目錄

研討會議程 1

研討會說明 5

主辦單位致詞 7

貴賓致詞 11

主題演講 15

第一場次　原住民族傳統財產權之特殊權性質 31

吳豪人　文化權做為一種複合性權利：以日本阿依努族文化權發展史為例 35
林淑雅　差異而不平等－原住民族產權特殊性的理解 61
石忠山　差異與肯認—初探多元民主國家之原住民族法制建構 77

第二場次　原住民族傳統習慣規範 VS. 國家法、習慣法 105

黃居正　原住民法與市民法的衝突—論非線型憲法結構下特殊權利的地位 109
楊仁煌　原住民族律法與國家法制-撒奇萊雅族律法（SAKINIKET）之反思 137
高德義　重拾被放逐的傳統：排灣族習慣法與國家法的衝突與融合 169

第三場次　原住民族狩獵文化 VS. 生態保育 197

王進發　原住民族狩獵文化談生態保育－以歲時祭儀及傳統慣習來說起 201
蔡志偉　初探現行法制下臺灣原住民族狩獵與採集權利的意涵 219
台邦・撒沙勒　生態保育、在地發展與遷村：山林守護在西魯凱的實踐經驗 239

第四場次　原住民族土地與自然資源權利 VS. 國土規劃暨環境治理 267

詹順貴　國家法制高牆下實現原住民族土地與自然資源權利的困境— 271
官大偉　國土計畫、原住民族自治與原住民族土地權之落實 293
雅柏甦詠・博伊哲努　原住民族傳統領域土地的幾種思考 311

第五場次　原住民族傳統親屬組織與繼承 319

蔡穎芳　繼承自治？－自排灣族的觀點出發 323
蔡中涵　阿美族傳統社會組織與財產制 343

第六場次　原住民族文化權 VS. 智慧財產權 361

李崇僖　證明標章保護原住民工藝品之功能：以美國 IACA 經驗為例 365
陳張培倫　《原住民族傳統智慧創作保護條例》中的集體權議題 381

報名與會人員名單 401

研討會照片集錦 405

研討會議程

時間：99 年 11 月 14 日（星期日）

地點：國立臺灣大學法律學院霖澤館 1 樓國際會議廳

08:30-08:50	報　到	
08:50-09:00	主辦單位致詞：行政院原住民族委員會孫大川　主任委員	
09:00-09:20	貴賓致詞：法務部曾勇夫　部長	
09:20-10:00	主題演講：臺灣大學法律學院蔡明誠　院長	
10:00-10:20	茶　敘(大合照)	
10:20-10:25	**【第一場次】** **原住民族傳統財產權之特殊權性質** 主持人：東華大學原住民民族學院施正鋒　院長	
10:25-10:50	**文化權做為一種複合性權利：** **以日本阿依努族文化權發展史為例** 發表人：吳豪人　副教授 輔仁大學法律學系	評論人：林長振　律師 林長振律師事務所
10:50-11:15	**差異而不平等－** **原住民族產權特殊性的理解** 發表人：林淑雅　助理教授 靜宜大學法律學系	評論人：張道周　法官 臺灣嘉義地方法院
11:15-11:40	**差異與承認—** **初探多元民主國家之原住民族法制建構** 發表人：石忠山　副教授 東華大學公共行政研究所	評論人：徐揮彥　副教授 東華大學財經法律研究所
11:40-12:00	綜合討論	
12:00-13:30	午　餐	
13:30-13:35	**【第二場次】** **原住民族傳統習慣規範 vs.國家法、習慣法** 主持人：臺灣大學法律學院王泰升　教授	
13:35-14:00	**原住民法與市民法的衝突—** **論非線型憲法結構下特殊權利的地位** 發表人：黃居正　副教授 清華大學科技法律研究所	評論人：黃昭元　教授 臺灣大學法律學院

14:00-14:25	**原住民族律法與國家法制－** **撒奇萊雅族律法（Sakiniket）之反思** 發表人：楊仁煌 副教授 開南大學公共事務管理系所	評論人：錢建榮 法官 臺灣桃園地方法院
14:25-14:50	**重拾被放逐的傳統：** **排灣族習慣法與國家法的衝突與融合** 發表人：高德義 副教授 東華大學民族發展與社會工作學系	評論人：李惠宗 教授 中興大學法律學系
14:50-15:10	綜合討論	
15:10-15:30	茶 敘	
15:30-15:35	**【第三場次】** **原住民族狩獵文化 vs.生態保育** 主持人：考試院浦忠成 考試委員	
15:35-16:00	**原住民族狩獵文化談生態保育－** **以歲時祭儀及傳統慣習來說起** 發表人：王進發 助理教授 嘉義大學通識教育中心	評論人：林三元 法官 臺灣臺中地方法院
16:00-16:25	**初探現行法制下** **臺灣原住民族狩獵與採集權利的意涵** 發表人：蔡志偉 助理教授 東華大學民族發展與社會工作學系	評論人：劉士豪 教授 銘傳大學財金法律學系
16:25-16:50	**生態保育、在地發展與遷村：** **山林守護在西魯凱的實踐經驗** 發表人：裴家騏 教授 屏東科技大學野生動物保育研究所 發表人：台邦・撒沙勒 助理教授 大仁科技大學觀光事業系	評論人：黃國益 法官 臺灣士林地方法院法官
16:50-17:10	綜合討論	
17:10~	晚宴	

時間：99 年 11 月 15 日（星期一）

地點：國立臺灣大學法律學院霖澤館 1 樓國際會議廳

08:00-08:30	報　到	
08:30-08:35	**【第四場次】** **原住民族土地與自然資源權利 vs.國土規劃暨環境治理** 主持人：東華大學族群關係與文化學系紀駿傑 教授	
08:35-09:00	**國家法制高牆下** **實現原住民族土地與自然資源權利的困境─** **從國土規劃與環境治理談起** 發表人：詹順貴 律師 元貞聯合法律事務所	評論人：王怡仁 檢察官 臺灣花蓮地方法院檢察署
09:00-09:25	**國土計畫、原住民族自治** **與原住民族土地權之落實** 發表人：官大偉 助理教授 政治大學民族學系	評論人：湯文章 法官 臺灣花蓮地方法院
09:25-09:50	**原住民族傳統領域土地的幾種思考** 發表人：雅柏甦詠・博伊哲努 專門委員 行政院原住民族委員會企劃處	評論人：陳為祥 律師 恆信法律事務所
09:50-10:10	綜合討論	
10:10-10:20	茶　敘	
10:20-10:25	**【第五場次】** **原住民族傳統親屬組織與繼承** 主持人：中央研究院民族學研究所黃樹民 所長	
10:25-10:50	**繼承自治？－自排灣族的觀點出發** 發表人：蔡穎芳 助理教授 靜宜大學法律學系	評論人：林昀嫻 助理教授 清華大學科技法律研究所
10:50-11:15	**海岸阿美族財產所有制與國家法律之競合** 發表人：蔡中涵 理事長 台灣原住民教授學會	評論人：陳昭如 副教授 臺灣大學法律學院
11:15-11:30	綜合討論	
11:30-11:35	**【第六場次】** **原住民族文化權 vs.智慧財產權** 主持人：行政院原住民族委員會林江義 副主任委員	
11:35-12:00	**證明標章保護原住民工藝創作之功能與侷限** 發表人：李崇僖 副教授 中原大學財經法律學系	評論人：陳昭華 教授 輔仁大學財經法律學系

12:00-12:25	**《原住民族傳統智慧創作條例》中的集體權問題** 發表人：陳張培倫 助理教授 東華大學民族發展與社會工作學系	評論人：劉靜怡 副教授 臺灣大學國家發展研究所
12:25-12:40	綜合討論	

研討會說明

一、研討會緣由

法律是一種根源於文化的集體智慧，是某一文化族群長年共同實踐而形成，倘若移植不同文化背景之法律，不但對此法律的了解有所限制，亦會與原有之法律概念產生衝突，更因此無法維繫民族文化傳承、維護民族成員的合法權益。臺灣因存在多元的族群文化，因而有複數的規範價值體系，其中原住民族因其歷史背景及文化差異而處於弱勢，而法律之制定又非以多元民族國家社會生活為前提，致使原住民族傳統習慣與國家法制產生衝突時有所聞[1]，如鄒族蜂蜜事件[2]、泰雅族司馬庫斯櫸木案[3]、卑南族卡地布部落傳統獵祭遭警驅辱事件[4]等。此一衝突的結果，造成原住民族基於傳統習慣規範所享有的權利消失或遭到剝奪，另一方面，由於原住民爲了避免牴觸國家法制而受罰，不得不改變或放棄傳統習慣所容許的行為，造成現行法制凌駕於傳統習慣的印象，也因此動搖傳統習慣在原住民心中的權威地位[5]，造成原住民傳統價值觀之崩解。

近年來，由於原住民族對自身權利的爭取，雖未將原住民族傳統習慣納入現行法制，但許多法律規定已將原住民族文化、生活慣俗、傳統、習俗、價值、祭儀等，作為原住民族權利之內涵或要件，或直接成為法律保護之對象，而「原住民族基本法」中亦規定：「政府應尊重原住民族選擇生活方式、習俗、服飾、社會經濟組織型態、資源利用方式、土地擁有利用與管理模式之權利（第 23 條）。」，「政府…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…傳統習俗、文化及價值觀（第 30 條第 1 項）。」，上述條文分別從實體面及程序面規定原住民族文化及傳統習俗之作用，應可指引法官於訴訟程序中探尋原住民族傳統習慣規範作為裁判的依據，並指導未來的立法依實際需要，採取將原住民族習慣規範作為法律條文，或於法律中規定某事項依原住民族習慣[6]。因此，法官審理有關的案件，即有探尋原住民族習慣的義務，而在民事領域，亦得依民法第 1 條規定適用習慣[7]。

為了解決原住民族傳統習慣內容不易探詢的問題，對此進行彙整編纂有其必要性，

---

[1] 謝世忠將原住民族傳統習慣與現行法制的衝突分為積極衝突及消極衝突，前者指現行法制對於「傳統習慣所容許的行為」加以限制或禁止，使原住民在進行此類行為時因為牴觸現行法制受到處罰；後者指現行法制對於「違反傳統習慣的行為」加以正當化、合法化，使遵循傳統習慣的原住民因國家不處罰違背傳統習慣之行為，而懷疑是否要繼續遵循傳統習慣。參見謝世忠，2007，《原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制第二期委託研究—泰雅族、太魯閣族》，頁 151-152。

[2] 參見「92 年度簡字第 164 號、92 年度簡上字第 151 號」。

[3] 參見「96 年度易字第 4 號、96 年度上訴字第 2092 號」。

[4] 參見卑南族卡地布部落傳統獵祭遭警驅辱事件處理小組之「卡地布部落獵人行動 0122」新聞稿（2008 年 1 月 22 日）。

[5] 同前註 1，頁 151-152。

[6] 參見王泰升，2003，《原住民保留地土地專屬法庭設置研究》，頁 101。

[7] 民法第 1 條：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」

是以行政院原住民族委員會自 93 年起委託學者進行「原住民族傳統習慣之調查整理及評估納入現行法體系之研究」,即是為了做為立法或修法的參考,至 98 年已完成布農族、鄒族、魯凱族、賽夏族、泰雅族、太魯閣族、卑南族、雅美族、排灣族及邵族等 10 族之研究，尚有 4 族也將於 99 年度辦理。臺灣高等法院審理司馬庫斯部落族人拾取櫸木遭起訴違反森林法乙案時，其判決書援引原民會委託辦理之《原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制第二期委託研究—泰雅族、太魯閣族》，作為無罪判決的論述基礎，除顯示上開研究有其實用價值，也顯示採認原住民族傳統習慣規範有很大的可能性，應掌握此一契機，透過具體作為，讓法界更加認識原住民族傳統習慣規範的內涵。

然而，現今無論法律學界或實務界，對於原住民族傳統習慣規範尚乏深入之瞭解及討論，因此法學界甚少相關論述，司法實務亦少有著墨，其主要原因，為從法律面著述之著作稀少，導致法界人士縱然有心亦無從接觸。

因此，為了讓法律學界、實務界及社會大眾瞭解原住民族傳統習慣規範的存在及內涵，有必要舉辦本次「原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會」，除邀請上開受行政院原住民族委員會委託調查研究之學者專家進行討論，亦將廣邀法律學界及司法界人士參與，以建立瞭解、溝通之橋梁，期待透過此一研討會作為論述、討論之平台，尋求兩種規範價值體系的調適，既而使原住民族傳統習慣納入國家法制，達到保障原住民基於傳統習慣規範所享權利之目標。

二、研討會目標

（一）以「原住民族傳統習慣規範與國家法制」為研討會主題，邀請相關學者及實務界人士於研討會中發表論文，並介紹其他國家法院判決採認原住民傳統習慣規範之趨勢及案例，提供作為原住民族傳統習慣法條化之相關論述依據。

（二）廣邀法律學界及實務界人士參與研討會，提供瞭解原住民族傳統習慣規範的存在及內涵之機會。並透過本次研討會之舉辦，建立原住民族與法律學界及司法界人士之間瞭解、溝通之橋梁。

（三）邀請多位法律學界研究者及司法實務界人士針對本次研討會主題撰寫論文，增進法界人士對原住民族法學相關議題、研究之重視。

（四）藉由舉辦本次研討會，邀請國內進行原住民與法律相關研究者，針對現有之原住民族傳統習慣研究報告進行討論，探究未來如何將原住民族傳統習慣納入現制，以及可能遭遇之困境及解決之道。

主辦單位致詞

孫大川 主任委員
行政院原住民族委員會

法務部曾部長，原民院的施院長，還有在座台大法學院的蔡院長，還有在座的各位教授、各位同學，大家早安。曾院長客氣了，讓我先致詞，因為關於原住民習慣法，跟現在原民會在推動的各種法治工作，或者是國家將來要推動的這些法治的工作，從民族文化的角度來說是一個非常重要的工程。我們從民國80年代初期，憲法把原住民入憲，直到民國85年成立原住民族委員會，一直到政黨輪替的時候，民進黨政府所提出關於國與國的關係，或者是準國與國關係，以及後來94年通過的原住民基本法，一直到我們最近把原住民自治法送到立法院去，這漫長的將近20年的過程當中，其實是一個原住民基於他自己傳統的文化，以及很多很多的民族習俗，重新要找回一個跟主流社會、跟自己自我規範的重建過程。這個過程我想有很多老師都是陪伴的，像蔡明誠院長，我很早就知道他關心這方面的工作，施院長也是如此，大家都想完備中華民國的法律，讓這個法律更能夠多元、周延，把各種不同的人的需要，或是不同民族之間的差異，能夠用一個法治的方式來加以規範；我一直覺得這無論是原住民也好，或者是在台灣從事法律思想或者是法律制定建構的所有的人都應該關心的一件事。

我自己在談原住民的議題的時候，大家可能也都了解，最近這幾年原民會一直在對所謂的台灣原住民的傳統知識，在進行一些復建的工作。但是這個傳統知識如果用現代的學術眼光來看，雖然我很難再把自然科學跟人文科學一刀切，但是屬於自然科學傳統知識這個部分，某一個角度來說，還是有一個來自於各種不同自然詮釋典範的改變的客觀的基礎。我一直覺得原住民傳統知識跟我們的關係最大的，還是跟人文，特別是倫理知識這個部分，因為這個部分所牽涉的就不是一個一加一等於二的問題，是牽涉到一個民族傳統的生活習俗，在面對完全不一樣的民族的社會或者是法治規範相衝突的時候，所需要的一些協商，在這裡面也是原住民大概最覺得困擾的一件事。所以那個傳統知識的建構，我自己覺得在自然科學這個部分是一個名相，可能須要重新整理，把它做一些記錄的工作。但是在我們的習慣法，也就是在屬於人文社會這個牽涉到比較跟宇宙觀、可能跟某一種民族所形成的意識形態、跟社會習俗有關，所以這個地方是一個完全不一樣領域的處理。所以今天我們傳統習俗的這些習慣的法治的研究，就變成非常切身的事情。

我們都知道，很多原住民也都了解，像我自己常常舉的例子，從日據時代來了以後，有一些教授研究就讓我們看到在南山、四季那邊有很多這些大正年間警察的戶籍資料記錄裡面，有很多對原住民犯了法律，然後去加以懲罰的一些記錄，那些記錄現在很多的研究指出，大部分都是跟帶著刀在山上走，這種覺得違反了武器裝備到處亂跑這種法律的規範，其實我自己在家裡就有很多各式各樣原住民這種傳統的刀，我就很想掛在身上在路上走來走去，就怕被抓。事實上以前我們在部落裡面，一出門就要帶著刀，可是那個時候被抓的很多，看那個記錄裡面是這樣。然後更慘的是有很多泰雅族的婦女，或者是男人也一樣，因為日本人覺得他們有紋面不雅，所以逼迫他們去刷洗掉他們的紋面，但還是有人偷偷紋面，因為泰雅族的傳統習俗裡面，他沒有紋面，就不能過彩虹橋去跟自己的祖靈相遇，所以你就可以想像，那時候的人在自己的傳統習慣跟信仰之間，跟那些法律抵觸的時候他們內心的這些煎熬。蘭嶼的捕飛魚也是一樣，飛魚對蘭嶼的人來說

不是商品，所以他在捕飛魚是有很多的儀式，但是你如果把飛魚當做商品，你隨時都可以去抓，而且用最現代的技術獵捕，但是蘭嶼的人做不到這種事，因為沒有經過這些祭儀他們是不可以去獵捕飛魚，飛魚來了以後也不可以買賣，吃不完的以後十月一定要把它銷毀，這個跟我們現在的很多的這些是不一樣的。所以在這樣的情況底下，我們也很希望在這部分，在各位學者大家共同的努力之下，能夠怎麼樣把這些跟原住民族的傳統習俗、也能夠跟現代，做一個好的對話，然後讓台灣的法律更有生命、更周延，更能夠顧慮到許許多多、多元的不同文化的需求。我想這個是我們今天這個會議很重要的一個主題。我非常謝謝東華大學民族學院承辦，而且也是長期以來都在推動研究這樣的工作，也非常謝謝台大，特別謝謝曾部長今天撥冗來，顯示做為一個最高的、我們法治的首長，對這件事情的重視，這個是我們國家進步一個很要的象徵。也祝福大家健康，然後這次的會議能夠非常順利，謝謝。

貴賓致詞

曾勇夫 部長
法務部

孫主委，施院長，蔡院長，各位法學先進，各位同學，非常高興有這樣一次機會來參與今天原住民族傳統習慣規範跟國家法治的研討會。剛才孫主委對於我們原住民族的生活習慣，造成跟現在的法治抵觸的一些實例以及延革等等，做了很詳細的說明，也確實我們過去在司法實務方面，對於原住民民族傳統的習俗以及文化，比較少涉獵，也因此在承辦相關案件的時候，就會有所疏忽，造成原住民族的一些困擾。像過去個人在擔任檢察官時辦理原住民族攜帶刀械及狩獵，根據當時的槍炮刀械彈藥管制條例，這是構成犯罪的，也因此起訴，但是起訴書我們是有請求法官給予緩刑的判決。

我們是用這種方式，但是對於真正的原住民族的傳統習俗，我們了解確實不夠，所以個人認為我們今天在這裏舉行這場研討會，而且之前東華大學施院長那邊也做了深刻的研究，將來對於法學方面以及司法實務方面，應該有很大的幫助。當然，對於原住民族在延續傳統的習俗文化應該有所注意，我們也了解今天原住民族他們的一些特殊的文化，在不只是台灣國內，而且在世界上也引起世界各國的注意跟關注，他們也希望這些傳統習俗文化，特別是音樂、舞蹈這幾方面也能夠延續下去，對整個世界各種燦爛的、不同的表現方式，能有所記錄，存續下去，這些都是很有價值的。

那就過去我們辦的剛剛我講過的攜帶刀械等等狩獵，我們知道有些相關的法律，在還沒有規定之前，原住民族在生活上就要利用山林大自然的山川做為生活所需，但是在相關的法律規定之後，這些行為他們認為是祖先留下來的，教他們這樣做的竟然抵觸了法律規定，給他們帶來很大很大的困擾。像按現在相關的森林法、礦業法、野生動物保育法等等，很可能他們過去依照傳統習俗的那些行為會有所抵觸，這些政府其實從81年就開始有正式的法制，那81年5月28日憲法增修條文第18條，它就規定要保障原住民族的地位及政治參與，扶助並促進發展原住民族的教育文化、社會福利及經濟事業。而且為了落實憲法這項規定，行政院在85年也成立了原住民民族委員會，統籌規劃原住民民族的事務等等。到了86年，憲法增修條文第10條也明確的又再規定，國家肯定多元文化積極維護發展原住民族語言及文化，並應依民族的意願保障原住民族的地位跟政治參與，並對教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業等等給予保障扶助，並促其發展。從這些看得出來，政府確實有注意到而且也以最高的憲法層級加以明定。

那麼我們也知道，不只是國內，國際上對於各個地區原住民族的文化跟傳統生活習俗也有加以保障的規定。聯合國所訂的公民與政治權利國際公約27條，它就訂定不得剝奪凡有種族、宗教或語言少數團體之國家，屬於此類少數團體之人，享有其固有文化、信奉其固有宗教、使用其固有語言之權利等等。那麼對於公民與政治權利國際公約，我們在去年也經過立法，而且跟經濟社會文化權利國際公約，兩公約訂定施行細則，在去年12月國內就開始施行，而且裡面明文規定2年之內，把國內的相關法律有所抵觸兩公約的要加以檢討修正。這個代表我國這方面各種規定要跟國際接軌，也就是對於人權的規定要國際接軌。

當然我們原住民族的這種權利保障規定，也要加以完整的規劃，也因此看到我們也訂定了一些法律規定，那特別是在今年行政院已經核定原住民族自治法草案，現在在立

法院審議之中，相信這個自治法草案如果能夠通過，對於我們國內的原住民族的各項權利保障規定應該更為完整完備，這我們是可以期待的。不過在還沒有這些相關法治完備訂定之前，目前當然，特別像我們今天開了這一場研討會，有助於學術界、司法實務界對於原住民族傳統習俗文化的認識跟了解，將來在執法的時候會有所幫助。個人也會把這些相關資料帶回去，透過我們檢察系統，希望他們能夠真切的體會了解原住民族傳統習俗，而相關的觸法行為，應該從法律的角度，從寬給予處理。

這一點我想個人參加今天的研討會感覺意義重大，也覺得我們司去實務界有必要多多的參與跟了解，我看今天的議程表裡面，司法實務界有法官、檢察官、也有律師都有來參與，相信由他們以種子的這種目標回去把它散播，讓我們實務界不能脫離現實生活，能夠真切的體認，對整體的司法運作跟我們原住民族的生活傳統習俗的維護有所幫助。所以個人覺得今天在這邊召開這場研討會，有它很好的意義跟教旨。我在這邊祝福今研討會順利圓滿，各位健康愉快。

主題演講

談原住民族相關法體系之建構

主講人

蔡明誠 院長

國立臺灣大學法律學院

學歷：德國慕尼黑大學法學博士

專長：民法物權 、專利法、商標法、智慧權法專題研究、新聞與法律

經歷：

2005	獲第一屆傅斯年獎
2003/07 ～ 2004/01	美國華盛頓大學(University of Washington)法律學院訪問學者(Visiting Scholar）
	國立政治大學、國立臺灣師範大學、私立世新大學等兼任教授。
1988 ～ 1989	獲得德國 Max-Planck Institut 研究獎學金。
1985	獲得德國 Hanns-Seidel Stiftung 獎學金赴德留學。
	法院書記官普通考試、司法官特種考及律師高考及格

孫主委、還有各位與會的各位關心原住民議題的先進朋友大家早安。首先非常謝謝東華大學原住民學院施院長還有同仁的邀請，還有原住民族委員會孫主委及其同仁的邀請，有機會來這邊跟各位作一個簡單的報告。其實我今天會選這個題目，也想了蠻久了，今天主要是在談所謂國家法跟習慣法，那會想到這個議題有兩個原因，一個是，非常感謝原住民族委員會的信賴跟委託，我跟東華大學的蔡志偉教授在做原住民相關習慣如何跟民法作一個互相的呼應或是接軌，那大概有這樣的議題的思考；另外一個是其實過去我也作原住民族委員會的法規會委員蠻久的，一直在觀察一件事情是說，當然這個不是在批判，好像原住民族委員會的法規，都比較傾向是以各部會作編排，當然外面有一些聲音是有個別的談到土地、談到自治權、談到基本權，其實好像都個別在回應。我今天是要提出來，或許我們可以再換一個的角度，以後在原住民族委員會的網頁裡面，剛好主委在這邊，我們或許除了各單位的法規的編列之外，可以比較有體系的作一個體系上的建構，所以今天藉著這個機會，跟各位作一個簡單的一個說明和報告。

其實我們在講原住民的法律，當然我一直在想一個問題就說，其實原住民法律的意義，它可能沒辦法完全以現在的法律實體法作歸納，但是我們在出發的時候，還是不得不這樣，因為確實它有兩個層面的問題，一個是國家法的體系，一個是習慣法的體系。我們就借用一下在國外的一些看法來看，其實在講「法律」這個概念裡面有兩個，一個是我們自然一個主觀的法律，就是你要保護原住民的權利，這個是權利的概念，一個是權利客觀化以後，它變成了是一個法規範的概念。原住民的議題比較特殊的是什麼，是因為它長期來思考的就是「有」問題，就是說像土地該要歸給誰，那這個部落它應該享有多少權利，如何來行使這個權利。

當然另外一個問題就是說，可能現在沒辦法主張權利，但是我可能會在這地方耕作，加以使用這塊土地，所以其實就有兩個問題會交錯在那邊。最近我們這個土地的歸屬問題，一直，當然現在都很多的爭議在裡面，當然現在比較有自治法或自治區，那可能國家跟部落，或部落之間，它有作一個協商的話，當然它就建構一些有的概念，以及如何建立一個體系。第二層次才會講說，誰才可以享有，我舉一個例子，比如說：是不是要有原住民身分的人，屬於這個部落的人才可以，那就變成一個community的觀念，就是一個社區的觀念，還是我離開這個地區，因為我們都知道，全臺灣裡面，不是每個地區都是可以規劃為原住民的一個地區或部落，那我離開那個地方，可能住在台北，算不算。

我們從生物法上來看，我還是有原住民的身分，但是我可能就沒辦法去對應享有那塊土地或相關的意義，有可能，但可能沒辦法去後面擔水來喝或去那邊砍柴，或可能去做一些森林相關的狩獵啦捕魚的活動。所以其實我們在講權益的時候的內涵，應該有各種的觀念、方向、還有可能的限制在裡面，所以簡單講，我們要建構整個原住民體系的話，可能會有這些問題存在。當然，今天有些議題也會談到憲法的或行政法的，可能還有民法。

在製作PowerPoint的時候，還沒有那麼多的行程，我不久前去澳洲，後來再去加拿

大受訓，發現他們談刑法比較多，我很訝異，民事權益反而比較少，可能因為在古代時期也很容易受到刑事上的懲罰。但是又很奇怪它叫做原住民部落，用習慣的刑法來處罰，又好像違反了我們的刑法裡面罪刑法定主義，因為我們大一的時老師告訴我們，習慣不能來當做適用法律的規範，這蠻有意思的，所以我在PowerPoint裡面沒有引到，不過在這有刑法的專家，或許也可以想另外的議題，所以今天我大概就會比較傾向民事法來發展，但是因為主要是因為原民會的那個委託計劃，所以才有這樣的思考，那因為時間的關係，我可能要稍為快一點。

另外一個可能我們要思考剛剛講的，一個是建立一個比較體系的概念，就剛剛孫主委所講的，要建立一個有生命力的原住民體系，我們常常講，其實萬片樹葉掉在地上，是散落一地的，但這萬片樹葉假使在樹上的話，它是有生命的。所以其實原住民法規，當然我們現在各單位都有在處理，但是我覺得可能以原住民委員會的高度，或甚至以整個學者體系來看，應該建立一個比較高的位階的體系，因為這個時間也差不多了，已經過一二十年來的努力，其實也可以慢慢把它建構到一個原住民的體系。但是我們也不是期待說，我們就只有一部法律，單一的原住民法律就把所有全部的搞定，這不可能的，所以未來還是可能有一個分散式的一個原住民的體系，只是說我們在體系間可能是像剛剛提到的，曾部長提到的，可能國家跟國家間有條約，像聯合國所制定一些保護原住民法律地位的條約，我們可以把它抓進來，當作國際法的角度；另外國內法的角度，可能有部落跟部落之間，類似像條約權的關係，可能有部落跟國家自助之間形成一個比較高的關連性，但不管哪一個關連性，都可能要建構到那有一個法律體系，怎麼把它做融合的關係，所以這裡面簡單講就是分散，但是不失體系上的關聯性跟協合性。

大家都會常常講說，國家法跟習慣法是不是衝突，我不認為完全是衝突，有些東西現在看，原住民所發生的議題，有些可能純粹就是平常食、衣、住、行的東西，不必特別突顯原住民的議題。但是有些像原住民的婚姻、遺產的分配，還有一些可能剛剛提到的，可能在森林裡面狩獵、捕魚或特殊的狀態，但不尊重它的話，每一個好像都要沒收沒入的話，這也很奇怪，所以，這東西有時候就會考慮到整個體系要怎麼去建構。

再來，我一直在想一個問題，其實我們在整個原住民的一個法規裡面，當然要有社會上的法治需求，但是我剛也講說一定要考慮到原住民的特殊性，所以今天其實我們，有些議題在討論特殊權的概念，那這也是一個很適合大家思考的。從剛剛的觀念來講，我們快速一點來說，其實像國際條約的部分，還有憲法的部分，還有最近我剛好在做這個的時候有遇到，像澳洲的總理就講說，其實我很訝異這個結果，他們認為澳洲雖然在推動所謂原住民地位的一個保護，但事實上還是沒有完全承認澳洲原住民的地位。那時候在製作PowerPoint時剛好好像自由時報那裡有這個消息，特別把它抓下來，這應該大家都看到了，這也是讓大家知道說，其實當然我們不一定要推動公投，但是也可以看到，現在整個原住民雖然在增修憲法條文裡面有加這樣的一個條文，但是它理論上可能完全還是空的，如果要讓它很實際的實踐在我們的原住民的權益保障或文化權的保障等，可能還要再做一些努力，所以這一些議題，大家有空回去可以再去追蹤研究一下。

剛剛主委提到像基本法，這是民國94年訂定的，基本法可能已經把憲法跟原住民的法律關係做了聯結，但是我們相信說這大概也只是在這整個體系當中的一小塊而已，而我今天的報告企圖心稍微高一點，是探討這個整個系統要如何建立的議題。除此之外，成文法（也就是國家法）還有相關的原住民族委員會的條例、身份法、教育法、文化基金會設置條例、工作權保障、傳統智慧創作保護的問題、園區的相關管理、民族的認定、相關基金的獎勵辦法、保留地的問題、溫泉的保護，像這類法規性的命令相當多。你會發現，其實原住民族委員會不管在工作權保障或相關的權益推動、獎勵都已經有在做，這基本上是要肯定的。但是我這邊要提的是，這些是比較末端的獎勵，以原住民族委員會的高度應該再更拉高，建構它基本權利本質的體系，這是我本來的想法，不然你可以看出來，它訂的大概都是比較屬於底下的、比較授權命令式的法規命令，或屬於一般的行政規則。

當然還有一塊是比較沒有辦法找到資料，就是規範跟道德自律的部分，我覺得有時候在原住民部落裡面，像最近有人講說頭目是不好的用語，事實上我覺得還好，也就是說其實這裡面有它形成其固有道德倫理和習俗的規範，像這些東西其實也不是習慣法，可能是那個族或部落裡面倫理道德的問題，我覺得這個地方也可以來做一些思考。這個思考可以有兩面，一個是道德倫理內化成國家法，像某些道德倫理是公序良俗，可能會內化成習慣法，過去好的東西再繼續它延續，那不好的東西當然就慢慢把它揚棄。簡單來說，整個的原住民相關權益的法律，應該讓它有國家法的層面、有習慣法的層面、有倫理道德或習俗文化的層面，這樣才能建構一個比較完整的體系，可以處理來自可能是原住民部落或原住民跟原住民之間的相關法律議題或是行為上所產生的糾紛。

如果我知道有那麼多原住民的長官我就不會寫這一張ppt，但我還是講一下。我們都知道原住民族委員會有很多處跟單位，但是可以發現我們現在原住民的法規裡面，編排上其實應該換一個角度，在希望不增加同仁的負擔的情況之下，用憲法條約這樣的位階去做一個的編排，甚至比較沒有多那麼資料時，也可以聯結到其他地方，我覺得這樣原住民族委員會的網頁會更加精彩豐富。這地方我比較訝異的事情就是在土地管理處這邊，好像沒有找到相關法律位階，有可能是已經用土地法或其他法規。我們一直在追求土地，有許多還我土地的運動，但其實在土地法這個位階裡面，不管是在原住民權裡面的原生權，或是所謂的次原生權，基本上學者在討論的時候，土地的權利就Title這個部分，for Land Right是相當重要的，反而這一塊，我們可能都沒有處理。或許是因為它被限制住了，比如像現在所謂的自然資源，相關法規一直都沒辦法推動，可能有其他的因素在裡面，但是好像這一塊又沒有特別法律位階的思考。另外可以思考福利的部分，應該做了蠻多，比如獎勵考國家考試、公費留考或其他相關的補助，其實是推了蠻多的，但是整體來看這些單位的法規，有的蠻完整，有的可能不完整，可以看出來在整個體系的表列資料上還有一些可以思考。

我今天作這個報告主要是說，我們有些東西，比方說觀念已經在動了，相對的法制的建制或習慣法建制可以慢慢的跟著進來，我想主要的用意就在這邊。另外一個就是我剛剛有提到，客觀的權益就是法，主觀的法就是權益，這是從德國法治上面的概念來

看，所以這兩個其實是交錯的，當然法律不能脫離社會，所以大家先想第一個問題，原住民的法律發生，是在只有原住民生存的地方才使用，還是只要身分到哪裡法律就跟著到哪裡。這有兩個不同的思考面向，有人說要全面適用，有人說要特殊狀況才適用，等發生糾紛或衝突時，是由原住民自己設一個法庭來處理、原住民法院、或原住民專有法庭，這也涉及到愈專業的人可以推動處理相關原住民的糾紛。這個社會有多大，法律可能會涉及到它本身的問題，所以這個地方的定位我覺得也是蠻重要的。

權利是一個法律所賦予的特定的利益，這樣的法律應該不管是公法或私法，其實是可以思考的。但是很特別的是我們只要想到司法上的權利，它可能是佔有；可能是有人格身分上的權利，還有些相關的像傳統智慧的權利，所以可能現在既有的所謂民法的體系，比我們想像中難完全處理，等下我會舉一個例子清楚的跟各位說明。另外比較特殊的是我們在講原住民法律的時候，比較加拿大、澳洲或一些國外的網站裡面，大概都會談到婚姻關係，還有另外可能是親子關係，但是比較少提到類似所有權的種種關係，很奇怪。當時很感謝原住民族委員會的委託，使我在做原住民傳統智慧的時候，一直在想一個問題，用我們傳統的民法觀念的話，絕對沒辦法去處理原住民的問題，所以當時我就用一個比較團體主義的觀念，就是總有的觀念處理。假設你擁有這樣一個原住民傳統手工藝產品的著作權，這個權利應該是歸你個人所有、歸整個部落或是歸整個原住民民族，我就很大膽的說應該是歸部落跟整個原住民族，不能是屬於個人，之後授權有賺到錢的時候，也不是放在個人口袋，而是應該有一個基金，可以做原住民文化的推動，還有一些教育或補助的動作，所以事實上現在還在推，不過就是這種種觀念慢慢帶進來。

世界各國裡面像這樣情況比較多，像日本就有入會權，入會權看起來好像是加入黑幫的樣子，不是哦，其實它等於是團體主義。本來共有有兩種，一種是分別共有，還有共同共有，另外一個就是團體主義，比如說我現在住在花東地區，如果那裡被劃為原住民地區，我住在那地區取得那地區的原住民身分，就可以去後山去砍材、汲水和等等其他動作，等到我離開那地方，或喪失原住民身分時就喪失這個權益，它是以身分來對應他的權益的享有。這個觀念其實那個時候在推動原住民創作智慧保護的時候，曾經行政院法規會，剛好法務部長已經先離席了，那時法務部法規會的人通知說，奇怪怎麼有這個東西，我曾經跟他們辯論，我說這東西其實應該要跳脫，不然你用現在的民法絕對沒辦法推動，後來他們也被我說服，這案子才到立法院通過，所以我覺得在處理原住民的權益時，可能要建構一個不同於民法的體系，這是一個小小例子而已。

另外在物的部分，還有不動產，還有一些無體物，其實應該也要重新建構，因為你要注意，可能我們同樣在講一條魚，你可以捕魚，有人可能不捕魚，你到後山裡面去發現礦，或是有一些水源的應用，以現在民法或相關的法律，絕對是說不行，哪邊不行哪邊不行，但在傳統的觀念裡面，是不是可以有一些特殊的規定，當然不要破壞生態或環境保護的前提之下，如果建構這樣比較權益課題的概念，我想這也是未來大家可以一起來思考的議題。

另外其他幾個議題都是其實在我們的計劃裡面或是相關的人都會提到，我就不講

太多，當然基本上來講你可以發現，現在既有的民法裡面都有這些權益，像土地返還、登記，還有一些履約、不當得利，那比較特殊的在土地法裡面，有耕作權，這其實在我們現在案例裡面，大概都會產生，我覺得這是比較後半段在人跟人之間的關係處理，未來在原住民的權利體系時候還要再拉高，意思是說這只是在底下的一個相關權利的衍伸而已。舉一個例子，剛剛有提到其實大家會覺得原住民的一些創意都應該要保護，不過大家也可以看出來，其實這些保護也引起一些討論，究竟要不要採創作完成就保護的機制，後來我採比較大膽的機制是用登記的方式，主要原因坦白講，我曾經去審查過幾次原住民貨幣的套幣，不知道各位有沒有注意，就發現其實原來原住民部落裡面大家的想法也不完全一樣，例如阿美族好像還有分北、中、南之類的，我不是在講說大家在權益上會爭，但是要看這地方分是你的還是我的。因為時代已久遠了，我前幾天才看到一個報導說，你除非用祖靈來詛咒它，不然用刑法或用著作權，其實有時候都很緩慢，有的告了兩三年以後，還不一定拿到錢，也就是說有各種方法可以去追溯，但是有時候不大容易得到相關的結果，但是你又不得不，因為法律有一個規範，所以後來就採登記的，只是以後原住民族委員會就會比較累一點，可能要對傳統，比如服飾、祭儀、舞蹈這些東西，納入一個相關的規範來登記。我列這些是要讓大家知道說，這其實比我們想像中還要複雜，未來大家在建構法律體系或權利體系的時候，可能可以想更多一點，我想學界也有蠻多計劃在作這個，希望這個計劃所保護的客體，可以形成一個權利保護的觀念。

這幾年來，原住民族委員會在推動相關的子法，後來我們想出一個方法，判斷原住民的東西是不是具有傳統智慧，有其三大特色，大家可以參考：要有個性特徵足以代表民族的特色、具有代代相傳的歷史性、應有客觀的表達形式。不過這個說法可能有人會反對，因為上次有特別到師大那邊也是施院長他們辦的活動，加拿大的論文是要exist現存的，當然現存的概念很多種，但是談到傳統習慣法的時候，其實反而應該提升到被殖民之前存在的東西，因為現在很多的東西已經被整理過、妥協過或改變過，其歷史性的傳承或是延伸在哪裡？所以我們在講習慣法的時候很有意思，究竟是未來所形成的一個習慣，還是現在所存在的，還是代代相傳過去所存在的？我不知道今天有沒有專家提到相關的議題，其實習慣法的概念裡面應該比我們想像還有更多的議題是可以思考的。另外有些東西是不能享有的，權利某個層面會受到限制。所謂權利體系，在原始部落裡面大概像身分認定、相關保留地的問題、傳統資源等，哪些應該保留，哪些應該繼續讓原住民使用，這塊其實一、二十年來蠻多人在談，但法院判決時可能都是形成個案，等到時機更成熟的時候，如何把它變成一個法典化的東西，也是未來有待努力的地方。

目前有一個契機，大家應該都很清楚，去年有修正物權法，以前創設權利的類型是強制的，就是你不能隨便創立任何物權的類型，內容是固定的，所以不能用契約自由把內容改變，現在改變為可以創設物權，大家就會馬上想說，那原住民可不可以把這個習慣當作習慣法來用，是有這個可能，但是再仔細推論思考的話，也不盡然那麼樂觀，因為即使是非原住民的議題，學者也會馬上討論這習慣的來源，是約定成俗或者像原住民會說它是習慣，或者是還要送到法院去個別認定，這樣就還要有另外的機制判定它是不是習慣。現在講習慣會有幾個特色，一個就是在一定期間同一批人反復的行為，形成

一定的習慣，而且應行成法律的確信，換言之就是法律上認為應該具有法律的效力，所以其實要成為習慣法，並沒有想像中那麼簡單。但是我相信這也是一個契機，像剛剛提到的習慣既然可以創設物權的話，這兩天有很多的議題可能會提到，我建議習慣或習慣法的概念應該可以再作一些思考。新的立法理由承認習慣可以形成一個新的物權，這很有意思，這習慣究竟是習慣法還是習慣，民法第二條提到習慣一定不能背離善良風俗，這習慣已經被判定習慣法，它自然就不會背離善良風俗，所以我認為，習慣不等同於習慣法，而是要經過一定期間慢慢形成，或經過一個機制去確認以後才形成習慣法，這是兩個不同的概念。未來法律通過以後，這是不是可以馬上就用在原住民傳統習慣上，我覺得還是需要去努力或是去深化它，在這邊可能沒辦法講完，不過我覺得未來應該還有討論的空間。

最後，跟各位做一個簡單的總結。若原住民發現某一個部落還有傳統財產權，是不是就馬上要納入物權篇裡面，事實上財產權有兩種，一種就是實際的土地，或捕到的那條魚，另一種是無形的，比如唱歌、跳舞、或是一段傳說，這基本上都是屬於財產權的觀念。但是有人認為這種knowledge不應該稱做property，應該把它稱作heritage資產，但這是有爭議的，因為只要被稱為財產，它就一定要納入國家法的體系，就會馬上出現有關智慧財產權法、或民法物權的問題。假設我們現在認為它是一個傳統財產權，那這個財產權究竟是要准用現在相關民法權利的規定就好了，還是民法要設一個專章，特別對原住民相關的議題作處理，這也是可以思考的。

另外今天好像有人談到所謂特別法或特別權，這種比較特殊的權利也是一種作法。像現在原住民族委員會下的某些單位會對特定的議題訂特別的單行法，單行法有兩種，一種只是為了行為的規範或獎、補助而已，另外一種是可能試圖要建立一個新的權益，但是可以發現好像沒有那麼大的權利，不然例如可以找土管處的麻煩，但土管處就沒有訂相關法律，或許是因為有其侷限性，所以只要有的話，就可能就可以創設一個新的物權出來，而這只有法律才可以創的。所以可以發現我們基本上在思考這類原住民議題的時候，可能會有這三個東西，基本上我們不想花太多時間去設計，假設原住民要設一個法庭的話，以後可能原住民族委員會要設一個司法官訓練所，這樣好像也很浪費資源。從國外的資料來看，好像還是都在既有的體系之下，比方說法官專業化，現在原住民拿到律師資格的人就稱之為原住民律師，我想未來原住民只要能慢慢作這方面的訓練，大家以後應該會關心這一塊，我也相信未來在這方面法制的建制上，應該會更加的完整。

時間其實差不多了，能有這個機會來跟各位報告也非常榮幸，我很期待未來不管從國家法角度或整個世界或從台灣的環境，我深深相信應該有很好的契機可以讓我們原住民的相關法規走上正軌，像孫主委所講，應該更有生命力，我非常期待這一天的來臨，謝謝大家。

談原住民族相關法體系之建構

蔡明誠

2010.11.14

原住民族傳統習慣與國家法制研討會

原住民族相關法體系

- 所謂原住民族法，學理上其非屬法體系所稱之法領域（Rechtsgebiet im rechtssystematischen Sinne)，而是從實用性觀點，組合來自不同法領域，即從實體法出發，例如憲法（如自由及基本權利）、行政法)、民事法(侵權行為、民事權利及身分關係等）等。
- 客觀意義之權利與主觀意義之法
- 借用德國法概念，「法權」(Recht)具有兩種意義，即「主觀法」(Das subjektive Recht)（即指「權利」）與「客觀權利」(Das objektive Recht)（即指「法」）。
- ┌有：歸屬主體、權利內容、限制
- │
- └用：自己利用、讓與或授權他人利用

原住民族相關法體系

- 隨著各種不同法律議題呈現出不同之表現形式，自無法期盼制定「原住民族法之單一法」，規範所有原住民族之原則及問題。從原住民族法之法源而言，現階段亟待建立一套完善之現代「分散式原住民族法」，並各單行之原住民族法間又不失其體系之關聯及諧和性。

原住民族相關法體系

- 所謂原住民族法，其內容可能因各國之社會法治需求及原住民族特性而有差異，不過通常而言，宜包括下列法規範：
- 一、國際條約(國際組織所訂定之多邊條約及台灣與其他國家所訂定之雙邊條約)
- 二、憲法（表現自由、基本權與限制合憲性之問題等）

原住民族相關法體系

- 所謂原住民族法，其內容可能因各國之社會法治需求及原住民族特性而有差異，不過通常而言，宜包括下列法規範：
- 一、國際條約(國際組織所訂定之多邊條約及台灣與其他國家所訂定之雙邊條約)
- 二、憲法（表現自由、基本權與限制合憲性之問題等）

原住民族相關法體系

- 三、基本法:原住民族基本法 (民國 94 年 02 月 05 日發布)
- 四、法律(成文法、習慣法)
- 行政院原住民族委員會組織條例
- 原住民身分法
- 原住民族教育法
- 財團法人原住民族文化事業基金會設置條例
- 原住民族工作權保障法
- 原住民族傳統智慧創作保護條例 (民國 96 年 12 月 26 日)
- 行政院原住民族委員會文化園區管理局組織條例

原住民族相關法體系

- 五、命令：法規命令與行政規則
- 原住民民族別認定辦法(依原住民身分法第十一條第二項規定訂定)
- 捐助財團法人原住民族文化事業基金會獎勵辦法
- 行政院原住民族委員會專業獎章頒給辦法
- 原住民保留地開發管理辦法
- 未產生經濟效益原住民保留地認定標準
- 原住民個人或團體經營原住民族地區溫泉輔導及獎勵辦法

原住民族相關法體系

- 原住民保留地租金收益處理要點
- 原住民保留地所有權移轉登記作業要點
- 鄉（鎮、市、區）原住民保留地土地權利審查委員會設置要點
- 原住民族教育法施行細則
- 行政院原住民族委員會辦事細則
- 行政院原住民委員會會議規則 (依行政院原住民委員會組織條例第十八條規定訂定之)
- 行政院原住行政院原住民族委員會出版品管理作業要點
- 民族委員會國家賠償事件處理作業要點
- 行政院原住民族委員會使用個人資料檔案管理作業須知
- 行政院原住民族委員會公費留學生注意事項

- 六、倫理及道自律

原住民族相關法體系

- 法規體系列表(按行政院原住民委員會之單位歸類者)參照 http://law.apc.gov.tw/LawCategoryMain.aspx
- 企劃處
- 教育文化處
- 衛生福利處
- 經濟及公共建設處
- 土地管理處
- 秘書室 人事室 會計室
- 法規委員會 訴願審議委員會
- 文化園區管理局
- 訴願決定
- 有單位(如土地管理處)甚至無法律位階之法規

法與權利之體系

- 社會與法
- 權利:對特定利益賦與法律上之力
- 公法上權利
- 私法上權利
- 事實:占有
- 財產權與非財產權(人格權與身分權)
- 民事財產權
- 民法上人格權與智慧人格權

權利主體論

- 原住民族與原住民個人
- 民法之個人主義化
- 婚姻與夫妻關係
- 自然人與權利能力
- 親子及親族關係
- 總有與團體主義(日本民法之入會權)

權利客體論

- 權利客體與物
- 不動產與動產
- 有體物　自然力及無體物

民事財產權

土地返還之請求權基礎
所有權移轉登記
損害賠償請求權
履行或終止租約
返還不當得利
排除或防止侵害請求權
確認所有權
耕作權、地上權、土地使用權、租賃權、贈與關係等

原住民傳統智慧創作

所稱原住民傳統智慧創作（以下簡稱智慧創作），指原住民族傳統之宗教祭儀、音樂、舞蹈、歌曲、雕塑、編織、圖案、服飾、民俗技藝或其他文化成果之表達，而符合本標準所定之認定要件者。

原住民族智慧創作標的應為前述所例示創作之表達。此外，符合規定標準之認定要件，始得申請登記為智慧創作。

智慧創作之種類及客體

得申請登記之智慧創作，例示如下：

一、語文創作：如民間傳說、詩詞、散文、小說、謎語、寓言、史詩、神話、口述文學等。

二、音樂創作：如歌謠、旋律、曲譜等。

三、行為表現創作：如戲劇、舞蹈、武術、體育活動、雜技、禮儀、節慶、民俗活動、宗教祭儀等。

四、美術創作：如素描、繪畫、法書、雕塑等。

五、圖形創作：如地圖、圖表等。

六、建築創作：如建築設計圖、建築模型、建築物等。

七、工藝創作：如鑲嵌工藝、木製品、陶瓷、金屬器皿、寶石製品、籃簍編織、縫紉、紡織、地毯、服飾、樂器等。

就前項智慧創作之種類，主管機關得另定之。

認定時之積極要件

符合下列要件者，得登記為智慧創作：

一、應足以表現出該原住民族之個性特徵，即應與該原住民族或部落之文化、社會特質具有相當程度之關聯性，而足以代表其民族特性。

二、應具有代代相傳之歷史性。

三、應有客觀之表達形式。

認定時之消極要件

- 下列各款不得為智慧創作之標的：

一、標語或通用之符號、名詞、公式、數表、簿冊或時曆。

二、智慧創作之構想、概念、程序、製程、系統、操作方法、原理、發現。

三、其內容含有非原住民族或部落外之其他民族、族群或他人之創作成分者。

四、屬於共同智慧創作，而僅由部分原住民族或部落申請者。

五、妨害公共秩序或善良風俗者。

物權之變動(得喪變更)

- 原住民身分認定—權利人、繼承人等問題
  - 原住民保留地上權利之取得
  - 原住民族保留地相關權利之特殊性
  - 原住民保留地之所有權、耕作權、地上權、無償使用權、交換使用權等權利的權利人限於原住民，採伐權也是。這些規定的用意即是希望保留地繼續為原住民所利用，也因此成為民法、姓名條例的特別法。

習慣民住民物權

- 民法物權編於98年1月12日修正，第757條規定：「物權除依法律或習慣外，不得創設。」

  增訂「習慣物權」概念，放寬傳統「物權法定主義」中之「類型強制」與「內容固定」原則。

習慣物權概念

- 現行《民法》第757條於98年1月12日修正之規定：「物權除依法律或習慣外，不得創設。」
  - 修正理由說明：「為確保交易安全及以所有權之完全性為基礎所建立之物權體系及其特性，物權法定主義仍有維持之必要，然為免過於僵化，妨礙社會之發展，若新物權秩序法律未及補充時，自應許習慣予以填補，故習慣形成之新物權，若明確合理，無違物權法定主義存立之旨趣，能依一定之公示方法予以公示者，法律應予承認，以促進社會之經濟發展，並維護法秩序之安定。」

習慣法與習慣之關係

- 民法物權篇所稱創設物權之習慣,是否係指習慣法?又是否所有於地方上已慣行之習慣，均得成為本條所指之「習慣」？
- 在學理及司法實務運作中，原住民族傳統習慣的地位又是如何？

原住民權益法典化保護之立法模式

原住民族傳統財產權納入民法物權編

原住民族傳統財產權特設民法規定之專章

原住民族物權法特別法或條例(sui generis)

謝謝聆聽，請多指教

第一場次

原住民族傳統財產權之特殊權性質

主持人

施正鋒 院長

國立東華大學原住民民族學院

學歷：美國俄亥俄州立大學政治學博士

經歷：2007/09 ～ 2008/07 彰化師範大學政治學研究所兼任教授
2006/09 ～ 2007/03 東吳大學人權學程兼任教授
2004/02 ～ 2004/06 東吳大學政治學系兼任教授
2003/08 ～ 2008/01 淡江大學公共行政學系教授
1999/06 ～ 2000/05 中山大學台灣研究中心兼任副研究員
1994/02 ～ 1995/07 淡江大學公共行政學系系主任
1991/09 ～ 1993/07 東海大學政治學系兼任副教授
1991/08 ～ 2003/07 淡江大學公共行政學系副教授
1990/04 ～ 1991/09 The Ohio State University, Mershon Center for Public Policy, RA
1989/01 ～ 1990/03 The Ohio State University, University Libraries, AA
1985/01 ～ 1986/05 Iowa State University, Dept. of Political Science, TA
1986/09 ～ 1987/05 The Ohio State University, Dept. of Political Science, RA

文化權做為一種複合性權利：
以日本阿依努文化權發展史為例

吳豪人 副教授

輔仁大學法律學系

學歷：日本京都大學法學博士
專長：法理學、法社會學、法制史
經歷：東吳大學法律系副教授
台灣人權促進協會執委
教育部第三屆人權教育委員會委員

評論人

林長振 律師

林長振律師事務所

學歷：中興大學法律學碩士
經歷：法律扶助基金會台東分會扶助律師
行政院原住民族委員會訴願審議法規委員

文化權做為一種複合性權利：以日本阿依努族文化權發展史為例

吳豪人

「老實說，原本我是希望在今天這場攸關阿依努民族人權的裁判中，使用阿依努語進行意見陳述，好讓日本人知道阿依努民族的存在。可是事前法庭告訴我，這是不被准許的。不得已，我只好使用對我而言是外國話的日語，來表達我的意見。儘管做為一個阿依努人，對於我的民族語言被封鎖憾恨無比」

── 萱野茂，二風谷訴訟第一次口頭辯論(1993 年 7 月 8 日)

一、導言

同樣作為擁有原住民族的國家，在關於如何促進與保障原住民族權利的，許多政策、立法的實務與理論的想像裡，除了援引國際人權法典之外，台灣基本上是清一色的美加澳紐派。換句話說，純英美法系思考。而對於同屬大陸法系，而且對台灣與中華民國的近代法律繼受影響最大的日本，卻似乎興趣缺缺。一個很重要的理由，是因為日本空有法治大國之名，卻對於該國原住民族──阿依努民族的法律保護，實在乏善可陳。至少就原住民族權利保護而言，不論是法理論或立法／政策實務，台灣都比日本「先進」得多。

例如，台灣的某位原住民族菁英就曾為文直指，這十幾年來台灣原住民族的發展神速，舉凡法律、社會、教育文化乃至部落的重建等等，都日趨成熟與安定。而最大的原因，是因為台灣的原住民族有憲法的明文保障、有國會議員，以及由中央部會級的原住民族事務委員會[1]。這三個保障，日本均付之闕如。因此不少日本學者，也甚為贊同這位菁英的自信之說。北海道大學法律系教授常本照樹就曾寫道：「在原住民族政策上，台灣可說遠比日本來得進步」（常本照樹，2005）。

不過，筆者對這種見解，持高度懷疑。在原住民政策上「先進的台灣／後進的日本」這個命題，縱然不是個偽命題，恐怕也只是個虛相。這就如同舊蘇聯的憲法大概是當時全世界最先進的憲法，但舊蘇聯的國民並未真能享受到全世界最完整的人權保障，是一樣的道理。在近代西方法體系裡，中國的古諺「徒法不足以自行」是不可想像的狀態。但在台灣，卻是一個常態現象。所以才會有原基法通過足足 5 年，22 個子法一個都走不出行政院的「舊蘇聯現象」[2]。

[1] 林江義「再思『先住民』？愛伊努族的名称」『原教界』第 18 期、8－9 頁、2007 年、台北。

[2] 更不用說，在司法實務上，很少有審檢真的把原基法當一回事。至於最近行政院版的那部完全違反原住民基本法的自治法草案，不值得在此耗費篇幅。

台灣的「舊蘇聯現象」源自於行政權獨大的歷史包袱，但歷經兩次政黨輪替之後，行政權的獨大出現更為細膩而且相當「後現代」的變化。這個變化最驚人而有效之處，便在於一種筆者稱之為「轉型不義」的，嶄新政治風格的問世。在一篇未發表的論文中，筆者如此寫道：

> 「轉型不義」之所以難以辨識，原因之一就在於其把一切正義理念、一切救濟管道都形式化、空洞化、戲仿化以及去實務化。「轉型不義」不會被「國際輿論」「國際人權基準」挑釁，因而憤怒失控的辯稱「這是干涉內政」。像中國北韓等國，還經常使用這一類的辯詞，可見其國內的諸多不義仍然極為「古典」。「轉型不義」正好相反，非常謙遜而且樂意參加各種國際人權組織、簽署各類國際人權公約，發表、使用其知識所及的任何人權修辭。然後再用形式上完全合法的「民意、民主程序之立法、依法行政以及司法背書」四般武器，非常抱歉的告知國際社會，「我們是國民主權的國家，而我們的國民用選票命令政府，說他們並不需要這麼多的權利，這麼多的偉大價值。他們要的是快樂與消費，而我們政府無法違逆人民的要求」。That `s it.
>
> 因此，重要的是做一套說一套，而且唾面自乾面不改色。因為並非政府侵犯人民權利，而是人民要求政府限縮其權利，甚至根本就是人民主動放棄權利。從邏輯上而言，此時政府並未說謊。因為「政府百分之百注重人（民）權（利）－＞人民拒絕／厭倦／恐懼擁有權利－＞人民選出合法政府幫他們卸除權利的枷鎖－＞負責的政府、人民的公僕當然只好照辦」[3]。

因此，原住民政策上「先進的台灣／後進的日本」這個命題，比較值得討論的，就是所謂「先進／後進」究竟意何所指。如果依照筆者的見解，那麼台灣原住民政策得以「先進」，是因為台灣政府把先進的原住民權利保障「形式化、空洞化、戲仿化以及去實務化」。在這樣的基礎上，進一步大談美加澳紐英美法系的原住民族權利保障，多少也沾染一點喜劇效果。為此，本文決定回歸耶林「為權利而鬥爭」的古老命題，放棄「先進」幻想，檢視「後進國日本」的原住民族，如何使用最古典，最 orthodox 的鬥爭方式，從他們那個對於法律尚有敬意的殖民政府手中，緩慢但堅實的奪回權利的過程。這個過程的關鍵字是「文化權」，但是在檢視的過程中，我們會逐漸發現鬥爭主線之所以集中在「文化權」，是因為攻防雙方都暗默地承認「文化」無所不包的特質，而且最終都將回歸到原住民族的傳統習慣與規範的尊重與保障。

二、實例檢討：日本阿依努族「二風谷訴訟判決[4]」（NIBUTANI DAM DECISION OF 1997）及判決分析

（一） 訴訟背景

[3] 吳豪人「台灣經驗？轉型正義的悖論」未發表論文。

[4] 札幌地裁民事 3 部 1997 年 3 月 27 日判決。本文以下所引用之判決書內容，可參見：http://www.geocities.co.jp/HeartLand-Suzuran/5596/

1 聖地與水壩的取捨

日本北海道平取町二風谷，位於日高地方的沙流川出海口 21 公里處，自古即為阿依努族聚居之地，而且和其他分散於北海道各地的阿依努族聚落(全道總人口 24000 人左右)相較，此地的族人不但佔當地居民的族群比例最高（500 人中 80%），文化保存度也最高，文化遺跡無數。因此向來被視為阿依努的文化聖地──當然，也成為文化人類學家田野調查的聖地。然而，這個阿依努人的聖地，最終卻因為國家的水壩建設，被摧毀殆盡。

1973 年北海道開發局公布了「沙流川綜合開發事業計畫」，打算在平取町興建兩座水壩，其中一座選定建地於二風谷。興建水壩的目的，在提供 30 公里外的國家級工業基地──苫小牧東部工業基地的用水。但同年的石油危機，令原定進駐的重化工產業裹足不前，提供工業用水的原始目的自然也就消失。儘管如此，北海道開發局仍決定原地興建得以調節洪水[5]、提供灌溉用水、發電等的「多目的水壩」，開始徵收土地。

平取町居民最初對此計畫均持反對意見，但 1984 年北海道道政府同意支付居民 36 億日圓的「地域振興對策費」之後，居民的態度就軟化了。同時，河川附近的農地所有權人，為了償還轉作水田的鉅額銀行貸款，也紛紛接受土地徵收的補償費用。眼看政府的土地徵收即將成功，但是卻有兩位阿依努族人：貝澤正、以及以阿依努文化研究著名的萱野茂依舊強烈拒絕。1987 年北海道開發局向北海道徵收委員會申請做成裁定，強制徵收兩人的土地。兩人在委員會的審理過程中出席並表達抗議無效，因此轉向中央政府的建設省要求取消徵收裁定，同樣遭到駁回。在這段期間，貝澤正過世，因此由其子貝澤耕一繼承亡父遺志，與成為阿依努族第一位國會議員的萱野茂聯手向札幌地方法院提起取消徵收裁定之訴。而水壩工程，則毫不受到影響的日夜趕工(保屋野初子，2002)。

原告們提起訴訟的理由十分明快：水壩建設將阿依努族聖地[6]沉入水裡，破壞該族文化，對阿依努文化影響甚巨。然而本訴訟更深層的理由，乃在於藉此訴訟，控訴日本政府百餘年來對於阿依努族人的殖民壓迫。特別是本案中的訴訟標的──被強制徵收的土地，乃是依據「北海道舊土人保護法」所給與阿依努人的保留地。而這個「保護法」，對於飽嚐大和民族壓迫的阿依努人而言，正是「萬惡的根源」。

2「北海道舊土人保護法」

北海道是近代國民國家日本第一個殖民地，比滅琉球王國(1879)或得到台灣(1895)都早。1869 年，明治政府佔領素來不屬日本主權管轄的「蝦夷地」，改名「北海道」，並設置開拓使。阿依努人也從此走上了充滿苦難的、漫長的被殖民之路。

當時的明治政府以開拓北海道為國策，認為阿依努族是開發大業的障礙，因此陸續立法，以圖奪走阿依努人的所有生活手段。明治時代日本人對阿依努族的迫害性法律，

[5] 請注意「洪水調節」的語意陷阱：洪水調節≠防洪。
[6] Chinomishiri，意謂「我／祈禱／場所」。

包括：「地所規則(1873)」＝利用阿依努人缺乏近代法的所有權觀念，允許日本人新移民（以下略稱「和人」)「合法」奪取其傳統土地；「北海道地券發行條例(1877)」＝以「保護」之名將阿依努族人的居住地編入「官有地」，其餘傳統土地則分配給和人；「北海道鹿獵規則(1877)」＝全面禁止狩獵；「鮭鱒規則(1874)」＝禁止捕獲阿依努人的傳統主食：鮭魚和鱒魚；「山林假規則(1874)」＝禁止採伐燃料及建築用的林木，以及政府行政命令(1881)禁止使用阿依努語（該族無文字）等（田中宏，1997）。

以上諸法的目的，除了奪走阿依努人的所有生存手段，使之成為絕對的經濟弱勢之外，也是一種強迫同化政策、一種種族與文化的淨化政策。禁止漁獵就是一個最典型的惡法。漁獵不僅是阿依努人最重要的生存手段，更與其文化密切相關。但日本政府強行禁止，並且偽善的「勸農」，卻放任和人移民的濫捕濫獵（原生種的蝦夷鹿在明治中葉幾近絕種）；而在 1880 年代的大饑荒裡，阿依努人在山裡捕鹿即為「盜獵」，在河濱捕魚即為「盜魚」，伐木以求薪柴或衣服原料則為「盜伐」，無不受到嚴格處罰(上村英明，2008)。

但是，侵犯阿依努人權益最為深遠的惡法，仍非「北海道舊土人保護法(1899)」莫屬。本法條文共計 11 條，均為典型的殖民地惡法，最大的特色就是強制同化。除了設立小學，實施強制同化教育之外，為了將漁獵民族阿依努人改造為農耕民族，本法規定只有願意從事農耕者才給與土地（第一條）。而且給予的土地並無完全的所有權，須以政府的管理為前提[7]，而且獲得土地 15 年後政府將進行檢查其開墾是否「成功」，只要尚有未開墾土地，即予以沒收（第三條）。不但如此，相對於和人每一人所分配得的土地十萬坪，阿依努人則是每一「戶」僅一萬五千坪。依據本法的實施結果，阿依努人最終只得到北海道全域的 0.01%的土地（約 2750 萬坪），而且如果扣除未通過「成功檢查」而被沒收的土地（約 590 萬坪），這個數字還會更低。更別提阿依努人所被「給予」的土地，均屬貧瘠不適合農耕之地了。一言以蔽之，所謂「給予地」（保留地）制度，就是「先全部掠奪，再酌量給予」的殖民制度(上村英明，2008：53-56)。

二風谷即為給予地。貝澤耕一與萱野茂兩位原告拒絕被國家強制徵收的土地，也是給予地。而且，更驚人的是，直到 1997 年 3 月 27 日，本訴訟第一審判決（因為兩造均不上訴，所以也是確定判決）出爐的那一天，「北海道舊土人保護法」仍然是有效的法律，並未被廢止。

（二）訴訟概略

1 訴訟經過與訴訟爭點

萱野茂等拒絕被徵收土地之後，北海道開發局長於 1985 年 4 月 25 日向建設大臣申

[7] 給予地處分時須行政長官許可（戰前為北海道長官，戰後為道知事）。其立法理由「舊土人皇化之日尚淺，知識程度頗低」云云，可見本法對阿依努人而言是屈辱性的惡法。

請建設認定[8]。1986 年 12 月 16 日，建設大臣同意認定，並要求北海道徵收委員會（同案被告）做出權利取得與交付裁定（＝徵收裁定）成功(1990 年 2 月 3 日)。

原告於同年 3 月 4 日要求建設大臣依土地徵收法 129 條，對該裁定進行審查，但遭駁回(1993 年 4 月 26 日)。

由此，1993 年 5 月 26 日原告提出行政訴訟，要求撤銷徵收裁定。因為被告徵收委員會無當事人能力，因此建設大臣，亦即國家，在訴訟途中成為實質被告。

本案的訴訟爭點大致如下：

A 建設大臣所為之事業認定乃違法認定，其違法性是否為徵收委員會之徵收裁定所繼承？

B 被告所主張的「公共利益」的內容為何？

C 因土地徵收而喪失的阿依努族民族利益內容為何？

D 憲法第 13 條[9]「對個人之尊重」是否包括少數民族的文化享有權？

E 公民與政治權利國際公約(B 公約)27 條[10]是否得以成為民族權利尊重的法源？

F 何為原住民族(先住民族)?阿依努族的原住民族性與前述民族利益有何關聯？

2 法院判決

1997 年 3 月 27 日，札幌地方法院(審判長一宮和夫)對本案做出判決。這個判決，有認為「劃時代」者，也有認為「為德不卒，妥協產物」者。意見紛歧。觀其判決主文，大概就可以思過半矣。主文如是說：「原告的請求駁回(為德不卒，妥協產物)。但被告所為之徵收裁定為違法(劃時代)」。

至於判決理由，簡單整理如下：

A 本案中，建設大臣的事業認定與委員會的徵收裁定兩個行政處分相結合之後，方具有取得土地之法律效果。故先行處分違法時，其違法性當然為後行處分所繼承

B 根據土地徵收法 20 條 3 項的要件「事業計畫需符合適切且合理使用土地」，因此在做出行政處分之前，行政主管機關應該先就原告所主張的民族利益與被告所主張的公共利益進行比較衡量。

C 法院承認本案中被告所主張之公共利益(洪水調節、維持正常水流、灌溉用水、**工業用水**、發電)

D 法院也承認，本案中原告所主張之民族利益＝阿依努族的文化享有權，為 B 公約 27 條及憲法第 13 條所保護之人格的生存權。對其限制僅能以「必要而且最低限度」限制

[8] 根據日本土地徵收法 16 條。

[9] 日本憲法第 13 條：「所有國民，做為個人而受到尊重。對於生命、自由及追求幸福之國民權利，只要未違背公共福祉，則立法及其他國家施政，需予以最大的尊重」。

[10]第 27 條（少數人之權利）：「在那些存在著人種的、宗教的或語言的少數人的國家中，不得否認這種少數人同他們的集團中的其他成員共同享有自己的文化、信奉和實行自己的宗教或使用自己的語言的權利」。

之

E 當 B 公約 27 條所謂的少數民族為原住民族之際，則其民族之文化享有權應受到更大的保障

F 阿依努族確實是原住民族

G 國家進行對原住／少數民族的阿依努族文化權有重大影響的事業時，首先必須反省：過去日本國如何迫使阿依努族文化衰退的歷史；並盡其可能的多方考慮。以此而言，本案中政府明顯的怠忽、輕視事業認定之際原本最重要、最應進行的諸利益之比較衡量，不負責任的做出「水壩的公共利益優於阿依努族的文化利益」的判斷，從而其行政處分乃超越了其裁量權權限而成為違法行政處分

H 因此以違法的事業認定為基礎所為之本案徵收裁定亦屬違法

I 然而，本案判決之前的 1996 年，水庫已經完成並開始使用（聖地已遭淹沒）。事已至此，若撤銷徵收裁定，將對於公共利益造成重大傷害，不符公共福祉。故本案徵收裁定雖然違法，但依行政事件訴訟法 31 條 1 項[11]，判決本案徵收裁定違法，同時駁回原告請求。

J 原告被告雙方均同意不上訴，本案確定。

三、二風谷判決分析及檢討

（一） 二風谷判決的日本國內法與國際法上的意義

1 對於阿依努族的「先／原住民族性」之承認

本判決由於是日本史上首次承認阿依努族為「原住民」（日文稱為「先住民」）之判決，純就此點而言，也許可以稱得上是日本司法史上的劃時代判決。在此判決之前，無論是司法判例，或者是日本政府的傳統見解，均傾向承認阿依努族為少數民族，但不承認其為先／原住民族[12]。而日本前總理中曾根康弘於 1986 年 9 月國會中的「日本單一民族論」發言[13]，更是箇中代表。依照中曾根的見解，則阿依努族不但不是原住民族，甚至也不是少數民族。事實上，建設大臣基於土地徵收法，要求北海道徵收委員會對本案訴訟標的物的土地裁定強制徵收，正好就在中曾根發言的翌年。由此可見，當時的日本政府甚至比司法及官還要保守且無知。而且直到進入訴訟之後，日本政府對本案的立場，仍然是：

---

[11]日本行政事件訴訟法第 31 條 1 項：「取消訴訟時，當處分或裁定為違法，但若將其取消將對公共利益造成顯著的障礙之際，因而在考慮其損害賠償或防止的程度與方法等所有因素之後，如仍可認為取消處分或裁定有違公共福祉，則法院可駁回請求。此時，必須在該當判決之主文中，明白宣示該處分或裁定為違法」。

[12]司法判決中，最有名的是「阿依努肖像權裁判」(1985 年提訴，1988 年和解)。參閱『アイヌ肖像権裁判・全記録』現代企画室編、1988。政府見解可參閱日本 B 公約國家報告（1980 年第 1 報告書中否認日本有少數民族，1987 年第 2 報告書才改口承認:「說阿依努族乃 B 公約 27 條所稱至少數民族亦無不可」)。日本政府的目的，據信應該是避免美加澳紐等國「國中有國」的尷尬。

[13]1986 年 9 月 22 日，當時的日本總理中曾根康弘，出席自民黨於日本靜岡縣田方郡函南町某旅館舉辦的全國黨員研修會發表演說時的內容。

「何謂原住民族？概念不明確；況且是否承認阿依努族為原住民族，與本案無關，沒有回答的必要」（房川樹芳，1999）。

相對的，札幌地院在判決書的理由部分，則接受了原告證人相內俊一(北海道教育大學岩見澤分校教授)所敘述的「原住民族」的定義，並承認該定義符合國際原住民族定義：

「所謂原住民族，乃是在近代國家統治之前，在當地已存在有與國家主流多數民族相異的文化與認同之少數民族，且其後雖受多數民族統治，仍未失去其具有歷史連續性的獨特的文化與認同之社會集團」。

許多日本學者均指出，很明顯的，相內俊一的原住民族性定義，來自於聯合國經濟社會理事會人權小委員會委託 JOSE MARTINEZ KOVO 所做的特別報告（E/CN4/Sub.2/1986/7/Add.4）裡面的 working definition，亦即所謂原住民族需具備的幾個特性：先／原住性、歷史連續性、文化獨特性、被支配性、以及自我認同（田中宏，1997:67；常本照樹，1998；岩澤雄司，1998）。在確認證人相內俊一之原住民族定義與國際定義相同之後，另兩位證人大塚和義（國立民俗學博物館教授）與田端宏（北海道教育大學岩見澤分校教授）分別從文化人類學以及歷史學角度，證明阿依努族完全符合此一原住民族定義。因此法院認定：

「阿依努族在我國統治之前早已居住在北海道，並形成其獨特的文化，具有其民族認同。即便在我國統治之後，雖然因為多數民族（和人）的政策等使得經濟上、社會上受到嚴重打擊，但仍然是一個未曾喪失其文化與認同的民族。」

札幌地院承認阿依努族具備聯合國所定義的原住民族資格，重點在於導引出阿依努族的文化（享有）權（分別由 B 公約 27 條與日本憲法第 13 條所保障），在本案中如何與政府主張的公共利益發生競合。如此一來，進行兩者的比較衡量方有可能。至於「先行處分的違法性是否有後行處分所繼承」之類純粹的法律技術性爭點，反而成為枝微末節。換句話說，這時候裁判的重點已經從國家強制徵收國民土地的一般性案件，變成殖民者強制徵收被殖民者土地的轉型正義案件了。

我們可以從判決書中挑選出一些關鍵段落，看看札幌地院如何代表百年來的日本司法，運用他們所熟悉的國內法與陌生的國際法，為阿依努族進行一次三段論法的「仗義執言」：

「不屬於多數構成員的少數民族文化，其本質在於不與多數民族同化而維持其民族性。而享有民族固有文化的權利，亦為人格的生存所必要之重要權利。依憲法第 13 條，屬於少數民族的阿依努民族享有其固有文化之權利，應受保障」

（憲法第 13 條的目的在於）「表明個人主義、民主主義之原理。亦即在國家與個人的關係中，以個人為終極價值；國家於其國政態度上，承認做為構成員的國民每個人的

人格價值」[14]

「阿依努民族為保有其文化獨特性之民族，依據 B 公約 27 條，其文化享有權受到保護；而我國亦應依據憲法第 98 條第 2 項之規定，負有誠實遵守義務」[15]

2 對於國家進行重大工程時，忽略調查阿依努文化的批判

札幌地院的判決書中，同時批判了國家在進行重大工程時，忽略／輕視事前調查該工程將對阿依努文化的影響。雖然本案中，國家確實曾依照文化財保護法進行挖掘調查，但即使調查結果發現了該地存在第一級文化財（CHASHI(阿依努族的傳統交易所/堡壘) CHINOMISHIRI(「我們祈禱的場所」等)，竟仍然放任其被破壞。身為被告的國家則抗辯：原告應明示將受影響的文化地點，國家自然會迴避或考慮。但法院則直接予以棒喝：

「文化為一總體概念，國家要求原告點狀標示，正足以證明國家對於文化一無所知，也毫不尊重。易言之，國家並未從迫害他人的歷史之中得到教訓」

「屬於他民族的人們（此處指和人），在嘵嘵自辯之前，應該先謙遜地（對阿依努文化）表達敬意」

「本案中，被徵收地附近，對於阿依努族而言明顯的具有環境、民族、文化、歷史與宗教性的重要價值，（而這些價值讓政府）能夠得到機會接觸到原住少數民族的原住地域之文化，對於民族多樣性之理解以及多樣化價值觀之形成大有裨益……就算對於不屬於阿依努族的其他國民而言，同樣具有重要的價值」

「若說為了公共利益，這些價值必須讓步，當然有可能。但是在要求對方讓步之前，應先深切反省前記同化政策所導致的，令阿依努文化衰退的歷史教訓，並做出最大程度的考量」

更何況，二風谷是「給予地」，而給予地制度正是造成阿依努族衰頹的主因。日本政府不但全無反省，連「給予」不到一百年的土地，也要徵收，

「實乃多數民族所為之輕率且恣意之政策，何得謂之為合法耶」

（總而言之）「為了判斷本案工程所能得到的利益與所將失去的利益，本應該進行的調查、研究，建設大臣卻完全怠於進行；不當地輕忽原本最應該受到重視的諸要素與諸價值，從而理應無法對此做出判斷，然建設大臣卻毫無理由的確信前者的利益優於後者的利益，且在毫不講求如何減少工程對阿依努文化影響的情況下，認可該工程案之進行。此乃逸脫土地徵收法 20 條 3 項給予裁量機關裁量權之違法行為，甚屬明確」

3 二風谷判決的國際法上的意義

[14]演繹憲法第 13 條「個人與國家」原理，援用到「位居支配地位的多數民族與被支配的少數民族之間的關係」。

[15]日本憲法第 98 條第 2 項：「日本國對於其所締結之條約與已確立之國際法規必須誠實遵守」。

在二風谷訴訟之前，日本的法院對於在裁判中援用國際人權法，基本上十分消極。法院經常對以國際人權法為根據的主張視而不見，或者重視日本憲法遠勝於國際人權法，又或是對於某行為是否違反國際人權法的認定經常表現的猶豫不決（岩澤雄司，1997）。

但是在本案判決書中，法官引用國際人權法──主要是 B 公約 27 條──以做為判斷的中心依據，亦即證明阿依努族的原住民性，以及隨之而來的文化（享有）權。不論法官是否了解「B 公約 27 條所稱的少數民族包含原住民族」的論證過程[16]，他總是素樸的接受了其結論。

（二） 「二風谷判決」批判與檢討

循著判決理由閱讀至此的任何人，大約都相信國家必敗無疑，原告所要求的正義必獲伸張。但原告主張的撤銷裁定請求，竟因為水壩完工的既成事實而被駁回，而聖地也早在判決前一年（1996）隨著水壩的峻工而永沉湖底。換句話說，透過這個訴訟，原告一點實際的救濟都未曾獲得。贏家愁雲慘霧，輸家大放鞭炮慶祝。

由此可見，雖然二風谷判決在日本司法史上具有劃時代的意義，但在回復阿依努人的轉型正義之上，卻仍然顯得保守而空洞。之所以如此，仍需回到判決，尋找其誤謬與不足之處。

第一個最明顯的問題和當事人是否原住民族無直接關係，純粹出在日本行政訴訟法本身：還就現實，不敢撤銷被法院認定違法的行政處分。在本案中，札幌地院所引用的行政事件訴訟法 31 條 1 項，就是一個長年來為學者詬病的庸法（田中宏，1997：69）。政府機關任何徵收處分就算違法，但只要造成既成事實，便可以以「撤銷處分將不利公共利益」之名逃避責任，而司法機關也淪為行政的追認機關[17]。坦白說，這條法律的存在，讓原告及其委任律師早就做好敗訴準備。只不過他們預期法院駁回的理由，是水壩既已完工，原告所提之訴便「無訴訟利益」（房川，1999:265）。

第二個問題，乃是法院為何承認水壩具有「公共性／公共利益」？根據被告的說法，水壩工程兼具「洪水調節、維持正常水流、灌溉用水、工業用水、發電」等多項重大利益，法院幾乎照單全收。如果法院根本就不承認水壩的公益性，那麼連利益的比較衡量都可以省略了，豈不乾脆？二風谷水壩的公益性，當時許多學者與律師均高度質疑。例如原判決也承認，根據過去經驗，水壩對於防止洪水沒有效果，但又承認水壩可以「減輕」被害程度。如果水壩的這麼丁點的公益性都能被承認，還有什麼訴訟價值？此外，

[16]例如公約人權委員會於 1994 年通過的,關於 27 條的 general coment23.

[17]雖然日本的行政事件訴訟法 25 條第 2 項規定：當事人提訴之後，對於可能產生重大損害的行政處分，法院可以命其停止執行，但又在第 4 項中規定：如對公共福祉有重大影響之虞，則不得停止。同時又在同法 27 條賦予內閣總理大臣有向法院的停止決定提出異議的權利。而且總理一提出異議，法院即不得決定停止執行，已決定者必須取消。說來說去，都是為行政權大開方便之門。

就算有公益性吧，原告律師房川反論道：

> 「水壩非建在阿依努文化的心臟地帶不可的合理性、必要性在哪裡？實際上，當初政府也曾經考慮可否在上游或下游興建。但最後定案於二風谷，只有一個原因：純經濟考量。在這裡蓋水泥使用量最少，最省錢」（房川，1999:257-258）。

事實勝於雄辯，當初政府預計二風谷水壩在興建完成 100 年之後，會淤積 550 萬立方公尺的泥沙；然而完工不過 10 年(2007 年)，已經淤積了 1268 萬立方公尺的泥沙（若照當初的計算，原本應該花費 230 年）[18]。2007 年的一場大洪水，更加速縮短水壩的壽命（而過去沒有水壩的時代，二風谷從來不曾遭遇洪水）。現在政府已經打算在平取町另行興建一座新水壩了[19]。

第三個問題是，B 公約中的人權清單能夠成為國內法中利益比較衡量的對象嗎？在日本國內，將人權與公共利益做比較衡量是司法通例。的確，B 公約的人權清單中，例如表現的自由（19 條）集會的權利(21 條)結社的自由(22 條)，條文裡明示有限制的可能，但此限制也必須法律保留。然而，這種被稱為 clawback provisions 的彌補性條款裡，絕對不包括類似少數民族權利之類的人權（松本祥志，1998），因此怎麼可以透過行政或司法的比較衡量而受到限制呢[20]？

在本案中，法院判決認為國家在比較衡量上「水壩所得利益優於所失利益」的認定沒有將阿依努人文化損失考量進去，所以違反土地徵收法 20 條 3 項而違法，從而強制徵收裁定亦繼承其違法性而違法。這在日本國內法判例中算是破天荒的創舉，值得喝采；可是在國際法學者的眼中，這個創舉仍然是荒謬的。因為從國際法觀點而言，「不得引用本國國內法以做為條約不履行的正當化根據」[21]，所以札幌地院把土地徵收法 20 條 3 項(甚至憲法第 13 條)視為得以正當化比較衡量(因此得以限制國際人權)的根據，是違反國際法。再加上最終法院仍以經濟考量，認為撤銷徵收裁定不符合公共福祉而駁回原告請求，可見日本的司法見解，在他們自己也尚未察覺的情況之下，已經和 B 公約 27 條直接對上了。說到底，這就是日本國內的司法機關要不要承認 B 公約 27 條是國際強行法的問題了（中村英樹，1998）。

四、從二風谷訴訟、阿依努文化振興法到聯合國原住民族權利宣言(2007)

（一）阿依努族權利之實現？試評阿依努文化振興法

1 從裁判到立法

[18]http://ja.wikipedia.org/wiki/%E4%BA%8C%E9%A2%A8%E8%B0%B7%E3%83%80%E3%83%A0
[19]http://www.youtube.com/watch?v=4HxpQz8GZpM&feature=related
[20]畢竟利益衡量均習慣以量化為標準，那麼所謂「多數人（多數民族）的利益」當然總是勝過「少數人（少數民族）」的利益了。
[21]維也納條約法條約第 27 條。

本判決翌日，橋本總理終於鬆口道：「阿依努族先住於北海道乃是歷史事實」。1997年5月8日，日本國會廢止「北海道舊土人保護法」，另訂「阿依努文化振興法」，承認阿依努族為「民族」，但卻仍未明記其為「先／原住民族」。

這個戲劇性的轉變，說明了二風谷判決雖然仍存在許多的缺點，但的確大大的影響了日本政府的態度。換句話說，縱使是既成事實判決，長遠看來也有其策略性意義。衡諸英美法系諸國的案例，裁判往往成為原住民權利立法的契機。同時，也經常利用裁判的進行，對於有害原住民權利的各種「國家重大建設」以簡易判決做出假處分命令停工。這種停止命令往往讓國家承受極大的（經濟）壓力，而不得不與原住民妥協，甚至主動立法。

在日本，因為行政及司法機關故意忽視或不諳國際法原則的現況之下，原住民族權利的正當性來源，往往來自所謂的「道義性的說服力」，以吸引更多國民的同情與支持。因此常本照樹說：

「裁判應該，或能夠負起的任務.....就是扮演一個能夠引起多數人共鳴的『論壇』角色」（常本照樹，1998，54）。

如果從時間順序著眼，則二風谷判決文似乎並未直接影響兩個月之後國會通過的阿依努文化振興法的內容。這是因為新法的立法背景可以上溯到 1984 年，而且經過北海道知事與阿依努人團體的對話、經過內閣的長期審議、經過社會黨村山政權的強烈催生、經過內閣官房長官召開的專家學者會議（「有識之士懇談會」），最後才提交國會審查通過。但若就做為「論壇」功能的，長達 4 年的法庭鬥爭，以及對日本社會所發揮的「道義性的說服力」，本訴訟怎麼可能對於新法沒有影響？實際上當法案提交國會審查之際，官房長官還猶抱琵琶半遮面的解釋：之所以未曾在法案中確認阿依努族為先（原）住民族，只承認其為一民族，是因為「先住性的記載，在法制上有技術性的困難」。結果一週之後，札幌地院「確認阿依努族先住性」的判決就下來了。

值得一提的是，二風谷訴訟原告之一的萱野茂，當時已出任參議院議員，內閣為了向他致意，決定將法案先交給參議院內閣委員會審查。審查結果，除一致通過該法案，並用「附帶決議」的方式，表明「阿依努人的先住性，乃是歷史事實」。眾議院也完全仿照整個過程，法案通過（常本照樹，1997）。

從新法的制訂過程與二風谷訴訟之間的辯證關係，我們可以看到一個很有趣──也很狡詐的政府回應模式。從地方到國會，13 年的漫長審議仍然無法令日本政府鬆口，承認阿依努人是先（原）住民！二風谷判決，雖然逼使國會突然之間就「克服法制上的技術困難」，承認阿依努人的「先住性」，但國會卻使用另一個立法技術來迴避承認之後的責任──承認是承認，只不過是用附帶決議來承認，而附帶決議雖然理論上對行政機關有拘束力，卻沒有法律的拘束力。怪不得橋本龍太郎總理願意親口說出：「阿依努族先

住於北海道乃是歷史事實」[22]。

2 新法的問題所在

「和人」政府畢竟不是那麼簡單就被「道義性的說服力」說服的。如果檢討新法內容，更可以有助於我們了解：二風谷訴訟，只是整個阿依努族法庭鬥爭的開端，而不是終局。

相較於殖民地惡法「北海道舊土人保護法」，阿依努文化振興法（以下簡稱「新法」）當然進步得多。至少有以下三點進步：比起充滿屈辱性的「舊土人」一辭，新法是日本有史以來第一次以正面意義的「阿依努」為名的法律。其次，新法第一條，也是日本有史以來第一次，在法律中宣示「尊重阿依努文化」，而且還將擴及於其他多元文化。最後，新法明記：振興阿依努文化為國家責任，而不只是地方政府的責任。

相對的，新法只承諾振興阿依努族的「文化」，對於阿依努族的土地／資源權利、政治／經濟／社會權利、教育權利等等絲毫不提（上村英明，2008：84-86）。如果和 1984 年阿依努族人所提出的「阿依努民族法」草案的內容相較，更可看出新法的避重就輕。「阿依努民族法」草案就如同我國的「原住民族基本法」，是一個意圖完全回復阿依努民族權利的草案。因此在草案前文，就開宗明義的要求：

> 「本法之立法目的，在於要求承認日本國中存在著具固有文化的阿依努民族，並應在日本國憲法之下，尊重其民族自尊、保障其民族權利」

接著，在長篇大論地檢討殖民歷史，以為立法理由根據之後，明確要求阿依努人的法律權利應包括：基本人權、參政權、教育／文化權、農業林業漁業工商業等經濟權。然而，新法僅僅回應了其中文化權的部分而已。即便如此吧，那麼新法的效果究竟如何呢？

在「平成 18 年(2007 年)北海道阿依努生活實態調查報告書」中可以發現，從 1997 年到 2007 年的十年之間，新法的實施在某些方面的確發揮了一定的效果。例如其中一個問卷題目：「新法實施十年來，您的周圍發生了什麼變化」，回答「對於阿依努民族的理解提高了／阿依努議題在學校教育中出現的機會增加了／阿依努文化活動變得興盛了／阿依努語言復興了」的族人超過 76%。但是相反的，文化以外，更現實的生活並未得到太多改善。例如貧富差距部分就證明，居住於都會區的阿依努人生活越窮困；而因為窮困，所以阿伊努人青年的大學入學率，也仍然停留在全國平均比率的三分之一以下（竹內涉，2007）。另外一份有意選定在平取町進行的問卷調查也顯示，超過半數的受訪者對於新法的效果持保留態度（籾岡宏成，2007）。

[22]當時還有些學者還善意的解讀為「附帶決議雖然沒有法律效力，卻對行政機關有拘束力。因為那畢竟是國家最高權力機關＝國會的見解。對於配合未來的「聯合國原住民族權利宣言」（當時還是草案）助益良多」云云（常本照樹，1997）。結果 2007 年該宣言在聯合國通過之際，日本政府的第一個反應就是：簽署沒問題，但阿依努人不算原住民，所以不適用。

（二）「世界原住民族權利宣言」與日本「阿依努政策有識者懇談會報告書」

當然，文化權的實現必然將涵蓋其他人權，但缺少法律的明確保障，這些權利終將形同具文。另一方面，這個如此狹隘的新法，必將導致阿依努人在追求其他權利之際，必須重啟法庭鬥爭的手段。而事實上，另一個更重要的訴訟──阿依努共有財產訴訟，也確實被提起了。從 2002 年到 2006 年，從地方法院一路爭訟到最高法院，而且每戰皆敗[23]。雖然每戰皆敗，但是二風谷訴訟的「論壇」薪火，也因此被延續了下去。

到了 2007 年聯合國通過「世界原住民族權利宣言」之際，雖然行政機關仍然打算負隅頑抗，不願承認阿依努族為原住民族，但是 10 年來接連不斷的法庭抗爭與「論壇效果」，已經逼使國會必須正視這個普世性的權利要求。

於是，在 2008 年 6 月 6 日，日本參眾兩院一致通過決議，要求政府必須承認阿依努族為原住民族。而內閣官房長官町村也不得不公開表明：政府決意在認識到阿依努族為一擁有獨自的語言、宗教、文化的原住民族，並以此為基礎，參照聯合國（原住民族）宣言，進一步推動現有的阿依努民族政策，並致力於確立一個綜合性的政策的施行〕。至此，日本國終於承認阿依努族是一個「原住民族」了。接著，日本政府再度祭出他們最拿手的招式──再次由內閣召集「國內有識之士」[24]舉行「阿依努政策有識者懇談會」，並在 7 月 29 日提出報告書[25]。依照往例，這個懇談會將決定未來阿依努政策及立法的走向。因此這個報告書的重要性自不在話下。不過日本人是出了名的行事謹慎，縱使是一群對阿依努族常年友善的專家學者，但寫出來的報告還是字句斟酌，遠不如台灣原住民基本法的「重鹹」。

報告書內容摘要如下：

1 確認歷史：整理從遠古至今日的阿依努族歷史，並忠實呈現近代日本國家對該族的迫害。

2 確認阿依努族人的現狀，以即與該族有關的資訊變化。

3 決定今後的阿依努政策。其中包括：

政策必須以擴大和人「認識該族為原住民族」為出發點；

原住民族權利宣言雖然並非條約，但必須充分尊重，視為國內政策的國際指針；

---

[23]阿依努共有財產訴訟過程非常複雜，本文無法處理。詳情可參閱『百年のチャランケ：アイヌ民族共有財産訴訟の記録』緑風出版、2009。

[24]懇談會成員的名單倒都是一時之選。例如著名的國際人權法學者安藤仁介、北海道 UTARI(阿依努族的別稱)協會理事長加藤忠,、北海道大學法律系教授（阿依努研究中心主任）常本照樹、著名人類學家及東大教授山內昌之、國立民族學博物館教授佐佐木利和等人，幾乎都是常年來聲援阿依努族的專家學者。

[25]報告書全文可參見 http://www.kantei.go.jp/jp/singi/ainu/dai10/siryou1.pdf#search='アイヌ政策のあり方に関する有識者懇談会報告書'

參考各國案例，並加緊步伐，尋求阿依努族權利的憲法根據；

政策基本理念為：尊重阿依努族的民族認同、尊重多元文化與民族的共生、政策施行以中央為主體帶動地方。

最後，再依上述基本精神，全面啟動調查與阿依努人權利提升有關的經濟、文化、政治與社會的基礎建設，等等。

從以上報告書摘要可知，日本政府的構想是「廣泛研究，謹慎立法，其他能做的先做」。看來似乎卑之無甚高論，但其實卻謹守著近代日本百餘年來的法律傳統──立法就得實踐，不願實踐的最好避免立法（與我國似乎正好相反）。

因此，期待日本國會通過一部完整保障阿依努族權利的法律，似乎仍前路遙遙。不過這段時間，正也是民間知識與力量集結、設法改變主流社會固定觀念的時機。從報告書的內容觀之，專家學者以及政府憂心的，似乎也在這一點。過去傾全國之力試圖抹煞阿依努族的存在，現在仍得傾全國之力，讓「和人」們接受阿依努族的存在，接受和人對該族百餘年的迫害歷史，接受為了遂行轉型正義而必須付出的社會成本。這在任何由原住民族存在的國家或社會裡，都被證明並不容易。在此，各種資源的有效集結就變得很重要，而想像力或許是貫穿其中的樞紐。

五、說服主流社會認同的文化權戰略思考

（一）二風谷訴訟與生物多樣性

舉例而言，目前日本在保障阿依努族權利的法律現狀，就是只有阿依努文化振興法。這個法律雖然被侷限在「文化（振興）」的面向，但因為文化權相對於 AB 兩公約的其他人權清單而言意義較為不明確，因此反而可以提供阿依努人許多種嶄新的策略。例如，將文化權與環境權，甚至生物多樣性概念相結合，從而導出民族自決權的行使依據，並且對所謂的主流社會提出邀約。

為了進行如此的想像，我們可以再回到二風谷訴訟。如同前述，二風谷判決是日本國家機關首度承認阿依努民族原住性的司法判斷。不過該判決還有另一個重要的貢獻，即對國家公共建設之實施與其對於周邊地區文化的影響進行比較衡量，從而指出文化影響評估的重要性。此處的「文化評估」，很顯然的也包括環境評估。換言之，判決承認環境與文化的互動性，並對二者均賦予重要的價值。

首先請看原告的主張：

「二風谷地區絕大多數的居民都是阿依努族，是阿依努文化保存最完整的聖地。此處同時為沙流川流域，每當秋季，沿著沙流川溯流而上的鮭魚，正是與該地生物多樣性以及阿依努文化關係最密切的代表性生物。因為回鄉的鮭魚，會吸引燕鷗、狐狸或灰熊等動物群聚於河川或河口。而阿依努人除了和其他動物一同永續性地分享鮭魚資

源，同時也藉此形成了其傳統文化。鮭魚不但是阿依努人自古以來的主食之一，也是傳統服裝的素材、傳統祭典的供品。因此鮭魚乃是阿依努人維持、延續、發展其文化不可或缺的生物。」

「然而水壩的興建，卻將阿依努人與鮭魚的傳統關係切斷，導致阿依努文化的存續受到重大打擊。水壩不但使鮭魚再難返鄉，甚至淹沒了所有的阿依努文化遺跡與傳統典禮舉行之處。」（房川，1999:256-257）

而在判決書中，法官大致承襲了原告的文化權論述，對於二風谷地區以鮭魚為中心的生物多樣性及阿依努文化的關係，做了詳細的檢證：

「鮭魚在阿依努語中稱為『SHIEPE』，即『主食』之意。是阿依努人的重要食糧。而且其捕獵、烹調的方法，甚至用餐的儀式等獨特的飲食文化，有許多均與鮭魚有關。除了飲食之外，也以鮭魚皮製作靴子或衣服。說鮭魚乃象徵阿依努文化的魚種，甚屬妥當」

「（二風谷地區）傳承阿依努民族文化傳統、精神、技術的人才輩出，加上豐饒的自然環境，故為最能保存該族傳統文化的地區」

法官根據這樣的認識，才有其後對政府輕忽調查的不以為然，甚至判斷裁定違法。而這個判決，其實很可以好好活用。一個重要的切入點是，把「社區文化」和生物多樣性的關係，加入日本現行環境評估法律（「環境影響評價法」）的評估項目之中。甚至，也可以把這個項目加進阿依努文化振興法的使用當中，使之成為法源，「凡是對阿依努文化有不利影響的公共建設，都必須事先得到阿依努人的同意」（松井一博，2008）。

這個策略有其現實因素的考量，其中最重要的是，日本不但是生物多樣性公約的簽署國，而且還在 2008 年制定了「生物多樣性基本法」。而無論是公約或是基本法，都承認生物多樣性與人類文化息息相關[26]。松井一博因而主張，「生物多樣性基本法」不僅應該視為生物多樣性公約的國內法，而且更應該做為環評法的特別法（松井一博，2008：159）。這種廣泛利用「條約／國內法」「特別法／普通法」的連鎖方式，以擴充阿依努文化振興法的「文化」內涵的方式，確實可行。換言之，這是藉由政府所締結的國際公約，回過頭來要求政府在國內落實的正攻法。

當然，三流國家也許不把自己締結的條約當成一回事，日本政府還不至於如此窮斯濫矣（這也是為什麼當她不願遵守某些國際人權規範的時候，就不敢簽署）。所以這個策略在運用上，不但要求國際公約的國內法化，還得盡可能「誘使」政府主動「說大話」。今年（2010 年）10 月日，第 10 屆生物多樣性公約締約國會議(COP10)在名古屋舉行，日本身為地主國，為了「爭面子」就說了許多「大話」，而這些大話──政府的公開承諾

[26]例如在公約 10 條 C 項規定：「應保護及獎勵遵循傳統文化習慣使用生物資源」。8 條 j 項也呼籲締約國必須「尊重與保護生物多樣性有關的原住民族或社區的知識、技術與習慣」。另外，在該公約的「2010 年目標」的最終目標 9，也提到「應維持原住民族及地方社區的社會性、文化多樣性。而日本的生物多樣性基本法前文也指出：「生物多樣性同時也是做為地域固有財產的文化多樣性的支柱」。

──如果以類似二風谷事件的訴訟方式爭取，恐怕一百年都爭取不到。

第一個例子是日本政府甚為自傲的計畫：「里山倡議(The Satoyama Initiative)」。所謂的「里山」，在日文中意指人為經營的自然環境，例如農村以及其週邊的山林水源、生態環境等等。在日本傳統文化中，里山的居民循著非資本主義的，傳統永續經營的農耕方式，有意無意間保全了相當多的生物多樣性。因此倡議里山概念，便意味著日本政府公開承認：住民與自然保育是一組共生的夥伴，對於居民長年來實踐的傳統習慣與知識，更須尊重與學習。雖然日本政府的里山倡議的發想來自於傳統和人農村，然而若論文化與生物多樣性的關係，套用在阿依努族與他們在北海道居住地之上，恐怕遠比和人農村更具有國際說服力。

第二個例子，是日本在 COP10 向與會各國代表宣稱：日本的國家公園政策，向來主張「應與地區多樣的主體攜手合作，進行保護與管理」

> 「我國的自然公園制度，並非必然將土地國有化，而是在一定範圍內承認當地住民的居住、農林漁業、觀光等經濟活動，同時又對有改變自然之虞者加以規範限制。透過與當地關係人們的合作，以圖保護、管理公園區域內的自然環境。」
>
> 「（例如風景地保護協定與公園管理團體的制度）為了促進民間團體自發性的保護管理自然風景地，得將民間團體指定為公園管理團體。此外，亦可由公園管理團體、土地所有權人與國家締結保護風景地的協定制度。目前共有五個法人從事此活動」[27]。

那麼，這五個法人包含了阿依努族的團體嗎？答案是肯定的，但問題卻應該倒過來看。因為日本政府之所以能夠在 2010 年的名古屋大會向世界吹噓這個「Experience of Japan」，實際上正是拜阿依努族之賜。

（二）文化、環境、世界遺產──知床半島「世界遺產化」的策略

文化是民族認同的根柢， 因此，原住民族的權利回復運動，必然訴諸文化權的實現。 相對的，原住民族的文化對於環境的永續經營的有效性，近年來也受到國際極大的矚目。例如在 1992 年巴西的里約熱內盧舉辦的地球高峰會議所通過的「里約熱內盧宣言」的「原則」第 22 條指出：原住民族及其社會的知識與傳統，對於環境的管理與開發具有重大價值。因此各國應該讓原住民族加入共同管理自然環境的行列。而在 2005 年 11 月在烏干達的坎帕拉舉辦的 Ramsar Convention[28] 第 9 屆締約國會議，更再次確認了：締約國若欲保護濕地，便應重視濕地原住民族文化的價值；並積極活用其文化。

欲保護環境，須先保護原住民族文化──這可說是環境公約與人權公約的接軌（松

[27]以上引用之日本政府在 COP10 的官方說法「生物多様性に関する日本の取組」。參照：http://www.cop10.go.jp/doc/pdf/Panel_cop.pdf

[28]Ramsar Convention 為 1971 年於伊朗 Ramsar 通過的國際環境公約，目的在保護做為水鳥棲息地的世界各重要濕地。

井一博，2006）。環境與原住民族權利接軌，在理論上完全合理，但實務上要如何實踐？阿依努族對於日本的貢獻，就在他們的文化被國際承認對於自然環境的保護具有重大價值，因此同意日本的申請，在 2005 年將日本北海道知床半島登錄為世界遺產。

世界遺產公約(世界文化遺產與自然遺產保護公約)，於 1979 年 UNESCO 第 17 次總會決議通過， 直到 2005 年為止，共有簽署國 182 國，遺產總數 812（文化遺產 628/自然遺產 160/複合性遺產 24)[29]。知床半島位於日本北海道東北部，為日本少數保有原生風貌的地區，很早就是日本的國家公園。

但日本國家公園法的立法目的為：「保護重要的自然**風景**，促進其**利用**，以提升**國民的保健、休憩與教化**」（第一條） 。而知床所以雀屏中選，被列為國家公園，理由是符合同法要件：「在相同的**風景**形式中足為我國代表，且其風光明媚的**自然景觀亦足以傲視國際**」（第二條）。 換言之，日本的自然公園法重視的是景觀與觀光，並不在意生物多樣性[30]。而且，全部由中央與地方行政機關統一管理，並無居民／原住民參加的可能。可見其中全無人文思維，更遑論能認識到知床乃是阿依努人的聖地之一，公園保育與其文化密不可分。

由於這些缺點長年被詬病，日本因此在 2002 年進行一連串的修法。例如 「風景地保護協定制度」規定：中央／地方／公園管理處應與土地所有人締結風景地保護協定，共同進行管理。又如「公園管理團體制度」規定：為促進民間團體或公民的自發性保護管理活動，可依上述協定與公益法人或 NPO 共管。本法適用於知床之際，則阿依努族依法可受委託管理公園。但是日本政府當時並未想到，本法的修訂竟然直接造成知床獲選為世界自然遺產的結果。

2004 年日本政府以知床半島申請世界自然遺產，世界遺產委員會派遣諮詢機關 IUCN（國際自然保護聯盟）前往日本調查後，接受調查結果報告，同意日本的申請。但是 IUCN 的推薦理由，遠超過日本政府的想像。

原來，IUCN 在調查報告中，除了強調知床半島自然生態環境的重要價值確實符合自然遺產的要件之外，更特別指出阿依努民族與該地共生歷史的重要性：

---

[29]世界遺產公約本來的目的當然是保護人類的文化與自然遺產。但是登錄數目如此踴躍，有很大的原因是各國發現除了可以「發揚國威」之外，更重要的是能夠吸引觀光客。但經濟利益卻可能反而造成遺產的損耗。另外，世界遺產還造成兩個大問題：偏向僅以有形遺產為保護對象，原住民族的口傳文化、社會慣習等不列入保存對象。而且，還無形中區分出文化優劣。因為未能被登錄的國家或民族的文化，似乎就是低劣的，不值得保存的。這當然不是 UNESCO 的本意。因此才有 UNESCO 的「聖荷西宣言」(1982)，強調「消滅民族文化乃國際法上的犯罪，而民族文化的發展對於原住民族乃一不可退讓的權利」。此後更有「傳統文化及民間傳承保護建議書」(1989)、「人類口述與無形遺產傑作保護宣言」(2001)，同時登錄了 19 件無形文化遺產，以補世界遺產之闕漏。不過，以上宣言或建議書，均無法律拘束力，所以還得再接再厲，最後催生了「無形文化遺產保護公約」(2003 年通過/2006 年 4 月生效/47 國簽署)。「無形文化遺產保護公約」內含文化多樣性精神，主張文化無優劣之分。不但具普世性，對社會經濟政治的弱勢──特別是原住民族的文化保護，意義重大。就算對於非原住民文化亦然(文化不可「評等」：一級古蹟／二級文化財／三級……etc.)

[30]日本自然公園法制訂於 1957 年，最終修法於 2008 年。此處引用的法條是舊法，新法已加入「確保生物多樣性」的字眼。

「阿依努人稱呼知床半島為 sir.etok（大地之母的盡頭），並奉為聖地。為能實踐該地自然環境的永續經營，研究阿依努人文化，以及傳統智慧與技術至為關鍵。因此，日本法律容認如ウタリ協會等阿依努民族的代表團體參與未來的遺產管理，非常重要。因為獎勵遺產的傳統習慣與利用，對於推動生態保護主義意義重大」[31]

換言之，IUCN 報告不但肯定知床半島的自然價值，同時也肯定了阿依努族的文化價值對於該自然價值的保護的重要性。諷刺的是，日本政府的申請書中，卻對阿依努人的文化價值隻字未提(上村英明，2004)。

這個案例深具啟發性，因為它承認了原住民族（文化）與自然遺產（環境）之間的密切關係，乃是遺產認定的國際要件（遺產的複合性價值）[32]。因此，保護自然遺產，就必須賦予原住民族文化權──這同時也是締約國的義務。

六、小結

薩伊德曾說，殖民者和被殖民者，在某種意義上，其實是同一條船上的共同冒險者。從 1899 年「北海道舊土人保護法」頒布開始，到 2008 年「阿依努政策有識者懇談會」報告出爐為止，阿依努民族為了維護自身的權利，對抗和人近代國家日本，已經超過了一百年。雖然過程艱辛，進展緩慢，但阿依努族確實清晰見到了一絲希望的曙光。

2007 年的聯合國原住民族權利宣言，更給了他們爭取權利時，一個具有普世性的道德基礎。不過，被認為原住民族政策先進國的美澳加紐四國，拒絕加入這個宣言，也證明了普世性的道德基礎尚不足以回復原住民族的權利。美澳加紐四國拒絕簽署宣言固然有甚強的既得利益考量，但憂心從啟蒙主義時代以來所建構的近代市民法體系會從根動搖的恐懼，確實也根深柢固。這一點就連其他多數國家也適用。因此原住民族必須證明並說服：保障原住民族的諸權利，不但不是革命性、破壞性的權利，反而是近代市民權理論必然的演繹結果。原住民族權利的保障，只是把國際人權法典現存的諸原則，平等適用於始終不得其門而入的原住民族而已（手島武雅，2007）。雖然，逼迫被害人「要求回復其權利之前須先舉證其受害、證明其正當性」是違反正義的殘酷行為，但這就是原住民族被置放的現實世界。

因此，本文以日本阿依努民族爭取其文化權為例，細數他們如何說服主流社會認同的各種戰略思考，包括運用法庭訴訟為「論壇」，使和人政府與司法機關逐漸接受國際人權法的國內法化，同時連結環境權、生物多樣性與世界遺產的思維，創造出另一種更容易為主流社會了解與接受的道德勸說──命運共同體說。這個世界，無須傾聽的強權邏輯已經過時了。全球化使得人類的命運緊緊綁在一起，而尊重、理解、保護原住民，進而學習原住民的智慧，恐怕才是這個新世紀人類得以生存的唯一選擇。

[31]http://dc.shiretoko-whc.com/process/exchange.html
[32]生物多樣性國際公約等環境公約亦有相同要件。

這一次，將是由「野蠻人」向「文明人」發動的新啟蒙主義運動。而人類的活動當中，再也沒有比耐心啟迪無知蒙昧更高貴的行為了。

参考文獻

1 田中宏「二風谷ダム訴訟判決」国際人権法学会『国際人権』8 号 65-69 頁 1997
2 常本照樹「先住民族と裁判―二風谷ダム判決の一考察―」国際人権法学会『国際人権』9 号 51-55 頁 1998
3 岩沢雄司「二風谷ダム判決の国際法上の意義」国際人権法学会『国際人権』9 号 56-59 頁 1998
4 苑原俊明「世界人権宣言と国連の人権基準設定活動--先住民族の権利宣言草案を中心にして」国際人権法学会『国際人権』10 号 18-22 頁 1999
5 田中了「「アイヌ文化振興法」をめぐる動向と課題--「先住民族の権利に関する国連宣言」(案)とのかかわり」部落問題研究所『部落』51 巻 6 号 6-14 頁 1999-05
6 大脇徳芳「共有財産返還問題の本質と経過」部落問題研究所『部落』51 巻 6 号 15-22 頁 1999-05
7 鹿田川見，中井伸雄「旭川アイヌ語教室の実践」部落問題研究所『部落』51 巻 6 号 23-30 頁 1999-05
8 阿部ユポ「先住民族の権利に関する国連宣言」の採択」大阪部落解放研究所『部落解放』 598 号 102-105 頁 2008
9 阿部ユポ「アイヌ民族の先住権の回復を求めて」大阪部落解放研究所『部落解放』586 号 12-21 頁 2007
10 竹内渉「実態から見る振興法の限界と課題『平成一八年北海道アイヌ生活実態調査報告書』より」大阪部落解放研究所『部落解放』 586 号 22-35 頁 2007
11 秋辺日出男「文化は人間にとって万能薬--観光を通してアイヌの心を伝える」大阪部落解放研究所『部落解放』 586 号 36-43 頁 2007
12 手島武雄「先住民族の権利に関する国連宣言ーーその経緯、内容、意義」大阪部落解放研究所『部落解放』590 号 70-81 頁 2007 年 12 月号
13 大竹秀樹「国連先住民族(先住民)権利宣言について」部落問題研究所『人権と部落問題』61 巻 1 号 6-14 頁 2009-01
14 鈴木清史「曖昧なオーストラリア先住民」部落問題研究所『人権と部落問題』61 巻 1 号 15-23 頁 2009-01
15 北原きよ子「アイヌ民族は日本の先住民族」部落問題研究所『人権と部落問題』61 巻 1 号 24-32 頁 2009-01
16 伊藤正子「「先住民」を認めることができないベトナム」部落問題研究所『人権と部落問題』61 巻 1 号 33-41 頁 2009-01
17 松井一博「アイヌ民族の権利と国際環境政策の展開--先住民族の文化権の保障から」大阪大学大学院国際公共政策研究科『国際公共政策研究』11 巻 1 号 235-254 頁 2006-09

18 上村英明「「先住民族の権利に関する国連宣言」採択の意味」岩波書店『世界』771 号 20-24 頁 2007-11
19 大貫裕之「二風谷ダム事件」有斐閣『平成九年重要判例解説』ジュリスト 1135 号 49-50 頁 1998-6-10
20 苑原俊明「マイノリティである先住民の権利―二風谷ダム事件」有斐閣『平成九年重要判例解説』ジュリスト 1135 号 273-275 頁 1998-6-10
21 山下竜一「二風谷ダム事件―先住少数民族であるアイヌ民族の文化的環境の保護」有斐閣『環境法判例百選』別冊ジュリスト 171 号 192-193 頁 2004-4
22 由喜門眞治「土地所有と固有文化 二風谷ダム事件判決(札幌地裁判決平成 9.3.27)」人間環境問題研究会『環境法研究』 26 号 52-58 頁 2001-04
23 常本照樹「アイヌ新法の意義と先住民族の権利」日本評論社『法律時報』69 巻 9 号 2-5 頁 1997-08
24 松本祥志「アイヌ新法 アイヌ文化振興法および二風谷ダム事件」日本評論社『法学セミナー』 518 号 18-21 頁 1998-02
25 保屋野初子「市民と行政訴訟(4)二風谷ダム訴訟--アイヌ民族への「償い」の言葉に代えた歴史的判決」日本評論社『法学セミナー』567 号（47 巻 3 号） 77-80 頁 2002-03
26 籾岡宏成「少数者の人権保護に関する意識と裁判所の機能:「二風谷ダム判決」および「アイヌ文化振興法」をめぐるアンケート調査の統計的分析からの示唆」中央大学『法學新報』113 巻 5/6 号 33-75 頁 2007-03-31
27 岩沢雄司「日本における国際人権訴訟」杉原高嶺編『小田滋先生古稀祝賀――紛争解決の国際法』三省堂、1997
28 上村英明『（新版）知ってますか？アイヌ民族一問一答』解放出版社、2008
29 上村英明監修『グロバール時代の先住民族―「先住民族の 10 年」とは何だったのか』法律文化社、2004
30 常本照樹「先住民族の文化と知的財産権の国際的保障」『知的財産法政策研究』8 巻、2005

評論

林長振 律師

院長，各位老師以及各位先進大家早。吳老師一直是我很尊敬的學者，他對於原住民的關懷大家是有目共睹的，讀了老師這一篇文章我個人覺得，曾經作為日本殖民地的台灣的原住民運動，在這個現代國家的權利回復的情況，跟日本的確是，不論在這個法律、行政、司法，都有一定的類似性，但是我必須要延續老師文章說，日本跟台灣對於原住民族的情況有一個非常大的不同。也就是台灣對於原住民法理論的建立，或是說民族法學的建立一直都沒有關心；而日本已有很多有關原住民族的法學的文獻，甚至對於澳洲的土地法都已做了相當精緻的研究，不論他現在立法行政的情況如何，都可以作為其以後發展的基礎。在台灣，法理論的建設一直是最被受人忽略的地方，國內對原住民的各項研究幾乎都已經很成熟，唯獨法理論或者民族法學的研究，仍然還沒有受到啟蒙的情況，因此今天這個盛會，也許是很好的一個開始。

正因為台灣法理論的缺乏，所以台灣立法的活動雖然很充實，但是在實現上，我們一直沒有辦法提供一個很好的基礎跟作法，原住民運動界，或者知識界，沒有一個堅實的法理論來作為說服行政權來實行，有關原住民相關的法律，司法界也一直延續著一種把原住民一般化的現象。各位要瞭解，原住民跟主流社會的公民都一樣是人，但是他基於其歷史、文化、環境的不一樣，在同一個法律規範底下，就有很多不同的結果。

按照加拿大，還有澳洲的刑事法律，他們的失誤有一個減刑的作法，只要具有原住民族的身份，不論你有沒有其他法定減刑的原因，就可以以你是原住民族的情況來作為減刑的原因，他所持的這個理由是從原住民的文化現象來加以發展，認為原住民的犯罪現象就是其社會倫理的結果，把原住民罪犯關在一個監獄管理人都不是原住民的情況底下加以管理，對於原住民跟非原住民來講，原住民的刑事處遇是比較值得同情的。就因為這一些特殊的社會倫理環境，所以才對原住民在刑事處遇作減刑的原因。但是在台灣，一般化的現象非常的嚴重。在我辯護的一項案子，我跟法官提出了澳洲法官的一篇文章，以原住民身份作為減刑的原因，法官直接講：「如果我以原住民的身份予以減刑，是不是另外一個結果，就表示原住民就是比主流社會的公民還要差勁？」當然最後的結果是給予原住民被告予以緩刑，但是他不願意在法院判決的理由下說明，原住民的社會經濟環境跟他犯罪的關係，應該對原住民予以放寬才能夠得到公平的結果。他不願意做出這樣的理由，因為他說他的判決要對社會負責，我能不能夠因為你只是原住民，然後就給你減刑？這個反應了台灣的法理論建立的缺乏、多元法律觀建立的缺乏。

就因為這種缺乏，所以現在原住民很多的議題，比如說像土地權，我們提出一個土

地權，有沒有人可以說明原住民的土地權是從哪裡來的？原住民的土地權是國家的恩惠，還是基於他在歷史上的，曾經實行過主權的這種情況？現在原住民社會又有一個很重大的議題：平埔族想要申請登記為原住民。試問看看，各位瞭不瞭解原住民族的定義在哪裡？在法學上，之所以稱作原住民族，有他一定的法律規範計畫，按照其他國家，這個多民族國家的法律政策，原住民族是有一定的規範計畫，他主要的規範重點在自治跟土地的關係，如果在這樣的平埔族算不算？

因為時間的關係，我最後再提出一個，就是從吳老師的文章裡頭也提到大陸法系對待原住民的基本法律思維。老實講，歐陸法系的國家基本上都是 nation state，根本沒有原住民族，所以他們在這邊的發展是比較乏善可陳。英美法系的國家有很多原住民，他們處遇最主要是從原住民歷史的事實，按照英美法系 black's law 的國際法講，只有無主之地的情況。從殖民的歷史來看，基本上英美法系的殖民國家都把原住民所在的地方當成是無主地，然後予以先佔，取得主權跟所有權，簡言之，就是不把原住民當人看，所以忽略了一個基本的原則，就是如果是透過征服的時候一定要作宣言，一個宣示，說原住民的權利已經不見了，但是在殖民的過程裡頭，英美法系的國家大部分沒有作到這個。所以英美法系他們要處理歷史既存的事實，在這些殖民國家進駐到原住民地方的時候，並沒有把原住民的權利消滅掉，一直延續到現在，這個權利該怎麼來處理，在英文這叫做 native title，就是原住權。這種是對於既存的歷史，還有既存的權利的處理，所以英美法系認為原住民的權利不是來自於國內法，也不是來自於國際法，而是在原住民的權利沒有被殖民國家宣示無效的情況底下，建立一個 native title 的觀念，作為一個承認原住民族權利的平台。所以在澳洲有兩套國際法，一個是 Common Law 的土地法，一個是按照原住民傳統習慣規則所建設的土地法，講到這個地方，那麼在歐陸國家、大陸法系，因為他基本上沒有處理原住民族的經驗，所以在法學的發展上，像日本一樣，即便台灣也都是一樣，我們很容易從憲法的基本人權來去演繹，來去推論原住民族的權利的內涵，但是比較這兩個不同的法律體系法律思維的方法，英美法系比較能夠尊重殖民歷史的情況，比較能尊重原住民在殖民歷史裡頭這種既得權利的情況。

第二個，從憲法的基本人權或者是文化權這樣的概念去推論原住民族的權利內涵的時候，我不禁要懷疑，他能夠演繹的幅度、程度有多大？因為從基本人權出發的話，基本上所有原住民的權利都是國家給的權利。第三個，從基本人權的基礎來去演繹原住民權利的時候，永遠都會碰到一個問題，在日本的二風谷的判決我們也遇到，就是公共利益跟原住民利益孰大孰小的問題，這個我們已經準備好能夠去說服政府說原住民的利益，到底有多大於公共利益，但是從 native title 的觀念，是就既存的權利予以承認之後，再考慮公共利益的問題，但是如果你從基本人權的角度去演繹的話，是兩個放在公平的平台來作選擇的問題，這個對於原住民權利的推動可能……，因為時間的關係我就先講到這裡，謝謝。

差異而不平等—
原住民族產權特殊性的理解

林淑雅 助理教授

靜宜大學法律學系

學歷：國立台灣大學法學博士

專長：憲法、行政法

經歷：2010/06 ～ 2012/09 原民會人權工作小組委員、國際特赦組織台灣分會理事
2009/08 ～ 2011/07 教育部人權教育議題輔導委員會委員
2007/02 ～ 2011/12 台灣人權促進會秘書長、原民會訴願審議委員會委員
2006/09 ～ 2008/08 原民會法規會委員
2005/07 ～ 2006/06 原民會原住民族基本法推動會「土地工作小組」成員
2004/05 ～ 2004/12 原民會「新憲原住民族專章小組」成員
2002/09 ～ 2003/01 總統府秘書長室諮議
2000/09 ～ 2000/12 原民會「原住民族自治法草案起草小組」成員
2000/06 ～ 2001/06 司法院大法官助理、台灣原住民族政策協會理事
1999/03 ～ 1999/11 立法委員國會助理、台灣原住民部落工作站發展協會理事

評論人

張道周 法官

臺灣嘉義地方法院

學歷：華盛頓大學法學博士候選人

經歷：律師

差異而不平等－原住民族產權特殊性的理解

林淑雅

一、原住民族土地制度的多重面向

台灣至少存在十四族以上的原住民族，國家法律介入之前，每一個民族的產權制度與社會組織皆有所不同，以下舉泰雅族為例，說明原住民族如何處理土地資源利用問題，以及其中的規範意涵。

（一）領域與組織

按日治時期的調查研究，[1]泰雅族包括諸部族（「蕃」），例如大科崁蕃、屈尺蕃、南澳蕃等等，各部族由一個或數個社組成，社則由一個或數個「*qalang*」（部落）組成。「*qalang*」在泰雅族語中的意思指：鄰家，可能是兩三戶人家，也可能是數十戶。最小的社會組織單位「家」，稱作「*ngasal*」。另外，同一部落具宗族關係的家戶會組成共同祭祀、共守禁忌的「*qutux gaga*」（祭團）。而基於共同狩獵、漁獵、戰爭的目的，一個或數個祭團會組成「*qutux sinlitan*」（獵團）。泰雅族遇有違反婚約、離婚、私通、盜竊、殺傷或其他違犯慣例事件，為了禳除不潔、贖罪賠償（或接受賠償）、解除禁忌，有屠宰犧牲見血，並分食犧牲的習慣，這種共同分配犧牲的團體，稱為「*qutux nnigan*」（牲團）。牲團通常由一個或數個獵團組成。泰雅族社與社之間，往往也因為共同的利害關係，鄰近數社締約形成一個「*qutux phaban*」（攻守同盟），必要時，數個攻守同盟團體可以再進一步聯合。泰雅族各部族通常就是依同一流域分布的各社，共同形成的攻守同盟。較大的部族內部也可能存在數個攻守同盟。

大致來說，泰雅族的祭團、獵團、牲團、社、攻守同盟等，各有功能，其範圍可能互有重疊，並無一定的位階或包含關係（例如，一個大祭團可能包含數個獵團，一個獵團也可能由數個小祭團組成）；並且，祭團、獵團、牲團、社、攻守同盟等就內部而言，是動態的分合關係，因人口、土地負載、組成單元條件、外在事件等等，由其組成單元協議決定。祭團、獵團或社的領導人稱為「*mrho*」，「*mrho*」通常因能力佳受敬重，而被自然推戴。除了熟悉慣例、擔任仲裁人、保護族人、維護秩序之外，「*mrho*」雖在狩獵、戰爭之時指揮族人，但對於關係一社重大的事件，例如宣戰、媾和、支援他社、是否加入攻守同盟、社地的割讓或出借、廢改慣例等，仍必須召開會議得到族人的同意方得為

[1] 台灣總督府臨時台灣舊慣調查會，中央研究院民族學研究所編譯，《番族慣習調查報告書〔第一卷〕泰雅族》，台北市：中研院民族所，pp. 10, 157, 231-242（1996）

之；當一社有數個獵團時，社的一般事務會由各獵團「*mrho*」共同決定。

（二）土地公私有並行

泰雅族對於住屋、某些耕地、衣服、器具和其他各種物件，都有明確的財產觀念，屬於家戶或個人所有，不許他人侵害。土地總稱為「*rhija*」，大致分為森林、耕地、水流。土地同樣有其主人，若非家戶所有，就是特定範圍族人共同擁有。…泰雅族稱地界為「*qis*」，鄰接的土地，要辨別其為不同所有人，通常會以分水嶺、溪流或立石、植樹作為分界。

泰雅族有些部族採取一社或數社或整個部族公有土地的制度，有的部族則承認私有。在地廣人稀的時代，通常土地為社或部族公有，只有在耕作期間，地權屬於耕作者所有。待人口日眾，土地較不充裕時，即使休耕，依然占為己有，等待地力恢復後續耕，於是「自然產生了土地私有，逐漸發展到買賣及租賃土地的地步」。

採行土地公有地的部族（包括承認私有制的部落，其不屬於私有的土地），其土地為一社或數社或整個部族公有，亦即社或部族的領域，通常以山脈或溪流定界。…公有地的得喪原因有先佔、拋棄、侵略、契約（割讓）。[2]…公有地的管理處分權屬於該社或部族。族眾對其公有地有開墾、居住、通行、取水、狩獵之權。通常休耕地任何人皆可不繳交代價而耕，有時為防止社民相爭，會由頭目分配耕地。公有土地要分配給其他族眾或提供部份作為使用時（獵場租借、平地人砍伐樹木或耕地租賃），須經過族眾共同協議方可。當與漢人接觸後，有族人將所使用水田或者土地租給漢人耕作，而無休耕期出現，則儘管在公有制下，也處於逐漸轉變為私有的過渡階段。

