或第 88 條之 1 第 1 項，於少年事件偵查階段中發動拘提之看法，顯然因為這些條文並非少年事件偵查階段中發動拘提之依據，而有所謬誤。若依法律保留原則之精神，特定領域國家事務應保留由立法者透過法律規定，其行止之決定也應依法律的指示為之³⁷，而刑事訴訟中拘提是對憲法第 8 條所規範之人身自由產生限制的強制處分，故應受該原則之限制³⁸。在此前提下，由於少年事件偵查

³⁴ 相似看法：黃士元，檢察官對少年核發被告拘票之適法性——以先議權行使前為核心（上），法務通訊，2742期，2015年4月，頁第三版。

³⁵ 林鈺雄，同註20，頁159。

³⁶ 黃士元，同註34，頁第三版。

³⁷ 許宗力，論法律保留原則，法與國家權力，1994年2版，頁118。

³⁸ 林鈺雄，同註20，頁310、319。

階段中，欠缺檢察官核發拘票、發動拘提之明文依據，故固有偵查階段理論之操作，顯然會違反法律保留原則之要求。此外，縱然不採法律保留原則之觀點，依最高法院 106 年度台上字第 3788 號刑事判決與學說依憲法第 8 條、第 23 條所建構的強制處分法定原則³⁹，由於依固有偵查階段理論而在少年事件偵查階段中發動之拘提欠缺明文規定，故顯然也不符合該原則，而有所違誤。綜上所述，由於拘提作為強制處分，係以存在明文規定為合法發動之前提，故在固有偵查階段理論無法提供少年事件偵查階段中檢察官拘提發動權之明文依據的前提下，該理論顯然有違法律保留原則或強制處分法定原則之要求，無法作為賦予檢察官該階段中拘票核發權限之理論依據。

肆、結論

在前三段中，筆者對司法院為支持檢察官在少年事件偵查階段中擁有拘票核發權限而提出的固有偵查階段理論，提出了批判性的檢討。在本段中，筆者將簡單說明兩點來作為本文的結論：第一，少年事件偵查階段中，少年法官為擁有合法拘票核發權限之人；第二，延續本文，未來有就少年事件偵查階段設計立法原則與法理之必要。

首先，本文否定檢察官具有在少年

事件偵查階段中的拘票核發權，並基於下述理由，主張在該階段中，應將發動拘提之權利，交由少年法官來行使。第一，在前述（貳、三、（一））對少事法第 18 條之詮釋中，已指出該條所傳遞者，為少年事件的主導者是少年法官之訊息。若是如此，則在少年事件中有短期拘束少年人身自由之必要時，即應由非僅以蒐集事證為目的，也同時追求關注少年健全成長與須保護性等目的的少年法官，來做出是否核發拘票、發動拘提之決定。第二，以少年司法制度與少事法所設定的框架來看，在少年被移送於少年法官前，檢警在偵查中可為者僅限於在不反於少年司法制度與少事法之精神的範圍內，進行初步的偵查工作。換言之，若要發動對少年人身自由產生限制之拘提時，若考量使少年避免過早進入刑事程序之要求，並兼顧對少年須保護性之考量，使之符合前述框架者，即應由少年法官為之。

不過，若肯認由少年法官扮演少年事件偵查程序之主導角色，僅有少年法官可核發令狀來限制少年人身自由時，其可能的法律依據為何，是需探究之事。對此，在少事法中與刑訴法第 71 條之 1、第 75 條與第 76 條之條文結構與干預權利性質最為相近者，應屬該法第 22 條⁴⁰有關「同行」之規範。不過，由

³⁹ 陳運財，GPS 監控位置資訊的法定程序，台灣法學雜誌，293 期，2016 年 4 月，頁 67。

⁴⁰ 少年事件處理法第 22 條第 1 項：「少年、少年之法定代理人或現在保護少年之人，經合法傳喚，無正當理由不到場者，少年法院法官得依職權或依少年調查官之請求發同行書，強制其到場。但少年有刑事訴訟

