目次

議程表／**1**
主辦單位致詞／**7**
貴賓致詞／**11**

【專題演講】

- 原住民族土地權利與利用之困境與契機─顏愛靜／**15**

【主題一：原住民族傳統習慣視野中的土地】

- 排灣族農耕的水土保持邏輯：**Vuculj** 排灣族農耕文化與土地生命的對話─拉夫琅斯・卡拉雲漾／**37**
- 亟待傳承復振的森林智慧──賽德克族植物利用初探─郭明正／**45**
- 會議實錄／**61**

【主題二：原住民族基本法第 **21** 條及原住民族徵詢同意機制】

- 新國土計畫法制相關法律問題之初探-以原住民特定區劃定為例─賴宇松／**69**
- 社會組織與族群空間變遷下的原住民族意願表示機制─哈勇諾幹／**95**
- 原住民族諮詢同意機制與民主實踐—從日月潭向山觀光旅館 **BOT** 案談起─涂予尹／**115**
- 會議實錄／**142**

【主題三：原住民保留地及原住民族傳統領域現況衝突】

- 原住民保留地使用爭議事項之探討─林秋綿／**151**
- 原住民保留地之實然與應然－相關實務見解分析─吳秦雯／**169**
- 從土地爭議案例與空間計畫法制變革看原住民族土地主權的實踐進路─吳勁毅／**199**
- 會議實錄／**214**

【主題四：經濟發展與原住民族土地權益】

- 原住民族土地管制與經濟生活：歷史的考察─辛年豐／**227**
- 原住民混農林業傳統知識與經濟發展─巴清雄／**257**
- 會議實錄／**276**

【主題五：原住民族土地開發案例討論、評釋】

- 清水溪流域的美麗與哀愁，銅門部落的自主管理之路─陳采邑／**285**
- 通往原住民族傳統領域之路徑：從加拿大最高法院 **Tsilhqot'in** 案出發─林三元／**301**
- 發展主義下的土地掠奪與國土治理──從台東美麗灣案談起─詹順貴**(**蔡志偉代**)**／**325**
- 會議實錄／**345**

【主題六：原住民族土地制度變革與未來展望】

- 原住民族同意權的行使：從部落公法人談起─林淑雅／**355**
- 從原住民族發展觀點看國土計畫法與原住民族土地空間規劃─官大偉／**363**
- 共管：原住民族傳統領域與國土保育之間的惡水大橋？─林益仁／**397**
- 會議實錄／**422**

圓桌論壇／431

活動照片集錦／**445**

第六屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會

⊙ 地　　點：國立臺北教育大學 創意館兩賢廳

⊙ 主辦單位：原住民族委員會

⊙ 承辦單位：國立臺北教育大學

議程表

第一天／四月三十日（星期六）

<table>
<tr><td rowspan="6">4月30日</td><td>08:30-09:00</td><td colspan="2">報　到</td></tr>
<tr><td>09:00-09:10</td><td colspan="2">主辦單位致詞</td></tr>
<tr><td>09:10-09:30</td><td colspan="2">貴賓致詞</td></tr>
<tr><td>09:30-10:30</td><td colspan="2">專題演講
主持人：國立臺北教育大學教務長周志宏 教授
演講者：顏愛靜 教授，國立政治大學地政學系
講　題：原住民族土地權利與利用之困境與契機</td></tr>
<tr><td>10:30-10:50</td><td colspan="2">茶　敘（大合照）</td></tr>
<tr><td rowspan="3">10:50-12:00</td><td colspan="2">主題一：原住民族傳統習慣視野中的土地
主持人：王瑞盈 處長，原住民族委員會綜合規劃處</td></tr>
<tr><td>發表人：拉夫琅斯・卡拉雲漾
屏東縣原住民族部落大學
校長
講　題：排灣族農耕的水土保持邏輯：Vuculj 排灣族農耕文化與土地生命的對話</td><td>與談人：張錦家 簡任正工程司
行政院農業委員會
水土保持局
監測管理組</td></tr>
<tr><td>發表人：郭明正
文史工作者
講　題：亟待傳承復振的森林智慧—賽德克族植物利用初探</td><td>與談人：汪明輝 副教授
國立臺灣師範大學
地理學系</td></tr>
<tr><td>12:00-13:30</td><td colspan="2">午　餐</td></tr>
</table>

	13:30-15:20	主題二：原住民族基本法第 21 條及原住民族徵詢同意機制 主持人：鍾興華 副主任委員，原住民族委員會	
		發表人：賴宇松 副教授 國立東華大學 財經法律研究所 講　題：新國土計畫法制相關法律問題之初探—以原住民特定區劃定為例	與談人：闕銘富 法官 最高行政法院
		發表人：哈勇諾幹 泰雅族南澳青年聯盟 講　題：社會組織與族群空間變遷下的原住民族意願表示機制	與談人：謝孟羽 律師 社團法人台灣蠻野心足生態協會秘書長
		發表人：涂予尹 助理教授 淡江大學公共行政學系 講　題：原住民族諮詢同意機制與民主實踐—從日月潭向山觀光旅館 BOT 案談起	與談人：張振乾 處長 交通部觀光局日月潭國家風景區管理處
	15:20-15:30	茶　敘	
	15:30-17:30	主題三：原住民保留地及原住民族傳統領域現況衝突 主持人：杜張梅莊 處長，原住民族委員會土地管理處	
		發表人：林秋綿 副教授 國立臺北大學不動產與城鄉環境學系 講　題：原住民保留地使用爭議事項之探討	與談人：楊坤樵 法官 司法院行政訴訟及懲戒廳
		發表人：吳秦雯 副教授 國立政治大學法律學系 講　題：原住民保留地之實然與應然—相關實務見解分析	與談人：張升星 法官 臺中高等行政法院
		發表人：吳勁毅 博士後研究員 東台灣人文與環境研究及社會實踐中心 講　題：從土地爭議案例與空間計畫法制變革看原住民族土地主權的實踐進路	與談人：張登文 副處長 太魯閣國家公園管理處

第六屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會

議程表

第二天／五月一日（星期日）

5月1日	09:00-09:20	報　到	
	09:20-10:30	主題四：經濟發展與原住民族土地權益 主持人：王美蘋 處長，原住民族委員會經濟發展處	
		發表人：辛年豐 助理教授 逢甲大學土地管理學系 講　題：原住民族土地管制與經濟生活：歷史的考察	與談人：李桃生 局長 行政院農業委員會 林務局
		發表人：巴清雄 博士候選人 國立臺灣大學農藝系 講　題：原住民混農林業傳統知識與經濟發展	與談人：黃裕星 所長 行政院農業委員會 林業試驗所
	10:30-10:40	茶　敘	
	10:40-12:30	主題五：原住民族土地開發案例討論、評釋 主持人：劉維哲 主任秘書，原住民族委員會	
		發表人：陳采邑 律師 法律扶助基金會臺東分會 執行秘書 講　題：清水溪流域的美麗與哀愁—銅門部落的自主管理之路	與談人：余建國 檢察官 臺灣彰化地方法院 檢察署
		發表人：林三元 法官 臺灣臺中地方法院 講　題：通往原住民族傳統領域之路徑：從加拿大最高法院 Tsilhqot'in 案出發	與談人：黃居正 副教授 國立清華大學 科技法律研究所
		發表人：詹順貴 律師 元貞聯合法律事務所 蔡志偉 主任 國立臺北教育大學產學合作	與談人：戴秀雄 助理教授 國立政治大學 地政學系

		暨育成中心 講　題：發展主義下的土地掠奪與國土治理——從台東美麗灣案談起	
	12:30-13:30	午　餐	
	13:30-15:30	主題六：原住民族土地制度變革與未來展望 主持人：阿浪・滿拉旺 處長，原住民族委員會公共建設處	
		發表人：林淑雅 助理教授 靜宜大學法律學系 講　題：原住民族同意權的行使—從部落公法人談起	與談人：王重仁 科長 臺東縣政府原住民族行政處保留地管理科
		發表人：官大偉 副教授 國立政治大學民族學系 講　題：從原住民族發展觀點看國土計畫法與原住民族土地空間規劃	與談人：林秉勳 組長 內政部營建署 綜合計畫組
		發表人：林益仁 副教授 臺北醫學大學 醫學人文研究所 講　題：共管：原住民族傳統領域與國土保育之間的惡水大橋？	與談人：杜張梅莊 處長 原住民族委員會 土地管理處
	15:30-16:30	圓桌論壇 主持人：林江義 主任委員，原住民族委員會 蔡志偉 主任，國立臺北教育大學產學合作暨育成中心	

主辦單位致詞

原住民族委員會副主任委員　鍾興華

主辦單位致詞

鍾興華副主任委員
原住民族委員會

今天非常歡迎也感謝大家參與原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會，同時也要感謝國立臺北教育大學在今、明兩天的協助承辦，我們期待各領域專家學者的參與，透過研討會進行討論、溝通與研究，將不同規範的法體系進行協調而達成共識，讓原住民族的傳統習慣能夠有詳細的規劃並納入國家法制內，促使原住民族傳統習慣獲得更有效的保障。

我們國家的法制發展與原住民族傳統文化的保障息息相關，近幾年原住民朋友所遇到的問題，雖然尚未能夠將全部原住民族傳統習慣納入法令進行保障，但我們也很努力的在做改善與精進，比如說將原住民族關於土地利用、管理上面的問題，透過國土計畫法與原住民族基本法上做有效的連結與規劃。因為我們看到，原住民族的傳統土地使用與政府規劃及安排之間所存在的矛盾或者衝突，都在許多司法判決中獲得很好的解決方式。距離前一屆研討會已有一年多的時間，在這中間也產生了許多不同的爭議與判決結果，原住民在各類案件中所主張的傳統文化或者土地所有及使用方法上，都受到不少挑戰以及質疑，部分外界使用漢人的觀點來解決原住民的問題，讓原住民族的傳統文化不斷的退讓或者遭受侵害。我們也持續在原住民族權利與人權的高度關注看待下，積極努力推動各類關於原住民族傳統土地使用、管理方式等相關法規範的修法及立法。過去這段時間，也陸續有許多正面肯定原住民族傳統習慣的判決，正可以突顯出我們的司法對於原住民族傳統文化的保存與尊重，且實際落實司法改革的觀念，讓原住民族的權益受到更多的保障。

最後，希望藉由各界的幫忙與各類研討會的輔助，讓我們原住民族的各項權利能夠有更好的保障與妥善的規劃，讓社會與政府更重視原住民族的權益，也希望這兩天的研討會能夠激發出更多的思考與法令建議，來讓我們的法律、法令、制度更完善，在這邊也謝謝各位跟各主管機關及先進參加本次的研討會，預祝各位這兩天可以有豐富的收穫，謝謝。

貴賓致詞

立法委員 Kolas Yotaka 谷辣斯．尤達卡

貴賓致詞

Kolas Yotaka 谷辣斯．尤達卡
立法委員

各位與會的貴賓與鍾副主委，大家好！很榮幸今天一起參與這次研討會，那看到大家這麼踴躍出席我非常的高興，代表大家都很注意也很關切原住民族法制的問題，這個研討會已經邁入第六屆了，每次研討會的成果都帶給我們立法機關很多的啟發跟方向，所以這個研討會的舉辦對於原住民族與政府及實務界之間的聯繫實在功不可沒。

近幾年有很多關於原住民土地權益或者使用管理上的問題在社會上引起很多討論，另外關於原基法與國土計畫法或者是其他法令的聯繫，都還有需要改進修正的地方，我們也跟原住民族委員會進行過很多討論與建議，這也是我們希望原民會可以跟立法機關來做一個比較有效率的配合，讓我們原住民族的基本權利更受到保障跟重視，用立法來讓原住民族權利在實務上可以更有效的發揮，而不是淪於空談或者無法發揮其效用。當然，也希望實務界的法官和檢察官們可以透過研討會的參與，更了解這個領域的專業知識跟理解，可以在實務上做出更多更好的判斷與決策，讓原住民族可以得到應有的權利與保護，這才是我們立法的目標。

最後，在政黨輪替後新政府上任，我們會更著力於原住民族法制這塊，讓原住民朋友有更多的保障、保存與發展自我傳統文化，把不完全或者有爭議的法條、法案進行改善，不要再讓原住民族受到權益上的受損。我們會積極持續努力爭取原住民族權益，讓台灣更好，台灣加油，謝謝。

專題演講

主持人：國立臺北教育大學教務長 周志宏教授

演講者：國立政治大學地政學系 顏愛靜教授

專題演講

原住民族土地權利與利用之困境與契機

主持人周志宏國立台北教育大學教務長：

委員、各位長官、各位來賓、顏教授，大家好，很高興各位今天蒞臨國立臺北教育大學參加這場研討會，非常榮幸可以擔任本場研討會專題演講的開場主持人，相信大家對於顏教授並不陌生，顏教授在關於原住民族權益法令或者關於國土計畫法的部分都有相當的研究與了解，也很謝謝顏教授在此領域的貢獻，並在百忙之中準備豐富的內容來讓大家了解台灣目前關於原住民族的土地利用權益與法令的現況。相信大家一定可以在等等的演講中獲取許多新知與心得，我不要耽誤大家的時間，把時間留給顏教授來做演講與說明，謝謝各位。

講者顏愛靜國立政治大學地政學系教授：

大家好，今天要跟大家講的主題為原住民族土地權利與利用之困境與契機，今天主要分為幾個部份報告，第一個為原住民族土地制度背景、第二個為原住民族土地權利取得現況、第三個為原住民族土地面臨之困境與最後的結論與建議，在第一個部份，我們先來瞭解一下有關「準要存置林野」也就是後來被劃設為高砂族保留地的部分。當然到了台灣所謂的光復之後，在民國 37 之後曾經組成一個專案小組，因為這樣的關係所以在日本時期的準要存置林野在民國 37 年，我們有訂了一個叫做「台灣省各縣山地保留地管理辦法」。事實上因為當時中華民國政府是從大陸那邊遷過來，意思就是要我謹言慎行，所以各位了解就是說其實當時從大陸過來，一切都是百廢待舉，其實坦白講，當時對於原住民土地的問題我想不僅是官員，各界其實對這個議題都不是太清楚。所以在當時制定所謂山地保留地的管理辦法，其實很多部分就是把山地保留地當作國有土地，很少去考慮原住民的文化或是傳統領域的問題。

原住民保留地開發管理辦法後來經過多次的修正，就是從 37 年的這個管理辦法，後來改為原住民保留地開發管理辦法，但不管怎樣，它只是一個授權規定的行政命令而已。到了民國 94 年的時候有原住民族基本法的公布，原住民族基本法的公布其實有一個部分就是把原住民的土地定義為原住民的傳統領域以及原住民保留地。為了行政的方便，但是我們想一想，原住民保留地是不是原住民傳統領域的一環，當然是，但是因為原住民保留地的制度已經行之有年，在 94 年制定這個基本法的時候，因為保留地制度已經是既有的，所以就把保留地跟原住民的傳統領域分開，但事實上，保留地應該是傳統領域裡面的一環。

目前來講，原住民地區土地使用的相關法制，其實各位可以看到重重疊疊，除了我們原住民基本法，對於所謂的原住民土地有基本的規定以外，其實都是比較原則性的。那麼在第 20 條裡面有特別規定，就是政府要承認原住民的土地以

及自然資源的權利，所以應該有相關的法律，相關的規定應該以法律訂制，可是我們原住民的土地以及海域法訂了很多年，到目前還沒有出爐。所以這個也是我們必須要努力的地方。

可是除了這些法律之外，各位可以明顯的看到還有其他的法律，還有最新出爐的就是國土計畫法。可是除了國土計畫法以外，還有森林法、水土保持法、國家公園法等等，那下面的這個部分就是原住民的「非都市土地使用管制規則」的部分。這個部分其實是區域計畫法底下的行政規則，所以各位也可以看得出來，原住民族地區土地使用的部分不是只有一部法律的規範而已，它是很多法律重重疊疊的。那麼在適用上又有競合的問題，所以這其實是必須去加以釐清的，尤其是我等一下會特別提到山坡地保育利用條例，以及相關的一些問題。

首先我們來看一下原住民族基本法，當然原住民族基本法規定了很多，林林總總都是涉及到自然資源怎麼樣利用跟保育的問題，那除了 14 條、19 條之外，像 20 條，就是我剛剛有特別提到為什麼我們需要去訂定土地及海域法。在 21 條我發現在我們底下的一些討論的議題裡面都會談到，有關於政府或私人在原住民族土地或部落及周邊一定範圍內裡面的公有土地從事開發等等，必須要諮商並且取得原住民族的同意。突然看起來這個法令的規範好像非常的周全，可是我們仔細一想，部落及其周邊範圍的土地，不就是原住民土地的一部份嗎？所以在這個部分裡面來講，原住民的土地就是傳統領域，在這個部分你又侷限在公有土地，其實就把它的範圍又限縮了。這個部分也許接下來有一些學者專家會進一步的討論，我大概就談到這裡。然後 22 條有提到，如果是政府在原住民族地區劃設國家公園或是其他治理機關的時候，必須要徵得當地原住民的同意，並且建立共同管理機制，這是一個重要的不僅是概念，而且必須要付諸實施。最後一個 23 條，涉及到資源的利用方式還有土地利用跟管理的模式，這個部分也必須要尊重我們原住民既有的慣俗等等，這也是剛剛 Kolas 委員特別提到的部分。

但是這些部分是不是我們都有盡心盡力去執行呢？可能我們需要再進一步檢討。目前我們有關於土地的管理，特別是原住民保留地的土地管理，大概就是以原住民保留地開發管理辦法為主要的法令依據，在這裡面特別提到如何依一定的條件，也就是說原住民可以依規定的條件之下自行去申請保留地，然後設定耕作權或地上權。事實上現在原民會已經自己增加農育權，也就是說，以前地上權登記的範圍是包括建築物，因為以前的地上權是有築物的部分，所以有關造林的土地也叫做設定地上權，自從民法修正以後增加了農育權，所以原民會在統計的時候他們就把造林地還有林業用地的部分設定他項權利，這個部分就是農育權。第 15 條特別規定，你只是取得他項權利或者是承租權等等，除了繼承之外基本上不能夠轉讓給其他的人，非原住民，這個部分法律的規範其實很清楚，大家也都知道，可是為什麼我們常到遊樂區去就看到在網路上找到一個廣告，竟然這樣寫：原住民保留地的承受人是原住民，所以我們非原住民在購買保留地的時候必須要好好的注意。這不是此地無銀三百兩嗎？竟然有這樣的不肖代書在網路上有這樣的廣告。所以我看了其實也滿痛心的，這也就是剛剛 Kolas 委員提到，我們

的不管是轉型正義或者是社會大眾，尤其是非原住民，對於這件事情其實必須要加以認知。所以我們要教育的、我們要強化教育其實不只是原住民，非原住民更是重要。

所以在第三個部分特別談到，也就是你設定他項權利以後，你必須要自行經營或自用滿五年，才可以辦理所有權移轉登記。當然我也了解，最近原住民各界也在談這樣的問題，希望能夠取消所謂五年的限制。固然不錯，這部分可能是原住民固有的土地的權利，不過因為有後面我們要談的問題，所以我等一下會進一步的說明，為什麼等待了五年期現在要取消可能有一點困難。還有最重要的一條，也就是說保留地的移轉，它的承受人一定要以原住民為限。這些部分其實都是我們法令規定的非常非常清楚，可是為什麼常常有違規的情形出現呢？這就是原住民、非原住民都必須要加以檢討。

唯一允許非原住民在原住民保留地可以租用或是自耕自住，這個部分是有嚴格限制的，也就是你在當地要設籍，而且它有面積的限制。另外非原住民如果租保留地的話，你當然不能轉租，因為本來就是讓你自己可以使用，結果你跑去轉租，這當然不行。除此之外大概有另外一個問題也是最近我們看到常常孳生的，原住民依法在保留地取得的土地，也就是說你已經取得所有權或者是設定地上權，就可以作為抵押權的標的，也是因為這樣的關係造成保留地流失的另外一種狀態。這個部分也是我們覺得還滿痛心的一點。

接著下來我們來看一下水土保持法，各位可以從我這邊附的照片看得出來，我們的梯田其實景緻看起來相當的美。各位也許聽過最近日本他們有提到里山倡議，你就發現里山倡議的這個地區其實跟我們原住民地區某一個程度來講非常的近似，有山林、有梯田、有河流、有村落，然後充滿了生命力，看起來就是一個非常符合環境的地方。可是我們目前法令的規範限制了原住民使用土地，我們現在回頭來看一下水保法，水保法常常會提到說原住民的土地或它原來是規範山坡地的土地，你最好依照可用限度倡議的結果去使用，換句話說，漁農用地的話才可以從事耕作。可是問題在這裡，原住民的土地到底使用是怎麼樣的情形，我等一下會跟各位進一步的報告。

原住民的土地其實編作農用地非常有限，所以常常會有這樣的風險，如果地方官員派員前往稽查的話，常常會發現有超限利用的情形。什麼是超限利用？簡單講就是林地農用，我在最下面的這個地方有特別提到，如果你現在是編作或者是查定宜林地或者是加強保育地，這些部分大概以目前非都市土地使用管制編地的使用類別，大概都是林業用地。換句話說，你林業用地從事農漁牧的經營，這就是超限利用，超限利用是會受到法令的限制，你如果沒有按照使用的規定的話，有關當局他可以限期讓你改正，如果你逾期不改正的話，他當然可以開罰，一開罰就是六萬到三十萬的罰鍰。所以這個負擔是不輕，如果萬一被查到的話。

森林法也是一樣，為什麼我們剛剛講說林地不能農用？也就是最上面投影片有特別提到，編為林業用地的部分不能夠做其他用途，換句話說，林業用地只能造苗、闢建苗圃、造林等等，但是你不可以做農用。這個地方有特別提到說你徵

求直轄市或縣市主管機關經原民會這邊同意的話可以排除，但事實上這個應該是滿困難的。另外雖然我們森林法好像很尊重原住民的傳統領域，這邊特別提到原住民族依其生活慣俗的需要，你可以去採取森林的產物，在我們原基法 19 條也有規定，原住民對於自然資源的取得也有一定的權利。可是問題在這裡，因為常常林務局會說：原住民的傳統領域都還沒有公布，所以我怎麼知道哪個部分是傳統領域？到目前為止公布的大概只有新竹縣尖石鄉。所以這個就變成其他機關的說詞，因此我在想，原民會可能也要加一把勁，思考一下傳統領域是不是要設法盡速公布。另外，國有地如果是在原住民族傳統領域裡面的話，也需要輔導他們造林。

另外國家公園法，也就是剛剛委員特別提到最近有狩獵的問題，如果你去看國家公園法裡面的規定，它就是說狩獵或是捕撈魚群這樣的行為原則上要禁止，所以這個其實也是一個問題。將來相關的法令是不是應該要加以修訂？山坡地保育利用條例，也是我剛剛特別提到的，你如果沒有按照他的編地使用的話，就會有被罰的可能。最後一條這個是提到山地保留地的部分，到目前為止都還沒有修法，所以也不知道什麼原因，可以好好的去注意這一條。我們現在已經叫做原住民保留地了，結果現在還是山地保留地。這裡明明是規定經營五年可以無償取得所有權，當然剛剛我們有提過，如果有移轉以原住民為限，其實這個法令規定已經很多年，所以顯然民間有一些人有一點明知故犯。

另外一個是在區域計畫法底下，各位從剛剛到現在你會發現，原住民土地它的使用範圍裡面受到法令重重的限制。另外這個是區域計畫法，我剛剛有特別提到，區域計畫法它對於原住民的地區大部分都在非都市，當然有部分是在都市，關於非都市的部分基本上它管制分為四個層次。第一個層次就是劃分使用分區，第二個層次就是編定使用地，第三個層次就是每種使用地你還有容許使用項目，容許使用項目還不夠，第四層是每一個容許使用項目還有許可使用細目。所以各位你就可以知道，是層層的管制，那個內容可以說是鉅細靡遺。可是我們去看裡面的細部規劃，你就會發現：在原住民地區你說可以開山、鋪路，可是我們在原住民地區要來好好的從事農耕，為什麼不可以？所以關於這個問題的確是要好好的去思考。當然這裡也有提到原住民其實本質上如果需要興建住宅的話，也可以擬一個計劃然後按照核定的計畫去進行使用，但事實上這也不是一件簡單的事情。

接著下來我也很感謝原民會提供我一些資料，因為原民會大概知道我對有些資料的使用也會有些意見，但是依然提供所以我非常的謝謝。首先第一個我們先來看，原民會其實也滿努力的，到目前為止我這邊的統計資料大概是到 2 月底，各位可以看到，原住民保留地這部分都是以原住民保留地作為我說明的對象，首先原住民保留地我們看起來總數的面積大概有 26 萬多公頃，這邊我們呈現出來的是什麼呢？土地所有權已經取得的部分大概占了 9 萬 4 千多公頃，設定他項權利，就是包括耕作權、地上權、農育權，全部加起來大概有 2 萬 5 千多公頃。各位可以看到筆數是相當的多，因為筆數很多，所以你可以設想到它的土地其實有

明細化的情形。

接下來我們看設定這些他項權利，除了我剛剛講的所有權以外，他項權利還包括地上權，地上權主要是如果你在土地上面蓋房子的話，那需要設定地上權，所以面積就很小，只有100多公頃到127公頃。農育權的部分我剛剛也特別提到，尤其是造林地，這個部分大概有1萬8耕作地，也就是農用地的部分，大概有7千8左右。所以各位你可以看得出來，其實我們使用的範圍還是有滿多的限制。另外各位可以看到，如果我們以剛剛地上權設定的面積來看，我們可以說滿五年的使用到現在已經達到五年，各位可以看到，不管是地上權、農育權、耕作權差不多都是在百分之70左右，所以換句話說，還有百分之30還沒到五年。大概也是這樣的關係，所以原住民朋友們就非常的希望不要有這五年的等待期，因為其實有很多部分的人早就已經超過五年了。那為什麼超過五年還不能夠移轉呢？這個當然就是另有其他的原因了。

那我們再來看，如果我們從百分比來看，各位可以看到農育權它占的面積比較大，跟原住民的土地都被編做林業用地的部分比較多是有關係的，所以各位大致上可以從這個看到我剛剛的說明。接著下來我們再來看原住民保留地它的總面積跟總筆數，我們可以看到總面積大概是26萬公頃，到目前為止我拿到的資料是這樣子，總筆數達到42萬筆，所以每筆應該平均不到1公頃。如果我們從總面積來看的話，大概屏東縣是最多、台東縣是其次，可是我們如果從總筆數去看的話呢，屏東縣是最多，所以更可見屏東縣的部分大概它的零星的狀況是更明顯。那花蓮縣的部分它是佔第二位，所以各位從這個數字就可以看到一個範例。另外還有一個部分，如果我們從各縣市來看，保留地從權利已經取得的部分來看的話，如果從耕作權的部分來看的話，大概是南投縣、取得耕作權的部分它大概是比例比較高的，農育權的話屏東縣比較高。如果我們從原住民已經取得所有權的部分，大概花蓮縣是最多、新竹縣是其次。剛才提到五年以上設定他項權利滿五年的話，最多的還是南投縣，那當然跟南投縣信義鄉、仁愛鄉它的保留地的面積佔的比例比較大，這個當然是有關係的。

所以總的來講，原住民取得土地所有權的部分佔保留地大概百分之30左右，然後原住民取得他項權利佔百分之10左右，其他很大一部分都是所謂的「其他」。在這裡我們也發現有一個非法占用，我認為原民會很勇敢的把非法占用這個部分也凸顯出來，那就可見我們現在的使用裡面有一部分的確不是我們原住民在用，所以這一部分也是我們必須要去好好的思考，未來該怎麼做的問題。這個使用分區或者是編地用地的資料更加重要，各位可以看到這邊有兩個部分是紅色的，因為這個電腦跟我們投射出去的影像的顏色有點不太一樣，所以很抱歉看起來顏色都差不多，各位可以看到這邊我有畫了兩個框框，這兩個框框的部分，農業區的意思表示說它位在都市計劃範圍裡面的，當然我們知道原住民的土地位在都市計劃範圍是比較少的，都市計劃範圍的農業區的部分其實我在想一個問題，保護區有沒有去稍微統計一下，保護區可能也有這種農用。另外農牧用地，因為我剛剛特別提到，大部分的土地都是位在非都市的土地範圍，所以這兩個部份把它加起

來大概有 7 萬 5 千多公頃。所以各位可以看到，其實相較於林業用地的話，林業用地總共加起來多少呢？17 萬公頃。其實原住民的土地大部分都被編做林業用地，少部分被編做農業用地，比較少，那當然還有其他使用的土地，也不少，有 1 萬多公頃，1 萬 5 千多公頃。

所以在這個範圍裡面，各位可以看到其實有滿多限制的，我們如果把百分比算出來的話，大概農用地的部分只佔了百分之 29 左右，然後林業用地佔百分之 65 左右。所以可想而知，農用地佔的比例其實是差不多四分之一多而已、不到百分之 30，但是林業用地佔了百分之 65，所以各位想想看，大部分都編做林業用地，那麼原住民的聚落如果又分布在林業用地分布的地方，那你要叫他如何去生存？純粹都造林使用的話，他能夠生存嗎？其實是有一點問題的。

剛才我已經對於所有情況做了一個統整分析，所以各位也都有所了解，簡單來講就是我們大部分都編做林業用地，而且因為林業用地有嚴格的限制，所以目前來講，也造成原住民土地使用的另外一個困境。接著下來我們來看一下到底有哪些問題。第一個是有關於保留地移轉的問題，第二個是有關於我剛剛特別提到的用地、編地的問題，第三個是資源共管的問題，第四個就是剛剛我們鍾副主委講的，34 條有規定原住民族基本法頒布之後，其他相關的法令、其他的機關應該要去修法，但是是不是做得很完備呢？其實還是有一些問題存在。

首先第一個，我剛剛一再的提到保留地的問題，保留地私下買賣的問題其實是滿嚴重的，尤其有一些市，像我們知道台中市，台中市以前的和平鄉、現在的和平區，幾乎大部分的土地大概已經移轉給非原住民。實際上移轉了，但是當然它表面上不能登記為非原住民的，這些問題其實各位可以想一下，當然我們曉得，原住民的土地為什麼會私下轉讓？很可能就是可能當初是經濟的問題，可能是經濟的問題，可是各位也曉得我們剛剛有提到保留地使用滿五年以後，你可以辦理所有權移轉登記等等，換句話說，我們法令也規定的非常詳細。根據原民會最近有委託一個研究，他們調查了新竹縣一帶原住民對於保留地到底要不要開放，也就是說，保留地的移轉要不要維持以原住民為限？關於這個議題，大概在 15 年前我做過一個調查研究，我當時的調查研究結論是不可開放，當時的比率大概是百分之 80 幾，我很欣慰過了大概 15 年之後，官大偉教授他近期的研究、包括蔡志偉教授，也是百分之 80 幾，他們認為保留地不能開放。

但是問題來了，既然說保留地不能開放自由買賣的話，也就是說移轉取得的資格只能夠是原住民，這個部份我們就必須要去思考，要怎麼樣守住這條防線？有沒有什麼樣的措施？我覺得原住民朋友自己也要好好的去思考，原住民的土地當然就是我們生活的領域，等於是我們的文化傳承等等非常重要的一個居所，所以當然不可以隨便賣給非原住民，原住民本身要有這樣的想法。非原住民也必須要嚴懲，所以我現在正在思考，如果買賣移轉實際上根本就移轉給非原住民，有沒有辦法透過什麼樣的一個舉證方式？知道他事實上是移轉給非原住民，進而提起訴訟就可以判決他無效，或是如何。關於這部分因為我還沒很深入研究，所以這個部分可能還要再仔細的思考。

另外我們剛有特別提到，因為這樣的關係所以會導致原住民的管理上面，其實就會出現一些問題。換句話說，你表面上好像都是原住民所有的，但事實上土地可能有一部分都流失掉了，這樣的話對於原住民的管理機關，尤其是原民會，他要制定全國性的政策可能就會有一些片面的問題，也會造成管理層級上面的失能。我以前一直有一個想法，現在我也是把它提出來，因為 Kolas 委員說提出來大家討論討論，這個部分我可能就跟蔡教授不一定完全一樣。這個部分我是想說，因為保留地管理的事權其實是不大統一的，那一直對於保留地到底要開發、管理？其實態度也是不大一樣。所以將來也應該要討論的、再去思考到底怎麼處理。

這個部分是有關於剛剛一再的重複，講到林業用地從事農漁業的部分，因為這樣的關係所以容易遭到查處的一個問題。我跟各位報告，大概在去年五月的時候，我帶某教授到原住民地區去考察一下，我跟他最近在合作研究什麼課題呢？有關於混農林業的部分，或者我們說複合式農林業這樣的概念，雖然他研究的是非洲甘比亞，我研究的是台灣泰雅族地區。他一開始覺得這個山區從事這種林地農用，是不是對於水土保持上有沒有什麼特別的影響？結果我帶他到石磊部落、帶他到新光鎮西堡、帶他到梅花部落等等，到前山後山都走了一趟後，他就告訴我一個概念，他說：其實如果我們山上雖然這是山坡地、它是有坡度的，可是如果我們能夠適當的去配置，複合式的農林業到底要怎麼使用，其實應該是可以考慮的。這是第一點。第二點，他在國外文獻也看到了怎麼樣透過好的規劃設計，也就是透過可能幾排的農作物跟幾排的林木，怎麼樣的來種植，透過這樣的規劃設計，他說其實對於水土保持並不見得一定會有危害的狀況。所以他現在也在做甘比亞那邊的研究，我們也互相都有來往，他也對於我們台灣山上有這麼強盛的、旺盛的生命力，他感到非常的敬佩。我講的絕對不是場面話，這是他後來跟我講的，他覺得滿感動的，尤其我帶他到新竹縣尖石鄉。所以在座的朋友有機會的話也可以到新竹縣尖石鄉去看一下。

所以我剛剛有特別提到，混農林業 Agroforestry，Agroforestry 簡單來講就是農業跟林業一起來種，有一些國家甚至在林邊養一些雞鴨等等，這些全部都包括在裡面。各位可以看到我這個圖，這是在鎮西堡，中間他們是種菜，種菜這個地方是相對比較平坦的，這邊大概就是右邊這邊他們種了楓香，然後這邊有一個走道，走道再過來是有一排台灣杉。所以當地的朋友就跟我講說：老師你看，我們其實對於當地的環境非常重視，而且會有五色鳥飛過來，然後這邊的樹也是長得非常好。右邊這邊是石磊部落，它一樣，這邊也是有一些樹，兩邊有一些樹、中間是比較平坦的地方，然後他們也有從事休耕這樣的情形。休耕本來也不是一件壞事，因為這樣子可以培養地力。

我們再去看一下原住民朋友...我們去看他們的傳統耕作方式，有所謂的「山田燒墾」，以前大家都認為、甚至是日治時期都認為山田燒墾這是一個破壞山林的作法，但是事後、最近幾年來大家對於山田燒墾這件事情，其實都有新的詮釋，甚至認為說，如果你要做地力維護的話，山林燒墾其實也是另外一種好的方法，尤其在燒墾的過程當中也會有一些肥料的產生。如果說在整個山林燒墾的過程當

中，我們也採取樹木跟他...作物大概是農作，樹木跟作物之間有間作，然後配合休耕來恢復地力，也就是我剛剛講的 Alley cropping，就是類似下面的這個圖，下面這個圖就有點類似 Alley cropping，這個圖只是說現在正值休耕，這樣的一個情形。所以其實我們可以看得出來，混農林業的經營方式也是他們很重要的一種經營方式，而且存續到今天。

另外這個圖，這個是鎮西堡，鎮西堡的朋友跟我講，他說：老師你看，這旁邊都有林木，那我們在這邊整地，我們也不會說太過陡的這個地方我們就去把它剷平。他說：我們不會這樣做的。我們是看到相對的有比較平坦的地方，那我在整地的時候也非常小心，還是把一些樹木留下來，將來我們也會在旁邊種一些樹木。所以我認為他們有這樣的一個概念，所以其實如果我們大部分的原住民都能夠有這樣的概念，也從這樣的經營方式去做的話，那麼其實所謂山坡地的超限利用，這麼狹隘的定義是不是要有所改革呢？我相信在座各位應該是心裡有特別感覺。

我們再回頭來看，其實林地農用只有我們原住民的土地嗎？不見得。我們來看一下，其實台大實驗林，我們最近也做台大實驗林的研究，台大實驗林他們在1956年的時候就有頒布了一個法令，叫做什麼呢？叫做「被墾地合作造林辦法」，請看，簡單的來講，這條條文在規定什麼呢？造林地你應該要造林，但是必要的時候你可以種果樹，果樹叫做什麼？叫做森林特產物。所以果樹如果按照現在林務局的規範，果樹是樹嗎？果樹不是樹耶，果樹是森林特產物。所以這是有一點矛盾的這個地方。然後這裡面有特別提到，如果你要種這種森林特產物的話，你可以種 10 分之 3，你現在已經造成的部分就不在此限了。

當然我們知道這個法令辦法裡面還有第 6 條的規定，也就是說，如果在實驗林你要種農作物的話，你要按照「台灣省林地耕種農作物管理辦法」管理，可是問題是後來這個辦法就把它廢除，可是廢除以後這個規定有沒有廢除？也沒有啊，也沒有廢止。所以你可以看得到，其實這個規定根本就已經承認長久以來在林地上面農用的事實。所以這個部份我覺得不只是原住民保留地，包括台大實驗林等等，這些在山上林地農用的部分其實應該要從頭考慮。所以我一直在談這個問題並不是只有關心原住民的土地，其實還有一些山林土地農用，到底要怎麼把它導正，這個我覺得應該要大家一起來關心。

另外剛才我們提到原住民地區的資源的共同管理，就是跟政府機關共同管理，我們的原基法其實是有所規定的，原基法有所規定的。原基法規定相關機關你要設置國家公園等等應該要徵得原住民的同意，而且要跟他建立共管的機制。我們也發現其實林務局、營建署等等相關的政府部門，甚至台大實驗林，他們都已經訂定了所謂的共同管理機制，可是我們看到的共同管理機制那個內容大部份都是說，可以諮詢、他們也可以參加會議等等。那我們來看一下，有一個研究報告，這個研究報告好像也是一個林業單位他們做的研究報告，特別談到說，如果今天我們要跟原住民一起來資源共管的話，有哪些影響因素呢？

他認為第一個最重要的就是所謂的共管要素認知，共管要素認知涉及到什麼

呢？就是說你第一個要讓原住民知道這件事情，而且讓他有意願來共同參與資源的共同管理，如果你要去跟他諮商的話要有適當的管道，更重要的就是你要給他機會。那如果這個條件都沒有辦法達到的話，事實上是有一些困難的。第二個部分他特別提到共管面臨的困境是什麼？像我剛剛講的，到底原住民跟政府機關共管，那你的權利是什麼？事實上你看到的是權利根本不夠明確，怎麼共管？責任是什麼？不清楚。更重要的是權力不對稱，我們發現往往召集人都是政府機關，我們原住民朋友其實是沒有相對權力，政府也不願意分享權力，或者是各方機關對於資源管理的價值觀不太一樣，因為這樣的關係就造成了共同管理的困境。跟原住民朋友共同管理這個資源不是說，請原住民朋友說你到這個森林遊樂區裡面、我給你雇工，你到這邊來加一個工作、我給你加一個工作機會這個叫資源共管，我認為不是這個樣子，應該要坐下來好好的協商，到底是怎樣的共同管理？我這邊是不是就開一個遊樂區？這樣就可以了嗎？可能不是這樣簡單的一個內容。

另外下面有特別提到，原住民與非原住民共管的要素還有共管的困境以及未來應該研究的面向的認知其實存在很多差距，因此他特別強調，第一個，繼續要加強溝通；第二個，資訊要提供，也就是說各個資源管理機關其實都不願意把相關的資訊提供的非常的明確。而且這些相關機關其實都還滿害怕的，他們會認為說，原住民來跟我們分享機關的話，萬一管不好那怎麼辦？常常會有這樣的想法，我們的機關當然我們都很敬佩，但是常常有時候我其實也都忘記適當的權力分享，其實也是滿重要的。所以我們一再的強調，權力分享跟責任分擔其實是滿重要的，還有最後，互動良好這樣的情形。所以我覺得這個研究不僅是很重要，對我的啟發也很多，所以我今天特別把它提出來給各位看一下。

當然我剛剛也特別提到，就是相關的一些資源共管的辦法都已經頒布了，但是呢，常常都有提到說共管為的任務是什麼東西呢？都是建議啦、諮詢啦、溝通事項，沒有實質的決定權，因此剛剛講的那些問題其實都會存在。另外，我們最後也是要強調一下，就是有關於原住民族基本法 34 條提到的相關子法的修正，我認為還是不夠的，雖然有關機關說他們已經在進行，這個部分我們就不再多談。那麼各位可以看到 37 條特別提到開發管理辦法的部分，也特別提到如果土地移轉給非原住民，其實是不合法的，有關於原住民的土地移轉的這件事情，是不是就只有用開發管理辦法來規範？那當然是不夠的。因為中央標準法第 5 條有特別提到，關於人民的權利義務應該要以法律定之，所以這個其實也是我們原基法也有特別提到的，如果要以法律來規範的話，不能夠以命令來規定，這個就是法律的保留原則。所以我們的土海法應該要加強趕快來訂定，相關的規範我覺得的確都要加把勁。另外最新的部分就是我們的國土法，也在今年的 1 月頒布了，但是國土法裡面也規範到有相關的子法還要陸續的訂定，也就是說全面的執行大概還要 6 年之後，但是不管怎麼樣，我們也相當期待。

今天我收到了一個訊息，那個訊息是特別提到國土法的施行細則，施行細則的草案有特別提到，施行細則的草案裡面也有特別規範特定區域計劃到底它的內容該包括什麼，不過那個部分因為明天官大偉教授會繼續討論，所以我就不打算

談太多。在這裡面我們可以發現稍微有一些進步大概是包括什麼呢？因為我們都曉得原住民地區的土地使用都受到很大的限制，所以在第 11 條有特別提到，如果是在實施區域計劃法以前，原住民地區如果你已經在那邊蓋房子的話，那麼這個部分基本上還是尊重他們的使用的現況，所以他的建築物、設施等等應該都可以編回建築用地之類的。另外一個部分是第 12 條，第 12 條這裡面因為國土法一個重要的目的就是希望能夠加強保育，可是各位都知道我們原住民地區其實都在珍貴的山林地帶，所以可能會涉及到國家要實施所謂的保育計畫，會涉及到原住民的土地範圍。在這個細則裡面就特別提到，原住民部落應該要參與計劃的擬定，所以我覺得這個是更積極的，也就是說，從一開始你就要讓原住民知道，我們現在有國土的保育計畫、復育計畫要進行，這件事情到底它的內容規範情況是怎麼樣？會對原住民地區產生什麼樣的影響？一開始就要讓他知道，還有執行的過程也要請原住民共同來參與決策。還有到底要怎麼管理？也是一樣要請原住民提供一些想法。所以我覺得這個部分它就有特別提到整個參與的程序等等、對象，應該要進一步來加以規範，我認為這應該是相對來講比較進步一點的法案的訂定。

最後我很快地跟各位說明一下我的一些想法，第一個部分就是有關於保留地違法買賣的事情，我個人還是認為，雖然有些人認為說違規可能是人性，因為人如果你到山上，會希望住在一個風景美好的地方，那你如果想要住在風景美好的地方或者是你想要在那邊開民宿的話，你那個土地萬一又是屬於原住民的保留地，你就只好跟原住民商議了，那怎麼樣取得他的土地。但是如果是合法的、合理的使用，也許還有道理可言，但是我們現在看到大部分都是私底下違規、違法買賣的情形。個人的想法就是，有沒有可能分期或分區去進行保留地權屬或是使用情況的調查？因為我覺得原民會最近幾年來當然也相當努力，做了一些原住民的經濟調查、就業狀況調查，但是土地使用的調查好像還沒有賣力的去做。因此我個人認為，有關於這個部分是不是好好的去思考，要怎麼樣從事調查？

當初的想法是這樣子，如果調查的話，整個過程可能需要跟土地代書或者我們平常在講的地政士，跟他們加以合作，因為我們不相信所有的地政士都是那種投機取巧的，像我剛剛講的那個地政士，應該還是會有一些比較走正道的地政士，因為現在我們地政士也有一些違規的處理、規定。所以在這樣子的情況下，也許可以跟地政士合作，然後也可以去調查土地權益審議審查會，也就是我們慣稱的土審會，到底他們在審議過程當中的會議紀錄是什麼樣子呢？我覺得都要好好的進一步去做調查，雖然很困難，但是我覺得這條路還是應該要往前行。原先我的想法是，如果查獲違法讓售或轉租，有沒有可能列管限期由當事人自行解決、逾期由政府來強制收回，並且給地上物的價值的補償？當然這個部分還需要進一步的討論，我知道以前大家都認為非常困難，認為說就像現在土海法的規定是，如果原住民和非原住民之間有土地糾紛的話，那你就還是到鄉公所那邊去調解好了，經過這個過程以後再去法院訴訟，訴訟的結果就免讓了裁判費。看起來好像有用意，但是可能也要經過很長的時間，所以可能也要多方面來思考。

另外的部分我也是認為在後續的處理的方法當中，應該也要來加以思考要不

要明訂，另外一個部分是關於複合式農業的經營，我認為應該可以好好重新思考原住民地區土地使用的管制，事實上，現在國土法也正在做很多的研究，尤其是關於土地使用管制的部分。據我所了解，土地使用管制的部分會有局部性的規範，局部性的規範還是會朝向編定各類的用地，然後各類用地裡面容許使用的項目，大概還是會朝向這樣的方向去走。因此我覺得...當然我們原住民地區可能可以把它編成農林用地或是如何，所以這個部分其實可以再進一步的思考，為什麼？因為我們現在的林業用地容許使用項目只是能造林觀光或休閒農業等等，但是另外一方面我們發現山地的造林補助其實到目前為止好像還是只有 60 萬，每一公頃 60 萬、補助 60 萬，而且目前補助的方式並不是以整個集水區為對象，所以我認為，如果真的要發揮所謂的保護山林的作用的話，可能它的範圍要增加。第二個，補助的金額也要進一步的去思考，因為有一些朋友跟我反應，我不是說只有花我的人工而已，我還要除草、我還要稍微整理一下當地的環境，所以那個部分都必須要花一些功夫，所以像那個部分的成本應該也要算到裡面去，其實對於維持一家的生計還是有困難。所以我們認為，固然發展觀光跟休閒農業可能也是一個方向，但是還是要依賴傳統的基礎經濟。什麼叫傳統基礎經濟？也就是我們剛剛舉的這個部分，所以我覺得這部分應該要好好的去思考。

右邊的這個圖，各位你可以看得出來，這是他們在休耕的時候。各位可以看到，因為這個土地相當的肥沃，所以到處都還是長滿草，那下面這個地方是在石磊他們種的蔬菜，如果你以為說這個蔬菜是有噴灑藥劑，那各位就錯了。其實他們是採取自然農法，羅傳道他自己本身自製了酵素、漢方等等，作為營養劑，他這個部分跟我們一般的有機農業又不一樣，裡面就是利用當地的資產做一些微生物菌，然後進一步去培養剛剛講的酵素或是漢方等等。所以他種出來的蔬菜都非常漂亮，人家還以為說這是慣行的，但是事實上，這個環境這樣的好那就代表其實你林地跟農用能夠做適當的組合其實沒有太大的問題，我們去看當地其實也沒有太大的崩落現象出現。我這部分就在想，如果我們非都的那個部分還沒有完全過渡到國土計劃法，或者是將來國土計劃法在修訂的時候，我認為林業用地應該採取有條件可以許可他做農用，換句話說，我剛剛為什麼一再的舉案例給各位看，你去當地要看一下他的環境，現在的超限利用完全就是說，你只要林地農用你就叫超限利用，但事實上不是這樣簡單的，如果你在當地的環境有加以審視的話，其實這個就叫做超限利用嗎？這個其實還有一些問題存在，應該要加以考慮。

另外這個所謂的共同管理機制，我還是在這邊懇切的建議，我們是不是在共管機制裡面，應該讓原住民不只有發言權，還有實質的參與權？換句話說，他對於整個現在我們國土法也賦予剛剛講說國土復育區，那麼也有實質的、參與的權利，那為什麼我們共管機制不能夠給他這個實質的參與權利呢？應該也要讓他分享權利跟責任。我相信肯負責任的原住民朋友還是非常多的，所以將來是不是在相關法令的修訂上面必須要再加以考慮。

最後我們當然也非常懇切的呼籲，就是我們的土海法也要盡速的完成立法，它裡面當然也有一些部分必須要再去仔細的討論，比方說本來有擬訂的農林業的

部分，後來林務單位不同意就把它去除掉了，現在關於這個部分我一直還在跟林務單位溝通，因為這個的確不是像他們想像的二分法，而且他們也跟我說：老師，這個林地農用那都是在非洲國家才這樣子。他錯了，並不是在非洲國家才這樣子，我們也發現林地農用其實在歐洲國家也有，只有在平地才林地農用嗎？也不是，坡地他也是有適當地方也是有林地農用，它當然跟草地是在一起使用的，所以這個部分應該要好好的再加以思考。

最後我們也希望說可能要強化溝通、協調，我們也祝福原民會，希望原民會可以跟其他單位好好的溝通、協調。最後我要強調的是這樣子，為什麼立法委員提出來說要取消五年等待期，但是其他的機關都非常的擔心、極其以為不可？我想這個重點就在於土地流失的問題，因為土地流失的問題沒有處理好的話，那麼事實上即便是我們立即取消五年的等待時間的話，可能還是會有其他問題孳生。所以這個部份我會在這邊懇切的呼籲，不管是原住民、非原住民都要體認到我們的原住民保留地或原住民土地，其實是只有我們原住民才能夠擁有的。

好，以上的報告就...講了四大點，那希望在座的周教授、還有在座的朋友大家多多指教，謝謝！

主持人周志宏國立台北教育大學教務長：

我們感謝顏愛靜教授多年來的心得、發現以及非常具體的建議，我相信她的這些建議在未來這兩天的研討會還會做進一步的大家來探討，我們再次感謝顏教授。

第六屆原住民族
傳統習慣規範與國家法制研討會

原住民族土地權利與利用之困境與契機

國立政治大學地政學系特聘教授　顏愛靜

2016.04.30

簡報大綱

一 原住民族土地制度背景

二 原住民族土地權利取得現況

三 原住民族土地面臨之困境

四 結論與建議-尋找契機

一、原住民族土地制度背景

原住民保留地制度法規沿革

殖民前

臺灣原住民族大抵各有其**生活領域**與空間格局

日治時期

台灣總督府有計畫地開展「理蕃」政策，建構原住民安置定地制度，將原屬「**準要存置林野**」劃設為「**高砂族保留地**」。

民國37年

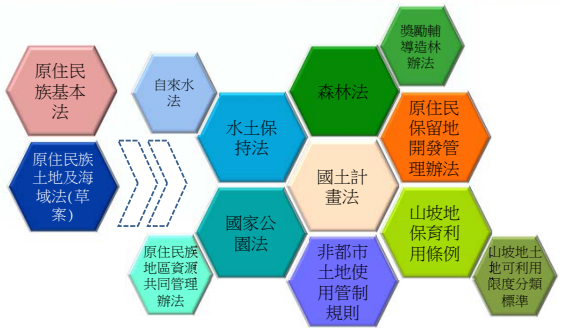
成立專案小組，將日治時期「**準要存置林野**」之土地命名為「**山地保留地**」，專供維護原住民生計及推行山地行政之用，並訂定【**臺灣省各縣山地保留地管理辦法**】作為管理、開發山地保留地之依據

民國94年

原住民保留地開發管理辦法迭經修正

原住民族基本法公布施行。

原住民族地區土地使用相關法規架構圖



原住民保留地開發、利用相關法規(一)

原住民族基本法

- 政府應依原住民族意願及環境資源特性，策訂原住民族經濟政策，並輔導**自然資源之保育及利用**，發展其經濟產業。(第14條)
- 原住民得在原住民族地區依法從事下列非營利行為：一、獵捕野生動物。二、採集野生植物及菌類。三、採取礦物、土石。四、利用水資源。前項各款，以**傳統文化、祭儀或自用**為限。(第19條)
- 政府**承認原住民族土地及自然資源權利**。原住民族或原住民所有、使用之土地、海域，其回復、取得、處分、計畫 、管理及利用等事項，另以法律定之。(第20條)
- 政府或私人於**原住民族土地**或**部落及其周邊一定範圍內之公有土地**從事土地開發、資源利用、生態保育及學術研究，應諮商並取得原住民族同意。(第21條)
- 政府於原住民族地區劃設國家公園、國家級風景特定區、林業區、生態保育區、遊樂區及其他資源治理機關時，應徵得當地原住民族同意，並與原住民族**建立共同管理機制**。(第22條)
- 政府應**尊重**原住民族選擇生活方式、習俗、服飾、社會經濟組織型態、**資源利用方式、土地擁有利用與管理模式**之權利。(第23條)

原住民保留地開發、利用相關法規(二)

原住民保留地開發管理辦法

- 符合一定要件之原住民保留地，原住民得向當地登記機關申請辦理設定**耕作權**或**地上權**登記。（第8條、第9條）
- 原住民取得原住民保留地之耕作權、地上權、承租權或無償使用權，除繼承或贈與於得為繼承之原住民、原受配戶內之原住民或三親等內之原住民外，**不得轉讓或出租**。（第15條）
- 依本辦法取得之耕作權或地上權登記後繼續**自行經營或自用滿五年**，耕作權人或地上權人，得向當地登記機關申請辦理**所有權移轉登記**。(第17條)
- 原住民取得原住民保留地所有權後，除政府指定之特定用途外，其**移轉之承受人以原住民為限**。(第18條)
- 依本辦法收回之原住民保留地，得依序改配與(1)轄區內原受配面積不足，且與該土地具有傳統淵源關係、(2)尚未受配、(3)原受配土地面積較少之原住民。原住民有違法轉讓、轉租原住民保留地者，不得申請受配。(第20條)

原住民保留地開發、利用相關法規(二)

原住民保留地開發管理辦法

- **非原住民**在本辦法施行前已**租用**原住民**保留地**繼續**自耕**或**自用**者，得繼續承租。非原住民在轄有原住民保留地之鄉(鎮、市、區)內設有戶籍者，得租用該鄉(鎮、市、區)內依法得為建築使用之原住民保留地作為自住房屋基地，其面積每戶不得超過零點零三公頃。(第28條)
- **非原住民**依前條**租用**之原住民保留地，**不得轉租**或由他人受讓其權利。違反前項規定者，應終止租約收回土地。(第29條)
- 原住民保留地內天然林產物符合要件者，得經縣市主管機關專案核准採取。(第34條)
- **原住民**依法於原住民保留地取得之土地或設定之**地上權**，得為**抵押權之標的物**。(第42條)

原住民保留地開發、利用相關法規(三)

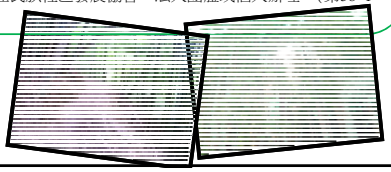
水土保持法

- 山坡地**超限利用**者，或從事農、林、漁、牧業，**未依規定使用**土地或未依水土保持技術規範實施水土保持之處理與維護，經查獲且**限期未改正**者，若放租、放領或登記耕作權之土地屬於公有者，得終止或撤銷其承租、承領或耕作權，收回土地，或土地為私有者，停止其開發。(第22條)
- 違反第22條第1項，未在規定期限內改正或實施仍不合水土保持技術規範者，處新台幣6萬元以上30萬元以下罰鍰。(第33條)
- 山坡地**超限利用**，係指於依山坡地保育利用條例規定 查定為**宜林地**或**加強保育地**內，從事**農、漁、牧業**之墾殖、經營或使用者 。(水土保持法施行細則第26條)

原住民保留地開發、利用相關法規(四)

森林法

- 經編為**林業用地**之土地，**不得供其他用途之使用**。但經徵得直轄市、縣(市)主管機關同意，報請中央主管機關會同中央地政主管機關核准者，不在此限。該土地為原住民土地者，除依前項辦理外，並應會同中央原住民族主管機關核准。(第6條)
- 森林位於**原住民族傳統領域土地**者，原住民族得依其**生活慣俗**需要，採取森林產物。(第15條)
- **國有林**位於**原住民族傳統領域土地**者，有關**造林、護林**等業務之執行，應**優先輔導**當地之原住民族社區發展協會、法人團體或個人辦理。(第38-1條)



原住民保留地開發、利用相關法規(五)

國家公園法

- 國家公園得按區域內現有土地利用型態及資源特性，劃分為一、一般管制區。二、遊憩區。三、史蹟保存區。四、特別景觀區。五、生態保護區管理之。(第12條)
- 國家公園區域內**禁止焚燬草木**或引火整地、**狩獵動物**或捕捉魚類等行為。(第13條)

原住民保留地開發、利用相關法規(六)

山坡地保育利用條例

- 山坡地供農業使用者，應實施土地可利用限度分類，由中央或直轄市主管機關完成**宜農、牧地、宜林地、加強保育地查定**。土地經營人或使用人，**不得超限利用**。(第16條)
- **山坡地超限利用**者，由直轄市或縣(市)主管機關通知土地經營人、使用人或所有人**限期改正**；屆期不改正者，依同條例第35條規定處新台幣**6萬元以上30萬元**以下罰鍰。(第25條)
- 山坡地範圍內**山地保留地**，輔導原住民開發並取得耕作權、地上權或承租權。其**耕作權、地上權**繼續**經營滿五年**者，**無償取得土地所有權**，除政府指定之特定用途外，如有**移轉，以原住民為限**。(第37條)

原住民保留地開發、利用相關法規(七)

非都市土地使用管制規則

- 非都市土地經劃定**使用分區**並**編定使用地類別**，應依其**容許使用之項目**及**許可使用細目**使用。各種使用地容許使用項目、許可使用細目及其附帶條件如附表一。(第6條)
- 申請於離島、原住民保留地地區之**農牧用地、養殖或林業用地住宅興建計畫**，應以其**自有土地**，並符合下列條件，經直轄市或縣（市）政府依第30條核准者，得依其**核定計畫內容**之**土地使用性質**，申請**變更編定為適當使用地**，並以一次為限。原住民保留地地區之申請人，除應符合前款條件外，並應具原住民身分且未依第46條取得政府興建住宅。符合規定之原住民保留地位屬森林區範圍內者，得申請變更編定為丙種建築用地。(第37條)

全國原住民各年度土地所有權及他項權利取得統計

統計至民國105年2月25日止

年度	土地所有權		土地他項權利	
	筆數	面積	筆數	面積
96以前	180,788	59,884.75	34,122	14,027.025
97	13,169	5,589.428	1,675	1,002.447
98	11,125	4,803.952	2,042	1,232.117
99	11,178	4,431.419	2,434	1,292.477
100	9,844	3,541.129	2,867	1,400.702
101	9,326	3,468.485	2,730	1,258.453
102	9,924	3,574.269	2,814	1,411.241
103	10.797	4,002.35	3,490	1,599.055
104	11,690	4,332.69	4,829	2,361.704
105	458	204.621	312	137.321
總計	268,299	93,833.093	57,315	25,722.542

原住民保留地
所有權、地上權、農育權、耕作權統計

統計至民國105年2月25日止

所有權			地上權			農育權			耕作權		
人數	筆數	面積	人數	筆數	面積	人數	筆數	面積	人數	筆數	面積
66,865	205,134	93,833.09	5,279	5,064	127.26	17,001	24,987	17,841.16	19,856	25,459	7,754.12

※人數計算：以自然人為主體。

1個原住民有5塊原保地，只能計算為1個原住民；5個原住民共有1塊原保地算5個原住民。

※筆數計算：以地號為主體。

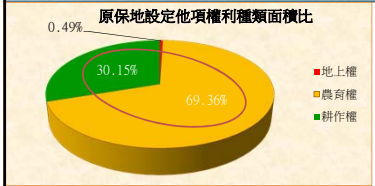
※面積計算：(該地號面積*私有權利人數*持分比例)之加總。

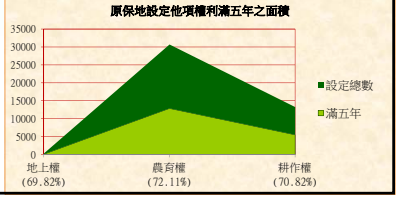
原住民保留地
地上權、農育權、耕作權滿五年統計

統計至民國105年2月25日止

地上權			農育權			耕作權		
人數	筆數	面積	人數	筆數	面積	人數	筆數	面積
3,824	3,535	88.857	11,489	18,173	12,865.095	14,875	19,179	5,491.206
佔設定總數百分比								
72.44%	69.81%	69.82%	67.58%	72.73%	72.11%	74.91%	75.33%	70.82%

統計至民國105年2月25日止





全國各縣市原住民保留地總面積及總筆數

統計至民國105年2月25日止

縣市名	地籍註記保留地之土地筆數	地籍註記保留地之土地總面積(公頃)
基隆市	49	3.452
高雄市	17,690	16,780.377
新北市	7,244	2,105.586
宜蘭縣	28,021	14,732.024
桃園市	30,037	12,047.214
新竹縣	33,308	18,181.872
苗栗縣	17,731	9,058.93
臺中市	16,733	6,363.348
南投縣	49,381	31,925.203
嘉義縣	7,045	6,646.769
屏東縣	92,528	67,801.466
花蓮縣	63,335	29,593.334
臺東縣	59,673	47,455.166
全省總計	422,775	262,694.741

全國各縣市原住民保留地原住民權利統計

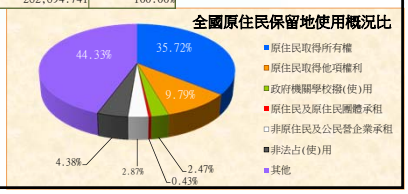
統計至民國105年2月25日止

縣市名	所有權部		他項權利部			取得權利人數		他項權利人數設定滿五年以上	
	中華民國面積	原住民取得所有權面積	建地地上權	農育權(林地地上權)	耕作權	現有取得所有權人數	現有他項權利人數	人數	面積
基隆市	3.452	0.128	0.3	0	0	32	71	60	0.259
高雄市	16780.377	6705.747	3.47	1653.169	309.847	3413	1375	1121	1630.856
新北市	2105.586	715.71	0.387	388.71	15.578	617	689	553	320.208
宜蘭縣	14732.024	4827.593	3.286	575.618	322.459	3675	1639	1195	679.106
桃園市	12047.214	3659.56	9.705	1573.653	418.508	2787	3621	3194	1550.269
新竹縣	18181.872	9290.552	12.793	1624.773	376.799	4908	2892	2333	1491.953
苗栗縣	9058.93	3681.753	3.409	398.441	144.095	2120	956	819	439.177
臺中市	6363.348	785.582	3.548	161.968	487.929	1102	1287	1061	524.436
南投縣	31925.203	8131.47	19.757	2738.517	1584.888	6632	6249	5343	3493.169
嘉義縣	6646.769	3486.217	1.672	642.864	229.161	1484	647	548	737.363
屏東縣	67801.466	28912.703	15.211	4376.644	1369.146	17761	7232	4733	3731.25
花蓮縣	29593.334	9925.277	19.13	1610.683	1261.492	11430	5321	2903	1764.734
臺東縣	47455.166	13710.803	34.589	2096.12	1234.223	10904	5324	2940	2082.384
全省總計	262694.741	93833.095	127.257	17841.16	7754.125	66865	37303	26803	18445.164

統計至民國105年2月25日止

全國原住民保留地使用概況

使用情形	面積(公頃)	百分比
原住民取得所有權	93,833.095	35.72%
原住民取得他項權利	25,722.542	9.79%
政府機關學校撥(使)用	6,489.923	2.47%
原住民及原住民團體承租	1,124.267	0.43%
非原住民及公民營企業承租	7,548.624	2.87%
非法占(使)用	11,516.395	4.38%
其他	116,459.895	44.33%
全國總面積	262,694.741	100.00%



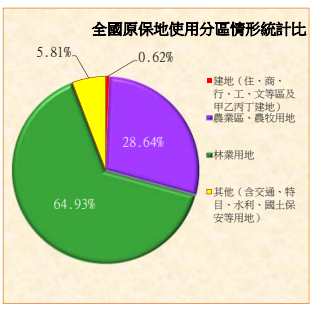
全國原住民保留地使用分區情形

縣市名	原住民保留地土地總面積 A	建地（住、商、行、工、文等區及甲乙丙丁建地） B	農業區、農牧用地 C	林業用地 D	其他（含交通、特目、水利、國土保安等用地） E=A-B-C-D
基隆市	3.452	1.669	0	0	1.783
高雄市	16780.377	78.914	4163.815	11157.712	1379.936
新北市	2105.586	10.062	0	0	2095.524
宜蘭縣	14732.024	100.67	4105.703	10030.331	495.32
桃園市	12047.214	63.135	2213.622	8468.297	1302.16
新竹縣	18181.872	88.727	4582.847	13252.129	258.169
苗栗縣	9058.93	55.313	2812.911	5952.26	238.446
臺中市	6363.348	51.84	2939.159	2603.295	769.054
南投縣	31925.203	209.793	8995.589	21435.142	1284.679
嘉義縣	6646.769	34.779	3274.915	3073.263	263.812
屏東縣	67801.466	288.338	17951.69	46970.983	2590.455
花蓮縣	29593.334	310.38	10205.892	16210.562	2866.5
臺東縣	47455.166	323.417	13982.018	31423.402	1726.329
全省總計	262694.741	1617.037	75228.161	170577.376	15272.167

統計至民國105年2月25日止

全國原住民保留地使用分區情形

使用分區	面積	百分比
建地（住、商、行、工、文等區及甲乙丙丁建地）	1617.037	0.62%
農業區、農牧用地	75228.161	28.64%
林業用地	170577.376	64.93%
其他（含交通、特目、水利、國土保安等用地）	15272.167	5.81%
原保地總面積	262694.741	100%



綜整

- 全國保留地由原住民取得所有權之面積約佔36%，另設定他項權利之面積則約佔10%。
- 原住民保留地多位於「**林業用地**」之使用分區範圍，占64.93%，「**農業區與農牧用地**」使用分區，僅占28.64%
- 另依原住民保留地他項權利設定之種類，30.15%設定耕作權，69.36%設定農育權，顯示在原住民保留地上的經濟活動高比例係以農林業為主。
- 依「非都市土地使用管制規則」各種使用地容許使用項目，「農牧用地」得為農作使用、畜牧設施（包含原保地森林區）、林業使用、休閒農業設施等，允許農、林、牧混合使用；而「林業用地」僅允許林業使用，但不能為農、牧使用。
- 林業用地僅允許造林，使原保地上農業經濟活動用地受限

四大議題

- 保留地權利非法移轉情形嚴重，導致地籍產權資料不符現況
- 保留地編為林業用地從事混農林業，違反使用管制規定而遭查處
- 原住民族地區資源共同管理辦法，未必能落實原住民族基本法立法意旨
- 原住民族基本法相關子法修正仍付諸闕如，土地權益保障有所不足

保留地權利非法移轉嚴重，導致地籍產權資料不符現況

原住民保留地開發管理辦法第15條第1項	原住民取得原住民保留地之耕作權、地上權、承租權或無償使用權，除移轉給符合資格之原住民外，不得轉讓或出租
原住民保留地開發管理辦法第16條	非法轉讓，已為登記者訴請法院塗銷登記；租用或無償使用者，終止契約
原住民保留地開發管理辦法第17條第1項	取得之耕作權或地上權登記後繼續自行經營或自用滿五年，得申請辦理所有權移轉登記
原住民保留地開發管理辦法第18條第1項	原住民取得原住民保留地所有權後，除政府指定之特定用途外，其移轉之承受人以原住民為限
山坡地保育利用條例第37條	山坡地範圍內山地保留地，原住民其耕作權、地上權繼續經營滿五年者，無償取得土地所有權，除政府指定之特定用途外，如有移轉，以原住民為限

保留地權利非法移轉嚴重，導致地籍產權資料不符現況(二)

- 原住民有私下將保留地讓售或轉租非原住民情形即違反保留地政策，應由政府依保留地管理辦法規定收回。惟：
  - 保留地管理事權不統一，保留地使用多元化
  - 歷次保留地管理辦法修正內容，顯現對保留地「開發」與「保護」之矛盾態度
  - 不斷進行保留地清查並賦與平地人合法使用權，使保留地流失
- 保留地的非法讓售與轉租，除造成保留地的流失，也導致地籍產權資料與現況不符，使政府在保留地的管理及規劃易造成誤差。

保留地編為林業用地從事混農林業，違反使用管制規定而遭查處(一)

非都市土地使用管制規則第6條	非都市土地經劃定使用分區並編定使用地類別，應依容許使用項目及許可使用細目使用。「農牧用地」允許農作、林業、畜牧使用，「林業用地」允許林業使用
山坡地保育利用條例第16條	山坡地供農業使用者，應實施土地宜農、牧地、宜林地、加強保育地之可利用限度分類查定，土地經營人或使用人，不得超限利用
山坡地保育利用條例第25條	山坡地超限利用者，土地經營人、使用人或所有人需限期改正，屆期不改正者，處新台幣6萬元以上30萬元以下罰鍰
水土保持法施行細則第26條	山坡地超限利用，指於依山坡地保育利用條例規定查定為宜林地或加強保育地內，從事農、漁、牧業之墾殖、經營或使用者

保留地編為林業用地從事混農林業，違反使用管制規定而遭查處(二)

- 混農林業(Agroforestry)是整合型土地利用系統，包括樹木、作物、家畜等構成要素，運用這些要素間互動關係，生產多樣化產品，可滿足社會與經濟發展需求

- 部分原住民族傳統農耕採「山田燒墾」，耕作期間種植數種作物與樹木輪作、間作，並配合休耕恢復地力，這種栽種作物與周遭林木並存，是為樹籬條栽(Alley cropping)屬混農林業經營方式之一，並存續至今。

保留地編為林業用地從事混農林業，違反使用管制規定而遭查處(三)

- 屬山坡地的原住民保留地經查定為宜農牧地，則可編定為農牧用地，從事農耕；然一旦被查定為宜林地且編定為林業用地，如作農牧或混農林業使用，則屬「山坡地超限利用」行為。需依水土保持法及山坡地保育利用條例給予處罰。

保留地編為林業用地從事混農林業，違反使用管制規定而遭查處(四)

林地誰不得農用或為混農林業？

1956年頒行的「被墾地合作造林辦法」第10條「合作造林地應全面造植林木或竹類，必要時得營造果樹等森林特產物，惟其面積不得超過該筆總面積10分之3，但已造成部份不在此限。」，另依該辦法第6條規定，於臺大實驗林地內耕種農作物時，應遵照「臺灣省林地耕種農作物管理辦法」辦理，上述規定似對長久以來既存的事實，有林地造林除外規定，並肯認部分林地農用或混農林業經營合乎規範

原住民族地區資源共同管理辦法，未必能落實原住民族基本法立法意旨(一)

原住民族基本法第22條 ➡ 於原住民族地區劃設國家公園、國家級風景特定區、林業區、生態保育區、遊樂區及其他資源治理機關時，應徵得當地原住民族同意，並與原 住民族建立共同管理機制

國家公園法第12條 ➡ 國家公園得按區域內現有土地利用型態及資源特性，劃分為一、一般管制區。二、遊憩區。三、史蹟保存區。四、特別景觀區。五、生態保護區管理之。

原住民族地區資源共同管理辦法，未必能落實原住民族基本法立法意旨(二)

- 依政府與原住民共管資源之共管要素、共管面臨的限制與共管議題認知研究(吳孟珊、吳俊賢、李俊志，2012:81)：
  - 共管要素認知，以「當地原住民有參與意願」及「有溝通協商的管道或機會」為相對重要的先決條件
  - 共管面臨的困境，「不夠明確的權利、方法與責任」、「權力不對稱」、「政府不願意分享權力」、「對資源管理價值觀的差異」等制度因素，是受訪者認為較重要的，顯示制度設計與執行是未來應著手解決的問題
  - 原住民與非原住民在共管要素、共管困境及未來研究面向的認知存在許多差異，故應加強溝通及交換資訊，體現權力分享、責任分擔與互動良好的真精神。

原住民族地區資源共同管理辦法，未必能落實原住民族基本法立法意旨(三)

- 依「原住民族地區資源共同管理辦法」第6條第3項規定，就位處原住民族地區資源的共同管理會設置要點或基準已陸續頒布。
- 共同管理會的任務，多屬建議、諮詢及溝通事項，未有實質決策權。將出現「不夠明確的權利、方法與責任」、「權力不對稱」、「政府不願意分享權力」、「對資源管理價值觀的差異」等制度因素。

原住民族基本法相關子法修正仍付諸闕如，土地權益保障有所不足(一)

山坡地保育利用條例第37條 ➡ 山坡地範圍內山地保留地，其開發管理辦法，由行政院定之。

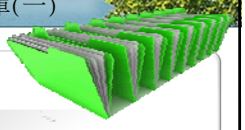
原住民族基本法相關子法修正仍付諸闕如，土地權益保障有所不足(二)

- 原住民保留地管理制度，係按「山坡地保育利用條例」第37條之規定，授權訂定法規命令「原住民保留地開發管理辦法」，予以規範原住民對於保留地之使用與無償取得所有權，與相關之權利與義務。
- 依中央法規標準法第5條，關於人民之權利義務應以法律定之；同法第6條，應以法律規定之事項，不得以命令定之，此為法律保留之原則。
- 原住民保留地開發管理，涉及原住民族對於保留地之權利、義務。依法律保留之原則，應改以法律定之。

原住民族基本法相關子法修正仍付諸闕如，土地權益保障有所不足(三)

- 「原住民族基本法」自2005年頒布施行已逾10年，與原住民族土地有關之規範僅為行政命令位階，雖擬訂「原住民族土地及海域法」草案，但尚待審議，而其他如原住民族自決權、傳統領域土地權、文化權的法律仍付諸闕如。
- 「國土計畫法」雖於105年1月制定公布，惟其施行日期需俟公布後一年方定之。另依該法尚有20項子法亦待研訂。

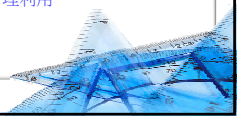
全面清查保留地違法買賣情事，建立正確的保留地資訊系統或資料庫(一)



- 擬定計畫全面清查保留地私下違法讓售或轉租之情事
  - 擬定計畫，分期、分區進行保留地權屬與使用現況清查
  - 查獲違法讓售或轉租，列管限期由當事人自行解決，逾期由政府強制收回，並僅給予地上物價值補償
  - 原住民自行解決時，政府宜提供低利貸款，俾利原住民償還已收取之價金
  - 「原住民族土地及海域法」(草案)針對私下讓售或轉租情事，並未訂定積極處理辦法。為能落實「原住民族土地及海域法」之立法目的，應於該法中明定處理方法，以為後續執行之依據

全面清查保留地違法買賣情事，建立正確的保留地資訊系統或資料庫(二)

- 建立正確保留地籍資訊系統或資料庫，健全保留地之管理工作
  - 保留地全面清查，明瞭使用現況及釐正財產權屬。
  - 清查資料配合地理資訊系統的運用，辦理地籍與數位圖資異動、更新，掌握土地靜態、動態資料，強化管理與利用。
  - 原住民保留地應有詳實記載歷年來保留地權屬、分配、利用、增劃編、移轉、土地開發等相關重要統計資訊，並公開資訊，以利社會大眾督導保留地之管理利用



林業用地得有條件許可從事混農林業，以利山坡保留地的永續利用(一)

理由

- 原住民族向來土地利用係依循傳統規範及在地知識，就山林水土資源整體予以利用，並未區分土地應屬宜農、宜牧或宜林使用。
- 原住民保留地多數屬宜林地，依現行非都市土地使用管制規則等相關法令，無林業用地得經營混農林業之規定。
- 宜農牧地及宜林地之分類查定，過去受限人力、儀器、複雜地形，僅按林班地地號大面積劃定各宗宜林地。並分類查定標準，僅考量土壤有效深度、坡度、土壤沖蝕程度、母岩性質等條件，亦或未實地勘查。

林業用地得有條件許可從事混農林業，以利山坡保留地的永續利用(二)

理由

- 就保障原住民生計及維護其使用原住民族土地權益規定，僅山坡地保育利用條例第37條，惟山保條例立法目的非以保障原住民使用原住民族土地權益為宗旨，以此作為當地農地利用有無「超限利用」認定標準，未自原住民族發展主體為考量。
- 「林業用地」容許使用項目，傾向發展造林觀光及休閒農業為主。惟山地造林補助金額偏低，不足維持家戶一年之生計，如發展觀光產業及休閒農業，仍需賴傳統基礎經濟活動作為產業發展根基。

林業用地得有條件許可從事混農林業，以利山坡保留地的永續利用(三)

- 修改非都市土地使用管制規定對「林業用地」採有條件許可
- 原住民地區土地「超限利用」之查定應採實質審認

調整原住民族地區資源共同管理機制，以落實原住民族基本法立法意旨

- 政府應統合各資源主管機關，整合設置一共同管理機制平台，以提高網絡集中性。
- 共管機制中，應賦予當地原住民代表發言權及參政權，使其得與政府彼此分享權利與責任。
- 以資源治理之利害關係人為主體，修訂共同管理辦法。

原住民族基本法相關子法儘速完成法制作業，以保障土地相關權益

- 有關當局應強化溝通協調，儘速完成法制作業，以保障原住民族土地相關權益。

主題一

原住民族傳統習慣視野中的土地

主持人：王瑞盈處長，原住民族委員會綜合規劃處

排灣族農耕的水土保持邏輯：Vucul j排灣族農耕文化與土地生命的對話

發表人：拉夫琅斯・卡拉雲漾（排灣族），屏東縣原住民族部落大學校長

與談人：張錦家 簡任正工程司 行政院農業委員會 水土保持局監測管理組

亟待傳承復振的森林智慧—賽德克族植物利用初探

發表人：郭明正（賽德克族族），文史工作者

與談人：汪明輝副教授 國立臺灣師範大學地理學系

排灣族農耕的水土保持邏輯：

Vuculj 排灣族農耕文化與土地生命的對話

拉夫琅斯・卡拉雲漾 Ljavuras kadrangian

屏東縣原住民族部落大學校長

摘要

有關排灣族的農業文化和知識中外學界的研究報導仍然相當有限，排灣族傳統知識體係中，農耕文化裡的科學知識與山林生態知識、狩獵學知識、動物學知識、植物學知識、地質學知識、林野資源學知識、建築學知識、天文學知識、口傳文學、慣習制度、社會制度等，係架構「排灣學」的主要樑柱，早期農業文化的角色即是扮演排灣學知識領域中的支柱之一，古排灣族人傳統思維中 Kadjunangan 土地是人類生命延續的元素，tjukez 糧作是生命存活的砥柱，故排灣族傳統社會中的世代信仰、宇宙空間信念、祭典文化、生命禮俗、生活文化及社會倫理制度，均深繫著農耕文化思維的元素和特質，經歷悠遠的旅程，排灣族人農耕歷史的發展和推進，在宇宙人類文明的發展中，亦獨創出屬於自己的「農業文明」，而這項高度精緻的「自然農法」依不同面向分別做詳述的探討；（一）從部落的傳統領域學探究「農耕地」產生的法則和信念上的保護；（二）從部落地質學與民族植物學瞭解自然農法中生態和諧的意義；（三）從土地命名概念中解析先祖對土地生命的態度；（四）從部落農法中剖析土地的最高價值利用。

壹、前言

Vuculj 排灣族的傳統領域，位於南臺灣尾端之縱向山脈，族群世居大武山係，為獵耕並行的生活文化型態，基本上農糧為主食，動物肉質為副食，因而相關獵耕的傳統知識極具科學性及高度文明，尤其在農業技術和經營概念上，若與現今的所謂「現代農機農業科技」做比較，絕對是有過之而無不及，惜!自公元 1930 年迄今，當族人因歷史的變遷，被相繼遷移到山麓或平原區域，傳統的山田耕作知識和熟稔度逐漸的遠離族人的生活，當然對山林各種生態知識的能力與生態反應的掌握亦正快速的弱化。當原住民族自治的議題隨族人意識的抬頭而加溫時，山海生態管理和掌握的能力及土地利用的相關知識和在地論述，就愈顯出其重要性。

排灣族傳統上最強烈的族群特色，就是管理山林各種生態的智慧及土地利用生態的保持與醫態技術，為修補及恢復台灣山林原有的生命力，及因應未來原住民族自治後重拾土地利用和保護的知識，透過調查和研究有關排灣族傳統農業文化中水土保持的邏輯是相當需要的，建構一套有系統的「族群農業學」或「水土保持學」對國家推動原住民族相關的政策，可提供參考和貢獻，未來民族教育的發展亦是不可或缺的教學工具和教材。

貳、從部落的傳統領域學探究「農耕地」產生的法則和信念上的保護

傳統以來排灣族對於部落 veqeveq 傳統領域，承襲著一套 venkatj 規劃的依循法則和信念，建立土地利用的法則與信念，其意義乃在善用不同土質特性正確的利用及各種地理環境的生態維持，以保護土地中生命的元素和能量，就排灣族部落對土地所展現的掌握能力與知識分類，分別將聚落位置的條件、獵場條件的選定、農耕區劃定的標準，以及地理上潛在危機及地質環境敏感區域的管理，都依循著部落承傳下來的相關知識和信念使用及管理，這項傳統的知識也就是千餘萬年來維繫整個南臺灣大武山係、生態系生命的力量和主要元素，茲將 Vuculj 排灣族規劃傳統領域土地使用劃分的依循知識法則及賦予土地信念的思維分別解析如後：

一、qinaljan 部落/聚落

部落或聚落的地理位置，經過先人千年來的觀察與調整，從原先建在山腰以下和山谷之間的緩坡地形，漸漸往山頭稜線下方附近，遠離河域山腳地區，減少潛在的危險，也降低部落或聚落群坡地上方土石崩塌的威脅，Vuculj 排灣族早期起源部落 Tjaiquvuquvulj 群各聚落位置，均位於北大武山及日真湯山山腰與 Tjumincelaq 平和溪兩岸山麓之間，後來歷經屢次崩山坍方後部落和聚落漸向山頂方向遷移，此後 Vuculj 排灣族第二個時期以後建立的部落或聚落均選擇在離河澗一段距離的山頂稜線周遭。

二、qaqumain 農耕地

農耕地在傳統概念的選擇上條件標準有著一套衍襲傳下的依循法則：地形緩坡、土質為 Sariqesiqesiq 頁岩土、半日照地理環境、土壤微潮的鬆土區域，當

然農耕地區的天然條件優劣各異，因此在傳統農業的自然農法中 Vuculj 排灣族亦有一套承襲傳遞的因地制宜農法智慧來處理解決，但相關的知識領域，將會在其他文本或篇章再做說明，基本上農耕地的規劃須盡可能避開約 60 度仰角以上之陡坡地形及斷崖峻嶺區或河域兩旁谷地。

三、valivalian 獵域

部落傳統領域的規劃選定，有著一套維繫的慣習標準，獵域的地理位置通常位於傳統領域的偏遠疆界地區，且屬不適農耕開發的層巒野林，獵域面積須是遼闊的中高海拔區，而獵域的各種生態須世代永續保持自然樣貌，獵域是全部落共同的財產亦就是說部落人有共同的權利取得獵域內的資源，但也賦予獵域信念來永久保護。

四、pana 河域

水資源對深居野澗山林的 Vuvulj 排灣族人來說，是水生食物及兩棲類食物不可或缺的資源場域，傳統領域內的河域管理權歸王族或貴族家族或地主所有，但河域產出的資源歸全部落共享，早期傳統生活中是產婦、體弱者、幼兒營養補給的重要來源之一，因此部落傳統領域內的溝澗河溪，有著承襲傳統下來的管理規範與維繫的法則，傳統領域內所規劃納入的河溪澗溝通常在河域的歸類屬 kapanan（意指：終年不乾枯的河域而言），而屬於淺山地帶的間歇河則在傳統上列為不具價值 ljapanapana 假河域，部落傳統領域內的河域範圍通常與同一河系的部落有著清楚的天然界址。

五、Tjucemas 神域

Vuculj 排灣族早期第一代到第三代建立的部落傳統領域內，因為神靈信仰或對土地的信念，因此在部落領域內具特殊天然景觀與神聖氛圍的靈域都會在傳統領域的利用中，賦予神性如：南北大武山間的連結處，即為 Vuvulj 排灣族人傳統上供奉的聖山－Tjagaraus－；而北大武山西方對峙的日真湯山山頭，及神隱大武山排行次位的 Marupaljing 神，在 Vuculj 排灣族第一代的聚落群領域裡分別都住著不同的神靈；padain 高燕部落領域的某處瀑布即是嬰孩生命保護神 Saljavan 神隱盤居處，puima 平和部落領域內第一代聚落遺址的坡地上方為部落生命財產保護神 Saljaljumegan（百步蛇）女神千古以來隱居坐鎮之處，總之山高水深有靈之處在傳統的利用和規劃上均交予神靈來管理，部落的傳統信念上視為聖地禁域，人類不得做任何的利用與開墾。

六、pu'akuman 魔域

古老的信念中 Vuculj 排灣族根深蒂固的相信，宇宙靈界當中神魔是並存的，天地間即有屬正面的神格亦存在著屬負面的魔靈，部落傳統領域裡即在光明處規劃神靈聖地，也在領域深淵谷澗的秘境處或陰深不見日照的原始林中保留魔界的空間，魔域之地千古以來迴盪著鬼魅之聲，這些不自然的幽靈聲即是魔域成立的特殊條件，魔域傳統的信念上是嚴禁生人靠近，因而往往是部落傳統領域內最富秘境色彩的禁地，也深藏著永遠解不開的謎與揭不開的神秘面紗，可謂是部落世代的禁地保留區。

七、linizengan 祖靈域

部落傳統的信念中，人類往生屬自然死亡者葬於家屋地底下，遭惡靈奪取生命屬不自然意外事故死亡者，則葬於部落遠郊之岩穴蔭蔽處，非自然死亡者其靈魂的居所，飄向 pu'akuman 魔域深境，而自然列為不淨的魂，而自然死亡者其靈魂潔淨，故另設專屬領域安置靈魂，祖靈域係屬神聖境域傳統上祖靈域不提供人類使用或越區進入，若路經須穿越的路段，則比照經過魔域之地，以藤蔓枝葉

做成環形草冠戴在頭部並且以枝葉蓋住遮避耳部及臉部側面,再以輕踏躡足的步伐走過。根據老一輩人的說法,開墾土地若不慎逾越靈地耕作,祖靈域的祖靈會顯靈斥責或透過夢境警示,在部落的傳統領域規劃上,依世襲慣習只要是農神區域或部落周遭的溝澗河域均編入祖靈域,祖靈域在信念上的規範歸屬聖域,因此傳統的概念裡祖靈域歸世代祖先擁有與管理。

參、從部落地質學與民族植物學瞭解自然農法中生態和諧的意義

排灣族部落傳統農法中,前提是將「農耕地」擬人化,而將「農耕地」擬人化的實際具體作為,首先是給予每一塊土地「命名」,再就是依農地土地的性質選擇適合的作物種植,最重要的概念是「體貼土地」的管理方式,這種彷彿體貼人生命的經營模式又細分為二種信念:一是讓土地依體質輪流休息也就是採農地輪耕制;二是不要深墾造成土地受傷,也就是保持土壤原有的生態和能量。本章節所探討的焦點是在闡述有關從部落傳統的地質學知識與部落農作植物學知識的連結與對話,透過地質特性的瞭解及作物特性的熟悉,排灣族人發展出土地與作物和諧共存的密碼與法則,而這項傳統知識就是排灣族古農業文明的水準與指標,茲將該項知識的內涵解析如下:

Vuculj 排灣族人將農耕地的土質與農作上的利用依優劣排序分述:

一、sariqesiqesiq 頁岩土:

在傳統的農作土地選擇上,列為質性最佳的土質,泥土質性為鬆 軟且排水性佳,頁岩土區大抵上地理位置均屬中高海拔區的農耕地,除不適水芋及菸草外,其餘各種農作物都適宜種植。

二、kuvulj 黃(紅)土:

傳統的旱地作物除水性作物外均適宜種植但作物生長情形及產出的品質較 sariqesiqesiq 頁岩土地區的生長情形及品質為劣。kuvulj 黃(紅)土區域大抵上其地質生態環境都偏向低海拔以下地質及丘陵地。

三、vudavudas 砂質地:

傳統農耕中的 vudavudas 沙質地均地處河床兩岸的沖積砂質,該地區因位處汛期洪泛區及乾旱季節的風沙乾枯地,因此為短期季節性單一作物的耕作區,如豆類作物,冬季的乾旱季節及豪雨颱 風季節作物都無法順利生長,在低海拔區因作物生長較快速,因而小米及地瓜及豆類的種植較常見,深山區因溫度較低作物生長期較長,故通常收成須看天和運勢。

四、djesu 濕地:

高山帶的生態系中,在傳統領域的農耕區裡溝澗的兩旁地帶,容易形成濕地或山巒環繞的大小盆地則也在自然條件下常是終年積水的潮區濕地,濕地不宜種植旱地作物,故種植利用的條件較低,Vuculj 排灣族在傳統的農業耕作中僅種植二種水性作物就是 menavung 菸草和 savaljung 水芋類等。

五、qirang 岩礫地:

南台灣高山溫帶至低海拔亞熱帶地區,傳統上均屬 Vuculj 排灣族各部落的傳統領域,然而這個地區的面積狹窄且三面環海,不過天然的地質現象比較多元,因此從中海拔到低海拔區常出現小區塊的岩礫地帶,部落農耕區亦常見此類之地質特性,此種地區的地理環境較一般區域乾燥,尤其當日照升起照射後,因

大小岩石吸收陽光後所散發的熱度，造成該地區的溫度高於周遭一般地質的農地，故此種地質環境對種植的農作物選擇性很特殊，傳統農法上因礙於雨淋後蓄水性很差，水分易排易乾、蒸發性較快速，故適宜種植的旱作，須是耐旱性極高的豆科作物如：ljugui 虎瓜豆、qarizang 豇豆、puk 樹豆等，地瓜類雖可勉強種植，但其產量低，生長及收穫期較短。

六、Calisilisi 坡地：

高山坡地雖不屬地質分類的範圍，而屬地理上地形之類別，然而就 Vuculj 排灣族農耕地利用的概念上係屬特殊之耕地，而此種坡地農耕地的標準概念，是指陡度(斜度)約 40 度至 60 度的坡地，此種地理條件極端陡險的農地，在作物種植的選項亦較特殊，除於田地四周種植旱豆之外，此種陡險的農地較常種植的傳統作物為 vsas 山芋及 puk 樹豆，因此以上兩種作物適宜生長在排水性佳的地質環境。

七、djumulj 青灰土：

djumulj 土質在 Vuculj 排灣族語的意思中是指：潮濕地或沼地 地層下的一種青灰色的黏土，這種土質區是無法作為農耕使用，這種土質潮濕黏稠且排水性差，終年濕稠並散發著惡臭味，但在童玩的泥塑工藝及傳統陶藝上價值不斐，是 Vuculj 排灣族製陶塑壺最佳的原料。

八、puq 石灰岩地：

石灰岩地在大武山區均大致出現在斷崖陡峭的半日照地區，在生態上石灰岩與土壤混合形成，但土壤呈微濕態樣，石灰岩區的土質可行耕作利用，且石灰塊在 Vuculj 排灣族的傳統檳榔文化中，是嚼食檳榔的天然佐料。

九、rinang 沼澤地：

大武山中高海拔區至低海拔平原區，易見大小形的沼澤生態，Vuculj 排灣族的土地領域裡天然沼澤形成的地區分別有中高海拔 1500 公尺以上之高山獵域地帶及台灣最南端丘陵山麓平原地區如 paliljaliljav 群(指恆春半島區域) ，高海拔區的沼澤均集中在大武山系高山地帶，平原沼澤地在傳統上為非耕作地，僅淺沼區可種植水芋及菸草，高山區沼澤地通常為山豬棲地，故傳統上為獵人獵捕山豬的區域。

十、cairairag 曠野或禿地：

大洪水之前 Vuculj 排灣族有部分的部落或族群起源於南台灣大平原，故生活之活動範圍內有礦地、火山岩地、出火地或各種禿地，因此 Vuculj 排灣族人在傳統的地質學上將這類地質統稱為 cairairag，大洪水後 Vuculj 排灣族人的族群傳統領域，在各不同族群的爭佔及自然的遷徙現象下，選擇依山發展，自此遠 cairairag 較多的平原和丘陵地帶，cairairag 不宜耕作亦無獵物棲息，但傳統上均賦予神秘的空間與傳說。

肆、從土地命名概念中解析先祖對土地生命的態度

前文提過有關排灣族對土地擬人化的信念，其中土地命名所衍生的農地耕作模式和施作概念，最能具體呈現傳統農法知識中，相關山田墾耕的智慧和科學性，以下就排灣族部落山田耕作中土地或土壤生態保持和土壤醫態的經驗法則和農地體貼信念的深厚知識分別說明：

一、seman culj 土地輪耕法

土地輪流耕作，除依土地不同的土質和地理環境決定土地休耕的時間，在積極的目的上就是讓土地經過一段時間的休息後土壤能量得以恢復，以及讓農地從肥力枯渴後透過大自然現象的滋養肥力再生，避免土壤貧瘠硬化，是一種土地能量消耗使用後的土壤本質醫療概念。

二、qemiperang kata kemazekaz a siquman 土壤表面淺耕和微鬆土壤的耕作法

排灣族群是典型的高山族群，其農耕地地理生態大抵上坡地多平地少，所以長期以來對於坡地農耕區土地和環境的掌握相當熟稔，因此在行農耕的施作上對土壤的使用，有一套人與土地共存共生所建立的嚴謹倫理和互為主體的關係，部落的信念視土地為有機生物，而在價值上與人類又是生命共同體的概念，有土地人類的生命才能得以延續，這是排灣族亙古以來在部落間流傳的一種「信仰」和「價值」，就農耕現場施作上，排灣族水土保持的方法分別逐一說明：

1. **qemiperang 淺耕耕作法：**傳統的農法中播種小米、紅藜、油芒和高粱時，在耕作上不做翻土、鬆土或深墾，通常種子散播後便以特製的竹掃把或灌木枝椏製成的掃把，從土層的表面輕掃掠過，讓土表的塵土覆蓋種籽即可。
2. **kemazekaz 微鬆土壤耕做法：**土地使用之傳統農法中，種植芋頭、地瓜、樹豆、玉米、花生、豇豆、虎爪豆時不須做翻掘土壤或挖鬆土壤，但在做各種作物田間除草時，順以鐵杵輕微掘鬆土地，使土地呼吸順暢，作物也才可以迅速生長，由於經過雨淋後土壤的表層風吹日曬後容易造成緻密硬化，故在行田間除草時需輕微的做土表的鬆土，盡可能避免重翻深掘，否則依傳統的經驗會傷害土地能量，且易造成土表流失。
3. **pape culj ta kadjunangan 滋養農地肥沃：**
   傳統農法的知識中，滋養農地肥沃是一項很科學的農業技術概念，依排灣族農業文化的生態時序，除春季以外其它夏、秋、冬三季都有農作物採收，然而採收每季作物所留下的根、莖、葉等雜屑需刻意散置在田間任其自然腐化或焚燒，作為土地的養分，並且使田間土壤不易貧瘠或硬化，尤其豆類所留下的雜屑在傳統的經驗中，作為土地有機肥能量最強，對土地使用壽命延長具有幫助。
4. **qemceng ta qipu 山田攔沙農法：**山田農耕法中 semangatj 木(竹)牆攔沙築造與 mupu 石牆築造是不可缺少的水土保持農耕工法，這兩種田間建築具有攔沙水土保持的功能，且透過其堵沙攔阻功能的設計，形成渾然天成的梯田生態，這種攔沙生態工法是傳統山田生態水土得以保持最佳的工法和智慧。
5. **taruran 防水牆田間工法：**山田生態地理上的特殊性為四面斜坡，相對的斜地對峙自然的形成一條條大小深淺交錯的山澗溪溝，較大型的野澗河域，兩旁的土地交由靈界世代祖先神隱共管，田間微型溝澗則依傳統保護土地的概念築造防水牆，防水牆的設計分作兩個面向：一種是田間

溝澗所設計的防水牆；另一種是農地間為山道農路設計的排水牆，這兩種設計的概念，是「尊重水空間的概念為發想」，也就是「讓出足夠的空間讓水流過」。並且在設計上尊重水性及設法和緩它的流動速度，以減低沖刷土地的力量。

6. **ventjevetj 再生樹種植樹防水：**排灣族淺山或低海拔區域部落，到了汛期從高山區奔流而下的土泥流對山田到平原農地的衝擊與傷害，是該區域天然常態性的天害，故排灣族的先人在歷代的經驗中，發明了一項保護農田土地的技術，其智慧係在山澗溪、河域的岸邊或兩側打樁植樹，打樁植樹的樁植法須選擇具有再生特性的樹種排列種植，為使其能抵抗急水毀損，因此通常樁根削尖後，以重捶打下固牢，南台灣山區具再生特性的樹種常見的有刺竹、火管竹、棱果榕、九芎、黃荊樹等。

伍、從部落農法中剖析對土地的最高價值利用

前文論述中提過有關排灣族人對土地價值的態度和信念，並就排灣族對山田農地水土保持的知識與概念，做了較詳盡的說明，接著論及排灣族傳統農法中涉獵到土地在農耕文化中高度的利用，從部落傳統的作物經營中，可明顯的窺探到早期農業發揮土地價值的理念，使土地的利用和存在價值提升到極致，以下就部落的傳統農法中剖析排灣族人發揮土地高度利用的智慧和具體作法。

一、remdjeredj 作物間作法

傳統排灣族的農耕法，都採行複合式作物的間作法，也就是一塊土地上所種植的農作物分別有數種交錯種植，呈現多樣化的作物經營型態，但這些作物的生長期長短不一，因此收成的時間和季節有別，故一年四季中農地一植保持有農作物生長，使得土地的閒置時間達到零的狀態，土地沒有被閒置的空間。

二、lemuqeluq 作物分期採收法

部落傳統的農作經營模式，到了採收的階段，每一種作物基本上都採取分期採收如小米作物在採收時，依小米每株成熟的情形分批或分期採收，也就是早熟早收、晚熟晚收的方式，小米沒有一株被遺棄，而採收根莖類的作物如地瓜、芋頭、花生、山藥等，也是採行分期採收，基本上分三期到五期，排灣族採收根莖作物的概念基本上除最後一期須一次採收畢，其餘前三期到四期係才依需求之量採收，避免造成浪費，因此大抵上所有農作物都採分期或分批採收，這也是在農業文化上的一種資源永續的概念，這樣的經營模式使得農作物的生長期延長，被利用的時間也拉長，農作物本身的價值也被完全的發揮，這樣的農業經營模式和方式無限發揮土地的價值。

三、seman lagav kata calulj 雜生作物利用

「來自大地的糧食是珍寶」這是部落流傳的格言和信念，而這句　格言亦被排灣族人實踐在田園文化中，無論任何作物的採收一定有遺漏或掉落的種粒，也必定在丟棄的雜屑及垃圾中參雜著種子或籽粒，經過一段日曬雨淋，這些掉落、

遺漏或丟棄的種子，便會依自然的法則生長在田間或田邊周遭野地，這種不經撒種或種植便落地任其生長的作物，在早期農業的信念中視為「天上掉下的獎賞」彌足珍貴，無論其生長的地方位於何處，都要被珍惜並加以管理，畢竟這是天地的恩賜，所以排灣族人傳統以來對於土地所提供的價值絕不做一絲一毫的浪費。

亟待傳承復振的森林智慧──賽德克族植物利用初探

郭明正 **Dakis Pawan**
賽德克族文史工作者

摘要

當臺灣尚處於部落時期的年代裡，本賽德克族分佈在祖居地、今霧社地區的部落，其海拔高度幾乎都在一千二百公尺以上，若依我臺灣原住民所居住的海拔高低而言，本族應屬臺灣原住民族中的「高山民族」之一。常言道：「靠山吃山、靠海吃海」，先祖們千百年來生活在臺灣中心地帶的崇山峻嶺、山澗溪谷之間，「山林知識」的養成是他們必備的求生長存之道。

在封閉的部落時期，在一切自給自足的生活需求下，先祖以傳統粗耕農作、傳統手工織布及入山採集、狩獵來延續族群的命脈。幾與外界相隔絕，與周遭的族群也大多處於敵對的狀態，宛若獨立自主的小邦國。本文將論及本先祖如何善用生活領域內的自然資源，達到我族的生存、生養及綿延；這裡所說的「善用」，指的是我先祖無可取代的生活智慧，本文暫稱「山林知識」。例如：有人誤以為本族傳統農作的「休耕地」是棄耕之地，因他們將本族傳統農作方式界定為「燒墾游耕」，殊不知游耕中的休耕地是讓它生息、滋養地利，待八年、十年後再重新燒墾。因此，先祖們於休耕之前，會在擬休耕地上廣植臺灣赤楊木(sbeyuk)以增長其地利；後來經農耕專家證實，臺灣赤楊木的根部，富含助植物成長的氮肥元素，這就是我先祖積累生活智慧。

前言

仁愛鄉互助村清流部落（alang Gluban）是我出生、成長的地方，雖然成年後因就業之故移居距部落二十餘公里的埔里小鎮，但我與清流部落從未「失聯」過，至今依然如故。二十餘年前，我有幸受到部落耆老們的信任，讓我有機會踏進本賽德克族（以下簡稱本族）歷史文化的時光隧道。很幸運地又獲得家表兄 Takun Walis 邱建堂先生的全力支持與實質上的協助，並提醒我要從自己的部落出發，且應從我部落祖父母輩的耆老開始學習與請益。如今，我還在繼續向我部落父母輩的長者請益。

因工作的關係及當時尚未施行今日的週休二日制，只能利用星期六下午及禮拜日回部落向耆老們學習，直到第五個禮拜後…Tiwas Pawan 傅阿有（女）及 Pawan Nawi 蔡茂琳（男）兩位耆老才對我說：「Ma su bale ba meyah mkmkela ndaan rudun ta ma, slluhe Gaya ta! Kndalax saya de bleyaq mbahang kari nami denu. /原來你真的是想學習我們（本族）的歷史及文化，從今天開始你要好好地聽我們說」。原來，過去的一個月裡他們是在檢驗、試探我的心性與真誠，並沒有教導我什麼，這是當本族耆老要傳授任何技能、才藝或知識時，一定要先測試受教者的品性與誠信，他們不會隨意「收徒」傳授。所以我永遠記得初踏入本族「歷史文化」之旅的第一個「教誨」──要先取得耆老的信任。他倆是我接受「部落教育」的啟蒙導師，若只說「受益良多」實不足以表達我對他倆的感激與感念於萬一，因他倆的部落知識深且廣，永遠讓我學之不盡、習之如深淵。如他倆教導我有關本族的宗教觀、神話與傳說故事、傳統祭儀、生命禮俗、狩獵文化、編織文化、傳統領域、傳統歌舞及植物利用等等，至今我僅理解十之二、三，而我們三者的師徒關係一直維持到他倆相繼辭世。他倆在世時，雖然我學習的腳步擴及其他部落向更多的耆老請益，但我都會定期將所獲得的新知識及疑惑向他倆印證、並請他們解惑。

植物知識的重要性

對本族人而言，「植物知識」是部落時期至為重要的生存知識，如認識食用植物、建築用材及日常生活用具樹種的選擇；如何燒墾新耕地與休耕輪作，以及如何獵捕棲息於森林中的獵物等等，本文要傳述的僅及於部分植物的利用。吾人皆知陸生植物的光合作用所產生的氧氣，是人類及其他陸地生物賴於維繫生命之所寄，許許多多的動物是依靠著植物做為居所及其食物的提供者。人類也食用各種植物的葉、梗、根莖、球莖及果實，而植物根部的發育與成長在防止土石流失上，默默扮演著呵護人類生命財產安全的角色。因此，人類應與植物、森林共生共榮的信念，是本族人對大自然的崇敬與依賴。本文將藉由「民族植物學」的概念，傳述本族部落時期的一些植物利用，也為我們擬建構「賽德克族生活知識體系」作引言及拋磚引玉。

於此要說明的是，本賽德克族係由三個語群所組成，即 Tado（都達）、Truku（德路固）[1]及 Tgdaya（德固達雅）等三群。本族人對族內三群在語言的發展上都相互尊重、支持並互相勉勵。本族在通行的言語上，主要還在於聲腔、語調的差異，當然也有完全不同的語彙，雖是如此，三語群族人之間是可以交談、溝通的。因此，出現於本文中的賽德克語皆為德固達雅語的書寫方式，因筆者屬賽德克族德固達雅（Seediq Tgdaya）語群的族人。

若依日治之前本族分佈的狀況來看，本族居住於海拔 1200 至 2000 公尺之間為最常見，若說本先祖世居崇山峻嶺及蒼翠山林之間亦不為過，所以有人又稱本族為高山民族。高山民族是以獵捕飛禽走獸為主要人體蛋白質的來源，欲獵獲獵物除個人的狩獵技能外，熟知獵物喜食的植物（含果實）是狩獵時必備的知識，擁有植物辨識的智能屬本族狩獵文化中植物利用的一環。再者，如本族人食用的植物及其花果、可供建築用及可製作日常生活用具等植物材，皆為植物利用的範疇。換言之，舉凡部落時期與本族人食、衣、住、行（搭便橋）、娛樂（童玩）有關的植物利用皆包含其中。然筆者並無早期部落生活經驗，亦無豐富的狩獵經歷，又受限於對植物分類能力的不足，故於本文中雖無法有系統並分門別類地傳述，但將盡力擷取授自部落耆老的「森林智慧」與大家分享。

本賽德克族植物利用初探

一、竹類植物

本族常用的竹類植物有桂竹、觀音竹、麻竹、玉山箭竹、刺竹、高山箭竹等，列舉說明如下：

1. 桂竹（btakan bale）：

桂竹或為本族應用最廣的竹類植物。桂竹筍可現採煮食，曬成筍乾可儲藏食用。桂竹以整支或剖切之型式，用於傳統建物屋頂之壓條、築竹屋牆、築圍籬，亦可做為曬衣竿及釣竿。桂竹為製作口簧琴、童玩竹炮、箭簇及獵具的材料；桂竹根部可削製成煙斗。

桂竹皮為製作魚筌、蝦籠及各種竹籮筐的主要材料。經削尖後的桂竹利片，為本族最常用的刀具替代品，如摘收小米使用竹刀片，亦可用於宰殺家禽家畜時剖除其腸內穢物。據說，在尚無金屬利器的年代裡，當婦女生產時竹利片是用來切斷嬰兒臍帶的「刀具」。

2. 觀音竹（oro）：

觀音竹是本族編製傳統圓箕（btuku）的主要材料，係將觀音竹皮削成約 0.1 公分厚、10 公分寬編製而成。本族傳統圓箕（以下簡稱圓箕）呈弧底圓

[1] 「太魯閣」及「德路固」皆音譯自賽德克語 Truku。只因花蓮地區的 Truku 族人已於 2004 年正名為太魯閣族，而賽德克族亦於 2008 年相繼獲得正名，基於族群之間的相互尊重，遂將賽德克族的 Truku 語群中的 Truku 一詞音譯為「德路固」。

口的盆型狀，圓口直徑約 75 公分上下，除收口邊緣係由黃藤編成外，其本體則為觀音竹皮以十字穿疊織法所編織，是本族人最基本的生活用具。觀音竹皮除用於編織圓箕之外，亦可編製成各種竹籃(rawa)、便當盒（gepuk）及置衣物容器。

圓箕的用途非常之多，可用於曬乾少量的穀物及蔬菜，曬乾的蔬菜係為醃漬儲藏之用；以雙手持握圓箕收口邊緣，上下搖晃來篩除混在穀粒及豆子的雜物或雜質。

部落遇有喜慶宴會時，圓箕即成為主要的盛裝食物器皿；如糯米飯或紅豆糯米飯、蔴糬及煮熟的大塊肉等都置放在圓箕中。過去宴請賓客時糯米飯或紅豆糯米飯可自由取用，但蔴糬及煮熟的大塊豬肉、牛肉或獵肉是由主人分送的，除懷有身孕的婦女可分得兩份外，其他到場的孩童乃至老者皆一人一份。篩選優良的雛狗時也會使用圓箕，簡述如下：

部落時期，善獵的獵狗被本族人視為重要的家產之一，甚或被視為家庭之成員。因此，狗娃娃在剛學會走路不久，就一對對抓入圓箕中，狗主人端/提起圓箕作水平直線方向的搖動，選出搖動後不致倒下的雛狗，視同期生下狗娃娃的數目、擇優篩選出一到兩隻優良的雛狗。畢竟在過去的年代裡，獵肉對本族人而言是，人體最主要的蛋白質來源，擁有善獵的獵狗，家人始有源源不絕的獵肉可食用。

另外，若已是不堪使用的舊圓箕，本族人常將圓箕底部剪成洞口套在臼口當護板。因搗小米時，小米受到杵具搗衝之力會散出臼口而掉落地面。若由廢棄再予利用的圓形篩籮當臼口護板，則散出臼口的小米可減至最少的狀況，搗米(陸稻及水稻)時亦同。

3. 麻竹（btakan qoran）：

在耆老們的傳述裡，本族人使用麻竹似乎是在桂竹之後，即本族人引進麻竹在部落種植較晚。麻竹筍可現採煮食，亦可醃製成醃漬物，其曬乾的麻竹筍乾可儲存食用。

本族人引進麻竹後，麻竹取代了葫蘆瓜成為本族人汲水筒的主要儲水器具。取二節至多四節的麻竹節筒，將麻竹內筒的節結打通，留最後一節的節結為底即成為汲水筒。當本族人以竹材引水時，麻竹是最常用的引水用管，或整株使用、或剖成兩半使用。麻竹亦可用做雞舍的柱子及工寮的牆壁。

4. 玉山箭竹（sukuy）：

玉山箭竹筍可食用，玉山箭竹可製作箭簇及箭矢。玉山箭竹廣用於製作陷阱獵的獵具。玉山箭竹可編織成床舖，亦可製成童玩。煙斗吸管係由玉山箭竹的細條枝所製成。

5. 刺竹（btakan pako）：

雖然耆老說到刺竹筍亦可食用，但筆者從未食用過刺竹筍。由於刺竹頗具韌性，族人常用作為雞舍或臨時工寮的柱子。

6. 高山箭竹（bnuqin）：

高山箭竹的箭筍、竹葉是臺灣水鹿、山羊、山羌及野豬喜食的高山植物。耆老們說道：「我們(德固達雅群)位於中央山脈白石山與牡丹山區的獵場，有多處高山湖泊，臺灣水鹿即棲息於高山湖泊鄰近山溝由鐵杉、冷杉所形成的山林裡。山溝以外是廣闊的草原，草原上分布著一簇簇、一叢叢的高山箭竹，白晝裡即可看見成群的臺灣水鹿在草原上休憩或吃食高山箭竹的景象。」

二、苧麻(keguy)：

在封閉的部落時代，本族人生活在我族的傳統領域裡，幾乎與外界隔絕，舉凡食衣住行及育樂等都得自給自足，宛若獨立自主的小邦國，與周遭的族群大多處於敵對狀態。傳統領域主要包括部落居住區、墾地耕作區及狩獵區，傳統領域裡的山林原野、河川溪流是我們天然的採集場。

苧麻是本族繩索及布疋（織物）最主要的來源。苧麻經刮麻後取其纖維（麻絲），由麻絲搓/抽成的麻線、再經一系列繁複的製程及染織後，終能在織布機（ubung）上開始織布工作。部落時期，身為本族的女子一定要熟稔織布技能，唯熟稔織布技藝始能文面、始能論及婚嫁；不會織布、沒有文面的女子是無法嫁人的，因娶得不會織布的女子，可預知該家庭的成員將沒衣物可蔽體，沒被褥可禦寒。

織成的布疋是縫製衣物、披風/披肩、被褥、護胸巾、繫頭巾及女用護腿等；原色（素）麻線是編製男用網狀背袋（tokan bale）及其背帶（wahu）的材料；早期的套腳式繩索陷阱（tlenga）係由原色麻線搓/抽成粗麻繩而得，該陷阱陷獵的對象是中、大型獵物，如水鹿、野豬、山羊、山羌等，直到近代才被鋼絲線所取代。素麻線搓/抽成的細麻繩，亦用於捕獵飛禽類的套頸式繩索陷阱（durang），陷獵的對象包括竹雞、緋秧雞及白腹秧雞、雉雞（kdekuc）及山雞（glaqan）、野鴿及綠鳩等等。

三、植物染（pnsrako ware）

1. 山黃麻（rungeung）：

過去，本族最主要的織物顏色有白色、黑色及紅色三種，染織作業是以植物染為主。山黃麻是白色麻線的染料，先砍採山黃麻樹，曬乾後予以焚燒，取其灰燼與原色麻線蒸煮、攪拌，並浸泡一段時間；待冷卻後取出、洗淨、曬乾即可得白色麻線。

2. 薯榔（tperaq）：

欲得紅色麻線，薯榔（tperaq）是本族人首選的染料，因其塊莖的汁液呈紅色。薯榔屬藤類植物，取其塊莖切碎、壓榨出汁後，與原色麻線稍予蒸煮後即浸泡著，至隔日再取出曬乾、洗淨，即可得紅色的麻線。

為了獲得薯榔紅色汁液的固色性（knrkawan），原色麻線浸泡之前須與九芎葉蒸煮，待冷卻取出後再浸泡於薯榔汁液中。原色麻線與九芎葉蒸煮，主要在增進織物的固色作用。

3. 埋染（krebu）：

黑色麻線則以埋染（krebu）方式進行織染，即在部落附近尋得黑泥沼，將

原色麻線埋入黑泥沼中，隔日取出、洗淨、曬乾即可得黑色的麻線。由於非以化學染料進行織染，所染得的麻線呈灰白色、暗紅色及灰黑色，無法得到淨白、鮮紅或深黑的顏色。

四、臺灣黃鱔藤（qwarux）：

臺灣黃鱔藤簡稱黃藤，黃藤是本族藤編的主要材料。採集黃藤是件苦差事，因黃藤葉及其葉鞘佈滿著尖銳的黃藤刺，採集時要完全予以去除後取其藤莖(黃藤條)帶回；依個人之所需，有的帶回家後即刻進行縱向剖切成四等分曬乾，以利往後削成藤皮編製，也有整條曬乾的。

本族藤編及竹編的器皿、籃籮皆由男子為之，主要是進行藤編及竹編之前，要先將藤皮或竹皮削成寬窄、圓扁不一的樣式，所使用的刀具要非常地銳利，且該技藝需要長時間的養成與磨練，絕非一朝一夕可練就。黃藤可編成女用背籮（bruru）及其頭帶；編成男用背籮（tokan rawa）及各種藤籃、藤籮。另外，本族獵槍填充火藥時，常以乾燥過的黃藤桿做為槍管衝桿。

五、山棕（pedu / skesik）：

在本族語中，山棕稱做 pedu、又稱為 skesik；pedu 指的是「引火線」，skesik 是掃把。原來本先祖在使用類似「毛瑟槍」之獵槍的年代裡，是將山棕的絨毛/茸毛搓成線來做為該「點火式獵槍」的引火線。本族語稱引火/導火　用的線狀繩為 pedu，山棕名為 pedu 即由此而得。過去，本族人常取山棕枝葉製成掃帚，故又稱山棕為 skesik。

部落時期，收割小米（macu）、黍米（baso）是以「採/摘」的方式採收，就是將小米、黍米一穗穗採下後，約 10 至 15 株穗綁成一綑，此時本先祖用來綑綁的「繩索」就是山棕葉。另外，若徒手採收、手指頭很容易起泡而受傷，因此利用桂竹刀片做為輔助刀具來「收割」。與漢人接觸並進行山產獸皮的交易（以物易物）後，金屬刀片取代了桂竹刀片。

六、臺灣赤楊木（sbeyuk）：

今外界皆以「燒墾『游』耕」來敘述我族早期的農作方式，但筆者以為，若以「燒墾『輪』耕」來陳述或許更貼近事實。部落時期，我族沒有適當的或較現代化的農具可運用，僅以簡易的鋤具及刀具來開山墾殖，所以耕地面積不大。雖是如此，我先祖們會採取「小面積、多耕地」進行墾殖，並分散耕地的位址，一來是防範水災、崩山所帶來的衝擊與損害，也就是我們常說的「不要將雞蛋全放在一個籃子裡」的概念來分散風險；二來便於進行「燒墾『輪』耕」的農作方式。

部落時期，沒有肥料和農藥可使用，先祖們僅靠著地利和耕地雜草樹木燒毀的灰燼為有機肥，以及自己勤於農務來獲得作物的成長與收成，所以一塊耕地至多耕作 3 年就要休耕。休耕之前，先祖們就會在休耕地撒滿臺灣赤楊木的種籽，待 10 年、15 年後再將休耕地「燒墾『輪』耕」。因此，休耕地絕非「棄耕地」，除非獲得休耕地主的允諾與許可，任何族人都不能使用該休耕地。

日治時期，曾有日本農事專家研究「本族人何以會在休耕地撒下臺灣赤楊木的種籽」？並以當時的農業科技分析臺灣赤楊木的葉子、樹幹及根部。結果發現，

臺灣赤楊木的根部富含著恢復地利的氮肥元素。除此之外，臺灣赤楊木也是本族人主要的薪柴之一，因該樹種質軟易劈開。

七、五節芒（bungerux）：

五節芒筍可食用，五節芒桿去葉及其葉鞘曬乾後，節桿處削平以火燻烤可編織成床舖;以玉山箭竹編織成床舖的方法亦如是。五節芒的穗桿常用來製作箭矢，供十歲上下孩童練習射箭。本族巫醫常取五節芒根部第二節桿做為施醫法器（bunun）。本族語稱五節芒為 bungerux，而本族耆老們有這麼一說「當天候下著『五月雨』時，恰為五節芒出筍之時節，而『五月雨』常常是午後雷陣雨的夏日雨勢形態，雷陣雨後會飛舞出一群群的蜉蚴…」。因此，「五月雨」我們稱之為 quyux bungerux，其字面的意思是「五節芒之雨」；蜉蚴稱為 kui bungerux，意思是「五節芒之蟲」。

八、主要建築用材：

本族用於築建家屋樑、柱的樹種有樟樹（cakus）、紅檜木（qulic bale）、白檜木（qulic runge）、櫸木（tgebil）及五葉松（trabus）等，視所居住地區的樹種選材。其中，以樟樹和檜木為本族人優先考量的樑、柱用材，因樟樹富含樟腦油汁，可防蛀蟲的蛀蝕；而檜木的材質，相對於當時有限的建築器具屬易於加工的建築用材，質輕又耐用。櫸木的材質雖然最為堅硬，但加工極為困難，族人常予以割捨。

至於屋頂，依所居住地的區選用白茅（tgebil）或石板/頁岩（btunux dnamux），本族所有建築物屋頂的建材就白茅與石板/頁岩兩種。部落時期，本族除部落住家外，部落尚有穀倉、望樓（paga riso）及部落入口的原木牆，望樓則於部落入口處與部落活動廣場各設一個。於耕作地築有耕地住屋和穀倉，部落住家與耕地住屋最大的不同是，耕地住屋不向地下挖掘成半穴居；耕地穀倉也比部落穀倉為小。

九、主要繩索用材：

部落時期，繩索用材廣用於建築物、生活用具、農作器具及搬運工作的固定或綑綁上。本族的繩索用材，除上文所介紹的苧麻線、黃鱔藤及山棕葉以外，尚有構樹（bserux）及小構樹（bserux runge）、青苧麻（keguy runge）、臺灣何首烏（mmagul）、山葛（wahil bale）、老荊藤（qmegi）、菊花木（lipe）、猿尾藤（ane lipe）、千斤藤（wahil guur）、月桃葉鞘（bsiyo）及其他藤蔓等等。

構樹、小構樹及青苧麻係取其樹皮做為繩索用，但曬乾後易斷裂，要即取即用。臺灣何首烏、山葛、老荊藤、及千斤藤屬較細的藤蔓，三者除做為綑綁/繩索材料之外，山葛的汁液有止血作用。老荊藤的根經搗碎後取其汁液稀釋，是天然的洗髮液；千斤藤是編織竹牆最佳的繩索，且有乾燥後愈緊縮的特性。菊花木及猿尾藤屬較粗的藤蔓，而菊花木是藤非木，二者取其較筆直的藤段剖解成繩索狀來使用，二者與千斤藤同具乾燥後愈緊縮的特性，所以菊花木、猿尾藤及千斤藤三者皆為建築物不可或缺的綑綁/繩索材料，頗具以鋼絲線綑綁固定建物之效。

十、其他

1. 野百合（boxi）：

野百合具有耐旱的特性，乾旱之地毅然成長不枯萎，頗具生命力。因此，本先祖於播種作物後，常在耕作地的前後兩端種植野百合各數株，有祈求作物亦如野百合般地生長不枯，而獲致豐收之象徵意義。

2. 木荷（cudu）、蕗藤（cudu gamin）及楊波（cudu rebu）：

木荷、蕗藤及楊波等是本族捕魚用植物。其中除蕗藤屬藤蔓外，木荷與楊波皆為樹木。蕗藤亦稱毒藤，取其根部及匍匐於地面的藤段，敲碎後拋入溪流中，其汁液遇水即呈乳白色，雖經溪水稀釋漸呈灰白色，但不多久卻見溪魚翻肚白漂浮於水面上，族人則在下游淺水處結網捕撈半昏半死的溪魚。楊波則連根拔起，整株一起敲碎後拋入溪水中，其汁液遇水則起泡沫，溪魚呈昏迷狀態而被族人結網撈捕。木荷則取其樹皮搗碎，細碎的木荷皮經蒸煮後整鍋拋入溪水中，經溪水沖散開後的細碎木荷皮猶如毫針般地佈滿溪水裡，族人捕獲的溪魚則呈昏死狀態。

依本族耆老們的傳述，上述三種捕魚用植物中，以木荷的殺傷力最大，蕗藤次之、楊波最弱。因此，過去若要以捕魚用植物進行捕魚時，除非該溪流地區難覓得木荷及蕗藤，本先祖們才會使用楊波樹。

3. 血藤（galu）及火燒柯（bungebung bale）：

於部落時代，血藤為本族舉行播種祭的時間指標，即於血藤花含苞待放之際，本族就要舉行播種祭儀。本族的播種祭是由部落播種祭司帶領全族族人共同舉行，屬部落的公共事務、屬本族的 Gaya（族規），而非由個人或各家族隨意舉行。隨著本族的繁衍擴散與遷徙，遷徙地不一定都生長著血藤此類植物，遂有其他部落的族人改以火燒柯待開花之際做為舉行播種祭儀的時間指標。

平日裡，血藤亦可剖解成繩條狀做為繩索用，但血藤不耐久，不使用於主要建築物的綑綁與固定。另外，血藤可纏繞成圓圈圈做為鍋子的底墊，粗大的血藤截一定長度的段木後可當圓凳子用。火燒柯是最易生出野生香菇的樹種之一，是過去本族人採集野生香菇時最喜歡找尋的樹種。

4. 無患子（baciq）：

除上文所述說老荊藤（qmegi）的根是天然的洗髮液之外，無患子是本族最主要的洗滌用品，它是部落時期純正的有機肥皂。當無患子的果實成熟時，族人會大量蒐集其果實，去籽留果肉再揉成如拳頭大小的糰塊以儲存備用。基於無患子一年結一次果，因此在不影響作物成長的原則下，本族人即於其耕作地四周遍植無患子樹，這樣就不必入山苦尋無患子果實。更重要的是，不但不用再跟部落族人爭採無患子果實，還可與左鄰右舍分享以增進部落族情。

本族稱無患子為 baciq，待我先祖初次接觸現代的塊狀肥皂時即稱之為 baciq，只是人類科技的日新月異，肥皂由塊狀而發展成粉粒狀（洗衣粉）、液體狀（洗衣精），但本族的語言卻沒有跟進，誠實遺憾。

5. 臺灣泡桐（rbuqil）：

臺灣泡桐是本族製作糯米蒸筒的主要樹種，而且幾乎是唯一的材料。它的優點是隨處可得、加工容易、經久耐用、可蒸得清香可口的糯米飯。糯米蒸筒是本族家家戶戶必備的生活用具，凡遇部落慶典祭儀及部落族人的喜慶宴會，每戶人家就要蒸煮糯米飯，再把一定量的糯米飯以杵臼搗成麻糬。過去的年代，部落族人於平日裡是不隨意蒸煮糯米飯及搗製麻糬的，一定要在特別的日子裡才與大家分享，這是身為今日賽德克族裔的我們甚少去深思的。

糯米蒸筒形如漏斗，其上層呈 U 字圓筒，在鑿空糯米蒸筒的上下層時須要熟練的木工技能，因要掌握上下層的比例及其幾何曲線的對稱性，還要取得適當的厚度。不談先祖們能在有限的木工智能、技術與器材之境況之下製得糯米蒸筒，筆者更好奇的是，他們如何得知如此的器物可蒸煮糯米飯？著實讓筆者讚佩他們的生活智慧。

十一、生火用具：

筆者就學時期，只知學校的歷史課告訴我們「鑽木取火」的歷史故事，但從不知也沒問我賽德克族是否也是以鑽木來取火？直到近 40 歲時始由本族耆老教導筆者──我族是以燧石相互擦擊取火的。簡述如下：

首先要尋得呈白色且堅硬的燧石（qrari putung），其次要摘取鼠麴草（galiq putung）的葉子，將其曬乾後揉成如綿線般，其實是由其葉脈所揉得。接著左右手各握持一塊燧石，並將由鼠麴草葉揉得的綿線以手指頭壓在燧石上，當我們將燧石相互擦擊時會迸出火花，綿線即藉由迸出的火花而著火燃燒取得火源。取得火源之後，將火源燃引劈下的二葉松柴片（tqilung）或臺灣紅檜柴片，至此我們即可生火炊煮米飯與菜餚。

結語

筆者以為，我臺灣原住民族各有其部落時期的生活經驗，在植物利用的領域裡，正如他們今日分佈於臺灣不同的區域一樣，各自擁有一本屬於自己的植物利用「寶典」──民族植物學。只因時代的變遷與人類科技的日新月異，致使他們豐富、精采的森林智慧迷失在時代洪流的浪濤之中，甚或隨著時空而飄散。

千百年來，依山旁水、代代繁衍茁壯的臺灣原住民族，是他們積累千年的山林智慧使其族運綿延不墜，如今卻猶如一棵千年神木般地葉落枝枯、生機盡失。感慨之餘不禁想起當年對我諄諄教誨的部落耆老們，當他們傳述先祖們如何與惡劣的環境搏鬥而不退縮、卻充滿自信地勇往直前時，他們的眼神是異彩連連，似乎看見無限的希望。當他們談到今日本族子裔不會說族語、不知本族的 Gaya 為何物的現況時，他們眼神渙散、神情落寞的悲愴情懷至今令我一刻也不敢或忘。今藉傳述並分享本族部落時期森林智慧之幸，誠摯地呼籲當今的原住民同胞──我們來共同傳承復振先祖們生存於大地的智慧遺產。

附件一：

筆者請益、學習的耆老略表（以曾教導筆者植物利用者為主）

漢　名	賽德克名	原籍部落	遷移部落	出生年	備　註
傅阿有	Tiwas Pawan	Mehebu	清流	民前 3 年	歿
蔡茂琳	Pawan Nawi	Mehebu	清流	民國 4 年	歿
溫克成	Tado Walis	Mehebu	清流	民前 1 年	歿
高春妹	Sama Watan	Boarung	清流	民國 2 年	歿
邱長治	Walis Takun	Drodux	清流	民國 21 年	歿
紅春蘭	Uma Nokan	Paran	中原	民國 21 年	歿
詹秋木	Pawan Tado	Paran	中原	民國 18 年	歿
高德明	Siyac Nabu	Qacuq	中原	民國 17 年	健在
貝林達德	Pering Tado	Sipo	眉溪	民國 19 年	歿
巴幹烏明	Bakan Umin	Tongan	眉溪	民國 20 年	歿
田來富	Ukan Siyac	Tongan	眉溪	民國 16 年	歿

附件二：

附圖部分請閱投影片（PPT）。

淺談賽德克 民族植物

郭明正 Dakis Pawan

2016.3.7

一、桂竹（btakan bale）。
- 桂竹筍（筍乾）。
- 建材：屋頂壓條（白茅）、竹屋牆、圍籬。
- 箭矢及箭簇(以箭竹製箭桿)。
- 製作魚筌、蝦籠及竹籬筐。
- 釣竿及獵具材料。
- 煙斗（以箭竹製吸管）。
- 口簧琴。
- 童玩 。
- 刀具替代品（摘收小米）。

- 左上：煙斗
- 左下：口簧琴
- 右：魚籠

二、觀音竹(oro)。
- 圓形篩籮(btuku)之材料。
- 織成各種竹籃、籮筐。如便當盒(gepuk)及置物容器。

三、玉山箭竹(sukuy)。
- 箭筍
- 箭桿
- 織成床舖
- 獵具

四、麻竹(qoran)
- 麻竹筍
- 汲水筒（葫蘆瓜）
- 引水管
- 建材→柱子

五、苧麻(keguy)

- 織布（製作衣物、被褥、護胸巾女用護腿…）
- 男用網狀背袋（tokan bale）及其頭帶（wahu）
- 獵具（durang/tlenga）
- 薯榔（tperaq /植物染）/ 山藥(qmagas)
- 山黃麻。

薯榔 tperaq

山藥qmagas

山黃麻

六、五節芒 bngerux。

- 織成床舖
- 施咒法器
- 五節芒筍（可食用）
- 五月雨
- 蚜蚰。

七、黃鱔藤 qwarux。

- 織成女用背筐 bruru及男用背籮 tokan rawa。
- 各種藤籃。
- 獵槍槍管充桿。

八、山棕 pedu / skesik。

- 獵槍引線及引火線（根部絨毛/茸毛）。
- 繩索替代品（綑綁小米穗）。
- 掃把。

九、臺灣赤楊木（sbeyuk）。

- 恢復地利之木（氮素/氮肥）
- 一般柴薪。

十、樟樹cakus

主要建築用材

- 樟樹cakus。
- 紅檜木qulic bale。
- 白檜木 qulic runge。
- 五葉松 trabus。

紅檜木qulic bale

白檜木qulic runge

右：扁柏(黃檜)

五葉松

十一、主要繩索用材

- 苧麻線
- 黃鱔藤
- 猿尾藤lipe 。
- 千斤藤wahil guur 。
- 其他：月桃莖及葉 、山棕葉、一般藤蔓。

猿尾藤lipe

千斤藤wahil guur

月桃莖、葉

山棕葉

十二：其他。

- 老荊藤（qmegi）。
- 野百合（ boxi）。
- 蕗藤（ cudu gamin）。
- 楊波（ cudu rebu）。
- 血藤 （ galu）。
- 火燒柯 （ bngebung bale）
- 長尾栲（ bngebung pulas）。
- 無患子（ baciq）。
- 臺灣泡桐（ rbuqin）。

- **生火器具：**
- 燧石（ qrari putung）。
- 鼠麴草（ galiq putung）。
- 二葉松 （ tqilung）。
- 檜木。

老荊藤qmegi

野百合boxi

蕗藤cudu gamin / 揚波cudu rebu

血藤 galu / 火燒柯 bngebung bale

長尾栲bngebung pulas

無患子baciq

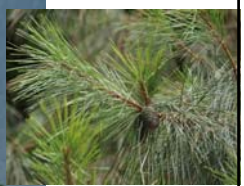
臺灣泡桐rbuqin

- 生火器具：
- 燧石(qrari putung)。
- 鼠麴草(galiq putung)。
- 二葉松(tqilung)。
- 檜木

燧石qrari putung

鼠麴草galiq putung

二葉松 tqilung



會議實錄

主持人王瑞盈處長：

這個場次的主題是《原住民族傳統習慣視野中的土地》，我們今天請到的兩位發表人：拉夫琅斯校長，他曾經寫過《排灣族的山林智慧》；郭明正老師也寫過《真相巴萊》。

我們其實也知道，語言就是原住民族的身分證，土地是原住民的母親，文化是原住民族的靈魂。原住民族的知識系統跟整個土地的連結是系統不可分割的一部份。在這場，兩位主講人都希望我們能多給他們一點時間，所以待會要麻煩計時人員能夠給兩位主講者多個五分鐘，我剛剛也與他們談到，希望時間稍微縮短一點點，因為講知識系統實在不是件很容易的事情，如果校長這邊準備好，是不是就馬上開始。

與談人張錦家簡正評論：

謝謝王處長的介紹，副主委、委員、敬愛的校長、汪老師，還有各位先生、女士、貴賓，早安！我很榮幸來參加原民會舉辦的傳統習俗以及法治的研習、研討會。因為時間的關係，剛剛說我們有五到十分鐘的時間，其實我剛才聽校長在講，我聽得真的入神！他有非常多非常棒原住民傳統的水土保持以及水利相關的技術來給我們啟發。

事實上我真的很希望把時間留給我們的校長多講一點，讓我們更多的學習，既然處長已經指示，我要來跟大家做個回應，我想我盡量簡短，因為待會還有一場，我把時間盡量留給我們的學識淵博的主講人。

針對今天校長提到的幾個部分，其實我真的非常地敬佩以及感受良深，校長他其實有提到三個我自己在工作上有遇到的。第一個他是說，我想這句話我要把它記起來，他說：「土地其實是有生命的！」也就是說，像我們在從事水土保持工作的同仁朋友們，其實我們跟土地是最有密切的關係，校長這句話讓我可以好好做為我一生工作的圭臬。

另外呢，剛才校長簡報裡面有兩個部份讓我也印象很深刻。第一個，他針對土壤保持的部分有一個「石牆攔砂法」，我想大家剛剛也有看到，這個真的是我們古老祖先的一個智慧，應該也是我們人類共同的遺產，不只是原住民。另外還有一個就是說，校長有提到截彎取直讓流速減慢，其實在學理上就是一個的消毒作用，讓土壤水不會被高速的水流沖蝕而造成土壤的流失、保持我們的地利。所以這個部分是真的原住民傳統的先人的智慧，我們真的很希望看到它能能夠被保留下來，作為整個水土保持的一個方向，尤其現在我們整個國家、環境、世界趨勢，事實上我們還是以自然的生態工法為優先作為各種工程的施作。

我想，我再簡單的以兩點跟大家做簡單的報告，我也滿幸運的，在一個禮拜前，我剛好有參加內政部舉辦的一個原住民區域劃定計畫相關草案的一個討論，

目前是一個試做，它的特定區域的部分，內政部目前是以北泰雅地區為優先來辦理，就是泰雅族的部分。我印象中，它裡面經過一個台大城鄉所的老師們長期地跟原住民朋友的接觸與討論，針對我們土地的使用，提出六個原則跟觀點。事實上那個部分我看了非常的開心，應該是跟校長今天講的不謀而合，我簡單地在這邊跟大家分享，也許很多朋友也都知道。第一個呢，他說：我們的清潔深度應該 5~15 公尺；第二個呢，他說：我們的農耕坡地不要大於 35%；第三個呢，他說：要用林木跟灌木來穩定我們的各種巔坡；第四個呢，他說：不使用大型機具；第五個呢，它說不用除草劑跟化學肥料；第六個：要不定期的不完全的除草，而且要有小區域水土保持的觀念，它推行這六點。其中我跟大家報告的就是說，坡度不大於 35%我特別有感受，因為它嚴格到比我們現行的法定還嚴格，就像今天早上我們顏老師／顏教授提到《山坡地運用條例》裡面，我們土地可利用部分，也就是說各位可以知道 40％到 55％是五級坡，它一部分可以最為農耕地，那個部分各位可以知道，所以我看到泰雅族他們的結論，還是比我們現行的法律還嚴格。也就是說，原住民朋友對於土地的保護是更有一個嚴謹的方法，我想這個部份來跟大家做一個分享。

因為個人過去在公職服務其實大部分是在做土石流災害防救的工作，那我也曾經到行政院待了四年做一個災害防救辦公室的職務，我想在這邊跟大家報告的就是：其實我們還是要考慮到整個地球的一個環境的變化、極端其氣候的來臨。我自己得到的數據：從民國 79 年，我印象大家可能是花蓮銅門的歐菲莉颱風造成很大的土石流災害開始以後，我們台灣大概每幾年就有相關的土石流以及山坡地的災害，像 85 年的賀伯颱風到 90 年的納莉颱風、到 93 年的艾利跟敏督利颱風。我記得敏督利還造成我們新竹尖石補場的大型災害，一直到最近大家可能最清楚的就是八八水災，莫拉克颱風也造成南部地區很多部落的原鄉地區的災害，尤其是我們最難過的小林村滅村事件，我想在這個部分要跟大家共同來勉勵。山坡地尤其高山地區，災害因隨著極端氣候影響，各位可能知道像莫拉克颱風在那幾天的雨量就超過 3000 公厘，總雨量，已經把我們一年的雨量下光了，也超過世界的紀錄。包括我記得像前幾年的梅姬颱風，它的時雨量達到 181.5 釐米，事實上大家可以想像這樣的雨量和集中強度，就像雨滴從幾百公尺的高度下來打擊我們的土壤，事實上比子彈貫穿地表的能量還高。所以我還是想在這邊呼籲各位，水土保持真的是非常的重要，尤其如果說我們要長期的使用這個土地、利用土地，這個部份還是在這邊跟大家分享。

那我想說時間的關係，最後主要還是回歸校長的一些經驗，其實我剛剛也講了，自然生態工法這個部分是對土地最友善的。雖然是叫做與談人，其實我今天等於來跟校長上了一課，我覺得現在我們台灣，像早上嚴老師提到的或《山坡水保條例》，我們當然是以一個全國性的角度在看著些法令、這個基礎規範，那相對地，我們其實應該是處於淺山地區的執行方，但是高山地區的它的分作表或農作、林業也好，這一方面我們國內的研究真的是非常的缺乏，所以說今天像校長這樣的人才、這樣的資料、這樣的研究，我覺得不只是原住民朋友，我們相關的

學者或國內的研究單位也好，都應該要多多的研究，因為我們有這些數字和這些研究的數據跟成果，我們才能夠訂定相關的法令，尤其是像原委會這一塊，我說有這樣的數字就可以跟我們農委會這一塊共同來討論，所以為什麼農委會跟我們教授曾經一起討論過，台灣的土石沖蝕量是全世界平均量的六倍，所以我們土壤流失是很嚴重的，也就是說如果我們有這方面研究出各種農耕方法的話，也許我們對於政府在執行政策會有很好的依據跟倡導，以說服更多的民眾。那麼以上我就報告到這邊，謝謝大家！

主持人王瑞盈處長：

那就謝謝張工程師，現在我們請郭老師來報告《一代傳承 孤證的森林智慧》。

與談人汪明輝教授評論：

謝謝主持人、王處長，還有我們的發表人，也是我師大的學長郭老師，還有第一位發表人部落大學校長拉夫琅斯，以及張工程師、在座各位貴賓、先生女士，你好！今天非常的榮幸、非常的高興參加這個非常有意義的研討活動，剛剛我非常的認真從拉夫琅斯在報告它的排灣族傳統領域學的概念，再來就是郭老師的植物學，我真的覺得我們的部落越來越多的人才可以將自己民族的傳統知識做非常深入的研究甚至做其他延伸性的，比如說資料的儲存或是在教育上研究非常有用的資料，部落的研究者像他們兩位，可以說未來我們原住民知識重建的非常重要的、需要仰賴的族人，非常的感動與感謝。

郭老師這篇其實沒有談太多的方法論，就是用民族植物學的概念，想把自己族的植物學做一個整理，因為時間的關係他剛剛其實是講重點，他其實有非常豐富的內容，如果大家看他的論文。他講的賽德克的植物學其實有 11 種，包含竹類，剛剛最後的 power point 是竹類。還有苧麻，苧麻在大泰雅的族群裡面有在這方面最豐富的知識，因為他們的編織可以說是最突出的。大部分跟這個有關的是植物壤，還有黃藤，黃藤是很重要的建材；再來是山棕，山棕有可作為槍枝擊發的大果實的作用；赤楊木，剛剛已經講了，赤楊木在我們整個泰雅族是象徵，赤楊木在休耕的時候是非常重要的休生養息的樹木。五節芒，剛剛有呈現到，五節芒不僅對賽德克族人非常重要，對於我們自己鄒族、賽夏族或者其他族，五節芒是非常多功能的作用，雖然可能有些差異，但是一樣是通用的，他的生態上意義、他的建材，還有生活上的用具，以及像祭祀，五節芒看起來不像是櫸木或是高經濟價值的木頭，好像不怎麼樣，可是他就在我們的生活當中，確實可以照顧我們活、精神性，甚至藝術性。

再來還有建築的材料，剛剛他有提到像是檜木或者樟木，還有特別提到*繩索*，還有一個其他的分類。其他的分類也很有意思，像野百合，野百合也許小時候在山裡面它會開出很好看的花，但在這裡有耕作上的意義，它說希望作物可以像野百合一樣長得很好。另外他也提到，路藤、揚波這些是有毒的植物，我們用來毒

魚，毒魚可能會誤解，其實我們是用迷昏，不是真的要把它毒死而是把他迷昏，趁它昏迷的時候就烤來吃，就去撈這個魚，其實毒力過後魚是會復活的。我們鄒族在解毒的時候是用地瓜，如果你要毒到什麼地方，我就帶一個背簍的地瓜，切成細絲然後倒到魚，一下就可以解毒，一下就可以得到解救。無患子，無患子是過去的肥皂，所以他們把後來的肥皂就稱它叫「masaq」──他們的族語；然後泡著做為一個蒸籠。還有一個特別的是生活用具，剛剛最後一個是打火機，我們在 discovery 也好、或是 geography 地理頻道，也常看到其他地方的原住民，到目前用打火石來取火的技術，不管是在森林還是冰天雪地都有這樣的技術，所以從這些植物學，我們可以非常清楚的呈現，它不但知識非常豐富，它對各種植物、各種礦物，都非常地了解它的性質且轉換生活上的用途。也就是說原住民的生活所需，傳統上都是取自於大地，這是大地包含海洋、河川、山林，這些動植物、礦物這些東西。所以我們必須要像原住民，像賽德克一樣，必須要對這些植物非常的了解。這些知識其實累積了千百年，絕對不是高中生物課、國中生物課可以教出的東西，實際上我們的生物課是裝不下這些內容的。就算說我們族群、族群中有些雷同，但也有些差異。我們講一個笑話，比如說我們布農族凡走過的必是「鳥獸結居」，因為是狩獵的民族；但如果是阿美族走過的，就是「寸草不生」，因為他們有很多的野菜文化。也就是說有一個共同點，我們對自然有的這種依賴，從來我們對自然的知識豐富，如果我們要對應到傳統習慣規範的話，我覺得有幾點可以再提到，我剛剛臨想的。我舉幾個建議，我們現在原住民都學習要怎麼樣去演講，在研究的過程中我們其實經歷了語言的轉換，那我看到兩位的努力，就是都把族語列為關鍵詞、都把它呈現出來，可是我們畢竟是為了要迎合主流社會，所以我們主要語言還是中文，但我覺得如果要站在原住民族語或知識傳承的角度上，族語作為原始知識版本，這一點一定要掌握好，我們不能為了出社會、為了資源，一直不斷在累積中文的資料，其實對我們自己族語的知識不見得是好事，有點迫使我們自己的小孩去學中文而不是從族語去學習。另外，語言的知識我們常常受制於主流社會的限制，而原住民知識其實是是個整體知識。那外界的知識的分類是否適合？比如說我們說植物學、動物學、或者是礦物學，其實我們知識應該能夠整合成我們各民族的整個架構。

剛剛講到語言或知識之間，其實有幾個點在這邊提供給各位。為什麼特別強調語言？因為語言其實就是知識的本身，當我們講到植物學的時候我們會主動用中文來解說，可是在講語言的時候又沒有傳統的劃界組織，不會把這些分別，或者是知識跟實際的操作利用，當這邊是一種植物的利用，這種利用我們需要一種植物的處理的操作方法與實踐的說法；還有，這些知識其實是在不同的空間，比如說在家屋、在雞屋、在部落、在祭場、在耕地、在山林、在獵場、在河川，這些河川的知識才是真正儲存的地方，而不是在電腦、在教室。那我們常常就會因此改變我們的學習，反過來說，我們萬能的學習應該要回到這些空間來。那我們碰到的第一個問題就是，這些空間都已經是林木局的、水利署、國家公園的，所以阻礙了我們空間的連結，從而阻礙我們知識的重新學習，所以都是在國家習慣

法這邊裡面我們必須要注意到這點，我們是不是從早上老師他的講法是擴充為傳統領域，然後傳統領域重新耕耘、重新連結，我相信這些知識，不管什麼樣的知識，都可以因為我們重新連結、重新利用，不受國家阻礙、甚至受到國家的一個保障，應該可以讓知識活化起來。

主題二

原住民族基本法第 21 條及原住民族徵詢同意機制

主持人： 鍾興華 副主任委員，原住民族委員會

新國土計畫法制相關法律問題之初探—以涉及原住民族土地海域之特定區域劃定為例

發表人：賴宇松 副教授 國立東華大學財經法律研究所

與談人：闕銘富 法官 最高行政法院

社會組織與族群空間變遷下的原住民族意願表示機制

發表人：哈勇諾幹 泰雅族南澳青年聯盟

與談人：謝孟羽 律師 社團法人台灣蠻野心足生態協會秘書長

原住民族諮詢同意機制與民主實踐—從日月潭向山觀光旅館BOT案談起

發表人：涂予尹 助理教授 淡江大學公共行政學系

與談人：張振乾 處長 交通部觀光局日月潭國家風景區管理處

新國土計畫法制相關法律問題之初探—

以涉及原住民族土地海域之特定區域劃定為例

賴宇松

國立東華大學財經法律研究所 副教授

摘要

經過立法院多次國土計畫法草案提出，終於通過國土計畫法。該法主要精神在於預期以更前瞻且更永續的作法，達到確實回應全球暖化、氣候變遷及國際環保等日益加劇之議題，確保國土健全發展、全民生活安全。於該法中並規定未來原住民族土地將可依法實施特定區計畫，而特定區計畫之範圍，可涵蓋整體原住民族土地，或以各別部落為單元。然而另一方面，依照該國土計畫之國土功能分區定義，原住民族土地大多位於國土保育地區，且多屬於限制開發區，並部份涉及國家公園、集水區等管制地區，此法之實施將對於對原住民造成過度管限等問題。所以似乎國土計畫法與原住民族相關法制間存在不少必須調整之課題。換言之，國家法制必須面對於劃設此等特定計畫之際，究竟對於原住民族而言產生何等影響? 此外於劃設過程中，原住民族是否有被賦予相當之法律地位? 再者又應有何等之劃設程序加以保障? 關此，相關論述尚待更進一步之開發。承此，本文主要將針對此等特定計畫區設置之目的、設定主體、程序等面向檢討未來我國國土計畫於追求國土發展之目標下，如何能兼顧原住民族於此等計畫下之相關權益。此部份之內容將涵蓋原住民族基本法及相關規定(草案)等規範，並透過檢視基本法制應有之功能後並更進一步確認基本法制相關精神下如何落實。

前言

由於新國土計畫法於近日通過，各界對於該法帶有相當多之期待之同時[1]，也有對於該法實施抱有諸多疑慮者[2]，其中部分來自原住民學者之主張尤其更受矚目[3]。究其原因，主要在於本法對於國土保安等雖有正面之意義，然對於業已生活於相關土地上之原住民族同胞而言，由於同法之實施將受到諸多之限制[4]，因此未來如何兼顧保育與原住民土地等之權益將成為重要關注議題。

