臺灣原住民族法學

Taiwan Indigenous Law Review

專題論文

臺灣原住民族漁獵權於憲法上之立論基礎與保護意涵　王毓正　010

論文

跨國能源投資、永續發展與原住民人權　楊宗翰　034

從原住民「傳統領域」爭議論「知情同意權」之保護　吳吉村　064

淺論財團法人法對於原住民族相關組織之影響　黃惠鈺　078

原住民司法案件與國民參審　胡博硯　090

對土地徵收條例中安置計畫之檢討　雷化豪　106

迴響

民事案件中的習慣法完成　高慧玲　124

猶待努力的原住民權益　黃楚婷　150

專題報導

大成台灣律師事務所　158

第八期 2021.07

臺灣
原住民族
法學

第八期

出版序

《臺灣原住民族法學》期刊，已經邁入了第 8 期。首先要感謝這一路以來，廣大讀者與文獻作者們對於本刊的熱情支持與愛護！

今（2021）年聯合國原住民議題常設論壇集會已於線上舉辦，主題為「和平、正義及健全體制：原住民在落實第 16 項永續發展目標的角色」。外交部與原住民族委員會合辦線上研討會，並邀請長年參與聯合國原住民議題的多國專家學者及青年原住民代表與會，向國際社會分享臺灣實現原住民族轉型正義的進展，及努力回復原住民權利的承諾。

事實上，對於原住民族法學議題進行研究，在本會長遠的施政目標上，扮演了十分重要的角色。本會透過持續鼓勵原住民法學研究，已針對 14 族原住民族傳統習慣規範進行調查，並評估納入現行法制之可能。此外，本會一向關注國內原住民族重要判決編輯及解析，並陸續出版原住民族傳統習慣與國家法制研討會論文集。而臺灣原住民族法學期刊，更是臺灣就國內外最新的原住民法制動態，持續加以引介、分析與思想激盪的關鍵平台之一。

自 2020 年起全球適逢 COVID-19 新冠肺炎疫情，疫情無論對於各國產業發展、生活型態、民生健康…等方方面面，均產生重大衝擊。也使你我有機會靜下來反思：人類與自然、永續發展與生命意義等深刻課題。在疫情期間，臺灣社會各界，也再次體會作為「生命共同體」，不分種族、膚色、性別、年齡、政治立場等，相互扶持、共同團結抗疫的善念與信念。而全球原住民族議題的發展，在疫情與後疫情之經濟復甦期間，也衍生更為多元的法學課題，例如 COVID-19 凸顯了影響原住民族已久的不公義，特別是聯合國「原住民族權利宣言」所提多項權利。此也呼應 2021 年聯合國原住民議題常設論壇，並以後續研究，為世界提供反省、向前邁進的絕佳機會。

本期《臺灣原住民族法學》期刊，同樣也榮幸邀請到各界專家學者，就嶄新的原住民法學議題，提出獨到與深刻之觀察。而本期主題，即環繞原住民族權利、跨國經濟活動、土地爭端與司法救濟等之脈絡開展。本期之專題論文，係由國立成功大學法律學系王毓正副教授之大作「臺灣原住民族漁獵權於憲法上之立論基礎與保護意涵」。該文從憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項作為原住民族群體權保障之依據，並對於野生動物保育法進行檢視。該文特別指出原住民族狩獵傳統應從歷史發展、族群共享之土地權及自然資源權出發來理解，且為了避免淪為同化措施以及「泛原住民族」之虛象化，而不應從個人基本權利之解釋來作為憲法保障，同時也須與原住民族相關之國際人權公約意旨同時並進。

此外，本期之各篇論文分析，內容也相當精彩，並涵蓋當代多元之原住民族法學研究議題。「跨國能源投資、永續發展與原住民人權：以近年國際公約發展與訴訟案例為核心」（該文作者為國立清華大學環境與文化資源學系助理教授楊宗翰）、「從原住民「傳統領域」爭議論「知情同意權」之保護」（作者為東吳大學法律學系碩士的吳吉村）、「淺論財團法人法對於原住民族相關組織之影響： 以「財團法人原住民族文化事業基金會」為例」（作者為東吳大學博士班、執業律師黃惠鈺）、「國民參與審判與原住民司法案件間的關系」（作者為東吳大學法律系教授胡博硯）到「對土地徵收條例中安置計畫之檢討 —以落實原住民之適足住房權保障為例」（作者為東吳大學法律學系博士生、東吳大學兼任講師雷化豪），均顯示原住民族法學之研究，具有其多元且超國界之面向，以及與當前之國際人權與經貿法律體制等，具有相互融合，與未來從事法制創新之空間。

同樣重要的是，本刊一向重視學術交流與知識間之對話。因此，本刊自第一卷第三期以降，均設有文章迴響之專欄。此專欄係邀請學術、法律與社會各界，就本刊先前已發表之文章，再從另一不同角度，進行對話與探討。目的不在於評價好壞，而係激盪更多之想法與新觀點。本期同樣榮幸邀請國立臺灣大學歷史學研究所碩士暨國立政治大學法律科際整合研究所碩士高慧玲，從臺灣高等法院花蓮分院 109 年度原上字第 5 號事件出發，探討民事事件中的原住民習慣法。此外，另一篇迴響，則是政治大學法律學系博士班黃楚婷，針對近期大法官第 803 號解釋（王光祿案），探討原住民多年來狩獵上的困境，與猶待努力的原住民權益問題。

然而，原住民族之法制與各類新興議題，於國際間變遷相當迅速，實有隨時加以更新、掌握趨勢之必要。因而，本期在專題報導部分，涉及的重要主題有： 大法官會議 803 號解釋、美國、加拿大之原住民權利發展、《烏魯魯內心之聲明》、原住民刑事被告之權利、澳洲原住民防範 Covid-19 計畫及模式等，議題橫跨全球各地，值得各位讀者參酌。

最後，本會也要在此感謝本期主編東吳大學法學院胡博硯教授以及編輯團隊所有成員之細心與費心，使本期之精彩內容，最終能呈現於讀者面前。在此，本會除持續積極推動政務外，也為原住民族法學之長遠發展，獻上誠摯地祝福。

原住民族委員會主任委員 夷將・拔路兒 Icyang・Parod

主編序

今年適逢新冠肺炎的疫情導致了各國都面臨了衛生與經濟上的重大挑戰，在這樣的情況下也衍生非常多的法律問題，這些問題遍及民刑法與行政法，這些都是我們要去面對的新挑戰。但在整體的大環境下，原住民族法學的討論在潮流上也是這幾十年來的新的議題，但是卻是一個進展很快的議題，不管在臺灣或者是美國、加拿大、紐西蘭與澳洲等要面對原住民問題的國家來說，這幾年來的討論都有長足的發展。

國內這二十年來的法制也進入了成熟期，二十年訴願法、行政訴訟法與行政程序法紛紛制定與實施行政法法制日趨完整。而原住民族基本法實施二十週年也使我國原住民地位有著長足的進步。在此之時，原來以引介國外理論為主的原住民族法學的討論，也必須要深根，建立臺灣原住民族法學的釋義學理論。而就在此目的下，原住民族委員會在幾年前創辦了臺灣原住民族法學，期待藉由本刊，匯集國內原住民族法學研究專家學者，共同投入原住民族法學研究工作，並持續對重要的原住民族法律議題探討。

臺灣原住民族法學在歷任主編的慘澹經營下已經有了長足的發展，本期各篇文章，除邀請國內知名法學專家針對特定議題來作探究外，並有業內學有專精之人士的主動投稿，顯然本期刊在經營上，已經是國內原住民族法學的重要刊物。本期刊的論文有涉及到傳統名制與身分認定、政治參與、文化抗辯、土地管制等不同的面向問題，這些問題有原住民族法制長期以來的爭議，也有近幾年來討論的焦點所在。

今年，在蔡英文總統以及第十屆立法委員上任後又興起了修憲的熱潮，在過往的七次修憲中，對於原住民族的地位與人權有著非常重要的影響，除了把長期以來帶有污名的「山胞」正名為原住民外，憲法增修條文中提及的「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。」

但是目前原住民族在政治參與、司法親近以及土地管理與原住民自治等議題上，實務發展無法趕上族人與一般民眾的期待，這個或許未來在修憲甚或是制憲的時候都必須要作考量的。本刊未來也會隨著時局的發展，規劃不同的主題或者邀請學者針對相關的問題提出建議。

本刊主要的使用與推廣對象，多為專業人士，但是本刊也透過專題報導的方式，介紹國內外原住民族法律制度的相關衍變，使一般非學習法律學科的民眾，也藉此可以了解原住民族法學的動態。

東吳大學法學院專任教授 胡博硯

《原住民族法學》期刊

發 行 人：夷將・拔路兒 Icyang Parod（原住民族委員會主任委員）
指導委員：夷將・拔路兒 Icyang Parod（原住民族委員會主任委員）
總 編 輯：胡博硯教授（東吳大學法學院專任教授）
編輯委員：（依姓氏筆畫排序）
何謹言律師（大成台灣律師事務所高級合夥人）
林合民律師（大成台灣律師事務所管理合夥人）
林秀雄教授（輔仁大學法學院榮譽講座教授）
林淑雅助理教授（靜宜大學法律學系專任助理教授）
施慧玲教授（國立中正大學法律學系教授）
海樹兒・犮剌拉菲 /Haisul Palalavi（台東大學文化資源與休閒產業學系助理教授）
項程華助理教授（中國文化大學行政管理系助理教授）
蔡志偉副教授（東華大學法律學系副教授兼系主任）
謝在全教授（前司法院大法官 / 東吳大學兼任講座教授）
魏憶龍律師（亞太綜合研究院院長 / 大成台灣律師事務所管理合夥人）
執行編輯：張凱娜博士（大成台灣律師事務所高級顧問）
楊宗翰博士（大成台灣律師事務所高級合夥人 / 清華大學環境與文化資源學系兼任助理教授）
編輯助理 ：王政凱律師（大成台灣律師事務所）
黃乃芙律師（大成台灣律師事務所）
黃雅琪律師（大成台灣律師事務所）
照片提供：李友煌

出版單位：原住民族委員會
新北市新莊區中平路 439 號北棟 15 樓
網　　址：http://www.cip.gov.tw
編輯單位：大成台灣律師事務所
台北市大安區敦化南路二段 77 號 10 樓
網　　址：http://www.dachenglaw.com.tw
創　　刊：2016 年 7 月一年二期刊

《原住民族法學》期刊第八期 2021 年 7 月初版

G P N：2010500902
I S S N：2517-9187
定　　價：400 元

◎未經本刊及作者同意不得轉載◎

目　錄

出版序 002
主編序 004
編輯委員／版權頁 006

專題論文

臺灣原住民族漁獵權於憲法上之立論基礎與保護意涵／王毓正 010

論文

跨國能源投資、永續發展與原住民人權／楊宗翰 034
從原住民「傳統領域」爭議論「知情同意權」之保護／吳吉村 064
淺論財團法人法對於原住民族相關組織之影響／黃惠鈺 078
原住民司法案件與國民參審／胡博硯 090
對土地徵收條例中安置計畫之檢討／雷化豪 106

迴響

民事案件中的習慣法完成／高慧玲 124
猶待努力的原住民權益／黃楚婷 150

專題報導／大成台灣律師事務所

大法官會議 803 號解釋「野生動物保育法」規定原住民族
獵捕野生動物採事前許可制的爭議 158
加拿大最高法院：美國原住民在加拿大享有原住民權利 162
美國首位原住民內閣成員 Deb Haaland 164
雪梨大學法學院宣布正式支持《烏魯魯內心之聲明》 166
近 40 個人權團體聯合致函澳洲政府：要求改善原住民族被告人權 168
澳洲原住民防範 Covid-19 計畫及模式 170

期刊稿約與審稿規則 172

臺灣原住民族漁獵權於憲法上之立論基礎與保護意涵

兼論野生動物保育法及槍砲彈藥刀械管制條例相關規定之合憲性

王毓正 *

目次

壹、前言
貳、有關「憲法是否保障原住民族狩獵文化權？」
　一、概念：原住民族狩獵文化權或是狩獵傳統？
　二、取徑：個人權或群體權？
參、以群體權建構原住民族狩獵傳統之憲法保障
　一、以歷史主權說為基礎之土地權及自然資源權立論
　二、避免個人基本權利取徑淪為同化措施
　三、避免「泛原住民族」之虛象化
　四、先於國家權力與憲法而存在之權利本質
肆、憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項作為原住民族群體權保障之依據及對於野生動物保育法之檢視
　一、憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項的保護內涵與範圍
　二、從「積極維護發展原住民族語言及文化」誡命檢視野保法第 21-1 條第 2 項
　三、野保法未能保障原住民族土地管理機制而有違禁止保護不足原則
伍、野生動物保育之憲法依據、理論基礎、內涵及範圍
　一、德國基本法第 20a 條之借鏡
　二、憲法增修條文第 10 條第 2 項
陸、槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項之合憲性
柒、結論
捌、參考文獻

壹、前言

台東縣布農族獵人王光祿（Talum）為了讓年邁的母親嚐野味於 2013 年 7 月及 8 月間，持土造長槍一枝於未經許可下先後獵捕山羌及臺灣野山羊等野生動物，而行為時前述兩類動物皆屬行政院農業委員會（以下簡稱「農委會」）所公告之保育類野生動物。本案由臺灣臺東地方法院檢察署檢察官起訴後，經臺灣臺東地方法院

* 國立成功大學法律學系副教授。

102 年度原訴字第 61 號刑事判決，認王光祿分別構成非法持有可發射子彈具殺傷力之槍枝罪及非法捕獵保育類野生動物罪，故分別以槍砲彈藥刀械管制條例第 8 條第 4 項及野生動物保育法第 41 條第 1 項第 1 款為據，處有期徒刑 3 月 2 月併科罰金新臺幣 7 萬元及有期徒刑 7 月。被告提起上訴，迭經臺灣高等法院花蓮分院 103 年度原上訴字第 17 號及最高法案 104 年度台上字第 3280 號刑事判決駁回上訴確定。嗣最高法院檢察署檢察總長以前開臺灣高等法院花蓮分院判決違背法令為由，向最高法院提起非常上訴。

最高法院於受理非常上訴之後，依刑事訴訟法第 445 條第 2 項準用同法第 394 條第 1 項、第 2 項規定，開庭調查並於專家諮詢、進行評議後，本於法的確信認槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項及野生動物保育法第 18 條第 1 項至第 3 項、第 21 條之 1 以及相關裁罰規定於遇有原住民族狩獵行為時，有違反憲法第 23 條比例原則、法律保留原則及法律明確性原則，亦逾越了憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段之規範意旨，而有違憲之虞。故裁定停止審理程序，並於 2017 年 9 月 28 日聲請憲法解釋。

司法院大法官為審理前開之憲法解釋聲請（會台字第 12860 號王光祿等聲請解釋案），訂於 2021 年 3 月 9 日上午 9 時於憲法法庭舉行言詞辯論。筆者受司法院委託擔任鑑定人之一，並針對本案提出書面鑑定意見。本文即是以前述之書面鑑定意見為基礎，進一步改寫而成，於此合先說明。

貳、有關「憲法是否保障原住民族狩獵文化權？」

一、概念：原住民族狩獵文化權或是狩獵傳統？

有關憲法是否保障原住民族狩獵傳統之相關討論，有從生存權或文化權的角度出發確立規範依據者[1]，亦有更進一步以信仰自由、財產權、人格權等基本權利為基礎進行釋義，嘗試使該行為被納入憲法保障之下[2]。然而，原住民族狩獵傳統的意涵，未必僅能侷限於文化或精神層次之個別基本權的意涵；相對於此，從國外相關的討論亦可發現，原住民族的漁獵或狩獵傳統毋寧是放在集體性之傳統土地利用方式，而且是一種行使自然資源權的表現方法之脈絡下被探討的，又由於此一土地利

1 例如鄭川如，＜由生存權、文化權而來的狩獵權 - 從美國最高法院判決談臺灣原住民的狩獵權、漁權＞，臺灣原住民族研究學報，第 2 卷第 1 期，2012 年，第 118 頁至第 124 頁。

2 王光祿聲請人所提出之釋憲補充理由書（以下簡稱「王光祿釋憲補充理由書」），第 6 頁至第 30 頁。https://cons.judicial.gov.tw/jcc/zh-tw/contents/show/hvhfgzvdirnkavh8（瀏覽日：2021 年 2 月 20 日）。

用及自然資源權之行使又具有先於國家權力及法律而存在之事實[3]，從而土地權與文化權、認同權以及自治權是種環環相扣的存在，而有必須放在同一個脈絡來探討，不宜將原住民族進行漁獵狹隘地定性為文化權或文化表現。

因此，倘若在未對於原住民族之狩獵傳統意涵充分掌握之前，逕以原住民族狩獵文化權稱之，一方面除了有可能忽略了其與憲法相關規範於論述上之連結，此例如憲法增修條文第 10 條第 12 項當中之「經濟土地」或是原住民族基本法第 20 條第 1 項所謂「政府承認原住民族土地及自然資源權利」；另一方面亦有可能導致各種不同族群之文化慣習在探尋憲法保障時，被不適當地等量齊觀。尤其是倘若吾人將原住民族狩獵傳統與移民文化相關之動物祭儀或飲食文化所伴隨之「文化抗辯」（cultural defense）放在同一憲法層次或相同脈絡來進行探討，即等同忽略了前者在歷史上先於國家權力及法律而存在的事實，而無視於二者於議題本質上之差異。換言之，原住民族狩獵傳統在涉及與憲法所保障之法益或基本價值相衝突時，而探討能否被正當化時，並非僅單純涉及文化或價值之間的衝突而已；相反地，從臺灣歷史觀之，不只先於目前國家權力與憲法而存在[4]，甚至亦先於目前主流文化而存在。此外，原住民族的傳統認知來看，其具有與土地利用或自然資源權密切相關之特性，也因此並非如同一般文化表現具有空間流動性的特質，亦即昔日各個部落擁有獨立的部落主權，堅守各自的傳統領域、獵場，彼此互不侵犯[5]。

基於前述之理由，本文認為以「原住民族狩獵文化權」作為討論的議題，似不若改以「原住民族狩獵傳統」為宜。

二、取徑：個人權或群體權？

有關王光祿聲請釋憲案之言詞辯論的爭點題綱之一提到，我國憲法是否保障原住民（族）（狩獵）文化權？上述權利之憲法依據、理論基礎、內涵及範圍為何？其性質屬於個人權或群體權或二者兼具？除了原住民族狩獵文化權之用詞，本文認為似宜改稱「原住民族狩獵傳統」之外，亦認為似應先確立原住民族狩獵傳統究係受到憲法個人權或集體權或二者兼具所保障，始能進一步就憲法依據、理論基礎、內涵及範圍為何等問題予以回答。

3　施正鋒，加拿大 Métis 原住民族的自治區—歷史回顧及政治過程的觀察，收錄於施正鋒、吳珮瑛著《原住民族的主權、自治權與漁獲權》，2014 年，第 114 頁；鄭川如，前揭註 1，第 103 頁。又例如挪威人類學者 Søftestad 所指出「土地作為原住民族傳統文化之根源」，Søftestad，Indigene Völker und Landrechte: ein Überblick. Geographic Helvetica 1988, Nr. 4, p. 164.

4　即如《原住民族基本法》第 20 條的立法理由：「依原住民族定義得知國家建立之前原住民族即已存在，是以國際間各國均尊重原住民族既有領域管轄權，並對於依附在領域管轄權所衍生的原住民族土地及自然資源權利也均予以承認」。

5　鄭川如，論兩人權公約中原住民狩獵權漁業權的內涵，臺灣原住民族研究季刊，7:3 期，2014 年 9 月，第 83 頁。

相對於王光祿聲請人所提出之釋憲補充理由書主要係以個人基本權利為論證基礎，本文則傾向於從群體權出發並兼採個人權之論述取徑。主要原因有四：1. 以歷史主權說為基礎之土地權及自然資源權立論；2. 避免個人基本權利取徑淪為同化措施；3. 避免「泛原住民族」之虛象化；4. 先於國家權力而存在之權利本質。

參、以群體權建構原住民族狩獵傳統之憲法保障

一、以歷史主權說為基礎之土地權及自然資源權立論

若欲闡述臺灣原住民族在現行憲法規範上應受到之保障的議題時，但卻不從原住民族歷史發展出發，自然容易導向以個人自由平等等理念出發，而僅對於現階段原住民群體之處境加以考量之後，再對於相關之基本權利進行重新詮釋，如此不僅混同了原住民族與其他社會弱勢於本質上不同，而忽略了原住民族弱勢的原因並非在於社會少數，而是來自於國家權力所造成的歷史壓迫結果，甚至也包括被內化到國家統治工具的非原住民社群的排擠[6]。從而所採取的手段則是提供更加優渥的社會福利措施或更穩定的工作機會，但其結果可能更加速原住民族僅存的文化及社會組織的崩潰，以及原住民族對於土地及土地資源的支配權的消失殆盡[7]。甚至，不自覺地淪為僅是延續日治時期及早期國民政府同化策略下所採行之福利殖民主義[8]。

更重要的是，倘若吾人闡述臺灣原住民族在現行憲法規範上應受到之保障的議題時，不從原住民族歷史發展出發，並且僅從個人基本權利立論的話，亦將無法充分理解為何還需要制定憲法增修條文第 4 條第 1 項第 2 款及第 10 條第 11 項、第 12 項之規定，為何對於所指涉之規範對象稱為「原住民」或「原住民族」（indigenous peoples/ indigenous populations）而不是少數民族（Ethnic Minorities）。

至於何謂「原住民族」？現今相關之討論一般皆以厄瓜多爾籍學者 José R. Martínez Cobo 教授接受聯合國「促進及保護人權次委員會」委託並於 1984 年所提出《歧視原住民人口問題研究報告》（Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations）（以下簡稱「Cobo 報告」）作為依據[9]。Cobo 報告之第五章主要即是擬處理原住民族定義的問題，其提出「原住民社區，係指族群

6 陳張培倫，原住民族主權初探，收錄於施正鋒主編《原住民族主權國家主權》，2012 年，第 70 頁至第 72 頁。

7 雅柏甦詠•博伊哲奴，臺灣原住民族主權的虛相與實相，收錄於施正鋒主編前揭註 6 書，2012 年，第 101 頁。

8 有關殖民福利主義，以撒克 阿復，阿美族的主權—主權運動與阿美族社會改造工程，收錄於施正鋒主編前揭註 6 書，第 182 頁。

9 有關 Cobo 報告的全文，https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/publications/martinez-cobo-study.html（瀏覽日：2021.02.20）.

或民族在外來勢力入侵其領域之前或其領域被殖民之前，即已長期地、具歷史性地存在，且這些族群或民族認為自己與這些目前占據他們昔日領域的社群們是有所區別的。這些族群或民族在今日並非屬於社會主流或具支配地位的群體，然而決意依照自己族群的文化模式、社會制度以及規範體系，去保存、發展及傳遞他們祖傳的傳統領域與族群自我認同，以作為族群存續的基礎」[10]。儘管 Cobo 報告所提出之定義要周延地涵蓋全世界的原住民族存在著不小的困難，然而此一定義基本上成為聯合國後續相關議題的討論上的基礎，同時在聯合國以外的場合也被廣泛地採用。此外，亦有學者[11]提出一個主觀與三個客觀的「原住民族」界定方式。客觀要件為：1. 該族群或民族先於後來統治者或主流族群而存在；2. 該族群或民族現在非為主流或支配地位之社會族群；3. 與主流或支配地位之社會族群之間具有文化上之區隔性。主觀要件則為取決於自我認同為原住民族成員的程度。

透過前述之原住民族的定義與界定要件之介紹，可以發現臺灣原住民族即同時具備相符之特徵[12]，從而也可以理解其並非是因為族群人口數少而應受到保障，而係其先於後來侵入之國家統治以及具支配地位族群之意志為基礎所建立之法秩序而存在，並於其所屬之領域上控管與利用土地及其所屬的自然資源（農、林、漁、牧），當中包括漁獵及採集等經濟性的行為，也發展出包含漁獵文化或相關傳統祭儀，同時土地權亦是其族群政治權利的基礎，因此可以說土地資源的控管與利用行為都構成了原住民族部落實現自主發展（自決 / 自主）的重要基礎[13]。

此即如學者[14]明確指出的，《原住民族基本法》之三項基石在於：1. 原住民族自決、自主、和自治；2. 確保原住民族土地、傳統領域 和自然資源；3. 保障原住民族有效的實質參與。亦即，現行《原住民族基本法》所規範之原住民族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（Free, Prior, and Informed Consent）與有效參與（Effective Participation）作為實踐手段。前述《原住民族基本法》之三項基石，即是建立在以歷史主權說為基礎之土地權及自然資源權理論之上，然而在憲法規範的連結上，似難以從個人基本權利推導而出，而憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項又欠缺明確地僅規定「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化」，「國家應依民族意願，

10　COBO, J. R. M. (1986): Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations. Bd. 5, 29. In: UN Doc. E/ CN.4/Sub.2/1986/7.

11　Søftestad，同前揭註 3。

12　雅柏甦詠•博伊哲奴，前揭註 6 書，第 77 頁至第 102 頁；以撒克 阿復，阿美族的主權—主權運動與阿美族社會改造工程，前揭註 6 書，第 168 頁至第 183 頁。

13　Søftestad，同前揭註 3，p. 169；陳張培倫，原住民族主權初探，收錄於前揭註 6 書，第 64 頁。

14　蔡志偉，初探現行法制下臺灣原住民族狩獵權與採集權力的意涵，收錄於《第一屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會論文集》，2010 年，第 227 頁。

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」，而有待從歷史主權說以及原住民族土地權及自然資源權的角度，以充實其規範意涵。

二、避免個人基本權利取徑淪為同化措施

若姑且不論在特定情形下外國人亦得主張為憲法基本權利之權利主體，個人權通常係以國民作為權利主體，而此處所稱之國民自然亦包涵具我國國籍之臺灣原住民[15]。然而，此處倘若僅將臺灣原民族理解為現階段社會弱勢族群，並以個人自由平等等基本權利之理念出發，而僅對於現階段原住民群體之處境加以考量之後，再對於相關之基本權利進行重新詮釋，如此不僅如同前述混同了原住民族與其他社會弱勢於本質上不同，更甚至可能反而使得個人基本權利淪為優勢民族的同化手段。

國際勞 組織於 1957 年所通過的「第 107 號有關在獨 國家中保護和消除原住民、其他部落及半部落 種族差別待遇公約」（ILOConvention No. 107）儘管第 個提出原住民族和部落 權利，以及國家對他們應盡之義務的綜合性國際法律 件，然 卻不是 個成功或甚 是 個飽受批判的國際法律 件。也因此促成了國際勞 組織於 1989 年另外通過「第 169 號有關在獨 國家中的原住民族和部落民族公約」（ILOConvention No. 169），以修正 1957 年的「第 107 號公約」。

第 107 號公約最主要的問題在於，其貌似是為了保護和消除原住民遭受差別待遇的問題而通過的公約，但其採取的手段其實是一種家長監護式（paternalistic）及同化整合的（assimilatory）模式。即如國內學者所介紹，「第 107 號公約」 的在促使原住民族加 主流政治、經濟、法律與 化等價值體系中，並且致 於達到「發展」和「民族建 」這兩項國家主流社會不具爭議的 標。其並援引學者 Anaya 的說法，「『第 107 號公約』的主旨在於「架構作為成員的原住民族 和他們的權利是與 社會平等 致。然則，原住民族本身處於此一結構 正義之情境，所得享有的權利與利益分享，僅能在接受同化的過程後始能獲致制度上的次等保障」[16]。直到 1989 年的「第 169 號公約」的通過才使得國際原住民族人權政策走上正確的方向，亦即從依賴國家及主流社會到建立自身的文化價值，從被整合進當代工業化社會到承認原住民族作為獨立且有別於其他民族而存在的集體權利主體，從同化整合到多元政策、有自給自足能力並實現自我治理。

從「第 107 號公約」的推動經驗，可以明確得知，如果未能對於原住民族與其

15 原具有我國國籍之臺灣原住民，但因歸化他國而放棄我國國籍之情形並不無可能，然此一方面應為少數特殊案例，二方面非本次釋憲案言詞辯論關注的焦點，故本文為有意識放棄討論。故以下所稱之原住民，係以具我國國籍身分為前提。

16 蔡志偉，聯合國中的原住民國際人權，臺灣國際研究季刊，第 4 卷，第 2 期，2008 年夏季號，第 89 頁。

他族群在本質上之差異以及現今成為社會弱勢的癥結因素先予以明辨，即單純地以發展有差異的「國民」對待之，或是自由權利保障之調整，不僅淪為同化整合手段，而且已是被今日國際原住民族人權政策所揚棄之末流。而這裡所稱之「本質上之差異」主要係指其族群之發展歷史、社會制度、知識系統以及自我認同。鑑於此，當吾人在探求有關原住民族狩獵傳統是否受到憲法保障之問題時，若只單純以個人基本權利作為憲法規範依據，而既未能從臺灣原住民族被殖民的歷史過往來理解現階段社會弱勢之處境，亦未能正視此處所涉及並非是個人應如何受憲法的問題，而是群族集體的處境的問題，豈不是將我國憲法解釋帶回到 1957 年「第 107 號公約」之人權水準？

即如論者[17]正確指出，「西方民主憲政獲聯合國人權宣言所列出的基本個人權利並不足以保證族裔文化公正。…現代公民國家採取普遍主義的認同運動主張普遍人權的實踐，反而帶來同質化或同化的壓迫危機，解除某個壓迫，反而強化或深化另一種形式的壓迫。現代憲政主義打造了一個『一致性的帝國』，以一套自認為普遍有效、超越歷史限制的架構，逐步從西歐國家地區向全球各地擴張。它沒有耐心去調適、包容分歧的文化差異，而只想以進步的標準改變、整頓既有的不同規範。在現代公民國家締造的過稱中，為建構一種共同的新民族國家意識，常藉自由主義普遍人權和便利行政一般化之便之合法化理由，摧毀了原住民族的族群意識和集體概念」。

三、避免「泛原住民族」之虛象化

本釋憲案所關切者係原住民族狩獵傳統，有關何謂「原住民族」本文於前開已援引 Cobo 報告的定義，以及挪威人類學者 Søftestad 的認定要件作為說明，然而必須進一步說明的是，此其實僅為原住民族與其他非原住民族的外延區分，然而並非即當然意味著原住民族是一個血緣、文化信仰及社會制度等方面皆相同的「單一族群」，否則即陷入「泛原住民族」的認知謬誤[18]。

首先，目前為官方認定之臺灣原住民族共有 16 族，其各族在語言、社會制度及文化表現本即有所差異，也因此產生不盡相同的權利內涵。更重要的是，目前所稱之各族的分類並非源自於各族群的自我認知或我類意識所自然形成的。今日官方所承認的 16 族，主要係以國民政府早期延續日治時期所認定之 9 族為基礎而逐漸增加的。而無論是日本人類學者伊能嘉矩所提出之 4 群 8 族 11 部或是日治政府所採取的 9 族的認定，無非是以他者的身分依據例如體質的特徵、土俗的異同、思想的

17　以撒克•阿復，阿美族的主權—主權運動與阿美族社會改造工程，收錄於施正鋒主編前揭註 6 書，第 168 頁至第 169 頁。

18　有關「泛原住民族」的概念，請參閱以撒克 阿復，阿美族的主權—主權運動與阿美族社會改造工程，收錄於施正鋒主編前揭註 6 書，第 165 頁至第 168 頁。

現狀、語言的異同及歷史的口碑等分類原則，將共有某種特殊性質的（蕃人）集成一體，再依據其共有特徵的遠近，劃定系統上血緣的遠近[19]。然而即如雅柏甦詠 博伊哲奴所提出之質疑，「其實各族是外來的分類概念，此一概念究竟可以在多少程度上符合原住民族的自我認知及我類意識是大有疑問的」[20]，其又謂「各族系獨立存在，不受任何其他人或團體的統治，有其各自的政治、社會組織及宗教信仰，亦有維繫其部落倫常秩序的規範或法。…. 各族在其所屬之土地、領域內，發展生存的技術，建立其獨特的文化及文明，並發展一套包羅萬象的宇宙觀及知識系統」[21]。

又例如國內學者浦忠勇研究指出，「狩獵文化…. 是文化的連續實踐行為，包含狩獵行為本身所蘊含的知識、社會規範、禁忌以及各種習俗，形成龐大的知識體系，涉及經濟生活、土地利用、民族知識以及社會文化等多種領域，構成原住民族傳統生活的重要且不可或缺的一部分，深入原住民族的內在肌理，難以分割。且各族群之間或因為地理環境、社會制度、接觸外來族群時間先後等不同，狩獵文化因此存在極大差異[22]。

而以傳統個人保障為基本理念的基本權利，在解釋上是否擺脫受限於「個別國民」與「國家」基本關係之預設，而去認識個別原住民以「原住民」身分去界定與「國家」之間的關係時，其實是必須將自己先放置在自己所屬群族與國家間的關係界定之基礎之上？實不無疑問。反之，倘若僅以個別原住民在具體個案中之處境為範圍，並以個人基本權利來探究其是否受到憲法保障，並進而試圖來推導出我國憲法是否保障原住民族之狩獵傳統，即是一種忽略臺灣原住民族各族群或甚至各部落於狩獵傳統相關之社會制度及傳統文化上的差異，而進入以偏概全之「泛原住民族」的認知誤區。換言之，原住民族權利保障的議題，已非僅是個人權利保障的問題而已，而且從先於國家權力及憲法而存在的歷史角度來看，也不僅是消極地現狀維護而已；相反地，是涉及原住民族依據各族或甚至各部落與土地之關係及由此所發展之傳統文化、社會制度及自我認同在憲法上應該受到如何的保障？而此一命題雖然難以從個人基本權利之解釋開展，但正是如此吾人應該將目光轉向憲法增修條文第 10 條第 11 項之規定，確立並釐清其之於原住民族權利保障之意涵為何？

憲法增修條文第 10 條第 11 項規定，「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化」，所謂多元文化，依據本文前述之立場，應指「臺灣原住民族與非原住民族共同呈現的多元文化」，以及「臺灣原住民族範圍內的各自族群或部

19 陳偉智，自然史、人類學 與臺灣近代「種族」知識的建構：一個全球概念的地方歷史分析，《臺灣史研究》，第 16 卷第 4 期，2007 年，第 20 頁。

20 雅柏甦詠•博伊哲奴，前揭註 6 書，第 86 頁之註腳 3。

21 雅柏甦詠•博伊哲奴，前揭註 6 書，第 86 頁至第 87 頁。

22 浦忠勇，臺灣原住民族狩（漁）獵文化研究（期末報告書），原住民族委員會委託研究計畫，106 年 3 月，第 21 頁。

落的多元文化」，當中二者從歷史發展脈絡來看，存在不同的背景因素，切不能混為一談，而且唯有特別將「臺灣原住民族範圍內的各自族群或部落的多元文化」區分出來，方能避免進入以偏概全之「泛原住民族」的認知誤區。此外，憲法增修條文第 10 條第 11 項後段所謂「積極維護發展原住民族語言及文化」，雖然可明確地得知其係以群體為保護對象，而能比個人基本權利更適合作為原住民族權利保障之憲法依據；然而有疑問的是，應該到何等程度始足符合「積極維護發展」之憲法誡命？即如本文一再強調地，應該從原住民族各族或甚至各部落與土地之關係及由此所發展之傳統文化、社會制度及自我認同為基礎，透過法律制度之「積極」形成予以保障，始能一慣地符合該項前段「肯定多元文化」之要求，並避免「泛原住民族」之虛象化。從此一憲法增修條文第 10 條第 11 項所隱含之誡命觀之，倘若相關法律制度對於原住民族狩獵傳統進行規範時，未能對於「臺灣原住民族範圍內的各自族群或部落的多元文化」予以考慮並確保，又如何符合「積極維護發展」之憲法誡命呢？

四、先於國家權力與憲法而存在之權利本質

退萬步言，從個人基本權利解釋出發之原住民族權利保障，即便能涵蓋係爭之原住民族狩獵傳統，但不管是作為財產權、信仰自由、生存權或乃至文化權保障，在具體個案當中若與其他基本權利產生衝突時，在沒有獲得憲法給予特別保障之地位時，則必須進入所謂以「務實諧和」（praktische Konkordanz）的方式，與其他相衝突之基本權利進行權衡與調和，且基於憲法之同一性（Einheit der Verfassung），國家應務實就具體個案尋求雙方較佳之處理方案[23]。在此情形下，原住民族狩獵傳統即便受到基本權利之保障，亦有可能必須服膺於公共利益維護而讓步，然而在此值得思考的是，即便是先於國家權力與憲法而存在的原住民族狩獵傳統或乃至背後更深沉意涵的土地權及自然資源權，在利益衡量之下，就僅能如同一般個人基本權利一般，在與其他基本權利相衡量後而退讓時，只能完全退守？

這問題值得吾人透過紐西蘭毛利人的漁獲權為例進行省思，毛利人的漁獲權被認為包含「慣俗」（customary）及「商業性」（commercial）商業性兩種，或又有認為是一種「慣俗商業權」（customary commercial rights），漁獲權屬於部落或氏族，而且有明顯的界線。儘管英國與毛利人於 1840 年簽訂了「外坦吉條約」（Treaty of Waitangi, 1840）明文保證毛利人享有「完全獨有不受干擾的漁獲權」，但事實上卻仍被政府已經鯨吞蠶食的方式併吞或限制漁獲權。在經過司法訴訟及與政府長期談判的過程，終使得「毛利漁獲法」（Maori Fisheries Act, 1989 & 2004）獲得通過，並進而設立「毛利人漁獲基金」（Maori Fisheries Fund）。整體而言，毛

23　司法院解釋第 794 號解，蔡明誠大法官之部分協同意見書，第 10 頁。

利人獲得紐西蘭漁業的三分之一，且商業漁獲配額只限定分配給部落，並不分給個人[24]。

儘管各國原住民族漁獵權發展的背景條件有所不同，而且我國政府亦未曾與臺灣原住民族訂定過類似「外坦吉條約」協議文件以作為承認及保障臺灣原住民族先於國家權力而存在的土地權以及相關自然資源權的依據；然而，從憲法增修條文第10條第12項當中之「經濟土地」或是原住民族基本法第20條第1項所謂「政府承認原住民族土地及自然資源權利」，以及憲法保障原住民族權利之規範意旨應該隨相關國際人權公約而進步，並以其作為自我規範內涵的充實觀之，此例如已透過《公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法》而具有我國內國法效力之《公民與政治權利國際公約》（以下簡稱「公政公約」）第27條規定：「凡有種族、宗教或語言少數團體之國家，屬於此類少數團體之人，與團體中其他成員共同享受其固有文化、信奉躬行其固有宗教或使用其固有語言的權利，不得剝奪之」。該條文所在用語上採用「少數團體」（minorities），但其真正的重點應該不在於族群人口數之多寡，而是在於固有文化或宗教信仰之保障。此從《公政公約》第23號一般性意見書第七點即可自明，其謂：「關於第27條所保障的文化權利的行使，委員會認為，文化本身以多種形式表現出來，包括與土地資源的使用有聯繫的特定生活方式，原住民的情況更是這樣。這種權利可能包括漁獵等傳統活動和受到法律保障的住在保留區的權利」。準此，臺灣原住民族的狩獵傳統及其背後所根源的土地權與自然資源權，皆應被視為先於國家權力與憲法而存在的認知下被承認與保障，也如此方能使憲法增修條文第10條第12項當中之「經濟土地」或是原住民族基本法第20條第1項所謂「政府承認原住民族土地及自然資源權利」於理論基礎上有所附麗，且二者規定之間亦取得規範意涵上之連結。

惟「公政公約」第27條中所稱之「不可剝奪」（shall not be denied），在我國憲法架構下固非理解為在與其他基本權利或公共利益相衝突時獲得至高無上的保障地位而無需讓步，但從國際上承認並尊重原住民族土地權及漁獵權之典範來看，仍應積極透過制度之形成，使得原住民族先於國家權力與憲法而存在的權利仍有權利行使方式轉換之可能性，或是給予補償以作為承認其權利存在事實。例如本文前揭之毛利漁獲法，當中政府與毛利人雙方協議：由政府出錢買回已經分配出去的漁獲配額的10%，在四年內逐步轉移給毛利人（每年2.5%）：在未來，如果有新的魚種的「配額管理體系」（Quota Management System, QMS）配額時，20%將交給新成立的「毛利漁獲委員會」（Maori Fisheries Commission）來分配給毛利人，又稱為「毛利人配額」（Maori quota），同時也是承認毛利人在「外坦吉條約」保

24 相關深入介紹，請參閱施正鋒、吳珮瑛，紐西蘭毛利人的漁獲權，收錄於施正鋒、吳珮瑛著，前揭註3書，第187頁至第199頁。

障下的漁獲權[25]。此處的案例主要是要指出，基於原住民族權利先於國家權力與憲法而存在之事實，且憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項之規範意旨又應該隨國際人權公約與時俱進，則前開憲法條文當中之「積極維護發展原住民族語言及文化」、「保障原住民族之地位…，並對其…經濟土地予以保障扶助並促其發展」似可解釋為包含一個對於立法者的立法上之誡命，亦即應對於原住民族土地權及自然資源權予以承認及保障，縱使在公共利益衡量之下，而得要求原住民族權利讓步之必要，亦應該積極透過協商機制（肯定多元文化誡命）並形成權利轉換或補償之機制（積極維護誡命），方能符合憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項之規範意旨。

另憲法上之比例原則，在個案上之適用，除了傳統上之「禁止侵害過度原則」（Übermaßverbot）之外，針對國家應積極給予照顧給付之事項，「禁止保護不足原則」（Untermaßverbot）亦已為現今公法學或乃至司法實務[26]所承認。倘若憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項係屬對於立法者之立法指示，且解釋上可推導出包含應對於原住民族土地權及自然資源權予以承認及保障，縱使在公共利益衡量之下，而得要求原住民族權利讓步之必要，亦應該積極透過協商機制（肯定多元文化誡命）並形成權利轉換或補償之機制（積極維護誡命），則與相關原住民族權利相關之法令，特別是與王光祿釋憲案中直接相關之野生動物保育法（以下簡稱「野保法」）第 2 條之 1 條及槍砲彈藥刀械管制條例（以下簡稱「槍砲彈藥條例」）第 20 條是否通過憲法比例原則之檢驗，恐不能如傳統上僅針對「禁止侵害過度原則」進行檢驗，而忽略了從原住民族權利本質之特殊性，進而推導出憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項係隱含積極形成制度以保障「臺灣原住民族範圍內的各自族群或部落的多元文化」以及先於國家權力與憲法而存在的土地權與自然資源權的立法誡命，而不去檢驗前開相關規定是否違反了「禁止保護不足原則」，而有違反比例原則之虞。

肆、憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項作為原住民族群體權保障之依據及對於野生動物保育法之檢視

綜上所述，當我們慣性地以個人基本權利為依據進行憲法解釋時，是不是有可能忽略掉原住民族權利保障爭議的本質，並不是在試圖改善個別國民的法律地位，而是要去訴求長期受到壓迫或侵害的族群集體性之土地權利與文化完整性。即如加拿大政治哲學家 Will Kimlicka 所言：「如果我們尊重印地安人之為印地安人，也

25　施正鋒、吳珮瑛，紐西蘭毛利人的漁獲權，前揭註，第 193 頁至第 194 頁。

26　程明修，論基本權保障之禁止保護不足原則，收錄於：城仲模教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會編，《憲法體制與法治行政：城仲模教授六秩華誕祝壽論文集》，台北：三民，1998 年 8 月，頁 220-273；司法院釋字 485 號解釋。

就是說，其身為特定文化社群的成員，我們就必須承認其文化對其之重要性，且必須承認其所提出用以保護其文化的權利訴求之正當性」[27]。因此應該從群族集體之於土地權、自然資源權乃至於文化整體性，來解釋現行憲法規範，而不是反過來削足適履般地將原住民族權利保障硬塞入個人基本權利，乃為本釋憲案最基本應有的立場。換言之，原住民族狩獵傳統是否受到憲法保障？其性質究竟應屬個人權或群體權，能否從憲法第二章個人基本權利，或可從憲法其他規定推導出來憲法保障依據，並非僅涉及憲法釋義學方法論的問題而已；而是更涉及到憲法對於原住民族權利保障的歷史高度。

國內公法學發展乃至於司法實務界進行憲法解釋，不可諱言地，長年來深受德國法學之影響，尤其在個人基本權利理論之充實，確實有其莫大貢獻；然而，也不能不正視德國憲法解釋無論是在學說或司法實務，在有關原住民族權利保障的議題討論上開展有限的事實，當然更不應該成為僅以個人基本權利作為原住民族權利保障之憲法依據的正當理由。尤其是，我國法界經常師法之法學先進國家，無論是德國基本法、美國憲法或日本憲法，皆無類似我國憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項將原住民族納入憲法保障之規定，甚至原住民族之字眼更是缺如。

本文於前開「參」之處的論述，已隱約提到憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項作為原住民族群體權保障（包含本件原物民族狩獵傳統）之依據的立場。在此將進一步予以綜整以作為底下之論述基礎。

憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項雖僅規定「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化」，「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展」，而欠缺明確，但若從歷史主權說以及原住民族土地權及自然資源權的角度，以及原住民族相關之國際人權公約規定，則仍可釐清或充實其規範意涵。

一、憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項的保護內涵與範圍

首先，憲法增修條文第 4 條第 1 項第 2 款及第 10 條第 11 項、第 12 項之規定，為何對於所指涉之規範對象稱為「原住民」或「原住民族」（indigenous peoples/ indigenous populations）而不是少數民族（ethnic minorities）？蓋原住民族的原因並非是族群人口數少而應受到保障，而係其先於後來侵入之國家統治以及具支配地位族群之意志為基礎所建立之法秩序而存在，並於其所屬之領域上控管與利用土地

27 Kimlicka, Will, Liberalism, Community and Culture, Oxford: Clarendon Press, 1989, P. 124;

及其所屬的自然資源（農、林、漁、牧），當中包括漁獵及採集等經濟性的行為，也發展出包含漁獵文化或相關傳統祭儀，同時土地權亦是其族群政治權利的基礎，因此可以說土地資源的控管與利用行為都構成了原住民族部落實現自主發展（自決/自主）的重要基礎。因此當憲法增修條文前開條文課予國家「積極維護發展原住民族語言及文化」及「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與」等義務時，即不能切割式地對於土地問題、文化表現或社會制度等問題分別看待或分別給予保障。換言之，憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項的內涵與保護範圍的理解上，不應該以詞害意，拘泥在那些「語言、文化、教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利」等文字範圍，亦不應該各別分開理解。相反地，應該系統性地及完整地將理解為土地（海域）權及其所屬的自然資源（農、林、漁、牧），當中包括漁獵及採集等經濟性的行為，也發展出包含漁獵文化或相關傳統祭儀，此即為憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項的保護內涵與範圍。

準此，原住民族狩獵傳統固然原則上在此保護範圍之內，而且應該是在土地權及自然資源權的脈絡下方具有傳統文化實踐的意涵，也才能進入此一保護領域。換言之，並非僅是具備「原住民族」及「狩獵行為」兩項條件即受到憲法保障，而是仍必須從各別不同族群的歷史文化脈絡來判斷，該行為是否具有土地權及自然資源權的脈絡下之傳統文化實踐的意涵，不能一蓋而論[28]，否則將造成憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項的保護內涵與範圍有不當擴大之虞。反之，若是過於僵化認定，亦有可能違反憲法增修條文第 10 條第 11 項前段所規定之「國家肯定多元文化」當中之「臺灣原住民族範圍內的各自族群或部落的多元文化」之要求。

二、從「積極維護發展原住民族語言及文化」誡命檢視野保法第 21 條之 1 條第 2 項

憲法增修條文第 10 條第 11 項後段既然要求國家應「積極維護發展原住民族語言及文化」，自然即應解釋為積極維護「臺灣原住民族範圍內的各自族群或部落的多元文化」之發展始符合體系性解釋之一貫。立法者究應如何立法始得不違反「積極維護發展」之憲法誡命？固然不容易一概而論，然而就捕獵野生動物之行為而言，本即受到野保法第 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項及第 19 條第 1 項各款規定之限制，惟同法第 21 條之 1 第 1 項規定「臺灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者」，得不受前開三種規定情形之限制，固屬對於憲法

28　類似意旨亦可見於最高法院 109 年台上字 3148 號判決當中所採「…座標區域（即本案行為地）為臺東縣延平鄉永康部落（布農族）及鹿野鄉永昌部落（阿美族）傳統領域，屬墾耕範圍內土地等語。上訴人並非布農族或阿美族而屬卑南族原住民，僅曾與布農族朋友一起上山打獵，顯然明知該處並非其族群之傳統領域範圍，自不得主張對本案行為地有依其傳統領域採集菌類、森林副產物之權利…」。

增修條文第 10 條第 11 項前段之「國家肯定多元文化」以及後段「維護發展原住民族文化」要求之「原則性」的實現。然而，其進一步「事實上」的實現，野保法第 21 條之 1 第 2 項則以行政法學上極為普通常見的授權條款，亦即「前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准，其申請程序、獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域及其他應遵循事項之辦法」，授權由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。據此，農委會與原住民族委員會（以下簡稱「原民會」）即發布了 「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」（以下簡稱：「管理辦法」），當中條文內容，包含傳統文化和祭儀之定義、適用區域，以及規定申請資格、期限、程序及應備文件等規定，而最具有爭議的莫過是「事前申請許可」的制度，其被批評有違原住民族傳統慣習，除了多數認為無法精準的事先知道可獵獲的種類和數量外，更認為與傳統習俗相違背，甚至違背了禁忌、冒犯了祖靈；此外管理辦法的附表中所列資訊，與實際情形有明顯落差，且這種落差普遍發生於各民族，廣受到原住民社會與野生動物保育實務界的批評[29]。

惟若從野保法第 21 條之 1 第 2 項授權條款去檢驗是否違反傳統的授權明確性原則，抑或就管理辦法去檢驗有無逾越母法授權之範圍，則答案可能都是否定的，但就前開兩項規範整體結構來看，卻是造成了原住民族狩獵之傳統文化及習俗遭到不當的限制。而其癥結所在毋寧是，野保法第 21 條之 1 第 2 項的授權條款雖然符合傳統之授權明確性，然對於被授權之行政機關在有關「維護發展原住民族語言及文化」之憲法要求未能給予足夠的授權意旨，從而難謂無違反憲法增修條文第 10 條第 11 項後段國家應「積極維護發展原住民族語言及文化」誡命之虞。

三、野保法未能保障原住民族土地管理機制而有違禁止保護不足原則

論者[30]認為原住民族的狩獵文化，在法律上應予以尊重及保留，野保法第 21 條之 1 之規定，沒有違反憲法上比例原則之界限。若從比例原則當中傳統的禁止侵害過當原則的角度論之，本文亦敬表同意，蓋該規定謂「臺灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者」，得免受到野保法第 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項及第 19 條第 1 項各款規定之限制，並無針對該排除規定設定不合理之條件與限制，再加上原民會於 106 年 6 月 8 日作成「原民經字第 10600235541 號」函令，核釋「野保法第 21 條之 1 第 1 項所定「臺灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者」，包括依原住民

29 裴家騏、張惠東，我們對原住民族狩獵自主管理制度的看法，臺灣林業，106 年 8 月號，第 21 頁。

30 林明鏘，臺灣動物法，二版，2020 年，第 105 頁至第 106 頁。

族基本法第十九條規定，原住民在原住民族地區基於自用之非營利目的而獵捕、宰殺或利用野生動物之行為。前述之「自用」，係指非藉此獲取利益，僅供本人、親屬或依傳統文化供分享之用」之後，原則上[31]可認為未有侵害過當之疑慮，從而符合消極面向之比例原則的要求。

然即如前文所述，憲法上之比例原則，在針對國家應積極給予照顧給付之事項，尚有「禁止保護不足原則」之要求。倘若憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項係屬對於立法者之立法指示，且解釋上可推導出包含應對於原住民族土地權及自然資源權予以承認及保障，則在管理機制上即非必然以「事前申請許可」制度不可，相對地，尚得以狩獵傳統慣習及狩獵禮儀暨倫理道德規範背後所隱含之「傳統生態知識」（Traditional ecological knowledge），及結合主管機關與原住民族相互之間的共識，來形成自主規制的內涵，除能減輕國家負擔之外，也更可強化透過國家法律所劃設之生態保護機制的功能[32]，更能發揮積極維護發展原住民族文化的憲法誡命，同時亦與生物多樣性公約（Convention on Biological Diversity, CBD）第 10（C）條規定不謀而合[33]。

此外，從 2017 年 3 月立法院完成政黨協商的第 21 條之 1 的修訂條文，「臺灣原住民族基於其傳統文化、祭儀及非營利自用，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，不受第十七條第一項、第十八條第一項及第十九條第一項各款規定之限制。前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准或備查，其申請程序、獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域、非營利自用及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。**並應依尊重原住民族文化、部落自主管理之原則定之**（粗體字為增修處）」，即更可明確得知立法者非不能以符合憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項保護原住民族權利之意旨為條文修正，然而卻始終遲延修法進度，似難謂無違反「禁止保護不足原則」，而有違反比例原則之虞。

再者，縱使在公共利益衡量之下，而得要求原住民族權利讓步之必要，亦應該

31　非營利目的之捕獵是否本質上必然不在原住民族的傳統文化範圍之內，本文持保留立場，蓋從遠古至近代，原住民族以自身傳統領域內所捕獲或採集之自然資源與島內外之外族透過以物易物的方式，進行交易以換取族群生存所需之物資其來有自。又例如本文所舉之紐西蘭毛利人的慣俗商業漁獲權，長久以來即受到該國政府之承認。各一方面承認傳統文化之狩獵行為，但令一方面卻又理所當然似地排除非營利目的之捕獵，又未能將此處之營利性目的與外國案例所稱之商業性目的予以區辨，是否具有足夠正當事由，本文抱持懷疑態度。但由於此一議題探討並不在本釋憲案的範圍之內，故於此為有意識放棄討論。

32　裴家騏、張惠東，前揭註 28 文，第 24 頁；王毓正，達悟族傳統海域自治管理與海域法規之衝突與調和，原住民族法學，第七期，2021 年 3 月，第 40-53 頁。王毓正，紐西蘭毛利族之海洋文化與法律保障，國際海洋資訊，第 11 期，2021 年 3 月，第 5 頁。

33　生物多樣性公約（Convention on Biological Diversity, CBD）第 10 （C）條規定「對於按照傳統文化實踐且符合保育或永續利用之要求的生態資源慣習利用，應給予保護並鼓勵」。

積極透過協商機制（肯定多元文化誡命）並形成權利轉換或補償之機制（積極維護誡命），則與相關原住民族權利相關之法令，特別是與本次釋憲案直接相關之野保法第 21 條之 1 及槍砲彈藥條例第 20 條皆可能已違反憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項係隱含積極形成制度以保障「臺灣原住民族範圍內的各自族群或部落的多元文化」以及先於國家權力與憲法而存在的土地權與自然資源權的立法誡命，而違反「禁止保護不足原則」，從而有違反比例原則之虞。

伍、野生動物保育之憲法依據、理論基礎、內涵及範圍

一、德國基本法第 20a 條之借鏡

我國憲法增修條文第 10 條第 2 項規定，「經濟及科學技術發展，應與環境及生態保護兼籌並顧」，惟該條文是否包含野生動物保育之規範意涵？又與其應兼籌並顧者，除了經濟及科學技術發展之外，是否亦包括原住民族狩獵傳統呢？似乎不容易從憲法增修條文本身以及相關修憲理由獲得直接的答案。

然而，首先所謂「環境及生態」，從人類生存所依存之環境生態條件的角度觀之，其包含「野生動物保育」應屬當然。若進一步以比較法的方式，參酌德國基本法第 20a 條之規定，亦可獲得佐證。德國基本法第 20a 條規定，「國家應透過合憲之立法權及符合實質法治國原則之行政權與司法權之實施，以保護未來世代之生存所需之自然基礎與動物」[34]，當中所規定之保護客體「自然生存基礎」（natürlichen Lebensgrundlagen），德國通說上普遍認為其概念係等同於「環境保護」（Umweltschutz）[35]。其於用詞上雖然廣泛地稱為「自然生存基礎」，但其規範意涵不應被理解為泛指人類以及「其他所有生命」之自然生存基礎，相對地，而僅是以「人類中心主義」（anthropozentrische Perspektive/ anthropocentric perspective）為基礎所理解的自然生存基礎。其主要原因有二：德國基本法第 20a 條作為基本法的一部分，無法自處於以人類中心主義為基礎的基本法之外，而獨樹一格；其次，憲法秩序以及國家機關行為之本質亦是以服膺於實現人類利益為導向。退萬步言，縱使將自然生存基礎的保護範圍擴大至以自然環境本身為保護目的（die Natur auch um ihrer selbst willen），毋寧也是人民透過民主程序所作成之決定，而

34 原文“Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung“.