水流也有一社或數社或一部族共有之分。水流由一部族共同擁有時，在各社之間也可能設置分界；當由社擁有時，則以一社或數社劃分流域。

在承認土地私有的部族中，休耕時不離棄之土地，則由原耕者保有地權。私有地權利的得喪原因有先佔、拋棄、繼承、契約。…私有地的所有人有任意使用、收益或處分該地的權利。可以想見，倘人口數增多，買賣或承租土地的價格亦較高。但如果租借或讓渡給異族時，必須先經過族眾的同意。因為土地的出租或轉讓，會造成異族前來移住，有可能威脅到族眾的和平。私有地地主雖有完整的權利，但仍附有一定的社會義務，包括因道路、引水、採集、捕獵等而提供他人使用；如果該土地為現耕地，通常要經過地主允許，如果為休耕地，則地主不應拒絕。

土地可能因為耕作、狩獵、建家屋而發生借貸行為，土地的借貸通常要向地主給付地租。但獵場的借貸為發生於族眾與族眾之間，非於私人之間。借土地稱為「*kbabaw*」，是指「使用表面」的意思。與平地人接近的番社，有將溪流沿岸土地借給漢人作為水田之用者，稱為「*spslaq plmukan*」，指「讓平地人耕作田地」的意思。

---

[2] 例如大科崁番的詩朗社從角板山社接受領域；大科崁番的 mkojao 社和 mkqwajux 社從 qara 社接受領域。台灣總督府臨時台灣舊慣調查會，中央研究院民族學研究所編譯，《番族慣習調查報告書〔第一卷〕泰雅族》，台北市：中研院民族所，p. 204（1996）

（三）資源使用管理形態

泰雅族實施的農耕法以耨耕（*qomah*）為主，不深耕，主要是為了避免淺層型表土的無謂流失。一經選定必須保護的崩塌地、懸崖、水源地的林木，絕對禁止砍伐，這種地方平常已成為茂密的森林（*blahuy*）。針對不宜開墾的地塊石、砂礫地、日照時間較短地（*qihing*）、巨木地、降雪地等，則供作狩獵或採取之用。林木的利用僅限於建蓋房屋、傢具製作，如織機和其附屬器具、木臼、木杵、門扇、窗戶、穀倉之防鼠板、木椅，及其他工藝品等生活必須設備之用。

關於溪流資源的利用，泰雅族語中的「*muya qolih*」，意思是「種魚」。族人把從下游捕撈的魚苗放生到屬於部落的溪流，並加以保護，然後視魚類成長程度，擇期發動部落所有大小成員，共同捕撈，最後每家推派代表一人，等候長老分配，分配時按照人頭分配，不論老幼嬰孩，均算為一份。[3]

（四）土地制度的意義

以「廣義」的財產權利而言，泰雅族的「土地」區分為不同的權利面向，例如，居住、耕作、採集、漁撈、狩獵、保安與其他收益處分等；不同的權利面向則對應出規模不等的土地產權，例如，居住與耕作的土地面積，通常以家戶所需或家戶勞動力所及為其範圍，每一獵團擁有的特定獵區則遠超過個別家戶的土地範圍，但小於或等於部族的領域範圍；自然地，土地權利主體也包括家戶、獵團、社、部族等大小不一的單元。

單純從經濟角度來看，泰雅族土地資源的管理利用正是一套完整而複雜的土地產權制度，細緻地反應泰雅族社會對於土地價值與利用效率的想法，以及族人面對外部性與交易成本的處理機制。

不過，從泰雅族土地制度的描述中，我們也可以看到支持該土地制度存續的政治、經濟、法律、文化、價值系統、社會組織等諸多面向。換言之，土地制度不僅是財產權制度，財產權制度也不僅涉及經濟利益。

例如，耕地即使被界定為屬於家戶所有的財產權利，地主有權自由使用、租借或出賣，對於社內族人的通行、引水、捕獵等仍有相當影響（特別是休耕地），因此休耕地的這些其他權利被界定為公有，有需要的族人可以向地主提出使用的請求，地主不得拒絕。至於耕地出租或轉讓給異族，涉及族人的集體安全，以集體決策的方式，可以有效避免個別家戶自行決定時引發可觀的外部性。獵團在專屬獵區集體出獵，是一種高風險生產活動下，必要的合作模式，其按總人口數分配獵獲物，不會讓老弱或能力較差的人無以為繼，可以發揮社會保險的功能，而額外保留給射手、獵犬主人的部份獵獲物以及榮譽，則讓個別獵人有精進的動機。而泰雅族的狩獵規範，不僅確保了家戶的獵獲共享、維繫獵場長期的獵獲穩定，也傳承給下一代幾乎同等品質的獵場生態，因此獵場與獵獲

[3] Masa Tohui（黃榮泉），〈台灣原住民土地利用與保護之困境－以泰雅族為例〉，發表於【泰雅爾族固有疆土永續發展研討會】（未出版）(2004)

的集體權利主體已經擴及所有世代，使這種土地制度的經濟與保育功能趨於一致。社或部族公有的土地，是提供族人生存所需的基礎，每一位成員都有護土之責，不論是對內禁伐區域的選定、先佔或預佔原則的適用、越界漁獵的限制，或是對外決議的獵場租借、宣戰、媾和、維持中立、加入攻守同盟等，族人也都有遵守的義務。由於社或部族是族人安身立命的社會範疇，一旦違背習慣規範，財物賠償與聲譽損失都使家族或牲團連帶承擔，如果違犯者被處以絕交或驅逐的懲罰，除非找到願意收留的其他部族，否則幾難以獨自生存。因此強大的內在規範執行力量，也讓泰雅族複雜而細緻的土地制度得以維繫。

總而言之，不論現代國家如何定義原住民族社會，各原住民族作為獨特的民族，與他們跟土地、動植物、生態系統的共存關係密不可分。原住民族在其領土範圍內，實施著包含土地制度在內的統治與規範體系，土地權利和責任與部落、氏族、家庭結合，而財產權利和責任則適用於各種活動形態，以及這些活動發生的地理領域、生態系統。「原住民族土地」不僅涉及個人與集體的利益、生產力的短期與長期效率、節制永續的資源觀、跨世代的正義，也涉及原住民族政府對土地自然資源管理利用方式的統治決策。

二、原住民族產權效率的釐清

泰雅族的土地產權制度不是特例。原住民族土地制度之涉及多重意義、功能，與任何一個政治實體一樣，都是依其社會形態與實際需求而發展出來的，而不同政治社會環境下，制度內容自然不同。但是原住民族土地制度或產權的意義與功能，卻長期被忽視、扭曲或誤解，例如，認為原住民族僅有共有制而無私有產權，或者認為其共有制將如 Garrett Hardin 所預測地產生過度利用的悲劇。[4]事實上，以人類學與歷史學為基礎的大量研究都顯示出，這些對原住民族產權制度的看法，是嚴重誤解。

（一）管理規範下的共有

我們暫時以共有來概稱泰雅族社會裡不屬於家戶私有財產的土地。Hardin「共有悲劇（the tragedy of the commons）」所談的問題是，公共資源（common-pool resources or CPRs）如果處於每個人皆有使用權的狀態，則行使權利的個人，很容易忽視其行動對於他人的影響，而造成公共資源價值的減損。特別是事前不存在產權界定，將使得人們難以透過交易解決問題。不過，泰雅族共有土地之所以未發生「共有悲劇」，首要的原因其實是泰雅族的「共有」與 Hardin 對「共有」的定義不同。[5]Hardin 描述中那種「任何人都可以進入、取用，但無任何人或群體可以移轉或管理」的資源，應該限於「開放資源（open-access resources）」。而泰雅族共有土地的性質，是「由團體擁有資源，個別成

[4] Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 162 SCIENCE 1243 (1968)

[5] 對於 commons 概念的釐清，參見 MARTIN P. GOLDING AND WILLIAM A. EDMUNDSON ED., THE BLACKWELL GUIDE TO THE PHILOSOPHY OF LAW AND THE LEGAL THEORY, Blackwell Publishing Led., pp. 148-162（2005）

員有進出使用之權，集體則有權利管理、移轉該資源或排除非成員的使用」，可稱為「共有資源（commons property）」以資區別。換句話說，泰雅族的「共有」，本身就是一種透過內部管理有效降低外部性的土地產權制度。

其次，在 Hardin 之後投入對公共資源研究的學者，包括 Elinor Ostrom 等，他們也發現，許多時候「共有」是有價值的，不見得造成悲劇。要避免公共資源的過度利用，可以透過所有有權使用者之間的合作來達成，讓原先屬於「開放資源」形態的資源，轉變成「共有資源」。因為資源使用者並非只顧短期利益而視規範如無物，相反的，人們會發展出複雜的適應系統，以建立並改變規範來克服「共有悲劇」。[6]Ellickson 更明白指出，「關係密切（close-knit）」的團體中，由於成員之間長期頻繁互動、資訊可靠、監督執行較有效率，因此關於日常事務，有能力發展出總成本較低的社會規範。[7]這種「關係密切」團體的土地利用，也同樣在合作的社會規範下，具有「正和賽局/雙贏賽局（positive-sum game）」的特色，不致形成悲劇。[8]

（二）光譜式的產權規模

Michael Heller 則藉由提出與 commons 或「開放資源」相對的 anticommons「共決資源」概念，說明一般的產權（如個人財產、公司財產、國有財產等）都落在這兩個極端類型中間。「共決資源」是指，「任何人皆可排除他人對資源的使用，且任何人都需經過他人同意才得使用該資源」。「共決資源」的問題是，由於太多人獲得排除他人使用的權利，容易出現低度利用（相較於社會最適）的浪費。commons 和 anticommons 的悲劇結構類似（也都不一定發生），都是因為理性個別行動者集合而成不理想的後果。[9]Heller 以 commons 和 anticommons 兩個極端的資源使用、排除形態，解釋其間各類財產權的決定原則都是在避免過度利用或低度利用的無效率問題。Heller 舉美國一九八七年的 Hodel v. Irving 案為例，本案涉及已高度零碎化而價值低落的原住民土地，州法允許於所有人死亡後由部落收回而非任由遺贈，最高法院判決此州法違憲，Heller 則認為，最高法院的判決忽略了產權的界定原則，只強化財產權中的一項遺贈權能，很可能導致「共決悲劇（the tragedy of the anticommons）」的發生。[10]

如果我們以一般產權界定原則檢視 Hardin 的「共有悲劇」，確實可以得出，將那些未特定權利內容或未特定權利主體的財產利益予以明確界定，正是一種把財產利益的「開放性」加以「私有化」的過程，有助於減少財產損失。不過，這裡的「私有化」並

---

[6] Elinor Ostrom, *Coping with Tragedies of the Commons*, ANNUAL REVIEW OF POLITICAL SCIENCE, vol.2, pp. 493-535（1999）

[7] ROBERT C. ELLICKSON, ORDER WITHOUT LAW: HOW NEIGHBORS SETTLE DISPUTES, Harvard University Press, p. 282（1991）

[8] Robert C. Ellickson, *Property in Land*, 102 THE YALE LAW JOURNAL 1315, p. 1320（1993）

[9] Michael A. Heller, *The Boundaries of Private Property*, 108 THE YALE LAW JOURNAL 1163, pp. 1194-1202 (1999)

[10] Michael A. Heller, *The Boundaries of Private Property*, 108 THE YALE LAW JOURNAL 1163, pp. 1213-1217(1999) 本文將"anticommons"翻譯成「共決資源」以及"the tragedy of the anticommons"翻譯成「共決悲劇」，是採用法律經濟分析學者簡資修的建議，併此致謝。

非侷限於「個人財產權」一類。[11]既然最適產權的界定，是在決定一個最能有效內部化外部性的規模，使（剩餘）外部性與交易成本（內外管理機制）總成本最低，那麼，不同的財產利益自然可能有不同的安排以達到個別的總成本最低點。個人財產權不會是唯一或總是成本最低的產權形態。

Jennifer Roback 即認為，「共有悲劇」的解決關鍵在於，財產權利應該「私有化」到何種「單元（unit）」。[12]而影響最適產權主體單元大小的因素包括：主體的目標、界定與執行產權的成本、生產上的規模經濟、保險功能的需求等等。根據 Roback 對美國原住民族的研究，原住民族社會所發展出來單元大小不一的「共有」產權，就是最能有效降低成本的產權主體單元。「共有」產權主體，一方面具有集體面向－從內部成員的觀察角度，另方面具有私有面向－從該產權主體本身的觀察角度。Roback 特別駁斥那些企圖改變原住民族社會產權制度的做法，因為，只有由社會內部發展出來的制度才實際有效，產權主體單元的大小或結構是無從「先驗地」決定的。

（三）社群規範與產權制度有效性

同樣認同產權主體無法「推論」得出，Ellickson 在他對土地產權的法律分析中，充分運用人類學與歷史學的研究成果，而提出一個核心的實證命題：「關係密切」的社群會透過習慣和法規範，[13]以適應風險、技術、需求和其他經濟條件的改變，創造出成本最低的土地產權制度。這個關係密切社群不僅發展出混合公私有性質的土地產權體系，甚至伴隨著所謂的「現代化」，也可能承認更具持續性或可分割的私有土地利益。我們提過的泰雅族耕地產權，就是在人口增加、技術改變以及與外族接觸的情況下，逐漸調整。當然，如果將觀察對象，或者假定的「總體」，往外延伸越過先前的關係密切社群本身，例如包含眾多社群的國家，那麼對於該特定社群來說有效率的土地產權制度，不見得以國家的角度而言也是規範上可欲的。因為這個關係密切社群固然對內部成員的成本效益高度敏感，但其土地產權制度也可能對外人產生外部性，而有國家介入的空間。無論如何，Ellickson 根據實證分析得到的規範性結論是：任何「外來」設計而「強制」改變原住民族（典型的關係密切社群）土地產權制度的政策都是不明智的。[14]

進一步說，個別原住民族的產權制度確實可能對外人產生外部性，而過去原住民族之間的土地利用紛爭也存在各種外交、軍事解決途徑。正因為各民族原本是獨立的社群，在面對跨民族土地議題時，各民族透過對等談判，發展出共同認可的制度安排並形成集體利益，才是這類制度安排與集體利益是否有效、能否穩定的關鍵。如果由任一社群或國家強制將其他社群納入其中，那麼，這個新建立的「集體」或「總體」都不見得有解決土地使用外部性的正當性基礎或有效性條件。

---

[11]這點也與 Heller 視「私有財產權」為介於 commons 和 anticommons 之間的一連串產權光譜相呼應。

[12]Jennifer Roback, *Exchange, Sovereignty, and Indian-Anglo Relations*, in PROPERTY RIGHTS AND INDIAN ECONOMIES, TERRY L. ANDERSON ED., p. 9（1992）

[13]Ellickson 以「關係密切社群」限縮 Demsetz 較樂觀的產權變遷理論。Robert C. Ellickson, *Property in Land*, 102 THE YALE LAW JOURNAL 1315, p. 1320（1993）

[14]Robert C. Ellickson, *Property in Land*, 102 THE YALE LAW JOURNAL 1315, pp. 1399-1400 （1993）

三、現代國家產權理論的矛盾

前一部份的重點在於，即使單純將原住民族土地看作現代國家財產權概念下的「土地」，我們也能夠提出原住民族土地集體權的經濟效益論據。事實上，前述論據正是當代國際社會認知到，自然資源管理、可持續性發展的達成必須高度依賴在地原住民族的重要理由之一。[15]接下來這部份，本文將從更為根本的角度探討原住民族土地產權制度所受到的待遇。

（一） 非線性的產權概念與法政體系

首先，「財產權」概念不是純然的認知客體概念，而是一種文化客體概念。「財產權」概念的文化意涵至少涉及：人擁有某物的利益、人透過物與他人形成的關係、個人與集體的關係、財產的物質與精神意義、自由的定義、財產權的正當性基礎等等。[16]幾乎每一個人類社會、每一種語言，都有自己特殊的認知方式和字眼用以指涉這類「誰可以控制什麼」的議題。因此，當我們試圖以「財產權」來理解"property rights"或特定原住民族產權概念時，已經某程度「翻譯」、「混合」了各自的文化意涵。

當代所累積的人類學與西方、非西方社會研究清楚顯示，個人化的財產權制度並非「進步」結果，也非歐洲文明所獨佔，更不具有（相對於各類集體化產權制度）優越地位。歐陸財產權概念，除了 Locke 的獨立個體主張外，還有各種不同理論起源；遊牧或燒墾社會在財產權形成過程中，與 Locke 理論有部份相似之處；傳統中國與伊斯蘭世界都可發現以個人財產權為基礎的貿易制度。至於常被引為集體化極端類型的「國有財產」，其實不單存在於傳統社會，現代英國仍有 Crown Land 的國有地類型。「國有地」可能造成現代化的阻礙，因為降低自由貿易程度；也可以有助於現代化，例如伊斯蘭國有地，因為強化國家控制、增加稅收，而由上而下加速現代化。「國有地」可能用以支持建立現代國家，卻也可以支持殖民帝國，後者例如歐洲殖民國家認為東方社會無個人所有權概念，而將所佔領的東方殖民地一概宣稱為「王土」。「國有地」可能節制私人資本，因為土地的社會化可遏止資本擴張以實現社會福祉；也可以協助私人資本，因為國家不讓土地所有人對土地有太大的控制權，而鼓勵了農業資本家。由此可知，財產權制度並非單線的「由集體所有權轉變為個人所有權」，不能以文明或現代化發展來衡量各種「產權制度」的優劣，甚至，我們更不應該脫離特定的社會關係來理解不同的產權制度。

當財產權制度被理解為特定社會、特定時空下「誰可以控制什麼」的議題時，確實

[15]（原住民族與國土規劃研討會，國際自然保育理論發展表，林、張、盧、裴）

[16]整理自 Kishimoto Mio（岸本美緒）, *Selling Land, Selling People: The Concept of Ownership in Comparative Perspective*, AJAMES NO. 19-1, SPECIAL ISSUE: A COMPARATIVE PERSPECTIVE ON ASIA（2003）以及 Miaofen Chen（陳妙芬）, *Kant and Cultural Implications of the Concept of Property Rights*, presented in International Kant-Conference（2004）（unpublished）

反應了一種普遍的意義，即財產權制度是為了解決個人福祉與社會福祉間可能的衝突而發展與演變。最簡單的例子是，即使土地所有權發展成單一、絕對的權利，只受國家課稅限制，這時候所謂的個人所有權法制其實與集體性國土概念仍密不可分。我國憲法第一百四十三條規定「中華民國領土內之土地，屬於國民全體。人民依法取得之土地所有權，應受法律之保障與限制…」，也可以從這樣的角度來理解。至於在特定社會、特定時空下，究竟「如何決定」誰可以控制什麼，則同樣涉及該社會的獨特脈絡、該社會的權威機制，以及該社會的一般正當性基礎。換句話說，財產權制度的產生、改變與一個完整的法律系統、政治實體無法分割。例如，泰雅族耕地權利性質，從頭目分配土地使現耕人於現耕時期獨享權益，發展到現耕人於休耕時期仍享權益，甚至現耕人可將土地出借、讓與他人，但讓與外族時仍必須經過部落同意。也就是，泰雅族作為一個獨立完整的政治實體，自然會依據人口增長、與外人的互動、可利用資源的多寡、民族安全等因素，決定出族人共同接受的「誰可以控制什麼」，即泰雅族的財產權制度。

台灣原住民族（與全世界原住民族類似）普遍面臨的狀況是，外來者來到存在許久且為數頗眾的原住民族統治領域中，但不願意成為原住民族子民，也不願意接受原住民族財產制度，而希望依據自己的傳統建立自己的政治實體與財產制度。問題的根源原本在於，外來者如何可能在這種情境下正當而合法地建立自己的政治實體與財產制度。諷刺的是，問題製造者卻在今天將問題反轉為，原住民族如何提出正當論據使國家可能「納入」原住民族財產制度。

過去四十年，受英美等歐陸國家殖民的原住民族，紛紛要求其財產權形式、政府形式，能在國內憲法、國際法上被承認。他們期待的是，原住民族和另一個社會各自的權威傳統、論證、概念、財產權制度等，可以透過跨文化對等協商的方式取得某種共識或者暫定協議。[17]原住民族的主張，直接挑戰西方財產權理論向來的「中性」偽裝。因為這些財產權理論大多建立在對原住民族政治組織、財產權制度的誤認與扭曲之上。

（二）Locke 產權理論的偏見

西方財產權理論通常從以下前提之一作為初始條件而進行思考：[18]其一，自由主義理論（liberal）取向：一群原始情境下的平等個人，在無知之幕之後，尚未建立關於財產的法律制度而預備建立一個社會。其二，批判理論（critical）取向：以共享源自歐洲歷史的權威傳統、制度的個人為基礎。其三，社群理論（communitarian）取向：以一個因共享權威傳統和制度所結合在一起的社群為基礎。這三類取向，都可以回溯至 Locke

[17]「暫定協議」是 John Gray 提出的概念，用以取代 Rawls 的「交疊共識」理論。在面對價值多元主義可能產生的對立時，「暫定協議」放棄將普遍政治原則絕對化(以致去脈絡)、否認民族國家的同質連貫、承認衝突的無法根除、也避免了嚴格「共識」定義可能的排他性；「暫定協議」以追求和平共存為目標，主張透過政治協商於對立之中取得均衡，並接受不同時空條件下新均衡的出現。本文在這裡的援引主要在表達，Gray 的「暫定協議」概念相當適合用以理解原住民族政治制度、財產制度與國家政治制度、財產制度之間，應該或可以有的關係。John Gray 的理論簡介，參見蔡英文，〈多元主義（Pluralism）〉，發表於【公民社會基本政治社會觀念研究第五次 Workshop】，pp. 17-26 (2006)

[18]James Tully, *Aboriginal Property and Western Theory: Recovering a Middle Ground*, in THEORIES OF EMPIRE, 1450-1800, DAVID ARMITAGE ED., Ashgate Publishing Limited, p. 155 (1998)

的《政府論次講（Two Treatises of Government, Second Treatise (II)）》中找到理論源頭，而其所犯的錯誤也相近。亦即，這三類取向都無法反應殖民者履足原住民族領域之前的原住民族財產權制度狀態，也都曲解原住民族既存的政治社會形態。

Locke 認為，原住民族社會處於「原始階段」，相較於文明「最高」發展階段的歐洲社會（歷史發展的階段觀，至今仍為許多政治、經濟理論所服膺），他們並無穩定可辨識的財產權制度、政治社會、商業或市場取向的農業和工業。所謂穩定而可辨識的財產權制度是指關於財產的明確法律制度，而所謂政治社會是指有著立法、行政的明確法律制度。從這些現代歐洲早期國家形成的狀態來定義財產制度和政府制度，加上對原住民族社會的特殊解讀，原住民族即被認為兩者皆缺乏，所以處於原始階段。如此一來，歐洲人跟原住民打交道也就無須採取「國族對國族（nation-to-nation）」的立場，而是一種「文明」政治社會或國家對待自然法下個人的模式。[19]

在 Locke 的描述中，原住民族對於他們狩獵、採集的傳統領域土地，「並非統治權亦無財產權」，而只是對個別勞動的產出－獵獲物、採集物，享有所有權。Locke 認為原始階段社會的人們，可以無須他人同意自由使用「荒地」，只要該土地未經農耕，且其他人仍有足夠且同等沃度的土地即可。所謂荒地，是指未經農耕（uncultivated）或未經勞動力改良（unimproved by labor）的土地。所謂可以對土地享有權利的「勞動」，是以歐洲的農業、工業為準，如密集農耕、開墾、栽培、改良等。[20]透過這一連串的定義，原住民族用於狩獵採集甚至休耕的土地就是荒地，所以歐洲移民可以在廣大的荒地上開墾，無須原住民族同意，頂多為原住民保留部份用地。Locke 所建立的，正是十八、十九世紀廣泛被運用於正當化移民／殖民的「農業或農耕原則」。然而，Locke 的論證，其實迴避了西方法制中一個更為基本的原則，即「同意原則（principle of consent）」。而其他許多論者，便是基於「同意原則」的限制，主張要合法取得殖民地土地，必須透過與原住民族簽約的方式以表徵獲得同意。

Locke 另外為歐洲移民／殖民取得原住民族土地提出的正當化論據是，採取歐洲法制中的土地所有權私有制度，對原住民族也帶來好處。Locke 指出，以土地是否更具生產力、是否產生更大量的益處、是否透過分工產生更多勞動機會為判斷標準，歐洲財產制度與市場制度顯然優於原住民族的傳統土地利用形態，而為原住民族帶來更多便利。[21]Locke 這種比較不同財產權制度優劣的判斷標準，常常被認為是「中性」的，其實卻是以特定制度下的「產出」來進行衡量，並未考慮其他制度下的「產出」而失之偏頗。

（三）現代國家法政體系 vs.原住民族產權制度

Locke 明顯帶有偏見的理論卻影響深遠，十八、十九世紀的西方理論家不斷引用

[19]John Locke, Two Treatises of Government, Second Treatise (II), Peter Laslett ed., Cambridge: Cambridge University Press, sections 9, 14, 30, 38, 87, 108-109 (1988)

[20]John Locke, Two Treatises of Government, Second Treatise (II), Peter Laslett ed., Cambridge: Cambridge University Press, sections 27-28, 30, 32, 34, 36-37, 41-43, 45, 48-49 (1988)

[21]John Locke, Two Treatises of Government, Second Treatise (II), Peter Laslett ed., Cambridge: Cambridge University Press, sections 34, 37, 40-43, 48-49 (1988)

Locke 的論證來同時否定原住民族的國族獨立性與財產制度。國際法名家 Emerich de Vattel 即是其中之一。雖然 Vattel 的立場不時游移，但在他《國際法（The Law of Nations or the Principles of Natural Law）》書中，運用 Locke 的「農耕原則」而說了以下一段話：「開墾土地是自然法加諸人類的義務。因此每一個國族都受自然法拘束而必須開墾其享有的土地。當然也有人為了逃避勞動，而選擇依賴追捕採集過活。但當前人類生眾日繁，如果大家都想用這種方式過日子，則人類將無以為繼。在真正的勞動體制下，那些仍然過著追捕採集閒散生活形態的人，佔據了超過他們實際所需的土地面積。所以，如果其他較勤勞的人們受限於自己國度的狹隘，而前來佔有他們部份土地，他們也不能抱怨什麼。…歐洲國族來到野蠻人並無特別需要、也非當下或持續使用的土地上，便可以合法擁有並建立殖民地。[22]」

甚至 Immanuel Kant，這位被認為創建另一個自由主義政治理論傳統的大家，也採取與 Locke 類似的立場。他認為只有當商業活動以及共和憲政普及於全世界，人類才能達到完全的道德高度與自由。不論 Kant 的「共和憲政」和 Locke 的「政治社會」有何種區別，事實上他們都認為，歐洲國家有著制度化的法律和憲法、依法而治原則以及代議制政府，所以歐洲國家優越於原住民族的政府形式。Kant 也指出，原住民族因尚未進化到農耕生活，所以沒有確定的財產。儘管 Kant 反對以征服戰爭的方式進行帝國擴張，但他傾向以貿易、經濟制裁、外交方式，來散佈具「道德進步性」的歐洲政治與經濟制度，他甚至認為這是一種「責任」。[23]

當代政治理論家普遍受 Locke 和 Kant 影響，但卻沒有像他們兩位一樣，至少為否認原住民族政府、財產制度提出論點，而是直接將他們的結論作為前提。至於較有反省力的學者，卻也因為擺脫不了根本的偏見，而難以提出不同政治實體、不同財產權制度之間合理的協調方式。

加拿大政治學者 James Tully 便直言，這種無視原住民族獨立的制度傳統，而以歐陸傳統為當然權威的毛病，可說是法律哲學和政治哲學上的「概念帝國主義（conceptual imperialism）」。[24]Tully 批判地指出政治理論家們有意識或無意識顯現的「概念帝國主義」問題，並認為他們的理論因而無法公允反應原住民族立場。例如，Nozick 的「原始取得（original-acquisition）」理論，是從 Locke 原始狀態與個人所有權前提轉變而來，完全漠視原住民族的「取得」實態。Rawls 自己曾說，他的理論應被視為是在一個具權威的道德和政治傳統與歷史的架構下的理論，而他所要釐清的基本哲學概念，則深植在憲政民主的政治制度中。因此 Rawls 就把 Kant 作為起點的歐洲制度和詮釋傳統，假定為建

[22]Emerich de Vattel, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle* [1785]; reprinted as THE LAW OF NATIONS OR THE PRINCIPLES OF NATURAL LAW, trans. Charles G. Fenwick（Washington: Carnegie Institute, 1902）, pp. 207-10.轉引自 James Tully, *Aboriginal Property and Western Theory: Recovering a Middle Ground*, in THEORIES OF EMPIRE, 1450-1800, DAVID ARMITAGE ED., Ashgate Publishing Limited, pp. 357-358 (1998)

[23]James Tully, *Aboriginal Property and Western Theory: Recovering a Middle Ground*, in THEORIES OF EMPIRE, 1450-1800, DAVID ARMITAGE ED., Ashgate Publishing Limited, pp. 358-359 (1998)

[24]James Tully, *Aboriginal Property and Western Theory: Recovering a Middle Ground*, in THEORIES OF EMPIRE, 1450-1800, DAVID ARMITAGE ED., Ashgate Publishing Limited, pp. 360-361, 372 (1998)

構財產理論時具權威性的架構，同時抹去原住民族獨立的政治、財產和權威性傳統的存在，並將原住民族同化於歐洲架構之中。社群主義理論家如 Alasdair MacIntyre 和 Michael Walzer 也差不多，他們大致都同意 Rawls 所提政治理論的歐陸架構，原住民族的主張被解釋為，在歐陸國族社群的規範性架構下要求某種少數民族地位的承認。差異政治理論家如 Iris Marion Young，也試圖在 Locke 的論證中解決原住民族的主張，所以原住民族的主張被解釋為，在某種非原住民族制度和論證模式中要求自己的差異受到承認，而非訴求獨立的財產制度與權威性傳統。甚至多元文化主義大家 Kymlicka 雖注意到原住民族的財產主張，而試圖發展出複數財產權體制，但他仍將這些主張放在 Kant-Rawls 的理論架構中，同樣無法認知到原住民族是訴諸於一個獨立的財產與傳統制度，而這制度是先於 Rawls 所假定的歐陸傳統。

（四）現代國家主權 vs.原住民族主權

財產權基本理論濃厚的以偏概全色彩，不僅主導法政學者對於殖民國家合法取得原住民族「土地財產權」的看法，也影響他們面對殖民國家與原住民族「領土主權」爭執時的立場。因為財產權基本理論本身，已經包含了對於不同政治實體、經濟社會、法律制度的評價與選擇；而國際法上國家、領土主權等相關概念形成之初，即借用土地財產權的基本概念作為延伸，例如「無主地」、「佔有」、「時效」等等。也正因為如此，任何關於如何取得原住民族土地財產權的討論，最終都無法迴避原住民族主權的問題。

現代國家「合法取得原住民族土地財產權」的三種主要論據，都與排除原住民族法政體系/主權有關。其一，Locke 的「農耕原則」，很清楚地否定原住民族的法政制度與財產權制度，所以同時否定了原住民族主權。其次，古老的「同意原則」，一面主張原住民個人因實際上佔有並使用，而對他們領有的土地有絕對排他的權利，也對他們維繫土地的方式享有 Locke 式的權利；另方面則說，由於這種權利是絕對的，因此擁有者也有權轉讓，原住民可以將他們的土地分割賣給個別拓殖者或土地仲介公司，如此一來，這些移轉了的土地就受殖民地法律管轄。這種對「同意原則」的解釋，其實並未堅持「同意」本質，因為其對原住民族土地能否以及如何移轉外族的描述，只是「單方」的想法。「同意原則」也沒有說明，移轉給外族的原住民族土地為何即受殖民地法律管轄，而非仍受原住民族法律管轄。如果「同意」包括主權或法律管轄的移轉，那麼就應該是政治實體間的「條約」，其中一方必須以原住民族或部落代表為當事人，而不會是任何原住民個人。第三種原住民族土地取得論據是，假設殖民地議會對於殖民地擁有主權，故得以對其公民分配財產，稱為「殖民地議會授與原則」。這個原則的假設本身正是問題所在，亦即，殖民地議會究竟如何在原住民族土地上擁有主權的？有趣的是，關於主權取得問題的回答，學者通常再度援引 Locke 的農耕原則與無主荒地概念，或說基於條約同意讓渡，或者（終於鬆口說）武力征服而得。

四、原住民族權利實踐的進路

原住民族產權之所以被認為「特殊」，起因於現代國家對原住民族產權制度與法政體系的同時否定，直到國家無法忽視原住民族爭取權益的力量時，必須尋求一個不至於動搖國家基礎，又適度納入原住民族制度的解決方法，故而將原住民族產權定位為國家法政體系內的「特殊」產權類型。國家這種以「文化」差異描述原住民族，避免強調「政治」、「法律」差異的謹慎態度，也可以從其他地方看出來。1997 年憲改後，「原住民族」條款納入憲法增修條文中，但…（待續）

評論

張道周 法官

主持人施院長、報告人林教授、還有各位先進，我就是法務部曾部長所說的，派來當種子教官的第一棒，本篇林教授的論文，最主要是在探討兩個面向，第一個面向：現代國家財產權的規範及法律制度，其不分彼此施行在原住民族的範圍，其有沒有正當性；另一個面向：原住民族，如果有可以獨立於現代國家財產權制度的規範的話，有沒有其正當性，也就是說等整等之，不等者不等之。

我個人認為，這個議題其實是時代性的議題，尤其對我們大陸法系的法律制度，台灣傳統是很重要，為什麼？就我的個人經驗，在學習物權法或探討民法的過程中，從來都沒有人去探討為什麼我們法律制度中的財產權法律制度有正當性？大家都認為這是一視同仁的，沒有人去處理此問題，這個財產權制度是從哪裡來的？個人在美國的經驗裡面，美國財產權的法律第一章，都是在講美國政府，美國如何取得美國財產權？如何取得他的主權？如何承繼英國人的主權？如何藉由條約，與印地安人的條約來建立美國這個聯邦政府對於整個美國的主權？我不知道是不是因為主權在台灣，是一個太敏感的話題，因為就連我們中華民國政府，對於台灣的主權都是有爭議，所以我們沒有去談，但我覺得比較可能且重要的原因是我們認為財產權的法律制度是理所當然的，且是適用在這塊土地上的每一個人。

我個人看完林教授文章以後，我會去思考這個正當性的問題，為什麼？如果我們對於財產權的法律沒有正當性，這時候這個法律其實只是一個手段，一個統治的手段，而不是一個目的，只有在我們取得正當性之後，我們才能夠對每一個受到統治，受到規範的人說，這是有法律的價值在裡面，我自己之前有處理過一個案例，這個思考的方式可以提供給大家作參考，也可以呼應報告人的報告。我之前受理一個刑事案件，檢察官起訴一位原住民，起訴他違反森林法，他自己的土地上有兩棵百年的茄冬樹，他砍伐後，賣給了漢人，關於這個案子，檢察官是起訴竊取森林的主產物，當我閱過卷後，我發現這個原住民對他的土地有自己的所有權，這個土地是原住民的保留地，這位原住民也經過原住民保留地的開發管理辦法取得他的所有權登記，取得所有權登記後，這個地是登記為農牧用地，裡面有寫到，鄉公所有提到這個農牧用地不適用森林法，我就真的不知道為什麼檢察官用森林法起訴這位原住民，裡面有說這個不適用森林法，接下來要處理的問題是，那他是不是竊盜，從我剛才所講的過程中，我覺得很奇怪就是說，如果一個人在他的所有地上，他砍了他自己的樹木，為什麼會是竊盜呢？這個東西到底是誰的呢？後來鄉公所提出一個依據，因為鄉公所是一個被害人，也是原住民保留地的主管機關，他來說他是被害人，他說這個原住民保留地的開發管理辦法裡面有規定，縱使有登

記地上權、耕作權或所有權，可是，這個辦法有提到說，在原住民保留地上的林產，都是要依照國有林產的處理辦法來處理，沒有經過鄉公所報到縣政府去允許的話是不能砍伐，所以他認為說這個東西是他的，是國家的東西，當我聽到這個論點時，我覺得很納悶是說，一個竊盜罪的構成，必須是要你去破壞他人對物的支配管理，建立於物的支配管理，可是在本案件裡面，被告並沒有去破壞人家對物的支配管理，然後來建立自己，因為一直以來，被告都在這個土地上，這個土地一直都有他的支配管理，後來，我思考到如果不是竊盜那可能就是侵佔，為什麼？因為他是持有他人之物，然後侵佔入己，那原住民的保留地開發管理辦法也是規定說這個是鄉公所的，那感覺起來好像就是交給原住民去管理，感覺起來好像侵占罪的構成要件該當，可是如果作更深一步的思考，會覺得說這個東西真的是我們的政府，或我們的國家交給、委託給原住民管理的嗎？早在中華民國政府有之前，原住民就已經在這個地上行使他的權利，如果今天我們已經持有了自己的東西，現在只不過是有一個國家跑來說，唉！你這個是我的，可是並沒有改變他一直持有這個東西的狀態，這樣還能說是侵占罪嗎？那只能說我們深度思考的時間可能太晚了，所以這個案件就以侵占罪判掉，不過我還是有體諒到原住民的特殊性，也給予考慮他們的情況來做判決。

其實這樣的思考，在一般的實務界來講，我個人認為，我是欠缺的，我們只能夠思考到一般經過法學院教育的訓練後，我們思考的層次還是認為國家的統治是理所當然的，並以這個前提來作為下位的思考，可是，我個人覺得，讀了這篇後，我有一個感受，其實原住民的產權是先於國家的，他們對於產權制度有其主體性，我們的國家一直都沒有把原住民產權的制度當作一個主體，而是當作客體，所以我們的法律規範都是政府應該做什麼事，而不是去說原住民他有這個權力，是可以來對抗國家，所以我個人覺得，我們是不是應該在思考要把層次提高到原住民是一個主權者，而原住民本來就擁有這個主權，如何讓我們的國家跟他的主權並存，我們的原住民基本法的規定原住民族是什麼？是國家管轄的，前提是我們國家已經當然的管住你了，所以他再去發展下位的概念，可是我個人覺得，這個其實是最根本的問題，在原住民族沒有被當作主體之前，其實我們國家一體的法律去施行他們的魔咒，我個人覺得是沒有辦法克服的。

論文上，報告人的第一個部份主要是在談論原住民族他的產權制度的特殊性，第二個部份是在探討他的產權制度其實是有效率的，第三個是在說明國家的法律，來消滅這個原住民的產權制度是沒有正當性的，我對這個論文有興趣的是，論文的第一章都是在探討過去的原住民產權制度，那只是說當他接觸了現代國家的法律後，現在的狀況是如何，我對這一點蠻有興趣，希望報告人可以給我一些說明和指教，其實這篇論文的第四章應該是呼之欲出啦，他的結論應該是說原住民產權有其特殊性，應該要有不一樣、不同於國家法律的規範，我的評論到此，謝謝。

差異與肯認—初探多元民主國家之原住民族法制建構

石忠山 副教授

東華大學公共行政研究所

學歷：德國海德堡大學政治學博士

專長：政治哲學、國家理論、比較政治、族群政治

經歷：台灣國際研究學會監事

評論人

徐揮彥 副教授

東華大學財經法律研究所

學歷：東吳大學法學博士

專長：國際經濟法、國際人權法、國際公法

經歷：東吳法研論集編輯委員會主任委員

中央研究院歐美研究所助理

歐洲大學(European University Institute)人權法課程研修

研考會研究案研究員師

差異與肯認—初探多元民主國家之原住民族法制建構

石忠山

摘要

國家針對原住民族所施行之積極性差別待遇始終遭遇諸多疑慮，舉凡原住民族傳統慣習應否納入現行國家法律體系，和原住民族成員所享特殊之政治、經濟與社會權利是否違反憲法平等原則等，皆存在一定程度之論證負擔。本文因此擬就前述原住民族特殊權利之正當性問題，進行政治哲學之初步反思。本文之最終結論是，國家基於實踐憲法所明定之多元文化國目標、矯正歷史不正義、和肯認文化平等之憲政價值，所展開之各項積極性作為，不僅合乎我國憲法之基本精神，也呼應當代多元文化主義之道德觀點。

關鍵字：原住民族、原住民族權利、積極性差別待遇、多元文化主義

壹、前言

2010 年 2 月，台灣高等法院針對司馬庫斯風倒櫸木案，做出了我國司法史上一項具有劃時代意涵之判決，審判長於本案中援引原住民族基本法之精神，判決涉案三位部落青年無罪。[1] 姑且不論本案所建立起之判決模式，將對原住民日後從事類似傳統慣習活動施以何等程度之論證負擔，本案判決至少象徵著司法體系開始正視我國社會文化多元的事實，和肯認多元族群之觀點，應納入國家法律體系之思維理念，至於國家法律體系未來能否真正貫徹憲法多元文化國之精神，則有待吾人持續關注與期待。

司馬庫斯案之判決雖對原住民族社群而言，是項遲來之正義，但本案也觸發了潛存於社會中，針對原住民族所享積極性差別待遇之各項疑慮，這些問題例如包括：原住民族傳統文化習俗究竟應否納入國家法律體系？憲法平等原則是否禁止國家針對特定族群之文化進行特別保障？我國憲法究竟肯認還是否認多元文化？什麼理由得以支持國家建構一套尊重原住民族獨特文化之法律制度？此一積極性國家作為所面臨之爭議有哪些？

為嘗試回答前述問題，本文擬從當代政治哲學的幾點思考出發，期為我國原住民族法制建構之正當性，提供初步之見解。本文之行文脈絡如下：首先，本文針對國家施以原住民族積極性差別待遇所引發之爭議進行探掘，其次，本文將就原住民族權利之發展脈絡為一簡要概述，再者，本文將從羅爾斯的正義理論、補償正義觀點、以及當代多元文化主義之論述，反思原住民族特殊權利之道德底蘊，隨後，本文將從加拿大最高法院之判例，反思他國處理類似案件之經驗，文末結語則是總結本文之綜合思考。

貳、國家法中之價值諸神鬥爭

社會關係之公平與否，取決於社會資源之平等分配，平等分配則又預設特定資源之獲得，在比例上應符合取得該項資源所應付出之努力，與所應具備之相應能力，一旦特定社會資源之取得符合前述比例原則，由此所導出之社會關係即為公平，反之，則為社會資源之不公平分配。[2] 即便相關文獻已對原住民族積極性差別待遇所追求之目標及其可欲性，展開了頗具規模之論述，反對該等權利者亦非少數，其理由五花八門，不一而足。[3] 有論者從憲法平等原則出發，探討前述優惠待遇之合憲性問題（李惠宗，1999），亦有論者根據效益考量，反證該等權利之不可欲性（廖維達，2005），部份甚至以「給

[1] 有關本案之相關報導請參見施聖文，2010；林益世，2010。

[2] 「平等理論」（equity theory）乃一致力解釋公平社會關係之行為理論，其最早由行為心理學家 John Stacy Adams 於 1963 年所提出，據其觀點，個體僅在下列情況下，感受其所獲對待乃為公平，亦即：當其所付出之努力與所得到回饋間之比例，與其他從事相同行為者之付出獲益比例呈等同狀態時。Adams 之平等理論主要提出以下四項觀點：（一）個體尋求行為產出之最大效益，（二）團體可藉成本效益平等分配受到保障之制度建立，極大化該團體之集體受益，團體成員將獲誘導接受與遵守此一分配法則，（三）特定團體成員倘獲不平等對待，其將感受不滿與痛苦，該不滿與痛苦指數將與其所獲不平等對待程度成正比，（四）不滿與痛苦之消除，只能藉助平等關係之重建得以實現，以上請參見 Adams, 1965: 335-343; Walster and Traupmann, 1978: 127-142.

[3] 相關論述請參見以下作者之分析：蔡文山，2004；王玲敏，2002；王玉葉，2004；雅柏甦詠， 2003；廖維達，2005。

他魚吃，不如給他釣竿」一類荒誕的道德說教（蔡文山，2004），指陳國家特定作為之不適切性。在諸多反對原住民族積極性差別待遇的論述中，最為引人所關注者，主要還是圍繞在前項國家作為之公平性問題，宣稱原住民族所享積極性差別待遇恐因違反平等原則，傷害社會之公平正義，因此不具實踐之正當性。

倘若不平等對待無法在道德上證成其可欲性，那麼其必然預設了對相反立場之肯認，亦即平等對待乃值得吾人推許之行為價值，否則不平等不會無端受人非難，就此，傳統自由主義政治哲學所鼓吹之國家中立原則，或為實踐價值平等最佳之指導原則。根據羅爾斯（Rawls，1971、1993、1999）的國家中立理念，國家基於現代社會之價值多元事實，在制定相關政策與法律時，不應偏袒特定價值理念，而應任憑公民依其自身理性，於民主審議之論辯場域中，自由決斷所制定規範之正義性。[4] 據此邏輯，國家中立原則否定特定族群文化團體之特殊權利保障需求，因為此類保護措施之施行，意味對特定價值之偏好，因而違反中立原則所主張之價值平等戒律。[5]

原住民族積極性差別待遇究竟是否違反平等原則？據此所建構之社會關係是否真的不公？究竟吾人應如何理解平等？國家以積極性差別待遇改善原住民族所受不平等境遇，難道不是國家為求族群平等所應採行之可欲作為？原住民族法制建構之獨特性，究竟如何在國家法體系之價值諸神鬥爭中獲得肯認？

參、原住民族法制建構之實然性

一、全球原住民族之境遇與台灣原住民族運動

十五世紀的大航海時代，雖縮小了世界的距離，卻也因西方列強對於世界資源之爭相競奪，進而開啟了世界原住民族至今仍難以擺脫之悲慘境遇。幾百年來，西方人挾其科學技術優勢，不斷以武力掠奪各地原住民族的土地與資源，隨後還以勝利者姿態定居下來，對受征服的原住民族進行殖民統治。外來者雖引入了先進之生產方式、資本主義之市場經濟制度、異文化之宗教信仰、精進之衛生醫療技術、現代化之商業和教育等，卻也同時對原住民族的傳統社會組織、習慣規範等，帶來前所未有之衝擊。無論在美洲或是亞洲，外來者之殖民統治不僅使原住民族流失大量傳統土地，昔日自給自足之經濟生產體系亦遭受瓦解，傳統習俗、規範更受到徹底破壞。在此不堪之生存條件中，原住民族社群普遍存有低所得、低教育程度、和低壽命期待等問題。歧視與壓迫不僅導致原住民族生活於社會邊陲，還因其缺乏對社會不正義的有效反抗能力，使其逐漸喪失對自

[4] 自由主義者捍衛國家中立原則之理由有三：（一）政府之非中立性決策侵害個體選擇之自主性，（二）政府之非中立性決策隱藏壓迫、不穩定性以及決策錯誤等危險，（三）政府之非中立性決策建立在無法為其全然理性辯護之特定價值前提上（Corbett，2003）。

[5] 文化資源乃個體實踐美善人生所不可或缺之基本善、其生命價值之意義來源，而善之理念在如羅爾斯等自由主義者之思想中，又為國家法律與政策制定時所應避免之參照對象，吾人故可在此推敲，自由主義之國家中立性原則同樣反對強調原住民族文化保護之相關優惠待遇，因為此一措施違反文化價值平等原則。

身文化之自信（高德義：2009：4-5）。[6]

由於原住民族的不利益處境乃歷史性與社會性的，是外來統治者的武力征服和殖民統治的產物，因此，為改善原住民族所受不利益對待，首應致力者，便為消弭壓迫統治所造成之社會不正義。

為求前述目標之達成，台灣原住民族運動團體數十年來以實際抗爭行動，致力洗刷遭污名化之族群認同、爭取族群及其成員應享之集體或個人權利，為族群之尊嚴與平等地位展開不斷的承認鬥爭。在一波波的原住民族運動中，幾則事件刻劃著台灣原住民族運動的發展軌跡。1983 年，台大原住民學生所發行的《高山青》刊物，是民族意識抬頭的一項重要宣示，其所獲得之關注和所產生之影響，吾人可從黨外人士於隔年在編輯作家聯誼會中成立「少數民族委員會」可以看出。隨著同年 12 月「台灣原住民權利促進會」（後改稱台灣原住民族權利促進會，以下簡稱原權會）之成立，台灣原住民族運動正式出現了組織化之發展，也連帶激勵了其他自主性原住民族運動團體之成立（李建良，2003：116）。[7]

原住民族運動團體相繼湧現後，抗爭議題亦逐漸發生轉移，從最初針對特定原住民個人權益（如勞資糾紛與急難救助等）之個案服務，到後來抗議原住民人口販賣、打倒吳鳳神話等抗爭運動之出現，台灣原住民族運動的訴求出現了質的變化，並在隨後的幾波「還我土地」運動中，將訴求項目從原住民個人之基本人權，擴展至如土地經濟權、政治參與權、以及語言文化權等權利領域。[8] 雖然原住民族的自治與土地權問題至今仍未獲得政府的妥善回應，而成為原住民族社群與政府間持續協商與對話之重要議題，但隨著「原住民族條款」之入憲，和「原住民族基本法」之通過，台灣原團體過去多年來的努力，已獲致相當可觀之成果。[9]

---

[6] 謝世忠即指出，全球原住民族的共同處境是：傳統文化消失、母語遺忘、信仰體系瓦解、社經地位低落、政治無權、以及對於政府政策束手無策等。另高德義亦指出，原住民無論在就業、收入、死亡率、平均壽命、教育水準、犯罪率和自殺率等，皆有相較於主流社群成員而言，較為負面之統計數字呈現（高德義：2009：4-5）。

[7] 對於台灣原住民族運動的發展而言，《高山青》之發行無疑具有劃時代意義，但台大原住民學生的自覺運動，並非國民政府接收台灣以來的首波原住民族運動，李建良的研究指出，1949 年 5 月，台北師範的原住民青年在台北組成「台灣蓬萊民族自救鬥爭青年同盟」，是二戰後台灣最早出現的原住民族運動（李建良，2003：116）。

[8] 這一時期的重要運動例如有「原權會」於 1988 年 3 月通過「台灣原住民族權利宣言」，主張台灣原住民是台灣島的主人；同年 8 月台北街頭首次發動的「還我土地運動」，以及隔年 9 月的第二次「還我土地運動」，原運團體要求政府停止假「徵收」之名，將原住民族土地劃成國有土地，以致造成原住民族傳統土地之大量流失。在政府始終不願正視此一問題的情況下，原運團體在 1993 年 12 月發起了第三次的「還我土地運動」。除針對原住民族土地權的問題外，原運團體還針對民族認同的污名化問題，向政府及主流社會抗爭，而發起了「原住民正名運動」，要求政府廢止具有污名化的「山胞」稱謂，和改稱自清治以來即被稱作「番」、「山胞」的台灣原住居民為「原住民」，及其所屬族群為「原住民族」。在幾次闖關失敗後，原運團體才在 1997 年的第四次修憲中，確立了「原住民族」的憲法語彙。伴隨此一運動之原運最大成果，莫過於同年修憲中，修憲機關在憲法增修條文中引入「原住民族條款」，以上請參見夷將·拔路兒，2008；李建良，2003：116。

[9] 陳水扁總統所提出之「與原住民族特殊之夥伴關係」，乃其於總統大選期間，在蘭嶼和原住民族代表所簽訂之文書宣告，其主要內容共有七條：一、承認台灣原住民族之自然主權，二、推動原住民族自治，三、與台灣原住民族締結土地條約，四、恢復原住民族部落及山川傳統名稱，五、恢復部落及民族傳統領域土地、六、恢復傳統自然資源之使用，促進民族自主發展，以及七、原住民族國會議員回歸民

二、「第三代人權」與國際人權法體系中之原住民族權利保障

台灣原運之發展多少受到國際環境的鼓勵和啟發，尤其自「第三代人權」概念提出以來，原運的權利訴求更受到政治哲學的理論支撐。所謂「第三代人權」，係指將人權之權利載體由個人擴展到團體之思維理念，其最初由法國人權學者 Karel Vasak 於 1977 年所提出，後來廣為當代人權學說所呼應（李建良，2003：119-120）。[10] 作為第三代人權所函括之保障對象，原住民族權利所致力維護者，無外乎族群自身不受外部決定之恣意干涉或宰制、保障族群在政治、經濟等領域一定程度之自治權限，使得族群最終可藉該等權利之行使，自主決定其所意願開展之生活方式，及其文化之傳承發展（李建良，2003：120；許育典，2006：444-445）。

面對同化以及族群滅絕之民族命運，全球各地原住民族在資本主義國家的擴張與發展過程中，乃獲益最少、但受創最深之群體。為同國家資本主義霸權和種族同化命運鬥爭，全球原住民族運動團體紛紛展開國際串聯，不斷藉由請願與抗爭，要求國際社會正視原住民族社群所遭遇之不正義對待，和鼓吹「第三代人權」理念之徹底落實，例如，美洲印地安人於 1940 年於墨西哥成立「美洲印地安組織」（Inter-American Indian Institute），自此展開一系列之「紅權」（red power）運動，要求統治者履行其與原住民族歷史上所簽訂之各項契約、承認原住民族之獨立民族地位；而 1975 年所成立的「世界原住民族會議」（World Council of Indigenous Peoples），更從原先的論壇交流，擴展成為組織化之原運團體，其後，類似組織相繼出現，持續為全球原運的國際化注入活力（高德義，2009：8-10）。

在國際原運組織多年的努力下，原住民族的權利訴求逐漸受到國際社會之關注，也直接或間接地影響了許多國家與其境內原住民族之互動模式，其中，聯合國又為國際組織中，對於原住民族權利之促進與保障著力最深者，其不斷藉由各項調查計畫、定期會議、以及研究工作等，表達其對全球原住民族所面臨困境之關注，甚至自上世紀 80 年代起，其相繼通過了攸關原住民族權利之各項公約、決議與宣言，還設置了特定專責機構，作為持續關注原住民族人權問題之常設單位。[11] 除聯合國外，國際社會中尚有其他組織機構同樣關注原住民族之人權處境，國際勞工組織即為其中一例。前述組織不僅長期投入原住民勞工之就業環境改善，還分別於 1957 和 1989 年制定兩份公約，提升原住民族人權保障之國際標準。其他國際組織如聯合國教科文組織、世界銀行、世界衛生組織、世界智慧財產權組織、亞洲開發銀行、美洲國家組織、歐洲人權委員會等，亦皆長期關注原住民族之人權保障狀況（高德義，2009：17-18）。

族代表。相關內容請參見夷將·拔路兒，2008。

[10] Vasak 在剖析當代人權的發展脈絡時指出，植基於法國大革命之啟蒙精神，當代人權思潮的演進共經歷了以下三個階段：一、強調個人自由、排除國家干涉之「消極人權」，此又以「公民與政治權利國際公約」中之公民與政治權為代表。二、要求國家積極作為，力求社會平等之「積極自由」，其核心精神見於「經濟、社會與文化權利國際公約」之各項權利主張。三、肯定社會連結、呼籲展現「同胞愛」，以實現社會合諧與福祉，其中又以「環境權」與「民族自決權」為此一發展階段之人權理念核心，以上請參見李建良，2003：120。

[11] 聯合國於 1947 年設立了「防止歧視及保護少數小組委員會」，專責研究少數民族所受歧視問題；1982 年則在前述基礎上，設立了「原住民族工作組」，負責推動原住民族的人權保障工作，尤其是「聯合國原住民族權利宣言」之起草，該小組所達成之成就，可以聯合國大會於 2007 年通過了前述宣言為代表。

前述國際原運團體和組織藉由多年來之努力，合力催生了原住民族權利在國際人權法體系中之生成與發展。聯合國成立之初，即在「聯合國憲章」和「世界人權宣言」中表示，民族之平等與自決權應以尊重；1948 年的「防止暨處罰滅絕種族罪行公約」和 1960 年的「許諾殖民地及民族獨立宣言」，雖未正式提及少數民族之集體權，卻也首度明文指稱，尊重所有民族之自治權；聯合國教科文組織於 1960 年所通過的「反對教育歧視公約」，和聯合國大會於 1965 年所通過的「消除各種形式種族歧視國際公約」等，皆提及了禁止種族歧視，和國家應致力提升少數民族地位、促進其司法、政治、經濟領域中各項權益之人權保障原則，該組織在其 1966 年所通過的「公民暨政治權利國際公約」和「經濟、社會暨文化權利國際公約」中，甚至肯定了少數族群的自決權，而被視為當時國際人權法體系中有關少數族群權利之重要規範（施正鋒，2008：76-80）。

隨著聯合國周邊組織相繼訂定了保障少數族群權利之公約後，全球其他區域性國際組織亦陸續制定了如「歐洲人權公約」、「歐洲保護少數民族框架公約」、「歐洲地區和少數民族語言憲章」、「美洲人權公約」、「非洲人權與民族權憲章」等重要國際人權規約，為包含原住民族在內的少數民族權益保障，訂定了具有劃時代意涵之國際標準，而聯合國於 2007 年所通過的「原住民族權利宣言」，更將此波原住民族權利保障之時代潮流，推向了頂峰。[12]

三、我國憲法中之原住民族權利保障

國際公約基本上反映的是國際社會對於特定規範事項之價值標準，各國憲法所體現者，則是該國制憲者對於特定憲法規範之價值好惡。國際人權法體系中之各項人權標準能否成為具有強制約束力之內國法規範，預設憲法對其價值之肯認。我國憲法雖於制定之初，即存在族群條款之相關規定，例如憲法第 5、7、135、168、169 條等之相關規定，但其規範對象與目的，並非首要針對台灣的原住民族，和考量台灣內部所存在之族群差異事實，而是制憲者當初放眼全中國，根據當時國家環境所訂出。隨著國內外環境的變遷，尤其在諸多原運團體和國際組織的積極推動下，當代國際人權法體系中之原住民族人權思維，才在歷次的修憲中，逐步被納入憲法保障之範疇中，可謂修憲者基於面對社會現實之所做出之務實思考（黃俊傑，2003：86）。1997 年的第四次修憲，憲法增修條文增加了有關原住民族權利之規定，其中第 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。」第 10 條第 12 項則指出：「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。」由此可見，我國憲法肯定國家對於原住民族施以積極性差別待遇之價值及其合理性（黃俊傑，2003：86）。

憲法基本權之保障，主要關注的是人的自我實現，而人之自我實現又預設個體人格之自由發展，因此，為保障所有隸屬不同文化社群之人民擁有自主型塑其人格之空間，國家有義務創造一個多元文化之社會生活空間，並應課予立法機關一項保護多元文化之立法義務，和要求其他國家機關（如行政和司法機關等）在進行特定國家權力之運作時，

[12]有關各區域性國際人權法對於少數民族之保障，請詳見 Nowak（柳華文譯），2004。

履行前述相同義務；換言之，此項多元保障義務要求，當國家權力之運作涉及特定價值之判斷時，應特別留意族群文化之差異性，否則國家權力之行使，有可能因違反前述國家目標規定而構成違憲（許育典，2006：431-434）。

如前所述，「第三代人權」在當代國際人權法體系的發展中，逐漸成為約束現代國家保障其境內原住民族權利之重要標準，然而，此一標準在實踐上亦存在特定困難，其中最為關鍵者，乃其能否完成公約之內國法化，最終並以實定法之型態獲得援引（李建良，2003：121）。即便針對「第三代人權」能否構成一項基本權的問題尚存有疑義，憲法學者卻皆普遍肯定，作為國家施政目標之前述憲法增修條文，仍能導出國家積極保障原住民族權利之憲法義務。李建良在分析原住民族的憲法權利時即指出，前述憲法增修條文中之規定，基本上體現出一種憲政價值，一種要求國家積極維護與保障多元文化發展之指定性任務，其雖非為一種創設人民主觀權利之基本權，卻是一種構成國家權力界限之規範條款，國家機關一旦在權力之行使中違背此一國家目標意旨，即有可能構成違憲（李建良，2003：122-124）。[13] 此外，前揭憲法增修條文內容中最為引人關注者，莫過於其中「依民族意願」此一文字表述。倘若前述文字係指國家在進行原住民族之法制建構時，必須尊重和依照原住民族之意願，則此一為原住民族量身訂作之法律體系，未嘗不能作為原住民族自治之憲法基礎，並且在此基礎上，由原住民族依其自主意願，建立其他包含原住民族教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地、自然資源管理、傳統習慣、以及共同智慧財產等權利領域之各項配套機制（李建良，2003：124；許育典，2006：431-453，林淑雅，2000：15-16）。

原住民族權之憲法保障雖非以基本權之形式獲得確立，但此並不意味，憲法否定積極扶持原住民族文化之國家義務，前述憲法增修條文甚至明文規定，多元文化國乃國家所應致力追求之國家目標。在肯定此一憲政價值之基礎上，立法院於 2005 年通過了「原住民族基本法」，為尚待充實和具體化之各項原住民族權利，提供了重要的法律依據，也順代解消了國家履行前述憲法義務之相關爭議。

四、原住民族權利保障的本質與內涵

作為憲法課予國家之積極性任務，原住民族之法制建構基本上有其獨特之性格，其不僅奠基於憲法肯認多元文化之價值外，還彰顯出國家為承擔歷史不正義，而意願肩扛此一補償責任之道德底蘊。為彌補國家昔日種種不正義作為所造成之各種傷害，和消弭據此所衍生之族群不平等，原住民族法制建構之真正目的，除了希望多元文化國之國家目標能夠獲得實現外，還希冀藉此能夠達成歷史和解，創造族群平等之美善社會。在此意義下，原住民族權利保障之特殊屬性在於，其乃一針對原住民族群體及其成員為對象，國家機關藉由特定作為或不作為所展開之各項權利保障工作。[14]

[13]李建良根據前述憲法增修條文之文字表述如「國家應保障」和「其辦法另以法律定之」等，推敲出其規範性質應類屬於「憲法委託」，立法者對此雖具有何時立法與如何法立法之裁量空間，但立法機關一旦無所作為，將因「立法怠惰」，而違反前述憲法旨意（李建良，2003：123）。

[14]由於國家機關昔日所加諸原住民族之不正義對待（如對原住民族傳統領域之劃歸國有、部落之強制遷徙、傳統社會制度與慣習之破除、族語之禁用以及其他相關之同化措施等）具有以特定族群為對象之明顯集體特性，使得當今原住民族積極性差別待遇之實施，乃以特定族群團體及其成員為對象。有關

不同國家對於類似之國家任務有其各異之歷史緣由，具體之施行項目也不一，[15] 以我國為例，除「原住民族基本法」所羅列之各項權利保障事項外，政府歷年來還根據前述憲法委託，相繼完成了多項領域之原住民族權利立法，所涉及之主要領域包括：政治參與、教育文化、衛生醫療、經濟土地以及社會福利等。[16] 在政治參與方面，原住民族所享特殊權利主要表現在立法委員選舉、縣市議會議員選舉以及原住民鄉鎮長選舉之定額分配；[17] 在教育文化方面，除各項民族文化活動之補助與推動外，入學許可之優惠方案與各項就學經濟協助等，皆為政府為實現原住民教育機會均等所採行之具體作法；在衛生醫療方面，政府所採行之措施主要包括特定疾病之醫療補助、健保費用補助、以及社區衛生保健服務等；在經濟土地方面，政府所推動之項目例如包括原住民族綜合發展基金之設立、房屋建購、修繕補助、經濟和產業活動補助、以及原住民保留地之設置等；在社會福利方面，敬老生活津貼之發放，乃其中具體項目之一。[18]

綜上所述，國家為實現轉型正義，完成憲法所賦予之指定性任務，故而得將原住民族之法制建構視為一項責無旁貸之國家任務，至今，此項工程雖仍有待內涵上之持續擴充和具體化，但實現族群平等之國家目標本身，自是無可爭議。

肆、原住民族法制建構之道德涵蘊

我國憲法對於多元文化之價值底蘊給予了毫無疑問的肯定，然而，一旦藉由特定集體權利之保障，賦予那些生存受到威脅文化社群存續之機會時，必會挑起一項普遍性人權價值與特殊性社群倫理價值孰優孰劣之爭執。當族群文化地位的不平等始終構成一國憲政發展有待超克之障礙時，吾人不禁想問，族群間之文化平等究竟如何可能？國家中立原則真能創造文化平等之生活空間？國家中立究竟是否可能？忽視文化差異之國家作為真能實現社會統合？針對原住民族所施行之積極性差別待遇是否真的違反平等原則，而不應作為國家所追求之憲政目標？抑或此一建立在肯認文化差異，創造社會多元環境之國家作為，乃多元民主國家本應致力之國家任務？針對前述問題，當代政治哲學已展開頗具規模之論述，下文僅從羅爾斯的差異原則觀點、補償正義之學說、和多元文化主義之立論，嘗試回答前述問題。

一、羅爾斯的正義論

團體作為特定權利載體之論述請參見 Patterson, 1997: 121-122; Newmann, 2006: 273-289. 國內學者有關「集體權」憲法意義之討論，請參見李震山，2004：167-190。

[15]由於循藉司法途徑，向特定國家機關為其昔日所施加之不正義對待要求賠償，在技術層面上有著難以克服之困難，使得在傷害既已造成，補償義務因此存在之前提下，相關國家政府多半採行由國會為受害者群體制定補償計畫，作為實踐轉型正義之具體措施，其中包括物質、精神、情緒以及社會等層面之賠償，相關論述請參見 Maiese, 2003。

[16]我國憲法中涉及原住民族優惠性保障措施之規定，主要見於憲法增修條文第 10 條第 11、12 項，前述保障項目即源自此增修條文之規定。

[17]「原住民族基本法」第 4 條有關原住民族自治制度之建立規定，雖可視為政府擴大原住民族政治自主參與之承諾，然因相關事項之規定仍待後續法律之補充，故此項權限迄今未能如前列事項獲得實施。

[18]原住民族優惠性權利保障之各項法源及其具體內容，請參見行政院原住民族委員會編印之「原住民族法規彙編」（行政院原住民族委員會，2005）。

羅爾斯正義理論之提出，並非首要針對原住民族積極性差別待遇可欲性問題的反思而出發，而是站在一般社會合作之觀點，考察理想憲政秩序之建構可能。其於《正義論》的開頭中即指出，該理論之建構，旨在確立一種正義觀，使其成為現代立憲民主國家建構美善社會時之參考依據（Rawls，1971：3）。羅爾斯從政治哲學的高度思索正義，探討社會基本制度中各項公民權利義務之理想分配法則，其中對於弱勢者扶助需求之聲援，雖為該理論擬欲陳述的重要理念之一，卻因其引發了各式爭議，使其成為當代政治哲學中頗為令人矚目之觀點。

羅爾斯在闡明其理論目標時指出，其欲證立者，乃一蘊含實質理念，而非僅強調形式、程序之正義觀（Rawls，1973：52）。究竟此一正義觀能否為原住民族特殊權利之正當性提供說明？以下問題之探討，或許有助吾人解答前述疑惑：何謂形式、實質之正義觀？以實質平等為基礎之正義觀背底究竟蘊含何等值得吾人追求之理念？此一理念之實踐為何在道德上是可欲的？

相對於實質正義，羅爾斯將程序正義理解為公共行政部門法律執行之公正性，其特重法律規則運用之無私與中立，平等適用因此是該理念之核心；不同於此，實質正義所關注者，乃規範體系實質內容之合理性，其焦點集中在社會利益與負擔公正分配法則之建立上。羅爾斯之所以強調程序正義與實質正義之差異，乃因其主張，程序正義無法真正實現社會公平正義，唯有透過對公平之實體闡述，正義之實踐才有可能。羅爾斯非但不認為，法律規範之平等適用能夠保障社會公平之實現，其甚至懷疑，在特定情況下，程序正義恐將成為國家不正義作為之幫兇。羅爾斯因此指出，社會正義之真正落實，除應保障程序正義之公平履行外，還應考量社會利益與負擔之實質正義分配。基於以上認知，羅爾斯在思索社會正義之實踐可能時，提出了所謂差異原則，根據此一原則，社會資源之公平近用不僅得到合理之解釋，社會弱勢群體所享積極性差別待遇之正當性，亦獲得證成。

如前所述，羅爾斯差異原則之提出，雖非首要針對原住民族之特殊處境所設計，而是基於對所有社會弱勢群體不利處境之關懷，所得出對優惠性差別待遇之合理解釋，就此，作為現實社會生活中之弱勢群體，原住民族所享特殊優惠待遇，在某程度上亦能藉由羅爾斯差異原則之觀點，獲得其正當性之說明。羅爾斯正義理論共含括平等和差異兩原則，前者涉及憲政基本架構中公民基本權利與義務之分配法則，強調公民自由權利之平等保障，後者則試圖闡明，在何等情況下，社會以及經濟上之不平等可被允許。差異原則之具體內容表述如下：

「社會與經濟之不平等應如此安排，使它們：

（1）在與正義的儲存原則一致的情況下，適合於最少受惠者之最大利益；並且，

（2）依繫於機會平等之條件，職務和地位向所有人開放。」[19]

羅爾斯根據前述差異原則主張社會以及經濟資源之不平等分配，只能在下列情況下

[19]羅爾斯在《正義論》一書中，曾對正義兩原則之具體內容進行多次描述與修改，兩原則之最終文字敘述請見該書第 2 篇第 5 章第 46 節（Rawls, 1973: 302）。

被允許，亦即：當差別待遇能為處於社會不利處境者創造最大利益時。[20] 對此，羅爾斯顯然意識到，當差異對待不僅可為所有人帶來好處，尤其還能改善社會弱勢群體及其成員之不利地位時，吾人沒有理由拒絕這樣一種差別待遇。相對於功利主義所主張之最大多數者之最大利益原則，羅爾斯反對任何犧牲弱勢群體利益，以換取多數人最大利益之社會安排，並且還藉前述原則之論證，頌揚濟弱扶傾之博愛精神 - 一個人類政治史上不斷受到鼓吹，卻又難以獲得全然實踐之理想（Shih，2004：86）。

以公平作為正義理論之核心，羅爾斯在第一原則中強調公民基本權利與義務之平等分配，在第二原則中則試圖闡明，何種平等觀值得吾人所追求。首先，透過差異原則之內容表述，羅爾斯將平等具體理解為衡平，指出實質機會平等之實現，首應照顧社會成員中先天資賦較為不佳或處於社會不利地位者，使其不因劣勢地位而喪失社會資源之平等近用機會。衡平原則強調，基於自然或社會偶然因素所造成的社會成員處境差異，應盡可能地予以排除，主張社會弱勢成員不應為前述偶然因素所造成之不利處境負責，甚至要求國家應對此提出積極作為，改善弱勢者不可歸責於己之弱勢處境。其次，差異原則所追求之平等理念，尚表現在對互惠行為之肯定，與對功利主義主張創造最大多數者最大利訴求之否定上。差異原則駁斥犧牲社會弱勢群體利益，以換取社會多數者最大利益的想法，並視社會成員之互惠為一崇高美德，強調該等行為應該獲得推許，因為，個人成就在某程度上乃社會諸因素共同作用之結果，因此，基於互惠原則所進行之社會資源分配，可被視為對社會協助個人實現其成就，所提出的反饋方式之一。[21]

除衡平與互惠外，差異原則還體現法國大革命所鼓吹之博愛精神。比起自由與平等此一民主社會較為人所熟知之理念，博愛相對而言較不引人所關注，主要原因在於，其不若前述其它理念，可要求國家根據特定作為予以落實，而僅能透過對特定價值之宣揚，鼓吹社會團結之重要性。雖無國家強制力為後盾，博愛精神確實影響社會成員間之團結，倘若社會缺乏內部凝聚力，其將因成員間之彼此冷漠與不信任，而成為各式資源競奪與衝突之場域，此正是差異原則所欲避免者。透過協助社會弱勢者之地位改善，社會成員間之處境差異不僅可獲減縮，社會弱勢者更可因實際生活條件之改善，獲得公平分享社會資源之機會，在此理想前提下，社會成員間之情誼將可獲得穩固發展，而此亦體現良序社會所欲追求之目標 - 團結與穩定（Rawls，1973：6）。

羅爾斯的正義觀以公平為其核心理念，公平在此則被理解為實質平等，此一平等觀

[20]羅爾斯正義理論的建構目標之一，在於克服功利主義之缺失，該學說主張，社會以及經濟上之不平等，若能為社會多數創造最大利益，則此一差異對待即非不正義；與此相反地，羅爾斯所強調之差別待遇，不僅否定多數基於特定理由所加諸少數群體之壓迫，還主張在所有人皆得利情況下，社會與經濟之不平等安排，應以改善社會中處於最不利地位者之境況為首要任務。

[21]羅爾斯認為，個人成就除了基於個人的努力外，還在一定程度上受利於其他外部偶然因素，對此，個人常無法為之左右，換言之，個人之成就部分可歸因於外部環境所影響，高成就者因此無需視其成就為理所當然，低成就者亦無須為其弱勢地位承擔全責，個人社會地位之優劣，在一定程度上乃偶然因素所造成，社會資源之分配因此不應任憑該等因素來決定。自然與社會之諸多偶然因素預先決定了一個人的命運，個人對於出生於貧窮或富裕家庭、強勢或弱勢族群等，自始無法自由決定。簡言之，命運之隨機安排很可能使個體置身社會之有利地位，亦有可能將其安排在社會之不利處境，因此，當吾人思索社會資源應憑藉何等原則進行分配時，互惠原則不僅應被視為理性的，在道德上其還應被視為可欲的。

之最大特徵，表現在對特定差別待遇之肯定上。異於功利主義所主張之差異對待模式，羅爾斯所鼓吹之差別待遇，建立在社會弱勢不利處境之改善，而此一作法之所以在道德上可受肯定，乃因其體現了衡平、互惠與博愛等精神。為說明差別待遇作為一項正義分配法則之可欲性，羅爾斯採借了古典契約論之論證模式。[22]

古典社會契約論向來強調立約情境中立約者之理性與自律，加以特定立約背景與條件之說明，該模式普遍可以導出一項規範性格強烈之正義觀。相較於近代自然法學家之古典契約論，羅爾斯對此論證傳統進行了改良，此又主要表現在其對原初境況中立約情境之理想化，希冀藉此能夠證成正義原則之公正性、穩定性以及道德性，[23] 而「無知之幕」（The veil of ignorance）觀點之引入，在此尤其扮演著關鍵性角色（Rawls，1973：136-142）。[24] 「無知之幕」之主要功能在於創造一個理想的立約情境，排除一切立約情境中影響立約者自律選擇之因素，使其能夠站在平等的立場進行正義原則之選擇。「無知之幕」之設計，因預先排除個體對於自身所處社會環境以及個人能力等之種種知識，使其在選擇社會制度之組織規範時，猶如站在一個阻絕了所有可能影響其選擇結果的知識屏障之後，此種選擇情境中對現實事物條件之無知境況，即為羅爾斯透過無知之幕理念，所欲創造之理想立約情境，在此情境中，因無人能夠知曉其於現實生活中所處之社會地位、族群身分、生理特徵以及個人能力等，使得在此境況中，所有人猶如處於一種平等之知識狀態，其一切選擇不受任何外部現實因素所干擾，個人僅能依憑其所持道德理念，和其他立約者站在平等的立場，進行正義原則的選擇。羅爾斯指出，此一論證模式所證成之正義原則，因預先排除所有偶然性因素之干擾，且為立約者依其自律能力所選出，其道德性與穩定性故而應予以肯定（Rawls，1973：136-142）。

為解釋差異原則之可欲性，羅爾斯除預設前述立約情境外，還提出了所謂的「最大的最小值規則」（maximin rule），[25] 此一規則指出，當個體在面對選擇境況中之不同選項時，應就各選項之最壞結果進行排列與比較，並從中擇取最佳者作為最後的選擇。由於該選擇優於其它選項之最壞結果，因此是個體最佳之理性選擇（Rawls，1973：142-166）。羅爾斯對於理性選擇之認定，基本上是從保守的立場出發，主張個體應在所

[22]羅爾斯之論證方法主要依循以下三個步驟：首先，羅爾斯確立公平作為正義之核心理念，其次說明正義原則之具體內容，最終分析正義兩原則之論証方法。在論證方法之闡述中，羅爾斯嘗試透過古典契約論之論證模式採借，說明平等原則與差異原則之合理性，進而肯定其作為規範現代立憲民主國家憲政秩序之基本價值。

[23]有關羅爾斯正義理論之穩定性問題，請參見羅爾斯《正義論》第 3 篇第 8 章第 76 節之說明（Rawls, 1973: 496-504）。

[24]所謂無知之幕，乃羅爾斯藉以塑造立約者自律選擇情境之理論假設，其主要功能在於排除立約情境中之他律因素，藉此促成立約者在面對不同正義原則之取捨時，能不受外部因素之干擾，而在純粹理想化之平等立契情境中，依其自身理性能力，自由選定規範共同體生活之正義原則。無知之幕理念之提出，主要基於羅爾斯對人類他律選擇能力之體認，其因洞悉個體在面對現實生活中無數之選擇情境時，常會根據現實條件對事物之擇取進行判斷，而該等選擇行為往往又為工具理性之算計結果，因此，為免選擇結果之道德性遭受質疑，並且證成一具有普遍性、穩定性和道德性之正義原則，羅爾斯於是提出無知之幕之理論設計（Rawls, 1973: 136-142）。

[25]該原則主要強調，個體在面對不同選擇情境時應採保守立場，在所有可能選項中擇取最差可能結果中之最佳者，此原則因此亦被稱作「小中取大原則」或「最好的最壞結果原則」，Rawls, 1973: 152; 2002: 120-123.

有選項之最差結果中，擇取其中之最佳者，才是一項合乎理性之行為選擇。[26]

藉由「無知之幕」和「最大的最小值規則」等概念之說明，羅爾斯擬欲陳述的是，當吾人與其它社會成員站在一種假想的平等無知境況中，共同思索一套規範社會生活的法則時，不應從特定規則可能為自己創造最大利益的假設出發，而應考量擬欲選擇之規範，能否在自身一旦處於現實社會之最不利地位時，為自身之不利境況作出最佳保障。「無知之幕」理論阻絕了吾人認知自身所處現實生活條件之可能，作為此一理論之產物，差異原則若應被視為理性和可欲的，乃因其為個體之生命安排，指出了一條規避風險之路徑。一旦吾人體認生活中之偶然因素，極有可能使自身處於社會之最佳或最不利地位時，選擇差異原則作為規範憲政生活之基本原則，至少可以保障，當個體不幸隸屬於社會之弱勢群體時，國家特定優惠保障機制或能適切阻止各種最差情況之發生，甚至藉此改善個體之不利生活處境。

二、補償正義理念

羅爾斯的差異原則雖然揭示了博愛之政治理想，說明濟弱扶傾可作為國家應予實踐之憲政目標，然而，此一理念之適用對象因廣及所有置身社會不利境遇者，而非僅對現今普遍仍處社會弱勢地位之原住民族及其成員有效，因此，單憑此一理念無法全然證成原住民族所享積極性優惠待遇之正當性，[27] 換言之，若欲突顯此項國家作為之合理性，吾人必須援引其他理由，就此，補償正義理念或可強化前述國家作為之正當性基礎。

作為被征服、殖民和受迫同化之民族，原住民族及其成員昔日所受不正義對待，在國家落實轉型正義的同時，已逐步獲得嚴肅對待。究竟何謂補償正義？該理念所欲解決的問題是什麼？其所推許之道德理念，和所欲實踐之目標為何？誰是補償正義的適用對象？其運作方法有哪些？原住民族及其成員是否有資格提出此等訴求？

補償正義一般被理解為，以修補受損之人際或社會關係為目標之思維理念（Maiese,

[26]羅爾斯還進一步指出，任何選擇皆隱含最佳與最差之結果，兩者之出現機率亦各佔一半，但個體之選擇行為若僅參照選項之最佳結果，完全漠視其所可能帶來之最差結果，則該選擇之最終結果必定充滿風險，因為在此情況下，行為者除有可能如其所願地獲得所選擇之最佳結果，亦有可能因此得到較差、甚至最壞之結果。最大最小值規則向吾人展示，當個體在面臨抉擇時，應從選項之最差結果出發，此一考量之所以是理性的，乃因依此所做出選擇之最差情況，仍為所有其它可能最差情況中之最佳者，在幸運的情況下，甚至有可能出現個體預先無法預料之較佳、甚或最佳結果。

[27]張培倫分析指出，羅爾斯的差異原則主要涉及自由主義對於社會資源重分配之立場，認為該原則首要關注社會經濟不平等問題之解決，而未能正視基於種族文化差異所造成的社會不平等問題，因此，羅爾斯的差異原則適用所有處於社會不利處境者之特定權利訴求，卻無法突顯原住民族特殊族群差異權利之合理性，甚至該理論之邏輯預設在某程度上，將否定前述權利之正當性，張培倫歸結出以下三點理由，說明羅爾斯差異原則無法證成原住民族及其成員享有積極性差別待遇之正當性：首先，在羅爾斯的原初境況中，無知之幕之設計將掩蓋社會成員的身分、地位以及性別等差異，以使權利論證能在此一無差異之境況中獲得保障。由於種族文化亦屬無知之幕所應遮掩之差異，因此其於正義理論中不具任何地位。其次，羅爾斯雖未否認文化對個體美善人生所具之正面意涵，然其將文化理解為特定社會基礎結構所創生之生活形式，一種預設文化同質性、視政治社群與文化社群為一體之社會，因此，其權利論證並非基於承認種族文化之差異具有重要性之前提所提出。再者，羅爾斯承繼自由主義之基本理念，肯定所有公民自由權利之平等分配，反對基於身分、地位、種族和性別等因素所導出之差別待遇，並且主張自由民主社會中之權利載體應為公民個人，而非個人以外之身分對象。原住民族基於其種族文化差異所要求之特殊權利保障，因此無法在羅爾斯差異原則中獲得證成，以上請參見張培倫，2005：53-57。

2003; Magarell, 2008: 2; McCold、Wachtel, 2003; McCarthy, 2004:754）。基於超越傳統犯罪司法體系之懲罰觀念，補償正義更為關注的是，對犯罪行為受害者之合理補償、對加害者行為之矯正、以及重建受損之人際或社會關係等，其因此是一強調反思昔日錯誤、致力恢復人際、族群或者國家間和諧關係之前瞻性觀點。補償正義理念於 1970 年代在美國受到廣泛之關注，其倡議者普遍認為，此一思維應取代傳統的刑法觀念，放棄以懲罰作為回應犯罪的方式（McCold, Wachtel, 2003）。補償正義不僅適用於人際間之紛爭排解，亦提供族群衝突與國家爭端之問題解決模式，其普遍關注以下問題：誰是加害事件之真實受害者？誰應為加害事件負責？為矯正歷史不正義，和重建受損之人際或社會關係，哪些精神和物質上之補償可用以實現前述目標？

幾乎沒有任何轉型正義行動不牽涉具體的補償作為，補償之所以是轉型正義的核心，乃因其關注受害者處境的改善。有別於羅爾斯差異原則所鼓吹的社會弱勢者不利境遇之提升，補償正義首要關注者，乃受害者特定受損權利之回復與修補， 換言之，判定特定權利是否受損，乃補償計畫之重要考量。

為重建受創之信任關係，積極平反歷史不正義因此具有獨特的道德和法律意涵，並且能對社會統合目標之達成，產生正面影響。[28] 矯正歷史不正義之所以被視為一項可欲的道德倫理義務，乃因其體現了實踐理性所要求，平等尊重所有人的人格完整與自主（Kant，1996：338），正視傷害行為的罪惡性，和要求個體應如此對待他人，一如其所希望他人對待他的方式一般：拒絕傷害，以及一旦傷害不幸造成，應適切地對此進行補償。補償正義視前述要求為一可普遍化之道德義務，因其確信，前述應然規範乃所有具備理性行為能力者，皆會支持之行為格律。作為調節社會行動之強制性規範，國家法律要求，前述行為義務不應僅停留在個人的道德規範層次，還應藉由國家權力之作用，使前述主觀道德義務，成為人人皆須遵守之客觀法規範，一如康德所言：「如此行動，使其自由權利之行使，能與他人自由權利之行使共同存在」。[29]

補償正義由於強調對受害者權益之回復與補償，而非著重對加害者之責難與懲罰，因此是一個鼓勵對話和協商的紛爭解決機制（Maiese, 2003; McCold、Wachtel, 2003），其具體作法基本上可粗略地區分為精神和物質補償（或稱象徵性與實質性補償）（Maiese, 2003; Magarell, 2008: 3）。精神層次的補償強調對受害者情緒之平撫，其具體作法例如包括：真相調查、加害事實之公開承認與道歉、紀念公園或特定歷史事件博物館之建立、以特定人物、群體、事件之名，所從事之街道命名、課程改革、以及紀念日之訂定等（Magarell, 2008: 4）。在實質補償方面，具體的作法例如包括：特定體制之改革，或相應國家機關之建立、金錢補償、信託基金之建立、以及國會特定補償計畫之立法等

[28]在族群衝突之調解過程中，受害族群往往因其社會弱勢地位，而無法在協商談判中讓其補償需求獲得充分表達與尊重。參與協商之另一方因洞悉，即便忽視其所應得之補償權利，在受害團體不具政治影響力、對社會穩定不構成立即且明顯之威脅前提下，特定補償計畫之提出，通常不被視為具有急迫性。然而，為保障國家社會之長期穩定發展，建立族群間之相互信任，積極回應受害者之補償需求，不僅是為一項道德法律義務，並且還具維護社會合諧穩定發展之價值，相關論述請見 Magarell, 2008.

[29]康德的實踐理性要求，所有人應遵守前述道德與法律義務，因履行前述義務即意謂個體自主性之實踐，唯有當個體之自主性獲得尊重，其作為理性動物之尊嚴才有可能獲得保障。個體自主性之維護，與人性尊嚴之保障，不僅在康德實踐理性之說明下獲得解釋，古老基督宗教所倡議的「己所不欲，勿施於人」，以及亞里斯多德「各得其分」等戒律，亦同樣推許前述基本精神。

（ Magarell, 2008: 3-7）。

補償正義因致力矯正歷史不正義，及其所產生之後續負面影響，要求在實際可行的範圍內，對其所造成的人際或群體間不平等境況（如所得、健康、教育、住屋、就業、社會關係、以及其他對於個人生涯規劃至為重要之各種機會等）加以改善，其因此被視為國家為追求正義，所應履行之道德義務（McCarthy, 2004: 750-772）。

為矯正和補償國家機關昔日所加諸原住民族及其成員之各種不正義對待，改善其延續至今之不利生活處境，補償正義要求，國家作為歷史不正義之主要行為者，社會多數族群作為默許、甚或以諸種方式直接或間接參與此一不正義作為之幫兇、原住民族及其成員因其族群身分，而為不平等對待之施加對象，應以社會集體責任的方式加以補償。[30]

三、多元文化主義與文化平等

前述兩項觀點在某程度上皆致力社會不平等處境之改善，其中羅爾斯的差異原則推崇濟弱扶傾的博愛理念，補償正義則要求，國家應肩扛歷史不正義所衍生之相關補償責任，兩者最終所關注者，乃社會不平等之矯正，以及平等社會關係之重建，惟前者著重因社會階級差距，所產生社會經濟不平等之消除，後者則強調對歷史不正義所造成不平等人際或族群關係之平反。無論基於何種理由，平等社會關係之建立，乃社會正義之首要課題，當代政治思潮中之多元文化主義，即為致力論證文化社群間平等關係之重要學說。[31]

社會不平等始終以不同形貌存在於人類社會中，其中，對於特定文化之獨厚，或對特定文化之貶抑，即為當中的一種形式。究竟文化與社會正義間存在何種關係？倘若個

[30]雖非所有社會多數族群成員皆參與歷史上針對原住民族及其成員所進行之不正義作為，甚至對此所展開之強烈道德批判，不少來自多數族群內部之自省，然因此等傷害行為的本質具有社會集體性，社會整體故而應對此負集體責任，其補償義務並不因特定個人未涉入具體加害作為而消滅，甚至在某種程度上，所謂非特定歷史加害事件之實際參與者，不應為此承擔相關補償責任之觀點，亦無法獲得證立，因為特定個人雖未直接參與特定之歷史加害事件，卻無法完全排除其與該不正義作為所產生之各項利益以及不利益結果間之直接或間接關係（例如因此所造成之文化不平對等待，以及據此所產生之針對特定文化群體之特別保護，或針對其他文化群體之特定權利剝奪等）。相反地，並非所有原住民族成員皆為特定歷史不正義事件之直接受害者，甚至隔了幾代後，多數受惠於補償措施之原住民後代，皆與昔日之歷史加害事件無直接關聯，當今之補償措施卻以原住民族集體成員作為施行對象之作法，因此普受爭議。針對前述質疑，補償正義論者指出，特定歷史不正義，乃以國家為主要行為者，特定具備社會組織特徵之族群團體則是其不正義作為之對象，而非該群體內部之特定個人，因此，以特定群體作為補償對象之作法符合比例原則所要求，補償對象應為加害行為之受害者。此外，所謂受害者非應僅指加害事件之直接權益（如生命、身體、健康、財務以及精神等）損害者，而應包含與該加害事實相關之其他事項。特定群體成員不應因其倖免於加諸於其族群團體之上之加害行為，而不被視為該加害行為之受害者，因其恐於日後持續生活在特定的恐懼中，因此，所謂歷史不正義之受害者，在此不應僅被理解為特定加害事件之直接受難者，其家族成員，以及其他當初以特定群體為迫害對象之該族群成員後代，皆應被視為加害事件之受害者。尤當歷史加害事件所造成負面影響至今尚未完全平復，特定族群團體之後代，仍因國家昔今不正義作為，而持續生活在結構性的不平等境況中時，國家機關仍應正視此一跨越世代之不平等狀態，並應積極履行適當之補償義務，以上請參見 McCarthy, 2004: 750-772.

[31]當代多元文化主義之論述請參見 Forst, 1997; Fraser, 1997; Gutmann, 1993; Kymlicka, 1989、1995; Miller and Walzer, 1995; Tamir, 1995; Taylor, 1992; Tully, 1994.

體自主性之維護，乃公正社會所應致力保障者，那麼社群文化在此扮演何種角色？何謂國家中立原則？其乃實踐人人平等之充分條件，抑或特定不平等之可能助長因素？國家在面對不同文化時真能保持立場中立？忽略文化差異的國家法制建構，能否真正實踐社會正義？基於文化差異而賦與特定族群成員之積極性差別待遇，是否違反平等對待的原則？對於以上問題的反思，乃當代多元文化論者最為關切的議題。

傳統以來自由主義主張，平等的社會關係建立在各項社會資源（如憲法所捍衛的各項基本權利等）之平等保障上，唯有當所有人平等地獲得實踐其美善人生所需之各種發展機會，前述平等社會關係之建立才有可能（Rawls, 1973、1993、2001）。為實現此一目標，國家不應基於特定理由（如種族、性別等）對社會資源進行差異分配，而應據守中立原則，平等分配個體所需之前述資源。相較於自由主義對國家中立原則之堅持，多元文化論者主張，國家中立無法保證個體人生目標之達成，其甚至是造成社會不平等的起源之一（Kymlicka, 1995; Taylor, 1992; Habermas, 2003）。由於自由主義者普遍相信，個體合理利益之實現，乃其自主發展之結果，因此，只要國家保障所有人自主實踐之平等機會，並且僅在必要的情況下，對個體的自由權利行使進行限制，個體的美善人生即可獲得實現（張培倫，2005: 8）。倘若自由主義的前述立論具有說服力，為何其所描繪的理想世界並未在自由社會中獲得實現？尤其對於處在社會劣勢的原住民族而言，為何其雖普遍享有自由主義所鼓吹之平等自由，成員卻仍持續生活在不利的社會境況中？多元文化論者在面對前述問題時指出，忽視族群文化差異之國家中立原則，乃造就此一困境之主因（Taylor, 1992）。[32]

多元文化論者對自由主義的批判，主要以差異政治和承認政治為理念基礎，其聲稱，忽略族群文化差異之權利體系設計，將危害少數群體之文化存續，無法真正實踐族群平等，因此，唯有從差異權利的體制設計出發，族群平等才有可能實現（Kymlicka, 1995; Taylor, 1992; Habermas, 2003）。差異權利理念主要含括以下幾項特徵：首先，其超越自由民主社會所賦予公民之一般政治、社會與經濟權利，並且還是一種以族群文化成員身分之有無，決定個體是否擁有特定差別待遇的權利體系設計；其次，差異權利理念尊重族群間之文化差異，肯定族群成員之獨特文化認同需求。多元文化論者普遍相信，個人認同之形塑，無法脫離其所處之具體歷史社會脈絡，並且駁斥自由主義的說法，認為多元民主國家之憲政體制設計，僅能在公民放棄殊異的道德觀點前提下，才有獲致共識的可能。[33] 多元文化論者強調，文化對於個體形塑其自我認同，具有特殊的重要意義，任何抽離特定情境、情感、關係與觀點之正義觀，只會獨厚主流族群之特定認同，因此，

[32]即便認同中立原則於法律實踐過程中之重要性，多元文化論者卻普遍相信，前述自由主義之國家中立原則不過是一難以迄及之理想，現實社會非但無法實現完全中立，自由社會之多數群體甚至常藉國家中立之名，壓迫少數群體之特有文化。國家中立原則之所以被視為一種迷思或錯覺，乃因其無視制度設計無法排除人為因素之事實，誤將社會多數群體之價值觀，視為全體社會普遍認同之價值取向，並據此提出社會資源之分配法則，在此情況下，制度設計將因忽略少數群體之特定需求，而無法避免地對其造成壓迫。有鑑於此，多元文化論者遂倡議所謂族群差異權利，以彌補自由主義長久以來對此議題之忽略，以上請參見張培倫，2005：73-83。

[33]換言之，自由主義因認定，基於特定社會文化脈絡所形成之道德觀勢必造成價值分立，而此將不利多元社會之統合，因此強調一種免除立場、非形上學式之政治正義觀，作為社會統合之基本原理，以上請參見 Rawls, 2001: 388-414.

在體認文化差異乃多元民主國家不可否認的社會現實前提下，任何忽略此一差異之權利設計，即為一種不公之體制設計。

多元文化論強調文化脈絡對個體認同所具之重要意涵，為平等保障個體認同之自主型塑，所有文化社群之平等地位因此應受到保障（Taylor, 1992; Kymlicka, 1995）。多元文化主義肯定社會文化與個人認同間之緊密連結，強調憲政體制之設計，不應以忽略文化差異之普遍主義形式，界定公民應享各項權利之內容。根據泰勒的觀點，個人認同之型塑，具有內造以及外塑等雙重面向（Taylor, 1992: 31-33）。所謂認同之內造過程，係指個人本真自我之內尋過程，認同之外塑過程，則說明社會文化對個體認同型塑所產生之影響。泰勒並不否認個體之自我內尋對認同型塑之重要性，但其更強調社會文化等外部因素，對個體認同型塑所產生之重要影響，換言之，泰勒同時肯定認同型塑之內造以及外塑過程，指出自由主義所預設之個人化認同，忽略了文化因素在其中所扮演的角色，泰勒最終因此呼籲，憲政體制之設計，不應忽略公民近用此一文化資源之權利，否則個體認同型塑之自主性將受到傷害（Taylor, 1985: 207）。[34]

作為我國社會之弱勢群體，台灣原住民族今日的不利處境，在某程度上乃國家體制對原住民族文化之不平等對待所致，此一不平等又源自對自由主義國家中立原則之迷思。一如前述，國家中立不僅在現實上辦不到，甚至當今多數自由民主國家極少非以特定主流社群之價值標準，作為該國權利體系之設計基礎。作為與自由、財富和機會同等重要之美善人生實現條件，族群文化確為個體實踐自我重要之資源。自由主義長期以來忽視文化差異對個體追求美善人生所具之重要意涵，為改善此一境況，相應之差異權利設計不僅有其必要性，在道德上還應被視為吾人應予履行之積極義務，政府當今基於文化平等理念，所賦與原住民族特殊之權利保障，即為此一思維之產物。

伍、他山之石 – 加拿大最高法院之判例啟示

在國家法制之建構中納入族群文化元素，並非無前例可循，吾人甚至可從當今西方先進民主國家的憲政經驗中，找到多元文化國的實踐先例。以加拿大為例，該國自 1970 年代以來，即藉由最高法院之司法判例，不斷肯認原住民族的傳統習慣在國家法制中之地位。加拿大憲法第 35 條第 1 項指出：「加拿大原住民族之既存原住民族權利與條約權，在此獲得肯認與確立。」根據此一憲法規定，加拿大最高法院亦於歷年判例中，不斷確認此一憲法基本決定。

加拿大戰後司法史上對於原住民族權利具有重要意涵之首樁判決是 *Calder* 案（Benedict, 1999: 406; McNeil, 2001: 59-60; Ministry of Aboriginal Affairs, 2010: 183），最高法院在本案的判決意見中指出，原住民族的土地權是先於歐洲墾殖者到來，即已存在的一種權利，其非一種源自「實定法」（statutory law）之權利類項。在 1984 年的 *Guering*

[34]賦與特定族群團體特殊之差異權利，目的在使該族群文化能夠獲得延續，所有社會成員皆能享有平等形塑個人自我認同之自由與機會，而此一平等機會之獲得，只有在肯定差異權利之設計下，才有可能獲得實現（張培倫，2005：11）。

案中，[35]加拿大最高法院首次做出了判決指出，加國政府對於該國印地安原住民族負有「信賴保護義務」（fiduciary duty），並且認定，原住民族權利的本質是獨特和自成一類的（unique and sui generis），其乃無從比較、和原住民族在 1763 年「皇家宣言」頒布以前，即因對特定土地進行實質占有，所擁有之特殊權利。在 1990 年的 *Sparrow* 案中，有關原住民族權的本質與內涵問題，獲得最高法院更進一步地以其受到憲法保護為理由，而加以詮釋，並且獲得了以下幾點共識：（一）原住民族權利受憲法保護，其消滅僅能基於原住民族之同意；（二）原住民族權利只能基於合理的理由而受到限制；（三）對於原住民族權利之詮釋，應以慷慨、開明、和寬大的方式（generous and liberal manner）為之。[36]

加國最高法院對於原住民族權利保障最為重要之判例，恐怕要屬 1997 年的 *Delgamuukw* 案。[37]本案之所以被視為具有里程碑意涵之判決，乃因加拿大最高法院在本案中對原住民族土地權的本質，做出了明確界定。其於判決意見中指出，原住民族的土地權並不等同於一般法律所認定之土地擁有權和使用權，而是一種受到憲法保障、由原住民族公同所有之集體權利，因為，原住民族傳統以來即與土地存在一種特殊之聯結關係，並據此孕育出其獨特文化，因此，對於原住民族土地權之理解，亦應有別於吾人對於一般土地使用與擁有權限之理解。（Office of the Treaty Commissioner, 2010: 3; Borrows, 2002: 15）。

從以上判例可以看出，加拿大憲法不僅將原住民族之傳統習慣納入該國之憲政秩序中，還在具體的司法案例中，忠實履行國家機關之憲法義務。由此可見，多元文化國之憲政理想並非難以迄及烏托邦，而全然繫乎於國家是否肯認多元文化，乃一值得追求之憲政基本價值。

陸、結語

與多數國家原住民族之境遇類似，台灣原住民族在與墾殖者之接觸、融合過程中，曾遭遇許多令人遺憾的不快經驗，歷史不正義所造成之各種傷害，並未隨者時空轉移而全然消逝，國家昔日所加諸原住民族之結構性傷害及其後續影響，至今仍清晰可見。近年來隨者轉型正義理念在國際間之蔚為風潮，[38] 我國政府之相關作為亦漸地呼應此一時代潮流，相繼透過特定立法追求社會正義之實踐，其中，各項原住民族積極性權利保障措施之推動與實施，即為國家為達此一目標所採行之具體作法之一，其最終目標不外乎改善原住民族之弱勢處境，和建立族群平等之和諧社會。

平等在本文中之理解，非指單一、機械式之形式平等，而是強調與肯認濟弱扶傾等博愛精神之實質平等，其不僅要求國家機關在為特定作為或不作為時，應保障所有公民

[35]*Guerin v. The Queen* [1984] 2 S.C.R. 335; 本案之相關介紹與討論，請參見 McNeil, 2001: 61-62; Ministry of Aboriginal Affairs, 2010: 183

[36]*R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; Ministry of Aboriginal Affairs, 2010: 184.

[37]*Delgamuukw v. British Columbia* [1997] 3 S.C.R. 1010, 本案之相關介紹與討論，請參見 McNeil, 2001: 62-66; Borrows, 2002: 15-16; Ministry of Aboriginal Affairs, 2010: 183.

[38]相關討論請參見 Strauss, 1995; Paust, 1999; Graglia, 1996; Langston, 1999; Mallett, 1996; Jagwanth, 2004.

對於社會資源之平等近用機會，還進一步要求國家創造人人平等享有此一機會之有利條件，以滿足平等理念之最初理想 – 使其平等，尤當社會既存之不平等，乃國家昔日不正義作為所致，國家權威機關更有義務致力此一境況之改善，在此意義脈絡下，原住民族之法制建構即為此一思維之產物。差異對待固然造就社會資源之不平等分配，但其非必為可議之不平等。國家為矯正歷史不正義、扶持社會弱勢群體、肯認族群差異文化對個體自主發展具有重要性，進而賦與特定族群團體特定之差別待遇時，其出發點並非可議，甚至在某種程度上，乃值得吾人肯定與推許之國家作為。

作為現代立憲民主國家之最後統合媒介，權利體系表達了社會成員對於「何為正當以及何為不正當」之情感投射。對於價值多元的現代民主社會而言，羅爾斯的正義理論或許無法提供一個放諸四海皆準、普世有效之正義法則，但其差異原則卻提醒吾人，社會正義之實踐，除應保障法律前之人人平等外，還應肯認差別待遇中所隱含之濟弱扶傾理念。而補償正義則向吾人展示，矯正與補償歷史不正義，乃一具有普遍有效性之道德責任，因其終極目的在於平反特定族群及其成員昔日所受不正義對待，和重建族群間之互信關係。當代多元文化論對傳統自由主義之批判，則向吾人展示，國家法秩序之中立，不過是個迷思，社群倫理一旦在價值的諸神鬥爭中，獲得民主社會之理性同意，即應賦予其實踐之法律保障。

台灣原住民族在歷經歷史上之種種壓迫與不正義對待後，國家基於落實轉型正義，而在諸領域對原住民族及其成員施以特殊待遇，最終不過為求文化平等之國家目標得以實現，在此意義脈絡下，具有獨特性格之原住民族傳統習俗與文化，一旦在國家法制之建構中獲得肯認，不正恰好體現了國家肯定多元文化此一值得推許之憲法精神？

參考文獻

王玉葉，2004，〈美國高等教育優惠待遇何去何從 - 美國聯邦最高法院拒絕審理 Hopwood v. Texas 案的省思〉，《歐美研究》，第三十四卷，第三期，頁 457-509。

王玲敏，2002，〈肯定行動下的美國大學入學政策〉，《光武學報》，頁 765-785。

夷將·拔路兒，2008，《台灣原住民族運動史料彙編》，台北：行政院原住民族委員會。

行政院原住民族委員會，2005，《原住民族法規彙編》，台北：行政院原住民族委員會。

李建良，2003，〈淺說原住民族的憲法權利──若干初探性的想法〉，《台灣本土法學》，第四十七期，頁 115-129。

李惠宗，1999，《憲法要義》，台北：敦煌。

李震山，2004，〈論憲法意義下之集體權〉，收錄於《公法學與政治理論──吳庚大法官榮退論文集》，頁 167-190。

林益世，2010，〈司馬庫斯櫻木事件無罪宣判的啟示〉（http://gospel.pct.org.tw/AssociatorMagazine.aspx?strTID=1&strISID=118&strMAGID=M2010061002277）（2010/11/10）。

林淑雅，2000，〈多元民族國家的原住民族基本權〉，《律師雜誌》，第兩百四十七期，頁 115-129。

施正鋒，2008，《原住民族人權》，花蓮：東華大學原住民民族學院。

施聖文，2010，〈司馬庫斯無罪：司法正義了嗎？真的彰顯多元文化了嗎？〉（http://www.lihpao.com/?action-viewnews-itemid-4452）（2010/11/10）。

高德義，2009，《解構與重構──原住民族人權與自治》，花蓮：東華大學原住民民族學院。

張培倫，2005，《秦力克論自由主義與多元文化論》，宜蘭：佛光人文社會學院。

許育典，2006，《文化憲法與文化國》，台北：元照。

雅柏甦詠，2003，〈原住民升學優惠公平嗎？〉，《原住民教育季刊》，頁 117-132。

黃俊傑，2003，〈原住民權利保障與自治財政〉，《台灣本土法學》，第四十七期，頁 85-93。

廖維達，2005，《美國種族優惠性差別待遇──兼論我國原住民升學優惠制度》，台北大學法律研究所。

蔡文山，2004，〈從教育均等的觀點省思台灣原住民學生的教育現況與展望〉，《教育社會研究》，第六期，頁 109-144。

Adams, J.S. 1965. “Inequity in social exchange,” *Soc. Psychol*, Vol. 62, pp. 335-343.

Borrows, John. 2002. *Recovering Canada: the resurgence of Indigenous law*. Toronto: University of Toronto.

Delgamuukw v. British Columbia [1997] 3 S.C.R. 1010.

Forst, Rainer. 1997. “Foundations of A Theory of Multicultural Justice,” *Constellations*, Vol. 4, pp. 63-71.

Fraser, Nancy. 1997. *Justice Interruptus: Critical Reflections on the “Postsocialist” Condition*, New York: Routledge.

Graglia, Lino A. 1996. “”Affirmative Action,” Past, Present, and Future,” *Ohio Northern University Law Review*, Vol. 22, No. 4, pp. 1207-1225.

Guerin v. The Queen [1984] 2 S.C.R. 335.

Gutmann, Amy. 1993. "The Challenge of Multiculturalism in Political Ethics," *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 225, pp. 171-206.

Habermas, Jürgen. 2003. „Kulturelle Gleichbehandlung und die Grenzen des Postmodernen Liberalismus," *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, Vol. 51: pp. 367-394.

Jagwanth, Saras. 2004. "Affirmative Action in a Transformative Context: The South African Experience," *Connecticut Law Review*, Vol. 36, No. pp. 725-745.

Kymlicka, Will. 1989. *Liberalism, Community, and Culture*, Oxford: Oxford University Press.

Kymlicka, Will. 1995. *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford: Clarendon Press.

Langston, Lundy R. 1999. "Affirmative Action, A Look at South Africa and The United States: A Question of Pigmentation or Leveling the Playing Field?" *American University International Law Review*, Vol. 13, No. 3, pp. 333-377.

Lisa, Magarell. 2008."Reparations in Theory and Practice," *Reparative Justice Series, ICTJ*, pp. 1-15.

Maiese, Michelle. 2003. "Restorative Justice. Beyond Intractability," （http://www.beyondintractability.org/essay/restorative_justice/）（2008/0928）

Mallett, Conrad L. 1996. "In Defense of Affirmative Action," *University of Detroit Mercy Law Review*, Vol. 73, No. 2, pp. 297-309.

McCarthy, Thomas. 2004. "Coming to Terms with our Past, Part II: On the Morality and Politics of Reparations for Slavery," *Political Theory*, Vol.32, No. 6, pp. 750-772.

McCold, Paul and Ted Wachtel. 2003. "In Pursuit of Paradigm: A Theory of Restorative Justice," *Real Justice*（http://www.realjustice.org/library/paradigm.html）（2008/0928）.

Mcneil, Kent. 2001. *Emerging Justice? Essays on Indigenous Rights in Canada and Australia*. Saskatoon, Saskatchewan Canada: Native Law centre, University of Saskatchewan.

Miller, David and Michael Walzer. 1995. *Pluralism, Justice, and Equality*, Oxford: Oxford University Press.

Ministry of Aboriginal Affairs, 2010. "Landmark court cases:Ministry of Aboriginal Affairs," pp. 183-184,（http://web.uvic.ca/clayoquot/files/volume2/V.B.1.pdf）（2010/10/11）

Newmann, Dwight G., 2006: "Theorizing Collective Indigenous Rights," *Indian Law Review*, Vol. 31, Nr. 2, pp. 273-289.

Nowak（柳華文譯）, 2004. *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives*（跨文化的人權觀點），台北：韋伯文化。

Office of the Treaty Commissioner, 2010. "Aboriginal Rights and Title,"（ http://www.otc.ca/pdfs/aboriginal_rights.pdf）（2010/10/10）

Patterson, Orlando , 1997. *The Ordeal of Integration*, Washington, D.C.: Civitas/Counterpoint.

Paust, Jordan J. 1999. "Race-Based Affirmative Action and International Law," *Michigan Journal of International Law*, Vol. 18, No. 4, pp. 659-677.

R. v. Gladstone, [1996] 2 S.C.R. 723.

R. v. Sparrow, [1990] 1 S.C.R. 1075.

Rawls, John. 1973. *A Theory of Justice*, Oxford: Oxford University Press.

Rawls, John. 1993. *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press.

Rawls, John. 1999. *The Law of Peoples*, Cambridge: Harvard University Press.

Rawls, John. 2001. "Justice as Fairness: Political not Metaphysical," in: Freeman, Samuel(ed.), *John Rawls: Collected Papers*, Cambridge: Harvard University Press, pp. 388-414.

Shih, Chung-shan. 2004, *Gerechtigkeit bei Rawls und Habermas, Eine Vergleichende Darstellung*, Berlin: Wissenschaftlicher Verlag Berlin.

Strauss, David A. 1995. "Affirmative Action and The Public Interest," *The Supreme Court Review*, Vol. 1995, pp. 1-43.

Tamir, Yael. 1995. "Two Concepts of Multiculturalism," *Journal of Philosophy of Education*, Vol. 29, pp. 161-172.

Taylor, Charles. 1985. *Philosophy and Human Sciences: Philosophical Papers 2*, Cambridge: Cambridge University Press.

Taylor, Charles. 1992. "The Politics of Recognition," in: Amy Gutmann(ed.), *Multiculturalism and the "The Politics of Recognition"*, Princeton: Princeton University Press, pp. 25-73.

Tully, James. 1994. *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge: Cambridge University Press.

Walster, E., J. Traupmann, and G.W. Walster. 1978. "Equity and Extramarital Sexuality," *Archives of Sexual Behavior*, Vol. 7, No. 2, pp. 127-142.

評論

徐揮彥 副教授

施院長，各位報告人、與談人，還有在座各位與會先進，我很榮幸受到我們原民院的邀請，今天來這邊跟各位先進共同討論這些議題，很高興今天能夠拜讀石忠山老師的文章，因為石老師是政治思想哲學的專家，這個部份我恐怕沒有辦法作太多的討論，所以只能夠回到我的本行，在國際法當中去招搖一下。

剛剛石老師主要是對於我們國家在原住民族保障法制上面建構的道德基礎，提出三、四個相當重要的道德基礎，當然我們知道國家的施政不見得都會有道德，但是整個基礎的提出，理論的部份，還有思想部份的一個建構還是非常重要的。我嘗試就我瞭解的國際人權法當中的一些基礎規範，跟石老師所提出的這四點理論基礎來作一些連結，看能不能夠為我們這個看起來不是很道德也不是很法治的原住民族國家法治制度，提供一些參考建議。

近代國際人權法當中，其實有一個非常棘手，但是也非常重要的議題，對於少數民族還有原住民的保障，就這件事情而言，在過去對我們來講，這個世界，國際人權法律制度是相當遙遠的，就像天邊的一朵雲，但是在去年，零九年，我們國家批准了兩項人權公約，也制定了兩項人權公約的施行法，這一個動作對於我們在上次修憲之後，很高興在我們的憲法增修條文當中的第十條第十一項，還有十二項當中多了兩條非常重要的原住民條款，這是很高興的一件事情，但是，還欠缺某一些法律上的基礎，在去年批准兩項人權公約，特別又制定了兩項人權公約施行法，我覺得將我國的憲政法律制度與國際人權法當中，關於原住民族保障的這個連結建立起來了。

我們回顧一下忠山老師的文章，在上次修憲的增修條文中的第十條第十二項，提到國家應該依據民族意願，保障原住民族的地位，還有政治參與，以及對於教育文化、交通水利、衛生醫療等等，事實上這個條文我是不知道當初草擬這個草案版本的單位或者是先進是哪些先見，但是這個條文，事實上跟我們去年所批准的，在我剛剛所講的，零九年我們批准了兩項人權公約的共同的第一條，民族自決權當中的第一項以及第二項是完全符合的，當中第一條第一項提到民族都有自決權，而且依據這個自決權，在政治地位、經濟社會以及文化發展上應該有自主自知，事實上，這個脈絡在我們憲法第十條，增修條文第十條第十二項彰顯的非常清楚，而且前面有一句非常重要的，他提到國家應依據民族意願，這一點就跟自決權的精神跟基礎完全一致，所以我們增修條文有第十二項，再加上去年批准了兩項人民公約，而且同時後來制定這個施行法當中也提到，國家的各種法律，當然也包括憲法，在他們實施過程當中，應該去實施兩項人權公約當中的各項權利，當然也包括剛才所講的民族自決權，那講到這個民族自決權呢，事實上他在國際法當中是非常重要的權利規範，當然也有很多很權威的學者，他們提到這個自決權

規範，事實上已經是強行法的位階跟規範，而且我們可以看到聯合國國際法委員會正在草擬國家責任法草案，事實上也是有那種脈絡跟影子，將自決權視為強行法的規範之一，固然這一項或許在國際法令當中還沒有這種肯認，就還沒有提到自決權具有強行法的地位，他主要是學術界的共識是蠻高的，至少在國際法實務界部分已經認定，強行法是習慣國際法，既然是習慣國際法的話，其實每個國家，除非在這項習慣國際法生成過程當中，他一開始就提出持續的反對，說他不接受不承認這是一個法，那未來假設變成習慣國際法之後，他就可以不受拘束，不管是從甚麼時候的政治實體開始發展，參予國際社會的中華民國或台灣，我們都沒有提出這個制式反對，所以當然我們可以推論這個，我們應該受這個習慣國際法的拘束，也就自決權的，而且應該要在內構法的各個階段去實現他。

特別值得注意是，在零七年我們也知道聯合國大會已經通過了原住民族的權利宣言，固然這個聯合國的會員國大會沒有造法功能，他所通過的決議宣言當然是道德上的性質，或者是政治上的性質，但是同時他也是再度宣示這項習慣國際法，就是自決權，民族自決權，所以我覺得就忠山老師所提的，除了道德上的理論來做為我國建構原住民族權利保障體系的起點的道德基礎之外，其實另外一個基礎就是兩項人權公約的自決權，所以我覺得很高興看到我們上一次的修憲，將原住民族條款放在我們憲法當中。

就這個起點，事實上對於未來我們，不管像剛剛兩位實務界先進，林大律師跟張法官在提到相關案件的時候，事實上，民族自決權透過，在內構法當中透過兩項人權公約施行法作為基礎來講，他已經是憲法第八十條所說的，法官應該依照法律來獨立審判的法律基礎、法源基礎，在我國法制當中已經存在了，我相信這個應該要納入在個案當中來適用，來思考；第一個我認為說就我國原住民族法律發展上，這點是一個非常重要的新契機、一個里程碑，另外就忠山老師的文章，第五章部分提到加拿大這個案件，當然有幾個案件非常值得我們參考，就在做比較法研究的時候，這邊只想到說對我們法學者來講，這個比較法研究，會比較拘束的原因是說，雖然不同的法體制或許有看起來對於相同事物或類似事物有類似個案被做出來，但是他的結果會被注意的原因其中之一，那當然會做不一樣，也就是說在加拿大，就原住民族保障的法治，跟我國來講事實上是不太一樣的，甚至最清楚的差距就是他是 Common Law System 的法律制度國家，我國是大陸法系的，所以這個部分的話在我國的啟示以及參考上，如果說能夠就加拿大的憲法位階，以及法律位階，對於原住民族的規範制度基礎做一個討論，再看他們為什麼會做這幾個判決，相較於我國的法制以及前面幾個相關案件來比較的話，我相信會更有啟示性。

另一個小小的建議是說，在做過上述的比較研究分析之後，其實也可以把加拿大這幾個案件跟剛剛所提到的不管是司馬庫斯櫸木案，或者像我們去年在新竹地院也有一個刑事判決，在那個案件當中，法官也是直接參酌了聯合國的原住民族權利宣言，相關這些案件應該已經都有存在，或許做一些相關的對照比較相信會更精彩，更有啟示性，那以上因為時間關係，我就簡短的報告到這邊，謝謝大家。

第一場次
綜合討論

與會者高正治醫生提問：

想請教吳豪人教授，因為我去過幾次北海道，到二風谷去過，後來的這個發展為什麼會通過阿伊努新法，然後為什麼又會在國會裡面承認他們是少數民族，那跟這個二風谷的案子之間的關係是怎麼樣?謝謝。

吳豪人副教授回應：

這個論文集的第12頁到13頁，就是您剛剛問的問題，也就是說這個二風谷訴訟到底跟阿伊努新法是不是有直接的關係？

有些人都說沒有，因為他是1993年開始訴訟，97年判決，那判決完兩個月之後，新法就出來，我們剛剛一直在強調，日本跟台灣不一樣，台灣不要說兩個月，兩天就有可能弄出一個什麼重建條例，可是他們不是，他們從84年就開始討論，所以時間上來看起來好像沒有必然直接關係，可是當然是有關係，臨門一腳，因為可以看到說，這個時候在訴訟到過程裡面，那個原告其中之一已經變成國會議員了，就是那個縣議員嘛，所以這些國會議員他們要過這個，法條要過之前喔，還特別先讓本來應該是眾議院先通過，他們還故意先拿到參議院去，就是說讓他自議，所以就是跟一般的慣例不同，由參議院先表決；不過這裡面也是，我們說過日本人也是很陰險，他雖然過了這個法，可是這個法裡面，他並沒有在法律裡面明顯的說你們是原住民，也是只有說，那個先住性沒有說，但是他用一個附帶決議，又講到，附帶決議不是法律，有一個行政拘束性可是沒有法律的拘束性，所以這個都很陰險，但是你也不能說他完全沒做，這個地方這一段其實還蠻有趣，我們就可以看到日本人在立法的時候的那種各式各樣的詭計，其實也倒不是為了說他們不願意，他們就是個邪惡的本質，我覺得這個跟因為你有太多立法技術可以使用，所以變成這樣的結果，請你看這個12頁到13頁這段應該寫得很清楚，謝謝。

與會者田貴芳先生提問：

我是部落來的人，我們現在來開這麼重大的民族傳統習慣法跟國家法的研討會，這麼重大的議題，我們幾個部落的人來聽聽，不多啦，我聽說阿里山有一個人來，這次辦了非常特殊的意義，我覺得大家都聽聽學者講的，我們部落裡面的聲音代表的人也不多，我是希望以後這種原住民的傳統習慣法，這種研討會，部落的人都來參加，因為也許是我們的這個資訊，部落的資訊不發達，所以很多部落的耆老都沒有來聽聽，我想施教授下次再辦這個重大的議題的時候，都能張貼在部落裡面一個訊息，這樣我們都聽得

到原住民的聲音，你們也可以聽聽我們原住民的聲音，謝謝。

施正峰院長回應：

簡單回答一下為什麼不到部落去，不要說部落，我們往往過去在東華大學辦研討會的時候，我們當地參與的並不多，包括我們東華大學的老師，除非有講英文的，會來的也不會捧場的，坦白說，除非你讓他當評論人或主持人。部落呢？我其實坦白講，在台北有一個優點，就是我們的一些在都會區的菁英會來參加，。不過話又說回來，你們要我們做研發的人去做sales未免太折磨我們了吧！應該是要有仲介，像田大哥要去跟我們的族人耆老做溝通；第二個是，要吃便當之前跟大家宣布一下好消息，兩個禮拜前成立台灣原住民研究協會，現在在報內政部核備，如果下來以後，我們會弄一個網站，會有一個劃撥帳號，到時候歡迎大家來參與，同時我們也會大概想要弄一個半年刊或季刊，歡迎這邊在場的，這邊研討會的來投稿，謝謝。

與會者錢建榮法官提問：

我有一個問題想請教林淑雅老師，您提到原住民的差異而不平等的問題，原住民靠山吃山、靠水吃水，在森林法上面的案子特別多，森林法第50條跟尤其第52條，一般加重竊盜罪是結夥3人，就會有6個月以上刑期，森林法52條很特殊的是特別規定結夥2人。我常講其實進山裡面不會只有一個人，一定會是兩個人，所以很容易就會構成，幾乎不會用50條，所有的森林法的案子大概法官的經驗都是52條，也就是說他最輕得判6個月，而且還要沒收車子，罰他採的東西的價值，可是在原住民的生活裡面，採這些東西是非常自然、平常的，那麼這個有沒有可能因為在這一條裡面並沒有除案的規定而導致這一條可能違反平等原則，然後因而有違憲的可能性，其實我想淑雅老師可能清楚高雄地院有一位法官，現在在政大教書了，他在2001年的時候其實就曾經針對這個條文說明沒有為原住民設一個除案的規定而申請釋憲，可是被大法官說，反正沒有形成客觀確信法律為違憲之理由，故很簡單的不受理，因此有沒有可能再一次挑戰？因為森林法後來在15條4項雖然定了要讓原住民在民族傳統領域的土地內，可以有自己採集森林的主副產品的可能性，但是卻又說辦法、管理規則要由中央主管機關會同中央原住民主管機關訂之，這個在2004年的條文，立法者授權給主管機關訂，但現在已經2010年了，到現在都根本沒有訂出任何的管理規則，而司馬庫斯案其實不管是辯護人或者是被告都沒有辦法再沿用這一條，因為這條沒有任何的管理規則，然後反而被法官誤用了第3項那個莫名其妙的管理規則判了被告有罪，那換言之有沒有可能再次挑戰森林法50條、52條因為違反平等原則違憲的可能性？謝謝。

林淑雅助理教授回應：

剛才你的問題非常的重要，那我先談幾個細節的部分；第一個關於森林法，就是原

本有加重竊盜罪，就是採取森林副產物，可是後來在2004年有一個第15條第4項就是說，原住民在他的傳統領域裡面，按照他的生活習慣，是可以去進行採取，但是呢，這個辦法要由中央主管，也就是原民會跟森林的主管機關，可能就是農委會或林務局這些，共同去訂定管理規則。那是2004年，到現在辦法還沒有出來，可是我們要看，2005年的時候訂定了基本法，也就是這個2004年這個概念，他說原住民族在他各自的傳統領域裡面，如果按照的是他們的習慣規範的話，那是可以的，只不過這個習慣規範以及他具體是如何，是授權給原民會跟農委會來訂定，可是2004年的基本法裡面關於原住民的採集或者是狩獵等等這些，他要求的是說，如果在基本法裡面規定是，我記得好像是32條或是30條要求國家在訂定跟原住民族相關的法律，或是處理跟原住民族相關的事務，意思就是不管是在立法或行政，如果是涉及原住民族的話，那就應該是尊重各該民族的習慣規範，關於狩獵採集這個部分，當然也有說如果是關於尊重他的文化以及祭儀，然後非自用的話是可以這樣；所以在基本法，他是後法，那他出來之後是如何去影響那個看起來已經比較進步的森林法的第十五條，意思就是即使原民會跟行政主管機關再訂定那個所謂的，到底什麼是原住民的傳統領域，以及他可以採集什麼樣子的東西，用什麼樣子的方式去進行管理的時候，同樣也必須要尊重各個原住民族在他傳統領域裡面，原本的傳統習慣規範，如果以這樣子來看的話，當然我們看到目前，即使在那個唯一的，在新竹縣，可能有的就是因為司馬庫斯的案子所訂的，在傳統領域裡面採集的辦法，由農委會所訂出來這個，其實都是違背原住民族基本法的，那包含農委會在上個禮拜有推出一個關於原住民怎麼樣狩獵、採集，要進行甚麼樣的申請，事實上，因為他沒有針對族群的差異性，而且是由各個原住民族把他的規範系統講出來，所以我認為他其實也是違背原住民族基本法，姑且不論說有沒有違憲，他其實直接違背了我們國家對於拘束他自己的行政跟立法行為，已經訂出來的明確的規範，我覺得這是第一個。

另外關於，比如說司馬庫斯案，或者是剛才我們有一位評論人提到的，那個新竹地院可能有個法官，延引了聯合國的原住民族權利宣言裡面關於原住民的權利，然後判決某一個採取土石，或者是伐木的原住民無罪，事實上我認為那是違法的判決，因為如果他在那個判決裡面並沒有說出在那個族群的規範是如何規範原住民的個人，什麼樣的情況可為，或不可為，那即使有傳統跟現代的一些轉化的問題，就是gaga是一個原則，但是在現代可能會有一些差異跟不同，但是如果沒有去進行這樣子的發掘的話，我們都不能夠說哪一個原住民，在哪一個土地上面，拿什麼樣子的東西是可以的，是一律被國家所允許的，我想這是一個非常大的誤解。

再回過頭來說另外一個例子，關於剛才有一位法官講到那個侵占的案子，就是比如說是保留地如何，但是我覺得在這個問題裡面，剛好是我們又誤以為某一種特殊，但是其實我們在國家的一般普通法裡面，關於刑法是主觀的、故意的認知，其實就可以完全解決的，意思是說原住民族當然不能夠以不知道國家法為由，去主張說免除他的責任或是免刑，但是國家法現在包含原住民族基本法，原住民族基本法說我承認原住民有權利，意思就是說，現在當代的原住民他固然知道國家以前說，所有屬於原住民的通通已經是國家的了，但是原住民他仍然知道說，在國家做這個宣稱之前，他的族群是擁有這塊土地的，所以他這樣子的認知來說就不會讓他在不管是公有的保留地，或是其他的私

有保留地，或是現在所謂林務局的非保留地的土地上面，他去進行採取某種符合他的傳統習慣規範的那個行為，然後他同時認知國家禁止，我覺得在主觀的故意上，其實就不見得叫做侵占或是竊盜，或是搶奪，或是某種偷竊的故意，所以這種，他的歷史的特殊性，以及他認知的特殊性是特殊的，可是在法律的適用上，我們並不需要特別保護他，而是只要我們的法官、執法人員真的理解那個族群的背景，以及他的經驗法則是跟主流社會的經驗不一樣，而且不是他的個人經驗，是他那個族群集體的經驗，只要這樣子的話，我們在法律的適用上其實是一點問題都沒有，不會就是你對他的差異給他平等對待的話，事實上不會有需要新法律，或是他是新的權利類型，這一點都不是，至於，如果我們談了這些細節再回過頭來看說，我們是不是要去訴諸一個平等原則來挑戰，我覺得如果只要去講說，那個判決如果本身有違法的空間，那我覺得他就足以去挑戰那個，比如說包含森林法的部分，那在談平等原則的話，我們可能會需要更細緻的去談，我們現有的法律裡面，究竟他給原住民的差異規範出現的空間在或不在？如果不在的話，那他違反平等原則，可是如果他在，只不過在適用上面有問題的話，那可能是法官他本身違法的問題。所以我要再強調的是，如果原住民的財產權或是他的主權這件事情是先於國家，而且現在的憲法跟原住民族基本法都同時承認這件事情的話，那這個先於國家就是必須落實在我們現有的法律裡面，那他很多的法律，現有的法律是有這樣子的空間的，只不過我們沒有認識，因此我們做不到，謝謝。

與會者田貴芳先生提問：

這有關係的，我想請問張法官，很多原住民的習慣法，很多作法官的，或是作檢察官，對這個原住民的習慣法很多都不瞭解，所以在判決的時候判得很離譜，有一個檢察官蠻不錯，因為他在大學的時候，到原住民部落服務過檢察官，他對持槍的部分以持前不起訴處分，但是他說，他持個獵槍，他是原住民生活習慣之一，所以說我覺得請張法官告訴你們的院長，是不是多到部落的這個多聽聽聲音，謝謝。

張道周法官回應：

謝謝，必須要說明的是，其實關於槍枝我們嘉義地院其實做過好幾次的無罪判決，那所要說無罪判決的原因是因為檢察官起訴他們持有槍砲都是依照警政署裡面有一個規定，認為原住民可以持有的槍枝是前膛槍，是從前面塞的，如果是散彈槍從後面塞，這種塞子彈，他認為這個不是原住民，就不是槍砲彈藥刀械管制條例中原住民可以持有的，我們院有判過這樣的。有根據從歷史的考量，其實原住民很早就有使用後膛槍，在日治時代他就有使用後膛槍打獵，不管前膛後膛，其實槍只是一個工具，跟那前膛後膛沒有關係，是警政署自己要認為說原住民只能持有那種很落後的槍，所以我們其實很多法官都會期待自己的裁判是正確的，而且是符合法律的，因為這樣所以今天來這邊虛心的學習，謝謝。

第二場次

原住民族傳統習慣規範 VS.國家法、習慣法

主持人

王泰升 教授

臺大法律學院

學歷：美國西雅圖華盛頓大學法學博士

專長：法學緒論、台灣法律史、法律史專題研究、台灣日治時期法律概論、傳統中國法專題

經歷：中研院臺史所法律所合聘研究員

國科會法律學門召集人

臺大科法所所長兼法律學院副院長

原住民法與市民法的衝突：
論非線型憲法結構下特殊權利的地位

黃居正 副教授

清華大學科技法律研究所

學歷：加拿大 McGill 大學法學博士

專長：航空太空法、財產法、國際公法、國際私法、侵權行為法、技術交易法

經歷：2010 ～ 國際特赦組織台灣分會理事
2005 ～ 台灣大學法律學院兼任助理教授
2004 中央大學資訊管理學系兼任助理教授
2003 台灣人權促進會執行委員
2000 ～ 小米穗原住民文教基金會董事、台灣國際法學會理事、東吳大學法律學系兼任助理教授/兼任副教授
1999 長榮管理學院航運管理系專任助理教授

評論人

黃昭元 教授

臺灣大學法律學院

學歷：美國哈佛大學法學博士（SJD, Harvard Law School, 1995）

專長：憲法、美國憲法、國際公法

經歷：國立台灣大學法律學院公法中心召集人
行政院中央選舉委員會委員

原住民法與市民法的衝突—論非線型憲法結構下特殊權利的地位

黃居正

一、前言

所謂的線型憲法結構（lineal constitutional pattern），係指原住民族與市民之財產權系統的法律時序，是平行存在而後於憲法的時間點交會的。雙方是以合意的時序基礎，正當化彼此在同一國族國家憲政體制下之「既存占有（*uti possidetis*）」。因此，原住民族的「原始所有權（original title）」或「傳統領域權（indigenous title/aboriginal title）」，在與殖民主權首次發生接觸或衝突之歷史時刻，即已因雙方之「合意」而確立[1]。殖民主權透過當時與原住民族所締結之條約、立法或行政宣示（合意之證明）[2]，將原住民財產權之時序與市民法之時序合而為一，賦予憲法上之基礎。而所有原住民族特殊權利地位的權源，都是來自於這種以條約或契約協議而成的「國家建構（state-building）」關係。

不過，對那些在歷史上能以優勢的軍事暴力壓制、征服原住民族的國家，包括繼受歐陸財產法體系之日本，或再併合繼受部分美國財產法制（特別是擔保物權系統）的領台國民政府來說，並不需要這種將原住民族之占有事實納入市民財產權系統的合意。因為它們在主觀和客觀上，都沒有動機去承認在國族國家成立或繼承時，領土上所（可能）存在的，具有完整政治組織與平行社會價值的原住民族主權，以及其因此所建立之迥異的財產權系統[3]。

不過，於今，非線型憲法體制過去所倚賴的種族中心主義論述，已經被道德相對主義或泛相對主義普遍取代，而且現代國際法與普世人權基準也都要求各國族國家除了必

---

[1] James Tully, *Aboriginal Property and Western Theory: Recovering a Middle Ground*, in PROPERTY RIGHTS (Paul, E.F., Miller, F.D. Jr. and Paul, J., ed.) 153, 179-80 (1994). 除了學說上支持此種「合意」理論外，普通法上之著名判決如 Worcester v. the State of Georgia, 6 Peters 515 (U.S.S.C. 1832)(「〔發〕現者之權利不能使原始占有者之既存權利失效」at 542），以及 *R.* v. *Van der Peet* [1996] 137 D.L.R. (4th) 289 (S.C.C.)，亦皆採相同觀點。至於過去曾盛極之「征服理論（conquest theory）」（例如美國聯邦最高法院大法官 Marshall 之 Johnson v. M'Intosh , 21 U.S. 543 (1823) 案判決）以及因此建立之以市民時序為財產權起點的看法，已成為較少數說。雖然至今仍有部份判例認為原住民是因為殖民者之征服行為而拋棄其土地所有權（*A.G. Ont*. v. *Bean Island* [1985] 1 CNLR 1），不過其論述之前提仍是承認原住民在殖民者之前已經取得了土地所有權。當然，採用線型時序論述組構，並不表示美國或國協等西方市民主權對於原住民的處遇較為文明，而是因為當時殖民者的人數偏少，面對像美洲大陸這種巨大、待開發的蠻荒地帶，為了減少對抗與傷亡，加上為配合當時的一些特殊歷史條件（例如東岸之共合體必須拉攏原住民之力量以對抗英軍），所不得不與原住民達成妥協的結果。

[2] 例如英國國王於1763年頒布之「皇家宣言（Royal Proclaimation）」（1763(U.K.),R.S.C.1985, Appendix II, No.1），以及美國於1790年由新成立之聯邦政府為結合原住民對抗英軍所制定的「印地安保護法（Indian Nonintercourse Act）」（1 Stat.137 (1790), now 25 U.S.C. §177），都是這種「合意」的宣示。

[3] 據東嘉生之說法，即使在鄭成功與清據等非市民法制之前近代（pre-modern），屯墾者與其官僚亦未曾與「蕃人」就土地問題為任何正式交涉。參閱：東嘉生（周憲文譯）《台灣經濟史研究》（1985），頁 110。

須尊重「原住民族和個人享有不被強行同化或其文化被毀滅的權利」，禁止任何「旨在或實際破壞他們作為不同民族的完整性，或剝奪其文化價值或民族特性」、「旨在或實際上剝奪他們土地、領土或資源」以及「任何形式的強行同化或融合」[4]的行動外，並應在法律上承認「原住民族對他們歷來擁有、佔有或以其他方式使用或獲得的土地、領土和資源擁有權利」，以及「有權擁有、使用、開發和控制因他們歷來擁有或其他的歷來佔有或使用而持有的土地、領土和資源，以及他們以其他方式獲得的土地、領土和資源」[5]。另外，上述承認原住民族之法律、傳統、習俗與所有權制度之法律與程序，必須「與有關原住民族共同制定與執行」[6]。所以，即使既有的憲政體制在成立之時並未承認原住民族主權之「同時性」與「繼續性」，國族國家也不能繼續無視於多元文化主義與人權法之潮流，必須在面對原住民族與市民之權利衝突時改弦易轍。

拿我國來說，憲法增修條文並未明文回溯承認原住民族之主權地位，在第 10 條還刻意將「保障原住民族之地位及政治參與」規定為「應依民族意願」，而非「依原住民族意願」，刻意迴避與原住民族以平等主權地位協商之機會。不過，觀諸原住民族基本法第 4 條（「政府應依原住民族意願，保障原住民族之平等地位及自主發展…」），似乎又有承認平等協商主權之意味，加上該法第 20 條第 2 項顯然有相當程度超越憲法本文的回溯條款（「原住民族或原住民所有、使用之土地、海域，其回復…等事項，另以法律定之」），以及 2007 年意外通過的「原住民族傳統智慧創作保護條例（以下簡稱「原創條例」）」，可以推見，在成文法的結構上，我國已經由過去建立在種族中心與同化主義意識形態上的非線型憲法結構，轉趨向線型結構發展。

只是，我國的憲法與財產法制，在時間上仍不是「線型」的，而是繼受的、受制於特殊政治體制而斷裂的，因此，對於日漸被成文化、建立在「線型」時序基礎上的原住民族特殊權利，包括「傳統領域權」，以及「原住民族傳統智慧創作專用權」，其內涵與效力，本身並無法提供任何具實用性的解釋。必須透過比較、理解其他線型與非線型憲法結構下特殊權利的形成、定義、承認、撤銷、處分與限制，才能有助於建立正確之解釋。

本文以下將試圖以加拿大與菲律賓這兩個典型線型與非線型憲法結構下的原住民族特殊權利為示例，呈現其意義、範圍與功能與背後之政治與社會隱義。

二、線型憲法結構下的原住民特殊權利

（一）概說

如前所述，在線型組構的憲政發展模式下，原住民族之基本權利（包括有形的財產權與無形的主體意識在內），在與市民主權首次發生衝突之歷史時刻，即已因雙方之「合意」而確立。原住民族並不是被納入市民國族主權中的「本國少數民族（national

[4] 「聯合國原住民族權利宣言」第 8 條。
[5] 「聯合國原住民族權利宣言」第 26、27 條。
[6] 同前註。

minority）」，而是與市民國族主權平行存在、合意共生的主權體。

當然，在文化與政治權力不對等的談判世界裡，原住民族主權必然居於劣勢，此時，為了展現出文明世界的優越與秩序，市民主權會將其優勢轉化為「神聖信託（sacred trust）」之受託者[7]，不但在談判的形式上趨近於國際間交涉的等級，承認其擁有相當於文明國家般之完整國際人格，且在未來雙方以合意共建的憲政秩序裡，基於原住民族之利益，代理行使其權利。這就是所謂的「藍（鹹）水殖民主義（salt/blue water colonialism）」[8]。

上述諸歷史事實，也使得原住民族的權利在形成、定義、承認、撤銷、處分與限制上，與一般市民財產權不同，而取得特殊權利之地位。例如在自然資源的管理上，市民國家的角色，僅限於協助原住民族發展、管理其主權資源，確保在條約基礎下所建立的權利分配體系能有效運作。至於使原住民漸次「融入」市民國族團體，認同市民之國族意識與社會價值，則不是「神聖信託」的範疇，除非原住民自願同意放棄其族群認同，市民政權不得以任何善意理由強行實施。

為了更具體描述在線型憲法結構下，這種特殊權利的形成、定義、承認、撤銷、處分與限制，以作為非線型憲法結構之後設國族國家重建特殊權利的比較基礎，本文以下以加拿大這個典型的線型憲法結構國家中，原住民族之「傳統領域權」的意義、形成條件、規範效果與限制為例，說明在該「國家建構（state-building）」中[9]，特殊權利之地位。

（二）線型憲法結構下特殊權利的形成、定義、承認與撤銷

目前在法律上承認「傳統領域權」的國家，通常將之定義為：「在市民政權出現之前，原住民族基於對土地與其自然資源之繼續占有、使用而取得的權利」[10]。所有傳統領域權之特殊權利地位的權源，都是來自於前述以條約或契約協議而成的「國家建構」關係。在過去殖民帝國的歷史上，「國家建構」關係的內容，多半是以殖民母國皇室或

[7] Charles Taylor, *The Politics of Recognition*, in MULTICULTURALISM: EXAMINING THE POLITICS OF RECOGNITION (Gutmann, A., ed.) 72(1994).