其次，到目前為止關於原住民族之保護，雖制定以原住民族基本法為中心之相關法規範。然而規範重要內容之原住民族基本法，卻往往因為其「基本法」之特性，無論於法律之定性乃至法律適用層面而言，產生見解上之歧異。 對此於新國土計畫法中關於原住民族基本法中重要部分規範之適用，似乎有不同於以往之作法。

綜上本文從上述出發點，並特別選定涉及原住民族土地海域之特定區域劃設制度為主題，對於該等制度之規畫及可能與特定原住民保護規範間產生之衝突及問題進行探討。

一 新國土計畫法之制定之意義及制定前後國土規劃基本架構之變化

國土計畫法制定前台灣地區國土空間規劃體系可概分為：國土綜合開發計畫、區域計畫、都會區計畫、直轄市或縣（市）綜合發展計畫及都市計畫等階層。其中除區域計畫及都市計畫為法定計畫外[5]，至於國土綜合開發計畫、都會區計畫及縣市綜合發展計畫並沒相對應執行之法律依據，以致台灣地區長期以來缺乏上位國土政策指導方向，各層級計畫之間也未能有效整合，以提供有效的指導與落實。

此外依據土地依法令之規定雖可劃分為都市土地及非都市土地，並有截然不

---

[1]詹順貴專之欄：國土計畫法令人耳目一新之處。http://www.storm.mg/article/76782

[2]如台灣法學基金會所舉辦「國土計畫法律與政策」研討會(2016 年 3 月 12 日)，該研討會業已對於新法制定後相關重要法律議題「國土計畫法分區方式」「土地使用管制的合憲性審查」「土地所有人的損失補償」「補償救濟機制」「國土永續發展基金的設置」進行研討。

[3]例如電子報導「國土計畫法 學者點出各項問題」。http://titv.ipcf.org.tw/news-17807，蔡志偉教授指出「如果說沒有辦法去透過國土計畫讓原住民族有更實質的參與，甚至說在整個審議的過程當中第一個你審議就應該要原住民族的參與，但是原住民族其實他相較中華民國法律來講，他應該是一個對等的這樣子的政治實體」…「是不是要在這個區域裡面劃定國土復育的區域，第一關審議委員會已經沒有原住民族的代表，也就是 21 條本來就是說你原住民族要參與同意， 可是 36 條是我要邀請你來參與，邀請你來參與跟我要取得你同意是兩回事啊，這個條文恐怕反而會變成各個目的事業主管機關的擋箭牌」。

[4] 關於此部分之限制一般而言最主要涉及相關土地利用之管制。惟也有論者從原住民族土地權自然資源利用權等面向進行討論者，參照官大偉，「國土計畫、原住民族自治與原住民族土地權之落實」，台灣原住民族研究學報 1 卷 3 期頁 87-107(2011 年 9 月)。至於新近文獻吳勁毅，台灣原住民族於國土空間規劃體制實踐自治權與發展權的進路初探，台灣原住民研究論叢第十五期 2014 年 6 月第 55～74 頁

[5]學者對於此等部分之批評，參照黃錦堂，「環境保護與國土規劃」，收錄於黃錦堂『台灣地區環境法之研究』，頁 231-268。

同的二元管制方式。都市土地以都市計畫法進行動態使用管制，非都市土地則依區域計畫法及非都市土地使用管制規則，由各縣市政府依照非都市土地分區使用計畫製定分區圖，並編定各種使用地後實施靜態管理。然而論者指出二套土地使用管理制度規範差異極大，其分工效能未見發揮，卻常阻礙土地整體規劃之思維，其土地使用及開發管制成效屢遭各界批評與質疑[6]。

(一)新國土計畫法制定之沿革及意義

針對上述問題，行政院自民國 82 年起提出相關國土規劃法草案，惟該法涉及多方利害關係，對於該草案內容無法獲得共識。其中或雖有送交立院審議，也幾度因會期不連續原則，最終無法完成立法作業。直到 101 年 11 月 5 日陳報行政院，經行政院召開 9 次審查會議後，提 103 年 7 月 24 日第 3408 次院會討論通過，再於 103 年 7 月 28 日函送立法院審議，於 104 年 12 月 18 日完成三讀程序[7]。

至於本法制定之意義或可參考同法第一條:「為因應氣候變遷，確保國土安全，保育自然環境與人文資產，促進資源與產業合理配置，強化國土整合管理機制，並復育環境敏感與破壞地區，追求國家永續發展，特制定本法」。然為達成此等目標，究竟國土計畫法中透過何等設計加以達成?容有更進一步檢視之必要。關於此點或可就新國土計畫法制定分水嶺，探究立法前後相異之處為何?以下主要就與本研究有關之土地使用分區及相關土地使用管制相關規範為中心進行整理。

(二)新國土計畫法制定前後國土規劃基本架構之演變

1. 國土計畫分層劃設及四大分區(次分區)

新國土計畫法制定前，台灣國土規劃體系如下圖 1 左側所示，由上而下依序由國土綜合開發計畫、區域計畫、都會區計畫、縣(市)綜合發展計畫、都市計畫與非都市土地使用計畫所構成，層級過多，功能卻不彰。此外此等計畫體系之形成，卻是由下而上先後制定而成，其中並僅區域計畫及都市計畫具有法定位階，其他均僅具形式位階未有法定效力。而國土綜合開發計畫雖名有指導區域發展功能，區域計畫也具指導都市發展之功能，然實際情況卻並非如此，整體而言上下位計畫間缺乏整合，水平建設部門間或毗鄰行政轄區間缺乏系統之聯繫，亦未有協調整合與監督考核執行之機制[8]

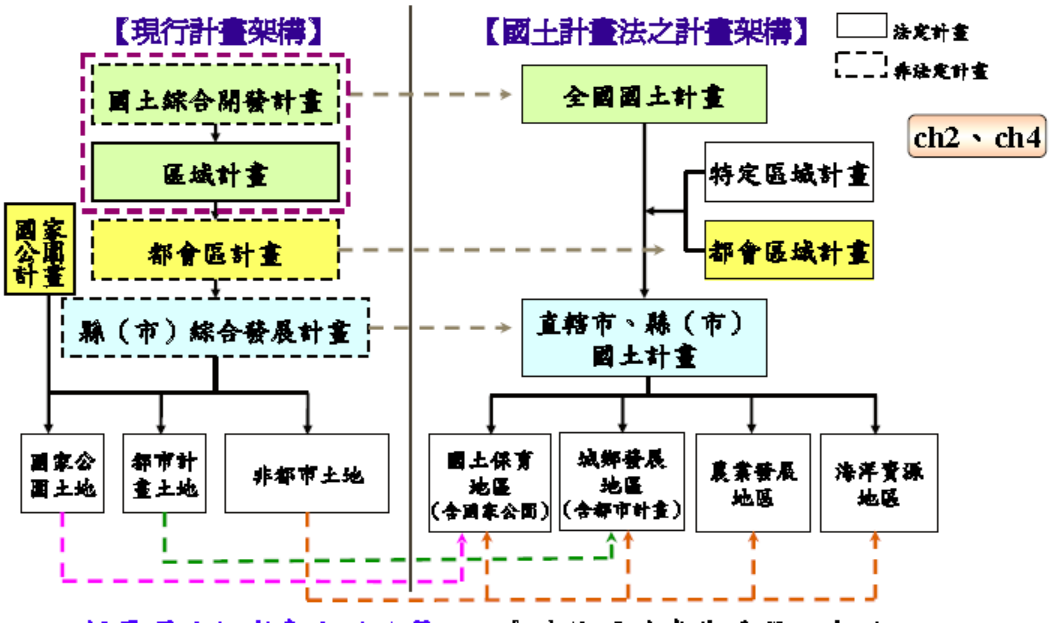
---

[6]依據內政部 2005 年國土計畫法草案指出我國國土規劃相關法制之問題尚包括:「 1.未將海岸及海域予以宣示，未能突顯海洋國家特色；2.全國及縣（市）土地未作整體規劃使用，欠缺宏觀願景；3.未能落實國土保育與保安，造成環境破壞；4.水、土、林業務未能整合，缺乏有效管理 5.重要農業生產環境未能確保完整，影響農業整體發展；6.城鄉地區未能有秩序發展，公共設施缺乏配套規劃；7.非都市土地實施開發許可缺乏計畫指導；8.都會區域重大基礎建設缺乏協調機制，影響國際競爭力；9.對於發展緩慢及具特殊課題之特定區域，亟待加強規劃；10.部門計畫缺乏國土計畫指導，造成無效率之投資等」。

[7]詳細完整過程請參照內政部國土計畫法專區網站，http://www.cpami.gov.tw/chinese/index.php?option=com_content&view=article&id=10182&Itemid=53。此外參考葉世文，國土空間規劃變革－談國土計畫法的研訂，http://shs.ntu.edu.tw/shsplanning/wp-content/uploads/2013/01/%E5%9C%8B%E5%9C%9F%E7%A9%BA%E9%96%93%E8%A6%8F%E5%8A%83.pdf

[8]財團法人成大研究發展基金會，2004，九十二年度計畫「國土規劃先期作業」，內政部營建署市

新國土計畫法制定後，依國土計畫法草案之規範，國土計畫範圍應含括陸域、海岸及海域三大部分，並確立國土計畫體系為全國國土計畫、直轄市、縣（市）國土計畫及都會區域計畫、特定區域計畫，並整合都市計畫及實施都市計畫以外地區之土地使用管制。如下圖 1 右半所示，全國國土計畫之內容涵蓋現行國土綜合開發計畫及區域計畫之結構，形成二個行政層級的計畫體系(「全國國土計畫」及「直轄市縣市國土計畫」)，其間再考量為提升國家競爭力，塑造良好都會區域發展擬定「都會區域計畫」，為解決跨行政區域或一定地區範圍內特殊課題之需要擬定「特定區域計畫」[9]。



[10]台灣國土改造新願景【國土計畫法草案報告】

窺諸新國土計畫法內容，可以發現其最大特色之一，在於將國土劃分為四大功能分區，包括：國土保育地區、城鄉發展地區、農業發展地區及海洋資源地區，以取代現有非都市土地使用分區，並停止現有用地編定，以強化管制之功能。該法亦規定全國國土計畫應載明國土功能分區之劃設構想及其土地使用管制原則，直轄市、縣（市）國土計畫應載明國土功能分區管理計畫及其土地使用管制，藉以強化地方管制工作之執行，期使國土資源之永續利用目標更能實現。

鄉規劃局委託研究，頁 1-2。

[9] 賴宗裕，2005，“國土計畫法（草案）對規劃管制供作之影響分析”，2005 年中國土地經濟學會與土地估價學會聯合年會暨「國土資源規劃與管理」研討會論文集（中國土地經濟學會、中華民國土地估價學會主辦）。

[10]台灣國土改造新願景【國土計畫法草案報告】
file:///C:/Users/Administrator/Desktop/%E5%8F%B0%E7%81%A3%E5%9C%8B%E5%9C%9F%E6%94%B9%E9%80%A0%E6%96%B0%E9%A1%98%E6%99%AF%E3%80%90%E5%9C%8B%E5%9C%9F%E8%A8%88%E7%95%AB%E6%B3%95%E8%8D%89%E6%A1%88%E5%A0%B1%E5%91%8A%E3%80%91.pdf

2. 國土功能次分區及土地使用管制

國土功能分區之劃設及管理，主要規定於新國土計畫法第四章「國土功能分區之劃設及土地使用管制」。其中相較於舊版草案，新法除明確規定上述四大國土功能分區外，更進一步就次分區部分也提供大方向劃設標準。以下僅就與原住民族土地利用最相關之國土保育區部分規範整理如下。依據同法第二十條規定：「一、國土保育地區：依據天然資源、自然生態或景觀、災害及其防治設施分布情形加以劃設，並按環境敏感程度，予以分類：(一)第一類：具豐富資源、重要生態、珍貴景觀或易致災條件，其環境敏感程度較高之地區。(二)第二類：具豐富資源、重要生態、珍貴景觀或易致災條件，其環境敏感程度較低之地區。(三)其他必要之分類。

其次於同法中關於國土功能分區及次分區畫定後之土地利用，則搭配各分區後之土地類型，規定不同之使用原則及具體之土地利用許可等管制規範以收管制之實效。以**國土保育地區**而言，原則上必須依據下列使用原則進行土地利用。前者主要規定於依據第二十一條 「國土功能分區及其分類之土地使用原則如下：一、國土保育地區：(一)第一類：維護自然環境狀態，並禁止或限制其他使用。(二)第二類：儘量維護自然環境狀態，允許有條件使用。(三)其他必要之分類：按環境資源特性給予不同程度之使用管制。」

然而必須注意者，**國土保育地區以外之其他國土功能分區，如有符合國土保育地區之劃設原則者**(換言之雖非國土保育地區者必須參照第二十條規定若符合者)，除應依據各該國土功能分區之使用原則進行管制外，**並應按其資源、生態、景觀或災害特性及程度，予以禁止或限制使用**」(第二十三條第一項)。換言之，縱令非國土保育區之功能分區者也得依照國土保育地區劃設原則加以禁止或限制其土地使用。

至於具體管制程序規定，於「直轄市、縣（市）國土計畫公告實施後，應由各該主管機關依各級國土計畫國土功能分區之劃設內容，製作國土功能分區圖及編定適當使用地，報經中央主管機關核定後公告，並實施管制」(第二十二條第一項)。但有關細部使用地類別編定等事項，則透過國土法授權中央主管機關定之，至於國土計畫法制定前業已依據都市計畫或國家公園計畫規定者，則照舊各依原法規範實施(第二十三條第二項)[11]。此外上述程序中，**若涉及原住民族土地及海域之使用管制者，應依原住民族基本法第二十一條規定辦理**，並由中央主管機關會同中央原住民族主管機關訂定(第二十三條第三項)。

3. 小結

此等分級分區之管制，主要希望能解決國土計畫法制定前「多法多區」[12]之

[11]「國土功能分區及其分類之使用地類別編定、變更、規模、可建築用地及其強度、應經申請同意使用項目、條件、程序、免經申請同意使用項目、禁止或限制使用及其他應遵行之土地使用管制事項之規則，由中央主管機關定之。但屬實施都市計畫或國家公園計畫者，仍依都市計畫法、國家公園法及其相關法規實施管制」。

[12] 有關多法多區詳細說明，參照陳明燦我國國土規劃法上自然保護之法制分析:兼評國土計畫法草案，頁 12-17。該文指出國土計畫法制定，前關於國土保育區等之作法，乃散見於各法中，以

亂象並解決伴隨而來之法律競合之問題。其次關於畫定程序部分，國土計畫法制定前之作法，由各主管機關均依照各別法分別劃定之，然由於劃定過程未必與相關單位協調，所以可能產生劃定事權不一之問題外，論者指出更將有弱化保護區之效能[13]。對此，國土計畫法則朝向「整合式」規劃方向[14]。

二 新國土計畫法之特定區域劃設制度

國土計畫法整體制度，雖仍待未來相關子法予以具體化之必要，然從土地使用分區及次分區、相關土地編訂以及開發許可等相關制度，將可預見對於既有存在各該土地上生活之人民而言(特別是原住民族)，包括土地之使用等將產生重大之限制[15]。對此，為緩和此等衝擊，對應之措施應屬「特定區域」劃設之制度。關於此等制度，目前雖然並無被充分完整論述，以下僅主要介紹此等制度之相關規範及其程序。

(一)相關規範之意旨

首先何謂「特定區域」? 依據新國土計畫法第三條「本法用詞，定義如下：(...略)五、特定區域：指具有特殊自然、經濟、文化或其他性質，經中央主管機關指定之範圍。」法規僅具有此等說明，至於具體預設事項參照立法理由可得知大約包括原住民族地區、河川流域、 等性質特區之區域。

其次，確定特定區域之範圍，乃於劃定國土計畫之初即必須面臨之問題。換言之，依據國土計畫法第八條第二項規定:「中央主管機關擬訂全國國土計畫時，得會商有關機關就都會區域或特定區域範圍研擬相關計畫內容;直轄市、縣(市)政府亦得就都會區域或特定區域範圍，共同研擬相關計畫內容，報中央主管機關審議後，納入全國國土計畫」。

特定區域之劃定，應依照基本原則中相關規定。換言之包括第六條國土計畫之規劃基本原則如下：

一、國土規劃應配合國際公約及相關國際性規範，共同促進國土之永續發展。

二、國土規劃應考量自然條件及水資源供應能力，並因應氣候變遷，確保國土防災及應變能力。

三、國土保育地區應以保育及保安為原則，並得禁止或限制使用。

生態保護區中一級保護區為例，作者更進一步說明「迄今主管機關也已依據野生動物保育法劃定十九處野生動物保護區，以及依據文化資產法畫定十五處自然保留區，並對於蓋該分區內土地各別使用予以最嚴格之管制」。

[13] 陳明燦前揭書，頁 15。

[14]國土計畫法第二十二條第一項規定「直轄市、縣（市）國土計畫公告實施後，**應由各該主管機關依各級國土計畫國土功能分區之劃設內容，製作國土功能分區圖及編定適當使用地**，報經中央主管機關核定後公告，並實施管制。」

[15] 當然目前相關山坡地管制規範(水土保持法)等業有相關對於原住民土地利用產生相當大之限制，然而此等規範涉及多面向利害關係者間之調和，對此論者也提出「超限利用管制的對立局面」之困境，參照鍾秉正，山坡地超限利用相關法制與其衍生之法律問題，《高大法學論叢》第 10 卷第 2 期（03/2015），頁 1-44。

四、海洋資源地區應以資源永續利用為原則，整合多元需求，建立使用秩序。

五、農業發展地區應以確保糧食安全為原則，積極保護重要農業生產環境及基礎設施，並應避免零星發展。

六、城鄉發展地區應以集約發展、成長管理為原則，創造寧適和諧之生活環境及有效率之生產環境確保完整之配套公共設施。

七、都會區域應配合區域特色與整體發展需要，加強跨域整合，達成資源互補、強化區域機能提升競爭力。

八、特定區域應考量重要自然地形、地貌、地物、文化特色及其他法令所定之條件，實施整體規劃。

九、國土規劃涉及原住民族之土地，應尊重及保存其傳統文化、領域及智慧，並建立互利共榮機制。

十、國土規劃應力求民眾參與多元化及資訊公開化。

十一、土地使用應兼顧環境保育原則，建立公平及有效率之管制機制。

(二)劃定機關

其次於劃定特定區域時，究竟權責機關為何?以及應履行何等法定程序始為正當?容有更進一步探究之必要。此部分參照國土計畫法規定，分別對於「無涉及原住民族土地及海域」以及「涉及原住民族土地及海域」雙軌制作法。

首先關於權責機關部分，若無涉及原住民族土地及海域者，原則性規定主要為國土計畫法第十一條第一項:「國土計畫之擬訂、審議及核定機關如下：一、**全國國土計畫**：由**中央主管機關**擬訂、審議，報請行政院核定。二、**直轄市、縣（市）國土計畫**：由直轄市、縣（市）主管機關擬訂、審議，報請中央主管機關核定」。

換言之，基本上分別對應不同層級國土計畫及劃定階段而異其機關。以全國國土計畫為例，計畫之擬定、審議部分由中央主管機關，至於核定部分則交由行政院為之。相對地直轄市縣市國土計畫部分，則由各該區域管轄機關進行擬定、審議工作，至於核定部分則交由中央主管機關。

相對地若涉及原住民族土地及海域者，則為第十條第二項：「前項全國國土計畫中特定區域之內容，**如涉及原住民族土地及海域者，應依原住民族基本法第二十一條規定辦理，並由中央主管機關會同中央原住民族主管機關擬訂。」之例外規定。**

(三)劃定程序

若特定區域之劃設無涉及原住民族土地及海域者，則依據一般性國土計畫法第十二條及第十三條之法定程序。整體而言，按其階段應可分為「擬訂前及擬定期間程序」、「擬訂後送審議前程序」、「審議時程序」、「核定後程序」。

首先從擬訂前至核定為止(包括擬定前、擬定期間、審議期間)之程序，主要規定於第十二條:「國土計畫之擬訂，應邀集學者、專家、民間團體等舉辦座談會或以其他適當方法廣詢意見，作成紀錄，以為擬訂計畫之參考(第一項)。國土計畫擬訂後送審議前，應公開展覽三十日及舉行公聽會；公開展覽及公聽會之日期及地點應登載於政府公報、新聞紙，並以網際網路或其他適當方法廣泛周知。人民或團體得於公開展覽期間內，以書面載明姓名或名稱及地址，向該管主管機關提出意見，由該管機關參考審議，併同審議結果及計畫，分別報請行政院或中央主管機關核定(第二項)。前項審議之進度、結果、陳情意見參採情形及其他有關資訊，應以網際網路或登載於政府公報等其他適當方法廣泛周知(第三項)。」

至於核定後之周知程序則規定於同法第十三條:「國土計畫經核定後，擬訂機關應於接到核定公文之日起三十日內公告實施，並將計畫函送各有關直轄市、縣（市）政府及鄉（鎮、市、區）公所分別公開展覽；其展覽期間，不得少於九十日；計畫內容重點應登載於政府公報、新聞紙，並以網際網路或其他適當方法廣泛周知(第一項)。直轄市、縣（市）國土計畫未依規定公告者，中央主管機關得為公告及公開展覽(第二項)」。

三 涉及原住民族土地海域之特定區域劃定相關制度

(一)概述

相對於二部分所論述者乃一般特定區域劃定相關規範，至於涉及原住民族土地海

域之特定區域之劃定，依據國土計畫法相關設計，以下先概述包括制定原則、主體、程序等皆對應不同之特別設計。

1. 劃定原則

上述劃定基本原則中特別與原住民族土地海域之特定區域劃設直接有關原則，應包含「三、國土保育地區應以保育及保安為原則，並得禁止或限制使用。」「八、特定區域應考量重要自然地形、地貌、地物、文化特色及其他法令所定之條件，實施整體規劃。」「九、國土規劃涉及原住民族之土地，應尊重及保存其傳統文化、領域及智慧，並建立互利共榮機制。」

2. 劃定主體及程序

相對地若涉及原住民族土地及海域者，則為國土法第十條第二項：「前項全國國土計畫中特定區域之內容，如涉及原住民族土地及海域者，應依原住民族基本法第二十一條規定辦理，並由<u>中央主管機關會同中央原住民族主管機關擬訂。</u>」

3. 制度之評析

論者指出新國土計畫法中之「特定區域」，不同於四大功能分區，是在四大功能分區上另外疊上去，從目前狀況看來，「原住民土地」、「都會區」、「河川流域」都可能劃為特定區。更進一步以河川流域而言，「一條河的流域可能橫跨「國土保育區」、「農業地區」、「城鄉地區」，如果要對特定流域的特殊事項進行規範，例如水質保護或是洪氾區，四大功能分區的規範可能不足，那就可以運用「特定區域」的做法，建立一個計畫圖層疊上去以進行調整」[16]。至於此等「特定區域」的規劃評價，由於尚未有具體可見之設計，所以相關討論也較少[17]，有待具體制度之運作。

(二)國土計畫法與原住民族基本法之規範調整及適用關係

相對於前述一般性詳細之劃定程序，特定區域擬定過程中若涉及原住民族土地及海域時，劃定程序僅明文規定必須依據原住民基本法第二十一條規定辦理，然究竟此等規定之意涵為何? 實際上又該如何進行? 關於前者將涉及到基本法之定性等及與基本法與相關法規範間之適用問題(將於 1.基本法之定性 2. 國內法學說見解整理-以原住民族基本法為中心 3.原住民基本法與其他法規範之適用) 最後 4.原住民基本法第二十一條之規定及其具體化之規範加以說明。

1. <u>基本法之定性</u>

首先，早期論及原住民族基本法時，或往往因為相關基本法中之規範大都為原則性之規定或認為其屬於政策性之立法，所以否定或忽視其重要性。其次，雖然也有相關論文詳細介紹關於基本法之特點，然畢竟基本法制並非台灣本土法制

[16]國土法，給問嗎？地政學者戴秀雄來解答（三）：細說國土分區眉角 http://e-info.org.tw/node/113808。

[17] 唯一曾針對 96 年草案進行討論者，其中關於特定區域劃設制度，提出相關疑慮，氏主張「特定區域是屬於國土計畫內之部門計劃，但其在國土法草案中享有極強之地位，草案對特殊課題又不加定性，極易造成國土計畫之體系及管制破壞因素，宜再細緻加以規範」參照林明鏘，國土計畫法政策與草案評析—以內政部九十六年一月草案為中心，政大法學評論 114 期，頁 1-54。

所獨創[18]，此等法制究竟應如何適用? 則有更進一步參考外國法制之必要[19]。以下僅就先前研究成果相關部分整理如下[20]。

(1) 日本基本法之機能

關於基本法之關注重點，一般而言，透過基本法之模式希望達到之功能，依據學者[21]整理大致有下列幾點：

a.擬定政策方向及其推進

基本法之意義，通常可從其立法目的規定了解其端倪。換言之，基本法制定通常對於國家而言，該等政策或領域相當重要，並採重點式推進，所以，一般而言，於基本法中往往以明文規定明示其責任、任務及推動之決心外，並依據其所指示之方向性或方針，計畫性、綜合性並長期性推動相關政策。

b.制度及政策之體系化、綜合化

一般而言，基本法之機能，所舉出者尚有得呈現該當特定領域制度政策之全體面貌，並期能加以統合化、體系化。換言之，透過基本法制定特定領域之制度、政策基本方面，並整備相關制度及政策，以期達到統合化及體系化之必要性。或許伴隨社會日益複雜化、國家所扮演角色也大幅擴大之現今時代中，基本法具有其一定之意義，特別在於立法法令數量之增大、無計畫地立法、法制度高度化及複雜化等前提下，其所伴隨而來者將致使法律相互間容易產生矛盾及衝突等情形。所以仰賴基本法所呈現之理念、方針、鳥瞰圖等，除可呈現基本方向及整體面貌外，也可達到統整法規範秩序之功能。

c.確保政策之一貫性及連續性

基本法制度，對於短期並以狹隘視野所形成現實性政策考量，轉變為基於長期性、綜合性視野所賦予未來政策方向之作法，其主要目的在於縱令國會構成轉變或內閣更迭時，也仍然可以維持政策之持續性及安定性。

d.行政之控管

此外，基本法制度之採用尚有重要之期待，主要在於對於行政部門之控管。換言之，現代國家伴隨其任務之擴大，行政部門也呈現巨大化，再加上權力及資訊集中化所產生之行政國家現象。於此前提下，基本法乃為國會對於行政部門給予一定之框架並對其加以監視控管之手段。

e.國民意識啟發及改革

再者，透過基本法制度，除呈現特定領域政策國家認識外，於基本法中明文

---

[18]根據相關研究指出比較可能乃透過日本比較法制繼受而來。參照塩野宏，基本法について，日本学士院紀要，第 63 巻第 1 号（2008 年），頁 1－29。該文指出日本基本法之制度除台灣之外，相關國家也間接受到日本法制影響採取同樣法制度者。

[19] 到目前為止關於日本基本法制介紹論文主要包括陳春生，淺釋「環境基本法」，收於行政法之學理與體系（二），元照出版社（2007 年），頁 185－194；蔡秀卿，基本法之意義與課題，收於現代國家與行政法，學林出版社（2003 年），頁 23－50；同作者，環境保護基本法草案之檢討，收於現代國家與行政法，學林出版社（2003 年），頁 483－499。

[20] 賴宇松，環境基本法制之理論與實踐-從日本基本法理論觀之，台灣環境與土地法學雜誌第 13 期，頁 1-37

[21] 川崎政司，基本法再考（三）基本法の意義・機能・問題性，自治研究第 82 巻第 1 號（2006 年），頁 76－81。

規範其理念或方向性本身.之作法，同時也對於國民意識啟發產生一定功用。此外，若對於社會形成特定新理念或規範時，基本法之制訂乃促進社會對此等理念與規範之理解，也成為國民教育之一環。

(2) 日本基本法之類型

於日本法學界有論者更進一步將基本法予以類型化整理。論者指出類型化之意義主要在於依據制度背景、目的、規定內容等，可得知各個基本法所扮演之角色。惟應注意者，原則上單一基本法並非僅具有一種意義，所以可能同時涵蓋多種類型之可能。此外，承上述基本法發展歷程，於日本一旦制定後之基本法並非一成不變，所以其性質往往會隨著其後之修法而轉變，但基本上以下之整理主要依據該法制定之時期來判斷[22]。

a.理念型

理念型基本法主要著眼於該制度政策、基本理念及原則，主要代表者為教育基本法。此等基本法之作用，不僅僅為該領域制定基本理念與原則，同時也肩負廣泛向國民宣傳之功能，也可稱為宣言型。早期之論者或主張基本法除具有補充憲法之功能外，同時其也為銜間憲法與個別法間之媒介法，所以於相較於傳統「憲法」—「法律」—「命令」之法體系構造，於創設基本法之後，則轉換成為「憲法」—「基本法」—「個別法」—「命令」之構造。

早期日本學說以有倉遼吉教授為代表，**認為基本法乃具有準憲法之性質**，可更進一步從其內容層面及型式層面加以觀察。就內容層面而言，乃指教育基本法，為將憲法上之教育規定予以具體化之確認性規定，**若立法機關制定違反教育基本法意旨之法律時，將有違憲之虞[23]**。其次，尚有佐藤功教授也提及教育基本法之準憲法性質時，指出**基本法乃現行憲法對於教育原則事項予以具體化之法律[24]。**

b.政策型

政策型基本法則著眼於個別領域、國家政策制度之目標及方向所應有態樣或方針。基本上，政府也會依照此等規範促進政策之推動。此等類型中代表之基本法者，例如：糧食農業農村基本法、中小企業基本法、科學技術基本法皆屬於此類。其次，例如：環境基本法、男女共同參畫（與）社會基本法等應屬此等類型。

c.對策型

至於對策型基本法，乃制定特定行政上之對策，並具有維持社會秩序、提升人民福祉、預防救濟被害者之對策法性格。例如：災害對策基本法、舊公害對策基本法、身心障礙者對策基本法、消費者保護基本法、土地基本法、高齡化社會對策基本法、食品安全基本法、少子化社會對策基本法。

d.改革推進型

改革推進型，乃基本法制中近年來所建立之新類型基本法。此等基本法之目的主要在於推動國家重要政策並進行特定改革所制定者，大多於基本法中加以明

---

[22] 以下分類，主要依據川崎政司，基本法再考（一）基本法の意義・機能・問題性，自治研究第 81 卷第 8 號（2005 年）頁 59－61。

[23]有倉遼吉，教育基本法の準憲法的性格，教育と法律（1961 年），頁 3 以下。

[24]佐藤功，日本憲法と教育基本法，季刊教育法 23 号（1977 年），頁 14 以下。

文規定其改革理念、方針。其次基本法中往往同時於法條中明文規定其改革計畫（或授權應制定計畫）。例如：中央省廳改革基本法、特殊法人等改革基本法，此等改革推進型基本法也具有措施法(限時法)之性格,通常伴隨改革法之制訂，並於實施完成後則結束其任務。

(3) 評析

我國到目前為止，透過立法業已制定許多以基本法為名之法律，參考上述日本學界見解，我國或許目前應該透過類型化等方式，界定個別基本法之定性，檢討各別基本法所扮演之角色,以免混淆後續關於基本法與個別法律間適用之討論。至於其他檢討則於下列各該當段落論述之。

2. 原住民族基本法之定性

(1) 國內相關學說

至於原住民族基本法之定性，依據國內相關學者主張或可整理如下。主要依據可從林淑雅「原住民族基本法對資源管理法規解釋適用之影響」一文中得到支持。依據該論文，論者主張「由憲法增修條文第十條第十二項、兩公約共同第一條（二〇〇九年後成為國內法）確立的原住民族自決自治、土地與自然資源權、文化發展權，所指引的立法實踐方向包括：各原住民族為憲法保障的權利主體、各原住民族集體權利的固有權面向並非國家法創設、各原住民族為其實體權利形成的程序上主體、既有國家法秩序應朝向多元文化調整等。因此，原住民族基本法本身的解釋適用,以及原住民族基本法對現有國家資源治理法令的解釋適用影響，都應該基於前述理解而來」。並進一步指出,「原住民族基本法為落實憲法增修條文精神,『保障原住民族基本權利，促進原住民族生存發展，建立共存共榮之族群關係』而制定，其中諸多條項皆與原住民族自治、原住民族土地與自然資源權利有關。為了使各原住民族參與調整向來的一元化國家法體系，並體現這個調整過程的動態特徵、時間性與程序正義，原住民族基本法建置了幾個框架式條文，貫串整部基本法」。主要包括基本法第四條[25]、第二十條第一項[26]、第二十三條[27]、基本法第三十條[28]、基本法第三十四條[29]。承接上述論述後，氏於該論文更進一步指出「原住民族基本法延續更新後的憲政秩序,而對於涉及原住民族主體、原住民族土地與自然資源、原住民族文化發展的現有國家法令制度，表達全面的修正方向，並要求容納相關原住民族政治意志參與，可說已具有準憲法地位。」

(2) 本文見解

---

[25]第 4 條 政府應依原住民族意願，保障原住民族之平等地位及自主發展，實行原住民族自治；其相關事項，另以法律定之。

[26]第 20 條第 1 項 政府承認原住民族土地及自然資源權利。

[27]第 23 條 政府應尊重原住民族選擇生活方式、習俗、服飾、社會經濟組織型態、資源利用方式、土地擁有利用與管理模式之權利。

[28]第 30 條 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

[29]第 34 條 主管機關應於本法施行後三年內，依本法之原則修正、制定或廢止相關法令。
前項法令制（訂）定、修正或廢止前，由中央原住民族主管機關會同中央目的事業主管機關，依本法之原則解釋、適用之。主管機關應依本法之原則修正、制定或廢止相關法令

依據上述學者主張，業已從國際法憲法連動至基本法提出一系列之規範基礎，並賦予基本法一定之法律地位。對此可以檢討者，乃上述學者主張中所謂「準憲法地位」，究所指為何？依照目前國內通說見解，大部分學者主張原住民族基本法乃依據憲法增修條文所制定，而增修條文此等內容乃被定性為方針條款或國家目標規定。依據論者指出，此等規範與憲法上基本權利不同，並未賦予主觀公權利，是否可以直接從此等條款中導出所謂準憲法位階之推論？此等準憲法位階之推論，實更進一步影響後續基本法與各別法律之適用關係，益凸顯其重要性。

關於本報告所關注之原住民族基本法，對照上述日本學說見解，從結論而言應屬理念型並且「具有準憲法地位」之特性。然必須更進一步說明者，本文鑒於「具有準憲法地位」「具有較優越之地位」用語所產生之誤解，基本上較傾向強調基本法之功能取代其定性，換言之基本法制定之功能及必要性在於前述「制度及政策之體系化、綜合化」、「擬定政策方向及其推進」、「確保政策之一貫性及連續性」，並且為達成此等目的所以賦予基本法有調整或指導其他個別法之必要(更進一步討論請參照 3.)。

3. 原住民族基本法與其他法規範之適用

關於此部分之討論，到目前為止學界有立場呈現截然不同之主張。

(1) 原住民族基本法作為框架法、普通法之主張

首先或有論者將原住民族基本法相關規定視為普通法者，若遇到其他專業性規範等則該等法規範則為基本法之特別法。關於此部分主要涉及原住民基本法與低放射性廢棄物最終處置設施場址設置條例（2006 年 5 月 24 日，以下簡稱「選址條例」）之法律衝突。依據相關論述[30]指出「選址條例與原住民基本法間呈現之法律衝突，實際上涉及基於兩種不同政策目標所制定法律之間應如何相容並存之問題」。「然而，原住民基本法之本質畢竟為基本法，其應系一框架式、原則性規範，藉以引領國家各部會另定更具體法律條文，以落實憲法保障原民權益之誡命」。「基本法與其他法律間並非所謂母法與子法關係，亦非上下法律位階，故基本法之位階並不高於其他已訂定之法律」。「因此，當原住民族基本法與選址條例對於選定最終處置場址相關事項之規範意旨不同時，仍應以選址條例規範內容為主，蓋選址條例內容乃是針對最終處置場址事項之規範，基於規範專門性之考量，自應優先適用」。

(2) 將原住民族基本法相關規定作為高位階法、特別法之主張

依據林淑雅前揭「原住民族基本法對資源管理法規解釋適用之影響」一文中曾指「相較於現有資源管理法令，原住民族基本法為**高位階法**」、「相較於現有資源管理法令，原住民族基本法為**特別法**」，至於論者此等主張之依據，或許接續前述原住民族基本法之「準憲法地位」主張而推演出此等說理。然關於此等主張或有更進一步檢討之必要。

[30]蔡瑄庭，低放射性廢棄物最終處置設施場址設置條例適用疑義之簡析，臺北大學法學論叢第 80 期（2011 年），頁 95 － 99。蔡瑄庭、王志強， 我國低放射性廢棄物最終處置場址設立衝突之法律分析（2009 年），http：//www.ctci.org.tw/ public/Attachment/031914433888.pdf。

(3) 本文見解

對於上述關於原住民族基本法與個別法律適用截然不同之主張，或許也可以反映對於此部分問題有更進一步探討之必要。以下本報告對於上述兩種主張參照比較法相關論述，提出不同之看法如下。首先關於(1)原住民族基本法作為框架法、普通法之主張，論述中指陳「基本法與其他法律間並非所謂母法與子法關係，亦非上下法律位階，故基本法之位階並不高於其他已訂定之法律」部分，確實參照日本基本法制討論過程中，有論者將提倡應更進一步將基本法類型化之必要，並認為若基本法規範內容中可判別為具體規範憲法內容者，則具有準憲法性質，**然而若其他個別法規範內容違反該等規範時，不因此立即產生無效之效果。**

其次，選址條例既然制定於原住民基本法之後，於適用時更應考量現行法規範中是否符合相關基本法之規範？ 理論上立法於後之個別法，應配合該等規範意旨適用（**而非其他法律要求基本法加以配合**）。再者，上述見解論述似乎將原住民族基本法定性普通法，而將選址條例作為特別法，再依據特別法優於普通法之適用法理，排除原住民基本法之適用。然而，關於此等部分，參照日本法之討論原則上「不應輕易適用特別法優於普通法原則，除非該法中明文規定排除原住民基本法之適用」。

至於關於主張(2)將原住民族基本法相關規定作為高位階法、特別法之主張，首先此等見解或有可能將其定性與法規適用兩層次問題予以混淆之虞。其次，此等見解無論從實證法或法律實務見解兩方面皆欠缺相關支持之論理。再者若肯認此等基本法優於一般法律之效力，將對於現行法制產生相當之衝擊。 參照日本基本法學研究，其指出雖然有將教育基本法認定為具有準憲法位階者，然所謂準憲法位階之特性與基本法與其個別法間之效力優劣，應為不同次元討論之問題。更進一步而言，於日本早期學說主張若相關子法或法規違反教育基本法者，將產生無效之情形，惟此等見解近年來已不再被採用。取而代之者[31]，乃謂「首先，由於基本法與個別法皆立於「法律」之形式，所以理論上，並不當然即得推論出對於個別法而言具有優越性。所以，若基本法與個別法間規範相互間出現矛盾時，個別法之規範也不因此而立即無效[32]。

其次，於此等前提下須討論者為，同一法形式間所謂「後法優於前法」、「特別法優於普通法」原則是否得以直接適用於基本法與個別法之間？對此論者強調並非立即適用「後法優於前法」以及「特別法優於普通法」原則。論者反而指出於實務上，若個別法規定與基本法規範間產生衝突時，理想之運作狀態，理應就個別法該當部分規範暫時停止適用，此外，同時透過修法等方式，解決個別法與基本法間之矛盾。然而另一方面，與基本法矛盾之個別法之規定，也並不因與基本法規牴觸而直接產生失效之結果。換言之，除非倘若該等個別法為後法，並且以特別法方式明文排除基本法之適用，或以明文方式與基本法為不同內容之規定

[31] 川崎政司，基本法再考（一）基本法の意義・機能・問題性，自治研究第 81 卷第 8 號（2005 年），頁 69－72。

[32] 菊井康郎，基本法の法制上の位置づけ，法律時報 45 巻 6 号頁 20-21（1973 年）

時，則應可認為基本法已不具備所謂之優越性，此時吾人不得不肯認個別法之規範反而應當優先適用[33]。然而，若基本法為後法之情形時，與通常之處理情形不同，並非依據特別法優先之法理處理，而是依據後法基本法之規定適用，前法之個別法規定則無法適用。

(4) 新國土計畫法中對於原住民族基本法「指示適用」

相對於選址條例所產生之法律適用問題，於新國土計畫法中則藉由指示適用規範之方式-「應依原住民族基本法第二十一條規定辦理」「應邀請原住民族部落參與計畫之擬定、執行與管理」[34]，此部分之立法實踐，一改既有原住民之框架法、普通法之刻板印象。此外也可解決個別法與原住民族基本法中「各自表述」所產生之解釋法問題。換言之，對於特定具有本質上重要規範賦予優越性地位並透過此等指示性條款，某種程度促使原住民族基本法部分規定取得優先適用之結果，此也是一種所謂符合相關學理「準憲法地位」或「優越性地位」呈現方式。

4. 涉及原住民族土地或海域特定區域之劃設與原住民基本法第二十一條規定

承前述，於新國土計畫法第十一條第一項:「國土計畫之擬訂、審議及核定機關如下：一、全國國土計畫：由中央主管機關擬訂、審議，報請行政院核定。二、直轄市、縣（市）國土計畫：由直轄市、縣（市）主管機關擬訂、審議，報請中央主管機關核定」。然若涉及原住民族土地者，則為同條第二項：「前項全國國土計畫中特定區域之內容，如涉及原住民族土地及海域者，應依原住民族基本法第二十一條規定辦理，並由中央主管機關會同中央原住民族主管機關擬訂。」之例外規定。

依據上述規定全國國土計畫中特定區域之內容，若涉及原住民族土地海域者，首先制定機關基本上由中央主管機關會同中央原住民族主管機關共同來擬定，至於程序必須依據原住民族基本法第二十一條(及依據同條所定之)諮商取得原住民族部落同意參與辦法(法規命令)辦理。首先必須先探究原住民族基本法第二十一條之規定，該條文共包含四項 其中與特定區域劃設有較密切關係者應為「政府或法令限制原住民族利用前項土地及自然資源時，應與<u>原住民族、部落或原住民諮商，並取得其同意</u>；受限制所生之損失，應由該主管機關寬列預算補償之。」及第四項「前三項有關原住民族土地或部落及其周邊一定範圍內之公有土地之劃設、諮商及取得原住民族或部落之同意或參與方式、受限制所生損失之補償辦法，

---

[33]有倉遼吉，憲法と教育，公法研究第 32 号頁 2-3（1970 年）

[34]國土計畫法第十一條 國土計畫之擬訂、審議及核定機關如下：
(第二項)前項全國國土計畫中特定區域之內容，<u>如涉及原住民族土地及海域者，應依原住民族基本法第二十一條規定辦理，並由中央主管機關會同中央原住民族主管機關擬訂。</u>
國土計畫法 第二十三條
<u>(第三項)</u>前項規則(國土功能分區及其分類之使用地類別編定等規定)中<u>涉及原住民族土地及海域之使用管制者，應依原住民族基本法第二十一條規定辦理，並由中央主管機關會同中央原住民族主管機關訂定。</u>
國土計畫法第三十六條 國土復育促進地區經劃定者，應以保育和禁止開發行為及設施之設置為原則，並由劃定機關擬訂復育計畫，報請中央目的事業主管機關核定後實施。<u>如涉及原住民族土地，劃定機關應邀請原住民族部落參與計畫之擬定、執行與管理。</u>

由中央原住民族主管機關另定之。」對此，中央原住民族主管機關(原委會)曾經通過制定行政規則「原住民族基本法第二十一條釋義」[35]方式對於相關內容進行闡釋，其後更進一步依據原住民族基本法第二十一條第四項之法律授權制定「諮商取得原住民族部落同意參與辦法」法規命令予以規範[36]。此部分相信應為對應行政程序法要求之進步立法，一旦成為法規命令則不在僅是為內部行政機關之技術等規範，更進一步賦予行政部門對於相關人民權益規範事項，具有管制權限並對外發生規範之效果。此部分之修法，參照原住民族基本法第二十一條內容性質而言，應可肯認為適當之作法。

其次，關於國土計畫法特定區域之劃設，應屬於同辦法之第三條「本法第二十一條所稱土地開發、資源利用、生態保育、學術研究及限制原住民族利用等行為，指附件所列之行為」。再依據同辦法附件第五點第(一)(二)款規定，原則上所謂「限制原住民族利用行為，乃指政府或法令所施行之措施，有使當地原住民族對既存原住民族土地及自然資源之使用、收益或處分之權利，產生喪失或變更之法律效果(第一款)。或使當地原住民族事實上無法使用、收益或處分原住民族土地及自然資源(第二款)[37]。

其次若原住民族特定區域之劃定行為，若經肯認為該當此辦法附件行為時，必須採取何等程序?依據同辦法第四條規定，所謂原住民族基本法第二十一條所稱「原住民族或部落同意，**指過半數關係部落依本辦法召開部落會議議決通過**」。

此部分之規定相較於授權母法基本法第二十一條「政府或法令限制原住民族利用前項土地及自然資源時，應與原住民族、部落或原住民諮商，並取得其同意」在作法上雖然更為具體，然諮商之範圍似乎排除個別原住民族外，諮商並取得同意之方法似乎也僅限於部落會議，而排除其他可能性，或許有可檢討之空間。

其次關於特定地區之劃設，當然必須考慮劃設之範圍為何? 關於此部分首先參照原住民族基本法第二條第五款規定：「原住民族土地係指原住民族傳統領域土地及既有原住民保留地」。此外雖然由於現今尚未通過原住民族土地及海域法草案，然依據該草案規定更進一步就原住民族傳統領域土地加以定義為「經依本法所定程序劃定之原住民族傳統祭典、祖靈聖地或舊部落及其週邊獵區或墾之公有土地。」(草案第三條第二款)；至於「原住民保留地」則定義為「指政府為保

[35] 行政程序法第 159 條 本法所稱行政規則，係指上級機關對下級機關，或長官對屬官，依其權限或職權為規範機關內部秩序及運作，所為非直接對外發生法規範效力之一般、抽象之規定。
行政規則包括下列各款之規定：
一、關於機關內部之組織、事務之分配、業務處理方式、人事管理等一般性規定。
二、為協助下級機關或屬官統一解釋法令、認定事實、及行使裁量權，而訂頒之解釋性規定及裁量基準。

[36] 行政程序法第 150 條 本法所稱法規命令，係指行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定。
法規命令之內容應明列其法律授權之依據，並不得逾越法律授權之範圍與立法精神。

[37]然縱令該當上述規定之同時，若為「政府為阻止危害之發生或避免急迫危險，而有即時處置必要時，所為之短暫限制」或「經中央原住民族主管機關認定對原住民族土地及自然資源權利無侵害之虞、促進原住民土地利用、增進自然資源保育，或改善原住民族生活環境」情形之一者，則例外不屬於第二十一條第二項規定限制原住民族利用。

障原住民生計，推行原住民族行政所保留之原住民保留地及增編、劃編供原住民使用之保留地(草案第三條第三款)。」

四 新國土計畫下之國土復育促進地區之劃定

(一) 國土計畫法國土復育促進地區之相關規範意旨及程序

依據國土計畫法第三十五條規定，下列地區得由目的事業主管機關劃定為國土復育促進地區，進行復育工作：一、土石流高潛勢地區。二、嚴重山崩、地滑地區。三、嚴重地層下陷地區。四、流域有生態環境劣化或安全之虞地區。五、生態環境已嚴重破壞退化地區。六、其他地質敏感或對國土保育有嚴重影響之地區」。關於此等制度原本乃獨立於國土計畫法之國土復育條例草案之相關規範[38]，所謂「國土復育促進地區」指自然生態環境嚴重劣化，急需復育之地區。一旦經劃定為國土復育促進地區之土地，依據同法第三十六條規定，該當土地之利用目的，基本將受到相當之限制外並且必須符合復育計畫進行[39]。此外必要時，各目的事業主管機關為執行復育計畫，得依法價購、徵收區內私有土地及合土地改良物。

至於此等**地區之劃定、公告及廢止之辦法，由主管機關會商有關中央目的事業主管機關定之(同條第二項)。至於實際畫定權限之機關原則必須透過協商機制決定之[40]。**相較於特定區域之劃設，並無明文將中央原住民族主管機關納入，惟「由主管機關會商有關中央事業主管機關決定之，協調不成，報行政院決定之」中當然也不排除透過協調或指定後，中央原住民族主管機關可成為劃設機關。

此外一旦被劃定為國土復育促進地區時，除上述土地利用受到限制外[41]，於必要時也有可能被價購或徵收。再者於該等區域內既有之聚落或建築設施，若被主管機關評定為安全堪虞者，也有被限制居住或強制遷居之可能[42]。

---

[38]國土復育條例草案第二十一條　本條例實施復育範圍內下列地區得劃定為國土復育促進地區，進行復育工作：
一、土石流高潛勢溪流影響危險地區。
二、嚴重崩塌地區。
三、超限利用土地集中之地區。
四、嚴重地層下陷地區。
五、河川有生態環境退化或危害河防安全之虞地區。
六、生態環境已嚴重破壞退化地區。
七、遭違法占用土地已劣化之地區。
八、其他對國土保育有嚴重影響之地區。

[39]國土計畫法第三十六條　國土復育促進地區經劃定者，應以保育和禁止開發行為及設施之設置為原則，並由劃定機關擬訂復育計畫，報請中央目的事業主管機關核定後實施。

[40]國土計畫法第三十五條第三項「國土復育促進地區之劃定機關，由中央主管機關協調有關機關決定，協調不成，報行政院決定之」。

[41]此部分學理上一般稱為準徵收之侵害。

[42]國土計畫法第三十七條　國土復育促進地區內已有之聚落或建築設施，經中央目的事業主管機關或直轄市、縣（市）政府**評估安全堪虞者，除有立即明顯之危害，不得限制居住或強制遷居。**前項經評估有安全堪虞之地區，中央目的事業主管機關或直轄市、縣（市）政府應研擬完善安置及配套計畫，並徵得居民同意後，於安全、適宜之土地，整體規劃合乎永續生態原則之聚落，予

評析

1. 同意與參與本質上之差異

對照特定區域之劃設，國土復育促進地區之劃定如涉及原住民族土地，劃定機關應邀請原住民族部落參與計畫之擬定、執行與管理。對此首先於此所謂之「邀請原住民族部落參與」，係「指過半數關係部落依本辦法召開部落會議議決通過之參與機制」。此等與制度與前述特定區域劃設中之「同意制度」基本上仍有不同。畢竟後者基本上決定權限仍歸屬於原住民族部落會議，若未經過部落會議者，其法律效果有可能為無效；相對地參與制度基本上乃透過參與並得以表達意見，若應參與而未給予參與權者，由於最終決定權在於主管機關，於此等欠缺參與作成之決定則可能為構成程序上之瑕疵僅成為可得撤銷之情形。

2. 例外無須參與之可能?

於本所謂國土復育地區之劃定行為，依據諮商取得原住民族部落同意參與辦法及相關附件第五點規定，或許有可能成為不該當政府限制利用之情形：如下列畫底線規定「五、限制原住民族利用：指政府或法令所施行之措施，有下列情形之一者：(一) 使當地原住民族對既存原住民族土地及自然資源之使用、收益或處分之權利，產生喪失或變更之法律效果。(二) 使當地原住民族事實上無法使用、收益或處分原住民族土地及自然資源(第一項)。前項限制，有下列情形之一者，非屬本法第二十一條第二項規定之限制原住民族利用：(1) 政府為阻止危害之發生或避免急迫危險，而有即時處置必要時，所為之短暫限制。(2) 經中央原住民族主管機關認定對原住民族土地及自然資源權利無侵害之虞、促進原住民族土地利用、增進自然資源保育，或改善原住民族生活環境。」換言之若政府於劃設國土復育地區時只要符合(1)(2)情形甚至將可無須原住民族之參與。然此等規定於子法中之例外規定，是否有逾越母法之授權? 若有將可能有授權逾越之問題可能。

結論

透過本文兩大部分整理，第一大部分主要涉及原住民族基本法制之論述， 重點主要探討基本法之特性與其他個別法之適用關係，透過比較法制相關論試圖重建有關此部分理論基礎，再次得到基本法制所扮演指導性、體系性之地位外 國土計畫相關規定中之原住民基本法指示條款則作為最好之見證。未來仍期望相關原住民族相關法治也能延續此等趨勢，建構真正從客體到主體之原住民族法治。

至於第二大部分則透過新國土計畫法中相關涉及原住民族土地及海域之空間規劃-特定區域以及國土復育促進地區之檢視，僅僅於入口處呈現相關制度之程序及問題點，尚未能一窺堂奧深感慚愧。其次由於此等部分在國家法規範上，大都為程序性規定之檢討，各相對應規劃主體及規劃範圍等則涉及原住民族自治及原族民族傳統領域相關調查之配合。透過本報告之撰寫始令報告人深深體會自

以安置，並協助居住、就業、就學、就養及保存其傳統文化；必要時，由行政院協調整合辦理。

身對於此等知識之貧乏，才開始體會土地、空間對於原住民族之生活、傳統自然資源等部份之特別意義，然此部分深具意義之法制作業將有賴具有此等智識之原住民族法學者們共同來努力。

新國土計畫法制相關法律問題之初探-以涉及原住民族土地海域之特定區域劃定為例

國立東華大學財經法律研究所 副教授 賴宇松

目次

- 前言
- 一 新國土計畫法之制定之意義及制定前後國土規劃基本架構之變化
- 二 新國土計畫法之特定區域劃設制度
- 三 涉及原住民族土地海域之特定區域劃定相關制度
- 四 新國土計畫下之國土復育促進地區之劃定
- 結論

- 1.國土計畫法通過
- 期待 疑慮者 兼顧保育與原住民土地等之權益
- 2.原住民族基本法「基本法」制度 新國土計畫法中新作法。
- 3. 涉及原住民族土地海域之特定區域劃設制度

一 新國土計畫法之制定之意義及制定前後國土規劃基本架構之變化

- 新國土計畫法第一條
- 「為因應氣候變遷，確保國土安全，保育自然環境與人文資產，促進資源與產業合理配置，強化國土整合管理機制，並復育環境敏感與破壞地區，追求國家永續發展，特制定本法」。

(二)新國土計畫法制定前後國土規劃基本架構之演變

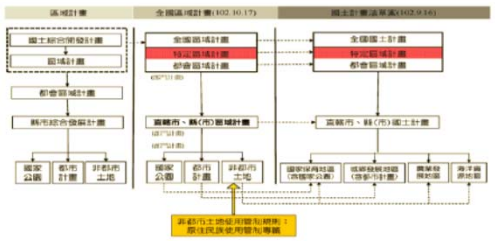


圖 1 國土計畫實施前、後之計畫關係圖

出處:財團法人台灣大學建築與城鄉研究發展基金會『擬定北泰雅原住民族特定區域計畫之規劃』

- 國土功能分區
- 次分區
- 土地使用管制原則
- 劃設編定土地使用目的
- 進行土地管制

二 新國土計畫法之特定區域劃設制度

何謂「特定區域」?

- 依據新國土計畫法第三條「本法用詞，定義如下：
- (...略)五、特定區域：**指具有特殊自然、經濟、文化或其他性質，經中央主管機關指定之範圍。**」
- 法規僅具有此等說明，至於具體預設事項參照立法理由可得知大約包括原住民族地區、河川流域等性質特區之區域。

確定特定區域之範圍

- 國土計畫法第八條第二項規定:
- 「**中央主管機關**擬訂全國國土計畫時，得**會商有關機關**就都會區域或**特定區域範圍**研擬相關計畫內容；
- **直轄市、縣（市）政府**亦得就都會區域或**特定區域範圍**，**共同研擬相關計畫內容**，報中央主管機關審議後，納入全國國土計畫」。

特定區域之劃定原則

- 特定區域之劃定，應依照基本原則中相關規定。換言之包括第六條國土計畫之規劃基本原則如下：
- 一、國土規劃應配合國際公約及相關國際性規範，共同促進國土之永續發展。
- 二、國土規劃應考量自然條件及水資源供應能力，並因應氣候變遷，確保國土防災及應變能力。
- 三、國土保育地區應以保育及保安為原則，並得禁止或限制使用。
- 四、海洋資源地區應以資源永續利用為原則，整合多元需求，建立使用秩序。
- 五、農業發展地區應以確保糧食安全為原則，積極保護重要農業生產環境及基礎設施，並應避免零星發展。
- 六、城鄉發展地區應以集約發展、成長管理為原則，創造寧適和諧之生活環境及有效率之生產環境確保完整之配套公共設施。
- 七、都會區域應配合區域特色與整體發展需要，加強跨域整合，達成資源互補、強化區域機能提升競爭力。
- **八、特定區域應考量重要自然地形、地貌、地物、文化特色及其他法令所定之條件，實施整體規劃。**
- **九、國土規劃涉及原住民族之土地，應尊重及保存其傳統文化、領域及智慧，並建立互利共榮機制。**
- 十、國土規劃應力求民眾參與多元化及資訊公開化。
- 十一、土地使用應兼顧環境保育原則，建立公平及有效率之管制機制。

(二)劃定機關

- 無涉及原住民族土地及海域者，原則性規定主要為國土計畫法第十一條第一項:「國土計畫之擬訂、審議及核定機關如下：一、全國國土計畫：由中央主管機關擬訂、審議，報請行政院核定。二、直轄市、縣（市）國土計畫：由直轄市、縣（市）主管機關擬訂、審議，報請中央主管機關核定」。

- 相對地若涉及原住民族土地及海域者，則為第十條第二項：「前項全國國土計畫中特定區域之內容，**如涉及原住民族土地及海域者，應依原住民族基本法第二十一條規定辦理，並由中央主管機關會同中央原住民族主管機關擬訂。**」之例外規定。

(三)劃定程序

- 若特定區域之劃設**無涉及原住民族土地及海域者**，則依據一般性國土計畫法第十二條及第十三條之法定程序。整體而言，按其階段應可分為**「擬訂前及擬定期間程序」、「擬訂後送審議前程序」、「審議時程序」、「核定後程序」**。

國土計畫 擬訂前及擬訂期間	應邀集學者、專家、民間團體等舉辦座談會或其他適當方法廣徵意見
國土計畫 擬訂後送審議前	應公開展覽30日及舉行說明會，並將公開展覽及說明會之日期及地點登載於政府公報、新聞紙，並以網際網路或其他適當方法廣泛周知
國土計畫審議時	審議之進度、結果、陳情意見參採情形及其他有關資訊，應登載於政府公報、新聞紙，並以網際網路或以其他適當方法廣泛周知
國土計畫核定後	30日內公告實施，並將計畫函送各有關直轄市、縣（市）政府及鄉（鎮、市、區）公所分別公開展覽，其展覽期間，不得少於90日，並得視實際需要，將計畫內容重點登載於政府公報、新聞紙，並以網際網路或其他適當方法廣泛周知。

- 相對地若涉及原住民族土地及海域者，則為國土法第十條第二項：「前項全國國土計畫中特定區域之內容，**如涉及原住民族土地及海域者，應依原住民族基本法第二十一條規定辦理**，並由中央主管機關會同中央原住民族主管機關擬訂。」

涉及原住民族土地或海域特定區域之劃設與原住民基本法第二十一條規定

- 依據上述規定全國國土計畫中特定區域之內容，若涉及原住民族土地海域者，首先制定機關基本上由中央主管機關會同中央原住民族主管機關共同來擬定，至於程序必須依據原住民族基本法第二十一條(及依據同條所定之)諮商取得原住民族部落同意參與辦法(法規命令)辦理。

- 首先必須先探究原住民族基本法第二十一條之規定，該條文共包含四項 其中與特定區域劃設有較密切關係者應為
- 「**政府或法令限制原住民族利用前項土地及自然資源時，應與原住民族、部落或原住民諮商，並取得其同意**；受限制所生之損失，應由該主管機關寬列預算補償之。」
- 及第四項「前三項有關原住民族土地或部落及其周邊一定範圍內之公有土地之劃設、諮商及取得原住民族或部落之同意或參與方式、受限制所生損失之補償辦法，由**中央原住民族主管機關另定之。」**

- 中央原住民族主管機關(原委會)曾經通過制定
- 行政規則**「原住民族基本法第二十一條釋義」**方式對於相關內容進行闡釋，
- 更進一步依據原住民族基本法第二十一條第四項之法律授權制定**「諮商取得原住民族部落同意參與辦法」**法規命令

「諮商取得原住民族部落同意參與辦法」

- 關於國土計畫法特定區域之劃設，應屬於同辦法之第三條
- 「本法第二十一條所稱土地開發、資源利用、生態保育、學術研究及限制原住民族利用等行為，**指附件所列之行為**」。
- 再依據**同辦法附件第五點第(一)(二)款規定**，原則上所謂「限制原住民族利用行為，**乃指政府或法令所施行之措施，有使當地原住民族對既存原住民族土地及自然資源之使用、收益或處分之權利，產生喪失或變更之法律效果(第一款)**。
- 或**使當地原住民族事實上無法使用、收益或處分原住民族土地及自然資源(第二款)。**

- 其次若原住民族特定區域之劃定行為，若經肯認為該當此辦法附件行為時，必須採取何等程序?
- 依據同辦法第四條規定，所謂原住民族基本法第二十一條所稱**「原住民族或部落同意，指過半數關係部落依本辦法召開部落會議議決通過」。**

與原住民族基本法第二十一條比較

- 授權母法基本法第二十一條「**政府或法令限制原住民族利用前項土地及自然資源時，應與原住民族、部落或原住民諮商，並取得其同意」**
- 在作法上雖然更為具體，然**諮商之範圍似乎排除個別原住民族**外，**諮商並取得同意之方法似乎也僅限於部落會議，而排除其他可能性**，或許有可檢討之空間。

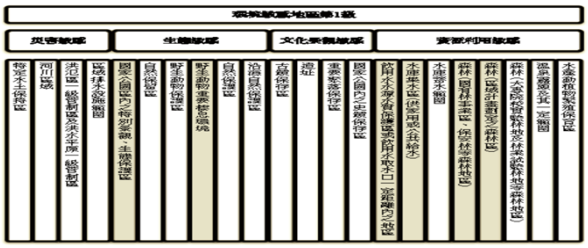
特定地區劃設範圍?

- 特定地區之劃設，當然必須考慮劃設之範圍為何? 關於此部分首先參照**原住民族基本法第二條第五款規定**：「原住民族土地係指原住民族傳統領域土地及既有原住民保留地」。

- 此外雖然由於現今尚未通過**原住民族土地及海域法草案**，然依據該草案規定更進一步就
- **原住民族傳統領域土地**加以定義為**「經依本法所定程序劃定之原住民族傳統祭典、祖靈聖地或舊部落及其週邊獵區或墾之公有土地。」**(草案第三條第二款)；

- 至於**「原住民保留地」則定義為「指政府為保障原住民生計，推行原住民族行政所保留之原住民保留地及增編、劃編供原住民使用之保留地**(草案第三條第三款)。」

司馬庫斯傳統領域中涉及環境敏感區



出處:財團法人台灣大學建築與城鄉研究發展基金會『擬定北泰雅原住民族特定區域計畫之規劃』

四 新國土計畫下之國土復育促進地區之劃定

- 依據國土計畫法第三十五條規定，下列地區得由目的事業主管機關劃定為國土復育促進地區，進行復育工作：
- 一、土石流高潛勢地區。
- 二、嚴重山崩、地滑地區。
- 三、嚴重地層下陷地區。
- 四、流域有生態環境劣化或安全之虞地區。
- 五、生態環境已嚴重破壞退化地區。
- 六、其他地質敏感或對國土保育有嚴重影響之地區」。關於此等制度原本乃獨立於國土計畫法之國土復育條例草案之相關規範

- 所謂「國土復育促進地區」指自然生態環境嚴重劣化，急需復育之地區。

- 一旦經劃定為國土復育促進地區之土地，依據同法第三十六條規定，該當土地之利用目的，基本將受到相當之限制外並且必須符合復育計畫進行

- 國土計畫法第三十六條

- 國土復育促進地區經劃定者，應以**保育和禁止開發行為及設施之設置為原則**，並由**劃定機關擬訂復育計畫，報請中央目的事業主管機關核定後實施。**

- **此外必要時，各目的事業主管機關為執行復育計畫，得依法價購、徵收區內私有土地及合土地改良物。**

- 此等地區之劃定、公告及廢止之辦法，由主管機關會商有關中央目的事業主管機關定之(同條第二項)。至於實際畫定權限之機關原則必須透過協商機制決定之 。
- 相較於特定區域之劃設，並無明文將中央原住民族主管機關納入，**惟「由主管機關會商有關中央事業主管機關決定之，協調不成，報行政院決定之」中當然也不排除透過協調或指定後，中央原住民族主管機關可成為劃設機關。**
- 此外一旦被劃定為國土復育促進地區時，除上述**土地利用受到限制外，於必要時也有可能被價購或徵收。**
- 再者於該等區域內既有之**聚落或建築設施，若被主管機關評定為安全堪虞者，也有被限制居住或強制遷居之可能** 。

(三)評析

- **1.同意與參與本質上之差異**
- 對照特定區域之劃設，國土復育促進地區之劃定**如涉及原住民族土地，劃定機關應邀請原住民族部落參與計畫之擬定、執行與管理**。
- 對此首先於此所謂之**「邀請原住民族部落參與」**，係**「指過半數關係部落依本辦法召開部落會議議決通過之參與機制」**。此等與制度與前述特定區域劃設中之「同意制度」基本上仍有不同。畢竟後者基本上決定權限仍歸屬於原住民族部落會議，若未經過部落會議者，其法律效果有可能為無效；相對地參與制度基本上乃透過參與並得以表達意見，若應參與而未給予參與權者，由於最終決定權在於主管機關，於此等欠缺參與作成之決定則可能為構成程序上之瑕疵僅成為可得撤銷之情形。

- 2.例外無須參與之可能?
- 所謂國土復育地區之劃定行為，依據諮商取得原住民族部落同意參與辦法及相關附件第五點規定，**或許有可能成為不該當政府限制利用之情形**：如下列畫底線規定
- 「五、限制原住民族利用：指政府或法令所施行之措施，有下列情形之一者：
- (一) 使當地原住民族對既存原住民族土地及自然資源之使用、收益或處分之權利，產生喪失或變更之法律效果。
- (二) 使當地原住民族事實上無法使用、收益或處分原住民族土地及自然資源(第一項)。

- **前項限制，有下列情形之一者，非屬本法第二十一條第二項規定之限制原住民族利用：**
- (1) **政府為阻止危害之發生或避免急迫危險，而有即時處置必要時，所為之短暫限制**。
- (2) **經中央原住民族主管機關認定對原住民族土地及自然資源權利無侵害之虞、促進原住民族土地利用、增進自然資源保育，或改善原住民族生活環境**。」
- 換言之若政府於劃設國土復育地區時只要符合(1)(2)情形甚至將可無須原住民族之參與。然此等規定於子法中之例外規定，是否有逾越母法之授權? 若有將可能有授權逾越之問題可能。

結論

- 本文兩大部分整理，第一大部分主要涉及原住民族基本法制之論述， 重點主要探討基本法之特性與其他個別法之適用關係，透過比較法制相關論試圖重建有關此部分理論基礎，再次得到基本法制所扮演指導性、體系性之地位
- 國土計畫相關規定中之原住民基本法指示條款則作為最好之見證。
- 未來仍期望相關原住民族相關法治也能延續此等趨勢，建構真正從客體到主體之原住民族法治。
-

- 第二大部分則透過新國土計畫法中相關涉及原住民族土地及海域之空間規劃-特定區域以及國土復育促進地區之檢視，僅僅於人口處呈現相關制度之程序及問題點，尚未能一窺堂奧深感慚愧。
- 其次由於此等部分在國家法規範上，大都為程序性規定之檢討，各相對應規劃主體及規劃範圍等則涉及**原住民族自治及原族民族傳統領域相關調查之配合**。

- 透過本報告之撰寫始令報告人深深體會自身對於此等知識之貧乏，才開始體會土地、空間對於原住民族之生活、傳統自然資源等部份之特別意義，
- 然此部分深具意義之法制作業將有賴具有此等智識之原住民族法學者們共同來努力。

社會組織與族群空間變遷下的原住民族意願表示機制

哈勇・諾幹，Hayung Noqan

泰雅族南澳青年聯盟

摘要

本研究概述南澳鄉部落組織的變遷，並分析＜原基法＞實施後，南澳鄉公所執行部落核定與傳統領域調查的成果及其影響。本研究的問題意識在於指出，自歷來政權的殖民政策以下，致南澳鄉部落組織與空間趨零碎化，如若忽略這些事實，並逕以理念型部落型態作為部落核定與傳統領域調查的標準，日後對於＜諮商辦法＞中部落公共事務的討論以及原住民族同意事項的議決，必定產生有某種程度的影響。其次，部落內部公共事務雖得以部落自主決定之，但以南澳泰雅族部落社會組織而言，部落並非獨立於流域群部落之外，部落之間其實具有超部落組織的聯結，部落之間彼此互動奧援。基於以上的思考，以「理念型部落」作為部落核定及傳統領域調查的標準，不僅村落內部的公共事務難以部落自決行之，而對於＜原基法＞同意事項，以部落作為行使意願表示機制的單位，依下文對南澳鄉各村落中部落組成及其族群空間的分析，則難免不予人產生疑慮。

壹、研究目的與問題意識

2005 年〈原住民族基本法〉(以下稱＜原基法＞）公布，其中第廿一條、廿二條及卅一條等三條條文具體牽涉原住民族意願表示機制的建立，[1]但至目前為止並未訂定相關子法。2007 年行政院原住民族委員會(以下稱「原民會」)訂定〈原住民族委員會推動原住民族部落會議實施要點〉(以下稱＜部落會議要點＞)，在 2010 年修訂的第二條中指出：「部落依原住民族基本法、原住民族地區資源共同管理辦法或其他法規、計畫規定，行使同意權、參與權、共同管理權、利益分享權等權利，或議決原住民族公共事務時，除其他法令另有規定行使方式者外，得以部落會議決行之。」但是，部落會議得否代表原住民族部落集體意願表示機制，在官方的立場則顯得模糊不清。2010 年行政院原住民族委員會提出〈原住民族自治法〉草案[2]，其中第廿四條的立法說明中，即明白指出「依據原住民族基本法第 21 條、第 22 條及第 31 條規定，對於政府及私人從事相關行為，應諮詢並取得原住民族之同意與參與。……惟前開法律制定以來……因未規範原住民族行使意思表示之機制，復又未授權制定法規命令，迭生爭議。」此說明中指出：(一)＜原基法＞未明白訂定「原住民族行使意思表示」之程序；(二) 即便＜部落會議實施要點＞係依＜原基法＞訂定，但仍不足以作為原住民族行使意思表示機制。

遲至 2013 年 7 月，原民會始辦理「原住民族基本法第 21 條之同意權機制行使聽證會」，2015 年 4 月 30 日修正〈部落會議要點〉，區分部落會議公共事務之議決程序與原住民族同意事項之議決程序，截至此時，部落會議作為原住民族意願表示機制之程序始明文載於法規之中。2015 年 12 月 16，立法院經委員提案增訂〈原基法〉第二條之一，規定部落經中央原住民族機關核定者，具公法人地位，而其權利載體即為部落會議。因應部落作為公法人的地位，原民會於 2016 年 1 月 4 日公布〈諮商取得原住民族部落同意參與辦法〉(以下稱＜諮商辦法＞)，並於同年 1 月 25 日廢止〈部落會議實施要點〉。而該項辦法以部落為自治單位，部落得設部落會議，其職權除訂(修)定部落章程、選任(罷免)部落會議主席及幹部以及議決部落內公共事務以外，另外一個具體功能，即在議決＜原基法＞第廿一條所規定應諮商並取得原住民族或部落同意或參與之事項。

在文化人類學的定義上，「部落」通常指以親屬關係為基礎聚集而成的社會團體，是擁有共同祖先的後代子裔，或是彼此有親屬關係的群體結盟而成（Howard M. C. 1997：180）。而根據〈原基法〉的定義，所謂「部落」，係指「原住民於原住民族地區一定區域內，依其傳統規範共同生活結合而成之團體，經中

[1]〈原住民族基本法〉第 21 條第 1 項：「政府或私人於原住民族土地內從事土地開發、資源利用、生態保育及學術研究，應諮詢並取得原住民族同意或參與，原住民得分相關利益」；第 22 條：「政府於原住民族地區劃設國家公園、國家及風景特定區、林業區、生態保育區、遊樂區及其他資源治理機關時，應徵得當地原住民族同意，並與原住民族建立共同管理機制」；第 31 條：「政府不得違反原住民族意願，在原住民族地區存放有害物質」。

[2] 行政院最早於 2003 年起提出〈原住民族自治區法〉草案，此處所引係該院 2010 年 10 月 08 日所提草案。

央原住民族主管機關核定者」，是以「部落」必須符合四項要件：（一）位於原住民族地區內；（二）具有一定區域範圍；（三）存在相延承襲並共同遵守之生活規範；（四）成員間有依前款生活規範共同生活及互動之事實。從〈原基法〉所定義部落的四要件中，我們不難看出〈原基法〉對於部落所存的「理念型」(ideal type)想像，認為部落是一個獨立的、靜態的自治團體，從而忽略部落具有動態變遷的事實。而根據它的第三與第四個要件，不難看出與文化人類學對部落的定義相謀合之處。但是，〈原基法〉對部落的定義，事實上有幾個待商榷之處：首先，部落不一定位於原住民族地區，因此該要件勢必將原住民族地區以外的部落予以排除，尤其是 1970 年以後在都市邊緣形成的部落；其次，該法認為部落須具有"一定的"空間範圍，卻也忽略了空間範圍隨族群歷史事件而產生遷徙，及同一空間中存在數個部落的事實；最後，第三與第四個要件也同時忽略了部落在歷經日治與國府殖民政策後，部落內部成員的變動性。為行文方便，此部落型態姑且以「理念型部落」稱之。

在台灣原住民社會的語境上，依據學者的觀察，自1990年代末期原住民運動論述逐漸轉向草根性的組織工作，以及對在地與地方性議題的重視之後，部落不僅成為原住民議題的基礎，也成為與都市相對的、具有原住民的純真性色彩的想像空間，而更重要的，它通常也用來指涉現今行政體系下的聚落(settlement)單位。這樣的一個聚落單位，通常即是台灣現今行政體系下「村(里)」自治單位，「以社區/共同體(community)的概念來看，現今行政體系下的聚落單位可能是包含了幾個共享不同規範和關係網絡的社區/共同體，也有可能是幾個聚落單位共屬一個共同規範和關係網絡的社區/共同體」（官大偉、林益仁 2008：117-8)。如果我們將上文所述「社區/共同體」作為「理念型部落」，以本研究對宜蘭泰雅族南澳地區的觀察，明顯的，南澳鄉絕對多數村落以此部落型態存之。與「理念型部落」相對而言，本研究以「經驗型部落」稱之。

「理念型部落」與「經驗型部落」除了上述部落規模與成員的差異以外，尚存在一個空間的議題，也就是其是否位於"一定的"空間範圍？無庸置疑的，理念型部落具有一定的部落空間，但是在經驗型部落中，空間零碎化或部落非在地化則是普遍的情形，容下文述之。

本研究概述南澳鄉部落組織的變遷，並以澳花村為例，指出村落內部歷經日治與國府初期殖民政策後所形成的成員複雜性特質。接著分析＜原基法＞實施後，南澳鄉公所執行部落核定與傳統領域調查的成果及其影響。本研究的問題意識在於指出，自歷來政權的殖民政策以下，致南澳鄉部落組織與空間趨零碎化，如若忽略這些事實，並逕以理念型部落型態作為部落核定與傳統領域調查的標準，日後對於＜諮商辦法＞中部落公共事務的討論以及原住民族同意事項的議決，必定產生有某種程度的影響。其次，部落內部公共事務雖得以部落自主決定之，但以南澳泰雅族部落社會組織而言，部落並非獨立於流域群部落之外，部落之間其實具有超部落組織的聯結，部落之間的邊界因應部落之間的互動也產生模糊變動性。基於以上的思考，以「理念型部落」作為部落核定及傳統領域調查的標準，不僅

村落內部的公共事務難以部落自決行之，而對於＜原基法＞同意事項，以部落作為行使意願表示機制的單位，依下文對南澳鄉各村落中部落組成及其族群空間的分析，則難免不予人產生疑慮。

貳、研究過程

一、 *Klesan* 流域傳統部落組織[3]

南澳，古泰雅語稱「*llyung Klesan*」，即 *Klesan* 流域群之意。依據系譜推算，*Klesan* 流域群泰雅族(*Tayal*)這幾個亞群自 260 年前陸續遷入 *klesan* 地區，並在長期混合居住後，在心理上已建立我群（we group）的觀念，並形成「*klesan* 流域同盟」關係，因此李亦園等認為南澳泰雅人實已形成特別的族群，故在其著作中稱「南澳泰雅人」（李亦園等 1963：8）。最早遷入和平溪上游定居的年代，大約在公元 1754 年，距今約 260 年；而賽德克族(*S'ciq*)則最晚才遷入和平溪中游定居，約在公元 1820-1850 年之間，距今約 160-190 年之間（引自李壬癸 1996：44-47）。最先遷入 *Klesan* 流域的是 *Tayal* 族 *C'oli* 語群的 *Mnibu* 亞群，其次才是 *Tayal* 族 *Squliq* 語群 *Knhaqul* 亞群與 C'*oli* 群的 *Mb'ala* 亞群，最後遷入者為東 *S'ciq* 族的 *Tosa* 人。

據森丑之助（1996：19）於 1899 年的調查，*Klesan* 流域群計有 15 個部落，[4]依所居流域之不同分為上南澳蕃[5]（*Yatuh Klesan*）七社及下南澳蕃（*Hogan Klesan*）八社。分布於和平北溪部分計有七社，依序為：*Pyahaw*、*Knyang*、*Kngayang*、*Kbbu*、*Klmwan*、*Kmuyaw*、*Bbukeykay*，合稱上南澳蕃七社；分布於南澳南溪及布蕭丸溪（和平北溪支流）流域之部落計有：*Tlangan*（*Buta*）、*Tpihan*、*Tblaq*、*Krgyah*、*Ryohen*、*Gugut*、*Kinus*、*Haga-paris* 等八社，合稱下南澳蕃八社（李亦園等 1963：11）。這幾個族群經過長時間的混居之後，為分配漁獵場與共同防禦環伺 *Klesan* 流域群四周之敵群，而產生「*Klesan* 流域同盟」組織（*qutux llyung Klesan*）。在 *Klesan* 流域同盟下又分成三個次級流域同盟：*Mkkwang* 流域同盟（*qutux llyung Mkkwang*）[6]、*Tnbunan* 流域同盟（*qutux llyung Tnbunan*）[7]、*Buta* 流域同盟（*qutux llyung Buta*）[8]（李亦園等 1963：154-155）。

---

[3]拼音系統採用 2003 年教育部審議，行政院原住民族委員會擬議之羅馬拼音「原住民族語言書寫系統」，為便與英語區別，以 Times New Roman 斜體字標示之，英語則以正體字標示之。

[4]李亦園等（1963：11、123、127）認為森丑之助所載 15 社僅能視為 13 社，因 *Kngayang* 與 *Klmwan* 社分別依附於母社 *Knyang* 與 *Kbubu* 社，其社雖自成一個 *gaga* 組織，但並不脫離原有部落的組織，仍接受母社之部落領袖所統轄。

[5]本研究所稱「蕃」係依所引文獻原有記載，因其具有原歷史脈絡意義，故不予更改，以下同。

[6]「*Mkkwang*」係 *Pyahaw* 社之別稱，係山陰處之意，因 *Pyahaw* 社即位於南湖大山東面山陰處，故稱之。該次級流域同盟包括 *Pyahaw*、*Kmuyaw*、*Bbukeykay*、*Knyang* 及 *Kbubu* 五社。

[7]包括 *Ryohen*、*Gugut*、*Kinus*、*Krgyah*、*Haga-paris* 及 *Tblaq* 六社。

[8]包括 *Tlangan*、*Tpihan* 及 *Btunux* 三社。

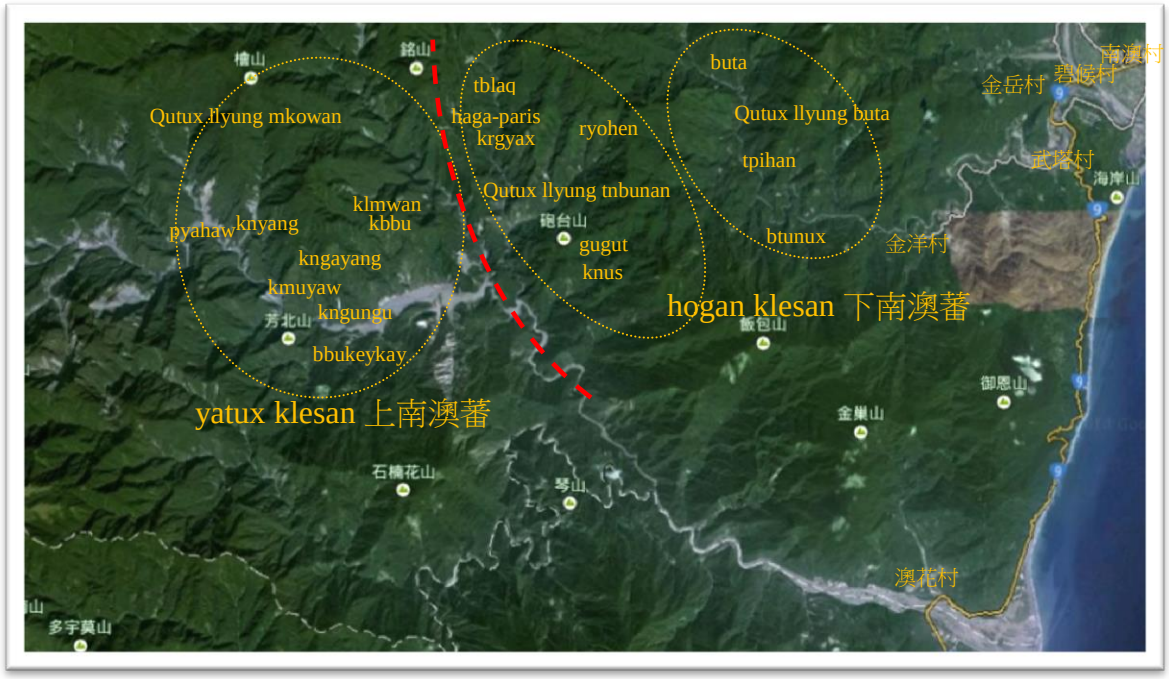


圖 1：*Klesan* 流域同盟下的次級流域同盟

資料來源：本研究自製

傳統泰雅人土地之所屬單位可區分為五種：同流域同盟（*qutux llyung*）之公有財產、同部落（*qutux qalan*）公有財產、同 *gaga*（*qutux gaga*）財產、同家族（*qutux ngasal*）財產以及個人財產（李亦園等 1963：210）。

凡屬流域同盟領地內之山野、土地、山林、溪流、獵區、道路等，以及此等領地所出產、生長的可用物品皆屬流域同盟成員共有，不予外人佔用也不予同盟內成員私自佔有（李亦園等 1963：210）。南澳泰雅人之獵場供全 *klesan* 流域族人使用，但如隔鄰太魯閣人私自進入 *klesan* 流域山林內狩獵，則會予以驅離。而對於漁場，南澳泰雅人則依流域與河段區分成四個漁場（李亦園等 1963：210-1）：

（1）大濁水北溪上游主流屬 *mkkwang* 流域同盟；
（2）大濁水北溪支流布蕭丸溪屬 *tnbunan* 流域同盟；
（3）大濁水北溪下游、大濁水南溪以及大濁水流域屬 *mkkwang* 流域同盟與 *tnbunan* 流域同盟共有；
（4）大南澳南北溪屬 *buta* 流域同盟。

而在同流域同盟中林木及林副產物的採集、土地之使用，也屬公共財產。

同部落的的財產主要以土地為主，其他則有屬於部落領土範圍內之水源、河流、泉水、水管、荒地、山林、牧場及死人遺物捨棄地等（李亦園等 1963：211），

部落成員不得佔地以為私用。而耕種地與休耕地雖屬家族財產，但其最終所有權仍為部落公有。[9]既屬部落之財產，有時亦可透過買賣將其權益賣予其他團體。如屬 *tnbunan* 流域同盟之 *mohen* 溪支流 *gong mna-yi*[10]即係由 *haga-paris* 社將其漁獵權益售予 *riyohen* 社（T11 訪談/091112）。

同 *gaga* 的財產則以支持並保護他們的精神力量祖靈（*rutuh*）及其靈力（*klokah rutuh*），和祭祀用的靈粟（*gahak*）。[11]作為同 *gaga* 的財產，除靈粟係由 *gaga* 首領所保管以外，作為 *gaga* 成員必須遵從祖訓，以共同維持 *gaga* 之靈力，否則因破壞祖訓而致靈力消失，將危及 *gaga* 全體成員之安危。[12]此外，因 *gaga* 的靈力具有保護生存與生計的作用，因此可以販售予需要 *gaga* 保護的個人或群體。[13]基於同 *gaga* 的財產係屬於 *gaga* 成員共有，因此其繼承係由 *gaga* 首領為之，也因此，對於 *gaga* 首領之推舉也就甚為謹慎。

同家族的財產則以房舍與土地為主，由家族之成員共享，但是通常由男子繼承家產。泰雅族對於家族之財產甚為重視，家族之房舍與土地不得轉讓予其他家族，因此而有「家族族長」（*mlahan ngasan*[14]）之產生。家族族長負有保護家族財產之責任，通常由家族中的長子擔任，長子夭折，依次傳予次子；而如家中無子，則傳長女。[15]對於繼承家族財產者，如須轉讓予他人，須經家族族長之同意；家族成員中如入贅至其他家族，則其所繼承財產須悉數收回；而該家族絕嗣，其財產則由近親男系家族繼承。如此設計，即為防止家族財產流落至其他家族。基本上，*Klesan* 流域群的部落群，有兩種組成方式。在最初建立部落之時，均以一個 *gaga* 組織為基礎而建立，亦即一個 *gaga* 組織建立一個部落（*qutux qalan*）（李亦園等 1963：122）。而在人口漸漸增多後，再自原 *gaga* 組織中分化為一個或多個 *gaga* 組織出來。[16]從原 *gaga* 組織遷出的新 *gaga* 組織，通常會在離原部落不遠之處另覓新地建社，從而與舊社形成母社與子社關係，如 *Knyang* 社與

---

[9]如土地所有人去世後無子嗣即由父系男性近親或母系女性近親繼承；或部落民遷入他部落，其所擁有土地即歸部落共有。但對於絕嗣者之土地，南澳泰雅人認為其田產係受 *psaniq*（泰雅語：受詛咒之意），因此多不會佔有私用，任其荒蕪。

[10]「*gong mna-yi*」係「賣予他人之野溪」之意。

[11]靈粟（*gahak*）係由原始 *gaga* 處流傳下來具有靈力之象徵物，泰雅人每年收割時須特別先收割一把（或幾穗）由 *gaga* 首領妥加收藏，留為靈粟，舉行祖靈祭（*sm'atu*）時取出舉行祭儀，以重新獲得靈力（見李亦園等 1963：131）。

[12]通常 *gaga* 組織成員如破壞祖訓，便會導致 *gaga* 組織成員得不到祖靈的保護與靈力的幫助，而發生疾病、意外、狩獵不獲與農作欠收等現象。如發現上述現象，*gaga* 首領便會責問 *gaga* 成員是否觸犯祖訓，觸犯者便須提供一隻大豬來舉行「賠祭犧牲」，若否，則予以開除 *gaga* 的屬籍（李亦園等 1963：135）。

[13]此泰雅語稱「*baying gaga*」（即購買 *gaga* 的靈力之意）。個人如須購買 *gaga* 者，通常係因其脫離原 *gaga* 組織而要加入該 *gaga* 者，此時購買者在經過該 *gaga* 成員同意，並提供一隻大豬做牲祭後，即獲准進入該 *gaga* 組織，並獲得該 *gaga* 祖靈之保護。而如為另一群體須購買靈力，係因其原有之 *gaga* 靈力失效，必須從更具靈力之 *gaga* 組織處購得。在經過牲祭後，購買者最後獲得靈粟（*gahak*）由 *gaga* 首領保管，從此也就獲得原始 *gaga* 的保護。

[14]「*mlahan ngasan*」係守護家族者之意，因其係家族的領袖，在此意譯為「家族族長」。

[15]因此，在婚姻制度上，家族族長如係男性，則行嫁娶婚；家族如無男性繼承，則行招贅婚，以續家族香火。如此的設計，係為防止家族之財產流落至其他家族。

[16]*Klesan* 流域群與鄰近之 *Tluku* 族與 *S'ciq* 族 *Tosa* 群因所居地理環境的不同，而產生不同的部落型態：*Klesan* 流域群因部落腹地廣，可以容納數個 *gaga* 共居，而鄰近 *Tluku* 族與 *Tosa* 群則因腹地狹小，故一個部落僅有一個 *gaya*（見余光弘 1980）。

Kngayang 社、*Kbbu* 社與 *Klmwan* 社。第二種建構方式，則是因應各群體陸續遷入，而與該地區的原有的 *gaga* 組織合併成為一個部落。如 *Mnibu* 群即與 *Knhakul* 群合併建立 *Rgyax*、*Haga-paris* 與 *Tblaq* 等三個部落，而最晚遷入 *Klesan* 流域的 *Tosa* 群，除自建 *Kmuyaw* 社與 *Bbukeykay* 社外，部分亦併入 *Mb'ala* 群所建立的 *Ryohen* 與 *Kinus* 社。因此，*Klesan* 流域群一個部落中，因為同時可能存在不同的 *gaga* 組織（見表 1），因此而衍生出部落領袖（*mraho qalan*），在其下有各個 *gaga* 首領（*mlahan gaga*）。部落領袖之職權係部落對外交涉的全權代表，也是對內各 *gaga* 組織之間的調人，但是他並不干涉各 *gaga* 組織的內部事務。各 *gaga* 組織內部事務則由 *gaga* 首領綜理，主要之職權為掌習慣法律的執行權，如律法、祭祀、司管曆法等（李亦園等 1963：121）。

表 1：*Klesan* 流域群傳統部落 *gaga* 組織數表

傳統部落	包含 *gaga* 數
Pyahaw	4
Knyang(包括 *kngayang*)	5
Kbbu(包括 *klmwan*)	7
Kmuyaw	1
Bbukeykay	2
Rgyax	2
Haga-paris	3
Tblaq	3
Gugut	1
Kinus	1
Ryohen	3
Tlangan(*buta*)	1
Tpihan	1
Btunux	1
Kngungu(1926 年以後)	5

資料來源：李亦園等（1963：122）。

日治時期殖民政府因對山地富源的覬覦而以國家力量侵入泰雅族 *klesan* 流域，其後實施之集團移住政策，以勸誘或脅迫的方式，自 1912 年迄 1938 年，展開了一段遷移的歷史。戰後，國府為達「山地平地化」的政策目標，延續日治時期的移住政策，使得 *Klesan* 流域群在 60 年間（1912~1968）逐一遷徙至鄰近淺山地區。1952 年，遷徙 *Buta* 社至今武塔與金岳二村；1957 年，*Ryohen* 社人 45 戶 260 人遷至金岳村，少部分則遷至澳花村；1963 年，遷 *Haga-paris* 至武塔村溫泉巷；1960 年迄 1964 年 7 月，遷 *Knyang* 社至今金洋村。

表 2：南澳泰雅人的遷徙表

年代	社名	戶數	人口	初次遷移地	二次遷移地	三次遷徙地	行政區域所屬
1912	*Ryohen*	5	21	四方林			寒溪村
	Tblaq	1	8				
	Rgyax	26	128	番社坑溪旁大元山稜			
	Tblaq	23	116	寒死人溪			
1913	*Tblaq*	—	—	小南			
	Tpihan	23	145	下東澳	1942 年上東澳社人遷入下東澳社，自此稱東澳社		東岳村
	Buta	1					
	Gugut	11	64	上東澳			
	Kinus	4	26	上東澳			
1915	*Buta*	9	43	鹿皮			金岳村
		10	70	柑子頭			碧候村
	Haga-paris	14	73	蕃社坑溪流域 *Skayaw* 及古魯兩地	1918 年居 *Skayaw* 之 *Haga-paris* 人移住寒死人溪		寒溪村
	Haga-paris	4	18				
	Rgyah	6	37				
	Haga-paris	8	35	寒死人溪	1917 年遷回原部落 *Haga-paris*	1958 年遷入武塔村溫泉巷	武塔村
1917	*Tpihan*	17	69	南溪	1923 年後南溪社社人他遷各社遂廢		
	Gugut	25	113	哥各朱警戒所第二分遣所			東澳村
	Kinus	22	105	哥各朱警戒所第三分遣所	1931 年遷至旃檀（今梅檀）		金洋村
1918	*Haga-paris*	3	19	寒死人溪			寒溪村
1921	*Kmuyaw*	10		*Qoyaw* 台地	1923 年隨同原 *Kmuyaw* 社 16 戶遷至大濁水		澳花村
1923	*Kmuyaw*	26	122	大濁水			
	*Bbukeykay**	10	31				
1925	*Bbukeykay*	18	100	*Kngungu*	1932 年同遷至南澳社		南澳村
1926	*Kngayang*	31	113				
1930	*Klmwan*	26	142	大濁水			澳花村
	Kbbu	10	54				
1932	*Klmwan*	50	232	南澳社			南澳村
	Kbbu						
	Kngungu	53	241				
1938	*Pyahaw*	108	488	碧候社			碧候村
1947	*Ryohen*	6		澳花村			澳花村
1957	*Ryohen*	約 10					
		45	260	金岳村			金岳村
1963	*Haga-paris*			武塔村溫泉巷			武塔村
1964	*Knyang*			金洋村博愛路			金洋村

資料來源：鍾郁芬（1995）、李亦園等（1963）、（宜蘭縣政府 1964）。

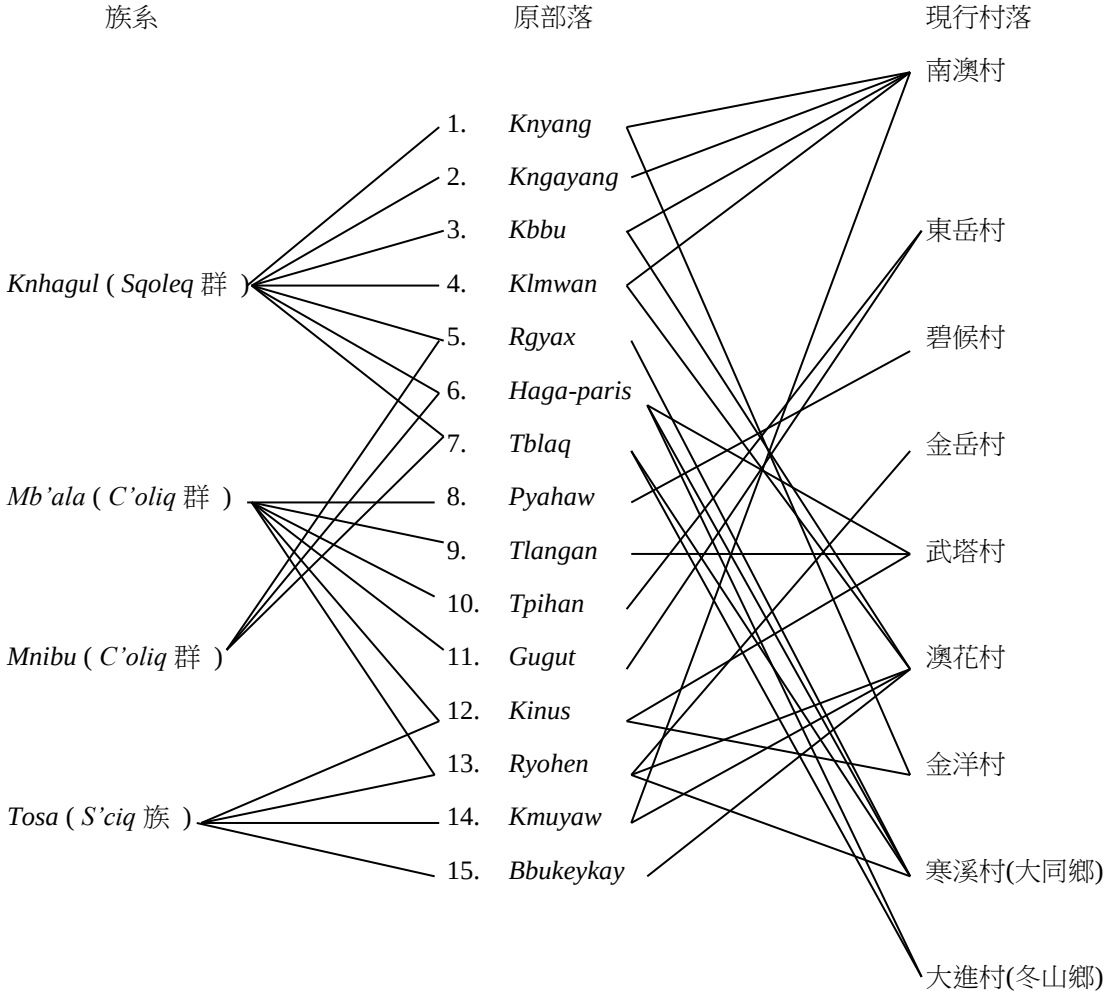
*1923 年 *Bbukeikay* 社遷入大濁水社人口數各項文獻說法不一，見註 18。

二、　現代村落的組成

（一）　南澳鄉現代村落的組成

由表 2 及表 3 我們可以看出，南澳鄉現代村落的組成，歷經日治時期武力征伐並實施番社集團移住政策，國府山地平地化政策遷徙等，使得各村落所屬的傳統部落群人不再純粹為一，組織甚為複雜。在南澳鄉現代村落中，純粹由單一傳統部落組成的，僅有今金岳村與碧候村，東岳、金洋及武塔三村則多由二至三個傳統部落群組成，南澳、澳花及寒溪則由四個以上傳統部落群人組成。

表 3：傳統部落與現行村落間的關係



資料來源：修改自李亦園等（1963：21）

村落組織的複雜性：以澳花村為例

澳花村位於宜蘭縣南澳鄉最南端，位居今和平溪（舊稱「大濁水溪」）下游左岸與支流楓溪匯流處，飯包山東南山腳，與花蓮縣秀林鄉和平村僅以一溪相隔。其村分為三部：一在楓溪右岸台地，今稱為下村，海拔 49 公尺；一在楓溪左岸台地，今稱為上村，海拔約 60 餘公尺，與下村皆在和平大橋北端西北方，係楓溪所造成的沖積平原，沿河岸有狹小的平坦地（廖守臣 1984：243-4）；一為和平

溪出海口北方沖積平原，今稱漢本。澳花村於日治時期稱「大濁水社」，屬「台北州蘇澳郡蕃地」。戰後，改為「台北縣蘇澳區南澳鄉」、「台北縣南澳鄉」等名稱，於民國 1950 年宜蘭縣設縣後定名為「宜蘭縣南澳鄉」，大濁水社也更名為澳花村。

如表 2 所示，日治時期大濁水社(今澳花村)由 *S'ciq* 族 *Tosa* 群之 *Kmuyaw* 社、*Bbukeykay* 社與 *Squliq* 語群 *Knhaqun* 亞群之 *Kbbu* 社及 *Klmwan* 社四社所組成。以下分述四社遷徙之歷程：

大正 10（1921）年，[17]*S'ciq* 族 *Tosa* 群之 *Kmuyaw* 社一部由 *Pasan Pihu* 率領 10 戶先遷至 *Qoyaw* 台地（今和平南北溪匯流處東北方約 1235 公尺地），建 *Qoyaw* 社（宜蘭縣政府 1964：16）。大正 12（1923）年，在日警的勸誘以及因社內農作物欠收與瘧疾流行等因素，*Kmuyaw* 原社 16 戶遂在 *Takun Meykuey* 率領下東遷，途經 *Qoyaw* 社，即領 *Qoyaw* 社人一齊遷至大濁水社（廖守臣 1984：244）。同年，同屬 *S'ciq* 族 *Tosa* 群之 *Bbukeykay* 社 10 戶 31 人在 *Umin Lawa* 率領下遷入大濁水社，[18]與 *Kmuyaw* 人共同建社，仍稱 *Kmuyaw* 社（廖守臣 1984：244）。昭和 5（1930）年 9 月，屬 *Squliq* 語群之 *Knhaqul* 亞群之 *Kbubu* 社 10 戶 57 人、*Klmwan* 社 26 戶 146 人遷入（臺灣總督府警務局編 1994：19-21）。自昭和 5（1930）年 9 月 1 日後，社名更改為「大濁水」社（臺灣總督府警務局編 1994：16）。

1912 年，大濁水便橋完工，日警隨即在大濁水設立駐在所，於此同時，因交通的便利，開始引進資本進入和平溪口進行樟腦的採伐與製腦。1922 年，日資台灣製腦株式會社開始於白來分（即今漢本）地區設灶製腦。當時引進腦丁多為廣東系客家人。[19]和平溪口近山除了樟腦原料外，也蘊藏許多燒製木炭的木材。自昭和 8（1933）年起，大濁水社也生產木炭，但是炭業工人則是由宜蘭舉家遷來的閩南人。此外，日治時期也有製糖業、柴魚製造業等。日治時期移入的非原住民人口係為資本家所需之技術性工人，幾乎佔了大濁水社人口之一半，因其生計活動與大濁水社原住民有別（林政民 2003：62），因此，在日治時期大濁水社雖有泰雅人、賽德克人、日人與漢人活動，但基本上卻是兩種不同的世界，日警也分而治之，兩不相干。

戰後國府統治第三年（1947），*Ryohen* 社 6 戶遷入（林政民 2003：69），1957

[17]廖守臣（1984：244）考據為大正元年（1912），但根據森丑之助（1996：44-45）及臺北州警務部編（1994：116、214）戶籍與人口資料，應係誤判。《宜蘭縣志卷二人民志山地篇》稱該 10 戶係於大正 13 年（1924）年遷至 *Qoyaw* 臺地（宜蘭縣政府 1964：16），亦為訛引。根據《高砂族調查書》（臺灣總督府警務局編 1994：16）應係大正 10（1921）年 3 月。

[18]《日據時期原住民行政志稿（原理蕃誌稿）》第四卷中，大正 12（1923）年項下稱：「南澳與太魯閣原住民之土地糾紛已獲得解決，2 月 14 日核准台北州蘇澳郡克牟有社 26 戶 122 人及巴波凱凱社 31 戶 142 人遷往大濁水駐在所附近居住。」（台灣總督府警務局 1999a：360）但根據自蕃地開發調查第一班（1932）所示，1929 年以前，大濁水社泰雅族人口僅 24-27 戶 119-120 人。而廖守臣（1984）根據口述訪談與《宜蘭縣志卷二人民志山地篇》（宜蘭縣政府 1964：16）均稱 *Bbukeykay* 社遷入大濁水社亦僅 10 戶 31 人而非 31 戶 142 人。因此，本研究認為《理蕃志稿》稱「巴波凱凱（*Bbukeykay*）社 31 戶 142 人先遷來大濁水分駐所附近建社」一事應為訛引。

[19]唯這批腦丁於太平洋戰爭期間因樟腦原料砍伐殆盡與減產，大多被調至太平山採集作為軍需品的檜木油（林政民 2003：65）。

年又有 10 餘戶遷入（李亦園 1964：18；廖守成 1984：245）；[20]1954 年，花蓮崇德東 *Tluku* 族 6 戶 8 人因與社人有姻親關係而遷入澳花村；[21]1964 年，國府輔導 *Knyang* 社遷移至今金洋村，其中二戶因姻親關係遷入。1980 年代初，陸續有 5 戶 10 名阿美族人在親戚引薦下自台東關山遷移到漢本居住。[22]戰後，部分漢族裔仍留居澳花村，且取得戶籍，旋因 1952 年訂定「台灣省戒嚴期間平地人民進出山地管制暫行辦法」，其出入山地管制區，亦不受限制。戰後 1945 年寄留澳花村者計有 178 人；1952 年計有 157 人。至 2006 年，根據南澳鄉戶政事務所戶籍清冊統計仍有 163 人。

表 3：遷入澳花村之傳統部落社群組織表

原地區/部落	包含 *gaga* 數	遷入大濁水社後之 *gaga* 組織	
		gaga 數	說　　明
Kmuyaw 社	1	1	*Takun Meykuey* 為首遷入大濁水社
Bbukeykay 社	2	1	*Umin Lawa* 為首於 1924 大濁水社
Kbabow 地區 (分為 *Kbbu* 與 *Klmwan* 兩社)	7	3	*Kbbu* 部分 1：1930 年遷入大濁水社之 11 戶 54 人，推 *Hopyaq Nawi* 為 *gaga* 首領，自成一個 *gaga* 組織。
			Klmwan 部分 2：1930 年遷入大濁水社之 25 戶 142 人分為兩個 *gaga* 組織，一由 *Pasan Kumu* 為 *gaga* 首領；一由 *Yawi Noxi* 為 *gaga* 首領。
Ryohen			1945 年前約有 6 戶遷入，及至 1957 年共有 10 餘戶遷入
Takili			花蓮縣秀林鄉崇德村 6 戶 *Tluku* 族於 1953 年遷入

資料來源：修改自李亦園等（1963：122-5）、廖守成（ 1984：245）、（宜蘭縣政府 1964）、T1 訪談/080603、T3 訪談/081211。

表 4：澳花村 2009 年族群及人口組成

項目	戶數	人數			年齡						
		男	女	計	0-19	20-29	30-39	40-49	50-59	60-69	70-
總數	271	520	455	975	310	198	113	159	90	49	56
泰雅族*	209	393	372	765	262	173	82	122	64	33	29
阿美族	7	25	20	35	10	7	7	6	2	1	2
其他原住民	1	5	7	12	4	2	3	3	0	0	0
非原住民	54	97	56	163	34	16	21	28	24	15	25

資料來源：根據 2006 年 1 月底家戶資料及 2009 年 2 月田野調查。
＊泰雅族中，包含原自花蓮縣秀林鄉崇德村遷入之 *Tluku* 族(見註 21)。

[20]*Ryohen* 社遷入澳花村之社民究於何年？又其人數有多少？林政民（2003）與李亦園（1963）二研究說法不一。根據本研究 2009 年 5 月田野調查，1947 年計有 6 戶 *Ryohen* 社人遷入，此年代及數據與林政民同；但在之後至 1953 年止陸續又有數戶（目前調查可辨識者僅有兩戶是全戶籍遷移，餘則因婚嫁遷入）人口遷入，此與李亦園（1963）指 1953 年十餘戶遷入有異。依本研究推測，李亦園（1963）所稱 10 餘戶應係包含 1946-1953 年之間遷入之人口。

[21]*Tluku* 族自 2000 年更名為「太魯閣族」，但是澳花村之 *Tluku* 族人仍以泰雅族自居，亦未見其在戶籍上更改為「太魯閣族」。目前 *Tluku* 族主要聚集於澳花村第 6 鄰，依賴淑娟、哈勇·諾幹(2012：37)之調查，由 1954 年當時遷居之第一代 6 戶 8 人，60 年間已繁衍至第四代約 100 人。

[22]澳花村阿美族人的來源據林政民（2003：69-70）訪談稱來自台東縣池上鄉，但據本研究 2009 年 2 月田野調查訪問黃桂英女士稱係來自於台東縣關山鎮。

三、 南澳鄉部落核定與傳統領域調查

（一） 部落核定作業

2009 年，原民會依據＜原基法＞第二條第四款規定之部落核定作業，訂定＜部落核定要點」＞。2010 年至 2013 年，南澳鄉公所執行原民會部落核定計畫，並經原民會公布 *Tpihan* 等 13 個部落如表 5。南澳鄉部落核定的調查作業目前除了澳花村的 *klmwan* 部落尚未調查完成，以及金岳部落在人數與戶口仍有疑義以外，大至上已全數完成調查。但從表 5 中不難看出，南澳鄉部落核定作業，基本是依原民會「理念型部落」的模型作為調查基礎。

上述調查中，除了金岳村與碧候村係一個行政區核定一個部落以外，在東岳村中，有 Tpihan 部落與 Gugut 部落、武塔村中，有 Buta(即 Tlangan)部落與 Haga-paris 部落、金洋村中有 Knyang 與 Kinus 部落、南澳村中有 Kbabaw[23]與 Kngungu 部落，澳花村中則有 Kmuyaw、Kbbu 與 Bbukeykay 三個部落，這些部落，目前在各自的行政區域中共享一個區域空間。但若係究其成員的組成，可以發現除了 Kmuyaw 部落與 Kngayang 全體遷至澳花村及南澳村以外，目前的澳花村與南澳村中，同時聚有 Kbbu、Klmwan 與 Bbukeykay 三個原部落的人口。[24]

表 5：南澳鄉歷年核定部落表

	年	行政區域	核定部落	部落/村 戶數人口	說明
1	2010	東岳村	*Tpihan* 部落	094 戶 268 人 / 172 戶 519 人	
2	2013	東岳村	*Gugut* 部落		
3	2010	武塔村	*Buta* 部落	138 戶 357 人 / 192 戶	即原 *Tlangan* 部落
4	2013	武塔村	*Haga-paris* 部落		
5	2010	金岳村	*Ryohen* 部落	044 戶 250 人 / 162 戶 604 人	
6	2010	金洋村	*Knyang* 部落	175 戶 438 人/ 589 人	
7	2013	金洋村	*Kinus* 部落		
8	2010	南澳村	*Kbabaw* 部落	122 戶 509 人/1447 人	原 *Kbbu* 社 *Kklmwan* 社人。
9	2013	南澳村	*Kngungu* 部落		即 1926 年後 *Kngayan* 社與 *Bbukeykay* 社合併於 *kngungu* 社人
10	2010	碧候村	*Pyahaw* 部落	309 戶 885 人/336 戶 1165 人	
11	2010	澳花村	*Kmuyaw* 部落	20 戶 113 人/約 271 戶 975 人	1.尚缺 *Klmwan* 部落。2.*Bbukeykay* 部落由 2010 年核定之 *Kmuyaw* 部落中分出。
12	2013	澳花村	*Kbbu* 部落	16 戶 97 人/約 271 戶 975 人	
13	2013	澳花村	*Bbukeykay* 部落	9 戶 36 人/約 271 戶 975 人	

資料來源：行政院原住民族委員會、南澳鄉部落核定資料。

[23] *Kbbu* 又名 *Kllaw* 與 *Kbabow*，係同一地點之別稱。*Kbabow* 係由 *Kbbu* 音譯成日語後的名稱，日文及戰後文獻均引用日譯名稱為 *Kbabow*。南澳泰雅人在該區建兩個部落，一稱 *Kbbu* 社，一稱 *Klmwan* 社。

[24] *Bbukeykay* 社部分人口於 1923 年遷下大濁水社後，該社剩餘人口及遷至 *Kngungu* 與 1926 年遷入的 *Kngayang* 社人混居，並於 1932 年同 *Kngayang* 人一同遷至南澳社。

（二） 傳統領域調查

原民會自 2002 迄 2006 年年起即進行原住民族傳統領域的調查，在其完成的報告中，我們可以看到以下資訊：

1.南澳鄉各部落的統領域與部落現所居的位置有別。部落現所居位置經日治與國府集團移住政策後，大致上皆遷徙至臨海的淺山地區，而非居住於其傳統領域內；其中，絕大部分今部落所居之處，則位於它部落的傳統領域。從圖中，可以清楚的發現，今東岳村、南澳村、碧候村及金岳村所居位置即在 *Tlangan* 社傳統領域中。

2.原部落的傳統領域雖仍具有明確的界線，但因今部落處於混居狀態，所以難以與今村落一一相對應。透過色層的分別，圖中東嶽屬 *Gugut* 部落無誤以外，我們可以看到澳花村與南澳村的傳統領域即包含原 *Kbbu*、*Klmwan*、*Kmuyaw*、*Bbukeykay* 與 *Kngayang* 部落，金岳村的傳統領域實則包含 *Ryohen*、*Tblaq*、*Rgyax* 與 *Haga-paris* 部落， 而武塔村的傳統領域實包括 *Tlangan* 部落與 *Tpihan* 部落。另外，武塔村的傳統領域也有與大同鄉寒溪村重疊的狀況。

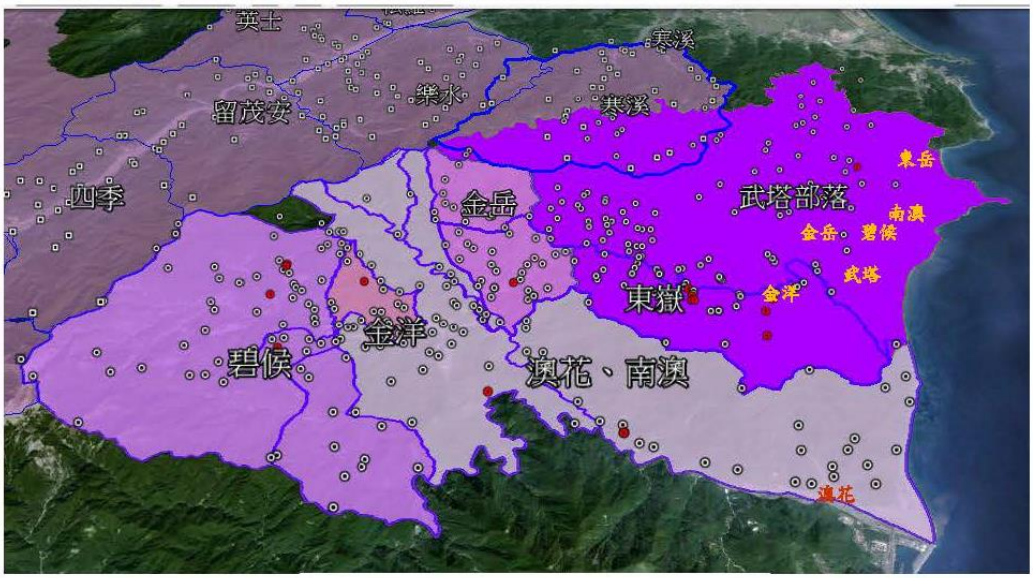


圖 2：南澳鄉傳統領域圖
資料來源：行政院原住民族委員會

叁、研究討論

基本上，南澳鄉部落核定的作業係以「理念型部落」作為標準，在既定的村里行政區域下，再行劃分一至三個部落，使得村落更形零碎化，而無視部落已因歷來政權殖民政策下出現的空間之調整。部落核定作業，雖然其目的在建立為促進原住民族部落健全自主發展，並作為未來原住民族自治的基本政治單位，但在南澳鄉的語境中，其政治意義卻反無文化意義為大。連結南澳鄉傳統領域的調查，我們也可以看到這樣的矛盾與困境。本研究的目的，即在指出南澳鄉部落核定的

作業，對於日後部落處理公共事務以及實踐＜原基法＞第廿一條有關原住民族同意事項的討論可能陷入的困境。

對照＜諮商辦法＞中部落公共事務以及＜原基法＞第廿一條住民族原住民族同意事項的議決程序，可以看到以下矛盾的情境：

（一）因為村里行政區域下部落的零碎化，經核定的部落無法獨立自行討論部落公共事務，其對公共事務的討論仍須與村里行政區域下的其它部落共同討論之。以澳花村為例，因具三個經核定的部落（*Kmuyaw*、*Bbukeykay* 與 *Kbbu*），但是此三個部落其實是共享澳花村的空間資源，其所討論部落公共事務，實亦同時牽涉三個部落的事務。設若礦商擬在澳花村行政區域內設礦，循＜諮商辦法＞向鄉公所提請部落討論＜原基法＞同意事項，則仍須三個部落成員全體達成共識為之。在此情況下，「理念型部落」的核定反顯多餘。

（二）傳統領域以部落為單位劃分，以南澳鄉目前核定部落而言，其要在傳統領域中行使＜原基法＞同意事項反而迭生困難。在南澳鄉的傳統領域調查中，可以發現部落絕大多數並不居於其傳統領域，甚至有些部落即位於它部落的傳統領域中。以萬達礦業的環評案為例，其礦區雖位於東澳村西側山區，但因位於武塔村傳統領域，環評委員會要求萬達礦業依部落所屬傳統領域補充辦理環評說明會。依慣習，武塔村的傳統領域實係 *Buta* 流域同盟（*qutux llyung Buta*）的傳統領域，其成員包括 *Tlangan*、*Tpihan* 及 *Btunux* 三社，但萬達礦業僅在東岳村辦理環評說明會，[25]而未同時在武塔村辦理；參與說明會的成員，有不屬 *Buta* 流域同盟的 *Gugut* 部落原住民，卻排除屬 *Buta* 流域同盟的 *Tlangan* 部落原住民。而上述荒謬事項，未來亦不排除在其他部落中發生。

肆、結論與建議

南澳鄉自日治時期迄國府初期歷經集團移住政策與山地平地化政策後，不僅始得部落前離其傳統領域，移居近山沿海地區，同時也因部落的分化造成同部落分屬不同行政區與單一行政區有多個不同部落人口，空間的流離與組織的零碎化，成為現今南澳鄉村落中的常態。2005 年＜原基法＞公布實施，2009 年政府執行部落核定計畫，加之自 2002 年迄 2006 年執行的傳統領域調查工作，本研究發現基於＜原基法＞中對「理想型部落」的想像，反倒使得南澳鄉部落群在部落內討論公共事務以及在原住民族土地上行使＜原基法＞第廿一條同意權迭生矛盾與困難。

於上述的討論，本研究擬提建議如下：

首先，為使一行政區域中的部落依部落會議討論公共事務簡易化，原民會應鼓勵部落依其意願及其慣習減併化。如前所討論，*Klesan* 流域群部落在昔時即具有依形勢分化與整併的構成方式，在同一個部落中雖有不同的 *gaga* 組織與 *gaga* 領袖 (*mlahan gaga*)，但對部落內、外公共事務仍會自 *mlahan gaga* 中選任一位部落領

[25] 因東岳村即有 *Tpihan* 部落成員。

袖，並且透過長老(家戶長)會議亦絕不落公共事務。前所討論部落因居於同一行政空間，但其公共事務的討論仍須與它部落居民共同討論之，故部落減併化方能簡便公共事務的議決。

其次，因應部落的減併，傳統領域的劃分不應僅以部落為權益行使單位。南澳鄉部落的空間流離域組織零碎化，使各部落的傳統領域無法一一與部落相對應，而多數部落亦並不居於其傳統領域中。是以，傳統領域的劃分若以部落為劃分單位，則要行使＜原基法＞同意事項迭生困難。前所討論昔時南澳鄉 ***Klesan*** 部落群係以次流域群作為領域劃分，次流域群成員共享得以自然資源，則能減少因空間流離與零碎化所產生的影響。

最後，傳統領域的劃分既不以部落作為權益行使單位，超部落組織的次領域族群會議的設立即應作為部落會議的奧援。***Klesan*** 部落群昔時即以次流域群作為超部落組織，以作為共同防禦以及共同管理自然資源的聯盟。因此，部落不僅不是孤立的，它與其他部落之間具有社會安全與自然資源上的連結。＜原基法＞以部落作獨立自治單位，反倒容易使部落失去與其他部落之間的聯繫，並須獨自承受其行使原住民族意願之後果。

參考書目

台灣總督府警務局編，1994，《高砂族調查書五》。台北：南天書局。

台北帝國大學土俗・人種學研究室調查，楊南郡譯註，2011，《台灣原住民族系統所屬之研究》。台北：原民會、南天。

李壬癸，1996，《宜蘭縣南島民族與語言》。宜蘭：宜蘭縣政府。

李亦園、徐人仁、宋龍生、吳燕和，1963，《南澳的泰雅人：民族學田野調查與研究上冊》。台北：中央研究院民族學研究所。

李亦園、石磊、阮昌瑞、楊福發，1964，《南澳的泰雅人：民族學田野調查與研究下冊》。台北：中央研究院民族學研究所。

余光弘，1980，＜泰雅族東賽德克群的社會組織＞。《中央研究院民族學研究所集刊》50：91-110。

林政民，2003，《和平溪口地區聚落與土地利用變遷》。台北：台灣師範大學地理學研究所碩士論文。

官大偉、林益仁，2008，＜什麼傳統？誰的領域？：從泰雅族馬里光流域傳統領域調查經驗談空間知識的轉譯＞。《考古人類學刊》69：109-141。

宜蘭縣政府，1964，《宜蘭縣志卷一人民誌山地篇》。宜蘭：宜蘭縣政府。

森丑之助，1996，《台灣蕃族志》。台北：南天書局。

廖守臣，1984，《泰雅族的文化：部落遷徙與拓展》。台北：世界新聞專科學校觀光宣傳科。

黃居正、邱盈翠，2015，〈台灣原住民族集體同意權之規範與實踐〉。《台灣民主季刊》，12（30：43-82）。
賴淑娟、哈勇諾幹，2012，＜歷史過程中的族群實踐：宜蘭花蓮邊界族群的流動與交疊＞。未出版。
鍾郁芬，1995，《南澳山地之聚落發展：從清代至光復後》。台北：台灣師範大學地理學系碩士論文。
Howard, M. C.，李茂興、藍美華譯，1997，《文化人類學》。台北：弘智文化。

社會組織與族群空間變遷下的原住民族意願表示機制

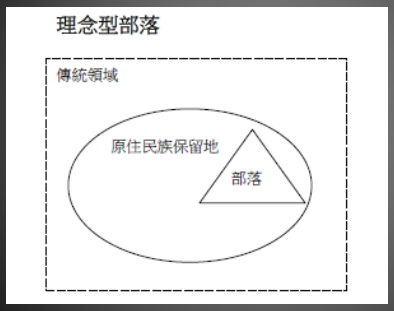
哈勇・諾幹(Hayung Noqan)

《原基法》所謂“部落” —理念型部落

部落的五個要素：
(一)位於原住民族地區內；
(二)具有一定區域範圍；
(三)存在相延承襲並共同遵守之生活規範；
(四)成員間有依前款生活規範共生活及互動之事實；
(五)經中央原住民族主管機關核定者。

我們的疑義：
(一)部落不一定位於原住民族地區；
(二)部落不一定具有空間範圍；
(三)部落不再純粹是擁有共同祖先或具有親屬關係的成員所組成。

理念型部落及其空間



1.部落成員單純
2.部落坐落於其原住民保留地及傳統領域中

經驗型部落

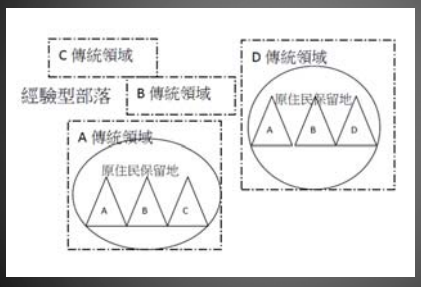
經驗型部落的描述

它通常也用來指涉現今行政體系下的聚落單位。這樣的一個聚落單位，通常即是台灣現今行政體系下「村(里)」自治單位，「以社區/共同體的概念來看，現今行政體系下的聚落單位可能是包含了幾個共享不同規範和關係網絡的社區/共同體，也有可能是幾個聚落單位共屬一個共同規範和關係網絡的社區/共同體。

經驗型部落的特徵

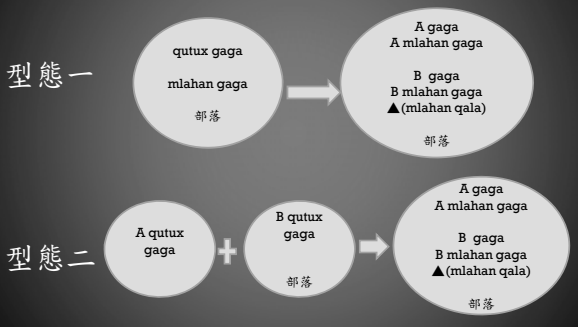
(一)部落即聚落(村/里自治單位)
(二)一個部落內包含數個共享不同規範和關係網絡的社區/共同體；或是共享共同規範和關係網絡的社區/共同體分別坐落於不同的部落。
(三)共享不同規範和關係網絡的社區/共同體共享一個行政區劃空間；或是共享共同規範和關係網絡的社區/共同體坐落於不同的行政區劃空間。
(四)部落內的各個社區/共同體必須分享部落的決策，無法獨立對外。

經驗型部落及其空間

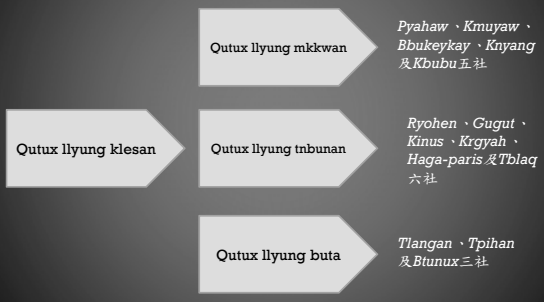


1.數個部落共有一個非坐落於它們的傳統領域的原住民保留地空間資源。
2.有些部落的原住民保留地有可能橫跨兩種傳統領域。
3.更多的部落與其傳統領域相距甚遠，形成飛地現象。

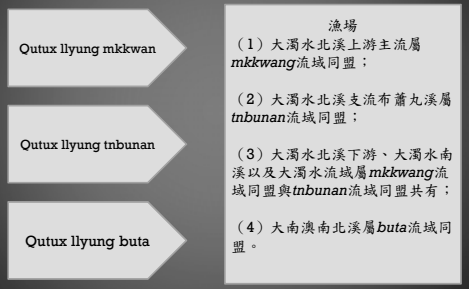
南澳泰雅族傳統部落形成



南澳泰雅族傳統超部落組織

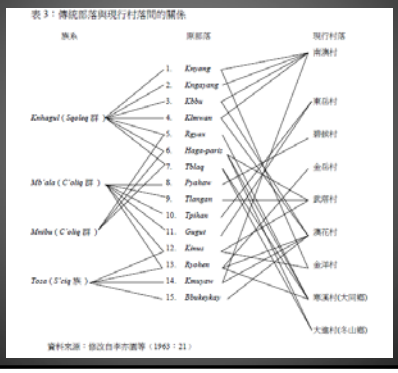


南澳泰雅族次領域同盟領域的分配



南澳鄉傳統部落及其位置圖

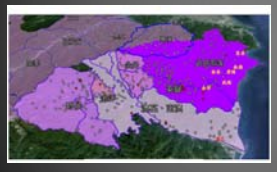
傳統部落與現行聚落的關係



南澳鄉部落核定作業

	年	行政區域	核定部落	部落/村 戶數人口
1	2010	東岳村	*Tpihan* 部落	094戶268人 / 172戶519人
2	2013	東岳村	*Gugut* 部落	
3	2010	武塔村	*Buta* 部落	138戶357人 / 192戶
4	2013	武塔村	*Haga-paris* 部落	
5	2010	金岳村	*Ryohen* 部落	044戶250人 / 162戶604人
6	2010	金洋村	*Knyang* 部落	175戶438人/ 589人
7	2013	金洋村	*Kinus* 部落	
8	2010	南澳村	*Kbabaw* 部落	122戶509人/1447人
9	2013	南澳村	*Kngungu* 部落	
10	2010	碧候村	*Pyahaw* 部落	309戶885人/336戶1165人
11	2010	澳花村	*Kmuyaw* 部落	20戶113人/約271戶975人
12	2013	澳花村	*Kbbu* 部落	16戶97人/約271戶975人
13	2013	澳花村	*Bbukeykay* 部落	9戶36人/約271戶975人

南澳鄉傳統領域調查



1. 絕大部分行具或皆位於qutux llyung buta的領域，而非自己本身的傳統領域內；
2. 南澳村與澳花村因成員重疊，故無法予以劃分；
3. 更多的部落與傳統領域成飛地現象。

部落會議實施現況

	部落會議名稱	主席	成員
澳花村	澳花村部落會議	選任	以聚落內所有原住民家戶人口為其成員
金岳村	金岳部落會議	村長	以聚落內所有原住民家戶人口為其成員
東岳村	東岳村部落會議	選任	以聚落內所有原住民家戶人口為其成員

部落公共事務的議決

部落核定的作業以理念型部落為調查的基礎，因此除金岳與碧候外，在現行聚落裡就有好幾個部落，在未經一定程序下：

一、現行所有開過的部落會議皆不符程序；

二、所有部落皆無法獨立討論聚落內的公共議題，它必須與聚落內的其他部落成員共同討論，於是乎，在聚落內分化成數個部落反顯沒有必要。

原基法21條同意事項

傳統領域以部落為單位劃分，以南澳鄉目前核定部落而言，其要在傳統領域中行使＜原基法＞同意事項反而迭生困難。

絕大部分部落皆位於qutux llyung buta的傳統領域內，故若其保留地周邊(如碧候村蘭坎山礦場案)須行使同意事項，則只能找tlangan與tpihan兩個部落(雖然事實未必如此，如萬達案)。

上例，雖然有所謂的關係部落可以參與，但其決策的比例也成為一個問題。

結論與建議

原民會部落核定作業以理想型部落為標準核定部落及傳統領域劃設等，使得《諮商辦法》中部落公共事務的與《原基法》同意事項的議決在南澳鄉的部落狀況的脈絡下迭生矛盾與困難。

建議：

1.鼓勵部落依其意願及其慣習整併；

2.傳統領域不應僅以部落為劃設單位，應同時考量現實部落狀況及傳統超部落組織；

3.同意超部落組織及超部落會議的建立。

原住民族諮詢同意機制與民主實踐

—從日月潭向山觀光旅館 BOT 案談起

涂予尹[1]

淡江大學公共行政學系助理教授

摘要

2007 年通過的《聯合國原住民族權利宣言》（United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples；DRIPS）第 32 條第 2 款規定：「各國在通過任何將影響原住民族的土地、領域，及其他資源的政策，特別是與開發、利用或開採礦物、水源或其他資源有關的政策前，應透過原住民族自己的代表機制，向相關的原住民族諮詢，並與其合作，以獲取原住民族自由且知情的同意」。我國目前雖然不是聯合國的會員國，但是早在 2005 年 2 月公布的《原住民族基本法》第 21 條，就已有相應的規定。該條第 1 項、第 2 項分別規定：「政府或私人於原住民族土地或部落及其周邊一定範圍內之公有土地從事土地開發、資源利用、生態保育及學術研究，應諮商並取得原住民族或部落同意或參與，原住民得分享相關利益」；「政府或法令限制原住民族利用前項土地及自然資源時，應與原住民族、部落或原住民諮商，並取得其同意…」。

令人遺憾的是，縱然原住民擁有就涉己的土地開發、資源利用等案件事先同意或參與的權利（力），早已是國內法國際法上的明文，但是在《原住民族基本法》公布施行甫滿 10 年的 2015 年 4 月，行政院在交通部觀光局日月潭國家風景區管理處聲明撤銷「日月潭向山觀光旅館 BOT 案」（以下稱「系爭 BOT 案」）環境影響評估結論的訴願中，卻作成原處分部分撤銷的決定。訴願決定的主文提到：環評結論中有關「開發單位應在交通部觀光局日月潭國家風景區管理處取得行政院原住民族委員會就本案已符合原住民族基本法第 21 條規定所出具之公函，且本環境影響說明書定稿經本署備查後始得動工，並應於開發行為施工前 30 日內，以書面告知目的事業主管機關及本署預定施工日期；採分段（分期）開發者，則提報各段（期）開發之第 1 次施工行為預定施工日期」的部分應予撤銷，其主要理由是：系爭 BOT 案的開發土地是否位於「原住民族傳統領域」，尚非無疑，且開發單位早在環評結論公告前，即已透過召開地方說明會等方式，充分聽取當地原住民的意見。

[1]國立臺灣大學法學博士

本文認為，《原住民族基本法》第 21 條的立法意旨，應從民主原則的角度加以理解。據此，系爭 BOT 案的爭議可以分成下列幾個部分進一步分析：同意主體的問題、參與時機或（及）同意內容的問題、同意方式的問題。其次，從民主原則來看，諮詢原住民或原住民同意機制要發揮功能，光靠《原住民族基本法》第 21 條的解釋與適用，仍不足以為功。本文也將就這套機制發揮作用的必要關連法制，提出分析與說明：

首先，在「同意主體」的部分，《原住民族基本法》第 21 條第 2 項規定「應與原住民族、部落或原住民諮商，並取得其同意」；不過，從事開發的政府或私人，到底該找誰諮商？取得誰的同意才算數？行政院的訴願決定認為，開發位址當地的伊達邵部落，始終未能召開部落會議，因此不能因為原住民未能透過部落會議同意系爭 BOT 案，而使訴願人蒙受可能遭到國家賠償求償的不利益。然而「部落會議」的同意，是否為法定要求？透過「部落會議」同意開發，會產生哪些問題？又在「部落會議」以外，是否有其他同意的途徑可資採擇？

其次，在「參與時機或（及）同意內容」的部分：早在 2004 年時，日月潭國家風景區管理處日月潭環潭西側土地進行地目變更，為在該等土地上興建旅館預作準備。到了 2009 年時，該管理處乃以促進日月潭觀光發展及提昇國際級服務水準等為名，透過 BOT 方式招商，並由來自香港寶聲集團所投資的新聲投資有限公司取得最優申請人資格，並與該管理處簽約，著手執行日月潭向山觀光旅館開發計畫。不過，遲至 2012 年時，才有環評委員「忽然」想起《原住民族基本法》第 21 條的規定，認為興建旅館的預定地既屬邵族傳統領域，應經邵族原住民同意後，始能從事開發。邵族原住民作為同意權主體，或無疑問，但究竟從整個計畫的哪一個時間點開始，主辦機關或開發單位就負有讓邵族原住民行使其同意權的義務呢？只要在環評程序終結前，讓邵族原住民有「補正」其意見的機會，適法性就不再有疑慮了嗎？抑或在日月潭國家風景區管理處決定以 BOT 方式辦理招商時，甚至在該處決定在旅館興建預定地進行地目變更時，就必須徵求在地原住民的參與？這也涉及到，在地原住民同意的具體內容應該包括什麼？《原住民族基本法》第 21 條第 1 項所定「土地開發」，到底應該如何解釋？除了勾稽到《環境影響評估法》第 4 條第 1 款所規定的「開發行為」以外，能不能推演到包括招商與否、招商方式的選擇，乃至於都市計劃的變更？

再其次，在「同意方式」的部分：《原住民族基本法》第 21 條第 2 項僅規定，政府或法令限制原住民族利用前項土地及自然資源時，應「與原住民族、部落或原住民諮商」，並「取得其同意」。問題在於：如何認定主辦機關或開發單位已經踐行與原住民進行「諮商」的程序？原住民同意利用的行為，是否必須呈現為某一種特定的形式？甚至某一種特定的文件？以行政院撤銷原處分部分內容的決定來看，訴願委員似乎是認為，主辦機關或開發單位在執行系爭 BOT 案的過程中，曾經召開數次「公聽會」，則渠等與在地原住民進行諮商的「誠意」即堪可認定。然而，要怎樣才算是有進行「諮商」？到什麼程度才能算是已經「同意」？認定已經完備「諮商」、「同意」的標準何在？該由誰劃定？這些問題都是行政院

訴願決定中並未明確交代、猶待處理的要項。

最後，行政院撤銷系爭 BOT 案環評結論的訴願決定，象徵著政府執行《原住民族基本法》第 21 條的失能。本文認為，《原住民族基本法》第 21 條的落實，除了釐清前述執法細節外，更重要的是回歸民主原則的初心，整備關連法制。從「權利」的觀點出發，光有《原住民族基本法》第 21 條第 2 項諮詢原住民及原住民同意的規定，對於在地原住民的保障絕對是不足夠的；問題在於，前述諮詢及同意的規定，應放在何等脈絡下予以理解。行政院的訴願決定只著眼於原住民的諮詢與同意，是否屬於、是否已成就作成環評結論的必要條件，顯然過度窄化了環境影響評估程序的能量。另從制度上來說，《環境影響評估法》僅以「公聽會」的規格，試圖涵納各相關機關、專家、學者、團體及當地居民的意見，也不足以充分保障原住民的參與權利。甚至回到《行政程序法》來看，該法第 107 條對於進行聽證程序的門檻設定得太高，毋寧是放任行政機關漠視人民在行政程序的主體性，也使得聽證制度始終未能在臺灣生根與實踐；且行政院始終漠視行政程序法第 164 條第 2 項的授權，遲未訂定「計畫確定程序」或「計畫裁決聽證」的法規命令，也使得人民想要制度性地參與整個行政計畫的空間遭到壓縮。總體來說，系爭 BOT 案所呈現的問題是：在地原住民權利的保障，單憑《原住民族基本法》第 21 條尚不充分，立法及行政機關尚須盡力使聽證程序進一步周延化，才能體現民主原則的要求。

另一方面，《原住民族基本法》第 21 條關於在地原住民有權參與、同意政府土地開發決策的規定，是否只是原住民的「權利」而已？抑或也該是原住民的「權力」？不論是法條的文字使用，乃至於行政院的訴願決定，似乎都停留在將諮詢原住民及原住民同意的規定，當作一種「權利」。然而，如果原住民的參與只是一種「權利」，那麼和其他非原住民的參與有何不同？本文認為，從民主原則來看，要讓《原住民族基本法》第 21 條發揮其應有的作用，必須在政府與原住民間處於「夥伴關係」的立場上籌劃相關法制，才有可能畢盡事功。行政院決定撤銷原處分的理由之一，是伊達邵部落會議始終未能召開部落會議，「嚴重影響訴願人權利」。這裡呈現出的問題是：如何建立起原住民同意的制度？而在這制度建立的過程中，政府又該如何拿捏其角色？這不單是由行政院原住民族委員會承《原住民族基本法》第 21 條第 4 項的授權，發布《諮商取得原住民族部落同意參與辦法》就可以解決的問題。在立法院設立「原住民委員會」，甚至創設與行政院平行的「原住民族議會」等制度，讓原住民有從制度上監督、制衡各項涉及原住民的法規與政策，才能作為《原住民族基本法》第 21 條的真實後盾。

壹、前言

2007 年通過的《聯合國原住民族權利宣言》(United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples；DRIPS）第 32 條第 2 款規定：「各國在通過任何將影響原住民族的土地、領域，及其他資源的政策，特別是與開發、利用或開採礦物、水源或其他資源有關的政策前，應透過原住民族自己的代表機制，向相關的原住民族諮詢，並與其合作，以獲取原住民族自由且知情的同意」 。我國目前雖然並不是聯合國的會員國，但是早在 2005 年 2 月公布的《原住民族基本法》第 21 條，就已有相應的規定。該條第 1 項、第 2 項分別規定：「政府或私人於原住民族土地或部落及其周邊一定範圍內之公有土地從事土地開發、資源利用、生態保育及學術研究，應諮商並取得原住民族或部落同意或參與，原住民得分享相關利益」;「政府或法令限制原住民族利用前項土地及自然資源時，應與原住民族、部落或原住民諮商，並取得其同意…」。

令人遺憾的是，縱然原住民擁有就涉己的土地開發、資源利用等案件事先同意或參與的權利，早已是國內法及國際法上的明文，但是在《原住民族基本法》公布施行甫滿 10 年的 2015 年 4 月，行政院在交通部觀光局日月潭國家風景區管理處聲明撤銷「日月潭向山觀光旅館 BOT 案」(以下稱「系爭 BOT 案」) 環境影響評估結論的訴願程序中，卻作成原處分「部分撤銷」的決定。訴願決定的主文提到：環評結論中有關「開發單位應在交通部觀光局日月潭國家風景區管理處取得行政院原住民族委員會就本案已符合原住民族基本法第 21 條規定所出具之公函，且本環境影響說明書定稿經本署備查後始得動工，並應於開發行為施工前 30 日內，以書面告知目的事業主管機關及本署預定施工日期；採分段（分期）開發者，則提報各段（期）開發之第 1 次施工行為預定施工日期」的部分應予撤銷，其主要理由在於：系爭 BOT 案的開發土地是否位於「原住民族傳統領域」，尚非無疑，且開發單位早在環評結論公告前，即已透過召開地方說明會等方式，充分聽取當地原住民的意見。按行政院(民國)104 年 4 月 2 日決定書略以：「……本院 101 年 8 月 1 日會議結論，略以涉及人民權利義務相關規定，應以法律明定，系爭 BOT 案用地在原住民族傳統領域未依法劃定前，尚無原基法第 21 條規定之適用，惟仍請開發單位參酌該條立法精神，以召開說明會等方式與當地原住民溝通……。審諸原基法第 21 條尚無從事開發行為者應取得原民會許可之規範，原處分機關系爭公告審查結論一、(三) 將訴願人取得原民會就本案已符合原基法第 21 條規定所出具之公函，列為開發單位得動工之條件之一，然以要求訴願人取得原民會出具之公函一事，是否與原基法第 21 條所定開發行為人應諮詢或取得原住民族同意或參與之規範內容相當？原處分機關上開處分內容之適法性容待斟酌……，是原處分機關上開公告審查結論一、(三)課予訴願人之作為義務，於實際是否有窒礙難行之處，亦不無疑義」 。另外，「系爭 BOT 案環說書所列開發單位係仲成公司，非訴願人，然原處分機關一則以訴願人非開發單位，系爭公告審查結論一、(三) 係課予開發單位未取得公函前不得動工之不作為義務，

非對訴願人課以義務，一則以訴願人為系爭 BOT 案之主辦機關，於該案屬廣義之政府從事土地開發行為，具公私協力性質，由訴願人向原民會取得公函為便利、妥適，係對訴願人課予一定之作為義務者，其理由前後顯未臻一貫，且於原基法第 21 條規定之適用對象亦屬混淆，要難謂合妥」 。

進一步分析行政院就系爭 BOT 案環境影響評估結論所作成的訴願決定主要理由，《原住民族基本法》第 21 條有關原住民接受諮商或同意權利的規定，主要涉及下列幾項問題：首先是「參與或同意方式」的問題。《原住民族基本法》第 21 條第 1 項規定「政府或私人……從事土地開發……，應諮商並取得原住民族或部落同意或參與」；其中，「取得同意」與「參與」兩項法律效果，從條文結構看起來，應該是擇一關係。然而，哪些情況下，政府或私人在公有土地上從事土地開發等行為，只需以諮商方式，保障原住民族或部落的參與機會即已足夠？又在哪些情況下，必須以於諮商後，徵得原住民族或部落的同意，作為從事土地開發等行為的要件？條文本身規定未見明確。

其次是「接受諮商或同意權利主體」的問題。《原住民族基本法》第 21 條規定「應諮商並取得原住民族或部落同意或參與」。其中，接受諮商或同意權利的主體，似乎可以是「原住民族」，亦可以是「部落」。不過，需要「諮商並取得原住民族或部落同意或參與」的事項，除了「土地開發」以外，還有「資源利用」、「生態保育」及「學術研究」等項；甚至同樣該當「土地開發」行為者，彼此之間的開發方式，乃至於對於原住民族或部落所造成影響的程度，勢必有很大的個案差異性。那麼，我們該如何劃定「諮商或同意權利主體」的範圍？如何認定應經諮商同意或參與的行為，已經經過系爭「原住民族」或系爭「部落」的同意？再者，必須要有何等具體行為或意思表示的出現，才能認為該當「諮商並取得原住民族或部落同意或參與」的要件？如同環評主管機關原先在環評結論所要求般，以「已取得行政院原住民族委員會就本案已符合《原住民族基本法》第 21 條規定所出具之公函」為斷，是否符合該條規定的規範意旨？

再其次則是「參與時機或（及）同意內容」的問題。《原住民族基本法》第 21 條第 1 項固然規定「於原住民族土地或部落及其周邊一定範圍內之公有土地從事土地開發、資源利用、生態保育及學術研究」者，應諮商並取得原住民族或部落同意或參與。然而，行政院前揭訴願決定書以「原住民族傳統領域」尚未劃定為由，認定原處分機關並無依《原住民族基本法》第 21 條第 1 項規定諮商原住民並取得其同意或參與的義務。令人好奇的是：倘若系爭 BOT 案進行開發的位置，屬於邵族傳統領域並無疑義，從事前開條文所定開發行為等的政府或私人，至遲在何時必須履行完畢其諮商並取得同意或參與的義務？

本文認為，上開《原住民族基本法》第 21 條第 1 項的適用疑義，應從賦予原住民接受諮商或同意權利的規範定位出發加以理解。由於在包括《聯合國原住民族權利宣言》等若干國際人權法文件上，均已經出現原住民接受諮商並同意或參與權利的規定，本文以下將先從國際人權法上的相關討論，說明這項「自由、事前及知情同意」（Free, Prior and Informed Consent；FPIC）的規定究應如何定位

的相關問題。其次，延續上開針對系爭 BOT 案環境影響評估結論訴願決定理由的分析，本文將依序探討《原住民族基本法》第 21 條第 1 項所涉「參與或同意方式」、「接受諮商同意或參與權利主體」及「參與時機或（及）同意內容」等議題。再者，諮詢原住民並取得原住民同意或參與的機制要發揮功能，光靠《原住民族基本法》第 21 條第 1 項的規定，仍不足以為功。因此，本文也將就這套機制發揮作用的必要關連法制，提出分析與說明，作為代結論。

貳、自由、事前及知情同意的法律定位

如同擬在日月潭進行飯店開發的系爭 BOT 案一般，目前世界上正有許多項大規模的基礎建設開發或礦業鑽探計畫等，在各地快速進行中。這項計畫的共通特色在於，它們對於自然資源都有大量的渴求，或者（並且）會為自然資源帶來難以回復的傷害，因而對於人民的生活方式及其生活周遭環境等帶來巨大的改變。另外，這些計畫的實施者未必是本國人，跨國性企業挾著其豐沛的資金與技術實力，在弱勢者（特別是原住民）世居地進行中、大規模的開發，毋寧已漸漸成為常態。

為此，半世紀以來國際人權法的發展重點之一，就是在為被迫臣服於開發利益底下的原住民等少數種族或族裔群體，設下最起碼的權益保護規範要求。本文以下分別說明聯合國原住民族權利宣言發布前，各項國際法文件或國際性組織的相關規定，以及該項宣言發布後，對於「自由、事前及知情同意」原則理論基礎的討論。

一、聯合國原住民族權利宣言發布前的規範狀況

早在 1975 年 Western Sahara 案的諮詢意見中，國際法院（The International Court of Justice）即已確認「同意原則」乃是原住民彼此間關係的基礎 。在該案中，國際法院分別摘錄聯合國大會第 1514 號及第 2229 號議案的文字，提到：「『融合』應該是系爭疆域中的人民，在對其地位上的改變享有充分認知，同時是在知情、民主、公正運作程序的基礎上，自由表現出其想望的結果」 ；「行政權應在使其疆域內的原住民自由地行使其自決權利的觀點下，決定舉行相關公民投票的程序內容」。也就是說，在採行「自由、事前及知情同意」（Free, Prior, and Informed Consent；FPIC）原則的多年之前，聯合國大會及國際法院就已經明確界定了這項原則的大致內容。

「自由、事前及知情同意」原則的基礎，可說就是「自決權利」（the right to self-determination）。《公民政治權利國際公約》及《經濟社會文化權利國際公約》的第 1 條第 1 款都規定：「所有民族均享有自決權，根據此種權利，自由決定其政治地位及自由從事其經濟、社會與文化之發展」 。《公民政治權利國際公約》第 1 條第 2 款並規定：「所有民族得為本身之目的，自由處置其天然財富及資源，但不得妨害因基於互惠原則之國際經濟合作及因國際法而生之任何義務，無論在何種情形下，民族之生計，不容剝奪」 。部落行使自決權利的關鍵之一，即在