35 Murswiek, Staatsziel Umweltschutz (Art. 20a GG) Bedeutung für Rechtsetzung und Rechtsanwendung. NVwZ 1996, 224; Scholz, in: Mauz/Dürig (hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2020, Rn 36.

認為如此之擴大認定範圍係屬必要，從而仍屬人類中心主義之表現[36]。

自然生存條件的保護範圍，係包含所有人類生存所依賴之自然（或生態）基礎條件，亦即並不包含人工所創造之基礎條件，亦不包括「心理社會環境」（psycho-sozialen Umwelt）[37]。亦即係包含動物、植物及其生存基礎（例如棲地）、空氣、水、土壤、礦物資源以及微生物等。在保護手段上包含有兩種性質之誡命，亦即消極地不為對環境產生侵害的行為，此又包括對於環境有急迫性的危害之排除（防禦）以及對於未來可能發生的風險之預防；以及積極地對於生物多樣性的保護以及對於受威脅的動物及植物之物種確保適合其生存的環境[38]。

綜上所述，無論是德國學說或實務見解一致認為，動物與植物之保護，本即屬於德國基本法第 20a 條之誡命[39]，但值得注意的是，此處受保護的原則上係指野生動物，而且受保護的並非個別的生命、有機體或現象，而是著眼於生態系，因此要判斷自然生存基礎當中所包含的動物保護是否受到影響，則整體性的考察係屬必要。相反地，倘若無涉及生態系意義或功能的動物對待，則非屬基本法第 20a 條所稱之自然生存基礎的保護領域，此類最典型的爭議例如，寵物、經濟動物及實驗動物是否被符合物種的方式、符合人道的方式被對待或是否有實驗必要性等之問題。為了讓前述未能被涵蓋進基本法第 20a 條保護領域的問題，亦取得憲法位階的規範依據，在 2002 年基本法修正時，動物（Tiere）的文字特別被導入基本法第 20a 條之規範內容，一般將此評價為倫理層次的動物保護訴求獲得了憲法位階[40]。或甚至被明確地與既有基本法第 20a 條的環境保護意涵相區別，而稱為「非生態性之保護目標」（nicht-ökologisches Schutzziel）[41]。

從基本法第 20a 條之規定並無法推導出環境基本權，相對地，依據德國法學通說[42]，其性質乃為國家目標條款，無論從修憲時的立法理由或是從該條款於憲法之體系位置（並非置於基本法第一章「基本權利」，而係置於第二章且毗鄰於國家結構原則及國家目標條款之第 20 條第 1 項），該結論應該都是毫無置疑的。依據德國通說，從基本法第 20a 條之規定並無法為環境保護推導出，相較於其他憲法法抑或國家目標更優先獲得保障之地位。換言之，基本法第 20a 條所規範之國家目標，仍必須與其他憲法所保障之法益或價值就個別規範事項進行權衡，例

36　Huster/Rux, GG Art. 20a, in: Epping/Hillgruber (hrsg.) BeckOK Grundgesetz, 2020, Rn. 11.

37　Scholz, in: Mauz/Dürig (hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2020, Rn 36.

38　BVerfG NVwZ 2011, 94, 98.

39　Entschließungsantrag der Fraktionen der CDU/CSU und FDP, BT-Drucks. 12/8211; Scholz, in: Mauz/Dürig (hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2020, Rn 37.

40　Scholz, in: Mauz/Dürig (hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2020, Rn. 59.

41　Gärditz, in: Landmann/Rohmer (hrsg.), Umweltrecht, 2020, Rn. 3.

42　Scholz, in: Mauz/Dürig (hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2020, Rn. 32-33.

如環境保護與社會國原則所蘊含的工作機會確保，或是經濟性質之自由權利的開展等。亦即對於受到憲法同等保障之基本權利或國家目標，應以「務實諧和」（praktische Konkordanz）的方式進行權衡與調和，且基於憲法之同一性 (Einheit der Verfassung)，國家應務實就具體個案尋求雙方較佳之處理方案。換言之，德國基本法第 20a 條從來就不是賦予國家有權力得對於環境負擔行為全面禁止，而毋寧是課予其必須透過適當的衡量之後，始得對於造成環境影響之行為予以限制。

二、憲法增修條文第 10 條第 2 項之意涵

回到我國憲法增修條文第 10 條第 2 項，無論透過野生動物保育背後所伴隨之生物多樣性及生態性完整性的意義來看，本即屬於環境及生態保護之一環，應毋庸置疑。透過德國基本法第 20a 條規範意涵之比較，更能佐證野生動物保育係屬於憲法位階的保護法益無疑，只不過無論從條文內容，或是從其於憲法中的章節體系位置來看係屬基本國策之性質，或是相當於德國憲法中之國家目標條款（Staatsziel-bestimmungen），其主要係對於立法者課予立法指示之誡命，但另一方面也無法推導出相較於其他憲法法抑或國家目標更優先獲得保障之地位。

此外，憲法增修條文第 10 條第 2 項雖僅規定經濟及科學技術發展，應與環境及生態保護兼籌並顧，但並非意指原住民族狩獵傳統在非屬經濟或科學技術發展的概念範圍內，即無須與環境及生態保護兼籌並顧。相反地，條文中之經濟及科學技術發展似應解釋為僅是與環境及生態保護可能產生衝突的事項當中之例示規定，從而原住民族狩獵傳統在與環境及生態保護產生衝突時，必須兼籌並顧當屬自明之理。

三、野生動物保育非不能與原住民族傳統生態智慧兼籌並顧

生態學家 Johan Colding 和 Carl Folke 表示，原住民族漁獵傳統上之自律與限制不只是為了統合人類的社會生活，同時也影響或是能夠直接管理在地的自然環境。無論這些限制背後的原因為何，禁忌在地方上所扮演著的主要角色很可能是保護自然資源、物種以及生態系統 [43]。在國際案例當中，例如紐西蘭毛利人文化中所謂的 rahui，係指各部落形成一種對於特定期間內與區域內採集或利用自然資源的限制，或是對於特定海洋物種的禁止或限制，並且成為生活上的規範。就目前生態保育的角度來看，即是一種自然資源保育或資源管理的模式，同時也可減緩生物繁衍上的壓力。又例如在印尼西巴布亞省拉賈安帕特群島（Kabupaten Raja Ampat ）的原住民族稱為“Sasi”，亦即自然資源在特定的時間或空間內禁止利用的慣習，其包括

43 Colding, J. & Folke, C. 1997. The relations among threatened species, their protection, and taboos. Conservation Ecology 1(1): 6. Retrieved May 28, 2013, http://www.consecol.org/vol1/iss1/art6/（瀏覽日 2020.12.5）.

農田、森林、珊瑚礁或是捕魚地點，也包括特定海洋生物及捕魚方式。尤其在 2003 年時 Raja Ampat 地方政府亦將當地的 Sasi 納入依法設置之保育管理制度。依據調查研究發現，相關區域的海洋生態資源皆已出現顯著的回復，足見承認傳統海域並保護傳統生態知識之實踐，對於海洋生態資源保育有其重要性，並可彌補國家法律之不足[44]。

在臺灣原住民族當中，例如達悟族的飛魚文化[45]、鄒族稱為 einu、泰雅族稱為 gaga、太魯閣族稱為 gaya... 等，確實已經成為共同遵守的框架規範[46]。因此，透過這些傳統生態智慧與族群自我約束之共識，來形成自主規制的內涵，將更能減輕國家負擔，也可以增進國家與原住民族之間的協力連結性，更可以借重原住民族的在地地理與環境智慧進行在地治理，由原住民族與國家合作來達成公益[47]。更重要的是，此一模式更能同時有助於憲法增修條文第 10 條第 2 項之野生動物保育，以及第 11 項之原住民族狩獵行為中之傳統文化以及傳統生態智慧能獲得積極維護發展。

陸、槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項之合憲性

依槍砲彈藥條例第 20 條規定：原住民族若持有或使用獵槍，應同時具備下列 4 個要件，始不受刑事制裁：1. 僅限原住民身份；2. 僅限自製獵槍及自製魚槍，不包含「制式獵槍」；3. 未經許可製造、運輸及持有；4. 供作生活工具之用。其主要立法目的似在於避免具殺傷力之槍砲恣意生產、製造、持有、販賣、出租、出借，致重大影響社會秩序，以有效保障全體人民之生命財產安全（本法第 1 條立法目的說明）。然而，有疑問的是，自製獵槍及自製魚槍並非不具有殺傷力，僅不過其殺傷力較制式獵槍為小，從而在立法對於原住民族獵槍進行管制與限制時，是否有足夠理論依據或統計研究，可以支持原住民使用獵槍時的殺傷力大小與造成重大影響社會秩序有合理關聯性存在？倘若沒有的話，單純僅以臆測的方式，來對於受到憲法保障之原住民族狩獵傳統進行限制，是否符合比例原則當中之合目的原則，似不無疑問。

又倘若透過彈藥使用登記之管理模式，即可對於制式獵槍之使用能確保在合理且符合目的的範圍內，且可避免所謂的造成重大影響社會秩序的話，又何以非必然

44 Hedley S. Grantham et al., 2013. A comparison of zoning analyses to inform the planning of a marine protected area network in Raja Ampat, Indonesia, Marine Policy, 38, 184-194; Paulus Boli et al., 2014. Benefits of Sasi for Conservation of Marine Resources in Raja Ampat, Papua, JMHT XX, (2): 131-139.

45 王毓正，達悟族傳統海域自治管理與海域法規之衝突與調和，前揭註31，第42頁至第44頁。

46 裴家騏、張惠東，前揭註28文，第24頁。

47 同前揭註。

透過禁止使用制式獵槍之手段？而如此是否真能符合比例原則當中之最小侵害性原則之要求，亦不無疑問。再者，有關原住民使用自製獵槍及自製魚槍因安全性不佳而導致自傷或誤傷同伴之新聞報導時有所見，在能以制式獵槍彈藥登記管理的方式來開放使用，卻仍以禁止之方式，而僅准許原住民使用極度不安全的自製獵槍及自製魚槍，不啻是讓原本傳統文化實踐的狩獵行為，轉變成必須冒著生命危險或可能伴隨傷亡的恐懼的一種傳統文化實踐行為，槍砲彈藥條例第 20 條實已形同壓抑原住民族傳統文化發展的法律，如此又豈能與憲法增修條文第 10 條第 11 項國家應「積極維護發展原住民族語言及文化」之誡命相符？

此外，自製獵槍因受限於殺傷力有限，也容易導致進行狩獵時，被擊中之野生動物無法立即斃命倒地，而奔跑一段路之後始倒地於荒野當中，而導致原住民狩獵過程中拾獲率偏低，其連帶的結果是反而不僅造成中槍後野生動物痛苦時間的延長，同時也導致中槍之野生動物數量的增加。如此捨管理而取禁止之規定，是否能符合憲法增修條文第 10 條第 2 項所隱含之野生動物保育之要求，亦不無疑問。

柒、結論

綜上所述，本文之結論簡述如下：

1. 原住民族狩獵傳統應從歷史發展、族群共享之土地權及自然資源權出發來理解，且為了避免淪為同化措施以及「泛原住民族」之虛象化，不應從個人基本權利之解釋來作為憲法保障依據，毋寧應從憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項進行解釋以作為群體性之憲法保障依據。且其解釋時，應兼顧臺灣原住民族之歷史過往，同時也須與原住民族相關之國際人權公約意旨同時並進。
2. 從原住民族土地權及自然資源權係屬先於國家權力與憲法而存在之權利本質，因此即使基於公共利益保護而必須要求原住民族狩獵傳統退讓，亦必須仍有權利行使方式轉換之可能性，或是給予補償以作為承認其權利存在之事實。
3. 憲法增修條文第 10 條第 11 項要求國家應「積極維護發展原住民族語言及文化」，因此相關法律除本身的規定應積極維護發展於原住民族文化之外，於以授權條款授權行政機關以法規命令為補充規定時，亦應於授權條款當中就維護原住民族文化給予足夠的授權意旨，以確保法規命令亦能遵守前開憲法誡命。野保法第 21 條之 1 第 2 項之授權條款未能符合此一要求，而有違反憲法增修條文第 10 條第 11 項之虞。

4. 憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項係隱含積極形成制度以保障「臺灣原住民族範圍內的各自族群或部落的多元文化」以及先於國家權力與憲法而存在的土地權與自然資源權的立法誡命，野保法第 21 條之 1 於授權條款當中既未明確給予尊重原住民族文化、部落自主管理之明確指示，違反「禁止保護不足原則」，從而有違反比例原則之虞。
5. 透過憲法增修條文第 10 條第 2 項之解釋，野生動物保育本即屬於環境及生態保護之一環，其性質屬基本國策之性質，或是相當於德國憲法中之國家目標條款，其主要係對於立法者課予立法指示之誡命，但無法推導出相較於其他憲法法抑或國家目標更優先獲得保障之地位。經濟及科學技術發展應解釋為僅是與環境及生態保護可能產生衝突的事項當中之例示規定，從而原住民族狩獵傳統在與環境及生態保護產生衝突時，必須兼籌並顧當屬自明之理。
6. 野生動物保育非不能與原住民族傳統生態智慧兼籌並顧，透過傳統生態智慧與族群自我約束之共識，來形成自主規制的內涵，有助於憲法增修條文第 10 條第 2 項之野生動物保育，以及第 11 項之原住民族狩獵行為中之傳統文化以及傳統生態智慧能獲得積極維護發展。
7. 若無足夠理論依據或統計研究，可支持原住民使用獵槍時的殺傷力大小與造成重大影響社會秩序有合理關聯性存在，則屬單純以臆測的方式，來對於受到憲法保障之原住民族狩獵傳統進行限制，不符合比例原則當中之合目的原則。
8. 透過彈藥使用登記之管理模式，即可對於制式獵槍之使用能確保在合理且符合目的的範圍內，且可避免所謂的造成重大影響社會秩序的話，實無透過禁止使用制式獵槍之必要，從不符合比例原則當中之最小侵害性原則。
9. 能以制式獵槍彈藥登記管理的方式來開放使用，卻仍以禁止之方式，而僅准許原住民使用極度不安全的自製獵槍及自製魚槍，槍砲彈藥條例第 20 條實已形同壓抑原住民族傳統文化發展的法律，而有違反憲法增修條文第 10 條第 11 項國家應「積極維護發展原住民族語言及文化」誡命之虞。
10. 自製獵槍因受限於殺傷力有限，其連帶的結果是反而不僅造成中槍後野生動物痛苦時間的延長，同時也導致中槍之野生動物數量的增加，而未能符合憲法增修條文第 10 條第 2 項所隱含之野生動物保育之要求。

捌、參考文獻

一、中文文獻

1. 王光祿釋憲補充理由書， https://cons.judicial.gov.tw/jcc/zh-tw/contents/show/hvhfgzvdirnkavh8
2 王毓正，紐西蘭毛利族之海洋文化與法律保障，國際海洋資訊，第 11 期，2021 年 3 月。
3. 王毓正，達悟族傳統海域自治管理與海域法規之衝突與調和，原住民族法學，第七期，2021 年 3 月。
4. 以撒克•阿復，阿美族的主權—主權運動與阿美族社會改造工程，收錄於施正鋒主編《原住民族主權國家主權》，2012 年。
5. 林明鏘，臺灣動物法，二版，2020 年
6. 施正鋒，加拿大 Métis 原住民族的自治區—歷史回顧及政治過程的觀察，收錄於施正鋒、吳珮瑛著《原住民族的主權、自治權與漁獲權》，2014 年。
7. 施正鋒、吳珮瑛，紐西蘭毛利人的漁獲權，收錄於施正鋒、吳珮瑛著《原住民族的主權、自治權與漁獲權》，2014 年。
8. 浦忠勇，臺灣原住民族狩（漁）獵文化研究（期末報告書），原住民族委員會委託研究計畫，106 年 3 月，第 21 頁。
9. 陳偉智，自然史、人類學 與臺灣近代「種族」知識的建構：一個全球概念的地方歷史分析，《臺灣史研究》，第 16 卷第 4 期，2007 年。
10. 陳張培倫，原住民族主權初探，收錄於施正鋒主編《原住民族主權國家主權》，2012 年。
11. 程明修，論基本權保障之禁止保護不足原則，收錄於：城仲模教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會編，《憲法體制與法治行政：城仲模教授六秩華誕祝壽論文集》，台北：三民，1998 年 8 月。
12. 雅柏甦詠 博伊哲奴，臺灣原住民族主權的虛相與實相，收錄於施正鋒主編《原住民族主權國家主權》，2012 年。
13. 裴家騏、張惠東，我們對原住民族狩獵自主管理制度的看法，臺灣林業，106 年 8 月號。
14. 蔡志偉，初探現行法制下臺灣原住民族狩獵權與採集權力的意涵，收錄於《第一屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會論文集》，2010 年。

15.蔡志偉，聯合國中的原住民國際人權，臺灣國際研究季刊，第 4 卷，第 2 期，2008 年夏季號。

16.鄭川如，< 由生存權、文化權而來的狩獵權 - 從美國最高法院判決談臺灣原住民的狩獵權、漁權 >，臺灣原住民族研究學報，第 2 卷第 1 期，2012 年。

17.鄭川如，論兩人權公約中原住民狩獵權漁業權的內涵，臺灣原住民族研究季刊，7:3 期，2014 年 9 月。

二、西文文獻

1. COBO, J. R. M. (1986): Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations. Bd. 5, 29. In: UN Doc. E/ CN.4/Sub.2/1986/7.

2. Colding, J. & Folke, C. 1997. The relations among threatened species, their protection, and taboos. Conservation Ecology 1(1): 6. Retrieved May 28, 2013, http://www.consecol.org/vol1/iss1/art6/.

3. Entschließungsantrag der Fraktionen der CDU/CSU und FDP, BT-Drucks. 12/8211.

4. Gärditz, in: Landmann/Rohmer (hrsg.), Umweltrecht, 2020, Rn. 3.

5. Hedley S. Grantham et al., 2013. A comparison of zoning analyses to inform the planning of a marine protected area network in Raja Ampat, Indonesia, Marine Policy, 38.

6. Huster/Rux, GG Art. 20a, in: Epping/Hillgruber (hrsg.) BeckOK Grundgesetz, 2020.

7. Kimlicka, Will, Liberalism, Community and Culture, Oxford: Clarendon Press, 1989.

8. Murswiek, Staatsziel Umweltschutz (Art. 20a GG) Bedeutung für Rechtsetzung und Rechtsanwendung. NVwZ 1996, 224; Scholz, in: Mauz/Dürig (hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2020.

9. Paulus Boli et al., 2014. Benefits of Sasi for Conservation of Marine Resources in Raja Ampat, Papua, JMHT XX, (2).

10. Scholz, in: Mauz/Dürig (hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2020.

11. Søftestad，Indigene Völker und Landrechte: ein Überblick. Geographic Helvetica 1988, Nr. 4.

跨國能源投資、永續發展與原住民人權：以近年國際公約發展與訴訟案例為核心

楊宗翰*

目次

壹、前言
貳、經濟全球化、資源掠奪與原住民族之權利抗爭
參、跨國能源投資所涉原住民族之人權與國際公約內涵
　一、聯合國體系下與原住民族相關之國際人權公約
　二、《聯合國原住民族權利宣言》
　三、國際勞工組織之《原住民及部落民族權利公約》
肆、國際爭端案件分析—跨國石化投資與原住民族人權
　一、殼牌（Shell）於非洲奈及利亞與尼日河三角洲（Niger Delta）投資案
　二、雪佛龍—德士古（Chevron Texaco）公司於亞馬遜森林之污染案
　三、近期之案例：國內與國際法院之交互運作
伍、焦點觀察與綜合評析
　一、原住民族國際人權公約與訴訟策略
　二、環境保護與原住民族人權之關係
　三、各種救濟管道之效能
　四、多元治理機制的競合
　五、對於臺灣原住民人權訴訟之啟示
陸、結語

摘　要

在新自由主義與經濟全球化之浪潮下，跨國經濟活動與資本已流向世界各地，其中也包含自然資源蘊藏豐富之原住民族傳統領域。有如英國地理學家大衛・哈維（David Harvey）所言，全球資本主義正在形成新的空間剝削與壓迫形式。跨國能源投資—尤其石化與礦業等—對於投資當地之永續生態與原住民族社區，可能產生重大負面衝擊。從歷史角度，全球原住民族與已開發國家之投資者（甚或以經濟利益優先之當地國政府），長期從事抵抗，並促成諸多「由下而上」推力的國際與國

* 國立清華大學環境與文化資源學系助理教授，英國劍橋大學法學碩士、博士（教育部公費留考國際環境法學門獎助）。作者誠摯感謝兩位匿名審查委員對本文之寶貴建議，使本文內容有所改進與提升。也要感謝清華大學環境與文化資源學系碩士班賴奕涵同學就本文初稿細心提供的文字校對與閱讀意見。惟本文文責與其中許多謬誤之處，仍由作者承擔。

內立法變革。本文從原住民族人權之國際立法歷程出發，探尋其中與跨國自然資源開採最相關之原住民族人權。並藉由此領域中之經典與近期各國的訴訟案例，分析此類案件特質、原住民族國際人權公約與訴訟策略、環境保護與原住民族人權之關係、各種人權救濟管道之運作實況、與其他多元治理機制之競合可能，以及當前重要之法制改革議題。最後，此類涉及跨國投資、永續發展與原住民族人權之國際案例，對臺灣之對外投資、永續經濟發展、商業與人權等議題，相信亦有諸多法制與後續研究上之啟發。

壹、前言

“土地自己，它們不肯落入強權之手，是土地在領導大家哪。” —《荒村》第三章 無限江山，李喬

“人，是土做的，人離不開泥土，愛泥土，依賴泥土，沒有泥土就不能過活，人總是為泥土拼命。將來，人還是要回到泥土裡。” —《寒夜》第十章 漫漫寒夜，李喬

初春三月，在清華大學圖書館舉辦之特展「文學始終志在反抗—臺灣李喬的文學世界」[1]上，讀到了文首所引的幾段文字。離開展覽，走進溫煦陽光下，但內心對於臺灣作家李喬那「情歸大地，反抗到底」的反抗哲學，仍深感震撼。李喬文學寫作的終點，是回報草木、自然、土地、宇宙…等對於人的大愛[2]。這也使我們想起：國際法研究，是否也可作為一種「志在反抗」或「情歸大地」的作品？特別是當談及經濟全球化、資源掠奪與原住民族人權議題時，這種「反抗的哲學」，可否衍生對於主流國際經濟法之理論反思？

國際法在持續變遷。隨著時代演進，國際法呈現了高度地專業化與分支化[3]。例如，國際法對於：國際貿易、跨國投資、人權、環境、永續發展、難民、科技、能源…等當代議題，都已形成越加成熟之個別規範體系，並持續在各議題領域設立新興的國際治理組織[4]。

---

1 關於這場特展的資訊，請見清華大學圖書館之官方網頁：https://www.lib.nthu.edu.tw/events/2020/LeeChiao/（最後瀏覽日期：2021 年 3 月 26 日）

2 情歸大地，反抗到底 — 李喬談《草木恩情》、《情世界：回到未來》，自由時報副刊，2016 年 2 月 3 日，https://features.ltn.com.tw/spring/article/2019/paper/955665（最後瀏覽日期：2021 年 3 月 26 日）

3 Linarelli, J., Salomon, M. E., & Sornarajah, M. (2018). *The misery of international law: Confrontations with injustice in the global economy*. Oxford University Press.

4 Hurd, I. (2017). *How to do things with international law.* Princeton University Press. 請見第一章與第七章對於國際組織發展的歷史說明

面對如此高度知識分工的國際法發展趨勢，有學者稱其為「國際法之碎片化」（或譯為國際法之碎裂性、破碎化）（Fragmentation of International Law）[5]。循此觀察，我們想問：若持續走向破碎化的國際法體系，是否仍能維持當初努力追尋世界和平與正義的終極價值？各領域逐漸發展之國際規範體系，其各自運作之實效如何？以及個別領域國際法體系間如何合作？或規範上有無衝突？協調之機制為何？儘管這些重要議題，仍有待長期觀察驗證。然而，目前對各個國際法分支領域間互動、交錯之研究（如：國際經貿與永續發展、因應氣候變遷與人權衝突、智慧財產權與環境保護…等），確已更為頻繁且具重要性[6]。

本文即嘗試從國際經濟法、國際人權法與環境法之交錯，初步探討在經濟全球化與跨國資本流動的脈絡下，原住民族人權與永續發展之課題。當一個跨國能源企業，從事海外投資活動，對於投資當地之環境、生態、社區、甚或原住民族之傳統土地與人權…等，帶來負面衝擊時，此即為一典型涉及不同領域國際法規範適用、國際法與國內法交錯，以及可能運用多種救濟管道之超國界法律問題[7]（transnational law issues）。

然而，本文之目的，並不在於全面處理此一複雜的超國界法議題。而是希望透過對於近年國際上與能源、環境與原住民人權相關之訴訟爭端，提出初步觀察。本文將探究在新自由主義（neo-liberalism）與經濟全球化浪潮下，跨國能源投資對於永續發展、原住民人權之負面衝擊、相關國際人權規範之發展，以及各類人權侵害於當前之救濟情形。能源與自然資源之種類本屬多元，限於篇幅與研究目的，本文主要針對石化產業之相關案件，探究其所涉之人權侵害與因應模式，並就未來研究方向提出建議。

在論述結構上，本文除導言外，第二部分將先鋪陳經濟全球化與原住民人權之趨勢背景，指出主流國際法之可能侷限，以及「由下而上」進行抗爭 (或提起訴訟救濟) 之現實必要性與學術研究價值。第三部份則針對相關之原住民族國際人權規範發展為整理分析，除探討原住民人權於國際公約中之演進，並且指出與自然資源開採與投資較為相關的原住民族人權。第四部分，本文選取涉及跨國石化投資與原

5　對此議題一般的討論可見 Koskenniemi, M. (2002). Fragmentation of international law? Postmodern anxieties. ljil, 15, 553. 而對於個別領域如國際環境法、國際能源法之領域文獻可見 : Young, M. A. (2019). Fragmentation and International Environmental Law. Oxford Handbook of International Environmental Law (2nd edn), U of Melbourne Legal Studies Research Paper, (838).

6　例如 : Viñuales, J. E. (2012). *Foreign investment and the environment in international law* (No. 94). Cambridge University Press.Salimi Turkamani, H. (2018). Institutional Fragmentation in International Energy Law. *Journal of Researches Energy Law Studies,* 4(1), 119-138.

7　關於超國界法與法律社會學 (法實證研究) 之關係，請見 Cotterrell, R. (2012). What is transnational law?. *Law & Social Inquiry,* 37(2), 500-524. 國內文獻請參考 : 陳長文 . (2012). 國際法之回顧與展望— 以超國界法律角度檢視 . 月旦法學雜誌 201201 (200 期)

住民族人權之經典案例、近年新興之跨區域以及涉及不同爭端處理機制案例，從事分析與比較工作。由於相關案例眾多，本文可能無法如一般社會科學研究進行樣本抽樣與案例選取。然本文案例選取的標準主要有三：(1) 以石化能源投資領域為主之訴訟案（因其通常造成較大之環境與人權損害）；(2) 希望同時得兼顧過往經典、有代表性之案例（如牽涉大量之受害人、國際媒體關注之跨國救濟過程、訴訟程序耗時許久…等），以及近年新興之訴訟爭端，作為對比；(3) 最後也基於資料之可得性，因許多國際投資仲裁之內容並未對外揭露公開。第五部分，將就所選案例呈現之爭點、涉及之規範適用與治理機制，為進一步之綜合觀察與評析，並提出未來研究方向。最後則是結語，除摘要全文外，並就此類案件對於臺灣法制與國際連結之可能啟發，提出初步觀察。

貳、經濟全球化、資源掠奪與原住民族之權利抗爭

從十七世紀開始，全球各地的原住民族，就堅持在其傳統土地與家園上，抵抗來自歐洲的第一波殖民主義[8]。近年更由於全球資本主義興起、富裕國家人民消費型態轉變，以及各國對自然資源之需求提高，新一波的跨國經濟活動與資本也流進了新的地理空間，這中間也包括遠離都市的原住民族傳統領域[9]。

其中，西方文明國家對於自然資源一例如木材、礦產、農產品、石油…等之渴求，趨使跨國企業的營運，不斷前往此類資源蘊藏豐富之區域，如：拉丁美洲、非洲與東南亞等地。其中，許多原住民族傳統領域，也蘊藏豐沛之自然資源，因而也成為西方跨國企業鎖定之目標[10]。再加上歷經二次世界大戰後，國際上在華盛頓共識（Washington Consensus）與新自由主義經濟學（neo-liberal economics）的思潮與政策主導下，國際發展機構（如：世界銀行、國際貨幣基金等）所主導執行之許多開發計畫，對於全球原住民族賴以為生之土地、傳統生活、文化認同…等，都產生重大之負面影響[11]。

---

8 Alfred, T., & Corntassel, J. (2005). Being Indigenous: Resurgences against contemporary colonialism. Government and opposition, 40(4), 597-614. 中文文獻請見：鄭維中 . (1992). 評介康培德著《殖民想像與地方流變：荷蘭東印度公司與臺灣原住民》Planning, 10, 23-40.

9 Harvey, D. (2016). Neoliberalism is a political project. Jacobin magazine. Fenelon, J. V., & Hall, T. D. (2008). Revitalization and indigenous resistance to globalization and neoliberalism. American Behavioral Scientist, 51(12), 1867-1901.

10 Ojha, H. R., Ford, R., Keenan, R. J., Race, D., Vega, D. C., Baral, H., & Sapkota, P. (2016). Delocalizing communities: Changing forms of community engagement in natural resources governance. World Development, 87, 274-290. 施正鋒 , & 吳珮瑛 . (2008). 原住民族與自然資源的共管 . Taiwan Journal of Indigenous Studies, 1(1), 1-38.

11 Sarfaty, G. A. (2004). The World Bank and the internalization of indigenous rights norms. Yale LJ, 114, 1791.

對原住民族而言，他們本就處於全球化、國際立法與政策制定的邊緣地位[12]。原住民族的生活型態，與其所處的土地與傳統領域，一直有著特別密切的聯繫[13]。在經濟全球化下，原住民族一方面必須面對外來投資者之侵擾；而另一方面，原住民族所在的國家政府，有時甚至也會為了巨大之經濟與資源開發利益，與外國投資者聯手，共同對原住民族傳統土地、資源與文化生活進行掠奪。這樣的例子，在能源與自然資源領域的投資案件中，因為牽涉國家對自然資源的主權與數額巨大的開發利益，尤其常見。

在此不利之既存局面下（投資當地國政府與外來投資者立場一致之情形），原住民族通常只能結合公眾、倡議組織、媒體與國際壓力團體…等，與跨國企業與當地國政府，進行長期的抗爭與戰鬥。發生於全球各處的抵抗行動，也確實促成此方面立法之近年發展，例如：經過抗爭，全球各原住民族基於其個人集體對於土地與自然資源之權利，要求世界各國政府，在該國之法律或憲法上予以承認、並為保障[14]。同時，在國際層次，全球原住民族也努力嘗試將此些權利，明文寫進國際或區域的相關人權條約裡，或使國際組織與相關機構，形成有關的國際軟法（soft law）或政策指引等[15]。

這種由原住民族「由下而上」、長期透過捍衛自己權利，並進而努力影響國際與內國立法的過程，近似於德國法儒耶林（Rudolf von Jhering）所提之「法的權利抗爭」（Der Kampf ums Recht）[16]。在情感上，此讓人十分感動與敬佩；而在學術理論上，同樣也帶來許多啟發。部分國際法學者，甚至認為可從這類「由下而上」的個案議題出發，徹底翻轉傳統國際法主流研究之焦點，並開始建立獨特、具批判性、「由下而上」且關注第三世界發展之嶄新的國際法研究取向[17]。本文認為，此一倡議對長期處於國際法邊緣的臺灣，也將有相當多新的啟發與參考價值。然而，如何提出具有批判性、且符合現階段臺灣發展的國際法研究新取向？這並非本文之主要目的。然就此重要議題，作者將於學術生涯中，持續進行思考。

12　Anaya, J., & Anaya, S. J. (2004). Indigenous peoples in international law. Oxford University Press, USA.

13　許建榮 . (2018). 澳洲原住民土地權利與礦業發展 . 臺灣原住民族研究學報 , 8(1), 85-104. 謝國斌 . (2011). 加拿大原住民土地權的探討— 以 [德爾加目庫案] 為例 . 臺灣國際研究季刊 , 7(1), 1-15. 陳竹上 . (2012). 我國原住民保留地政策之當代課題與司法案例分析 . 臺灣原住民族研究 , 5(2), 83-114.

14　Kingsbury, B. (2001). Reconciling five competing conceptual structures of indigenous peoples' claims in international and comparative law. *NYUJ Int'l L. & Pol.,* 34, 189. Young, E. A. (1995). *Third world in the first: development and indigenous peoples.* Psychology Press.

15　Gilbert, J. (2016). *Indigenous peoples' land rights under international law: from victims to actors.* Brill Nijhoff.

16　Seagle, W. (1945). *Rudolf von Jhering: or law as a means to an end.* The University of Chicago Law Review, 13(1), 71-89. 為權利而抗爭 - 協志工業 - 耶林著 . 林文雄譯

17　Rajagopal, B. (2003). *International law from below: Development, social movements and third world resistance.* Cambridge University Press.

以下，僅先針對經濟全球化脈絡中，跨國能源投資可能侵害之原住民人權及相關國際條約具體內容，予以歸納整理。其次，本文將透過近年有關石化產業之國際投資爭端案件，分析此些原住民國際人權規範，是如何被各種爭端處理機構所適用，並嘗試提出一些觀察。

參、跨國能源投資所涉原住民族之人權與國際公約內涵

就文獻與實際發生的案例情形，跨國能源投資或相類的全球經濟活動，對於原住民族之人權侵害，最可能會集中於兩大類別：一是與土地有關之權利，另一則與文化相關之權利[18]。實際上，就原住民族之宇宙觀與整體的生命觀而言，若想按照當代已建立的人權分類，來為所涉的人權明顯區分，或許將會遇到一些困難。因為就本質而言，所有與原住民有關的基本人權，其實都會環繞在原住民自身的文化認同上[19]。這種獨特的文化認同，使原住民族面對主流社會文化的宰制，仍可能忠實地保留自己特有的文化印記。

因此，從西方觀點，土地是屬於財產權。但在談及原住民族對於傳統土地的權利，在理解上，其內涵就非單純得以西方社會「對於財產權之保障」所能充分涵蓋。保護原住民族的土地，有其財產權上之基本涵義，但同時也具有基於文化與靈性上之深遠意涵。亦即，保護原住民族之土地，不只是保護土地的財產權，也在於保護原住民族所特有的、不可分割的文化認同，等於保護了原住民族本身。所以，在原住民族探討所涉的各種人權之間，應特別注意類別彼此間之深刻關聯與交互影響，尤其幾乎各種原住民族人權之落實與充分保障，均需思考與原住民族文化與身分認同之連結點上。

原住民族人權具有以上如此特質。而全球原住民族為捍衛自身文化與身分認同，長期不斷地「由下而上」之嘗試抗爭，並參與立法磋商談判，終於漸獲國際與國內法上之承認，形成重要之立法成果。本文以下將分三個部分，介紹主要原住民族人權在國際層次之立法成果，以及原住民族國際人權在跨國能源投資之案例中，可能呈現的內涵。

18 Gilbert, J. (2016). *Indigenous peoples' land rights under international law: from victims to actors*. Brill Nijhoff. Gilbert, J. (2017). Strategic litigation impacts: Indigenous peoples' land rights. Strategic Litigation Impacts: Indigenous Peoples' Land Rights, Open Society Justice Initiative.

19 Kenrick, J., & Lewis, J. (2004). Indigenous peoples' rights and the politics of the term 'indigenous'. *Anthropology today,* 20(2), 4-9.

一、聯合國體系下與原住民族相關之國際人權公約

從過往的西方殖民經驗，到當前經濟全球化，國家與企業對於原住民族文化認同、社區組織、傳統領域土地之侵犯，是世界上許多地方曾經發生過的負面歷史經驗。儘管歷史已無法更改，但如何經由歷史與案例檢驗，重新思考法律與制度之運作，也就決定了人類的文明與國家的高度。

在許多歷史案例中，原住民族對自身之文化認同，以及基於此自身認同而與土地產生的密切依存關係，大多長期受到國家與政府的邊緣化或否定。然而，在二十世紀二次世界大戰中的慘痛教訓，聯合國人權兩公約—《公民與政治權利國際公約》及《經濟社會文化權利國際公約》—的誕生與發展，是國際人權法之里程碑[20]。在此些重要的國際人權公約之中，也逐漸形成今日有關原住民族人權的論述。

中華民國政府曾於 1967 年簽署人權兩公約（當時中華民國仍為聯合國安全理事會之常任理事國），並於 2009 年建立國際審查機制、檢視國內法規落差，而將兩公約內國法化[21]。因此，檢視聯合國體系下中與的原住民族相關之國際人權公約，並觀察其於我國落實之情形，在當前仍具有重要性。

細究兩公約內容中，與原住民族人權最主要相關的條文為：《公民與政治權利國際公約》第 27 條以及《經濟社會與文化權利國際公約》第 15 條。前條內涵主要規範政府，不得對少數團體之人，剝奪其共同享受之固有文化、宗教、或使用固有語言之權利。（請見：《經濟社會與文化權利國際公約》第 15 條規定：「一、本公約締約國確認人人有權：（一）參加文化生活；（二）享受科學進步及應用之惠；（三）對其本人之任何科學、文學或藝術作品所獲得之精神與物質利益，享受保護之惠。二、本公約締約國為求充分實現此種權利而採取之步驟， 應包括保存、發揚及傳播科學與文化所必要之辦法。三、本公約締約國承允尊重科學研究及創作活動所不可缺少之自由。四、本公約締約國確認鼓勵及發展科學文化方面國際接觸與合作之利。」）

而後條之規範重點，則在於保障原住民族在文化生活、科學應用，以及藝術文

20　廖福特 . " 法院應否及如何適用《 經濟社會文化權利國際公約》." 台灣人權學刊 1, no. 1 (2011): 3-29. 張文貞 , and 呂尚雲 . " 兩公約與環境人權的主張 ." 臺灣人權學刊 1, no. 1 (2011): 69-102.

21　「公民與政治權利國際公約」及「經濟社會文化權利國際公約」原住民族權利教育訓練教材 , 官大偉 , 原住民族委員會 https://www.cip.gov.tw/portal/getfile?source=2D838540F5D6F659FAFB9859EF31AC3B381A272F479D65D98D902DFAAFC2E154BE10399161840621E46F516AAAE317A356DF0221AD26C4AD3B91B9DF71659F0C&filename=62D00E98C6C2AD526650D72E0C9712247292810EECF1C4A445BF2531C8AD84756DD810AB7956860715E6A529B9D3427D (最後瀏覽日期 :2021 年 3 月 26 日)
劉定基 . " 國際人權公約內國法化對司法實務的影響—以行政法院裁判為觀察中心 ." 法令月刊 67, no. 10 (2016): 78-103.

化等精神層面上，保有之創作自由。並且締約各國應於國內與建立國際合作機制，給予原住民族精神文明特別保障、鼓勵、保存與實踐。（請見：《公民與政治權利國際公約》第 27 條規定：「凡有種族、宗教或語言少數團體之國家，屬於此類少數團體之人，與團體中其他分子共同享受其固有文化、信奉躬行其固有宗教或使用其固有語言之權利，不得剝奪之。」）

儘管在兩公約訂立的 1960 年代後期，全球原住民族人權與自決權的議題，還未完全成熟。因此原住民的字樣，並沒有直接明文出現於人權兩公約之任何條文中。但原住民族人權保障之意涵，仍在後續「聯合國人權事務委員會」（United Nations Human Rights Committee）透過條約與文件解釋、委員會決定，以及一系列申訴案件之決定中，不斷地充實原住民權利的實質內涵[22]。聯合國於 2007 年進一步通過了《原住民族權利宣言》，這是在人權兩公約後，對於原住民族人權，成為一份更為完整的規範文件。

二、《聯合國原住民族權利宣言》（United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 縮寫 UNDRIP）

《原住民族權利宣言》(UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples) 於 2007 年由聯合國大會正式通過，是原住民國際人權發展的重要里程碑。而這項宣言的誕生，其實乃奠基於 1990 年代以來，聯合國系統中一系列與原住民族人權保障機制有關的發展[23]。例如：1993 年聯合國完成承認原住民族自決等權利的《原住民族權利宣言》草案。1994 年時，聯合國人權理事會（Human Rights Council）下設的防止歧視既保護少數族群小組委員會，草擬並通過《原住民族權利宣言》完整草案。於 1995 年人權委員會並成立針對該宣言草案之審議與修改工作小組。到了 2000 年，聯合國大會經濟及社會理事會（ECOSOC）也成立原住民族議題常設論壇（Permanent Forum on Indigenous Issues, PFII），並展開運作。而在 2006 年聯合國正式審議通過原住民族權利宣言。最終，《原住民族權利宣言》則於 2007 年 9 月經聯合國大會議決通過，可謂集合眾人之智慧，一趟漫長之權利奮鬥旅程。該宣言也被視為世界原住民權利保障之近年重要成就。

尤其因為該宣言之達成，實際上經過了長達 22 年的協商與談判，也是原住民族為自身權益努力參與之成果。而該宣言之目的，消極上，在於盡力消除或減輕對於全球原住民族之不當歧視、個別與集體之人權侵犯與身分地位邊緣化[24]。在積極面

22 蔡志偉 ." 合國中的原住民族國際人權 ." 臺灣國際研究季刊 4, no. 2 (2008): 81-108.

23 Barsh, R. L. (1994). Indigenous peoples in the 1990s: from object to subject of international

24 同上註文獻，並可參考 : Allen, S., & Xanthaki, A. (Eds.). (2011). Reflections on the UN

向，該宣言規劃協調世界各國政府充分與各國境內之原住民族合作，共同面對各種開發計畫、原住民身分文化認同，以及中央與地方政府權力分立之議題。

《原住民族權利宣言》之前言，對於原住民族享有之自決權給予明文承認。原住民族有權之內涵，在於該原住民族得自由決定自己的政治地位，對於自身的經濟、社會與文化發展，也有自由謀求與實現的權利。《原住民族權利宣言》前言之重要性，說明該宣言一方面是基於過去《聯合國憲章》、聯合國人權兩公約及《維也納宣言和行動綱領》等重要人權文件，所建立世界所有民族均享有自決權的基礎上，另一方面也是將兩公約賦予的維護各種族人權的基礎，再加以延伸與補充，並推展出同時包含個人權利與集體權利的原住民族人權保障架構。

具體而言，《原住民族權利宣言》第 3 條「原住民族享有自決權。基於這一權利，他們可自由決定自己的政治地位，自由謀求自身的經濟、社會和文化發展」。此外，第 4 條也提到「原住民族行使其自決權時，在涉及其內部和地方事務的事項上，以及在如何籌集經費以行使自治職能的問題上，享有自主權或自治權」。此二條內容均係針對原住民族集體自決權之明文承認。

迄今，該宣言仍是聯合國與相關機構處理原住民族權利事務之重要基礎。由於該宣言涵蓋之實體權利內容廣泛，包括：原住民之個人與集體權利，從健康、教育、語言、身份、工作等，均環繞在原住民族之傳統文化認同。在程序面向上，該宣言之基本精神在於：確保原住民族保有追求自我經濟、社會發展之充分自主權，並得自行排定各種權利之優先順序。而對於與其相關之事務，則賦予原住民族在程序上充分之參與權，以追求符合該族群本身之在地需求和自身意願的「發展」[25]。

在該宣言中，也有許多條文之內容，與自然資源特別相關，並且是跨國能源投資案件中可能直接侵害原住民族之相關基本權利。茲列舉如次：

第 10 條

不得強迫原住民族遷離其土地或領土。如果未事先獲得有關原住民族的自由知情同意和商定公正和公平的賠償，並在可能時提供返回的選擇，則不得進行遷離。

第 11 條

1. 原住民族有權奉行和振興其文化傳統與習俗。這包括有權保持、保護和發展其文化過去、現在和未來的表現形式，如古跡和歷史遺址、手工藝品、圖案設計、典禮儀式、技術、視覺和表演藝術、文學作品等等。
2. 各國應通過與原住民族共同制定的有效機制，對未事先獲得他們自由知情同

25　Enns, C., Bersaglio, B., & Kepe, T. (2014). Indigenous voices and the making of the post-2015 development agenda: the recurring tyranny of participation. Third World Quarterly, 35(3), 358-375.

意，或在違反其法律、傳統和習俗的情況下拿走的原住民族文化、知識、宗教和精神財產，予以補償，包括歸還原物。

第 12 條

1. 原住民族有權展示、奉行、發展和傳授其精神和宗教傳統、習俗和禮儀，有權保持和保護其宗教和文化場所，並在保障私隱之下進出這些場所，有權使用和掌管其禮儀用具，有權把遺骨送回原籍。
2. 各國應通過與有關的原住民族共同制定的公平、透明和有效的機制，設法讓原住民族能夠使用或取得國家持有的禮儀用具和遺骨，並（或）將其送回原籍。

第 19 條

各國在通過和實行可能影響到原住民族的立法或行政措施前，應本著誠意，通過原住民族自己的代表機構，與有關的原住民族協商和合作，事先征得他們的自由知情同意。

第 24 條

1. 原住民族有權使用自己的傳統醫藥，有權保持自己的保健方法，包括保護他們必需的藥用植物、動物和礦物。原住民還有權不受任何歧視地享用所有社會和保健服務。
2. 原住民擁有享受能夠達到的最高標準身心健康的平等權利。各國應採取必要步驟，使這一權利逐步得到充分實現。

第 26 條

1. 原住民族對他們傳統上擁有、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。
2. 原住民族有權擁有、使用、開發和控制因他們傳統上擁有或其他傳統上的佔有或使用而持有的，以及他們以其他方式獲得的土地、領土和資源。
3. 各國應在法律上承認和保護這些土地、領土和資源。這種承認應適當尊重有關原住民族的習俗、傳統和土地所有權制度。

第 29 條

1. 原住民族有權養護和保護其土地或領土和資源的環境和生產能力。各國應不加歧視地制定和執行援助原住民族進行這種養護和保護的方案。
2. 各國應採取有效措施，確保未事先獲得原住民族的自由知情同意，不得在其土地或領土上存放或處置危險物質。

3. 各國還應採取有效措施，根據需要，確保由受此種危險物質影響的原住民族制定和執行的旨在監測、保持和恢復原住民族健康的方案得到適當執行。

第 32 條

1. 原住民族有權確定和制定開發或利用其土地或領土和其他資源的優先重點和戰略。
2. 各國在批准任何影響到原住民族土地或領土和其他資源的專案，特別是開發、利用或開採礦物、水或其他資源的項目前，應本著誠意，通過有關的原住民族自己的代表機構，與原住民族協商和合作，征得他們的自由知情同意。
3. 各國應提供有效機制，為任何此類活動提供公正和公平的補償，並應採取適當措施，減少環境、經濟、社會、文化或精神方面的不利影響。

三、國際勞工組織（International Labor Organization, 簡稱 ILO）之《原住民及部落民族權利公約》(ILO Convention No.169 Concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries, 或稱：國際勞工組織第 169 號公約)

國際勞工組織（International Labor Organization，以下簡稱 ILO）於 1957 年通過的國際勞工組織第 107 號公約，應屬聯合國條約系統中，最早和原住民權益有關之法律文件[26]。該公約內容對於原住民勞工所遭遇之困境，提出許多嶄新理念，例如：不應未經同意，就強迫原住民族遷移。然而，該公約確實屬於較早之人權文件。該公約因而常遭批評者指出，國際勞工組織透過該公約，仍希望促使原住民族在某程度上仍需整合進入主流社會，並以此意識形態作為解決許多問題的方式。此種思維模式，確實可能忽視了原住民族之主體性，而國際勞工組織也在日後持續進行檢討與修改。

107 號公約將原住民族整合同化的方向既已被視為錯誤，ILO 即著手修改該項公約。國際勞工組織之原住民及部落民族權利公約（以下簡稱 ILO 之原住民權利公約），於 1989 年經 ILO 大會通過，於 1991 年正式生效[27]。其中，有關跨國投資，

26 Breuer, M. (2018, December). Exploring the technical assistance activities of the International Labor Organization in the field of indigenous peoples: Development and Human Rights in the Andean Indian Program (1954-1968). In FIAR: Forum for Inter-American Research (Vol. 11, No. 3). Stamatopoulou, E. (1994). Indigenous peoples and the United Nations: Human rights as a developing dynamic. Hum. Rts. Q., 16, 58.

27 Yupsanis, A. (2010). ILO Convention No. 169 Concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries 1989–2009: An Overview. *Nordic Journal of International Law,* 79(3), 433-456. 中文文獻請見：焦興鎧．"從國際勞動基準論歐洲聯盟對外籍勞工人權之保障 ." *Journal of Europeran and American studies* 34, no. 1 (2004): 95. 石雅如 . (2015). 拉丁

可能侵害原住民族之基本權利，也有著多條具體之規範。

首先，ILO 之原住民權利公約第 7 條明文：「由於開發之過程影響其生命、信仰、風俗、精神幸福及所居住或作其他用途之土地，原住民與部落居民應有權決定其優先順序，並在可能之限度內對其自身之經濟、社會與文化發展施行監督。此外原住民與部落居民並應參與可能對其有直接影響之全國性與地區性開發計劃之擬訂、實施及考核。」而對於國家之義務，則是依據同條第 4 款有義務採取適當行動，以保護原住民族之居住環境：「各國政府應在原住民與部落居民之配合下保護其聚居地區之環境。」綜合這兩條公約之內容，外國投資者在未取得當地原住民與部落居民之同意下，應不得進行投資與開發行為。

其次，關於土地之權利，根據 ILO 之原住民權利公約第 14 條之規定：「1. 原住民與部落居民對其歷代所佔有土地之所有權及佔有權應予承認；在適當之情況下並應採取措施保障原住民與部落居民對於非其專有土地之使用權，尤應注意游牧居民及流動耕作者之情況。2. 各國政府應採取必要步驟鑑定原住民與部落居民歷代所佔有之土地，並保證對原住民與部落居民之所有權及佔有權予以有效保護。3. 在國家法律體制內應訂定適當程序解決原住民與部落居民對土地之權利要求。」ILO 之原住民權利公約第 16 條又稱：「1. 除本條其他各款另有規定者外，不得令原住民與部落居民遷離其所居住之土地。2. 如認有遷徙必要之例外情況時，在未令有關之原住民與部落居民遷徙前應先作充分說明並徵得其自由表達之同意。如無法獲得其同意，則尚應經由國家法律與規章所訂定之適當程序（包括酌情舉辦公聽會予原住民與部落居民有效表達其意見之機會）方得執行。3. 如屬可能，一俟遷徙之理由不復存在時原住民與部落居民應有權遷返其世居土地。4. 如依據協議或其他適當程序確定不可能遷返原居地時，原住民與部落居民應予以品質及法律地位至少與其原居地相等並適合提供其目前及未來發展所需要之土地。如有關之原住民與部落居民表示寧願領取現金或寶物之補償時，應在有適當之擔保下作此種補償。5. 被遷徙之人民如因遷徙而蒙受任何損失或傷害應獲充分賠償。」

第三，針對自然資源之開採與利用，ILO 之原住民權利公約第 15 條也有特別規定：「1. 原住民與部落居民對附屬其土地各種天然資源之權利 (包括參與此等資源之使用、管理與保全之權利) 應予特別保障。2. 如地下礦業資源之所有權或附屬土地之其他資源之權利屬於國家者，政府應訂定或維持與原住民及部落居民諮商之適當程序，俾能在准許或從事此等附屬原住民與部落居民土地資源之探勘或開採前確定其是否有損原住民與部落居民之利益及其程度。有關之原住民與部落居民應盡可

美洲原住民族權利發展──兩次原住民族國際十年期間 (1995-2014). 臺灣原住民族研究學報 , 5(4), 139-162.

