

# 目 錄

研討會議程		1
研討會議事規則		5
主辦單位致詞		7
貴賓致詞		11
專題演講		20
李永然	從法律觀點談我國對原住民族土地之保障	21
主題一	財產權探原	45
蔡明誠	原住民族財產權之性質、保護方式及內容之初探	46
雅柏甦詠·博伊哲努	文明社會的野蠻滅命：從嘉義地方法院九十二年度簡上字 第一五一號判決談鄒族傳統財產權	59
楊曉珞		
顧坤惠	財產權探原	82
主題二	原住民族傳統領域與自然資源權利之法效性	86
林長振	論原住民族之土地權－原住民族基本法第 20 條第 1 項之立法與解釋	87
陳竹上	當部落與國家相遇：我國行政法院關於原住民保留地爭議之判決分析	106
余建國	原住民傳統領域與自然資源權利之法效性	124

<b>主題三</b>	<b>經濟發展、自然資源利用與原住民族權利</b>	<b>138</b>
汪明輝	經濟發展、自然資源利用與原住民族權利	139
王皇玉	原住民持有槍械合法性之研究	156
吳秦雯	誰的資源？誰來決定？-----國家整體法益 vs.原住民族權利保障	180
<b>主題四</b>	<b>原住民族專屬法庭</b>	<b>200</b>
林三元	紛爭解決與制度設計：設立原住民族法庭之必要性與可行性	201
湯文章	原住民專屬法庭設立的幾點問題	224
張道周	原住民參審試行條例-原住民審判主體地位的建立	242
<b>主題五</b>	<b>原住民族集體權：實質同意及有效參與</b>	<b>269</b>
謝若蘭	北美洲原住民族修復式正義之理念與實踐初探	270
陳張培倫	原住民族研究倫理中的集體同意權機制	296
<b>主題六</b>	<b>司法實務採認原住民族傳統習慣規範之案例與探討：國內與國外之比較</b>	<b>320</b>
蔡志偉	以文化脈絡回應司法論述—澳洲與我國有關傳統領域權的判決比較	321
鄭川如	由生存權、文化權而來的狩獵權—從美國最高法院判決談台灣原住民的狩獵權	339
<b>綜合討論</b>		<b>360</b>
<b>附錄一</b>	<b>與會名單</b>	<b>373</b>
<b>附錄二</b>	<b>工作人員名單</b>	<b>381</b>
<b>附錄三</b>	<b>研討會照片集錦</b>	<b>382</b>



## 第2屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會議程

時間：100年10月15日（星期六）

地點：國立臺灣大學法律學院國際會議廳

08:30- 08:50	報 到	
08:50- 09:00	<b>【開幕式】</b> 主持人：高德義 主任（國立東華大學原住民族發展中心） 主辦單位致詞：孫大川 主任委員（行政院原住民族委員會）	
09:00- 09:20	<b>【貴賓致詞】</b> 蘇永欽 副院長（司法院） 吳景芳 董事長（財團法人法律扶助基金會）	
09:20- 10:00	<b>【專題演講】</b> 主持人：高德義 主任（國立東華大學原住民族發展中心） 演講者：李永然 律師（中華人權協會名譽理事長、總統府人權諮詢委員會委員）	
10:00- 10:20	休 息（大合照）/茶敘	
10:20- 12:00	<b>【主題一：財產權探原】</b> 主持人：黃應貴 研究員（中央研究院民族學研究所）	
	發 表 人	與 談 人
	原住民族財產權之性質、保護方式及內容之初探 蔡明誠 教授 （國立臺灣大學法律學院）	林陳松 院長 （臺灣花蓮地方法院）
	文明社會的野蠻誠命：從嘉義地方法院九十二年 度簡上字第一五一號判決談鄒族傳統財產權 雅柏甦詠·博伊哲努 專門委員 （行政院原住民族委員會） 楊曉珞 研究助理 （國立臺灣師範大學原住民族研究發展中心）	陳榮隆 院長 （輔仁大學法學院）
	<b>財產權探原</b> 顧坤惠 副教授 （國立清華大學人類學研究所）	陳榮傳 主任 （國立臺北大學法律系）
12:00- 13:30	午 餐	



	<b>【主題二：原住民族傳統領域與自然資源權利之法效性】</b> 主持人：夏錦龍副 主任委員（行政院原住民族委員會）	
	發表人	與談人
13:30-15:10	<b>論原住民族之土地權－原住民族基本法第20條第1項之立法與解釋</b> 林長振 律師 （林長振律師事務所）	黃明展 法官 （臺灣嘉義地方法院）
	<b>當部落與國家相遇：我國行政法院關於原住民保留地爭議之判決分析</b> 陳竹上 助理教授 （國立高雄師範大學通識教育中心）	蔡顯鑫 主任檢察官 （臺灣士林地檢署）
	<b>原住民傳統領域與自然資源權利之法效性</b> 余建國 檢察官 （臺灣彰化地方法院檢察署）	林峯正 律師 （財團法人民間司法改革基金會）
15:10-15:30	茶 敘	
15:30-17:10	<b>【主題三：經濟發展、自然資源利用與原住民族權利】</b> 主持人：徐明淵 副主任委員（行政院原住民族委員會）	
	發表人	與談人
	<b>經濟發展、自然資源利用與原住民族權利</b> 汪明輝 副教授 （國立臺灣師範大學地理系）	蔣斌 副研究員 （中央研究院民族學研究所）
	<b>原住民持有槍械合法性之研究</b> 王皇玉 副教授 （國立臺灣大學法律學院）	文志榮 律師 （文志榮律師事務所）
	<b>誰的資源？誰來決定？</b> <b>-----國家整體法益 vs.原住民族權利保障</b> 吳秦雯 助理教授 （國立政治大學法律系）	石忠山 副教授 （國立東華大學公共行政研究所）

## 第2屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會議程

時間：100年10月16日（星期日）

地點：國立臺灣大學法律學院國際會議廳

08:30-09:00	報 到	
09:00-10:40	<b>【主題四：原住民族專屬法庭】</b>	
	主持人：林江義 副主任委員（行政院原住民族委員會）	
	發 表 人	與 談 人
	<b>紛爭解決與制度設計： 設立原住民族法庭之必要性與可行性</b> 林三元 法官 （臺灣臺中地方法院）	林三加 律師 （財團法人法律扶助基金會臺北分會）
10:40	<b>原住民族專屬法庭設立的幾點問題</b> 湯文章 法官 （臺灣花蓮地方法院）	蘇佩鈺 主任檢察官 （臺灣士林地方法院檢察署）
	<b>原住民族參審試行條例 -原住民族審判主體地位的建立</b> 張道周 法官 （臺灣嘉義地方法院）	吳威志 副教授 （國立雲林科技大學科技法律研究所）
10:40-11:00	茶 敘	
11:00-12:10	<b>【主題五：原住民族集體權：實質同意及有效參與】</b>	
	主持人：戴華 主任（國立成功大學人文社會科學中心）	
	發 表 人	與 談 人
11:00-12:10	<b>北美洲原住民族修復式正義之理念與實踐 初探</b> 謝若蘭 副教授 （國立東華大學族群關係與文化學系）	謝銘洋 教授 （國立臺灣大學法律學院）
	<b>原住民族研究倫理中的集體同意權機制</b> 陳張培倫 助理教授 （國立東華大學民族發展與社會工作學系）	邱文聰 副研究員 （中央研究院法律學研究所）

12:10- 13:30	午 餐	
13:30- 14:40	<b>【主題六：司法實務採認原住民族傳統習慣規範之案例與探討：國內與國外之比較】</b> 主持人：宋國業司長（法務部檢察司）	
	發 表 人	與 談 人
	<b>以文化脈絡回應司法論述</b> <b>--澳洲與我國有關傳統領域權的判決比較</b> 蔡志偉 助理教授 （國立東華大學民族發展與社會工作學系）	蔡廷宜 庭長 （臺灣嘉義地方法院）
	<b>由生存權、文化權而來的狩獵權</b> <b>—從美國最高法院判決談台灣原住民的狩獵權</b> 鄭川如 助理教授 （輔仁大學法律系）	許華偉 檢察官 （臺灣臺南地方法院檢察署）
14:40- 15:30	<b>【綜合討論】</b> 主持人：林江義 副主任委員（行政院原住民族委員會） 與談人：宋國業 司長（法務部檢察司） 施正鋒 教授（國立東華大學民族發展與社會工作學系） 高德義 主任（國立東華大學原住民族發展中心）	

## 第二屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會

### ————— 議事規則 —————

#### 一、發言時間分配及按鈴規則如下：

- (一) 本研討會場次時間分別為 100 三篇文章發表以及 70 分鐘二篇文章發展，論文發表人依議程順序發表論文，每人 15 分鐘，時間結束前 3 分鐘按鈴一響，並舉「餘三分鐘」之牌示示意；時間結束前 1 分鐘按鈴一響，並舉「餘一分鐘」之牌示示意；時間到按鈴兩響，並舉「時間結束」之牌示示意；之後每超過一分鐘按鈴一響。
- (二) 評論人論文評述每人 7 分鐘，結束前 1 分鐘按鈴一響，時間到按鈴兩響，而後每超過 1 分鐘按鈴一響。
- (三) 發表人回覆時間每人 2 分鐘，結束前 1 分鐘按鈴一響，時間到按鈴兩響，而後每超過 1 分鐘按鈴一響。
- (四) 與會來賓提問問題每人 1 分鐘，時間到按鈴兩聲每超過半分鐘按鈴一響。

#### 二、會場使用注意事項：

- (一) 會場內之各項設備、器具請妥為愛惜使用。
- (二) 請將行動電話保持關機或靜音模式，以利議事進行。
- (三) 會場內請勿飲食（開水除外）。
- (四) 有任何疑問，可向現場著傳統服飾之工作人員詢問。
- (五) 離開會場時，請不要忘記攜帶您的隨身物品，以免遺失。

### 三、議事流程表

主持人介紹論文發表人及相關議事說明		共 3 分鐘	
第一篇	論文發表	15 分鐘	共 22 分鐘
	評論人發表評論	7 分鐘	
第二篇	論文發表	15 分鐘	共 22 分鐘
	評論人發表評論	7 分鐘	
第三篇	論文發表	15 分鐘	共 22 分鐘
	評論人發表評論	7 分鐘	
發表人回覆評論		每人 2 分鐘	共 6 分鐘
提問及 綜合討 論時間	提問請交回發言條，每人提問以一次為 限，至多 1 分鐘。	12 分鐘	共 25 分鐘
	回應時間由主持人控制。	13 分鐘	

# 主辦單位致詞

---

孫大川

行政院原住民族委員會主任委員

## 主辦單位致詞實錄

### 主持人：高德義 教授

副院長、主委、吳董事長還有副主任，各位貴賓、各位女士、這位先生，大家早安。非常非常的歡迎各位能夠光臨今天這個研討會，同時，也很謝謝各位犧牲寶貴的假期來參加這個研討會，我們更感謝行政院原民會，這麼有慧眼，舉辦這個研討會的同時，也委辦給一個適當的單位，我們東華大學的民族學院。那在這個研討會開始之前，我們還是請我們原住民的大家長，也是支持這個研討會的，行政院原民會的孫副主委，來為我們講幾句話，我們先以掌聲歡迎。

### 致詞：孫大川 主任委員

副院長、吳董事長、吳副主委、在座的各位貴賓、同學。可能大家也都知道，大概民國 80 年修憲以後，整個台灣的原住民整個的狀況，開始有一些比較大的改變，雖然說修憲裡面，直接牽涉到原住民權益的只有一條，「但是要依民族的意願如何如何……」，顯見台灣法政的發展，開始注意到屬於原住民的意見跟主體性，我常常用一個用語，用了二十幾年，我們國家過去對於原住民的照顧，比較注意到福利的部分，始終幫忙這個幫忙那個，當然有他的好意，也可以協助原住民在發展過程當中能夠有一些支持，但是每一個民族或是每一個人，他其實不是只有同意的部分，我們都有自己的歸屬感，我要成為一個卑南族的人，我要成為一個台灣的原住民，不是我願意的，也不是我能決定的，可以說是既定的一個事實，來了以後當然你就要去承擔，你這個族群整個的，它自己的生活的方式、思維的方式，甚至自己的情感，所以每一個人的存在幾乎都是需要有歸屬感的，我們人都是生活在一個限定的情況底下，成為某一個文化底下的成員，那過去在這個部分，有的時候我們對別人的好意，我們也只想幫忙，但是我們越幫，越把他從他的歸屬感裡面抽離，所造成的痛苦就很嚴重了。那台灣的原住民大家都知道，早期在平原地帶，逐漸的漢化，也逐漸喪失掉它原來的語言跟文化，日本人來了以後，整個高山原住民的地區，也開始面對很強大的國家的力量，我自己覺得台灣的原住民族文化或是社會的角度來說，這幾百年來一直是在個大潰敗的過程，我們說句老實話，認識我的人都知道，在民國 70 年代末期，我還是在看不到我們原住民未來要往哪裡去，所以我那時候用「黃昏」來形容我們的處境，當

然有一些人就覺得不舒服，事實上，我那時候找不到任何一個立足點，去想我們將來在同意這個部分能夠保留到哪裡，那民國 80 年代以後因為整體國家環境情況跟歷史的條件有一些改變，我們可以看到，在這個過程以後，無論是民國 85 年原住民委員會的成立，以及這之後的教育，原住民族教育法的通過，一直到後來工作權保障法，一直到後來我們 2005 年民國 94 年的原住民的基本法的通過，甚至到現在，原住民自治法的草案已經到了最後的階段，大家都可以看到，至少一個整個的行政框架跟台灣社會的氛圍裏面，開始在支持，或認真思考關於原住民土地的部分，我們存在不是只為了生活，我們的生活還為了捍衛某一種屬於我們文化以及思維的方式。最近大家如果注意到，無論是賽德克巴萊，或最近與原住民相關的熱潮，也讓很多漢人的朋友跟主流的社會，在思考台灣的歷史的內容，到底我們要怎麼重新的去定位去理解，昨天我正好參加一個監察院，關於牡丹事件的討論，怎樣看待台灣的原住民在整個台灣的歷史社會裡面他的位置，也變成是現在大家所考慮的問題，更好的一個方向是，我這兩年到原民會，也發現到越來越多法界的人，也開始在思考，而且很認真的在討論，原住民本來就有他自己的習慣，以前日據時代，在南澳那邊所看到的這些文獻是大正時代的文件，警察的紀錄裡面發現到一個現象，因為日本人不希望泰雅族的人紋面，大家都知道，紋面過去好像是一個恥辱的象徵，大家要把他洗掉，但是現在變成國寶，可是那時候日本人是禁止紋面的，所以很多有紋面的都要洗掉，但是它那個紀錄裡面南澳、大同、四季那一帶，有很多的案例是日本人把這些人抓起來，勞役五天七天的理由，就是他偷偷的紋面，那大家都知道整個泛泰雅族，他們沒有紋面是走不過祖靈的彩虹橋的，可見那種根深蒂固的，屬於他自己的民族文化內部的那種規範，是那麼樣的強勁，人家叫他戒了他還是要紋面，那顯示我們有一些主流社會所定下的規範，很可能是個錯誤，是一個只用他自己觀點、標準去要求他人改變的事。蘭嶼的雅美族我也見過好多好多次，到飛魚季期間，如果飛魚季還沒舉行時，他們是不會去捕魚的，因為在蘭嶼人的腦袋裡面飛魚不是商品，不是買賣的物品，是一個他們跟他們祖靈信仰連結很深的文化，去的時候你可以看到飛魚季還沒舉行，就很多船隻在那邊捕捉飛魚，那不是蘭嶼的人，除非有一天，他們子孫，徹底的遺忘這個禁忌，他們才會大膽的去亂，那這些東西有的時候，看起來或者是看到很多會覺得很沉痛，他們幾乎沒有犯甚麼錯，他們只是在，遵循他們自己在他們文化，在他們原來的信仰裡面他們跟人跟大自然之間的一些規範，但是我們卻講說這樣很殘忍，最近這幾年，我看到了法界有的人在討論，也開始注意到原住民的習慣，這一些部分在解釋上面，有一些比較寬的理解，我覺得這是一個令我們非常期待的事情，也是台灣民主化對一個多元社會裡面真正的一個進步，那我們非常期望，今天我們司法院副院長也來了，我也知道他很長期也非常注意原住民的這些法政上面的發展，很期待這樣的一個整體國家司法體系，對於原住民傳統文化和思維方式、生活方式的尊重，能夠不會只是一個理想或者是理論，而是發生在我們日常生活中的規範當中，變成一個事實，那我們現在也很高興我們現在越來越多的年輕的原住民的學者，都從美國回來，那我一直



覺得我們怎麼樣打造一代人，一代原住民去把那個大潰敗的過程找到一個停損點，是我們現在最重要的工作，無論在文學在各個方面，我希望可能很多的原住民的朋友越來越多，能夠把那個一直潰敗的局面，能夠穩住，讓我們能夠親眼，我們還有能夠還有留下一些甚麼，然後看個親眼之後，看看我們下一步要走甚麼，那我們下一代的年輕人，或者是我們下一代的同胞，也可以在一個，更同意的氛圍底下，成為他自己，然後也跟著整個國家的發展能和諧，而且能夠提供一些新的強項。因為今天有一些感觸，我就多講幾句，非常謝謝大家今天的光臨，我想我們今天的這些討論明天的這些討論，應該會給我們很多的幫忙，非常謝謝，謝謝。

# 貴賓致詞

---

蘇永欽 司法院副院長

吳景芳 財團法人法律扶助基金會董事長

## 第二屆原住民傳統習慣規範與國家法制研討會貴賓致詞稿

吳景芳

法律扶助基金會董事長

司法院蘇永欽副院長，行政院原住民族委員會孫大川主任委員，東華大學原住民族學院吳天泰院長，東華大學原住民族學院民族發展與社會工作研究所、同時也是法律扶助基金會董事的蔡志偉教授，現場所有的貴賓及與會的學者先進，大家早安。

很榮幸能夠出席今天的研討會，我是台北大學法律系的教授，目前擔任法律扶助基金會董事長。對於原住民的法律扶助，一直以來都是法扶會重要的目標和使命，這一點從法律扶助法的訂定可以看出。法律扶助法第 38 條明文規定：法律扶助基金會設董事會，置董事十三人，其中一人為原住民代表。足見當初制定法律扶助法的提案人及立法委員們，是如何看重法律扶助制度對於原住民權益的保障。再跟各位報告，法扶會最近新上任的原住民代表董事，就是今天大會承辦單位東華大學的蔡志偉教授，而今天我也是應蔡教授及主辦單位的盛情相邀，才能有機會在這邊跟大家談話。

正如我剛剛所說，對於原住民的法律扶助一直是法扶會重要的政策及目標，法扶會成立七年多來，在這方面有賴歷屆原住民董事的支持，我們持續不間斷地關切這個議題，從法扶會在民國 93 年成立的第一年時，我們就辦理有關台灣原住民傳統習慣及文化與現行法律體系的座談會，也在當年和一些關切此議題的社會團體，共同為了阿里山鄒族頭目蜂蜜事件發聲，包含辦理非常上訴的記者會等。而在原住民佔人口比例多數的花蓮地區，法扶會花蓮分會也在民國 93 年時，和今天活動的承辦單位東華大學原住民族學院以及玉山神學院、基督教門諾會醫院共同合作辦理研討會，從當時法扶會花蓮分會的業務數據，檢視原住民法律糾紛的案件類型及數據，並從歷史、文化、法令等多面向去探究原住民的工作權、財產權以及家庭問題等議題。

而除了法扶會花蓮分會之外，各地法扶分會針對原住民的法律宣導及法律意識提升工作也多有著墨，舉凡研討活動、宣傳教育或下鄉服務，七年來法扶會一直持續地在關切參與，在此我就不一一贅述。我主要想表達的是，對於原住民的法律扶助服務，一直是法扶會的重點工作之一，而這點從法扶會歷年的業務數據也可以看出。近三年來，原住民向本會申請法律扶助之案件數，97 年度為 2,108 件，98 年度為 2,563 件，99 年度為 2,996 件；其中獲准扶助之案件 97 年度有 856 件，98 年度有 958 件，99 年度有 1,170 件，呈現逐年成長的趨勢。

除一般案件外，原住民常依據部落慣習行動，以致有時與國內法令之間產生

認知差異，引發法律爭議，或身處部落傳統習慣與國家法治制度之間相互衝突的困境，原住民在面對這樣的衝突時，其實是相當需要專業的介入以保障權益。就舉前面提到的「頭目蜂蜜事件」為例，這件發生在民國 92 年 2 月間的鄒族頭目為維護傳統領域，卻被以搶奪罪名定罪的事件，就是出於財產權和所有權的認定爭議，如何避免原住民在被迫違反其傳統習慣的情況下，全盤接受漢民族的法律教條，以減少原、漢兩個法律價值與系統的衝突，是我們持續努力的目標。再以兩年前發生的八八風災來說，發生當時受創範圍多座落在原鄉部落，法扶會在第一時間提供法律相關協助，包含比較急迫性的死亡認定及繼承問題處理，以及更進一步的協助及保障原住民在災後返回部落重建的權利。

就我們所看到的八八風災救災及重建過程中，往往因為政府提供的重建選擇，不見得符合全體部落成員的期待，導致原住民朋友在傳統習慣規範以及國家法制之間擺盪與掙扎。法扶會在當時決定走入部落，舉辦座談會傾聽族人的聲音，提供他們專業建議，而我們具體辦理的個案包含屏東縣霧台鄉阿禮部落、嘉義縣阿里山鄉來吉部落經主管機關劃定為特定區域。部分族人擔憂其部落被劃定為特定區域後，將無法返回部落進行重建，因此不同意劃定，法扶會除了分別至該地區舉辦說明會、提供法律諮詢外，也進一步協助民眾提起訴願及行政訴訟，目前已成功促使主管機關撤銷劃定來吉部落為特定區域之行政處分。而現在也幫忙部分阿禮部落居民進行撤銷劃定阿禮部落為特定區域之行政訴訟。

前些時候拜會原住民族委員會的孫大川主任委員，在專訪孫主委的時候，我可以感受到孫主委本身那種人文學者思考的睿智，聽他談及八八風災救災及重建歷程當中，他和原民會的同仁為了原住民權益是如何與行政院部會進行一些溝通協調，我深深為他的付出和對原住民的關懷所感動，孫主委提到包含對於原住民文化及語言的保存焦慮，以及透過法政方式檢視現有國有地合法性問題，還有如何建立原住民在法政地位的主體性，當我聽到孫主委對原民會未來施政重點的同時，就更加深了我對於原民會和法扶會未來合作的期待，我相信透過兩會所擁有的資源與對原住民的用心，肯定可以創造原住民、原民會和法扶會的三贏局面。

原住民法律扶助向為本會關注之議題，本會基於保障弱勢者人權之宗旨，針對原住民法律權益保障，也正研議規劃於未來設立「原住民法律扶助暨研究中心」，未來希望針對原住民地區土地糾紛、傳統狩獵、利用森林副產物等原住民特殊風俗習慣及傳統社會價值等議題，以及涉及原住民集體權利議題之法律案件，進行深入研究；而針對本會歷年辦理之原住民法律案件，也希望經由資料庫的建立整理及分析，將單一的案例化為具實務層面意義以外的通案考量；再者還有提升法扶會本身對於原住民案件辦理的品質，以及關於原住民法律人才培養的長遠規劃，及建立相關資源聯繫網絡，再再都是我們寄望於原住民法律扶助暨研究中心的展望與目標。

今日大家齊聚一堂，在座的各位先進都是學有專精的學者專家，希望透過引證法扶會在原住民法律協助的過往經驗和未來展望，達到拋磚引玉的效果，供在座的先進參考。最後，謹祝大會順利圓滿，大家收穫豐碩。謝謝！

## 貴賓致詞實錄

### 主持人：高德義 教授

非常謝謝我們孫主任委員，剛剛談了民族習慣在當代的對原住民的意義，那我是覺得，聽了還蠻感動的，那真的是謝謝感受到我們很多原住民的心理世界，那各位，我想大家都知道，在美加紐澳，司法體系是促進提升他們民族權益很重要的一個方法，那也的確在歷史上，像比如說像加拿大的法院就扮演很重要的角色在促進原住民的人權上，那過去在台灣，我們原住民抗議，很少訴諸司法，這裡面也凸顯了一些可能的一些問題，那因為過去總是讓人覺得司法好像跟原住民沒什麼關係，但實際上今天我們走到這個地步，我們越來越發現，這個部分長期被忽略了，那有一個很重大的部分就是民族習慣沒受到承認，沒有實際在運作，已經面臨死亡，始終我們原住民，幾乎人格世界失去依靠，我們不知道要抓哪個部分，那剛好這個民族習慣的問題，這幾年來有很多突顯在司法程序上越來越重要，那所以今天，才有這樣子的一個研討會，而且已經是第二屆了，那我們很高興第一屆，法務部長親自來參與第一屆的研討會，那我們第二屆更進步，司法院副院長親自來參與今天的盛會，那我們下面就以熱烈的掌聲來歡迎我們司法院副院長，鼓掌。

### 致詞：蘇永欽 副院長

孫主任委員、吳董事長、主持人高主任、在座所有的嘉賓，大家早安，非常榮幸我能代表司法院，來參與這樣的一個盛會，我個人錯過了第一屆這一個重要的會議，剛剛拿到書面資料，我回去一定會仔細的拜讀。在我們的國家生活裡，我們原住民族，應該如何的被平等的對待，更精確地講，通過一種特殊的某些情況，特殊的對待方法，來追求真正的平等對待，是一種新的意識，說起來也不是很新，應該是在 80 年代在國際上形成一種崛起跟共識，那這樣的一個崛起跟共識也很快在我們國家，也產生了這樣的討論、對話跟覺悟，這個是我剛好前幾天在總統府人權諮詢委員會聽到我們林副主任委員跟我們高教授的非常精準的說明，學習到我們國家在這些領域的步伐，在民國 80 年代開始，我們透過憲法增修條文，對於原住民族這樣的一個認知，從名稱上的改變到一些基本規範的建立，也就是今天我們今天憲法增修條文第十條第 11 項和 12 項，把這個有關原住民族的地位、政策，我剛剛講了，如何平等的對待，在那天對他們兩位報告印象很深刻，有提到的 12 項應該有兩部分，一個是土地一個是國會，土地就是政治參與的那部分，我們目前做到的可能在世界上各國不僅不是落後的，而且是在前面的，其中包括了政治參與，像在國會的代表是最具象徵性的，那個名額的保障，

以及我們的原住民的專屬的決策部會的成立，甚至文官體系的建立，我聽到高主任講，在前者也就是國會的保障，我們大概可以排到世界上第三名，僅次於兩個國家，分別是紐西蘭和澳洲，那後面的項目，像文官體系公務員的保障，可能是走在世界最前面，但這個僅僅是一個政治參與的部分，那我們在很多的這些年的立法，以及過去這個更早就已經有的措施，應該比較偏重剛剛孫主委講的憲法增修條文第十條第十二項後半段，但真正最核心的精神恐怕是第十一項，對於多元文化的尊重，那是真正的精神的部分，那恐怕是最困難的，我們講多元主義當然是很多，到底是甚麼內容，為甚麼我們會去做一個報告，談到現階段，先認知差異、然後承認差異、我們尊重、然後欣賞，所謂的多族群，以民族的多文化的多元來講，大熔爐這樣的一個想法，講的應該是多元族群，我們現在比較談論的是一種馬賽克式的一個多元的共享，可是馬賽克也必須是個美麗的馬賽克，最好是像彩虹那樣的一個馬賽克，那個是我們第十條增修條文第十一項所追求的一種真正的多元，但是這是不容易的，我們看到應該是幾年前澳洲的一個烏克隆總理就職的演說，他承認，澳洲的那樣的一個環境以那樣的一種多元民族的共存的情況是說，他們覺悟其實蠻整齊的，大概那時候站出來對一世紀前的政策，對於把原住民拉離開他的原生家庭到他認為一個更好的文化條件之下，做一個正式的道歉，那我們看了會很有感觸，其實也是一種學習，就像我最近跟我太太去看了第一集的，等下一集的，從這個太陽旗到彩虹橋，那種除了視覺的震撼以外，真的叫蕩氣迴腸，靈魂搜尋的一個過程，這是一個需要非常多的學習，我不知道我們的社會是到了哪個階段，我想承認是已經過了，尊重，但是要到欣賞還需要很多努力，我想中間非常重要也是我們剛剛主持人跟我們孫主委都有提的法律這個部分，應該是很重要，事實上在這個最近打動人心的這個電影，也是在談很多 GAYA/WAYA 跟這個國家主流文化的法律的衝突，這個是個非常困難的，但是對於法律是一個很大的挑戰，怎麼去處理呢，和憲法多元族群融合，那我認為這一點非常有意義，也很有智慧的把原住民族傳統習慣和規範擺在國家法治的前面，這個也許當然不是有意的，可是總而言之擺在前面，可是從這個規範的發生，實際上原住民族在這個世界的角落裡存在，而且已經有非常篤定這個存在的次序，然後來了一個其他的民族其他的文化，類似主流因為他們人多勢眾，那這兩者怎麼去調和，那過去犯了很多很多的錯誤，不知道這裡的差異，這上面真的是需要很多的想像力跟衝突以後一個損害的然後停損以後在思考，痛定思痛才會找到答案，我自己在學校教物權，民法物權，我記得有一次說了一個題目，一個很簡單的情況，就是如果教到不動產，所有權的變動，甲原住民都會去打獵，射到一個山豬，那個山豬負痛跑掉了，跑了一公里，他追就沒有追到，結果被另外一個乙原住民追到，那請問那個山豬的所有權歸誰？這是一個非常典型的民法物權的問題，那同學得到非常高分的就從物權的條文找到答案，先佔的概念，那的一個甲把它制服，但沒有完全制服，那第二個乙撿便宜撿到的但也都花了些心思，比較合理的答案應該是他們共有的，這樣答案會比甲或乙單一取得要合理，但有一個同學的答案，我給他最高分，他是漢人，他講應該要了解一下那個甲的那個原住