於控制其社群土地的能力，包括相關資源及土地的發展等。除此以外，聯合國相關組織的相關意見陳述或文件，也都證實了這項觀點。例如人權委員會在 1984 年敘及「自決權利」的內容或範圍時，即提到為了實現人民的自決權利，聯合國「課予其會員國若干特別義務，不僅是在經營其國內各民族的關係上，也包括在面對所有未能行使自決權利，或其自決權利已遭剝奪的所有民族時，都應有其適用」 。經濟社會文化委員會也在一項關於俄羅斯的報告中，重申其對於各會員國內原住民社群危殆情況的關切。報告中提到《經濟社會文化權利國際公約》第 1 條第 1 款的自決權利，並敦促各會員國增強其關於改善原住民境況的努力，並確保各原住民賴以營生的工具不被剝奪等 。這也與第二次世界大戰後國際人權法的關注面向，逐步從公民政治權利的第一代人權、經濟社會文化權利的第二代人權，過渡到以集體性權利為焦點的第三代人權的發展趨勢若合符節。

再其次就是 2007 年通過的《聯合國原住民族權利宣言》。如同本文前言所提到的，這項宣言的第 32 條第 2 款明確採行了相當於我國《原住民族基本法》第 21 條第 1 項所定的「自由、事前及知情同意」原則。參看同宣言第 3 條「原住民享有自決權利。透過這項自決權利的賦予，原住民有權自由地決定其政治地位，並追尋其經濟、社會及文化的發展」的規定，以及第 4 條「原住民在行使其自決權利時，針對與其內部及在地事務，有自決或自治的權利」 等規定，我們可以確知原住民的自決權利，可說是該項宣言所揭櫫原住民各項權利的法理基礎 。曾任聯合國原住民族高級專員（U.N. Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples）的 James Anaya 也明白指出：「自決權可說是一項基本權利；倘若沒有自決權，原住民族的人權，不論是集體性質的或者是個人性質的，能無法充分享有」 。在這個基礎之上，作為一項原住民社群整體所擁有的「自由、事前及知情同意」權利的「自由」，指的是「免於受到來自於政府或企業的強制、威脅、操縱、脅迫或壓力等」 。所謂「事前」，指的是「在政府基於特定土地利用目的分配土地資源之前，以及許可特定開發計畫之前」，必須讓權利受到影響的住民針對所有的資訊進行考量，並作出決定的充分時間 。所謂「知情」，則是指「必須給予權利受到影響的住民所有相關的資訊，俾使渠等能就是否同意系爭計畫作出決定」 。與前述「相關資訊」有關的是：相關資訊必須以住民能夠輕易瞭解的語言所撰成；住民必須能接近使用各項獨立的資訊，而非只能被動接受來自於計畫開發業者或政府所提供的相關資訊；住民必須能接近、諮詢法律及科技議題的專家，俾能協助住民作出決定 。

除了聯合國的各項權利宣言 以外，在要求企業應就其所主導的開發行為克盡人權相關準則的聲浪下，也有國際性的商業或公益組織將尊重原住民聲音的相關規定，訂為其從事開發行為的準則。例如「國際礦業與金屬理事會」（International Council on Mining and Metals；ICMM）就企業與原住民之間的關係，即在其立場宣言（Position Statement）中採取了一系列的原則，其中即包括該會會員「於傳統上為原住民所擁有，或為原住民所使用的土地上從事礦業相關計畫時，應尊重原住民的權利、利益，及與渠等土地及水資源間的特殊連結，乃

至於尊重原住民的觀點」；「會員應採取、應用締約及諮詢等程序，以忠誠的協商作為基礎，透過與原住民傳統決策程序相一致的程序，以確保原住民社群有意義地參與於決策程序」；「在本協會立場宣言有所要求的情況下，會員應徵得原住民的同意（，始能從事礦業開發相關行為）」等。從事國際發展及救援的非政府組織「樂施會」（Oxfam），也在 2010 年出版名為《自由、事前及知情同意方針》（Guide to Free, Prior and Informed Consent）的文件。這項方針的前言提到：「我們都擁有決定自己的土地上發生何事的權利，這是國際人權法所保護的重要原則之一，因為所有的民族都擁有自決的權利，以及與此自決權利相連結的自由追尋其經濟、社會與文化發展的權利」。另一方面，作為世界銀行集團（World Bank Group）決定是否貸放款項予私部門的國際金融公司（International Finance Corporation）在 2010 年也修正了其社會環境永續性政策（Policy on Social and Environmental Sustainability），以要求申貸者獲取權益受到影響的原住民同意作為要件，而取代單純要求申貸者向原住民從事諮詢的舊規定。

二、「自由、事前及知情同意」原則理論的釐定

針對保障原住民權利所作的規定，最重要的當推 2007 年《聯合國原住民族權利宣言》。這項國際人權法上的重要文件，將「自由、事前及知情同意」原則進一步具體化。那麼，其理論的基礎何在？對於原住民權利的詮釋又有何影響呢？首先，《公民政治權利國際公約》及《經濟社會文化權利國際公約》在其第 1 條第 1 款雖然均已敘明所有「民族」（peoples）皆享有自決權（the right of self-determination），然而，原住民是否構成該等條文所定的「民族」？並非全無爭議：「就國族疆界內，歷史、文化皆有別於主流社會之原住民族是否構成『民族』，並無明文。過去在國際人權實務上，是透過解釋，將原住民族定義為公民政治權利國際公約第 27 條中的『少數族群』（minorities）」而有第 1 條的適用，來承認原住民族自決權。不過，原住民族自決權的內涵具體為何、與國族自治單位在適用上的差別與限制，以及因而產生與國家主權間的矛盾關係，都是在無明文下延伸適用所遭遇的問題」。

有學者認為：「對 ICCPR（按：即《公民政治權利國際公約》）的締約國，以及承認 ICCPR 具有國際法效力的國家（如臺灣）來說，『原權宣言』（按：即《聯合國原住民族權利宣言》）在原住民族權利部分，擴張了自 Ivan Kitok v. Sweden 案開始，聯合國人權委員會對 ICCPR 第 1 條『人民』之定義—『具有共同價值認同且有能力建立憲政組織與展開社會分工的一群人，……一群社會造物』的適用範圍，或為 ICCPR 的特別規定，在國內法的位階與效力上，至少應具備補充與更新對 ICCPR 之解釋的功能」。

另外，《聯合國原住民族權利宣言》必須從「自決權利」的觀點，才能正確參透其意義。有學者認為：早期所提到的自決權利觀點，其實是「平等」原則底下的自決權利。真正的自決權利觀點，是起自於更近期的國際人權文件，例如《國際勞工組織第 169 號公約》第 16 條第 2 款提到：「當原住民的搬遷是必要的例外措施時，系爭搬遷只有在得到原住民的自由、知情同意情況下才能發生。當未能

獲取原住民同意時，搬遷行為只有在遵循國內法令所規定的適當程序之下始能發生，且所謂適當程序包括適當的公眾諮詢，以提供權益受到影響的相關民族有效代表的機會」 。學者認為前揭規定，以及《聯合國原住民族權利宣言》的相關規定，拒絕了將原住民融入其所屬國家的「同化」立法模式，而是賦予這些原住民族保護、傳播其文化、語言及土地的特別權利 。

本文認為：《國際勞工組織第 169 號公約》或《聯合國原住民族權利宣言》等有關原住民「自由、事前及知情同意」的規定，象徵著對於原住民權利本質的思考，逐漸從「同化」模式轉變為「自決」模式，同時也寓含著原住民主體性的強調與確立，而這也與自由多元文化主義的相關理論進程相符。例如強調接近使用個人所屬社群的社會性文化（societal culture）對於個人的重要性的 Kymlicka，即主張大多數的人與其所屬文化之間，存在著深刻的連結。據此，相較於傳統自由主義認為基於公民身分所能主張的一般基本權利，已經足以提供個人文化身分的保護，國家不應該干預文化自由市場的立場，Kymlicka 則認為政府不可能做到完全的族裔文化中立，傳統的基本權利架構必須相應作出調整。他所提出的具體想法「群體區別權」（group-differentiated rights），即包括承認少數民族群體（national minorities）享有若干自決權利（self-government rights），以及少數族裔群體（ethnic groups）享有多元族裔權利（polyethnic rights）等 。Kymlicka 並認為應賦予前揭弱勢團體「群體代表權」（group representation rights），其具體的作法包括降低弱勢團體成員參政的門檻，以及採行比例代表制，甚至在國會中保留特定席位給弱勢團體等 。

縱然 Kymlicka 關於少數民族或族裔群體「群體代表權」的主張內容，與賦予原住民「自由、事前及知情同意」的規範模式未必一致，本文仍認為其相關理論主張對於詮釋所謂「自由、事前及知情同意」，提供了紮實的基礎。理由在於 Kymlicka 對於包括原住民在內的少數民族，特別強調其自治權利的保障，認為這些少數民族本來就有其自己固有的社會性文化，應保障少數民族在其所熟悉且認同的社會性文化脈絡下生活與工作等 ；另外，著重於「社會性文化」 、「分殊性公民身分」（group-differentiated citizenship）等類似觀念，認為其成員自我認知到有異於一國中多數群體的特殊文化身分認同，或珍視、希望能保存這項身分認同的「文化性少數群體」（cultural minorities） ，享有主張集體性權利的適格，可說是 Kymlica 等多數多元文化主義者的共通主張。賦予文化性少數群體集體性權利，意味著容忍一國以內不同的少數群體，對於公共善有不同的界定方式，並且平等予以尊重 。再者，集體性權利的賦予，也代表著自由主義底下的「國家中立原則」獲得重新詮釋的機會：一方面，集體性權利有制衡國家在文化事務等領域相關權力的作用 ；另一方面，這項概念的提倡也能夠避免潛在的文化衝突全數轉向至私領域，使文化性少數群體成為國家的邊緣人 。另一名多元文化主義者 Tully 則是主張：當原住民與國家主權發生衝突時，雙方彼此之間並非統治者與被統治者的關係，而是兩個平等的主權，藉由協商達成共存於同一個國家的合意。在此過程中，原住民族的內部秩序與組織結構，及其就土地與自然資源

的管理權能，並未被市民社會所吸納，仍舊維持獨立性與完整性且平行運作 。

總之，「自由、事前及知情同意」原則，作為近期界定原住民權利的重要國際人權法上文件，其意義必須從「自決權利」的角度加以理解，才能發揮其功能。不過，也正式因為對於原住民享有自決權利於若干會員國的內國法上面臨困境，影響了個別會員國對於該項原則適用性的態度。而對於適用這項原則態度上的不同，也影響到所謂原住民「同意」或「參與」方式的具體實踐，詳細梗概如下一節的說明。

參、參與或同意方式

《原住民族基本法》第 21 條第 1 項規定，政府或私人於原住民族土地或部落及其周邊一定範圍內之公有土地從事土地開發、資源利用、生態保育及學術研究，應「諮商並取得原住民族或部落同意或參與」，原住民得分享相關利益。解釋前開規定，首先要處理的，就是「諮商」、「同意」、「參與」這 3 項名詞之間的關係。

誠如本文前言所述，《原住民族基本法》第 21 條第 1 項的規定，與通過在後的《聯合國原住民族權利宣言》第 32 條第 2 款規定頗為近似。是以，其他同意接受該項宣言的國家，對於該項宣言第 32 條第 2 款的規定，究竟採取何等詮釋立場？便值得我國借鏡參考。為此，本文擬從美國法上的經驗，討論我國上開法律所定「諮商」、「同意」、「參與」等名詞間的關係。美國乃是在 2010 年歐巴馬總統的任內，才同意接受《聯合國原住民族權利宣言》。不過在那之前，美國也已經有幾部聯邦法律，處理印地安原住民對於土地開發等案件參與方式等問題。以下僅分就美國聯邦相關法律或總統行政命令的規定實態，以及「後宣言時期」美國同意接受《聯合國原住民族權利宣言》的態度轉變，說明原住民參與或同意方式的體系。

一、美國聯邦相關法令

美國在 2010 年 12 月宣布採行《聯合國原住民族權利宣言》之前，關於聯邦政府與印地安部落政府之間的諮詢與協調等事項，是以柯林頓總統於 2000 年 11 月所發布的《第 13175 號行政命令》(Executive Order 13175)作為主要規範準據。該號行政命令要求政府機關在發展對於印地安人產生衝擊的管制行為的初期階段，就要諮詢部落的意見 。歐巴馬總統也在 2009 年 11 月發布了《諮詢部落備忘錄》，該項備忘錄則課予行政部門與機關在發展涉及部落事項的聯邦政策時，有義務與部落的官員或代表從事例常性、且有意義的諮詢與協力 。不論是柯林頓總統所發布的行政命令，抑或是歐巴馬總統所發布的備忘錄，都還不能算是印地安人就涉己事項享有「參與權」的象徵，頂多是要求聯邦政府向印地安人進行「有意義的諮詢」而已。

美國在聯邦層級，比較重要的原住民參與涉己事項各項相關程序規定之中，《國家歷史保存法》（National History Preservation Act；NHPA） 可說是較具有

代表性的法律之一。該部法律最初乃是要求聯邦行政機關，在開始其足以影響適用「國家歷史場所登記」（National Registration of Historic Places）制度的財產前，必須先諮詢潛在可能受到影響的當事人，並且考慮對於該等財產的相關影響 。之後，對於印地安部落或夏威夷原住民的傳統宗教與文化具有重要性的財產，也在 2001 年被訂入該法，成為得適用國家登記制度的財產 。也就是說，包括土地管理局（Bureau of Land Management）在內的聯邦行政機關，有義務在就可能影響原住民傳統、宗教，或對於原住民具有文化重要意義的財產等給予開發許可前，先諮詢相關原住民的意見 。有學者認為：這項法律的規範目的，在於確保聯邦行政機關在開發計畫的初期，即忠誠地踐履其諮詢義務，以避免或減弱對於相關財產的負面效應 。

美國另外一項涉及諮詢原住民規定的聯邦法律，則是《國家環境政策法》（National Environmental Policy Act；NEPA） 。這項法律規定，為了執行環境相關政策，聯邦政府有持續性的義務去運用所有可行的方式，在與其他國家政策的重要考量相一致的前提下，改善並調協聯邦的計畫、功能與資源，以達到最終的目的；這些方式包括保存國家遺產中重要的歷史性、文化性及自然性等面向，以及保存一個能夠支持多元性及個人選擇多樣性的環境 。學者並認為，這項評估並應包括對於生態的、美學的、歷史的、文化的、經濟的、社會的，或健康的等直接、間接或累積效果的分析 。除了聯邦法律以外，《第 12898 號行政命令》有關聯邦政府行為應注重少數族裔人口環境正義議題的規定 ，以及《第 13007 號行政命令》有關保存印地安聖地的規定 等，也都要求在相關開發程序中，必須評估對於原住民社群及渠等文化資源所生的影響。

曾有聯邦法院認為，美國《國家歷史保存法》及《國家環境政策法》有關諮詢印地安人意見的相關規定，只是課予聯邦行政機關「停、看、聽」的義務 而已。亦即，聯邦行政機關在執行開發計畫前，必須做出合理、忠實的努力，俾以確認並考量開發計畫所涉的相關影響。再者，這兩部法律對於聯邦行政機關所課予的，只是程序面的義務，並不涉及實體面的義務；行政機關只被要求踐行諮詢程序，必須將原住民的相關利益納入考量，但其最終決策則未必受到諮詢過程中所收受相關意見回饋的拘束。職此之故，有論者乃批評《國家歷史保存法》，認為其對於那些想要保存其聖地的美國原住民而言，「不過只是櫥窗上的妝點，因為整部法律中並沒有任何條文賦予這些美國原住民停止對渠等土地、乃至於聖地造成永久性破壞行為的權利，更沒有強迫開發單位停止那些對於其具有重要意義歷史財產相關計畫的權利」 。聯邦最高法院也曾經在 Robertson 案 指出：《國家環境政策法》僅單就必要程序作出規定，只要行政機關已經適當地就其所辨認出的開發負面效果作出評價，該法就不會阻擋行政機關在「其他價值」與「開發行為對於環境所造成的成本或負擔」間選擇前者 。不論是《國家歷史保存法》或《國家環境政策法》的規定，都沒有賦予參與程序的原住民否決系爭開發計畫的權力 。

二、美國同意接受聯合國原住民族權利宣言的態度轉變

倘若《聯合國原住民族權利宣言》第 32 條 2 款有關「自由、事前及知情同意」原則的「同意」，只能理解為原住民否決權利的保留，那麼就不難理解美國等 4 國當初不願同意該項宣言的原因。畢竟相較於否決權利，原住民在《國家歷史保存法》及《國家環境政策法》等法律下，參與於涉己事項的強度明顯較弱：這兩部聯邦法律所規定的諮詢原住民制度，縱使並非聊備一格，對於在涉及原住民生活、居住地或在對於渠等具有文化、歷史意義的「聖地」上從事開發行為來說，原住民享有的參與程序也極其有限，頂多能說得上是要求行政機關必須評估系爭開發行為對於原住民可能產生的負面影響而已。然而，這些評估的標準如何擇定？特別是如何確保行政機關已站在原住民的觀點評估開發行為所帶來的成本？相關法律條文未置一詞。更不要說原住民並沒有實質影響開發決策的機會：只要行政機關確實踐行了評估的程序，原住民再怎麼反對，都不足以撼動行政機關最終的決策。

然而誠如前述，《聯合國原住民族權利宣言》各項規定的理解，必須放置在原住民「自決權利」的觀點底下，才有其意義。《聯合國原住民族權利宣言》第 32 條第 2 款的規定，一般被解讀為是「自由、事前及知情同意」原則的具體表現。按該項宣言前揭規定：「各國在通過任何將影響原住民族的土地、領域，及其他資源的政策，特別是與開發、利用或開採礦物、水源或其他資源有關的政策前，應透過原住民族自己的代表機制，向相關的原住民族諮詢，並與其合作，以獲取原住民族自由且知情的同意」。也就是說，從自治或自決的角度出發，原住民對於涉己事項的參與權利，絕對不該止於單純、被動地接受諮詢而已。據此，有關原住民「自由、事前及知情同意」的規定，自應理解為原住民自決概念下接受諮詢及同意或參與「權利」的一環 。

正是因為《聯合國原住民族權利宣言》中具有涉及自決權利等文字的數項規定，使得美國等國家有所疑慮，美國才沒有在宣言通過支出的第一時間，即同意該項宣言 。美國聯邦政府有疑慮的具體原因正是在於：擔心原住民會以自決權利的文字為基礎，尋求自治甚至主張獨立 。例如 Anaya 曾經提到：「對於『承認自決權作為所有民族均享有的權利』的抵抗，乃是立基於『自決權』形同一種獨立權利的誤解」 ，可作為一項合適的註腳。美國在該案的顧問也曾表示，以該項宣言第 19 條 為例，擔心前揭宣言規定會被誤讀為：「藉由在任何可能影響原住民的法律通過前，讓其享有『自由、事前及知情同意』的權利，將賦予次國族群體（sub-national groups）對於議會經民主程序的立法，享有否決權」 。

在《聯合國原住民族權利宣言》通過後，各方對於「自由、事前及知情同意」規定的討論，將問題簡化為該項宣言第 32 條第 2 款所定「諮詢」與「同意」兩項概念如何釐清的議題，並逐漸形成一項共同理解，認為並非在所有的場合下，都需要徵得原住民的同意。這項共同理解，或許是促使包括美國在內的 4 個最初拒絕同意《聯合國原住民族權利宣言》的國家，後來決定加入該項宣言的主要原因。

本文認為，為保障原住民的主體性，在原住民族關連的土地範圍內從事土地開發等行為前，課予從事開發的政府或私人「諮商」的義務，是最起碼的要求。也就是說，在前開規定下，原住民在政府或私人從事開發前，應享有「接受諮商並同意」，或「接受諮商並參與」兩種模式的權利。

問題又將進一步轉化為：如何認定主辦機關或開發單位已經踐行與原住民進行「諮商」的程序？原住民同意利用的行為，是否必須呈現為某一種特定的形式？甚至某一種特定的文件？以行政院撤銷原處分部分內容的決定來看，訴願委員似乎是認為，主辦機關或開發單位在執行系爭 BOT 案的過程中，曾經召開數次「公聽會」，則渠等與在地原住民進行諮商的「誠意」即堪可認定。然而，要怎樣才算是有進行「諮商」？到什麼程度才能算是已經「同意」？認定已經完備「諮商」、「同意」的標準何在？該由誰劃定？這些問題都是行政院訴願決定中並未明確交代、猶待處理的要項。

參照美國從反對到接受原住民「自由、事前及知情同意」的經驗，本文一來認為由於原住民「自決」的概念，容易引起當權者關於國家分裂或不穩定的疑慮，連帶使得「自由、事前及知情同意」概念的充分落實容易遭受阻力；二來則是基於「同意」的定義及其方式、內容等富有歧義性，這使得如何踐行「自由、事前及知情同意」，很自然地轉向為「最適同意形式」或「最適參與形式」的思考。也就是說，我們可以把原住民針對其涉己事務的參與形式，想像成一個連續的光譜，並且在光譜中設定若干組參與程度強弱不等的方式類型。在參與程度的弱端，就是類如美國《國家歷史保存法》及《國家環境政策法》般的參與形式，亦即單純賦予從事或主管開發事務的行政機關在開發之前進行「衝擊影響評估」的義務，強制要求行政機關先諮詢權益可能受到影響的原住民，藉此促使行政機關在從事任何涉及原住民權益的開發行為前，先行考量原住民的文化、宗教或歷史等相關利益。至於在參與程度的強端，則是賦予原住民針對涉及其自身居住、生活環境，或對於渠等文化、宗教、歷史等造成重大影響的開發行為，享有否決的權力 。在光譜的中段，則可以在細分成幾種不同的參與形式，包括強制舉行聽證程序，且必須邀集原住民參加等等。

哪些情況下，行政機關有義務在開發行為開始前，即取得原住民的完整同意呢？《聯合國原住民族權利宣言》第 10 條及第 29 條第 2 款分別規定：除非得到權益因此受到不利影響原住民的「自由、事前及知情同意」，系爭開發行為涉及到強迫搬遷，或儲存、棄置有毒廢棄物時，就必須適用強度較高的原住民參與程序 。此外，當系爭開發行為涉及在原住民土地上從事大規模挖掘活動時，國家亦負有徵得原住民完整同意的義務。畢竟，資源開採活動很可能會帶來毀滅性、不可逆的後果。此時，「自由、事前及知情同意」的重要性將特別被彰顯，因為與土地或資源有關的爭議往往具有高風險，且容易形成一方全贏、另一方全盤皆輸的零和局面 。另外也有論者認為，當開發行為直接影響原住民「使用、控制、發展其傳統領地的權利」時，單單對原住民進行「有意義的諮詢」是不足夠的，對於行政機關而言，其義務必須「升級」到徵得原住民的完整同意 ，才能確保

原住民的自決。

當然，也有學者積極地主張《聯合國原住民族權利宣言》有關「自由、事前及知情同意」的規定，富有解釋為原住民有「不同意」的空間，而非只是單純接受諮詢而已。因為若非如此，原住民將不具有與主管行政機關從事有意義談判活動的能力。畢竟徵得原住民「自由、事前及知情同意」的制度意旨，乃是在於避免讓整個開發行為的實施，成為單方意思即得以作成最終決策的情況 。唯有讓原住民針對開發行為享有同意或不同意的權利，原住民社群才能實現其財產權，才能保護其聖地，也才能維持其文化與土地間的關連 。讓原住民的利益不只是開發過程中，必須考量的因素之一，而進一步提升原住民的地位，使原住民的聲音得以成為開發行為能否續行的關鍵，才能保障原住民在整個開發決策中與行政機關或開發單位從事談判的地位 。

三、系爭 BOT 案應有的參與方式

最後，回歸到原住民族基本法第 21 條第 1 項的規定，以及該項規定具體適用於系爭 BOT 案後的評價。本文主張：邵族乃是人口稀少，且逐漸減少中的原住民，且其集居地非常集中，主要分布在南投縣魚池鄉及水里鄉一帶；其傳統文化、生活等，甚至可說就是環繞著日月潭發展而起。相對地，系爭 BOT 案即將剝奪日月潭周邊的最後一片「淨土」，對於邵族的永續發展而言，自然是十分具有殺傷力的事。倘若原住民族基本法第 21 條關於原住民涉己事項的參與方式或強度，分為「接受諮詢及同意」及「接受諮詢及參與」兩種模式，則從系爭 BOT 案為在地邵族居民所帶來的潛在負面效果觀之，自應採取比較強的原住民「接受諮詢並同意」模式，方能認為主辦機關或該發單位主辦機關或該發單位已經完善履行其義務。

可惜的是：訴願決定書在其理由欄中，竟然認為「開發單位早在環評結論公告前，即已透過召開地方說明會等方式，充分聽取當地原住民的意見」，似乎是主張系爭 BOT 案，只要由開發單位透過召開說明會的方式，就足以保障原住民「接受諮詢並同意」的權利。這種主張的問題至少有兩項：其一、開發單位並未握有公權力，其召開說明會所能傳達的內容，必定僅限於民間企業對於開發向山地區的願景，也不能提供在地邵族居民任何有意義的承諾。其二、說明會的形式往往流於主事者對於參與人民單向的意見傳遞；就算在說明會的過程中，參與人民有陳述意見的機會，該等意見陳述對於主事者而言，也沒有拘束力，更不要說人民在該等說明會中所陳述的意見，能否具體、明確傳達對於主辦機關日月潭國家風景區管理處，都在未定之天。由此可見，訴願決定書認為開發單位在環評程序前所召開的說明會，有取代在地邵族居民接受諮詢並同意或參與程序的意義，顯然有悖於規範上的要求。

肆、同意主體

首先，在「同意主體」的部分，《原住民族基本法》第 21 條第 2 項規定「應

與原住民族、部落或原住民諮商，並取得其同意」；不過，從事開發的政府或私人，到底該找誰諮商？取得誰的同意才算數？行政院的訴願決定認為，開發位址當地的伊達邵部落，始終未能召開部落會議，因此不能因為原住民未能透過部落會議同意系爭 BOT 案，而使訴願人蒙受可能遭到國家賠償求償的不利益。然而，透過「部落會議」同意開發，會產生哪些問題？又在「部落會議」以外，是否有其他同意的途徑可資採擇？

一、自決原則的觀點

自決原則的實現，並不以國家或獨立政府的存在為前提 。其重點毋寧在於要求讓人民擁有維持其自己所有的土地、資源、政府，以及決策機制與文化的基本權利 。《聯合國原住民族權利宣言》第 8 條第 2 款則規範國家對於保障原住民自決權利的義務，明定「國家為下列事項的防止與強調，有建立相關機制的義務：(a) 任何剝奪原住民作為一特殊民族群體，或其文化價值或族裔身分認同的行為；(b)任何剝奪原住民土地、領域或資源的行為；(c) 任何違反或侵害原住民權利的強迫人口遷移的行為；(d) 任何強迫原住民同化或融合的行為；(e) 任何直接促進或煽動對於原住民進行種族或族裔歧視的宣傳行為」 。

以前開規範為背景，學者認為：自決「乃是原住民在面對有權力的多數或菁英階級的利益時，減少其『曝險性』（vulnerability），並提升以其原住民社群及其成員的獨特利益回應政府能力的工具」 。另外，從多元文化主義者的相關學說以觀，雖然許多多元文化主義者支持賦予少數種族或族裔群體集體性權利，讓包括原住民在內的少數種族或族裔群體能夠享有自決。然而，相關理論討論的重點，也僅止於分析哪些類型（文化性或社會性）的少數群體，具有主張集體性權利的適格而已。具體地說，原住民具有異於社會中多數群體的、獨特的文化身分認同

由以上理論出發，到底要由哪些人，或具有何等條件的主體，才有行使參與或同意權利的能力？自然應該站在原住民的立場上，合理地從寬認定，才足以回應作為「自由、事前及知情同意」原則基礎的自決權利。

二、同意或參與主體誰屬的可能性思考

行政院在系爭 BOT 案環評決議的訴願決定書中所撤銷的，是關於「行政院原住民族委員會就本案已符合原住民族基本法第 21 條規定所出具之公函」的負擔。不過，《原住民族基本法》第 21 條第 1 項則是規定，政府或私人於原住民土地或部落及其周邊從事土地開發等行為者，應諮商並取得「原住民族或部落」同意或參與。問題顯然在於：到底誰才有同意或參與的權利？如果只看《原住民族基本法》前揭規定，系爭 BOT 案的環評結論中要求交通部觀光局日月潭國家風景區或是開發單位提出「行政院原住民族委員會就本案已符合原住民族基本法第 21 條規定所出具之公函」，是否代表由「原住民主管機關」出具公函，具有替代原住民族或部落同意的效力？另外，地方政府是否可以代表原住民族或部落同意？如果主管機關均不適於代表同意，那麼要如何認定開發行為等涉及原住民權益的事項，已經經過「原住民族」或「部落」的同意？「部落會議」的同意，或許是

一項解決問題的好對策，但是「部落會議」的召開，在現行法制底下，又面臨著哪些困難？

由主管機關「代表」原住民族或部落同意的可能性，至少容有兩端。首先，原住民主管機關是第一項可能的選擇。目前，在中央政府層級，設有「原住民族委員會」，依《原住民族委員會組織法》第 1 條規定，該委員會的設置目的，是為了「統合原住民族政策，保障原住民族權益，辦理原住民族業務」等；又同法第 2 條第 6 款則明定「原住民族委員會」掌理「原住民族土地、海域、自然資源及傳統生物多樣性知識之調查、規劃、協調、保護、利用、管理，原住民族傳統領域之研究、調查、諮商、規劃、協調、公告、權益回復及糾紛處理」。雖然，系爭 BOT 案的環評結論要求同意或擬定開發相關計畫的政府或私人，「行政院原住民族委員會就本案已符合原住民族基本法第 21 條規定所出具之公函」，未必表示原住民族委員會有權就開發行為代表原住民族或部落同意；但是即便有此意思，制度上恐怕也不適合由主導政策規劃及擔當部會間協調工作的「原住民族委員會」，成為原住民族或部落的法定代理機關。更何況，萬一《原住民族基本法》第 21 條第 1 項所定「土地開發、資源利用、生態保育及學術研究」等事項，涉及兩個以上原住民族的權益，甚至彼此之間權益有互相衝突的情況時，原住民族委員會顯然不能勝任代表其中任一原住民族從事《原住民族基本法》第 21 條第 1 項的「同意」。

另外一項可能的選擇，則是由地方自治團體代表原住民族或部落行使同意權。依地方制度法的規定，直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市）都是地方自治團體公法人，分別掌有教育文化、環境衛生、營建、交通及觀光、公共安全等類別的自治事項；再加上許多原住民群居地區，與地方自治團體間有高度的重疊性，原住民族委員會所歸納出的國內「原鄉地區」，也是以鄉（鎮、市）及直轄市轄下的「區」作為基本單位。那麼，當土地開發等行為涉及原住民權益時，上述「原鄉地區」從其自治事項出發，代表其轄下原住民族或部落行使同意權，似乎也是順理成章的結果。

不過，由地方自治團體代表原住民族或部落行使同意權，也會有「包含過廣」或「包含不足」的問題。首先，在同一個地方自治團體管轄範圍區域內，通常不是只有單一的種族或族裔群體，往往除了同一原住民族之外，還有漢人等其他民族的存在。以系爭 BOT 案開發行為所在地的南投縣魚池鄉為例，該鄉轄下共有魚池、東池、大林、東光、共和、新城、大雁、五城、中明、水社、日月、頭社、武登等 13 村，且住民大部份操閩南語，小部份客家語，僅在日月潭有近百戶邵族原住民 。如果由最小的地方自治團體「魚池鄉」代表邵族原住民行使同意權，其正當性是否充足？顯有疑問。另外，向山觀光旅館的預定地，是在魚池鄉的水社村。假設由水社村代表邵族原住民對於開發行為行使同意權，仍然會有代表正當性的危機 。一方面水社村並不是只有邵族存在，甚至邵族居民的比率也未必佔多數；另一方面邵族的分布地點除了水社村以外，魚池鄉轄下其他村落，像是鄰近水社村的日月村、頭社村等，也都可見邵族原住民的足跡。也就是說，單單

由水社村代表邵族原住民對於土地開發等行為行使同意權，恐怕也未盡公允。將這樣的結構放大，由最小單元的地方自治團體「鄉（鎮、市）」代表原住民行使同意權，必定也會有類似的問題。整體來說，地方自治團體利益，與個別原住民族利益彼此之間的不一致，是由地方自治團體代表原住民行使同意權的最大困難所在。如果把原住民的自治、自決權限侷限在行政區劃底下思考，勢必會造成原住民自治的能量因此被分散。論者也提到：「原住民族自治單位與鄉（鎮、市）被等同起來，罔顧部落或族群之治理權力其實跨越了地方自治之邊界」 。

如果透過行政機關，不論是原住民主管機關或者是地方自治團體，都不適於代表原住民行使同意權，那麼，我們就必須進一步思考設計新型態代表機制的可能性。《原住民族基本法》第 21 條第 1 項的規定，是否有意將「原住民族」及「部落」並列為兩種接受諮詢及同意或參與的主體，其原因難資稽考，但無論答案是否為肯定，基於釐定同意或參與主體的目的，界定「原住民族」或「部落」的範圍，都是極為困難的事情。

換句話說，雖然《原住民族基本法》第 2 條第 4 款針對「部落」已有定義性規定，亦即部落「係指原住民於原住民族地區一定區域內，依其傳統規範共同生活結合而成之團體，經中央原住民族主管機關核定者」。同法第 21 條第 4 項授權訂定的《諮商取得原住民族部落同意參與辦法》第 4 條亦已明定：「本法第 21 條所稱原住民族或部落同意，指過半數關係部落依本辦法召開部落會議議決通過；所稱原住民族或部落參與，指過半數關係部落依本辦法召開部落會議議決通過之參與機制」。然而，前開「部落」的定義以及「關係部落」的規定，對於該法第 21 條所定「原住民族或部落」作為同意或參與主體在適用上所面臨的難處，所提供的助益仍然有限。畢竟，依據《諮商取得原住民族部落同意參與辦法》第 8 條第 1 項第 3 款規定，部落成員認定基準是由部落以部落章程的方式進行規範，然而如何界定「部落」或「關係部落」的範圍？

以系爭 BOT 案為例，有權利接受諮詢並同意或參與的邵族人，是否以實際居住、生活於向山一帶的人為限？抑或居住在日月潭周邊的邵族人均有此項權利？經查，目前經原住民族委員會核定的邵族部落，僅有位於「日月村」的伊達邵（Itathao）部落，該部落人口不到 300 人 。但相對的，2014 年 9 月的數據顯示，全體邵族人口總計約 752 人 。固然，位於日月村的伊達邵部落積極申請主管機關核定其部落資格獲准的行為，代表了該部落參與涉己事務的積極程度；然而，如果系爭 BOT 案從事土地開發的地點，是邵族的傳統領域，對於邵族人的文化身分認同具有無可取代的重要性，則居住在日月潭鄰近地點的其他邵族人，未申請核定為「部落」表示其意見，背後可能有什麼原因？甚且，伊達邵部落以外的其他邵族人，即便沒有組成部落，制度上是否適宜完全排除其接受諮詢並同意或參與的機會？由於邵族人口不多，且分布地點相對集中，多在南投縣魚池鄉或水里鄉生活，解決前揭問題的方式也相對單純。然而，倘若是發生在人口數較多，且人口分布較為分散的原住民族，釐定有權接受諮詢並同意或參與主體的範圍，所受挑戰勢必就會加倍。

三、部落會議的潛在問題

從前開敘述可以得知，目前法制上似乎是希望透過「部落會議」機制的建立，以「部落會議」的決議事項，作為「原住民族或部落」接受諮詢並同意或參與的方式。甫於 2015 年 12 月 16 日公布施行的《原住民族基本法》第 2 條之 1，甚且進一步課予部落設置部落會議的義務。該條第 1 項規定：「為促進原住民族部落健全自主發展，部落應設部落會議。部落經中央原住民族主管機關核定者，為公法人」。

透過部落會議的召開與進行，凝聚原住民族人對於涉己事項的共識，理論上應該是原住民自決的實踐。然而，既然是原住民自決的一環，理論上到底要透過何等方式、在何等條件下才能以部落的意思，對於土地開發等行為發表諮詢意見、作成同意與否或各種參與形式的意思表示，自然應該透過各該原住民族自己的傳統慣習為之，才能真正體現原住民的主體性。可惜的是，原住民族委員會，似乎從來沒有深刻考慮到：每個原住民族或部落處理公眾事務的方式未必相同。一來，強制要求原住民組成「部落」，並申請主管機關「核定」，以取得公法人資格，再進一步於辦理同意事項的政府機關或私人，依《諮商取得原住民族部落同意參與辦法》第 13 條第 1 項等規定申請召集部落會議時，就原住民族基本法第 21 條第 1 項所定「土地開發、資源利用、生態保育及學術研究」等行為表達參與意思，涉及「強迫表意」的問題，不無疑義。二來，整套部落會議制度所顯現的，也並未充分尊重原住民自身處理其涉己事項的方式，而是在漢人的視角下，透過國家法律的規定，將原住民的意見表達匯入漢人本位的政治及行政程序體系中。雖然規範「部落會議」主要內容、甫於 2016 年 1 月始發布施行的《諮商取得原住民族部落同意參與辦法》，還沒有什麼施行經驗，不過從該辦法相關條文，以及從原住民族委員會官方網站所列的「部落會議實施相關範例」中可以發現，國家法律是想透過一項「套裝」形式的部落會議實踐模式，俾使原住民的意見表達與土地開發等必須踐行的行政程序能夠無縫接軌，而這項套裝模式中，無處不呈現著漢人本位的思考脈絡。例如《諮商取得原住民族部落同意參與辦法》第 23 條第 1 項本文規定：「部落每年至少召開 2 次部落會議」，以及前述第 13 條第 1 項規定從事土地開發等行為的政府或私人，得向所在地之鄉（鎮、市、區）公所申請召集部落會議等規定，明顯將部落會議或原住民當作解決問題的「手段」，而非「主體」。甚至部落不願召開部落會議時，前揭辦法第 15 條復規定：於「關係部落之部落會議主席自收受同意事項之通知，逾 2 個月未召集部落會議時，申請人得申請「關係部落所在地之鄉（鎮、市、區）公所」、「直轄市、縣（市）政府」，或「中央原住民族主管機關」代行召集。試想：倘若原住民是基於切身利益，依循自己民族或部落的慣習處理問題，為何需要強制部落每年至少召開 2 次部落會議？甚且還要應開發行為主體的需求召集部落會議？不召集部落會議時，還能由各級行政機關代行召集？更不要說開發行為主體請求召集部落會議，並非直接以「部落」作為對口，而是向國家法律下的行政機關「鄉（鎮、市、區）公所」提出申請，更是無視「部落」的主體性：「部落」依據原住民族基本法第 2 條之 1

第 1 項規定，都可能具有「公法人」資格了，但在法規上，卻仍然形同行政機關的下級，必須依法、銜命開會。

另外，從部落會議相關重要文書的公開場所，仍得在地方自治機關或單位為之一事，也可以看出名為部落會議雖以「部落」為名，實際上仍是行政機關的附庸。例如公開於《諮商取得原住民族部落同意參與辦法》第 6 條第 2 項的序文明定：「發起人應於第一次部落會議召集前 15 日，以載明下列事項之書面通知部落成員，並公布於村（里）辦公處、部落公布欄及其他適當場所」；第 10 條第 3 項亦規定：「部落幹部所為公共事項之決定，應載明於書面並署名後，公布於村（里）辦公處、部落公布欄及其他適當場所……」；第 13 條第 3 項規定：「同意事項所在地之鄉（鎮、市、區）公所，應以載明同意事項之書面通知轄內之關係部落，並將受通知之關係部落名稱，於村（里）辦公處、部落公布欄及其他適當場所，公布 30 日」；第 17 條第 2 項序文規定：「關係部落所在地之鄉（鎮、市、區）公所應於部落會議召集前 10 日，將下列文件置於村（里）辦公處、部落公布欄及其他適當場所，供公眾閱覽、複印」。前開規定雖然將「部落公布欄及其他適當處所」，與「村（里）辦公處」或「鄉（鎮、市、區）公所」等並列，但事關原住民部落內公眾意見的形成，如果真的尊重原住民的自決權利，為何部落會議通知、公共事項之決定等文書的公開方式，不能給予原住民更高程度的自主性？特別是在「部落公布欄及其他適當處所」認定不易的情況下，實務上前開文件是否已完成公開程序？可想而知必定會傾向於以其是否已公告於「村（里）辦公處」或「鄉（鎮、市、區）公所」為斷。凡此種種，均說明了現行有關「部落會議」的法制，實際上仍然是將原住民置於行政機關的「監護」之下，是漢人本位思考下的鳥籠民主。

伍、參與時機或（及）同意內容

再其次，在「參與時機或（及）同意內容」的部分：早在 2004 年時，日月潭國家風景區管理處日月潭環潭西側土地進行地目變更，為在該等土地上興建旅館預作準備。到了 2009 年時，該管理處乃以促進日月潭觀光發展及提昇國際級服務水準等為名，透過 BOT 方式招商，並由來自香港寶聲集團所投資的新聲投資有限公司取得最優申請人資格，並與該管理處簽約，著手執行日月潭向山觀光旅館開發計畫。不過，遲至 2012 年時，才有環評委員「忽然」想起《原住民族基本法》第 21 條的規定，認為興建旅館的預定地既屬邵族傳統領域，應經邵族原住民同意後，始能從事開發。邵族原住民作為接受諮詢並同意或參與權利的主體，或無疑問，但究竟從整個計畫的哪一個時間點開始，主辦機關或開發單位就負有讓邵族原住民行使其同意權的義務呢？

一、在地邵族居民的資訊取得

被撤銷的系爭 BOT 案環評決議，其實是對該案土地開發的行為「附負擔通過」的行政處分，其所附負擔就是「取得……原住民族委員會就本案已符合原住

民族基本法第 21 條規定所出具之公函」。甫於 2016 年 1 月發布施行的《諮商取得原住民族部落同意參與辦法》所列附件第 1 點第 6 款業已明定:「觀光（休閒）飯店及旅（賓）館之興建或擴建」屬於原住民族基本法第 21 條第 1 項所定「土地開發」行為之一。因此，興建或擴建飯店而涉及應踐行環評程序者，即必須讓原住民有行使其「自由、事前及知情同意」的權利。令人好奇的是：只要在環評程序終結前，讓邵族原住民有「補正」其意見的機會，環評結論的適法性就不再有疑慮了嗎？抑或在日月潭國家風景區管理處決定以 BOT 方式辦理招商時，甚至在該處決定在旅館興建預定地進行地目變更時，就必須徵求在地原住民的參與？這也涉及到，在地原住民同意的具體內容應該包括什麼？除了前述《諮商取得原住民族部落同意參與辦法》的相關規定以外，《原住民族基本法》第 21 條第 1 項所定「土地開發」的要件，射程範圍到底有多廣？

從對於系爭 BOT 案的研究資料可以看出，在地邵族居民對於其參與時機及同意或參與內容，普遍感到不滿。有論者仔細翻找了歷次的環評會議紀錄，提到：「在開發案進行程序中，也可以看到開發廠商取得『開發』的門票後，幾乎就主導整個開發程序，在地居民只能被動配合。例如第 1 次環評初審會議，完全沒有通知邵族人參與。第 1 次會議之後，族人才知道有旅館開發案即將要進行，並到場表示意見。……若從環評初審會議（總共 5 次）之紀錄來看，第 1 次、第 4 次、第 5 次會議，都沒有邵族人參加，只有第 2 次邵族毛隆昌先生曾出具書面意見，第 3 次有邵族人實際到場。……」 。

不管原住民是以何種方式參與程序，原住民的參與必須是建立在原住民對於開發行為所涉及的相關風險充分知情的前提之上，其參與才具有最基本的意義。在涉及原住民權益的開發行為上，僅課予主管機關「諮詢」原住民的義務，不容易營造原住民的有意義參與，因為單純「諮詢」也同時意味著不要求原住民參與的「質」與「量」。接受主管機關的諮詢，並表示意見的原住民，固然表示其特別關注容有受損之虞的切身利益，但沒有接受諮詢、表示意見的原住民，很可能表示其對於整體開發行為根本不知情，或知情的程度根本就不充分，因而降低了其表示意見的意願。也就是說，一個只要求主管機關考量原住民的權益、並進而諮詢原住民意見的程序，其制度設計上本來就不是那麼強調須使權益有受損之虞者的充分「知情」，這也相應地使得那些理應充分知情，實際上卻並非如此的潛在受影響原住民，喪失了確認其權益所受影響程度的機會 。

既然「自由、事前及知情同意」等三項行使同意權的要素中，「知情」是其中最重要的一項；那麼，我們應該可以合理地推論，原住民參與開發程序的時間點，即與如何「知情」息息相關。原住民對於涉及其自身權益的開發行為，能夠掌握到越充足的資訊，才越能從事較有意義的參與。從「補助原則」（The Subsidiarity Principle）的角度來說，權力與責任應下放到有執行能力的最基層政府 ，因此，到底應該以什麼方式提供資訊給權益潛在受影響的當地住民，原則上應由最基層的政府進行認定。

二、著重於環評程序的侷限性

系爭開發案究竟能否通過，幾乎完全繫於環境影響評估的結論。這固然是基於環境影響評估法第 14 條第 1 項規定:「目的事業主管機關於環境影響說明書未經完成審查或評估書未經認可前，不得為開發行為之許可，其經許可者，無效」，使環境影響評估結論實質上成為「開發許可」；不過，環境影響評估程序的程序能量，是否能夠充分承載包括原住民文化、生活、土地利用權益等多元面向的價值？並不是全然沒有疑問 。

環境影響評估法第 4 條第 2 款前段規定，針對「環境影響評估」設有「指開發行為或政府政策對環境包括生活環境、自然環境、社會環境及經濟、文化、生態等可能影響之程度及範圍，事前以科學、客觀、綜合之調查、預測、分析及評定，提出環境管理計畫，並公開說明及審查」的定義。雖然「環境影響評估」的定義範圍看起來包羅廣泛，不單只是生活、自然環境面向，連社會環境，乃至於開發行為對於經濟、文化的衝擊等，都是環評程序可以著墨的重點。然而，再怎麼說環評程序的評估標的，都是「開發行為」本身；而在具體「開發行為」開始之前，行政機關就已經開始著手一連串抽象的都市計畫或區域計畫相關擬定、變更工作。以系爭 BOT 案為例，開發行為所在地的向山一帶，是「電力事業用地」；為了興建觀光旅館，日月潭國家風景區管理處在 2004 年時便成功地變更了都市計畫。其後，該管理處再依《促進民間參與公共建設法》相關規定招商，並在 2009 年與仲成飯店公司完成 BOT 契約的簽約。

整體來說，系爭 BOT 案在進入環評程序之前，至少還經歷了都市計畫變更的審議程序及 BOT 的甄審程序。在都市計畫變更的階段，決定是否變更都市計畫及其相應的土地使用方式的變更等，對於在地邵族居民的生活模式勢必會造成一些衝擊，對渠等要屬權利的重大影響。司法院釋字第 156 號解釋即肯定都市計畫變更對於相關區域內人民權益的影響性，而在解釋理由書中提到:「…….主管機關變更都市計畫，係公法上之單方行政行為，如直接限制一定區域內人民之權利、利益或增加其負擔，即具有行政處分之性質，其因而致使特定人或可得確定之多數人之權益遭受不當或違法之損害者，依照訴願法第 1 條、第 2 條第 1 項及行政訴訟法第 1 條之規定，自應許其提起訴願或行政訴訟，以資救濟。始符憲法保障人民訴願權或行政訴訟權之本旨。此項都市計畫之個別變更，與都市計畫之擬定、發布及擬定計畫機關依規定五年定期通盤檢討所作必要之變更（都市計畫法第 26 條參照），並非直接限制一定區域內人民之權益或增加其負擔者，有所不同。……」。有論者研究指出：市地重劃除了逐步侵奪了邵族原住民原有的土地 以外，也衝擊了原住民的聚落及其傳統祭典儀式：傳統上邵族人的家屋乃是背山、面向日月潭興建，每家的門口前方也都留有一塊空地，是傳統祭儀中重要的空間，稱為「門口埕」。然而，市地重劃以後，土地空間安排完全被打散，依照商業區、住宅區、兒童遊戲區等地目進行利用安排，邵族人的家屋，也被迫轉成面對街道、背對背的形式。在這樣的改變下，原本祭祀活動的嚴肅空間，就必須在其他漢人鄰居或觀光客皆可隨時走動的馬路上，破壞了祭祀空間的神聖與禁制性 。徵諸

司法院釋字第 156 號解釋，在地邵族居民對於都市計畫變更的相關程序，自有參與的利益，要無可疑。

系爭 BOT 案的甄審程序，同樣也影響到在地邵族居民的權利。由《促進民間參與公共建設法》第 43 條的規定可以看出：參與公共建設的申請人在提出申請時，除了資格文件以外，還必須備妥「相關土地使用計畫、興建計畫、營運計畫」等資料。土地如何被使用、申請人擬定以何種方式、多久期程來興建公共建設，以及興建完成後，申請人擬定的營業模式，乃置於整個計畫中民間與政府的角色分配或協力關係等，在在都攸關在地居民的生存與發展。基此，在地邵族居民除了參與系爭 BOT 案的環評程序以外，針對都市計畫變更的程序、系爭 BOT 案的甄審程序等，當然也應該要有一定的參與甚至同意權利才是。

參照《促進民間參與公共建設法》第 14 條第 1 項與第 2 項規定：「公共建設所需用地涉及都市計畫變更者，主辦機關應協調都市計畫主管機關依都市計畫法第 27 條規定辦理迅行變更；涉及非都市土地使用變更者，主辦機關應協調區域計畫主管機關依區域計畫法令辦理變更」;「前項屬重大公共建設案件所需用地，依法應辦理環境影響評估、實施水土保持之處理與維護者，應依都市計畫法令及區域計畫法令，辦理平行、聯席或併行審查」；我們可以看出，一個土地開發行為所涉及的相關計畫中，都市計畫或區域都市計畫或區域計畫的變更、促進民間參與建設法所規定的用地取得乃至於甄審程序，以及環境影響評估程序等，可說是一系列有機的發展，彼此環環相扣，對於在地居民而言，重要性可說是無分軒輊。從這個角度來看，在地邵族居民接受諮詢並同意或參與的權利，沒有理由認為只有在環評程序開始之後才浮現;從日月潭國家風景區管理處開始計畫都市計畫及土地使用分區管制的變更,開始設想日月潭需要有多少的觀光飯店等整體國土開發議題的階段開始，就應時時使在地邵族居民保持「知情」的狀態，才能符合《原住民族基本法》第 21 條第 1 項及《聯合國原住民權利宣言》第 32 條第 2 款的規範上要求。更何況，都市計畫的變更，會影響到 BOT 案用地取得及其計畫框架；BOT 案的甄審結果，也當然與申請人從事土地開發行為的規模及強度等因素有所連動。倘若認為只有在進入環境影響評估程序後， 在地居民才有接受諮詢並同意或參與的權利,不啻為將該等權利框定在促進民間參與公共建設法的甄審事件或都市計畫變更結果的範圍內。這種解釋態度，與尊重原住民接受諮詢並同意或參與權利的基礎，是來自於原住民自決權利的結果，恰巧背道而馳。

假定《原住民族基本法》第 21 條第 1 項關於原住民就涉己事項所享有的接受諮詢並同意或參與的權利，只有在進入環評階段後才能行使，將會使環評程序的負荷超載。原先應該透過都市或區域計畫變更程序或促進民間參與建設法的甄審等相關程序處理的都市或區域計畫議題、土地分區管制議題，乃至於 BOT 等政府民間協力模式正當性或可行性等議題，都將被迫轉入環境影響評估程序。可是，環評委員的專業來源再多元、程序再嚴謹，是否可充分涵容這些不同面向、不同層次的議題？令人懷疑。觀察許多針對環評結論提起行政訴訟的個案，雖然是以環評主管機關作為被告，但其救濟意旨，幾乎都是針對主導或核定土地開發

行為的行政機關。例如自 2003 年開始，耗時近 10 年始告完成的天花湖水庫興建案的環評結論，經苗栗縣公館鄉公所於訴願遭駁回後，向臺北高等行政法院提起撤銷訴訟。在高等行政法院的審理程序中，原告的主張重心之一即在於：參加人（主導水庫興建的經濟部水利署）並未充分告知該鄉鄉民在苗栗縣境內興建第 6 個水庫的理由之上 。純從訴訟法觀點論，在訴訟程序中，將攻擊目標放在參加人身上固然不智，但這也突顯出原告的無奈：原告或苗栗縣公館鄉鄉民開始有機會瞭解並反對水庫興建案時，已經進入環評程序，導致鄉民們在未能完全卸除對於「離槽水庫」興建工法對於環境潛在危害的情況下，只能在環評程序及其後所衍生的行政救濟程序中，繼續找機會要求經濟部水利署負起其資訊提供等義務。

經濟部水利署在天花湖水庫中所扮演的角色，與日月潭國家風景區管理處在系爭 BOT 案中所扮演者，竟然有若干相像之處。在地邵族居民在環評程序及其後的行政救濟程序中所遭遇的挫折，有部分也可以說是來自於日月潭國家風景區管理處在計畫開發向山之初，沒有適切發揮其政策說服的功能。根據媒體的報導：邵族民族議會、邵族文化協會以及邵族族群委員會在系爭 BOT 案的環評會後，發表了「日管處要為邵族抵制向山 BOT 案負最大責任」聲明，聲明稿指出：「此案討論之初，因日管處未依據《原住民族基本法》與邵族溝通，逕行通過、招商，簽約後也不聞不問，將責任推給開發單位，未善盡其做為主辦方與法律規範之職責」 ，正印證了本文的想法。系爭 BOT 案土地開發地點所在的向山，長期以來乃是台電公司填堆廢土的所在地，然而，在該等開發地點從「電力事業用地」變更為觀光旅館用途時，在地邵族居民居然沒有任何表示意見的機會，好讓其祖墳有機會依其族人的意志更為妥善地維護。嗣後在進入促進民間參與公共建設法的甄審階段時，在地邵族居民也不曾有機會表示對其傳統領域將成為觀光旅館的看法。特別是：在觀光資源幾乎能以被剝削利用來形容的日月潭周邊，以 BOT 的形式，讓民間業者取得甄審資格，從事觀光旅館的開發，其必要性與正當性何在？

更令人感到遺憾的是：在日月潭國家風景區管理處及相關機關對於在地邵族居民於都市計畫變更及 BOT 用地取得與甄審等程序參與不足未見反省的情況下，環保署及行政院不但不思索讓在地邵族居民的「自由、事前及知情同意」權利儘可能在環評程序中獲得滿足，反而盡其所能地為前揭原住民權利的行使設下種種障礙。就如同前面已經提過的，早在原住民族基本法公布施行未滿一年之際，「邵族民族議會」就已經成立了 。即便其組成方式未必充分滿足原住民族基本法關於「部落會議」的要求，但重點在於邵族原住民已經建立起自己的決策模式，並且願意以這項決策模式對外發聲，主管機關何德何能對抗邵族原住民的自決權利，質疑民族議會的代表性？另外，行政院訴願決定撤銷系爭 BOT 案為環評結論通過所附加的條件，理由乃是在於當原住民族委員會劃定各原住民族傳統領域之前，系爭 BOT 案的開發土地是否位於「原住民族傳統領域」，尚非無疑。然而，行政機關認定各原住民族傳統領域在程序上的稽延，何以能反過來作為原住民族主張自己傳統領域存在的理由？當邵族民族議會站出來主張權利時，就代表邵族原住民已主張向山一帶是其傳統領域所在範圍之內。如果在地邵族居民接受諮詢並同

意或參與的權利，是源自於自決原則，行政院又何以有權輕描淡寫地拒斥在地邵族居民的主張？

陸、關連法制整備：代結論

回顧系爭 BOT 案及行政院撤銷環評部分結論的訴願決定，我們可以發現行政院及環保署等相關機關，在適用原住民族基本法第 21 條第 1 項的規定時，並沒有從原住民自決權利的主體地位，思考包括同意或參與「方式」、「主體」及「時機」等問題。在參與方式部分，徵諸系爭 BOT 案對於在地邵族居民權利的深刻影響，自然應該讓邵族原住民有實質參與相關決策的機會。縱然從現行法上，難以推論出原住民對於系爭 BOT 案享有否決權利，但是透過解釋，讓原住民能夠參與於包括環評在內的各項程序，並使原住民於行政程序中所表示的意見，產生拘束最終行政決策的效果，或許是值得考慮的方向。在參與主體部分，現行法制固然有將原住民行使其接受諮詢並同意或參與的權利「定式化」的想法，俾使行政機關在判斷原住民是否已經充分表述其意見，並已清楚表達其對於土地開發行為等應同意事項的立場。然而我們不能忘記的是：行使接受諮詢並同意或參與權利的主體，還是原住民自身，倘若原住民已有其自己的決策方式與組織，例如邵族民族議會，則行政機關原則上即應予以高度尊重，不應輕易作成組織不合法的認定。至於在「參與時機」部分，為了尊重原住民的主體性，行政機關不應刻意延滯原住民決策所需必要資訊的提供，且應時時注意資訊的完整性與即時性，才能使原住民作成「事前」及「知情」的同意。

最後，行政院撤銷系爭 BOT 案環評結論的訴願決定，象徵著政府執行《原住民族基本法》第 21 條第 1 項等規定的失能。本文認為，《原住民族基本法》第 21 條的落實，除了釐清前述執法細節外，更重要的是回歸民主原則的初心，整備關連法制。從「權利」的觀點出發，光有《原住民族基本法》第 21 條第 2 項諮詢原住民及原住民同意的規定，對於在地原住民的保障絕對是不足夠的；問題在於，前述諮詢及同意的規定，應放在何等脈絡下予以理解。行政院的訴願決定只著眼於原住民的諮詢與同意，是否屬於、是否已成就作成環評結論的必要條件，顯然過度窄化了原住民行使參與權利的問題。另從制度上來說，《環境影響評估法》僅以「公聽會」的規格，試圖涵納各相關機關、專家、學者、團體及當地居民的意見，也不足以充分保障原住民的參與權利。甚且，我們不應過度高估環境影響評估程序的能量。以系爭 BOT 案為例，原住民權利的充分保障，必須以其能自由參與環評前的各類相關程序，包括都市計畫變更、促進民間參與公共建設法的用地取得或甄審等程序，才有實現其參與權利的機會。

回到《行政程序法》來看，該法第 107 條對於進行聽證程序的門檻設定得太高，毋寧是放任行政機關漠視人民在行政程序的主體性，也使得聽證制度始終未能在臺灣生根與實踐；且行政院始終漠視行政程序法第 164 條第 2 項的授權，遲未訂定「計畫確定程序」或「計畫裁決聽證」的法規命令，也使得人民想要制度

性地參與整個行政計畫的空間遭到壓縮。從另外一個角度來說，即便本文認為邵族原住民在整個開發過程中受到了極大的委屈、集體同意權受到了刻意的忽視，但我們不能否認的是：本案所涉及到的，乃是公權力主體（日月潭管理處）、邵族原住民，以及開發單位（飯店經營業者）之間的三面法律關係 。在這個架構底下，透過制度的設計，讓包括開發單位在內、利益受到影響的各方，有機會在同個程序中充分表達立場，再由主管機關作成最終能拘束各方的決定。整體來說，系爭 BOT 案所呈現的問題可說是：在地原住民權利的保障，單憑《原住民族基本法》第 21 條第 1 項規定尚不充分，立法及行政機關尚須盡力使聽證程序進一步周延化，才能體現民主原則的要求。

參考文獻

S. James Anaya, Indigenous Peoples in International Law (2d ed. 2004).

Stuart R Butzier & Sarah M Stevenson, Indigenous Peoples' Rights to Sacred Sites and Traditional Cultural Properties and the Role of Consultation and Free, Prior and Informed Consent, 32 No. 3 J. Energy & Nat. Resources L. 297 (2014).

Joji Cariño, Indigenous Peoples' Right to Free, Prior, Informed Consent: Reflections on Concepts and Practice, 22 Ariz. J. Int'l & Comp. L. 19 (2005).

Neus Torbisco Casals, Group Rights as Human Rights: A Liberal Approach to Multiculturalism (2006).

Annie Decker, Preemption Conflation: Dividing the Local from the State in Congressional Decision Making, 30 Yale L. & Pol'y Rev. 321 (2012).

David L. Deisley & Lloyd K. Lipsett, Free, Prior, and Informed Consent: Observations on "Operationalizing" Human Rights for Indigenous Peoples, 2013 No. 2 RMMLF-INST Paper No. 2A (2013).

Nicholas A. Fromherz, From Consultation to Consent: Community Approval as a Prerequisite to Environmentally Significant Projects, 116 W. Va. L. Rev. 109 (2013).

Lorie M. Graham, Reparations, Self-Determination, and the Seventh Generation, 21 Harv. Hum. Rts. J. 47 (2008).

Duncan Ivison, Paul Patton, and Will Sanders (eds.), Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples (2007)

Upasana Khatri, Indigenous People's Right to Free, Prior, and Informed Consent in the Context of State-Sponsored Development: The New Standard Set by Sarayaku v. Ecuador and Its Potential to Delegitimate the Belo Monte Dam, 29

Am. U. Int'l L. Rev. 165 (2013).
Akilah Jenga Kinnison, Indigenous Consent: Rethinking U.S. Consultation Policies in Light of the U.N. Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 53 Ariz. L. Rev. 1301 (2011).
Will Kymlicka, Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights (1995).
Will Kymlicka, Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism, and Citizenship (2001).
Fergus MacKay, Indigenous Peoples' Right to Free, Prior and Informed Consent and the World Bank's Extractive Industries Review, 4:2 Sustainable Dev. L. & Pol'y 43 (2004)
Brant McGee, The Community Referendum: Participatory Democracy and the Right to Free, Prior, and Informed Consent to Development, 27 Berkeley J. Int'l L. 570 (2009).
Anne Debevoise Ostby, Will Foreign Investors Regulate Indigenous Peoples' Right to Self-Determination?, 21 Wis. Int'l L.J. 223 (2003).
Sarah Palmer, Cherie Shanteau and Deborah Osborne, Strategies for Addressing Native Traditional Cultural Properties, 20 Nat. Resources & Env't 45 (2005).
Tara Ward, The Right to Free, Prior, and Informed Consent: Indigenous Peoples' Participation Rights within International Law, 10 Nw. J. Int'l Hum. Rts. 54 (2011).
Sandra B. Zellmer, Sustaining Geographies of Hope: Cultural Resources on Public Lands, 73 U. Colo. L. Rev. 413 (2002).
王泰升（2013），〈在法學與國家法中看見原住民族法律〉，《政大法學評論》，134 期，頁 1-46。
杜文苓（2012），〈環評制度中的專家會議—被框架的專家理性〉，《臺灣民主季刊》，9 卷 3 期，頁 119-155。
李明竣（1998），〈原住民與自治權〉，收於：麗依京・尤瑪編，《台灣原住民、民族權、人權學術研討會論文集》，臺北：臺北市政府原民會。
沈世祐（2015），《落空的權利—從法律多重製圖觀點看日月潭邵族原住民族土地同意權的實踐》，國立政治大學法律科際整合研究所碩士論文（未出版），臺北。
林文玲（2013），〈疆域走出來：原住民傳統領域之身體行動論述〉，《台灣社會研究季刊》，91 期，頁 33-92。
林柏年（2005），《台灣原住民族權利法制研究－批判種族理論觀點》，國立東華大學民族發展研究所碩士論文（未出版），花蓮。
林淑雅（2000），《第一民族—台灣原住民族運動的憲法意義》，臺北：前衛出版社。

官大偉（2011），〈國土計劃、原住民族自治與原住民族土地權之落實〉，《台灣原住民族研究學報》，1 卷 3 期，頁 123-143。
施正鋒（2005），《台灣原住民族政治與政策》。台中：新新台灣文化教育基金會。
施正鋒（2008），〈原住民族權利的保障〉，《原住民族人權》，頁 69-96。花蓮：東華大學原住民民族學院。
高德義（2009），〈發展中的原住民族權—國際組織、國際法與原住民族〉，《解構與重構—原住民族人權與自治》，頁 31-66。花蓮：東華大學原住民民族學院。
陳舜伶（2002），《原住民族運動中「權利法制化」進路的困局—兼論建構中的台灣原住民族自治》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文（未出版），臺北。
雅柏甦詠・博伊哲努（2013），〈還我土地觀點下的原住民族土地政策〉，《台灣原住民族研究學報》，3 卷 3 期，頁 67-98。
黃居正（2009），憲法解釋與原住民族權利，收於：廖福特主編，《憲法解釋之理論與實務》第六輯，頁 429-465。臺北：新學林。
黃居正（2014），〈奇多克告瑞典案—原住民的自決權〉，《台灣法學雜誌》，252 期，頁 79-88。
黃居正、邱盈翠（2015），台灣原住民族集體同意權之規範與實踐，臺灣民主季刊，12 卷 3 期，頁 43-82。
黃雅鴻（2012），〈原住民傳統領域權？國家的領域權傳統？：一場對話的啟示〉，《文化研究月報》，132 期，頁 69-87。
詹順貴（2013），日月潭向山觀光旅館 BOT 案有條件通過的疑點，獨立蒼茫（詹順貴律師個人部落格），http://thomas0126.blogspot.tw/2013/09/bot.html（最後瀏覽日：2016 年 01 月 28 日）。
廖本全（2014），〈歧視與暴力下的土地掠奪：台灣環境正義與人權的凝視〉，《台灣人權學刊》，2 卷 4 期，頁 137-150。
S. James Anaya 著、蔡志偉譯（2010），《國際法中的原住民族》。臺北：行政院原住民族委員會。
蔡志偉（2011），〈從客體到主體：台灣原住民族法制與權利發展〉，《臺大法學論叢》，40 卷特刊，頁 1499-1550。
蕭惠中（2012），〈新自由主義下原住民族土地的發展地景：一個新夥伴關係的初探〉，《文化研究雙月報》，132 期，頁 44-68。

會議實錄

主持人鍾興華副主委：

我們也特別謝謝司儀，那我們進入今天下午的第一場。這一次主要的題目是要談到原住民族基本法第 21 條以及原住民族徵詢同意機制，我想這個是很重要的議題，不管事部落也或者是其他行政部門機關，對於第 21 條的解釋跟執行方式都有很多不太了解的地方，所以我們它列為這次在土地議題裡面作為一個討論。那我們也特別高興邀請到幾位發言人還有與談人，那我先做一個介紹。

第一個要發表的發言人是賴宇松賴教授，賴教授是國立東華大學財經法律研究所，他是生態環境的專業學者。與談人是闕銘富、闕法官我們也特別謝謝法官在百忙之中還抽空討論。第二個題目發表人是來自我們部落的哈勇諾幹，我們謝謝他！他是泰雅族南澳青年的聯盟，他的碩士論文也是寫一些有關原住民的經濟應用的問題，也是非常優秀的部落青年，我們特別謝謝哈勇。謝孟羽、謝秘書，他是社團法人台灣蠻野心足生態協會的秘書長。第三個題目發表人是涂予尹、涂教授，涂教授是淡江大學公共系，我們也特別謝謝他能夠做已經好幾年的議題，有關日月潭的開發案來做一個報告，那與談人我們特別謝謝張振乾、張處長，我們也要特別謝謝他，他本身是日月潭國家風景區管理處的處長。

我們現在先請第一位發表人賴教授的報告。

與談人闕銘富法官評論：

主持人、鍾副主委、發表人，老朋友、謝秘書及各位諸先進，午安！很榮幸應邀參加這個盛會擔任與談人的角色，首先我必須要報告的是做字面的探討不是我的專長，不過原住民族傳統習慣的規範是我一向關注的事項，今天受邀參加這個研討會的與談，應該會對於個人就原住民族傳統習慣的規範有更深層的收穫。

本人參與這個單元的主題是：原住民族基本法第 21 條及原住民族徵詢同意機制。我的了解，雖然賴教授是從新國土計畫法治相關法令問題之觸犯的侵犯切入，但是我相信他的核心是在探討原住民族特定區的劃定及相關問題。各位先生的手上應該有今天發表人的論文，因為時間的關係沒辦法一一的重複做介紹，包括剛剛賴教授在報告的時候相信大家都在細細的看，這份論文其實很詳細、寫得非常的好，十分敬佩！

賴教授這篇文章首先點出全國土地劃法的實施，各界都相當的期待，所以我相信才有今天這個盛會。坦白講也相當的疑慮，在我拜讀了以後，其實我的疑慮也不少，尤其站在行政法院法官的角度，我發現這些問題如果不好好的解決，會是我們很頭痛的問題，我們要面對的。可能我自己的看法，今天這個盛會，原住民族的同胞可能疑慮相對於期待來的更多。換句話說，國土計畫的實施對於已經生活在相關土地上的原住民的同胞來說，是否會反而增加更多的限制？原住民族的權益如何受到照顧是很重要的關注議題。

賴教授的論文分成好幾個層次，剛剛也都報告過，時間的關係剛剛無法一一的報告，相信在這麼短的時間大家也沒辦法一一的消化，那回去好好的看。不過會議最主要的還是把重點點出來，其實國土計畫法裡頭跟原住民族最重要的聯繫就是在「原住民族基本法」第 21 條。第 21 條「原住民族基本法」上字，但是只有德國，只有德國的憲法叫做「基本法」。我跟賴教授都是留日的，在日本用到基本法這個字眼要非常的謹慎，在台灣用到基本法並不等於德國的憲法，但我們國內除了「原住民族基本法」以外還有其他法律也用什麼什麼基本法作為法律的名稱，所以說今天要探討的重點，國土計畫法跟「原住民族基本法」到底是什麼關係，這真的是非常重要的徵點。那關於基本法怎麼定性，賴教授也參考了很多日本學者的高見，這裡頭將它區分，有所謂的擬定型，也就是選定型，選好了、宣告這個基本原則的時候便施以政策性、對策性、改革推進性。那我們國內的學界這個基本法的設置，因為到目前為止沒有涉及違反基本法怎麼樣的政策，還回到法院來，還在協進探討的一個階段。那麼國內所有公共事務基本法到底哪一個基本法是哪一個類型？探討還是不夠，不果我從賴教授這邊的補充發現我們最關心的還是在「原住民族基本法」，逢甲大學的一位教授對這個議題非常的關心，有一番高見，他認為「原住民族基本法」應該具有準憲法的地位，當然誰說在相同領域就不能有不同的意見，也有人認為是屬於普通法，跟一般的法律地位是相當的，也有人認為是高位階法，所謂的高位階法的定義我不太了解，因為普通法的相對是特別法，特別法就是在這塊領域優先於普通法，就優先使用。不過，我個人的看法：如果你要把「原住民族基本法」定位為準憲法的地位，如果我是立法者，我就不會在國土計畫法裡頭的詳細條文，10 條二項、23 條、36 條，再來重申如果侵犯原住民就依照「原住民族基本法」21 條，你看看我們所有的法律會不會說如果怎麼樣就違反憲法第幾條的規定就如何？沒有。所有的法律都是位於憲法底下當然要遵守，那何必再規勸？

那大家看看手頭上「原住民族基本法」第 21 條，法條非常的重要。第一項：政府或私人於原住民族土地或部落及其周邊一定範圍內之公有土地從事土地開發、資源利用、生態保育及學術研究，應諮商並取得原住民族或部落同意或參與，原住民得分享相關利益。第二項：政府或法令限制原住民族利用前項土地及自然資源時，應與原住民族、部落或原住民諮商，並取得其同意；受限制所生之損失，應由該主管機關寬列預算補償之。你看「原住民族基本法」最重要的是什麼？就是土地。那國土計劃最重要的是什麼？國土復育計劃也好，都是土地，只是管的範圍比較小。那如果說「原住民族基本法」是準憲法的話，那何必要國土計畫來重申呢？本來就必須要遵守嘛！所以我覺得這一塊我們要把「原住民族基本法」定位準憲法的地位，必須要跟國內現存的其他準憲法好好的來做一個好好的來做一個探討，來做一系列的分析，以及我們也要進一步探討，為什麼國土計畫法裡頭相關的法條還要再重申所以政府在立法決策上就有探討的空間，但是我個人今天不敢在這邊下一個很明確的定義，因為所有的法院都會轉到我們這邊來尤其我們最高法院法官有五個人，單單跟我一個人講沒有用，所以不敢很草率的報告，

但是我可以提出這是一個很大的問題，真的要保障就是要再規範，在這一塊。另外我個人相信：「有權力一定要有救濟，沒有救濟就不是權力。」所以說今天這個國土計畫法訂了多少、原住民族基本法第 21 條訂了多少，如果你標榜的這些權力發生糾紛的時候，沒有辦法得到救濟的話，這個權力都是空談。所以我們在落實國土計劃也好、在落實「原住民族基本法」也好，這些相關的權力應該取得怎麼樣相對的救濟這一塊是非常的重要。再來我們看上方的條文：因諮商或取得原住民或原住民族部落的同意，如果沒有取得同意的話怎麼辦？是不是不生效益？我們看行政法的總則行政程序法第 140 條的規定：當你定訂行政契約涉及到他人權益的時候，第三機關參與的時候應該得到同意，沒有同意的話則「不生效益」。不生效益，打訴訟的時候，法官就當作不存。如果是無效，你就確認行政處分無效，如果是不合法就要撤銷訴訟。所以在訴訟這一塊，你要主張權利的話要非常的細膩、非常的細緻，只要你主張錯的話有時候門檻就游不過去了，所以很重要。

再來，我們「原住民族部落或原住民的同意」，到底是主觀訴訟還是客觀訴訟？所謂主觀訴訟就是說一定要侵害到你個人的權益的時候，你才能主張。如果今天是鍾副主委的權力受到侵害，我站出來，No way!我們討論到原住民族，No way.即使它是我的老公，No way.這叫主觀訴訟。「原住民族基本法」要落實的相關法律如果受損的話到底是主觀訴訟還是客觀訴訟？客觀訴訟依據行政訴訟法的規定，一定要有法律的明文才可以進行訴訟，所以這一塊要落實很重要，而且我剛剛有略過，到底起初的原告是誰？原住民族凡事經過部落的同意、或者是部落，或者是直接受到侵害的原住民？都不清楚。當事人不是我的話，這個訴訟也沒辦法打起來，第一關就被擋退了，所以說我認為預計要救濟的很完整、有效的救濟的話，還真正是個權力。法條訂的文字多多無法落實的話其實都是空談，而且是找司法的麻煩。因為我拜讀了賴教授的文章以後，我還是講法治院我自己也不熟悉，我就點出救濟的相關規定才能夠落實。

與談人謝孟羽律師評論：

謝謝哈勇主任的報告，其實我跟哈勇很熟，那我一開始進入這個圈子是做土地這個案子，後來是跟礦有關的案子，那剛好哈勇他們族那邊有非常多的礦，有關於宜蘭那一帶礦的問題，那礦是位在原住民族的一個領域，基本是在花蓮，占百分之 40，宜蘭占了百分之 27 快 30，所以宜蘭跟花蓮加起來有百分之 70，台灣百分之 70 的礦都在宜蘭跟花蓮，那就是都在原住民的保留地或是傳統領域上，也是因為這樣子跟哈勇還有族人認識，在他的帶領之下進到泰雅族去看，那見到原住民的確就是像他講的那個情況，實際上部落的情況跟我們原基法裡面的部落好像有點落差，剛才哈勇主任也提出了一些解決的方法。後來我仔細看了以後，這個諮商辦法裡面其實第四條有一個「關係部落」，可以透過關係部落的方式把這樣的東西拉進來、一起做討論。我們在解釋關係部落的時候或許我們可以擴大它的解釋，把這些可能受到影響，不管是傳統領域、或者這不是你的傳統領域可是位在那個地方，那我們把它拉進來，才能一起做討論。當這種涉及多數部落的

時候，第四條是說：得到過半數部落同意就通過，但是這會有個弔詭的情況就是：可能 A 部落的人數比較多，甚至多很多，但是我其他部落的人數比較少。譬如說三個好了，一個 A 部落人數最多，B.C 部落人數不多，可是 B.C 部落迴響沒那麼大，所以我同意了，但是人最多的、影響最大的，居然是被相對排除掉的，第四條會有這樣的情況。雖然在第 21 條我們有說可以「得聯合召集」，但是「得」就不是一定，聯合召集部落然後一次帶他來所有人都可以一起投票，這樣或許某種程度上可以解決一些事情，可是你無法去阻止某種系統就是個別去部落而已，那怎麼辦？那法院所講的「超部落組織」也可以從 21 條找到一個解決的途徑，所以如果在不修法的前提下，或許 21 條跟第 14 條可以幫哈勇主任剛剛的研究做一點點的檢討，但誠如剛剛所說的，14 條會有那樣的問題。

那我們回到原基法 21 條來看，他的架構就是誰在什麼地方、做了什麼事情、需要獲得誰的同意？基本是切成這四個方向，「誰」做了什麼事情？「誰」就是政府或私人，在「什麼地方」？在原住民族土地以及部落周邊一定範圍的公有土地。那原基法說的其實也有人有不同的見解──可能要包含私有土地。那另外也有一個問題是照理說傳統領域應該要在原住民土地的一個範疇，根據勞基法的定義。但是在過去並不是這樣。我要是沒記錯的話，譬如待會涂教授要講的，可是行政院好像當作沒有這回事，因為它沒有依法公告，我印象中是這個樣子，那可能等一下涂教授會講。

那做什麼事的部分，前面裡面講了很多。接下來要得到誰的同意？那就是部落跟原住民族。那剛才我們賴教授也有講，我們的諮商辦法跟原住民族基本法第 21 條對照下來，少了原住民或原住民族，只剩下部落。是不是因應部落或法人之下所做的一個修法，然後這個部分就沒有注意到？這個我不知道，但是有這樣的一個問題存在。那另外一個更重要的其實是：它跟其他法律的關係是什麼？尤其剛剛我們闕法官一直提到的，現在這個辦法來、還有「原住民族基本法」第 21 條，還有依照這個出來的個資法，你跟其他法令的關係是什麼？

譬如就以「礦業法」來講好了，你要採礦你要先拿到採礦權、再得到礦業用地的核定，核定之前你可能要進行環評、要經過水保，通過了之後才能得到礦業用地的核定，得到礦業用地的核定以後取得土地運用的權限，才可以進行採礦，它的流程是這樣的。那請問一下我們原住民族的同意什麼時候決裁？這是一個值得思考的問題。

又是 21 條所討論的問題，那你們可能會覺得再早一點，可能一開始的時候就進場，在礦業權一開始要核定的當下，我們就讓原住民族進來同意，那這樣的好處是如果不同意，後面的程序可以不用耗費這麼多的成本，但也有人說等到後面都決定了你再讓原住民族做最後的決定，因為當我要跟原住民族溝通，我要跟他說我要在這個地方怎麼做會有什麼影響，如果不到最後面我怎麼知道最後的形狀長什麼樣子，但是如果這時候他不同意，你覺得業者會不會跳腳？現在環評快則一兩天，慢的話三年五年都有，那這時候怎麼辦？我覺得這也是要去思考的。

我本身有在關注礦的議題，我們剛剛講的都是新設的礦權，可是台灣目前其

實新設的很少，每年可能不到一個，但是問題就是礦，那些就是中華民國還沒過來台灣就存在的礦，一直到中華民國來了，到現在四十年、五十年、六十年，譬如講花蓮的礦，它可能存在了六十幾年，像這種礦場它要展現它要延期的時候，我要不要同意，這只是在礦業區沒有變動，我就只是單純地送送文件過去，礦權就可以展現，那這時候要不要原住民族同意？我個人認為是要啦，那如果是涉及到老礦場可是我的礦業用地有變更，我又要跑環評又要跑水保，那我又應該什麼時候進去同意？重點是「礦業法」不清楚，第 31 條有說當這些老礦場要展現要延期，我如果是因為 27 條被劃成保護區或是被法律禁止，我不能再繼續展延我的礦場的話，那麼劃設的機關就要補償，那假設未來部落否決了這個礦場，那我們要不要賠？是部落給還是原民會給，還是不需要給？我覺得這都是值得去思考跟探討的問題，但我覺得是不用啦，因為你否決了你也不公平，那些法條寫的都是主管機關，部落又不是主管機關，決定的是部落也不是原民會，那原民會跟部落都不需要，這個制度是為了尊重原住民族土地權利的自由的擁有，從這個角度去看我覺得不需要補償。

那像法官在意的是整個權利的救濟，像我們律師就是要想辦法替當事人提告，能不能告這次我就很在乎嘛，那其實我們念法律的最在乎的就是這個東西下去的法律效果是什麼，這個行為的法律效果是什麼會決定你可不可以提告，這都有差別，剛剛法官講了很多的不同意的效力是什麼，就像環評一樣，當然無效，完全否決，後面要提的通通無效，或是它其他效益是什麼不一定，或者是我沒有諮商我就同意，有瑕疵還是怎麼樣。未來假設我同意，22 條有說如果同意是用行政處分做成的話，要當作付款，如果是用行政契約要用契約條件之類的，那如果我不履行，部落可不可以去告？可不可以撤銷？在辦法裡面沒有交代，我覺得這個地方連同剛剛法官講的，一整個作業要有配套思考，否則這個權利是一個空洞。

那最後一個是程序保障，通常一個國家對程序保障有分事前事中事後，事後就是訴訟的部分，事前就是資訊的公告，事中的話就是參與，不過我們第 15 條有一個申請人可以在兩個月內不用經過部落同意經過鄉公所去召開，而兩個月的期間我覺得是滿短的，兩個月就可以召開部落會議，那前面的諮商程序呢，兩個月真的能讓部落去形成一個共識跟討論嗎，我覺得這個期間是不夠充分討論的，關於這個期間可以再去商量一下，以上謝謝。

與談人張振乾處長評論：

謝謝涂教授還有各位貴賓大家午安好，我想我們涂教授的一個論文報告非常豐富，我想我針對今天的議題扼要做一個探討，那我想這個飯店的過程其實是非常冗長，從 93 年開始我們就開始推動，那在過程中相關的法規逐漸有規範，但是我想就管理處的一個立場，我想取得的部分是以現行法令。第一個我們回歸現況的部分，我們比較困惑的，因為有些法律的規定以一個地方來規範它，那很可惜到現在，從立法來講，雖然我們邵族的鄉親一直覺得日月潭周邊都是他的，但是照目前來講，林保地應該是沒有問題，我想是私有土地，但是公有地的傳統領

域，界定範圍在哪裡，變成我們很困擾。在這個議題部分，那他們也提示過有任何的權利部分，應該以法律來公告，我想在目前的狀況，在這塊土地上的一個使用，在土地使用的管制部分，都是屬於企劃範圍內，那我們也依都市計畫法的一個程序，可以來做一個更高深的使用。所以在土地的應用與變更，我們就忽略掉到底有沒有適用林基法的這個部份，那在環評的過程中，就是依照國定法爭取原民會的意見，在最後環評的內容，有一個但書，要取得原民會的同意，那我們訴願的一個目的是爭取，因為我們管理處不是開發主體，開發主體是重型公司，那這個規範應該是由公司來取得、獲得同意才比較合理，我們是監督的地位，取得的話在角色上面有點奇怪。這是提出訴願最主要的目的在，未來的發展我們是依照行政高等法院的判決來做後續的動作，但是我相信我們管理處是夾在中間的，不管怎麼辦我們大概都為難，我們是依照國家政策在推動，這是目前的一個程序狀況，對我們來講是受惠很大，在檢討之下我們希望其實它已經是一個人潮很多過度開發的風景區，那大家都很期盼增加公共價值的效益，但在立法上又屬於邵族部落，在周邊發展我們也迫切希望有一定範圍的界定，跟傳統領域的界定。

第二個誠如教授所講的，我想參與的時機期盼越早越好，不然行政機關真的很難做，我想政策要推依法要去執行，所以我們期盼法律更加周延，相信會有很多的行政機關在開發政策的部分能比較有依據可以執行。

最後我想誠如教授的結論裡面所提到，立法及行政機關，如果進一步周延化，我想大家都是位政府為國家來做事，希望能推動得順暢，原住民地區的發展都是一定要尊重部落的意見，在法律制定面上能夠更周延，時間點能夠規範得更早，包括國土計畫法都市計畫法都去明確規定時機點，不然拖到最後，環評的時候，投資者因為從 98 年簽約到現在，什麼都沒動，沒有任何開發，對地區的發展也是一種浪費，那我想簡單的一個報告，謝謝。

主題三

原住民保留地及原住民族傳統領域現況衝突

主持人：杜張梅莊 處長，原住民族委員會土地管理處

原住民保留地使用爭議事項之探討

發表人：林秋綿 副教授 國立臺北大學不動產與城鄉環境學系

與談人：楊坤樵 法官 司法院行政訴訟及懲戒廳

原住民保留地之實然與應然—相關實務見解分析

發表人：吳秦雯 副教授 國立政治大學法律學系

與談人：張升星 法官 臺中高等行政法院

從土地爭議案例與空間計畫法制變革看原住民族土地主權的實踐進路

發表人：吳勁毅 博士後研究員 東台灣人文與環境研究及社會實踐中心

與談人：張登文 副處長 太魯閣國家公園管理處

原住民保留地使用爭議事項之探討

林秋綿[1]

國立臺北大學不動產與城鄉環境學系副教授

摘 要

台灣地區的「原住民保留地」淵源已久，甚至遠自清代即有番地之設置，日治時代亦設置有準要存置林野地。光復以後，政府為保障原住民之生計，推行原住民行政，亦保留了 24 萬多公頃作為原住民保留地。後因原住民人口增加，原來分配給原住民使用的耕地（農地及林地），已經不夠維持基本的生活，原住民有增加土地面積的需求，以發展原住民族經濟，所以陸續辦理增編原住民保留地，增編的土地面積有一萬七千公頃左右，全國原住民保留地約 26 萬 1,482 公頃。但在保留地形成的過程中，非原住民常因不同的原因，在不同的時期陸續進入保留地開墾，因此，保留地的使用常有爭議產生。

在社會經濟政治等結構變遷下，原住民保留地問題大致可分為以下幾個面向：

（一） 大都屬邊際土地，土地利用受限

（二） 開發及保育不能兼顧

（三） 土地權屬爭議

（四） 違規轉租轉售問題

保留地經各不同時期的統治手段，演變為現今之面貌，此一土地變遷的過程，對原住民，乃至生存在全台灣的人民，皆關係甚鉅。早期政府為了山地之開發，允許非原住民租用保留地從事經營活動，在這樣的背景下，保留地上所謂的原漢衝突，便時有所聞。因此，本文擬由過去的歷史，分析各時期政府不同的政策手段，及民間對土地使用不同的型態等雙重作用下，原住民土地範圍如何演變，及其所衍生的問題。

[1] lincm@gm.ntpu.edu.tw

壹、前言

台灣地區的「原住民保留地」淵源已久，甚至遠自清代即有番地之設置，日據時代亦設置有準要存置林野地。光復以後，政府為保障原住民之生計，推行原住民行政，亦保留了 24 萬多公頃作為原住民保留地。後因原住民人口增加，原來分配給原住民使用的耕地（農地及林地），已經不夠維持基本的生活，原住民有增加土地面積的需求，以發展原住民族經濟，所以陸續辦理增編原住民保留地，增編的土地面積有一萬七千公頃左右。但在保留地形成的過程中，非原住民常因不同的原因，在不同的時期陸續進入保留地開墾，因此，保留地的使用常有爭議產生。本文透過歷史文獻回顧、法令檢討及個案訪查，對原住民保留地使用爭議問題進行回顧及探討，並提出對原住民保留地使用發展的看法。

貳、原住民保留地的沿革及現況

台灣地區「原住民保留地」淵源已久，清朝時期為防移民與原住民衝突，清政府早期限制移民入墾，以立碑、立界方式來規範漢人生活區域，嚴禁漢人超越其區域(詹素娟，1986：26)，主要係採探隔離主義。雖然法令上，漢人只能在番界外無人的土地內開墾耕種，而不准侵犯部落的土地，然而漢人侵墾原住民土地的情形仍未斷絕(詹素娟，1986：206-207)。

而目前保留地的制定肇始於日日治時代，其劃設目的，一方面限制漢人進入保留地，以免侵擾原住民生活；另一方面則阻絕原住民的擴散流動，以方便管理。從 1910 年起的「五年討伐計劃」，日人對山區林產資源日益重視，除了使警察管控範圍深入各山區，並積極調查山林資源。特設林政負責機構，並配合爭伐補給之戰略需要而迭次更張，事權分歧。這些分歧之管理體系甚至遺留到今日，種下日後有關原住民土地問題及紛爭不斷的遠因。台灣山區資源就在這種「山林國有化」的政策下，納入日方「官有林野」的範圍內(詹金維，2006)。日本政府為能確切掌握原住民土地的領域，於 1925 年建立「十五年繼續事 業」的土地調查，在調查之前，當時原住民族的活動區域約有一百六十六萬公頃。調查完畢之後，於 1928 年制定森林事業規程，依土地性質的不同將土地區 分為三類：「要存置林野(約 109 萬 4 千公頃)」、「準要存置林野(約 20 萬公頃)」，以及「不要存置林野(約 7 萬 7 千公頃)」。其中「準要存置林野」又稱「番人所要地」或「高砂族保留地」，即是作為原住民族生活、活動的場域，亦即今日原 住民保留地的前身(李慈敏，1991)。林瓊華(1997： 177-178)提到保留地規劃是在五萬分之一比例的地形圖上作業，並未與原住民進行溝通或協調，而是官方片面決定，也未考慮原住民輪耕特性，許多休耕土地被劃在區外，因此保留地實施之後，出現原住民越界開墾之現象。根據森林計畫事業所採行的區分調查，平均每一原住民所須保留耕作地為 1.8 公頃，然而未實地調查，區內難免有些不能農耕土地，導致實際耕作面積僅 1 公頃，突顯保留地規劃不能切合實際需要的問題。保留地制度

是日本政府方便管理原住民、確立土地權利關係與開拓資源，但是卻因此導致原住民族使用的土地由日治初期的 166.57 萬公頃縮小為 253,748 公頃，剝奪了原住民大部分的生活空間，破壞原住民社會土地共有產權制(李慈敏，1991：25-29；李承嘉等，1999：16，林瓊華，1997： 183-184)。

台灣光復之後，政府在保留地劃設範圍上，多沿用日據時期所劃定的界線；政府接收日據時期官有林野地，並登記為國有。為改善原住民生活，將部分交通不便、地力不厚之山地保留地，與地況較佳之國有林事業地(要存置林野)交換使用。1947 年將國有林事業地土地訂定名稱為「山地保留地」，1990 年時，把「山地保留地」 改稱「山胞保留地」，1994 年為配合憲法修改，把「山胞保留地」改為「原住民保留地」。 在政策上亦未有太多的更張，基本上仍維持土所有權為國有而土地使用權歸原住民，而即保留地的劃設目的，仍以便利山地行政及照顧原住民生計為主軸。(林秋綿等，2011：9-10)。

原住民族深感發展空間有限，分別於 1988、1989 年及 1993 年，先後發動 3 次「還我土地運動」，要求政府增劃編原住民保留地。政府為解決原住民使用地不足，增加原住民保留地土地資源，於 1989 年訂定「原住民使用原住民保留地以外公有土地增編為原住民保留地會勘處理原則」，規定原住民於 1988 年 2 月 1 日前繼續使用其祖先遺留之土地，迄申請當時仍使用者，皆可向轄區鄉(鎮、市)公所申請，經公有土地管理機關同意後，即可增編為原住民保留地。另依 1989 之「台灣省山胞原居住使用公有土地劃編山胞保留地要點」處理原住民居住用地問題，凡原住民原居住使用公有土地者，由鄉(鎮、市)公所勘查、審查並經公有土地管理機關同意，即劃編為原住民保留地，以供原住民居住之用。目前全國約 26 萬 1482 公頃的原住民保留地。

現今原住民保留地分佈在宜蘭縣、新北市、桃園市、新竹縣、苗栗縣、台中市、南投縣、嘉義縣、高雄市、屏東縣、台東縣、花蓮縣 12 個縣市內的 30 個山地鄉及 25 個平地原住民鄉鎮區域內。土地位置多在河流上游及中游兩側與國有林班地或原野地接鄰，標高自 100 公尺至 2000 公尺不等，大部份仍集中於 400 至 1200 公尺之山坡 地，約佔臺灣地區總面積 7%。

參、原住民保留地相關法令

對於原住民土地使用之相關規範，雖在原住民族基本法訂有相關之規範，但現今仍以「原住民保留地開發管理辦法」做為主要規範依據。而隨著保育意識抬頭，政府對環境敏感地區或資源保育亦訂有相關法令，而這些法令規範地區與原住民保留地多有重疊，亦對原住民保留地利用產生影響，另新近立院剛通過的國土計畫法對原住民土地也有相關專門條文之規定，以下分別探討。

一、原住民保留地開發管理辦法

對於原住民土地使用之相關規範，現今仍以「原住民保留地開發管理辦法」 (以下簡稱原民地辦法)做為主要規範依據。有鑑於原住民事務主管機關轉移為行政

院原住民族委員會，而相關法令條文亦隨著時代之變遷須做修改，原民地辦法於2000、2001、2003、2007 年陸續經過四次的修法，現行原住民保留地的主要規範說明如下：

(一) 保留地意義及劃設目的

依據原民地辦法第 3 條:「本辦法所稱原住民保留地，指為保障原住民生計，推行原住民行政所保留之原有山地保留地及經規定劃編，增編供原住民使用之保留地。」由條文內容得知保留地共有兩種，一為原有的山地保留地，另一為後來劃編、增編供原住民使用之保留地。而保留地的劃設目的，主要為保障原住民之生計，同時亦可便於原住民行政之推行。早期原住民保留地劃編標準，多以限制平地人進入地區，即甲、乙種山地管制區為劃編山地保留地範圍。而參照政府近年來之公有土地增編原住民保留地處理原則及公有土地劃編原住民保留地要點的 內容所示，近來政府增編、劃編原住民保留地，多以遷就原住民現居地做為保留地劃編標準。這種劃編方式雖然在行政上較為便利，然而此種劃編方式是否能符合原住民之文化傳統習性，似乎仍有疑慮。

此外，依林瓊華(1997:176)之研究指出，現有台灣原住民保留地多沿用日據時代所規劃之地區為主，然而當初舊制所規劃的原住民保留地乃為箝制原住民參與農業活動，藉此掠奪保留地以外之山林資源而設，且保留地所處之區位與規劃面積更與原住民實際所需擁有相當大的落差。

(二)權利取得與限制

山坡地保育利用條例第 37 條之規定:「山坡地範圍內山地保留地，輔導原住民開發並取得耕作權、地上權或承租權。其耕作權、地上權繼續經營滿五年者，無償取得土地所有權，除政府指定之特定用途外，如有移轉，以原住民為限；其開發管理辦法，由行政院定之。」上述條文確立了原住民保留地由原住民持有、使用的精神，而原住民保留地開發管理辦法亦承襲此一精神做了相關規定。

1. 輔導原住民取得的權利

依原民地辦法之規定，原住民可取得之權利包括耕作權、地上權、承租權、無償使用權及所有權等五類，而條文中關於取得保留地所有權的相關規定係採「個人所有權制」，將保留地所有權屬分為國有與私有保留地(陳獻明，1997:22)。

然而上述制度或許並不符合原住民之所需，因為原住民早在漢人或日本人到達台灣之前即有自身的土地使用方式，雖然原住民之文化中並非沒有土地所有權的觀念，但大多數原住民族之土地多採土地共有制為主，顯見「個人所有權制」之規範雖然保障原住民得以行使自身土地的相關權利，然而上述規範並未因此賦予原住民在土地使用上的便利性。且因原住民族多把耕地、狩獵地視為部族共有資產，因而上述規範將使原住民於土地上狩獵、農耕的行為受到限制，致使原住民無法藉著先前所慣用的耕作、狩獵方式維生，反而徒增原住民在生活方式上的困擾。

此外，正因原住民族對土地持有之觀念上的差異，上述個人所有權制的土地持有方式亦促使許多漢人藉由各種方式(如以設立抵押權之方式)取得原住民土地之所有權，導致以往原住民在不了解個人所有權制的相關規範下因此喪失自身的土地，可見個人所有權制雖為漢民族所習以為常的土地持有觀念，然而此一制度在套用到原住民所有土地的過程中，卻無形對原住民之原有生活方式及傳統文化產生衝擊，並因而產生原住民與漢人於土地持有上的諸多衝突。

2. 權利移轉之限制

原住民取得原住民保留地之耕作權、地上權、承租權或無償使用權，除繼承或贈與於得為繼承之原住民、原受配戶內之原住民或三親等內之原住民外，不得轉讓或出租(原民地辦法第 15 條)，而取得保留地所有權後，除政府指定之特定 用途外，其移轉之承受人以原住民為限(原民地辦法第 18 條)。

從上述規定，可知原住民保留地之移轉對象乃以原住民為限，顯見其立法用意在於不使原住民保留地因此落入非原住民之手。然而，正由於此項限制，一般公民營銀行多因原住民償債能力不佳而不願提供貸款，且原住民多因保留地之區位限制而謀生困難，在此情形下原住民仍然只能仰賴漢人之資金與技術以供生活所需，甚至因此飽受漢人的掌控(顏愛靜，1997：109)，致使保留地違規轉租或轉讓的現象更形嚴重。依顏愛靜於 2000 年之統計資料顯示，平地人實際使用之保留地中，即有 52.86%之比例為非法違規使用的土地。此外， 依原民地辦法第 20 條第 2 項之規定：「原住民有違法轉讓、轉租原住民保留地者， 不得申請受配。」由上述內容可知多數原住民保留地因法規限制而有明顯的轉讓、轉租情形，因此現行對於原住民保留地權利移轉之相關限制無非使原住民的生活陷入更大的困境，進而使原住民無法藉由自身土地來維持生計，此亦違背了原民地辦法之立法美意。

3. 平地人使用之例外規定

原民地辦法第 28 條規定指出：「非原住民在本辦法施行前已租用原住民保留地繼續自耕或自用者，得繼續承租。非原住民在山地鄉(鎮、市、區)內設有戶籍者，得租用該鄉(鎮、市、區)內依法得為建築使用之原住民保留地做為自住房屋基地，其面積戶不得超過 0.03 公頃。」， 此項規定為平地人開放了一條進入原住民保留地的合法途徑，配合著上述原住民違法轉租、轉讓的現象，可見原住民保留地已非為原住民所擁有，而保留地由原住民所有的精神亦失去意義。

(三)原住民保留地之撥用

原民地辦法第 23 條規定：「政府因公共造產或指定之特定用途需用公有原住民保留地時，得由需地機關擬訂用地計畫，申請該管鄉（鎮、市、區）公所提經原住民保留地土地權利審查委員會擬具審查意見並報請上級主管機關核定後，辦理撥用。但公共造產用地，以轄有原住民保留地之鄉（鎮、市、區）公所需用者為限；農業試驗實習用地，以農業試驗實習機關或學校需用者為限。」例如谷關

警光山莊使用土地為原住民保留地，面積大約992坪，係向和平區公所無償租用，為期管用合一，經縣府同意有償撥用。[2]

(四)保留地的開發及租用

原民地辦法第 24 條規定：「為促進原住民保留地礦業、土石、觀光遊憩、加油站、農產品集貨場倉儲設施之興建、工業資源之開發、原住民文化保存或社會福利事業之興辦，在不妨礙國土保安、環境資源保育、原住民生計及原住民行政之原則下，優先輔導原住民開發或興辦。

原住民為前項開發或興辦，申請租用原住民保留地時，應檢具開發或興辦計畫圖說，申請該管鄉（鎮、市、區）公所提經原住民保留地土地權利審查委員會審查通過，層報中央主管機關核准，並俟取得目的事業主管機關核准開發或興辦文件後，租用原住民保留地；每一租期不得超過九年，期滿後得依原規定程序申請續租。」例如桃園市復興區之桃源仙谷遊樂區即依此規定租用國有之原住民保留地 200 筆約 134 公頃，另私有之原住民保留地約 21 餘公頃，共計 163 公頃。[3]然此開發計畫係由一股份有限公司提出，不屬原住民興辦，亦屬為非原住民使用原住民保留地之情形。

二、與保留地使用、開發、管理產生競合之法令

保留地的開發管理，雖以「原住民保留地開發管理辦法」為主要依據，但此一辦法並非規範保留地開發、管理及使用的唯一規定，其他影響保留地使用的相關法令尚包括：土地法、山坡地保育利用條例、農業發展條例、區域計畫法、建築法、森林法、國有財產法、非都市土地使用管制規則、自來水法、水土保持法、國家公園法、野生動物保育法及文化資產保存法等。其中大部分的法令係為一般通案的規定，非直接攸關保留地的使用限制，故在此不一一列舉說明。本部份僅探討依法設立或劃定的其他使用分區與原住民保留地範圍重疊競合，對保留地的使用有直接影響者。

隨著國際間保育意識的高漲，台灣近年來紛紛成立多處國家公園、野生動物保護區及生態保護區。然而這些保護區之設立地點大多與原住民保留地的劃設位置產生重疊，因此在劃設區位之各種土地使用的法律規範上即產生了競合的問題。茲分別說明如下：

1. 特定水土保持區

依水土保持法第 19 條劃定之土地，包括水庫集水區、主要河川集水區、海岸、湖泊沿岸、水道兩岸、沙丘地、沙灘及由主管機關視實際需要情形指定之其他地區等。其區內禁止任何開發行為，但攸關水資源之重大建設、不涉及一定規模以上之地貌改變及經環境影響評估審查通過之自然遊憩區，經中央主管機關核定者，不在此限。(水土保持法第 19 條)

[2]臺中市政府警察局全球資訊網
http://www.police.taichung.gov.tw/TCPBWeb/wSite/ct?xItem=39825&ctNode=500&mp=pda
[3]變更桃源仙谷遊樂區興辦事業計畫（第 1 次）案計畫書
http://admin.taiwan.net.tw/upload/contentFile/auser/n/amu_reg_mod/amu_reg_mod_2_2.pdf

依據上述法令規定，當保留地一旦被劃定為特定水土保持區時，原住民即無法在其土地從事建築房舍、農耕、漁牧、採集、砍乏林木及喪葬使用等各種行為，此舉致使位於水土保持區之原住民在土地的使用上遭受了極大的限制。

2. 國家公園

依國家公園法第 6、7 條之標準選定及劃設的地區，尚可細分為一般管制區、遊憩區、史蹟保存區、特別景觀區及生態保護區等(國家公園法第 12 條)。依國家公園法第 13 條所示，上述地區內將禁止下列行為：(1)焚燬草木或引火整地；(2)狩獵動物或捕捉魚類；(3)汙染水質或空氣；(4)採折花木；(5)於樹木、岩石及標示牌加刻文字或圖形；(6)任意拋棄果皮、紙屑或其他汙物；(7)將車輛開進規定以外之地區；(8)其他經國家公園主管機關禁止之行為。而對於國家公園之開發方式(國家公園法第 13 條)，則以列舉的方式，經由國家公園管理處之許可，方可為之(國家公園法第 14-17 條)。換言之，保留地居民於列舉範圍外的行為將一律禁止之。

3. 水質水量保護區(水源保護區)

依自來水法於 2002 年修訂公布後之第 11 條內文規定，自來水事業除依水利法之規定向水利主管機關申請辦理外，得視事實需要，申請主管機關會商有關機關，劃定公布水質水量保護區，禁止一切將會污染水質、水量的行為。依上述規定，保留地內原住民有關畜牧、農耕等污染水質、水源之行為將被禁止之， 但若經主管機關核准者得不在此限。

4. 野生動物保護區

依野生動物保育法第 10 條規定主管機關得將具有特別必要保護之動物棲息環境劃定為野生動物保護區，而上述地區之主管機關得以公告管制各種獵捕、採集與砍伐的行為。此外，該法第 16 條亦規定保育類野生動物除法令另有規定外， 不得騷擾、虐待、獵捕、宰殺、買賣、陳列、展示、持有、輸入、輸出或飼養、 繁殖。上述兩項規定，雖於該法第 21 條第 5 款規定原住民得基於傳統文化祭典之需要而不受上述的限制，然而該法經 2004 年修法過後，已刪除此上條文例外之規定，顯示現今原住民將無法於野生動物保護區內從事各種傳統的狩獵活動。隨著台灣山林逐步的開發，原住民保留地位置與野生動物保護區重疊之情況亦越趨嚴重，當原住民傳統狩獵、採集等行為遭受禁止之時，在無良完善的討業輔導措 施之下，原住民的生計亦將面臨更大的困境。

5. 自然文化景觀

依文化資產保存法 2005 年修正之第 83 條內文規定，該法選定之自然紀念物應禁止採摘、砍伐、挖掘或其他破壞等行為，而同法 84 條則規定自然保留區應禁止改變或破壞其原有自然狀態。雖 76 條另有原住民得為傳統祭典需要報經主管機關核准後即不在此限之規定，然而考量到原住民保留地多與自然保留區常有重疊之情況，原住民的相關採集行為仍礙於自然保留區之規定而多有限制。

隨著台灣山林的開發面積漸增，保留地與各種特殊使用分區在劃設範圍上有嚴重的重疊情況，保護水土、維護自然環境資源等法律規範實屬國家所必須且不

可避免之事，然而在特殊使用分區之劃設範圍與原住民保留地多有重疊的情況下，特殊使用分區之相關法令限制即無形限制了原住民原有的生活習性，如居住使用、農耕、狩獵、 採集、砍伐及喪葬使用等。依據原住民之生活習性而言，上述行為的規範形同禁止了原住民在保留地生活的權利，前述已提及保留地乃採各人所有權制之觀念， 倘若原住民於保留地內之耕作、地上權已受其餘法令所限制，而狩獵、採集、砍 伐之行為又遭禁止，那保留地之劃設即失去了保障原住民生計的實質意義，故而形成原住民離開保留地而生活的現象。

此外，以法律位階而言，原民地辦法僅屬「行政命令」層級，在法律位階上將低於上述各種競合法令之規定，上述情況亦致使保留地在實際使用上遭受更大的限制。依據憲法增修條文第 10 條第 11、12 項的規定，國家應肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。此外，國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之。然而若僅以行政命令保障原住民之上述權利，在法律位階的限制下，現行法令規範將無法保障原住民族之基本生活權利，更無形限制原住民族各種慣有的生活習性，故而應以更高層級的法律做為規範依據。

三、原住民族基本法

基於上述問題，2005 年立院通過原住民族基本法，使原住民族在原保地之土地權利爭取上擁有了一項重要的法源依據，亦使原住民族之規範具備與競合法令相等地位的法律位階，對於原住民族多有助益。

(一) 原住民土地涵蓋範疇

基本法第 2 條第 5 款規定：「原住民族土地係指原住民傳統領域及既有原住民保留地。」

(二) 土地使用權利保障

按基本法第 19 條之規定：「原住民得在原住民族地區依法從事下列非營利行為：1.獵捕野生動物。2.採集野生植物及菌類。3.採取礦物、土石。4.利用水資源。前項各款，以傳統文化、祭儀或自用為限。」顯示以往原住民於原保地內雖然常因其他競合法令的規範而在生活上有諸多限制，但在基本法訂立以後，原住民族應可在原保地內因傳統文化、祭儀或自用所需而行獵捕、採集、採取土石及利用水資源等行為。另外，基本法第 21 條第 2 項明訂：「政府或法令限制原住民族利用原住民族之土地及自然資源時，應與原住民族或原住民諮商，並取得其同意。」，同法第 22 條：「政府於原住民族地區劃設國家公園、國家級風景特定區、林業區、生態保育區、遊樂區及其他資源治理機關時，應徵得當地原住民族同意，並與原住民族建立共同管理機制；其辦法，由中央目的事業主管機關會同中央原住民族主管機關定之。」，基本法第 23 條：「政府應尊重原住民族選擇生活方式、習俗、服飾、社會經濟組織型態、資源利用方式、土地擁有利用與管理模式之權利。」從上述條文內容即可得知，以往原保地辦法多因法律位階之不足而受其他競合法令的限制甚多，但在基本法的的規範下，政府除了在劃設國家公園、國家

級風景特定區、林業區、生態保育區及遊樂區等設施時須先徵得當地原住民族的同意外，政府更須在以法令限制原住民族利用原住民族之土地及自然資源時，事先採取與原住民族或原住民諮商的動作。顯示以往保留地居民生活遭受其他法令諸多限制的情形，已在基本法訂立後獲得極大的改善，但基本法在適用上仍將產生下列問題：

(一) 原住民族傳統領域土地未有認定標準

原住民族傳統領域土地目前並未有明確之認定標準，依據行政院於 2007 年之「原住民族土地及海域法草案」第 3 條所示，「本法所稱原住民族傳統領域土地乃指「經依本法所定程序劃定之原住民傳統祭典、祖靈聖地或舊部落及其週邊獵區或耕墾之公有土地。」而該草案第 11 條進一步規定「原住民族傳統領域土地之劃定，由直轄市、縣(市)主管機關分期分區報由中央主管機關會商公有土地管理機關同意後，報請行政院核定。」但草案迄今仍未立法通過。

(二) 與其他法令仍有競合情形

依法令位階而言，雖然基本法在法律類別上乃屬特別法，但在牴觸法令部分亦有其他法令屬於特別法之關係，如國家公園法即是，此時兩者之競合問題應如何處理？

(三) 同意及諮商實務執行困難

有關同意及諮商相關規定，在實際執行上，如何與原住民或原住民族諮商，如何取得其同意，目前均無具體之規定，如原住民族又該以何種機制來認定，同意及諮商應向誰來進行，何種狀況認定為同意？等在實際執行時均有問題。

四、國土計畫法

今年 1 月立法剛通過國土計畫法，為尊重原住民族傳統智慧，在該法第 11 條第 2 項特別規定：「全國國土計畫中特定區域之內容，如涉及原住民族土地及海域者，應依原住民族基本法第 21 條規定辦理，並由中央主管機關會同中央原住民族主管機關擬訂。」另 23 條則第 2 規定：「前項規則中涉及原住民族土地及海域之使用管制者，應依原住民族基本法第 21 條規定辦理，並由中央主管機關會同中央原住民族主管機關訂定」。惟該法規部分或全部條文尚未生效而施行日期，由行政院於該法公布後一年內定之，尚未正式施行。但基本上仍回歸原住民基本法條規定辦理。

肆、非原住民使用原住民保留地

雖然上述的法令對於非原住民使用原住民保留地做了相當明確的規定，但非原住民使用保留地卻存在相當長的歷史，時至今日仍有許多漢人陸續透過不同的方式使用保留地。漢人使用保留之歷史緣由，依據顏愛靜(2000)之研究結果顯示，共可分為下列三項因素：

一、山地社會"拉"的因素

漢人入山的歷史背景可追溯到清代同治以後，當時清廷實施「開山撫番」的山地政策，准許漢人入山開墾山地，復因實施樟腦專賣引進平地人入山製腦，自此漢人不斷進入山地。嗣後日本據臺，由於山地中蘊藏豐富的資源，日本企業家或平地人競相入山從事伐木、製腦、採礦或興業、栽植等開發行為，非原住民因而定居山中終老一生，其後世子孫更以此土地賴以維生。

光復後，政府於民國五十年代提出「山地平地化」的山地開放政策，更投注大量經費從事山地基礎建設，種植草蔬、茶樹漸趨有利，又因山地景色秀麗，發展觀光成為賺取收入的最佳途徑，是以自 1966 年開始不斷有平地人入山從事觀光服務業，從而使山地社會逐漸納入台灣的市場經濟體系。

二、平地社會"推"的因素

台灣在日治時期或台灣光復後，由於平地社會日益增長的人口壓力，使得缺乏土地耕種的平地人只好往山地尋求營生的機會。例如，根據 1935 年調查，日治時期普通行政區域可開墾成為耕地的可能面積約有 11 萬甲；惟依 1930-1934 年的每人平均耕地面積為 0.3 公頃，農業人口增加率為 1.65%為推算基礎，則上開 11 萬甲耕地到 1941 年便會開墾殆盡，從而促使無地的平地人民利用各種途徑入山開墾利用率不到 2%的山地。光復初始，台灣本島平地社會亦因人口增加，耕地不足，於是平地人民在「上山下海」的運動中，不斷湧入解除山禁的山地鄉開墾。由於平地人進入山地時，政府並未嚴格禁止，甚或默許鼓勵，因此他們得以其優勢的資金與技術，要求原住民私下轉租或轉售其保留地，原住民為能紓解經濟困境，不得不依從此議，從而使「土地流失」成為不可避免之勢。

三、政府行政便宜措施

(一)安置榮民及滇緬義軍而合法使用

政府於 1958 年因開闢中部橫貫公路，乃由退除役官兵組成「道路維修 班」負責開闢工程，公路建設完成後，政府將參與公路工程之榮民安置在梨山地區的保留地中撥出之清境農場、福壽山農場及武陵農場，使得這些榮民能合法使用保留地。

(二)劃設保留地而涵蓋漢人原使用土地

光復後政府於劃設保留地時，為遷就行政便利性，往往將漢人使用之國有土地劃編為保留地，使得漢人使用原土地時須依保留地管理辦法規定辦理租用。目前使用非原住民使用保留地大可分為

一、合法租用

(一)非原住民在原民地辦法訂定前即已使用保留地者，依原民地辦法第 28 條租用。

(二)因開發或興辦事業計畫，依原民地辦法第 24 條租用。

二、非法占用

部分非原住民雖不符保留地承租規定無法訂定租約，但仍不斷進入保留地進行開發，違法使用。

三、無償提供使用

日治時期，一般山地警察駐在所附近便常有「警察療養所」，例如：烏來、 井上(今清泉)、上島 (今泰安)、櫻花 (今廬山)、東埔等，光復後，原來的「警察療養所」則成為「警光山莊」，變成了警察局的福利事業（詹金維，2005）。這些警光山莊許多位在原住民保留地上，由當地警察局向區公所辦理無償使用。

伍、原住民保留地使用爭議事項

一、有關原住民保留地劃編方式

原住民保留地係為保障原住民生計而設，但目前台灣地區之原住民保留地，大致上仍沿用日治時期之舊制。當初日本殖民政府劃設保留地之實際用意，在於箝制原住民，用以掠奪保留地以外之山地資源。光復以後，基於行政方便的考量，而直接沿用；近年來政府增編原住民保留地，則大都遷就原住民現居地作為保留地劃編標準。這種劃編方式，或為行政上之便利，或為遷就現實，是否真能達成原住民生計保障之目的，有待檢驗。原住民傳統文化的維繫，係國家整體原住民政策相當重要的一環，現有原住民保留地政策仍然以山地行政便利及維持原住民的生計為考量基礎，這樣的原住民保留地政策，在強調文化延續及生態維護的世界潮流下，顯然過於狹隘。

二、土地超限使用之爭議

原住民保留地大都屬山坡地範圍內之土地，其使用因地形影響而受到相當大的限制，依山坡地土地可利用限度分類標準，大都屬宜林地，但根據行政院原住民委員會的統計，保留地內超限利用的面積為 15,122 公頃，佔保留地實際使用面積的比例約為 6%。山坡地屬環境敏感地，若不按可利用限度分類標準從事土地使用，可能造成土壤流失，產生嚴重的災害。若依分類標準從事土地使用，收入又無法維持家庭生計。

三、其他機關使用原住民保留地辦理撥用之爭議

原民地辦法23條，針對政府因公共造產或特定用途需使用原住民保留地時，得由需地機關辦理撥用。公共造產用地，以轄有原住民保留地之鄉（鎮、市、區）公所需用者為限；農業試驗實習用地，以農業試驗實習機關或學校需用者為限。目前實務上對其他機關已有使用保留地之現實者，基於管用合一原則，保留地主管機關皆會同意辦理。如台中和平及東埔的警光山莊等。惟這些機關對土地使用之公共性不一而定，若遷就現況一律同意，其實也是原住民土地的再一次流失。以各地警光山莊來看，其有溫泉資源之優勢，對比多數保留地在敏感地區無法使用的情形，是相當具有開發價值的，對當地原住民經濟發展實有莫大助益。

四、與其他法令競合適用之爭議

由前述分析，各類特殊地區之劃設與保留地有重疊競合的問題。這些特殊使用分區劃設的本意，在於維護自然環境、生態保育等的需要，所以對區域內的土地使用多所限制，因此原住民對這些特殊使用區便產生極大的排斥感，是保留地管理上的一大嚴重問題。容或現在有原住民基本法已規範政府於原住民族地區劃

設國家公園、國家級風景特定區、林業區、生態保育區、遊樂區及其他資源治理機關時，應徵得當地原住民族同意，並與原住民族建立共同管理機制，但具體辦法仍未訂定完成，如果落實，仍有疑慮。而基本法中亦明定政府應尊重原住民族選擇生活方式、習俗、服飾、社會經濟組織型態、資源利用方式、土地擁有利用與管理模式之權利。但原住民因狩獵、採集被移送法辦之案件仍時有所聞。

五、非原住民使用保留地之爭議

保留地原住民所有及原住民使用之政策目的非常明確，但目前合法租用保留地之非原住民，認為政府應正視其使用保留地之歷史，賦予其取得保留地之途徑。雖然 1970 年總登記完後，法令即已明文禁止漢人取得保留地，但時至今日，私下轉租或轉讓土地予漢人的情形仍屢見不鮮。而原保地依 24 條申請開發計畫，雖有輔導原住民優先之規定，但實際上所謂之優先僅係規範公、民營企業或未具原住民身分者申請承租開發或興辦，應由鄉（鎮、市、區）公所先公告三十日，公告期滿無原住民申請時，始得由非原住民申請承租及開發。原住民個人能力有限，故而申請者可能付之闕如，實際上最後仍以私人開發公司為主，與原住民之關連性甚少，卻成為非原住民使用保留地的另一途徑。

陸、對保留地使用爭議處理之看法(代結論)

原住民保留地之劃編，主要沿用日治時期之準要存置林野的範圍，其設置之目的是用於箝制，而非保障原住民，後來之增劃編則多遷就行政而便宜行事。許多過去為原住民族狩獵區域而非居住區域，由於早期原住民族對於土地使用範圍並非以所有權之概念劃分，故未以居住做為土地範圍主要分野。早年漢人進入當地開墾之事，原住民未對漢人使用行為加以干涉，造成今日許多劃原保地之界定問題。另外，亦有原住民認為政府劃為保留地的土地多較無經濟價值，在山坡上開墾不易且多受限制，另有許多原先祖先使用開墾的土地卻不在範圍內。故而加速進行原住民傳統領域之認定，以做為保留地劃編之依據，應是首要工作。

有關原住民保留地使用爭議之處理原則，建議首先應考慮國土保安問題，現有之保留地位於敏感地區者仍居多數，使用不當易對國土保安產生重大危害，對原住民本身也是生命財產之重大損失，故而合理且安全的使用保留地應列為首要原則。

其次為原住民保留地的劃設，應有空間上、文化上的完整性，對於依原民地辦法第 23 條及 24 條撥用或租用之處理應更為審慎，應在不損及原住民生活及生計之前提下處理，避免保留地的再一次流失。

最後是在不違反保留地的劃設精神與意義與目的下，保障過往漢人在山地之合法權益。日治時期其本身或直系血親已定居於山地部落，並使用保留地者，多半為當時隘勇、商人、佃農、工人(伐樟取腦)等之後代，其居住或使用保留地有其歷史因緣及意義，且其生活、家計之活動大多已融入當地生活，這段歷史應予以正視，在不違反保留地政策目的下，適度保障其權益。

參考文獻

李承嘉等，1999，原住民保留地政策與問題之研究，行政院原住民族委員會委託研究。

李慈敏，1991，族群動員：以台灣原住民族二次還我土地運動為例，清華大學社會人類學研究所碩士論文。

林秋綿等，2012，臺東縣原住民保留地非原住民使用爭議事項之研究報告書，臺東縣政府委託。

林瓊華，1997，臺灣原住民土地產權之演變 1624-1945，東吳大學經濟學研究所博士論文。

陳獻明，1997，台灣地區原住民保留地沿革之探討，人與地，157 期，頁 17-27。

詹金維，2005，從溫泉發展與管理問題談溫泉法修改思路之研究。不動產與城鄉學術國土發展之回顧與展望研討會。臺北市：國立臺北大學不動產與城鄉環境學系。

詹素娟，1986，清代臺灣平埔族與漢人關係之探討，近代中國區域史研討會論文集，頁 195-223。臺北：中央研究院近代史研究所。

顏愛靜，1997，原住民保留地與公有土地資源管理制度之研究(I)，行政院國家科學委員會專題研究計劃，NSC86-2415-H-004-005。

顏愛靜，2000，台灣原住民保留地產權爭議之分析，人與地，203、204 期，頁 22-30。

原住民保留地使用爭議事項之探討

報告人：林秋綿
國立臺北大學不動產與城鄉環境學系

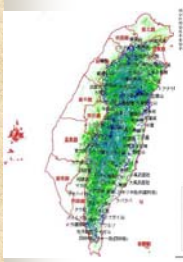
台灣地區原住民保留地沿革

民47~56年，
進行原住民保留地地籍測量與土地利用調查，
總面積為240,634公頃

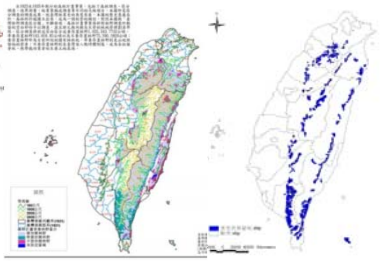
日治時代保留地劃設目的

- 限制漢人進入保留地，以免侵擾原住民生活；
- 阻絕原住民的擴散流動，以方便管理。

蕃地地形圖(1916年)



原住民保留地分布圖(1999年)



森林事業計畫林野區分圖(1937年)

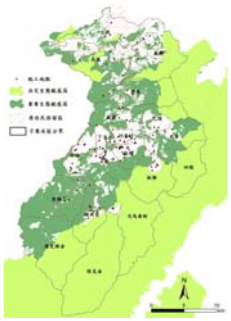
保留地現況

- 分佈在12 個縣市內的 30 個山地鄉及 25 個平地原住民鄉鎮區域內。
- 土地位置多在河流上游及中游兩側與國有林班地或原野地接鄰，標高自 100 公尺至 2000 公尺不等，大部份仍集中於 400 至 1200 公尺之山坡 地，約佔臺灣地區總面積7%。

保留地的所在地舉例

石門水庫集水區

- 分布細碎
- 大都位在生態敏感區內



土地使用分類情形

- 山地坡可利度限度
  - 以宜農地23.6%及宜林地70.84%佔多數
- 非都市土地使用編定
  - 以林業用地73.17%及農牧用地20.7%為最多
- 超限使用15,122公頃，約6%

原住民保留地土地利用

- 不論是高山蔬果、茶園、檳榔等栽植，甚至觀光區的開發與經營，皆多以平地人為主導。

南投清境

桃園拉拉山

原住民保留地土地利用

- 原住民保留地多位於高山地區，僅能作農業及林業利用，致原住民之土地利用無法滿足其現代生活需求，迫使其必須違法超限利用，造成土地利用的競合問題

保留地超限使用

原住民保留地相關法令

- 原住民族基本法
- 主要管理依據--原住民保留地開發管理辦法
  - 法源：山坡地保育利用條例第37條

山坡地範圍內山地保留地，輔導原住民開發並取得耕作權、地上權或承租權。其耕作權、地上權繼續經營滿五年者，無償取得土地所有權，除政府指定之特定用途外，如有移轉，以原住民為限；其開發管理辦法，由行政院定之。

⇨原住民保留地由原住民持有、使用的精神

但只管山坡地範圍內的保留地？

不可轉讓？

原住民保留地設置的目的

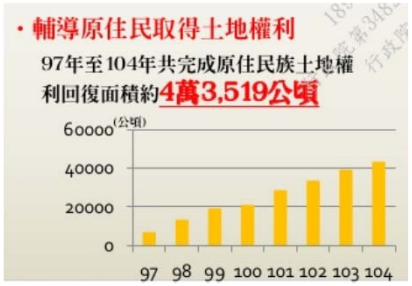
- 保障原住民生計，推行原住民行政

➪現有保留地多沿用日治時期所規劃之地區為主，乃為箝制原住民活動，藉此掠奪保留地以外之山林資源而設與原住民實際所需有相當大的落差。

近來增劃編，多遷就原住民現居地，在行政上較為便利，但能否符合原住民之文化傳統習性？

原住民可以取得的權利

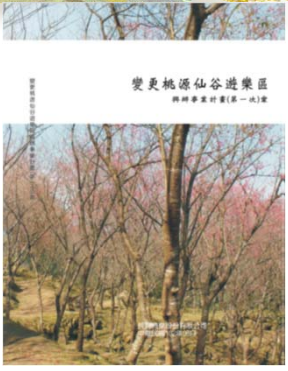
- 農地設定耕作權滿五年取得土地所有權。
  建地設定地上權滿五年取得土地所有權。
  林地設定地上權滿五年取得土地所有權。
  牧地、工商用地准予取得經營租賃權（九年換約一次）。
  雜、池、溜地等土地准予取得無償使用權（十年換約一次）。
  原住民保留地礦業、廠、觀光遊憩、工業資源之開發優先輔導原住民開發或新建。



非原住民可以使用原住民保留地嗎？

- 原則不可以
- 例外：
  - 為了促進原住民保留地內礦業、土石、觀光遊憩及工業資源的開發，在不妨礙國土保安、環境資源保育、原住民生計及原住民行政的原則下，如原住民經政府輔導而未開發土地時，非原住民才可以例外的承租開發利用。
  - 在「原住民保留地開發管理辦法」施行以前，已經租用的原住民保留地，如繼續自耕或自用的，可以例外繼續承租。
  - 在山地鄉（鎮、市、區）內設有戶籍的，可以租用依法可以作為建築使用的原住民保留地作為自住房屋基地，但是它的基地面積每一戶不能超過0.03公頃。
  - 政府因公共造產或指定之特定用途需用時可辦理撥用

合法租用及設定地上權



- 合法租用

新竹馬武督部落_設定抵押權

花蓮亞泥案

其他機關無償使用及撥用

與保留地使用、開發、管理產生競合之法令

土地使用 / 法令名稱	居住	狩獵	農耕	遊牧	採集	砍伐林木	喪葬使用
水土保持法	●		●	●	●	●	●
國家公園法	●	●	●	●	●	●	●
自來水法	●		●	●			●
飲用水管理條例	●		●	●			●
野生動物保育法		●			●	●	
文化資產保存法	●	●	●	●	●	●	●

其他法令競合

原住民族基本法

- 第19 條：「原住民得在原住民族地區依法從事下列非營利行為：1.獵捕野生動物。2.採集野生植物及菌類。3.採取礦物、土石。4.利用水資源。前項各款，以傳統文化、祭儀或自用為限。」
- 第21 條第2 項：「政府或法令限制原住民族利用原住民族之土地及自然資源時，應與原住民族或原住民諮商，並取得其同意。」，
- 第22 條：「政府於原住民族地區劃設國家公園、國家級風景特定區、林業區、生態保育區、遊樂區及其他資源治理機關時，應徵得當地原住民族同意，並與原住民族建立共同管理機制；其辦法，由中央目的事業主管機關會同中央原住民族主管機關定之。」
- 第23 條：「政府應尊重原住民族選擇生活方式、習俗、服飾、社會經濟組織型態、資源利用方式、土地擁有利用與管理模式之權利。」

保留地使用爭議

- 劃設目的
- 超限使用
- 撥用
- 其他法令競合
- 非原住民使用爭議

保留地的未來該怎麼走？

感謝聆聽

敬請指教

原住民保留地之實然與應然－相關行政救濟實務見解分析

（研討會初稿，尚待增補修正）

吳秦雯[1]

政治大學法律系副教授

摘要

基於行政管理的便利，早在 17 世紀末，統治台灣土地的國家政權便以劃定「番地」之方式，區分番漢的生活領域，劃定原住民對於「保留地」的使用權利。此一制度儘管歷經不同政權隨之變遷，但時至今日，原住民保留地究竟應如何認定、使用、補償、解編等等，都因為各種新興的行政管制措施而在不同族裔與利益之間產生爭議。本文預計觀察並分析近年之相關訴願決定與行政判決，整理行政實務之主要見解，並提出在憲法增修條文確立多元文化價值秩序下，可能應有的改革方向。

自 1992 年憲法增修條文首次於第 18 條增列第 5 項關於原住民發展與保障之條

[1] 法國馬賽大學行政法博士，email:chinwen@nccu.edu.tw

文以來[2]，與原住民相關的權利議題討論不僅內容與研究角度日益豐富，並逐漸受到各界重視。不過，在相關議題中，與原住民生活空間與活動範圍息息相關的土地問題，尤其是原住民保留地之各種探討研究，倒是從來不曾在原住民研究中缺席，也一直受到各界的廣泛關注；不論是地政面向、管理面向或是制度變遷面向[3]。然而，在原住民保留地制度受到如此重大與長期研究之情況下，現實上，在國家長期以來，近乎單方以自我價值判斷與決定之方式，建立此等法制度之情況下，原住民本身，原住民與非原住民之間，甚至原住民與國家機關之間，如何試圖並如何踐行主張自身之權益保護，甚至產生爭議時如何透過行政救濟之司法途徑試圖獲得解決，這樣角度的法學研究卻相對少見。

由於政治權力部門（立法權與行政權）建構框架與細節制度後，該制度究竟如何被實踐，並且對人民實際產生如何之影響，若疏漏對於另一重要權力部門，但通常是較不具備政治性之司法權運作進行觀察與探究，恐怕無法確實掌握現實之完整風貌，而有缺漏之嫌；尤其是原住民或非原住民在國家建構原住民保留地制度後，除了透過政治運作、社會運動以修法方式，要求國家或其他公權力機關保護自己之權利外，自然也可能曾經在已經建立的法制框架下，透過司法途徑試圖主張並捍衛自己之權利。由於本文主要關注國家在原住民保留地制度中扮演之角色與採取之態度，因此對於相關司法救濟途徑之觀察，將聚焦於行政救濟之範疇，亦即行政訴訟判決之檢視[4]，以探究我國原住民保留地法制中國家角色與原住民族權利保障之現實發展狀況。

然而，進入行政訴訟判決之分析前，仍然必須以先前豐富累積之相關原住民保留地研究為基礎，因為我國以往迄現行之原住民保留地制度架構之形成歷程，深刻影響原住民或非原住民在行政訴訟中所得爭取之權利內容與範圍。更由於在文獻探討的過程中，本文發現，我國現行之原住民保留地制度，係大量承襲自日本政府殖民統治時期之制度，制度之沿襲是否代表此等「殖民－被殖民」之關係與思維，目前仍然以原住民保留地制度之方式存在於我國？！相關之行政救濟決定與判決，是否相同地重製此等「殖民－被殖民」的刻板印象與潛在意識？若然，我國在現行與未來的制度上，是否以及如何朝向「去殖民」的方向努力，並可能採取何種制度與方式進行調整，也希望在文章中一併進行探討。

---

[2] 當時之條文為「國家對於自由地區山胞之地位及政治參與，應予保障；對其教育文化、社會福利及經濟事業，應予扶助並促其發展。」。該條文於之後多次修憲亦歷經多次修正，1994 年調整條次為第 9 條第 7 項，並將「山胞」修正為「原住民」:「國家對於自由地區原住民之地位及政治參與，應予保障；對其教育文化、社會福利及經濟事業，應予扶助並促其發展。」1997 年再調整為第 10 條，除原本之規定外，又增列一款，列於該條之第 9 款「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」與第 10 款「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之。」。1998 年再改列為第 11 款與第 12 款，其後即未再變動。

[3] 官大偉，原住民族土地權的挑戰：從一個當代保留地交易的區域研究談起，考古人類學刊，80 期，頁 9，2014 年；辛年豐，保障原住民族尊嚴的原住民保留地？—制度的檢討與展望，台灣環境與土地法雜誌，頁 36 。

[4] 儘管在現行的行政救濟制度下，訴願被視為行政救濟之一環，而且因為訴願法對於訴願委員會組成之「準司法性」規定，使得訴願成為行政救濟「不可欠缺」之程序。然而，論其本質，訴願委員會具備準司法之性質，仍為行政機關內之組織，與外於行政機關，全然獨立於行政權之司法權－法院，依然不同，因而本文不擬探究原住民族委員會與各相關機關之訴願決定。另附帶說明，本文在進行初步研究時，曾先搜尋原住民族委員會之訴願決定，在該會之網站上（http://law.apc.gov.tw/LawCategoryContentList.aspx?id=16）搜尋到自 2007 年 11 月 2 日至 2015 年 12 月 12 日約 8 年之間，共計 52 則訴願決定，不但案件量顯然不多，也顯現許多與原住民相關之案件，該會並非主管機關之上級機關，因而無權進行訴願審理。因此，若欲完整研究原住民保留地之訴願決定，必須分散搜尋各縣市政府之訴願決定，甚至內政部、農委會等部會。資料蒐集上過於龐大，非本文目前所能處理。

因而，以下將先以我國原住民保留地之制度形成歷程為始，接續行政法院判決之整理，說明我國目前原住民保留地制度之實然面，隨後再以其為基礎，配合相關研究，論述我國原住民保留地制度之應然面。

一、 原住民保留地制度之實然面

原住民保留地制度發展之歷程與相關法制之制定與修正，乃為今日行政訴訟所依據之基礎，因為已有相當豐富的資料論述，本文因此只針對法制面之變化進行必要之論述；接著再以相關法制情況，說明本文所整理之行政法院判決。

（一）原住民保留地制度之沿革－相關規範法制之變遷

對於我國原住民保留地制度進行歷史探源，可知台灣原住民在 1624 年荷蘭東印度公司、明鄭時期前，對於土地基本上採取傳統的共同共有型態，但自從台灣以外地域之統治者，將其既有制度下之統治組織與人員移入台灣以進行統治，所謂「外來政權」[5]以不同型態的權力組織介入後，慢慢轉變為兼容個別所有型態。[6]但最重要的改變，仍然是國家權力機關以統一並強制方式對於原住民居住、活動區域進行法規範之制定與執行，對台灣而言，這樣的時期始於日本統治台灣。因為在日本統治時期前的外來政權，除荷蘭外，基本上是以「土牛番界」將當時未漢化之高山原住民畫出自己的管理範圍外，並且從漢人的觀點認定「番」乃「非人」[7]。以下因而區分為日本統治時期與國民政府統治時期進行說明。

1. 日本統治時期之法規範

日本政府自 1895 年來到台灣時，先將台灣的人群與土地較簡化地區分為兩個部分：在「既開地」的「土人」（指在台漢人），以及在「番地」的「番人」[8]，並即於當年 10 月 31 日發布「官有林野及樟腦製造業取締規則」，規定「沒有地券或其他可證明所有權的山林原野，歸官有」[9]，使得高山原住民原先居住生活的土地、山林原野透過形式合法的程序轉換成官地。因此有學者認為，日本當時殖民政權採取的措施，是透過界定「山地」的範圍侷限未歸化原住民之居住活動範圍，同時否定其對土地之權利主張資格[10]。1928 年依據野呂寧於 1926 年提出之「台灣官有林野整理事業報告書」[11]，基於保護未歸化原住民之生產權益，頒佈「森林計畫事業規程」限制原住民族之居住與耕作只能在「准要存置林野」（番人所要地、高砂族所要地）[12]，約有 24 萬公頃[13]。但隨著番人放棄固有文化，其所居地就會編入普通行政區，不但不再稱之為「番人」，而視為本島人，番地也跟著改編[14]，因此到日本統治末期，番地縮減為 13 萬 7 千 20 公頃[15]。

2. 國民政府統治時期之法規範

以現行依據山坡地保育條例第 37 條為授權條文，由行政院於 1990 年制定公布「山胞保留地開發管理辦法」，並於 1995 年更名為「原住民保留地開發管理辦法」

---

[5] 王泰升，台灣法律史上的原住民族：作為特殊的人群、地域與法文化，台大法學論叢，44 卷 4 期，頁 1643，2015 年。

[6] 顏愛靜，土地資源概論，五南，頁 323，2013 年。

[7] 王泰升，前揭註 4 文，頁 1650-1652。

[8] 王泰升，前揭註 4 文，頁 1660。

[9] 台灣總督府民政殖產局，台灣林野調查事件報告，1917 年（http://www.ntl.edu.tw/sp.asp?xdurl=MP15AP/BOOK_CP.asp&xItem=15574&ctNode=1427&mp=15）

[10] 顏愛靜，前揭註 5 書，頁 324。

[11] 辛年豐，前揭註 2 文，頁 37。

[12] 官大偉，前揭註 2 文，頁 13；顏愛靜，前揭註 5 書，頁 325。

[13] 顏愛靜，前揭註 5 書，頁 326。

[14] 王泰升，前揭註 4 文，頁 1662。

[15] 辛年豐，前揭註 2 文，頁 38。

為基準，將國民政府統治時期之法規範區分為兩階段。

（1） 前階段

國民政府來台後，將日本統治時期的「准要存置林野」改名為「山地保留地」1947 年頒定「台灣省土地權利清理辦法」，第 8 條規定：「經前總督府依據土地調查及林野清理之結果歸公有之土地概不發還。」[16]使得山地保留地維持為國有土地，並 1948 年制定「台灣省各縣山地保留地管理辦法」為管理依據，辦法第 16 條規定「山地保留地屬於國有」，因此所有權仍然歸國有，且規定山地人民或租用的平地人民和事業機關「僅有使用收益權，不得將山地保留地及其土地改良物作為買賣、抵押、交換、贈與、租賃之標的」[17]。但於條文中同時規定「山地保留地內可資墾耕之土地，應獎勵山地人民自行開墾，且該山地人民應自任耕作，鄉公所對於霸佔土地不加利用者得收回以分配給其他山地人民（第 7 條）」，山地人民原則上亦可為自用而採伐林木[18]。

基本上國民政府當時的法規範制度，維持日本統治時期「剝奪原住民土地所有權為國有」之制度型態，儘管該辦法第 1 條之目的為「安定山地人民發展山地經濟」，但事實上乃基於「山地社會仍處於文化落後、生活艱困的狀態，認為應在三民主義扶助弱小民族的基本國策下，重建山地社會」[19]之概念，認定山地人民較為落後，在開墾並利用土地之情況下，方擁有使用收益權，若不利用而霸佔土地，國家有權剝奪其使用權交付予其他山地人利用。此等國家制度不但延續殖民政策下認定山地人無法擁有山地之所有權，認定山地人不能與平地人相同擁有對於土地權利的平等地位，甚至更進一步在山地人間製造「開墾利用土地」vs「霸佔土地不利用」之性格差異。國家毫不掩飾自己強勢家父之功能與角色，幾乎不是後殖民主義（postcolonialism）之色彩，而近似殖民者之意念[20]。

1966 年修正名稱為「台灣省山地保留地管理辦法」，並於該辦法第 7 條進一步規定，地籍測量完竣地區之原住民對於所使用之山地保留地，農地登記耕作權後繼續耕作權滿十年，取得所有權；建築用地登記地上權繼續無償使用，於上述農地移轉時隨同一併無償移轉；第 8 條則規定「據此所取得或使用之土地或權利暨基地林地上之土地改良物，除繼承或贈與於得繼承之人外，不得讓與轉租或設定其他負擔；於取得所有權後如有移轉，其承受人以能自耕之山地人民或供工業用或供建築用者為限，違者其土地所有權之移轉無效」；同時也規定原住民使用山地保留地之面積標準，按人口訂定每人使用土地面積之最高限額[21]。如此規定雖然表面上看來賦予原住民「收回」以往原住民擁有土地之可能與權利，但是後後也遭致許多批評[22]。尤其，該等原住民取得權利之方式，仍然是外來政權統治制度設計中，由國家單方面決定之方式，並且「首次將過去僅施行於平地的個人主義所有權制度，引進居住於山地

---

[16] 林佳陵，論關於台灣原住民土地之統治政策與法令，台灣大學法律系碩士論文，1996 年，頁 84。

[17] 王泰升，前揭註 4 文，頁 1677。

[18] 王泰升，前揭註 4 文，頁 1677。但王文對於條文加註的上下引號並未照引，本文所加上下引號內之下標為本文所加。

[19] 顏愛靜，前揭註 5 書，頁 330。

[20] Ahmed Leila, 1996, Moving Spaces. Black Feminist and Post-Colonial Theory, Theory, Culture and Society, 13. 1, pp.139-146, p.143; Shohat Ella, 2007, Notes sur le 'post-colonial' (1992), Mouvements, 51 : Qui a peur du postcolonial ? Dénis et controverses, pp.80-89, p.84. cité par Laura Schuft, "La « colonialité du pouvoir » en Polysésie française : de l'institutionnel à l'intime ", REVUE Asylon(s), N°11, mai 2013, Quel colonialisme dans la France d'outre-mer ? , url de référence: http://www.reseau-terra.eu/article1279.html

[21] 顏愛靜，前揭註 5 書，頁 331。

[22] 張茂桂，有關國家公園內原住民族文化的維護與發展政策層次的多國比較研究，收於劉文雄等著，雅美族及雅美文化之維護與發展，中華民國自然生態保護協會，1989 年，頁 213-232；吳豪人，山地政策立法實體內初探，國家政策季刊 4，1989 年，頁 94-101。

的高山族原住民」[23]，就像一開始列入國有土地範圍一樣，原住民族傳統習俗對於土地使用利用之規範是否能夠與資本主義概念下個人主義所有權制度互相調和，如何避免或減少衝突，國家統治機關並不關心，只要能夠達到國家預設之行政目的即可，此種強制、單方、任意性的國家行政作為方式，也難怪遭致學者批評為「恐怕」「來自中國內地、猶具傳統天朝／漢族優越觀念的國民黨威權政府，並不在意高山族原住民族的感受」[24]。而這樣的思維方式，不也是殖民思想的思維與複製？

1974 年「台灣省山地保留地管理辦法」大幅修訂內容，增訂第 34 條，放寬公私營企業及個人對保留地的使用，第一項規定「合法公私營企業組織或個人，為開發礦產、採取土石、承採林木、施設交通、發展觀光事業、開設工廠、旅館、商店所需土地或合法團體所需建設用地，以不妨害山地人民生活及山地行政為限，得擬具詳細計畫向鄉公所申請，由鄉公所、縣政府勘查並加具處理意見曾報民政廳核准租用或使用山地保留地上」[25]。此一條文儘管加入「不妨害山地人民生活及山地行政」之前提要件，但此一要件之判斷連結到「由鄉公所、縣政府勘查並加具處理意見」，並未設計任何山地人民表達意見之機制，可謂又是國家以管制與強權手段展現自我行政意識之例。而此等以優越地位單方開放平地人以發展山林之強勢經濟姿態進入山地保留地的法規範方式，正是殖民主義中，強化被殖民者認定自己較為野蠻或無能力，而理應持續遭受被殖民之烙印[26]。

而此一無任何法律授權，逕以行政命令方式，規範與限制原住民對於土地之各種權利之台灣省山地保留地管理辦法，運行適用 43 年後，直到 1991 年方由台灣省政府「廢止」而非「撤銷」，可見直到 1991 年時，國家行政機關仍然不尊重法律保留原則，並以為透過行政命令之方式進行法規制已然足夠。

（2） 後階段

於 1990 年時，以農業發展條例第 17 條第 2 項與山坡地保育利用條例第 37 條為授權條文，由行政院制定公布「山胞保留地開發管理辦法」，1995 年更名為「原住民保留地開發管理辦法」。饒富趣味者，在於農業發展條例早在 1973 年即已制定，且於當時之第 12 條中，已經有「山地保留地」之名詞，只是該條並未再為授權規範[27]；係農業發展條例於 1983 年修正時，方於第 17 條第 2 項明確規定授權規範：前項土地之開發管理及山地保留地輔導開發辦法，由行政院定之。」，至於第 17 條第 1 項的對於山地保留地之規範方式[28]，儘管文字修正，但由國家對於山地保留地加強開發，不論是 1973 年係由政府自己，或 1983 年政府或政府指定之對象，都是強化開發之思維。但 2000 年再次修正農業發展條例時，刪除第 17 條之規定，使得目前原住民保留地開發管理辦法之母法，僅餘山坡地保育利用條例第 37 條。

至於山坡地保育利用條例係於 1976 年制定，制定之初並無關於山地保留地 之規定，係晚於農業發展條例於 1985 年修正時，增列第 37 條「山坡地範圍內山 地保留地，輔導山胞開發並取得耕作權、地作權或承租權。其耕作權、地上權繼 續經營滿五年者，無償取得土地所有權，除政府指定之特定用途外，如有移轉， 以山胞

[23] 王泰升，前揭註 4 文，頁 1678。

[24] 王泰升，前揭註 4 文，頁 1680。

[25]林佳陵，論關於台灣原住民土地之統治政策與法令，台灣大學法律系碩士論文，1996 年，頁 88。

[26] Le Cour Grandmaison Olivier, « L'exception et la règle : sur le droit colonial français », *Diogène*, 4/2005 (n° 212) , p. 46.