能分享此等活動之利益，對於其因此等活動而可能蒙受之任何損失應獲公平賠償。」

綜合上述ILO之原住民權利公約內容，在能源與自然資源領域的外國投資計畫，在沒有取得當地原住民與部落居民之同意，並且得兼顧其對於土地與自然資源之權利保障外，應不得執行。

除上述聯合國系統有關原住民族人權之公約發展外，在區域性國際組織中，例如美洲人權委員會（Inter-American Commission on Human Rights 簡稱 IACHR）也於 1972 年通過名為《對原住民人口採取特別保護措施並進行對抗種族主義與種族歧視之行動》（Special Protection for Indigenous Populations, Action to Combat Racism and Racial Discrimination）之決議[28]。該決議指出：原住民不應遭受任何形式之歧視， 國家與各國政府必須以最積極之行動，落實保障原住民族人權，此係締約國國基於歷史、道德與人性尊嚴的基本原則與應遵守之承諾。

而在國內層次，我國的《原住民族基本法》誕生於我國近幾十年之原住民族運動[29]。此一浪潮隨著臺灣民主化過程而興起，諸如：在 1980 年代，台灣原住民追求正名、自治、捍衛土地、爭取國家公園與自然資源共管、蘭嶼反核廢儲存等議題陸續展開，也爭取原住民族人權的正式法制化。於內容上，我國《原住民族基本法》所保障之原住民人權內涵，文字形式上幾乎得以涵蓋前述聯合國《原住民族權利宣言》所列舉之各種原住民族人權。然而在當前關於原住民人權之行政與司法實務上，仍存在部分的「執行赤字」。因此，持續檢驗國際公約與我國內法對於原住民人權保障之落差，並在執行上落實原住民基本法之規範內容，仍是當前重要的工作[30]。此項工作在涉及企業於海外投資時，對當地原住民族之權益，也應具備基本之意識。

肆、國際爭端案件分析—跨國石化投資與原住民族人權

由於自然資源與能源之種類眾多，本文基於研究目的與篇幅限制，案例之選取將聚焦於石油、天然氣之跨國企業，以及與自然資源開採有關的 1956 年荷蘭皇家殼牌石油於奈及利雅哈科特港（Port Harcourt）區域發現石油蘊藏。在約 2 年後，殼牌在該區附近歐戈尼（Ogoni）族人的傳統領地上也採掘發現石油資源，並隨即

Goldman, R. K. (2009). History and action: The inter-American human rights system and the role of the Inter-American Commission on Human Rights. Hum. Rts. Q., 31, 856.

29 黃錦堂 . "原住民族保障與原住民族自治區法草案之研究 ." 法令月刊 63, no. 11 (2012): 68-98. 鐘玲敏 . (2006). 原住民族基本法立法過程之研究 . 臺灣師範大學政治學研究所學位論文 , 1-106.

30 許萃華 . (2013). 原住民族基本法之司法實踐 : 原住民族土地權為中心 . 司法新聲 , 106, 23-38. 施正鋒 . (2017). 原住民族傳統領域的劃設 . Journal of the Taiwan Indigenous Studies Association, 7(1), 165-89.

也啟動開採作業[31]。當時的發展使哈科特港周邊與尼日河三角洲區域逐漸成為奈及利亞之油業中心。

然而，數十年來殼牌的漏油污染，汙染了尼日河三角洲的土地和水源。根據國際特赦組織對於跨國石油公司之分析數據，在 1971 年到 2011 年間，世界各國之國際石油公司光是在尼日河三角洲區域，就一共造成了 550 處之石油汙染。相對地，在同一期間，整個歐洲平均每年只有 10 處的石油汙染。更嚴重地，殼牌並被指控在奈及利亞政府的協助下，非法武力鎮壓當地原住民族的反抗者，對原住民族人權與當地社區造成極大負面衝擊（殼牌與義大利 ENI 跨國石油公司承認造成當地污染，但始終不承認其使用武力鎮壓當地原住民族）。

自 1990 年開始，Ogoni 原住民與當時包括知名詩人與作家沙洛維瓦（Ken Saro-Wiwa），一同為對抗國際石油公司開採行為，發起了「Ogoni 族人生存運動（Movement for the Survival of the Ogoni People，簡稱 MOSOP）」非暴力抗爭動[32]。他們抗議殼牌汙染，並指控因公司之石油與天然氣外洩導致火災等事件頻傳。局勢演進到了 1993 年時，共計有 30 萬 Ogoni 原住民投身參與了反對殼牌石油的抗爭活動。

根據指控，奈及利亞當地之武裝警察（1994 年 1 月成立）與殼牌自有之安全部隊一起合作，共同鎮壓殺害了數十位當時在 Umuechem 村從事抗議的原住民群眾。該武裝勢力並對於 Ogoni 族人的社區進行鎮壓行動，逮捕、酷刑、狙殺原住民，並且強暴當地婦女。而 1995 年 11 月，奈及利亞政府對 MOSOP 領袖沙洛維瓦等六名抗議殼牌石油開發的原住民進行逮捕，並經該國軍事法庭審判後，被判處絞刑[33]。

原住民抗議份子與親友，決意採取法律行動，控告殼牌幕後參與此一鎮壓行動。但在當時的局勢下，當地原住民認為在奈及利亞境內想獲得真理與正義，幾乎絕無可能。因而在 2002 年，原住民試圖在美國控告殼牌石油。但經過長時間的法律爭訟，2013 年美國法院終於裁定，該法院對於本案並不具有管轄權[34]。基此，直至事

31 Boele, R., Fabig, H., & Wheeler, D. (2001). Shell, Nigeria and the Ogoni. A study in unsustainable development: I. The story of Shell, Nigeria and the Ogoni people–environment, economy, relationships: conflict and prospects for resolution 1. Sustainable development, 9(2), 74-86. Wheeler, D., Fabig, H., & Boele, R. (2002). Paradoxes and dilemmas for stakeholder responsive firms in the extractive sector: Lessons from the case of Shell and the Ogoni. Journal of Business Ethics, 39(3), 297-318.

32 Naanen, B. (1995). Oil producing minorities and the restructuring of Nigerian federalism: The case of the Ogoni people. Journal of Commonwealth & Comparative Politics, 33(1), 46-78.

33 Okome, O. (Ed.). (2000). Before I am hanged: Ken Saro-Wiwa, literature, politics, and dissent. Africa World Press.

34 Ossai, C. (2020). Corporate social responsibility in Nigeria's petroleum industry 25 years after the Ogoni crisis: case study: Shell Nigeria. Wiwa, K., & Saro-Wiwa, K. Shell, Nigeria, and the Ogoni: Prospects for Reconciliation and Sustainable Development.

發後 20 多年後的 2017 年，Ogoni 原住民仍持續在殼牌石油的母國—荷蘭，法院與該石油巨頭進行正面對決。最終，殼牌同意支付 1550 萬美元（約台幣 5 億 887 萬元）的和解金[35]。不過，殼牌雖願意支付鉅額和解金，卻堅稱並未涉及對當地環保抗議人士與原住民遭處決的暴行。

儘管 Ogoni 傳統領域僅為遭嚴重石油汙染之尼日河三角洲區域裡，面積不大的區塊，但石油污染對其自然環境之影響與後續之修復工作，卻是一個漫長的挑戰。在 2017 年，聯合國環境規劃署（UNEP）出版了針對 Ogoniland 當地石油汙染之研究與調查報告。該報告內文指出：儘管殼牌石油已於 1993 年被迫離開 Ogoniland 該原住民族之傳統領域，然而由於該公司當時所設立之石油管線，已遍布於整個區域，因此該公司仍須為管線漏油事件負責。此外，殼牌石油，也應盡速提出改進清理該區域石油污染之彌補方式，可能包括：重新檢視當前各種處理方法，並對於當時處理漏油之嚴重延誤，作出適當補救與反應。

此外，UNEP 經由該報告中的詳細研究，也產生設立尼日河三角洲 Ogoniland 傳統領域油汙清理信託基金之構想[36]。該基金將由 Ogoni 原住民族代表、聯合國、於奈及利亞當地投資的石油公司，以及奈及利亞政府共同監督。有關該信託基金之設立固屬創新之舉，但有關其實際運作情形，目前文獻上資訊尚非充足，仍值後續持續觀察。

二、雪佛龍—德士古（Chevron Texaco）公司於亞馬遜森林之污染案

發展、抵抗與奮鬥，常被認為是組成拉丁美洲歷史文化的重要成分。許多拉丁美洲的原住民族，始終秉持保護家園之信念，日復一日投地入與跨國企業之法律抗爭中。以下探討焦點從非洲轉向拉丁美洲，跨國石油公司德士古（Texaco）與其母公司雪佛龍（Chevron）在與厄瓜多東部 Nueva Loja（或稱 Lago Agrio）當地原住民族及其代表間之法律爭訟，因時間也係持續多年，在國際間已獲大量關注。

根據厄瓜多當地法院判決與相關報導，雪佛龍—德士古公司於當地的石化投資案，為當地留下了遭受污染之土壤、地下水與地表河流[37]。該跨國企業之行為造成

35　同上註

36　該份報告全文為網路公開：UNEP (2011) Environmental assessment of Ogoniland report https://www.unep.org/explore-topics/disasters-conflicts/where-we-work/nigeria/environmental-assessment-ogoniland-report（最後瀏覽日期：2021 年 3 月 26 日）　而相關評論請參見：Nwozor, A. (2020). Depoliticizing environmental degradation: revisiting the UNEP environmental assessment of Ogoniland in Nigeria’s Niger Delta region. GeoJournal, 85(3), 883-900.

37　Pellegrini, L., Arsel, M., Orta-Martínez, M., & Mena, C. F. (2020). International Investment Agreements, Human Rights, and Environmental Justice: The Texaco/Chevron Case From the Ecuadorian Amazon. Journal of International Economic Law, 23(2), 455-468.

了當地原住民族以及墾居農民之癌症併發機率、新生兒畸形與流產機率之增加。數年經過，生活在熱帶雨林中的當地農民與原住民，其中許多已死於癌症。上萬人之當地生活，事實上也受這起石化投資案之徹底影響。本案可謂是當代環境、公衛與人道主義之危機。

為保護亞馬遜之森林生態與原住民社區，法律爭訟部分最初由約 3 萬名熱帶雨林村民於 1993 年在美國紐約聯邦法院提出[38]。該訴訟之原告是守護亞馬遜陣線（Frente de Defensa de la Amazonia），其係代表厄瓜多亞馬遜北部地區 80 個原住民族與農民之社區草根團體。而被告即是該油田之運營商雪佛龍—德士古公司。經由多年纏訟，2001 年時美國聯邦法院認為本案厄瓜多具有管轄權，並將此案移交給厄瓜多法院[39]。

本案原告尋求被告方須支付 270 億美元以投入油污清理並修補對環境造成之損害。本案之法律核心爭點在於：雪佛龍—德士古公司抗辯，其已於 1992 年時便將勘探權交給國有之厄瓜多石油（Petroecuador），對此，雪佛龍—德士古是否仍對環境損害負有責任？本案在 2011 年，厄瓜多初審法院依據 105 份技術證據報告，判決該雪佛龍—德士古公司之致癌油廢料污染了 1500 平方英里亞馬遜森林之土地。而初審法院也據此判決雪佛龍—德士古須支付 90 億美元之罰款，並對社會和環境帶來之損害作出補償。但該公司對該初審判決仍繼續提出上訴。

直至 2019 年，厄瓜多憲法法院最終以 8 比 0 再次一致判定原告原住民族團體勝訴，認定該公司蓄意將數十億加侖的有毒油廢料傾倒在亞馬遜熱帶雨林之原住民族傳統土地上[40]。在長達 151 頁的判決書之中，厄瓜多憲法法院仔細駁回了雪佛龍—德士古的所有抗辯，例如：該公司稱自己也是被詐欺之受害者，以及厄瓜多法院對此案無管轄權等主張。厄瓜多憲法法院是該國第四個維持 2011 年判決結果之法院，與厄瓜多最高民事法庭、國家法院一致裁定雪佛龍—德士古須做出鉅額賠償。然而，雪佛龍多年來一直拒絕支付判決賠償金。經多年纏訟，近期該賠償金連本帶利已達 120 億美元。

若對跨國能源企業在厄瓜多當地之經營情形從事歷史回顧，我們可發現跨國公司通常能從自然資源之投資獲得鉅額利潤。但相對地，此類投資留給當地原住民族

38 Carlson, E. V. (2020). Indigenous Communities Versus Oil Companies: Identifying Trends in Tactics and Success of Indigenous-Led Anti-Petroleum Movements in the Ecuadorian Amazon. Mena, Carlos F., Murat Arsel, Lorenzo Pellegrini, Marti Orta-Martinez, Pablo Fajardo, Ermel Chavez, Alexandra Guevara, and Paola Espín. "Community-based monitoring of oil extraction: Lessons learned in the Ecuadorian Amazon." Society & Natural Resources 33, no. 3 (2020): 406-417.

39 同前註

40 A. Triana (2021). Big Oil: Chevron In Ecuador, Harvard Political Review, https://harvardpolitics.com/big-oil-chevron-in-ecuador/ (最後瀏覽日期 :2021 年 3 月 26 日)

與地主國人民之整體利益為何？事實上，獲得雪佛龍—德士古有關 400 口油井特許使用費的厄瓜多政府，在本案中並未給予受害之原住民族太多協助。例如，本案受影響之原住民地區甚至沒有獲得政府適切地醫療服務。據報導，許多原住民族成員，甚至在完全沒有機會接受任何醫療處置的情況下，很快就死於癌症。投資當地之永續利益是否與外國投資者之利益有相互平衡？實值得深思。

隨著近年中國崛起，中國也可能加入這場全球資源掠奪的爭議之中。以本案之後續而言，厄瓜多政府近年計畫針對超過 300 萬公頃未開發的亞馬遜熱帶雨林區域，持續開放競標給中國石油公司或其他海外投資者，此舉當然再次導致當地原住民族之強烈反抗。依據非營利組織看守亞馬遜（Ama- zon Watch）與當地數個環保團體與當地原住民組織之聯合聲明，強烈訴求全球無論公、私營之跨國石油公司，均不應參與此項嚴重違反原住民族人權、並將摧毀亞馬遜原住民族傳統領域之大型石油開採與投資計畫。因為一旦對此區域之石油進行開採，除將摧毀在地生態環境，也會對於原住民族之傳統生存方式，造成重大的威脅 [41]。

在法制評價上，此類石化投資案恐將違反中國大陸商務部與環境保護部門所共同發布的新的永續投資方針（investment guidelines）[42]。該方針第三條即明文闡明，中國大陸企業在國外從事經營與投資時，應「促進當地經濟、環境與社區的和諧發展」。然而，許多文獻與評論者仍認為，目前對於中國大陸的鉅額負債（厄瓜多近年積欠中國貸款超過 70 億美元，已超過其全國 GDP 的 1/10），可能促使厄瓜多政府無法做出正確客觀的決策考量。由於厄瓜多政府非常依賴來自中國大陸投資資金，以協助當地基礎建設之發展，因此相當可能在諸如社會、環境保護法規與原住民族人權等議題上與投資者進行妥協。

此外，另一值得注意的是發展，美洲國際人權法院為了保護豐富的文化遺產與生物多樣性，於 2012 年 7 月裁定禁止外國投資人在厄瓜多的薩拉雅庫（Sarayaku）進行石油開採 [43]。薩拉雅庫位於厄瓜多南部熱帶雨林中，一個不具有一般道路可抵達之區域，平時交通僅能靠飛機或獨木舟。美洲國際人權法院並裁定厄瓜多政府在原住民領域若核准石油開採之投資案件前，需獲得該當地原住民族團體之「自由、事先及充分資訊」同意。此案中，透過區域人權法院，以強化該國原住民族人權保障之機制，若在中國石化投資進駐厄瓜多後，可否以及如何發揮實效，也值得後續觀察。

41 Wegner, R. C., & Fernandes, M. P. (2018). The Amazon and the internationalisation of chinese companies. Contexto Internacional, 40(2), 361-385.

42 韓秀麗 . (2018). 中國海外投資的環境保護問題——基於投資法維度的考察 . 廈門大學學報 (哲學社會科學版), (2018 年 03), 148-159.

43 Verdonck, L., & Desmet, E. (2017). Moving human rights jurisprudence to a higher gear: rewriting the case of the Kichwa Indigenous People of Sarayaku v Ecuador (IACtHR). In Integrated Human Rights in Practice. Edward Elgar Publishing.

三、近期之案例：國內與國際法院之交互運作

除上述兩起經典之石化跨國投資案外，本文以下也就近期幾起相關之石化投資與原住民族人權案例，就其中國內與國際法院之交互運作進行觀察。

（一）美國跨州達科塔輸油管（Dakota Access Pipeline 簡稱 DAPL）環評案

石油與天然氣等化石燃料，在傳統運輸過程中必須經由管線。然而此類必須的基礎建設，卻也可能使原住民權益與珍貴之水資源受到損害。案例回到已開發國家美國，在 2020 年美國法院判定達科塔輸油管未通過「國家環境政策法」，必須在 8 月 5 日前關閉[44]。

本案涉及能源公司（Energy Access Partners）在 2014 年規劃興建橫跨全美 4 個州、全程長度共達 1,886 公里的達科塔輸油管。該跨洲油管建設按原先計畫將通過美國之主要河流之一的密蘇里河（Missouri River）並且經過當地原住民立岩蘇族部落（Standing Rock Sioux Tribe）所世代承襲之傳統土地領域[45]。一旦該跨州油管洩漏，也將會嚴重破壞珍貴之水資源以及文化遺產。事實上，美國在過去 10 年內確實曾發生數起石油管線洩漏之事故，根據統計一共導致超過 3,400 萬加侖的石油外洩，造成 20 人死亡 35 受傷，以及共約 26 億美元之經濟損失。

立岩蘇族當地原住民族自 2016 年起，紮營在達科塔輸油管工程之選址區域上，並合力發起非暴力抗爭行動，此一示威逐漸獲得美國國內公眾與全球居民之關切。在抗爭期間之中，綠色和平美國辦公室持續與當地立岩蘇族原住民在許多議題上進行合作，包括：(1) 透過網路或媒體，充分動員全球綠色和平辦公室與成員發起連署與聲援行動；(2) 對於興建油管之規劃，進行科學研究論證與經濟利益分析；此外 (3) 綠色和平美國辦公室之成員，為徹底截斷此一大型油管工程之資金，也向涉入本案融資銀行與金融機構，進行撤資之遊說與倡議[46]。

在歷經連續數個月有效率與的公民倡議行動，2016 年底，時任美國總統歐巴馬下命駁回同意興建達科塔輸油管線之環評許可申請。然而繼任之川普總統，卻又簽

---

44 N. Farah (2020). Dakota Access review may test Trump's NEPA overhaul, E&E News, https://www.eenews.net/stories/1063706835(最後瀏覽日期 :2021 年 3 月 26 日)
Whyte, K. (2017). The Dakota access pipeline, environmental injustice, and US colonialism. Red Ink: An International Journal of Indigenous Literature, Arts, & Humanities, (19.1).

45 Standing Rock Sioux Tribe Wins a Victory in Dakota Access Pipeline Case, NY Times, https://www.nytimes.com/2020/03/25/climate/dakota-access-pipeline-sioux.html (最後瀏覽日期 :2021 年 3 月 26 日)

46 Greenpeace Celebrates Dakota Access Pipeline Shutdown, Greenpeace USA, https://www.greenpeace.org/usa/news/greenpeace-celebrates-dakota-access-pipeline-shutdown/(最後瀏覽日期 :2021 年 3 月 26 日)

署備忘錄，再次批准恢復達科塔輸油管與另一更具爭議性的 Keystone XL 跨山輸油管工程[47]。真正令人感到遺憾的是，Keystone XL 輸油管工程竟於 2019 年 10 月確實發生漏油事故，該起事故也造成超過 9,000 桶石油汙染了北達科塔州之重要濕地。

本次自然環境之損害，再次確認漏油風險絕對值得重視，且一旦發生就是不易挽回之生態危機。

本案美國哥倫比亞特區地方法院於 2020 年 7 月判決中指出：因抵觸美國國家環境政策法（National Environmental Policy Act, NEPA），達科塔輸油管的環境評估許可應予撤銷，，開發者並且需於 30 天內關閉所有輸油管線，並盡快清空殘餘石油，以維護當地生態。

（二）國際刑事法院對巴西總統波索納（Jair Messias Bolsonaro）展開調查

多年來，巴西政府常遭批評，忽視該國原住民族權利、並且疏於保護當地原住民族之傳統的土地。依據非營利組織「全球見證」（Global Witness）所發布之年度報告，2019 年是全球史上最多土地守護者，遭到殺害的一年[48]。其中 90% 的此類殺害案件，均發生於巴西亞馬遜地區。就具體數字而言，光是該亞馬遜地區，於 2019 年一共就發生有 33 起的土地守護者遭殺害的死亡事件。然而相當遺憾的是，迄今該巴西亞馬遜區域仍持續發生侵占原住民族傳統土地、非法伐木、毀林之情。根據同一組織之統計，回看 2020 年 1 月至 7 月，巴西亞馬遜地區又有已達 13,703 平方公

里之土地，遭受大火焚燬，該土地區域相當於近 40% 臺灣面積。若細究造成亞馬遜森林大幅消失之主要原因，正是該國大規模之工業式畜牧、農耕地加速擴張、非法伐木、進行採礦等商業行為，此些快速擴張的經濟活動，已然剝奪當地原住民族賴以維生之自然資源與密切連結的土地。

面對此一趨勢，於 2020 年巴西當地一原住民人權團體向荷蘭海牙國際刑事法院（ICC）控告巴西總統雅伊爾•波索納洛觸犯人道罪刑[49]。其指控波索納洛上任後以振興經濟發展為政見，幾乎放任該國與國際企業為商業利益奪取亞馬遜之自然資源，並危及當地原住民之基本生存條件。原告認為，波索納洛撤銷多項亞馬遜之環

47 Ordner, J. (2018). Grassroots opposition to the keystone XL pipeline in Nebraska. The right to nature: social movements, environmental justice and neoliberal natures.

48 Raftopoulos, M., & Morley, J. (2020). Ecocide in the Amazon: the contested politics of environmental rights in Brazil. The International Journal of Human Rights, 24(10), 1616-1641.

49 Jair Bolsonaro accused of inciting genocide before the International Criminal Court, Open Democracy, https://www.opendemocracy.net/en/democraciaabierta/jair-bolsonaro-accused-inciting-genocide-international-criminal-court/(最後瀏覽日期 :2021 年 3 月 26 日)

境保護政策，此舉將對於雨林和原住民構成重大威脅。此外，波索納洛還大幅削減環境執法部門之預算，未能為當地自然生態與雨林提供妥善保護。波索納洛原先還嘗試於巴西國會推動通過法案，賦予企業取得佔有森林與土地之權利。但在多方反對倡議下，造成巴西政府壓力，終使該案投票時間被迫延後。綜上，原告認為，作為總統，波索納洛原應保護包括原住民在內之所有社群。然而波索納洛的行為，卻對於生態環境和原住民恐造成嚴重、永久之傷害，該當於生態和種族滅絕罪。

ICC 檢察官目前正對於波索納洛展開調查。而後續本案之發展，也涉及國際刑事法院對於生態和種族滅絕罪之範圍認定，以及 ICC 未來在對抗重大環境犯罪時所能扮演的功能角色[50]。

（三）氣候訴訟與石油開採

隨著氣候變遷與極端氣候引發的全球災害頻繁，近年來「氣候訴訟」（climate litigation）也已成為公眾倡與社會行動的重要方式之一。透過法律訴訟途徑，監督企業與政府的作為，希望改變原先高碳排、以經濟利益為主導之路線，減緩氣候變遷帶來之衝擊。迄今，全球許多國家都有類似的氣候訴訟進行中，為極端氣候下的各類人權堅持奮鬥。其中也有氣候訴訟，涉及石油投資與人權保障者。

隨著氣候變遷與極端氣候引發的全球災害頻繁，近年來「氣候訴訟」（climate litigation）也已成為公眾倡與社會行動的重要方式之一。透過法律訴訟途徑，監督企業與政府的作為，希望改變原先高碳排、以經濟利益為主導之路線，減緩氣候變遷帶來之衝擊。迄今，全球許多國家都有類似的氣候訴訟進行中，為極端氣候下的各類人權堅持奮鬥。其中也有氣候訴訟，涉及石油投資與人權保障者。

為落實減少碳排放之國際承諾，挪威政府於 2015 年正式簽署加入巴黎氣候協議。但民眾認為，該國政府之實際作為卻與其宣示減之理念碳背道而馳。挪威政府近年為了開採北極新油田，已相繼核准，包括挪威國有石油公司 Statoil（現稱 Equinor）與多家石油企業所公佈，對於北極大規模之油源探採計劃。

「自然與青年」（Natur og Ungdom），此為挪威最大的青年環保組織於 2016 年 10 月與綠色和平挪威，共同以原告身分，控訴挪威政府批准北極鑽油許可證的行徑。原告方認為，該行為已侵犯挪威憲法賦予該國人民的環境權利，並從世代正義與永續發展的觀點，指出此舉將嚴重威脅當代與後代子孫的生命、健康與生態環境[51]。

於 2017 年 11 月始，奧斯陸區域法院就該案之法庭審訊開始，並於最終裁定挪

50 Hellman, J. (2014). The Fifth Crime Under International Criminal Law: Ecocide?. In Regulating corporate criminal liability (pp. 273-280). Springer, Cham.

51 請見綠色和平 https://www.greenpeace.org/international/campaign/people-vs-oil/

威政府之行為並未違憲。然而，這場「公眾力量 VS. 北極鑽油」（People VS. Oil）的環境訴訟，其實仍尚未結束。在審判期間，環保團體也前往世界各國之挪威駐外使館，先後遞交超過全球 54 萬人的連署，正式請求挪威政府必須聽取全球民意，立即中止對於北極鑽油之許可。而雙方於 2019 年 11 月上訴程序中，再次於奧斯陸法庭展開聆訊。

2020 年 1 月，奧斯陸上訴庭做出最新判決。上訴法院接受原告所指稱「挪威出口石油將會造成全球溫室氣體之排放，而這就是挪威政府本身之責任。此外，該上訴法院也充分認同，根據挪威憲法 112 條，民眾應享有健康環境的憲法權利」。然而，該上訴法院也裁定，由於挪威政府具體核准石油企業於北極鑽油之行為，仍尚未達到違憲之門檻，因此仍宣告區域法院之原判應予維持。儘管維持原判，奧斯陸上訴庭仍認同本案對當代和後代子孫之生活環境，是屬極為重要之公共利益，因此裁定原告不須支付本案之訴訟費用[52]。迄今，本案仍在挪威最高法院法院等待終判決。本案對於未來之氣候訴訟趨勢，以及此後若同時牽涉到原住民族傳統領域之人權案例， 也甚具有參考價值。

伍、焦點觀察與綜合評析

從統計上而言，跨國能源投資案中，牽涉侵害原住民族人權者，於全球恐為數不少。然相關研究顯示，其中僅有相當少部分的爭端案件，進入國際（或國內）之司法或投資仲裁等紛爭解決機制[53]。因此，若僅單純透過司法案例之分析，或無法掌握事實之全貌，此為本文之研究限制。儘管如此，本文仍基於以上幾則案例內容，以及前述有關原住民族國際人權公約之討論，嘗試歸納幾點觀察心得，以作為後續研究之基礎。

一、原住民族國際人權公約與訴訟策略

在前述案例中，儘管各案例之事實、法律適用與程序進行均不盡相同，其共通之點在於，各案中原告之攻防，均有嘗試主張前述國際人權公約上所明文提及之各項原住民族權利，包括：

ILO 之原住民權利公約第 7 條、第 14 條、第 15 條、第 16 條等為有關於土地權與原住民族傳統領域保護之條款，與此類案件中，時常為原告所加以援引主張，並

52　請見 EJIL: Talk https://www.ejiltalk.org/people-v-arctic-oil-before-supreme-court-of-norway - whats-at-stake-for-human-rights-protection-in-the-climate-crisis/

53　Boyle, A. (2012). Human rights and the environment: where next?. *European Journal of International Law,* 23(3), 613-642.

且與當地國家之法律，共同搭配適用。而在程序上，則時常有主張《聯合國原住民族權利宣言》內諮商同意權之相關規定適用，也為原住民族對抗國家非法行為之重要武器。此外，前文所提及之《公民與政治權利國際公約》第 27 條以及《經濟社會與文化權利國際公約》第 15 條，也確實時常成為訴訟中，原告所使用之關鍵條款。

就臺灣而言，《公民與政治權利國際公約》及《經濟社會文化權利國際公約》，已然透過我國《兩公約施行法》之擬定，正式整合進入我國人權法律體系之重要組成部分。換言之，聯合國人權兩公約內文所保障之各類人權內涵與相關規定，經過施行法之內國法化，也應具有國內法律之同等效力，此業為司法實務與學界之共識。事實上，觀察近年來之情形，不僅個別人民、各類公民團體、代理人權議題相關訴訟之律師等，都已然逐漸積極地於司法程序中，具體主張此類國際法上之原住民族人權與環境權。此外，我國之各級司法與法務機關、各級政府單位，也都開始熟悉並主動適用國際公約內所保障之人權相關規定。觀察原住民人權在國際人權法上之發展，可發現兩公約與永續發展、原住民人權保護間有逐漸交錯匯流之趨勢。各國或國際的投資政策與永續議題思考，再也無法脫離原住民有關之國際人權規範體系的發展。永續發展、原住民人權、內國與國際的經貿投資政策，在新的世代應為整合與正向匯流。若如以往，需從訴訟個案中，經由原告之主張，而為援用之模式，儘管仍屬重要，但經過歷史上許多案例之驗證，程序上可能緩不濟急。

二、環境保護與原住民族人權之關係

在經濟全球化與國際人權演進的時刻，究竟環境保護與原住民人權之間的關係為何？聯合國人權兩公約所保障之權利內涵，是否也可作為主張環境人權之重要基礎？多數看法認為， 人權保障與環境保護之間，這兩種基本價值在多數情況應該都會處於「正向匯流」之情形。亦即，透過主張人權的取徑，也可同時保護環境生態或促進永續發展。相對地，各國政府也會以環境法作為管制工具，由上而下的方式以落實人權保障（例如：環境權、生命、健康、財產權等）。這種人權與環境保護正向匯流之情況，也呈現永續發展此一概念下，三大支柱 – 經濟、社會與環境 – 彼此之間，應相互正向支持與促進的原則[54]。事實上，細究聯合國人權兩公約所保障的人權，不但涵蓋實體之環境人權，如：生命、健康、水資源、隱私、家庭權、自決權、文化權與宗教自由等，另外也包括程序面向的：環境資訊請求權、環境決策參與權、以及當各類環境人權受侵害時的司法救濟權等。結論上，環境與人權確然密切地正向相關。

54 Anton, D. K., & Shelton, D. L. (2011). Environmental protection and human rights. Cambridge University Press. Knox, J. H. (2015). Human rights, environmental protection, and the sustainable development goals. Wash. Int'l LJ, 24, 517.

上述幾件原住民族人權案例，也多是在此種「權利—救濟」思維下，呈現個案於各種救濟管道中之實際處理情況。在理論分類上，通常會稱此種為：以權利為基礎的模式（right-based approach）[55]。例如，當傳統領域之土地受到油污污染的原住民與部落居民，可同時向加害者，主張許多項明文於國際公約之基本權利遭受到侵害，並且請求加害者賠償並負擔回復之責任。

然而，經由上述案例，我們也可推想原住民族人權，在某些情況下，仍可能與環境保護之基本價值間，產生潛在的衝突。例如，國家為了氣候變遷之調適或災害預防等，要求原住民族必須遷離其傳統領域或家園，被迫進行重新安置。或者，某些原住民族之傳統生活型態，例如火耕，也可能造成嚴重之區域空氣污染等。換言之，當永續發展此一概念下，社會 (s)（如原住民族之某項基本人權）與自然環境 (e) 兩者產生價值衝突時，法制上應如何衡量其間價值優先性之課題[56]。

本文認為，此種情形應為以權利為基礎之環境治理模式（right-based approach）之運用極限。人權與環保的衝突，也可呈現單純以「權利—救濟」的思考方式，探究原住民族國際人權議題時，可能的不足之處。由於目前這類的案件數量相對為少，國際公約、內國法或司法判決，在涉及人權與環境價值衝突時，應該如何進行價值權衡，以及如何正向推動聯合國永續發展目標 (UN SDGs) ？應為後續研究之重點。此議題也呼應本文導言所提，在國際法碎片化之趨勢下，究竟是否以及如何影響實質正義？以及各領域國際法當初之理想彼此間應如何權衡？

三、各種救濟管道之效能

上述侵害原住民人權案例中，加害者多為跨國石油公司或結合當地國之政府，而原告多為原住民族之部落居民或其所代表之草根團體。檢視這些案例，可發現各種權利救濟管道（包括各類司法與準司法）在處理原住民人權侵害案件時，其呈現之不同制度處理量能與救濟效率等，也為值得深究之議題。

在國內救濟層次，以殼牌於奈及利亞投資案以觀，無論是當時政府之武裝介入、逮捕與後續對原住民抵抗者之審判，都使國內法院救濟管道之功能，變得幾乎無法期待。因而，該案中之原住民族與其家屬，均選擇遠走他鄉、尋求庇護，並嘗試於國外法院或其他國際平台，進行權利救濟。在該案中，美國法院及殼牌石油母公司

55 Boele, R., Fabig, H., & Wheeler, D. (2001). Shell, Nigeria and the Ogoni. A study in unsustainable development: II. Corporate social responsibility and 'stakeholder management' versus a rights based approach to sustainable development. *Sustainable Development,* 9(3), 121-135.

56 Gearty, C. (2010). Do human rights help or hinder environmental protection?. *Journal of Human Rights and the Environment,* 1(1), 7-22. Berke, P. R., Ericksen, N., Crawford, J., & Dixon, J. (2002). Planning and indigenous people: Human rights and environmental protection in New Zealand. *Journal of Planning Education and Research,* 22(2), 115-134.

之荷蘭法院，皆為該案原告尋求救濟之管道。

就案件處理時效以觀，以上案例均呈現，此類跨國民事求償與原住民族人權侵害案件，於調查與審理過程將須耗時甚久。即使獲得勝訴或和解，最終所獲之賠償或和解金額，也遠低於其損害，而僅具象徵意義。然而，對於尋求救濟之原住民族與其代理律師而言，這些賠償或許根本不足以喚回已逝者之生命。但訴訟之結果，可向殼牌、雪佛龍等於開發中國家營運的跨國石油巨頭傳達一項訊息：不能將侵犯人權當成經營生意的手段或重要部分。而美國法院關於達科塔輸油管之環評訴訟，則是透過國內法院救濟，獲得成功與預防功效之例。未來如何透過更多環評訴訟，以預防原住民人權遭受侵害，應為重要之訴訟策略與趨勢。

就國際救濟層次，本文選取之案例，無法呈現所有國際救濟管道或人權監控機制之運作功效。然初步觀察，於傳統國際商務之爭訟與救濟管道，如：民事訴訟、國際商務或投資仲裁等，在此些救濟機制中談論人權議題，所獲之結果不一。整理而言，於國際商務仲裁或投資仲裁機制處理人權議題，或仲裁者援引、運用國際人權法之情形，已越見普遍[57]。此外，在近期之巴西案例中，國際刑事法院也開始承擔期待，希望能對於重大之環境犯罪、生態與種族滅絕行為，扮演關鍵角色。因此，國際刑事法院對於重大之原住民族人權侵害與生態破壞案件，能發揮多少訴追與究責功能，也值得持續關注本案後續[58]。

本文認為，對於各種救濟管道，如：國內法院、國際仲裁、人權專責機構之救濟機制等，其各自之運作實效，未來應持續為實證評估與調查比較，並各救濟制度間之整合與改革提出規劃思考。

就臺灣內國訴訟與國際人權之連結而言，我國並未簽署上開聯合國原住民族相關之國際公約。然自 2009 年以來，臺灣政府積極推動以「公約施行法模式」完成了包括《公民與政治權利國際公約》及《經濟社會文化權利國際公約》等六大重要國際公約的國內法化重要工程。此種模式作法獲得國際廣泛肯定，因將國際法規體系引入，將我國法治及司法實務之人權保障深有促進。其中，當然也包含本文前述與原住民族人權相關部分。

首先，就一個原住民族人權司法個案言，我國法院「應否適用兩公約」？對此重要議題，我國學者廖福特教授發表於臺灣人權學刊第一期之宏文，以及其一系列

57 Simma, B. (2011). Foreign Investment arbitration: a place for human rights?. *International and Comparative Law* Quarterly, 573-596. Steininger, S. (2018). What's Human Rights Got To Do With It? An Empirical Analysis of Human Rights References in Investment Arbitration. *Leiden Journal of International Law, 31(1), 33-58.*

58 White, R. (Ed.). (2017). Transnational environmental crime. Routledge. Sharp, P. (1999). Prospects for environmental liability in the International Criminal Court. Virginia Environmental Law Journal, 217-243. 陳玥 . (2018). 論國際刑事法院在環境保護中的職能 (中國政法大學碩士論文).

於我國司法機構之專題演講內容，已形成一充分且有體系之分析架構。歸納而言，按兩公約施行法第 4 條規定：「各級政府機關行使其職權，應符合兩公約有關人權保障之規定……」，其中所稱「各級政府機關」是否包括法院？若從比較法角度觀察， 若特別立法使國際人權條約具備有國內法地位，然推論上卻認為國內法院不應適用國際公約，此情形應實殊難想像。此一推論，實質上也將等於直接毀棄國際人權公約的內國法實效性。另從國內法之角度觀察，國內諸多法律所稱「各級政府機關」並非限縮於行政體系，同時亦包含司法部門，因此施行法所稱之「各級政府機關」宜認定包括法院。原告應可參酌上述國際案例，於個案訴訟中，援引兩公約中有關原住民族人權之內容，作為攻防主張之手段。

其次，在原住民族人權的司法案例中，臺灣法院又該「如何適用兩公約」? 就臺灣法院適用「公民與政治權利國際公約」時，應可認為該公約為特別法，當國內法與該公約衝突時，應優先適用該國際公約。就我國法院適用「經濟社會文化權利國際公約」部分，首先，即使不認定該公約為特別法而優先適用於國內法，也至少應認國內法相關規定不應與該公約衝突，若有衝突時應適用該公約。而依兩公約施行法第 3 條規定，所謂參照人權事務委員會之意見，法院適用時應包括幾個步驟：1. 確認本案事實是否與「公民與政治權利國際公約」所保障之權利有關；2. 如有，與何權利有關；3. 人權事務委員會對這些權利的詮釋內容為何；4. 國內法律規範是否與這些權利內容衝突；5. 決定依據國內法律或是「公民與政治權利公約」為判決，並於論證過程中參照人權事務委員會審查各國報告之意見、個案申訴之決定及一般評論意見。

最後，就原住民族人權領域，臺灣政府應持續關注國際人權公約之發展動態，同時持續強化兩公約相關政策、制度與法令之修正，並提出定期之國家報告。而在司法層面，國際人權公約於司法個案內之實踐，政府也應提出具體可努力的方向，使法院對於落實國際人權保障所應扮演的重要角色，有更進一步之體認。進一步而言，依兩公約施行法第 3 條規定「兩公約人權事務委員會之解釋」，我國法院決定國內法律是否符合「經濟社會文化權利國際公約」時，必須判斷國內法律規定是否符合該國際公約所要求之締約國國家義務，如果法院於判決中未能妥善論證國內立法，或是行政措施有無善盡「經濟社會文化權利國際公約」締約國國家義務，即可能有適用法律不當之疑慮，而得以提起第三審上訴或非常上訴。

四、多元治理機制的競合

如前所述，完全倚重以權利為基礎（right-based approach）的環境治理與人權保障模式，將有其侷限。從國內到國際之各種權利救濟管道，也固有其程序與時間成本，而於運作實效上，均值得進一步為實證檢視。

從自然資源開採與原住民人權侵害之經典案例出發，到近期如美國之跨洲油管案與巴西新任總統對亞馬遜雨林政策受抵制案，本文認為對於跨國或跨區域能源投資產生原住民人權受侵害之風險，未必要到自然環境與原住民人權真正受到損害後，才著重於事後救濟之補救措施。各種多元的環境治理機制的交互運用，以及預防與事前保護效果的提升，為後續研究與實務規劃之重點。

舉例而言，在美國之跨洲油管案中，NEPA 上之環境影響評估制度與法院判決，兩者共同扮演重要之預防性功能。而在巴西的案例中，原住民族、社區團體與代表之律師，也決定在政策層次，直接要求國際刑事法院對該國總統進行訴追與調查。而巴西總統波索納洛當初原計畫通過巴西之國會法案，為搶奪土地之企業與相關利害關係人，得獲得佔有森林的法律權利。然而，此一國會法案卻也在眾多國內反對者，以及歐洲超過 40 家企業之聯手施壓下，促使投票表決時點無限期被延後。事實上，此種來自多方之共同倡議，已然造成巴西政府之巨大壓力，並促使巴西聯邦政府終於於 2020 年年發出正式聲明，未來在亞馬遜與潘塔納爾生物群系（Pantanal biomes）內的所有焚燒森林行為，都將被視為違法[59]。」

上述案例之主要啟示，在於如何運用當前多元之治理機制，就原住民族人權事件，從事後救濟轉為著重事前預防之思維。事前機制除了環境影響評估外，尚有許多促使政府、投資者與原住民於事前溝通、協商，並簽訂正式書面社區議定書或協議書之模式。事前充分之溝通與公民參與程序，也才能落實國際公約所謂原住民族知情與出於自由意志之同意權[60]。

再就事後賠償機制以觀，本文案例中也呈現設立油污賠償基金或保險等分散風險機制，為強化事後回復原狀與補償可能之選項。然就其實際運作，目前尚未有充足資訊，此部分也值後續進行專題評估研究。

附帶一言，出自於道德和氣候危機原因，當前全球最大的數個機構投資者，例如：挪威主權財富基金、美國政府公務員退休基金…等，均不斷以更高的永續標準評鑑全球各大型跨國企業 。例如近年全球機構投資者，對於高度倚賴煤炭等石化能源之跨國企業，或於經營行為上嚴重侵害當地生態與人權者，列入投資黑名單或觀察改進名單，並考慮直接從這些公司中撤資。在能源領域，挪威主權財富基金對於包括：英國嘉能可公司 (Glencore)、英美資源集團 (Anglo American Plc) 、德國萊茵西伐利亞電力公司 (RWE)、澳洲的 AGL 能源公司 (AGL Energy) 和南非的薩

59 Lima, M., da Silva Junior, C. A., Pelissari, T. D., Lourençoni, T., Luz, I. M. S., & Lopes, F. J. A. (2020). Sugarcane: Brazilian public policies threaten the amazon and pantanal biomes. Perspectives in Ecology and Conservation, 18(3), 210-212.

60 Ward, T. (2011). The right to free, prior, and informed consent: indigenous peoples' participation rights within international law. Nw. UJ Int'l Hum. Rts., 10, 54. 官大偉 . (2018). 紐西蘭毛利人的諮商同意權 . 臺灣原住民族研究學報 , 8(3), 21-42.

索爾能源公司 (Sasol) 等全球能源巨頭，均列入撤資之觀察名單 。事實上，挪威主權財富基金成立於 1990 年，最初用於投資挪威國內之石油和天然氣。該基金過去三十多年曾對全球 9,200 多家公司進行投資，目前控制著相當於全球股市市值 1.5% 的資金。近年甚至比爾蓋茲與其妻梅琳達共同成立之基金會（Bill & Melinda Gates Foundation）和其相關之所有信託基金也於 2019 年時將持有所有的石化與天然氣產業投資完全脫手。因此，從事跨國投資之石化產業對於環境與人權議題，在當前與可預期的未來，均應有整體之因應思考。除了訴訟救濟管道外，應持續探究本文提及之多元治理機制，在對於降低法律風險、促進石化產業轉型與預防損害等，可能發揮之功能角色與制度展望。

由於該類大型基金的投資決策經常受到密切關注，並受到其他投資者的追隨。機構投資人之投資動向，未來可能徹底改變全球商業生態、能源投資之情勢。臺灣企業赴海外投資，也應著重永續發展與人權課題。

五、對於臺灣原住民人權訴訟之啟示

回顧過往國際人權法上第一代與第二代之人權內與相關案件，似乎較著重個人權利保護之面相。然而，本文指出於 2007 年聯合國通過的《原住民權利宣言》，其內容則正式肯認原住民族作為主張集體權利之主體性，此為一重要之里程碑與未來趨勢。隨著國際公約之演進，如上所述，也衍伸許多重要之原住民族人權，並由原告於許多國際上相關訴訟案件中主張。

在臺灣之情形，儘管我國於 2005 年，已然立法通過了《原住民基本法》，但也由於原民法之相關子法遲遲未再進一步立法通過，此情形也導致原住民族在其傳統領域內之狩獵與資源採集行為，以及其所衍生的傳統文化權並未能受到充分保障，甚至於個案中一再被我國刑事司法機關判刑定罪。即使於 2021 年 5 月大法官釋字 803 號解釋公布後，原住民傳統狩獵文化與野生動物保育之價值權衡，容有爭議。爭議許久的美麗灣開發案，也凸顯我國政府對於在原住民傳統領域開發，根據國際人權公約之精神，原應由原住民以部落之整體，於程序上進行部落事前之「知情同意」之充分行使。近年於八八風災與哈凱部落之重建案例中，也呈現漢人角度堅持對於山林之開發，幾乎後果上能導致傳統部落滅村。此外，在重建方案中，我們也可觀察到其做法並未能兼顧與尊重原住民族之傳統文化及其表達之意見。在這一連串強迫原住民族部落居民遷離傳統領域之案例中，也不斷衍生更多的法律爭議事件，仍有待解決。

儘管蔡英文總統已於 2016 年的原住民日，曾正式向臺灣原住民族表示歉意。然此舉除了重大的政治意涵外，未來具體上如何促成原住民族在傳統領域的權利被確實落實保障，以及如何保存原住民族之文化、語言等，當前尚有諸多法令與措施，

需要進一步依據國際公約之精神，進行實務調整與制度研析。

事實上，本文發現從 2003 年的鄒族蜂蜜事件、2005 年司馬庫斯風倒櫸木案、2006 年烏來拆碑事件、2009 年八八風災原住民部落重建爭議、2013 年哈凱部落案、2016 年布農族獵人案，到 2020 年太陽光電入侵知本溼地與卑南族傳統領域等事件，專業之環保與人權團體，也經常透過法律訴訟或倡議行動等具體聲援方式，關注與呼籲原住民人權在臺灣的落實。本文所提之國際案例與初步分析，希望對下一階段原住民族人權發展與司法個案正義落實，有些許參考價值。

陸、結語

經濟全球化浪潮下，跨國經濟活動，如石化產業之海外投資，對於全球原住民族之傳統領域與文化認同，已產生許多負面衝擊。以經濟發展為導向的跨國企業與政府，有時可能共同侵害原住民之傳統生存方式，並將其邊緣化。事實上，原住民的傳統生活方式，就像一座「流動的圖書館」，有太多傳統智慧值得學習。以亞馬遜原住民對自然資源的使用方式為例，他們能夠協助人類社會守護土地與自然森林，以尊重生態、永續健康之方式，與這片大地和諧相處。

就法律制度層面，本文從國際法碎片化趨勢出發，梳理與原住民族人權相關之國際公約歷史發展與相關具體法條。就跨國能源投資之訴訟案例，本文探討之焦點，在於傳統土地與文化認同等兩項重要人權，以及其權利相互間，如何交錯影響。

從本文所選取之經典案例出發，到近期的跨區域能源投資案例甚或與石油開採相關之氣候訴訟，本文也嘗試歸納幾點觀察心得，並作為值得後續研究之課題，其為：一、原住民族國際人權公約與訴訟策略。二、環境保護與人權之關係。三、各種救濟管道的效能。四、多元治理機制的競合。五、對於臺灣原住民人權訴訟之啟示。本文也指出，以權利為基礎（right-based approach）的環境治理與人權保障模式，將有其侷限。對於人權保護與環境保護兩種價值產生衝突時，國際法與國內法目前尚未具有完整的因應模式。因而，除強化與評估現有的權利救濟管道外，仍需持續思考各種多元機制的競合與調和。並且將研究與制度設計之重心，從事後的補救，轉往事前的預防。

本文也認為，未來若想對於原住民族人權強化保障，事前預防之思維，其重要性值得一再強調。就企業部分，其應考慮停止與涉及摧毀森林或其他破壞環保之供應者合作。銀行與投資公司應停止未破壞永續或侵害人權之企業提供資金。此外，全球企業應盡快推動供應鏈透明化，並制定完善的監督管理系統。而在政府部分，為強化預防則可考慮以法律規範明文禁止企業販售有侵害人權之虞的商品或服務、禁止金融機構以直接或間接方式投資可能侵害人權與威脅環境永續之企業，並且強

化司法與準司法之救濟管道，或支持強化國際平台於處理人權事務上的制度量能。

儘管本文所舉之案例，似乎在地理空間與法律經驗上距離臺灣都有一些距離。但不可否認的是，此些案例對於臺灣之對外投資、永續經濟發展、商業與人權等議題，均有諸多法制上之啟發。尤其，臺灣近年政府大力推動新南向政策，無論國有或私營大型能源企業，如中油、台塑等，均有大型之對外投資計畫，例如前往新南向政策之國家重點投資國家印尼、越南等[61]。回顧近年，時也傳出類似台塑投資越南鋼鐵廠之環境與人權事件，我國政府與企業的處理方式也頗值得省思[62]。此外，臺灣於 2020 年底之世界人權日，公布首版之臺灣「商業與人權國家行動計畫」，其中內容也明確宣示，未來政府應與企業共同協力，維護人權與永續發展[63]。特別是在海外投資時，應對當地之原住民族人權，遵循國際人權條約、當地國法、我國法律與其他相關軟法之規範。

文末，我們又再次想起在殼牌投資奈及利亞案中喪失性命的知名詩人沙洛維瓦，以及臺灣作家李喬的那種反抗精神。反抗，固然呈現了一種批判精神與生命美學，然其也帶有許多苦澀與悲憤之情調。法律人作為社會工程師，心中除需銘記反抗之熱血與其燃起改革之動能，也須務實思考具體之制度改革與解決方案。

61　新南向工作計劃（核定版），行政院 https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjI4qjq383vAhW1xosBHUuSBv8QFjAEegQICBAD&url=https%3A%2F%2Fwww.ey.gov.tw%2FFile%2F855B5746F008BDAC%3FA%3DC&usg=AOvVaw3P6RMJ5QpABsbykHJeqDCL（最後瀏覽日期 :2021 年 3 月 26 日）

62　台塑越鋼污染案》回顧 3 年前撲朔迷離的越南「死魚事件」，如今真的「塵埃落定」了嗎？廖羿雯，風傳媒 https://www.storm.mg/article/1492518?page=1（最後瀏覽日期 :2021 年 3 月 26 日）

63　臺灣首度公布企業與人權國家行動計畫：經濟成長兼顧民主人權 產業國際競爭力再升級，行政院院會新聞稿 https://www.ey.gov.tw/Page/448DE008087A1971/de53d248-0b06-4b3e-8554-77068fee1a74（最後瀏覽日期 :2021 年 3 月 26 日）

從原住民「傳統領域」爭議論「知情同意權」之保護

吳吉村

目次

壹、前言 - 問題之提出
貳、我國《原住民族土地或部落範圍土地劃設辦法》之爭議
一、原住民族保留地制度之歷史
二、傳統領域概念
三、《原住民族土地或部落範圍土地劃設辦法》之爭議
參、知情同意權的起源與國際法上之發展
一、民族自決權與知情同意權之起源
二、聯合國《公民與政治權利國際公約》及《經濟社會文化權利國際公約》
三、國際勞工組織《原住和部落民族公約》
四、聯合國《原住民族權利宣言》
肆、知情同意權於我國法之規範與實踐
一、《原住民族基本法》之實踐
二、《諮商取得原住民族部落同意參與辦法》之規範
伍、原住民族知情同意權保護之未來 - 代結語

摘要

原住民族的文化延續建立在與傳統領域產生文化性、精神性連結的基礎上，他們對於傳統領域有特殊的資源知識、依賴性與管理制度，若剝奪他們對傳統領域土地與自然資源的使用，將使原住民族的文化難以存續。近年來原住民族開始主張「知情同意權」，知情同意權為何，對於土地與自然資源權利之實踐而言又有那些重要性，本文從《原住民族土地或部落範圍土地劃設辦法》公布之後所產生「傳統領域」的爭議出發，探討國內及國際法上對於原住民族「知情同意權」的保護。

關聯字：原住民族、知情同意權、原住民族基本法、傳統領域、原住民保留地

壹、前言：問題之提出

民國 106 年 2 月 18 日公布的《原住民族土地或部落範圍土地劃設辦法》，看似可以讓原住民主張對「原住民之土地」的權利。然而公布之後卻造成原住民族的疑

慮，主要的問題包括，在劃設原住民傳統領域時，私有地的部分被排除在外；原住民傳統領域中的公有地，於劃設時需與公有土地管理機關協商。

原住民族為何對傳統領域劃分的方式如此重視，歸究原因，除了傳統領域代表著原住民族在土地、自然資源權利的保護，更事關原住民族文化的保存。雖然政府對於原住民族之保護在憲法中有訂有基本國策，於《原住民族基本法》第 20 條，承認原住民族土地與自然權利；第 21 條，訂有參與協商、行使同意權；第 23 條，亦規定政府應尊重原住民族資源利用方式、土地擁有利用與管理模式之權利等，然而實務上當原住民族在主張上開條文時，卻經常被駁回。從許多實務見解觀察，可以發現原住民族之土地與自然資源權利並未因為上開規範而得以實踐。

原住民族的文化延續建立在與傳統領域產生文化性、精神性連結的基礎上，他們對於傳統領域有特殊的資源知識、依賴性與管理制度，若剝奪他們對傳統領域土地與自然資源的使用，將使原住民族的文化難以存續。近年來原住民族開始主張「知情同意權」，知情同意權為何，對於土地與自然資源權利之實踐而言又有那些重要性，本文從原住民族傳統領域的爭議出發，探討國內及國際法上對於原住民族知情同意權的保護。

貳、我國《原住民族土地或部落範圍土地劃設辦法》之爭議

一、原住民族保留地制度之歷史

原住民的傳統土地概念認為土地係祖先所遺留，後人需加以守護，若是遭到他族入侵，將引起祖靈之憤怒及災禍，另外，土地依其使用的方式不同，可區分為公有與私有兩大類，一般而言，各原住民族均存在公有土地，可能為住宅用地、耕地、獵場及公共設施用地（公廨、道路等），乃是部落全體或特定宗族成員可以使用之土地，與部落或宗族的勢力範圍有相當大的關聯[1]。

原住民族比漢人更早來臺灣，清朝時以土牛為界區隔漢人與番人，直到 1874 年牡丹社事件後才開始用心經營臺灣，未料經數年後即因 1895 年甲午戰爭戰敗將臺灣割給日本，日本領台初期，為奪取龐大的山林利益，先是否定蕃人人格，施行理蕃事業，頒布《官有林野及樟腦製造業取締規則》，依 1900 年公布律令第 7 號，顯示臺灣山區土地以國有及官有為原則，因此原住民族無法取得其占有土地之相關權利。於 1926 年更確立無主地國有原則，原住民無法取得所有權。而後於 1928 年頒布的森林事業規程，將土地區分為「要存置林野」、「準要存置林野」、「不要