民族的習慣是甚麼，如果乙不是跟他同一個民族，那要去調查一下，甲跟乙對於這個獵打山豬，這屬於他們核心文化，然後都沒有扯到法律，這個講法很大膽，因為照我們民法第一條，是沒有法律才能習慣保留，那除非有習慣保留，在物權有不少得習慣保留，但這個台灣風俗先佔是沒有習慣保留的，但這個同學會這樣答，我覺得當你看寫的那麼細，如果有很好的答案他會告訴你，民法第一條的法律應該是包含習慣，而這個習慣屬於憲法增修條文的第十條第十一項的那個精神指導之下的，所謂合憲法律解釋，在於碰到是這樣一個情況時，原住民核心文化的，狩獵文化的應該是習慣優先於民法物權的規範，那我給他最高分是因為我從那個答案學習到一個思考，我在隨便出這個題目的時候本來沒有想到，我舉這個例子來說明國家法治，這個傳統文化的這種並存，他要怎麼並存，發射出彩虹般的美麗光芒，那我最近也是前兩天兩位的說明裏頭學習到了知道了，最近幾年這十年的立法就相當多的立法，不少法律的創新，包括原住民族的傳統智慧，智慧財產權的保護，其實是智慧財產權法重要的突破，我們知道我們參與很大的貢獻，就是說，創造一種有集體性和永久性的智慧財產權，這種就是一個創新，這種法律的制度本身是很重要，我們正在，剛剛聽主委講那個審查中的原住民族自治法，怎麼去處理這個問題，非常敏感，地的問題、統治權這個公權力的、中央地方之間的衝突，現在好像一個大原則叫空間合一、權限分工、市府合作，我自己看沒有研究過內容，但是這個指導原則我就覺得無論如何比現狀、比一些可能的模式有它非常優越的地方，那當然這細節我沒資格也不適合做任何評論，那我只是在講今天我們怎麼去實現增修條文第十條第十一項的那個多元文化的這種宣示，是很大的挑戰。我們正在做的原住民族習慣調查，項我們過去台灣日據時代做的調查，應該是非常非常有意義的事情，那我們當然這個研討會也有一些很具體的案例，以及發生過的衝突，拿出來討論，那都是我們學習中很重要的過程，除了這個上游的立法以外，很重要的是下游的思考，可能需要去做一些制度性的調整，那我看這次題目裡面也有，司法界他們也有很多的參與，有談到這個原住民族法庭或者是自治這樣的一個制度，剛好我們司法院最近有去澳洲考察，他們不是以這個為主題，但是他們發現了這個在澳洲的原住民，就是剛好就有原住民法庭，他的原住民法庭的設計就是讓這個民族裏頭的頭目或者是有長老地位的人來參與，那這個參與有好有壞，好的就是能真正了解國家法治要怎麼樣最好的融入到傳統，壞的是他可能會有太多的人情包袱，所以最後他們決定了一個讓我個人意外驚喜的觀審制，在澳洲他們的原住民法庭，也就是他可以表示他的看法，那法官做最後的決定，他參與並不是像有人講說觀審制就是坐在底下觀看，他是從頭坐在審判席上參加審判，了解這些審判過程，但是讓代表國家法治的專業的法官做最後的認定，這個規定是最理想的模式，可是在原住民法庭在澳洲他有他制度的考量，我們必須要再作進步，我們目前在規劃人民觀審制，是從很務實的在現在的條件之下想跨出這一步，如果我們還是把這個制度設計到一步到位的話，這個命運大概就可以看到了，跟過去一樣到行政院立法院就打回票了，我們也很務實的做了這樣的一個設定，在我們調查一般民眾比較能接受，在我們院長

到全省各地的法院訪談的時候，包括嘉義很多地方的人希望更能提到原住民參與的期待，我們特別選擇兩個法院來實行，一個就是嘉義，嘉義也是很多這方面看的見，我們希望實施一段時間這樣也是一個學習，將來建立一個完整的司法機制。所以觀審制已經是司法院政策，但是他要變成法律，很多準備，要去說服，還有很多路要走，但是方向大概也一定程度符合了原住民族在國家法制下融合期待，希望能夠會有一些很快的進展可以看到，這樣來講，我個人覺得參加這樣的會議，都自己來講都是很大的學習跟成長，那希望我們司法院，司法同仁，能夠在這方面有更大的熱情來討論，所以在這裡我要特別對今天參與的，我看一下資料有不少法官、檢察官、律師，他們經驗拿出來，這是非常好的一件事，我對他們表示敬意，那希望所有的法律像我們主委講的當大家開始注意這一塊，我們不一定要把它當成一個附帶品是很大很大的挑戰，如何能夠剛剛用潰敗來形容，我不知道畢竟我沒有那麼深的了解，但是我覺得這個應該不是原住民的潰敗，如果在一個國家身後有一個族群他的文化整體潰敗，所以這個應該是原則，那我只說到這裡，祝福大會圓滿成功，大家都可以在知識上在很多方面都有很大的成長。



## 主持人：高德義 教授

非常謝謝我們副院長，從一個多元文化還有國家法編習慣法，澳洲這樣的一些原住民法院，再談我們今天在司法上的一些變革，來談我們原住民習慣法的可能的走向，聽到真的很令人振奮，很多正面的好消息，下面我想我們要請原住民的好朋友，也就是財團法人法律基金會，吳錦芳董事長也為我們今天研討會講幾句話，我現在以掌聲來歡迎吳董事長。

## 致詞：吳錦芳 董事長

我們的大家長、司法院副院長、行政院原住民族委員會的孫主任委員、今天大會的主辦者，東華大學原住民族發展中心的主任、還有東華大學的教授，同時也是我們法律扶助基金會的董事，蔡志偉蔡教授、還有在座的各政府機關、民間團體的各位長官、以及原住民的朋友們、媒體界的朋友們，大家早安，今天應邀參加這個學術盛會覺得非常的榮幸，對原住民進行法律扶助，是我們法律扶助基金會成立的重要宗旨，這個從法律扶助法第三十八條的規定可以登記，我們董事會是最高的決策機構，共設有十三席的董事，其中有一席法律明文規定，是由原住民的人士來擔任這席的董事，那由此可知，成立法律輔助基金會，重要的一項任務就是要對原住民朋友進行法律輔助，法律輔助基金會成立七年，過去三年來，從數字上我們可以得知，我們對於原住民朋友的法律扶助，是有增無減的，例如說九十七年度，來申請的有兩千一百零八件，九十八年度的時候，增加為兩千五百六十三件，九十九年度的時候再增加為兩千九百九十六件，這些申請的案件，我們給予輔助的在九十七年度的時候有八百五十六件，九十八年度的時候有九百五十八件，九十九年度時快速的上升為一千一百七十件，可見呢我們很努力的在對原住民朋友給予法律輔助，那當然這些法律輔助除了法律諮詢外，我們也派遣了律師幫助原住民朋友們法律的訴訟，兩年多以前發生了八八風災，當時受創最重的地區很多是集中在原鄉部落的，所以當時我們法律扶助基金會義不容辭地站在第一線，來對受災的原住民朋友進行法律輔助，那比較急迫性的，我們做了，就是關於死亡認定跟繼承問題的處理這些問題，此外呢我們還更進一步的協助原住民朋友們在災後能夠返回部落，重建家園，這過程中一切法律權益的維護，都是我們法輔會責無旁貸的任務，目前我們仍然積極的持續的進行推動八八風災專案，跟在座的各位報告，這個專案由我們大家長蘇副院長，他會嚴格的督導我們，由我們新上任的原住民董事蔡教授，他也一定會催促我們。除了我們這些應變的專案的實施，我們內部也在規劃，要從原住民的案件中吸取經驗，提升我們的輔助品質，我們也期待不久的未來我們能夠成立原住民的法律問題的研究

中心，那我們整個法輔會的董事會對我們的蔡董事是寄予厚望的，因為這個重責大任，蔡董事願意扛起來，他要協助我們來達成這項重要的任務。那在此呢跟我們的大家長蘇副院長報告，也跟大家報告，同時也感謝蔡董事您將來要做的事，今天大家齊聚一堂，我們在座的都是學者專家，我跟大家報告了法律扶助基金會的一些作為，跟未來的努力目標，那希望能夠有一點點拋磚引玉的效果，供各位參考。

專題演講

# 從法律觀點談我國對原住 民族土地之保障

---

主講人：李永然

永然聯合法律事務所所長

上海永然投資諮詢公司創辦人

中華人權協會榮譽理事長

兩岸經貿交流權益促進會榮譽理事長

## 從法律觀點談我國對原住民族土地之保障

李永然<sup>1</sup>

### 一、前言

我國立法院於 2009 年 3 月 31 日三讀通過《公民與政治權利國際公約》(International Covenant on Civil and Political Rights)及《經濟社會文化權利國際公約》(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)(以下簡稱《兩公約》),同時通過《兩公約施行法》;馬英九總統並於同年 4 月 22 日公布《兩公約施行法》,5 月 14 日再批准《兩公約》,讓我國與國際人權體系接軌,俟《兩公約施行法》也已於 2009 年 12 月 10 日正式生效,使公約的內容成為我國國內法的一部分<sup>註1</sup>;對於落實人權公約國內化,讓台灣人權治國理想,邁出了關鍵的一步;就人權保障的實質層面而言,台灣也邁向了一個新紀元。

而立法院早於聯合國大會通過《聯合國原住民族權利宣言》前,於 2005 年 1 月 21 日就三讀通過《原住民族基本法》,總統並於同年 2 月 5 日公布,此不但顯示我國對原住民族「集體人權」保護的重視外,這也是各界原住民族二十多年來發起一波又一波社會運動,爭取原住民族集體人權及民族基本權利保障過程中之跨時代里程碑。而《原住民族基本法》施行至今已逾 6 年,究竟我國現行法制對原住民族土地之保障是否充足?本文謹從法律觀點進行探討。

### 二、《聯合國原住民族權利宣言》(United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples)對原住民族土地之保障

聯合國於 1985 年開始著手草擬《聯合國原住民族權利宣言草案》(United Nations Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples<sup>註2</sup>),經由各國政府以及數以百計的原住民非政府組織參與討論,經過八年的研擬,於 1993 年經由第 11 屆大會通過,並經由人權委員會下之「反歧視及保護少數民族委員會」於 1994 年認可。上開草案自 1995 年送交聯合國人權委員會審查後,一度未再提送經濟及社會理事會審查批准,無法提交聯合國大會討論通過,關鍵在於部分條文內容主張原住民族之自決權與「土地所有權」而備受爭議<sup>註3</sup>。直到 2007 年 9 月 13 日聯合國大會終於以壓倒性的多數票表決通過《聯合國原住民族權利宣言》,成為具有國際法效力的全球原住民族集體人權新標準。

依《聯合國原住民族權利宣言》之前言:「確認原住民族及其他民族相互平等,同時承認所有民族均有權與眾不同,有權自認為與眾不同,並有權因此得到尊重。亦確認所有民族對構成人類共同遺產之各種文明及文化之多元性及豐富性均有其貢獻;還確認凡是基於或以民族出身或種族、宗教、族裔或文化差異為由,鼓吹民族或個人優越性之學說政策及作為,均為種族主義,於科學無據,

---

<sup>1</sup>永然聯合法律事務所所長、上海永然投資諮詢公司創辦人、中華人權協會榮譽理事長、兩岸經貿交流權益促進會榮譽理事長、永然法律基金會董事長都市更新過程應注意事項及法律實務。法律 119 求助網 [www.law119.com.tw](http://www.law119.com.tw) 部落格 [www.wretch.cc/blog/cplawyer](http://www.wretch.cc/blog/cplawyer); [blog.udn.com/cpyrlee](http://blog.udn.com/cpyrlee)

<sup>註1</sup>參見法務部「人權大步走計畫——落實『公民與政治權利國際公約』及『經濟社會文化權利國際公約』」種子培訓營總論講義。

<sup>註2</sup>陳隆志主編,「國際人權法文獻選集與解說」,台灣新世紀文教基金會,2006 年 4 月初版第一刷,頁 115。

<sup>註3</sup>行政院原住民族委員會簡訊月刊,劉維哲 <http://www.apc.gov.tw/upload/publish/monthly/33/33-02.htm>

於法律無效，於道德無恥，並於社會不公；重申原住民族行使其權利時，應免於各種形式之歧視；有關原住民族因殖民統治及土地領域與資源被剝奪等原因，承受歷史重大不公之對待，尤其是致使其無法依據自身需求及利益行使發展之權利；承認亟需尊敬並推動原住民族自其政治、經濟、社會結構、文化、精神傳統、歷史及哲學所衍生之固有權利，特別是其對土地、領土及資源之權利；...深信原住民族掌控得影響其自身土地、領域及資源之發展，將有助其維護與加強其制度、文化及傳統，並得促進依據其願望及需要之發展；...」<sup>註4</sup>可知，其重點亦圍繞《原住民族基本法》所揭櫫：「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」之三大立法目的範圍內，並明確指出原住民族已經被剝奪其人權與基本自由之事實，以「土地、領土與資源」為大，且使原住民族無法自身需要與利益行使謀發展之權利。而《聯合國原住民族權利宣言》也具體做以下規定：

(一) 原住民族不應被強行遷離其土地或領土：

《聯合國原住民族權利宣言》第 10 條規定：「原住民族不應被強行遷離其土地或領土。未事先取得相關原住民族自主、事先及被告知後之同意，未事先達成公平公正之賠償協議，並未於可能處保留歸還之選擇前，不得遷移相關原住民族。」。

(二) 原住民族有維護及加強其與其歷來所有或占有且使用之土地、領域等資源間之權利：

《聯合國原住民族權利宣言》第 25 條規定：「原住民族有維護及加強其與其歷來所有或所占有的且使用之土地、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。」。

(三) 各國應在法律上承認及保護原住民族有擁有其歷來所有、占有或以其他方式使用或取得之土地、領域及資源：

《聯合國原住民族權利宣言》第 26 條規定：「原住民族有擁有其歷來所有、占有或以其他方式使用或取得之土地、領域及資源之權利。原住民族有擁有、使用、發展及管理其歷來擁有或以其他方式傳統方式占有或使用，及以其他方式取得之土地、領域及資源之權利。各國應在法律上承認及保護上述土地、領域及資源。此一承認應充分尊重該原住民族之習俗、傳統及土地所有權制度。」。

(四) 各國應與相關原住民族合作訂定及執行一套公平、獨立、公正、公開與透明，及充分承認原住民族法律、傳統、習俗與土地所有權體系之程序：

《聯合國原住民族權利宣言》第 27 條規定：「各國應與相關原住民族合作訂定及執行一套公平、獨立、公正、公開與透明，及充分承認原住民族法律、傳統、習俗與土地所有權體系之程序，以認定及裁定原住民族於其土地、領域及資源，包括歷來為其所使用或以其他方式佔據或利用者之權利。原住民族應有權參與前述過程。」。

(五) 原住民有請求賠償未事先取得其自主、事先與被告知後之同意下，而被沒收、奪取、占有、使用或破壞之土地、領域及資源之權利：

<sup>註4</sup>行政院原住民族委員會《聯合國原住民族權利宣言》裝訂版

<http://www.apc.gov.tw/portal/docDetail.html?CID=5ACAA5BA58B3BC0C&DID=3E651750B400646777CA893EF9062D71>

《聯合國原住民族權利宣言》第 28 條規定：「原住民有請求賠償未事先取得其自主、事先與被告知後之同意下，而被沒收、奪取、占有、使用或破壞之土地、領域及資源之權利；賠償方式得包括歸還該物，或於無法歸還時，給付公正、公平及合理之賠償。前項賠償應以給付品質量、面積及法律狀況相等之土地領土和資源，或以貨幣或其他適當方法賠償。但該民族另外自願者，不在此限。」。

(六) 原住民族有養護及保護環境與其土地或領域及資源生產力之權利：

《聯合國原住民族權利宣言》第 29 條第 1 條規定：「原住民族有養護及保護環境與其土地或領域及資源生產力之權利。各國應於不歧視之情況下，訂定及執行協助原住民族進行上述養護及保護之計畫。」。

(七) 各國原則不得於原住民族土地或領域內進行軍事活動：

《聯合國原住民族權利宣言》第 30 條第 1 條規定：「除非涉及公眾利益，或經相關原住民族自願同意或要求，各國不得於原住民族土地或領域內進行軍事活動。」。

(八) 原住民族有為發展或利用其土地或領土與其他資源，決定並訂定重點與策略之權利：

《聯合國原住民族權利宣言》第 32 條第 1 項及第 2 項規定：「原住民族有為發展或利用其土地或領土與其他資源，決定並訂定重點與策略之權利。各國於批准任何影響原住民族土地或領土及其他資源，尤其牽涉發展、利用或開採礦物、水或其他資源之計畫前，應透過原住民族代表機制，為取得原住民族自主及被告知後的同意，以善意與其協商合作。」。

從上可知，《聯合國原住民族權利宣言》除讓世人認識到原住民族的「集體人權」外，更具體保障原住民族就其歷來所有或占有且使用之土地、領域等資源間之權利，且與實施近六十年的「世界人權宣言」一樣，未來將以同樣的方式提高全球原住民族的生活標準，促使世界各國進一步制訂保護和促進原住民族集體人權的國際標準和國家立法，各國將不能再隨便剝奪領土內原住民族的權利，而台灣就原住民族權利保障之立法，已與國際社會積極保障原住民族權利之潮流相接軌。

### 三、加拿大與美國之法制對原住民族土地之保障

#### (一) 加拿大

目前加拿大約有八百個原住民族之「社」(band)。所謂的「社」，乃「共同利用、分享由皇室所派予之土地的印第安組織」，這些「社」之中，大多數長期處於失去利用自然資源之管道或土地面積不足以支撐成長人口的艱難困境。直到近五十年來，加拿大之原住民族方爭取到其在政治、經濟之正確地位及其土地、資源之權利<sup>註5</sup>。在歷史上，加拿大的原住民族和殖民者之間在土地關係上經歷了數個階段：1760 年代至 1850 年代之間係殖民者與原住民族簽訂和平條約的時期；1850 年代到 1876 之間則是經歷了不同形式的同化政策；1876 年加拿大通過「印第安法案」(Indian Act)，故自 1876 年至 1970 年代，加拿大原住民族的土地權基本是受到印第安法案之規範；直到 1970 年代以後，加拿大原住民族開始進入了土地權利主張的新階段<sup>註6</sup>。以下就每個階段分別介紹：

<sup>註5</sup> 官大偉，「加拿大原住民族的土地權」，收錄於施正鋒編，「加拿大原住民權利保障」，東華大學原住民族學院，2010 年 12 月初版，頁 234-235。

<sup>註6</sup> 參前註，頁 233。

### 1、1760 年代至 1850 年代之間：

在 1763 年「皇家宣言」(Royal Proclamation)以前，白人政府已經與原住民族簽訂 40 餘個條約；自 1781 年起，殖民政府又總共與加拿大原住民族簽署 482 份條約，此時期條約是白人處理其與原住民族土地關係的重要手段<sup>註 7</sup>。其中值得注意者乃 1763 年英國頒布了「皇家宣言」，目的在於組織大英帝國於北美之建立，並規範與北美原住民族間之關係，希冀藉由此一宣言之頒布，能夠與當地原住民族維持友好之和平關係。「皇家宣言」曾劃定英國殖民地與原住民族土地間之界線，亦訂出貿易、墾殖、以及土地權利等相關規定，例如：該宣言禁止白人殖民者越過阿帕拉契山區進行土地開拓，宣示任何私人無權取得原住民族土地，而唯有王室有權透過和原住民的協商收購取得其土地。惟自宣言頒布以來，有關原住民土地權利的本質與內涵，始終未能獲得明確的界定。對原住民族而言，其土地權並非建立在外來政權的賦予與承認，而是造物者基於原住民族與土地間所存在之特殊聯結所導出之固有 (inherent) 權利。然而對加拿大政府而言，無論是加拿大之一般法律或其《憲法》第 35 條之規定，皆未對前述權利之性質進行特別解釋，因此認定加拿大全國土地皆歸「聯邦政府」所擁有，且原住民族之權利隨時可因聯邦政府之立法而受到限制<sup>註 8</sup>。

### 2、1850 年代到 1876 之間：

雖透過許多條約宣示白人政府土地屬於皇家，而原住民族則對條約土地 (treaty lands) 享有條約規定的權利，但條約的保障並不明確也不長久，故聯邦政府便透過各種不同形式的同化政策奪取土地。例如 1867 年《憲法》所提出的「印第安保留地」(lands reserved for the Indians)，在 1871 年簽署的編號 1、2 號條約中有了具體的構想，規定每戶 5 口的家庭給予 160 英畝「保留地」，每人 3 元年金，3 元退休金，以及一個保留地一個學校。之後的條約有關保留地的架構大體上如此，但給予的保留地面積則有不同，例如第 3 號條約將每戶 5 口之家庭的保留地增加到 640 英畝<sup>註 9</sup>。

### 3、1876 年至 1970 年代：

加拿大政府於 1876 年所頒訂的「印第安法案」，乃自「皇家宣言」頒布以來，攸關原住民族權利最為重要之法案。該法案之制定，係根據加拿大 1867 年「憲政法案」(Constitution Act) 第 91 條第 24 項之憲法委託，賦予加拿大聯邦政府權力針對印第安原住民及其保留地等事務進行立法。就土地政策方面，該法案中規定了保留地所有權基本上雖為「社」所共有，但個別成員亦可取得個別土地之所有權，而非原住民族之成員可以取得原住民族「放棄」之土地，為非原住民之個人取得原住民之保留地開啟一道方便之門<sup>註 10</sup>。雖然該法案明確規定了印第安原住民所享之權利，且該法案亦在後續的國家發展與社會變遷因素下，持續在內容上加以修正，然而加拿大原住民族始終對加拿大政府為原住民族權利保障所做出之努力不甚滿意。直到最高法院自從 1970 年代起，相繼作出幾個重大判決對於原住民族權利的本質與內涵加以確認後，加拿大原住民族權利之保障方逐步獲得改善<sup>註 11</sup>。

<sup>註 7</sup> 雅柏魁詠·博伊哲努，「加拿大第一民族土地爭議解決機制之探討」，收錄於施正鋒、謝若蘭編，「加拿大原住民的土地權實踐」，東華大學原住民族學院，2008 年 10 月出版，頁 129-131。

<sup>註 8</sup> 石忠山，「Sparrow v. the Queen, 1990」，收錄於施正鋒編，「加拿大原住民權利保障」，東華大學原住民族學院，2010 年 12 月初版，頁 85；另參註 5，頁 236。

<sup>註 9</sup> 同註 7，頁 131-132。

<sup>註 10</sup> 同註 5，頁 236。

<sup>註 11</sup> 參註 8，石忠山，頁 86。

#### 4、1970 年代以後：

此一時期，加拿大最高法院作出數個對原住民族權利具有重要意涵之判決，其中最具有代表性的即為 1973 年之 *Calder v. Attorney General of British Columbia* 案 (34 D.L.R. (3d) 145 (S.C.C.))，以下簡稱 *Calder* 案)。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第安人保留區之行為，也未曾表示同意，因此依據 1763 年的「皇家宣言」，該族對於系爭領域之土地權應繼續存在且未被撤銷，卑詩省政府不得任意加以侵犯<sup>註 12</sup>。對於 *Nishga* 族的上訴，雖然聯邦最高法院最後以上訴不合法在程序上予以駁回，然在本案判決中指出，原住民族的土地權是先於歐洲墾殖者到來前便已存在的一種權利，而非一種源自實定法 (statutory law) 之權利類項<sup>註 13</sup>。以下摘錄大法官於 *Calder* 案中之重要意見：

「事實上，當墾殖者進入到新大陸之際，印第安原住民族就已經居住在那裡，經過了幾個世紀的傳承，他們有自己井然有序的社會秩序，按照其傳統文化與社會規範佔有並使用這片土地，就如同他們的先祖們一樣，此乃印第安原住民族土地權之真意。其於本案中的行動訴求，即在主張他們有權利繼續居住、使用、管理他們傳統的土地，就像他們的先祖過去的生活經驗一般。此項權利從未受到法律合法的消滅過。」<sup>註 14</sup>。

*Calder* 案所代表的意義是原住民歷史權利的當代法制化，*Calder* 案不僅為英美普通法體系中第一件承認原住民族土地權內涵存在之判決，亦影響 1982 年之《憲法》修正案於第 35 條納入了有關原住民族土地權的法益保障，更促使紐西蘭、澳洲以及其他國際社會成員群起效尤，啟發國際原住民族土地權之思辯<sup>註 15</sup>。茲將加拿大 1982 年《憲法》第 35 條關於原住民族之保障臚列如下：

- (1) 加拿大原住民族目前現存的各項原住民族權利和條約權利就此宣告受到《憲法》保障的承認與確信。
- (2) 本法中所謂「加拿大原住民族」包括在加拿大的印第安部族 (Indian)、印紐特部族 (Inuit) 和梅蒂斯部族 (Métis)。
- (3) 第一款所指稱之「條約權利」包括現有透過土地協定方式或其他類似機制所取得的原住民族權利<sup>註 16</sup>。

#### (二) 美國

美國原住民土地權之發展過程，基本上可以分成三個階段，在 19 世紀初期，美國聯邦最高法院的數個判決認定印第安原住民擁有一定之土地權，但此些判決並未為原住民帶來長久的保障。於 19 世紀末期，美國政府透過「土地總分配法」削減印第安人的土地權，造成原住民土地權之災難。

<sup>註 12</sup> 黃居正，「從 *St. Catherine's Milling Co.* 案到 *R. v. Sparrow* 案」，收錄於施正鋒編，「加拿大原住民權利保障」，東華大學原住民族學院，2010 年 12 月初版，頁 52。

<sup>註 13</sup> 參註 8，石忠山，頁 87。

<sup>註 14</sup> 蔡志偉，「加拿大法制中的原住民族土地權格」，收錄於施正鋒、謝若蘭編，「加拿大原住民的土地權實踐」，東華大學原住民族學院，2008 年 10 月出版，頁 108-109。

<sup>註 15</sup> 同前註，頁 109。

<sup>註 16</sup> 同前註，頁 115。



此一情況直到 20 世紀的「梅里安報告」、「印第安重組法」與土地歸還政策等提出後方獲得改善。茲將此歷程分述如下：

### 1、19 世紀初之「馬歇爾三部曲」

19 世紀初期美國聯邦最高法院大法官馬歇爾（John Marshall）做出三則劃時代的判決，亦被稱為「馬歇爾三部曲」（Marshall Trilogy），這些判決形塑了美國印第安部族對其固有印第安土地權格（original Indian title）主張之基石，迄今仍為當代司法機關審理相關印第安部族權利最常引用的判例。此三判決為「強森案」（Johnson v. McIntosh, 21 U.S. 543（1823））、「查洛基案」（Cherokee Nation v. Georgia, 30 U.S. 1（1831））以及「渥斯特案」（Worcester v. Georgia, 31 U.S. 515（1832））。

在「強森案」中，原告分別於 1773 年及 1775 年自 Piankeshaw 部落酋長購得土地，由於當時仍為殖民地時期，尚未有規範與印第安部落間的貿易與往來法案，因此該買賣並非被禁止。惟被告於 1818 年自美國政府購得系爭土地，法院認為本案重點在於印第安部落酋長將其部落所佔有的土地讓與非印第安人的行為是否有效。最後法院判決該讓與行為無效，因為印第安部落所擁有的權利是佔有權（right of occupancy），美國政府才是境內土地真正擁有者，蓋其歐洲的祖先「發現」了北美大陸，且「征服」了當地居民<sup>註 17</sup>。雖然本案將印第安部落與美國的關係建立在「發現原則」與「征服原則」上，但馬歇爾也表示，印第安人身為獨立民族，其為合法的佔有者，僅其不得將其土地權利任意交易，只能與殖民的歐陸主權國家或在美洲殖民地建立的國家進行買賣<sup>註 18</sup>。

在「查洛基案」中，喬治亞州當時立法將州內的查洛基部族的領土分成四個鄉鎮行政區，並於該行政區實施州法，終止查洛基部族自身的所有法規。此外，喬治亞州將該土地分給州民並接收該土地所有的礦藏。查洛基部族主張其為主權獨立的自治國家，該土地不屬於任何一州，喬治亞州之舉違反了合眾國的最高主權，故上訴至聯邦最高法院。最高法院判決認為，除非印第安人係自願將土地讓渡給美國政府，否則其毫無疑問擁有他們所佔有土地的所有權；不過，馬歇爾亦認為印第安人比較像是「被支配的國內倚賴性民族」（dominated domestic dependent nations），亦即他們與美國的關係宛如被監護人與監護人之間的關係<sup>註 19</sup>。

在「渥斯特案」中，喬治亞州試圖漠視查洛基部族的存在，以佔領驅逐的方式併吞查洛基部族的土地，並設立許多法令，禁止未經州法許可而逕行居住在查洛基部族土地的行為。1831 年一位傳教士在未經州的允許下居住於查洛基部族土地上，喬治亞州政府決定處罰其服勞役四年。該傳教士向聯邦最高法院上訴後，法院認定喬治亞州之行為違憲。馬歇爾於該判決中強調，印第安人並未因為其倚賴性民族地位而喪失其主權，根據英國的普通法，印第安人因為先佔而取得土地的所有權，而政府有信託的責任來保護原住民的土地權<sup>註 20</sup>。