[27] 「政府應加強經營國有林、集水區、海岸防風林；開發山坡地、山地保留地、河川新生地、 海埔新生地及海邊養殖地等土地；興修及維護水土保持，並辦理農田水利、灌溉、排水、漁港、 船澳等工程及農業專用公路等公共事業。

[28] 「山坡地、山地保留地、河川新生地、海埔新生地及海邊養殖地等土地，由政府統籌規劃，劃定區域，自行投資開發或核准由農民、合作農場、農民團體、農業企業機構投資開發。但政府開發之土地，指定為農業使用者，除供自用外，應優先租售農民，分期收回開發費用。」

為限；其開發管理辦法，由行政院定之。」山坡地保育利用條例之後歷經 四次修正[29]，該條之規範方式僅於 2006 年將原來條文用語之「山胞」修正為「原 住民」，但山胞保留地開發管理辦法卻先於 1995 年即更名為原住民保留地開發管 理辦法，發佈施行以來已經歷經七次修正。

由上述原住民保留地開發管理辦法之制定過程可知，就時序而言，一方面， 授權母法之一之農業發展條例早在 1973 年即已規範有「山地保留地」，當時行政 院即可以該法作為母法規範相關子法，但卻一直到 1990 年方制定。另方面，1992 年修憲時，已經增列原住民保障條款，並於 1997 年之憲法增修條文明定「國家 應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其…經濟土地…予以保 障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之。」，但直至今日，關於原住民保留地， 此一顯然涉及原住民土地之重要權利事項，國家，尤其是立法者，依然未遵守憲法託付之「以法律定之」之憲法義務。同時，在除了原住民以外，關於非原住民保留地之相關土地權利事項，幾近均以法律明文規範[30]。由以上二方面之法制實際狀況可知，不但國家機關並未積極對待原住民之土地權利問題，相對於非原住民，原住民仍然受到國家法制不平等之對待。

在這樣相對不受重視的行政規範法制實況下，原住民是否得以透過程序保障以實踐自己之實體權利，亦即原住民保留地開發管理辦法如何在行政訴訟上被實際適用，必須進一步觀察行政訴訟之實際情況。

（二） 與原住民保留地相關之行政訴訟

首先，本文以司法院法學資料檢索系統[31]為搜尋基礎，針對最高行政法院之 判決，並於全文檢索語詞設定條件為「原住民保留地」，進行搜尋，獲得 85 則案件；接著再分別針對台北高等行政法院、台中高等行政法院、高雄高等行政法院 進行相同全文檢索語詞設定條件之搜尋，分別獲得 122 則、58 則、56 則之案件 結果。逐案檢視此 234 則案件自有研究價值，尤其是案件量與一般所認知之原住 民保留地分布地區並不完全一致－依據原住民族委員會最新提供之 99 年度原住 民保留地權利分配統計報表，原住民保留地係分佈於臺北縣、宜蘭縣、桃園縣、 新竹縣、苗栗縣、台中縣、南投縣、嘉義縣、高雄縣、屏東縣、台東縣、花蓮縣、 基隆市 13 個縣市內[32]，其中最多的屏東縣佔 25%，次多的台東縣佔 18.4%，其同 受高雄高等行政法院管轄，其案件量卻不到台北高等行政法院之半數，而台北高 等行政法院管轄之縣市所擁有之原住民保留地全數僅佔 29.6%，不到高雄高等行 政法院管轄地百分之七十[33]。何以訴訟案件量與原住民保留地之比例不符，確實 有必要進行研究探討。但在撰寫時間有限的情況下，本文考量到會向最高行政法 院提出上訴、再審或抗告者，可先推定是當事人爭取權益的意識較為強烈，或當 事人有較多進行行政救濟之資源（不論是金錢或時間）[34]，或案件具備相當重要 性，因此或許可較清楚地凸顯出關

---

[29] 分別是 1997 年 12 月 9 日、2000 年 4 月 28 日、2002 年 5 月 21 日與 2006 年 5 月 23 日。

[30] 以耕作權之設定為例，非山地保留地之耕作權設定明定於土地法，若發生不動產糾紛，需由不動產糾紛調處委員會進行調處，委員會之設置與組織由土地法第 34-2 條明文規定。而原住民保留地之土地權利審查委員會之組織與職權，規定於原住民保留地管理辦法第 6 條，而其組織設置，更透過再授權之方式，於第 6 條第 2 項再授權由中央主管訂定設置要點。

[31] http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm

[32] 資料來自於該會網站中「102 年度統計報表」網址 :http://www.apc.gov.tw/（2016 年 3 月 21 日）。

[33]此一數字比例從 99 年度到 102 年度有頗大之變化，99 年度之資料顯示，台北高等行政法院 管轄地區之原住民土地只佔全國原住民土地之 18.2%，但到了 102 年度卻激增為 29.6%。主要 原因在於花蓮縣之原住民土地從 99 年度之 30081.7 公頃，增加到 31545.139 公頃。

[34] 儘管行政訴訟徵收裁判費係自 2007 年 8 月 15 日開始，且裁判費採定額制（http://www.judicial.gov.tw/assist/assist06.asp），但仍然不免對於財務並不寬裕者造成一定的 訴訟障礙。

於原住民保留地行政救濟之特色，因而只得暫 時先捨去對於三個高等行政法院判決的逐案檢視，僅先對最高行政法院之案件進 行逐案閱讀與分析。以下先對案件進行整理概述，再針對案件顯示出特徵進行說明分析。

1. 最高行政法院原住民保留地案件概況

本文先對 85 則案件逐案檢視，發現此 85 則案件有的係相同案件，只是歷經 上訴、再審、抗告等程序[35]，有的則是在判決文書中因為法條或是相關文件提及「原住民保留地」[36]，因而再次進行整理，彙整出以下自 1998 年迄今[37]的 61 則案 件。為了清楚標示，先以表格，對於判決字號、判決事實摘要、當事人，以及必 要標示之說明（是否為原住民、對於原住民保留地之爭執原因等）進行案件概況 整理。

先列表於下：

編碼	判決字號	事實摘要	當事人	說明
1.	105 年度判字第 117 號	上訴人欲繼續承租位於廬山之原住民保留地被拒，向被上訴人原住民族委員會請求補償亦遭拒。	太仁開發事業股份有限公司vs.原民會、內政部	非原住民承租原住民保留地
2.	104年度裁字第2128號	原住民保留地土地權利審查委員會決議，依原住民保留地開發管理辦法通過由訴外人設定耕作權及地上權，相對人登記完成後抗告人以該設定土地權利之登記致使自己之農地無法通行，以利害關係人之身分對權利設立登記提出救濟。	高泰成vs.屏東縣牡丹鄉公所	抗告人於前審已逾救濟期間（高雄高等行政法院104年原訴字第2號）原住民保留地開發管理辦法不在處理土地間私權爭議，抗告人欠缺訴訟權能
3.	104年度判字第535號	上訴人申請租用原住民保留地，台中市政府92年核准，但於101年撤銷。	段余凌雲vs.台中市政府	非原住民承租原住民保留地
4.	104年度	上訴人主張自己對原住民保	江士勳vs.	非原住民無法申

[35] 此等案件在以下表格將列入同一編號之下。

[36] 103 年度判字第 51 號、103 年度判字第 214 號、99 年度判字第 556 號（遺產稅）、98 年度判字第 383 號（低收入戶之認定）、91 年度判字第 652 號（申請造林補助）、89 年度判字第 2006 號（水土保持法）

[37] 本文案件搜尋至 2016 年 4 月 18 日。

	判字第536號、103 判字第 585號 號、	留地之權利認被上訴人不得設定耕作權予訴外人	台中市和平	區公所請設定原留地耕作權登住民保留地耕作權登記，無任何法律上之利害關係，無訴訟實施權能。
5.	104 年度判字第523 號	對於遭廢止造林處分不服	游春妹 vs 花蓮縣政府	僅由「花蓮縣卓溪鄉公所 101 年度原住民保留地造林地溢領獎勵金說明表」知悉與原住民保留地之關係
6.	104 年度裁字第214 號	上訴人欲繼續承租原住民保留地因未提出合法租用文件而被駁回	蜜月館大飯店股份有限公司 vs 南投縣政府	非原住民承租原住民保留地
7.	103 年度判字第687 號、103 年度判字第419 號	設定耕作權而再審被告遲不決定	壁虎・打滾（原名黃春福）vs 南投縣仁愛鄉公所	設定耕作權之要件以自行耕作之狀態迄主管機關核准其申請時仍繼續為必要，該土地確已棄耕多年。恐涉及賽德克族之農作習俗。
8.	103 年度裁字第1624 號	上訴人嫁與非原住民為妻，喪失原住民法定身分，不符山地保留地土地權利繼承或受配之資格，其養母享有權利之四筆土地因而遭塗銷登記。上訴人向被上訴人申請系爭土地耕作權辦理繼承登記予上訴人之行政處分	于王玉答 vs 南投縣仁愛鄉公所	恢復原住民身分請求原住民保留地權利

9.	103 年度判字第156 號	參加人已經設定耕作權之原住民保留地，由花蓮縣秀林鄉公所出租予亞泥，參加人主張辦理所有權移轉登記經花蓮縣政府駁回，參加人提出訴願，原住民族委員會撤銷原處分，亞泥因而提出訴訟	亞洲水泥股份有限公司 vs. 原住民族委員會	原住民保留地取得土地所有權之要件
10.	103 年度裁字第220 號（103 年度裁字第219 號、102 年度判字第233 號）	對於其父所耕作使用之山地保留地，陳請再審被告補註記系爭土地為原住民保留地遭拒	吳榮三 vs 行政院原住民族委員會	原住民主張註記原住民保留地
11.	103 年度裁字第229 號（103 年度裁字第232 號）	上訴人提出就國有之原住民保留地設定耕作權之申請，被上訴人駁回。	沈堡蓮 vs 屏東縣牡丹鄉公所	原住民主張原住民保留地耕作權登記
12.	102年度裁字第1713號	上訴人之祖父全清石於58年間就南投縣信義鄉某原住民保留地取得地上權登記，上訴人主張被上訴人在76年間地上權未塗銷登記前將系爭土地出租於陳秀珠，且未經繼承人同意於95年間塗銷地上權登記逕將系爭土地收歸國有，遂於99年7月20日向陳情協助辦理繼承登記，被上訴人後續多次函覆說明系爭土地出租之理由，但上訴人對於被上訴人之函覆不服。	全左安（即左淑娟）、全左淑芳（即左淑芳）、伍建明vs 南投縣信義鄉公所	原住民主張原住民保留地地上權權繼承登記

13.	102年度判字第244號（101年度判字第409號）	上訴人於原住民保留地內設定耕作權登記，嗣並以取得之耕作權登記後繼續自用滿5年取得上開權利範圍土地之所有權。嗣後，參加人另以原住民身分，設定耕作權登記，經被上訴人核准登記在案。惟上訴人認依被上訴人核准參加人設定耕作權登記之測量圖顯示，參加人所指耕作權位置，恰與上訴人原取得耕作權之耕作位置重覆，請求撤銷對於參加人之耕作權登記。	魏永樂vs南投縣仁愛鄉公所	原住民間對於耕作權設定之衝突（上訴人之權利並未因原處分致受侵害）
14.	102 年度裁字第 417 號	訴外人高有義（嗣更名為高有儀）對系爭原住民保留地先登記為耕作權人，並於耕作權登記滿 10 年後，登記為土地所有權人。上訴人主張系爭土地及其上建物自 49 年間創立新址，一直為其先父鄭德輝及家屬持續使用並繳納稅捐，請求將系爭土地更正登記為鄭德輝所使用，被上訴人否准其申請	鄭鎔庄、鄭家來、鄭家富、鄭家貴、鄭瑞玉、鄭瑞惠、鄭瑞美vs 花蓮縣秀林鄉公所	原住民間之土地權利登記爭執（上訴人雖主張高有義曾將土地耕作權讓與鄭德輝，此部分應向民事法院訴請判決，如經獲得勝訴判決，始得據以向地政機關辦理移轉登記）
15.	102 年度裁字第 216 號	原住民保留地經被上訴人公告收回改配後，現地上權人即參加人於85年10月15日提出地上權申請並准予辦理，上訴人函請撤銷參加人之地上權設定登記，被上訴人調處不成，發函請雙方自循司法途徑解決，上訴人對此函不服。	趙春霞、趙俊光 vs 南投縣仁愛鄉公所	原住民間之土地權利登記爭執
16.	102年度判字第48號	上訴人申請原住民保留地土地所有權移轉登記，准許後因原民會向臺灣桃園地方法院訴請塗銷上訴人就系爭土地之所有權登記，桃園縣政府因而以先前之准許違法而撤銷	蘇家宏 vs 桃園縣政府	原住民保留地之使用（100 年度重訴字第 6 號民事判決）
17.	101 年度裁字第 2247 號	請求和平鄉博愛村保留地谷關山胞土地被山訓部隊進駐損失補償清冊，以確認地上權	林子翔vs臺中市和平區公所	地上權設定之資料

18.	101 年度裁字第1629 號	抗告人認相對人所為之函影響自己設定耕作權之權利	古阿粉 vs 南投縣仁愛鄉公所	設定耕作權疑義函非行政處分
19.	101 年度裁字第1607 號（101 年度裁字第960 號）	勤和部落之原住民族主張，主張依原住民族基本法，部落族人對於土地使用之權利，但仍遭行政機關以違反水土保持法處罰	吳明傑 vs 高雄市政府	水土保持法超限利用之認定
20.	最高行101年度裁字第1612號、751號；高高行100 年簡字第244號	勤和部落之原住民族主張，主張依原住民族基本法，部落族人對於土地使用之權利，但仍遭行政機關以違反水土保持法處罰	杜拉隆vs高雄市政府	水土保持法超限利用之認定
21.	101 年度裁字第1399 號	取得原住民保留地之耕作權設定後，遭實際耕作人檢舉並無實際耕作事實，而遭撤銷耕作權	鄭添田、王阿秀、王志明 vs 宜蘭縣大同鄉公所	耕作權之認定以「實際耕作」為據
22.	101 年度裁字第846 號	上訴人請求改配原住民保留地遭拒	陳建華 vs 屏東縣牡丹鄉公所	原住民保留地之收回改配
23.	101 年度裁字第539 號	設定耕作權之原住民保留地因闢建道路而生之土地補償問題	林榮發 vs. 花蓮縣瑞穗鄉公所	原住民保留地所有權地價標準
24.	101 年度裁字第287 號	應編列為原住民保留地而未編定，致土地上之房屋被認定為無權佔有	吳莊參梅、伊掃魯刀 vs 財政部國有財產局	原住民保留地之增編
25.	101 年度判字第 18 號	上訴人主張被上訴人設定耕作權所有權之函為行政處分，主張該二函無效；並主張確認行政處分無效後，應撤銷耕作權與所有權登記，將原住民保留地改配於己	杜水寶 vs 南投縣仁愛鄉公所	設定原住民保留地耕作權與所有權之程序合法性與性質認定

26.	100 年度判字第1925 號（再審）、99 年度判字第894 號[38]	原住民保留地辦理耕作權繼承登記之主管機關與適格被告之爭議	田春綢等21 人 vs 花蓮縣秀林鄉公所、花蓮縣政府(亞洲水泥股份有限公司參加)	亞泥案
27.	100 年度判字第1422 號(98年度判字第 1205 號)	設定耕作權後，再審被告設定租賃權予參加人，是否違反原住民保留地開法管理辦法第15條第1項規定而得主張無效	程政人等 3 人 vs 花蓮縣秀林鄉公所、花蓮縣政府(亞洲水泥股份有限公司參加)	亞泥案
28.	100 年度裁字第990 號	上訴人向被上訴人租用原住民保留地經營魚塭，該地後為被上訴人徵收，經認定上訴人未取得該土地之合法使用證明而拒絕補償水產養殖物遷移費	董美桂、施武宗 vs 臺東縣政府	非原住民使用原住民保留地請求補償
29.	100 年度裁字第670 號	解編原住民保留地	李盈源、李明中 vs 行政院原住民族委員會	非原住民請求解編原住民保留地
30.	99 年度裁字第 455 號	上訴人或其家人主張已於79年3月26日前使用並開墾完竣 該土地，請求設定耕作權	甲○○vs臺東縣延平鄉公所	原住民設定耕作權
31.	99 年度判字第 85 號	被上訴人請求將系爭原住民保留地更正編定為丙種建築用地	臺東縣政府 vs 乙○○○	非原住民之土地承租人對系爭土地僅具經濟上利益，非法律上利害關係人

[38] 99 年度裁字第 1076 號，乃秀林鄉公所鄉長參與原住民保留地土地權利審查委員會之審查，是否違反公職人員利益衝突迴避法第 4 條之案件。

32.	98 年度裁字第 2560 號（95 年度裁字第 2652 號裁定、96 年度再字第 1 號判決）	訴外人於原住民保留地設定地上權被撤銷後，經訴願撤銷原處分，上訴人對訴願決定不服，並主張自己有權為地上權登記	甲○○vs 新竹縣政府	原住民間爭執原住民保留地之地上權登記
33.	98 年度裁字第 1887 號	上訴人於原住民保留地上耕作，請求註銷原住民保留地之劃編，被上訴人以該土地不符合行政院 85 年 10 月 15 日台（85）內字第 35891 號函頒之撤銷增編原住民保留地原則，且原住民保留地開發管理辦法無解編相關規定	甲○○vs 行政院原住民族委員會	非原住民請求解編，主張本件原始劃編之行政處分係將自始即無原住民使用及耕作之土地劃為原住民保留地，係屬不應劃編而劃編
34.	98 年度裁字第 1756 號	設定地上權之原住民保留地請求造林獎勵金	甲○○○vs 南投縣信義鄉公所	造林獎勵金
35.	98 年度裁字第 1448 號[39]	原住民上訴人請求對增編之原住民保留地登記地上權被拒絕，因公告分配時無受理其案件	甲○○vs 南投縣仁愛鄉公所	行政院原民會發布之原住民保留地各種用地申請作業須知之程序與行政院原民會訂定之公有土地增編原住民保留地處理原則第7條不符

[39] 本案裁定十分簡潔，事實必須參考前審之台中高等行政法院 97 年度訴字第 451 號判決方得釐清。

36.	98 年度裁字第 1091 號[40]	該土地為日據時代日本工程重點建設機械放置點，當時不論是否為原住民進出皆受嚴格管制，因而不能於系爭土地上有任何耕作事實，日據結束後由國防部山訓部隊接管，於48年2月3日與博愛村山胞民協議並製作「和平鄉博愛村保留地谷關山胞土地被山訓部隊進駐損失補償清冊」，被告即以，「48年2月3日山訓部隊使用和平鄉博愛村山地保留地協議補償會議紀錄」、前述補償清冊及「74年1月25日陸軍總部歸還谷關段128、128-1、136-1、137-1等4筆土地為山地保留地交還原使用人分配座談會議紀錄」為地上權設定核准之依據。原告主張土地為哈崙台部落全體共有，48年間出席會議之山胞僅為出席代表，並非土地受分配之指定人。	甲○○等12 人 vs 台中縣和平鄉公所	原住民保留地地上權設定核准認定爭議：部落全體或原住民個人之土地權利
37.	98 年度裁字第 706 號(台北高等行政法院 97 年度訴字第 2046 號)	本件公有地（原住民保留地）之海軍彈藥室，於民國（下同）79 年經海軍花蓮基地指揮部移交被上訴人後，上訴人於83 年間起無權占用，並於 89 年間向被上訴人申請繼續使用或租用系爭土地，被上訴人79年 3 月 26 日原住民保留地開發管理辦法施行前，原告尚未完成開墾系爭土地或完成造林，不符合該管理辦法第 8 條或第 9 條而拒絕。	甲○○vs 花蓮縣秀林鄉公所	是否為原住民不明

[40] 參考前審判決台中高等行政法院 97 年度訴字第 334 號判決之事實整理。

38.	98 年度裁字第 276 號	抗告人主張某交通用地遭訴外人江志誠自 87 年起違法占有，請求依法排除。管理機關認該土地 92 年 5 月 28 日編定為交通用地前，即由現使用人為農作使用，基於尊重原住民使用土地事實之淵源背景（父輩以前即開始使用），且無影響公設設置之前提下，於案地未作道路用地使用前，類推適用『非都市土地使用管制規則』第 8 條規定，同意由現使用人繼續管耕；爰上所陳，難謂為違法占用行為。法院認抗告人之檢舉無公法上請求權。	甲○○vs 臺東縣海端鄉公所	非原住民陳情原住民非法佔用原住民保留地
39.	97 年度裁字第 5382 號（最高行 96 年度判字第 02012號）[41]	原住民主張於62年起開墾完竣並自行耕作，申請於系爭保留地設定耕作權登記，被公所認非原住民經營而拒絕	甲○○vs 宜蘭縣南澳鄉公所	原住民保留地中的開發行為認定疑義，係合作開墾或遭非原住民違法佔用
40.	97 年度裁字第 5175 號(台中高等行政法院 97 年度訴字第 98號)	非原住民在未被改編為原住民保留地前即已經使用該地，之後申請目的事業主管機關合法化程序前，繼續於該現場從事砂石碎解洗選作業及砂石買賣經營，因而被撤銷使用同意	涂碧珠即萬中砂石行 vs 臺中縣政府	非原住民使用原住民保留地
41.	97 年度裁字第 5016 號(高雄高等行政法院 97 年度 訴字第 381 號)	原住民申請設定地上權後續申請所有權移轉，但因系爭土地上已存在大鳥活動中心（現為大鳥村辦公處）而被拒；嗣後又被撤銷地上權	甲○○vs 臺東縣大武鄉公所	原住民主張祖傳土地之權利，但該土地上原住民父親建築之房屋53年時已遭查封拍賣，60年登記為原住民保留地

[41] 本案經多次裁判：北高行 94 年訴字第 227 號、最高行 96 年度判字第 2012 號、北高行 96 年訴更一字第 190 號、最高行 97 年裁字第 5382 號。

42.	97 年度裁字第 3678 號、97 年度裁字第 3145 號（高雄高等行政法院 96 年度訴字第 274 號）	甲主張訴外人未於原住民保留地上耕作或造林，不應取得地上權與土地所有權	甲○○vs 臺東縣延平鄉公所、臺東縣政府	不確定是否為原住民爭執原住民保留地之實際使用狀況
43.	97 年度裁字第 2278 號、最高行 95 年度判字第 557 號、92 年判字第 1203 號、87 裁字第 52 號	原住民保留地設置加油站	聯亞水產企業有限公司 vs 宜蘭縣政府	非原住民於原住民族保留地之使用限制
44.	97 年度裁字第 1880 號	原告原承租角板山賓館旁之土地，95年間向桃園縣復興鄉公所申請換約，鄉公所以已經非管理機關而拒絕	甲○○vs 桃園縣復興鄉公所、桃園縣政府	非原住民承租原住民保留地
45.	97 年度裁字第 536 號(高雄高等行政法院 96 年度訴字第 22號)	申請承租5筆原住民保留地，未檢具土地承租契約書或租金繳納證明其於該辦法施行前已租用系爭土地繼續自耕或自用而遭駁回，提出行政訴訟罹於期間	甲○○vs臺東縣太麻里鄉公所	非原住民
46.	96 年度裁字第 3779 號(台北高等行政法院 94 年度訴字第 04078 號)	世居花蓮縣秀林鄉之原住民甲，於 72 年間配合政府礦業政策，經被上訴人分配遷住花蓮縣秀林鄉富士村 9 鄰民樂 32 之 1 號之現址（即系爭土地）居住，並依法搭蓋房屋雞舍等於系爭土地上，該依法占有使用之系爭土地因參加人等之申請而由被上訴人公告，後登記地上權予參加人，甲爭執登記處分之合法性。	甲○○vs 花蓮縣秀林鄉公所	原住民間對於土地權利之爭執

47.	96 年度判字第 1981 號	甲取得地上權登記後以地上權人名義，起訴請求訴願人侯先幼等返還系爭土地分割後 18 地號土地，訴願人請求撤銷上訴人之地上權登記未果後提起訴願，被上訴人撤銷原處分並要求另為處分，甲因而提出訴訟。	甲○○vs 臺中縣政府	原住民間之土地爭議。原住民保留地地上權之申請案件，應提經土審會審查，若土審會未於 1 個月內審查完畢，則由鄉（鎮、市、區）公所報請上級機關核定
48.	最高行 96 判字 1818 號	以完成部落環境改善工程為目的，於原住民保留地開採板石，適用土石採取法第3條但書之規定，免申請土石採取許可，而依「採取土石免申辦土石採取許可管理辦法」，僅向中央主管機關申請核定並公告劃定區域及採取期間之疑義。	甲○○vs 屏東縣政府	非原住民
49.	96年度判字第1132號	向花蓮縣政府申請解除保安林編訂，系爭保安林係臺灣省 光復前由日據政府公告編 入，依照臺灣接管計畫細要通 則第5款規定，於光復後仍繼 續承認其效力，並歷經多次檢 訂結果，認該保安林之存置仍 有法定效力與必要。除依森林 法規定之保安林解除程序予 以解除外，仍屬森林法規定之 保安林。上訴人縱主張保安林 解編後得劃編為原住民保留 地，其仍無法對該保安林主張 權利，與系爭土地之關係，即 非森林法第26條所稱之「直接 利害關係人」。	甲○○、丙○○vs 行 政院農業委員會	非原住民主張解編保安林
50.	96 年度裁字第 435 號	抗告人相對人承租坐落該鄉之4筆原住民保留地，再次申請續約時，因當地居民反對，相對人函復抗告人終止租約收回土地（實為不予續租之意思表示），為私法糾紛	松欣有限公司 vs 屏東縣來義鄉公所	非原住民承租

51.	95年度裁字第 2652 號	訴外人於原住民保留地上設定地上權，因新竹縣尖石鄉公所以該筆土地現使用人並非登記之地上權人，依據原住民保留地開發管理辦法第 19 條規定，經尖石鄉土地權利審查委員會審議通過收回並塗銷地上權登記，訴外人不服提出訴願，訴願勝訴，上訴人主張自己之生父與自己方為實際造林耕作者，然並未被承認該當法律上利害關係人。	甲○○vs 新竹縣政府	原住民間之土地權利爭議
52.	95 年度裁字第 364 號	上訴人於 89 年 10 月 25 日向被上訴人申請於系爭 841 地號原住民保留地設定地上權，然被上訴人經原住民保留地土 地審查委員會之審議與公告 就系爭土地擬分配及辦理設 定他項權利期限內所得事實 證據，認定系爭土地應為太巴 塱部落「部落祖祠公地」，且 查系爭土地從日據土地台帳 記載「財團法人學租財 團」之後登記「同人社」國有， 民國 35 年國民政府辦理土地 總登記後，36 年土地代管期 滿無所有人申報，遂登記為國 有迄今，民國 65 年起至 84 年，系爭地則由訴外人鄭桂蘭 承租，因而不採上訴人主張。	甲○○vs 花蓮縣光復鄉公所	原住民土地爭議
53.	94 年度判字第 1266 號	辦理原住民保留地之耕作權遺產登記，其中4筆地號土地是否被繼承人已經出售予平地人而無法辦理遺產登記有爭議，且被上訴人並非原住民保留地申請案之職掌機關，因而駁回上訴人登記之請求。	甲○○等四人 vs 臺中縣政府	耕作權登記、繼承登記之權限為地政機關，直轄市、縣（市）政府自無就原住民保留地，命鄉（鎮、市、區）公所為所有權移轉登記、耕作權設定登記

54.	94 年度裁字第 56 號	申請租用原住民保留地遭拒	甲○○○vs 行政院原住民族委員會	非原住民於原住民保留地開發管理條例制定前申請租用原住民保留地
55.	92年度裁字第603號[42]	當事人罹於救濟期間	甲○○vs屏東縣三地 門鄉公所	不確定當事人是否為原住民
56.	92 年度判字第 26 號	宜蘭縣政府於民國85年12月26日以上訴人在原租約屆滿後，未經允許擅自開挖原住民保留地、破壞水土保持，裁罰上訴人	利達礦業有限公司 vs 宜蘭縣政府	非原住民使用原住民保留地 行政程序法尚未生效、訴願法尚未修正前之案件
57.	91 年度裁字第 1259 號(高雄高等行政法院 90 年度訴字第 1268 號)	乙○○○請求辦理繼承登記，取得原住民保留地之耕作權，台東市公所未通過其申請，後又收回系爭三筆原住民保留地之耕作權，89年5月1日函請乙○○○協助辦理塗銷登記事宜。	乙○○○vs 臺東縣臺東市公所	函請原住民配合原住民保留地耕作權塗銷登記之函非行政處分
58.	91 年度判字第 1716 號	台東縣政府認甲○○未經申准，擅於台東縣太麻里鄉公所編定為公共造產用地之原住民保留地內開挖整地、舖設水泥步道，認有違反水土保持法規定，乃裁處甲○○六萬元罰鍰。甲○○主張曾申請耕作權被拒，僅在該地以傳統農具種植玉米，未破壞水土保持。使用挖土機是因為太麻里鄉公所在該地上方開闢產業道路，造成大量土石流落，必須疏通土石。	甲○○vs 台東縣政府	可能是非原住民

[42]本見之前審為高雄高等行政法院 90 年度訴字第 1992 號，但相同對於事實情況無任何敘述。

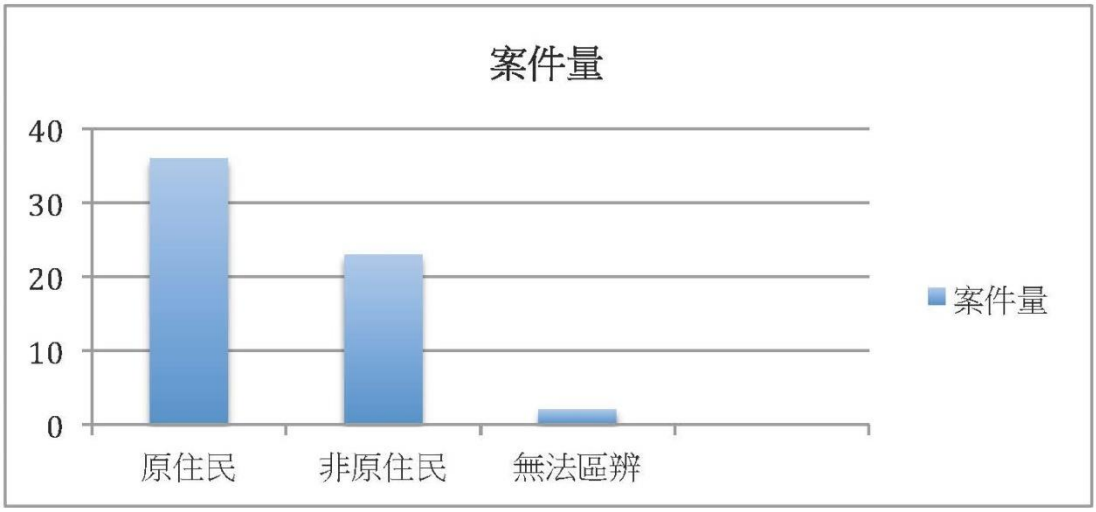
59.	90 年度裁字第 1010 號	原告申請租用座落苗栗縣泰安鄉○○段十號國有原野地，但未完成租賃；泰安鄉公所80年間將系爭土地改編為原住民保留地，原土地管理機關查證原告於系爭土地增編為原住民保留地前，並無承租資料，亦無使用之事實，未符合得以租用原住民保留地之要件，未允許。原告主張改編為原住民保留地之處分違法應撤銷。	家榮農林畜業股份有限公司 vs 行政院原住民委員會	非原住民對原住民保留地編列之爭議
60.	89 年度判字第 2884 號	原告購得 1858 地號之土地後，因原告當時嫁予平地人而喪失原住民身分，僅能租用該土地面積 0.03 公頃作為自用住宅用地，並與被告簽訂「台灣省山地保留地租賃契約」，原告之後恢復本籍，並發現該地號土地電腦資料登載他人為土地使用權人，請求更正。	甲○○vs 桃園縣復興鄉公所	喪失原住民身分之原住民使用土地權利
61.	87 年度判字第 1501 號	原告未經申請核准，於屏東縣三地門鄉某某等地號原住民保留地開挖整地，興修道路，案經被告派員會同三地門鄉公所及德文派出所人員現場勘查屬實，認有違水土保持法規定，乃分別各處新台幣六萬元罰鍰，原告認為僅吊勾廢木材、清除路面雜，因而循序提起行政訴訟	甲○○等 4 人 vs 屏東縣政府	不確知是否非原住民

上述案件經過初步整理，又可再針對案件類型，依據不同之類型標準進行更細緻之分類。

1. 最高行政法院案件類型分析

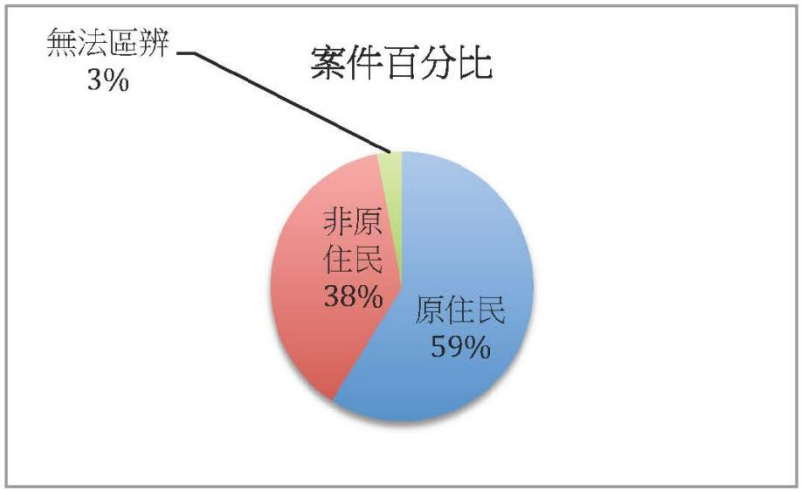
由上述最高行政法院之案件，以下再依據當事人是否為原住民、爭執之權利內容進行類型區辨。判斷當事人是否為原住民遭遇相當困難，因為法院判決內容未必顯示當事人之全名，加上判決中極少對於原住民所屬種族、部落進行說明，只能依據當事人提供之權利爭執事實進行判斷，因此在統計與辨識上或許有誤。關於爭執權利內容部分，當案件當事人係原住民時，與原住民保留地相關之權利爭議，主要與依據山坡地保育利用條例第 37 條賦予給原住民之耕作權、地上權、承租權與所有權有關，而爭執之內容多半是原住民保留地開發管理辦法各條款之具體適用與個案涵攝。

（1）當事人為原住民之比例



圖表 1（本文自製）

由此案件量可再得到案件的比例圖如下：



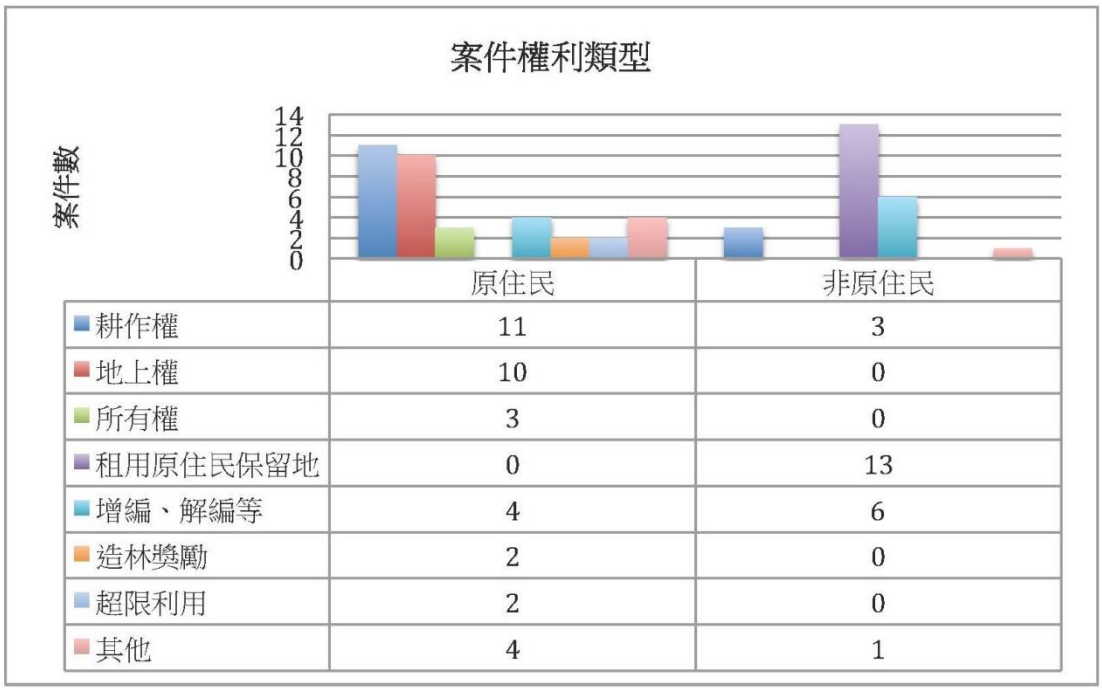
由以上圖示可明顯發現，原住民為訴訟當事人之案件數量明顯高於非原住民，但有疑義者在於，何以關於原住民保留地，此一原始設計係為了「安定山地人民」之法制度設計[43]，縱然現行之原住民保留地開發管理辦法並未明文揭示立法目的，但自其母法係以「輔導原住民開發並取得…權」為其目的，應該不脫溢原始安定山地人民之精神？若然，如何解釋為數不少之非原住民對原住民保留地權益有所爭執之案件？這或許正足證學者認為原住民保留地開發管理辦法之法規名稱，暗喻並肯定引進開發勢力進入原住民保留地[44]，已符合原始設計中另一個「發展山地經濟」之立法目的。

（2）案件權利類型

[43] 台灣省各縣山地保留地管理辦法第 2 條。

[44] 陳竹上，我國原住民保留地政策之當代課題與司法案例分析，台灣原住民族研究季刊，5 卷 2 期，2012 年，頁 98。

以下區分當事人為原住民與非原住民，在案件中爭執的權利類型為進一步之區辨。原住民部分，主要爭執者為耕作權、地上權、所有權之設定，但其請求的態樣多端，略有：主管機關對其申請設定否准或塗銷而表示不服，主管機關將權利設定給其他原住民而表示不服，請求改配、增編、註記原住民保留地，請求確認登記之權利，尚有超限利用爭議、造林獎勵等。非原住民部分，最大宗者為請求租用原住民保留地，其他類型則較為零星：請求解編、註銷原住民保留地，檢舉原住民非法佔用原住民保留地，主張改編原住民保留地不合法等。



	原住民	非原住民
耕作權	11	3
地上權	10	0
所有權	3	0
租用原住民保留地	0	13
增編、解編等	4	6
造林獎勵	2	0
超限利用	2	0
其他	4	1

圖表 3（本文自製）

以上的量化統計資料，可初步確定，截至目前為止，耕作權之設定為原住民在原住民保留地主張權利並進行爭執之大宗，是否表示，目前為止，對於大多數 原住民而言，距離取得原住民保留地之所有權，尚有一段路必須邁進？不過，若 是從原住民族委員會統計之原住民保留地權利分配統計表進行觀察，在現行原住 民保留地當中，已經由取得所有權者，於 101 年度統計表顯示，係佔所有原住民 保留地之 35%，較 99 年度統計表之 34.62%略有成長，但登記耕作權者，則由 3.12% 下降到 3.12%。判決所顯示的權利爭執，似乎無法與現實的權利狀況有明顯之關 連性？究竟，從目前最高行政法院判決之整理，是否顯示出我國目前的原住民保 留地政策有如何之制度缺失？以下將再接續進行個別針對判決中法院具體適用 法律涵攝的論理過程進行推敲，以釐清我國原住民保留地法制設計是否繼續複製 對於原住民的「殖民」或「歧視」。

二、原住民保留地制度之應然面

（暫略）

三、　結論

現行之原住民保留地制度承襲日本統治時期所建立之制度模型，將所有長久 以來，原住民生活、使用、管理、活動等之領域收編國家所有，再依據國家單方 所設

定之條件，決定准許原住民個別於該土地上進行耕作（耕作權）、建築（地 上權）、其他利用（承租權），再「重新」取得所有權。國家究竟基於何種權力地 位，「剝奪強佔」在先，又任意決定各種個別得主張之權利要件在後？如果，現 行之政府已經不再是「外來政權」，不再以殖民思維進行對於國家各領域之統治， 是否至少該遵循現行憲法增修條文之憲法義務，在原住民保留地之相關法制上， 還給台灣土地上最原初之人民，一個符合人性尊嚴與公平正義之權利保障制度。

原住民保留地之實然與應然－相關行政救濟實務見解分析

吳秦雯
（政治大學法學院副教授）

0

前言

- 本文主要關注國家在原住民保留地制度中扮演之角色與採取之態度，因此對於相關司法救濟途徑之觀察，將聚焦於行政救濟之範疇，亦即行政訴訟判決之檢視
- 我國現行之原住民保留地制度，係大量承襲自日本政府殖民統治時期之制度，制度之沿襲是否代表此等「殖民－被殖民」之關係與思維，目前仍然以原住民保留地制度之方式存在於我國？！相關之行政救濟決定與判決，是否相同地重製此等「殖民－被殖民」的刻板印象與潛在意識？

一、原住民保留地制度之實然面

（一）**原住民保留地制度之沿革－相關規範法制之變遷**

自從來自台灣以外地域之統治者，將其既有制度下之統治組織與人員移入台灣以進行統治，原住民對於土地的權力與利用開始發生改變，但最重要的是國家權力機關以統一並強制方式對於原住民居住、活動區域進行法規範之制定與執行，對台灣而言，這樣的時期始於日本統治台灣。

1.**日本統治時期之法規範**

2.**國民政府統治時期之法規範**

2

國民政府統治時期之法規範（前階段）

基本上國民政府當時的法規範制度，維持日本統治時期「剝奪原住民土地所有權為國有」之制度型態，主要基於「山地社會仍處於文化落後、生活艱困的狀態，認為應在三民主義扶助弱小民族的基本國策下，重建山地社會」之概念，認定山地人民較為落後，在開墾並利用土地之情況下，方擁有使用收益權，若不利用而霸佔土地，國家有權剝奪其使用權交付予其他山地人利用。此等國家制度不但延續殖民政策下認定山地人無法擁有山地之所有權，認定山地人不能與平地人相同擁有對於土地權利的平等地位，甚至更進一步在山地人間製造「開墾利用土地」vs「霸佔土地不利用」之性格差異。國家毫不掩飾自己強勢家父之功能與角色，幾乎不是後殖民主義（postcolonialism）之色彩，而近似殖民者之意念

3

國民政府統治時期之法規範（前階段）

「台灣省山地保留地管理辦法」第7條、第8條表面上看來賦予原住民「收回」以往原住民擁有土地之可能與權利，但原住民取得權利之方式，仍然是外來政權統治制度設計中，由國家單方面決定之方式，並且「首次將過去僅施行於平地的個人主義所有權制度，引進居住於山地的高山族原住民」，就像一開始列入國有土地範圍一樣，原住民族傳統習俗對於土地使用利用之規範是否能夠與資本主義概念下個人主義所有權制度互相調和，如何避免或減少衝突，國家統治機關並不關心，只要能夠達到國家預設之行政目的即可。這樣的思維方式，不也是殖民思想的思維與複製？

4

國民政府統治時期之法規範（前階段）

1974年「台灣省山地保留地管理辦法」大幅修訂內容，增訂第34條，放寬公私營企業及個人對保留地的使用。此一條文儘管加入「不妨害山地人民生活及山地行政」之前提要件，但此一要件之判斷連結到「由鄉公所、縣政府勘查並加具處理意見」，並未設計任何山地人民表達意見之機制，可謂又是國家以管制與強權手段展現自我行政意識之例。而此等以優越地位單方開放平地人以發展山林之強勢經濟姿態進入山地保留地的法規範方式，正是殖民主義中，強化被殖民者認定自己較為野蠻或無能力，而理應持續遭受被殖民之烙印

5

國民政府統治時期之法規範（後階段）

由原住民保留地開發管理辦法之制定過程可知，就時序而言，一方面，授權母法之一之農業發展條例早在1973年即已規範有「山地保留地」，當時行政院即可以該法作為母法規範相關子法，但卻一直到1990年方制定。

另方面，1992年修憲時，已經增列原住民保障條款，並於1997年之憲法增修條文明定「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其…經濟土地…予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之。」，但直至今日，關於原住民保留地，此一顯然涉及原住民土地之重要權利事項，國家，尤其是立法者，依然未遵守憲法託付之「以法律定之」之憲法義務。

同時，在除了原住民以外，關於非原住民保留地之相關土地權利事項，幾近均以法律明文規範。

6

國民政府統治時期之法規範（後階段）

- 由以上二方面之法制實際狀況可知，不但國家機關並未積極對待原住民之土地權利問題，相對於非原住民，原住民仍然受到國家法制不平等之對待。
- 以耕作權之設定為例，非山地保留地之耕作權設定明定於土地法，若發生不動產糾紛，需由不動產糾紛調處委員會進行調處，委員會之設置與組織由土地法第34-2條明文規定。而原住民保留地之土地權利審查委員會之組織與職權，規定於原住民保留地管理辦法第6條，而其組織設置，更透過再授權之方式，於第6條第2項再授權由中央主管訂定設置要點。

7

（二）與原住民保留地相關之行政訴訟

- 原住民保留地係分佈最多的屏東縣25%，次多的台東縣佔18.4%，其同受高雄高等行政法院管轄，其案件量卻不到台北高等行政法院之半數，而台北高等行政法院管轄之縣市所擁有之原住民保留地全數僅佔29.6%，不到高雄高等行政法院管轄地百分之七十。何以訴訟案件量與原住民保留地之比例不符，確實有必要進行研究探討
- 本文以最高行政法院的判決為分析對象

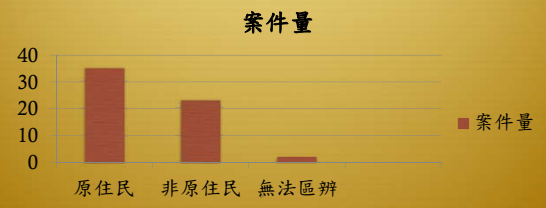
8

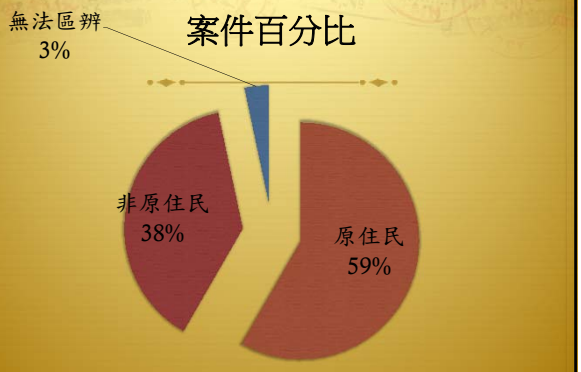
1.最高行政法院原住民保留地案件概況

搜尋出85則，整理出60則。參論文頁9-23

2.最高行政法院案件類型分析

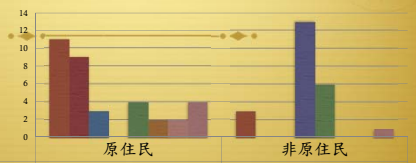
（1）當事人為原住民的比例





10

案件權利類型



	原住民	非原住民
耕作權	11	3
地上權	9	0
所有權	3	0
租用原住民保留地	0	13
增編、解編等	4	6
造林獎勵	2	0
超限利用	2	0
其他	4	1

二、原住民保留地制度之應然面

原住民族基本法，其中第20條到第23條涉及原住民土地之使用、利用與管理，但因原民族為基本法第21條第2項與第3項當中要求「另以法律定之」之立法義務目前遲未完成，而其他條文之規定也因為欠缺明確的下位法令，以致基本法的要求無法落實。依據我國憲法第80條對於法院「依據法律獨立審判」之權限賦予，行政法院事實上是可能在各個案件中，透過對於原住民基本法以及依據行政法依法行政之適用，賦予原住民保留地制度不同之權利保護，尤其是拒絕適用原住民保留地管理開發辦法，甚至向大法官提出解釋憲法之聲請，但似乎這樣的實際案例並不多見

當事人為原住民之案件

以判決的時點觀察，耕作權的案件似乎在年份上較為新近，地上權的案件最新的係第12案，乃102年度之案件，但耕作權有一件是在原住民基本法公布前發生，地上權案件則全部都是之後發生。

其次，當事人雖然都是提起行政訴訟，但其個別事實爭執之主體對象究竟為何，本文觀察到耕作權的案件只有2件是原住民彼此之間對於耕作權登記之爭執，但地上權卻有66.67%都是原住民間之爭執，主要較多係爭執他人權利設定對自己權利之影響，亦即第三人效力行政處分之問題。繼承登記的案件則是在耕作權登記上數量較多。

另外，在這些案件中，因為被國家機關否定權利登記而為救濟者，於耕作權設定比例較高。

13

- 最高行政法院103年度判字第419號

判決中認為：「參照同辦法（即原住民保留地管理開發辦法）第19條第1項規定之意旨，顯見上開第8條第1款之賦予申請人享有設定耕作權登記之公法上請求權，乃對於在山地開墾，且長期間耕作之使用現狀予以尊重，故申請設定耕作權登記之要件並非僅以該山地係申請人在上開辦法79年3月28日施行前所開墾完竣之事實為已足，尚須自行耕作之狀態迄主管機關核准其申請時仍繼續為必要。」

此一論述係源自前審之台中高等行政法院102年度訴字第161號 。

14

不論是前審之台中高等行政法院判決，或是最高行政法院，似乎是連結原住民保留地開發管理辦法第19條第1項之「無力自任耕作、遷徙或轉業致不能繼續使用者」規定，認為原住民保留地開發管理辦法雖然僅規定「施行前」此一時間要件，但若主管機關核准其申請時未能持續保持自行耕作，即該當「不能繼續使用」之要件。

疑慮：
一方面，原住民保留地開發管理辦法第19條第1項之不能繼續使用已經限制必須以「無力自任耕作、遷徙或轉業」為理由，然該案件之原住民申請人並未該當此等情況，法院拆解該條文之正當性基礎為何？

15

二方面，原住民「開墾完竣」的認定，為何以主管機關之認定為據，而不參酌原住民基本法第23條所揭示之「政府應尊重原住民資源利用方式土地擁有利用與管理模式之權利」？就此方面，最高行政法院於103年度判字第419號判決中認為「依原住民基本法第20條、第23條與經濟社會文化權利公約第15條之規定，固均揭示應尊重原住民族之合法權益之原則，惟上開規定僅屬原則性之提示，惟究應如何運作，仍應委諸於國內法規之規定，本件原判決已敘明適用山坡地保育利用條例及該條例所授權制定之原住民保留地開發管理辦法，自無違上訴人所主張之上開原住民族基本法及經濟社會文化權利公約所揭示之原則。」

16

評析

原住民族基本法第23條既然規定「政府」，則行政法院即有權審查行政機關所為之其體行政決定，是否符合「尊重原住民資源利用方式、土地擁有利用與管理模式之權利」之法定要件。儘管目前尚無立法院通過、總統公布之法律直接明文規定如何界定「尊重原住民…資源利用方式、土地擁有利用與管理模式之權利」，但一方面，原住民族基本法第21條第2項已經規定「政府或法令限制原住民族利用原住民族之土地及自然資源時，應與原住民族或原住民諮商，並取得其同意。」，此一規定或許尚需要法令具體規定進行諮商並取得同意之方式，但至少已明確規定諮商與同意之前提要件。基於現行原住民保留地創設之歷史脈絡，限制、否定原住民取得對於原住民保留地之耕作權，即該當限制原住民族利用原住民族之土地，最高行政法院並非不得直接依據原住民族基本法第21條第2項要求主管機關踐行諮商與同意之要件。

17

評析

二方面，原住民族基本法第23條已然揭示「政府尊重…原住民資源利用方式、土地擁有利用與管理模式之權利」之原則，則現行之原住民保留地開發管理辦法第3條揭示之立法目的「保障原住民生計，推行原住民行政」，係承襲山坡地保育條例第37條而來，但不論是母法或子法，顯然都未考量原住民族基本法第23條之原則。本案之各級行政法院以形式上符合法律保留之外觀要件，拒絕對於命令進行「合法律之審查」，使得原住民利用原住民族土地之權益一再受到侵害與剝奪，無異持續複製並延續殖民者單方面剝奪與侵害受殖民者權利之歷史與制度思維。

評析

此由本案之原住民當事人於再審時，特別提出「賽德克族對於土地有以『長期休耕』方式以培育地力之使用土地文化」之主張，然最高行政法院卻採被告機關主張之「再審原告主觀認定賽德克族傳統休耕文化未獲尊重部分，核屬立法機關之職權，尚非司法機關可以審究，何況休耕除須先證明原有耕作之事實之外，尚須證明傳統之休耕期限」意見，不但未進一步具體適用原住民族基本法第21條第2項，也肯認原住民之「資源利用方式、土地擁有利用與管理模式」應由立法者決定，更可證明最高行政法院忽略並放棄行政法院得為之合法律審查權限。

19

- 最高行政法院101年度裁字第2247號

臺中市和平區公所以「48年2月3日山訓部隊使用和平鄉博愛村山地保留地協議補償會議紀錄」、「和平鄉博愛村保留谷關山胞土地被山訓部隊進駐損失補償清冊」及「74年1月25日陸軍總部歸還谷關段128、128-1、136-1、137-1等4筆土地為山地保留地交還原使用人分配座談會議紀錄」為特定人等地上權設定核准之依據，於95年10月3日公告，公告期間屆滿，因無人提出異議，即於96年1月25日將本案系爭土地提請當時之台中和平鄉土地權利審查委員會第103次會議審議，並經審議通過本案系爭土地與原住民保留地開發管理辦法之相關規定相符，依據原住民保留地各種用地申請作業須知之辦理程序核定，並檢附相關資料送請台中縣東勢地政事務所辦理本案前揭系爭土地之地上權設定登記完竣

20

當事人林子翔等主張臺中市和平區公所依據之相關記錄出席人為哈崙台部落出席代表，並非受配指定人，且提出89年12月16日谷關段原住民保留地（原國防用地）改配會議，主張會議結論為分配予部落全體住民，並由各家族推派代表人承租，依共同利益開發，皆無特定人士受益分配之情。

本案事實審之台中高等行政法院97年度訴字第334號，依據前二會議記錄上所載分別為「補償對象－山地保留地原使用人」與「原使用山胞」，否定原告所稱48年間出席會議之山胞僅為出席代表，並非土地受分配之指定人，核無可採。

21

評析

當時會議記錄之所以記載為「原使用人」之依據為何，尤其彼時有效之法令為1948年制定之「台灣省各縣山地保留地管理辦法」並未明確定義何人該當為「原使用人」，若以嗣後1974年修訂之第7條為據，認定原使用人為現代資本主義下之個別權利所有人，未必合乎當時原住民族對於原使用人之認知。畢竟，依據學者之研究，1966年1月5日發布修正後之「臺灣省山地保留地管理辦法」，係「首次將過去僅施行於平地的個人主義所有權制度，引進居住於山地的高山族原住民」。然而，行政法院又再度忽視原住民基本法第20條第1項之規定，不考量彼時原住民族對於土地「使用」之認知情況，逕以漢人本位正當化當時之統治者意識，以現代化之法制思想取代當時之原住民傳統習俗法制認知。

22

結語

- 目前我國最高行政法院並未積極適用原住民基本法之各條條文，仍習慣以形式法律保留取代實質法律保留以進行低密度，甚至對行政機關相當寬厚之命令審查。而這樣低度的行政命令司法審查，或許正是各權力機關消極面對原住民保留地等原住民權益事件保護之原因之一。
- 國家究竟基於何種權力地位，「剝奪強佔」在先，又任意決定各種個別得主張之權利要件在後？如果，現行之政府已經不再是「外來政權」，不再以殖民思維進行對於國家各領域之統治，是否至少該遵循現行憲法增修條文之憲法義務，在原住民保留地之相關法制上，還給台灣土地上最原初之人民，一個符合人性尊嚴與公平正義之權利保障制度？

23

原住保留地之司法實踐

張升星

2016/04/30

憲法增修條文

- 國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。
- 國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展，**其辦法另以法律定之。**對於澎湖、金門及馬祖地區人民亦同（§10 IX、X）。

原住民族基本法

- 政府承認原住民族土地及自然資源權利。
- 政府為辦理原住民族土地之調查及處理，應設置原住民族土地調查及處理委員會；其組織及相關事務，另以法律定之。
- 原住民族或原住民所有、使用之土地、海域，其回復、取得、處分、計畫、管理及利用等事項，**另以法律定之**（§20）。

原住民族基本法

- 政府或私人於原住民族土地或部落及其周邊一定範圍內之公有土地從事土地開發、資源利用、生態保育及學術研究，應諮商並取得原住民族或部落同意或參與，原住民得分享相關利益。
- 政府或法令限制原住民族利用前項土地及自然資源時，應與原住民族、部落或原住民諮商，並取得其同意；受限制所生之損失，應由該主管機關寬列預算補償之。
- 前二項營利所得，應提撥一定比例納入原住民族綜合發展基金，作為回饋或補償經費。
- 前三項有關原住民族土地或部落及其周邊一定範圍內之公有土地之劃設、諮商及取得原住民族或部落之同意或參與方式、受限制所生損失之補償辦法，**由中央原住民族主管機關另定之**（§21）。

授益處分之司法審查密度

- 至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異；諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬與執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許。**又關於給付行政措施，其受法律規範之密度，自較限制人民權益者寬鬆，倘涉及公共利益之重大事項者，應有法律或法律授權之命令為依據之必要，乃屬當然**（司法院大法官釋字第443號解釋理由書）。

原住民保留地之法律定性

- 基本權之保障或者授益處分之恩給？
- **主管機關應於本法施行後三年內，依本法之原則修正、制定或廢止相關法令。**
- **前項法令制（訂）定、修正或廢止前，由中央原住民族主管機關會同中央目的事業主管機關，依本法之原則解釋、適用之（§34）。**
- 原住民基本法與既有法律之衝突？何者優先？

原住民保留地開發管理辦法

- **原住民保留地所在之鄉（鎮、市、區）公所應設原住民保留地土地權利審查委員會，掌理下列事項：**
- 一、原住民保留地土地權利糾紛之調查及調處事項。
- 二、原住民保留地土地分配、收回、所有權移轉、無償使用或機關學校使用申請案件之審查事項。
- 三、原住民保留地改配土地補償之協議事項。
- 四、申請租用原住民保留地之審查事項。
- 前項原住民保留地土地權利審查委員會之委員，應有五分之四為原住民；其設置要點，由中央主管機關定之。
- **原住民保留地申請案件應提經原住民保留地土地權利審查委員會審查者，鄉（鎮、市、區）公所應於受理後一個月內送請該委員會審查；委員會應於一個月內審查完竣，並提出審查意見，屆期未提出者，由鄉（鎮、市、區）公所逕行報請上級主管機關核定。**
- 鄉（鎮、市、區）公所應將第一項第一款事項以外之原住民保留地土地權利審查委員會審議結果，報請上級主管機關核定（§6）。

原住民保留地開發管理辦法

- 依本辦法取得之耕作權或地上權登記後繼續自行經營或自用滿五年，經查明屬實者，**由中央主管機關會同耕作權人或地上權人，向當地登記機關申請辦理所有權移轉登記**（§17Ⅰ）。

原住民保留地開發管理辦法

- **為促進原住民保留地礦業、土石、觀光遊憩、加油站、農產品集貨場倉儲設施之興建、工業資源之開發、原住民文化保存或社會福利事業之興辦，在不妨礙國土保安、環境資源保育、原住民生計及原住民行政之原則下，優先輔導原住民開發或興辦。**
- 原住民為前項開發或興辦，申請租用原住民保留地時，應檢具開發或興辦計畫圖說，申請該管鄉（鎮、市、區）公所提經原住民保留地土地權利審查委員會審查通過，層報中央主管機關核准，並俟取得目的事業主管機關核准開發或興辦文件後，租用原住民保留地；**每一租期不得超過九年，期滿後得依原規定程序申請續租。**
- 前項開發或興辦計畫圖說，包括下列文件：
- 一、分年開發或興辦計畫。
- 二、申請用地配置圖，並應標示於比例尺不小於五千分之一之地形圖及地籍套繪圖。
- 三、土地登記簿謄本。
- 四、輔導原住民就業或轉業計畫。
- 公、民營企業或未具原住民身分者（以下簡稱非原住民）申請承租開發或興辦，應由鄉（鎮、市、區）公所先公告三十日，公告期滿無原住民申請時，始得依前二項規定辦理。
- 中央主管機關應訂定輔導措施，規範第三項第四款之輔導原住民就業或轉業計畫（§24）。

原住民保留地各種用地申請案授權事項及申請作業須知

- 依原住民保留地開發管理辦法第二十四條規定，原住民或公、民營企業或非原住民申請承租開發原住民保留地礦業、土石、觀光遊憩、加油站、農產品集貨場倉諸設施之興建、工業資源之開發、原住民文化保存或興辦社會福利事業之申請案件，由直轄市、縣（市）政府核定。但申請面積為十公頃以上應層報本會核定；其作業程序應填具申請書，並檢具上開辦法第二十四條第三項所列有關文件，由鄉（鎮、市、區）公所審查後陳報直轄市、縣（市）政府核定或核轉本會核定。
- 前項各種用地之續租案件，由直轄市、縣（市）政府核定；其作業程序應填具申請書，並檢具前項條文所列有關文件，由鄉（鎮、市、區）公所審查後陳報直轄市、縣（市）政府核定（§7）。

公有土地增劃編原住民保留地要點

- 原住民於七十七年二月一日前即已使用其祖先遺留且迄今仍繼續使用之公有土地，檢附相關證明文件，向土地所在地之鄉（鎮、市、區）公所申請劃編為原住民保留地。
- 前項申請劃編之土地，有下列情形之一者，該土地不得劃編為原住民保留地：
- （一）**依土地法第十四條規定不得私有之土地。**
- （二）依水利法第八十三條規定屬於尋常洪水位行水區域之土地。
- 第一項土地使用因下列情形之一而中斷者，亦得劃編為原住民保留地：
- （一）經公產管理機關提起訴訟或以其他方式排除使用。
- （二）因不可抗力或天然災害等因素，致使用中斷。
- （三）經公產管理機關排除占有，現況有地上物或居住之設施。
- （四）因土地使用人之糾紛而有中斷情形，經釐清糾紛。
- （五）七十七年二月一日以後經公產管理機關終止租約(§3)。

公有土地增劃編原住民保留地審查作業規範

- 原住民於中華民國七十七年二月一日前即使用其祖先遺留且目前仍繼續使用之公有土地，得於自公布實施之日起，申請增編或劃編原住民保留地；平地鄉原住民宗教團體於中華民國七十七年二月一日前即使用原住民族遺留且目前仍繼續作宗教建築設施使用之公有土地，得申請增編原住民保留地。
- 前項土地如有下列情形之一者，不得申請之：
- （一）**依土地法第 14 條規定不得私有之土地。**
- （二）依水利法第 83 條規定公告屬於尋常洪水位行水區域之土地。
- 第一項土地使用因下列情形之一而中斷者，亦得增編為原住民保留地：
- （一）經公產管理機關提起訴訟或以其他方式排除使用。
- （二）因不可抗力或天然災害等因素，致使用中斷。
- （三）經公產管理機關排除占有，現況有地上物或居住之設施。
- （四）因土地使用人之糾紛而有中斷情形，經釐清糾紛。
- （五）七十七年二月一日以後經公產管理機關終止租約（§4）。

公有土地增劃編原住民保留地審查作業規範

- 鄉（鎮、市、區）公所完成現地會勘後，應就下列事項審查之：
- （一）申請人須具原住民身分。
- （二）申請人須與使用人為同一人。但使用人之配偶或三親等內親屬，經使用人同意者除外。
- （三）土地須位於第三點規定之地區，且不屬於第四點第二項不得增編之土地。
- （四）須符合公有土地增編原住民保留地處理原則或公有土地劃編原住民保留地要點之規定。
- 土地如屬保安林地而有超限利用違規情形者，仍得依前項規定辦理增編，接管機關應專案列管輔導申請人限期改善，以符合森林法等相關規定（§7）。

土地法禁止私有之規定

- 左列土地不得為私有：
- 一、海岸一定限度內之土地。
- 二、天然形成之湖澤而為公共需用者，及其沿岸一定限度內之土地。
- 三、可通運之水道及其沿岸一定限度內之土地。
- 四、城鎮區域內水道湖澤及其沿岸一定限度內之土地。
- 五、公共交通道路。
- 六、礦泉地。
- 七、瀑布地。
- 八、公共需用之水源地。
- 九、名勝古蹟。
- 十、其他法律禁止私有之土地。
- 前項土地已成為私有者，得依法徵收之。
- 第一項第九款名勝古蹟，如日據時期原屬私有，臺灣光復後登記為公有，依法得贈與移轉為私有者，不在此限（§14）。

敬請指教

從土地爭議案例與空間計畫法制變革看原住民族土地主權的實踐進路

(研討會文章，請勿引用)

吳勁毅

國立東華大學東台灣人文與環境研究及社會實踐中心博士後研究員

摘要

原住民族土地的主權實踐，必須以轉型正義的角度，從恢復固有權利出發，方不 會陷入殖民政權長期對於土地權利剝奪的慣性思維。歸納近年重大的土地爭議案 例，原住民土地主權應釐清土地治權、土地所有權與土地使用三個面向，並以部 落(公法人)為土地集體權利主體的基本單元。

在土地治權部分，原基法第二條第五項揭櫫的傳統領域，為最大的治權範圍，其 固有權利的恢復，僅需由原民會公告即可，而部落及部落周邊土地若有特別定義 其範圍的需求，則以傳統領域為框架，在原基法第二條第五項進行釋義，區分 1. 非飛地部落(在某一地很久的部落)，以傳領認定部落最大範圍；2. 飛地部落(因 為種種因素遷移)，以實際認定部落範圍(生活活動範圍)等兩類。傳統領域不宜以「劃設辦法」等，誤認需取得「傳統領域劃設的法律授權」，實質卻是國家可對 於固有權利進行「審查與核定」，造成土地主權的限縮。

而涉及部落同意權行使的爭議案件顯示，原基法第 21 條仍有不足之處，應進一 步確立「非經部落同意者，該行政行為不生效力」的明確法律效力，同時，行政行為之程序設有審議組織者，相關部落代表應為該審議組織當然成員。透過傳統 領域的治權，涵蓋區內所有的公私有土地，才能建立不同治權主體的平等協商基礎。

在土地所有權的面向，原住民族土地大致有 1.公有保留地，2.私有保留地，3.國 有地，4.私有地以及 5.國營事業土地。此五類土地，依照歷史背景與相關法規條 件，應透過不同的條款進行土地返還，包括部落優先承購權以及戰後接收不當取得土地的轉型正義條款等。

土地使用同樣需運用的空間疊合概念，在國土計畫法架構下，透過「原住民族特 定區」與四大分區的相疊，調整現有土地使用的衝突與問題，土地利用才

能夠與時俱進符合部落實際需求。

一、接下來的路

民國 94 年 2 月 5 日《原住民族基本法》公布實施已超過十年，學者認為，現行原基法所規範之原住民權利，以自決權為核心權力，強調原住民族土地、傳統領域以及自然資源權利等的確立，並係以建構原住民族傳統知識、文化習俗、法律體系為其目標，透過原住民族的集體同意權與有效參與做為實踐手段(蔡志偉， 2011:18)。去年 12 月 18 日，立法院三讀通過討論二十多年的國土計畫法，12 月 1 日也通過原住民族基本法 2-1 條修正案，賦予「部落」公法人的法人格。本文將從近年的土地爭議案件，分析探討原住民族土地主權，在未來有甚麼樣地建構性空間，又可能可以從那些途徑抵達。

二、地權與地用的混淆與重新釐清---增劃編保留地

我國的原住民保留地來自於日本統治時期實施的「官有林業整理事業」以及「森林計畫事業」(西元 1925 年)，官有林野中的準要存置林野稱為「高砂族保留地」。戰後國民政府接收日產，稱之為山地保留地。民國 57 年至 64 年間辦理山地保留地總登記約 24 萬公頃，在民國 77 年及 82 年間三次「還我土地運動」後，台灣省政府於民國 78 年 11 月訂定「原住民使用原住民保留地以外公有土地增編為原住民保留地會勘處理原則」，78 年 12 月核定之「台灣省山胞原居住使用公有土地劃編山胞保留地要點」，規定凡原住民於民國 77 年 2 月 1 日前繼續使用其祖先遺留之土地，迄申請當時仍使用者，或原住民原居住使用公有土地者，皆可向轄區鄉（鎮、市）公所申請，經公有土地管理機關同意後，即可增編為原住民保留地。79 年幾地增劃編工作到民國 87 年 12 月底終止，在民國 96 年因在「原住民族與台灣政府新的夥伴關係」重啟增劃編工作，原計畫至 100 年底為止，後再度開放且至今未定申請期限。表一為民國 96 年增劃編原住民保留地作業至今的辦理情形。

表一　歷年(民國 96-104 年底)補辦增劃編原住民保留地辦理情形一覽表

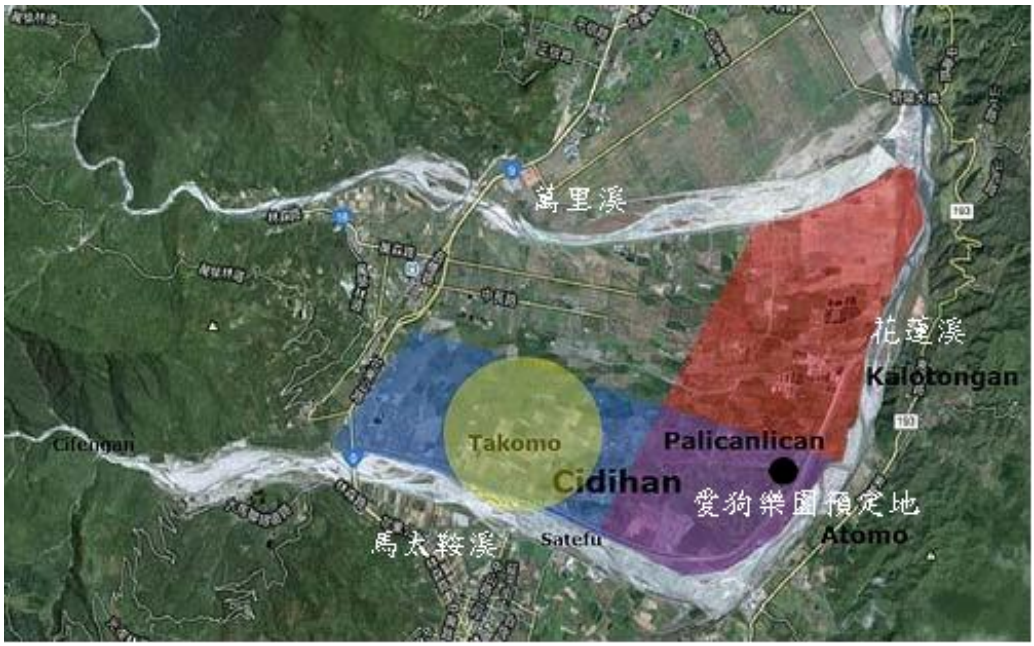
全國	受理數	會勘審查			未核定	行政院核定數	核定比率
		已完成會勘		會勘後審查中(公所)			
	筆數	筆數	會勘完成率	筆數	筆數	筆數	%
	46,969	37,187	80%	23,118	16,992	6,929	29.0%
花蓮縣	22,059	17,184	77.9%	11,921	7,136	3,002	29.6%
台東縣	18,011	13,813	76.7%	9,385	5,646	2,980	34.5%
花東比例	85%	83%	-	92%	75%	86%	-

資料來源:原住民委員會，由 104 年度工作會被各地方政府填報資料彙總統計，立法委員 Kawlo Iyun 辦公室提供。

自民國 96 年至 104 年申請增劃編保留地共 46,969 筆，核定比率約三成。三成的比例到底是高或低，因為統計資料尚無法就未核定的原因分析。保留增劃編 85%申請案都是在花東地區，就保留地的制度歷史演變來看，即便民國 79 年開始針對平地鄉進行保留地劃設，時到今日的需求仍大。以下就花蓮縣兩個知名的土地爭議案件「愛狗樂園」、及「港口土地自救會」進行分析。

(一)愛狗樂園

花蓮縣鳳林鎮馬太鞍溪、花蓮溪、萬里溪之間的沖積扇阿美族人稱為 Cidihan，包括有 Takomo、Palicanlican 等地名。Palicanlican 是搓、揉、摩擦的意思，族人在此區放養牛隻，牛隻背癢時，靠在苦楝、樟樹樹幹上搔癢，所以老人家們稱這裡為 Palicanlican(見圖一)。



圖一，Cidihan 沖積扇世耕地範圍圖。資料來源: Namoh Nofu Pacidal。[1]

民國 102 年 5 月 17 日，花蓮縣政府於此區立牌公告，聲明鳳林鎮綜開段 6 地號土地為縣有土地，依民法 66 條第二項為由，認為此地遭占用及濫墾，限期一個月自行遷移。兩位地主深感荒恐，後由北富村萬中興村長及 Pangcah 阿美族守護聯盟成員協助，除了抗爭、陳情，同時也提出保留地增劃編的申請。花蓮縣政府在第二期(105-108)的綜合發展實施方案中，將愛狗樂園納入 1.2 幸福宜居

[1]資料來源: Namoh Nofu Pacidal 臉書，擷取時間:2016 年 4 月 15 日。https://www.facebook.com/notes/namoh-nofu-pacidal/patikoen-ko-sota-no-toas-no-niyam-還我祖先的土地 pangcahamis 人的土地爭議源流與控訴。

城鄉實踐計畫子計畫，[2]其環評說明書在民國 105 年 3 月 25 日通過第三次專案小組會議。縣府雖表明愛狗樂園將避開申請原住民保留地增劃編的範圍[3]，實際上增劃編保留地申請案卻已於民國 104 年 12 月 17 日以「縣政府重大公共政策」為由駁回。[4]

依據《公有土地劃編原住民保留地要點》第四點，鄉（鎮、市、區）公所應於受 理申請後一個月內，會同公有土地管理機關、申請人及有關機關辦理現地會勘及 審查。其中「會同公有土地管理機關」的立法目的，是基於公產機關是土地的管理單位而需知會，還是如審查駁回理由所述，公產機關可以提出機關意見達到「審 查」的實質效力? 此疑慮回到保留地的法源，《山坡地保育利用條例》第 37 條：「山坡地範圍內山地保留地，輔導原住民開發並取得耕作權、地上權或承租權。其耕作權、地上權繼續經營滿五年者，無償取得土地所有權，除政府指定之特定 用途外，如有移轉，以原住民為限；其開發管理辦法，由行政院定之。」公有土地增劃編回保留地，是將一塊地賦予「屬性」，這個屬性的影響或效力，乃是對「地權」的所有與轉移限制—以原住民為限。姑且先不論「愛狗樂園」是否屬於「重大政策」，但設置愛狗樂園並非地權的議題而是「地用」，也就是「犬隻收容 場所」與「農用」的差別，而地方政府在空間法制上確實有規劃高權(區域計畫 法第三條、第六條)，但以「縣政府重大公共政策」為由駁回申請，涉及公產機關因地用需求，而在「土地權利恢復/取得」的程序上，為了節省未來「土地取得」行政之成本而阻止土地權利恢復。此審查結果，一則是有違反法律保留原則 的疑慮，《公有土地劃編原住民保留地要點》是否有足夠的法律授權，讓公產機 關議程成為駁回增劃編保留地的理由；其次，明顯的地用與地權的混淆，以地用 理由作為駁回地權申請地理由。「土地取得」常用的至少有徵收、價購(土地徵收 條例)、交換(土地法)等工具，本案公產機關與需地機關為花蓮縣政府，顯然有便宜行事的嫌疑。

(二)港口自救會石梯坪土地抗爭

港口部落土地自救會在石梯坪地區的土地抗爭，最早可以追溯到民國 71 年地主向國有財產局申請土地登錄以無地號為由被拒絕開始，其歷程[5]被改編成電影「太陽的孩子」。申請增劃編保留地的土地中，石門段 823、592 位於石梯秀姑巒風景特定區計畫的農業區(71 年 1 月公告實施)，其餘土地則為都市計畫公共設施用地(公園用地、道路用地、管理站之機關用地)，82 年 7 月縣府同意國有財產局將 823、592 兩筆土地無償撥用與東管處。

---

[2]花蓮縣政府，花蓮縣第二期(105-108 年)綜合發展實施方案，頁 5-3。

[3] 「為確保原民權益，縣府調整園區配置，全面排除原民保留地增劃編範圍，以縣有土地為規劃範圍」。花蓮縣政府 105 年 3 月 26 日新聞稿。http://www.hl.gov.tw/files/13-1001-59818.php，擷取日期:104 年 4 月 15 日。

[4]此申請案在民國 104 年 12 月 17 日遭花蓮縣林鎮公所駁回，其公文書內容為:「台端申請坐落於本鎮綜開段 6 地號內縣有土地增劃編原住民保留地乙案，因該地號為本縣愛狗樂園興辦事業計畫 用地，為縣政府重大公共政策，故不同意配合增編，爰此本所退還台端之申請案，請查照」。

[5]港口部落土地自救會整理完整的資料，請見自救會網站。
https://sites.google.com/site/gangkoubuluotudezijiuhui/。擷取時間: 2016 年 4 月 15 日。

101 年 4 月 26 日召開的「花蓮縣豐濱鄉港口部落陳情歸還祖先遺留土地案」專案小組會議[6]，公產機關東管處意見為:「（一）本處於 82 年間撥用取得土地之目的，係為推動觀光遊憩發展並供大眾使用，亦是本處職責所在，故已作為公共設施使用或屬於公園用地部分，原則不同意辦理增劃編原住民保留地。至於石門段 823、592 地號土地屬於農業區部分，依據本處在 82 年間撥用計畫書內記載，當時地上並無土地改良情形，也沒有人使用，現場大部分是林投樹。（二）針對石 門段 823、592 地號土地，本處原本有一個多功能廣場的設計規劃，提供給當地 部落作為展演工藝平台，但遇到抗爭而暫緩，並非本處沒有使用。（三）本處提 出一個與這些原住民進行共同合作的耕作計畫作為解決本案爭議方案，類似如林 務局與原住民合作的梯田、水田復育計畫，將土地提供給當地原住民耕作，達到 風景區整體綠美化，同時兼顧原住民耕作權益。」

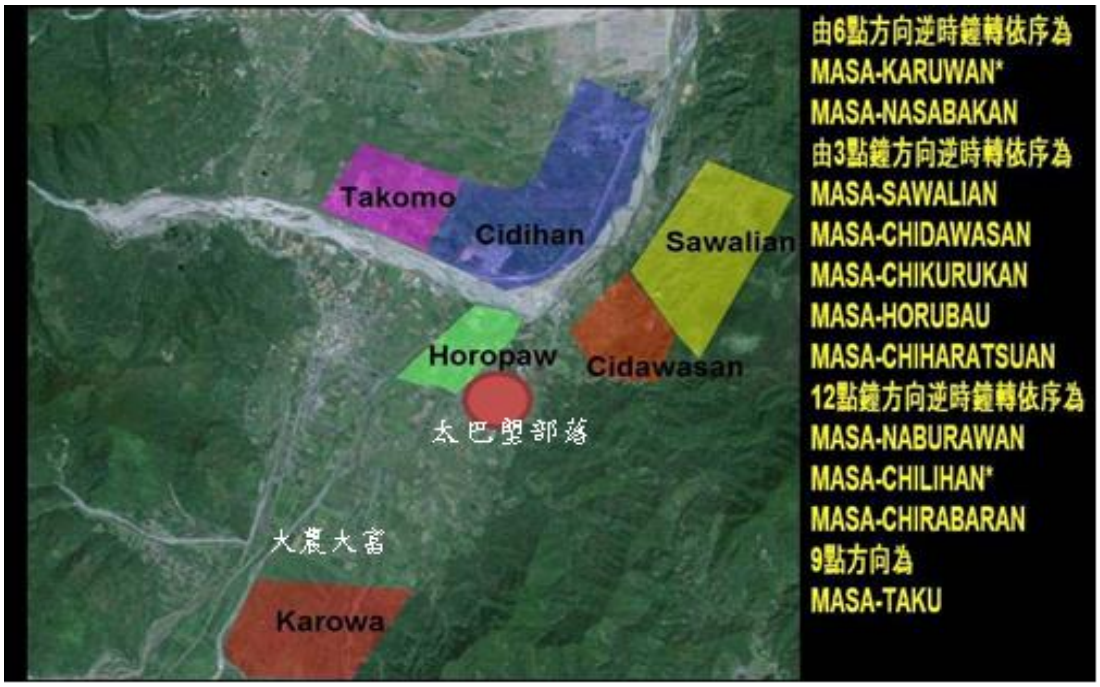
依照《國有財產法》第四條，國有財產的三個用途為公務用、公共用及、事業用， 東管處撥用縣有地目前使用為管理中心為公務用、道路或廁所等設施為公共用，但是設置露營攤位委外經營，應屬第四條第三項定義之「公用財產以外可供收益或處分之一切國有財產」為非公有財產，已與原撥用目的及公用財產不同。其次，東管處雖然對於截至目前為止，未完全依照撥用土地後的計畫使用做出說明，但其說明內容中，包括遇到「抗爭」而暫緩，究其原因和愛狗樂園案相同，並非抗爭的本身，而是抗爭的背後是地權與地用混淆的緣故，此是否可以成為未依照撥 用計畫的理由不無疑慮，特別是這些未執行計畫的內容(多功能廣場)，是坐落在 特定區計畫中的農業區而非公共設施用地上，公用的基礎並不充分。同場會議中，國有財產局對於國有財產的使用提出「自管自用」、「撥用計畫書中未有土地改良情事」、「廢止撥用計畫」[7]的意見。國有財產局的見解，對於增劃編保留地程序中，公產機關的意見究竟應該如何定位有所釐清，就爭議的情事，非/無法公用部分應退回到撥用前狀態，不宜以現在的地用狀態做爭議的處理。

[6]資料來源:港口部落土地自救會
https://sites.google.com/site/gangkoubuluotudezijiuhui/m06aup6，
擷取時間: 2016 年 4 月 15 日。

[7]國有財產局意見:「（一）有關東管處提到要研擬計畫將撥用的土地部分提供給當地原住民作耕作或綠美化等使用部分，依照國有財產法規定，東管處就撥用土地應當要自管自用，除非另有法源依據，否則不能提供給民眾或其他機關使用。（二）東管處如果檢討認為撥用土地沒有公用需 要或無法依原撥用目的使用，依變更非公用程序辦理廢止撥用，將土地移還國有財產局，再由原民會洽本局來同意增 劃編原住民保留地供原住民使用，這部分雖然是可行的，但要提醒的是，依東管處所送撥用計畫書記載，於撥用當時並無土地改良情形及使用人，而現況要將土地移交回本局接管，地上卻有民眾占用情形，除非向本局撥用前，該占用情形即已存在，否則東管處應當要負起將地上物騰空的責任。（三）鑒於透過廢止撥用方式處理，增加本案複雜度，又依照行政院核定之增劃編相關規定，本案系爭土地如符合增劃編規定並轉請公有土地管理機關同意後 即可轉陳行政院核定，將土地移交給原民會並作管理機關變更及註記原住民保留地，因此，不一 定要透過廢止撥用程序來處理。

三、國營事業土地的返還

2011 年 5 月 21 日，馬英九總統前往位於花蓮縣光復鄉，參加被列為愛台 12 建設的大農大富平地森林園區開幕活動，遭到阿美族人抗議，要求歸還傳統領域。2002 年農委會推動平地景觀造林及綠美化計畫，光復糖廠停產後的蔗田區，前後有 1,250 公頃參與平地造林。抗議活動後一個月，Pangcah 阿美族守護聯盟收到經濟部函(經授營字第 10010363890 號)，經濟部說明:「本案經查台糖公司土地取得，緣於台灣光復後中央政府接收日本資產，並依行政院公布『收復區敵偽產業處理辦法』第四條第三項甲款:『產業原為日偽所有或以歸日偽出資收購者，其產權均收歸中央政府所有…，甲、與資源委員會所辦國營事業性質相同者，交該會接辦』之規定，交由資源委員會接辦，旋即成立台灣糖業有限公司，嗣經改組為股份有限公司後，辦理登記為台灣糖業股份有限公司所有。」



圖二，太巴塱部落傳統領域(部分)中，位於部落週邊的輪耕區(Sailoh)分布圖。資料來源: Namoh Nofu Pacidal。[8]

大農大富平地森林公園銜接於太巴塱部落聚落密集區的南側地帶，根據現任 Towid Namoh 達邦(頭目)以及耆老的口述綜合，太巴塱部落週邊是以 Sailoh 的方式在利用。Sailoh 包括燒墾與狩獵，每一個 Sailoh 並非完全定耕，而是會輪流(見圖二)。

經濟部的公文，表面上對於台糖公司擁有大農大富農場的土地提出法源依據與財產來源，但深究其歷史過程並非如回文所述，實際上，台糖土地在戰後接收

[8]資料來源：同 2。

過程對於土地權屬的認定是有爭議的。因為戰後接收日人的十大公司中，台糖的資產即佔了 51.8%，其中土地資產總額佔台糖總資產的 54%，為了這龐大的資產，台灣省行政長官公署與中央行政院為此進行過一番爭奪戰(鍾麗娜，2002:3-38)。主要論戰的焦點即在於台糖的土地是日治時期殖民政府對台灣人民土地，透過 1.實施土地調查、林野調查；2.假借公共利益；3.憲警協助等手段強佔而來。[9]台灣省政府 1948 年呈行政院的公文中認為，台灣經營權全部公地中，主要來源為 1.台灣總督府直接間接撥付撥用，或投資各日人製糖會社之土地，共計 56,995 甲；2.由總督府強徵人民私有土地轉交製糖會社使用，為數亦達 64,367 甲。[10]，據此查報結果，主張台糖土地屬公有。這個爭議後因行政院介入由院會決議台糖土地應歸台糖公司所有，[11]但此是否可以有足夠的正當性作為全然納入國營事業土地？隨著我國政治社會氛圍的轉變，以轉型正義的脈絡檢視下是充滿疑慮的。

四、傳統領域的權利實體化困境

原基法確立原住民族土地權利的架構，包括土地的定義(第 2 條第 5 項)、土地權利的確保(第 20 條)、知情同意權(第 21 條)、治權空間疊合的共管(第 22 條)以及傳統利用的保障(第 23 條)。在土地爭議案件，特別是在計畫程序過程，「到底是不是在傳統領域範圍內?」是最常見的問題。從民國 91 年開始原民會開始進行傳統領域的調查工作，雖然到民國 95 年調查工作已告一個段落，但是其調查成果 目前是按政府資訊公開法之規定「公開」[12]，並非屬依法的「公告」，每個土地爭 議案件只能就個案發生的時候，由原民會出面確認是否位於某個部落的傳統領域 範圍內。這樣隱晦被動的傳統領域資訊，讓權利範圍以及權利主體本身的認知都 很模糊，相關的土地權利都是在爭議事件發生之後倉促反應，權利自然難有保障，同時權利也被侷限在 21 條知情同意權的行使。常見的樣態包括有：

(一)(推說)不知道是傳統領域

例如瑞穗溫泉特定區計畫程序中，規劃單位提出解釋，並沒有任何的官方公告可 以告知傳統領域的範圍(報導人 H)。

(二)傳統領域內的私有土地

民國 104 年初，排灣族卡拉魯然（Kalaluran）部落附近開發 5 公頃 6 萬隻規模的 白肉雞養雞場[13]，或是東海岸「都蘭黃金海休閒渡假村」[14]，都是私有土地，

[9]資料來源：陳明憲，《台灣日據時期被強佔土地問題之研究-從財產權保障觀點》，政大地政研究所碩士論文，1998，頁 91-124。

[10]資料來源：《土地改革史料》，11 卷 1 號第 29 宗，頁 503,506。資料引自: 鍾麗娜，2002:3-41。

[11]資料來源： 行政院秘書處，1948 年 10 月 16 日(37)六經 46300 號函，《土地改革史料》，台北國史館，1988 年 2 月，頁 501-502。資料引自：鍾麗娜，2002:3-42。

[12]請見原民會歷年傳統領域調查成果。
http://www.apc.gov.tw/portal/docList.html?CID=5FC6DA1C91974642。擷取時間：2016 年 4 月 15 日。

[13]可參考環境資訊中心「我們不要養雞場！ 台東新園雞場爭議」的報導。

原基法 21 條的知情同意權卻限制在公有土地部分，到底這樣的土地開發案件開不開 經過部落的同意?

(三)土地開發的規模與類型

金崙部落在平均 1-2 樓建物高度的部落合法興建 4 層樓高的建物，若比較日照權、 海岸景觀權等等的管制概念，此類的土地利用是否應該納入部落的知情同意權？

五、新的法治變革

(一) 國土計劃法

國土計劃法公告之後，原民會認為「國土計畫法是一部規範土地使用的法律，未來透過「原住民族特定區域計畫」及「原住民族土地使用管制規則」雙軌同步運行，並結合部落諮詢、同意、參與機制，將有助於讓原住民族部落公約與族人利用土地及山林智慧，從內部制約轉換為對外具拘束性的法令規範，同時也可避免原鄉部落遭到不當開發」[15]。營建署在民國 103 年試辦「擬定北泰雅原住民族特定區域計畫」，從其結論中可以發現未來將有

1. 部落是否有規劃高權？

國土計劃法第 23 條第 3 項接引了原基法 21 條的知情同意權，[16]但知情同意權要以規劃權或是審查權的方式在計畫程序中實現，在北泰雅特定區的技術報告中建議的是相對保守的協同規劃與委員會增列原住民代表，這兩個機制 是否足以反映部落的需求?或是部落應該列為計畫程序審查會的當然成員， 抑或規劃高權落實到部落層級?

2. 特定區程序的行政成本與需求面的變動性

在部落土地使用的需求上，北泰雅特定區計畫提出混農林業的使用方式，有別於現行的分區與使用，類似這樣特殊性地用型態，隨著土地權利返還與部落的成熟度，可以預期會有更多的樣態，例如前文提到的太巴塱的 Sailoh 焚耕狩獵區，又因為極端氣候的趨勢，在環境敏感地區的土地使用也無法以時 空凍結進行復古，特定區的計畫程序是否真的能夠有彈性反應實際使用的變動性，而此是否能夠在規劃工具的技術面達到？

3. 「原住民族土地使用管制規則」是否掛一漏萬?

承上，既然原住民族土地權利的建構在實際上有機會引發相關的文化復振性的土地利用，管制規則的訂定是否能夠反應部落的動態需求? 或是不同地特定區

---

http://e-info.org.tw/node/106552。擷取時間：2016 年 4 月 15 日。

[14]可參考環境資訊中心「都蘭灣又來 500 房飯店「黃金海」七度環差未過」105 年 3 月 10 日的報導。http://e-info.org.tw/node/106552。擷取時間：2016 年 4 月 15 日。

[15]原民會新聞稿「國土計畫法完成立法　原鄉土地將重新規劃利用」，105 年 2 月 5 日。http://www.apc.gov.tw/portal/pda/docDetail.html?CID=35AE118732EB6BAF&DID=0C3331F0EBD318C2254895B33A4A3B7C，擷取時間：2016 年 4 月 15 日。

[16]國土計劃法第 23 條第 3 項「前項規則中涉及原住民族土地及海域之使用管制者，應依原住民族基本法第二十一條規定辦理，並由中央主管機關會同中央原住民族主管機關訂定。」

擬定過程要同步修訂管制規則？

(二) 部落公法人

原住民族土地的研究與討論，近年已確立土地的集體所有權制是處理土地爭議以及部落發展很重要的條件(官大偉 2014；顏愛靜 2011) ，蔡明誠教授提出民法物權納入集體財產權的條文(蔡明誠，2011)。原住民族土地的集體所有權的法源，可在憲法專章、民法、或是其他特別法納入。但在原基法部落公法人修法通過後部落公法人理論上就是集體權最佳的載體，已毋須另外立法，而各族群各部落在土地上的各類不同的權利關係，理論上可在部落公法人的土地集體權下，透過自訂內規來滿足。而值得討論的是，在避免回歸部落公法人的土地再度流失，是否應該限制部落公法人所有的土地移轉?

六、結論與建議

圖三，從地權的原住民族土地返還分析圖。(本文自行繪製)

(一)地權面的釐清

傳統領域範圍內，依照現況地權設計土地返還的方式，包括有：

1. **公有保留地:直接撥入部落公法人。**
2. **國有地**
   A. 比照地籍清理條例寺廟回贈的機制[17]，將日治施行土地私有制度造成政權轉移後直接成為國有之土地。
   B. 不當取得之土地回贈部落公法人。
3. **國營事業用地：**

有兩種方式，a 徵收[18]；b.轉型正義條款，透過特別立法，國府戰後接收必須概括前一政權不當取得土地，而有特殊的方式返還給部落。

[17]地籍清理條例第 33 條。

[18]土海法草案第 12 條第二項設計有以價購進行國營事業土地返還之條款「為回復原住民族傳統領域土地，中央主管機關必要時得報行政院核定後，價購國營國營事業機構土地」。

4. 私有保留地：

需創立優先購買權，當私有保留地進行交易時，部落可以市價優先收購，逐步買回私有化的保留地。

(二)地用面的釐清

除了透過國土計畫法下的原住民族特定區計畫處理地用需求外，轉換期的地區需求，應透過非都市土地鄉村區通盤檢討來處理，包括編訂作業錯誤的變更，還可處理社福設施、農業加工、觀光或殯葬等與時俱進的土地使用需求。

(三)土地權利的實體化補強

可強化原基法第 21 條知情同意權的法律效力，具體包括「非經部落同意者，該行政行為不生效力」，加上「行政行為之程序設有審議組織者，相關部落代表應為該審議組織當然成員」，藉此傳統領域脫離公告的虛線，原基法 22 條與 23 條也因此產生的部落的主體性與主動性，與傳統領域空間疊合的治權機關間的共管/共治，方能以平等的方式啟動。

參考文獻

官大偉，2014，原住民族土地權的挑戰：從一個當代保留地交易的區域研究談起》，考古人類學刊，80:7-52。

蔡志偉，2011，《台灣原住民族傳統規範的後殖民情境與國家法的調適研究-以原住民族文化權發展為視角》行政院國家科學委員會補助專題研究計畫成果報告，頁 18。

蔡明誠，2011，《委託辦理原住民族傳統財產權納入民法物權之研究及條文研擬計畫》，台灣原住民教授學會。頁 132，行政院原住民族委員會。

顏愛靜等，2011，《原住民族土地自主治理與社會發展-原住民保留地、原住民知識與永續發展之研究》，科技部整合型計畫。

鍾麗娜，2002，《國營事業土地處分課題之研究-以台糖土地為例》。國立政治大學地政研究所碩士論文。

從土地爭議案例與空間計畫法制變革看原住民族土地主權的實踐進路

2016.04.30 吳勁毅
@國立臺北教育大學

地權
地用
治權空間疊合的共X權限

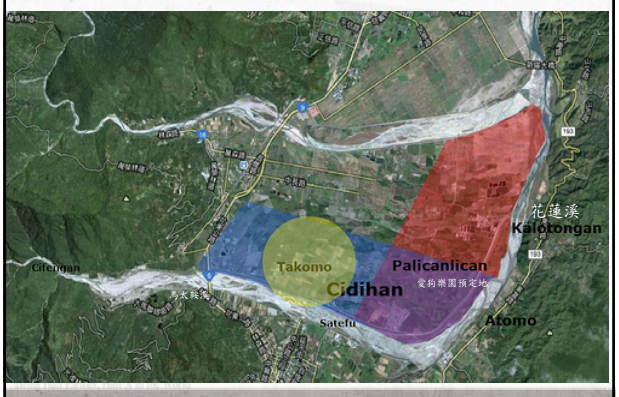
3

民國96-104年底補辦增劃編原住民保留地辦理情形一覽表

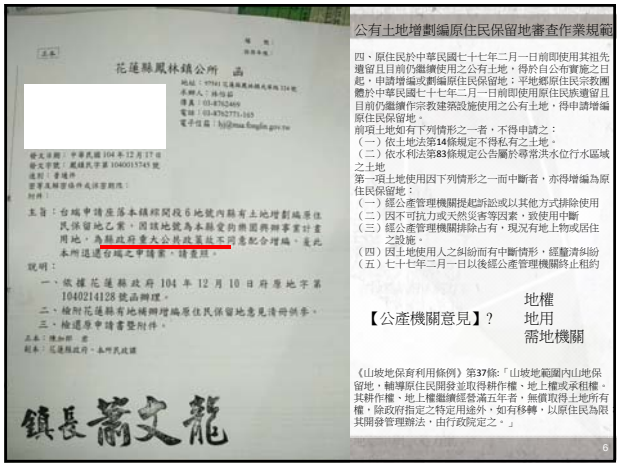
全國	受理數	會勘審查			未核定	行政院核定數	核定比率
		已完成會勘		會勘後審查中(公所)			
	筆數	筆數	會勘完成率	筆數	筆數	筆數	%
	46,969	37,187	80%	23,118	16,992	6,929	29.0%
花蓮縣	22,059	17,184	77.9%	11,921	7,136	3,002	29.6%
台東縣	18,011	13,813	76.7%	9,385	5,646	2,980	34.5%
花東比例	85%	83%	-	92%	75%	86%	-

資料來源:原住民委員會，由104年度工作會被各地方政府填報資料彙總統計

4



5



公有土地增劃編原住民保留地審查作業規範

四、原住民於中華民國七十七年二月一日前即使用其祖先遺留且目前仍繼續使用之公有土地，得於自公布實施之日起，申請增編或劃編原住民保留地；平地鄉原住民宗教團體於中華民國七十七年二月一日前即使用原住民族遺留且目前仍繼續作宗教建築設施使用之公有土地，得申請增編原住民保留地。

前項土地如有下列情形之一者，不得申請之：

（一）依土地法第14條規定不得私有之土地。

（二）依水利法第83條規定公告屬於尋常洪水位行水區域之土地。

第一項土地使用因下列情形之一而中斷者，亦得增編為原住民保留地：

（一）經公產管理機關提起訴訟或以其他方式排除使用

（二）因不可抗力或天然災害等因素，致使用中斷

（三）經公產管理機關排除占有，現況有地上物或居住之設施。

（四）因土地使用人之糾紛而有中斷情形，經釐清糾紛

（五）七十七年二月一日以後經公產管理機關終止租約

【公產機關意見】？

地權
地用
需地機關

《山坡地保育利用條例》第37條:「山坡地範圍內山地保留地，輔導原住民開發並取得耕作權、地上權或承租權。其耕作權、地上權繼續經營滿五年者，無償取得土地所有權，除政府指定之特定用途外，如有移轉，以原住民為限其開發管理辦法，由行政院定之。」

6

4月26日召開的「花蓮縣豐濱鄉港口部落陳情歸還祖先遺留土地案」專案小組會議

東管處意見為:
「（一）本處於**82年間撥用取得土地**之目的，係為推動觀光遊憩發展並供大眾使用，亦是本處職責所在，故已作為公共設施使用或屬於公園用地部分，原則不同意辦理增劃編原住民保留地。至於石門段823、592地號土地屬於農業區部分，依據本處在82年間撥用計畫書內記載，當時地上並無土地改良情形，也沒有人使用，現場大部分是林投樹

（二）針對石門段823、592地號土地，本處原本有一個多功能廣場的設計規劃，提供給當地部落作為展演工藝平台，但遇到抗爭而暫緩，並非本處沒有使用

（三）本處提出一個與這些原住民進行共同合作的耕作計畫作為解決本案爭議方案，類似如林務局與原住民合作的梯田、水田復育計畫，將土地提供給當地原住民耕作，達到風景區整體綠美化，同時兼顧原住民耕作權益。」

資料來源:港口部落土地自救會

《國有財產法》第四條，公用財產: 公務用、公共用、事業用

非/無法公用部分應退回到撥用前狀態，不宜以現在的地用狀態做爭議的處理

經濟部　函

受文者：Pangcah阿美族守護聯盟

主旨：有關　貴聯盟於100年5月21日就　總統簽明稿，陳盼歸還阿美族傳統領域，並尊重　貴族規範及道歉等情一案，復如說明，請　查照。

說明：

一、依據行政院秘書處100年6月7日院臺經字第1000029944號函辦理。

二、本案經查台糖公司土地取得，緣於台灣光復後中央政府接收日本資產，並依行政院公布「收復區敵偽產業處理辦法」第4條第3項甲款：「產業原為日偽所有或已歸日偽出資收購者，其產權均收歸中央政府所有…，甲、與資源委員會所辦國營事業性質相同者，交該會接辦」之規定，交由資源委員會接辦，旋即成立台灣糖業有限公司，嗣經改組為股份有限公司後，辦理登記為台灣糖業股份有限公司所有。本案涉及「大農大富平地森林園區」內台糖公司所有花蓮縣大農及大富農場土地面積計約1,250公頃，原係日

國營會-國營事業V.S長官公署-國有財產

台糖的土地是日治時期殖民政府對台灣人民土地，透過1.實施土地調查、林野調查；2.假借公共利益；3.憲警協助等手段強佔而來

台灣省政府1948年呈行政院的公文中認為，台灣經營權全部公地中，主要來源為1.台灣總督府直接間接撥付撥用，或投資各日人製糖會社之土地，共計56,995甲；2.由總督府強徵人民私有土地轉交製糖會社使用，為數亦達64,367甲

據此查報結果，主張台糖土地屬公有。這個爭議後因行政院介入由院會決議台糖土地應歸台糖公司所有，但此是否可以有足夠的正當性作為全然納入國營事業土地?

備註:
一、上開研究成果係依政府資訊公開法之規定，主動提供本會所持有之政府資訊。
二、各機關（單位）若有涉及原住民族傳統領域土地之相關事宜，得自行查詢、參考上開政府資訊。

13

14

15

16

都蘭灣黃金海休閒渡假村

表 4-1 土地權屬表

土地權屬		面積(公頃)	百分比(%)	備註
私有	其他部有	10.6458	94.04	均為所餘金先生所有，已取得土地使用權同意書。
	黃金海百樂事業股份有限公司所有	0.6750	5.96	原為國有土地，今開發單位於本案取得開發許可後已依國有土地合併開發契約書完成價購。
總計		11.3208	100.00	

第 53 條 非公用財產類之空屋、空地，並無預定用途，面積未達一千六百五十平方 公尺者，得由財政部國有財產局辦理標售。面積在一千六百五十平方公尺 以上者，不得標售。

52-1 第四款 獲准整體開發範圍內之國有不動產，得專案報經財政部核准讓售

17

18

原住民族土地權利

- 土地的定義(第2條第5項)
- 土地權利的確保(第20條)
- 知情同意權(第21條)
- 治權空間疊合的共管(第22條)
- 傳統利用的保障(第23條)

國土計畫法
特定區計畫

海岸法

規劃高權?

前項全國國土計畫中特定區域之內容，如涉及原住民族土地及海域者，應 依原住民族基本法第二十一條規定辦理，並由中央主管機關會同中央原住民族主管機關擬訂

原住民族土地使用管制規則?

第20條第1項政府承認原住民族土地及自然資源權利
原住民族土地與自然資源權益，採行**承認而非賦予**

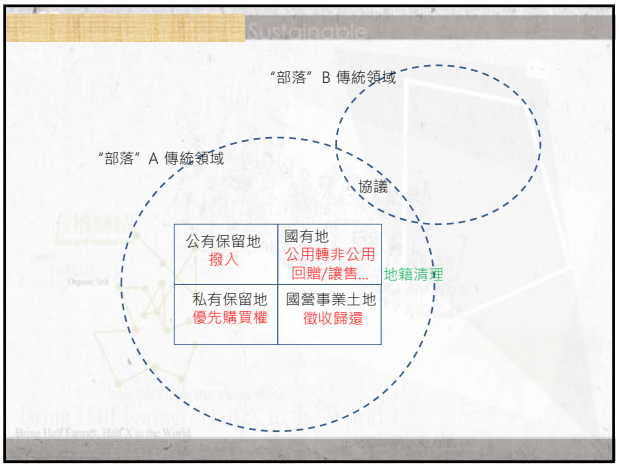
第21條第4項
前三項有關原住民族土地或部落及其周邊一定範圍內 之公有土地之劃設、諮商及取得原住民族或部落之同意或 參與方式、受限制所生損失之補償辦法，由中央原住民族主管機關另定之
→ **純屬確認性質**

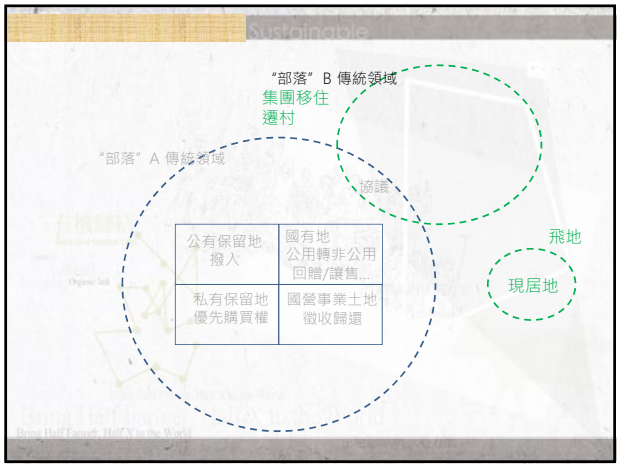
第21條第2項
政府或私人於原住民族土地或部落及其周邊一定範圍內之**公有土地**從事土地開發、資源利用、生態保育 及學術研究，應諮商並取得原住民族或部落**同意或參與**，原住民得分享相關利益

第23條　政府應尊重原住民族選擇生活方式、習俗、服飾、社會經濟組織型態、**資源利用方式、土地擁有利用與管理模式**之權利

機關行政行為之內容涉及部落空間範圍原住民族土地利用之限制或影響原住民族土地上權利或義務者，該機關應於行政行為決定作成前，通知相關部落並取得其同意。非經部落同意者，該行政行為不生效力。

前項行政行為之程序設有審議組織者，相關部落代表為各該審議組織當然成員。





會議實錄

主持人杜張梅莊處長：

謝謝今天我們的發表人、還有我們各位的來賓，謝謝主辦單位讓我來主持這場座談，我想我今天比較適合跟大家一樣來這 45 邊做個聆聽者，因為我看今天的這個議題是跟我們保留區有關的，那我本身在原委會服務在做土地的業務也做了七、八年，所以從剛剛前面講談的那些議題，我想我都是當事人，這個過程的來龍去脈、很多的點點滴滴、怎麼轉折、公文怎麼跑，我相信我應該比其他人清楚，因為時間這麼長。那當然今天是一個研討會，主要還是要聆聽大家的意見。

我們回歸正傳，今天的議題是《原住民保留地及原住民族領域現況衝突》，今天有三個議題，第一個是「原住民保留地使用爭議事項之看法」，發表人是林秋綿副教授，國立台北大學不動產與城鄉環境的副教授，掌聲歡迎！那與談人──楊坤樵，司法院行政訴訟及懲戒廳的法官，歡迎！那第二個議題「原住民保留地之實然與應然──相關實務見解分析」，發表人是吳秦雯、吳教授，國立政治大學法律系教授，歡迎！與談人是張升星法官，台中高等行政法院法官。第三個議題是「從土地爭議案例與空間計畫治變革看原住民族土地主權的實踐進路」，發表人是吳勁毅博士後研究員，台東台灣人文與環境研究及社會實踐中心，吳勁毅先生，歡迎！與談人三是：張登文副處長，太魯閣國家公園管理處副處長，歡迎！

因為時間的關係，我話不多說。可是我要說說我們的行政單位非常重視像這樣的研討會，像今天我們處裡面就來了將近十幾位，看到很多分機的人，那我相信很多學者也看到了，在這段時間在很多有關原住民族土地的研討會或工作坊，我們處裡面都會派人去參加，這裡要強調我們行政單其實不會閉門造車，我們很關心，也知道在最近政黨輪替後有很多的政見怎麼落實都是未來很大的挑戰。那在原住民社會，也聽到原住民族很多的意見、期待，那所以相對的在原民會壓力非常大，外面很多的論述、想法、政策，怎麼做？只有做了才會進步，講了很多，但只有做才能看見希望，所以我也請同仁來了以後回去還要寫心得報告，那我們話不多說，開始我們今天議題的討論，第一個部分，就請發表人林秋綿副教授來發表，歡迎！

與談人楊坤樵法官評論：

主持人、報告人，以及在場的各位，大家好！等一下要報告的內容就是我拜讀林老師的文章後所得的一些心得、引發的問題意識，然後進一步做一些初步的研究。

第一點我想說明的是現行的原住民保留地的管制依據，《山坡地保留應用條例》第 37 條授權訂定的原住民保留地的管理辦法，這個管理辦法在法律上的位階只是法規命令的層次，法規命令就不是法律。那再看憲法增修條文第十條第十二項所規定的：國家應依民族的意願保障原住民族的地位，並對他的經濟土地予

以扶助還有促進他的發展，那相關的辦法另以法律定制。我們的《憲法增修條文》第十條第十二項是說：「相關的辦法要以法律來規定」，在這裡就會引發一個爭議，就是憲法增修條文所講的法律，就只限於立法院三讀通過的法律，好像不是嚴格的國會保留，還是它允許立法的授權行政機關以訂定法規命令的方式來做規範？在這裡就會產生爭議。那如果我們進一步來看，「原住民基本法」第二十條第三項，就原住民的土地的管理及利用，也是規定以法律來訂製。它的立法說明提到：因為原住民的土地回復跟利用牽涉到比較複雜規範，影響到原住民很大的權益，所以必須以其他法來規定。從這樣子的立法說明，我們可以發現其實原住民的土地利用涉及各個族群之間生活資源的分配。原住民的土地跟各個資源的管制的法令，譬如說「國家公園法」、「水利法」或「自來水法」，這些相關法律之間的關係其實都是生活資源還有各種立法目標、立法政策的衝突，所以這些衝突的地方是需要立法者來做出決定的，這個可以顯示有關原住民土地的利用及使用是屬於重大的事項，原則上重大事項的法律保留要提升的話，最好是由立法者自己來制定法律來規範，而不是如現行只是以《山坡地保留應用條例》做概括授權的方式來制定，不過我們目前「原住民族基本法」第二十條第三項所表示的法律，就像剛才林老師所說的其實並沒有訂出來。那在這裡就會進一步衍伸到我們如何去看待「原住民族基本法」，「原住民族基本法」在民國 94 就已經制定通過，在第 34 條有規定：主管機關在本法施行後三年內，依本法的原則修正、制定，或廢止相關法令，那在立法說明裡面表示說，訂這條規定的目的就是要確定說「原住民族基本法」的普法地位，只要是跟原住民相關的法律都應該依「原住民族基本法」的精神來進行相關的修正跟制定，避免行政和立法機關的怠惰。從這個立法說明可以發現，其實立法者賦予「原住民族基本法」相較於其他的涉及到原住民的相關法律位階看起來好像更高，但事實上「原住民基本法」施行到現在已經有非常久的歷史，早就已經滿三年了，但是「原住民基本法」所要求的很多的法律或是法規命令有滿多都還沒進行歸併，那甚至有的是在「原住民族基本法」制定之後所進行的法律修正，譬如說我查到的「國家公園法」。「國家公園法」在民國 99 年修正，那 99 年它在「原住民基本法」之後，那理論上它應該要參照「原住民基本法」的精神，把國家公園內會涉及到原住民的事項也該納進來一併考量、做特別的規定。但是我們可以發現，「國家公園法」在這方面是完全沒有考量到原住民的權益，也因為這樣子，到 104 年的時候呢，就有立法委員開始提案開始提案，要去修正 34 條。

34 條仿照「通訊傳播基本法」第 16 條的規定，要在 34 條增訂第二項，它說法規的修正、制定或廢止完成之前，如果「原住民基本法」跟其他法律有牴觸的話，原住民族委員會，就是主管機關可以依據「原住民基本法」來進行法律的解釋和適用，那如果有法規競合的情形，也就是說如果有法規競合的時候，也是由原住民族委員會透過解釋性的行政規則去說明法規的競合應該要怎麼處理，但是這樣子的提案經過立法院的協商之後有過修改，所以說它的體例變得跟「通訊傳播基本法」不太一樣，它的修改後的結果是規定：法規如果有競合的情形，必

須由原住民族委員會、中央的原住民主管機關要會同中央目的事業主管機關來共同決定。也就是說相較於立法委員的提案，賦予原住民族委員會一個自行判斷的空間，它的權限是比較大的，他可以去決定「原住民基本法」跟其他法律有競合的時候怎麼去適用。但是修法的結過變成要求原住民族委員會跟其他主管機關去協商、談判，那這時候相較於之前其實原住民族委員會比較不容易基於「原住民基本法」的精神去做相關的解釋和利用。那其實我們也可以從這樣的立法、修法的過程發現，「原住民族基本法」和「水土保持法」、「國家公園法」，這些相關法律的競合關係背後所傳達的政策目標、到底是誰先、誰後？其實立法者自己也沒有決斷，而且我們可以發覺：「原住民族基本法」裡面的條文本身可能就內建貶抑法律位階的可能性，譬如說在「原住民族基本法」第 19 條規定，原住民族可以在原住民族地區依法從事下列的活動，下面就舉例：比如說獵捕野生動物或是採集相關的動植物、礦石、利用水資源這些，那因為它講要依法，所謂的「依法」，就是依現行的其他相關法律去規定，也就是因為這樣子的立法說明導致在法律解釋上容易把「原住民族基本法」解釋成：遇到這種情形時還是要去適用到其他的法令，而且「依法」就是要依其他的法律，所以這樣解釋起來「原住民族基本法」的效力好像又沒有那麼強。這樣的情形對於「森林法」、「野生動物保護法」或是「文化資產保存法」，這些法律本身就已經有把原住民權益的相關想法放進去，所以你在用這些法律的時候還是可以考量到原住民的權益，可是有一些法律譬如像「水土保持法」或是「國家公園法」它都完全沒有提到的時候，「原住民族基本法」跟這些法律的適用就會產生滿大的爭議，會導致在判決或解說上會有見仁見智的主張。

那接下來是跟林老師的文章有些相關的，就是進一部有關「原住民族基本法」第 21 條的問題。「原住民族基本法」是關於原住民土地的利用跟開發程序上的一些事項，譬如說要經過諮商取得原住民族或部落的同意，那這裡有個前提問題就是：到底什麼範圍屬於原住民族的土地？那如果依照基本法規定是指原住民族的傳統領域，傳統領域它有既有的民族保留地，那這裡我自己的感想是我們對於傳統領域原住民土地的認定是個滿困難的問題，就是說我們對於所謂的傳統領域應該要追溯到多久以前的範圍才叫做是傳統領域？如果就我粗淺的認知我會覺得：漢人來之前整個台灣好像都是傳統領域，所以時間點的劃定可能會影響到傳統領域的認定。

隨著歷史的發展，原民和漢人的混居或是部落人口已經大量流失的情形，這樣的現狀會不會影響我們對傳統領域的認定？或是說，如老師報告裡面所講到的：我們從日治時代就引進了西方的法治、對所有權的觀念，所有權是建立在個人所有權的基礎之上，那經過這麼多年的實踐，到了現在我們希望原住民放棄私有的財產然後交由部落或是公管人來共管，這樣子原住民的內部是沒辦法形成共識的！我覺得這些共識本質性的困難或是難題，可能也會導致原住民族傳統領域的認定會有困難，這個難題可能就會影響到 21 條怎麼去適用。

接下來就是我們現行的「原住民開發地保留地開發管理辦法」第 24 條有規定

對原住民保留地的一些開發，譬如說我剛剛說的觀光休閒或加油站的利用，原則上是輔導原住民為優先，但是它裡面有規定你要提出一些抒表，那在我們現今的資本學說的經濟結構下，原住民有沒有能力去做這樣子的開發？我覺得可能是有限的。所以它在第 4 項的部分有個規定：可以公告三十天，公告三十天若原住民沒有表示意願的時候，非原住民的一些企業就可以進行開發，這樣的經濟結構看起來，所謂三十天的設計其實好像只有形式上的意義。

我們回到跟「原住民族基本法」有關，21 條規定：如果對這些原住民族土地的開發是要諮商並取得原住民或部落的同意或參與。為此，我們主管機關也在 105 年 4 月 1 號訂了一個諮商局的原住民部落同意參與辦法，大家可以發現從 94 年到 105 年其實中間隔了非常長的一個時間，那在 105 年這個辦法制定之前，要我們怎麼去理解 21 條的規定？如果我們從 21 條第一項的規定，看起來就是相關的開發、私人對原住民土地的開發，就是要經過原住民的參與，如果沒有經過原住民的參與，結論應該就是不能開發。但是我們目前有一些主張會聽到：既然那時候行政部門方面都沒有訂出同意辦法或是諮商辦法，那沒有辦法進入這樣的程序，所以等於不需要這個程序，就表示還是可以開發但是不需要這個程序。那我覺得如果這樣解釋的話反而會顛倒過來，會讓立法者第 21 條第一項的規定會因為行政部門長期的沒有訂出這個法規規定，變相地去變更立法的內容，我覺得這樣的解釋是比較不能讓人家接受。我認為有一種可能的解釋方式就是說：在行政機關訂出辦法之前應該倒過來，這個協商的程序沒有進行，或是協商的內容該怎麼進行不知道的時候，應該不利益應該歸於想要開發的那一方，而不是不歸於原住民，這樣才會符合 21 條第一項的立法意旨，這是有關第一項的部分。

那第二項的部分，講到如果政府的法令有限制到原民土地利用的時候也要和原住民族協商，取得他們的同意。如果因此有限制後續要補償的問題，在這裡同樣的也因為我們對協商程序沒有訂出來，我們可以就從當時的解釋說：那既然政府機關沒有制定出這樣的解釋法、沒有訂出這樣的協商同意的相關規定，所以我們就倒過來說：就表示完全沒有限制的意思？在這裡又覺得沒有限制好像有點擔心，站在審判者的角度又會擔心這個門是不是開得太大？會導致整體規範的破壞，所以我覺得這個問題還滿難的，就是變成說我們在解釋 21 條第 1 項的時候，那個方法就不能適用在第 2 項。

我自己認為，因為法規競合傳達了價值的衝突，我們是不是允許原住民在國家公園的範圍內蓋房子或是狩獵？甚至是獵捕保育類的野生動物。其實這是涉及到我們價值的判斷，這樣子的價值判斷能不能追求一個兩全其美的方法，或是說不要扯到好像有你就沒有我，只能追求其中一種，另外一方就絕對捨棄，我覺得這是立法部門在立法的時候就應該要做出的決定，可是就像剛才我跟各位報告的立法的過程，我覺得立法者自己也沒辦法做判斷，在這種情形下，立法承諾的時候價值的判斷就要交給法院，可是法院在形成共識的過程其實是需要漫長的時間透過個案去累積一些案例，在這些過程中有些法官的價值觀會有些差異，所以我自己翻起來我覺得這個問題的終極方向還是要透過立法來處理，那抱歉占用大家

那麼多時間。

與談人張升星法官評論：

跟各位報告，我把這篇文章拜讀之後有很多的啟發，包括立法的背景跟後面的意識形態，還有他花了相當多的篇幅跟經力整理這段行政法院的判決，我認為對司法判決的批評至少要做到這個程度，你要把判決理由好好拿出來分析，有一些對司法判決的批評往往是(在我的看法)比較浮面、沒有抓到問題的根源，那種批評是起不了正面的作用，我隨便舉個例子。我今天跟大家報告的會給很多具體的案例請各位思考，那就是一個審判者在碰到爭議的時候他的心裡到底在想什麼？我今天給各位的坦白說沒有什麼答案，說不定我會給各位很多問題，有一些問題也許我自己有一些方向，但未必是很正確的見解，但有一些問題到現在為止我也抓不到它應該要怎麼想，所以我今天給各位的問題也許會比答案多得多，我也不認為我有什麼資格可以給答案。

我再回到剛才講的，有時候你對司法判決的批評要能夠抓到重點。比如說第一個：剛才吳老師覺得很懷疑大部分的保留地都在屏東、台東，那為什麼台北那麼多案子？因為原民會在台北啊！因為被告機關是原民會啊！因為被告機關在台北所以當然北高審的案子就比較多，但並不代表它審的案子都是台北地區的原住民、台北地區的保留地，很可能是全省各地的保留地、以原民會為被告，因為被告在潭北所以就比高雄的案子來得多。

第二個：你稍微去分析後面的問題而不是要光看簡單的數據，很多人批評，也許是剛才吳老師說：大部分的原住民都敗訴，在耕作權得案子裡面大部分原住民都敗訴。但是我告訴各位很多敗訴的原因在哪裡，原因在於：比如說在耕作權的案子裡面，這個審查委員會之前已經把耕作權給了原民某甲，這個審查委員會、區公所它之前已經認定，之前有個某甲原住民來申請耕作權，這個審查會認為它是就給了他耕作權。現在這個某乙的原住民現在來告審查會，說：「你這個有問題，根本就不應該給他！」於是這兩個案子進到法院來，法院審查的結果是覺得：原告某乙講的沒道理，於是把某乙原告之訴駁回。但是法院把原告之訴駁回的時候難道不是間接的確認了原先的審查會賦與某甲耕作權是合法的嗎？那這樣說法院都沒有保障原住民？他沒有保障某乙原住民的權利，但是法院確認某甲原住民的耕作權利是合法的，這樣不對嗎？有那麼值得苛責嗎？就完全用統計數據來說原住民來告都敗訴，敗訴的同時另外一個原住民的耕作權得到確認，這樣不對嗎？這樣能說法院沒有保障原住民的耕作權嗎？這就是我說不應該全部用統計數據來看，因為它會失真。所以我比較贊成今天吳老師這樣，在這個論文裡面它把每一個判決都讀過而且做了摘要分析，那是非常花時間的！我認為一個認真的學者做到這樣的程度，這樣的論文才會對司法判決有影響。否則我再另外幾個數據調出來說：啊！勝訴比例多少，可見你們都沒有保護原住民！我覺得這樣的批評對我來講一點都沒有攻擊力、一點都沒有影響力，因為你根本不知道案情的結果是如何，很多耕作權的爭議就是原住民之間的爭執，當法院否定了一方原住民

其實他就是間接承認另外一方原住民的耕作權，這難道不是維護原住民耕作權權利嗎？那難道就從統計數據來看嗎？所以不贊成這樣的觀察。

接下來我要提出幾個問題，第二個我剛才說說吳老師的整篇論文開啟了很多，包含原住民保留地開發管理辦法立法意旨、他背後的意識形態，我有部分是贊成的，但是我也不全然同意吳老師對於原住民開發地管理辦法的看法，認為這個就是國家站在殖民統治的角度來看，我不否認有這樣的事情存在，但是我不全然站在殖民統治的觀點，麻煩請大家看一下投影片，投影片很簡單，就 10 張而已，應該是很快。我等一下報告分成兩個部分，地一個部分是原住民保留地相關的爭議，第二個部分就是它還不是原住民保留地但是它是國有土地，可是原住民要求把它列為原住民保留地，我等一下的報告大概分成這兩種類型。

這個就是剛才吳老師講的憲法增修條文，第十條增修條文特別說國家應依原住民意願保障原住民的政治參與、經濟土地、社會文化，然後其辦法另以法令訂之，這是憲法，誰都知道憲法的位階是最重要的。

再來，這是「原住民族基本法」，就是剛才一直提到的 21 條、22 條、23 條，「原住民族基本法」都把政府承認原住民土地跟政府資源的辦理這些，另以法律定之，原住民或原住民族所有使用的土地、海域，它的回復、取得、處分、計畫、管理及利用，另以法另定之。坦白講我對原基法評價不高，因為我覺得充滿了政治口號，根本就沒有法律效果，你要叫法官怎麼裁判？我認為根本就沒辦法裁判。一樣，第 21 條：政府或私人於原住民族土地部落及其周邊一定範圍內之公有土地從事土地開發、資源利用、生態保育及學術研究，應諮商並取得原住民除貨物落同意或參與，原住民得分享相關利益。政府或法令限制原住民族另用錢項土地及自然資源時，應與原住民族、部落或原住民諮商，並取得其同意；受限制所生之損失，應由該主管機關寬列預算補償之。前兩屆營利所得，應提撥一定比例納入原住民族綜合發展基金，做為回饋或補償經費。

前三項，前面講了一大堆，說你有很多權利要得到它必須跟原住民諮商、營收要一定的比例給原住民，然後前三項有關原住民如何如何.....寫了一大堆，最後卻說「應由中央原住民族主管機關另定之」，辦法？前面講了一大堆最後原住民也是說：啊！這個辦法最後由中央民原住民族主管機關來訂，那你就訂個辦法啊！中央民原住民族主管機關就訂個辦法說：政府如果要在原住民土地周邊開發、要怎樣，要跟原住民族諮商，原住民如果受到損害怎麼補償。有什麼營利所得要給多少比例給原住民，那你就訂辦法啊！辦法在哪裡？也看不到。這就是法官痛苦的地方，沒有根據我應該要怎麼辦？我要怎麼判？剛才我不全然贊同吳老師的看法，我贊同這裡面有殖民統治的意識形態，這我不否認，我想沒有人會否認這個。但是為什麼原住民保留地開發管理辦法會長時間成為原住民土地的管理依據？我認為很重要的是大法官 443 的解釋，他說：它認為這是受益處分──認為國家給你好處，就是剛剛說吳老師講的殖民心態，就是說，我是統治者這個土地都是我的，現在我要給原住民好處，那給原住民好處我不需要訂辦法，因為給你們好處是一種恩賜、我賞給你的東西不需要訂法律。大法官 443 號說：關於給付行政，

受到法律規範的密度比限制人民權利者寬鬆，除非是涉及重大公共利益。所以如果不是受益處分、國家要給老百姓好處，這個老百姓如果是原住民，就講一般人就好，各位如果還記得，兩、三個月前經濟部不是規定想個辦法為了節能減碳，大家算熱水氣、瓦斯爐可以補助換錢嗎？那個也沒有法律，就是我給你的概念，我只要政府有預算我給你好處就可以了。

同樣的道理，原住民開發管理辦法為什麼會通過司法審查？它後面的意識形態確實就是像吳老師所講的殖民心態、統治心態，覺得說土地都是國家的，那你是原住民的話我給你好處，在什麼狀態下可以給你好處呢？所以透過了開發管理辦法。這個剛才楊法官有提到的，這是原住民族基本法 34 條的規定，我說這個大問題就是：我們到底要認為這是對原住民基本權的保障，如果認為這些都是原住民的基本權，那你給他任何限制就是對基本權的侵害，審查標準就比較強。還是你要認為說我今天給原住民開發是一種受益處分、我給他一種恩惠，所以我訂一些要件，你要符合這個要件我就給你，這其實就是整個問題的關鍵。到底認為國家這些法律是對原住民族基本權的侵害、限制，所以我要嚴格檢查這些法律？還是要認為說國家給原住民這些土地開發是一種受益處分，所以最基本的價觀的差異在這邊。我再講 34 條原住民族基本法的規定，說：主管機咕應於本法施行後三年內，一本法之原則修正、制定或廢止相關法令。那我的問題就是：請問假如這些相關法法令沒有修正、沒有制定，也沒有廢止的情況下，法官到底要不要用？法官到底要不要用？法官不是要依法審判嗎？咦？這個法律都通過了原基法，那我們都要尊重哦！它說三年內要依本法之原則修正、制定或廢止相關法令。那請問它不修正、不制定、不廢止的話，法官到底要不要用？第二個它說：修正、廢止前，由中央原住民族主管機關會同中央目的事業主管機關，依本法之原則解釋、是用。那是行政機關嗎？原住民族主管機關跟事業主管機關講的都是行政機關，那對司法機關呢？你明文司法機關把它排除在外，不就是要求法院還是要依法審判嗎？法律沒修改你就照法律動；那如果法律要修改，立法院就要動啊！我這樣講各位聽懂嗎？這個就是法官的困擾，所以剛才兩位教授跟楊法官都提到：原住民基本法既有的法律衝突的時候怎麼辦？這就是審判者最痛苦的地方。怎麼辦？既有的法律不去修改，可是既有的法律就在那邊啊！

原住民開發管理辦法，剛才為什麼我不全然贊同吳老師講的「它完全是殖民觀點」？比如說我唸個條文給各位看，第六條說：耕作權應該要在區公所下面設立審查委員會管理這個事項。請各位看中間這個，前巷原住民保留地之審查委員會的委員，應有五分之四為原住民。這個就是我不完全贊同國家是完全殖民觀點，國家訂了原住民開發管理辦法，然後在這個下面設立了原住民管理委員會，然後又規定這個審查委員會裡面有五分之四必須原住民，那你還一直覺得這是多麼高壓的統治、殖民嗎？我個人並不這麼見解。你可能把它解讀說，國家把這個山坡地、保育地讓原住民來利用，那誰利用、誰來管呢？那我也不是原住民、我也不懂，所以我們希望把公權力交給一個委員會，而這個委員會五分之四都是由原住民來組成，你能說這是非常強大的歧視性的殖民統治嗎？我個人並不這樣想，也

許可以看成原住民自治的實現，這就是為什麼我不完全贊同殖民的意識的觀念，它有殖民的意識型態我不否認，但是有些具體的法條規定不見得對原住民不利。重點就在這邊──依辦法取得之耕作權或地上權只要超過五年，經查明屬實者，最後就辦理所有權轉移登記。也就是說這個原住民保留地，原住民如果有耕作權，只要他繼續五年以後他就辦理所有權轉移登記，以後這個原住民保留地就變成原住民所有，就不再是國有土地，這就是司法機關在審查的時候，就會想到如果我們放得太寬是不是好像法院或其他行政機關完全不審查就隨便賤賣國土給私人，到時候三年、五年、十年，又有人質疑說：咦？為什麼？怎麼會這樣？當初司法院怎麼會判准？如何如何的。這個就是開發管理辦法，也就是說原則上屬於原住民，但是如果原住民沒有來申請就給非原住民。

我現在要講第二個問題，第二個問題就是：剛才講的主要的原住民保留地大部分的爭議在耕作權、地上權這些，現在另外一種爭執是：它還數原住民保留地，它是國有土地，但是原住民要求說你要把它列為原住民保留地，目的是用到剛才吳老師講的、但是我不贊同、我認為不見得對原住民不利的原住民保留地開發管理辦法。它希望把國有土地還沒有編為原住民保留地的，要求它列為原住民保留地，那列列為原住民保留地，我是原住民我就可以來申請、承租、耕種，耕種五年之後這個土地就是我的，這個是更前階段 01:31:13。那我現在講的回到前面的法律衝突，它說在一定的條件下可以對國有土地要求列為原住民保留地，但是下面講的有下列情形者，該土地不得劃編為原住民保留地，依土地法 14 條規定不得私有的土地。這個作業規範也是一樣都是照抄的，依土地法 14 條規定不得私有之土地……作業規範一樣講一大堆要這個、要那個，法律要件我就不跟各位解釋。現在請各位看土地法第 14 條之一，說那些土地不得私有，像是海岸線土地、天然的湖泊、公共建設、公共需用之水源地，那我現在最後要給各位幾個問題，我的時間到了我給各位幾個問題，假設今天有個原住民在水麓旁邊 01:32:07，比如說泰雅族、邵族，他說這個水麓旁邊的土地很早以前就是我的祖先在弄，我現在要求把這個土地列為原住民保留地，而且我一直在這邊種、在這邊蓋房子，所以我要在日月潭旁邊的這塊土地，現在是國有土地，我要求你列為原住民保留地，然後我來承租，經過五年之後就變成私有土地，這樣可不可以？行政機關說不行，因為這叫公共需用之水源地，那司法機關需不需要考慮這個？這就是我們的困難所在，剛才楊法官說：原住民族基本法的基本精神就是：跟原住民相關的法律，我們要參照原住民基本法，這樣的論述我同意，但我想請問各位，土地法是不是跟原住民相關的法律，你覺得？我們對於土地法的解讀要不要參考原基法 20 條、21 條、22 條、23 條？那些抽象的訂定，還有剛才講的動物保護法。原住民打獵的時候，動物保護法是不是跟原住民相關的法律？還有水利法、國家公園法、水土保持法、環境影響評估法、建築法，原住民在原住民保留地要蓋房子，他說：我們有自己傳統蓋房子方式，不受建築法的規定，我不要這樣、不要那樣，可以嗎？建築法是不是跟原住民相關的法律？法官痛苦的在這個地方。可是立法者在這邊，當夾直衝突的時候，立法者不敢做出決定、怠於做出決定，只會寫出像原

住民基本法第 14 條那種抽象的口號，所以我自己覺得那個對具體個案的判斷是沒有幫助的，這就是司法機關的困難所在。

與談人張登文副處長評論：

各位處長、兩位法官、三位教授，還有各位貴賓大家好，因為時間的關係，那我也是新任機關，我只能對教授的內容提出簡單的說明。

今天會代表參加這個會議大概是感覺在研究民族保留地裡面所佔的比例或是使用上失敗的關係，那從民國 73 年成立墾丁國家公園以來到 103 年，就在前年一共九個國家公園，那這九個國家公園總面積大概有 31 萬平方公頃，這九個國家公園裡有四個國家公園有原住民保留地─墾丁、太魯閣、玉山，跟雪霸。那今天會邀請太管處來參加約談就是裡面原住民保留地比例最高的，這四個國家公園總共有 2890 公頃的原住民保留地，裡面有 2227 公頃的保留地位在太魯閣，大概佔整個太魯閣國家公園百分之 0.42，但這個比例民眾會覺得實際上感覺也不大，因為從 96 年開始增加原住民保留地之後，剛剛講的是面積，但實際的面積比例一定會比現在來得更大，那首先跟各位報告原住民保留地國家公園裡面佔的比例跟大概的位置，一般我們對於原住民保留地在國家公園裡面會根據國科法規定大概會劃為一般保持區，因為太管處會把這其中的一個部分做為一般保留區，或是以前傳統部落所在都會劃分為一般保留區來實行管制，那管制的寬鬆跟一般的土地是比較一樣的，那將來如果要繼續徵發劃分為原住民留地，大概整個國家公園，依太魯閣為例大概百分 96 點多都是你們的，所以將來徵發配土地以後都會由共同土地去發配，所以以後增加的大部分為一般地，一般地早期是屬於林班用地，便利商用營業，所以這樣劃分以後有辦法在農耕使用或其他可能再將法規的部分，像是吳教授所提的，將來在一些法制裡面於原住民特定區計畫可能再解決。

原住民保留區 1960 年開始是歸於國有，一直到原住民有一些辦法後就慢慢取得自有權，憲法增修條文就有憲法的保障，94 年原基法公布實施以後，承認傳統領域的存在。96 年就開始擴編共同土地，到了 104 年修訂了原基法第 2 條之一，到 105 年就是今年初相關法案實施後原住民權利實施的保障跟實踐，一脈相傳的努力距離成果是大家可見的。

剛才就教授所提的幾個問題，在整個擴編的時候，除了公產機關審議、法律授權來做決定是一個問題以外，另外在實務上為了劃分原住民保留地，依據公約施行法第三條規定，要以前祖先留下來並要迄今繼續使用的土地，尤其在迄今繼續使用的舉證問題在實務上碰到比較大的問題，這個部份可能會影響到將來。雖然在共同地劃分條例第三條規定，有五種不視為中斷理由，但是可能在迄今使用之後，可能有當代、隔代的法律業務的存在，所以實務面上在將來於擴編時在機關審議的時候會成為一個問題。

另外魏教授所提的，我們原住民族基本法修正實施以後，我們部落為公法人，根據地方自治法第 10 條規定，直轄市、縣市、鄉鎮都是公法人，是地方自治團體，所以將來公法人跟地方自治團體的法律關係，到底怎麼可以當為權利義務主

體？部落有接受權之後，這時候關於共有的部份，在法律方面要處分的時候怎麼去行使？這個將來可能需要再進一步去突破的。

將來基本法實施以後，原住民特定區計畫的擬定、範圍劃設，如果來跳脫整個非都市土地使用管制法規定，或山坡地保護運用條例的法律限制，這就是將來我們在運用與土地管理上可以期待、並繼續解決的地方。剛才教授提到的原住民保留地於使用上之相關法規限制，這些相關法令除了在 102 年修訂後，最近一兩年也都有持續修訂，在去年的 104 年的 4 月 2 號、6 月 3 號、11 月 24 號與今年的 4 月 8 號有相關就整個國家公園區域的選定，還有共管會的規定，還有將來我們怎麼尊重原住民的土地利用，還有它的文化，以及最後狩獵的規定，我們原委會、文化部各個部門都會持續來修訂，將來要配合整個國土計畫法實施，尤其是原住民相關法規計畫的擬定，勞工法與相關法規配合，目前都已經開始積極的在研擬當中，以上幾點的想法給各位參考，謝謝！

主題四

經濟發展與原住民族土地權益

主持人：王美蘋 處長，原住民族委員會經濟發展處

原住民族土地管制與經濟生活：歷史的考察

發表人：辛年豐 助理教授 逢甲大學土地管理學系

與談人：李桃生 局長 行政院農業委員會 林務局

原住民混農林業傳統知識與經濟發展

發表人：巴清雄（魯凱族）博士候選人 國立臺灣大學農藝系

與談人：黃裕星 所長 行政院農業委員會 林業試驗所

原住民族土地管制與經濟生活：歷史的考察

辛年豐[1]

逢甲大學土地管理學系助理教授

摘要

原住民保留地的運作在臺灣已行之數十年，此等以「保護」原住民為目的的立法實際運作並沒有太大的成效，顯現出不同文化的外來者所「恩給」的制度本身與受管制者的需求有很大的落差。土地與原住民族的文化及經濟生活本來就具有相當密切的關聯性，如爬梳臺灣的歷史，將國家的土地制度與原住民族經濟生活的連動關係結合作觀察，將可以更清楚不同統治形態的國家「權力」與原住民族經濟生活「權利」間的密切關連性。本文對原住民族採取廣義的認定，國家也不限於近代立憲主義國家，觀察清治、日治與中華民國政府統治下處理原住民族土地權利不同的制度，以殖民主義及自者、他者的理論進行比較與分析，探討本土的運作情形，以發揮鑑古知今的效果，為當今飽受質疑的原住民保留地相關法律制度進行體檢，並分析制度不如預期的根本原因，在臺灣民主法治發展的脈絡下尋找一條「轉型」的路徑，以期打造適合原住民族適用的法律制度，以避免歷史上的不正義尚未轉型又再次發生侵害原住民族權利的不正義現象。

關鍵詞：原住民保留地、土地利用、殖民主義、國家資本主義、全球資本主義、保留地劃設、保留地利用。

[1] 臺灣大學法學博士。

壹、前言

在臺灣的歷史中，原住民族居住於臺灣擁有最長久的時間，始終是對臺灣這塊土地相當重要的一個環節，我們也習慣以臺灣最原初的主人稱之，此等族群對於土地的利用及熟悉程度遠勝於現在的多數族群。然而，在殘酷的外來族群統治下，曾幾何時自由而不受拘束的利用土地已然成為奢求；現今我們可以發現，「偉大」的國家是這樣的「照顧」子民的經濟生活，讓原住民可以在土地上進行耕作，以追求經濟生活的提升。

就原住民族土地而言，原住民保留地是當前法律制度相當重要的法律制度，也是原住民有機會合法取得土地所有權的方法之一，對於多數族群而言，這樣的制度設計是多數族群所為，是如此優惠的待遇，原住民族還有什麼話好說？事實上，這樣的說法呈現的是這塊土地上多數的人是那樣的沒有歷史感！本文要問的反倒是為何國家使用這麼多的法律制度來處理原住民使用土地的問題，然原住民的經濟生活並沒有獲得改善？面對這樣的情形，在法律制度上應該做什麼樣的調整？面對此一問題，本文擬從臺灣歷史上多數族群面對少數族群所使用土地的管制出發，觀察統治者如何透過國家力量以管制土地的方法來影響原住民的生活。藉由此等法律制度運作面向的觀察，本文進一步進行法律政策面，以殖民主義來進行分析，做不同時期管制手段的比較，討論對原住民族經濟生活產生影響最為核心的因素，及當前原住民族面對時代變遷的脈絡下所面臨的新型態挑戰，進而探討當今原住民保留地對原住民族而言是否為切合被管制者需求的法律制度。

透過此等方法的分析與討論，本文發現目前所採行的原住民保留地制度與不同政權的殖民統治具有歷史上的連續關係，對於土地的粗暴對待與清治時期對平埔族原住民土地的剝奪在結構上相當類似。這樣的發展路徑與國家在「形式上」是否已進化為民主、依法而治的國家沒有關係，歷史上不義的規範迄今為止也還持續發揮影響力。其最終的原因在於多數族群所掌握的統治者並未將原住民族當成真正的「自者」看待，所想的僅是如何同化不同族群的人而已；另外，在原住民當前所面對的困境從單純土地掠奪、國家資本主義，進化到全球資本主義時代，所面對的敵人更為強大。本來原住民族在社會上處於弱勢，所面對的處境艱鉅的情況下，國家應投入資源從事更多的保護措施，在此同時，也應該從法律制度面及程序面上加強對原住民族的了解。可惜此等應然面的要求在目前原住民保留地的制度完全空白，所彰顯的反而是立法密度嚴重不足、法制結構上弔詭、殖民注意色彩濃厚等問題，制度的根本思維與國際上保障原住民族的思潮也背道而馳。從而，如果真要保障原住民族的經濟生活，則不可避免的，在法律制度上即有改弦更張的必要。

貳、臺灣各個統治者的原住民族土地管制措施

一、清治時期：剝奪土地與認同消失

清治時期是漢人統治臺灣不同族群原居住者最長的一段時間，在清治時期，由於漢人的統治權多不及於當時所稱生番的土地，而是透過一些手段隔絕漢人與生番的正面衝突，所採取的手段類似隔離措施，在統治權不及的情況下，整體而言，對此等族群的土地利用及生活並沒有過多的干擾。

然而，與漢人接觸頻繁的熟番就沒有那樣幸運，多數族群對於熟番土地的高度覬覦更是造成熟番經濟生活陷於弱勢的重要原因。從既有的文獻可以顯示，在鄭式王朝統治臺灣西部的時候，厲行屯田制度[2]，區分官田、私田、營盤田，高度影響平埔族原住民遊耕遊獵的範圍[3]。後來清治時期針對熟番的土地政策，主要可以區分為兩個階段，前階段清帝國為了降低統治成本，所呈現的是統治者對於多數族群侵占用少數族群土地採取放任的態度，1727 年以前朝廷讓漢業主可以番界內的原住民洽商土地的取得[4]；1727 年至 1731 年更讓原本違反規定使用平埔族土地的漢人有就地合法使用土地的機會，讓漢人有機會透過請墾或報陞轉為民業[5]。即便 1738 年後劃界立石，要求民人不得侵入番界賫買番業，但此舉僅阻絕番佃墾戶納番租賫買陞科，但沒有阻絕前述番業戶買賣，是以，番地還是繼續流失[6]。

平埔族人在前述背景下，由於土地大量流失，遂向近山平埔遷移，形成 1745 年福建布政使高山所准奏「生番在內、漢民在外，熟番間隔其中」的現象；1750 年除奏請禁止漢民越墾外，並准令熟番於土牛溝以東地區打牲耕種[7]。在此同時，清帝國搭配採取「隘番制」及「番大租制」，讓熟番可以在中間地帶安身立命；而主要的目的在透過重新界定特定地帶的地權給予熟番差別待遇，以創造額外的地租做為熟番為朝廷守隘的報酬[8]。儘管其後土地政策未有太大的歧異，但一方面規範的執行並不嚴格[9]；另一方面，在番大租制下，番人可能將土地賣斷、以漢人為業戶將土地給墾於漢小租戶或漢大租戶，此等現象使土地的主導權流入漢人之手[10]。清帝國 1884 年清法戰爭後，派遣洋務派的劉銘傳來臺為建省做準備，並帶來一些新的制度，對以往的大小租制的土地制度做變革[11]，包括 1888 年實

[2]參照施正鋒，〈平埔身分認同〉，《台灣平埔族》，前衛，2003 年 5 月，頁 48。
[3]參照潘英，《臺灣平埔族史》南天書局，1998 年 1 月，頁 94-95。
[4]參照柯志明，〈理性的國家與歷史的機遇：清代臺灣的熟番地權與族群政治〉，臺灣史研究，第 6 卷第 2 期，2000 年 10 月，頁 43。
[5]參照柯志明，〈理性的國家與歷史的機遇：清代臺灣的熟番地權與族群政治〉，頁 44-45、頁 49。
[6]參照柯志明，〈理性的國家與歷史的機遇：清代臺灣的熟番地權與族群政治〉，頁 50-51。
[7]參照潘英，《臺灣平埔族史》，頁 114。
[8]參照柯志明，〈理性的國家與歷史的機遇：清代臺灣的熟番地權與族群政治〉，頁 51-54、頁 56。潘英，《臺灣平埔族史》，頁 118-120。
[9]參照伊能嘉拒著・楊南郡譯註，《平埔族調查旅行》，遠流，1996 年 9 月，頁 257。此等情況在清帝國末年國力衰弱後更為明顯，參照潘英，《臺灣平埔族史》，頁 103。
[10]參照王泰升，《臺灣法律史概論》，元照，2009 年 12 月三版，頁 80、頁 81-82。
[11]林呈蓉，《近代國家的摸索與覺醒─日本與臺灣文明開化的進程》，財團法人吳三連史料基金會，

行土地清丈確定業主時，不分是否為番大租都對大租戶採減四留六的做法，減少大租戶的租額而讓利益歸小租戶享有，結果其不再是實際上的業主，並減少平埔族人的番大租租額，都讓平埔族受創頗深。此外，在整理屯務的同時，也將熟番「編籍為民」[12]，使平埔族人「有機會」不再被稱為熟番，漢人與熟番間在規範形式上的界限也更趨模糊。

在以上的土地政策中，可以發現帝國僅有對平埔族人土地進行大方向的規範，這些規範主要是受到多數族群社會運作需求的影響，在法律規範上，劃定為熟番土地者，帝國本身並不干涉其對於土地的使用，平埔族土地的流失的主因則在於其與多數族群民眾進行交涉過程中，多數族群巧立名目規避規範或官府未用心執行法律。因此，對平埔族人土地權侵害最大的不見得是國家的法令制度，而是來自於生活在同一塊土地上多數族群所組成的社會結構。

二、日治時期：納入管轄與剝奪土地利用權利

日治時期法律規範的核心想法不同於清治時期以漢人為主的政權，是由非多數族群而掌握政治權力的日本人援用西方立憲主義國家的法律制度進行統治，並將當初所稱生番的土地納入日本國的領土範圍之中。日本政府對於生蕃土地的思維主要是「只有蕃地沒有蕃人」[13]，因此，生蕃在其眼中並非法律制度主要顧及的對象。在這樣的思維下，1895 年 10 月公布「官有林野及樟腦製造業取締規則」，1900 年 2 月公布律令第 7 號，揭示臺灣山區土地以國有及官有為原則；本此，原住民並沒有取得其所占有土地的相關權利[14]。1925 年臺灣總督府建立「十五年繼續事業」的土地調查以確切掌握原住民土地的領域；其後，臺灣總督府根據野呂寧於 1926 年所提出的「臺灣官有林野整理事業報告書」確認了無主地國有原則，原住民族對土地沒有所有權[15]。1928 年制定了森林事業規程，依土地性質分類為要存置林野、準要存置林野、不要存置林野三者。當中準要存置林野又稱「番人所要地」或「高砂族保留地」，以之作為原住民族生活、活動的場域，也是今日原住民保留地的前身[16]。

從以上的法律制度可以發現，日本政府採取土地的分類限制當時生蕃的使用，主要目的在於山林資源的維護，從規範名稱觀之，人本身是否受到影響及衝擊並非制度所要考量的重點，在此等背景下，原住民族的土地使用受到高度的壓縮，在榨取山林資源及原住民勞力的運作實態下，原住民族除了土地受到國家侵占及

2005 年 12 月，頁 121-122。

[12]王泰升，《臺灣法律史概論》，頁 57。

[13]參照王泰升，〈在法學與國家法中看見原住民族法律〉，政大法學訛評論，第 134 期，2013 年 9 月，頁 17-19。

[14]參照蔡志偉（AwiMona），〈從客體到主體：臺灣原住民族法制與權利的發展〉，臺大法學論叢，第 40 卷特刊，2011 年 10 月，頁 1503。

[15]參照やまだあつし，〈調査マンと台湾植民地官僚制〉，《日本の朝鮮・台湾支配と植民地官僚》，国際日本文化研究センター，2008 年 1 月，頁 137。

[16]參照山路勝彦，〈南庄事件と〈先住民〉問題：植民地台湾と土地権の帰趨勢〉，社会学部紀要，第 109 号，2010 年 3 月，頁 44。根岸勉治，〈臺灣における内地系会社の土地所有と土地管理型態〉，經会社論叢，第 11 号，1945 年 2 月，頁 104-107。林秋綿，〈臺灣各時期原住民土地政策演變及其影響之探討〉，臺灣土地研究，第 2 期，2001 年 5 月，頁 31-32。

高度管制外，經濟生活及文化在沒有足夠的土地資源作為後盾的情況下，也受到嚴重的衝擊，開啟了一個世紀多國家權力與多數族群社會合力破壞原住民經濟生活及文化的序幕。

三、中華民國政府統治時期：從漢化到重視文化權

日治時期對於原住民的破壞並沒有隨著第二次世界大戰日本戰敗離開臺灣而畫上休止符，取代日本政府統治的中華民國與清治時期一樣是漢人為主體的政權，其所採行的法律制度與日本政府一樣是形式上以法律進行統治的法律制度。在中華民國政府統治前期，統治者想要的是以法律制度來統治「炎黃子孫」的觀念，希望透過許多法律制度進行同化，讓原住民族變成貨真價實的「同胞」；到近期 1994 年憲法正式採用原住民族之名前後，在統治思維引進當代原住民族文化權保護的觀念，而不再將同化作為國家運作族群行政的重要任務。

政府前後所採行的措施，包括 1947 年頒布「臺灣省土地權利清理辦法」確認原住民族傳統領域的無主地與國有地性質；翌年訂定「臺灣省各縣山地保留地管理辦法」，賦予原住民對土地的無償使用權；1958 年臺灣省民政廳開始實施山坡保留地地籍測量與調查，開啟臺灣原住民族社會真正因為外來力量引起較大的基礎性變遷，讓市場經濟的觀念影響原住民；1966 年修訂該辦法，於年底保留地總登記完成後准許原住民依規定在現耕地設定耕作權，自營滿十年後可無償取得耕地所有權；1990 年再度修法，准許在造林地設定地上權，於自營滿五年後可無償取得林地所有權。1989 年 12 月行政院核定「臺灣省原住民原居住使用公有土地劃編原住民保留地要點」，以作為後續於 1991 年後擴大劃編原住民保留地的法律依據；其後，省政府於 1990 年把「山地保留地」之名稱修改為「山胞保留地」，並由行政院訂定「山胞保留地開發管理辦法」；1994 年配合修憲將「山胞保留地」名稱修改為「原住民保留地」，前述辦法名稱也同時修正為「原住民保留地開發管理辦法」[17]。此等原住民立法，在 1997 年進行精省修憲後也從臺灣省政府移轉到中央行政機關，將事務權限移轉到中央行政機關。另一方面，有關原住民保留地地的劃設，則另外於 2007 年 1 月訂定「公有土地劃編原住民保留地要點」。現階段有關原住民保留地行政的重要規範依據，即屬「公有土地劃編原住民保留地要點」及「原住民保留地開發管理辦法」，對於此等規範內容的介紹及檢討，本文將於下文中討論。