1 梁煒智，以臺灣為主體的法律史研究 - 臺灣島民族土地繼承的變遷，台北，元照，2007 年，頁 199。

存置林野」三者，其中，「準要存置林野」又稱「番人所要地」、「高砂族保留地」，係為原住民族生活場域，也是現今保留地的前身。

國民政府接收臺灣初期，行政長官公署在山地土地治理延續日治時期之土地劃分，將「準要存置林野」更名為「山地保留地」，將原住民族居住土地收歸為「國有土地」，並於 1948 年訂定「臺灣省各縣山地保留地管理辦法」，同樣地將原住民族居住土地劃為國有[2]。

依 1966 年修訂的《臺灣省山地保留地管理辦法》，原住民開始可以透過耕作權方式，以耕作滿十年等條件，登記取得土地所有權[3]。山地保留地以提供個別原住民耕作為目的，然而藉由耕作取得土地所有權之制度設計並不符合原住民族的生活習慣，因為原住民族傳統土地權利概念多屬公有，並沒有土地登記概念，此舉使得遵循傳統土地使用的原住民無法取得土地所有權；反而讓改變生活習慣遵循多數族群土地使用習慣的原住民取得了土地所有權。對於原住民族而言，人與土地係一種共生的關係亦是文化的延續，當時山地保留制度並未考量原住民族的傳統生活方式與文化需求，反而加速了文化的消逝[4]。

二、傳統領域概念

「傳統領域」用語在我國當前法規中，出現在《原住民族基本法》第 2 條、《森林法》第 15 條第 4 項、《野生動物保育法》第 24 條第 4 項等條文中[5]，傳統領域

2　第二條：「本辦法所稱山地保留地係指日治時代維護山地人民生計及推行山地行政，所保留之國有土地及其土地上產物而言。」。

3　《臺灣省山地保留地管理辦法》第 7 條：「山地人民對其所使用之山地保留地，應按左列規定取得土地權利：

一、農地登記耕作權，於登記後繼續耕作滿十年時，無償取得土地所有權。

二、自住房屋建地登記地上權，於登記後繼續無償使用滿十年時，無償取得土地所有權。

三、林地准予租地造林，其租期不得超過十年，其承租面積十分之三，得報經核准後營造撫樹，所種植之木竹、撫樹為國家與造林人共有，造林之人利益，林木及撫子不得超過全部收益十分之八；竹林及竹筍不得超過全部收益十分之九。其造林之存續期限超過十年或所種植之林木達到砍伐年齡報經核准處分者，均得申請續租。其在土地總登記以前已種植之木竹收益全部歸造林人。

四、牧地及營業用地准予承租經營，其租期不得超過十年。

五、雜、池、溜地准予聲請無償使用，其期間不得超過十年。

前項第一款及第二款登記耕作權、地上權之土地，在土地所有權移轉前，准予免納土地稅或田賦。第三款森林用地，自開始造林之日起，得於三十年以內，免其造林地區之稅。」。

4　辛年豐，臺灣環境與土地法學雜誌，保障原住民尊嚴的保留地？－制度的檢討與展望，第 13 期，2014 年，頁 5。

5　《原住民族基本法》第 2 條：「本法用詞定義如下：五、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。」，《森林法》第 15 條第 4 項：「森林位於原住民族傳統領域土地者，原住民族得依其生活慣俗需要，採取森林產物，其採取之區域、種類、時期、無償、有償及其他應遵行事項之管理規則，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。」，《野生動物保育法》第 24 條第 4 項：「海洋哺乳類野生動物活體及產製品之輸入

係指歷史上原住民生活過的土地，根據原住民族委員會訂定的《原住民族土地或部落範圍土地劃設辦法》之總說明及逐條說明，將傳統領域定義為[6]：

1. 傳統祭儀區域。

2. 祖靈聖地。

3. 部落土地。

4. 獵區土地。

5. 墾耕土地。

6. 其他依原住民族文化、傳統習慣等特徵可得確定其範圍之土地。

依原住民族委員會調查，全台 16 個原住民族的傳統領域約為 180 萬公頃。但目前政府公布的「原住民保留地」僅占傳統領域的七分之一[7]。然而實際在原住民族社會中，土地屬於部落，是由部落主張傳統領域的範圍。部落會清楚定義土地使用的範圍與規範，使用權通常為部落共有或隸屬於某家族。

三、《原住民族土地或部落範圍土地劃設辦法》之爭議

2017 年政府頒布《原住民族土地或部落範圍土地劃設辦法》，卻造成原住民族的疑慮，主要的爭議係第 3 條[8]及第 8 條[9]的規範，包括在劃設原住民族傳統領域時，

或輸出，以產地國原住民族傳統領域內住民因生存所需獵捕者為限。」。

6 第二款有關原住民族傳統領域土地之定義，其範圍包括下列公有土地（含水域）：

（一）傳統祭儀：指原住民族祖傳之信仰、禁忌等習慣認定為神聖不可侵犯之區域。

（二）祖靈聖地：指原住民族基於祖靈信仰所認定之聖地，包括祖靈居住之地及祖靈安息之地。前者，如邵族所稱之祖靈聖地，各氏族之人會在其各自祖靈聖地進行祖靈祭；後者，通常指祖先埋葬之地（如泰雅族之祖墳）或指祖先死後靈魂安息之地。

（三）部落土地：指原住民族長久居住，且成為該族文化中心之部落（如鄒族之特富野部落及達邦部落），或原住民族被迫遷移（如日據時期臺灣總督府強迫原住民部落集體移住），或部落部分人口自行遷移而離開原居地至別地，則其原來居住地或原來部落土地均屬之。

（四）獵區土地：指原住民族由部落、家族或個人以所有意思，固定於該土地上狩獵使用之一定範圍土地。

（五）墾耕土地：指原住民族舊部落作為墾耕使用之土地。

（六）其他依原住民族文化、傳統習慣等特徵可得確定其範圍之土地：指不屬於傳統祭儀、祖靈聖地、部落及其獵區與墾耕土地，但具有原住民族文化意義，傳統習慣等意涵及功能等特徵，而能確定其特定範圍之土地。

7 原住民族文化事業基金會，傳統領域小百科 https：//insight.ipcf.org.tw/article/105（最後瀏覽日：2021/3/1）

8 第 3 條：「本辦法用詞，定義如下： 一、原住民族土地：指本法第二條所稱之原住民族傳統領域土地及既有原住民保留地。 二、原住民族傳統領域土地：指經依本辦法所定程序劃定之原住民族傳統祭儀、 祖靈聖地、部落及其獵區與墾耕或其他依原住民族文化、傳統習慣等特徵可得 確定其範圍之公有土地。 三、部落範圍土地：指本法第二十一條所稱之部落及其周邊一定範圍內之公有土地經中央主管機關核定之部落範圍並依本辦法所定程序劃定毗鄰部落之生活領域範圍。」。

9 第 8 條：「執行機關於辦理劃設作業前，應研提劃設計畫書，報請中央主管機關核定後實施。

私有地的部分被排除在外，另外原住民傳統領域中的公有地，於劃設時需與公有土地管理機關協商。

依第 3 條內容，傳統領域係指「原住民族傳統祭儀、祖靈聖地、部落及其獵區與墾耕或其他依原住民族文化、傳統習慣等特徵可得確定其範圍之土地」，尚符合原住民族傳統領域的概念，惟劃設辦法將傳統領域限縮在「公有土地」，然而作為母法之《原住民族基本法》第 21 條並未限定原住民族土地在公有土地，有論者認為此舉將不當限制原住民族的土地概念，另外，考量到當初許多原住民的土地可能是被騙走、被搶走，現在這些土地成為了適合經營觀光產業及種植高經濟價值農作物的私有土地，但卻也因為私有化而不能劃設為傳統領域，另外，將來若公有土地經過出售成為私有地，亦將不再成為「傳統領域」範圍，這將造成原住民傳統領域漸漸地被掏空，恐無法完善地達到其保護的目的[10]。

另外，依第 10 條[11]內容可以看出，辦理傳統領域的劃設小組所提的劃設計畫書，仍需由主管機關核定才能實施，而劃設小組亦受主管機關的監督。而若中央主管機關與土地管理機關有爭議時，仍須由行政院協調，因此，行政院成為劃設結果最終的處理機關。上述情形所衍生的問題包括傳統領域於劃設時題須與公有土地管理機關協商，以現況來看，許多傳統領域位在公有地的範圍內，例如在林務局、國家公園、退輔會農場等，劃設時這些管理機關很可能會抗拒，另外，依劃設辦法來看，劃設小組似乎無獨立公權力的地位，仍屬於受託行使公權力之私人，與主管機關之間最終恐仍成為行政體系中的從屬關係。

依上述，在現行規範下所劃設出來的原住民傳統領域恐會是殘破、不完整的，不但無法呈現原住民族部落真正的生活範圍，亦不能呈現傳統領域的「原來的模樣」，最大的影響將是因為傳統領域的限縮，也代表著原住民族在土地的利用、自

（第一項）經中央主管機關核定之部落或民族，得自行研提劃設計畫書，送請執行機關轉請中央主管機關核定後實施。（第二項）」。

10　謝孟羽，淺談我國礦業開發行政程序與民眾參與，全國律師，第 21 卷第 8 期，2017 年，頁 51。

11　第 10 條：辦理劃設作業之程序如下：

一、劃設小組應將劃設之成果提請部落會議以公共事項方式討論並視需要通知毗鄰部落代表與會，經部落會議議決通過後，交由執行機關報請直轄市、縣（市）主管機關辦理書面審查。

二、直轄市、縣（市）主管機關應於受理提報後三十日內依第七條規定辦理書面審查，如有缺漏或不盡詳實者，應請執行機關轉交劃設小組補正，未補正者得予退件；審查完竣之案件，直轄市、縣（市）主管機關應研提審查意見後提報中央主管機關辦理。

三、中央主管機關於受理提報並經會商公有土地管理機關討論後，應將劃設成果公告之，並刊登政府公報或新聞紙。

為辦理前項第三款之會商作業及處理劃設作業產生之爭議，應由中央主管機關組成劃設商議小組會商協調，必要時得由中央主管機關報請行政院協調之。

前項劃設商議小組之組成人員，應包含當地部落或民族代表、專家學者、原住民族行政機關及土地管理機關代表。

然資源的使用上無法主張「知情同意權」，恐怕也會漸漸斷絕原住民族將來「共管」或「使用」這些土地的機會。

參、知情同意權的起源與國際法上之發展

自 1950 年代以來，由於聯合國人權事務機構與各地原住民族團體的參與，原住民族權利在國際人權論述中逐漸取得關注與進展，透過國際上的相關規範，如聯合國的《公民與政治權利國際公約》及《經濟社會文化權利國際公約》、國際勞工組織的《原住和部落民族公約》及聯合國《原住民族權利宣言》等相關內容的分析，可得知原住民族知情同意權的法源與相關規範的演進。

一、民族自決權與知情同意權之起源

學者 Anaya 曾指出自決權為原住民族權利的「基礎原則」，國際法中對原住民族權利的完整討論，無法忽視其存在，而其它類型權利的討論，都是對自決權更詳盡的闡釋[12]。Connolly 也指出，「所有原住民族權利都應被理解為某種形式或程度的自決權利。」[13]，聯合國《原住民族權利宣言》第 3 條：「原住民族擁有自決權。基於此權利，他們有權自由地決定其政治地位，且自由地追求其經濟、社會與文化發展。」，而在該宣言的條文中，有一類涉及自由事先知情同意（free, prior, and informed consent, FPIC，簡稱知情同意權），即屬前述自決權的展現。因此，類似的知情同意權條文就被解讀為授予原住民族內部自決權，促使其得以主張自身民族命運及維繫文化認同的依據。

知情同意權詮釋的理論基礎主要有絕對論及條件論，絕對論者認為，在自決權此一前提之下，知情同意權意代表無論何種事務樣態，原住民族均擁有同意權，尤其是保留否決之權力；條件論者則認為，在特定事務樣態中，基於特定理由，知情同意權並不必然代表在實際上非得取得原住民族的同意，該權利之核心意涵，應在決策過程中原住民族保有其參與或被諮商的空間，而非事事取得原住民族同意。

學者陳張培倫從歷史脈絡觀點主張，原住民族應擁有「固有主權」，因此享有各種固有權利，包括對於土地與自然資源應有的民族集體性財產權利。其指出：「原住民族在政治、文化、土地、教育等面向上有資格擁有自主發展的集體權利，其根本理由在於原住民族歷史上本來就是具有獨立地位的部落及政治實體，但就在殖民歷史過程中，此一地位及相對應的權利被外來者所侵蝕，而前述各項集體權利訴求，

12 Anaya, James. International Human Rights and Indigenous Peoples, New York: Aspen Publishers. 2009。

13 Connolly, Anthony J. Indigenous Rights, 2009。

只不過是某種程度地回復原住民族在歷史上本有的主人地位，要求大社會在有關其族群集體發展的重要事項上，尊重其自主意願。」[14]。

二、聯合國《公民與政治權利國際公約》及《經濟社會文化權利國際公約》

聯合國於 1966 年通過《公民與政治權利國際公約》與《經濟社會文化權利國際公約》，其中《公民與政治權利國際公約》第 1 條[15] 及 27 條[16] 的規範中，雖然未對原住民族權利訂定有專門條文保護，然而實務上在論述與原住民之自決權及文化保護時，多引用該兩項條文作為權利的主張。

第 1 條：「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。（第一項）所有民族得為本身之目的，自由處置其天然財富及資源，但不得妨害基於互惠 原則之國際經濟合作及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。（第二項） 本公約締約國，包括負責管理非自治及託管領土之國家在內，均應遵照聯合國憲章規定，促進自決權之實現，並尊重此種權利。（第三項）」。

第 27 條：「凡有種族、宗教或語言少數團體之國家，屬於此類少數團體之人，與團體中其他分子共同享受其固有文化、信奉躬行其固有宗教或使用其固有語言之權利，不得剝奪之。」。

依據國內學者施正鋒之主張，雖然條文內未明文針對原住民族，惟解釋上，但

14　陳張培倫，（2015），《原住民族基本法》的前世今生：思想系譜篇，網址：http://ihc.apc.gov.tw/Journals.php?pid=629&id=880（最後瀏覽日：2021/3/23）。

15　Article 1

1.All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development. 2.All peoples may, for their own ends, freely dispose of their natural wealth and resources without prejudice to any obligations arising out of international economic co-operation, based upon the principle of mutual benefit, and international law. In no case may a people be deprived of its own means of subsistence. 3.The States Parties to the present Covenant, including those having responsibility for the administration of Non-Self-Governing and Trust Territories, shall promote the realization of the right of self-determination, and shall respect that right, in conformity with the provisions of the Charter of the United Nations.，法務部，公民與政治權利國際公約中文譯本，網址：http：//www.humanrights.moj.gov.tw/lp-505-200.html（最後瀏覽日：2021/3/1）。

16　Article 27

In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practice their own religion, or to use their own language，法務部，公民與政治權利國際公約中文譯本，網址：http：//www.humanrights.moj.gov.tw/lp-505- 200.html（最後瀏覽日：2021/3/1）。

解釋上原住民族也應同樣享有自決權利[17]，人權事務委員會（United Nations Human Rights Committee）作為《公民與政治權利國際公約》之監督機構，對於原住民族土地資源開採相關議題所作的意見書，亦採取第 27 條規範作為原住民族權利之論述的基礎[18]。

三、國際勞工組織《原住和部落民族公約》

國際勞工組織（International Labour Organization, ILO）於 1989 年修訂的《原住和部落民族公約》，又稱 169 號公約[19]，該公約除了呼應《聯合國公民與政治權利國際公約》及《經濟社會文化權利國際公約》中所主張的自決權精神外，更強調原住民族的自主決定權，建立自己的機構、決定其生活方式及經濟發展，在其所生活國家架構下發展自己的語言權與身分認同。同時也肯定原住民族文化的多樣性、社會與環境和諧以及國際合作與理解之貢獻。因而原住民族有權利選擇依照他們的文化與信仰，享有與其他族群不同的生活與發展方向。

而《原住和部落民族公約》中，一般認為與知情同意權論述有相關的計有四個條文，分別為第 2、6、7 及 15 條[20]。其中第 2 條第一項規範「各政府有責任在有關

17 施正鋒，各國原住民族的礦權，原住民族的礦產權，台北，翰蘆圖書，2018 年，頁 9。

18 同註 14，頁 12-13。

19 《原住和部落民族公約》中文譯本，國際特赦組織臺灣分會網站，網址：https：//www.amnesty.tw/node/700（最後瀏覽日：2021/3/1）

20 第 2 條：

1. 各政府有責任在有關民族的參與下 發展協調而有系統的行動，以保護這些民族的權利並尊重其作為一個民族的完整性。

2. 此類行動應包括如下措施，以便：（a）保證這些民族的成員能夠平等地享受國家法律和規章賦予該國人口中的其他成員的權利與機會；（b）在尊重其社會文化特點、習俗與傳統以及他們的制度的同時，促進這些民族的社會、經濟和文化權利的充分實現；（c）以符合其願望和生活方式的做法，幫助有關民族的成員消除原住民與國家社會中其他成員之間可能存在的社會經濟差距。

第 6 條 ：

1. 在實施本公約的條款時，各政府應該：

（a）當考慮立法或行政措施時，通過正當程序，特別是通過其代表機構，與可能受直接影響的有關民族進行磋商；（b）確立各種途徑，以使這些民族可以自由地，至少是與人口中其他部分人同等地參與各級負責制訂與其有關的政策和計劃的選舉機構以及行政和其他機構的決策；（c）確立各種途徑，使他們充分發展本 民族的機構並發揮積極性；在適當的情況下，應為此提供必要資金。

2. 在實施公約的過程中，應以真誠的態度並採取對情況適合的方式開展磋商，以就擬議採取的措施達成協議或取得一致意見。

第 7 條 ：

1. 有關民族有權決定自身發展進程的優先順序，因為這將影響到他們的生活、信仰、制度與精神福利和他們佔有或使用的土地，並有權在可能的範圍內對其經濟、社會和文化發展行使管理。此外，他們還應參與對其可能產生直接影響的國家和地區發展計劃與方案的制訂、實施和評價。

2. 在有關民族的參與及合作下，改善他們生活和工作條件以及提高他們的健康和教育水準

民族的參與下發展協調而有系統的行動，以保護這些民族的權利並尊重其作為一個民族的完整性」，說明國家有責任確保一個民族的完整及所需的參與權；第 6 條第一項第一款規範在實施該公約時應「當考慮立法或行政措施時，通過正當程序，特別是通過其代表機構，與可能受直接影響的有關民族進行磋商」，明示國家應透過適當程序向原住民族諮詢與其有關的立法或行政措施。

公約第 7 條第一項規範「有關民族有權決定自身發展進程的優先順序，因為這將影響到他們的生活、信仰、制度與精神福利和他們佔有或使用的土地，並有權在可能的範圍內對其經濟、社會和文化發展行使管理。此外，他們還應參與對其可能產生直接影響的國家和地區發展計劃與方案的制訂、實施和評價」，說明國家需尊重原住民族之自決權，對於其生活、信仰、制度以及土地之政策，且無論是基於地區性或全國性的發展，需使原住民能參與政策制定，使其對自己的經濟、社會和文化發展有決策權利。第 15 條第一項規範「對於有關民族對其土地的自然資源的權利應給予特殊保護。這些權利包括這些民族參與使用、管理和保護這些資源的權利。」，明示國家對原住民族土地之自然資源的使用與保護，包含資源的使用、管理與保育。第二項說明在原住民土地當中，國家在進行任何探勘活動前，必須與原住民族進行諮商，以避免對原住民權利產生侵害；並且在相關活動進行當中，確保原住民族之參與利益分享及在損害中得到賠償等權利。

上述相關條文除確保原住民族在經濟發展與文化、環境保護的權利外，亦充份表達重視原住民族的發展與選擇上的權利，考量到相關政策可能對原住民族的負面影響，因而在作成原住民族居住地的資源開發案件決定之前，需確保原住民族的程序參與機制，也就是讓原住民族有充份的「知情同意權」。

此外，該公約作為現行國際法架構當中以原住民族為主體之國際文件，具有其重要性，雖然目前簽署的國家僅有 23 個[21]，然而學者 Anaya 主張，它的適用性應是

應作為他們所居住地區全面經濟發展計劃的首要目標。為發展這些地區所實施的特殊項目也應如此設計，以促進這一改善的實現。

3. 各政府應保證，凡適宜時，與有關民族合作，開展調查研究，以估價按計劃進行的發展活動對這些民族所產生的社會、精神、文化和環境影響。這些調查研究的結果應被視為實施這些活動的基本標準。

4. 各政府應與有關民族合作，採取措施保護並保持他們居住地域的環境。

第 15 條：

1. 對於有關民族對其土地的自然資源的權利應給予特殊保護。這些權利包括這些民族參與使用、管理和保護這些資源的權利。

2. 在國家保留礦藏資源或地下資源或附屬於土地的其他資源時，政府應建立或保持程序，政府應經由這些程序在執行或允許執行任何勘探或開採此種附屬於他們的土地的資源的計劃之前，同這些民族進行磋商，以使確定他們的利益是否和在多大程度上受到了損害。凡可能時，有關民族應參與分享此類活動的收益，他們因此類活動而遭受的損失應獲得公平的補償。

21　國際勞工組織官方網站，http：//ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000：11300：0：：NO：

遠超出簽署國家之外，並且藉由各個國家及國際組織、法院對於該公約的依循及反覆地適用，本公約所設定的重要條款應具有習慣國際法地位[22]。

四、聯合國《原住民族權利宣言》

聯合國大會於 2007 年正式通過《原住民族權利宣言》。原住民族權利宣言雖然為軟性法，不具有正式公約性質，然而國際社會與聯合國組織年年召集會議推動相關權利的討論與進展，足顯示其具有普世價值與道德標準的地位及重要性。《原住民族權利宣言》中與知情同意權有關的條文[23]共有第 10 、19 及 32 條[24]。

第 10 條：「原住民族不應被強迫。若未能取得相關原住民族自由事先且知情的同意以及就公正和公平的賠償達成協議，並在可能時保留返回的選項， 則不得遷離之。」

第 19 條：「各國在通過和執行可能影響到原住民族的立法或行政措施前，應通過原住民族自己的代表機構誠心誠意地與有關原住民族協商合作，事先徵得他們自由知情同意。」

第 32 條：「1. 原住民族有權確定和制定其土地或領土和其他資源的開發或利

11300：P11300_INSTRUMENT_ID：312314（最後瀏覽日：2021/3/1）。

22 James Anaya, INDIGENOUS PEOPLES IN INTERNATIONAL LAW, 2nd ed. Oxford University Press, 61 ，2004 年。

23 原住民族權利宣言中文譯本，國際特赦組織臺灣分會網站，網址：https：//www.amnesty.tw/node/699（最後瀏覽日：2021/3/1）。

24 Art. 10

Indigenous peoples shall not be forcibly removed from their lands or territories. No relocation shall take place without the free, prior and informed consent of the indigenous peoples concerned and after agreement on just and fair compensation and, where possible, with the option of return.

Art. 19

States shall consult and cooperate in good faith with the indigenous peoples concerned through their own representative institutions in order to obtain their free, prior and informed consent before adopting and implementing legislative or administrative measures that may affect them.

Art.32

1. Indigenous peoples have the right to determine and develop priorities and strategies for the development or use of their lands or territories and other resources.
2. States shall consult and cooperate in good faith with the indigenous peoples concerned through their own representative institutions in order to obtain their free and informed consent prior to the approval of any project affecting their lands or territories and other resources, particularly in connection with the development, utilization or exploitation of mineral, water or other resources.
3. States shall provide effective mechanisms for just and fair redress for any such activities, and appropriate measures shall be taken to mitigate adverse environmental, economic, social, cultural or spiritual impact.

用之優先事項和策略。 2. 各國在批准任何影響原住民族土地或領土和其他資源的專案，特別是開發、 利用或開採礦物、水或其他資源的專案前，應通過有關原住民族自己的代表機 構，誠意與原住民族協商和合作，征得他們的自由知情同意。 3. 各國應提供有效機制，為任何此類活動提供公正和公平的補償，並應採取適 當措施，減少對環境、經濟、社會、文化或精神的不利影響。」

前開條文的意旨，原住民族有自我決定發展方向與優先事項之權利，因此，國家在進行要求原住民族遷離其土地或領域、通過影響原住民族的立法、行政決策或其他會影響原住民族土地與自然資源權利等層面的措施之前，必須事先與原住民族諮商並得到原住民族自由、事先、知情的同意。

多數學者認為原住民族的知情同意權從國際勞工組織《原住和部落民族公約》及聯合國《原住民族權利宣言》條文中得以推導出來。雖然，上述二項公約及宣言在規範效力方面仍有爭議，例如國際勞工組織《原住和部落民族公約》具有約束效力，但是否具有習慣國際法地位，學者有不同意見；而聯合國《原住民族權利宣言》則不具強制規範效力，係屬於國際社會共同的價值指標。然而，有學者主張從自決權的面向思考，可以得出原住民族作為具有自決權的主體，理應有的程序性權利，其中當然應包含知情同意權[25]。

肆、知情同意權於我國法之規範與實踐

《原住民族基本法》之實踐

我國於民國 94 年頒布《原住民族基本法》，歷經幾次修法後，於 107 年 6 月 20 日公布現行版本，實務上論及原住民的「知情同意權」時，通常依第 21 條[26]內容作為主張。

依立法理由來看，第 21 條第一項及第二項分別說明，該規範目的係為了「維護

25　施正鋒，民族自決權——臺灣獨立建國的民族主義觀點，網址：http：//mail.tku.edu.tw/cfshih/seminar/20020815.htm（最後瀏覽日：2021/3/1）；施正鋒，民報，原住民族礦產權的來源，網址：http：//www.peoplenews.tw/news/2186cc69-cd09-4564-adf7-e92f50714706（最後瀏覽日：2021/3/1）。

26　《原住民族基本法》第 21 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或部落同意或參與，原住民得分享相關利益。（第一項）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。（第二項）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。（第三項）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。（第四項）。」

原住民族對於自然資源及其他經濟事業的權益，以及合理規劃國土、區域或城鄉等計劃性事項，保障原住民族之自主性及權益。」[27]。及「基於原住民族地區的土地及自然資源係為原住民族所有，因此政府或法令限制原住民的開發利用原住民族之土地及自然資源時，應與原住民族諮商並徵得其同意」，其共同之處係涉及原住民土地及自然資源之開發、利用及其他權益時，需與原住民族諮商並徵得其同意，以保障原住民族之自主性及權益。

惟有疑問之處在於第 21 條規範中同意權行使的主體的敘述，第一項規定為「原住民族或部落」與第二項「原住民族、部落或原住民」比較下，產生知情同意權的主體為民族、部落或亦包含原住民個人之規範意義不明確。學者蔡志方提出質疑，若知情同意權是一種集體權，則第 21 條第三項的補償「利益分享主體」是否僅能及於集體而不能及於個人[28]。

探究《原住民族基本法》之規範內容，可以發現該法中有許多概括性、基本綱領性的條文，且部份條文存在有不確定法律概念與裁量部分，尤其，對於原住民族知情同意權的規範，其權利義務主體有用語不一致之情形，恐不利原住民族於知情同意權的主張。因此，若要達到原住民族知情同意權之落實，恐仍需配合其他相關個別法或作用法方可達到。

二、《諮商取得原住民族部落同意參與辦法》之規範

民國 105 年 1 月 4 日政府頒布《諮商取得原住民族部落同意參與辦法》作為原住民族知情同意權行使之依據，該法中規範以部落會議制度作為決策單位，第 2 條第三款、第四款並規定部落會議之事權包含「同意事項」與「公共事項」，前者係指《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之事項；後者係指第 21 條以外，部落成員間相互協議共同遵守，或部落凝聚共識對外表示之事項。

---

27 《原主民族基本法》第 21 條立法理由：「一、第一項制定理由：（一）為維護原住民族對於自然資源及其他經濟事業的權益，以及合理規劃國土、區域或城鄉等計劃性事項，爰訂定本條，以保障原住民族之自主性及權益。（二）為尊重原住民傳統智慧及知識財產權，爰有本條之規定，以降低外界對原住民文化和社會之傷害，及讓原住民族公平分享利益。（三）原住民地區多位於政府列為限制利用及禁止開發之區域，如國家公園、國家級風景特定區、水資源用地或保護區、森林用地等，剝奪原住民傳統生計經濟活動進行，及自然資源之利用，影響原住民族生存權益至鉅，故訂立本條，以做為原住民族與政府建立，『共管機制』之法源基礎。二、基於原住民族地區的土地及自然資源係為原住民族所有，因此政府或法令限制原住民的開發利用原住民族之土地及自然資源時，應與原住民族諮商並徵得其同意，明訂第二項。三、而前二項營利所得應提撥一定比例至原住民族綜合基金，作為回饋或補償經費；如：生物科技正如火如荼的進行，而原住民族地區大都是原生物種的基因庫，但是相關的研究及所得，不僅在程序上未經原住民族的知情同意，且原住民族也沒有分享到實質的利益，爰訂定第三項。

28 蔡志方，論礦業權者承租原住民保留地支付之租金能否部分轉換為原住民部落回饋或補償經費之法律與理論依據，2017 年，頁 22。

由本法第 3 條[29]之規定內容觀之，辦法中雖規定有 4 種事項的進行需得到部落同意或參與，但最終仍然需由原住民族主管機關認定。因此，原住民族在程序參與程度以及在何種情況下可以行使同意權等恐難有標準的認定。另外，第 3 條立法理由[30]說明，部落會議就同意事項之召集須向鄉公所申請[31]，並且關係部落之資格須由鄉鎮市公所或中央原住民族主管機關認定，須受主管機關監督[32]。其議決人數並以部落全體家戶代表過半數出席，出席家戶代表過半數贊成為通過[33]。並得以聯合部落會議之方召集、議決之[34]。惟由同法第 22 條之規定來看，部落會議雖然得就公共事項議決，然而當前部落之地位為尚未具有公權力主體之行政機關或公法人，若要使其所作出的議決具有法律上的地位，可能的解釋係部落為受託行使公權力之私人，但若依上述解釋部落的地位仍然須受到鄉鎮市公所、中央原住民主管機關之監

29　第 3 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。（第一項） 中央原住民族主管機關應依申請人或部落之請求，或本於職權確認前項行為。（第二項） 中央原住民族主管機關得邀集機關代表、學者專家、原住民族代表及部落代表 協助辦理前項確認作業。（第三項） 中央原住民族主管機關得委託其他機關、大專院校或醫療機構，確認第一項行為。（第四項）」。

30　第 3 條立法理由：「 一、本法第二十一條規定所稱土地開發、資源利用、生態保育、學術研究及限制原住民族利用等行為之案件類型甚為複雜，難以條文含括，爰另由中央原住民族主管機關定明於附件，以臻明確，並依個案案情與實務發展，滾動式調整以衡忺原住民族權益及發展需要。二、申請人對於是否適用原住民族基本法第二十一條有疑義時，得向中央原住民族主管機關請求確認；原住民族委員會爰訂定「原住民族基本法第二十一條爭議事項審議小組設置要點」第二點第一項第一款規定審議原住民族基本法第二十一條之各種態樣。三、俟確定本法第二十一條各種行為態樣之運作更臻成熟後，中央原住民族主管機關得視案件類型，依行政程序法第十五條第二項、第十六條第一項，授權適當對象於特定範圍內自行確認。」

31　第 13 條：

申請人應檢具下列文件向同意事項所在地之鄉（鎮、市、區）公所申請召集部落會議：

一、同意事項之計畫、措施或法令草案。

二、當地原住民族利益分享機制、共同參與或管理機制。

三、其他與同意事項有關之事項。

同意事項所在地之鄉（鎮、市、區）公所認非屬同意事項時，準用第三條第二項辦理。

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，公布三十日。

32　第 14 條：

「關係部落依下列原則認定之：

一、同意事項之座落地點或實施範圍，位於該部落之區域範圍者。

二、同意事項之衍生影響，擴及至該部落之區域範圍者。

關係部落由同意事項所在地之鄉（鎮、市、區）公所依前項規定認定之；認定有困難時，應敘明爭議事項及處理意見，報請中央原住民族主管機關認定。

中央原住民族主管機關及鄉（鎮、市、區）公所，得邀集機關代表、學者專家、原住民族代表及部落代表協助認定關係部落。」

33　第 19 條：「部落會議議決同意事項，以部落全體原住民家戶代表過半數出席，出席原住民家戶代表過半數贊成，為通過。前項表決，應以投票不記名為之，並就贊成與反對兩面俱呈。但經出席原住民家戶代表過半數贊成，得改採舉手不記名表決。」。

34　第 21 條第 1 項：「關係部落得聯合召集部落會議議決同意事項。

督。因此，原住民對於第 3 條內所列項目的知情同意權之行使，其實是有附帶條件，未來於實務上，知情同意權是否能落實於原住民土地、自然資源利用等相關議題上，仍有待後續觀察。

由於《原住民族基本法》規範過於廣泛，並存有許多不確定法律概念與裁量部分，目前雖然有《諮商取得原住民族部落同意參與辦法》之配合訂定，但作為議決主體的部落或數個部落的權利義務地位僅具有私人地位，其議決仍必須經過原住民族主管機關核定，因此，對於原住民族在其知情同意權的行使過程中仍存在種種困難，需要未來配合立法或修法加以改善。

伍、原住民族知情同意權保護之未來——代結語

依據學者陳張培倫主張，原住民族對於自決權的主張並非採取分離主義，而係在現行國家體制當中尋求對其族群主體性的尊重。「原住民族並沒有要求脫離現有國家，而是在承認既有各族群均為國家主人的前提下，彼此相互尊重地共存於同一塊土地之上。換言之，原住民族某種程度地接受後來者所建立的主權體此一事實，但另一方面主張此一主權體應尊重、承認並某種程度地納入原住民族的歷史主權事實，亦即透過以族群集體為單元的互為主體性理念，對國家社會體制乃至於主權體本身進行重構工程。」[35]。

我國於憲法條文中對於原住民族基本國策之規定雖具有國家保護義務地位，但是尚未有主觀公權利地位，故原住民族若要以基本國策條文為依據主張憲法對於知情同意權之保障恐怕較為困難。目前知情同意權所遭遇的問題包含，《原住民族基本法》規範過於廣泛且留給行政機關過大的裁量權，且未遵循知情同意程序，相關的開發處分並不因此無效或構成程序上的瑕疵，而原住民族依《原住民族基本法》第 21 條作為請求權救濟時，卻往往被認為該法僅有宣示效力而不具有主觀請求效力。

故本文建議《原住民族基本法》既然做為原住民族權利保障之法令，在其保障原住民族的立法精神下，未來在有涉及原住民族觀點的司法案件時，就不能任意排除原住民族基本法之適用，應該透過個案敘明該法應該如何被遵守或如何被排除，先試圖在判決中引用作為審判依據，未來再尋求統一的適用方式，如此，原住民族基本法才不致於長久未被實踐，而被認為不具規範性而無法達到保護原住民族的目的。

35 陳張培倫，（2015），《原住民族基本法》的前世今生：思想系譜篇，網址：http://ihc.apc.gov.tw/Journals.php?pid=629&id=880（最後瀏覽日：2021/3/23）。

淺論財團法人法對於原住民族相關組織之影響：以「財團法人原住民族文化事業基金會」為例

黃惠鈺 *

目次

壹、前言
貳、財團法人組織設計制度之特色
　一、德國財團法人之監督與自治模式
　二、我國財團法人之制度
參、財團法人法對於「財團法人原住民族文化事業基金會」之影響
　一、原文會之組織定位與任務類型
　二、現有規範彙整與對照
　三、結論
肆、參考文獻

壹、前言

財團法人之制度，其公私法界線之關係，過去在我國一直是發展中之法律問題，而我國為保障原住民相關事務，由國家編列預算所設立之財團法人，例如「財團法人原住民族語言研究發展基金會」與「財團法人原住民族文化事業基金會 (下稱「原文會」)」，其所經營之事項，同時亦屬公私法關係交錯之領域，且涉及高度之公益性。適逢 107 年財團法人法之制定，對於原文會所產生之規範效果是否得宜，本文欲從現行法律之脈絡與原文會之發展歷史，探討相關可能之衝突與建議。

貳、財團法人組織設計制度之特色

我國法治雖受到德國法之影響甚深，然在公法財團法人之制度，仍有所差異，以下先就德國之制度作簡單之介紹，再進一步與我國財團法人之規範作比較。

一、德國對於財團法人之監督與自治模式

（一）私法財團法人著重於合目的性監督

財團法人在類型上可區分為私法與公法之財團法人，而二者之差異，在於國家之監督與管理權限。私法上的財團法人由於其在捐助人捐助行為完成，取得法人資

*　東吳法律博士班，執業律師。

格之後，即與捐助人脫離關係，且無社員總會之組織與意思機關。雖然財團法人須依捐助人的意思與捐助目的運作，但捐助人並非當然是財團法人機關之成員，也無代表捐助人意思與確保其意思實現之機關。法人目的之達成，只能仰賴法人機關（董事）之誠實地執行法人之業務。而以遺囑捐助設立之財團法人，捐助人更是完全無影響財團法人運作之可能性，故財團法人為他律法人。而為確保財團法人之機關確實依照法人設立之目的執行法人業務，最後只能仰賴國家的監督與保護，所以國家對於私法上之財團法人，絕對不能推卸其監督財團法人之責任。[1]

因此，德國對於私法財團法人的管制，即採取較為全面性的監督方式，例如：審查業務進行與財務狀況之權、要求提供資料文件之權、對於財團法人違反法律或章程之決議進行糾正之權、撤銷財團法人違法決議之權、變更財團法人組織、目的及章程之權、解散財團法人之權、預算審核與決算審計之權。[2] 就監督的內容而言，從財團法人之設置變更、運作程序與內容、甚至預算，皆全面性地受到國家之合目的性監督與管制，可說是幾乎無自主性可言。

（二）公法財團法人著重於自治與監督之權衡

相對於私法之財團法人所著重之國家監督與管制，公法之財團法人則採取不同層面之思維模式，著重於其自主自治與國家之間的權衡。德國所謂公法財團法人，係指國家或其他行政主體，為達成特定之公共目的，而以公法之財產捐助行為設立，具有權利能力，可行使公權力之公法上財產集合體[3]。在德國的組織設計上，公法財團屬於自治行政之一環，在某程度範圍內有一定之自治權限。而自治行政主體既係為處理與該組織體相關之特定公共事務而存在，故須擁有一定的「固有事項」，而此固有事項即構成自治行政主體自行負責之核心領域，亦即自治事項。但其可得自行負責之範圍，限於「國家所賦予之法定權限內」，亦即國家仍得對其為合法性之監督。[4] 其中關於公法財團之受益人，對於財團事務是否具有實質之參與，乃判斷是否符合自治之精神之重要依據。[5]

因此，德國法對於公法財團法人之討論，其實就是在組織設計上的基本爭論，亦即國家在履行特定行政任務時，可否交由國家以外之組織，以及對該組織究竟應如何監督之問題。首先就前者之部分，在行政任務型態逐漸多樣化之影響下，傳統之國家科層化組織運作，在基於憲法規範之因素，例如為落實廣電自由而設置特殊

1 陳淑芳，國家管理財團法人權限之劃分與歸屬，法令月刊，59 卷 5 期，頁 41-42。

2 陳淑芳，同前註，頁 46-47。

3 莊國榮，行政法，2019 年，修訂五版，頁 326。

4 許春鎮，論德國功能自治行政之概念及其類型－附論我國現況，東海大學法學研究，第 59 期，2020 年 5 月，頁 62-63。

5 許春鎮，同前註，頁 82-83。

法人組織；或者基於歷史因素，例如：德國之職業工會；又或者基於功能上之因素，例如為克服行政機關科層制之僵化，而以設立特殊法人之方式，來做為履行之組織。[6] 故對於任務交由國家以外之其他組織來履行，其容許性早已為學理上所肯認。且國家透過法律設置一個特殊的法人以分擔國家任務之履行，意味著某部分的行政從「直接國家行政」領域分離出來，獲得相當程度在法律上足以與國家相抗衡的獨立地位，國家從此只能對其作適法性之監督，而不能像對待其他行政機關之適當性監督。[7] 然而，究竟應如何做適法性監督，即屬進一步需討論之問題，故德國對於公法財團法人，乃著重於自治與監督之間應如何權衡。

（三）國家對於公法財團法人之監督模式

對於「監督」之概念，可區分為「機關內部之領導秩序」與「機關外部之領導秩序」，前者指同一行政主體內之領導權，後者則指不同公法人之間的關係，而公法財團法人即屬後者之類型。亦即，此種透過規範或制度所設置之公法人，在性質上即應與母體機關有所區隔，而從國家行政權之職務監督與專業監督脫離而出，而具有一定之業務及於該業務範圍內之職權行使上的獨立性。[8] 例如在德國之基金會型大學，即將大學之設施與財產全部移轉給公法財團法人，由依法律規定所產生之財團法人董事會負責任免校長與經營學校，國家僅負有少部分之責任，例如撥款、簽署協議等等，如此能有助於大學教學研究自由之確保[9]，故實際上對於該大學相關之事務，乃由董事會所主導，國家則是聚焦在董事會組成、程序、與預算等外部監督。

從上述之脈絡可知，德國對於公法財團法人之設置，本身即帶有「分權」之內涵，國家對其之監督權限，與自治權限之範圍息息相關，而自治權限有多廣，則取決於立法者就財團法人之設置、組織組成方式與課予之行政任務而定。亦即，在符合立法者所要求之設置和組成方式，以及所賦予的行政任務範圍內，國家僅為有限度之監督，而在該範圍外，例如立法者所要求之董事組成比例，則受到較全面之監督。而我國在行政法領域雖受德國法高度之影響，然而就本次財團法人法之制度設計，在管制模式上，反而採取私法財團法人之模式，而未將過去一直未加以深化的公法財團法人納入考量，因此以下先從我國制度之分析出發，進而討論其衍生之問題。

二、我國財團法人之制度

6　許宗力，國家機關的法人化—行政組織再造的另一選擇途徑，月旦法學，57 期，2000 年 2 月，頁 28-30。

7　許宗力，同前註，頁 35。

8　黃錦堂，地方監督之行政爭訟法問題—德國法之比較，法令月刊，69 卷 8 期，2018 年 8 月，頁 4-5。

9　黃錦堂，我國公立大學之公法上財團法人化之研究—德國法與美國法之觀察，政治思潮與國家法學—吳庚教授七秩華誕祝壽論文集，元照，2010 年 1 月，頁 512-513。

財團法人是以社會公益為目的而存在之制度，在我國規範體系上，過去是規定在民法總則關於「法人」章節當中之「財團」，直到107年制定「財團法人法」之後，始有一部統一適用之專法，專門規範財團法人之相關制度。其中關於政府捐助成立之財團法人，過去雖有個別之法律規範做為依據，例如原文會即依據97年制定之「財團法人原住民族文化事業基金會設置條例」，由政府捐助所設置。

然而自財團法人法於107年8月1日施行後，從其第1條第2項：「財團法人之許可設立、組織、運作及監督管理，除民法以外之其他法律有特別規定者外，適用本法；本法未規定者，適用民法規定。」之規定可看出，關於財團法人相關規範之適用順序，係按照「特別規定」、「財團法人法」、「民法」之順序來適用。以原文會為例，適用規範之順序即優先適用「財團法人原住民族文化事業基金會設置條例」，若條例未規定到的部分，則仍應適用「財團法人法」及「民法」。

另外，參酌財團法人法之立法目的，乃係鑒於強化政府捐助之財團法人監督機制之重要性，而明確區分「政府捐助之財團法人」與「民間捐助之財團法人」，依其性質不同，各設專章加以規範，而對政府捐助之財團法人採高密度監督，強化管理規定，以杜絕弊端。其與本文探討方向有關之具體規範包括：

（一）對於「董事會」之控制

財團法人法第57條規定：「政府捐助之財團法人董事會有下列情形之一，致影響財團法人業務之正常運作者，主管機關得視事件性質，解除全體或部分董事或董事長之職務：

一、未依規定召開董事會或董事會無法決議。

二、董事或董事長相互間發生爭議。

三、董事會、董事或董事長有違反本法或本法授權訂定之法規命令情事。

四、經主管機關命其限期改善，屆期未改善或改善無效。」

該條立法理由，係為免政府捐助之財團法人因特殊事由，致妨礙其任務之遂行，爰於第一項明定主管機關得在特定情形下，解除全體或部分董事或董事長之職務，期能確實達成其設立之政策目的。

（二）對於「董事、監察人」之控制

財團法人法第51條：「政府捐助之財團法人之董事或監察人有下列情形之一者，由主管機關解除其職務，並通知法院為登記：

一、受有期徒刑以上刑之宣告。但受緩刑宣告或因過失犯罪者，不在此限。

二、執行董事或監察人職務有違反法令或捐助章程之行為，致損害公益或財團法人利益。

三、政府機關依法遴聘之董事、監察人、第四十八條第三項第二款或第三款所定之董事、監察人，執行職務未遵照政府政策，致違反遴聘或指派之目的。」

（三）關於主管機關監督管理手段之擴充

財團法人法第 29 條：「董事或監察人於執行職務範圍內，有下列情形之一者，處新臺幣三萬元以上十五萬元以下罰鍰，並命其限期改善；屆期不改善者，除按次處罰外，主管機關得解除其職務，並通知法院為登記：

一、記載不實或毀棄應保存之會計憑證、帳簿或報表。

二、拒絕主管機關之檢查或不依規定造具表冊送主管機關。

三、違反捐助章程所定設立目的。

四、其他違反本法或本法授權所定之法規命令中有關強制或禁止規定或應為一定行為而不為者。」

本條係關於董事濫用職權之處理；董事、監察人違反法令或捐助章程致生損害時之賠償責任及主管機關處以行政罰及解除其職務之事由。

小結：我國之財團法人屬私法人，對於政府捐助之財團法人，採取高強度之監督模式，使個別財團法人之自主性受到大幅度的限縮

財團法人之性質，在民法與財團法人法立法之後，即確立其皆屬私法人之定位，僅以其捐助來源之不同，而區分管制程度之高低。如此一來，過去德國行政法上所謂的公法財團法人，在我國似乎即無存在之空間，即使立法者特過特別之設置條例所成立之財團法人，在現行制度下，也會導向私法人之地位，且由於私法之財團法人需依照捐助者之意思與捐助目的運作，故在政府捐助之情形，作為捐助者的地位，主管機關即得對該財團法人具有完全之控制權力，而與德國法上間接行政之「分權」的功能背道而馳。

另自前述立法目的與相關條文規範，可以看出本次財團法人法對於政府捐助之財團法人，採取高度管制與多樣性的管制手段，不僅容許主管機關採取罰鍰、解除職務等方式，更容許以行政處分之手段，命財團法人限期改善。其發動之要件，可因為董事或董事長相互間發生爭議，或執行職務未遵照政府政策等等。因此，在財團法人法施行之後，主管機關對於其所管轄之財團法人，明確取得高度監督之權限。

從財團法人之角度而言，由於規範上容許主管機關以政策為由，影響財團法人內部董事與監察人之組成，故而本次財團法人法即形同限縮其自主決定之空間。對此，就特定財團法人之管制，特別是為了特定國家任務所成立之財團法人，是否有可能產生過多之干預，即有進一步探討之必要。本文將於下個段落以涉及原住民權利保障相關組織，作為觀察之對象，分析是否有過度干預之情形。

參、財團法人法對於「財團法人原住民族文化事業基金會」之影響

原文會之設立，目前是依據民國 96 年 12 月 21 日制定之「財團法人原住民族文化事業基金會設置條例」所設置，在規範上屬於依據公法之規定而設立之財團法人，然因為財團法人在我國法體系上之定位，過去皆屬於私法人之地位，故與德國行政法上之「公法財團法人」之概念有所差異，並無公法人之地位，亦無行使公權力之權限。且在我國財團法人之種類方面，有依據各別不同法律所設立之財團法人，其目的與任務型態亦有所不同，例如有醫療、教育、研究等各種不同種類之財團法人；亦有依據中央與地方性規範，來區分財團法人之層級。故而，即使財團法人法對於「政府捐助之財團法人」採取高密度之監督，仍應按照各種財團法人之設立目的、定位與履行之行政任務性質，做出不同程度之管制密度。因此以下將從原文會之定位作為出發點，以確立將來管制之方向。

一、原文會之組織定位與任務類型

（一）履行「教育、文化、傳播及媒體近用權」之國家任務

由於我國關於原住民規範發展歷史特殊，在時序上是先於 87 年制定「原住民族教育法」後，再於 94 年制定「原住民族基本法」，最後在 96 年始制定「財團法人原住民族文化事業基金會設置條例」。原文會最初出現在我國規範體系之定位，是 93 年修正原住民族教育法時，納入當時條文第 29 條第 1 項之規定，其內容為：「為設置原住民族專屬頻道及經營文化傳播媒體事業，以傳承原住民族文化教育，中央原住民族主管機關應編列經費及接受私人或法人團體之捐助，成立財團法人原住民族文化事業基金會;其董事、監察人之人數,原住民各族代表不得少於三分之一。」，其後於 94 年制定之原住民族基本法第 12 條：「政府應保障原住民族傳播及媒體近用權，成立財團法人原住民族文化事業基金會，規劃辦理原住民族專屬及使用族語之傳播媒介與機構。」亦將原文會納入條文規範當中。從規範體系之角度來看，原文會同時承載原住民族教育法及原住民族基本法此二部法規所託付之國家任務，亦即關於「教育、文化、傳播及媒體近用權」，此類型之國家任務與憲法上所保障之基本權利息息相關，且涵蓋層面相當廣泛。

在教育文化方面，憲法增修條文第 11 項：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」、第 12 項：「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。」已明確將此納入基本國策之範圍，並要求國家負有積極作為之義務。

而在媒體近用權的部分，依司法院大法官解釋 364 號之理由書：

「言論自由為民主憲政之基礎。廣播電視係人民表達思想與言論之重要媒體，可藉以反映公意強化民主，啟迪新知，促進文化、道德、經濟等各方面之發展，其以廣播及電視方式表達言論之自由，為憲法第十一條所保障之範圍。惟廣播電視無遠弗屆，對於社會具有廣大而深遠之影響。故享有傳播之自由者，應基於自律觀念善盡其社會責任，不得有濫用自由情事。其有藉傳播媒體妨害善良風俗、破壞社會安寧、危害國家利益或侵害他人權利等情形者，國家自得依法予以限制。

廣播電視之電波頻率為有限性之公共資源，為免被壟斷與獨佔，國家應制定法律，使主管機關對於開放電波頻率之規劃與分配，能依公平合理之原則審慎決定，藉此謀求廣播電視之均衡發展，民眾亦得有更多利用媒體之機會。

至學理上所謂「接近使用傳播媒體」之權利（therightofaccesstothemedia)，乃指一般民眾得依一定條件，要求傳播媒體提供版面或時間，許其行使表達意見之權利而言，以促進媒體報導或評論之確實、公正。例如媒體之報導或評論有錯誤而侵害他人之權利者，受害人即可要求媒體允許其更正或答辯，以資補救。又如廣播電視舉辦公職候選人之政見辯論，於民主政治品質之提昇，有所裨益。」

從上述解釋理由書可以得知，媒體近用權之存在目的，乃促進媒體報導或評論之確實、公正。從原住民族文化與地位之發展脈絡而言，在原文會未成立之前，不論是無線之電波頻譜或是廣播電視等媒體，皆由漢人文化所主導，難以期待原住民得以透過媒體行使其「接近使用傳播媒體」。在言論傳播之觀點上，既無法確保憲法增修條文所要求之維護發展原住民族語言及文化，亦無法達到保障原住民族之地位及政治參與。

是以，不論是原住民族基本法、原住民族教育法或是財團法人原住民族文化事業基金會設置條例，雖皆僅簡潔地以「教育、文化、傳播及媒體近用權」之文字，然其實質上之概念內涵，則包含透過設置基金會以經營傳播媒體，來確保原住民族得直接以其自己所主導之媒體，來溝通與衡平不同之觀點，進而達到保障原住民族之地位及政治參與。

（二）兼具「履行國家任務」與「保障人民言論自由」之兩面性質

國家履行行政任務之方式，除了以公法組織的型態之外，亦得以私法組織之型態來完成行政任務，此即學理上所謂行政組織形式選擇自由[10]。然該選擇自由並非毫無限制，仍應受到現行法秩序之約制，立法者或行政皆應合義務的行使其「組織裁量權」，積極地盡可能以「促使行政任務之執行最佳化」，作為裁量權行使之圭

10　詹鎮榮，政府組織改造：第一講：中央政府組織改造：方案與一般法治框架，月旦法學教室，第 152 期，2015 年 5 月，頁 50。

臬。[11] 在分類上，學說有主張以「秩序行政任務」和「非秩序行政任務」作為區分，在「非秩序行政任務」之類型上，選擇公法或私法組織，應取決於是否能減少預算法與公務員法上不合目的之拘束，盡可能降低母機關監督與調控密度而定，而在文教、藝術、研究領域之任務，宜以民法上財團法人作為最適選擇。[12]

然在釋憲實務上，依司法院大法官釋字457號解釋：「中華民國人民，無分男女，在法律上一律平等；國家應促進兩性地位之實質平等，憲法第七條暨憲法增修條文第十條第六項定有明文。國家機關為達成公行政任務，以私法形式所為之行為，亦應遵循上開憲法之規定。」，肯認行政私法受到憲法平等權之拘束，而有促進實質平等之義務。因此，學說上雖認為基於「最適」之原因而選擇私法組織，以降低母機關之監督密度，但在釋憲實務上，仍要求受到憲法之拘束。

原文會之法律地位為財團法人，在現行制度設計上雖屬於私法人，在學說主張「促使行政任務之執行最佳化」作為裁量之導向之邏輯下，本應認為立法者有意將此國家任務之履行，與國家行政主體之間保持一段距離。然而由於原文會設置之目的，係為落實憲法所要求之國家任務，亦即保障與促進原住民族之地位及政治參與之實質平等，故國家為履行該任務，雖以私法組織之形式來履行，仍不影響其高度公益性之行政任務本質。