### 2、19 世紀末「土地總分配法」造成印第安土地權喪失

<sup>註 17</sup> 董孟忠，論原住民身分之法律保障，國立政治大學法律學系碩士論文，2008 年，頁 67-68。

<sup>註 18</sup> 林淑雅，「解／重構台灣原住民族土地政策」，國立台灣大學法律學研究所博士論文，2007 年，頁 211；施正鋒，「原住民族土地權的國際觀」，原住民族與國土規劃研討會，2005（<http://mail.tku.edu.tw/cfshih/seminar/20050721/20050721.htm>）。

<sup>註 19</sup> 劉天賦，「原住民自治的理想與現實：美國 70 年代至 80 年代印地安原住民政策之評析」，淡江大學美國研究所碩士論文，1998 年，頁 67-68；施正鋒，「原住民族土地權的國際觀」，原住民族與國土規劃研討會，2005 年（<http://mail.tku.edu.tw/cfshih/seminar/20050721/20050721.htm>）。

<sup>註 20</sup> 同前註。

儘管上開判決認定印第安人之土地權，但美國國會仍不斷以立法方式削減印第安人的土地權。最為嚴重者莫過於美國政府在 19 世紀末透過「土地總分配法」(General Allotment Act, 1887 (Dawes Act))，以為要改善印地安人的生活為由，強行將印第安保留區土地切割分配給部落成員，多出來的「剩餘土地」則賣給白人；結果，不僅讓印第安土地大量流失，也造成印第安人社群結構的解體，茲詳述如下。

「保留區」乃經聯邦政府認可，擁有自我管轄權的印第安原住民部族領土。但隨著白人移民人口的增加，殖民地開發與印第安權利的緊張關係日漸升高，國會面臨來自白人移民、鐵路公司、伐木公司以及其他採礦企業的強大壓力，要求打破「印第安保留區」的限制，以讓土地更有生產力、使用土地更有效率，因而推動「土地總分配法」之制訂。「土地總分配法」最初的思維是改善印第安人的生活，引領其進入美國主流社會以化解其與白人間之緊張關係，而不二法門乃加速印第安人的「文明開化」。而所謂的「文明開化」，乃指放棄「社群式」的部落生活，而採取「私有財產權」<sup>註 21</sup>。故「土地總分配法」拋棄印第安人數千年以來「部族共有土地」的使用傳統，而以西方社會「私有土地」的觀點來同化印第安人。

故而「土地總分配法」是授權總統，由總統選擇適合的印第安保留區，並切割分配土地給部落成員。依據該法，美國總統可依照下述原則分配印第安土地：(1) 每個成年印第安戶主獲得 160 英畝，單身成年及孩童得 80 英畝，單身未成年者得 40 英畝(身份重複者可重複分得土地)；(2) 印第安人可自由選地，若因故無法及時選定，由內政部代為執行；(3) 為防止印第安人賣掉所分得的土地，個人所分配到的土地，必須信託給國家 25 年，於該期間所分配之土地不得移轉；(4) 接受分地及脫離部族的印第安人將獲得美國公民地位，受所住居的州法管轄；(5) 未分配的剩餘土地則由政府作主賣給白人農民<sup>註 22</sup>。

此一立法似乎立意甚佳，蓋一旦分配土地，印第安個人就可以利用自己的土地、為自己的生活負責。當印第安人學會成為農夫並賺取生活費，政府也可以減輕財政負擔。此外，印第安人「不用」的「剩餘土地」也可以賣給白人移民滿足其需求，且土地總分配法禁止印第安人於一段期間內禁止移轉其所分配到之土地，也能避免土地在印第安人「文明化」之前流失掉。然實際情形並非如此樂觀，事實上土地分配的速度極快，保留區的消滅也是快得驚人。1881 年印第安土地有 155,632,312 英畝，1890 年剩下 104,314,349 英畝，到了 1900 年剩下 77,865,373 英畝。此一統計數據顯示有多少印第安土地被列為「剩餘土地」落入白人移民之手<sup>註 23</sup>。最終，在「土地總分配法」之下，有三分之二印第安土地的流失，是政府以「剩餘土地」移轉給白人的結果，另外三分之一，是在該受配土地經過 25 年信託期間之後，由印第安所有人移轉給白人。後者往往是透過詐欺性買賣或抵押，因印第安人違約或失去回贖權而被迫將土地移轉到白人手中。更有甚者，即使受配土地有 25 年禁止移轉的限制，但 1906 年的 *Burke Act* 允許任何受配人在「具備資格並有能力管理自己事務」的條件下，可直接成為土地的完整權利人，故 *Burke Act* 加速了印第安人取得土地的完整權利，也加速了印第安土地流失到白人手中。最後至少百分之九十的受配土地完整權利人失去土地，並陷入貧困<sup>註 24</sup>。

### 3、「梅里安報告」、「印第安重組法」與土地歸還政策

<sup>註 21</sup> 林淑雅，「解／重構台灣原住民族土地政策」，國立台灣大學法律學研究所博士論文，2007 年，頁 188。

<sup>註 22</sup> 劉天賦，「原住民自治的理想與現實：美國 70 年代至 80 年代印地安原住民政策之評析」，淡江大學美國研究所碩士論文，1998 年，頁 26。

<sup>註 23</sup> 同註 21，頁 189-190。

<sup>註 24</sup> 同註 21，頁 193。

1926年華盛頓的「政府研究機構」授權內政部調查當時印第安人的社會狀況，其出具之「梅里安報告」作出詳細報告並指出政府對於印第安人健康、教育、經濟、法律、宗教等各層面政策的問題，報告結果震驚行政單位。就印第安土地分配政策，報告指出「私有土地制」並無導致「文明開化」的結果，事實證明恰好相反。報告指出印第安人大量失去土地，卻無法提昇至適當的經濟地位，造成死亡率高、健康狀況不良、教育程度低落，結論認為政府應撥出特款支援，也促進了1930年代觀念進步的「印第安重組法」（Indian Reorganization Act）<sup>註25</sup>。

「印第安重組法」的主要目標有：終結土地分配政策、保護印第安人宗教及自由、保存部族文化及社會、保存並重置印第安土地、聯邦貸款印第安保留區以求其經濟發展、協助印第安人向聯邦求償等等，該法的政策目的乃結束對印第安人之「個別化」政策，回復其原有的部族群體生活方式。該法對於土地問題的主要內容在於終結前述之「土地總分配法」，並力求聯邦歸還「土地總分配法」實施期間印第安人所失去的土地，防止原住民土地的繼續流失。土地分配時期「個人擁有土地」的觀念，重組法將之修正為「部族登記制」，亦即採行以一定比例成員的團體共同登記土地的制度，至於「成員」的定義，大多數的部族以「血緣比例制」來評斷是否為部族成員<sup>註26</sup>。「印第安重組法」的大力實施對於原住民的發展有絕對正面影響，印第安人的人口在「印第安重組法」實施下逐漸增加，從1910年只剩22萬人增加為1945年之55萬人，35年間便多了兩倍半的人口，且「印第安重組法」亦收復了在土地分配法實施下差點失去的的四百萬畝土地<sup>註27</sup>。

1970年代美國尼克森總統在任期間推動原住民自決政策，其中涉及對原住民之土地歸還。其中最著名之例乃將土地歸還予陶斯·普布魯（Taos Pueblos）一案。對於陶斯·普布魯人而言，位於新墨西哥州中央的藍湖（Blue Lake）長久以來為其生命之源及民族精神中心。惟1906年聯邦政府在該地設立「奇卡森國家森林」（The Kit Carson National Forest）使該族族人無法自由進入，因而喪失四萬八千畝之土地，陶斯·普布魯族不斷要求索回土地。1950年代索賠委員會接受此一申訴，判定聯邦政府取得藍湖的過程乃屬非法，但索賠委員會並未要求國會立法歸還藍湖，只要求提供給該族人一千萬美元以及湖邊數千英畝的土地。然該族在1960年代再三要求土地的歸還，卻因當時政府害怕其他部族會提出相同要求而未答應。直到尼克森在任期間方將土地歸還，並特別聲明此舉並不代表美國政府對印第安人的施恩，而是依據公平正義原則所做的歸還<sup>註28</sup>。此外，1971年的《阿拉斯加原住民賠償法案》，讓面積占阿拉斯加十二分之一的土地移轉予原住民，1972年又歸還21,000英畝的土地給原住民<sup>註29</sup>。

#### 四、台灣對原住民族土地之保障

台灣《憲法》自1947年開始施行，直到1991年才開始修憲，至今已歷經了7次修憲，然而這幾次修憲主要著重於政府制度之調整，對於人權議題之關注並不多，尤其關於台灣地區原住民族部分。1992年第二次修憲時仍然以「山胞」之名稱指稱「原住民」，「原住民」直到1994年第三次修憲時才得到正名。1997年修憲，則將「原住民」名稱改為「原住民族」，並加入「國家肯定多元文化，並積極發展原住民族語言文化」。故就這7次修憲過程觀之，台灣地區原住民族所受到重視之程度可說是微乎其微，僅於《中華民國憲法增修條文》第10條第12項規定：「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福

<sup>註25</sup> 同註22，頁29-30。

<sup>註26</sup> 同註22，頁30-31。

<sup>註27</sup> 同註22，頁32。

<sup>註28</sup> 同註22，頁46-47。

<sup>註29</sup> 盧呂金德，台灣原住民族土地所有制政策之探討，國立東華大學公共行政研究所碩士論文，2010年，頁46。

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。」。惟上述所提有關原住民族保障，都屬於基本國策，為《憲法》對國家之政策性指示，國家僅依其能力負有義務去實踐，並非人權條款之擴充，將這些基本國策之條文與《憲法》基本權保障的條文相結合，或許可作為解釋與適用《憲法》之價值指引<sup>註30</sup>。

### （一）台灣地區原住民保留地的意義與目的：

《原住民保留地開發管理辦法》第3條就原住民保留地有明確之定義：「指為保障原住民生計，推行原住民行政所保留之原有山地保留地及經依規定劃編，增編供原住民使用之保留地。」。事實上，原住民保留地的淵源很久，最早可追溯至清朝時期，而保留地劃定則起始於日據時代，其劃設目的，一方面限制平地人進入原住民保留地，以免侵擾原住民族生活；另一方面則阻絕原住民族的擴散流動，以方便管理。惟日本殖民政府劃設「保留地」之實際用意，在於箝制原住民，用以掠奪保留地以外之山地資源。台灣光復之後，政府在原住民保留地劃設範圍上，多沿用日據時期所劃定的界線；在政策上未有太多的變更，即劃設原住民保留地的目的，仍以便利山地行政及照顧原住民族生計為主軸<sup>註31</sup>。又政府為了保障原住民族的權益，安定原住民族的生活，發展原住民族的經濟，特別劃了24萬多公頃的國有土地，提供原住民族使用。它的演變大致分下列五個時期來說明<sup>註32</sup>：

#### 1、清朝康熙時期：

康熙22年（1683年），清朝政府收台灣為領土，當時理番政策係以「保護土番、撫育同化」為主。清初官府認為部落周邊的旱地、獵場，主權應屬平埔族所有，並勒石為界，嚴禁漢人偷越，實施「番地保護政策」<sup>註33</sup>。

#### 2、清朝雍正時期：

雍正五年（1727年），台灣御史尹泰上「台灣田糧利弊疏」，劃定民番的界域，實行「番大租」制度，准許漢人租用原住民族的土地，大社給水陸五百甲，中社四百甲，小社三百甲，作為土番耕種、狩獵之處，防止熟番因漢人侵入而失去產業，退到山地，變成生番。這是原住民保留地的起源<sup>註34</sup>。

#### 3、清朝嘉慶時期：

改制設立「番社」，「番社」周圍二公里種樹作為籬笆，提供給原住民族耕作、狩獵，嚴禁漢人越界侵墾，這類的土地是「原住民保留地」的雛型。

#### 4、日人據台時期：

日本政府為能確切掌握原住民土地的領域，於1925年建立「十五年繼續事業」的土地調查，在調查之前，當時原住民族的活動區域約有166萬公頃。調查完畢之後，於1928年制定「森林事

<sup>註30</sup> 參見總統府網站—[http://www.president.gov.tw/2\\_special/2004constitution/subject10.html](http://www.president.gov.tw/2_special/2004constitution/subject10.html)。

<sup>註31</sup> 林秋綿，「台灣地區原住民保留地問題初探」，財團法人國家政策研究基金會之國政分析，2002年9月30日—<http://old.npf.org.tw/PUBLICATION/SD/091/SD-B-091-029.htm>

<sup>註32</sup> 參見邵網站—<http://thao.ngo.org.tw/land/>。

<sup>註33</sup> 林秋綿，同註31。

<sup>註34</sup> 林秋綿，同註31。

業規程」，依土地性質的不同將土地區分為三類：「要存置林野（約 109 萬 4 千公頃）」、「準要存置林野（約 20 萬公頃）」，以及「不要存置林野（約 7 萬 7 千公頃）」。其中「準要存置林野」，又稱「番人所要地」或「高砂族保留地」，專門供給原住民耕作使用，為原住民族生活、活動的場域，這類的土地是原住民保留地的基礎。由此可知，原住民族使用的土地已由原先的 166 萬公頃縮小為只剩約 20 萬公頃左右<sup>註 35</sup>。

## 5、台灣光復以後：

早期沿習日本人舊有的土地制度和管理的範圍；臺灣光復以後，政府鑒於事實需要，經組成專案小組研商，將原日據時代的「準要存置林野」，定名為「山地保留地」，專供作為原住民生計及推行山地行政之用，面積約有 24 萬公頃<sup>註 36</sup>。民國 37 年台灣省政府訂定了《台灣省各縣山地保留地管理辦法》作為管理的法規依據，民國 49 年將前述辦法修正為《台灣省山地保留地管理辦法》（上述辦法又於民國 55 年及 63 年兩次修正），民國 79 年的時候，把「山地保留地」之名稱修改為「山胞保留地」，並由行政院訂定《山胞保留地開發管理辦法》，民國 84 年為了配合《憲法》的修改，又把「山胞保留地」名稱修改為「原住民保留地」，前述辦法名稱也同時修正為《原住民保留地開發管理辦法》（後於 87 年、89 年、90 年、92 年與 96 年五次修正），迄今仍是原住民保留地開發管理之主要依據。

依《原住民保留地開發管理辦法》第 3 條的規定，政府設置原住民保留地的目的為了「保障原住民生計，推行原住民行政」，而劃定了 24 萬多公頃的國有土地保留給原住民族耕作使用。其設置目的，主要在輔導推動原住民「個體」或家庭生計的發展，同時也兼顧了原住民族「整體」生存空間和民族經濟體的發展，它是具有政治和經濟的特殊目的與用途，和其他的公有土地的性質是不同的<sup>註 37</sup>。目前台灣地區原住民保留地包含以下三類：

### 1、「山地保留地」：

日據時代專供原住民族使用之「準要存置林野」，即「番人所要地」或「高砂族保留地」，專門供給原住民耕作使用，於光復後完成地籍測量及土地總登記之 24 萬餘公頃的「原住民保留地」。

### 2、「增編原住民保留地」：

於民國 77 至 80 年間，由台灣省政府辦理增編原住民保留地，則因原住民族人口逐年增加，原來分配給原住民使用的耕地（農地及林地），已經不夠維持基本的生活；且因原政府劃編原住民保留地所處地理條件不佳，難以妥善經營農業，對原住民族「整體」的發展空間，已經構成很大的壓力，所以有增編原住民保留地之必要，遂訂頒了《原住民使用原住民保留地以外公有土地預定增編原住民保留地會勘處理原則》和工作計畫，辦理增編的土地面積有 1 萬 6999 公頃。增編原住民保留地是針對原來已經有原住民保留地的鄉（鎮、市、區）或花蓮、台東地區的平地原住民所提出的增編，經過勘查確定的土地為增編的實施地區<sup>註 38</sup>。

### 3、「劃編原住民保留地」：

<sup>註 35</sup> 林秋綿，同註 31。

<sup>註 36</sup> 林秋綿，同註 31。

<sup>註 37</sup> 同註 32。

<sup>註 38</sup> 同註 32。

於 79 至 81 年度間，政府辦理劃編原住民保留地，係考量台灣光復以來，由於平地原住民族居住的鄉（鎮、市）都沒有劃設原住民保留地，平地原住民族居住的建地，多屬於公有土地，必須向土地管理機關承租或承購。為符合實際，於是對於平地原住民族居住使用公有土地範圍內的建築用地，依規定劃編為保留地，以因應整體社會生活品質的提升，原住民族增加使用土地面積的需求。而政府為了辦理劃編的工作，特訂頒了《台灣省原住民原居住使用公有土地劃編原住民保留地要點》和作業計劃，將已為原住民族使用居住之土地劃編為原住民保留地，辦理劃編面積有 285 公頃，俾利發展原住民族經濟<sup>註39</sup>。

總計現有原住民保留地之實際面積為 25 萬餘公頃，零散分布於臺灣省 12 縣 39 個鄉鎮，遍及臺灣省的臺北、桃園、新竹、苗栗、臺中、南投、嘉義、高雄、屏東、臺東、花蓮及宜蘭等縣，且多屬於山坡地範圍內的土地，部分範圍卻與水源水質水量保護區、自然保留區、野生動物保護區、國家公園、海岸及海洋保護區、漁業資源保護區等區域重疊，應注意避免過度開發破壞生態環境，保護重要自然及文化資產及防止災害，俾謀後代子孫之永續發展<sup>註40</sup>。

## （二）《聯合國原住民族權利宣言》與原住民族之土地權益保障：

《聯合國原住民族權利宣言》大致將原住民族的權利分為「生存權」及「平等權」兩大類。「生存權」的範圍比較窄，關切的是如何保障原住民族起碼的生存。而「平等權」則從基本人權的角度出發，要積極地推動原住民族的權利，相對上是比較寬廣而正面，其分為「公民權」及「集體權」：前者關心的是如何確保原住民個人的權利不被歧視，重視的是形式上的平等<sup>註41</sup>，包括同宣言第 2 條、第 6 條之規定，即「原住民族及個人享有自由，與其他所有民族及個人平等，並有權於行使其權利時免於任何形式之歧視，尤其不受基於其原住民出身或身分之歧視。」、「每名原住民個人均有權選擇國籍。」<sup>註42</sup>；後者則以原住民族集體為關照的單位，包括認同權（第 9 條）、自決權（第 3 條、第 4 條、第 8 條部分）、文化權（第 3 條、第 5 條、第 8 條部分、第 11 條、第 12 條部分、第 13 條部分、第 14 條部分）、財產權（第 5 條部分）、司法權（第 5 條部分、第 13 條部分、第 27 條、第 34 條、第 40 條）及補償權（第 28 條）<sup>註43</sup>。本文僅就上開與原住民保留地有關之原住民族認同權、財產權及補償權等權益，為進一步剖析：

### 1、認同權：

依《聯合國原住民族權利宣言》第 9 條之規定：「原住民族與個人有權依據該社群或民族傳統及習俗，隸屬特定原住民社群或民族。行使此項權利不得招致任何歧視」<sup>註44</sup>，可知原住民有權要求保有並發展其獨特的集體認同，同時有權自認為原住民，也就是說，原住民要求被他人承認為原住的民族。由於「山胞」一詞長久以來已被漢人社會污名化，凡原住民族運動的首要目標就是要「正名」：主張自己是台灣的「原住民族」，希冀以原住民族的集體認同來整合各族，取得真正土地所有人之正當性。「原住民族」是集體名詞，當用單數「indigenous people」時，代表所有原住民的總稱；當用複數「indigenous peoples」時，係指個別的原住民各族<sup>註45</sup>。而《原住民族基本法》第 2 條

<sup>註39</sup> 同註 32。

<sup>註40</sup> 林秋綿，同註 31。

<sup>註41</sup> 施正鋒，「台灣原住民族政治與政策」，財團法人新新台灣文化教育基金會，2005 年 2 月，頁 33。

<sup>註42</sup> 參註 4。

<sup>註43</sup> 施正鋒，「台灣原住民族政治與政策」，頁 33-34。

<sup>註44</sup> 參註 4。

<sup>註45</sup> 施正鋒，「台灣原住民族政治與政策」，頁 113-114。

第 1 款規定：「原住民族：係指既存於臺灣而為國家管轄內之傳統民族，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。」，就台灣「原住民族」有詳盡之定義，非如《憲法》第 168 條、第 169 條所規定「邊疆民族」：「國家對於邊疆地區各民族之地位，應予以合法之保障...」、「國家對於邊疆地區各民族...予以保障及發展。」，而將台灣「原住民族」視為漢人以外的「少數民族」（national minority）看待，必須加以「保障」<sup>註 46</sup>。

## 2、財產權：

按《聯合國原住民族權利宣言》第 5 條、第 25 條、第 26 條分別規定：「原住民族有權維護及加強其特有之政治、法律、經濟、社會與文化制度，亦同時保留依據其意願全面參與國家政治、經濟、社會與文化生活之權利」、「原住民族有權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。」、「原住民族有擁有其歷來所有、占有或以其他方式使用或取得之土地、領域及資源之權利。原住民族有擁有、使用、發展及管理其歷來擁有或以其他方式傳統方式占有或使用，及以其他方式取得之土地、領域及資源之權利。各國應在法律上承認及保護上述土地、領域及資源。此一承認應充分尊重該原住民族之習俗、傳統及土地所有權制度。」<sup>註 47</sup>可知，原住民族有權維持並加強其與傳統擁有、占有或使用的土地、領域、及資源之權利；並有擁有、使用、發展及管理其歷來擁有或以其他方式傳統方式占有或使用，及以其他方式取得之土地、領域及資源之權利。而《原住民族基本法》第 20 條亦揭示：「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。」，此依「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，政府更應採取有效措施來防止這些權利受到侵犯<sup>註 48</sup>。另《山坡地保育利用條例》第 37 條規定：「山坡地範圍內山地保留地，輔導原住民開發並取得耕作權、地上權或承租權。其耕作權、地上權繼續經營滿五年者，無償取得土地所有權，除政府指定之特定用途外，如有移轉，以原住民為限；其開發管理辦法，由行政院定之。」，明文保障原住民族就所使用的土地保留地可以取得耕作權、地上權、所有權、租賃權等權利，故就目前已劃定、增編與劃編共約 25 萬餘公頃原住民保留地，更應依法保障原住民族相關權益。再者，對於非原住民族而言，土地或許只具有財產價值，惟對於原住民族而言，必須透過其與土地的關係/歸屬感來維繫文化認同權。故缺乏土地權（包括土地、領域、以及相關資源的擁有）的原住民族等於是文化認同權被侵犯，甚至影響原住民族自決權/自治權的實踐，連生存權也失去意義<sup>註 49</sup>。

## 3、補償權：

依《聯合國原住民族權利宣言》第 28 條規定：「原住民族有請求賠償未事先取得其自主、事先與被告知後之同意下，而被沒收、奪取、占有、使用或破壞之土地、領域及資源之權利；賠償方式得包括歸還該物，或於無法歸還時，給付公正、公平及合理之賠償。前項賠償應以給付品質量、

<sup>註 46</sup> 施正鋒，「台灣原住民族政治與政策」，頁 112。

<sup>註 47</sup> 參註 4。

<sup>註 48</sup> 立法院議案關係文書，2003 年 11 月 19 日，本院無黨聯盟、瓦歷斯·貝林委員，為尊重並承認原住民族基本權利，特擬具「原住民族基本法草案」。

<sup>註 49</sup> 施正鋒，「原住民族土地權的國際觀」，收錄於「原住民族人權」，東華大學原住民族學院，2008 年 2 月，頁 35-37。



面積及法律狀況相等之土地、領域和資源，或以貨幣或其他適當方式賠償。但該民族另外自願者，不在此限。」<sup>註50</sup>，另《原住民族基本法》第18條及第21條分別規定：「政府應設原住民族綜合發展基金，辦理原住民族經濟發展業務及輔導事業機構；其基金來源，由中央政府循預算程序之撥款、原住民族土地賠償、補償及收益款、相關法令規定之撥款及其他收入等充之。」及「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。」，基於原住民族地區的土地及自然資源係原住民族所有，因此政府或私人的開發利用及法律限制原住民族利用的規定等，應與原住民族研商並徵得其同意；而其營利所得及限制規定應提撥一定比例至原住民族綜合發展基金，作為回饋或補償經費<sup>註51</sup>。而《自來水法》第12條之3第2項也規定：「涉及原住民族地區之水質水量保護區，其專戶運用小組居民代表成員，應依比例由原住民居民代表擔任；其水源保育與回饋費，應依比例運用於原住民族地區。」。再者，原住民族傳統所擁有、佔有或使用的土地、領域及資源，如果在不自主或是不知情的情況下被充公、佔領、使用或損害，有權要求取回。若不可能恢復原狀，原住民族有權要求獲得公平的補償。除非獲得原住民族的同意，補償土地、領域及資源的數量、規模、法律地位必須與原本相當<sup>註52</sup>。

我國立法院早在聯合國大會通過《聯合國原住民族權利宣言》前，於民國94年1月21日就三讀通過《原住民族基本法》，總統並於同年2月5日公布，不但顯示我國對原住民族「集體人權」保護的重視外，這也是各界原住民族二十多年來發起一波又一波社會運動，爭取原住民族集體人權及民族基本權利保障過程中之跨時代里程碑。是以，《聯合國原住民族權利宣言》通過，並非爭取原住民族基本權利的終點，反而是起點，我國應依循《聯合國原住民族權利宣言》諸多保障原住民族基本權利規定之精神，以保護原住民族權利角度訂定國內相關法令，並確實有效執行，落實保障原住民族就所使用的土地保留地可以取得耕作權、地上權、所有權、租賃權與無償使用權等權利，俾符合這個全球原住民族基本權利保障新標準，才能讓弱勢原住民族脫胎換骨，平等自由生活於台灣美麗寶島上。

### （三）《原住民保留地開發管理辦法》實際運作上所衍生之問題：

30年多前從花蓮到台北生活的原住民族，長久居住在碧潭橋邊溪州路上，陸續群聚形成「溪州部落」；而台北縣政府為落實「大碧潭再造計畫」，以興建新店溪畔自行車道與拓展公園綠化為由，遂於96年9月以每人1萬元搬遷費的代價，要求溪洲部落遷徙搬走，住進三峽「隆恩埔原住民臨時安置所」。惟溪州居民表示：「這等同要我們放棄現有的工作與生活，但我們付不起房租，而且我們只能暫住，2年後要與其他弱勢者競爭居住國宅的資格！」等語<sup>註53</sup>。

同樣的情形，「三鶯部落」六戶住戶的房屋，於97年2月18日遭台北縣政府水利局公務員連同優勢警力與拆除機具強制拆除，雖然其中五戶的居民已遷移至三峽「隆恩埔原住民國宅」，但是還有一戶尚居住在內的居民（中風的老公公、行動不便的老婆婆與在家照顧老人的大陸配偶）被警方架離，由於該房屋沒有門牌號碼，致其等無資格搬進「隆恩埔原住民國宅」居住，只能親眼目睹

<sup>註50</sup> 參註4。

<sup>註51</sup> 同註48。

<sup>註52</sup> 施正鋒，《原住民族人權保障專章草案》，2005年5月19日，行政院原住民族委員會委託研究報告。2006年9月22日，社團法人中國人權協會「新世紀台灣原住民族人權保障研討會」頁23-27。

<sup>註53</sup> 「溪州部落後援會成立大會」，公民行動影音紀錄資料庫，苦勞網，2007年12月18日  
<http://www.cooloud.org.tw/node/13161>。



推土機將房屋剷平而成為一片廢墟，無助地留下眼淚<sup>註54</sup>。

雖然《原住民族基本法》第 14 條及第 23 條分別規定：「政府應依原住民族意願及環境資源特性，策定原住民族經濟政策，並輔導自然資源之保育及利用，發展其經濟產業。」及「政府應尊重原住民選擇生活方式、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。」，且《山坡地保育利用條例》第 37 條規定：「山坡地範圍內山地保留地，輔導原住民開發並取得耕作權、地上權或承租權。其耕作權、地上權繼續經營滿五年者，無償取得土地所有權，除政府指定之特定用途外，如有移轉，以原住民為限；其開發管理辦法，由行政院定之。」，已保障原住民族就所使用山坡地範圍內土地保留地可以取得耕作權、地上權、所有權、租賃權等權利，惟上開山地保留地外的土地，在台灣社會、經濟及政治等多方面快速發展及變遷下，衍生了下列問題：

### 1、《原住民保留地開發管理辦法》僅係「行政命令」位階，對原住民族保障不足：

行政院訂頒《原住民保留地開發管理辦法》僅係行政命令位階，卻是原住民保留地管理最主要依據，而原住民保留地部分範圍卻與水源地水質水量保護區、自然保留區、野生動物保護區、國家公園、海岸及海洋保護區、漁業資源保護區等區域重疊，倘保障原住民族權益與生態保育發生衝突時，法律位階高的，如《國家公園法》、《水土保持法》等保育或環境相關之法律，便較《原住民保留地開發管理辦法》優先適用。對原住民族權益的維護與保障而言，相對而言，較為不利<sup>註55</sup>。故有建議將上開辦法提升為「條例」位階，俾符《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」之精神。

### 2、原住民保留地管理組織，恐有權責不清疑慮：

依《原住民保留地開發管理辦法》第 2 條規定，行政院「原住民委員會」為原住民保留地之中央主管機關，但《山坡地保育利用條例》第 2 條又規定「行政院農業委員會」為山坡地之中央主管機關，有關山坡地之地政及營建業務，由內政部會同中央主管機關；有關國有山坡地之委託管理及經營，由財政部會同中央主管機關辦理。這種情形下，中央主管機關之權責，在實務上不易釐清，造成現行原住民保留地管理組織在中央層級方面呈現事權不統一的問題。另外，原住民保留地包含多種不同土地使用種類，各種土地使用種類之土地使用，又涉及目的事業主管機關，此造成原住民保留地主管機關多重相疊，權責不易劃分的現象<sup>註56</sup>。