另一方面，本文以為可以以 1990 年代作為原住民族立法另外一條軸線的起點，在憲法增修條文將「原住民族」納入後，所彰顯的是市民社會中原住民族運動的成功，也推動後續諸多法律制度的推陳出新。包括 2005 年訂定原住民住民基本法，當中規範了原住民保留地以外的土地法律制度，包括原住民族自治區、傳統領域等，其制度運作較重視原住民族群體權及文化權的落實，較能與當代國際人權法的觀念銜接，本身有完全不同於傳統原住民保留地的思維模式；可惜到

[17]以上回顧參照顏愛靜，〈現階段原住民保留地管理問題與對策之研析〉，國立政治大學學報，第 80 期，2000 年 6 月，頁 74-77。林秋綿，〈臺灣各時期原住民土地政策演變及其影響之探討〉，頁 33-34。Awi Mona（蔡志偉），〈氣候變遷、生態永續與原住民族社會文化發展：莫拉克風災的反思〉，台灣原住民研究論叢，第 6 期，2009 年 12 月，頁 47。

目前為止相關子法的訂定尚未出爐，而有待後續繼續觀察。由於目前最主要適用於臺灣原住民族土地法律制度為原住民保留地，其他制度則尚在形塑及萌芽階段，因此，以下本文對於臺灣現行法律制度的討論將集中在原住民保留地。

參、各時期統治措施的比較

一、統治措施的異同

如果比較臺灣各個不同時期對於少數原居於臺灣之族群的措施，可以發現各個不同時期在客觀上有幾點相同與相異之處。詳言之，清治時期與中華民國政府統治時期相較於日治時期而言，統治者與族群間的關係是較為單純的，因為掌有政治權力的統治者與多數族群均為漢人，為相同的族群，因此，統治者與原住民族間的關係為漢人與原住民族間的兩面關係；反之，在日治時期所涉及的則較為複雜，掌有政治上統治權力的主要是和人，從整個臺灣島的居民來說，和人並非多數族群，多數族群則為漢人，所以，這個時期所要處理的族群問題大抵上是和人、漢人及原住民族三者間的三面關係，而讓此一時期的人數上屬於少數的統治者在統治的手段上必須更為細緻，以維持其統治上的穩定性。無論是兩面關係或三面關係，我們可以發現不同的國家對其統治權所及的原住民都會有一些與土地有關的制度與措施。

這些制度與措施的產生程序當然會與當時國家的運作型態，以及所信奉的價值觀有關，從國家本身的屬性來看，可以發現清治時期的統治者腦海中所具有的是傳統中國作為一個大帝國式的統治思維，其本質上並非著重人權及民主法治價值的國家，對於制度的形成也並不重視程序上的正當性。然而，無論是日本或中華民國政府，此等政權本身都宣稱自己重視民主與法治的價值，也都有形式上看起來類似西方民主國家的國會，法律制度的形成也都有一定的程序機制，因此，表面上看起來可以說是一個立憲主義的國家。是以，可以發現這三個時期中，只有清治時期是非立憲主義國家，其他兩個時期的統治者則為立憲主義國家。

如果將視野移轉到是否有法律規範來做觀察的話，當然可以發現在非立憲主義國家的清治時期，固然沒有現代意義的法律出現，如同前面所呈現的，所可能產生的是來自於皇帝的旨意或朝廷的經過考量後的態度。其所處理問題的方式，較沒有通盤整體的考量，毋寧較著重當產生問題之際，針對個別問題逐一解問題的處理模式。這樣的處理方式也相當程度展現出臺灣作為帝國邊陲，中心給予「關愛的眼神」相當有限。另一方面，在立憲主義國家所採用的規範模式就相當不一樣了；包括日治時期訂定了「官有林野及樟腦製造業取締規則」及「森林事業規程」，中華民國統治時期前後訂定「臺灣省土地權利清理辦法」、「臺灣省各縣山地保留地管理辦法」及「臺灣省原住民原居住使用公有土地劃編原住民保留地要點」，等條文式的立法，並修改山坡地保育利用條例，讓原住民保留地在法律層級上取得母法依據。其中日治時期的立法主要是以山林保育的角度作為出發點，而非專門處理原住民（族）經濟生活的立法；反之，中華民國政府統治時期的立

法，至少在規範目的上可以看得出主要是以原住民經濟生活的提升及維持作為管制目的，更接近原住民族的專法。從現在這個時點加以觀察，相較於日治時期的立法，更接近現代立憲主義國家的規範模式，只是對原住民族的經濟權利而言是否有利，仍有待本文後續持續檢視。從以上所回顧的法規範觀之，也可以發現在不同時期政府的規範數目上，清治時期並沒有以當代法律規範的方式對統治轄下臺灣不同族群的異族做規範；日治時期已經有規範，但整體而言，規範的數目並不多；中華民國政府統治下的規範數量及密度則是最高的。

如果將觀察的重心轉移到對於土地本身所有及使用的面向，則可以發現由於在清治時期並沒有所有權的觀念，僅僅只有大租權及小租權的區別，因此，即便是多數族群，本身也沒有現代意義下不動產所有權的觀念，更不用說少數的異族；然無論是日治時期或中華民國統治時期，在繼受了西方法治下所有權的觀念後，多數或強勢的族群都有所有權制度的保護，但對原住民族而言，並不是普遍都可以成為享有所有權的權利主體；從而，當時法律制度所稱的生蕃並沒有辦法取得土地的所有權。這樣的情況，直到中華民國統治時期將原來得生翻看作山地「同胞」，原住民才成為中華民國法律制度中的權利主體，而有取得所有權的能力。

從土地自由使用的面向觀之，儘管在清治時期並沒有所有權的制度，少數（弱勢）族群並沒有「權利」可用以主張漢人或國家的侵害，雖然在國家所劃設的範圍內並沒有就土地的使用施以太多的限制，而可以在該範圍內自由使用。在日治時期初期，尚未進行大規模管制時，原住民還有機會自由使用自己的土地，但隨著統治權力深入山林，日本政府對於山林資源的使用有更強的需求，從而，加強對於臺灣山林的管制，使得原住民對於傳統領域的自由使用受到國家的干預，而沒有辦法如同以往的生活方式使用自己的土地，而僅僅只有在準要存置林野中有使用土地的空間，在政府統治權力深入原住民族所居住的準要存置林野中的情況下，原住民族自由使用土地的空間與清治時期少數群體相較，前者對於土地使用的自由度也會比後者為小。在既有中華民國統治下，原住民族對於土地自由的機會在所有權絕對的觀念下，許多傳統領域在所有權歸屬下屬於國有土地或為漢人取得的情況下，幾乎沒有本於自己意志自由使用的機會；再加上近年諸多環境生態價值立法後，更壓縮了原住民族使用土地上資源的機會，因此可以認為同樣沒有辦法對土地進行自由使用。

另一方面，如果我們將關注的重點放到三個不同時期的共通性上，則首先在管制手段上可以發現三者具有共通性。詳言之，無論是哪一個時期的統治者，所採取的管制手段都是在空間上做巧妙的安排，讓不同民族的人們居住於不同的地方，只是如上所述，三者在規範形成及形式上不盡相同而已。另外，如果跳脫法制面來做觀察，也可以發現這三個時期的多數族群或強勢族群所形成的社會，對於原住民族有著許多的歧視，這樣的現象從對於原住民族的稱呼或所產生的社會事件就可以看的到端睨。最後，對於原住民族而言，這三個不同時期的殖民政權統治的結果，在效果上則是具有一致性。都造成了原住民族文化的喪失、經濟生活相較於多數族群或強勢族群更顯困難，同時，也可以發現這三個時期所採取的

管制措施，都有助於多數族群或強勢族群對原住民族的同化，有助於統治者統治權力的鞏固。

就以上所討論各個時期統治權力運用於原居住於臺灣的少（弱）勢族群原居土地的法規範、政策及措施的異同，本文嘗試以下表來加以呈現，以期可以收便利理解之便。

圖 1.臺灣各時期統治權力土地管制之比較

		清治時期	日治時期	中華民國政府統治時期
相同點	管制手段	採取隔離式的管制手段		
	多數族群的觀點	種族歧視		
	成效	運作的結果： 原住民族文化運作的喪失 經濟生活更為困難 有助於同化及統治權的鞏固		
相異點	統治者與漢文化及原住民之關係	兩面關係（漢人-熟番）	三面關係（和人-漢人-生蕃）	兩面關係（漢人-山胞/原住民族）
	法治思維	非立憲主義國家	立憲主義國家	立憲主義國家
	專法管制	無現代意義的法律	無（儘立於山林保育的觀念立法）	有
	法律規範數目	無	少	多
	土地所有權	無	無（和人、漢人：有）	有
	土地自由使用	有（隔離的範圍內）	無	無

《資料來源：本文製表》

二、統治措施異同的法律分析

(一)形式意義憲法價值操作的無用性

從以上統治措施的比較，儘管有許多的相異點，但此等客觀上的不同仍值得本文進一步分析，如前述所分析的，清治時期為非立憲主義國家，其他兩個時期則在外表上看以來為立憲主義國家。只是在實際運作上，住在臺灣的人民在日治時期對於制度的形成並沒有辦法在民主正當性的傳輸帶上找到連結，更遑論原住民族對於與自己有關的政策及制度形成具有程序參與及民意代表監督的機會。這樣的情形，到了中華民國政府統治前期並沒有大規模的改變，包括原住民在內的臺灣人民並沒有真正的民主選舉，即便有民主選舉，與原住民族土地有關的法令規範也是以行政命令的方式呈現，原住民族本身的聲音如何，對統治者而言根本

不是重點；這樣的情形直到中華民國政府解嚴、終止動員戡亂時期之後才有顯著的改變，至於此種政治上的變革是否可以直接推導出原住民族土地管制措施本身回應原住民族需求的結論，恐怕還言之過早。如是觀之，即便日本及中華民國政府前期聲稱自己是一個現代立憲主義國家，但在原住民族土地的管制上，立憲主義及傳統帝國的運作並沒有顯著的不同。此等法治思維上的歧異，唯一可以反應出來的是執法者對於法律文字本身的遵循程度，立憲主義國家的政體會比較重視既已形諸於文字的實證法。如果把觀察的重心拉到現在的臺灣，也可以發現即便在當代民主法治的運作較上軌道，但在原住民族要求民族高度自治、還我土地的訴求下，在民主制度的運作下也難以想像能夠立刻達成此等理想。

又如將關心的重點放到法律的形式本身，則可以發現專法的管制本身繫於法律的規範目的，有專法來管制不見得會對原住民族比較有利，特別在規範目的本身不在保障原住民族權利的時候，法規範本身反而會成為破壞原住民族的幫兇，這樣的情形從日治時期的立法就可看得出來。另一方面，即使法律本身宣稱要照顧原住民族的經濟生活，也不見得真的可以幫助原住民族生活水準的提升，這樣的現象從既有原住民保留地制度本身在追求原住民生計，但實際操作的成效卻不見得有效也可以見到端睨。在實用的角度來說，真正值得重視的不是那規範目的本身規定得多麼漂亮，而是規範本身所採取的管制手段是否合乎受管制者的需求，只是在民主社會中，法規範本身所代表的是多數人的聲音，以原住民保留地的制度而言，受規範者是這個社會中的少數人；當少數人的需求與多數人所形成的法規範不相吻合時，所代表的是多數人與少數人在觀念上的斷裂，此等觀念上的斷裂，可能來自於多數人的「惡意」，也可能來自於多數人的「無意」，前者固然比後者可惡，但無論如何都已隱含著多數人對於少數人的侵害，只是在原住民族土地的議題中，所侵害的將延伸到原住民族的文化、認同與經濟生活。在沒有現代意義法律進行管制的情況下，情況其實也是一樣的，統治者本身是多數族群的人，則所採取的手段也同樣會有對少數人不利的問題，只是在非立憲主義國家中，決策者集中在一個人或特定少數人而已。因此，從原住民族需求而言，問題的核心不在於有沒有法律規範，毋寧在於規範本身的是否符合受規範者的需求；而更為深層的問題則在於，規範的制定者「如何」產生規範。

另一方面，從法律規範管制的數量來看，則可以看出統治者管制的強度。當然，數量本身是中性的，對於原住民族的影響還是要視規範內容而定，內容本身如有利於原住民族，有更為嚴密的規範當然是更為有利；反之，則是加深了對於不同族群的宰制力道，加速原住民族文化的消逝。至於清治時期雖沒有現代意義的法律，但實際的運作上卻是社會上多數族群的歧視加上高度展現統治者的統治權力，兩者合璧的結果同樣展現出政治上暴力與社會上暴力共同發揮力量施加於當時原居於臺灣之族群所使用的土地之上，而讓此等民族逐漸消逝。然不能忽視的是，此等國家統治暴力與社會上暴力合流的情況在後來的日治時期及中華民國統治時期也同樣存在。只不過從法治的角度來看，本來法治就是企圖以理性的力量來控制國家暴力的運作，在非立憲主義國家中，因為沒有現代意義的法，統治

者的權力較容易失控，對於作為少數的原住民族而言，所承擔的風險也會更大。特別在人們在觀念上更能體會多元文化的重要性之際，有據可預測性及理性控制的法，對原住民族權利的保障而言是相當重要的。在此等氛圍下，緊接著所要重視的就是原住民族在整個國家法規範形成的過程中佔有何等地位了。

(二)不義規範對原住民族侵害的延續性

如將考量的重點放到法律規範的內涵本身，對於現代國家而言，所有權是相當重要的財產權，擁有所有權可以自由地使用、收益，也可以之對抗來自於國家或他人的侵害。從臺灣開始具有所有權制度的歷史來看，從前述所呈現的歷史事實可以發現，在日治時期原住民族的成員不同於多數族群或政治上的強勢族群，並沒有享有所有權的資格；到了中華民國政府統治時期，雖然沒有否認原住民可以成為所有權的權利主體，但由於許多地籍資料是承繼日本政府統治時期而來，因此，在日治時期原住民沒有取得所有權的情況下，到了中華民國政府統治時期，雖然是所有權的權利主體，但實際上因為歷史上的因緣際會，使得大多數的原住民並沒有土地所有權。這樣的現象可以發現日治時期對於生蕃是否具有土地所有權的制度規劃，對於原住民族後續的影響程度相當重大；這樣的歷史，對照清治時期對於平埔族土地使用權利的剝奪，其影響也同樣延續到民族文化本身的存續，並對經濟生活產生相當嚴重的影響，如此可以發現，類似的歷史在臺灣這塊土地上一再地重演。

再從原住民族是否可以對土地自由使用來加以分析，在清治時期的平埔族人雖然看起來可以自由自在地在統治者所設定的範圍內使用土地，表面上看起來比較有助於民族文化的運作與維持；不過，在漢人土地使用的制度及國家為了追求自己統治權的安定性考量下，少數族群土地使用的空間範圍流失卻也是不爭的事實。如此，展現出平埔族人對於土地使用範圍並不具有安定性，而是處於可以隨令漢人社會及統治者擺布的狀態。在土地資源有限的情況下，平埔族人可以擁有的土地勢必隨著時間的流逝而流失。另一方面，日治時期本於山林保護思想所擬定的土地利用規範，也與清治時期一樣將原居於土地上的少數群體「圈禁」在一定的範圍內。從這個角度看來，日治時期的準要存置林野與清治時期官府以空間隔離的方式將少數族群隔離生活的手法有著異曲同工之妙，都是為了要穩固自己的統治權力與土地資源的攫取，此等思維在中華民國政府統治下實際上並沒有太大的改變，包括保留地的制度本身也隱含有這樣的思維於其中。只是當今的原住民族所面對的是，一方面國家以「恩給」的方式劃定一定的空間給原住民族，宣稱為了維持原住民族的經濟生活，以為自己維繫歷史上的不正義措施找到「正當性」；另一方面，再加上如前所述，沒有賦予原住民族土地所有權，在現代法律制度的運作下，其對於土地的使用權也將隨著土地所有權人使用、收益土地而受到影響，此所稱的土地所有權人，可能是私人，也可能是國家，國家行使其作為土地所有權人使用、收益的旗號之際，只要打著各式各樣的「公益」理由就有可能取得正當性。如此一來，都實質上剝奪了原住民族對於土地自由使用的「機會」。如此，也都可以看得出歷史上對於土地使用的不義措施，對後續民族文化的存續，

乃至於原住民族經濟生活的影響都是具有延續性的。

從以上的分析可以發現，對於原住民族經濟生活產生不利影響的，主要的原因並不是形式上是否有法律規範，也不是有沒有讓民眾有投票的行為，從現代憲法理論的角度來說，這都只是立憲主義國家的「形式」，而更重要的反而應該是立憲主義國家所應具有「寬容」與「多元」的「實質」問題[18]。從而，本文以為問題的重心恐怕在於社會上數百年來多數族群對於原住民族的歧視，以及在歷史洪流下既已形成的財產權狀態，而後者更是現階段處裡原住民族土地問題最為棘手的面向。

肆、追本溯源與未來展望

一、問題的根源

回到理論的層面來進一步分析這三個不同時期的運作型態，固然可以從結果論發現對於土地的管制對於原住民族的經濟生活產生嚴重的影響，清治時期對於平埔土地地權的侵害也是導致大規模滅絕的元兇。如此，都可以看得出土地使用的自主權本身與族群本身存續所具有的緊密關聯性。土地本身所承載的就是人類的行為，包括土地資源的利用、居住型態、文化的運作等，都需要土地的支應才能進行，在土地資源有限的情況，又有不同族群的需要土地的情況下，就會產生赤裸裸的暴力較勁，衍生出殖民的問題。倘若觀察這三個時期多數（強勢）族群的運作，則可以發現背後隱藏著以族群做為差別待遇基準的待遇，國家在其中可能透過法規範的強制力量，也可以透過資源掌控的優勢力量施加於原住民族身上，特別到了日治時期以後，更為重視近代國家的市場經濟，資本主義的力量覬覦原住民族傳統生活土地所產出的資源，將原住民族鑲嵌進入資本主義的脈絡下，影響到原住民族傳統利用土地的方式。在近代國家中，資本主義的運作與國家權力的運作具有密切的關聯性，當國家所施展的公權力本身成為資本主義運作的工具，而原住民族本身對於長有國家機器者又是「非我族類」的少數，則原住民族所受到的待遇勢必將更顯艱困。從這樣的現象可以發現，當前原住民族是用土地的權利遭受破壞，產生此等問題的原因包括自者與他者、資源爭奪、資本主義等因素，只是不同時期的統治者所面對的局勢不同，此等因素對原住民族產生影響的比重恐怕也不一而足。

(一)從他者、半自者到自者

統治權力的運作本身繫於統治者，外來的統治者對原住民族的壓迫並迫使其改變原先的經濟及社會生活，其所施展的是一種殖民主義式的運作模式。統治者對於少數的族群如何看待也會影響統治權力的具體作為。從殖民者的觀點而言，在可以發現無論清治時期或日治時期都將非我族類者稱之為「番」或「蕃」，同時也給予不同的待遇，甚至在日治時期，生蕃還不能成為財產權的權利主體，顯

[18]參照李震山，《多元、寬容與人權保障：以憲法未列舉權之保障為中心》，元照，2007 年 9 月，頁 67-96。

見在這個時期，並沒有把漢文化以外的少數群體當成自己人看待，所展現的是將這群人當作「他者」看待。由於國家統治權力及於少數群體的土地，這些他者也就沒有權利擁有自己的土地；取而代之的，土地是由國家掌有所有權，並決定可以如何使用，原住民族的土地使用就受到正面的衝擊。本文也發現，這樣的處境與清治時期的熟番是相當類似的。

在 1945 年中華民國政府統治權力進行臺灣之後，可以思考的是對於原屬生蕃的土地措施看來並沒有顯著的不同，但如果仔細分析，其實是略有歧異的。主要的因素來自於中華民國政府與日本政府對於「民族」的想像並不相同，日本政府所想像的民族是「和人」血統，是以，即便對漢人都不承認與和人是同一民族；但中華民國政府所想像的民族則是中華民族，而中華民族本來就可以包括許多少數群體於其中，只要臣服於漢文化都可以成為自者，這也是長久以來漢文化為主的帝國所具有的特色，只是到了晚清，中華民族的詞彙更具體地浮現出來。本於此等對於民族的想法不同，中華民國的統治者當然必須想辦法將漢文化以外的民族包含到中華民族的概念之中，才能夠讓自己的統治取得正當性。中華民國政府依循這樣的想法，在法律上將日治時期所稱的生蕃改稱為山地同胞，以「同胞」一詞來表達此等族群的人們也是中華民族的一部分，彰顯出山地同胞也是中華民族的「自者」；另一方面，也透過法律規範企圖將原本文化傳統與多數族群不同的人同化為漢文化的生活模式，從土地政策來說，原住民保留地開發管理辦法取得土地所有權本身就是一種同化的工具[19]。有趣的是，會採取這樣的同化措施，其前提在於客觀上山地同胞與漢文化生活的人們間具有歧異性，這一群人原本與漢文化的生活並不相同，要採取同化措施顯然就是因為這一群人在漢人的眼中本質上就是「他者」。於是，形成了表面上看來山地同胞與多數族群間表面上宣稱為「自者」，實際的運作及行為上卻是「他者」這種「半自者」的弔詭現象。

「半自者」的現象可以說延續到今日，但人們的觀念上卻也隨著時間有些許的改變。特別在 1980 年代的原住民族運動，及其後所做的許多修憲及原住民族立法後，可以發現人們對於原住民族有更清楚的理解，對於命運共同體的觀念也有不同的詮釋方式，可以認為在觀念上已漸漸朝「自者」的方向邁進。本文以為這樣的方向也成為我們展望未來族群政策革新相當重要的背景因素，特別在本文討論有關土地利用的規劃問題，由於與原住民族文化運作具有必然關聯性，更有必要在現代的意義下以自者的角度看待原住民族。

(二)奪取土地、資源到服膺全球資本主義

跳脫統治者以「自者」或「他者」來看待原住民族的區分，如果從統治者取得土地的目的來加以觀察的話，則可以發現不同時期的統治者所面對的時空環境不同，故取得原住民族土地的目的也不盡相同。也正因為統治者看待原住民族並不是從「自者」的角度出發，因此，各個時期的統治者其實都是多數（強勢）族群。

[19]參照辛年豐，〈保障原住民族尊嚴的原住民保留地？：制度的檢討與展望〉，臺灣環境與土地法學雜誌，第 13 期，2014 年 12 月，頁 41-42。

詳言之，從歷史回顧可以發現，在清治時期漢人侵奪平埔族土地主要的原因是因為漢人並非原居於臺灣的族群，在臺灣原本就沒有土地；但以農業耕作為主的漢人，其生活模式需要大量的土地，因此，統治者或多數族群侵害居住於平地之原住民族的土地主要的目的在於使用土地以供自己的生活之用；除此之外，清治中期以後形成所謂的土牛線，取得許多平埔族土地，其目的也兼具有維持統治穩定的考量在內。到了 1985 年之後，由於平埔族已相當有限，與作為現代國家的日本政府產生衝突者就屬清治時期所稱的生番，日本政府作為近代國家的主權者，對於領土擁有百分之百的支配權當然是具有必要性的。日治時期前段在原住民族不具有土地所有權權利主體資格的情況下，日本統治臺灣的思維主要是期待可以從臺灣擷取資源以供內地之用，故所著重的是土地上及土地中所蘊含的山林及礦產資源，此等取得的資源在市場經濟的思維下，固然有機會換取到一定的財貨，但最主要的是國家可以從資源的取得上獲取許多的利益。

在中華民國政府統治的前期，我們可以發現國家對於原住民族傳統領域土地仍具有高度的控制權，對於國家而言，延續日本政府對於原住民族高度控制的模式對中華民國政府而言是有利而無害的。特別在第二次世界大戰及政府遷臺後，無論是中華民國政府以臺灣作為反共復國基地的國策，或國家致力於發達經濟，國家對於原住民族傳統領域土地擁有絕對的控制權都有利於從土地上賺取資源，或以低廉的成本進行土地上的開發行為。特別臺灣在中華民國政府致力於賺取外匯及經濟發展的過程中，此等土地上所蘊含的豐富資源更是國家所不願意放棄的。因此，我們可以在臺灣發展國家資本主義的脈絡下，我們可以發現到國家擁有並利用此等土地的許多作為是與此一脈絡相吻合的，包括山林資源的出口，如太魯閣亞洲水泥案中礦物的開採等，都可以看得到國家透過法規範及開發計畫案來獲取土地上資源的蹤跡[20]。是以，我們可以進一步認為此一時期國家佔有原住民族土地主要的目的在發展國家資本主義。從本文所要探討的主題來看，值得注意的是，原住民保留地的運作也是在這樣的脈絡下成形的。

另一方面，到了近期中華民國政府的統治時期，特別在國家資本主義的運作達到一定的成就後，既已「公有化」的原住民族土地所面對的發展脈絡又有所不同。在臺灣經濟發展有所成就，以及東西冷戰後全球資本市場的成形，讓更多人有休閒遊憩的需求，此等需求除了內國的旅遊外，臺灣也迎來許多國際觀光客，好山好水是許多人休閒遊憩的最愛，傳統隸屬於原住民族的土地長達百年的時間沒有人為的大規模開發[21]，自然能夠提供良好的自然環境，讓這些土地成為許多開發業者覬覦的對象。國家透過公私協力的方式將許多土地交給私部門從事開發，

[20]此一案件的討論，參照陳竹上，〈他們在自己的土地上無家可歸？：從「反亞泥還我土地運動」檢視台灣原住民保留地政策的虛實〉，臺灣社會研究，第 77 期，2010 年 3 月，頁 97-134。文中並對原住民保留地的制度有諸多討論可資參考。

[21]除了日月潭的向山 BOT 案外，臺東美麗灣渡假村、阿里山鐵道及飯店 BOT 案都是這個時期適切的例子。在此同時，本文也發現在全球資本主義席捲的脈絡下，由於新自由主義的思潮影響當代許多國家，國家管制的力量衰退，當許多原住民族土地是在「公私協力」的運作邏輯下交給私部門從事經營管理，在公私協力的運作邏輯下，公法上的諸多原則根本無法做有效的管控，連帶使原住民族的權利受到嚴重的侵害。

甚至國際上的跨國企業也有機會進入臺灣從事開發行為，而原住民族的傳統土地在歷史上既已被公有化之後，又必須面對全球化下全球資本主義的襲擊而被「私有化」，而可以發現此等土地又必須承載著全球資本主義的期待，而讓原住民族傳統既已因殖民而喪失的土地使用權在全球化的脈絡下更難以翻身。

二、國家原住民族土地制度的反省與走向

本文將原住民族土地問題分別依不同的政權統治時期，分別從統治者如何看待原居於臺灣的族群；以及統治者取得土地的目的這兩條軸線進行分析，可以整理如下圖 1.來加以呈現。

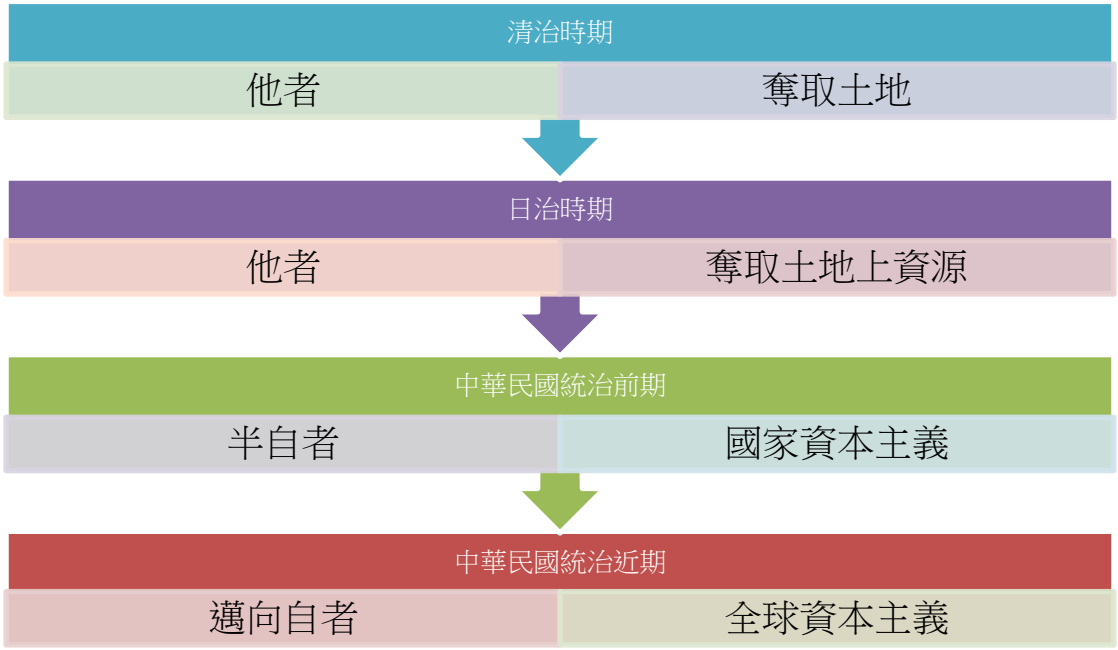


圖 1.臺灣各時期統治者的族群意識及取得原住民族土地之目的
《資料來源：本文製圖》

從以上這兩條軸線的對照可以發現，一方面民眾晚近的想法越來越尊重原住民族作為臺灣的原居者，邁向自者所代表的是在應然面上要理解並尊重原住民族，在決策的同時要更重視原住民族的聲音，也更要求國家許多的決策要具有海納百川的能力。但另一方面，原住民族土地所面對的挑戰是全球資本主義下比國家更為龐大的巨獸，沒有土地所有權的原住民族在這樣的脈絡下，所面對的處境將更為困難。在這樣的對照下，可以發現這兩條發展的脈絡可以說令人「一則以喜，一則以憂」。

對於歷史脈絡地爬梳可以讓我們更清楚地知道現狀存在的來龍去脈，也有助於讓我們了解如何面對未來。在當代以「人」為本的法律基本思維下，我們可以發現的是原住民族無法使用自己的土地，在本質上是具有歷史上的不正義，當我們要追求真正將原住民族作為「自者」來看待的過程中，所需要的是不僅僅是歷史的還原，還包括對於既有法律規範及制度的反省。特別在原住民族的土地面對

國家資本主義的蹂躪、全球資本主義的強襲之下，以人為本的法學也應該因應這樣的脈絡，具有歷史思維地「加強」對原住民族的土地作保護及回復措施，才能真正有助於多數族群與原住民族的和解與共生，也才有助於原住民族文化原的保障，本文甚至認為國家在這樣的過程中更是責無旁貸。

具體而言，儘管從前述地分析中，本文發現「形式」上採取民主及法治等機制的運作對於原住民族的經濟生活並沒有實質上的注意，但不能忽視的是，形式上的運作與實質上的服膺民主、法治的價值終究不同，因此，不能從過往的經驗就斷然否定此等現代立憲主義國家所形塑的制度，反而應該更嚴肅地反省過於重視形式帶給我們的不足之處。詳言之，面對與多數族群不同的群體，我們更應該思考的是如何做才是真正把不同文化生活的民族當成「自者」看待，特別在民主國家以多數決做為決策手段的情況下，如何在決策中真正顧慮到此等民族的需求，尊重歧異與不同文化的生活方式，確保多元文化的發展，才能實質落實立憲主義的精神，讓原住民族的經濟生活從彼此的尊重中得到確保[22]。透過落實此等理念，才能真正凝聚一個國家中共同生活成員的共識，形成一個值得民眾尊重的「共同體」。簡言之，在多元文化的國家中，要讓國家這樣的共同體受到民眾的尊重，並不在於其具有國家之名而理所當然要受到人民的尊重，而在於國家的所作所為是否值得人民尊重。在這樣的思維下，多元文化國家這個共同體的存在基礎在於這個國家本身尊重並確保其內部許多不同思維的「共同體」存在，而以此等方式取得民眾的信賴。本文以為要落實原住民族成為與多數族群間成為自者的理念，又要因應全球資本主義對於原住民族土地的覬覦，特別原住民族在國家中屬於絕對少數，要追求其經濟生活並保留其文化的自主性，在全球資本主義的席捲下，真正追求民主的國家更有責任摘除其傳統所習以為常的國家資本主義枷鎖，撤出對於原住民族土地的過度介入，比起多數族群更強化對原住民族的保障。此外，國家在從事任何決策之際，為了更了解受管制者的需求，特別原住民族的文化、世界觀與意識形態與多數族群不具有同一性；因此，為了更了解原住民族的需求，在實際落實的面向上就更有必要以程序正義補決策本身的不足之處。從而，在具體決策的面向上，不論是規則的訂定或具體的執行，都有必要以部落為主體，更進一步加強正當法律程序的落實，才能確實了解各個不同群體原住民族的需求。事實上，當我們以部落為主體來進行許多決策的參與，其本身就已代表了一定土地利用的範圍。

從保留地的角度觀之，所要反省的對象包括既有規定如何利用原住民保留地的原住民保留地開發管理辦法，也包括如何形成保留地的公有土地劃編原住民保留地要點，以下，本文將對此等規範進行討論。

三、土地利用管制變革的必要性

回顧臺灣學界對於原住民保留地制度的討論，指出「保留地係就公有土地劃設，管理措施別樹一格」、「保留地管理以法規命令規範，適法性尚有存疑」、「保

[22]參照廖元豪，〈「海納百川」或「非我族類」的國家圖像？：檢討民國九十二年的「次等國民」憲法實務〉，《法治與現代行政法學：法治斌教授紀念論文集》，元照，2004 年 5 月，頁 279 以下。

留地權籍使用難以掌握，減低土地管理績效」、「保留地違規租售怠忽取締，潛藏族群衝突危機」、「保留地區位欠佳使用受限，影響原住民生計」、「包留地營運資源缺乏，仰賴平地資金技術甚深」、「違規使用層出不窮，查報取締成效不彰」、「保留地個別所有權賦予，不利原鄉永續發展」等缺失[23]。此外，另有論者指出將以往不屬於原住民的土地所有權制度引進，未考慮到文化背景，對原住民的生活方式及傳統文化將產生巨大的衝擊；且對於此等制度的政策目的及面積標準不明、各類特殊分區與保留地使用衝突、管理組織及人力等，都是當前制度存在的問題[24]。從法規範整體體系觀之，原住民保留地開發管理辦法及公有土地劃編原住民保留地要點在既有的法律規範層級上都是行政命令，其中前者始以山坡地保育利用條例第 37 條作為授權規範；後者則是原住民族委員會為了劃編原住民保留地行政之用而訂定的行政規則。由於在現在的法律制度下，保留地與原住民族的經濟生活有密切的關聯性，以下本文即分別就這兩個規範的規範內涵及不足之處做分析；其後再對這兩部法規範的共通性問題進行討論。

(一)個別法規範的結構與缺失

1. 公有土地劃編原住民保留地要點

(1)管制結構回顧

本要點主要的目的在讓原住民取得現為公有土地之原居住地的使用權，因此，規定在特定的鄉鎮及直轄市的特定區可以劃設保留區，在目前的規範下，共有五十八個行政區可以申請原住民保留地，在此等鄉鎮以外的區域即沒有劃設保留地的空間。另外，原則上只要 1988 年 2 月 1 日以前即已使用的土地，除非有本要點第 3 點第 2 項所訂土地法第 14 條所定不得私有之土地或水利法所規定的尋常洪水位巡水區域之土地等公益理由，否則原住民可以申請將該土地劃編為保留地；又即便占有土地曾經中斷，只要土地佔有的中斷並非同條第 3 項所訂可歸責於原住民本身之事由，還是有機會申請劃設為原住民保留地。鄉鎮區公所收到申請後須於一個月內會同公有土地管理機關、申請人及有關機關辦理現地會勘及審查。由於此等土地多位於非都市土地，且涉及到林班地，包括鄉鎮區公所、農委會林務局、行政院、地方城鄉發展機關及地政機關等，有許多不同中央及地方行政機關在其間有管轄權，故所要進行的行政程序相當繁瑣。具體而言，包括鄉鎮區公所的公告及宣導、受理原住民申報、調查；洽商公有土地管理機關同意；行政院核定劃編原住民保留地；林班地解除及林木調查；外圍境界勘定及劃入山坡地範圍；地籍整理；查定土地可利用限度；編定非都市土地分區；土地利用現況調查及土地權利賦予。又為了執行原住民保留地劃編工作，原住民族委員會得成立原住民保留地劃編督導小組；直轄市、縣（市）政府得成立原住民保留地劃編工作小組，鄉（鎮、市、區）公所得成立原住民保留地劃編執行小組，均由有關單位

[23] 參照顏愛靜，〈現階段原住民保留地管理問題與對策之研析〉，頁 82-90。針對此等原住民保留地所衍生的問題，顏教授也另外指出幾點可行的解決之道，參照同文，頁 90-99。

[24] 參照林秋綿，〈臺灣各時期原住民土地政策演變及其影響之探討〉，頁 37。林教授另有指出原住民以此等土地貸款面臨的窘境及漢人進入墾殖的問題，此等觀察由於與顏教授相近，故於此不再行贅述。

派員組成之。一經劃編為原住民保留地後，依原先土地所有權歸屬國家、縣市或直轄市、或鄉鎮之不同，而有不同送請行政院核定的程序；除國家所有之土地外，都必須經民意機關同意始可送請核定。經核定後，依土地是否為已登記土地，第六點規定有不同地處理方式。

(2)本要點之缺失

A. 侷限特定行政區

對於此一要點的規範做回顧之後，本文發現此一要點略有以下缺失：首先是可以劃設原住民保留地的區域有限，可以有原住民保留地是以既有的行政區劃為依據，僅有五十八個鄉鎮區有可能有原住民保留地。此等運作模式或許是因應實際狀況的發生而有持續增加，缺少整體的調查與規劃，如 1990 年要點甫定訂之際，僅有三十二個行政區有機會有原住民保留地，到了 2007 年修正之後才是現在的五十八個行政區。此等規範容易產生的缺失就是容易有掛一漏萬的問題，因此，如要循此等模式做規範，恐怕應對原住民族的傳統領域做整體性的調查，才比較不致於讓法律的規範產生保護不足的現象。

B. 個人主義運作邏輯

傳統原住民族是以部落作為運作的主體，許多決策是部落全體共同的決策；然而，在現有的制度下，可以發現原住民固然有機會申請國家劃設保留地，但卻是以個人作為申請主體。一旦劃設為保留地之後，有權利在其上進行耕作或使用者也是個人，除非權利人願意，否則部落在此一過程中並沒有任何權利，部落中的其他成員也沒有使用土地的權利。如此，可以充分展現出此等制度本身具有高度個人主義式的運作邏輯，與原住民族傳統以部落作為主體的運作模式顯然有一段落差。如此一來，在部落沒有辦法作為權利主體申請劃設保留地的情況下，此一制度的建立雖然立意良善，但在制度設計邏輯與原住民族價值觀有根本歧異性的情況下，是否能夠達到制度原初所要追求的目的，恐怕仍有深入檢視的空間。

C. **程序保障不足**

以往對於一塊土地是否要劃設為原住民保留地，不但部落可以涉入的空間相當有限，即便是個別的人民，其參與於程序當中的機會僅有前述的「申請」一途，可以說程序參與的機會相當有限。姑且不論現行原住民保留地的制度本身是否理想，原本此等機制的運作是希望讓原住民在既已開墾的土地上取得一定的使用權，進而也讓個別原住民有機會取得現代法律制度所稱的所有權。此等土地的認定與原住民族在歷史上所使用的土地應有一定的關聯性，從法律體系整體運作的順暢而言，甚至應該與原住民族基本法中所稱的傳統領域取得一定的連結性；甚至從國家整體的法規範而言，也必須與都市計畫法、區域計畫法，乃至於即將施行的國土計畫法等土地利用法規做好彼此間的聯繫關係，以追求法律運作上的順暢。從土地利用的角度來說，此等規範原本所要管制的雖然是空間，但無可避免的，所管制的是人對於空間的利用行為；從而，與人及空間的互動產生必然的關聯性。正因為如此，對於空間利用的規劃，本來也必須讓人有更多「由下而上」的參與機會。可惜的是，在現有的都市計畫法及區域計畫法中沒有這樣的思維，更不用

說原住民族的參與，而目前唯一用以劃設原住民保留地的公有土地劃設原住民保留地要點，原住民或部落的參與更是相當有限。此等規範結構，對於原本即已在人數上及政治勢力處於弱勢的原住民族而言，受到國家暴力破壞的處境無疑更是雪上加霜。

D. 工作小組地位不清

最後，從現有的要點觀之，在組織上雖然在國家、縣（市）及直轄市、鄉鎮（市）均設有工作小組，但此等組織究竟如何組成？以及在進行劃編保留地之際，所具有的權限如何？部落或原住民族個人在此一組織中所具有的地位或所可以扮演的角色為何？此等問題在既有的要點上都沒有做足夠的規範，這樣的情況，也讓人不禁懷疑同樣的要點在不同的地方自治團體是否有不同的運作方式及邏輯，全國在此等事務地運作上是否具有一致性，而具體受到管制的原住民族又要如何面對此等規範。這些問題都指向此等事務的法律規範恐怕都不夠明確，連帶地，恐怕也將影響受規範者的可預測性。

E. 對國家權力節制力道不足

整體而言，從以上對於公有土地劃編原住民保留地要點的檢討可以發現，此等事務的規範層級並未以法律加以規範，而僅以行政規則加以規範，此等涉及原住民土地使用的規範雖不直接涉及所有權，但卻與傳統與土地資源具緊密關聯性的原住民生計具有直接關聯，而關乎生存權的問題；如果再加上原住民族有文化權維繫的考量，應給予較一般漢人更嚴密的保障，則此一規範層級是否可以禁得起法律保留原則的檢驗，恐怕是大有問題的。除此之外，從既有的要點觀之，也可以發現此一要點在規範密度上顯然不足，包括人民或部落程序參與的空窗、具體運作組織及權限的漏洞，都讓人在閱讀規範之後產生諸多疑問。當法律規範留下的空缺越多，而此一法律規範又是原本即用以規範細節性事項的行政命令，難以期待有更為細節的規範以為補充之際，其所代表的是此等空間有待以人的具體操作以為填補，當人的操作空間越大，則可以想像的，此一事務領域中人治的成分也將更大，具法治國的理想也將更遠。在此等制度結構下，統治者以土地做為籌碼，想要操作「恩給制」的空間將會更大，對於多元文化的追求而言也將是一大衝擊。

2. 原住民保留地開發管理辦法

(1)管制結構回顧

於土地劃編為原住民保留地後，土地的利用則依照本辦法為之。本辦法的規範架構主要是在總則部分處理一般性事項，包括土地如何登記、主管機關及執行機關的確定、原住民身分、原住民保留地土地權利審查委員會的職員及組織等。在第二章以下則分別就「土地管理」、「土地開發、利用及保育」及「林產物管理」進行規範。

於土地管理一章中，所規定者主要為耕作權、地上權、承租權及取得土地所有權等事項，必須是在 1990 年本辦法施行前已由原住民開墾完成並自行耕作，或依區域計畫法編定為農牧用地、養殖用地或依都市計畫法劃定為農業區、保護

區並供農作、養殖或畜牧使用的土地才可以做耕作權登記，耕作權及地上權設定以各戶人口數來設定申請的最高面積。原住民如在保留地上原有自住房屋，或在可建築使用之保留地上設定地上權，但不得超過零點一公頃。然如果要在土地上做工、商使用，可以擬具計畫向鄉鎮區公所申請，由原住民保留地土地權利審查委員會通過，核轉直轄市或縣市主管機關核准，租用原先即可建築使用之土地，然租期不可逾九年，期滿後可續租；如所要興建的是宗教建築設施，則循前述程序進行，只是必須無償使用。對於此等土地，除非轉讓或出租具有特定身分者，否則原則上不得為之;要進行交換也必須要縣市政府及直轄市政府核准並辦理權利變換登記；如有違反規定，則國家可以收回土地。原住民如有耕作滿五年之事實，則耕作權人及地上權人可以登記為所有權人；取得所有權後，除非為配合土地徵收事業之用，否則移轉所有權已具有原住民身分者為限。此外，辦法中也針對土地的收回及改配順序、改配後作物的收割及建物的補償問題作規定，收回土地如涉及土地登記者，要收回其耕作權或地上權必須訴請法院塗銷。

在土地開發、利用與保育的面向上，內政部、直轄市或縣市政府可以進行土地重劃或社區更新，如因公共造產與指定特定用途需要使用公有原住民保留地，需地機關可以擬具用地計畫申請原住民保留地土地權利審查委員會擬具審查意見報請上級主管機關核定辦理撥用，但公共造產以轄有原住民保留地之鄉鎮區公所需用為縣；農業試驗實習用地以農業試驗實習機關或學校需用者為限。在原住民保留地中的礦業、土石、觀光遊憩等產業，在不妨礙國土保安、環境資源保育、原住民生計及行政的前提下，優先輔導原住民開發或興辦；公民營企業或未具原住民身分者欲興辦，必須先行公告三十日，如無原住民有意願興辦，才可租用。租用程序無論是否具原住民身分，必須檢具開發或興辦圖說，申請鄉鎮區公所提經原住民保留地土地權利審查委員會審查通過，層報中央主管機關核准，取得目的事業主管機關核准開發或興辦文件後始可租用，期間為九年，期滿可依原程序辦理續租。興辦此等事業如原住民已取得土地所有權，應協議計價層報直轄市、縣市主管機關同意後參與投資，投資權利移轉時，受讓人也必須具有原住民身分；如原住民所取得的是耕作權、地上權或承租權，應協議計價給予補償，由原土地管理機關囑託當地登記機關辦理耕作權或地上權的塗銷登記。如果有未依計畫為開發或事業興辦、違反計畫使用、轉租或由他人頂替或其他違反租約應終止契約者，則產生收回原住民保留地的效果。此外，本辦法也另外規定非原住民在土地上既已耕作的保護，而使其取得租用權，並限制其權利的轉讓。

在林產物管理的面向上，原則上依國有林林產物處分規則為之。除非有專案核准採伐或因公益理由不得採伐等情形，否則鄉鎮區公所可以在永續生產、不妨礙國土保安的原則下，配合原住民行政及土地利用計畫編具原住民保留地伐木計畫層報中央林業主管機關核定，報請直轄市、縣市主管機關標售。另外，在原住民保留地內國、公有林產物的採伐勞務，除具有技術性外，以雇用原住民為原則。

(2)本辦法之缺失

A. 國家干涉密度強

在原住民保留地開發管理辦法的規範中，可以發現當國家把一塊土地劃編為原住民保留地之後，國家對於土地使用的介入依然具有相當大的權力；包括土地使用的用途、移轉的限制、收回改配，乃至於事業的開發等，國家介入的密度都相當大。此等規範邏輯是站在國家為土地所有權人的角度出發，從立憲主義國家高度追求所有權絕對原則的角度來說，這樣的規定對大多數人而言當然也沒有什麼不妥；然而，如果把觀察的視野轉移到國家作為統治者，所著重的關係是統治者與歷史上被殖民的被統治者間的關係，則這樣的規定恐怕就不是那樣理所當然了。這樣的情況在多數族群為主的國家作為統治者與諸多公共事務的決策者，而原住民族與多數族群具有不同文化，及所衍生的經濟生活模式、土地利用型態不同的情況下將更為明顯。如此一來，此等對於土地利用的高度控制，將限制了原住民作為土地原先持有者使用的自由，甚至將深化殖民體制的運作，而值得在體制上做更多的省思。

B. 國家主導土地利用

承上，既有的管理辦法對於原住民保留地的運作對於土地使用的用途有了原則性的宣示，主要是用以作為農業使用，即便有其他事業的興辦，也是由國家站在「輔導」的角度來讓原住民開發或興辦。故在原住民保留地上要做農業以外的用途，主導權或發動權原則上在國家，一旦土地的利用對原住民產生不利的影響，原住民在程序上也難以有機會透過參與來反對國家所要進行的事業。從而，我們可以從此等規範發現，原住民對土地利用的自主性相當低。此外，從個別土地利用的議題來看，本文也發現無論是土地管理、開發、利用或保育，乃至於林產物的管理，此等對原住民而言具有密切關聯性的事務，也都缺乏主動參與的機會，充其量僅可以被動地參與決策程序。如此一來，此等充滿父權主義式思想的規範，不但在實際運作的經驗可以發現對原住民族經濟生活沒有助益，可以預想地，對於部落的自主發展及文化權的維護而言將更顯不利。

C. 程序參與機制缺乏

此外，如前所述，從既有的規範觀之，因原住民在土地利用一節上並沒有主導權，也沒有具體的程序參與規範，因此，有無「權利」回到行政程序法的規範提出意見本身已大有疑問。如果我們將原住民族以部落作為主體的傳統運作邏輯加入，要以「群體」的角度對原住民保留地的利用提出意見，在既有包含行政程序法、原住民族法規的法律規範下有著先天上的困難；準此，原住民族所提供的意見也將不具法律效力。這樣的困境在於既有的法律規範未對原住民族行政的特殊性做好釐清，並進而在既有的法規範上將這樣的特殊性納入，而值得吾人於未來進行規範革新時進一步考量。

D. 作為一個群體的原住民

最後，從現有的法律規範中也可以發現對於土地利用的邏輯並沒有因應各個不同原住民的族群而有不同的規範，此等情況在國家具體管制規範更為嚴密的情況下，對於原住民族自主性及文化權的干擾將更為嚴重。詳言之，既有管理辦法是站在多數族群的角度，將全臺灣所有的原住民作為一個「族」，而沒有就各自

文化及習慣的不同做不同的對待，甚至也看不出規範本身與哪一個原住民族的傳統習慣及文化生活相契合。這樣毫無差別的對待原住民對於土地的利用，而事實上土地利用又與原住民族的文化認同具有緊密關聯，則此等規範對於原住民族長遠的發展恐將造成一大戕害。未來進行修法之際，應更著重部落本身的特色，讓土地利用的法律規範與原住民族文化權的發展產生緊密的契合，才能讓此等規範本身與憲法所要追求的多元文化相契合。

(二)規範整體的缺失

本文對於以上兩個法律規範的回顧及檢討，固然可以看出個別法規範的問題；然而，從整體規範結構觀之，由於兩者具有上下游關係，實難以切割加以觀察，否則將難免有見樹不見林之憾。故以下本文將從整體法律規範面的角度切入，討論整體規範結構面向所產生的問題。

1. 將原住民保留地侷限於山坡地的弔詭

原住民保留地在臺灣佔有相當大的面積，從法規範的階層來看的話，主要是依據山坡地保育利用條第 37 條，也因為有本條立法，才另外規定前述的開發管理辦法。也因為原住民保留地的母法設定為山坡地，因此在理論上可能造成兩種情形，其一是要成為原住民保留地，只有在山坡地才有辦法；其二，要劃編為保留地，必須要把原本非山坡地的地方變更為山坡地，才有辦法繼續完成劃編的程序。這樣的法律規範產生相當的弔詭情形，原因在於如果採取前者的解釋，則並非所有原住民所居住或使用的地方都是山坡地；如此取後者的操作，則可能會將原非山坡地的地方劃歸為山坡地，與山坡地保育利用條例的規範意旨容易產生衝突。從前述公有土地劃編原住民保留地要點觀之，現行行政機關所採取的是第二種說法。但無論採取哪一種說法，可以發現將原住民保留地的母法置於山坡地保育利用條例當初有其歷史因素，但實際操作上並不適合繼續因襲過往的做法，而是應該重新思考訂定專法，將原住民族文化權保障及集體權等面向的考量一併納入，處理包括本文所提出在內諸多原住民保留地的問題，恐怕是現階段可以思考的方向。

2. 程序要求空洞

觀諸以上兩個規範，我們可以發現原住民保留地從劃編到管理利用有一共同的問題，就是原住民或原住民族在此等法律規範中的可以扮演的角色相當有限，在做成決定的過程中並沒有辦法聽到原住民（族）的聲音。從實際運作原住民保留地的角度來看，我們可以發現在邏輯上必須要先透過前者劃編為原住民保留地，其後才會依開發管理辦法進行土地使用。然而，如果仔細觀察兩個法律規範，可以發現不論規範地訂定或決策的形成主要是國家機關「由上而下」的決策；同時，從這兩個法律規範中，任何抽象規範或具體決策的形成幾乎沒有正當法律程序的運作，即便在決策過程中是由少數具有原住民身分者做成，但此等原住民可能是不同族群而具有原住民身分的人；又即便是同一族群，在其已成為國家統治機器一份子的時候，是否有能力代表部落的意見，恐怕還是有相當的疑義。特別在台灣尚未落實原住民族自治的情況下，這些加入國家成為決策主體一環的原住民，

所代表的是「由上而下」決策中的「上」，故所做成的決策並不符合當代民主國家所稱「由下而上」的決策模式；從而，也會讓此等決策的正當性蒙上一層灰。

3. 殖民主義色彩濃厚

如果從有關原住民保留地相關管制的實質內涵來看，則可以發現現存原住民保留地的規範有個人權利色彩濃厚、規範密度錯置、恩給制落實等三大問題，這三個問題分別指向目前的法律規範具有相當濃厚的殖民主義色彩。

(1)個人權利色彩濃厚

從以上的法律規範可以發現，原住民保留地的制度本身是站在個人擁有權利的角度出發來從事制度設計，包括申請劃編保留地、登記為耕作權人或所有權人、從事土地開發等，都是以個人作為權利主體。這樣的制度思維與多數原住民族傳統以部落作為決策主體的想法是背道而馳的，毋寧可以認為此等制度設計較接近現行多數族群所適用的法律規範，與個人主義為基底所設計的法律規範邏輯相近。以此等規範套用到原住民身上，可能產生的問題是多數族群未得少數族群的同意，以自己所慣用的法律規範套用到少數族群成員身上，此等法律具有強制的規範效力，造成少數族群社會生活運作的改變，連帶地使其經濟生活模式也隨之改變。事實上，群體做為決策主體與個人做為決策主體的歧異，是法律規範模式最根本的不同之處，此等歧異也會反應到一個社會運作的價值觀與世界觀，而多數族群以法律要求一個群體改變其價值觀與世界觀，在原住民族不熟悉此等運作模式下，要求原住民族必須服膺此等運作模式始可參與社會生活，正式要求不熟悉競賽規則的人參與競賽一樣，於競爭的過程中必然居於弱勢，長久以往，必然影響到其社會經濟生活；因此，本文以為這樣的規範本身潛藏著殖民主義體現的陰謀於其中，值得吾人深思。

(2)規範密度錯置

在既有的法律規範中，本文也發現另外一個弔詭之處，在於此等管制領域的管制密度上與傳統行政法上的要求迥異。以往我們認為行政法的存在，主要目的在拘束行政機關的權力，期待行政機關可以受到立法權的監督而不濫權侵害到人民的權利，從而有法律保留原則的要求。另一方面，對於人民既已取得的權利則會高度尊重，必須要有正當的公益理由，並符合比例原則等合法性的要求才可以限制人民的權利，儘管原住民族並沒有取得現代意義法制規範下的所有權，但傳統以來使用土地的情狀本身也應在法律上給予適當的評價及地位，而非單純以「無所有權」來看待原住民族使用土地的現狀。如此，我們可以發現在法規範的密度上，合理的情形應該是規範國家權力運作的密度應該比較高；規範人民對於自己權利運作的密度應該比較低。然而，從現有的法律規範結構中，可以發現法律上的規範依據僅僅只有山坡地保育利用條例附則中的一個條文，法律層級的規範密度之低已令人訝異，如觀諸本文所檢討的另外兩則行政命令，更可以發現對於行政機關自身如何運作的規範相當有限，對於原住民如何利用土地的限制卻花了相當多的條文來進行規範。從這樣的現象可以發現，在現行的法律規範中，行政節制的規範密度低，對於原住民管制的規範密度高，這樣的情況正好與應然面

上應該有的規範密度呈現相反的發展。

(3)恩給制的落實

綜合以上本文對於原住民保留地法律制度運作現狀的檢討，可以發現雖然規範上區分為兩個階段來處理原住民保留地的問題，此等規範邏輯雖然符合邏輯，但劃編保留地與保留地的管理利用卻是無法嚴格區分的，而應一體加以檢視。這樣的規範本身所呈現出的卻是國家對於原住民族透過恩給制來進行管制，而用以作為恩給制下「恩典」的賞賜卻是原住民族長久以來所賴以為生的土地，此等運作對做為統治者的國家，而此一國家是由多數族群主導的情況下是如此的諷刺與野蠻。詳言之，從規範實質運作的角度觀之，國家作為統治者，其所具有的權力所代表的是對於原住民族土地利用的控制，在第一階段劃編為原住民保留地已進行一次恩給制的設計，在第二階段又再一次產生對於使用加以控制的恩給制設計，雙重的恩給制所代表的恐怕只是對於殖民體制的鞏固，在這過程中完全忘卻了土地本身原本是由原住民族所利用的歷史事實，而多數族群主導的法規範宣稱原住民保留地的制度目的在追求原住民族經濟生活的維護，在這樣的規範結構下恐怕只是為了形成制度的美麗謊言。

伍、結語

在一個邁向現代立憲主義國家的國度中，對於原住民族的對待是否能夠呼應受管制民族的需求？是否可以讓社會上的少（弱）勢在經濟生活上受到尊重？這兩個問題的達成度對實質法治國及民主深化的國家而言無疑是一面照妖鏡。特別原住民族與土地具有密切的依存關係，從歷史的經驗告訴我們，剝奪原住民族的土地形同剝奪其經濟生活的根源，而使其成為主流社會中的弱勢者，並在數百年社會結構的複製下，原住民族的弱勢地位變得如此的根深蒂固。除了歷史上掠奪土地資源並將這樣的經驗反覆運用到不同族群的原住民族，讓歷史不斷重演外，本文也發現，隨著時代的「進步」，配合殖民主義、國家資本主義、全球資本主義的演進，對原住民族土地侵害的圖像也同時不斷「轉型」。我們可以發現，在屬於原住民族的轉型正義尚未落實前，各種對於原住民族侵害的手段也隨著「法制化」、「反共復國」、「國家經濟發展」、「全球佈局」同樣在不斷地轉型，這樣變動迅速的現象也讓法規範往往無法迎頭趕上來對原住民族的土地權利做好保障。即便國家在形式上有法律條文的制定、有選舉制度的運作，都無助於對原住民族的處境作根本性的改善。在此同時，本文也發現原住民保留地的制度形成之初與殖民主義有密切關聯性，也讓制度本身的運作是否真有助於原住民族土地權利保障備受質疑。原住民保留地的制度就在此等先天不足、後天失調的情況下運作迄今，造就當前原住民族經濟生活上的困境。

本文發現會產生這樣的現象，核心的原因在於長久以來掌有政治權力的多數族群並未將原住民族當作自者看待；加上資本主義對於資源掠奪的高度需求，讓

原住民族成為被犧牲的對象，在這種屬於臺灣的犧牲體系[25]中，原住民族在政治、經濟權力上為弱勢、在歷史因緣際會下對土地又沒有所有權、族群數量為絕對少數，都讓原住民族於各個不同的外來統治者下，都必須在「公益」的大旗下受到犧牲。這樣的情況在當前憲法追求多元文化主義、國際人權法上要求保障原住民族權利下都是站不住腳的，此種根源於九十年前的原住民保留地在九十年後的今天實有重新檢討的必要。透過本文對於原住民保留地法規範整體的觀察及分析，此一制度整體而言就有法律層級規範密度不足、將母法置於山坡地保育利用條例不當、程序機制嚴重不足、包含個人主義運作邏輯及對國家與原住民規範密度錯置殖民色彩濃厚等缺點。如將關懷的重點放到公有土地劃編原住民保留地要點，除了前述的問題外，尚具有侷限特定行政區、工作小組地位不清、對國家權力節制力道不足等問題；而原住民保留地開發管理辦法則尚有國家干涉密度強、國家主導土地利用、將原住民當作一個群體的缺失。無論如何，從實際運作的面向來看，在此等規範中我們看到的是國家「恩給制」的落實。國家權力在「所有權絕對原則」的加持下，披著「理性」的外衣，去「脈絡化」地對各方面均處於弱勢的原住民族施以赤裸裸的暴力，以行國家作為統治者所擁有權力最原初的「獸性」之實。在當前的臺灣社會中，針對此等制度本身不理性的問題，只能以身為「公民」應有的自覺加強對國家權力應有的監督，要求國家開啟不曾讓被管制者擁有過的正當程序，以加強制度本身變革的參與、制度實際運作之際各階段的參與，在這過程中尊重原住民族部落所應發揮的功能及地位，才能追求制度本身運作符合立憲主義精神的理性。

本文甚至以為，這樣的要求特別在全球資本主義席捲下，我們可以發現受害者不再只是原住民族，儼然已經跨越種族的藩籬，而以經濟及政治權力作為標準來劃分階級，吞噬的是諸多活生生的人，作為合格的公民，更有責任要重視此等權力失控的問題，而讓活生生的法可以發揮效用。

參考文獻

中文文獻

王泰升，《台灣法律史概論》，元照，2009 年 12 月三版。

王泰升，〈在法學與國家法中看見原住民族法律〉，政大法學訛評論，第 134 期，2013 年 9 月，頁 1-46。

伊能嘉拒著・楊南郡譯註，《平埔族調查旅行》，遠流，1996 年 9 月。

李震山，《多元、寬容與人權保障：以憲法未列舉權之保障為中心》，元照，2007 年 9 月，頁 67-96。

[25]有關犧牲體系的理論，參照高橋哲哉，《犠牲のシステム：福島・沖縄》，集英社，2012 年 1 月。本文以為此一理論套用在臺灣原住民族的諸多遭遇仍然可以發現有類似的結構。

辛年豐，〈保障原住民族尊嚴的原住民保留地？：制度的檢討與展望〉，臺灣環境與土地法學雜誌，第 13 期，2014 年 12 月，頁 35-55。
林呈蓉，《近代國家的摸索與覺醒─日本與臺灣文明開化的進程》，財團法人吳三連史料基金會，2005 年 12 月。
林秋綿，〈臺灣各時期原住民土地政策演變及其影響之探討〉，臺灣土地研究，第 2 期，2001 年 5 月，頁 23-40。
柯志明，〈理性的國家與歷史的機遇：清代臺灣的熟番地權與族群政治〉，臺灣史研究，第 6 卷第 2 期，2000 年 10 月，頁 1-76。
施正鋒，〈平埔身分認同〉，《台灣平埔族》，前衛，2003 年 5 月，頁 43-60。
陳竹上，〈他們在自己的土地上無家可歸？：從「反亞泥還我土地運動」檢視台灣原住民保留地政策的虛實〉，台灣社會研究，第 77 期，2010 年 3 月，頁 97-134。
廖元豪，〈「海納百川」或「非我族類」的國家圖像？：檢討民國九十二年的「次等國民」憲法實務〉，《法治與現代行政法學：法治斌教授紀念論文集》，元照，2004 年 5 月，頁 279。
潘英，《臺灣平埔族史》，南天書局，1998 年 1 月。
蔡志偉（Awi Mona），〈從客體到主體：臺灣原住民族法制與權利的發展〉，臺大法學論叢，第 40 卷特刊，2011 年 10 月，頁 1499-1550。
Awi Mona（蔡志偉），〈氣候變遷、生態永續與原住民族社會文化發展：莫拉克風災的反思〉，台灣原住民研究論叢，第 6 期，2009 年 12 月，頁 27-54。
顏愛靜，〈現階段原住民保留地管理問題與對策之研析〉，國立政治大學學報，第 80 期，2000 年 6 月，頁 57-104。

日本資料

やまだあつし，く調査マンと台湾植民地官僚制〉，《日本の朝鮮・台湾支配と植民地官僚》，国際日本文化研究センター，2008 年 1 月，頁 133-141。
山路勝彦，〈南庄事件と〈先住民〉問題：植民地台湾と土地権の帰趨勢〉，社会学部紀要，第 109 号，2010 年 3 月，頁 23-49。
高橋哲哉，《犠牲のシステム：福島・沖縄》，集英社，2012 年 1 月。
根岸勉治，く臺灣における内地系会社の土地所有と土地管理型態〉，經会社論叢，第 11 号，1945 年 2 月，頁 99-126。

公有土地劃編原住民保留地要點

修正日期：民國 104 年 03 月 06 日

一、原住民族委員會為輔導原住民取得原居住使用公有土地權利，特訂定本要點。

二、本要點實施地區如下：

（一）宜蘭縣：南澳鄉、大同鄉。

（二）新北市：烏來區。

（三）桃園市：復興區。

（四）新竹縣：尖石鄉、五峰鄉、關西鎮。

（五）苗栗縣：泰安鄉、獅潭鄉、南庄鄉。

（六）台中市：和平區。

（七）南投縣：仁愛鄉、信義鄉、魚池鄉。

（八）嘉義縣：阿里山鄉。

（九）高雄市：那瑪夏區、桃源區、茂林區、六龜區。

（十）屏東縣：來義鄉、泰武鄉、瑪家鄉、三地門鄉、霧臺鄉、獅子鄉、春日鄉、牡丹鄉、萬巒鄉、內埔鄉、滿洲鄉。

（十一）台東縣：成功鎮、關山鎮、東河鄉、長濱鄉、鹿野鄉、池上鄉、卑南鄉、大武鄉、台東市、太麻里鄉、金峰鄉、海端鄉、達仁鄉、延平鄉、蘭嶼鄉。

（十二）花蓮縣：鳳林鎮、玉里鎮、新城鄉、吉安鄉、光復鄉、豐濱鄉、瑞穗鄉、壽豐鄉、富里鄉、花蓮市、秀林鄉、卓溪鄉、萬榮鄉。

三、原住民於七十七年二月一日前即已使用其祖先遺留且迄今仍繼續使用之公有土地，檢附相關證明文件，向土地所在地之鄉（鎮、市、區）公所申請劃編為原住民保留地。

前項申請劃編之土地，有下列情形之一者，該土地不得劃編為原住民保留地：

（一）依土地法第十四條規定不得私有之土地。

（二）依水利法第八十三條規定屬於尋常洪水位行水區域之土地。

第一項土地使用因下列情形之一而中斷者，亦得劃編為原住民保留地：

（一）經公產管理機關提起訴訟或以其他方式排除使用。

（二）因不可抗力或天然災害等因素，致使用中斷。

（三）經公產管理機關排除占有，現況有地上物或居住之設施。

（四）因土地使用人之糾紛而有中斷情形，經釐清糾紛。

（五）七十七年二月一日以後經公產管理機關終止租約。

四、鄉（鎮、市、區）公所應於受理申請後一個月內，會同公有土地管理機關、申請人及有關機關辦理現地會勘及審查。劃編原住民保留地作

業項目如下：
（一）公告及宣導。
（二）受理原住民申報。
（三）鄉（鎮、市、區）公所調查。
（四）洽商公有土地管理機關同意。
（五）行政院核定劃編原住民保留地。
（六）林班地解除及林木調查。
（七）外圍境界勘定及劃入山坡地範圍。
（八）地籍整理。
（九）土地可利用限度查定。
（十）非都市土地分區編定。
（十一）土地利用現況調查。
（十二）土地權利賦予。
前項劃編作業程序及有關書表圖冊，由原住民族委員會定之。
五、劃編為原住民保留地之土地，應按下列程序陳報行政院核定。
（一）國有土地：由原住民族委員會陳報行政院核定。
（二）直轄市或縣有土地：由直轄市、縣政府送經各該市、縣議會同意後函報原住民族委員會核轉行政院核定。
（三）鄉（鎮、市）有土地：由鄉（鎮、市）送經各該鄉（鎮、市）民代表會同意後層報原住民族委員會核轉行政院核定。
六、奉核定劃編為原住民保留地之土地，依下列規定辦理移交及登記。
（一）已登記土地：由土地管理機關移交原住民族委員會，並會同原住民族委員會申辦管理機關變更登記。
（二）未登記土地：根據核定之範圍辦理移交、測量登記、產權登記為中華民國，管理機關登記為原住民族委員會。
七、為執行原住民保留地劃編工作，原住民族委員會得成立原住民保留地劃編督導小組，直轄市、縣（市）政府得成立原住民保留地劃編工作小組，鄉（鎮、市、區）公所得成立原住民保留地劃編執行小組，分別由有關單位派員組成之。
八、原住民保留地劃編工作所需經費，由原住民族委員會統籌編列預算支應。
九、執行本要點之作業計畫及進度，由原住民族委員會定之。

清治時期

日治時期

中華民國政府統治時期

臺灣各個統治者的原住民族土地管制措施

清治時期：剝奪土地與認同消失

- 清治時期，由於漢人的統治權多不及於當時所稱生番的土地，而透過隔離措施隔絕漢人與生番
- 鄭式王朝統治臺灣西部的時候，屬行屯田制度
- 前階段清帝國為了降低統治成本，對於多數族群侵占用少數族群土地採取放任的態度
- 後階段清帝國讓原本違反規定使用平埔族土地的漢人有就地合法使用土地的機會

→對平埔族人土地權侵害最大的不見得是國家的法令制度，而是來自於生活在同一塊土地上多數族群所組成的社會結構

清治時期

日治時期

中華民國政府統治時期

臺灣各個統治者的原住民族土地管制措施

日治時期：納入管轄與剝奪土地利用權利

- 由非多數族群而掌握政治權力的日本人援用西方立憲主義國家的法律制度進行統治
- 對於生蕃土地的思維：「只有蕃地沒有蕃人」
- 採取土地分類限制生蕃使用土地，目的在於山林資源的維護

→開啟一個世紀多國家權力與多數族群社會合力破壞原住民族經濟生活及文化的序幕

清治時期

日治時期

中華民國政府統治時期

臺灣各個統治者的原住民族土地管制措施

中華民國政府統治時期：從漢化到重視文化權

- 前期：透過許多法律制度進行同化，讓原住民族變成貨真價實的「同胞」
- 近期：制度運作重視原住民族群體權及文化權，以銜接當代國際人權法的觀念
- 現階段有關原住民保留地行政的重要規範依據：「公有土地劃編原住民保留地要點」及「原住民保留地開發管理辦法」。

臺灣各時期對原住民族土地管制統治權力之比較

統治措施的異同				
		清治時期	日治時期	中華民國政府統治時期
相同點	管制手段	採取隔離式的管制手段		
	多數族群的觀點	種族歧視		
	成效	運作的結果：原住民族文化運作的喪失 經濟生活更為困難 有助於同化及統治權的鞏固		
相異點	統治者與漢文化及原住民之關係	兩面關係（漢人-熟番）	三面關係（和人-漢人-生蕃）	兩面關係（漢人-山胞/原住民族）
	法治思維	非立憲主義國家	立憲主義國家	立憲主義國家
	專法管制	無現代意義的法律	無（僅立於山林保育的觀念立法）	有
	法律規範數目	無	少	多
	土地所有權	無	無（和人、漢人：有）	有
	土地自由使用	有（隔離的範圍內）	無	無

各時期統治措施的比較

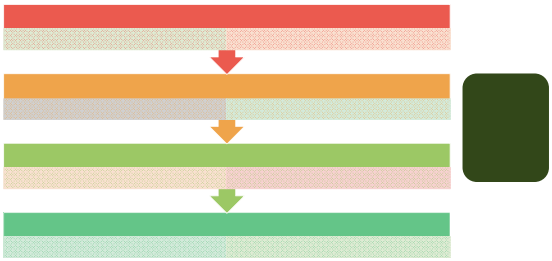
(一)形式意義憲法價值操作的無用性

- 問題的核心不在於有沒有法律規範，而在於規範本身的是否符合受規範者的需求；更為深層的問題則在於，規範的制定者「如何」產生規範

(二)不義規範對原住民族侵害的延續性

- 一方面國家以「恩給」的方式劃定空間給原住民族，宣稱為了維持原住民族的經濟生活，為自己維繫歷史上的不正義措施找到「正當性」
- 沒有賦予原住民族土地所有權，土地的使用權隨著所有權人使用、收益土地而受到影響

問題的重心在於社會上數年來對於原住民族的歧視，以及既已形成的財產權狀態



追本溯源與未來展望

問題的根源

形成了表面上看來山地同胞與多數族群間表面上宣稱為「自者」，實際的運作及行為上卻是「他者」這種「半自者」的弔詭現象

原住民族傳統生活土地所產出的資源時，國家所施展的公權力本
的工具
發現，當前原住民族使用土地的權利遭受破壞，產生此等問題
、資源爭奪、資本主義等因素

從他者、半自者到自者	• 生蕃還不能成為財產權的權利主體，當作「他者」看待 • 只要臣服於漢文化都可以成為「自者」 • 以「同胞」一詞來彰顯出山地同胞也是中華民族的「自者」
奪取土地、資源到服膺全球資本主義	• 原住民族的傳統土地在歷史上既已被「公有化」之後，又必須面對全球資本主義的「私有化」，而讓原住民族傳統既已因殖民而喪失的土地使用權在全球化的脈絡下更難以翻身

追本溯源與未來展望

土地利用管制變革的必要性

一. 個別法規範的結構與缺失

(一)原住民保留地開發管理辦法

1. 管制結構回顧

「土地管理」、「土地開發、利用及保育」及「林產物管理」進行規範

2. 本辦法之缺失

(1)國家干涉程度強

(2)國家主導土地利用

(3)程序參與機制缺乏

(4)作為一個群體的原住民

結論：控訴與呼籲

- 國家權力在「所有權絕對原則」的加持下，披著「理性」的外衣，去「脈絡化」地對各方面均處於弱勢的原住民族施以赤裸裸的暴力，以行國家作為統治者所擁有權力最原初的「獸性」之實

受害者已跨越種族的藩籬，而以經濟及政治權力作為劃分標準，吞噬更多活生生的人，作為合格的公民，更有責任要重視此等權力失控的問題，讓活生生的法可以發揮效用

原住民混農林業傳統知識與經濟發展

巴清雄 **Rungudru Pacekele**

台灣大學農藝系博士後選人

摘要

台灣原住民分佈以山海為主要，生活與環境有密切關係，環境維護生態知識結合傳統農業永續發展，是維持傳統文化、社會運作與生活安全保障，尤其在氣候變遷的衝擊下更顯出其適應的韌性。因為殖民政策開始限制原住民對自然環境之使用與經營管理權益，使族人逐漸降底與自然環境往來的關係，近年因土地管理、動物保育、森林維護等政策與主流經濟發展導向，迫使原住民捨棄既有的傳統知識，引進以經濟利益為主要生產與管理技術，導致文化多樣性與社會組織結構受到影響，間接破壞環境與降低生物的多樣性，在氣候變遷的衝擊下，使原住民生命與生存環境遭受潛在的風險威脅。混農林業發展主要目的，就是要能兼顧維護環境同時也滿足在地居民生活經濟需要。因此，我們有必要從原住民的角度來重新思考，過去混農林業的傳統知識兼顧環境維護與滿足生活的需要，對應現代混農林業以維護環境與在地經濟發展概念，提出混農林業在原住民的經濟發展上可行的策略。

關鍵詞：台灣原住民、生態知識、傳統農業、氣候變遷、經濟發展、混農林業

前言

台灣地理環境位於歐亞大陸板塊與菲律賓海板塊之間，地屬亞熱帶地區，地殼變動與造山特別發達，形成地勢高峻陡峭、自然地理環境具有多山、丘陵、平原及台地等地形。在 36,188 平方公里的台灣土地面積當中，山地即占了三分之二以上，蘊含豐富的生物多樣性資源。臺灣原住民族群主要分布在高山及山坡地區，少數在平原、海邊及島嶼，生活方式隨著所在環境地形的特殊性與自然資源的種類，營造在地適應環境與利用方式之傳統知識與文化多樣性。山林、土地國家政策問題(陳育偉，2012)、農業休閒(吳榮杰 et al., 2009)、自然災害(陳育偉，2012，陳永森，2010，許晃雄 et al., 2012)都直接衝擊影響，甚至剝奪高度依賴自然資源、自給自足維生的原住民生存權(王俊豪，2013)。

殖民以前，原住民主要仰賴自然資源採集與傳統農業自給自足，維繫所在境生態的平衡。傳統農業乃原住民知識通過幾千年的觀察和實驗，在實驗和錯誤中經過適應、選拔最終獲得資源管理的最好方法，產生更適應環境的知識體系，其中農民是大自然的一部分，自然也是他們存在的部分(Pulido et al., 2003;Mehta et al., 2010)。傳統農業在生態保護作用上(Olea et al., 2009)、蟲害防制、生物多樣性保育(Fischer et al., 2012)以及發展中國家農村永續發展的實用性已經受到一定的肯定(Altieri,1992; Bocco, 1991; Jungerius, 1985; Lamers and Feil, 1995; Toledo, 1997)。傳統農業不但與原住民生計密切關連(Pulido and Bocco, 2003)，也是維繫傳統文化傳承之所繫。對於提升作物多樣性的永續利用(作物對環境的適應以及對未來的適應的挑戰)，尤其日益增加的不可預測和氣候變化所帶來對農業需要以及不斷變化的蟲害壓力，以提供適合的原物料以及相關知識(Bettencourt, 2012)。

台灣殖民階段[1]，原住民開始接觸不同文化的殖民者，台灣不同族群的傳統生活隨著不同殖民者及接觸的頻繁程度，逐漸產生不同的變化與影響。日治時期到國民政府至今影響最據，社會組織、經濟、教育、環境、傳統文化上都受到不同程度的衝擊，尤其在自然資源管理，土地利用與耕作制度，由原本的自然採集、燒墾、遊耕、輪耕等自給自足傳統農業，耕作方式變成定耕、施肥、機械操作等，並引進水稻栽培，作物採單一栽培如高冷蔬菜、高山水果、高山茶葉等經濟作物，而這些都需要投入更多資材、殺蟲劑、除草劑、化學肥料等有害環境安全的元素，迫使原住民放棄山區生態栽培傳統知識。台灣光復之後，政府為了改善所謂落後的原住民生活，除了延續日治時期制定的殖民政策外，然而對原住民的政策較前殖民寬大，但仍存在漢文化本位主義及影響，以強勢主導同化為主要目標。在許多改善原住民生活的政策，如山區道路開通、精緻農業上山、山林管制辦法、動物保育法、生態旅遊發展、有機農業推動等為提升部落經濟發展策略，都欠缺從山區在地住民環境角度、生活方式、文化知識需要制定。經濟產業在有限的土地

[1]荷西殖民時期（1624 年－1662 年）簡稱荷西時期。明鄭時期(1662-1683)，清治時期(1683-1896年)，日治時期(1895-1945)，中華民國時期(1945-迄今)(曹永和,1979)

面積，希望能在極短的時間獲得較高產量來滿足人類無限的慾望，並達到最高獲利目的，其結果導致更大面積土地的需要，為此，山林首當其衝地被砍伐，尤其在極端氣候的衝擊下往往造成山區土壤流失、土地超限利用、水資源汙染、生產成本提高，環境與人類生存的環境瀕臨崩解。過去十年來，有關氣候的自然危險有 90%的自然災害和 60%的死亡人數與它有關係，而受災人口中有 98%是在發展中的國家區域（IFRC,2005）。台灣氣候災害有逐年增加的趨勢(Environmental Protection Administration Executive Yuan, 2009; 林雪美, 2001; 陳亮全 et.al.,2011; 賴典章, 2009)，由世界銀行在 2005 年公佈的全球風險分析，台灣被評定約 73%的土地和人口暴露在三個以上的自然災害，約 99%的土地和人口暴露在兩個或兩個以上的自然災害(Dilley, 2005)。

台灣原住民分佈於島嶼資訊較不開發的地區，媒體氣象資料不但無法適用參考，又原住民與氣候、環境間關係的研究較少(Preston et al., 2012)，忽略了原住民如何透過生態的觀察知識去調適傳統農業生產時節，避開自然災害對生活與作物收成可能造成的損失，維持糧食安全以適應自然災害重要的韌性(Orlove et al., 2009; Tompkins et al., 2004)。近年自然災害對原住民造成的災害如 1990 歐菲莉及 2001 桃芝中度颱風造成東部土石流造成土石掩埋災害，1996 賀伯颱風、2009 賀伯颱風豪雨造成土石滑落、崩塌掩埋村落。1989 莎拉颱風以及 2000 碧利斯颱風造成農田淹水、產業道路損壞。2004 敏督利颱風造成中部松鶴部落土石掩埋、2009 莫拉克颱風造成南投、嘉義、高雄、屏東、台東等原住民部落多處坍方、地層滑動，迫使族人遷離世代居住的環境(劉翠溶，2013)。雖然，極端氣候的異常，造成這些天災，但是，人為以及國家政策因素更是加劇了災害的嚴重性(陳育偉，2012)，如山區道路的開闢、山林放租放領、山坡地超限利用與河爭地等不當開發。1966 年「台灣省山地保留地管理辦法」引進個人所有權制度之漢民族觀念，未充分考慮其文化背景，對於原住民生活方式與傳統文化可能產生的巨大衝擊，後續造成非原住民藉機以資金技術介入保留地開發，違規轉租、轉讓、私下買賣、超限利用、濫墾盜伐的情形嚴重，最終原住民土地與文化逐漸流失，不但造成原住民還我土地運動與政府衝突對立，甚至還背負破壞環境生態的污名(陳育偉,2012)。Kun-Han Chu, Li-Ling Lin (2012)指出台灣土石流造成因素其一是因為生態旅遊、農業休閒、非法民宿、休閒牧場等非法開發山坡地等人為直接導致環境的脆弱性，另外因素則為政府對於環境敏感區之國有地放領及放租地規劃及管制成效不彰成為間接的兇手。國家現代化的機制，在行政、教育、社會福利以及產業發展等，並無法解決原住民發展的保障，反而造成山林濫墾、盜木，文化多樣性逐漸流失與瓦解、生物遺傳多樣性逐漸遞減與消失，甚至造成人口外流的現象。當氣候變遷逐年增加對環境災害帶給原住民的居住環境產生威脅時，政府對原住民促進發展的方式與政策是否有必要檢討並反省，思考原住民現在有甚麼而給予協助其永續發展，不再一味的認為原住民缺少甚麼給予甚麼?畢竟原住民的生活是結合自然環境以及適應能力，文化特性，社會網絡、部落制度與傳統慣習，政治及信仰等複雜的結構形成以調適不斷變化的大環境。

混農林業的操作類型依不同國家、地區所在環境、不同的需求及目的有不同的定義與經營模式，有農作物栽培與林木並存的農林系統，有結合林木與畜牧的林木系統，也有將農業、林木、畜牧結合一起的農林牧系統，也有鑲嵌式的混農林業模式如日本的里山昌議經驗。混農林業其精神在於維護山林永續利用並顧及到在地居民生活經濟。就國家山林管理辦法，對住在山區的原住民使用上仍受管理辦法的限制，很難如現行國外辦法規劃栽培某特定的林木與栽培作物達到以上的目的。因此，透過該文章，我們試圖來看原住民在過去沒有政策的干擾下所執行的鑲嵌式的混農林業，如何兼顧環境的維護，又能滿足部落族人在生活經濟上的需要，達到人與環境互利共生的關係，來面對危及糧食安全與環境、生物多樣性維護的氣候變遷。

原住民混農林業與經濟發展

從殖民開始，原住民的傳統生活一直被定義為落後、傳統農業破壞生態環境、沒有科學、傳統作物沒有經濟產值等負面的印象，以致政策想竭盡所能的改變原住民的生活習慣(Heidhues & Brüntrup, 2003)。居住在山區的原住民，從早期未受干擾的傳統生活，經過不同階段的干擾因素進入部落，如殖民至今的政策，交通開發如貫穿山區要道的北、中、南橫貫公路，快速的引進高經濟作物生產及大量的觀光人潮等環境壓力因素，所在環境被劃設為水庫集水區、國家公園、林務局森林保護區等，打破了原本封閉的生活環境，所在環境嚴格受到管制與限制，土地使用被迫改變，捨棄傳統農業生產而就現代農業經濟發展。大部分居住在山區的原住民，雖然表面看到它的變化，但是因為仍住在山區，生活仍然與自然環境有密切的關係，當他們面對大自然災害衝擊時，還是能看到他們展現祖宗所傳留下來的生態知識來應對不可抗拒的環境壓力。我們由屏東縣霧台鄉霧台部落例子來看，原住民混農林業的概念與實行，以及滿足他們經濟上的需要。

霧台部落混農林業

霧台部落從很早以前一直在這個地方，沒有遷過村，日治時代曾經引進稻米栽培、養蠶養殖、種植相思樹，國民政府引進高冷蔬菜、果樹栽培等農業政策，至終因為水資源無法正常供給、栽培技術、銷售管道等限制，後來又回復原來的傳統農業。族人秉持傳統知識面對自然生態之利用及環境管理，獲得充足的食物來源，也豐富了文化的內涵。

霧台部落(圖.1)在台灣南部屏東縣霧台鄉，部落地勢為西高東低，略成為順向坡地形，地勢峰巒起伏，懸崖峭壁，平均高度海拔 1,000 公尺以上，因為地形崎嶇，坡度陡峭，地層以板岩、千枚岩、夾石英岩、質砂岩、硬頁岩、黑色片岩、綠色片岩、砂質片岩及變質石灰岩等構成，若遇颱風或豪雨災害則易引發坡地邊坡之土砂災害發生。霧台鄉年雨量較屏東縣一般山區為低，降雨集中於夏季

6~9 月之間，冬季從 10 月至翌年 5 月之間，雨量很少較為乾季。由於地處高地，年均溫較平地低 10℃左右。平均氣溫約 17～18℃，冬暖夏涼。每年 3,4 月是春雨季節，8,9 月是颱風季節，所以每當春夏之際，霧台鄉幾乎籠罩在縹緲的雲霧中而得名。全鄉總面積約 278.7960 公頃，劃分為 vudai(霧台)、kucapungane (好茶)、adiri(阿禮)、kinulane(吉露)、labwane(大武)、karamemedesane (佳暮)等 6 個村。2009 部落面臨莫拉克風災重創，造成所有聯外橋樑沖毀、多處道路山壁崩塌，其中三個村落所在地層滑動，使 kucapungane(好茶)、adiri(阿禮)、kinulane (吉露)及 karamemedesane(佳暮)部分居民被迫遷移到平地，剩下 wudai(霧台)、labwane(大武)及大部分 karamemedesane(佳暮)居民繼續留在原居地維持傳統農業的操作。霧台部落領域範圍從海拔 430m-2,077m，該範圍依土壤感體溫度差異，區分為較熱區域(labelabe)，海拔 430-600m，溫度 22.6-24.4℃，濕冷熱緩衝區域(kabiceacelrake)，海拔 600-900m，溫度 20.8-22.6℃)，濕冷區域(Rekai)，海拔從 900 公尺以上，平均溫度為 13-20.8℃；該區分為農業區(海拔 900-1,300m)及自然採集區(talupane)，海拔 1,300m 以上。聚落主要分布在濕冷熱緩衝區域，除了自然採集區(talupane)以外，其他區域都適合農業栽培(圖.2)。

自然採集區(talupane)又稱為狩獵區，該區域禁止砍伐樹林，通常只有獵人才會進到該區域。保存森林的完整性及生物多樣性是必要目的，因其功能是雨水涵養區域，可孕育、保存豐富生物的多樣性，更是部落、土壤底層、森林一切生物所需用水重要的源頭。獵人利用農閒的時候，進到該區域進行管理與觀測。魯凱族男人不僅要會狩獵，在農業栽培更是主要的人力，因此，狩獵所觀測到的一切自然現象，關係到男人在農業上的參考資訊。獵人進入自然採集區主要進行疏伐外來物種對該環境的入侵產生對當地物種的競爭，透過環境的監測，掌握氣候雨水、環境的乾、濕度及物種繁殖的變化，尤其自然災害在山區可能潛在的發生地層滑動現象。獵人們在各獵區所觀察獲得的資訊帶到部落提供給族人，使族人獲得更精準的農業氣候、居住安全、自然資源一切的資訊，用以調整農耕栽培的時間、自然採集最佳時機以維持糧食需要的供應。

傳統農業栽培是維持部落糧食安全重要的來源。在有限的土地面積從事農業來滿足糧食安全的需要，必須能掌握相關有利栽培的因素，如氣候(乾、濕度)、作物生長適合的環境、作物生長階段不同的需要。有些作物適合溫度較低較濕、海拔高的環境，這些作物在這樣的環境生長較緩慢，有些作物適合較溫熱、乾旱、低海拔的環境，通常生長期較短，有些作物都可以生長在這兩個條件的環境。另外，山區地形的變化多樣，由於角度不同，地形受光的長短也不同，這也影響該地形、地區的溫濕度，這也是農業栽培很重要的考量因素。

霧台部落傳統農業有一定的時節，掌握作物在不同環境下生長期的長短、利用作物生長的高、低特性(彼此受光的干擾)、作物生長的性狀(匍匐、灌木)以及適合生長的是和溫溼度(氣候)，而這些栽培作物除了供給糧食需要，更重要的是它連結了魯凱族的社會文化。利用混作栽培、輪耕、間作等栽培技術保存了作物的多樣性，並且維持土壤地力、避免土壤被雨水沖刷或土壤水分快速蒸發。以旱

芋頭混作栽培例子來看傳統農業生態知識，旱芋頭適合在較濕冷、高海拔的環境栽培，其生長期較長，因此，可以同生長期較短的作物如玉米、台灣藜，生長期較長樹豆等作物進行混作栽培；為了避免在旱芋頭收成之後，土壤裸露可能讓雨水沖刷或因太陽照射使土壤水分快樹蒸發；但又必須考量在旱芋頭生長階段避免有其他作物產生養份的競爭。因此，在旱芋頭生長到一個階段之後(通常要等到子芋生長成熟後)，田間會進行甘藷間作栽培。旱芋頭與玉米、台灣藜、樹豆同時進行種植，芋頭為主要栽培作物，玉米、台灣藜、樹豆為次要作物，所以種植的量是依需要量來決定。種植約 4-5 個月之後，玉米、台灣藜就可以陸續採收，採收完畢，旱芋頭子芋正好進入成熟階段，也正是需要養分階段；玉米和台灣藜採收之後可降低土壤樣份的競爭可供給子芋需要。旱芋頭收成完畢，田間空間讓給甘藷、南瓜、樹豆更多生長空間，這甘藷和南瓜兩種作物都是匍匐莖，一旦生展開來，葉子會覆蓋整個田間，可減少土壤水分的蒸發以及避免雨水沖刷土壤，另一個好處是南瓜與地瓜可在需要的時候到田間採收，不但可持續糧食供應需要，田間也可以成為糧食短暫的處藏地方(甘藷不易保存)。樹豆作物屬豆科作物是灌木植物，生長方式不同於甘藷與南瓜，不但可以產生固氮作用，也可以也降底與甘藷、南瓜作物生長空間需要陽光與空氣的競爭。旱芋頭種植通常是 10、11 月，旱芋頭出生長階段尚未出土時，剛好是樹豆採收階段，土壤養分也沒有產生競爭。

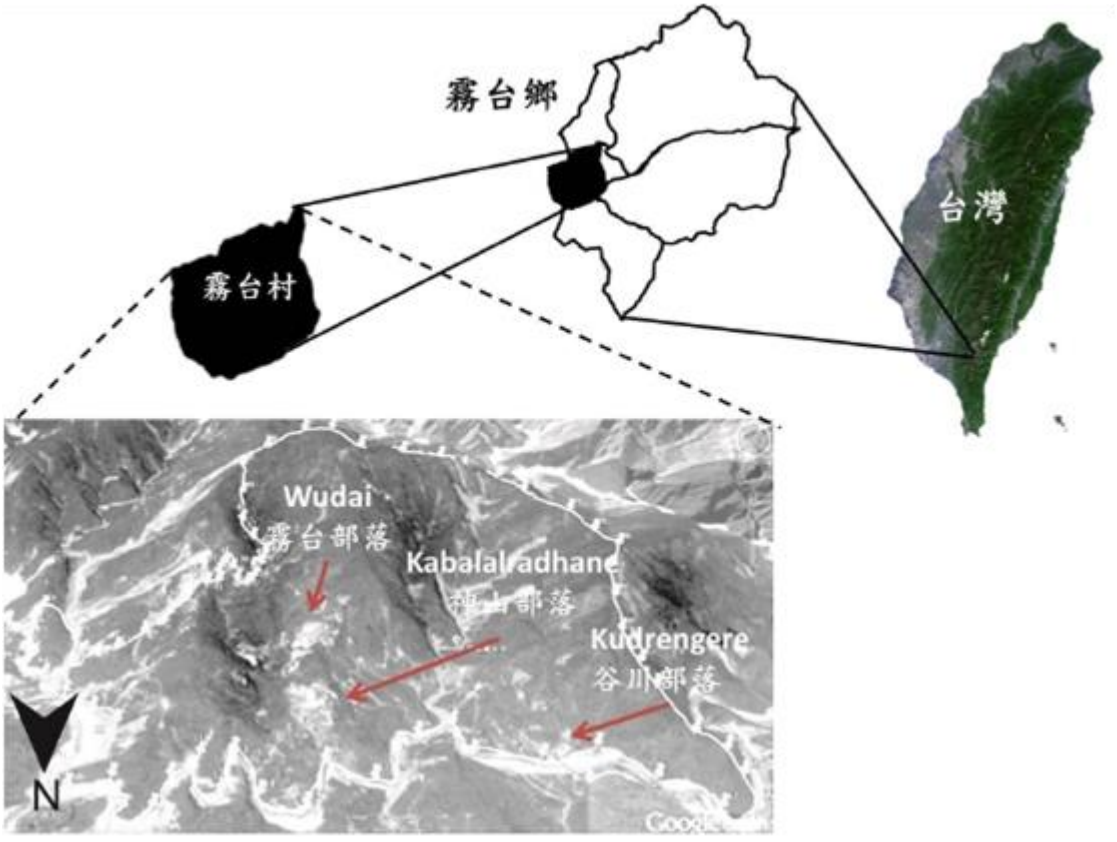


圖.1 霧台村(部落)

Fig.2 霧台混農林業區

傳統混農林業與經濟

傳統林業的管理與維護是傳統農業栽培很重要的環境因素，而傳統林業又必須仰賴在地居民有效的經營，這些林業、傳統農業與在地居民彼此產生相互依存關係，由森林採集獲得的物資與傳統農業的收成，除了提供在地居民生活的需要，彼此間也透過分享使物資在社會組織產生再分配與流通，除此，對於近年國家推動的生態旅遊，更是外來觀光客透過品嘗、體驗來認識環境管理的重要以及社會與環境的密切關係，達到在地消費，提升在地住民其他經濟來源。魯凱族混農林業更符合了國際生態旅遊協會(The Ecotourism Society)及國際自然保育聯盟(IUCN) 所推動並定義生態旅遊為：「生態旅遊是一種負責任的旅遊，顧及環境保育，並維護地方住民的福利」霧台部落從 2010 開始有人栽培經濟作物如 Coffee(Coffea canephora Pierre ex A. Froehner)和 Chayote (Sechium edule Sw..)，愛玉籽（Ficus pumila var. awkeotsang）是爬藤類植物，生在在野外，近 10 年部落觀光發展之後，開始有族人移植鄰近部落的農林栽培，不但可以就近導覽介紹，也供應觀光客現場製作、品嘗的需要量。

結論

為了因應經濟產業發展及因氣候變遷帶給不可抗拒的自然災害對山林的直接破壞；也能避免在地居民生命安全受到威脅。混農林業操作可透過在地居民的傳統生態知識來經營管理，以符合在地環境之適應韌性，也能顧及並滿足在地居民生活需要。國家許多政策推動時，因受制於現行國家許多的管理辦法，不但嚴

重單向管控山林經營管理權，更忽視在地居民對在地環境長期觀測的有效資訊，以致在推動混農林業上，無法達到在地知識最佳山林經營管理方式。因此，要共同面對逐年氣候變遷對環境的衝擊，使環境達到永續性及生物多樣性的保護，並且顧及在地居民經濟生活的需要，建議採用在地居民長年適應在地環境的管理方式，由在地居民結合專家共同商議討論最新問題擬出解決辦法，但勿將專家式的邏輯及專業強制置入主導，這樣，可避免非在地專家去經營管理或主導不熟悉的自然環境與社會文化。

文獻參考

Altieri, M. A. (1992). Sustainable agricultural development in Latin America: exploring the possibilities. *Agriculture, ecosystems & environment,* 39(1), 1-21.

Bocco, G. (1991). Traditional knowledge for soil conservation in central Mexico. *Journal of soil and water conservation, 46*(5), 346-348.

Bettencourt, E. (2012). *Understanding diversity for harmonious and sustainable development.* Paper presented at the Agriculture and Forestry.

Dilley, M. (2005). *Natural Disaster Hotspots : A Global Risk Analysis.* World Bank, Washington, D.C.

Environmental Protection Administration Executive Yuan, R. O. C. T. (2009). Extreme Events and Disasters are the Biggest Threat to Taiwan Typhoon Morakot. http://unfccc.epa.gov.tw/unfccc/english/_uploads/downloads/01_Extreme_Events_and_Disasters_from_Typhoon_Morakot-the_Biggest_Threat_ever_to_Taiwan.pdf.

Fischer, J., Hartel, T., & Kuemmerle, T. (2012). Conservation policy in traditional farming landscapes. Conservation Letters, 5(3), 167-175.

Jungerius, P.D., (1985). Perception and use of the physical environment in peasant societies. Geographical Papers, vol. 93. Department of Geography, University of Reading, England, 19 pp.

Kun-Han Chu, Li-Ling Lin. 2012, A study of disaster prevention mechanism and effectiveness of debris flow in Taiwan . *Journal of Soil and Water Conservation,* 44(1): 27-36.

Heidhues, F., & Brüntrup, M. (2003). Subsistence agriculture in development: Its role in processes of structural change. *Subsistence agriculture in Central and Eastern Europe: How to break the vicious circle*, 1-27.

IFRC (International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies) (2005) World Disasters Report 2005: Focus on information in disasters. IFRC, Geneva.

Lamers, J., & Feil, P. (1995). Farmers' knowledge and management of spatial soil and crop growth variability in Niger, West Africa. *NJAS wageningen journal of life sciences*, 43(4), 375-389.

Mehta, P., Sharma, A., & Negi, K. (2010). Indigenous knowledge system and sustainable development with particular reference to folklores of Kumaun Himalaya, Uttarakhand. *Indian J. Trad. Knowledge, 9(3)*, 547-550.

Olea, P. P., & Mateo-Tomás, P. (2009). The role of traditional farming practices in ecosystem conservation: the case of transhumance and vultures. *Biological conservation*, 142(8), 1844-1853.

Orlove, B., Roncoli, C., Kabugo, M., & Majugu, A. (2009). Indigenous Climate Knowledge in Southern Uganda: the Multiple Components of a Dynamic Regional System. *Climatic Chang*e, 100: 243-265.

Pulido, J. S., & Bocco, G. (2003). The Traditional Farming System of a Mexican Indigenous Community: The Case of Nuevo San Juan Parangaricutiro, Michoacan, Mexico. *Geoderma*, 111: 249-265.

Preston, G., Parker, A., Walkington, H., Leng, M., & Hodson, M. (2012). From Nomadic Herder-hunters to Sedentary Farmers: the Relationship Between Climate Change and Ancient Subsistence Strategies in South-eastern Arabia. *Journal of Arid Environments*, 86: 122-130.

Toledo, V. M. (1997). Sustainable development at the village community level: a third world perspective.

Tompkins, E. L., & Adger, W. (2004). Does Adaptive Management of Natural Resources Enhance Resilience to Climate Change? Ecology and Society, 9(2), 10. http://www.ecologyandsociety.org/vol9/iss2/art10/

王俊豪，(2013) ，高山原住民部落因應氣候變遷之農業調適策略.臺灣農學會報，14(5),491-505。

吳榮杰，賴朝煌，&石林鍠， (2009) ，國土復育條例下休閒農業之空間利用原則與管制機制之探討，新竹教育大學人文社會學報，2(1), 1-34。

林雪美.(2001). 台灣地區近三十年自然災害的時空特性: 行政院國家科學委員會。

曹永和，(1979)，臺灣早期歷史研究，臺北：聯經出版事業公司。

陳亮全，林李耀，陳永明，張志新，陳韻如，江申，國立成功大學成大水利及海洋工程學系，(2011)，氣候變遷與災害衝擊。許晃雄、陳正達、盧孟明、陳永明、周佳、吳宜昭等，臺灣氣候變遷科學報告，行政院國家科學委員會，p.311-356。

陳育偉，(2012)，台灣山林政策之政經分析 (1945-2012)，臺灣大學政治學研究所學位論文，1-127。

陳永森，(2010)，極端氣候影響下對臺灣環境規劃與災害識覺之省思——以八八

水災為例，Journal of Engineering Environment, (25), 33-44。
許晃雄，周佳，吳宜昭，盧孟明，陳正達，&陳永明，(2012)，台灣氣候變遷的關鍵議題，臺灣醫學，16(5), 459-470。
賴典章，(2009)，八八水災對防災的啟示與省思，林銘郎，地質，莫拉克颱風災害論壇，台北縣：經濟部中央地質調查所， 28(4), P. 14-17。

Traditional knowledge

↕ 以前

Indigenous knowledge

Indigenous knowledge

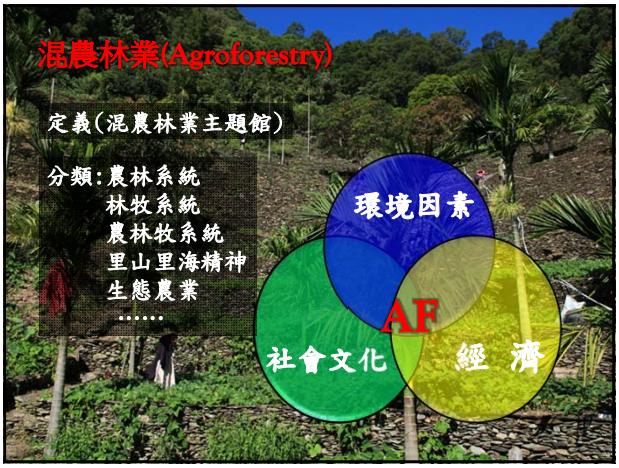
↕ 現在?

Indigenous traditional knowledge

生態環境平衡
生命的律

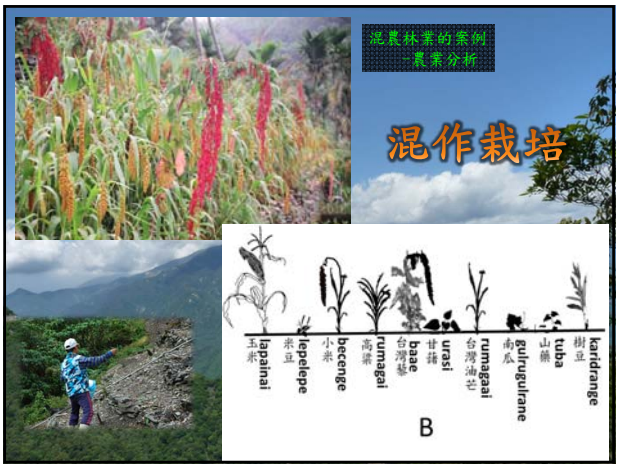
政策
外力影響

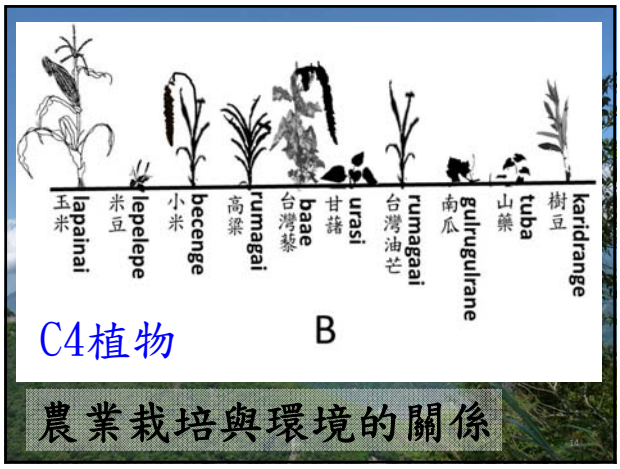
政策


混農林業(Agroforestry)
定義(混農林業主題館)
分類:農林系統
林牧系統
農林牧系統
里山里海精神
生態農業
……
環境因素
AF
社會文化
經 濟

混農林業的案例
-環境分析
2077m
濕冷狩獵採集區
濕冷農業區
冷熱緩衝帶冷農業區
較熱農業區
345m
Google earth

環境監測
獵人
採集
農業專家


混農林業的案例
農業分析
混作栽培
lapainai
玉米
lepelepe
米豆
becenge
小米
rumagai
高粱
baae
台灣藜
urasi
甘藷
rumagaai
台灣油芒
gulrugulrane
南瓜
tuba
山藥
karidrange
樹豆
B


lapainai
玉米
lepelepe
米豆
becenge
小米
rumagai
高粱
baae
台灣藜
urasi
甘藷
rumagaai
台灣油芒
gulrugulrane
南瓜
tuba
山藥
karidrange
樹豆
C4植物
B
農業栽培與環境的關係

結論
環境因素
AF
社會文化
經 濟

原住民混農林業的困境
?
?
XX法
動物保育法
森林法
國家公園法
國土計畫法
XX法
自來水法

謝謝聆聽

混農林業技術體系

黃裕星
林業試驗所/所長

混農林業定義

- FAO(聯合國糧農組織)：混農林業是融合傳統與現代之土地利用系統，將林木經營與農作物生產及/或漁牧養殖相互結合在同一土地上。
- 混農林業是整合農業和林業之永續性土地利用系統，可擴增二氧化碳吸存量，同時增加農民經濟收益。

I. 國際混農林業發展

- 國際混農林業研究會ICRAF於1978年成立，2002年更名為世界混農林業中心(World Agroforestry Centre)。
- 2010年美國農業部正式成立國家混農林業中心。
- 2010年FAO倡議「氣候智慧型農業」(Climate-Smart Agriculture)，引用混農林業以同時應對氣候變遷與糧食危機。

<FAO倡議氣候智慧型農業>

山村生態復育

- 生物多樣性公約倡議里山(Satoyama)發展。里山地景是指混合森林、水田、旱地、濕地等多元地景，除農林業生產外，尚提供多樣化的生物棲地。
- 里山倡議對保育界人士而言，是一種把人放回生態系的創新思維；然而，里山倡議的概念與作法實為既有混農林業的一種型態。

里山倡議策略

- 強化多元生態系服務與價值之智慧掌握。
- 整合傳統生態知識與現代科學。
- 探索共管體制之新型態。

里山事例：日本毗鄰山林的古老山村，兼顧農林業生產與保育利用，但絕非日本獨有。

7

8

9

多山的國家為了資源自給自足，更須思考農林土地之永續利用。

10

中國大陸發展林下經濟

- 林下經濟是藉助林地的生態環境，在林冠下開展林、農、牧等多種項目的複合式經營。
- 林下經濟的主要模式：
  - 林菌、林牧、林藥、林糧、林油、林菜、林草等模式；
  - 複合模式：即包括數個綜合的模式，形成立體或者輪替種養模式。

11

12

世界地球日開放巴黎協議簽署

- 2016年主題：為地球植樹－5年內全球新栽植78億棵樹。
- 為什麼植樹？
  - 樹木幫助減緩氣候變遷－吸存二氧化碳；
  - 樹木淨化空氣－吸收各種空氣汙染物質，樹葉莖鬚也能過濾空氣中的懸浮微粒；
  - 樹木幫助我們對抗物種喪失問題；
  - 樹木幫助社區維持生計，為其提供食物、能源和收入。

13

II. 國內混農林業發展

- 日據時期：於1918年，在新竹州施行「混農林獎勵規則」；1931年，新竹州訂定了「混農林造成獎勵規程準則」。
- 國民政府時期：1959年令頒「台灣林業政策及經營方針」，要求尚未確定用途之林地，應重加測量，劃定土地用途，其適於混農林地區，推行混農林作業。
- 臺灣山村聚落早已成形，但當前林業政策禁止林地農用。

14

檢討：
國有林林產物處分規則

- 第三條：林產物分為下列二種：
  - 主產物：指生立、枯損、倒伏之竹木及餘留之根株、殘材。
  - 副產物：指樹皮、樹脂、種實、落枝、樹葉、灌藤、竹筍、草類、菌類及其他主產物以外之林產物。
- 林業經營不應限縮於林木生產。

15

山巔的奇蹟-南投銀杏森林創雙贏

- 南投鹿谷著名景點銀杏森林，農民用行動證明，「混農林業」可創造生計與水土保持的完美雙贏。

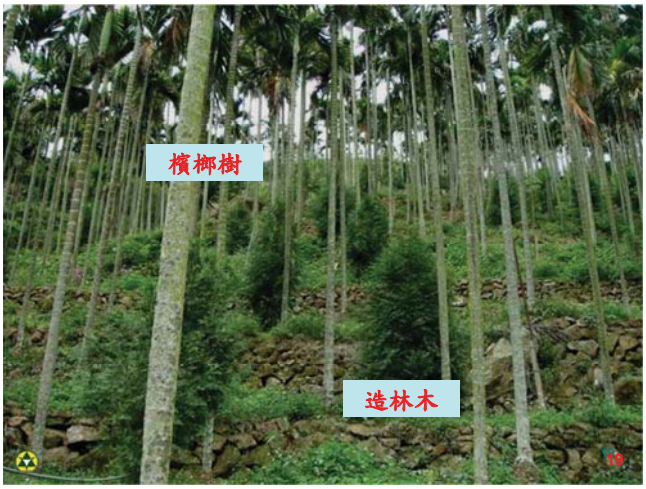
【2013/12/04 聯合報/記者吳思萍/南投調查報導】

混農林業示範區18年生銀杏林秋景

16

17

18



甜柿果園草生栽培無礙水土保持

III. 應對氣候變遷與糧食危機—山村社區應實施混農林業

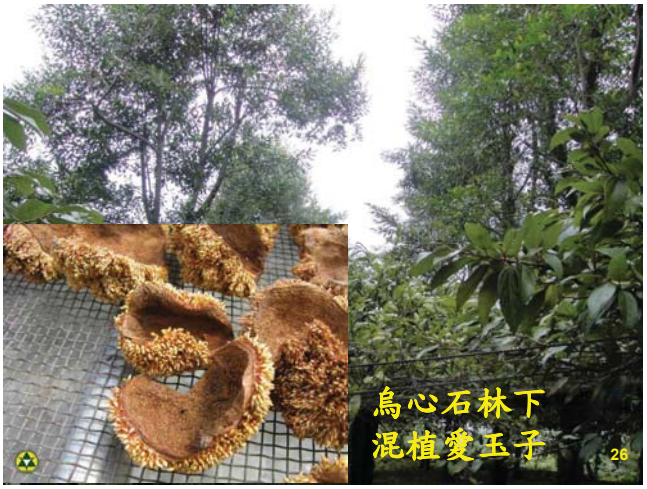
- 山村無法避免農耕，但過度墾殖存在土石災害風險，應輔導混農林業經營方式。
- 依據不同的土地條件，訂定合宜的混農林業技術規範，在山區農用地混植適當林木，兼顧農民生計與國土保育。
- 結合農業與森林生態系之混農林業，可生產多樣化食物、生物燃料，且減緩氣象危害、病蟲害，兼有利於作物之授粉。

22

食物森林倡議

- 「食物森林」是仿效天然森林立體、多元、共生的概念，結合糧食生產與生態綠化，同時解決當代人類面臨的環境與糧食問題。
- 多種不同學派正在積極研究如何將森林經營與食物生產相結合。
- Permaculture(樸門農法、永恆農業)以及Forest gardening(森林食園)是目前結合樹木與農作物綜合生產的新體系。

23



IV. 林下經濟新產業鏈構想

- 松露、牛樟芝、檀香、天麻等高經濟價值森林菇菌類產業，以及創新製程之山葵莖葉生產。
- 適合林下環境之中草藥材有機生產。

結 語
毫無保護林帶的高山農業
令人無法接受
31

只求短暫利益、罔顧水土保育
32

地狹人稠的臺灣，妥慎規劃、合
理利用山林土地，是重大責任！
33

感謝聆聽、敬請指教
FOOD FOREST - 2010 - SOCIAL ECOLOGY

會議實錄

主持人王美蘋處長：

好，謝謝司儀！我們兩位發表人、與談人，還有在座的各位好朋友，大家早安！今天是五一勞動節，也祝福在座的勞工朋友也辛苦大家了。那我們今天這個場次是經濟發展跟原住民族土地權益，我想大家剛剛都很清楚原住民保留地的規劃流程有三分之二是林業用地，那林業用地有很多的限制，直接跟間接影響到原住民的經濟生活，那當然要怎麼運用原住民傳統的智慧發展充分利用這個原住民的土地來做這個產業的發展也很重要，所以我們今天特別邀請到了兩位的發表人針對經濟發展跟原住民族的土地權益來做這個發表。第一位先跟大家介紹一下辛年豐、辛教授，辛教授是逢甲大學土地管理學系的老師，我想大家對辛教授也不陌生啦，長期在不同的期刊發表對原住民族保留地的問題還有原住民族的權益，那辛老師今天要發表的這個議題是原住民族土地管制及經濟生活，那當然這個議題我們也邀請到了這個重量級的與談人，我們行政院農業委員會林務局的李桃生、李局長，李局長長期都在林務系統，他有一半時間在原住民族地區服務，所以對原住民的事務不陌生。那今天一月六號總統公布的原住民保留地補償及造林回饋條例，我想我們幾年在立法院跟局長並肩作戰，這個條例今年總統能夠公布其實局長出了非常大的力，非常支持原住民條例。那第二位發表人是巴清雄巴博士，是國立台灣大學農藝系的博士，我想大家對巴博士也不陌生啦，五、六年前因為從美國總源庫把小米帶回台灣這件事情我想大家都非常熟悉我們的巴博士，那巴博士今天要發表的是原住民族農林業傳統知識與經濟發展，歡迎巴博士！那與談人我們邀請到行政院林業事務所的黃裕星、黃所長，接下來就把時間交給第一位辛年豐、辛教授。

謝謝辛教授的這個發表，也幫大家整理各個時期土地的制度跟措施的比較，點出我們目前公有土地發編原住民保留地，要怎麼跟原住民保留地的辦法跟缺失，不管是程序的保障還是國家干涉的部分，都提得非常精闢，那接下來我們就請李桃生來做評論。

與談人李桃生局長評論：

好，謝謝！我今天因為時間的關係，我不想對辛教授的這些文章做一些有關法令方面的論述，因為這已經涉及到法律哲學跟政治哲學這個層面，但是這裡面談到的幾個問題我是這麼多年來在從事林業工作之中，以及涉及到原住民保留地的徵編、劃編也是跟辛教授是相同的。

第一個，規範密度實在不足；第二個，從規範密度來看，他用很低的行政規則來決定哪一塊公有土地管理機關所管理的公有財產，當然林務局是大宗，但包含其他機關，把他所有權從中華民國變成原住民特有，這是一個很嚴肅的課題，在談所有權的時候，是一個很嚴肅的課題，在談所有權的得上變更的時候、直接

影響到所有權人掌握他自己土地的自由使用壽命的時候，一個非常非常重要的觀念，重要的關鍵點。但是我們卻是一個行政規則來定，第二個時間點是 77 年以前的保留地就可以變成原住民族的保留地，這個時間點如何訂？有沒有他的基礎以及原住民族傳統上以及歷史淵源？剛剛其實教授所答述的這些歷史，有沒有貫穿到整個歷史去決定他的時間點，這個在整個制度上缺失上是不足的。因此，在這個情況之下，原住民保留地的徵編或者是劃編，是相對多數。但是在公務員的認知上來講，對這樣的一個規範來講，因為對於法律過於敬畏，導致所有在公有土地的管理機關，在人民使用上及公務員的運作上也有一些畏懼，這就造成的這幾年來我們的林務局受到一些誤解。

其實這幾年來已經受到很大程度的改變，原住民保留地是原住民的基本權，使他獲得原住民保留地只是回溯他的權利，而不是創造他的權利。這個過程之中，公有土地管理機關只有責任去努力地找回是不是原住民的土地，而不是努力地去反證它，用這樣的觀點來看比較能夠解決問題。換言之，站在原住民的立場，去找回原住民所失落的土地，不管它在歷史上是怎麼述說，這是我們這幾年來我作為一個林務局的負責人基本的立場，因此程序上面已經簡化許多，但是即便如此，我們看到在山坡地利用保留條例的時候，我們剛才提到說這是很奇怪的。為什麼訂定山坡地保留條例，跟原住民的保留地畫上關鍵，畫上關聯這個從立法的意旨來看，是保留在主管。我有跟水保局的先進們討論，或許從山坡地利用保留條例來看，它是一個善意，山基條主要是輔導原住民取得耕作權、承租權、地上權，五年取得土地所有權。五年有爭議，現在正在希望能過打破年限的規定，也就是說透過政府的輔導，來讓人民取得原住民族保留地，能夠有相當程度的貢獻，直接取得所有權，然後這個所有權取得以後就可以圓滿地實踐，跟一般的漢人是沒有差別的，那這個是我們基本的理解。所以山坡地利用保留條例原來是在水土保持法施行後就應該廢止，可是這麼一條很寶貴和原住民相關的法令，反而使得山坡地利用條例不能廢止，我所了解的是這樣子。

今天我要談的重點是原住民土地的使用管理，我一直做林務局的工作達四十年，跟原住民生活在一起，我一直在尋找劃編給原住民保留地，徵編是土地、劃編是公有的建築物，那這些以個人而言原住民的徵編的保留地去哪裡了？為什麼到了這麼多的民宿和地點，所經營者都是漢人，87 年我在新竹林管處，一直不能理解一個農場它所經營的是漢人，可是我們原住民好像沒有得到任何的利基，可是它的本質是原住民保留地，那這是一個私權行為還是國家的職權應該介入的，我們在相關的法令上也許有一些漏洞讓人民有機會，但是我一直不能理解這裡頭存在的問題是必須解決的，進行到現在還有一些平地人組成的協會，要求已經承租原住民土地的能夠實踐它，也是像所有權一樣的爭議，我們認為這是很不正當的，是原住民就給原住民，是幫原住民就幫原住民。

此外，在民法物權修正裡有一個規範，在民法 885 條之一的農育權，它的立法意旨是為了資源的永續利用，物盡其用，參考農發條例第三條第十二款的定義：農育權在人民的土地上，如果以保育為目的，它的農育權是可以設定二十年以上，

那是原住民保留地假設被因為以造林或是其他目的涉及農育權，還好，假設是因為其他的方式設定農育權，而為的是原住民保留地上面可貴的地上物的時候，那是一個很可怕的現。兩年多前，就有一塊原住民保留地被非原住民設定的農育權，但是取得的是地上的牛樟，當它砍伐的時候我們在台東也和當地林務管理處有積極地去查緝，認為這是非常可怕的事情，也與當地的檢察官聯繫，把牛樟從西部運回台東，但實際上它是在農牧用地上面所種的，可是上面的牛樟卻是很珍貴的產物，諸如此類的這些牛樟可以做很多用途的時候，不管它是工藝或是木材雕刻，或是食用的保健效果，為什麼是非原住民取得農育權？這個我認為在這個制度上來講，有很多地方值得國家職權去介入。最後，在原住民保留的徵編以後，我們如何讓原住民保留地百分之七十都是林業用地。

兩年前我寫了一篇文章叫做《原住民林業的發展》，也登在相關的期刊上面，我認為原住民保留地的用地的文章，其實是一個很重要的事情。原員會有個計劃，那麼將來我希望能夠在這個計劃裡頭，除了原員會的計畫以外，個人也可以來申請原住民土地的復產，假設有機會可以將林業用地變成農牧用地，當然必須根據實際的科學用法按照它的土壤和坡度等等去因應它，那假設不是農牧用地的話，它就是林業用地。不管是林業用地也好，農牧用地也好，將來國土計畫法施行後通通打破，同樣的原住民保留地管理辦法也要廢止。最後是許可制，國土計畫法顛覆了我們國土的使用，將來就不是一個容許使用，而是你要做任何的開發要經過許可，剛才辛教授所談的若干的大型案例，或許可以透過將來國土計畫法的施行受到一定程度的管制，那假設今天原住民保留地是林業用地的話，我認為假設要採伐的話，它還是一個可以利用的單位，原住民保留地在台灣產業的發展裡面很重要的一塊，不管它是木材還是非木材，待會我們黃所長還有更深的一些闡述，都大有可為的，因為它低海拔不是深山，坡度是可以被接納的。今天當前國家木材自給率很低的時候，原住民保留這塊林業的發展，我認為是有前途的，那麼假設這些林業的發展能夠跟我們的部落尺度再拉開一點，也就是說，把部落跟農田集合起來，或許就是里山倡議的民族。

在原住民豐富的文化跟傳統上面，其實孕育了很多特色的文化資產跟記憶，在部落的周邊所蘊藏的生態資源以及原住民本身豐富的生態及經驗，都是原住民在林業發展上面一個可貴的證明，我們把尺度放大，以地景的角落，將部落、農田、森林用領域串聯起來，同時融入人文的元素，我們是適時可以提供一些很豐富的平台，最近我們的羅東林管處在大宜蘭地區跟六個社區合作，推動了大南道古道旅遊的路線，目前有四個社區已經組織起來，建立青年的平台，整合了資源，除了羅東林管處介入以外，我們把國家不到的資源把它開發出來，然後成立一個平台，這個平台就能接納從生態領域開始進去，這個生態領域不是平面的，是可以到部落裡面去體驗部落文化；可以到農田去啟動農田文化；可以洞悉具有原住民色彩的農特產品；最後還可以到森林裡面去觀看一些生態。那這些整個建構起來，它所能夠帶動的消費是可觀的，目前這個平台已經開始操作，未來前景可及。那諸如此類在全國各個林管處也都陸續有在做，我認為很好的方向，那麼如果林

業用地它不願意去採伐林木，跟林木完全的無關的時候，除了剛剛講的生態旅遊是一個路線以外，剛才主持人講的，也就是說，以生態補償的概念，很多都是從天然林業用地徵編出來，也許是一個林產財，可是在採伐上面由於作業受到限制，由於林道不易到達，以及機具無法引進的情況下，在現階段容忍一些不能採伐的弱點，我們再以申請制讓原住民保留地的林業用地的所有者能夠提出申請，這個部分，是原住民委員已經立法完成，那過程裏頭我們也有相當多的論述支持這樣的觀點，不過近法補償只是一個選項，如果從原住民林業用地的發展來看，我認為特殊的評價原住民的林業用地來發展鑲嵌式的地景以及複合性的經濟生態，讓它能夠呈現一個社會生態經濟的效益，我們稱之為生態經濟，原住民林業用地應當是大有可為的，以上是我的報告。

主持人王美蘋處長：

我們非常謝謝局長針對以他過去四十年在林務局的經驗，剛剛我們這個規範密度的問題還有土地使用管理，同時也看到國土計畫法對未來原住民的影響，在這裡也幫林務局說句話，因為過去我們很多的族人對分局非常不友善，不過因為這幾年有很多業務的協調，那林務局地方的林管處也跟部落有很多共管的機制，所以現在在部落裡面林務局也是出了很大的善意，我想我們這個議題在原住民族土地管制的這個部分，就討論到這裡，第二個我們邀請的是巴清雄巴博士，來針對原住民混農林業傳統知識與經濟發展來做發表。

非常謝謝巴博士這麼精闢的分享，我想我個人也非常認同原住民的傳統知識在經濟發展跟生態環境上的重要性，剛剛巴博士有特別提到說，不同族群還分得出來是泰雅族還是排灣族的小米，我在來義鄉的時候，他們還看得出來這是台東經風的小米，所以原住民傳統知識是非常非常寶貴的。好，接下來我們就請今天的與談人黃裕星、黃所長。

與談人黃裕星所長評論：

好，謝謝主持人，謝謝我們的主講人，林務事業所做混農林的研究大概已經超過十年，那在過去的時間就像剛才我們主談人講得一樣，因為很多政策和法令，我們很多的研究大部分只能找山坡地的農牧用地或者私有林，很少去接觸到國有一般地或者是原住民保留地，但是剛剛李局長也提到國土計畫法如果推行的話，也許會打破一些林業用地的限制，那我們看過很多國家在推動這些案例的時候其實很少看到用法令限制它為林業用地，不能做其他使用，大部分還是利用傳統農民的智慧，他會去決定說什麼土地不能做什麼樣的使用，因為他用了這麼多的時間心力精力去養護他的作物，絕對不會想說一次大雨來就把他冲掉，所以危險的地方他絕對不會去做，我們所說的超限利用，那台灣是比較特殊，剛才也提到漢人原住民，其實我們昨天也聽到除了我們原住民、新住民以外，我們說的漢人、外省人還有閩南人、客家人五大族，我想我今天都不談土地跟族群的問題，我光從混農林業的技術部分來談談看將來可不可以因為我們的研究結果來改變國家

的土地使用的政策。混農林業政策剛才我們主講人已經談了，但是最主要我們說的他是可以整合農業跟林業一種永續性的土地利用方式，在國際間傳統上其實幾百年前就有，但是在 1978 年才正式由加拿大政府跟 FAO 合作成立了一個世界混農林業研究會，後來現在更名為世界混農林業中心，那我們也不要印象覺得混農林業好像是只有第三世界國家才有的，我們看看連美國農業部再 2010 年正式成立國家混農業中心，他是由農業部共同推動的，比較全球性的等級的 FAO 再 2010 年倡議了「氣候智慧型農業」，當然是要因應氣候變遷跟糧食危機的問題，所以我們看 FAO 倡議的「氣候智慧型農業」，它提出了三個方法，包括保育型的農業、混農林業、還有把農、林、木混合起來的體系，那這個倡議也受到變化公約組織的認同。

很多人認為問題會發生是因為山的受到破壞以後平地人就會受到天然災害的困禍，所以這些年來對山村的生態復育是大家比較關心的，那生物多樣性公約也提出了所謂的里山倡議，里山包含森林、田旱地、濕地等等，這些地景在一起它有它有生產性也可以提供山村居民的生活，更可以提供生物的棲地，所以很多人都認同這是好，但是仔細檢討一下，里山倡議對保育界人士而言，是一種把人放回生態系的創新思維，但是是不是真的創新？其實里山倡議的概念與做法其實就是既有混農林業的一種型態，那這種型態非常多元化

里山倡議有所謂的三疊法，它提出一個生態系服務與智慧的掌握。再來是大家一再討論的傳統生態知識怎麼樣跟現代的科學整合、結合在一起。最後就有一個共管體制的新形態，所以這邊土地絕對不只有私人的，絕對有很多是政府、公家所掌握的土地，那怎麼樣去達成共管讓它效率提升，所以里山倡議其實涵的東西是比較多的。

那我們看一下日本的合掌村，前面有田，後面有森林，藉以這樣的理念。但使我們要告訴各位這種里山事例絕對不是日本獨有的。我們的新北烏來的福山村，各位如果去看過，看它這個，後面是我們的山林，中間是部落，有很多的農地在這個地方，這邊還有溪流，他們還會有一些漁業水產，這個東西在台灣原來就有。再看看歐洲國家，瑞士、奧地利，我們可以看到它牧場的裡面有一些部落，有一些聚落在這個地方，這邊還在伐木。這裡我們可以更清楚的看到多山的國家資源又自給自足，它不能限制說：這個就是林業用地什麼都不能做！所以我們可以看到，這個地方在伐木，這菸比較平坦的這邊在放牧，所以這樣的環境裡面我們就可以更確定傳統上的人類生活的混農林業本來就是一直在做的事情。那中國大陸近幾年來也在發展所謂的林下經濟，做的包括各種不同模式：像是時才食用性的菌類、畜牧、藥材、糧食、油、菜、草，這些模式都可以在森林的覆蓋底下去做，而不會因為農作而破壞森林的環境，這樣的做法是不會的，所以在中國大陸混農林業是非常普遍的。我們看過它們的茶園上的樹林、還有像這樣的大地景其實是非常普遍的。

上個禮拜，4 月 22 號世界地球日，因為剛好開放巴黎協議的簽署，一天之內，175 個國家簽署巴黎協議，結果就把世界地球日的主題忘掉了。大家看一下

巴黎協議，今年的主題是為地球植樹，未來這五年要在全球新栽植 78 一棵樹，我覺得這也是數字上在呼攏大家，但是重點是為什麼要種樹？這裡提到二氧化碳、PM2.5、PM10 幫助我們對抗物種喪失問題，但是重點是最後這一句，樹木幫助社區維持生計，為其提供食物、能源和收入。為什麼可以？如果不從混農林業的角度來看，你種樹真的可以得到這些功能嗎？那是不太可能。我們看看國內的部分，其實台灣很早以前就有這樣的東西，只是現在被忽略掉。從 1918 年日治時期就有「混農林獎勵規則」；那 1913 年訂定「混農林造成獎勵規程準則」；國民政府在民國 48 年定這個方針的時候提到：適於混農林地區，推行混農林作業，這個在文獻都可以找到，但是現在法律變成告訴我們說：林業用地是屬於林業使用，禁止林地農用，造成非常多的困境，剛剛主講人最後有提到。

那我們檢討一下什麼是農業、什麼是林業。林業的林產物有兩種，但現在都重視在竹木才叫做林業，即使副產物有這麼多：樹皮、樹枝、種實等等的，這個在大陸的林業經濟都算在裡面，所以我們也希望林業經濟不要只限制在林木生產。

那時間已經到了，最後我們看最後幾張。這個是在報上有報導過的，混林農業示範區 18 年生的銀杏林在茶園裡面已經變成非常好的生態景點。我們過去也曾希望在高山地區已經被農民或後來的營利人種的這些地方，能夠在茶園裡面有些造林的動作，確保它的環境。實際上已經有，我們在廬山看到這樣的環境，在平的地方種茶、坡度大的就種樹，大家都可以接受。檳榔園也一樣，甚至果樹園，或這種草生栽培，也混植這些銀杏樹，這個在未來一定是可以達到五公尺高。

所以我們提到說，要面對環境變遷跟糧食危機最好的方法就是要結合農業與森林生態系的混和農林業，那這是可以做得到的。最近世界上也在推展所謂「食物森林」的倡議，就是希望可以仿效天然森林的環境，有一些農法就是希望能夠在這樣的環境裡面，不是只有看到林木，可以看到整個生態系裡面能夠提供我們什麼樣的方式。森林結合農業、生態結合生產，這些都是技術上可行的，我們台灣部份，烏心石混植愛玉子，這個大家應該是耳熟能詳。未來我們希望不是傳統上大家可以吃飽就好，我們希望在林下可以提供經濟誘因，能更讓我們在山村的居民生活可以改善，所以有更多不同的混植植物可以進來，像是高價的松露還有一些藥材，這麼多，它不會影響到作物的生產，也不會影響水土保持，這些可以供大家選擇。如果將來生態旅遊有點浮濫了，我們可以把森林的心靈療癒放進來，像最後幾張圖片，毫無保護高山的林帶農業是令人沒有辦法接受的；只顧它的短暫利益、沒有顧慮水土保育；在地狹人稠的台灣，我們眾多的人不可能全部聚集在平地，那山地怎麼辦？妥慎的規劃、合理的利用山林其實不是我們的權利而是我們的責任！因為大家要活下去。

以上我的與談到這裡，謝謝！

主題五

原住民族土地開發案例討論、評釋

主持人：劉維哲 主任秘書，原住民族委員會

清水溪流域的美麗與哀愁，銅門部落的自主管理之路

發表人：陳采邑 律師 財團法人法律扶助基金會臺東分會執行秘書

與談人：余建國 檢察官 臺灣彰化地方法院 檢察署

通往原住民族傳統領域之路徑：從加拿大最高法院Tsilhqot'in案出發

發表人：林三元 法官 臺灣臺中地院法院

與談人：黃居正 副教授 國立清華大學科技法律研究所

發展主義下的土地掠奪與國土治理—從台東美麗灣案談起

發表人：詹順貴 律師 元貞聯合法律事務所

蔡志偉 主任 國立臺北教育大學產學合作暨育成中心

與談人：戴秀雄 助理教授 國立政治大學地政學系

清水溪流域的美麗與哀愁，銅門部落的自主管理之路

陳采邑

財團法人法律扶助基金會台東分會執行秘書

摘 要

花蓮縣秀林鄉銅門村知名觀光景點「慕谷慕魚」生態廊道，屬清水溪流流域（族語：Yayung Suyang），為太魯閣族人傳統領域，銅門村內分別有兩個部落：銅門部落及榕樹部落。在花蓮縣政府府大力推廣觀光下成為熱門觀光景點，讓在地生活的銅門部落族人飽受塞車、空氣污染之苦，為了捍衛傳統領域及家園，部落除了發起反劃定慕谷慕魚人文自然生態景觀區、檜木事件，封路鳴槍事件。多年來更不斷向有關單位陳情，要求由部落來自主管理，真正的落實部落自治，而清水溪流域山區土地為公有原住民保留地，該區域又被劃設為山地經常管制區，族人進出需透過管制哨確認身分後放行，花縣縣政府多年來又只朝劃定自然人文景觀區來發展觀光，忽略部落自主管理之聲音，本文將彙整銅門部落所遇的爭議，供集思廣義尋求解決之道。

背景介紹

花蓮縣秀林鄉清水溪流域及木瓜溪流域為太魯閣族人世代的傳統領域，族人自南投縣境東北一帶北區（今仁愛鄉合作村一帶）遷徙而來，銅門部落位於清水溪流域下游，息稱玻恩給利揚（Bunkouryun），意為產蔴樹之地。太魯閣族人下山遷移初踏平地曰「同門」，而此地產銅且為隘口，遂以之為名，即現今銅門名稱的由來。行政劃分為秀林鄉銅門村，銅門村共 12 鄰分為兩個部落，第 1 鄰至第 6 鄰為榕樹部落，第 7 鄰至第 12 鄰為銅門部落，而知名景點「慕谷慕魚」生態廊道，因風景優美外界又以花蓮九寨溝稱之。然而，慕谷慕魚（Mukumugi）之名，其實從西部遷徙而來的太魯閣族八大家族之一，為家族名稱並非該地地名，屬於榕樹部落，正確地名則為清水溪流（Yayung Suyang，音譯為崖勇蘇漾[1]）。

1990 年 6 月間歐菲莉颱風侵襲發生土石流，土石流攜出 5 萬 5 千立方公尺的土沙埋沒約 3.7 公頃的土地，造成下游的銅門部落遭土石淹沒，造成房舍 24 間全毀、半毀 11 間、29 人死亡、6 人失蹤、多人受傷、68 人無家可歸。部分族人因而遷居於花蓮縣吉安鄉博愛特區。也因為親身經歷失去家園、親人的切身之痛，讓銅門部落族人更堅定的守護傳統領域土地與家園，深怕悲劇再次重演，這樣的決心也引發了一連串悍衛傳統領域的行動，例如 2011 年反劃定慕谷慕魚人文自然生態景觀區，2013 年木頭事件、2014 年封路鳴槍事件，也因鳴槍事件部落 9 位族人遭旅遊業者告發，被花蓮縣警察局吉安分局以違反槍砲、恐嚇、公共危險的罪移送花蓮地檢署偵辦，但銅門部落族人仍堅定的捍衛傳統領域，自 2010 年來不斷以部落會議決議方式，要求有關單位讓銅門自主管理清水溪流域，訴求自己的土地自己管，然而多年來的陳抗，迄今卻仍停留在公文往返階段。

本案爭議

一、以慕谷慕魚為名的美麗錯誤：

花蓮縣政府發展觀光產業的政策下，將擁有得天獨厚秀麗山水之清水溪流域規劃成為慕谷慕魚生態廊道，吸引大批遊客進入部落。慕谷慕魚（Mukumugi），為榕樹部落之家族，非銅門部落之族人，花蓮縣政府以非銅門部落之特定家族為名，旅遊業者甚至將清水溪流域形容為花蓮九寨溝，以大陸景點名稱消費清水溪流域美麗河谷，在地太魯閣族銅門部落文化遭到漠視與邊緣化，甚至公部門還以榕樹部落之意見決定銅門部落事務，為拿回銅門部落之詮釋權，銅門部落族於今年（2016）年 2 月 14 日召開部落會議決議，要求花蓮縣政府應依原住民族基本法第 11 條之規定依原住民族意願，回復原住民族部落及山川傳統名稱，將慕谷慕魚之名稱更正為清水溪流域，不待花蓮縣政府及秀林鄉公所正面回應，部落族人自行募捐製作清水溪流域各景點告示牌，公告清水溪過去歷史及故事敘述，讓入山民眾可以有機會了解道道地地的太魯閣族人文與歷史，屆此表達回復傳統山川之決心。

[1] Yayung Suyang，清澈的水，意謂清水溪是一條永遠清澈的河流，即便暴雨之後，河水仍然可以保持清澈永不混濁，族人也常借此勉勵自己。

二、劃定慕谷慕魚人文自然生態景觀區的嗎啡：

推展觀光產業一直為花蓮縣政府重點政策，而清水溪流域又是花蓮知本觀光景點，2006 年花蓮縣政府訂定「慕谷慕魚自然人文生態景觀區劃定審議委員會設置及作業要點」，隔年 2007 年交通部觀光局正式發佈「自然人文生態景觀區劃定作業要點」，確定了自然生態景觀區劃定審查作業。2010 年「慕谷慕魚自然人文生態景觀區」通過花蓮縣政府縣府審議委員會審查通過，為花蓮縣境內第一個審查通過的自然人文生態景觀區。然而自 2006 年規劃至 2010 年審查通過期間，從未予告知在地銅門部落族人，引發族人強烈不滿。2011 年 7 月 18 日花蓮縣政府辦理公聽會，也僅通知銅門村長及各協會理事長，銅門部落族人遲至公聽會當日一早才知悉自然人文生態景觀區即將進入部落，遂集結至公聽會現現場抗議，因屢次會議皆以臨時通知方式告知族人，致族人對於相關單位及團隊失去信任，並提出下列質疑：

1、計畫內容資訊不透明。

2、計畫草案草率擬定。

3、景觀區以慕谷慕魚為名，不尊重其他家族。

4、四年為一期的委託期間，部落主權喪失。

5、規劃過程未依原住民族基本法與部落諮商取得部落同意。

雖花蓮縣政府屢屢以創造就業機會為由鼓勵劃定慕谷慕魚自然人文生態景觀區，但族人質疑，依自然人文生態景觀區劃定審議委員會設置及作業要點之規定，劃定自然人文生態景觀區時，管理機關應先擬具自然人文生態景觀區劃定說明書，並依非都市土地變更編定執行要點之規定，報請相關機關表示見後，報請委員會審議。族人憂心劃設景觀區後，清水溪內原住民保留地可能遭花蓮政府變更編定，讓財團進入傳統領域開發，導致傳統領域流失，後代子孫流浪到異鄉。因此銅門部落族人發起連署、成立自救會，拒絕劃設自然人文景觀區，要求「我們的土地、由我們自己管理」[2]。

2012 年 8 月 12 日銅門部落族人召開部落會議決議拒絕劃定「慕谷慕魚自然人文生態景觀區」後，相關單位卻遲遲不予理會，不但漠視了部落會議議決，更在同年 11 月，秀林鄉公所突然入山開始測量族人山上工寮，並宣稱部落族人在山上使用的工寮全部是違建物將準備進行拆除，甚至以非在地的榕樹部落同意劃設自然人文生態景觀區之意見納入規劃意見中混淆視聽。

部落族人為守護家園，捍衛部落主權，屢屢發起陳抗活動，不斷向有關單位訴求：拒絕外人來管理部落，祖先給予的山林，必是後代子孫共同享有的權利，不該列為觀光資源而過度開發。然而，即便部落如此堅決反對，花蓮縣政府仍於去年（2015）繼續推行慕谷慕魚自然人文生態景觀區之政策，持續召開公聽會說服族人「觀光才是王道」，銅門部落自主管理的吶喊在花蓮高喊觀光第一的聲浪裏，顯得異常吃力。

三、傳統領域瀰漫戒嚴時期山地管制的遺毒：

1949 年中華民國政府來台，宣布同年 5 月 20 日台灣全島進入戒嚴時期，開啟了長達 38 年又 56 天戒嚴時期，1952 年台灣省政府頒佈「戒嚴時期外人進入山

[2] 參考苦勞網：http://www.coolloud.org.tw/node/71836

地管制辦法[3]」，明定外人進入山地管制區需申請入山許可證，1959 年臺灣警備總司令部再依據戒嚴法第 11 條規制定「台灣戒嚴時期山地管制辦法」，全文 40 條，該辦法第 2 條將當時宜蘭縣南澳鄉及大同鄉、台北縣烏來鄉、桃園縣復興鄉、新竹縣尖頭鄉及市五峰鄉、苗栗縣泰安鄉、臺中縣和平鄉、南投縣信義、仁愛鄉、嘉義縣吳鳳鄉（即現今阿里山鄉）、高雄縣三民、茂林、桃園鄉、屏東縣霧臺、三地門、瑪家、泰武、春日、來義、獅子、牡丹鄉、台東達仁、金峰、延平、海端、蘭嶼鄉、花蓮卓溪、萬榮及秀林鄉等 12 縣的原住民族地區全數劃為山地管制區，山地管制區之重要道路及山隘應由各縣警察局設置入山檢查哨，執行人員車輛、物資及危險物品之檢查管制。

1987 年 7 月解嚴之前，中華民國政府認為中共叛亂弭平之前，國家仍處於動員戡亂時期，與承平之社會不同，需採行必要之遏阻措施，**尤其是關於入出境、山地及海岸加以管制，**於 1987 年 7 月 1 日制定「動員戡亂時期國家安全法」、「動員戡亂時期國家安全施行細則」及「動員戡亂時期人民入出台灣地區山地管制區作業規定」，同時公告台灣 12 縣市 61 處為山地管制區 (29 處為山地經常管制區、32 處為山地特別管制區)，其中動員戡亂時期國家安全施行細則第 37 條則規定「**具山地山胞身分者，則查驗身分後才能入出山地管制區**」。1991 年終止動員戡亂時期，立法委員針對國家安全法之存廢早已存疑，但政府仍堅持於將上開法條之「動員戡亂時期」文字刪除後，改法條名稱為「國家安全法」、「國家安全施行細則」及「人民入出台灣地區山地管制區作業規定」，僅針對法條名稱之變更，條文內容則換湯不換藥，繼續沿用威權時期管制規定。《人民團體法》與《集會遊行法》、《國家安全法》併稱「國安三大惡法」，三大惡法延續了威權體制對人民集會、結社、行動自由的限制。

不幸的是，此一戒嚴遺毒管制仍於存在於清水溪流域，清水溪流域為山地經常管制區，入口處設有銅門檢查哨，族人進入清水溪流域傳統領域內土地耕作，進出皆須經銅門檢查哨查驗身分才會放行，甚至銅門派出所警員以他人檢舉為由到山上工寮附近巡邏甚至拍照或深夜臨檢，早以引發銅門族人不滿，多次召開部落會議，要求去撤除銅門檢查哨，將土地歸還銅門部落族人自主管理，惟不獲相關單位回應。去年（2015）太魯閣族人感恩祭期間，四位族人（包含銅門部落主席馬邵）上山狩獵後，於銅門檢查哨等待員警查驗身分開啟柵欄返家，卻遭警員違法盤查、搜索，族人遭銅門派出所以違反槍砲彈藥刀械管制條例及野生動物保育法規定，戴上手銬將太魯閣族人移送花蓮地檢署偵辦，引發近百位族人到花蓮縣警察局抗議「山地還在戒嚴、主人變成犯人」[4]，並要求撤除戒嚴時期遺毒，把傳統領域還給原住民族。

因山地經常管制區多位於原住民族地區，由媒體報導全國尚有 60 多個部落還設有戒嚴時期管制哨，其中，新竹縣五峰鄉桃山村泰雅族土場部落，歷經 2 年的陳情抗議，終於在去年（2015 年）8 月再次透過部落會議決議撤除檢查哨[5]，同年 10 月經內政部勘查後將檢查哨撤除，還給五峰部落進出的自由。反觀，銅門部落族人於去年（2015）年 7 月 18 日召開部落會議決議撤除檢查哨，部落會議決議由秀林鄉公所於同年 8 月間函警轉政署處理，惟至今能無下文，不久，即發生銅門檢查哨執勤警員於同年 10 月感恩祭期間爆發違法盤查族人爭議，銅門部落再次向警政署提出陳情書，要求撤除檢查哨，惟不獲正面回應，戒嚴時期檢查哨的遺毒

[3] 資料來源：政府公報資訊網（http://gaz.ncl.edu.tw/）

[4] 參照「捍衛獵人尊嚴」臉書：https://www.facebook.com/%E6%8D%8D%E8%A1%9B%E7%8D%B5%E4%BA%BA%E5%B0%8A%E5%9A%B4-1040059782711459/photos?ref=page_internal

[5] 參考原住民族電視台：https://www.youtube.com/watch?v=10OXO_QpwlE

漫溢在銅門部落的傳統領域裏，族人宛如還活在白色恐怖時期。

四、原住民保留地的糖衣下是無盡的等待：

清水溪流域土地屬於公有原住民族保留地，管理機關為原住民族委員會，銅門部落捍衛土地主權的行動，屢屢與地方開發勢力及旅遊業者衝突，清水溪流域內部分族人土地係日治時期祖先耕作所傳承，部落族人曾於 10 多年前依原住民保留地開發管理辦法申請耕作權（或第上權）並繳納 3000 元測量費，然至今多數族人的申請至今沒有下文。除了族人個人土地權利的爭取，部落更希望拿回傳統領域的自主管理權。因此，銅門部落於 2015 年 7 月 18 日再次召開部落會議決議請土地管理機關原住民族委員會依原住民保留地開發管理辦法之規定，將土地交給銅門部落管理經營，該決議經秀林鄉公所於同年 8 月將部落會議決議函轉原住民族委員會處理，嗣原住民族委員會同年 9 月再將函文轉交花蓮縣政府，花蓮縣政府又將會原民會之函文轉秀林鄉公所後即無下文。

雖有關單位相應不理，銅門部落不願放棄，為了展現自主管理清水流域的能力與決心，明文於銅門部落會議章程中規定落置「護溪隊」，由隊長負責部落清水溪流域生態保育及溪邊周遭環境維護，並廣邀部落族人自主的加入生態保育的行列，自發且義務性的不定時入山維護清水溪流域之環境，尤其在大批遊客進入清水溪流域後的清潔維護，銅門部落做到了公部門做不到的事。

自己的部落自己管，銅門部落族人不斷透過實際行動來捍衛傳統領域及保護家園，就如同清水溪流域的名字一樣，不管世界再怎麼狂風暴雨，溪水依舊清澈，銅門部落守護土地家園的決心，依舊堅定不變。

分析與試解

聯合國大會 1966 年 12 月 16 日通過，公民與政治權利國際公約 (International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR)及經濟社會文化權利國際公約 (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, ICESCR)，簡稱兩公約，與 1948 年通過之「世界人權宣言」共同被稱為「國際人權憲章」，為國際社會最重要的人權法典。我國立法院於 2009 年 3 月 31 日三讀通過兩公約施行法，於同年 12 月 10 日正式生效，從此兩公約在我國具有國內法效力，讓台灣與國家人權腳步接軌。兩公約第 1 條皆明白揭示人民自決權：「一、所有民族均享有自決權，根據此種權利，自由決定其政治地位並自由從事其經濟、社會與文化之發展。二、所有民族得為本身之目的，自由處置其天然財富及資源，但不得妨害因基於互惠原則之國際經濟合作及因國際法而生之任何義務。無論在何種情形下，民族之生計，不容剝奪。」；公民與政治權利國際公約第 27 條則規定「凡有種族、宗教或語言少數團體之國家，屬於少數團體之人，與團體中其他分子共同享有其固有文化、信奉躬行其固有宗教或使用其固有權利，不得剝奪之」。有學者指出，依據聯合國人權事務委員會第 23 號評論公約第 27 條的「文化權」，涵蓋所有與生活有關的一切慣習、模式、事務，包含土地權、自然資源權利的管理、以及傳統法律與規範的實踐。而原住民族在行使公約第 27 條之範圍內，享有公約所揭示之自