另一方面，傳播媒體在新聞自由之保障下，雖具有一定之彈性空間，然而仍應受到一定程度之限制。依司法院大法官釋字689號解釋之理由書：「而為確保新聞媒體能提供具新聞價值之多元資訊，促進資訊充分流通，滿足人民知的權利，形成公共意見與達成公共監督，以維持民主多元社會正常發展，新聞自由乃不可或缺之機制，應受憲法第十一條所保障。新聞採訪行為則為提供新聞報導內容所不可或缺之資訊蒐集、查證行為，自應為新聞自由所保障之範疇。又新聞自由所保障之新聞採訪自由並非僅保障隸屬於新聞機構之新聞記者之採訪行為，亦保障一般人為提供具新聞價值之資訊於眾，或為促進公共事務討論以監督政府，而從事之新聞採訪行為。惟新聞採訪自由亦非絕對，國家於不違反憲法第二十三條之範圍內，自得以法律或法律明確授權之命令予以適當之限制。」，從上述理由書亦可看出傳播媒體在新聞自由之範圍內，同時具有公益與私益之混和色彩，即便立於私人之地位而受新聞自由之保障，仍應以新聞價值之多元資訊、形成公共意見與達成公共監督等目的作為保障之界線。

原文會之業務範圍，依照財團法人原住民族文化事業基金會設置條例第4條第1項之規定：

---

11 詹鎮榮，同前註，頁51。

12 詹鎮榮，變遷中之行政組織法—從「組織形式選擇自由」到「組織最適誡命」，中研院法學期刊第6期，2010年3月，頁47-48。

「本基金會之業務範圍如下：

一、原住民族廣播、電視專屬頻道之規劃、製播、經營及普及服務。

二、原住民族文化及傳播出版品之發行及推廣。

三、原住民族文化傳播網站之建置及推廣。

四、原住民族文化、語言、藝術、傳播等活動之輔導、辦理及贊助。

五、原住民族文化、語言、藝術及傳播等工作者之培育及獎助。

六、其他與原住民族文化、語言、藝術事業及傳播媒體有關之業務。」

由該業務範圍可知，立法者基本上已經把「文化、語言、藝術」以及「廣播、電視及傳播」等事項，通通放進原文會當中，並且最後選擇採取私法人地位之財團法人組織形式。亦即透過保障「廣播、電視及傳播」的方式，來確保憲法就原住民「文化、語言、藝術」發展之保障。顯見就上述國家任務，立法者所預設的履行方式應係以低度管制之密度來完成，而非透過高度干預之手段。尤其原文會在組織編制上亦有新聞部之設置，在此範圍內之事務，原文會亦同時為新聞自由之基本權利主體。故而與新聞自由相關之範圍，即應與促進原住民教育、文化之行政任務有所區隔，採取不同方向與程度之管制。

二、現有規範彙整與對照

財團法人法對於董事會、董事與監察人之控制，對照既有之財團法人原住民族文化事業基金會設置條例 (下稱「設置條例」)，明顯有所差異

（一）董事會之組成

關於董事會之組成，設置條例第 9 條[13] 採取的規範方式，係由立法與行政共同參

13　財團法人原住民族文化事業基金會設置條例第 9 條

「董事、監察人人選之遴聘，依下列程序產生之：

一、由立法院推舉十一至十三名原住民族代表及社會公正人士組成董事、監察人審查委員會（以下簡稱審查委員會）。

二、由行政院依公開徵選程序提名董事、監察人候選人，提交審查委員會以公開程序全程連續錄音錄影經三分之二以上之多數同意後，送請行政院院長聘任之。

前項原住民族代表，不得少於審查會人數之二分之一。

審查委員會委員不得為政黨黨務工作人員、政務人員及選任公職人員。審查委員會委員應親自出席，不得委託他人代理出席。

董事之選任，應顧及原住民族之代表性，並考量傳播、教育、文化之專業性。

監察人應具有傳播、法律、會計或財務等相關經驗或學識。

前二項之董事、監察人，原住民族代表各不得少於二分之一。另應有工會代表一名擔任董事。

董事、監察人中屬同一政黨之人數各不得逾董事、監察人總額四分之一；董事、監察人於任期中不得參與政黨活動。

與所形成，且對於身分之多元與專業性皆具有一定要求，以確保憲法所要求保障原住民權利之任務。就規範模式上，較類似德國法之公法財團法人之設置方式，亦即立法者對於財團法人之設置與組織，採較為高度之規範，而對於未來運作之監督程度，則採較低度之監督，交由董事會自行運作決定。而行政機關對其僅為組織組成與程序進行等之合法性監督，對於董事會決議之內容，則相對放寬，如此既可確保其合法性，亦可兼顧民主正當性之要求，又能保障原文會之獨立自主性，以達到德國公法財團法人所預設之「分權」之目的。從設置面向來看，算是兼顧學理上就公法人之設置所應注意之自治與民主，以及利用與經營之面向[14]。然而，財團法人法雖未影響原文會之董事組成，卻透過事後之管制，使該獨立自主之設計，形同架空，而如下段所述。

（二）董事會之管制

關於董事會決議，設置條例並未規定無法形成決議，或者董事之間產生爭議時之處理方式，故過去原則上不論屬於公法或私法之爭議，皆應透過法院之管道解決。惟財團法人法施行後，由於設置條例未規定董事會決議之爭議解決，故而在適用順序上，主管機關在未來得直接依第 57 條規定，採取解除全體或部分董事或董事長之職務，形同由主管機關來直接作為實際之決策者，財團法人之組織形同虛設。

（三）董事與監察人之管制

關於董事監察人之管制，設置條例第 16 條規定：

「董事、監察人有下列情形之一者，主管機關應予解聘之：

一、執行職務違反法令或章程。

二、重大且明顯之不適任行為。

三、經合格醫師證明因疾病，致不能執行職務。

四、受監護、輔助或破產宣告。

五、受有期徒刑以上刑之判決確定。但受緩刑宣告或易科罰金者，不在此限。

六、其他經董事會決議認定有違反職務上義務或有不適於董事職位之行為者。」

首先自條文用語來看，設置條例所謂「解聘」與財團法人法之「解職」，二者是否屬於同樣之行政行為，即有討論之餘地。再者，縱使屬於同樣的管制行為，二者得發動之裁量權限與範圍也有所差異，設置條例之解聘事由屬應解聘之羈束行政

工會代表董事候選人之選任或罷免，應由本基金會工會自主決定，由行政院提名。其選任或罷免之程序辦法，由中央主管機關定之。」

14 李建良，論公法人在行政組織建置上的地位與功能—以德國公法人概念與法治為借鏡，月旦法學，84 期，2002 年 5 月，頁 57-58。王韻茹，從公法人理論與實踐發展觀察部落公法人，成大法學，第 35 期，2018 年 6 月，頁 7。

類型，而財團法人法第 51 條第 1 項規定「由主管機關解除其職務，並通知法院為登記」，第 2 項則規定「當然解任」事由，故第 1 項似屬裁量行政之類型，且其中第 3 款增加了設置條例所沒有的「執行職務未遵照政府政策，致違反遴聘或指派之目的」之事由。因此，解釋上到底是否屬於設置條例所未規定之事項，而得適用財團法人法予以解職，極易有爭議之空間。

是以，如若將來實務發展之結果，對於上述之適用爭議，皆認為應有財團法人法之適用，則將導致主管機關得以「政府政策」為由，對於原文會之董事或監察人進行干預，不僅導致憲法就原住民「文化、語言、藝術」之發展無法確保，亦侵害新聞自由之基本權利，而與原文會設立之目的相悖。

三、結論

各種不同結社團體，對於個人、社會或民主憲政制度之意義不同，與公共利益之關聯程度亦有差異，受法律限制之程度亦有所不同，此標準乃司法院大法官釋字 733 號所肯認。原文會之定位，在現行制度上為私法人，雖受到憲法上相關基本權利之保障，惟其同時兼具履行國家任務與保障人民言論自由之目的，故受到之管制程度與方式，即不可能等同於一般民間捐助之財團法人。且由於原住民族地位之促進屬於憲法層級之國家任務，故即便在政府捐助之財團法人當中，原文會亦屬於高度公益性且多元目的之財團法人。

因此，雖在財團法人法制定之後，原文會身為政府捐助之財團法人，應受到較高度之監督。然在涉及原住民族教育、文化與近用權保護之相關事項，則應保障其自主空間。其中在外部自主性方面，應確保原住民族之代表性；在內部討論之過程，則應兼顧各原住民族部落與族群之自主性與多元性。

另外，關於新聞自由範圍之事項，則無需如同履行國家任務之管制層級，應回歸新聞專業自律之方式與程度為主，以避免對於新聞自由之過度限制。

依此，主管機關對於原文會之監督，未來適用法規之方向，首先即應以是否涉及新聞自由之領域作為區隔，對於不涉及新聞自由之事務，始得採取較嚴格之監督程度。再者，在涉及文化教育事項，亦應尊重原文會之自主決定，僅對於合法性作框架性之監督，而不介入目的性之管制。最後，若非屬於前二者之事務，則回歸財團法人法，採取較為高度之管制。如此，始能兼顧原文會之多元目的與特殊性。

肆、參考文獻

1. 莊國榮，行政法，2019 年，修訂五版。

2. 許春鎮，論德國功能自治行政之概念及其類型－附論我國現況，東海大學法學研

究，第 59 期，2020 年 5 月，頁 55-114。

3. 詹鎮榮，政府組織改造：第一講：中央政府組織改造：方案與一般法治框架，月旦法學教室，第 152 期，2015 年 5 月，頁 44-53。
4. 詹鎮榮，變遷中之行政組織法—從「組織形式選擇自由」到「組織最適誡命」，中研院法學期刊第 6 期，2010 年 3 月，頁 1-60。
5. 許宗力，國家機關的法人化—行政組織再造的另一選擇途徑，月旦法學，57 期，2000 年 2 月，頁 26-39。
6. 黃錦堂，地方監督之行政爭訟法問題—德國法之比較，法令月刊，69 卷 8 期，2018 年 8 月，頁 1-38。
7. 黃錦堂，我國公立大學之公法上財團法人化之研究—德國法與美國法之觀察，政治思潮與國家法學—吳庚教授七秩華誕祝壽論文集，元照，2010 年 1 月，頁 507-537。
8. 陳淑芳，國家管理財團法人權限之劃分與歸屬，法令月刊，59 卷 5 期，頁 42-61。
9. 李建良，論公法人在行政組織建置上的地位與功能—以德國公法人概念與法治為借鏡，月旦法學，84 期，2002 年 5 月，頁 43-59。
10. 王韻茹，從公法人理論與實踐發展觀察部落公法人，成大法學，第 35 期，2018 年 6 月，頁 1-33。

國民參與審判與原住民司法案件間的關系

胡博硯 *

目次

壹、前言
貳、原住民傳統慣習的認定與司法判決間的關聯
參、法院探知傳統慣習的方式
一、證人
二、鑑定人
三、鑑定證人
四、機關來函
肆、國民參與刑事審判制度
一、國民參與刑事審判制度的簡介
二、國民參與審判與原住民司法案件的連結
伍、外國法制的借鏡可能
陸、結語

壹、前言

長期以來，司法對原住民傳統慣習的不了解，使得原住民於司法案件當中長期處於弱勢的地位。但是對此，其實不管是司法院或者是原住民族委員會都積極處理該問題，目前有兩個措施：原住民法律扶助以及原住民族專庭。這兩個制度的運作都越來越好，但似乎仍然無法根治原住民與國家司法間距離過遠的問題。而一方面來說，除了法令上對於原住民傳統生活的限制外，例如槍砲彈藥刀械管制條例與野生動物保育法規範對於原住民傳統生活可能造成的拘束；另一方面雖然有原住民族專庭的設置，法官雖受有專業訓練，但由於案件量的緣故，也並非每個案件都能完善解決。

而未來將要實施的國民法官法使國民參與審判成真，雖然在案件有適用上的限制，但未來仍有改變的空間，如何借助外國的作法，拉近原住民與司法間的距離，是個可更進一步努力的方向。本文從原住民傳統慣習的認定出發，討論傳統慣習在司法判決中的角色，再來介紹國民法官法制的內容，並借用外國法的討論，對於未來制度面的改良來說提出建議。

貳、原住民傳統慣習的認定與司法判決間的關聯

傳統慣習在訴訟中扮演一定的角色，如原住民族基本法第 30 條前段所言：「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

* 東吳大學法律學系教授

類似程序，應尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化及價值觀」。而目前在刑事訴訟上面來說，案件上確實有考量到原住民族的慣習文化。

實務上，傳統慣習首先可能作為構成要件的一部分，而發生該法律條文的效果。如 90 年槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條修正後，原住民自製獵槍已經被除罪，現行的條文規定為：「（第一項）原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍、魚槍，或漁民未經許可，製造、運輸或持有自製之魚槍，供作生活工具之用者，處新臺幣二千元以上二萬元以下罰鍰，本條例有關刑罰之規定，不適用之。（第二項）原住民相互間或漁民相互間未經許可，販賣、轉讓、出租、出借或寄藏前項獵槍或魚槍，供作生活工具之用者，亦同。（第三項）前二項之許可申請、條件、期限、廢止、檢查及其他應遵行事項之管理辦法，由中央主管機關定之。（第四項）於中華民國九十年十一月十四日本條例修正施行前，原住民單純僅犯未經許可製造、運輸、持有及相互間販賣、轉讓、出租、出借或寄藏自製之獵槍、魚槍之罪，受判處有期徒刑以上之刑確定者，仍得申請自製獵槍、魚槍之許可。（第五項）主管機關應輔導原住民及漁民依法申請自製獵槍、魚槍。（第六項）第一項、第二項情形，於中央主管機關報經行政院核定辦理公告期間自動報繳者，免除其處罰。」[1] 在此之下，原住民所使用的獵槍倘若符合本條構成要件，則不罰。而在實務判決上面來說，是否為前述要件的一部分，變成在訴訟中必須要有所攻防。如臺灣臺東地方法院 104 年度原訴緝字第 3 號刑事判決即指出：「就本案槍枝是否『供作生活工具之用』部分：1. 按人類之生活，除經濟、物質生活外，尚應包含傳統文化、語言、習俗、價值觀及社會規範等各層面的精神生活。而原住民族之狩獵行為，除了係為獲得獵物食用外，更重要的是在狩獵的過程中，合作圍捕獵物，分擔背負獵具、獵物，學習互助精神及在山林中之生存技能，以及回到部落後，與族人共同分享狩獵成果，維繫族人間之情感，且藉由狩獵行為訓練膽識，並追求個人及家族的榮耀，提昇其於部落中之地位，確立個體生命的價值，獲得族人之認同，故原住民族持有自製獵槍獵捕野生動物，乃屬原住民族傳統生活中建立及維繫部落秩序的重要行為，近年來，雖因生活型態之改變，專以狩獵維生之情形雖已極為少見，惟原住民族所居住之部落仍有持自製的獵槍於慶典時或工作之餘，進入山林狩獵，及驅趕獵捕果園、菜園中之野生動物之習俗，其等仍為原住民族群體生活及對自我認同的重要行為，至為明確。再參諸行政院原住民族委員會所製作之魯凱族傳統慣習調查整理，其中關於魯凱族之狩獵慣習記載：『狩獵為魯凱族傳統社會中重要之生計活動。在夏季收成之後，族人以部落為單位進行圍獵或捕魚的活動。另外，在冬季農閒時族人多組成 3、5 人為單位的獵隊到部落所擁有的列場進行狩獵。狩獵會以個人圍獵或集團方式來進行。狩獵雖不是族人主要的生計來源，但狩獵的行為與能力卻是族人所

1　109 年 6 月 10 日後槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條則有更進一步的修正。

敬重的。……』（見行政院原住民族委員會所製作之原住民族傳統慣習之調查整理及評估納入現行法體系之研究—魯凱族篇第 142 頁以下），可見於冬季農閒時進行狩獵，確屬魯凱族之重要生計活動。」從本判決中可以發現，對於該槍枝是否為「供作生活工具之用」，必須要查明原住民的傳統慣習，倘若符合則合於構成要件之要求。

而森林的經營利用必須依據森林法第 12 條以下規定，其中第 12 條第 1 項規定：「國有林由中央主管機關劃分林區管理經營之；公有林由所有機關或委託其他法人管理經營之；私有林由私人經營之」。而第 15 條前三項分別規定了：「（第一項）國有林林產物年度採伐計畫，依各該事業區之經營計畫。（第二項）國有林林產物之採取，應依年度採伐計畫及國有林林產物處分規則辦理。（第三項）國有林林產物之種類、處分方式與條件、林產物採取、搬運、轉讓、繳費及其他應遵行事項之處分規則，由中央主管機關定之。」這樣的條文並沒有考量到原住民的傳統使用問題，因此 93 年修正公布了第 4 項：「森林位於原住民族傳統領域土地者，原住民族得依其生活慣俗需要，採取森林產物，其採取之區域、種類、時期、無償、有償及其他應遵行事項之管理規則，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。」凡原住民對於森林產物依據生活慣習的使用，可阻卻森林法之處罰。對此，臺灣高等法院臺中分院 106 年度原上更（一）字第 3 號刑事判決指出：「在 93 年 1 月 20 日修正公布之森林法第 15 條第 4 項所稱之『管理規則』訂定發布前，原住民於其所屬部族傳統領域內，採取森林產物者，縱未取得專案核准，若符合傳統文化、祭儀或自用，且非營利行為（即取得森林產物之目的，非作為買賣交易或其他商業利益用途）之條件，可認係為其生活慣俗所需要，得阻卻違法，不以刑罰處罰。本件被告伍彥章在其族人之傳統領域內，依其族人傳統慣習，採集猴板凳、桑黃等菇類之森林產物治療痛風自用，即符合新訂 93 年 1 月 20 日修正公布施行之森林法第 15 條增訂第 4 項：『森林位於原住民族傳統領域土地者，原住民族得依其生活慣俗需要，採取森林產物。』之規定而阻卻違法，無刑罰之適用，……」此外，關於這幾年常成為新聞關注焦點的狩獵問題，野生動物保育法第 21 條之 1 也在 93 年規定了「（第一項）臺灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，不受第十七條第一項、第十八條第一項及第十九條第一項各款規定之限制。（第二項）前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准，其申請程序、獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域及其他應遵循事項之辦法，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。」

傳統慣習除了作為法律條文規範要件的一部分，而阻卻了槍砲彈藥刀械管制條例等處罰的適用外，也可能作為量刑的參考。例如臺灣高等法院花蓮分院 99 年度上訴字第 34 號刑事判決即指出：「被告係布農族原住民，按原住民族基本法第 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，保障其合法權益』之規定，於實施司法程序時，即應依其成長之環境文化背景及傳統習俗加以尊重並予特別考量，據其所屬布農族所定晚輩不可對長輩有不尊敬之行為，包括發生性關係在內之傳統慣習，於量刑上即應審慎考量被告受此習俗影響下，其面對事發當時之情狀可能產生之反應，以保障其合法權益；被告基此而為莽撞之犯行，造成其母不幸殞命之不可彌補之遺憾，應有情輕法重，更加可得憫恕之情況，原判決雖已依刑法第 59 條予以酌減其刑，惟基上說明，可認酌減幅度仍有未足，是被告上訴請求再予寬減，即難謂全無理由，原判決既有未洽，即屬無可維持，自應由本院予以撤銷改判。」

整體來說，傳統慣習的探知，對原住民刑事案件來說已然有非常重要的地位，但如何了解傳統慣習，並且使法官得以正確作成決定則更為重要。

參、法院探知傳統慣習的方式

法官是法律的專家，其工作乃是認定事實適用法律，但是在事實認定過程當中必須要借助證據來做認定。而在事實認定上面依據刑事訴訟法第 154 條規定必須要依據證據，該條第 2 項規定為：「犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實」。而該法條中所稱的「證據」，一般來說係指判斷事理，明辨是非的依據。而辨明事實的證據即為事證，事證大致上可分為物證與人證兩種：凡是用物件作為證據的便是物證，像偽造的文書、殺人的兇器等都是；人證是以人的特別學識、經驗或經歷的事實所為陳述作為證據，包括證人的證言、鑑定人的鑑定、被告與共犯的陳述、被害人的指證等都是。其中，在人的方面有兩個很相似的制度，就是證人與鑑定人。證人之目的是在使證人陳述所見聞的事實，釐清案件的事實真相；鑑定人乃是依其專業知識或經驗，將有關事實法則或者是事實法則運用在具體案件上的判斷。相較於證人是依其見聞所作成的陳述，鑑定人則是扮演專家的角色。目前在關於原住民的刑事司法案件當中，目前兩種制度都有在案例上被引用，對此我們分別敘述之。

一、證人

承前所述，證人是在目前刑事案件當中的一種證據方法，在現存的原住民司法案件當中，確有傳喚部落族人擔任證人以釐清該案件事實是否符合部落傳統慣習。如臺灣高等法院臺中分院 106 年度原上更（一）字第 3 號刑事判決：「又證人即居住於信義鄉新鄉村，與被告同屬布農族之全明發證稱：依祖先傳承，說猴板凳等菇

類對身體很好，痛風的人吃了比較不會發作。猴板凳、桑黃等靈芝類的菇類，族人稱為『DENGAN』（意為耳朵，即該菇類形似耳朵之統稱）等語（本院卷第 54、55 頁）。足認被告族人有採集森林產物野生菇類治病之慣習。」是故，在原住民司法審查制度當中，倘若透過原住民族諮詢委員會選任人員作證，確有可能性。不過，由證人來證稱被告的行為符合原住民傳統慣習，是否符合證人的定義抑或是屬於鑑定人，是有疑義的。因為，以本案例來說，證人乃是證稱食用此種菇類為祖先傳承。但證人乃是以其所見所聞作為一種證據方法，然而利用專門知識輔助法院判斷特定證據問題之人則屬鑑定人。

二、鑑定人

承前所述，鑑定人不同於以親身體驗說明供述的證人，乃是在案件中依據個人學識經驗提出鑑定報告之人[2]。就定義上來說鑑定乃是基於特定知識經驗所得知的一般性法則或具體案例中適用該法則的判斷或意見[3]。相對於證人，鑑定人有可取代性，因此關於證人的條文並非全部適用。雖然，刑事訴訟法第 197 條規定：「鑑定，除本節有特別規定外，準用前節關於人證之規定」。但由於鑑定人乃是可以取代，所以第 199 條規定：「鑑定人，不得拘提」。鑑定人在原住民族的刑事案件當中很常見，例如臺灣高等法院臺中分院 108 年度原上訴字第 48 號刑事判決：「本案鑑定人海樹兒・ 犮剌拉菲於原審審理中具結稱：我為政大民族學系博士畢業，經歷為行政院原住民族委員會助理研究員、國家教育研究院博士後研究、中央研究院臺灣歷史研究所博士後研究、現在在臺東大學文化資源休閒產業學系任教，本身為布農族人，布農族人平時之主食為小米、地瓜、芋頭或玉米，務農之布農族人，種植多為經濟作物如敏豆、番茄及葡萄，我知道愛玉子，從小看過長輩在摘，他們會把殼撥開取裡面的籽，可以做成果凍，我們都是在原住民族的傳統領域內採取野生愛玉子，布農族人也常常食用愛玉子，在傳統祭儀裡愛玉子並不是那麼重要，主要還是以平日食用為主，特別是在愛玉子產季，或是特別熱的季節，採愛玉子是很常有的事，因為愛玉子算是涼性，可以解熱，大家都很喜歡食用，算是布農族人特有的一個飲食習俗文化，但不限於布農族人會採，別的原住民族也會採摘愛玉子等語（見原審卷第 227 至 232 頁）。是依鑑定人上開所述，布農族人雖有食用愛玉子之飲食文化，然並非與該族之傳統文化或祭儀有關聯，僅屬一種飲食習慣。再參考《臺灣總督府臨時臺灣舊慣調查會蕃族調查報告書 ・ 第六冊 - 布農族 - 前篇》一書中記載：『布農族人日常主食以栗為主，早午餐之主食為米飯，晚餐則是蕃薯，並佐以黍、

2　林裕順，專家證人 VS. 鑑定人——概括選任鑑定之誤用與評析，月旦法學雜誌第 189 期，2011 年，頁 264。

3　林玠鋒，依專門經驗法則而得事實之證明與鑑定中立性，臺灣法學雜誌第 376 期，2019 年，頁 20；施俊，刑事鑑定證據之調查與判斷，檢察新論第 12 期，2012 年，頁 194-196。

稗、芋頭、薏苡和玉米等雜糧』，未記載布農族人傳統文化或祭儀中有使用愛玉子之慣俗。松明初及金阿美採取愛玉子尚難認為傳統文化或祭儀相關。」

不過，在實務上會有混淆的時候，最高法院 97 年度台上字第 4697 號刑事判決就指出：「本件第一審法院依檢察官之聲請，傳喚任職於法務部調查局第六處第一課從事藥物檢驗工作多年之闕山仲到庭，憑其多年藥物檢驗之特別知識經驗，就攸關本案甲基安非他命之製造過程陳述意見（見第一審卷第六十三、一七四頁）。如果無訛，闕山仲係憑藉其特別知識經驗就有關製造甲基安非他命之事項單純陳述其專業意見，而非就本案陳述其親身經歷之過往事實，顯非證人，而為鑑定人，第一審竟以證人身分傳喚闕山仲到庭，諭知證人具結義務及偽證處罰，命朗讀證人結文後具結之程序（見第一審卷第一七四頁），其所踐履之程序，自有未合。闕山仲於第一審當庭所為鑑定意見，在程序上既欠缺法定要件，即難認合法證據資料，第一審判決竟採為判斷上訴人犯罪之依據，自屬判決違背法令，原審未予糾正，仍予維持，同屬違誤。上訴人上訴意旨執此指摘，非無理由，應認原判決有發回更審之原因。」；最高法院 98 年度台上字第 4960 號刑事判決也指出：「倘專家依憑其特別知識、技術、經驗到庭陳述其專業意見，仍屬鑑定之範疇，應踐行鑑定人具結程序。依據卷附資料，本件原審依檢察官之聲請，傳喚任職於兆豐國際商業銀行高雄新興分行承辦信用狀開狀及承兌業務、併於國立中山大學擔任講座多年之沈秋桂到庭，憑其多年承作、講授有關信用狀領域之特別知識經驗，就攸關卷附協議書相關條款與實務上流通信用狀之差異陳述意見（見原審卷第一六五頁以下）。如果無訛，沈秋桂係憑藉其特別知識、經驗就有關信用狀之事項單純陳述其專業意見，而非就本案陳述其親身經歷之往事實，顯非證人，而為鑑定人，原審竟以專家證人身分傳喚沈秋桂到庭，諭知證人具結義務及偽證處罰，命朗讀證人結文後具結之程序（見原審卷第一一、一四三、一六五、二二二頁），其所踐履之程序，自有未合。以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，應認原判決有撤銷發回更審之原因。」不過，上述兩案，專家出庭提供專業知識供法官作為判決上之參考，雖然不具一般證人的不可取代性，但並未針對該案件實施任何鑑定，所以有論者認為應不屬鑑定[4]。整體來說，到底具有專門知識之人扮演的角色為何，可以說有時候可以是以證人就其見聞所為之陳述，但也有可能作為鑑定人就專門經驗法則或依該經驗法則所得之事實判斷進一步的陳述意見或報告，實務上可能沒有絕對的標準[5]。

4　吳巡龍，性侵案之專家證人，月旦法學教室第 166 期，2016 年，頁 28。

5　林玠鋒，依專門經驗法則而得事實之證明與鑑定中立性，臺灣法學雜誌第 376 期，2019 年，頁 21。

三、鑑定證人

不過，在刑事訴訟法上也有一個與證人、鑑定人類似的概念，即為鑑定證人，依據刑事訴訟法第 210 條規定：「訊問依特別知識得知已往事實之人者，適用關於人證之規定」。在此的鑑定證人乃是因其具有特別之專門知識、具有專業的判斷能力，因此可以在具體個案中陳述只有具有專門知識經驗始能察覺、見聞過去的事實、狀態之人。例如某甲曾為某乙的身心科主治醫師曾長期為其進行治療，乙因涉及某刑事案件，法院傳喚甲出庭針對過去對乙之診療過程與診斷結果，而有關乙的精神狀態作陳述[6]。前述狀況，某甲乃是以其特別的知識經驗作判斷，就此而言有如鑑定人。但是其又並非進行真正的鑑定，乃是以其所查覺或得知的事實進行陳述，性質上又與證人類似，因此在刑事訴訟法上的地位頗為爭議。而由刑事訴訟法第 210 條來說，由於適用人證的規定，在我國法上似乎比較將其當作證人來看待。而有時候此一鑑定證人會兼具兩種不同的性質，在關於事實陳述的部分適用人證的規定[7]。

而鑑定證人也常常出現在原住民刑事案件當中，例如臺灣臺東地方法院 108 年度原訴字第 40 號刑事判決中指出：「惟查槍枝膛線與子彈不具對應關係乙情，業經鑑定證人即臺東縣警察局鑑識科人員許秉銓於本院審判期日時結稱：膛線和子彈類型並未相關，膛線作用在於穩定彈道，槍枝應配合何種子彈亦完全無庸顧慮膛線型態，只有制式槍枝才會去作膛線，一般土造槍枝以無膛線者居多等語（本院卷第 180 頁反面）明確，是檢察官此部分質疑，已有未洽，……」該縣警察局鑑識科人員於本案中究竟屬證人或鑑定人，從判決內容上並無法清楚得知。

不過，這些角色上的混淆，在原住民刑事案件當中也會出現，尤其當原住民因違反槍砲彈藥刀械管制條例或森林法案件等被訴追時，所使用之獵槍或者採集之植物種類為何，常傳喚相關機關人員出庭，而其出庭到底是何種角色呢？臺灣高等法院臺南分院 105 年度上訴字第 764 號刑事判決中就有針對機關人員出庭陳述的部分進行釐清：「按鑑定，係由選任之鑑定人或囑託之鑑定機構，除憑藉其特別知識經驗，就特定物（書）證加以鑑（檢）驗外，並得就無關親身經歷之待鑑事項，僅依憑其特別知識經驗（包括技術、訓練、教育、能力等專業資格）而陳述或報告其專業意見；人證，則由證人憑據其感官知覺之親身經歷，陳述其所見所聞之過往事實。前者，係就某特定事物依法陳述其專業意見，以供法院審判之參酌依據，具有可替代性；後者，因係陳述自己親身見聞之過往事實，故無替代性。二者雖同屬人的證據方法，但仍有本質上之差異。而英美法上憑其專業知識、技術等專家資格就待證事項陳述證人意見之專家證人，則為我國刑事訴訟法所不採，析其依憑特別知識經

6　吳耀宗，鑑定人在刑事訴訟程序的角色與權利義務，中央警察大學法學論集第 12 期。2007 年，頁 177-178。

7　王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法（下），4 版，2018 年，頁 382。

驗而陳述或報告其專業意見之本質以觀，亦屬我國刑事訴訟法上鑑定之範疇，自應適用鑑定之規定。至依特別知識得知親身經歷已往事實之鑑定證人，因有其不可替代之特性，故本法第 210 條明定應適用關於人證之規定。又證人之證言，依內容可分為體驗之供述與意見之供述，前者係就親身體驗之客觀事實所為之供述，原則上具有證據能力；後者則供述其個人判斷某事項之意見，因一般證人對該事項未必具備專門知識經驗，與鑑定人或鑑定證人係本其專業而提供判斷意見之情形有別，其意見之判斷，自不免生個人主觀偏見與錯誤臆測之危險，刑事訴訟法乃於第 160 條明定其不得作為證據，此即學理上所稱之意見法則。但證人於供證時，常就其體驗事實與個人判斷意見參雜不分，一併供述，事實審法院自應將其中無證據能力之屬於證人個人意見部分予以排除，僅得就證人體驗之供述，為證據價值之判斷。本件被告及辯護人爭執證人即林務局〇〇林區管處處技正陳志銀等人證述內容之證據能力。惟查，證人陳志銀等人係以證人身分為相關證述內容，而非以鑑定人身分為之，是其證述內容中，如係就親身體驗之客觀事實所為之供述，原則上具有證據能力，至其他意見判斷等說明部分，揆諸前揭說明，尚不得作為證據，合先說明。」

四、機關來函

而還有很多狀況乃是由機關來函說明或者是派員說明，這種機關派員說明到底何種角色，可能要視在該案件中，機關到底是擔任該案件的主管機關或者訴追者的角色而會有所爭議。不過，這些爭議多非出現在對原住民傳統慣習的認定上，目前對於傳統慣習或者是傳統領域有所疑義的時候，法院均去函行政院原住民族委員會要求說明，就性質上來說應屬所謂的機關鑑定。依據刑事訴訟法第 208 條規定：「（第一項）法院或檢察官得囑託醫院、學校或其他相當之機關、團體為鑑定，或審查他人之鑑定，並準用第二百零三條至第二百零六條之一之規定；其須以言詞報告或說明時，得命實施鑑定或審查之人為之。（第二項）第一百六十三條第一項、第一百六十六條至第一百六十七條之七、第二百零二條之規定，於前項由實施鑑定或審查之人為言詞報告或說明之情形準用之。」在一般的刑事案件當中，法務部調查局、警政署刑事警察局即常被作為鑑定機關[8]。例如臺灣臺東地方法院 105 年度訴字第 98 號刑事判決在關於原住民身分認定上，該判決提到：「被告 2 人是否具有原住民身分乙節，經核閱被告 2 人提出之戶籍謄本、戶口名簿，及日據時期戶籍謄本所示（見本院卷第 34 頁至第 39 頁），被告乙〇〇之祖父潘貓腰、祖母潘文理、父親潘萬春，及被告甲〇〇之祖父劉卻來、祖母劉潘寶金確經註記有『熟』之字樣，被告 2 人亦均經花蓮縣富里鄉公所為符合西拉雅（平埔）族之鄉定原住民身分認同登記（見本院卷第 64 至 75 頁），堪以認定被告 2 人均屬西拉雅族。然經本院函詢

8　黃朝義，刑事訴訟法，五版，2017 年，頁 299。

行政院原住民族委員會（下稱行政院原民會）結果，該委員會函覆稱：依原住民族基本法第 2 條第 1 款，及原住民族別認定辦法第 2 條之規定，目前經行政院核定之法定原住民族有阿美族、泰雅族、排灣族、布農族、卑南族、魯凱族、鄒族、賽夏族、雅美族、邵族、噶瑪蘭族、太魯閣族、撒奇萊雅族、賽德克族、拉阿魯阿族及卡那卡那富族等 16 族，至於其他自認屬原住民族但尚未經前開法定程序認定者，或地方政府自行認定者，均非前開法規定所稱『原住民族』等語，有行政院原民會 105 年 9 月 29 日原民綜字第 1050055235 號函（見本院卷第 77 頁）在卷可稽……」。臺灣花蓮地方法院 105 年度原訴字第 26 號刑事判決在關於傳統領域的界定上，「經本院函詢原住民族委員會 35、45 林班地是否為原住民族傳統領域後，該會覆稱：35 林班地僅部分位在該會歷年原住民傳統領域調查成果範圍內，45 林班地則非在該會歷年原住民傳統領域調查成果範圍內，此有原委會 106 年 7 月 12 日原民土字第 1060044711 號函及同會 106 年 7 月 24 日原民土字第 1060047358 號函各 1 份附卷可參」。

但機關的來函，對法院並沒有絕對的拘束力，因此法院也有在去函後自己進行判斷，例如臺灣花蓮地方法院 106 年度原易字第 124 號刑事判決中指出：「行政院原住民族委員會（以下簡稱原委會）固於 106 年 3 月 16 日以原民土字第 1060015669 號函載稱：上揭 A、B 點，尚非位於該會歷年原住民族傳統領域上之調查成果範圍內，惟亦敘明本案石塊體積為 0.085 立方公尺尚在法定許可範圍，且上揭 A、B 點仍屬原住民族地區等語。而原委會因原住民族傳統領域具有民族文化之特殊性、劃定原住民族傳統領域土地之程序較為複雜且具有變動性、行政資源之有限性，迄仍未就全國原住民族傳統領域調查明確而劃設公告，自難以上揭函文所載位置並非位在原委會歷年原住民族傳統領域土地調查成果範圍內，即遽為不利被告之認定，而應在實際具體個案審認本案是否太魯閣族傳統領域。而證人鍾德光於本院審理時證稱：伊是銅門部落會議主席，非常了解銅門部落的傳統文化，木瓜山林班地有的是傳統領域，有的不是，只要不是祖先居住、狩獵的地方就不是我們的傳統領域。本案被告拉石頭的地點在龍澗下方的木瓜溪，是我們原住民的傳統領域，我們的祖先在還沒日據時代時就住在木瓜溪兩岸了，木瓜溪上游要到奇萊山，河岸兩邊是祖先居住的地方，警卷第 27 頁照片內的地方已經沒人居住，但以前是祖先耕作居住的地方，現在都搬到銅門村了，銅門村在照片更下游的地方等語，經核與證人即銅門部落事務組長范炳煌於本院審理時到庭證稱：伊是太魯閣族原住民，一直都居住在銅門部落，銅門林道在部落後山，是一條可以到清水發電廠的產業道路，也可以到龍澗，是伊祖先居住的地方，族人在早期有居住在木瓜溪左右，方便打獵取水，現在沒有這麼住了，都搬到銅門部落居住等語大致相符。又本案石塊長 59 公分、寬 40 公分、高 36 公分（按換算體積為 0.08496 立方公尺），有內政部警政

署保安警察大隊第七總隊第九大隊花蓮分隊聯合執行紀錄表在卷足稽（參警卷第 26 頁）。而本案依卷內資料，並無證據證明被告採取本案石塊有何屬非自用甚至持以營利之證據。從而，依前揭說明，堪認本案被告採取本案石塊之地點，應屬原住民族基本法第 2 條第 1 項第 3 款所稱之『原住民族地區』，且被告上開採取本案石塊行為，亦核符原住民族基本法第 19 條第 1 項第 3 款、土石採取法之規定，應堪認定。」在本案中由於案發地點並未被行政院原住民族委員會劃設其為傳統領域，因此是否屬於傳統領域仍有爭議。法院在此以證人——銅門部落會議主席的證詞作為認定，顯然是相當友善的作法。前述的臺灣花蓮地方法院 105 年度原訴字第 26 號刑事判決對於傳統領域的認定上亦指出：「然揆諸前揭思考脈絡，原委會對原住民族傳統領域之認定確有相當之公信力及權威性，然慮及原住民族文化之多元性、劃定程序之複雜及浮動性及國家行政資源之有限性，並基於原住民族百年來受外來統治政權之壓迫及宰制之負面歷史體驗，確有實現轉型正義，使原住民族脫離不平等桎梏之需要，從而本院因認在個案具爭議之土地經原委會認定為非傳統領域時，仍可適時採納長年居住在具爭議土地周圍之部落耆老、頭目之意見，以從寬判斷該土地之傳統領域屬性。」

不過，目前實務上機關鑑定是一個很大的問題，因為機關鑑定在實務上通常免除了具結義務且通常以書面報告為之，即鑑定人通常未到庭為言詞陳述，以至於無法詰問，如此一來如何確保該意見的可靠性就是一個很大的問題[9]。而在機關鑑定上必須要如同自然人鑑定必須要由法院或者是檢察機關委託始得為之，那如果法院認為其可以自行判斷，則無須委託。而這點在原住民案件上面就會成為一個問題，法院有無能力去自行判斷原住民的傳統慣習為何呢？

肆、國民參與刑事審判制度

筆者以為，傳統慣習在原住民司法案件中的認定，有沒有辦法去與國民法官制度作結合則應該先理解什麼是國民法官制度。

國民參與刑事審判制度的簡介

我國的國民參與審判制度的討論已經很久，但由於爭議很大，所以一直未能付諸實現，在歷經多年後總算，立法院於 109 年 7 月 22 日通過了國民法官法並於 8 月 12 日由總統公布，但目前尚未全部實施，目前生效條文為於國民法官的選任部

9 吳耀宗，鑑定人在刑事訴訟程序的角色與權利義務，中央警察大學法學論集第 12 期，2007 年，頁 172；邱筱雯、林志潔，鑑定和專家證人制度之比較與對鑑識會計制度建構之建議，會計師季刊第 262 期，2015 年，頁 21。

分，這個乃是針對此一國民法官制度的準備措施，而全部條文將在 115 年生效運作。而該法的制定乃是一個很長的過程，司法院原本提出的是人民觀審試行條例草案，然而卻被質疑有如去法院觀光之意，就定位與功能上來說備受爭議，且在準備階段就遭受很大阻力[10]。而其後又有修正，目前所通過國民法官法乃是司法院與行政院於 109 年提出國民參與審判法草案為基礎經立法院審議後通過。

而該法倘若實施後，適用之案件規定於該法第 5 條，「除少年刑事案件及犯毒品危害防制條例之罪之案件外，下列經檢察官提起公訴且由地方法院管轄之第一審案件應行國民參與審判：一、所犯最輕本刑為十年以上有期徒刑之罪。二、故意犯罪因而發生死亡結果者。前項罪名，以起訴書記載之犯罪事實及所犯法條為準。檢察官非以第一項所定案件起訴，法院於第一次審判期日前，認為應變更所犯法條為第一項之罪名者，應裁定行國民參與審判。刑事訴訟法第二百六十五條之規定，於行國民參與審判之案件，不適用之。行國民參與審判之案件，被告未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人或律師。第一項案件，法院得設立專業法庭辦理。」依據該條第 1 項規定，適用案件勢必不多。以殺人罪為例，依據法務部的統計年報 108 年與 107 年殺人罪被起訴也不過 2017 與 2129 人，這相比過去兩年的起訴人數 23 萬多人來說[11]，數字非常微小。而甚至該法第 6 條第 1 項還規定了，「應行國民參與審判之案件，有下列情形之一者，法院得依職權或當事人、辯護人、輔佐人之聲請，於聽取當事人、辯護人、輔佐人之意見後，裁定不行國民參與審判：一、有事實足認行國民參與審判有難期公正之虞。二、對於國民法官、備位國民法官本人或其配偶、八親等內血親、五親等內姻親或家長、家屬之生命、身體、自由、名譽、財產有致生危害之虞。三、案件情節繁雜或需高度專業知識，非經長久時日顯難完成審判。四、被告就被訴事實為有罪之陳述，經審判長告知被告通常審判程序之旨，且依案件情節，認不行國民參與審判為適當。五、其他有事實足認行國民參與審判顯不適當。」

而依據原住民起訴案件統計，殺人罪被起訴人數非常的少，前幾名為公共危險、毒品危害防制條例等[12]，倘若依此資料則未來適用國民法官制度的可能性將微乎其微。

10　參見楊雲驊，從德國刑事參審制度看司法院「人民觀審試行條例草案」的基本問題，日新司法年刊第 10 期，2014 年 1 月，頁 48-59；孫啟強，臺灣高雄地方法院一〇四年度第一次人民參與審判案件模擬法庭心得報告——兼評司法院「人民觀審試行條例」草案，月旦裁判時報第 39 期，2015 年 9 月，頁 83-93。

11　https://www.rjsd.moj.gov.tw/rjsdweb/book/Book_Detail.aspx?book_id=463（最後瀏覽日 :2021 年 6 月 1 日）

12　https://www.hlc.moj.gov.tw/media/75203/892017124978.pdf（最後瀏覽日 :2021 年 6 月 1 日）

二、國民參與審判與原住民司法案件的連結

雖然國民法官法所適用之案件應屬少數，但該法第 12 條規定，年滿二十三歲，且在地方法院管轄區域內繼續居住四個月以上之中華民國國民，有被選任為國民法官、備位國民法官之資格。但是也有排除的事由規定在該法第 13 條以下規範，例如褫奪公權者，或者是大學法律系教授都無法擔任國民法官。而在未來地方法院必須要造冊選任，該法第 17 條第 1 與第 2 項分別規定地方法院應於每年九月一日前，將所估算之次年度所需備選國民法官人數，通知管轄區域內之直轄市、縣（市）政府。前項之直轄市、縣（市）政府應於每年十月一日前，自地方法院管轄區域內具有第十二條第一項之資格者，以隨機抽選方式選出地方法院所需人數之備選國民法官，造具備選國民法官初選名冊，送交地方法院。目前國民法官法第 17 條業已生效，各院都目前都在處理未來的備選國民法官的問題。而在個別案件中如何選任國民法官呢？該法第 21 條第 1 項規定，行國民參與審判之案件，於審判期日之訴訟程序前，法院應自備選國民法官複選名冊中，以隨機抽選方式選出該案所需人數之候選國民法官，並為必要之調查，以審核其有無不具第十二條第一項所定資格，或有第十三條至第十五條所定情形而應予除名。

在上述規定下，一般來說具原住民身分的國民倘若未有國民法官法第 13 條以下的排除事項，均有機會成為備選國民法官，並且在具體個案當中擔任國民法官。此前臺東地方法院進行國民參審制度模擬的時候就有注意到原住民族人參與審判的演練問題 [13]。

然而現在有個問題，國民法官如何結合原來的原住民族專庭制度呢？原住民族專庭制度乃是依原住民族基本法第 30 條第 2 項規定，政府為保障原住民族之司法權益，得設置原住民族法院或法庭。而司法院頒佈之各級法院法官辦理民刑事與行政訴訟及特殊專業類型案件年度司法事務分配辦法第 13 條第 2 項亦規定，司法院得指定法院設置原住民族專業法庭或成立專股。目前原住民專庭所處理的案件為：被告為原住民之刑事案件，不論何種犯罪類型，均由原住民族專業法庭（股）審理。應由原住民專業法庭（股）審理之民事事件類型，則分為以下 2 種：（1）兩造當事人為原住民、部落、原住民族之民事事件；（2）一造當事人為原住民、部落、原住民族之「返還（交還）土地」、「損害賠償（包括債務不履行及侵權行為）」、「履行或終止契約或租約事件」、「第三人異議之訴」、「返還不當得利事件」、「排

13 http://social.judicial.gov.tw/LayJudgeAttach/E407/%E8%87%BA%E7%81%A3%E8%87%BA%E6%9D%B1%E5%9C%B0%E6%96%B9%E6%B3%95%E9%99%A2107%E5%B9%B4%E7%AC%AC1%E5%A0%B4%E5%9C%8B%E6%B0%91%E5%8F%83%E8%88%87%E5%88%91%E4%BA%8B%E5%AF%A9%E5%88%A4%E6%A8%A1%E6%93%AC%E6%B3%95%E5%BA%AD%E6%B4%BB%E5%8B%95%E6%96%B0%E8%81%9E%E7%A8%BF.pdf（最後瀏覽日 :2021 年 6 月 10 日）

除侵害」、「確認土地或房屋所有權存在或不存在」、「確認耕作權或地上權存在或不存在」、「確認租賃關係存在」、「塗銷耕作權或地上權登記」、「分割共有物」、「確定界址」、「遷讓房屋」、「債務人異議之訴」等民事事件。至於一造當事人為原住民、部落、原住民族而非屬上述（2）類型之民事事件，經當事人聲請由原住民專業法庭（股）審理，受訴法院認為適當者，亦得由原住民專業法庭（股）審理[14]。在此之下，原住民倘若犯最輕本刑 10 年以上有期徒刑之罪或者故意犯罪因而發生死亡結果者，而又非少年刑事案件與毒品危害防制條例案件則應該適用國民法官法的時候，如何跟原來原住民族專庭制度相結合就會是一個問題。而倘若參與的國民法官不具備原住民族的身分時，則可能使國民法官制度事倍功半。

為避免造成原住民專庭制度在進到國民法官時代後會發生功能減半的問題，立法委員鄭天財即提出的國民法官法修正草案，該草案第 3 條規定，「行國民參與審判之案件，由法官三人及國民法官六人共同組成國民法官法庭，共同進行審判，並以庭長充審判長；無庭長或庭長有事故時，以法官中資深者充之，資同以年長者充之。第五條第一項第三款之案件，國民法官應至少有一位具原住民身分者及二位熟悉原住民族傳統習俗、文化者。中華民國國民，有依本法規定擔任國民法官或備位國民法官，參與刑事審判之權利及義務。國民法官之選任，應避免選任帶有偏見、歧視、差別待遇或有其他不當行為之人擔任。」第 5 條規定，「除少年刑事案件及犯毒品危害防制條例之罪之案件外，下列經檢察官提起公訴且由地方法院管轄之第一審案件應行國民參與審判：一、所犯最輕本刑為十年以上有期徒刑之罪。二、故意犯罪因而發生死亡結果者。三、被告為原住民，屬非告訴乃論之公訴案件，且所犯案件與原住民族傳統習俗、文化及價值觀有關者。前項罪名，以起訴書記載之犯罪事實及所犯法條為準。檢察官非以第一項所定案件起訴，法院於第一次審判期日前，認為應變更所犯法條為第一項之罪名者，應裁定行國民參與審判。刑事訴訟法第二百六十五條之規定，於行國民參與審判之案件，不適用之。行國民參與審判之案件，被告未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人或律師。第一項案件，法院得設立專業法庭辦理。」在鄭委員的提案中明顯得將原住民被告案件且屬非告訴乃論之公訴案件，且所犯案件與原住民族傳統習俗、文化及價值觀有關者，依據國民法官法辦理時則必須要在法官與國民法官中均有三分之一以上的原住民。

不過，原住民涉及之案件倘若有傳統慣習或者是文化的問題，或許可以擴大原住民部落的參與，對拉近原住民族與司法的距離應有助益，此點我們可以參看外國法例作為未來檢討的可能。

14　https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-1429-70645-23086-1.html（最後瀏覽日 :2021 年 6 月 10 日）

伍、外國法制的借鏡可能

由於原住民族司法問題並非我國所獨有，因此在澳洲、加拿大等國也已經建構類似的制度，而紐西蘭則建構了原住民土地法庭，或許有我們可以借鏡的地方。而在澳洲，原住民犯罪率居高不下，這部分社會與文化因素都占了很大的原因，因此在她們建構的原住民族司法制度中而在原住民刑事案件中如何給予適當的量刑，是一個關鍵的問題所在，而在澳紐與加拿大的制度中，落族人的參與乃是一個重要的過程。

例如昆士蘭州設置在治安與兒童法院（Magistrates and Childrens Court）中的 Murri Court[15]。其管轄案件為承認犯罪之原住民行為人，並且刑期為三年以下有期徒刑之案件，即為治安法院中所管轄的案件[16]。該法院設置的目的就是對原住民報告作出適當的文化回應，該法院著重處理犯罪的原因並且透過部落司法團體（Community Justice Group）的協助提供與被告部落有關之議題與相關文化考量。該團體會提出報告，為治安法官提供被告個人資料、犯罪行為對當地原住民部落所生影響以及部落建議的量刑計劃、課程等。同時還有具有原住民背景的案件協調專員（Case Coordinator）協助聯繫法官與原住民耆老[17]。

新南威爾斯省圓桌量刑法院（Circle Sentencing Court）設置於 2002 年，僅限於簡易犯罪的案件，在程序上由治安法官審查是否進入此一程序，接下來由部落耆老組成的原住民部落司法團體（Aboriginal Community Justice Group）對被告再作審查，確定適用此一程序後，則在圓桌上由四位長老、法官、被告以及其他支持團體、辯護律師、公訴人、被害人等出席。由成員討論對被告罪適當之量刑計劃[18]。

另外在加拿大的司法制度中也有原住民法院的設置，亞伯達省（Albert）第一民族法院制度則是稱之為和解法院（Peacemaking Court），該法院之對發生在 Tsuu T’ina 保留地內的刑事與少年案件具有管轄權限，與該省地方法院與調解制度的結合。

此一制度最早設立於 1993 年，在蘇族（Alexis Nakota Sioux Nation）生活的地點進行修復式司法拉近社區與法院的距離，由地方的量刑委員會提供建議。而 1998

15 設置地點如下：Brisbane, Caboolture, Cairns, Cherbourg, Cleveland, Mackay, Maroochydore, Mount Isa, Richlands, Rockhampton, St George, Toowoomba, Townsville and Wynnum。

16 蔡惠如（2008），以原住民文化為司法制度核心價值之全球化與在地化——以澳洲原住民刑事司法制度為鑒，中華國際法與超國界法評論，4 卷 1 期，頁 58；https://www.courts.qld.gov.au/courts/murri-court/about-murri-court（最後瀏覽日 :2021 年 6 月 10 日）

17 蔡惠如（2008），「以原住民文化為司法制度核心價值之全球化與在地化——以澳洲原住民刑事司法制度為鑒」，中華國際法與超國界法評論，4 卷 1 期，頁 60-61。

18 蔡惠如（2008），「以原住民文化為司法制度核心價值之全球化與在地化——以澳洲原住民刑事司法制度為鑒」，中華國際法與超國界法評論，4 卷 1 期，頁 70-71。

年起針對息客西卡族（Siksika Nation）則設有專職法官與檢察官處理刑事案件。2000 年該省建立第一民族法院[19]，該法院為全加拿大第一間原住民法院[20]。該法院的設置乃是回應修復式司法的要求，透過該族族人的傳統價值觀念在被害人、加害人與部落間謀求和平。除了殺人與性侵害的犯罪，其餘的犯罪均可進行調解，但必須要在被害人與加害人同意後始得開啟此一程序[21]。該法院會選任兩位部落內的長老作為調解者，其身分為程序的社區參與人。兩個身為長老的調解者（Peacemaker）參與案件的調解，調解者人選擇是由調解協調者（Peacemaker coordinator）從部落中去選任。和解程序會進行兩個小時到兩天，倘若可以和解則簽署協議，可能需要採取諸如道歉、賠償、諮詢，以及社區服務之類的行動。而檢察官在檢視過該協議，認為符合公平正義的要求時即會撤銷訴訟，否則也可繼續的在法院當中訴訟[22]。

如果相比我們未來的國民法官制度，則澳洲或者是加拿大的制度似乎都使用在較輕微的案件，而國民法官法的案件反而都是重大刑案，兩者有所不同。不過，這些國家當中為了處理原住民刑事案件中，都讓部落族人參與了審判程序，這樣的作法反而是我國目前原住民族的刑事司法制度中所缺乏的。我們目前雖然有專庭與法律扶助制度，但在部落與司法間仍有距離。而未來國民法官法似乎並沒有辦法使司法與部落的距離拉近，反而有可能造成新的問題，因此不可不慎重。

陸、結語

在過去，原住民族委員會或者是司法院對於拉近原住民族部落與司法間的距離都盡了很大的努力，但在司法改革持續的進展中，仍有可能產生新的制度，而這樣新的制度與原有的制度間的結合就非常的重要。而雖然原住民族委員會或司法院對於原住民司法問題也都積極的想要解決，但案件與部落間的連結似乎一直不大，相比澳洲或加拿大，在司法制度中都有部落社區的參與，我國在這邊似乎可以借鏡，作為國民參與審判的新的作法，否則司法改革想要拉近司法與人民間的距離顯然在原住民司法案件中就更顯困難了。

19 https://albertacourts.ca/pc/about-the-court/innovation/special-courts-（domestic-violence-drug-court-indigenous）（最後瀏覽日期：2021 年 6 月 10 日）

20 Heather Chan access to Justice Aboriginal resources List 2013，https://static1.squarespace.com/static/511bd4e0e4b0cecdc77b114b/t/5446cbcee4b0265bf17ebde7/1413925838363/ATJ_Aboriginal_2013_Resources_List.pdf（最後瀏覽日期：2021 年 6 月 10 日）