### 3、非原住民得使用原住民保留地，恐與相關法令確保保留地由原住民使用及原住民所有的目的相悖：

按「為促進原住民保留地礦業、土石、觀光遊憩、加油站、農產品集貨場倉儲設施之興建、工業資源之開發、原住民文化保存或社會福利事業之興辦，在不妨礙國土保安、環境資源保育、原住民生計及原住民行政之原則下，優先輔導原住民開發或興辦。原住民為前項開發或興辦，申請租用原住民保留地時，應檢具開發或興辦計畫圖說，申請該管鄉（鎮、市、區）公所提經原住民保留地

<sup>註54</sup> 楊宗興（苦勞網實習記者），「周縣長開鋤，縣府怪手強拆三鶯部落 阿美族人：我們只要就地居住！」，2008 年 2 月 18 日 <http://www.coolcloud.org.tw/node/16381>

<sup>註55</sup> 林秋綿，同註 31。

<sup>註56</sup> 林秋綿，同註 31。

土地權利審查委員會審查通過，層報中央主管機關核准，並俟取得目的事業主管機關核准開發或興辦文件後，租用原住民保留地；每一租期不得超過九年，期滿後得依原規定程序申請續租。前項開發或興辦計畫圖說，包括下列文件：一、分年開發或興辦計畫。二、申請用地配置圖，並應標示於比例尺不小於五千分之一之地形圖及地籍套繪圖。三、土地登記簿謄本。四、輔導原住民就業或轉業計畫。公、民營企業或未具原住民身分者（以下簡稱非原住民）申請承租開發或興辦，應由鄉（鎮、市、區）公所先公告三十日，公告期滿無原住民申請時，始得依前二項規定辦理。中央主管機關應訂定輔導措施，規範第三項第四款之輔導原住民就業或轉業計畫。」、「非原住民在本辦法施行前已租用原住民保留地繼續自耕或自用者，得繼續承租。因都市計畫新訂、變更或非都市土地變更編定為建築用地之已出租耕作、造林土地於續訂租約時，其續租面積每戶不得超過零點零三公頃。非原住民在轄有原住民保留地之鄉（鎮、市、區）內設有戶籍者，得租用該鄉（鎮、市、區）內依法得為建築使用之原住民保留地作為自住房屋基地，其面積每戶不得超過零點零三公頃。」《原住民保留地開發管理辦法》第 24 條、第 28 條分別定有明文。惟上開規定卻打破原住民取得原住民保留地所有權後，其移轉之承受人以原住民為限，形成「非原住民」取得原住民保留地之下列例外：

- (1) 公、民營企業或未具原住民身分者（以下簡稱非原住民）申請承租開發或興辦原住民保留地。
- (2) 非原住民在本辦法施行前已租用原住民保留地繼續自耕或自用者，得繼續承租原住民保留地。
- (3) 非原住民在轄有原住民保留地之鄉（鎮、市、區）內設有戶籍者，得租用該鄉（鎮、市、區）內依法得為建築使用之原住民保留地作為自住房屋基地。

上開非原住民得使用原住民保留地之三種例外情形，似與《山坡地保育利用條例》第 37 條及《原住民保留地開發管理辦法》第 24 條等規定確保保留地由原住民使用及原住民所有的目的相悖，雖公、民營企業或未具原住民身分者（以下簡稱非原住民）申請承租開發或興辦原住民保留地，需申請該管鄉（鎮、市、區）公所提經原住民保留地土地權利審查委員會審查通過，層報中央主管機關核准，並俟取得目的事業主管機關核准開發或興辦文件等要件限制，惟如主管機關未嚴格審查非原住民租用原住民保留地是否符合不妨礙國土保安、環境資源保育、原住民生計及原住民行政等原則，將提供非原住民族使用原住民保留地之合法的途徑，間接鼓勵原住民族違規轉租或轉讓原住民保留地，反而無法達成保障原住民族權益之立法目的。故有學者認為《原住民保留地開發管理辦法》無法使原住民族因土地開發而蒙受其利，以達保護原住民族土地權益的目的，反而使有開發土地能力或資金的非具原住民身分者，藉由幫助國家及原住民族開發經濟的名義，大舉收購使用原住民族的保留地，進而獲取鉅額商業利益，卻不必負擔破壞原住民生態環境責任之弊端<sup>57</sup>。

#### 4、欠缺集體權之完整規範：

關於原住民族所擁有之土地權（包含耕作權、地上權、所有權、租賃權等權利）屬於集體權，而《聯合國原住民族權利宣言》也極為強調原住民族的主體性，惟對於集體權利主體如何行使其權利現行法規並無具體規定，導致原住民族集體權無從行使；且原住民族的權利還受到行政法規的層層行政管制，原住民族僅享有行政管制權限下殘餘的稀微權利，故立法上應有建立完整保障機制的必要<sup>58</sup>，才能真正落實保障原住民族所擁有之土地權。

<sup>57</sup> 尤哈尼·伊斯卡卡夫特，「堅守並傳承原住民族的土地遺產」，收錄於「原住民族覺醒與復振」，前衛出版社，2002年9月，頁51。

<sup>58</sup> 雅柏魁詠·博伊哲努（行政院原住民族委員會科長），「土地與原住民族生存權保障之現況」，刊載於社團法人中華人

## 五、結論

事實上，內政部早於民國 77 年已就台灣地區原住民保留地相關問題舉辦座談會，考量台灣原住民族屬於生活習慣特殊之國民，政府為進一步照顧原住民族生活及保障原住民族生計，對其權益的保障及扶勵其發展，做出以下建議：儘速檢討山地保留地，將國有林班地、國有財產地等徹底清查，以便歸還給原住民族。山地保留地被劃分為林地、旱地、田地、建地等，應全面發給所有權狀且不得有不利原住民族之規定；原屬於原住民族之土地，但後被劃為國有、省有、縣有及台糖佔用之土地、河川新生地，無償歸還給平地原住民作為保留地。凡向國有財產局承領土地所繳納的購地本息，儘速退還；凡原屬於山地保留地，經國家徵用作其他用途者，若不能回復原狀時，請從國有土地劃定相等面積，且等值之土地歸還予原住民族；台灣原住民族之土地權應立即透過國家立法加以保障；在中央政府設立部會級之專責機構，以制定並管理台灣原住民族之事務。現《原住民保留地開發管理辦法》也實現上揭大部分建議，在在顯示政府相當重視原住民族問題，惟台灣原住民保留地的問題錯綜複雜，除了必須顧及原住民族的權益，更應該兼顧生態保育以及國土保安，避免威脅台灣的生態環境體系<sup>註59</sup>。故政府應確實執行上揭法令規定，妥善開發管理原住民保留地，維護原住民族之生計，俾符合《聯合國原住民族權利宣言》關於原住民族權利條款規定，以接合國際間原住民族政策潮流趨勢，才能真正落實原住民族權益之保障（本文作者為中華人權協會名譽理事長、總統府人權諮詢委員）。

### 通訊處

永然聯合法律事務所

臺北所：臺北市羅斯福路二段 9 號 7 樓之 2	電話：02-23956989	聯絡人：陳珮芬、張菁雯
桃園所：桃園市中山路 543 號 4 樓	電話：03-3475695	聯絡人：許啟龍律師、許淑玲律師
高雄所：高雄市前金區市申一路 166 號 3 樓	電話：07-2160588	聯絡人：吳任偉律師
上海永然投資諮詢有限公司	電話：02-23956989 分機 236	台灣聯絡人：張菁雯
永然投資諮詢有限公司昆山分公司	電話：02-23956989 分機 236	台灣聯絡人：張菁雯
永然文化出版股份有限公司、永然法律研究中心	台北市羅斯福路二段 9 號 7 樓	
聯絡人：周美君	電話：02-23915828	
永然地政士事務所	電話：02-23581188	
永然法律基金會	電話：02-23956989 分機 220	聯絡人：周晨儀

權協會所舉辦 2008 年台灣原住民日活動，「原住民族保障面面觀：生存權與居住權座談會」，頁 5-17。

<sup>註59</sup> 林秋綿，同註 31。

## 演講實錄

我們孫主委，還有事務部院長、吳董事長、林主委、蔡院長、各位與會的學者專家，大家早安。非常榮幸今天能夠有這個機會承主辦單位的邀請，來到這裡跟大家來報告從法令觀點談我國對原住民族。

那麼我之所以會以這個題目來做為主題報告，主要也就是我們都知道我們在台灣方面，對原住民族的這個政策政府方面，也是持續以來相當的關注那我們在憲法當中，也有一些相關的保障的規定。那同時我們也制定原住民族基本法納在這樣的一個情況底下，我覺得說，在整個原住民族的諸多問題當中，土地問題事實上是一直待決的一個重大問題。

那我國呢也已經在 2009 年 3 月 1 號通過那 2009 年 12 月 10 號，施行公民與政治權力國際公約，還有經濟社會文化權力公約，這兩個公約的一個實施在我國的一個人權的保障，象徵的是一個新的里程碑。那同樣的既然這樣的一種權力呢，來受到保障的時候，而我們原住民族的這種集體權，這些人權怎麼樣能夠提升？這樣的問題更是不在話下，而是必需要來加以關注。

那麼我們已經在 2005 年 2 月 5 日公布原住民族的基本法。而這一部基本法當中第二十條，是有特別的針對土地的這個問題來再規定。但是呢，事實上，也必須要再另訂法律另訂法律。那如果依照這個法律的這個規定要另訂法律的話，這個法律有沒有一個實現呢，如果是按照原住民族基本法第三十四條的規定，是說這個基本法政治施行之後，這個原則上相關的法律應該修訂的要修訂，應該訂定的要訂定，這些必須應該在三年內完成。

但是我們看從正式公布施行到現在，事實上這個原住民族的土地以及海域法的這個法律，終於我們是看到了草案出爐了。但是呢事實上，也還沒有送進到立法院，那更不必談到三讀的通過。不過呢，既然這個問題是這麼重要，而也必須要來制定原住民族的土地呢，以及海域法的這樣的一個法律，那我們應該也要來看看未來這個土地應該怎麼去解決。

那我們在聯合國呢，是 2007 年 9 月 13 日通過了聯合國的原住民族的權力宣言。那透過這樣的一個聯合國的原住民族權力宣言呢，我們也可以在整個權力宣言的內容當中阿，我們可以看到說，諸多的這個內容都是跟原住民族的土地的保障是有密切的關係。讓我們深切的理解到這個原住民族土地的一個保障的問題呢，是在一個原住民族的這種權力的這個保障的人權的提升當，中是一個非常重

要被關切的議題。因此，在這種情況底下呢，未來我們在訂定呢原住民族土地及海域法的時候，應該更必須要去參酌聯合國的這樣的一種原住民族權力宣言當中有關的這個土地的保障的這些相關規定。我想這樣的話呢，應該會更合乎這個台灣原住民族的期待，同時也能夠與國際呢來進行接軌。

那麼我們可以看到說，在一個原住民族的這個一個權力宣言當中呢，我們看第十條的規定，是主要針對原住民族不應被強行遷離其土地或領土。也就是說原住民族不應被強行遷移土地或領土，未事先取得相關原住民族的自主事先及被告知後的同意，未事先達成公平公正的賠償協議，並未於可能保留規還的選擇之前的時候，是不能遷移相關的原住民族。

那同時我們再看到第二十五條的規定呢，他是針對原住民族是有維護及加強其與其歷來所有或所佔有前使用的土地領域水域及海域，於其他資源之間獨特精神關係的權力。那我想從這樣的一個宣言呢，內容來看，我們可以看到說為什麼我們可以在政府方面目前所草擬的草案當中呢，他是原住民族的土地及海域法這樣的一個內容。

那我們再看宣言的第二十六條的規定，主要是針對說各國應該在法律上來承認及保護原住民族擁有其歷來所有佔有或者以其他方式所使用或取得這土地領域及資源。所以說也就是必須要用法律來加以這一個承認，那這也就是我們原住民族基本法第二十條規定，應該要用法律來加以訂定命令。那所以原住民族土地呢，土地及海域的法這個的法律的制定呢，應該是屬於迫在眉睫。

那我們從第二十六條這個規定裡面，就是說透過這樣的一個法律的規定呢，來加以保護而且呢，這一個承認呢，應該要充分的尊重該原住民族的習俗傳統以及土地的所有權的制度。那在這個整個一個過程當中，特別強調的是原住民族應該要有權參與這個相關的程序。

那同時第宣言第二十八條規定呢，就是原住民族有請求賠償未事先取得其自主事先與這個被告告知後的同意下，而被沒收奪取佔有使用或破壞土地領域及資源的權力，那這個規定來看，我想以我們目前政府所草擬出來的草案中呢，似乎對這個第二十八條的這個規定阿，事實上是還沒有一個清楚的一個規定。

那我們再看二十八條、第二十九條是針對原住民族有養護區保護環境與其土地或領域及資源資產力的權力、那這第二十七條、二十九條那個規定呢、就是主要呢，應該是再不其次的情況底下，奠定一個執行協助原住民族的進行這些養護以及保護的計畫。

那第三十條的這個規定呢，主要是各國原則不得與原住民族的土地或領域內來進行這個軍事活動。除非是涉及到公共利益或經相關的原住民族自願同意或者是要求，那所以我們在這個第這個三十二條，還有剛剛三十條跟二十九條等等。這些相關的規定，我們知道說，聯合國的原住民族的權力宣言諸多的規定呢都是跟我們這一個土地的是有密切的相關聯性。

那麼這個原住民族的有關土地的問題當然並不是只有台灣所特有，事實上，我們呢，在其他的這個國家也同樣的有這樣一個這樣一個問題。那這些問題呢，他們也有處理的一些經驗。那我想從這樣一個過程當中，也可以作為我們未來的借鑑。

那我們看到說我們如果以這個加拿大來看的話，那在這加拿大呢，主要在 1760 年代到 1850 年代，那也就是 1763 年呢，英國頒布了這個皇家的宣言，禁止殖民者這個越過阿帕拉契山區進行土地的開拓，宣示任何私人無權取得原住民族的土地。而唯有皇室有權透過和原住民族的協商收購取得其土地。那到了 1850 年代到 1876 年的年代呢，也就是雖然透過許多的條約宣示，白人政府土地屬於皇家，而原住民族呢，則對土條約的這個土地呢，享有條約所規定的條例。但條約的保障並不明確也不長久，所以聯邦政府呢，透過了各種不同形式的同化政策而奪取了原住民族的土地。

那麼到了這個 1876 年到 1970 年代，這個這個在 1876 年頒布了這個印地安這個法案這個法案呢，規定了保留地的所有權。基本上，歸為社所共有但是個別的成員呢，也可以取得個別土地的所有權，而非原住民族的成員呢，他可以取得原住民族所放棄的土地。那這種呢，也就是說這個非原住民的成員，可以取得原住民族放棄的土地那這樣一個規定呢，卻為非原住民族的個人呢，取得了原住民族的保留地，開啟了一道方便之門。那這樣一個問題呢，慢慢的在加拿大最高法院從 1970 年代開始，相繼做出幾個重要的判決。那對於原住民族權力的本質的內涵的加以確認之後加拿大的原住民族的權力的保障，才逐漸獲得改善。

所以呢，也是在 1970 年之後，這個問題呢，更加的凸顯了是必須要來對這個原住民族的這個土地呢，有一個保障。那剛剛我們提到的，就是幾個這個案例呢，這個一個是...這個是一個...這個原住民族的向聯邦最高法院上訴主張呢，依照皇家的宣言，這該族對於西爭領域的土地權，應該繼續存在而且呢，沒有被撤銷。那這個是第七審的這個政府呢，他是不能夠來加以侵犯。那在這個判決當中特別指出原住民族的土地權呢，是先於歐洲墾殖者到來之前，對於存在一種權力而不是一種這個源自於實訂法的權力面向。

那這個印地安的原住民族土地權呢，這個真正的涵義呢，就是以上訴的這個

內涵來表達。那在本案當中呢，也可以看到說他們主張有權力，繼續接續管理使用他們傳統的土地，就像他們的先祖過去的生活經驗一般。這一項權力這個是從沒有受到法律合法的消滅過。那另外呢，就是在這個案子當中呢，也就是開啟了這個進一步呢，在加拿大的這個在 1982 年的憲法修正案在 35 條納入了有關原住民族的法益保障，那這樣一個規定，也促使了其他國家對這樣一個問題呢，開啟了原住民土地權這個私變的問題。

那麼在加拿大呢 1982 年這個憲法第 35 條，關於原住民族的這個保障的這個問題呢，就是特別提到就是加拿大原住民族現目前現存的各項原住民族的權力。這個和條約呢，就次宣告憲法保障承認與確信那本法當中呢，這個提到了原住民族是包含這個印地安族，還有依努特族，還有 族。這個一個情形那這裡面所為了條約的權力呢，是包含有現有透過土地協定方式，或其他類似的機制所取得原住民族的權力。

那我們從剛剛的這一個加拿大的一個一個一個演變的過程當中，我們也可以看到說這樣的一個原住民族的這個土地呢，他呢，對新史之後那後續呢，來慢慢的而被重視，來加用法律呢，來加以更進一步來重視這個問題。

那至於在美國的方面來講，美國呢，原本呢，美國對於這個原住民族的這個土地的這個部分呢，那在十九世紀初，有所謂的這個馬歇爾三部曲的問題，那也就是在十九世紀初期美國的聯邦最高法院大法官...做出了三則跨時代的這個判決。那在這個判決當中，形塑了這個美國印地安不族呢，對他獨有的印地安土地權責的一個主張的疾駛。那這個是目前這個也是經常被這個一個引用的一個判例，那這三個案子當中，第一個是強森案，那這個案子重點是在於印地安部落的首長把他那個部落所佔有的土地，讓給予非印地安人的行為是否有效那最後呢，法院的判決認為說，這個原住民族的這個土地讓予給非印地安人這是一個無效的行為。因為印地安部落所擁有的權力，是佔有權美國政府才是境內土地真正的擁有者。但是，馬歇爾表示，印地安人身為土地的民族其為合法的土地的佔有者，僅其不得將其土地權任意交予，只能以殖民的歐洲主權國家或者在美洲殖民地建立的國家來進行買賣。

那另外呢，這個在第二個案子，查洛磯案這個主要是查洛磯的這個雇主呢，主張他為了他的主權，它是一個主權獨立的自治國家，這個土地部屬於任何一洲。但是呢，喬治亞州卻是透過立法的方式把查洛磯部落的土地分給了洲民，並且接收這個土地呢，所有的礦場那這個行為呢，違反了這個和綜國的最高主權。所以，上訴到聯邦的最高法院，那最高法院判決認為除非印地安人是自願把土地呢這個權力呢，讓渡給這個美國政府，否則他是毫無疑問的擁有他們所佔有土地的所有權，不過馬歇爾認為印地安人比較像是被支配的國內性的倚賴民族也就是

他們跟美國的關係呢，宛如是被監護人與監護人之間的關係。

那另外第三個案例呢，是在這個的這個案例，也就是喬治亞州試圖漠視查洛磯雇主的這個存在，已占領區土的這個方式呢，併吞了查洛磯雇主的這個土地，並且設立了許多法律禁止未經宗法許可而進行居住在查洛磯雇主的這個土地的行為。那 1831 年，一位傳教士在未經州的許可下，那居住在查洛磯雇主的這個土地上，那喬治亞州政府呢，就決定要處罰他有關勞役四年。那這個傳教士後來向聯邦最高法院上訴，法院認定喬治亞州的行為是違憲的。那馬歇爾在判決當中強調印地安人呢，並沒有因為他是屬於一種倚賴性的民族的地位而喪失居住權。那根據英國的普通法，印地安人因為先佔而取得土地所有權，而正負有信託的責任來保護原住民的土地權，那這個是我們剛剛提到的，就是很重要的這一個在馬歇爾三部曲的這樣一個三個案例。

那另外呢，在十九世紀末的時候，這個美國政府呢，在十九世紀末制訂了土地總分配法那這個土地總分配法呢，帶來的影響後果是造成了印地安這個土地權的這個喪失，那也就是當時這個是透過土地總分配法，說是要改善印地安人的生活這個為理由，強行把印地安保留區的土地切割分配給部落的成員。那多出來的剩餘土地，則賣給白人。這個結果呢，不僅讓印地安土地大量的流失，也造成印地安社群結構的解體。所以，在總土地總分配法的這個情形底下，有三分之二印地安土地流失；另外三分之一呢，是在受配土地經過 25 年信託期間之後，由印地安所有人呢，移轉給白人那或者往往是有一些這個欺詐性的這個買賣，存在然後使這個印地安人的在權益呢，這個吃虧這種情況底下。

那我們呢，在這種情形就是說對於呢印地安呢，他們這個土地阿加速的這個流失那同時呢，也造成陷入了貧困的這個情況。所以，因此，這個問題呢，也引起了這個相關的這個重視。那在梅莉安的這個報告裡面阿，這個特別在 1926 年在梅莉安報告特別指出，說印地安人大量失去土地，卻沒有辦法提升到適當的經濟地位，造成死亡率高、健康狀況不良、教育程度低落。那所以呢，政府應該要撥出特款來予與資源。所以也促進了 1930 年代呢，有一個印地安重組法的這樣一個情況，那印地安重組法，他主要一個目標呢，主要是終結土地分配的政策，保護印地安人他的宗教以及他的自由，保存部落的文化以及社會保存，訂重置印地安的土地。所以，這裡面很重要的就是保存及重置呢，這個印地安土地的這個問題，然後聯邦貸款這個印地安的保留區，以求其經濟的發展等等。這些政策那所以說透過這個土地的這個重種，就是透過這樣的一個有關的重組法的這個情況呢，來改善呢，繼續流失這個問題。

那我們可以看到說，這樣印地安這個重組法那他施行施後，那讓這個印地安的這個人口從 1910 年只剩下 22 萬人的這種情形到 1945 年也可以增加到 55 萬



人，所以 35 年之間，人口就有兩倍半的這樣一個增加的情況，也說著有一部分這個失去了一些土地，那大約有超過 400 萬畝土地左右，那美國他在 1970 年代，那這個美國迪克斯總統他在位期間，也推動了原住民族的自覺的政策，尤其當中涉及到對原住民的土地歸還，那最著名的這個例子，也就是把這個土地歸還給逃失古布魯族的這個案例，所以也就是在這樣一個情形，美國迪克斯總統當時還特別強調說，這樣的一個作為呢，並不是美國政府對印地安人恩施，而是依據公平正義的原則所做得這個歸還，那我們從這個加拿大跟美國我們可以看到說，也都是在將近 1970 年之後，有這樣一些省思的作為，那我們看過國外的情況，那我們對台灣的情形呢，我們也應該了解我們台灣從過去到現在以及如何展望我們的未來，那我們可以看到說，台灣目前這個大家非常熟知的就是所謂的原住民保留地的問題，那原住民保留地現在有一個原住民保留地開發管理辦法，這個開發管理辦法規定，他也是從山坡地保育條例第三十七條的規定而來，那這個原住民保留地的這個情形，他也不是說我們現在的創新，而是他是從原自於這個過去的整個演變，那我們來看原住民保留地他的一個演變，那這個其實在清朝康熙時期，對有關於原住民族土地的這個問題，當時是有所謂的這個番地保護政策，那透過番地保護政策，是一個最早在清朝時期對台灣原住民的這個土地處理，那到了清朝雍正時期，他畫訂了這個有關民方的一個建議，那民方的建議其實就是我們原住民族保留地的起源，那到清朝嘉慶時期，設立了所委為的番社，所以從有番社的這個開始，更清楚的是一個原住民保留地的一個雛形，那到了日本這個據台時期，日本據台時期的時候呢，他對台灣土地的這個處理方式，也就是原住民當時活動區域，他土地範圍面積，差不多有一百六十六萬公頃的土地，但是日本在 1928 年的時候，制訂了森林次業規程，那森林次業的規程當中，把這個土地性質分為三類，有一種叫做要存置的林野，另一種是準要存置的林野，還有一種是不要存置的林野，那準要存置的林野也就屬於番人的所要地，也就是高山族的保留區，那這個時候已經把原住民族活動的區域，原本是一百六十六萬公頃，結果在這樣一個規定下，原住民族他們只剩下約二十萬公頃這樣一個面積，那我們在台灣光復之後，那也陸陸續續的政府開始也重視有關於我們原住民土地的問題，所以說我們把這個台灣在光復以後，把日據時代的準要存置林野另名為原住民山地保留地，但是那時候的山地保留地，面積差不多是有二十四萬公頃，我們在這樣一個規定，那後來我想我們也可以看到說台灣的原住民族在 1988 年到 1993 年這樣的幾年當中，有三次這種重要還我土地的運動，那第一次在 1988 年 8 月 25 號，第二次在 1988 年 9 月 27 號，第三次在 1993 年 12 月 10 號，那在這三次還我土地運動當中，主主要訴求有四個，第一個歸還原住民族的土地，第二個原住民族保留地的所有權應該賦予原住民，第三個立法應該保障原住民的土地權，第四個應該成立原住民族事務中央專職的機構，那麼我們在目前來講，那也就是我們了解到一個嚴格到目前也知道說我們原住民族的保留地，目前是有山地保留地跟真編原住民的保留地，還有畫編原住民的保留地，那總計現在原住民保留地實際的面積差不多有二十五萬多公頃，那鄰散分布在台灣省十二縣三十九個

鄉鎮，但多屬於山坡地範圍的土地，那在這種情形有多的範圍是跟水源還有水質水量的保護區還有自然保留區，還有野生動物保護區及國家公園海岸及海洋保護區、漁業資源保護區等這些區域有重疊，所以在這種情形對這些原住民保留地的問題，還有必須要重視自然跟文化資產和防止災害的問題，那我們剛剛看到說在一個聯合國的原住民族權力宣言，那也特別強調有關於生存權跟平等權，那在平等權當中也是公平權的問題跟集體權的問題，那在這集體權裡面很重要的就是認同權、自決權、文化權、財產權、司法權以及補償權，那我們看到說在這種情形我們現在以我們這個剛剛所談到的聯合國原住民族權力宣言，跟我們這個整個原住民族的土地這個權益保單當中，第一個是涉及到有關於所謂認同權的問題，那你一個原住民族很重要的就是對於他的一個社群還有民族的傳統跟習俗，那立屬於原住民族的社群或者民族，那將權力不得招置任何歧視，那同樣我們在原住民基本法第二條也有規定這個一些所謂的原住民族，那原住民族很重要的是，你這個整個族群的認同當中，他跟土地是有密切的關係，所以如何來保障他們的財產權是很重要的，所以我們剛剛也談到了這個規定，怎麼樣能夠來保障他的土地能夠維護，同時能夠在他的土地維護他的族群，那我們了解到說在這種情形底下，這個原住民族基本法第二十條，剛剛我們也特別談到，有就說政府現在要承認原住民族的土地及自然的資源權力，那政府為了辦理原住民族土地的調查跟處理，也應該設置原住民族土地調查跟處理的委員會，那有關他的組織及相關事務，應該立於法奠定之，那原住民族或者是原住民所有使用的土地及海域，即恢復取得處分計劃管理及利用這事項奠於法律地名詞，那我們也了解這個行政院原民委員會也已經依照這個規定擬訂了原住民的土地及海域法的草案，並且已經也送了行政院，那我們對這樣一個情形就是我們目前非常重要的一個就是原住民族的土地跟海域法，如何能夠在聯合國原住民族權力宣言當中，涉及到有關土地的部分這些相關的精神能夠可以有一個發揮，那我們目前如果和我們現有的這個法律的規定跟我們的精神，事實上他有相當大的差距，那另外在原住民族權力的保障當中，還有所謂的補償權，那這個補償權也就是說原住民族有請求補償未事先取得及政府事先與被告知後同享而被沒收及佔有被損壞的土地等等這些權力，那這問題我們要怎麼去處理，者我想是一個未來在這有關我們原住民族的土地及海域法這個法律規定，應該是要加以一併處理的問題，那我們依照我們現有的法律，那這個之所以呢這個不足，第一個就是原住民族土地這個保留地的開發管理辦法，這個呢，也是一個行政命令的位階。是依照山坡地保育應用條例第 37 條規定，所訂定的一個管理辦法。那對原住民族的保障也不足，也不符原住民族基本法第 20 條的規定，那原住民族保留地的管理組織呢，這個有權責不清的疑慮。那另外非原住民族呢，得使用這個原住民族保留地相關的法令，確保保留地由原住民使用跟原住民所有的目的呢互相違背。那過去我們再國內也看到，很多的原住民的保留地，已經呢也是輪到這個非原住民的手中了來加以支配，那同時也欠缺了這個集體權的完整規範。所以，我們可以了解到說，我們台灣呢，這樣的原住民族的一個法律的這個有關土地跟海域法的這個規定當中。我想我們看到這一個有

關的草案的內容，那已經也是有擴大的這一個原有的就是說，這個原住民族的這一個傳統區域的這個問題。

但是比較重要的是，剛剛我們提到說，如果以這個日據時期的話，那原來再還有一百六十幾萬公頃，後來呢變成了二十萬公頃，這樣一個問題。那這樣的一個土地這個部分呢，要怎麼去處理？並不是說只是靠這原住民的這個有關的這個話邊保留地，單純的取得所有權而已。還是應該還要再進一步的甚至要考量呢是不是要有一些是當的這個補償措施？我想這個是一個重要的問題。

那對原住民族這一個土地保留地的這個問題阿，我們可以看到草案呢，將來是要歸由這個管理機關呢，是歸由行政院原民院啦。可是問題呢，就是如過將來成立原住民族的自治區以後，再移交到這個原住民族的自治區。但是原住民族的這個自治法呢，似乎院長也有談到，那我們也知道這樣的一個法要訂定呢，還是要有相當多的努力。那這樣的一個情形，這個管理呢，怎麼樣能夠落實到原住民族他們充分發揮他們一個自治精神呢？這個也是要在這樣的一個法律當中呢，不要只是等候這個管理機關的變換，而是必須也要再這個法律也要張顯出這樣的一個精神。