[8] P. G. MCHUGH, ABORIGINAL SOCIETIES AND THE COMMON LAW , 293 (2004).

[9] Erca-Irene A. Daes, *Some Considerations on the Right of Indigenous Peoples to Self-Determination*, 3 TRANS'L L. & CONTEMP. PROBS. 1, 9 (1993)。關於國家建構關係理論在我國法上之應用，參閱：黃居正〈憲法解釋與原住民權利〉，《憲法解釋之理論與實務》，第六輯，頁 429-465（2009 年 6 月）。

[10]這個定義是綜合整理自包括澳洲在內之多數普通法國家判決結論所得，例如澳洲最高法院所首次確立「傳統領域」具體要件之判例：Mabo and Others v. The State of Queensland, 46 A.L.J.R. 408 (1992), 107 A.L.R. 1(Austl. 1992), at 36, 136, and 146，以及加拿大最高法院關於「傳統領域」的幾個重要判例（詳如本文後述）：R. v. Sparrow, [1990] 1 S.C.R. 1075, R. v. Vander Peet, [1996] 3 S.C.R. 101, R. v. Côté, [1996] 3 S.C.R.139, Delgamuukw c. British Columbia, [1997] 3 S.C.R. 1010。美國聯邦最高法院在 1835 年的 Mitchel v. United States 案判決中對於「印地安領域（Indian Title）」的定義（「透過占有而取得，但是其正當性就有如白人之既得土地所有權般」），也與前述各國實務見解精神相同。參閱：Mitchel v. United States, 34 U.S. (9 Pet) 711, at 746。學說則參閱：FELIX S. COHEN, HANDBOOK OF FEDERAL INDIAN LAW, 442-3 (1982)。關於 Mabo 案判決之評論與分析，另請參閱：Gary D. Meyers & John Mugambwa, *The Mabo Decision: Australian Aboriginal Land Rights In Transition*, 23 ENVT'L L. 1203, 1217-21 (1993)。

王室的宣言、或與原住民族締結的條約來做一總結。透過該等文獻，原住民族過去被以條約或其他文件所承認的主權權力、其傳統政治與社會機制地位，都全體性地憲法化[11]，取得市民主權的保護，等於是制度化了市民主權與原住民間的關係。加拿大聯邦政府與原住民族間總結這種「國家建構」關係的文件，就是 1763 年由當時英國（不列顛）王權所做成的「皇室宣言（Royal Proclaimation）」。

1888 年的 St. Catharine's Milling & Lumber Co. v. The Queen 案[12]判決，可以說是最先確立加拿大原住民族傳統領域權之定義、成立條件與效力的判決。在該案中，安省樞密院（Privy Council）認為，系爭傳統領域土地在 1873 年前固然是由原住民族所占有，而且自其後就接續由英國皇室、省政府與自治領政府所管領。不過，這些管領，都是建立在一貫的政策上，那就是原住民族除了依契約讓渡土地權與皇室外，不得將該權利或利益轉讓給他人。這種移轉的限制，其實是為了保護傳統領域免於市民之任意剝奪，而它的正當性基礎，則是來自 1763 年的「皇室宣言」所確立的原住民族地位；對於傳統領域權的限制、甚至撤銷，都必須是為保護在皇室主權下原住民族之權利，或為維護其利益，而由皇室以法令為之。

樞密院的判決確認了在「皇室宣言」這個「國家建構」關係成立之後，原住民的傳統領域權就以一種受保護之特殊權利，而非一般絕對所有權（fee simple）的地位，被納入了皇室所代表的主權憲政結構裡：「皇室從來就對該區域擁有財產權利（proprietary estate），而印地安人的傳統領域權，在此只是附加在這個權利上的限制」。這種信託關係是繼續性地存在於國家主權與原住民族之間的特殊權利信託，不論國家主權其後如何透過分權、自治變更其市民政權之治權結構，皆不影響其既有之權利內涵。

不過，並不是每一個在「皇室宣言」頒布前就已經存在的原住民族傳統居住地，都會被承認為傳統領域。那些「國家建構」機制所沒有明文涵蓋的原住民族生活領域，很可能會被認定不受傳統領域權之保護。Calder v. A.G.B.C.案[13]（以下簡稱 Calder 案）就說明了此一條件限制。

在 Calder 案中，自古以來就居住在加拿大卑詩省西北幅員約一千平方英哩領域內的 Nishga 原住民族，向聯邦最高法院上訴主張，由於該族未與哈德森灣公司或是英國皇室簽訂任何條約或契約，而且對於加拿大政府在該領域內設置印地安人保留區之行為，也未曾表示同意，因此，依據 1763 年的「皇室宣言」，該族對於系爭領域之傳統領域權應繼續存在，未被撤銷，卑詩省政府不得任意加以侵犯。在前審中，法院認為由於 Nishga 族對於卑詩省政府曾經授與該區域土地、甚至絕對所有權（fee simple）、開礦權與他人，並未表示反對，已構成默示同意卑詩省政府對系爭土地之有效治理，放棄了傳統領域權。

對於 Nishga 族的上訴，聯邦最高法院固然是以上訴不合法程序性駁回[14]，但是在

[11]P. G. MCHUGH, ABORIGINAL SOCIETIES AND THE COMMON LAW , 108 (2004)
[12]22, C.R. [10] A.C. 13, 4 Cart. B.N.A. 107, 58 L.J.P.C. 54, 6 L.T. 197, (1889) L.R. 14 App. Cas. 46.
[13][1973] 4W.W.R.1,[1973] S.C.R.313, 34 D.L.R. (3d) 145.
[14]最高法院認為提起上訴的先決條件是滿足 1960 年制定的《皇室程序法》(The Crown Procedure Act, R.S.B.C. 1960, c. 89)要件，但本件並未得符合，因此法院無權作出實質判決。

判決中卻揭示了傳統領域權之承認與撤銷的要件。依據大法官 Judson J. 的意見，上述 1763 年的皇室宣言，並不適用於 Nishga 族。因為在 1763 年時，Nishga 族所聲稱的傳統領域土地，尚未成為英國的殖民地，因此為該宣言的法律效力所不及。系爭 Nishga 族土地是在其後才被納入卑詩殖民地，卑詩殖民地於 1871 年 7 月 20 日加入加拿大聯邦，除了在聯邦條款下轉移給聯邦政府的土地外，原為卑詩殖民地的土地，皆已成為卑詩省之一部。皇室因而對系爭 Nishga 族土地取得主權，卑詩省省長得依據皇室之賦權，對於省內土地，除了法律限制外，自行裁量為最適當的處分。

Calder 案判決說明了傳統領域權是否被承認，「國家建構」關係之時間為何，具有絕對的重要性。**系爭傳統領域權必須在「國家建構」的時間點就已存在，且被納入原住民族主權與市民國家間的條約或契約關係中，才能被承認並受到保護**。如此之解釋，對於未能有效全面性締結「國家建構」關係之國家中的原住民族，特別是在聯邦制、或繼續性擴張的國家，或是因為國家或政府繼承而發生市民主權遞嬗之國家，當然較為不利。

（三）「為保護原住民族之權利或維護其利益」對特殊權利所為之處分

在線型憲法結構下，對於特殊權利的限制、甚至撤銷，都必須是為了保護在共同憲政秩序下的原住民族權利，或維護其利益，而由國家以法令為之。如此解釋的基礎，是建立在國家主權與原住民族間神聖的「政治信託（political trust）」上：國家主權對於原住民族負有受託人之責任（fiduciary duty）。其責任之內容是採取「保護原住民族權利或維護其利益」之作為或不作為。

但是何謂「為保護原住民族權利或維護其利益」？對於傳統領域權之積極限制行為（例如對於特定野生物捕獲數量與期間，或開採礦物、水資源之限制），甚至處分行為（例如出租、設定用益權，甚至出賣傳統領域土地或其孳息），是否仍屬於「為保護原住民族權利或維護其利益」之行為？確是一個影響傳統領域權之實質內容至深，但解釋向度又極大的困難問題。

1984 年加拿大聯邦最高法院對於 Guerin v. R 乙案[15]之判決（以下簡稱 Guerin 案），提供了一個判斷系爭行為是否為「保護原住民族權利或維護其利益」的具體事例。

在 Guerin 案中，位於卑詩省的 Musqueam 原住民族，依據《印地安法案》之規定，不得自行與他人簽訂土地的買賣租用契約，因此透過印地安事務部進行接洽。但是負責的卑詩省印地安事務委會官員以及印地安事務部渥太華分局長，並未告知 Musqueam 族鑑價之結果，也未告知租賃契約之完整內容，使該租約不符合 Musqueam 族之最大利益。對此，加拿大聯邦最高法院認為，依據 1763 年的皇室宣言，國家主權僅能為維護原住民族之利益而運用、處分傳統領域權。在系爭租賃交易中，聯邦政府作為原住民傳統領域權之信託機構，只能為原住民之利益為處分，但聯邦政府非但未依 Musqueam 族所委託之條件簽訂合約，甚至提供不實或不完整之交易資訊，意圖詐欺原住民族，因此，不

[15][1984] 2 S.C.R. 335 (S.C.C.).

但違反信託義務，且應負以詐欺使人受損害之侵權行為責任。

由 Guerin 案判決可知，固然國家主權與原住民族間基於「政治信託」而生受託人責任是建立在「國家建構」關係成立之時，但是**由於這是一種建立在特殊權利基礎上的信託關係，國家享有極大的裁量權，相對的，原住民族並未享有指揮與撤回信託之權，所以國家受託責任之內涵，包括是否為原住民族之利益為處分，均應隨傳統領域權之應用範圍及其他具體情事之擴張、改變，而做廣義且延伸之解釋。**

（四）線型憲法結構下特殊權利的形成條件

傳統領域權既是一種「在市民政權出現之前，原住民族基於對土地與其自然資源之繼續占有、使用而取得的」特殊權利，也等於是隱喻了其形成的幾個時空條件：一、「傳統領域」是原住民族在市民（殖民）政權進行佔領或征服之前，就已經存在於該土地上的一種權利狀態。二、「傳統領域」是原住民族基於對土地及其自然資源之事實管領而成立的權利。三、原住民族對於「傳統領域」土地及自然資源之管領與利用狀態，必須在市民（殖民）政權出現時，仍「繼續存在（existing）」。

加拿大聯邦法院在 Baker Lake v. Min. of Indian Affairs 案判決[16]（以下簡稱 Baker Lake 案）中，確認了上述時空條件的隱喻，並藉此判斷「傳統領域權」是否存在於系爭土地之上。

在 Baker Lake 案中，法院判決認為，印猶族人主張對系爭土地擁有傳統領域權，必須先證明下列四條件均已符合：**（一）、原告及其祖先都屬於「組織化社會（organized society）」之成員；（二）、該社會成員自古以來就一直群居占有系爭土地；（三）、該組織化社會對於系爭土地之占有係排他的、獨立於其他組織化社會的占有；（四）、當英國進行統治時，印猶族人對系爭土地的占有，已行之有年。**至於條件是否符合，「應該考量該族和爭議地的相關事實來做判斷」，亦即應依相關歷史和事實來判斷。

經調查相關歷史和事實後，法院發現，印猶族人的社會，已有完整的組織。雖然沒有複雜的結構與眾多人口，甚至只是非常少數人組成的部落，但與之相應而生的組織、文化與價值體系，卻正是他們能有效使用荒原資源維持生計的重要條件。印猶族人一直以來都在系爭區域進行打獵、捕魚和求生存，其範圍是超過系爭土地、無法絕對劃定的，其使用方法並非固定性的，而是季節性、過境性的，但是這些方法都無礙於其占有並涵蓋系爭土地為其傳統領域。不過，印猶族人在系爭土地上的傳統領域權固然存在，仍僅限於其祖先所享有之權利，亦即打獵與捕魚的權利，並未延伸至採礦權以及礦區「表面土地所有權」。

至於印猶族人的傳統領域權是否因《領土法》的通過而被撤銷[17]，法院認為，行政

[16][1980] 5W.W.R.193, [1980] 1F.C.518, 107 D.L.R. (3d) 513.

[17]該法第 4 條規定，根據本法案，行政總督(Governor in Council)得授權領地的買賣租賃及其他處分行為，並得授權部長以總督所指定的方式進行領地的買賣租賃及其他處分行為（4.Subject to this Act, the Governor in Council may authorize the sale, lease or other disposition of territorial lands and may make

規範和法令均無法撤銷傳統領域權。傳統領域權的撤銷，必須藉由國會立法通過與傳統領域權互斥的法律，始得為之，行政權本身無權撤銷傳統領域權，因此，該案中印猶族人的傳統領域權仍繼續存在。

姑不論 Baker Lake 案判決關於原住民族之傳統領域權的經濟利用內涵之解釋是否正確，單就其所確認「傳統領域權」存在的幾個時空條件而論，說明了在系爭傳統領域的土地與自然資源上，原住民族必須要比市民（殖民）政權更早「出現（presence）」，才能主張其屬於「傳統領域」。

在同一時間線上優先「出現」，具有承認原住民族同時存在的邏輯意義，因此，對於「出現」的事實之解釋，就變得非常重要。不過，Baker Lake 案判決中的加拿大聯邦法院也同意，時間的客觀性，是歷史解釋的結果，因此，對於時間差的認識，不免會受到主流歷史觀對於時間價值所採取的評量基準之影響，而有所偏頗。因此，對這種「既存權利（pre-existing rights）」的舉證，不應該是絕對性的，必須「應該考量該族和爭議地的相關事實來做判斷」；這些相關的歷史和事實，自然包括了原住民族利用土地及自然資源之習慣的內容，以及對傳統領域客觀範圍的控制權等[18]。

當然，論及優先，就必須在同一時間線上，確認比較之基準點，此時，誰「自古以來」就已經管領該地，便很重要。Baker Lake 案判決認為，所謂「自古（互古）（time immemorial）」，是指在彼此以主權地位確認憲法的時間點之前，也就是在殖民政權透過發現、征服、先占等手段近用系爭土地之前，並非指涉絕對時間。所以，原住民族無須就更早更早甚至遠古以前等無法以文獻資料確認的事實，負舉證責任。

原住民族對於其所出現的土地，必須有管領的事實。也就是說，這種比市民政權更早在當地的「出現」，不能僅是偶發性或意外性的出現，必須是一種具有目的性的出現；不過，依據 Baker Lake 案判決，這個目的未必須與市民財產權之取得一樣，是經濟性的（例如獵場、特定魚種的漁場），也可以是與文化或信仰有關的（例如聚會所、祖靈地、祭場等）。單純因游牧、漁獵「偶而」經過該地，或僅視之為慣用的通道，固然可能不具有管領的意義，不過，管領也並不等於絕對排他性、固定性地占有。祇要原住民族是「有意識地、基於其慣習」繼續性地使用該地，與自然資源，而且這種使用具有明顯可見的特徵，例如在文獻上有記載，或是普遍為周邊的部落所承認，就能被認定是「出現」於該地。

另外，所謂有管領的事實，不能僅是一個歷史事實，還必須是一個在特定時間點上繼續與原住民族客觀相關的現實才行[19]。也就是說，當時原住民族對於該土地與自然資源仍依其慣習或生活需求繼續在使用中。因此，如果原住民族與市民政權「第一次接觸（first encounter）」時，這個基於傳統法或慣習對土地與自然資源之使用已經被原住民

---

regulations authorizing the Minister to sell, lease or otherwise dispose of territorial lands subject to such limitations and conditions as the Governor in Council may prescribe.）。

[18]可參閱同為非線型組構的馬來西亞之高等法院法院判決：Nor Anak Nyawai & Ors v. Borneo Pulp Plantation Sdn Bhd & Ors, [2001] 6 MLJ 241(High Court)。

[19]參閱美國法院裁判如：Holden v. Joy, 84 U.S. (17 Wall.) 211, 244 (1872), United States v. Seminole Indians, 180 Ct.Cl. 375, 387 (1967), Confederated Tribes v. United States, 177 Ct.Cl. 184, 194 (1966)。

族所拋棄，或因慣習變更甚至該族已經被滅種而不再繼續使用，嗣後即不得再以其他證據主張對之擁有「傳統領域」。不過，即使在原住民族所主張的管領期間中，因為其他移民族群的活動（例如爭戰、強奪或大量屯墾）致使原住民族必須間斷其使用，也並不當然使其傳統領域消滅[20]。

（五）線型憲法結構下，特殊權利與其他市民法間之衝突與解釋原則

1.關於特殊權利之解釋的基本原則

固然國家主權與原住民族間存在著「國家建構」關係，並由此確立原住民族之傳統領域權及其特殊權利性質，但是財產與因財產而生之人群互動關係，會隨著財產之應用技術、社會意識與價值變遷而演進、改變。在「國家建構」關係成立之時，傳統領域權固然可能僅指涉原住民族符合本文前述條件所管領（或曾經管領但被不法剝奪）之土地，然而，隨著鄰界之市民財產權態樣的進化與擴張，解釋上就必須對應可能發生利用衝突的自然資源，以及原住民族與該自然資源互動所生之生物多樣性知識與智慧創作等新的財產權，而有所調整、擴張。在傳統領域土地內，原住民族所慣習賴以維生的野生動物，或是礦產、水利、溫泉資源等，即是這類資源的具體事例。

加拿大聯邦最高法院在 R v. Simon 案[21]（以下稱 R v. Simon 案）判決中，就揭示了在與市民法發生適用衝突時，法曹對傳統領域權之位階與內涵應採取的解釋原則。

在 R v. Simon 案中，原審新思科細亞省法院認定被告的身分雖為 Micmac 族印地安人的後代，有權主張適用《印地安法案》，然其持有槍械行駛之西印地安路，並非原住民族之傳統領域，故不得豁免《土地和森林法案》對槍械使用之限制。因為白人在該地進行混和農業活動行之有年，從而使傳統領域權因欠缺要件而消滅。協同意見則認為《1752 年條約》已因彼時 Micmac 族酋長殺死六名英國人、破壞和平而失效，使 Micmac 族無法被納入《印地安法案》所承認之原住民族內。

不過加拿大聯邦最高法院並不同意原審所採取之嚴格解釋。雖然依據歷史事實，當初簽訂《1752 年條約》的當事者，為新斯科細亞省省長，與該地之 Micmac 族印地安人，惟省長除非經大英帝國授權，否則無權簽訂賦予打獵權之條約。而 Micmac 族印地安人，亦未被承認具有獨立簽訂條約之主權。因為新斯科細亞省是英國依條約讓渡自法國之領土，而法國對該省之主權，則是基於古典國際法所承認之發現與先占之原因，與當地之原住民之主權無關。然而，最高法院認為，基於主權與原住民族之最大利益，仍應將《1752 年條約》解釋為一有效存在於王權與原住民族之間的條約，並推定條約之當事者新斯科細亞省省長與 Micmac 族印地安人當時締約之行為，是分別代理英國王權與 Micmac 族全體。至於如暴力行為等歷史事件是否構成使《1752 年條約》失效之原因，最高法院認為**對於懸而未決的歷史問題，應採取有利於原住民族權利之解釋**，因此不應使之造成條約無效。

---

[20]參閱：County of Oneida v. Oneida Indian Nation, 470 U.S. 226 (1985)。
[21][1985] 2 S.C.R. 387 (S.C.C.).

至於傳統領域權之範圍與主張者之適格性的判斷標準，最高法院採取的是自 1983 年 R. v. Nowegijick[22]案判決所建立之解釋原則，即所謂的「**公平、擴張與自由化**（fair, large and liberal）**解釋原則**」[23]，認為縱使系爭道路已長期為白人所利用，惟由於該路是緊鄰著印地安保留區，應合理被擴張解釋為原住民族傳統領域權所涵蓋。而就上訴人是否為傳統領域權適格之主張者，亦即是否應認定其為原住民族之問題，最高法院則認為，上訴人既依《印地安法案》登記為 Micmac 族印地安人，且所居住之處，位於當初簽訂條約之 Micmac 族人之領域，已足以證明其為《1752 年條約》簽訂者之後代。**對於主張傳統領域權之原住民族之適格性，如果採取過度嚴苛的認定標準，將導致無人可自稱原住民族的後代，從而剝奪其依條約所得主張之權利保障**。該案中的 Micmac 族原住民，僅有口傳歷史，並無文字記載，因此上訴人 Simon 所能提供之證據，已為當下情況所能取得之最有力證據，基於為原住民族利益解釋之政策考量，應予採信。

2.對特殊權利之「合理限制」？

不過，當原住民族之傳統領域權與市民法中對私有財產權加以限制之法令相衝突時，上述為原住民族利益之解釋取向，就可能受到妥協。

在市民財產權之使用方法與範圍上，存在有許多限制性的規範，例如公共地役、公共信託、使用區分、都市計劃、文化資產以及國家公園認定等，屬於國家「基於增進公共利益之必要」，對人民依法取得之財產權以法律所為「合理之限制」。不過，當這類限制的對象涉及原住民之「傳統領域權」時，原住民得否主張基於尊重多元文化價值，該限制不應適用於傳統領域、或是具有保留區性質的「原住民族地區」？

卑詩省上訴法院在 R. v. Sparrow 案判決[24]中的論理，呈現出了在此時對「傳統領域權」採取限縮解釋的趨向。關於《憲法法案》所保障之原住民權利，包括如該案中之捕魚權等傳統領域權，是否應受有一定之限制，該判決認為，縱使該漁獵行為是基於憲法所保障之傳統領域權，仍的確有公權力持續對印地安人之上述行為進行管制，但是此公權力亦應受有限制。原住民族基於傳統領域權所進行之漁獵活動，其內容應限縮於為祭典和日常食用之目的之漁獵，此一限制之理由是傳統領域權既然是一種法定權利，自然應受法律所規範。**若是基於公共利益之目的，或者為了保護天然資源所必須之管理保存，必須限制原住民之漁獲量以捕捉社會生活和日常食用所需者，法院認為並不影響憲法對於原住民傳統領域權之保護**。也就是說，**國家主權得基於公共利益之目的，對傳統領域權之行使方法與範圍加以限制**，並不違反其與原住民族之間的「國家建構」關係。

不過，卑詩省上訴法院這種論理，忽視了在公共地役等合理限制於線型組構上成立之前，原住民族的傳統領域已經更早就「出現（presence）」在可能與公共地役之客觀範圍相重疊的土地與自然資源之上了。不論這種「出現」是基於經濟性的（例如獵場、特定魚種的漁場）目的或是與文化或信仰有關（例如聚會所、祖靈地、祭場等），它都

[22]144 DLR (3d) 193, (1983) (S.C.C.)

[23]基於多元價值之精神，以及因為市民社會具有相對優勢，應擔負較高之社會責任，所以在解釋方法上，應採對原住民族較有利與自由化，能理解之解釋。此一原則又被通稱為 Nowegijick 原則。

[24]9 B.C.L.R. (2d) 300, [1987] 2 W.W.R. 577, 32 C.C.C. (3d) 65, [1987] 1 C.N.L.R. 145, 36 D.L.R. (4th) 246.

是一個原住民族與市民政權接觸時就已存在的繼續使用該土地與自然資源之事實。若依多元文化精神，承認原住民族所賡續實施的組織管理與資源利用方式之價值，則傳統領域就會是一個與建構在由「市民」「公眾長久以來…不受干擾的習慣性使用」的公共地役平行存在的「特殊權利」。這種「特殊權利」的完整權能，並不會受到僅由一般市民共識所形構的負擔的影響

較合理的解釋方法，應是探究該公共地役或公共信託之「合理限制」，是否將因此實質阻礙原住民族繼續依其獨特之社會組織形態與利用方式使用該土地與自然資源？以澳洲為例[25]，當原住民傳統實施祭儀活動的祖靈地將因水權公共地役（包括水壩之建築行為）而受破壞時，即認定水權必須受到限制，毋須再探究水權與保留地活動發生之先後順位。

三、非線型憲法結構下的特殊權利

（一）非線型憲法結構下重建特殊權利的示例：菲律賓

與在亞洲、大洋洲的殖民地如馬來西亞、澳洲與紐西蘭力行「藍（鹹）水殖民主義」的英國不同，包括西班牙在內的歐洲殖民主權，對海外，特別是亞非洲領土之取得，一向是以征服、發現與先占無主地為基礎[26]。菲律賓在美西戰爭前，是西班牙的殖民地，西班牙政府並未透過條約、立法或行政宣示等機制，與在菲律賓既有的原住民主權協議構建共同的憲法秩序。美西戰爭後，美國雖依巴黎和約割讓取得菲律賓，仍然沒有試圖與原住民族展開主權協商。直到二次大戰結束後，藉由去殖民化、建立獨立國族國家的過程，菲律賓的全體住民才有機會開始回溯國家構建程序。所以，菲律賓原住民族的特殊權利，也是在非線型的憲法結構下所籌建、解釋而成。

雖同屬非線型的憲法結構，擁有超過一千萬以上原住民族人口的菲律賓，不但在亞洲的原住民族權利運動裡非常活躍，且本國之特殊權利立法也相當豐富、進步，被學者視為是亞洲非線型憲法結構國族國家中的「非亞洲典型（un-Asian）」[27]，因此，本文以下將以菲律賓之原住民族特殊權利立法與解釋為例，作為討論在非線型憲法結構下，原住民族特殊權利之性質、內容、地位與解釋方法的參考座標。

（二）菲律賓原住民族權利之歷史發展

菲律賓於 16 世紀中至 19 世紀間是西班牙的殖民地，19 世紀末美西戰爭後，依巴黎和約割讓轉由美國所統治。在二次大戰結束後，方獨立成為一主權國家。長時間的殖民統治，使得菲律賓的文化呈現出多元的風貌，含有西方基督教文明、伊斯蘭文化與原

[25]Skinner, J., *Native Peoples, Foreign Laws: A Survey Comparing Aboriginal Title to Property in the United States and Australia*, 19 SUFFOLK TRANSNAT'L L. REV. 235, 247 (1995).

[26]關於如法國、西班牙等殖民帝國的海外領土取得意識之描述，可參見 Johnson v. M'Intosh , 21 U.S. 543 (1823)。

[27]Gerard A. Persoon（黃居正譯），〈從異教部落到原住民-印尼與菲律賓之政策與論辯〉，《台灣國際法季刊》，第 3 卷第 1 期，頁 63-90，2006 年 03 月。

住民族文化等元素。菲律賓的國土是由總計超過 7,101 個島嶼所組成，原住民在地理分佈上，約有 30%居住於菲律賓 Luzon 北邊山區，70%居住於南邊民答那峨 (Mindanao)、蘇魯 (Sulu) 群島、Palawan、Mindorao 等島嶼[28]。由於島嶼數量多又極度分散，對於菲律賓之原住民人口與部落數量的統計，因研究與統計單位的不同而出現顯著的差異。根據 1995 年菲律賓國家原住民族委員會 (National Commission on Indigenous Peoples, 以下簡稱 NCIP)的統計，其全國原住民人口約占總人口數的 17-22%，數量在 1,200 萬至 1,500 萬人之間[29]。

當然，數字的差異也說明了在非線型憲政結構下定義原住民的困難。學者認為若依民族誌的角度，可將菲律賓住民做以下的幾個大範圍的分類[30]，如此可以較清楚受特殊權利之保護的主體範圍為何：一、成為基督徒的主流菲律賓人；二、以相對少數族群散居於全國的小黑人（Negritos）；三、目前僅存在於民答那峨南方以及蘇魯群島的回教徒；四、各個不同種族的非基督徒原住民族群。

美國在統治菲律賓期間，採取的是延續其國內處理印地安事務之相關策略與經驗，將菲律賓原住民定義為：「異教徒、文化少數民族或是山地部落（hill tribe）」，採取的是「分離統治（divide-and-rule）」的方針，於 1901 年在菲律賓建立「非基督徒部落局（Bureau of Non-Christian Tribes）」，仿造印地安保留區之管理方式，推動分離基督徒與非基督徒（原住民）居住區域之政策[31]。經由這種分離制度，一方面控制菲律賓的原料、礦產等自然資源，一方面便利進行基督徒化等文明馴化的工作。簡言之，就是持續西班牙殖民統治時期「野蠻人的國家本來就依該由野蠻人來管（It is highly desirable to police the wild man's country with wild man）」的政策，不承認與原住民族間有平等的主權。對於具有經濟利益的自然資源，均在未與原住民族協商的情形下逕以公有地、礦產地與林地等名義國有化。

於二戰後的獨立初期，菲律賓尚未構建規範原住民權利之相關法律與機構，直至 1957 年設立「國家整合委員會 （Commission on National Integration, CNI）」後，眾多各層級之原住民相關政府單位才逐漸成立。如 1967 年馬可仕總統成立的特別顧問機構「全國少數民族總統顧問團（the Presidential Arm for National Minorities, PANAMIN）」，試圖在標榜保護原住民權利之條件下，展開原住民文化與主流文化之融合。不過，在沒有特殊權利的明文保護下，即使與原住民族相關政府單位與非政府組織數量不斷成長，與原住民族權利相關的爭議仍持續產生，尤其是在原住民族傳統領域內礦藏開發與大型工程之進行，更時常引發嚴重的抗爭甚至武裝衝突，而成為國際社會與人權組織關切的焦點[32]。

[28]*See* WIPO, National Experience with Protection of Expressions of Folklore/Traditional Cultural Expressions: India, Indonesia and the Philippines, 23, WIPO/GRTKF/STUDY/1 (2002).

[29]Jose Mencio Molintas, *The Philippine Indigenous Peoples' Struggle For Land and Life: Challenging Legal Texts*, 21 ARIZ. J. INT'L & COMP. L. 269, 271-272 (2004).

[30]Gerard A Persoon（黃居正譯），〈從異教部落到原住民-印尼與菲律賓之政策與論辯〉，同前註 27。

[31]Gerard A. Persoon, *Being Indigenous in Indonesia and the Philippines in Indonesia and the Philippines*, *in* TRADITIONAL KNOWLEDGE, TRADITIONAL CULTURAL EXPRESSIONS, AND INTELLECTUAL PROPERTY LAW IN THE ASIA-PACIFIC REGION 207(Christoph Antons eds., 2009).

[32]Frank Hirtz, *It Takes Modern Means to be Traditional: On Recognizing Indigenous Cultural Communities in*

另一方面，隨著資訊科技的進步，菲律賓原住民族的傳統文化，開始面臨遭受非原住民族之不當利用、剝削的困境。包括傳統織紋、舞蹈、手工藝品，都遭到西方設計師或非原住民在未經其同意下，逕行加以商業性使用。原住民族的傳統醫藥與知識，也在欠缺利益回饋、共享機制情形下被嚴重剝奪、開發，甚至專利化，這類情事持續發生，促使原住民社群、文化工作者與學者開始重視原住民族之傳統智慧保護[33]。

因應國際原住民族權利運動的興起，以及上述層出不窮的爭議，菲律賓終於在 1987 年，正式將原住民族之權利的保護納入憲法條款，並於 1997 年制定了「原住民族權利法（Indigenous Peoples Rights Act, 以下簡稱 IPRA）」。該法被認為是目前在國際上最完整的、保護制度最為先進的原住民權利法之一。本文以下將僅以該法對於原住民族之傳統智慧創作保護為範圍，說明在非線型憲政結構下，這種保護特殊權利的「遞延的國家建構（belated state-building）」關係之內涵如何。

（三）非線型憲法結構下特殊權利的承認：菲律賓 1987 年憲法

奠基於特殊的被殖民歷史，以及國內各地區種族組成與文化極為分散多元之因素，如何平衡各種族、宗教、地理區域社群之權利，良好地建構國家組織、劃分中央與地方政府之職權，為菲律賓於獨立後憲法改革之主要目標[34]。菲律賓 1987 年憲法於第 2 條第 22 項裡，揭示了對原住民族之權利保護，規定在「國家統一與發展的架構下（within the framework of national unity and development.）」，菲律賓承認並促進「原住民族文化社群之權利」[35]。這是「原住民族文化社群（indigenous cultural communities, 以下簡稱 ICC）」主體用語首度被菲律賓的法律所使用，其影響延伸到後續所訂定的相關法律。

1987 年憲法同時對原住民族之自決權加以肯認，敘明在不破壞菲律賓領土完整的情形下，於民答那峨回教區與 Cordilleras 區中享有共同歷史、文化遺產、經濟與社會結構的省份、城市或其他地理區域內，得設置自治區[36]。其次，也肯認原住民族文化社群 ICC 就其「傳統土地（又可譯為「祖地」）與領域（ancestral land and domain）」，享有「相關權利」，使其得確保在經濟、社會與文化上之良好發展[37]。

上述條文，固然可以被認為是原住民族傳統土地與領域權，以及文化權等權利在憲法上取得特殊權利保護的基礎，不過，對於包括原住民族傳統智慧創作財產權之歸屬

---

the Philippines, 34 DEV. & CHANGE 887, 896-897 (2003).

[33] *See* WIPO, *supra* note 28, at 5.

[34] Frank Hirtz, *supra* note 32, 899-900 (2003).

[35] 1987 Constitution of the Republic of the Philippines, Art. Ⅱ, Sec. 22:"The State recognizes and promotes the rights of indigenous cultural communities within the framework of national unity and development."

[36] *Id*., Art. X, Sec. 15:"There shall be created autonomous regions in Muslim Mindanao and in the Cordilleras consisting of provinces, cities, municipalities, and geographical areas sharing common and distinctive historical and cultural heritage, economic and social structures, and other relevant characteristics within the framework of this Constitution and the national sovereignty as well as territorial integrity of the Republic of the Philippines."

[37] *Id*., Art XII, Sec. 5:"The State, subject to the provisions of this Constitution and national development policies and programs, shall protect the rights of indigenous cultural communities to their ancestral lands to ensure their economic, social, and cultural well-being.The Congress may provide for the applicability of customary laws governing property rights or relations in determining the ownership and extent of ancestral domain."

在內的特殊權利，是否也因此被涵蓋在「相關權利」裡，以及其與既存市民權利之間的關係如何，則不清楚。此外，1987 年憲法雖就原住民族權利有所著墨，並肯認應發展與保全原住民族文化，但並未就如何因應自然與文化資源重新分配過程中可能產生之衝突，明文規定其解決方案。也就是說，1987 年憲法並未明白宣示，當市民法與原住民族之發展權利（right to development）發生衝突時，何者較為優先。尤其是因為憲法條文所強調的，是在「國家發展之架構下」，同時保障原住民族之權利，所以，在這個市民與原住民族共同「遞延的國家建構」關係中，原住民族權利的特殊性之向度有多大，日後司法又應如何加以實踐，都有待解釋[38]。1987 年憲法用語的模糊，也成為其後 1997 年原住民權利法引發合憲性爭議的重要原因。

（四）非線型憲法結構下特殊權利之具體化的里程碑：1997 年原住民族權利法與傳統智慧創作保護機制

1997 年，菲律賓通過「原住民族權利法（IPRA）」，將前述 1987 年菲律賓憲法第 2 條賦予原住民族於自然與文化資源上之相關權利，予以具體化[39]，包括對原住民族加以定義[40]，以及承認原住民族對於「a. 土地、空氣、水與礦脈；b. 植物、動物與其他生物；c. 採集、漁獵用地；d. 祭祀用地；e. 其他依據原住民的知識、信仰、制度與習慣在經濟、禮俗與美學價值相關之領域」,「享有永續使用、管理、保護以及保存之權利」[41]。 是一個典型的，遞延承認原住民族特殊權利的法律。

IPRA 甫通過，立即引發了是否合憲的爭議。主要的爭點在於這種對特殊權利遞延式的承認，是否侵害了既有的市民權利。依據菲律賓 1987 年憲法第 12 條第 2 項規定，菲律賓境內之土地等自然資源，均屬於國有，IPRA 承認原住民族文化社群得以管領傳統領域及其上相關資源，顯與憲法規定相違，因此，前菲律賓最高法院法官 Isagani Cruz

[38]Marissa Leigh Hughes, *Indigenous People in the Philippine: Exploring the Intersection of Cultural Identity, Environment and Development*, 13 GEO. INT'L ENVTL. L. REV. 3, 13 (2000).

[39] Kanchana Kariyawasam & Scott Guyt, *Intellectual Property Protection of Indigenous Knowledge: Implementing Initiatives at National and Regional Levels*, 12 DEAKIN L. REV. 105, 112-113 (2007).

[40]IPRA 中對於原住民族的定義，在非線型憲政結構的國族國家中，是非常激進的，也益加證明了非線型結構下特殊權利的遞延特質。見該法 Sec. 38, h 款：「Indigenous peoples or indigenous cultural communities refer to a group of people or homogenous societies identified by self ascription and ascription by others who have continuously lived as an organised community on communally bounded or defined territory and who have, under claims of ownership since time immemorial, occupied, possessed and utilised such territories, sharing common bonds of language, customs, traditions and other distinctive cultural traits. （原住民或原住民文化族群是指一群人或是同質社會，基於自我認同為或是為他人所認同，持續不斷以組織族群方式生活在依公有關係或特定的領域內，主張自亙古以來之所有權而佔領、占有並使用該領域，擁有共同語源、習慣、傳統與其他獨特的文化軌跡）。ICCs/IPs shall also include people who are regarded as indigenous on account of their descent from the populations which inhabited the country at the time of conquest or colonisation; who retain some or all of their social, economic, cultural and political institutions, but who may have been replaced from their traditional domains or who may have resettled outside of their ancestral domains.（原住民或原住民文化族群同時應包括那些自征服或殖民時期開始就居住在本國之人民的族裔而被視為原住民者。這些人固然保留了部份或全部的傳統社會、經濟、文化與政治機制，但其傳統領域可能已遭更換，或是已被遷徙而遠離其祖地）。」

[41]*Id,*. Sec.38, o).

領銜於 1998 年提起訴訟主張 IPRA 違憲[42]。訴訟判決結果，持肯定與否定意見之法官人數相等（七票比七票），經再次投票後，仍維持相同結果，該案因此遭到駁回。IPRA 之合憲性雖然因而並未被撼動，然而法官意見之相左，除了為未來 IPRA 在維護原住民族之特殊權利之功能上的限制埋下伏筆外，也呈現出 IPRA 對於菲律賓國內市民既存權利者，特別是對原住民族自然與文化資源之長期利用者之衝擊，以及其強大之反挫力量[43]。

IPRA 於第一章總則中，揭示關於原住民權利保障之重要原則，於第六章「文化完整性（Cultural Integrity）」之保護中，則規定了原住民族傳統智慧創作與文化表達的保護制度，以及其權利之歸屬。以下即分述 IPRA 對於原住民族傳統智慧創作權這個特殊權利的設計。。

1.國家原住民族事務專責機構之建立：國家原住民族委員會

依據 IPRA 第七章之規定，為落實 IPRA，國家應設置「原住民族文化社群/原住民族（Indigenous Cultural Communities/Indigenous Peoples, 以下簡稱 ICCs/IPs）委員會（National Commission on Indigenous Peoples , 以下簡稱 NCIP）」，職司制定與施行促進保護 ICCs/IPs 權利與福祉之政策、計畫與綱領，肯認原住民之傳統領域及相關權利[44]，並對於 ICCs/IPs 之信仰、習俗、傳統與設施，充分保護暨促進其利益與福祉[45]。根據 IPRA 第 80 條[46]，NCIP 應儘速制定與公告必要法規及條例，其中最重要的，是 IPRA 的施行細則：「IPRA 實施規則與條例（The Rules and Regulations Implementing The Indigenous Peoples' Rights Act of 1997）[47]」，該細則於 1998 年被制定實施。

在組織編制上，NCIP是由隸屬於原住民文化社群/原住民族之七人組成，其中一人擔任主席。委員之產生係先由經認證之ICCs/IPs呈交推薦名單，再由菲律賓總統指定之；該七名委員並應來自於被指定之特定區域，其中至少兩名需為女性[48]。

[42]Cruz v. Sec'y of Env't & Natural Res. G.R. No. 135385 (S.C., Dec. 6, 2000).

[43]IPRA 與菲律賓國內礦藏開發相關法規之競合問題，以及對於礦業發展之衝擊等相關討論請參見: Patricia Thompson, *Philippines Indigenous Peoples Rights Act*, 1998 COLO. J. INT'L ENVTL. L. & POL'Y 179 (1998); Alan Khee-Jin Tan, *All that Glitters: Foreign Investment in Mining Trumps the Environment in the Philippines*, 23 PACE ENVTL. L. REV. 183 (2005-2006).

[44]IPRA, Sec. 38. National Commission on Indigenous Cultural Communities/lndigenous Peoples (NCIP): "To carry out the policies herein set forth, there shall be created the National Commission on ICCs/ IPs (NCIP), which shall be the primary government agency responsible for the formulation and implementation of policies, plans and programs to promote and protect the rights and well-being of the ICCs/IPs and the recognition of their ancestral domains as well as their rights thereto."

[45]*Id*., Sec. 39. Mandate: "The NCIP shall protect and promote the interest and well-being of the ICCs/IPs with due regard to their beliefs, customs, traditions and institutions."

[46]*Id*., Sec. 80. Implementing Rules and Regulations: "Within sixty (60) days immediately after appointment, the NCIP shall issue the necessary rules and regulations, in consultation with the Committees on National Cultural Communities of the House of Representatives and the Senate, for the effective implementation of this Act."

[47]The Rules and Regulations Implementing The Indigenous Peoples' Rights Act of 1997, National Commission on Indigenous Peoples Administrative Order No. 1, Series of 1998.

[48]IPRA, Sec. 40. Composition: "The NCIP shall be an independent agency under the Office of the President and shall be composed of seven (7) Commissioners belonging to ICCs/IPs, one (1) of whom shall be the Chairperson. The Commissioners shall be appointed by the President of the Philippines from a list of recommenders submitted by authentic ICCs/ IPs: Provided, That the seven (7) Commissioners shall be appointed specifically from each of the following ethnographic areas: Region I and the Cordilleras, Region II, the rest of Luzon, Island Groups including Mindoro, Palawan, Romblon, Panay and the rest of the Visayas; Northern and Western Mindanao; Southern and Eastern Mindanao; and Central Mindanao: Provided, That at

NCIP每年須提出關於菲律賓國內原住民族事務之年度報告，並推動原住民族相關政策之施行。於原住民族法律與政治體系之維繫上，NCIP應協助部落代表維持與構建傳統社會政治結構、部落法、部落法之司法系統，以及和國家政策決定與統治方針相接軌[49]。其次，應協助部落將以部落傳統習慣法解決之內部紛爭、案件程序和過程建立完整檔案，俾益後續相類似紛爭之處理[50]。

值得注意的是，若ICCs/IPs根據IPRA，就其自然與文化資源之管理行使事前告知後同意所簽署之相關協議、合約，其「合約備忘錄（Memorandum of Agreement，MOA）」中，必須包含有NCIP和其官方代表的簽名，始為有效[51]。也就是該合約必須經過NCIP核定始生效力。透過此一保護與監督機制，求能確保IPRA之事前告知後同意制度能被有效實施，維護原住民社群在相關協商與談判中之優勢地位。此外，NCIP尚主管原住民組織（Indigenous People Organization，以下簡稱IPO）之註冊登記，該制度攸關原住民傳統智慧創作財產權使用收益管理機制之有效實施。

2. IPRA 對於傳統智慧創作特殊權利之保護

依據 IPRA「文化完整性」保護之規定，菲律賓原住民族的傳統文化，有下列各具體項目，應受保護：1)原住民文化、傳統與設施，2)社群知識，3)宗教、文化場所與儀式，4) 原住民知識系統與習慣，亦包括人類與其他基因資源、種子、上述資源之衍生物、傳統醫藥、爐床技術、藥用植物、動物與礦物、原住民知識系統與技術、動植物資產之知識、口述傳統、文學、設計以及視覺與表演藝術等。

受 IPRA 保護之傳統智慧相關權利的內容，可見於如下之規定：

Sec. 29.原住民族文化、傳統與設施之保護

國家應尊重、肯認並保護原住民族文化社群/原住民族之權利，以保存及保護其文化、傳統與設施，並於制定與適用國家計畫與政策時，考量其權利[52]。

Sec.32. 社群智慧之權利

原住民族文化社群/原住民族有權實踐與復興其自身之文化傳統與習俗。國家應參與、保護與發展原住民族文化社群/原住民族過去、現在與未來之文化表現，以及回復在未經其自由與事前告知之同意下，被奪取之文化、智慧宗教性與精神上之財產的權利，違反其法律、傳統與習俗而奪取者亦同[53]。

---

least two (2) of the seven(7) Commissioners shall be women."

[49]The Rules and Regulations Implementing IPRA, Rule VI, Part 1, Sec. 1.

[50]*Id*, Rule VI, Part 1, Sec. 4

[51]I*d*, Rule VI, Part3, Sec.7

[52]IPRA, Sec. 29. Protection of Indigenous Culture, Traditions and Institutions: "The State shall respect, recognize and protect the right of ICCs/IPs to preserve and protect their culture, traditions and institutions. It shall consider these rights in the formulation and application of national plans and policies."

[53]*Id*., Sec. 32. Community Intellectual Rights:" ICCs/IPs have the right to practice and revitalize their own cultural traditions and customs. The State shall presence, protect and develop the past, present and future manifestations of their cultures as well as the right to the restitution of cultural, intellectual religious, and spiritual property taken without their free and prior informed consent or in violation of their laws, traditions

Sec.33. 宗教、文化場所與儀式之權利

原住民族文化社群/原住民族有權展現、實踐、發展與教育其精神與宗教傳統、習俗與儀式；有權維持、保護與近用其宗教與文化場所；有權使用與控管儀式物品；以及有權返回遺體。因此，國家應採取有效措施，與原住民族文化社群/原住民族合作確保原住民之神聖地區，包括墓地，受到保存、尊重與保護。

為達此目的，下述行為視為非法：

a. 在未經原住民族文化社群/原住民族社群**自由且事前告知之同意**的情況下，為取得有文化價值之物品，其考古遺址探勘、開墾或挖掘；

b. 毀損、移動或以其它方式摧毀對原住民族文化社群/原住民族保存其文化遺產極為重要之製品[54]。

Sec.34. 原住民族知識系統與習慣，以及發展自身科學與技術之權利

原住民族文化社群/原住民族**就其之文化與智慧權利，被肯認享有全面的所有權以及控管與保護之權利**。其有權主張特別措施以控管、發展與保護其科學、技術與文化表現，亦包括人類與其他基因資源、種子、上述資源之衍生物、傳統醫藥、爐床技術、藥用植物、動物與礦物、原住民知識系統與技術、動植物資產之知識、口述傳統、文學、設計以及視覺與表演藝術[55]。

在 1998 年「IPRA 實施規則與條例」中，另詳細列舉了受保護之文化表達包括有：1)社群之智慧財產，2)宗教、文化位址及儀式，3)原住民族之文化表現。而在社群智慧財產中，對於傳統智慧創作之相關標的有更詳細的規定，如原住民族文化社群/原住民族過去、現在及未來的文化表現，亦包括考古及歷史遺址、人工製品、設計、儀式、技術及視覺與表演藝術、文學、以及宗教、精神財產；語言、音樂、舞蹈、手稿、歷史、口述傳統、紛爭解決機制、和平建立程序、生活哲學及教學體系之觀點等，均屬於受保護之範疇。

根據「IPRA 實施規則與條例」，受特殊權利制度保護的原住民族傳統智慧創作財產權的具體內容如下：

---

and customs."

[54] *Id.*, Sec. 33. Rights to Religious, Cultural Sites and Ceremonies: "ICCs/IPs shall have the right to manifest, practice, develop and teach their spiritual and religious traditions, customs and ceremonies; the right to maintain, protect and have access to their religious and cultural sites; the right to use and control of ceremonial objects; and, the right to the repatriation of human remains. Accordingly, the State shall take effective measures, in cooperation with the ICCs/IPs concerned to ensure that indigenous sacred places, including burial sites, be preserved, respected and protected.

To achieve this purpose, it shall be unlawful to: a) Explore, excavate or make diggings on archeological sites of the ICCs/IPs for the purpose of obtaining materials of cultural values without the free and prior informed consent of the community concerned;

and b) Deface, remove or otherwise destroy artifacts which are of great importance to the ICCs/IPs for the preservation of their cultural heritage."

[55] *Id.*, Sec. 34. Right to Indigenous Knowledge Systems and Practices and to Develop own

Sciences and Technologies: "ICCs/IPs are entitled to the recognition of the full ownership and control end protection of their cultural and intellectual rights. They shall have the right to special measures to control, develop and protect their sciences, technologies and cultural manifestations, including human and other genetic resources, seeds, including derivatives of these resources, traditional medicines and hearth practices, vital medicinal plants, animals and minerals, indigenous knowledge systems and practices, knowledge of the properties of fauna and flora, oral traditions, literature, designs, and visual and performing arts."

Rule VI Sec. 10 社群智慧財產之保護[56]

原住民族文化社群/原住民族有權擁有、控管、發展及保護以下標的：

a) 原住民族文化社群/原住民族過去、現在及未來的文化表現，例如但不限於：考古及歷史遺址、製品、設計、儀式、技術及視覺與表演藝術、文學，以及宗教、精神財產；

b) 科學技術，包含但不限於：人類及其他遺傳資源、種子、藥物、健康習慣、重要之藥用植物、動物、礦物、原住民族知識系統及實踐、資源管理系統、農業技術、動植物財產之知識，以及科學發現；及

c) 語言、音樂、舞蹈、手稿、歷史、口述傳統、紛爭解決機制、構建和平之程序、生活與哲學觀點、教育與學習之體系。

在與原住民族文化社群/原住民族的合作下，國家原住民族委員會應建立有效機制，並遵從 first impression first claim 之原則、生物多樣性公約、世界原住民權利宣言、世界人權宣言，來保護原住民族之社群智慧財產權。

Rule VI Sec. 11 宗教、文化位址及儀式之保護[57]

原住民族的藝術與歷史財富、儀式用器物、文化財產及製品，構成了原住民族文化社群/原住民族之文化寶藏，應受原住民族文化社群/原住民族之保護與處分；執是，文化寶藏及財產不應被帶離原住民族之傳統領域。基此，政府應於財務上及技術上支持原住民族主動建立博物館或中心。

Rule VI Sec. 13 原住民族聖地之保護[58]

於下列情況，依據 IPRA Sec. 72 及習慣法，應處罰之：

a) 在未經相關社群之自由與事前告知後同意的情形下，為取得具文化價值之物品，而於

[56]The Rules and Regulations Implementing IPRA, Rule VI, Sec. 10. Protection of Community Intellectual Property: "The ICCs/IPs have the right to own, control, develop and protect the following:

a) The past, present and future manifestations of their cultures, such as but not limited to, archeological and historical sites, artifacts, designs, ceremonies, technologies and visual and performing arts and literature as well as religious and spiritual properties;

b) Science and Technology including, but not limited to, human and other genetic resources, seeds, medicines, health practices, vital medicinal plants, animals, minerals, indigenous knowledge systems and practices, resource management systems, agricultural technologies, knowledge of the properties of flora and fauna, and scientific discoveries; and

c) Language, Music, Dances, Script, Histories, Oral Traditions, Conflict Resolution Mechanisms, Peace Building Processes, Life Philosophy and Perspectives and Teaching and Learning Systems.

In partnership with the ICCs/IPs, the NCIP shall establish effective mechanisms for protecting the indigenous peoples' community intellectual property rights along the principle of first impression first claim, the Convention on Bio-diversity, the Universal Declaration of Indigenous Peoples' Rights, and the Universal Declaration of Human Rights."

[57]The Rules and Regulations Implementing IPRA, Rule VI, Sec. 11. Protection of Religious, Cultural Sites and Ceremonies: "The indigenous artistic and historic wealth, ceremonial objects, cultural properties and artifacts constitutes the cultural treasures of the ICCs/IPs and shall be under their protection and disposition: Provided; that cultural treasures and properties shall not be brought outside of the indigenous peoples' ancestral domains. Towards this end, the initiatives of indigenous peoples to establish museums or centers shall be supported financially and technically by the government."

[58]*Id.*, Rule VI, Sec 13. Protection of Indigenous Sacred Places: "Penal sanctions in accordance with Section 72 of the Act and customary laws shall be applicable in case of:

a) Exploration and/or excavation of archeological sites in ancestral domains/lands for the purpose of obtaining materials of cultural value without the free and prior informed consent of the community concerned; and

b) Defacing, removing or otherwise destroying artifacts which are of great importance and significance to the ICCs/IPs for the preservation of their cultural heritage."

傳統領域/土地進行探勘及/或挖掘考古遺址；及
b) 毀壞、移動或以其他方式摧毀原住民族文化社群/原住民族保存其文化遺產有重大意義之製品。

Rule VI Sec. 16 原住民族文化表現之保護[59]

原住民族文化不應在未經相關原住民族之自由且事前告知後同意的情形下，被移作商業性使用，或用於觀光及廣告目的。若有同意之情事，國家原住民族委員會將確保其為自由且事前告知後之同意。

原住民族文化與藝術表演之呈現，**原住民族依據其習慣法及傳統，就其呈現內容及方式及表演有控管之權利**，並應有權對違反者，施加處罰。

原住民族亦應**有權公平地分享該文化表現或表演之利益**。由該活動而獲集之資金，應直接由該社群登記之原住民組織（IPO）管理。否則，為該原住民族社群之利益，該資金應由國家原住民族委員會以信託之方式保管之。

3. IPRA 下傳統智慧創作財產權之歸屬與管理機制

由上述IPRA及「IPRA實施規則與條例」之規範內容可知，菲律賓原住民族的傳統智慧創作財產權，係歸屬於該創作所原生之原住民族文化社群與原住民族，是一種有別於市民財產法體系下個人權利的集體權利，與特殊權利。歸屬之社群，對於傳統智慧創作，擁有全面性的管領權能，同時可依照部落習慣法與傳統習俗進行管理，甚至對違反其利用規則者施以懲罰。這種將部落習慣法之實踐導入集體財產權管理制度之立法模式，是IPRA作為特殊權利規範的明證[60]。另外，IPRA及「IPRA實施規則與條例」也構建有利益回饋機制（或稱惠益共享機制），以集體權之方式對傳統智慧創作財產權之使用、收益進行管理、分配。

就利益回饋或惠益共享機制而言，根據前述「IPRA實施規則與條例」Rule VI Sec. 16規定，原住民族有權公平分享該文化表現或表演所得之利益。由該活動而獲集之資金，應直接由該社群所登記之原住民組織 IPO管理。若未登記，則該資金應由國家原住民族委員會，為該原住民族社群之利益，以信託之方式保管之。IPO為非政府單位之原住民族自治團體，有權組織及參與集體行動，國家原住民族委員會應肯認IPO為其在發展計畫上的自治夥伴，並應全權支持原住民族組織的發展及賦權，或支持追求及保護原住民

[59] *Id.*, Rule VI, Sec. 16. Protection of Manifestations of Indigenous Culture:
"Indigenous culture shall not be commercialized or used for tourism and advertisement purposes without the free and prior informed consent of the indigenous peoples concerned. Where consent is alleged, the NCIP will ensure that there is free and prior informed consent.
In instances where the presentation of indigenous culture and artistic performances are held, the IPs shall have control over the performance in terms of its content and manner of presentation according to customary laws and traditions, and shall have the right to impose penalties for violation thereof ."
Indigenous peoples shall also have the right to equitably share in the benefits of such presentation or performance. All funds collected from these activities shall be managed directly by the community concerned through the registered IPO, otherwise, the same shall be held in trust by the NCIP for the benefit of the concerned IP community."

[60] 關於傳統習慣法於原住民傳統知識、傳統文化表達集體管理制度中之地位與實踐，請參見: Paul Kuruk, *The Role of Customary Law under Sui Generis Frameworks of Intellectual Property Rights in Traditional and Indigenous Knowledge*, 17 IND. INT'L & COMP. L. REV. 67 (2007).部落習慣法於 IPRA 架構中實踐可能產生之問題，請參見 WIPO, *supra* note 28, 27 (2002).

族合法集體利益之相關聯盟[61]。

而若欲取得管理傳統智慧創作財產權收益權能之地位，IPO需向NCIP進行組織之註冊登記。經註冊登記後之IPO及經審定合格之非政府組織，每年應向NCIP報告其組織人事異動情形、財務及成果報告、計畫、方案或活動之變動等[62]。NCIP並得基於下述理由，中止或撤銷IPO之註冊登記或非政府組織的審定合格證書[63]：

a) 與自然人或法人進行未經社群授權之協商，且該協商與土地之開發、使用、萃取 (extraction)、收成 (harvest) 以及天然資源之利用有關；

b) 錯誤表述 (misrepresentation) 及與有害社群的投資者訂定契約；

c) 收賄；

d) 喪失社群成員的信任與信心；

e) 違反習慣程序及社群集體決議機制；

f) 其它類似情況。

於 IPO 的註冊登記程序上，申請登記之組織必須向 NCIP 呈報下列資訊[64]：1.該部落之文化敏感性資訊。2.IPRA 與其施行細則中規定的事項。3.該社群的整體架構和永續發展機制。4.部落組織結構，包含部落代表、部落共同價值、社會政治結構和自我主張。5.部落傳統知識系統，不限定於部落法、部落共同生活價值、部落永續發展之管理系統。7.部落紛爭解決機制和維繫和平之程序等。NCIP 會建立 IPO 之註冊登記資料庫，以便監督和資料索引，並會積極協助、紀錄與見證 ICCs/IPs 履踐事前告知後同意之相關程序[65]。

4. IPRA 下傳統智慧創作財產權之實施—自由的事前告知後同意制度

a.制度概述

「自由的事前告知後同意(free and prior informed consent)」，為 IPRA 所建構供 ICCs/IPs 管理其所擁有之自然與文化資源之制度。原住民族傳統智慧創作財產權之管理，也一併適用之。其實施之方式，於 IPRA 及「IPRA 實施規則與條例」中，均有規範。

所謂自由的事前告知後同意，係指「原住民族文化社群/原住民族之所有成員依據其習慣法和實踐，在不受任何外在操縱、干擾與強迫之情況下達成共識，並於完整地揭露系爭活動之目的與範圍後，以該社群能夠了解之語言及程序，使其同意[66]」之程序。施行該程序之時機，可分為二種：一、與傳統領域之管理相關：欲於原住民族之傳統領域內進行勘查、開發等計畫，ICCs/IPs 有權主張進行事前告知後同意機制，再決定該計畫得否進行；原住民族得主張於傳統領域內停留，並不被遷出，若因情況特殊必須重新安置，則須履踐事前告知後同意程序[67]；二、與文化完整性相關：原住民族有權請求回

[61]The Rules and Regulations Implementing IPRA, Rule IV, Part II, Sec. 1.
[62]*Id.*, Rule IV, Part II, Sec. 2.
[63]*Id.*, Rule IV, Part II, Sec. 5.
[64]*Id.*, Rule VI, Part II , Sec.1
[65]*Id.*, Rule VI, Part 2, Sec. 5
[66]*Id.*, Rule II. Sec. 1, k): "Free and Prior Informed Consent. As used in the Act, shall mean the consensus of all members of the ICCs/IPs to be determined in accordance with their respective customary laws and practices, free from any external manipulation, interference and coercion, and obtained after fully disclosing the intent and scope of an activity, in a language and process understandable to the community."
[67]IPRA 事前告知後同意制度於原住民傳統領域管理面向上之實踐，請參見 Daniel Barstow Magraw,

復未經事前告知後同意而遭奪取之文化財產、知識財產、宗教財產、以及精神財產，違反其法律、傳統與習俗而奪取者亦同；未經原住民族事前告知後同意，欲取得有文化價值之物品，而於其考古遺址探勘、開墾或挖掘，屬於非法行為。

有關於事前告知後同意程序適用於傳統領域管理之 IPRA 相關條文，彙整如下：

Sec. 7. 傳統領域權

原住民族文化社群/原住民族對其傳統領域之支配與所有權，應肯認並保護之。該權利應包括：

b. 發展土地與天然資源之權利

受限於第五十六條之規定，對於習慣上占領、所有或被使用之土地與領域，發展、控管及使用之權利；管理及保存在領域內天然資源，並且為未來各世代堅持該義務；從該天然資源的分配與利用中獲利或享有利益；依照內國法與習慣法，為確保生態環境之保護及其保育措施，欲於天然資源領域內勘查，有權協商期限與條件；對於制訂並施行任何政府或私人計畫，而該計畫將影響先民領域，以計畫結果可得公平合理之損失補償，有權主張**告知後同意**並為了解該計畫而參與；為禁止任何妨礙、專讓以及侵占上述權利之情形，有權向政府主張設立有效措施；

c. 領域居留之權利

有權主張停留於領域內，並且不被從中遷出。未經原住民文化社群/原住民族之事前同意，不得重新安置該社群/民族，亦不得透過公用徵收的方式重新安置之。當重新安置被視為例外措施的情況下，該措施應於經原住民族文化社群/原住民族**告知後同意**下施行，並且無論如何，當重新安置地滅失時，應保障其有權回歸傳統領域。當不可能回歸傳統領域時，如協議或經由適當程序決定，應提供原住民族文化社群/原住民族與其先前占領同等品質與法律地位之土地，適於其現今需求與未來發展。因重新安置而受之損害或受傷，同樣應全數補償。

有關於事前告知後同意程序適用於原住民族傳統智慧財產權管理之 IPRA 相關條文，彙整如下：

Sec.32. 社群智慧之權利

原住民族文化社群/原住民族**有權實踐與復興其自身之文化傳統與習俗**。國家應參與、保護與發展原住民族文化社群/原住民族過去、現在與未來之文化表現，以及**回復在未經其自由與事前告知之同意下，被奪取之文化、智慧宗教性與精神上之財產**的權利，違反其法律、傳統與習俗而奪取者亦同[68]。

Globalization, Communites and Human Rights: Community-based Property Rights and Prior Informed Consent, 35 (3/4) DENV. J. INT'L L. & POL'Y 413, 425-427 (2007).

[68]IPRA, Sec. 32. Community Intellectual Rights:" ICCs/IPs have the right to practice and revitalize their own cultural traditions and customs. The State shall presence, protect and develop the past, present and future manifestations of their cultures as well as the right to the restitution of cultural, intellectual religious, and spiritual property taken without their free and prior informed consent or in violation of their laws, traditions and customs."

Sec.33. 宗教、文化場所與儀式之權利

原住民族文化社群/原住民族有權展現、實踐、發展與教育其精神與宗教傳統、習俗與儀式；有權維持、保護與近用其宗教與文化場所；有權使用與控管儀式物品；以及**有權返回遺體**。因此，國家應採取有效措施，與原住民族文化社群/原住民族合作確保原住民族之神聖地區，包括墓地，受到保存、尊重與保護。

為達此目的，下述行為視為非法：

a. 在未經原住民族文化社群/原住民族社群**自由且事前告知之同意**的情況下，為取得有文化價值之物品，探勘、開墾或挖掘其考古遺址；

b. 毀損、移動或以其它方式摧毀對原住民族文化社群/原住民族保存其文化遺產極為重要之製品[69]。

Sec. 35. 生物與基因資源之使用：

對於生物與基因資源以及與原住民族知識相關之資源保育、資源利用與資源提升之使用，只有在取得相關社群事前告知後同意，並符合習慣法之情形下，才得於 ICCs/Ips 之傳統土地與領域中實施[70]。

b.事前告知後同意程序之實施方式

事前告知後同意之實施方式規定於「IPRA 實施規則與條例」中。根據該規定，設立事前告知後同意機制之目的，為保護原住民族在傳統領域、遷居及文化整合上之權利[71]。若一特定計畫欲於原住民族之傳統領域上進行，且該計畫內容為需履踐事前告知後同意程序方得實施之活動，即必須符合事前告知後同意之程序與法定要件[72]。最後需由

[69] *Id*., Sec. 33. Rights to Religious, Cultural Sites and Ceremonies: ”ICCs/IPs shall have the right to manifest, practice, develop and teach their spiritual and religious traditions, customs and ceremonies; the right to maintain, protect and have access to their religious and cultural sites; the right to use and control of ceremonial objects; and, the right to the repatriation of human remains. Accordingly, the State shall take effective measures, in cooperation with the ICCs/IPs concerned to ensure that indigenous sacred places, including burial sites, be preserved, respected and protected.

To achieve this purpose, it shall be unlawful to: a) Explore, excavate or make diggings on archeological sites of the ICCs/IPs for the purpose of obtaining materials of cultural values without the free and prior informed consent of the community concerned;

and b) Deface, remove or otherwise destroy artifacts which are of great importance to the ICCs/IPs for the preservation of their cultural heritage.”

[70] *Id*., Sec. 35. Access to Biological and Genetic Resources: “Access to biological and genetic resources and to indigenous knowledge related to the conservation, utilization and enhancement of these resources, shall be allowed within ancestral lands and domains of the ICCs/IPs only with a free and prior informed consent of such communities, obtained in accordance with customary laws of the concerned community.”

[71] The Rules and Regulations Implementing IPRA, Rule IV, Part III. Section 3. Free and Prior Informed Consent: “The ICCs/IPs shall, within their communities, determine for themselves policies, development programs, projects and plans to meet their identified priority needs and concerns. The ICCs/IPs shall have the right to accept or reject a certain development intervention in their particular communities.

The acceptance or rejection of proposed policy, program, project or plan shall be assessed in accordance with the following IPs development framework and value systems for the conservation and protection of:

a) Ancestral domains/lands as the ICCs/IPs’ fundamental source of life;

b) Traditional support system of kinship, friendship, neighborhood clusters, tribal and inter-tribal relationships rooted in cooperation, sharing and caring;

c) Sustainable and traditional agricultural cycles, community life, village economy and livelihood activities such as swidden farming, communal forests, hunting grounds, watersheds, irrigation systems and other indigenous management systems and practices; and

d) Houses, properties, sacred and burial grounds. “

[72] The Rules and Regulations Implementing IPRA, Rule IV, Part III. Section 5.

提案者、該原住民族社群及 NCIP 共同簽署「協議備忘錄」，利害關係人並須於備忘錄上簽名方為有效[73]。獲得原住民族社群同意之計畫執行者，不得將該「同意」移轉予任何他方，但因合併、組織重組、權利移轉、由另一實體取得或聯合投資的情況除外[74]。而在事前告知後同意程序進行中，NCIP 必須協助、建檔並全程監控該程序之合法性。

根據「IPRA 實施規則與條例」Rule IV, Part III, Section 7 之規定，如考古探勘挖掘、開鑿與使用宗教文化遺址，以及將影響原住民族文化社群/原住民族之權利及一般福利之政策，均需履踐事前告知後同意之程序，此即涉及原住民族傳統智慧創作財產權之管理制度。同時，NCIP 就公開表現、展示、表演及利用 ICCs/IPs 生活方式及實體文化之其他形式的期限與條件也需加以規定[75]。

四、結語

對於後設國族國家來說，遞延的國家建構，是一件極艱鉅的規範工程。重建憲法的時間點，以及繼受線型憲法結構國家賦予原住民族之特殊權利內容，都沒有辦法改變過去否定、侵害原住民族之權利的歷史，也無法單純藉由權利之賦與，直接剝奪市民之既存占有，更無法在短時間內重建被侮辱與被損害者之主體意識，包括其行使權利之習慣。而且，在與原住民族平等地遞延建構了憲政秩序後，時間，以及市民仍掌握絕對優勢的國家機器，還是在繼續以其慣有的步調前進，藉由共同或公共利益之名，試圖對特殊權利之內容進行相對剝奪。

以本文上述堪稱最進步的菲律賓非線型憲法結構特殊權利體系為例，該國固然擁有極為完整模擬線型法制之特殊權利體系，如IPRA，但是其國會於2009年又通過了「國家文化遺產法（National Cultural Heritage Act of 2009）」，並於2010年3月由總統簽署施行[76]。依據該法，菲律賓國內藝術家所創作之藝術品、超過五十年以上之建築，以及其他符合規定之文化財，若被認定為屬於國家級之重要文化遺產，即受該法保護。司法或行政機制對於文化財的解釋，以及對於特殊權利之定義，將會決定IPRA之保護的範圍，而造成實質徵收特殊權利的結果。

同樣的，透過2007年12月7日三讀通過的「原創條例」以保護台灣原住民族傳統智慧創作特殊權利的我國，在2010年1月也制定了「文化創意產業發展法」，後者第21條規

[73] *Id*., Rule IV, Part III. Section 8.
[74] *Id*., Rule IV, Part III. Section 9.
[75] *Id*., Rule IV, Part III. Section 7. Development and Cultural Activities Subject to Free and Prior Informed Consent (FPIC): "Policies, programs, projects, plans and activities subject to free and prior informed consent shall include but not limited to the following:
a) Exploration, development, exploitation and utilization of natural resources within ancestral domains/lands;
b) Research in indigenous knowledge, systems and practices related to agriculture, forestry, watershed and resource management systems and technologies, medical and scientific concerns, bio-diversity, bio-prospecting and gathering of genetic resources;
c) Displacement and relocation;
d) Archeological explorations, diggings and excavations and access to religious and cultural sites;
e) Policies affecting the general welfare and the rights of ICCs/IPs; and
f) Entry of the Military or paramilitary forces or establishment of temporary or permanent military facilities within the domains.
The NCIP shall prescribe terms and conditions regarding public presentation, display, performance and other forms of utilization of ICCs/IPs' lifeways and material culture."
[76] 法案全文可於菲律賓國會網站下載: http://www.senate.gov.ph/lis/bill_res.aspx?congress=14&q=SBN-3014 (06/12/2010)

定，政府得以出租、授權或其他方式，提供其管理之典藏文物或影音資料等公有文化創意資產。在第24條更規定，利用人為製作文化創意產品，已盡一切努力，就已公開發表之著作，因著作財產權人不明或其所在不明以致無法取得授權時，得經著作權專責機關許可授權後利用該著作。若依市民法下智慧財產權概念解釋前二條文，在原住民族傳統智慧創作專用院之認定程序相對複雜的情況下，尚未確定其歸屬的傳統智慧創作特殊權利，將很快地會被所謂之「文創產業」依據「文化創意產業發展法」利用完畢。

因此，非線型憲法結構國家有效實踐特殊權利保護的關鍵，其實不在於如何完整地繼受、實定法化線型憲法結構體制下的特殊權利內容，而是去理解、認同其形成、存在的原理。國家若不是基於「神聖信託」之觀念，管理與詮釋與原住民族社群相關之權利事項，而是以市民社會之主流價值逕行套用或擬推，則原住民族特殊權利的「同時性（coevalness）」特徵，以及原住民主權在生活空間上的「延續性（continuity）」存在，也就不可能被等價呈現在彰顯線性憲法結構下，共同生活價值的各種法律制度與實務解釋裡[77]。

所以，透過比較、理解線型與非線型憲法結構下特殊權利的形成、定義、承認、撤銷、處分與限制，才能有助於認知與理解特殊權利制度的導入，必然對市民憲政體制的塑型產生結構性影響，而且可能是嚴重解構性的影響。如此，對特殊權利概念的內涵與範圍之解釋，就不會只是繼續在既有非線型憲法結構的價值鏈下，去做機械性的修補或對應，而使辛苦籌建的特殊權利制度，成為一場「擺空盤子的盛宴（Barmecide feast）」。

[77]參閱：黃居正，〈時間、勞動與生態－原住民財產權的核心論題〉，《清華科技法律與政策論叢》，第 2 卷第 1 期，頁 21-2（2005 年 3 月）。

評論

黃昭元 教授

因為時間有限，以下的報告大致會分成三部份，首先要先聲明，基本上我自己的研究領域是在憲法跟國際法，在這兩個領域裡面，都會涉及到原住民權利的問題，但是我不敢主張宣稱我是原住民法的專家，所以今天來比較像是外行人學習者的角色，參與黃居正教授這篇文章的評論。

基本上，我的意見，套一句我們憲法上比較常用的說法，比較像是協同意見比較不是不同意見，在結論或最後的目標上，應該是一致的，但是對於理由構成、這個理論的內容分析，這方面可能會有一些不完全一致的觀點，可以拿出來做互相的討論。

首先是就整個文章架構的部份，這篇文章黃居正老師的用意，一言以敝之，其實就是如何在他稱為非線性憲法結構的國家裡頭，學習或消化那些線性國家在處理原住民權利問題上的種種優點，想辦法納進我們自己目前的線性結構，這是我拜讀完後的整個核心。如果這篇文章能夠再進一步，架構上也許有兩個地方是值得再進一步發展，第一個線性跟非線性兩者，尤其是像菲律賓這種，原本是非線性，後來在地緣承認以後，創造了這麼多從憲法、到法律、到政府組織、到各式各樣，甚至是正規解決這樣完整的機構，它跟過去比如說像加拿大，這些微粒子的線性結構到底差在哪裡，這之間比較具體的差異到底何在？

以這篇文章來講，我覺得比較可惜主要是核心的部分。第一章談線性，再來談的是非線性，接下來進入結論。基礎上，如果說能再就這兩個主要的結構，再進一步做具體的比較跟討論，尤其未必是後來居上，而是後來趕上的或者後來有反省的，比如像菲律賓，那這個到底跟過去的這個線性有何不同，這裡頭就會觸及到等一下會談到的。另外第二個部份是針對我國，既然放在我國的脈絡下，在這個議題中，這幾年很多關於原住民的各種立法，您會不會認為我們某種程度也已經像菲律賓，原本在一個非線性，可是我們已有了地緣的承認，也許還沒到後來居上，但至少也已開始在往前移動，如果是這樣的話，那究竟這兩個結構，尤其您一直強調這種線性結構到底對我們的啟示在那裡？

根據這個啟示進入我的第二點，我的理解是這樣，可能你所強調的這種線性的結構，過去在所謂的憲法交會、合議的時間點上，曾經承認過原住民是所謂的主權體。因此後續會展開各式各樣的特殊權利，而且是站在主權體的基本地位上去架構並發展原住民的各種權利，這是我的猜測，你沒有明白講出來，但是我看出你的言下之意，是要透過這樣的理解，將原住民的地位提升到我們所謂主權體的地位。

現在問題來了，分成兩點。如果就菲律賓來看，我覺得雖然今天菲律賓可能很不錯；

若從憲法的觀點來看，與其說菲律賓有提升到主權，不如說它其實是一個憲法架構底下的自治體，而不是我們傳統所理解的那個主權。同樣情形也可以問，您所說的這個線形結構底下，即使在憲法交會時間點曾經合議，但如果你去看當初那個合議，有些合議當時是用條約，像美國就是一個最典型的例子，憲法中都明白寫著跟人家簽的是條約，可是後來根本都不把它當一回事。當然有一些國家的合議不見得是透過條約的形式，如你所說的可能是國內法，這是憲法的一部分。

若先撇開像美國那種條約式的作法，像英國系統過去基本上未必是條約，比較像透過某種的皇室宣言等賦予它，這樣還能承認是一個主權體嗎？還是一種特殊的自治體呢？也許這是一個非常高度的自治，高到幾乎要接近所謂的國家主權，但是恐怕在規範概念上，這麼快的、也許過於粗糙的就把它直接稱為自主權，我覺得這個涉及到很大的問題。如果說拋開這個的話，那線性跟非線性之間的差異到底何在？意指你所突出線性結構的最大優勢，可能就會因此喪失。相反的，如果是主張線性結構相對於非線性結構有它的特殊地位的話，恐怕就是你所強調的主權體地位，但是第一個在概念或理論上是不是有自我矛盾。當然還有一點，對於線性結構國家的理解會不會過於浪漫或過於簡略，意指當過於強調在合議成立的那一剎那，後來實際的發展，尤其是後來很多的downgrading，或根本就是忽視，甚至是整個破棄的過程，似乎在您的報告或論述裡面是沒有注意到的。不管加拿大、澳洲、美國，也許曾經一度是印地安人承認，甚至是主權，是條約，可是後來很明顯的，到現在過去這一、二百年，根本都不是，他們是完全被國內法化，甚至連自治體都還不是，在這種情況底下，對於線性的理解，它的定義可能在理論面上，也許可以再進一步去加強、細緻化一點。

最後一點，今天就算我們承認，不管把它稱為主權體，或把它稱為自治體，其實都一樣要面臨合理限制，就是所有衝突的問題，市民法制跟原住民法制之間的衝突，一個是機制問題，一個是實體問題，譬如說透過什麼樣的機制，究竟是政治性的協商解決，比如認可這種衝突要先建構出一種類似，可能也許不是條約，也許是什麼樣的協商機制，大家先講好怎麼解決才能解決，所以並不是理所當然，若是進入市民法制的，譬如說法院，也並不是理所當然地進入，比如說我們的大法官去解決，這是一種想法；另外一個就是實體部分，不管那一種機制，都一定會面臨兩者衝突的可能，如您裡面所提到的，哪個優先，哪個不優先，譬如說，這個其實在各國不管是線性或非線性，都會面臨同樣的問題，關於這部分，我想這不是單面能夠處理這麼多。

原住民族律法與國家法制—
撒奇萊雅族律法（Sakiniket）之反思

楊仁煌 副教授

開南大學公共事務管理學系

學歷：國立台灣師範大學政治學研究所法學博士

專長：政治學、族群關係與政策、社區發展與管理、政治社會學、教育與文化政策管理、各國原住民族政策之比較研究

經歷：2010 ～ 考試院公務人員保障與培訓委員會委員

1997 ～ 1998 高雄市政府原住民事務委員會主任委員

1987 ～ 1993 中華民國第一屆國民大會代表

1987 ～ 1992 教育部原住民教育委員會委員

1979 ～ 1981 中央研究院民族研究所助理研究員

評論人

錢建榮 法官/審判長

臺灣桃園地方法院

學歷：國立臺灣大學法律學研究所博士班（公法組）

經歷：東吳大學法律系兼任講師

臺灣臺東地方法院刑事庭法官

臺灣桃園地方法院民事執行處法官

原住民族律法與國家法制-撒奇萊雅族律法（Sakiniket）之反思

楊仁煌、林靜玉*

摘要

台灣原住民族在台灣的歷史至少有 6000 年以上（李壬癸，1997：64），每一個族群幾乎都有治理其部群之律法（傳統習慣與規範），三、四百年來經過無數殖民國家的統治，原住民族賴以治理部落之律法幾乎蕩然流失。原住民族早期沒有文字，以口語傳承文化與律法及公共事務等，異於國家法律係以立法機關通過國家不成文與成文的法律。據撒奇萊雅族耆老 Bakah Kumud（1999）口述：「Sakiniket no babala-ky sa no binawlan anikakumudan a misaicel kiya malahcy ko Sakiniket no binawlan,nikawrira aka kapawan to nipidipot no kawas ci Malataw, ano mahaen naming ko nipitaon ato masitaz no binawlan ato malatapangay sakay kawas,omaan ko sakamuwanan o kapahay to koolip no mita iniyaro」“早期之社會規範或律法，雖透過全民參與及部落元老會議和與會者聯合議定，但不得不遵從天神之託夢與指令，因為制度律法之神聖性與執行力，仍賴全民及崇敬的神〈malataw〉，所共同完成之天人協合的律法，因此一旦發布，全民自然共戴這一部天人合力完成之律法，部落社會規範與政治制度自然就會井然有序。”

台灣原住民族自古就具有公民參與政治文化慣習，部落有重大事件或訂定法制或議決公共事務，原則上部落全民參與、或交由部落元老、貴族、年齡階級級長參與討論國是（各族群因社會制度與文化核心價值的差異，會有不同的呈現方式），並以合議政治制度之型態制定部落的律法(習慣與規範)。

國家法制與原住民族律法的形成不一，國家政治文化又未完全脫離臣屬政治文化的色彩，至今國家法制依然無法納入原住民族之律法，故國家法制很難有效解決有關原住民族律法或公共政策與事務之疑難雜症。因此，無論原住民自治法或原住民族律法議題如何演變，旨在存續與發展原住民族之民族與文化。

關鍵詞：政治文化、律法、歲時祭儀、習慣法、社會規範

*大漢技術學院觀光事業管理系講師

壹、前言

一、 研究動機

傳統上，撒奇萊雅族與原住民族各族都一樣有許多約定成俗之智慧法則，古老的禁忌與道德秩序更是維繫原住民族社會的重要規範，千百年來原住民族在其土地互動的過程中，發展一套與大自然和諧的共生機制。外來殖民統治的入侵，破壞了部落原有的律法(習慣與規範)，強制支配部落社會的結果，讓原住民族社會價值觀產生紊亂、自我認知混淆、文化斷層與流失、部落內部的失序、自信心喪失、並缺乏對應外在社會變遷之應變能力、而產生諸多困境與社會問題。

因此，回復原住民族各族並撒奇萊雅族原住民族基本權利，讓部落管理機制重新活絡，結合傳統與現代的智慧，創造出新的規範與價值體系，對原住民族而言是族群、生命、文化永續發展的新契機。

換言之，國家法制納入原住民族之律法智慧，是讓原住民族各族並撒奇萊雅族在更寬廣的範疇內自我發展，拋開被控制的命運靠著各族群共同的智慧與力量，讓原住民族長期以往受創的歷史性傷口，有著自我癒合的機會與空間，也讓原住民族各族在面臨現代化社會的衝擊下，能面對現實的挑戰，重新站穩步伐，選擇族群的定位與發展方向，擺脫原住民族「黃昏」的宿命，驕傲而有尊嚴地站在本屬他的土地上。

台灣原住民族在台灣的歷史至少有 6000 年以上（李壬癸，1997：64），每一個族群幾乎都有治理其部群之律法（傳統習慣與規範），三、四百年來經過無數殖民國家的統治，原住民族賴以治理部落之律法幾乎蕩然流失。

原住民族早期沒有文字，以口語傳承文化與律法及公共事務，異於國家法律係以立法民意機關之通過而成為國家不成文或成文的法律。據撒奇萊雅族耆老 Bakah Kumud（1999）口述：「 Sakiniket hant o no babala-ky sa no binawlan anikakumudan a misaicel kiya malahcy ko Sakiniket no binawlan,nikawrira aka kapawan to nipidipot no kawas ci Malataw, ano mahaen naming ko nipitaon ato masitaz no binawlan ato malatapangay sakay kawas,omaan ko sakamuwanan o kapahay to koolip no mita iniyaro」“早期之社會規範或律法，雖透過全民參與及部落元老會議和與會者聯合議定，但不得不遵從天神之託夢與指令，因為制度律法之神聖性與執行力，仍賴全民崇敬之神〈malataw〉，所共同完成之天人協合的律法，因此一旦發布，全民自然共戴這一部天人合力完成之律法，部落社會規範與政治制度自然就會井然有序。”

台灣原住民族自古就具有公民參與政治文化習慣，部落有重大事件或訂定法制或議決公共事務，原則上部落全民參與、或交由部落元老、貴族、年齡階級級長參與討論國是（各族群因社會制度與文化核心價值的差異，會有不同的呈現方式），並以合議政治制度之型態制定部落的政策。

國家法制的形成與原住民族律法之產出程序不一，加上國家政治文化仍未完全脫離臣屬政治文化的色彩，至今國家法制依然無法納入原住民族之律法，故國家法制很難有效解決，有關原住民族律法或公共政策與事務之疑難雜症。

至今有些國家法制讓原住民族無法充分體認，就如原住民族耆老 Angay（2001）口述：「A kaenen hau ko holic,a tangtangen hau ko holic,ira ko holic ma-haen to ko orip no misayiencuminay,aita to ko patirengay to niyazo kiya maorip ko binaulan nomita…… 」〈法律可以吃嗎？法律可以煮嗎？法律若有用，為何我們原住民族到現在仍然無法逃離貧困

與無力感，唯有自主治理恢復可以解決問題的律法（傳統習慣與規範），我們才有可能存活……。〉

基於如上之事例，引起研究者對國家法制與原住民族律法之探悉之動機，但因時空之有限，謹以撒奇萊雅族律法(傳統習慣與規範)為例，進行國家法制與原住民族律法（Sakiniket）之對話與反思。

二、研究方法與途徑

研究者以田野工作調查之參與觀察及深入訪談，並相關文獻資料研析之途徑，試圖以政治文化立論，探討國家法制與原住民族律法之間的拉鋸與誠信互動，和析論原住民族律法碰到國家法制之對話與互動。

三、研究範圍

分析與呈現原住民族律法時，因時空無法廣泛納入所有原住民族之律法，謹以撒奇萊雅族律法為例，以拋磚引玉。

四、研究目的

(一)落實原住民族基本法、國際原住民族權利宣言、國際兩公約等自主、自決、自治等基本人權之精神意涵。

(二)減少忽視因文化差異構成之決策與政策執行困擾。

(三)重視原住民族律法（傳統習慣與規範）。

(四)提供原住民自治法草案檢討與審思之空間。

(五)導引訂定讓原住民族族群與文化與時俱進不致滅亡反得永續之自治法。

貳、撒奇萊雅族律法(傳統習慣與規範)

一、撒奇萊雅族律法緣由與概念形成

台灣原住民族從傳統都有他們部落的自治領域，當然就有其固有之治理法則，其律法產出因部群文化核心價值及跟隨之政治文化結構之不同，其律法產出之程序暨意涵就有所不同，但可以確認的是他們確有律法或傳統社會規範，以有效掌控社會秩序與法制，使部落全民生活在自由自在、和樂融融、自然和諧的社會，為尊重各族群之文化差異性，以免不同族群或文化之民族越俎代庖。在此謹以撒奇萊雅族律法為例，詮釋國家法制與原住民族律法之互動與對話，藉以啟發更多有效解決有關法制的良藥與回響。

撒奇萊雅族透過 lalumaan(家族或親族規範)、ngangasawan(氏族機制)、selal〈年齡階級機制〉、lisin〈禁忌〉、binawlan〈部落公民機制〉、sikawasay〈巫師機制〉、kasaupu no babalaky〈元老暨部落議會〉、歲時祭儀(ukawaw sakailisin no mihmihcaan)…..等機制，

並在進行各種活動過程中或展開各種儀式或祭儀，轉動其機制組織及遵行各項活動應保守之律法(規範誡律)。經年累月，此舉不斷重複應用在各種大大小小之動靜態家族、親族、年齡階級、氏族機制、部落公民、元老會議……等機制及組織決策中，因此逐漸形成習慣規範之機制進而成為全部落治理及公民遵從之律法準據，茲將其緣由與概念形成略述於下

(一)部落政治：

該族老人會議、頭目制、部落祭師、年齡階級、部落公民參與……等係部落政治體制之主體，係部落律法之制定者，亦是律法之保障者及執行與監督者，堪謂部落不同律法之根源，人民當遵守自己應盡之義務與權利。老人會議（監察、司法、顧問、協調）、頭目制(行政、立法、司法)、部落祭師（立法、司法、宗教）、年齡階級(行政、立法、公共事務執行)、部落公民參與(立法、監督)….等職責。

該族的係集體領導之政治組織建立在年齡階級與會所制度之上，因此部落領袖（paperuay）亦由年齡階級為根本，其領袖的產生緣視其性質之不同而產生不同之領導人物，部落公民全力支持部落會議決定之法制與部落事務。

部落之年齡階級分為青年組（kapah）之主力，老年組（babalaky）、壯年組（matua-sai）、青年組（seral）其最高階級為青年之父（mama no kapah）為青年組領導階級，mama no kapah 對部落政治擁有行政、立法、司法之權，平時對其下級有管教權，所有部落的種種雜務皆由這一級總括負責，部落所有的男子都得體驗此一領導階級的經驗和機會，這一青年領導級是自然形成，每人都有機會隨自己同級團體升入該級，形成集體領導之領袖們。(阮昌銳 ，1969:100~110)

年齡階級的組織就可說是部落組織，一切公眾事務，皆由年齡階級團體負責處理，而公共事務之執行與管理，按年齡階級固有之分工機制作有效推展與治理，因此，該族之 Davek(會所)。是撒奇萊雅族部落如政府機關，領袖制度建立在年齡階級制度基礎之上，比喻低階級的青年是政府機關的低階級公僕，中高階級級長是主管官員，則老人是政府的總顧問，所以，該族的年齡階級係政府機構之公務人員-部落公僕的主要來源，也是部落議會之儲備人才。青年之父（mama no kapah）係部落頭目或內閣制總理，元老級團(ukumud no babalaky)係部落元老或虛位太上皇。假設我們部落政治制度中之會所是法庭，則年齡階各級級長就是陪審團，而頭目（papeluai no niyaro）部落領袖與顧問是法官，每年有一次定期之開庭審判，日期定在豐年祭（malikuda）之前，其他不定期之審判偶而有之，但不多，審判結果之罰金，由年齡階級團體及部落群眾（Vinaulan）共同享用。

(二) 年齡階級：

1.會所與年齡階級規範

該族之年齡階級（Selal）以年齡長幼的自然法則，大致可分四個階段：

(1)童年期（wawa）……..……1~17 歲

(2)青年組（kapah）勞動級……18~40 歲

(3)壯老組（matoasai）頭目級……41~62 歲

(4)元老組 (babalaky)…元老級……..63 歲以上

納入會所年齡階級組織，自成一團體，(1)階段童年期（wawa）未納入組織，餘(2)-(4)各階段各級等各有不同職責。

部落政治制度的規範與發展以年齡階級為主幹，構成以會所為中心之政治文化，年齡階級在初民社會是一種普編的制度，尤其是在母系社會中，具有男人為抗衡女人在親族制度的相對優越性，因此年齡階級可專注發展部落政治。

會所相當於現在的學校，而年齡階級低的就像學生，階級高的就是老師，如今有學校與教會之設立，因此教育功能為學校與教會的取代。以前沒有學校與外來宗教(教會)實施，其內容可分為品德教育、技能訓練、和公民教育等：

(1)品德教育；包括了如何培植部落優秀阿美族人，不扯謊、不偷竊、不偷懶、工作勤奮、尊敬老人、能吃苦耐勞之美德之養成。

(2)技能訓練；包括技藝之傳襲與能力之培養，諸如捕魚、狩獵、耕作之生產技能之傳習，青年摔角、射箭、跑步、膽量等之軍事訓練。

(3)公民教育；主要是訓練青年人了解傳統習俗，由老年人講述部落歷史，以及傳說故事，包括習慣法、宗教禁忌等等。

會所如同軍營，而年齡階級即為軍人，低階的青年是常備兵，中階青年為後備兵，各級有級長如同班長，高階者就是軍事領袖。而頭目(papeluay)就是統帥，宣戰與媾和皆尤其出面。

在會所中年齡階級組織成員所過的生活為嚴格的軍事生活，絕對服從長官(長於己之年級)。昔有軍事領袖(kakitaan no Salal)，負責青年之軍事訓練，如戰爭的技術，武器使用，戰術的操練等等，在戰爭時，各級任務分成，造成一個完整的軍事組織系統，可以抵禦外侮。

該族很多的祭儀，如豐年祭（malikuda），祈晴祭（pacidal）、祈雨祭（paurad）、驅病祭（misalivung）、拜祖祭（taladuas）…等都在會所為舉行場所，由年齡階級來策劃、推動與執行，祈求整個部落的安寧、緩和或摒除人們心理上之恐慌與憂慮並啟動新的希望、新的動力、促使整個部落和樂融融。

（三）經濟生計與財產與分工

家族是人類社會最基本的親屬組織，亦為同居共財繼續繁殖的親屬社會（衛惠林,1963：80），撒奇萊雅族在傳統時期的家族制度是建立母系承嗣的基礎上，是故，其居住法則（residence rule）是夫從婦居、子女從母居，男系皆脫離家庭入贅到別家，女系長者招贅而不能離開家族，財產共享、同居一屋，形成母系大家（extended family）為理想型態。（阮昌銳,1969；楊仁煌，2004）

無論那一族都非常重視與農業有關之祭典，特別是對主食產品，到了播種及收穫之時節，必定舉辦盛大之祭典，以示敬拜上蒼。這種保守、迷信特徵的認知，是初民農業社會之特質，他們認知的神就是祖先的鬼魂，長存於宇宙間而無時無刻不在保護著子子孫孫。當子孫的人，皆遵循祖先的冥示，求福避邪與他們生死禍福有關之農作物是否豐收，全賴祖靈能否賜予好運，台灣原住民族每年種植農作物及收

穫之時節一定舉辦隆重嚴肅的祭典，起初將新穀供奉祖靈，很像漢人古時之秋嘗大祭，原住民族的農事認知與概念與與從事農業的民族在思考上很多相似處。

經濟生計中之農事禁忌，這些 paysin（禁忌）是他們在獲得經濟財貨的經濟作用上的一種制裁，是一種鎮撫他們之間的經濟基礎上之手段，談到禁忌，原住民各族幾乎都當成「天律」且無條件的遵守，絕不敢違背，也影響在宗教、道德、經濟、政治、教育、天文等知識體系之運作，就如同一種不成文之法律，是傳統原住民族遵循之律法，其中有些禁忌一般社會認為不可理喻，但看在原住民族具重大的意義，如果有人觸犯必遭神罰，甚至禍害整個族群或全部落，若發生此種觸犯行為，必聯合全部落舉行謝罪祭典。

該族對財產的念觀 (property concepts) 從其所有權來看可分成兩類，一為 kapulungan(公有)，另一即 notiren(私有)。公有指部落和氏族世系群所有財產，私有即為家族及個人所有之財產。對於公有財產，其所屬可以使用或佔有成為私有，如土地經開墾之後即成為私有，公有財產不必然一定要集體(所有團體)使用。但用畢仍歸公有，如會所，及其附設器具。

私有財產，刀可任所有人使用，轉借和傳授，但出讓往往不是財產私有者所能決定，若家族財產之出讓必經家庭會議由族舅來決定。個人私有物之出讓或饋贈，視財物之價值之大小，亦得家長之同意才可出讓或饋贈個人私有物。

對於區域財產和部落財產中的自然財物，經發現後，可標記之，占為私有，傳統處理規範有先佔權拒佔權之分：

1.對土地之佔有：發現一塊耕地，而未經他人耕過，立刻用刀砍樹枝放在明顯的地方。

2.對樹之佔有。當在山上行獵或開墾，看到樹可利用，立即用刀砍其周圍之草表事先佔。以上為先占權。

有先佔就會有拒佔權，指已佔有之財物，作記號避免他人誤認為無主之財物而再度佔領，所以有拒絕他人再佔領。故先佔權亦有拒佔之意涵。

另有 3 例，其一，上山墾旱田，有若干不必攜帶之物品放在山腰或山腳下，要作記號，以示其物並非遺棄或失落的，外人必不得侵佔。又如在水田工作時，犁有時不帶回家，放置田邊，上覆蓋草，一則有防露水，有拒佔之意涵。其二，在田閑其間，水牛都放在山上，在牠的角或耳上作成標記，一方面以作為辨認其所有，另一方面有拒佔之意思。其三，家家外出工作時，家門大都不上鎖，以關門及穿橫木於門上，以示主人不在，不要隨便進入。拒佔的形式有時以巫師作法為之，如菓園和菜園防止閒人入侵與盜取，要作記號或請巫師作法術 mitima，倘若強行侵入會中法術而肚子痛。

（四）教育文化規範：

透過會所 Davek（會所）之傳習規範教育文化，習得政治（部落政治）、經濟（生計經濟）、藝能技藝、適能通識、宗教信仰之部落基礎訓練與實務訓練（楊仁煌，2004）。傳承漁獵、狩獵、採集、婦女家庭事務、男子年齡階級公共事務治理….等，婦女負責指導教育女性從小到大應做的職務、父輩帶領小男童及進入成年禮間之男性認同教育，成為年齡階層之男子，開始從事部落大大小小之公共事務，並按年齡階級聽從上階層之指

示按部落律法，參與歲時祭儀、狩獵、捕魚、豐年祭、戰爭、外交、體能訓練等部落教育文化事務，以認知部落傳統習慣與規範(律法)。男子幼年時應做的事情，及入年齡階級之習慣規範，規定的清楚楚。從濡化到涵化之過程必須遵從其應遵守之律法與社會規範，決不允許越矩，否則應接受嚴厲的制裁，如此社會化過程已無形中暗示族群成員從小到大應如何嚴守律法。（楊仁煌，2008）

由家族到親族至整個部落，Davek(會所)文化，其中有一個特質就是男性與女性之分工文化，意為男主外、女主內，描述男性從家族至親族幾乎沒有任何的地位及權威或決定權，是故 Davek 是他們唯一的避難所，也是男性爭回顏面及尊嚴的住所，更是他們發揮才華、保衛部落安全、傳承文化、習得技藝、吸收知識・・・等智性文化的地方，Davek 可以讓他有成就感、有自信、有尊嚴，更讓他們減少挫折、焦慮，也因此 Davek 發展出很多影響部落政治、社會、經濟、教育、宗教的文化特質，所以母系社會也是會所文化特質之產品之一，因為他們之間互為因果、互為影響是一體的兩面且密不可分，所以談撒奇萊雅族就自然聯想母系社會、年齡階級、會所之三角關係，形成集政治、經濟、社會、文化、教育、宗教・・・等功能之會所文化族群，它延續該原住民族族群、傳揚發展該原住民族之文化，該族雖沒有文字，但是自古以來(外來文化進入前)就有 sacepo(教育)活動與教育形式，各部落也都有教育場所-會所，延續民族的命脈，保存阿美民族寶貴的文化資產、先祖之律法智慧，透過濡化與涵化之過程傳承部落規範與習慣：

1.會所教育（no Davek a Cacudadan）；為一般民眾的教育場所，教學教材以生活倫理、知識、藝能、宗教、社會控制、習慣規範等知識，師資由耆老（saydan）來主持。

2.年齡階級教育(cacudadan no Selal)；接受過成年禮祭儀的青少年、青年為主，給予青少年，青年男子定期的教育及訓練，教學內容不外乎保鄉衛民，服從、勤勞、交際、各項技藝、野外求生、天文….等知識與規範，是故庵會所教育，從幼年一直到老的男性之文化(包括人格成長及行為)甚至相對也影響女性，因為她們必定有女性姊妹，長成一定會結婚而為人夫及為人父亦是家族兄弟……等。

3.Suraratan 蘇拉拉旦；特為長老和青年工作幹部研究討論的場所，教學與研究內容以部落治理之有關律法。

四、巴流（paliw）和巴拉訪（palabang）教學活動；為野外教育和觀摩與外交為主，建立其對外建立關與律法之認知。

4.巫師和祭典教育；為宗教教義活動。教以祭儀一切規範意涵與部落律法之關係。

（五）社會組織與分工

撒奇萊雅族的社會分工，女性係從事農耕，男性則扮演專司狩獵及戰爭等保衛部落及從事政治等公共事務工作的角色，該族是以農耕為主的社會，農耕收入穩定

，而且土地擁有者亦是母系，有助穩定整個部落的經濟，更掌握整個部落的生存，是故母系在部落有其特殊的角色及地位。由男性職司對外之一切公共事務，以保衛部落之安全。家族之間的姻屬由居住關係而發展成為家系組的中心，構成了地域文化的單系組織（衛惠林,1961：17），一個家族是共居同炊共同生活的單位，有其必要的財產（阮昌銳,1969：36），該族的親族構造原則是母系制度，子女從母居，夫從妻居，子女屬母系氏族，子女可終其生而不易居處，男子幼從母居，婚後從妻居。一家之中心以母親（ina）為主，母系大家族為其理想型態，家族組成分子向上包括母之父母、母之姊妹，旁有母之姊妹之子女，

1.將家族成員對家族之行為分為下列幾種：

(1)cacay ko luma 共同居住在一房內。

(2)cacay ko kaen 共同進食。

(3)saninaay 最老的女家長。

(4)makomud ko umah 共同使用土地。

(5)cacay ko salisinan 共祭同個祖先。

(6)makomud ko paysin 共同禁忌。

(7)vavakiyan 有一家舅。

(8)malcapu ko luma 家族會議。

(9)malcapu ko vakei 家舅會議。

綜上所述，我們可以了解，母系家族功能及父系家族功能是一樣的，只是母系是偏母性，男系是偏父系，族的祖父在血統上是漢人的外祖父，所以在描述上都以祖父稱之。由於母系社會男性沒有地位，只有加強搭蘆庵之功能，始能尋回自己身為男人之尊嚴，所以與母系社會之女性文化是相輔相成之組織。家族的血屬意義常是各種親族組的出發單位，構成了各種範圍的血親組織。

該族是傳統親族的母系家族，但由於日據時代之大男人主義及國民政府漢化結果，過度的雙系家族也變為主力，部分由於無女嗣而用男嗣承家，所以近年來漢化的雙系家族變的流行，漸漸被大眾所接受，加上政府的宣導，認為母系是落伍不進步，而致現在都行父系的狀態，可是一個民族之認知及價值無法在短時間改變，表面上該族社會之家族是行父系，但家族或親族過去的一套家族、親族文化模式仍以母系為主力，如決定家族重大事件母舅仍佔重要角色，尤其現在的生計經濟，大部的男性都外出，所以家族之大大小小都由女性來操作，男性仍如過去在外捕魚、狩獵，只是將工作型態之獵場改在都市工地、捕魚場域在海上遠洋罷了。

（六）宗教規範：

傳統的宗教信仰係泛靈信仰（diedietohan），是以宇宙界之生物與非生物皆有神靈，如木神、樹神、豬神、鹿神、牛神、石神、路神、屋神、海神、山神、穀神、田神……等，眾神之神為 Malataw，類推男神、女神、善神、惡神、子宮神、病神、醫病神……。

部落祭師（巫師機制）負責推動督導檢定歲時祭儀及特殊事故有無違背天意，並附有祈求上蒼與部落適當之規範與律法，有必要並以占卜確認很難用人之智慧解決之律法疑難雜症

據一位耆老 Takiyo（2000）的報導，dongi no wurip 是 sakatusa a adingo（第二個靈魂）或 sakahakelog（跟隨），主因是創造每個人肉身之神（deito），當祂與身分離，就會死亡，按這種講法 dongi no wulip 是個人之 dietu，有人要喝酒時可以對自己的 dongi 行灌祭（mibetik），巫師為人治病之時，也可以呼叫病人的靈（dongi no wurip）；當孕婦生產陣痛的時候，在旁助產之產婆或家人也可以在旁喊（kati kati dongi no wurip）Kati Kati kasadak toway,asiruma ano mangocihayyaca akakangudu kati kati dongi no wurip 意為來來來，生命之神，請您快出來，不論是兔唇亦可，不要害羞，請快出來吧“生命之神”（dongi no pawulipay）。

mapalaway（巫師）特別奉祀的 dietu（神靈）稱作 saloabang。Saloabang 字詞中的 abang“搭背”之意，由此延伸出 saloabag 是扶持的神，具超人能力的扶持者。屬神靈(dietu)中較特殊的一種。茲略提撒奇萊雅族巫師替人祈神、消災、治病時之扶持之神靈（saloabag a dietu ）

(1)vasonihar 黎明之神。

(2)Kakacawan 守護之神。

(3)Madadingo 透視之神。

(4)Marokirok 開朗之神。

(5)Masaysaan 溫和之神。

(6)Kakomodan 歸宿之神。

(7)Cimocihan 長節之神。

(8)Cimecelay 耿直之神。

(9)Cinamuhaw 喜樂之神。

(10)Lalamitan 生根之神。

(11)Cimasiday 再生之神。

由上所述之神是巫師替人治病、消災祈福的神靈，也是巫師群中較有代表性之 saloabang。要變成巫師，必須要拜師修練，弟子們先學習接受師父（piwinaan）的 salo’avag 當作自己的 salo’avag。俟修成之後，由師父主持傳授禮，從此弟子有自己之 saloavag。一般巫師除了 kakacawan 及 Fasoniher 外，有五個 salo’avag 已經足夠。但若想增加，也可以

再拜師修練，所以部落律法之制定時，u tapan no mapalaway (巫師長)扮演重要決策顧問與監督及判斷之角色。

二、傳統撒奇萊雅族之律法

根據如上之部落律法制定認知過程，再循報導人報導及研究者觀察與深入訪談之所得，顯示撒奇萊雅族（Sakizaya）古早就有律法之口傳，以此控制其違反部落規範行為。族人若違背律法，恐遭神靈〈dieto〉不祥之對待，或著遭受到部落的懲處。諸如違反禁忌、亂倫、殺人等行為，會遭致自然界神鬼唾棄、部落輿論、大頭目及年齡階級等部落律法機制之懲罰。茲試略述該族部落傳統律法供作拋磚引玉之效。

(一)Paysin(禁忌)

在生命過程中，不管平時或特殊的時節，撒奇萊雅族有許多要嚴守的禁忌。該族都將其認知為律法，任何人若違背此戒律，就形同違背天意會遭天譴，所有的族人都視同宗教信仰嚴守祖傳之誡律，台灣原住民族千百年來就是靠這種自然的規範，維持整個部落之安寧，茲將與農事有關之經濟觀念描述於下：

1. 狩獵（miadop）之禁忌（paysin）[1]

狩獵前所有的獵具都要經 mibetik 儀式，以示去邪並祈求獵行豐收平安凱旋歸來，所有相關之獵具女性都不能碰觸，行前禁止行房，男人不能接觸了生產者之胎衣，若犯忌戰爭會失利、狩獵者無獲。並忌食蔥、蒜、魚等刺激之禁食食物，違者會遭致不祥一無所獲並敗興而歸。

出獵時一齊出獵者，如有夥伴中途得病而返回部落是件非常不祥的事，若萬不得已一定要返回部落，其所攜帶的東西，不能帶回部落，原住民認為他所攜帶的東西應該用在、留給在目的地狩獵的人，假如患者帶回部落是極為不吉利的象徵。出獵途中，絕對禁止講「此次可以獲獵物多少？」之字眼，如此說恐為野獸之神知曉而遠走高飛，致得不到獵物。出獵時如聞鳥（cikar）的鳥鳴聲「噯！噯！」，就要馬上返回部落，歸途中若再聽此種鳥（cikar）之叫聲，那家族就也禍了。要出去打獵時，不期突然打噴嚏者，就要中止打獵。走路時，如遇不吉之兆，馬上要休息，已出獵者如遇不吉祥，立即中止。出獵中途，忌諱放屁，中途如有蹶仆，此行必不吉，如有此情境發生，立極折回。Miadop（狩獵），獵前一夜絕對不能碰女孩，否則凶多吉少，就算沒有受傷，打獵業會一無所有。不得洗衣服，自己的衣服可以洗，但女性的衣服及嬰兒的尿布絕對不能碰，否則打獵、捕魚常會失手或空手回來。

2.有關漁業的禁忌

[1] Ciwulaw（80 歲）,2001 於北埔報導。

忌食烏賊，又男子忌食章魚，也忌捕食鰻魚，且禁忌用手觸及鰻魚，大抵各族原住民族部群，皆對鰻魚甚避忌，部落裏頭有喪事也停魚獵。出海或出征等的前一夜，禁止與女性同房，不論是自己的妻子或其他人，絕對禁止與性接觸。Akapibaca'to zikuc〝不要洗衣服〞，自己的衣服可以洗，但絕對不能碰觸女性衣物及嬰兒尿布，否則打獵、漁事常會空手或發生不幸事故。獵具與漁具不能讓女性碰觸，免得失靈而一無所獲，同樣地釣魚竿也不能讓女性碰觸。

3.paysin no habay（小米的禁忌）

小米（havay）是原住民族各族傳統時期的主食之一，因產量有限且受時空的考驗，如稻米傳入而被取代，但種植小米，有關小米的祭儀（lisin）和禁忌種類很多。雖然目前稻米取代小米成為主食，但稻米的禁忌（paysin no panay）較少，有關小米的 paysin 敘述於下：

（1）miikoc 準備日，耕種小米時，小米要播種及收割前一天，要清理家中魚類，不得留到第二天，在小米田裏工作期間，有禁止吃魚獵的禁忌，假如在這時吃魚會生病。

（2）aka karawraw〝不要亂來〞，在田裏收割小米時不得交談、放屁等，不然小米的精靈（dietu）會跑掉，造成小米的損失。

（3）aka pakido to kanakanas，漁具不得放在米倉內外，否則小米精靈會相剋，惹來小米受損及家人生病。

4.o paysin no sakaciyog 導致農作受害的禁忌，sakaciyong 的 ciyong 一字，原意為農作物受害，農作物包括水田裏的稻子、山田裏的甘薯、芋頭、蔬菜等，除了暴風雨外，如山豬、老鼠、病蟲等都會使農作物受害。以下所列之禁忌都會造成農作物受害，敘述於下：

（1）pilabengan（葬禮日）公休，部落有人死亡時，其埋葬之日全體居民公休，田裏的工作都要停止，暫時休息一天。不論你家正在耕田或收割，絕對禁止靠近或進入田裏一步，不然的話，死神會隨著你跟到田裏，惹來 maciyog 之害（農作物之害）。

（2）pitastassan（拆除舊屋）公休，部落內某一家庭準備建造新屋拆除舊房屋的那一天，全體居民公休，公休的主要原因是拆除舊屋那一家的祖靈（dieto no loma'）一時失去了居住的地方，會變成野鬼或幽靈，跟著人到田中，這樣一來會造 maciyog 之害。

（3）pisalivongan（驅魔祭）公休，這是全部落的祭儀活動，宣佈公休是自古至今的慣習，paysin 的理由是恐惹來 maciyog 之害。

（4）pasadakan to madaponohay（除喪禮）公休，服喪的寡婦或鰥夫守喪期滿時舉行解除禮，此時全部落原住民照例要公休，公休的理由是怕惹來 maciyog 之害（農作

物受害）。

（5）pilisinnan 豐年祭期間，從準備日起到最後一天止，凡是主辦單位宣佈公休的日子都要公休。不守 paysin 者，自家的農作物將受害。

（6）aka pisalikuda 平時禁止唱作豐年祭之歌舞，不論個人或團體在豐年祭的期間之外，不得唱及舞豐年祭的歌舞，否則會受到 maciyog 之害。

（7）aka canor，稻米或小米開穗之後到收割之間，任何人都不得在田園內作樂吵鬧，例如唱歌跳舞都在禁止之列，否則農作物會受損。

（8）aka kalholol，田裏的稻米成熟期間，在田園內男女不得談情說愛，否則也會受 maciyog 之害。

綜合上述禁忌，在傳統時期，他們確實對於這些禁忌，原住民族阿美族群都很遵守，一時頗難破除，要使他們不理會這些禁忌而突然改變他們的經濟意識及認知和組織，實在是很不容易，這也是原住民族在經濟上之經濟意識及認知，因此其經濟水準無法在短時間趕上大社會之原因。因為原住民太多的禁忌及假期，動不動就放假，一去不復返的工人很多，所以老闆喜用外籍勞工。

基本上，禁忌（paysin）是該族各種社會生活的法則（sakiniket）。從而約束人們的行為，進而產生維持社會文化秩序的結果。首先，我們違反了 paysin 即會帶給自己或家裏的人不好的運氣，所謂壞運氣可分兩大部分，第一是人類本身的厄運，如生病、病情加劇、殘缺甚或往生。除此之外，戰爭失敗也可歸到這個類別。第二是與物有關的惡運，如小米歉收、各種農作物受害、打獵捕魚無所獲等，這一類的厄運，可以說是導致人們貧窮、困苦的不好後果。

再由那些可能造成厄運的人類行為來觀察，基本上可以說都有違反該族宇宙秩序或社會秩序的危險，當然從實際資料中可以看出，有些 paysin 與社會規範的關係極為密切，整體來說，這些 paysin 從兩方面來反映該族的社會秩序，首先提一般性社會價值規範，例如不偷、不盜、尊敬長輩，不當面取笑人的殘缺等，另一類則與部落公共政策的有效運作有關，例如在年齡階級組織制度中必須服從上級指揮，違者會 sawadan no dieto ato niyazo.(遭神靈與部落之拋棄)[2]。

簡言之，在該族傳統社會規範中，paysin 代表人們必須遵守各種法則之象徵。這些法則，隨著傳統的習慣、疾病醫療、法律制裁等，皆能實際約束人們行為，所以在各種祭典儀式、社會秩序、自然環境保育等能確實遵行。

5.madapunuh (配偶死亡)

配偶亡後，鰥寡者在服喪期間不能去任何人的家，禁止到田裡耕作，禁止參與年齡組織及部落活動，禁收受別人贈送的東西但允許家人代收，坐位不能在別人直接可以看到的明顯之處，出入也不能從正門，禁與賓客一起用餐，禁止與路人打招呼，違反此一