於該條法定要件中，僅規定「少年法院法官依職權」與「少年法官依少年調查官之請求」等發動事由，故若人身自由之限制係來自於「檢警之請求」時，似乎無法直接適用該條為依據。對此，筆者認為：由何者請求發動，並不會造成人身自由侵害之相應增加。故重點在於對少年人身自由之限制與可能對健全成長之不良影響，由可考量少年須保護性之少年法官進行審查。故檢警請求少年法官發動同行（或拘提）時，應可考量以類推適用少事法第 22 條第 1 項，作為當前的依據。另外，依據聯繫辦法第 10 條，少年法官為執行同行，得以書面、言詞或其他適當方式，請求司法警察機關為必要之協助，司法警察機關應予協助，且依同辦法第 20 條，少年法官處理少年保護事件，得準用調度司法警察條例之規定，故少年法官確實可透過同行方式，由司法警察為其執行限制少年人身自由之處分⁴¹。

法第七十六條所列各款情形之一，少年法院法官並認為必要時，得不經傳喚，逕發同行書，強制其到場。」

⁴¹ 不過，本文認為，若是強調少年健全成長之保障，則在使用同行之方式，造成對少年人身自由之干預時，相較於由警察執行同行，由具備少年司法、少年福利與教育等相關知識者來執行或參與執行，或許更為適當。以日本少年法為例，其也訂有當有調查案件或審判之必要，而對少年核發通知書時，假若少年無正當理由而不到場，可對該少年核發同行書之規定（日本少年法第11條）。或者，若家事法院認為有保護少年福祉之必要的緊急狀況時，也可以核發同行書（日本少年法第12條）。而此同行書的執行，在日本即是由家事法院的調查官來執行之（日本少年法第13條第1

誠然，限制憲法上人身自由等權利之強制處分，應無類推適用的可能⁴²。不過，一方面，少年事件之同行與單純進行「干預人身自由，追求被告、證據保全」與「人身自由之保障」間衡量的拘提不同，其著眼點在於「少年健全成長之促進」，而人身自由所遭遇的限制可謂附隨於此考量的效果。因此，其性質上與被認為不應類推適用的拘提間，仍有差異。另一方面，本文並非根本性否定在少年事件偵查中，為促進少年健全發展而暫時限制其人身自由之可能。事實上，筆者仍肯認此種限制存在的現實，僅認為在少事法的法理所形成的框架下，應避免由檢察官以刑事訴訟中的拘提來發動。換言之，在符合少事法法理勾勒的框架中，且由更符合該法理精神的少年法官來發動功能上類似、性質上有別的同行人時，或可承認有類推適用的可能⁴³。在此脈絡下，綜上所述，現行法下或可類推要求少年同行之規定，由少年法官在偵查階段中負責審查與發動以使少年到場為目的之處分⁴⁴。此

項）、（守屋克彥、齊藤豐治編，コンメンタル少年法，2012年，頁181-186）。此規範內容或可作為未來我國有關同行之規定進行修正時，或者實際運作上，可參考的方向。

⁴² 林鈺雄，同註20，頁20-22。

⁴³ 由「檢察官不具發動拘提之權限」到「法官可類推適用同行規範」之間，推演邏輯上的缺漏，感謝匿名審查者之一指出。

⁴⁴ 匿名審查者之一指出，若皆交由少年法官來發動，恐有職權色彩過強而缺乏監督的問題。對此，本文認為在現行制度之下，即是希望少年法官能夠具有少年事件不同於一般刑事案件的思考，由能夠操作少年

外，少年法官在接受同行之聲請時，除欠缺具體事證顯示有發動必要者外，應不得以該程序尚未進入少年事件之階段為由，拒絕核發同行書來規避其發動之責任。

接著，少年司法制度與少事法可謂是基於促成少年健全成長的理念，所建構的制度與規範。在此狀況下，若未能夠將促成少年健全成長的理念順利植入該制度與規範的設計與運作中時，就可能反過來出現該理念落空、該理念所欲排除的舊有體制更加鞏固的現象。以固有偵查階段理論為例，其正是關於少年健全成長與避免少年過早進入刑事程序之理念未能實踐於制度操作的結果，且其論述反而導致原本應該依保護少年之理念而脫離刑事程序性質，並與福利行政制度進行整合的少年司法制度，反而回頭產生刑事程序化的現象。要避免或改善此種狀況，筆者認為有兩件要務：第一件要務是盡可能傳遞少年司法制度的精神與促成少年健全成長的思維於司法體系，而第二件要務是針對少年事件