因為時間上的關係呢，我就做以上的報告，那請各位指教，謝謝大家。

主題一

# 財產權探原

主持人：中央研究院民族學研究所研究員 黃應貴

## 原住民族財產權之性質、保護方式及內容之初探

發表人：蔡明誠 教授  
(國立臺灣大學法律學院)

與談人：林陳松 院長  
(臺灣花蓮地方法院)

## 文明社會的野蠻誠命：從嘉義地方法院九十二年度簡

上字第一五一號判決談鄒族傳統財產權

發表人：雅柏甦詠·博伊哲努、楊曉珞  
(行政院原住民族委員會 專門委員)

與談人：陳榮隆 院長  
(輔仁大學法學院)

## 財產權探原

發表人：顧坤惠 副教授  
(清華大學人類學研究所)

與談人：陳榮傳 主任  
(臺北大學法律系)

## 原住民族財產權之性質、保護方式及內容之初探

蔡明誠

有關原住民族財產權性質、保護方式及內容，在學理及實務上較常被討論是憲法或其他原住民傳統資源保護法令等問題，該公法層次問題當然應予重視並有深刻探討之價值，惟財產權之得喪變更，其規範性質屬於私法領域民事財產法。此方面問題及制度之探討，在近年台灣民法物權編全面性之修正後，則有待進一步更深入探究，以利解決原住民有關之財產權問題。過去雖已有法院判決處理財產權問題，但如何將原住民傳統財產權，納入民法之體系中，透過習慣、民法解釋而予以適用，或增訂民法，將民法傳統財產權之保護方式及內容予以明確規定，或另立特別法，加以規範，均有重新思考之意義。

此報告擬著重於從民事法觀點探討原住民財產權之性質、保護方式及內容，以期對傳統原住民財產權予以定性，並嘗試建構其在民事法體系之地位及規範內容。<sup>1</sup>

### 一、問題之提出

原住民財產權之用語，是否可以作為嚴謹之法制用語，固有值得探討之餘地。在文獻上，有稱之為原住民族財產權<sup>2</sup>，有在演講題目上稱為原住民財產權<sup>3</sup>。

有則以原住民集體意思，原住民的權利中之財產權加以定義。即財產權：主張原住民應該擁有其土地及資源的權利。<sup>4</sup>此有較強掉土地權，例如 **Indigenous**

---

<sup>1</sup> 本文問題意識及論述之觀點，有些係源自蔡明誠、蔡志偉 Awi Mona 主持，行政院原住民族委員會委託，原住民族傳統財產權納入民法物權之研究及條文研擬計畫研究報告，臺灣原住民教授學會執行，100 年 6 月 30 日。因此，特別要感謝行政院原住民族委員會之委託計畫，與東華大學蔡志偉教授及研究同仁之協助，使本報告得以順利完成。

<sup>2</sup> 例如高德義，「原住民族財產權的若干法律思考」於法律扶助基金會主辦，「尋找原住民文化與正義研討會」花蓮：法律扶助基金會，2005 年。

<sup>3</sup> 例如清華大學科技法律研究所於 2009 年 12 月 1 日在清華大學台積館八樓實習法庭，邀 Robert A. Williams, Jr. 教授發表專題演講：「自決權與原住民財產權之保護—北美洲的觀點」(The Protection of Indigenous Peoples' Rights to Property and Self-Determination: The North American Experience)。(http://www.lst.nthu.edu.tw/news/news.php?Sn=442)

<sup>4</sup> 參照施正峰，國際潮流與原住民族的權利，http://www.wufi.org.tw/shih/aborigin.htm (last visited 2011/09/19)。

Lands、原住民族土地權(land right)<sup>5</sup>、Aboriginal title、indigenous title, native title (此特別使用於澳洲), original Indian title (此特別使用於美國)及 customary title (此特別使用於紐西蘭)<sup>6</sup>等,似較多將之定位於原住民族之集體權利保護之層次。此外,類似見解,例如有稱土地權,就土地問題來看,土地對原住民而言,是部落集體利益所共享、共有的,土地利用是傳統宗教祭儀和生命禮俗有關的命脈,有別於漢人視土地為生財的工具,過去在歷經不同的殖民統治的掠奪及原住民對土地禁忌的迷失,使得原住民族的土地大量流失,徹底改造了原住民族生存的活動空間。<sup>7</sup>

土地及資源之概念,在現代民法上,則可能屬於物之不動產或動產概念。其所有狀態,可能單獨所有與共有,而共有,包括分別共有與共同共有。為我國民法並不採取過去團體主義之總有概念。如何貫徹前述土地係部落集體利益所共享及共有之想法,則有商榷之餘地。

有關法院判決實務上,最高法院 98 台上字第 7210 號判決,「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。本此原則,原住民族基本法第三十條第一項已經揭示,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,以保障其合法權益。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。」「原判決既說明中央主管機關尚未會同中央原住民族主管機關依森林法第十五條第四項規定,訂定「管理規則」。但在尚未訂定「管理規則」之前,關於原住民族在傳統領域土地,「依其生活慣俗需要,採取森林產物」時,如何管理?有無明文適用或準用「國有林產物處分規則」之命令?原審並未向中央主管機關及中央原住民族主管機關查明,即逕認上訴人等須依「國有林產物處分規則」第十四條、第十七條規定,向管理機關「專案申請」核准,始得為之,亦有未合。」

上述判決係針對原住民因颱風、豪雨而倒伏之屬於國有櫟木根株、枝幹,竟接受其部落會議之指派,搬運櫟木之行為是否違反森林法。此非雖適用民事法之問題,但其衍生值得思索者,此櫟木是否屬於習慣上原住民族自然資源權

---

<sup>5</sup> 原住民族的「土地權」(land right)是「原住民族權利」(indigenous rights)當中的一種,是一種獨特的(sui generis)財產權。對於非原住民來說,土地或許只是生產要素之一而已,不過,對於原住民族來說,文化認同的心靈、以及物質基礎,必須要透過其與土地的關係/歸屬感來加以維繫,也就是說,原住民族如果被剝奪對於土地的擁抱,就意味著文化的沉淪、認同的喪失,其存在就如同行屍走肉;因此,缺乏土地權的原住民族等於是文化認同權被侵犯,那麼,生存權是沒有意義的。(參照施正峰,原住民族土地權的國際觀,

<http://mail.tku.edu.tw/cfshih/seminar/20050721/20050721.htm>, last visited 2011/09/19)

<sup>6</sup> See [http://en.wikipedia.org/wiki/Aboriginal\\_title](http://en.wikipedia.org/wiki/Aboriginal_title) (last visited 2011/09/19) .

<sup>7</sup> 原住民政策白皮書, <http://forums.chinatimes.com.tw/report/newgov/paper/520-15.htm> (last visited 2011/09/19) .

利，因無法律明文規定，使行為人免於法律制裁，惟如更積極面思考，此是否有原住民或原住民族可能享有之財產權。

臺灣臺北地方法院99年度簡上字第221號民事判決，係請求拆屋還地事件。系爭土地為原住民保留地，為中華民國所有，由原民會管理；系爭土地原為上訴人之父黃新登占有使用，嗣由上訴人與臺北縣烏來鄉公所訂立地上權設定契約，權利存續期間自88年10月20日起至93年10月19日止，共計5年。本件上訴人主張其為系爭土地之合法地上權人，而系爭土地為被上訴人所無權占有，設有地上物，爰依民法第242、767條之規定，代位中華民國行使所有權，請求被上訴人拆除地上物，為被上訴人丁○○所否認，是本件首應斟酌者為，上訴人主張其為系爭土地之地上權人是否有據？

經查，系爭土地之地上權存續期間為88年10月20日起至93年10月19日止，為上訴人所不否認，且有上訴人提出之土地登記簿謄本在卷，依前揭說明，系爭土地之地上權自93年10月20日起已當然消滅，是上訴人主張其尚為系爭土地之合法地上權人云云，依法無據，不足採信。惟上訴人依據原住民保留地開發管理辦法等相關規定，主張前揭系爭地上權之存續期間固已屆滿，然其仍未喪失系爭土地地上權人之資格云云，並提出台灣高等法院95年度上易字第240號民事判決影本在卷為憑。經查，依前開管理辦法第17條規定：「依本辦法取得之耕作權或地上權登記後繼續自行經營或自用滿五年，經查明屬實者，由中央主管機關會同耕作權人或地上權人，向當地登記機關申請辦理所有權移轉登記。」等語可知，取得耕作權或地上權登記之人於繼續自行經營或自用滿五年，經查明屬實者，得向登記機關辦理所有權移轉登記，換言之，依前揭規定，取得耕作權或地上權人仍應依法向當地登記機關辦理相關登記後，始得取得相關權利。亦即物權除依法律習慣外，不得創設，民法第757條明文規定，前揭管理辦法並未創設新物權法則，在耕作權或地上權人未依法登記，取得相關權利之前，尚難遽認取得耕作權或地上權登記之人於期間屆滿之後仍係具有該項權利。綜上所述，上訴人於系爭地上權存續期間屆滿後，迄未提出其為系爭土地之合法地上權人之依據，是其依地上權人之地位，訴請被上訴人將系爭土地上之道路、擋土牆等地上物拆除，並將系爭土地返還中華民國，由其代為受領，為無理由。

前述判決先確認原民會所管理之系爭土地，為原住民保留地，且為中華民國所有。另同時不排除其可能在系爭土地上依民法規定設定或取得耕作權或地上權。僅因本件地上權屆滿後是否仍有合法地上權存在，未能舉證而被判敗訴。此情形可以認為已有原住民土地之概念存在。

我國《民法物權編》於98年1月12日修正民法第757條規定：「物權除依法律或習慣外，不得創設。」增訂「習慣法物權」之概念，鬆綁物權法定原則

之類型強制及內容固定原則。其目的在於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。惟於特定地區在一定期間內反覆所為慣行，即習慣，通說認為是民法上所稱習慣法。但在原住民相關之司法實務運作時，是否該承認原住民族傳統習慣？又習慣是否等同於習慣法，另最高法院判決成為判例時，是否可以認為是民法第一條所稱之習慣<sup>8</sup>，換言之，如未來最高法院有關原住民族土地權或財產權之判例，是否可以作為傳統習慣法，此等問題亦值得探討之。

## 二、所有權之概念及內容

現代民法所稱所有權，如台灣民法採一物一權原則。為美國法上，有將財產權（property），認為有關具有價值資源之人與人間之關係（relations among people regarding valued resources），而非屬於人與物（things）之關係。此所謂所有權（ownership），係屬於一束權利（a bundle of rights）。<sup>9</sup>此概念如運用於澳洲之原住民族傳統土地權（native title），亦有認為其係一連串（或束）之權利而非單一的所有權（a single title）。該等權利包括土地占有（possession of the land）、接近宗教聖地之權利（access to land such as sacred sites）、狩獵權（the right to hunt）、在土地上採集及捕魚之權利（gather and fish on the property）、在土地上舉行祭典儀式之權利，及使用流經該土地或自該土地湧泉之清水之權利，甚至得包括為維持土地上實質完整性之權利，而衍生排除開礦之權利<sup>10</sup>。

又所有權之限制方面，有謂其負有社會義務，在法令限制下，積極權能上得占有、使用、收益及處分，消極權能上得排除他人干涉。此係基於私有財產制之物權觀點。

至於原住民族方面之所有權，則可能因各族之財產權歸屬及運用觀點之不同，而異其制度及權利內容。如從排灣族傳統習慣，以頭目決定誰為權利所有之代表，但此所有人往往僅享有使用權。例如獵場、家屋、作物、耕地等，由頭目所有，但可由他人共有分享使用之權限。另如族群傳統領域土地與自然資源，由部落頭目、貴族目為權利主體，此類似具有「總有」之概念。簡言之，有些財產權或資源，係由頭目所有，但頭目對部落有扶養義務，或另依口頭契約、維護該土地使用價值或用地人有納貢義務等方式，建立其財產權之使用收益關係。

---

<sup>8</sup> 採取肯定見解者，例如吳從周，試論判例作為民法第 1 條之習慣法：為我國判例制度而辯護，國立臺灣大學法學論叢，39 卷 2 期（2010 年 6 月），292-293 頁。惟其所謂判例，與德國之判決先例不同。

<sup>9</sup> See Joseph William Singer, Introduction to Property, New York: Aspen Law & Business, 2001, p.2.

<sup>10</sup> 內政部民政司編，澳洲原住民土地權法案輯要，7,105 頁。



此外，原住民族所有權型態，可能有單獨所有與共有型態<sup>11</sup>，非僅有共有制而無私有財產制，亦不宜過度解讀任何人均可進入或取用共有物，但無任何人或群體可以移轉或管理之資源，此僅限於開放資源，不會產生「共有悲劇」。有舉泰雅為例，該族之共有，係由團體擁有資源，個別成員有進出使用之權，集體則有權利管理、移轉該資源或排除非成員之使用，可稱為共有資源（commons property）。<sup>12</sup>由此可見，所稱共有，亦可能存有不同共有之內外部關係差異，但是否等同於現代民法所稱分別共有或共同共有，甚至構成所謂總有，則有進一步比較探究之餘地。

此外亦有不同之所有及利用關係，例如賽德克族，對於水源（漁區），則由部落之間協議河流區段或區域，而該部落所屬區段為部落名稱來命名，且歸屬部落共有。個人引水之水管則為私有。透過協議，引水管得通過他人土地。耕地方面，則按先占及所付出之勞動，定其歸屬，並以家庭戶長之名稱呼該耕地。

由上述兩例可見，台灣原住民族對於土地或資源之所有權關係，存在不同之歸屬原則及運用模式。

### 三、比較法觀察

保護傳統土地及資源之立法例，有採取專門立法之模式，例如澳洲 1993 年原住民族傳統土地權法第 223 條規定<sup>13</sup>，就原住民族傳統土地權之立法定義，認為原住民族傳統土地權或普通法上權利或利益（Common law rights and interests）之意義及其權利內容，係指符合如下要件：

1. 在特定族群或地域（例如澳洲原住民族或托雷斯海峽島民）；
2. 對於土地或水資源之社區、團體或個人權利；

<sup>11</sup> 原住民族土地可能包括社地、農地、獵場、漁場及宅地等利用型態，有所謂不屬於任何所有之浮洲，土地悉數於頭目，一般平民僅有自屬宅地，宗族團體所共有，非屬於宗族內各家共有，儘管每個人有自己份額，但不能轉為私有。此等歸屬型態，不一而足，頗值得比較探討之。（參照陽美花。2011。《回家：從部落觀點出發》。花蓮：東華大學原住民族學院，10-14 頁。）

<sup>12</sup> 參照林淑雅，差異而不平等－原住民族產權特殊性的理解，載於原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會論文集，行政院原住民族委員會主辦，國立東華大學原住民族發展中心承辦，99 年 11 月 14 日，國立臺灣大學法律學院霖澤館 1 樓國際會議廳舉辦，64-65 頁。

<sup>13</sup> 第 223 條有關 Native title（Common law rights and interests）規定，

（1） The expression native title or native title rights and interests means the communal, group or individual rights and interests of Aboriginal peoples or Torres Strait Islanders in relation to land or waters, where:

（a） the rights and interests are possessed under the traditional laws acknowledged, and the traditional customs observed, by the Aboriginal peoples or Torres Strait Islanders; and

（b） the Aboriginal peoples or Torres Strait Islanders, by those laws and customs, have a connection with the land or waters; and

（c） the rights and interests are recognised by the common law of Australia.

3. 該權利或利益之占有，係原住民族或托雷斯海峽島民之傳統法律所承認（acknowledged），且為其傳統習慣所遵守（observed）；
4. 原住民族或托雷斯海峽島民，依其法律及習慣，與土地或水資源有聯繫（connection）；
5. 該權利及利益為澳洲普通法所承認（recognised）。

另有未制定專門之單獨法律，而係採取分散式規定，並以法院判決承認傳統土地權之方式，如針對毛利原住民族方面，即未制定專門法律，僅在輔予若干分散之協議、法規或實務上法院判決，予以承認毛利原住民族之傳統土地權。例如 1840 年毛利原住民族與英國政府訂定之懷唐基條約(Treaty of Waitangi)，承認毛利原住民族得繼續保有及使用其土地。另如紐西蘭 1994 年 Te Runanganui o Te Ika Whenua Inc Society v. Attorney General 一案，法院認為毛利人享有部落之土地權及水域權。雖殖民者進入該領域後（係透過殖民、割讓或併吞），隨著主權轉換，殖民者便取得完全及基本所有權。惟在為有特別情形下，該完全所有權將被既有原住民族權利（existing native rights）所限制，除非經過地方占有人之自由同意（free consent），並經皇室政府及相關法規之嚴格規定，始得以使之消滅。<sup>14</sup>」

由上述判決可見，法院認為毛利原住民族之傳統土地權（Aboriginal title），係來自其既有之權利，亦即英國人來到之前，毛利人所享有之原始權利狀態。毛利原住民族之傳統土地權利，並非由某法律所賦與，此係依據個案之判決承認之。又現在有關毛利人土地權之爭議，則由毛利土地法庭（Māori Land Court）處理。此亦可思考台灣法院是否可以設置原住民族專業法庭或專人審判，另考慮是否採納專家參審或專家證人等制度，以期原住民族土地權或財產權案件可以作出更專業且體認原住民文化之裁判。

#### 四、民法之問題探討及可能規範

按台灣現行民法之體例觀察，原住民族之傳統土地權或其他資源之財產權，可能涉及民法各編，其中以物權編，係針對所有權之得喪變更之主要規定。2010 年至 2011 年筆者與蔡志偉教授受原民會委託進行「原住民族傳統財產權納入民法物權之條文研擬計畫」之研究，經與專家學者及原住民族代表座談會後，較多數意見，因民法物權編近年來剛大幅度修正，如要馬上進行對於該計畫研擬相關條文，提出下一波民法物權修正，似較有困難。至於制定特別法，亦有些困難，故時機上似乎宜暫緩考慮，特別是民法物權編短期內再修正可能性不大。

---

<sup>14</sup> In the absence of special circumstances displacing the principle, the radical title is subject to existing native rights. These native rights cannot be extinguished (at least in times of peace) otherwise than by the free consent of the native occupiers, and then only to the Crown and in strict compliance with the provisions of any relevant statutes.

惟認為似可以民法物權第 757 條所新增習慣創設物權之例外規定為出發點，據以建構屬於原住民族傳統習慣法適用之習慣法物權概念及類型，似較為可行。惟宜留意者，此之習慣宜解為不僅是補充效力，而在法律明文規定下，是否有優先效力？<sup>15</sup>又習慣不得違反公共秩序或善良風俗<sup>16</sup>，於民法第二條明定。另有判例認為要求習慣對於一般人所共信不害公益，否則縱屬舊有習慣，亦難認為有法的效力。<sup>17</sup>惟如何認定及其標準何在，亦值得探究。詳言之，台灣民法實務上對於習慣之要件及效力設有一定限制，即依民法第一條前段之規定，習慣固僅就法律所未規定之事項有補充之效力，惟法律於其有規定之事項明定另有習慣時，不適用其規定者，此項習慣即因法律之特別規定，而有優先之效力。<sup>18</sup>因此，如要強化原住民族傳統習慣之適用及效力，宜將之法律特別規定，使其具有優先效力，而非僅係補充效力而已。<sup>19</sup>習慣係屬於社會力之形成，實務上要求習慣法之成立，須以多年慣行之事實及普通一般人之確信心為其基礎。<sup>20</sup>即要具有事實慣行與法之確信。

又習慣法則之成立，必先有習慣事實存在，故法院認定習慣法則與認定事實，同應依法為種種之調查，以資認定，不得憑空臆斷。<sup>21</sup>再者，習慣法則之存在舉證問題，實務上針對其他案例，曾認為習慣法則之存在與否，除主張之當事人依法提出證據外，法院應依職權調查之。<sup>22</sup>此是否可以適用於原住民族傳統習慣事實之舉證或調查，亦頗有探討之意義。

<sup>15</sup> 最高法院 37 年上字第 6809 號民事判例：「習慣僅於法律無明文規定時有補充之效力，公同共有物之處分及其他權利之行使，除由公同關係所由規定之法律或契約另有規定外，應得公同共有全體之同意，為民法第八百二十八條第二項所明定。縱如原判決所稱該地習慣，嘗產值理，有代表公同共有全體處分嘗產之權，苟非當事人有以此為其契約內容之意思，得認其公同關係所由規定之契約已另有規定，在民法施行以後殊無適用之餘地。原判決僅以該地有此習慣，認被上訴人之買受為有效，其法律上之見解實有違誤。」參考此判例，習慣僅在法無明文下具有補充效力，如此是否能達到保護適用傳統習慣保護原住民族傳統財產權或土地權之目的，值得深思。

<sup>16</sup> 最高法院 30 年上字第 131 號民事判例：「賣產應先問親房之習慣，有背於公共秩序，不能認為有法之效力。」此判例將習慣宣告違反公共秩序而不認為有法之效力。又最高法院 17 年上字第 691 號民事判例，習慣法則應以一般人所共信不害公益為要件，否則縱屬舊有習慣，亦難認為有法的效力。

<sup>17</sup> 最高法院 17 年上字第 691 號民事判例，習慣法則應以一般人所共信不害公益為要件，否則縱屬舊有習慣，亦難認為有法的效力。

<sup>18</sup> 參照最高法院 26 年渝上字第 948 號民事判例。

<sup>19</sup> 類似見解，例如國家法律制度對於原住民族傳統習慣的態度可分成：不承認、籠統承認及明確承認。民法第一條規定所謂法律優先主義，排除許多習慣法之適用空間，對於公序良俗之不確定概念之解釋及適用之判準，往往多依主流認同之價值觀為依歸，如此可能導致傳統習慣適用機會減少。參照高德義，重拾被放逐的傳統：排灣族習慣法與國家法的衝突與融合，載於原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會論文集，行政院原住民族委員會主辦，國立東華大學原住民族發展中心承辦，99 年 11 月 14 日，國立臺灣大學法律學院霖澤館 1 樓國際會議廳舉辦，182-183 頁。

<sup>20</sup> 參照最高法院 17 年上字第 613 號民事判例。

<sup>21</sup> 參照最高法院 18 年上字第 2259 號民事判例。

<sup>22</sup> 參照最高法院 19 年上字第 916 號民事判例。此案係針對不法侵害他人致死者，被害人之父母

依原住民族基本法（民國 94 年 2 月 5 日公布施行）第 20 條規定，政府承認原住民族土地及自然資源權利。因為國家建立之前，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之原住民族土地及自然資源權利也均予以承認。又同法第 23 條規定，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。另同法第 30 條規定，政府行政機關、檢察體系與司法部門在處理、裁量、審理有關原住民族事務時，應尊重原住民族之傳統習俗、文化及價值觀，以保障其合法權益。

雖前述專家學者意見傾向暫時民法不明定原住民族傳統土地及財產權問題，惟民法係規範民事權利及義務關係之根本大法，具有普通法性質。但如將原住民族土地及資源所有權及財產權問題予以普通法化或法典化，而非仰賴法院判決、傳統習慣或分散式法規予以處理原住民族財產權爭議或糾紛，亦屬於未來可以深入思索之方向。

因此，參考前述計畫所試擬《民法物權編》「原住民族傳統習慣財產權」條文參考草案，略為修改如下，並藉此研討會，就教於與會之關心原住民法律問題之諸位先進，同時要特別感謝就該支持該計畫之行政院原住民族委員會及對此提供意見之專家學者及研究團隊之同仁：

民法有關原住民族傳統習慣財產權條文修正之參考草案	
條 文	說 明
第 757 條 物權除依法律或習慣外，不得創設。 原住民族之傳統財產權，按其性質適用該原住民族之傳統習慣創設之。	1. 增訂第 757 條第二項規定。 2. 現行物權法定原則與原住民族傳統財產習慣上權利義務關係存在相當之差異。依原住民族基本法第 20 條規定，確立「政府承認原住民族土地及自然資源權利」；同法第 23 條進一步規定「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。」並於同法第 30 條規定，宣示未來政府行政機關、檢察體系與司

子女及配偶，雖非財產上之損害，原得對於加害人請求給付賠償相當之金額，但須他人有不法加害之行為，方得對之為此請求。

	<p>法部門在處理、裁量、審理有關原住民族事務時，應尊重原住民族之傳統習俗、文化及價值觀，以保障其合法權益。</p> <p>3. 民法物權編於民國 98 年 1 月 12 日修正既已納入習慣作為物權取得之權源，為免物權體系及其特性過於僵化，妨礙原住民族傳統習慣財產權秩序法律的補充，復從憲法保障多元文化與實質平等的原則，爰依原住民族傳統習慣形成之新物權，法律應予承認，以促進原住民族社會之經濟發展，並維護法秩序之安定，據以保障原住民族土地及自然資源權利。</p>
<p>第 758 條 不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失及變更者，非經登記，不生效力。但原住民族另有傳統習慣者，不在此限。 前項行為，應以書面為之。</p>	<p>1. 增訂第 758 條第一項但書規定。 2. 現行物權得喪變更之規範內容及法律關係，與原住民族傳統財產習慣上權利義務關係存在相當之差異。為示尊重原住民族傳統習慣，並便於實務上作業，得依當事人間具備足以表示有設定、取得、喪失或變更特定不動產物權之傳統習慣行為，而設例外情形，即如有原住民族傳統習慣特別情形，不在民法之一般物權得喪變更規定之適用範圍。</p>
<p>第 764 條 物權除法律另有規定外，因拋棄而消滅。 前項拋棄，第三人以該物權為標的物之其他物權或於該物權有其他法律上之利益者，非經該第三人同意，不得為之。 拋棄動產物權者，並應拋棄動產之占有。 原住民族之傳統物權消滅，適用該傳統習慣。</p>	<p>1. 增訂第 764 條第四項規定。 2. 為期原住民族傳統物權取得與消滅之體例一致，並期衡平，本條明文確認並區分一般物權與原住民族傳統物權，明定按原住民族傳統習慣得構成物權之消滅原因。</p>
<p>第 772 條</p>	<p>1. 增訂第 772 條第二項規定。</p>

<p>前五條之規定，於所有權以外財產權之取得，準用之。於已登記之不動產，亦同。</p> <p>原住民族之傳統物權時效取得，適用該傳統習慣。</p>	<p>2. 配合原住民族傳統習慣財產權納入民法物權編，原規定關於物權取得時效之要件，對於原住民族傳統物權之時效取得，則付之闕如。爰增訂「原住民族傳統習慣」亦可能構成傳統物權之取得時效要件。</p>
<p>第 831 條</p> <p>本節規定，於所有權以外之財產權，由數人共有或共同共有者準用之。</p> <p>原住民族或原住民之財產權，得以總有方式共有之，該總有之占有、使用、收益、管理、處分及其他共有關係，除依該傳統另有習慣外，準用本節規定。</p>	<p>1. 增訂第 831 條第二項規定。</p> <p>2. 鑑於原住民族傳統習慣財產權與一般物權性質上容有差異，並為確立原住民族傳統習慣財產權歸屬及運用之安定性，配合第 757 條規定之修正，增訂原住民族財產權之共有，性質上屬於民法未採用之總有概念，藉以處理團體性甚強之多數人享有之原住民族財產權關係。</p> <p>3. 關於原住民族傳統財產權總有之占有、使用、收益、管理及處分等規定，除依該傳統習慣外，為期周延，爰增訂第二項準用規定。</p>
<p>第 966 條</p> <p>財產權，不因物之占有而成立者，行使其財產權之人，為準占有人。</p> <p>本章關於占有之規定，於前項準占有準用之。</p> <p>原住民族傳統占有之物或其他物權相關之財產，除依該傳統另有習慣外，準用本節規定。</p>	<p>1. 增訂第 966 條第三項規定。</p> <p>2. 配合原住民族傳統習慣作為物權創設及發生之原因，原住民族依傳統習慣進行占有，其法律效果如何，宜明文定之，爰增訂第三項，以期明確，俾以保障占有之權益。</p>

## 五、結語

原住民族傳統土地及資源之財產權或所有權保護，已受到國內外之重視。誠如前述，其討論層次較注重於憲法、公法或原住民族相關法規之階段，至於民法部分雖亦有判決以補不足，但尚待有更體系之民事法規範及理論上探討，因此，僅屬於拋磚引玉，期待國人更多關心此議題之著作出現。

最後，本文提供下列淺見以供討論：

1. 原住民族傳統土地及財產權是須先與國家法相關聯或甚至於受到承認，始予

以保護。雖在論及習慣要件時，往往會要求其不反法律，或受法律承認，嚴格言之，如需要先獲得現有法律秩序之承認，是否會影響傳統財產權之形成。

2. 處理原住民族傳統土地及財產權之爭議，因事涉專業及文化體認等素養，宜設立專人或專庭辦理之法庭，亦考慮是否採納專家參審或專家證人等制度，以期公平合理之認事用法及定紛止爭，藉以作出更專業且體認原住民文化之裁判。

3. 短期內可能不易特別為原住民族傳統土地及資源之財產權或所有權保護問題而增修民法，但中長程規劃，宜思索保護原住民族傳統土地及資源之財產權或所有權之較佳或最適之立法模式，似不宜全仰賴分散式立法規定或法院判決之個案判斷或裁判處理糾紛。其中值得進一步思考者，原住民族傳統習慣之要件及認定方式為何、傳統習慣有無優先效力、該不該承認總有、時效取得，與財產權取得或設定要件<sup>23</sup>及其消滅原因及如何認定等問題。

---

<sup>23</sup> 如依傳統習慣取得財產權，但是否會違反現行之強制要件，而歸於無效。例如最高法院 29 年上字第 1513 號民事判例：「不動產物權之移轉或設定，應以書面為之，民法第七百六十條設有明文規定，縱令當地移轉不動產所有權確有交付老契以代訂立書面之習慣，依民法第一條之規定，亦無適用之餘地。」