[2] Cilooh（75 歲）,2005 於 Dawlik.訪談整理之文章。

誡律，會讓人肚子痛瞎眼等等身體上之不爽，更遭致天災或農作物歉收之不吉祥之徵兆。

3.makapatay〈部落有人死〉

部落有人死亡，其奔喪家屬之鰥夫或寡婦，禁止從正門進入室，奔喪者禁止盛裝。抬棺路程不能歇息直接抬到墓地，開挖墓穴時，挖掘者不能禁止在中間休息、用餐、喝水。挖墳墓者工作結束後，一定有禳祓儀式使之去邪改運，但儀式中使用之物品不能給別人食用。違反戒律者會招來禍害。

6.nu kumud akawaw (部落公共事務)

在他們的公眾活動中有許多禁忌。如大頭目就任新職時，所有參與就職典禮的人都有穿著顏色及食物之規定，用餐時一定要把食物由年齡階級最小層級者送至大頭目的面前，因大頭目不能走來走去左右晃動，否則其治理會不穩定無法穩住泰山，天搖地動獵物也無法掌握，喪失天時地利人和之有利氛圍與氣勢。

部落中年齡組織中以占卜決定嚴守禁忌者，其職責係在部落舉行祭儀時務必嚴守禁忌。這些禁忌是不外乎勿行房事、勿洗臉、勿洗澡、禁食早餐、禁飲水、禁食魚、禁食青菜。

部落流行疫病、農作物歉收、久旱不雨及苦以不晴時，經部落公共事務機制啟動，由頭目帶領部落祭師舉行禳祓儀式以祓除之，如驅病祭驅蟲祭祈雨祭祈晴祭.....等即是。此時部群至少三至五天禁吃魚或蔬菜。不服從或違背禁忌者，罰以牛一頭或豬一條或雞數隻。

(二)Malawilaw（亂倫）

撒奇萊雅族禁婚範圍是母方親族在四代內禁婚，禁婚範圍是母方親族在四代內標婚，父方親族在三代內禁婚。若與禁婚範圍內的血親結婚，即為亂倫之確定。在該族人誡律認知亂倫會遭天譴的，族內的人亂倫，則族內的人口就會減少。這種之律法〈傳統誡律與社會規範〉亦在其神話傳說中有敘述之。

(三)Mipatay（殺人）或 Mipalue（傷害）

殺人 makapatay to tamdaw，大致分為故意殺人（nipatengan）或無意殺人（mapaselo），在傳統故意殺人 nipateng amipatay 多半因打架而起。打架而出命案，名之為 nikaltaesan kony kapatay。殺害者 mipatayai 犯上了殺人罪後，須逃出部落外或躲在田中或山裡之工寮（taluan）至少一年以上，暫不能回家。受殺害者 omapaloay kony kapatai 的親族(父母、兄弟、舅父、伯叔父及已成年的堂兄弟)於發生命案之日起，每天都要到加害者的家裡要求賠償。通常於殺人後，加害者的父母會派一位孩子，到被害者的家裡每天為他們工作，此人曰 pacobayay to kawaw（以工還債），為期二年。絕不能派女婿（kadabu）去，若指派女婿去，是件羞恥（kapesian）。往後加害者的父母每五或十日要做糯米糕（tunud）送給被害者的家人，若有魚或有肉時則可以魚肉代替。當被害者的家裡有特殊的事情時

(如蓋房子、割稻子、開墾……)，加害者須多派幾人協助。若加害人之家沒有人可派到被害人的家哩，則須以實物賠償，普通是賠償牛隻，沒有牛時賠豬隻，沒豬隻時賠小米等食物。

超越一年後，受害者的家屬會派人到加害者的家裡感謝。並告訴加害者家人「今後不必再送東西，僅派人幫忙工作就可以了」。假使二年過了被害人的家屬仍不派人去加害人的家，表示停止加害者家屬送東西或派人幫忙工作時，他們（受害者）會遭部落的人責備。二年後，兇手才可以回家鄉。通常由老一輩的人去接他回家。但此刻不能在大屋子裡睡，違者會遭別人的譏笑，他應住在小屋子裡。二個月內白天不能被人看到，如要幫家人工作，天還沒亮就要趕著出去，天黑沒人發現時才能回家。殺人會引起非常嚴重的後果，不是賠償就了事的。雙方若有姻親關係，則馬上要離婚，原有之姻親關係立即中斷，其後代也將永不能結婚，但他們之間禁止血仇報復。另外還有在解決命案過程中用一些傳統宗教儀式，被害者家屬在加害者遠逃之後，受害者會拿竹子到他們家鞭打房子並咒罵。按照規距，這類房屋就不能再住下去。之後，族人許可加害者回到部落時，還要行襯祓儀式。

在傳統傷害大致可分：狩獵誤傷、毆鬥傷、無意傷〈以鐮刀割路旁的草而傷人腳、小孩在旁邊看大人工作，不慎而受傷、在田園之周圍被防他人入侵的尖竹 patcoar 弄傷，類似有人不小心的傷…. 等無意致傷〉。對傷害罪處理的方式，處理方式不一，有時採取賠償與酒宴的方式處理之。賠償物質之多寡，視傷之輕重而定。輕者罰賠小米或稻，重者罰賠牛或豬並在會所舉行和解酒宴 maliepah。酒宴時雙方的親族 lalumaan 聚集在一起，先由 lalumaan 的代表交換和解的酒杯，隨著肇事人及被害人也交換和解的酒杯，再由雙方家屬或親族請部落有影響力的人，如頭目 Tapang,babalaky 一起喝酒。罰加害者所得的牛或豬或雞（是罪行之輕重），在事情解決之後，邀請 babalaky、kalas no niyazo、pituuzan no selal 等在會所裡面共餐，稱之 makumud to nikatazazanan 或 makumud to nivavuyan 或者是 makumud to niayaman。

傷害罪處置方式，大都採和解與賠償的方式但事後不外有酒宴。賠償物多寡，視其傷害的程度而定。輕者罰賠小米或稻，重者罰賠牛或豬並在會所舉行和解酒宴 patawsi。宴酒友如下規矩一是 makumud ko lalumaan no sikawaway，先由 sakakay no lalumaan 交換和解（sakangay）的酒杯，接 著加害者與受害者交換和解酒杯（mababalic to sakangaay a takid ），最後再由材雙方所請的 Tapang no niyazo（有影響力者）makomod a patawsyu 同喝酒，salikulay to binawlan（後面才大家一起喝酒的場面）。matoasay、kalas no niarox、pituuzan no selal 等於會所裡面分享所罰的牛或豬，曰 maun to mivavojan。但與案件有關係者，禁止參加會餐。[3]

(四)Malalamu（姦淫）

撒奇萊雅族對姦淫有其依定之律法，性違反律法（規範習慣）時，部落律法會加以

[3] Kilang（71 歲）2009 於 pokpo 訪談整理之資料。

制裁。男女雙方都有配偶而通姦時，雙方各罰一條豬。有婦之夫與未婚少女通姦時，男方處以一條豬或牛，女方則罰一雞。私通，若雙方皆未婚，責罰酒一陶壺及糯米糕（tunud）二大團，女方則罰糯米糕一團，且禁止雙結婚。若姦淫而懷孕，則男方處以牛、豬、童裝和背小孩所用的帶子，據報導人報導僅能取當中之一項，No babalaky hen any ka ulip,uma hanenay a kawaw taesen to ayaw no vinawlan sapakatalaw to alumanay,aka pitudun to mahanenay a kawaw sanay.mausaw a taesan tangasa iny kacelenocidal.[4]

(五)Malcinuwas（離婚）

早期該族因受到母系社會文化之影響離婚係很平常的事情，男性不勤勞、體能不好、不受岳母之喜好、人際關係不好，可能將嫁過來所攜帶之包袱就從穿戶丟出去，丈夫見之就知其義，撿起來就流浪他鄉，無顏留在原鄉。根據該族的律法之所以會離婚因素如下：夫妻不和、kadabu（女婿）與妻家（lalabu no lumae）不睦。贅夫與岳母失和時，男的返回本家，離婚即成立。越軌不貞亦視為離婚的理由。該族並不過問婚前的性生活，但婚後絕不能違反夫妻間之戒律。若發現對方有姦情，即刻離婚。久婚不育或子女夭折的夫妻，因命中註定不能在一起，否則會影響家族之命運，也會被逼離婚。夫妻雙方之親族發生或發現係仇敵關係時，也會構成離婚的要件，也要離婚。

離婚後男的當然要離開妻子的家，子女南的不能帶走必留在女方家。至於夫妻共同耕作的田地，全歸女方所有，這就是母系社會之離婚律法。到了日治時期濃厚大男主義色彩改變了該族傳統之母系招贅婚，所以到現在原有之婚姻制度也就變遷為父系嫁娶婚，婚姻子女與財產繼承也大都變成父係繼嗣。離婚父方影友子女撫育權，財產億由父方繼承之律法，但自從國家法制進入部落，除暸家族以協商和解方式解決，大都已開始述諸國家法律機制解決[5]。

(六)Mitakaw（偷竊）

偷竊，不管偷的是什麼？菜、木材、傢具、雞、珠寶……等物質，被發現務必將原物歸還或等質賠償給被害人，若情節重大要處以豬一隻，再傳統時已是天價。颱風過後漂流木，到海邊或河邊自由檢拾，若有中意的會以石頭或其他好認的木頭置於上做記號

[4] Ciulaw（80 歲），2000 口述：古時撒奇萊雅族之處罰姦淫之律法，非常嚴厲，一但被抓姦，一定要讓全村的人到會所之廣場目睹鞭打性器官，以敬傚尤。接著他說到了日據時代，此種習慣法漸被禁止改由和解及罰以牛、豬、雞等，當時牛要耕田，豬是很辛苦的養，不是很嚴重的改以雞幾隻來替代，所以撒奇萊雅族很流行 ayaman（罰以雞隻），後來引伸 ayaman 為「罰」的意思。

[5] Cibakah（83 歲）1999 口述：撒奇萊雅族因與阿美族在一起所以通婚很容易，律法（習慣規範）有時很難區別，但古時後確實很嚴格，只知道我的父母親說，完全交給神靈所指示之戒律罰之，雙方親屬也不敢忽視天法，所以會很嚴格遵守律法執行，否則執法者都會連帶受罰。但執法者亦會視罪行之輕重祈求上蒼從輕量刑，但仍以部落或掐族之戒律為依據，所以執法者非常謹慎。至今仍盡量以和解不上法院為處理任何罪刑之基礎。所以原住民族仍以親族、部落有影響力的人來解決部落之間的相關事件。但國家法律介入，現在只要是刑法事件傳統律法就沒有辦法處理。否則原住民族之間的事件若以傳統規範或習慣法（律法）解決，應是更好。

已表示其所有權。Mitakaw to kilan（侵占別人已有標誌的漂流木）為犯法，被發現一定還給原主。如原物已無法歸還原主，要以等價的物品替代之。

劃分地界（不動產、居住地、田地…..）的石界，若被一方任意搬動或移動時，就會發生地界的爭執。雙方會找他們的親屬商量，然後分別派代表與部落老人分析事實再告知頭目，頭目就會派協調者到現場去深入解析狀況，最後由 babalaky（老人）將其調查之結果研判。挪動地界界石的一方須出酒二份，另方也要出酒一份，由全部落的人來喝。若惡意的移動地界界石或侵佔會重罰，會處以一牛或一豬。若任何人無法解決此一爭端，該系爭之地就歸屬禁忌之地，該地所生產的任何作物視作有禁忌的物品（sipaisinay）。此外，尚有幾項侵占罪。以壞的東西換去了人家好的東西 nivalic;將別人的東西藏起來 misimed;強奪人家的東西 miaraw;強借人家的東西到時又不歸還 caay pacubay，如在耕作期間強借人家的耕牛，用完時不馬上歸還。違反了這些習慣法時，或罰酒或罰其他實物。

(七)毀損財物

私人的財產若被他人故意破壞，亦可訴諸大頭目而處以損害財物的人一隻豬。micaliu（借用）他人的東西或財物等而遺失，要賠償相等價值的東西或金錢。放火燒人家的房子，若當場被抓或發現，應罰大豬一隻或牛一頭。若沒有豬、牛時，則罰一百把糯米束（balud no panay）。更嚴重的則需沒收縱火者之財產，或將其所養的牛、豬等牲畜供給全部落人享用。更甚者受害者同年齡階級層的夥伴，還會伺機燒其家屋藉以為受難者家族出一口。

(八)繼承

該族係母系氏族，家族的財產，傳統時期之律法，全由母嗣繼承。但象徵男性之財產，如祖父所編織的男性聖物籃，及父親所製作之任何鄉徵男人的器具、狩獵具、武器及衣飾……等，理當由父傳承給男子。

但在日治時期之後，因皇民化結果，該族大步開始行嫁娶婚，以明顯感覺沒有特別重視長女或幼女傳承。子女長大後，但大部分仍以招贅或分家另立門戶為核心價值，留在本家傳承家系者，大都是能博得父母心怡的子女。到後來父母有權利讓任何兒子分產，但田產要分的是恰當。其田產之分法，按田產之多寡，原則上留在本家多一點，分出者少一點。有的田產多的，就可留本家一份，分出者一份的比例。分產權責完全以家族輩分最大的女性為主，舅權永為最後之裁判與守護者。

(九)年齡階級違法亂紀

年齡階級較低階的人如不守集體規範，或在團體活動中，其行動不有違團體標準時，

一般罰他修馬路，雖道路沒有壞，草也沒有很長，為了教訓也要叫他修整。有的是高階年齡階層會派低年齡階級的人去做某項故落公共事務 (如修路、造橋、搭蓋獵場草棚、整理安排公共設施等工作)，高一級年齡階層的人，握有下二級的權利監督指揮權責，若有人不從或工作不努力，是一件違背部落重大事件，視同抗命要嚴厲處罰，該族的年齡階級是部落公共事管理之靈魂，是決策政策之執行者，決策政策中心的首腦係 mama no kapah（青年人之父）部落議會之主宰元老們是監督者，所以各階級之級長都必須堅守自己崗位之職責，絕不能疏忽，否則上一級會對下一級之全體人員，會有連坐之處分，無一倖免，所以每一個階級的人無不戰戰兢兢，如臨深淵如履薄冰，所以傳統時期很少有青少年問題與老少問題。

常見的個案係一些違紀的事項需受年齡階級組織的懲罰。低年齡階級的人因受不了繁多的勞役，無法承受身心之勞煩，有些甚至逃亡曰 milaliw。此時該一階級的所有人就會聯合起來去抓他回來，除了杖打逃亡者，還處以牛或豬一隻。[6]

(十)誹謗（palawacu）詐欺（paceba）

誹謗他人（palawacu to taw），編造假話只是為了不參加團集體工作，會被同年齡階級的人杖打。於部落傳播謠言 milaplapay to patelacay a sowal;忌妒並挑撥是非致夫妻離婚 mainapay;提供假情報以欺騙團體，如上罪狀罰以酒。還有明明他去那個地方遇見可怕的事情，瞞著別人，使人家也到那個地方去，曰 misavanaay，罰以大家滿意的東西。

(十一)裁判與刑罰

在撒奇萊雅族若不遵守律法，處置的方式在過去大致分為；首先，訴諸於大頭目（Tapang no niyazo）大頭目依照律法（規範戒律）。次之，如不訴諸於大頭目，就換作某一年齡階級的人，按照習慣法處置違反律法者。再者，輪到被害人自己按習慣法罰他。交由年齡階級處罰時，可交由與犯罪人同一年齡階級的人出面來罰他，亦可交由和被害人同一年齡階級的人出面來罰他。若被罰的人反抗，則加倍處罰。

常見的處置方式是罰以豬一隻。罰得豬一頭時，罰得的肉其分配法是把豬頭（tangal no babui）送給大頭目，豬肉分給其他的人。年齡階級最高一級的老人及執行罰豬的那一年齡階級的得第二多的肉，usakateluc 拿到的最少，甚至有時還分不到一點點的肉，不但拿不到肉，而且還要負責殺豬、分肉、切肉的瑣事。若真正無豬時，被罰人可繳糯穀五束（lima abalud no panay）的米糕（tolon）。頭目可拿到九分之一，通常年長的（babalaky）年齡階級層級高的 ukaka no kaka a selal）、依此類推最年少的或年齡階級最底層（usakateluc）根本分不到。這就是分食之習慣。

常見的另一類刑法為杖刑（palow），常由年齡階級內的人來執行。執行者有時由上

[6] Kumud bulaw 總頭目（60 歲）（2006）於 Sakor 訪談整理之資料。

一級的人行刑，亦或是由同一階級的人行刑。受杖刑（palow）者必需絕對服從，二手一定要放在前面以免誤傷，杖打者自打其臀部。挨打的人為防止打傷臀部，大都在被打以前用麻袋裝去穀的禾穗若干，將它放在臀部。打的人明知被打的人有此舉也不檢查，因為很多人是過來人，也就放過他[7]。

參、政治文化與原住民族律法和國家法制之互動與對話

一、政治文化會影響國家法制之執行

政治文化是一個政治體系之成員對於政治事務所持的認知、評價與行為模式，而政治社會化則是學習政治定向與政治行為規範的過程。觀察一個國家的政治文化表現時，不能忽略該國民眾政治社會化過程（陳義彥與陳陸輝，2008）。

Almond(1956)對政治文化的定義是：「每一個政治體系皆鑲嵌於某種對政治行動取向的特定模式中。」而政治文化與一般文化相關。因此，雖然政治文化的內涵，是我們觀察該政治體系內人民的政治行動歸納而得，不過，政治文化的本質是具有一定的集體性。換言之，「政治文化是由一個政治體系的集體歷史與該體系成員生活史結合而成的產物。」(Pye, 1968)。

Verba(1965)對政治文化的定義則是：「由包括經驗性的信仰(empirical beliefs)、表達的符號(expressive symbols)以及價值觀(values)三者所交織而成的一個體系。我們稱政治文化為體系，因為我們假定一個社會之內諸觀念、感情和態度，並不是偶爾或雜亂無章的。」因此，政治文化可以界定為一國人民對於政治標的物之政治活動模式。政治標的物係 Easton(1975)有關政治支持的標的物，可以區分為政治社群(political community)、典則(regimes)以及權威當局(political authorities)。至於政治活動模式，是指對政治標的物之「認知」(cognition)、「情感」(effect)以及「評價」(evaluation)(Almond, 1956：396)。就認知而言，是對政治社群、典則以及權威當局的認知、區分與了解。情感則是對政治標的物是不是產生一定的依附感或是涉入感。評價是指對於政治標的物依照一套標準給予好或是壞的評估。

對於政治文化的經典之作，當推 Almond 與 Verba 在 1963 年出版的名著《公民文化》(The Civil Culture)一書。他們利用調查研究的方法，分析美國、英國、西德、義大利與莫西哥等五個國民眾的政治態度以及對民主政治穩定程度的可能影響。他們依照認知、情感與評價三個面向，以及政治體系、政治輸入(政策的制定過程)、政治輸出(具體政策及執行結果)以及民眾的自我能力，將政治文化劃分為地方型(parochial)、臣屬型(subject)以及參與型(participant)政治文化。

地方型的政治文化出現在非洲的部落社會，其社會分工程度極低，常常是部落領袖集政治─經濟─宗教大權於一身，並沒有專職的政治角色出現。其對於政治體系、政治

[7] Cidihang（75 歲）於 Takubuwan,訪談後整理之資料。

輸入、政治輸出以及自我政治能力並沒有特別的期望。而臣屬型的政治文化是人民對於政治體系以及政治輸出，具有相當的認知，但在情感上是相當消極的。而在政治輸入以及自我參與的能力上，人民在認知、情感以及評價上，都相當被動或是疏離。參與型的政治文化是人民在政治體系、政治輸入、政治輸出以及自我能力上，皆具備認知、情感與評價的能力。

不過，上述三種政治文化的類型只是在分類上的理性(ideal type)，就現實情況而言，很多國家的政治文化卻是混合式的。而 Almond 與 Verba 所提出的「公民文化」其實就是一種混合參與型政治文化、臣屬型以及地方型的政治文化而形成的行為取向。國家內的部分人民通曉政治事務、主動積極涉入，並以理性而非感性做出政治決定。不過，也有許多人民僅願意扮演較為被動的角色。人民一方面也對他人信任、願意與他人合作、積極參與社區事務或是加入志工的行列。除此之外，人民也支持以及服從政府的政策，對政府具備一定的向心力。最重要的，是人民對政治典則具有高度共識，能夠容忍不同意見，社會上更有高度的互信與合作的精神(江炳倫，1983)。

(一)國家法制與原住民族習慣法相對效應

原住民族習慣法可以減少國家法制，因執著主流政治文化時忽視因文化差異，致原住民族認為國家常制定莫名其妙之國家法制，如最近八八水災之遷村、民族自治法草案等，表面上若以支配者站在一般公共事務管理角度來看，或許納入國家機制可以有效管理並考核以期達成預定績效之目標，但原住民族賴以存續的文化核心價值、土地、祖先領域、宗教信仰、部落政治、自然環保、智慧體系……等等礙難永續發展，因此讓部落群眾懷疑此舉係另類的以原治原之國家法制之殖民政策新產品，他將是加速以新型的忽略文明人權之政治治理模式，而有意無意無視原住民文化差異與需要，其後果可能加速原住民民族與文化的消失。茲將略舉一二，有關國家法制長期因疏忽文化差異，或無視傳統律法(習慣與規範)與公共政策治理之連結個案：

1. 原住民族自治法空窗期-地方自治體中原住民族政策的困境

以台灣的現行體制而言，原住民鄉鎮屬於地方自治的一環，是第三級地方自治團體。這樣的地方自治體無法名之為原住民族自治，是因為各縣市鄉鎮的區劃，比較像是**國家對原住民族的統治便利性**，而**不是基於落實原住民族自治的目的，環顧 9 月份院會通過之原住民族自治法草案，實質上似無高明之處。**好像無法有效解決現象，例如；泰雅族被分散在宜蘭縣大同鄉與南澳鄉、台北縣烏來鄉、桃園縣復興鄉、新竹縣尖石鄉與五峰鄉、苗栗縣泰安鄉、南投縣仁愛鄉、台中縣和平鄉；或如，排灣族被分散在高雄縣茂林鄉、屏東縣三地門鄉等七個鄉，以及台東縣達仁鄉等四個鄉；再如，高雄縣那瑪夏鄉包含布農族與鄒族，或者台東縣卑南鄉包含卑南族與魯凱族。不僅地方制度與行政區劃讓在地原住民族四分五裂。依附在主流政治環境與市場經濟規則下的選舉制度，也使得個別鄉鎮派系林立、整合困難，原已有限的**自治權能**難以回應在地原住民族或部落的需求，反而容易向上級、既得利益者、**惡勢力或非原住民選民的利益靠攏，形同傀儡自**

治區。

另一種應納入原住民族自治體內**「都市原住民」**。除了行政區域內原轄有的原住民鄉鎮之外，**不能忽視的是因為就學、就業或移居而留在都會的「都市原住民」。由於從原鄉外流的人口已近原住民總人口數的百分之 42，關於都市原住民權益的政策也越來越受到關注。〈原住民族基本法〉即規定，縣市政府得評估其行政區域內都市原住民人口數與實際需要，「設原住民族專責單位或置專人，辦理原住民族事務」，以及，「政府對於居住原住民族地區外之原住民，應對其健康、安居、融資、就學、就養、就業、就醫及社會適應等事項給予保障及協助」。但原住民族自治法草案，無暇顧及此不可忽視之議題。**不過，正如基本法所規定的，縣市原住民事務單位，處理的大部分是原住民個人在都會的適應問題，**輔導、諮詢、協助、福利等主要措施的目的**，是讓原住民個人更融入大社會、更易於在大社會生存[8]。儘管這些措施也會強調對族群的特殊需求予以考量，但這算是「原住民族政策」嗎？對個別原住民族的影響為何？還是一種具**泛族群特殊性的「原住民政策」呢**？

都會中較逼迫的民族政策也許是**台北縣三鶯部落、溪洲部落**，或**桃園縣撒烏瓦知部落、崁津部落…..等等拆遷議題**。他們大多是阿美族人，早年離鄉到都會工作，貢獻勞動參與了都會發展的過程，但卻被排擠到都會邊緣。Sauwac(河岸)是他們所能找到與原鄉情境最近似的環境，因此帶著不同生命宿命與經驗的族人，一起在河岸高地住了下來。地方政府原本無暇顧及這些聚落，更不用說提供國民應享有的社會救助或福利，只是任其自生。而實際上，部落族人也在他們自主管理的能力上，發展出自給自足的生計經濟社會支持網絡。一旦有都會擴張開發規劃之際，地方政府就會以防害水資源保護區具危險性、有礙都會景觀、妨礙區域發展等理由，強行拆除聚落「違建」，迫使族人不斷流離顛沛。**在這樣的過程中，地方自治體或民族自治法草案，顯然無從衡量原鄉土地遭掠奪以及都會邊緣河岸土地成家的關係，也無從解決國家政策造成的「國內移工」問題，**更不可能相信阿美族與撒奇萊雅族對於河流安全與危險地帶的判斷。對該族群河岸的部落(I sauwacay a niyazo)來說，確實非常需要的都會「原住民族政策」，繼續隱沒下去，以免遭致公機制(國家法制)之遷村政策。

又一即使地方自治體意識到原住民族政策的需要，也願意給予回應，由地方挑起處理原住民族事務的責任是恰當的嗎？以台南縣所支持的西拉雅族正名運動為例。儘管地方自治體率先「承認」西拉雅族為原住民族，並成立西拉雅族事務委員會協助文化復振工作。但在中央政府願意或被迫修正法令見解之前，西拉雅族人不是國家承認的原住民，西拉雅族也不是潛在的國家可認定的原住民族，因此無法適用原住民族相關法令，包括原住民族自治在內。原住民族固然有自我認定的權利，也有自己決定政治地位的權利，不過，**原住民族的「地位」在一開始，就是一種「國家與原住民族」之間的關係。**無論如何，原住民族都必須意識到這個問題的政治高度，同時，國家也無論如何都不能脫免它對原住民族的初始忠誠責任。否則原住民族自治法只是國家法制為治理便利之一般公共政策事務管理制度。

[8] 原住民族基本法第八條、第二十八條。

2.原住民族自治法空窗期-縣市合併後之原住民自治體

縣市合併為直轄市的討論，通常被呈現為一個關於都會區擴張與發展的議題。但「都市」這種大量吸納並集中人口的發展模式，似乎還隱含了其他的價值觀。都市作為發展模式之一，並將都市「以外」的當作進展到都市化的過渡階段，或者，都當作都市成為更巨大更完整都市的工具。我們不正是一直南水北送、南電北送，或者在都市享用著，由鄉村生產區、森林遊樂區、工業發展區、廢棄物清理區…為我們所帶來的舒適便利。相較於都市模式，台灣還有農村、漁村、山村的生活模式，這些地方與生活模式，並不是都會化過程中的過渡階段（並非人人喜歡滿是水泥物的環境），也有著自己的獨特需求。只是，大部分在都市的決策者，從來都以都市這種特殊類型的自治體為設想，致力於「改善」、「發展」、「同化」其他地方，或者予以貶抑。

相較於縣市合併為直轄市的火速構思、討論、定案。性質同為自治行政區域調整的原住民族自治，則在七八年來斷續發想與屢屢碰壁的情況下，緩步潛行。確定合併或升格的縣市中，除了台南縣市外，北、中、高都包含了原本轄區內的原住民鄉鎮。但〈地方制度法〉修正，沒有為原住民族自治預告或規劃如何漸進過渡；〈行政區劃法草案〉的擬定與審議，更直接將原住民族自治區劃丟入再一次「另以法律定之」的條文中。

當國家原住民族政策中的民族自治議題被迴避，不僅長期分裂原住民族傳統領域於各地方自治體中的不合理狀況繼續維持，原住民族也繼續被圈定在地方自治體的最低層級，甚且鄉的自治地位將被非法人自治體的區所取代。而處在擴大區劃、擴大權能的直轄市地方自治體中，原住民族的自主性與決策權很可能進一步遭到稀釋。這個問題，絕非限於鄉改制為區後「原住民無法選鄉長」而已。現在即將送立法院通過的原住民自治法草案，不但無法有效保護傳統領域且有可能將之流失的更快，因為非原住民的居民不但可以當議員，亦可將世居地理所當然的就地合法化，甚或向原住民族私相收受之土地可公然收為己有，另一件值得預防的事情是自治區之首長，不要像重蹈過去 30 個自治鄉時期之鄉長被金主牽制。

(二)原住民族自治法空窗期-921 震災、88 莫拉克等災後重建

1.透過祖傳經驗知識與合作的社群組織體系建構

莫拉克風災的災區範圍，百分之七十以上位於原住民族土地領域內，主要包括排灣族、魯凱族、鄒族（含南鄒）、布農族，行政上則涵蓋八個縣市。緊急救援階段，**地方自治體大多無法獨立承擔任務**，而需要中央政府介入。許多部落也因為交通與通訊中斷，在土石崩塌與河川溢流威脅下陷入緊急狀況而亟需外援。不過，部落在多日的孤島狀態中，究竟如何自救救人以撐到救援來臨，卻是新聞媒體鮮少報導的。原住民族憑藉長期與山林土地的互動，累積了許多經驗與智慧，對風災、水災、地震等自然現象習以為常（原住民族鮮少有「災害」的字眼），而多以順應(天)與掌握(人)自然環境(地)等 天人合一的法則面對。一個小小的部落，可以透**過這些共享的經驗知識與合作的社群組織，渡過一次又一次的環境危機**。中央與地方政府認為這些知識不如科學，ungangusuan

ku sapisanek tuny kasumad nu lemiad twasakavanae tu nikalelen,utangilae kusapitengil kuniklikid no nanum no aloe kiya babanae tuni kataini no tataakay aulad ato talawadaw,ono babalaky a kamu ko tatengilan kiya ilaku lalidungan notilen tony kacaay kapatay,nikawlila puengil sa kusakakaay ,amabanaac haw ko yencumin sananay kony pisimsin.anotalaen ko malbahoyay, kincal o awayay to kita.(用鼻子聞水土比例變化的氣味，怎麼比得上測量儀器，用耳朵聽河水聲音的急緩中斷怎麼比得上警報系統，聽從老人家的判斷往山上某個方向躲怎麼比得上直升機。部落族人很清楚，等指數、警報、直升機來才跑，人早就死光光。)

莫拉克等很多災害的災後重建，最大的爭議是遷村(mabulaw)，也包括必要時應由中央或地方強制遷村的爭論。地方自治體對國家「以永久屋為原則的遷村方案」沒有太多意見，雖然他們距離部落近一些，雖無奈卻似乎聽不到族人嘶喊「我要回家」。但可感覺到大家都很納悶。一般人或一些政府官員會認為：「明明山上很危險，為什麼原住民硬要住；明明免費的平地永久屋很划算，為什麼堅持要回去。」問題的癥結點除了沒有人願意理解原住民族與土地的關係，甚至人權的問題，遷村(mabulaw)係要告訴當事人：「遷村不是永久的，並且要告訴他們甚麼時候要搬回原鄉，足見要回原居地為最終目標」，其次是也沒有人願意說明：什麼是危險、什麼原因造成危險、會危險多久、哪個範圍危險、哪個範圍應排除危險原因、甚麼時候返鄉、還是永遠無法回故鄉。這個過程都違反聯合國原住民族權利宣言第十條規定之基本人權有關遷村規條。

2.原住民自治法不得疏忽之人權-遷離其祖靈土地或領域之認知。

〈聯合國原住民族權利宣言〉第十條規定，「原住民族不應被強行遷離其土地或領域。未取得相關原住民族自由意志與資訊完整下的事前同意（Free, Prior and Informed Consent; FPIC），或未事先達成公平、公正的賠償協議，以及在可能遷回的情形下，未提供遷回原址之選擇前，不得逕行遷移。」我國〈原住民族基本法〉第三十二條第一項也規定，「政府除因立即而明顯危險外，不得強行將原住民遷出其土地領域。」至於**「聯合國國內流離失所人民處理原則」所揭示的重點則包括：緊急撤離或遷村都不得踰越必要範圍與時間；遷村是最後手段，必須評估所有替代方案而不可行時才可考慮；遷村之前必須經過人民自由意志與資訊完整下的事前同意（充分時間考慮），且應該有司法救濟機制；**若必須遷村的是原住民族，由於其與土地的關係特別密切，國家的保護義務責任將會加重；重回原居地是人民的權利，且不得附上時間限制；國家應盡一切力量創造人民尊嚴且安全地重回原居地的可能條件；不論人民決定遷村或重回原居地，都有權要求返還原居地的土地、財產、房舍等…。以這些一一檢視災後國家的作為，似乎沒有任何一個層級的政府符合上述規定。

根據〈莫拉克災後重建條例〉規定的程序，[9]首先須就災區安全堪虞土地，與居民諮商取得共識後，**劃設出特定區並限制利用**，必要時，方得遷村。目前為止，政府的安全評估還在進行中（初評、複評）。而農委會水土保持局近日一份公開招標文件，則是對特定區劃設的勘查、劃設、審議案，執行日期到 2010 年 12 月底，須勘查 40-88 個部

[9] 重建條例原本無一語提及原住民，直到最後才加上：原住民族地區重建，也應適用原住民族基本法。

落與社區，金額 96 萬。姑不論這麼大範圍的災區，這麼多部落以及這麼多災害原因與危險判定的調查需求，如何用 96 萬達成。既然安全與否的評估未確定、特定區尚未劃設，中央與地方政府如何能在災後不到一個月內便要求災民決定永久遷村？[10]並且，政府關於災民身分的認定、房損的認定、永久屋的取得資格、永久屋的分配方式與限制、原居地居住使用或權屬的變更…等相關政策於災後不斷變動，人民又如何能信賴政策資訊並做出有效的判斷？

3. 原住民自治法需慎思之莫拉克等災害重建條例之啟示

(莫拉克災後重建條例)規定，中央重建委員會的委員應有原住民代表，實際上則由屬於行政系統的鄉長擔任，而非災民。地方自治政府的重建委員會成員，除了大多為行政官員，災區原住民代表通常也以原住民鄉長充任。即使原住民鄉長超越了文前所述的政治與行政限制，他們的人數都遠不足以在委員會中形成多數，他們所反應的災區想法（包括開啟中繼安置階段）也難以成為政策。而原住民災民，在身心俱疲的情況下，還必須走上街頭、去到台北。

政府為了確認原住民族歷代居住的山林土地究竟發生什麼事情（也許政府早已知道）、有效進行災後重建，有必要讓部落災民推派代表直接進入各層級重建委員會成員之中，**使他們充分參與重建的各項規劃**、調查事務，並有完整的決策參與權。在地民族如何判斷災害成因、如何判斷撤離時點、如何防災救災、**如何確認災區安全或危險、如何選定遷村地點，以及部落如何在這些事情中採取集體或個別行動，都包含在聯合國宣言與我國〈原住民族基本法〉明文國家應予尊重的原住民族生活方式、社會組織形態、資源利用方式、土地擁有利用與管理模式之中。**政府基於誠信與在地民族的合作，才可能結合現代技術與傳統知識，確認並儘速排除釀成災害的人為獨立或共同成因，以避免重蹈覆轍。而原住民族在參與過程，也有機會進行自我組織、內部整合並傳承知識，對個別民族的自治發展來說，這是一個艱難而必要的旅程。

我們可以這樣的認知背景，進一步檢討台灣地方自治體中原住民族政策的良窳，並檢是民族自治法在未來國家原住民族政策裡的實質功能。

肆、結語

綜上所述，我們確之原住民族原有部落政治體制是部落主義，可以自由自在過自己想過的生活，當外來族群支配後，強制殖入殖民統治者之法制，如開山撫番幾乎近滅族掠地之地步、皇民化運動之殖民同化、山地平地化之汙名及國有山地保留地，還有……等等不勝枚舉之統治伎倆，好像支配伎倆越來越高級。造就原住民族早就養成逆來順受之敷衍態度，只是族群表態的方式不一。雖各異其趣，但每一種族、族群所構築之民族

[10]這個論調甚至至今不變，僅因為各地方災民反覆陳情抗議，中央才鬆口指出，若有必要，請災民向地方政府直接反應對中繼屋的需求。

文化，皆為世界人類的資產，就是剩下個人站在生物多樣性的法則，也要保護他她們，稀有動物都要百般保護，何況是人種。

對現代國家法制，他們絕對相信現代政府治理不可能故意滅絕其民族文化，但政府的好意卻在主事者方便行事不在乎其差異文化之關鍵認知，或者是幕僚群因行政、立法單位及群眾期待與壓力，或其他考量而無法周延表達忠實的另一層心聲，其實一般原住民群眾只追求讓我們過自己的生活不虞匱乏、不虞焦慮，讓我們部落自主治理，尊重我們異於主流社會，將心比心適者生存之習慣法，認知原住民族在國家之中是一種與國家分享主權的政治地位。

1624 年的荷蘭東印度公司駐台辦事處開採台灣經濟資源與對外貿易為主,對台灣各地區除了對西部之南台地區,尤其是台窩灣有政治、文化、教育政策之公共政策治理外，其他地區只就勘查那一地區有無經濟自然資源或有無經貿價值而已，如礦產(黃金、寶石)、樟腦、梅花鹿.....等高經濟價值之物品，所以在國家法制上並無遍及全台灣，僅較集中在南台及淡水之經濟、土地、商業交易（外籍大陸勞工），還有台南西拉雅的教育文化（新港文字），與日本之外貿(海上倭寇之處置)。

清朝時期，把台灣原住民族分生番及熟番，交由漢人官員與通事管理原住民族，早期對原住民統治視為化外之民，視同野蠻人近似動物很需要教化之族群，直至 1874 年牡丹事件，訝異日本對台灣在物質、風土民情、經濟資源等等資料之深入探查，於是正式宣布「開山撫番」之治邊政策政策，極盡壓榨、剝奪、侵略之伎倆，以積極經略台灣，此際清朝的國家法制才開始入侵台灣後山。

日治時代之皇民化運動，更積極殖民同化台灣，原住民族首當其衝並國家法制統治支配最徹底之地域，從此原住民族之政治文化，傳統社會慣習與規範、民情風俗、經濟生計、歲時祭儀(收穫祭改成月見祭)……等等相關律法遭致破壞與同化，幾乎從此遵循皇民化國家法制，山地傳統領域跟著納入國家土地總登記之簿冊(國家土地總登記簿)，高山族之傳統土地分別變作林務地、公有地、公共設施用地(如教育、公園、糖業…等用地)，並將山地原住民族移居水利灌溉不良及土質貧瘠的「準要存置林野」，這種將原住民族祖先領域變為國有地之強制手段自始展開，日本總督府及資本家肆無忌憚之大量開發台灣森林資源，原住民族原世代相傳之祖先生活領域成為他們的最佳掠奪場所。當時的高山族(生番)賴以生存傳續文化命脈之祖先領地，幾乎全部變成國家的或財團的，使得原住民族部落陷入生活上的困境。

到了國民政府，又延用日治時期之殖民國家法制來統治支配台灣原住民族，接著為準備反共大陸，所有的國家機制必須為效忠，暨鞏固領導中心為教育政策之階段性目標，以戡亂時期臨時條款為國家法制之主要依據，故服從性較高之原住民族地區愛中國、愛說國語、與愛收復祖國的人口相對比一般人多，原住民族也習以為常，反正從古至今外來政權又不是第一次來台灣支配統治，所以各族菁英各顯神通，努力在統治體制下爭得一席之地。

現在國家機制為實踐原民自治區之承諾，近期亦已在行政院通過了原住民族自治法草案，各界正針對此一草案作不同判斷與關心，初步認知是：國家機制的動機肯定從善意出發卻落得消滅族群之口實，明知行政區之劃分窒礙難行爭端必然產生，推出此法，只是聊備一格敷衍了事。略提有關國家法制及「原住民族自治法草案」之建議供大家參考與研討：

一、國家法制與民族律法

(一)國家法制應正視原住民族自治係尊重基本人權普世價值

(二)落實並國內化原住民族基本法、國際原住民族權利宣言、國際兩公約等自主、自決、自治等基本人權之精神意涵。

(三)國家決策與政策避免無視文化差異。

(四)重視原住民族律法（傳統習慣與規範）。

(五)提供原住民自治法草案檢討與審思之空間。

(六)訂定讓原住民族族群與文化與時俱進不致滅亡反得永續之自治法。

二、「原住民族自治法草案」

(一)第三條第三項他族人民包含漢人等，即種下未來紛爭之隱憂，如西藏人移入大量漢人之例。

(二)第七條第二項「明知行政區之劃分爭窒礙難爭端必然產生，推出此法，只是聊備一格敷衍了事」

(三)第八條第三項「如何自我?如何相互認定? 如何以主觀來確定客觀之領域，是否要考慮配套措施，如族籍法或國籍法之思考」

(四)第十條第三項「與內政部戶政單位戶籍法權限是否妥處?似乎畫餅充飢製造紛爭挑起派系族群分裂站高山看馬相踢顯現政府表面上樂觀其成事實上沒有促成的誠意，閩南語的俚語 :「站高山看馬相踢」。就像是你要這個法，我就給你，讓原住民忙得雞飛狗跳無暇聚焦在族人福祉權益的重要人權議題上，忙到後來白忙一場。

(五)例如，第十五條營造原住民族委員會成為掌握生殺大權的太上皇機構，右後段「並得請求其他中央或地方自治機關為必要之協助」此法是否中央原民會有推卸責任之嫌。

(六)第十六條自治籌備團體解散後仍負何種責任，相對全縣若何

(七)第三十六條第二項前段「自治區居民……」

(八**)**第三十九條，幾乎是原住民族土地、經濟、政治、社會和文化生活等權益流失之罩門的，當初漢人進入原住民族祖先領域是違法的更是罔顧我們各族之律法，所以至少要配有自治領域非原住民族居民身分認定暨入住法的限制，如認定其是否是原住之姻親或有原住民的血統、或有功於原住民族、或該自治區公認的榮譽公民等等，這一條很像是吳三桂引清兵入關，國家法制制定原住自治法公然破害原住民族權益的完整性，並加速其土地等資源及民族文化流失或滅絕。

條文在在隱藏破壞族群權益及和諧之陷阱，敞開後門讓非原住民族自治區民堂而皇之的又回到古代漢人巧取豪奪原住民領域之夢饜，「原住民自治法草案」顯著凸顯治邊政策「以夷制夷」、「以番制番」、「以山制山」、「以原制原」的統治邏輯，難怪原住民社區傳出國家到處培植咬布袋的老鼠。

綜上所述，由傳統的 Sakizaya 律法，可以反思原住民各族在外來政權或殖民統治者沒有入侵以前，原住民律法都有其自然而非常有旋律之遵行與處理和執行的自然法則，部落公民也非常遵守此天人合力共議之律法（習慣與規範），現在國家機制所定之原住民族自治法草案，在訂定過程中有無公民參與、尊重其文化核心價值，並站在其真正之需求，甚或審思民族與文化永續發展等議題上，爲世界保護已面臨絕種之稀有民族，也爲生物多樣性之普世價值盡一點知识份子應盡之義務。

伍、參考書目

一、中文書目

李壬癸。(1997)。《台灣南島民族的族群與遷徙》，台北：常民。頁 64。

阮昌銳。(1969)。《大港口的阿美族上、下》，中央研究院民族學研究所專刊之十九，台北；中研院民族所。

江炳倫。(1983)。《政治文化研究導論》，台北：正中。頁 60。

李來旺。(1996)。〈台窩灣人與奇萊平原的撒基拉雅人〉《原住民健康研究室通訊》3：4-7，花蓮：慈濟大學原住民健康室。

林淑雅。(2000)。《第一民族：台灣原住民運動的憲法意義》，台北：前衛。

胡佛著。（1998)。《政治文化與政治生活》。台北：三民書局。

康培德。(1999)。《殖民接觸與帝國邊陲─花蓮地區原住民十七至十九世紀的歷史變遷》，台北：稻鄉出版社，頁 184-187-221。

陳義彥與陳陸輝。(2001)。*政治學*。台北：五南。頁 349。

黃宣衛。(1991)。《阿美族社會文化之調查研究》，台東：交通部觀光局東部海風景特定區管理處。

楊仁煌。(1978)。《變遷中的薄薄阿美族社區》，台北：國立政大邊政研究所碩士論文。

二、英文書目

Almond,Gabriel A.（ 1956 ）..*Comparative Political Systems"*Journal of Politics 18（ 3 ）:391-409.Anaya, S. James. （ 2004 ）. *Indigenous Peoples in International Law* New York: Oxford University Press, 2nd ed.

Easton David.(1975). *A Re-Assessment of the Concept of Political Support*,British Journal of Polital Science5（ 4 ）:435-57.

Pye,Lucian W. （ 1968 ）.*Political Culture*,in International Encyclopedia of the social sciences,vol.12,ed.David L.Sills.New York:Macmilliam and Free Press.

Verba,Sidney, （ 1965 ）.*Comparative Political Culture*,in Lucian W.Pye and Sidney Verba.eds.,*Political Cultue and Political Development*.N.j.:Princeton University Press.p513

評論

錢建榮 法官/審判長

各位老師、在場各位先進，大家好。本篇文章，我有兩句話印象非常深刻，還有一個讓我很…也不能講是震驚，我看到文章其實有一句話說，最近訂的八八風災的條例，一大堆的東西都是另以法律訂制，裡面一共有八個條文，都是再用法律訂制，換言之訂完了，這個法律訂制，根本一個法律都沒有出來，換言之，那一句話提到說，只是把原住民自治區丟入再一次的、另一法律訂制的條文中，這讓人覺得，好像立法者只要做一件事，就訂了一大堆華麗的詞藻，最後再說，細部辦法再以法律訂制，好像立法者的工作就結束，那立法者接下來還有再訂嗎？沒有；不然就是授權給行政機關再去訂辦法，行政機關又都沒有訂。

另外，還有一句話讓我印象深刻，楊老師提到原住民中很少有災害這個字眼，這凸顯了原住民跟自然共存的概念，而不會把八八風災當作災害，這也反應楊老師提到遷村，這個地方因發生災害，所以一定要你離開，把整個自然依存拉開；另外一個觀念就是殺人，Sakizaya殺人後，要放逐兩年，文章提到殺了人後，加害者要派一位孩子去被害人家裡工作，維期兩年，很有趣的17頁倒數第2段提到，要送魚肉或豬肉去賠償，超過一年以後受害者的家屬會派人到加害者的家裡去感謝，並告訴加害者家人今後不要再送東西了，只要派人來工作就可以，也就是說第2年就不要送東西只要工作，假如過了兩年以後，被害人家屬都不派人去加害人家裡的話，那表示不用再送東西或不用來工作，那麼受害者反而會被部落的人責備，這是什麼東西？這就是修復式正義，我們的主流社會一直在談，我們要用修復式正義去取代死刑那樣的觀念，可是原住民族真的比我們文明多了，人家不僅沒有死刑這樣的律法，而且他們這麼早就有一個修復式正義概念，這讓我很震撼，我們常常說我們是文明的，實際上我覺得我們才是野蠻的。

另外，以法律訂之的事情，它有嚴重的法律欠缺不足，包括剛剛上午我在發言的時候也都一直有提到，森林法第15條第4項，這是刑事庭法官們最為難的東西，譬如：去採兩根野生的山蘇，它使用的範圍是森林法，因為一定是開車才能上山，通常又一定是兩個人以上上山，然後就是6個月，法官就常常只能用緩刑來解決，包括我以前在台東的判決也都只能這樣解決，然後你說要把他減免其刑，大家又不敢減，我是大膽的用59條再把它減一半，變3個月以後再把他緩刑，但其實法官不太敢用59條，這也是很多法官都清楚的，我是比較敢，可是這個問題根本沒有解決，關於跟原住民族生活習慣抵觸的問題，所以我上午提到有高雄的法官也去申請釋憲，可是大法官不受理，15條4項雖然在2004年訂，但現在2010年了，到現在根本沒有訂出辦法。

淑雅老師上午也說明為什麼會這樣，我的想法是隔年訂的原住民基本法，假設沒有

訂原住民基本法，這條就不用訂了嗎？假如沒有訂原住民基本法，而且本來已經有森林法15條4項，就授權主管機關去訂傳統領域土地的管理規則，那就不要訂嘛，現在你用原住民基本法自己卡自己說，對不起，傳統領域要另外用法律訂，所以我就不訂了，那我想反過來講，怎麼會沒有基本法，你本來該訂，訂了基本法後，我們沒辦法訂這個規則，這不是一個很奇怪很吊詭的立法體系，那更不要講說野生動物保育法，也是到2004年，才訂了原住民宰殺時，只有在慶典時可以宰殺。

88年我在台東判過一個案子，這在十年前是蠻有名的案子，就是一個新聞報導說，台東一個打耳祭的慶典上，一個台灣獼猴的屍體活生生被肢解，分成一塊一塊給族人去享用，當時大家就說好殘忍，社會輿論整個嘩然，檢察官馬上去找出影帶，找出切肉的是那個原住民族，然後將他起訴，起訴的時候還說他都是自白，其實根本沒有自白，原住民也說明他沒有殺，猴子已經是一個屍體，在割的時候就已經死掉了，誰殺的他也不知道，當然查明的結果，沒有辦法證明是誰殺了這隻猴子，原住民就分切了食物，當時也傳了鄉長，耆老也證明說，這是打耳祭裡傳統的習俗，打耳祭時，大家會去山上打獵，然後現場宰殺，於是判原住民無罪。

我在裡面提到，其實台灣獼猴侵害農作物的報導是時有所聞，相關單位應該在兼顧保育動物跟保障農民作物的考量下，慎重思考台灣獼猴的族群是否已經逾越本地環境容許量，並有限度的開放民眾做適度的隔離措施，甚或是合法的獵捕行為，本案發生的問題是在慶典期宰殺的情形，這凸顯出維護原住民族文化傳統跟保育野生動物如何兼顧的嚴肅課題，也曝露出行政機關對於野生動物保育觀念的宣導不足，否則會產生不教而殺謂之虐的批判，這是很多律法跟國家的法治產生的衝突，那要怎麼去解決，有賴法官要在個案裡面想辦法去調合，才不會產生抵觸的現象，謝謝。

重拾被放逐的傳統：
排灣族習慣法與國家法的衝突與融合

高德義 副教授

東華大學民族發展與社會工作學系

學歷：國立政治大學政治研究所博士

專長：族群研究、發展研究、政治學理論與方法、比較政治學

經歷：國立東華大學原住民族發展中心主任
國立東華大學民族語言與傳播學系及民族發展研究所代主任、所長
總統府人權諮詢委員會委員
原民台諮議委員
行政院原民會原住民族基本法推動會委員
台灣原住民教授學會常務理事
台灣原住民研究協會理事
原住民研究季刊、原住民研究論叢編輯委員

評論人

李惠宗 教授

中興大學法律學系

學歷：德國慕尼黑大學法學博士

專長：憲法、行政法、教育行政法、法學方法論

經歷：台灣行政法學會、台灣法學會監事
國立中興大學財經法律學系教授
東海大學法律研究所兼任副教授
逢甲大學公共政策研究所教授
經建會法規小組副研究員

重拾被放逐的傳統：排灣族習慣法與國家法的衝突與融合

高德義

壹、 前言

大體而言，現今各國家法律制度對於原住民族傳統習慣的態度可以分成：不承認、籠統承認和明確承認三種態度(UNCHR, 2004：9)。所謂不承認係指國家不僅不承認多元族群社會，而且對民族習慣一概予以否定，並力圖同化；而籠統承認的國家在憲法相關條文中，只言明保障原住民族傳統習慣的維護與發展，而不直接承認其在法律或審判上的適用性。如俄羅斯憲法第68條規定依據國際法規和國際條約保障境內原住民族習慣；越南憲法第5條也保障所有民族善良風俗習慣和文化傳統之發展；尼加拉瓜憲法第5條也賦予國家有保存原住民族文化之責任。國際上類似此一作法的尚有新加坡、墨西哥和玻利維亞等國。另外有部分國家，不但在憲法上明定保護發展原住民族傳統習慣，更進一步於憲法上承認原住民族傳統習慣與國家法律具有相同或更高之地位。如巴西政府在憲法上承認境內原住民在其土地上的所有權，原住民族可用其傳統習慣解決糾紛，並具等同的法律效力（高德義，2004）。除了在憲法明言保障原住民族傳統習慣外，有些國家另設專屬法院或法庭，具體展現尊重原住民族傳統習慣。如紐西蘭的毛利土地法院，可根據毛利人傳統習慣，審定毛利人土地所有權，並將其所有權轉化成英國法的權利概念（王泰升，2003：70）。2004年，美國一起原住民攻擊警察案件，該原住民先是被部落法庭判決有罪，隨後又遭美國聯邦政府以同樣罪名控告，但該原住民以一罪不兩罰的原則提出抗議。最後，美國最高法院認同他的說法。此舉不僅確認了原住民族部落司法權的有效性，而且也使得其他原住民部落法庭的審判權更加確定(IWGIA, 2005：91-92)。在非洲部分國家也承認習慣法在法律上的效力。例如坦桑尼亞規定，「對於受習慣法支配的團體成員，習慣法可以適用」。又如辛巴威亦制定規則：「當事人可以自由選擇他們想適用的法律。因此，除非案件的公正要求有其他考慮，習慣法可以在民事案件中適用」（朱偉東，2004：534）。然而，雖然如此，目前全球有關原住民族習慣與國家法衝突的例子像以上所舉的開明案例，仍只是少數，絕大多數有關國家法律與原住民族傳統習慣之間的對立與衝突，仍多以國家法為優先，而很少尊重原住民族習慣，與國家法律不符的原住民族傳統習慣往往成為犧牲品，透露出值得探究的原住民族司法人權議題。

緣於原住民族習慣往往不受尊重，且在司法過程上原住民族居於絕對劣勢，因而2003 年聯合國人權委員會於西班牙馬德里，特別針對原住民族司法權問題舉辦了「原住民族司法問題專家討論會」，以求合理解決。會中全球與會專家學者莫不指出原住民

族在國家司法體系中的劣勢與困境，如尼泊爾代表即指出，原住民無法於國家司法過程中使用自己的語言，甚至排除其傳統習慣的適用，而澳大利亞司法人員缺乏對原住民習俗的了解，造成原住民的高入獄率，且審判不公，往往相似的罪名，有著不一樣的判決。加拿大伊努特人(Inuit)面臨到的司法問題之一是高昂的訴訟費；墨西哥雖然在憲法上保障原住民族傳統文化，但仍存在著其習慣法與國家法嚴重衝突的問題(UNCHR, 2004:5-9)。臺灣原住民族司法權以及傳統習慣在我國法律上雖受若干程度的保障，如《原住民族基本法》《野生動物保育法》《槍砲彈藥刀械管制條例》《森林法》等都有相關規定，但最重要的憲法、民法、刑法和程序法，以及若干相關行政法並未覓見相關規定，也因此臺灣原住民族傳統習慣時常與國家法發生對立、衝突並陷於弱勢地位。一般而言，國家法律乃基於保障人民權益而存在，若有相牴觸，極可能對人民權益造成傷害，因而國家法律有責任加以排除或禁止。有鑑於此，2007 年聯合國所通過的「原住民族權利宣言」(United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples)主張在行政、立法及司法方面，要求各國尊重原住民族傳統習慣、制度與其特殊性，因為這涉及到原住民族文化權及司法權的嚴肅問題。

目前國內有關原住民族傳統習慣的研究，人類學和民族學已累積相當數量，足可描繪原住民族傳統習慣的輪廓，而有關原住民人權的相關研究，國內外也已汗牛充棟，相關探討已累積一定數量，研究主題涵蓋了自決、自治、環境、文化、司法、教育及社會福利等。然而，有關原住民族傳統習慣的非人類學探討仍是鳳毛鱗角，為數不多，遠落於環境、文化、及教育等人權議題。基於此，本文乃以排灣族為例，探討原住民族傳統習慣的內涵、變遷、持續以及和國家法的衝突、互動與調和，以及它在文化權與司法權上的涵義。具體而言，本文目的乃在透過深度訪談和文獻資料分析，探討排灣族傳統習慣現況與合理發展趨勢。以下的討論，限於篇幅，只從相關文獻與口訪資料討論排灣族傳統習慣內涵與特質、地位及變遷，以及與國家法的衝突與競合，最後針對現今民族法制政策進行檢討與反省，並提出原住民族習慣與國家法未來合理關係模式。

貳、排灣族傳統習慣變遷及現實作用

「習慣法」一詞，根據牛津字典的解釋，「習慣法是一種已獲得法律效力，並成立已久的習慣，特別是某一地區、國家等所成立的習慣」；而韋氏字典的解釋為：「習慣法是成立已久的習慣，是不成文法，因公從既久，逐致發生效力」。大陸學者梁至平認為：「習慣法主要是指這樣一種知識傳統，它生於民間習慣，乃由鄉民長期生活、勞作、交往和利益衝突中顯現，因而具有自發性和豐富的民間色彩。」習慣法有多種表現形式，「它們可以是家庭的，也可以是民族的；可能形諸文字，也可能口耳相傳；它們是人為創造，或是自然生成，相沿成習；或者有明確的規則，或者更多地表現為富有彈性的規範；實施可能由特定的一些人負責，也可能依公眾輿論和某種微妙的心理機制」（梁至平，1996:34-44）。由上定義可知，習慣法拋開「法條主義」的狹隘視角，它們更多的是

從法社會學和法人類的層面進行審視。習慣法的特點乃是非國家性的社會規範，其合法性來自於社會大眾的認同，它接近民俗慣例，分散而不系統化，具有更多的社會性，它們的運作依賴社會文化的支持。「習慣」與習慣法是有緊密關係的，某些習慣本身就是習慣法，有些習慣，開始並並不表現為「法」，後來經由承認，可能轉化為習慣法。習慣與習慣法不同的是，習慣是人們自覺遵守的，所謂習慣成自然；一般來說，違反習慣不會破壞社會秩序，只會引起人們的反感、不滿，不會受到懲治；違反習慣法就破壞了社會秩序，除了會受到譴責之外，還會遭受到懲罰。習慣法與「禁忌」也有異同，禁忌是人們共同約定俗成的條例，不讓人們做某種事，不能說某種內容的話，違者會遭到譴責，嚴重會遭到處罰，如把它當成習慣法也未嚐不可。但習慣法與禁忌的區別是，習慣法對違反行為者，一般除遭譴責外，還會遭懲罰，是人為的，如採取神判，也得有人去實施。違反禁忌者，會遭到非人為的災難，但犯禁忌者，無需第三者斷處，一般道嫌、賠禮、重做也就了結，受懲處者並不多見（周世中，2010：24-27）。

排灣族傳統習慣非常豐富，內容包羅萬象，在長期的生活中形成許多習慣法，既有政治的，也有經濟的，既有物質文化的，也有精神文化的，有刑事的，也有民事的，行政法的，以及程序法的內容。習慣法在排灣族社會世代相傳，所承載的排灣族文化也得到了保存、繼承和發揚。然而，從荷蘭時期至解嚴之前，由於台灣原住民族政策都以同化為核心，視原住民族傳統文化為人類歷史進程中必需捨棄的對象；無論是惡意或是善意的政策，都企圖透過「合法地」使用國家權力將原住民族傳統文化消滅，並以自身價值觀取代之。現今我國憲法增修條文雖明白肯定多元文化，且明訂保障原住民族多項權益，但目前原住民族相關法規，對原住民族傳統文化的保存與發展仍不夠周延，或有諸多限制，或立意雖美卻無法達到目的。目前為止，國家司法體系對原住民族傳統習慣的態度仍很保守，民刑法與相關程序法目前為止也仍無相關規範，底下我們從所收集到的裁判書、新聞報導及訪談資料，分別從行政法、民法、刑法及程序法，來了解當今排灣族傳統習慣的持續變遷及現實作用，以及和國家法的互動與衝突情形。

一、與行政法有關傳統習慣現況

排灣族傳統習慣與行政法的互動、競合乃最密切，對立衝突也最多，特別是地方制度法、土地法、野生動物保育法、森林法、礦業法、漁業法、槍砲彈藥刀械管制條例等，以下分別討論。

「現行地方制度法」第 14 規定地方自治團體分作直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市），地方自治團體為施行統治權，分別成立行政機關及立法機關。在這樣層層的行政體系之下，排灣族部落的 Mamazangiljan(頭目制度)，是否還有其影響力？屏東牡丹鄉高士村某受訪者說：「…現在頭目已經沒有影響力，一個部落裡大概是村長、鄰長，這些屬於現有地方自治政府的制度去運作…」。台東達仁鄉土坂村一位受訪者也表示：

> …過去頭目可以在傳統領域決定所有事務，他擁有山川、獵場，當部落族人狩獵、耕作時，會將部份所獲得的獵物、農作物獻給頭目。頭目對於耕地也有分配的權

力，對於在其所管轄範圍內的家戶，包括從別的部落移住的家戶，頭目必須對其照顧，也會分配土地給予耕作使用。現在，頭目的這些權力已經消失了，全由政府掌管處理…。(P01/970822)

排灣族 Mamazangiljan 被現代行政制度架空，傳統階層社會也隨之瓦解。不過，某些 Mamazangiljan 也透過選舉制度使自己兼具傳統統治者身分及現代地方首長或是民意代表（黃文一，2005）。而少數部落仍有「納貢」制度，試看以下聯合報的報導：

…土坂部落排灣族人是國內各原住民族群中，保留傳統部落體制、文化最完整的一個部落，每年部落舉辦豐年祭的前一周，部落頭目會帶著家臣，向族人收取貢品；族人以納貢感謝頭目過去一年的睿智領導，讓族人渡過種種危機並向頭目表示忠誠，頭目則帶著巫婆為族人向神明、祖靈祈福，祝族人未來一年平安、五穀豐收…（聯合報，2002/7/9/18e）

對於傳統專屬 Mamazangiljan 及其親屬的紋飾權，台東達仁鄉土坂村某受訪者說：「過去，頭目與平民的位階關係從歲時祭儀所穿服飾最容易彰顯出來，但現在每個人都亂穿頭目服飾。」屏東春日鄉春日村某女性受訪耆老說：「…現在有錢就可以買(鷹羽)。南排灣是這樣，不是頭目，也會插。以前只有頭目，才可以插」。依排灣族傳統習慣，名字代表個人在傳統社會的階層位置，現今卻有不按傳統而胡亂賜予的情況，屏東三地門鄉三地村某女性受訪者說：

…像我們這一輩的人對貴族那種尊貴的觀念很深，時代改變下，平民有錢了後，他們也想取得貴族的名字和這背後代表的尊貴。他就討好這個貴族，貴族就給他們屬於貴族的名字…這樣變成沒有制度了，很隨便。我們在傳統上命名是依照祖先名字，如果你孩子有了和祖先不一樣的名字，這樣就很奇怪，變成忘本了。(P02/970812)

屏東泰武鄉平和村某受訪耆老也說：「…名字在我們排灣族社會代表一個人的地位與身份，現在的貴族有的很貪婪，有些貴族為了擴大自己的人脈，會要求別人多送他東西，他就會把他的名字送給他，出現了買賣名字的情形，造成了現在排灣族社會秩序的雜亂…」。綜上，在地方行政制度介入下，傳統排灣族階層社會已經瓦解，Mamazangiljan 對部落的統治權已被國家權力所取代，但某些 Mamazangiljan 藉由現代民主選舉成為地方首長或民意代表。Mamazangiljan 的「數量」多了起來，屬於 Mamazangiljan 的紋飾權在使用上已不顧傳統規範。對於「名字」的使用，出現了不符傳統賜名原則的亂象。不過，根據筆者實地了解，排灣族傳統階層制度表面上雖已消失，但在不同地區會仍以不同形式存在，並有不同的影響力，尤其是屏東北部的排灣族部落，傳統習慣仍有厚實的生命力和影響力。

前面談到排灣族傳統上 Mamazangiljan 對土地（包含宅地、耕作地、河流與森林獵場）有管理及分配權，現今排灣族原有土地制度與觀念可有變化？屏東泰武鄉佳平村某受訪耆老說：「經過土地測量登記後，原本屬於頭目的土地直接分配為個人所有，土地管轄機關由政府接手，所以頭目對土地的權力已經喪失了。」屏東來義鄉文樂村某受訪者表示：「由於土地的劃分，目前對於農作物納貢的現象已經沒有了。」該村某 Pinaqiljatj 也說：「土地私有化徹底讓部落頭目無法執行對土地及人民的權力。」換言之，部落 Mamazangiljan 喪失對部落土地的管理權，無法發揮對土地資源分配的效用，因而一位排灣族律師說：「…台灣的物權法是強行法，所以有關土地利用的關係，完全用民法加以決定，所以原住民傳統經濟、土地利用觀念遭到破壞…」。

排灣族傳統耕作地的使用習慣是輪耕，國民政府在山地鄉施行一連串的山地政策以期原住民生活快速與平地社會拉齊，其中就包含了「獎耕山地實行定耕農業辦法」（顏愛靜、楊國柱，2004：43）。這一連串的政策使得排灣族傳統輪耕型態消失殆盡。在耕地所有權方面，土地登記制的影響讓平民對土地的權利從使用權擴張到所有權。然而，在土地測量登記初期，「土地登記」觀念薄弱，對於當時的情況，某位屏東牡丹鄉高士村某受訪者就說：「有的原住民無所謂，反正習慣山上那麼大，他無所謂登記不登記…。」這就造成日後糾紛，屏東三地門鄉三地村某受訪者就說：

> …以前土地沒有所謂登記，只看到這塊地已經很久沒有人耕作，老人家就會去開墾，等到登記時才出現這些糾紛，原來我耕作的地方已經被你劃過去了，而且已經登記好幾年了，按現行法律規定，登記的才是土地的所有者，耕作的人已經算是侵犯他人財產，這是現代與過去的衝突…如果上法院，土地登記者為土地所有人，但是現實有時候不是這樣…(P03/970812)

「原住民族保留地開管理辦法」雖然規定保留地之權利移轉僅限於原住民之間，但因其法源層級過低和執法不嚴，保留地非法買賣層出不窮，一位排灣族受訪律師說：

> …原漢之間土地交易發生很大的問題，一方面政府說非原住民不可以使用保留地，另一方面實際上的確有交易存在。等到交易發生問題，訴諸法律的時候，原住民保留地管理開發辦法對於原住民是不利的法律，沒有經過法律的制定，所以不予援用，因而判定原漢之間的土地爭議時，漢人勝訴…。(P10/970826)

排灣族傳統土地觀念，不同的土地區塊(含聚居地、耕作地、山川和獵場)都有名字以供識別，但依現行法令，土地被賦予編號，原有名稱已不為年輕一代排灣族人所知。屏東三地門鄉三地村某受訪耆老表示：「對於土地的名字這樣的使用方式，我們這一輩的人還有使用，但是現在的小孩子不懂。」屏東瑪家鄉瑪家村某受訪者也說：「…有個大學團體在大社村作研究的時候發生意外，當他們對外求救的時候，說這裡是林班地某某號，但當地人都不知道那個地方是哪裡，所以無法去救…」。

由上可知，排灣族現今土地使用發生種種問題，其根本原因在於私有財產制之下所創設的土地所有權，與排灣族傳統土地觀念格格不入。私有財產制之下的土地利用，以發揮最大經濟效益為原則，然而排灣族傳統土地依賴 Mamazangiljan 對土地資源的分配，使部落人人都能使用土地，生產糧食，透過繳納農租的方式，不但使每戶有自己的糧食，更讓部落無法自力更生者也得以存活。

「野生動物保育法」的立法宗旨乃為維護物種多樣性及生態平衡，根據該法第 4 條，野生動物分為保育類（含瀕臨絕種、珍貴稀有及其他應予保育之野生動物類）與一般類，若違反相關規定獵捕保育類野生動物即構成犯罪（湯文章，2008：58）。為使原住民能傳承文化，該法增列 21 條之 1，俾使原住民能基於文化因素向主管機關申請狩獵。然而，這樣做就能兼具原住民文化傳承與保育嗎？「野生動物保育法」與「原住民族基本法」相關之狩獵規定係有條件的開放，但仍造成一些不合理的現象。台東某排灣族縣議員對於申請狩獵相關法令提出質疑和不合理之處，首先是狩獵申請理由，「現在要打獵，第一要申請，申請原因只能以部落歲時祭儀而已。」其次是數量限制「很奇怪，還限定只能打幾隻。」再者，申請日期不合理，「如果申請通過了，也不一定那天就可以成行，我們打獵還要看氣候，出去碰到鳥占不利還要回來。」最後，是狩獵地點的限制，他繼續說道：「保留地怎麼可能會有我們需要獵的東西，這個牽涉到傳統領域嘛」。

排灣族失去對獵場的控制之後，與狩獵有相關的傳統文化開始轉變，首先，法令的保護使得當時某些瀕臨絕種的野生動物到現今似乎在數量上已對農作物產生威脅。某縣議員對於不合時宜的規範表述他的看法：「原住民辛苦栽種五穀雜糧，常常遭到台灣獼猴蹧蹋，這些獼猴太精明，根本不怕生人，有時還大膽調戲落單婦女，為什麼不准獵殺？」其次，共享制度的破壞，獵物成為商品。屏東三地門鄉調解會某委員就說：「到今天雖然每個人都知道所獵到的哪部位要給頭目，但是大家現在還是留給自己，納貢也比較沒有了。」屏東來義鄉文樂村某受訪者也說：「我們文樂部落也發生打獵被檢舉的案件，但是那些人都是隨便亂打，打到的動物拿到山下來販賣…」但是分享制度在排灣族某些部落至今仍尚存，台東縣達仁鄉土坂村某受訪耆老說：

> …如果有獵到的話，頭目也會分給喪家。如果說沒有給喪家的話，明年就會不順利。一直到現在，這個習俗都還是有。現在年輕人還是會去狩獵，到山上過夜，現在很方便，騎摩托車就上去了。但是抓到山豬，你不能偷偷地賣掉，身體的某一個部份，一定要奉獻給頭目…。(P05/970823)

排灣族的「違法獵捕」行為，與其文化有著密不可分的關係。在司法實務上，多會以「犯案後態度甚佳」、「尚屬初犯」、「偶罹典刑」或「教育智識不深」等原因判六個月以上二年以下有期徒刑，並以緩刑處之。花蓮地方法院一位民事庭法官就自己判案經驗表示：

…非法狩獵罰則是一罪一罰，抓一隻長鬃山羊可判處六個月以上，五年以下有期徒刑，如果抓五隻，就算選擇最輕的罰則，也要判處三年有期徒刑，這樣的罰則實在是太重了，如果採取從寬認定，考慮的方向將會包括狩獵的目的、犯罪後的態度、犯罪後所得利益用處、及犯罪動機與意圖為何等來減輕罰則，這些考量都可以減少罰則，對於原住民非法狩獵的案件如果是初犯的話，一般都會以緩刑判處為居多…。(H06/970830)

排灣族傳統狩獵習慣經過千百年的經驗累積，透過禁獵期、獵場禁忌、獵場劃設及其階層制度，維護了動物的生存，同時也滿足自身的文化與生活需求。現今野生動物保育法立法目的雖在保障瀕臨絕種野生動物，使野生動物能安然生存於棲息地，但排除人類在維護生態平衡角色之作法，尤其是對當地原有狩獵習慣的打壓，反而達不到保育目的。

「槍砲彈藥刀械管制條例」的立法目的，根據該法第 1 條：「為管制槍砲、彈藥、刀械，維護社會秩序、保障人民生命財產安全，特制定本條例。」而與原住民相關之條文分別是第 5 條及第 20 條整 1 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。」原住民與該條例的相關議題多圍繞在該條第 20 條第 1 項有關「供生活之用」的爭議。根據我們得到的資料，台東地方法院對於「生活工具」的定義採從廣認定之標準，但屏東地方法院則尚未形成類似的看法。這也突顯不同地方法院，對相同事由，可能無法有共識，而使原住民個人權益有受損之嫌。

「森林法」在尚未修法之前，排灣族原住民在採取森林副產物時常有觸法情事，更有甚者視該法為惡法，不予理會。台東縣某排灣族縣議員表示：「以前剛施行的時候，常常有人被抓，但後來林務局可能覺得這樣的行為太頻繁，所以較貴重的才會去抓。」台東大武鄉大鳥村的某受訪者也說：「我的 Vuvu 叫村莊的人去砍木頭，結果被山林管理所的告發，說那是盜採。」屏東三地門鄉三地村某女性受訪者也說：「我們貴族結婚要搭鞦韆，如果那個木頭是屬於被保護的，那只好用偷的。」排灣族人基於傳統習慣而與森林法相衝突的案例多與竊取森林副產物有關。屏東法院刑事裁判書中，該案原住民被告仍判為有罪，該裁判書內容簡述如下：

…核被告王○○、王○○二人在國有潮州第四十六林班地第二十九林班以鐮刀為工具竊取黃藤心五十九支，並以車輛搬運贓物之所為，是觸犯森林法第五十二條第一項第四款、第六款之結夥二人以上竊取森林副產物，為搬運贓物，使用車輛罪。不過考量到其被告二人均為原住民，其未尊重國家森林保育政策及他人財產權之觀念固屬可議，惟被告王○○、王○○教育程度均不高，受其族人傳統風俗影響甚深，量刑從輕，各處有期徒刑拾月，併科罰金新臺幣肆仟伍佰元，罰金如易服勞役，均以佰元即新臺幣玖百元折算壹日。緩刑肆年。（屏刑 93/簡 1233 號）

從上述裁判書節錄內容看，被告被控以竊取森林副產物，搬運贓物，但對照同年 1 月 2 日修改公布的 15 條第 4 項第 4 點：「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。」基於本條規定，為何該案不能援引？是否該案被告之行為不符「生活慣俗」，而是一種營利行為？裁判書內容並未交待。可見排灣族失去對森林的掌控之後，原有使用習慣在國家法令之下變成不合法，雖然法規容許原住民基於傳統生活習慣，得以在有條件限制下使用森林產物，然而這必須仰賴相關機關訂定相關辦法，否則原住民族可能持續與國家相關法規發生衝突。

傳統排灣族住屋及其他相關傳統建築之技術屬於一種原住民知識，代代相傳，然而現今為符合建築法及建築師法相關規定，傳統建築技術也受到了考驗。一篇關於傳統房屋建造的報導〈新家園・舊模樣 石板屋 住得有尊嚴〉，文中談到因法規的不合理限制，使願意建造傳統石板屋的人愈來愈少。茲將相關報導節錄如下：

> …撒古流說，由於他們不是建築師、沒有建築執照，依規定不能承包石板屋工程，連自己建屋都是違法的。雖然有朋友勸撒古流去借牌來標工程，但是他不願意，撒古流有些激動的問：「為什麼建我們自己的石板屋，還必須有平地人的建築執照？更何況是否有石板屋的執照考卷，讓我們去考？有石板屋的評審，來評定我們的資格呢？…」。
>
> …一些平地官僚的僵化規範，並未站在原住民的立場來考量，間接摧毀原住民文化，以建築執照的規定而言，這就使原住民在改建房子時，必須仰賴有照的平地建商，撒古流說：「甚至連石板屋，都得由平地人來建才合法！」而近年來禁採石板的規定，則阻止了原住民傳統的生活方式，這也難怪山地村的洋房愈蓋愈多…。
>
> …不合理的情形，更發生在許多以原住民為號召的博物館工程上。撒古流表示，因為沒有執照也沒有押標的資金，原住民無法承包石板屋工程，只能替平地老闆做工，錢都讓平地人賺走了…（聯合報 82/9/15/34e）

河川管理權在傳統上是屬 Mamazangiljan 所有，河川的傳統使用方式，除了可作部落領土的界限，也是排灣族取得漁獲的地方。漁獲由 Mamazangiljan 主導，分配給全體部落族人。排灣族傳統捕撈方式是利用特定植物汁液倒入河中，使魚群產生暫時性麻痺，待其浮出水面後再行捕撈。這樣的捕魚方式現今已式微，屏東牡丹鄉高士村某受訪者說：「…現在不但很少，而且是用電的，大小全部死光光。我們用傳統的方式，河裡永遠都有生物存在，可是現在已經不存在了…」，另外，以植物汁液麻痺魚群的作法，也與現行漁業法有所牴觸，所以某台東縣排灣族縣議員表示：「…漁業法根本就是全部限制了，它應該要開放像我們以前在用毒魚藤那樣捕魚的方式來捕魚，我們才會保護這條溪流…」，總之，當河川所有權和捕魚方式受到現有法規影響後，集體捕魚行為和分

享制度已然瓦解；河川不再屬於排灣族人所有之後，族人對河川保育觀念也就日漸淡薄。

排灣族對喪家和 Mamazangiljan 有著特別的尊重，部落若舉行大型集會，主辦人必須先送禮物至 Mamazangiljan 和喪家，為其辦集會而產生的打擾行為致意。這樣的習慣存於現在的選舉造勢會場中，卻很容易被誤會成賄選，屏東縣一位排灣族縣議員就以自己的例子說：

> …我們排灣族有一個習慣，假設你要在部落進行政見發表，我們有一個禮節，有兩種人一定要去拜訪，第一是家裡剛辦喪事的人，第二是頭目的家，拜訪時通常會說「很抱歉，今天晚上我們在部落很吵，影響到大家的安寧」，這時我們會帶一點酒、帶一點飲料、包一點小紅包，那紅包絕對超過 30 元，結果就變成賄選…。(P04/970813)

二、與民法有關傳統習慣現況

民法規範私人生活中之權利義務，舉凡買賣、租賃、借貸、保證、抵押權、婚姻、親子、遺囑等項之法律關係。根據筆者所收集的相關裁判書、新聞報導及受訪者口述資料，排灣族習慣與民法的競合與衝突大多集中在親屬篇與繼承篇，茲先論親屬篇之「婚姻」與「父母子女」，再論繼承篇。

1、親屬

排灣族傳統婚姻無論是男餘嗣入女長嗣家，或是女餘嗣入男長嗣家，都極為常見，但男餘嗣入女長嗣家，在漢文化成了「入贅」而帶有負面意味。屏東獅子鄉某女性 Mamazangiljan 說：「（男入女家）以前都有，現在比較沒有。」但這並不表示已完全消失，台東達仁鄉土坂村受訪耆老說：「在台坂和土坂還有這樣的現象，老大一定要留在家。之後的孩子就不一定會留在家。」屏東泰武鄉武潭村某受訪者也表示當地仍有這樣傳統習慣存在。在擇偶對象選擇上，傳統排灣族人以與自己階層相當者作為優先結婚對象，若雙方階層差距過大，會遭到部落輿論壓力。但現今由於階級制度已遭到嚴重破壞，就算是屬於較高階層的人，也不一定在意擇偶對象的階層，台東達仁鄉土坂村某受訪者表示：「傳統婚姻是頭目之間締結婚姻關係，貴族不能嫁或娶平民，因此很少有頭目與平民間的婚姻…這個傳統婚姻觀念已經漸漸淡化了。」雖然傳統階級觀念有淡化現象，但現代結婚程序，如提親、議聘，Mamazangiljan 在相關事宜上仍占重要地位，一位排灣族教授說：「…現在還是有一些傳統觀念左右我們，好比結婚之前的協談過程，是無法逃避的。若你的婚姻對象是排灣族，這部分就會展現出來，表面上好像它已經被取代，但現在仍是存在的…」。

排灣族傳統為了有長嗣，俾讓家屋、家名及家產得以繼承，會出現收養子女的情況，即使在收養子女之後，親生子女方才出生，也不影響養子女之長嗣地位。以下一則〈佳平部落女大頭目是漢人〉這一篇新聞報導，可知排灣族傳統收養制度至今仍然存續：

屏東縣泰武鄉佳平部落女大頭目劉碧煌，是漢人，因被領養承繼大頭目身分，這是原住民部落中罕見例子。劉碧煌說，她的生父與佳平部落大頭目劉文吉、劉春梅夫婦是好朋友，常有往來，劉文吉夫婦沒有子女，劉碧煌四歲時就從潮州被領養到佳平部落，從小學習如何身為大頭目，保存排灣文化，為族人排解糾紛。（中國時報 92/6/27）

綜上，排灣族傳統婚姻受到主流社會「男尊女卑」價值影響，使得「男餘嗣入女長嗣家」的婚姻型式大致上屏東北部尚能維持這樣的習俗，而難見於屏東南部山地鄉及台東平地鄉排灣族部落。而 Mamazangiljan 雖然在政治上已無實權，但在現代族人的婚姻中，從提親、議娉過程仍有一定角色與地位。

2、繼承

…民法繼承制度是採取平均繼承原則，每個孩子都可以繼承。可是排灣族的繼承系統，是長嗣繼承，第一個見到太陽的孩子來繼承。透過民法繼承制度的強制實施，排灣族越來越不能維持民族特徵，無法維持原有的繼承制度，排灣族社會的價值觀就開始轉變，不重視長嗣了…。（P10/2007/9/16）

傳統排灣族財產繼承習慣強調長嗣繼承，這與民法有關繼承之順序相衝突，原因在於民法對財產之繼承不但有順序，並且同順序之繼承人有數人時，按人數均分。這樣的規定，使得傳統觀念和現代法律並存於排灣族社會，並出現財產分配爭議。屏東三地門鄉一位現任調解會委員就說：「我們 Vutsulj 強調老大繼承，和現在的民法不一樣。這個傳統習俗一直到現在。當然是會受到一些衝擊，因為和我們排灣族傳統習慣有出入。」臺東太麻里鄉基督長老教會牧師也說：「排灣族家庭財產繼承是採長嗣繼承，但這種現象現在已經不是很普遍了，中華民國的法律，每個子女都有財產繼承權，變得大家爭的頭破血流。」屏東地方院 93 年家訴字 25 號裁判書突顯了這兩種不同繼承法則的衝突，兩造排灣族當事人以傳統繼承法則與現行民法相關法規分別對遺產之分割有不同主張。最後法官判決繼承人應依現行民法規定，按比例繼承。茲節錄判決書內容如下：

本件原告主張就被繼承人之遺產按兩造之應繼分比例分配並保持共有，被告原則上亦同意之，但仍希望考量原住民排灣族之習俗，繼承權之行使始於長嗣出生時即開始，長嗣為當然合法繼承所有家產者，其他餘嗣於婚後就離家分支出去；且長嗣之繼承，除繼承財產外，亦繼承「家長權」之權利義務、大頭目地位之傳承與原家血統之延續等重大使命，而由被告即為家族之頭目（即長嗣），依前揭排灣族之習俗，繼承全部遺產云云，惟按民事，法律所未規定者，依習慣，無習慣者，依法理。此為民法第 1 條所明文揭示民事法規適用之順序，而查我國民法關於遺產法定繼承順序已於同法第 1138 條定明為一、直系血親卑親屬，二、父母，三、兄弟姊妹，四、祖父母。另於

同法第 1141 條亦明定同一順序之繼承人有數人時，按人數平均繼承，但法律另有規定者，不在此限。觀之上述規定可明本件被告抗辯，請求依據原住民排灣族之習俗，而為被繼承人遺產繼承之規範，與上述民法第 1 條規定揭示精神不符，故本件被告所陳由被告戊○○全部繼承被繼承人甲○○之遺產等抗辯，於法無據，而難以採用。(屏民事 93,家訴,25)。

這一則關於遺產繼承的裁判書，原告要求依現行民法規定處分遺產，被告則以排灣族傳統繼承習慣作為自己繼承財產的依據與正當性。根據裁判書的結論，法官依法認定排灣族傳統習慣在法律上無效，因而判決原告勝訴。這案例明白指出，排灣族傳統繼承法則與現行民法相衝突。民法第 1 條雖然承認「習慣」可適用，然其適用順序卻是於法律之後。換言之，法律已有明白規定時，是無法援引習慣的。這其實突顯兩套繼承法則的根本不同。現今國家法律一味強調個人式保障，不承認排灣族繼承制度，也連帶家庭倫理關係受到破壞，產生更多糾紛，讓排灣族人於現代與傳統之間面臨抉擇。另一個傳統財產繼承的案例，由屏東三地門鄉現任調解會委員所提供，情形如下：

…她結婚以後生了一個小孩，沒有多久雙方就離婚了。後來這個女的死了，但是孩子一直在媽媽這裡。男方在離婚之後，有了一個女朋友。現在問題是，這個女的有保險什麼的。保險公司說，要依法由配偶來取得，將保險金匯到男的戶頭，他就拿去用了。但是排灣族文化不容許這樣，因為孩子是女方養大的，而且也離婚了。按排灣族傳統，保險金應該是孩子的，但是依法卻不合。他們現在要求男的按原住民的方式將保險金還給他們。談了好幾次都沒有成。再調解不成就要送去法院。如果是按排灣族的習慣，就很簡單，保險金本來就屬於小孩，我們的風俗習慣就是如此…。(P03/970823)

從上述案例可以看出，排灣族傳統繼承法則，子女有繼承母親全部財產的權利，但卻與現行法規不符。由本例亦可知，排灣族鄉鎮之調解委員的調解原則，係以本族之傳統習慣作為優先依據，而非現行法規。換言之，原住民鄉調解委員會，傳統習慣仍有其作用和角色，可作為調解的依據。

綜合以上，排灣族傳統婚姻受到主流價值影響，原本強調重長嗣不重男女的觀念，在排灣族地區有著不同程度的保留。Mamazangiljan 在現今族人的婚姻上仍具有一定之參與空間。由於繼承相關法律是強行法，故這方面傳統習慣與國家法律之衝突明顯，國家無視於排灣族傳統繼承法則，連帶倫理關係日漸淡薄。

三、與刑法有關傳統習慣現況

傳統排灣族並沒有「罪」的觀念，而只有「過失」的觀念，犯了「過失」之後，處理原則不似現行刑法所區分之財產刑、自由刑與生命刑，或是主刑與從刑，而只需針對其「過失」賠償被害人相對的贖財即可。現代國家刑法進入部落之後，排灣族傳統犯

罪，如傷害、致人於死、通姦、妨害性自主與竊盜罪之處罰方式，已不復見於今日。排灣族人逐漸依靠現代法律來解決糾紛，台東達仁鄉土坂村一位受訪耆老說：「偷東西的話，派出所會管，現在頭目比較少管。」屏東泰武鄉佳平村受訪耆老也說：「頭目時代，若是部落發生糾紛，當然就由頭目處理，現在就由相關機關處理。」但某些犯罪行為的處理現仍運行在某些部落，台東達仁鄉土坂村受訪耆老表示，「對部落年輕人的管教，仍會在一些重要場合以傳統方式進行責罰，比如打老人家、酒醉鬧事、或是和外村人打架，頭目會請祭司通知家長準備酒到頭目家聽訓，甚至於祭司會用咬人狗的葉子打犯錯者的屁股」。

就刑事法律原則而論，原住民傳統習慣基於罪刑法定主義，排除了習慣法的適用。但現今司法實務上，對於因傳統習慣而觸犯刑事法律的原住民，法官往往會採取較為寬鬆的認定標準，就筆者收集到的相關裁判書，法官也多會以「犯案之後態度甚佳」「尚屬初犯」、「偶罹典刑」或「教育智識不深」等減輕其刑，並以緩刑處之。總之，排灣族與刑法相關之傳統習慣，可說幾乎被國家法律所取代，因而與國家發生衝突之相關資料較不多見。

四、與程序法有關傳統習慣現況

傳統排灣族多以和解方式處理犯罪賠償問題，部落耆老或是 Mamazangiljan 會依其經驗並考量加害者家屬能力，儘量作出讓雙方滿意的結果。但目前情況是，耆老或是 Mamazangiljan 在和解場域的功能已經式微，台東太麻里鄉一位排灣族牧師就說：「現在我們部落頭目的年紀很大，禮貌上我們還是會請部落頭目來一起主持協調會議，頭目的角色屬於沒有意見的主導，在協調會算是精神的象徵，等到協調會議有了結論之後，就會請頭目來說話，把結論跟大眾報告…」事實上，目前部落傳統協調機制已被「鄉調解委員會」及法院所取代，但鄉調解委員會的功能及排灣族對其接受度呈現出不一致情形，一位排灣族校長說：「調解會還可以啦，因為調解委員都是地方上有名望的人。」臺東縣太麻里鄉一位村長也表示：「現在部落發生糾紛就會由鄉調解委員會來處理，我覺得效果很好，如果談不成，就交由法院處理，它的功能在我們這邊還算可以。」但台東一位排灣族縣議員卻說：「…有的調解委員自己家庭都顧不好，居然也是調解委員。委員是誰在挑，是鄉長嘛，他當然一定是用他的人，鄉長不會管這個人有沒有能力勝任這項職務，很多都是在領便當啦…」。

由上可知，鄉調解委員會雖具一定功能且為排灣族人所接受，但就其專業性而言可能不如預期。而綜觀以上，現行國家法律已取代傳統和解機制，鄉調解委員會與法院成為排灣族人解決糾紛的管道。調解委員會調解委員與當事人雙方通常同屬本族，基於相同語言及文化背景，應有助於理解並調解雙方衝突，但調解委員的素質能力以及公正性，排灣族人有不同的意見。而在審理過程中，由於語言及文化差異，加以法院通譯制度不完善，常讓排灣族人在權益上有所損失。傳統習慣不為現今法令所接受，也讓排灣族人常有屈居法律之下的無奈。從原住民族司法權與文化權的保障而論，排灣族傳統習慣無論在司法實務或是程序上，都無法得到國家法令的重視。另外，排灣族傳

統習慣作為一種原住民知識，在國家法律的限制與破壞下，其存續與發展面臨了重大危機。這不但與憲法保障原住民族文化發展之精神背道而馳，也與相關文化權國際公約之意旨不符。排灣族傳統習慣在司法權與文化權上具雙面性，不但不能切割，且互相依存，若一方得不到保障，另一方也無法獨存。憲法保障原住民族文化發展，但若無法進一步在國家司法體系中承認其傳統習慣的價值與合理性，原住民族文化權的保障只能淪為憲法上的空頭支票。

參、原住民族習慣與國家法的調和：代結論

本文主旨乃在透過文獻分析及深度訪問，就排灣族傳統習慣的變遷與國家法的互動衝突現況做一探討。無庸諱言，現今原住民族許多傳統規則已受到嚴重的毀損，「傳統習慣」與「國家法律」間，也存有相當大的鴻溝、差異與衝突，雖然近年來在司法判決上，可發現幾則由於具有原住民身份，從而不立案、輕判、緩起訴、或無罪的例子，足見檢警法院已陸續出現民主、開明之士，但這僅是若干個案而已，原住民族仍處於司法上的絕對弱勢，傳統習慣已奄奄一息，面臨存亡危機。這其中有幾個歷史性的重要因素，於原住民族傳統習慣具有深遠影響。首先是歷代的殖民政策，奪取了原住民族廣闊的土地與領域，嚴重毀損其政治、社會與文化之統合。這對於原住民族習慣法與制度統合有極大威脅。日據末期及國民政府力行同化政策及土地國有化及私有化，使得原住民族面臨政治、經濟、與文化上的同化壓力，加上近年來全球化與市場化趨勢，致使以物質導向為主之小型經濟體，快速被吸納於全球經濟體並持續受到經濟剝削。透過強迫性或誘導的方式，使得原住民族離開其原有生存地域，因而也就很難繼續維持其傳統習慣。學者Roy（2004）研究指出，決定習慣法強度的幾個重要因素分別是：政治自主性、憲法及法律保障，以及原住民族人口規模。憲法之於習慣法的保護提供極大的力量，例如印度的Nagaland 與Mizoram即是，加之當地具有高比率之原住民族人口，因此便能持續保障其土地及資源權。

總之，經由歷代治理政策的影響，排灣族習慣法已有很大的變化，族人對習慣法日漸生疏，影響力逐漸減弱，但有些習慣也頗具生命力，仍然是在作用中的「活法」，但表現形式及角色功能已有很大的不同，作用也受到嚴重的限制。而排灣族傳統習慣固有與國家法整合、補充之處，但也有甚多的衝突與矛盾。由本文行政法各相關法令的討論可知，排灣族傳統習慣與國家法格格不入，並在國家法律強力介入下，使得排灣族傳統文化難以生存。雖然原住民族基本法放寬了原住民採取自然資源的限制，但行政法令的規定並不符合現況需要。次就民法親屬相關習慣而言，排灣族傳統婚姻型態受主流價值影響，在排灣地區有著不同程度的保留；Mamazangiljan在現今族人婚姻上仍具一定角色與空間。民法繼承方面，國家無視於排灣族傳統繼承法則，因而扞格甚多。而排灣族與刑法相關之傳統習慣可說幾乎被國家法所取代，因而對立衝突不多。在程序法方面，國家法已取代傳統和解機制，鄉調解委員會與法院成為排灣族人解決糾紛的管道，

但調解委員的素質能力以及公正性，排灣族人有不同的意見。上法院被排灣族人視為畏途，會浪費時間和金錢。而在審理過程中，語言及文化背景的差異，加以法院通譯制度不完善，常使排灣族人在權益上有所損失。總之，當今排灣族習慣與國家法的關係與互動，從司法權保障而言，國家法相對於排灣族傳統習慣展現其優越性，國家法並不承認排灣族習慣的合理性與價值。在相關程序上，也沒有考量其特殊性而有特別規定。就文化權觀點而言，即便憲法有所保障，但在具體實踐上仍有不足，非但與憲法保障意旨不符，也與國際法上對原住民文化權保障之精神有相當差距。

當今臺灣原住民族人口已高度都市化，此將不利於原住民族文化統合，也不利於習慣法的實踐、維護和發展。原住民族與其傳統土地及領域隔離，其傷害性至為巨大，一旦這些習俗與實踐消殆，將危及許多關於漁獵的傳統知識系統、藥用植物的保護與永續、及許多物種與動物之生存；原住民族習慣法體系的毀損，可能導致許多不可替代的人類知識永遠消失。習慣法乃是民族文化的一種載體，對維護社會秩序，傳承民族文化，保護原住民利益，具重要意義。國家法不可能作到事無巨細，包括所有的社會關係；習慣法最具民族特免，更適用於本民族自己的方式解決問題。為維護原住民族文化及保障其司法權，承認並尊重原住民族習慣實係緊要之政策及人權課題，那麼，排灣族傳統習慣與國家法律的合理關係究應如何呢？本文根據國際人權法有關原住民司法權與文化權主張加上個人思考心得，提出以下對原住民族傳統習慣與國家法未來關係的若干構想和建議：

一、 有關民族習慣法部份

1.培養多元化的法律意識：珍視大量豐富的國家法之外的本土資源，摒除以國家法為中心的法律一元論，擴大現代社會的自治及自律空間，克服法治的侷限性，肯定法以外的社會規範，成為多元社會調整的重要依據。原住民族習慣法中，如有關維護治安、保護山林、愛護環境等規範，代表了民族利益，又符合國家利益和社會公益，應予保留，作為國家法的補充。

2.順應「國勞組織原住民族及部落人民公約」和「聯合國原住民族權利宣言」，承認原住民族傳統法律體系及習慣，並立修法將其內容充分納入相關立法、法規、政策和措施，同時去除、修正歧視原住民族傳統習慣的觀點和條文。

3.憲法保障原住民族習慣並善用違憲審查權及司法解釋：在憲法上規定原住民族有保持或改革其風俗習慣的自由。除非具有堅實的憲政基礎，否則原住民族傳統慣習與國家法之間的關係，會被邊緣化及扭曲。另對於有違多元文化精神之虞的法律或命令，可透過違憲審查權，拒絕適用於其所審理的個案並聲請大法官解釋該法規違憲。

4.法律優先原則的再思考，放寬習慣定義及適用限制：民法第一條規定所謂法律優先主義，排斥許多習慣法的適用空間，大大限縮台灣原住民傳統習慣在國家司法系統中的生存空間。在目前習慣法的適用空間相當有限的情況下，原住民習慣要獲得法院的採用，當事人必需能證明其部落或族人多年來有此一慣行的事實，並且獲致一般人的確信，可以說難上加難。不僅如此，原住民若要在民事訴訟中想要主張不同於

主流社會的習慣，首先必需對於該糾紛事項沒有相關法律規定，再來是主張者必需負起舉證責任，最後還要由法院認定此一習慣合於所謂的公共秩序與善良風俗。而公序與良俗又屬於不確定法律概念，其判準總是多依多數主流認同的價值觀為依歸。以現行司法制度中法官的培訓過程以及案件的高度負荷，若要在涉及族群文化差異的個案中處理此一環節，必需有民族法庭的配套措施，包括參審制度的輔助，與司法人員培訓制度的調整，才有可能落實。

5.建立法律選擇規則，或類推適用國際私法精神：在一定的條件下，各地法院有關原住民案件得比照國際法律衝突的規則處理之，以求得個案中雙方當事人的平衡。以我國涉外民事法律適用法為例，第六條規定：「法律行為發生債之關係者，其成立要件及效力，依當事人意思定其適用之法律。當事人意思不明時，同國籍者依其本國法；國籍不同者，依行為地法；行為地不同者，以發要約通知地為行為地；如相對人於承諾時不知其發要約通知地者，以要約人之住所地視為行為地。前項行為地，如兼跨二國以上或不屬於任國家時，依履行地法。」此一規定，即具體顧及了交易雙方當事人與交易過程中的種種因素，並非單純以一方之遊戲規則為審理依據。此一理念若能運用於國內原住民財產糾紛，以進一步觀照不同的規範系統，將是國家肯定多元文化的具體呈現和落實。

6.強化鄉公所調解委員會制度功能：就涉及原住民個案而言，司法系統不妨引導原住民充分優先利用或輔助當事人多採用仲裁、調解及和解等程序，因為相較於訴訟程序，仲裁、調解及和解是比較接近於傳統原住民糾紛處理模式，可弱化當事人運用法院解決糾紛。況且以訴訟程序的高度技術性，若非聘請律師代理，往往難有勝算，而律師費用也不是大多數原住民所能負擔。民間調解方式根深蒂固，也是有效維持秩序的調節器。嚴格的法律和嚴謹的法語言不適合他們。現行鄉調解委員會，經本研究發現它是族人解決糾紛的第一線官方管道。而被選任的調解委員大多為族人所熟知且具有相同之文化背景。其解決糾紛過程大多以傳統方式，在法令的範圍內，替族人尋求和解之道，大致能符合族人傳統解決糾紛之精神。鄉調解會解決糾紛程序靈活，富彈性，成本低，可實現公平與效率，唯調解委員會尚有些仍待改進的地方，如法律專業素養和能力不足、選派過程並非經由公正公開程序，處理糾紛易讓人有偏頗之嫌，未來似宜針對鄉調解委員素質和功能進一步加強和改進，並配合整理編纂原住民各類糾紛的仲裁人建議名冊，習慣法的訪查整理與鑑定等。

7.全面系統紀錄、整理、分析、編撰原住民族習慣文獻：著重於法制面向，以系統性的態度和方法及原住民的參與，並建立調查規則，彙集、出版原住民族習慣法，並將其作為教育使用書籍。主管部門應與原住民或學者專家合作，協助研究及恢復原住民法制習俗，並加強習慣調查，為立法作準備，並供法院鑑別及法庭相關人員參考。

8.原住民族習慣法立法或修訂相關法律，承認及適用原住民族習慣：對於原住民習慣法既不能全盤肯定，也不能全盤否定，而應看到其所具有的獨特價值和特殊功能，並通過地方自治條例等立法途徑，對原住民族習慣有區別地加以限制與吸收，逐步納入制定法的軌道，當是協調國家法和民間法之間關係的最佳和最重要方式。因此似宜制訂

族群關係法或制訂專法，如原住民族親屬繼承法，作為統一解決原住民間及原漢間法律衝突規則。或在相關法律中適當加入必要之原住民族習慣，例如民事法律可直接將原住民族習慣規範當作條文內容，尤其有關債權、物權以及婚姻、繼承等身份關係。而在刑事法律中某些因族群文化不同而有差異的規範，在不違反基本人權原則下，依不同族群傳統習慣增列規定。在修法方面，民法總則中法律無明文規定時適用習慣法；在分則中有與法律規範不同的習慣並能適用時，可規定原民習慣優於法律適用。另在相關行政法，如國家公園法、森林法、槍礮彈藥管制條例、野生動物保育法、土地法、漁業法、礦業法、選罷法、山坡地保育利用條例等亦應修正承認原住民族傳統慣習。

二、 有關民族司法權部份

1.成立專業的原住民族法庭：我國目前法院組織除傳統的民事庭和刑事庭外，尚有交通法庭、少年法庭、財務法庭及家事法庭等，專門由受特別訓練或經驗豐富的司法人員處理相關案件。基於此，有關涉及原住民的糾紛，由於語言及文化差異，亦可考慮設民族法庭，特別是原住民人口比例較高的縣市，更有此需要。設立民族法庭，舉証責任若適度改採職權調查主義，由受有關訓練的法官負責調查證據，釐清事實真相，將使得目前類似個案因舉證困難而頻頻敗訴的情形適度緩和。

2.採用參審制及專家證人：參審員之思考判斷可令判決更加周延外，深具經驗並了解傳統習慣之參審員亦可補職業法官對相關知識之不足。這對於原住民在審判過程中的主體性及審判結果的正當性，將有所助益，亦可減輕法官負荷。

3.培訓具多元文化素養司法人員：在現行民事訴訟程序中有許多涉及族群文化差異的關鍵環節，這些環節在在都需要相關司法人員，特別是法官的配合。因此如何在語言、翻譯與族群文化方面培訓司法人員，將是能否發揮作用的關鍵。相關機關應定期辦理員警、行政官員、律師、法官、社會工作者等司法系統官員以及法律學生有關原住民文化、習俗和法制的培訓和教育課程，作為消除歧視和促進尊重文化多樣性的一種辦法，並採取特別措施消除對原住民的歷史偏見，這是造成在司法制度中對原住民歧視的潛在原因。

4.培育原住民族司法人才並參與相關司法改革：有計劃培養具有原住民身分的律師、法官、檢察官等法律專業人員，或訓練法律專業的原住民種子教師前往原鄉服務。鼓勵原住民到立法、司法、執法和教養機構任職，並在教育、培訓和招聘政策等方面採取措施，以增加原住民在司法系統工作。此外亦應保障及鼓勵原住民直接、充分和有效參與有助於改善影響原住民族的立法及司法改革活動。

5.原鄉廣設法律服務中心，並聘用原住民專職律師，或熟稔原住民文化習慣且對原住民友善而不歧視的漢人律師，以及具有法律專業背景但非律師的原住民工作人員，讓他們長期駐守原鄉部落，從事法律扶助工作、原住民法律教育，及原住民法律問題之專案研究，以培養原住民法律扶助人才。

6.強化民族法學及原住民族司法人權研究：具體作法包括鼓勵大學開設民族法學課程和

編寫教材、研究對原住民有不利影響的法律，並採取必要措施消除由這種法律造成的歧視、編寫原住民族司法問題研究報告、建立和收集有關原住民和司法，包括逮捕、判決、關押和死刑資料的制度，並定期公佈、安排關於原住民族和司法問題的討論會以及技術合作專案。

7.成立原住民族自治區並具自治司法權：在兼顧國家法制統一下，在立法政策上如中央法規不適用原住民者，可制訂變通規定或者補充規定，在一定範圍內原住民可訂定符合傳統慣習之法律，給予習慣法一定承認及效力。或通過原住民族自治法，成立自治區，明定原住民族在一定土地領域內享有司法管轄權，建立原住民自治司法系統，使其與國家司法系統合作有效發揮作用，成為國家制度的補充。在一定範圍內可訂定符合傳統慣習之法律，並讓慣習法成文化，任何人進入自治區內必須遵守自治主體所訂立的法律規範；部落有權設立族群法庭，處理不涉及重大案件的一般民刑事案件。

參考文獻

Geertz, C. 2003。楊德睿譯。《地方知識-詮釋人類學論文集》。台北：麥田出版社。

Hoebel, E. A. 2006。嚴存生譯。《原始人的法》。北京：法律出版社。

Kymlicka, W. 2004。鄧紅風譯。《少數群體的權利：民族主義、多元文化主義與公民權》。台北：左岸。

Malinowski, B. 1994。夏建中譯。《原始社會的犯罪與習俗》。台北：桂冠出版社。

Tully, J. 2001。黃俊龍譯。《陌生的多樣性：歧異時代的憲政主義》。台北：聯經。

千葉正士，1997。強世功等譯。《法律多元-從日本法律文化邁向一般理論》。北京：中國政法大學出版社。

王泰升，1997。《台灣原住民的法律地位》。行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告（計畫編號：NSC86-2414-H002-005），未出版。

王泰升，2003。《原住民保留地土地專屬法庭設置研究》。行政院原住民族委員會委託研究計畫成果報告（計畫編號：9570142421），未出版。

王貴，2002。《排灣：拉瓦爾亞族部落貴族之探源》。台北：稻鄉出版社。

石磊，1971。《筏灣：一個排灣族部落的民族學田野調查報告》。臺北：中央研究院民族學研究所。

石磊，1982。〈排灣族的家庭結構：原始及其演變〉《中央研究院民族學研究所集刊》（54期），頁71-83。

石磊，1993。〈從排灣族傳統的社會關係中觀察他們對人的看法〉黃應貴編著，《人觀、意義與社會》。臺北：中央研究院民族學研究所。

吳樹欉，2000。《台灣原住民族土地財產權制度變遷之研究─日治時期迄今從共同所有到個別所有的演變》。未出版之博士論文，台北：國立政治大學地政學系。

吳燕和，1964。〈太麻里溪流域排灣族田野調查簡報〉《國立臺灣大學考古人類學刊》（23/24期），頁83-93。

吳燕和，1993。〈臺東太麻里溪流域的東排灣人〉《民族學研究所資料彙編》（7期），頁7-402。

周世中等著，2010，《西南少數民族民間法的變遷與現實作用》，北京：法律出版社。

周鳴鴻，1959。〈臺灣排灣族之貴族制度〉《臺灣銀行季刊》，13卷（1期），頁345-354。

林佳陵，1996。《論關於臺灣原住民土地之統治政策與法令》。未出版之碩士論文，台北：國立臺灣大學法律學研究所。

林佳陵，2004。〈台灣戰後初期的原住民政策與法令〉《臺灣史料研究》（23期），頁153-183。

林淑雅，2006。《解／重構台灣原住民族土地政策》。未出版之博士論文，臺灣大學法律學研究所。

林衡立，1955。〈排灣族之團主制度與貴族階級〉《台灣文獻》，6卷（4期），頁53-57。

施正鋒，2008。《原住民族人權》。壽豐：國立東華大學原住民民族學院。

施正鋒、李安妮、朱方盈，2005。《各國原住民人權指數之比較研究》。台北：行政院原住民族委員會。

徐亞文、孫國東，2004。〈為法治找尋沃土-法律人類學的歷史、主題與啟示〉《求索》（3期），頁61-63。
梁至平，1996，《清代習慣法：社會和國家》，北京：中國政法大學出版社。
高中，2005。《後現代法學思潮》。北京：法律出版社。
高其才，2003。《中國少數民族習慣法研究》。北京：清華大學出版社。
高德義，2008。〈「去政治」的發展--原住民族政治發展政策評估〉《台灣原住民族研究季利》，1卷（2期），頁165-200。
高德義，2009。《解構與重構--原住民族人權與自治》。壽豐：國立東華大學原住民民族學院。
高德義、陳芝欣編著，2004。《各國憲法民族條款彙編》。台北：行政院原住民族委員會。
張文顯，1998。〈法律社會學的法概念〉。於李楯編著，《法律社會學》。北京：中國政治大學出版社。
張培倫，2009。〈建構原住民族知識體系--一些後設思考〉。發表於第一屆原住民族知識體系研討會研討會，壽豐：東華大學原住民學院。
許功明，1993。〈排灣族財產體系及觀念的初步分析〉《國立自然科學博物館學報》（4期），頁167-182。
湯文章，2005。〈原住民族在訴訟法上地位之研究〉。發表於第一屆原住民民族法學研討會論文集研討會，花蓮：門諾醫院國際會議廳。
湯文章，2008。《設置原住民法庭或法院可行性之研究》臺灣花蓮地方法院九十七年度研究發展項目研究報告（計畫編號：GPN：1009703099），未出版。
雅柏甦詠・博伊哲努，2008。《原住民族權之詮索》。壽豐：東華大學原住民民族學院。
黃文一，2005。《排灣族原住民部落階級結構的演變》。未出版之碩士論文，高雄：國立中山大學政治學研究所。
楊曉珞，2007。《台灣原住民族司法權之探討與建構》。未出版之碩士論文，壽豐：國立東華大學民族發展研究所。
溫振華，2007。《臺灣原住民史-政策篇(二) 》。南投：國史館臺灣文獻館。
臺灣省文獻會，1998。《臺灣原住民史料彙編第三輯》。南投：臺灣省文獻委員會。
臺灣總督府警察本署編，1997。陳金田譯。《理番誌稿》（日據時期原住民行政志稿）。南投：臺灣省文獻會。
趙昌榮，2005。《排灣族親屬制度與現行親屬法之比較(以婚姻制度、家庭制度為中心) 》。未出版之碩士論文，台北：中國文化大學法律學研究所。
蔣斌，1987。〈排灣族的傳統社會文化與人權現況〉中國人權協會編著，《臺灣土著的傳統社會文化與人權現況》。台北：大佳出版社。
蔣斌，1999。〈墓葬與襲名：排灣族的兩個記憶機制〉。黃應貴編著，《時間、歷史與記憶》。台北：中央研究院民族學研究所。
蔡懷卿，2005。〈美國批判法學研究運動與種族、女性主義法學互動之淺論〉《玄奘法律學報》（4期），頁287-314。

衛惠林，1960。〈排灣族的宗族組織與階級制度〉《中央研究院民族學研究所集刊》（9期），頁71-108。
鄭林，2005。〈法律人類學綜述〉《前沿》（8期），頁140-143。
總督府臨時臺灣舊慣調查會，2003a。《番族慣習調查報告書第五卷排灣族》（中央研究院民族學研究所譯）（三冊）。台北：中央研究院民族學研究所。
總督府臨時臺灣舊慣調查會，2003b。《番族慣習調查報告書第五卷排灣族》（中央研究院民族學研究所譯）（四冊）。台北：中央研究院民族學研究所。
總督府臨時臺灣舊慣調查會，2003c。《番族慣習調查報告書第五卷排灣族》（中央研究院民族學研究所譯）（五冊）。台北：中央研究院民族學研究所。
謝順旭，2001。《從台灣光復後之政治發展探討政府原住民政策之演變》。未出版之碩士論文，台中：東海大學政治學系。
顏愛靜，1999。《臺灣地區原住民保留地制度變遷之研究》。行政院原住民族委員會委託研究計畫成果報告（計畫編號：041044880129），未出版。
藤井志津枝，2001。《臺灣原住民史政策篇(三) 》。南投：臺灣省文獻會。
聯合國人權委員會，2004，土著人民人權和基本自由情況特別報告員:司法 E/CN.4/2004/80.
聯合國人權委員會，2003，土著人民與司法問題專家討論會報告，E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/6.
Canby, W. C. Jr. 1998. *American Indian Law*. New York: Routledge.
Diamond, A. S. 1950. *Primitive Law*. 2nd ed. Watts.
Elias, T. T. 1956. *The Nature of African Customary Law.* Manchester University Press.
Epstein. A. L. *Juridical Techniques and the Judicial Process: A Study in African Customary Law*. Manchester University Press.
Geertz, C. 1983. “Local Knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective.” In *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*. New York: Basic Books.
Gluckman, M. 1974. *African Traditional Law in Historical Perspective*. London: Oxford University Press.
HMacLachlan, C. 1988. “The Recognition of Aboriginal Customary Law: Pluralism Beyond the Colonial Paradigm-A Review Article.” *International and Comparative Law Quarterly*, 37. pp. 368-86.
Hoebel, A. 1983. *The Law of Primitive Man: A Study in Comparative Legal Dynamics*. New York: Atheneum.
Hooker, M. B. 1975. *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*. Oxford: Clarendon Press.
LCC. 2006. *Justice Within: Indigenous Legal Traditions*. Ottawa: Law Commission of Canada.
Malinowski, B. 1926. *Crime and Custom in Savage Society*. London: Routledge & Kegan Paul.

Merry, S. E. 1988. “Legal Pluralism.” *Law and Society Review.* 22(5). pp.869-96.

Pospisil, L. 1971. *Anthropology of Law: A Comparative Theory.* Harper & Row.

Pospisil, L. 1978. *The Ethnology of Law.* 2nd ed. Cummings Publishing Co.

Rao, G. S. 1994. *National Legal System and the Tribal: A Sociological Exploration. Himanshu Publications.*

Richland, J. B. & Sarah. D. 2004. *Introduction to Tribal Legal Studies*. Rowman & Littlefield.

Roy, R. D. 2004. *Traditional Customary Laws and Indigenous Peoples in Asia*.

Sheleff, L. S. 1999. *Future of Tradition: Customary Law, Common Law, and Legal Pluralism.*

Singh, K. S. 1993. Tribal Ethnography Customary Law and Change. Concept Publishing.

UNCHR. 2004. *Report on the Expert Seminar on Indigenous People and Administration of Justice* (No. E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/6). New York: United Nations Commission on Human Rights

WIPO. (n.d). *Intellectual Property and traditional knowledge*. Retrieved 2008/10/13, from http://www.wipo.int/freepublications/en/tk/920/wipo_pub_920.pdf.

Young, I. M. 1990. *Justice and the Politics of Difference*. New Jersey: Princeton University Press.