決權[6]。

一、政府應依銅門部落之意願回復清水溪流域傳統名稱：

依原住民族基本法第 11 條規定:「政府於原住民族地區,應依原住民族意願，回復原住民族部落及山川傳統名稱。」，其立法目的為基於尊重原住民族之自然主權，應恢復原住民族傳統部落與山川之名稱，尊重原住者地名之使用權，而原住民族居住區域之固有地理名稱，蘊含原住民族之集體記憶，惟現行標準地名多未採用，致阻礙原住民族傳統歷史文化之傳承，實有回復原住民族部落及山川傳統名稱，維護臺灣本土文化之需要。再依原住民族基本法第 30 條規定：「政府處理原住民族事務、制定法律或實施司法與行政救濟程序、公證、調解、仲裁或類似程序，**應尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化及價值觀，保障其合法權益**」，人民使用土地生產糧食、命名土地定位自然資源方位，土地命名的制度會因為一個族群對土地的認同與傳統的土地價值概念，建立他與土地的關係及對土地的態度。[7]。

花蓮縣政府雖以太魯閣族傳統族語名稱命名清水溪流域，卻誤將榕樹部落之慕谷慕魚家族套用位於銅門部落的清水溪流域地名，也導致兩個部落在決定清水溪流域管理上產生爭執，而常使得外界產生混淆，回復部落山川傳統名稱固為原住民族基本法上之權利，也當然屬於兩公約自決權之行使。然而，目前回復命名之作業程序,除了可依地方制度法第 6 條法定程序予以變更名稱:「省、直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市）、區及村（里）名稱，依原有之名稱。**前項名稱之變更，**依下列規定辦理之：一、省：由內政部報行政院核定。；二、直轄市：由直轄市政府提請直轄市議會通過，報行政院核定；三、縣（市）：由縣（市）政府提請縣（市）議會通過，由內政部轉報行政院核定。；**四、鄉（鎮、市）及村（里）：由鄉（鎮、市）公所提請鄉（鎮、市）民代表會通過，報縣政府核定**。五、直轄市、市之區、里：由各該市政府提請市議會通過後辦理。」，原住民族鄉鎮之高雄縣三民鄉，即透過部落會議決議，由鄉公所提請代表會通過，於 2007 年正名為高雄縣那瑪夏鄉（現改制為區[8]），然類此各地政府基於發展觀光需要所使用之名稱，則多屬各地政府行政行為，族人雖透過部落會議決議回復傳統山川名稱之意願，惟主管機關恐認為此會議決議僅係行政程序法第 168 條部落對行政興革之建議而已，尚非屬公法上的權利，如地方政府如不予理會，族人並無法透過訴訟加以救濟。但也因為花蓮縣政府、秀林鄉公所皆不願正式視清水溪名稱錯誤的問題，未來於推展清水溪流域觀光措施上，勢必無法取得再地銅門部落族人的認同。

二、人文自然景觀區的設置應依原住民族基本法諮商取得部落同意：

依原住民族基本法第 21 條規定:「政府或私人於原住民族土地或部落及其周邊一定範圍內之公有土地從事土地開發、資源利用、生態保育及學術研究，應諮商並取得原住民族或部落同意或參與，原住民得分享相關利益。」;再依發展觀光條例第 2 條規定:「所謂自然人文生態景觀區:指無法以人力再造之特殊天然景緻、

---

[6] 蔡志偉，原住民族財產權之發展：以美洲人權法院 Awas Tingni 案為初始的思考，臺灣民主季刊第 8 卷第 4 期。

[7] 童春發，原住民族傳統司法正義：以排灣族為例。第三屆原住民族傳統慣習與國家法制研討會。P.42

[8] 參照高雄市那瑪夏區公所網站：http://namasia.kcg.gov.tw/?zone=page2_01.php

應嚴格保護之自然動、植物生態環境及重要史前遺跡所呈現之特殊自然人文景觀，其範圍包括：**原住民保留地、山地管制區、**野生動物保護區、水產資源保育區、自然保留區、及國家公園內之史蹟保存區、特別景觀區、生態保護區等地區。」依發展觀光條例之規定，劃設人文自然景觀區的範圍，包然原住民族居住之原住民族保留地及山地管制區，其劃設之目的在於生態人文景觀之保育，許多風景優美、生態豐富的地區，皆係原住民居住之部落，不論是消費景觀或是保育景觀，政府長期忽略了在地族人的聲音與感受，粗暴的觀光發展模式，終究造成許多部落的困擾，甚至引發衝突，更可能改變了部落原本生活方式。

然而，花蓮縣政府於 2005 至 2010 年間長達 5 年規劃劃定慕谷慕於人文自然生態景觀區期間，雖曾依自然人文生態景觀區劃定作業要點第 6 點之規定[9]舉辦說明會，然卻僅知會民意代表及協會幹部，規劃期間皆未與銅門部落族人諮商並取得同意，已顯然違反原住民族基本法。就發展效益而言，在地族人是否支持，毋寧說是政策成功與否的關鍵，故自然人文生態景觀區的劃設，自應依原住民族基本法第 21 條之規定諮商並取得原住民族或部落同意或參與，並分享利益。同時依原住民族基本法第 22 之規定：「政府於原住民族地區劃設國家公園、國家級風景特定區、林業區、生態保育區、遊樂區及其他資源治理機關時，應徵得當地原住民族同意，並與原住民族建立共同管理機制」，如銅門部落同意自然人文生態保育區之劃設，政府則需依原住民族基本法第 22 條規定，與部落建立共管機制，但此所謂共管機制，則必須建立以部落為主體，而政府協助管理之管理機制。

三、廢除山地經常管制區及管制哨，落實轉型正義：

山地區管制帶有濃厚的威權時代歷史背景，從 1952 年「戒嚴時期外人進入山地管制辦法[10]」、1959 年「台灣戒嚴時期山地管制辦法」、1987 年「動員戡亂時期國家安全法」、「動員戡亂時期國家安全施行細則」及「動員戡亂時期人民入出台灣地區山地管制區作業規定」、到 1992 年因終止動員戡亂時期，政府修正法條名稱為「國家安全法」、「國家安全施行細則」及「人民入出台灣地區山地管制區作業規定」，但整套法令換湯不換藥，管制與動員戡亂時期相同。姑且不論其威權時代之背景因素，以解嚴後以民主法治國自稱的臺灣，對於人民基本權利與自由的限制，當以法律定之，以符合憲法上法律保留之原則。現行以國家安全法施行細則及人民入出台灣地區山地管制區作業規定限制人民自由，恐怕已有違憲之爭議。

依國家安全法第 5 條之規定：「為確保海防及軍事設施安全，並維護山地治安，得由國防部會同內政部指定海岸、山地或重要軍事設施地區，劃為管制區，並公告之。人民入出前項管制區，應向該管機關申請許可。」，同法第 10 條則規定：「本法施行細則及施行日期，由行政院定之。」之後由行政院制定了國家安全法施行細則，施行細則第 48 條則再規定：「本細則所定事項之作業規定及書表格式，由中央主管機關定之。」，國防部再依此規定制定「人民入出臺灣地區山地管制區作業規定」，以行政命令及行政規則制定下列各項管制措施：

---

[9] 自然人文生態景觀區劃定作業要點第 6 點規定：「該管主管機關於自然人文生態景寬區劃定說明書擬定後，應舉辦公開說明會，相關反映意見並應納入劃定說明書妥處辦法」

[10] 資料來源：政府公報資訊網（http://gaz.ncl.edu.tw/）

國家安全法細則第 30 條將山地管制區分為二種：

（一）山地經常管制區：為維護山地治安，經常實施管制之地區。

（二）山地特定管制區：具有遊憩資源得提供人民從事觀光、旅遊及其他正當娛樂活動，基於維護山地治安有必要實施管制之地區。

前項管制區設置檢查所，由警察機關執行檢查、管制任務。

檢查所勤務分固定檢查與流動檢查，固定檢查二十四小時執行，流動檢查視需要機動派遣，受該管分駐（派出）所指揮監督，執行入出山地管制區人員、車輛及物品之檢查與管制（人民入出臺灣地區山地管制區作業規定第 5 條）。

人民入出山地管制區，具有原住民身分者，得憑身分證明文件經查驗後入出（國家安全施行細則第 32 條則規定）。

一般人民進入山地經常管制區需申請許可，而入山之事由則限制如下（人民入出臺灣地區山地管制區作業規定第 8 條）：

（一）學校教職員、學生或研究機構研究人員，因學術研究需要者。

（二）公民營事業機構員工，因業務需要者。

（三）人民團體或人民因辦理救濟、文化、傳教、醫療、衛生等事務者。

（四）依法設立登記有案之工礦、農林、運輸業者之員工，其業務或工作係在山地經常管 制區內者。

（五）從事登山健行活動者。

（六）人民入山探訪親友或參加婚喪喜慶，經查證屬實者。

（七）其他具有正當理由，經查證屬實者。

清水溪流域遭國防部劃設為山地經常管制區，為執行上開管制措施，銅門派出所於清水溪流域入口處設有銅門檢查哨，族人進出清水溪流域內之耕地或工寮，皆需經員警查驗身分後進出，而一般民眾皆需申請警政署核發入山許可。人身自由權為憲法第 8 條所保障的基本權利，如要限制人民的人身自由權，則需以法律定之，如法律本身未加規定，而由施行細則逕行訂定者，即屬違憲（大法官釋字第 474 號解釋參照），國家安全法施行細則限制了人民的進出山林自由，再由施行細節委任主管機關制定人民進入山地經常管制區作業規定，似已違反受委任者不得再委任之原則（Delegata potestas non postest delegari），即禁止一切沒有法律直接委任之依據，而從事再委任之行為，由法律委任發佈之命令，自不得再委任訂定其他命令[11]，否則，將違反法律保留之原則。

銅門部落除了面臨外部強力推展觀光及旅遊業者的壓力外，同時面臨戒嚴時期山地管制哨之管制威脅，入山管制美其名為維持山地治安管制外人進出，實則同時管制在地族人之行動自由。依人民入出臺灣地區山地管制區作業規定，檢查哨可檢查入出管制區之人員、車輛及物品，此一管制措施，不幸發生了去年（2015）感恩祭期間員警於檢查哨違法盤查部落會議主席馬邵等四人之爭議。

依大法官會議第 535 號解釋意旨：「警察勤務條例第十一條第三款，臨檢自屬警察執行勤務方式之一種。臨檢實施之手段：檢查、路檢、取締或盤查等不問其名稱為何，均屬對人或物之查驗、干預，影響人民行動自由、財產權及隱私權

[11] 吳庚，行政法之理論與實用（11 版），P.109-110。

等甚鉅，應恪遵法治國家警察執勤之原則...**上開條例有關臨檢之規定，並無授權警察人員得不顧時間、地點及對象任意臨檢、取締或隨機檢查、盤查之立法本意。除法律另有規定外，警察人員執行場所之臨檢勤務，應限於已發生危害或依客觀、合理判斷易生危害之處所、交通工具或公共場所為之...**」。四位族人於 2015 年 10 月 5 日上午 7 時於太魯閣族感恩祭期間狩獵後，於銅門檢查哨等待員警查驗身分後放行返家，卻遭值班之副所長任意盤查，該路段並非**已發生危害或依客觀、合理判斷易生危害之處所、交通工具或公共場所**，依上開大法官會議解釋，該路段並非得以啟動檢查、盤查之路段。然而，依人民入出臺灣地區山地管制區作業規定第 5 條，卻賦予警察機關設置檢查所執行勤務，分固定檢查與流動檢查，固定檢查二十四小時執行，流動檢查視需要機動派遣，受該管分駐（派出）所指揮監督，可以任意的執行入出山地管制區人員、車輛及物品之檢查與管制，以行政規則限制人民基本自由權，非法治國國家所能允許，過去檢查哨係管制外人進入山地管制區，演變至今，卻讓族人活在白色恐怖的陰影裏，隨時擔心警察人員盤查，儼然生活在警察權國家。

轉型正義（Transitional Justice）蔚為國際潮流，係民主國家對過去政府違法和不正義行為的彌補，在台灣除了 228 事件外，原住民族所受的侵害，不論是文化、土地與自由，政府卻未能通盤檢討積極處理，讓族人只能透過一次次抗爭與陳情來救濟，但此並非民主國家之應然。對於過去國家法令對原住民族人權之管制與侵害法令，政府應儘速進行總體檢，故且不論國家安全法及相關管制限制了人民進出山林及傳統領域的自由，已有違憲之爭議，不應再讓威權體制之餘孽繼續籠罩原住民族傳統領域，因此，除了通盤檢討法令之存廢外，首要之事，應將戒嚴時期的山地管制哨全面廢除，還給族人行動的自由。否則，銅門部落傳統領域在國家安全法的威權嵌制下，自主管理之路恐怕會原地踏步。

四、重新檢視原住民保留地法令及審查流程：

在台灣歷史中，舊稱「山地保留地」的「原住民保留地」，其劃編可溯及清朝統治台灣後所謂「土牛線」或「紅牛線」之設，以隔離「番人」與漢人，避免衝突。至日本時代，則以劃編所謂「村置林野」及「準要存置林野」，延續「漢番分置」的政策[12]。其劃設的目的，一方面限制平地人進入原住民保留地，以免侵擾原住民族生活；另一方面則阻絕原住民的擴散流動，以方便管理。惟實際上日本殖民政府劃設「保留地」之實際用意，在於嵌制原住民，用以掠奪保留地以外之山地資源。臺灣政府在原住民保留地的劃設範圍上，多沿用日據時期所劃定的界線，而劃設保留地之目的，轉而以便利山地行政及照顧原住民族生計為主軸，將原日據時代的「準要存置林野」，定名為「山地保留地」，專供作為原住民族生計推行山地行政之用，面積約有 25 萬公頃。

我國原住民族如同美國、加拿大、澳洲、澳洲、菲律賓等國內遭殖民主義征服之原住民一樣，其於殖民主義入侵前所擁有的土地等天然資源，在殖民主義進入該國之後，即遭受統治者部分或全部的剝奪。此種土地遭剝奪之狀況不一定是透過直接面對面的武力剝奪，更多是存在於「征服即擁有無主之地」的國際法則。

[12] 陳竹上，當部落與國家相遇：我國行政法院關於原住民保留地爭議之判決分析，P.106（第二屆傳統慣習與國家法制研討會）。

因為原住民之傳統對於土地管領力並不一定是以個人所有的方式展現，其過去游耕、狩獵的生活型態，更不是以在每塊土地上均有高度開發行為之方式來彰顯其對土地的管領狀態，在這樣的前提下，世界各國原住民土地在新政權建立後，均被當成無主地（terra nullius）來處理。再輔以中央集權的民主國家產生後，土地登記制度的開展便讓這些無主地變成後的國有地。而所謂的原住民保留地，簡單而言，就是政府先將原住民土地收歸國有後，再基於保障原住民生計、推行原住民行政之目的（原住民保留地開發管理辦法第 3 條），而劃出約 25 萬公頃土地保留予原住民經政府核可後使用[13]。

現行原住民保留地之法源依據係依山坡地保育條例第 37 條之規定：「山坡地範圍內山地保留地，輔導原住民開發並取的耕作權、地上權或承租權。其耕作權、地上權繼續經營滿五年者，無償取得土地所有權，除政府指定之特定用途外，如有移轉，已原住民為限；其開發管理辦法，由行政院定之」，行政院依山坡地保育條例之授權於 1990 年制定「山胞保留地開發管理辦法」，1955 年則更名為「原住民保留地開發管理辦法」（下稱管理辦法）。該辦法以行政命令規範或限制原住民取得土地之面積、收回、改配等權利，已涉及人民其他自由權利之限制者，應由法律加以規定，如法律授權行政機關以命令補充時，應符合授權明確性，然山坡地保育條例 37 條僅規定其開發管理辦法，由行政院定之，有違授權明確性之法律保留原則（依大法官會議第 443 號解釋理由書參照）。

銅門部落傳統領域內清水溪流域周邊土地為原住民保留地，管理機關為原住民族委員會，所有權人則為中華民國。傳統領域內部分土地為太魯閣族祖先所傳承之耕作地，現由銅門部落族人繼續耕作迄今，依原住民保留地開發管理辦法第 6 條規定，原住民族保留地之分配等事項，係由原住民保留地之鄉（鎮、市、區）公所設置之原住民族保留地土地權利審查委員會審理[14]；在依鄉鎮市區原住民保留地土地權利審查委員會設置要點第 3 點之規定[15]，土地權利審查委員會置主任委員一人，由鄉（鎮、市、區）長兼任；主管機關原住民族委員會為了便利原住民保留地之移轉及登記，於 2002 年間頒佈了「原住民保留地各種用地申請案授權事項及申請作業須知」，將原住民保留地的移轉及登記，授權予鄉公所或縣政府核定。

---

[13] 許萃華，原住民基本法之司法實踐-原住民族土地權為中心，P.24-25（新興法學問題研討會）。

[14] 原住民保留地開發管理辦法第 6 條：「原住民保留地所在之鄉（鎮、市、區）公所應設原住民保留地土地權利審查委員會，掌理下列事項：一、原住民保留地土地權利糾紛之調查及調處事項。二、原住民保留地土地分配、收回、所有權移轉、無償使用或機關學校使用申請案件之審查事項。三、原住民保留地改配土地補償之協議事項。四、申請租用原住民保留地之審查事項。」

[15] 鄉鎮市區原住民保留地土地權利審查委員會設置要點第 3 點之規定：「土地權利審查委員會置主任委員一人，由鄉（鎮、市、區）長兼任；委員八人至十人，由鄉（鎮、市、區）公所就鄉（鎮、市、區）公所轄內之公正人士或原住民社區推舉熟諳法令之熱心公益人士聘兼之。前項人員應有五分之四為原住民，聘期與鄉（鎮、市、區）長任期同，人員之聘兼並應報直轄市、縣（市）政府備查。」

銅門部落族人曾於十多年前依原住民保留地開發管理辦法第 8 條之規定，向秀林鄉公所申請設定耕作權，多數土地歷經 10 年審理迄今無下文。依開發管理辦法之規定，申請設定耕作權需經過鄉公所土地權利審查委員會審理，而土地權利審委員會又由鄉長擔任主任委員；再依原住民保留地各種用地申請案授權事項及申請作業須知第 12 點，將原住民保留地土地分配、改配等事項之權限，授權由鄉公所核定。此審查及授權程序，立意係為了行政便利與效率，但未考量利益迴避之問題，如遇地方鄉公所對外觀光開發政策與族人守護土地理念相衝突時，則可能遭行政權濫用，不論是拖延審查案件，甚至可能直接駁回原住民族之申請，讓原本立意良善之原住民保留地權利賦予制度，輪為政治角力或酬庸的手段。銅門族人於十多年前向鄉公所申請設定耕作權或地上權卻遭擱置，2012 年銅門部落召開部落會議決議不同意劃設人文自然生態景觀區時，秀林鄉公所卻協同警察進入族人之耕地上測量工寮，告知族人工寮係違建即將拆除，地方鄉公所在原住民保留地上的開發與原住民族土地權利的分配上，實有利害衝突之疑慮，甚至球員兼裁判，不利於原住民土地權利之保障。

除了審查程序之瑕疵外，實際上依管理辦法第 23 條規定：「政府因公共造產或指定之特定用途需用公有原住民保留地時，得由需地機關擬訂用地計畫，申請該管鄉（鎮、市、區）公所提經原住民保留地土地權利審查委員會擬具審查意見並報請上級主管機關核定後，辦理撥用。」，因此，地方鄉公所甚至得申請撥用公有原住民保留地作為公共造產或特定用途，該公有原住民保留地撥用之規定，並未將族人申請耕作權或地上權之爭議土地排除，如兩者發生衝突時，犧牲的必然是原住民土地上的權利。

因自主管理清水溪流域遭到地方行政機關漠視，銅門部落前改依原住民保留地開發管理辦法第 24 條第 2 項規定[16]，欲向原住民族委員會申請興辦文化事業，希望透過該條文的設計，讓部落可以拿回管理權。但不幸的是仍須經過鄉公所提經土地審查審查委員會審查通過，再曾報中央主管機關核准，又依原住民保留地各種用地申請案授權事項及申請須知第 7 點之規定，十公頃以下者，由縣市政府核定。如此審查及授權之規定，亦容易產生開發利益與部落集體權益相衝突之疑慮，實應規範相關迴避條款，抑或遇爭議案件，則直接由原住民族委員會審理及核定之例外條款，以避免地方球員兼裁判而侵害原住民族土地權益。

[16]**原住民保留地開發管理辦法第 24 條：**「為促進原住民保留地礦業、土石、觀光遊憩、加油站、農產品集貨場倉儲設施之興建、工業資源之開發、原住民文化保存或社會福利事業之興辦，在不妨礙國土保安、環境資源保育、原住民生計及原住民行政之原則下，優先輔導原住民開發或興辦。原住民為前項開發或興辦，申請租用原住民保留地時，應檢具開發或興辦計畫圖說，申請該管鄉（鎮、市、區）公所提經原住民保留地土地權利審查委員會審查通過，層報中央主管機關核准，並俟取得目的事業主管機關核准開發或興辦文件後，租用原住民保留地；每一租期不得超過九年，期滿後得依原規定程序申請續租。

」

勉 之

面對重重困難，銅門部落一直不放棄，在守護土地及家園的行動上展現過人的毅力，自主管理路漫長，但至少已經在路上了，而這樣的堅持應該被看見。

財團法人法律扶助基金會
Legal Aid Foundation

清水溪流域的美麗與哀愁
銅門部落的自主管理之路

法律扶助基金會台東分會　陳采邑 律師

財團法人法律扶助基金會
Legal Aid Foundation

曾經遭毀菲莉颱風重創

財團法人法律扶助基金會
Legal Aid Foundation

捍衛傳統領域

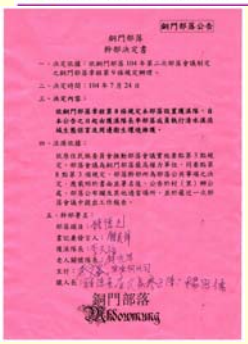
財團法人法律扶助基金會
Legal Aid Foundation

捍衛土地與家園

臉書：守護家園山林 拒絕觀光霸凌

財團法人法律扶助基金會
Legal Aid Foundation

自主管理



財團法人法律扶助基金會
Legal Aid Foundation

清水溪流域(Yayung Suyang)？
慕谷慕魚（Mukumugi）？

依原住民族基本法第11條規定：「政府於原住民族地區，應依原住民族意願，回復原住民族部落及山川傳統名稱。」

劃定慕谷慕魚人文自然生態景觀區的嗎啡

財團法人法律扶助基金會 Legal Aid Foundation

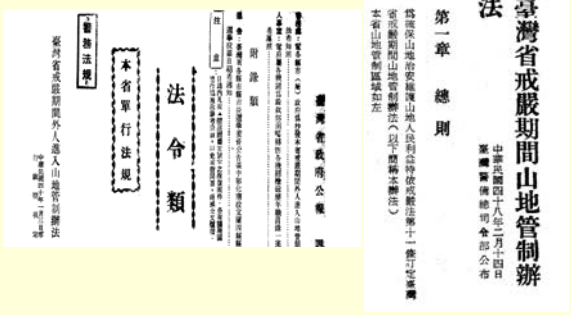
- 2006年花蓮縣政府訂定「慕谷慕魚自然人文生態景觀區劃定審議委員會設置及作業要點」
- 2007年交通部觀光局正式發佈「自然人文生態景觀區劃定作業要點」，確定了自然生態景觀區劃定審查作業。
- 2010年「慕谷慕魚自然人文生態景觀區」通過花蓮縣政府縣府審議委員會審查通過，為花蓮縣境內第一個審查通過的自然人文生態景觀區。

財團法人法律扶助基金會 Legal Aid Foundation

傳統領域瀰漫戒嚴時期山地管制的遺毒

- 1952年台灣省政府頒佈「戒嚴時期外人進入山地管制辦法」
- 1959年臺灣警備總司令部再依據戒嚴法第11條規制定「台灣戒嚴時期山地管制辦法」
- 1987年7月1日制定「動員戡亂時期國家安全法」、「動員戡亂時期國家安全施行細則」及「動員戡亂時期人民入出台灣地區山地管制區作業規定」
- 1991年終止動員戡亂時期，「動員戡亂時期」文字刪除後，改法條名稱為「國家安全法」、「國家安全施行細則」及「人民入出台灣地區山地管制區作業規定」

山地還在戒嚴



臺灣省戒嚴期間山地管制辦法

財團法人法律扶助基金會 Legal Aid Foundation

感恩祭期間，員警在銅門管制哨盤查逮捕四名族人..

原保地的漫長等待

財團法人法律扶助基金會 Legal Aid Foundation

- **原住民保留地開發管理辦法第6條規定**，原住民族保留地之分配等事項，**係由原住民保留地之鄉（鎮、市、區）公所設置之原住民族保留地土地權利審查委員會審理；**
- **在依鄉鎮市區原住民保留地土地權利審查委員會設置要點第3點之規定**，土地權利審查委員會置主任委員一人，由鄉（鎮、市、區）長兼任；
- 原住民族委員會為了便利原住民保留地之移轉及登記，於2002年間頒佈了「原住民保留地各種用地申請案授權事項及申請作業須知」，將原住民保留地的移轉及登記，授權予鄉公所或縣政府核定…

原住民治理原保地的夢

財團法人法律扶助基金會 Legal Aid Foundation

- **原住民保留地開發管理辦法第 24 條：**「為促進原住民保留地礦業、土石、觀光遊憩、加油站、農產品集貨場倉儲設施之興建、工業資源之開發、原住民文化保存或社會福利事業之興辦，在不妨礙國土保安、環境資源保育、原住民生計及原住民行政之原則下，優先輔導原住民開發或興辦。

財團法人法律扶助基金會
Legal Aid Foundation

如果上法庭是回家必經之路，那就義無反顧的走..

財團法人法律扶助基金會
Legal Aid Foundation

結 語

- 一個國家的人如何對待原住民，顯示出來的乃是他的文明高下程度。

-----摘錄 南方朔2002「讓台灣原住民有自己的國」

通往原住民族傳統領域之路徑：從加拿大最高法院 Tsilhqot'in 案出發

林三元[1]

臺灣臺中地方法院法官

摘要

土地是延續原住民族命脈的基礎，而傳統領域（Aboriginal tile）的範圍，不僅是原住民族重要生計活動空間，更是傳承民族文化的根本。原住民族在其傳統領域進行各項活動，除了得以維繫族群命脈之外，更展現了原住民與大自然的互動關係，進而形成原住民文化的重要內涵。但是，隨著新移民挾帶強大的經濟與文化力量，逐步滲入原住民傳統領域，伴隨而來的是原住民族生命力之萎縮。換言之，從 18 世紀以來的移民活動，不斷擴展的資本主義資源掠奪以及文化打壓，使得原住民族面臨重大的困境，而其中最根本的問題，乃在於原住民族失去其傳統領域。

加拿大最高法院（Supreme Court of Canada, SCC）於 2014 年 6 月 26 日，在 *Tsilhqot'in Nation v British Columbia* 一案，做出具有時代意義的重要判決，其中除了肯認原住民對土地的管理權之外，更進一步宣示原住民傳統領域的存在。加拿大最高法院在該案所表示的意見，引起廣泛的討論，因為「尊重原住民傳統」與「開發土地資源」的利益權衡，正在天平的兩端擺盪。

我國原住民族委員會為因應未來傳統領域劃設作業，委託學者進行「原住民族傳統領域土地調查」計畫，並陸續公開調查成果，未來亦計畫建置相關圖資查詢系統。此種由官方進行的調查報告，雖具有相當之意義與價值，然而，在相關法律制度無法配合修正之情形下，對原住民族而言，再多的調查報告也只是「望梅止渴」而已！

從實踐的層面而言，加拿大原住民如何透過司法訴訟程序取回傳統領域？加拿大最高法院為何肯認原住民傳統領域之存在？均有可供我國借鏡之處。當然，不同的文化背景有其相異的社會脈絡，無論加拿大最高法院判決如何值得參考，吾人仍應從我國原住民傳統習俗文化的觀點思考，進一步發展出屬於本土的傳統領域判斷標準。因此，本文將藉由加拿大最高法院 *Tsilhqot'in* 案件之判決分析，嘗試提出可供我國關於原住民族傳統領域爭議之思考觀點。

[1]交通大學科技法律學院、中興大學法律學系兼任助理教授

本文認為，傳統領域乃原住民族生存發展之根本，基於尊重原住民族主體性之觀點，確定傳統領域範圍，係為保障原住民族合法權益的憲法價值。在國家法制無法全面配合修正之前，司法機關如能從憲法層次思考此一議題，展現尊重多元文化的立場，或許是一條通往原住民傳統領域之可能路徑！

關鍵字：傳統領域、Tsilhqot’in、原住民、原住民族、加拿大最高法院

壹、前言：

殖民主義自 15 世紀開始盛行於歐洲各國。至於為何出現殖民主義，發展成為究帝國主義，學者不外乎經由政治、經濟、社會結構及文化等幾個角度，討論其原因。其中最容易解釋歐洲出現殖民主義之原因，乃因工業革命加速資本累積，歐洲各國經濟活動日趨熱絡之後，面臨社會轉型的壓力，某些國家即開始向外擴張，除了藉此取得特殊經濟作物或商品（例如白銀、香料及絲綢）之外，更進一步將機器所取代之剩餘人力，積極在海外建立殖民地，甚至直接在海外設立準政府（Quasi-government）機構，英國在印度設立之東印度公司即是最好的例子。由此可見，經濟發達是近代殖民主義出現的共同特徵[2]！

崛起之歐洲經濟強權，為了在域外確保其市場及原料，透過政治手段及對當地文化壓抑之方式進行殖民統治，而其中蘊含的「白種人負擔」（Whiteman's burden）的文化優越思維，迫使殖民地之原住民族遭遇空前的劫難。加拿大最高法院院長 Beverley McLachlin 於 2015 年 5 月 28 日的一場演講，即曾公開表示，加拿大政府透過實施「印地安住宿學校」（Indian residential schools）之方式，將原住民兒童帶離原生家庭，企圖消滅原住民族語言及文化，對加拿大原住民族而言，加拿大政府所犯下的錯誤，猶如「文化屠殺」（cultural genocide）[3]。

殖民政府的強制入侵，除了對當地原住民族文化造成衝擊之外，更掠奪了原住民族賴以為生的土地！而土地是延續原住民族命脈的基礎，傳統領域（Aboriginal tile）的範圍，不僅是原住民族賴以為生的活動空間，更是傳承民族文化的根本。原住民族在其傳統領域進行各項活動，除了得以維繫族群命脈之外，更展現了原住民與大自然的互動關係，進而形成原住民文化的重要內涵。但是，隨著新移民挾帶強大的經濟與文化力量，逐步滲入原住民傳統領域，伴隨而來的是原住民族生命力的萎縮。換言之，從 18 世紀以來的移民活動，不斷擴展的資本主義資源掠奪以及文化打壓，使得原住民族面臨重大的困境，而其中最根本的問題，乃在於原住民族失去其傳統領域。

時至今日，世界各國的原住民族雖極力爭取回復其傳統領域。但因其中涉及複雜的政治、經濟關係，始終難以找到妥適的處理方式。加拿大最高法院於 2014 年 6 月 26 日，在 *Tsilhqot'in Nation v British Columbia*[4]一案，做出具有時代意義的重要判決，此判決是加拿大法院，首次表示原住民保留地以外之範圍，亦屬原住民傳統領域。其中除了肯認原住民對土地的管理權之外，更進一步宣示原住民傳統領域的存在。從實踐的層面而言，加拿大原住民如何透過司法訴訟程序取回傳

[2]周惠民，殖民主義與民族主義之互動──以愛爾蘭、朝鮮半島及台灣地區爲基礎之比較，國立政治大學歷史學報，11 期，頁 189-190（1994 年 1 月）。

[3]該次演講內容之全文請參閱：Beverley McLachlin, Reconciling Unity and Diversity in the Modern Era: Tolerance and Intolerance, at: http://aptn.ca/news/2015/05/29/canadas-top-judge-says-country-committed-cultural-genocide-indigenous-peoples/ (最後點閱日期：2016 年 3 月 21 日)。

[4]Tsilhqot'in Nation v British Columbia, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R.256.

統領域？加拿大最高法院為何肯認原住民傳統領域之存在？均有可供我國借鏡之處。

因此，本文將藉由加拿大最高法院 Tsilhqot'in 案件之判決分析，嘗試提出可供我國關於原住民族傳統領域爭議之思考觀點。本文認為，傳統領域乃原住民族生存發展之根本，基於尊重原住民族主體性之觀點，應肯認原住民族對於傳統領域之管理權，係與國家法制立於平行的地位，在此議題上，國家主權理應退讓；再者，確定傳統領域範圍，係為保障原住民族合法權益的憲法價值，在國家法制無法全面配合修正之前，司法機關如能從憲法層次思考此一議題，展現尊重多元文化的立場，或許是一條通往原住民傳統領域之可能路徑！

貳、故事的脈絡

關於加拿大原住民族如何失去對傳統領域的自主掌控權，可以從歐洲殖民的歷史中耙梳其脈絡。但從法律的觀點而言，歐洲殖民者，如何「正當化」其等佔領原住民土地，乃殖民者無可迴避的問題。此外，原住民如何回復失去的領域，曾經努力嘗試的路徑有哪些？都是值得探討的問題。

以下將先論述殖民者如何以法律工具佔領原住民土地，再以 Tsilhqot'in 案為例，敘述原住民努力回復傳統領域的歷程。

一、殖民者的說法

歐洲殖民者遠渡重洋到達美洲大陸之後，為了佔領原住民土地，必須取得其正當性之論述，而「不平等條約」及「無主地理論」、「發現理論」，係殖民者佔領原住民土地的重要法律工具。但從另一個角度觀察，原住民就成為歐洲殖民者「合法取得土地」的受害者了[5]！

首先，在不平等條約方面，1763 年「巴黎條約」（Treaty of Paris, 1763）為英國殖民者在北美取得統治地位，提供了法律基礎。1763 的巴黎條約，結束了法國、西班牙與英國之間的七年戰爭。依據該條約的內容，法國放棄在北美地區的領地，對英國而言，此條約的簽訂，可以有效終止英國在北美地區殖民地，可能遭受的任何外國軍事威脅[6]。而英國國王喬治三世也隨即在 1763 年頒佈「皇家宣言」（Royal Proclamation, 1763），此宣言為歐洲殖民者，得以在北美原住民領域內屯墾，提出了相關準則，而更重要的是，依據該宣言，喬治三世可以取得北美土地的所有權。然言，皇家宣言亦強調，原住民傳統領域仍可繼續存在，除非因為條約而放棄（ceded by treaty）[7]。由此可見，英國皇室雖係透過簽訂條約的方式取得原住民土地，但其等簽訂之條約是否合理、公平，才是真正的問題所在。

---

[5]梁崇民，加拿大對於少數人權之保障──原住民土地權個案分析，收錄在施正鋒、謝若蘭編，加拿大原住民族的土地權實踐，頁 57、60（2008 年 10 月）。

[6]關於 1763 年巴黎條約之內容及敘述，請參見：United States Department of State, Office of the Historian, Treaty of Paris, 1763, at: https://history.state.gov/milestones/1750-1775/treaty-of-paris(最後點閱日期：2016 年 3 月 23 日)。

[7]*See*: Borrows, John. *Wampum at Niagara: The Royal Proclamation, Canadian Legal History, and Self-Government.* Collected in ABORIGINAL AND TREATY RIGHTS IN CANADA: ESSAYS ON LAW, EQUALITY, AND RESPECT FOR DIFFERENCE., edited byMichael Asch, 155-172 (1998).

我們可以想見，當時北美原住民對英國法律的理解及認知，必然與英國王室之間存在重大的鴻溝。因此，原住民在不瞭解條約內容所建立的權利義務的情形下，形成了「自願放棄自我主權而臣服於英國殖民主權」的錯誤理解，也就不令人意外了[8]。

其次，在「發現理論」與「無主地原則」部分，可以透過 1823 年 *Johnson v. M'intosh*[9]一案加以說明。本案原告 Johnson 於 1775 年由印地安人 Piankeshaw 處受讓取得一筆土地，Johnson 表示其擁有土地之所有權。而被告 M'intosh 則抗辯稱，其係在 1818 年從美國政府受讓取得同一筆土地，當然取得該筆土地的所有權。伊利諾州地方法院判決認為土地所有權應歸被告 M'intosh 所有，原告不服提起上訴，最後美國最高法院仍維持一審之判決，認為土地所有權歸被告所有。而美國最高法院大法官 John Marshall 在本案即認為，美國政府對轉讓給被告 M'intosh 之系爭土地擁有排他權利（exclusive right），且印地安人 Piankeshaw 只是占有（occupancy）該筆土地，其轉讓給原告之後，原告當然無法取得土地所有權。大法官 John Marshall 在該案中提出之法律意見書即認為，美國政府對於土地的絕對權利，來自於英國政府，而英國政府的絕對權利來自於「發現理論」，亦即，「文明」國家（英國）對其所「發現」的「無主地」擁有排他的權利。由此可見，「發現理論」與「無主地原則」都是殖民國家用以遂行其殖民政策之工具，顯見其忽略原住民早已在傳統領域生活之事實，其不合理之處，無庸贅言。

二、Tsilhqot'in 的悲歌

依據加拿大 1982 年憲政法案之規定，加拿大原住民族包含 Indian、Inuit 以及 Métis[10]。其中不屬於 Inuit 及 Métis 之原住民族又稱為「First Nation」（第一民族），組成了「Assembly of First Nations」（第一民族議會），目前共有 634 個認可的組織，約有半數均位在安大略省及英屬哥倫比亞省[11]，而 Tsilhqot'in 即係位於英屬哥倫比亞省的第一民族。應加以說明的是，因為 Indian 一詞可能帶有歧視的意味，1970 年之後，逐漸以「First Nation」取代之，但是 First Nation 一詞並無法律上的定義[12]。

Tsilhqot'in 部落位於英屬哥倫比亞省，是以狩獵與漁獲為生的半游牧民族（semi-nomadic）。1860 年代的淘金熱潮，許多歐洲人來到英屬哥倫比亞省，而為了進入金礦礦區，當時一位政治人物，同時也是作家、商人及鐵路建造者 Alfred

[8]蔡志偉，加拿大法制中的原住民族土地權格，收錄在施正鋒、謝若蘭編，加拿大原住民族的土地權實踐，頁 103-104（2008 年 10 月）

[9]21 U.S. 543, 5 L. Ed. 681, 1823 .S. 8 Wheat. 543

[10]原文內容如下：In this Act, “aboriginal peoples of Canada” includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada. 請參見：http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/CONST/page-16.html#h-52（最後點閱日期：2016 年 3 月 23 日）。

[11]*See*: Description of AFN (Assembly of First Nation), at: http://www.afn.ca/en/about-afn/description-of-the-afn (last visited, Mar. 23 2016).

[12]*See*: Indigenous and Northern Affairs Canada, at:http://www.aadnc-aandc.gc.ca/eng/1100100013791/1100100013795 (last visited, Mar. 23, 2016)

Waddington，倡議開設一條通過 Tsilhqot'in 領域到達礦區的道路[13]。1862 年，英屬哥倫比亞地區的許多原住民部落，爆發天花流行病，就在同一年，Waddington 開始遊說各方，希望可以闢建一條穿越 Tsilhqot'in 領域，足供馬車通行的道路，後來經過當時土地及勞工委員會的同意而開始建造。修建道路工程進行到 1864 年時，進入 Tsilhqot'in 之領域，但是當時並未取得部落的同意，雙方產生了敵對的立場，其中一名修築工人威脅 Tsilhqot'in 如果不同意修建道路，可能爆發另一次天花流行病。嗣後雙方又發生更多的對立事件，Tsilhqot'in 並在自己的領域內畫出界線，不准道路通過部落土地。1864 年 4 月，在 Tsilhqot'in 的領袖 Klatsassin 的帶領之下發動戰爭，除了造成 19 名工人死亡外，也將非原住民者，趕離 Tsilhqot'in 之領域。這是在英屬哥倫比亞歷史上，唯一一次原住民能夠短暫成功地，將非原住民趕離他們的領域[14]。

1864 年 8 月，Klatsassin 與其他 Tsilhqot'in 的戰士一起進入歐洲移民者營地，隨後即被逮捕及受審，從 Tsilhqot'in 族人強調 Klatsassin 並未投降，而是前去參加和平會議，應該享有類似「外交豁免」（diplomatic immunity）的權利。但 Klatsassin 及其族人仍被判決有罪，並於 1864 年 10 月 26 日執行死刑。Klatsassin's 最後的遺言說：我們的意思是戰爭而非謀殺[15]！

因為政府的上述錯誤行為，英屬哥倫比亞省除了由檢察長出面對 Tsilhqot'in 族人表達歉意。政府並於 1999 年為該歷史傷痛事件立碑，對捍衛自己傳統領域與生活方式，抵抗入侵行為的 Tsilhqot'in 族人表達敬意。而在處死 Klatsassin 及其族人之事件經過 150 年後，英屬哥倫比亞省省長 Christy Clark 於 2014 年 10 月 23 日議會開議期間，公開表達對於 Klatsassin 及其族人之歉意，並且表示他們並不是罪犯，也沒有違反任何法律規定，他們是為了捍衛自己的土地及族人而參與一場領土爭議會議的戰士與領袖，該事件對 Klatsassin 及其族人是極大的不正義！Tsilhqot'in 族人雖已成功地爭取他們應有的的權利，但是 1864 戰爭所帶來的傷痛，依舊難以撫平[16]。

---

[13]*See*：W. Kaye Lamb, "WADDINGTON, ALFRED PENDERELL," in Dictionary of Canadian Biography, vol. 10, University of Toronto/Université Laval, 2003–, accessed March 24, 2016, http://www.biographi.ca/en/bio/waddington_alfred_penderell_10E.html.

[14]*See*: Edward Sleigh Hewlett, "KLATSASSIN," in Dictionary of Canadian Biography, vol. 9, University of Toronto/Université Laval, 2003–, accessed March 23, 2016, http://www.biographi.ca/en/bio/klatsassin_9E.html.

[15]*See*: Sean Carleton, "We Meant War Not Murder": A Punk Rock History of Klatsassin and the Tsilhqot'in War of 1864, at: http://activehistory.ca/2014/10/we-meant-war-not-murder-a-punk-rock-history-of-klatsassin-and-the-tsilhqotin-war-of-1864/ (last visited, Mar. 25, 2016)

[16]英屬哥倫比亞省省長部分聲明內容如下：Today we acknowledge that these chiefs were not criminals and that they were not outlaws. They were warriors, they were leaders, and they were engaged in a territorial dispute to defend their lands and their peoples. Their descendants continue to reside on and care for those territories, and they do it with the same commitment to their lands and their culture that their forebears showed. The Tsilhqot'incontinue to assert their right and their responsibility to govern those lands. Despite every success that they have had, the pain of 1864 has never receded.MadameSpeaker, I stand here today in this Legislature, 150 years later, to say that the province of British Columbia is profoundly sorry for the wrongful arrest, trial and hanging of the six chiefs and for the many wrongs inflicted by past governments. *See*:British Columbia, Legislative Assembly, Debates of the Legislative Assembly(Hansard), 40th Parl, 3rd Sess, Vol 16, No 2 (23 October 2014) at 4860 [Debates ofthe Legislative Assembly], available at:

由上述經過可知，Tsilhqot'in 與歐洲殖民者接觸的過程，充滿了悲劇性的結果。即便族人逐步爭取屬於他們的權利，但許多偉大生命逝去的傷痛，依舊迴盪在歷史的長廊！

參、從戰場到法庭

從歐洲移民進入 Tsilhqot'in 傳統領域之後，在接觸的初期，族人們不惜以發動戰爭的方式捍衛領土。而在歐洲政權成立之後，殖民者以「合法」的方式繼續佔領 Tsilhqot'in 傳統領域，族人們捍衛領土的策略，也就從戰場轉移到法庭了。但是，即便是透過訴訟的方式回復原有權利，對加拿大原住民而言，依舊是一場漫長的戰爭。

一、訴訟之最後手段性

對於 Tsilhqot'in 傳統領域內的資源掠奪，從 19 世紀的淘金熱逐漸轉移到森林資源的劫取。而本案的背景事實，就是從 1983 年 Carrier Lumber 公司取得在 Tsilhqot'in 傳統領域內進行工業伐木的執照開始。

如同淘金時期的交通需要，該公司為了使載運木材的卡車到達伐木地點，計畫建造跨越 Tsilhqox River 的橋樑，Tsilhqot'in 領袖及耆老們為了反對該橋樑工程及阻止繼續伐木，在該處設立了阻隔設施。因為族人的反對及採取阻隔措施，政府機關代表與 Tsilhqot'in 的領袖，舉行了協調磋商會議。在會議中，政府承諾，除非獲得 Tsilhqot'in 族人之同意，不會繼續在傳統領域內進行伐木[17]。

儘管有上述政府的承諾，但伐木執照仍持續核發，相關公司在取得執照之後，即可能繼續在 Tsilhqot'in 的傳統領域砍伐森林。族人也因此意識到，如果沒有進行訴訟程序，傳統領域及領域內的資源仍舊會繼續流失。因此，對 Tsilhqot'in 而言，選擇以訴訟方式捍衛土地、文化，除了是一種防禦行動之外，從策略上而言，更是為了族群之生存而戰[18]！因此，如果可以透過磋商方式達到捍衛領土的目的，Tsilhqot'in 即沒有必要提起訴訟，因為採取訴訟的手段曠日費時，必須投入大量的成本，顯然是不得已而採行之最後手段。1992 年，以 Roger William 為 Tsilhqot'in Nation 以及 XeniGwet'in First Nations 之代表人，針對上開林木公司在該族群傳統領域內進行之開發計畫提起訴訟，主張如下圖所示[19]，面積超過 4,380 km²之土地，係屬原告之傳統領域，政府核准在系爭土地上進行林木開發計畫，已侵害原告之權利。而這場訴訟歷時 20 幾年，一直到 2014 年 6 月 26 日，加拿大最高法院以無異議的方式，肯認系爭土地為 Tsilhqot'in 之傳統領域，一場捍衛民族生存的戰爭，總算告一段落！

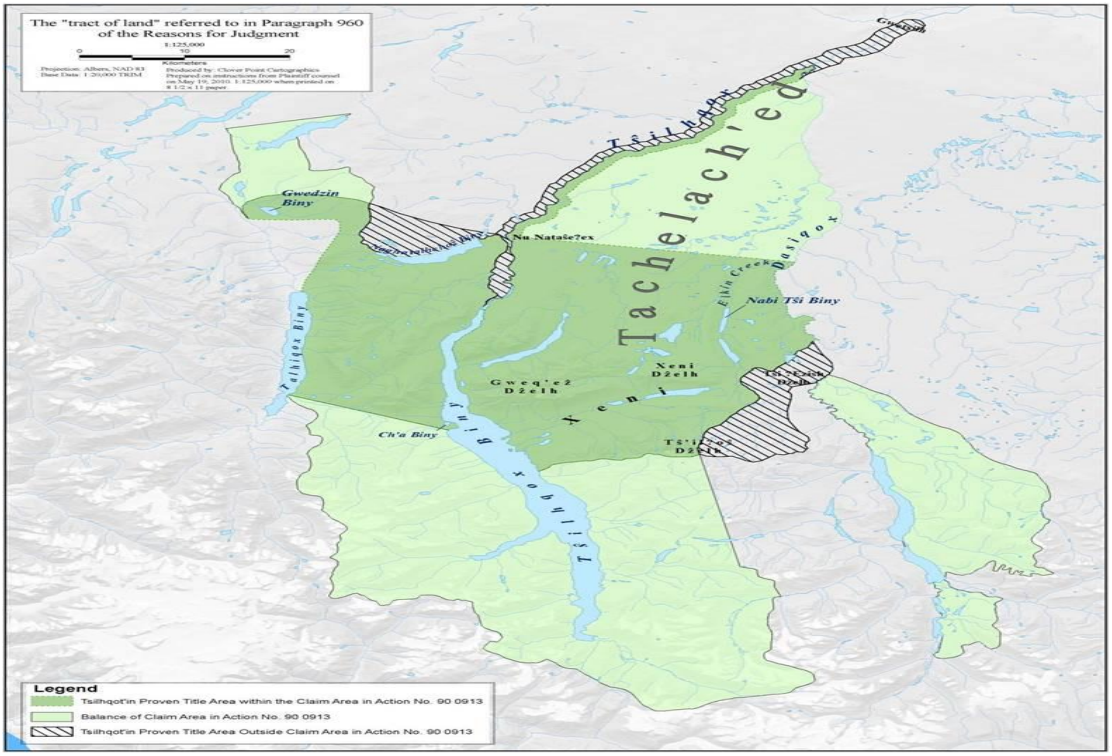
---

https://www.leg.bc.ca/content/hansard/40th3rd/20141023am-hansard-v16n2.htm (last visited, Mar. 25 2016) .

[17] *See*: Carrier Lumber Ltd. v British Columbia (1999), 47 BLR (2d) 50 at para 111, [1999] BCJ No 1812 (QL) (SC).

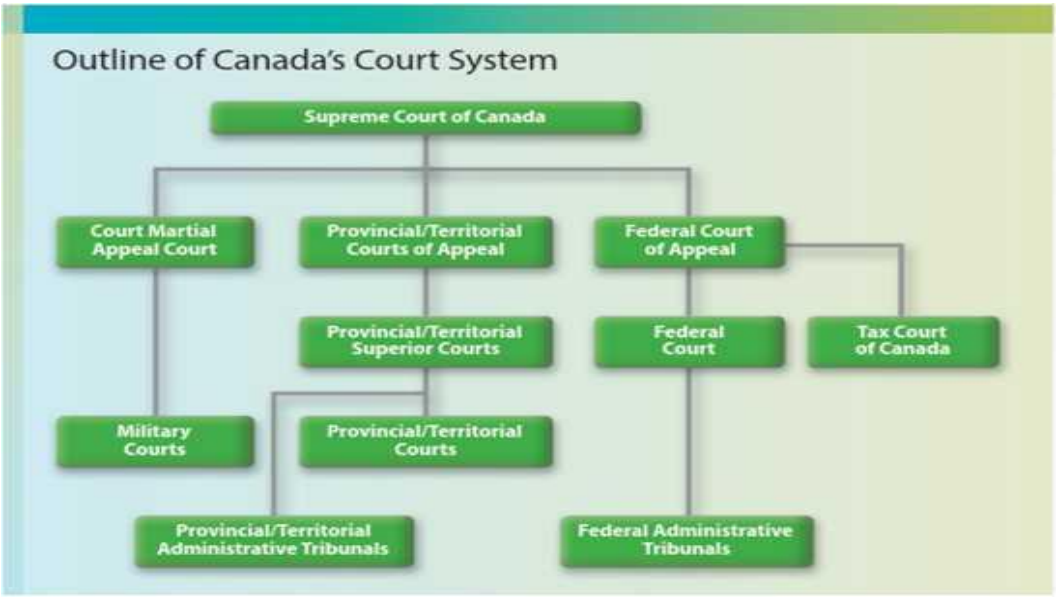
[18] David M Rosenberg&Jack Woodward,TheTsilhqot'inCase:The Recognition andAffirmationof Aboriginal TitleinCanada, 48 U.B.C. L. REV. 943, 950 (2015).

[19] *Supra* note 4, at appendix.



應先加以說明的是，加拿大形式上為君主立憲之國家，屬於大英國協之一員，然實際上係三權分立的民主國家。加拿大憲法為該國的最高法律，在 1867 年通過的憲法法案，區分了聯邦政府與省政府的權力。加拿大各省均有自己的法院，而加拿大最高法院則是全國的終審法院，其法院組織如下圖所示[20]。以本案為例，經英屬哥倫比亞省高等裁判法院（superior court，法院名稱為：British Columbia Supreme Court）判決之後，可上訴至英屬哥倫比亞省上訴法院（British Columbia Court of Appeal），上訴法院判決之後，得再上訴至加拿大最高法院（Supreme Court of Canada, SCC）。

[20] *See*: Department of Justice, Canada, Canada's Court System, 4 (2015).



二、上訴法院之見解

Tsilhqot'in 主張屬於其傳統領域之土地，面積達 438,000 公頃，範圍均在英屬哥倫比亞省。而在訴訟進行期間，不論是省政府或聯邦政府，均反對系爭土地屬於 Tsilhqot'in 之傳統領域。

經過多年訴訟（從 2002 年 11 月 18 日至 2007 年 4 月 11 日），英屬哥倫比亞省高等裁判法院（British Columbia Supreme Court[21]）於 2007 年 11 月判決結果認為，Tsilhqot'in 在系爭土地上享有狩獵、誘捕、交易獵物及捕捉與使用野生馬匹等屬於原住民之權利。高等裁判法院進一步表示，系爭土地約百分之四十的範圍，屬於 Tsilhqot'in 之傳統領域，因為在 1864 年歐洲移民建立主權之前，Tsilhqot'in 族人已占有使用該土地，用以維繫他們的社群及文化，系爭土地部分範圍，自屬該族群之傳統領域[22]。

高等裁判法院判決之後，兩造均提起上訴。英屬哥倫比亞省上訴法院（British Columbia Court of Appeal）於 2012 年 6 月 27 日之判決結果，推翻了高等裁判法院關於肯認 Tsilhqot'in 傳統領域的判決。而在本案中，上訴法院對於高等裁判法院認定 Tsilhqo'in 在系爭土地範圍內，享有狩獵、誘捕等原住民權利，均表示同意。但是，上訴法院認為，Tsilhqot'in 無法主張系爭土地均屬於該族之傳統領域，除非其可主張該族群之傳統領域係以特地區域為基礎（site-specific basis），且在該特定區域內有排他使用之事實，例如：聚落、屯墾之土地，或者是用以狩獵、漁獲、集會及祭儀之場域。在符合這些情況下，才能認定該特地土地屬於原住民

[21]該法院之名稱雖為「Supreme Court」，但並非「最高法院」，而係英屬哥倫比亞省之高等裁判法院（superior trial court）. 其受理之案件為該省初審法院判決後之上訴案件，類型包括民、刑案件。當事人對於高等裁判法院之判決不服，可以上訴到該省之上訴法院（Court of Appeal）。請參見：The Court of British Columbia, at:http://www.courts.gov.bc.ca/index.aspx (last visited Mar. 29, 2016)；Canada's Court System, at:http://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/ccs-ajc/pdf/courten.pdf(last visited Mar. 29, 2016)。

[22]Tsilhqot'in Nation v. British Columbia, 2007 BCSC 1700.

族之傳統領域[23]。由此可見，上訴法院認為在本案中，如何判斷系爭土地是否屬於原住民族之傳統領域，其重點並非依據原住民族主張之「領域範圍」，而是該土地是否屬於原住民排他使用的「特定區域」。

上訴法院認為原告主張系爭土地屬於該族群之傳統領域，顯然是基於「領域範圍」的概念。因為原告之主要論述如下：原告於不同之時間，在系爭土地的不同地點居住；並在系爭土地之不同地點狩獵、漁獲及誘捕獵物；此外，隨著季節的變化，原告在系爭土地範圍內遷徙。正因為原告上開主張，上訴法院指出，原告在 1864 年歐洲移民政權建立前，並未排他占有系爭土地之特定區域。原告自無法主張系爭土地為該族群之傳統領域[24]。

總而言之，1997 年加拿大最高法院在 Delgamuukw 案判決，雖然肯認了傳統領域亦屬原住民族之法律上權利[25]。但是，在英屬哥倫比亞省，原告如欲主張系爭地屬於該族群之傳統領域，仍然必須證明在 1864 年歐洲移民政權建立之前，該族群在系爭土地之特定區域內，已持續地排他地占有使用。

原告對於上訴法院之判決結果，當然無法接受，甚至抨擊該判決對原住民傳統領域而言是一種歧視性的見解，判決所持之理由，漠視了原住民族對於土地利用的傳統。因為，從 Tsilhqot'in 是一個半游牧民族，對於土地的利用有其傳統規律，法院應該尊重該族群有決定土地及土地資源如何利用的權利，如此才能彰顯傳統領域作為一種原住民族集體權利的價值[26]！

案件上訴至加拿大最高法院之後，兩造唯一之爭點即在於「傳統領域」如何認定。可以想見，加拿大最高法院判決結果，對於原住民族傳統領域之爭議，必然產生深遠之影響。而加拿大政府為了還原印地安寄宿學校（Indian Residential School）對原住民造成的影響以及撫平歷史傷痛，成立了真相與和解委員會（Truth and Reconciliation Commission of Canada）[27]之後，Tsilhqot'in 希望透過上訴程序，呼籲最高法院能夠以司法判決，終結長期以來國家對原住民族傳統領域之歧視性見解，並且提供回復原住民族傳統領域的基礎，讓國家與原住民族之間，找到真實與持續的和解起點[28]！

三、最高法院判決之立場

英屬哥倫比亞省上訴法院判決之後，Tsilhqot'in 對該判決提起上訴。而加拿大最高法院受理該案之後，必須處理之爭點為「原住民族傳統領域，在法律上之判斷準則為何」？2014 年 6 月 26 日加拿大最高法院以全體無異議之判決，認為系爭土地屬於 Tsilhqot'in 族群之傳統領域[29]。

---

[23]William v. British Columbia, 2012 BCCA 285,at para 230.
[24]*Id*. at 231.
[25]Delgamuukw v British Columbia [1997] 3 S.C.R.1010.
[26]Melanie RiccobeneJarboe, *Collective Rights to Indigenous Land in Carcieri v. Salazar*, 30 B.C. THIRD WORLD L.J. 395, 414-415 (2010)
[27]關於該委員會之簡介之調查內容，請參見：Truth and Reconciliation Commission of Canada, at:http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/index.php?p=3 (last visited, Mar. 30, 2016)
[28]Nadia Ferrara, Reconciling and Rehumanizing Indigenous-Settler Relations
An Applied Anthropological Perspective, 47 (2015).
[29]*Supra* note 4, at paras 2, 59, 153, 374.

該判決由最高法院首席大法官 Beverley McLachlin 負責撰寫，判決理由強調，討論原住民族傳統領域判斷標準中，有關「佔領」（occupation）的概念，必須從不同族群的文化脈絡中加以理解。而 Tshilhqot'in 是一個半游牧的族群，對於佔領的意義，也必須依據該族群長期運行的慣習及對土地的利用方式加以解釋[30]。應特別加以說明的是，最高法院雖然強調對於利用土地之概念如何解釋，應尊重原住民族傳統慣習與文化，但是最高法院並非改變在 Delgamuukw 一案，對於認定原住民族傳統領域的判斷標準[31]。

最高法院強調對於原住民族如何使用土地，必須予以尊重，而 Tshilhqot'in 是一個半游牧的族群，該族群與土地的關係，自與其他民族不同。因此，上訴法院強調必須以特地區域為基礎（site-specific basis），且在該特定區域內有排他使用之事實，才能認定屬於該族群之傳統領域，對於半游牧民族而言，顯然有所不當。換言之，上訴法院所認定的事實（Tshilhqot'in 屬半游牧民族，在系爭土地上進行狩獵、誘捕等活動），並非爭議的重點。真正的問題在於，基於這樣的事實認定，能否認為系爭土地屬於 Tshilqot'in 之傳統領域？上訴法院所提出之「特定區域」排他占有的理論，顯然沒有獲得最高法院的支持[32]。

最高法院除否定上訴法院對於原住民族傳統領域的判斷標準之外，更進一步就原住民族傳統領域與國家法律之關係，提出了具有創見的看法。首先，最高法院強調，在法院判決認定特定土地屬於原住民族傳統領域之前，政府利用該土地之前，必須基於誠信原則徵詢（consult）該族群之意見，以符合該族群之最佳利益。至於徵詢之方式為何，必須考量對該族群可能造成之不利益程度，而有不同之層次的要求。政府如未盡到徵詢該族群之責任，原住民族自可以透過請求法院核發禁制令、請求損害賠償等方式，要求政府進行徵詢原住民族意見之程序[33]。其次，最高法院認為，在法院認定特定土地範圍屬於原住民族傳統領域之後，政府在進行土地開發之前，必須得到該族群之同意（consent）。政府如未獲得原住民族之同意，即不得進行土地開發，除非政府可以依據 1982 年憲法法案第 35 條之規定，正當化利用土地之行為[34]。

是以，在具體個案實際運作之結果，政府具有光譜一般的責任。在原住民族主張特定土地為傳統領域，然未經法院認可的階段，政府必須基於誠信原則及符合原住民族利益之考量，徵詢該族群之意見。且隨著該族群主張權利之強度不斷增加，對於政府徵詢族群意見的要求，也必須相對應地提升。例如：在法院可能認定系爭土地屬於原住民族傳統領域之前，政府必須採取有利於該族群之措施，一直到最後的結果出現。而當法院認定系爭土地屬於原住民族之傳統領域時，政府在得到該族群同意之前，不得在系爭土地上進行任何開發，除非政府可以根據

[30] *Supra* note 4, at paras 24, 29, 37, 41.
[31] McLachlin 大法官在判決理由中，仍援引 Delgamuukw 案關於認定原住民族傳統領域的三個判準：首先，該土地必須在國家主權建立之前，已在原住民族佔領中。其次，原住民族目前對於土地之佔領，已證明是基於在國家主權建立前之佔領，且目前仍持續佔領中。最後，該佔領必須是持續地排他狀態。前揭註 4, at para 26。
[32] *Supra* note 18, at 957.
[33] *Supra* note 4, at 89.
[34] *Supra* note 4, at 90.

1982 年憲法法案第 35 條，免除其徵詢原住民族同意之責任，並正當化其利用土地之行為[35]。

最後，一旦原住民族之傳統領域已獲確認，政府必須依據既存事實，重新評估先前之作為，藉此誠實地履行政府責任。例如，假使政府在傳統領域確認前，未經原住民族之同意而開始進行某項計畫，而計畫亦對原住民族構成不合理的侵害，則根據已確認之傳統領域範圍，該項計畫或許應被要求取消。同樣地，在傳統領域經確認前，業經立法機關制定之法案，如果對原住民族傳統領域，構成不合理的侵害，該法案將來亦應停止施行[36]。

相較於司法機關向來均已「既存權利狀態」作為紛爭解決之前提，上述加拿大最高法院針對原住民族傳統領域之判決理由，顯然具有開創性之見解。因為法院是依據傳統領域經法院確認「前」及確認「後」之不同情狀，說明行政機關及立法機關之因應作為[37]。換言之，在最高法院認定系爭土地屬於 Tsilhqot'in 傳統領域之前，既有權利人已長期占有、使用該土地，應如何調整變動之後的權利狀態？行政機關及立法機關應如何提出對應之政策與法案？最高法院均在判決理由中提出說明。在面對原住民族傳統領域與既有權利狀態衝突的個案中，此判決確實可以提供許多思考的起點！

肆、Tsilhqot'in 案之省思

如前所述，加拿大最高法院以全體大法官無異議之方式，就原本非屬原住民保留地之範圍，判決肯認系爭土地亦屬原住民族傳統領域。其中最困難之處在於如何調整變動既有之權利狀態，而此部分也是回復原住民族傳統領域最棘手的議題。

從上述加拿大最高法院判決出發，本文嘗試從「時間界線」、「國家主權」、「司法權」等面向，提出以下觀察，作為我國回復原住民傳統領域，如何調整法制狀態之參考。

一、跨越時間界線的傳統領域

在國家主權建立之前，原住民族早已長期占有、使用傳統領域。但是當現代政府依據其訂定的財產法制，重新宣示對於土地所有權的定義，原住民族自不因此喪失其對於傳統領域的管領權，因為原住民族與殖民主權首次接觸時，對既存的傳統領域歸屬，係透過雙方締結之條約，劃定權利界線。此種方式係將「原住民財產權」與「市民法」之時序合而為一，賦予憲法上之規範基礎，學者稱之為「非線型組織憲政體制」[38]。換言之，在承認原住民族傳統領域與國家財產權法制雙軌併行的概念下，原住民族傳統領域並未因國家主權建立之後隨即消失。甚至應該認為原住民族對於傳統領域之管領權，係與國家法制「同時」、「繼續」地存在。也因為原住民族從未失去對於傳統領域之管領權，當原住民族透過締結條

[35] *Supra* note 4, at 91.
[36] *Supra* note 4, at 92.
[37] *Supra* note 18, at 959.
[38] 黃居正，憲法解釋與原住民權利，《憲法解釋之理論與實務》第六輯，上冊，頁 435-437（2009）.

約、修改憲法、制定法律或法院判決等方式，要求重新劃定傳統領域範圍，自屬實踐當代尊重多元文化的人權思維，應予以肯認。

聯合國於 2007 年 9 月 13 日經第 107 次全體會議通過了「原住民族權利宣言（United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples）[39]。該宣言第 8 條第 2 項 C 款規定：各國應提供有效機制，以防止和糾正：任何旨在或實際上剝奪他們土地、領土或資源的行動。」；第 26 條規定：「原住民族對他們歷來擁有、佔有或以其他方式使用或獲得的土地、領土和資源擁有權利。原住民族有權擁有、使用、開發和控制因他們歷來擁有或其它的歷來佔有或使用而持有的土地、領土和資源，以及他們以其他方式獲得的土地、領土和資源。各國應在法律上承認和保護這些土地、領土和資源。這種承認應充分尊重有關原住民族的習俗、傳統和土地所有權制度。」；第 27 條規定：「各國應與有關原住民族共同制定和執行公平、獨立、公正、開放和透明的程序，充分承認原住民族的法律、傳統、習俗和土地所有權制度，以便承認和裁定原住民族對其土地、領土和資源，包括對他們歷來擁有或以其他方式佔有或使用的土地、領土和資源的權利。原住民族應有權參與這一制訂程序。」；第 28 條規定：「在未事先獲得原住民族自由知情同意的情況下，而被沒收、奪走、佔有、使用或破壞他們歷來擁有或以其他方式佔有或使用的土地、領土和資源，原住民族有權要求補償；補償的辦法可包括歸還原物，或在無法這樣做時，給予公正、合理和公平的賠償。除非有關民族另外自由同意，賠償的方式應為品質、面積和法律地位相等的土地、領土和資源，或貨幣賠償或其他適當補償。」由上開宣言內容亦可得知，既使國家法律體系未明定原住民族得以回復其傳統領域，亦即國家法律未明白肯認原住民族對於土地之管領權，司法機關基於上開宣言之精神，亦可論證原住民族對於傳統領域之主權，並未因國家主權之建立而消失[40]。相反地，原住民族對於傳統領域的主權，顯係跨越國家主權建立的時間界線，迄今繼續存在，國家法制無權逕予剝奪，更應予以尊重[41]。

以加拿大最高法院在 Tsilhqt'in 案之判決為例，法院在判決理由中特別說明，在肯認系爭土地屬於該族群之傳統領域前，國家主權仍應尊重原住民族對於土地之管理權，在進行土地開發計畫時，必須徵詢原住民族之意見。對 Tsilhqt'in 族群而言，其對傳統領域之主權，既未因 1864 年歐洲移民政權建立後隨之消失。則該族群自可繼續主張系爭土地屬於該族群之傳統領域。反觀我國關於原住民族傳統領域之爭議，向來討論之內容，似乎仍以「傳統領域範圍」為主。例如：中央研究院民族學研究所於 2005 年，依據李亦園院士於 1983 年所出版的「山地行政政策之研究與評估報告書」為基礎，進行「台灣原住民社會變遷與政策評估研究計畫」，並於 2008 年 5 月發表研究報告，另於 2010 年出版「台灣原住民政策

[39]*See*: Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Declaration on the rights of indigenous peoples, at:http://www.ohchr.org/EN/Issues/IPeoples/Pages/Declaration.aspx (last visited,Apr. 5, 2016）.

[40]學者即提出可以依據聯合國原住民族權利宣言之架構，在國家法制中設計原住民族集體權之規範型態。*Supra* note 26, at414-415。

[41]*Supra* note26, at 398.

變遷與社會發展」專書，該書共分為 12 個章，其中第 9 章為「原住民族傳統領域問題分析與建議」，該研究係「透過深入之田野研究與問卷調查，探討當代台灣原住民族對於其傳統領域之所有權歸屬與使用權行使所面臨的主要問題，同時對於這些問題提出相關之政策建議。[42]」，該研究除指出原住民傳統領域政策問題外，亦提出 7 點具體建議，其中第 5 點為「全面性的檢視與修改現行法令中，與原住民土地及資源所有權和使用權相關法令產生衝突之條文，使得過去幾年來修訂的原住民法律政策不再窒礙難行。」；第 6 點為「尤其，現行『國家公園法』應盡速參酌國際如加拿大與澳洲原住民與國家共同管理國家公園的案例，並考量台灣之特殊性進行修法。本計畫強調，位於原住民傳統領域內的國家公園需以朝向原住民族與國家共同管理之方向爲主要修法內涵，落實原住民傳統領域內資源永續利用及參與經營管理之原則。至於共同管理之方式，宜由原民會與內政部營建署共同推動，國家公園所在地鄰近之原住民社群代表以及國家公園管理機構與學者專家代表組成最高權責之『共同管理委員會』，現行之國家公園管理處則負責實際業務之執行。[43]」。觀察上開中研院關於台灣原住民傳統領域問題所提出之政策建議，仍是以國家法為論述中心，而提出「儘速修法」、「借用外國法經驗」等觀點。然加拿大最高法院在 Tsilhqot'in 案，則是肯認原住民族對於傳統領域之主權，並未隨著國家主權之建立而消失，原住民主權與國家主權是「繼續」、「同時」存在。故「傳統領域」是原住民族跨越時間界線的主權展現，加拿大最高法院在 Tsilhqot'in 案所提出之見解，值得作為我國後續相關研究之參考！

二、理應退讓的國家主權

如前所述，歐洲殖民者遠渡重洋到達美洲大陸之後，為了佔領原住民土地，必須取得其正當性之論述，而「不平等條約」及「無主地理論」、「發現理論」，變成為殖民者佔領原住民土地的重要法律工具。但從另一個角度觀察，原住民就成為歐洲殖民者「合法取得土地」的受害者。再者，國家主權建立之後，對於土地之權利義務關係，依據國家法律重新分配的結果，原本狩獵的場域，可能變成礦區，向來誘捕野生動物的森林，或許成為國家公園。原住民族不僅失去對於土地的所有權，甚至連如何使用土地之權能亦隨之喪失。但是，對原住民族而言，最為艱辛的道路是如何回到傳統領域！

從 1864 年 Tsilhqot'in 戰爭開始，一直到 1992 年提起訴訟，國家一直站在與原住民族對抗的立場。在國際人權思維高漲，多元文化日益受到尊重之後，國家雖然不斷以各種優惠措施，彌補過去對原住民族所造成的傷害。然而，國家如果能透過其他方式與原住民族進行協商，必定可以降低對抗原住民族所耗費的成本，對國家及原住民族而言，才能朝向效益極大化的目標邁進。申言之，以戰爭或訴訟的方式解決紛爭，都是權利義務關係對立之兩造為前提，兩造在爭執過程中，經常會落入「追求正義，不計代價」的思維中。但是，寇斯定理（Coase theorem）

[42]紀駿傑、陽美花，原住民族傳統領域問題分析與建議，收錄在黃樹民、章英華編，台灣原住民政策變遷與社會發展，頁 466（2010）。
[43]同上註，頁 489。

告訴我們，當交易成本為零的時候，不管財產權如何分配，都會是有效率的[44]！換言之，當交易成本不斷提高時，財產權配置的效率，亦將隨之遞減。因此，國家應當思考的是，如何降低回復原住民族權利（包括傳統領域）的相關成本。

舉例而言，加拿大第一民族議會及其他原住民團體，認為加拿大聯邦政府對於原住民保留區兒童所提供的福利，顯然低於其他地區兒童，此項施政作為係違反兒童最佳利益原則（the best interest of the child），因此依據加拿大人權法案第 5 條（section 5 of the Canadian Human Rights Act ,the CHRA）之規定，向加拿大人權法院（Canadian Human Rights Tribunal）提出訴訟，要求聯邦政府在資助兒童福利服務方面，不得歧視在原住民保留區的兒童。加拿大人權法院在歷經了 9 年的調查審理之後，於 2016 年 1 月 26 日之判決結果認為，加拿大聯邦政府在兒童福利及家庭照護的施政上，確實有歧視原住民兒童之情形，法院要求加拿大政府應立即停止歧視性的政策，並且應該加以改進[45]。此一判決結果雖然是有利於原住民兒童福利，但是加拿大政府在長達 9 年的訴訟過程中，耗費了許多的國家資源，而這些資源的耗損，竟是為了「對抗原住民」！

由此可見，政府如果為了維持既有法秩序的穩定，忽略回復原住民族應有權利之重要性，必然會投入相當的資源進行相關訴訟。如果政府採取這樣態度面對原住民族，猶如訴訟上不肯讓步協商的對造，進而促使交易成本高漲，也不令人意外了！因此，加拿大 Simon Fraser University 社區經濟發展（Community Economic Development）學程中教授原住民經濟學（Indigenomics）課程，同時也是提供政府諮詢意見的學者 Carol Anne Hilton 即認為，加拿大政府應該減少在法庭上對抗原住民的支付，並將此部分資源用以提升原住民族相關權益[46]。

台灣原住民族歷經多個殖民政權，而不同的殖民政權，透過相異的手段與方法，剝奪原住民族對於土地的管領權利。再加上殖民政權以國家法律進行土地管制，導致原住民族與土地關係的改變，嚴重影響原住民族生存與文化延續。當政府開始思考如何回復原住民族相關權利之際，承認原住民族主權存在，且國家主權應適度退讓，應該是協商的起點，也唯有如此，才能降低雙方的交易成本，達到效率極大化的目的。正如同加拿大最高法院在 Tsilhqot'in 案所表示的一樣，原住民族並未因國家主權之建立，而失去對於傳統領域之管領權。相反地，即使傳統領域之範圍，未經法院判決認定，但政府必須本於誠信原則，基於維護原住民族之最大利益，就具體土地開發案件，徵詢原住民族之意見。而這正是國家主權適度退讓的最佳範例。

三、司法權之自我反思

民主國家司法權的設計目的為何，容有不同的見地。我國憲法第七章係關於司法權之設計，其中第 80 條規定：「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，

[44]關於寇斯定理及相關議題之討論，請參見：簡資修，寇斯的法律經濟學，台灣法學，191 期，頁 80-85（2012 年 1 月）。

[45]2016 CHRT 2.

[46]Kristy Kirkup, Canada should spend less fighting Aboriginal Peoples in court: economic adviser, The Canadian Press, availiable at: http://www.cbc.ca/news/aboriginal/canada-should-spend-less-fighting-aboriginal-peoples-1.3511391 (last visited, Apr. 4, 2006).

不受任何干涉。」因此，「依法審判」也就成為審判機關在具體個案中進行裁判的圭臬。

依法審判原則，不僅是依據客觀規範定紛止爭，亦能避免裁判者濫權，甚至侵害人民權益，此在民主法治國家自屬應然之理。但是，目前國家法律尚未將原住民族集體權納入規範體系之內，實難期待司法機關接受原住民族對於傳統領域之管理權與國家財產權法制，係屬雙軌併行的概念。然而，上開加拿大最高法院在 Tsilhqot'in 案則已明白表示，原住民族傳統領域並未因國家主權建立之後隨即消失，亦即認為原住民族對於傳統領域之管領權，係與國家法制「同時」、「繼續」地存在。正因為原住民族從未失去對於傳統領域之管領權，當原住民族透過締結條約、修改憲法、制定法律或法院判決等方式，要求重新劃定傳統領域範圍，自屬實踐當代尊重多元文化的人權思維。

由此可知，司法機關在審理原住民族集體權相關案件時，應思考所謂「依法裁判」，所稱之「法」，不僅是指「國家法」，亦應含括「部落法」（原住民族傳統規範）。那麼在不違反「依法裁判」的憲法精神下，更能體現保護原住民族權益，糾正過去不正義的謬誤。

例如：在櫸木案更（一）審判決理由中，法院即明白表示：「森林法第 15 條第 4 項後段規定：原住民族依其生活慣俗需要，在原住民族傳統領域土地，採取森林產物，其採取之區域、種類、時期、無償、有償及其他應遵行事項之管理規則，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之；惟依行政院農業委員會林務局上述函覆可知，迄今中央主管機關尚未會同中央原住民族主管機關訂定管理規則，致使原住民族依其生活慣俗需要，如何在原住民族傳統領域土地採取森林產物，並無明文程序可遵循。……亦即第 3 項所稱之『處分規則』，與第 3 項所稱之『管理規則』，應分別訂定；行政院農業委員會林務局亦函覆，現無明文適用或準用『國有林林產物處分規則』之命令。從而，被告三人上揭行為，自不適用或準用國有林林產物處分規則，須向管理機關「專案申請」核准之規定；但亦不能因上開管理規則尚未訂定即遽認被告三人之行為應科以森林法之罪責。[47]」。

又如，部落族人辦理政府委託業務，因未依規定製作核銷憑證，檢察官認為係涉犯貪污治罪條例罪嫌而提起公訴，地方法院審理後亦認為，被告二人係共同連續受公務機關委託承辦公務之人，侵占公有財物，於 94 年 11 月 25 日各處有期徒刑 10 年 6 月[48]。案件經過將近 9 年的審理，最高法院於 103 年 3 月 26 日判決被告二人無罪，判決理由係認為：「法律是社會生活的產物，執法人員自須體察社會脈動，秉持立法精神和整體法律秩序理念，與時俱進，法律生命於焉豐富而有活力，司法裁判（含檢察官之處分）因此適於社會正義，符合人民法律感情，刑事訴訟法第二條第一項關於『實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意』之客觀性義務規定，亦得藉此具體展現。世界各原住民族多處偏遠地區，接觸、利用現代物質、經濟、科技、教育等資源之

[47]請參見：臺灣高等法院 98 年度上更(一)字第 565 號刑事判決，理由欄四、（十三）之內容。
[48]臺灣南投地方法院 94 年度訴字第 73 號刑事判決。

機會，相對缺乏，形成弱勢族群，乃不爭之實情，我國參酌聯合國之『原住民族權利宣言』」草案（按業於西元二〇〇七年九月十三日正式通過，現已非草案），早於民國九十一年十月十九日，由當時之陳水扁總統以國家元首身分，正式和台灣原住民族代表簽訂『原住民族與台灣政府新的夥伴關係』協定，更於九十四年二月五日公布『原住民族基本法』（自同年、月七日起生效施行），揭示保障原住民族基本權利、促進原住民族生存發展、建立共存共榮之族群關係；實行原住民族自治；國家應寬列預算予以協助；提供優惠措施（按即保護性差別優待）；輔導文化產業及培育專業人才；尊重原住民族選擇之生活方式、價值觀；建立天災防護、善後制度等（以上分見第一、五、九、二十三、二十五及三十條）。提案立法委員周錫瑋在其草案說明中，直指：九二一震災原住民地區嚴重受損，但政府之救災、重建工作，各機關各行其事，明顯瑕疵、亂象叢生，民怨不斷。全案審議通過時，另提案委員瓦歷斯．貝林發言：期許『原鄉與政府機關將不再發生衝突』；高金素梅表示：已往政府對於原住民，『除了憲法的保障外，從來沒有一部法律是保障原住民族，此後當予告別；曾華德委員慨稱：『原住民多年來都在尋求歷史的主體性，我們常感嘆：原住民不是不守法，而是執政的政府不給法』各等語。誠哉斯言！聞之心酸。現行刑事訴訟法第三十一條第一項第四款並增列被告具原住民身分，經依通常程序起訴或審判者，未經選任辯護人時，應指定辯護人為其辯護；第五項規定，於偵查中未經選任辯護人者，檢察官、司法警察官或司法警察應通知依法設立之法律扶助機構指派律師到場為其辯護。又自第二次世界大戰以後，刑事實體法進步理念，已由傳統的國家主義價值觀，轉向個人主義價值觀，學理上稱為刑法謙抑思想，認為刑事罰是最後的手段，如依民法或行政法，已可達到維持社會正義的作用，原則上就無以刑罰相加之必要。此於普通刑法、特別刑法；輕罪、重罪之補充關係，於立法裁量抉擇時，同應考量；於司法實務適用上，則須恤刑。貪污治罪條例第四條第一項第一款之侵占公有財物罪，法文之內，雖然未載明不法所有之主觀犯意要件，但既係刑法第三百三十六條第一項公務侵占罪之特別法，故其構成，同應具有此主觀犯意，乃法理所當然。倘行為人確有因公支用、未落入私囊，自不能認其存有不法侵占之犯意，縱然其報帳憑證不齊全，或以不實單據混充，仍無逕以上揭貪污罪名相繩之餘地，要之，祇屬偽造文書罪章之範疇。其實，會計憑證類多、型雜、數繁，報帳既要求翔實、巨細靡遺，事情自然至為瑣碎，除非係會計、總務人員，因屬其專業領域，責無旁貸，但於其他一般兼辦之人而言，短期一、二日，或許猶能勝任，長期責成，豈堪負荷。一般人民如此，教育水平尚待增進之原住民益是。古言：不教而誅，謂之虐；如今若政府對於不具有會計報帳專業之原住民，罔顧其在山區取據困難，甚至根本無從取據之現實窘況，僅略施數小時之講習，即要求中規中矩，否則其無法核銷之公款部分，必依貪污侵占重罪論擬，其違義、失當、不宜，無待多言。司法官追求個案正義，允宜深思。[49]」

[49]最高法院 103 年度台上字第 900 號刑事判決。

由此觀之，我國法院於審理櫸木案時認為，如果國家未能制定相規定，原住民可以依據其文化慣習，在傳統領域採集林木資源。而在審理上開貪瀆案件時，更從「原住民族與台灣政府新的夥伴關係」協定，以及「聯合國原住民族權利宣言」的觀點出發，闡述行為人不具備主觀犯罪要件。可見在相關法律沒有修訂的情形下，我國司法機關近年來對原住民所涉及刑事犯罪時，已能從多元文化的觀點，闡述無罪判決之理由，當屬司法權之自我省思。

原住民個人涉及犯罪時，司法機關雖已援引國際人權保障以及多元文化的觀點，但此與肯認原住民族集體權利（如傳統領域），仍有不同。換言之，原民個人涉及犯罪時，司法機關如何審理及判決，僅涉及原住民個人，而回復原住民族傳統領域，重新建構族群與土地的關係，則仍有待司法權更進一步討論、省思。以傳統領域之爭議為例，在司法程序上，回復原住民族對於土地之集體權利，其困難程度遠高於對原住民個人是否犯罪的審理。其原因在於國家法律看待土地的觀點，與原住民族對於土地的認知，有著本質上的差異。首先，基於資本主義所設計的國家法律，認為土地是一種「商品」（commodity），土地所能產生之孳息，當然必須含括在內，且均屬市場交易的標的。但是，原住民認為土地是孕育族群生命的資源（resource），此項資源如同空氣、海洋一般，不可能屬於特定個人所有而成為一種商品，甚至進行買賣。從部落文化的觀點而言，如何利用土地資源的權利，是屬於全體族群所有而非個人。因此，如何透過司法機關的智慧，調和彼此的文化差異，仍有待更多的討論[50]。值得司法權省思的是，在相關法律沒有修訂的情形下，加拿大最高法院肯認系爭土地屬 Tsilhqot’in 之傳統領域，應可作為我國司法機關在未來審理原住民族集體權利爭議時的借鏡！

伍、結論

原住民族曾失去對於土地的主權，但是近年來，世界各地的原住民族不斷努力回復既有傳統領域。此一議題涉及文化、社會、政治與法律等不同面向的討論，如何彙整各種觀點，釐清可行的路徑，誠屬不易！

加拿大最高法院於 2014 年 6 月 26 日，在 Tsilhqot'in 案做出具有時代意義的重要判決，其中除了肯認原住民對於土地的管理權外，更進一步宣示原住民傳統領域的存在。加拿大最高法院在該案所表示的意見，或許可以提供我們如何回復我國原住民族傳統領域之參考。

首先，本文認為肯認原住民族對於傳統領域之主權，並未隨著國家主權之建立而消失，原住民主權與國家主權是「繼續」、「同時」存在。「傳統領域」是原住民族跨越時間界線的主權展現，加拿大最高法院在 Tsilhqot’ in 案就此部分所提出之見解，值得作為我國後續相關研究之參考。

其次，政府如果為了維持既有法秩序的穩定，忽略回復原住民族應有權利之重要性，必然會投入相當的資源進行相關訴訟，此種策略必定促使交易成本高漲，毫無效率。政府應該減少在法庭上對抗原住民的支付，並將此部分資源

[50] *Supra* note 26, at 401-402.

用以提升原住民族相關權益，亦即，在原住民議題上，適度退讓國家主權，應屬當然。

最後，資本主義看待土地的觀點，與原住民族對於土地的依賴，有著本質上的差異。司法機關如何調和彼此的文化差異，雖有待更多的討論。然而在相關法律沒有修訂的情形下，加拿大最高法院肯認系爭土地屬 Tsilhqot'in 之傳統領域，彰顯司法權自我省思的能力，應可作為我國司法機關在未來審理原住民族集體權利爭議時的借鏡！

本文必須強調，所有關於原住民集體權利的討論，必須尊重原住民族之意見，不是僅由國家依照施政需要進行調整。而關於我國原住民族傳統領域如何回復之討論，我們也期待從不同的角度，納入原住民族的觀點，讓尊重多元文化的精神得以落實。正如同美國學者 James Yaffe 所說：「定作的正義，正如定作的衣服一樣，只有在裁縫能夠投入大量的時間，並且充分地尊重顧客的情況下，才能合乎實際。[51]」

參考文獻

中文著作

Lawrence Rosen 著，彭艷崇譯，法律與文化——一位法律人類學家的邀請（Law as Culture: An Invitation），頁 35（2011 年 4 月）。

中文論文

周惠民，殖民主義與民族主義之互動——以愛爾蘭、朝鮮半島及台灣地區爲基礎之比較，國立政治大學歷史學報，11 期，頁 189-190（1994 年 1 月）。

梁崇民，加拿大對於少數人權之保障——原住民土地權個案分析，收錄在施正鋒、謝若蘭編，加拿大原住民族的土地權實踐，頁 57、60（2008 年 10 月）。

蔡志偉，加拿大法制中的原住民族土地權格，收錄在施正鋒、謝若蘭編，加拿大原住民族的土地權實踐，頁 103-104（2008 年 10 月）。

黃居正，憲法解釋與原住民權利，《憲法解釋之理論與實務》第六輯，上冊，頁 435-437（2009）。

紀駿傑、陽美花，原住民族傳統領域問題分析與建議，收錄在黃樹民、章英華編，台灣原住民政策變遷與社會發展，頁 466（2010）。

簡資修，寇斯的法律經濟學，台灣法學，191 期，頁 80-85（2012 年 1 月）。

英文著作

Nadia Ferrara, Reconciling and Rehumanizing Indigenous-Settler Relations An Applied Anthropological Perspective, 47 (2015).

英文論文

[51]引述自 Lawrence Rosen 著，彭艷崇譯，法律與文化──一位法律人類學家的邀請（Law as Culture: An Invitation），頁 35（2011 年 4 月）。

Borrows, John. *Wampum at Niagara: The Royal Proclamation, Canadian Legal History, and Self-Government*. Collected in ABORIGINAL AND TREATY RIGHTS IN CANADA: ESSAYS ON LAW, EQUALITY, AND RESPECT FOR DIFFERENCE., edited by Michael Asch, 155-172 (1998).

David M Rosenberg & Jack Woodward, TheTsilhqot'in Case: The Recognition and Affirmation of Aboriginal Title in Canada, 48 U.B.C. L. Rev. 943, 950 (2015)

Melanie RiccobeneJarboe, *Collective Rights to Indigenous Land in Carcieri v. Salazar*, 30 B.C. THIRD WORLD L.J. 395, 414-415 (2010)

法院判決

Tsilhqot'in Nation v British Columbia, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R.256.21 U.S. 543, 5 L. Ed. 681, 1823 .S. 8 Wheat. 543

Carrier Lumber Ltd. v British Columbia (1999) [1999] BCJ No 1812 (QL) (SC).

Tsilhqot'in Nation v. British Columbia, 2007 BCSC 1700.

William v. British Columbia, 2012 BCCA 285.

Delgamuukw v British Columbia [1997] 3 S.C.R.1010. 2016 CHRT 2.

臺灣高等法院 98 年度上更(一)字第 565 號刑事判決。

臺灣南投地方法院 94 年度訴字第 73 號刑事判決。

最高法院 103 年度台上字第 900 號刑事判決。

其他

Beverley McLachlin, Reconciling Unity and Diversity in the Modern Era: Tolerance and Intolerance, at: **http://aptn.ca/news/2015/05/29/canadas-top-judge-says-country-committed-cultural-genocide-indigenous-peoples/** (last visited: Mar. 21, 2016).

United States Department of State, Office of the Historian, Treaty of Paris, 1763, at: **https://history.state.gov/milestones/1750-1775/treaty-of-paris** (last visited, Mar. 23, 2016).

Description of AFN (Assembly of First Nation), at: **http://www.afn.ca/en/about-afn/description-of-the-afn** (last visited, Mar. 23 2016).

Indigenous and Northern Affairs Canada, at:**http://www.aadnc-aandc.gc.ca/eng/1100100013791/1100100013795** (last visited, Mar. 23, 2016)

W. Kaye Lamb, "WADDINGTON, ALFRED PENDERELL," in Dictionary of Canadian Biography, vol. 10, University of Toronto/Université Laval, 2003–, accessed March 24, 2016, **http://www.biographi.ca/en/bio/waddington_alfred_penderell_10E.html**.

Edward Sleigh Hewlett, "KLATSASSIN," in Dictionary of Canadian Biography, vol. 9, University of Toronto/Université Laval, 2003–, accessed March 23, 2016, **http://www.biographi.ca/en/bio/klatsassin_9E.html**.

Sean Carleton, “We Meant War Not Murder”: A Punk Rock History of Klatsassin and the Tsilhqot’in War of 1864, at: **http://activehistory.ca/2014/10/we-meant-war-not-murder-a-punk-rock-history-of-klatsassin-and-the-tsilhqotin-war-of-1864/** (last visited, Mar. 25, 2016)

British Columbia, Legislative Assembly, Debates of the Legislative Assembly(Hansard), 40th Parl, 3rd Sess, Vol 16, No 2 (23 October 2014) at 4860 [Debates ofthe Legislative Assembly], available at: **https://www.leg.bc.ca/content/hansard/40th3rd/20141023am-hansard-v16n2.htm** (last visited, Mar. 25 2016) .

The Court of British Columbia, at:**http://www.courts.gov.bc.ca/index.aspx** (last visited Mar. 29, 2016).

Canada’s Court System, at:**http://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/ccs-ajc/pdf/courten.pdf**(last visited Mar. 29, 2016).

Truth and Reconciliation Commission of Canada, at:**http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/index.php?p=3** (last visited, Mar. 30, 2016)

Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Declaration on the rights of indigenous peoples, at:**http://www.ohchr.org/EN/Issues/IPeoples/Pages/Declaration.aspx** (last visited,Apr. 5, 2016）.

Kristy Kirkup, Canada should spend less fighting Aboriginal Peoples in court: economic adviser, The Canadian Press, availiable at: **http://www.cbc.ca/news/aboriginal/canada-should-spend-less-fighting-aboriginal-peoples-1.3511391** (last visited, Apr. 4, 2006).

通往原住民族傳統領域之路徑：從加拿大最高法院Tsilhqot‘in案出發

林三元
台灣台中地方法院法官
交通大學科技法律研究所兼任助理教授

報告大綱

- 前言
- 故事的脈絡
- 從戰場到法庭
- Tsilhqot'in案之省思
- 結論

前言

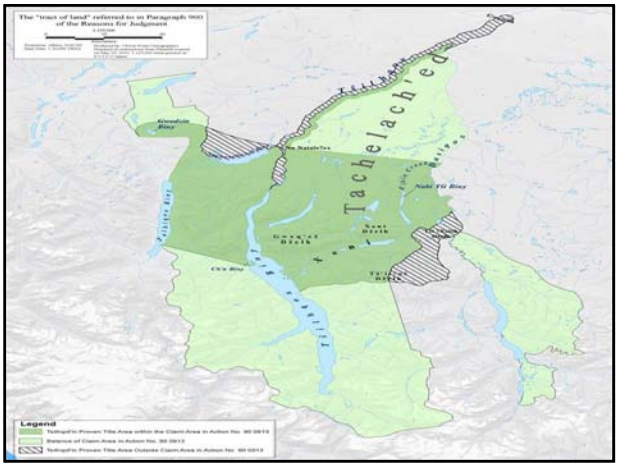
- 工業革命，資本主義興起，歐洲各國開始在歐洲以外的地區建立殖民政府。除了對當地原住民族文化造成衝擊之外，更掠奪了原住民族賴以為生的土地！
- 時至今日，世界各國的原住民族雖極力爭取回復其傳統領域。但因其中涉及複雜的政治、經濟關係，始終難以找到妥適的處理方式。本文將藉由加拿大最高法院Tsilhqot'in案件之判決分析，嘗試提出可供我國關於原住民族傳統領域爭議之思考觀點。

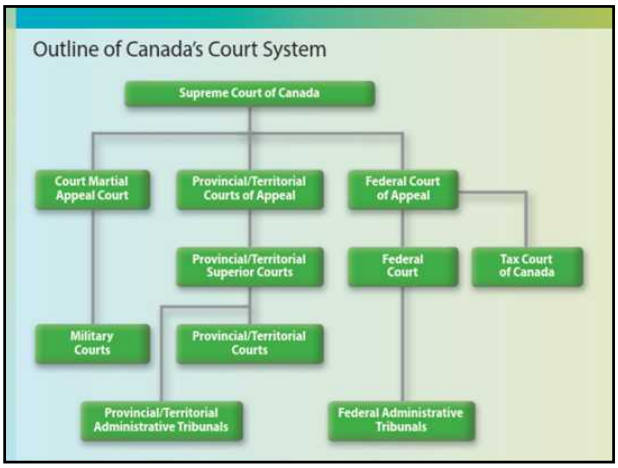
故事的脈絡

- 殖民者的說法：
  1.不平等條約
  2.發現理論與無主物原則
- Tsihqot'in的悲歌：
  1.1864年Tsihqot'in戰爭
  2.2014年英屬哥倫比亞省省長在議會公開道歉

從戰場到法庭

- 訴訟的起源：1983年筏木公司取得在Tsilhqot'in傳統領域內，進行伐木工業的執照。Tsilhqot'in領袖及耆老率領族人，設立阻隔障礙，阻止業者進行橋梁工程。
- 政府一方面出面協調並承諾，除非獲得族人同意，否則不會在傳統領域內進行伐木工業。另一方面卻又繼續核發執照，Tsilhqot'in而因提出訴訟。然而，訴訟卻是最不得已的方式，因為以訴訟的方式爭取權益，成本太高。





上訴法院的見解

- 英屬哥倫比亞省高等裁判法院（British Columbia Supreme Court）於2007年11月判決結果認為，Tsilhqot'in在系爭土地上享受狩獵、誘捕、交易獵物以及捕捉野生馬匹等屬於原住民族的權利。此外，系爭土地約百分之四十的範圍屬於該族群的傳統領域。
- 但英屬哥倫比亞省上訴法院（British Columia Court of Appeal）於2012年6月27日判決結果，推翻高等裁判法院見解，認為Tsilhqot'in無法主張系爭土地屬於該族群之傳統領域，除非能證明該族群係以特定區域為基礎（site-specific basis），且持續地排他占有使用。

最高法院判決之立場（一）

- 2014年6月26日加拿大最高法院，以全體無異議之判決，認為系爭土地約4380平方公里屬於Tsilhqot'in族群之傳統領域。
- 最高法院並非改變在Delgamuukw一案，對於認定原住民族傳統領域的判斷標準：首先，該土地必須在國家主權建立之前，已在原住民族佔領中。其次，原住民族目前對於土地之佔領，已證明是基於在國家主權建立前之佔領，且目前仍持續佔領中。最後，該佔領必須是持續地排他狀態。

最高法院判決之立場（二）

- 最高法院強調對於原住民族如何使用土地，必須予以尊重，而Tshilhqot'in是一個半游牧的族群，該族群與土地的關係，自與其他民族不同。因此，上訴法院強調必須以特地區域為基礎（site-specific basis），且在該特定區域內有排他使用之事實，才能認定屬於該族群之傳統領域，對於半游牧民族而言，顯然有所不當。
- 最高法院亦認為，討論原住民族傳統領域判斷標準中，有關「佔領」（occupation）的概念，必須從不同族群的文化脈絡中加以理解。而Tshilhqot'in是一個半游牧的族群，對於佔領的意義，也必須依據該族群長期運行的慣習及對土地的利用方式加以解釋。

最高法院判決之立場（三）

- 法院判決確定前：政府必須基於誠信原則，徵詢該族群之意見，以符合族群之最佳利益。如果政府未盡到徵詢之責任，原住民族可以透過核發禁制令、請求損害賠償等方式提出司法救濟。
- 法院判決確定後：
- 政府在傳統領域進行土地開發之前，必須得到該族群之同意。如果政府未獲原住民族之同意，即不得進行土地開發，除非政府可以依據1982年憲法法案第35條之規定，正當化利用土地之行為。
- 政府必須依據既存事實，重新評估是否應該停止開發行為，或取消相關計畫，已制定的法令也應考慮是否廢止。

Tsilhqot'in案之省思（一）

- 跨越時間界線的傳統領域：在承認原住民族傳統領域與國家財產權法制雙軌併行的概念下，原住民族傳統領域並未因國家主權建立之後隨即消失。甚至應該認為原住民族對於傳統領域之管領權，係與國家法制「同時」、「繼續」地存在。也因為原住民族從未失去對於傳統領域之管領權，當原住民族透過締結條約、修改憲法、制定法律或法院判決等方式，要求重新劃定傳統領域範圍，自屬實踐當代尊重多元文化的人權思維，應予以肯認。
- 加拿大最高法院判決認為，對Tsilhqot'in族群而言，其對傳統領域之主權，既未因1864年歐洲移民政權建立後隨之消失。則該族群自可繼續主張系爭土地屬於該族群之傳統領域。

Tsilhqot'in案之省思（二）

- 理序退讓的國家主權：從1864年Tsilhqot'in戰爭開始，一直到1992年提起訴訟，國家一直站在與原住民族對抗的立場。但是，以戰爭或訴訟的方式解決紛爭，都是以權利義務關係對立之兩造為前提，兩造在爭執過程中，經常會落入「追求正義，不計代價」的思維中。然而，寇斯定理（Coase theorem）告訴我們，當交易成本為零的時候，不管財產權如何分配，都會是有效率的！換言之，當交易成本不斷提高時，財產權配置的效率，亦將隨之減損。
- Carol Anne Hilton教授即認為，加拿大政府應該減少在法庭上對抗原住民的支付，並將此部分資源用以提升原住民族相關權益加。

Tsilhqot'in案之省思（三）

- 司法權之自我省思：原住民族集體權利的概念，與現行國家法係基於個人主義的立法精神，有其本質上的差異。司法機關如何透過「法律的文化解釋」（cultural interpretation of law），調和其中的差異，雖屬不易，但仍是無法規避的問題。在不違反「依法裁判」的憲法精神下，納入「部落法」的思維，更能體現保護原住民族權益，並糾正過去不正義所產生的謬誤。
- 原民個人涉及犯罪時，司法機關如何審理及判決，僅涉及原住民個人，而回復原住民族傳統領域，實質建構族群與土地的關係，則仍有待司法權更進一步討論、省思。以傳統領域之爭議為例，在司法程序上，回復原住民族對於土地之集體權利，其正當程度遠高於對原住民個人是否犯罪的審理。

結論

- 肯認原住民族對於傳統領域之主權，並未隨著國家主權之建立而消失，原住民族主權與國家主權是「繼續」、「同時」存在，「傳統領域」是原住民族跨越時間界線的主權展現，加拿大最高法院在Tsilhqot'in案就此部分所提出之見解，值得作為我國後續相關研究之參考。
- 政府應該減少在法庭上對抗原住民的支付，並將此部分資源用以提升原住民族相關權益，亦即，在原住民議題上，適度退讓國家主權，應屬當然。
- 相關法律沒有修訂的情形下，加拿大最高法院肯認系爭土地屬Tsilhqot'in之傳統領域，彰顯司法權自我省思的能力，應可作為我國司法機關在未來審理原住民族集體權利爭議時的借鏡！

發展主義下的土地掠奪與國土治理
──從台東美麗灣案談起

詹順貴

元貞聯合法律事務所合夥律師

摘要

台東的杉原海岸，在行政院核定的《台灣沿海地區自然環境保護計畫》中，是劃為「一般保護區」，其保護、保育原則是「以不影響環境之生態特色及自然景觀下，維持現有之資源利用型態」。其現況北半邊仍是自然海岸，南半邊則是供海水浴場使用，而且是當地阿美族原住民的重要豐年慶等祭儀場所與撈捕、採集區域。

台東縣政府原是構想將海水浴場透過促進民間參與公共建設機制，委外經營。但美麗灣公司卻大膽提出一個大型飯店渡假村建設計劃，台東縣政府竟也加以買單。

美麗灣渡假村 BOT 案從構想提出、規劃到 2004 年簽約，台東縣政府與得標廠商美麗灣公司原本樂觀地預期將於 2008 年開始營運，如意算盤打的是霸佔山海美景第一排後的財源滾滾。為加快開發期程以減少阻力，縣府配合廠商切割開發基地核發旅館主體建照方式規避環評，企圖先造成既成事實，再補做環評，以求環評穩當通過。

孰料，正因美麗灣渡假村 BOT 案的起手式違法，加上自始忽略當地住民的文化脈絡與環境因素，欠缺事前充分溝通說明，迫使當地部分原住民結合環保人士挺身反抗。其中的法律戰，更導致台東縣政府所作對美麗灣公司有利的行政處份，均被法院判決撤銷或宣告無效。迄今 2016 年，『海岸管理法』、『國土計畫法』陸續立法通過，此二部法律以及其配套子法，其中有關土地利用管理的管制、對原住民土地權益的保障等規定，究竟會對美麗灣渡假村 BOT 案能否營運產生如何的後續影響？值得近一步分析探討。

台東縣政府對外均以發展地方經濟需要，做為大力推動土地開發的理由，但對於此開發案對當地人（尤其是原住民）生活、文化傳統與周邊生態環境的影響，卻顯得完全不在意。但也因此，反而讓反對此開發案者，取得堅強的抗爭論據與正當性，社會輿論顯然也較為同情支持反對者一方。

本論文首先，將試圖從發展主義觀點，梳耙他們將土地商品化後，恣意競租掠奪炒作，完全無視土地倫理與生活在該土地上之人的生活文化紋理的行為脈

絡。其次，簡介幾個有原住民族的國家，其原住民文化抗爭與恢復主權與土地、自然資源權利的困境與歷程；藉此理解呈現反對此案的原住民與環保人士的文化、環保抵抗思維與所採行動策略。繼之，評論台東縣政府刻意將美麗灣 BOT 案侷限為地方事務，要求外地人士不要干涉的說詞；以及『海岸管理法』、『國土計畫法』陸續通過後，從國土治理與尊重、恢復原住民土地主權的脈絡下，中央政府能如何在此案著力？對美麗灣 BOT 案的影響又將如何？最後總結，談在發展主義與經濟利益掛帥下，原住民族土地不斷被掠奪，原住民觀點難以在主流社會呈現，少數原住民文化抵抗的困境與提出政策建議。

壹、 前言

過去數十年政府全力拼經濟發展，台灣國民所得大幅提高，人民生活（尤其都會地區）雖因而大幅改善，但中南部與偏遠地區的環境污染問題卻也隨之日益嚴重，整體社會所付出的代價，逐漸顯露。

此外，台灣面積雖小，卻有近 4 千公尺高山、茂密針、闊葉森林，直到四面環海，擁有豐富的自然生態與原住民文化多樣性。但由於地狹人稠，加上土地或山海美景公共財的商品化、私有化，不僅環境生態飽受破壞，對相對弱勢族群如農民、偏遠地區人民的迫遷，以及對原住民族傳統領域、生活文化的侵害，亦日漸加劇。

然而，隨著生活的改善，知識的提昇，公民意識也日漸抬頭。面對層出不窮的公害污染事件與開發迫遷案件，願意挺身而出的公民與環保團體，也愈來愈多。繼之，雖然政治權力開始正常化演替，但於首次政黨輪替期間，民眾動員能量反而式微，讓堅守在野運動的公民與環保團體結合環境律師轉向司法尋求正義。過程雖然漫長辛苦，也逐漸開花結果[1]，但個案救濟僅能做為題材，終究難以直接轉化為制度，因此，跳脫「地盡其利」的舊思維，建置尊重文化紋理、維護土地與環境正義的國土治理制度，才是根本解決之道。

本文首先簡介美麗灣案的歷史、相關訴訟與其進度，其次，從發展主義觀點，梳耙土地被商品化，資本家無視土地倫理與人的生活文化紋理，恣意競租掠奪的行為脈絡。接著，簡介當地原住民文化與恢復土地、自然資源權利的抵抗。繼之，於《海岸管理法》、《國土計畫法》陸續通過後，從國土治理與恢復原住民土地主權的脈絡下，中央政府能如何在此類案例著力？對美麗灣案的影響為何？最後總結，談在發展主義的經濟利益掛帥下，少數原住民文化抵抗的困境與提出政策建議。

貳、 發展主義下抹去文化紋理的土地掠奪

一、美麗灣案簡介

台東杉原海岸，是一個接近半月型的美麗海灣與沙灘，北段是富山護魚保育區，中段原本主要供海水浴場使用，並有阿美族的刺桐部落，而且是阿美族每年 7、8 月舉行的豐年祭與海祭的重要場域之一[2]，南段以相思樹防風林夾雜椰子樹與礫石灘的自然風貌為主，整體屬阿美族傳統領域土地。周邊的史前遺址包含新石器時代富山文化（距今約 4000 至 3000 年前）及麒麟文化（距今約 3000 至 2000 年前）的杉原遺址，富山第一遺址（富山文化）與第二遺址（含富山文化、麒麟文化）等[3]。

---

[1] 詳細過程，請參閱作者＜環評訴訟的奮鬥史＞2010.09，部落格網址：http://thomas0126.blogspot.tw/2010/09/blog-post_29.html。

[2] 作者因承辦此案多次親身前往調查所得。

[3] 以上關於文化遺址的調查，摘自美麗灣渡假村開發案環境影響說明書定稿本（本文）頁 6.8.1-6.8.5 。

另依中央研究院生態多樣性研究中心於 2008 年 8 月 10 日發表的「台東杉原灣海洋生態與生物多樣性調查報告書[4]」所載，於杉原海岸及潮間帶共記錄到 104 種石珊瑚、10 種軟珊瑚、5 種水螅珊瑚，總共 119 種，並因而孕育豐富的魚蝦、蟹貝、海蔘、海膽等生態與漁業經濟資源。可說是一文史與生態兼具、豐富多樣的珍貴寶地。

然而「懷璧其罪」，中段的 6 公頃海水浴場與美麗沙灘，很快便有財團伸手染指。其過程是台東縣政府於 2004 年 12 月 14 日與美麗灣渡假村股份有限公司（下稱美麗灣公司）簽訂「徵求民間參與杉原海水浴場經營案興建暨營運契約」，以 BOT 方式將臺東縣卑南鄉加路蘭段 346 及 346-2 地號等山坡土地交由美麗灣公司進行開發（下稱美麗灣案），開發面積合計 59,956 平方公尺。2005 年 2 月 21 日該公司以因應開發需要為由，函請當時台東縣政府所屬旅遊局（現已更名為城鄉發展處）同意合併加路蘭段 346 及 346-2 地號土地，再分割成同段 346 及 346-4 地號土地，將美麗灣旅館主體建物的實際建築基地即 346-4 地號土地，面積 0.9997 公頃分割出來，藉以規避「開發行為應實施環境影響評估細目及範圍認定標準」第 31 條第 14 款第 7 目[5]規定山坡地應實施環境影響評估（以下簡稱環評）的 1 公頃開發面積門檻。

台東縣政府於同年 3 月 8 日以「配合開發需要」為理由，同意辦理土地合併及分割，使該建築基地得以不必進行環評而直接開發。同年 10 月 7 日美麗灣公司取得 346-4 地號土地興建旅館的建造執照後，隨即於同年 12 月 12 日以擴建規劃為由，申請全區開發，並於 2006 年 9 月 26 日檢具環境影響說明書送審。當初規避環評在先，迨取得建造執照後才又申請全區開發，違法情況明顯。何況既然已是全區開發，在未經環評通過前，原有 0.9997 公頃土地的旅館興建工程，是否應先停止施工？經阿美族林淑玲等人與台灣環保聯盟台東分會抗議無效後，便展開應停止實施開發行為的公民訴訟與撤銷環評的行政訴訟。最終均獲勝訴判決確定。

但事件並未落幕，美麗灣公司繼續送審環評，當地居民則提出撤銷旅館建造執照與使用執照的訴訟。而台東縣政府亦未有所反省，快速通過第二次環評結論，並核發同意復工的處分函，於是居民被迫再提起撤銷第二次環評結論與復工處分等二件訴訟。目前，第二次環評結論業經行政法院判決撤銷確定，撤銷台東縣政府所核發旅館建造執照、使用執照與同意復工處分等訴訟，高雄高等行政法院也均判決撤銷。預計，最高行政法院很快會在 撤銷第二次環評結論判決確定的基礎上，陸續駁回台東縣政府與美麗灣公司的上訴。

---

[4] 相關數據由作者從報告中加以匯整，中央研究院生物多樣性研究中心珊瑚礁演化生態暨遺傳實驗室研究報告連結：

http://tci.ncl.edu.tw/cgi-bin/gs32/gsweb.cgi?o=dnclret&s=id=%22TCI0002357622%22.&searchmode=basic&tcihsspage=tcisearch_opt2_search

[5] 開發行為應實施環境影響評估細目及範圍認定標準第 31 條第 14 款第 7 目規定，位於山坡地、國家風景區或台灣沿海地區自然環境保護計畫核定公告之一般保護區，申請開發或累積開發面積一公頃以上。

二、商品化的土地掠奪

土地空間意義，著名的人文地理學者 John Agnew 提出應該包含三個層次：1.總體經濟環境下的區位空間；2.環境與自然空間；3.主觀的地方認同空間。政大的地政學系徐世榮教授，則認為台灣過去經濟成長、效率優先及威權政治體制下，土地政策之決定幾乎僅侷限於上述第 1 點，土地被視為經濟生產要素。近年來，因環境生態保育受到重視，第 2 點因素偶會超越第 1 點，但屬鳳毛麟爪。至於第 3 點，則迄未獲得應有重視，這也是近年來政府與農民、原住民或其他被迫遷人民間，關於土地正義議題抗爭不斷的原因[6]。

有學者指出，近年來台灣的政經發展，愈來愈走向行政官僚、地方派系與資本利益集團結盟的新政商聯盟，但行政官僚經常僅淪為後二者吞噬土地的工具[7]。為快速追求此金權聯盟關係人的最大經濟利益，其典型且共同的作法，即是將土地與一般交易市場的商品同視，透過不對等的資訊，土地使用計畫政策工具，以及強制徵收、都市更新、市地重劃或促進民間參與公共建設等公權力手段，炒作土地。

商品，能大量標準化地產出，獲利才會最大。迄今人類無法用最先進工業技術大量製造產出的土地，新政商聯盟僅能透過前述土地使用分區變更，以及各種強制取得手段與內線消息，將廉價農地、山坡地與原住民山林傳統領域等土地，快速尋租，獲取暴利。於是其他諸如空間歸屬、文化認同、自然生態、公平正義或景觀美學等，會造成商品成色參差的因素，在經濟理性的邏輯下，理所當然被排除在決策思考範疇之外，並將盡可能地直接抹去上述各項土地紋理。

三、抹去文化紋理，是提升生活品質？

美麗灣案因為爭議許久，美麗灣公司的環評相關訴訟又一再敗訴，因此，除一再強調承諾優先提供當地原住民就業機會外，為敦親睦鄰爭取支持，也積極補助並協助當地阿美族舉辦活動，但想將海水浴場與開放式沙灘開發為半獨佔式大型渡假村的使用心態，則始終未變。大型渡假村帶進的商業消費與生活型態，會否對當地原有的生活文化紋理產生重大衝擊，其環境影響說明書，若非避而不談，亦即輕描淡寫。

如再對照另一類似案件，即更見歧視。日月潭向山觀光旅館 BOT 案的基地，於其環評審查過程中，行政院原住民族委員會一再強調依該會過去的調查成果，乃屬邵族傳統領域土地，開發單位應踐行原住民族基本法第 21 條規定程序；文化資產總管理處籌備處則表示，基地絕大部分位於已知的「水社遺址」範圍內，其東南角亦緊鄰已知的「向山遺址」[8]。

開發業者於第 1 次審查會後的回覆，前者竟以經函詢獲答，該地非為原住民保留地魚目混珠；後者僅重申文化資產保存法早有明文必須全程派文化資產專家

---

[6]政治大學第三部門研究中心&台灣農村陣線共同出版，2012 年 12 月出版《土地正義的覺醒與實踐─抵抗圈地文集》 頁 44

[7]請參，張鑑志《台灣經濟自由的政治邏輯：當國資本主義的轉型與新政商聯盟》2008 年 6 月出版；台灣政治策刊 P101~145

[8]第一次專案小組審查意見暨答覆說明對照表，2011 年 12 月 2 日環署綜字第 1000105780 號函。

監看與一旦發現遺址立即停工並通知主管機關等規定，其敷衍虛應心態，可見一斑[9]。有關傳統領域土地問題，經原住民族委員會直斥其非後，行政院卻於 2012 年 8 月 1 日召開「日月潭向山觀光旅館 BOT 案開發問題專案會議」，在當時政務委員楊秋興主持下，做出略以憲法保障人民權益應不分族群，原住民族傳統領域在未有法源依據且未依法劃定公告前，尚無原住民族基本法第 21 條規定之適用的理由[10]，為開發業者解套。

在行政官僚與資本利益集團聯手宰制下，其環境影響說明書對於就此開發案對邵族原住民生活、文化的可能影響評估，認為不僅不會帶來負面衝擊，甚至認為「開發完成後，將引進居住人口，與原有居民在生活型態上有所差異，可刺激社會環境朝向高品質生活目標邁進。」[11]不啻將原有當地邵族原住民生活型態視為落伍的低品質，透過引進居住人口，消滅其文化紋理，而達到開發業者自認之高品質生活型態。

四、原住民的文化抵抗

為方便資本利益集團吞噬擁有山海美景的土地，行政院政務 委員層級官僚也不惜帶頭否定《原住民族基本法》的效力，於此情形下，即能體會原住民族恢復主權的文化抵抗，是何等之艱困。

美麗灣與日月潭向山觀光旅館二件 BOT 案，因為基地都是公有土地，而環評又皆由開發業者提出申請。故於環評通過後，當地原住民想透過行政救濟程序撤銷環評結論，就必須以利害關係人身分主張有何種法律上權利受到損害或將受到損害。此為這類型訴訟，會被最先問到的程序問題。

此二件撤銷環評案件，因特別涉及原住民傳統領域，筆者特別引用《環境影響評估法施行細則》第 5 條第 4 款[12]、第 19 條第 5 款[13]與《開發行為環境影響評估作業準則》，提出文化抗辯，主張其開發行為會對當地原住民的傳統生活方式、社會經濟地位產生衝擊，以及限制、剝奪其對傳統領域土地利用的形式。可惜，雖然建構了原住民的法律上利害關係（主觀公權利），但行政法院與行政院訴願會，仍均以原環評主管機關就開發行為對自然生態或生活環境（涉及廢水污染）的影響評估不確實，以及未遵守利益迴避規定為由，撤銷環評結論。

參、國土治理的修補

一、再溯美麗灣案

[9]同上

[10]第三次專案小組審查意見暨答覆說明對照表，2012 年 12 月 7 日環署綜字第 1010111940 號函

[11]日月潭向山觀光旅館 BOT 案環境影響說明書 P7~73

[12] 環境影響評估法施行細則第 5 條規定，本法所定縣（市）主管機關之權限如下：(四) 有關縣（市）主管機關審查通過或由中央主管機關移轉管轄權至縣（市）主管機關之開發行為環境影響說明書、評估書及審查結論或環境影響調查報告書及其因應對策執行之監督事項。

[13] 環境影響評估法施行細則第 19 條規定，本法第八條所稱對環境有重大影響之虞，指下列情形之一者：(五) 對當地眾多居民之遷移、權益或少數民族之傳統生活方式，有顯著不利之影響。

早在 1987 年行政院核定的《台灣沿海地區自然環境保護計畫》[14]，即將台東杉原海岸劃為「一般保護區」，其保護、保育原則是「以不影響環境之生態特色及自然景觀下，維持現有之資源利用型態」。試問，台東縣政府將原供海水域場使用的沙灘 BOT，改為興建大型渡假村，有無違背上述保護保育原則？

於環境影響評估程序，《開發行為環境影響評估作業準則》第 5 條[15]，明定開發單位應先查明開發行為之基地是否位於「環境敏感區位及特定目的區位限制調查表」所列之環境敏感區位及特定目的區位。而是否位於《台灣沿海地區自然環境保護計畫》之「自然保護區」或「一般保護區」，則為表列第 1 項[16]。另於非都市土地開發申請與審議，亦有內容大部分相同的類似限制發展與條件發展之敏感區位調查表，供開發申請人檢核，因與美麗灣案無關，本文不予贅述。

徒法不足以自行，關鍵即在於開發至上的地方政府，刻意視若無睹或加以曲解。在美麗灣案，台東縣政府用下位階的沙灘地目「遊憩用地」，以容許興建旅館為藉口，規避上位階的「一般保護區」使用原則限制，亦是引起重大爭議的原因之一。類似情形全台不可勝數，這是過去幾十年來以土地開發為導向的經濟發展模式，所造成國土治理上的沈疴。

原本美麗灣公司與台東縣政府如意算盤，是 2004 年 12 月簽約，2008 年底對外營運。因偷雞不成，迄今 2016 年，不僅營運可能性越來越低，美麗灣公司所屬美麗華企業集團，更因此賠上集團信譽，想必是該集團始料未及。雖然此類無視土地倫理與紋理的圈地開發情形相當普遍，但能被如此（相對）有效阻擋的開發案件，筆者必須誠實指出其實不多。

二、海岸管理法

顧名思義，它是一部用來規範海岸地區土地的法律。而此部法律運作的第一大步，則是必須界定出「海岸地區」的明確範圍，並加以公告。從新聞中，我們看到台東縣政府與議會極力反對、杯葛內政部的說明溝通與公告。這些政治人物或許擔心《海岸管理法》的施行，會增加新政商聯盟吞噬土地的障礙，於是刻意直接將「海岸地區」的公告，與保護區的劃設畫上等號，大肆宣稱會影響縣政建設，藉此誤導民眾，尤其漁民亦一起反對。台灣其他地區，大部分擁有長海岸線

---

[14] 台灣沿海地區自然環境保護計畫(II)－北海岸、北門、尖山、九棚、好美寮，第三段「台灣沿海保護區之規劃」中，第二點《保護區之類別及其保護原則》第二款規定，一般保護區：在不影響環境之生態特色及自然景觀下，維持現有之資源利用型態。營建署保護計畫網址：
http://www.cpami.gov.tw/chinese/index.php?option=com_content&view=article&id=10715&catid=190

[15]開發行為環境影響評估作業準則第 5 條規定，開發單位應先查明開發行為之基地，是否位於環境敏感區位及特定目的區位限制調查表（附件二）所列之環境敏感區位及特定目的區位，並應檢附有關單位公函、圖件或實地調查研判資料等文件，並敘明選擇該開發區位之原因。
開發基地位於環境敏感區位或特定目的區位者，依下列規定辦理：
一、開發基地位於相關法律所禁止開發利用之區域，從其規定；其說明書或評估書經提請主管機關環境影響評估審查委員會審查後應不予通過。
二、位於相關法令所限制開發利用之區域，應取得有關主管機關之同意。
三、區位中應予保護之範圍及對象，應詳予評估及研訂因應對策。

[16]連結網址：
http://ivy5.epa.gov.tw/epalaw/search/DispGraph.aspx?gtype=1&gcode=030050+++50&p=1

的縣市，也都出現類似反對情形。

但因此法立法過程拖得非常久，也做過比較多的溝通，所以，關心此法的原住民，對內容較有瞭解，因而反彈聲浪相對少許多。其實，《海岸管理法》第 7 條所明定海岸地區的規劃管理原則，其中第 2 款規定：「保護海岸自然與文化資產，保全海岸景觀與視域，並規劃功能調和之土地使用。」第 8 款規定：「保存原住民傳統智慧，保護濱海陸地傳統聚落紋理、文化遺址及慶典儀式等活動空間，以永續利用資源與保存人文資產。」第 8 條第 9 款亦規定：「整體海岸管理計畫內容，應包括有關海岸之自然、歷史、文化、社會、研究、教育及景觀等特定重要資源之區位、保護、使用及復育原則。」綜合以觀，其法律邏輯，是將既有聚落紋理、原住民傳統智慧生活文化，視為資源加以保護，非僅僅保護自然生態，而完全限制或敵視人文、歷史。

當然，其第 16 條第 2 項也比照《原住民族基本法》精神，明定如海岸保護計畫之擬訂，涉及限制原住民族利用原住民族之土地、自然資源時，於審議前擬訂機關即應與當地原住民諮商，並取得其同意。

從以上條文分析，對於現有海岸地區土地的使用型態與使用人，未必有不利影響，甚至可能反向受到進一步保護，但對於想以建設發展為藉口，抹去生態與人文紋理的金權結構，即是一項明顯屏障，會反彈並未沒有道理。公民團體應使力遊說的對象，應該鎖定因資訊不足被誤導的居民、漁民。

三、國土計畫法

依照當前涉及土地利用的法律立法例，只要涉及原住民族土地及海域之使用限制，其土地使用管制規則之訂定，均應採行踐行《原住民族基本法》第 21 條[17]所定諮詢並取得同意的程序，《國土計畫法》第 23 條第 3 項亦復如此。

於《國土計畫法》中，與原住民議題相關，且較值得一提的是，「特定區域」概念的法制化。依此法第 3 條第 5 款的用語定義，具有特殊自然、經濟、文化或其他性質，經中央主管機關指定之範圍。其中最易具備特殊文化者，幾乎非原住民傳統領域莫屬。於是，針對「特定區域」，同法第 6 條規定國土計畫之規劃基本原則，其中第 8 款明定應考量區域的文化特色；擬定「國土計畫」，涉及「特定區域」內容時，同樣需踐行《原住民族基本法》第 21 條程序[18]，並應會同行政院原住民族委員會訂定，以資保障。

「國土計畫」下的「特定區域」，特別納入以文化為主要元素的劃設法源，正是為時勢所趨的原住民族自治，在台灣整體國土治理上鋪路。但關鍵仍在具有

[17]原住民族基本法第 21 條規定，政府或私人於原住民族土地或部落及其周邊一定範圍內之公有土地從事土地開發、資源利用、生態保育及學術研究，應諮商並取得原住民族或部落同意或參與，原住民得分享相關利益。
政府或法令限制原住民族利用前項土地及自然資源時，應與原住民族、部落或原住民諮商，並取得其同意；受限制所生之損失，應由該主管機關寬列預算補償之。
前二項營利所得，應提撥一定比例納入原住民族綜合發展基金，作為回饋或補償經費。
前三項有關原住民族土地或部落及其周邊一定範圍內之公有土地之劃設、諮商及取得原住民族或部落之同意或參與方式、受限制所生損失之補償辦法，由中央原住民族主管機關另定之。

[18] 同上

財政與土地管轄權的《原住民族自治法》、《原住民族土地及海域法》能否盡快催生立法通過。

此外，於國土計畫下的「海洋資源地區」，其分類原則，也明定納入原住民傳統使用方式，可以搭配前述《海岸管理法》涉及原住民文化的相關規定使用。能否透過國土治理修補美麗灣案所凸顯的問題，

乍看《國土計畫法》與《海岸管理法》法條結構，對於原住民族土地議題，似乎沒有令人驚豔的創新設計，未能賦予如美麗灣案的徹底解決之道。但這僅是大架構法律，難以對個案做過於細節性的規範。

於《海岸管理法》部分，如果能具體將前述第 7 條第 8 款的規劃原則，落實在第 8 條的整體海岸管理計畫，尤其第 9 款的特殊重要文化區域內，具體規範符合此一特殊文化的保護與使用原則，再搭配使用同法第 25 條、第 26 條規定，否准其開發許可申請，即可達到徹底解決美麗灣案。當然，操作細節上，首先，須將第 25 條第 2 項授權中央主關機關訂定的法規命令中，關於「特定區位」與「一定規模以上或性質特殊適用範圍」作細緻的研訂。此處之特定區位與前述特定區域概念有別，依筆者之見，包括杉原海岸在內的自然海岸，通案列入關於在「特定區位」內，至於一定規模、使用性質特殊與否，則應針對「特定區位」的重要或敏感程度，分門別類位不同密度的細緻規範。

由於美麗灣案，如前所述，其相關開發、建設申請，相關通過或核准的處分，均已遭司法判決撤銷，未來重提申請，自應踐行第 25 條、第 26 條所定申請許可程序。中央主管機關藉此接手處理，以違反整體海岸管理計畫利用原則為由，否准其申請，並依第 36 條令回復原狀。

於《國土計畫法》部分，能否將整個杉原海岸劃入當地某個「特定區域」，或許尚會有爭議，但其基地屬阿美族原住民傳統領域土地，各方尚無異見。此時，至少可以透過此法第 23 條第 2 項、第 3 項規定，將類似情形的使用管制規則研訂得更嚴謹，使容許使用項目須更符合當地原住民生活、文化元素。其次，再透過第 32 條第 1 項、第 2 項規定，以不符第 23 條第 2 項土地使用管制規則為由，限期令遷移，或依同條第 3 項將土地變更為非可供建築用地，一了百了。不過，困擾的是第 32 條所定權責在地方政府，會使此一利器功能，大打折扣。

肆、結論與建議

土地商品化的圈地炒作利益快速且龐大，這些利益，可以讓資本利益集團享受、揮霍，可以用來豢養政權與民意代表，而政治人物則靠資本利益集團提供資金，圈養地方派系維繫政權，或海外累積私人資產，技術官僚則甘為或淪為工具。所以，他們結盟為新政商聯盟後，竟可無視《原住民族基本法》也是我國有效的法律，縱使尚未系統性公告全國各地原住民傳統領域範圍，也可以且應該個案依循現有資訊加以認定，而非冠冕堂皇地赤裸裸操作成憲法保障人民權益應不分族群，於原住民傳統領域範圍尚未有法源且未依法公告，尚無該法第 21 條之適用。

這正是近 20 年來原住民族還我土地主權運動，難有寸進的最大障礙。筆者特別提供美麗灣案抗爭的靈魂人物阿美族刺桐部落林淑玲撰寫其母女一路來的心路歷程（附件），其中部落因此案的分裂，屬少數的她們如何被排擠，再到逐漸被認同而重獲接納等情節，令人鼻酸，但也正是新政商聯盟刻意想抹去的文化紋理。關於個案法律策略，筆者於前一章節已有詳細介紹。目前，需要的是新政府上任後，於整體制度面，如何審慎研訂全國國土計畫、相關配套子法與督導地方政府妥適制訂符合公平正義，尊重環境生態多樣與文化多元的直轄市、縣市國土計畫。於美麗灣個案，拍板具體做出政策拆除（或如何善後）決定，接下來僅需按期程並付諸執行即可。

附件

反美麗灣過程

淑玲

反美麗灣的過程不知道被濃縮在每次的演講或是訪談多少回了。我對部落文化和土地，卻因著反美麗灣而一次又一次的修補和建構起來，雖然還不夠，尚且足，即便如此還是想再追尋那個家族長者口中的世界，我們的根。

刺桐部落的形成，土地屬加路蘭的傳統領域，名叫 fudafudak，曾是沙灘的一部份，故有老人家說是沙子因東北季風揚起的狀態；也有人說陽光普照於大海，閃閃發光的樣子。我外祖父的家族是從加路蘭部落遷徙的，祖父這方的家族則是由馬蘭遷移而來的。約莫 1971 年的飛鷹計畫，國民政府興建志航基地，範圍橫跨石川、加路蘭，就讀的學校和舊道路也一併納入，長輩中沒有人可以明確的說明是否有徵收，但再一次的擴建中，外祖父 ta'wade 家在部落的南邊、在靠近水源地的住家，只能被迫放棄，於是遷徙至在 fudafudak 的耕地，以後也跟著大家種香茅，製作香茅油。而祖父的家族，據我父親的描述，他們從小就是游耕家族，爸爸有讀國小但經濟不許可時，就給人放牛換一車稻穀，算是一年工資。早期，為了工作移居到初鹿煙草間（地名；因製作香煙而得），或是在山里、和平一帶的河川種稻，一直到 kalongoay（地名）、cionacan（地名）種植香茅，才又從山上下來 fudafudak 定居(即

現在的刺桐部落)。父母親約在 1973 年結婚。數個家族落腳在刺桐，有來自馬蘭、加路蘭、都蘭、都歷等部落。直到去年，我父親家族的遷徙歷史才與母親家族的故事拼湊起來。

歷經時代變遷，刺桐部落的存在因為周邊開發案而重要，尤其原基法第 21 條所賦予的部落知情同意權，當傳統領域或是部落遷徙史是給開發業者撰寫，而不問原民會時，就會忽視加路蘭、刺桐、都蘭部落共同使用、共同傳統領域的這一塊。但在美麗灣案時，甫通過原住民族基本法，可想而知當時以它來衝撞體制，所面對的是子法訂定和原民怠惰。

第一次聽到美麗灣飯店三個字是在一個民宿老闆娘的口中介紹，說是：「杉原海水浴場沒有了，正在蓋一個美麗的飯店」。我們家離開部落好久，大學還沒有畢業，蓋樓房的家便賣掉，在利嘉買房子住一段時間，期間又搬到台東市區。好像是冬天的時候，風好冷，海浪被東北季風捲起，浪花直追海岸的林帶，北邊的海岸山脈下居然多了一棟紅色屋頂的大房子，心想那個就是美麗灣，遲疑許久，才走進沙灘。當時尚未蓋游泳池，不過有鐵皮圍著，此時，腳的感覺卻比視覺，沒想到沙灘是硬的?為什麼會這樣?仔細一看發現沙裏混雜著一堆看不懂的碎石、泥巴和水泥，當下為眼前的狀態感到難過，有很大部分是自己無能為力。即使住在市區，媽媽仍然頻繁地回到部落外祖母（miarde，外婆的名字）的家。2008 年，我也開始隨著爸媽回到部落，媽媽說：有得到外祖母的許可，於是我

們在阿嬤家旁蓋了一間鐵皮屋、居住下來。以後，在部落成立富山村富山社區發展協會，由於想發展生態旅遊，台東大學的彭仁君老師與研究生們願意給予協助，又在過程中接觸台東環盟。我們想以阿美族海洋文化為主的生態旅遊提供風味餐、月桃編織的體驗、撒八掛網或浮潛，與彭老師的團隊協助族人報考浮潛證照，並且成立中心；為此，協會曾向縣府提出計畫，購買硬體設備和浮潛裝備。陳昭倫老師帶著中研院研究室的團隊在杉原灣做珊瑚礁體檢，經由劉炯錫老師與彭仁君老師的關係而認識，本來希望浮潛員未來也能參與珊瑚礁體檢的行列。部落在未成立協會以前，不管是資源、或與外面的團體接觸幾乎很少；因為東大老師和陳老師的關係，才能有像東大、環境資訊協會的關心。

回憶 96 年某天，刺桐聚會所有一場美麗灣渡假村的說明會，會中有開發單位和、居民和流氓，以及 4 位台東環盟的成員，當時的秘書林雲閣先生和廖秋娥老師、林國勳等成員和現場有部份居民針對環境與開發提出疑慮，惟開發單位卻以比誰都愛護環境來作保證，以外的就是就業、工作的保證中間，有一些看似流氓一樣的人則在一旁不斷想煽動在地人，以爭取工作權、不問是非的，想挑起衝突。然而，在那樣的場合中，台東環盟成員，不顧批評和被人暴粗口，僅對環境和會議程序提出應有的疑慮。為什麼連外面的人都比我們還關心呢？當時觸動了我，讓我很感動。結束以後，廖秋娥老師跑來跟我說：「你知道嗎？美麗灣開發的話，也會讓部落的人，沒有房子」。事實是外祖母和隔壁幾戶鄰居的土地和房子，與台東縣府出租給美麗灣的土地同屬一個富山段 459 地號。在大阿姨提供公文裡，確實有寫明要外祖母拆屋還地，還有一張公文是寫著富山村村長以外祖母是獨居老人，需要補償金才願意離開（當時縣長是徐慶元）。如今回想起來，如果沒有抗議，是不是第二期和第三期的別墅和 VILLA 就蓋起來了呢？我們這幾年，也嘗試向原保課提出原保地的增劃編的申請，但課員咬住說申請書表格中是勾選耕作地，而非居住地，與我們對現地的使用有出入，所以被擱置下來。

早先，我在大哥的鼓勵和帶領，會參加台東環盟的討論會議和遊行活動，環評審查會議。大部分的抗議遊行活動是台東環盟主導。有一次，和大哥及秘書長林雲閣去紅葉國小向馬英九拉布條陳情，沒等到馬英九卻引來地方人士的不滿，認為我們是來鬧場的。

97 年 6 月，第五次的環評審查會，因與部落導覽撞期而未參加；惟環評審查竟然有條件通過了。遇到這樣的事情，多數人可能會在通過的時候，便暗自放棄。那時，劉炯錫老師提到向立委廖國棟陳情，於是我們拜託都蘭高頭目和馬蘭賴進龍先生和陳藍姆洛代表等，一起搭飛機到立法院。前一天，我和媽媽在部落裏，跟一起成立生態旅遊的族人說明北上赴立法院陳情的事，問大家是否願意一起前往，最後，只有我和媽媽選擇上去。在前一晚製作布條時，打了一通電話給阿姨拔耐， 想問問她的意見。完全沒有寫過布條經驗的我，還記得其中一條寫著尊重原住民族基本法。

由廖國棟召開的協商會議，原民會的代表和邱文彥先生、陳昭倫老師在會議中也為杉原海灣請命。當天，在台北工作生活的舅舅和二哥也被我們找來幫忙，

在拔耐阿姨的協助下，我們訴求我要生態旅遊，不要渡假村，希望就是部落以海洋文化的方式發展而非破壞式的開發。

緊接著，七月和八月我們籌備辦一場海洋 pakelang 的三天活動，籌備過程非常辛苦，要在沙灘上搭建舞台、又要聯繫活動表演者，更重要的是能夠與部落串聯，讓各部落知道反美麗灣的議題。帶著準備好的文宣，和媽媽早早出門，一路經由馬蘭、石川、加路蘭、至北邊的宜灣和重安部落等；拜訪部落頭目或協會理事長，無非就是希望邀請他們一起來參加。劉老師找了東大生當志工，協助賴進龍先生，一起搭建舞台。還因此結識都蘭部落的余忠國老師和林榮清老師，他們幫忙規劃遊戲活動和文宣的製作。活動那三天，車輛佔滿了聚會所，有一些朋友郭明龍和豐正發先生更是前來沙灘義唱和表演。其中第三天的海洋彌撒，結合天主教彌撒儀式，為海洋祈福；而台東教區的教友至今持續關心這一場運動。三天下來，我與拔耐阿姨請參與的族人連署，竟然多達三百多人連署，此份連署書也在北上抗議的時候，交給監察院。

隔年 98，監察院巡察，都蘭糖廠有一場由狼煙行動聯盟舉辦的狼煙論壇，那是我第一次認識馬千里及音樂人巴奈姐和那布哥，他們都是很重要的狼煙幹部。為了尋求支援，這是我們第一次與原住民運動組織的連結。我還記得那天海邊吹著東北季風，上午我們拉著布條走在中山路上，一路走到台東縣政府，並且向監察委員陳情。同時，他們有安排台東縣政府的相關部門，要與我們解釋說明美麗灣案，但當時我拒絕了。好像是隔天，監察委員前往杉原灣巡查，台東環盟也有出席，當時有請委員特別去注意沙灘結塊的狀況，並且也從美麗灣一路走到部落裏去，希望監委能夠重視部落的訴求。只是當天，我本來很希望監察委員脫下皮鞋，好讓他們感受硬得像石頭的沙灘，但可惜我沒有這麼做，也許就不會等這麼多年，調查仍然遙遙無期。

98 年某月，狼煙選擇在刺桐部落辦理狼煙論壇。狼煙因卡大地布獵人事件，曾經組織和連結各團體的經驗。沒有想到，竟然有許多來自各地部落的青年參與，我才體認出原住民族的土地和環境，面臨被開發的問題何其多，這是學校和社會不會告訴我們的事，在互動中學習和了解每個部落青年在部落面對議題時的困境及分享成功或失敗的例子。我自己很有幸可以學習，也常思考有什麼是對部落或環境衝擊更小的發展方式?

我和媽媽在生計的考量下，一年中也是會接下煮風味餐和導覽的活動，也有一些不收費的，但都希望藉由活動讓更多的人知道美麗灣的議題。只是多年下來，其實也很疲憊不已，原先與族人一起成立的刺桐部落生態旅遊也因收入有限，與他們所期望的不符，因而漸行漸遠。

8 月，爾後環評無效，高雄行政地院撤銷美麗灣第五次環評。這是一件多麼令人振奮的消息。後來遇到八八風災，由於強降雨造成的走山土石流，山上沖下的泥流和漂流木，七十多歲的舅公都說這是繼台東大橋沖毀之後，沒看過如此災害。漂流木隨著潮水洋流時而在海上漂浮，時而靠近沙灘，潮間帶上佈滿大小漂流木；雖然東海岸未遭遇強降雨的發生，對東海岸而言已是一個浩刼，而鄰近的

美麗灣並未倖免。沙灘上全都是大型且身長一至二百公分長的漂流木，大苑協助召募志工，志工撿拾的速度趕不及沖上來的漂流木，尚需使用大型機具將漂流木堆放在馬安藤上。美麗灣面對如此風災的影響應變很慢；大部份的清運仍然由林務局在做，惟林務局說：沒有經費，只能將沙灘南側靠近潮間帶的部份就地堆置，並且答應部落可自行使用。當時，曾寫公文請求台東縣府協助處理漂流木，回函公文卻寫：美麗灣會協助清運，最後到頭來，僅清運飯店前對於施工有阻礙的部份。猶記得，原本打算將清運的漂流木可以從美麗灣停車場出去，但美麗灣總經理朱膺洲卻挑明地說：「你不讓我過（環評），我也不讓你過」這樣的話。

99 年，原本停工狀態的美麗灣，卻偶爾有工程車出入。於是，我們潛伏飯店內部，好奇內部設計和裝置用途，如發電機、抽水馬達、鍋爐、排水位置等，所到之處都有廢建材，地下室有淹水的狀況，其牆壁都有滲水和補過再補的水泥痕跡。內部如此，外面是水泥塊、突起的鐵條和鋼筋四散著；尤其排水設施出來的雨水，從侵蝕的地方便能看；足以見之，台東環盟於聖帕台風所發現的是真憑實據。

南島社大申請青輔會的計畫活動，靜雯和我去了一趟北海道，才下飛機和家人報平安，大哥打電話跟我說，美麗灣再度立起鐵皮圍牆，心想不對勁，隔天回到台東後，隨即和家人、朋友拉布條抗議。靜雯、大苑、我三人在大家的建議下，決定去台北陳情和開記者會。漫長的陳情行動，總統府、立法院、行政院、監察院去了不知道多少次。果然，就任台東縣長不久的黃健庭，於 9 月火速核發建照，完全無視法院的停工判決，美麗灣再度動工。不知道有多次?這幾年，我常與母親，總是為抗議而草草應付山上的畜牧工作，前一刻還在四處割草給羊兒們吃，下一刻要與找麻煩的縣府單位或美麗灣劍拔弩張。

雖然必須承認我們不足以代表部落反美麗灣的主體性，也沒能完全爭取到部落主體性來抵抗美麗灣，但初期，美麗灣除了在豐年祭的金錢捐助以外，部落對美麗灣狀況其實是乏人問津的。

記得有一次，為了沙灘上時而顯露的水泥塊而生氣，而環保署公文的解釋卻是一句它有用資源，所以不是廢棄物。於是，我們邀請都蘭部落的耆老一起來見證，美麗灣公司是如何破壞環境，將水泥塊埋在沙灘裏。果然，在距離鐵皮圍籬不到五十公尺的地方，挖出一百多公分高的大型水泥塊。2011 年年廢管處終於召開協商會議且命美麗灣清運。

經驗的人會說:「絕對不住美麗灣」！一位名字叫見維巴里的藝術家，與巴奈的協助下，我們在都蘭糖廠分享美麗灣事件，並且有許多關心海岸事情的朋友們給予諸多的行動建議，絕對不住美麗灣的貼紙和頭巾就是出自見維的設計，製作費用則是由見維和巴奈先行代墊，待賣出後又一半捐出來。說到反反反行動聯盟的組成，正是一群愛好環境土地的藝術家們聚集組成的。

自小祖父爸爸去海邊射魚，媽媽等婦女家族在潮間帶採集海藻和笠螺是再也平常不過。南北側的珊瑚礁的豐富資源，每到夏季退潮時，不管白天黑夜提供沿岸阿美族及在地閩漢人的食用。阿美族口中的“我們的海”的意思，不是所有權或

私有的概念，因為我從沒有看過或聽過為此海域而驅趕非我族類的人們去使用。舉行海祭的關係，多個部落共同使用 kaiyakai（海祭場所在地標的名稱）是常見的，即便有非族人以外的圍觀或海釣，也不曾有衝突；反倒是部落嚴禁女性出入會所和海祭場的規定才是執行重點。

在美麗灣與台東縣政府製造的分化和對立中，支持開發者會去質疑"何時，杉原灣變成阿美族的？"但這中間有原基法第二十一條部落同意權被視為開發的阻擋，如果不是以歷史脈絡來看，很難有理性的討論，或者說只有支持與反對，開發或不開發而已。

剛成立生態旅遊的時候，因為導覽的關係，會要問：「我們家族是從哪裡來的?」；當反美麗灣的時候，「為什麼我們居住的土地，政府要租出給財團?」，因此也迫使得我不得不去了解歷史脈絡，很不幸的是美麗灣渡假村一案，卻是有可能再讓我們迫遷?！

部落族人對我家反對的觀點來說:2012 年 12 月第七次美麗灣案的環評前一週，我試圖電話給我的同學。既是同學也是親戚，她的身分也是現任頭目的女兒，希望說服旅外族人可能對美麗灣的反對，並且可能動員青年回鄉。但我判斷錯誤，一是我聯繫不到這位同學，於是我轉向說服頭目的兒子，但答案卻很讓人失望，他跟我說：他的父親已經決定支持美麗灣，我也聽我爸爸的。直到去年，這名晚輩雖然見我時，也會與我寒暄問候，但我明顯的不悅，卻也讓他不得不說出原因，其一是為什麼發生這樣的事情，我沒有找部落商量？其二是他們認為我家之所以反美麗灣，是因為正值發展生態旅遊的我們，擔心與美麗灣營運會有利益上的衝突，瞬間才明白，其實旅外族人一點也不了解狀況，而真正矇蔽的是他自己。

家族親戚對我反美麗灣的看法，也是支持、反對參半。最溫暖的是，我的親大哥總是最理性與支持媽媽和我走這條路，因為一開始就是大哥鼓勵我們成立發展協會，發展生態旅遊，到最後畜牧和反美麗灣。尤其記得，每次都很臨時上台北參加原民會的會議、陳情抗議。七、八年前的收入不是很穩定，不免向大哥開口要車錢，大哥總是支持，回來後，也總不願其煩地一再聽我們訴說，並幫忙分析和給予建議。大哥是公務員，結婚後也常帶著大嫂，默默參加反反反行動與環評會議。

這些年，人情冷暖，即使相識的人，對我們所做的事情有顯得冷默的，也有不吝給予鼓勵的長者們；而信仰給我很大的力量，天主教台東教區的主教和魏神父時常關心著美麗灣的進度，我常在內心祈禱著主耶穌賜給我力量，參與反美麗灣的運動，即使族人不諒解，但我仍然相信他們其實不知道自己所作的事，而有一天證明公平正義時，我要做的不是落井下石，而是彼此原諒，或者是堅持做我自己。至少我們爭取到暫時不讓環境惡裂，當我的姪兒姪女們回到海邊時，會和我一樣慶幸的是沙灘還在，自由下海也沒有改變，感覺安慰。

最後，關於我人生的第一個社會運動就是反美麗灣，我和媽媽從不懂到慢慢學習，有時也會去參與其他部落的土地議題，也看見部落面臨沒有青年、沒有策

略的困境，尤其在面臨訴訟或司法救濟上的退縮，卻只能在行政層級進退。
反美麗灣案歷經十一年，當台東縣政府為美麗灣護航時，所有行政訴訟都敗訴，環評結論二度被撤銷，卻是一再讓他們自打嘴巴，而一切真理也就愈辯愈明，不是嗎？我聽到人們說：「本來希望美麗灣營運，幾年下來後，因為它有問題，所以才沒有開工營運」、「其實台東不需要美麗灣，大家是對的」，我也看見反反反美麗灣最先的訴求，其實已經被大眾認同，像近日高雄高等行政法院二度撤銷環評，當問及是否擔心環評，有長輩不排斥地說：「國賠是必然，免不了的，但是如果當初訴求公平正義和重新恢復這片沙灘歸原貌的目的可以實現，也是值得的！」。當然，賠不賠也不是台東縣政府說了算，身為縣民，有關著台東人權益，我們也必須認真和熟知接下來的情勢。

發展主義下的土地掠奪與國土治理
—從台東美麗灣案談起

詹順貴，元貞聯合法律事務所合夥律師副標題

報告人：蔡志偉
國立臺北教育大學產學合作暨育成中心主任

背景

- 台東的杉原海岸，在行政院核定的《台灣沿海地區自然環境保護計畫》中，是劃為「一般保護區」，其保護、保育原則是「以不影響環境之生態特色及自然景觀下，維持現有之資源利用型態」。
- 現況北半邊是自然海岸，南半邊則是供海水浴場使用，而且是當地阿美族原住民的重要豐年慶等祭儀場所與撈捕、採集區域。

美麗灣案簡介

- 周邊的史前遺址包含新石器時代富山文化（距今約4000至3000年前）及麒麟文化（距今約3000至2000年前）的杉原遺址，富山第一遺址（富山文化）與第二遺址（含富山文化、麒麟文化）等。
- 台東杉原灣海洋生態與生物多樣性調查報告書」

- 2004年12月14日：「徵求民間參與杉原海水浴場經營案興建暨營運契約」，以BOT方式將臺東縣卑南鄉加路蘭段山坡土地交由美麗灣公司進行開發，開發面積合計59,956平方公尺。
- 2005年2月21日該公司以因應開發需要為由，函請當時台東縣政府所屬旅遊局（現已更名為城鄉發展處）同意合併加路蘭段346及346-2地號土地，再分割成同段346及346-4地號土地，將美麗灣旅館主體建物的實際建築基地即346-4地號土地，面積0.9997公頃分割出來，藉以規避「開發行為應實施環境影響評估細目及範圍認定標準」規定山坡地應實施環境影響評估的1公頃開發面積門檻。

- 縣府於同年3月8日以「配合開發需要」為理由，同意辦理土地合併及分割，使該建築基地得以不必進行環評而直接開發。
- 同年10月7日取得土地興建旅館的建造執照後，隨即於同年12月12日以擴建規劃為由，申請全區開發，並於2006年9月26日檢具環境影響說明書送審。

發展主義下抹去文化紋理的土地掠奪

→當初規避環評在先，迨取得建造執照後才又申請全區開發，違法情況明顯。

→既然已是全區開發，在未經環評通過前，原有0.9997公頃土地的旅館興建工程，是否應先停止施工？

- 高雄高等行政法院判決 102 年度訴字第 481 號

  根據環評決議不合法的前提，高雄高等行政法院判決，台東縣政府准予復工的行政處分也不合法，撤銷復工許可。
- 最高行政法院判決 105 年度判字第 123 號

  對於高雄高等行政法院判決台東縣政府第七次環評決議違法，必須撤銷，台東縣政府提起上訴。最高行政法院駁回上訴，判決第七次環評決議違法，定讞。
- 105 年 4 月 21日：最高行政法院 105 年判字第 179 號

土地空間意義

- 總體經濟環境下的區位空間
- 環境與自然空間
- 主觀的地方認同空間

說明

- 商品，能大量標準化地產出，獲利才會最大。

  →人類無法用最先進工業技術大量製造產出的土地
- 土地使用分區變更、各種強制取得手段與內線消息

  →將廉價農地、山坡地與原住民族傳統領域等土地，快速尋租，獲取暴利。
- 空間歸屬、文化認同、自然生態、公平正義或景觀美學等，會造成商品成色參差的因素，在經濟理性的邏輯下，理所當然被排除在決策思考範疇之外，並將盡可能地直接抹去上述各項土地紋理。

比較：日月潭向山觀光旅館 BOT 案

- 原住民族委員會強調基地屬邵族傳統領域土地，開發單位應踐行原住民族基本法第 21 條規定程序
- 文化資產總管理處籌備處則表示，基地絕大部分位於已知的「水社遺址」範圍內，其東南角亦緊鄰已知的「向山遺址」。

第一次專案小組審查意見暨答覆說明對照表
2011 年 12 月 2 日環署綜字第 1000105780 號函

- 經函詢獲答，該地非為原住民 保留地魚目混珠；後者僅重申文化資產保存法早有明文必須全程派文化資產專家 監看與一旦發現遺址立即停工並通知主管機關等規定

  →敷衍虛應心態，可見一 斑。

政府解套？!