## 與談人：林陳松 院長

主持人各位專家學者各位貴賓大家好，今天我大會安排我坐在這裡我是覺得非常的慚愧，因為我對這個原住民有關法律我是沒什麼研究啦，我是對這個以前在台東高院服務的時候有一件判決這個判決，被這個東華大學蔡志偉蔡教授看到就打電話給我要我來參加這個會議，我想因為我也沒有什麼深度研究藉這個機會到這裡來聆聽各位專家的意見大會把我安排在這個地方。

那個判決是這樣的，原告他就主張他在台中縣和平鄉經由拍賣程序取得了土地，被這個被告無權占有，要求這個不當得利這個損害金阿相當於租金的損害金那麼兩告都是原住民，那麼被告他就主張說這塊土地是他先人很早以前就在這裡耕作，後來就由他爸爸耕作和他來耕作，他是主張說依照原住民保留地開發管理辦法的規定他占有是合法的，當初這個案子我們在評議的時候根本沒有涉及到所謂的原住民保留地開發管理辦法的問題。

我們是直接從善意占有人的這個觀點來判決這個原告敗訴，也就是說原告要請求被告無權占有這塊土地的損壞賠償，我全部把他駁掉，那麼後來我在想，如果說原告當時不是告損害賠償而是告拆除地上物請求返回土地，那我們應該要怎麼判呢？那現在我們的土地所有權是採取登記制的，你沒有登記就不能夠去對抗，那麼這個問題好像我到花蓮地院就發生確實就有這個問題，而且每個月至少會有兩三件這個原住民的這個土地糾紛，也就是有一些原住民是長期經由他祖先長期的使用這個土地，但是他不曉得要去登記，那麼有一些是漢人用原住民的名義當人頭去買這個土地，結果要買的時候他也不動身色，幾十年後他就來起訴，所以這個問題非常的困擾。

那麼這個案子的這個在台中看見這個案子是經由拍賣程序合法取得，後來我們在評議的時候發覺這個漢人是用原住民的身分來取得這個土地，但是土地登記上的所有權人就是原住民，在這個情形之下呢剛剛李永然律師我們蘇副院長也講過有關這個原住民土地使用的問題，在這種情形是習慣有沒有優於這個法律，那從這個土地登記從35年到現在已經很久了，包括這個原住民地區的土地都是這樣子，那麼現在要怎麼去推翻這個登記制度呢？那麼蔡教授好像您有一個修法的一個意見，好像就是說你依照這個習慣，那如果說真的納入這個修法，那我們施行了五十幾年的登記制度的這個怎麼去推翻它呢？然後要怎麼去對於這個善意第三人要怎麼去保護他呢？我想這是一個我現在也很困擾這個問題，因為從原住民他們的生活習慣，原住民保留地區保留地也好，原住民地區也好，那麼原住民活動的範圍他們好像私人的共有的成分比較少，好像是以全體共有的好像是比較我



覺得我發覺是這樣子彈是從這個習慣上怎麼去解決這個土地登記制度呢？我個人是覺得是有一點困難。

然後第二個就是說剛剛這個李永然律師也講到了原住民保留地從先前的一百六十幾公頃變到現在大概是二十幾公頃，而且這個土地是越來越退縮越來越往上升，那麼這個原住民保留地也因為這個地主窮鄉僻壤，原住民要去開發可能又涉及這個山坡地法律條例還有水土保持法的一些限制，要去開發這個原住民保留地很多原住民是抱怨的地方，另外還有原住民保留地大部分都是在保護區上，這個也是動物保護區水源保護區國家公園風景區，原住民的所有土地跟保護區都是重疊的，你要去限制他使用，所以這也是原住民據我了解原住民對於我們現行法律比較有批判的地方，謝謝各位。

## 文明社會的野蠻誠命 —— 從嘉義地方法院九十二年度簡上字第一五

### 一號判決談鄒族傳統財產權

雅伯魁詠·博伊哲努 Yapasuyongu Poiconu、楊曉珞

#### 摘要

「凡涉及原住民族與非原住民族之權利衝突事項，除法律基於正當理由，另以明文規定對於原住民族特別採取較優勢保護外，尚不能因原住民族係眾所公認之弱勢族群，即允其逸脫一般法律規範，對於他人之財產法益予以侵害。刑法第十六條前段規定，不得因不知法律而免除刑事責任，而搶奪本為文明社會一致處罰之行為，被告乙○○供稱於日治時期曾就學三年，被告甲○○供稱學歷為高中畢業（本院第二審卷第一六三頁），且被告乙○○陳稱其為鄒族頭目，並自許為『質樸木訥、認真盡責、恪遵傳統祭儀禮之男子』（本院第二審卷第五三頁），另依公知之鄒族習俗，被告甲○○將來亦有可能繼承其父之頭目職銜，顯見二人均為文明社會之成員，且為該原住民族現在與未來之精神領袖，彼等當認識『不得搶奪』乃放諸四海皆準之道德規範與法律誠命，是本案被告並不存在對於刑法禁止規範不知或認識錯誤之情狀，從而被告乙○○於警詢時辯稱「我們並沒有想要欺侮任何人，並沒有想要傷害任何人，我們只是在不懂法律的狀況下，很多的行為我們沒有辦法知道我們在做什麼」云云（本院第二審卷第八四頁），被告甲○○於警詢時辯稱『在我的觀念裏頭認為這個蜂蜜是從我的林班地裏盜採，在我的觀念裏頭就是占有我本人的權益』云云（本院第二審卷第七八頁），自難引為阻卻或減輕罪責之事由。……被告等意圖為自己不法之所有，而搶奪被害人之蜂蜜，核二人所為，均係犯刑法第三百二十五條第一項之搶奪罪。被告等就上揭犯行，有犯意聯絡及行為分擔，皆為共同正犯。原審以被告等罪證明確，依刑事訴訟法第四百四十九條第一項、第四百五十四條第二項，刑法第二十八條、第三百二十五條第一項，罰金罰鍰提高標準條例第二條（原審判決贅載同條例第一條前段），審酌被告等犯罪之動機、目的、手段，犯罪時所受之刺激及其品性、生活狀況、智識程度、犯罪所生之損害，犯罪後態度尚稱良好及被害人願宥恕犯行等一切情狀，逕以簡易判決各處被告等有期徒刑六月……因一時失慮，偶罹刑典，事後已向被害人道歉，深具悔意，經此偵審教訓，應知警惕而無再犯之虞，因認暫不執

行其刑為當，依刑法第七十四條第一款分別諭知緩刑二年，用啟自新……」<sup>1</sup>（嘉義地方法院 93 年 1 月 12 日 92 年度簡上字第 151 號判決）<sup>2</sup>

### 一、前言：「文明社會放諸四海皆準之道德規範與法律誠命」

2003 年 2 月 19 日下午 3 時 40 分左右，鄒族達邦社（Tapangtu）<sup>3</sup>的別雍西（Peongsu）<sup>4</sup>汪傳發先生及其子從里佳村開小客車前往山美村奔喪，路經別雍西父子承租之林班地時，看見陳登茂（漢人）之吉普車，車上有一桶野蜜，別雍西父子認為陳登茂竊取野蜜，要求共同前往派出所處理，陳拒絕，別雍西父子遂將野蜜取下放置車廂，雙方互留車號後，別雍西父子前往山美奔喪，而陳登茂則於當日 18 時 50 分向阿里山鄉達邦分駐所報案，宣稱其 35 公斤的蜂蜜遭搶，同日晚上由中和派出所、樂野派出所、石桌檢查哨成立聯檢小組，21 時 50 分於達邦 3 號橋逮捕別雍西父子，帶往嘉義縣警察局竹崎分局於拘留所過夜，隔日製作筆錄，嘉義縣警察局竹崎分局並於 2 月 20 日上午發布新聞稿，宣布「頭目強盜蜂蜜案件」，該新聞稿並指出「原住民有占地為王的習慣」。

本案於 2 月 20 日移送嘉義地檢署，同年 8 月 22 日，嘉義地檢署檢察官以刑法第 325 條第一項普通搶奪罪聲請簡易處刑，嘉義地方法院於 8 月 27 日作成 92 年度簡字第 1064 號刑事簡易判決：「...共同意圖為自己不法之所有，而搶奪他人之動產，各處有期徒刑陸月，如易科罰金，各以參佰元折算壹日。均緩刑貳年。」判決作成後，別雍西父子於 9 月 8 日委託律師提出上訴<sup>5</sup>，嘉義地方法院於 2004 年 1 月 12 日作成 92 年度簡上字第 151 號判決（以下簡稱第 151 號判決）：「上訴駁回。」本案定讞。

別雍西父子被警察逮捕後，不少媒體報導此一事件<sup>6</sup>，並受到各界關切，許多鄒族人或非鄒人<sup>7</sup>透過各種方式聲援，尤其是鄒族人以鄒的眼光提出的觀點，深刻闡明本案的文化衝突內涵：

<sup>1</sup> 劃線為作者所加。

<sup>2</sup> 本文引述之判決，均引自司法院建置之「裁判書查詢系統」（網址：[http://jirs.judicial.gov.tw/FJUD/FJUDQRY01\\_1.aspx](http://jirs.judicial.gov.tw/FJUD/FJUDQRY01_1.aspx)）。

<sup>3</sup> 為示區別，鄒語拼音用直體字，英文及其他外文則用斜體字。

<sup>4</sup> 別雍西是鄒族人稱呼其領袖的用語，原意由樹根（peongu）及蜂王（peongsu）而來，另一個稱呼則是金那度（Kingatu），本文為忠於鄒族稱呼，因此原則上不採一般所用的「頭目」或「酋長」。但引述文件時，仍照章引用。

<sup>5</sup> 鄒族人梁錦德指出：「（別雍西父子）本來不想上訴，因為他們認為說不必坐牢，就不要再上訴，但以我們的立場來看，我們是覺得，那怎麼可以，雖然說判了是不用坐牢，但是你的罪名在，這個不合理的罪名，你不去上訴，你就是默認你錯了，是你接受這個事實。」（轉引自林玲君，2003）

<sup>6</sup> 林玲君（2004）指出，由於部落主體意識高漲，開始管理媒體採訪祭典，禁止媒體進入祭典會場，造成鄒族與媒體的心結，而別雍西的蜂蜜事件則引爆此一心結，因此後來形成「地方媒體、

1. 時任行政院原住民族委員會副主任委員的鄒族學者浦忠成於 2003 年 2 月 22 日投書自由時報，強調本案是文化差異問題，並呼籲：「當我們的元首曾經宣示，台灣是漢民族和屬於南島民族的原住民共同組成的社會；當原住民不斷為其傳統領域土地及自然主權爭取之時；當我們願意一起營造多元而彼此尊重的環境之時；是否可以在法律的思維與執行上，眷顧一下原住民的文化差異？執行公權力的檢警人員，是否可以多一些文化諮詢的素養？」（浦忠成，2003）。
2. 隔日擔任國小校長的鄒族人浦忠勇為文指出本案涉及的鄒族傳統制度課題：「原住民傳統社會對土地領域內的所有資產擁有自然主權，每個族群對這些資產都有其嚴謹的分配、取得、贈與的管理制度，鄒族對獵區、農作區、河區的利用方式，不但在實際的生活當中與部落規範結合，維持族人之間的生活秩序；透過農作歲時祭儀的象徵實踐與強化，更將經濟生產機制混溶在人與人之間、人與神之間的神聖道德領域。族人若違反這樣的部落規範，會受宗教性的詛咒或由長老庭刑鞭笞。這樣的生產方式，造就了部落山林人文與生態的平衡。」（浦忠勇，2003）。
3. 鄒族媒體與生態工作者梁錦德指出警察處理本案過程中的一些疑點，認為警察不了解鄒族文化及別雍西在鄒族的地位（梁錦德，2003）。
4. 鄒族文史工作者汪幸時則透過描述本案另一關鍵人物陳登茂先生在部落的形象，以凸顯只保護進入部落為所欲為之漢人的法律的荒謬性質：「...陳登茂是竹崎鄉中和村（石桌）人，從十幾年前早就被樂野、達邦、里佳三村（169 號公路沿線）村民所注意的不肖漢人，他也是遊走在 167、168、169 林班，盜取林班地副產物的不肖份子，其所經之原住民地區，不論路邊或住家，只要喜歡，只要沒人看見就取走佔為己有，這一次被汪頭目撞見而沒入其物品，依照汪頭目謙和內斂的個性，必然有其不得已的理由才如此下手。問題出在原住民面對法律質問時，就是缺少漢人那種盜者有理，撞見死不承認的辯才，卻反而告別人搶奪。此案乃冰山一角，近年來原住民地區流行一句：原住民報案，平地人大事化小事。平地人報案，原住民移送法辦。陳登茂在哪裡租設養蜂場？這根本是瞎話一堆，媒體報導表象，不去深入瞭解，讓人對頭目有先入主的印象，這也是我們的無奈。」（汪幸時，2003）。
5. 英年早逝的鄒族年輕學者楊智偉，則進一步點出本案別雍西只是行使其捍衛鄒族領土的傳統職權，並指出許多漢人過去橫行鄒族部落，不尊重鄒族原有

---

警察及司法體系，一鼻孔出氣的以自身擁有的權力，聯手將頭目『塑造』為搶奪他人財物的犯罪份子。」

<sup>7</sup> 「非鄒人」指鄒族以外的所有人，是近幾年在鄒族部落產生的說法。

規範，族人次忍讓，漢人卻變本加厲：「汪傳發酋長...如今卻為了阻絕他人入侵，保護鄒族傳統領域資源而被控結夥搶劫，令族人驚愕！酋長在鄒族的土地上執行傳統律法原本是件天經地義的事，奈何鄒族律法之上尚有中華民國法律，酋長不但要受強制法律審判亦恐有牢獄之災，若讓一族之尊被誣告而受盡屈辱，鄒族全體族人無法接受。長老描述，過去以來許多橫行鄒族部落的漢人，不尊重鄒族原有規範，族人本著以和為貴的善良多次忍讓，怎料食髓知味變本加厲。礙於鄒族傳統慣習無法律依據，多數族人又不懂法律，通常只能忍氣吞聲。此事件凸顯出不同族群認知差異上的問題，也彰顯傳統慣習與法律的衝突時原住民不被尊重的事實。」（楊智偉，2003）。

鄒族文化藝術基金會與小米穗原住民文化基金會於 2003 年 4 月 20 日舉辦「從鄒族頭目父子被捕事件談國家司法與原住民族習慣法之衝突與調和座談會」<sup>8</sup>，座談會的目的：「...為了原住民法律位階之提升與改革，促進並保障鄒族以及全體台灣原住民族之民族公平正義，建立台灣更理想和諧之族群關係，於四月二十日，針對鄒族頭目被捕事件談論建立原住民部落警察與民族法庭之可能性舉行座談會，除了釐清對此事司法判斷應有的考量與態度，營救鄒族頭目，更期望能據以提供政府相關司法單位設立原住民警察司法體系之參考。」這次座談會再次強化本案是鄒族傳統習慣法與國家法的衝突，並進一步主張應推動相關體制改革，比如設置原住民族專業法庭及包含司法權的原住民族自治制度。

雖然聲援別雍西父子的聲浪此起彼落，但法院顯然並未採納這些聲援者所提出的主張，因此簡易庭及刑事庭都做出相同的判決。判決做出後，立報在一篇題為「當鄒族頭目被判為強盜犯鄒族人決不屈服」的社論中指出：「鄒族頭目沒有一毛薪水，除受到族人敬重服從其指示進行祭儀外，平常一切自食其力，與一般族人無異，他何苦做取締的事？他只是做過去一直在做的事，一如過去頭目所做的，即維護鄒族傳統領域與土地資源而已。在他祖父當達邦社頭目時，他約 4、5 歲進入鄒族男子集會所（kuba）接受摔角與搏鬥訓練之時，中華民國還沒來台灣呢！傳統領域自西部平原到中央山脈脊嶺，將獵場、河川分配給氏族做為自給自足生態區域，鄒族同其他原住民族形成游耕漁獵的生活方式。」「這正是鄒族傳統規範與國家律法之衝突，中華民國警察以及司法宣判了正直的鄒族頭目父子為強盜犯，卻令平日縱橫山區為所欲為、專司欺騙善良原住民，以及濫盜山林如山老鼠般的刁民繼續逍遙（抱歉！這樣的人實在太多），難道鄒族只能嘆這是歷史慣性與遺毒？」、「說鄒族頭目是強盜，絕對是對鄒族的嚴重羞辱！請這個國家及其司法者回答，鄒族頭目需要搶一個經過家門的漢人蜂蜜嗎？搶去吃、去賣嗎？搶著好玩？他有習慣做這麼廉價的強盜？不是，對吧！再問，因為他看漢人

<sup>8</sup> 座談會由鄒族學者汪明輝主持，出席人員包括汪念月（鄒族特富野社別雍西）、浦忠成（原民會副主委）、高金素梅（立法委員）、Niclas S. Ericsson（哈佛大學傅爾萊特訪問學人）、施正鋒（淡江大學公行系教授）、王泰升（台灣大學法律系教授）、林明德（南島時報雜誌社社長）、林佳和（小米穗原住民文化基金會董事長）。

不順眼，所以故意搶蜂蜜？他也許真的看多了漢人在山區的囂張行徑，如明知鄒族已做標記的蜂蜜、虎頭蜂窩或是傳統族人公有之箭竹林、山蘇、百香果等山產，漢人還是照盜採不誤，不過頭目從來未曾無故冒犯外地人，這也是確定的！其子現身為山地義警，救火、救難無所不與，幾年前也曾遇見有附近漢人盜採箭竹筍而報警，而移送發辦，今以同樣心情制止盜採者，結果卻不同？這絕不是什麼『法律之前，人人平等』或『王子犯法，與庶民同罪』可一語帶過，這正是國家對原住民族及其文化之藐視與不尊重。」（以上均引自立報，2004）

本案從警察訊問筆錄、檢察官偵查到法院審理的過程，別雍西都堅持用母語發言，再由鄒族人<sup>9</sup>翻譯成中文，對此檢察官責問別雍西：「鄒族人，你為什麼不會講國語？」姑不論汪傳發別雍西年近古稀，且常年在部落生活，本來即無法流利使用國語，問題是，別雍西只有使用鄒語才能陳述鄒族的傳統習慣法，何況當事人本來就有請求通譯的權利。

由於本案涉及鄒族傳統習慣，因此第二審審理時，別雍西父子委託的律師曾請求審閱學者專家有關鄒族文化的資料，以證明別雍西在此事件中欠缺「不法意識」，然而，「法官並以高昂的語氣接著說：『這部法律，拿到玉山也是一樣。』」（林玲君，2004）固然，法律條文無論在哪裡都一樣，但是，法律的解釋並非僵硬的教條，尤其在憲法肯定多元文化之規範前提下，應以更多元的觀點進行法律的解釋。黃榮堅（1998）曾指出：「很多原住民土生土長在當地耕作，常有的情況是父親接續祖父，兒子接續父親使用附近的土地，原本無事，有一天改種作物或將舊屋改建，然後就被起訴判刑，理由是構成森林法或山坡地保育利用條例所規定的犯罪。然而這些原住民，其實還根本無法理解，為什麼他們和他們的父祖輩過著和往昔一般的日子，今天卻突然要被抓去關。而我們也懷疑，為什麼這些原住民也還無法理解為什麼會被抓去關的情況下，還是會被抓去關。」簡言之，法律用語會被披上「有權解釋者」的族群色彩（成見、意識型態），亦即，其語義會朝向有利於掌權族群的方向確定，其他的可能性則被掩蓋、忽略或漠視，這也即意味著其他族群之權利被掩蓋或忽略，此時，非掌權族群即必須藉助詮釋學反思的技術，從掌權者宣稱的穩定的語義表述或客觀性中，認識其中隱藏的權力宰制脈絡，並加以批判解消，從而找回解釋的多元可能性，進一步從這些被隱藏的意義中，爭取本應擁有、卻被忽略掩蓋的權利。

值得注意的是，第 151 號判決顯然注意到有關本案屬於鄒族習慣法與國家法之衝突的主張，因此在判決書中，法官花了一段篇幅（雖然文不對題）進行討論（即本文開頭之引文），其主要論點如下：

<sup>9</sup> 高德生及梁錦德先後擔任翻譯。

1. 凡涉及原住民族與非原住民族之權利衝突事項，除法律基於正當理由，另以明文規定對於原住民族特別採取較優勢保護外，尚不能因原住民族係眾所公認之弱勢族群，即允其逸脫一般法律規範，對於他人之財產法益予以侵害。
2. 別雍西父子均曾接受學校教育，因此屬於文明社會的成員，應當認識不得搶奪乃放諸四海皆準之道德規範與法律誠命，因此本案被告並不存在對於刑法禁止規範不知或認識錯誤之情狀。

從此二論點來看，法官顯然避免正面回答「鄒族習慣法與國家法衝突」此一問題，也沒有具體說明本案是否存在考量鄒族習慣法之餘地，更沒有探討本家中相關的鄒族習慣法是甚麼。反之，卻發展以下二條詭異的思考進路：

1. 認定原住民屬於「弱勢族群」，並把憲法增修條文所規定的對於原住民族的特殊措施定位屬於「優勢保護」。
2. 逸脫法官的權責，大談「文明社會」、「放諸四海皆準的道德規範與法律誠命」，並且在判決中提出成為文明社會成員之標準為「有受過學校教育」，進而「認定」別雍西父子屬於「文明社會的成員」，因此理當「認識……放諸四海皆準之道德規範與法律誠命」。

問題是，何謂「文明社會」？真的存在「放諸四海皆準之道德規範與法律誠命」嗎？如果從憲法增修條文第 10 條第 11 項規定的「國家肯定多元文化」的規範意義來看，多元文化指涉一種規範上應然的要求或評價標準，要求我們去建立多元文化的社會，或以多元文化理念為標準來批判檢討社會的狀況或制度，那麼，作為本案歸責別雍西父子之基礎的「文明社會」究竟是指甚麼？是指漢人社會、城市社會、還是其他？然而，無論是甚麼，有可能不違反多元文化的規範要求嗎？同樣的，所謂的「放諸四海皆準之道德規範與法律誠命」，姑不論全球近二百個國家各有不同的法律制度，因此是否存在所謂的「放諸四海皆準的法律誠命」即有疑問，更重要的是，這種價值一元論本質上就與憲法所要建立的自由社會（價值多元）、多元文化社會相左。

再則，第 151 號判決雖然刻意避而不談鄒族傳統習慣法，卻提出「放諸四海皆準之道德規範與法律誠命」，似乎認為標舉「放諸四海皆準之道德規範與法律誠命」的大旗之下，則無庸再談論不屬於文明社會的、弱勢的鄒族傳統習慣法。此一思維模式與最高法院 2009 年 98 台上字第 7210 號判決相較實不可同日而語，該判決指出：「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。本此原則，原住民族基本法第 30 條第 1 項已經揭示，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，以保障其合法權益。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。」最高法院的判決顯然有完全不同的論證基礎，強調「多元主義之觀點、文化相對之角度」，進而認為「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。」

往者已矣，第 151 號判決已然定讞，作為案件當事人的汪傳發別雍西已於 2008 年靈歸塔山 (hohcubɔ) <sup>10</sup>，然而，雖然已有原住民族基本法的規定及最高法院 2009 年 98 台上字第 7210 號判決，第 151 號判決所忽略的鄒族有關財產的傳統習慣法，至今仍未獲得應有的尊重，鄒族人在其土地上從事父祖輩從事已逾千年的行為，仍常被判為非法，別雍西只能因為「犯罪後態度良好」且「深具悔意」而受到「緩刑」的恩賜。因此，本文打算重新「複誦」(yevaha) 有關鄒族的傳統財產權體制及其所面臨的困境。

採「複誦」此一用語有二層意義：首先，鄒語”yevaha”的意思是「再說一次」，過去鄒族透過口傳把重要的事情代代相傳，為了完整傳承，必須不斷的「複誦」、「複誦」、再「複誦」；其次，在別雍西蜂蜜案件審理過程中，有關鄒族傳統財產權其實已經被「說過」了，因此這裡只是要「再說一次」。並且如果一次不夠，還要繼續不斷地「再說一次」。

## 二、鄒族「財產權」的內涵

### (一) 鄒族概述

鄒族 (Tsou 或 Cou) 是指以我鄒 (Cou a'toana) 意識自我識別的一群人，Coua'toana 是由 Cou<sup>11</sup> (人) 和 a'toana (我們) 所組成，a'toana 是從 a'to 變化而來，a'to 是言說者將我群區別於他群的說法，所以 a'toana 可以直譯為「我們這群」。在神話 (yehohamo) 傳說 (oenghava) 中，天神哈莫 (Hamo) 搖動楓樹，飄落的楓葉 (一說楓果) 成為鄒族的祖先<sup>12</sup>，後來經歷洪水時期，族人在玉山 (patunkuonɔ) 躲避洪水，洪水退後，不同氏族循不同路線下山，尋找居住之地，

<sup>10</sup> 按照鄒族神話，人死後，人的靈 (hzo) 會前往 hohcubɔ 以靈體繼續生活，hohcubɔ 今名塔山。

<sup>11</sup> Cou 是人的意思，所有的人都稱為 Cou。鄒族另一個指稱人的稱謂是 yatatiskova，直譯是「住在光明中者」，對照於 yatavoecɔvcɔ (住在黑暗中者，指靈)。

<sup>12</sup> 除此之外，鄒族還有另一造人神話：天神哈莫降臨特富野，在土裡播下種子，種子長出來後，成為人類的祖先，故稱為「從土裡長出來」(cmɔfeɔ to ceoɔ)。另一說則提到造人之神是尼弗奴 (Nivnu)。



幾經聚合，成為現在的部落分布樣貌。如今，鄒族一般區分為北鄒及南鄒，北鄒指居住在嘉義縣阿里山鄉及南投縣信義鄉（主要是久美）的鄒族人；南鄒分為沙阿魯阿（Saarua）及卡那卡那富（Kanakanavu），居住在高雄縣桃源鄉及那瑪夏鄉。依據行政院原住民族委員會網站統計資料顯示，2011年9月底戶籍資料註記為鄒族者有6,871人<sup>13</sup>，包括男性3,341人及女性3,530人。

阿里山鄉的鄒族分屬特富野（tfuya）、達邦（tapangu）及伊姆祝（imucu）等三個社（hosa），其中伊姆祝社於20世紀幾乎消滅，倖存者加入特富野社。特富野社有樂野（Lalauya）、來吉（p'ngu）、taptuana、cpu'u、meoina等小社（lenohi'u），達邦社則有里佳（nia eucna）、山美（saviki）、cacaya、pcopcopknu、c'oc'osɔ、fitfa、sasango、yo'hunge、yamakayuwa等小社。阿里山鄒族現存8個氏族，分別是漢姓安（Yasiungu）、楊（Yakumangana）、石（Yaisikana）、湯（Yulunana）、梁（Niahosa）、汪（Peongsi）、方（Tapangu）、高（Yata'uyongana），還有大約40個左右的世系群。本文是以特富野社為描述主體，最主要的原因是筆者之一屬於特富野社人，從小在特富野社長大，以特富野社鄒語為母語<sup>14</sup>。

特富野社是由梁氏族（Niahosa）在古遠年代所建立，而後石氏族（Yaisikana）、高氏族（Yata'uyongana）、杜氏族（Tosku）、汪氏族（Peongsi）加入，最後才是其他氏族，因此，在部落祭典中這五個氏族有相當優越的地位，比如在瑪雅士比（mayasvi）<sup>15</sup>祭典的迎神祭，領袖（peongsi）之後即是這五個氏族，收穫祭（homeyaya）時，也優先拜訪這五個氏族的祭粟倉（emoo no peisia）<sup>16</sup>。特富野社有領袖（peongsi）、征帥（euozomu）、裨將（maotano）、刑官（panatao）、巫師（yoifo）、長老會議（mamameoi）等組織，特富野社有庫巴（kuba）<sup>17</sup>，各氏族有祭粟倉（emoo no peisia），依時節舉辦播種祭（miyapo）、收穫祭及瑪雅士比，並對其生活領域（hupa）形成井然有序的支配體系。

## （二）陌生的語境

「財產」或是「財產權」是很抽象的概念，人如何可以正當的主張某物是自己的財產？洛克（John Locke）提出「勞動取得」的觀點：「每個人對他自己的人身擁有一種所有權，這是除他自己以外無人可以擁有的權利。他身體的勞動和雙手的工作是正當的屬於他的。於是，只要他使任何東西脫離自然所提供的和那

<sup>13</sup> 2011年9月原住民總人口數為518,218人，其中有21,087人尚未註記民族別，因此各族人口統計數字並不精確。

<sup>14</sup> 特富野社及達邦社的鄒語大體上相同，但部分辭彙有不至於影響彼此相互理解的差異，說話的音調也有特富野社重濁、達邦社綿軟的差別，本文的鄒語都是以特富野社語音標記。