評論

李惠宗 教授

主席，報告人，還有其他報告跟與談的前輩，還有在座各位先進大家午安。很榮幸也很高興有這個機會拜讀高教授這篇文章，特別是談到排灣族的習慣法，這對我們一般傳統法律人來講是一個新的視野，好像看到另外一片青翠的山峰一樣，感到格外的親切，視界為之一亮，這是一個新的領域，非常有趣的領域。從現在一般傳統的看法，以國家法的觀念來看，我想今天這樣的主題非常有意思。

原住民族傳統習慣規範跟國家法對立的問題，其實是一個非常有趣、有意義的觀點。當然以現在國家法的觀點來看，它基本上有四個特色，第一個就是把現在國家法分為強制法跟任意法，任意法在這個領域裡頭，比較屬於民事法領域，其實這個習慣法有它存在的空間，這個是比較沒問題；強制法等於國家透過法治，透過民主程序把所有的法治歸納起來，變成收歸國有的一種情況。把所有的法治全部收歸國有，特別明顯的是紛爭的解決跟裁判的機制，我們現在就是採這種制度。原住民族通常有的那種頭目的紛爭解決的裁判權，全部被收歸國有，但是不代表他完全被排除，因為他還有可能調解，藉由我們現在的鄉鎮調解條例，其實他還有可能。剛剛高教授有特別提到，原住民頭目制度好像被地方自治法全部瓦解了，其實從另外一個角度來看，如果這個制度是有意義的又何妨呢？！透過地方自治法讓他在法治上取得一席之地，那是一種趨勢的利用，我覺得或許不必很悲觀的認為原住民傳統的習慣都已經被消滅了而悲傷。其實不然，因為很多習慣會變化，一定要跟著整個時代走，恐怕在二、三百年前不一定是這個習慣，可能以前有獵人頭的習慣，不一定每個地方都有，但是某些地方有，這個也是存在的，但是這種情形要保留嗎？也就是說習慣本身，也不盡然說不可以改，也可以剛好藉著現代形的法制，讓它能夠存續下來，當原住民認為這個機制、這個習慣是好的的時候。

剛提到現在國家法的第一個，是強制法跟內法的分類。第二個是在紛爭跟裁判權的收歸國有。第三個是現在國家法制透過民主程序對於法規範形成的一種價值決定權，幾乎是絕對的。現在問題來了，透過民主程序制定出法律，這法律就宣誓出一種絕對的價值，現在我們要反思的是，這種絕對價值是不是要把它相對化，也就是說我們應該要考慮，少數民族或者是其他原住民族基本權的保障和現代法治國家的一種機制，要不要使它做相對化的影響，在這個地方是可以思考的。我想剛剛提到的幾個案情，是容許考慮的，特別是提到的排灣族裡頭有所謂的長嗣繼承的制度。其實現代，剛剛主席也特別提到，其實很多閩南人的習俗也被現代國家法治取代掉，比如說以前女生在閩南的家族裡頭是沒有繼承地位的，她一定要拋棄繼承的，可是我們民法規定，每一個直系血親卑親屬都有繼承權，這等於逼得原來的繼承制度也受到挑戰。當然這裡頭有提到一些案例，

我們也覺得這也是一個可以思考的問題，在我們民法繼承篇裡頭，這個繼承順序要不要把它相對化，這也是一種跟隨著時代的改進，譬如說，以前做錯事要被處罰，在閩南的風俗裡面有洗門風，這種制度其實是一個兼有民事跟刑事懲戒制度的一種習慣，而這一種公開道歉的方式，有可能會侵害到人性尊嚴。在我們現在民主法治國家比較重視個人尊嚴的角度來看，不像以前所謂的集體制度的思維方式，這種洗門風制度，大法官也在最近的釋字656號解釋有提到，如果不違反所謂自我屈辱或違反人性尊嚴的情況之下應該是被接受的，萬一是違反人性尊嚴或涉及到自我羞辱情節的這種習慣，那就不可以。

換句話說，其實很多習慣它也會跟著時代的價值觀有所演進，所以原住民本身的一些習慣也有更改的需要或是必要，其實也可以檢討。當然這個就涉及到誰來做這些工作，我想現在有原民會來做這個工作，所以在報告裡頭又提到，我們應該要去編撰各民族的習慣。我想這是一個非常重要的工作，但是編撰出來這個習慣以後，不代表這個習慣就一定要讓它延續，難道它沒有修正的必要和需要嗎？那要融入現在的法治和價值，特別是現在的國家法治。所以現在我們應該要思考的問題是原住民族的習慣如何融入國家的法治，而不是v.s.，也未必是一個對抗的問題。

如何遷入我們現行的國家法治，我想這是一個適應的做法，從某些觀點來看，覺得這篇報告帶給我很多的收穫，也可以深刻感覺到原住民族在這方面最近以來的持續努力，有很多的習慣未必跟現代的價值有所融合，恐怕有一些思維是否要進行修正的可能，這個我想是必要的。但是在司法審判上，在立法行政跟司法的作為上，要把原住民的習慣當做一種規範的價值來看待，我想是應該的，這篇報告帶給我很多的啟示，我個人簡單的評論到這邊謝謝。

第二場次
綜合討論

與會者顧坤惠副教授提問：

請問黃居正老師，有關菲律賓的問題，上一場法院人也說到，你在法治上制定的進步，並不表示你在實際上能夠跟得上它的腳步，那你一直很強調說，其實在菲律賓的法治上比台灣來的進步，可不可以稍微評論他們在實踐上面的一些情況？第二個問題是關於菲律賓跟台灣在殖民史上不同的過程，你在談他的IP Law的時候，可不可以談一下他們怎麼樣界定他們的原住民？這個部分，他的主體是誰？

黃居正教授回應：

第一、菲律賓確實跟台灣不同，在殖民歷史過程中，所發展出來的憲法結構也不同，更重要的是政治權力的力度也不同，菲律賓的原住民有一千多萬人，跟台灣相對來說，比例差距很大，所以制定法律的時候，力道當然不同；剛剛辜老師提到說，關於菲律賓原住民的定義，是不是跟台灣的定義不一樣？請參考文章第十四頁的註釋，第四十有非常清楚的菲律賓原住民定義，當然它是非常激進的定義，跟我們台灣當然有很大的差異，不過，我在這邊還是再次強調，傳統智慧創作保護條例，我們台灣的幾個條例中，固然它制定的時候，其歷程還有它的歷史背景，還有包括我們呈現出來的保護向度，可能都跟菲律賓不同，可是我想，舉出來對照例子的目的是在說明在一個非線型的主構之下，你能做到最大極限是什麼？它真正的實踐是什麼？剛剛辜老師也提到，法律好但未必實踐，真的是呈現出一定的規模，確實沒有錯，如果常常做田野都知道，菲律賓的傳統智慧創作的外觀型式，並不像我們台灣這麼豐富，我們可以從這邊再反應，在一個不是那麼豐的情形之下，它有這樣強大力度的法律，相對來說，我們是非常豐富，但我們法律的限制比較多，所以是不是也可以拿來當成一個反對照呢？僅在這邊提供參考，謝謝。

與會者高正治醫生提問：

請教高德義教授，你的建議是調解委員會的功能，目前司法院的介入，原來是部落的耆老可以當調解委員，但現在變成必須要有識字能力，所以都是國小老師退休，但這些人已經跟部落主義脫節而且是被殖民，所以這是第一個危機；第二個部分，實際上在屏東的調解委員，或者是在部落進行一些事務裁決的時候，都有非正式的部落會議，但現在行政院原住民委員會，有一個部落會議的規範，透過鄉公所，也發揮功能，譬如包

括土地的使用，或是傳統領域，可以透過部落會議來議決，但是他不是正式的組織，也沒有經費，不知道原民會或者是高教授，在你的建議裡面沒有提到這個部分，請教，謝謝。

高德義教授回應：

我想李教授提到的一點，我非常贊同，就是怎麼樣把原住民的一些習慣融入到現行國家法治，也許有人不太贊同這樣的觀點，但是依我的經驗，我滿贊同，因為很多的原住民，如果我們立章法，其實那個法都沒有用，有沒有發現到教育法、基本法，誰會甩啊？如果我們在一般法裡面融入原住民相關條文很可能會有力量，我覺得因為都是一些試用例子。

雖然我們是特別法，但實際在試用的時候，學者都先用一般法，這個是我的一些體驗，也許這是未來可以思考的一個方向。至於高主任高律師提到的調節會的條件問題跟部落會議沒有在運作的問題，的的確確這個是值得努力，不過我是覺得，與其枝節的解決，倒不如畢其功於一役，我們就快點推動排灣族自治政府，自治議會，快點去設立自治區，但是那個自治區，不是孫大川版哦，是良心版的自治區，所以我們就盡量努力推動自治區的設立，雖然它不是萬靈丹，最起碼可以解決很多的問題，我們就這十年，好好努力，如果不成功，我們就天天喝酒，好不好。

楊仁煌教授回應：

謝謝各位的聆聽，剛才可能是講的很快，沒有人跟我互動，表示大概都不了解，我再補充一下，今天我的題目是政治文化原住民立法更正的對話，今天我們可以深深的體會到，不同領域，尤其是法律，當我到現在聽到法官兩個字，我都會怕，雖然我是法政人，我從來不透過國家機制的法院，一聽到法院都不敢去，所以大部份人跟高教授的想法是一樣，我跟他有相同的看法，就是說調解的方面，原住民的能力是很強，像阿美族跟撒奇萊雅族我們是用協調的，我們的機制大概是先頭目，再來是年齡階級，最後是部落的元老，我們都是會透過這樣的一個管道來做，到後來罰什麼？傳統的話一定是牛，豬，雞，那我們提這個不是等價的問題，因為以前的牛是很難養很貴，現在的很貴也是要幾萬、幾十萬的價錢，假如用等價比的話，那是很貴重的東西，還一頭牛等於是你今天都沒有辦法有收獲，反而這個主要的目的是說，我們能力是很強，現在也是一樣，像民間發生事情，一定是親族第一，親族先講，沒有辦法就交給頭目，頭目就交給年齡階級，假如這個事件是男生，他一定是年齡階級的某一個階層，由階層來處罰他，罰他一個月，我們都有一個機制，所以我們部落的體制，大概都是年齡階級跟部落的元老，這個是我們整個主題，整個立法的機制大概是這樣進行的，到後來罰的那個豬，大家一起來吃，當然是協調的先吃，我們不會全部吃完，到後來是全部落來吃，被罰的人得到的是這些豬或雞，所以大家都知道那一個人做壞事、做什麼事，而這個人會自己走掉，他

不會在這，因為他沒有辦法在這個部落生存，他自己會走，大概就是這種機制，我認為我們的協調性很夠，相對的很認同李教授所講的習慣是會演變的，它會有變遷，所以它的核心價值，像殺人頭，現在當然是不行，過去一定是宗教性，因為殺人頭是為了今年的農作物要豐收，所以我們有這個機制，不是說一定要殺，為了全民也是有他的道理，可是現在不行，這個因為相對的東西會擠壓，我想因為今天的互動我希望我們也可以感染一些法律人的心態，我們希望我們的心聲也可以感染法律人，謝謝。

第三場次

原住民族狩獵文化 VS.生態保育

主持人

浦忠成 教授

考試院考試委員

學歷：私立中國文化大學中文研究所博士
專長：中國文學（文字、古文）、民間文學、原住民文化與文學
經歷：2006/03 ～ 2008/08 國立臺灣史前文化博物館館長
2005/08 ～ 2006/03 台北市立教育大學語文教育學系教授兼系主任
2003/03 ～ 2005/07 行政院原住民族委員會副主任委員
2000/08 ～ 2003/07 台北市立師範學院語文系教授兼文化總會副秘書長
1998/08 ～ 2000/07 台北市立師院語文系副教授
1994/08 ～ 1998/07 國立花蓮師範學院副教授兼原住民教育研究中心主任
1993/08 ～ 1994/07 國立暨南大學籌備處研究助理
1991/08 ～ 1993/07 私立中國工商專校講師
1985/10 ～ 1991/07 國立師大附中教師

原住民族狩獵文化談生態保育—以歲時祭儀及傳統慣習來說起

王進發 助理教授

嘉義大學通識教育中心

學歷：國立中興大學農學博士

專長：經營策略、有機農業管理

經歷：嘉義大學台灣原住民族教育及產業發展中心產業組組長

慈濟大學生命科學系兼任助理教授

財團法人國家政策發展基金會內政組特約研究員

宜蘭大學人科中心兼任助理教授

評論人

林三元 法官

台灣台中地方法院

學歷：國立交通大學科技法律研究所博士候選人

專長：民法、智慧財產權法、科技與法律相關議題

原住民族狩獵文化談生態保育－以歲時祭儀及傳統慣習來說起

王進發(Watan・Kiso)

摘 要

台灣原住民族之狩獵活動係長期祖先傳承與凝聚部落族群共識方式,亦是男性主要工作及展現部落勇士象徵，當中族人獲取動物高蛋白重要來源之一。因此，原住民族為使相關自然資源之永續利用，因而在狩獵活動中有其相關之限制與保育思維。長期與自然資源之共同演變（co-evolution）下因而產生族群與相關物種及生態互動關係，甚至於土地倫理（land ethic）觀念等。儼然原住民族與生態間有某種情愫與切不斷之情感，更可以說在狩獵上以文化觀及萬物敬畏心與之相處（生活哲學）。然近年來森林之過度濫伐、濫墾及野生動植物棲息環境之破壞，可想而知相關生物資源之困乏與銳減。特別是台灣原住民族也因此遭受許多爭議與批評，甚至污名化（stigmatization）。更重要是部落族人因維護傳承、歲時祭儀及生活所必要須上山採集、狩獵等而受到法律之嚴處。在主客觀情境下原住民族再次受到二次傷害，因而走上街頭流血、抗議、抒發其不公之事實，以維護台灣原住民族狩獵文化尊嚴。因此，本文希望透過歲時祭儀（age of rituals）、部落傳統慣習（traditional habits）與社會組織（society organizes）等，特別以狩獵形式讓許多較對原住民族文化與其特殊慣習及生態較薄弱之朋友們提供些許看法，或許重新在台灣原住民族之狩獵、土地、社會組織、傳統慣習及相關議題等有全新之見解與認識，以期讓更多的好朋友們（法官、律師、警察、檢察官、司法人員等）更有原住民族思維與詮釋，以期在有關原住民族相關事務上之處理較具客觀性與公正性，以符合全球趨勢尊重少數民族之權益及台灣原住民族之期待。

關鍵詞：原住民、狩獵文化、傳統慣習、歲時祭儀、土地倫理

前 言

傳統上原住民族在狩獵行徑上遵行著過去祖靈(utux)戒命，狩獵行為因著狩獵時節、狩獵地點、儀式、鳥占（talan spi）、夢占（meta ssiliq）、及物種生殖期之限制，當中明瞭對於自然生態環境之迫害及衝擊最小。然在國家政府相關法令之制定，更讓原住民於狩獵文化阻力最大，例如：國家公園法、森林法、野生動物保育法等，無疑再讓原有族人狩獵行為與場域更受到嚴重的限制。再加上目前國家設立之國家公園、自然保護區、野生動物保護區、自然保護區，甚而在原住民族地區中之集水區內及水源區之限制等等，又再次限縮原住民狩獵行為之場域。因此，若無法在族人之狩獵文化及文化差異上之尊重與認知，有所覺醒，有關社會問題（布農族丹大水鹿事件、鄒族頭目蜂蜜事件、泰雅櫸木事件、卑南族大獵祭事件等）仍會頻繁發生，促成族人與國家政府、機關之對立與抗爭。為使棘手社會問題不在加劇演變，時有賴國人及族人彼此間之信任與尊重，特別在狩獵文化上之議題及文化差異，應積極推展與宣導。爰有關原住民相關傳統慣習、生活習俗、社會組織、傳統知識、文化差異等問題，亟需全體國人首當要務工作來推動。

過去二十年來野生動物保育人士積極倡導禁獵問題，在全球各地與少數民族不斷產生衝突及流血事件，例如：太平洋捕鯨事件、印地安馬考族獵鯨事件、愛斯基摩人捕鯨事件等層出不窮。Callicott 博士曾說，假若保育政策不能尊重少數民族及其文化多元性，有關衝突事件仍將越演越裂之趨勢，並在全球少數民族區域中蔓延。因此，必須找尋出彼此共信的環境倫理，才能夠有相關環境保育之思維交集。Callicott 博士亦曾多處批評梭羅自然保育觀（認為世界的希望在荒野）過於浪漫主義。而繆爾（Muir）保育哲學觀把人類及動物同等的物種位階，認為人類超前科技發展是不自然的，應自我退縮，顯示過於人性中心的思想為出發點。就像螞蟻造窩、水獺築壩，人類對自然形塑是出於進化需要。認為人與其他物種差異，在於人類受到文化影響，其程度遠超過自己基因影響。因此，人類適度修正本身行為，使其與所謂自然和諧之相處。亦就是原住民熟悉大自然，而其活動行為亦隨著環境而有所改變與互動。

早期原住民世代居住於山林間，生活模式大多以農業、漁業及狩獵為主，甚而為其主要經濟來源。因此，有關狩獵活動亦成為原住民重要的慣習、文化傳承方式，以及動物高蛋白食物來源，最重要則是凝聚部落與推展部落狩獵文化之極致表現，更兼具部落責任與使命。然而近年來原住民相關社會組織及生活型態，因外來文化侵入及相關資訊之流通，原住民過去以狩獵活動為重要生計來源不如往昔，甚至長久以來的傳統狩獵知識（hunting knowledge），包括對環境與氣候變化辨別，以及對於動植物高度利用，還有各種動物習性、足跡、獵徑分辨等能力慢慢的勢微，這些生態環境經驗與保育知識，是過去祖先們守護山林所具備生態知識與技能，更可說是生態智慧（ecological wisdom）及彌足珍貴之傳統知識（traditional knowledge ）。當中狩獵活動中的禁忌（pijil）與規範（gaga），以及原住民與大自然共存生活(生活哲學)，在再驗證出原住民對自然資源永續利用及生態哲學觀，此寶貴生態知識系統應及早被建構與知悉，甚至讓更多人參與

體驗，已確立原住民在自然資源經營管理上有其發揮之舞台與提供未來在生態保育及環境維護上些許建議。

然本文中希望透過傳統知識及狩獵文化相關議題，企圖讓人們真正體會出有關少數民族於狩獵活動中重要背後意函與文化精隨，也試圖因族人們之相關行為（採集、漁獵、狩獵）上，因著文化傳承及固有慣習法等因素，未來在觸及有關狩獵行徑上之判決，一般民眾及執法人員（警察、法官、律師、檢察官、司法人員等），能以同理心之心態，客觀的來看待原住民狩獵議題，彼此間相互包容與尊重。如此，相關易造成社會問題與族群議題，應是歇緩許多。

原住民族狩獵文化

狩獵文化（hunting culture）是原住民體現在地知識（local knowledge），尤其是對環境生態的智慧，在地人是最清楚。因長時間與生態間互動、適應、觀察與經驗法則，因而累積珍貴在地知識與技能。因此，可說是獵人中重要知識系統。從過去體驗中知悉有關原住民族狩獵行為不只是為生存，其狩獵之真正意含應包括(社會規範、信仰、祭祀、禁忌、教育(訓練)、男子自我肯定(社經地位)、分享文化等精神價值)。由此可知狩獵行為對部落之深遠影響與其背後意義。

狩獵活動是過去原住民維生方式，藉著近千年來共同演化所創造出獨特生活方式，長期以來與山林間共同相處之經驗，且透過各種方式與野生動物達成動態平衡。甚至研究學者對狩獵文化定義是人類在生活演化史上以狩獵為動機，加諸於人類與野生動物關係間之所有內在及外形上的行為史。因此，狩獵行為對原住民有著穩固社會組織、共享及訓練等意義，部落年輕人亦藉著狩獵活動與大自然生態接觸，從中認識各種植物作用與族群關係（民族植物（ethnobotany））、知悉星象位置與辨別方向、分辨各種動物糞便與腳印並與族群間關係（民族動物學（ethnozoology）），以及學習體驗各種在山林生存方式。因此，傳統狩獵行為對部落男子而言是榮耀象徵亦是炼煉男子之勇氣，唯有透過大自然洗禮與狩獵行為，部落男子才算是真正男人（liguy balay）。因為優秀獵人是必須兼具過人智慧與堅忍毅力，在山林中克服惡劣環境與氣候。另外透過部落智者引導讓男子在狩獵行為中探求生命價值及部落使命責任等，所以從泰雅族人之狩獵觀來說，有這麼一句話：Ini kbah maduk na bizoyh ga iyay balay liquy tayal.(不會狩獵（刺殺山豬）的男人，就不是真正地男人)』的諺語，也道盡我們每一族群狩獵觀念。

原住民是擅長狩獵族群，因狩獵數量多寡攸關族人攝取肉類重要依據，並影響在其部落社經地位與人際關係。因此，每個族群部落男孩於約 13-14 歲便隨父親到獵場狩獵，學習打獵相關規範與技巧。並熟悉、認識獵物之作息時間與採食習性等，甚而讓年輕人獨自體驗自然生態環境與森林中之萬物，便於日後成為擅長打獵的獵人－真正的男人（liquy balay）。在部落族群中常見狩獵方式除過去以圍獵、焚獵，絕大多數以

設置陷阱（smi na mrusa）為主，通常利用部落農閒時間冬天之際，上山放陷阱或狩獵。另一種狩獵方式是犬獵（Puhujin（qmalup）），帶著獵狗追蹤獵物，圍捕獵殺。事實上有關狩獵行為是極危險的活動，且獵物捕獲與否存在著極大不確定性。因此，確保獵人安全與獵物之捕獲，則必須熟悉動物習性作息與瞭解山區野果成熟季節進行狩獵，因而發展出一套極為嚴謹的狩獵文化（hunting culture），做為真正列人就必須嚴格遵守與狩獵相關之規範。

然談到原住民獵場規範（smalay na gaga）有其更嚴謹態度處之，在過去部落訪查與田野調查中其規範大致為：1.嚴格禁止進入他人獵場，且不可破壞其進出獵場之獵逕；2.嚴格禁止盜取他人獵區之獵物（包括獵器等）；3.禁止獵場上設置對人發生危險之陷阱；4.禁止在獵區任意砍伐樹木或草叢，以免驚擾獵物；5.進出獵場之沿途，嚴禁損壞他人任何物品（衣物、農作物），獵不到獵物外恐生獵場糾紛；6.過去部落禁獵期間，任何人不得進出獵場打獵。以上此行徑之狩獵規範，整體來說原住民都必須嚴格去遵守祖靈(utux)所訂定狩獵道德，否則有可能危害個人及家族之安全，因而在部落中獵場規範是必須嚴謹遵守與實踐。

在一般原住民狩獵季節中絕大多數係以相關歲時祭儀及農作休閒時所作之狩獵行為(狩獵時間（冬季）)，原因整理如下：1.氣候寒冷，獵物路線較固定與食物找尋位置一定。因此，獵人易順著獸徑與足跡放置陷阱，捕獵數量高；2.喜歡上山狩獵主要是攝取高動物蛋白，以維持其日後工作能量；3.原住民知悉春天為萬物繁衍時期，讓動物修生養息儘可能達其數量最盛，日後做為狩獵目標；4.寒冷氣候山中之蛇冬眠躲藏，獵人狩獵期間安全指數增加；5.原住民盼望接觸大地之母（土地倫理），感謝所恩賜大自然禮物。從上述說明原住民在狩獵的一切過程皆須遵守祖靈與自然規律、簡協之步驟，完成其狩獵行為。另外在族人製作陷阱（smi mrusa）同時也會考量其獵物之數量或種類；希望在陷阱獵到之獵物能夠依獵人需求而有所獲得，若以泰雅族人製作陷阱方式可分為：1.rangayA 捕捉大型動物陷阱－在水鹿（qanux）、野豬（bizoyh）通過之獸徑，以枝條搭棚架並以機關支撐，棚架上放重石，當大型獸類碰到機關時，棚架會突然倒塌，獸類因此被壓死。2.rangaiB 捕捉小型動物陷阱－以石版片為主並以樹枝支撐石頭，內有誘食機關（肉片或地瓜），當嚙齒類（老鼠（qoli））動物碰到機關時，石版片會突然倒塌，嚙齒類動物因此被壓死。3. tbabaw 捕捉樹上陷阱－其方式與作法相似，在麻繩一端做小環，將另一端穿過小環，做一圈套，放置在樹上或獸類（飛鼠(yabit)）通過路徑，而鳥獸陷入圈套時，自然綁住脖子或腳。4.tlnga’套脖子及腳之陷阱－麻繩一端做小環，將另一端穿過小環，做一圈套，放置鳥類（帝雉、藍腹鷴、深山竹雞、台灣藍鵲等）或獸類（小型松鼠、野鼠、穿山甲等）通過之路徑，而鳥獸陷入圈套時，自然綁住脖子或腳。5.yapit－在地上插竹子、樹木或茅草，圍直徑四、五尺左右圓形，並在入口設置彈力機關，其內置餌，小鳥（qnih）及鼠類（qolisang）進入其內觸及機關後，馬上被絞殺。6. mrusa 捕捉大型動物陷阱－選擇獵物必經處設陷阱，挖取約 15-20 公分直徑，深約 10 公分，上面放置木板兩片（針葉樹相關植物），另以仟插木頭（boh）綁鋼絲線，並讓另一端鋼絲線於木板兩片上圈狀環，並偽裝其周邊路徑，獸類（山豬、山羌、長鬃山羊、

水鹿等）經過此處，踏到兩木板片上而落入陷阱，獸類腳就會被鋼絲線陷阱套住。由此可知原住民狩獵文化中隱約呈現出族人之社會規範、信仰、禁忌、教育、自我肯定等精神價值。

另外在原住民狩獵的精髓就是分享的文化，因為『分享』一詞，在部落中仍可感受其張力與體現。誠如老獵人獵到獵物時，若不期而遇或非熟人時，老獵人永遠以愉悅心情，誠摯邀請您府上敘敘，甚至您若不能前去則老獵人會非常叮嚀之口語說：「若您不去府上叨擾則會有些許不愉快事情發生（風寒）」(ini su mwah mcisan ngasan qa tringun su na behuy)。因此，分享是原住民重要思維，畢竟打獵依靠著上天與祖靈之恩賜，才能獲得獵物，既然是祖靈恩賜之獵物就應該分享他人。諺語有云『能夠分享給他人，上天必也分享予你，吝於分享他人者，上天必也吝於分享於你。』這是原住民過去獵人信奉之準則，始終如一。

部落生態保育觀

努力維繫著生物多樣性（biodiversity）面貌且積極著力土地倫理及環境保育重責，形成其一套生活哲學是原住民對於大自然濃厚情感，深知自然生態系中生物之多樣性，意味著生態系統之穩定及物種豐富度，得以讓獵人穿梭於森林作狩獵行為與土地親近，體現出原住民祖先智慧早已融入自然生活情境裡，熟悉每一寸土地與環境中所有生物呼吸聲，以天為被及以地為舖之體驗。然過去也因人類一己私利對生態環境過度開發與破壞，致生物種類瀕臨滅絕之虞，也讓部落族人承擔原罪（污名化），特別在狩獵行為議題。因此，如何學習原住民老獵人與生態間之關係（生態智慧），及在地傳統知識，應是族人日後在環境生態保育上首要學習的關鍵。筆者部落經驗與實際參與過程中，導入部落之主要元素臚列以下幾點，俾讓外界清楚部落整體發展生態保育重要方向。1.原住民傳統知識（在地智慧、生態智慧）建構－因部落早期是學習教育之場所，尤其對自然生態之智慧（如河川利用、森林資源、生態休閒、部落農業、文化歷史、技藝傳承）等，皆仰賴部落耆老學習。因此，如何再誘發部落重新詮釋傳統知識，以啟動部落意識學習有關族人傳統知識，建立自信心；2.重新建立族人生物多樣性觀－因部落區域甚廣且族群差異大，地方政府或行政部門應積極尋求部落生物多樣性與文化多樣性之差異，發展出部落特殊性產業。如霧台鄉－（霧台部落）文化生態之旅；阿里山鄉－（山美部落(達娜伊谷)、茶山部落(涼亭節)）護育溪流及部落生態村；三地門鄉－（山地門部落(工藝創作）琉璃珠、雕刻藝術之旅；大同鄉－(崙埤部落)多元生態營造等，創造原鄉部落奇蹟。因部落思維主體與方式即是產業經濟推展外應須兼顧自然生態保育，顯現原住民在生物資源利用與維護上發展出特色文化內涵，更有尊嚴與殊榮，永續部落發展；3.部落生物多樣性（biodiversity）教育觀念之推展－積極在部落、家庭、學校推廣，特別是狩獵文化內涵之論述，讓小小種子萌芽，日後成為保護生態前哨員，藉此觀念真正發揚原住民狩獵文化，不致讓外界對生物環境破壞及狩獵行為污名化。因長久以來原住民對自

然環境有一套的生態哲學。因此，能夠再次啟動生物多樣性觀（biodiversity view），且以原住民思維方式經營管理自然資源，相信台灣生態環境應受特別的保護；4.尊重原住民自主性的發展部落－過去部落政策大都由上而下作業方式，鮮少讓部落參與，如何讓原住民管理自己事務與處理部落族人、事、物之繁雜問題，突顯其自主性，應為亟需醒思與學習的重要課題，不尊重部落自主性，易形成政策對立與街頭遊行、示威，學習如何尊重部落與適時傾聽部落聲音，應是亟需建立之溝通管道；5.積極保護與尊重原住民在地知識（傳統知識）－過去政府對原住民採「生物殖民主義」政策，迫使原住民豐富資源受到威脅。如狩獵文化、動植物採集、生態文化、傳統醫療、智慧財產、音樂舞蹈之採集等，因資源受到約制，原住民其生活步調亦完全改變，甚而危及族群命脈的延續，未來透過立法保障原住民生態智慧與河川生態、森林資源，並訂定部落生物資之源永續利用與發展；6.部落人才之培訓－政府應積極各領域專長之養成，如自然生態保育、文化歷史、法律、資訊、農業與自然資源經營管理等不同領域，透過政府適度關注與提供必要資源，讓部落人才實質受惠；7.建立部落共有、共享、共治、共管機制－過去行政部門把原住民其生活土地、森林、河川、部落加以區隔，迫使原住民失去其傳統領域與自然生態之情感，長期演變下使原住民對土地倫理及自然生態情感慢慢褪去與消失，徹徹底底摧毀原住民對大自然接觸，破壞其狩獵文化。因此，現今如何強調與肯定原住民對自然生態、森林、河川乃至傳統領域之利用與發展，實有賴政府釋出最大善意與原住民建立良性關係，誠如過去政府積極建立『新夥伴關係』。（1）承認台灣原住民族之自然主權；（2）推動原住民族自治；（3）台灣原住民族締結土地條約；（4）恢復原住民族部落及山川傳統名稱；（5）恢復部落及原住民傳統領域土地；（6）恢復傳統自然資源之使用、促進民族自主發展；（7）原住民族國會議員回歸民族代表等。實質與原住民互動與建立誠信，真正落實與執行，讓原住民相信政府在少數民族制定之策略是關懷與實質推動。原住民與政府間才有真正共識，建立共有、共享、共治、共管機制。

原住民族慣習法－以泰雅族 Gaga 為例

gaga 可說是泰雅族（tayal）文化的核心，根據人類學者 Egerod 所編之泰英字典對於 Gaga 一詞語譯為：「慣習、慣習法、儀式、祭典、狩獵、社會團體（大於 niqan 和 gluu，小於 gamil）；執行儀式，出草，進行獵首。」這麼多的意義都可以用 gaga 稱呼之，可見 gaga 一詞在泰雅文化當中的核心價值，也顯示出原住民族其傳統慣習仍與生活面向上之關連性。在過去泰雅中 qotox gaga 者，按字面意思解釋是「將習慣統一而成為一或唯一者」之意（qotux 是一個，gaga 是習慣之意），這是說明一個祭祀團體，不僅要共同祭祀，連同狩獵、農耕，以及其他婚冠葬祭的種種權利義務，亦共行之，因為 gaga 在泰雅族觀念裡具有包羅萬象意義(具有宇宙、自然的法則，人生哲理的訓誨、叢林的法則、人與自然界關係的規律，更是部落生活倫理的規範，宗教禮俗的儀式、禁忌等)的意義。在泰雅族人的 gaga 來說：在人的文化中乃指倫理的生活、法則、規範、條例、制度；在自然萬物中，指自然的法則、生態體系的規則、叢林的法則、宇宙萬物的運行

與和諧；在時間上，係指時間的規律、有始有終的定律、春夏秋冬輪轉的時序；在宗教信仰上，乃指祖靈 (utux) 的律例、訓誨、典章、旨意等等意義。

過去資料與文獻中也說明泰雅族世界裡有二個迥異於其他族群觀念：一是gaga的觀念，二是utux 的信仰理念。所謂gaga是一種社會規範，是泰雅人日常生活，風俗習慣的誡律，觸犯Gaga表示觸犯禁忌，可能受到祖靈的懲罰。遵守同一Gaga的人共同舉行祭儀、共勞共享。然所謂utux 是一種超自然的神靈信仰，一個人觸犯gaga可能會受到utux的處罰，被utux 嚇到可能會生病，在戶外吃飯、喝酒時要彈些食物在地上給utux 吃。在祖靈祭（smyus）以後，泰雅人要離開祭祀地時必須越過火堆，以示與utux 隔離，種種跡象顯示對utux的懼怕，gaga也是泰雅族社會構成及運作法則，任何人都必須服從，作為一個領導人（Mrhuw 長老），懂得並順服、執行gaga是最基本條件。泰雅族為平權社會，由懂得gaga領導能力強的人出任部落領袖，狩獵（qmalup）、出草（qmux tunux）也必須懂得gaga，英勇的族人擔任領袖。平常大家依gaga各司其職，沒有設立固定管理階層的必要，遇到部落有重大事情時，領導人出面召集長老或族長會議依gaga決策。過去泰雅聚落形成都以gaga團體為基礎，一個老部落也可因人口的增多，分裂為包括有數個gaga的部落。但一個新的聚落不能沒有gaga 組織，泰雅人相信，只有聚集同gaga團的人共同活動才能獲得生活的保障。所以在分出新部落時必須是集合同gaga的人前往，不能單獨一家家地找尋耕地。因此，gaga是社會上具有道德與信仰意義的組織，而且此種道德與信仰因有其生計上的支持而更形加強。

其次gaga也擁有維持社會秩序的支配性價值或規範。如同一個部落的定義是：「對外是一個外交獨立單位，藉著參加同流域聚落同盟機會，以維持與他聚落間均勢態勢。對內必須獨立，不受他聚落干擾，並保護同聚落人安全」。泰雅族每一聚落通常會立長老一人，是聚落對外交涉全權代表，也是對內所有gaga團體間的調停者，但實際上聚落長老也沒有任何特權，甚至也不能干預其他gaga 團體內務。因此，在聚落中實際握有習慣法執行權的，乃是每個gaga的長老。整體來說，傳統泰雅族長期與山林互動，發展出遊耕、狩獵、採集的生計模式，以及半定著、半移動的小集團遷徙居住和遷入、增生、分化、散居的小聚落部落型態。同時，其以qotux niqan 為基本社會組織（gaga團體）單元，部落為空間政治組織單元，以gaga 為組織原則及維繫規範，搭配生計模式，形成一套可持續性利用自然資源的策略。

在晚近研究者中值得注意是泰雅人拉互依・倚岕(Lahuy Icyeh)研究，他以部落族人的身分論述 qalang smangus（司馬庫斯部落）從1991迄今，所推動的「土地共有制」、「守護傳統領域」與「對外宣示自然資源權力」的實踐行動。指出部落主體的堅定立場，背後最重要的是－部落內一直延續到現在的「人與自然的關係」，而這樣的觀念即是建基在Gaga na Tayal（泰雅人的知識），並以此做為探討的核心價值。因此，拉互依・倚岕(Lahuy Icyeh)具體研究成果展現在 qalang smangus（司馬庫斯部落）自主性知識生產過程，包括：1. Tnunan土地共有制的建立；2. 2005年部落森林守護五年保育計劃；3.深入原始森林持續進行傳統領域現地調查；4.常態性部落導覽與歷史解說；5.生態文化體驗課程；6.Trakis（小米）農事生產過程等。論述部落如何在實踐取向行動中，建構以部落為主體

的地方知識實踐，期待對原住民族「知識實踐取向」的建構有所啟發，最主要的重點在於隨土地私有化、山路開通、部落急遽資本化，個人與集體利益衝突的社會網絡中，部落族人如何理出一條持續發展的道路。

國內重要案例－以原住民族傳統知識及傳統慣習為例

有關涉及少數民族權益受損議題，近年來層出不窮除在少數民族傳統知識及相關智慧財產權外，最多案件莫過於傳統慣習與現行國家法之爭議問題。在傳統知識上之定義，依據 WIPO（世界知識產權組織）認為在一些官方文件中的界定，『傳統知識』是指基於傳統產生的文學、藝術或科學作品，表演、發明、科學發現、外觀設計、標誌、名稱及符號、未披露信息，以及一切其他工業、科學、文學或藝術領域內的智力活動所產生的基於傳統的革新與創造。而在 CBD（生物多樣性公約）之界定上，係將『傳統知識』限制在對生物多樣性保護及持續利用具有直接和間接促進作用的知識、創新和實踐。也就是說當地居民或者地方社區經過長期積累和發展、世代相傳的與生物遺傳資源有關且具有現實或者潛在價值的認識、經驗、創新或者做法。因此，原住民族相關傳統知識應於被尊重與接受，且依其世代所傳承之慣習保留與推展。然在台灣過去造成之社會問題頻傳事件中大都對原住民文化差異、傳統知識及傳統慣習甚少了解，另外在原住民社會組織與其傳統歲時祭儀及自然生態敬畏心，亦無法有足夠時間接觸。因而導致族人與相關機關誤解而些許磨擦。例如過去引致社會與論關注重大議題，諸如鄒族頭目蜂蜜事件、泰雅族風倒櫸木事件、布農族丹大林道水鹿事件、卑南族大獵祭狼煙事件及相關獵捕與採集生活必需品頻傳發生。在既有法律上之規定應遵守外，但仍有很多其背後涉及到傳統慣習與文化認知上的矛盾與爭議。因此，藉由此與先進們之研討會議，重新探究對原住民族文化、歲時祭儀、傳統知識、傳統慣習及社會組織等有新的視野與面貌，以期未來觸及此棘手議題時能以原住民之思維處理，真正讓部落族人獲得尊重。以下以過去重大案例與各位分享與說明：

1. 鄒族頭目蜂蜜事件－傳統領域主權未獲尊重

阿里山鄉鄒族頭目汪傳發、汪建光父子，為趕赴喜宴途中看到一名陳姓男子，自林班地竊得新鮮野蜂蜜，在陳姓男子未表示反對情況下，將蜂蜜自陳姓男子車上搬下，並要求陳姓男子同赴警局遭拒，之後遭報警查獲，頭目父子依強盜罪移送法辦。以鄒族而言是頭目制，過去部落頭目傳統上就是糾紛仲裁者，舉凡部落發生重大事端及爭議時，頭目必須肩負起協調仲裁的重要角色。因此，長期漠視原住民文化與規範的外來者，對部落來說情何以堪？當中鄒族頭目在整個事件中其目的在於維護其傳統資源與固有傳統領域主權。但卻漠視此原住民文化的差異性、社會組織及慣習。從另一角度來看整個事件中清楚看出傳統部落慣習與法律發生扞格，原住民傳統法律不受尊重、漠視。我們從聯合國憲章（Charter of the United Nations）、聯合國政治公民權利公約（ICCPR）、經濟社會文化權利公約（ICESCR）相關條文中均明文強調族群「自決權」，也就是承

認原住民族有自由決定其政治地位、經濟、社會與文化發展之權。聯合國第 169 號公約第 9 條亦規定：「對有關原住民族採用傳統方法處理罪犯，國家應予尊重」；「法院處理民刑案件時，應考慮原住民族處理此類問題的慣習」。我國憲法增修條文中要求國家尊重多元文化，但法律卻未確實因族群、因地制宜，仍停留在統治一般化政策，致原住民傳統法制及社會規範崩解。

2. 泰雅族風倒櫸木事件－維護部落集體共識（部落會議）

風倒櫸木事件乃是發生在颱風過境後，部落族人為解決生存和對外聯繫要道，將林管處已將櫸木主體截切搬運後之殘材，經由部落會議決議帶回部落作為雕刻、造景和公益之用途，然部落 3 族人仍被林務單位，仍以盜取森林產物罪嫌移送法辦。然再此審理案件中地方法院仍依據「森林法」第 52 條「加重竊取森林主、副產物罪」將原住民定罪，實際並未考量該項舉措，乃是依據部落會議決議災後清理做為公益用途使用。完全忽視「森林法」第 15 條所明定「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」。甚至亦未顧及「原住民基本法」第 19 條中規定：「原住民得在原住民族地區依據傳統文化、祭儀或自用，依法從事獵捕野生動物、採集野生植物或採取礦石等非營利行為」。顯見法院之判決確實漠視原住民的傳統慣習，且未衡量原住民遭遇風災基本生存權，對於嚴守 Gaga 祖訓的部落會議決議及族人之說詞未加採信。有此看出現行司法體系中確實對原住民文化、社會組織、傳統慣習等並未納入體系中，致相關人員在裁定時未依原住民之特殊性有所考量。

3. 布農族丹大林道水鹿事件－欠缺原住民族狩獵文化思維

三立都會台台灣全紀錄節目，前往南投縣大丹林區進行錄影時，意外驚見遭獵人遺棄在路旁水鹿屍體，並發現還有其他保育類動物，這一段錄影經電視台剪接播出及節目主持人協同林務局和農委會舉行說明會，立即引起台灣各界媒體大肆宣染及國內外環保組織注目的焦點。然在這過程中兇手尚未抓到，及未有明確證據指出是當地原住民獵人所為，該節目主持人卻引述林務局人員臆測，指出獵人應是當地原住民，這一段話更透過中國時報報紙上在未經明確查證下便直接引用，且在該版設計上農委會將前往事發地信義丹大工作站舉行說明會，與當地原住民溝通，宣導野生動物保育觀念。在此案中不僅是未對整個事件真實性提出客觀、合理應對的處理方式，反倒在暗示、隱射及誤導社會大眾認知，這場慘無人道狩獵行徑元兇就是原住民，如此荒誕，毫無根據又再次對原住民而言，是一項極大不實指控，嚴重傷害、污衊整個原住民形象。從這個事件來說完全對老獵人看待上蒼與祖靈恩賜的禮物看法南轅北轍，因恩賜的禮物是不容去浪費，否則爾後獵捕就沒有獵物可實用，另外在族人食用獵物部位時，頭是代表貴重，也只有部落長者或頭目才能食用。因此，相關人員未經查證，如此斷言，無疑損及所有原住民獵人的尊嚴。再者上述論述狩獵文化中之獵人重要精神指標，狩獵行為不只是為生存，其真正意含，包含(社會規範、信仰、祭祀、禁忌、教育(訓練)、男子自我肯定(社經地位)、分享文化等精神價值。因此，狩獵行為其背後意義對部落之深遠影響甚鉅。正如獵人說(Ini kbah maduk na bizoyh ka iyay balay liquy)，(不會狩獵（刺山豬）的男人，就不是真

正地男人)』的諺語，是台灣每一族群狩獵觀念。

4. 卑南族大獵祭狼煙事件－漠視部落歲時祭儀

卑南族八社十大部落年祭－大獵祭（mangayaw），期間知本卡地布部落獵人遭森林警察暗夜追趕、搜身消息，而群情激憤地施放狼煙準備出草。包括知本等聚落 60 餘名卑南族人齊聚發出怒吼，直呼猶如白色恐怖再現，要求森警及相關單位給個交代，否則不惜發動激烈抗爭，並到台東縣政府前跳戰舞，準備出征爭取原住民權益，捍衛原住民馳騁山林的權利，之後更催生狼煙聯盟，希望立法院能制定原住民族自治法，還給原住民傳統領域。過去原住民歲時祭儀，表現出一年四季運行而行事，是人與自然環境和諧互動的體現。由於原住民傳統生活，多半依賴農耕及漁獵維生，相信活動的順利與否受神靈與祖靈庇佑與保護，因而舉辦原住民的歲時祭儀，因歲時祭儀中所體現出來的是每個族群的信仰、社會組織、傳統生活與禁忌等文化內涵。例如阿美族河祭與海祭、達悟族飛魚祭、布農族的打耳祭、排灣族的五年祭、泰雅族的祖靈祭、賽夏族的矮靈祭等祭典，在在顯示每個族群傳統生活脈絡。因此，在此案件中大獵祭是卑南族人每年最重要祭典（歲時祭儀），長老帶領年輕勇士上山狩獵，傳承狩獵技巧，並將卑南族群之傳統文化、歌謠傳續下一代，狩獵成果則帶回部落分享給所有家庭。族人在土地倫理之認知上認為土地不是占有，是生活，土地是呼吸、歷史、生命，也是母親。在整個事件後卡地布卑南族認為法律無法定義尊嚴的價值，政權無權否認部落族人的存在，部落族人變得更團結與維護其主權。

5. 採集（石版建材、溪流石頭、森林副產物、漂流木等）

過去原住民使用之素材大都以部落周邊環境上素材主要選擇，例如建築家屋魯凱族、布農族、達悟族、排灣族(石版屋)，賽夏族、泰雅族(桂竹)等。因此，過去都以當地素材為主，且不浪費資源為主。當然在森林副產物之採集使用亦是如此，原住民族善用祖先遺留之資源，在任何情況下受到祖靈及 Gaga 之約制。所以對其自然資源的取得係以尊重與敬畏心態與之相處。因而在任何族群中對於採集石版建材、溪流石頭、森林副產物、漂流木等相關素材，完全端賴自用或部落公益使用等機制，畢竟祖先傳承下之生態智慧告誡族人們珍惜與保護，且未曾擁有私利的行為。然在社會問題上仍清楚看出原住民因自用或部落公共利益觸及有關法律問題，嚴重者付出嚴厲代價(牢獄之災)。即使相關法律明確，如森林法第 15 條所明定「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」。甚至原住民基本法第 19 條規定：「原住民得在原住民族地區依據傳統文化、祭儀或自用，依法從事獵捕野生動物、採集野生植物或採取礦石等非營利行為」。但相關機關仍漠視，無動於衷，顯然在中華民國憲法框架下之相關原住民族之法律，仍無法全面實施與推展，也未曾好好學習並懂得如何尊重台灣原住民族基本權益。

上述幾個面向上點出些許問題：（一）未來政府應審慎考量相關執勤人員（警察、

法官、檢察體系、行政人員等）對族群文化、社會組織、歲時祭儀、重大祭典及慣習等應納入國家法之體系中，讓相關人員都能認識或尊重多元文化差異，以利有關人員處理族群問題。（二）原住民族未來依其生活慣俗需要，採取森林物資，政府應尊重原住民傳統文化（普世價值）。依照原住民基本法及森林法相關規定與部落集體意識，以符合原住民族傳統文化及生活慣俗之期待。（三）尊重多元文化與差異，以消弭相異族群間文化衝突，促進社會多元價值。（四）尊重原住民族自然主權，政府應儘速通過原住民族自治法，明定在一定土地領域內享有管轄權，並訂定符合傳統慣習法律。（五）未來部落設立族群簡易法庭，簡易法庭應參酌族群傳統慣習，並給予些許效力（如部落服務或講習）等。（六）原住民從歷史記憶中累積種種不滿情緒，觸及原住民自然主權、土地權、文化權、人權等的議題，易招致族人反彈，政府應積極態度與此議題協助原住民，以期達成共存、共榮與互惠原則。

結論

全球原住民生活區塊大都為生物多樣性維持比較完整地帶，如亞瑪遜雨林區、非洲原始叢林區及台灣高山森林地區等。其主要原因乃原住民傳統文化中顯示出對自然生態及森林資源擁有著豐富的生態保育機制和資源之永續觀。同時全球趨勢亦逐漸認同少數民族於生態保育重要角色扮演，且希望原住民能成為自然資源的管理者和經營者。因此，原住民之狩獵意義除維持一般生計需求外，另一層意義為訓練未成年男子膽識及認識傳統原住民狩獵文化，更深層意涵是如何學習維繫族人與自然永續相互依存關係。當中就有許多禁忌。例如狩獵有一定狩獵季節、狩獵前更有嚴謹狩獵儀式(占卜(鳥占ssiliq))。另外動物繁殖期嚴禁止狩獵，或不獵捕懷孕、幼小動物一定放生，捕獵數量足夠，就不能在獵捕。此些種種乃是過去祖先重要規範。其主要原因是讓動物在山林中生生不息，族人能夠有取之不盡、用之不竭的資源來源，這就是原住民的狩獵文化，尊重生命與生態保育。

近年來社會層出不窮之狩獵議題頻傳發生，主要也是對原住民族狩獵文化與族人生態保育觀之欠缺認知，以致原住民之狩獵行為被污名化或聲稱假藉維護傳統知識及歲時祭儀，行濫捕之實。另外許多原住民觸及相關司法議題之處理，最終仍須回到原住民生活場域與國家法律制度，尋求解決之道。例如在既有法院體系裡，設置原住民專業法庭。然此專業法庭辦理案件，應為（1）涉及原住民保留地的民事及行政事件。（2）被告為原住民、或犯罪行為地在原住民保留地之刑事案件，期使法院於適用刑事實體法時，斟酌原住民被告在種族文化歸屬上所具有特殊性或考量原住民保留地對於原住民族特殊意義。

另建議未來司法機關應舉辦有關原住民相關法制、原住民文化、傳統知識、社會組織及歲時祭儀之研討會，並敦促行政院原住民族委員會進行原住民傳統規範、原住民習慣之調查，以及有關機關確立法律扶助等制度，以配合未來專業法庭之設置。為徹底解決原住民族在司法上面臨問題，還須仰賴立法機關積極立法與修法。在實體法上宜以立

法承認某些事項，原住民族傳統規範亦應優先於一般的民事法或行政法規定，而在刑事法規中亦應考量原住民族的傳統文化因素等。在程序法方面，則可考慮以專法規範原住民專業法庭的設置與活動，推動涉及原住民事件之專屬管轄立法，乃至配合原住民族自治，以法律創設自成一格的原住民族法院體系，如此原住民才有尊嚴。

參考文獻

王進發。童信智 2009。由撒種到收割—談泰雅生物學誌的撰寫與其未來。98 年度台灣原住民族生物學誌研討會專刊。國立台灣大學原住民族研究中心出版。Pp30-72。

王進發。2009。原住民素材通識教育之可行性－以原住民生態智慧課程為例。2009 海峽兩岸通識教育研討會。Pp101-125.

王進發。2006。生態旅遊與社區發展。第六屆永續生態旅遊研討會。2006.Ecotouris.。Pp43-70。

王進發。2004。原住民文化與自然生態。自然生態與人類發展研討會。國立宜蘭大學自然資源學系、林務局羅東林管處主辦。P5-1－5-27.

台灣總督府臨時台灣舊慣調查會。1996。蕃族慣習調查報告書第一卷(泰雅族)。中央研究院民族學研究所編譯。

評論

林三元 法官

非常高興有這個機會能夠拜讀王教授這篇文章，讀後深感獲益良多。如主持人所說，對話有其必要性。透過不斷的對話，讓我們能夠釐清、甚至進而解決原住民在傳統規範及現代法治之間，所產生的種種衝突及問題。由於現今社會大眾對法官有極高的期待，法官須了解、納入考量的事情愈來愈多，前陣子審理性侵害案件的法官，因判決結果與社會大眾的期待不同，而被輿論大量抨擊；在原住民的案件審判上類似的衝突也層出不窮。因此，持續的對話是非常重要的。

在閱讀王教授的文章的過程中，讓我聯想到一篇關於原住民的新聞。那位布農族朋友在去平地學會打高爾夫球後，返回部落欲教部落的小朋友。沒想到在推動教學的過程，卻被部落家長質疑：「山豬因為大、打起來比較容易；高爾夫球那麼小，豈不是很難打？」顯見狩獵文化在原住民的傳統社會佔有極重要的地位，在面對文化及法律衝突時必須格外謹慎。因此在讀完王教授的大作之後，我提出以下幾個心得：

一、以這兩天的議程來看，我覺得用現代國家法律的觀點來探討原住民議題，忽略原住民傳統法制的整體性是不恰當的。譬如說今天談原住民的財產權的特殊性質，明天則討論原住民的繼承、傳統智慧創作，以原住民的生活來講，文化是沒有辦法這樣做切割的；在王教授的文章裡，部落裡面發展的生態旅遊，如雕刻藝術之旅及排灣族的琉璃珠之旅，也跟狩獵息息相關。在討論原住民議題時，應儘可能以整體去看待。

二、目前我覺得面臨比較大的問題是，整個原住民傳統規範不易傳承及不斷的流失。像是王教授在這裡面提到泰雅族的gaga，我自己就曾在審理一個泰雅族的年輕人時，順道問他是否知道gaga。諷刺的是，對該傳統慣習一問三不知的他，雖不懂母語卻能用台語對答如流。那時候，我就已深刻感受到，在被外來文化入侵其原住民生活領域後，要再去守住傳統文化就極為不易。所以在今天談對話的過程，我認為由原住民本身來做自己文化的傳承，是我們要跟外界對話的第一步。假設說，文化的傳承在原住民族的部落裡面已不斷流失，再去跟外界對話容易流於精英跟精英的對話。因為傳統習慣它就是要在每個人的生活裡面去做落實的，如透過像今天學術性的研討會無法被普遍化。所以如何在部落裡面將祖先的這些訓示傳承下去，可能是我們今天談狩獵文化同樣要面臨的議題。

三、王教授在後面有提出六點觀察、建議，我十分讚賞。該如何去融合傳統跟現代，是該有一個整合性的立法出來。上一場的主持人王泰升教授，曾於兩年前一場在中研院的研討會，談到他在看完台灣原住民的法律議題後，覺得太複雜而一直不敢下手去做研

究；在我自己有了初步的接觸後，也有同樣觀感。整合現代和傳統的難度原本就極高，尤其是台灣的原住民人口少族別多，傳統規範更多，在極難結合的前提下，真的沒有辦法單純的用原住民族跟國家法治去看待。未來如何做這樣子的整合，是日後要大家一起再去努力的地方。

針對最後一點，我已有了一些概念。第一個在起步的部分，過去這十幾廿年來，已有眾多有志之士一直不斷去凸顯原住民的法治議題。可是，只停留在凸顯法治議題，對問題的解決幫助並不大。像現在最高法院都會判決要尊重原住民的傳統習慣，表示現今司法運作已有一些改變；而今天所談的櫸木案，立法院更在今年委員會的時候做成決議，要司法院將櫸木案的判決發文送到全國每個法院讓法官傳閱。

可見，尊重差異在台灣原住民的議題中，已得到共識；下個努力的目標則是探討比較具體可行的做法。譬如以我自己比較有接觸的傳統智慧創作的這個部分，96年底通過原創條例之後，目前子法還沒有出來。如能早日修法定案，最起碼可在原住民的傳統智慧創作的保護議題提供一個方向。在確立具體做法之後，則會面臨第三個問題－資源分配，包括國家跟原住民族，以及不同原住民族之間的差異問題。像是一旦平埔族正名之後，國家資源一定要重新做分配，並不是只有給一個名稱那麼簡單。

四、我對原住民族議題最後的看法是，一定要實現原住民族自治。因為，唯有在新的主體、主權被認可下，行政、立法、司法才有可能實現，不再停留於原住民族跟國家之間，週而復始在建立所謂的伙伴關係，不斷在調整、尊重的問題中打轉。但是，原住民族自治這個路還有一段很長的路要走，像是原住民族傳統領域的劃定的問題，就需要鄉鎮市公所或是鄉鎮市委員會的同意，並非一簇可及。

不過，如能一步一步的朝這些方向來進行的話，將可在原住民族找回狩獵文化及其他流失的文化。今天有這麼多法官來現場，就代表在台灣司法這一塊，法官不會再把耳朵塢起來告訴原住民說，「你住在台灣，你就得遵守台灣的法律。」這是個契機，是我們有可能改變的一個機會。這些是我在讀完王教授這篇論文之後，自己所簡單提出的初淺的看法，謝謝。

初探現行法制下臺灣原住民族狩獵與採集權利的意涵

蔡志偉 助理教授

東華大學民族發展與社會工作學系

學歷：美國華盛頓大學法律學院法律學博士

專長：國際法、國際人權法、國際原住民族法律與政策、土地與經濟發展、原住民族傳統智識與文化財產權

經歷：行政院原住民族基本法推動會委員

財團法人原住民族文化事業基金會監察

行政院原住民族委員會平埔族群事務推動小組委員

財團法人法律扶助基金會臺東分會審查委員會委員

臺東縣金峰鄉公所法律顧問

行政院原住民族委員會法規委員會委員

評論人

劉士豪 教授

銘傳大學財金法律學系

學歷：德國特里爾大學法學博士

專長：勞工法

經歷：2008/04 ～ 臺灣勞動法學會秘書長/常務理事

2006/12 ～ 臺灣法學會理事

2006/03 ～ 原民會原住民基本法推動小組委員

2002/06 ～ 原民會就業促進委員會委員

2002/05 ～ 原民員會法規委員會委員

初探現行法制下臺灣原住民族狩獵與採集權利的意涵

Awi Mona（蔡志偉）

摘要

亙古以來，原住民族與其土地、自然資源和領土間，結下了相互依存的深厚關係。在原住民族傳統社會中，土地與自然資源一方面作為社會認同的基礎，並提供了部族精神和文化識別的特色。另則，土地與自然資源確已普遍地被承認是原住民族文化的核心要素，並具體透過國際人權公約與文件賦權法制化。原住民族權利的當代法律定位具有三項特徵，一在「糾正『過去』之惡，二在落實憲法「多元文化」與「實質平等」原則，三在體現原住民族自主、自決、自治的核心權利。本文一方面從國際觀點出發，探究國際法上論證原住民族土地及自然權利的發展，其次回歸國內檢視司法實務上原住民族相關權利的討論，啟發對於現行法制下的原住民族自然資源權利發想。

關鍵詞：原住民族、自然資源權利、原住民族基本法、原住民族獨特　（sui generis）權利

一、前言

當前面對全球化與氣候變遷挑戰的辯論中，普受國際間熱烈爭辯與關注的議題應屬如何減少森林砍伐和降低碳排放，據以確保世界雨林及自然資源的不被繼續破壞。為此，聯合國自 2008 年起啟動在發展中國家的「降低毀林及森林惡化所導致的碳排放」（The United Nations Collaborative Programme on Reducing Emissions from Deforestation and Forest Degradation in Developing Countries）計畫，希冀透過森林保育與林地永續利用，形塑永續的土地利用政策與規劃，作為補償溫室氣體排放的一種減量形式。[1]不言可喻的，將森林永續的議題置於氣候變遷討論框架中，由於原住民族與土地及自然資源相互依存的緊密關係，直接或間接地影響原住民族的基本生存、文化傳承及基本權利，促發全球原住民族對此產生極大的興趣和關注。長期以來，政府部門持續加強碳匯（carbon sink）吸收、擴大水力發電大壩設施，以及擴張土地作為生物燃料生產，造成原住民族土地大規模流失與人權的嚴重侵害。環繞與自然資源在氣候變遷和原住民族諸多議題的論辯，大抵上是以衡平原則、社會正義、生態永續、環境正義和人權為主。

衡平正義與人權基礎導向的主張，一直以來在面對環境生態永續發展的議題上，由於具有衝擊原住民族基本生存與傳統智慧的潛在影響，始終都是原住民族的基本訴求。事實也顯示，世界上絕大多數的森林與自然資源區域，幾乎都位於原住民族世代相傳的傳統領域土地內。原住民族不只僅是對於土地在歷史上的先來後到，而係更為強調其與土地及自然資源文化神聖的臍帶聯繫。是以，原住民族在環境與自然資源治理的討論上，不應僅僅被視為利益相關者，而應是更具主體性的權利持有者。綜此，原住民族對其土地、領域及自然資源的權利，以及決定未來與發展的權利，並作為任何影響他們土地、自然資源與社群發展的意思決定主體，俱已體現在 2007 年 9 月 13 日由聯合國大會通過的《原住民族權利宣言》[2]和其他國際人權公約與文件中。

本文以此作為引子，一方面從國際觀點出發，探究國際法上論證原住民族土地及自然權利的發展，其次回歸國內檢視司法實務上原住民族相關權利的討論，啟發對於現行法制下的原住民族自然資源權利發想。

二、從國際觀點出發

亙古以來，原住民族與其土地、自然資源和領土間，結下了相互依存的深厚關係。縱言所有各種形式的人類社會均不免的涉及到與一個特定區域的關連性，然則，原住民

[1] The UN-REDD Programme Leaflet（http://www.un-redd.org/AboutUNREDDProgramme/tabid/583/Default.aspx）（最後瀏覽日：2010/08/25）

[2] *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, U.N. G.A. A/RES/61/295, 13 September 2007.

族最重要的根本特徵在於強調渠等及其領土神聖關係的連結。（Groves, 1996: 128）對於原住民族而言，與領土間相互依存的附著關係往往是他們的精神和文化世界觀的基石。亦即 Erica-Irene A. Daes 所指：「原住民族與土地及所有生命有機體的關係是原住民族社會存在的核心。」（Daes, 2001: 13）換言之，在原住民族傳統社會中，土地與自然資源一方面作為社會認同的基礎，並提供了部族精神和文化識別的特色。[3]是以，土地與自然資源確已普遍地被承認是原住民族文化的核心要素，並具體透過國際人權公約與文件賦權法制化。[4]

再則，國際法實務上有關原住民族土地與自然權利的討論及發展，本文選擇以美洲人權法院審理 *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*[5]乙案作為分界點。本案顯著之處在於美洲人權法院針對原住民族傳統土地財產權的內涵做了劃時代的闡釋，詳言之，該判決跳脫傳統西方法律制度中強調自由市場經濟私有財產權的型態，對於原住民族財產權的詮釋，賦予原住民族傳統規範與法律的合法性地位。[6]據此，美洲人權法院建構原住民族財產權的型態含括部落共有或其他傳統產權的權利態樣。[7]另外，美洲人權法院參考了國際勞工組織第 169 號公約所示，保障原住民族土地權與傳統規範與法律的權利條款，特別是在該公約第 13-15 條的土地權保障，[8]以及第 2 條與第 8

[3] 在大多數的原住民族文化，土地被稱為「大地之母（Mother Earth）」，原住民族並不擁有土地，而係土地掌有他們，並世代的滋養著他們及其子嗣。美洲原住民族對於「大地之母（Mother Earth）」之觀點，請參見 Jace Weaver, *Defending Mother Earth: Native American Perspectives on Environmental Justice* (Maryknoll, N.Y.: Orbis Books, 1996)。

[4] 聯合國《原住民族權利宣言》第 25 條：「原住民族有維護及加強其與其歷來所有或所占有且使用之土地、領域、水域及海域及其他資源間，獨特精神關係之權利，並有在此方面維持其對後代責任之權利。」同時請參見國際勞工組織《關於獨立國家境內原住民和部族人民公約（第 169 號）》第 13 條：「在實施本公約這部分的條款時，各國政府應重視有關民族與其所占有或使用的土地或領域─或兩者都適用─的關係對於該民族文化和精神價值的特殊重要性，特別是這種關係的集體方面。第 15 和第 16 條中使用的「土地」這一語詞應包括領域概念，包括有關民族占有的或使用的區域的整個環境。」

[5] *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Inter-Am. Ct. H.R., (Ser. C.) No. 79, Aug. 31, 2001. 完整判決書內容，請參見 *Arizona Journal of International & Comparative Law*, Vol. 19, No. 1, pp. 395-456 (2002)。

[6] 茲節錄美洲人權法院判決內容如下：「依據發展論的原則進行國際人權保障文書法律釋義，採納對於原住民族傳統習慣進行釋義後可得適用的規範，並且參照公約第 29 條（b）款的規定，排除對於財產權的限縮解釋，前揭意旨為本院對於公約第 21 條保障財產權的規範要旨。在此架構下，財產權的意涵除了其他既有權利內涵與態樣外，更包括原住民族在其傳統共有財產權制度的土地權利態樣，同樣地受到尼加拉瓜憲法的肯認。」本案判決的進一步解析，請參見 Jonathan P. Vuotto, "Awas Tingni v. Nicaragua: International Precedent for Indigenous Land Rights?" *Boston University International Law Journal*, Vol. 22, pp. 219-243 (2004); Patrick Macklem & Ed Morgan, "Indigenous Rights in the Inter-American System: The Amicus Brief of the Assembly of First Nations in Awas Tingni v Republic of Nicaragua," *Human Rights Quarterly*, Vol. 22, pp. 569-602 (2000).

[7] 請參見美洲人權法院 2001 年 8 月 31 日判決，載於 *Arizona Journal of International & Comparative Law*, Vol. 19, No. 1, pp. 430-431 (2002)。

[8] 國際勞工組織《關於獨立國家境內原住民和部族人民公約（第 169 號）》（ILO Convention No. 169 Concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries, adopted on June 27, 1989, International Labour Conference, 28 I.L.M. 1382, entered into force September 5, 1991），公約詳細內容請見國際勞工組織網站 http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C169（最後瀏覽日：2010/8/15）。條文內容如後所示：「第 13 條：1. 在實施本公約這部分的條款時，各國政府應重視有關民族與其所佔有或使用的土地或領域─或兩者都適用─的關係對於該民族文化和精神價值的特殊重要性，特別是這種關係的集體方面。2. 第 15 和第 16 條中使用的「土地」（lands）這一術語應括地域概念，包括有關民族佔有的或使用的區域的

條有關原住民族傳統規範與法律制度的肯認。[9]承前規範意旨，美洲人權法院認為 Awas Tingni 社群對其現所居住、占有、使用的土地，以及原住民族傳統所占有、使用、支配與管理的土地領域，具有按其傳統規範所具有之「共有」型態的財產權利。美洲人權法院判決指出：「在原住民族的傳統文化內涵，存有一項有關土地集體共有型態的社群主義傳統（communitarian tradition），此等權利內涵非集中在個人私有權的確立，而重視社群及其部族的權利建構。」[10]從土地與自然資源作為原住民族傳統文化核心元素的觀點析論，法院理解「對於原住民族社群來說，與土地及自然資源的關係非能僅以佔有和所有權屬型態來論，更重要的在於維繫此項物質與精神元素，得以持續滋養原住民族文化傳統，並在世代間永續傳承。」

2001 年以降，美洲人權系統持續以前揭 Awas Tingni 案為論證基礎，在 2002 年由美洲人權委員會調查 The Case of Dann vs. the United States 一案，[11]指出美國印地安部族傳統習慣財產權，包括土地及自然資源權利，如因國家政策課有負擔或特別犧牲之當事人所受之經濟損失，應給予合理補償（fair compensation）。[12]繼之在 2004 年，美洲人權委員會調查 The Case of the Maya Indigenous Communities of the Toledo District vs. Belize 一案，[13]則確認原住民族傳統習慣財產權係獨立於國家法制的權源系統。此外，2006 年

整個環境。」;「第 14 條：1. 對有關民族傳統佔有的土地的所有權與擁有權應予以承認。另外，在適當時候，應採取措施保護有關民族對非為其獨立但又係他們傳統地賴以生存、和進行傳統活動的土地的使用權。在這一方面，對遊牧民族和無定居地的耕種者應予以特殊注意。2. 各政府應採取必要的措施以查清有關民族傳統佔有土地的情況，並應有效地保護這些民族對其土地的所有權和擁有權。3. 要在國家的法律制度範圍內建立適當的程序，以解決有關民族提出的土地要求。」;「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。」

[9] 國際勞工組織公約《關於獨立國家境內原住民和部族人民公約（第 169 號）》，同前註。條文內容如後所示：

「第 2 條：1. 各政府有責任在有關於民族的參與下發展協調而有系統的行動，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作法，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 8 條：1. 在對有關民族實施國家的立法和規章時，應適當考慮他們的習慣和習慣法。2. 當與國家立法所規定的基本權利或國際公認的人權不相矛盾時，這些民族應有權保留本民族的習慣和各類制度。必要時，應確立各種程序，以解決實施這一原則過程中可能出現的衝突。3. 本條第一和第二款的實施應不得妨礙這些民族的成員行使賦予所有公民的權利和承擔的相應義務。」

[10]同註 3，頁 430。

[11]*Mary and Carrie Dann v. United States*, Case 11.140, Report No. 75/02, Inter-Am. C.H.R., Doc. 5 rev. 1 at 860 (2002).

[12]參考美國《憲法第五修正案》:「任何人在缺乏正當程序的情況下，都不應該被剝奪生命、自由或財產。私有財產也不應該在沒有得到公平補償的情況下作為公共使用。」（http://www.ait.org.tw/infousa/enus/government/overview/billeng.html）（最後瀏覽日：2010/8/15）

[13]*Maya indigenous community of the Toledo District v. Belize*, Case 12.053, Report No. 40/04, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.122 Doc. 5 rev. 1 at 727 (2004).

美洲人權法院在 Case of Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay[14]一案的判決確立原住民族依其傳統習慣規範確立之土地及自然資源權利，具有等同於國家授予之財產權的法律效力，且賦權原住民族要求國家法制化此項傳統習慣規範體系的權力。迄至 2007 年的 Case of the Saramaka People v. Suriname，美洲人權法院進一步確立原住民族在其傳統領域土地內之實質同意與有效參與的權能。[15]

綜據前述，國際原住民族權利發展上的一項顯著匯流，在於原住民族對其土地與自然資源權利與守護者的角色，獲得國際法上的承認與支持。（Anaya & Williams, 2001: 42-53; Scheinin, 2004）最重要的是，國際法承認原住民族與其土地間所存有之深層精神聯繫，和他們的存在至關重要，並和原住民族所有的信仰、習慣、傳統和文化息息相關。（Gilbert, 2006: 139）進一步而言，原住民族與其傳統領域及自然資源的關係是具有多構面的連結，包括精神信仰、文化、經濟與社會面向[16]。回歸到法規範的發展上，國際法確立原住民族土地與自然資源權利是原住民族身份認同和文化傳承的體現[17]，是則對於此項權利的肯認，在確保原住民族的文化永續發展上是必不可少的。[18]

---

[14]*Case of Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*, Inter-Am. Ct. H.R., Judgment of March 29, 2006 (Merits, Reparations and Costs)。判決內容請參見：http://www.lawschool.cornell.edu/womenandjustice/legalresources/upload/IACtHR-20Sawhoyamaxa-20Indigenous-20Community-20v-20Paraguay.pdf（最後瀏覽日：2010/8/22）

[15]*Case of the Saramaka People v. Suriname*, Inter-Am. Ct. H.R., Judgment of November 28, 2007 (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs)。為了確保蘇利南（Suriname）在 Saramaka 原住民族傳統領域內核發之森林資源開發特許，限制該族群土地與自然資源的利用影響其原住民族文化發展與基本生存，法院認為特許證之核發應符合下列三項要件，茲節錄法院判決原文如下：1）The State must ensure the effective participation of the members of the Saramaka people, in conformity with their customs and traditions, regarding any development, investment, exploration or extraction plan within their territory. 2）The State must guarantee that the Saramakas will receive a reasonable benefit from any such plan within their territory. 3）The State must ensure that no concession will be issued within Saramaka territory unless and until independent and technically capable entities, with the State's supervision, perform a prior environmental and social impact assessment.

[16]*Ilmari Länsman et al. v. Finland* (Communication 511/1992), Views adopted: 26 October 1994, Report of the Human Rights Committee, Vol. II, GAOR, Fiftieth Session, Suppl. No. 40 (A/50/40), pp. 66–76; *Apirana Mahuika et al. v. New Zealand* (Communication No. 547/1993), Views adopted 27 October 2000, Report of the Human Rights Committee, Vol. II, UN doc. A/56/40 (Vol. II), pp. 11–29.

[17]*Sandra Lovelace v. Canada* (Communication No. 24/1977), Views adopted 30 July 1981, Report of the Human Rights Committee, GAOR, Thirty-sixth session, Suppl. No. 40 (A/36/40), pp. 166-175; *Ivan Kitok v. Sweden* (Communication No. 197/1985), Views adopted 27 July 1988, Report of the Human Rights Committee, GAOR, Forty-third Session, Suppl. No. 40 (A/43/40), pp. 221–230.

[18]具體國際文件內容，如國際勞工組織《關於獨立國家境內原住民和部族人民公約（第 169 號）》，第 13 條：「在實施本公約這部分（土地與自然資源權）的條款時，各國政府應重視原住民族與其所佔有或使用的土地或領域─或兩者都適用─的關係對於該民族文化和精神價值的特殊重要性，特別是這種關係的集體面向。」另請參見消除種族歧視委員會〈關於原住民族之第 23 號一般建議〉(CERD/C/51/Mis.13/Rev.4 (1997).)：「委員會尤其要求會員國應承認並保障原住民族擁有、發展、掌控與使用他們共有土地、領域和資源的權利，並且在那些傳統屬於他們所擁有或居住或使用的土地及領域，未經他們自由知情同意而受剝奪的情況，會員國應採取積極措施行動返還。」公民權利和政治權利國際盟約〈第 23（50）號一般意見書（第 27 條）〉，U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev. 1./Add. 5（1994）：「有關依據第 27 條文化權保障的具體實踐內涵，委員會評論指出文化的呈現有許多形式，包括與土地及自然資源相互依存的特定生活方式，特別是在原住民族的事例尤其明顯。那項權利可以含括諸如漁獵或狩獵的傳統活動，以及生活在受到法律保障之保留領域的權利。那些權利的享有須有積極法律措施的保障，據以確保少數社群成員對於那些影響他們的政策決定的有效參與權利。」

三、法律與文化的相會：從臺灣原住民族的司法案件思考

回顧臺灣原住民族權利的發展與保障，儘管從 1980 年代開始，臺灣原住民族運動在國內解嚴後的推力，以及國際上原住民族運動的拉力相互影響下，展開了臺灣原住民族權利的變革，例如：1994 年「原住民」正名；1997 年憲法增修條文原住民族條款的增列；以及 1996 年行政院成立中央層級原住民族部會機關「行政院原住民委員會」，開啟了原住民族與政府協商，直接參與政策形成、制訂與實踐的管道；2005 年立法通過了《原住民族基本法》，作為保障、促進與提升原住民族權利的根本大法[19]。然而，近年來，圍繞原住民族為主的法制建構與司法爭議層出不窮，原住民族部落族人對於自然資源的傳統經濟利用行為，以及其他像是野生動物狩獵、森林野菜採集與傳統土地與水資源利用等，一再地受到警察行政機關的逮捕，以及檢察官的訴追，這些過去單純僅為維持基本生活之行為，現今卻因為國家的法律限制，一再地受到司法機關的有罪判決，使得原住民族最基本的生存權與文化傳承受到威脅。本文自司法院法學資料檢索系統中整理出 1999 年以來原住民族所涉及之相關刑事訴訟，其中最常見的案件類型為違反《森林法》、《槍砲彈藥刀械管制條例》以及《野生動物保育法》。然則，前揭三項法規所規範的事項，幾乎均屬原住民族的傳統日常生活與文化整體之一部。這些與原住民族傳統慣習有關的法律規範，陸續自 1990 年代以來進行修法的工程，尤其是在《森林法》、《槍砲彈藥刀械管制條例》以及《野生動物保育法》分別納入原住民族傳統慣俗的條款，甚至是除罪化後，原住民族土地與自然資源權利的實務經驗，卻並未隨著原住民族權利法制化工程而有顯著的轉變。此間的落差，反映了聯合國原住民族人權與基本自由狀況特別報告員 Rodolfo Stavenhagen 在其 2006 年年度報告所示之法律實體權利的「執行落差（Implementation Gap）」：

「在世界原住民族的第一個國際十年（1994-2004）間，許多國家引進國際原住民族人權標準，紛紛進行立法程序與憲法改革，據以作為承認原住民族地位及其實體權利的基礎。…即便法制上確立那些進展，立法建設與日常生活的現實仍存有「執行落差（implementation gap）」；法律的落實與遵守受到眾多外在阻礙與問題所侵擾。」[20]

前述有關法律執行上的落差確實也存在於我國的原住民族權利發展過程中，以原住民族傳統狩獵文化行為與《槍砲彈藥刀械管制條例》的糾葛來看，基本上可以分成三階段來觀察。第一階段是 1997 年修法以前，原住民族若有持有獵槍、魚槍作為生活工具之需，係受到《生活習慣特殊國民獵魚槍刀械管理辦法》之規範，原住民可依照該項辦法提出申請，經過主管機關的特許受到保障。若未經許可而加以製造或持有時，都是犯法的。其次則是 1997-2001 年，原住民族因狩獵文化持有獵槍、魚槍工作生活工具之用者，如未經許可仍在法律上被認為係可責性較低，可逕予減輕或免除其刑，惟在刑事責

[19]《原住民族基本法》第 1 條：「為保障原住民族基本權利，促進原住民族生存發展，建立共存共榮之族群關係，特制定本法。」

[20]*Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, Mr. Rodolfo Stavenhagen*, E/CN.4/2006/78, 16 February 2006.

任上，依然係屬違法之行為。第三階段則是自從 2001 年完成除罪化之後，司法實務對於以原住民族為被告的行為人，大都能接受狩獵文化屬於原住民族傳統生活方式，並從文化祭儀的觀點彰顯多元文化在這項法規上的意義。惟判決意旨中仍不免發現司法機關主觀意識的異文化觀點，尤其在於認定狩獵是否作為生活工具之用時，法院多以被告當事人的經濟狀況來作為判斷之依據，而忽略傳統狩獵祭儀與活動所具有之原住民族文化深層意涵。[21]

其次，在原住民族狩獵文化與《野生動物保育法》的法制發展上，2004 年的修法明文保障原住民族依其傳統習慣獵捕野生動物的文化權利[22]，並確立原住民族依其傳統習慣獵捕一般類野生動物除罪化[23]。然若所獵捕的動物係屬保育類，仍應依法論處刑事責任[24]。實則，現行保育類野生動物名錄的認定，並未納入原住民族傳統自然生態知識與文化的系統，即便在一般類的野生動物完成除罪化，仍然存有保育類野生動物的限制。換言之，在有關生態永續發展與保育的價值上，原住民族的傳統智慧並未受到國家法的完全接納，甚至仍然被視為生態保育的殺手。[25]此等國家法律忽視原住民族依其傳統習慣所形成之土地與自然資源制度，反映了 15 世紀以來歐陸國際法上否定原住民族對其土地合法占有與部族主權的殖民思想，認定原住民族對於土地的關係僅為事實的存在，不具有任何法律效力。[26]

再則，有關原住民族在其傳統領域內進行自然資源採集與《森林法》的衝突，則是另一項備受關注的法制發展議題。2004 年修法明文確立原住民族依其傳統習慣採集森林

[21]參見臺灣臺東地方法院刑事判決《90 年度訴字第 196 號》:「查被告係原住民，且因肢障，現無工作，係以請領殘障低收入戶補助為生活經濟來源，有被告戶籍謄本、殘障手冊、金峰鄉低收入戶證明書在卷可憑，此次製造槍枝係為獵取動物為食，堪認作為生活工具之用。」另可參見臺東地方法院刑事判決《90 年度訴字第 268 號》:「被告丁及乙二人，於當時均失業，持有獵槍係為獵取動物為食，亦堪認作為生活工具之用。」

[22]《野生動物保育法》第 21-1 條：「台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。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。」

[23]《野生動物保育法》第 51-1 條：「原住民族違反第二十一條之一第二項規定，未經主管機關許可，獵捕、宰殺或利用一般類野生動物，供傳統文化、祭儀之用或非為買賣者，處新臺幣一千元以上一萬元以下罰鍰，但首次違反者，不罰。」

[24]請參見臺灣苗栗地方法院刑事簡易判決《94 年度苗簡字第 293 號》、臺灣臺東地方法院刑事簡易判決《89 年度成簡字第 7 號》、臺灣苗栗地方法院判決《96 年度訴字第 862 號》。

[25]參見臺東地方法院刑事判決《96 年度訴字第 328 號》:「被告乙雖為原住民，惟其與被告丁共同獵捕保育類野生動物係供食用，與其原住民固有風俗習慣之祭祀無關，且獵捕保育類野生動物對自然生態已造成破壞。」另可參見臺東地方法院刑事判決《97 年度訴字第 51 號》:「被告 2 人均雖為魯凱族原住民，惟其獵捕保育類野生動物係供已食用，與其原住民固有風俗習慣之祭祀無關，且罔顧政府大力宣導保育野生動物之用心，破壞自然生態之平衡及物種之多樣性，對於保育類野生動物之保育觀念薄弱。」

[26]國際法上用以否定原住民族對其土地及自然資源權利，以及部族主權的幾項法律擬制（legal fiction）原則，包括「發現原則」（Doctrine of Discovery）、「無主地原則」（terra nullius），以及「有效佔有原則」（effective occupation）等。相關討論，請參見 Jörg Fisch, "Africa as Terra Nullius: The Berlin Conference and International Law," in Stig Förster et al. eds., *Bismarck, Europe, and Africa*: *The Berlin Africa Conference 1884-1885 and the Onset of Partition*, pp. 347-75 (N.Y.: Oxford University Press, 1988); Robert Jennings & Arthur Watts, eds., *Oppenheim's International Law*, pp. 687-696 (N.Y.: Oxford University Press, 9th ed., 1996).

產物的權利[27]，並保障原住民族利用森林自然資源的文化行為[28]。總的來說，修法前的《森林法》，視原住民族傳統採集習慣為違反法律之行為，完全未考量原住民族與自然的連結關係及其文化意涵，以及據此所運作的山林使用規範[29]。然則，即便是在修法後，在司法實務上，依舊常見立法與執行上的落差（implementation gap）。按法律在行為後有變更者，應適用有利於行為人之法律[30]。此外，從人權保障的角度來看，罪刑法定主義強調犯罪之成立要件及其法律效果，均須預先明確訂定於法律上，凡行為當時之法律無明文者，任何行為均不構成犯罪[31]。然則，司法實務上的結果卻一再無視（bypass）於此一修法內容，反僅認為行為人「受族人傳統風俗影響甚深」，從主流社會文化價值作判斷，衡諸一般社會通念與常情，而給予同情認係「犯行之可責性較低」。[32]

回歸現行原住民族權利法制的窘境來看，行政機關與立法機關的怠惰，僅係《原住民族基本法》深陷泥沼之冰山一角，尤有甚者，行政機關與司法系統對於該法之漠視，造成原住民族生存權、財產權與自由權等基本人權的侵害。簡單來講，原住民族土地與自然資源權利的規定，其實可以總結成兩個條文即可：第 1 條「政府尊重原住民族諮詢權、同意權、參與權、土地權、重建權等。」其次，第 2 條「相關規定由政府定之。」

聚焦在原住民族與土地及自然資源的關係來看，權利的本質中，最重要的內涵就在有效參與和實質同意。在權利建構的過程，原住民族不該僅係溫順的權利「主體」，特別是在現今存在過多紙上之法（law on paper）的口惠，欠缺具體的法之實踐（law in action）。權利不會憑空而來，而係必須積極主張。從本文第一部份所討論的國際觀點，吾人可以體察以原住民族人權為基礎的發展，對於原住民族在其傳統領域內形塑與建構土地與自然資源權能，確立原住民族作為主導意思決定與決策參與者的角色，扮演了非常重要的推手。這樣的發展無疑是一項原住民族權利未來的趨勢，同時某種程度也呈現在國內晚近對於原住民族與國家特殊關係的建立上。這樣的特殊對話與協商關係對於原住民族土地與自然資源權利的建構非常重要，尤其在於此項關係在強調肯認原住民族係

[27]《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。」

[28]《森林法》第 56-3 條：「有左列情形之一者，處新臺幣一千元以上六萬元以下罰鍰：一、未依第 39 條第 1 項規定辦理登記，經通知仍不辦理者。二、在森林遊樂區或自然保護區內，有下列行為之一者：（一）採折花木，或於樹木、岩石、標示、解說牌或其他土地定著物加刻文字或圖形。（二）經營流動攤販。（三）隨地吐痰、拋棄瓜果、紙屑或其他廢棄物。（四）污染地面、牆壁、樑柱、水體、空氣或製造噪音。三、在自然保護區內騷擾或毀損野生動物巢穴。四、擅自進入自然保護區內。原住民族基於生活慣俗需要之行為，不受前條及前項各款規定之限制。」

[29]臺灣南投地方法院刑事判決《90 年度訴字第 417 號》，法院雖提及原住民族世代倚賴森林為生，並認知此乃原住民族利用森林之傳統習慣。惟森林副產物係屬國有財產，原住民族的文化在與國家利益衝突時，法院仍舊是依法處罰。

[30]《刑法》第 2 條：「行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。」

[31]罪刑法定主義目的在於貫徹法治主義，保障人權，以確保法之安定性。參見《刑法》第 1 條：「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。拘束人身自由之保安處分，亦同。」

[32]臺灣屏東地方法院刑事簡易判決《93 年度簡字第 1233 號》：「被告二人均為原住民，其未尊重國家森林保育政策及他人財產權之觀念固屬可議，惟被告甲、乙教育程度均不高，受其族人傳統風俗影響甚深，其犯行之可責性較低。」

其傳統文化與未來發展的守護者。

四、原住民族獨特（*sui generis*）權利的建構

簡化來說，現行臺灣原住民族法律體系係建構在以聯合國《原住民族權利宣言》為最高原則，《國際人權公約》、《兩公約施行法》、《憲法增修條文原住民族條款》，以及《原住民族基本法》三者所構築而成之原住民族基本權利架構。再則，《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。

最高法院 98 年 12 月 3 日《98 台上字第 7210 號》判決中揭示：「原住民族之傳統習俗，有其歷史淵源與文化特色，為促進各族群間公平、永續發展，允以多元主義之觀點、文化相對之角度，以建立共存共榮之族群關係，尤其在原住民族傳統領域土地內，依其傳統習俗之行為，在合理之範圍，予以適當之尊重，以保障原住民族之基本權利。[33]」此項判決意旨，對照澳洲最高法院於 1992 年審理有關原住民族土地與自然資源權利於的歷史性的判決[34]，確認原住民族土地權格（Native Title）係指原住民族對其占有、使用、支配與管理等土地所生之權利態樣，不論此一權利態樣是部族共有、群體所有或個人獨有，只要此一原住民族對其土地所生的各項權利，係源生自渠等共同遵守與持續傳承之傳統法律與文化慣習的規範體系，均應受到澳洲國家法制的合法承認。兩則判決綜據國際法與國內法之發展，確立原住民族權利的當代法律定位所具有之三項特徵，一在「糾正『過去』之惡，二在落實憲法「多元文化」與「實質平等」原則，三在體現原住民族自主、自決、自治的核心權利。立基於此，臺灣高等法院更一審審理司馬庫斯櫸木案指出：「按基於民族平等及多元文化的發展、延續，原住民基本法第二十條第一項規定：「政府承認原住民族土地及自然資源權利。」、第十九條規定：「原住民得在原住民族地區依法從事下列非營利行為：…二、採集野生植物及菌類。…前項各款，以傳統文化、祭儀或自用為限。」及森林法第十五條第四項前段規定：「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」。是依上揭規定，足見政府承認原住民族土地及自然資源權利，並尊重原住民族之傳統文化及生活慣俗。[35]」

繼之，本文續以現行原住民族基本法之規範要旨探究原住民族土地與自然權利的核心意涵。在臺灣原住民族權利法制化進程中的建構上，自行政院原住民族委員會成立運作以來，原住民族相關法律的立法推動，基本上係以下列為核心：1）自決與自治權；2）

[33]最高法院刑事判決《98 年度台上字第 7210 號》
[34]Mabo v. Queensland (No. 2), (1992) 175 CLR 1.
[35]臺灣高等法院刑事判決《98 年度上更（一）字第 565 號》

身份權；3）土地（財產）權；4）文化權。依照《原住民族基本法》之規定與立法意旨，與本文有關之重要原住民族權利可以歸納為以下幾項：

1. 自治：《原住民族基本法》第 4 條至第 6 條
2. 原住民族領域權：《原住民族基本法》第 21 條
3. 自然環境共管權：《原住民族基本法》第 22 條
4. 土地所有權與使用權：《原住民族基本法》第 20 條、第 23 條
5. 海域權：《原住民族基本法》第 20 條
6. 自然資源權：《原住民族基本法》第 19 條、第 24 條
7. 傳統生物多樣性知識：《原住民族基本法》第 13 條
8. 傳統知識與語言：《原住民族基本法》第 11 條
9. 尊重傳統土地制度與法律：《原住民族基本法》第 30 條

原住民族權利獨特性的意涵，具體呈現在《原住民族基本法》第 20 條的立法理由中：「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。」其次，在規範政府處理原住民族事務、制定法律或實施司法程序等事項，應尊重原住民族之傳統習俗、文化及價值觀等，《原住民族基本法》第 30 條的立法理由指出：「原住民族之傳統習俗及語言與其他民族不同，此一差異成為原住民享受權利之障礙，爰明定政府各項作為應尊重原住民族之族語及傳統習俗，並提供具體措施，以彌補語言、文化之差異。」再則，從原住民族與其傳統領域及自然資源之神聖關連上，《原住民族基本法》第 11 條的立法理由說明：「原住民族居住區域之固有地理名稱，蘊含原住民族之集體記憶，惟現行標準地名多未採用，致阻礙原住民族傳統歷史文化之傳承，實有回復原住民族部落及山川傳統名稱，維護臺灣本土文化之需要。」

比較國際法上的發展，基於原住民族對於傳統領域所具有之自然主權，及本於傳統土地規範源生對於所占有土地與自然資源之財產權，同時這些原住民族權利是國際法所保障的基本人權，美洲人權法院的判決確認原住民族依其傳統規範擁有土地和自然資源的財產權（Anaya, 2004: 145; Anaya & Grossman, 2002: 11-13）。另一方面，聯合國《原住民族權利宣言》對於原住民族權利發展很關鍵的一個意義在於它明文承認原住民族的集體權是作為一種在殖民統治下回復原住民族歷史正義和主張當代權利的重要立論依據（Foster, 2007: 45-46）。正如《原住民族權利宣言》中序言所宣告的「認識到亟需尊重和促進原住民族因其政治、經濟和社會結構及其文化、精神傳統、歷史和思想體系而擁有的權利，特別是對其土地、領土和資源的權利 」。據此，《原住民族權利宣言》進一步申明對於原住民族權利的保護，需要國內法的落實肯認，並在相關國內法制的建構中，內化原住民族源生自其先祖與土地間之獨特精神聯繫所形塑並持續遞嬗的傳統土地

規範和習慣法（Alfredsson, 1993: 41-54; Daes, 2001: 42）。

綜據前揭討論要旨，原住民族土地與自然資源權利所具有之獨特性，係建立在以「傳統語言」、「傳統知識」與「生態永續」形塑原住民族世界觀的三項核心價值。本項原住民族權利獨特性之確立，呼應了 Erica-Irene A. Daes（2001）在其有關「原住民族及其與土地之關係」的研究報告，該項報告臚列下列四項要素：

1. 原住民族與其土地、領域、以及自然資源有著深厚密切的關係。
2. 這種關係具有社會、文化、心靈、經濟、以及政治面向。
3. 這些關係具有重要的集體意義。
4. 這些關係的世代傳遞攸關著原住民族的認同、生存、以及文化命脈。

是以，原住民族權利獨特性（*sui generis*）的發展在以人權為基礎為發端，今日則在強調文化賦權的部族主權（Daes, 2004）。以原住民族自然資源權利為例，《原住民族基本法》第 13 條的立法理由確立：「原住民族傳統領域有豐富之自然資源，原住民各族均發展出豐富之傳統生物多樣性知識，以及與生態共生之智慧，對於臺灣永續發展工程，將有所助益，爰明定應針對上開知識予以保護。參酌聯合國生物多樣性公約第八條 J 款尊重、維持原住民生物多樣性知識、作法之精神，及二十一世紀議程第二十六章反映原住民族自然資源管理維護知識及作法之意旨定之。」由此申言之，本條所指涉的傳統生態知識，非僅係一般抽象性的規定，而應視為具有實體權利內容之效力，據以充實同法第 20 條有關政府承認原住民族土地與自然資源權利的內容。

五、結語

José R. Martínez Cobo（1986）在其有關歧視原住民族問題的研究報告中針對原住民族土地與自然資源權利討論中指出：「我們必須深刻認識原住民族與其土地之間深層的特殊關係，並進一步理解土地與自然資源是原住民族傳統信仰、習俗、文化生存的根本。」前文的討論中，吾人漸能理解原住民族與其傳統土地與自然資源相互依存的連結關係，構成原住民族文化、經濟、社會與政治生活等核心基礎。各項國際人權公約與文件以及國際司法實務的發展，絕大多數均肯認原住民族對其自然資源的治理與規範體系，是體現原住民族自決權的重要元素，Hans Morten Haugen（2007: 72）則將此等原住民族自然資源權利定義為資源治理構向（resource dimension）的自決權。

現行憲法增修條文第 10 條第 11、12 項有關多元文化與原住民族權利的規定，藉由《國際公約施行法》的通過，促使《公民權利與政治權利國際盟約》取得國內法的地位，更確認了原住民族基本權利的憲法位階。換言之，《原住民族基本法》規範有關土地權與自然資源權等，以及最重要的傳統習慣與規範體系等之意涵，應依據國際人權公約與

人權事務委員會第 23 號評論之解釋作為詮釋與保障的基準。在這樣的基礎之上，政府行政機關應依據《國際公約施行法》第 8 條之規定，制定、修正或廢止相關法規，據以確立原住民族傳統土地與自然資源權利之保障。

此外，前聯合國原住民族人權特別報告員 Erica-Irene A. Daes（2001）在其有關《原住民族及其與土地之關係》的研究報告中，針對原住民族傳統土地與自然資源權利的內涵與保障作了如下的歸納：

1. 必須在尊重原住民族及其土地、領域與資源的原則下嚴謹的建立並維持。對原住民族以及原住民個人的補償必須是有效且有法律強制力。

2. 必須符合公平的原則，並達成歷史的、政制的、法律的、社會的，以及經濟的正義。

3. 必須確保法律的實行不會對原住民族造成歧視，並不會使原住民族和國家內其他非原住民族相較之下處於不利的地位。

4. 必須確保原住民族的生存和民族的公平發展。

5. 必須承認原住民族的自治，建立適合原住民族的治理制度，並且尊重原住民族控制、保護其土地、領域與資源的權利。

6. 任何會影響到原住民族的方案，都必須經由原住民族參與決策的過程而決定。

7. 國家必須尊重並且保護原住民族與其土地、領域與資源的特殊關係。尤其是：具有神聖意義的地點、具有文化特殊性的地區，以及和原住民的文化、宗教實踐相關的資源使用方式。

8. 必須有充分開放的管道使原住民族可以援引這些法律，並確保原住民族可以有足夠的技術上的、財務上的資源，可以運用這些法律。

9. 必須尊重並符合原住民族人權和基本自由的標準，特別是聯合國原住民族人權宣言、國際勞工組織 169 號公約，以及美洲原住民族人權宣言草案，所設下的最低標準。

《民法物權編》為現行各項財產制度之基礎，而現行物權之內涵，與原住民族傳統財產習慣，包括土地與自然資源權利，有相當之差異，因此有必要確立原住民族傳統土地與自然資源權利之獨特性，據以奠定保障原住民族權利之基礎。從習慣法的角度出發，參考《民法》第 757 條於 98 年 1 月 12 日修正之規定：「物權除依法律或習慣外，不得創設。」增訂「習慣法物權」之概念，放寬傳統「物權法定主義」中之「類型強制」與「內容固定」原則。揆諸本條之修正理由說明：「為確保交易安全及以所有權之完全性為基礎所建立之物權體系及其特性，物權法定主義仍有維持之必要，然為免過於僵化，妨礙社會之發展，若新物權秩序法律未及補充時，自應許習慣予以填補，故習慣形成之新物權，若明確合理，無違物權法定主義存立之旨趣，能依一定之公示方法予以公

示者，法律應予承認，以促進社會之經濟發展，並維護法秩序之安定。」換言之，如「依習慣法使生新公示方法時，則物權法公示原則無破壞之虞，而且可依此緩和物權法定原則（主義）之硬化」（蔡明誠，2005：17），即可肯認將習慣列入物權法定主義之範疇，使具備慣行之事實及法的確信之習慣，具有法律上之效力，成為物權取得之權源。

爰現行《民法物權編》既已納入習慣法作為物權取得之權源，且《原住民族基本法》第 20 條亦確立原住民族享有依其傳統習慣法律與文化慣習所生的各項土地權利。再則，物權類型既非屬物權之本質，而是涉及一國之物權立法政策。政策之本質中彈性鬆綁是很重要的價值，但是彈性化不是普遍性的解除管制。因此，如按原住民族傳統習慣就某特定土地及自然資源權利之類型與內容得以固定，且確實產生法之確信力，確可建立以原住民族傳統習慣為基礎之新興「物權」概念與類型，俾以符合原住民族對國家法律保障渠等權益之意旨與期待，並使得從原住民族傳統文化、習慣與價值體系中源生的「土地與自然資源權利」確立其「合法」地位。

參考文獻

Alfredsson, Gudmundur.

1993. "The Right to Self-Determination and Indigenous Peoples." In *Modern Law of Self-Determination. Developments in International Law Vol. 16*, Christian Tomuschat, ed., pp. 41-54. Boston: Martinus Nijhoff Publishers.

Anaya, S. James.

2004. *Indigenous Peoples in International Law*. New York: Oxford University Press, 2nd ed.

Anaya, S. James & Claudio Grossman.

2002. "The Case of Awas Tingni v. Nicaragua: A New Step in the International Law of Indigenous Peoples." *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol. 19, Number 1, pp. 1-15.

Anaya, S. James & Robert A. Williams, Jr.

2001. "The Case of Awas Tingni v. Nicaragua: A New Step in the International Law of Indigenous Peoples." *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 14, pp. 33-86.

Cobo, José R Martínez .

1986. *Study of the problem of discrimination against Indigenous populations*. E/CN.4/Sub.4/1986/7.

Daes, Erica-Irene A.

2004. *Indigenous peoples' permanent sovereignty over natural resources. Final report of the Special Rapporteur, Erica-Irene A. Daes*. Prevention of Discrimination and Protection of Indigenous Peoples and Minorities. E/CN.4/Sub.2/2004/30, July 13, 2004.

2001. *Indigenous peoples and their relationship to land. Final working paper prepared by the Special Rapporteur, Mrs. Erica-Irene A. Daes*. Prevention of Discrimination and Protection of Indigenous Peoples and Minorities. E/CN.4/Sub.2/2001/21, June 11, 2001.

Foster, Caroline E.

2007 "Indigenous Peoples' Right to Self-Determination." *New Zealand Law Journal*, pp. 45-46.

Förster, Stig, et al. eds.

1988. *Bismarck, Europe, and Africa: The Berlin Africa Conference 1884-1885 and the Onset of Partition*. N.Y.: Oxford University Press.

Haugen, Hans Morten.

2007. "The Right to Self-Determination and Natural Resources: The Case of Western Sahara." *Law, Environment and Development Journal*, Vol. 3, No. 1, pp. 70-81.

Gilbert, Jérémie.

2006. *Indigenous Peoples' Land Rights under International Law: From Victims to Actors*. Ardsley, N.Y.: Transnational Publishers.

Groves, Robert.

1996. "Territoriality and Aboriginal Self-Determination: Options for Pluralism in Canada." *Law & Anthropology*, Vol. 8, pp. 123-146.

Inter-American Court of Human Rights.

2001. "Judgment: Inter-American Court of Human Rights in the Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua." *Arizona Journal of International & Comparative Law*, Vol. 19, No. 1, pp. 395-456.

Jennings, Robert & Arthur Watts, eds.

1996. *Oppenheim's International Law*. N.Y.: Oxford University Press, 9th ed.

Macklem, Patrick & Ed Morgan.

2000. "Indigenous Rights in the Inter-American System: The Amicus Brief of the Assembly of First Nations in Awas Tingni v. Republic of Nicaragua." *Human Rights Quarterly*, Vol. 22, pp. 569-602.

Scheinin, Martin.

2004. *Indigenous Peoples' Land Rights Under the International Covenant on Civil and Political Rights*, paper presented at Torkel Oppsahls minneseminar, Norwegian Centre for Human Rights, University of Oslo, April 28, 2004. (http://www.galdu.org/govat/doc/ind_peoples_land_rights.pdf) (最後瀏覽日：2010/08/25)

Stavenhagen, Rodolfo.

2006. *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, Mr. Rodolfo Stavenhagen*, E/CN.4/2006/78, 16 February 2006.

Vuotto, Jonathan P.

2004. "Awas Tingni v. Nicaragua: International Precedent for Indigenous Land Rights?" *Boston University International Law Journal*, Vol. 22, pp. 219-243.

Weaver, Jace.

1996. *Defending Mother Earth: Native American Perspectives on Environmental Justice.* Maryknoll, N.Y.: Orbis Books. 1996).

蔡明誠

2005 《物權法研究》。臺北：新學林。

Mabo v. Queensland (No. 2), (1992) 175 CLR 1.

Mary and Carrie Dann v. United States, Case 11.140, Report No. 75/02, Inter-Am. C.H.R., Doc. 5 rev. 1 (2002).

Maya indigenous community of the Toledo District v. Belize, Case 12.053, Report No. 40/04, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.122 Doc. 5 rev. 1 (2004).

Case of Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay, Inter-Am. Ct. H.R., Judgment of March 29, 2006 (Merits, Reparations and Costs)。
Case of the Saramaka People v. Suriname, Inter-Am. Ct. H.R., Judgment of November 28, 2007 (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs)。
General Recommendation No. 23: Indigenous Peoples: 1997/08/18, CERD/C/51/Mis.13/Rev.4 (1997).
General Comment No. 23: The rights of minorities (Art. 27): 1994/04/08, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev. 1./Add. 5（1994）

評論

劉士豪 教授

今天非常高興也非常榮幸能受東華大學的邀請，在這裡跟各位共同欣賞和了解蔡志偉教授的這篇文章。我看過之後學到非常多，所以雖然在今天這個場次，與兩位法官被稱做是評論人，但不敢說評論，也許我能以一個與談人的身分，來共同看這樣一篇文章。

原住民族狩獵跟採集權利議題讓我非常深刻。在我剛進原住民族委員擔任委員的時候，當時的主持人指示我將兩部原住民族的發展法，整合其新舊兩個版本，成為今日原住民族基本法的前身；而整個立法過程，也幫助我對於原住民狩獵跟採集權利的思考了解更為深入。

原住民族基本法的確立，我想跟這次蔡教授所提到的相關法律來講，像是槍炮彈藥刀械管制條例、森林法以及野生動物保育法，有非常密切的關係。在還沒有講這個法律之前，我想先談我自己曾經遇過的文化內心的衝突。我剛去德國的時候，德國的朋友就問我說，你們中國人、台灣人是不是吃狗肉？德國人愛狗的程度非常深，甚至愛狗勝於愛人。我說對，我們有些人會想吃狗肉，不過我自己沒有吃。

可是，有一次進了他們超級市場之後看到有兩個白白的動物，躺在那個冰櫃裡面，因為整個皮被剝掉、看不出是什麼動物，我就問那賣肉品的小姐說，那什麼東西？她說小的是兔子，大的不是山羊，而是綿羊。我立刻想到，當他們對我們食用狗肉感到困惑時，那他們吃的又是什麼？那晚，我一直在想這問題。同樣的，這個文化差異的衝突，在這幾年有逐步被受到重視，而促使法律一點一滴的改變。雖然不能夠完全合乎我們的期待，但是慢慢改進。

在森林法、槍炮彈藥刀械管制條例及野生動物保育法裡，有很多都涉及到刑法跟行政法的規定，在討論處罰時，基本上不脫四個部分的處理；第一個一定是看他有沒有符合構成要件；第二個看他有沒有所謂的違法性；第三個則在討論罪責的問題；最後一個才是討論量刑的問題。

蔡教授這篇文章則深刻的幫我們討論，早期雖然有慢慢成立原住民族基本法，但基本上還是依據既有的邏輯來判斷。像我們刑法57條課刑是量處，則是考量他的犯刑動機是否其情可憫；而61條，雖認為這個刑度很低，卻還是不把它免除其刑。所以基本上，現今法律都還是判定為犯罪情形，只不過在考慮他特殊的情況下，予以做一個比較減輕或免除其刑的情形。

蔡教授在這篇當中提到，台東法院的90年196號、90年度268號判決，都是採取這樣

的看法。當國家開始慢慢有所體認，也開始成立原住民族的基本法之後，對於像森林法原來採集的規定，增加了森林法第十五條的第四項；對於槍炮彈藥刀械管制條例當中，也更改增加了廿一條的第一項，以及十五條第四項的規定。就上述所謂構成要件的討論，我們對於原住民的狩獵，基於他生活及祭典上面的需要，這個時候應該完全排除所謂違反法律的構成要件的情形，才是從根本來解決問題。

當然，在早期的時候，關於狩獵是否有違法性的情形，也已在學術上面討論過。他說，原住民基本法當中第十九條已經講了，原住民有這些權利，所以他是依照法律的行為；如用違法性判斷來做，說這並非刑法當中阻卻違法的事由，以做為排除這種違反行政法跟刑法的思考，這都是我們在法律上面努力求取改善的情形。如以法律的演變來講，基本上行政法跟刑法對於判斷是不是要處罰的情況之下，基本也不對於三種法義做討論，第一個就是國家的法義，第二個就是社會的法義，還有個人的法義的侵害。

前面我們在講說，對於該法的省思多是在糾正以往的錯誤；待開始慢慢理解，他有他的文化、我有我的文化下，也就是蔡教授所講的第二種情形，能夠採取多元文化跟實質平等的思考，才可逐步做改善。到最後，我們明白無論是行政法或刑法的思考，在認定什麼叫做國家法跟社會法義的時候，如果單純從一個漢人的立場，或以受過西洋歐洲文化薰陶的背景來作思考，這個是危險的。

所以，蔡教授也提到，如果原住民沒有共同參與、決定該規範，做為一個自治的主體，在這自主性的判斷情況之下，使用其他不同的文化，會造成沒有辦法站在同一個歷史、社會環境的觀點去思考這個問題，對立法來講是有危險性的。最後一點，在未來整個原住民族法律發展上，把國家法義跟社會法義重新的思考，將會對行政法跟刑法提供一個改善的可能性。

最後，蔡教授所提到的新的物權法，是一個相當好的結尾。於98年1月1日的改善，把以往完全以採法定主義設計的物權法，增加了習慣，將以往討論所謂構成要件、違法性提供新的看法。試想，如果今天是在你自己家裡的後院養雞養鴨，在這個情況之下，你要去吃這個鴨吃這個雞，還需要問別人嗎？這個也許是蔡教授很有趣的一個，把物權法的觀念放在最後面，做一個總結的思考。如果今天我們承認原住民在他的傳統領域上面，他就有採集跟狩獵的情形，那難道還要有國家的法律去干涉嗎？這個是我最後一個對這篇文章的結論，以上報告供大家參考，謝謝各位。

生態保育、在地發展與遷村：山林守護在西魯凱的實踐經驗

台邦・撒沙勒 助理教授

大仁科技大學觀光事業系

學歷：美國華盛頓大學（University of Washington）人類學博士
專長：部落生態管理、原住民族運動、人類學、原住民族文化財產
經歷：2009 ～2010 中國地理學會「IGU 原住民委員會」委員
2007 ～ 2010 大仁科技大學原住民發展中心主任
2002 ～ 2006 高雄市政府原住民事務委員會主任委員
2001 ～ 2002 外交部非政府組織國際事務委員會委員
1996 ～ 1998 行政院原住民族委員會委員

評論人

黃國益 法官

臺灣士林地方法院法官

學歷：中正大學法律博士班
專長：勞工法
經歷：美國華盛頓大學法學院 2007 年訪問學者

生態保育、在地發展與遷村：山林守護在西魯凱的實踐經驗

台邦.撒沙勒、裴家騏、盧道杰、柯文福、賴正杰*

摘要

在去（2009）年莫拉克風災中，屏東縣災情嚴重，魯凱族聚居的霧台鄉更是首當其衝，總計八個部落中有五個部落面臨遷村的命運，這個事實不僅造成西魯凱群社會文化的急遽動盪，甚且可能導致魯凱族崩解的危機。近來，極端氣候對原住民族的文化永續及社會發展帶來嚴重的衝擊，因此逐漸成為國際社會關注的議題。許多研究顯示，部落重建或遷村的討論，不僅需要考量族人生命財產的安全與國土的復育，更需要顧及文化的傳承、部落社會的完整與族人發展的意願。我們認為現階段，維持族人與鄉土的連結，甚而讓族人直接參與相關的大地和自然資源復育的工作，並在過程中醞釀符合各界期待的山林方案，才是災後重建工作能否有效推展的關鍵。基於這樣的觀點，本計畫在霧台鄉公所協助之下，召募並雇用了 18 位在地族人接受培力，擔任山林巡守員的角色，執行部落周邊及傳統領域的巡護及監測作業。總計在過去近一年的時間裡，山林巡守隊進行了 187 次（日間 182 次、夜間 5 次）短程的部落周邊巡守和 4 次長程的傳統領域巡守工作。過程中，巡守隊員除了標定許多傳統文化載點、重要野生動植物位置以及風災後造成的崩塌地點之外，還舉發了 5 起重大的林木採伐違法及異常事件。事實展現，以在地族人為主體的山林巡守所產生的效益，除了巡護、記錄與監測山林資源並提供科學性資訊之外，還可發揮強化在地警政、防災和水土保持等相關業務的功能。本計畫由原住民族委員會及鄉公所主導，有別於過去由林務單位、國家公園或其他生態環境治理機關推動的方案，不僅展現其族群特色，更凸顯共管機制在地方實踐的可行性。本研究發現，傳統知識的引進，部落實務能力的建構、中高階管理人才的培育、各公部門間的合作協商、專業團隊的輔導、部落，以及族人的支持和加盟，都將是原住民族山林守護制度常態化運作的關鍵議題。

關鍵字：莫拉克風災、民族發展、遷村、山林守護、共管機制、傳統領域

* 除第一作者，其他作者按順序分為國立屏東科技大學野生動物保育研究所教授、國立台灣大學森林環境暨資源系助理教授、大仁科技大學觀光事業系進修院校二專生、國立屏東科技大學野生動物保育研究所研究生。

一、前言

魯凱族人口總數約一萬一千多人，主要居住在屏東縣霧台鄉、三地門鄉、瑪家鄉及高雄縣茂林鄉、台東縣卑南鄉等鄉鎮。日治以前，魯凱族以部落為獨立的生活單元，有自己的傳統領域、獵場、漁場及耕地。然而，歷代殖民力量的入侵，使得魯凱族群固有的社會經濟和文化習俗產生劇烈的改變。這個改變不僅導致部落傳統的社會制度逐漸瓦解，許多珍貴的在地知識也漸次消失。

在去年莫拉克風災中，屏東縣災情嚴重，魯凱族聚居的霧台鄉更是首當其衝。隘寮北溪流域所有的部落都有許多家屋、耕地、公共設施以及祭儀空間慘遭風災肆虐，唯一位於隘寮南溪的好茶部落（*Kochapogan*），全村更被淹沒在土石流中，從祖先遺留的土地上憑空消失。交通方面，通往霧台全鄉主要幹道台 24 線更是柔腸寸斷，其損毀程度，只能用滿目瘡痍來形容。

災後政府已決定將隘寮南溪的好茶部落遷至瑪家農場，阿禮、吉露、佳暮、伊拉等隘寮北溪部落則移住到長治鄉慈濟大愛園區，總計遷村的族人近 450 戶，約 2000 人[1]。莫拉克災後，立法院通過『莫拉克颱風災後重建特別條例』，賦予政府限制原住民居住或限期強制遷居、遷村的法源[2]。可以想見，災後原住民部落的安置與重建如何能順利進行，對臺灣社會將是一個重大的挑戰。然而，令人憂心的是，政府的災後方案，朝向把世居山林的原住民移至平地[3]，對於山林環境的有效保育以及原住民族群的永續發展，欠缺縝密及長遠的思考。基本上，我們認為，山是原住民的故鄉，原住民被強制遷離其世居的家園，被迫與山林分離，顯然違反了原住民與自然共生的傳統生活方式與價值。

過去，我們看到原住民遷村因為移住地點的不當和規劃草率、導致部落的文化流失與社會關係的崩解（台邦.撒沙勒，2009; 謝志誠，2008）。事實上，在台灣甚至在國際上，原住民遷村政策備受質疑，國際社會也有諸多反省和批評[4]。在這次莫拉克風災中，我們看到政府及慈善團體對遷村、重建政策的擬定有許多與原住民意願背離的想像與操作[5]。雖然重建特別條例第五條將重建計畫內容細分為家園重建、設施重建、產業重建、

---

[1] 目前政府預定辦理遷村的隘寮群部落包括大武、阿禮、吉露、佳暮、好茶、伊拉等部落。其中，好茶部落 177 戶被安排搬遷至離原部落較近的瑪家農場，剩下的其他部落（包括阿禮、吉露、佳暮、伊拉第一階段遷住戶合計 154 戶）居民，已於今（2010）年 8 月集中遷移至長治大愛園區。

[2] 依據莫拉克颱風災後重建特別條例第 20 條：「中央政府、直轄市政府、縣（市）政府得就災區安全堪虞或違法濫建之土地，經與原住居者諮商取得共識，得劃定特定區域，限制居住或限期強制遷居、遷村，且應予符合前項之適當安置」。

[3] 災後重建特別條例，雖以尊重及救助為主，但也框架了「兼顧國土保安與環境資源保育」及強調「應遵循國土保育與復育原則辦理」，同時亦提到「…得劃定特定區域，限制居住或限期強制遷居、遷村」。此重建的規範及價值，限制也框架了災區族人的需求與意願。

[4] 依據聯合國〈國內流離失所問題指導原則〉第一節原則 6：「每個人都有權受到保護，**不被迫從家園或習慣住處任意遷移**」。原則 9：「**國家有特別義務**保護**原住民族**、少數民族、農民、牧民和其他**特別依靠土地、與土地關係特別密切的群體**，使他們免受遷移。」。

[5] 莫拉克颱風災後重建特別條例第 20 條，雖明訂「…經與原住居者諮商取得共識，得劃定特定區域，限制居住或限期強制遷居、遷村」。其中，「原居住者」為單一的個人，而非如原住民團體所期待的以「部

生活重建與文化重建，但遷村及未來的生活安定計畫，幾乎全由慈善團體與私人企業認養，且目前作法僅止於提供住家需求的滿足，對於族群部落文化再生能力的培養，欠缺積極的規劃。如此的遷村計畫，極有可能造成原住民與祖靈土地更為疏離，導致原住民傳統與自然山川共生的人地關係更加支離破碎。根據過去的經驗，我們擔憂政府及慈善團體主觀的想像與價值判斷，不但無法提供原住民家園重建的積極動力，反而因其錯誤的文化解讀與認知，加速原住民部落的崩離與解體。

從全球環境變遷的角度來看，在森林保育中確認原住民角色的討論在國際間愈發受到重視。在剛結束的哥本哈根氣候會議中，「降低開發中國家毀林及森林惡化所導致的碳排放」(Reducing Emissions from Deforestation and Forest Degradation in Developing Countries, REDD)是各國討論的重要議題。澳洲、法國、日本、挪威、英國和美國已經決議要拿出總計三兆美元的經費來協助開發中國家進行森林保育。然而，森林保育執行和碳量的交換方式，以及碳權相關的再生經濟收益將如何與相關社群分享、森林保育推動過程中如何確保原住民的基本權益等等，都有待國際社會進一步的努力。台灣作為國際社會的一份子，自然不能忽略對國際重要議題的參與和關注，尤其在災後重建的議題上，有必要回應國際社會在氣候變遷策略中對原住民角色的期待。因此，本文認為災後重建不僅需要考量族人生命財產的安全與國土的復育，更需要顧及文化的傳承、部落社會的完整與族人發展的意願。國土保安、山林監測與原鄉發展，應是相關論述與實務操作的重要命題。

二、研究範圍及對象

魯凱族分佈於臺灣中央山脈南段的東西兩側，四周有排灣族、卑南族與布農族的勢力環伺，長期以來各有消長，族群關係多元複雜。最早提出「魯凱族」的是移川子之藏、馬淵東一、宮本延人（1935），他們在「臺灣高砂族系統所屬之研究」中，首次將魯凱族從排灣族中獨立出來。在此之前的人類學者，多把魯凱族涵括於排灣族或另名為查利先、薩里森或澤里先族（*tsalrisien*），直到移川子之藏等人依據口傳神話與系譜的追溯，將魯凱與排灣兩族分立，並以「魯凱」一名取代「薩里森」的稱謂後，魯凱族的稱謂才大致定型。後續學者大體上也依循這樣的分類，認為儘管排灣與魯凱兩族在體質、社會組織、百合花與百步蛇信仰方面極為接近，但在語言、祭典、埋葬方式與繼承制度上仍有顯著差異，兩族應分別獨立（衛惠林，1963、1965；李汝和，1972；許木柱、李壬癸、楊翎、王長華、潘英海、詹琪芬，1995）。

目前的魯凱族，依地域、語言與文化的不同，大致上可分為下列三群：

（一）大南群，亦稱東魯凱群：主要居住於臺東縱谷南端西側由呂家溪與大南溪兩溪匯

落」集體為溝通的對象。這樣的規定，原住民團體擔心未來恐遭政府以各個擊破方式，化整為零，與居民一個個簽訂同意，或是與部分代表人士取得「共識」推動遷村。

流成的山腳沖積帶，在行政區域上是台東縣卑南鄉的大南村（今名東興村）。該村由於遷村改建的關係分為五個社區，並有排灣族東排灣群與漢人雜居。但在台東縣金峰鄉嘉蘭村新富社區、正興村、歷丘村等地亦有一批約 1960 年代從霧台鄉阿禮村與好茶村遷移過來的魯凱族人。

（二）濁口群，亦稱下三社群：分佈於高雄縣茂林鄉境荖濃溪支流濁口溪流域。在行政區域上隸屬於高雄縣茂林鄉，包括茂林、萬山與多納等三個村。由於位於高雄縣三民、桃源兩鄉的鄒族「上四社」之南，故俗稱「下三社」。

（三）隘寮群，亦稱魯凱本群或西魯凱群：分佈區域北起大母母山、南抵隘寮南溪河谷，傳統獵場範圍往東越過霧頭山至台東縣境。隘寮群的聚落分佈，主要在屏東縣霧台鄉的好茶、大武（*Labwane*）、霧台(*Vutaai*)、神山（*kabalrelradhane*）阿禮（*Adiri*）、佳暮（*Karamumutesaane*）、吉露（*Kinulane*）、伊拉（*kudrengere*）。由於通婚和移居，隘寮群也分散到其他鄉鎮，例如高雄縣桃源鄉建山村、高中村主要是屏東縣霧台部落居民遷居並且與當地布農族混居，荖濃是屏東縣好茶與霧台部落居民遷居。台東縣金峰鄉嘉蘭部落是由屏東縣霧台鄉包括好茶、霧台、阿禮等部落居民遷移定居，太麻里鄉正興部落則大部分是由霧台部落居民遷居，卑南鄉東興村是由阿禮、霧台、吉露、佳暮、好茶等五個部落居民遷居，瑪家鄉三和南村的魯凱族大都是由好茶、阿禮、佳暮、吉露、霧台等部落居民遷入。三地門鄉青葉部落「阿烏（*awba*）」的居民是由霧台鄉大武、阿禮兩個部落居民遷居，另外居住在排灣族德文部落的相助巷和北巴巷魯凱族是由霧台鄉伊拉、佳暮、阿禮等三個部落居民遷居，三地鄉三地部落（*timuru*）也有部分魯凱族是從好茶部落遷居而來。以屏東縣為主要聚居地的隘寮群，目前人口總數約有 5000 多人，佔魯凱族總數二分之一，可以說是魯凱族的大本營（汪明輝、林端、裴家騏、巴清良、盧道杰、吳雯菁，2006）。

以上這些部落，基於共同的文化背景與語言，彼此通婚，往來密切頻繁，可稱之為『西魯凱群文化區』。本研究為能深入瞭解災後土地崩塌面積與相關位置，並有效掌握災後魯凱族社會與文化變遷的狀況，以建構永續山林的機制與模式，擬聚焦於這次莫拉克風災受創嚴重的霧台鄉，範圍涵蓋好茶、霧台（神山、伊拉）阿禮、佳暮、吉露、大武等隘寮溪流域的部落（圖一）。

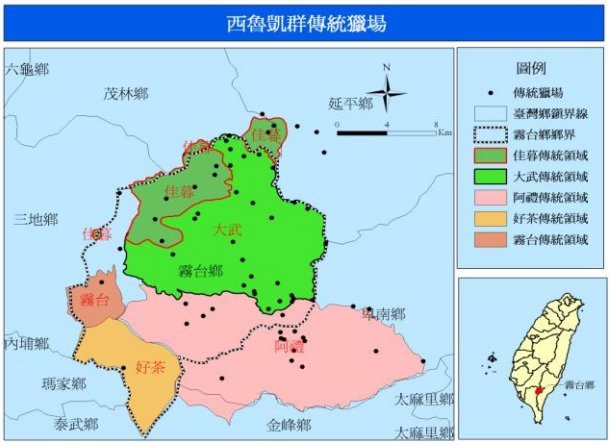


圖 1、魯凱族西魯凱群部落及傳統領域範圍圖

三、理論與文獻探討

1. 與魯凱族有關的環境研究：

以往學界有關魯凱族的研究，都比較偏重於民族學方面，探討聚焦在體質、語言及文化現象的描述（林美容，1985），對於人與環境的互動，人地關係的變遷著墨較少。雖然國內部分學者也嘗試從微觀角度，從魯凱族的觀點來探討原住民土地產權與社會文化變遷的問題。例如陳永龍（1992）聚焦在屏東縣好茶村；邱中治（1997）以屏東縣霧台聚落為對象，邱清榮（1999）則以屏東縣西魯凱聚落為田野地。不過，三人的研究主題均在聚落生活空間的變遷，並非在傳統土地制度與社會變遷的關係上。當中，陳永龍雖然約略討論到日本與國民政府的土地國有化政策使得土地權不再歸屬於貴族世家，導致貴族世家對獵人的約束力下降的觀察，但其主要討論焦點還是偏重在好茶村自舊好茶遷往現居地後的社會空間的變化，而非土地制度的變遷。

許功明（1987）則從好茶的百合花制度探討貴族階層的特權讓予，認為貴族一方面透過租稅貢賦制度具體地兌現土地領主權，另一方面亦藉由名制與裝飾上特有的徵號顯示其抽象的身份地位。藉此凸顯魯凱族租稅與特權讓予制度中，物質與非物質的流動與交換，形成了魯凱族一種再分配（redistribution）的文化。王長華（1984）對高雄縣多納的研究則是以貴族階層制此一魯凱族最重要的政治制度為主題，討論了該制度的變遷，但並未觸及貴族制度的變遷是否與土地制度的變遷有關，更未觸及這樣的變遷與資源管理的關連性。

近來，跨學科的整合研究逐漸成為趨勢，特別是自然科學的加盟為魯凱族的環境研究增添了不少助力。其中裴家騏（裴家騏、羅方明，1996；裴家騏，2001、2003）的研究團隊長期投入魯凱族的狩獵研究與小鬼湖周邊的野生動物族群監測，研究發現魯凱族的傳統狩獵制度具備了「特殊性」與「低效率性」，具有資源永續利用的生態意涵，該研究被視為「山林守護神」論述的基礎之一。裴家騏主張若能連結當地的傳統狩獵制度

與科學性的野生動物監測機制，當可發展出一套由政府與居民共管的自然資源管理計畫。盧道杰（2004）則進一步從社區林業的角度出發，呼籲政府思考傳統棲地保育的侷限，走向與在地居民結盟的共管模式。盧道杰、台邦.撒沙勒、裴家騏、蔡博文（2007）則以 2005 年公告施行的原住民族基本法第 22 條規定[6]，與原住民族地區資源共同管理辦法[7]為基礎，認為為可以嘗試利用社區保育區的概念，在國家的體制下（共管），將社區政治、社會界線與自然資源經營管理界線做單元式的整合，以開闢基層社會力可以對森林（林業）治理做出貢獻的空間，回應原住民族對自治的期盼。

2. 人類學環境研究趨勢

南島語族（Austronesian）由於缺乏文字為敘事工具，因而常被誤認是一個沒有歷史的族群（people without history），無論是其神話、口述歷史以及分佈於地理空間上的傳說故事，常常被視為荒誕不經沒有事實根據，因而有關傳統的生態智慧、空間上的地名、地義以及象徵體系的探討，在民族誌的相關研究中常被忽略。近來，由於政府傳統領域土地調查計畫的帶動，有關原住民空間、地名與土地觀的研究如雨後春筍般在各族群間展開[8]。事實上，在過去的 50 年裡，民族生態學、環境人類學和農業生態學已經出版了有關『傳統環境知識』的可觀研究（Hunn, 1999），其中，民族生態學和環境人類學長期致力於研究文化及生態機能脈絡下原住民生態經營的法則，這些相關研究顯示在地社群擁有的生計策略，往往可以適應當地環境而達到平衡的效果(Altieri, 1995；Nazarea, 1999；Pichón, 1999)。

人類學理論裡強調的地方知識（local knowledge）與民族生態學（ethnoecology）即在探討在地社群與環境的互動關係。李維史陀（Levi-Strauss）認為地方知識是具科學意義的分類系統，可以作為西方科學之外另一個瞭解世界的方式（Levi-Strauss, 1969）；象徵人類學大師葛爾茲（Geertz Clifford）則認為它是當地住民一種瞭解周圍環境的常識，可以幫助我們瞭解人與環境的關連（Geertz, 1983）；伊凡普里查（Evans-Pritchard）則認為原住民知識是一個合乎邏輯的思考和實踐的模式，和西方科學有著同樣的價值（Evans-Pritchard, 1963）。此外，Conklin、 Castetter 和 Nazarea 等學者也以為民族生態學和民俗分類系統是當地的族群對於動物、植物和複雜的自然現象長時間的觀察、使用

[6] 原住民族基本法法第 22 條規定[6]，與原住民族地區資源共同管理辦法為基礎，：「政府於原住民族地區劃設國家公園、國家級風景特定區、林業區、生態保育區、遊樂區及其他資源治理機關時，應徵得當地原住民族同意，並與原住民族建立共同管理機制；其辦法，由中央目的事業主管機關會同中央原住民族主管機關定之。」

[7] 2007 年 11 月，原民會正式公告「原住民族地區資源共同管理辦法」，共有 7 條，除維持共管機制（共管會）的設置功能新設為應辦，既有者為得設置外（第 7 條），對新設的資源治理區域（國家公園、國家風景特定區、林業區生態保育區、遊樂區及其他），必須先徵得在地民住民族同意（第 3 條），在地原住民族也可有代表參與資源的治理（第 6 條）。

[8] 目前進行中的「原住民族傳統領域土地調查計畫」，係緣起於陳水扁總統於 2000 年競選時提出的「台灣原住民族與台灣政府新夥伴關係」政見，該政見內容包括承認台灣原住民族之自然主權、推動原住民族自治、與台灣原住民族締結土地條約、恢復原住民族部落及山川傳統名稱、恢復部落及民族傳統領域土地等等。自九十一年起，原民會在原住民地區開始辦理傳領調查，至 2008 年止總共完成了 43 個原住民鄉鎮之調查，並獲得 7684 個地名和 3219 個地名故事。

而累積的知識，因此可以提供現代人類學習如何與環境互動、與自然相處的哲學（Conklin, 1957; Castetter, 1944; Nazarea, 1999）。上述學者都認知傳統知識是人類對於周圍環境和生態過程的認知方式，是他們瞭解各類物種、環境現象的運用法則，這些法則可以透過狩獵、漁獵、採集等等生產活動而得之。進一步來說，上述這些生產活動導致的文化模式，是原住民關於自己在生態系統中的角色定位以及和自然互動而建立的信仰（Berkes, 1999）。

台灣關於民族生態學的研究肇始於日據時期，鹿野忠雄稱得上是民族生態學研究的先驅，自 1931 年起，鹿氏陸續發表了有關蘭嶼的船（鹿野忠雄，1931）及飛魚捕撈活動（鹿野忠雄，1946）的文章，對達悟族的生計生產過程有相當完整的描述。近代，吳燕和（吳燕和，1993）有關台東太麻里溪東排灣人的狩獵過程，以及鄭惠英（1985）有關蘭嶼大船文化的製作材料均有鉅細靡遺的描述。此外，張燦穩（1991）和徐君臨（1989）對達悟族及阿美族的漁獵文化也有相當豐富的記錄。張燦穩（1991）在蘭嶼椰油村記錄了當地 30 種甲殼類名和 142 個魚名，具體描述了達悟族關於野生動植物的環境知識。徐君臨（1989）在花蓮縣豐濱鄉磯崎村（karoroan）及港口村所做的漁場空間研究，發現東海岸阿美族人利用山勢或明顯陸標劃分漁場的方式，可以得到較高的捕獲量（劉炯錫，2000：15-16）。原住民和野生動植物的關係除了表現在物質文化之外，很多也反映在他們的姓氏、地名、祭祀、禁忌、傳說等等。例如胡台麗（1995）研究賽夏族矮人祭歌舞祭儀時發現賽夏族的姓氏很多都是以野生動植物名稱命名，可以從其記錄中瞭解賽夏族與自然環境的關係。晚近，裴家騏（1996）、梁秀芸（1996）、劉炯錫（1999）及戴永禔（1999）則先後探討原住民狩獵及漁獵活動的傳統模式，他們的研究顯示這些傳統生產模式蘊含的管制機制對生態系的平衡與資源永續有顯著的關連。

近來，國際學界許多學者超脫純文化的研究領域，試圖探討權力、知識、政治、文化與自然保育間的關連。他們的研究指出：『保育政策，不是一個遙遠的、抽象的且孤立於寬廣的政治、經濟和文化脈絡之外的事物，事實上，它是那些複雜的權力結構和利益團體之間經過協商、對抗和糾纏的結果。』（Bryant, 1997; Gadgil and Guha, 1993; Hecht and Cockburn, 1989; Merchant, 1994; Peet and Watts, 1996; Escobar, 1996）。這樣的認知，使得政治生態學（political ecology）在 20 世紀末成為熱門的研究。愈來愈多的人類學者、生態學者和地理學家強調文化與空間的動態和衝突的重要性，因而認為有必要去檢視不同的地理環境在資源利用、經營和表述（representation）時所呈現出來的文化政治（cultural politics）意涵（Sivaramakrishnan, 1999：16）。就這一點而言，土地變遷、資源利用等議題必然牽連到政治的衝突，無法脫離權力的辯證成為單純的文化課題。

以霧台鄉的生態歷史來看，就是代表著國家力量介入地方空間的實例，保守的經濟導向林務經營不僅擾亂了地方族人長期與自然共生的狩獵傳統，同時也打破了部落社會管理共有資源（common pool resource）最重要的共有財產體制（common property regime）。共有資源是指一個自然的或人為的資源，例如森林、漁產、水源、牧地、獵場或道路等等。1968 年生態學者 Garrett Hardin 提出所謂『公有財產的悲劇』（the tragedy of the commons）的理論，強調個人的自私且漫無限制的使用將導致資源惡化的必然性，

因此認為必須透過有效的管理機制來制衡。然而，傳統解決方式著重於政府公權力介入和私有財產制的效能，強調由上而下的威權管制來阻止任何人為對生態環境的干擾（山田燒墾、打獵、採集）。這種模式或許可以達成短期效果，但長期來看，這種方法卻對生態的自然復育和自我更新能力形成致命的一擊，反而導致問題的惡化。

近來已有不少研究證實原住民部落傳統的共有財產機制（common property regime）對於森林和其他自然資源的管理有不可忽視的成就，部落嚴格的自治體系和道德規範，使得永續利用成為可能。事實上，原住民在共有財產管理上的具體成就已經促使 Hardin 對其理論進行修正，他認為一個獲得有效管理的資源可以避免成員的誤用而達成永續的可能。在台灣，原住民社會的共有財產機制與自然保育息息相關。例如阿里山鄉的鄒族有聯合家族及氏族分段管理河川漁場的傳統；蘭嶼的達悟族則固定在三到五月只抓飛魚，禁捕其他魚種，這個規範使得珊瑚礁的魚種得到休養生息的機會。長期以來，魯凱族配合植物與氣候的分佈將土地切分為住地、耕地、獵場及聖地四種，有嚴格且不同的空間管制措施來控制資源的利用，特別是神聖空間往往是他們祖靈居住的聖地，不得隨意侵入否則必遭厄運。這些傳統的土地慣習和保育機制，正是永續環境保育的重要核心，然而卻遭到台灣社會長期的忽略甚至鄙視。

事實上，我們隱約發現，莫拉克災後的重建法令與政策，正是國家力量進入地方空間的再現，無論是遷村或原鄉重建過程，都將導致原本的土地利用型態與人地關係產生轉變，進而對當地的社會文化與空間觀念造成衝擊。過去黃應貴、陳志梧及鄧宗德等人關於東埔布農人空間現象的研究，顯示布農人的空間實踐受到來自內部與外部的壓力和衝擊，包括政治、經濟及宗教等面向，導致布農族人傳統空間觀念的變遷與轉化，重要的儀式慣習和人地關係也產生裂解（黃應貴，1995；陳志梧、鄧宗德，1990）。因此，面對政府的遷村計畫與災後重建行動，我們不能僅僅理解其外在的形體表象，例如遷村後特定的建築形式與空間場所，更重要的是去觀察、分析空間觀念的變遷以及對人群社會的影響。這個影響常常不只是狹義的土地分配或家屋建造，還包括廣義的歷史敘事、文化氛維以及緊密的人地關係。

本研究假設魯凱族的傳統領域如住地、耕地與獵場等為部落的文化空間，國家力量是一個政治空間，而市場經濟則為經濟空間，它們具有連續的、重疊的和相互辯證的關係特性。在歷史脈絡上，當魯凱族處於封閉狀態時，以頭目為核心的土地制度提供部落文化實踐的土壤，文化空間運作無礙，一旦外來殖民力量取代部落傳統的頭目制度時，政治空間取代文化空間，山林管理的傳統機制失去實踐的舞台。晚近，當部落生活與市場經濟結合，資本主義即取得主控地位，經濟空間至高無上，使得傳統社會文化空間逐漸邊陲和式微，傳統環境管理的知識與智慧更加蕩然無存。

本研究最重要的意義是透過對魯凱族傳統空間與山林知識的耙梳，以及他們過去管理自然資源的制度與模式的考察，並嘗試與地方政府合作，試圖建構一個另類於現狀的山林管理制度，同時尋求傳統知識在當代環境管理上可茲借重的動能，恢復原住民山林守護神的角色，並且從傳統知識出發，提出永續山林的構想，嘗試形構原住民災後重建

及山林復育的實踐之路。

四、山林守護計畫的構想與實踐過程

從 2010 年 1 月至 10 月間，在行政院原住民族委員會的經費支持下，由霧台鄉公所展開了一項具試驗性的山林巡守計畫，希望能對前述議題發展出可行的應對方案。這項計畫提供了族人在地就業的機會，召募、培訓並聘用 18 位（8 個部落、每個部落 2-3 位）西魯凱族人組成「西魯凱山林巡守隊」，負責常年的山林巡護及自然資源及環境監測資料的收集及整理。隊本部設在霧台鄉圖書及資訊館內，是山林巡守隊的基地，也是人員、資訊及資料彙集之處。由霧台鄉鄉長擔任總隊長，統籌各項事務之協調與執行，並自發性的訂定了保育公約（附件 1）、製作制服及配備個人野外作業所必需之裝備。

本文前三位作者為隊員們規畫了山林守護及環境監測技術的基礎、進階課程、工作坊，以及實務操作的演練，以強化大家的基本及專業能力。課程採分散式安排，在巡守任務執行過程的前半年中穿插的舉行，如此得以隨著守護隊的實務經驗增加而機動微調授課內容，以因應實務上的需求。所規劃的課程或工作坊內容包括：傳統領域與社區林業的關係、山林巡守隊與執法機構的權責、山林巡視相關規定與作法、GPS 及軌跡器的應用與資料彙整、各部落傳統領域及巡守路線之標定、傳統領域標定實務操作、稀有野生動物調查方法、珍貴及民俗植物樣本的處理及保存方法、長老與資深獵人的傳統知識收集方法、重要自然資源及受災地點位置的標定技能與紀錄等。絕大多數的資料收集都牽涉到位置標定，而定位方法的實用性和技術的純熟度就相當的重要，在課程中，除了介紹並練習傳統的全球定位儀（GPS）外，我們還嘗試了讓隊員配戴簡單的軌跡紀錄器，沿途紀錄並儲存移動的路徑，待每次巡守返回隊本部後，再下載到電腦中描繪出所經過的路線。在經過多次的實際測試及調整後，我們發現使用軌跡紀錄器，不但在野外無需停留及操作、價格便宜（傳統 GPS 每台約 1-2 萬元、軌跡器約 2 千元）、輕便、可連續工作 3-4 天（紮營時關閉系統還可延長使用時間）、正確性與 GPS 差不多，而且搭配時間同步設定的數位相機，還可以經過核對時間的後處理，獲得沿途拍攝到的重要資訊（例如，崩塌地點、文化遺址、重要動植物的出現地點…等）的座標位置。因此，本計畫的執行過程中，軌跡紀錄器及數位相機就成為必備的巡守設備。