偵查程序，開始建構該程序之法理與正當法律程序的內容，甚至將其明文化。而此二者中，可以說第二件要務的實現，有賴於第一件要務的實行成果。話雖如此，第一件要務並非學術論著可提供顯著貢獻之處，因此主要的重心會轉移到第二件要務上。

換言之，以本文對於固有偵查階段理論及少年事件偵查階段刑事程序化之批判性檢討為基礎，在將少事法定性為以少年為規範主體的特別法，且將其性質理解為基於促進少年健全發展之理念而適用於少年事件程序進行的框架時，應如何對應於少年司法制度與刑事訴訟制度之差異，來調整刑事訴訟原則並開發出適用於少年事件偵查程序中的正當程序原則等程序法理之內涵，是下一步筆者將嘗試的目標⁴⁵。如在日本實務

程序制度與具備少事法法理之理解的少年法官來主導該程序，防止一般刑事程序的精神入侵少年事件並侵蝕少年司法的精神。簡言之，由少年法官作為維持少年刑事司法運作的監督者角色。在此情況下，勢必會出現無法有效監督少年法官的弊端。對此，筆者認為一方面這是為了避免因外部監督，導致少年司法的精神受侵蝕，而需忍受的必要之惡。另一方面，或可思考在少年事件中，透過依少年事件的精神調整現有救濟制度，來設計內部的監督機制。此部分應如何發展，仍有待筆者研究後，為文闡述之。

⁴⁵ 匿名審查者之一指出本文結論是否可能影響後續無令狀搜索與扣押的發動，正是筆者未來希望透過全面性地建構少年事件偵查階段的正當程序理論，所欲處理之問題。換言之，筆者承認本文理論會對無令狀搜索與扣押之發動，產生實質上的影響。於此更詳細的論述，筆者僅能簡略表示：是否仍可接續拘提來發動無令狀搜索或扣押，同樣繫於該處分是否影響少年健全成長。一種可能的想法是若在拘提或同行階段，能夠在程序上透過要求社工或具有少年福利相關知識的輔佐人參與，建構由其衡量搜索、扣押對少年健全成長的影響程度，進而參與無令狀搜索、扣押發動與否之決定的機制時，或許仍有允許少年事件偵查階段無令狀搜索與扣押之可能。另一種可能想法則是基於少年健全發展之目標的追求，應在程序上嚴格要求由同行人員控制現場狀況後，仍須透過法官核發令狀，才能發動搜索與扣押。相關辯證，請容筆者未來為文詳細說明之。

上，考量到偵查往往是少年接觸國家機關的最初階段，故除了犯罪事實的偵查外，也著眼於少年事件中強調少年須保護性之特質，於犯罪偵查規範第 205 條中，指示偵查者必須詳細調查犯罪原因、動機，以及少年性格、成長經歷、教育程度、環境、家庭狀況與交友狀況，正是透過少年事件特質之考量⁴⁶，對現有刑事程序進行調整的例子。限於篇幅，筆者僅能在此簡單指出本文未來的發展方向，至於詳細討論，僅能留待他文為之。