<sup>15</sup> 鄒族祭典名，過去曾譯為戰祭、團結祭，由於這些譯名無法完全涵蓋祭典的內涵，因此現在多直接音譯為瑪雅士比。

<sup>16</sup> 直譯作「禁忌之屋」。

<sup>17</sup> 亦譯作「男子會所」或「公廨」。

個東西所處的狀態，他就已經滲進了他的勞動，並且加入自己的某些東西，因而使它成為他的財產。」(Locke, 1690)，洛克並把「耕作」當作勞動的主要形式，進而認為美洲的原住民對於他們所居住的土地沒有任何權利，因此遭到康德的嚴厲批判，康德認為，忽視原住民的最先占有，沒收他們的土地，是一種詐欺行為，這種獲得土地的方式應得到批判 (Kant, 1996: 55)。黑格爾進一步細緻化洛克的理論，黑格爾認為財產分為占有、使用(勞動)和轉讓三階段，占有區分為三方面：對某物的身體奪取、賦予某物形式以及指明某物是自己的，而使用則是通過物的改變、毀滅或消費來實現自身的需要，黑格爾並認為，相對於奪取而言，使用是次要的 (Hegel, 1991: 54-59)。1840年，蒲魯東 (Pierre-Joseph Proudhon) 出版《什麼是財產？》乙書，他的答案是：「財產即盜賊。」之所以是盜賊，因為財產的取得世人對自然的奪取，也是對人類共同體之資源的盜取，因此財產都是破壞平等的，都是不正義的，他並指出：「羅馬法明定財產是在法律限度內對於一個事物的使用權和濫用權...讓農作物爛在腳下，在他的地裡灑鹽，把他的母牛放到沙地上，使他的葡萄園變成荒地，還可以把他的菜園變成游獵之林。」(Proudhon, 2004: 85) 以說明取得財產權後，財產成為人的禁嚮，權利人未必會讓財產服務於人的需要。Garnsey (2007: 233) 總結財產權的理論指出：「擁有財產不是一種自然權利或人權，但是，複雜社會的人們不遺餘力的去獲取、占有感到所需或者認為有價值的外界事物，並給他們貼上『我的』標籤。」這段文字點出財產權的核心概念是「獲取、占有」及「我的」，這包含二層意義，首先是人與物的關係，亦即透過先占或其他勞力的投入，確立對於該物的事實支配；其次是人與人的關係，亦即獲得對於作為財產權標的排他的權利，此一權利內涵還包括使用、占有、轉讓、管理、收益等等，而這種由勞動、時序所架構出來的財產概念，成為市民社會秩序的基礎。

然而，形形色色的財產權理論，都和原住民族的經驗有很大的差距，Martinez Cobo (1983: 26) 即指出：「對原住民來說，土地不只是財產和生產方式，土地與原住民族的精神生活與大地母親 (*Mother Earth*) 的完整關係，有許多深層的指涉，土地不是可以取得的商品，而是自由享受的基本質素。」，Daes (2001: 7) 也指出：「原住民族不斷強調他們和故土 (*homelands*) 的關係...他們希望非原住民社會能了解，原住民族的土地、領域及自然資源，對於原住民族社會之精神、社會、文化、經濟及政治延續之重要性...將原住民族的土地、領域及自然資源和他們的文化差異及文化價值相分離是非常困難的。」原住民族與其所生存世界中存在的萬物有非常獨特的關係，此一關係包含社會、文化、經濟、精神和政治的面向，並且強調共同的分享及跨世代的責任。簡言之，許多原住民族都沒有近代市民社會所持的「財產」的概念，「西雅圖酋長宣言」<sup>18</sup>的開頭巧妙的說出

<sup>18</sup> 「西雅圖酋長宣言」雖為好萊塢編劇 Ted Parry 之創作，是該作者於 1972 年幫一部浸信會出資的紀錄片所寫的腳本，但內容表達了原住民對待土地的看法與非原住民的差異，故經常被引用而咸被視作經典，本文亦在此借用之。

這點：「您怎麼能夠拿穹蒼與土地的溫馨來買賣？對我們而言，這是多荒謬的想法啊！假如我們並不具有空氣的清新與流水的光耀之所有權，您怎能買下它們呢？」

「本族...無代表『財產』之語彙。(臺灣總督府臨時臺灣舊慣調查會, 2001: 167)」, 日本進行的鄒族有關財產的慣俗調查是第一次以現代市民法概念為基礎, 對於鄒族傳統財產制度進行調查, 第一句即指出「財產權」一詞, 並不存在於鄒族的語彙中, 也無相對應的詞彙。語言是存在的居所, 也是人類最後的家園, 語彙的缺乏, 即代表二者之間的陌生, 以及兩者間存在的巨大鴻溝, 因此無法直接將既有的財產概念套用到鄒族, 只能對鄒族進行全盤的考察, 從鄒族與其生存空間存在事物的關係, 以及鄒族內部的倫常規範及社會組織, 來了解鄒族的傳統財產制度。根據汪明輝(2008: 216)調查指出, 鄒族最基本的財產觀念, 為大自然之生活資源, 不論是土地、森林、水源及一切生物, 皆屬於 ak'e mameoi (土地神) 所管轄宰制, 人所需要資源皆為土地神所賦予, 天賦觀念使鄒族對自然資源、財富維持著公有性質, 所謂公有即自然在未經人類取用的狀態下之公有, 人類只須透過先佔方式而得到使用之權利。可以說, 鄒族的財產制度保持著公有制度的基本特質, 與社會組織有密切關係, 主要財產大體屬於氏族或亞氏族所有, 次要的事物則屬於個人(衛惠林等, 1952)。

### (三) 鄒族的社會組織

鄒族最大的社群單位為「大社」(hosa), 大社有世襲的首長稱為別雍西, 一旦成為別雍西, 其地位之高不僅顯示在部落內儀式舉行時的結構位置、享有在儀式過程中被社眾尊敬的待遇、主持或領先進行各項有關儀式; 而且更掌有部落整體的內政大權, 有權裁奪糾紛、處罰觸犯違反部落安全保證者, 同時也擁有對外交涉的權力。對鄒人來說, 這個在「百世不遷」的首長家系中產生的部落領袖, 表徵了整個部落社會的結構秩序之確立的一個中心以及整體利益的趨向(王嵩山, 1990: 207)。大社是完整的宗教、政治、社會團體, 有自己的領域、獵場及祭儀, 並對於罪行施行審、罰, 而別雍西則是大社的捍衛者。除了別雍西, 還有征帥(euozomu)、裨將(maotano)、刑官(panatao)、巫師(yoifo)、長老會議(mamameoi), 共同形構大社的基本政治、社會體制, 而其中長老會議是最具權力的組織, 重大的部落行動都必須先在長老會議中通過, 才能付諸實行。大社人口因開墾、防衛或其他因素而在大社周邊形成小社(lenohi'u), 基本上仍在大社的政治、社會及宗教的結構下運作。

大社是由氏族所組成, 鄒族的氏族有三層, 第一層為亞氏族, 鄒族共有 40 個亞氏族, 其特徵為擁有一個獨立的姓氏, 亞氏族是最親近的血緣團體, 過去共同居住、飲食, 並互負扶養義務, 其長老可以出席大社的長老會議, 決定大社的

重要事情；第二層是氏族，數個亞氏族由於血緣、收養或嫁娶等因素，逐步聯合形成氏族，同一氏族內的亞氏族不能通婚，共同祭祀，共同使用獵區，獲得獵物要分贈分贈氏族各家；第三層稱為聯族，鄒族各社都有安、汪、高三個聯族，是相當疏遠的親戚關係，其功能為互用獵區，共享獵肉，共負血仇（浦忠成，1999：31-33）。

以別雍西為首的政治社會結構以及三層氏族形成的親族倫常，基本上也是鄒族財產體制的基礎，層次分明的體系，結合共同的禁忌、祭儀及習慣規範，而形成人與物的關係，而該人與物的關係則直接反映人與人的關係，比如大社領域內之庫巴及未經使用的自然林野均屬大社公用，其餘獵場、漁區屬氏族，同一氏族內的亞氏族可以互用獵區、漁區，但仍須踐行告知及分享的義務。住地、耕地、自然林野則屬亞氏族。

而祭儀的社會整合象徵也扮演重要的角色，比如透過收穫祭（Homeyaya），氏族成員共同對粟神（ba'e ton'u）行祝獻禮，以即告氏族之家祭，連結各亞氏族的情感，也透過各種祭儀連結其耕地、獵場、漁區，而瑪雅斯比（Mayasvi）則進一步統合各氏族，象徵大社領域內之耕地、獵場、漁區及生活資源之聯合（汪明輝，2006：129-131）。

#### （四）鄒族的財產制度

##### 1. 鄒族財產制度的基本結構

在社會結構及親族體系的架構下，鄒族之財產可分為以下四種（汪明輝，2006：98-102）：

(1) 大社財產：基本的土地權，與部落疆土以上的未經人力一切自然財富原則上皆為部落之公有物。未經耕種之土地、山林、水源皆為部落之公有物（atsubuo matsutsuma），在原則上不能讓與其他部落，如要分配給氏族，則必須經過長老會議。庫巴及庫巴內的物品亦屬大社公有財產。

(2) 氏族財產：漁場、獵場之所有權屬氏族，再由氏族分配亞氏族使用。

(3) 亞氏族財產：凡是與屬於亞氏族之分子共同生產、消費有關之事物，例如房屋基地、房屋及其附屬物、大型農具、家畜、獵具、漁具、手工藝生產品、農作物等。

(4) 個人財產：個人財產由勞動收益或個人實際使用而取得。而動產之承繼（ticngihi）限於個人財產之動產，財產通常分開男女使用的東西，男用的東西如武器獵具由父子承繼，女用的東西如縫紉用具由母女承繼，無子女時由兄弟姊妹及近親分配之，如死者有遺囑亦可由遺囑決定繼承人。

鄒族對於土地主要包含使用、收益及處分三權：1. 使用：地主得任意於其所有地建築、耕作、狩獵、漁撈或採集木、竹、籐、果實等天然產物，即使是同族的人若未得地主允諾，也不得有上述之行為；2. 收益：地主可親自在其地從事耕作、狩獵、漁撈或是採集，除收益外尚允許其地供他人使用，收取報酬，此種報酬，有時是收益的一部分，有時是其他代替物或酒食，因其使用目的及使用者而異；3. 處分：地主得處份其所有地，處分時不受任何限制，唯欲將地轉讓給其他社或其他族群時，須經過長老會議的同意，若別雍西為有力人士，也會出面干涉（臺灣總督府臨時臺灣舊慣調查會，2001：175-176）。

土地為氏族所共有，其所有權的確立乃以進入開墾的先後為原則，但氏族中的個別成員並不擁有土地所有權的「持分」。因為是一團人公有其土地，所以假定氏族中某一個人生了很多孩子，某個人生一個，此時所有成員的土地權利依然一律平等，同理，這權利平等亦不受分家或數家合併的影響（小島由道，1918：310-311 轉引自王嵩山，1990）。所有土地及以共同管理、共同分配為原則；其各氏族每年藉聚會一次的機會（通常是在 homeyaya 儀式之時），經過族內長老共議來分配耕地。休耕之地歸全氏族共同管理，現耕地則由現耕者專權管理（小島由道，1918：310-311 轉引自王嵩山，1990），因此土地實際上的管理使用權主要再聯合家族之上。如果處理氏族所有的土地時，原則上必須取得全氏族人的同意；但也有例外者，例如 Tufuya 與 Tapangu 兩大社的人，若要處理土地時，只需經過該地之現耕作者的族人共同協商，便可處理。但一般而言，小社的人卻不能擅自處理土地所有權，一定要徵得大社宗家的同意之後才可處理。但不僅如此，理想上處理土地所得的代價，係以全氏族共享為原則；亦即凡是產生自土地的收益（包括收成與轉讓），原則上都要平均分配給氏族中的各家。然而實際上並不一定如此，因為各氏族之中，凡居住在大社中的，勢力都較強大，其社會地位與權力亦較高大，所以分配時往往分得較多；並且分配物較少時，則只給平常及管理該地者，而非全氏族的人均能共享（小島由道，1918：331-334 轉引自王嵩山，1990）。這種區分實際上呈現出來的含義是：氏族為土地的所有權者，實際的運作上則只有未耕地與休耕地才屬於氏族所有耕地則屬於社會的基本單位聯合家族所有。此種情形顯示在獵場與漁區上。

亞氏族中的人可進入其所共有的山林，採集天然產物，而他人只要是同氏族人，亦可在得到該地地主的許諾後，無償入山採集天然產物。然而，平地人進入本族領域內採集天然產物時，需要事先取得地主之許諾，並且採集者通常要向地

主繳納某些財物。日治之前，據說北鄒的 E'ucna 氏曾因平地人進入公田庄以南之山採集木材，而對其收取布疋及農具等物。在此情形中，若地主所收取物件較少時，僅分給該地的亞氏族（現管理者）；而所收物件較多時，則必須分配給全氏族（臺灣總督府臨時臺灣舊慣調查會，2001：176，179）。

## 2. 財產取得及移轉

鄒族財產的取得，有以下幾種方式：1. 自然的賦予權：對土地、山林水源等自然財產認為是公有的，而任何個人群體為了生活之需要，有取用尚未被他人所佔有的自然財產之權利；2. 先占權：凡自然財產誰首要發見、首先佔有，即可取得所有權及使用權；3. 勞動收益權：個人或群體對自然事物曾加上自己的勞力者，即有權取得所獲致之財產收益，比如耕地屬亞氏族，實際耕作者可以獲得更作所獲之多數收益；4. 戰爭擄獲權：以戰勝者資格取得戰敗者之財產；5. 讓與權：因誤殺而賠償等原因，自財產之原所有者取得讓與權；6. 有效使用權：衣服器物、武器等經常由其有效使用者保管，該使用者即變為該財物之所有者，如使用者為個人則屬個人，使用者為亞氏族或氏族則屬其集體所有（衛惠林等，1952）。

鄒族對自然物之取用乃是採先佔方式，如已作標示，他人即應承認其先佔權。土地的所有權除水源山林外，其所有權大體屬於氏族，土地移轉<sup>19</sup>之理由通常是基於贈與和賠償，另也有交換、租借（汪明輝，2006：100-102）原則上，土地不論獵場（hupa）、耕地（zoyu）或漁區（ch'oeha）乃部落公有，尤其耕地休耕後恢復成荒地，理應變成無人所有狀態，然而事實上，大社形成，領域劃定之後，則領域內各獵場、耕地或漁區之所有權便已固定成氏族世襲制，也就是部落之土地資源已為各氏族（或亞族）所有與使用（汪明輝，2008：216）。

對鄒族而言，無主的物件如山野中自然生存的動植物，可因先佔而取得其所有權，並且存有未實際占有某物之前，預先表示欲佔有某物的標示方法。若某物已被標示，他人不得侵犯。先佔須先做記號以示佔有稱為 a'honga，a'honga 原來的意義是「識別出來」，用來表示透過先佔記號將該物從林野中區別出來而歸屬於發現者，其方法因財產性質不同而異。獵場之先佔乃在該區域周圍置疊石壓箭一支，並使箭頭指向區域之界限，若有耕地亦然；惟有時還在四周砍伐樹草以為界限，使之更為明顯。河川亦然，上下界予以疊石數層做標記，稱為 peofatva。年代漸久以後，族人均已熟知各界線，不會如前述一一明示界線，只有在移轉所

<sup>19</sup> 移轉土地有一定的法定交割儀式，受讓者除賠償的情形以外，必須交给出讓者 5 支箭，出讓者持箭獻於土地神之前行祭告儀式，儀式後則至出讓土地上行交割式，受讓者依土地單位數取小石數塊、茅草數束壓置地上，然後舉酒祝曰：「我等因某種理由已取得這塊土地之所有權，請神佑我，狩獵時多有所獲，不致受傷，不為石頭絆倒，使惡靈與毒蛇不能加害於我。」雙方之領袖必須在場監誓並決定土地之界限（汪明輝，2006：102）。

有權時加以標明地界（汪明輝，2008：216；臺灣總督府臨時臺灣舊慣調查會，2001：177）。

除土地以外，鄒族對自然物的取用也是以標示作為先佔方式，例如標示先佔之樹木，是剝下少許樹皮，只將茅草對折插置於樹皮和樹幹之間；標示預佔溪流中的魚介時稱為 *pehongi*，即點燃茅草前端，將其綁在魚叉柄上，同時將茅草對折置於石上，再以小石壓置，一旦溪主做此 *pehongi* 的標示時，則該區全然不得從事漁撈；標示蜂巢則是砍斷茅草，去除葉片，將其前端切為二，並且夾茅箭在其間，矢頭朝蜂巢所在之方向放置，或是把茅葉綁在茅草莖上的東西，立在該物旁邊，稱為 *tomohvi*<sup>20</sup>，如圖 1 所示（汪明輝，2008：216；臺灣總督府臨時臺灣舊慣調查會，2001：106，182）。

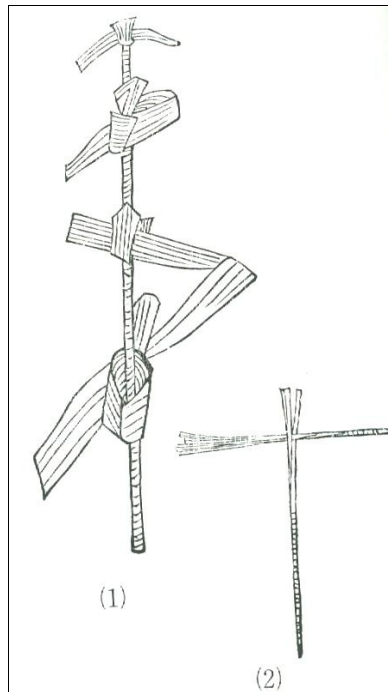


圖 1：先佔的標識<sup>21</sup>

### 3. 財產管理

對於上述土地、獵場、漁區的管理，除透過氏族本身的監管之外，大社共同的習慣規範亦扮演重要之預防糾紛的角色。如果未徵得所有人的同意而隨便使用

<sup>20</sup> 最近許多族人指出，許多異族人進入部落，不僅不尊重先佔標示，反而刻意到處尋找先佔標示，並竊取蜂巢。

<sup>21</sup> 圖片來源：臺灣總督府臨時臺灣舊慣調查會（2001：106）。

他人土地、獵魚區、被發現之後，便於當前 homeyaya 的儀式上，由別雍西公佈其罪行，並由別雍西指令一人對其鞭打懲戒（王嵩山，1990：178）。

不論任何東西，只要是屬於他人的所有物，皆禁止掠奪，凡竊取他人之物者，被害者都可對其斥責、毆打。侵害他人獵域者，則令其繳納部分獵物，以向地主謝罪（臺灣總督府臨時臺灣舊慣調查會，2001：183，203）。即使至日治時期，在以別雍西為主的政治社會結構中，別雍西的地位不但沒有因警察制度的介入而削弱，甚至反而因其掌有原有內政與司法上的權力，以及大社之宗教儀式執行者的地位，透過殖民政府的頭目制度之合法化，更確立其社會地位，因此目前的長老們回憶起日治初期的別雍西，均承認為很有權勢的「頭目」（王嵩山，1990：210）。

「分享原則」是鄒族財產制度的重要精神所在，透過分享原則，氏族與氏族、亞氏族與亞氏族之間可以互通有無。「分享」不是禮貌性的、隨意的饋贈，而有其規範內涵，亦即在社會結構、氏族倫常及宗教信仰的內在聯繫，依據傳統習慣規範，將獲取物進行合宜的分配。以狩獵獵獲的動物為例，獵物分配對象包括：獵到者 nu-no-mayo，與獵物搏鬥者 nu-no-momu，獵場主人 nu-no-hupa，共同狩獵者 nu-no-mo-nxthx e'ohx，背負者 nu-no-mahafo，切第一刀者 nu-no-smehxtx，處理獵物者 nu-no-maapaso，親友 butis'i，另外還要用山豬的肉、舌、心、肝、胰等肉祭祀土地神 topeohx，而肉的切法，分配的部位，也都有一定的規矩，如果逾越即被視為無禮。其他領域如獵場、漁場之使用也都受分享原則的支配。

### 三、文明社會的野蠻誠命：掠奪者有理？

原住民族與外來者的相遇，通常都造成原住民族悲慘的後果，外來者透過軍事行動、武力迫遷等手段，以及國際法上的「無主地」（*terra nullius*）及「發現主義」（*doctrine of discovery*）<sup>22</sup>，大肆掠奪原住民族的土地及資源被掠奪，並恣意破壞其傳統社會秩序。鄒族雖然沒有遭遇外來者強烈的武力攻擊，然而卻遭到同樣的掠奪，外來者完全不承認台灣原住民族的主權，也不承認台灣已經存在與市民法相異且獨立的原住民族財產權系統，因此直接以法律的暴力否定原住民的土地權，台灣總督府於 1895 年公布之「官有林野及樟腦製造業取締規則」第 1 條規定「無官方證據及山林原野之地契，算為官地。」在一紙命令下，原住民族的土地權一夕之間全部成為「國有」，國民政府 1947 年所頒布「台灣省土地權利

<sup>22</sup>依據發現主義，當歐洲基督教國家發現一塊新土地，縱然當地原住民族已經擁有、佔領且使用該土地，發現國仍當然取得對於該非基督徒或非歐洲人之土地的統治權及財產權。歐洲人在北美取得的財產權屬於未來權（future right），是一種有限制的繼受資格或所有權，是向原住民購買該新發現土地的獨佔權，稱為先買權（power of preemption）。此外，發現國也自動取得對於原住民族有關國際政治及貿易關係之管理權，而上開政治、貿易及財產權的移轉完全無須印地安人民或其政府知情或同意（Miller, 2007: 9）。



清理辦法」第 8 條規定「經前台灣總督府依據土地調查及林野調查清理之結果歸公有之土地概不發還。」使得原住民族的土地迄今仍是國有地。對此黃居正(2004)指出：「不論是日本殖民主權或國民政府，藉由市民法的解釋系統，完全否定了原住民在台灣所曾經存在的時空，包括原住民族與市民在時序系統上的『同時性』(coevalness)，以及原住民財產權在空間上之『延續性』(continuity)。」這也讓我們想起沃切斯特案(Worcester v. Georgia)中馬歇爾(John Marshall)大法官在的判詞：「美洲大陸與歐洲大陸相隔一片廣大的海洋，那裡居住著一群獨特的人民，他們分成不同的民族，各自獨立，有自己的組織，用自己的法律管理自己。令人費解的是……被發現的一方竟然要將自己土地權讓給發現者，而土地原始擁有者的權利全遭廢除。」。而吳豪人(2005)更指出：「以殖民掠奪而來的『成果』，既非『先占』，更非『勞動』。台灣原住民百年來喪失的土地，就是被這種『連缺陷重重的近代私有權理論也不屑承認』的強調行為所掠奪走的。」。

土地國有後，政府劃設保留地供給原住民耕作、畜牧及採材使用，原則上每人分配 3 公頃，其所有權屬國有，原住民只有使用權，直到 1966 年，才可以透過一定期限的使用而無償取得所有權。基本上來說，原住民保留地是非常矛盾的制度，首先，保留地制度與並非以傳統財產制度為基礎，保留地直接分配給個人，大社、氏族及亞氏族固有的土地及自然資源權利完全消失，因此保留地制度可說是殖民者以小換大的詭計，透過此一制度斬斷鄒族與其生存空間的完整的關係，鄒族相關的傳統習慣規範無以實踐，而族人依據傳統習慣規範在保留地以外的傳統領域從事的行為如狩獵、採集、開墾，均有可能違反法律規定。其次，保留地制度與市民社會的財產原則亦未盡相同，亦即原住民取得的不是完整的所有權，而是被剝奪自由處分權的矛盾的所有權，因此也難以真正發揮其作為財產權之完整功能，甚至原住民因此成為貧窮的地主<sup>23</sup>。因此，近來有些族人嘗試跳脫保留地的一般運作模式，將自己所有的保留地的管理權交出來，透過部落共識，形成管理組織，共同經營管理，並分享收益，在保留地裡恢復傳統共有共享的土地制度，已有一些初步的成效。

國有化全面發生在鄒族傳統領域內，不僅土地成為國有，領域內的自然資源如森林、河川、野生動物、礦，無一例外的國有化，進一步割斷鄒族與其生存空間的關係。2004 年森林法的修法出現一個有趣的現象，該次修法在第 15 條增列第 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。」表面上似乎讓原住民可以依其傳統習慣採取傳統領域內的森林產物，但是後半段卻規定「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。」完

<sup>23</sup> 近幾年法制上出現「未產生經濟收益的原住民保留地」此一用語，而按照該用語的定義，75% 以上的原住民保留地均屬之。

全架空「生活慣俗」的內容，無怪乎 2004 年迄今，原住民因在傳統領域採取森林產物而遭刑罰仍時有所聞。類似的規範也出現在野生動物保育法。

與財產權的掠奪相應發生的是社會秩序的崩解，鄒族傳統社會整合的力量亦為國家武力的合法性使用所替代，也因此別雍西的傳統權威尤其是司法制裁的權力亦受到影響；而隨著日人在理蕃計畫後所實施的水田耕作的推廣，別雍西在 homeyaya 儀式的角色，亦因粟田的日益減少，甚至於只剩下專為行 homeyaya 儀式的一小塊粟田，導致別雍西的社會地位昇華為部落傳統社會的儀式性、精神性象徵，只在進行 homeyaya 與 mayasvi 儀式中才呈現出其原有的地位與價值。中華民國政府來台統治後，別雍西的世俗權力又因實施地方自治而更形減小，轉而確立其在傳統儀式的地位，然而也同時顯示出其代表部落整體價值與利益趨向，所以強調足以表徵至高無上形象。而過去鄒族基於氏族組織產生的整合力量，與基於科層組織的行政體系，在強大的外在勢力與歷史事件的掌握之下，卻也在整個歷史過程中，不但未產生內在的緊張與不穩定，反而在變遷的結構重整中，歸回舊有的組織原則，這種情況，無論在新的民間團體的組織形式及實際運作上，在社內公共事務的決議與推行上，在長老與年輕一代或職位較高與職位較低者的關係上，或在新的青年團體的形式及運作上，都顯現得非常清楚（王嵩山，1990：214-235）。因此，即便現今鄒族仍在社會變遷中保有傳統組織及階級的關係，以別雍西為首的傳統權威及司法裁量權力雖不被法律所承認，但在鄒族的生存領域中，其地位未曾有所動搖，加以近來鄒族主體意識高漲，並透過具體行動恢復對傳統領域的管領，傳統組織的內在權威也更加深化。

傳統權威的背後，其實已被文明社會掠奪的傳統，已經被貼上非法的（野蠻的？）標籤，因此別雍西面對異族人在自己傳統領域<sup>24</sup>上採集自然資源，欲沒收竊取者所竊之物，反成為文明社會的法庭中所指稱之野蠻的強盜/搶奪者。被掠奪的傳統，令現今我們在思考鄒族的別雍西之時，常忽略別雍西所象徵之意義，亦即族群價值之核心，而價值體系乃具體化為實質之社會倫理及一切制度規範，在此案件中，別雍西被判定為強盜，不但族人一併感到被羞辱，亦等於宣告鄒族價值及其規範之蕩然無存，無怪乎當汪傳發別雍西照慣例帶領傳統祭典 mayasvi 時（2004 年 8 月 15 日），藉機抗議此審判結果以聲援別雍西的鄒族人宣稱「我們今天都是強盜犯」<sup>25</sup>，鄒族名為台灣官方承認之一族群，但民族集體的傳統卻因此一關乎別雍西之判決，使得鄒族民族地位顯得有名無實，鄒族「頭目」父子宣稱的土地所有權與自然資源內涵及其管理使用權制度不被承認，這應該是汪「頭目」變成強盜的關鍵因素，亦即台灣司法人員完全否定、漠視原住民固有權利（*inherent right*）之存在事實（汪明輝，2006：3）。

<sup>24</sup> 於本文所討論之蜂蜜案中，該蜂蜜乃採自汪傳發別雍西氏族之土地。

<sup>25</sup> 類似情境出現在司馬庫斯檫木案，在法院審理該案的過程中，司馬庫斯部落族人曾打算集體自首，因為中華民國的法律把原住民都變成小偷。

#### 四、在文明社會之野蠻誠命下失竊的未來：鄒族財產權何去何從？

現實上，鄒族的過去已經被文明社會的野蠻誠命所掠奪，而掠奪的結果導致鄒族只能擁抱一個已然失竊的未來，在立足的部落一無所有。反思本文開頭所提的別雍西蜂蜜<sup>26</sup>案，鄒族學者汪明輝（2006：2-5）提出，檢視「汪頭目變強盜案件」審判過程所牽涉或延伸的法律問題，可謂反映長期以來原住民之法律處境與地位：1. 別雍西的法律地位、權限及效力、尊榮問題；2. 別雍西所代表的族群之社會價值與規範制度在國法上的地位及鄒族之民族地位；3. 別雍西父子宣稱的土地所有權與自然資源內涵及其管理使用權制度不被承認；4. 原住民警察在部落中的角色應為部落保母，保護族人部落，防禦外來惡勢力；5. 司法審判過程中的文化偏見，在處理原漢衝突中更為顯露，可以思考建立原住民族司法警察系統；6. 審理中的言詞詰問之語言、文化轉譯問題；7. 設立原住民族法庭到建立原住民族部落警察問題。

別雍西蜂蜜事件後，有少數正面發展的趨勢，比如「原住民族基本法」原則性的規範政府應尊重原住民族選擇生活方式、習俗、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（原基法§23），並且應建立原住民族的獨特財產權（原基法§20），搭配實施原住民族自治制度（原基法§4-6），以及建立原住民族司法體制（原住民族法院或法庭）（原基法§30），似乎有機會可以在某種程度上扭轉現行市民法體制對於原住民族財產權的掠奪。然而，誠如吳豪人（2005）及黃居正（2004）提出的質疑，國家是否願意承擔平反歷史性不正義的高額社會成本，還是依然只願意提供廉價的措施（如恢復傳統姓名、升學優惠）？這是中華民國是否真的朝向人權國家邁進的試金石。

然而近幾年來的法制建構，雖已有「原住民族基本法」所提出的相當高標準的指導性、原則性規範，但許多目前進行中的法案，其內容並未完全契合「原基法」所揭示的標準（遑論聯合國「原住民族權利宣言」），反而複製市民法的財產觀點，並處處遷就主流族群的強勢觀點及文化價值，甚至要以新的法人體制取代傳統的部落，而沒有從原住民族的觀點，對於財產法制進行宏觀性、根本性、結構性調整，因此可以想見，縱然這些法案果真完成立法，不僅無法解消鄒族財產權的掠奪處境，反而可能造成永難回復的傷害。

面對此一艱困的處境，僅提出以下建議，當作本文的結尾：

<sup>26</sup> 本案中野生蜂蜜固然是自然資源，但對鄒族而言，自然資源之所有權涵蓋範圍不因市場價格高低而異，因此，漢人未經鄒族同意逕行採取草藥、青草就是盜採，而非只限於野生蜂蜜，但法官僅談蜂蜜而已（汪明輝，2006：3）。

(一) 本文原則上同意黃居正(2004)的觀點，應建立雙軌制的財產制度。並且，屬於原住民族財產制度的那一軌，應有足夠的彈性，讓各族可以各自發展出符合其傳統的制度。

(二) 完整的財產制度包含自治制度，廣泛的授權原住民族自主管理其領域內之土地及自然資源，在尚未成立自治制度以前，可以授權部落治理。

(三) 原住民族傳統習慣規範蘊含原住民族的固有權，因此應在立法、司法及行政層面，承認原住民族之法律、傳統及習俗之法效性，並復振各族傳統組織及親族關係。

(四) 建立整權的原住民族司法體系，包括原住民族法院或法庭、部落法庭、部落警察等。

(五) 面對層出不窮的災難(風災、雨災、震災及其他災害)，及永續發展與生態課題，避免罪咎化部落，反而應尊重部落的傳統知識，並充分授權在地管理。

## 參考文獻

- 王嵩山，1990，《阿里山鄒族的歷史與政治》，台北：稻鄉出版社。
- 立報，2004，〈當鄒族頭目被判為強盜犯鄒族人決不屈服〉，立報 2004 年 2 月 23 日社論。
- 汪幸時，2003，〈鄒族頭目搶劫？〉，2003 年 2 月 26 日部落烽火電子報的 23 號 (<http://www.abo.org.tw/maychin/epaper/maychin023.htm>) (2011/10/11)。
- 汪明輝，2008，《96 年度原住民族傳統領域土地調查後續計劃》，台北：行政院原住民族委員會委託研究。
- 汪明輝，2006，《原住民傳統慣習之調查整理及評估納入現行法體系之研究-鄒族、魯凱族篇》，台北：行政院原住民族委員會委託研究。
- 林玲君，2004，〈鄒族民族自治之路—阿里山鄒族頭目蜂蜜事件法庭抗爭〉載於吳豪人主編《2003 年台灣人權報告》，頁 1-46，台北：前衛出版社。
- 吳豪人，2005，〈台灣原住民的財產權：市民法與傳統規範的衝突〉載於群策會編印《台灣新憲法國際研討會論文集》頁 300-318，台北：群策會。
- 浦忠成，1999，《台灣鄒族的風土神話》，台北：台原出版社。
- 浦忠成，2003，〈蜂蜜事件〉，2003 年 2 月 22 日自由時報投書。
- 浦忠勇，2003，〈法律與部落規範的對話〉，2003 年 2 月 23 日中國時報投書。
- 梁錦德，2003，〈鄒族頭目搶劫蜂蜜事件〉，2003 年 2 月 26 日部落烽火電子報的 23 號 (<http://www.abo.org.tw/maychin/epaper/maychin023.htm>) (2011/10/11)。
- 黃居正，2004，〈無成長的原住民財產權論述〉載於吳豪人主編《2003 年台灣人權報告》，頁 47-62，台北：前衛出版社。
- 黃榮堅，1998，〈論行為犯〉載於黃榮堅《刑罰的極限》，頁 219-250，台北：月旦出版社。

衛惠林、余錦泉、林衡立，1952，《臺灣省通志稿卷八同胄志：曹族篇》，臺中：臺灣省文獻委員會。

楊智偉，2003，〈鄒族阿里山「蜂蜜事件」〉，2003年2月22日自由時報投書。

臺灣總督府臨時臺灣舊慣調查會（中央研究院民族學研究所編譯），2001，《番族慣習調查報告書》，台北：中央研究院。

Daes, Erica-Irene A. 2001. *Indigenous Peoples and Their Relationship to Land*.  
[http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.Sub.2.2001.21.En?Opendocument](http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.Sub.2.2001.21.En?Opendocument). (2011/10/2)

Garnsey, Peter. 2007. *Thinking about Property: From Antiquity to the Age of Revolution*. Edinburgh: Cambridge University Press.