「西魯凱山林巡守隊」執行的日常任務包括：(1)違法或違規事件的舉發及協助相關執法機關處理；(2)現勘、記錄、收集與數化八八風災對霧台鄉及其傳統領域（如聚落所在地及其耕地、重要地標景點、橋樑等）造成的災害；(3)利用現勘機會，實地標定與數化西魯凱的傳統領域、舊部落、水源地點，以及歷史地點；和(4)有系統、科學化的標定、紀錄及數化巡守過程中發現的中大型哺乳動物及其痕跡，以及稀有或瀕危樹種和民俗植物。其中，受災地點標定及繪製霧台鄉八八風災的「災害地圖」，是為了能正確掌握受災的實情、地形地貌的改變，分析霧台鄉各處的八八風災災害型態與程度，以及對道路和水文的衝擊等攸關大地安全的資訊。完成後不但有助於描繪潛在的災害區域，還

可結合在地的傳統生態知識，以務實探討及規劃未來部落避災、逃災的地點與路線，以及防災的可行方案。而長期持續對各類自然資源進行調查，不但可結合地理資訊系統分析傳統領域內的現況，也有助於分析區域間、季節間及年度間的數量變化及動態趨勢；若能進一步的與過去資料進行比較，則還可以作為未來國土復育過程中，各階段行動綱領調整所需要的科學性依據。

當然，守護隊利用各種影像和文字記錄，傳送家鄉的實際狀況，可提供在平地安置的族人得以持續掌握原居部落的實際動態，維持與土地及文化的連結，以有效凝聚全體族人的重建共識，共同思索部落未來的發展策略與族群復振的具體方針。

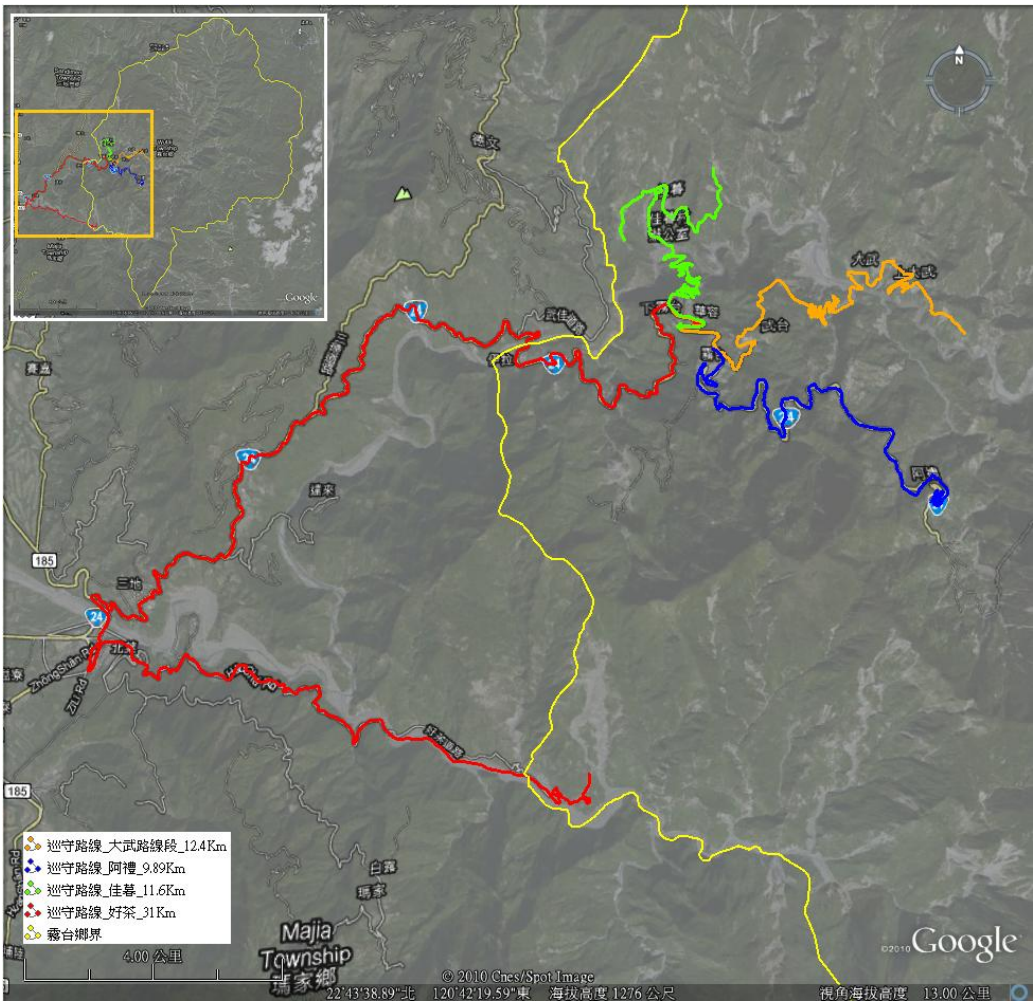


圖 2、西魯凱山林巡守隊短程巡守路線圖

在巡守路線方面，山林巡守隊在幾個部落附近規畫了 4 條常態性巡守的短程路線（表 1），也根據隊員部落屬性及熟悉路線進行 4 個任務編組分區巡守。這 4 條當日來回的路線各自掌握了進出霧台鄉的數個關鍵通路及地點（圖 2），常態性的巡守有助於維持

內部的安全；而神山及伊拉兩條更短的路線，則在今（2010）年雨季道路條件再度受創後所維持的巡守範圍。截至 2010 年的 10 月中旬為止，「西魯凱山林巡守隊」總共執行了 187 次的常態性短程巡守，其中包括了 182 次的日間巡守和 5 次的夜間巡守（表 2）。除了一般的道路、坡地和村落房舍的現況紀錄外，在這麼多次的日常巡守過程中，也曾遭遇了 5 次疑似或較為嚴重的違法事件，而其中又以 4 月 23-24 日所發現的盜採林木的案件影響最大，也最具警惕效果（表 3）。事實上，4 月以後就沒有發現新的案件，顯示日常巡守及違法案件的舉發確實發揮了嚇阻不法行為的效果。

表 1、西魯凱山林巡守隊日常短程巡守路線表

路線名稱	巡守路線				
	起點	路徑	終點	大約距離	海拔範圍
大武	霧台鄉公所	霧台鄉公所→Dilecane→垃圾場 Balatingitingihi→高速公路 Sabangane(Drakukulu)→大橋 Kudrengedrenge→大武部落 Labua	大武	12.40 Km	373-796 m
佳暮		霧台鄉公所→神山瀑布 Ladiudiungu→Mauriringici→霧佳橋 Lengeane→Ka tikyane→新佳暮 Kavajane	佳暮	11.60 Km	303-719 m
阿禮		霧台鄉公所→水源地 Tacilajane→Cunguduru→Adrisane→Takyapapasane→Sanguavane→Kelengane→阿禮部落 Adiri	阿禮	9.89 Km	793-1,237 m
好茶		霧台鄉公所→Pakuhio→Tulalhekele→Ladenge→好茶地名 Tinivary→好茶部落 Kucapungane	好茶	31.00 Km	110-715 m
神山		霧台鄉公所→神山瀑布 Ladiudiungu	神山	（原佳暮路線的一部分）	
伊拉		霧台鄉公所→二號橋 Labuaane→Dradraja→Takudrepele→Tau lisisiane→伊拉地名 Kabalivane→伊拉部落 Kudrengere	伊拉	（原好茶路線的一部分）	

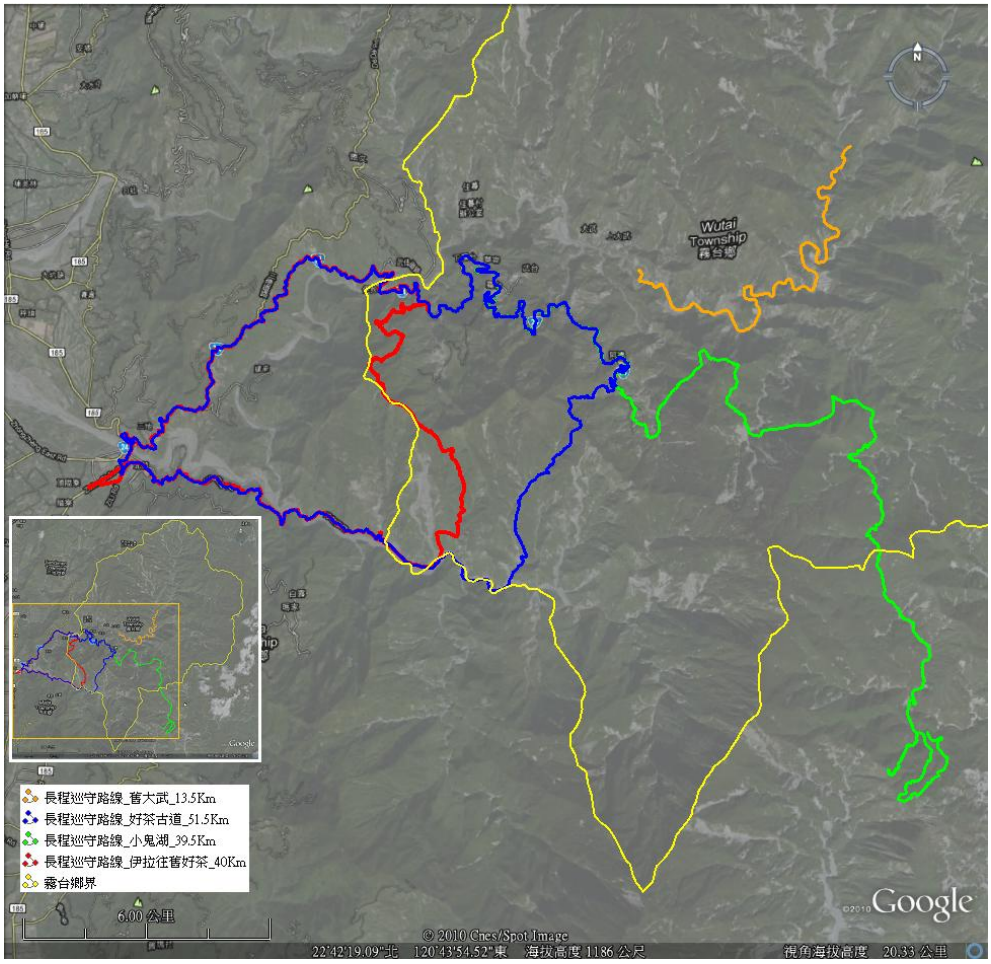


圖 3、西魯凱山林巡守隊長程巡守路線圖

表 2、西魯凱山林巡守隊短程巡守次數（2010/01-2010/10）

路線	一月		二月		三月		四月		五月		六月		七月		八月		九月		十月		總計		
	日	夜	日	夜	日	夜	日	夜	日	夜	日	夜	日	夜	日	夜	日	夜	日	夜	日	夜	總
大武			1		5		2		3		2		4								17		17
佳暮	1		2		8		9		6		5		7		6		8		1		53		53
阿禮			2		7		4		2		6		5		10		7		2		45		45
好茶			3		4		5		4	2	1		1								18	2	20
神山			2		4		3		1	1	2		4		4				1		21	1	22
伊拉					2		5	1	3	1	3		2		4		6		3		28	2	30
總數	1		10		30		28	1	19	4	19		23		24		21		7		182	5	187

為了擴大巡守的範圍，並深入傳統領域去現勘災後狀況，以及收集自然資源的資訊，山林巡守隊還進行了 4 次距離較長的山林巡守（圖 3），每次距離短則 40 公里、長則 100 公里（表 4）。而且與日常巡守的路線多為既有道路的情形完全不同，這幾次的長程巡守所經之處多無道路，且崩塌較預期嚴重，甚至多次無法找到過去所熟悉的林間小

徑和常用的水源。當然，沿途以數位相機紀錄的各種環境現況也致為珍貴，同時也是災後徒步深入偏遠山區了解實況的第一次。所收集到的資訊仍然在整理中，其中至少包括了 45 處的崩塌地點（圖 4），以及文化遺址 45 處（圖 5）；其他還有許多的稀有野生動植物及民俗植物出現的地點資訊。這些資訊及所涵蓋的面積都將隨著更多的巡守行程而累積，並發揮更大的效用。

表 3、西魯凱山林巡守隊舉發的違法或異常事件

日期	內 容 及 過 程		處理結果	舉發人
01/05	10:15	經民眾舉發有二十噸卡車疑似載運違法漂流木，經通報霧台鄉公所、霧台分駐所、林務局潮州工作站巡守員後，一同前往會勘，並在現場發現卡車司機及其負責人，霧台分駐所警員上前盤查，並帶回派出所製作筆錄，作完筆錄後將相關人員飭回，此案由霧台分駐所處理中。	分駐所至今無進一步處理訊息。	A
03/31	09:30	巡守隊接獲線報，於北隘寮溪大武段有人使用大型機具載運漂流木，立刻前往現場了解，並請現場人員出示相關合法文件，經查證之後，該員是向第七河川局提出合法申請，可以使用大型機具載運漂流木。巡守隊經檢視其文件無誤後放行。	已將此案回報公所並備查。	B
04/23	19:30	在伊拉便橋上，發現兩輛可疑車輛，其中一輛為中型貨車、車上載有物品並用黑網覆蓋，巡守隊覺得形跡可疑。巡守隊立即通報霧台分駐所及三德檢查哨攔檢並派 2 名隊員尾隨追蹤。接近三德檢查哨約 500 公尺處，該兩輛可疑車輛發現有人跟蹤，旋即調頭駛向霧台方向，巡守隊抵達三德檢查哨後，詢問值班員警有無看見兩部可疑車輛，員警回答說：『沒看到』。於是巡守隊立即調頭往霧台方向追蹤，但行至伊拉便橋上，仍未發現該可疑車輛形跡。於是巡守隊決定前往德文交叉路口等候。	三德檢查哨哨長遭降職處分並轉調警備隊，其他同哨之相關人員也皆遭議處。	A
	22:30	巡守隊員埋伏守候於德文交叉路口，準備攔截。		
	23:00	可疑車輛從德文緩步下山，但車上沒有物品，研判可能已將載運的物品藏匿於德文某處，隊員於是前往德文尋找『證物』。		
04/24	00:30	在德文休息站附近，巡守隊尋獲 5 顆重達上千公斤之被盜伐的七里香，於是立即通報霧台分駐所趕來，經現場拍照後，隊員將 5 棵七里香運回分駐所，並聯絡德文分駐所立即派員前往現場會勘。但隊員們在雨中等候直到天亮，仍未瞧見任何員警前來處理。		
	08:30	隊員於是將前晚情形向屏東縣警察局督察科反應，並前往製作筆錄。		
	12:00	巡守隊協助霧台分駐所警方尋找被盜伐之七里香棄置地點。		
	16:00	尋獲棄置木材。		
	18:00	巡守隊前往德文分駐所製作報案筆錄。		

04/26	12:23	巡守隊接獲通報，神山往伊拉方向道路上，有一輛大貨車上裝載木材行跡可疑，於是立刻通報霧台分駐所，並通知三德撿查哨進行攔檢。隨後通知潮州林管處工作站人員到現場會勘，查看之後發現，車上有櫸木（屬一級木）數棵，林管處人員表示該車有違法嫌疑立即查扣，並將珍貴木材載往林務局高樹分站，相關嫌犯則帶往三地門派出所製作筆錄，巡守隊也配合警方製作筆錄。	後來發現係林管處人員不明法規，該漂流木之撿拾，按『莫拉克風災特別條例』規定，屬於『合法撿拾』行為。	A
04/30	上午	守護隊隊員發現盜伐七里香的現場，拍照並通報鄉公所，但欲前往會勘時道路因連日豪雨嚴重崩塌無法前往。	尚未處理。	C

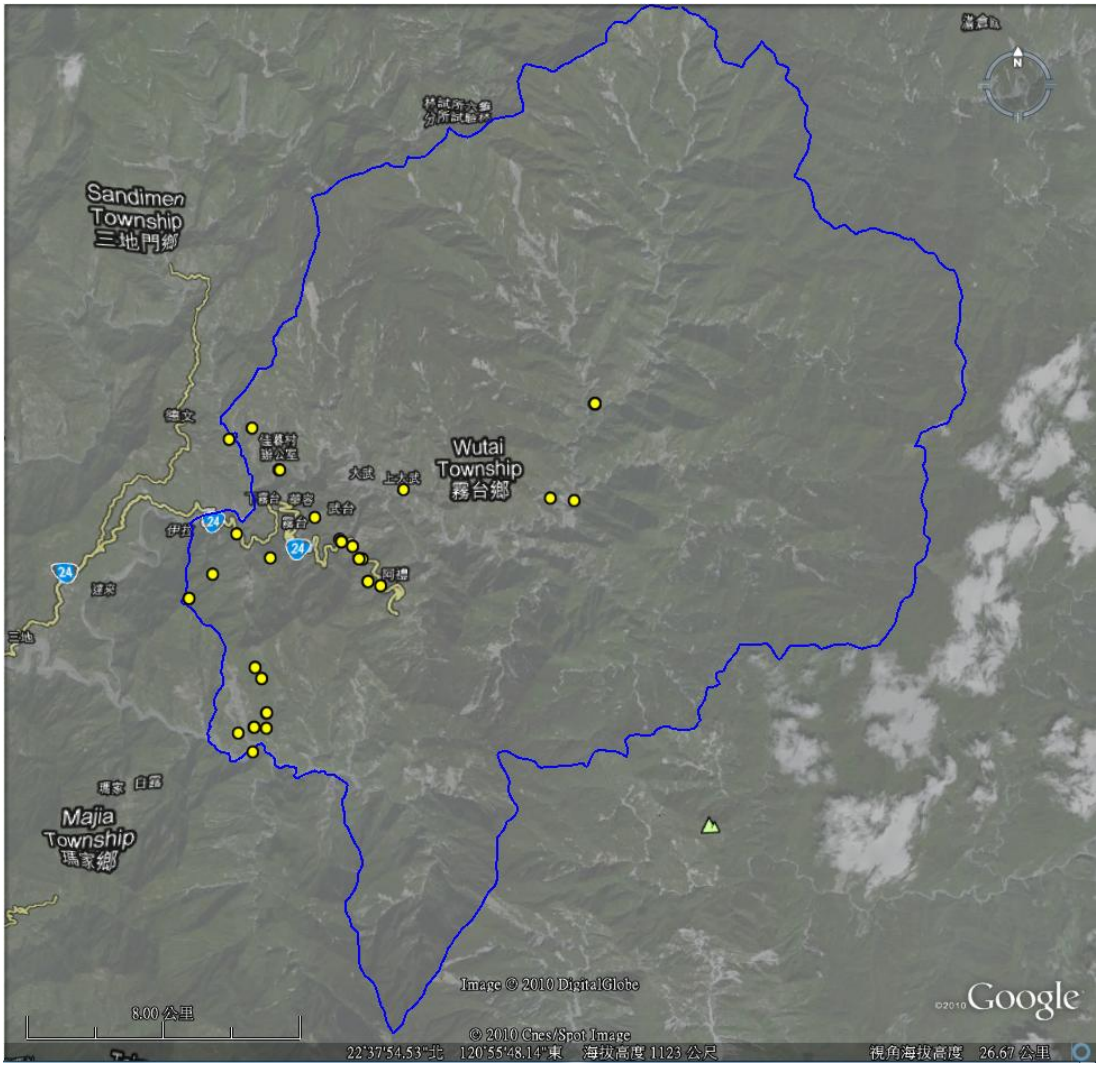


圖 4、「西魯凱山林巡守隊」標定的崩塌地點（黃色點）

表 4、「西魯凱山林巡守隊」長程巡守路線表

路 線	開始日期	結束日期	人員	路 程 描 述	距離	海拔範圍
好茶古道	5 月 5 日	5 月 7 日	藍秀富、孫國男	霧台鄉公所 →Bangethare→Talivakane→Tantuvili→Tulavilhu→Busane →Taulavilhu→Kulakulajane	98.60 Km	103-1,819 m
舊大武部落遺址	2 月 4 日	2 月 5 日	巡守隊全員	新大武 Dadele→Sabaculu→Dadele→Delebe→Drakeakehale→Talicubungu→舊大武部落 Kabali	42.25 Km	400-900 m
小鬼湖	4 月 19 日	4 月 23 日	羅達成	霧台鄉公所→Kukulu→Takyakecane→Kulamlama→台東縣界 Kiukay→小鬼湖 Taidrengere	80.94 Km	621-1,846 m
伊拉往舊好茶	5 月 13 日	5 月 15 日	柯文福、羅黎文、孫國男、柯順哲、藍秀富、禹天恩、賴正杰	伊拉 Draolraja-Takudrepele-Turakerake-霧台分界線 Tualavilhu-Kulamilhinigi-新好茶 Laolenge	72.03 Km	74-1,421 m

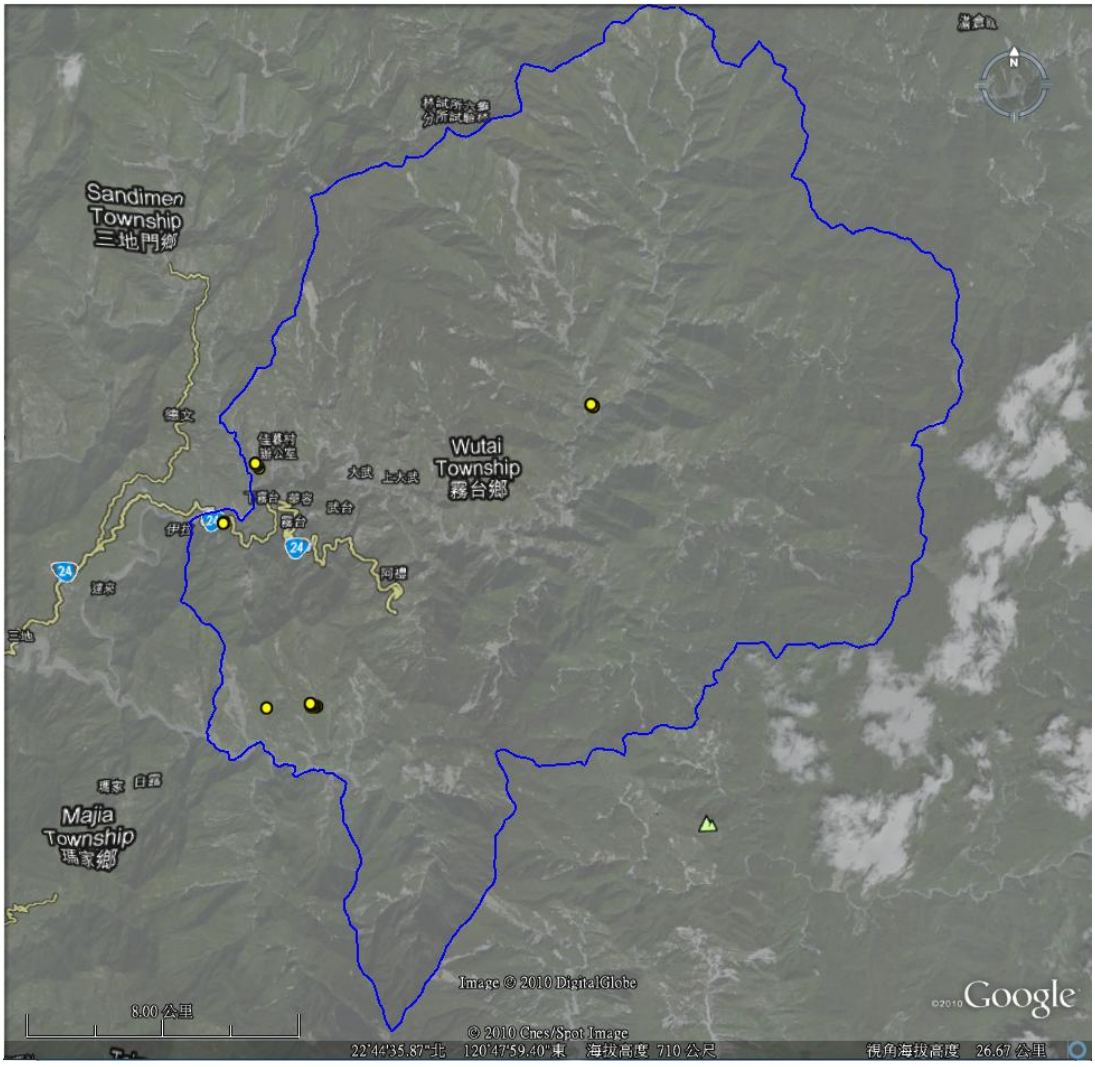


圖 5、「西魯凱山林巡守隊」標定的文化遺址（黃色點）

明（2011）年「西魯凱山林巡守隊」的運作將進入第二年，除了持續強化家園守護，以及環境和自然資源的資訊收集外，也預計要增加救難及防災相關的專業培力，以逐步擴大守護隊的專業涵蓋面、提升對部落整體發展的貢獻。

五、結論與建議

1. 傳統文化在山林保育中扮演重要角色

在早期的部落社會，獵人團每週定期入山，在團長的帶領之下，除了進行狩獵活動之外，還得巡視部落領域內的森林和獵場，防止不法入侵的活動。因此做為獵人，他們不單單扮演動物蛋白質提供者的經濟角色，同時也還擔任捍衛部落領土的軍事角色。20年代，日本勢力進入霧台鄉各部落之後，開始實施『國有化』政策，不僅入侵神聖空間砍伐森林，並且厲行土地私有制度禁止獵人納貢給貴族頭目。這個措施，嚴重影響了魯凱族傳統領域裡的資源配置，還破壞了狩獵文化與自然生態的有機連結。國府時代，政府大力推動『山地平地化』措施，污名化狩獵活動為野蠻和落後的表現，到 80 年代以來，政府及保育界主張的荒野概念，更將魯凱族大部分的傳統領域納入自然保護區的範圍，嚴禁族人進入。這個措施，使得原本古老傳說中富有生態及文化意義的空間地景，逐漸乏人管理（台邦.撒沙勒，2008）。相對來說，原住民退出山林後的山林保育工作在多年來政府的偏頗經營之下，不進反退，近年來有關林務局獎勵造林出現「假造林，真伐木」的事實更不需多言，時值災後環境保育刻不容緩的當下，原住民在山林保育中扮演的傳統角色很值得我們嚴肅正視。

2.山林環境保育和原住民經濟、文化權利有緊密關連

此外，在山林環境保育中考量原住民經濟、文化權的延續已是國際趨勢。2009 年在哥本哈根舉行的氣候會議中，成為談判焦點的 REDD 深深影響居住於森林中的原住民族群，許多學者、國際環保及人權團體都在呼籲尊重原住民權益，任何國際協商碳權與森林保育贊助的過程中，一定要重視社區權益，所有計畫內容和經濟機制都應該要全程確實讓相關社群參與。同樣地，在台灣討論環境復育，也不能忽略對此議題的關注。

以上種種趨勢，一方面凸顯了部落參與山林保育的意願，一方面也提醒我們，有必要透過一個進步的計畫，來重伸原住民對於山林環境的豐沛認知和實踐，讓部落居民不再受限於多年來保守林業政策的管制框限，運用部落的傳統智慧，突破傳統造林和經濟的想像，在獎勵金、山林守護員等既有作法之外致力多元的保育策略。如此一來，在推動保育的過程中，達成復育環境、復育部落文化生計的雙重目的，然後反饋給政府和社會大眾，一個嶄新的山林保育願景。

3.國土保安、山林監測、原鄉發展應同步進行

魯凱族對於空間的分類與理解，以及自然資源的維護管理，自古以來有其獨特的傳

統知識和倫理，得以保持自然環境的平衡和資源永續。但是國家力量介入後，這些傳統的知識與管理體系即被摧毀，導致原住民遠離山林流落都市。甚至因為主流社會對其傳統狩獵文化與山林採集慣習的誤解，導致原住民背負森林劊子手的惡名。然而，如前所述，極端氣候對山區部落或原住民族發展的衝擊，已是不可迴避之課題。參考世界各國許多案例經驗，我們認為魯凱族重建或遷村的討論，需要考量民眾身家財產的安全與國土的復育，更需要顧及文化的傳承、部落社會的完整與族人發展的意願。國土保安、山林監測與原鄉發展，應是相關論述與實務操作缺一不可的重要命題。

4.落實山林教育、恢復原住民山林守護神的角色、人與自然共生

現階段，維持魯凱族人與祖靈土地的連結，甚而讓族人直接參與相關的山林守護和自然復育工作，並在過程中透過山林教育的落實，培育年輕族人投入未來山林復育工作和保育行動，恢復原住民山林守護神的角色，應是後續工作是否有效成功的重要關鍵。

事實上，國內的學術機構在霧台鄉、大小鬼湖及大武山地區，已有超過二十年的野生動植物基礎生態學與環境人類學資訊，足可做為後續環境監測的基礎資料，而透過與風災前的資料進行比對，也更有助於我們掌握環境受損的程度及研判復原的速度。本研究將可提供未來魯凱族發展山林教育的基礎資料，讓更多年輕族人得到系統化訓練，除了傳統生態智慧之外，也學習現代保育的知識和技術。如此，不但兼顧族人及政府迫切需要的山林守護和環境監測，也將因為在地就業可行方案，提供族人根留家園及復育山林的積極動能，再造整合資源保育、文化傳承與部落發展的新契機。

附錄 1、西魯凱部落山林巡守隊保育公約

條　號	條文	目的、說明
第一條 (立約目的)	為維護西魯凱部落傳統領域內的自然資源及其環境，以及部落的傳統知識，全體隊員同意遵照本巡守隊共識，共同履行及維護以下公約，並公告之以為本部落訪客共同遵守。	為因應國際生態保育趨勢，並響應國土復育計畫，本巡守隊依據共識，訂立保育公約。
第二條 (範圍)	本公約適用於西魯凱部落的傳統領域。	西魯凱部落的傳統領域的絕大部分目前已被規劃在國家級的「雙鬼湖野生動物重要棲息環境」和「大武山自然保留區」的範圍內，自然資源豐沛。
第三條 (組織權責)	西魯凱部落山林巡守隊為部落生態保育之專責單位，權責如下： 1. 巡守、監測傳統領域內之自然資源及環境。 2. 商討部落保育興革事宜。 3. 協助部落生態保育研習活動之推廣。 4. 培育部落生態保育解說員。 5. 設立統一窗口及網站。 6. 研提部落保育計畫，爭取經費。	明訂生態保育機構和權責。
第四條 (管理單位)	部落山林巡守隊設隊本部，由鄉長擔任總隊長，統籌各項事務之協調與執行，並得置工作員一名協助之。	
第五條 (管理單位)	為維護廣大傳統領域之生態，得於適當地點設置「西魯凱傳統領域管理暨生態保育觀測站」，加強山林護育與資源管理之工作。	此條為考量傳統領域廣大，為加強管理及保育監測所作規定。
第六條 (山林巡守隊)	部落成員及訪客於傳統領域內進行違反公約之不當行為，巡守隊隊員皆有舉發、糾正之權力。	巡守隊權責說明。
第七條 (山林巡守隊)	部落山林巡守隊隊員之巡護工作、區域畫分與路線，由隊員負責規劃，隊本部負責彙整、管理與考核。	部落山林巡守隊之列管權責說明。
第八條 (服務義務)	巡守隊隊員每月皆需執行傳統領域之巡護工作滿 142 小時。	
第九條 (限制及特例)	不得任意採集、焚毀或砍伐森林植物或捕獵動物。然為傳統祭禮、部落居民自用、或是經本巡守隊核可等部落特殊活動則不在此限。	此條為依據原住民族基本法第十九條條文，針對部落居民需求所作規範。
第十條 (限制)	設置陷阱不可一網打盡。	此條為維護動物生態所作規範。
第十一條	外來訪客（含研究人員）於傳統領域範圍內可進行之活動及規劃，由本巡守隊決定之。	此條為統一管理遊客行程、防止傳統領域過度負載之特別規範。
第十二條	外來訪客（含研究人員）進入傳統領域進行許可之活動，應有部落族人帶領，不可單獨進入，並需於事前告知山林巡守隊。	考量山區範圍廣大且路徑複雜，為防範訪客迷路事件發生，特定立此規範。
第十三條	任何不當行為，皆應接受巡守隊隊員之糾正。若有異議，得提報隊本部議處。	巡守隊之權責說明。
第十四條	若遇特殊天災或人為重大破壞、傷害，部落得以透過本巡守隊決議暫時封閉傳統領域。其時間與方式經本巡守隊討論後公告實施。	遇特殊事件所作權宜處理規定。
第十五條	本公約若有未盡事項，得由部落族人提議，依需求作修改，程序與首次同。	保育公約修改規定。

參考書目：

中文：

台邦.撒沙勒

2008〈傳統領域的裂解與重構：kucapungane 人地圖譜與空間變遷的再檢視〉。《台大考古人類學刊》69：9-44。

台邦.撒沙勒，陳傑明

2009〈好茶遷村計畫：一個社會人類學的初步考察〉。《台灣原住民族研究季刊》，第二卷、第二期、頁 115-135。2009 年/夏季號。

盧道杰

2004《談原鄉部落自然資源經營管理之可行性與發展—傳統狩獵文化與自然資源經營管理》。原住民傳統文化產業維護與保存學術研討會。

盧道杰、台邦.撒沙勒、裴家騏、蔡博文

2007《林務單位與原住民族建構資源共管理機制之研究》。行政院農業委員會林務局委託研究計畫報告。

林美容、王長華

1985《霧台鄉誌，霧臺鄉魯凱族社會文化調查報告》，未出版。

許功明

1987《由社會階級看藝術行為與儀式在交換體系中的地位：以好茶村魯凱族為例》。中央研究院民族學研究所集刊 62：179-203。

許木柱、李壬癸、楊翎、王長華、潘英海、詹琪芬

1995《重修臺灣省通志卷三住民志同冑篇》。臺灣省文獻會。

黃應貴

1995〈土地、家與聚落：東埔社布農人的空間現象〉。刊於《空間、力與社會》，黃應貴主編，頁 73-131。 臺北：中央研究院民族學研究所。

陳永龍

1992《社會空間變遷之研究-以魯凱族好茶舊社為個案》，台大建築城鄉所碩士論文。

陳志梧、鄧宗德

1990〈東埔社布農族生活空間的變遷（1945-1990）一個政治經濟學的考察〉，《臺灣社會研究季刊》，第三卷第一期，春季號。

邱中治

1997《魯凱族霧台聚落生活領域變遷之研究》。逢甲大學建築及都市計劃研究所碩士論文。

邱清榮

1999《魯凱族西魯凱聚落生活領域變遷之研究》。逢甲大學建築及都市計劃研究所碩士論文。

王長華

1984《魯凱族階層制度及其演變：以多納為例》。國立台灣大學人類學研究所碩士論文。

裴家騏、羅方明
1996《霧台鄉魯凱族狩獵習性及獵場標定》。未刊本。
裴家騏
2001〈善用傳統知識共管資源〉。收入李秋芳主編，《把人找回來：在地參與自然資源管理》，205-201 頁。太魯閣國家公園。
2003 再造山林守護神—雙鬼湖野生動物保護芻議。臺灣林業 30（1）：26-33。
移川子之藏、馬淵東一、宮本延人
1935《臺灣高砂族系統所屬の研究》。東京都：刀江書院。
毛冠貴
1997〈台灣地區原住民保留地劃設、清理與利用之探討〉，收錄於《原住民土地與文化學術研討會論文集》。台北：中國土地經濟學會。
鹿野忠雄
1931 紅頭嶼 蕃使用 船，人類學雜誌 46（7）：262-272.
1946 海峽 中心 台灣 文化關係－動植物語彙 見。東南亞細亞民族學先史學研究 1: 113-161。
吳燕和
1993。《台東太麻里溪流域的東排灣人》。中央研究院民族學研究所資料彙編，第七期，南港。
鄭惠英
1985《雅美大船文化》。中央研究院民族學研究所集，57：95-155。
徐君臨
1989《台灣東部漁民漁場空間認知與漁撈活動之研究》，台灣大學地理學研究所碩士論文，113 頁。
張燦穩
1991《蘭嶼椰油村雅美族人儀式性漁撈活動之漁場利用形態》，師大地理研究報告 17：147-192。
劉炯錫、黃春菱、董美妹、蘇峰民、施習
1999《蘭嶼漁人部落潮間帶螃蟹文化之調查研究》。台東師院學報第十期，201-214 頁。
2000《東台灣原住民民族生態學論文集》。東台灣叢刊之四。東台灣研究會出版。
胡台麗
1995《賽夏族矮人祭歌舞祭儀的「疊影」現象》，中央研究院民族學研究所集刊 79：1-61。
梁秀芸
1996〈太魯閣群的狩獵文化與現況：以花蓮縣秀林鄉為例》，東華大學自然資源研究所碩士論文，100 頁。
戴永禔
1999《魯凱族的漁撈文化》，祐生基金會。
衛惠林
1963〈魯凱族的親族組織與階級制度〉，《中國民族學報》3:1-18。

1965〈臺灣土著社會的部落組織與權威制度〉,《國立臺灣大學考古人類學刊》25，26:71-92。

李汝和

1972《台灣省通志》第七冊卷八同冑志魯凱族篇，台北，台灣省文獻會。

汪明輝、林端、裴家騏、巴清良、盧道杰、吳雯菁

2006《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—鄒族、魯凱篇》，嘉義：財團法人鄒族文化藝術基金會，行政院原住民族委員會委託研究計畫報告。

謝志誠、張紉、蔡培慧、王俊凱

2008〈臺灣災後遷村政策之演變與問題〉。《住宅學報》，頁 81-97。

英文：

Altieri, M.

1995 Agroecology: The science of sustainable agriculture. Boulder: Westview.

Berkes, Fikret.

1999. Sacred Ecology - Traditional Ecological Knowledge and Resource Management, UK: Taylor and Francis.Blaikie, P., and Brookfield, H.

1987. Land degradation and society, London: Metheun.

Bryant, Raymond L.

1997.The Political Ecology of Forestry in Burma 1824-1994. London: Hurst & Company.

Castetter, Edward F.

1944. "The Domain of Ethnobiology," American Naturalist 78:158-170.

Conklin. C. Harold

1957. Hanunoo agriculture: a report on an integral system of shifting cultivation in the Philippines. Northford, Conn. Elliot's Books.Evans-Pritchard. 1963. The Comparative Method in Social Anthropology. London: Athlone Press.

Escobar, A.

1996. Constructing nature: Elements for a poststructural political ecology. In Liberation ecologies: Environment, development, social movements, ed. R. Peet and M. Watts. London: Routledge, pp. 46-68.

Gadgil, Madhav, and Guha Ramachandra.

1993 This Fissured Land: An Ecological History of India. Berkeley: University of California Press.

Geertz, Clifford

1983. Local Knowledge: Future Essays in Interpretive Anthropology. New York: Basic.

Grossman, L. 1981 The cultural ecology of economic development, Annals of the association of American geographers, 71(2), 220-236

Hecht, Susanna and Alexander Cockburn

1989. The Fate of the Forest: Developers, Destroyers, and Defenders of the Amazon. London; New York: Verso.

Hunn, G.

1999. The Value of Subsistence for the Future of the World. In Ethnoecology: Situated Knowledge/ Located Lives, V. D. Nazarea, ed. Pp. 23-36.Tucson: University of Arizona Press.

Levi-Strauss, Claude.

1969. The Raw and the Cooked. Translated from the French by John and Doreen Weightman. New York: Harper and Row..

Merchant, Carolyn (ed.).

1994. Ecology: Key Concepts in Critical Theory. New Jersey: Humanities Press.

Nazarea, Virginia D. (ed.).

1999. Ethnoecology: Situated Knowledge/Local Lives. Tucson: The University of Arizona Press.

Peet, Richard and Michael Watts (eds.).

1996 Liberation Ecologies: Environment, Development, Social Movements. London; New York : Routledge.

Pichon, F. J., J. E. Uquillas, and J. Frechione

1999 Traditional and modern natural resource management in Latin America. Pittsburg: University of Pittsburg Press.

Sivaramakrishnan, K.

1999 Modern forests: Statemaking and environmental change in colonial Eastern India. Stanford, California: Stanford University Press.

評論

黃國益 法官

看到原住民在為我們守護大家的山林，我個人很敬佩；拜讀這篇文章則開啟我非常新的視野，也學習到在輿論當中，關於風災後遷村的一些爭議，到底政府的作為受到質疑的最深層的原因在哪裡，讓我們很深刻去反省。在這一個實驗性的巡守計劃的同時，我們也的確看到，當原住民擔任巡守者角色的時候，確實也幫我們的山林擔任起類似警察的角色，來幫忙抓山老鼠。這個山老鼠很可惡，尤其我們在法院做事的人，經常看到這樣的case。

不過，最後一個發言者，負有控制時間的重責大任，我還是用最短的時間來闡述想法。其實今天對我自己是一趟學習之旅，我也真的是不夠資格來描述做一個評論者，我只能夠說，站在我現在工作的立場及對於這個原住民文化、法治的認知，提出一點看法。與剛剛林法官講的相似，不過有別於他講的積極面，我講的則是有一些侷限的地方。

講述前，我先講兩個我自己小小的經驗，可能各位很容易就可以感受出來侷限在哪。我出任法官的時候，槍炮彈藥刀械管制條例還沒有修法，那個時候法律規定很重：未經許可持有具殺傷力之槍炮彈藥刀械者，就處多少有期徒刑，印象中只要經過警察機關鑑定具有殺傷力，應該就是五年以上。我們從法學院畢業，社會經驗頂多加一個兵役，從訓練所一出來，就要面對法庭一位原住民的被告。他只是因為持有獵槍，就被檢察官用一個特別刑法，要把他抓進去至少關五年。我也覺得不合理，因為並不是槍炮彈藥刀械管制條例要懲罰的天道盟、竹聯邦，卻得接受一樣的待遇。我心中很困惑，可是我翻遍了所有法律，我說我膽敢判他無罪，不只那個年代、就連現在也是，有錢的判生、無錢的判死。那時候做法官最害怕人家說，這個法官有問題，明明法律這樣規定，你為什麼判他無罪，判他免刑。在更早期一點，可能林法官那個時代，連緩刑都不太敢判，為什麼？緩刑通常隱射背後有問題，這個是一個歷史的包袱。

我要講的就是法官在面對這樣的個案，雖然看到規範的不正義，不正當，可是本身能力卻很有限，不是有錢判生的問題，而是說其實我們受到規範的統治、拘束。很幸運也很高興，台灣社會一直在改變，多元的價值已經進到立法的體系，多元的價值也慢慢的被部分的人接受，所以槍炮彈藥刀械管制條例修法已把獵槍這個部分排除。當然，到底什麼樣的範疇算是獵槍，這都還有爭議。

上面的是刑事案件，我再講一個民事案件。規範很重要，可是光有了規範，也不見得解決全部的問題，就如同剛剛有教授提到，以往我們原住民的法治，往往把原住民只是定位做一個團體弱勢的階層，所以很多的立法，可能是基於一種給付行政的一種福利

性質。像是阿里山區等很多原住民的這些區域，都有一些原住民保留區，其實立法者也好，或政府也好，他其實已經意識到了我們應該給予特別的保護，給予特別利用他們這塊區域的特別權利，所以會給予一塊只有原住民才可以使用權利的土地讓他承租。

理論上，我們看立法者已經顧慮到啦，那給原住民的保護夠了吧！給你們專屬的權利去應用這些山林，讓你可以做一些特別的利用已經很不錯了。結果，過去我曾遇到有一種租賃契約，欺壓原住民在某些教育比較弱勢，某些漢人就透過放高利貸，使原住民借了錢還不出來。這些地下錢莊也不要原住民斷腳斷手，而要求他們將本來保留給原住民的租賃權，以極為不合理的價格轉租出來，可能持有好幾個山頭，各持分三分之一、四分之一，長達20年的租約才新台幣15萬。可是由於白紙黑字，當這個承租人到法院來訴請履行租約，法官又能怎麼辦？

講實話，其實規範才是統制的核心所在。如果提供給法官有可以裁量的規範---畢竟所謂自由心證範圍是沒有那麼廣的---當法官綁手綁腳、充分策走於我們的規範，策走於我們的判例及最高法院的法律見解，有一些少數的法官，某一個角度充滿良心，在另外一個角度，卻被司法體系貼標籤列為丙等。

一件事情在多元民主化的社會裡頭，不同的人往往發出來的聲音是不一樣的。我講那麼多，事實上像這種巡守的機能，如果從我們這種很平庸的漢文化或國外法治來看，事實上國家的行政本來就此作用。警察本來就有干涉行政，提供本來鄉公所就要有給付就業的行政功能，為什麼要有成立這個巡守隊？要從根本解決此問題，不須要成立原住民法庭，也不須要成立什麼特別法，只要有相當自治的立法、行政、司法。當然這並不容易，需透過逐漸的學習，像剛剛講的，固然要挑戰整個規範的體系非常的困難，透過不斷的對話就能讓部分法官慢慢學到。

其實我們都認識、了解這些問題所在，也都看到這麼多判決，其實體系內部的人也很不滿意，最終還是希望能從規範上來解決問題，這是我閱讀還有整天的論文學習之後的小小心得，在這邊跟大家做分享，謝謝。

第三場次
綜合討論

與會者林淑雅助理教授提問：

我覺得今天對我們來說都是一個很大的學習，對於司法執法人員來說，確實是欠缺一個法律的規範；對行政部門來說，又覺得法規範規定不夠細緻；對立法者來說，又覺得以他們對於族群的理解，在訂出適當規範上有相當的難度，或者是他們即使知道了族群真正的所需，又會覺得跟主流的價值變動太大而不可能。似乎每一個環節的工部門都面臨一些困境，我想這當中必然有一些可以解套的部分，但是我只想看是不是能用一些例子讓大家來思考。比如說我們在談原住民的生態保育的概念。過去我們在所有的林班地、國家公園野生動物保育法等等這些，可能都層層的限制，但是當既有的一些相關法令做了一些修正，以及加上原住民族基本法說後，政府或私人在原住民土地之內，如果要從事保育或是資源的利用，都必須要諮詢原住民的同意跟參與。那這件事情在基本法裡面作了這樣的規定，對很多行政部門來說，卻以我不知道要怎樣去諮詢在地的原住民來搪塞。誰是原住民的代表？範圍在那？主體是誰？因為我不知道，原住民沒有展現主體、或是沒有子法，就跳過了這條法律的規定。

可是，法官若碰到這樣的狀況，他可裁量的狀況空間又在那裡？以我們整個行政程序的決定，工部門的任何一個的行政計劃，或是BOT、學術研究、甚至資源保育、劃定特定區，因為基本法具強制性，如果沒有得到在地原住民的同意就不可以實行；如果規定如此強烈，政府就不能以上述藉口來迴避這樣的規定。因為它既然已經是程序上面必要的要求，那表示說光是這條規定就可以阻擋國家很多的公共工程；也唯有給國家的立法者跟行政部門有這樣的壓力，他們才會主動的去探求、了解這個族群。

所以，如果我們的司法部門，可以在類似這樣子詮釋既有的法律上面，朝這樣的方向去解讀，我相信它會在這三方都具有一個循環的惡性的困境當中跳脫出來；以行政部門來說，如果我們真的去適用原住民族基本法的話，就會發現不管在程序或是實體法上面，因為給予在地部落一個權力，許多藉口就能被避免，也因而增加某一些有效的資源或是公權利下放給在地的部落的效率。這是我剛才從大家的報告當中想到的幾個可能的方向，很希望包含主持人在內，都可以對這些事情有更多的回應。

劉士豪教授回應：

林老師提到的問題，實際上我在參與原住民法治的時候已有思考這個問題。我這麼講好了，我的解答只能解答一部分，因為21條的諮詢權來講非常大，目前其實有些法律可以做而沒有做的，當時本來有考慮說是否明確化，但是討論議案時一直都沒辦法通

過，子法也就沒有立出來。但是行政程序法本來就有一些規定，如果政府部門他要做行政處分的時候，他就必須舉行聽證，按照55條規定，他必須事前通知當事人或者已經知道利害關係的人，不然聽證本身就沒有完成。

第二個，雖然行政處分不一定要以一定有聽證為前題要件，但是既然基本法21條已經規定那麼清楚，那麼如果這個部門他必須要在當地實施開發或者做出一些行政措施的時候，按照111條的規定，如果沒有舉行聽證或者沒有讓當事人可以提出這個書面或言辭意見的情況之下，就顯然有重大瑕疵，那麼這個行政處分就是無效。不過這個部分只能解決行政處決的這個部分，至於訂定法定跟設置法令限制原住民的這相關的規定來講，以現行法律來講，我想不出有比較適合的情形。可能只有在立法部門、立法職權行使法當中，去思考如何去把個立法立出來才行。純屬個人淺見，謝謝。

林三元法官回應：

剛林老師提的問題，是所有法官最痛苦的問題：沒有法律怎麼裁判？

我曾經思考過，如果把基本法做為法官在解釋法律上面非常上位的概念的話，其實所有的問題都解決了。問題是有沒有辦法這樣子做。就以沒有子法的原創條例為例。如有人到法院提告說他的傳統智慧創作專用權被侵權，因為子法沒有出來，他沒有去做專用權的審核登記註冊，要解決該問題，還是要靠子法才有辦法。

而剛剛黃法官所提到的槍炮彈藥刀械管制條例，則有可能解套。但是解套的情形，就是法官要去面對的。要對於平等觀念或者文化差異接受，須要經過社會演進，當最高法院已有那樣一個判決出來，因為判決裡面已經講清楚，只需要再提升、或是提醒司法人員，問題應該就可以解決。但是也有可能問題沒那麼簡單。以姓名條例來講，因為達悟族的名字不斷的在改，即使回復本姓，還是沒有辦法解決問題，要解決還是要修法。

所以最後還是回到立法院。但由於原住民人太少，力量不夠大，遊說力量不夠大強，唯有立法部門願意為原住民去開拓更多的法律，來解決現在面臨的困難才行。曾有原住民朋友問我，法官要不要跟我們上街頭爭取自治？我說，等我不當法官的時候吧！我現在當法官跟你去上街頭，我明天就不要上班了。現實上還是有很多我們會面臨的困難，可能就是大家一起努力吧。

劉士豪教授回應：

還有一個，雖然說在法律還沒改變，但我覺得法官在有些判決上面，可以做一些變通。譬如說我們的森林法第15條規定，森林在原住民族傳統領域當中，有依生活慣俗採集的權利，長久以來法官都認為只是經濟、物質上面的生活，而忽略了所謂精神上的生活；另外，槍炮彈藥刀械管制條例當中20條的依其生活，也都是把它想成只有經濟生活，

難道原住民狩獵跟採集只為維生嗎？如能從民族精神層面來看待，法官也可做為解釋上面改變的依據。以上謝謝！

與會者田貴芳先生提問：

我是住在太魯閣國家公園原住民部落長大的。我認為所有台灣與原住民有息息相關的的制定法令，都是不正當性的修法。以國家公園法為例，其修法前有沒有跟我們當地的原住民接觸過？像現在受到國家公園法條的規定，一草一木都不能拿，對我們原住民受到的損害尊重相當的大，尤其山林狩獵的文化更遭到衝擊

原住民在他的領域裡面已居住五千多年，他的生活習慣已和跟山林不可分離。要怎麼樣去修法來回復原住民所有的生活習慣，是一個非常重要的課題。我一直都是在部落長大的人，我也活了半個世紀，對統治我非常的質疑，大多時候法官判決是根據法條去辦，縱然對原住民的事身處其境的思維，但也不能違法去判決，頂多改判緩刑。故我主張為保存原住民狩獵的文化，生態的保育一定要修法，謝謝。

王進發助理教授回應：

我想回應事實上有關原住民司法的議題，還是要回歸原住民的場域跟國家法律的制度面來訂定。過去我也擔任過原民會的工作服務一年多，也都知道關於法案的推動，包括經費預算的處理，其實鮮少會跟原民會做一個徵詢或協調。一旦決定了之後，就會在行政院院會裡面通過，包括像說野動法的修正、國家公園法、甚至森林法等等。真正原民會的層級都不是很高，沒辦法提出自己的一些想法。另外一個就是剛剛老師所提到的，將來還是要回歸到立法機關，因為它有這個立法的修正跟同意，這個部分也是要仰賴我們相關的原住民籍的立委。而如能讓有關的原住民將來的規範，優先於原來我們所講的一般行政法規等等，也才可對原住民的相關權益提供多一些保障。

蔡志偉助理教授回應：

過去這幾年，許多老師也都執行了原住民族傳統習慣的調查工作，我自己本身也執行一部分。而像那種法文化的結果，對於原住民族未來在這個相關的權利的主張上或發展上，到底會不會有限制，一直困惑著我。但是考量到我國法，又好像不得不這樣做。我自己的一個看法是，最後要跳脫國家行政的介入，應該用比較屬於民法的概念來處理會比較適合。

台邦・撒沙勒助理教授回應：

我很簡短的談一下我們這次的實踐，讓我們看到傳統的知識跟能力，尤其是山野能

力，確實可以為山林自然生態保育注入很多的能量，包括這一次去巡守災後的第一現場，以徒步的方式到現場去測量跟定位，都不是現在的行政體系辦得到的。我們希望能夠說服大家的是，在地的人如果願意去做這樣的事情，把自己的傳統能力能夠發揮出來的話，其實可以取代很多的公部門人力，而且能夠做的更精緻、仔細，也能獲得更正確的資訊。

大家都同意，正確的資訊跟精緻的資料，是經營管理生態系統很重要的關鍵。我們很希望能夠透過這樣的實踐能夠證明，在地人的參與再加上一些新的能力的培訓，確實能夠發揮這樣的功能。並非要排出公部門或者是對他們過去的努力感到不滿意，但是透過原住民在山上的活動，應該能對台灣的山林保護，提供更安全的保障，謝謝大家。

第四場次

原住民族土地與自然資源權利 VS.國土規劃暨環境治理

主持人

紀駿傑 所長/教授

東華大學族群關係與文化研究所

學歷：美國紐約州立大學水牛城校區 (SUNY at Buffalo)社會學博士
專長：族群關係、環境社會學、生態與族群、後殖民論述
經歷：2005 ～ 2009 東華大學族群關係與文化研究所暨民族文化學系所長暨系主任
2006 ～ 2008 黑潮海洋文教基金會董事
2005 ～ 2008 行政院非核家園委員會委員
2005 ～ 2008 行政院客家委員會學術諮詢委員
2004 ～ 2008 環保聯盟學術委員
2004 ～ 2008 行政院蘭嶼核廢料遷廠委員會委員
2004 ～ 2005 東華大學民族發展研究所暨民族語言與傳播學系代理所長/系主任
2004 ～ 2005 校外行政院永續發展委員會委員

國家法制高牆下實現原住民族土地與自然資源權利的困境—從國土規劃與環境治理談起

詹順貴 律師

元貞聯合法律事務所

學歷：國立台灣大學法律系法學士

專長：金融法相關、公害污染損害賠償或國家賠償爭訟事件、生態保育、環境保護、環境影響評估等行政訴訟事件、各類公害污染防治公民訴訟案件

經歷：民間司法改革基金會常務執行委員
參與民間版「海岸法」等草案之研擬及理論之研究
參加「國土計畫法草案」及「國土復育條例草案」公聽會擔任專家學者
內政部-國家公園計畫委員會委員
行政院環境保護署-環境影響評估審查委員會委員
財團法人法律扶助基金會覆議委員
中華民國律師公會全國聯合會-環境法委員會主任委員

評論人

王怡仁 檢察官

臺灣花蓮地方法院檢察署

國家法制高牆下實現原住民族土地與自然資源權利的困境─

從國土規劃與環境治理談起

詹順貴

摘要

2005 年 2 月 5 日公布施行的原住民族基本法，雖然在第 20 條第 1 項明定政府承認原住民族土地及自然資源權利，第 21 條第 1 項亦規定：「政府或私人於原住民族土地內從事土地開發、資源利用、生態保育及學術研究，應諮詢並取得原住民族同意或參與，原住民得分享相關利益。」但因依第 20 條第 3 項授權應制定的「原住民族土地及海域法」，迄今仍停留在草案階段。而行政院甫公布的「原住民族自治法」草案中，自治區範圍不僅完全與現有行政區域重疊，更未秉持原住民族基本法精神，釋出土地權。加上攸關土地開發利用審查的相關行政程序諸如環境影響評估審查、土水保持規劃（或計畫）審查及土地使用變更及開發許可審查（非都市土地依循區域計畫法及相關子法審查；都市土地依循都市計畫法及相關子法審查）等方式及內容，均未因原住民族基本法的公布施行而有所調整。因此，諸多重大開發爭議事件如阿里山三合一 BOT、台東杉原海岸美麗灣渡假旅館等開發案，從新聞報導中，我們看到當地原住民部落一再要求應徵得當地原住民族的同意，卻始終未獲政府機關予以理會。

此外，在原住民族基本法施行後，始提出或制定的國土計畫法草案及莫拉克颱風災後重建特別條例，亦未見到對原住民族基本法應有的尊重，遑論落實。本文將嚐試對上述法規與行政程序的審查項目、內容及方式加以檢視，分析無法實踐原住民族基本法第 20 條第 1 項規定的原因，並佐以法院針對杉原海岸美麗灣渡假旅館開發環評案（涉及原住民族土地權利）及司馬庫斯櫸木案（涉及原住民族自然資源權利與傳統習慣）的判決過程與結果，反省檢討法律制度面、各政府部門本位主義與行政機關公務員心態等問題，並從司法案例分析司法對此議題的態度。祈能喚醒政府機關首長的決心，督促早日落實原住民族基本法的理想。

壹、 前言

2005 年 2 月 5 日公布施行的原住民族基本法，雖然在第 20 條第 1 項明定政府承認原住民族土地及自然資源權利，第 21 條第 1、2 項亦規定：「政府或私人於原住民族土地內從事土地開發、資源利用、生態保育及學術研究，應諮詢並取得原住民族同意或參與，原住民得分享相關利益。政府或法令限制原住民族利用原住民族之土地及自然資源時，應與原住民族或原住民諮商，並取得其同意。」但依第 20 條第 2 項授權應制定且攸關原住民族基本法能否有效落實的「原住民族土地及海域法」，迄今仍停留在草案階段。

此外，在原住民族基本法施行後，始提出或制定的國土計畫法草案及莫拉克颱風災後重建特別條例，均未見到對原住民族基本法應有的尊重，遑論落實。而日前行政院甫公布的「原住民族自治法」草案中，亦未秉持原住民族基本法精神，釋出土地權。加上攸關土地開發利用審查的相關行政程序，諸如環境影響評估審查與土地使用分區變更及開發許可審查（尤其非都市土地開發所依循區域計畫法及相關子法的審查）等程序及內容，均未因原住民族基本法的施行而有所調整。因此，諸多重大開發爭議事件如阿里山三合一 BOT、台東杉原海岸美麗灣渡假村旅館等開發案，從新聞報導中，我們看到當地原住民部落一再要求應徵得其同意，卻始終未獲政府機關予以理會。

上述情形，不問是法律的制訂、草案的研擬或行政程序的審查規範與過程，其實反映的，都是政府各部門本位主義與公務員保守心態的問題。過去，因原住民族對傳統習慣及自然資源權利的認知，與其他民族、政府機關甚至執法人員間存有明顯落差，以至於原住民同胞一再因而誤蹈法網[1]。雖然，法院常因情可憫恕而網開一面，予以宣告緩刑或輕判並准予易科罰金[2]，但其間，仍頗有探討的空間，值得我們深思。

貳、 國家法制的矛盾

按承認並保障原住民族土地與自然資源權利已是普世價值，境內有原住民的國家如加拿大、紐西蘭、澳洲等已陸續承認原住民之土地權利或已通過相關法案，解決回復其原住民土地權利的問題[3]。經過 20 多年的努力，在 2007 年 9 月 13 日聯合國大會終於通過原住民族權利宣言，宣示原住民族擁有其歷來所有、占有或以其他方式使用或取得的土地、領域及資源的權利。

---

[1] 原住民涉犯刑事案件，整理如附表 1。

[2] 同上註。

[3] 參見原住民族土地及海域法草案總說明。官方網址如下：http://www.ey.gov.tw/public/Attachment/7112710502.doc(最後瀏覽日：2010 年 11 月 2 日)

我國關於原住民族的法律，依其制訂沿革觀察，不僅存有矛盾，且晚近的法律或草案，對於原住民族權益的保障，更明顯退步，逐漸流於形式。僅依法令或草案制訂、擬訂的次序，分項說明如下：

一、 過於一廂情願的原住民保留地開發管理辦法

此管理辦法係政府針對原住民土地問題，首次訂定制度性的管理法令，經由山坡地保育利用條例第 37 條的授權，於 1990 年 3 月發布施行[4]。

依山坡地保育利用條例第 37 條規定，是以山坡地範圍內山坡保留地為標的，輔導原住民開發並取得耕作權、地上權或承租權；其耕作權、地上權繼續經營滿 5 年者，可以讓原住民無償取得土地所有權，但如有移轉，對象以原住民為限。從其保留地設置宗旨來看，其實已將原住民族傳統維生方式評價為「落後」，而為改變其落後的原有生產方式，以輔導為名，企圖使原住民透過墾耕學習，改行定耕農業生活，進而脫離經濟上弱勢地位（林淑雅 2007：5-47、5-49）。為此還創設過去物權法所沒有的「耕作權[5]」，但以實施數十年的結果來看，顯然徹底失敗[6]。

二、 進步的前奏曲—森林法第 15 條第 4 項的增訂

2004 年 1 月修正的森林法，令人驚喜地增訂第 15 條第 4 項規定：「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。」依其文義，應可認為已正式以國家法律承認原住民族在其傳統領域對自然資源的權利。惟其立法理由，可惜僅簡略記載照政黨協商條文通過。條文內容雖屬進步，但一則原住民族的傳統領域與生活慣俗，仍有待中央原住民族主管機關調查公告使其明確[7]；加上行政院農業委員會與原住民族委員會，迄今遲未訂出其管理規則。二則森林法第 50 條、第 52 條的罰責，並未配合增訂除外規定，以至於在適用上迭生困擾。尤其對慣於直接依據森林法第 50 條、第 52 條處理相關案件的執法人員，更難以要求其依個案情形研判是否符合同法第 15 條第 4 項的情形。

三、 欲迎還拒的野生動物保育法

緊接在森林法修訂之後，野生動物保育法也在同年隔月增訂第 21 條之 1 及第 51 條之 1 規定。

---

[4] 其實 1948 年即有「台灣省各縣山地保留地管理辦法」，1960 年改名為「台灣省山地保留地管理辦法」，1990 年再改為「山胞保留地開發管理辦法」，最後在 1995 年改為現在名稱。前二階段，欠缺法律授權。

[5] 2010 年我國民法物權篇大幅修正，增訂第 4 章之 1 的農育權，方可含攝耕作權的概念。

[6] 參照「原住民族土地及海域法草案總說明」，全文官方網址如下：http://www.ey.gov.tw/public/Attachment/7112710502.doc (最後瀏覽日：2010 年 11 月 2 日)

[7] 除幾個如新竹縣尖石鄉等的原住民鄉鎮被公告其行政區域即屬原住民族傳統領域外，雖然行政院原住民族委員會過去數年積極委託學術機關從事原住民傳統領域土地與傳統習慣的調查，但未見政府有系統予以公告利用，僅淪為單純的學術研究成果，至為可惜。

前者第 1 項規定，允許台灣原住民族得其於傳統文化、祭儀而有獵捕宰殺或利用野生動物之必要時，不受同法第 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項及第 19 條第 1 項各款規定的限制；但卻又在第 2 項規定，應先申請主管機關核准[8]，不免又將美意大打折扣。如欲承認原住民族自然資源權利，是否應採事後監督而非事前審核？至於後者，純粹針對原住民族違反第 21 條之第 2 項規定的行為做減免處罰的規定，不予贅述。

四、 令人驚豔但尚難完全發揮效用的原住民族基本法

2005 年 2 月公布施行的原住民族基本法，確實令人驚豔，對照將當時聯合國尚在討論中的原住民族權利宣言的條文草案，可說是早一步正式以國家法律全面承認及回復原住民族各種權利，其中第 19 條至第 23 條，即是關於土地與自然資源權利的承認與回復的規定[9]。

可惜，行政機關及社會各界不僅尚未有共識，甚至可能連基本認識都仍有所不足，以至於此法通過後，原住民族一再引用其第 21 條第 1、2 項及第 22 條前段的規定，要求政府機關在做相關的行政行為時，應獲得他們的同意，卻始終未獲置理。尤其攸關原住民族基本法立法目的能否達成的配套法律──原住民族土地及海域法，因其他行政部會的疑慮，遲遲無法完成立法，而使原住民族基本法大失預期效用。

五、 自我限縮且難以通過的原住民族土地及海域法草案[10]。

原住民族基本法第 20 條第 2 項規定：「原住民族或原住民所有、使用之土地、海域，其回復、取得、處分、計畫、管理及利用等事項，另以法律定之。」此為原住民族土地及海域法草案的授權由來。其草案總說明描述，過去的原住民保留地開發管理辦法，對於原住民族土地的取得、處分、管理及利用，無法順應原住民族要求恢復其傳統領域土地權利的主張，也未能解決長期以來原住民族土地實質流失的現象。鑑於 2007 年 7 月 13 日聯合國大會已通過原住民族權利宣言，揭示原住民族擁有其歷來所

[8] 此一子法拖延逾 6 年，行政院農業委員會方於 2010 年 11 月 1 日預告訂定「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕野生動物管理辦法」。

[9] 其內容如下：第 19 條：「原住民得在原住民族地區依法從事下列非營利行為：一、獵捕野生動物。二、採集野生植物及菌類。三、採取礦物、土石。四、利用水資源。前項各款，以傳統文化、祭儀或自用為限。」、第 20 條：「政府承認原住民族土地及自然資源權利。政府為辦理原住民族土地之調查及處理，應設置原住民族土地調查及處理委員會；其組織及相關事務，另以法律定之。原住民族或原住民所有、使用之土地、海域，其回復、取得、處分、計畫、管理及利用等事項，另以法律定之。」、第 21 條：「政府或私人於原住民族土地內從事土地開發、資源利用、生態保育及學術研究，應諮詢並取得原住民族同意或參與，原住民得分享相關利益。政府或法令限制原住民族利用原住民族之土地及自然資源時，應與原住民族或原住民諮商，並取得其同意。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 22 條：「政府於原住民族地區劃設國家公園、國家級風景特定區、林業區、生態保育區、遊樂區及其他資源治理機關時，應徵得當地原住民族同意，並與原住民族建立共同管理機制；其辦法，由中央目的事業主管機關會同中央原住民族主管機關定之。」、第 23 條：「政府應尊重原住民族選擇生活方式、習俗、服飾、社會經濟組織型態、資源利用方式、土地擁有利用與管理模式之權利。」

[10]「原住民族土地及海域法草案」總說明及條文內容，同註 6。

有、占有或以其他方式使用或取得的土地，領域及資源的權利，為落實原住民族基本法保障並回復原住民族土地及海域權利的精神，並順應世界潮流，因此擬訂一草案。

但詳讀它的草案內容，第 3 條有關原住民族傳統領域土地及海域的定義，依理由說明不僅面積很廣，而且在在涉及其他部會現有職權管理的土地、海域範圍，影響層面既深且遠。加上其劃定方式，在草案第 11 條及第 31 條規定須會商公有土地管理機關或有關機關同意後，再報請行政院核定。此規定於是在行政院完成組織再造前，各部會為爭取員額、預算與整併後組織的人事主導權，幾乎是默默在檯面下爭權，除即將改為「國土開發總署」的國有財產局，為避免爭議，想積極釋給其他機關應保育或其他不可開發地區的土地管理權外[11]，其他機關豈肯割地自限？因而註定了此法短期難產的命運。

此外，在草案第 12 條規定原住民族土地的開發、利用及保育，不得牴觸區域計畫法、都市計畫法、國家公園法、森林法及其他法律的限制規定，在原住民族基本法施行後，上述法律幾乎未見配合檢討修訂，是否反而侵害了原住民族基本法所賦予原住民族對自己土地利用的自主權？

六、 欠缺高瞻遠矚的國土計畫法草案[12]

難產的國土計畫法，無論過去名稱如何更改，其最大的問題，乃是我國唯經濟發展迷思掛帥的政府官員，面對全球氣候遽變，不思以國土計畫引導、約束過度放任的開發，卻始終堅持過去在區域計劃法與都市計畫法實施幾十年、可以藉由個案開發申請變更既有區域計畫或都市計畫，導致台灣「國在山河破」的開發許可制。因此，理應是國土永續發展最上位指導的國土憲法，竟仍然容許個案開發，可以隨時申請變更國土計畫的功能分區或分級。也因為主事的行政機關如此的眼光，草案內容自難苛求能保障原住民族土地權利，不僅無法呼應原住民族基本法的精神，甚至進一步在草案第 24 條規定，涉及原住民族土地者，遇有安全堪虞之情事，經與原住居者諮商取得共識，即可限制居住或強制遷居。

此法條對應的場景，在莫拉克颱風的災後重建，即活生生上演。全台大部份原住民族居住的山坡地均被少數學者認為有安全上的疑慮，加上不清不楚的諮商與意見分岐的「共識」，幾乎不是被強制遷居到平地，便是被處處為難制肘，導致迄今仍無法在其傳統領域土地覓地重建家園，但卻未見主管機關回頭反省檢討草案法條的妥當性。

此外，草案第 30 條第 2 項，對原住民族另設一道有關原住民族土地及海域的經營管理，須符合如上所述令人難有信心的國土計畫內容後，方得依原住民族基本法及其相關法規的規定辦理。此一規定若非企圖透過國土計畫具體內容架空原住民族基本法，或如國土計畫內容完全未違背原住民族基本法相關規定，則等同具文，令人難以苟同。

[11]此為作者在 2010 年 10 月 18 日內政部營建署城鄉分署在台中舉行濕地保育法草案公聽會的場合中，親耳聽到國有財產局一位簡任技正代表的發言，作者幾乎不敢相信，還追問上述發言，局長可有同意？其明確表示是國有財產局的一致意見，歡迎執行保育的行政機關儘速來移撥土地管理權。

[12]其草案總說明及條文內容，官方網址如下：http://www.ey.gov.tw/public/Attachment/9109101802.doc(最後瀏覽日：2010 年 11 月 2 日)

七、 令人失望痛心的莫拉克颱風災後重建特別條例

莫拉克颱風重創台灣，造成人民生命與財產重大損失。帶來的暴雨，主要降在南部山區，因此，死傷及財產損失最嚴重的，幾乎都是原住民部落。然而因政府長期縱容山坡地的濫墾開發（而且大部份是漢人），在 921 大地震加上幾次颱風帶來的豪雨，讓台灣極為脆弱的地質環境原形畢露的苦果，卻幾乎完全要由原住民族尤其受重創部落概括承受。我們沒看到政府詳實探究災情慘重的原因並對症下藥，卻急著透過此災後重建特別條例，將災區劃為特定區域，並賦予政府可以限期強制遷居人民的權利（特別條例第 12 條規定參照），不僅家毀親人亡的原住民無法回到原有家園重建並生活，甚至災情相對較輕微且家園沒有被沖掉山地災區，也可能因「安全堪慮」的理由，被劃為特定區域而失去家園，甚至流失原住民生活模式與文化精神！對於憲法第 10 條所保障人民居住及遷徙之自由，如此權利，是否符合憲法第 23 條所要求的比例原則？實大有疑問。

八、 徒具名稱形式的原住民族自治法草案[13]

其立法總說明表示，鑒於原住民族自治已成為現今人權國家原住民族政策重要之一環，聯合國大會於 2007 年 9 月 13 日通過的原住民族權利宣言第 3 條及第 4 條分別揭示「原住民族享有自決權。依此權利，原住民族可自由決定其政治地位，並自由追求其經濟、社會及文化的發展。」「原住民族行使自決權時，於其內政、當地事務，及自治運作之財政，享有自主或自治權。」更為世界原住民族自治的潮流，樹立劃時代的里程碑。在此潮流下，原住民族自治制度的建立，已成為許多國家呼應原住民族訴求的主要方式，我國也順應潮流，擬具此草案。但「由於沒有行政轄區、失去土地附著，形同只是一個負責原住民族文化事務的人民團體。」（施正鋒，2010）[14]且自治區的成立，依草案第 9 條的規定：「應由各族自行或與分布區域相鄰之其他原住民族，會同預定自治區內之鄉（鎮、市、區）公所聯合發起成立…」但試問，於不同原住民族混合居住或相鄰之不同原住民族間的人口比例相差懸殊時，如何自治？會否反挑起原住民族間的糾紛？

若連現任行政院原住民族委員會孫大川主任委員對於此部草案的看法，都承認說，無法一步到位，先上一壘就好[15]，此草案的名不符實，也就不足為奇了。

參、 審查土地利用的行政程序

一、 環境影響評估審查

[13] 其草案總說明及條文內容，官方網址如下 http://www.ey.gov.tw/ct.asp?xItem=73339&ctNode=2294&mp=1(最後瀏覽日：2010 年 11 月 2 日)

[14] 施正鋒，2010-9-2/台灣時報/台灣論壇，【虛擬的原住民族自治區】，全文章出處如下：http://www.twtimes.com.tw/html/modules/news/article.php?storyid=122284 (最後瀏覽日:2010 年 11 月 2 日)

[15] 2010-9-23/聯合報/即時新聞，【原民自治法過關 孫大川：推上一壘】http://udn.com/NEWS/NATIONAL/BREAKINGNEWS1/5867174.shtml (最後瀏覽日：2010 年 11 月 2 日)

環境影響評估法，立法目的是在預防及減輕開發行為對環境造成不良影響，藉以達成環境保護的目的（環境影響評估法第 1 條）。所稱的環境，依其第 4 條第 2 款規定，包括：「生活環境、自然環境、社會環境及經濟、文化、生態。」因此行政院環境保護署在依環境影響評估法第 5 條授權訂立的「開發行為環境影響評估作業準則」第 5 條規定，開發單位應先查明開發行為的基地，是否位於環境敏感區位及特定目的區位，並應檢附有關單位公函、圖件或實地調查研判資料等文件；如其基地位於相關法律所禁止開發利用的區域，應不予通過；如位於相關法令所限制開發利用的區域，應取得有關主管機關的同意。行政院環境保護署並依此規定，製作環境敏感區位及特定目的區位限制調查表，供其開發單位參照調查及機關承辦公務員勾稽，其中第 24 項，仍僅列「是否位經山坡地或原住民保留地」，迄未配合原住民族基本法已將原住民族傳統領域土地及既有原住民保留地，合併為原住民族土地，並在原住民族基本法第 21 條第 1 項、第 22 條分別要求政府或私人於原住民族土地地區從事土地開發，資源利用或政府在原住民族地劃設國家公園、國家級風景特定區、生態保育區、遊樂區等，應徵得原住民族同意的規定而修正調查內容，以至於如前言所舉案例，明明位於原住民族傳統領域土地的旅館、飯店開發計畫，卻漠視原住民族的反對意見。

此外，環境影響評估法施行細則第 19 條第 5 款規定，本法第 8 條所稱對環境有重大影響，亦包括對少數民族之傳統生活方式有顯著不利影響的情形在內。但台灣大學葉俊榮教授研究指出，環境影響評估法施行以來的開發行為，被認定對環境有重大不良影響之虞而應進行第二階環境影響評估者，所占比例僅 3.3%（葉俊榮，2010：33），其以顯著影響少數民族傳統生活方式為理由的，依作者曾擔任環評委員經驗及長期關注蒐集相關重大環評案件資料檢索結果，更是掛零。

二、 非都市土地的使用分區或用地變更審查

(一) 非都市土地使用管制規則

來自區域計劃法第 15 條第 1 項的授權，非都市土地使用管制規則第 46 條迄今仍只規定在原住民保留地區的興建住宅計畫，由鄉（鎮、市、區）公所整體規劃，經直轄市或縣（市）政府依同法第 30 條核准，既得依核定計畫內容為土地之使用。惟既未規範此一住宅計畫是否專供原住民使用，亦未因原住民族基本法的施行而考量是否配合將原住民保留地區修訂為原住民族土地地區。

(二) 非都市土地開發案審議作業規範

來自區域計畫法第 15 條之 2 第 2 項的授權，其總編第 11 點規定，如申請開發的基地位於原住民保留地者，其申請開發的計畫，經中央主管機關核准並經區域計畫委員會同意者，得為礦業、土石、觀光遊憩及工業資源之開發，不受本編第 9 點及第 10 點的限制。但不得違背其他法令之規定。

解釋上，其他法令可以包括已施行的原住民族基本法，但卻僅侷限於礦業、土石、觀光遊憩及工業資源的開發等事項，仍有不足。

肆、 二個關於原住民族土地權利與自然資源權利的案例介紹

以上土地利用的行政程序規定，或多或少反映出行政機關公務員的心態。茲再以二個開發案例的審查與審判過程進一步對照說明：

一、 涉及原住民族土地權利的美麗灣渡假村旅館的開發案

台東杉原海岸，是一個接近半月型的美麗海灣與沙灘，過去原被闢為海水浴場，在杉原南段有阿美族的莿桐聚落，而且是阿美族每年 7、8 月舉行的豐年祭與海祭的主要場域[16]，屬其傳統領域土地。周邊的史前遺址包含新石器時代富山文化（距今約 4000 至 3000 年前）及麒麟文化（距今約 3000 至 2000 年前）的杉原遺址，富山第一遺址（富山文化）與第二遺址（含富山文化、麒麟文化）等[17]。

另依中央研究院生態多樣中心於 2008 年 8 月 10 日發表的「台東杉原灣海洋生態與生物多樣性調查報告書」所載，其記錄到 104 種石珊瑚、10 種軟珊瑚、5 種水螅珊瑚，總共 119 種（陳昭倫，2008：3），並因而孕育豐富的魚蝦、蟹貝、海蔘、海膽等生態與漁業經濟資源。可說是一文史與生態兼具、豐富多樣的珍貴寶地。

然而「懷璧其罪」，有電影「海角七號」中令人驚豔、卻已被 BOT 的墾丁夏都酒店前例的鼓舞，因此，這塊 6 公頃的美麗海灣沙灘，很快便有財團伸手染指。

其過程是台東縣政府於 2004 年 12 月 14 日與美麗灣渡假村股份有限公司（下稱美麗灣公司）簽訂「徵求民間參與杉原海水浴場經營案興建暨營運契約」，以 BOT 方式將臺東縣卑南鄉加路蘭段 346 及 346-2 地號等山坡地土地交由美麗灣公司進行開發，開發面積合計 59,956 平方公尺。該公司於次年 2 月 21 日以因應開發需要為由，申請台東縣政府同意合併加路蘭段 346 及 346-2 地號土地，再分割成同段 346 及 346-4 地號土地，將美麗灣旅館主體建物的實際建築基地即 346-4 地號土地，面積 0.9997 公頃分割出來，藉以規避「開發行為應實施環境影響評估細目及範圍認定標準」第 31 條第 13 款第 5 目規定山坡地應實施環境影響評估（以下簡稱環評）的 1 公頃開發面積門檻。台東縣政府於同年 3 月 8 日以「配合開發需要」為理由，同意辦理土地合併及分割，使該建築基地得以不必進行環評直接開發。同年 10 月 7 日美麗灣公司取得 346-4 地號土地興建旅館的建造執照後，隨即進行施工。嗣後又以擴建規劃別墅區增加開發範圍（即 346 地號土地，面積 49,959 平方公尺）為由，於 2006 年 9 月 26 日申請全區開發，並檢具環境影響說明書送審。當初規避環評在先，迨取得建造並幾乎完成主體建物後才又申請全區開發，藉「生米煮成熟飯」的既成事實，綁架台東縣政府不得不讓全區約六公頃的開發案環評過關。而且送審環評時，原住民族基本法已施行約 1 年半，卻對當地阿美族部落依原住民族基本法第 21 條第 1 項規定取得其同意的要求置若罔聞。經莿桐部落原住民與

[16]作者因承辦相關案件而實地採訪調查。

[17]參見 2008，《台東縣卑南鄉加路蘭段 346、346-4 地號美麗灣渡假村基地新建工程：環境影響說明書定稿本(本文)》，頁 6-8-4。

台灣環保聯盟台東分會屢屢抗議無效後，不得已由台灣環保聯盟展開應停止實施開發行為的公民訴訟；嗣台東縣政府於 2008 年 6 月 15 日通過環評、7 月 22 日公告後，以莿桐部落原住民為主、環保聯盟成員為輔共 8 人出面，再打撤銷環評的行政訴訟。目前，在高雄高等行政法院的判決，都是台東縣政府敗訴，原住民族部落與環保團體勝訴。

二、 承認原住民族自然資源權利的司法案例－司馬庫斯櫸木案介紹

附表 1 所整理原住民族基本法施行後的刑事案件，或許因為執法人員對原住民族基本法的陌生，鮮有注意檢討其相關條文，對所受理的案件會否產生影響。例如單純持有土製番刀、開山刀、僅為供獵捕傳統祭典之用的野生動物而持有或製造具殺傷力的供自製獵槍使用之子彈，是否符合其傳統習慣？如非未經申請主管機關核准，獵捕保育類野生動物以供部落成年禮或傳統祭典之用，是否違反野生動物保育法？禁止漢人採集其傳統領域內之野生蜂蜜並予沒收，是否涉犯刑法強制罪？在在值得探究。

司馬庫斯櫸木案，作者從第二審方始承辦，堅持引用原住民族基本法相關條文及訴求其立法精神，後來法院也願詳加審酌，導致判決結果逆轉的珍貴案例，謹介紹如下：

此案的起訴法條是森林法第 52 條第 1 項第 4 款結夥二人以上竊取森林主產物。作者接受委任閱完卷後，從卷內筆錄清楚看到，第一審法官心態上只是將此案當作一般山老鼠盜採珍貴林木的案件處理。受命法官一直追問林務局官員有關山老鼠濫採林木及盜賣的犯罪節情，並與本案比對。其問題如下：「你過去和警察查過山老鼠，有沒有人鋸根部去販賣？」「查獲被告之前，這幾年你取締多少件盜採林木？」「一般盜採的山老鼠，採完之後的木頭是往山下或是山上藏？」「是否曾經看過盜取林木的人，是連樹根也盜取？」[18]，對於櫸木風倒地點，是否為司馬庫斯的傳統領域？法官則以案發地點距部落遠達 12 公里，不易到達為由，推定一定非其傳統領域！至於被告將櫸木搬回部落供造景之用，是否為其傳統習俗？有無不法所有意圖？均未詳加調查並為完整之論述。

接辦之後，在原二審，作者請教地理學會，獲得提供 2003 年尖石鄉傳統領域調查成果圖（圖１）及 1929 年日據時代竹東郡蕃地地圖（圖２），並進一步商請該學會以案發地點經緯座標將之套繪入成果圖，看看能否做為傳統領域部分的證據，幸運地座標落在傳統領域範圍內。司馬庫斯第一位碩士青年拉互依及囑託我承接此案的好友林子淩協助提供中央研究院所翻譯出版台灣總督府臨時台灣舊習慣調查會番族慣習調查報告書第一卷─泰雅族[19]。聲請傳喚部落耆老、專家證人原住民族人類學專家林益仁博士。此外，當時原住民族委員會鄭天財副主委更主動到作者事務所，表示願意盡量提供協助，同時贈給原住民族法規彙編與該委員會先前委託國立台灣大學人類學系執行的「原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制：第二期委託研究─泰雅族、太魯閣族。」

[18]該案 2007 年 4 月 4 日的審判筆錄第 22～24 項。那些問題，與案件本身無關，只是顯露法官歧視之心態。

[19]報告書內有關於 mrqwang（包含司馬庫斯、石磊等四個部落)與 knaji（新光部落）二個泰雅族群落的傳統生活領域說明。中央研究院民族學研究所編譯，1996，《台灣總督府臨時台灣舊慣調查會番族慣習調查報告書(第一卷)：泰雅族》，台北：中央研究院民族學研究所，頁 14。

與櫸木案有關的研究報告[20]。在與鄭副主委交談過程中，得悉上述地理學會之傳統領域調查的成果圖，亦為原民會委託的研究計畫[21]，遂改變策略，由作者以聲請法院向原民會函查方式，呈現該項成果圖證據。

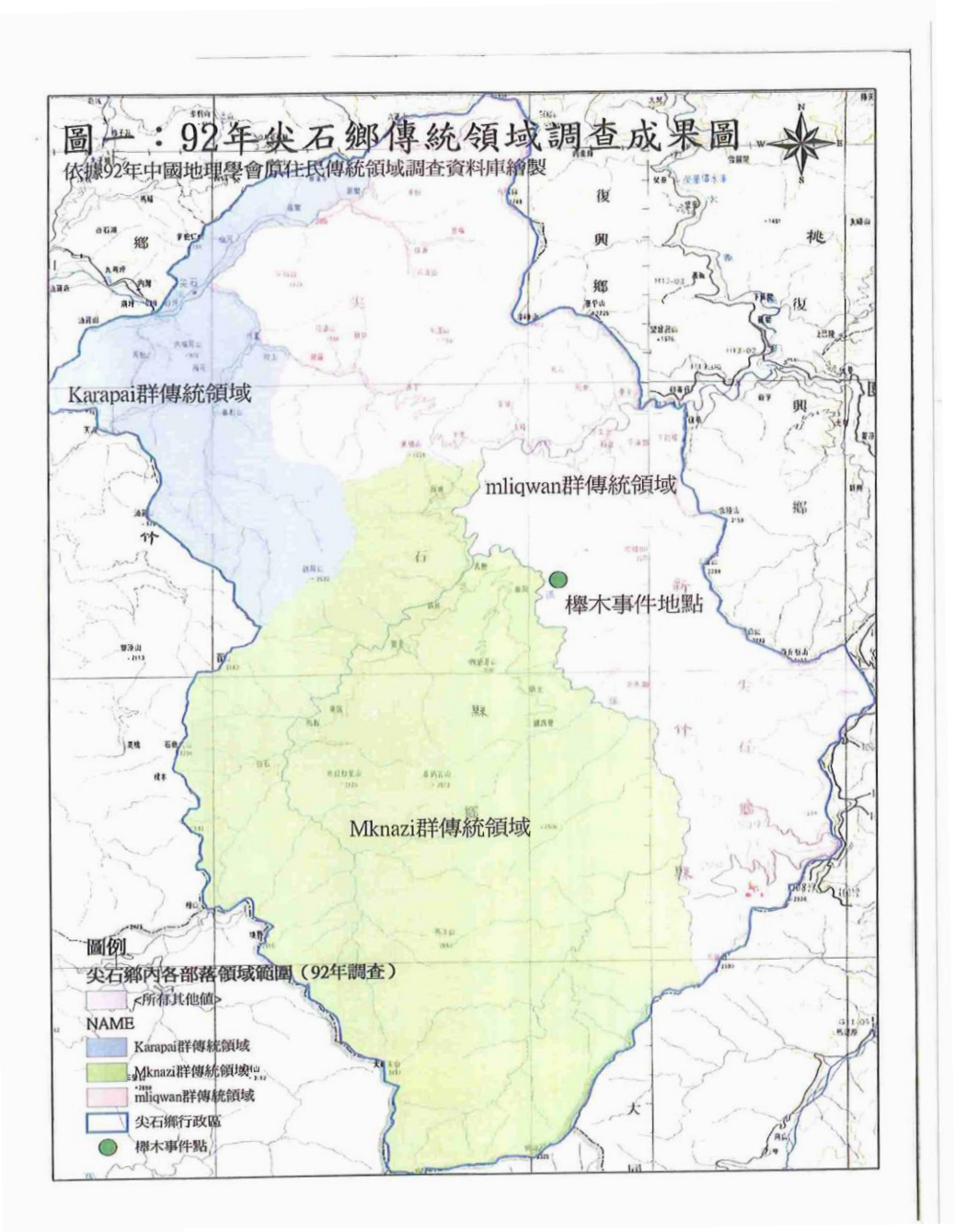


圖 1：2003 年尖石鄉傳統領域調查成果圖

[20]內有關於泰雅族原住民對自然資源的「共有」觀念及傳統律法「gaga」的介紹。謝世忠，2007，《原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制，第二期委託研究－泰雅族、太魯閣族》行政院原住民委員會委託研究計畫，台北：國立台灣大學人類學系，頁 5-13，其他生活慣俗口述歷史的記載零散提到。

[21]張長義，2005，《原住民族傳統領域土地調查第四年研究報告》行政院原住民族委員會，台北：國立台灣大學地理環境資源學系、中國地理學會。

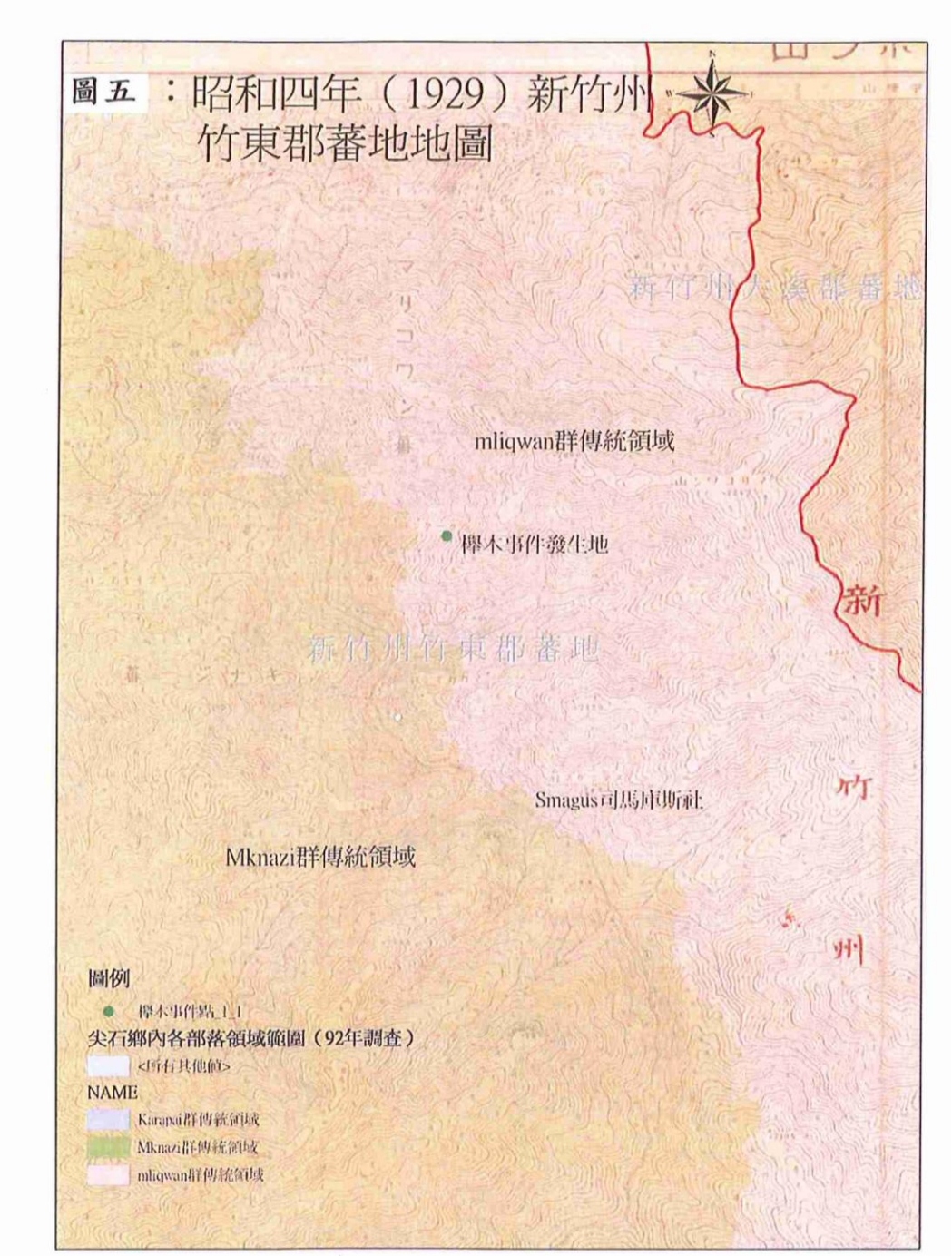


圖 2：1929 年日據時代竹東郡蕃地地圖

作者策略上是以森林法第 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、有償及其他應遵循事項之管理規則，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。」及原住民族基本法第 19 條：「原住民得在原住民族地區依法從事下列非營利行為：一獵補野生動物。二採集野生植物及菌類。三採取礦物、土石。四利用水資源。前項各款以傳統文化、祭儀或自用為限。」主攻三名原住民青年的行為，不具竊盜的違法性，並佐以原住民族基本法第 20 條第 1 項「政府承認原住民族土地及自然資源權利。」所承認的自然主權及第 30 條第 1 項「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…

應尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化及價值觀，保障其合法權益，原住民有不諳國語者，應由通曉其族語之人為傳譯。」所展現之多元文化觀點等規定為論辯依據。

作者幸運地在上述人與單位的協助下，舖陳了自認所有符合森林法第 15 條第 4 項前段的要件，並主張後段的管理規則迄未訂定，是行政院農業委員會的怠隋，不應因此拒絕適用前段規定。但令人錯愕，最後法院竟認為應逕行適用同法條第 3 項的國有林林產物處分規則，而被告行為不符此規則之規定，因此仍為有罪判決。此判決無視於森林法第 15 條第 3 項國有林林產物處分規則與同法條第 4 項之管理規則，其適用之對象、程序與規範之範圍均不相同，如此不分皂白，實令人無法苟同。

上訴第三審，經過 2 年等待，終於接到發回更審的判決。發回意旨主要有 2 點：1.原住民族之傳統習俗，有其歷史淵源與文化特色，為促進各族群間公平、永續發展，允以多元主義之觀點、文化相對之角色度，以建立共存共榮之族群關係，尤其在原住民族傳統領域土地內，依其傳統習俗之行為，在合理之範圍，予以適當之尊重，以保障原住民族之基本權利。本此原則，原住民族基本法第 30 條第 1 項已經揭示…，從而原住民族在其傳統領域土地內，依其傳統習俗之行為，即不能完全立於非原住民族之觀點，而與非原住民之行為同視。2.森林法第 15 條第 3 項的國有林林產物處分規則與第 4 項所稱的管理規則，二者適用的對象，所規範的範圍不同，除有適用或準用的明文外，依第 3 項訂定的處分規則並不當然適用或準用於第 4 項。

更一審的高等法院，遵循最高法院發回意旨審理此案，除上述有利證據及所引法條，均被採用外，在其無罪判決書中，更進一步主動指出森林法之立法目的係為保育森林資源，發揮森林公益及經濟效用。而本案櫸木乃自然風倒，主幹已被林務局截取載走，剩下殘幹由被告三人依司馬庫斯部落決議運回供部落美化景觀之用，並未破壞森林自然資源，且發揮櫸木最大的公益及經濟效用，並未違反森林法的立法目的，不具有社會倫理非難性。此一補充論點，從森林法的立法目的加以探究，雖有其精闢之處，但平心而論，反而脫離了原住民族基本法相關法律與森林法第 15 條第 4 項直接承認原住民族自然資源權利用的精神。

雖是義務，但因承辦此案，作者第一次探訪了司馬庫斯，而且前後去了三趟，讓作者更深刻體驗人與人、人與自然應和諧共存的真諦，最大關鍵在於「尊重」，尤其文化差異或知識教育程度落差越大，越需要「尊重」。三年來，在此案審理過程中，作者不斷聽到司法人員說「我很同情被告三人的遭遇，但是…」，讓作者辯論時的破題，忍不住說：「我不斷地一再聽到同情這二個字，但原住民族希望與需要的應該是瞭解與尊重，不是同情！」

伍、 結論

關於本文，作者其實是以長期從事社會運動的工作者的心情出發，加上法律實務工

作經驗，對於國家法制、政府政策、公務人員心態，在在有深刻的體驗與感觸，因此以有別於一般嚴謹的學術論文方式撰寫。

之所以不厭其煩地將與原住民族土地及自然資源相關的法令，依個人經歷、體驗及有限的學識，加以扼要提示並評析一番（法規前的文字，代表作者心中對該法的評價），目的是在說明，任何再好的法制，其成效最後仍取決執行的人。若人尤其是握有權利的人，能虛心誠懇地尊重、對待他人，尤其是弱勢的人，社會才能和諧與進步。

此櫸木案事發當時，作者是從媒體得悉此事，與好友台灣蠻野心足生態協會秘書長林子凌聊時，笑說依部落會議決議前往搬運木材的三名原住民青年如被起訴，應該建議參與部落會議的所有族人，以共謀共同正犯名義集體自首，讓檢方與社會正視此事。一審為有罪判決後，子凌即直接了當要求我承辦此案。

過去在資本主義與殖民主義的侵略之下，世界各國原住民族極盡受到剝削壓搾。如今觀念潮流改變，普世價值逆轉為積極承認並回復原住民族土地及自然資權利並保障其他各種如智慧財等權利，我國既然立法表示要跟上潮流，即應由政府帶頭，全民啟動，好好加油跟上，不能再做半吊子。「I see you」，影史最賣座電影「阿凡達」的經典台詞，訴說著不同民族的文化差異，不只需要眼睛看，更要用身、心去體會與瞭解，唯有用心瞭解之後，才能彼此尊重與平等對待。

附表一：原住民 2005 年後涉犯刑案整理表

法院案號	案由	關鍵事實	判決結果
苗栗地院 94 訴字第 152 號	違反槍砲彈藥刀械管制條例	泰雅族原住民血統。 **持有**土製霰彈槍，打獵用。	累犯；有期徒刑 10 月，併科罰金 3 萬。 備註：使用具有彈頭、彈殼及火藥之子彈，非「自製獵槍」，故不適用《槍砲》第 20 條第 1 項免責。
苗栗地院 94 苗簡字 293 號	違反野生動物保育法	原住民身分。以土造獵槍、黑色火藥及鋼珠子彈獵捕臺灣長鬃山羊 1 隻、山羌 2 隻。	有期徒刑 6 月，緩刑 2 年。 備註：犯罪動機係因沒有錢買東西及部落辦活動而欲獵捕動物慶祝並自用。
台東地院 94 東簡字 194	違反野生動物保育法	魯凱族平地原住民、卑南族山地原住民。 兩人獵得山羌 2 隻及非保育類野生動物大鼯赤鼠 5 隻。	有期徒刑 6 月。 備註：持有獵槍之行為，屬違反行政規定範疇（《槍砲》第 20 條第 1 項）；本案係違反野生動物保育法而受罰。
新竹地院 95 訴字第 176 號	違反槍砲彈藥刀械管制條例	泰雅族山地原住民。 拾獲他人丟棄之空氣長槍，係為方便獵殺飛鼠等動物。	有期徒刑 2 年，併科罰金 5 萬，緩刑 5 年。 減輕理由：符合原住民狩獵文化，且**持有**槍械時間甚短等。
新竹地院 95 訴字第 503 號	違反槍砲彈藥刀械管制條例	泰雅族山地原住民。 以廢鐵、彈簧**製造**改造鋼筆槍，欲從事狩獵。	累犯；有期徒刑 1 年 6 月，併科罰金 6 萬。 減輕理由：不足認被告有持以為其餘刑事犯罪之情事等。
台中地院 95 訴字第 896 號	違反槍砲彈藥刀械管制條例	泰雅族山地原住民。 為打獵而**持有**空氣槍。	有期徒刑 1 年 8 月，併科罰金 5 萬，緩刑 4 年。 備註：援引憲法增修條文及《槍砲》第 20 條第 1 項，但未論述為何仍處以刑罰。
花蓮地院 95 訴字第 346 號	違反槍砲彈藥刀械管制條例	太魯閣族原住民。平日習於打獵貼補家用，將自製槍枝販賣給不具原住民身分者。販售目的係邀約其一同打獵。	有期徒刑 2 年 8 月，併科罰金 3 萬。 減輕理由：對於槍枝「違法性認識較一般人為低」、販售槍枝目的非供人作其他不法使用、輕度聽障等。
桃園地院 95 訴字 86 號	違反槍砲彈藥刀械管制條例、野生動物保育法	泰雅族山地原住民。 以土造霰彈槍、土造獵槍，獵捕白鼻心。	有期徒刑 6 月，緩刑 2 年。
花蓮地院 95 訴字 92 號	違反野生動物保育法	山地原住民。 使用獸鋏獵捕山羌一隻，欲自己食用	有期徒刑 7 月，緩刑 2 年。 減輕理由：提及「山地原住民之族群特殊生活習性」
花蓮地院 95 訴字 76 號	違反野生動物保育法	太魯閣族原住民。 以鋼絲陷阱獵捕長鬚山羌 1 隻、臺灣彌猴 1 隻，及非保育類之白面鼯鼠 1 隻。	有期徒刑 6 月，緩刑 3 年。 減輕理由：犯罪動機在於獵捕野生動物供本身食用，而非作營利用途，惟其行為已危害保育類野生動物生存，但獵捕數量不多等。
最高法院 95 台上字 204 號 （原審：花蓮高分院 92 上訴 5 號）	違反槍砲彈藥刀械管制條例	山地原住民，三人平日均務農。 原審：製造或持有土造獵槍及彈藥主要組成件之行為，<u>與生活無關</u>，非其等供為生活上所需要之工具。	原判決撤銷，發回。 備註：最高法院認為槍砲彈藥刀械管制條例既然一併考量原住民傳統生活及習俗文化，質疑原審並未調查釐清本案為何無法律所定「供生活工具之用」情形。
95 東簡字 464	違反槍砲彈藥刀械管制條例	卑南族原住民。攜帶十字弓及弓箭，於夜間進入山區打獵。	有期徒刑 2 月，緩刑 2 年。 判決：「依原住民傳統入山狩獵，致觸犯本案犯

			行，經此偵審之教訓，當知所警惕」
苗栗地院 94訴字第644號	違反槍砲彈藥刀械管制條例	泰雅族山地原住民。 持槍擊傷被害人，此部分檢察官認定僅涉及過失傷害，且告訴人撤回告訴，不起訴處分確定。	無罪。 備註1：扣案槍枝僅係以原住民相傳之木質槍柄及金屬槍管組合而成之獵槍。**法院將「自製獵槍」解釋為「本於其文化傳統所形成之特殊習慣，專為其於生活中所從事之狩獵活動為目的，而以傳統方法製造或持有簡易獵槍，…不以恃狩獵為生或以狩獵為其生活主要內容者為限」**（未援引內政部台內警字8770116號函釋的解釋） 備註2：觀諸扣案槍枝製程簡易，攜帶亦不便，尤其每射擊1次即需重新裝填火藥，缺乏效率，顯然不適於供犯罪使用之客觀情況，被告所辯持有扣案槍枝係供作生活工具之用乙節，即屬合理而可信。 備註3：上訴後原判決撤銷改判（台中高分院95上訴字2277號）
台中高分院 95上訴字2277號 （原審案號：苗栗地院94訴字644號）	違反槍砲彈藥刀械管制條例	持有槍枝，基於報復目的以槍枝毆打、並擊傷被害人。	原判決撤銷。有期徒刑1年8月，併科罰金6萬，緩刑2年。 備註：《槍砲》第20條之刑事免責規定，須以自製獵槍**供作生活工具之用**者，始足為刑罰免除事由。原住民持自製獵槍行兇，顯已超出槍砲彈藥刀械管制條例第20條規範目的。
新竹地院 94訴字第861號	違反槍砲彈藥刀械管制條例	泰雅族山地原住民。 受贈持有土造獵槍（土造霰彈槍）、子彈。	無罪。 備註1：刑事不罰，充其量僅係《槍砲》第20條第1項應處以行政罰。法院進而指摘中央主管機關應係訂定如何「許可」而非「槍枝功能」的管理辦法！ 備註2：上訴駁回（高等法院95上訴字1948號）
高等法院 95上訴字1948號	違反槍砲彈藥刀械管制條例	同上	維持原審無罪判決。 （原審案號：新竹地院94年度訴字第861號）
桃園地院 95訴字第203號	違反槍砲彈藥刀械管制條例	泰雅族山地原住民。 為打獵而製造長槍2枝。	無罪。 備註1：不具不法犯意；符合「自製槍枝」之要件，適用《槍砲》第20條第1項。 備註2：上訴駁回（高等法院95上訴字2534號）
高等法院 95上訴字2534號	違反槍砲彈藥刀械管制條例	同上	維持原審無罪判決。 （原審案號：桃園地院95訴字第203號）
新竹地院 96訴字782	違反森林法	三名原住民進入山區森林砍伐香杉木、採取香杉菇，給予家人或自己食用治病。	有期徒刑8月，併科罰金550,800元；均減為有期徒刑4月，併科罰金275,400元 備註：加重竊取森林副產物未遂罪及損壞保安林罪。
新竹地院 96易字第4號	違反森林法	司馬庫斯原住民，撿拾櫸木之地點非其傳統領域，其受部落	有期徒刑6月，併科罰金16萬。均緩刑2年。

		會議之指派前往搬運，欲用以部落造景及雕刻，仍該當犯罪。	
高等法院 98 上更(一)第 565 號	違反森林法	同上	歷審案號：新竹地院 96 易字第 4 號（有罪，緩刑）、高等法院 96 年度上訴字第 2092 號(有罪，緩刑）、高等法院 98 上更(一)第 565 號（原判決撤銷）。 主要理由：被告等之行為符合其傳統習慣且是發生在其傳統領域，依多元文化觀點及原住民族基本法第 19 條立法意旨，應予尊重，不應以罪責相繩。
97 訴字 153	違反槍砲彈藥刀械管制條例	阿美族平地原住民。因原住民補鳥祭將至，被告在花蓮市模型店內購買空氣槍一枝。	無罪。 理由 1：「獵槍應指在主觀上以狩獵、祭典等生活需要為目的而製造、運輸或持有，客觀上殺傷力未逾越狩獵、祭典等生活需要目的之程度，且僅使用於前述目的範圍之各式槍砲即屬之。」(未援用內政部函釋） 理由 2：適用《槍砲》第 20 條第 1 項，不以刑罰相繩，而應另處行政罰罰鍰。

(附表一資料整理自下列文獻，並由作者增補之：謝世忠，2007，《原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制，第二期委託研究－泰雅族、太魯閣族》行政院原住民委員會委託研究計畫，台北：國立台灣大學人類學系，頁 196-209；Awi Mona(蔡志偉)，2009，《原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制研究—卑南族、賽夏族：結案報告》，行政院原住民族委員會委託研究，台東：財團法人東台灣研究會文化藝術基金會，頁 269-273)

陸、 參考書目

一、 中文文獻

Awi Mona(蔡志偉)。2009。《原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制研究—卑南族、賽夏族：結案報告》行政院原住民族委員會委託研究。台東：財團法人東台灣研究會文化藝術基金會。

中央研究院民族學研究所編譯。1996。《台灣總督府臨時台灣舊慣調查會番族慣習調查報告書(第一卷)：泰雅族》。台北：中央研究院民族學研究所。

行政院。2008。〈原住民族土地及海域法草案〉。(http://www.ey.gov.tw/public/Attachment/7112710502.doc)(2010/11/02)

行政院。2009。〈國土計畫法草案〉。(http://www.ey.gov.tw/public/Attachment/9109101802.doc)(2010/11/02)

行政院。2010。〈原住民族自治法草案〉。(http://www.ey.gov.tw/ct.asp?xItem=73339&ctNode=2294&mp=1)(2010/11/02)

周美惠。2010。〈原民自治法過關 孫大川：推上一壘〉《聯合報》9 月 23 日 (http://udn.com/NEWS/NATIONAL/BREAKINGNEWS1/5867174.shtml)(2010/11/02)

林淑雅。2007。《解/重構台灣原住民族土地政策》博士論文。台北：國立台灣大學法律學研究所。

施正鋒。2010。〈虛擬的原住民族自治區〉《台灣時報》9 月 28 日 (http://www.twtimes.com.tw/html/modules/news/article.php?storyid=122284) (2010/11/02)

美麗灣渡假村股份有限公司。2008。《台東縣卑南鄉加路蘭段 346、346-4 地號美麗灣渡假村基地新建工程：環境影響說明書定稿本(本文)》

陳昭倫。2008。《台東杉原灣海洋生態與生物多樣性調查報告書》。中央研究院生物多樣性研究中心 珊瑚礁演化生態暨遺傳實驗室研究報告。台北：中央研究院。

張長義。2005。《原住民族傳統領域土地調查第四年研究報告》行政院原住民委員會委託研究計畫。台北：國立台灣大學地理環境資源學系、中國地理學會。

葉俊榮。2010。《環境影響評估制度問題之探討》行政院研究發展考核委員會補助研究計畫(RDEC-RES-098-007)。台北：國立台灣大學。

謝世忠。2007。《原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制，第二期委託研究－泰雅族、太魯閣族》行政院原住民委員會委託研究計畫。台北：國立台灣大學人類學系。

評論

王怡仁 檢察官

詹律師花了非常多的時間作了一份十分完整的報告，這份報告我看了很久，誤以為這份報告是要報告二個鐘頭到三個鐘頭，結果非常神奇的他只用了十五分鐘就報告完。雖然很可惜他沒有辦法把最精華的部份顯現出來，不過在有限的時間裏面，我們可以看到詹律師認真為原住民的訴訟跟權益盡最大努力。

很高興花蓮地檢署也可以受邀，我想最大的原因不是因為我有些許的才識，而是因為我剛好在原住民最多的地區起訴了某一些原住民，惹人不太快，所以要我前來解釋。舉個例來說，方程式賽車在前期突破紀錄的時候，靠的是突破其動力，用各式各樣不同的引擎讓它走的很快，現在的原住民法案也是一樣，正走在一個可以勇往直前的道路上面；但是當科技發展到一定階段，方程式賽車就開始停滯。直到剎車系統的進步，使駕駛者可以勇敢的去踩油門，才又大幅度突破。

我看了詹律師的這份報告以後，深深體會到，我們正在處於非常兩難的一個境地。一方面希望它走的很快，另一方面又要考慮剎車問題。因為唯有剎車可以踩的緊，油門才可催的快。秉持我一貫的宗旨，我今天得要扮一扮黑臉。因為檢察官起訴原住民，現在要對其行為提出答辯。

在國土上面，尤其在原住民的傳統領域方面，因為政府沒有那個誠意跟勇氣去解決這個問題，我們在自治條例或是原住民族自治法，都面臨一樣的問題。其實，原住民的保護法令的修正，不是源自於我們政府自發性的期待，而是對於一種條約潮流的順從，換句話說，當我們最需要保護原住民族的時候，其實我們的法令是不夠的，包括槍炮彈藥刀械管制法、水土保持法、山坡地保育利用條例，通通沒有保護原住民，就算有也被限縮解釋。

在最早期的時候，我們把所有保護原住民的所有的法案通通限縮解釋，很少例外；而現在我們要把保護原住民族列為一種原則，這是一個觀念的大突破。問題是從日據時代開始，為有效管轄原住民，而將其傳統領域流於一種學術的研討。強制他們從傳統領域遷居其他處，而任原有傳統領域荒廢。

但離開居住地的原住民，並無法存活。他們開始改賣名產，過著跟漢民族重疊的生活方式。當銅門部落賣銅門刀，不是打獵了，銅門部落還是什麼族呢？歷史上最悍勇、抗日最激烈的被認定是泰雅族，但是這時候布農族卻說，他們狩獵更厲害，連傳教士都被我們殺了，怎麼辦？

我從民國91年轉調到花蓮至93年之間，這三年中，原住民在採森林法上面開採牛樟菇，是非常值得同情的。為什麼？因為它就是我們法令上面所說的，你是為了生活所需去開採。從牛樟樹中間中空處做一鑽洞，再用杓子把它挖出來，他們傳統上面就是這麼做。但是93年以後變了，因為漢民族入侵了（請容許我這麼說），用電鋸把整個牛樟鋸掉，不是十年百年牛樟，是五百年以上的牛樟，有的牛樟要五六個人才圈得起來的牛樟，只因可以在攤開來的牛樟樹上採到牛樟菇。他只要請原住民帶一次路，從此以後可以無比豐收。這樣子的重疊卻造成一種執法上的困難，對原住民我要怎麼處罰？漢民族我要怎麼做處罰？在新開發的這些法條裏面，卻沒有明確的說明原住民族的自治程度到底要到什麼樣的程度。

因為不喜歡被漢民族管，所以需要原住民族的行政、檢察官、法官、警察。更深入的，這塊土地我跟漢民族共同管理，你要開發要經過我的同意。再進階，這塊土地我禁止你們進入，這是指其法令已高達中央法令的位階，地方政府不能違反中央法令來將我的土地做開發，但是事實上發生困難。

最後我作一個結論，在傳統領域典型的例子，我最近承辦的一個台東跟花蓮交界的傳統領域，原住民族花了很大的功夫去將原來的警備總部所使用的清水農場納入整座山，清水溪上有整座山納入原住民族的傳統領域。請各位回歸到我剛剛的問題，第一個：傳統領域誰管？沒有人管，因為參與狩獵的人愈來愈少。第二個：誰進去了？當變成傳統領域以後，就像詹律師所講的，把它非常的強化。這是一個非常具體的例子，中央政府、地方政府退守了，尤其是國有財產局退守了，他不願再牽涉這塊很難管的領土，因為光是我自己從地檢署開車到清水農場要花200分鐘，你要怎麼去管理它？結果這座山從民國93年到94之間爭取為原住民的傳統領域以後，卻被漢民族大肆的破壞，以焚林的方式整座山被開採。

最後的問題就是，當你的原住民族的自治法令通過以後，你能不能管，有沒有那個力量去管這些侵入者？不只是管原住民族而已，你還要去管侵入者，你有沒有那個能力去管侵入者？原民會在傳統領域成立以後，一個人管理整座山，而這個人沒有上過山，那麼我們希望在整部法令裏面看到的是，強而有力的做一個法律上的切割，做一個剎車，做一個漢民族跟原住民族到底要怎麼樣切割的一個明確的線。

國土計畫、原住民族自治與原住民族土地權之落實

官大偉 助理教授
政治大學民族學系

學歷：美國夏威夷大學地理學博士
專長：民族政策、民族地理、原住民空間研究、社區自然資源管理
經歷：2007/05 ～ 2007/12 中央研究院民族學研究所 原住民訪問學者
2002/08 ～ 2002/11 Center for Chinese Studies, University of Hawaii, Visiting Scholar

評論人
湯文章 法官
臺灣花蓮地方法院

國土計畫、原住民族自治與原住民族土地權之落實

官大偉

摘要

原住民族權之立論基礎，為對原住民族集體與其土地之間先於現代國家出現前既已存在之特殊關係的承認，以及對這樣的關係之維護延續，因此，原住民族土地權的落實與否，自是保障原住民族權之關鍵。我國原住民族基本法通過後，確立了保障原住民族權的原則，但關於土地權利之落實，則與當前審議中之原住民族自治法（草案）與國土計畫法（草案）內容有很大的關係。本文: 1) 回顧原住民族土地權之相關論述，指出原住民族土地權所包含之空間規劃、土地管理、資源利用等三個層面之權利及其意涵；2) 分析我國國土計畫之體系，說明原住民族自治和國土計畫之關係，以及他們所涉及原住民族土地之空間規劃、土地管理、資源利用事項；3)分別就上述三個層面，探討原住民族自治所會面臨的法制問題；最後，本文並就如何透過原住民族自治法與國土計畫法內容之設計，達成原住民族土地權之落實，提出建議。

關鍵字：國土計畫、原住民族自治、原住民族土地權

一、前言

原住民族權(indigenous rights)是第二次世界大戰後人權論述中極重要的一環。受到十四至十六世紀文藝復興之人文主義以及十七世紀科學革命的影響，十八世紀的啟蒙運動中誕生了現代的人權概念，在現代國家興起以及社會契約論的背景下，此一時期的人權概念強調個人在國家之中的基本權利，包含自由權、公民權等被論述於《人權宣言》（1789）、《獨立宣言》（1776）等文件之權利，按照Vasak (1979)的三代人權說，這樣的人權被稱為第一代人權。而第二代人權概念則是起於十九世紀至第二次世界大戰結束之間對於自由權、公民權如何落實的省思，經歷了資本主義興起後的弊病以及社會主義思潮的啟發，第二代人權概念體認到，唯有保障人民在社會生活中之物質與精神之需求，才能使其能實踐自由權與公民權，因此社會權應該也是人權之一部份，在《聯合國憲章》（1945）、《世界人權宣言》（1948）、《經濟社會暨文化權利國際公約》（1966）中都文字化了這樣的概念。在第二次世界大戰之後，第三代的人權概念進一步省思到，在現代政治的國家和個人的二元關係之間，還存在著許多的社會群體對社會生活之運作發揮作用，而個人對於自由、政治參與、物質與精神上的人權是否能被滿足，和這些群體的集體權利是否被承認和保障有很大的關係，包括聯合國〈關於人民與民族自決權的決議〉（1952）、《土著和部落人口公約》（1957）、《人類環境宣言》（1986）、《發展權宣言》（1986），以《原住民族權利宣言》（2007）都是這樣的理念下產物。

原住民族權是在當代檢視一個國家是否侵犯人權之重要標準，而土地權則是原住民族權之根基。按照人權之基本概念，各式的人權是相互依存而不可切割的，易言之，對於任何一個項目的人權的侵犯，就是對於整體人權的侵犯。關於原住民族權利之內涵的論述，隨著1970年代開始的原住民族國際串連日漸蓬勃而日益豐富，這些討論回溯法學史中的自然法思想、西班牙殖民拉丁美洲時對於原住民之土地權的討論、1763的大步列顛皇家公告，並探討各個國家憲法中與原住民族相關之條文、法律、法院判例之演變，分析區域性國際組織以及聯合國等組織之行動與相關文件所構成的國際法體系，指出了當代習慣國際法中對於原住民族之固有主權（inherent sovereignty）以及隨之而來各式權利的承認（Anaya 2004），這樣的固有主權，立基於原住民族集體與其土地之間先於現代國家出現前既已存在、而在現代國家出現之後仍被延續之特殊關係，而隨之而來的各式權利，很重要的目的即是對這樣特殊關係的維護。

土地權是人和人、人和土地之關係的反映，法律中對於土地權之規範隱含了一個文化中對於這些關係的認知和價值觀，在和主流社會之文化有所差異的情況下，原住民族和其土地之關係，在依照主流社會之文化所建立的法律體系中很被難保障。現代國家的出現不能否定原住民族先佔的事實，也未能完全消滅原住民族和其土地之實質互動關係，早期在現代國家的法律中，對這些關係的態度是刻意予以漠視、否認，隨著原住民族運動的努力以及前述人權概念的演變，國際間對於原住民族土地權的討論，逐漸進入如何在國家法律中保障原住民族維護其和土地之關係，但即使國家有保障原住民族土地權之意願，要如何將其在法律體系中落實，往往仍是一個難題。我國原住民族基本法通過後，確立了保障原住民族權的原則，原住民族基本法言明「政府承認原住民族土地及

自然資源權利」並規定了必須另定法律規範原住民族土地調查及土地回復、取得、處分、計畫、管理及利用等事項（第 20 條），但完整土地權之行使，是必須在和國家其他相關法律相互鑲箝的情況下進行，以土地傳統慣習和國家法制之接合而言，要維護一個土地傳統慣習得以運作的制度環境，除了原住民族基本法以及研擬中的「原住民族土地及海域法」之外，國土計畫和原住民族自治亦扮演關鍵的角色。

有鑑於此，本文以國土計畫、原住民族自治和原住民族土地權之關係為觀照對象，首先回顧原住民族土地權之相關論述，指出原住民族土地權所包含之空間規劃、土地管理、資源利用等三個層面之權利及其意涵；接著，分析我國國土計畫之體系，說明原住民族自治和國土計畫之關係，以及他們所涉及原住民族土地之空間規劃、土地管理、資源利用事項；之後，分別就上述三個層面，探討原住民族自治所會面臨的法制問題；最後，並就如何透過原住民族自治法與國土計畫法內容之設計，達成原住民族土地權之落實，提出建議。

二、原住民族土地權之內涵

「原住民族不必然要是第一個來到這土地上的人（first comers）；原住民族通常被定義為沒有國家的民族（non-state people），但這並不表示原住民族的成員必須是未曾參與國家政治的運作或現代經濟活動，而是說他們有獨特的生活方式使他們在國家（state）政治和現代化中顯得特別的脆弱，而原住民族則和他們所處國家之間有著潛在的衝突關係」（Eriksen，1993：125-26）。如同前言中所述，現代國家過往以否定原住民族和土地之關係，強化國家主權之正當性。但是，在習慣國際法中已經形成承認原住民族固有主權之論述。以美、澳、紐、加四國來說，雖然國家否定原住民的外部主權，但卻已部分承認原住民的內部主權[1]（施正峰，2005）。

就土地議題而言，原住民族的內部主權，即其對土地及相關自然資源的主權。Dase（2003：2-3）在其為聯合國就原住民族對自然資源的永久主權（Indigenous peoples' permanent sovereignty over natural resources）所進行的調查報告中指出：「如果原住民族無法擁有法律上的權力控制其土地、領域，並進而充分從其自然資源上獲得經濟、以及其他方面的利益的話，那不會有所謂的有意義的政治上、經濟上的自決（self-determination）」，她並強調主權（sovereignty）一詞用來指涉對於自然資源的永久權力時，可以解釋為對於自然資源具有法律上（legal）的、治理（governmental control）

[1] Daes 指出（2003：3），在十六世紀，主權（sovereignty）一詞，意指一個國家所能行使的，絕對的、最高的、不受任何限制的權力。然而，在十九世紀初，法國法官 Emmerich de Vattel 的 *The Law of Nations* 的論述中，主權一詞不再只是具有絕對性的意思。在此案例，主權（sovereignty）一詞在國內法中被承認；也就是說，擁有主權者（sovereign），被認為是可以受到另一個更大的，擁有主權者（under the protection of another, greater sovereign）的保護，而不失去其自己原本擁有的主權（sovereignty）。同時，在當代，很顯而易見的，沒有一個國家真正行使"完全不受約束"的主權，所有的國家的主權多多少少都都會受到條約以及國際法的限制。因此，即使原住民族行使他們對於自然資源的治理權力（governmental capacity）時，會受到某些限制，在法理的原則上，並沒有反對使用主權（sovereignty）一詞來指涉原住民族對其自然資源的治理權力的理由。

上的，以及管理（management）上的權能（authority），而其中，尤其是必須包含行使自決權的面向。同時，她也強調在國家利益和原住民的利益之間達到平衡是可能的。

本文所指之土地權，為包含土地及相關自然資源之權利。現代所有權制度形成過程中，對自然資源的規範，起初是以土地為物權的主要客體，附著於土地的資源皆屬土地所有權支配範圍，但隨著社會的演變，這些資源逐漸被從土地抽離出來成為獨立的權利客體（例如，將地下的礦權、地上的森林採集權跟土地所有權分開），而土地權制度也日趨複雜。有論者將土地視為自然資源的一部份，亦有論者將土地所衍生的自然資源，視為廣義之土地的一部份，本文採取的是後者的定義。土地的擁有、使用與維護，直接關乎原住民族生存的基本物質條件；而土地的擁有、使用與維護的方式，則涉及界定人際、人與環境之關係的社會制度和知識；這些制度和知識的運作，又與文化中深層的世界觀與生態哲學息息相關。因此，土地不僅關係到原住民族的經濟生計，亦關乎原住民族社會與文化的發展。

聯合國大會於2007年9月通過的「原住民族權利宣言」，其中第25條至第30條為原住民族土地權相關之規範，在第25條的條文中開宗明義的指出「原住民族有權維持和加強他們同他們傳統擁有或以其他方式佔有和使用的土地、領域、水域、近海和其他資源之間獨特的精神聯繫，並維護他們在這方面對後代的責任」，也就是說原住民族和土地之特殊關係，不僅只是現代法律下的財產權關係，也包含了精神文化的面向，因此，自25條至第30條的條文內容，顯示了要維護這種特殊關係，完整的原住民族土地權利，應包含「安全生存環境的維持」（第29條）、「土地財產權益的保障」（第20條、第26條、第28條）、「土地相關文化慣習與制度的尊重」（第11條、第12條、第13條、第25條、第26條、第27條），以及「對未來發展模式的自主自決」（第20條、第23條、第26條、29條、30條）等四個面向。其中關於「安全生存環境的維持，著重在避免國家任意將有害原住民族健康及環境安全之物質放置於原住民族之土地上，而「土地財產權益的保障」涉及了土地資源的所有和利用權益，「土地相關文化慣習與制度的尊重」涉及了土地利用和管理的方式，而「對未來發展模式的自主自決」，則涉及了對於生活空間之發展規劃。易言之，從後三者來看，完整的原住民族土地權應包含「空間規劃」、「土地管理」、「資源利用」的權利。本文接下來將分析我國國土計畫之體系，說明原住民族自治和國土計畫之關係，並指出它們所涉及這三個層面之權利的事項。

三、國土計畫、原住民族自治及其所涉及之原住民族土地權事項

國土計畫，意指根據國家社會發展的總目標以及區域的自然和社會條件，對其所轄疆域之資源的開發、利用和治理、保護而進行全面的規劃，同時，國土計畫的內涵也應隨著國家社會的發展與變遷而有所調整[2]。我國現行國土規劃體制為國民政府與日本殖

[2] 舉例來說，美國的國土規劃理念經歷了都市公園運動時期（1850~1900）、市政績效運動時期（1900~1920）、田園都市時期（1920~1950）、都市更新運動（1950~1980）、成長管理運動（1980~1990）等時期，而在 1990 年代之後，則邁入了永續發展理念的階段。同樣的，英國在經歷了一連串的社會型

民地政府規劃體制綜合體（梁又文，2003），從空間的尺度而言，它是由下而上逆勢發展而成的，亦即先有都市計畫、再有區域計畫，最後才有台灣地區綜合開發計畫和未來要發展的國土規劃體系。