21 http://www.justiciarestaurativa.org/www.restorativejustice.org/editions/2004/August/peacemaking（最後瀏覽日期：2021 年 6 月 10 日）

22 http://www.justiciarestaurativa.org/www.restorativejustice.org/editions/2004/August/peacemaking（最後瀏覽日期：2021 年 6 月 10 日）

對土地徵收條例中安置計畫之檢討——以落實原住民之適足住房權保障為例

雷化豪 *

目次

壹、前言
貳、土地徵收事件涉及之基本權利及保障方法
一、土地徵收可能涉及之基本權利
（一）財產權
（二）居住、遷徙自由
（三）工作權
（四）生存權
（五）適足住房權
二、土地徵收條例中針對涉及中低收入戶之特別規定
參、安置計畫之相關問題
一、安置計畫之對象限於中低、低收入戶或相同情況者是否足以保障生存權？
（一）以收入作為唯一判斷標準是否妥適
（二）安置計畫作為徵收影響人民生存權時之優先措施
（三）非土地所有權人能否主張列入安置計畫
二、土地徵收條例之安置計畫規定是否足以保障生存權及其他權利？
三、安置計畫是否為補償費之一部分
四、小結
肆、現行安置計畫規定對原住民族可能造成之影響
一、安置計畫的對象
二、安置計畫的內容
伍、結論

壹、前言

土地為人民安身立命之處，屬於憲法第 15 條財產權所保障之範圍，基於公共利益之考量，國家在權衡之下得以徵收之方式取得土地，但必須給予相當之補償。司法院大法官釋字第 400、425 及 579 等號釋字均曾提及之，但對於特定人士而言，對其所有之土地及其上建築物之徵收，除財產權受到影響之外，是否可能影響其他之基本權利？非屬所有權人者，是否就不會因為徵收而影響其權利？國家除了藉由補償而填補人民因徵收所受之損失外，其所負有對人民之生存照顧義務，在進行徵收時是否應一併注意，有其值得探討之處。

* 東吳大學法律學系博士生、東吳大學兼任講師。

土地徵收條例在 2012 年修正時，增列第 34 條之 1[1] 之規定，要求需用土地人須考量被徵收土地之人民中，若有屬於中、低收入戶或類似此類情形者，訂定安置計畫，且此一安置計畫是否訂定，亦為徵收計畫是否核准之考量因素之一[2]。顯見除了徵收土地造成人民之特別犧牲而給予之補償之外，亦考量到部分特定人士之生存照顧問題[3]。惟土地徵收可能造成生存權受侵害的對象，是否又僅會限於中、低收入戶？就此是否僅以經濟上的弱勢，作為國家在運用強制力限制人民權利時必須額外附加努力之唯一標準？除了財產權及生存權外，難道其他的基本權利，就不會受到限制？

例如最高行政法院於 103 年 12 月 20 日作成 103 年度判字第 717 號判決，其中上訴人即主張，自己雖非屬於中、低收入戶，但因土地徵收處分導致其經濟窘困，故要求應訂定安置計畫予以安置，最終法院雖認為上訴人已取得自拆獎勵，故並非屬於經濟上窘困而有類似於中、低收入戶之情事，但此一判決之要旨與土地徵收條例第 34 條之 1 之規範目的，是否相符？值得探究。又即使在非屬經濟窘困的情況下，是否就無加以安置之必要？

再以原住民族為例，憲法增修條文第 10 條第 12 項規定，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。然原住民在社會、經濟上卻長期處於弱勢狀態[4]，國家雖在特定法規中對其作出特別之保障[5]，但如果因為土地徵收而使其必須被迫搬離住所，甚而若為整個原住民族部落或族群的遷移時，是否應因上述憲法增修條文之規定，而有特殊之因應程序？

對於上開疑問，本文首先欲先討論土地徵收之處分，對於人民而言，除了財產權以外，尚有何種基本權利受到限制；再針對土地徵收條例 2012 年修正新增訂之

---

1 土地徵收條例第 34 條之 1：「徵收公告一年前有居住事實之低收入戶或中低收入戶人口，因其所有建築改良物被徵收，致無屋可居住者，或情境相同經直轄市或縣（市）政府社會工作人員查訪屬實者，需用土地人應訂定安置計畫，並於徵收計畫書內敘明安置計畫情形。（第一項）前項安置，包括安置住宅、購置住宅貸款利息補貼、租金補貼等。（第二項）」

2 土地徵收條例第 13 條第 2 項第 6 款：「中央主管機關為前項之審核，應審查下列事項：……六、依本條例第三十四條之一提出之安置計畫是否合理可行。」

3 該條之行政院草案立法說明謂，基於憲法第十五條所定生存權之保障，原居住於被徵收建築改良物之低收入戶或中低收入戶，其為社會中經濟較為弱勢者，因徵收致無屋可住時，需用土地人應予以安置，以妥善照顧其生活。有關居住事實之時間認定，參考社會救助法有關低收入戶或中低收入戶資格審查之規定，以徵收公告一年前有居住事實為限，爰訂定第一項。參陳立夫，評二〇一二年土地徵收條例修正條文——以徵收程序與補償之規定為中心，月旦法學雜誌，第 212 期，2013 年 1 月，第 92 頁。

4 釋字第 719 號解釋理由書：「……鑑於現今原住民所受之教育及職業技能訓練程度，通常於就業市場中之競爭力處於相對弱勢」中所說明者即為其中一例。

5 例如在釋字第 719 號解釋中，針對原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項、第 3 項及政府採購法第 98 條，要求政府採購得標廠商應進用一定比例原住民，認定並無違背憲法中平等原則及比例原則之規定。此一規定即為國家為實現保障扶助並促進原住民族發展之義務所訂。

關於中、低收入戶之土地徵收，應訂定安置計畫之此一規定，應如何解讀；最後雖然安置計畫之規定立意良善，但為了使此一規定能夠妥適發揮預設效果，本文對此一規定所衍生相關問題，包含適用的對象、性質及能否發揮原本所預計的功能加以檢討之。並以之檢討在涉及原住民族的土地徵收時，在安置計畫這一塊，是否應該有更加注意之處。

貳、土地徵收事件涉及之基本權利及保障方法

一、土地徵收可能涉及之基本權利

土地徵收使得人民所有之土地及其上之建物遭限制使用，除直接對於人民之土地所有權進行限制之外，在不同的個案中，更附隨著可能帶有其他基本權利之限制或影響，分述如下：

（一）財產權

土地屬於有財產價值之物，所有權更為處分、使用土地之根本。土地徵收處分將導致人民喪失其所有之土地所有權及一切在上之建物，亦無法對該土地進行使用、收益，自然為憲法第 15 條所保障之財產權所包含[6]。

財產權之保護範圍首先在於，保障所有權得以存續，避免人民受到國家不法之土地徵收，進而得到存續保障（Bestandsschutz）[7]，惟財產權在受到限制的時候，由於財產權有其社會義務[8]（Sozialbindung des Eigentums），故若屬於合理的限制，應予以忍受[9]，而無須給予任何補償。然而對財產權的限制，若係經由國家之高權行為直接予以剝奪、徵收（Enteignung），並因此而導致喪失其所擁有之基本權利，已超過其社會義務而造成特別犧牲（Sonderopfer）時，即應給予一定之補償[10]。

6　釋字第 400 號解釋「……國家機關雖得依法徵收人民之財產，但應給予相當之補償，方符憲法保障財產權之意旨」。除此之外，只要涉及到土地徵收之大法官解釋，大法官也多以人民財產權受到剝奪的角度，進行檢視。

7　劉建宏，基本權各論基礎講座（12）財產權，法學講座，第 29 期，2004 年 9 月，第 5 頁。

8　李惠宗，特別犧牲之損失補償，收於臺灣行政法學會主編 損失補償、行政程序法，2005 年 7 月，第 60 頁以下。

9　例如釋字第 577 號解釋中，大法官即認為「於菸品容器上應為上述之一定標示，縱屬對菸品業者財產權有所限制，但該項標示因攸關國民健康，乃菸品財產權所具有之社會義務，且所受限制尚屬輕微，未逾越社會義務所應忍受之範圍」。

10　釋字第 440 號解釋理由書「……國家機關依法行使公權力致人民之財產遭受損失，若逾其社會責任所應忍受之範圍，形成個人之特別犧牲者，國家應予合理補償。」另在德國聯邦憲法法院之濕採石案判決中，曾有認為若逾越了財產權社會義務之限制，應屬違法而非徵收，則採取徵收與財產權內容限制係不同行為的見解。但其係基於德國基本法將兩者分開規定，且由上述大法官解釋觀察，我國實務似未採取此一見解。詳細將於後續，若安置計畫產生救濟問題時應如何處理之部分再說明之。

（二）居住、遷徙自由

憲法第 10 條所稱之居住及遷徙自由，依司法院大法官釋字第 454、558 號解釋之意旨，在保障人民有自由設定住居所、遷徙、旅行，包括入出國境之權利。而此一條文中，包含了居住自由、以及遷徙自由兩種基本權利，前者旨在保障人民有選擇其居住處所，營私人生活不受干預之自由；後者則保障人民得依個人意願自由遷徙或旅居各地之權利[11]。

當所有權人所擁有之土地係供居住，並因徵收而失去所有權後，則無論其是否屬於自願，均須離去該住所，而另覓他地居住。其已無法選擇於原處所居住，且將被強制要求離去此點均與憲法第 10 條居住、遷徙自由的保障有關。

（三）工作權

憲法第 15 條所保障之工作權，除了保障人民有選擇職業之自由外，對於營業場所的選定，亦受到保障[12]。土地徵收除了直接造成土地所有人之財產權受到限制，並可能影響其居住遷徙自由外，若人民於被徵收之土地上從事工作，無論係直接利用土地，或者是使用土地作為營業場所者，其工作權保障範圍中之營業自由，均可能因土地徵收而遭限制。肯認人民之工作權會因徵收而遭限制之意義在於，對於人民因徵收所造成之營業損失，亦可能透過補償之方式予以平復。土地徵收條例第 33 條規定「土地或土地改良物原供合法營業之用，因徵收而致營業停止或營業規模縮小之損失，應給予補償。」即屬可能對於工作權因徵收而受到限制的一種補償方法[13]。

（四）生存權

對於生存權之內容，包含對於生命之尊重，以及生活上之延續[14]。關於生活上之延續，學說上認為，除了國家不得侵害人民之生存權，若發生此一情狀得加以防禦之基本權功能外，亦包含人民得請求國家為特定之作為，以保障個人過著符合最低人性尊嚴生活之積極權利[15]，而所謂符合人性尊嚴之生活，學者李震山認為，可從

---

11 釋字第 443 號解釋理由書「……憲法第十條規定人民有居住及遷徙之自由，係指人民有選擇其居住處所，營私人生活不受干預之自由，且有得依個人意願自由遷徙或旅居各地之權利。」

12 釋字第 738 號解釋理由書「人民如以從事一定之營業為其職業，關於營業場所之選定亦受營業自由保障」但營業自由究竟應該屬於憲法第 15 條之工作權、或是財產權之保障範圍，由本號解釋觀察，大法官似乎認為營業自由屬於兩者共同保障之範圍，而未明確予以區分。

13 惟若自本條第 2 項授權訂定之土地及土地改良物徵收營業損失補償基準第 3 點「合法營業用土地或土地改良物全部徵收致停止營業時，其損失補償以該事業最近三年向稅捐稽徵機關申報之營利事業所得稅結算申報書上營業淨利加利息收入減利息支出之平均數計算補償之。」規定觀察，實務上應認為係因為財產權受到影響而予以補償。

14 許育典，憲法，2008 年 2 月，第 2 版，第 266 頁。

15 李仁淼，生存權的法性質，月旦法學教室，第 70 期，2008 年 8 月，第 6-7 頁。

最低生活之經濟生活，以及如何維持人民最基本的生活制度二方面加以觀察[16]。土地遭徵收後，所有權人及其同居共財之家屬，可能因無法在該地生活、工作，喪失符合人性尊嚴的居住環境或工作，而陷入不能維持最低生活水準之情事，因此土地徵收進而影響生存權中關於符合人性尊嚴生活延續之面向，雖然並不是在每一個案例中都會發生，但是可能發生的情況[17]。

所謂的最低生活水平，是否得以量化以及如何量化，涉及立法形成自由之問題，其具體內容為何，又涉及不同國家、甚而不同區域間之情況，例如在德國 Hartz-IV 判決中，家庭用之暖氣（Heizung）即被包含於社會法典第二編中之失業津貼二裡[18]，惟此一暖氣之使用，在我國應即不至於被認定為最低生活水平所必須之物。又我國大法官第 422 號解釋，針對生存權之保障，認為如僅以行政機關估算之最低生活費支出標準計算審核表，而未評估人民生活具體支出所需及實際窘困之情況，以固定之標準推計時，即與保障人民生存權之意旨不符，故生存權應如何保障，應視需受到保障者，其實際上維持最低生活水平之需求而定，不應僅以一推估之標準判斷，而應斟酌個別具體特殊情況，予以判斷。

土地徵收導致人民生存權受到限制，進而給予生存權保障，落實於土地徵收條例，即為 2012 年所新增訂之第 34 條之 1 有關安置計畫之規定。

（五）適足住房權

除了前述憲法明文規定之基本權利，可能因徵收而受到限制、侵害之外，在 2009 年我國通過了公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法（下稱兩公約施行法），將聯合國於 1966 年通過的公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約內國法化，依該法第 2 條規定「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。」此一規定除了宣示兩公約之人權規定具備法律效力之外，更帶有要求行政機關在做成具體的行政行為、訂定抽象的命令時，必須依循兩公約之保障人權規定、以及法院在審判時，必須要參酌兩公約內容的義務。

其中在經濟社會文化權利國際公約（下稱經社文公約）第 11 條第 1 項規定「本公約締約國確認人人有權享受其本人及家屬所需之適當生活程度，包括適當之衣食住及不斷改善之生活環境。締約國將採取適當步驟確保此種權利之實現，同時確認在此方面基於自由同意之國際合作極為重要。」為適足住房權[19]之依據。據此聯合

16　李震山，人性尊嚴與人權保障，2001 年，第 20 頁以下。

17　又雖然直接因為徵收而影響的可能是人民的居住、工作，但是當人民無法藉由土地而安身立命、養活自己時，即難以維持符合尊嚴的生活，而影響生存權。因此因徵收而可能造成憲法第 11 條之居住遷徙自由、第 15 條之工作權、財產權與生存權，同時遭受影響。

18　BVerfGE 125, 175（180）.

19　適足住房權，為 adequate of housing 之中譯，在學術文獻上，有將其譯為適足居住權、適當居住權或居住權者，在大法官的意見書中則有稱作適當住屋權者，關於本名詞之前段究

國經濟社會文化權利委員會針對經社文公約所做的一般性意見，更是將該公約之內涵詳加說明，因此在兩公約施行法第 3 條亦規定「適用兩公約規定，應參照其立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋。」

關於適足住房權的內涵，除了前述之經社文公約規定外，聯合國經濟社會文化權利委員會於 1991 年所作出之第 4 號一般性意見、以及 1997 年所作出之第 7 號一般性意見，對於此一規定之理解，有很大的幫助。

1991 年所為之第 4 號一般性意見中認為，在適足住房權的範圍上，個人，同家庭一樣，不論其年齡、經濟地位、群體或其他屬性或地位和其他此類因素如何，都有權享受適當的住房。且本權利之享受不應受到任何歧視。

而所謂的住房，不應狹隘的解釋為商品，而應該把它視為安全、和平和尊嚴地居住某處的權利。

因此，在解釋適足住房權的內涵時，適足之概念尤為重要，除了部分取決於各地的社會、經濟、文化、氣候、生態及其他因素，有部分則是任何情況中均必須加以考慮的，包含：

1. 使用權的法律保障：使用權包括租用（公共和私人） 住宿設施、合作住房、租賃、房主自住住房、應急住房和非正規聚居地，也包括占有土地和財產。不論使用的形式屬何種，所有人都應有一定程度的使用保障
2. 服務、材料、設備和基礎設施的可使用性
3. 可負擔性
4. 適居性
5. 可取得性
6. 地點
7. 文化的適足性：建造方式、所用的建築材料和支持住房的政策必須能適當地體現住房的文化特徵和多樣性。

在闡述了適足住房權的內涵後，1997 年的第 7 號一般性意見則認為，當人民被強制驅離時，將影響許多基本權利，而要設立一項有效的保護制度，保障免受強制驅離的立法是必不可少的基礎。這樣的立法措施應包含 ：

應譯為適足或適當，涉及此一權利的意涵；而後段應稱為居住、住屋或住房，有學者亦認為非僅名詞的使用區別，而涉及到其保障內涵、以及與其他公約間之適用關係，因此主張應譯為適足住房權者，參徐揮彥，論經濟、社會及文化權利國際公約適當住房權在我國之實踐：以司法院釋字第 709 號及其嗣後之裁判為中心，臺大法學論叢，第 46 卷第 3 期，2017 年 9 月，第 807 頁。本文之名詞使用，係參考自司法院法學資料檢索系統中，針對經社文公約第 4 號一般性意見之翻譯，而稱作適足住房權，參 https://law.judicial.gov.tw/FLAW/dat02.aspx?lsid=FL070448，最後瀏覽日 :2021 年 3 月 1 日。

1. 對房屋和土地的居住者提供儘可能最大的使用保障；

2. 符合經社文公約的規定；

3. 能嚴格地限制在什麼情況下方允許驅離居住者。

而即使是合法驅離，也必須確保驅離是確實依照與經社文公約不相牴觸的法律規定所允許的方式實行，而且所有受驅離影響的人皆可能援用法律途徑與救濟。並應確保必須先行與利害關係人協商，探討所有可行的替代方案。以便避免、或至少將使用強迫手段的需要減至最低。

而經社文公約中所揭示之適足住房權，雖然有了兩公約施行法，而在我國有一定的拘束力，在我國大法官釋憲實務上之展現，在 2013 年 4 月作成釋字第 709 號解釋時，稱「都市更新為都市計畫之一環，乃用以促進都市土地有計畫之再開發利用，復甦都市機能，改善居住環境，增進公共利益。都市更新條例即為此目的而制定，除具有使人民得享有安全、和平與尊嚴之適足居住環境之意義（經濟社會文化權利國際公約第十一條第一項規定參照）外，並作為限制財產權與居住自由之法律依據。」首次將經社文公約第 11 條第 1 項規定做為解釋之參考依據，對於適足住房權能否被我國承認為一個權利、進而可以透過法院程序救濟而獲得保障，有著重要的意義[20]。

適足住房權的爭議問題，除了前述大法官在釋字第 709 號解釋中所論及之都市更新領域外，土地徵收係國家以公權力之方式強制徵收人民的財產，更影響到人民被迫強制遷離、以及遷離後能否享有適當的住房環境等問題，因此在土地徵收時，不僅影響到人民財產權、居住自由等傳統憲法上的基本權利，適足住房權更是一個值得審酌的因素。

二、土地徵收條例中針對涉及中低收入戶之特別規定

由於土地徵收程序，將使原土地所有權人、或居住在該地之人民，被迫遷離其住居所而造成財產權及其他權利之影響，因此除了必須給予土地所有權人相當之補償，因此在土地徵收條例的相關補償規定中，主要還是著眼於人民的財產權受到國家公權力的限制而為之彌補措施。但如前所述，土地徵收所涉及之基本權利，實不僅於財產權爾。因此，隨著不同的基本權利可能受土地徵收之影響，而應有其他的

20　至於在本號解釋中，多數意見並未直接提及適足住房權在憲法中之依據，羅昌發大法官所提出之部分協同部分不同意見書、葉百修大法官所提出之協同意見書、湯德宗大法官所提出之協同暨部分不同意見書以及蘇永欽大法官所提出之一部不同意見書，則均有明確指出，適足住房權為憲法第 15 條生存權下之概念。而李震山大法官則持較為保留之態度，認為關於適足住房權有兩種可能，首先未來可引據憲法第 22 條概括保障之規定，將「適當住屋權」結合其他相關基本權利，經詳細論證後提升至憲法位階，從而使其與傳統居住自由併列於人權保障之清單中。或是，直接將之納屬憲法居住自由之保護範圍，至少使之具備基本權利客觀功能。

因應措施，方能徹底保障人民的權利。

土地徵收條例在 2012 年進行修正，針對中、低收入戶，增設第 34 條之 1 之規定，對於徵收公告一年前有居住事實之低收入戶或中低收入戶人口，因其所有建築改良物被徵收，致無屋可居住者，或情境相同經直轄市或縣（市）政府社會工作人員查訪屬實者，需用土地人應訂定安置計畫，並於徵收計畫書內敘明安置計畫情形。所謂安置計畫，依照同條第二項之規定，則包含安置住宅、購置住宅貸款利息補貼、租金補貼等方法。

如有安置計畫之需求時，需用土地人所擬具之徵收計畫書中應予以明列，且依據土地徵收條例第 13 條之規定，主管機關並應審查該安置計畫是否合理可行，作為是否核准徵收處分之判斷依據之一。

此一規定，就是在避免低收入戶或中低收入戶人口，在土地徵收之後，無法透過補償金而持續生存，因此藉由安置計畫，確保此類人民，在土地徵收之後，仍能有尊嚴地持續生活，因此安置計畫之目的，主要是確保人民之生存權，不受土地徵收之侵害。

參、安置計畫之相關問題

一、安置計畫之對象限於中低、低收入戶或相同情況者是否足以保障生存權？

土地徵收條例有關安置計畫之規定，當徵收土地中有屬中、低收入戶，且於徵收公告一年前有居住事實者，並因土地徵收導致無屋可住時，需用土地人即需擬定安置計畫，如果經直轄市或縣（市）政府社會工作人員查訪屬實有類似狀況者，也應該要擬定安置計畫。固然土地徵收可能涉及之基本權利，不僅止於財產權之限制，惟從本條規定草案時起之立法意旨觀察，主要之立法目的係為了保障被徵收者之生存權。但此一規定是否能夠達到立法之目的，有以下幾個觀察面向：

（一）以收入作為唯一判斷標準是否妥適

依照本條法條規定之解釋，所謂情境相同經直轄市或縣（市）政府社會工作人員查訪屬實者者，應指雖有經濟窘困之情況，而未向行政機關申請為中低收入戶者而言。以中低收入戶之申請標準觀察[21]，本條規定顯然僅以經濟情況作為是否作為

21 關於中低收入戶之申請標準，依衛福部社會救助及社工司之見解認為，須符合家庭總收入平均分配全家人口，每人每月在當地區公告的最低生活費以下、以及家庭財產未超過低收入戶適用的當地區公告金額兩項標準。而此二標準均係以收入作為判斷。參 https://dep.mohw.gov.tw/dosaasw/cp-572-5035-103.html，最後瀏覽日：2021 年 5 月 31 日。

安置計畫對象之依據。與土地徵收條例中安置計畫作為保障土地遭徵收人民之生存權之立法目的是否相符？

固然，對於生存權中，何謂符合最低生活標準之判斷，得透過立法者或行政機關予以量化，中低收入戶之標準化，能夠協助我們判斷何謂符合人性尊嚴的條件[22]，但是個案中，也有可能會發生特殊之需求，因此，本條規定要求，若情境相同經直轄市或縣（市）政府社會工作人員查訪屬實者，需用土地人亦應訂定安置計畫，避免漏失。

又應如何認定該有居住事實之人民，確實屬於情境相同者，係需符合該縣市政府關於中、低收入戶之認定標準，抑或僅需該人民確因土地徵收行為，導致其生存權受到侵害即可？

對於此一問題，本文認為，土地徵收條例之相關規定，雖係以徵收處分作為原因事實，但安置計畫並非僅針對土地所有人，而係針對有居住事實之低收入戶或中低收入戶，或情境相同之人口。如依照解釋之體系觀察，所謂情境相同，似應限定於其財產收入事實符合低收入或中低收入戶之規定，僅係因其未向地方縣市政府申請爾。但若基於安置計畫之性質，依照立法說明為生存權之保障措施之角度觀察，則生存權是否受到限制，與人民是否屬於低收入或中低收入戶者，並無絕對之關聯。固然屬於有居住事實之低收入戶或中低收入戶，在土地徵收條例之預設之下，因徵收處分而屬於生存權受到限制之人口，但該條所稱之情境相同之人口，應以目的性解釋去判斷，而認定當在徵收之土地上有居住事實之人民，其生存權可能因土地徵收而受到限制者，不論其是否符合該地縣市政府所規定之低收入戶或中低收入戶標準，而應在土地徵收當下依照具體個案判斷之，方符合前述司法院大法官釋字第422號解釋保障人民生存權之意旨。

故土地徵收條例第34條之1有關安置計畫之對象認定問題，如徵收土地中，有於徵收公告一年前居住於該地，有低收入戶或中低收入戶資格，並因該徵收處分而無屋可住者，需用土地人有提出安置計畫之義務。惟基於生存權之照顧，對於其他類似狀況，雖非該當於縣市政府所規定之中低收入戶或低收入戶之標準，或雖達該標準但尚不至於無屋可住者，倘若確實因土地徵收處分而影響生存權時，需用土地人仍應將其納入安置計畫當中。

（二）安置計畫作為徵收影響人民生存權時之優先措施

我國有社會救助法之規定，其立法目的在於維護國民生活尊嚴，因此亦可屬於

22　除此之外，也可能透過最低基本工資等，予以協助判斷。李惠宗，憲法要義，第8版，2019年9月，第248頁。

對人民生存權保障之具體規範[23]。其第 1 條針對救助之對象，包含低收入戶、中低收入戶及救助遭受急難或災害者；第 2 條針對救助之範圍，包含生活扶助、醫療補助、急難救助及災害救助。而當人民受到土地徵收而影響其生存權時，也有可能包含在前述之急難情況，而可能受到救助。然本文認為，社會救助法之規定，不應成為安置計畫對象，僅侷限在中低收入戶等具體情況之理由。其原因在於，本文認為，需用土地人往往係屬於國家組織之一環，而當人民生存權受到影響，國家負有生存照顧義務（Daseinsversorge）時，國家為侵害者及保護者之二種角色不應予以分裂視之，即需用土地人只要為行政機關之一，則其應以造成人民生存權受到限制之行為責任角度負責。

若是其他社會救助法規，由於首先國家此時並不一定是造成人民難以生存的直接原因，其次，在履行保護義務的方法、時間上，由於涉及到國家社會資源的分配、以及社會政策的實現，立法者與行政權在執行上也會擁有較多彈性，並隨著國家財政資源而可能有所差別[24]。且社會救助法原則上需要人民主動申請，當人民未主動申請時，除了災害救助之情況外，國家消極之不作為也難以遭指摘為違法或違憲。且依照實務之見解，若需用土地人依「土地徵收條例」第 34 條之 1 擬定之安置計畫，其受安置之拆遷戶已享有政府其他住宅補貼，則不得再申請低收入戶住宅補貼辦法、住宅補貼作業規定或青年安心成家作業規定之住宅補貼[25]。反之，若人民已受其他法規之補助而無生存權受侵害之虞時，當然亦無須以安置計畫予以照料。

（三）非土地所有權人能否主張列入安置計畫

再者，有關土地徵收條例第 34 條之 1 安置計畫能否實現保障人民生存權之目的之問題，在適用範圍的部分上，除了前述是否應以收入作為唯一判斷標準、以及與其他法規範之關聯性討論外，本條規定「徵收公告一年前有居住事實之低收入戶或中低收入戶人口，因其所有建築改良物被徵收，致無屋可居住者」方有受到安置計畫之可能。

就上開法條之文義解釋，似乎列入安置計畫之對象，僅限於擁有建築所有權、且在徵收公告一年前有居住事實，並具有低收入戶或中低收戶入證明者，方適用之。即使將安置計畫擴大為家庭（戶）作為判斷，也必須該戶中，有人擁有建築物之所

23 張桐銳，論憲法上之最低生存保障請求權，政大法學評論，第 123 期，2011 年 10 月，第 122 頁。

24 釋字第 485 號解釋。學者另有主張，在涉及到最低生活保障時，財政資源欠缺是不能作為延遲或反對給付的理由。參張桐銳，論憲法上之最低生存保障請求權，政大法學評論，第 123 期，2011 年 10 月，第 140-141 頁。但有學者認為，不應忽視生存權之社會權面向，解釋上無須如德國將請求權之範圍限於最低限度的生存保障，但其範圍與界線，當然並非無窮無盡，而涉及到了生存權如何實現之問題，參黃舒芃，社會權在我國憲法中的保障，中原財經法學，第 16 期，2006 年 6 月，第 20 頁。

25 內政部營建署 101 年 5 月 18 日營署宅字第 1010029283 號函。

有權時，方有安置計畫之適用可能。

但本文前已強調，土地徵收之事件中，造成人民無屋可住、無地可工作之而影響其生存權之關鍵，即為徵收本身，因此國家一方面為必須保護人民生存權之角色、但另外一方面也是造成人民生存權受到侵害之原因，當此一因果關係建立時，即使性質上為合法之安置計畫，卻可能額外造成了人民生存權之損害，就此與所謂「有徵收效力之侵害（enteigenender Eingriff）」相似，惟自德國最高法院創設之此一見解，係指因合法之公權力行為，逾越了本來預設的影響效果，而造成人民財產權額外的侵害[26]。但此類人並不是財產權受到侵害[27]，而是生存權受到影響，因此與前述之見解並非完全相同。又既然是與人民之生存權有關，則其是否享有該屋之所有權，似非所問。

因此本文認為，土地徵收條例第 34 條之 1 之範圍，除了享有該屋所有權而受到生存權影響之人，以及其家庭成員外，至少應包含其餘享有合法居住於該地，例如基於租賃關係，而因徵收造成其生存權受到影響之人，也應納入安置計畫之範圍。

理想中之情況，則甚而包含了非法居住之人，例如占用長期無人居住之房屋、遊民等情況，當國家因徵收而要求這類人士強制離去時，若已造成了其生存權之侵害，亦應將其納入安置計畫[28]。

二、土地徵收條例之安置計畫規定是否足以保障生存權及其他權利？

依照土地徵收條例，安置計畫之內容包含安置住宅、購置住宅貸款利息補貼、租金補貼等。此類之內容似乎均僅在於使得土地所有權人能夠在一定時間內擁有居住之居所，取得補貼之金錢。

前開之安置計畫，自文義上判斷，似乎著重於居住權之補助。惟本文認為，若安置計畫認定係屬於生存權之補償，則所謂最低限度之生活標準，應不僅限於居住權之補助。對於需用土地人基於公共利益所徵收受安置計畫人所使用、居住之土地所造成其生存權受到限制之問題，需用土地人應給予如何之補償？對於此一問題，日本學說上認為，可能包含生活再建補償及生活再建措置，前者係針對土地徵收造成人民財產權之損失以外，其所收受之補償金額可能無法使其回復到合適於從前生

26　葉百修，損失補償法，2018 年 10 月，132-133 頁。

27　即使安置計畫實施之後，對於其財產權所造成之損失，仍需透過徵收補償予以填補。

28　除了以生存權作為理由外，前述之適足住房權中，也強調了此一權利的保障範圍，本來就不僅止於合法居住之人民，而即使是屬於非法居住者，在要求搬遷時，也必須要給予一定之保障。雖然土地徵收條例第 34 條之 1 之立法理由，係以生存權作為依據，但適足住房權與生存權間，要求人民的尊嚴能受到確保此一觀點，是一致的，因此縱使立法理由中並未提及，本文仍認為，適足住房權之觀點，值得作為未來解釋或修改此一法條時之參考依據。

活之生活環境，故再給予一定之補償，作為重建其生活之基礎；後者則是認為，金錢補償尚非屬於充分之救濟，應採取一定之行政措施，諸如針對其再取得適宜土地之協力、針對職業之介紹、指導訓練等具體行為[29]。

若著眼於生存權之保障，有學者認為，何謂符合當下價值之最低生活基礎此一問題，如保留給立法者去形成，則該判斷程序必須要是有事實基礎、決策必須透明、可理解[30]。至於本文中基於徵收處分所為之安置計畫，其內容為何本文認為亦應給予需用土地人一定之形成空間，透過與當地居民之協商、了解其生存權之需求後，藉由安置計畫以間接達成國家之生存照顧義務。故土地徵收條例之相關規定，不應解為安置計畫僅能運用此種手段。毋寧透過其立法目的，即生存權之保障，來檢視該安置計畫是否真實達成其目的。

又土地徵收除了影響到人民的財產權、以及可能影響到人民的營業損失，而應給予補償外，若涉及到人民生存權之問題時，則有透過安置計畫加以保障之規定。然而前已述及，土地徵收對於人民而言，實際上造成之影響，除了財產權、居住遷徙自由、工作權與生存權外，也可能造成適足住房權的影響，現行的土地徵收條例中，尚缺乏適足住房權的討論。

本文認為，在土地徵收條例修法檢討之前，關於人民適足住房權的保障，應該可以透過安置計畫予以實現。因為適足住房權與生存權，均係以人民的尊嚴作為出發，且部分學者也肯認，應以生存權作為適足住房權的依據[31]。本文之所以將其與生存權並列提出，係因為其與生存權間，仍存有一定程度的不同。避免解釋上僅以收入等經濟因素，加上最低生活保障，來限制了當影響到適足住房權時，以安置計畫加以保障的可能性。

因此如果我們僅以生存權來檢視安置計畫之規定是否足以保障，恐怕前提就已經難以完整保障人民因徵收所造成之損失，而應再觀察安置計畫能否確保人民的適足住房權受到保障。

三、安置計畫是否為補償費之一部分

依照學說見解，土地徵收補償費之內容主要包含地價補償、土地改良物補償、

29 秋山義昭，國家補償法，第 187 頁；轉引自葉百修，損失補償法，2011 年，第 35-36 頁。惟學者葉百修在此說明，日本學說肯認生活再建措置係由生存權中導出者較少，多認定係一種政策上補償。

30 蔡維音，最低生存基礎之界定——從社會救助與個人綜合所得稅進行之交互考察，月旦法學雜誌，第 212 期，2013 年 1 月，第 103 頁。

31 徐揮彥，論經濟、社會及文化權利國際公約適當住房權在我國之實踐：以司法院釋字第 709 號及其嗣後之裁判為中心，臺大法學論叢，第 46 卷第 3 期，2017 年 9 月，第 840 頁。

土地改良費用、營業損失補償及遷移費用[32]，至於前述土地徵收條例第 34 條之 1 所規定之安置計畫，並未在於其內。此一見解所影響之主要問題在於，土地徵收條例第 20 條規定，徵收土地或土地改良物應發給之補償費，應於公告期滿後十五日內發給之，若未依期限發放，依同條第 2 項之規定，需用土地人未於公告期滿十五日內將應發給之補償費繳交該管直轄市或縣（市）主管機關發給完竣者，該部分土地或土地改良物之徵收從此失其效力。在德國基於基本法第 14 條第 3 項之要求，徵收必須基於有規定補償的方法及範圍之法律而為之，此被國內學者稱之為唇齒條款或結合條款[33]（Junktimklausel），司法院大法官釋字第 400 號解釋亦稱，國家機關雖得依法徵收人民之財產，但應給予相當之補償，釋字第 516 號解釋，針對行政法院就未依限發補償費，徵收不失效之決議，認為與憲法保障人民財產權之旨意有違，應不予適用。要求行政機關應依限期發放補償金予土地遭徵收之人民，否則徵收土地核准案，即應失其效力。

惟若需用土地人於徵收處份核准後，並未依照原先擬定之安置計畫進行安置時，對於徵收處分是否造成影響？意即前開所稱之補償費，或與徵收處分所相連結之補償（Entschädigung），其範圍是否亦包含土地徵收條例第 34 條之 1 所稱之安置計畫？

對於此一問題，若思考徵收費用之性質，過去有認為，徵收補償之範圍應限於財產權，惟自土地徵收條例之規定，可見並非均係直接與徵收土地相連結，亦可能包含生活費之補償，例如土地徵收條例第 33 條規定，土地或土地改良物原供合法營業之用，因徵收而致營業停止或營業規模縮小之損失，亦應給予補償，惟此種補償之性質為何，學說上針對營業損失，有認為係屬於損失補償之範圍者，亦有認為屬於政策補償者[34]有學者針對安置計畫則認為，因該條規定限縮於有居住現實之中低收入戶，且需因土地徵收處分而無屋可住時，始為安置計畫之對象，故認為此一性質屬於社會救助性質，乃一政策性補償而非屬於特別犧牲補償[35]。

對於安置計畫，實際上係屬於國家合法行使公權力，造成人民生存權之影響，此是否屬於損失補償應給予之範圍，實有所疑義，惟德國學說及實務上，傳統上雖係以國家合法造成人民財產權之侵害，認為造成其特別犧牲認定為應給予損失補償之理由，但隨著時代演變，亦針對不同情事發展出類似徵收侵害

32　陳立夫，土地徵收與損失補償，收於臺灣行政法學會主編 損失補償、行政程序法，2005 年 7 月，第 18-19 頁。

33　李震山，論行政損失補償責任，收於臺灣法學會主編 損失補償、行政程序法，2005 年 7 月，第 137 頁；葉百修，損失補償法，2011 年 6 月，第 142 頁以下。

34　葉百修，損失補償法，2011 年 6 月，第 35 頁。

35　陳立夫，評二〇一二年土地徵收條例修正條文——以徵收程序與補償之規定為中心，月旦法學雜誌，第 212 期，2013 年 1 月，第 99 頁。

（enteignungsgleicher Eingriff）及有徵收效力之侵害（enteigenender Eingriff），然後前述之補償，原則上均針對財產權。德國學說上另針對非屬財產權，例如生活、健康、自由及名譽等之侵害，另創設特別犧牲請求權（Aufopferungsanspruch）以為保障[36]。特別犧牲請求權之差別並非在於損失之種類為財產上之損害或非物質上之損害，而係在於受侵害之法益不同[37]，在德國實務上，包含了因為預防接種[38]、追捕犯人而造成人民受傷[39]等情況。在我國除了財產權因徵收而應給予補償外，諸如警察職權行使法第 31 條[40]、行政執行法第 41 條[41]，均有財產權以外之權利受到合法公權力行為之限制時，得請求補償之規定。

有關特別犧牲請求權之成立要件，包含了公權力行為基於公益之需求，而因該行為對人民財產權以外之權利造成直接損害，因而發生特別犧牲[42]。關於國家公權力行為何時才會被認定為是特別犧牲，學理上有依照損失之發生，與法規之規範目的是否有關，以及能否合理期待人民忍受而決定[43]；亦有基於平等原則加以認定[44]。我國大法官於釋字第 670 號解釋理由書中認為「特定人民身體之自由，因公共利益受公權力之合法限制，諸如羈押、收容或留置等，而有特別情形致超越人民一般情況下所應容忍之程度，構成其個人之特別犧牲者，自應有依法向國家請求合理補償之權利，以符合憲法保障人民身體自由及平等權之意旨。」似兼採二說。而因土地徵收造成生存權之侵害，應已超越了人民所應忍受的情狀，亦應有特別犧牲之請求權，避免造成不平等之狀況。

在日本學說亦認為，對於土地徵收所造成之侵害，應超越財產法保障之思想，對於生存權之保障，特別是屬於生活再建部分，亦為損失補償之依據[45]。由上可知，若我們認為土地徵收補償，不限於土地本身之價值補償、或土地上之改良建物補償，而是包含因土地徵收所附隨導致生存權受限制之損失補償，則其亦應納入補償費之內容。

但有疑問的是若肯定其為補償費之內容之一，則其有無土地徵收條例第 20 條唇

36 Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 2013, S. 109.

37 Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 2013, S. 109.

38 RGHZ 9, 83.

39 BGHZ 20, 81.

40 警察職權行使法第 31 條第 1 項「警察依法行使職權，因人民特別犧牲，致其生命、身體或財產遭受損失時，人民得請求補償。但人民有可歸責之事由時，法院得減免其金額。」

41 行政執行法第 41 條第 1 項「人民因執行機關依法實施即時強制，致其生命、身體或財產遭受特別損失時，得請求補償。但因可歸責於該人民之事由者，不在此限。」

42 葉百修，損失補償法，2018 年 10 月，第 149-152 頁。

43 Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2009, 17. Aufl., S. 746.

44 Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 2013, S. 137.

45 葉百修，損失補償法，2011 年 6 月，第 64 頁。

齒條款之適用？首先，土地徵收條例第 20 條之唇齒條款，要求補償費應於徵收土地公告期滿後十五日內發放之，但安置計畫之內容，有屬一次性之給付者，例如安置住宅，但也可能屬於持續性給付者，例如住宅貸款利息補貼、租金補貼等，則如何判斷補償費是否發放完畢，是否使土地徵收條例第 20 條之規定難以適用於此；其次，安置計畫並非限定於土地所有權人，而是只要在徵收公告一年前有居住事實之特定人士，即被安置計畫所包含，則唇齒條款是否適宜於此適用之？對此本文初步認為，雖然安置計畫是基於生存權遭受特別犧牲而產生之補償，然立法者於訂定土地徵收條例第 20 條時，尚未有同法第 34 條之 1 關於安置計畫之規定，因此立法者所預設之補償費，應限於財產權受到損失之部分。若欲於第 20 條內，將安置計畫的費用亦考量在內，則會出現前述關於持續性給付、以及未落實對非徵收處分相對人之安置問題，可見現行法無法僅透過解釋之方法順利處理此一問題，而有待未來立法者思考是否以修法之方式檢討。。

四、小結

安置計畫係依照土地徵收條例第 34 條之 1，為土地遭徵收而其生存權受到限制之人民所為之特別補償措施，因此屬於對人民生存權受到國家公權力影響的彌補措施，然而其對象在該條規定中，卻僅限於中低收入戶、低收入戶或者有相同情境者。本文認為生存權的影響，應不能僅以縣市政府所頒定之經濟標準作為認定，而應判斷個案是否確實因為該土地徵收而有所影響，而無法以最低生活標準生活。是故若人民遭排除於安置計畫之對象，進而向法院提起救濟時，法院不應以形式判斷人民是否屬於中低收入戶或低收入戶之財產標準，而係實體地個案判斷。對此最高行政法院 103 年判字第 717 號判決認為上訴人受領有自動拆除獎金，且非屬於中低收入戶或低收入戶，進而認定其無須受到安置，此一見解似有進一步探求之必要。

除了生存權外，與其內涵有部分相似的適足住房權保障，也應該被重視，其中原住民若是個別的土地受到徵收，必須進一步檢視有無造成其無法得到適足住房的結果，而採取相因應的措施之外；若係徵收一定範圍的原住民族所有土地，而造成其在領取補償金後卻無法以原本的生活型態生活時，亦應考量由機關規劃將其為整體之安置。

對於安置計畫之內容，是否僅為土地徵收條例第 34 條之 1 所規定之居住權金錢或實物補償？本文認為，依安置計畫之目的在於生存權之補償，應視人民生存權之具體需求而判斷，土地徵收條例之相關規定，應解為僅係例示規定。而安置計畫是否為補償費之一部分，其屬於特別犧牲之損失補償或僅為一政策性之補償？本文認為，損失補償之對象並非限於財產權受到限制，財產權外之其他基本權利受到限制亦得納入。安置計畫對象之生存權受到限制，係直接因土地徵收處分所生，兩者具

有直接關聯，故對於安置計畫之性質，亦應認定為特別犧牲，而屬於補償費之一部分。

肆、現行安置計畫規定對原住民族可能造成之影響

一、安置計畫的對象

憲法第 10 條第 12 項要求國家應對原住民之經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展，而在土地徵收條例第 13 條之 1 第 18 款中，規定若涉及原住民土地之徵收，應檢附中央原住民族主管機關之書面同意文件於徵收計畫書中，由主管機關審查。顯見土地徵收條例對於徵收之對象涉及原住民時，有特殊之考量。對此內政部之函釋中說明，該條中所指原住民土地，係指原住民族基本法第 2 條[46] 所稱原住民族土地。事關原住民土地及文化政策，故原住民土地之徵收規定應由中央原住民族主管機關審酌與原住民族法特別相關的公共利益問題，衡量徵收是否會造成原住民族原有文化之喪失，及族群數量極少的原住民族生存或文化的嚴重危害，以落實尊重原住民文化之意旨[47]。但土地徵收條例之相關規定中，除此之外，並未有對原住民為特殊保障。

在針對原住民個人所有之土地所為之徵收，若其屬於前述之低收入或中低收入戶時，應透過安置計畫對其生存權進行保障，縱使非屬低收入或中低收入戶，依前所述，仍應視個案而有適用安置計畫之可能，此時與其餘人民並無明顯之差異。由於安置計畫主要目的在於保障生存權，與前述之原住民文化保障，亦無顯著之影響。

至於若是一定區域之原住民土地遭受徵收或區段徵收[48]，則可能影響其生活之型態。此時能否透過安置計畫，確保原住民的文化能夠延續？

若單純以生存權的角度看來，安置計畫並不包含文化的部分。因此即使是預先透過一定之安置，而能使其生存權獲得保障，但基於適足住房權的保障，仍應注意是否係以其文化之方式加以安置，依聯合國經濟社會文化權利委員會於 1991 年之第 4 次一般性意見中認為，當為特定形式之安置時，適足住房權的保障面向，除包含了基礎設施的可使用性、適居性、地點等與生存權有所連結的面向外，尚包含文

46 原住民族基本法第 2 條第 5 款「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。」

47 內政部 101 年 3 月 2 日台內地字第 1010110984 號函。

48 土地徵收條例第 40 條第 1 項規定「原土地所有權人不願領取現金補償者，應於徵收公告期間內，檢具有關證明文件，以書面向該管直轄市或縣（市）主管機關申請發給抵價地。」在區段徵收的情況，原住民可透過發給抵價地，而持續其群體之生活方式。惟其生活型態仍有可能受到相當之影響。因此在提供抵價地前，是否應先給予一定之安置，仍有探討之空間。惟區段徵收之情況究與一般土地徵收有別，在此本文暫予略過。

化的適足性，即住房的建造方式、所用的建築材料和支持住房的政策必須能適當地體現住房的文化特徵和多樣性。而在對原住民進行安置時，應更加注意此點，亦與憲法增修條文第 10 條第 11 項所要求「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」有所連結。因此當國家徵收原住民之土地，即使非屬於原住民族基本法所稱之傳統領域或原住民保留地，但可能影響其生活模式或文化時，透過安置計畫確保前述權利，可能是現行法中較為妥適之作法。

二、安置計畫的內容

在土地徵收條例第 34 條之 1 第 2 項，關於安置計畫之內容，包含安置住宅、購置住宅貸款利息補貼、租金補貼等方式。

若以適足住房權的角度觀察，所謂的安置住宅，就不能夠只是一個單純遮風避雨的處所，除了必須要適合居住而有相關基礎設施，諸如安全飲用水、電力能源、衛生設備外，安置的地點也應該便於受安置者就業選擇、醫療服務、或就學環境。

在補貼貸款利息、租金的情況，則要確保與住房有關的個人或家庭費用應保持在一定水準，確保與住房有關的費用之百分比大致與收入水準相稱，而能夠負擔居住的費用。

另外在原住民的特殊文化部分，進行安置時也應該加以注意。當提供安置住宅時，除了前述之要求外，關於住宅之建造方式、所用的建築材料等，若原住民有特殊之需求，必須能適當地體現住房的文化特徵和多樣性[49]。而本文認為，對於原住民族文化之尊重，除了在災後重建時，必須要加以注意外，若需要重建的理由，在於國家基於公益而徵收原住民之土地時，當然更應該強調之，透過符合適足住房權的周全安置計畫，方能在保障其生存權、財產權之外，也一併對於原住民之文化、尊嚴，加以保障。

伍、結論

在過往的土地徵收補償中，主要是著眼於土地所有權人之財產權受到國家公權

49　例如位於屏東縣瑪家鄉的禮納里部落，是集結了原本瑪家部落、大社部落及好茶部落，八八風災後遷至現址，在永久屋政策下，難以傳統石板屋的方式移居，但住民們以圖騰、彩繪及雕刻等方式，將其傳統文化展現於住屋上。而在永久屋政策中，也有因為認為對原住民族文化的漠視，而產生與政府間衝突的情況，參吳嘉苓，回顧原住民中繼屋：莫拉克災後，如何重建人的理想生活？，https://kjmu.org.tw/%E5%8E%9F%E4%BD%8F%E6%B0%91%E7%A4%BE%E5%8D%80%E7%81%BD%E5%BE%8C%E9%87%8D%E5%BB%BA/，最後瀏覽日：2021 年 6 月 1 日。在文中提到，即使非能全部依照傳統文化興建住宅安置，但如果能夠透過部分依照傳統方式重建，可作為災後凝聚部落力量的方式。因此本文認為，其比例並不是絕對之重點，而是能否藉由安置，尊重並扶助原住民族維護發展其傳統文化。

力的限制，因而所為之彌補措施，但是土地徵收實際上涉及的基本權利，卻不以財產權為限，對於其他權利的損失，即使以市價對該土地補償，仍未能完全彌補。因此在 2012 年所增訂的土地徵收條例第 34 條之 1 有關安置計畫之規定，係對於人民生存權的重視，而使得權利的保障更為全面。

土地徵收基於公共利益所為，但人民的財產權並不因此而需平白受損，對此即有徵收補償制度之產生。若我們對於土地所有人之財產權如此保障，則對於居住於其上，因土地徵收造成其生存權受到侵害之弱勢，更應加以關注。蓋若非因公益所為之土地徵收，其仍得生存於該片土地之上，縱使有認為此僅為一種期待權，蓋無土地所有權者，隨時有可能與該片土地喪失連結而需遷離，但倘若今日此一連結之斷裂，係由於國家所為時，國家身為行為人，以及生存照顧義務之負責人，本文認為，更應負擔起保護之角色，故人民生存權之侵害，既由國家所起，亦應由國家負擔，所謂生存權之保障，不應僅拘泥或簡化為居住權之保護，亦不應過早地將可能受侵害之範圍限縮，方能達成國家保護人民生存權之意旨。

在我國現有之土地徵收制度中，雖於 2012 年增訂當有低收入或中低收入戶時，應先訂定安置計畫，並經許可後方得申請徵收之規定，惟此一規定將訂定安置計畫之義務，限於當徵收土地中有經濟上之弱勢時方有適用，實則範圍似乎過窄。土地徵收所涉及的基本權利限制，因個案的不同而呈現更為多樣，除了財產權及居住遷徙自由，幾乎都會受到影響外，在個案中也可能影響到人民的工作權、生存權，因此應全面加以檢視，人民所受之損失，是否確實得到補償。並且關於損失，不僅應從財產權、生存權，或是憲法中所明文列舉之基本權利考量，在我國訂定兩公約施行法後，對於適足住房權的角度，應亦審視，方能避免人民的權利，因徵收而蒙受特別犧牲卻無法得到補償。

若非僅以財產權、生存權等傳統權利，更以適足住房權的角度觀察，倘若係原住民的土地受到徵收，則無論是個別或是群體的土地，均應自上述觀點檢視，是否有安置之必要，且安置時，應該注意是否符合其文化之適足性。因此在解釋土地徵收條例第 34 條之 1 的安置計畫規定，雖已考量到生存權的影響而較過往規定更為進步，但仍有再思考斟酌之處，以求保障更為周全之餘地。

民事事件中的習慣法：從臺灣高等法院花蓮分院 109 年度原上字 5 號事件衍生之討論

高慧玲 *

目次

壹、問題意識
貳、判決概要
　一、不爭執事實
　二、本件原告之主張
　三、被告之抗辯
　四、法院的判斷
參、問題討論
　一、原住民習慣法是否在現行法律體制中仍存有可資參採的空間
　二、原住民專庭的困境
　三、習慣法作為原住民涉訟案件的準據法的可能性
肆、未竟的問題——代結論
伍、附錄
陸、參考書目

摘要

本文從臺灣高等法院花蓮分院 109 年度原上字第 5 號事件出發，探討民事事件中的原住民習慣法。依憲法增修條文第 10 條第 11 項與第 12 項前段規定，國家應保障原住民文化，而以原住民習慣法規範原住民的民事關係，對原住民身分認同有一定關聯，然而民法第 1 條的規定，使習慣法在民事案件中幾乎無用武之地，欠缺證明習慣法的適當證據方法，更增加了在民事案件中適用習慣法的困難。無論透過法的續造，或透過修正民事法源的規定，讓原住民習慣法有在民事事件適用的可能，習慣法的成文化都是必要的準備工作，這方面或可借鏡印尼傳統習慣法及《臺灣私法》之編纂體例，形塑司法機關可得援引的原住民習慣法彙編。

關鍵字：原住民、習慣法、民法、物權、地權、原住民專庭、法的續造、成文化

*　國立臺灣大學歷史學研究所碩士暨國立政治大學法律科際整合研究所碩士。

壹、問題意識

近幾年來，關於檢討法院在使用習慣法的問題的或者是檢討整體法院對於原住民傳統慣習的文章甚多，例如在本刊中吳吉村先生所撰寫的文化習慣在刑事判決中的角色、謝若蘭、楊曉珞所寫的臺灣司法體制下之不利原住民處境初探，筆者打算更深刻的回應為何司法老是跟不上大家的想像，問題在哪呢？

我國憲法增修條文第 10 條第 11 項與第 12 項前段規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化」、「國家應依民族意願，保護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，其辦法以法律定之。」根據上述規定，原住民權利首度入憲，並放置於基本國策的擴充條文上，雖然並沒有以文化基本權（kulturelle Grundrechte）形式，賦予原住民文化權更為直接且強力的保障，然而仍然肯認其兼為主觀公權利及客觀法秩序，並且作為國家不可放棄，應於未來應逐步達成的目標。[1]

此等條文，將保障多元文化列入國家任務一環，[2] 將保障作為我國多元文化重要表徵的原住民文化，提升至作為國家任務的基本國策，係我國肯認保障原住民權利是國家必須履行的義務，且必須透過法律與行政命令等下位規範加以落實。換言之，要保障原住民權利必然要透過法律，如無透過法律則無法充分保護原住民的權利。

然而，臺灣歷經長達 38 年的戒嚴時期，曾經歷經這段時期的人，很容易成一種印象，即法律為壓迫人民的工具，而非促進人民生活福祉的工具。在接連經歷漢人、日本人統治的臺灣原住民社群，至今仍有許多類似的聲音與想法認為，當發生爭端必須訴諸法律時，居於下風的一端，經常會將自己所受到的不利益，理解為中華民國（漢人）的法律，對於原住民的壓迫。這樣的想法常見於當代臺灣原住民的耳語之間。