參考文獻

一、中文部分

- 李茂生，新少年事件處理法目的規定釋疑，月旦法學雜誌，40 期，頁 34-50，1998 年 9 月。
- 李茂生，後現代犯罪學的啟示與少年事件處理法，收錄於：少年事件處理法論文集——一部以贖罪心理與道德決斷形塑出來的法律，頁 23-94，2018 年，臺北：新學林。
- 李茂生，新少年事件處理法的立法策略——後現代法秩序序說，收錄於：少年事件處理法論文集——一部以贖罪心理與道德決斷形塑出來的法律，頁 95-188，2018 年，臺北：新學林。
- 李茂生，我國少年事件處理法的檢討與展望——以刑事司法與福利行政兩系統的交錯為論點，收錄於：少年事件處理法論文集——一部以贖罪心理與道德決斷形塑出來的法律，頁 321-356，2018 年，臺北：新學林。
- 林鈺雄，刑事訴訟法（下），2017 年 8 版，臺北：新學林。
- 林雅鋒，監察委員林雅鋒，106 年司調 0011 調查報告，2017 年 4 月。
- 許宗力，論法律保留原則，法與國家權力，1994 年 2 版，臺北：自版。
- 黃士元，檢察官對少年核發被告拘票之適法性——以先議權行使前為核心（上），法務通訊，2742 期，頁第三版——第六版，2015 年 4 月。

⁴⁶ 岡崎忠之、親家和仁、飯島泰，少年事件における捜査と送致，広瀬健二編，少年事件重要判決50選，2010年9月，頁34-35。

陳運財，GPS監控位置資訊的法定程序，台灣法學雜誌，293期，頁59-74，2016年4月。
劉作揖，少年事件處理法，2011年8版，臺北：三民。

後藤昭，捜査法の論理，2001年，東京：岩波書店。
酒卷匡，刑事訴訟法，2015年，東京：有斐閣。

二、外文部分

川出敏裕，少年法，2015年，東京：有斐閣。
丸山雅夫，少年法講義，2016年3版，東京：成文堂。
本庄武，少年に対する刑事処分，2014年，東京：現代人文社。
白取祐司，刑事訴訟法，2015年8版，東京：日本評論社。
守屋克彦、齊藤豊治編，コンメンタール少年法，2012年，東京：現代人文社。
谷田三郎，少年法に就て，法曹記事，31卷3號，頁1-28，1921年。
武内謙治，少年法講義，2015年，東京：日本評論社。
武内謙治，山形マツト事件：少年事件の事実認定と捜査、少年法「改正」，法学セミナ，48卷6號，頁30-33，2003年6月。
齊藤豊治，日本における少年司法の形成とサイクル，甲南法学，50卷4號，頁291-353，2010年3月。
岡崎忠之、親家和仁、飯島泰，少年事件における捜査と送致，広瀬健二編，少年事件重要判決50選，頁29-44，2010年9月，東京：立花書房。

Who Is Authorized to Sign the Arrest Warrant in the Investigation for Juvenile Delinquency?

Keng-Wei Fan^{*}

Abstract

The main issue of this article is to consider who should be authorized to sign the arrest warrant during the investigation of juvenile delinquency. Traditionally, with regard to this issue, The Judicial Yuan proposes “The Essential Investigation Theory”, a theory which considers juvenile delinquent procedure as part of the criminal procedure, to apply the code of criminal procedure and authorize the prosecutor to sign the arrest warrant. However, on the other side, The Control Yuan ponders this question from a different standpoint and categorizes juvenile delinquency procedure as an intrinsically different system from the criminal procedure. That is to say, The Control Yuan asserts that the juvenile delinquent is stipulated to ensure the sound growth of juveniles, adjust their environment, and rectify their character, which is opposed to “material fact-finding”--the normative purpose of the criminal procedure. As a result, The Control Yuan argues that only the juvenile court can sign the arrest warrant in the investigation for juvenile delinquency with authority. Due to this reason, the strategy I adopt to analyze this topic is to critically analyze “The Essential Investigation Theory” and clarify the relationship between The code of criminal procedure and juvenile delinquency act in Taiwan. In conclusion, from the perspective of ensuring the sound growth of juveniles, I argue that we should avoid the application of the criminal procedure, in which the juveniles are not regarded as “protected object”, but as “criminal”. Therefore, I come to the conclusion that only the juvenile court should be authorized to sign the arrest warrant in the investigation of juvenile delinquency.

Keywords: juvenile delinquency, The Code of Criminal Procedure, The Essential Investigation Theory.

^{*} Post-Doctoral Scholar, Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica; Doctor of Laws, The Graduate School of Law, Hitotsubashi University, Japan.