日治時期基於工業與戰略政策，產生了一些工業城市，這時期的實質空間規劃主要是日本引進歐美的規劃手段，主要特徵是中央集權的規劃體制、以都市計畫地區為計畫對象、並透過法令授予都市計畫權威性、建立都市計畫官僚組織以及引入規劃技術。台灣光復後，依不同時期規劃重點、理論基礎以及重大變革，大致上可區分為城鎮規劃時期、區域規劃時期以及國土規劃時期等三個時期（梁又文，2003）：**1) 城鄉規劃時期**（1945-1974）的規劃層面皆以都市土地為主，對於非都市土地的開發與管制則較缺乏相關的法令規定與運作機制。此時期為符合快速的工業發展，都市發展列入了經建計畫的項目之一，1964 年國民政府始對都市計畫法進行第一次的修正工作，將都市計畫分為市鎮計畫、鄉街計畫、特定區計畫與區域計畫四種。並在規劃體制內結合審議制度。1973 年第二次修正都市計畫法，刪除區域計畫的規定，並且加強都市計畫分期分區建設、改進都市計畫公開展覽；**2) 區域規劃時期**（1971-1995）為1971 年在聯合國專家協助行政院經合會「都市建設與住宅計畫小組」擬定了「台灣北區區域建設計畫」、「台中區域計畫」、「高雄台南區域計畫」。區域計畫法於1974 年正式公佈，也是十大建設的開始，該法定義區域計畫為「基於地理、人口、資源、經濟活動等相互依賴及共同利益關係，而制定之區域發展計畫。」。在土地使用管制上將全國土地分為都市土地與非都市土地進行管制，稍後（1976年）並頒布「非都市土地使用管制規則」、1977「區域計畫法施行細則」；**3) 國土規劃時期**（1979-）行政院經建會1979 年所公佈的「台灣地區綜合開發計畫」為我國最早之國土規劃，但由於只是行政部門的計畫，並無法源基礎，而且是以經濟發展為主要的計畫目標，所以在計畫企圖整合各部門資源進行整體國土的綜合評估政策時，在政策執行上受到許多技術層面的困難，各部門機關本位主義無法破除。1993 年行政院核定實施「振興經濟方案」時，也要求經建會重擬「國土綜合開發計畫」，並且一起進行「國土綜合開發計畫法（草案）」的研議。2002年5 月總統府提出『新世紀國土改造案』，其中建議撤回『國土綜合發展計畫法』(草案)於內政部重新研議，2003年2 月提出修正版本並且將法案名稱改為『國土計畫法（草案）』。此草案數度進出立法院，延宕數年未能完成立法，而2009年莫拉克風災之後，政府則再度宣示將儘快推動通過此法。

國土計畫法是一部規範各個空間層級之計畫之擬定、提出與通過之機制的法案，雖然本法何時會通過尚在未定之數，然而此法所擘劃之機制，將使我國之國土計畫體制產生變革，亦是為未來國土計畫體制之發展趨勢，對於原住民族土地權益將有重大的影響。本法通過後，國土計畫將分成四種類型：1)全國國土計畫；2）都會區域計畫；3）特定區域計畫；4）直轄市、縣（市）國土計畫。其中分全國國土計畫、都會區域計畫、直轄市、縣（市）國土計畫分別是由中央政府、地方政府擬定提出，而特定區域計畫則

態的變遷以及規劃理念的轉變後，在 1990 發表『環境白皮書』，明示英國未來的規劃理念將會以永續發展為重點，並且規定在未來規劃過程中，必須要將經濟發展與環境保育結合。

依需要由目的事業主管機關擬定提出。在土地使用的管制上，國土計畫法規範了未來全國國土將分作四種國土功能分區：1) 國土保育地區；2)農業發展地區；3)城鄉發展地區；4)海洋資源地區各國土功能分區，得再予分類、分級，在中央或地方提出的國土計畫中分別訂定不同層級之管制。圖1和圖2顯示本法通過之後國土計畫體制的變化，表1和表2則分別顯示國土計畫法草案中所規範之各級政府權責，以及國土功能分區的原則：

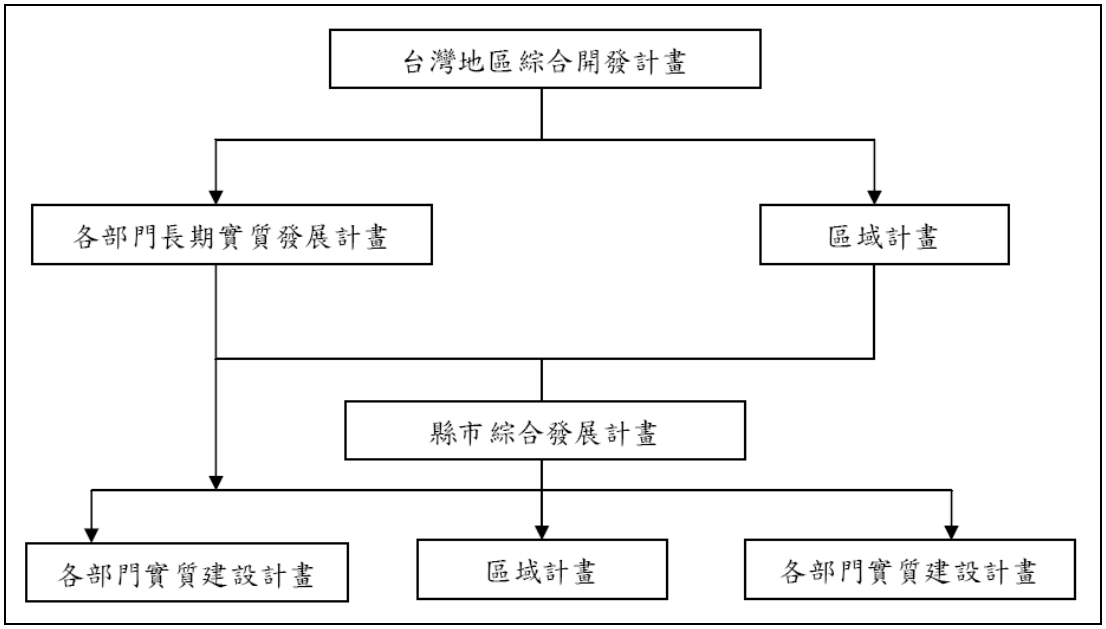


圖 1：現行國土發展規劃相關計畫體系圖
（資料來源：行政院經濟建設委員會，1996：7）

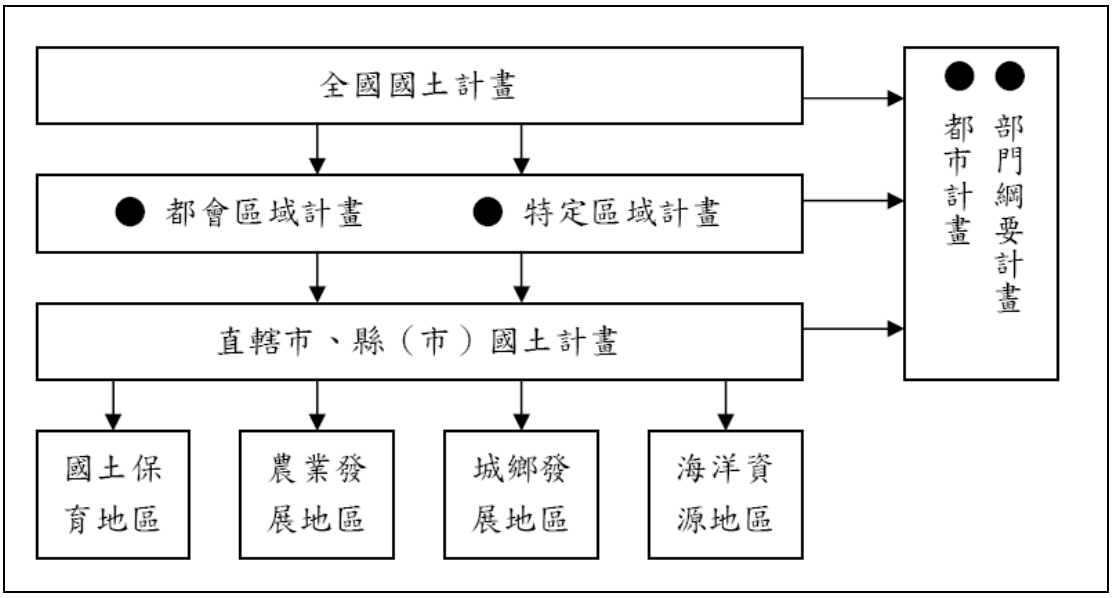


圖2：國土計畫法草案下國土規劃體制之架構

表1：國土計畫法草案下政府主管機關之權責劃分

主管機關	應辦理事項
中央主管機關（內政部）	1. 全國國土計畫與都會區域計畫之擬訂、審議、公告、變更及實施。 2. 特定區域計畫之審議。 3. 對直轄市、縣（市）政府推動國土計畫之核定、監督及協調。 4. 國土功能分區劃設構想之規劃、釐定及宣導。 5. 國土保育地區及海洋資源地區之劃設。 6. 土地使用管制、開發許可制度之規劃、釐定及宣導。 7. 涉及變更國土功能分區及其分類、分級，或屬國土保育地區或海洋資源地區之開發許可、許可變更及廢止之審議。 8. 國土計畫作業完成公告實施前之過渡時期，權利保障制度之規劃、釐定及宣導。 9. 其他全國性國土計畫之策劃、督導及協調。
直轄市、縣(市)主管機關（直轄市、縣市政府）	1. 直轄市、縣（市）國土計畫之擬訂、審議、公告、變更及執行。 2. 行政轄區內國土功能分區之規劃及執行。 3. 農業發展地區及城鄉發展地區之劃設。 4. 土地使用管制、開發許可制度之執行。 5. 涉及變更農業發展地區或城鄉發展地區分級之開發許可、許可變更及廢止之審議。 6. 國土計畫作業完成公告實施前之過渡時期，權利保障制度之執行。 7. 其他直轄市、縣（市）國土計畫之協調及執行。

表2 國土計畫法草案下國土功能分區之規劃、分類分級原則

國土功能分區	規劃原則	分類、分級原則
國土保育地區	應以保育及保安為最高指導原則，並限制開發使用，對環境劣化地區應逐漸復育其生態機能。	依據環境敏感特性，就生態、文化與自然景觀、水資源、天然災害及其他資源保育等型態予以分類，並依保育標的之重要程度，予以分級。
海洋資源地區	此地區之保育、防護，除比照國土保育地區規定辦理外，對港口、航道、漁業、觀光、能源、礦藏及其他重要資源，應整體規劃利用並增進其產業效益。	依據內水與領海之現況及未來發展之多元需要，就港口航道、漁業資源利用、礦業資源利用、觀光旅遊、海岸工程、海洋保護、特殊用途及其他使用等類別，進行海域功能區劃予以分類，並依其環境資源特性，考量離岸距離與海水深度之不同、會商有關中央目的事業主管機關，予以分級。
農業發展地區	應確保基本糧食安全，積極保護重要農業生產環境及基礎設施，並應避免零星散漫之發展。	依農業整體發展需要與產業類型及特性予以分類，並依農地資源特性就主、次要或可優先釋出農地等，予以分級。
城鄉發展地區	應以集約發展、成長管理為原則，創造寧適之生活環境及有效率之生產環境，確保完整之配套公共設施。	依據都市化程度、交通可及性及公共設施服務水準等，就已發展、再發展及待發展等型態予以分類，並依成長管理、都市機能及城鄉發展需要，予以分級。

台灣之國土計畫體系經歷了殖民時期、威權時期、民主化時期呈現了須因應社會環境與經濟變遷而進行調整的必要性，但國土計畫法草案自開始研擬至今，台灣社會又面

臨新的轉折，2005 年通過的原住民族基本法承認原住民族土地權並定義原住民族土地包括了原住民保留地與原住民族傳統領域，雖然 2009 年行政院在國土計畫法草案中增列了「為尊重原住民族之生活型態與居住需求，有關原住民族土地及海域之經營管理，其屬符合國土計畫內容規定者，『得』依原住民族基本法及其相關法規之規定辦理」之文字（第 30 條），但是此一在原住民族基本法通過之前研擬之國土計畫法草案，畢竟是缺乏對原住民族自治的認識和想像，時值行政院院會通過原住民族自治法草案之際，實應該將原住民族自治與國土規劃二者之關連性以及如何透過國土計畫與原住民族自治之銜接，落實原住民族土地權作新的思考。

原住民族自治指的就是一個國家內原住民族或數民族對自己民族事務或其傳統居住區域內之事務擁有自行決定、管理的制度，是自己管理自己，也是自己決定民族的未來發展（高德義，2009）。從多元文化主義的觀點，原住民族自治的空間規劃和國土規劃之間應該存在著相互的辯證關係，亦即：若是國土規劃不能考量並重視原住民族自治的空間議題，則這樣的國土規劃既是犧牲原住民族權益、消抵國家之道德正當性，同時也將因為無法整合國內不同區域、族群的利益及多元目標而難以成功；反之，原住民族自治的空間規劃、土地管理、資源利用，若不能參與到國土計劃的程序和機制，原住民族土地權亦難以得到落實。對照行政院版本之國土計畫法草案及原住民族自治法草案，可以看到幾個有待釐清的土地權事項：

1) 在空間規劃的部份，按照目前的國土計畫法草案，有權研擬提出國土計畫的單位分別為中央政府、直轄市、縣（市）政府，在中央，行政院原住民族委員會雖然是原住民族土地的主管機關，但原住民族土地上仍有許多目的事業主管機關（例如農委會、經濟部），因此，即使有針對原住民族地區的特定區域計畫，行政院原住民族委員會並無法主導這樣的計畫內容；而在地方，按照行政院版本的原住民族自治法草案，原住民族自治區為具公法人身份之自治團體，而非行政分區，因此亦無研擬提出縣（市）層級之國土計畫的權力。若從空間規劃的角度觀之，原住民族土地之發展恐怕一如以往，在中央被切割到土地上不同的目的主管機關的規劃，在地方則被切割到自治區範圍所屬之不同縣政府的規劃之下，分別成為不同縣市的發展邊陲，卻缺乏以自治區為單位的國土思考。

2）在土地管理的部份，國土計畫法草案主要規範「土地分區使用管制」以及「開發許可」的政府權責，雖然在原住民族自治法草案中提及原住民族自治區的自治事項包含「自治區原住民族土地、自治區管理土地之管理及利用」（第23條），但卻未有清楚的闡釋，相反的，對照目前的國土計畫法草案，則自治區範圍所屬之不同縣政府可透過其縣級國土計畫的研擬提出，主宰自治區中之土地分區及管制方式。至於開發許可方面，原住民族自治法草案中提及「政府或私人於自治區域內從事原住民族基本法第二十一條第一項、第二項、第二十二條及第三十一條規定之行為前，經自治區政府提請自治區議會議決同意者，視為已徵得當地原住民族之同意或參與」，而「自治區域內之國家公園、國家級風景特定區、林業區、生態保育區、遊樂區或其他資源治理機關，與自治區共同管理者，視為已依原住民族基本法第二十二條規定，與當地原住民族建立共同管

理機制」（第24條），然而若對照目前的國土計畫法草案，開發案之變更審議、環境影響評估之審議權則仍屬縣政府，而自治區議會僅是行使最後的同意權。整體而言，在土地管理的部份，原住民族自治區的缺乏參與到分區使用管制之設計的過程，對開發許可的權力也很微薄。

3）在資源利用部份，上述兩個層面的土地權的不彰，已經會限縮資源利用之權利的行使，而原住民族自治法草案中第21條，關於自治區民於自治區域內，行使森林採集、土石礦物、水資源之權利，「以基於傳統文化、祭儀或自用之非營利目的為限，應依野生動物保育法、森林法、礦業法、土石採取法、水利法、溫泉法、文化資產保存法及國家公園法規定，並向自治區政府申請核准後獵捕野生動物、採集公有林之林產物、採取礦物、土石及利用水資源。但於國家公園範圍內行使者，應以遊憩區及一般管制區為限，並受該國家公園管理機關之監督」之規範，則更使得原住民族資源利用之權利的行使，落回現今法令規定之窠臼。若以原住民族部落與現今法令規定土地在資源利用上之衝突（陽美花，2008）觀之，則在國土計畫法草案和原住民族自治法草案的架構下，這樣的衝突仍會存在。

表 3：原住民族部落與現今法令規定土地在資源利用上之衝突

法令規定	部落觀點	衝突法令
內政部「國家公園法」第 13 條：國家公園區域內禁止行為：焚燬草木或引火整地、狩獵動物或捕捉魚類、污染水質或空氣、採折花木、於樹林、岩石及標示牌加刻文字或圖形、任意拋棄果皮及紙屑或其他汙物、將車輛開進規定以外之地區等其他主管機關禁止之行為。	限制了原住民傳統燒墾、狩獵等文化活動，也禁止原住民於園區內搭建工寮、從事農耕、採集等工作，該法無法讓生活周遭族人利用自然資源，阻斷族人發展經濟的契機，也阻礙族人行使傳統文化活動的權力。	「原基法」第 19、23 條
環保署「環境基本法」第 18 條：各級政府應積極保育野生生物，確保生物多樣性，維護多樣化自然環境，並加強水資源保育、水土保持及綠化工作。	限制原住民傳統燒墾、狩獵等文化活動及禁止原住民於從事農耕、採集等工作，無法讓族人利用自然資源，阻礙族人經濟發展，也阻斷族人行使傳統文化活動。	「原基法」第 19、23 條
農委會「水土保持法」第 19 條：經劃定為特定水土保持區之各類地區間（水庫集水區、主要河川集水區、海岸、湖泊沿岸、水道兩岸、沙灘等指定地區），禁止任何開發，但事關水資源之重大建設、不涉及一定規模以上之地貌改變及經環評估審查通過之自然遊憩區，經中央主管機關核定不在此限。	土地不可做任何開發，包括建築房舍、從事農耕、漁牧、採集、砍伐林木。這些將影響原住民族的生計及限縮經濟發展，同時也阻斷族人行使傳統文化活動的能力。	「原基法」第 19、23 條
農委會「森林法」第 15 條第 3 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。天然災害發生後，國有林竹木漂流至國有林區域外時，當地政府需於一個月內清理註記完畢，未於一個月內清理註記完畢者，居民得自由	族人依法執行應有權利，然而卻被執法人員以盜伐名義捕捉，同樣對照林務局標售森林副產物的行為，國家似乎企圖正當化林務局奪取原住民族權益的規定。	「原基法」第 19、23 條

撿拾。		
農委會「文化資產保存法」 第 52 條：生態保育區與自然保留區禁止改變或破壞原狀。 第 53 條：珍貴稀有動植物禁止捕獵、網釣、採摘、砍伐或其他方式予以破壞，並應維護其生態環境。	土地不可從事任何開發，對原住民傳統狩獵及漁獵行為產生約束，致使族人無法進行傳統文化活動，也阻礙族人永續利用周遭自然資源及行使傳統文化活動，並阻斷族人經濟發展契機。	「原基法」第 19、23 條
農委會「國土復育條例草案」 第 6 條：高海拔（1500 公尺）山區除原住民部落自給農耕外、禁止農耕、採伐林木，既有作物限期廢耕。 第 12 條：海岸地區依保護管理理由得設海岸保護地帶及禁止開發，如重要水產資源、珍貴稀有動植物區、特殊景觀資源區、重要文化資產地區等其他依法律規定為保護區。 第 14 條：無人居住之島嶼，除必要氣象、導航及國防設施，禁止開發及建築。	明定海拔 1500 公尺以上山坡地，以及海岸地區離海岸 6 公里範圍及蘭嶼被限制開發規定，在未有配套辦法即實施，影響周遭原住民生計及其行使傳統文化權利，族人以滅族滅種形容該政策。	「原基法」第 19、23、32 條
農委會「野生動物保育法」 第 10 條：禁止騷擾、虐待、獵捕或宰殺一般類野生動物等行為、採集、砍伐植物等其他禁止或許可行為。 第 16 條：保育類野生動物，除本法或其他法令另有規定外，不得騷擾、獵捕、宰殺、買賣、陳列、展示、持有或繁殖。 第 21 條之 1 項：台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。其行為應經主管機關核准，申請程式、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。	主要禁止干預及獵殺保育類動物，多為族人祭典狩獵物種，然而政府規定狩獵行為必須基於傳統文化祭典需要，干預族人行使傳統文化的自由。 政府開放祭典期間狩獵，然而族人狩獵禁忌多，加上政府限制 1 年只有 2 次申請機會，每次 7 天，申請手續繁瑣及規定眾多，若遇上天候不佳，以及動物繁殖期的限制，亦將錯失狩獵及損失再申請機會，導致居民仍然冒險打獵。	「原基法」第 19、23 條
原民會「原住民族基本法」 第 19 條：原住民得在原住民族地區依法從事下列非營利行為：獵捕野生動物、採集野生植物、礦物等，限傳統文化、祭儀或自用。 第 20 條：政府承認原住民族土地及自然資源權利；原住民族或原住民所有、使用之土地、海域，其回復、取得、處分、計畫、管理及利用等事項，另以法律定之。 第 21 條：政府或私人於原住民族土地內從事土地開發、資源利用、生態保育及學術研究，應諮詢並取得原住民族同意或參與並分享利益。政府或法令限制其土地及自然資源，應諮商取得同意。 第 22 條：政府於原住民族地區劃設國家公園、國家級風景特定區、生態保育區、遊樂區等，應徵得原住民同意，建立共管機制。 第 23 條：政府應尊重原住民族選擇生活方式、習俗、服飾、社會經濟組織型態、資源利用方式、土地擁有利用與管理模式之權	明訂採捕水產動植物不得使用毒物、或其他麻醉物。如排灣族傳統捉魚以毒魚藤進行，族人傳統麻痺魚隻的利用技術無法延續；蘭嶼飛魚祭期間遭受外來漁民大肆霸佔原來其經濟海域，雖經縣府公告禁止事項，在雙方捕撈目的不同，無法保障族人行使傳統文化的權利，也阻絕原住民與河川、海洋的關係。 政府或外來資本家於傳統領域之開發建設，未能尊重在地住民即動工。如台東縣政府推動「台東美麗灣渡假村」等 BOT 案，並未尊重在地族人意願，為政府「公共財私有化」覬覦族人傳統領域資源，致使族人生存、生計受到影響。林務局提供民間投資經營「阿里山森林鐵路及阿里山	「國家公園法」第 13 條、「森林法」第 15 條第 3 項、「野保法」第 21-1 條、「土海法草案」第 17 條、「漁業法」第 48 條、「環境基本法」第 17、18、24 條、「國土復育條例草案」第 6、12、14 條

利。 第 32 條：政府除因立即而明顯危險外，不得強行將原住民遷出。前項強制行為，致原住民受有損失時，應合理安置及補償。	森林遊樂區」亦是。 原住民傳統領域、保留地涉及國土保安、水資源及生態維護等自然及資源問題，衍生之相關政策限縮原住民族利用與發展，使山區土地使用價值低落，造成原住民經濟的困頓。	

（資料來源：陽美花，2008：123-126）

四、原住民族自治之空間規劃、土地管理、資源利用的法制課題

基於以上討論，本文整理出表 3 中所示要落實原住民族在空間規劃、土地管理、資源利用上之權利，所應重新思考的問題：

表3 原住民族自治法草案中和國土計劃相關的法制課題

土地權分類		問題	涉及機關	涉及法令
空間規劃		自治區政府可規劃的事務有哪些?	自治區政府	自治§7、23 國土§4、13、14 區計§7
		自治區議會可規劃的事務有哪些?	自治區議會	自治§24、26、39 國土§4、13、14 區計§7
		自治區、自治區域能否有國土計畫?縣市國土計畫?特定區域計劃?或區域計畫?	自治區政府	國土§3、4 區計§5
		跨區事務的協商與合作事項有哪些?	自治區政府	自治§27、28
土地管理	開發許可	區域計畫或國土計畫的主管機關是否增列自治區政府?	自治區政府	國土§2 區計§4
		自治區、自治區域內鄉鎮市的區域計畫或國土計畫由誰擬定?	自治區政府?縣市政府?	區計§6 國土§15
		自治區、自治區域內鄉鎮市的開發案向誰申請?	自治區政府?縣市政府?	區計§15-1 國土§35
		自治區、自治區域內鄉鎮市的區域計畫或國土計畫、開發案擬定與變更的審議由誰負責?	自治區議會?另設委員會?原民會?區委會?中央國土計畫合議會?縣市國土計畫合議會?	自治§24 國土§7、15、37 區計§9
		自治區、自治區域內鄉鎮市的區域計畫或國土計畫、開發案的核定由誰負責?	自治區議會?自治區政府?原民會?縣市政府?內政部?	自治§24 國土§7、15、37 區計§9
		開發影響費及國土保育費由誰收取?	自治區政府?縣市政府?	國土§40 區計§15-3
		環境影響評估、水土保持的審議由誰負責?	環保署?水保局? 自治區政府?縣市政	國土§34 非都管§17

			府?	
	土地使用分區管制	自治區的定位?行政分區?功能分區?		自治§3、12
		自治區域的內涵?		自治§3、12
		自治區的行政區劃?鄉鎮市?自治區域?		自治§3、12
		國土功能分區、分類、分級由誰劃分、變更?管制事項由誰訂定?	自治區政府?縣市政府?內政部?	國土§11、14、23、24、27、28、30、31 區計§15
資源利用		能否突破野生動物保育法、森林法、礦業法、土石採取法、水利法、溫泉法、文化資產保存法及國家公園法之限制？		自治§21

五、結語

原住民族基本法之通過，是我國在保障原住民族權上之一項進步，但作為原住民族權核心之土地權的落實，則有賴國土計畫與原住民族自治之適當設計，在原住民族基本法承認原住民族土地權之前提下，原住民族自治法應當在空間規劃、土地管理、資源利用上，為原住民族土地權尋求新的突破，在目前原住民族自治法與國土計畫法仍處於立法程序之中的情況下，如何對兩部法案的內容進行調整，強化原住民族自治政府在參與研擬和提出國土計畫的權力、建立自治政府參與開發許可及土地分區使用管制之機制，並且突破野生動物保育法、森林法、礦業法、土石採取法、水利法、溫泉法、文化資產保存法及國家公園法之限制，將是原住民族土地權能否落實的關鍵。

六、參考文獻

林耿弘
2003，國土法（草案）體制下台灣地區都會管理機制建立之研究。逢甲大學建 築及都市計畫研究所碩士論文

施正峰
2005，「原住民族的主權」，《第一民族，第四世界：原住民族的生存空間論文集》，國立臺灣師範大學地理系區域研究中心主辦，第九屆台灣地理學術研討會，台北。

高德義
1999，民族權的理論與實踐：台灣原住民人權評估，台灣法學會學報，第20 期。
2009，解構與重構－原住民族人權與自治。花蓮：國立東華大學原住民民族學院

楊國城
2004，環境倫理與台灣國土規劃政策發展歷程之研究。國立東華大學環境政策研究所

張景森、何芳子，
1997，台灣都市計畫思潮與教育發展方向。都市計畫教育學術研討會論文集，台北

梁又文
2003，台灣戰後政經環境變遷與國土發展之研究－台灣經驗分析 1949-2000。中山人文社會學院博士論文

行政院經濟建設委員會
1996，國土綜合開發計畫。

內政部
1995，國土綜合開發計畫法（草案）。

內政部
2009，國土計畫法（草案），2009 年 10 月 8 日版本。

喻肇青
2006，國家長程重大建設策略落實於國土計畫部門綱要計畫之研究，行政院國土規劃委託研究案－國土規劃前置辦理計畫子計畫四，http://tpweb.cpami.gov.tw/p_7_3.htm。

陽美花
2008，「新夥伴關係」下的台灣原住民傳統領域問題：部落觀點之研究，國立東華大學族群關係與文化研究所碩士論文。

行政院經濟建設委員會
2005，國土復育策略方案暨行動計畫，行政院第 2924 次院會核定通過。

行政院
2005，「國土復育條例」草案，台北：行政院。

陳亭伊
2009，原住民族土地資源共同管理機制之研究—以新竹縣尖石鄉泰雅族部落為例，國立

政治大學地政學系碩士論文。

Anaya, S. James. 2004. *Indigenous Peoples in International Law*. Oxford: Oxford University Press.

Daes, E. I. A. 2003. *Indigenous peoples' permanent sovereignty over natural resources*. Preliminary report in Commission on Human Rights of Economic and Social Council, United Nations

評論

湯文章 法官

各位先進大家好，我也是昨天晚上才看到這個文章。我想官老師的文章最主要是以土地權為核心，自原住民族自治法草案通過後，如何由原住民自治來參與這國土規劃，來落實這個土地權的問題。

土地權是原住民的核心，跟一般漢人不太一樣，漢人都覺得，土地本來是一個山皮，是一個買賣而已，像官老師所講的，土地權在原住民來講，它是涉及一個文化還有傳統習慣和包括生存權的問題，那其實現在面臨最大問題就是土地權。就像前面評論人所講的，這個台灣原住民傳統的一些流失非常嚴重，保留地的政策，這個從日據時代一直到現在，尤其是從1966年之後變成私有化引進之後，雖然名目上都是原住民的名字，事實上都是漢人在使用。

像花蓮秀林、新城那個地方，很多漂亮的農舍，土地的名目還是原住民，但事實上都是漢人在經營，當然這個涉及到很多很多的問題，所以說我們保留地的政策，事實上有檢討的必要。至於原住民族自治的問題，就如剛剛陳律師所講的，我想最大的問題是政府的誠意，我們現在很多很多原住民法律都通過，像原住民族基本法、原住民族智慧創作保護條例，到現在這個施行細則到現在都沒有。

陳律師所講的，要政府從口袋裏把傳統的土地給吐出來，事實上真的都很難。當然現在很多很多司法上的判決，慢慢都比較偏向於尊重原住民傳統習慣，但是要承認原住民的傳統領域，事實上到現在可能還沒有。像司馬庫斯那個案子，最後也是以沒有範例來判無罪，所以說雖然有那種虛像，但是還沒有成熟，還要一段很長的時間才能去界定政府要怎樣去尊重原住民。

至於原住民自治，我想同樣的問題，像關老師的文章裏，提到原住民自治，自治法通過之後，原住民自治團體在這個法令裏面是把它界定是一個法人而已，不是一個行政區域。既然是一個法人，按照我們現行的法律來講，他根本沒辦法去參與一些國土的規劃，這是一個很大很大的問題；再來，面臨比較大的問題，也就是現在原住民土地的問題，我們現在有很多基本法，保括原住民基本法，可是它法的位階在哪裏，尤其在法院審判實務上能夠發現，你這個原住民的基本法這樣子規定，可是另外很多比如野生動保育法、國家公園法，一大堆的國家法律裏面，同樣的法律位階，也不能講說哪一個法律的位階比較大，不像說憲法它層次最高，遇到衝突的時候怎麼去解決，那這是一個很大很大的問題。

台灣現在是一個高度原漢交織的地方，很多的領域裏面是不止原住民，而是漢人在

住，所以它裡面法律的規範對像絕對不是說只有針對原住民，有很多是規範到漢人，同樣一個東西有不同的法律在交織衝突的時候，你要怎麼去使用它，我想這是執法者一個的非常困難的問題。譬如說抓一隻山羌，那你違反野生動物保育法，可是問題是你又涉及到原住民基本法19條的問題，那到底那一個法律可以優先適用，我想這是目前我們這個執法者或者說在以後在規範制定相關原住民法律的學者專家應該會想辦法去研究。因為像這篇文章，它的最大重點也是在這邊，那你如何是把這個衝突的問題把它解決掉，如果能夠解決的話，當然最好。

第二個是說，什麼是原住民？我想這是一個很大很大的問題，台灣目前承認是14族，可是問題是還有很多人在吵，像平埔族也在吵說他們也是原住民，像喜拉雅族大家都知道有一個很出名的潘先生的案子，他擁有獵槍，我們去花蓮地院辦那個案子的時候，去問原委會喜拉雅族到底是不是原住民，原委會跟我們講說，他們不是原住民，說漢化已經很嚴重了，一審這樣判，判一年兩個月的樣子，一直到最高法院都覺得說喜拉雅族已經不是原住民。

可是問題是說，我一直覺得說，原住民是自認同的問題而已，而不是國家的機器去承認的問題，不止喜拉雅族，還有很多很多，這個是我們目前應該要去面對，要去解決的。第二個是說這個傳統領域的一個大問題就是流失很嚴重，你今天要去實行原住民自治，成立原住民自治區政府，範圍要怎麼釐清，這也是一個大問題。再來，原住民族自治法草案通過後，都在罵說也沒人也沒錢，什麼都沒有你自治什麼？因為原住民自治法通過之後，它的領域跟一般現行的行政領域是重疊的，如何去協調，讓它的自治能發揮最大的功用，那這是以後都要面臨的大問題。

原住民族傳統領域土地的幾種思考

雅柏甦詠・博伊哲努 專門委員

行政院原住民族委員會企劃處

學歷：國立臺灣大學法律系
經歷：行政院原住民族委員會企劃處綜合規劃及民族自治科科長
行政院原住民族委員會土地管理處規劃開發科科長

評論人

陳為祥 律師

恆信法律事務所

學歷：國立中興大學法律碩士
經歷：交通部觀光局科員
恆信法律事務所主持律師
宜蘭縣政府訴願委員會委員、公務人員復審審議委員會委員

原住民族傳統領域土地的幾種思考

雅柏甦詠・博伊哲努

原住民傳統領域的訴求，其實已有相當長的時間。台灣原住民族權利促進會曾於1984年提出「台灣原住民族獨立宣言」，其中第八點為：「原住民有他們土地和資源的所有權，一切被非法奪取、霸佔的土地應歸還給他們。」爾後，從1988年起連續三次的「還我土地」運動（分別為1988年8月25日、1989年9月27日、1993年12月10日），均以「增、劃編原住民保留地」為訴求主軸，但所主張之增劃編為保留地之土地，皆具有「將原本屬於原住民的歸還給原住民」的意涵。其中如1988年與1989年所提及的「原屬於原住民之土地」，1993年提及的「漢人政府機關、事業單位侵奪之原住民土地」，亦即原住民主張這些土地原本就屬於原住民，但日後被國家所奪取（1988：「被劃為國有、省有、現有及台糖佔用」；1989：「被劃為公有及台糖佔用」；1993：「漢人政府機關、事業單位……，包括東部土地開發處、退輔會、台灣大學等」）。換言之，即不斷提出要把這些土地歸還給原住民族的訴求。

到了1999年，原住民族的傳統領域土地，已變成正式文件的名稱，即「原住民族與台灣政府新伙伴關係」，其中第四點提到，要恢復部落跟民族的傳統領域土地。於此背景因素下，亦陸續發生一些跟傳統領域相關的事件，譬如北德拉曼山事件。當時，一名記者報導北德哈曼山尚有一大塊檜木林，觀光局即表態希望在那裡開發觀光事業，此事引起（泰雅族）水田部落人的抗爭，因部落居民認為那塊土地是他們的聖地，是部落的列產，若將之開放觀光，意同侵犯到傳統領域土地的權利，遂引起重大的抗爭事件。隨後在2001年，又發生了馬告國家公園事件，至今仍有抗爭的聲浪。另有壽豐鄉的圈地事件，阿美族認為東華大學旁邊的那塊土地，目前是退輔會的土地，是族人的傳統領域土地，故聚集了一些住民，將該區域用繩子圈圍起來，並開始進行耕作，以示恢復族人的傳統領域土地權。此外，尚有鄒族的蜂蜜事件，即鄒族特富野社的頭目，達邦社的頭目看見一名漢人在鄒族的傳統領域裡面採取蜂蜜，便逕行予以沒收，此事件導致該頭目因此被判刑。再者，還有舉目事件以及美麗灣等事件，譬如位於美麗灣畔的都蘭部落，觀光局原本打算在該地蓋一座五星級飯店，然而都蘭部落的居民認為此即侵犯了原住民族的傳統領域土地權利，隨後進行抗爭，行政院遂決定停止開發。藉由以上事件我們得以發現，原住民不斷以傳統領域的角度去主張自身的權利，認為政府或私人的一些行為，皆應尊重原住民族族的意願，且原住民族在這些土地皆享有一定的權利。

然而，究竟何謂「傳統領域土地」，其實仍有許多不同的定義。根據內政部的定義，提到過去曾經提出的一項原住民族族土地管理條例草案，其中第七條規定特別強調：所謂的傳統領域土地，指的是在公有土地當中，屬於原住民族傳統祭典祖靈聖地或

舊部落，及其週邊獵區或耕墾的一個土地。由此可見，此定義是採取比較限縮的一個解釋。此外，阿美族的楊仁福立法委員，亦自行提出了一項「原住民族傳統領域回復條例」，此定義較為特別，即指稱原住民族傳統領域土地，乃日治時期起，受政府公權利強制徵收、徵用、佔有等方式剝奪原屬原住民之土地所有權，而尚未歸還於原住民族之土地。此項定義的特殊處在於，將傳統領域限縮於日治時期被政府拿走的土地，並且限縮在尚未歸還的土地。楊委員雖列舉了許多上述定義的土地，然而此概念可謂相當嚴重的限縮。

因此，我一直思索何謂「傳統領域土地」？我們不妨把這個詞分為三個，即傳統、領域、跟土地，這些都是三個完全不一樣的概念。傳統指的是一個時間概念，引發人們討論的是傳統的時間分野應為何時。楊委員將其定義在日治時期，日治時期曾精細繪製了所謂的「番地圖」，故定位於日治時期，有其一個策略上的考量，擁有比較清楚的界限。然而於此同時，亦有人認為傳統的定義應更早，至於如何定位該時間點，不僅是漢人跟原住民族之間一個權利關係的變動，亦有可能影響到原住民族之間的關係，以利稻部落為例，若鄒族比布農族的傳統領域定位早一些的話，則可能會變成鄒族的傳統領域，而不是布農族的；然而若定位時間點是日治時期，則該地乃布農族居住地。同樣在其他地方亦存在同樣的狀況，譬如那瑪夏鄉，當初實因日本人強制鄒族人跟布農族人在河邊握手言合，以河為界，河的北岸是鄒族居住，河的南岸歸屬剛遷入的布農族。因此，時間點的定位，實會影響到原住民族之間領域的劃分。此外亦有人會提及，可以援引一些印美法系的國家，他們引用的前接觸時期，即跟白人接觸之前的領域概念。關於定義的方式，充滿了許多的討論，我個人認為，對於「傳統」的定義，實則在考驗政府的誠意。若政府的誠意大，則傳統的時間定義就早一些。於此同時，原住民族亦有一些失控的傳統，比如說剛開始進行關於傳統領域調查的時候，當時即有泰雅族人將淡水此屬於平埔族的這個地方，劃入為傳統領域裡面，甚至有一些早期鄒族的傳統領域劃法，將整個台南都劃進去。故此，如何處理傳統的議題，仍有許多細密的部分要去思索。

第二個概念即是領域。我認為領域是權利（power），它是民族權利或是民族主權施行的場域，故謂之領域。領域乃空間上區別我族與他族的一個概念，核心的概念在於該族對該領域內擁有排他的支配力，且領域是不可分割的。如何識別原住民族的領域，有幾個可識別的特徵，譬如何處有部落或舊部落，哪些地方是耕作地、獵區、游獵區，或是採集的地方；有些地方是衛星部落，有的地方則可能會蓋工寮、獵寮、漁寮等，或者從事各種活動，皆可劃為自屬的領域。這些領域的支配力，實際上有其強弱之別，譬如對部落，耕地或是獵區的支配力可能是最強的，然而相對說遊獵區、採集地，或者工寮、獵寮等，則其支配力可能是較為薄弱。然而，對於原住民族而言，距離再遙遠、事實支配力再弱的土地，只要受到侵犯必會起而捍衛，因此可能引發民族之間的戰爭。

有關土地支配的實況，除了見諸部落建築與其他人工設施，尚有其他部份乃因信仰文化等因素，而與部落有不可分割的關聯性區域。此種關聯性有些時候只能從神話傳說中獲知，譬如鄒族的聖山叫作火之谷，如今稱為塔山。那是鄒族人不會去也不敢去的地方，因為鄒族人認為那是亡靈之地，是人死後所去之處。此種地方不會因為原住民族人不會或不敢去，而說其並非鄒族的傳統領域，因為在族人的神話與信仰裡，該地即是

族人生命的最後歸宿。因此，雖說於事實上並無肉體或物理上的支配行為，但仍屬於族人的領域。

南美洲原住民族進行原住民族權利與土地權的論述時，有所謂的領域權論述和土地權論述。其中，原住民族土地權的問題不僅是個人權利的回復，亦包含部落世族跟民族集體權利的恢復，以及原住民族作為主權民族之領域權的恢復。土地權的論述主要是著眼於承認原住民族對土地及資源的各種類型的使用權，認為原住民族對於土地及資源本來就有使用管理及發展的權利，故應給予原住民族土地及自然資源之特別的保障，以保障其生存，並避免外力干擾及市場機制所可能造成的惡害。這是土地權論述的一個主要結構。領域權論述則認為說，土地權論述的方式是有瑕疵的，首要問題是：土地權論述強調原住民族土地權以國家承認為前提，在此情形下，原住民族土地權可能在國家機器的操弄下被剝奪殆盡，變成一種名目上的權利；因此，領域權的論述主張，土地權是原住民族的固有權，不待國家的承認或賦予，即當然擁有。第二個問題則是，長期殖民的結果，導致原住民族的土地權利已經被外力過度操弄，瑣碎地承認其使用及管理權利只是不斷切割原本完整的主權領域，原住民族只能獲得殘餘破碎的權利而已，從而對原住民族而言，僅是殖民霸權的變形及延續而已。因此，應進一步要求整體的承認，並且恢復原住民族在其傳統生存領域內的各種權利，以及更高度的支配力。領域權的論述在於要求一個固有的、免於被切割的、完整的、充分的土地權利，此時原住民族的土地權就會跟自治權或自覺權相連並論。領域權論述的主要價值在於，界定原住民族土地權的過程當中，充分評價了原住民族的歷史經驗，並正確指出土地剝奪者往往戴上人道的面具，以事後表面上微量的權利賦予，掩蓋過去延續至今的大肆掠奪。

至於傳統領域的核心意義，我認為有三個極重要的意義：

第一、 突顯權利被剝奪的事實。傳統領域是一個過去的領域，該領域原本屬於原住民族，但在未經原住民族之自由意願，即強行遭外來者據為己有。此外來者不盡然是政府，亦有可能是個人，自然人，譬如原住民族的獵區、漁區、採集區、祖靈地、聖地、部落跟週邊耕墾地，陸續在不知不覺中成為他人的土地。

第二、 傳統領域與現行土地權利的概念相抗，它主張傳統領域權高於土地權。現行法律雖未承認，卻並不因此失其效力，相反，它主張現行法律有源頭的不正義，只有當法律承認原住民族傳統領域權，才有可能消除現行法律源頭的不正義。

第三、 強調原初權利版圖的完整性。講領域而非土地，強調該區域是自治權利的場域，原住民族過去於該區域中自治自覺，在該區域中的權利是完整的，故傳統領域作為一種權利訴求，最終跟原住民族的自治權無法分割。

此外，仍有領域的範圍問題。前述當中，無論是內政部或立法委員的版本，都是用列舉的方式說明傳統領域包含哪些東西，然而我認為最大的問題是領域權論述對於土地權論述的批判，此種切割式的列舉，有可能忽略掉一些本應屬於原住民的東西。此前，林淑雅老師曾提及，傳統領域的定義其實很簡單，即按照憲法對中華民國領土的規定，

原住民族之傳統領域亦依其劃分出固有疆域。或許這樣的定義是最簡單的，在此定義下再設法作出可供操作的一個定義，如此即可。至於如何操作，仍須再三商榷，將其成為可操作的概念。其中，原住民族基本法已有對原住民族傳統領域的一些基本規定，譬如說原住民族土地包含保留地和傳統領域土地。但是，有幾項條文譬如原住民族自治，所強調的即是領土保存原則須尊重其固有權利；或是生物多樣性與傳統知識的保護、原住民族土地及海域或是進入的同意權、尊重傳統土地制度等等，都已有了初步的規範，值得我們去探索其中真正的內涵，作為發展未來原住民族傳統領域制度的基礎。

以恢復原住民族土地權而言，將傳統領域當作自治行政區域，並將土地作為自治區的自治事項，則此時原住民族亦會是傳統領域土地所歸屬的權力主體。原住民族所組成的自治政府，則亦是管理傳統領域的公權力者，如此即可避免土地權論述恣意以各種名目切割原住民族土地的弊端，得以完整恢復原住民族整體的土地權利。

評論

陳為祥 律師

主持人，各位講評的以及各位發表論文的，以及各位貴賓，大家早安。我昨天也等到12點多，也沒有等到什麼樣的資訊。早上還一直以為汪老師最後一刻會現身，不過來了才臨時聽到債務人已經換人。本來應該是汪老師、他是主債務人發表論文，我評論是屬於附隨的義務，既然主債務都不存在了附隨義務不曉得怎麼樣來實現？

本來早上出門時坦白講，我有一點猶豫，我到底要不要來，我要來做什麼？不過，我想主辦單位的緊急應變能力很強，在很短的時間內就找到我們專門委員，他也發表一份質量非常重的文章。我想這個問題是非常不容易處理的，如果昨有參與會議的人，應該對整個原住民的所謂財產土地這個權力怎樣從無到有有個概念。

有關土地這部分，我想分享一點個人的經驗。我們都知道，基本上是日本政府透過山林國有化的政策，把所有原住民原來的傳統領域全部收歸所國有，然後再用所謂保留地的方式釋放出來給原住民，等於只是做居住使用，這樣的一個掠奪的過程，坦白講，當然是非常粗暴，那重點是在於說它把這個原住民的居住跟它原來傳統上面要去維持文化所要的領域做了一個切割。

就我的一個記憶，日本時代所謂山胞或山地保留地基本上它還是維持國有，我們原住民朋友他事實上也並沒有處分的權利，這樣的政策到國民政府時候，基本上它是沿襲日據時代的山地保留地政策，但是它後來把它私有化，就是山地保留地它變成是政策上面容許使用人因為使用時間的或樣態經過一定的條件以後，它容許讓他取得所有權，所以就變成把山地保留地的土地權利形態，納入與漢人的法體系為主的物權篇的規範體系，變成是一般的所有權，只是在說它將來要交易處份的對象也是限於原住民，大概只是這樣的一個限制而已。

這帶來一些很大的衝擊，不只是土地權利也保括對整個部落文化或傳統怎麼延續。那我們現在講說要去回復一個傳統領域的問題，當然除了現有的保留地，那經過日本時代國民政府這樣的制度的演變，中間當然又牽涉到包括原住民被強迫或自願性的遷村，所衍生出來更複雜的，又加深了整個時空的因素在裏面。

現在要講恢復傳統領域，除了現有的居住地以外，重點是要回復到它怎麼樣可以以支撐它傳統的文化跟習俗，可以運作的一個領域。假設你傳統領域基本上是要來維護能實現它傳統的文化多元性的目標底下，我個人比較不傾向把它置焦在某一個特定的時空點底下。以這次八八風災為例，政府雖然講說不是強制遷村，但事實上就是一種強制遷村，待那強制遷村完以後，你要去處理所謂傳統領域又更加困難。

再來就是說，傳統領域裏面，重點除了對於土地的管理權力要去處理以外，它使用的樣態大致上我們可以想像，它不像現有的民法物權篇裏面絕對所有權的概念，不管這個是要將來給哪一個主體，不管是要給部落，或是給一個部落的組織，它絕對不可能給個人，或縱使把這權利給到一個部落的團體，我想它也跟一般所有權的概念是不大一樣，所以它有可能同一時間在這樣傳統領域上面，可能會有不同的使用權利去分配的問題，那在這不同使用權力裏面，有的可能可能會並存，有的可能會互相衝突的，那將來怎麼去調整這個權利使用的分配，我想也是會有很大的挑戰。

剛剛有提到的案例，我個人也分享一點。在司馬庫司的櫸木這個事件之前，事實上有另一個小型的櫸木事件，也是在司馬庫司。當時候也是司馬庫司的那個牧師來請我協助的，它並不是因為颱風倒塌，而是部落裏面一個青年，因為他們有一些藥科的作業，他是去砍那個樹瘤，載運下來就被警察攔檢，那當時確實在訴訟的時候，森林法已經有一個規定，在原住民傳統領域的使用，但是它行政命令沒有出來，所以當時在訴訟過程裏面，法官就很明確跟你講說你不能直接引用森林等法的規定，要等到行政命令出來以後才可以用，所以後來當然也是有罪。

不過可以看得出來，以當時整個司法的論述跟後來三立去接觸到司馬庫司這個，事實上法院的態度是有在改變，觀念上面有在往前走，但我也在很多場合講，這個其實並還沒有到整個承認你傳統領域的地步，基本上只是在除罪化上面做一些論述，要真的到可以承認，我想還有一段很長的路要走，當然現在光看很多跟原住民相關的法治，文字上是寫得非常漂亮，不過大家都知道，幾乎只是寫著也不能用，甚至有的人認為說寫是寫，但是相關的配合法令或行政命令沒有出來就不能用，法律被架空了。

我的感覺是其實有一些基礎的論述都沒去處理，訂出的法律是討好式、應付式，等真的資源重新分配，政府就縮手了。原住民的這個傳統權益問題，向來政府做的都比較是不需要從口袋拿東西出來的，像是維護傳統姓名、給教育補貼，真的要把從你手中沒收的土地領域還給你，還有很大的一條路要走，我就簡單分享到這裏。

第四場次
綜合討論

與會者林杰同學提問：

我有一個問題想要請教，就是關於原住民傳統領域的規劃對於既存權利者的權利，現存權益的保障，也就是法治國原則所強調法安定性的原則怎麼來。我想特別請教王怡仁檢察官還有原民會雅柏甦詠・博伊哲努先生，清水農場那個案子事實上是94年7月時候向國產局租用，那租期是10月，到94年12月的時候，原民會以原住民傳統領域為由就把這個土地就撥用，那之後原住民委員會就一直沒有動作，直到今年三四月間他才有所動作。然後就全部向花蓮地檢告發說，在土地上耕作的農民全部都是竊佔國土。我想請教就是關於這種情況，原民會或我們司法機關是要怎麼處理？因為如果過分強調傳統領域的劃分的話，像阿里山的鄒族或者像梨山上面有一些耕種的農民，他相對於泰雅或太魯閣族或花東縱谷的金針山，這些農民相對於阿美族或相對於卑南族，甚至是台北盆地相對於凱達格蘭族，台南相對於西拉雅族，這些都是好像有這種情況發生，要怎麼樣去兼顧這種情形，照原民會現在的作法，這個地方是我原住民傳統領域，所以你這些漢人全部就要趕下山，那他們這樣的作法，是不是跟以前清朝巡府沈葆楨開山伏番的方式或者是劃地番界，漢界的方式，跟日據時代，日本政府把原住民全部趕下山的方式是一模一樣？似乎激化族群對立，造成族群間這種不平等的現象，正是我們口口聲聲說要維護原住民跟漢人間權益，消弭族群紛爭的這個原民會，所以我想請教這個部分，謝謝。

王怡仁檢察官回應：

我個人認為這是一個非常實切性非常好的問題，原住民的傳統領域是空的，現在是沒有人存在的，只有即少數的人在上面狩獵，這是其一；其二是真正實際現在原住民所處的地區，是漢民族與原住民交織的區域，你沒有辦法去切割它，這是兩個最大的困難。第二個困難比較簡單，比較清楚，就是法律上沒有辦法切割；第一個問題，當它是一個空的時候，你怎麼去阻止別人入侵你，你沒有人，你沒有權力，你怎麼去阻止人家入侵你。

然而清水農場是一個更特別的例子，他在這個空的山裏面，照理講本來是原住民的區域裡面，他卻已經進駐了平地人民，換句話說，清水農場原始是原住民的傳統領域是沒錯的，但是在民國初年，他們就開始在上面開墾，並且在裏面設置了一個清水農場。最早是政治犯、後來又管制流氓，然後讓他在那裏種田，問題來了政府機關卻撤手了，而原住民團體卻沒有辦法管理。

原住民委員會主張說，它因為已經被劃歸為傳統領域了，所以它主張撤消原來的租賃契約。但這個部分，檢察官是不會去起訴他的，平地人民依照曾經存在的契約而佔用

的土地，是不在起訴範圍之內的。我們起訴範圍包括兩個地方，一個就是擴墾，你已經取得租約了，卻擴墾出去，這才是我們起訴範圍；還有第二個範圍就是，你直接就進去濫墾，可是我們卻沒有辦法解決原來的問題。

詹順貴律師回應：

像剛剛陳為祥律師有提到說，其實我們有很多像森林法，還有野生動物保育法，它承認原住民族自然權力之後有要求要訂一些子法，那野生動物保育法第21條之１第二項的子法是在今年11月1日已經開始在預告要訂定，那森林法15條之4　的第四項那邊一直都還沒有，但是我們認為，如果有個案發生之後，即使它的行政命令的子法沒有訂定的話，就是說受理的法官還是要想個辦法從母法的精神，包括從具體的實際情況去具體適用是不是符合母法本身所預定的那樣情況，而不應該說因為沒有子法的訂定就不予適用。

官大偉助理教授回應：

我想剛才湯法官提出一個非常重要的概念，原住民的傳統慣習怎樣在現在這個法治裏面能夠讓它被實踐，我這篇文章要談的就是說那個制度環境是很重要的，不是只有那個所有權的部份而已，我這篇文章主要是從這個過渡計劃，跟原住民族自治這兩部法的草案來看，按照他們現在這樣的一個架構，我會開展出來可能會存在的一些問題，那我想未來進一步我要做的是如同湯法官講的，進一步具體的條文上面的調整，必須要向許多先進們再做請教，看怎樣具體來作調整，能夠讓土地權在這兩個法案下面能夠得到一些落實。

雅柏甦詠・博伊哲努專門委員回應：

我想回應剛才的提問，就清水農場的部分，據我的理解，它其實並不是傳統領域的案件，它其實就是漢人侵佔國有土地，因為那塊土地它其實目前的定位是國有土地，所以它其實應該不是原漢之間的土地糾紛，雖然說它可能在背後的脈絡上有，但是實質上就法律定位上它其實應該是國有土地的問題。另外我想回應剛才陳律師所提到的一點就是後莫拉克時期的傳統領域的問題，可能會愈來愈困難，這確實，隨著莫拉克風災，它確實有些對山區的管制會愈來愈嚴格，所以也連帶的可能會就整個傳統領域的一些事情會有一些不同的方向，但是我想昨天老師提出一個很好的方向，其實國家應該可以從另一個角度來看我們，以賦予、授權的角度去讓原住民去管理這個山林。像莫拉克風災對原住民傳統領域，是個挑戰、但也是一個契機。

第五場次

原住民族傳統親屬組織與繼承

主持人

黃樹民 所長/院士

中央研究院民族學研究所

學歷：美國密西根州立大學人類學博士 (1977)
專長：族群關係、環境社會學、生態與族群、後殖民論述
經歷：2005 ～ 2010 中央研究院民族學研究所特聘研究員兼所長
2001 ～ 2005 美國愛荷華州立大學人類學系系主任
1987 ～ 2005 美國愛荷華州立大學人類學教授
1982 ～ 1987 美國愛荷華州立大學人類學副教授
1977 ～ 1982 美國愛荷華州立大學人類學助教授
1975 ～ 1977 美國愛荷華州立大學人類學講師

繼承自治？—自排灣族的觀點出發

蔡穎芳 助理教授

靜宜大學法律學系

學歷：英國華威大學(University of Warwick)法律哲學博士（PhD in law）

專長：民法親屬、民法繼承、民法總則、社會法學研究法

經歷：蔣經國學術交流基金會博士論文獎學金

評論人

林昀嫻 助理教授

清華大學科技法律研究所

學歷：美國柏克萊加州大學法學博士 (JSD)

專長：民法親屬繼承、生殖科技與法律、性別與法律

經歷：國立台灣大學法律系博士後研究

國立清華大學科技法律研究所兼任助理教授

美國柏克萊加州大學國際法與比較法中心訪問學者

繼承自治？－自排灣族的觀點出發

蔡穎芳

一、　前言

民國 93 年屏東地方法院作成家訴字第 25 號判決，被告之母與原告為姊妹，原告訴請依法定應繼分的比例分割遺產（民法第 1138 條與 1144 條），但被告主張其為家族頭目（長嗣），依排灣族原住民的習俗，其自出生時即為當然合法繼承所有家產者；法院認為被告抗辯請求依排灣族之習俗進行遺產分割，與民法第 1 條「民事，法律所未規定者，依習慣」所揭示之精神不符，難以採用，判定原告勝訴。

民國 98 年台東地方法院作成訴字第 30 號判決，原告(婆婆)為家族長嗣，被告為原告的長媳，原告主張其於配偶過世時，依排灣族習慣與兩個兒子約定分產協議，長子當時分得較多的土地，但長子有生之年若無子嗣，即應將所分得土地返還予原告或繼承原告家長地位之人。後來長子過世時，與長媳並未育有子女，故原告主張系爭協議之解除條件成就，長媳因繼承長子遺產而分得的系爭兩筆土地即屬不當得利，應將土地返還予原告，塗銷以繼承為登記原因之所有權移轉登記。但被告抗辯原告就其主張之排灣族習慣未盡舉證之責，請求法院駁回原告之訴。法院則認為，原告雖主張系爭協議訂有解除條件之約定，惟該協議係於民國 64 年原告之夫過世時，原告與子女間達成的協議，而被告係於民國 83 年間始成為原告的長媳，故被告並未參與系爭協議的訂定，自不受系爭協議的拘束，原告之訴被駁回。

自法院判決觀之，國家所制定的民法取得優勢的主導地位，排灣族人必須依民法而非長嗣繼承傳統進行遺產分割；但原住民族基本法第 30 條另規定「政府處理原住民族事務、制定法律或實施司法與行政救濟程序，應尊重原住民族之傳統習俗、文化及價值觀」。究竟排灣族原住民之傳統部落繼承法則為何？此一傳統繼承法則，於目前的部落生活中，是否仍具有「習慣法」之性質？排灣族原住民的傳統繼承法則，與現行民法繼承編之間的法規範互動情形為何？排灣族的繼承傳統應否屬於排灣族人的自治範疇並另定特別民法予以尊重？

二、文獻探討

根據自身為排灣族原住民之學者童春發所著之「排灣史篇」，長嗣在排灣語稱之為「vusam」，其寓意為「種子」，而且是從上一季的農穫中，為了下一季的播種所存留的

上好優秀種子[1]。長嗣又指「頭生的孩子」，其在原生家庭的權威核心地位與繼承權，自出生時便已確定[2]。許美智（1992）另表示，長嗣在排灣家庭中的優越地位或可由其為「出生順序上的先佔者」所衍生之優先權（priority）來解釋[3]。

若自「性別」的角度分析長嗣繼承制度，排灣族的「長嗣」是不分性別，只問長幼，子女中居長之男女均可成為長嗣[4]。由此觀之，排灣族之長嗣繼承制度與採取性別中立之立法方式的民法繼承編不謀而合。而於家中無子女以承繼之情形，石磊於排灣族之田野調查報告（1971a）當中指出，原則上只有部落裡的貴族階層才會考慮「收養」後嗣的問題，因為收養之目的在於繼承並管理財產，而非延續香火。[5]

又，長嗣所得繼承之標的包括哪些？許功明（1993）指出，排灣族之長嗣所得繼承之範圍，可分為「有形的財產權」與「無形的身分權」兩種。在「有形的財產」方面，家屋、家產（包括土地、獵場、山川河流，以及祖傳的各式神聖陶壺、琉璃珠、青銅刀刀柄，和其它貴重寶物等）均由長嗣繼承[6]。在「無形的財產」方面，長嗣則可繼承家名和原生家庭之身分地位，以及屬於原生家庭之階層所擁有之服飾及家屋裝飾特權，例如專屬貴族階級配戴持有之琉璃珠、熊鷹羽毛、衣飾及家屋門楣上所刻劃的人形文、頭形文、太陽文、百步蛇文、複三角文等徽號之使用權[7]，均由貴族家庭之長嗣承繼。反觀現行民法繼承制度則係單純以有形的財產繼承為中心[8]。

在長嗣繼承制度之下，若夫妻之一方死亡，「他方配偶」有無遺產繼承權？許功明（1993）表示，凡排灣族人夫妻育有子女者，若夫妻其中一方死亡，所生最長子女（長嗣）即成為當然合法繼承所有家產者。若夫妻死亡時並無子女，則遺產分配方式因夫妻雙方是否為其原生家庭的長嗣而異。於男女雙方均為原家長嗣的情形，屬於原家的財產各自歸回，婚後雙方所累積的財產則各自均分。於男女雙方均為餘嗣且新建房屋居住的情形，男女雙方的原家會出面處理，將家屋及婚後財產平分。於夫妻其中一方為原家長嗣的情形，屬於長嗣繼承的家產當然歸回原家，入贅或婚入者僅能分得婚後累積財產的四分之一。[9]

由此觀之，排灣族長嗣繼承制度當中的配偶繼承權與現行民法有關夫妻財產制當中的法定財產制之下所設的「剩餘財產分配請求權」制度類似，只能請求婚後累積財產的

---

[1] **童春發** 2001 *台灣原住民史 - - 排灣族史篇*, 南投: 台灣省文獻委員會, 頁 296-297。
[2] **楊士範** 2002 '排灣族大台北地區城鄉移民者傳統文化之持續與變遷', *思與言* 第 40 卷第 2 期， 頁 170。
[3] **許美智** 1992 *排灣族的琉璃珠*, 初版 Edition, 台北: 稻鄉出版社, ，頁 33。
[4] **蘇達志** 1980 '論男女平等原則與民法姓氏之規定' *陳棋炎先生六秩華誕祝賀論文集 身分法之理論與實用*, 台北，頁 26；**石磊** 1971b '筏灣村排灣族的家庭糾紛', *中央研究院民族學研究所集刊* 第 32 卷 ，頁 313；**宮本延人** 1992 *台灣的原住民族*, 台北: 晨星出版社, ，頁 189。
[5] **石磊** 1971a *筏灣:一個排灣族部落的民族學田野調查報告*, 台北: 中央研究院民族學研究所, ，頁 80。
[6] **許功明** 1993 '排灣族財產體系及觀念的初步分析', *Bulletin of National Museum of Natural Science* 第 4 卷，頁 173。
[7] **鍾興華** 2004 '從七佳部落看排灣族的 Vetsik（徽號）文化', *屏東文獻* 第 8 卷，頁 12 和 26。
[8] **林秀雄** 2005 *繼承法講義*, 台北: 元照，頁 1；**陳棋炎、黃宗樂、郭振恭合著** 2009 *民法親屬新論*, 台北: 三民書局, 頁 4。
[9] 許功明，同註 6，頁 178。

分配。[10]換句話說，根據排灣族的長嗣繼承制度，夫妻之一方或雙方若為長嗣，當繼承事由發生時，屬於長嗣原家的財產（因繼承所取得的財產）也不會成為其配偶繼承的標的，此點與現行民法繼承編之規範內容「無論被繼承人所留遺產是否係因繼承或其它無償取得的財產，一旦繼承事由發生，均成為繼承標的」有異。

此外，「長嗣繼承制度」對排灣族的原住民部落社會而言，具有何重要性？陳芬苓（2005）指出，排灣族是一個階級嚴明的社會，社會運作的核心基礎在於「階級」，與漢人父系社會以「性別」為核心的運作方式有異[11]。排灣族的社會階層可概分為三個階級：(a) 貴族階級（mamaziangiliang）－包括地主或團主及其近親，又可再細分為地主、核心貴族、二級貴族和邊緣貴族等，屬於排灣族的特權階級。(b) 士族階級（paulu）(c) 平民階級（adidan）[12]。而維繫此一社會階層制度於不墜的排灣族社會機制即為「長嗣繼承制」[13]。在「長嗣繼承，餘嗣分出」的法則下，各階層間皆由長嗣承家，繼承原生家庭的階層地位、家名、家屋、土地等，餘嗣（弟妹）則於婚後分出，其社會地位較長嗣降一級[14]。故歷經五代之後，原屬於貴族階層之餘嗣有可能逐世代降級成為平民[15]。

許功明與柯惠譯(1994)進一步指出，長嗣與餘嗣之間的家庭角色關係，與頭目和平民之間的權利義務互動關係極其類似[16]。一家之長嗣除有奉養父母之義務外，有時尚須照顧父母親的旁系親屬[17]，已婚的弟妹若離婚，也可重回原家暫時投靠長嗣；而當弟妹們結婚離家時，長嗣也有義務要送些食物或個人用品作為嫁粧(tsutur)，以幫助他們開始成家獨立[18]。至於貴族階級在收受平民所納土地稅賦與財物貢禮之後，則須將屬民所納之物重新分配給需要援助的屬民（例如：無後嗣奉養的年長者）[19]。故排灣社會當中的長嗣／餘嗣與貴族／平民之間的互動，並非單純是地主與佃農之間的剝削關係，其間尚具有某種程度的互惠服務和責任制度的社會結構特徵[20]，形成濃厚的階序(hierarchy)互動與互補的不平等關係[21]。

由於排灣族並無以文字記載事物之習慣，維繫排灣社會階層結構的「長嗣繼承制度」

[10]根據民法第 1030 條之一第一項但書的規定，凡夫妻之一方因「繼承」或其他無償取得的財產，不需納入剩餘財產分配的標的。

[11]**陳芬苓** 2005 '跨越父權／母權之分－原住民族群兩性關係之初探', *女學學誌：婦女與性別研究* 第 20 期，頁 203。

[12]石磊(1971a)，同註 5，頁 84-85。

[13]**衛惠林** 1960 '排灣族的宗族組織與階級制度', *中央研究院民族學研究所集刊* 第 9 期，頁 77。

[14]許美智(1992)，同註 3，頁 34。

[15]石磊(1971a)，同註 5，頁 86。

[16]**許功明、柯惠譯** 1994 *排灣族古樓村的祭儀與文化*, 台北: 稻香出版社，頁 224。

[17]**周芬姿** 2003 '排灣族觀念下的婚姻制度 配偶關係與親屬結構', *兩性平等教育季刊* 第 21 期，頁 24。

[18]**石磊** 1971b '筏灣村排灣族的家庭糾紛', *中央研究院民族學研究所集刊* 第 32 卷，頁 314。

[19]**楊士範** 2000 '日治迄今排灣族聚落移住與社會經濟變遷－一個平和村(Piuma)的例子', *思與言* 第 38 卷第 4 期，頁 201。

[20]Malinowski 以其所觀察的特洛布蘭地群島(Trobriand Archipelago)的美拉尼西亞社羣(Melanesian community)為例，主張原住民社會似以互惠和公平交換原則為其社會關係的法律特徵。詳見 **Malinowski** 2002 *Crime and Custom in Savage Society*, London: Routledge, p.47.

[21]**廖文生** 1984 '台灣山地社會經濟結構性變遷之探討' *台灣大學社會研究所碩士論文*，頁 47；楊士範(2002)，同註 2，頁 173。

此一「習慣法規範」之內容並未被書寫下來。直至日據時期，日人才開始對高山族原住民進行調查，並提供較詳細之相關文獻[22]。唯日據時期之國家制定法，對於高山族原住民之親屬繼承事項，並未以法律，或是具有與法律同等效力之律令，或以經法律授權之勅令來規範。易言之，有關高山族原住民之民事法規，在日據時期是全然不存在的，僅以同種族間之習慣及法理規範之[23]。故而排灣族之長嗣繼承傳統習慣在日據時期得以被保存下來，直至國民政府時期才開始面臨與國家制定之民法繼承篇相互扞格之情形。

然而，排灣族在「繼承」方面的習慣法則內容，及其與現行民法繼承編之間的互動關係，被現有的法學教科書排除於討論範圍之外。此一現象可能係希望透過參酌西方「個人主義」思想所訂立的「國家制定法」，革除舊習，促成台灣社會的「現代化(modernization)」發展[24]。然而，此一對於國家制定法的單純想望，忽略了一個現實的問題：「現代」與「傳統」、「文明(civilized)」與「野蠻(savage)」、「理性(rational)」與「非理性(irrational)」、以及「進步(progressive)」與「落後(backward)」的分界線為何，經常是由居於強勢主導地位的民族所決定的[25]。而且，將所謂「現代化的國家法律」強加於與西方歷史和文化背景迥異的弱勢民族上，不但可能無法幫助其達成現代化發展的目標，反而有惡化其法律處境的危險[26]。

唯於原住民族習慣與國家制定法產生衝突或對立之情形，應如何避免將執政者或優勢民族之觀點強加於原住民，以避免原住民族之基本權益受到侵害，或防止原住民族之傳統文化滅失？

Geertz 表示，當地方習俗與社會規範由「具體生活事實」的狀態被抽象化成為法律，事實背後所隱含的複雜生活經驗往往不可避免地受到忽略，最終將導致法律本身無法妥適地涵攝所有具體事件的規範需求[27]。唯任何一個希望能夠維持下去的法律體系，都必須盡力與各個地方上對於法令語彙結構的想像，以及地方人士從日常具體生活經驗當中所感知的法意識連結起來，使法律體系與各個地方的法律知識合而為一[28]。如此方能避免謬誤地將「某一特定地區、族群或階層對事物的陳述與理解方式」轉化為國家制定法並要求全國民眾共同遵守，而遺忘了屬於其他地區、族群或階層的民眾也有自己的一套生活方式與規範[29]。

法律學者王泰升(2005)亦指出，為徹底解決原住民族權益在司法上長期遭受漠視的

[22]**王泰升** 2004 *台灣法律史概論*, 台北: 元照, ，頁 21。
[23]**王泰升** 2002 *台灣法的斷裂與連續*, 台北: 元照, ，頁 256-257；
張旭宜 1998 '日據時期台灣原住民法律地位之爭辯', *台灣史料研究* 第 12 卷: 頁 14-24.。
[24]**Fitzpatrick** 1993 'Law's Infamy', in Adelman, Paliwala and (eds.) (eds) *Law and Crisis in the Third World*, London: Hans Zell Publishers；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭合著(2009)，同註 8。
[25]**Fitzpatrick** 2001 *Modernism and the Grounds of Law*, Cambridge: Cambridge University Press, ，p.125.
[26]**Adelman and Paliwala** 1993 'Law and Development in Crisis', in Adelman and Paliwala (eds) *Law and Crisis in the Third World*, London: Hans Zell Publishers, p.4.
[27]**Geertz 1993** 'Chapter 8/ Local Knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective' *Local Knowledge: further essays in interpretive anthropology*, London: Fontana Press. pp.172-173.
[28]**Geertz, C.**, 1993, *Ibid.*, p.175.
[29]**Geertz, C.**, 1993, *Ibid.*, pp.181-182.

問題，在實體法的部分，立法機關應積極立法承認，就某些事項，「原住民族之習慣規範」在法源之適用順序上，應優先於一般的民事法規[30]。易言之，為使台灣原住民能夠透過法院獲得貼近其法意識的公平裁決，似需要將原住民族的習慣法概念納入作為裁判依據的「實體法」層次。

而為改善現今的司法體制中，傳統部落習慣法與現行國家法律相互扞格時，原住民族傳統習慣法不受尊重的現狀，也有學者主張，應試圖將原住民的傳統習慣予以法典化[31]。另有學者主張，相關法律僅規定「某事項依原住民習慣」即可，至於習慣的具體內容，可委由法官根據案件的個別情狀判斷[32]。

三、研究方法

為了探求目前排灣族原住民之繼承習慣於部落當中是否仍具有「習慣法」之地位，及該習慣法則與現行民法繼承編於排灣族部落生活當中的交互運作情形，並判斷排灣族的「長嗣繼承習慣」應否加以法典化，或特別規定「排灣族人繼承事項依排灣族習慣」，本研究自「法律多元主義(legal pluralism)」的論述出發，並採取「由下至上」的「法律之紮根理論研究法(Grounded theory in law)」[33]，運用「文獻分析」、「參與觀察(participation and observation)」與「深度訪談(in-depth interview)」等研究方法，期能建構出屬於台灣本土的「排灣族原住民繼承習慣」之紮根法學理論。本研究於屏東縣瑪家鄉與春日鄉的排灣部落分別執行了 22 個及 8 個深度訪談，目前僅針對瑪家鄉的深度訪談內容，以 Atlas.ti 質性研究軟體進行分析。

四、研究發現與討論

1. 長嗣繼承制度於排灣部落仍具有習慣法的地位

1-1. 法之確信的檢證

本文以在屏東縣的排灣部落內進行半結構式之深度訪談的方式，透過「由老大繼承的排灣族傳統，對民眾是否依然具有如同法律般的約束力?」，以及「會不會從小就跟妳最大的小孩說，以後的一切都是要留給你的?」等問題，嘗試探究：排灣部落內的受訪民眾，對於「長嗣繼承制度」是否認識並相信其具有法律上的效力，願意受其拘束而無爭議。

排灣部落內的民眾對於「長嗣繼承制度」是否仍然確信其具有如同法律般的拘束

[30]**王泰升** 2005 '彌補世紀創傷的第一步;設置原住民專業法庭' *台灣法的世紀變革*，頁 373。
[31]**林柏年** 2005 '論聯合國原住民權利宣言草案之原住民民族自決權-比較我國法制建構', *立法院新聞* 第 33 卷第 3 期，頁 66。
[32]**王泰升** 2003 '原住民保留土地專屬法院設置研究' *行政院原住民委員會委託研究報告*.
[33]**Hellum and Stewart** 1998 *Pursuing Grounded Theory in Law*, Otta, Norway: Mond Books,

力？根據本文之深度訪談紀錄，雖有少數受訪者並不認為長嗣必須依照傳統留在家裡（R9），或是認為這個由老大留下來繼承的傳統，於現今的排灣部落裡面，對於民眾日常生活的拘束力，已經比較淡了(R11)，也有受訪者認為「不這麼做其實不違法，但是大家都會覺得，你怎麼沒有這麼做？」（R20）。但是絕大多數的受訪者(R10, R13, R14, R15, R17, R19, R21, R23)均持肯定的態度，認為「長嗣繼承制度」目前在部落內，依舊是大家都會遵守的生活規範。

例如，一位身為貴族／長嗣，擔任鄉調解委員的受訪者（R10）於訪談當中表示：

"訪問者：那根據妳的觀察，村子裡面的人還是希望老大留下來嗎?
受訪者：現在還是有，沒有因為時代的變遷而慢慢淡忘這件事。
訪問者：根據你的觀察，這個由老大繼承的排灣族傳統，對民眾是否依然具有如同法律般的約束力?
受訪者：這個習慣原則上也沒有什麼不好，而且原住民也傳承了好幾代了，都是這樣子，所以這一部分，大家還是會遵循這樣的方式（R10）"

部落內的民眾是否會告訴家裡的小孩「將來一切都是要留給老大的」？根據本文之深度訪談紀錄，少部分的受訪者（R9, R20, R23）表示，自己不會這樣和小孩說，因為希望他們自己能夠努力。也有受訪者（R15）表示，自己不會告訴小孩這些，但是家裡面的長輩會。另有受訪者（R19）指出，自己和先生分屬不同族群，受訪者是排灣族，行長嗣繼承制，其夫係屬卑南族，其家族較希望留男生為子嗣，因為受訪者的最長子女為女兒，兒子的出生順序較晚，所以雙方在觀念上有衝突，折衝的結果就是，小孩如果願意，就全部留下，或是晚一點再談這件事，留最孝順的子女在家。但大多數的受訪者（R4, R14, R16, R17, R21）均表示，自己會向孩子們從小表明，將來這個家庭所擁有的，「本來」就是要留給「當家的老大」。例如，一位身為貴族／長嗣，擔任地方政府機關秘書的受訪者(R4)談道：

"從小對小孩子就灌輸這樣的觀念，每次都講說，這是老大的，這是老大的，這觀念一直在小孩子的腦袋，到長大之後，他就已經知道這是老大的了。但像我剛才所講，如果弟弟妹妹有需求的時候，不是說這是老大的東西就不給你，這時我們就會溝通，我們也要讓你生存阿！要讓他生存的話，是不是就要給他一份屬於他的，但要讓他生存的話，也要看家裡的財產能力有多少，可以給弟弟妹妹多少。比如像妹妹是嫁出去的，我們就會給你嫁妝。弟弟結婚如果是入贅，或是成立小家庭的話，就像剛才所說，我們會分一點給你，因為要讓你能加入農保，有它的依據。……從小，小孩子出生，父母親就會灌輸，那是老大的東西，這是我們的祖產，不能瓜分。所以自己小家庭的夫妻就只能靠自己努力，買個地，再做什麼，就變成你們自己的財產，以後就交給老大繼承。不可能說我們兄弟姊妹那麼多，每一個人都分，我們財產那麼多，我們分給你，那分一分，分到第三個就沒有了。那如果爸爸有五個兄弟，那我這邊又有五個兄弟，我小孩也有五個兄弟，就沒有啦！財產就沒有，那怎麼辦？(R4)"

至於由長嗣承家的傳統，對餘嗣公不公平？根據本文之深度訪談紀錄，無論身為貴族／長嗣，或是身為平民／餘嗣，均有持肯定看法的受訪者（R16, R18），因為是「祖先傳下來」的規矩。有受訪者（R13, R17，R20）認為，長嗣對於繼承到的家產，在「傳家之寶」等動產的部分，雖然有「所有權」，但在土地等不動產的部分，則僅有「管理權」，因為土地是在代與代之間「流傳」。過去部落內的土地都是屬於頭目家的，由頭目（家族長嗣）來分配耕種範圍，身分較高的貴族則負責「代管」，所以每個人分到的只是土地上的「工作權」而非「所有權」，而且這個土地上的「工作權」是世襲的，在家族所屬長嗣之間，以直系血親的身分，一代一代地傳承下去，所以大家都有土地可以耕種，沒有什麼公不公平的問題。

例如，一位受訪之退休國小教師（R13）談道：

"訪問者：那爸爸媽媽或者Vuvu(爺爺奶奶)留下來的財產，通常只分給老大嗎？還是弟弟妹妹也分的到啊？

受訪者：這樣啦，以前，這弟弟妹妹如果嫁到長嗣家的話，就算是就有分到啦！（透過其配偶）全部都是給老大。這個也不能叫給啦，應該說「**流傳**」。很難去解釋這個排灣族文化跟漢人想法之間的差異。兩者之間的觀念是接不攏的。漢人學者常常看不懂，日本學者也搞不懂。所以我現在講，你注意聽喔！因為這個部落裡面，這一個範圍的土地，都是頭目一家的，只不過是他配給你，你去耕種，對不對？

訪問者：嗯

受訪者：所以除了那個核心貴族以外，全部的土地是頭目的，河流也是他的。如果我們身分比較高的話，我們就代管那些。沒有錯喔！那個土地也是世襲的喔！可是　如果我離開這個地方，就形同拋棄。你懂意思沒有？所以這個土地本來就不是我的，何謂給不給呢？我怎麼給我的弟弟妹妹咧？我只不過是把這個土地的工作權給他而已啦！這樣懂了嗎？

訪問者：哦～

受訪者：不是所有權喔！因為以前山上的土地，本來就是頭目的啦！我們家族的長嗣也是我們的頭目，所以他的土地也當然交給我們工作啊！我們的名字也是他在命名啊！我們家裡所有的任何一個權利義務，都是受他管制。包括出生的時候取什麼名字、他給我們多少土地、我們要拿多少的回饋給他，都是有規定的。這就是家族長嗣。那我今天如果說，我接了一份，我只不過是把上一輩我這個家族的土地，就是頭目給我託管的這些土地，只是過繼給我，我只是在這個家族的土地權當中的四代當中，我只是其中第一代或是第幾代而已啦！我這個第幾代，是祖先給我的，對不對？我會不會給我的弟弟妹妹？我不能給啊！我沒有權力給，你懂意思沒有？

訪問者：嗯

受訪：但是如果說你另建家庭，你沒有嫁給那個長嗣，你是另外一個興建家庭的話，我給你蓋房子也好，或者是我給你土地也好，那種給，只不過是說，把我在

耕種的土地的一部分交給你耕種，以後這一部分就由你去管了，我不管那個了。

訪問者：嗯。所以哪些東西會通常會留給老大？房子嗎？

受訪者：最主要是那個啦。

訪問者：土地呢？

受訪者：這個我跟你講，在原住民來講，不動產是頭目的啦！這樣懂了嗎？

訪問者：懂。

受訪者：連房子、宅第、建地都是頭目的啦！那是頭目給的喔 ！我們擁有的私人的只有財寶，像是琉璃珠啊，陶壺啊，這些才是我們的自己的。這樣你分清楚了沒有？

訪問者：嗯。

受訪者：就好像共產國家啦！土地、房子是國家的啦！所以沒有所謂的給不給。土地跟房子，那不是我的，我怎麼給啊？

訪問者：嗯嗯嗯

受訪者：他也是借給我，啊我又借給你一下。（R13）”

若干受訪者亦指出，長嗣繼承的傳統，對餘嗣並非不公平，因為與長嗣繼承權相對應的，是「扶養」與「當家」的責任。有受訪者（R4, R6, R7, R19, R20）認為，長嗣擔負著「當家」和「養父母親」的責任，對兄弟姐妹亦有照顧的責任，為避免家產因子女人數眾多而分散，應由長嗣單獨繼承家產，擔任家人的「靠山」。例如，一位身為平民／餘嗣的受訪者（R19）表示：

“訪問者：長嗣對於父母親留給他們的東西，是擁有所有權還是管理權？

受訪者：應該是所有權。

訪問者：為什麼？

受訪者：長嗣最重要，什麼事情都是找他們，他們還要負責養父母親。

訪問者：長嗣繼承到的東西，對於「家」有什麼意義？

受訪者：他就是這個家最重要的人物了，他必須要「當家」。

訪問者：為什麼要由長嗣繼承這些東西，而不是其他的小孩繼承？

受訪者：比如說由我哥哥繼承，然後再由我哥哥的老大繼承，這樣繼續繼承下去，然後繼續地照顧我們。（R19）”

1-2. 反覆踐行的檢證

而為探求排灣族的長嗣繼承制度於現今的排灣部落內，是否仍然受到當地族人的反覆實踐，本文於進行深度訪談時，詢問受訪者與鄰居之間的熟識度，以及鄰人的長嗣留在家中的比例多寡。極少數的受訪者（R10, R11）表示，鄰人的長嗣當中，有留在部落的僅半數，尤其是長嗣如果在外面謀生，不可能留在家裡。但大部分的受訪者表示，鄰人的長嗣確實留在家中的比例極高；部分受訪者（R3, R5, R5, R16, R20）表示，大部分

鄰人的長嗣都有留在家中，比例高達至少七成以上；另表示鄰人長嗣無分男女，全數留在家中的受訪者則高達 9 位 (R9, R14, R15, R17, R18, R19, R21, R23)。還有一位身為貴族／長嗣，擔任地方民意機關秘書的受訪者（R3）被問及，留在家中的長嗣是男生多，還是女生多的時候，其表示，印象中照傳統，老大都會留下來，所以對社區內長嗣有確實留在家中的男女比例，並無特殊印象。由此可見，性別平等的長嗣承家觀念於受訪的排灣部落當中，可謂仍受到反覆持續地踐行。

但不可誨言地，夫妻之一方過世時，由最長之子女繼承，配偶不參與遺產分配的排灣族長嗣繼承傳統，在部落裡似有部分崩解的現象。有位身為平民／餘嗣的受訪者（R18）表示，雖然原則上會希望把遺產留給子女，但若子女年紀尚幼，則例外地希望配偶與子女共同繼承：

"訪問者：如果你的先生／太太比你早過世，根據排灣族的傳統習俗，你可不可以分到你先生／太太名下的財產？

受訪者：要看哪！我覺得要看情形，萬一說小孩子還沒成人，還什麼都不懂，應該還是要老婆和孩子一起繼承。

訪問者：那如果將來幾十年之後，你的先生／太太比你還早過世，你會不會主張要和子女一起繼承你先生／太太留下來的遺產？為什麼？

受訪者：以後喔，等孩子都長大成人，就乾脆給小孩子，這麼麻煩幹什麼？（R18）"

另有少部分的受訪者（R10, R13, R16, R20, R21）表示，如果將來配偶先過世，自己有可能會主張與子女共同繼承配偶所留之遺產。其中一位身為貴族／長嗣，自國小教職退休的受訪者（R13）更進一步說明，由於目前所居住的部落曾歷經遷村，所以土地不像以前在舊部落是屬於頭目的，一切日常生活規範都需要受到排灣傳統文化與頭目權力的拘束。在新部落，土地是族人自己買的，住的房子是政府配給的，而且「所有權」的觀念已在部落內建立，所以排灣族傳統的長嗣繼承制度在頭目權力旁落的情形之下，被繼承人之配偶不參與遺產分配的長嗣繼承傳統，在現今的排灣部落裡已產生部分鬆動的現象：

"訪問者：嗯　那如果將來幾十年，你的太太比你還早過世，你會不會主張要和你子女繼承你太太留下來的遺產？

受訪者：我跟你講好了，因為這是在我們OO村的，所以我這樣跟你講，因為我們OO村是「遷移部落」嘛！所以我在這個遷移過來的，我們這裡的所有權是民國六十幾年，就是說，我們離開傳統的部落來這裡以後，睡的房子是政府配給的，大部分就是自己買的，也就是說，我們這邊用的土地，不是頭目給我們的，是政府給我們的，所以在這邊的土地，以前也是頭目的啦，可是以前這是河流嘛！有人講說，是你的河流沒錯啊，可是這裡沒有魚了啊！以前沒有做堤防的時候，這裡是河流嘛！可是現在變成土地也耕種了。而且這個頭目的權利，在日本時代這邊就被弄破壞了！

訪問者：嘿

受訪者：所以現在以OO村為例，我們現在的土地，大部分都是金錢買來的，而且有所有權啦，而且這個所有權，不是因為頭目給的，所以我們現在已經不是受這個　有一些傳統的東西約束了。（R13）”

2. 長嗣繼承制度在法庭內外所扮演的角色

2-1. 法庭內：庭內勸諭當事人和解的參考依據

根據本文的針對民國93年屏東地方法院家訴字第25號判決的當事人委任律師與被告當事人之一（長嗣之長女）的深度訪談紀錄，本案於審理過程中，曾經換過法官。負責審理的第一位法官於開庭時，一再勸諭兩造儘量和解，並藉助長嗣繼承傳統勸說餘嗣作某種程度的退讓，但因餘嗣堅持享有民法所賦予的半數遺產繼承權利，長嗣也堅持照排灣族的長嗣繼承傳統進行遺產分割，雙方當事人未能於法庭上達成和解。第二位承審法官則依民法繼承編的規定迅速作出裁決，並未對排灣族的長嗣繼承習慣進行斟酌。受訪的長嗣當事人表示：

“在排灣族的社會，我們長女結婚，對方要入贅，那個就是規定，像我的先生也是，只是這個也是我們排灣族一項很美好的傳統，結果我爸爸是入贅過來給我媽媽，因為我媽媽是長女，爸爸是排行第四個，結果我爸爸當時因為是讀書人，他當公務員，也是掙來很多土地，可是都沒有登記在他的名下，全部給我外公登記，那我外公過世之後不是要辦繼承嗎？我的阿姨就不同意了，她說她不要那樣，她說以前是以前，她不願意遵循過去我們原住民的習慣，我們的親戚跟她講都沒有用，我有送去鄉公所，召開調解，她也不出面，之後她直接就到法院去告，她一定要嘗試分割，她說她有繼承權。照理說應該是，她結婚的時候，該她的份，我媽媽都給她了，她不應該再回來要，可是礙於我們中華民國的法律，我沒有辦法按照我們原住民的習俗去規範她。…我當初有要求她，那我們就按照排灣族的習俗嘛，阿姨就尊敬一下當姊姊的媽媽，因為老大都要掌管家族所有的事情，阿姨可以都不用管。我們排灣族就是很重視那個老大，是因為家裡的大大小小，包括弟弟妹妹你都要管，他發生什麼事情，你就要協助所有，很多很多的事情，他很窮啊什麼的，我們都要去協助他，所以我們是負擔這種使命，所以我就跟我阿姨講說，那這樣好了，那媽媽的部份你就給多一點嘛，你不要說平分，就遵照一下，讓人家感覺說，我們還有那個制度嘛！她不願意啊！她不願意一定要這樣子，所以鬧到我們現在都沒有再講話。她就一直走法律，不顧情面就對了。前面那個法官也有唸她，她說如果是按照你們排灣族的習慣，你早就沒有這樣子。可是那個法官後來要調走，他說實在沒有辦法再幫我下去，因為我查很多資料給他，我們排灣族所有的那個習俗，我都證明給法官看。但是到最後換了一個法官，後面那個法官都不採納，直接就判了，好快哦！我們排灣族的社會，這種問題很多，那既然是我們的習俗，習慣法啦，應該是還是要有一點遵循，我們的社會制度才不會這麼亂，才不會沒大沒小，這樣變成沒大沒小滿可悲的。（R24）”

2-2. 法庭外：繼承糾紛解決依據

雖然繼承紛爭一旦進入法院，民法即成為最終裁判的依據。但在法庭外，長嗣繼承的傳統習慣則成為排解糾紛的主流依據。排灣族人有的以遺囑排除法定繼承制度的規範，有的透過生前贈與的方式，防免現行民法繼承編子女均分之規定；如遇繼承糾紛，部落內亦以「長嗣繼承」的傳統觀念進行勸說調解，以避免家產外流或分散。

例如，一位曾任鄉調解委員的受訪者（R3）於受訪時表示：

"訪問者：請問如果老大留下來繼承，通常的情形下，財產是怎麼交給老大?是在老大結婚的時候交給他?還是爸爸媽媽還活著的時候交代好?還是第三種情況，爸爸媽媽過世的時候讓他們子女去繼承，然後是由老大繼承?

受訪者：現在父母親大部分都會留給老大。當然老二以下的積極地要這個權力的時候，大概父母親六十幾歲、七十幾歲的時候，大概他認為說可以給他們就給。有的老人家堅持不分，到死都不分，等到他們死再辦繼承，但這樣就有很多的爭端。那現在我們都把這個訊息給我們社區裡面的講說，最好人活著交代清楚，遺囑啊，或是現在就分，現在就過戶，這樣就比較按照他的心願來完成，因為按照法律有應繼份啊，說不定有血統的弟弟妹妹，或是嫁進來的進來的他（女婿或媳婦），有一半的權利。他如果分了，然後他不要在這個家裡，就回去了，或是他自己賣掉了，都不好。所以我們就把這個觀念灌輸到老人家或是年輕人，跟他說繼承的問題很麻煩，會把我們傳統的林地或是財產給分散了。

訪問者：那請問您有沒有碰到就是說，村子裡老人家沒有事先安排好，結果他過世之後，子女全部不管大的小的，全部主張要繼承，沒有人要拋棄？

受訪者：有，目前是有啦，因為以前還沒有這種習慣，還沒有融入到民法繼承篇的時候，還比較少，後來就有人一直主張要分財產，我們也是你的小孩，我們也有血統，就因為法律上從民國80年初，發放所有權狀開始，以前土地都是政府來登記，雖然有分割有編號也有使用人的名字，只不過是在鄉公所而已，後來是到現在年輕人就說，你們都是在騙我們，都是政府的土地，我們沒有所有權狀，才開始把地上權設定，登記了30幾年，從民國50年開始，我們的土地政府才開始說設定地上權，地上權設定滿5年才可以拿所有權狀，那時候我也是擔任鄉長任內，極力反對，因為平地的土地所有權登記，是今天登記就今天拿所有權狀，那為什麼原住民的土地已經登記，已經在政府機關鄉公所或地政事務所都已經有使用人了，可是還是國家的，為什麼真的要登記了還要等5年，到現在還是一樣還是要等5年。

訪問者：那登記滿5年之後，地上權會不會轉為私人的?

受訪者：就變所有權人。

訪問者：所以現在才開始發?

受訪者：從82年開始發的

訪問者：所以從有所有權狀開始，就慢慢會有繼承的糾紛出來?

受訪者：對

訪問者：那請問你如果是在調解弟弟妹妹都不願意拋棄繼承的狀況，你們都是怎樣調解?
受訪者：平常都是家裡面的人討論，父母親執意要交給老大，那就給老大，到時候再看老大要怎麼跟弟弟妹妹共享，基本觀念是共享，那登記的名字還是給老大。(R3)”

另有身為平民／長嗣，擔任公務員的受訪者指出，排灣族的長嗣繼承制度並非等到父母親年紀大或是過世時，才進行長嗣／餘嗣間的財產分配。通常是在長嗣結婚時，父母即會明確告知長嗣對家產的支配範疇，甚至辦理所有權移轉登記。由於結婚時的生前特種贈與並非其他繼承權利人行使特留分扣減權（民法第 1225 條）的標的[34]，長嗣繼承制度藉此被保留下來：

“訪問者：如果是「老大」留下來繼承，那家裡的財產通常是怎麼交給老大？
受訪者：這是看父母親的意願，有的父母是在小孩一出生就辦理移轉，有的則是在小孩讀書的時候辦理，甚至也有在結婚時才辦理移轉。理論上，就端看父母親願意何時讓渡過去給老大繼承。絕大部分，都是在老大結婚時，才將財產辦理移轉佔有。因為結婚的時候，老大就必須自己組一個家庭，這時老大就必須對於自己能擁有父母親哪些財產，可以支配哪些財產，有著明確的概念。(R6)”

3. 長嗣繼承制度應否納入實體法的規範層次

在進行深度訪談研究的初期，受訪者向屏東排灣部落的社工朋友請託幫忙介紹受訪者時，社工朋友建議由本身為貴族/長嗣的受訪者開始進行訪談，因為他們是「對長嗣繼承傳統文化比較懂的人」。但由於排灣部落具有貴族／平民與長嗣／餘嗣的社會階層體系，本文認為在考量是否另定特別民法以尊重排灣族的長嗣繼承傳統時，應將平民階層與身為餘嗣的排灣民眾對於繼承之法律觀點納入，以避免研究成果落入「採取貴族階層之特定立場」或是「維護貴族階級／長嗣之利益」的窠臼，故而自深度訪談中期，特別注意受訪者的背景資料，企能使貴族／長嗣與平民／餘嗣於訪談紀錄中，均能對於「長嗣繼承制度應否納入實體法規範的層次」舒發意見。

在瑪家鄉 22 位受訪者（R2-R23）當中，有 11 位受訪者身為平民或是餘嗣。一位身為平民／餘嗣的受訪者(R18)表示，分得到土地的人才能從事農耕，萬一家裡的地很小，根據長嗣繼承傳統，就只有老大拿得到，弟弟妹妹是分不到的，所以排灣族的長嗣繼承傳統必須要改變。另有一位身為平民／長嗣的受訪者(R12)則指出，在長嗣繼承習慣之下，容易導致老大不爭氣，會依賴父母，還是讓她的三個孩子們公平比較好。還有一位受訪者（R20）的想法介於長嗣繼承與子女平均繼承之間，認為孩子們應該要平等，弟弟妹妹們不能完全沒有分到，但貴重的東西還是應該要交給老大。

然而，其餘的受訪者仍然認為長嗣繼承的習慣應受到實體法的特別尊重，對於排灣族人的繼承糾紛，應排除民法繼承編而優先適用長嗣繼承習慣來定紛止爭。其所持理由

[34]參見司法院 21 年院字第 743 號解釋。

除包括長嗣繼承係祖先留下來的習俗之外，尚包括：（A）長嗣要養父母，餘嗣嫁人後會搬出去住，不一定會回來養父母（R9，R23）；（B）弟弟妹妹分到了，可以家裡的事什麼都不管，可是長嗣要當家，碰到事情都是長嗣在處理，所以在家產分配方面，餘嗣還是要尊重老大（R19）；（C）家裡的東西應該完全都是留給留在家裡的那個人，因為這個家原本如果有三筆財產的話，剛好有三個小孩子一分，到底最後誰一直繼承這個家，就變成找不到，「家」分到後來會不見了（R2，R15）；（D）應該要為每一個族群量身訂做法律，這樣部落裡的人才不會對法律反彈（R8）；（E）透過傳統方式來處理繼承糾紛，比較有人情味，如果法律能夠尊重習慣，遇到糾紛時，也用習慣法去處理，可以減少人與人之間的爭執，對當事人的傷害也可以減到最低（R4）。

一位身為貴族／餘嗣的受訪者（R21）談到：

“訪問者：民法有規定，兄弟姐妹對於父母所留下的財產擁有平等的繼承權，那麼您認為台灣的法律是否需要特別去保護長嗣繼承的傳統？為什麼？

受訪者：我認同，排灣族長嗣繼承的傳統需要透過修法來進行保護的動作，因為長嗣所繼承的東西，是要一代一代不斷的傳給直系的下一代血親。不要和西方的民法相提並論，因為既然是原住民的法律問題，就應該用原住民的法律來解決。這樣老人家會因此得到比較好的照顧，我們的姓氏、我們家庭的名字、在族裡地位也可以藉由長嗣繼承的傳統而被保留下來。如果讓排行較小的弟妹，在繼承中和老大繼承相同的房屋、姓氏、階層等無形的東西，會造成混亂，是不行的。（R21）”

另有一位身為平民／餘嗣的受訪者(R19)也提及：

“訪問者：根據排灣族的傳統，是由老大留下來繼承，弟弟、妹妹不能跟老大爭，但是目前的民法有規定，父母過世後，兄弟姐妹對於父母所留下來的遺產有平等的繼承權，請問你認為台灣的法律需不需要特別去保護排灣族長嗣繼承的傳統？

受訪者：我覺得要保護，就像我剛才講的，弟弟、妹妹都分到了，他什麼都不管了，有一天碰到事情誰處理？老大會講說你們財產都分啦，還跟我要求什麼，有事情自己解決！這是一種對老大的尊重，將來的子子孫孫，我的孩子結婚怎麼樣的，都是我哥哥要幫我處理，哪怕是我哥哥過世了，他的老大也是要幫我們處理，所以我還是希望保有這樣的傳統，不要像平地人一樣爭財產，這是一個互相尊重，現在尊重他，將來他對我們也是有一個責任。（R19）”

由此可見，排灣族人對於「家」的看法，並非期待由眾子女去為這個家來開枝散葉，而是特別注重長嗣這個主幹的傳承與發展，因為相對於長嗣的繼承權利，長嗣對內亦擔負著對父母及餘嗣的照顧責任，對外也代表這個「家」。根據排灣族人對於「家」的思維與想像，民事實體法上應如何規範排灣族人的繼承事件，有受訪者表示，應將長嗣的遺產繼承權利與扶養父母及照顧餘嗣的責任作出權利與義務的聯結，盡義務的長嗣才能

享有傳統長嗣的繼承權利。

例如，有身為平民／餘嗣的受訪者（R17）表示：

“長嗣繼承習慣應可維持，但也要看老大有無對家裡盡到老大應盡的責任。（R17）”

另有身為貴族／長嗣的受訪者（R3）建議，原則上應採用長嗣繼承制度作為排灣族的繼承法規範，但若父母或子女間有特別的家庭協議，則應以協議為準。亦有身為平民／長嗣的受訪者（R14）提醒，排灣族在地理分布上，分為北排灣、中排灣和南排灣，長嗣繼承制度內容會因為區域而有所差異，所以制定統一的排灣族繼承法規易產生適用上的困難，應依各個部落的習慣來處理。故而本文認為，於民事實體法的層次，僅規定「排灣族人的繼承事項依排灣族原住民習慣」即可，至於習慣的具體內容，可委由法官根據案件的個別情狀判斷。

五、結論

根據本文的深度訪談紀錄，排灣族「長嗣承家、餘嗣分出」的繼承習慣於現今的排灣部落仍具有習慣法的地位。雖然在法院內，民法為裁判形成的依據，但在法院外，排灣族人有以生前贈與的方式避開民法繼承編由子女均分的法律規定，如遇繼承糾紛，部落內亦傾向於以「長嗣繼承」的傳統觀念來協助排解。在民事實體法的層次，「長嗣繼承」應成為排灣族人繼承糾紛的解決依據。但應注意，長嗣享有繼承權的相對義務－扶養父母和照顧餘嗣－也應一併納入規範要求。長嗣繼承習慣的具體內容，為因應排灣族人於不同區域之間的習慣差異，亦可委由法官根據案件的個別情狀判斷，於民事實體法上僅規定「排灣族人的繼承事項依排灣族原住民習慣」即可。

【參考文獻】

Adelman, S. and Paliwala, A. 1993 'Law and Development in Crisis', in S. Adelman and A. Paliwala (eds) *Law and Crisis in the Third World*, London: Hans Zell Publishers.

Fitzpatrick, P. 1993 'Law's Infamy', in S. Adelman, A. Paliwala and (eds.) (eds) *Law and Crisis in the Third World*, London: Hans Zell Publishers.

— 2001 *Modernism and the Grounds of Law*, Cambridge: Cambridge University Press.

Geertz, C. 1993 'Chapter 8/ Local Knowledge: Fact and Law in Comparative Perepective' *Local Knowledge: further essays in interpretive anthropology*, London: Fontana Press.

Hellum, A. and Stewart, J. 1998 *Pursuing Grounded Theory in Law*, Otta, Norway: Mond Books.

Malinowski, B. 2002 *Crime and Custom in Savage Society*, London: Routledge.

王泰升 2002 *台灣法的斷裂與連續*, 台北: 元照.

— 2003 '原住民保留土地專屬法院設置研究' *行政院原住民委員會委託研究報告*.

— 2004 *台灣法律史概論*, 台北: 元照.

— 2005 '彌補世紀創傷的第一步;設置原住民專業法庭' *台灣法的世紀變革*，頁 365-373。

石磊 1971a *筏灣:一個排灣族部落的民族學田野調查報告*, 台北: 中央研究院民族學研究所.

— 1971b '筏灣村排灣族的家庭糾紛', *中央研究院民族學研究所集刊* 第 32 卷，頁 311-324。

周芬姿 2003 '排灣族觀念下的婚姻制度 配偶關係與親屬結構', *兩性平等教育季刊* 第 21 期，頁 14-35。

林秀雄 2005 *繼承法講義*, 台北: 元照.

林柏年 2005 '論聯合國原住民權利宣言草案之原住民民族自決權-比較我國法制建構', *立法院新聞* 第 33 卷第 3 期，頁 58-75。

宮本延人 1992 *台灣的原住民族*, 台北: 晨星出版社.

張旭宜 1998 '日據時期台灣原住民法律地位之爭辯', *台灣史料研究* 第 12 卷，頁 14-24。

許功明 1993 '排灣族財產體系及觀念的初步分析', *Bulletin of National Museum of Natural Science* 第 4 卷，頁 167-183。

許功明、柯惠譯 1994 *排灣族古樓村的祭儀與文化*, 台北: 稻香出版社.

許美智 1992 *排灣族的琉璃珠*, 初版 Edition, 台北: 稻鄉出版社.

陳芬苓 2005 '跨越父權／母權之分－原住民族群兩性關係之初探', *女學學誌：婦女與性別研究* 第 20 期，頁 177-221。

陳棋炎、黃宗樂、郭振恭合著 2009 *民法親屬新論*, 台北: 三民書局.

童春發 2001 *台灣原住民史 - - 排灣族史篇*, 南投: 台灣省文獻委員會.

楊士範 2000 '日治迄今排灣族聚落移住與社會經濟變遷－一個平和村(Piuma)的例子', *思與言* 第 38 卷第 4 期，頁 185-230。

— 2002 '排灣族大台北地區城鄉移民者傳統文化之持續與變遷', *思與言* 第 40 卷第

2 期，頁 165-214。

廖文生 1984 '台灣山地社會經濟結構性變遷之探討' *台灣大學社會研究所碩士論文*。

衛惠林 1960 '排灣族的宗族組織與階級制度', *中央研究院民族學研究所集刊* 第 9 期，頁 71-96。

鍾興華 2004 '從七佳部落看排灣族的 Vetsik（徽號）文化', *屏東文獻* 第 8 卷，頁 3-40。

蘇達志 1980 '論男女平等原則與民法姓氏之規定' *陳棋炎先生六秩華誕祝賀論文集 身分法之理論與實用*, 台北，頁 83-116。

評論

林昀嫻 助理教授

主持人，各位來賓，大家好。今天拜讀蔡教授的這篇文章，我個人看了之後覺得非常的佩服，蔡教授這篇文章是用田野研究這樣實際了解的方式，對於排灣族的長嗣繼承制度做一個深入的訪談，同時從一個判決的角度作為出發點，是一個最早期的觸發，去研究跟觀察排灣族長嗣繼承是不是仍然具有法治確信，以及一個習慣法運作的實況到底應不應該被法典化，我覺得做這樣的研究是相當不容易的。所以評論的一開始，就要先表達個人的敬佩之意，尤其是法學的研究方法，就是比較少用這樣一個承起人類學的田野研究，還有法律分析的方式，所以我認為這篇文章相當的難得，並且在未來相關的立法和司法裁判上，具有一個重要的參考價值。我個人其實對原住民的習慣法並不是很熟悉，所以我今天是來學習的，不過我可以從一個法學者的立場，不能夠算是做評論，就是說一點讀後感。

首先我想要先講到的是，作者在第4頁跟第5頁的部分，在研究方法的部分提到從法律多元主義的論述出發，採取由下而上的法律扎根理論研究法，我要從這一點來談起。我們如果是從法律多元來看的話，那我會很好奇，因為法律多元它其實就是我們要避免滅物，不要把某一個強勢民族對於事物的陳述和理解方式，轉化到國家制定法，然後以法律的強度來要求全國人民共同遵守，然後忘了屬於其它地區族群的民眾有他們自己的一套生活方式與規範。那我想要更深入一點再去問的是說，其實在這個多元規範之下的個人，因為個人處在一個多元規範的複雜和互動的情況之下，他個人在自己的權利爭取上，是用一個怎麼樣的協商或應對的策略，這是我比較好奇的。作者在這裡提出，長嗣通常是在結婚的時候，獲得一筆叫作結婚時的特種贈予，所以排灣族人的習慣跟民法的繼承篇開始有了一點交集，那也就是因為排灣族用了這樣一個民法的規範讓他的長嗣繼承也可以持續下去，這是一種延續長嗣繼承制度的策略。但是我們在法律多元的觀念來看的話，其實這是一個兩面的影響，也就是說排灣族人當然可以禁用民法的規範，用來做為延續自己族人的習慣法的一種策略，但是同時在這種情況之下的個人，同時也可以禁用國家的實定法來為自己的權利作一些爭取，這中間也會拿來作為協商的後盾。我對於像這樣一個互動的關係非常有興趣，像陳昭如老師這樣曾經有作過關於女兒爭產的繼承權的實踐研究，其實這裡面有很多互相觸發的地方，女性雖然被要求要拋棄繼承，但是同時也是因為國家實定法對她的保障，所以她在整個繼承權的實踐裡面，她也出現了一個可以拿去做種種的協商以及交易的後盾，這不僅僅只是順服於這樣的傳統而已，所以也許等一下陳昭如老師也可以對這方面做一些評論。

那麼從全文的內容來看的話，我知道做問卷調查是非常不容易的事情，尤其是在問

題的設定，其中有一個部分就是說，當作者在想要知道說到底現在長嗣繼承是不是還在排灣族族內、部落裡面，是不是仍然具有法治確信的時候，所問的問題第一個她是先問說，你跟你的鄰居熟不熟，接下來就是說如果熟的話，依照你的印象，你的鄰居也都是用長嗣繼承的方式嗎？這是我從文章裡面讀出來的訊息，也許有所誤解，等一下可以請蔡教授再補充說明一下。那我的想法是說，為什麼不是直接去問受訪者說，你自己家裡是不是長嗣繼承，以及如果是的話可不可以再告訴我說，你所認識的鄰居或是親戚，他們是不是也都是長嗣繼承，然後有那些，差不多去算一下，到底有多少人，因為如果說只是問說你對於鄰居熟不熟，以及鄰居們是不是都是用長嗣繼承的話，就好像在問印象，我覺得是不是能夠就代表說真的是大部分的人都有這樣的確信，那這個話可能就會比較有點問題，也許是我的誤解，所以等一下我很願意再聽聽看蔡教授的說法。

另外，第二問題的重點，就是長嗣繼承的規範到底應不應該納入實定法。這一部分的話，我看文章是以受訪者編號R17的受訪者的發言作為根據，受訪者說他認為應該要把它納入實定法的規範，但我比較好奇的是，蔡教授作為一個像這樣長期的深度的研究者，蔡教授自己是怎樣看待這件事情？自己的想法是什麼？我覺得這是很困難的事情，就是到底那一些人應該要適用原住民習慣法，那些人是不應該適用，那個畫線是畫在那裡，因為現在實際的狀況就是原漢通婚的情況，還有雜居的情況其實是很常見的，如果說兩造中間比如說有一造不是排灣族人，不管他是其他的原住民或者他是漢人，在這種情況下要怎麼去適用原住民習慣法，是用那一族的原住民習慣法，這部分我是因為對原住民習慣法不了解，所以我是真的很需要等下也許蔡教授或其他老師們可以跟我說明，我會非常想了解。我在想會不會是有點像國際司法準據法的問題，是不是像在國際司法的選法程序裡面，我們要看的是它的連繫因素，那是不是這樣也是一條路呢？比如說某人的父母親是哪一個族裔，接下來我們再看他的居住地，戶籍地，類似這樣，不然的話，到底應該怎樣去畫一條線說，你可以適用原住民法，然後你不行，這一方面我希望能多聽聽先進們的想法。

海岸阿美族財產所有制與國家法律之競合

蔡中涵 理事長

台灣原住民教授學會

學歷：日本東京大學社會學博士
專長：際關係、區域研究、俄羅斯外交、中俄關係研究、南島文化研究
經歷：實踐大學觀光管理學系助理教授
淡江大學俄羅斯研究所創辦人兼副教授
立法院外交、法制、內政及民族委員會召集委員
財團法人台灣原住民文教基金會董事長
北京中央民族大學語言文學系客座教授

評論人

陳昭如 副教授

臺灣大學法律學院

學歷：美國密西根大學法學博士
專長：法律史、美國女性主義法學、批判法律史專題、性別歷史與法律專題研究

阿美族傳統社會組織與財產制[1]

蔡中涵

摘要

本文主要以東海岸阿美族財產所有制為研究對象，其財產制可分為部落集體所有權與私人所有權。由於阿美族為女性直系親屬團體為主體的母系社會，只有女子具有繼承財產權，而男子辛勤開荒耕作的土地在他入贅出去時並不取得任何土地財產，全部留給父母及其姊妹，其姊妹或她們之子女分財產時由婚出之男子（舅舅）回來本家決定，甚至於其姊妹之子女結婚或本家有任何重大事情，都要找舅舅來裁決。部落周邊之土地、山地、海域、和沿岸礁石則為部落任何族所共有，可自由使用，但有時候部落領袖可決定哪些土地之用途或哪些野地可開墾。

阿美族的傳統財產使用、繼承之體系，雖然受現代經濟之影響而有所改變，但是，基本的價值觀並沒有消失，例如勤於上山採集下海捕撈被視為阿美族高尚的美德，也是年青人表現具有養家活口之才幹。但是，這種傳統慣習之作為常常與國家法制相衝突，光是持有下海捕撈的漁槍(實際上是漁叉)就被移送法院，而漁叉是阿美族人很重要的生產工具，也是非常有價值的財產。山地是部落所共有，但是上山採集也會觸犯法律。現在有些國家也注意到原住民在傳統社會的一些規範，是維持社會秩序與安定之依據，因此，國家在立法時應尊重並參考原住民族的傳統慣習，才能達到真正民主人重視人權之國家。

關鍵詞：部落所有制、個人所有制、母系繼嗣、集會所、無形文化資產

[1] 筆者特別註明：本論文為非完成稿，尤其文獻與引用尚未整理完成，因此，請勿引用。

壹、阿美族分佈概況

台灣有二千三百多萬人口，其中有十四族原住民族，人口合計約 460,000 人，阿美族人口數最多，約 160,000 人。「阿美族」一詞在日據時期的日本學者稱為「阿眉族」，都是現代學者為自己研究方便所賦予的人群名稱，也是現今一般社會大眾所能接受且耳熟能詳的名稱，不過仔細去探究所指涉的「阿美族」，其實內部仍有許多差異可以提出討論。

（一）學術的分類

西元 1879 年，鳥居龍藏《東部臺灣阿眉種族の土器製造に就て》中首先討論到阿美族分類的問題，他以秀姑巒溪為界，把阿美族分成兩派，並且指出兩群的差異性。(表 1) 到了 1899 年，伊能嘉矩在《臺灣蕃人事情》裏又把阿美族重新作分類，他將阿美族分成（1）恆春阿美；（2）卑南阿美；（3）海岸阿美；（4）秀姑巒阿美；（5）奇萊阿美（南勢阿美）。不過他強調，此種分類只是為了說明上的方便，不是從人類學的觀點出發，而是就地理分佈上的觀點[2]作區分。然而，這五種分類法卻成為日後學者對阿美族的分類標準。一直到鹿野忠雄時，才另外提出三群分類法，即（1）北部阿美群（即南勢阿美）；（2）中部阿美群（包含秀姑巒阿美、海岸阿美）；（3）南部阿美群（包含卑南阿美與恆春阿美）。他認為阿美族分佈過於狹長，北部、中部、南部分別被太魯閣、布農、卑南侵襲，因此其物質文化與習俗受到鄰族的影響，將阿美族分類成此三群應該較為恰當[3]。

一直到西元 1990 年代，日本語言學者土田茲，又以語言作為分析之依據，提出另一套阿美族的分類法，他把阿美族語言分成（1）最北方的 Sakizaya 方言；（2）北部方言（南勢阿美）；（3）TafaLong-Vata’an 方言；（4）中部方言（海岸與其他的秀姑巒阿美）；（5）南部方言（卑南阿美與恆春阿美）[4]。

表 1　阿美族的學術分類

三分法	北　部　群	中　部　群		南　部　群	
五分法	南　勢　阿　美	秀 姑 巒 阿 美	海 岸 阿美	卑南阿美	恆春阿美

[2] 劉斌雄、丘其謙、石磊、陳清清《秀姑巒阿美族的社會組織》（台北：中央研究院民族學研究所，1965 年），頁 6。

[3] 鹿野忠雄（宋文薰譯），《臺灣考古學民族學概觀》，頁 149-150。

[4] 土田茲著，〈アミ語〉，收錄於龜井孝、河野六郎、千野榮一編著，《言語學大辭典》第一卷， 世界語言編（上），（東京：三省堂，1989），頁 447。

語言 分類法	Sakizaya	南勢阿美	Tafalon-Fata'an（太巴塱—馬太鞍）	中部群	南部群

以上的學術分類法，三分法與五分法的分類是以地理位置為依據，三分法之北部群、中部群大致以花蓮縣壽豐鄉為分界點，中部群與南部群則以台東縣池上鄉為界。五分法中的中部群又以海岸山脈為界，分為秀姑巒阿美與海岸阿美，南部群中分佈於台東市馬蘭與卑南鄉者為卑南阿美，分佈於屏東縣者為恆春阿美。卑南阿美之稱法目前大家都習慣稱馬蘭阿美。

語言學上之分類法除了將 Sakizaya 和 Tafalon-Fata'an 獨立出來以外，其他部份和五分法並無差異，不過於 2007 年正名之後語言和民族已單獨成為 Sakizaya 族，已不再納入阿美族的分類體系內。

對於阿美族的內部分類，筆者認為從地理環境以及生活方式來看，應該分成（1）平原阿美（2）縱谷阿美（3）海岸阿美，較能符合現狀，因地理環境往往會影響相關的固有習俗與生活方式。有關語言上的分類，除 Sakizaya 語外，另四群的語言在語音語句法上並無貳異，僅部分詞彙有些差異，溝通上不成問題，因此語言的分類僅具有語言學的意義。

（二）阿美族自我的分類

從阿美族自我的分類來看，在自稱上可以分為「Pangcah」以及「'Amis」兩大部分，大致上以池上、關山為界，以北自稱「Pangcah」，以南則稱為「Amis」[5]。另在阿美族的自我區別上，有以相對的地理觀念來區分彼此，例如花蓮北部的人稱居住在他們南方的人為 ka'timol （南邊的人），而台東平原上的人則稱呼居住其北方的人為 ka'amis（北邊的人）。除了上述的二分法外，最細的劃分則會以居住的部落名來稱呼非本部落的阿美族人。而台東地區對於 ngasaw（氏族）的觀念非常清晰，但是到了花蓮地區特別是花蓮縣北部的阿美族人卻沒有這種觀念[6]，這些在討論阿美族的差異時必須要顧及到的。

（三）阿美族的社會組織

一般認為，阿美族社會的運作是由「領袖制度」、「年齡階級」、「祭司（巫師）」三大要素所構成。

從一般的民族學與人類學的民族田野報告，將阿美族的部落組織區分成頭目制度以及年齡階級等二大要素，對於「祭司（巫師）」部分則納入到宗教制度上做討論。阿美

[5] 「Pangcah」目前的意義未成為定論，有人提出是「番社」的音譯，另「'Amis」通說是卑南族稱阿美族的人群，後成為阿美族的自稱，以上的說法筆者認為需要更強烈的證據證明，否則應採取保留的態度，有關此部分的探討並非本論文的重點，在此僅略微說明。

[6] 花蓮縣北部對於 ngangasawan 的觀念不如台東阿美族強烈，原因是花蓮阿美族人已淡忘抑或自始並無此組織，這部分仍有極大的空間作討論。

族的 cikawasay（sikawasay）是否掌握所有的阿美族宗教儀式，就實際面上觀察其實不然，正如報告中指出，cikawasay 著重在醫療功能上（miadah to adada），阿美族對於疾病的解釋，甚為廣泛，舉凡生理上、心理上、生活上的不順遂，均可以由 cikawasay 來解決。因其為神靈與人界的中人，對於神靈的一切握有詮釋權，故超自然現象亦是其解釋與解決的主要對象。不過有時候部落領袖在某些祭儀上卻是主要的角色，例如 Ilisin 開始時的祭祖儀式，則甚少由 cikawasay 主持，因此中文的「祭司」與「巫師」是否等同 cikawasay，是值得討論。另外，有關 cikawasay 的產生，其過程並非愉悅的，往往當事人需重病後經 cikawasay 的治療痊癒後，始有擔任的資格。欲成為 cikawasay 必須要經歷過艱苦的養成訓練，通過後始可執行 cikawasay 的職能。基於此，阿美族人對於 cikawasay 的態度是帶著謹慎恐懼的，也因為 cikawasay 可以「治病」，相對的也可以使人「致病」。

既然將屬於宗教的 cikawasay 視為阿美族社會運作的重要制度，則有關阿美族的繼嗣制度也必須要納入討論。學術界的討論上，阿美族的繼嗣制度偏向母系繼嗣，在婚姻的選擇、家產的繼承、子女的養成與命名等，均以母親方為主，在以男性為主的領袖制度以及年齡階級制度上，母系繼嗣與領袖制度、年齡階級制度是阿美族社會分工上的顯著表徵，筆者認為實質上也可以是為一種相互制衡的機制，避免其中一種制度過於獨大。

因此阿美族的社會運作上，的確是由三種制度所構成，不過筆者認為三種制度應該是頭目暨年齡階級、cikawasay、母系繼嗣。頭目制度以及年齡階級組織，實可以視為一體，是阿美族主要的公共事務決策與執行的主體。Cikawasay 屬於宗教制度上的職掌者，對於制度的解釋、秩序的最終判決、疾病（adada）的治療等，屬其主要職能。母系繼嗣則掌握住財產的分配以及經濟生產。從以上的職能可以看出，阿美族三大社會組織；頭目暨年齡階級、cikawasay、母系繼嗣的運作上與現代社會的行政、司法、立法實有相契合的部分。(表 2)換句話說，阿美族傳統的制度似乎可以與現代國家政治制度作相互之類比。

表 2　阿美族社會組織功能表

阿美族社會組織	職能特色	類比現代國家組織功能
頭目暨年齡階級	1.男性組織 2.公共工作之執行 3.階層嚴格 4.領袖由推舉產生	行政
cikawasay	1.具醫療功能 2.秩序的掌握與詮釋 3.具神聖力量	司法
母系繼嗣	1.女性為主 2.財產的擁有與繼承	立法

	3.掌握子女的歸屬	

從學者的分類到阿美族自我的分類作討論，可以發現阿美族部落的區隔仍十分顯著，阿美族的社會運作也以部落作為單位，顯示出阿美族部落意識的強大。

貳、集會為中心的部落文化

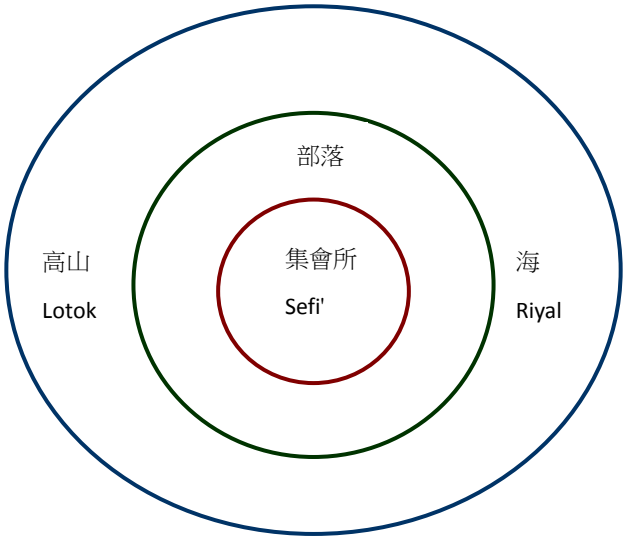
阿美族人是典型的母系社會，女性在親族社會中有優越之地位，男子則處於從屬之地位，男子乃著力於政治權力的擴展，其嚴格而完整的集會所制度與年齡階級組織，奠定了部落組織之基礎。

阿美族的政治組織建立在集會所(集會所制度、年齡階級)文化之中，集會為政治、經濟、教育、文化中心，(圖一) 因此部落領袖亦由年齡階級為基礎。如；

（1）領袖的制度：

集體領導，年齡階級分青年組、壯年組、老年組，青年組最高級為 mama no kapah 為青年組的領導階層，對部落內事務有決定權(平時)，對下級有管教權。這一青年組的領導權是自然形成，每人都有機會隨自己同級團體升入該級，形成集體領導的組織階層，由內部再產生一位領導人。

Kakita'an(部落領袖)也受年齡之限制，普通要進入 Isefiay(長老階層)之 malitegay（老人）才有資格擔任整個部落之 Kakita'an(領袖)，如果這位 Kakita'an 不能視事行使職權(生病或死亡)，就由 Isefiay 最高年齡階級中共推舉一位，交由各年齡階級到集會所聽其演講(mikimad)，然後大家表示認可，如果有少數人不同意，只好少數聽從多數。



圖一阿美族傳統社會以集會所為中心

資料來源：蔡中涵繪製

（2）部落會議

阿美族長於開會、善於演說、常參與各種形式的會議，如家族會議、氏族會議、兄弟會議、族舅會議、同級級伴會議、青年會議、元老會議、部落會議、以及其他各種的聯合會議。

集會所文化特質中之年齡階級在阿美族社會的政治體系中有很大的份量，即整個阿美族部落政治運作的基礎，一切公共事務大都必須通過其年齡階級組織而完成。而以集會所為主要中心，這個雛型的政治體系以年齡階級組織為骨幹，長老會議為主要權力支配者，所以阿美族在過去已有雛型的政治體制，若沒有外來殖民政權(統治者)的侵擾，阿美族早就是一個完整的政治體系自治國，由此顯示集會所文化之政治的內涵。

集會所文化是以年齡階級為主軸，發展出部落政治制度，所以他充實了集會所文化之政治內涵，成為部落文化之精髓之一。一切公共事務皆由年齡團體負責處理，而公共事務亦唯有經過年齡階級的層層專責體系之關卡，方能進展，是故，我們可以說集會所即阿美族之政府機關，而年齡階級各層的人員之重要幹部是公務人員──部落民眾之公僕。(蔡中涵 97：71-72)

如前面所述，部落內有兩個重要的地域組織，一是部落會議(自治委員會)，另一是年齡組織，雖然這兩個組織在結構上大不相同，但在處理事務上是很難分開的，所以都以集會所（一般稱為 sfi’，但亦有時稱為 palakuan、taloan）為行政、活動中心。

綜合來說，自治委員會運用會所的情況可分以下幾點來分別敘述：

1.以會所為會議所（kasaopoan no kakitaan）。村落的事務常須開會，而阿美族習俗中又有公家的事情不能在民家內處理討論的禁忌，因此需要固定的會議地點，會所便有這樣的功能。

2.以會所為村落公共場所（kasaopoan no niyaro′）。日治後，戶長或居民定期、不定期會議（kayki）很多，日治中期之後，甚至規定每天早上家長（每一家一人）要出席會議，稱為「朝會」，而且每次要點名，不到者要受罰。日語的點名叫「番號」。因此居民便稱「朝會」為 pafangko。這個強制性的朝會一直到約 1960 年代才停止。