- 2012 年 8 月 1 日召開「日月潭向山觀光旅館 BOT 案開發問題專案會議」

  →以憲法保障人民權益應不分族群，原住民族傳統領域在未有法源依據且未依法劃定公告前，尚無原住民族基本法第 21 條規定之適用 的理由，為開發業者解套。

  →開發完成後，將引進居住人口，與原有居民在生活型態上有所差異，可刺激 社會環境朝向高品質生活目標邁進。

文化抗辯

- 《環境影響評估法施行細則》第 5 條第 4 款、第 19 條第 5 款
- 《開發行為環境影響評估作業準則》

→提出文化抗辯，主張其開發行為會對當地原住民族的傳統生活方式、社會經濟地位產生衝擊，以及限制、剝奪其對傳統領域土地利用的形式。

雖然建構了原住民的法律上利害關係（主觀公權利），但行政法院與行政院訴願會，仍均以原環評主管機關就開發行為對自然生態或生活環境（涉及廢水污染）的影響評估不確實，以及未遵守利益迴避規定為由，撤銷環評結論。

再溯美麗灣案

- 早在 1987 年行政院核定的《台灣沿海地區自然環境保護計畫》，台東杉原海岸即劃為「一般保護區」，其保護、保育原則是「以不影響環境之生態特色及自然景觀下，維持現有之資源利用型態」

→台東縣政府將原供海水域場使用的沙灘 BOT，改為興建大型渡假村，有無違背上述保護保育原則？

國土治理上的沈疴

- 台東縣政府用下位階的沙灘地目「遊憩用地」，以容許興建旅館為藉口，規避上位階的「一般保護區」使用原則限制，引起重大爭議。

類似情形全台不可勝數，這是過去幾十年來以土地開發為導向的經濟發展模式，所造成國土治理上的沈疴。

國土治理的修補

- 《海岸管理法》第 7 條

→第 2 款：保護海岸自然與文化資產，保全海岸景觀與視域，並規劃功能調和之土地使用。

→第 8 款：保存原住民傳統智慧，保護濱海陸地傳統聚落紋理、文化遺址及慶典儀式等活動空間，以永續利用資源與保存人文資產。

→第 8 條第 9 款：整體海岸管理計畫內容，應包括有關海岸之自然、歷史、文化、社會、研究、教育及景觀等特定重要資源之區位、保護、使用及復育原則。

- 第 16 條第 2 項

海岸保護計畫之擬訂，涉及限制原住民族利用原住民族之土地、自然資源及部落與其毗鄰土地時，審議前擬訂機關應與當地原住民族諮商，並取得其同意。

→既有聚落紋理、原住民族傳統智慧與生活文化，視為資源加以保護，非僅僅保護自然生態，而完全限制或敵視人文、歷史。

《國土計畫法》

- 「特定區域」概念的法制化：第 3 條第 5 款
  →具有特殊自然、經濟、文化或其他性質，經中央主管機關指定之範圍。
- 其中最易具備特殊文化者，幾乎非原住民族傳統領域莫屬。

- 同法第 6 條規定國土計畫之規劃基本原則
  – 第 8 款明定應考量區域的文化特色；擬定「國土計畫」
- 涉及「特定區域」內容時，同樣需踐行《原住民族基本法》第 21 條程序，並應會同行政院原住民族委員會訂定，以資保障。

討論發想

- 於《海岸管理法》部分，如果能具體將前述第 7 條第 8 款的規劃原則，落實在第 8 條的整體海岸管理計畫，尤其第 9 款的特殊重要文化區域內，具體規範符合此一特殊文化的保護與使用原則，再搭配使用同法第 25 條、第 26 條規定，否准其開發許可申請，即可達到徹底解決美麗灣案。
- 未來重提申請，自應踐行第 25 條、第 26 條所定申請許可程序。中央主管機關藉此接手處理，以違反整體海岸管理計畫利用原則為由，否准其申請，並依第 36 條令回復原狀。

- 於《國土計畫法》部分，能否將整個杉原海岸劃入當地某個「特定區域」，或許尚會有爭議，但其基地屬阿美族原住民傳統領域土地，各方尚無異見。
- 至少可以透過此法第 23 條第 2 項、第 3 項規定，將類似情形的使用管制規則研訂得更嚴謹，使容許使用項目須更符合當地原住民生活、文化元素。其次，再透過第 32 條第 1 項、第 2 項規定，以不符第 23 條第 2 項土地使用管制規則為由，限期令遷移，或依同條第 3 項將土地變更為非可供建築用地，一了百了。
  →困擾的是第 32 條所定權責在地方政府，會使此一利器功能，大打折扣。

結語

- 全國各地原住民族傳統領域公告？!
  →可以且應該個案依循現有資訊加以認定，而非冠冕堂皇地赤裸裸操作成憲法保障人民權益應不分族群，於原住民族傳統領域範圍尚未有法源且未依法公告，尚無原住民族基本法第 21 條之適用。

會議實錄

主持人劉維哲主任秘書：

各位與會的貴賓跟我們現場的發表人、與談人大家早安，今天非常榮幸能夠來主持這場會議 ，那首先在一開始的時候先來介紹今天的發表人跟與談人，首先第一篇是由陳采邑律師她就「清水溪流域的美麗與哀愁，銅門部落的自主管理之路」來進行發表，我們的與談人是彰化地方法院檢察署的余建國余檢察官，第二篇是有關「通往原住民族傳統領域之路徑，從加拿大最高法院 Tsilhqot'in 案出發」，這篇論文的發表人是台中地院法官林三元法官，那我們的與談人是國立清華大學科技法律研究所黃居正老師教授，第三篇是「發展主義下的土地掠奪與國土治理－從台東美麗灣案談起」這篇原定的發表人本來是詹順貴詹律師，但是因為他不克出席，所以由蔡志偉蔡副教授來當任發表人，與談人是國立政治大學地政學系的戴秀雄戴副教授，那我現在就把時間交給我們第一篇的發表人陳采邑陳律師。

剛剛陳律師發表的論文，其實她重點有分三個，第一個是地域的自主權，第二個是制物管制，第三個是開發政策與部落居民相衝突的時候，部落面臨的困境這三方面，接下來就請我們的余檢察官來與談．

與談人余建國檢察官評論：

剛剛聽到陳大律師的精闢的分享，也覺得滿有感觸的，因為事實上我們上禮拜都在花蓮部落跑，那我們都跟這個部落的村民來做訪談，像是冷麻園還有太巴塱，事實上都有跟他們的耆老做討論，他們一直跟我們反映就是說原住民的自然資源主權為什麼都一直被剝奪掉，那為什麼他們去採集黃麻都會被抓，包括還有麻繩也一樣，所以聽到這個其實是滿難過的，已經過了大概二十幾年的時間，這個問題一直沒有辦法解決，導致我們族人在部落覺得是一個微不足道的東西，警察就常常盤查，然後就搜索，然後就送到地檢署就起訴這樣子，運氣好一點的第一次緩起訴，第二次可能就真的起訴，所以後來就有一個笑著跟我說這些判決書都是他的當選證書，是他對抗不公不義的證明，聽了是真的很難過實在是真的很感觸。

那今天回到銅門部落的這個議題，事實上銅門部落的這個問題，牽涉到部落族人不懂得意見表達，有的主張要開發，有的主張要用原住民自己的方式來管理這片土地，從檢索的資料來看起來是開發的協會跟自救會好像是一半一半，那目前部落的意見是沒有辦法整合，也有召開過幾次的協調會還是沒有一個決議出來，關於慕谷慕魚的這個案例，這幾年都有接觸到一些比較高階的文官，他們對於原住民基本法更新，我想昨天有討論過，他們都把原住民基本法視為一個麻煩製造機，製造麻煩的一個法律，讓他們相關各單位在使用土地的時候覺得還要去跟原住民做協商，他們覺得這是一個很浪費時間的過程，嚴重影響行政效率，這是我

聽來的，那還有其他主任檢察官在其他別的地方服務的，那事實上我有聽到一樣的說法，原住民基本法對他們是一個麻煩的法律，事實上從這邊我們就可以知道說原住民基本法儘管他在94年制定後，在實踐上與原住民的想像有很大的落差，那各機關都基於本位主義，常常都漠視法律的規定，我想這個在行政體系裡，因為我們檢察官常常要開會，那一定都會聽到這樣的一個說法，那我在想說原住民基本法它一直是規範著一些基本的事情，那有沒有可能我們來賦予它一個法律效果，就是好像在刑法上或民法上，在作為的時候賦予一個行政效果，比如說：像這個等命名的過程，假設，我們沒有取得原住民的參與，這樣的審查要點是不是就無效或者得撤銷或者效力未定，反正就不給法律上的效力，否則我們通盤的原住民自治法，很多人就覺得它是一個基本法，可以遵守或者不遵守，那如果賦予它一個法律效果的話那這個規定就帶有一個強制性的效果，那我想原民會的各位先進應該也有想出一個這樣的構想，那我想在立法院審查的時候遭遇的阻力應該是滿大的，因為各個本位的機關的權力在我看起來都比原民會大很多，他們能夠影響或發動的民意力量，不管是立委還是行政官員，都遠遠超越原民會的資源，那有時候都滿累的，我們在想說這部份我們原民會是不是再多做一點努力，拜託賦予它一個法律效果吧，你看從 94 年實踐到 104 年，你不遵守就是一直沒有下文，怎麼會有這種事情，依法行政，對不對?那法律賦予你這樣的程序就是我不遵守就沒有關係嗎?對不對?我們也要求很簡單，你一個法律沒有經過原住民的諮詢或者同意的話，或到部落舉行公聽會的話，我們就讓他效力未定而已、無效，對不對?是不是將來我們的立法委員在立法院可以做一個這樣的努力。第二點我們談到就是這個慕谷慕魚命名的一個問題，那事實上我昨天很努力地在做 ppt 也有看相關的新聞，我有看到自救會有拿出一個文件，好像是花蓮縣政府發出的文件說要開一個公聽會，那早上送到部落下午就要開會，這是哪一門子的行政程序?所有的行政程序都規定在行政程序法，它有送達時間有公告，哪有這樣子的行政作為，行政作為應該是要誠實信用來行使，哪有不讓族人知道自己就開了，那事實上他也知道爭議在哪裡，這個模式就好像好幾年前好幾個開發案一樣，部落或者在地的居民都不知道的情況下有一個要點或者法案要審查，就好像在不注意的情況下，回過頭來才發現大家都沒有通知到，這樣的一個審查要點是不是有一個違法的問題，所以這部份我在想說這部分在制定作業要點的時候，按照行政程序法的規定，那他就必須要讓部落的村民知道這個事情，那它必須要資訊透明，要讓那些人有時間瀏覽卷宗要讓他們有自己的主張，那這個過程完全都不讓原住民知道或者讓原住民參與，這是滿怪的一件事情，實行行政程序法以來這個案例實在太多太多了，包括美麗灣、包括到那幾個案例一樣，都是嚴重違反行政程序，不能說護航這個業者，只能說是一個嚴重的維思。行政程序法的規定界定要遵守的一些原則，那也有可能在兩個部落之間也有一個不同的討論，看起來部落的主張是不一樣的，你如果讓這個程序公開透明，部落不同意見的人來做一個對話來做一個交流，如果沒有辦法形成一個共識，民主機制就用投票來決定，如果這樣子，多數也要尊重少數的，這是一個很正常行政程序的 ABC，我不知道為什麼

在部落這樣的一個行政要求做不到。關於第三點，在我這幾年在辦案的過程中，都有接觸到一些高階文官，他們其實都在懷疑原住民族是不是有管理土地的能力，這是普遍被質疑的，我都有跟部落去拍照，事實上我們可以看到部落的土地是被過度開發、嚴重開發，從第一代原住民族取得土地之後，第一代原住民族他們非常地珍惜土地，到第二代第三代之後，土地就好像慢慢地出賣了，因為那個並不是用人口來登記的，到最後土地就集中到少數的漢民族手上，我稍微問了一下部落的一個耆老，你們把土地賣給他你們當工人這樣老闆一年年收是多少?他跟我說大概有三四千萬，他就是大量地使用原住民土地來種高麗菜來種菠菜種植蔬果，他獲取的利潤是非常可怕的，我最後做一個結論，如果將來把土地還給我們原住民自我來管理的話，我們對於管理的土地的能力事實上是可以做一個取經跟借鏡，我想這是需要時間的，那我希望原住民的朋友可以一起加油，謝謝大家。

主持人劉維哲主任秘書：

非常謝謝陳律師跟余檢察官的分享，其實我有一個感想也跟在這邊提出來，感覺到以這個案子來說的話，感覺到在地方制度是給制度底下的地方很大的權力，所以不管是這個案子還是其他案子，感覺到只要地方想做，那地方各行政機關都去配合，最後必須仰賴中央或是司法部門來做最後的檢查跟仲裁，剛剛余檢察官特別提是不是有些制度可以讓法律暫時無效，其實在很多法理面，不管是在市地法、海岸法、國土計畫法，我們一直讓他參照原基法第２１條，賦予他在條文裡面，讓他必須在部落裡討論，但是因為相關的法律太多，我們原民會並沒有主動去修法的權利，只能不斷的利用每個修法、立法的機會來提出放到各條文法案法規裡面去做處理，那我們希望未來讓他更普遍性，那最後一點是在，是我目前遇到最大問題，大部分都是在開發時，這個案子是不是要適用原基法第２１條?這是業務最大量的一部分，那有些機關已經開始覺得它是很重要的，必須漸行程序，讓後把它放到各法律層面，每個適用法律的機關都能去必須樣來遵循。接下來我們第二篇論文發表人我們來請林法官。

與談人黃居正教授評論：

主持人、林法官、各位現場禮拜天早上參與研討會的大家早安，那麼很感謝這個機會來評論林法官這篇很好的論文，這篇論文不管是在結論還有在知識內容上都給我很大的啟發，其實對於原住民傳統領域有興趣的各位在座應該可以從這篇論文裡面得到很多的基礎知識，那裡面特別幾個提到很多的關鍵判決，這幾個判決其實都是我們在向原住民相關土地權利法律課程的時候學生一定要念的，那這幾個判決特別提到的，我很感佩，那接下來就是第二個想要稍微提供一點豆知識的，就是加拿大在二次世界大戰結束後，才建立聯邦國家，在之前都是英國殖民地，加拿大即使到今天他普通法系統還是承襲著英國法，再加上本身也建立了普通法特別魁北克省是承襲著法國法系的疾病法，所以它是典型的多元法治體系的國家，但是英國普通法影響還是很大，因此剛剛提到的這幾個判決，作為判決

限定體系，不管是在英國的、美國的普通法裡面作為解釋英國普通法的補充法都應該看一下法院判決的法源，所以法院體系跟其他英國體系為主的普通法國家其實沒有太大的差別，這也各位在學習加拿大的原住民相關權利的時候比較要注意的一點，那第三就是加拿大的法院體系以這個判決來說，他是一直到省的法院審理結束以後，才上訴到聯邦最高法院，所以前面所提到的這些奇特名字都是省的省級法院，通常省的第一審法院都叫 Provincial，法律就是最高得命令，所以在上面的 supreme、court of appeal 在上面的話，如果還有辦法上訴到聯邦最高法院當然就是奇蹟，這也是請大家要注意一點的，就是名詞跟省級沒有太大的關係。

接下來就是這篇文章我覺得很開心的理由就是他使用了一個非常正確的描述就是傳統領域的話，這個字在我們台灣或者是在中國的原住民法令文獻都常常用權格這字來去說它，但是我一直都反對這個翻譯的理由是權格這個字沒有辦法呈現出傳統領域的兩個特性，第一個就是時間的要件，第二個就是空間的要件，那如果說一個名詞沒有辦法呈現說時空要件的話，這個名詞翻譯就是一個無效翻譯，那傳統就可以說明這兩個要件，第一個是在時間上有從古到今歷史的要件，那在空間上都告訴我們說這個傳統權力都必須要被現代社群所繼續利用，至於說利用效能如何，等大家來比較，以這個案子來說，各位可以看到，大家學習這個案子的時候可以看到一個很有趣的現象就是，都是出現在英屬哥倫比亞現在改名叫貝斯省，如果再繼續翻譯成英屬哥倫比亞，就好像中華台北一樣，加拿大政府一定不會太高興，就是說現在都翻譯成貝斯省，那貝斯省為什麼會發生這樣的案子呢?那因為當時在東岸很少發生這種的案子，因為東岸的條約所涵蓋的土地範圍都已經確定了，所以所有的原住民跟市民社會都要採取一個競爭關係，那誰有效看管土地，土地就是誰的，可是到了西岸土地太大，所以即使白種人也沒辦法有效開發，所以這時候它就是處於一種先透過先佔有然後再透過有效土地來證明他管理能力的一個競賽，當這些競賽就形成對傳統領域爭執的很重要的場域，所以為什麼這些判決一向都是針對加拿大或者美國西岸而不是集中在東岸，講到這裡就回顧到剛剛所提到的時空要件，時間要件上沒有甚麼太大問題這個案子來說的話，這個族群可以有效證明自古以來他就是在這個地方生存，這點來說我想未來我們在爭取傳統權力的時候，一樣要做這方面的詳細調查，我想自從黃敏輝老師還有台大協助進行傳統領域調查的時候，這些資料全部都有了，那再加上未來轉型正義所開放的這些資料，一定可以證明時間要件，所以我想這點比較沒有這麼大的困難，至於空間要件就比較困難了，為什麼呢？空間要件我們就出現一個所謂利用關係不中斷，或者說跟現在社群之間的關係必須要被證明，那我們要證明跟現在社群關係，不是住在那邊就有效，還要有比較性，所謂排他利用、有效利用或者是說傳統利用這幾個判斷方法，那最高法院的判決採取了一個非常有利於原住民的解釋，就是他尊重原住民傳統利用方式不再用排他的有效的利用方式來去評價現在的管理的一個效能，還有就是證明他佔有的是不是繼續的有效的實質的呈現出經濟效能，那剛剛我有一個小小的建議就是，occupation 這個字是佔領，佔領在國際法上面兩個國家透過戰爭的方式來去互相競逐的一個名詞，雖然

是同樣一個英文字，那在市民法系統裡面應該是佔有，透過佔有或是先佔接下來進行實質的管理，所以這點是給這個判決最大的啟發，也是我們一直提到的就是說生態性的利用方法或者是原住民傳統利用方法，包括甚至是對於土地是不是因非必要排他性的利用像我們在森林法裡頭，那麼森林的復產，你上面在種樹我在上面打獵是影響到你種樹嗎？那你在下面種樹我在下面採香菇有影響到裡面的樹嗎？我伐取林木撿拾枯枝是有影響到你的樹嗎？為什麼我們不能使用所謂一體性的利用關係?共乘性的利用關係?這個是我們可以從這個案子裡面得到的傳統領域有效的利用解釋的啟發。最後一點就是，剛剛林法官提到交易理論是一個很棒的構思，當時也是透過交易理論得到諾貝爾經濟學獎，不過林法官提的這個問題裡面有一個可以繼續延伸的東西，一直提到說如果交易成本為零就是一個最有效率的交易或者是說這個交易成本就會降到最低或者這個交易就可能被實現，不過其後所有的經濟學家都證明了交易成本永遠不會是零，交易成本只會最低，重點就是怎麼促成交易才是一個今天司法判決他所需要努力的方向，那我們可以用透斯一個非常有趣的論點，上課常常用這個東西來考學生尤其是老師答不出來，怎麼樣讓司法判決可以用透斯理論來做成一個最有效率的判決，那我們答案就是法官應該要把勝訴判決判決給因為敗訴而未進行交易的人，意思是說:我知道你會進行交易，所以我要判你敗訴，那敗訴以後你才會進行交易，今天盼你勝訴了你就不交易了，所以在這種情形之下司法判決他的功能是預測這樣交易的可能性及會去交易的人，如果你知道他會去交易，那就判他敗訴，這個其實是透斯理論真正在司法功能系統裡面配備應用的一個邏輯，那我提供這些非常粗淺得看法給林法官跟在座的各位來做參考，謝謝。

主持人劉維哲主任秘書：

謝謝林法官的論文發表以及黃老師的精闢分享，其實今天這篇論文剛好可以回應昨天最後一場有關於林保地的衝突，去提供一個大家可以去思考的方向，除了法院判決之外，那行政部門可不可以參考這個案子做一些啟發，透過行政解釋的方式來做，我覺得這個大家可以再進一步的思考，不見得一定都要最高法院來裁決做正義解決，那另外我也重新解思一下原來有關法律面的定義，相對而言參考加拿大這個案例，他是以部落文化脈絡以及他使用習慣來去認定傳統領域，比較可能更符合族人對於傳統領域的認知，未來也許未來的總統也提出未來土地調查委員會，我們總幹事也好，我認為說今天加拿大案例的分享，可以作為我們原住民傳統領域的認定一個很重要的參考，接下來就請我們第三篇的蔡志偉蔡副教授代為發表。

與談人戴秀雄教授評論：

大家好，那稱謂方面我就不多說直接開始，蔡老師最後關於提到的這個關於憲法上保障所有民族的權益，那這句話能夠被行政部門拿出來講其實我覺得是很丟臉的一件事情，為什麼這樣講？憲法上對於基本權利的保障它不是齊頭式平等，

它保障的是如果從第七條平等權的角度來看的話，任何人有天生不平等，可是如果像生存的基本需求不相同的情況你就必須配合不相同事情把它變到都實質平等，那原住民族的狀況跟看法在這邊平等嗎？那如果沒有你怎麼可以給它齊頭式平等，所以說穿了這是另一種暴力，我用暴力式的方式把你壓成齊頭式平等，而不去留意你基礎的立足點從一開始就是不平等的情況，所以簡單講這是託詞，先把最後面那個部份把它回掉是因為剛剛大家剛剛看到投影片是最清楚的最有記憶的部分，回到美麗灣這個案子，其實這個案子可以從不同面向去看它而有不同的理解，那在這個地方其實我想，我其實在家準備的時候有辦法準備到兩張Ａ４紙自己都還滿驚訝的，所以我可能沒有辦法用全部的時間講，挑一些地方講就好。

有一點我是希望大家能夠了解問題就是說當資本主義的方式用這種規模這種速度在侵蝕全國國土各地去進行開發，其實回到土地的不可徵性來講，該思索的問題真的只是原住民的問題還是這是一個全國性的問題？我覺得這個面向是第一個要了解的，然後才能回歸到那些問題是原住民問題本質，兩個一定要能夠有效區分，像剛剛提到一個問題我這樣規避環評還是怎麼樣這個故事可不可以發生在西半部？可以發生在漢人的鄉村附近？其實一樣可以，美麗島．．．不是美麗島不好意思講錯，美麗灣這個事件這樣的開發案一樣發生在西半部，所以這個部分一定要先思考說那個開發的作為不管它多粗暴，今天如果要解決它的方式可能是另一個系統性的問題，然後我們專程針對原鄉，那原鄉在處理這個問題的時候，是另外一個思維的方式，因此它的層次上必須要拉開來，如果今天解決的是全國性的問題那可能不分原漢人一起抗拒，如果是針對原鄉的問題，那麼就應該要有專門針對原鄉的處理方式，換一句話來講，如果從這裏面與予區分的時候，我們很清楚的看的出來，這個案子，今天我們很高興詹律師把這個案子徹底打贏了，但是我們在這裡面我們有沒有機會用到真正原基法２１條所賦予的密技，就是傳統領域裡面各該部落擁有的諮詢權、同意權與共享議權，如果把這部分拿掉大家有沒有發覺就原漢一同了嘛，所以這個問題我可以提供大家一個想法去理解這個問題，我想看到詹律師的文章大家可以進行進一步的去理解環評這些的詮釋，除了關於文化性質跟社會性質應該納入環評實質之審查範圍之外，其實絕大部分的問題如果純粹看自然環境跟生態環境其實都沒有原漢之分，那所以我先把這問題帶回到我的第一個重點，既然整個案件裡面如果在台灣這麼難 RUN 的重要因素是就是我們在行政實務上到現在為止，都是在原民會沒有正式劃設傳統領域的前提下我們的行政部門不承認在原住民這些傳統領域的開發行為有需要先諮詢先同意，我覺得這才是殺傷力最大的關鍵導致現在一切都跑不動，那如果從這個角度來講，其實有必要重新去回朔檢討原基法第２１條對於傳統領域的畫設，包含原住民最重要的權利到底應該是要怎麼樣去看待，以我個人來看原基法２１條最核心的精神是賦予原住民不是個人而是以部落為主體本身的諮詢權、同意權以及共享議權，那這問題其實我在上禮拜六政大官大偉官老師所辦的那個工作法人所以提到過一次，那在這裡面２１條有一個天生很大的問題是如果它不諮詢你也

不同意你然後也不讓你共享議，請問後果怎麼樣?２１條甚麼都沒提到，而且２１條在 104 年鄭天財的修法版本裡面直接加入說，行政主管機關原住民族主管機關你要有一個劃設辦法，然後諮詢要有一個辦法，同意要有一個辦法，換句話說你辦法不出來你啥都沒有，那我記得我在上禮拜六我就提到過諮詢權、同意權原則上是一個部落的權利，不是行政機關的權限，它只要目前有公法人之地位願意做出申請，原則上來講跟不需要你去訂一個它需要同意權、諮詢權的行政命令，所以換句話來講第四項的規定根本是限制了原住民族目前依據原基法２１條行駛它最重要武器的機會，所以這個修法好不好，我想大家猜得出我的意思，但是我想我把這個問題留下來，我會非常強烈建議這個條文恐怕要積極處理。那反過來來講，就像剛才涉及到加拿大案件問題一樣，如果我們承認傳統領域是基於時間要素跟空間要素而且不具有排它特性的東西的話，那麼我上禮拜六一樣講過這個問題，它只是一種確認性的東西不是國家所可以劃設的，包含所有整個空間範圍內所有的公私土地，換句話來講如果這樣子的案件在今天的情形進入司法體系，在案件裡面在法院細數的清況下，法院可不可以判決直接確認已經調查完畢的所有傳統領域，這是第一個問題，我個人傾向於應該可以，第二個問題是我上禮拜六約略提到沒有辦法仔細講，依據原基法２１條的精神，今天如果主管機關怠於劃設這樣子的傳統領域，依照目前從９４年以下已經調查完畢的傳統領域，各部落既然已經是公法人了，應該依法擁有公法上請求權請求劃設，也就是行政訴訟法第五條課義務之訴，要不然２１條永遠就是無牙老虎，其實２１條還有一個很核心性的東西對於部落的請求權來講是致命性的問題，是他從來沒有提到土地規劃權的問題，如果我們回到原基法２１條的精神跟１９條的精神去看，那很清楚的部落對於自己的傳統領域的土地利用要有一定程度的自我管理權跟自我規劃權，這我想在昨天來講吳勁毅老師得報告應該對於去提到計畫高遠問題，原基法其實沒談到，但是它應不應該有，我認為應該有，這個應該是可以在司法實務上可以預知的一部份，那這個部分就變成一樣我可能一樣要做勉勵我國司法從業人員，也就是法官們能不能夠講來在實務案件上面或這方面的處理。

那因此必須反過來進一步要思考的問題也就是目前我們在這個領域裡面如果部落本身沒有計劃高全的情形，將來這些都市計畫，包含國土計畫、特定區域計劃，海岸的尤其是在縣市政府裡面海岸的保護各級保護計畫跟各級防護計畫，部落參與權可以到達甚麼程度?因為這部分如果沒有確保一樣還是任人宰割，所以我想我用很簡單的方式把問題切成這兩個層次，因為我準備要講的三分之一，這裡面問題有點複雜，但是我很希望在場的能夠透過法來聽個清楚所傳達的訊息，原基法２１條以目前這樣來看它核心根本要給的東西經過１０４年修法之後其實是給不出來的，它不只是給不出來而且其實是更有限制性的性格存在，目前在三項四項方面可能具有需要修改的必要性，那至於最後有一點補充就是原基法在１０４年修完其實有一個很重大的問題，它規定法令跟政府所做的作為都要經過部落同意，其實我非常不同意這法條，大家一定覺得很奇怪，我把它講完，為什麼?法令在中華民國的相關定義上面法是指法律，命是指命令規則，法律是立法

院三讀通過由總統簽屬發布，立法院的職權行使完畢三讀通過經過它可以自己規定，那是憲法上的東西，它可以自己經過部落同意嗎?我們修正刑法全部的人也會中，修正民法也會，要經過八百個部落同意，那事實上如果今天在立法院我們修正憲法，立法院有這樣結構可以去行使這樣的同意權，那麼可以，２１條連第三項本身都是違憲，那在下來為止，從政府行為它完全包山包海甚至與行政權更大，行政處分、行政契約，包含了命令的制定、規則的制定與事實行為，是不是全部都包山包海，是真的都可以做的，我想原民會應該是最清楚，所以某個角度來講我今天在這裡是在呼籲原住民來講最重要的是原基法２１條，而這一條不處理好的話，後面很多問題都不能談，至於原基法２０條其實只談了傳統領域將來土地怎麼收回的問題，它不會可以 COVER 的到將來傳統領域範圍到底有多大，所以２１條如果是先決條件，處理不好，其實是不用談，謝謝大家。

主持人劉維哲主任秘書：

最後談到的應該是立法院的修正草案?

與談人戴秀雄教授回應：

我們講應該 104 年，目前的現行法。

主持人劉維哲主任秘書：

今天非常感謝我們今天的，其實今天的會議三場都談到政府開發或者市政的需要去讓他的權利去凌駕原住民土地的問題，那不管是在這段時間內國內外司法部門都有這樣的案例，那非常感謝發表人還有三位與談人，先休息，謝謝。

主題六

原住民族土地制度變革與未來展望

主持人：阿浪．滿拉旺　處長，原住民族委員會公共建設處

原住民族同意權的行使：從部落公法人談起

發表人：林淑雅　助理教授　靜宜大學法律學系

與談人：王重仁　科長　臺東縣政府原住民族行政處保留地管理科

從原住民族發展觀點看國土計畫法與原住民族土地空間規劃

發表人：官大偉　副教授（泰雅族）　國立政治大學民族學系

與談人：林秉勳　組長　內政部營建署綜合計畫組

共管：原住民族傳統領域與國土保育之間的惡水大橋？

發表人：林益仁　副教授　臺北醫學大學醫學人文研究所

與談人：杜張梅莊　處長　原住民族委員會土地管理處

原住民族同意權與部落公法人

（初稿請勿引用）

林淑雅

靜宜大學法律系助理教授

一　原住民族與部落原住民族不只是原住民族，部落不只是部落。

原住民族基本法所指的「原住民族」，與憲法增修條文第十條第十一項、第十二項 的「原住民族」意義一致，是指各個原住民族（阿美族、泰雅族、賽夏族、排灣族等等）依其規範（傳統習慣規範及其當代衍生）所形成的各種組織或單位，包括但不限於部落、家族、氏族、獵團、食團、祭團、流域群、語言群、地域群、其他次級團體，以及該民族的最大範圍「族」。原住民族自治議題中的自治主體，也是從這樣的「原住民族」概念出發，並連結相應的民族自治事項與自治規範（林淑雅 2011: 16）。原住民族基本法第二條第一款規定，「原住民族：係指既存於臺灣而為國家管轄內之傳統民族」，同條第四款規定，「部落：係指原住民於原住民族地 區一定區域內，依其傳統規範共同生活結合而成之團體」。「部落」定義中，包括了區域、規範、人的共同生活，其實也是原住民族概念的內涵，而實際上在各民族 內部，「一定區域內，依其傳統規範共同生活結合而成之團體」也不僅「部落」而已，前述各類次級團體皆能符合這個定義。因此，原住民族基本法於整部法律中所提及的集體權利主體，都可以「原住民族」指稱，此時的「原住民族」，並無排除部落或其他次級團體的意思，反而是將這些包含在內，例如，只要是該民族規範所及，屬於部落的權利或權力即歸該部落，而此時由部落行使的權利或權力，也蘊含在原住民族權利或權力的內涵之中。如同我們稱「國家」，可以指最狹義也為該社會最大範圍的「國家」，也可以依國家法令，而指中央政府、各級地方政府，或指中央立法機關、司法機關，更可能細分至中央各部會等等。不過，既然原住民族基本法條文中仍有多處並列「原住民族」、「部落」，我們可以將之理解為，立法者是為了提醒除最大族群單位的「民族」外，集體權利主體還包括依民族規範的其他內部次級團體。

各原住民族所涉及的自治權能，傳統上便是在該民族規範體系內部，形成各式各樣規模的自我決策與管理主體、事項、規範。例如泰雅族的 gaga，指「同一個群體的成員就必須遵守」、「同一個群體共同承擔賞罰」，從組織面而言，在與現代國家接觸之前，泰雅族已經發展出一個村落一個 gaga、一個村落多個 gaga、

多個村落同一個 gaga 等形態，以及一個流域內數個 gaga 共享流域範圍內獵場，並因共同的利害關係形成「qutux phaban」（攻守同盟），必要時，數個攻守同盟團體可以再進一步聯合（顏愛靜、官大偉 2004；林淑雅 2007）。從 gaga 所支配的事項而言，有屬於祭祀、禁忌的，有屬於狩獵、耕種、征戰的，也有屬於土地、森林、河流分配使用或管理的。而規範的具體內容，例如某些土地屬於公有，其中休耕地任何人皆可無須代價使用，但為防止紛爭，也可能由頭目分配耕地；再例如公有土地要租借給異族時，必須共有的族人集體同意，以避免異族移入威脅秩序。即使泰雅族受現代國家法律、資本市場的影響而難以維持傳統的 gaga 體制，但 gaga 的原則，仍引導著當代泰雅族人面對社會變遷的因應方式（顏愛靜、官大偉 2004），例如，發展出以社區發展協會、護漁協會為共同治理的組織；從村落內部產生新的合作行動，再形成流域內各村落的合作行動；以部落族人合作維護森林資源和社區營造，將傳統 gaga 轉化、結合教會信仰形成部落公約；部落或部落聯合，為了阻止外人破壞生態環境，以其違反 gaga 為由採取行動，也挑戰了國家法律。

由此我們可以觀察到，即使原住民族的規範持續變動，內部次級團體各有因應，但 各種事務的處理，往往須回到該民族規範體系的原則或核心價值進行判斷（當然， 條件是這些原則或價值仍內化於族人心中，而此條件的動搖，也是原住民族重建自 治權能過程必須處理的一環）。[1]換言之，傳統上由民族規範體系所支配的民族與內部各種次級團體的關係，涉及自治主體與自治事項分配原則，是有當代的意義的。原住民族面對新的公共事務，面對向外敞開的領土現況，仍有必要參酌原本規範體系的原則與核心價值，並進行轉化或衍生，以決定誰是何種事務的決策主體。鄒族學者汪明輝教授即曾表示，[2]每一個部落固然有相對獨立的自我決策與管理權能，但他們也都有基於更大族群單位的規範而應該遵守的準則或義務或責任，所以，每一個部落相對獨立的自主性，也都是來自這個更大或最大範圍族群單位/民族的規範，也應以這個民族規範為依歸。

不可否認，我們現在所說的各原住民族、部落，其實多少都由外於民族的國家或人類學者所界定，但是，承認各原住民族與其內部次級團體的關係應由該民族規範自行認定，不僅能讓認同於同一個最大範圍族群單位的人們，重建自己的政治與社會組織，也能讓不具有這類認同的人們，重新決定自己的定位。[3]這種做法，符合民族自決的精神，也符合原住民族基本法的民族自我認定原則。[4]

進一步說，正因為各原住民族規範體系（原則與核心價值）決定了該民族及其內部次級團體的自主權能，在自主範圍內，民族或內部次級團體自然可以決定與其他次級團體或其他民族的分權、合作、結合或聯盟等關係，例如，同民族的兩個部落先行組成獵場共管組織；或者兩個較小原住民族，決定共組民族聯盟、

[1] 相較於國家法，這涉及原住民族規範「本身」的正當性與有效性基礎；而「傳統」，其實是當代 人們認為，某些過去的事物，對現在、未來具有意義。

[2] 原住民族傳統領域調查及確認作業辦法草案學者專家座談會 2016.04.15。

[3] 多元民族國家的憲政秩序修正、補正。

[4] 原住民族基本法第二條第一款。

授權聯盟對特定事務進行決策。而相關原住民族的規範就是其後各種政治與社會組織的正當性基礎。

上述原住民族與部落（或其他內部次級團體）的規範關係，無論談原住民族自治或原住民族同意權行使，都是相同意旨。

二、原住民族同意權的內涵同意權是自決自治權一部份、防禦不義、原住民族土地與同意權主體相互辯證。

原住民族基本法第二十一條規定：「（第一項）政府或私人於原住民族土地或部落 及其周邊一定範圍內之公有土地從事土地開發、資源利用、生態保育及學術研究， 應諮詢並取得原住民族或部落同意或參與，原住民得分享相關利益。（第二項）政 府或法令限制原住民族利用前項土地及自然資源時，應與原住民族、部落或原住民諮商，並取得其同意；受限制所生之損失，應由該主管機關寬列預算補償之。（第 三項）前二項營利所得，應提撥一定比例納入原住民族綜合發展基金，作為回饋或補償經費。（第四項）前三項有關原住民族土地或部落及其周邊一定範圍內之公有 土地之劃設、諮商及取得原住民族或部落之同意或參與方式、受限制所生損失之補償辦法，由中央原住民族主管機關另定之。」本條也被稱為原住民族同意權。

（一）理據

原住民族同意權是原住民族自決自治權的一環（Baker 2012: 686），[5]主要是因為原 住民族對其傳統領域土地原本具有使用、收益、處分權，並且享有完整的管理權限，但殖民國家來到原住民族傳統領域上而使原住民族長期失去這些權能。由於原住民族與其土地自然資源的密切關係，正是原住民族文化整全的必要基礎，因此，國家法體系中納入原住民族同意權，讓原住民族至少對其土地與自然資源有表達意見、參與決策機會，可以看作是去殖民、[6]轉型正義的一個部份（Fromherz 2013: 116-118）。

其次，過去國家或私人在原住民族土地上開發、利用、保育、研究，主要受益人（實際或宣稱）往往是全體國民或者特定人，但主要承擔自然與社會環境成本的卻是在地原住民族。當開發、利用、保育、研究的規模或影響越顯著時，效益與成本在人口分布、地理分布與文化分布上的極端不均衡情況就更為嚴重。不論開發、利用、保育、研究，這類計畫的申請人（政府或私人）通常為獲得利益的一方，其所承擔的成本相對有限，並且容易忽略或低估其他潛在的成本，例如人口、地理、文化皆處於邊緣的原住民族所承擔的風險與危害，故而計畫的決策

[5] Shalanda H. Baker, Why the IFC's Free, Prior, and Informed Consent Policy Does not Matter (Yet) to Indigenous Communities Affected by Development Projects, 30 Wisconsin International Law Journal 668, Fall 2012.

[6] Nicholas A. Fromherz, From Consultation to Consent: Community Approval as A Prerequisite to Environmentally Singnificant Projects, 116 West Virginia Law Review 109, 116-118, Fall 2013.

很可能出現道德風險而偏頗。在簡單的比例原則操作下，由於有人大贏有人大輸，「整體」而言很容易被認為達到公私益平衡，但受衝擊最大的原住民族在地社群卻通常無法感受到平衡（Fromherz 2013: 157-159）。土地或自然資源計畫在效益與成本分配上的不均衡，常會進一步惡化社會不平等，而越是邊緣的社群越會因難以參與此類計畫決策更被邊緣化，所以在計畫決策中，所有人或所有社群參與權的形式平等反而是不公平的，[7]這也是原住民族同意權有其必要的原因。

再者，環境知識是非常在地化的，關於在地生態條件的知識，例如環境威脅、問題、可能的解決方式等，從地方層次而來的訊息可能比從國家管制機關而來的訊息要細緻、確實得多。[8]土地或自然資源計畫的決策過程，如有在地社群參與，自然較能獲得充分而完整的資訊，提升決策正確性，降低環境衝擊。一般與環境法規相關的在地諮詢或取得同意的要求，即屬於以環境保育為目的的防護措施，或作為環境影響評估的部份，所以其操作通常不會用以阻礙保育計畫（如設置國家公園），亦即，在保育計畫中不需要取得在地社群同意（Fromherz 2013: 175-176）。但是，當受影響的在地社群為原住民族時，情況就不一樣了。因為國家與原住民族互動的歷史中，除了掠奪並耗竭原住民族土地與自然資源，同樣不義的，也包括以「保育」為由，強迫遷移社群、禁止或限制狩獵捕撈採集游耕、禁止或限制原住民族在自己土地上 的文化活動。這些為了「保育」的禁制措施，無視原住民族的保育觀以及原住民族文化活動與可持續發展的關連，往往成為無效的措施，甚且因瓦解在地規範系統而適得其反。這就是原住民族基本法第二十一條將政府與私人於原住民族土地上的保育行為，與開發、利用並列，都需要諮詢在地原住民族並取得同意的原因。[9]

（二）性質

原住民族同意權還有一些特性需要說明。原住民族基本法第二十一條規定適用於「政府或私人」從事的土地或自然資源計畫，原住民族並不是主導開發利用保育研究的一方，也不是主要的審查者，要求政府或私人取得在地原住民族同意，是讓原住民族的聲音有直接表達的管道，也強調原住民族自身的考量因素具有重要性。因此，原住民族同意權是被動的、防禦的，用以阻止不公義的計畫，像是一種談判籌碼、協商工具、平衡決策權力。當政府自辦計畫，或者主管機關審查私人興辦計畫是否符合各類規範要求時，原住民族同意權都只是一種對既有公權力的有限制衡。

一方面，同意權並非設計為對土地使用的直接決策或核准，另方面，原住民族的同意不是計畫通過的充分條件，而是必要條件，即使原住民族同意，仍有由其他法令規範的其他公共因素需要評估（Fromherz 2013: 180-181）。[10]

---

[7]多數決原則的正當性在於，少數者的傷害受到合理補償，並且在決策過程充分參與。195, Fall 2013.

[8] 62, Fall 2013.

[9] 研究行為對原住民族也有類似風險，包括傳統生態生物知識或智慧財產權、基因剽竊、汙名化等。

[10] 也有學者認為原住民族同意權與否決權類似。

各原住民族作為憲法、兩公約、原住民族基本法所保障的基本權利主體與主權分享者，是國家法體系的重大轉變。新的法秩序中，國家不僅保障原住民族決定自己未來政治、經濟、社會、文化發展的權利，並應給予適當協助，對於過去造成的或延續至今的侵害行為與結果，也有排除、彌補、修正的責任。至於第三人對原住民族權益的傷害，國家也對原住民族負有保護義務，例如透過原住民族權利在法體系現身，重新介入基本權主體之間的衝突並予以適當分配。基本權保護義務要求國家積極作為，以達保護與促進作用，並且禁止保護不足，但主要依賴立法、行政作為（蔡宗珍譯 2009: 52-53, 56）。原住民族基本法在承認原住民族自治權、土地與自然資源權、發展權、文化權…之外，第二十一條再以原住民族同意權規範「私人」 與原住民族的關係，很顯然具體化了國家對原住民族基本權的保護義務。特別是原住民族完整自治權還無法立即實現的時候，被動的、防禦的原住民族同意權，仍能發揮局部保護功能。

從主權分享者的角度，原住民族自治權的實踐必然使自己逐步回復各種公權力角色。公權力主體，可以對權限範圍內事項有廣泛形成權，並具主動性，[11]當然也會與被動接受申請、決定核可與否等權力共存。那麼，是不是無論原住民族自治權實踐程度為何，原住民族與基本法第二十一條的「私人」之間，都維持這種由國家界定了的「權利」平衡關係？而原住民族的實體決定，該「私人」沒有救濟空間，至多僅能針對原住民族決策程序的合法性（依民族規範與民族同意的國家法令）進行（何 種）爭訟？或者，當原住民族成為審查土地與自然資源計畫的自治公權力主體時，原住民族同意權就如同其他公權力行使下的「權力」？而該「私人」可針對原住民 族的實體決定與決策程序，向自治監督機關請求合法性（而非適當性）監督的救濟？

（三）行使

原住民族同意權是集體權，並非個人權利的總和；首先形成具有內部正當性的集體決策方式；原住民族同意權也即聯合國原住民族權利宣言中的「事前知情同意 FPIC」，有意在原住民族土地從事開發利用保育研究的政府或私人，應於何時取得在地原住民族同意；可理解、充分的、完整的資訊，足夠時間討論、必要時第三人意見；「諮詢」 與「同意權行使」的銜接；

Q:針對日月潭邵族向山 BOT 案，行政院專案會議決議，“影響人民權利義務事項應有法律保留，目前傳統領域尚未依法劃定公告，本案不適用原住民族基本法第二 十一條諮商取得同意程序“。

原住民族地區/五十五個原住民鄉鎮區，大致依據日治時期番地，雖已縮減原住民 族傳統領域，且因集團移住影響部落範圍，但約略涵蓋各原住民族傳統領域以及公私有保留地，而可作為認知原住民族土地的基礎

原住民族土地的調查確認與相應同意權行使主體是一體兩面；個案中，屬於事實認 定而可經由調查發現

[11] 原住民族自治權限內，根據自己的規範而計畫或主張的開發利用保育研究時，則須視國家與原住 民族主權分享/權限區分的情況進行討論。

三、部落公法人的定位

2015 年 12 月原住民族基本法增修第二條之一，「（第一項）為促進原住民族部落健全自主發展，部落應設部落會議。部落經中央原住民族主管機關核定者，為公法人。（第二項）部落之核定、組織、部落會議之組成、決議程序及其他相關事項之辦法，由中央原住民族主管機關定之。」對照原住民族基本法其他條文，例如「尊重原住民族…社會經濟組織形態、資源利用方式、土地擁有利用與管理模式之權利」，當中央原住民族主管機關制定關於部落核定、組織、會議組織與決議程序等事項之辦法時，仍必須以各該民族的社會組織形態相關規範為依歸。換言之，中央原住民族主管機關於訂定基本法子法時，其形成自由不僅直接受基本法限制，也受各原住民族規範限制；原住民族或部落不是由國家或法律所創設，他們先於國家存在，但為了讓原住民族 或部落享有國家法體系中的權利或權力，立法者有義務以法律承認其地位（Jovanovic'2005: 640）；部落公法人或民族的自治權限、享有的公權力，並非立法者單方面決定，因為我國憲法已經明文立法者受「民族意願」節制；基於憲法對 於地方自治制度性保障的理由，中央法律不得干預屬於地方的自治立法權，也不能剝奪其自治核心事項，且中央法規不必然高於地方自治法規；原住民族自治也是憲法保障、立法不得撤廢制度或侵犯核心事項。德國學理上，公法社團性質的公法人 以自治和民主為其主要的制度功能，因此自治性公法人的關鍵是"規章自主權/自治立法權"。雖基於民主國、法治國原則，舉凡具拘束力的誡命或禁止，只能由國家法律或法律授權為之，自治立法權亦然，但自治立法權的法律授權明確性法律 保留密度不須如同法規命令一樣嚴格，因為自治原本就須以規範形成自由為基礎。

基於憲法保障基本權， 自治立法權的界限在於涉及成員與第三人權利的重要事項，但何者屬此且應保留給立法者決定的事項，則視" 自治團體的特性以及自治規範制定權的強度而定"；自治與團體為一體兩面，民主理念與政治自治屬於同一範疇， 自治的憲法上基礎，不僅出於制度性保障，也源自基本權利（李建良 2002: 57-58）。

自治監督以合法性為限。[12]自主性法規/來自地方自治權（權力）/本於地方制度法 享有自治規範權，關於自治事項不須法律或其他上位階法規個別授權/從職權而來， 對自主性法規的監督應為合法性監督，監督者是另一個行政主體，這種監督屬於行政法中的外部法關係，受監督者對監督行為有訴願行政訴訟權利（蔡宗珍 2006:131-132）。[13]監督機關有監督的裁量權，非一般人民可要求監督該公法人，但公法人設置目的除涉及公共利益，也包括促進會員利益功能時，則公法人違法而侵害其成員權益，主管機關怠於監督，成員可提起課予義務訴願或訴訟（李建良 2003:148-149）。

[12] 李建良，農田水利會相關問題探析－公法人制度在我國的實務與理論（2003 年）。
[13] 蔡宗珍，地方法規之概念與體系化（2006 年 5 月）。

如本文第一部份所討論的，原住民族與部落之間是基於民族規範建立其內部關係。原住民族基本法明文部落為公法人，民族呢？德國公法人類型中（公法社團、公法財團、公營造物），國家、鄉鎮等地方自治團體為 “屬地性公法社團“，對其地域範圍有廣泛的管轄權限、公權力、強制權，設籍於該地域者即為成員。[14]“聯合性公法社團“則是以公法人為成員的公法社團法人，其中廣義的聯合性公法社團，則指該社團得對成員的成員行使職權，例如聯邦國家或鄉鎮聯合。公法人概念重點在於權利能力，即具有權利義務的最終歸屬性，至於其承擔的權利、義務多寡並非所問（李建良 2002: 50-51, 55）。

四、現行〈諮商取得原住民族部落同意參與辦法〉的疑義

Q1:辦法第四條，「本法第二十一條所稱原住民族或部落同意，指過半數關係部落 依本辦法召開部落會議議決通過；所稱原住民族或部落參與，指過半數關係部落依 本辦法召開部落會議議決通過之參與機制 。」「過半數」是否為民族規範中合宜 的議決方式？原住民族基本法第二十一條，同意、參與、分享之前都應先諮詢原住民族意見，例如開發利用保育研究計畫的原住民族參與方式與內容即應先諮詢，而非以防衛性質、僅有可否的同意而表達其“參與“，參與必須是「設計參與機制」過程的參與。

Q2:辦法第十一條，「（第一項）部落章程、部落會議所為決議及部落幹部所為決定之內容違反法令者，無效。（第二項）部落會議之召集、決議及部落幹部所為決定之程序或方法 違反本辦法規定或部落章程者，無效。（第三項）部落會議對公共事項所為決議或部落幹部所為決定，內容涉及部落居民相互約定共同遵守之規範時，除法規另有規定或經當事人同意外，不得增加部落居民之義務或限制部落居民之權利；內容涉及對各級政府之行政興革之建議、行政法令之查詢、行政違失之舉發或行政上權益之維護等事項，具有代表部落提出行政程序法所定陳情之效力。」針 對第一項，倘若決議「內容」符合原住民族基本法，但與其他未依基本法修正的法令不一致，則如何？

Q3:辦法第十六條與立法理由，「三、本條旨在保障部落成員知的程序權利，故要求申請人有事前說明之協力負擔，故部落成員自願放棄此一權利或申請人拒絕說明，自無不可 ；部落成員或申請人基於各自的決定，據此一事實所產生之影響，均應自行承擔；甚至在未能取得完全資訊的狀況下所召開部落會議決議，不論是通過或不通過，部落會議都不會因此產生瑕疵」。原住民族同意權為集體權，民族或部落個別成員未參與公聽會、說明會，自然不影響集體決策的效力，但申請人能否拒絕說 明？第十六條對申請人的規範是課以「應」辦理公聽會、說明會等義務，倘申請人拒絕，而民族或部落在未取得完整資訊也未斟酌相關資訊下決議為同意通過，該決議是否無瑕疵？

[14] 李建良，論公法人在行政組織建制上的地位與功能－以德國公法人概念與法制為借鏡，月旦法學雜誌，第 84 期（2002 年 5 月）；解釋字 467、解釋字 518。

Q4:辦法第十九條與立法理由，「（立法理由）一、原住民族同意應從原住民個人開始，累積至部落、民族之意思表示之展現，故以多數決為之。二、議決原住民族 同意事務之部落會議時，僅得就申請人之同意事項範圍表示贊成或不贊成。不得於 贊成之表示內，自行附加條件或片面變更申請人之同意事項。…」
Q5:辦法第二十二條，同意權的性質？行政處分附款、行政契約，申請人不履行之 救濟。

五、〈部落公法人組織設置辦法〉草案的疑義

因應 2015 年 12 月原住民族基本法增訂第二條之一，2016 年 3 月原住民族委員會 提出部落公法人組織設置辦法草案。
Q1:草案總說明與立法理由中表示，「部落係由原住民族因血源、文化、風俗習慣 等元素組合而成，其經核定取得公法人地位者，自屬學理之公法上「身分團體」，與國家基於憲法或憲法特別授權之法律創設具「區域團體」性質之地方自治團體，兩者性質迥不相同，所執行之公法任務亦不相當。」但原住民族基本法第二條第四 款對部落的定義為「原住民於原住民族地區一定區域內，依其傳統規範共同生活結合而成之團體」，其中「一定區域內」、「傳統規範」、「共同生活」，都顯示部 落具有區域團體性質，因此草案將部落的定位限縮於身分團體，已經直接牴觸原住民族基本法。
Q2:草案總說明表示，「將部落認定為基本的自主自決單位，賦與部落公法人地位，以便代表原住民族行使集體權利，實現憲法要求文化多元與政治參與保障之基本價值。」
Q3:草案第四條部落公法人的任務，採條列並於最後一款概括規定為「其他未限制或剝奪人民自由或權利之事項」。
Q4:草案關於部落公法人採申請設立，並由一定比例成年成員連署而申請，「部落公法人之設立，因涉公共利益及國家資源分配，故應有一定比例之部落成年原住民之贊成連署，表彰其設立為公法人之意願，以求慎重。」

部落公法人不是法律創設的，屬於原住民族固有自治權內涵，也須原住民族自主形成，從另一方面，部落公法人確實是法律承認的，因為現代國家修正憲政體制後，以當代的做法肯認部落/民族作為政治實體的地位。部落公法人的實體內涵並非法律創設，基本法予以確認後，仍以現代國家合法性程序建立法源依據，但其正當性來自民族意願/重建過程的民族意願/因為是當代自我重建因此並非以全然傳統規範 為依據/各民族重建其正當性/各部落公法人“組織法“較像制定憲章，而非依法律申請設立/章程。

六、結語

從原住民族發展觀點看

國土計畫法與原住民族土地空間規劃

（研討會初稿請勿引用）

官大偉[1]

國立政治大學民族學系副教授

摘要

我國的《國土計畫法》自草案提出後經延宕二十多年，終於在 105 年 12 月 18 日完成立法，此法的通過為我國國土空間規劃架構的完備劃下了新的里程碑，而如何在新的國土架構下，進行原住民族土地空間規劃，以達成促進原住民族發展之目的，就成了檢視我國族群正義與環境正義是否落實的關鍵。本文從原住民族發展的觀點出發，以泰雅族的部落發展經驗為例，探討國土計畫法架構下應有的原住民族土地空間規劃，主要內容包括：1）原住民族發展和國土空間的關係；2)現今原住民族地區社會、經濟、文化的空間特性與發展需求；3) 基於這些空間特性與發展需求所應有的部門計畫與實質計畫內容。最後，本文並將針對空間議題，對《國土計畫法》與《原住民族基本法》的銜接提出建議。

關鍵字：國土計畫法、原住民族土地、原住民族發展

[1] 泰雅族。

一、前言: 原住民族發展和國土空間的關係

所有像台灣這樣的墾殖國家中，往往都有一段從原住民族手上不當收奪土地的晦暗歷史，而原住民族就是「國土」之所以為「國土」的第一個犧牲者（官大偉 2011），儘管歷史不能重來，但如何面對這段歷史，就決定了這個國家的高度。重新檢視土地的歷史、承認並尊重原住民族和土地之間的關係，除了是修復歷史過程中的不正義，對於整體國家而言，也是藉以重新思考應有之人地關係、環境倫理與發展哲學的契機。考古學者劉益昌（2013）在一篇批判台灣主流的國土觀念缺乏歷史深度的文章中，就曾指出：

「假若沒有深厚的文化作為自信的基礎，不可能面對自己居住跟存在的土地；人和土地的關係是環境倫理的基本觀念.....只有瞭解自己的土地，和生長在這塊土地的文化，加上孕育文化的時間所組成的歷史，才有自己的文化主體性。有了文化主體性，才能體會人和環境以及土地間的關係，才能體會相處的道理，才有環境倫理」。

澳洲地理學者 Howitt (2010)在檢視歷史中墾殖國家的殖民土地敘事後，展望未來，呼籲提出新的國土論述。所謂新的國土論述，是一種改變舊有建立在殖民敘事上之國土論述的力量，它是讓原住民族在國土的歷史和當下現身，並消除主流國土論述中對於原住民族生活地區的文化偏見和負面地理想像，讓原住民族與非原住民對於土地的觀點能夠共存。因此，原住民對於生活空間的理解和詮釋，必須成為國土論述中當下國土意義的一部分，成為當下空間實踐的一部份，而這樣的空間實踐的最高意義，是要從原住民族和土地的關係和經驗，啟發主流社會去找回人地互相歸屬感—亦即人因土地而存在、土地因人而產生意義的認知，召喚主流社會族群對於土地的重新認識和思考。由此來看，原住民族發展和國土空間的關係，就不應只是為了維持主流社會的發展模式而由原住民族和原住民族地區作出特別犧牲，而應是具啟發主流社會重新去檢討整個國家的土地、環境與發展政策的積極作用。

基於以上想法，在回顧原住民族經常遭遇之國土計畫相關問題後，本論文將以兩個泰雅族部落的發展經驗為例，分析現今原住民族地區社會、經濟、文化的空間特性與發展需求，並進探討基於這些空間特性與發展需求所應有的部門計畫與實質計畫內容，進而提出在《國土計畫法》已經通過的新局下，對《國土計畫法》與《原住民族基本法》之銜接的建議。

二、原住民族經常遭遇之國土計畫相關問題

本研究計整理出以下原住民族和國家之間土地自然資源管理產生的爭議案例如下表所示，並在圖中顯示它們的分布：

表1.歷年原住民族和國家間之土地自然資源爭議案例

編號	時間	事件簡稱	民族	地點
1	1973 年	亞洲水泥案	太魯閣族	花蓮
2	1999 年	金崙溫泉 BOT 案	排灣族	台東
3	2002 年	蘇澳砲台山風景區案	阿美族、泰雅族 、噶瑪蘭族	宜蘭
4	2004 年	阿里山蜂蜜案	鄒族	嘉義
5	2004 年	天祥遊憩區 BOT 開發案	太魯閣族	花蓮
6	2005 年	阿里山三合一 BOT 契約	鄒族	嘉義
7	2005 年	司馬庫斯樺木案	泰雅族	新竹
8	2005/6/15	梨山林班地超限使用	泰雅族	台中
9	2006/5/17	花蓮鳳林休閒度假園區觀光遊憩開發案	阿美族	花蓮
10	2006/11/13	伊達邵觀光文化園區 BOT 規劃案	邵族	南投
11	2006/11/21	石門水庫土地使用事件	泰雅族	新竹
12	2006/12/26	蘇魯部落颱風耕地復育	泰雅族	苗栗
13	2007/6/12	寒溪爭水權	泰雅族	宜蘭
14	2007/7/1	美麗灣事件	阿美族	台東
15	2007/7/8	組團復育保留地	泰雅族	新竹、桃園
16	2007/11/8	荖濃溪曾文水庫越域引水事件	布農族	高雄
17	2007/12/14	雪霸檜木林事件	泰雅族	新竹
18	2008/1/18	保留地狩獵	泰雅族	宜蘭
19	2008/2/23	卡地布狩獵祭事件	卑南族	台東
20	2009/11/18	司馬庫斯攔路收費	泰雅族	新竹
21	2009/12/29	台東三仙台旅館區興建營運計畫案	阿美族	台東
22	2010/9/1	台東第六、第十公墓遷葬	卑南族	台東
23	2010/10/28	保留地蓋基地台	賽夏族	苗栗
24	2011/5/21	花蓮森林遊樂區事件	阿美族	花蓮
25	2011/6/10	寶盛水族生態遊樂區開發案	阿美族	台東
26	2011/6/16	捕獸夾修法爭議		高屏地區
27	2011/8/26	尖石水庫案	泰雅族	新竹
28	2011/11/16	都蘭鼻遊憩區整體開發計畫 BOT 案	阿美族	台東
29	2011/12/21	杉原海岸渡假村事件	阿美族	台東
30	2012/1/11	高台水庫案	泰雅族	新竹
31	2012/6/8	動保抗議原民狩獵法		
32	2013/2/4	五峰非法打獵	泰雅族	新竹
33	2013/2/28	紅葉國小狼煙抗議行動	布農族	台東
34	2013/5/4	高麗菜用水糾紛事件	泰雅族	新竹
35	2013/6/6	水田部落用水開發糾紛	泰雅族	新竹
36	2013/9/28	五峰水系保護區回饋事件	泰雅族	新竹
37	2013/12/12	梅峰農場案	賽德克族	南投
38	2013/12/17	蘇花改事件	泰雅族	宜蘭
39	2013/12/23	銅門部落檜木事件	太魯閣族	花蓮
40	2014/1/4	原保地種果樹	泰雅族	宜蘭
41	2014/3/20	澳花村大松礦場事件	泰雅族	宜蘭
42	2014/6/7	慕谷慕魚封山事件	太魯閣族	花蓮
43	2014/7/3	海祭護漁爭議	阿美族	台東
44	2014/7/14	大南澳高階核廢料最終處置地	泰雅族	宜蘭
45	2014/7/18	長槍起訴事件	泰雅族	台中
46	2014/8/16	台大實驗林	布農族、鄒族、賽德克族	南投
47	2014/12/16	聖誕節打獵事件	泰雅族	宜蘭
48	2015/2/25	寶山市集拆除事件	布農族	高雄
49	2015/2/28	南澳青盟狼煙行動	泰雅族	宜蘭
50	2015/5/6	太魯閣國家公園爭議	太魯閣族	花蓮
51	2015/6/17	日月潭向山觀光旅館 BOT 案	邵族	南投
52	2015/7/21	太魯閣國家公園打獵事件	太魯閣族	花蓮
53	2015/10/29	五峰土場檢查哨撤柵欄	泰雅族	新竹
54	2015/12/8	王光祿打獵事件	布農族	台東

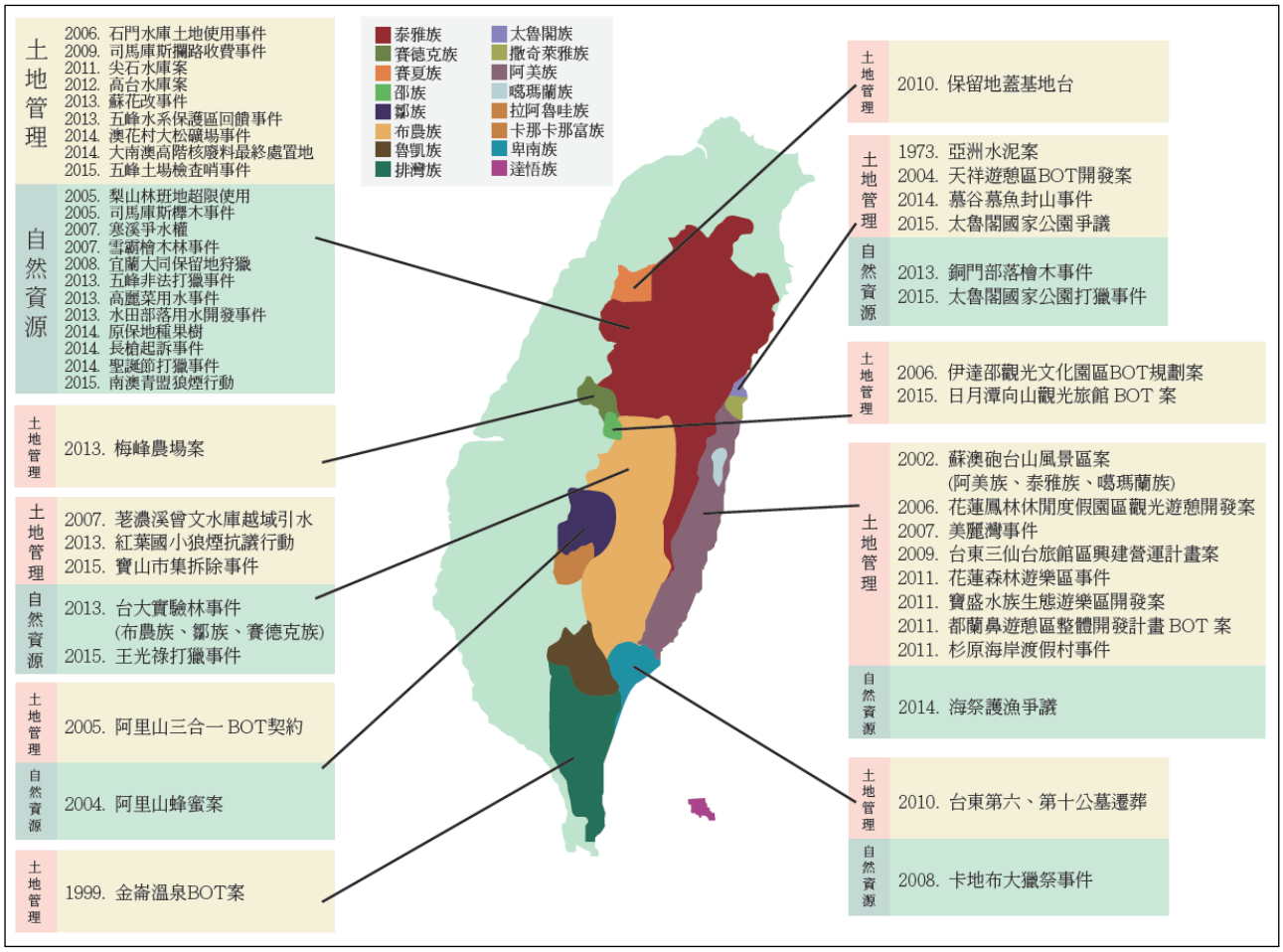


圖 1 歷年原住民族和國家間之土地自然資源爭議案例的分佈

綜言之，台灣原住民族的發展經常遭遇幾個土地上的重大議題，包括：1）首先，在土地資源利用上，原住民的資源使用即是文化實踐的物質基礎，但這樣的物質基礎在今日受到極大的限制，像是狩獵、採集等活動的進行都在國家的法令限制下困難重重；2）同樣的，在土地管理上，現有的法令對於原住民土地利用的限制，經常是建立在為平地的需求而服務的目的（例如作為水庫集水區的土地使用限制）以及普遍一致的科學標準上（例如山坡地可利用限度的查定），這些管理一則忽略了原住民族自身的發展的需求，同時也忽略了原住民和土地長期互動下的土地知識作為土地管理之基礎的可能性；3）更進一步來看，若考量原住民族整體發展的條件，則應該有以族為單位、以族之生活空間為範圍之思考的空間規劃，並且各族應該有能夠參與到空間規劃與決策過程的權利，然而在台灣過去的國土計畫體系中，並不存在著這樣的機制。

三、當代原住民族地區的發展經驗—以泰雅族的部落為例

1. 泰雅族土地文化的脈絡

泰雅族是在台灣山區分布最廣的原住民族，在遷移擴散的過程中，泰雅族人

累積了豐富的適應環境的經驗和知識。泰雅族祖先過去擴張遷移的方式，經常是在是越過山脊之後，下到河谷中河流交會之處，在此建立部落，然後再沿支流向上游建立新的部落（官大偉，2013），一個一個部落，隨著遷移的家族系譜、不同時期遷入合併的新家族、以及婚嫁產生的關係網絡，逐漸在流域中擴展為血緣和地域關係交織組成、具有我群認同的部落群。在這個過程中，山脊、河流就是泰雅地理世界展開的座標軸線。

泰雅族的社會在一個個由河流和山脊展開的流域之中，形成具分享機制或共擔罪罰、攻守義務的社會範疇，這些社會範疇包括：qutux niqan(共食團體，通常是在一個聚落中較親近的家族所組成)、galang(聚落，其中可包含數個共食團體)、q'yunan(由數個聚落所組的聚落群共享的獵場)、qutux llyung(流域同盟，可以是不同聚落群所組成)，這些社會範疇的形成，一方面有流域作為它的物質空間基礎（水、土地、獵物等資源的利用與維護），另一方面則有賴於屬於其中的人們共享和共同實踐的 *gaga*（由祖靈信仰所支持的規範）所維持的關係。在不同的物質空間中，若人們能共同遵守一套 gaga，則可以創造、維持和物質空間相對應的社會空間，也就是創造、維持一個社會關係的範疇；作為一種觀念，*gaga* 因被共同遵守、執行而得以實踐，而它被共同遵守、執行的基礎是建立在共享的資源之流、血緣之流，以及語言之流的 *lmuhuw*(流動、穿越)[2]之上。除了河流展開的平面之外，山脊的延伸則使泰雅族的部落分佈在不同的高度之間，隨著高度的變化，土地的使用包含了獵場、漁場、遊耕地的區別，同樣受到 gaga 的規範。換言之，這是一個社會範疇和地理空間相互鑲嵌的社會生態系統。

泰雅族傳統土地利用的邏輯，包括「流域間透過遷移和分散居住減低對土地的壓力」和「流域中遊耕使土地得以恢復地力」，以及「在單一土地上的耕作過程依照細微地形變化進行動態的耕作策略調適」等幾種土地利用的手段，從時間的角度來看，這些手段是展現在「數十年甚至百年才會進行的遷移」、「十餘年完成循環的移耕」、「一年之中的土地耕作」等不同長度的時間週期中；從空間的角度度來看，這些不同的空間尺度中的土地利用手段相互扣連，形成多層動態而有序的空間管理策略。

2. 殖民接觸後區域經驗的差異

本論文所欲探討的兩個案例，是新竹縣尖石鄉的石磊部落跟司馬庫斯部落，這兩個部落都屬於在慣稱上被稱為尖石「後山」地區。台灣有許多地方被稱為「後山」，所謂的「後山」指涉的往往不只是地理位置上，而是歷史經驗上的一種相對性，相對於「前」，「後」意味著較晚接觸的、較次要的、較「不進步」的，在發展歷程中，「後山」是被忽略、邊陲而資源匱乏的地區，但其遺世獨立而未被現代「污染」的意象，卻也有可能在生態觀光、異文化觀光中成為一種資源，或者因為對於生態資源的掌握和社會網絡的運用而有了新的契機，改變其原本的處

[2] *Lmuhuw* 在泰雅語中原指穿越、流動之動作，但作為名詞則指涉特有的古調吟唱形式，這樣的古調紀錄了祖先遷移的路線，也饒富比喻的技巧，它顯示了符號和所指之間、知識和語言之間、血緣和遷移路線之間、世代和世代之間多重穿越流動的哲學（參見官大偉 2013）。

境。其中，泰雅族的司馬庫斯部落和石磊部落可以說是兩個經典的例子。

尖石鄉鄉是一個位於北台灣的山區的原住民鄉，全鄉人口約為 9000 人，其中 87%為泰雅族籍，在行政分作七個村，而若從流域觀之，一道由西南到東北走向的山脈將本村切成兩個流域，兩個流域中的水系分別注入台灣西部的兩條主要河川，而這兩個流域在習慣分別被稱為「前山」和「後山」。雖然「前山」、「後山」並非正式的官方稱呼，但是卻在居民的日常生活中習慣用來指涉鄉中的這兩個區域。和「後山」相比，「前山」和殖民者接觸的較早開始，在清治末期的「開山撫番」的軍事行動紀錄中，即記載有清朝政府武力攻打本鄉「前山」部落以及遭遇反抗的事件（許毓良，2007:87）。由於「前山」和近山地區因樟腦開採和集散木材的客家城鎮較為接近，日治時期對族人進行政治控制、教育、經濟交換的重心也設在此區域內。到了戰後，鄉公所、派出所、國中也設置於此，而 1950 年代政府開始於「前山」煤礦、設置林務局伐木林場，引進外地工人，更使此區域中鄰近這些設施的河谷地帶，一度發展出具商店、餐廳、甚至露天電影院的商業街道。雖然這商業街道在 1960 年代因颱風造成洪水而幾乎被摧毀殆盡，重建後的鄉公所以及相對於「後山」較多的公共設施投入，以及它連接「後山」與平地城鎮的地理位置，都使得「前山」持續作為本鄉的官方政治、經濟活動的重心（官大偉 2013）。

在單線演化的發展論述下，「前山」和「後山」呈現出的是一組「較發展」與「較不發展」或是「較進步」與「較落後」的對比，但在 1990 年代之後，隨著多元文化觀點在台灣社會浮現並日趨成熟、原住民族運動的努力與成就，以及政府對於保存維護原住民文化的預算與計畫投入，「後山」的一些部落成功的建立了以社區為基礎之生態觀光、文化觀光，乃至於有機農業等發展模式(顏愛靜、孫稚堤，2008、Tang and Tang 2010、顏愛靜、傅小芝、何欣芳，2011)。在新的論述中，相對於「充滿自信並保留了泰雅族文化」的「後山」，「前山」成為是「失去了原真性而面臨了嚴重文化流失問題的地區」(Stainton 1999)。

過去被視為較進步的「前山」，今天正面臨著外來資本湧入造成的土地流失難題（官大偉 2013），而「後山」的發展模式，卻展現出以社區為基礎，掌握生產過程，以及利益分配方式之權力的可能性，雖然所有的發展經驗也無法完全移植複製，但為什麼像是石磊、司馬庫斯這樣的部落可以走出不同於單線演化發展論述的模式，這和部落的哪些條件有關？它們對於發展的想像又可以有什麼樣的啟發？我們又應該如何制度性的支持這樣的發展方向，是相當值得探討的議題。

3. 石磊部落的自然農業

雖然自殖民接觸以來政治經濟環境的變遷，對泰雅族人傳統土地知識的實踐產生很大的衝擊，特別是集村、定耕和國家的土地控制已經使得族人無法按照過去遷移的邏輯進行大規模的跨流域移動，而流域中游耕也因為保留地的圍限和私有化而難以施作，農業更因為經濟作物的引進而從生計作物的種植轉變為商品生產的邏輯，但是這一些鉅觀可見的變化，並不表示原住民的生態知識就完全消失。

位於新竹縣尖石鄉玉峰村石磊 (Quri)部落，屬於 Mrqwang 群，是此區域中最早出現有機農業的部落。和其他許多部落一樣，本部落在日治時期經歷了開鑿水圳、示範農田，推廣水稻定耕的階段，而出現了大量的水稻田，僅維持著小部分燒墾和小米、雜糧的種植；1970 年代開始有盤商進入收購香菇，族人從採集野生香菇開始，經商人引進技術後，也進行段木香菇的種植；1980 年代，隨著鄰近的復興鄉拉拉山一帶水蜜桃種植技術的傳入，族人在政府政策性休耕轉作的水稻田上種植水蜜桃，接著也開始種植青椒、高麗菜等作物。

2004 年的艾莉颱風侵襲台灣北部，造成本區域嚴重的災害，多處道路中斷，包含 Quri 在內的數個部落之居民被撤離將近半年，在基礎工程修復後才陸續回到部落居住。在災後重建的過程中，展望會和主婦聯盟等外部非政府組織引進資源，協助部落建立了合作經營的有機農場，重新展開颱風前曾經嘗試的農業轉型工作。雖然經鄰鄉農會及相關機構的協助，穩定了有機農產品的銷售，但始終無法跨越成本門檻而導致有機農業無法在部落普及（羅恩加，2008；顏愛靜、陳亭伊，2009；顏愛靜、羅恩加、陳胤安，2009；顏愛靜、傅小芝、何欣芳，2009；顏愛靜、羅恩加、陳亭伊，2010）。所謂有機農業的成本門檻，在於通過有機認證[3]的過程，必須經歷三年使用有機方式的使用土地的等待期，在這段時間，不能使用化學農藥，認證機構會定期對該土地進行查驗，於是原本習慣使用化學農藥的田地產量會減少，農民的收入也因此降低，若是要維持產量可以使用有機肥料，但是市售有機肥料高於慣行肥料之價格，也會增加農民的成本，因此雖然通過有機認證後可以使農產品在市場有較高的價格，但三年的等待期卻要付出相當的成本。

2006 年，Quri 部落透過教會的交流，邀請到推行自然農法的韓國牧者在部落舉辦講座，為部落的農業轉型帶來新的機會。廣義的說，自然農法屬於有機農法的一種，但是若和使用購自市售的有機肥料進行的有機農法相較，則自然農法的特別之處在於其使用之驅蟲劑、營養劑的來源，乃是由農民自行取材自天然植物經混合、發酵等程序製成。這樣的農法在追求作物品質的同時，可以大幅降低農業成本，因此受到族人的青睞，透過教會和家族的網絡，這樣的自然農法的操作，在部落中逐漸擴散開來，亦逐漸傳播到鄰近的其他部落，甚至成為其他原住民族群學習的對象（羅恩加，2010a；羅恩加，2010b）。

在自然農法中，由於需要由操作者自行製作驅蟲劑、營養劑，因此提供了操作者反覆試誤和結合在地特定知識的機會。在引入自然農法之後，採用這種農法的族人開始運用其對部落周遭生態的知識，以在地植物取代一開始韓國牧師所傳授的配方材料，舉例來說，過去族人若發生嚴重腹瀉、皮膚發炎、外傷、發燒等症狀，會前往山上採集台灣黃柏的樹皮，打成汁後讓患者服用，於是族人使用黃柏製作除蟲劑，發現確實有除去作物病害與蟲害之功能。除了運用在地物種的知識之外，Quri 部落的自然農法還有幾種傳統生態知識的展現，例如：自然農法中，

[3] 根據《農產品生產及驗證管理法》，在市場上標示唯有機農產品進行販售，需經中央主管機關或其審查合格之認證機構完成認證。

包括透過微生物的培養，改變土壤的性質，維護作物的生長環境的方式，於是族人乃需藉由過去對於部落周遭較肥沃適耕的土壤的認識，採集土壤進行微生物培養；此外，由於不使用強力的化學殺蟲劑，保留田間的雜草、種植特定刺激性的物種，都有助於減少作物的蟲害，而不再使用化肥後的地力調節，更需要藉由數種作物輪耕來達成，同時也更需要配合不同土壤的性質，種植不同作物（官大偉等 2012）。這樣的轉變，顯示了族人一方面為市場生產商品，另一方面在新的條件機會下，為掌握農業生產中之更多權力，也必須重新適應環境特性的過程。

如上所述，從 Quri 部落開始的自然農法，已經影響鄰近的幾個部落族人起而效法，在筆者的觀察中，看到了當耕作方式的控制權從農藥商、肥料行解放出來重新回到部落族人的手上之後，傳統農業中的社會集體性也重新的浮現。一份對採用自然農法的十餘個農場和農戶的調查訪問（官大偉等 2012）顯示，透過教會、家族等網絡，族人試誤學習所研發出來的除蟲劑、營養劑的技術在這些農場之間傳遞、分享，除了農法技術之外，這些農戶和農場之間也分享資材以及銷售的管道（參見表 1 及圖 13）。這使得自然「農法」不再僅是一種生產作物的技術，而是成為包含了生產、銷售，以及農民間之支持系統的自然「農業」。

在部落中長期存在著各種社會關係網絡，從傳統社會中的家族關係，到戰後傳入的基督宗教在部落形成之教友、教會間的關係，甚或是現代國家政治下的選舉派系的政治利益關係，幾種關係的網絡並且互相有所重疊。傳統上血緣、地域的關連是構成社會組織的基礎，而社會組織和勞動力的配置、投入生產的方式，以及資源使用維護的規範，也都有所對應，對於規範的遵守又與信仰價值體系相扣。在現代性的農業生產中，土地私有化，以及市場的農藥商、肥料行等力量，切割傳統社會中血緣、政治、信仰和農業生產之間的關連，然而因為不再全然依賴掌控在他人手上之現代性農業知識，部落族人得以循著在地的家族、信仰等社會網絡，組織新的生產和銷售的過程。

表 2 尖石鄉前後山因自然農法而形成的合作網絡

				祝福有機農場	豐收農場	羅慶郎自然農場	石磊自然農家	黃月美	多加農場	以琳農場（江玉金）	林程詳	斯馬庫斯有機農場	愛加倍農場	其他農場/農戶
農地地點				梅花	石磊、平論文、馬里光、下文光、宇老	石磊	石磊	石磊	抬耀	石磊、抬耀	帛那外	新光	梅花	
農事技術分享	部落內													
	跨部落	農場	祝福	**開放參觀**										水田、田埔
			羅傳道			**開放參觀**								石磊金曲媽媽、石磊哈告農場

			林長老									**開放諮詢**		
		組織	世展會教學參訪	**提供參訪**		**提供參訪**								
生產資源分享	土地資源	部落內		共同耕作		無	借用	無	無		租借		家族共耕	
		跨部落			購買					石磊				
	人力資源	部落內		親戚、世展會介紹			單一家戶	單一家戶	單一家戶	單一家戶	單一家戶	單一家戶	家族	
		跨部落			雇工	雇工								
	資材	部落內												
		跨部落	祝福/泰宣	**運銷**										
			劉長老				**運銷**							石磊另外三戶
銷售管道分享	部落內													
	跨部落	農場	劉長老				**共同銷售**							
			林長老									**開放諮詢**		
			自銷網站互連							（金曲媽媽）				
		組織	泰宣	**開放加入**										田埔地區農民

（資料來源：修改自官大偉等 2012）

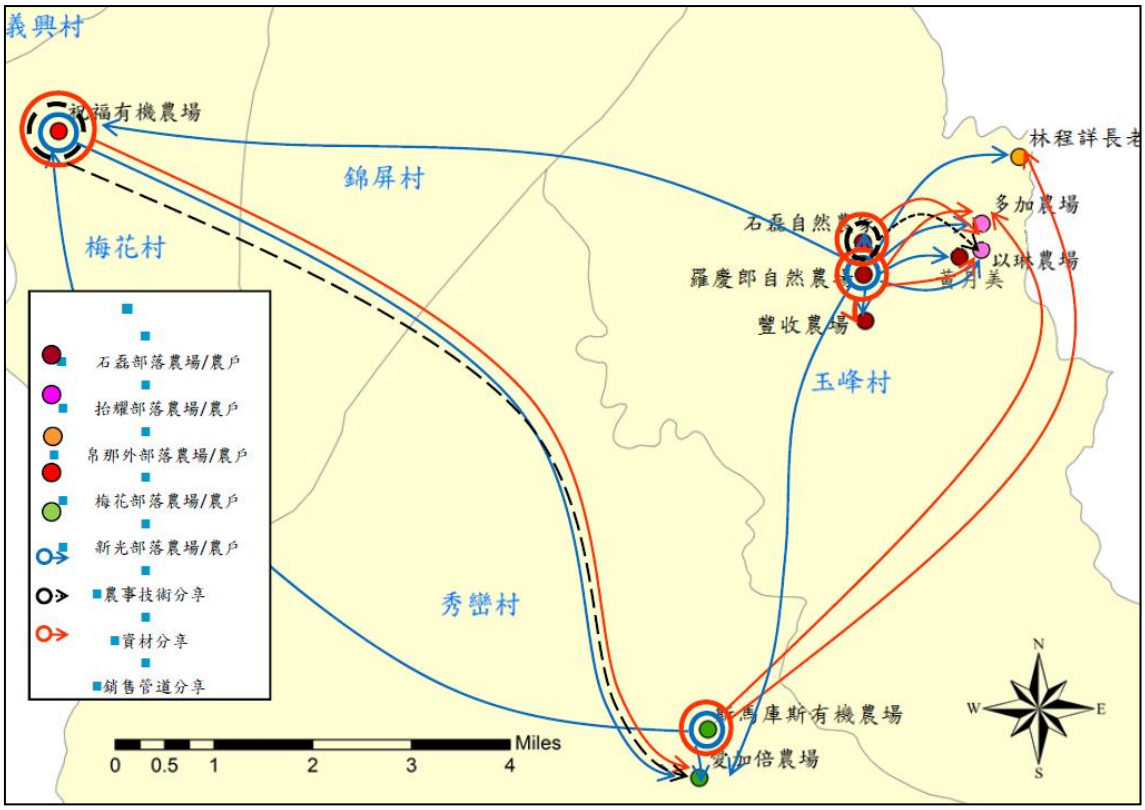


圖 2 尖石前後山因自然農法而形成的合作網絡示意(資料來源 : 官大偉等 2012)

更進一步地，部落開始有移耕的操作出現。位於 Mekalang（梅花）部落中的祝福農場（也是前述 2012 年所調查之十餘個農場其中之一），以部落教會的傳道為核心，結合幾個家戶組成，在保留地私有化之後，部落中的農業生產已趨向以個別家戶為單位，但由於採用自然農法以及合作農場的經營，一方面必須更順應環境的特性，一方面因為彼此間信任的增強，合作農場的參與者，開始在被登記屬於不同地主（亦是合作農場的參與者）的兩塊土地上，進行輪耕。這兩塊土地一塊位於海拔較高處，在輪耕中用於夏天種植較不耐蟲害之經濟作物，而在冬天休耕；另一塊位於海拔較低處，用於冬天種植較不耐蟲害之經濟作物，而在夏天休耕（參見圖 13）。在合作之前，這兩塊地的地主必須在各自在各自所有的土地上種植，並且為了使土地能持續長出經濟作物而施加農藥；在合作之後，不僅得以從必須用越來越多的農藥肥料才能夠維持產量的循環中解套，也使土地得到休養的機會。這個案例顯示，因為社會集體性的浮現，促進了土地合作利用的可能，而這樣的合作，也進而強化了農業操作者和環境生態之間相互友善的關係。

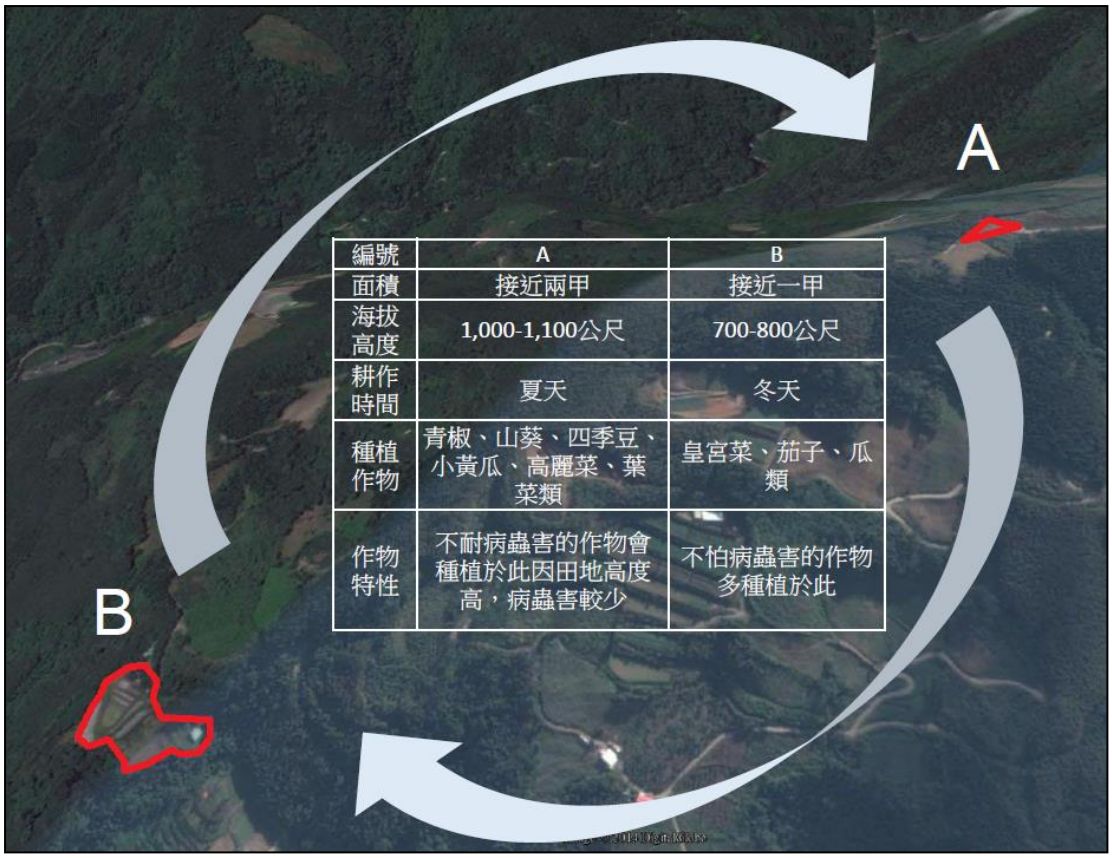


圖 3 Mekalang 部落因為合作而出現的移耕模式

4. 司馬庫斯的檜木觀光

司馬庫斯（Smangus），是屬於泰雅族 Mrqwang 群中的一個部落，部落的範圍（包含居住地、耕地等）分布海拔從 1500M 至 2000M 高山，在行政上屬於新竹縣尖石鄉玉峰村 14 鄰。司馬庫斯部落地處雪山山脈北部，鄰近東有鴛鴦湖自然保留區，西沿塔克金溪上游可達大霸尖山，屬淡水河流域大漢溪上游重要集水區域，有豐富的森林資源，包括居住地周圍的常綠濶葉森林，以及獵場中的冷杉林、鐵杉林、檜木林等（洪廣冀，2000：5；拉互依・倚岕，2008：52），這些森林過去是族人採集來源和維護獵物的棲地，現今則是重要的觀光資源。

司馬庫斯部落族人從事現金作物的栽作，可追溯至 1960 年代，主要種植台灣泡桐、杉木、通草，及一小部份養蠶，這些都和殖民時期即開始的授產政策有關；60 年間部落曾興起種植蘋果、梨，後因無道路交通不便無法運出而廢耕棄置；1970 年代比較主要的經濟收入是事香菇的種植，族人必須從桃園縣復興鄉的新光或三光便開始背負菌種，至森林中尋覓合適的地點種植。香菇成熟後，經過烤乾減輕重量，再由中間商收購，1980 年代大量的進口香菇使得原鄉地區的香菇產業式微。1990 年代因為道路開通的關係，農產品可以即時輸送，各家戶逐步學習水蜜桃栽培管理技術，農地種植大面積的水蜜桃，為保留地主要的利用方式，水蜜桃等溫帶水果的栽植迄今是主要農業收入。但也有少部分的族人，以

採集森林副產物為其收入來源之一。（拉互依・倚岕，2008：54）。1990 年代部落同時也因為檜木群的發現，而開始了供登山客居住之山莊的經營，隨著觀光的日益興盛，2000 年之後，觀光已成為部落最大宗的收入來源。從下圖的比較可以看到，同樣是位於尖石鄉的「後山」地區，同樣是屬於 Mrqwang 群，和馬里光、石磊等部落相較，司馬庫斯一開始也是以香菇為主要收入來源，但因為道路的開通時間較晚，所以未經歷砍伐竹木的階段，且較晚才開始水蜜桃的種植，而在開始種植水蜜桃約十年後，即轉型以觀光為主要的產業。

從採集香菇、段木香菇到種植水蜜桃等經濟作物，不止是作物的改變，而且是涉及到資金以及和市場連結方式的改變。野生香菇的採集，僅需要勞動力的付出，採集完成、烘烤後，即可和中間商進行交易，段木香菇則需要菌種，族人通常是先向中間商賒欠取得菌種，待種植成功，完成烘烤後，交付香菇給中間商，並取得金錢，但是由於事先賒欠的關係，所以香菇的價格往往就受中間商的任意砍價；在水蜜桃種植中，需要更多的成本，除了固定數量的苗木之外，還需要施肥，因此以賒欠的方式取得肥料，就形成族人和水蜜桃中間商新的借貸關係，這種借貸關係比香菇要來得緊密，因為香菇一旦種植後沒有進一步的農藥、肥料需求，但水蜜桃則有，且水蜜桃更加不易保存，這使得族人更容易受制於中間商。對族人而言，取得資金是非常不容易的事情，因為保留地很難融資，農會借款額度有限且需要有固定收入的保證人。從其他部落的經驗來看，經濟作物的種植日久，也意味著，個別家戶各自被中間商透過金錢、農藥肥料、作物的交換鍊個別的連結到市場的機制越深。因此，對司馬庫斯而言，水蜜桃這樣的作物做為收入來源的時期很短，可能是一件幸運的事情。

根據族人的敘述，司馬庫斯的觀光產業可以追溯至 1991 年的一個機緣，當時部落的鄰長等人前往復興鄉參觀水蜜桃產銷活動，發現當地因神木帶來的觀光業以及水蜜桃的種植而使生活大有改善。當晚鄰長睡夢之際，隱約聽到上帝指示在司馬庫斯也有神木。之後鄰長想起先人所說往鴛鴦湖方向有洪水及大樹的故事。於是，回到部落後發動本地居民前往尋找神木，經過兩三個月的尋找才發現了壯觀的神木區。神木的發現也促使司馬庫斯聯外道路的開闢（史育禎、張長義、蔡博文，2006：56）。

司馬庫斯的神木發現後，一開始前往的觀光客並不多，最初也只有兩戶家庭合夥經營山莊（史育禎、張長義、蔡博文，2006：57），但 1995 年道路開通，1999 間大型鋼構的山莊陸續興建，家戶之間因為競爭，日益產生緊張的關係，而化解這種緊張關係的，來自於婦女的力量。2001 年，經由教會中婦女會之成員的協商，幾個家庭開始了共同廚房的經營。由於婦女家務、農務的繁忙，有時無法兼顧民宿的工作，因此這些婦女協議互相爲對方客人煮飯，而催生了於 2001 年夏季開始的共同經營。2004 年 1 月 1 日，部落共同經營正式邁入一個新的經營理念與制度，新的制度與舊制度最大的差異與突破在於，共同經營經濟實體轉型，將「土地（包含地上農作物）」納入到共有制度的資源範疇。當時增加為 48 成員（指有領薪水的工作人員），同時在這一年裡，建立了「部落公約」、「Tnunan 的

規範」。（拉互依・倚岕，2008：69）可加入共同經營者為部落家戶，只要是部落裡認同共同經營運作規則的人即可加入，沒有區分或排他意味；所獲利潤在扣除部分作為共同基金後，交由各家平分。各家過去發展程度不同的問題則交給各家與共同經營間的借還關係來解決；資本不足者就先向共同經營借，於獲利後再逐次還清。（史育禎、張長義、蔡博文，2006：57）。

所謂的「土地共有制度」，是指將部落土地集體來管理，雖然國家的土地登記系統仍然只能登記個別的個人為地主，但是參與共同經營的部落族人，則認知其為部落集體的土地，進行集體的規劃和使用。（拉互依・倚岕，2008：69）而「部落公約」，主要內容包含五個架構：總則、土地、文化生態、部落秩序、附則，共有 21 條的規定，尤其針對「土地」特別強調族人基本立場如第三條條文內容所示：為維持部落之主體性，部落土地不得買賣、租用、轉讓給非部落居民，亦禁止和非部落居民以合夥投資的方式經營部落土地。（違反者其車子、水管、電桿禁止通過部落內其他居民的土地及農路）。（拉互依・倚岕，2008：123）。關於共同遵守的土地倫理，也進一步延伸到獵場的規範，並和學術團體進行生態調查和保育的合作計畫。

表 3：司馬庫斯觀光發展的分期

<table>
<tr><th>分期者
年代</th><th>拉互依・倚岕(2007)</th><th>陳錦鴻、張長義、劉英毓(2006)、林俊強(1999)</th><th>葉秀菊(2004)司馬庫斯部落共同經營模式之探討</th></tr>
<tr><td>1991</td><td></td><td></td><td>1948-1990 未發展時期
1948 基督教傳入，余國進參加抬耀部落的聚會禮拜。
1949 供電，第一個電線桿。
1980 保留地部份開墾種植溫帶果樹。</td></tr>
<tr><td>1995</td><td>1991-1995 巨木發現觀光啟動
1991 夢的啟示。
生計以農物生產為主。
1992 蓋第一棟「司馬庫斯山莊」，陸續以木材、桂竹建成。
週間從事農務，周末招待客人。</td><td>1991-1994 萌芽期
1991 發現神木。
兩戶人家合夥經營山莊。（可容 100 人）
遊客不多。</td><td>1991-1995 萌芽期
1991 部落長老的夢、紅水、神木的發現。
1993 共同設置神木區步道、護欄、維護生態景觀。
1995 聯外道路開通、成立「司馬庫斯部落發展委員會」</td></tr>
<tr><td>1996</td><td rowspan="3">1995-2000 各家經營與道路開通
1995.08 車用道路開通。
1999 鋼構山莊陸續興建。
部落內部問題浮現，1999 下半年召開「如何共同」系列會議。</td><td rowspan="2">1995-1998 漸增期
1995 道路開通，遊客漸多。
六個家庭興建六個二代山莊。（可容 300 人）
內部產生分配不均現象。</td><td rowspan="3">1996-2000 漸增成長期
1996 神木步道維修工作
1999.01 司馬庫斯長老教會落成</td></tr>
<tr><td>1999</td></tr>
<tr><td>2000</td><td>1999-2000 成長期
大量遊客湧入。
1999 二代山莊增為兩層樓。
開始興建第三代三棟山莊。</td></tr>
</table>

		2000.02 興建停車場、餐廳、涼亭式建築。	
2001	2000-2001 婦女組成共同餐廳 九個家族婦女會	2000-2005 共同經營期	
2002	2001-2003 共同經營期 成員：八個家庭，共十六位。 項目：餐廳、商店、山莊。 僅有兩戶沒有參與。（至外地工作，後於 1998 年陸續搬回部落） 2003.08 參訪以色列屯墾區。 2003.09.14 決定司馬庫斯土地共有。		2001-2002 共同經營期 2001.05「共同經營」達成共識，2001.06 實施 2001.11 泰雅爾司庫部落發展協會成立 2002 部落發展協會辦公室興建。
2004			
2005	2004 迄今 Tnunan Smangus 期 將土地（含農作物）納入共有制度資源範疇。 建立「部落公約」、「Tnunan 規範」。		

今日的司馬庫斯合作經營，已經累積了豐厚的資金，並且具有日趨完整的資源重分配機制，除了加入共同經營之工作人員每月一萬六千元的支薪以及年終獎金外，工作人員的午餐是在部落廚房共食，參與家戶的子女教育費用完全由共同經營提供，六歲以下及六十歲以上的老幼每個月可領有月金，婚喪喜慶（結婚補助十頭豬，加上二十萬禮金）、建屋也都有補助（建屋補助二十伍萬建材費）（拉互依・倚岕，2015），構成很好的社會支持系統和獲益分享機制，使得合作可以持續循環下去，但這樣的合作還有其他的支持因素。

在 1995 年至 1999 年之間，民宿經營期間衍生激烈競爭、被旅遊業者分化，導致住民相互對立、各家財力差距拉大（洪廣冀，2000）的時期，由於曾經到部落服務的大學社團隊員的積極建言，及透過住戶間不斷溝通協調，才逐漸形成為大多數住戶所接受的共同經營模式（洪廣冀、鄭欽龍，2001；洪廣冀、林俊強，2003；葉秀菊，2005：27），此外，早期參與原住民運動的長老教會牧師在部落中的建言，以及長老教會總會協助部落在 2003 年赴以色列參觀「KIBBUTZ（屯墾區）」集體農場，加深了部落族人土地共同利用的決心，也都是很重要的原因（葉秀菊，2005：30）。

教會的角色，並非純然是外來者，對部落而言，教會已經成為部落傳統信仰轉化和融合的一部份。司馬庫斯教會的長老曾經表示「以前泰雅傳統 gaga 是一種共享制度，我們信奉上帝之後，泰雅的祖靈 utux 即相當於上帝。過去每個人要遵守 gaga 的規範，現在相當於遵守教會的規範。司馬庫斯的共同經營和教會是分不開的。」（引自葉秀菊，2005：32-33），而從包含司馬庫斯在內的許多泰雅族教會宣教的在地化，例如在教會壁畫中的耶穌紋面形象，以及宣教中稱上帝是在天上的靈(utux yaba kayal)，可以看出這樣的轉化和融合。由於長老教會組織有長老執事會議，該會議之決議或形成共識事項，往往決定了部落的發展。來自其他部落的泰雅族牧師，也曾指出，司馬庫斯部落共同經營、司馬庫斯部落發展協會與教會的關係，就像三合一的關係（葉秀菊，2005：47）。教會的道德約束

力強化了共同經營中許多規範的執行，而發展協會則是扮演對外申請經費、核銷、和國家行政體系打交道的角色。

若更進一步看，則可以看到親屬關係的作用。在司馬庫斯有三個可追溯至不同祖先的家族，而這三個家族在戰後被慣以不同的姓氏，雖然可追溯至不同的祖先，但是三個姓氏之間卻互相有通婚的關係，出身自司馬庫斯本部落的研究者，曾經指出，在道路開通前，族人們常組成 sbayux（換工）相互幫忙農物生產，或將所得奉獻給教會稱「奉工」，形成精神與物質生產上彼此依賴的社會團體；道路開通後 1995-2000 年，以家戶為單位的發展形式，原本的共同體漸分化為數個姻親關係網絡，換工的頻率降低，而以雇工的方式取代，朝階層化的趨勢發展。（拉互依・倚岕，2008：55）；另外也有研究者指出，經營山莊或餐廳需要投入相當多勞力，家戶中勞力的多寡便是各家戶經營能力的重要影響因素。若觀光客的數量過多，親屬網絡是勞動力的主要來源，如女婿、媳婦的兄弟姊妹是常被動員的對象之一（洪廣冀，2000：48）。2000 開始由婦女促成的部落廚房，恢復了傳統換工的的作法，而促成的家戶之間進一步合作，但另一方面，三個姓氏之中其中一支，曾經在早期遷出後遷回，在部落發展觀光的過程中就較無主導地位。換言之，以男性為界定方式的家族之間存在著競爭的關係，而以女性的婚嫁形成的姻親網絡又使得部落中不同的家族可以合作，甚至是使部落和部落之間可以建立關係，而這種因為姻親所建立之部落和部落之間的關係，在櫸木事件中也可以看見。

5. 從櫸木事件到檜木事件

（1）2006 櫸木事件

2006 年夏天，在經過 tnunan 會議開會討論之後，司馬庫斯派出三名青年取回橫阻在其通往 Teyakan (泰岡)的聯外道路上一棵風倒櫸木之部分樹段，以作為 qalang 之公共用途。在返回部落的路程上，三名青年遭到森林警察的盤查，並隨即被送往派出所筆錄，以違反森林法的理由移送法辦……不像大多數的「違法」者最後選擇付出罰鍰了事使生活歸於平靜，這三名青年在司馬庫斯族人的支持下拒絕認罪。雖然 2007 年 4 月一審法官判決緩刑，但三名青年仍堅持提出上訴，不願意在自己的土地上背負小偷的罪名。（官大偉、林益仁，2008：125）

在鄰近的 qalang (包括馬里光群跟基那吉群)的書老們和平地的人權團體、以及學者組成了聲援團體之後，樺木事件逐漸成為輿論關注的對象，經過 2007 年 5 月間聲援團體與司馬庫斯族人一連串向林務局、原民會以及行政院的抗議之後，行政院長指派政務委員進行協商工作，試圖找到解決爭議的方式，行政院原住民族委員會則提出由政府公告司馬庫斯傳統領域的建議。根據 2005 年通過的原住民族基本法，原住民族對於傳統領域擁有土地和自然資源權利，唯一的問題是認定傳統領域的範圍的法律一原住民族土地及海域法仍未完成立法程序，因此行政院原住民族委員會試圖以行政命令逕行公告的方式為事件解套。

行政院原住民族委員會很快的發現，引發事件的風倒櫸木的所在位置，是在 2002 年傳統領域調查所完成「司馬庫斯傳統領域」地圖界線之外。既然該風倒

櫸木不在「司馬庫斯傳統領域」範圍之內，如何爭取司馬庫斯的權利？數次 Mrqwang 群的會議中，來自 Mrqwang 群各部落的耆老為這個問題提出了解答。風倒櫸木的位置，是在 Mrqwang 群的 q'yunan（獵場）範圍之內。按照 gaga，司馬庫斯作為 Mrqwang 群的一員確實有權利分享其中的資源。在這些會議中，司馬庫斯的代表也司馬庫斯希望能和其他部落一起合作照顧祖先留下來的屬於 Mrqwang 群共同擁有的土地的意願。（官大偉、林益仁，2008：126）

於是，行政院原住民族委員會於 2007 年 8 月在尖石鄉公所召開了一場「馬里光傳統領域」公告的說明會……這場說明會應該只是最後形式性的確認，接下來著重頭戲則是要安排行政院長赴尖石鄉公告馬里光傳統領域的時間和儀式，以再次彰顯政府落實新伙伴關係的努力。但當會議開始不久，來自鄰近 Knazi 群之一的 Teyakan（泰岡）部落的居民馬上接二連三激烈發言反對公告「馬里光」傳統領域，其中一位泰岡的代表怒氣沖沖的對著司馬庫斯的一位長者說：「在我今天早上出門之前，我爸爸特別告訴我，他的打獵的技巧是你的祖父教他的，如果我們 Knazi 不能去那些地方，我爸爸要怎麼跟你祖父學打獵？」發言的情況越來越趨火爆，主席見原本預計要進行討論的政府官員和 Mrqwang 群的代表以及尖石鄉各村的耆老完全沒有發言的餘地，忽然很快宣布散會，留下錯愕的政府官員和沈默不語的各耆老。（官大偉、林益仁，2008：127）如果按照他們長輩的經驗，Knazi 也可以到那些即將要被政府公告作「馬里光傳統領域」的地方，那麼政府將他劃作「馬里光傳統領域」是意咪著 Knazi 的人永遠不能再去那些地方嗎？換言之，政府要承認 Mrqwang 群的人在其傳統領域的土地、自然資源權利，是要承認馬里光使用這些土地、自然資源的權利，還是也同時承認 Mrqwang 群放讓其他的人來使用這些土地、自然資源的權利？這其中的關鍵，就是司馬庫斯和泰岡雖然各自有各自的獵場，但是在部落之間又有因為通婚形成的姻親關係，按照泰雅族的 gaga，具有姻親的關係，在一定的條件下是可以被允許進入獵場的，也就是說，以男性為主的界定方式下，兩個部落有各自分屬不同的獵場，但從女性形成的親屬網絡來看，彼此間有可以有合作和分享的關係，而忽略了這一點，也就是造成這一場會議的衝突的原因。

2007 年 10 月，原民會和林務局召開記者會，公告了「尖石後山玉峰秀巒兩村傳統生活領域」以及「傳統生活領域林木採集作業要點」，雖然要點的內容不盡符合族人的期待，但是 2010 年 2 月 9 日台灣高等法院刑事庭針對司馬庫斯風倒櫸木事件，做出更一審宣判，審判長引用原住民基本法精神，判決 3 名被告無罪，歷經 4 年多來的努力，司馬庫斯堅持的無罪抗辯，終於獲得司法認同（林益仁，2010）。此一宣判創下司法部門承認台灣原住民族使用傳統領域自然資源權之首例，從此司馬庫斯在台灣的原住民運動、環境運動上也具有歷史性的意義。

（2）2012 檜木事件

2012 年 3 月，幾位司馬庫斯部落中未參加共同經營體的族人，越過司馬庫斯的活動範圍，和南山部落的幾位族人聯手，砍伐了南山部落周邊的檜木，引起軒然大波，不僅是因為檜木被砍伐後的場面透過媒體赤裸裸的呈現在讀者的眼前，

也是因為司馬庫斯這麼一個具有原住民運動和環境運動象徵性的部落，竟然涉入了這個案件。

根據我國現有的法律，這些由林務局管理的森林，是屬於國家的財產，當這個事情爆發後，輿論報導的方向，主要都是山老鼠的猖獗、族人參與盜伐集團等，但族人早在警方進行逮捕行動前一個多月，即發現有檜木被盜伐，向林務局舉報，林務局卻沒有反應，甚至有部落族人提出林務局中有人監守自盜之質疑乙事，卻少被論及。倒是有報章媒體報導部落傳出南山的青年揚言到司馬庫斯報復「砍回來」的風聲。在各群的分界方式中，此一遭盜伐的地點乃是南山部落所屬之溪頭群的 qyunam(獵場)範圍內，未經南山部落的共識同意即進入採取資源，確實是讓南山部落的族人感到被冒犯。南山部落早先進行在羅葉尾溪的復育櫻花鉤吻鮭的行動已獲致一定的成果，部落中的意見領袖正希望朝生態旅遊的目標前進，此次盜伐是破壞了支持生態旅遊之珍貴資產。司馬庫斯一向是在談原住民生態知識與社區自然資源管理、論述原住民族傳統領域權利時,經常被用來舉例的模範生，雖然事件發生不久後司馬庫斯部落集體經營的族人發表聲明表示此次盜伐是部落中未參加共同經營之少數人的脫序行為（拉互依，2014），此一事件對司馬庫斯長期努力維護的形象仍是一傷害。

雙方都面臨了外界質疑壓力的情況下，經過兩個部落耆老、教會牧師（包含來自南山的黑帶牧師，來自鎮西堡的阿棟牧師等幾位長期從事原運之部落工作者）的斡旋下，兩邊的族人在 quri skabu 這個舉行了一場 sbalay 儀式。這次 Sbalay 的地點本身就具有相當的歷史意義的，因為此地點是泰雅族自中部往北遷移擴散的一個重要集散地，相傳彼此是兄弟的溪頭群、合歡群、馬里光群祖先，即是在此分散各往不同流域發展，而繁衍了今天分據不同流域的各群）。Quri skabu 這個地方，是溪頭群、合歡群、馬里光群三群遷移歷史記憶的交集。這次在 *quri skabu* 舉行的 *sbalay* 儀式中，來自各流域見證儀式的耆老，即是透過古調（*Lmuhuw*）的吟唱，確認彼此的系譜關係，並且確認了領域管理的責任與規範。透過 lmuhuw 吟唱確認關係、進行責任的劃分，這件事具有高度的社會意義。在和解時吟唱 lmuhuw，則是可以讓彼此追溯到共同祖先的源頭，如此一來，可以確認彼此應該在共同的 gaga 規範之下化解衝突，修復彼此的關係。換言之，「關係」決定了化解衝突的方式，而 sbalay 的目的，也是要撫平衝突、修復「關係」。這和現代國家將個人原子化，去掉了社群、家族的重要性，並且以處罰為核心之正義概念，有很大的不同。這件事同時也具有高度的生態意義。泰雅族長期和土地互動的經驗所發展出來的社會組織，和流域有高度的重合，使得社會組織的範疇，從一個共食團體（qutux niqan）到幾個共食團體組成的聚落(qalang)、分佈在流域中並共享獵場的聚落群(例如 mrqwang、mknazi、mkgogan、mnibu 等亞群)，到共享一條河流的同盟（qutux llyung），社會的規範一層一層的在流域展開的空間格局中延伸，形成社會和生態系統相互鑲嵌的體系，也因此環境的維護、資源和食物產出之棲地的管理，與人際關係的和諧、社會道德的運作，都屬於相互關連的事情。在本次儀式之後，南山部落和司馬庫斯部落重新肯認相互友善的關係，南山部落

的族人並宣告成立森林巡守隊，負起對森林照顧的責任(官大偉 2015)。於是，一場原本是國家對山林管理不力之下產生的盜伐衝突，透過族人啟動 sbalay 機制，確認關係、尋求和解的方式，轉化成一個生態保育的行動，也對於筆者重新思考新自由主義下的生態政治有所啟發。

（3）因砍木/護林而進行的 sbalay

在上述這場儀式進行後的某一日，筆者在田野聽到某個部落的族人發出一個疑問：「我們以前有 sbalay 沒有錯，但是以前 sbalay 是因為獵場中的獵物糾紛而 sbalay，好像沒有為了砍木頭而 sbalay 的」，言下之意，這樣為了砍木頭而進行的 sbalay，是一個被新創出來的東西。這個疑問，正好反映了許多人對於傳統與現代之關係的困惑。

若從是因為砍木頭（而且是林班地中的木頭）的爭議而尋求和解、斡旋過程中牧師的重要性、程序中的感恩祈禱，乃至過程中展示的傳統領域紙圖等等元素來看，這場 sbalay 確實是一點也不夠本真（authentic），而充滿了建構論觀點所說「被發明的傳統（invented tradition）」（Hobsbawm 1983）之痕跡。但建構論挑戰本質論，指出傳統是我們因為當下的需要而撿選、創造，並非意欲減損傳統的正當性，而是要提醒我們重新理解傳統並非一個在凍結時空中的過去，我們應該關注的不是它是否夠「真」，而是要思考它如何包含了從過去至今的累積，對新的時空條件的適應，以及當下賦予的意義。

若更進一步來看，這場 sbalay 儀式除了有部落的族人參與之外，也吸引了關心相關議題的學者、社運人士，並且刻意的邀請了記者前來報導，也就是說，這場儀式除了是凝聚兩個部落的共識之外，還要「告訴這個社會」兩個部落在凝聚共識，向這個社會宣告兩個部落對於其傳統領域的主張。2014 年，司馬庫斯對面的鎮西堡部落，因為鄰近的檜木群被盜，而宣布封山，封山的儀式同樣舉行 sbalay，並且邀請林務局參加，這再次突顯部落很清楚知道，今日要取得使用跟維護傳統領域的正當性，絕對不是只是部落內部的事情，而是必須和國家的機關、學界、社運團體之間形成聯盟的關係，sbalay 所象徵的締結和平、修復關係的意義不變，但是如今，在森林資源的議題上，這個關係的網絡包含了部落、國家機關與社運團體。

四、從兩個案例看到的原鄉特性與發展需求

從以上石磊和司馬庫斯的經驗，可以看到幾個特性：首先，是傳統和現代之間的辯證關係，部落一方面無法自外於市場，無可避免的在現代生活中透過貨幣和市場結合在一起，但是可以透過共同經營的方式，卻重新塑造部落生產的集體性，在家戶和市場之間形成一個中介的機制，使得個別的家戶不再是在市場中單打獨鬥，另一方面，這個機制又和傳統的家和親屬關係有很大的關連；此外，資源的治理往往不只涉及一個部落，而是有多層的網絡，部落和部落間的獵場的確認和維護，透過 sbalay 這樣傳統的儀式做宣示，但實際上，卻是又是在和媒體、

社運團體、國家的資源治理機關打交道，透過傳統的宣示，爭取在現代的國家治理體系中的發言權。許多的傳統規範，自殖民接觸至今很長的一段時間，被調查、研究，卻也同時被抽離其所產生的社會/生態體系，去脈絡化成為報告上、書本上的民族誌紀錄。就像祭典如果被抽離了其社會情境，放到舞台上表演，那就失去了它的神聖性，失去了參加的人們的虔敬和祈求，而成為一種表象的展示，規範失去其實踐的場域，就算被調查、記錄，也終究只是一堆文字。但是因為今日在更廣大的社會脈絡中，尋求和宣示自身的發言權和資源使用管理權利的需要，傳統的儀式被再度運用出來，也被重新脈絡化賦予新的意義。

由此角度觀之，原鄉發展最大的制度需求，即是能夠支持族人們按照其文化邏輯發展出與外界政治經濟銜接的機制、以傳統的生態知識的基礎作為當代產業的利基，並連結形成資源治理網絡的制度。

五、《國土計畫法》與原住民族發展的銜接

1. 國土計畫法通過後的新局

2015年12月18日，《國土計畫法》在立法院三讀通過，是我國國土計畫的一個新里程碑，也是我國空間管理體系的重大變革，作為一部規範各個空間層級之計畫之擬定、提出與通過之機制的法律，其對於原住民族土地權益也有重大的影響。《國土計畫法》將國土計畫分為兩種類型：1）全國國土2）直轄及市、縣（市）國土計畫。並在同法第11條中明定全國國土計畫由中央主管機關擬訂、審議，報請行政院核定;直轄市、縣（市）國土計畫由直轄市、縣（市）主管機關擬訂、審議，報請中央主管機關核定。而全國國土計畫中特定區域之內容如涉及原住民族土地及海域者，應由中央主管機關會同中央原住民族主管機關訂定。在土地使用的管制上，《國土計畫法》規範了未來全國國土將分作四種國土功能分區：1）國土保育地區；2）農業發展地區；3）城鄉發展地區；4）海洋資源地區各國土功能分區，得再予分類、分級，在中央或地方提出的國土計畫中分別訂定不同層級之管制。表4以「土地權利之規範」、「土地利用之規範」、以及「原住民族土地權保障」等類別，整理出《國土計畫法》通過後原住民族土地所涉的法制架構：

表 4.國土計畫法通過後原住民族土地所涉的法制架構

類別 1 土地權利之規範		
法令名稱	所涉條文	對保留地產生的影響
山坡地保育利用條例	第 37 條	保留地地權授權依據。
原住民保留地開發管理辦法 (母法：山坡	第 8 條	耕作權設定
	第 9 條	地上權設定

地保育利用條例第 37 條)	第 23 條	公有保留地撥用 之規定：當地土審會僅有表示審查意見之餘地，核定撥用與否的權限交鄉（鎮、市、區）公所之主管機關核定。是為政府機關須地，又以政府主管機關核准，有球員兼裁判之嫌，也與原基法第 21 條對於原住民知情參與同意權之保障精神不符。
	第 15 條 第 18 條	原保地地權限於親族間繼承或贈與，原住民間交換使用則須經主管機關核准。
	第 17 條	取得耕作權或地上權後，須滿自用或自營滿五年使得取得所有權。
類別 2.1 土地利用之規範		
法令名稱及相關條文	規定內容	對保留地產生的影響
國土計畫法	第 9 條	國家應尊重原住民族土地使用之傳統文化與智慧之原則性宣示
	第 11 條	國土計畫中之特定區域涉及原住民族土地及海域者，需經過原住民族同意，且其內容需由中央主管機關會同原民會擬定
	第 23 條	國土功能分區及其分類之使用地類別編定、變更、規模、可建築用地及其強度、應經申請同意使用項目、條件、程序、免經申請同意使用項目、禁止或限制使用及其他應遵行之土地使用管制事項之規則，涉及原住民族土地者，需經過原住民族同意，且其內容需由中央主管機關會同原民會擬定。
	第 20 條	國土分區中之海洋資源區的劃設區考量原住民族傳統使用
非都市土地使用管制規則 (母法：區域計畫法第十五條第一項)	第 5 條	非都市土地使用分區劃定之管制單位
	第 13 條第 1 項第 2 款	土地使用分區變更規定
山坡地保育利用條例	第 3 條	山坡地之定義
	第 6 條	土地分區劃定授權
	第 16 條	訂定土地可利用限度分類標準，並規定宜林地應實施造林。
	第 25 條	山坡地超限利用處理規定
山坡地土地可利用限度分類標準(母法：山坡地保育利用條例及其施行細則)	第 2 條	原住民因其耕作土地乃屬淺層之四級坡而不得做農業使用，然依造林活動而言，其造林獎勵多有限制，且隨種植年樹減少，故原住民無法以造林使用方式維持生活所需。
獎勵輔導造林辦法 (母法：森林法第 48 條)	略	原住民保留地大都屬山坡地範圍內之土地，其使用因地形影響而受到相當大的限制，依山坡地土地可利用限度分類標準，大都屬宜林地，但根據原住民族委員會的統計，保留地內超限利用的面積為 15,122 公頃，佔保留地實際使用面積的比例約為 6%，其中又以以南投縣超限使用的比例高達 18.39%為最高。山坡地屬環境敏感地，若不按可利用限度分類標準從事土地使用，可能造成土壤流失，產生嚴重的災害。若依分類標準從事土地使用，但造林的收入 (平均每人每月 3,250 元) ，又無法維持家庭生計，基於個人追求最大私益的心理，原住民造林意願自然也無法提高，甚至違規使用。因此，原住民保留地若完全依法使用，則原住民的生計可能無以為繼，形成政策上的兩難局面。
獎勵造林實施要點	第 7 點	原住民容易違背造林獎勵規定，因保留地利用不易，甚難完全遵照規範使用，違規時國家追討當初給付的造林金，加計利息後，遠遠超乎原住民可以負擔的範圍。
原住民保留地開發管理辦法 (母法：山坡地保育利用條例第 37 條)	第 28 條	有關土地權利取得後，限制其移轉的對象，亦為確保保留地由原住民使用及原住民所有的精神，其用意在於防止原住民土地的流失。但保留地辦法第 28 條的例外規定，為平地人進入山地開了一道合法的途徑，與前述防止原住民土地流失的意旨似有違背。再者，由於原住民保留地之權利移轉對象，以原住民為限，一般公民營銀行因原住民償債能力有限，多不願提供貸款，以至於原住民取得資金的管道益形狹窄，而不得不仰賴平地的資金與技術，間接使保留地違規轉租或轉讓的現象更形嚴重。
原住民族土地及海域法草案	第 17 條	法位階上仍低於區域計畫法、都市計畫法、國家公園法、森林法等規定，對原住民族利用土地造成影響。
類別 2.2 土地利用之規範中關於劃設訂定區域的規定		
法令名稱及相關條文	規定內容	對保留地產生的影響

水土保持法	第 19 條	土地不可從事任何開發，包括建築房舍、從事農耕、漁牧、採集、砍伐林木及喪葬使用等，當保留地一旦被劃定為特定水土保持區時，原住民在土地的使用上遭受了極大的限制。
國家公園法	第 13 條	不在列舉範圍內之行為一切禁止，包括建築房舍、從事農耕、漁牧、採集、砍伐林木及喪葬使用等，換言之，保留地居民於列舉範圍外的行為將一律禁止之。
自來水法	第 11 條	保留地內原住民有關農耕、畜牧及相關汙染水質、水量之行為均被禁止，但經主管機關核准者得不在此限。
野生動物保育法	第 10 條第 4 項	對原住民傳統狩獵、採集、砍伐林木行為產生約束現象。隨著臺灣山林逐步開發，原住民保留地位置與野生動物保護區重疊的情況亦越趨嚴重，當原住民傳統狩獵、採集等行為遭受禁止之時，在無良完善的就業輔導措施之下，原住民的生計亦面臨困境。
文化資產保存法	第 76 條 第 83 條 第 84 條	除原住民傳統祭典需要之外的採摘、砍伐行為遭受限制，且不得改變或破壞原有自然狀態。
森林法	第 6 條	經編為林業用地之土地，不得供其他用途之使用。
水土保持法	第 10 條	山坡地使用義務人須配合集水區治理計畫或農牧發展區開發計畫實施水保。
	第 22 條	山坡地超限利用處理規定
水土保持法施行細則	第 26 條	山坡地超限利用定義
非都市土地使用管制規則 (母法：區域計畫法第十五條第一項)	第 7 條	山坡地範圍內之土地，未編定前推定為林業用地管制，多數原住民保留地或傳統領域皆位於山坡地之範圍，卻須受限於林業使用。
	第 45 條	原住民保留地地區之農牧、養殖或林業用地若要興建住宅，需要家戶成員均無自用住宅或未曾辦理過土地使用分區變更，此外，其住宅建築面積和建築用地種類均有所限制。對於人口成長而用地日漸緊縮的原住民而言，影響甚鉅。
國土計畫法	第 35 條第 1 項 第 36 條第 1 項	關於國土保育區之規定，原住民土地所位地區有大部分是屬於本條第一及第二款地區，經劃定後以保育及禁止開發行為為原則，雖然條文提及原住民部落之參與，但未直接明文需依原基法 21 條取得部落同意，其參與之權限有待釐清。
類別 3 原住民族土地權之保障		
法令名稱及相關條文	規定內容	對保留地產生的影響
憲法增修條文	第 10 條第 11、12 項	若僅以行政命令保障原住民之上述權利，在法律位階限制下，現行法令規範將無法保障原住民族之基本生活權利，更無形限制原住民族各種慣有的生活習慣，故而應以更高層級的法律作為規範依據。
原住民族基本法	第 19 條 第 21 條第 2 項 第 22 條 第 23 條	在基本法訂定後，原住民族依法可在原保地內，因傳統文化、祭儀或自用所需，行獵捕、採集、採取土石及利用水資源等行為，也有許多關於土地利用自決的權利保障規定，包含同意權及管理權（國家應與原住民族共同管理機制），以及發展權（選擇生活方式、資源利用方式、土地擁有、管理模式之權利）等，但與其他專法牴觸時該如何處理，卻是目前最常出現的糾紛。
國土計畫法	第 6 條第 9 款	國土規劃對原住民土地之影響及尊重部落參與原則。
原住民保留地開發管理辦法 (母法：山坡地保育利用條例第 40 條)	第 24 條	營利或開發用途之保留地，租用以原住民為優先。

2. 有待進一步解決的議題

（1）建立以原住民族土地文化為基礎的使用分區和規範

過去都市/非都市的二分法，是一個非常都市中心主義思維的分類方式， 它隱含了「都市」作為自我（self）與其他任何「非都市」作為他者（other）的邏輯，在這樣的邏輯之下，原住民族地發展的主體性空間需求並不被看見，而是經常被理所當然地視作為都市發展需求服務的邊陲，因此即便是被劃在都市計劃內，

原民族地區的土地也幾乎都是作為供應都市用水的水源特定區，或提供都市人口遊憩場所的風景區，更無怪乎原住民族地區在各個縣市的綜合發展計畫中，無例外都是被賦予縣市發展之「後花園」的角色，而從來沒有過以原住民族為整體發展為導向之空間策略出現。要翻轉這樣的邊陲地位，首要之務，是將現今被切割到各個縣市的原鄉，以特定區域的方式，重新整合至以原住民族群為主體之思考架構，作為國土計畫中的空間治理單元，使其能夠結合各族群之生態知識，展開特定區域中進一步的使用規範。更進一步來看，既然現有非都市土地分區不足以反映原住民族土地使用中農/林混合或輪替的特性，未來在原住民族空間治理的特定區域中，應該考量設置農林混合區，或是具有彈性變動的分區機制。

（2）強化部落參與決策的機制及維持彈性資源治理網絡的機制

雖然國土計畫法中有基於原基法所設計的原住民族同意權機制，但是部落能夠參與到分區及規範之設計的機制並不明確，要達成上述符合各族土地文化特性的制度設計，在部落參與決策不足的情況下，恐怕有淪於至制度設計後端才表達同意與否的疑慮，除了個別部落之外，本論文所舉之檜木事件中以社會生態系統為單位而形成的跨部落治理機制，如何參與到特定區域計畫的規劃設計過程，也是有待進一步探討的議題。

六、結語

原住民族過去是國土之所以為國土的犧牲者，但若能重新重視原住民族和土地的關係，其所能帶來的啟發，也可能成為重新思考國土與發展之貢獻者，從本論文所舉的案例來看，族人們的努力正是提醒了我們經濟、生態跟社會三者的不關聯性，這樣的關係性的維持，是兩個案例中之部落得以尋得當代發展之道路的關鍵，要支持這樣的關聯性的維持，正是包含國土計畫在內的各種外部制度所應提供的協助，而它所創造的效益也必將使整個台灣社會受惠。

參考文獻

拉互依・倚岕，2008，《是誰在講什麼樣的知識？Smangus 部落主體性建構與地方知識實踐》，靜宜大學生態學研究所碩士班論文。

史育禎、張長義、蔡博文，2006，〈社區林業作為部落自然資源管理之想像－新竹縣尖石鄉司馬庫斯部落個案研究〉。《臺大實驗林研究報告》20(1)：54-64。

官大偉，2008，〈從泰雅族部落的人河關係看石門水庫集水區治理：一個結合民族生態學與政治生態學的觀點〉，2008 年，《生態台灣季刊》，第 20 期

官大偉、林益仁，2008，〈什麼傳統？誰的領域？從泰雅族馬里光流域的傳統領域經驗談空間知識的轉譯〉，《台大考古人類學刊》，第 69 期，頁 109-142。

官大偉，2013，〈原住民生態知識與流域治理：以泰雅族 Mrqwang 群之人河關係為例〉。《地理學報》70：1-38。
官大偉，2014a，〈原住民族與國土計畫──一個民族生態學的觀點〉。《台灣原住民族研究學報》4(4)：43-61。
官大偉，2014b，〈語言、地景與自然資源共同治理:雪山山脈兩側泰雅族部落群之民族地文學研究〉。國科會專案研究計畫期中報告。
官大偉 2015 泰雅族的土地與正義：從 Sbalay 哲學談起 原住民族法學電子報 http://tipslaw.dscloud.me/wordpress/%E6%AF%8F%E6%9C%88%E4%B8%BB%E9%A1%8C%E8%AB%96%E6%96%87/%E4%B9%9D%E6%9C%88%E4%BB%BD%E4%B8%BB%E9%A1%8C%E8%AB%96%E6%96%87-%E6%B3%B0%E9%9B%85%E6%97%8F%E7%9A%84%E5%9C%9F%E5%9C%B0%E8%88%87%E6%AD%A3%E7%BE%A9%EF%BC%9A%E5%BE%9Esbalay%E5%93%B2%E5%AD%B8%E8%AB%87/
官大偉、阿棟優帕司、芭翁都宓、羅恩加，2012，〈原住民生態知識在當代農業的實踐：從 gaga 的去脈絡化與再脈絡化　　談起〉。發表於「第十六屆臺灣地理學術研討會」，國立臺灣師範大學地理學系主辦，臺北，6 月 2-3 日。
官大偉、林士淵，2013，〈對原住民保留地「超限利用」民族科學檢視：以石門水庫集水區泰雅族部落為例〉。「第四屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會論文集」，行政院原住民族委員會編，頁 23-46。
官大偉、林益仁，2008，〈什麼傳統？誰的領域？從泰雅族馬里光流域的傳統領域經驗談空間知識的轉譯〉。《臺大考古人類學刊》69: 109-42。
林益仁，2010，〈司馬庫斯櫸木事件無罪宣判的啟示〉。《新使者雜誌》118：67-70。
林益仁，2015，〈泰雅族遷徙與分布所展現的生態智慧〉。《新竹文獻》60：44-51。
林振豐，2002，《社區總體營造在社區主義形成過程中的瓶頸與願景—以苗栗縣社區為觀察焦點》。台中：東海大學公共事務研究碩士論文。
李謁政，2006，臺灣遭遇現代性的後果與社區總體營造的創造性修補，環境與藝術期刊，4 1-15。
陳亮全，2000，近年台灣社區總體營造之開展，住宅學報，9 (1)：61-77。
洪廣冀，2000，《森林經營之部落、社會與國家的互動─以新竹司馬庫斯部落為個案》，國立臺灣大學森林學研究所碩士論文。
蔡秀菊，2005，《司馬庫斯部落共同經營模式之探討》。靜宜大學生態學研究所碩士論文。
顏愛靜、官大偉，2004，〈傳統制度與制度選擇—新竹縣尖石鄉兩個泰雅族部落共用資源自主治理案例分析〉，《台大地理學報》，第 37 期，頁 27-49。
顏愛靜，2008，《原住民地區共用資源保育與利用之分析-以新竹縣尖石鄉泰雅族部落為例(II) 》，國科會專題研究期末報告。
顏愛靜、孫稚堤，2008，〈原住民地區共用資源自主治理之研究-以馬里克彎河域的護魚行動為例〉，《台大地理學報》，第 52 期，頁 53-91。

顏愛靜、陳亭伊，2009，〈原住民保留地農業利用發展之新契機－以新竹縣尖石鄉玉峰村、秀巒村為例〉。《看守台灣》11(4)：14-21。
顏愛靜、羅恩加、陳胤安，2009，〈誘因排擠與原住民部落農業之發展-以台灣新竹尖石鄉石磊部落為例〉。發表於「第七屆土地研究學術研討會」，國立政治大學地政學系主辦，臺北，9 月 16 日。
顏愛靜、傅小芝、何欣芳，2009，〈原住民地區永續農業發展之實踐－以新竹縣尖石鄉石磊部落為例〉。發表於「第一屆發展研究年會」，國立政治大學國家發展研究所主辦，臺北，11 月 29 日。
顏愛靜、羅恩加、陳亭伊，2010，〈石門水庫集水區流域治理機制之探析-以保留地復育團運作為例〉。發表於「兩岸民間社會與公共參與學術研討會」，國立政治大學大陸研究中心主辦，臺北，6 月 11-12 日。
曾旭正，2007，台灣的社區營造，台北縣新店市：遠足文化。
文化環境基金會，1999，Book 台灣社區總體營造的軌跡，台北市：行政院文化建設委員會。
劉益昌，2013，原住民族「文化國土」的理念與實務，原住民族文獻。http://ihc.apc.gov.tw/Journals.php?pid=617&id=736# 4/7
李文良，2001，《帝國的山林—日治時期臺灣山林政策史研究》，國立臺灣大學歷史學系博士論文。
馬鉅強，2005，《日治時期臺灣治水事業之研究》，國立中央大學歷史研究所碩士論文。
陳秀淳，1998，《日據時期台灣山地水田作的展開》。台北：稻鄉出版社。
崔明昆，2013，〈民族生態學：從方法論看發展趨勢〉。《廣西民族大學學報：哲學社會科學版》4：11-17。
黑帶・巴彥，2002，《泰雅人的生活型態探索：一個泰雅人的現身說法》。新竹：新竹縣文化局。
羅恩加，2010a〈原住民部落發展的課題－以石磊部落發展有機農業為例〉。發表於「2010 年全國原住民族研究論文發表會」，國立嘉義大學主辦，嘉義，10 月 21-22 日。
羅恩加，2010b，〈會跳舞的蔬菜：泰雅族石磊部落自然農業發展歷程之研究〉。發表於「一年過後：原住民族災後重建與永續發展國際學術研討會」，國立師範大學原住民族發展研究中心主辦，臺北，11 月 12-13 日。

第六屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會

從原住民族發展觀點看國土計畫法與原住民族土地空間規劃

官大偉/ 泰雅族．政治大學民族學系副教授

2016/05/01

一、前言:原住民族和國土空間的關係

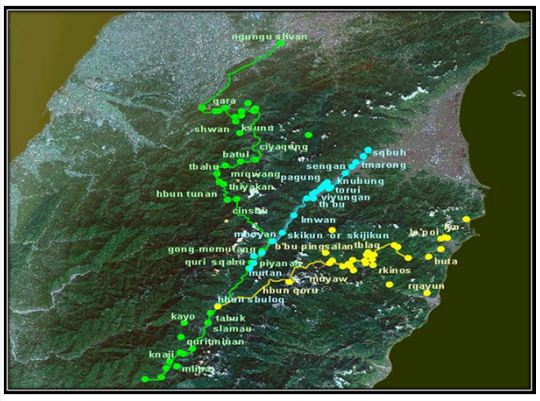
殖民敘事下的的國土論述
Emptiness（無主地）
Occupation（佔領）
Possession （所有）

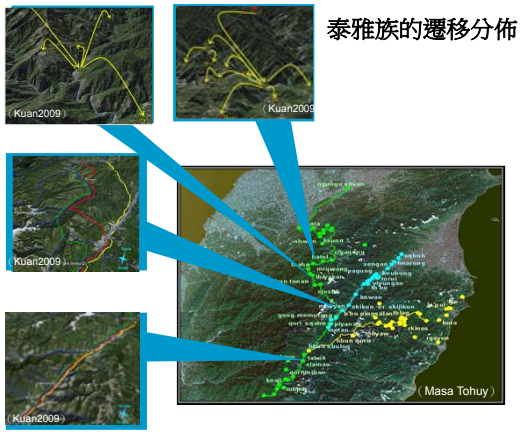
一、前言:原住民族和國土空間的關係

殖民敘事下的的國土論述	去殖民的國土論述
Emptiness（無主地）	Presence （歷史現身）
Occupation（佔領）	Coexistence （多元共存）
Possession （所有）	Belonging （人地歸屬）

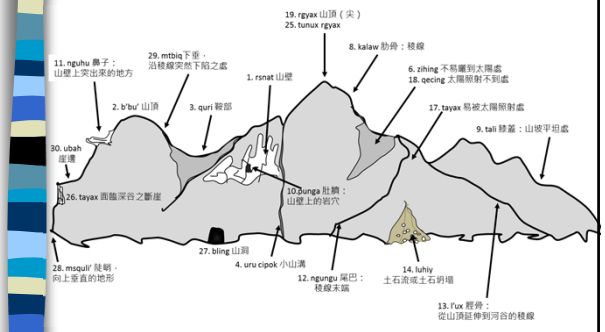
(Howitt 2012)

二、泰雅族傳統的土地利用

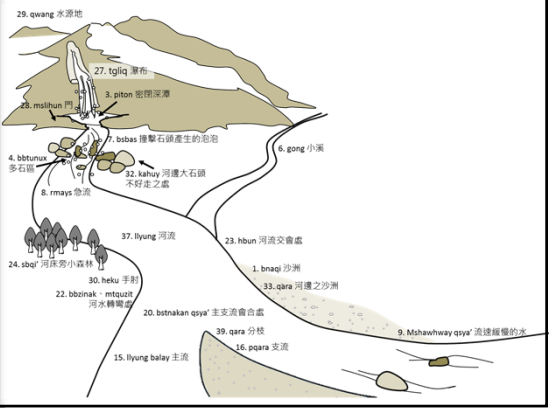




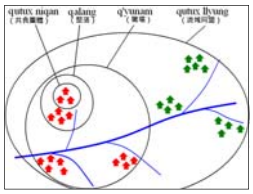
泰雅族對山脊地形的名稱



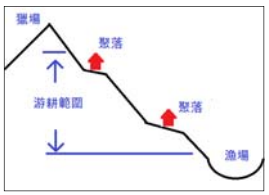
泰雅族對河流地形的名稱



- 社會系統和生態系統相互鑲嵌
- Gaga 作為人際/人地關係的規範



平面



剖面

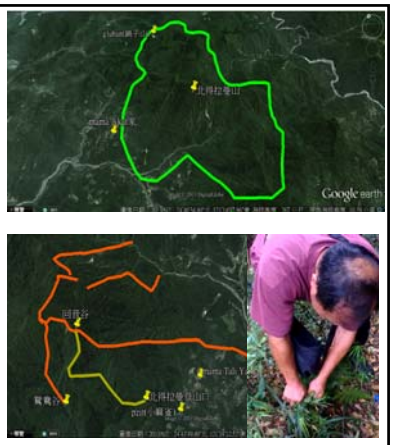
以地方為基礎之漁撈知識

	例子
對河流的知識	*Lyung*(主流), *gong*(支流), *uru*(山溝), p*kwagan ksyax*(已使用之水源), *hbun*(兩河交匯之處), *pukin ksyax*(未使用之水源), *silung*(深潭),*nhutaw qsyax*(或稱*tqiliq*，瀑布)。
魚類和習性	*quleh tayal*(鯽魚，喜歡清水激流), *qlohong*(石班魚，喜歡清水), *tlaqi*(鰻魚，喜歡深潭), *kmokan*(鯰魚的一種，有刺，喜歡在岸邊河底), *qyulaw*(泥鰍，身上有花紋，喜歡附在岩石上), *tapa*(台灣櫻口鰍，黑色，喜歡附在岩石上), *abaluq*(鯰魚的一種，喜歡在岸邊河底), *kbaban*(溪哥),*bolong*(蝦，喜歡躲在石縫中)。
捕魚的技術	*mu quleh*(射魚)、*qru sbuyu*(s放置魚籠)、 *tuba quleh*(毒魚)、 *Muya quleh*(種魚)。
人際的協商	協商範圍包括部落內、部落間之協商；協商內容包括集體捕魚與種魚的時間、河段等。

以地方為基礎的狩獵知識

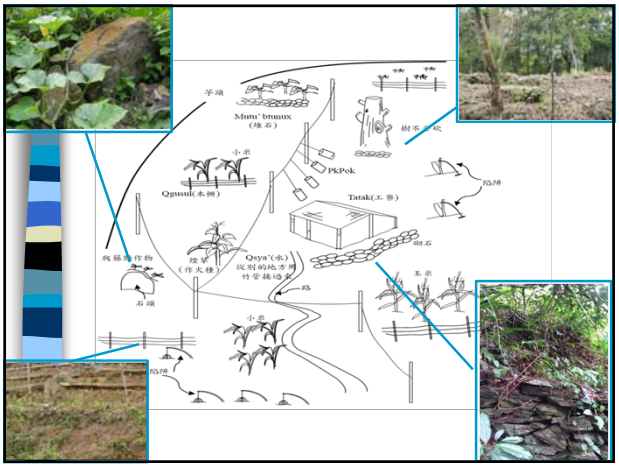
	例子
對地形的知識	*babaw ubah*(懸崖上面)、 *syaw na ubah*(懸崖周圍)、*snat* (峭壁)、*syaw na snat*(山谷邊)、*uru*(山凹處)、*rahaw*(往旁邊平行生長的樹枝)、*qhoyaw*(陡坡)、srgyah(稜線)、*bnux*(平緩的地方)、*srziq*(溪邊岸上的平緩地)、*stayax*(陡坡上面的平緩地)。
動物種類和習性	*qbuh*(白鼻心，通常愛吃果子、果樹，常見於懸崖周圍、峭壁附近、山谷邊或是有很多石頭的地方)；*qoqun*、*saway*、*yapit talah*(白面鼯鼠、鼯鼠、大赤鼯鼠，吃嫩葉和樹果，習慣爬在稜線上的樹，往旁邊平行生長的樹枝)、 *mit(*長鬃山羊，會在山谷、很陡的陡坡，其行徑路線通常出現在山壁間和稜線做橫向的移動)、*para*(山羌，喜好在平緩的地方、溪邊岸上的平緩地或是在靠溪邊的陡坡上面的平緩地。在平坦地比較容易生育，其習慣不在陡峭、嚴峻的地形中出現、*bzyok knhyung*(野豬，與山羌類似，常見於到山溝處、平坦處或是接近山芋、姑婆芋之地，較不走陡坡)。
狩獵的技術	一群人共同*qmalup*(狩獵)及個人置放陷阱，置放陷阱又分作*yapit ciliq qbuh*(將陷阱直接放在*qbuh*走的路線上)；*mrahaw*(放置在樹上的陷阱)； *boli*(運用彈性的陷阱)、*rusa*(踏板式陷阱)，*ttu*(獸夾)、*pyulang*(吊膝子的陷阱)等。*q'yunan*(獵區、獵場)為一整個部落群的獵場，雖然各個家戶都會去打獵並且有自己的打獵路徑，但部落的獵場是共享的，打到獵物也需作分享。
人際的協商	可參與狩獵或可以使用獵徑、獵場的人、狩獵和置放陷阱的時間、可狩獵和置放陷阱的地方。

部落
（獵場）
家族
（獵徑）
個人
（獵寮）

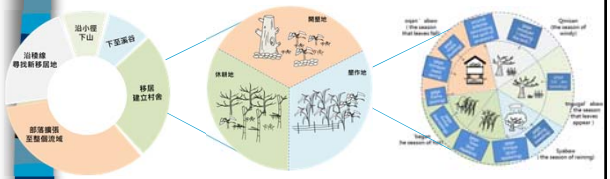


以地方為基礎的農耕知識

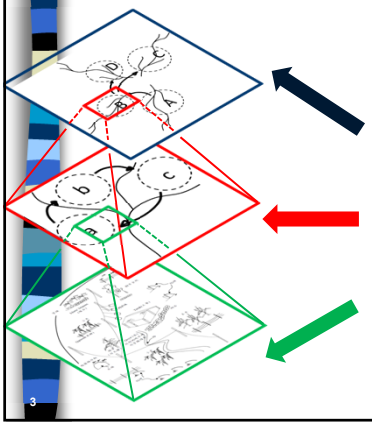
	例子
地形和土壤的知識	*nagaw*(剛燒墾後的土地)、*slaq*(濕地)、*uraw karux*(黑土)、*hagai*(碎石地)、*mshaway*(緩坡，適合耕作)、*mqbqa*(易裂開的地，不適合耕作)。
物種和習性	*trakis*(小米，又可細分*msinu*、*pnahai*、*heqin*、*marai*等不同用途的小米)、*saqu*(山藥)、*sehui*(芋頭)*takun*(黃豆)、*ngahi*(地瓜)、*kabilay*(豌豆)、*tungi*(小黃瓜)。
耕作的技術	焚燒樹林開闢耕地、不同區塊與不同時節的種植、設置*hangai*(砌石或木架邊坡)、置放*rusa*(吊子)、*ttu*(夾子)等陷阱。依耕作的狀態對土地有不同的名稱： *guqi*(意指農作過後的區域，土地需要完全休耕)、*kmahan*(指正在從事農作、農耕的土地、*pincyogan*(指這塊土地，部分暫時休耕、部分持續進行耕作)。
人際的協商	協商範圍主要為個人之間的協商，協商的內容為土地的擇定、借用或交換，以及小米收成時的換工。



三個尺度之時間模式的關連



三個尺度之空間模式的關連



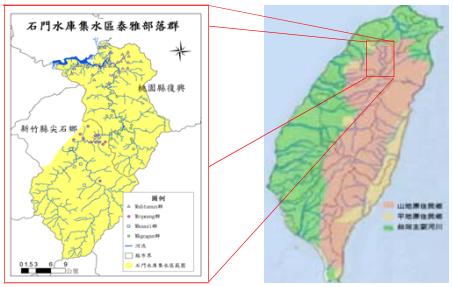
三個尺度的動態土地管理知識	
尺度 1	跨流域遷移
尺度 2	流域內游耕
尺度 3	單一土地種植

3

三、傳統土地知識和當代發展的關係

案例 I: 災害管理—鎮西堡

石們水庫集水區

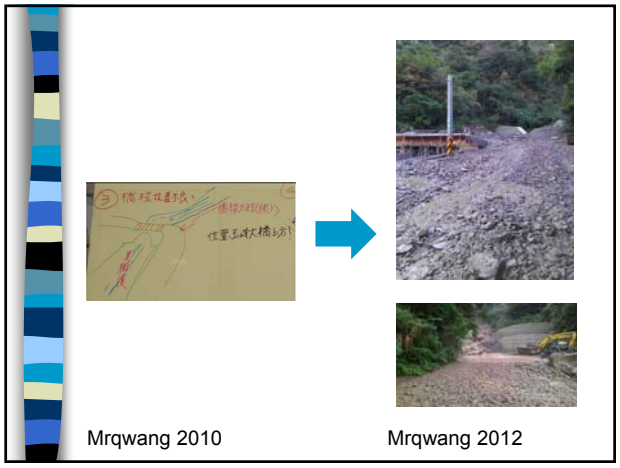


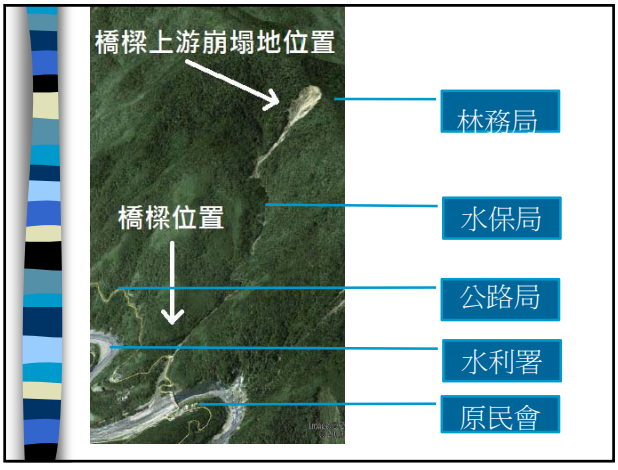
- 日治集團移住形成集村與定耕
- 1961 政府設置山地農牧局
  鼓勵邊際土地開發利用
- 1963 石門水庫完工
- 1966 保留地私有化
- 1970s 引進水蜜桃
- 2000s後 為維護國土保安
  政府開始加強超限利用裁罰
- 2004 艾莉颱風
  - 石門水庫停止供應下游用水逾兩週
- 2006石門水庫及其集水區整治計畫
- 2007 政府成立保留地復育團
- **保留地復育團查報超限利用所引發的部落矛盾**

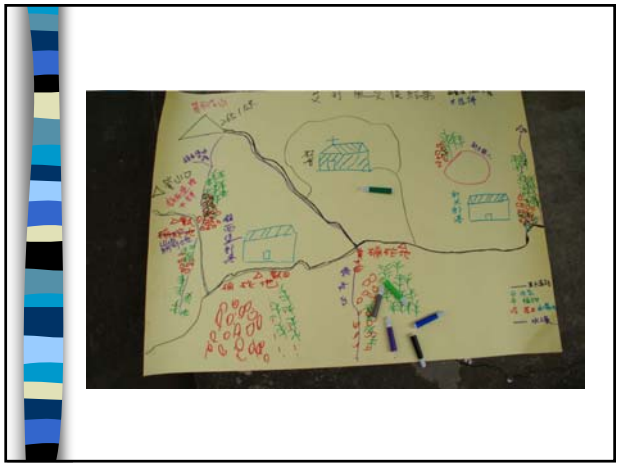
參與式製圖工作坊

（Mrqwang + Mknazi, March 2010-December 2010）

36


Mrqwang 2010
Mrqwang 2012


橋樑上游崩塌地位置
橋樑位置
林務局
水保局
公路局
水利署
原民會



Cinsbu 2005

Cinsbu 2012

鎮西堡部落在艾莉風災的經驗訪談

- 災前—青年輪流巡視部落周邊山溝
- 災時—依家族的系統在部落動員進行災害狀況盤點、人口清查、需求調查、集合物資、分配物資
- 災後—自主復育崩塌地

（官大偉2015）

Recovered (with traditional method of alder plantation by the villagers) from landslide in Typhoon Aere, 2004. Location: Cincbu/Photo taken in 2014

鎮西堡部落以赤楊木復育的崩塌地

Recovered (with modern civil engineering technology by the government) from landslide in Typhoon Aere, 2004. Location: Cincbu/Photo taken in 2014

水保局現代工法下的崩塌整治

6

案例 II: 自然農業—石磊部落

2004
展望會以有機農業推動災後重建

2005
石磊部落谷立有機農場成立

2006
韓國教會傳入自然農法酵素製作技術

2007
至善基金會成立農民學苑與數位網夢小組

2009
石磊部落羅慶郎傳道推廣自然農業

原住民生態知識

- 植物及其所在位置的知識

■ 土壤知識

■ 水土保持知識

合作與協商

農場/農戶名稱	農地地點	農事技術分享				
		部落內	跨部落			
			農場			組織
			祝福	羅傳道	林長老	世展會教學參訪
祝福有機農場	梅花		開放參觀			開放參訪
豐收農場	石磊、平論文、馬里光、下文光、宇老					
羅慶郎自然農場	石磊			開放參觀		開放參訪
石磊自然農家	石磊					
黃月美	石磊					
多加農場	抬耀					
以琳農場(江玉金)	石磊、抬耀					
林程詳	帛那外					
斯馬庫斯有機農場	新光				開放語詢	
愛加倍農場	新光					
其他農場/農戶			水田、田埔	石磊金曲媽媽、石磊哈告農場		

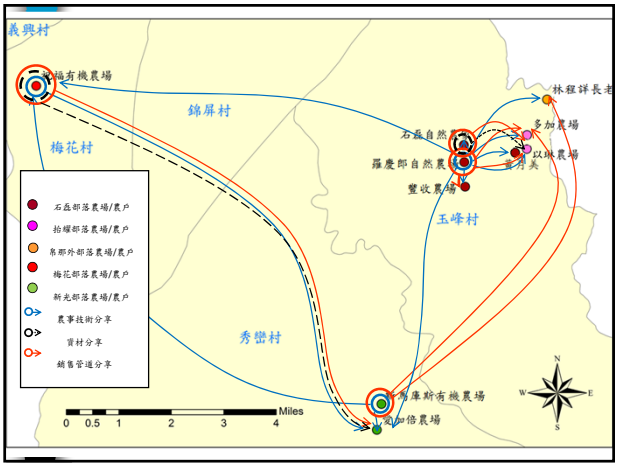
- 祝福農場的農事技術分享：開訪參觀(世展會介紹或個別農戶，不限定地區)，實際輔導有愛加倍農場、水田部落一位青年、田埔部落
- 羅傳道的農事技術分享：開放參觀
- 林新民長老的農事技術分享：開放語詢(不確定有沒有參觀)，有標記者為確定有分享的對象
- 世展會教學參訪的農事技術分享：祝福農場至羅傳道農場觀摩、抬耀地區目前有接受世展會的教學、世展會介紹其他農場/農戶至羅傳道農場、祝福農長觀摩

*** 祝福農場在世展會退場後，至今有提供專員協力

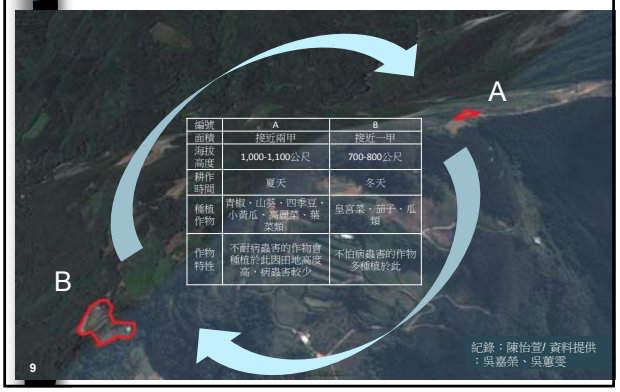
農場/農戶名稱	農地地點	生產資源分享							
		土地資源		人力資源		資材			
		部落內	跨部落	部落內	跨部落	部落內	跨部落		
							祝福/泰宣	劉長老	
祝福有機農場	梅花	共同耕作		現成、世展會介紹			運銷		
豐收農場	石磊、平論文、馬里光、下文光、宇老		購買		雇工				
羅慶郎自然農場	石磊	無			雇工				
石磊自然農家	石磊	借用		單一家戶				運銷	
黃月美	石磊	無		單一家戶					
多加農場	抬耀	無		單一家戶					
以琳農場(江玉金)	石磊、抬耀		石磊	單一家戶					
林程詳	帛那外	租借		單一家戶					
斯馬庫斯有機農場	新光			單一家戶					
愛加倍農場	新光	家族共耕		家族					
其他農場/農戶							田埔地區農戶	石磊另外三戶	

農場/農戶名稱	農地地點	銷售管道分享				
		部落內	跨部落			
			農場			組織
			劉長老	林長老	自銷網站互連	泰宣
祝福有機農場	梅花					開放加入
豐收農場	石磊、平論文、馬里光、下文光、宇老					
羅慶郎自然農場	石磊					
石磊自然農家	石磊		共同銷售			
黃月美	石磊					
多加農場	抬耀					
以琳農場(江玉金)	石磊、抬耀				(金曲媽媽)	
林程詳	帛那外					
斯馬庫斯有機農場	新光			開放語詢		
愛加倍農場	新光					
其他農場/農戶			石磊另外三戶			田埔地區農戶

- 劉長老銷售管道分享：與石磊另外四個單親農戶(含江玉金)共同銷售
- 林長老銷售管道分享：開放語詢，介紹多加農場進入主婦聯盟(後退出)、里仁(未果)；介紹林約翰農場進入主婦聯盟
- 泰宣銷售管道：開放農場/農戶加入，祝福農場、愛加倍有機農場、田埔地區農戶已加入
- 馬里光DOC：黃月美加入馬里光DOC五月桃產銷



梅花有機農場移耕地



案例 III: 生態觀光—司馬庫斯

司馬庫斯檜木觀光的發展階段

- 1993 個別經營
  山服團、學界、教會多方協助協商
- 2001 共同經營初期
  8戶參加（教會婦女發起）
- 2004 組成Tnunan Smangus
  八成居民參加

Tnunan Smangus

- 福利分配
  教育、醫療、老幼年金、婚喪喜慶、建屋
- 工作薪資/義務
- 土地共有（集體規劃）
- 共食制度
- 經濟結構
  （推估部落每年觀光收入>水蜜桃收入）

土地共有後 更有利於崩塌地造林

傳統領域森林巡守

12

四、討論

- 隨著時空條件的改變，部落也有新的需求和調整
- 調整一方面是回應變化，一方面存在著內在的文化邏輯
- 這樣的調整展現了不只是社會的也是生態的韌性（social-ecological resilience）

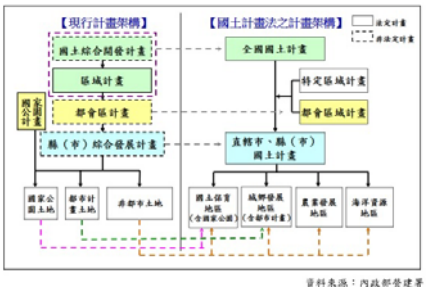
鎮西堡部落（馬告小組、部落會議）←→災害管理
石磊部落（教會、親屬組織）←→友善農業
司馬庫斯部落（共同經營組織）←→森林巡守

- 動態的時空條件一直在改變中……

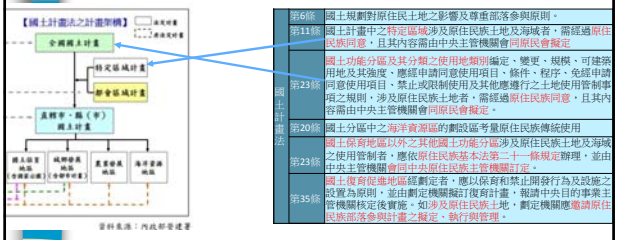
- 我們的國土計畫能不能支持維護這樣的社會生態韌性？

- 問題不在於原住民族能不能自己管好土地，而是制度有沒有支持原住民族自己管土地？

國土計畫法通過後的契機



國土計畫法		
	第6條	國土規劃對原住民土地之影響及尊重部落參與原則。
	第11條	國土計畫中之特定區域涉及原住民族土地及海域者，需經過原住民族同意，且其內容需由中央主管機關會同原民會擬定。
	第23條	國土功能分區及其分類之使用地類別編定、變更、規模可建築用地及其強度、應經申請同意使用項目、條件、程序、免經申請同意使用項目、禁止或限制使用及其他應遵行之土地使用管制事項之規則，涉及原住民族土地者，需經過原住民族同意，且其內容需由中央主管機關會同原民會擬定。
	第20條	國土分區中之海洋資源區的劃設區考量原住民族傳統使用
	第23條	國土保育地區以外之其他國土功能分區涉及原住民族土地及海域之使用管制者，應依原住民族基本法第二十一條規定辦理，並由中央主管機關會同中央原住民族主管機關訂定。
	第35條	國土復育促進地區經劃定者，應以保育和禁止開發行為及設施之設置為原則，並由劃定機關擬訂復育計畫，報請中央目的事業主管機關核定後實施。如涉及原住民族土地，劃定機關應邀請原住民族部落參與計畫之擬定、執行與管理。



國土計畫法		
	第6條	國土規劃對原住民土地之影響及尊重部落參與原則。
	第11條	國土計畫中之特定區域涉及原住民族土地及海域者，需經過原住民族同意，且其內容需由中央主管機關會同原民會擬定。
	第23條	國土功能分區及其分類之使用地類別編定、變更、規模可建築用地及其強度、應經申請同意使用項目、條件、程序、免經申請同意使用項目、禁止或限制使用及其他應遵行之土地使用管制事項之規則，涉及原住民族土地者，需經過原住民族同意，且其內容需由中央主管機關會同原民會擬定。
	第20條	國土分區中之海洋資源區的劃設區考量原住民族傳統使用
	第23條	國土保育地區以外之其他國土功能分區涉及原住民族土地及海域之使用管制者，應依原住民族基本法第二十一條規定辦理，並由中央主管機關會同中央原住民族主管機關訂定。
	第35條	國土復育促進地區經劃定者，應以保育和禁止開發行為及設施之設置為原則，並由劃定機關擬訂復育計畫，報請中央目的事業主管機關核定後實施。如涉及原住民族土地，劃定機關應邀請原住民族部落參與計畫之擬定、執行與管理。

15

中央主管機關會同原民會擬定 ＋ 原住民族同意

從計畫程序的規範到實質空間計畫

中央主管機關會同原民會擬定+原住民族同意

- 彈性動態的土地使用
- 多元的治理主體
- 社會/生態相互依存的特性

？

- 國土功能分區及其分類之使用地類別
- 特定區域計畫

五、結語

共管：原住民傳統領域與國土保育之間的惡水大橋?