不可否認，原住民若因涉訟進入法院，很快會得到一個印象，就是法官與法律實務工作者們，在處理原住民涉訟案件時，往往還是用現行法律進行審判，而未能就個案需求，將原住民的習慣法納入考量中。這不僅造成涉訟原住民自認為不被我國司法體系尊重，從事審判的法律實務工作者，也對自己只能使用現行法律，進行原住民涉訟案件之審判，未必感到適當。因此，為了解決這個困境，並為此提出改善建議，筆者擬透過一個兩造當事人皆為原住民的地權爭訟案件，分析原住民習慣法在民事案件審判中，在解釋適用上與現行法律間的衝突與困境，並且嘗試提出如何將習慣法引入審判實務，進而達到在審判實務中，照料擁有不同傳統的原住民當事人之目的。

---

1 林明昕，〈基本國策之規範效力及其對社會正義之影響〉，《國立臺灣大學法學論叢》45: special issue（2016 年 11 月），頁 1310-1311。

2 Udo Steiner, “Kulturauftrag im staatlichen gemeinwesen,” VVDStRL 42, Berlin 1984, S. 8-9.

貳、判決概要

一、不爭執事實

本事件發生於臺東縣延平鄉鸞山部落原住民保留地領域內，上訴人即被上訴人（即第一審原告，下仍稱原告）甲，與被上訴人即上訴人（即第一審被告）乙（下仍稱被告 1）與丙（下仍稱被告 2），雙方均為原住民。被告 1 之父即訴外人丁，84 年 3 月 22 日內政部發布之原住民保留地開發管理辦法（下稱原保地開發辦法）第 9 條第 1 項「原住民於左列原住民保留地，得會同省（市）政府民政廳（局）向當地登記機關申請設定地上權登記。一、本辦法施行前由原住民租用造林並已完成造林之土地。二、原住民具有造林能力，由政府配與依區域計畫法編定為林業用地或依都市計畫法劃定為保護區之林地目土地」之規定，於 85 年 1 月 26 日取得本件訟爭標的物 A 地之地上權，並且在 91 年 4 月 3 日時，依據原保地開發辦法第 9 條第 2 項「地上權登記後繼續自行經營滿 5 年經查明屬實者，由省（市）政府民政廳（局）會同耕作權人向當地登記機關申請辦理所有權移轉登記」之規定，在取得地上權期限屆滿 5 年後，登記為 A 地之所有權人。

丁於 104 年 9 月 26 日死亡後，被告 1 因分割繼承其父遺產，於 105 年 1 月 25 日取得地之土地所有權登記。原告名下另有登記 B 地，與登記於被告名下的 A 地為鄰地。爾後，被告 1 又於 107 年 12 月 11 日將 A 地出賣給被告 2。訴外人即原告之媳婦戊（後來受原告委任擔任本件訴訟代理人），在 A 地出賣後，就被告 1 是否無權處分戊使用的 A 地部分而移轉登記予被告 2 一事，在 108 年 3 月 5 日在臺東縣延平鄉調解委員會調解成立，調解內容略以：被告 1 承認轉賣戊使用 A 地部分（即原告主張享有地權之 A 地部分），被告 1 並同意就其轉賣之土地含戊使用部分一事作證。

此外，原告曾於民國 87 年、88 年、91 年，以 A 地多次參加前開造林計畫，三個年度的造林地面積合計均為 2 萬 7,600 平方公尺，與原告主張其所使用的 A 地部分土地面積相符。又臺東縣政府曾於民國 101 年進行造林檢測作業，發現造林範圍有誤，經重測後，發現原告申請獎勵之造林木誤植於 A 地，其後原告取得丁同意，進行造林地異動，丁亦立據同意原告領取誤植部分的造林獎勵金，惟當時丁早於民國 100 年時，就已罹患巴金森氏症與痴呆症，因此係由被告 1 在前開字據上代其父署押丁的漢名 3 字。

二、本件原告之主張

原告於第一審主張，A 地係由原告與丁分別開墾後占有使用，其中原告占有部

分面積為 2 萬 7,600 平方公尺（這部分土地以下稱 A 地爭議部分），丁占有部分面積為 2 萬 4,129 平方公尺。原告及其家族早於民國 50 至 60 年間起，即於 A 地爭議部分開墾，並且參與「全民造林運動實施計畫—原住民保留地造林撫育管理計畫」（下稱造林獎勵計畫），於 A 地爭議部分種植樹木，又於民國 87、88 年、91 年領有造林獎勵在案。

被告 1，係無法律上原因受有「原屬於原告依原保地開發辦法可取得系爭 A 土地所有權」之利益，或侵害原告原得依原保地開發辦法得取得系爭 A 土地所有權之權利，原告對被告 1 有不當得利返還請求權或侵權行為損害賠償請求權。

又原告主張被告 1 將 A 地以低於民國 107 年公告現值新臺幣 227 萬 676 元價格，僅以新臺幣壹百萬元出賣予被告 2，此為被告 1 明知 A 地爭議部分應返還予原告，為逃避原告追償，而與被告 2 之間基於通謀虛偽意思表示，進而締結之買賣契約，應屬無效，原告得依民法第 242 條本文規定，代位被告 1 依民法第 113 條無效法律行為應負回復原狀之規定，先位請求被告 2 塗銷 A 地所有權移轉登記後，再對被告 1 依民法第 179 條前段不當得利、第 184 條第 1 項前段侵權行為，請求被告 1 將 A 地所有權移轉登記予原告。

又被告 1 以低價出賣 A 地，係將 A 地爭議部分無償讓與所有權予被告 2，已構成民法第 244 條第 1 項所稱「債務人所為之無償行為，有害及債權者」之情形，原告自得依民法第 244 條第 1 項之規定，訴請撤銷被告 1、2 間土地買賣契約及所有權移轉契約，並依同條第 4 項之規定請求被告 2 塗銷系爭土地之所有權移轉登記，將 A 地所有權回復登記於被告 1 名下後，再依民法第 179 條前段規定之不當得利、第 184 條第 1 項前段規定之侵權行為，請求被告 1 將系爭 A 土地所有權移轉登記予原告。

如以上之訴均無理由，原告自得依據民法第 226 條第 1 項，以及民法第 179 條規定，依照 A 地在民國 107 年的土地公告現值（每平方公尺新臺幣 44 元），請求被告 1 賠償無法返還原告 A 地爭議部分的損害賠償，共計新臺幣 121 萬 4,400 元及法定遲延利息。

三、被告之抗辯

被告 1 則抗辯，丁取得 A 地之所有權，係依據原保地開發辦法第 9 條第 2 項規定，由主管機關作成由丁取得原屬國有地之 A 地所有權之行政處分，在該行政處分未經行政機關撤銷前，不宜由普通法院逕行要求丁之繼承人，塗銷 A 地爭議部分所有權登記，並且移轉登記予原告。

被告 1、2 同時否認土地買賣為通謀虛偽或係無償贈與，A 地買賣價金新臺幣

100 萬元確實低於民國 107 年臺東縣土地公告現值，然該買賣契約並非通謀虛偽意思表示，原告亦不得依民法第 244 條第 1 項、第 4 項撤銷買賣行為。而 A 地與 B 地均係民國 58 年經土地分割而取得獨立地號，是以原告不可能於民國 50 年起即於 A 地耕作，因為當時尚無此地號存在。

此外，被告 1 並否認丁與原告之間在民國 100 年時，就 A 地爭議部分應返還原告一事達成協議，且抗辯民國 108 年 3 月 5 日與戊成立之調解，其中有關被告 1 承認轉賣應屬原告之 A 地爭議部分一事，乃因受原告詐欺所為之意思表示，被告 1 在訴訟中以書狀之送達為撤銷該調解之意思表示。

四、法院的判斷

本件歷經第一審民國 108 年 12 月 13 日臺灣臺東地方法院 108 年原訴字第 42 號判決，以及第二審 109 年 5 月 29 日臺灣高等法院花蓮分院 109 年原上字第 5 號判決，兩個審級間所獲致的看法乃大同小異，可分別臚列如下：

（一）相同之處

1. 丁係透過主管機關之授益處分取得 A 地之所有權

首先，第一審與第二審均肯認丁依據原保地開發辦法取得 A 地之地上權，進而取得所有權，係依主管機關以行政處分使丁無償取得此等物權，該行政處分顯然非一望即知具有重大明顯瑕疵，可認定為無效，而對民事法院而言，有效之行政處分具有構成要件效力（或稱要件事實效力），[3] 無論第一審與第二審法院，均無權撤銷或廢止此一行政處分，而擅自否定丁取得 A 地之法律效果。

2. 丁取得 A 地之所有權並非不當得利或侵權行為

其次，第一審與第二審法院均認定，原告提出之證據無法證明原告確實在 A 地爭議部分耕作，而係丁在民國 85 年設定地上權後，原告於民國 87 年起在 A 地爭議部分造林，係與丁成立使用借貸關係。是以，原告並非依原保地開發辦法規定所得申請 A 地地上權登記，進而取得所有權之人，丁依原保地開發辦法規定取得 A 地所有權，並非不當得利或侵權行為。

3. 被告 1 與被告 2 之間的 A 地買賣契約有效

再者，被告 1 與被告 2 之間成立的 A 地買賣契約，無論第一審或第二審法院均認為並非通謀虛偽或詐害債權，原告主張此一買賣契約無效或訴請撤銷買賣契約，為無理由。

3　陳敏，《行政法總論》，第 10 版（臺北：作者自印，108），頁 408。

（二）相異之處

第一審與第二審判斷相異之處，主要在於被告 1 與戊於民國 108 年成立調解之效力。第一審沒有寫出審查過程，就肯認此調解之效力，並將其效力擴張於原告，理由是戊係代表原告成立調解，進而判決被告 1 應給付原告轉賣 A 地爭議部分而未依調解內容履行之債務不履行損害賠償，共計新臺幣 121 萬 4,400 元整，但第一審法院並未說明代表權之依據何在。

第二審法院則否定此調解之效力，並且認為此調解的當事人是被告 1 與戊，與原告並無關係，因此撤銷第一審判決對於被告 1 應給付損害賠償之不分，並駁回原告此部分之訴。

參、問題討論

從我國現行法律的觀點來看，第一審與第二審法官對此爭議案件的認事用法，筆者認為，除了第一審判決對於被告 1 與戊所成立調解之效力及於原告，從而判決被告 1 因轉賣 A 地爭議部分須負起損害賠償部分，此處之討論未臻完善以外，從實定法的觀點來說並無違誤之處。

雖然就民事訴訟實務來說，本件爭議涉及的民事法問題並不複雜，然而其中牽涉的原住民習慣法與現行法律實踐間的衝突，卻是更需要深究，但審判實務無法處理的議題。對此，筆者擬透過以下三點，加以分析：一、原住民族之習慣法，在現行法律制度（尤其是民法），在本案是否還有可資適用或參考之空間？二、原住民專庭是否確實能在兼顧原住民生活型態與現行法律之實踐間，擔任橋樑的功能？三、如果未來原住民習慣法在我國的司法審判實務上有其運作空間，則應以何種型態呈現？

一、原住民習慣法是否在現行法律體制中仍存有可資參採的空間

（一）即使原告曾依習慣法在 A 地上取得地權，亦無法在訴訟中主張該地權

雖然本件原告主張，依原保地開發辦法規定，得申請 A 地地上權登記，進而取得所有權之人應該是原告，但是原告主張的原住民習慣法顯示，原告是以 A 地所有權人自居。

原告主張，布農族對於土地有所謂的先占傳統，對於耕作與土地利用界線，並不以地政機關測繪的地界與地號為基準，而是以知道大概範圍的方式，作為其耕作與土地利用的地界，且此習慣在布農族中人盡皆知。如果把原告所主張有關布農族

對於土地利用與地界標定的習慣，理解為布農族的習慣法，[4] 那麼，在我國現行法律體制下，在本件有關 A 地的爭議中，是否有適用空間？

民法第 1 條規定：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」此處的「習慣」係指習慣法而言，在制定法已設有規定的事項，習慣法就不再有適用的空間，在習慣法與制定法相牴觸時，無論習慣法之成立時間是在制定法之前或之後，都不能認為具有法的效力。[5] 在民法施行後，原則上習慣法沒有適用的餘地，除非在民法並無相關規定的情況下，習慣法始能成為補充的法源，最高法院 37 年台上字第 6809 號判例也指出，習慣僅在法律無明文時有補充之效力。[6]

有關民法實施後，習慣法已無適用餘地的經典案例，就屬祭祀公業的法律地位。在日治時期，祭祀公業被視為習慣上之法人，沒有派下的祭祀公業，則被視為財團法人，[7] 然在民法上祭祀公業並不具有法人格，最高法院 39 年台上字第 364 號判例指出，在民法實施後，已經沒有適用民法施行前祭祀公業作為法人的習慣之餘地。

另外，民國 98 年修正前民法第 757 條規定：「物權除依法律外，不得創設。」此即物權法定主義，民法第 757 條於民國 98 年修正後規定：「物權除依法律或習慣外，不得創設。」承認習慣法得作為創設物權之依據，然法律不溯及既往，不因本條文修正而得以主張在修正前依習慣法取得物權。

除此之外，我國民法在第 765 條規定所有權的內涵：「所有人於法令限制之範圍內，得自由使用、收益、處分期所有物，並排除他人之干涉。」在沒有民法或特別法（如公寓大廈管理條例）上規定、受第三人權利的限制、受到債法上的拘束，或者是公法上的限制之情形，所有權人可以排除他人干涉，自由使用、收益、處分其所有物。[8] 以上所列所有權的限制中，並不包括以習慣法作為限制所有權，或者是在一物的所有權之上，又同時存在另一所有權的情況。

又從所有權的歷史來看，在德國，曾歷經透過建立所有權的排他性與單一性，消除歐洲封建社會從封建主屬間的土地層層分封關係，以至存在一地多主的

4　根據最高法院 17 年上字第 613 號民事判例，所謂的習慣法，須具有多年慣行之事實，以及一般人之確信等兩大基礎。另外，民法上尚有「習慣」一詞，例如民法第 757 條「物權除依法律或習慣外，不得創設」，其中所稱「習慣」，在民國 98 年民法物權編修正後，將此處之習慣，修正等同於習慣法，亦須具備反覆實踐之慣行，且有法之確信。另，我國法律之主要繼受母國德國，其聯邦憲法法院對於習慣法（Gewohnheitsrecht）所提出的定義略以：透過長期實踐、不中斷，且具有普遍性的慣行累積而成，並且由參與的法社群（beteiligte Rechtsgenossen）所接受，此定義與我國民法所稱的習慣法定義，在意義上是一致的，詳 BVerfGE 22, 114，轉引自蔡易廷，〈習慣法作為干預行政之法源〉（臺北：東吳大學法律學研究所碩士論文，2011），頁 29-30。

5　王澤鑑，《民法總則》，增訂新版（臺北：作者自印，2014），頁 73。

6　王澤鑑，《民法總則》，頁 73。

7　此處詳姉歯松平，《祭祀公業與臺灣特殊法律之研究》（臺北：眾文景印，1994），頁 17; 23-26。

8　王澤鑑，《民法物權》，增訂 2 版（臺北：作者自印， 2014），頁 143-147。

現象之過程；[9] 而在臺灣，清朝時期透過官方發放墾照給業主，業主招募大租權（Obereigenthum）、大租權招募小租權（Untereigenthum）形成等一地三主的狀況，在日治時期透過單一所有權（Alleineigentum）予以消除。[10] 基於此一歷史背景，一地多主的現象被視為封建殘餘，必須透過所有權的單一化，加以消除，因此民國 98 年修正後的民法第 757 條，雖然容許以習慣法創設物權，卻仍然不存在以習慣法在同一標的物上創設另一個所有權的可能。

綜上，本件有關 A 地的地權爭議，即便以布農族的先占習慣作為準據法，亦無法獲得勝訴判決，除了原告提出的證據不足以證明曾經在 A 地上耕作的事實之外，法律上的理由有二：第一，即使原告據以取得 A 地所有權，然而丁依據原保地開發辦法，於民國 91 年取得 A 地所有權時，乃依公權力之手段取得所有權，性質上應屬原始取得，而在取得所有權的同時，標的物土地上與新成立之所有權不相容之其他物權，均告消滅。[11] 因此，就算原告曾經依布農族先占傳統，在 A 地取得任何地權，也會在丁原始取得 A 地所有權時消滅，原告在本件訴訟中也無從主張依先占習慣在 A 地取得的地權。而且，原告沒有在訴願法第 14 條第 1 項、第 2 項期限內提起訴願，該行政處分即告確定，已具有形式存續力，不得再提起救濟。[12]

第二，依布農族先占習慣，取得的地權內容為何，原告並未說明，然而依原告主張，這項地權得以確定地界，區分各自耕作或使用的範圍，屬於類似所有權的排他性、全面支配標的物的地權，而在前面所述所有權單一化的前提下，肯認此一習慣法的適用，無異是以習慣法在同一標的物上創設另一個所有權，進而造成有害社會經濟、違背公共秩序的結果，是以在民法施行後，甚難依照布農族先占習慣創設物權之餘地。

（二）習慣法是待證事實，應由主張該習慣法存在之一方當事人負舉證責任

民事訴訟法第 283 條規定：「習慣、地方制定之法規及外國法為法院所不知者，當事人負有舉證責任。但法院得依職權調查之。」按此規定，習慣法不在法官的知法義務內，而應由主張該習慣法存在的當事人負舉證責任。[13] 本件原告除了提出布

9 MüKoBGB/Brückner, 8. Aufl. 2020, BGB § 903 Rn. 7.

10 此處標註之大租權與小租權德語字彙，其中的 t 拼寫為 th，係十九世紀流行之德語拼法，並非誤寫，併予敘明。臺灣省文獻委員會編印，《臨時臺灣舊慣調查會第一部調查第三回報告書：臺灣私法》，陳金田譯，第 1 卷（臺中：臺灣省文獻委員會，1990），頁 160。MüKoBGB/Brückner, 8. Aufl. 2020, BGB § 903 Rn. 16.

11 有關物權取得之態樣，分為原始取得，即非依據他人既存權利而取得物權，以及繼受取得，即依他人的權利而取得的物權等兩種。其中原始取得定義所稱「非依據他人既存權利」部分，包含依據法律規定或事實行為取得之地權。見王澤鑑，《民法物權》，頁 66；謝在全，《民法物權論》，修訂 7 版，上冊（臺北：新學林，109），頁 48。

12 陳敏，《行政法總論》，頁 452。

13 在我國民事訴訟法第 283 條所師法的德國民事訴訟法第 293 條規定裡，其中第 1 句規定法官知法義務（Iura novit curia），以及拉丁法諺：「你給我事實，我給你法律（da mihi

農族的先占傳統，作為原告取得系爭土地地權的法律依據，還聲請傳喚數名證人，以證明原告早在民國 50 年代就已在系爭土地上耕作，但是從判決上完全看不出，原告曾經為了證明布農族先占習慣法的存在而聲請調查證據。

為何原告的律師沒有就習慣法的存在聲請調查證據，法院也沒有就習慣法的存在依職權調查證據？最可能的原因是，法律人普遍缺乏法律人類學的素養，不只律師不知該如何證明原告主張的布農族先占習慣，法官想要依職權調查，也不知從何下手。在無法認定原告主張之習慣法存在，也無法證明原告長期在系爭土地上耕作的情形下，勢必無法得出原告所主張之法律效果。

二、原住民專庭的困境

（一）原住民專庭受人詬病之處

從判決字號上可知，本件是由原住民族專業法庭（下稱原住民專庭）審理。然而，依據我國司法實務的現況來說，原住民專庭 102 年 1 月 1 日上路至今，相較於其他設置於普通法院的專業法庭，為人詬病之處，似乎遠勝過其獲致的正面評價。

曾經服務於臺灣高等法院花蓮分院的湯文章律師，在擔任法官期間，就曾對原住民專庭的運作作過不少研究。湯律師在 2013 年 10 月號《原教界》期刊發表之〈原住民族專業法庭目前之運作情形〉一文，提到原住民專庭的各種困境，與本文論點較為相關者有二：

首先，原住民專庭主要以涉訟者的身分與案件類型作為是否分案依據，[14] 而案件類型特定化的結果，會造成兩造或一方為原住民的某些案件，無法交由原住民專庭審理。湯律師舉的例子，是原住民出借自己身分給非原住民，使得非原住民得以買賣原住民保留地之借名登記案件。[15] 此外，原住民家事案件理當與原住民的文化習俗關係密切，卻也不是由原住民專庭審理。

其次，原住民專庭的法官，雖然接受應如何在現行法律與審判實務中，將原住民傳統文化納入考量的相關講習，然而，就已初開辦原住民專庭前後的相關訓練課程數量來說，對於培養原住民專庭法官，在處理原住民涉訟案件與現行法律間的解

---

facta, dabo tibi ius）」的規定，僅限於德國現行法律，並不包含外國法、習慣法，與地方制定法規等三種法規範，法官對此並無知法義務，而是必須由當事人負舉證責任，MüKoZPO/Prütting, 6. Aufl. 2020, ZPO §293 Rn. 2-3；姜世明，《民事訴訟法》，修訂 6 版（臺北：新學林，2019），頁 10。

14　原住民專庭之案件分類方式，詳參：司法院，〈司法院指定 9 地院 102.1.1 設原住民族專庭或專股：刑案、兩造為原住民及一造為原住民之特定民事案件，均專業審理，保障原民司法受益權〉，《司法週刊》1615（2012 年 10 月 11 日），頁 1。

15　湯文章，〈原住民族專業法庭目前之運作情形〉，《原教界》53（2013 年 10 月），頁 19。

釋適用上，仍嫌不足。[16]

（二）原住民專庭成立以來的正向發展：基礎研究、專論與培訓課程數量的提升

湯律師前揭文章是在原住民專庭開辦半年多之後發表，時至今日，原住民專庭上路將近 10 年，原住民專庭法官能夠提升自身對於原住民習慣法與傳統文化認知的相關培訓課程，或是其他可資參考的文獻數量，是否有所提升？

在培訓課程方面，以司法院法官學院（以下稱法官學院）110 年開設的法官相關訓練課程來說，與原住民相關之課程如附表 1。[17] 以上課程中，不乏討論原住民習慣法，在民法或民事審判實務中等解釋適用問題，例如由林淑雅教授講授之「原住民族土地權利之衝突與法律問題研討」，以及陳瑋佑教授講授之「原住民族傳統『習慣』於民事司法上之適用與證明」等兩項課程。其中，陳瑋佑教授早在 2017 年時，已於《國立臺灣大學法學論叢》第 46 卷特刊發表〈原住民族『習慣』於民事司法上之適用與證明〉專文中，從德國民法學與我國民法之規定出發，並且從我國法院過往處理涉及臺灣舊慣案件的經驗，討論原住民習慣法在我國民事審判實務中，要如何才能成為可被法院普遍接受的裁判依據。[18]

在可資參考的文獻方面，行政院原住民族委員會（以下稱行政院原民會）對於解決原住民習慣法在民事審判中解釋適用的問題，也有相關論著與資料出版。例如行政院原民會創辦之《臺灣原住民族法學》期刊，分別在 2016 年第 1 期第 1 卷，刊登黃居正教授分析美國法相關案例之〈適用原住民族傳統慣習作為法院民事裁判之準據法〉專文，[19]2017 年第 1 卷第 2 期，刊登蔡穎芳教授透過法律社會學方法分析之〈論布農族婦女之土地繼承與權利保障〉專文。[20]

此外，行政院原民會亦延聘專家，編纂《國內原住民族重要判決編輯及解析》（目前已出版三冊），其中包含當事人為原住民之民事相關判決評釋。又，行政院原民會在 2017 年時，發表《臺灣原住民族民事傳統習慣調查彙編（試行版）》，並且於編輯凡例中表示，係按照我國現行民法之體例，對原住民習慣法進行編纂。[21]

---

16 湯文章，〈原住民族專業法庭目前之運作情形〉，頁 19。

17 司法院法官學院，〈2021 法官學院研習課程總覽〉< http://tpi.judicial.gov.tw/UserFiles/110%E5%B9%B4%E5%BA%A6%E8%AA%B2%E7%A8%8B%E7%B8%BD%E8%A6%BD(%E5%85%AC%E5%91%8A%E7%89%88).pdf >（最後瀏覽日期：2021 年 3 月 15 日）。

18 陳瑋佑，〈原住民族傳統『習慣』於民事司法上之適用與證明〉，《國立臺灣大學法學論叢》46: 特刊（2017 年 11 月），頁 1203。

19 黃居正，〈適用原住民族傳統慣習作為法院民事裁判之準據法〉，《臺灣原住民族法學》1: 1（2016 年 7 月），頁 5。

20 蔡穎芳，〈論布農族婦女之土地繼承與權利保障〉，《臺灣原住民族法學》1: 2（2017 年 4 月），頁 21。

21 蔡明誠、蔡志偉、官大偉、浦忠勇編，《臺灣原住民族民事傳統習慣調查彙編（試行版）》

由此可見行政院原民會試圖透過潘德克頓法學編纂方法（Pandektenwissenschaft），將我國各原住民族之傳統習慣，將習慣法法律化（Verrechtlichung）之企圖。

在原住民專庭設置 9 年後的今天，無論是司法院的專業培訓課程，或行政院原民會所進行的原住民習慣法基礎調查與研究，以及其他對於原住民習慣法在司法實務解釋適用，具研究興趣之專家學者所寫成的專文，再加上在日治時期，由臺灣總督府臨時臺灣舊慣調查會所編纂之《蕃族（番族）慣習調查報告書》等資料，可供司法實務參考的數量，顯然較未實施原住民專庭之前為多，比起過去確實是一大進步。

（三）原住民專庭的困境：法律實務工作者對於現有原住民習慣整理資料的利用度不足

惟筆者至司法院法學檢索系統中，以《蕃族（番族）慣習調查報告書》、《臺灣原住民族民事傳統習慣調查彙編（試行版）》為關鍵詞進行檢索（整理結果詳附表 2），發現在判決書中使用前開兩項資料的司法判決僅有 17 件，其中 2 件判決係在原住民專庭成立前做成，另外的 15 件則是在原住民專庭成立後做成。又，根據法院的事務分配來看，上述 15 件判決中，僅有 2 件為民事庭的原住民專庭做成，其他 13 件判決均為刑事庭的原住民專庭做成。

這個結果至少透露兩項訊息：其一，適用原住民習慣法相關文獻的判決，比起原住民專庭成立前，雖然增加許多，但在龐大的案件數量之中，仍是滄海一粟。原因為何，仍有待探究，而由於這樣的統計資料，只能告訴我們哪些案件引用了原住民習慣法的相關文獻，並沒有告訴我們哪些案件應該引用該等文獻，而法官卻沒有援用，原因為何更值得細究。

其二、《蕃族（番族）慣習調查報告書》與《臺灣原住民族民事傳統習慣調查彙編（試行版）》在民事案件中的使用率很低。就拿本件來說，如前所述，依據民事訴訟法第 283 條規定，習慣法作為民事訴訟中待證事項，法官得依職權調查，最終仍應由提出該習慣法存在之當事人負舉證責任。在本件當中，為原告作證的耆老，其證述因為前後不一，被法院認為證明度不高，無法證明其確實有先占的耕作事實。然而，原告方面及其律師並未從其他原住民文化研究文獻中，尋求相關記載，或是從《臺灣原住民族民事傳統習慣調查彙編（試行版）》中找尋有關布農族有關地權的習慣法。可見，不僅是法官，其實連律師也未必知道可以使用《蕃族（番族）慣習調查報告書》與《臺灣原住民族民事傳統習慣調查彙編（試行版）》等原住民文化習俗相關基礎調查文獻作為證據。

這個情況，也同時反映臺灣社會長久以來，重理工輕人文的惡果，加上法律系

（臺北：行政院原住民族委員會，2017），頁 xxi-xxiii。

的課程教學，僅僅是熟習法釋義學，便讓老師與學生們費盡心力，遑論增加法律相關的人文關懷，法官、檢察官、律師不懂原住民的習慣法，本非難以想像，甚至可以說實屬常態，因為法律人通常沒有法律人類學的訓練，也不是法史學研究者。以上困境，本來就很難以每年幾堂專業課程的訓練，或者是課堂上講座老師對於相關原住民基礎研究文獻的介紹，就能夠讓司法法律人（Justizjurist）或律師立刻上手，成為嫻熟的、能夠更妥適地處理原住民案件的法律實務工作者。

三、習慣法作為原住民涉訟案件的準據法的可能性

如前所述，民法第 1 條規定的民事法源，優先適用成文法，成文法未規定時才有適用習慣法的餘地，這已經排除了原住民習慣法在絕大多數民事事件中，作為準據法的可能。但假使民事法源的規定鬆動，在原住民涉訟的民事事件中，改以原住民的習慣法作為準據法，民事司法實務上該如何因應？如果在成文法之外，另有一套專屬於原住民族的法律體系，其編纂方式是否足以被稱作法律？如果原住民習慣法能夠作為另一套有效的法律，那麼它應該如何呈現？筆者以下將透過法學方法論、法律人類學、法史學等相關文獻，試著逼近這個問題的答案，並且試著預先設想以原住民習慣法為準據法時，在民事司法實務中可能遇到的問題。

（一）建議方法一：法官在法學方法論上透過法的續造運用習慣法

根據我國憲法第 80 條規定，法官必須依法審判。此處所謂的法，一般首先將其內涵理解為「由立法者所制定之現行有效的成文法」。而習慣法在成文法制定後，除了在法律沒有規定時作為補充規定外，如果成文法已有規定，則習慣法幾乎可以說是無用武之地。

然而，從法學方法論的層面來說，未必如此。從德國民法史來說，在 1900 年德國民法剛制定的時候，除了有條文規定不夠明確的問題外，還有法條才剛施行，規範內容就已經無法跟上現實生活發展的問題，因此在司法實務上，除了發展出類推適用（Analogie）外，並且須由法官在個案審判中，就法律漏洞之處進行依據系統的法律續造（systemgerechte Rechtsfortbildung）。[22]

德國聯邦憲法法院在 1973 年更進一步論述對於法官法之續造的內涵：法官在解釋適用法律時，必須注意除了成文法以外，在德國基本法規範框架下，還存有成文法未規定，或規定不足的情況，此時法官必須屏棄自身的恣意，依據合理的理由作出判決，並且敘明為何成文法無法解決公平地解決這個法律問題。法官填補漏洞的依據，係實踐理性以及社群根深柢固之一般性正義想像。[23] 德國聯邦憲法法院將法官

22　MüKoBGB/Säcker, 8. Aufl. 2018, Einl. BGB Rn. 150-151.

23　MüKoBGB/Säcker, 8. Aufl. 2018, Einl. BGB Rn. 153.

填補法律漏洞的過程，稱為「創造性的找法（schöpferische Rechtsfindung）」。[24] 法官實行法的續造，除了必須合乎憲法規範框架，屏棄法官個人的恣意以外，也要注意到規範存在於社會關係之中，並且應在社會—政治觀點中運作。[25] 基於上述觀點，倘若原住民習慣法在沒有違背憲法規範框架，法官依據個案情形，或可在原住民涉訟案件中，將原住民習慣法納入法官找法的考量。

那麼，如何將原住民習慣法作為法律續造標的？一般法律人所知的「漏洞填補（Lückenausfüllung）」，主要是在法內規範存有漏洞時，法官得透過類推適用、目的性限縮（teleologische Reduktion）等方式，填補在法律條文內的漏洞。[26] 然而，對於某些現行法律未規範到的生活事實（Lebenssachverhalt），透過上開漏洞填補方法，仍無法在法律中找到答案，這在法學方法上稱為不圓滿性（Unvollständigkeit）。[27] 除了上述的法內規範之漏洞以外，還有因法政策或立法技術所造成的缺失，此類缺失的特色，在於這個未被現行法律規範的生活事實，就算解釋適用現行法律，也能夠得出一個規範上的答案，惟此答案未必符合該生活事實的面貌，因而此處會出現不完全（法律）漏洞（unechte Lücken），法官亦得透過找法而處理此漏洞。[28]

那麼，習慣法所規範的生活事實，是否即是因法政策或立法技術之缺失，而未受成文法規範的生活事實？對此，學者黃茂榮引用德國法學者 Claus-Wilhelm Canaris 的見解指出，由於習慣法與成文法都被視為法體系的一環，因此即便成文法對某些僅存在於習慣法的生活事實漏未規範，只要習慣法對此有所規範，就不構成因為法政策或立法技術之缺失所造成的法律漏洞。[29]

正如本文一再強調的，依我國民法第 1 條規定，除非法律漏未規定，否則在民法施行後，均排除習慣法的適用，幾乎將習慣法逐出現行法體系之外。然而，考量到我國憲法增修條文第 10 條第 11 項與第 12 項前段規定，肯認國家負有保障原住民文化發展之責，是項規定能否進一步解釋為，國家為了保護原住民文化與原住民身分認同，應透過立法，在原住民涉訟案件與民事關係中，為原住民習慣法留有適用空間。如此一來，我國對於民法之法政策與立法計畫是否有所欠缺，頗有值得商

24　MüKoBGB/Säcker, 8. Aufl. 2018, Einl. BGB Rn. 153.

25　MüKoBGB/Säcker, 8. Aufl. 2018, Einl. BGB Rn. 153.

26　Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. (Berlin und Heidelberg: Springer, 1995), S. 191, 202, 210；Karl Larenz，《法學方法論（Methodenlehre der Rechtswissenschaft）》，陳愛娥譯（臺北：五南，2013），頁 277、281、300。

27　黃茂榮，〈法律解釋學基本問題（II）：法律補充〉，《國立臺灣大學法學論叢》6: 2（1977 年 6 月），頁 4。

28　黃茂榮，〈法律解釋學基本問題（II）：法律補充〉，頁 4-6。

29　Claus-Wilhelm Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. (Berlin: Dunker & Humblot, 1983), S. 29；黃茂榮，〈法律解釋學基本問題（II）：法律補充〉，頁 7、註 14。

權的空間。

（二）建議方法二：習慣法的成文化

有關原住民習慣法在民事關係的適用，除了透過法官法的續造運用習慣法之外，還有將原住民習慣法成文化，使原住民習慣法取得國家法律的身分，進而成為原住民涉訟案件中的準據法。

先前提到，行政院原民會集合多位法律學者、原住民政策學者，以及專研原住民田野調查的社會學者編纂《臺灣原住民族民事傳統習慣調查彙編（試行版）》，並且於 2017 年發表。其編輯凡例中說明，本彙編旨在「提供司法實務於相關案件上判斷之參考，並期能便於立法與法學之研究進行」，因此在編輯體例上，係就現行民法體例加以編排，並於其下加入各族群之習慣彙整，以及各時期各族傳統習慣對照表，以供司法實務相互參照。[30]

此書編纂之立意良善，惟在現行司法實務上，參考此書做成判決的民刑事判決並不多，可能的原因，除了先前提到的原住民專庭專業法官訓練課程杯水車薪，未必能使法官在幾堂課裡面，就能了解原住民族傳統文化與習慣法的情況，以及我國民法第 1 條規定，已經將民法制定並施行於臺灣後，繼續適用原住民或非原住民習慣法的可能性壓縮至最低之外，也有可能是因為目前對於原住民習慣法的成文化程度尚不足夠，與司法系統所在使用的語言文字並不相容，使得法官或檢察官在個案中難以適用。

1. 從人類學看習慣法如何成為有效的成文法

原住民或其他族群的習慣，要進展到習慣法，甚至是成文化的習慣法，其中經歷為：習慣在長久為多數人所接受並實踐後，成為準法律（quasi-law）。現代國家如何看待以準法律型態存在的習慣法？[31] 從人類學家克利弗德 • 紀爾茲（Clifford Geertz，以下稱紀爾茲）對於荷屬東印度時期的印尼傳統習慣法（Adat Law，或 Adatrecht）的研究，可以得到一些看法。紀爾茲指出，面對習慣法，現代國家必須回答的問題，即是否全面排斥不用，並以羅馬法體系為基礎，建立起全新的法秩序？或者是由官方主導對於習慣法進行調查、整理與研究，並且透過國家力量予以施行？[32]

---

30 蔡明誠、蔡志偉、官大偉、浦忠勇編，《臺灣原住民族民事傳統習慣調查彙編（試行版）》，頁 xxi-xxii。

31 克利弗德 • 紀爾茲（Clifford Geertz），《地方知識：詮釋人類學論文集（Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology）》，楊德睿譯（臺北：麥田，2002），頁 285。

32 克利弗德 • 紀爾茲（Clifford Geertz），《地方知識：詮釋人類學論文集（Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology）》，頁 285-286。

眾所皆知，荷蘭人選擇將印尼傳統習慣法裡面，有關人法（包含身分法、婚姻法與繼承法）、物權法、侵權責任法、時效規定的部分，比照舊荷蘭民法典（類似法國民法典立法例）的人法、物法、債法、證據與消滅時效之體例，將其編纂為成文法。[33]

紀爾茲認為，荷蘭人將印尼傳統習慣法成文化的主要目的，意在將傳統法以羅馬法的「規制與制裁」、「管轄主義」等概念，帶入殖民地社會，並且最終使殖民社會接受法治國（Rechtsstaat）的觀念。[34] 這裡所說的法治國，根據研究印尼傳統習慣法的荷蘭法學者 Barend ter Haar 在其著作《印度尼西亞的習慣法（Adat Law in Indonesia; Het adatproces der inlanders）》中表示，印尼傳統習慣法也必須受到荷蘭憲法的約束，例如舊荷蘭憲法（1917 年頒布）第 75 條規定：「如果法官在適用印尼傳統習慣法時，發現該習慣法之規定與平等及正義原則牴觸時，則該項習慣法規定不生效力」。[35] 這也就是說，在習慣法成文化並納入法律實踐的過程中，無法將習慣法規定全數保留，勢必要放棄某些不合乎憲法框架的規定，才能進入法治國的規範當中。

2. 可被司法所用的習慣法：透過其他習慣法的比較

已故英國法理學家哈特（H. L. A. Hart）指出，相對先進的法律體系會發展出次級規則（secondary rules），也就是關於規則的規則，其中最重要的就是承認規則（rule of recognition），這是用來鑒別法規範的規則，但在原始社會，次級規則並不存在，關於法律及其內容的辨別，就因此相對不明確且無效率。[36] 要克服這樣的不明確及無效率，就必須由法律體系自己發展出次級規則，或者透過外部手段為其建立次級規則。在這種意義上，所謂的習慣法成文法化，實際上是為原住民習慣法建立次級規則、進而建立體系的部分過程。

以本文評釋的事件來看，原告提出的習慣法包括：布農族對於土地有先占傳統、對於土地地界沒有明確的界定等兩點。然而，在行政院原民會編纂的《臺灣原住民族民事傳統習慣調查彙編（試行版）》裡，有關布農族地權的相關規定為：[37]

「一、口頭信用：不論證件，土地的繼承、給予、分割、互換、買賣、兄弟分

33　ter Haar, Adat Law in Indonesia, trans. G. C. O.Haas and M. Hordyk (New York: Institute of Pacific Relations, 1948), P. VII-XIV.

34　克利弗德• 紀爾茲（Clifford Geertz），《地方知識：詮釋人類學論文集（Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology）》，頁 287。

35　ter Haar, Adat Law in Indonesia, P. 32.

36　哈特（H. L. A Hart），《法律的概念（The Concept of Law）》，許家馨、李冠宜譯（臺北：商周，2000），頁 119-121。

37　蔡明誠、蔡志偉、官大偉、浦忠勇編，《臺灣原住民族民事傳統習慣調查彙編（試行版）》，頁 411。

家之分產，都憑著信用、口頭約定的方式。因族人對於土地的給與還，含有 masamu 的律的精神，違背信用會被天懲罰 (dihanin)。原住民族因文字使用較少，在部落中對於土地或財產之交易，未有如同現行法所規定一般須有書面並登記之法定要求。

二、土地買賣：土地交易並不以登記為要件，有部落長老或村長見證即可。

三、土地衡量制度：1960 年代採取土地衡量制度，對於族人用地的習慣改變最大，該項政策原為確認土地使用情形，但因測量時係以家庭為單位，所以族人為了避免分家時，土地過戶的麻煩，先行分家，使得土地朝向私有化及定耕方面發展。」

以上記述，內容簡略，並未分析出哪些才是土地交易的成立生效要件，如果族人不按此習慣進行土地交易的法律效果，有無相對應的處罰或是損害賠償責任等，也付諸闕如。筆者認為，以目前的編纂成果應該更細緻化，以便利司法審判使用的參考資料，甚至是作為布農族習慣法的依據。

那麼，習慣法必須以何種體例進行編纂，各條文間的規定必須多仔細，才能成為司法審判中可被廣泛接受使用的習慣法？筆者在此擬透過對於荷屬東印度時期的印尼傳統習慣法，以及日治時期的《臺灣私法》這兩套正式在司法實務上作為有效法律適用的習慣法，試著為這個問題理出方向。

（1）印尼傳統習慣法之編纂體例

印尼傳統習慣法，是習慣法成文化的經典案例。[38] 早在 1747 年荷屬東印度公司統治現今的印尼地區時，就已在糾紛處理上採取印尼原住民的傳統習慣法與荷蘭法兩套並行的方式，荷蘭政府在 1824 年肯認這項措施，並透過將當地人分為 4 種，將兩套不同的法律適用在將荷屬印度（即印尼）：歐洲人，以及被歐洲人同化的人，應適用以荷蘭法為藍本制定，僅施行於荷屬印度的民法、民事訴訟法、刑法與刑事訴訟法；印尼原住民，以及被印尼原住民同化之人，則應適用傳統習慣法（即 Adat Law）。[39]

關於傳統習慣法存在的形式，印尼除了原住民文化外，另外受有伊斯蘭的影響，而伊斯蘭本身有自己的法律體系沙里亞法（Sharia），在沙里亞法編纂法典慣例的影響下，在荷屬印尼的 19 個 Adat 區中，某些早已有自己的成文法典，除此之外，多半為當地君主口授的詔命。[40]

在十九世紀初確立荷屬印度的二元法律體系後，Adat 法律委員會便開始將 19

38 印尼傳統習慣法為意譯，原文應做 Adatrecht 或 Adat Law，在以下行文中，除非遇到專有名詞，必須以 Adat 法翻譯之外，皆一律稱「印尼傳統習慣法」。

39 ter Haar, Adat Law in Indonesia, P. 10-12.

40 J. Prins, “Ada: iv-Indonesia,” EI².

個 Adat 區的法律進行編纂，[41] 並且出版 Adat 法律手冊（Adat Bundels），並於 1914 年至 1936 年，由阿姆斯特丹皇家殖民學院（Koninklijk Koloniaal Instituut te Amsterdam）出版的 10 冊傳統習慣法法律彙編《Adat 法的潘德克頓化（Pandecten van het Amsterdam）》。[42]

如前所述，印尼傳統習慣法的編纂，為仿照舊荷蘭民法典的體例，將原有的印尼傳統習慣法套入潘德克頓法學編纂方法的框架之中，如以土地傳統習慣法來說，編纂條目依序為村落建立、個人土地開墾、在社群中的土地交易雙方行為、土地交易雙方行為型態（包含設定擔保、土地買賣）、作為獨立財產之設定地權、土地贈與（含因為嫁妝與聘財贈與土地之情形）、土地分割之分配、土地轉讓之書約、關於土地之義務、設定土地擔保作為保全、隱藏他項目的之虛假交易等，並且透過荷蘭民法的法律用語，對印尼傳統習慣法的法律行為進行描述，以便法官在司法裁判中加以援引。

又，在荷屬印度的二元法律體系擔當審判業務的法官，亦由不同管道進行選拔，地方法院與攝政法院的審判者，是由地方官或當地原先的統治者擔任，而高等原住民法院，則由荷蘭法學教育體系培養出的法官與原住民統治者合議，最高法院則由受荷蘭法學教育體系培養的法官擔任審判業務。法官無論出身於原住民或荷蘭法學教育體系，碰到應適用印尼傳統習慣法的訴訟案件，均須適用印尼傳統習慣法，不得拒絕適用。[43]

另外，在荷屬印度的法院組織上，也隨著二元法律體系，而區分兩大不同的法院組織，例如適用於歐洲人，以及被歐洲人同化者的法院組織，採三級三審，而採印尼傳統習慣法審判者，則採四級三審制，分別為在地方上的地方法院（District Court, Districtsgerecht）、攝政法院（Regency Court, Regentschapsgerecht）、高等原住民法院（Superior Native Court, Landraad），以及位於巴達維亞，同時作為兩個法律體系終審法院的最高法院（Supreme Court, Hooggerechtshof）的法官。[44]

（2）臺灣私法之編纂體例

與荷蘭人在編纂印尼傳統習慣法上的想法類似，日本人在統治臺灣初期，發現中國傳統法律及臺灣民間舊慣，與日本民法有很大的落差，因此為統治之便，臺灣總督府於 1901 年成立臨時臺灣舊慣調查會，首先就臺灣人對於哪些慣行已具備習慣法要件，進行詳細調查，接下來再透過潘德克頓法學編纂方法，將臺灣舊慣成文

41　ter Haar, Adat Law in Indonesia, P.8-10 與附圖。

42　克利弗德・紀爾茲（Clifford Geertz），《地方知識：詮釋人類學論文集（Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology）》，頁 286 註 64；J. Prins, “Ada: iv-Indonesia,” EI².

43　ter Haar, Adat Law in Indonesia, P. 228-230。

44　ter Haar, Adat Law in Indonesia, P. 15-17。

化，將其分別歸入不動產、人事、動產、商事及債務等四編，以上各編合輯為《臺灣私法》。[45]

又，《臺灣私法》同時在描述個別臺灣舊慣時，亦整理出習慣法的權利與義務，以及權利與義務的得喪變更，使之成為可為司法審判實務採用的準據法。[46] 例如《臺灣私法》提及不動產物權的得喪效力時指出，契字只是不動產物權得喪的證據，並不會因為買賣雙方簽訂契字，而發生不動產物權的移轉效力，例如臺灣在開墾初期時，移轉土地實權時大多不立契字，只是買賣雙方口頭約定而已，且光緒十一年時曾辦理土地清丈，依據清丈結果，認同熟番對其所有的無契據土地具有業主權。[47]

又，《臺灣私法》提到，由於契字簽訂沒有發生實際得喪效力，因此不動產物權的變動，必須到交付目的物時，始發生得喪效力，交付原則上以「踏明界址交付」的方式為之，但這也不是必要的手續，因為清代臺灣的不動產物權移轉，並沒有踐行一定要式的規定，直到明治 38 年律令第 3 號規定，要求不動產物權之得喪變更，除因繼承或遺囑為之者外，均在辦理登記時生效之。[48]

以上對於不動產物權權利得喪的說明，是套用羅馬法的法律概念，將臺灣舊慣中的土地買賣行為成文化。《臺灣私法》的功用不僅僅是描述習慣法，也在習慣法的編纂，同時將習慣法的運作方式與發展歷史進行註釋，使之達到便利法律實務工作者使用的目的。

有關《臺灣私法》在司法實務上的適用情形，從日本治臺初期的 1895 年底，至 1908 年頒布律令，確認臺灣人與中國人涉訟時，須依據舊慣與法理決之，又根據 1922 年 9 月 16 日頒布的敕令第 406 號、敕令第 407 號，自 1923 年 1 月 1 日起，在臺灣施行日本民法典財產法部分，其中親屬繼承等身分法事項，仍依舊慣，其他不符合臺灣當時現況的日本民商法相關規定，則排除適用。[49] 法律史學者王泰升教授認為，這是日本同化臺灣人政策的一環，也就是說，日本人透過逐步將日本民法典推及於臺灣，意圖達成取代臺灣舊慣在司法審判實務上的目的，惟此計畫因日本戰敗退出臺灣而告終。[50]

---

45 王泰升，《臺灣日治時代的法律改革》（臺北：聯經，1999），頁 308-309。

46 王泰升，《臺灣日治時代的法律改革》，頁 309。

47 臺灣省文獻委員會編，《臨時臺灣舊慣調查會第一部調查第三回報告書：臺灣私法》，第 1 卷，頁 126。

48 臺灣省文獻委員會編，《臨時臺灣舊慣調查會第一部調查第三回報告書：臺灣私法》，第 1 卷，頁 126-127。

49 王泰升、薛化元、黃世杰編著，《追尋臺灣法律的足跡：事件百選與法律史研究》（臺北：五南，2015）頁 118-119；王泰升，《臺灣日治時代的法律改革》，頁 318。

50 王泰升，《臺灣日治時代的法律改革》，頁 318。

肆、未盡的問題——代結論

如人類學者紀爾茲所說，荷蘭人之所以要將印尼傳統習慣法成文化，不是為了保存印尼原住民的文化，而是要令其逐漸走向西方的法治國，在日治時期臺灣舊慣的施行過程也能看得出類似想法，亦即漸次拋棄臺灣舊慣，而在法律文化上同化成日本的一部分之企圖。

惟時至今日，法律上的同化，往往是優勢族群對政治經濟弱勢的原住民 / 先住民族群所進行，企圖將弱勢族群原有文化消滅，融入優勢族群中的的緩慢壓迫，對於這種作法也逐漸出現批判或反省的聲音。當然，對於已有憲法增修條文第 10 條第 11 項與第 12 項前段規定，明文要求將扶助原住民文化列為國家大政方針的我國來說，更是不可能也不應該繼續主張，法律的施行不需要顧及原住民傳統文化的保護，或者不需要為了保護原住民既有文化與生活方式有所改變。習慣法的成文化，目的應該在於保護原住民文化，維護原住民身分認同，這個框架仍須在現有的憲法價值秩序的框架下進行。

在這樣的前提下，民事事件適用原住民習慣法的討論，還留下幾個未盡的問題：在哪些法域、哪些案件裡，應適用原住民習慣法，始能達成保護原住民文化，維護原住民身分認同的意旨？在雙方當事人分別是原住民與非原住民的事件中，應如何適用準據法？在僅僅涉及的原住民的事件，可否基於一方或雙方當事人的意思而以民法為準據法，不適用原住民習慣法？這些制度的設計，跟原住民身分認同的維護又有什麼關聯？

再者，如同本件所突顯的，適用原住民習慣法的主張，在證明的那個環節就卡了關，當事人奮力主張自己所認為的習慣法，卻沒有想到自己的主張是需要更為有力的證據來證明的，進而對司法有所怨懟，這種情況在現今臺灣司法實務上並非少見。限於司法權本身的被動屬性，如果當事人無法提出更多有利的證據，就算法官想給予提出習慣法一方更多同情理解的法律判斷，也無法僅僅出於同情就逕行做出勝訴判決。那麼，除了調查報告彙編等參考資料之外，是否能覓得有力的鑑定人或專家證人，在個案中能就習慣法的存在及其內容，提供鑑定意見或證述，以供法官參考？

最後，在習慣法的內容有所缺漏時，該怎麼處理？該如何進行漏洞填補，或者應直接適用民法，作為補充性的法源？與此類似的問題是，原住民習慣法受到憲法價值秩序的保障，但當習慣法的內容跟憲法價值秩序牴觸時，又該怎麼處理？是否仍應適用該習慣法，或者應將其屏棄不用？屏棄不用之後，又該是用什麼法律？這些都不會是簡單的問題，限於篇幅，本文只能以提出問題告終，並將這些問題留待學界先進進一步的探究。

伍、附錄

附表 1：司法院法官學院 110 年針對法官開設之原住民傳統文化訓練課程

課程名稱	擬聘講座	時數（單位：小時）
「原住民族傳統智慧創作保護條例」相關問題研討	蔡明誠大法官	3
國土計畫與原住民族土地權	官大偉教授	3
原住民族行政爭訟實務	張惠東教授	3
原住民族權利與國家法制的衝突	吳豪人教授	3
第 1 期原住民族人權保障研習會： 原住民族土地權利之衝突與法律問題研討	林淑雅教授	3
第 1 期原住民族人權保障研習會：原住民職業災害與人權保障	林俞妙律師	3
第 1 期原住民族人權保障研習會：國際原住民議題	林三元律師	3
第 1 期原住民族人權保障研習會：實地教學系列一部落探訪	待聘	3
第 1 期原住民族人權保障研習會：實地教學系列一部落探訪	待聘	6
第 2 期原住民族人權保障研習會： 原住民狩獵傳統慣俗與法的爭議案例研討	王皇玉教授	3
第 2 期原住民族人權保障研習會：國際原住民議題	林三元律師	3
第 2 期原住民族人權保障研習會： 原住民族傳統「習慣」於民事司法上之適用與證明	陳瑋佑教授	2
第 2 期原住民族人權保障研習會：實地教學系列一部落探訪	待聘	3
第 2 期原住民族人權保障研習會：實地教學系列一部落探訪	待聘	6

附表 2：有關司法院法學資料檢索系統中，援引臺灣總督府臨時臺灣舊慣調查會編著之《蕃族（番族）慣習調查報告書》，或行政院原民會《原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制研究》的判決一覽表：

判決日期	判決法院	判決字號	事務分配（民/刑事）	案由	《蕃族（番族）慣習調查報告書》引用內容提要	備註
第二審（依法院別排序）						
92 年 5 月 2 日	臺灣高等法院	92 年上訴字 第 897 號	刑事	違反 森林法等	證明該地有泰雅族先人墓地	

判決日期	判決法院	判決字號	事務分配（民/刑事）	案由	《蕃族（番族）慣習調查報告書》引用內容提要	備註
106 年 10 月 24 日	臺灣高等法院臺中分院	106 年原上訴字第 34 號	刑事	違反森林法	泰雅族確有採取天然產物，如木耳、香菇等菌類用作食物或交換品之生活慣俗	
108 年 8 月 27 日	臺灣高等法院臺中分院	108 年原上訴字第 48 號	刑事	違反森林法		
103 年 4 月 30 日	臺灣高等法院高雄分院	103 年上訴字第 214 號	刑事	違反槍砲彈藥刀械管制條例	原住民有狩獵傳統	
104 年 11 月 23 日	臺灣高等法院花蓮分院	104 年原上易字第 27 號	刑事	妨害公務等	卑南族有室內葬傳統	
第一審（依法院別排序）						
91 年 11 月 6 日	臺灣桃園地方法院	90 年訴字第 572 號	刑事	違反森林法等	證明該地有泰雅族先人墓地	第二審案件為臺灣高等法院 92 年上訴字第 897 號案
107 年 6 月 22 日	臺灣桃園地方法院	104 年審原訴字第 66 號	刑事	違反森林法	認定泰雅族傳統領域範圍	本案由官大偉教授擔任鑑定人
102 年 4 月 2 日	臺灣苗栗地方法院	102 年訴字第 52 號	刑事	違反森林法	泰雅族原住民傳統文化中，未經許可擅取他人物品，仍可引起部落內部之糾紛，而遭到相對應之處罰	
102 年 5 月 14 日	臺灣苗栗地方法院	102 年度原訴字第 2 號	刑事	違反森林法	泰雅族原住民傳統文化中，未經許可擅取他人物品，仍可引起部落內部之糾紛，而遭到相對應之處罰	

判決日期	判決法院	判決字號	事務分配（民 / 刑事）	案由	《蕃族（番族）慣習調查報告書》引用內容提要	備註
108 年 6 月 26 日	臺灣南投地方法院	107 年原訴字第 9 號	刑事	違反森林法	布農族飲食習慣中是否包含食用愛玉子之習慣	第二審為臺灣高等法院臺中分院 108 年原上訴字第 48 號案
104 年 1 月 29 日	臺灣高雄地方法院	103 年原侵訴字第 3 號	刑事	妨害性自主罪	用以證明排灣族並無長輩對晚輩親吻臉頰、額頭之相關習俗	引用原民會編印之原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制研究
103 年 6 月 18 日	臺灣花蓮地方法院	102 年親字第 13 號	民事	確認收養關係成立	並無對阿美族收養文化習俗有特別記載	同時也引用原民會編印之原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制研究
106 年 8 月 30 日	臺灣花蓮地方法院	105 年度原訴字第 26 號	刑事	違反森林法	太魯閣族原住民對於犯罪者盡可能以財產刑 (贖財) 取代身體刑 (特別是死刑) 的明顯傾向	
104 年 5 月 20 日	臺灣臺東地方法院	102 年原易字第 93 號	刑事	妨害公務等	卑南族有室內葬傳統	
104 年 12 月 25 日	臺灣臺東地方法院	104 年原訴緝字第 3 號	刑事	違反槍砲彈藥刀械管制條例	卑南族狩獵習慣	僅引用原民會編印之原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制研究

判決日期	判決法院	判決字號	事務分配（民/刑事）	案由	《蕃族（番族）慣習調查報告書》引用內容提要	備註
102 年 12 月 25 日	臺灣屏東地方法院	102 年原重訴字第 2 號	刑事	違反槍砲彈藥刀械管制條例	排灣族狩獵習慣	
104 年 8 月 11 日	臺灣屏東地方法院	103 年原訴字第 5 號	民事	確認登記無效	排灣族地權習慣	兼採原民會編印之原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制研究

陸、參考書目

一、中文專書與學位論文（依作者姓氏筆畫排列）

1. Karl Larenz，《法學方法論（Methodenlehre der Rechtswissenschaft）》，陳愛娥譯。臺北：五南，2013。
2. 王泰升，《臺灣日治時代的法律改革》。臺北：聯經，1999。
3. 王澤鑑，《民法總則》，增訂新版。臺北：作者自印，2014。
4. 王澤鑑，《民法物權》，增訂 2 版。臺北：作者自印， 2014。
5. 王泰升、 薛化元、黃世杰編著，《追尋臺灣法律的足跡：事件百選與法律史研究》。臺北：五南，2015。
6. 克利弗德・紀爾茲（Clifford Geertz），《地方知識：詮釋人類學論文集（Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology）》，楊德睿譯。臺北：麥田，2002。
7. 姉齒松平，《祭祀公業與臺灣特殊法律之研究》。臺北：眾文景印，1994。
8. 姜世明，《民事訴訟法》，修訂 6 版。臺北：新學林，2019。
9. 哈特（H. L. A Hart），《法律的概念（The Concept of Law）》，許家馨、李冠宜譯。臺北：商周，2000。
10. 陳敏，《行政法總論》，第 10 版。臺北：作者自印，108。

11. 臺灣省文獻委員會編印，《臨時臺灣舊慣調查會第一部調查第三回報告書：臺灣私法》，陳金田譯，第 1 卷。臺中：臺灣省文獻委員會，1990。
12. 蔡易廷，〈習慣法作為干預行政之法源〉。臺北：東吳大學法律學研究所碩士論文，2011。
13. 蔡明誠、蔡志偉、官大偉、浦忠勇編，《臺灣原住民族民事傳統習慣調查彙編（試行版）》。臺北：行政院原住民族委員會，2017。
14. 謝在全，《民法物權論》，修訂 7 版，上冊。臺北：新學林，109。

二、中文報章與期刊（依作者姓氏筆畫排列）

1. 司法院，〈司法院指定 9 地院 102.1.1 設原住民族專庭或專股：刑案、兩造為原住民及一造為原住民之特定民事案件，均專業審理，保障原民司法受益權〉，《司法週刊》1615（2012 年 10 月 11 日），頁 1。
2. 林明昕，〈基本國策之規範效力及其對社會正義之影響〉，《國立臺灣大學法學論叢》45: special issue （2016 年 11 月），頁 1305-1358。
3. 陳瑋佑，〈原住民族傳統『習慣』於民事司法上之適用與證明〉，《國立臺灣大學法學論叢》46: 特刊（2017 年 11 月），頁 1203-1255。
4. 湯文章，〈原住民族專業法庭目前之運作情形〉，《原教界》53（2013 年 10 月），頁 18-21。
5. 黃茂榮，〈法律解釋學基本問題（II）：法律補充〉，《國立臺灣大學法學論叢》6: 2（1977 年 6 月），頁 7-62。
6. 黃居正，〈適用原住民族傳統慣習作為法院民事裁判之準據法〉，《臺灣原住民族法學》1: 1（2016 年 7 月），頁 5-16。
7. 蔡穎芳，〈論布農族婦女之土地繼承與權利保障〉，《臺灣原住民族法學》1: 2（2017 年 4 月），頁 21-33。

三、外文專書及註釋書（依字母順序排列）

1. Bearman, P., Th. Bianquis, C.E. Bosworth, E. van Donzel and W.P. Heinrichs eds., Encyclopaedia of Islam, 2nd ed. (abbr. EI²). Leiden: E. J. Brill, 1960-2005.
2. Canaris, Claus-Wilhelm, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. Berlin: Dunker & Humblot, 1983.
3. ter Haar, Adat Law in Indonesia, trans. G. C. O.Haas and M. Hordyk. New York: Institute of Pacific Relations, 1948.

4. Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. Berlin und Heidelberg: Springer, 1995.
5. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl. 2018-2020, München.
6. Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 6. Aufl. 2020, München.
7. Steiner, Udo, “Kulturauftrag im staatlichen gemeinwesen,” VVDStRL 42, Berlin 1984, S. 7-45.

四、網路資源

1. 司法院法官學院，〈2021 法官學院研習課程總覽〉< http://tpi.judicial.gov.tw/UserFiles/110%E5%B9%B4%E5%BA%A6%E8%AA%B2%E7%A8%8B%E7%B8%BD%E8%A6%BD(%E5%85%AC%E5%91%8A%E7%89%88).pdf >（最後瀏覽日期：2021 年 3 月 15 日）。

Abstract

This essay, beginning with Taiwanese Year 109's of superior court in Hualien Indigenous Appeal No. 5, gives a discussion of Taiwanese indigenous people's customary law in civil litigations. Pursuant to Article 10XI and the former part of 10XII of the Amendment of Constitution, the state should protect indigenous culture, and to some extent the application of indigenous customary law to civil legal relationship could be a vital part for upholding indigenous identification. However, article 1 of the Civil Code, which stipulates the source of law, renders customary law almost not applicable, and the lack of evidential means makes it even harder to resort to customary law in civil litigation. If customary law is applicable, either through Rechtsfortbildung or by enlargement of source of law, the codification of customary law is essential preparation. In this aspect, the structure and style in which Adat Law in Dutch East Indies and Taiwanese Private Law are helpful reference to draw up a digest of Taiwanese indigenous customary law for the Judiciary to apply.

Keyword: indigenous people, customary law, civil law, rights in rem, rights of real property, indigenous peoples' court, Rechtsfortbildung, codification

猶待努力的原住民權益談司法院大法官釋字第 803 號解釋

黃楚婷 *

目次

壹、前言
貳、釋字第 803 號解釋的爭點
參、槍砲彈藥未能解禁
肆、未被回應的原住民狩獵權
伍、結語

壹、前言

近期大法官針對最高法院在 2017 年即以裁定停止審判聲請大法官解釋的王光祿案作出釋字第 803 號解釋，本來外界預期該號解釋一出可以解決原住民多年來狩獵上的困境，然而事實上該號解釋一出備受批評，無助於紛擾的解決並表現出大法官在觀念上的保守。而最終在五月二十日總統雖然依據赦免法規定特赦了王光祿本人，然而制度面上的問題似乎仍無法透過這個方式來解決。而關於原住民在司法訴訟上的問題，本刊在第一期王皇玉教授即撰有原住民犯罪的文化抗辯及其實踐一文探討相關問題，而前幾期刊出吳吉村先生所撰寫的文化習慣在刑事判決中的角色、謝若蘭、楊曉珞所寫的臺灣司法體制下之不利原住民處境初探等都有探究，然而該號解釋一出，似乎重重的打擊過去法學圈裏面關於原住民法學議題的努力，到底這個解釋處理什麼問題，以至於大家反彈甚大呢？

貳、釋字第 803 號解釋的爭點

王光祿案發生在民國 102 年 7 月至 8 月間，由於已纏訟多年，案件事實多為國人所熟知，但其主要的爭執點乃在於王光祿本人使用的打獵工具為拾獲之土造長槍，所獵捕之獵物為保育類動物。因此顯然違反了槍砲彈藥刀械管制條例與野生動

* 政治大學法律學系博士生

物保育法之規定。而在本次解釋除了王光祿案外，另外有類似的也是涉及到相同法律規範的潘志強、周懷恩案與陳紹毅案等也被列入一併解釋。而相較於其他的案件，本號解釋進展甚快。而大法官針對這號解釋還非常慎重地為此召開了言詞辯論，而在爭點上大法官的整理如下：

1. 槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項規定，原住民未經許可，製造、運輸或持有獵槍，供作生活工具之用者，以自製者為限，始能免除刑罰，且不及於空氣槍，是否符合法律明確性原則？有無牴觸憲法比例原則？
2. 103 年 6 月 10 日修正發布之槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第 2 條第 3 款，就「自製獵槍」之定義規定，是否規範不足，而違反憲法保障人民生命權、身體權，以及憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項前段規定保障原住民從事狩獵活動之文化權利之意旨？
3. 野生動物保育法第 21 條之 1 第 1 項規定所稱之傳統文化，是否包含非營利性自用之情形？
4. 野生動物保育法第 21 條之 1 第 2 項前段規定，獵捕、宰殺或利用野生動物之行為，須事先經主管機關核准，以及原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法第 4 條第 3 項及第 4 項第 4 款規定有關申請期限及程序、申請書應記載事項中動物種類及數量部分，是否違反憲法比例原則？

而在這次除了解釋文本文外也出現了十一份意見書。雖然近幾年來，大法官在各號解釋的意見書都非常的多，但十一份意見書也屬少見，例如釋字第 804 號解釋也僅三分意見書，很顯然，司法院大法官釋字第 803 號解釋的內容本身在大法官間就爭議很大，以至於不管是主文或意見書都有多份。而在本號解釋作成之後，對於解釋內文多所批評外，也有多份意見書內容受到不小爭議，最嚴重的莫過於黃虹霞大法官提出而由蔡炯墩、黃瑞明與詹森林大法官加入的協同意見書，黃大法官以被她形容為「年輕時喜歡打鳥，後來終生致力保護自然生態」的「酷酷酷獵人」張豐緒前內政部長為例，而要求「新一代原住民朋友，請不要將自己侷限在爭取使用現代化槍枝及獵殺利用野生動物，這麼小的格局上」。這樣的說法等於要原住民放棄打獵的傳統文化，保守之態度可見一般。

參、槍砲彈藥未能解禁

該號解釋雖然大法官提出了幾個爭點，但系爭的法條大概就是集中在槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項規定與野生動物保育法第 21 條之 1 規定的合憲性問題。

而在槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項規定將原住民獵槍憲於自製且排除了空氣槍規定，對此大法官指出：

一、原住民從事狩獵活動之文化權利保障與環境及生態之保護應並重

原住民從事狩獵活動之文化權利固受憲法所保障，惟為兼顧野生動物之保護，非不得以法律或法律明確授權之命令予以適當之限制。鑑於原住民從事狩獵活動之文化權利與野生動物之保護，皆屬憲法所保障之重要價值，是相關限制是否合憲，本院爰適用中度標準予以審查，如其目的係為追求重要公共利益，且所採限制手段與其目的之達成間具實質關聯，而並未過當，即與憲法第 23 條比例原則無違。

二、槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項排除原住民持槍刑責，僅限於供作生活工具之用的自製獵槍，不生憲法上比例原則的問題，也符合授權明確性要求

對於比例原則的符合，大法官指出：「刑罰制裁手段乃屬對憲法第 8 條所保障之人身自由之重大限制，立法者衡酌系爭規定一所定違法行為之情狀與一般犯罪行為有別，認應予以除罪化而僅須施以行政處罰，此一立法決定，除屬立法裁量之合理範圍外，性質上亦屬對人身自由原有限制之解除，於此範圍內，並不生侵害人身自由之問題。至立法者僅就原住民自製獵槍（魚槍）之相關行為予以除罪化，不及於非屬自製之獵槍（魚槍）或其他槍枝種類（例如空氣槍），核屬立法者衡酌原住民以槍枝供作生活工具之用之合理範圍，以及原住民自製之獵槍，其結構、性能及殺傷力，多不及制式獵槍，對社會秩序可能之影響等相關因素所為立法政策之選擇，尚不生牴觸憲法之疑慮。綜上，系爭規定一就除罪化範圍之設定，尚不生違反憲法比例原則之問題」。而在明確性的討論上面，大法官引用過往大法官的解釋，指出「法律明確性要求，非謂法律文義應具體詳盡而無解釋之空間或必要。立法者制定法律時，自得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，選擇適當之法律概念與用語，包括適當運用不確定法律概念而為相應之規定。如法律規定之意義，自立法目的與法體系整體關聯性觀點非難以理解，且個案事實是否屬於法律所欲規範之對象，為一般受規範者所得預見，並可經由法院審查認定及判斷者，即無違反法律明確性原則（本院釋字第 432 號、第 521 號、第 594 號、第 602 號、第 690 號、第 794 號及第 799 號解釋參照）。系爭規定一明定原住民未經許可而製造、運輸或持有自製之獵槍，供作生活工具之用者，僅應處以罰鍰，而不適用相關刑罰之規定。其中「自製之獵槍」一詞，尚非罕見或一般人難以客觀理解之用語，法院自得本其文義與立法目的，依文義解釋、歷史解釋、體系解釋等法律解釋方法，適

當闡明其意涵而為適用。是系爭規定一關於自製之獵槍一詞，尚與法律明確性原則無違。」

在關於獵槍上面的問題，大法官只有認為 103 年 6 月 10 日修正發布之槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第 2 條第 3 款規定對於自製獵槍之規範尚有所不足。對此大法官於該號理由書中指出，「103 年 6 月 10 日修正發布之槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第 2 條第 3 款規定對於自製獵槍之規範尚有所不足，未符合使原住民得安全從事合法狩獵活動之要求，於此範圍內，與憲法保障人民生命權、身體權及原住民從事狩獵活動之文化權利之意旨有違。有關機關應至遲自本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨儘速檢討修正，就上開規範不足之部分，訂定符合憲法保障原住民得安全從事合法狩獵活動之自製獵槍之定義性規範。」

倘若我們回到 103 年 6 月 10 日修正發布之槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第 2 條第 3 款規定，該規定對自製獵槍作嚴格的的限制，規範內容為 :「三、自製獵槍：指原住民為傳統習俗文化，由申請人自行獨力或與非以營利為目的之原住民協力，在警察分局核准之地點，並依下列規定製造完成，供作生活所用之工具：

（一）填充物之射出，須逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，以打擊底火或他法引爆，或使用口徑為零點二七英吋以下打擊打釘槍用邊緣底火之空包彈引爆。

（二）填充物，須填充於自製獵槍槍管內發射，小於槍管內徑之玻璃片、鉛質彈丸固體物；其不具制式子彈及其他類似具發射體、彈殼、底火及火藥之定裝彈。

（三）槍身總長（含槍管）須三十八英吋（約九十六點五公分）以上。

而這樣的規範就是把自製獵槍作大幅的限制，而所謂後膛槍則顯然在禁止之列，而這點也是王光祿案最爭執的焦點，而另外桃園地方法院則針對該條文沒有規定到空氣槍的問題提出聲請。然而，大法官解釋雖然認為將其限制在前膛槍顯然規範有所不足。而這樣的宣告對於王光祿案在最高法院審理可能有所空間，但對未來的制度影響不大。因為槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 3 項於 109 年 6 月 10 日修正為：

「第一項之自製獵槍、魚槍之構造、自製獵槍彈藥，及前二項之許可申請、條件、期限、廢止、檢查及其他應遵行事項之管理辦法，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關及國防部定之。」換言之，未來的獵槍雖限於自製，但已經要求國防部協助處理，有如半制式的槍枝。內政部於論辯的時候也指出，本部刻正研訂「原住民自製獵槍魚槍許可及管理辦法」（草案），協請國防部提供具安全性之自製獵槍主要組成零件，俾利原住民使用，使槍枝結構與時俱進，提升自製獵槍安全，保

障原住民狩獵文化之發展等語。

大法官的這樣解釋，顯然沒有解決過去原住民打獵時令人詬病的槍枝安全性問題，且這次大法官解釋的標的事實上來說已經被修法，所以大法官的解釋於現行法基本上來講並沒有直接影響。然而，109 年 6 月 10 日修正條文：「第一項之自製獵槍、魚槍之構造、自製獵槍彈藥，及前二項之許可申請、條件、期限、廢止、檢查及其他應遵行事項之管理辦法，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關及國防部定之。」仍將獵槍限於自製獵槍，而大法官這次肯定此前舊法規定合憲，其實也是代表現行法合憲之意。而王光祿本人事後因為總統的特赦可以確定的是，應該是免除了牢獄之災。但在原住民狩獵槍枝的部分，似乎一點進展都沒有，而未來即便在修法之後，可能較之前在槍枝主要零件上可由國防部來協助，但到底能作到何種程度上不可得知，所以釋字第 803 號解釋在獵槍上面基本上是無解。

肆、未被回應的原住民狩獵權

另外一個爭執的焦點就是生動物保育法第 21 條之 1，該條條文乃是在民國 93 年制定，主要是免除該法第 17、18 與第 19 條第 1 項的禁止規定，這三條禁止規定分別是「非基於學術研究或教育目的，獵捕一般類之哺乳類、鳥類、爬蟲類、兩棲類野生動物，應在地方主管機關所劃定之區域內為之，並應先向地方主管機關、受託機關或團體申請核發許可證。前項野生動物之物種、區域之劃定、變更、廢止及管制事項，由地方主管機關擬訂，層報中央主管機關核定後公告之。第一項許可證得收取工本費，其申請程序及其他有關事項，由中央主管機關定之。」；「保育類野生動物應予保育，不得騷擾、虐待、獵捕、宰殺或為其他利用。但有下列情形之一，不在此限：一、族群量逾越環境容許量者。二、基於學術研究或教育目的，經中央主管機關許可者。前項第一款保育類野生動物之利用，應先經地方主管機關許可；其可利用之種類、地點、範圍及利用數量、期間與方式，由中央主管機關公告之。前二項申請之程序、費用及其他有關事項，由中央主管機關定之。」；「獵捕野生動物，不得以下列方法為之：一、使用炸藥或其他爆裂物。二、使用毒物。三、使用電氣、麻醉物或麻痺之方法。四、架設網具。五、使用獵槍以外之其他種類槍械。六、使用陷阱、獸鋏或特殊獵捕工具。七、其他經主管機關公告禁止之方法。」換言之，這些規範分別是獵捕非保育類動物的限制，以及獵捕保育類動物禁止規定與獵捕方式的限制。不過，野生動物保育法第 21 條之 1 也不是沒有限制，該條規定了必須基於傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，而該條第 2 項授權主管機關針對獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准，其申請程序、獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域及其他應遵循事項

訂定命令，因此主管機關即行政院農業委員會制定了「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」。

而該法看似對於原住民狩獵活動有所開放，但一方面該條條文涉有基於傳統文化、祭儀的要求，而在實務上每每就是否為傳統文化，加以討論，而倘若為自行食用會不會違法呢？對此大法官指出：所稱「傳統文化」，應包含原住民依其所屬部落族群所傳承之飲食與生活文化，而以自行獵獲之野生動物供自己、家人或部落親友食用或作為工具器物之非營利性自用之情形，始符憲法保障原住民從事狩獵活動之文化權利之意旨。

而在解釋理由書中，大法官大加闡釋了文化權利，「本於原住民從事狩獵活動之文化權利之憲法保障意旨而為理解。首就「傳統文化」而言，此一用語雖難以窮盡其意涵，然無疑應涵蓋一切存於原住民族社會，並世代相傳而延續至今之價值、規範、宗教、倫理、制度、風俗、信仰、習慣等等生活內容，不僅包括精神性思想、價值、信仰、禮俗規範等，亦包括傳承已久之食物取得方式、日常飲食習慣與物質生活方式等。而原住民受憲法所保障之文化權利，既係得選擇依其傳統文化而生活之權利，原住民自應有權選擇依其傳統飲食習慣與方式而生活。再者，鑑於狩獵為原住民所享有之憲法上文化權利之重要內涵，原住民基於傳統飲食與生活文化下自用之需，而從事獵捕、宰殺或利用野生動物之行為，應屬系爭規定三容許之範圍。基此，系爭規定三所稱「傳統文化」，應包含原住民依其所屬部落族群所傳承之飲食與生活文化，而以自行獵獲之野生動物供自己、家人或部落親友食用或作為工具器物之非營利性自用之情形，始符憲法保障原住民從事狩獵活動之文化權利之意旨。」這樣的解釋對於長期以來的爭議，應該有正面的幫助，但是大法官對於非營利自用的解釋，則限於非保育類野生動物，對此大法官指出，「立法者對原住民基於傳統文化下非營利性自用而獵捕、宰殺或利用野生動物之行為予以規範，或授權主管機關訂定管制規範時，除有特殊例外，其得獵捕、宰殺或利用之野生動物，應不包括保育類野生動物，以求憲法上相關價值間之衡平。」

不過，另外一個長期以來的問題就是，狩獵必須要事先的取得許可一事，而且在申請上，甚至必須要登記種類數量，此種做法過於限制並無彈性也是個長期以來的問題。然而大法官確認為這種做法合於比例原則的要求。不過，大法官也指出了：

「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法第 4 條第 3 項規定：『申請人應填具申請書……於獵捕活動 20 日前，向獵捕所在地鄉（鎮、市、區）公所申請核轉直轄市、縣（市）主管機關核准。但該獵捕活動係屬非定期性者，應於獵捕活動 5 日前提出申請……』有關非定期性獵捕活動所定之申請期限與程序規定部分，其中就突發性未可事先預期者，欠缺合理彈性，對原住民從事狩獵活動之文化權利所為限制已屬過度，於此範圍內，有違憲法比例原則，應自本解釋公布

之日起不再適用。於相關規定修正發布前，主管機關就原住民前述非定期性獵捕活動提出之狩獵申請，應依本解釋意旨就具體個案情形而為多元彈性措施，不受獵捕活動 5 日前提出申請之限制。同辦法第 4 條第 4 項第 4 款規定：『前項申請書應載明下列事項：……四、獵捕動物之種類、數量……。』之部分，違反憲法比例原則，亦應自本解釋公布之日起不再適用。」

而這樣的解釋，雖然指出了現在登記制度中不合理要求，即必須要對種類、數量事先申請的問題，但是大法官並沒有體認到原住民狩獵背後的文化意涵。大法官對於原住民狩獵似乎採取了保育與狩獵乃是兩個不能相容的命題，以至於認為倘若沒有限制的狩獵，則野生動物保育即不復存在，如此想法忽視了原住民傳統以來與這塊土地的共生關係，也反映出大法官背後的保守思想。

伍、結語

本號解釋一出引起各方的撻伐，因為其根本無助於原住民權利的進展，反而表現出大法官內心的保守，而最終的解釋肯認了目前在法制上一再被質疑的槍砲彈藥刀下管制條例與野生動物保育法的合憲性，如此一來也鞏固了這兩個長期對於原住民狩獵行為大幅限制的法律規範。不過，不能因此而氣餒，因為很多制度也都經過多年的努力，最終才有美麗的果實，原住民權益的前進仍待全民繼續努力。

專題報導

大成台灣律師事務所

大法官會議 803 號解釋「野生動物保育法」規定原住民族獵捕野生動物採事前許可制的爭議

張凱娜 *

一、主要爭議

（一）槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項規定，原住民未經許可，製造、運輸或持有獵槍，供作生活工具之用者，以自製者為限，始能免除刑罰，且不及於空氣槍，是否符合法律明確性原則？有無牴觸憲法比例原則？

（二）103 年 6 月 10 日修正發布之槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第 2 條第 3 款，就「自製獵槍」之定義規定，是否規範不足，而違反憲法保障人民生命權、身體權，以及憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項前段規定保障原住民從事狩獵活動之文化權利之意旨？

（三）野生動物保育法第 21 條之 1 第 1 項規定所稱之傳統文化，是否包含非營利性自用之情形？

（四）野生動物保育法第 21 條之 1 第 2 項前段規定，獵捕、宰殺或利用野生動物之行為，須事先經主管機關核准，以及原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法第 4 條第 3 項及第 4 項第 4 款規定有關申請期限及程序、申請書應記載事項中動物種類及數量部分，是否違反憲法比例原則？

二、大法官會議解釋的「重點」

由於本次大法官要做出的解釋文涉及的法規及事例有點複雜，15 位大法官中對於解釋文，尚且出現了「部分協同意見書」、「協同意見書」、「部分協同部分不

* 大成台灣律師事務所

同意見書」、「部分不同意見書」等四種「版本」，因此要一般人好好地掌握「核心」可能有點困難。因此，先將司法院提供給記者的「重點」新聞稿整理如下：

（一）槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項就除罪範圍之設定，尚不生違反憲法比例原則之問題；其所稱自製之獵槍一詞，尚與法律明確性原則無違。

（二）槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第 2 條第 3 款「自製獵槍」，規範尚有所不足，未符合使原住民得安全從事合法狩獵活動之要求，於此範圍內，與憲法保障人民生命權、身體權及原住民從事狩獵活動之文化權利之意旨有違。有關機關應至遲自本號解釋公布之日起 2 年內，依本號解釋意旨儘速檢討修正，就上開規範不足之部分，訂定符合憲法保障原住民得安全從事合法狩獵活動之自製獵槍之定義性規範。

（三）野生動物保育法第 21 條之 1 第 1 項所稱「傳統文化」意涵包含非營利自用；惟考量原住民基於傳統文化所為獵捕、宰殺或利用野生動物之行為，仍對野生動物，尤其是保育類野生動物，造成相當大危害，立法者對原住民基於傳統文化下非營利性自用而獵捕、宰殺或利用野生動物之行為予以規範，或授權主管機關訂定管制規範時，除有特殊例外，其得獵捕、宰殺或利用之野生動物，應不包括保育類野生動物，以求憲法上相關價值間之衡平。

（四）野生動物保育法第 21 條之 1 第 2 項前段規定，所採之事前申請核准之管制手段，尚不違反憲法比例原則。

（五）關於事前申請核准之程序規範，原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法第 4 條第 3 項規定有關非定期性獵捕活動所定之申請期限與程序規定部分，其中就突發性未可事先預期者，欠缺合理彈性，對原住民從事狩獵活動之文化權利所為限制已屬過度，亦已逾越可合理期待原住民承受之限度，於此範圍內，有違憲法比例原則，應自本解釋公布之日起不再適用。於相關規定修正發布前，主管機關就原住民前述非定期性獵捕活動提出之狩獵申請，應依本解釋意旨就具體個案情形而為多元彈性措施，不受獵捕活動 5 日前提出申請之限制。

（六）同辦法第 4 條第 4 項第 4 款規定有關申請書應載明獵捕動物之種類與數量部分，此等申請人於狩獵活動開始前就狩獵成果之主觀性期待或臆測，就該目的之達成助益實屬有限，實無要求申請人事前預估申報之必要，對原住民從事狩獵活動之文化權利所為之限制已逾越必要之限度，且與原住民傳統文化所傳承之思想與觀念難以相容，尤難認屬可合理期待原

住民或部落等可承受者，與憲法比例原則不符，應自本解釋公布之日起不再適用。

三、問題延伸與解析

（一）有關槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第 2 條第 3 款，對於「自製獵槍」的規定，大法官會議解釋認為此規範尚有所不足，有關機關應至遲自本號解釋公布之日起 2 年內，依本號解釋意旨儘速檢討修正，就上開規範不足之部分，訂定符合憲法保障原住民得安全從事合法狩獵活動之自製獵槍之定義性規範。

誠如聲請人法官張家豪在三月間的言詞辯論時提到，現行規定未定義所謂自製獵槍，會使人民誤信自己合法，且排除空氣槍也違反平等原則。張家豪指出，無論是依照釋字 669 號解釋內容或槍砲彈藥刀械管制條例第 8 條第 6 項，特別規定有關空氣槍之罪得減輕其刑，可見空氣槍在法律上的非難性是低於其他槍支，而原住民持有法律上非難較低的空氣槍狩獵卻反而要受刑事處罰，難認合於平等原則，並且也有違反體系正義。

（二）關於事前申請核准之程序規範：「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」第 4 條第 3 項規定「有關非定期性獵捕活動」所定之申請期限與程序規定部分，其中就突發性未可事先預期者，欠缺合理彈性，對原住民從事狩獵活動之文化權利所為限制已屬過度，亦已逾越可合理期待原住民承受之限度，於此範圍內，有違憲法比例原則，應自本解釋公布之日起不再適用。

由於原住民於狩獵前根本無法預測會獵捕到什麼野生動物，但如今卻要求獵人需事先申報獵捕種類與數量，明顯違反論理法則，也侵害原住民族的信仰核心。一般認為，在原住民族的狩獵文化中，獵物都是上天賜與的禮物，如要求獵人必須要對外宣告要補什麼樣的野生動物，這行為嚴重觸犯了禁忌，更直接侵害了原住民族獵人的信仰核心，也讓獵人不願意主動去申請，最後導致行政機關也沒有辦法達成管理的目的。因此，未來有關「事先申請核准」程序將不再適用。同理，上揭管理辦法第 4 條第 4 項第 4 款有關申請書應載明的事項，也因此不再適用。

四、小結

曾如原民會主委夷將．拔路兒在三月間的言詞辯論時所提出的，應允許原住民族享有科學進步的安全獵槍。另，國家人權委員會代表高涌誠也以法庭之友的身分表示，現行的事前許可制將原住民族文化權利變為須經行政許可的管制措施，而衍生了由行政機關掌握對於原住民族文化的定義權，此部分顯然與經濟社會文化權利國際公約精神有違，應透過現有機制，與各族群共同歸納整理符合其族群特定的狩獵規範。另外，依照經社文公約，原住民不僅有權以其傳統方式生活，也可為適應現代生活變更該方式所需之工具，包含使用現代且安全的工具進行狩獵活動。期待政府在規範社會秩序的大前提之下，亦能尊重到原住民族的文化傳統，讓整體都得到更和諧完滿的結果。

五、截稿後補充

總統府於 5 月 20 日上午發布新聞稿表示，為表達對原住民族傳統的尊重，促進族群主流化發展，蔡總統今天第二任任期屆滿一週年之際，依據憲法第 40 條及赦免法第 3 條前段規定，批示同意特赦獵捕野生動物觸法的布農族原住民王光祿，免除其刑之執行。這也是中華民國行憲以來，第七次特赦。

由於日前（5 月 7 日）做成釋字第 803 號解釋，其中野生動物保育法規定原住民族基於傳統文化獵捕、宰殺或利用野生動物不受相關條文限制的規定，大法官認為「傳統文化」應包含原住民依其所屬部落族群所傳承的飲食與生活文化，而以自行獵獲的野生動物供自己、家人或部落親友食用的非營利性自用情形。換言之，王光祿並未因大法官會議解釋而免除其責。

但總統認為：憲法明文肯定多元文化價值，保障原住民從事狩獵活動的文化權利。在原住民族文化中，族人與山林共同分享、共同生存，相互依賴，日常狩獵是族人生活文化的一部分。王光祿雖然因為狩獵野生動物而觸犯相關法律，惟考量他的狩獵是為供罹病的家人食用；狩獵自用也經大法官認為這屬於原住民傳統文化之範疇，情可憫恕，因此特赦王光祿，彰顯政府尊重原住民族生活文化，促進族群主流化發展之用心。

總統這項決定，對於政府推動原住民族歷史正義與轉型正義工作，特別具有意義，這也是總統任內第一次特赦。

專題報導

大成台灣律師事務所

加拿大最高法院：美國原住民在加拿大享有原住民權利

加拿大最高法院 (Supreme Court of Canada) 於 2021 年 4 月 23 日就 R. v. Desautel(2021 SCC 17：38734) 乙案[1]宣布判決，該裁決維持下級法院就當事人 Desautel 涉嫌違反「野生動物法」(Wildlife Act) 乙案所作之無罪決定，即使 Desautel 是美國居民和公民，加拿大最高法院仍於判決中肯認 Desautel 於加拿大不列顛哥倫比亞省箭湖地區 (Arrow Lakes area of British Columbia) 的原住民狩獵權，可謂就原住民權利之跨國行使立下一個里程碑。

2010 年 10 月，美國公民及居民 Desautel 在加拿大不列顛哥倫比亞省射殺一隻麋鹿，他被控無執照狩獵，而違反不列顛哥倫比亞省「野生動物法」第 11 條第 1 款的規定。Desautel 則主張其享有加拿大 1982 年「憲法」(Constitution Act, 1982) 第 35 條第 1 款的原住民狩獵權，因為他是美國華盛頓州科爾維爾同盟部落 (the Colville Confederated Tribes based in the State of Washington) 中湖泊部落 (Lakes Tribe) 的一員，湖泊部落是 Sinixt 族之後裔，承繼自 Sinixt 族，他於加拿大不列顛哥倫比亞省 Sinixt 族傳統領域內射殺麋鹿，屬於原住民狩獵權的合法行使。

法院就 1982 年憲法第 35 條中的「加拿大原住民」一詞的地域範圍提出新的解釋，認定湖泊部落從加拿大不列顛哥倫比亞省遷移到美國華盛頓州，後者即屬傳統領域的另一部分，遷移並未導致湖泊部落失去其身份或作為 Sinixt 族後裔的地位，也因而肯認該已遷徙之湖泊部落仍為加拿大原住民的一部分，故憲法第 35 條的原住民權利可包括非加拿大公民或居民的原住民。法官認為 Desautel 在 Sinixt 族傳統領域內所進行的現代狩獵活動，是歷史上 Sinixt 族在接觸到歐洲殖民者前既有習俗 (pre-contact practice) 的延續，自應受到憲法原住民權利的保障。法院肯認該案適用 1996 年所建立之「范德皮特測試法」(Van der Peet test)，指出「連續性」之認定並非必然指連續行使權利，而是針對特定事實活動 (highly fact-specific exercise)。

然有部分法官出具不同意見，認為湖泊部落現今全體已定居於美國境內，故 Desautel 並非加拿大原住民之一員，自不得於加拿大不列顛哥倫比亞省行使原住民權。即使大多數人肯認「加拿大原住民」一詞亦包括加拿大境外的相關團體，但就

1　R. v. Desautel, 2021 SCC 17 (CanLII)

范德皮特測試法是否適用於 Desautel 案仍存在分歧。反對者認為該范德皮特測試法僅保護連續行使權利者，且過去的實踐與當今的實踐須具有合理程度的連續性，而 Desautel 的狩獵行為並不符合該連續行使之行為要件，故不應適用范德皮特測試法進而享有加拿大原住民權利。

縱使少數法官出具不同意見，多數法官仍肯認美國原住民在加拿大享有原住民權利，可謂史無前例，基於加拿大與美國間的邊境線漫長，此案對於邊境行使的各種原住民權利將產生決定性影響[2]。

2 David Bursey, Radha Curpen, Sharon Singh and Deirdre Sheehan (Bennett Jones), Indigenous Persons from the United States May Hold Aboriginal Rights in Canada (03/05/2021), at https://www.bennettjones.com/Blogs-Section/Indigenous-Persons-from-the-United-States-May-Hold-Aboriginal-Rights-in-Canada (last visited 28/05/2021).

專題報導

大成台灣律師事務所

美國首位原住民內閣成員 Deb Haaland

新墨西哥州 Laguna Pueblo 族的 Deb Haaland，已於 2021 年 3 月 15 日正式成為美國內閣成員，同時為美國史上第一位美洲原住民內政部部長（Cabinet secretary）。

參議院以 51 票對 40 票通過確認由民主黨女議員 Deb Haaland 領導內政部，Deb Haaland 之任命展現其歷史上之意義，過往美國內政部被視為是美國政府壓迫原住民族的一環，內政部執掌管理國家的公共土地、瀕危物種、自然資源及美國政府與原住民部落間之關係。這不是 Deb Haaland 第一次創造歷史，她在 2018 年成為當選國會議員的前兩名美國原住民女性之一，她被拜登總統提名內政部部長時，部落團體、環保組織及立法者皆大肆慶祝，並稱該提任命決定姍姍來遲[1]。

美國內政部網站[2]上顯示 Deb Haaland 為第 35 代新墨西哥人，在軍人家庭中長大，她的父親是一名服務三十年的海軍陸戰隊員，曾在越南解救六個人的生命而獲得銀星獎章，她的母親是一名海軍退伍軍人，曾在印度事務局擔任聯邦僱員二十五年。作為軍人家庭的孩子，她在阿爾伯克基（Albuquerque）的高地高中（Highland High School）畢業前就讀了十三所公立學校。Deb Haaland 為單親媽媽，有時不得不依靠食品券過日子，同時還要讓自己完成大學學業。她在 28 歲時就讀於新墨西哥大學 （New Mexico（UNM）），並取得英語學士學位，後於新墨西哥大學法學院獲得法學博士學位。

Deb Haaland 畢業後經營著自己的小企業，在 San Felipe Pueblo 擔任部落管理員，並成為第一位當選 Laguna Development Corporation 董事會的女性，負責監督新墨西哥第二大部落遊戲企業（the second largest tribal gaming enterprise）的業務運營，並成功地使公司企業落實商業環保承諾。在 2014 年競選新墨西哥州副州長後，Deb Haaland 成為第一位當選的美國原住民婦女，她也是最早在國會任職的美國原住民女性之一。在國會問政期間，她專注於環境正義、氣候變化、失踪和被謀殺的原住民婦女及家庭等相關政策。

1　Nanthan Rott, Deb Haaland Confirmed As 1st Native American Interior Secretary, at https://www.npr.org/2021/03/15/977558590/deb-haaland-confirmed-as-first-native-american-interior-secretary.

2　U.S. SECRETARY OF THE INTERIOR Secretary Deb Haaland

內政部管理著美國約五分之一的土地以及離岸資產，Deb Haaland 在她的任職聽證會上說：「公共土地能源創造就業機會，而於創造新的經濟機會方面，內政部將發揮關鍵作用，因此美國的公共土地不但可以且也應該成為能源生產的引擎。」，另外，Deb Haaland 曾將氣候危機稱為「一生的挑戰」（challenge of our lifetime），她表示作為內政部長，將在拜登政府應對氣候變化的努力中發揮關鍵作用。

專題報導

大成台灣律師事務所

雪梨大學法學院宣布正式支持《烏魯魯內心之聲明》

《烏魯魯內心之聲明》是澳大利亞第一民族憲政會議（the First Nations National Constitutional Convention）的代表於 2017 年 5 月 26 日所發表，呼籲聯邦國會設立一個新的由憲法選出的原住民代表機構，希望建立機制以制定條約及建立真相公平委員會，他們拒絕接受憲法象徵性承認原住民身份的聲明，主張實行根本性的改革[1]，正式提出三管齊下的民主復興計畫：聲音、條約及真相[2]。

《烏魯魯內心之聲明》說道：「我們尋求憲法改革以賦予我們人民權力，並在我們自己的國家取得應有的地位。當我們掌握自己的命運時，我們的孩子就會茁壯成長。他們將行走在兩個世界中，他們的文化將成為國家的禮物。」（We seek constitutional reforms to empower our people and take a rightful place in our own country. When we have power over our destiny our children will flourish. They will walk in two worlds and their culture will be a gift to their country.），並呼籲建立馬卡拉塔委員會（a Makarrata Commission），監督政府與原住民之間達成協議的過程及講述原住民歷史的真相。最後並解釋馬卡拉塔委員會的命名原因，馬卡拉塔是一個 Yolngu 詞，描述一個解決衝突、締造和平及正義的過程，可藉此體現原住民與人民建立公平和真實關係的願望[3]。

聲明發布後，引起廣泛討論，支持、反對聲浪皆存在，而於 2021 年 5 月 25 日，澳大利亞雪梨大學法學院公開表示支持《烏魯魯內心之聲明》，決議內容包括：「作為一個由法律學者和學生組成的群體，我們有義務從正義的角度就原住民和托雷斯海峽島民（Torres Strait Islander Peoples）待遇的表達關心，並支持真相及教育學生了解澳大利亞的第一個民族及第一民族法。」、「肯定原住民及托雷斯海峽島民根據「公民權利和政治權利國際公約」第 1 條、「經濟和社會權利國際公約」第 1 條及「聯合國原住民人民權利宣言」第 3 條享有自決權。」，鑒於原住民及托雷斯

1　SBS，澳大利亞原住民大會推出憲法改革路線圖，https://www.sbs.com.au/chinese/mandarin/zh-hans/970536

2　Stan Grant，分析：從全球“斷層線”看對澳洲原住民的不公正，https://www.abc.net.au/chinese/2020-05-26/reconciliation-week-indigenous-justice-global-ideology/12284230

3　Wikipedia, Uluru Statement from the Heart

海峽島民的自決權主張未得到廣泛充分的認可或回應，澳大利亞雪梨大學法學院因此決定公開表示支持《烏魯魯內心之聲明》[4]：

支持《烏魯魯內心之聲明》，包括建立具有憲法約束力的第一民族議會聲音及馬卡拉塔委員會，以監督政府與第一民族間達成協議及講述歷史的真相。

呼籲聯邦政府從心底認可烏魯魯聲明，採取行動將原住民的聲音載入澳大利亞憲法，並按照澳大利亞原住民的要求成立馬卡拉塔委員會。

法學院正式發表聲明，可謂前所未見的創舉，期待後續發酵而有更多學校及團體跟進，協助原住民爭取權益。

4 News_Law School declares formal support of the Uluru Statement, The University of Sydney Law School

專題報導

大成台灣律師事務所

近 40 個人權團體聯合致函澳洲政府：要求改善原住民族被告人權

2021 年 5 月 28 日，將近 40 個澳洲人權團體聯合致函澳大利亞維多利亞州（Victoria）政府，譴責澳洲政府長期漠視原住民族被告在羈押期間死亡之問題，並要求澳洲政府應改善原住民族被告之人權。

在此封由「維多利亞州原住民族法律服務社會合作組織」（The Victorian Aboriginal Legal Service Co-operative Limited）主要執筆的聯名函件中，諷刺澳大利亞維多利亞州政府並非「意外悲劇的無助旁觀者」，而稱維多利亞州政府更是「積極且自願地對此持續性的人權危機做出貢獻」。

該封聯名函件，用醒目的標題譴責維多利亞州政府：「這場人權危機就在你（政府）的眼皮底下上演——原住民族在維多利亞州的羈押人數持續飆升，並且在羈押期間中相繼不幸喪命。」

該組織的執行長、澳洲執業律師 Nerita Waight 向媒體表示：「我們承認此聯名函件的措辭強硬，但這些強硬聲明的背後，是因為我們正看著原住民族社群受到戕害。」、「維多利亞州的保釋法（bail laws）是全澳洲最嚴格的規定」。該函件中並指出，「此保釋法不合比例地限制了原住民族獲得保釋的機會」。

共同連署的澳洲人權團體，呼籲維多利亞州政府應修改該州具爭議性的保釋法。根據最新統計資料，維多利亞州於 2021 年 4 月份總計 7,227 名被告中，破紀錄有高達 44% 的被告還押候審。澳洲人權團體指出，在維多利亞州嚴格的保釋法和保釋標準下，最受影響者即為原住民族女性被告。

然而，此並非澳洲人權團體首次關切原住民族被告於羈押期間之人權議題。2021 年 4 月，澳洲各大城據報導有上百名民眾於街頭遊行抗議，要求澳洲政府應認真對待原住民族於羈押期間死亡的調查報告，並積極提出具體解決方案。根據統計，原住民族僅約佔澳洲總人口的 2%，但卻佔全澳洲羈押被告人數的 27%。

2020 年 10 月間，澳洲新南威爾士州（New South Wales）之州議會，亦曾對新南威爾士州原住民族於羈押期間中死亡之問題舉行聽證會。新南威爾士州律師公會（NSW Bar Association）於該次聽證會中指出，澳洲政府雖然在數十年前即注意到原住民族被告之人權問題，但卻遲遲未見政府的積極行動改善。

新南威爾士州律師公會建議澳洲政府，除提供更多資源調查相關不幸死亡之事件，且鑒於澳洲司法制度長期未獲原住民族之信任，建議亦應委由客觀、體制外的獨立單位進行調查。

專題報導

大成台灣律師事務所

澳洲原住民防範 Covid-19 計畫及模式

據華盛頓郵報（The Washington Post）報載[1]，在 Covid-19 傳染病盛行猖獗的年代，從阿拉斯加到亞馬遜，因為根深蒂固的貧困醫療環境及社會經濟不平等加劇了這種傳染病的影響，原住民更有可能感染或死於 Covid-19。但在澳洲，情況並非如此。依照 2021 年官方數據顯示，澳洲原住民的人均感染率不僅遠低於全球，而且他們感染冠狀病毒的比例比澳洲更廣泛的人口低六倍，且在澳洲偏遠地區的原住民沒有病例，也沒有一位原住民長者死亡。而自該傳染病全國大流行開始以來，在涉及原住民的 149 起病例中，很少有嚴重到需要住院治療的病例。相比之下，美國原住民罹患 Covid-19 後，相較於其他族群有更高的死亡率。

公衛專家表示，因澳洲過往傳染病大流行時原住民健康狀況不佳及遭忽視的歷史，原住民醫療保健提供了一個潛在的模式。在澳洲的一些診所抱怨缺乏疫苗之時，原住民及托雷斯海峽島民（Torres Strait Islanders）因感染後患嚴重疾病的風險較高，故正在優先接種疫苗，可見與澳洲其他地方相比，在許多原住民社區，疫苗的推廣工作也更加順利，據原住民公衛官員稱，在雪梨推出疫苗的第一天，一家原住民診所在一個小時內就已經預約額滿，這是一個對於如此邊緣化的社區對大流行疾病的驚人反應。

根據澳洲政府數據，澳洲的 80 萬原住民比其他澳洲人更有可能因肺部疾病、糖尿病及癲癇等慢性疾病需要住院治療，原住民的預期壽命比其餘人口的預期壽命落後近九年，低於孟加拉或委內瑞拉的預期壽命。

在 2020 年 1 月，澳洲出現首例冠狀病毒（corona virus）病例，一名來自中國武漢的男子抵達墨爾本，為該國敲響了警鐘，尤其是對澳洲的原住民領導人而言，這種新病毒正在襲擊老年人，尤其是那些患有慢性病的人。由於該病毒具有高度傳染性，它很可能像野火一樣在人滿為患的偏遠原住民社區中蔓延。

為原住民社區製定病毒防治計劃而成立的政府工作組織聯合主席 Dawn Casey 表示：「原住民醫生在每週例會上對來自病毒流行國家的數量表示震驚，從海外發生的疫情可知，如果這個病毒進入偏遠社區，很可能就會消滅整個社區。」因此，由公衛組織控制的全國原住民社區（National Aboriginal Community Controlled

1　https://www.washingtonpost.com/world/asia_pacific/australia-coronavirus-aboriginal-indigenous/2021/04/09/7acd4d56-96a4-11eb-8f0a-3384cf4fb399_story.html

Health Organization）首席執行官帕特•特納 （Pat Turner）於 2020 年 3 月致函給州及聯邦領導人，要求他們行使權力下令關閉偏遠社區，以阻止遊客進入，以避免疫情入侵。因此，該社區被封鎖。

律師蒂拉•里德（Teela Reid）在雪梨西北 270 英里的鄉村小鎮吉爾甘德拉（Gilgandra）開始了保護長者、耆老的工作計畫。里德表示：「如果我們有 3,000 人的小鎮出現一例病例，因為我們沒有任何醫療資源，我可以清楚地看到它在該小鎮可能帶來的災難性後果。」因此，當地市政府編制了一份長者、耆老名單，確保他們不需要離開家去買食物或藥品。里德的祖母斯特拉（Stella）是鎮上主持傳統儀式的女族長，為了避免可能的接觸感染，她也鎖上了她的大門不再外出及避免接觸。里德說：「這對我們來說很難，我們的祖父母通常是撫養孩子的人，但他們也傳承我們族群文化、歷史的人。原住民族的文化通常是口耳相傳，如果你失去了口耳相傳的人，它就會消失了。許多社區都是藉由延續文化的自然本能來保護長者、耆老及倖存者。」

原住民公衛機構在 Facebook、TikTok 及 Vimeo 上以當地語言發布冠狀病毒信息，包括關於咳嗽禮節、手部衛生的說明以及與可信賴公衛官員的面談參訪。另外用一段動畫影片描述了共享乘車前往雜貨店的人們可能因此接觸傳播病毒。而 Yindjibarndi 的長老土特斯丹尼爾 （Tootsie Daniel ）在 Facebook 上發布了 Knack 的“My Sharona”修改版宣導影片，他一邊在水盆中中沖洗雙手，一邊唱道：「哦，我正在製造泡沫，泡沫來了。搓手真是太有趣了。再見，冠狀病毒！（“Ooh, I’m making bubbles come, bubbles come. Scrubbing hands is so much fun. Goodbye, corona.”）」詼諧的宣導影片都起了一定的作用。

相關專家表示，考慮到 81% 的澳洲原住民居住在城市地區，澳洲原住民的低病例數尤其值得注意。在 2020 年 7 月份疫情爆發席捲墨爾本的公共住宅大樓時，社區公衛工作者向被困在家中的弱勢居民分發了雜貨及處方藥。每天監測高危險人群。同月，在一名州際卡車司機在感染時訪問了雪梨的一家酒吧，引發了 57 例病例群後，公衛工作者相繼追踪當時曾在該場所的任何原住民，這是原住民公衛工作者首次獲得了通常由州公衛當局保留的接觸者追蹤權。

自澳洲原住民在此次疫情防範及控制計畫的相關方式奏效，值得讓相關主管機關關注及思考仿效當地原住民成功防疫的模式。

《原住民族法學》期刊稿約與審稿規則

《原住民族法學》為原住民族委員會出版之法學期刊，凡內容有關原住民族重要法學議題及重大法律事件之未經發表文稿均歡迎賜稿。

文稿類型

（一）專題論文：由本刊編輯委員會根據特定議題，邀請專家學者撰寫，字數至少 1 萬字以上。

（二）研究論文：未在國內其他學術期刊發表過之與原住民族法律議題相關學術論文，字數至少 1 萬字以上。

（三）評論前期文章：評析本會前期出版之論文，字數至少 5000 字以上。

（四）專題報導：包括如原住民族重要法規介紹、各國原住民族法律介紹、近期原住民族重要法律事件介紹或判決解析、國家考試內原住民族法規相關試題分析，原住民族法學相關書籍推薦介紹等。

論文格式

（一）以電腦打字，稿件中、外文均請橫式繕打，加註清楚標點，並請提供「列印稿」及來稿檔案（Word 格式之電子檔案），頁碼按序標明並請附上引註資料（採同頁註格式，請按學術慣例註明引註與參考文獻）。

（二）來稿內容順序：

1.論文題目及作者姓名 (須列服務機構、本身職務、地址與聯絡電話)。

2. 目次。

3.中文摘要。

4.中文關鍵字（如有專有名詞因實際困難無法翻譯成中英文者，可保留該外文以原文表達該專有名詞）。

5.本文。

本文標題層次

壹、XXXXXX

一、XXXXXX

(一) XXXXXX

1. XXXXXX

(1) XXXXXX

6. 參考文獻。

7. 英文論文題目及作者英文姓名。(須列服務機構、本身職務)

8. 英文摘要。

9. 英文關鍵字。

審稿規則

（一）第一階段：形式審查

稿件首先由總編輯或執行編輯商請相關領域專家一人進行形式審查。

形式審查人應確定稿件是否符合法律學報論文之一般水準。

（二）第二階段：實質審查

通過形式審查之稿件，送請相關領域專家進行實質審查。

（三）實質審查之項目與及格標準

實質審查時分別針對「研究方法」（30%）、「文章組織與結構」（30%）及「學術價值」（40%）等三項進行評審。對於稿件之評量分數以 100 分為滿分，以 70 分為及格。

（四）審查結果

編輯委員會議應依審查意見作成刊登、修改後刊登、修改後複審或不予刊登等決定。

（五）雙向匿名原則

本刊之稿件審查程序，不論形式審查或實質審查階段，皆採雙向匿名原則，以確保審查結果之客觀與公正。

（六）稿件刊登順序

稿件數量如超過當期篇幅容量，本刊得斟酌領域平衡以及各該稿件之時效性等因素，決定當期刊登之稿件及其順序。

（七）刊登證明

稿件作者如要求開具刊登證明，總編輯應於編輯委員會議審查通過後，開具刊登證明或同意刊登證明。

校稿程序

通過審查而且完成修改的稿件，請提供修正版電子檔一份，以便安排排版作業。文稿的二校稿將寄交作者自行校閱，校稿需在收到後一星期內寄回；逾時的文稿，本刊保留拒絕刊登的權利。

版權事宜

（一）本刊不接受已經在國內其他學術期刊出版的文稿。

（二）來稿內容請注意遵守著作權及其他法令規定，一經刊登，文責自負，著作權由作者保留。凡刊登於本刊之論文，作者同意本刊得為平面或數位出版，本刊並得自行或再授權本刊同意之資料庫業者，進行重製、透過網路提供服務、授權用戶下載、列印等行為，並得酌作格式之修改。

經刊登的論文投稿著作所有列名作者皆同意在投稿文章經本刊登後，其著作財產權即讓與給原住民族法學期刊出版單位，著作權由作者保留。凡刊登於本刊之論文，作者同意本刊得為平面或數位出版，本刊並得自行或再授權本刊同意之資料庫業者，進行重製、透過網路提供服務、授權用戶下載、列印等行為，並得酌作格式之修改。

（三）著作權：原住民族委員會取得全部權利，惟各單篇著作、影片及圖片等涉及他人著作者，原住民族委員會有權永久無償利用該著作財產權。

出版日期與截稿日期

本刊為半年刊，年度出版兩期。第 7 期請最遲於民國 109 年 10 月 31 日前；第 8 期請最遲於民國 110 年 1 月 31 日前寄送。其餘期之截稿日期將另外公告。

來稿請寄

來稿時備妥 WORD 電子檔並寄至電子信箱：tilr@dentons.com.tw；

電話：(02)27020208 轉 120。

ISSN：2517-9187
9 772517 918000
GPN：2010500902
定價：400 元