《法律扶助與社會》徵稿啟事

2017 年 5 月 10 日編輯委員會會議決議通過

- 一、本刊為財團法人法律扶助基金會所發行之學術期刊，每年刊行二期（三月、九月）。
- 二、本刊歡迎與法律扶助及弱勢權益相關領域之法學、社會學、犯罪學、人類學、經濟學、心理學、公衛學等相關學門論著投稿，稿件性質包括研究論文及文獻評論，來稿字數（含本文、附錄、註腳、參考文獻），上限為三萬五千字，酌予稿費。
 - （一）研究論文：具有原創性或發展性之理論與實證研究之學術性論文。
 - （二）文獻評論：對於國內外文獻之評論。
- 三、本刊恕不接受一稿多投，亦不接受已刊登於其他出版品之論文。投稿後，來稿或其部分內容被其他出版品接受刊登者，作者應即告知本刊。來稿部分內容已刊登於其他出版品者，投稿時請說明來稿與已出版者之實質差異。
- 四、除特約邀稿外，本刊僅接受中文原著之來稿。
- 五、稿件撰寫格式，請參照本刊之撰稿凡例：
法律類研究論文凡例：
<http://www.laf.org.tw/upload/files/201805240915038504.pdf>
非法律類研究論文凡例（APA）：
<http://www.laf.org.tw/upload/files/201807181420132505.pdf>
- 六、來稿應依序包含下列各項：
 - （一）論文中文標題、中文摘要（以三百字為度）、中文關鍵字（至多十則）。
 - （二）論文英文標題、英文摘要（以三百字為度）、英文關鍵字（至多十則）。
 - （三）詳細目錄。
 - （四）正文（含頁碼）。
 - （五）參考文獻（列出正文引用過之學術文獻）。
- 七、作者投稿時請下載後填寫以下表格：
 - （一）投稿作者資料表：
<http://www.laf.org.tw/upload/files/201705081203144519.doc>
 - （二）著作財產權非專屬授權同意書：
<http://www.laf.org.tw/upload/files/201705081203444677.docx>

(三) 聯名投稿同意書 (單一作者免填):

<http://www.laf.org.tw/upload/files/201705081204255485.docx>

八、本刊來稿僅收電子檔案，來稿時將「投稿文章」及「投稿作者資料表」以「附加檔」方式寄至journal@laf.org.tw信箱。

九、本刊採雙向匿名審查制度，審查結果將適時通知作者。

十、本刊對於接受刊登稿件之屬性類別有最終決定權。經本刊決定採用之稿件，基於編輯需求，本刊得對文字及格式為必要之修正。

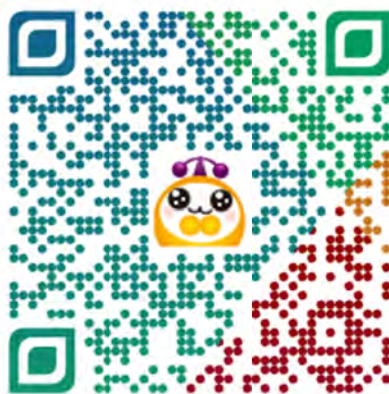
十一、稿件經採用者，文責自負，將贈送作者當期本刊五冊、抽印本二十冊及稿件PDF檔。

◆ 弱勢的權益 需要您的支持 ◆

企盼您熱心捐款，幫助更多需要法律扶助的朋友

❖ 線上捐款

請上法律扶助基金會官方網站www.laf.org.tw



❖ 郵政劃撥

帳號：19858275

戶名：財團法人法律扶助基金會

❖ 現金袋或支票捐款

支票抬頭請開立「財團法人法律扶助基金會」加劃雙橫線並註明「禁止背書轉讓」字樣，掛號寄送「106 台北市大安區金山南路二段 189 號 5 樓 財團法人法律扶助基金會」。

❖ 雲端發票捐贈碼

結帳時口述或輸入法扶捐贈碼「8282」，即可完成發票捐贈。

勸募字號：衛部救字第 1081369350 號



財團法人法律扶助基金會
Legal Aid Foundation