(論文草稿，引用請先徵得作者同意)

林益仁
台北醫學大學醫學人文研究所

前言：惡水上的大橋

在台灣，原住民族傳統領域是在兩千年之後才逐漸為主流社會認知的概念，它的發展是在原住民族權利爭取運動中有關於還我土地行動下的核心關切。然而，事實上這個關切雖然是繞在以土地為核心的思考，卻不單單僅是跟土地有關的概念。簡而言之，傳統領域是在原住民族生命歷史過程中跟土地互動所發展出來的整套思維，包括在地知識的教育系統、社會關係與制度規範、儀式信仰與宇宙觀、物質實踐與生態經濟、生活福祉與居住安全在內的文化體系。可惜的是，這個宏觀的概念往往被社會窄化成僅僅是跟土地利用與還我土地有關的訴求，明顯的例子之一是傳統領域在行政院原住民族委員會的業務卻僅是在土地管理處底下的傳統領域科所管理。這樣的行政安排也充分反映當前社會對於傳統領域概念的認識，傾向於簡化與矮化傳統領域的內涵。當然，它也間接地增強原住民族在傳統領域的土地利用權利爭取上以及國家土地利用制度上的對立性。

本文以 1960 年代的搖滾民謠歌曲 A Bridge Over Troubled Water 作為比喻，試圖拉開傳統領域概念的多元面向，意即不單單只著眼於土地產權的爭執，以泰雅族的流域概念作為實例，說明它實際上便是國際自然保育學界熱烈討論的社會生態系統概念的台灣案例，從而討論它與國土自然保育之間可以攜手共進的可能性，為原本以為無解的衝突與僵局找到一條出路，而更重要的是這一條出路必須是在原住民族與國家彼此之間的協力，在土地資源管理上分享與分擔責任與義務，這也是本文從落實一個有效共同管理的機制談起的主要原因。

本文分為四大部分：第一、共管機制在台灣與國際上發展的脈絡；第二、社會生態系統作為一個切入點；第三、傳統領域就是一個社會生態系統：以泰雅族的流域概念為例；四、台灣共管機制研究的論述；五、結語：流域與國土保育的融合。

一、 共管機制在台灣與國際上發展的脈絡

2000 年 3 月的總統大選後，中央政權政黨輪替，也為保護檜木林的運動帶

來新的發展。主要的原因是來自陳前總統的承諾，答應設立一座保護原始檜木林的國家公園，保育人士期待新政府能夠履行此一承諾。於是，當時新政府責成研究發展考核委員會與內政部營建署分頭邀請專家學者進行評估與規劃。2000 年 10 月這個規劃案舉行一個研究規劃成果的發表會，規劃的內容並未對退輔會所管理的檜木原始林有任何的更動，國家公園的範圍選取很明顯地是在農委會、退輔會以及內政部營建署之間取得一個平衡的位置。換句話說，是在不觸及退輔會營林利益之下，企圖另闢範圍設立一座新的國家公園，但這個國家公園的設置並未與原住民族充分溝通。因此經由專家學者所規劃的國家公園不僅沒有得到之前「保存派」的保育人士的支持，更引起原住民族中 Tayal 部落族人的反感。值得注意的是，這個規劃案間接地促成「保存派」的保育人士與部分 Tayal 原運人士的結盟，思考設立一個與原住民「共管」的新國家公園模式。於是，在保育人士與這些 Tayal 族人與當時的新政府對話之下，在 2000 年底由內政部次長李逸洋召集成立「馬告國家公園諮詢委員會」，廣邀原住民、保育團體、政府官員、民意代表以及學者共同商議如何推動這座國家公園。共管(co-management)這個名詞，於是在台灣的社會與自然資源治理的脈絡下浮上檯面。(林益仁，2004)

2005 年 2 月 5 日，政府頒佈「原住民族基本法」，其中第 21 條規定，政府或私人於原住民族土地內從事土地開發、資源利用、生態保育及學術研究，應諮詢並取得原住民族同意或參與，原住民得分享相關利益。政府或法令限制原住民族利用原住民族之土地及自然資源時，應與原住民族或原住民諮商，並取得其同意。第 22 條亦規定，政府於原住民族地區劃設國家公園、國家級風景特定區、林業區、生態保育區、遊樂區及其他資源治理機關時，應徵得當地原住民族同意，並與原住民族建立「共同管理機制」。在原基法的規定中，無疑地在法制面上強化了共管機制在處理原住民族土地以及自然資源管理之間的重要角色。

2007 年 12 月 18 日，根據原住民族基本法第 22 條，原住民族委員會發佈實施「原住民族地區資源共同管理辦法」，提供各相關中央目的事業主管機關於原住民族地區利用自然資源時，能與原住民族協商，取得共識，建立共同管理機制，以減少衝突與抗爭；同時，共管機制也提供當地原住民族有參與自然資源經營管理的管道，可為自己的族群權益發聲，也可融入傳統生態知識，延續傳統自然資源使用方式，並確保文化延續。然而問題是，這個管理辦法也存在著許多爭議至今尚未恰當地解決。(施正鋒, 2008)

加拿大的人類學者 Fikret Berkes (2009、2012)認為共同管理已經是國際保護區管理的重要趨勢，其中主要的原因包括：1. 共同管理是一種解決自然資源管理衝突的方法；2. 共同管理創造了在地社區關注自然資源保育的行動；3. 強調共有地管理的精神，可以免除共有地悲劇的產生；4. 透過建立共同的管理規則，尋找各方利益的共同基礎；5. 建立政府與社區的夥伴合作關係，雙方可在不同

尺度上貢獻彼此擅長的管理方式。他特別強調「兩人一起才可探戈」(It takes two to tangle)。

1. 共管的背景及定義

過去自然資源經營管理的傳統思維由科學技術與官僚體系所掌握，因此採取的管理方式主要是由上而下的中央集權式管理模式，相關的權利關係人無法在管理體制中獲得參與管理的機會。在 1960 年代後，國際保育社會開始反省自然資源經營管理的模式，傳統上被視為資源破壞者的在地社群，如原住民部落或少教族群，重新被認定為自然資源經營管理的合作夥伴，此時開始逐漸產生了參與式保護區經營管理的概念(盧道杰、陳律伶、台邦‧撒沙勒、闕河嘉、裴家騏、蔡博文、王進發，2010)。國際上共管的案例，依資源利用型態的區分，漁業最早開始進行。早在 1890 年在挪威的 Lofoten Islands 便有鱈魚資源管理的個案。野生動物保護區則是在非洲的辛巴威及納米比亞的案例。森林資源管理案例是印度 1972 年起於西部的孟加拉邦、澳洲於 1970 年代開始進行國家公園及保護區 Joint Management 之討論，及在 WWF(世界自然基金會)於 1980 年代引入非洲、亞洲、拉丁美洲與巴西的 Integrated Conservation-Development Projects (ICDPs)，不過這些都是零星個案，真正共管的概念成為保護區經營管理的重要趨勢，是在 1990 年代之後，而臺灣則是在 1999 年之後因保育棲蘭山檜木運動進而引發馬告國家公園的設立爭論，國內學界才開始大量進行共管機制的討論。

共管的定義 West 與 Brechin(1991)認為是必須大幅分享政府官員和當地居民對保護區的管理職責和權限。IUCN(1996)認為政府機關、在地社區、在地資源使用者、非政府組織、其它相關權益關係人彼此成為夥伴關係，分享彼此權力及責任共同維護特定的資源管理領域及特定資源(Borrini-Feyerabend et al.，2004)。上述這些定義的共同要素，包含了分享權力、責任、政府和當地人民形成夥伴關係、治理上的垂直及橫向連結，解決公共問題的能力。

2. 共管的核心價值與模式

Carlsson 與 Berkes(2005)整理出共同管理的普遍核心價值包括下列幾點：

(1) 明確地將共同管理的概念與自然資源的管理連結。

(2) 認為共同管理是公部門和私部門行動者之間的某種合作。

(3) 強調共同管理不是一個固定的，而是連續的過程。

根據 Carlsson 與 Berkes(2005)的觀點，共同管理是一個解決問題的連續過程，而非固定狀態，其中涉及了廣泛的思維、談判和解決問題的網絡學習。Carlsson 與 Sandstrom (2008: 44-8) 認為網絡系統是較好的共同管理機制，可有效地整合不同單位的利害關係人或行動者，建立跨尺度的連結，共同分擔風險，建立衝突解決機制，可降低交易成本；即使在一開始共管時，因意見不同難免滋生交易成

本，但隨著溝通協商可達成共識，形成集體行動，提高制約能力；又因由兩個以上的單位一起共管，可共商內部決策，有助於風險分擔，並強化系統的彈性、可持續性與強健性，以提升承受外部干擾的能力，較能反應或適應外部干擾(顏愛靜、陳亭伊，2011)。

3. 共管的國際案例分享:加拿大及哥倫比亞的經驗

案例一、Berkes 提及加拿大的共管案例，最重要的是「原住民族土地權利主張」的過程，分別從 1975 年的 James Bay Agreement，1984 年的 Inuvialuit Final Agreement，到 1993 年的 Nunavut Agreement 等。在特定資源協定方面有，Atlantic herring fisheries; caribou (both 1980s)，在保護區方面，有國家公園，各級的省立公園，野生動物保護區，還有一個特殊的國家跟民族間共管的案例- Gwaii Haanas National Park Reserve and Haida Heritage Site，它建立於 1993 年是加拿大最著名的原住民與國家共同管理的例子，是加拿大聞名的共管案例。當初它建立的目的在於為當代和後代子孫的教育和利益，保持和恢復 Gwaii Haanas 豐富的文化和生態遺產。

案例二、第二個例子是加拿大安大略省與曼尼托巴省的「Pimachiowin Aki World Heritage Site」。它目前為聯合國教科文組織的文化遺產。為奧吉布瓦人的傳統領域，當地人擁有林業利益，並具有文化與自然遺產的資格。故如何平衡發展及保護的問題特別重要。這涉及的議題包含原住民的生計、狩獵、漁撈、藥用植物的取得、小規模林業、旅遊業等生存與發展的議題。目前當地的原住民逐漸失去對土地的使用權，可是在地的 Anishinaabe 人依舊保持著對待土地的概念，因為他們相信應該保持一致對待土地的方式，耆老並不相信有的土地劃分成保護區，有的劃分成發展區是個好方法。因為他們認為造物者將所有的東西安放在土地上的位置是有道理的，我們怎麼能決定有那些該留，那些該走呢?而且 Anishinaabe 人具有對森林生態系統更新的概念，當森林太老，無法再提供動物生活，動物也厭倦了吃這些舊食物的時候，Anishinaabe 人相信造物主會透過雷鳥帶來一把火將一切都更新，哪裡有火燒過，那個地方下一年就會變成新的綠色之地。這是跟人特意去種植新的園地是截然不同的。只要沒有透過造物主的更新，你將看不到任何的動物及鳥在那片土地生活。

案例三、是位於哥倫比亞的 Makuira National Park 個案，為原住民土地跟國家公園土地重疊的協同管理。下圖為哥倫比亞促成協同管理的主要原因。

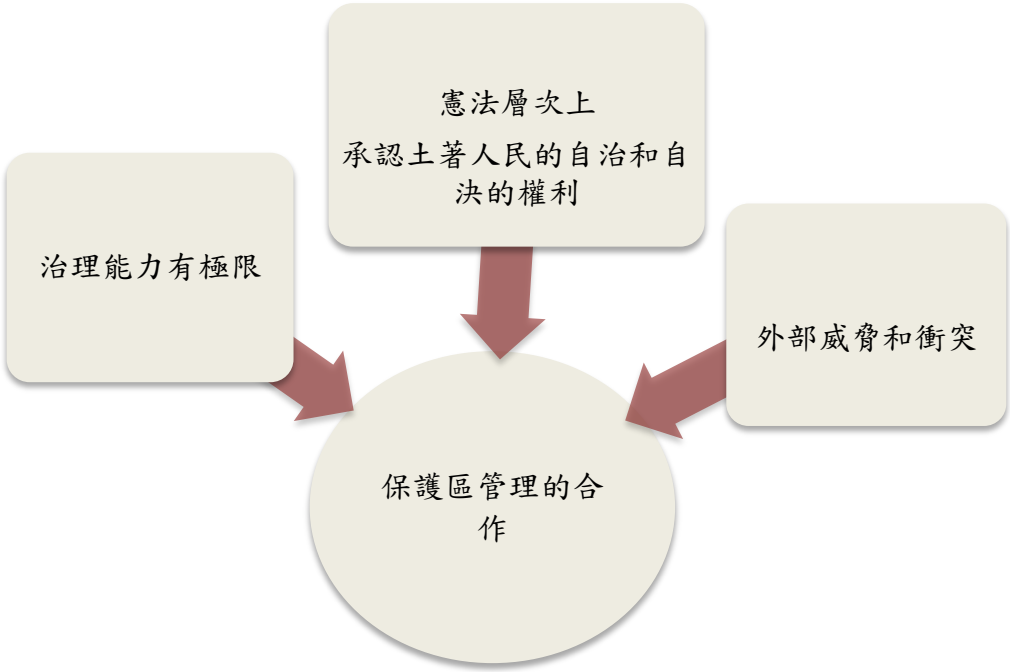


圖 3-1、哥倫比亞協同管理之原因分析

Makuira National Park 在哥倫比亞是具備高生物多樣性和文化多樣性的地區，法律上國家亦承認原住民主張擁有土地的權力，並且有 59 個自治領與 29 個國家公園重疊，此等原因亦促成了原住民跟國家公園達成協同管理的協議。透過協同治理，承認原住民的土地權，以尋求共同利益。Makuira National Park 的協同治理涉及了 Wayúu 族 54 位部落領導人。哥倫比亞政府對於共同管理(Co-management)的概念更偏好使用共同治理(co-governance)。這是基於對在地原住民權利、領域及制度的認同及肯認。這個協同管理包含了雙方對於治理權力的妥協、維護原住民權利、保護生物多樣性、尊重跨文化的差異治理、合於風俗習慣的治理模式。

表 3-2、Makuira 國家公園與 Wayúu 族的共識點

共識點	Makuira 國家公園	Wayúu 族
保護領土（採礦，外地人）	生物多樣性和生態服務	保護土地所有權及文化傳承

強化原住民權威，習慣規則和規範	國家法令在獨立地區不能強制執行	對於土地使用的規則
不進入雲霧森林	獨特生態體系-提供淡水	禁忌之地
防止非法武裝團體的破壞	影響公園的治理	影響原住民的自主權

二、 表 3-3、Makuira 國家公園與 Wayúu 族共同管理的衝突點

衝突點	Makuira 國家公園	Wayúu 族
生態觀光	權力讓渡給國家公園	對自主性及利益的約束
原住民權力	只承認文化權，經濟權需配合保育的目標執行	權力自決
放牧	為了保育目標，需嚴格控制	對文化的延續及生計的維護

從哥倫比亞案例得知，國家的政策能夠提供保護區管理效益的結構面，並讓國家公園在實質上得到 Wayúu 族的管理，透過 Wayúu 族人的自主治理，反而更有效的監督外來使用者。雖然雙方在保護區的意見上不盡相同，但共同的利益及威脅促成彼此雙方合作。Wayúu 族人而言，存在國家公園當中的非法武裝團體，是影響雙方合作的潛在威脅。Makuira National Park 在哥倫比亞模式並不是單純為了生態保育的目標，在經濟發展仍有限制的情況下，最主要的意義為了提升原住民的權力與地位而努力。

二、 社會生態系統作為一個切入點

社會生態系統概念的提出，主要是對治過去將社會與生態系統二分的弊病。從國土保育的角度來看，確實這兩個系統都深深地影響著國土保育的成效。

傳統的生態觀點多數關注發展研究自然環境的方法與認識論。過去，傳統生態學無法研究社會和生態系統相連結的關係，也無法接受其之間的互動是多變有

受到人為所影響的部分。然而，生態系統可以用很多不同的方式來描繪其特徵，例如一些物理特性和生物特徵，但並非所有生態系統的特徵都是一樣重要的。晚近的研究認為一個生態系統的多樣性和複雜性可以追溯至一些生物和非生物的變異性以及物理進程(Berkes et al., 2003)，例如在台灣原住民的燒墾模式以及澳洲原住民用火耕的技術都是干擾生態系統的人為措施。

反過來講，社會系統（Social System）的探討多關心財產權、土地及資源利用系統、環境與資源知識體系、世界觀以及環境資源道德觀。分析的層級不在於個人或家戶，而在於社會團體，它可能是一個社區、行政區、族群或是整個地區的人口。但值得注意的是，社會系統的描述，無法脫離資源利用以及技術的層面。因此，使用者開發資源所使用的技術形式是很重要的，不同的工具使用以不同的方式將影響資源和生態系統。而技術的選擇和使用可以評估使用者行為對於生態環境影響的可持續程度(Berkes et al., 2003)。所以，社會系統的探討亦有需要了解生態系統的運作模式，兩者似乎不能分開對待。

社會生態系統（Social-Ecological System）及社會生態連結（Social-Ecological Linkages）強調人在自然之中的連結關係。社會-生態系統的互動模式是分析個案的關鍵，其著重於動態改變的課題，當中最必要的問題是，地方社會系統如何藉由自身動態的生態系統發展出的生態智慧，以及本身的社會機制，共同形塑出他們的管理實踐模式。互動模式的分析需要演化的觀點，如同分析社會系統和自然系統時都需要有演化的視角。在討論互動模式的時候，並沒有一個既定的指導方針，每一個個案都有所不同，例如族群的成長、市場因素等等，在不同個案中都可能有不同的作用。在討論互動模式的時候也需要區別不同的尺度，例如，地方尺度、區域或國家尺度以及全球尺度。互動模式的分析也需要聚焦在回饋機制上。一個能成功適應的社會，其關鍵可能是有適當的回饋機制，使決策都能幫助往後的決策選擇擁有更高的適應性；相反的，若忽略回饋因子就會導致低度的文化適應性。這分析也需要聚焦在社會與生態的連結(Berkes et al., 2003)。

值得注意的是，要探討社會生態系統的內涵，在地知識（Indigenous Knowledge）成為重要的基礎。在地知識指的是在地原住民族或是一個擁有獨特文化和社會的族群所擁有的知識，同時我們也可用傳統知識（Traditional Knowledge）來指涉此詞彙的意涵，但是傳統生態知識（Traditional Ecological Knowledge）更清楚的形容出一種藉由文化而代代相傳累積下來關於其族群與生物及環境之間關係的知識及信仰。所謂「傳統的」（Traditional）指的是隨著歷史和文化的演進，傳統的內涵也在不斷的變動中。任何的資源使用者都會有在地的環境知識，這些在地知識也常會因為文化的累積而相當的豐富，許多的在地知識也常會被組織成為傳統的管理系統。許多例子都闡明了一個群體如何在傳統資源管理科學範疇下操作管理方法，而同時又將之與經濟系統結合(Berkes, 1999)。

本文認為社會與生態系統的連結是一個在國土保育上不得不思考的方向。但是如何從各種不同管理系統的學習而去了解其中異同，並促進生態系統的管理？這不僅要了解傳統資源管理的方式，更要有廣泛的資訊和面向。Berkes 與 Folke(1998)認為其中應包括：去了解一個系統的變遷過程、傳統與新崛起的在地系統的內涵。為達成以上的目標，社會與生態在生態系統之中的連結，必須進行一個有系統的探尋，而在這些研究中，有兩個主要的問題：

1. 在地的社會系統是如何發展出基於當地生態知識的管理措施，又如何應對在地生態系統的變動？
2. 在這些管理措施背後，是怎樣的社會機制在支撐？過去的研究已經具體地指出人類活動對於生態系統的影響，但是卻少有研究指出社會系統和生態系統之間的互動關係，反而在許多有關資源管理和環境的研究中，人類系統都被視為是生態系統之外的東西。因此，藉由回答以上的提問，我們可以將管理方法中的生態系統與這些方法背後的地理、文化等社會機制連結起來。

其實，近年來國際學界熱烈討論的里山倡議(Satoyama Initiative)實際上正是社會–生態系統概念的一種延伸。它所描述的是一種人與自然交涉的動態鑲嵌地景，在此地景中包含了人的居所與土地資源利用的型態，例如村落、農園、林地、草地、濕地與海岸地帶等。在這些地景中都蘊含著長久以來人類社群與環境互動的模式，像是如何維持地景豐富的生物多樣性以及提供人類的物質需求與生活福祉。一個好的社會-生態系統必須是有可持續性的，同時也由完善的文化運作機制所支撐，而這樣的系統與運作機制正是里山倡議所推崇的。

2003 年在衣索比亞首都 Addis Ababa 所通過的十四條守則，很清楚地表達了里山倡議的精神。特別是這些守則的前提非常強調與在地社群的合作，而不能為了落實這些原則反倒傷害在地社群的利益。這十四條原則包括(Van Oudenhoven, Mijatovic & Eyzaguirre, 2010)：

1. 支持性的政策、法律、與制度融入在各個層級的治理之中，並且在各個層級之間可以有效地連結。
2. 確立治理的框架與國際/國內法律之間求得一致的需求，生物多樣性資源的在地使用者能夠在負責任且能受信賴的情況下，充分地受到賦權與支持。
3. 國際/國內的政策、法令與規範所導致棲地破壞、或因此產生負面的誘因有害生物多樣性保育以及可持續使用的市場機制，應該被找出、移除或是降低傷害。
4. 適應性的管理必須落實，根據：a. 科學與傳統在地知識；b. 有關資源的利用其反覆、適時、透明的環境、社會、經濟影響評估與現況回報機制必須建立；c. 適時地根據監控程序調整管理模式。
5. 可持續利用的目標與措施必須避免與減低生態系供給、架構、功能與組成的

負面影響。

6. 生物多樣性的保育與利用的跨領域研究必須被鼓勵與支持。
7. 資源管理的空間與時間尺度必須與生態利用與衝擊的社經尺度相符合。
8. 如果涉及多國決策與協商，則有必要進行國際合作的安排。
9. 跨領域以及參與式的取向應該運用在經營管理與治理的各個層面上。
10. 國際與國內的政策應考慮：a. 生物多樣性使用上的不同價值；b. 內在與其它非經濟性的生物多樣性價值；c. 市場價值與利用。
11. 生物多樣性的使用者應盡量避免廢棄物與負面效應的產生。
12. 原住民與在地社群因生物多樣性保育所受的影響以及他們所可能提供的貢獻都應在資源使用所得利益的公平分配上得到彰顯。
13. 生物多樣性的經營與保育所應負的代價都應該內化於該管理區域所得利益的分配之上。
14. 保育與可持續使用的教育與公眾認知計畫應該落實，並且在利害關係者與經營管理者之間發展更有效的溝通方法。

事實上，里山倡議蘊含了當前社會面對極端氣候的衝擊非常關注的「回復力」(resilience)的議題。換句話說，一個好的社會–生態系統必然蘊藏著一些有關於「回復力」實踐的模式與經驗。同時，「回復力」的內涵應該也都對應著以上 14 條原則的精神。研究者更進一步發展出一些指標的系統，讓不同的社區可以隨時檢測與監控是否遵循著里山的精神。這個指標系統大致上可分為四個層面：1. 生態保育與生物多樣性的維護；2. 農業生物多樣性；3. 知識、學習與創新的機制；4. 社會公平與落實機制。

首先，生態保育與生物多樣性的維護保障了地景與生態系統的健康。它同時影響一個社群福祉的物質面、文化面以及精神面。舉例而言，在極端氣候變遷的當下一個流域與集水區的維護可以大大地調節水文與微氣候的變化，並進而提供緩衝區抵抗極端氣候的衝擊。其次是農業生物多樣性，它是構成生態系健康與人類社群活力的一個網絡節點，舉凡人類生活所需的食物、纖維、藥用與燃料等等，都包含在農業活動的相關作物之中。不同作物與馴養的動物的基因多樣性的保存與維護直接影響到這個農業系統的可持續性，此外在多元文化的催動下，這些基因多樣性更呈現許多複雜的關係與綿密的網絡。第三、知識、學習與創新是建構「回復力」的方法。人類社群透過實驗、創新以及在不同的文化、知識系統與年齡層之間互相學習，強化了「回復力」的內容。此外，學習調節著不同的適應策略，可能是全新的發明或者是從傳統中繼承。傳統知識蘊藏了無窮的可能性，可以回應當代的危機，它體現在習俗、農業的技能、在地的語言、文化價值與社會制度等不同層面上。第四、社會公平與落實機制是「回復力」的重要表徵。性別的不平等、社會排斥與歧視等都會阻礙婦女與少數族裔的發展能力。而不管是婦

女或是少數族裔他們可能都是重要的傳統知識擁有與傳遞者。因此，維持一個社會的公平機制可強化這些知識的保留與活化。此外，這些議題的落實機制則是與有效的溝通與教育的管道有著密切的關聯性。所以，有必要講究這些溝通管道的暢通以及教育機會的普及。

整體而言，里山倡議並非一個空洞的議論，它其實更像一個社會運動，有著明確的原則可以遵循，同時也有相關的指標可以隨時檢測改善。以下，本文將繼續以泰雅族的流域概念作為個案的探討。

三、 傳統領域就是一個社會生態系統：以泰雅族的流域概念為例

關於傳統領域，就泰雅族而言就是在歷史的自然遷徙過程中所建構起來的生活空間。而泰雅族不同的支群在此生活空間中所分佈出的土地使用型態與規範，甚至是共通與獨特的識別系統，都是沿著流域遷徙的歷史中逐步地開展出來的。這個流域的概念，泰雅族人稱為 Llyung，每一個 Llyung 構成一個小系統，這些小系統之間再逐步構成一整個社會–生態系統。以下，研究者將以過去十多年在 Tayal 的 Mrqwang 流域與 Mknazi 流域的研究基礎簡述這個泰雅族傳統領域的基本概念。

從 Tayal 的眼光，所謂的「領域」範圍，應指由水系與河段所區別的個別聚落群，包括獵場與家戶耕地串連組織而成。因此，現今所描繪的領域範圍都是歷經不同遷移梯隊在協商、分享、交換之後的複雜社會組織過程，領域範圍的邊界會不斷變化甚至產生重疊，但其核心概念則是 Qutux Llyung[1](共享流域)，是聚落群間大範圍區域的分界線。其下，再由各支族部落群經由彼此先來後到的順序，逐步產生更細緻的分界。

從 Tayal Lmuhuw(古調)所陳述的流域觀來看，每個聚落群沿著水系漸次分佈，每個流域的部落群稱作 Qutux Llyung(共享流域)，為我群認同的單位，亦為 Pinhaban(攻守同盟)的組成單位，所以幾個不同流域群所屬的部落群，會因外力侵略或有強大敵人的出現，而共同形成 Qutux Pinhaban。日治時期 Tapung(李崠山)事件，Mrqwang、Mknazi、Mgogan 這三個流域群便集體合作抵抗日軍理蕃政策下的「隘勇線」推進，即是一例。另外在司馬庫斯櫸木事件當中，Mrqwang 與 Mkanzi 亦聯合起來爭取傳統領域的主權。在鎮西堡設關卡護林事件當中，Mrqwang-Smangus 與 Mknazi-Cinsbu 代表出席見證都是例子。

[1]Qutux 是數字 1 的意思，也有合一之意。Llyung 是河流。指的是河流合而為一，因此為河流的主流，但在 Tayal 的社會文化機制當中 Qutux Llyung 所指的是「共享同流域的一群人」。

1. Qutux Llyung: 以流域為體系的資源分享模式

Tayal 的遷移過程當中，從 Lmuhuw 或口述遷移史的記錄當中，必定會提及 Bnkis(祖先)會沿著水系的分佈順流而下。事實上，所謂依水系順流而下的說法，所代表的文化意義有幾個層次(1)不要忘了根本，因為所有的水系都有源頭 (2)我們彼此間雖然分散了，但不要忘了彼此要互助合作 (3)一定要分享，不可以獨佔所有的好處。因此 Tayal 的老人家每次唱起古調時，一定會用 Llyung(河流)來代表各族系的移動路線。從 Tayal 眼光理解其文化地景，河川水系所代表的一種社會關係的串連，Qutux Llyung 的共享概念，其實仍是 Qutux niqan[2]意義的擴大，它能夠讓散開來的不同家族、社群，透過河川水系的象徵意義連結起來，避免因空間範圍的擴大，而讓彼此間的社會關係與網絡逐漸消失。

所以 Qutux[3]的意義，指的不是「單一個」，而是指「共同的，分享的，包含的」意義。而 Llyung 指的是河流的主流，其所表達的是從源頭不斷繁衍擴散的情況。因此 Qutux Llyung 所串連的是分佈於不同地區的社群彼此間的社會關係，串連的基礎乃因同一起源空間。因此 Qutux Llyung 的概念，是透過歷次的遷移、分散、定居而有效拓殖於今日所見的 Tayal 生活領域範圍。不同的 Qutux Llyung 之間，會因在地的資源情境與社會發展脈胳的不同，而衍伸出不同的適應性管理方式。以 Mrqwang 流域為例，過去族人對於河川利用 Tuba[4]進行魚獵的活動，除了位於較上游的 Smangus 因地理空間的區隔因素沒有參與之外，凡住在 Mrqwang 溪沿岸的所有部落都要先一起商量該如何進行漁獵活動，不可以有個人或單一個部落，先行下水使用 Tuba 捕魚。

另外，研究指出 Mrqwang(馬里光群)乃有兩層意義。第一層意義乃代表同屬於 Mrqwang(馬里光)的部落群，是源自於同一個祖源，其最早的來源地點為南投的馬力觀部落，這樣的一層關係，代表著住在 Mrqwang(馬里光)的人們，都有相同的血脈，也代表著彼此間要相互的合作與努力。第二層意義為 Mrqwang(馬里光)此字的意義代表著是水源地、是生活的好地方之意，其中的 qwang 的字義乃代表山谷間的凹陷處，其自然的現象乃成為匯集水流之處，而 qwang 為名詞，要成為動名詞必須在其字根前加上 M，形成水流不停，持續生活下去的地方之意。故 Mrqwang(馬里光)由水源地再引伸出讓生命生生不息的意義，同時也代表著 Mrqwang(馬里光)的人與水之關係不只是密不可分，而是人與水形成了生命共

---

[2] Niqan 是 Tayal 在面臨無法克服的大事件時，(如：娶親、獵人頭、以及抵禦外侮等等。) 他們就會自然結合起來，共同解決問題的一個自然契合。在 Tayal 的社會組織裡面，不像其他先進社會有系統的組織結構，但是也只有這個 niqan 才是最接近組織制度的一個結構性質(拉互依，2008)。

[3]在 Tayal 語意中，Qutux 指的是數列的"1"，也指的是單一，唯一，但放在不同語意下，其單一具有包含性，其背後有「我群認同的概念」的意涵。

[4]魚藤，且有強烈的麻醉性，可以減緩河流中魚類的活動能力，讓人易於捕獲。

同體，而這也形成了 Mrqwang 的 Tayal 族人身份認同的重要關鍵。

下圖所示即為以 Qutux Llyung(流域共享觀)概念所形成更大的 Tayal 流域系統。亦即除了 Mrqwang 之外，尚有鄰近的 Mknazi 流域，然後從 Llyung 以下尚有支系，例如 Mrqwang 以下尚有 Uraw(宇老)、Mami(馬美)、Libu(李埔)、Llyung(玉峰)、Ulay(宇抬)、Hbun Gong(下文光)、Batul(泰平)、Quri(石磊)、Plmwan (平淪文)、Ponaway(下抬耀)、Tayax(上抬耀)、Smangus(司馬庫斯)，不同的流域別，分別轄有區域河段的使用權。這與當前行政系統的大漢溪流域構成了極大的文化內涵差異。從當前行政體系所標誌的大漢溪流域不僅看不到這種 Tayal 起於同源(Pinsbkan)，又善於遷徙所建立起來的生態有機觀點，亦看不到 Tayal 內部不同社群因河段資源分配所建立起來的資源利用觀點。本節透過泰雅族的流域概念闡釋傳統領域的文化內涵，實際上具有深刻的生態觀點，表達出人的群與周遭環境的親密互動，它不僅是抽象的生態價值觀點，亦蘊藏了綿密的社會組織關係與規範。可惜的是，這樣的知識系統被掩蓋在主流的科學管理機制之下。

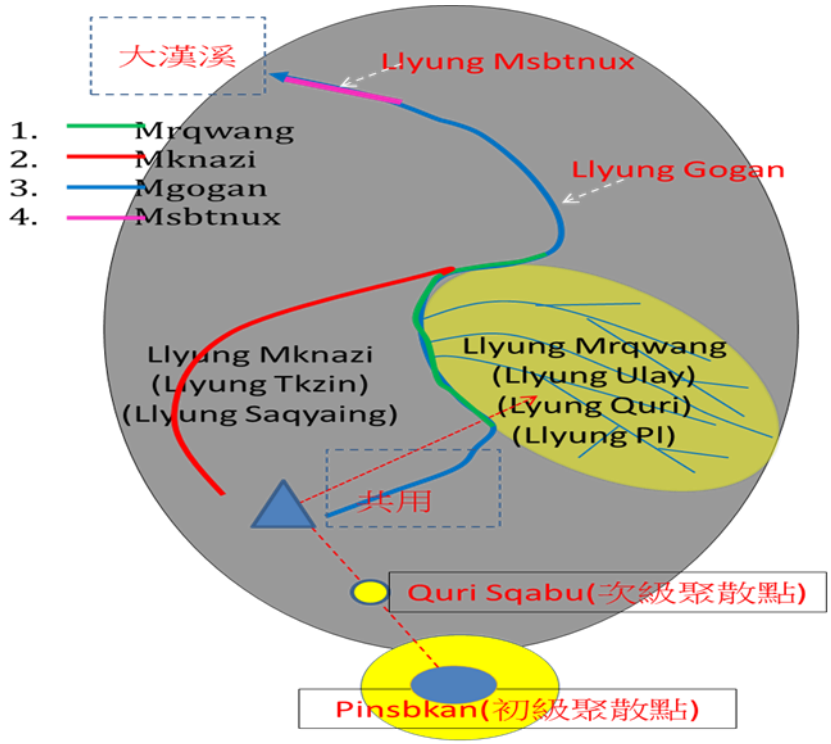


圖 3-17、共享流域觀點

在 Tayal 的文化概念中，被稱為"Insuna"，Insuna 即是氣息之意，其形容整個流域擴散的過程，就像一個人，不斷的呼吸，也生生不息的擴衍出許多 Tayal 的後代，因此 Tayal 的老人家總會說 Tayal 遷徙觀是:「*Qiwan Nqu Nyux Msuna*[5] *na*

[5]指正在呼吸，其動詞原型為 Insuna。

Squleq Tayal」(Tayal 的遷徙就像呼吸一樣!)，Tayal 的擴展過程就像樹根不斷的壯大，不停成長的過程。鹿場部落的耆老說「Tayal 的遷徙並非放棄原有的部落祖居地，而是留一部份的族人，緊守祖先的發祥地;一部份則由於人口的增加，族系的繁衍、新獵場的探求及新耕地的尋覓;以及一部份成立新的部落，成為一大族群。」(萊撒·阿給佑，2012)。

從 Tayal 的族人朝新領域開拓的歷程，不斷的聚散逐漸擴展到北臺灣各流域，聚散的概念背後表達了 Tayal 的一種人與土地的互動過程，過程中形成 Tayal 特殊文化生態的社會網絡結構。本文所述 Mrqwang、Mkanzi 和 Mnibu 流域範圍，基本上乃是依據此原則形成。依據族人口述，當 Mknazi 與 Mrqwang 和 Mnibu 的 Bnkis 由南投的 Pinsbkan 往北遷移的過程，最重要的聚散點，是 Quri Sqabu(思源埡口)[6]，口傳 Tayal 三兄弟[7]，分別就是由這個地點，各自帶領著不同的社群，往今日的大漢溪(Mknazi 、Mrqwnag、Mgogan、Msbutnux)，蘭陽溪(Mnibu)，南澳方向(Klesan)，形成新的 Qutux Llyung(流域共享區域)。當遷移團到達聚散點的時候，按照 Tayal 的 Gaga，一同到達新領域開墾的族人，在新的聚散點開墾一段時間之後，就不會再群聚一個地方，為了保護他們的新耕地，他們會分散在他們認為的新耕地的範圍裡面，各自尋找適合耕耘的地方，開墾居住，目的是在周圍起火生煙，好讓其他族群打消來到這裡開墾的想法，同時也形成了 Qyunam 的邊界，所以邊界的形成，隨著聚散的歷史過程會發生變動，而邊界的線索，就依著自然地理的界線，Gong 或 Rgyax 作為指涉的對象。這種資源邊界的浮動性，跟隨流域的分佈有大致的分界，但也伴隨著各流域內聚落的成形與各聚落間社會關係的再生產，形成較明確的界線。所以在較明確的資源邊界形成後，屬於不同資源使用群的社群，彼此間便不能隨意的越過這個邊界，否則極易形成衝突，因此協調這個因資源邊界衝突的機制，是 Tayal 取用自然資源最核心的部份。

Tayal 三個流域群，從 Quri Sqabu 分散後的聚集地，在 Mknazi 為 Hbun[8] Tunan(今秀巒)，在 Mrqwang 為 Hbun Bilaq(今玉峰)，在 Mnibu 為 Hbun Talah(思源埡口附近)。從這些聚散的過程，可以想像 Tayal 眾多的 Bnkis 不斷探索新生活世界，帶領著族人不斷的依著自然地理的線索，依靠著山脊與北臺灣錯綜複雜的河流網路，分流著他們共同的血脈。徐榮春(2004)認為 Tayal 依著這種擴散模式建立起一種符合 Kayal(天)、Rhyal(大地)、Tayal(自己)三者關係均衡互動法則的

[6]相對於 Pinsbkan 作為初級聚散點，Quri Sqabu 是 Tayal 北遷路程中的次級聚散點。

[7]此三兄弟，老大為 LKbuta，至於老二與老三的姓名，則有不同版本，Mnibu 流域的耆老認為老二為 Lkyaboh、老三為 Lkm'ayal，在 Mknazi 流域則認為老二為 Lkm'ayal，老三為 Lkyaboh。在 Mrqwang 最常聽到的開拓祖除了 Kbuta 外，還有 Yaway Pot 的故事。報導人 Hetay 認為所謂三兄弟說法的出入，顯示出在祖源的追溯上，受到多批次聚散遷移的影響，而產生不同的版本，而 Kbuta 根據口傳與 Skmayun 戰爭的神話，和高砂族系統所屬的記錄及 Mknazi 的口述史，皆可以確定 Kbuta 世系的開拓史，是由發源於南投的 Hakul 群往北遷移時流傳下來的版本。

[8]所謂的 Hbun 指的是交匯點之意，在 Tayal 的地形概念當中，稱兩條溪流的交匯處為 Hbun。

Gaga。聚散的過程帶來了從發源地而來的生態知識體系，讓 Tayal 得以快速的適應北臺灣的山林。

下圖所示，是以三級聚散點作為開拓新領域的核心。在人抵達新的據點後，會在周邊探索，待確認無人先佔的跡象時，便會利用石頭或是在樹木上作記號，標識此地已有人在開墾，並利用河流與崚線作為邊界的記號，另外在 Tayal 的文化概念中，火是每天都不能斷的重要生活象徵，透過火產生的煙，透露人活動的跡象，顯示出先佔的宣示。這個原則直到了遇上了日本殖民政府的治理才被改變。

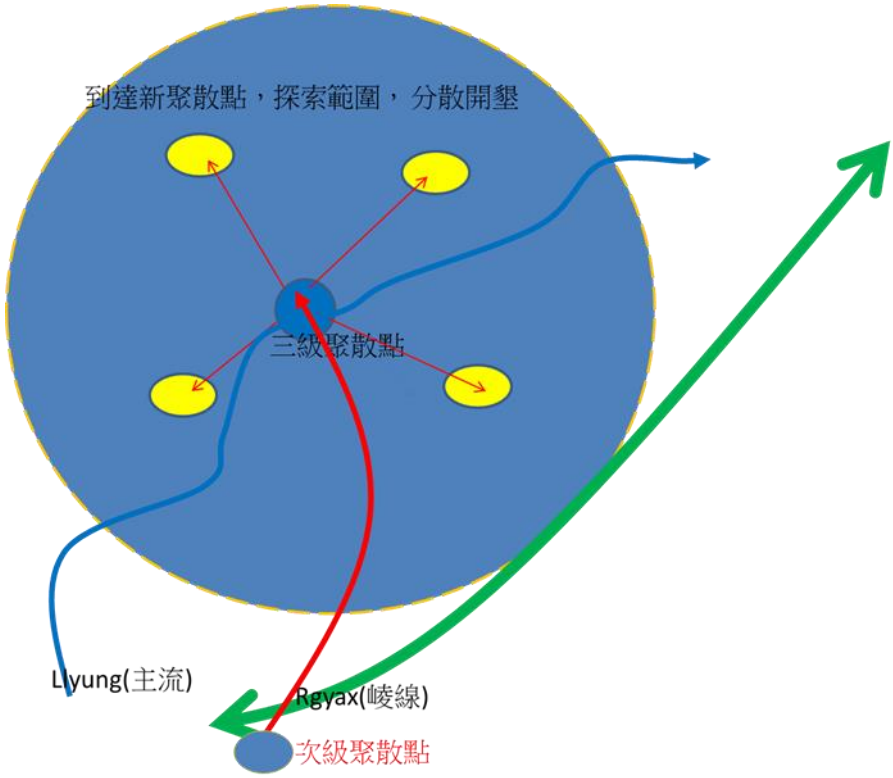


圖 3-18、領域拓展與邊界形成

2. Qalang na Tayal: Tayal 的聚落形態

Qalang 形成的基礎是家戶，因此二三戶家戶聚集被稱為 Qalang。小島由道(1914, 黃智慧譯 1996)認為「qalang 為鄰家之意，二家接鄰叫做”Mtqalang”(相鄰)。因此數十戶密集之大部落稱之，但僅是二三戶聚集在一起，也可稱為 Qlanag。又數個小部落因狩獵，犧牲或地域之共同而形成一社會時，其集成之部落也可稱為 Qlanag。」所以 Qlanag 的家戶間的關係，成為 Qalang 形成的重要因素。與其它臺灣的族群相比，Tayal 的 Qalang 相對上比較具有一定程度的獨立性，因為傳統上 Tayal 的 Qlanag 因居住在河流兩岸的山腰的緩坡上，故不會形成大型的聚落形式，同時在考量資源承載的壓力與社會關係和諧的過程之中，聚落的型態會

是一個不斷分散，進行小規模遷移的型式。

(1) 與周遭生態資源緊密互動的血緣與認同共構聚落網絡

對於 Qalang 的形塑過程，一般而言都是帶有血緣關係的作為基本家戶構成的團體，一般稱為 Qutux Bnkis。從 Qutux Bnkis 的字面直譯，指的是同一個祖先的意思，但在 Tayal 的文化概念當中，除了指涉血緣關係之外，同時也會把 Qutux Bnkis 當作一種對自然資源管理使用的限制範圍，但它跟 Qutux Niqan 不同在於，Qutux Bnkis(或稱 Qutux Yaba)所注重的是線性血緣關係，因此當有同一個 Qutux Bnkis 的族人遷移到他方重新開墾移居之時，因時空的改變，久而無法連絡，因而也會生疏，故 Tayal 並非全以 Qutux Bnkis 作為判別資源取用界線的唯一條件，所以延伸出來的 Qutux Niqan 就是擴大 Tayal 社會網絡的最重要因素。

這個網絡觀點的分析，以部落同時有三個家族為例，可能因為嫁娶、投靠、招贅、交換等關係，又重新界定了這些資源使用與分配的規則，此原則同時也適用於同流域群的部落，也可跨部落進行。因此在 Tayal 的概念當中，建構社會網絡遠比只單靠強化親族血緣系統來的重要，因為在擴及社會網絡的同時，可讓部落群體的集體能動性再度延展，依 Tayal 遷移模式的推演，從時間推移與空間擴展的方式，如單靠親屬關係的連繫形式，親緣關係終會逐漸的弱化，而無法形成 Qutux Llyung 的網絡形態。

(2) Mnayang: 適應性耕作

論及 Tayal 的勞動慣習，開墾(Mnayang)遠比狩獵更為重要的生產活動，所以對於居住地的概念，不是定著不動的。對於土地利用的型態，游耕燒墾與農作物的混作，是維持土地資源可持續利用的重要技術與概念。相對平緩地帶的土地面積，分布於今大漢溪上游的 Mrqwang 與 Mknazi 流域的 Tayal 族人，因地勢陡峭必須承受較大的自然急速變動的風險下，能成為耕地的土地，不完全適合集約式的生產形態，所以一旦土地能生產的糧食不足，Tayal 的族人便會離開這塊開墾的地方，另尋新的耕地。在游耕型態下的 Qalang，不會定居於特定的地點，而是會因應不同的環境條件，依此作出調整，進行遷移。在 Mknazi 流域，每塊耕地的可利用年限大約只能供應 Trkis(小米)的耕作約三年，所以每當第三年的時間到了，必須離開原耕地，前往附近的新耕地開墾，而原耕地就會種植像赤揚木(Ibox)的樹種，恢復土壤中氮的含量，另外還會種植 Ruma(桂竹)供作日後取材建屋、編織工具的重要材料來源。這種循環式的土地利用形態，就讓 Qalang 的遷移形成一種常態，有利於資源的可持續使用。

(3) Qyunam: 漁/獵場作為自然資源使用模式

Tayal 傳統土地的使用有其基本的社會與空間單元，其運作方式也是 Gaga na Tayal 的一環。Tayal 傳統的生計主要是依賴農耕與狩獵，土地資源是部落生存極關鍵的要素，因此對於土地資源的分配亦有其規範。

就部落族人狩獵的領域範圍 Qyunam 而言，每一個 Qutux Niqan 有其依先佔原則或協議取得的獵場，保有拒絕或允許其他 Qutux Niqan 進入狩獵的權力。每個 Qutux Niqan 所擁有的獵場範圍到底是如何、是否再劃分次領域或與更大範疇的讓此流域的群體共用，與該 Qutux Niqan 的遷徙歷史、親戚關係及獵場好壞有關，而當與其他的 Gaga 有獵場範圍或規範的糾紛時，則通常是由部落的 Mrhuw(領袖)出面進行交涉溝通。由於 Tayal 傳統的生活型態中，狩獵佔重要地位，生活領域的範圍以獵場最大，獵物是部落間主要的資源競奪項目，獵場管理成為其社會生活的大事。各社群於其獵場範圍採獵、若彼此尊重則相安無事。

四、 台灣共管機制研究的論述

在 1996-2014 年之間，政府單位有關於原住民族與國家共管的研究以科技部經費支持的研究佔主要大宗，大概有 33 件之多。其次為行政院農業委員會經費支持的 22 件研究案。第三為內政部營建署 6 件。第四為研究發展考核委員會 1 件，亦是第 1 件針對原住民族地區資源保育共同治理機制的法令與執行機制的系統性研究。

關於共管機制的相關研究，檢視科技部(原本為國家科學委員會)的 33 件研究計畫，宋秉明(1996)開始於國家科學委員會(現為科技部)計畫探討「國家公園的原住民政策」，此研究案是最早開始關注原住民族與國家自然資源主管機關之間互動關係的研究。在宋秉明的研究之後，因 1999 年搶救棲蘭檜木森林之議題，進而催生馬告國家公園之故，林益仁(1999)開始討論運動中的環境論述。在 2000 年的第一次政黨輪替，因新夥伴關係之故，鬆動了國家為主體的自然資源保育機制的政治氣氛。其中馬告國家公園的設立爭議，陸續開啟了原住民與國家公園之間如何共管的討論，這個趨勢自 2004-2010 年之間呈現研究高峰，期間有宋秉明(2003，2004，2006)、林益仁(2004)、李光中(2004)、曾明遜(2005)、湯京平(2005，2006)、陳毅峰(2005，2006，2007)、顏愛靜(2005，2006，2007，2009，2010)、盧道杰(2008，2009，2010)、劉子銘(2008)、台邦·撒沙勤(2008，2009)、裴家騏(2008，2009)、官大偉(2010)。在 2011 年之後除單純進行共管機制的討論外，研究主題更結合了社會-生態系統、原住民族土地資源治理機制、生態社區與永續發展的議題，此時主要的研究者有顏愛靜(2011)、汪明輝(2011)、戴興盛(2013)，夏禹九(2013)、廖學誠(2014)等人。至於林務局經費支持的 22 件研究計畫，自 2001 年開始，由羅紹麟等人以社區林業的研究為起點。之後林務局經費支持的研究重點都關注於社區林業，尚未開始進入共管機制的討論。直至 2007 年才開始有「林業單位與原住民族資源共管機制的研究」，採取個案討論的方式，從較不具衝突性，相關議題單純的保育區開始進行研究。就以林務局的 22 件研究計畫跟科技部或內政部營建署國家公園的關於共管主題的研究內容相比，議題較為保守。其

中內政部營建署(含國家公園)經費支持的研究計畫因 1999 年馬告國家園設立爭議開始關注共同管理的研究。亦是我國自然管理主管機關之中，最早開始談論「共管」議題的單位。但自 2007 年之後，已少有關於原住民與國家公園共管機制的相關研究。

此外，從期刊發表的情形來看，大部份都是自 2000 年後因馬告國家公園設立爭議的時期，於 2001 年開始至 2006 年左右，這時期關於共同管理機制相關的主要研究有盧道杰(2001)、孫銘燐（2001）、林益仁（2002）、鍾頤時（2002）、紀駿傑（2002）官大偉(2002)、蕭惠中（2003）、簡慧慈（2004）、顏愛靜、官大偉(2004)、陳律伶（2004）、賴俊銘（2004）、潘思祈（2004）、張憲銘（2004）、陳淑珣（2004）、盧道杰(2005)、李根政（2005）、林珊如(2006)。這時期的研究，因共管議題的相關研究剛起步，仍無法進行實際體制的設計與操作，比較著重於文獻的回顧，論述馬告國家公園成立徵結與脈胳、部落地圖的實踐、讓原住民從「山林殺手」去污名化及傳統生態知識與在地參與管理與概念形成的討論。之後關於共同管理機制的研究，重要的有官大偉（2008）以加拿大育空領地第一國族（First Nations）的共管機制經驗為素材，認為自治權與傳統領域土地權是共管架構建立的重要因素環環相扣，無法與共管議題脫鉤。之後有施正鋒、吳珮瑛(2008)的研究則指出，共管機制如缺乏對於原住民土地所有權的全盤處理，則在各政府機關的本位主義下，沒有自然資源與相關土地產權的分權，及可操作的配套措施，共管機制將形同虛設。

近兩年關於共同管理機制的研究有盧道杰等人(2010)、顏愛靜、陳亭伊(2011)的研究。盧道杰等人(2010)認為共管機制的核心在於法規的正當性與在地社群內部共識凝聚是核心因素，如果主管機關的支持與願意培力賦權在地社區更是建構共管機制的關鍵。以社區為基礎的參與式保護區經營，是建構國家資源管理機構與社會的良好管道，例如由社區參與監測事務為起點有助於產生互信。此外，促進者在發展過程可扮演搭建對話空間的正面角色，顏愛靜、陳亭伊(2011)從制度變遷模型與共同管理決策模式入手，釐清研究個案範圍內各個地方社群或單位不同的土地利用方式、各種土地利用的需求及各自的發展目標，才是決定是否形成共管機制的主要關鍵。

五、 結語：流域與國土保育的融合

在遭遇現代國家強行治理之前，以 Tayal 為例，她的自然資源利用模式應是相對強健與穩定拓展的生態─社會系統。本文透過耆老的口述及案例研討，印證這樣的領域拓展過程與 Tayal 遵循生態原則降低人口壓力的遷徙、新聚落的建立、領域的形成遊耕、善用自然資源與低家戶數的部落型態之間應該有著密切的關聯性。事實上，從 Tayal 的角度而言，Mrqwang 溪/泰崗溪不單只是大漢溪上游，

它是 Tayal 歷史過程中循著生態體系(即河川流域)遷移而形成的族內識別體系，她與周邊的流域共構形成整體的 Tayal 社會體系。以水資源議題為例，Mrqwang 與 Mknazi 共同分享共治石門水庫上游河川流域，其意義代表著 Tayal 的在地生態知識與河川體系的互動過程中所發展而成的完整社會生態系統，可惜的是此系統的正面功能在國土保育政策的推動中被長期忽略。

事實上在櫸木事件中，我們看到不同流域的耆老透過 Lmuhuw Msgamil Qwa(吟唱遷移古調)，喚起不同流域間彼此的合作關係，形成 Pinhaban Qyunam Tayal(部落攻守同盟)的形式，最後透過 Miquy(五節芒)的綁梱，進行 Pmumu Pinhaban Ke(結盟示約)，代表森林的守護是大家共同的目標，不能只是單個部落進行，必須要跨部落跟流域相互扶持合作，也凸顯了 Tayal 傳統領域作為一個社會-生態系統的具體機制。

從祖先流傳的古調叮嚀，彼此確認各自的義務與權利，最終期待往後大家要共同守護這片土地，這個儀式所展現的正是開展往後大家要要共同守護土地的「過程」，這跟 Lars Carlsson(2005)強調共同管理不是一個固定的，而是連續的過程的原則不謀而和。對 Tayal 而言，山或森林並非僅是物質性的存在。當 Tayal 族人吟唱著: 「山永遠是山...」時，歌聲中表達的是對於山與自己身份的彼此認同。它是超越物質與社會性的一種生態靈性表達。這種表達不僅在人與人之間的社會連結起作用，也建構人與自然之間的和諧關係。Sbalay 的儀式具體地表達了這種多層次的連結關係。Tayal 族人很清楚世界上的衝突很常見，所以有必要從回到真相的角度去尋求和好的關係。人的內在、人與人、以及人與大地都常常發生衝突，所以有必要回到一種自然與真實的狀態，在那裡重新立約，彼此和好。透過這樣的儀式，Tayal 能夠有效地處理許多衝突的事件，在共同面對真相的過程中，認錯、贖罪、寬恕與關係的修復才得以成就。這種關係，不是透過政治生態學分析所重視權力關係的無窮鬥爭所能達到的。

從 Tayal Sbalay 的啟示，可以明確指出，如果國家資源管理單位，想要真正落實「共管機制」，當前最重要的不是急於制定一體通用的原則，而是基於如 Lars Carlsson 與 Berkes(2005)所提示的概念之上，再進一步的去分辨，每個資源管理機關所轄的領域範圍當中各族群的社會差異為何、仔細了解各社群在其文化概念實踐下人與土地的互動方式與歷程為何，並且每個資源管理機關都必須培養具備此能力的第一線人員，從在地社群的文化角度形成政策，重視歷史過程，落實「轉型正義」。也許在本計畫範圍內的新竹林管處、雪霸國公園，可以從 Sbalay 的角度，重新思考跟在地社群的關係還能不能夠進一步進行什麼面向的調整。

Tayal 的 Sbalay 所欲解決的面向，除了連結到自然資源的管理之外，更隱微的調和了社群外部(跟林務局)、內部(不同流域)、家戶及次級團體之間的微權力(micro-powers)關係，在鎮西堡設關卡護森林的宣示儀式中，從 Pegleng Ke(緒言)

開始到 Pramu Minqyanux(犧牲與潔淨)、用 Smrhuw Qyunam Tayal(宣示 Tayal 傳統領域)的過程，在在顯現出透過「水發誓，不忘彼此約定」等方式，強化彼此社群間的認同，同時將國家自然資源管理機關(林務局)的力量納入，強化社會網絡促成了不同行動者間合作形式，這正好符合學者所定義的社會-生態系統。

一、以部落為主體的營造是傳統生態知識建構的方法

從國家理性的角度理解共管模式的建置，通常首重制度面的分析與架構的形成，因此法律、規範的文字與明確的資源邊界的訂定，成為欲解決不同文化差異下的自然資源使用模式的最終目的，但是就 Tayal 的 Gaga 角度出發，資源管理不僅僅是涉及制度面的建置這麼單純，其所包含的更多是對於社會文化與精神層面的關照，因此單就制度的建置，並無法全然解決因歷史過程不斷變遷的文化實踐，因為 Gaga 不是死板的規定，它是一種有機的原則，它在不同的 Tayal 社群之中，除了 Puqing Gaga(基本通則)之外，每個流域社群存在著對 Gaga 理解的細微差異，因此可以說 Gaga 基本上是一種具備適應性管理精神的傳統生態知識。因此想要跟 Tayal 的不同流域群進行所謂共同管理模式的討論，就不能只限制於制度面的分析與討論，而有必要全觀式的從 Tayal 的世界觀、社會制度、資源管理系統、在地知識這不同層次的角度理解。因此從 Tayal 的眼光看來，所謂的共管模式，不是簽訂一個一勞永逸的解決方案，而是需要重視過程，不斷的協商、調整、持續性的解決問題。因此，重要的是必須確立部落為主體的原則。臺灣的每個原住民族族群都有其對於部落的概念，不能一概而論。此外部落主體的建構首重衝突管理的機制。

在鎮西堡設關卡護森林的宣示行動當中，我們也再度見到 Sbalay 儀式的舉行。基本上，Sbalay 的概念是一種尋求真相的過程，目的在解決衝突，共商大計。所以 Sbalay 不能僅被翻成「和解」的簡單意涵，因為其被後所關注的是必須正視造成衝突的脈胳，釐清這些衝突的原因及共商解決的可能方式，並且透過信仰與靈性的儀式，進行衝突的化解。從 Lars Carlsson 與 Berkes(2005)提出的共同管理的普遍核心價值，(1)明確的將共同管理的概念與自然資源的管理連結、(2)認為共同管理是公部門和私部門行動者之間的某種合作、(3)強調共同管理不是一個固定的，而是連續的過程。因此對照上述共管核心價值，比對 Tayal 的 Sbalay 儀式的精神與意義，可以說 Sbalay 充分實踐了 Tayal 神聖生態學(Sacred Ecology)之中所強調「不斷調整彼此社會關係，營造合作機制」的最重要環節。

二、做中學的過程中共同解決問題，建立互惠與信任是共管機制關鍵法則

Berkes(2004，2012)認為「共管是為了解決共同的問題」，這是討論共管機制的重要關鍵。共同管理常涉及多方組織及角色，同時角色及關係會隨著時間推移而改變，另外共管需要時間建立互信，靈活的安排做中學的問題解決網絡，以利橋接兩方組織。其中問題解決網絡的建構過程，最重要的就是「做中學」，透過

社會學習，透過反覆的學習過程，讓個人及團體之間的充分透過分享經驗及解決複雜的挑戰方式達成協議及反應。參與式學習則是為了讓彼此間的信任程度越來越高，培養能力，建立解決尺度越來越大的問題。

Pomeroy 與 Berkes(1997)及 Berkes(2012)認為共管基本原則為:「分享權限、責任、權力」、「單純的諮詢不是共同管理」、「共同管理是一種夥伴合作關係，其中每一方做什麼會有助於另一方做的更好」。共管的目的主要有四項: 1.共同管理就是要解決問題；2.非正式網絡(學習型社區)是關鍵，它讓參與如同學習成為可能；3.最重要的是橋接組織，提供了一個知識交流，知識合作、生產及其他合作夥伴的任務組織；4.共同管理需要時間去發展，建立互信，做中學。適應性管理就是一種適應管理加上共同管理的概念。要達成共管的機制基本上必須考慮 7 個步驟：

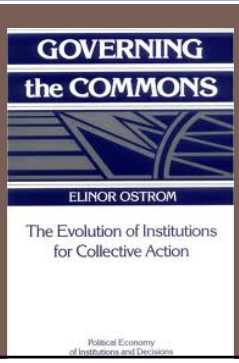
1. 定義社會-生態系統:資源系統、人、行動場域、如何結構化。
2. 描繪出基本的管理任務:要解決的問題是什麼，什麼樣的管理決策需作出，誰來做?
3. 清楚參與者:參與者在共同管理活動及解決相關問題的過程，誰參與?如何管理組織?關係網絡是什麼?如何分享權力?
4. 分析連結:如何或在何種程度上確認連結的關係?何種屬於中央，何種屬於地方?這整個系統的政治及歷史背景為何?
5. 評估能力建立的需求:需要什麼樣的努力培育，加強和利用各級和人員和機構的能力及技能?
6. 補救措施規定:什麼可以做的更好?
7. 成熟的共同管理就是適應性共同管理。

總結來說，共同管理乃是一個連續解決問題的過程，而非固定狀態。共管的原則是:「分享權限、責任、權力」、「單純的諮詢不是共同管理」、「共同管理是一種夥伴合作關係，其中每一方做什麼會有助於另一方做的更好」。其中，這個過程涉及了廣泛思維、談判和解決問題網路內的學習，也是作為協調國家與不同社群間權力分享的制度安排。權力分享，可被視為合作問題解決的最終結果，而非共同管理決策過程的起點。本研究建議原民會應從 1.現行土地及建築管理的程序簡化，2.針對部落傳統領域共有法令研究規劃 3.啓動與在地部落組織針對公有土地的協商與管理模式，選擇一、二個試行的區域以累積一些做法與經驗。

共管：原住民傳統領域與國土保育之間的惡水大橋?

台北醫學大學醫學人文研究所 林益仁 副教授

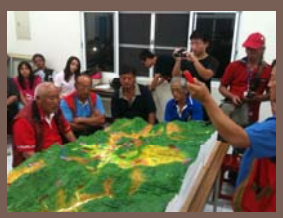
Bridge Over Troubled Water (惡水上的大橋) ?



問題一 原住民在傳統領域中使用自然資源的窘境

問題二 山老鼠集團化與公部門資源短缺

問題三 「傳統領域」成為法律名詞, 有需要進一步釐清其內涵



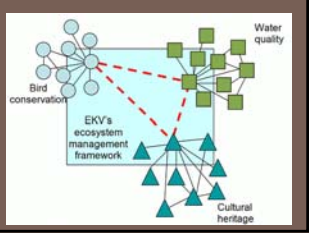
共管, 是為了解決共同問題的過程

- 各方的利益交合與衝突處
- 檢視時間發展過程中各方的角色與關係
- 共管需要時間建立信任與在做中學過程中建立有彈性的機制
- 建立問題解決的網絡
- 培力組織

(Berkes 2009. *J Env Mgmt*)

Problem solving network (with bridging organization EKV) in Swedish biosphere reserve case

(Olsson et al. 2007 *Ecology & Society*)



六步驟共管機制的操作 (Carlsson and Berkes 2005. *J Environmental Management* 75:65-76)

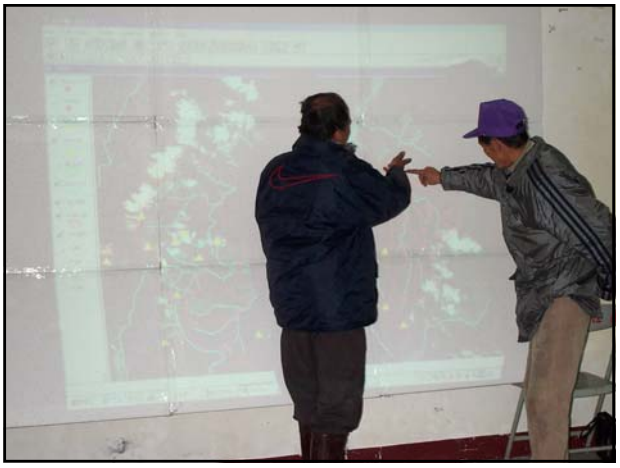
1. **Define the social-ecological system (確立社會生態系統)** i.e., the resource system, the people, the action arena and how it is structured
2. **Map the essential management tasks** (劃出必要的治理目標) to be performed and the problems to be solved. What management decisions must be made, and who makes them?

A six-step process for co-management problem-solving (Carlsson and Berkes 2005)

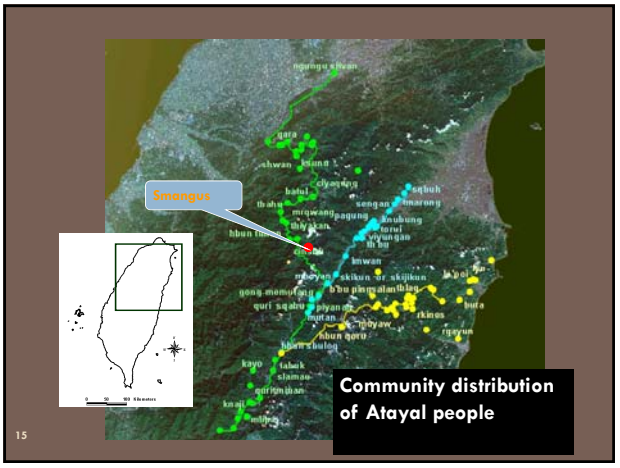
3. **Clarify the participants** (釐清參與者) in co-management activities and related problem-solving processes. Who participates? How is management organized? What is the web of relations, and how is power shared?
4. **Analyze linkages.** (分析聯結的關係) How and to what extent the identified relations connect central levels of decision making to those of the local level? What is the historical and political context of the system?

A six-step process for co-management problem-solving (Carlsson and Berkes 2005)

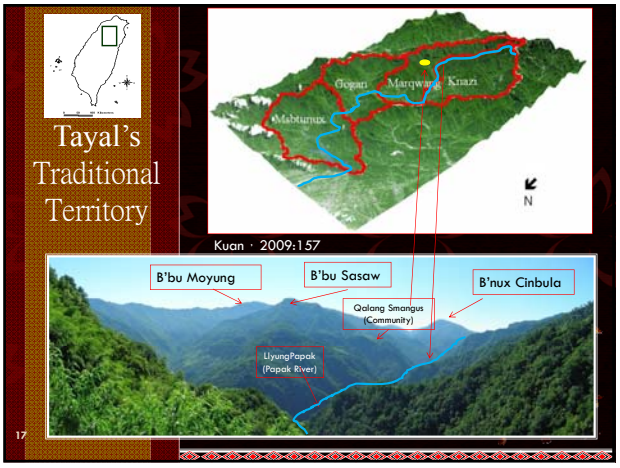
5. **Evaluate capacity-building needs.** (評估能力建構的需要) What efforts are needed to nurture, enhance and utilize the skills and capabilities of people and institutions at all levels?
6. **Prescribe remedies.** (提出對策) What can be done better? The analyst can communicate the results of research to relevant groups in order to contribute knowledge for the general process of policymaking and problem-solving.

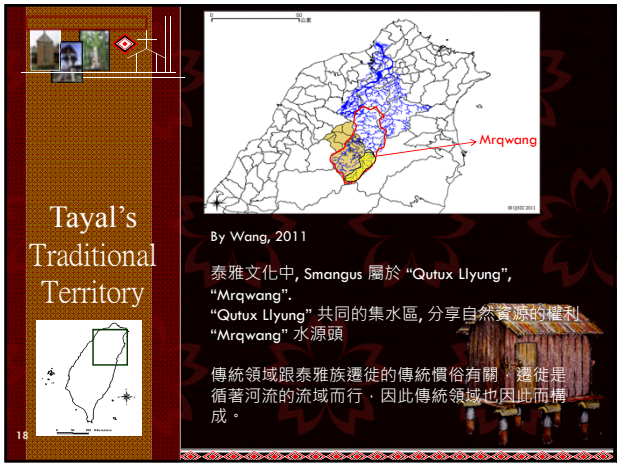


14

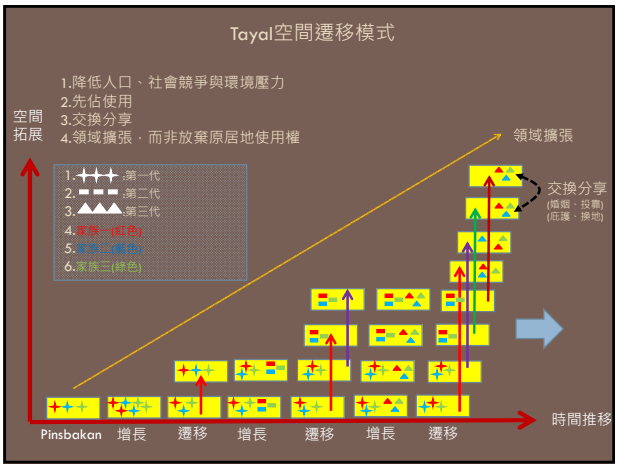

Smangus
Community distribution of Atayal people
15

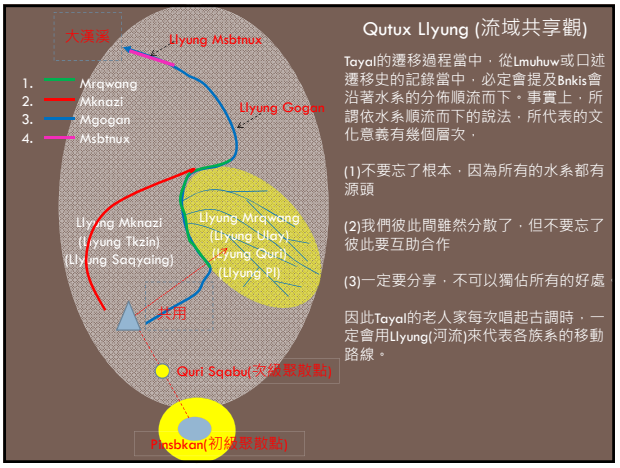
傳統領域-在Tayal的概念當中，其領域應由獵場範圍及各水系分佈所連串而成的區域。因此各領域歷經不同遷移梯次的過程當中，領域範圍的邊界會不斷變化及或產生重疊，但其核心概念，在於Llyung(主流)的分佈作為大範圍區域分界。
其下，再由各流域部落群經由彼此先來後到的順序，逐步產生分界。

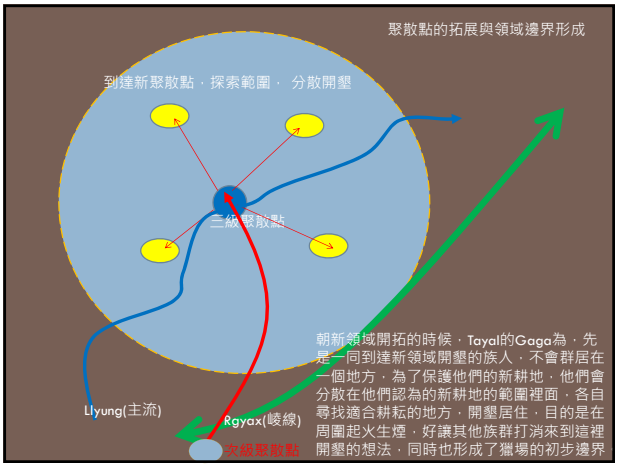

Tayal's Traditional Territory
Gogan
Marqwang
Knan
Mabtunux
N
Kuan，2009:157
B'bu Moyung
B'bu Sasaw
B'nux Cinbula
Qalang Smangus (Community)
LlyungPapak (Papak River)
17

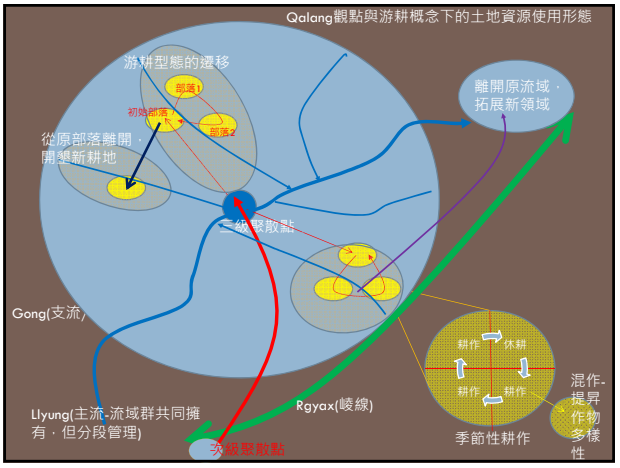

Tayal's Traditional Territory
Mrqwang
By Wang, 2011
泰雅文化中, Smangus 屬於 "Qutux Llyung", "Mrqwang".
"Qutux Llyung" 共同的集水區, 分享自然資源的權利
"Mrqwang" 水源頭
傳統領域跟泰雅族遷徙的傳統慣俗有關，遷徙是循著河流的流域而行，因此傳統領域也因此而構成。
18

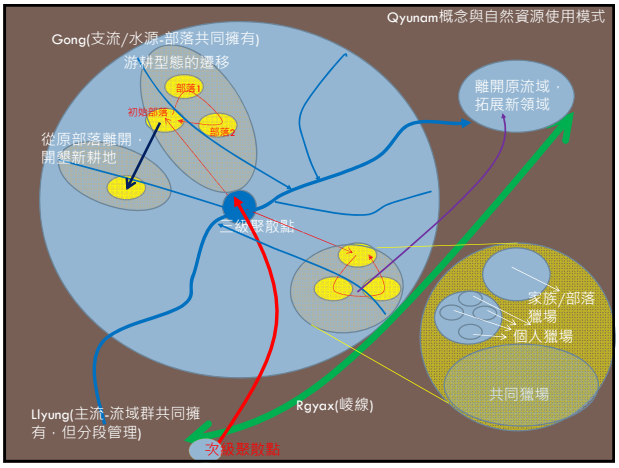
Gaga na Tayal (Core concept of culture)
Gaga
所有倫理、道德、法律的總規範
19

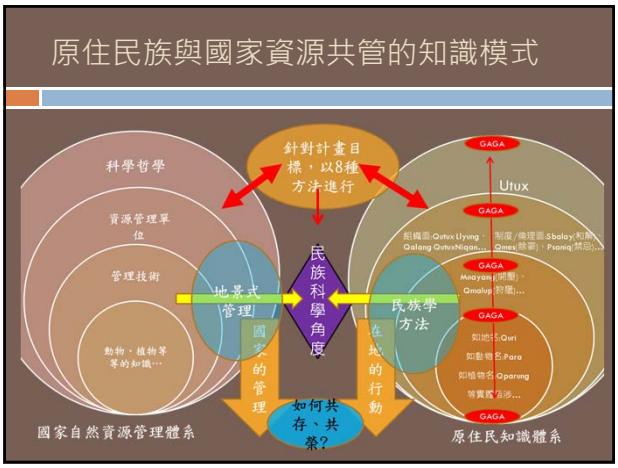

Tayal空間遷移模式
1.降低人口、社會競爭與環境壓力
2.先佔使用
3.交換分享
4.領域擴張，而非放棄原居地使用權
空間拓展
領域擴張
交換分享
(婚姻、投靠)
(庇護、換地)
1.:第一代
2.:第二代
3.:第三代
4.家族一(紅色)
5.家族二(藍色)
6.家族三(綠色)
Pinsbakan 增長 遷移 增長 遷移 增長 遷移
時間推移


大漢溪
Llyung Msbtnux
1. Mrqwang
2. Mknazi
3. Mgogan
4. Msbtnux
Llyung Gogan
Llyung Mknazi
(Llyung Tkzin)
(Llyung Saqyaing)
Llyung Mrqwang
(Llyung Ulay)
(Llyung Quri)
(Llyung Pi)
共用
Quri Sqabu(次級聚散點)
Pinsbkan(初級聚散點)
Qutux Llyung (流域共享觀)
Tayal的遷移過程當中，從Lmuhuw或口述遷移史的記錄當中，必定會提及Bnkis會沿著水系的分佈順流而下。事實上，所謂依水系順流而下的說法，所代表的文化意義有幾個層次，
(1)不要忘了根本，因為所有的水系都有源頭
(2)我們彼此間雖然分散了，但不要忘了彼此要互助合作
(3)一定要分享，不可以獨佔所有的好處
因此Tayal的老人家每次唱起古調時，一定會用Llyung(河流)來代表各族系的移動路線。


聚散點的拓展與領域邊界形成
到達新聚散點，探索範圍，分散開墾
三級聚散點
Llyung(主流)
Rgyax(嶺線)
次級聚散點
朝新領域開拓的時候，Tayal的Gaga為，先是一同到達新領域開墾的族人，不會群居在一個地方，為了保護他們的新耕地，他們會分散在他們認為的新耕地的範圍裡面，各自尋找適合耕耘的地方，開墾居住，目的是在周圍起火生煙，好讓其他族群打消來到這裡開墾的想法，同時也形成了獵場的初步邊界。


Qalang觀點與游耕概念下的土地資源使用形態
游耕型態的遷移
部落1
初始部落
部落2
離開原流域，拓展新領域
從原部落離開，開墾新耕地
三級聚散點
Gong(支流)
Llyung(主流-流域群共同擁有，但分段管理)
Rgyax(嶺線)
次級聚散點
耕作
休耕
耕作
耕作
季節性耕作
混作-提昇作物多樣性


Qyunam概念與自然資源使用模式
Gong(支流/水源-部落共同擁有)
游耕型態的遷移
部落1
初始部落
部落2
離開原流域，拓展新領域
從原部落離開，開墾新耕地
三級聚散點
家族/部落獵場
個人獵場
共同獵場
Llyung(主流-流域群共同擁有，但分段管理)
Rgyax(嶺線)
次級聚散點


原住民族與國家資源共管的知識模式
科學哲學
資源管理單位
管理技術
動物、植物等等的知識…
針對計畫目標，以8種方法進行
地景式管理
民族科學角度
民族學方法
國家的管理
在地的行動
如何共存、共榮?
GAGA
Utux
GAGA
GAGA
GAGA
GAGA
國家自然資源管理體系
原住民知識體系

Muhwy Simu Balay!
感謝聆聽
26

會議實錄

主持人王瑞盈處長(代)：

各位夥伴大家午安，經過今天一個早上的討論，下午的主題是「原住民族土地制度變革與未來展望」，所請到的三位主講人老師我們這邊先來做一個介紹，首先是靜宜大學的林淑雅林老師，林老師的講題是『原住民族同意權的行使:從部落公法人談起』，部落公法人其實是一個這半年非常夯的議題，原民會本身的草擬的草案也已將近完成，接下來跨部會的一個座談、協商跟部落的一個溝通馬上就要進行，第二位的發表人是政治大學的官大偉官老師，官老師的講題是「從原住民族發展觀點看國土計畫法與原住民族土地空間規劃」，各位知道國土計劃法剛剛通過沒有多久，在今後的六年其實是原住民族土地的關鍵期，今天也希望透過官老師的講題跟大家做一個對話，第三位是林益仁老師，林益仁老師是台北醫學大學醫學人文研究所，那他今天的講題是「共管：原住民族傳統領域與國土保育之間的惡水大橋」，那整個這個部分林益仁老師是滿熟知的，在生態領域是一個頂尖的老師，今天很榮幸可以請到他跟大家做一個對談。今天與談人有三位，那首先是台東縣政府原住民族行政處保留地管理科王重仁王科長，第二位是內政部營建署綜合計劃組林組長，那第三位我就不用多做介紹，他昨天就很想參與與談，今天我們要留多一點的時間給他來講一講，土地管理處杜張梅莊，謝謝大家。

與談人王重仁科長評論：

主持人、鄭立委還有各位老師與會的來賓，大家好。謝謝林老師，林老師剛剛從原住民基本權談起，從憲法的基本權為出發大概有一些自然法的概念，不過在實務機關我們在操作上就很難去避免一定要就法論法，也就是說我們畢竟是成功法的國家，所以我們在法令上還是要有明確的依據，這是我們實務機關的操作，那很難去直接用自然法的概念導入到實務機關的操作上。

有關部落公法人的議題，目前原基法直接規定部落為公法人，但是在草案裡面，相關法人的機關還有組織、法人的代表到底是誰，那因為目前在實務上在部落裡面，每個族群的決策系統跟他的社會規範、社會組織都不一樣，那適不適合用一套放諸四海皆準的一套法令把整個部落的組織、法人代表、公法人的行為把它規範在一套的法令上，這個部分在未來在落實部落公法人的時候，必須考量到特殊族群也就是個別族群它的特殊性。那再來就是部落公法人他有關法人跟它內部成員之間的內部關係，內部的法律關係到底是如何?如果是內部成員他的權利遭受公法人的侵害的時候，他要如何救濟？這些法律關係未來也必須要擬定。再來就是法人跟他的外部關係、外部行為，我們所知的法人的外部行為他的定性上，如果他是一個公法人的話，他所從事的外部行為有可能是行政處分、有可能是法規命令也有可能是事實行為，針對這個別的行為，未來他跟外部成員之間，也就是說跟部落以外的人、跟部落以外的團體發生法律上的爭議，那他又定性為

公法上的行為或是司法上的行為，那未來在操作上可能會有一點爭議跟複雜，我舉例而言，如果說他部落的行為如果是具體的處分的話，如果是行政處分的話，未來他要怎麼去落實這個行政處分，又他在做行政處分的時候，是不是要適用行政程序法或是類推行政程序法的適用，那他如果是行政處分的話，可不可以用行政執行法去落實部落公法人的決議，這個部分在操作上要比較細緻地去探討，那再來是說部落公法人他的決定定性是甚麼，部落公法人的決定是行政處分，那他侵害到部落以外其他主體的權益的時候，那被侵犯的…我的意思不是他故意去侵犯，比如說有人提計畫，然後部落公法人他否決、否定掉，針對這個否定，被否定的這個主體要如何去救濟，那未來在法律上在實務上的操作可能都會面臨的問題，我想這是一個契機，未來透過實務的操作讓部落公法人會越來越成熟，以上分享謝謝。

與談人林秉勳組長評論：

主持人，還有各位關心原住民的朋友大家好，非常榮幸拜讀官大偉教授今天發表的主題，從原住民觀點看國土計畫跟原住民土地規畫這篇文章，其實我們比較真正實際去了解原住民對土地環境的看待跟實際的使用方式，在兩三年前，因緣際會職務上的關係，最早先我都是在營建署，在營建署負責土地使用管理相關業務的單位，國家使用土地管理的制度裡面其實很少對族群對特定族群做不同程度的規範或者是個別去呼應，國家土地使用制度談的大概是比較一般性的管理，剛剛也聽到戴老師提到美麗灣案例，有人主張大家應該都是公平的公平的對待，其實戴老師談得很好，憲法保障人權不是齊頭式，特別要去保障那些更弱勢的沒有辦法在平等的基礎上去發展，原住民在這一塊的土地利用這是一個很顯然的在國家的體系裡面沒有被照顧到。

那我現在講的這一塊是說，官老師的簡報其實告訴我們一件事情，土地使用的管理好像如果是按照我們現在的管理邏輯其實是沒有辦法去呼應對土地使用者他本身有一套怎麼去使用土地的土地使用邏輯或者是土地如何跟環境作互動的知識，我們的相關規定是沒有的，所以我必須承認說這兩三年來在省思說對原住民這個領域到底能做甚麼事情，其實我們最大的衝擊是在 98 年莫拉克颱風，受災最嚴重的是原住民，那一段時間我們也有做相關的重建工作，也跟孫大川孫主委跟各長官一起在做努力，那個時候的氣氛是國土不斷的發生災變，大家都覺得要有國土法，對國土的復育、對國土災害的處理有一些可以去做預防做規劃，大家都認為國土法就現行的法制上可以有一些補強，可是在立法院的時候，我們想要去做處理的、想要去照顧的反而是原住民的委員或者是原住民的朋友有很大的疑慮，我們覺得很衝擊，後來立法院 98 年那個版本沒通過我們覺得很遺憾，我們也不斷的思考這中間是有甚麼問題是我們沒有去處理好?那甚麼時候開始國土法沒有通過我們要去面對怎麼樣有比較好可以去解決原住民或者解決我們自己土地使用管理上面的問題的一個介入點，那我們正在啟動全國的區域計畫，其實他是一個國土計畫的前身現在還在運作中，以往我們對於原住民的規定有原基

法，回到原基法政府或法令要限制原住民組隊對自己的土地、資源利用的時候，要諮商、要去取得同意，以往的做法那就回去，如果原住民族的法令、原住民族規定的規定，那我們就從這個規定，可是我發現這樣的規定原基法沒有辦法去處理土地管理的問題，就是剛剛也有提到說，戴秀雄老師提議原住民的主管機關在這裏面應該要扮演角色，那我們的土地政策主管機關是妳有特別規定那就回到那邊去，可是這樣的事情大家都在等，我們在等原住民的特殊規定，可是原住民主管機關也在等土地政策機關善意的回應，這個事情沒有辦法從天上自己掉下來，那個時候我們就決定改一個方式，對原住民土地使用管理方式有哪些是現行可以去檢討處理的，我們還是會同時啟動土地建築的合法化，另外其實有一些可以處理的就趕快去處理了。那有一塊是要透過有一定的計畫，計畫是架在土地使用的邏輯，像剛剛我們官老師提到的，土地的知識跟智慧上面他要去扮演角色，那這個我們涉及了一個由內政部來彙總，原住民的主管機關來擬這個計畫，當然前提是原住民同胞願意、同意我們來擬這個計畫，來幫忙做剛剛官老師的第一個問題，我們的制度有沒有辦法被設計成支持由原住民自己來管理自己的土地，我們希望提供一個這樣的平台，那這個平台就是我們所謂的原住民特定區域計劃，原住民特定區域計畫我們不能期待他可以解決所有問題，但是他可以有一個機會讓這個平台裡面，因為土地的管理大概有三個大的區塊，一個是治理機關，剛剛早上看到很多，森林的治理、農業的管理、土地使用的管理這一塊其實是治理單位，包括剛剛講的一個橋樑有這麼多集水區的管理單位，另外一塊是土地一般性的管理，治理需要土地上面怎麼樣去配合做管理，這個就是內政部營建署在管轄這個範圍，另一個是使用者，這三塊怎麼在空間計畫的平台上去對話，我們覺得這是很重要的一個事情，以往林做怎麼樣的使用、農可不可以去打破，剛剛好像是早上也有一位老師提到上下的使用是互相敬禮的，那這一塊其實土地使用主管機關提供這樣一個機會，我們透過一個計劃，透過特定區域計劃的形成，當然特定區域計劃形成過程裡面很多是以原住民土地需求出發，但是我們不能完全以原住民需求出發去做規劃，因為我們要看看環境的條件，看看環境的存在可以使用到甚麼情況，然後這個需求可以被滿足那當然沒有問題，但是這裏面還有很多規畫上需要去突破現行法規或是去跟不同部門去談建立共識，可以得到解決的方法，這個解決方法不一定要透過修法，早上很多人提過的，如果真的要透過修法才能去實踐，那這個不見得可以完全解決或者呼應原住民的需求，所以這一塊我們營建署在 102 年開始，有一個對北泰雅尖石的後山這一塊，幾個生態知識實踐大家都非常的肯定，以這樣的操作案例，原住民要自治自主管理這件事情其實可以有很大的說服力，也就是說可以在行政部門相關的法規制度裡面取得一定的共識，我們的判斷，所以這一塊我們就以北泰雅地區幾個聚落來當作示範案例，這幾個聚落我們覺得最適合的就是司馬庫斯，剛剛官老師也提到司馬庫斯，共有共經營管理這個理念，特別是原住民共有這個事情，在土地的管理上面，如果是有一個可以共同管理的前提之下，有一個彈性治理，彈性治理有非常高的可能性，那很可惜，特定區域計劃是架在原住民同胞要同意的前提之下，那很可惜司馬庫斯在部落會議裡面並

沒有同意我們特定區域計劃的擬定，所以我們就退而求其次找到一樣是尖石的新光跟鎮西堡兩個部落，他們兩個部落會議都已經同意，部落會議同意之前有非常多的跟部落的共同討論，部落的公法人產出很多方案，計畫的方案跟我們營建署跟幾個部會都有協商的過程，再回到部落去，這樣來來回大概一二十次的公法人的會議，最後取得部落同意來做規劃，在上個禮拜我們才開第一次的平台協商會議，兩個部落的代表，包括鄰長跟長老、牧師、地方的領袖非常多人非常關心到營建署，他是在實踐一個剛剛官老師提到的，有沒有在計畫形成的過程裡面讓他們可以來參與討論形成決策，或者是裡面有關機制的設計，這個部分在特定區域計劃裡面是有這樣的可能性，因為我們架在一個前提，要原住民同胞同意這個計畫才能夠成立，所以我們勢必要設計、規劃一個大家有共識、可以往下走的這個特定區域計劃的內容，所以這裡面還很多大家要在磨合，有國家的機制、國家的法令規定，比如說我們在上禮拜針對農耕，在鎮西堡的農耕有沒有可能再有坡，有坡道的這個微地形整理的農耕方式，這個在鎮西堡這是行之多年對生態對水土保持已有多年檢驗，農委會對這個水土保持抱持高度肯定，沒有甚麼衝突，但是混林農耕這一塊在林務局他們的法規內部還是在形成共識當中。

我舉這些例子是說有些還是要再討論只是說先形成共識再發展區域計畫，就可以變成土地使用的執行方式，其實剛剛早上有兩位提到就是說戴秀雄老師跟我們區域計畫長期都有互動，他就是說這個計畫到底能不能去實踐去解決實際居民的問題，其實要有實際的部落參與，在這一塊要去高度的部落去整合，這一塊變成是我們的法規的體制裏面需要有一些怎麼樣去尋找出比較可行的操作方式，特定區域計劃比較可行的分成三個區塊，一個是原住民比較迫切需要解決的問題是居住空間的問題，居住空間怎麼樣透過客觀的土地的適宜性的登記，其實這裏面是要有一些條件的才能夠去滿足他居住個空間能不能夠去擴大，但是像鎮西堡我們這兩個例子，鎮西堡他是在政府公告的土地的崩塌的地區，在大範圍可能有潛在災害的情況下，那你要怎麼去從裡面挑或是決定哪些地區是比較安全的，那這一塊要有一些比較客觀分析的過程，那我們會有一些就需求面來看現在居住的需求適不適合未來的發展，有沒有一點保留的空間，所以最後會有土地適宜性分析還有土地規劃的合理性的考量以後，從原住民的需求出發之後還有哪些可以談的空間，那這裏面變成是說有一部分跟以往不同是，剛剛講以泰雅族管理土地的規範，這一部分我們把他內劃到土地管理的機制裡面，內劃到土地管理機制裡面有一部份要保留的彈性要讓部落自己去決定，但是有一些危險的地區透過剛剛客觀分析出來他還是不適合居住、不適合使用，那一條紅線我們在計畫上要把它呈現出來，那紅線在另外的可能的使用方式在計畫做必要的規則，分析出來以後那會有幾個大的功能分區上的設定，一個就是其實原住民有些地方的貢獻比政府法令規定的還要嚴格，比如說水源保護區的管理機制他還做很多加強，另一個是成長管理區，像我們剛剛講的原住民居住的需求或者是生活上的需求，包括公共設施建設有怎麼樣的一個規劃，在這成長管理區就要有，另外一個就是在災害的地方有共識，有災害危險的地方其實應該要遷移，在計畫裡面就要遷移到成長管理區

裡面，這樣一個動態，但是這樣讓部落在操作執行上應該有更細緻的規定，那成長管理區的土地跟建築的發展保留一定的彈性讓部落可以自己去做決定，但是我們必須很誠實跟各位報告，現在的土地跟建築管理制度裡面並沒有授權給部落可以自己去自行建築或土地使用管制的操作，所以這一塊應該要有更多的討論，那如果有需要我們在土地使用的管理規定裡面是可以做必要的規範，如果說這個地方政府不執行，我要報告特定區域計劃是全國國土計畫的一種，所以他可以往下去指導縣市的空間計畫這是沒有問題的，甚至橫向的去要求部會要來配合，空間上管理上要有一個一致性，這個國土計畫已經確定要這樣做，那這裏面其實有很多後續大家還要再持續努力，比如說我們現在只做一兩個示範案例，那我們示範案例就是以部落唯一個單元，全國有七八百個部落，我們沒有辦法期待每一個部落都透過這樣的方式自己去完成，所以這個部分需要原住民主管機關來去做協助，對於原住民土地的調查跟他不同的資源特性跟使用上面的狀況，這個資料可以由原住民的主管機關做比較有主導性的盤整，這個資訊可以跟我們一起來合作，有幾個案例的形成模式以後，那我們可以更快速地來處理，那最後就是官老師有提到跨部落的經營或是跨區域的經營，我們碰到一個困難就是說，我們是要取得同意，像我們在談司馬庫斯跟鎮西堡這兩個案子的時候，我們會考慮到是不是稍微放大一點以傳統領域規範的範圍，可是他前提是架在部落的同意或是原住民的同意，那傳統領域有重疊情況之下，那我們很難去做規劃，所以現在是以比較有共識我們可以先做得先做處理，但是這一塊可以可能透過原住民相關的機制原住民的法規的機制更清楚以後，包括部落會議可以有一些協商共識做跨部落跨區域的整合，這個空間計畫接著做空間的規劃處理那就會更能夠持續順利的往下進行，因為時間關係我先做這樣的回應，那也謝謝官大偉官老師這篇文章給我們很大的啟發，土地使用的管理不是只有地跟環境，還有很重要使用這個土地跟環境的人，他的使用方式是主管機關更深入地去做考量，以上報告，謝謝。

與談人杜張莊梅處長評論：

主持人還有發表人各位與會的來賓，還是站著好了，表示尊重，昨天也是這樣站著，先聲明昨天甚麼真情流露賺人眼淚那個是太過了，我記得大家都在笑，笑的當中充滿眼淚嘛?應該沒有吧~

可能是講話比較感性，我想昨天說我希望當與談人，後來發現到我當與談人對象是林益仁老師，他可能知道是我又出了三個問題叫我回答這三個問題，我很希望可以讓我自由發揮，這幾天有看了林老師的文章，我相信都給我們其他單位有一些參考，有舉例一些加拿大還有哥倫比亞的案例還有泰雅流域傳統領域的關係，這裡面有一些案例值得參考，但是我常常會去思考一個問題是國外有成功的案例是可以讓我們去模仿或者是探討方法、步驟、思考上也有一些幫忙，對我們自己台灣來講，其實不管是土地的面積、人口數、族群的多元文化其實很難，憑良心講前一陣子為了區域計畫法下去分享傳統海域的範圍，我才知道說原來排灣族也是海洋民族，他有畫海域，在滿州牡丹那邊阿美族也有畫，很訝異吧?在南

迴那邊的排灣族也說下面那個海域怎麼沒有畫?我才知道我們海洋民族不只達悟、不只阿美還有排灣族，所以在這個所謂文化上面，雖然我在土地管理處這麼長時間，認知上還是有一些缺漏，那也透過老師給我們一些資訊跟了解，我先談共管，共管顧名思義就是權利的分享義務跟責任的分攤，可是我們常常在實務上碰到共管，我們都會跟人家講說共管的共同管理辦法在 96 年 12 月 18 號訂定的共八條，我們原住民很可愛，我們共管辦法儘管叫共管辦法但是跟原基法 22 條母條文，那是告訴你未來要畫資源治理的管理機關，那這個管理辦法講未來要畫得，裡面要怎麼畫要怎麼做，八年了，有畫哪一個管理機關嗎?沒有嘛。唯一一條有關係的是第七條說在這個原基法實施以前所設置的治理機關”得”依照第六條建立共管機制，所以我們常常在外面跟人家談的時候，這也是我們原住民比較可愛的地方，有那個共管機制阿，明年就照那個規定阿，可是你看這些治理機關他們怎麼回應你，看清楚條文怎麼寫的，所以往往在很多事情上都不檢討就沒那麼容易，我們常常碰到很多的個案，這兩天所提的不管向山的、美麗灣的，剛剛提的很多案例，我想．．．我都參與過，共管機制也不斷地再談，那現在各個機關都陸陸續續在訂他們個別的共管機制，像教育部、退輔會、農委會、林務局還有營建署，好像國家公園沒有訂，訂了很多，可是你看他們內容諮詢比較多，原則上就沒有像我剛剛所講的共管權利的分享、責任義務有分攤到一點，可以怎麼樣不可以怎麼樣這倒是有一點。

就剛林老師談的部分，建議我們有一些方案，我想我就提書面資料給你好了，我怕我講下去我的八分鐘就沒有了，我很想回應林組長，我跟林組長這一兩年滿多的接觸，共通性就是兩個走路頭低低的，愁容滿面，看到對方就搖搖頭：你還好嗎?不好…，我們去年為了國土計畫法，在立法院，最後就剩三四個人在那邊談，我跟他都當事人，很困難，但是說最後還是都過了，這國土計畫法對我們非常的重要，剛林組長跟大家講了一堆，大家有沒有聽懂?聽懂得舉手!!我就不相信你們聽得懂，我在旁邊都模糊了，他說希望你們原住民主管機關訂個規則，我期待你們把規則給我們，那你們期待我們有一些善意的政策提供，問題來了，我告訴你們訂規則的時候有三百個障礙，這個障礙你們不可以碰喔！那邊有個大水溝不可以走喔，你只有可能用飛的就可以達到你要的目的，我這樣的形容是說，還沒有談之前用這麼多，甚麼安全啦，有甚麼規則、規定一大堆以後你告訴我說:ㄟ~你訂!!你訂一個特定區域計劃給我，我想我們同仁在下面頭都低低的，我覺得在這個部分國土計畫法第十一條講到是彙總，我想彙總的意思，大家的解釋是一起來，就是一個是夥伴嘛一起來做，所以在很多的條件的前提我希望不要先下，你下了以後本來同仁都鬥志高昂畫一畫我們特定區域要怎麼做，你講完以後他們就洩氣了，很多規矩要再拿出來看一看，我一直希望管制規則是不是改成使用規則就好了，因為管制看到就覺得奇怪你是覺得大家都在違法，改使用規則可能比較好，所以未來還是會持續地去跟他們做國土計畫這一方面的努力這五年來，因為現在的階段是區域計畫，區域計畫民國 60 年開始執行的時候，原住民沒有參與過，我常常跟很多機關提我們沒有參與過，我們訂的很多東西其實套到原住民

地方都很大的困難，而且加上當時各方面的行政條件資訊，很多的土地都有問題，所以最近我們大家有看到一些新聞或者是鄭委員在處理山裡台東那個整個部落變成建地的，我們現在來看都很荒謬，這個在這裡半個世紀的都是違法的在上面使用沒有人理他，那事實上在以前是可以合法的使用，那這個合法為什麼沒有人去理他?他無所謂，你今天跟政府機關說，你們錯了要把它改成合法，他會跟你說錯不再我們，有一些規定你要遵守，我說以前的人畫他有建物你就畫建地，現在的人跟你說那邊有建物你說不行不行你要舉證你是活生生活在這裡的人才可以畫，有時候我自己都很錯亂，還好我們在溝通的過程中還算順利，他們還是能夠免強接受我們的方案，那現在也在持續地進行中。

另外跟大家提醒，在很多的過程裡面進行土地制度上改革法令的研修還有一些個案的處理，當然我們也做得很多像林老師關老師林淑雅老師都是我們重要的顧問，在很多的研究上提供很多的意見，我必須要很坦白地講說原住民土地他的權益恢復是跟時間賽跑，不能再拖了，我不知道我們還要等多久他才會看到，我一直主張說我們應該要做，做了就可以進步，我們如果一直在這個裡面一直在這個問題那個問題當然他都是問題，傳統領域的畫設大家很清楚他不會畫到大陸他不會畫到菲律賓，這裡面怎麼畫大概都是這個區塊，這區塊可能有 16 個族群在裡面，內部的我們內部好好談，但是我們常常內部有爭議就不讓他畫出來的話，五十年也不會畫的出來，這個我們原住民要不要我相信都不要，最起碼是在可能的範圍內去畫，再來是裡面的內容要加強要補充我都贊成，可是在整個機制上，他需要很多的共識需要大家支持，如果沒有這個過程我們畫不出來，我們現在訂了很多規範規定目前都一一的在進行中，包含我們管理辦法的研修，管理辦法的研修涉及到非原住民土地的使用，這個也要我們原住民委員的支持，因為我昨天也特別提到土地是會引起戰爭，今天老師也特別提到，像沖之鳥兩邊也是劍拔弩張，我要強調得是說要處理土地的問題需要有一些智慧而且要做一些容忍做一些包容，要不然的話很難，尤其在這個大社會裡面看到很多機關，我常常溝通常會聽到得是原住民文化很重要，他們都應該傳承，講的很多，但是最後面都會加”可是”，”可是”以後前面後面都不見了，可是那個地方就是不能做，所以這個過程裡面我會很希望抓住機會跟其他部會多做接觸，也謝謝林組長，我剛講那麼多就是希望以後我們合作還是很快樂。

最後我要強調的是太多人對原住民土地太多的想法，太多的疑慮，國有土地剛官老師說都會做一些違法的事情，那違法的定義都是別人定義的，要強調的是誰會比自己更愛自己周遭的土地，誰會比自己更關心自己周遭的土地，原住民傳統領域是原住民自己在生活的領域，誰會比他更愛那個土地?所以很多外面的人你們想太多了，這個地方能不能住，這地方能不能怎麼樣原住民很清楚，這個獵物少了，他很清楚，他們知道不能少，少了我們會有甚麼問題，所以希望大家能夠有這樣的觀念來共同看待我們原住民的事物，謝謝。

圓桌論壇

主持人：林江義主任委員，原住民族委員會

國立臺北教育大學產學合作暨育成中心蔡志偉主任

會議實錄

司儀：

接下來要進行的是第六屆原住民族傳統習慣規範與國家法治研討會的最後一個階段─圓桌論壇，希望藉由這個階段可以有更多的討論以及交流。我們邀請到的主持人是原住民族委員會的林江義主任委員以及國立臺北教育大學產學合作暨育成中心蔡志偉主任，現在就把時間交給兩位主持人。

主持人林江義主委：

立法院鄭委員，非常謝謝你的出席；蔡老師、在座諸位學者還有各位鄉親，大家午安、大家好。非常高興各位能夠從頭到尾都來出席參加今年的研討會，這個研討會是在民國一百年開始辦第一屆到現在剛好六屆，這六屆前面的三屆我個人當副主任委員，所以差不多每一年我都會親自參與。那因為後面這兩三年我擔任主任委員業務上的關係，就比較沒有機會來參與。今年第六屆也恐怕是我以機關的代表出席這個研討會最後一次的機會，所以特別說要參加這一次的圓桌會議。

我回顧這六年來，我們國內對於原住民族法案的推進，包括我們原住民族權益的部分，還有這兩天討論的關於原住民族的基本法、還有土地的權益的部分，其實嚴格說起來，這六年應該有很大很大的進步。真的有很大的進步。我們非常謝謝這六年來...還好我們辦理這個研討會，非常多法界的特別是法務部跟司法院的法官、法務部的檢察官，再透過像我們鄭委員在立法院的催生，讓我們地方的包括檢察署、包括法院，都普設法官跟檢察官的設置。我們原民會每一年也都被邀請到司法官訓練所，去擔任關於我們原住民相關的權益的或者是傳統習慣的一些授課跟交換意見，我們也到法官學院，也跟高等法院的法官親自介紹原住民的傳統社會。這是過去我在原民會工作 20 年來、後面這幾年來，可以說是很大的改變，主要的原因還是因為這個研討會有很多法界的包括律師啊、法院的參與。所以我非常謝謝這六年來很多的老師、很多我們原住民鄉親的投入，讓這一個研討會開花結果，我相信假以時日、這個研討會一直做下去，很多非常多原住民的權益透過這樣的研討會大家相互的交換意見，一定有辦法讓很多問題逐一可以來處理。

今天的圓桌會議呢，我想鎖定主要兩個很重要的核心，第一個呢，就是我們辦這個會不知道有什麼更好的方式、更好的意見，在下一次舉辦的時候怎麼調整？這是第一個。第二個呢，關於這一次這麼多的議題裡面，有哪些議題在你們認為、在各位認為...各位都是非常專業的，大家覺得這個議題有哪些可以再一次往前推進的、深入的來去做細部的處理？我想因為我們在這個會中也有幾個單位的主管，提供給他們未來努力的方向或是意見，甚至有些還不是十分清楚跟進一步闡明的部分呢，也透過這個圓桌會議也許我們可以共同來說明，我們透過一個這樣的圓

桌會議呢，大家來交換意見。我想從這幾個方向，來請大家來表達，各位的高見讓我們能夠詳細的把它紀錄下來，提供給大家以後努力的一個方向。我想以下的時間，我們先請蔡老師來講幾句話好不好？那我們就開放。

蔡志偉主任：

那接下來有哪位參與者、夥伴有問題或建議？

參與者 A：

是，我介紹一下我自己，我現在是台東林管處主管林務局的系統。這兩天我們的學者也都了解，長期以來林務局因為管理山林資源，所以跟原住民各個部落之間其實也有有若干的衝突，這也是我們這些年我們在工作上面需要去面對的。這兩天我想很多的學者、很多的專家或法官、律師，都會從原住民的傳統的或者是過去原住民的權益去著眼，但是我其實這兩天我感受上...因為我不是原住民，但是我在原住民族台東地區工作很多年，我們面對的其實是現場的、我們看到的、理解的一些事實，我以下說幾點...我也許待會走出去...我希望我能夠平安地走出去，因為跟大家的意見會有一點點的差距，我還是覺得，既然我心裡面有這樣子的疑惑，我相信我們在這個土地上跟我一樣有這樣疑惑的人一定也不少，也許在我們這個演講廳裡面我還是希望有機會能夠表達出來，我不希望在這裏面我們就是自己很高興、自己 high，因為其實還有不同的聲音、不同的論點，台灣這個土地上其他的角落裏面。

第一點我想，如果這兩天我們的法官還有加拿大的案例，我們能夠認為說其實在三百年前原住民從平埔族到高山的魯凱族，其實就是以台灣這塊土地作為他們生活的環境，如果從傳統領域來講，他們絕對可以主張這是他們的傳統領域，其實台灣就是我們現在所有原住民的傳統領域。現在這個國家、現在這個制度，除了六十多萬原住民以外的兩千兩百多萬人，如果有一天是這樣子的時候，那這些人...大家有沒有想一下，這些人要去哪裡？做什麼？我覺得...我也有一點擔心啦，如果要去面對的話。

第二個，其實從我們在現場...現在原住民社會當然也是有保育法規範，我不認為這種保育法是從原住民傳統社會出發去訂的法令，因為那個法是在民國 78 年的時候在國際壓力下立出來的一個法，本來就是非常嚴厲的保育法。但是走到今天我們覺得在法上面已經開放了，但是這個開放在台東來講，每年在不同地點、在一月到十二月，都有非常多的祭儀去提出申請，這是事實，我們也都去做了紀錄，我覺得很多部落他們會去自我約制獵野生動物的一些做法，但是我還是看到很多的部落他們並沒有適當的約制。在過去等待式的狩獵、過去會選擇性不在繁殖季節進入山林狩獵的這樣的一個為了永續這些動物的資源所做的一些自我約制，到現在其實都沒有了。因為我看到的狩獵事實上讓我很難過的是，不管是小的、不管是懷孕的，很可能一個打耳祭下來躺在地上的全是大腹便便的，不管山羌、水鹿、山羊全都是懷孕的母鹿或者小鹿，選擇性的狩獵變成是晚上用探照燈，

所以他沒有辦法選擇。這些是我覺得現在...其實我們的文化、原住民的傳統事實上都存在，但是我們沒有把它找回來、沒有喚回來，所以在這個時候我不敢說什麼，但是我很希望我們真正的對於山林的野生動物、或對山林資源尊重的一些智慧真正能夠去實現，以後野生動物的管理林務局根本不需要管，其實就回到原住民自己去管理，因為去使用、利用也是在原住民的需求上，所以這個應該是一個管用要合一的。那這個當然我們用的是漢人的思維啦。

那另外呢這兩天...我從 20 幾年前接觸到在座的像林益仁老師等等的，這些長期的在對原住民很關注的一些老師，但是我覺得我們族群的和諧、原漢的和諧，事實上不只是我們自己本身，我覺得也要靠我們大家的體諒。尤其是我們學術界這些具有權威的、算是大家都可以認為這就是具有代表性的權威的論述，學術的一個論述，我更希望這些論述能夠創造未來更多的可行性、更多的和諧，有太多的一些挑釁、挑戰或者是不是那麼完全呈現的論述，我真的覺得有點可怕。如果就是在網路來講，我們還常認為是一個偏頗的論述，其實在網路上流傳就是網路霸凌，如果學術界也有學術霸凌呢？我不知道。但是我會覺得這滿沉痛的。那我想我希望待會說完，謝謝大家，不好意思。

蔡志偉主任：

剛剛的問題我們先記錄下來，我們大概蒐集兩三個再一起來做討論。

參與者 B：

主委、鄭委員，大家好，我是公視基金會的一個製作人，因為在這邊鄭委員一直在幫忙原住民族的電視台在無線電視播送，目前暫時是委託我們公視來做播送。那我平常比較常接觸大概是跟原民會教育文化處的一些同仁，今天難得可以跟土地處的同仁一起討論一下這個部分。我要提出三點的提醒就是說，第一個就是我們無線電視要麻煩部會多蓋一些廣播站，尤其是原視，現在如果真的是像個無線電視的平台在播送的話，他會有一個好處，無線電視他是 free to air，所以如果在原鄉部落的族人他想要看電視，他不一定要去租 cable 或是 MOD，他無線電視就可以看。可是無線電視的轉播站通常都蓋在高山上，比如說像台北的轉播站就是在竹子湖，其實現有的法規很多部分也都沒有考量到這個部分，不管是在原鄉的保留地或是在國家做規劃的時候，就像我們國家公園法是不允許我們在國家公園裡面興建無線電視的轉播站。

那為什麼會這樣呢？我們國家的開播大概 1960 年代台視先開播嘛，國家公園法大概 1970 年，所以目前像我們在陽明山竹子湖的那一站，那一個站非常的重要，因為他訊號一拔影響到新竹那邊。所以目前我們等於是跟土管機關有個默契就是說，像竹子湖這樣的站他的面積就不再增加。所以我要提的第一個意見就是說，我們未來在做原鄉的土地規劃的時候，希望能夠考量到公共的基礎建設。這是第一個我想提給大家，因為這兩天都很集中在農林漁牧的一些討論，或是原鄉同胞一些居住的需要，但對於一些公共基礎建設，就像廣播業的部分，是比較

缺乏的。

第二個問題就是說，無線電視的轉播站有很強的外部性，這跟我們原基法規定的土地的部分可能會有一些扞格。怎麼說呢？我舉個例子，像我們在東部的電視...像台東市，台東市無線電視的訊號他沒有轉播站，台東市的訊號是從綠島打過來的，為什麼會這樣呢？主要原因是說，我們有個轉播站在花蓮的舞鶴山上，舞鶴山上如果要打訊號到台東市會有海岸山脈，會擋住。所以他必須從舞鶴先打到綠島，綠島再打回來台東市，無線電視一般的電波大概 70 公里到 100 公里左右，之後訊號慢慢地就會衰減。所以我們可以想像一個部分喔，如果以後這些轉播站都開在原鄉部落，然後可能部落會議要行使同意權，那如果這個部落他不同意蓋這個轉播站，可是這個轉播站他的服務可能是半徑 50 到 60 公里...因 70 公里講的是都是平面啦，台灣山區的地形非常的複雜，有些地方不到幾公里訊號就不好了。所以尤其像現在無線電視 2012 年數位轉換之後已經可以行動接收，所以偏鄉的轉播站不再只是服務偏鄉在家裡看電視的人，他也服務了偏鄉在戶外活動...他可以用隨身的電視或者是山友或是開車去旅遊的人。也就是說，這個轉播站他服務的對象不再只是偏鄉的原住民，在這個地區有活動的人都可以收到這樣的電視訊號。很多人會覺得說，反正又不一定要看電視，可是無線電視他具有一個公眾進用以及公共資訊傳播的一個角色，甚至於在我們未來新版的公共電視法，也規範說公共電視要進行緊急災害訊息的廣播。所以想想看，如果今天有個山友他去山上，可能他待很久，如果開通了他就可以知道這樣的訊息。所以像這部分可能是未來在通訊傳播跟原基法當中可能有扞格的地方，就是說有些公共的基礎建設他因為技術的需要而必須蓋在高山上，可是他所服務的範圍可能不是只有那個原鄉部落，那萬一原鄉部落的部落會議不同意，那這個要怎麼解決？這是第二點要提醒的。

第三點跟剛剛談到的有關，因為其實昨天很多場次都有提到法規位階的問題，目前我們通訊傳播基本法裡面有一條他就寫說，公眾跟媒體經用那是NCC的職掌，他們在推動的時候行政機關須提供協助。所以會看到另外一個問題，就是通訊傳播基本法跟原基法誰的位階高呢？為什麼笑？以後的原住民族主管機關遇到 NCC 傳播經用的政策的時候，是要怎麼去配合？怎麼去協助？以上謝謝。

蔡志偉主任：

好，我們再邀請一位分享者好不好？一位。中間、右邊、左邊有沒有？

主持人林江義主委：

非常謝謝兩位的問題，我試著來回答。我首先回答剛剛這個台東鄉親、這個老師的意見。剛剛也提到了，我們當然主張原住民族的權益，但是原住民在台灣只有占百分之 2.2 的人口數，我們只有 54 萬 7 千人，事實上你剛剛很客氣說兩千兩百萬，其實非原住民大概兩千三百萬左右。提到這個問題讓我回顧到當年原

住民在主張正名運動的時候，我當時在內政部當科長，整個行政院、整個國家的政策都不同意將山胞正名為原住民，他們提了 16 個不同的名稱喔，有早住民、有先住民、有台原人、有台灣人...尤其台灣人還排名第二，本來台灣人是我們在座的這些原住民...但是只有一點不願意給，就是原住民這個名稱，我們非常清楚，我們在內政部的、我們當科長的，我們非常清楚這個大社會不願意讓我們當原住民。就是有「原」就會變成有「後來來的」，他們非常擔憂我們這些原住民以後對「後來來的」人會主張更多的固有權、排擠他們，所以都不願意給。但是歷經 10 年的社會運動，最後還是用原住民，尊重原住民百分之 80 左右的共識，使用原住民自己想要的名稱。我們從 1994 年，也就是民國 83 年到現在，也歷經了 20 多年了，那些反對用原住民的人的憂慮事實上都沒有發生。所以我們剛剛特別提到非原住民的權益，當我們強力的主張原住民族的權益會不會有高度的彼此互相排擠？其實在我們設定這個機制的時候，會盡量了解彼此之間權益的分配，這個要留給未來為我們工作的同仁，這個要非常謹慎努力，不要因為主張太多，最後變成台灣很不安的一個因素。

第二個特別提到原住民狩獵文化的這一塊，其實最大的問題牽連兩個大的部分，一個是野生動物保育法跟槍砲彈藥刀械管制條例，以及他的子法叫做槍砲彈藥刀械的許可跟管理辦法，這兩個很重要的法案。因為這兩個法之下，沒有賦給原住民部落任何一個...授權給原住民部落來管制或制約關於原住民狩獵文化的行使，以至於到現在，原住民行使主張用傳統、用文化來進行狩獵，變成沒有一個機制來去做管理。我們現在原住民主張的狩獵文化，是讓我們最後這一個管制狩獵文化的行使是還給部落來管理，我覺得這一塊是一個非常重要的、要努力的地方。那目前這個大家有很多很多不同的意見，所以這一次野生動物保育法的修法，在立法院依然還要經過大家相互的、充分的討論，那這個法到現在也還沒有看見有一個比較積極的結論，還好我們的鄭委員也在場。其實我是覺得啦，未來我們應該要賦給...現在原住民族基本法已經把部落賦予公法人的地位，他很重要的一個工作，在我們現在定的草案裡面，以後只要進行狩獵文化作為管制他的一個很重要的權力。這個部份是我們覺得未來要努力的地方。

那另外第三點，創造一個不合理的論述等，那個我們就拿來作為一個參考。

第二位提到的都是涉及到公共利益的部分，其實大概也不只有提到的電視也好、廣播也好，原住民地區涉及到公共利益的有很多。我舉個例子，像垃圾場，依照原住民族基本法現在第 33 條的規定，特別明訂原住民地區不得設置有害物質的場址，事實上這個法是高金素梅一直主張要用這樣的文字，我特別跟她商量了很久，她非常堅持。我跟她講：報告委員，有害物質不是你想像的只有核廢料而已，還有包括垃圾場，原鄉地區的垃圾要拿到哪裡去處理啊？你難道要拿給非原住民地區嗎？因為沒有一個鄉願意在他們的鄉鎮裡面設垃圾場啊。我還特別跟她商量，這個文字要不要更精準一點？最近立法院也修法，把那個有害物質...陳瑩委員特別修了，包括核廢料啦等等很多的，我們也都同意，但是呢還沒有辦法進行逐條，只是做一個說明而已，完成了一個條文的說明而已。所以未來要留

給新政府去討論，逐條文字要怎麼處理。

其實我覆議，現在原住民地區一定要非常正視不是只有網路問題而已，其實我想我們原民會未來幾位同仁還在位，我覺得那真的...你不能把你不要的就是都把它排除掉，然後給非原住民的人一個負擔，然後最後你只想要求受益，恐怕到時候不見得大社會願意接受。我是這樣看啦。

另外關於法令競合的問題，現在我想原住民權益跟法律競合的問題是非常多，如果要爬梳起來恐怕要非常的用功來處理。主要的原因，現在我們設立原住民族基本法推動委員會，推動會在行政院，每一個部會都不願意提、主動的提，我們邀請的委員，也不願意想要在這個會裡面大家來討論這個競合的問題，弄到最後就原民會自己提報告案。我當主委任內開了幾次預備會議，沒有一個部會，也沒有一個委員願意提案，我們開的會前會只提 4 案，4 案裡面 3 案都是個案，預備會就把它處理掉了。所以我們一直覺得關於競合的...法律競合、原住民權益還有其他的部會訂的法的競合的問題，一定要設法要在原住民族基本法推動會裡面大家坐下來談。這邊問題還滿多的，我的理解是非常的多。

目前為止，原住民族基本法總共它的子法有 87 項，我們完成了總共有 72 項，還有 15 項沒有完成，真正要制定的法案只有 5 個法案，其他都是修法，不然就是法規命令跟行政規則。所以其實我們希望未來...在沒有完成的這個法案，事實上在我任內已經把它送到立法院 3 個法案，所以這些法沒有通過，我們在這一次、最後一次基本法在立法院的協調中，有一位委員說：這個林主委，你在就任的時候說你在任內要想辦法通過哪幾個法，結果你都沒有通過，所以你都失言了。我聽了我很難過，一個法令案有辦法一個主委說讓它過就過嗎？其實如果一個法案能夠在行政機關完成、送到立法院，已經是阿彌陀佛了，這很不容易，行政院把關原住民的法案，是非常高難度的。有一些人沒有見過，我在原民會已經 20 年了，原民會只有 20 歲而已啊，我待了 20 年。除了我這個主委，是有辦法把 3 個法案同時送到立法院，其他的原民會主委有的一個法都沒有送過，可見...而且我的任期也不是很長，都有辦法這樣短短的一年裡面、一年多裡面就送出 3 個法案。另外一個法案沒有送，就是原住民族生活多樣形式之保護條例，這個法我們本來也要送，後來綜觀全世界講生物多樣性的，還是一個形式而已，很多人都覺得還有很多有待討論的地方，所以不太敢送。我很怕這些本身都不是很專業，還敢送法案，這不笑掉人家的門牙，所以我不太敢送，就除了這個法以外。所以因此剛剛特別提到法律競合的問題，這是未來原民會特別要努力的地方。我很簡單的說明。

好在鄭委員也都在，鄭委員也是學法律的，我相信你們幾位的問題都會讓原民會做為重要的參考，在推動跟原住民相關法案修法的時候做一個參考。其中最大最大競合的問題就是今天我們討論最核心的原住民的土地延伸出來的，這裡面包括野生動物保育法、國家公園法，包括其他的森林法等等，幾乎都跟原住民土地的權利有關，是有高度競合的。我們繼續看看各位有沒有其他的意見。

蔡志偉主任：

好，繼續有沒有其他朋友有一些想法？也可以針對剛剛兩位提問人的一些想法來回應。有嗎？

參與者 C(陳采邑律師)：

不好意思我也是台東人...剛剛那個台東的鄉親有提到一些事情我必須要回應一下，就是...打獵不會用探照燈啦，那個叫頭燈，那為什麼要用頭燈？因為晚上要看眼睛、才看得到獵物的眼睛才可以分辨。另外一個部分就是有關於懷孕的部分，因為目前像山羌就是兩年三生，那其實他們不論怎麼躲的話，都有可能輪到獵物懷孕的時間，像竹筍季剛好是三、四月，竹筍季的時間剛好是山豬懷孕的時間，可是山豬會破壞農作物，所以這部分可能就會有野獸受住民的傳統慣習原則上是相衝突的，那你說因為申請所以我們就讓原住民就這樣子就好了，我是不這樣認為，因為目前被逮捕判刑害的問題，那野獸受害，其實受害像日本他們一樣是用打獵的方式來減輕對農作物的傷害。我要表達的是，申請的程序性其實對原住民的傳統慣習原則上是相衝突的，那你說因為申請所以我們就讓原住民就這樣子就好了，我是不這麼認為，因為目前被逮捕跟判刑的族人是因為__被判，而不是因為申請的這個程序、文化祭儀而被判刑的。所以目前的狀況之下其實是因為傳統慣習，原住民的傳統慣習跟國家法制一直在衝突，那導致現在原住民的授獵文化事實上是產生一種很混亂的地步。

我要說的是管理的部分，就是獵場的管理，重點其實不在懷孕的獵物，其實他已經走到陷阱裡面、已經被逮捕了，如果你不帶回來的話，原則上他是祖先的禮物，其實他會違反原住民的禁忌，所以你一定要把他帶回來。那這個部分的話，你不能因為他帶回來一個懷孕的獵物就說他已經違反傳統的慣習，這樣子分可能會太過於武斷。我要說的是，其實應該是數量的問題才是最重要的，因為現在林務局的部分事實上沒有辦法統計所有的野生動物的數量，那這個數量的統計...所有最了解數量的其實是在原住民的獵人身上，那因為現在沒有辦法把獵物跟原住民狩獵這件事情除罪化，導致現在獵人打到什麼樣的獵物其實主管單位也都不知道。其實這樣是一個不好的、不健康的管理方式，所以應該要盡量趕快讓狩獵除罪化，讓獵人可以安心的在他們的獵場裡面去過他原本的生活，重點是他可以把獵物的數量回報給主管單位，讓主管單位去研究說每年的獵物的數量有沒有按照比例在減少，來做整個獵場跟野生動物的管理。我覺得這樣可能會比較適合，以上補充。

蔡志偉主任：

好，我們謝謝律師，那我們請淑雅老師。

林淑雅教授：

我同樣也是要對非原住民的朋友致敬，因為至少在像今天這樣的場合裡面，

兩千三百萬的非原住民還有人願意提出確實他是主流社會有的一些疑問，那剛才柴律師已經有做了一些補充，我也想說一下就是說，為什麼我們現在會看到包含原住民文化上面沒有看到百分之百、近乎百分之百的規範保存下來？因為我們如果從時間點上面切開，切開前面也切開未來看到現在的狀況的話，那這當然是我們目前所看到的情況，之所以會有這樣的情況呢，我們必須要看的是這一百多年來當國家在原住民族的土地上面，不管是說政治經濟社會文化或生產，各式各樣的所有東西都被限制的時候，那狩獵是其中的一環。在他們的土地上頭這些全部都是被限制、國家有各式各樣的管制在他們身上的時候，原住民在挑戰的規範其實不是在挑戰他自己內部的規範，而是在挑戰國家的規範，但是他這種挑戰的方式是沒有辦法找到一個出路的，也就是他的生計仍然有種種的困難。

那在這種狀況之下，我們國家法令即使轉型了，開始想要略略的開放，然後所謂的尊重原住民的文化或是規範，但是老實說，仍不是一個整體的、有效的回復的狀況之下，原住民在這種夾縫當中，他自然就會出現一個他不信任國家的規範，而且他對於自己的規範因為時間已經有點遙遠了，而且情境已經改變了，所以他會用某一種像剛剛柴律師所說的，他其實是有一點在搖擺、混亂當中，他想要重新找回他自己。那如果我們可以這樣子理解的話，就會知道一個重製的、而且沒有理解原住民自己是用什麼樣的規範在自我管理，然後我們現在看到的這個結果就是，國家規範不會被遵守、傳統規範可能也受到瓦解，而且需要很長的時間才能夠去復原。

另外提到的就是說，我們看到某一些人有比較好的規制的狩獵狀況，我們覺得很難過，那我也必須要講說，在這一百多年來原住民眼睜睜的看著他們賴以維生的土地、而且是要傳給世代祖先的土地，被我們所有的國家機關要不就是用一種破壞環境的方式在出租、在核准使用、在標售、在規劃森林遊樂區，然後設置了各式各樣的設施還有風景管理區，原住民看到這種狀況，只能慘不忍睹、眼淚流到乾，他都沒有辦法阻止這樣的現況的發生。所以當我們在說，原住民如果主張了他的傳統領域，那漢人要去哪裡呢？原住民的傳統領域並不是在要求排外，或者是像我們理解的、我們用漢人的方式去思考傳統領域，那其實就完全誤解了傳統領域的概念。也許我們的自然資源管理機關，特別是像林務局，當我們真的去了解什麼叫傳統領域的時候，我們就會知道林務局在後來，過去當然是在砍樹嘛，但是現在比較朝向保育以及可持續發展的目標，大概你也能才從原住民的傳統規範裡面去找到你們的夥伴。所以我們看到的就是原住民有批評我們公部門的部分，公部門或者我們的主流社會也認為原住民有「沒有那麼傳統」的部分，那我覺得最佳的方式就是在原住民裡面，這種為了要堅持自己的傳統、捍衛自己的領土而且可持續性發展的這些人，國家應該要有能力去辨識出這些人，一起跟他們合作。

至於在談到，我們想像原住民成為一個主體或組成一個政府之後，會不會傷害他自己的成員？會不會對外面的成員造成一些侵害？要如何救濟？那我只能夠很簡單的講說，如果中華民國跟原住民族在比如說在目前這個階段，就討論出

一個有資格處理這種紛爭的司法的監督的機構的話，那有可能我們將來在面對這種可能，因為我們現在當然都只是想像而已，將來可能權益侵害方式進行救濟的話，那這會是一道防線。不過比較重要的是，當我們今天在談原住民族各式各樣的權益的時候，老實說，透過諮詢這已經是很正式又可以非正式去運用的這種管道，現在也許我們的原民會...不知道，因為我們什麼事情都說拜託原民會要去做，其實我們就可以這樣每一個族群，你不用指定是誰，只要告訴每一個民族說也許今天他們提出自己的憲章，提出他們自己組織上面他們想要對於他們另一個成員想要管理什麼事情的，還有他們土地想要怎麼去維護他，或者是只要更簡單的、只要對他們內部成員，他到底想要管理什麼事情？他如何自己組成？我們看到了不同民族的版本之後，我們才會知道說，那請問他們是不是真的會傷害自己的族群呢？否則當我們現在在假設他們民族自己成為一個政府之後，會侵害他的族群成員，或是會傷害外人，其實都是單純流於想像。所以先讓透過這種諮詢的管道，或者是非正式也好，讓每一個族群的想法出來之後，我們才有辦法去問說：那將來如何去解決這個有可能但是不一定會存在的這些衝突。

那至於像...不好意思我也想借時間回應一下剛才前一個階段有提到說，原住民族的同意權，當原住民族否決掉、沒有同意，就是當他拒絕通過這個同意的時候，申請人、申請發展的人，有可能是政府也有可能是私人，到底該怎麼辦才好？那我必須要講說，原住民族基本法出現的這個同意權，是一個少得可憐的防禦的權力。也只有他這個強而有力的、最後的防線，就是同意與否這樣，才有可能在這個階段充分的去...也不是充分，就是在這一個部分能夠保護原住民族，所以他的內容呢，關於他的文化、價值觀、宇宙觀、天人觀這種實質內容的否決的這種事情，是不可能有任何的包含司法機構，外在於原住民族的司法機構，去進行審查的，因為如果這樣就完全牴觸了原住民族同意權裡面最核心的內涵。像我剛才有提到說，至於在程序上面，如果原住民族他自己已經提出了一個公式出來、一個他願意遵守的、他內在規範當中的程序的話，那當然有可能他的內部成員或外在，都可以透過他這個形式上面的程序去表達說，是不是這個同意權的行使沒有完全符合這樣子的程序。那我只是簡單的回應就是，這個原住民族的同意權，是目前僅有的，而且是在法律上可以...就是在基本法出來之後可以直接適用的、對於原住民族有限的保護。謝謝。

蔡志偉主任：

好，謝謝。

主持人林江義主委：

好，我簡單的說明一下，首先第一個問題，又回到狩獵文化的部分，其實在這次野生動物保育法的修法也好，上一次你們舉辦的時候我因為忙沒有時間去參與...其實我個人的觀點，我為什麼比較主張回到部落？我們做一個假設好了，在座很多原住民一定有這個經驗，我們就說台灣獼猴這個動物好了，台灣獼猴現在

還列為保育類的動物，我好幾次跟當時農委會的主委陳保基，跟他提到說台灣的獼猴已經多到跑到原住民地區家庭的廚房幫你開冰箱，這麼嚴重的氾濫，為什麼你們農委會好像裝做不知道這個問題？他說他們也跟現在農委會的官員、也是動物保育的審查委員會提過，但是都沒有過。剛剛特別提到的，去用一些比較科學的方式來核算這些動物在台灣，其實我覺得在我們台灣一些學術單位、人文保育，好像講得很有道理，其實你問台灣原住民，他們會覺得很沒道理。我舉很簡單的例子，台灣的獼猴也許在復興鄉、在南投縣，是真的數量不...達到被保育的程度、數量很少，可是你問花蓮、台東的，恐怕是非常的氾濫。結果你要用那個復興鄉的、那一鄉的標準來叫台東不可以狩獵，那他們會覺得很委屈耶，所以我們才會說應該最清楚這個動物是不是可以達到可以讓他開放狩獵，其實是部落的人最清楚，部落的人非常清楚。能不能做一個鞋子來規範這麼大的台灣地區、原住民地區的野生動物的生態，其實是可以討論的，是要很精緻討論的一個問題。我並不是反對，但是用一個標準來規範不同原鄉的現況，恐怕有討論的空間。這是我的看法啦。

那第二個特別提到這個傳統規範，剛剛那個林老師特別提到，其實我們這個研討會第一年、第二年、第三年他的名稱叫做原住民族傳統慣習規範納入國家法制的研討會，是納入國家法制的研討會喔！不是像現在我們這樣按照習慣規範與國家法制研討會，不是這樣的一個名稱，而是納入國家法制的研討會。當初...我當時當副主任委員，從第一年我們用這樣的名稱一直推，是希望有一天納入國家的法制的這樣的研討會，邀很多法界的朋友來，包括律師界的、包括檢察官跟法官。但是這個傳統規範，就目前跑了這麼多年，他始終還沒有走到...我們講的法制的成熟的階段。唯有我們設了一個讓原住民可以行使原基法第 21 條，這是唯一在面臨納入國家法制以後，唯一可以來對抗國家主權的、很重要的原住民最卑微的權力。最卑微的權力，真的，我是這樣看。假如你連行使同意權的權力都不給他，這個傳統規範恐怕只有聽聽而已了啦，但是我們也知道行使同意權，包括知情，根據我們實務的操作，不是一件很容易的事情，我們原住民地區還在慢慢摸索怎麼行使他，但是這恐怕是在納入法制之前，我們恐怕唯一現在能夠來對抗很多國家其他法令最後的力氣。我想這是一個很卑微的情況，我非常主張原住民族基本法目前的第 21 條，本來原來的條文...我當處長草擬，我們擬這個條文跟立法委員達成的共識，叫做政府跟私人在原住民族的土地從事土地開發，支援也有生態保育跟學術研究，一定要諮詢當地的原住民、行使他的同意權或者是參與，如果有利益，也要當地的原住民可以分享。是這樣的一個概念來立的，日後因為...我們鄭委員也提到很多修正案，慢慢把部落以及周邊的範圍通通劃設放在裡面，慢慢擴大他的...那最近有一位委員是徹底把他改掉了，像當初立法的意旨又和他的出路...不過這個留給原住民的委員自己內部去慢慢的談好了。總之，這 21 條行使同意權，我認為現階段還是很必要的，在沒有把原住民的傳統規範納入現行的國家法制規範的階段，他仍然有高度的被需要性，我是這樣子來看這個問題。

蔡志偉主任：

因為我們大概時間的關係，有沒有最後一位還想要做提問或發言的？好，那我想我們今天就在這裡來結束我們這兩天的研討會的討論，我們也非常謝謝主任委員能夠來這裡跟大家做討論，謝謝！

研討會照片集錦

研討會照片集錦

鍾興華副主委、立法委員高潞、蔡志偉主任、郭明正老師合影

第二場次發表人

第二場次與談人

第三場次發表人

第三場次與談人

第三場次與談人與主持人

第四場次與談人

王瑞盈處長

報名者簽到

報到處一景

公務人員簽到

休息時間太魯閣族茶點

茶點休息時間	第四場次與談人
第五場次參與者	第五場次與談人
第五場次發表人	第六場次與談人

第六場次參與者

第六場次與談人

第六場次發表人

圓桌會議林江義主委與蔡志偉主任

參與者分享

陳采邑律師回應

圓桌論壇	鄭天財立委參與圓桌論壇
會議一景	圓桌論壇
曾興中科長參與圓桌論壇	圓桌論壇後大合影

國家圖書館出版品預行編目(CIP)資料

原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會論文集. 第六屆 / 國立臺北教育大學教育經營與管理學系編輯. -- 初版. -- 新北市 : 原住民族委員會, 2016.06
面 ; 公分
ISBN 978-986-04-9062-6(平裝)

1.原住民行政法規 2.文集

588.2907 105011239

第六屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會 論文集

2016 年 6 月出版

發行人：夷將·拔路兒 Icyang Parod

出版單位：原住民族委員會

地址：24220 新北市新莊區中平路 439 號北棟 14F 15F 16F

網址：http://www.apc.gov.tw

編輯單位：國立臺北教育大學教育經營與管理學系

編輯助理：蔡維庭

出版年月：2016 年 6 月

版次：初版

價格(定價)：$300元

GPN：1010501033

ISBN：9789860490626

未經本刊及作者同意不得轉載