3.以會所為教育所（pitilidan no mato′asay）。日本官方為了失學民眾開夜間班，接受日本國民教育。

4.以會所為康樂活動場所（kalawlaan no kamangay）。日治末期男女青年的各種集體活動（如康樂活動等）皆在此舉行。

5.以會所為裁決所（ka′ailoan）。村落內發生糾紛等案件時都在會所內辦理與判決。

6.以會所為接待所（kahcraan）。村落對外的社交，官方的連絡等都在會所辦

7.其他如公祭，舉行公祭或為陣亡士兵舉行儀式等。

至於跟年齡組織有關的事務，亦有以下幾點與會所有關：

1.年齡組織以會所為集會（kacdngan）的場所。全體或各組各級都有大大小小的會議、康樂活動，這些活動大都在會所內舉行。

2.以會所為夜宿所（kafoti′an）。凡傳令員（pakarongay）以上的男子，只要未婚，依照習慣都須夜宿會所。時間大約是晚上八點起至次日早上五、六點左

3.以會所為勤務所（pikacawan）。年齡組織有看守、守望相助（mikacaw）的任務，都在會所內執行任務。

4.以會所為判決所（katatfocan）。凡違規受審者都在會所內辦理處分。(成功鎮志 1997)

參、財產之所有權

阿美族的財產分類繁多，大致可以分為集體所有制和個人所有制兩大類。其下又可以細分為動產和不動產、有形財產和無形財產、自然財產和人為財產。以下以集體所有制和個人所有制來說明：

一、集體所有制

集體所有制又可分為部落所有制和家族所制，部落集體所有的財產以土地為主，其地目及其名稱大略如下：

(一)、部落所有之財產

部落周邊族人生活區域範圍內[7]地上空間和地底下之自然資源，皆屬部落共有之財產，土地包括如部落的集會所、墓地、道路、橋梁、水井，部落周邊之獵場、山林、荒地、溪河、(臺灣番族慣習研究 第一編第四卷 1921：310)東海岸的阿美族還包括泉水、水井、近海、海岸、礁岩等。

日本學者鈴木作太郎的研究也認為：

> 阿美族有非常發達的私有土地制度，屬於社或部族所公有的只有狩獵地。其所有權的範圍下至地底上達九天。然其土地所有權是經先占、賣買、交換、贈與、繼承等方式取得，從祖先移住先占以來，延續傳遞給子孫且經頭目或社民公認下成為自己所有的土地。(鈴木作太郎 昭和七年(1932)：13)

以下舉數類部落所有之財產：

[7] 此乃為傳統領域與生活區域不易明顯劃清界線。因早期阿美族受到南部的卑南族、中部的布農族、北部太魯閣族和泰雅族之威脅，阿美族遷移頗為頻繁，南自台東馬蘭一帶北到花蓮吉安附近，來回移動，設部落定居下來也在 20 世晚期。

1.riyal 海

2.raka 海邊沿岸之礁岩

3.tokos 近山。

4.lotok 遠山。

5.pitademan 墓地。[8]

6.kitakit 領域、國家。

7.tefun 水井。

8.sailoh（山上）草原。[9]

9.kali 埤圳。

10.piara'an 水源、水圳。[10]

11.kohkoh 原野、放牧地。原野與放牧地皆稱為 kohkoh，其間並無加以區別的稱法，大概是因為語言單純且詞彙少的緣故。

(二)、家族所有之財產

阿美族人如發現一塊可耕地時，如立刻加以開墾則可據為已有，如想日後才開墾，則可在自己可開墾能力的範圍內之可耕地四周插上竹或樹幹，中間再插一根。如附近找不到樹枝或竹子，則可將可耕地四周的雜草綁成圈(不拘任何樣式也可以堆石塊)作記號，這塊可耕地就可據為已有，此可謂先佔權。但是，如過一段時日乃不開墾，他人可在集會所宣告該地他要耕作，如無人提出異議，該地轉為他人所有。而各社各人土地所有權之發生，則是由祖先以上述方式先佔開圃以後，子孫連綿耕作而自然發生的地主權。

家族所有之財產舉例如下：

1.paloma′an 宅地（loma′為「家」之意，前綴 pa-意指做為…，提供…，要給…之意，放置…，而後綴的 an 意指地方、場所，因此 paloma′an 可譯為蓋房屋的地方，也就是安家之所）。

2.pananoman 水田（前綴 pa-與後綴的 an 意同前說明。 nanom 為「水」之意，因此 pananoman 可譯為給(人、動物)喝水的地方，延伸意指水田）。

---

[8] tadem 名詞「墳墓、墓地」，動詞為「埋、埋葬」之意，複合綴 pi-…an 意指地方、場所、時間之形態，pitademan 可譯為埋東西或埋葬之地。

[9] 前綴 sa-意指要把什麼東西當作…，iloh 表示「燒、燃燒」之意，sailoh 是要燃燒之草地，或指坡地之茅草原。

[10]複合綴 pi-…an 之意同前，ara 拿，piara'an 原意為拿東西的地方，原文為 piara'an to nanom 拿水的地方，一般只說 piara'an 即指水圳。

3.hadhad 旱田。

4.kangkang 犁。

5.tefun 水井。[11]

6.kara 而字形耙。

7. pitaw 鋤頭。

8. hahaw 小鋤頭。

9. kawkaw 鐮刀。

10. minik 專門割稻子的小鐮刀。

11. tatalo'an 裝檳榔的小籮

二、個人財產

1. pacing 漁槍。

2. funus 配腰刀。

3. takuyodan 背袋。

4. tafukod 漁網。

5. pana' 弓箭。

6. po'ot 小刀。

7. ongto 煙斗。

8. cukap 拖鞋。

9. taya (汽車輪胎手工製的)拖鞋。

10. aloo' 肩袋。

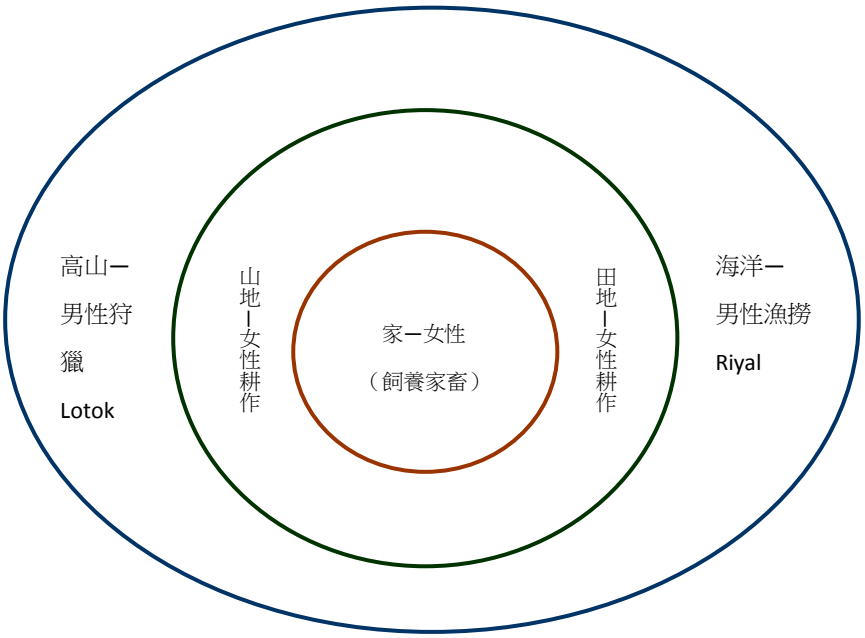
11.lipa (木製)衣櫃

肆、阿美族的親屬關係

阿美族行招贅婚夫從妻居，loma′(家)是形成部落的基層單位，而家是家族生活之中

[11]此類水井有時左右鄰居共同挖掘共同使用。

心，家族的成員大家庭有 faki(伯伯、舅舅、叔叔)、ama(爸爸)、ina(媽媽)、kaka(哥哥)、kaka(姊姊)、safa(弟弟)、safa(妹妹)；小家庭只有 ama(爸爸)、ina(媽媽)和 wawa(小孩)。阿姨和姑姑凡是年長的女性都稱為 ina(媽媽)，而 mamu(馬蘭地區稱為與孫子女之稱呼相同)祖母(馬蘭地區稱為 fufu 與孫子女之稱呼相同)。因此，可以看出阿美族的家族觀念是以 loma'為中心以媽媽為主，男女分工。(圖二)



圖二阿美族男女之社會分工

資料來源：蔡中涵繪製

因以母系為主也形成以母系繼嗣的財產繼承制度。爰此，Marinina'ay（母系親屬集團）成為母系系譜的血緣關係發展之重要根源。我們從 Marinina'ay 一詞分解來看有助以理解阿美族的母系親屬集團及其財產繼承的關係。前綴 ma-有相互促成的動詞形態，中綴的 ni-意為誰的…，ay 是形容詞形態，指聚集在一起的人，可以是單、複數，其詞根為 ina(媽媽)。因此，marinia'ay 是指以母系親屬為同一根源形成的家族集團，包含本、分家關係之 loma′所組成的外婚團體，親屬集團各自以家為構成單位，因此家的成員也包含自其他親族集團贅婚進來的 kadafo(女婿)。

Ngasaw(親屬集團)

一般來說 ngasaw 一詞也譯成氏族，是指同一祖先或其祖先來自相同故地所形成的母系親屬團體。氏族在東海岸及馬蘭非常發達，南勢阿美族較少。[12] 近年來東海岸阿美

[12]有關阿美族氏族可參考：移川子之藏著『台灣高砂族系統所屬の研究』臺北帝國大學土俗、人類學研究室調查,昭和十年(1935)。

族各氏族經常召集氏族聚會，讓都會區的親屬藉此機會相互認識，增進感情加強民族認同。氏族聚會稱 misangasaw，前綴的 mi-是指要做成…，要形成親屬集團，但是阿美族語的含義沒有這麼複雜，就單純的指氏族聚會。其主辦者受日本教育者，稱「親族會」，受漢文化較深者稱「宗親會」，但是，不管其名稱如何，皆以母系親屬為主。就如筆者本身為例，參加爸爸這邊的親族會，我只是配角，在介紹氏族各家成員時，我的家族排在最後，在他們製作的族譜我的家族還排不上。但是，在媽媽的宗親會上我的位置排在最前面，而且是 ngasaw 的 faki，何其尊榮。

由此可見一個人對於 ngasaw 的歸屬，就如同對親屬集團的歸屬一樣，是以家的成員為其加入為要件，與單系社會的氏族(clan)的歸屬相似，也就是一個人只能歸屬於一個 ngasaw。雖然有時父系和母系成員互動良來往好密切，但是，母系的歸屬感還是比較強烈。

伍、財產權之轉讓

阿美族的部落以集會所為中心，有關部落的所有事務在集會所由部落領袖主持部落會議做成決議，再由年齡階級去執行。如果涉及祈雨等祭儀，則由祭師來主持。由此可知阿美族社會是由「領袖制度」、「年齡階級」、「祭司（巫師）」運作。部落財產的產生、使用和處分也在集會所的部落會議決定。一般來說公有財產是屬部落所有的族人所共有，因此，部落領袖只扮演財產之管理人並非所有權人。因此；部落公產的管理權是隨部落領袖之轉換而改變，部落領袖並無權自己使用公產，因此不發生繼承之問題。

家族財產之承繼與轉讓:從上述阿美族的親屬關係即可看出承繼法則為：

(1) 夫入贅從妻居，其子女大多幼從母居，長女為第一順位的財產之承繼人，她長大成人後在母家招贅婚成家。但是男子長大後出贅從妻居。不管男子入贅或出贅從妻居，皆不繼承任何財產或攜帶任何財物(只帶自己常用腰刀和背袋)。

(2) 長女原則上是一家財產之承繼人，如長女病故則由次女繼承亦有幼女承繼者。一家財產包含土地(水田、旱田、菜園)、房屋及其建地。

(3) 長女之妹妹招贅結婚後仍住本家，待生子女人口眾多生活空間縮小時，分出居住成立新家稱為分家(ciloma'ay)[13]，分家時要請 faki(舅舅)回來決定部分家產分配給分家者。一般來說舅舅說了算數，全家族都會遵行絕少有違命者。

Faki 在還沒有被招贅之前，一生辛勞工作為生家置產，奉養父母照顧弟妹及其他家人。加入年齡階級參與部落事務不辭勞苦，待其入贅他家時只帶自己用的腰刀和背袋却

[13]Ciloma'ay 一詞，前綴 ci-意為具有…，後綴的 ay 為形容詞，詞根的 loma'意為房屋，因此 Ciloma'ay 意為擁有房屋的人，也即分家之意。

不繼承任何財產或攜帶任何財物，因此，faki 在生家具有崇高的地位受到家族和親屬集團的尊敬，對其生家及親族集團擁有重要的發言權。末成道男認可：

> 一般相信，faki 即使還在現世時對生家就是具有超自然能力的守護者。已如前述，faki 的心情是如何影響其生家的安寧，這是因為 faki 的角色與祖靈相通之緣故。對生家成員來說，faki 不僅是受人尊敬的權威者之對象，有時還會以超自然的處罰能力去處罰人，是個的「危險」人物。從前如果 faki 回來窺探豬舍的話，「faki 去看豬舍了，到底怎麼一回事辦？」這個 loma'的成員就會商量，趕緊殺豬宴請 faki。這是從前還可以自由殺豬時的事，現在每殺一頭豬，就要繳納約兩百元的稅金，現在殺豬就沒那麼簡單了。(末成道男 1983：180)

陸、結論

阿美族部落共有之財產，如山林、河溪、海域等其使用管理權雖然屬於 kakita'an(部落領袖)所有，但是，他並不能繼承或據為己有。個人的小型狩獵或漁撈行為雖然是被許可的，眾多人的狩獵或漁撈等活動需經過 kakita'an 召開之部落會議通過始能進行。因此，任何人都不能隨意入山或下海大肆進行狩獵或漁撈。

Faki 雖然不繼承任何家族財產，但是他擁有最終處分權。Faki 甚至於對其姊妹子女的婚嫁及氏族之事務也有很大的發言權。

這些傳統的社會規範在國家權力還沒有進入部落時，強而有力的運作維持了當時的社會良好秩序，生活井然有序。也保護了自然資源不被濫用，或過度使用，提供人們取之不盡用之不竭的資源，且能永續發展。

陸、參考文獻

鈴木作太郎著

昭和七年(1932) *臺灣の蕃族研究* 發行所 臺灣史籍刊行會 台灣南天書局複刻 1988 台北。

末成道男

1983 *台湾アミ族の社会組織と変化－ムコ入り婚からヨメ入り婚へ* 東京大学出版会 東京。

臨時台湾旧慣調査会

1921 *臺灣蕃族慣習研究－第一編（第四卷）* 台灣南天書局複刻

1995 台北。

臨時台湾旧慣調査会

大正四年 臨時台湾旧慣調査会第一部*蕃族慣習調査報告書第二卷* 臺灣日日新報社 臺北。

評論

陳昭如 副教授

大家好，今天很高興也很榮幸在這邊擔任蔡教授的論文評論人，我自己的身分跟認同是個漢人，我也不是原住民法的專家，但是長期關心原住民法，所以我想今天就以這樣的一個身分來就蔡教授這篇文章做一些請教跟一些想法，希望可以跟今天在座的各位分享。

蔡教授今天的文章我學到很多，蔡教授非常清楚的把阿美族的傳統社會組織跟財產制度做了一個清楚的介紹，首先我有一個比較小的疑問是說，剛才蔡教授在把阿美族的傳統制度跟現在國家的功能作一個對比的時候，我想蔡教授可能有一個企圖是這個可能可以作為一個自治的基礎，不過我的疑問是在於說，為什麼母系的祭祀，像剛剛蔡教授自己也提到，為什麼可以被等同於立法的功能，如果說它就是因為可以主持家裡面財產的分配跟家的事務的決定的話，那似乎還不能夠完全算是等同於立法的功能，所以這是一個想要對蔡教授請教的地方。

第二個問題是，由於阿美族是所謂母系的社會，在蔡教授的論文當中，也使用了招贅婚來描述阿美族的婚姻模式，我對這樣一個概念跟語彙的使用有一些疑問，所謂的招贅跟嫁娶婚的分類事實上是一個漢人的婚姻制度底下所採取的分類，那麼這個分類就是所謂嫁娶跟招贅的區分，其實已經隱含了一個嫁娶是正常，而招贅是偏差這樣的一個價值評斷在裡面。因此，使用這樣一個漢人語彙來描述這個阿美族的婚姻模式，是不是那麼的適當，這是我也想請教蔡教授的。這又關聯到我的下一個問題，如果我們會使用漢人的語彙去描繪原住民的婚姻模式或社會關係的話，這當然跟這篇論文一個很核心的我們可以去思考的問題有關，就是到底原住民的傳統規範的認識如何可能，這既是一個觀點的問題，也是一個方法的問題，也是一個認識的問題。

我們知道歷來原住民經常是被界定的，自從被親帝國的這些官員們界定、被到台灣來傳教的外國人界定、殖民台灣的日本人界定、戰後台灣的人類學家界定，處在一個被別人定義的位置，被別人所定義當然可能出現一些問題，我也在想這個招贅婚是不是在這樣子的被定義的脈絡底下，我們開始非常習慣的去使用招贅婚來描述這個母系社會的婚姻模式，但是他可能其實是借用一個漢人的語彙。那麼這個剛講到認識的如何可能，尤其是他可能受到某些長期以來知識生產模式的影響，這個蔡教授在這篇文章當中，他一方面引用、特別是日本殖民者在台灣所做的調查研究，另一方面我想它其實揉雜了非常多蔡教授自己本身作為阿美族的一員，對於阿美族規範的認識跟理解，而我的疑問也是在學習法律史的過程當中始終有的疑問，那就是這麼多年前的日本人他們對於台灣的

原住民所做的研究，一則他當然有一個外人觀點的觀點問題，另外一個問題是，到今天到底他在什麼樣子的程度上面還是對當今的阿美族社會而言是有效的知識，幾十年前日本人所作的研究是不是能夠拿來描述今天的這個社會。當然我們也知道戰後台灣，特別是我們中研院的民族所，對於台灣的原住民也作了很多的研究，也有很多的出版品，當中其實也相當程度的仰賴日本人所作的研究成果，像戰後的人類學研究成果跟戰前的日本人所做作的研究成果很難切割，在既有的知識上面去繼續再生產，那麼面對別人所生產出來的知識，那一個由原住自身所生產出來的知識如何可能，以及就立場論的知識論而言，它是否會比較正確，我想這是一個可以思考的問題。我們也知道說近年來也曾經辦過一些傳統規範的工作坊，試圖讓原住民自己去生產出有關於自己的傳統規範的知識，我不曉得就蔡教授的看法，什麼樣子的方式可以讓我們去生產出比較正確的傳統規範的知識，這是第三個想請教的。

第四個是攸關於知識跟制度之間的聯結，我們假定可以生產出一個相對而言正確的傳統規範知識，它其實應該會是很多不同的知識，如何在制度上成為這個制度，我們知道說現在的原住民基本法，其實在往上溯到我們的憲法，都要求要尊重自治並且尊重原住民的文化，這當中特別是原住民基本法，當然它隱含了一個伙伴關係的可能性，到目前為止我們看到其實做的很少，它往往被用一種特別法的方式在處理，例如剛剛蔡教授講到這個魚叉的問題，我們都知道長期以來，一直有這個子彈跟獵槍到底算不算是同一個東西的問題，我們的槍炮彈藥刀械管制條例用一個特別的方式把它排除，森林法的方式也是一樣用特別法排除。當我們在思考伙伴關係的時候，我們當然想的不是一個普通法跟特別法的關係，而是一個平行的、有效的法規範，那麼這個平行有效的法規範，它如何可能，以及它如何去處理群體之間的互動，因為跨群體的親密關係是存在的，並且是為數相當多的，在這種情況底下，就像剛才林昀嫻教授有講到，這個準據法如何處理，尤其是當它可能是原住民自己內部跨族群的通婚，或者是跟原住民以外的。印度有一個被提議的處理方式是用一種所謂的雙軌制，就是可以自由選擇，他們有宗教法跟不同族群法的問題，我要選擇我的族群的法律，或者是我要選擇一個一體適用的所謂的一般法，那麼這個一體適用的一般法，跟這個不同族群的法律，或者是宗教法，適用那一種，是把權利放在個人的手上。當然他們講的不是形式，讓人們可以自己去作選擇，我不知道說特別是就這個親屬跟財產制度而言，這樣一個雙軌模式是否可行，也是我想要對蔡教授請教的，我的評論就到這邊，謝謝。

第五場次
綜合討論

蔡穎芳助理教授回應：

大家好，也謝謝剛剛林昀嫻老師的評論，首先在法律多元規範之下，個人在自己的權利爭取上面的協商和應對策略是如何，基本上在排灣族的長嗣繼承制度裡面。長嗣其實除了有繼承全部家產的權利之外，相對應的他有責任，而且責任非常大，因為他不只要照顧父母親，責任還包括旁系親屬，所以他的兄弟姊妹，還有他的祖父、祖母的旁系兄弟姊妹，也就叔公之類的，如果需要人照顧，也是這個家的長嗣的責任，所以就兄弟姊妹的部分，就瑪家鄉那個部分的受訪者，他們是告訴我說，長嗣必須要直到他的兄弟姊妹已經，如果是新建婚，就是他比如說兩個人都是餘嗣搬出去住，在這狀況之下必須要等到他們有自己的房子為止，而且餘嗣在離婚之後，他如果沒有地方去，他可以隨時回到長嗣家去投靠。昨天在現場我還碰到一位期待很久的受訪者，他說長嗣照顧餘嗣的程度是餘嗣就算沒有離婚，他結婚了在外面住的話家裡永遠幫他留一個房間，他永遠是可以回來的。所以長嗣等於是整個家的靠山，餘嗣是可以隨時回去投靠長嗣的，餘嗣在外面若是有什麼事情，比如說醫藥費籌不出來，長嗣也是要幫忙想辦法，所以其實我覺得餘嗣在這個長嗣繼承制度的個人爭取上面，如果真的有需要的話，他會回家去尋求長嗣的幫忙。這是一個有盡到責任的長嗣他應該是這麼做，但是其實我的受訪者裡面也有談到說，有的長嗣沒有盡到他該盡的責任，所以有部分受訪者如果是餘嗣然後真的碰到這種狀況，他會跟我說他覺得長嗣繼承是沒有關係，如果老大他可以照顧大家的話，有辦法照顧大家，他覺得是可以，可是相對應的是，長嗣應該要盡到義務，他覺得這是一個前題要件。

此外，在法治確信那個部分，您剛談到我是不是問了問題，會不會沒有辦法回答我的疑問，不好意思我剛也沒有控制好時間，所以在有張PowerPoint裡面我很快就把它閃過去了。在法治確信的檢證，因為習慣法的話是由法治確信和反覆踐行兩個要件，剛剛您所提到是，我是不是只有問他們對鄰居的印象，那個部分是反覆踐行的檢證。在法治確信這個部分我是問說，你就是從小爸媽有沒有告訴你，將來家裡面的一切都是留給老大，或者是他們自己有孩子，我可能會問說，你有沒有跟你孩子說，將來家裡面一切都是要留給老大，反覆踐行的部分基本上我在訪談剛開始都是問他們基本資料，也會問一下他們家裡的狀況，然後會問受訪者家裡是不是交給老大。因為我的訪談資料太長，所以我就把它從中間切出來。

蔡中涵理事長回應：

剛才非常謝謝陳教授能夠提供一個很好的建議。第一個，我的論文裡面雖然沒有寫阿美語，但是母系我不曉得中文該怎麼翻，我們說maninaay，就是以媽媽為宗親的家族運作制度，大概是這樣的，所以如果翻成漢語，為讓各位比較聽得懂的話，我們就不得不用很多漢人的語彙，但是概念我不一定加進去，譬如說：因為我爸爸入贅嫁出去，最近阿美族很流行舉辦這個宗親會，介紹這個家族的小孩子們時，雖然我曾經當過一些職位，到最後我才被介紹；到了我媽媽宜灣那邊，我是現存faki階層第7個，那就可以講什麼話就馬上決定，所以這樣還是以媽媽為中心的運作模式。所以要用簡單的中文語彙我就只好藉此用漢人的用法。

然後日語，有兩本調查報告書，現在中研院已經翻譯了，我就避免不去看它，因為我看日文比較容易。日文原文還好寫得很仔細，但是仔細到我會笑出來，一看啊，這一定是阿美族跟他開玩笑，但那個日本學者就很認真的記錄，因為那個是根本不可能的事情，阿美族喜歡開玩笑啊，田調一定會帶一瓶酒，不然怎麼辦，所以我盡量看這些日文原文，但是還好有些記憶還在，我就知道就自己會笑。此外，我有一次也稍微看了下中研院翻譯的調查報告，它寫孫子然後括弧faki，我想了半天，faki應該是最偉大，為什麼變成孫子，一看原來他是調查南勢阿美族，昨天一早就請教楊仁煌教授，他是南勢阿美的，原來南勢阿美的孫子叫fafalaki，老人叫fafala:ki，那日本人也不曉得，他就寫孫子，然後中研院就簡寫成faki，把單字後面拿過來作faki，我說這個完全跟我們現在的概念不一樣，南勢阿美也用faki，fafalaki只是一個老人，非常耆老的人，所以我就盡量看日文，但是可笑的地方還是很多。

最後，我覺得這個是大家可以去思考的。兩軌的，像昨天那個法官講的，有些部分公共財的，特別是無形財的，是不是可以個人跟部落共存來共享，那最後會變成兩軌，將來我們在思考這樣的一個國家體制之下，是不是也可以去思考一個兩軌的方式，大家可以接受，比較容易接受來做。

第六場次

原住民族文化權 VS. 智慧財產權

主持人

林江義 副主任委員

行政院原住民族委員會

學歷：國立政治大學民族學研究所碩士
經歷：行政院原住民族委員會副主委
行政院原住民族委員會教育文化處處長、企劃處處長
台北市政府原住民事務委員會主任秘書
內政部民政司專員、科長
台灣省政府民政廳科員、股長、秘書
台東縣延平鄉公所課員

證明標章保護原住民工藝品之功能：以美國 IACA 經驗為例

李崇僖 副教授

中原大學財金法律學系

學歷：台灣大學法學博士
專長：智慧財產權理論、生物科技法律
經歷：東華大學財經法律所助理教授
台灣生命倫理學會理事
環境法律人協會理事
司法院司法人員研習班講座

評論人

陳昭華 教授

輔仁大學財金法律學系

學歷：奧地利維也納大學法律學博士
專長：勞工法
經歷：中原大學財經法律研究所兼任副教授
銘傳大學法律系副教授
行政院經濟建設委員會研究員

證明標章保護原住民工藝品之功能：以美國 IACA 經驗為例

李崇僖

壹、 原住民工藝創作保護之重要性

廣義的原住民文化財產權，可以指涉原住民所有的文化遺產(cultural heritage)，而文化遺產之內容可包括原住民族無形的傳統知識（例如對生態資源之利用知識），以及音樂舞蹈等文化表現形式。但從法律保護的角度而言，文化遺產之有形性或無形性在保護方式之選擇上有相當大的差別，無形的文化遺產特別容易面臨流失的危機，因此必須透過族群教育、耆老口述記錄等方式加以保存，而有形的文化遺產則適合由文化資產保存法這類的法律加以保護。而我國目前制定的「原住民族傳統智慧創作保護條例」，其保護範圍是包括有形與無形的成分，因為有音樂舞蹈，也有雕塑、圖案、紡織等。因此，本文所討論的工藝創作保護問題，並非該條例所欲處理問題之全部，僅是一個較具有經濟意義的面向而已。在此前提下，本文所介紹之美國相關立法，也並不等同於我國的保護條例，兩者在保護方式與目的上有相當程度的差異。

本文針對工藝創作保護加以討論之主因就在於該項傳統文化不僅有其精神層次上之意義，同時亦常有經濟面向上之作用。傳統工藝品之製作原本對於原住民族而言具有精神上或生活上之重要功能，而在當代藝術商品化與觀光消費的刺激下，傳統工藝品則又成為各國原住民族家庭的重要副業，因為原住民工藝品所呈現的原始、素樸風格，總能在市場上吸引不少認同者。而在原住民部落大多就業困難的情形下，自給自足又能承繼先人傳統的工藝創作就成了原住民家庭的優先選擇。此外，有些原住民族在傳統上有匠師特別專長於手工藝品創作，乃屬於專業的傳統承繼者（在社群成員分工比較完整的進步農業社會中特別常見），而手工藝品市場也就成為其唯一的經濟來源。相較於其他文化遺產，工藝創作是對當代原住民族來說最直接影響其經濟收益的文化遺產，也是最需要被創設文化財產權的項目，因為傳統工藝創作被抄襲常是攸關原住民家庭收入或工藝專業者生計的大事。

事實上原住民族傳統工藝創作被外界抄襲利用已是常態，且造成原住民家庭大量的經濟利潤損失。單以美國印地安人之情形為例，根據一份 2005 年出版的官方報告顯示，從 1990 年「印地安藝術與工藝法」修法以來，國外進口或美國境內仿冒的印地安工藝品所侵蝕的市場價值，已經累積高達四億至五億美金[1]。此種大量製造的仿冒品，不僅

[1] U. S. Dep. Of Interior, Office of Inspector General, *Indian Arts and Crafts: A Case of Misrepresentation* (2005). 轉引自 Roberto Iraola, *The Civil and Criminal Penalty Provisions of the Indian Arts and Crafts Act of 1990*, 36 Cumberland Law Review 294 (2006).

侵蝕印地安人的經濟利潤，其粗糙的品質更損及文化認同與尊嚴。根據學者研究指出，這些大量的仿冒品充斥市場，造成了以下四個問題[2]：

（一） 仿冒品剝奪印地安藝術工作者之經濟基礎，導致其無法謀生。因為仿冒品便宜，且到處可以買到（例如旅館之禮品店，路邊的攤位）；

（二） 仿冒品可能導致文化滅絕，若印地安藝術家被逐出市場，則印地安文化與技藝將永遠消失。

（三） 仿冒品使消費者對印地安藝術產業的信賴消失，因為真假難辨，將降低消費者之購買意願，導致市場萎縮。

（四） 仿冒品對手工藝品所代表的印地安文化造成傷害，印地安藝術工作者多以手工製造，選用適當而罕見的材料，並耗費相當時間使其臻於完美。仿冒品通常使用劣等材料且大量生產，將導致文化上的誤導，破壞原住民對其自身文化之信仰與認同。

然而如何杜絕這些仿冒品卻一直是個難題。首先這些工藝創作一旦係沿襲於傳統形式，則無法獲得著作權的保護，因此無法主張仿冒者為侵權。另一方面，這些原住民家庭多半不會想到去申請商標註冊（亦不堪負擔相關成本），且以族群為申請單位亦會面臨現實法令上的權利資格問題，因此亦無法透過商標方式保護。在此背景下，美國國會乃制定了「印地安藝術與工藝法」(Indian Arts and Crafts Act，以下簡稱 IACA)希望建立特殊的保護制度。該法律之設計構想為何，實際運作經驗又能收多少成效，此皆為本文所希望探討者。

雖然本文以證明標章為題，但限於篇幅而以分析美國 IACA 之法制經驗為主，至於紐西蘭、澳洲以及巴拿馬等其他國家亦有透過證明標章保護原住民工藝品之例，則有待另文加以論析。正因如此，本文之論述內容在政策應用層面上有其侷限性，不能作為理解證明標章與原住民工藝品保護之全部面向，合先述明。

貳、 美國「印地安藝術與工藝法」之法制經驗

一、 法律之制訂背景與內容

早在十九世紀中葉，美國西部就已建立廣大的印地安保留區，避免其遭受白人之侵擾。暫且不論印地安保留區政策背後的種種政治考量與結果，至少為因應印地安保留區之治理需求，在美國法律體系中已逐漸發展出完整的印地安法體系，其中涉及土地利

[2] Jennie D. Woltz, *The Economics of Cultural Misrepresentation: How Should the Indian Arts and Crafts Act of 1990 Be Marketed?* , 17 Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal, Winter 455-457 (2007).

用、水與礦產資源治理、經濟開發、文物保存等諸多環節。本文所欲探討之工藝創作保護體系，亦是在印地安法體系整體下的一環[3]。

由於美國境內的印地安手工藝品市場上充斥著從亞洲國家進口的廉價品競爭，因此美國早在 1935 年就制定了「印地安藝術與工藝法」，其中主要規定內政部應設置主管機關 Indian Arts and Crafts Board（以下簡稱 IACB），以發展印地安手工藝技術與市場，促進印地安部落與保護區之經濟利益。在該法中還賦予主管機關創設相關商標與制定行政規則之權力。然而，經過數十年的施行結果，市場充斥廉價競爭品的情況仍未見改善，因此美國於 1990 年修訂了全新的 IACA，其中增加了冒用 IACB 創設標章者之刑罰，以及龐大的民事賠償責任。以下的討論將針對 1990 年修訂後至今之 IACA 法律內容與實踐情形。

1990 年 IACA 之修訂除了與印地安工藝品仿冒問題嚴重有關之外，亦與當時之政治環境有關。事實上，1990 年對美國印地安人文化自主意識是具有相當重要意義的一年，該年不僅凱文科斯納所導演的「與狼共舞」上映，獲得電影學院頒發當年度最佳影片獎，同時該年聯邦眾議院亦出現第一位印地安人國會議員 Ben Nighthorse Campbell，此君原即為印地安珠寶銀器創作者之身分。而 IACA 即是在 Campbell 之提倡，以及某些印地安族自治政府大力支持下通過修訂的。在此種大眾文化覺醒與政治代表強化的背景下，迅速通過有著強烈的族群正義與經濟補償色彩的法案也就不令人意外，但其中亦夾雜著合法性的印地安自治政府藉由法律強化其代表性地位之企圖。因為該法律對於印地安人之認定採取嚴格規定（必須為部落成員名單中之印地安人方受保護），可產生明顯的排他效果，增強族群自治政府的法律地位，另一方面卻忽視了印地安人身份建構的複雜歷史[4]，以及印地安藝術市場的實際社會結構（部落以外的展售場所是游離性印地安人的主要合作對象），導致許多不盡合理的法律效果。

IACA 之基本規範原則就是採用類似商標之精神，所處罰之行為乃是向消費者謊稱為印地安工藝品之行為。1990 年新修訂之 IACA 與先前規範不同之處即在於將原本的輕罪處罰改變為重罪，可科以高額罰金以及相當刑期。依據 IACA 規定，個人違反此規定者，第一次違法之罰金為 25 萬美金以下，並可科五年以下徒刑，若為法人則罰金可達 100 萬元。若為再犯者，個人可罰 100 萬元以下，並可科 15 年以下徒刑，法人可罰 500 萬元以下，這是相當重的處罰。不僅如此，違反本法之行為可以公益訴訟方式為之，包括司法部長、印地安部落或相關手工藝協會皆可提出訴訟。因為被侵害者可能是某個小

[3] 我國從制定原住民族基本法以後，涉及原住民事務之法律修訂需求多達數十項，每項都深刻觸及部會之間的權力分配、資源治理等調整，經常在行政院會中僵持不下，造成總體法政策的模糊未明。另一方面，目前國內法學界尚未重視外國原住民法體系之研究，以致缺乏更全面性之論述。關於美國印地安法體系，可參考 DAVID H. GETCHES, CHARLES F. WILKINSON, ROBERT A. WILLIAMS, CASES AND MATERIALS ON FEDERAL INDIAN LAW (2005)。

[4] 印地安人在歷史上遭受美國政府的強制同化政策，已經有許多部落遭到消滅，許多印地安人成為沒有部落歸屬的游離成員。此外，許多印地安人基於歷史的憤怒，亦拒絕接受美國政府對其身份之證明。凡此種種，都使 IACA 的身份認定等於只保障了未被消滅的印地安部落，卻反而剝奪了游離性印地安人的生計。

部落，難以透過訴訟主張權利，或者根本無從確認受害者（當販售者單純標榜其為印地安藝術品，而未指明特定部落時），因此公益訴訟方式可用以請求民事與刑事救濟。

除刑事追訴外，若能確定受害之部落，則受害者亦可請求民事賠償。IACA 規定應負賠償責任之情形為「行為人直接或間接要約、展售或販賣某物品，而錯誤地暗示(falsely suggest)該物品係印地安製造、為印地安產品或該物品乃係特定印地安人或印地安部落或印地安手工藝組織所製造者」[5]。主管機關 IACB 對該法律之解釋規則為，不僅不可謊稱印地安人名義，亦不可使用「美國原住民」(Native American)這樣的標示。但是該法律並不禁止「印地安風格」(Indian- style)或「美國原住民風格」這樣的標示[6]。此種解釋原則乃是因為，IACA 之基本規範原則是採取商標制度之原理，而非著作權之原理。換言之，法律並不禁止印地安部落以外之人製造與印地安工藝相類似之手工藝產品，而是禁止其標榜為印地安產品或印地安人製造。因此若僅標示為「印地安風格」，其實等於明白表示其並非正統印地安產品，是不會導致消費者混淆誤認的，也就為本法所容許。

二、 制訂後之實際效果

雖然 IACA 於 1990 年大幅修訂，但其後並未立即提供主管機關足夠之經費人力進行法律執行與查緝工作，因此在立法後長達六年的期間，該法律是處於無法執行的情況[7]。儘管如此，該法律規定所具有的全面影響力仍然對工藝品市場產生了明顯的寒蟬效應。舉例而言，IACA 對於印地安人之定義僅限於那些聯邦政府或州政府承認之部落成員。但由於印地安人之實際範圍並不僅如此，許多部落並不願意尋求美國政府之承認，也有不少印地安人是脫離其部落而獨自生活，因而導致即使血統上是印地安人，在法律上亦未必被承認，當然也就不符合 IACA 所認定之印地安人。正因如此，IACA 在 1990 年修訂通過後的第一個社會反應就是博物館關門。例如奧克拉荷馬州的五大文明部落博物館(Museum of Five Civilized Tribes)在該年底就宣布關門，其理由是他們雖然確定其展示的物品是印地安人所製作，但並不確定在 IACA 之認定下是否合法[8]。類似此種對藝術展售業者的寒蟬效應，只會造成印地安手工藝創作者面臨更嚴峻的市場環境。

IACA 施行至今，所出現之刑事追訴案件僅只兩件，第一個案子是 Wayne Eagleboy 在 1998 年被控販賣兩項標示為「由印地安人製造」的藝術品給博物館，但他本人並非任何印地安自治組織的成員。此案經當事人提出認罪減刑協商後，最後以輕罪判刑，罰

[5] "directly or indirectly, offers or displays for sale or sells a good, with or without a Government trademark, in a manner that falsely suggests it is Indian produced, an Indian product, or the product of a particular Indian or Indian tribe or Indian arts and crafts organization"，此為 2000 年 11 月國會通過「印地安手工藝產業執行法」(Indian Arts and Crafts Enforcement Act of 2000)所新增之具體定義規定，但民事賠償請求權是在 1990 年之法律中就已存在。

[6] 25 C. F. R. 309.3 (a) (2006) 主管機關此一解釋原則，乃是為了與聯邦巡迴上訴法院對該法律之解釋保持一致。相關聯邦法院判決意見，詳見本文二、（三）之說明。

[7] William J. Hapiuk, *Of Kitsch and Kachinas: A Critical Analysis of the Indian Arts and Crafts Act of 1990*, Stanford Law Review 1014 (2001).

[8] Id. at 1011.

金 250 元並處以緩刑[9]。

第二個案子則是 Nader Pourhassan 在 2001 年被控謊稱印地安商品(實則為越南製造的補夢網)。在訴訟審理前，被告主張 IACA 之用語模糊而應無效，請求法院駁回起訴。法院認為，刑事規定必須明確規範違法行為，使一般人得以理解何種行為被禁止，且該規定必須避免被任意適用。由於本案涉及憲法第一修正案之權利保護，因此必須接受嚴格的合憲性審查，亦即不可規定模糊(vagueness)。本案被告主要針對 IACA 有關「印地安製造」(Indian produced)之認定，以及「錯誤地暗示」(falsely suggests)之解釋，認為過於模糊而無效。對於「印地安製造」一詞，法院認為此意義已於施行規則中詳細規定，並非模糊；至於「錯誤地暗示」一詞雖然用語有些曖昧，但法條規定了明知與故意要件，已足使一般人理解何種行為被禁止，且此規定之模糊程度並未到達可被恣意適用的可能。因此，被告之違憲主張並不成立[10]。

根據 IACA 所提起的第一宗民事訴訟求償案件，不是針對進口仿製品的業者，也不是針對不在部落成員名單中的印地安人，而是針對最有錢的機構，也就是百貨業者。這似乎是非常合理的結果，因為印地安工藝組織要去追查進口仿製品的來源，包括是由誰進口的，其實相當耗費成本；如果要去控告非在部落成員名單中的印地安人，亦會造成印地安人內部紛爭的社會觀感。無論如何，選擇最有錢的人作為被告，是民事訴訟的最佳策略。第一件案件就是 1998 年由聖語族(Ho Chunk Nation)向伊利諾州聯邦地方法院提起，控告百貨業 J. C. Penney 與連鎖量販店 Wal-Mart 販賣違反 IACA 的商品，並分別求償兩億四千萬美元與一億兩千萬美元的賠償金額[11]。

此案衍生出幾個 IACA 規範上的問題，首先是聖語族並不需要證明其本身有銷售手工藝品，且不必因被告之違法展售行為而成為受害者，此種規定等於認定 IACA 賦予印地安族群一種類似財產權的權利，亦即只要冒用了印地安人的名義就產生求償基礎，並不以這樣的行為構成實質損害為要件。另一方面，由於 IACA 僅以印地安人為標示範圍，並不是以各族群之名義為標示方式，因此當 J.C. Penney 與 Wal-Mart 違法展售了印地安工藝品，則等於同時侵害了所有印地安人的權利。如此一來，不僅聖語族可以提起訴訟，其他族群也可提起訴訟求償。被告之行為只有一次，卻可能受到多重的訴訟求償，並不合理，但 IACA 的條文本身並未處理此問題[12]。

---

[9] Roberto Iraola, *supra* note 10,at 317-320。本案因係以認罪協商結案，故無相關判決文號可引用。

[10] 148 F. Supp. 2d 1185, D. Utah, 2001.

[11] Hapiuk, *supra* note 7, at 1014, 1038。此僅為原告求償之金額，此兩案其後並未經法院判決，應是訴訟雙方已達成未公開的和解。

[12] 雖然援引 IACA 而提起訴訟的案件並不多，但仍有兩件案例經過上訴而進入到聯邦巡迴上訴法院並獲得判決。值得注意的是，在這兩件案件中法院對於 IACA 之適用範圍呈現出限縮適用的立場，並確立了 IACA 執法機關對該法律之立場，因此特別值得加以分析。此兩案件分別為 Native American Arts, Inc. v. The Waldron Corp. (2005)以及 Native American Arts, Inc. v. Hartford Casualty(2006)。在 Waldron 一案，原告主張被告 Waldron 並非印地安人，卻製造販賣印地安風格的首飾，並對商品冠以印地安族名作為銷售方式，因此違反 IACA。然聯邦第七巡迴上訴法院認為，該法所謂「錯誤地暗示」(false suggestion)之意義並非涵蓋所有使用到印地安此一字眼的銷售方式。法律之意旨為關於錯誤地暗示問題應屬事實認定問題，應交由法官或陪審團依據銷售外觀之整體(entire sales package)加以判斷。而在本案中法院認為被告

此外，IACA 僅以印地安人為標示方式，也容易引發印地安人各族群相互之爭執。目前被聯邦政府承認的印地安部落就有七百多個，其他還有許多是被各州政府承認的部落，雖然不是所有部落都以手工藝品著稱，但可以想見彼此在印地安手工藝市場上的競爭仍然相當激烈。甚且，不是以手工藝品傳統著稱的部落，也可能為了生計而去模仿其他部落的傳統藝術，而由於彼此都是被承認的印地安部落，自然沒有人構成違反 IACA 的問題，可是各部落彼此間的衝突就會產生。例如有 Hopi 族控訴 Navajo 族盜用其傳統 Kachina 玩偶的案例，Hopi 族人士主張，Kachina 玩偶與 Navajo 族沒有任何淵源，但 Navajo 族人士擅自製作這種玩偶來販賣，且刻意使用與 Hopi 族傳統不同的材料。Hopi 族傳統上使用楊樹(cottonwood)來製作，而 Navajo 族則用西印度輕木(balsa wood)[13]。從 IACA 的規定來看，Navajo 族人士並不違法，但是從保護消費者與尊重傳統文化的立意來看，這是明顯誤導消費者以及盜用他人傳統文化的典型行為。

三、 對該法律之檢討

就實際運作經驗來看，IACA 並未達到其立法目的。由於美國印地安藝術品市場實在非常龐大，以致幾乎所有能想得到的脫法行為都在現實中可以發現。從最簡單來說，非原住民工藝家只要為自己取個藝名，看起來像是印地安人的名字，並於其作品上簽名，同時標示為「印地安風格」之作品，則這樣的作品在觀光區的商店中就可以賣得很好，消費者根本不會從法律規定的認知立場去區分。如果真要區分，消費者可能從價格一眼可以看出差別，真正印地安家庭的手工藝術品，價格多是進口仿製品的五至十倍。正因如此，許多並非印地安家庭的作品，其在定價上也會刻意調高，這反而比較好賣。

脫法行為之極致表現則是有廠商到菲律賓的村落去設立手工藝品工廠，並且將該村改名為 Zuni，這是美國新墨西哥州著名印地安部落的名稱。這樣的進口產品，就可以明白標示著"Made in Zuni"，就商品標示規範之意義來說，此舉沒有錯誤標示問題，就 IACA 之規範而言，不去刻意強調印地安產品即可，並不會減損其對消費者的吸引力[14]。

在全球化經濟的時代，所謂印地安製造(Indian produced)的藝術品其實背後有著非常錯綜複雜的貿易網絡。例如由企業主提供半成品材料，雇用印地安家庭進行最後階段之加工，亦可稱為印地安製造。更遑論向印地安人購買其名義，實則完全未經印地安人製造者，亦所在多有。至於印地安風格(Indian style)這樣的產品，其背後的交易網路與市場考量就更複雜了。許多消費者希望購買原住民產品的原因，是看重其所使用之材料為當地特有材質，因此願意用比較高的價格去收藏，心態上卻未必關心這是否為原住民自己製作，或是原住民家庭從中獲得多少報酬的問題。因此，有不少業者就從印地安地區大量砍伐或購買相關材料，然後運送到第三世界進行製作，再以印地安風格的產品標示

之銷售方式並未達到錯誤地暗示其與印地安部落有關連，故原告應敗訴。同樣的，在 Hartford 一案中法院亦強調並非只要用到印地安這樣的字眼就是違反 IACA，原告必須舉證其所受到之損害乃是因為被告錯誤地宣稱其為正統的印地安藝術。

[13]Woltz, *supra note* 2, at 464-465.

[14]Hapiuk, *supra* note 7, at 1044.

回銷美國，其在銷售上會特別標榜美國當地特有材質，且由於製作價格比印地安家庭所製者低廉許多，在價格上就有相當的競爭力[15]。

即使消費者充分理解了「印地安製造」與「印地安風格」在法律上有何差別，亦很難真正瞭解其在現實上所能代表的意義。如前所述，即使是合法標示為「印地安製造」的產品，其也可能是印地安家庭代工的型態。相對的，所謂印地安風格的產品，也有不少是非原住民的藝術家，因受到原住民藝術的感召，進而去向印地安人學習藝術創作，在取得部落或其長老的同意後進行創作，此種對印地安傳統文化的尊重作法，在 IACA 的標示原則下是無法與其他粗魯惡意盜用的業者做出區隔的。

由於 IACA 在立法設計上以及實務運作上有前述諸多缺陷，學界因而有不少批評。有學者就主張，應該廢除虛有其表的 IACA，對於進口仿製印地安藝品的問題，採用現行「綜合貿易法」(Omnibus Trade Bill of 1988)加以規範，亦即採取邊境措施進行防堵會更為有效[16]，因為對印地安手工藝品市場衝擊最大的乃屬進口低廉產品，而非美國境內之不法生產者[17]；此外亦有學者主張應揚棄 IACA，直接以商標法中的證明商標制度達到保護目的[18]。目前 IACA 雖然採行部分商標法中的原則，但其商標基本上只有一種，就是印地安製造、美國原住民製造等標示，且其商標所有權屬於國家，各族並不能自行決定其特有之標示。此種規定方式某程度造成了前述一些實務上的缺陷。因此如果回復到證明標章之精神，由各印地安部落自行申請取得其證明標章，則消費者將更能辨認該商品之來源，且不會產生各族彼此間的合法抄襲問題。此外，本文前述有關游離性印地安人的保障問題，亦可能獲得解決，因為證明標章是用以證明他人商品的制度，只要設立一個公正的認證單位，則可對於具有印地安身份之藝術家或者已經獲得部落許可的其他藝術家進行身份認證，不必限定其必須屬於印地安自治政府之成員。至此，似乎文化財產權的保護方式又與智慧財產權體制趨同，可以相互為用了。

參、 商標權模式保護之功能與侷限

前述對美國有關保護原住民藝術創作之法制經驗分析，可發現商標制度或類似商標之特別立法確實有可能作為保護原住民工藝創作之制度。雖然美國採取特別法保護，其原理原則亦與商標制度非常接近，由此可見，法律制度在面對原住民族傳統文化保護以及經濟利益保障此一複雜議題時，固然面臨既有制度無法充分適用之問題，亦必須考慮

[15]Julie Hollowell, *Intellectual Property Protection and the Market for Alaska Native Arts and Crafts*, in MARY RILEY ED. INDIGENOUS INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS: LEGAL OBSTACLES AND INNOVATIVE SOLUTIONS, 63 (2004).

[16]Jon Keith, *Regulation of Counterfeit Indian Arts and Crafts: an analysis of the Indian arts and crafts of 1990*, 18 AMERICAN INDIAN LAW REVIEW, 511 (1993).

[17]綜合貿易法在 1990 年的修訂中規定，從國外進口印地安風格之商品，必須以無法消除之方式標示其生產國，以避免進口後遭貿易商塗去原產國標示，冒充印地安製造之商品。

[18]Hapiuk, *supra* note 7, at 1067-1069

新制度不能偏離既有制度精神太遠，否則會產生更多規範面上的新問題。在舊制度的基礎上建構新的制度模式，可能是比較妥適的法制改革方式。然而，此種法制改革的前提就是對於舊制度的利弊得失必須經過審慎評估，才能作適當的選取與改革。就智慧財產權之制度原理而言，商標制度並不賦予權利人對於創作內容一種財產權，而是針對交易上標識提供一個專用權，供消費者認明商品或服務之來源；著作權則是對於創作者之創作內容賦予財產權，使其具有絕對之排他權。因此，就商標模式之優點而言，原住民之藝術在當代社會中難免影響到其他藝術工作者的創作風格，如果將原住民之藝術完全界定為其他人不可模仿之範圍，則可能導致其他藝術創作者動輒得咎，因而扼殺了創作的自由空間。換言之，以商標模式保護原住民文化財產權之好處在於維護了整體社會的創作自由。但另一方面，以商標方式保護容易顯現出不足之處，亦即其他創作者即使模仿原住民之創作藝術並不構成違法，只要該作品在販賣時不要標示原住民產品或原住民製造者，或者不要冒用原住民部落團體所申請之商標，即可免除責任。此種保護模式並無法完全禁絕仿冒品，充其量僅是提供消費者一個較為明確的選擇依據。相反的，如果採用著作權保護模式，則可阻止他人擅自模仿，是以此種保護模式更能解決原住民族關心之文化盜用問題。然而，著作權保護模式最大的問題在於創作保護之範圍難以界定，傳統創作之歸屬亦可能產生爭議。因此需要搭配審查與登記制度，以利釐清權利歸屬與權利人為何，但此點可能成為更多糾紛的來源。

基於前述原則並參照外國之法制經驗可知，以商標權模式保護原住民工藝創作將可能具有數項之功能與侷限，分別闡述如下。

一、 有利傳統文化之發展再生

保護原住民族傳統文化藝術與工藝創作之目的主要是維護其文化之傳承，因為在當代社會中處於邊緣化地位的原住民社群，其文化流失之速度甚快，若不施予保護政策，則強勢文化將在傳統部落中迅速取代舊文化之地位。於肯認保留多元文化之前提下[19]，讓舊文化獲得傳承發展本身就具有社會價值。

然而文化是人群生活的表現，是活的事物，不是死的文物。因此所謂促進多元文化發展之意義並非將少數族群之傳統文化視為靜態事物地加以保存，而是應該促進該文化內涵能在當代與其族人之生活結合，成為其生活的一部份。換言之，維護多元文化並非保存博物館式的文物，而是讓族群文化與其生活成為一體。唯有生活化的傳統文化，才能自然地傳承發展，並且讓族群中人因其生活文化而獲得真實的認同。將此觀點放在本文所探討之原住民族工藝創作保護問題上，將可推導出為何標明正統的原住民族手工藝品是一件重要的事情。因為原住民工藝品對原住民之意義並不僅是一個可以營業的謀生工具，而是這些工藝品的內涵本身就具有文化上的重要意義[20]。就此點考量而言，透過

[19]我國憲法增修條文第十條第十一項亦明文規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」

[20]例如台灣原住民各族中，不同的服飾與編織，分別代表了穿戴者在部落中的身份地位，也蘊含該族群普

證明標章或團體商標等制度，鼓勵正統的原住民手工藝品市場發展，不僅是可行的，且是最基本應有的法律保護模式。在商品市場上正統與非正統的手工藝產品往往很難透過內容差異去區隔，因為非屬該族群成員之一般消費者很難真正瞭解其差異，因此即使用類似著作權方式保障某些內容，其實仍難保沒有相類似或改造過的競爭產品出現。對消費者來說，以商標去認明其所認為值得購買之文化產品，是比較簡單的方法。

另一方面，文化原本即是演變與流動的，其演變乃配合社會環境因素，其流動可增進跨文化間之相互理解。如果以類似著作權之絕對財產權形式進行保護，可能產生其他創作者動輒得咎之問題，也因此會阻礙文化的流通與相互影響變遷。長遠而言，這會導致多元文化保障之真正意義不復存在，因為保障多元文化之真正目的應是在促進不同文化彼此之交流與相互影響，而非封閉與隔離方式的發展。

二、 符合工藝品之市場現實

原住民手工藝品不僅負載著族群文化傳承之意義，在當代的經濟生活中亦是許多原住民家庭重視的副業。因為許多手工藝品都是家庭中的婦女或老人就可製作（例如排灣族的琉璃珠），可讓非正式勞動力也加入經濟生產，此對於原本已就業困難的部落地區而言是重要的經濟來源。因此確保原住民家庭所製作手工藝品之市場機會，是同樣重要的考量。就此點而言，目前原住民手工藝品之主要銷售管道有兩方面，一是在部落中以結合部落觀光經濟之模式銷售，亦即外來觀光客進入部落後，以購買紀念品之心態所進行之消費；另一種則是在部落以外之展售點銷售，例如展覽會、機場、車站等，此種銷售之對象可能包含外國人對台灣原住民文化有興趣者。理論上，結合部落觀光之手工藝產業是比較不容易出現外地仿冒品入侵之問題，因為部落本身可以形成篩選機制。比較成為問題的就是在部落以外發展的手工藝品市場[21]，而這部分應該以何種法律形式加以保護，就是主要問題。

以商標制度加以保護，固然可以讓消費者辨明哪些手工藝品是真正來自原住民家庭手工製作者，而非以機器大量生產製造或從越南、中國等廉價勞工處生產進口者，但在無法禁止其他仿冒產品同時在市場上競爭的情形下，此種保護能達效果之前提是消費者願意付出更高的價格去購買正統的產品。此種前提是否能成立，必須從市場現實去瞭解。以國外之經驗而言，美國阿拉斯加的原住民雖然發展出了 Silver Hand 這樣的證明標章來標明原住民正統工藝品，但展售商店卻未必願意配合使用這些標章，因為這些價格較昂貴的正統藝術品銷售量不大，但其展售在顯眼處或甚至標明其證明標章，往往會使店內其他低價的非正統工藝品之銷售受到影響，因為這種證明標章等於明示或暗示了其他未使用該證明標章之商品為仿冒品[22]。如何能結合行銷通路，使證明標章之真實意

遍的信仰於其中。換言之，工藝之設計與使用通常連結於文化性的意義。參閱王嵩山，台灣原住民的社會與文化，頁 50，聯經出版，初版(2001)。

[21]例如行政院原住民委員會於屏東設置的原住民文化園區販售部，就被原住民檢舉其中手工藝品充斥著大陸貨，其中主要是帽子、皮件。見聯合報，「屏東原民園區販賣藝品，充斥大陸貨」，2008 年 10 月 3 日。

[22]Julie Hollowell, *supra note* 15, at 66.

義傳達給消費者，將是以商標制度保護工藝品之成功關鍵。因此政府之責任不僅是推動證明標章制度，更重要的是積極透過媒體行銷方式，建立消費者心中對該標章所代表意義之認知與認同。從更大的意義上來看，我國近年來積極推動的文化創意產業政策，實不應忽視原住民工藝品所代表的文化性與產業價值。而民族工藝品市場作為一種文化產業的意義來思考，必然要規劃其形象行銷、產銷管理及人才培育等環節。政府絕對不是立個法律就可以了事的，在文化創意產業上如此，在原住民文化保護上亦是如此。

三、 法律執行成本較低

當考量有關原住民保護相關之法律制度時，必須注意到原住民族是比較不熟悉法律運作的弱勢者，因此如果設計過於複雜或執行成本過高的法律保護制度，往往原住民不會真的去使用這個制度，其結果就是法律保護成為一種徒具形式，缺乏實效的樣版。在此原則下，可以進一步探討有關原住民工藝創作保護之制度，採行商標模式或著作權模式何者較為可行之問題。

如果採取商標模式之保護，則主要是以證明標章或團體商標之方式使消費者可辨明該商品是否為原住民正統之作品。就原住民族部落所具有之團體生活特性而言，哪些人是部落成員是很清楚可界定的，因此若該部落申請一團體商標，其成員在販售工藝品時可使用該商標，應不會有資格認定上之問題，且此種運作之成本並不高，因為不需要另外組織一個商業團體的組織成本，而是以既有的部落組織特性即可運作。就目前我國法令而言，唯一存在之問題點就是團體商標必須為具有法人資格之團體才可申請（我國商標法第七十六條參照），而目前原住民部落並不具有法人資格。此問題之解決方法除了立法賦予部落法人資格外，亦可不必另行立法，而是鼓勵各部落以類似社區發展協會等方式建立有法人資格之社團組織，則可進行申請，但前提是該部落所有成員若有意願參與工藝品市場，則都有資格成為該協會之會員，才能達到普及保障之目的。此外，亦有學者主張應修訂我國商標法，取消團體商標與團體標章需具有法人資格者才可申請之規定，以與證明標章之規定標準一致[23]。至於證明標章之方式，由於商標法規定申請證明標章之人必須其本身非為從事該商品或服務之業務者，且必須為法人、團體或政府機關（我國商標法第七十二條參照）。因此關於原住民正統工藝品之證明，可考慮由行政院原住民族委員會或該部落所在之地方政府去申請證明標章，同樣可達維護原住民工藝品市場競爭秩序之目的。至於對違法者之追訴成本方面，商標侵權之認定困難度並不高，且相關訴訟費用在團體商標可由部落支付，在證明標章可由地方政府支付，亦可符合政府宣示照顧原住民族權益之美意。

至於以著作權模式提供保護，則首先遇到之問題就是現行著作權法之原理並無法直接對原住民工藝創作提供保護，因為其中許多並非當代人之創作，而是傳承自古之著作。換言之，不像現行商標法可直接提供保護，在著作權模式上必須另訂特別法才可能實現保護。另訂特別法或在著作權法中創設特別權利制度，則勢必要以登記制度加以運

[23]謝銘洋，智慧財產權法，頁 135，元照出版，初版(2008)。

作。因為要確認哪些族群擁有哪些傳統創作之所有權，透過事前審查與登記機制，可對社會大眾產生公示作用[24]。然而創設這個權利的過程以及其執行，所必須付出之成本可能高過於商標制度的運作成本。以下即分析著作權保護模式之運作成本。

就審查與登記制度而言，其成本包括部落必須先調查清楚自身有哪些傳統創作值得保護，才知道要去進行登記；再則政府部門必須對申請登記案進行基本調查，才能確定可以給予登記；接著可能因為這樣的登記而引發不同族群間有關同一創作歸屬權之爭議，需要主管機關進行協調與歸屬確認；即使登記完成後，亦可能產生對於某一商品是否有構成侵害原住民已登記之傳統創作權利的認定爭議，將需要法院個案判斷。凡此種種，皆說明了登記審查制度並不是減少法律執行成本的有效方法。當然，這樣的法律執行成本如果絕大部分都非由原住民本身要負擔，而是執行法律的主管機關或法院所要負擔者，則或許問題不大。儘管如此，所謂法律所造成之成本其實包括了法律執行上不確定性程度所造成之風險。因此，即使本文所提出之各種執行成本並非直接由原住民本身去負擔，但主管機關或法院究竟會如何去認定與處理相關爭議若缺乏明確標準與可預測性，則對原住民族而言，並無法確定法律提供了多少程度的保障。

綜前所述，可知以證明標章或團體商標模式保護原住民工藝創作之法律權益，不僅可兼顧文化傳承、市場經濟並且是以較低之法律成本即可達成。甚且，證明標章或團體商標都是現行商標法上的制度，不需另外創設特別法。雖然商標保護亦有其侷限性，亦即需要政府機關投入更多宣導的資源，且有賴消費者之支持意識。但若能輔以類似著作權模式之特別法制度（如我國之智慧創作保護條例），則兩者相輔相成將更足以促進原住民工藝創作應有之權益保障。

[24]巴拿馬是全球第一個以特別之著作權立法提供對傳統知識全面性保護的國家。該國於 2000 年即修改著作權法創設了原住民族著作集體權，該制度亦是以登記與審查方式為基礎。參閱 WIPO, Review of Existing Intellectual Property Protection of Traditional Knowledge, p. 7 (2002) <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_3/wipo_grtkf_ic_3_7.pdf> (last visited 10.13.2008)

評論

陳昭華 教授

副主委和與會的所有來賓大家好。今天李教授報告的是原住民傳統工藝的保護，如果用國內的法律現在主要是涉及到原住民傳統智慧創作保護的問題，那麼他今天嘗試用我們現行的智慧財產權體系，主要用商標法的保護模式來探討，有沒有可能用商標法的規範來保護會比較好，這個是一個很好的探討模式，因為這種的保護模式，說不定會比我們現在所規定的方式來得更簡單，而且它所花費的成本也會比較好一點。

上個禮拜我跟李教授一起到大陸去參加一個研討會，討論到非物質的文化遺產保護的問題，關於這方面的保護他們分成物質文化遺產跟非物質文化遺產，這個跟聯合國的規範模式大致上是一樣的，他們所討論的問題跟我們今天要討論的問題有些重疊的地方，所以我想透過他們大陸有關的規定，就他們現在實施的情況，探討我們在保護上碰到的問題。大陸目前的保護模式是分成物質文化遺產跟非物質文化遺產，那麼非物質文化遺產這個部分目前還是草案，另外在他們的著作權法裡面很早就規定有一個條文，他還要再進一步做細的規定，也就是用著作權法的方式來保護，可是目前都還沒有規定出來。那麼在非物質文化遺產的草案的部分，他們保護的模式主要分為公權跟私權，公權的部分就是說國家負有一些義務要去認定、記錄、建檔，而且要去傳承或是傳播這些文化遺產，另外對於一些比較有貢獻的則必須要去表彰、獎勵，另外它也禁止人家用歪曲或貶損的方式來使用，這是在公權方面的部分；那麼在私權的部分，它保護的模式，在大陸因為著作權法那個部分還沒有規定，那麼如果其他的國家的保護模式，就是用著作權法或商標法，或是像美國用特別法的方式，那麼在這個公權跟私權，它主要的考慮點是什麼？用公權的模式主要是國家來做，它比較考慮到的是文化怎麼傳承的部分，如果是私法的部分比較考慮到的是權利保護的問題，權利保護後面常常會涉及到一些利益的問題，所以這方面的保護我們要思考的問題就是我們真正保護的精神，是要著重在文化的傳承或是重視那種權利的保護，因為如果過於重視權利的保護，著重在利益的部分的時候，它的權利過大，可能會因此使文化的傳承受到影響，這個剛才李教授也有提到這點。

就我們目前的情況來看，用原住民族傳統智慧創作保護，這個是用著作權的模式來保護，而且我們規定的方式是必須要登記，登記才會受到保護，這種保護的模式權利是相當強的，而且你必須去辦理登記，你如果沒有登記的話，你沒有辦法受到保護，所以如果在一個原住民族裡面，有些東西他們不懂得要去辦理登記，等到有一天別人冒用的時候，他這個時候才知道要主張權利，他也沒辦法主張，所以我們目前的規範模式它所實施的成本算是相當高的。還有一個因為它權利很強，它是專用權的情況，如果我們要

使用的時候，一定要得到原住民族的同意，那同意的時候如果有碰到困難，人家可能就想說，我就不要用好了，不要用的時候，可能在文化傳承上多少都會受到一些影響，這個是在我們現行法裡面可能碰到的問題。那麼在大陸他們碰到什麼問題呢？他們想說用國家的方式來保護，這是一個方式沒有錯，可是在大陸他們也有到實地去做調查的人，他們發現說政府保護一個，那一個文化就凋零了，什麼因素呢？他沒有講得很清楚，可能是商業利益過強，或是我們常常可以想像得到的是說，如果政府的保護過多的時候，那個創作性可能因此就減少了，如此剛才講到我們文化的保護是希望它能夠活化、傳承、再生、不斷的更新，但是現在如果期待政府的保護過多時，其創作能力可能減低，多少會受到影響。因此，在這個保護的過程之中，你要問公的權利多強，私的權利多強，確實都很重要，都必須去思考，如果都過強的時候，可能會有反作用的效果。現在李老師所提到的一些贈與標章或團體商標的保護模式是可以考慮的，因為它考慮認識地理標示的保護模式，就是說如果是證明標章的話，你只要符合我們這邊規定的一些條件，我就可以給你使用這個證明標章，如果是團體商標的話，就是某一個地區的人來組成一個團體，他們就可使用那個團體的商標，這個相對來講它執行的成本會稍微低一點，因為不需要很清楚的去認定這個文化到底是屬於誰的，如果有好幾族他們都用到的時候，到底真正是屬於誰，有時候認定會發生很多的困難。

我最近聽到有一個地方，他們對文化產業的努力，也許可以提供給我們原住民作為參考。也許大家都知道泰山地區過去做芭比娃娃大概全世界80%都是泰山出來的，後來他們因為產業外流所以芭比娃娃就沒有再做。可是當地人們都想說，我們曾經做得很好，而且我們泰山是這麼小的地方，我們有沒有一種東西可以代表我們這個地方，所以他們努力成立一個泰山美琪娃娃的文化產業。怎麼做呢？它就是用社區營造的模式，成立一個社區發展協會，這個協會其實政府給予的補助非常少，但是他們自己彼此努力，很多義工很辛苦的去做出他們自己的模型，跟芭比娃娃不一樣，他們就是用這樣子來推動工藝美學的運動，後來他們每一個娃娃後面都有一段故事，也就是透過娃娃來呈現背後的一些文化，結果到現在發展的還不錯。說不定我們在原住民地區也可以利用這種模式，不一定期望政府給我們很多的補助，如果補助不多時，我們可以透過社區來發展，透過服飾或是各種文化的東西來呈現文化，後面也都會有一個故事，這樣一樣可以達到文化推展的效用。如果要靠法律的話是最迫不得已的方法。我們提到的一種證明標章的模式、團體標章的模式、或是著作權的模式，每一個制度都有它的一些缺失，保護都會有一些缺陷的地方，也多少要付出一些成本，而李教授所提出的這種方式確實是一個不錯的方式，可以讓執行的成本降低，而且也讓人家可以看得出來，這個真的是代表原住民地區的東西，而不是別的地方來的，這是一種很好的保護模式可以參考。事實上如果用這種方式保護，在現行法已經有了，就是現行商標法已經可以用，我們不需要再特別立法，目前已經有的原住民智慧創作保護條例還是一樣可以使用，但是它付出的代價會比較高一點，兩者相輔相成的話，應該是可以考慮的模式。

《原住民族傳統智慧創作條例》中的集體權問題

陳張培倫 助理教授

東華大學民族發展與社會工作學系

學歷：國立台灣大學哲學博士

專長：政治哲學 倫理學 原住民族人權 原住民族發展議題

經歷：佛光大學哲學系助理教授

評論人

劉靜怡 副教授

臺灣大學國家發展研究所

學歷：美國芝加哥大學法學博士

專長：資訊法與資訊政策、傳播電訊法及政策、憲法與行政法、公平交易法、科技法與科技政策

經歷：國立臺灣大學國家發展研究所副教授

國立中央大學產業經濟研究所副教授

國立中央大學產業經濟研究所專任助理教授

淡江大學資訊傳播學系專任助理教授

淡江大學大眾傳播學系專任助理教授

《原住民族傳統智慧創作保護條例》中的集體權議題

陳張培倫

一、前言

為滿足《原住民族基本法》第十三條保護原住民族傳統智慧創作之規定，立法院於2007 年通過《原住民族傳統智慧創作保護條例》(後簡稱《條例》)，其中規定智慧創作「申請人以原住民族或部落為限，並應選任代表人為之」(第六條)，智慧創作之專用權屬於申請人(也就是某個民族或某個部落)，或者屬於申請人及其他特定原住民族或部落，若不能認定為特定原住民族或部落者，則由全部原住民族取得智慧創作專用權(第七條)，智慧創作之收益除另有規定或契約，亦以特定民族、部落或全體原住民族名義行使之(第十條)。

這些權利設計很明顯是一種以族群(部落、原住民族)為權利載體的集體權利，試圖將傳統智慧創作當成一種集體所有物，並由集體行使其所衍生的人格或財產權利。對於一個基本上以個人為權利載體單元的社會體系而言，以族群集體為單位的權利訴求本來就容易引發疑慮、爭論，如今，在本來就頗容易引發利益相關者衝突的台灣智慧財產權體系中，引入此一未曾存在操作經驗的集體權概念，其爭論更為複雜。因此，前述《條例》通過後，原先的疑慮不但並未止息，反而引發更多的爭議。

在眾多爭議中，Lin(2007)提及的數項疑慮涉及行使此一智慧創作專用權的先在操作性條件問題，這些問題指的是，即使不涉及集體權的道德正當性爭議，但在行使此一權利時，由於集體實體(無論部落或民族)概念本身的不穩定性之類的問題，譬如其外部界線與內部性質處於變動當中，因而，該條例會遭遇某些實際限制以及社會文化後果，甚至不但不必要且有害於原住民族文化的生命力與創造力。[1]換言之，批評者似乎認為，由於某些族群歷史發展上所產生的實質限制，《條例》之執行恐怕會遇到一此問題或麻煩。

本文認為，此類主張確實點出了《條例》在執行上的可能麻煩，但這些麻煩所形成的後果，不至於為此放棄立法。本文從兩個層面論述此一論斷：第一，在既有的法規體系與實務經驗中，那些麻煩或者根本沒有那麼嚴重，或者並非完全無法克服；第二，回歸原住民族權利的目的、特性與道德正當性理由的角度，會發現若因為那些麻煩就立即

[1] 該文英文摘要最後一句話明示《條例》是不必要的，但是在中文摘要中，卻只說此一立法可能存在某些實際限制與社會文化後果，而沒有如同英文摘要中的明示文字。(186-187)

放棄這一套以集體為權利擁有單位的立法，或者無法達到保障原住民族平等地位的效果，或者根本就沒有意識到大社會所應擔負的歷史責任。總之，任何重大或前衛立法難免會遇到一些麻煩，從族群正義的角度觀之，大社會的責任不在於指出麻煩然後拒絕原住民族訴求，而難於解決麻煩促進族群平等地位。

二、傳統智慧創作專用權的操作性問題

從集體權的操作層面來看，傳統智慧創作專用權可能會遇到什麼樣的問題？Lin(2007)指出，《條例》本身設置了一套專用權註冊制度，亦即第五條指出的「主管單位得遴聘(派)有關機關人員、專家學者及原住民代表，辦理智慧創作之認定及其它法令規定事項，其中原住民代表不得少於二分之一。」但該文指出，此一制度困難重重。由該文論述來看，一旦此一制度遭遇部落或原住民族此類集體，至少會出現三項問題或麻煩，簡單臚列如下：

第一，《條例》以民族或部落為創作持有者以及權利被賦予單位，並由其承受可能利益，但是 Lin(2007)指出，在台灣原住民族各族間，文化資訊(cultural information)的跨界流動，在相互間貿易、遷居、爭戰的長遠歷史中，本來就是一種常態。在此一前提下，傳統智慧創作專用權的賦予方式，會造成兩個問題：首先，某些傳統智慧創作明顯在各族間流動，究竟應將權利歸屬哪一個民族，會引發爭議，譬如菱形圖案被泰雅族、排灣族與魯凱族廣泛應用，布農族編織也常常融入鄰近部落居民創作意象。在此現實狀況下，文化表現的所有權應該判分給誰，根本難以決定。其次，在此一文化資訊跨界流動事實下，將智慧財產權賦予單一社群，形同「人為凍結文化間的界線，在相關人群與社群間造成不平等。」(198)作者似乎認為，由於《條例》的集體權運作方式，是將其賦予特定部落或民族，在族與族之間劃定了界線，讓某些原來在各族間流通並為大家所共同使用的智慧創作權利，被侷限在特定部落或民族手中，最終使得可能也可以使用該創造謀生的其它民族，因無法使用而致蒙受其害。

第二，《條例》以民族或部落為權利擁有單位，而非如同目前法律體系以個人為權利擁有者，此一趨向本來就已在台灣法界引起疑慮。Lin(2007)更具體指出，在目前台灣法律體系中，部落根本是「一個法律上模糊不清的實體(a legally vague entity)，而且除非先取得其所有成員的同意，否則不能行使任何法律權利。同時由於目前原住民族人口流動與散佈模式，這也不可能取得。因此，若要實現此一立法的所有法律利益，會出現麻煩。」(200)作者的意思似乎可以詮釋為兩個側面：首先，部落在台灣法律體系中是個含混不清的概念，不像村里鄰在《地方制度法》中有明確的定位與職權，所以它如何有資格成為專有權申請人，是大有問題的；其次，就算所謂的部落可以以接受成員同意委託的方式代為主張某些權利，但目前原住民族人口的流動遷居狀況，根本不可能讓所謂的部落成員行使此一同意權。

第三，更為根本的是，Lin(2007)認為《條例》建立在一項錯誤的預設之上，亦即「原住民族文化彼此間是分離有清楚界線且內部保持同質的。每一個原住民族群都擁有自身之文化，而文化又界定了其與其它文化的區別。此類對文化的靜態理解(static understanding)，是一種我們所謂的本質主義文化觀…在台灣的殖民歷史脈絡中，此一觀點尤為不適當且具政治爭議性。」(200)此一質疑的用意在於，即使沒有前述法律概念上的問題，但以部落或族群為權利承載單位，仿佛預設部落或民族的界線是可以被確認且毫無疑議的，但由台灣原住民族部落與各民族形成歷史來看，部落之間與民族之間的界線並非靜態固有而是動態發展而成的，這將使得現有部落或民族的權利宣稱資格出現問題，也會讓專用權註冊或審議系統難以處理。

或許由於作者的人類學專業背景，Lin(2007)尤其對第三項問題著墨頗深。他由兩個事實說明原住民族群文化同質性且界線分明的預設有何問題：首先，現有被承認的十三個族群，還在不斷地在族群重新自我認同的趨勢下不斷擴充，甚至連原先不被承認的平埔族也加入爭取承認行列(200)。[2]作者的意思是，根據《原住民族基本法》第二條的規定，所謂原住民族指的是「既存於臺灣而為國家管轄內之傳統民族，包括阿美族、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、太魯閣族及其他自認為原住民族並經中央原住民族主管機關報請行政院核定之民族。」此條規定已與傳統上一般人所熟知的九族更為擴充，這意謂著，法律上所承認的原住民族，是有可能再進一步地新增，或者原先不被承認所致獲得承認(譬如噶瑪蘭族)，或者原先被認列於某族而重新自我認定並獨立於原先所被認定的民族(譬如太魯閣族)。作者似乎認為，在此現實情況下，要認定某項創作是屬於那一個民族所有，在技術上根本不可行。

其次，作者更由追溯現有原住民族劃分方式的歷史發展，指出《條例》本身的不當預設。現在對於台灣原住民族的劃分方式主要源自於日本殖民政府的作為，當日本接收台灣時，初期沿用清政府生番、熟番的區別，後又稱之為高砂族、平埔族。為了統治目的(政治控制與資源掠奪)，殖民政府派遣許多學者專家進行探查工作，最後依語言差異、神話系譜等標準，對高砂族進行更為詳實的劃分，最終形成傳統上的九族區分。即使國民政府接受台灣後，除了取消了平埔族此一類別，高砂族部分仍沿用日本殖民政府的劃分方式(201)。

此外，在日本統治期間，為了治理控制之便，1930 年霧社事件後，即實施大規模的強迫移住政策，許多分散且位居難以控制掌握地區的小部落、小聚落，被移居並集中於新設村落，並配置學校、派出所、公墓與水田灌溉系統等現代化設施。

趙中麒(2003)更為縝密地分析了台灣原住民族認同意識由原始民族向初期民族與現代民族的發展進程。原始民族階級指的是現代國家機器尚未實質進入原住民族地區(尤指目前被承認的原住民族)前的原始部落社會，當時認同意識主要以部落界線為範圍，也就是日本殖民政府統治權實質進入部落之前時期；初期民族階段指的是現代國家機器

[2] 該文發表當時正式被承認的原住民族為十三族，但目前已增至十四族。

進入部落後時期，此期族群意識已大幅跨越部落而形成目前我們所熟知的各民族認同界線，不過，此一認同意識之形成，主要為國家機器為統治之便單方面的劃分、分類行為所造成，而較非出自於原住民族自身的民族主義意識，此一時期大致由日本統治時期至國民政府來台後的 1980 年代；現代民族則為 1980 年代之後，在原住民族運動的推波助瀾之下，具有民族主義自主意識精神的泛原住民族意識逐漸形成，認同的想像邊界跨越了部落、單一民族。晚近此一自主意識更迴向各民族意識的重新塑造，進而改變了原有的九族劃分結構，民族數目更加擴增。

藉由以上說明，無論是趙文的分析或 Lin(2007)自己的說明，都可以讓我們警覺到：「…台灣原住民族的社會政治結構曾經歷過數個階段的政治工程(political engineering)；當代台灣原住民族的文化認同至少，至少部分是由國家所進行的官方分類與空間重組所形成。這就是為什麼在謹慎的審視下，許多『傳統』的原住民族文化其實是一種近代發明的原因。」進一步來看，當族群界線在日本與國民政府多年操縱而呈現含混不穩定，文化認同也不斷地被建構與重構狀況下，「這種存在於社會與文化之間，以及過去與現在之間的能動性，使得任何單純的解決方案根本不可能運作。」也就是說，如果賦予民族或部落智慧創作專用權此類特殊權利，用以控制大量符號資源(symbol resources)，反而違背了族群認同與界線流動性的社會政治體制，並進而傷害文化創意的發展空間。(203-204)

三、麻煩抑或難題

《條例》之運用設定了傳統智慧創作專用權的集體權利性質，這種做法是否真會出現前述問題或麻煩？本文認為：當然有可能。但是否就因為這些問題或麻煩的出現就認為《條例》之實踐存在無法解決的難題，因而該立法是完全不必要的？本文認為：不至於如此。基於以下兩種理由，本文提出了此一論斷：首先，前述問題或麻煩，或許沒有辦法找到一個完美的解決方案，但在目前法政體系中，或者就其本身既有架構、實踐，或者對其本身進行多元文化主義化之後，並非沒有逐步解決降低困擾的可能性；其次，更為根本的是，若從原住民族權利道德正當性的諸多理由觀之，尤其若由歷史正義角度來看，台灣社會諸體系有責任擔起這些麻煩，而非因為這些麻煩就放棄將族群平等願景往前推進的機會(即使不是一百分)。

此處先就第一種理由論述之。前述第一個問題涉及所謂文化資訊的流動性，造成應誰擁有專用權難以判定，同時專用權也會凍結文化界線，阻礙此流動性，最後造成相關利益者間的不平等。這種擔憂很難斷定其完全不存在，但如果仔細審視《條例》內容，將會發現此一擔憂可能過慮了。本文前言就已經指出，《條例》第六條以及第七條規定，智慧創作之專用權屬於申請人(僅限某民族或某部落)，或者屬於申請人及特定原住民族或部落，若不能認定為特定原住民族或部落者，則由全部原住民族取得智慧創作專用

權。[3]Lin(2007)也轉述了此一條款：「傳統智慧創作權可以被賦予給某部落或某族群，或者數個部落或族群，端賴其貢獻於知識形成的程度而定。當傳統智慧創作的實際創作者無法被判定，傳統智慧創作權利就會被賦予給台灣原住民族此一整體。」(195)看來其詮釋非常正確，與原有法律條文並無出入。

在對法律條文詮釋並無爭議的狀況下，前述第一個問題恐怕並沒有那麼嚴重，因為如果某項智慧創作目前正被數個民族或數個部落所使用，認定機制自然會根據事實去認定那一個民族或部落為原始創作者，或至少認定是目前已知該創作最早持有者，然後將權利賦予之。至於那些難以斷定誰是原始或較早創作者的智慧創作，就讓數個部落或民族共有，或者就讓全體原住民族共有。也就是說，前述流行於各族的菱形圖案，若無法確定誰是最早創作者，當然就由相關各族持有智慧創作專有權。

當然，會不會出現原來流行於各族的智慧創作，最終被認定為某族或某部落所從出，並因此獲得專用權，而原來早已引用該創作的其他民族或部落的利益因而受到影響？或者更單純一點，會不會某族或某部落獲得專用權之後，會讓其他族或部落未來使用該傳統創作時受到限制，因而阻礙文化資訊的流通？當然這些都是可能的。但是，也不至於因此就要完全放棄此類立法，理由如下：第一，專有權之獨佔固然可能對早就已引用或未來可能使用的其他各族、部落造成影響，但何不就讓專有權持有人自己去權衡得失，再根據《條例》第十三條的授權方式與其他民族或部落協商解決；第二，若擔心文化資訊將難以在各族、各部落間流通而放棄此類立法，反而可能得不償失，因為在當今資本主義邏輯以及既有智慧財產權相關法令體制運作下，非原住民商人或企業也可能將原住民族傳統智慧創作、文化象徵申請設定其專有權利，若無《條例》此類立法保障，最後文化資訊還是有可能無法在各原住民族或各部落間流通。

至於前述第二項麻煩，亦即部落在台灣法律體系中的地位不明，且就算以接受其成員委託模式進行權利申請工作，但也因為人口流動變化嚴重而根本不可能取得所有部落成員的同意，所以《條例》建構的權利模式實踐上根本有困難，本文認為此一麻煩不至於構成完全放棄《條例》的理由。

對於此一疑慮，不可否認，在我國法律體系中，部落的法律地位與職權的確還沒有明確且有效的立法加以確認。目前提及部落概念最正式的的法律為《原住民族基本法》第二條第四款：「部落：係指原住民於原住民族地區一定區域內，依其傳統規範共同生活結合而成之團體，經中央原住民族主管機關核定者。」行政院原民會並根據此一規定

[3] 《條例》原文如下：
第 6 條　…前項申請人以原住民族或部落為限，並應選任代表人為之…
第 7 條　經認定為智慧創作者，依下列規定取得智慧創作專用權：
一、智慧創作經認定屬於申請人者，應准予登記，並自登記之日起，由申請人取得智慧創作專用權。
二、智慧創作經認定屬於申請人及其他特定原住民族或部落者，自登記之日起，由申請人及其他特定原住民族或部落共同取得智慧創作專用權。
三、智慧創作不能認定屬於特定原住民族或部落者，應登記為全部原住民族，並自登記日起，由全部原住民族取得智慧創作專用權。

訂定《行政院原住民族委員會辦理部落核定作業要點》，辦理部落認定事宜。此外，原民會亦訂定《行政院原住民族委員會推動原住民族部落會議實施要點》，規範部落會議之組成與運作模式，協助部落建立自主機制，以行使相關法律(譬如《原住民族地區資源共同管理辦法》)規定應由部落執行之權利，以及議決部落公共事務。

部落幾乎可以說是原住民族行使自主或自治權利的基本單位，此類涉及重要權利義務的組織，卻僅由行政命令規範其定位、職權，確實容易引發疑慮。但是，就因為其定位不明或法律地位不足，任何應由其行使的權利法案設計，就消極地完全放棄嗎？為何不是反過來更為積極地思考，因為其法律定位不足，所以更應該想辦法讓其定位與職權相關規範的法律位階提昇且明確化，來解決後續的可能需求？如果我們真的在乎對於文化弱勢族群的保障，這種法律改造工程上的麻煩，應該不是我們邁向族群平等社會的嚴重障礙。

至於因人口流動而難以獲得全體部落成員同意權之疑慮，相形之下就更不會是問題了，雖然現有部落會議實施要點法律位階不足，但其對於部落會議組成及運作方式尚稱合理，既關照到了部落傳統領袖與一般部落成員的共同參與，也關照到了早已為所有部落成員熟悉的現代民主機制。在現代社會運作中，也沒有任何公共事務要求取得所有成員之同意才能決議，因此若部落會議經過一定程度的合理程序，當然也可以形成部落集體意志。

至於第三項問題，亦即《條例》以集體為權利擁有單位，不當地預設原住民族或部落之間存在明確的界線而且其內部是同質性的，這明顯與原住民族的分類、劃分的歷史發展經驗不符，現有部落或民族之形成存在政治社會操作因素，即使到現在其界線還在動態發展中，建立在此一錯誤預設上的《條例》根本不可行。本文認為：Lin(2007)似乎過當地認為《條例》存在前述不當預設。

為何說前述不當預設其實並不存在？當然，一旦要讓部落或民族成為實質權利擁有者，此一建制化過程或許多或都會使浮動的邊界具體化，但任何具體化邊界的作為，並不一定等同於僵固化。除了《條例》之外，我國法政體系早就在進行原住民族與部落界線的明確化工作，無論是前述《原住民族基本法》第二條有關原住民族或部落的定義或列舉，或者原民會本身有關部落認定的行政措施，都在從事此一工作，但無論法規本身或實務，都沒有忽略邊界變動的可能性。《原住民族基本法》除了列舉十二個原住民族之外，還加上了「其他自認為原住民族並經中央原住民族主管機關報請行政院核定之民族」，這句話就意涵著承認邊界的變動性且未來有增加或變更民族別的空間。

在實務上，原住民族也並非侷限於列舉名單，在《原基法》實施前，在傳統九族之外，早已新增邵族(2001 年)、噶瑪蘭族(2002 年)與太魯閣族(2004 年)，在該法實施後，又新增了撒奇萊雅族(2007)、賽德克族(2008)，這些新增民族，或者原先未被承認，或者原先被歸類為其他民族，但在自我意願及相關認定程序下均獲承認，影響了我們對於族群邊界的認知。換言之，無論法規或實務，均未預設一旦民族獲認定，邊界就會被僵固化。《條例》本身並不會規範民族或部落的邊界，這些事項是由其它法規或實踐所決

定，既然相關法規或實踐並未有僵固化族群邊界傾向，因此，認為《條例》有前述不當預設，本身也是一項不當預設。

在目前相關法規體系不完備、族群界線可能變動不居且跨界資訊流通成為常態的狀況下，《條例》的集體權運作模式難免會遇到麻煩，但由以上分析可知，這些麻煩並非難以克服的難題，在技術層次上還是有可能逐步解決，除非大社會根本一開始就否認此類原住民族集體權利的道德正當性。

四、回歸原住民族權利的的族群正義思維

當面對前述麻煩，為何社會就容易對此類集體權利訴求裹足不前？這非常可能是源於對原住民族權利訴求的性質或道德正當性理由認知不太足夠，以至於容易產生消極以對的態度，一遇麻煩就放棄社會體制改造工程的可能性。除了上一節由技術細節指出前述問題雖然的確很麻煩但並非絕對無法解決之外，此處將重新說明原住民族權利的某些性質與道德正當性基礎，為衡量我們社會是否有必要正視《條例》所帶來的麻煩並嘗試解決之進行評估。

Connolly(2009)指出，原住民族權利是一套用以肯認或保障原住民族文化的法律與社會機制。「其首要功能在於限制原住民族群之外的權力與權利—更確切地說，就是行動。它們主要是被設計用來預防或至少減輕非原住民對原住民族群及其文化的介入。」除了此一消極功能，原住民族權利也包括某些積極訴求，以獲得所需資源、資金的實質協助。此外，作為一種民族(peoples)而非一群個人(individual)所擁有的權利，原住民族權利是一種集體權利，為原住民族群此一社會與法律實體所主張並持有，而非由族群內之特定個人以個人身分所主張並持有，後者之權利訴求應為一般公民權利設計所保障(xvi-xvii)。

此一界定有兩點值得注意：第一，原住民族權利的首要任務是用來保障族群免受大社會所傷害，尤其是預防大社會既有的民主多數決或法權體系對原住民族的不當影響。套用自由主義多元文化論者 Will Kymlicka 的說法，此類權利設計能夠產生外部保障效應，用以促進族群間的平等地位(1995: 35ff)。第二，賦予原住民族個別成員的權利，不等於原住民族權利，用以保障原住民族的權利設計，應是一種集體權利制度，這種集體權利之用意，就在於讓原住民族有機會在充分展現其自身意願的條件下，以集體之名與之力決定族群未來的發展方向，這幾乎就是一種自決自治權利。S. James Anaya 就明白指出，國際法中論及原住民族權利時，自決為其中的最高原則，若未對此進行討論，對所有原住民族權利之討論就未盡完善。換言之，所有原住民族權利都是一種集體權利，而無論其中哪一種權利都有民族自治的意義蘊涵其內(2004: 97-98)。

但為何應讓原住民族擁有集體權利，以預防外部社會的某些可能影響呢？在此一道德正當性問題上，最常見的論述有兩種：基於對原住民族差異文化的尊重，以及基於對

原住民族所曾遭受歷史傷害的彌補。

訴諸文化差異以尋求族群差異權利之正當性，為包括原住民族在內的大部分少數族群通常會採取論證策略，此一訴求被稱之為多元文化論，亦即訴諸於少數族群差異文化之重要性，以及擁有此一差異文化的少數族群在自由民主社會中的劣勢處境，進而推導出應以差異權利設計促進各族群間的平等地位。

以 Iris Marion Young 的差異政治(the politics of difference)以及 Charles Taylor 的肯認政治(the politics of recognition)為例，前者指出，為確保每一位社會公民追求幸福人生的平等權會，傳統自由主義以普遍公民身分為尺度的權利觀，忽略社會成員可能保有的差異身分，試圖以此創造一個不分種族一律平等的社會。但在實際的社會運作過程中，由於民主多數決的影響，多數族群的價值觀容易成為權利制度設計的主要依據，如此所形成的社會權利觀，主要在反映多數族群的想望，至於少數族群的價值觀或文化實踐，反而在普遍公民身分的旗號下受到了某種程度的壓迫，使得少數族群及其成員在社會上遭遇到剝削、邊緣化、去權力、文化帝國主義、暴力等待遇。如此一來，相較於多數族群成員，少數族群成員實際上並沒有平等的機會追求其人生理想(Young, 1990)。Taylor 更直指，這種對於普遍主義的追求及其對於差異文化的忽略，由於在實務上易對個人文化認同造成不當肯認，進而致使社會上少數族群成員的自我認同與尊嚴受到嚴重威脅，反而對其由自由社會所承諾的自由平等地位形成傷害。Taylor 特別指出，原住民族之類少數族群的自治訴求，就是為了維持族群的集體存續與穩定運作，並進而保障其成員的認同健全性。

Will Kymlicka 更進一步重新詮釋自由主義對個人自由平等理念之預設，論證族群差異權利與這些自由主義理念的相容性。當論及原住民族時，他指出此類族群通常會想要保有一定的能力維持其特有的生活模式，並按照他們自己的想法加入現代世界。對於他們而言，要求擁有一定程度的自治權利，依其意願維持或復振屬於自己的政治、經濟、學校、法院或媒體機構，讓其成員有機會能在自己的語言文化中生活工作，會是最適當的權利制度設計。為何不乾脆將原住民族完全同化，將一套適用於一般公民的普遍權利設計套用其身上即可？如同前述 Young 所點出此類作法的壓迫性質，Kymlicka 指出這種危及文化認同自主性的態度，反而可能加劇原住民族的反彈與離心力(1989; 1995: 27-30; 2001: 349-352)。總之，促進原住民族與社會上主流族群平等地位的權利設計，應能夠尊重其集體自主意願，最好讓其在其傳統領域地區擁有自主決定族群組織與運作的權利，依其意願發展其民族自治之各種政治、經濟、教育、社會福利等事項。

除了基於尊重文化差異或讓不同的文化社群擁有自主發展維持獨特社會的機會此類理由之外，原住民族權利訴求的另一重要正當性基礎，就是訴諸歷史正義，也就是說，此類權利設計，只不過是用來彌補原住民族在殖民過程中所曾遭受來自大社會的不當待遇或傷害。

可惜的是，此一論述常被大社會所遺忘或忽略，但卻又常常被原住民族擺在心裡。Coates(2000)在論及加拿大原住民族與大社會關於自然資源權利爭議時，生動地對比出

社會大眾心態上的差異：「對於許多非原住民海岸居民及加拿大人而言，兩百年前的條約細節，好像應該與捕魚權以及伐木權這些敏感議題沒有什麼關聯性。但對於絕大部分 Mi'kmaq 族以及其他第一民族人民而言，當前社會、經濟與文化苦難，其根源就在於歷史上數個世代所發生的壓迫與毀約行為。」(21)

Janna Thompson(2000)指出，對於社會正義而言，光是著眼於當下與未來的分配正義仍有其不足，因為發生於過往的不正義其實就是當前各種不平等的源頭(2000)。Xanthaki(2007)更明示，如果只從保存文化認同需求的角度證成原住民族權利訴求，等於忽略了此類權利訴求的歷史性格，而這正是證成該權利強而有力的論證。「必須要認清，原住民族的當前處境，是以往由國家所發動的壓迫歷史所造成，同時還被現在非原住民社群所維持著，並內化於國家工具之中。因此，原住民族權利應同時被視為一項工具，用來終結原住民族受壓迫與不受尊重的歷史」(25-26)。

對於原住民族而言，在被殖民與被迫現代化的過程中，其原有部落社會、政治、經濟、教育運作被視為殖民者眼中落後、不文明的象徵，並以強制手段加以摧毀，強加某些所謂現代社會的文明制度，以改善其生活之名行同化之實。原住民族不僅其土地自然資源遭到剝奪，整個生活模式亦遭破壞，從一個原本尚能保有某些程度自給自足的部落社會，一下子解體而成為國家機器下的依賴性民族。由此一角度觀之，如今其各種權利訴求只不過就是對此一歷史不正義過程對其所造成傷害的彌補，而非一種特權，整體社會應該明確體認原住民族權利訴求的此一面向。

當然，訴諸歷史正義也有其疑慮，現在總不能為了盡數歸還以往漢人或日本人不當取得的原住民族土地，而將早已在此定居並依賴其生存的非原住民族趕出這一塊土地。Immanuel Kant 指出：「當你無可避免地必須與他人共同生存，你就離開了自然狀態而與他們一同進入法律狀態，而此一狀態是根據分配正義的條件所形成。」(1991:121-122)也就是說，儘管恢復歷史正義很重要，但是當下同社會中所有族群在分配正義下所應受保障的基本生存權利也同樣重要。若恢復歷史正義不會不當影響當下之分配正義，或許問題不大，但若前者之實現可能影響後者的理想，兩者之間就應該進行折衷、妥協。

以上的分析，已為我們勾勒出當面對原住民族權利訴求時，所應持有的族群正義思維，對於一個或多或少區別於大社會，曾保有自主運作能力且明顯聚集於世居領域的原住民族而言，最適當的政治設計，就是讓原住民族或部落此一集體擁有自治權利，以及與自治精神相一致的其它集體權利。此外，對這些展現其自主自決精神的集體權利的尊重，以及運作此類集體權利的社會資源制度實踐的支持，應視為對原住民族所曾遭受歷史傷害的彌補，這是大社會必須承擔的責任。

五、傳統智慧創作權中的族群正義思維

以前述族群正義思維為基礎，才有可能評估《條例》的價值，以及對其所帶來的麻煩應如何應對。

首先，原住民族權利是用來預防外部社會對於原住民族或部落而所能形成的傷害，依此一對此類權利目的描述，《條例》此一立法是要保障原住民族或部落免於什麼樣的傷害？《條例》第十條關於智慧創作專用權創作人格權與財產權的規範，相當清晰地指出了在缺乏此一立法保障下，原住民族所可能遭受的傷害。

在創作人格權方面，包括了「專有禁止他人以歪曲、割裂、竄改或其他方法改變其智慧創作之內容、形式或名目致損害其名譽之創作人格權。」此一規定指的是，若無法律保障，可能會讓原住民族暴露於他們誤用、濫用其傳統智慧創作於可能讓他們承受污名化的處境，譬如將某族引以為傲的某種圖案用於具污蔑性、歧視性或貶抑性的創作活動之中。

在財產權部分，則規定了原住民族「專有使用及收益其智慧創作之財產產權」，此一規定指的是，傳統智慧創作的可能收益為原住民族而專用，若無此保障，很可能會出現任意人士，在現有智財權法律規範下，逕自將有利可圖的傳統智慧創作申請設定權利，反而產出原始創作的那個群體既無法再使用也無法藉此收益。

無論是創作人格權抑或財產權所可能面臨的傷害，都會是對於原住民族的集體傷害，或者讓整個族群面對污名化處境，或者讓族群被迫與其產出分離，甚至無法利用其傳統創作為族群牟利，最後讓族群因此而陷入集體不利處境，對於族群成員個人文化認同的健全性而言，也不會是一件好事。換言之，《條例》之存在，有助於原住民族免受前述傷害，對於整個族群的穩定運作，或提升於外在強勢文化威脅下的族群平等地位，均有其一定的正面效應。此一效應是在現有其它智慧財產相關立法中無法提供者，Lin(2007)也指出了這一點，現有其它智財權立法只保障新知識而非傳統知識，同時，權利也只賦予給個人或公司法人而非集體性的社群或族群(193)。在考量《條例》是否有必要時，不應過度忽略此一外在保障面向。

其次，儘管《條例》具有保障族群免於外界污名化與經濟掠奪傷害的效果，因此有助於獨特文化社群的維繫，但如同第三節所分析的，在現有法規體系與實務經驗中，此一立法雖然未必會讓文化邊界完全僵固化或致使文化資訊完全無法跨界流通，但或多或少還是會產生某種效應，可能讓邊界明確化，或讓跨界資訊流通面對某些障礙。

對於此一憂慮，本文認為應回歸原住民族權利本身用以展現族群集體自主性的此一特性思考。也就是說，何不就讓原住民族自己去權衡得失，如果原住民族認為外部保障的重要性遠大於前述在文化邊界或資訊流通上可能出現的麻煩，而他們願意承受後者的負面效應，就尊重其意願。反之，若他們寧願承受外部傷害的風險而不願面對前述麻煩，自然就不會要這部立法。對於大社會或其他族群而言，基於對其民族集體意願之尊重，

除非該立法嚴重傷害其他社會成員重大生存權利，或者極明顯具體地違背毫無折衷空間的法律原則，否則最好不要過度干涉。由目前狀況來看，這兩個「除非」似乎並不存在：第一，畢竟傳統智慧創作權利引發之資源排擠效應，不像是還我土地訴求那般可能會對社會造成重大衝擊，Lin(2007)也承認，在台灣與世界市場中，對於原住民族傳統知識與藝術的需求並沒有那麼多；第二，在對多元文化、族群的尊重前提下，多元不能只流於一種廉價的口號，法律體系本身的多元文化敏感度也有待提升。

最後，由歷史正義的角度觀之，本文必須指出，Lin(2007)所指出的前述問題或麻煩，如果不積極面對克服，而只是消極地據之為放棄《條例》的理由，恐怕會讓歷史傷害延續。此一論斷之理由在於，由實證層次來看，Lin(2007)是一份相當優異的歷史研究，但在規範層次上，它卻是一份欠缺歷史敏銳度的研究。

在本文前面所轉述 Lin(2007)對原住民族族別分類以及部落變遷的研究中，該文相當精確詳實地描述了民族或部落界線受到國家機器影響的痕跡，並指出族群界線變動不居的常態性，邊界其實是社會建構的產物。據此該文進一步主張，由於《條例》存在著固著此一邊界的傾向，因此違反了邊界變動不居的性質。換言之，由於歷史上政治勢力的影響，我們根本無法確認民族、部落的界線，因此冒然以此類集體為權利擁有單位，既不符合實況，又多生困擾。

該文的意思似乎是，原住民族或部落根本沒有辦法確認其集體的範圍，又有何資格宣稱權利訴求。本文必須指出，以這種說法拒絕傳統智慧創作權之保障要求，對原住民族而言並不公平，因為別忘記了，當初造成如今原住民族各族或各部落邊界含混難以確認的主要源頭，正好就是殖民政府(無論是日本或中華民國)的政治作為，如今仍站在內部殖民地位的國家、政府或主流社會成員，反而引用其所帶給原住民族的歷史傷害所衍生的後果，主張《條例》中的集體權設計並不合理，對原住民族而言，真是難以承受的理由。這樣的一種在規範層次上去歷史化的思維，正好就是前引 Xanthaki 文字所指涉的對象：「原住民族的當前處境，是以往由國家所發動的壓迫歷史所造成，同時還被現在非原住民社群所維持著，並內化於國家工具之中。」

此外必須指出的是，前述去歷史化思維其實潛藏著一種道德風險(moral hazard)。簡言之，在歷史上，統治者將原住民族或部落的邊界根據統治需求權衡劃分，完全不管原住民族自身意願與自我認定，最後讓其邊界難以確認。等到現在原住民族要求以民族或部落為單位，卻又以邊界難以確認拒絕之。此一思維容易引發大社會(尤其是存心不良的政客)一種違反社會正義的想法，亦即只要大社會再繼續讓原住民族或部落之間邊界問題複雜化，那麼以後原住民族就更沒有資格要求任何集體權利。

對於不斷強調尊重原住民族意願卻又看不到實質、具體的創舉式作為的大社會而言，《條例》正好是一個回應歷史正義，彌補大社會曾加諸於原住民族身上的傷害之契機。與其因著某些麻煩就放棄立法，不如設法克服麻煩，當作一種彌補作為，這似乎才算是大社會真的意識到了其所鑄成的歷史錯誤，並負起相應責任。

六、結語

本文並沒有針對 Lin(2007)的所有論點全面評述，僅針對與集體權行使直接相關的部分進行反思，因此不能據此就認定該文對《條例》的質疑完全沒有道理。但至少就本文所處理的部分，最後可以看出，類似立法雖然會遇到一些麻煩，但並非完全沒有解決空間。就原住民族權利的本質及其正當性基礎而言，那些麻煩更不應該成為障礙，去解決這些麻煩反而更能體現大社會對於族群正義的嚴肅態度。或許真正的困難不在於立法技術或族群正義論述，而在於族群政治的運作中，權力仍是赤裸裸的社會動力來源。

引用文獻

趙中麒(2003)，〈關於台灣原住民「民族」生成的幾個論證〉，《台灣社會研究季刊》，51期，185-224。

Anaya, S. James(2004) Indigenous Peoples in International Law. Oxford: Oxford University Press.

Coates, Ken S. (2000) *The* Marshall *Decision and Native Rights*. Montreal & Kingston: McGill-Queen's University Press.

Connolly, Anthony J. (2009) Indigenous Rights. Farnham, Surrey: Ashgate.

Kant, Immanuel (1991) *The Metaphysics of Morals*. Translated by Mary Gregor, Cambridge: ambridge University Press.

Kymlicka, Will (1989) *Liberalism, Community and Culture*. Oxford: Oxford University Press.——(1995) *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*. Oxford: Clarendon Press.

Lin, Kai-Shyh(2007) "Using Intellectual Property Rights to Protect Indigenous Cultures: Critique on the Recent Development in Taiwan." *Journal of Archaeology and Anthropology*, 67: 185-220.

Taylor, Charles (1992) "The Politics of Recognition," in Amy Gutmann (ed.), *Multiculturalism and the "The Politics of Recognition"*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 25-73.

Thompson, Janna(2000) "Historical Obligation." *Australasian Journal of Philosophy,* 78: 334-345.

Xanthaki, Alexandra (2007) *Indigenous Rights and United Nations Standards: Self-Determination, Culture and Land*. Cambridge: Cambridge University Press.

Young, Iris M (1990) *Justice and Politics of Difference.* Princeton, NJ: Princeton University Press.

評論

劉靜怡 副教授

主持人，及在座的各位來賓大家好，我想我有10分鐘的時間，我會很快的把它講完，大家再忍耐一下，我肚子也很餓了。我覺得這篇文章其實並沒有那麼好評，原因有幾個，第一個，這是一個政治哲學家對於一個人類學者寫的一篇文章的評論，偏偏找一個像我這樣子的法律學者來做評論，這中間看就知道有困難；第二個，的確這是一個混合的條例，這條例被很多人看作一個很奇怪的地方，我想在這裡我就也不諱言的這樣講，很不巧的是，因為我自己在做一些跟數位化有關係的研究，裡面剛好碰到這個條例的出現，我也聽到非常多的抱怨，但是無論如何，今天其實非常高興能夠看到這篇文章，能夠從一個比較政治學者的角度來討論這個被抱怨的法律。

不過我要先講就是說，基本上我是身分認同是漢人，所以我絕對不能去宣稱說，我是懂得原住民文化的專家，事實上也不是，對於原住民的理解，或對於原住民文化的理解大概都是在座的教我的，在我還沒被確認為噶瑪蘭族之前，應該這樣的說法是成立的，我是宜蘭人，雖然一直都被人家講說我應該是噶瑪蘭族，我想我就再不多說。

這個原住民族傳統智慧創作保護條例，我們就說本條例，本條例所要處理的問題，其實在我們過去的生活經驗裡面其實早就出現過，只是說我們把那些現象視為好像理所當然。所謂我們大社會裡面的這些漢人，像剛剛主席說的不管是電影製作人、電影導演、電影製作團隊、或者是藥廠、或者是歌手，其實這幾年都出現過類似的問題，對於發表人這篇文章裡面所談的這些內容，其實大致上我都能夠贊同，但是也並不表示我就不贊同所嚐試去對話的這個林教授，他叫林開世。

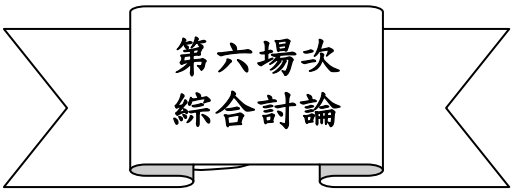
我想在座應該很多人知道林開世，他是我以前在美國芝加哥大學的學長，是一個蠻有趣的人類學者，如果我沒有記錯的話，他應該是板橋林家的，所以他也是一個漢人。當然我想他的身分認同、他的族群背景基本上是不是跟他的argument有關係，這點我沒辦法去猜測。的確我覺得他這篇文章所highlight出來的擔憂，的確是有一些過度的擔憂。我政治上面的意識形態是一個自由主義的多元論者，我在這個場合做這樣子的一個界定。對我來說這個條例，它不是一個單純的智慧財產權領域的立法，對我來說它是一個政治設計。如果從歷史的角度來看，老實說其實它也是一個政治工程的一部分，為什麼要做這個政治工程，從我一個公法學者的角度來看，它基本上希望去處理一些過去歷史上所留下來的族群正義跟歷史正義的問題，我覺得這樣的政治工程有它的正當性，所以這個條例的正當性基本上不用太去質疑它。

在作者的文章裡面他提及了幾點林開世對於條例的質疑，我想我在這地方就不去一

一贅述，我覺得這個條例2007年12月26日公布制訂後到今天已經3年了，大家談的非常多，覺得它會製造出來一些困難。這些困難其實不管是在林開世的文章裡面或是剛剛發表人的present裡面都已經談到，在我看來其實都是一些執行層面的技術上面的問題，可是不能否認的一件事，就是林開世所說的這些麻煩的確是麻煩，如果我們從法律的技術層面來講，這些的確是麻煩，到底我們要怎麼樣去面對麻煩，對我來講大家共同來面對麻煩，面對這個政治工程所帶來的麻煩，其實就是一個非常好的原住民族跟大社會之間，在一個進行對話的一個非常具有教育意義，而且具有所謂妥協意義，具有所謂的我們共同去發展文化的意義的過程。這一方面不但是要在整個過程當中去確認原住民的族群背景的人，他怎麼樣去重新省視自己的文化，包括整個審查、登記過程當中所出現的各式各樣的爭議，去省視自己文化的一個很好的過程，其實也是一個要去教育整個大社會如何去改變冷漠的態度，或是一些鄙視的態度，甚至是一些掠奪態度的，一個很不錯的過程。

我覺得這中間最大的麻煩可能也是要就教報告人的一個麻煩，法律其實已經制定3年了，中間有非常多的規定是需要一些子法來配套的。如果我的理解沒有錯的話，到目前為止其實這些子法並沒有真正的出現，那就會讓我剛剛所說的這個大家互相教育、互相容忍、互相妥協、然後互相共同向前創造的過程，其實是沒有辦法真正啟動的。到底這個法律裡面所規定的，比如第七條取得專用權的登記方式，整個登記的過程；第九條或者是後面的智慧創作的專用權等，基本上未經主管機官同意是不得拋棄的，換句話說，主管機關是有同意的權利的，主管機關它到底如何去決定同意或同意；或者十四條規定，如果原住民族或部落依照第一條就取得專用權話，那智慧創作的收入是應該以原住民族或部落利益為目的去設立共同基金的，那這個基金的辦法到底是在哪裡等等，其實都是蠻大的挑戰。

我其實並不反對林開世所說的這中間是有一些麻煩，到底這些麻煩，如果從政治哲學的角度來看，或者是原住民的實務角度來看，我不知道發表人覺得這個東西到底應該怎麼樣去處理。換句話說，我們怎麼樣去積極的面對這些效應，其實看起來這個條例裡面寫了很多正面的效應，但不可否認，林開世所說的這些負面效應或者這幾年來大家所談的負面效應，也應該是大家要去面對的，在面對這些效應的過程當中，我們可以去follow的guideline到底是那些。現在這個條例已經通過了，在這個地方，所以法律as given，我就覺得其實沒有什麼好說的，這個條例提供了原住民朋友一個內部的自我選擇，然後自我重新省視自己文化的空間，同時也提供了原住民族朋友在文化上面跟整個大社會所應該負擔的義務是什麼的一個很不錯的對話空間，我希望這個文章如果還有進一步去發展的空間，或許後面的那些guideline到底應該要怎樣去出現，以及繼續觀察到底這些效應怎樣被處理，可能是一個還算不錯的可能的發展方向。



與會者黃懷蒂同學提問：

集體權的行使和部落同意的行使是一個蠻大的問題，尤其今年原民會又更改了「原住民族委員會指導部落會議實行要點」，其實把部落同意、還有像針對集體權利的行使明文寫在其中，我其實十分好奇，因為現在部落會議執行時，這些東西不曉得是不是跟部落會議的連結密切，尤其像條例裡面講的它其實有一些可能牽扯到跨部落的智慧財產權的部分，部落會議有沒有可能就是做為這樣的一個機制去面對。

李崇僖副教授回應：

剛剛那個發問的同學我跟陳張老師在問說她到是在問誰，我們一致的想法是她是要問副座的，好像不是在我們兩個的報告的範圍內，我先跳脫妳的問題講一下。剛剛評論的陳昭華教授對我非常友善，沒有指出我什麼問題，我感覺今天這場比較像是我的東西跟陳教授的東西在對話，可以兩個不同的制度，不同的在討論原住民文化的不同模式。不過陳教授剛剛提到我們並不認為傳統智慧創作保護條例應該要廢除掉，這個東西是可以並行的，尤其我沒有選擇要批評智慧創作條例，但是我在這裡要聲明，我談證明標章這個制度的時候，我並沒有否定它，尤其我沒有要否定它的正當性。所以如果我們訂這個法律要有政治上的正當性，歷史正義的正當性，我認為這都是無庸置疑的，我想美國在定INCA的時候一定也是類似的說法。所以我比較關心的是怎麼運作的問題，以及它可能產生什麼樣影響的問題，我想這是作為法律人必須要有的責任。誠如剛剛陳教授所說的，我們主流社會至少要做到提醒的工作，當然原住民朋友的自主決定是最重要的，但是我們研究者應是提醒讓各位可以思考一些問題，所以我要附帶說明的就是這點，我想我們應該花更多時間去討論智慧創作條例應該如何去發展它的……剛劉靜怡教授的評論裡面所提到的，它的相關的運作，在裡面去促進社會的共識以及族群之間的和諧。但是我們恐怕也不能夠把全部的心力都放在這個地方，而不去做其實眼前可以做的另外一部分的事情，所以我才會特別去提到證明標章等等的好團體，團體商標這個報告都沒有特別講，但文章裡面有提到，我認為其實原民會或地方政府的原民局等等，其實也可以做一些，從商標法的角度去做一些事情，所以我主要是想要做這樣的事情。

至於剛剛提問題的這位，她問題太大了，部落會議的問題，我不是很了解部落會議的相關的事務，我想時間留給其他兩位。

陳張培倫教授回應：

我不是業管單位。首先謝謝劉老師的評論。我蠻承認既然以前透過許多政治工程讓原住民族在現有的一些權利爭取過程當中可能陷入一些麻煩，到不如現在倒過來，也用一些政治工程的方式，只不過那種政治工程或許不是一種殖民對待方式，而是一種平等對話的方式，我蠻同意這一點的。其實我並沒有否認林開世老師他文章裡面所寫的很多麻煩的存在，劉老師也有這樣的想法，因為麻煩真的在那個地方，要不然我們現在為什麼會討論這些東西呢，我比較在意的是，林老師的那篇文章他太快的從所謂的麻煩跳到一個結論，什麼結論呢？他開始用語很強烈，用英文說這個條例是unnecessary不必要的，最好玩的是他的英文的摘要和中文的摘要不一樣，整篇文章是用英文寫的，可是中文的摘要並沒有寫條例是不必要的，中文的摘要只寫說條例有些實際的困難和社會文化後果，可是英文的摘要最後一句話就寫條例是不必要的，所以是基於這個從前面提到到結論的跳躍，我才覺得說恐怕有商量的空間。至於那些麻煩，我完全承認都存在。

另外劉老師提到一個重點，就是後續要落實這個條例的執法配套問題，我一開始就求饒了，我是唸哲學的不是唸法律的，應該由原民會來作回應，因為我真的在這個部分是門外漢，只能夠提供一些比較週邊的想法而已。副座交代回應部落的問題，勉強我這麼說，在座都有原民會的幫我糾正，一開始只有部落的定義，慢慢的有部落會議實施要點，最好玩的是有部落會議實施要點，那部落是什麼？合定辦法根本沒有，是後面才有合定辦法的，所以我們現在是一步一步的在走。我是這麼認為，我從外部去觀察，當然會有那樣一個期待說，未來部落會變成正式像村里鄰那樣的一個單位，它也行使一些職權，我記得在現在的自治法草案裡面好像有部分有設計到，可是我會覺得，感覺上這兩天聽下來，在我們中華民國體系裡面，好像要讓它一定要變成一個法律，才會把它當一回事，所以我會覺得說，現在的做法，恐怕原民會這邊，我主觀認為，是不是把法律位階再拉高一點，我不曉得，或許副座能夠教我們大家。

林江義副主委回應：

非常謝謝兩位發表人跟兩位評論人的報告。在座的諸位可能比較關注的是，原住民創作傳統智慧保護條例為什麼通過了3年，至今仍然沒有辦法運作，究竟存有那些問題，恐怕是一個大家非常感興趣的。特別是我們前立委蔡中涵老師在台前，他是當年審這部法的立法委員，如果了解他們通過的法原民會3年都還沒辦法執行，一定會跳腳。我要跟大家說明這一部法，它有4個很重要的子法，我們有請台大的蔡院長幫忙，可是這個子法歷經很多時間，依照行政程序法的規定，一個法律公佈以後相關的子法6個月內一定要通過。但事實上6個月都過了，3年都快要過了，這4個子法依然都還沒有辦法順利產出，這大概跟會裡面的業務單位欠缺學法律的也有關係。

第二個提到部落的問題，剛剛陳老師也特別回答，其實在原民會心中，一直希望把

部落定位為公法人的地位，但是現階段看起來非常困難，所以在現在的原住民族自治法的草案，我們先行把部落提升為法人的地位，將來這個部落就不像現在的部落沒有辦法對外行為。那有關部落的定義，在基本法都已經做了明確的規範，但是若要決定一個事情怎麼作業，怎麼開會才是有效率的決定，我們另外訂了一個有關部落的作業要點規定，這個作業要點經過二年的實驗，給我很多的意見，所以我們最近也把它修了，然後重新來發佈這個作業要點。未來部落會進一步按照基本法的規定，一定要經過中央主管機關，也就是原住民族委員會核定公告，這個部落才正式是官方認定的部落，目前我們正在做這個工作。所以剛剛這個提問就是對部落的強化，它的定位甚至它未來決定的法律效力，原民會非常重視，但是在很短的時間一下子還沒有辦法完全做一個很好的組合，它至少是這個樣子。好像我們在會裡面的莊委員，特別是傳統智慧創作保護條例跟我一起工作的，也都在做，大家都很關心這個議題。在這裡非常謝謝大家出席，我們的時間也差不多了，我想我們這個單元就到此做一個結束，非常謝謝大家。

報名與會人員名單		
序	姓名	服務機關/學校
1	邱寶琳	東華大學族群關係與文化學系博士班
2	林嘉男	台灣大學地理系
3	李佳純	東華大學財經法律所
4	卓孝忠	東華大學民族發社所
5	楊惠茵	台灣大學法律所經濟法組
6	嚴俊宏	東華大學民族發社所
7	廖貽得	台灣大學社工系
8	郭佩宜	中央研究院民族所
9	黃筱云	東吳大學
10	吳祖貽	東華大學民族發社所
11	蔡維庭	政大民族系碩士生
12	莊日昇	台東大學
13	羅國夫	尚無
14	高大芳	高雄市政府原住民事務委員會
15	吳培駿	東華大學民族發社所
16	陳建輝	東華大學民族發社所
17	顏宸嶺	東華大學民族發社所
18	徐長皓	中壢高中
19	余涵	台灣大學
20	賴奇郁	中研院
21	林修德	臺南市警察局
22	陳彥廷	政治大學新聞所
23	白皇湧	交通大學社文所
24	鍾文憲	行政院原住民族委員會
25	陳怡靜	東華大學財法所
26	高潞.以用.巴巇剌	原住民族電視台
27	伊婉貝林	政治大學博士研究生
29	賴愷筑	臺中縣政府教育處
30	比令・亞布	臺中縣中坑國小
31	吳俞陵	桃園地方法院檢察署
32	林子凌	台灣蠻野心足生態協會
33	彭密成	台灣原住民族自治聯盟
34	斐立安	佛光大學
35	陳佳玟	
36	李思惠	個人
37	顧坤惠	清大人類所教授
38	范月華	出入文山工作室
39	陳彥君	國立台南大學
40	葉信南	台灣大學
41	林澤許	台灣大學
42	伊凡諾幹(IBAN NOKAN)	考試院顧問　財團法人原住民族文化事業基金會董事
43	胡俊銓	國防大學
44	陳俊男	國立臺灣史前文化博物館
45	羅國天	苗栗縣政府原住民族行政處
46	陳俊安	台南縣政府觀光旅遊處處長
47	汪光力	行政院原住民族委員會
48	高正治	台灣原住民醫學學會
49	汪秋一	行政院原住民族委員會
50	阿布婠	台灣原住民 kanakamavu 文教產業發展促進會
51	蘇宜士	法律扶助基金會
52	李秉宏	法律扶助基金會
53	胡佳霖	東華大學
54	Pacekele Rungudru 巴清雄	台灣大學農藝所
55	陳顥梅	臺灣師範大學
56	陳永龍	台師大公領系
57	林智海	台灣大學森林系
58	陳叔倬	國立自然科學博物館
59	哈勇諾幹	宜蘭縣澳花國小
60	里幸・白素	原住民族電視台
61	阿莉曼格格	原住民族電視台
62	溫明儀	台北藝術大學博物館研究所
63	趙瓊文	臺灣原住民族圖書資訊中心
64	鄭君萍	台北大學
65	黃明展	台灣嘉義地方法院
66	陳柏維	法律扶助基金會
67	以撒克.阿復	花蓮原住民族部落社區大學
68	阿洛˙卡力亭˙巴奇辣	東華大學民間文學所博士班

69	白紫	台師大研究生
70	曾秋明	東華大學
71	徐詩涵	東華大學民族發社所
72	王侯凱	自由業
73	林杰	輔仁大學法律研究所公法組
74	施忠禮	北市政府原住民事務委員會
75	Namoh.Ising	Princeton Theological Seminary
76	辛年豐	臺灣大學法律系
77	張瓊文	輔仁大學公法組
78	陳彥彰	輔仁大學法研所
79	歸政廣	板橋地方法院
80	羅艷秋	淡江大學
81	羅楷傑	台北教育大學社發系
82	王則富	輔仁大學法律學系碩士班
84	謝若蘭	東華大學族文系副教授
85	馬昀甄	族文系博士生
86	曾金花	屏東縣政府原住民處
87	高文斌	桃園縣政府
88	林慧年	義守大學
89	王慧玲	東華大學碩士生
90	周仲瑜	東華大學族文所
91	呂思翰	行政院原住民族委員會
92	黃世榮	台灣大學
93	哈寶兒・瓦它	宜蘭縣立南澳高級中學
94	洪玲	行政院原住民族委員會
95	林志洋	東華大學發社所
96	傅君	國立台灣史前文化博物館
97	梁明煌	東華大學環境學院教授
98	林思吟	台大森林環境暨資源學系
99	雷家佳	行政院原住民族委員會
100	山西弘朗	國立政治大學
101	關善云	台北縣烏來國中小
102	柯孟君	東華大學
103	李重志	高雄大學通識教育中心
104	林俐君	
105	鄭妙音	環境法律人協會
106	薛國芳	台北榮總
107	簡圭彣	政治大學民族系
108	蔡美和	雲林地方法院
109	林文淵	行政院原住民族委員會
110	張宏節	臺灣花蓮地方法院
111	郭韋志	臺市政府原住民事務委員會
112	張秉鈞	交通大學人文社會學系
113	陳瑞榆	輔仁大學法律研究所
114	潘寶鳳	台灣平埔原住民協會
115	張艾潔	新竹縣議會
116	蔡惠如	智慧財產法院
117	謝宇軒	行政院原住民族委員會
118	郭淑禎	東華大學
119	李姮憓	東華大學原住民族發展中心
120	吳怡潔	台灣大學
121	吳珍香	吉安鄉公所
122	林佳穎	普華商務法律事務所
123	姜宗緯	
124	黃薇綺	台灣大學
125	賴正杰	屏科大野保所
126	黃懷蒂	陽明大學公衛所
127	蔡以勤	
128	張莉	
129	林德威	台灣大學土木所
130	許恩惠	輔仁大學
131	吳瑋鈞	
132	周書賢	台大電信所
133	朱欣育	台大
134	呂汶璇	台大
135	李昀珊	台大
136	陳安妮	台大
137	林彥瑩	台大
138	黃善佐	
139	許鶴懷	
140	張家存	
141	謝嘉云	
142	陳映維	
143	林政嘉	
144	謝佩珊	
145	張煒秉	

146	李卓恩	
147	鄭力瑋	
148	陳楚治	台大原住民圖書中心
149	林于心	台大法研所
150	李俊慶	台大電信所
151	周湘妍	
152	陳虹岐	
153	黃筱維	
154	洪又新	
155	余彥霆	
156	沈甫勳	
157	陳乃禎	
158	陳詠星	
159	李偉強	
160	謝凱安	台大電信所
161	黃威崙	台大電機所
162	黃重豪	台大電機所
163	Walis Buya	Sinica 語言所
164	簡淑真	師大人發系
165	林妍伶	花蓮部落大學
166	趙伶伶	密西根大學
167	曾信一	靜浦部落
168	陳孟婷	原民會企劃處
169	黃傑	台大科法所
170	王瑞盈	原民會企劃處
171	常本照樹	北海道大學教授
172	田貴芳	都魯彎文教協會
173	田春枝	娜魯灣協會
174	簡志偉	簡東明委員辦公室
175	許俊才	東華大學民社系助理教授
176	蔣裔馨	原民會
177	海樹兒	實踐大學助理教授

研討會照片集錦

研討會會場前台

原民會主委及法務部部長蒞臨

報到處報到實況

會場張貼之宣傳海報

法務部長報到實況

爲法務部部長佩帶胸花

原民會主委報到實況

臺灣大學法律學院院長報到實況

原民會主委致詞

法務部部長致詞

貴賓大合照

臺灣大學法律學院院長進行主題演講

休息時間排灣族創意茶點

與會貴賓於休息時間進行意見交流

第一場次吳豪人副教授發表

第二場次

東華大學石忠山副教授進行發表

綜合討論錢建榮法官進行提問

排灣族司儀爲大家報告注意事項

綜合討論回應情形

休息時間與會者交流情形

休息時間泰雅族創意點心

原住民族狩獵文化 vs.生態保育

第三場次林三元法官進行評論

研討會場情況

第四場次

茶點時間阿美族創意點心

綜合討論輔仁大學法律學系學生進行提問

第五場次

第六場次

主持人黃樹民院士進行主持