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. 1991. *Elements of the Philosophy of Right* (Cambridge Texts in the History of Political Thought). Edinburgh: Cambridge University Press.

Kant, Immanuel. 1996. *The Metaphysics of Morals* (Cambridge Texts in the History of Philosophy) ed. M. Gregor. Edinburgh: Cambridge University Press.

Locke, John. 1690. *Two Treatises of Government*. ed. C.B. McPherson, Indianapolis. (1980)

Martinez Cobo, Jose R. 1983. *Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations* (V.5)  
[http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/MCS\\_xxi\\_xxii\\_e.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/MCS_xxi_xxii_e.pdf)  
(2011/10/2)

Miller, Robert J. 2008. *Native America, Discovered and Conquered*. Lincoln: University of Nebraska Press.

Proudhon, Pierre-Joseph. 1996. (Engl. trans. D.R. Kelley and B.G. Smith) . *What is Property?* Edinburgh: Cambridge University Press.

## 與談人：陳榮隆 院長

主持人、各位報告人、各位與談人、原民會主委、各位先進、各位同學大家好，今天很高興有機會來參加研討會，我的報告員是在一個禮拜前才臨為授命，而我是昨天打獵回來才看到這篇報告，看完這篇報告後，受益非常多。

尤其中間有一個嘉義地方法院的判決，讓人感觸良深，事實上所有的社會規範都不是，很普遍或者是放諸四海而且準，在共產這一部份，各個地方、國家及時代，是非常都有，我們知道事實上在很多制度也是在改變的，今年也剛好是辛亥革命剛好一百年，大家都知道辛亥革命當事後的成功主要是因為鐵道的收歸於國有，由私有變成國有，所產生的一些人民的反彈，以不動產制度的話在每個國家都不太一樣。

以美國的話，他一直認為不動產是一種單一的權力，土地代表著一切，所以它上面所有的建築物包括裡面的一些變產、所有的成分，都視以不動產，但在台灣卻不同，房子是房子地產是地產，是兩個不一樣的不動產，另外在房地產我們剛有講到有公有，有私有，公有有包括房屋跟土地是這種，但是有些只有土地是公有，在私有情況之下，也有各種型態，以大部分來講，它的一個團體所有，它除了國有、個人所有之外，還有一個團體所有，那團體所有到底是私有還是公有，也是有非常大的一些爭議。

剛剛蔡院長有講到，在共有的情況之下，是實上除了我們現在的分配共有、共同共有，在國際上還有一個很重要的總有的一個概念，以往因為我們民法裡沒有總有的概念，所以幾乎都把所有的總有性質的東西，都以共同共有去處理它，其實我們的企式工業，還有非常濃厚的總有的概念，但是因為我們沒有總有，所以都以共同共有去解決，但是在這次民法目前修正，七百五十七條把這個習慣法把它可以創制屋權之後，很多以往緊緊扣在上面的緊箍咒屋權法定，將來就會開始鬆綁了，由其在很多原住民的部落裡，它有很多非常比較特殊的權利，也許在還沒有完全修法之前，這一條會是一條活路，看完這個判決我真的感觸很深。

我記得有一年，我到紐西蘭去時，去拜訪它們的官員，他就對我說，你可不可以幫我跟你們的台灣的一個老鄉跟他溝通一下，他在最高級的別墅區，買了最高級的別墅，買完之後其他人用樹木做圍牆，但他不是他築了一座很高的牆，除了高牆它還在上面插了玻璃碎片，他還是覺得危險又在上加了鐵絲網，加了之後又還是覺得危險，所以就把他通電，整個社區以為那是新蓋的監獄，結果是一位台灣人住在裡面，所以社區的力量很大，所以將他趕了出去，剛好我過去的時

候他那個案子已經進入了司法程序，結果紐西蘭的法官判決，因多元文化所以以多元的態度尊重這位台灣人，而我看完那篇文章內的判決，那除了充滿專業傲慢之外，也充滿了種族優越，怎麼可以說接受跟你一樣教育者稱為文明人，好像沒受教育者就是不文明的人，所以這樣的一個判決，覺得相當可怕，尤其在整個適用法律上來講，這件案子充滿了許多非常草率的地方，因為財產犯罪裡最重要的就是這財產所有權到底是誰的，尤其在許多動產的取得自由方面來講，只要是我的物品就不構成竊盜，所以法律再做判決之前不去探究這財產權到底歸屬是什麼，是整個部落公有還是共有的狀態，還是依照鄒族習俗的條件下已經取得了，這件案子怎麼可說是搶奪，因為本來這件事是要一起到派出所處理，但對方不願意，還記下彼此的車牌號碼，對於這整件是哪是搶奪，搶奪是用暴力使人屈服的情況下叫搶奪，因此我認為這整件案子充滿非常多弔詭的事。

不過在這個歷史裡我覺得最重要，還是在財產權的歸屬，是會影響整個最後判決的認定，很重要的部分，報告人在報告裡提出了很多概念，事實上有些概念完全要用現有的法制，用民法的概念去看它，在整個歸屬改上面都很難去界定，比方說大社所擁有的一個財產到底是整個團體的共有概念，還是說是公有的概念，還是根本是一個總有的概念，從這個概念到氏族、亞氏族，他們彼此之間的關係到底如何，那假如其他人進入到這裡取得東西，這還算是無主物嗎？只要不是無主物時，那他人捍衛他們的財產的情況之下，那怎麼會是搶奪，另外他也完全不在乎說這位頭目，是一個維持著地方秩序權的權力擁有者，擁有這樣權力的一個人，這時你將這行為當成是一個搶奪，是非常不妥當的評斷，其實我一直在呼籲就是說，原住民有著這些習慣，我這幾年也做了些田野的調查，而現在有很多原住民來念法律，因為這樣他可以直接掌握到原住民需要的權益，如果找個不懂原住民傳統的人來寫，那權益一定都會走位，尤其環境以來講，有一個比較重要的，就是說習慣法它發展到一個成熟的習慣之下，應該開始將它稱呼化，由其在這判決裡他認為明文就叫文明，這種情況下，要確實一個法律就必須要將習慣法稱呼化，在未來法院適用時也會比較輕鬆愉快，不過索性之後的一些判決，於九十八年後都開始會注意到多元文化這一塊，所以一個國家它立法的進步，雖然不一定要快，但他法律的數量，和文化的奠定，不能再蹉跎了，謝謝各位。



財產關係：幾個人類學觀點

Property Relations: Anthropological Approaches

顧坤惠

**Overview**

- Lewis Henry Morgan (1818-1881) —associated development of ideas of property with social evolution – commencement of civilization.
- [Henry James Sumner Maine](#) (1822 —1888) – complexity of the “bundle of powers’ in property—mixing of political and economic power and the different layers of tenure in the feudal period. India v.s. Britan private property/individual rights
- Marcel Mauss (1872 –1950) –
- The Gift [1925]) – changes in how people relate to one another via things indicates a history of changing ideas of property.

\*Bronislaw Malinowski (1884–1942) -- (1935: Coral Gardens) and Raymond Firth (1901-2002)--(1939: Polynesia Economy) both dealt with the individual and communal ownership in ethnographic terms.

\* “Notes and Queries”(1892) 6th ed. (1951) – links the concepts of“property”, “ownership” and “rights”.

- Max Gluckman (1911-1975)-- (1965: *Politics, Law and Ritual* ) demonstrated the close relationship between land ownership and social structure
- Hoebel, E.A.(1906–1993) -- (1966: Anthropology): The essential nature of property is to be found in **Social Relations** rather than in any attributes of the thing or object that we call property.... a network of social relations that governs the conduct of people with respect to the use and disposition of “things”.

- Tangible and intangible (name, reputation, knowledge, IPR)/material and non-material
- Contemporary anthropological views
- “Property as a social relationship between persons with respect to things, which include rights to exclude others” (Strang and Buss 2011)
- The word property is best seen as directing attention to a vast field of cultural as well as social relations to the symbolic as well as material contexts within which things are recognized and personal as well as collective identities are made...( Hann 1998)

### **Avoid Ethnocentrism**

- In other words, anthropology has contributed to the understanding of property cross-culturally and relativize the notions of property, persons and social relations.

### **Macro and Micro**

- \*Macro: dealing with encounter between indigenous peoples with the state/ dominant groups, e.g, disputes over land rights,
- “Anthropology and the court”. B.C. Studies 1992 challenged the supreme court ruling (no tribal court in BC Canada)
- 台灣的櫟木事件 蜂蜜事件等

### **New forms of property**

- New forms of property: intellectual, biological, cultural property – reification

of cultural expression and reification of people as interest groups

\* Legal regimes emerged from the state power

- Micro: dealing with day to day disputes– land transactions among indigenous individuals or between indigenous and non-indigenous persons; “inheritance”; “personal injury and compensation”, names and naming etc.
- 2008 民法繼承偏於排灣族部落社會的實踐
- 台東案例 阿美族繼承糾紛
- 傷害判決 金錢賠償還是<豬隻>賠償

### 找回我們的名字（運動）

- 正名運動的持續發展（就是要/躍改變）
- 然而 原住民的名字不只是“美麗”還有更深層的社會意義/義務亦或文化階序（如排灣族命名）倫理 名字作為財產的一種（intangible/non-material property）
- Changing naming practices indicate the changing conception of property as influenced by the State

### law as living traditions

- John Borrows (2010) Canada’s indigenous constitution--law as living traditions, challenges non-aboriginal and aboriginal Canadians alike to integrate the legal traditions and practices of Canada’s indigenous peoples with the overall system of Canadian law

## 與談人：陳榮傳 主任

報告人各會來賓各位女士先生大家午安，但教授的報告雖然我們沒能看見他的整篇文章但是從他的論述我們可以看得出來一個人類學者他從人類學的角度在看我們一般的財產權的角度顯然會和我們法律學者不太一樣，最近我被一個標題所吸引了，Awi 跟我說他是賽德克·巴萊族，那我就看這個電影的看板他特別提到說：如果文明是要我們屈膝卑躬，那我就讓你們看到野蠻的驕傲。

文明和野蠻的中間也許我們不要用任何的價值去判斷至少我們看到兩個不一樣的文化兩個不一樣的習慣兩個不一樣的價值，在剛剛的報告裡面我們看到幾個非常鮮明的例子，貨幣和豬隻之間的差別我們看到在人類的角度來看這個財產權他也許還是人的關係，是他和人之間跟這種社會的連結，那麼用財產的形式來表現，用這樣的角度來看我們今天的台灣原住民的法律關係，有幾點非常值得我們去注意。

第一個是我們看到原住民的社會裡面，經常讓我們看到的感覺是對外面的社會的不滿意，對判決的不滿意，對他的也許是財產的失去或者具有傳統的權力的流失的不滿意，所以我覺得從我們現在的法治發展的角度來看呢，我讚同剛才幾位先進的看法，也許不只是找回原民的名字，我們更要找回過去的文化的面貌，我們找回過去在我們原民社會裡面的規範，找回他的規範當然不代表的是找回舊的規範我們可以回復到過去的社會的原狀，因為我們從剛才的報告裡面大概已經可以了解過去的環境經過日本人的統治我們一步一步的退縮，過去我們用傳統用我們的習慣去穩固的家園這樣的界線已經不斷的被，先被日本的法律認為他全部歸國有，不在能夠維持他的本來的面貌，歸國有之後到了 1945 年之後中華民國政府也許還是延續過去的日本政府對我們原民部落的看法，因此不斷的被衝擊，但我必須說的是，這些的轉變也許我們以現在角度要重新回到部落去做田調要去了解我們部落有什麼法律，或者我們部落應該有什麼法律的時候，我們不得不去注意到剛才我一開始所說得這個電影裡面也許文明和野蠻他不是對立的，而是一個交流的過程，在這個交流的過程裡面很多過去的面貌他已經改變了，已經改變了這個面貌也許我們現在儘管我們在提原民的權力的時候，我們也許是站在國家法的角度來做爭取，不過就我提出一個看法就是說或許是我們的原住民族他希望能夠還我河山還我大地的這種運動，在這個過程裡面我們看到的大家習慣的還是你要給我們所有權要給我們有獨立自存的權力，他要運用的是現在國家法裡所提的觀念創造自己新的可能性。

在過去我經常會提醒以我們現在對所有權的觀念來說，他其實基本上建立在

資本主義的原則，也因此很快的被宣告你的所有權很快會失去，因為你將透過資本主義交易的模式，儘管非原民的不肯來買你的土地，但是可能會有其他的人會以原住民的名義以他做人頭，然後還是會進行交易，所以本來讓這個財產跟我們的原住民族產生密切連結的這種關係，也許在我們爭取權利的過程裡面我們可能會不自知的逐漸的去流失原來我們的原汁、我們的原味，他可能都逐漸不見，我覺得這是很值得我們去注意的一個現象。

那如果回到我們在原社會財產權的法治的建構，我剛才特別想到要建構新的原住民的財產權的體制他可能沒有辦法再回到過去，他必須在面對現在在外頭已經非常完整的國家法這個體制底下慢慢的去發展，這個發展的過程裡面我們可以看到鄒族對蜂蜜有他特別的看法，那麼其他的民族呢也許對大海裡面的漁撈們有特別的情感，有些對打獵的權力是非常重視的，我們在幾個不同的民族有不同的訴求不同的著重點的情況底下呢？

我覺得我們不免要去想一個問題但也許現在還沒有想的，雖然我們還是在談鄒族的事情但是要是用鄒族的習慣法他的領域到底是應該到哪裡？那這裡會產生一個新的問題就是當鄒族的領與裡面所採的蜂蜜到了別的族或是到了漢人的世界後，那麼蜂蜜不再是鄒族的蜂蜜，或者他還必續烙印著鄒族的圖騰繼續使用鄒族交易的規則或者不能交易的這種禁止的規定，我覺得會是將來我們要去面臨的問題，也就是說各族有自己的法律之後我們可能也要處理蠻多複雜的問題。

當一個族的 A 人跟 B 族的人做交易如果發生爭議那麼到底是要用 A 族的交易規則還是 B 族的，當 A 族的蜂蜜到了 B 族的領域以後，在 B 族的蜂蜜他們應該到底繼續的去接受 A 族的規範他的拘束，或者是他可以變成是一個自由交易的課題，那我覺得這些都是未來我們應該去面臨的問題，當然更大的問題會是在形塑我們各個族群的法律規範習慣規範在做整裡的時候如何和我們的國家法之間取得協調，我覺得這個工程蠻好大的。

我們會需要像副教授這樣傑出的人類學者，我們需要很多的對國家法有深刻研究也有更多包容的學者，當然我們需要更多的對我們自己的族群認同我們尊重我們嚮往我們希望能夠跟他永遠同在的族人同胞他的參與，我個人有幸參加這樣的研討會，我覺得的問題當然不是只是財產權但財產權一直牽動著我們和漢族和外族交往的過程的敏感的神經，那這個過程我們就需要有更多的包容來看待在新的規範他形成的過程，那麼準備接受新的結果我覺得這是我們全體的學者不管是人類學還是民族學還是哪一學的學者應該準備去接受。

主題二

# 原住民族傳統領域與自然 資源權利之法效性

主持人：行政院原住民族委員會副主任委員 夏錦龍

論原住民族之土地權－原住民族基本法第 20

條第 1 項之立法與解釋

發表人：林長振 律師  
(林長振律師事務所)

與談人：黃明展 法官  
(臺灣嘉義地方法院)

當部落與國家相遇：我國行政法院關於原住民

保留地爭議之判決分析

發表人：陳竹上 助理教授  
(國立高雄師範大學通識教育中心)

與談人：蔡顯鑫 主任檢察官  
(臺灣士林地檢署)

原住民傳統領域與自然資源權利之法效性

發表人：余建國 檢察官  
(臺灣彰化地方法院檢察署)

與談人：林峯正 律師  
(財團法人民間司法改革基金會)

## 論原住民族土地權－原住民族基本法第 20 條第 1 項之立法與解釋

林長振

### 摘要

日據時期台灣總督府於 1895 年頒佈官有林野取締規則，強行剝奪不具所有權證明書類之原住民族土地收歸官有，而國民政府遷台後猶不亟思撥亂反正還土於民，賡續日本政策於 1947 年訂定台灣省土地權利清理辦法，明定前經台灣總督府依據土地調查及林野調查清理之結果歸公有之土地概不發還，造成原住民族永久喪失其傳統領域土地之各項權利，每每於該土地上從事農耕、狩獵、採集等傳統活動時，動輒恆遭刑事追訴或民事拆遷、賠償等惡果，尤以今日為烈。2005 年 2 月 5 日，我國制頒原住民族基本法，其中第 20 條第 1 項明定「政府承認原住民族土地及自然資源權利」，條文既稱「承認」，則所稱「原住民族土地權利」即非政府依法授與或原住民族「依法取得」之土地權利。果如此，則上開條文所稱「原住民族土地權利」究係何種權利？其權利內涵及規範依據為何？原住民族經由此項承認所確立之土地權利，在我國現行土地法制中應如何定位（性）？其與原住民依土地法、民法、原住民保留地開發管理辦法等法令所取得之土地權利又具如何之關係？可否資為原住民使用其傳統領域內土地之正當性及合法性之基礎？凡此均有賴於對該條文規定為正確之解釋與適用，始能竟功。鑑於原住民族土地權利之規範保護，已蔚為當今國際潮流，本文擬自比較法之立場－普通法國家之立法及實務作法出發，據以探討原住民族基本法第 20 條第 1 項規定之規範目的及內涵，並嘗試在我國現行整體土地法制上建立相應切合之原住民族土地權利體系，以期能解答上開各項疑問，則幸甚矣。

### 一、前言

日據時期，台灣總督府於 1895 年頒佈官有林野取締規則，強行將不具所有權證明書類之原住民族土地收歸官有；國民政府遷台後，猶不亟思撥亂反正還土於民，賡續日本政策於 1947 年訂定台灣省土地權利清理辦法，明定前經台灣總督府依據土地調查及林野調查清理之結果歸公有之土地概不發還，永久剝奪原住民族依傳統規範對其領域內各項土地之權利，<sup>1</sup>致使爾後原住民於祖傳土地上從事農耕、狩獵、採集等傳統活動時，動輒背負竊占國土、竊取森林主、副產物等污名，而恆遭刑事追訴或民事拆遷、賠償等惡果，尤以今日為烈。但值得注意者，

<sup>1</sup> 石垣直，現代台灣の多文化主義と先住権の行方－〈原住民族〉による土地をめぐる権利回復運動の事例から－，日本台湾学会報 第九号（2007.5），頁 204 以下。

係歐、美國家恰與我國相反，普通法各國（common law countries）出於對境內原住民族於殖民時期遭土地權利剝奪運命之同情，自 19 世紀初葉即經由法官造法（judge made law）之途徑，先後分別承認（recognize）原住民族對其領域內土地依傳統規範所享有之權利（aboriginal or native title），在長期發展下，其累積之理論及實務至為豐碩，並深深影響政治、社會之發展。

2005 年 2 月 5 日，我國制頒原住民族基本法，其中第 20 條第 1 項明定「政府承認原住民族土地及自然資源權利」，既稱「承認」，則所稱「原住民族土地權利」即顯非現行法令所創設（creating）或政府依法令授與（grant）等原住民族「依法取得」（憲法第 143 條第 1 項及土地法第 10 條第 1 項參照）之土地權利，毋寧係以某既存權利（existing right）為對象，即經由政府之承認行為取得其在我國現行法制上合法性與正當性之法地位。果如此，則不免產生下述疑問：上開條文所稱「原住民族土地權利」究係何種權利？是否即係普通法上所承認之 aboriginal or native title？其權利內涵及規範依據為何？所謂「承認」究竟在我國法制上扮演如何之規範功能？原住民族經由此項承認所確立之土地權利，在我國現行土地法制中應如何定位（性）？其與原住民依土地法、民法、原住民保留地開發管理辦法等「依法取得」之土地權利又具如何之關係？可否資為原住民使用其傳統領域內土地之正當性及合法性之基礎，以及解免以往因此所生竊占、竊取等民、刑事責任？凡此均有賴於對該條文規定之立法為正確之解釋與適用，始能竟功。

鑑於對原住民族土地權利承認之規範保護，始於普通法國家之法院裁判活動，並已建立其相應之法學理論體系，本文擬自比較法之立場－普通法國家之理論及實務出發，據以探討原住民族基本法第 20 條第 1 項規定之規範目的及內涵，並嘗試在我國現行整體土地法制上建立相應切合之原住民族土地權利體系，如俾能解答上開各項疑問，則幸甚矣。

## 二、英國殖民時期之土地法理論

當今普通法各國普遍承認原住民族享有一種土地權利形式（a form of title）即 aboriginal or native title（下稱原住民族土地權），並非自始即然，或基於自明之理或統治者之良心，而係在英國殖民時期遭土地權利剝奪被迫成為犧牲者後，歷經數世紀與統治者間之掙扎、奮鬥之結果。因而，在論及上開承認之理論前，即不能不先行闡述英國殖民時期之土地法理論－特別係殖民地之主權變遷對原住民族土地權之存在、消滅所生之影響，以及當時各個殖民地統治當局對其領域內土地上之原住民族土地權所採取之具體作法，始能脈絡一貫、正確理解。

### （一）、殖民地主權變更與原住民族土地權之關係

18 世紀時期，國際法上承認取得領土主權之法律方法為合併（annexation，當時亦包括征服，conquest）、割讓（cession）及先占（occupation），英國甚至將上開領土主權理論作為國內法加以引進。依其學者 Blackstone 氏於 Commentaries on the land of England 一書中所述，取得某領土主權之方法中，成為先占對象之土地係指未有人耕作之不毛之地（desert and uncultivated），而在普通法（common law）



上乃被定義為無人居住之土地 (uninhabited country, terra nullius)，至於所謂經由征服或割讓之領土取得，則係指在該土地上已有人耕作之情形。二者間之差異，在於英國普通法能否在該領土上被採納，在征服與割讓之場合，現地之法 (native law) 在新主權者明示廢止前仍繼續存續，如係占有之情形，則英國全部現存之法立即對該地發生效力。換言之，前者因係已有人耕作之情形，對於其人之權利必須基於自然法或渠等之法加以尊重，而後者因係未有人耕作之不毛之地，乃屬自母國移居所建立之殖民地 (settled colony)，英國法應立時付諸施行。<sup>2</sup>

基於上述領土主權理論，原住民族傳統法規範作為現地之法，在主權變遷下自與英國法產生彼此消長之關係，進而影響源自原住民族傳統法規範而生之土地權之存續或消滅。

### (二)、各殖民地當局對原住民族土地權處遇態樣

發端於 15 世紀大航海時代之近代殖民主義，由西歐列強侵略、強奪、占領非歐洲民族及其社會之權利於 18 世紀成為問題，因而西歐列強在推進殖民地支配或本國以外領土擴張之同時，並行武力征服，或意圖為獲得領土及資源而行懷柔策略，實施承認原住民族權利等政策。<sup>3</sup>在此歷史背景下，英國取得各殖民地主權之方法即非一律，而其對待現地原住民族土地權之處遇亦自非相同，茲分北美洲 (North America，包括美國及加拿大) 及澳洲 (Australia) 2 種態樣說明如下。

#### 1. 北美洲

自 16 世紀開始，英國、法蘭西、西班牙、荷蘭及瑞典等國先後侵入北美洲大陸，對於現地原住民族所採取對應之方式亦各自不同。英國基於其本國普通法之傳統，實施承認原住民族權利等政策，為解消、消滅原住民族權原，乃行與原住民族締結條約之政策。繼 1725 年締結最初之條約後，英國與原住民族間陸續簽訂不少條約，且繼承英國法傳統之加拿大自治領亦承繼與先住民族締結條約之政策。<sup>4</sup>

與羅馬舊教 (katholiek) 之法國於殖民之初關注原住民族教化即藉由改信基督教使其文明化之情形不同，英國基督新教徒 (Protestant) 之殖民者一般對傳教並不熱衷，並與原住民族維持一定之距離進行殖民地支配，且相對於法國尋求毛皮等資源之掠奪而言，英國乃著眼於農耕目的之開墾，為擴大殖民地而傾注全力。又英國殖民者主要係以自身雙手開墾農地，雖少有因勞動緣故驅策原住民族，但就有關已開墾土地之所有權問題，則與原住民族漸次產生對立。換言之，法國進入北美洲大陸原住民族社會係以擁抱為基調之政策，與英國係因計畫擴張

<sup>2</sup> 金城秀樹，オーストラリア土地法における Crown lands の概念－先住権原との関連において－，札幌法学一七卷一号(二〇〇五)，頁 3。

<sup>3</sup> スチュアート ヘンリ，先住民と「土地」－大地をめぐる言説と現状－，立命館言語文化研究 17 卷 3 号，頁以下。

<sup>4</sup> 同前注。

領土以敵視原住民族為基礎之政策有決定性之差異。從而在殖民地經營上，英國與法國間最顯著之差異即在土地所有權之問題上。<sup>5</sup>

英國在符合其普通法之精神下，試圖尋求協商解決土地問題，而可象徵此一態度者，莫過於 1763 年之英王布告(Royal Proclamation)，至今被稱頌為北美原住民族權利章典。1763 年之公告，一般咸認具有與制定法同等之效果，乃屬北美洲大陸英國舊殖民地之加拿大及美國原住民族政策之起點，但該布告高遠之理想在兩國政府長期漠視之情形下，北美洲大陸原住民族之土地權及其他權利，事實上迄至 20 世紀後期均未獲承認。詳言之，上開布告除係針對北美英國領土所制定之法典外，同時亦兼有為與當時具有軍事上優越性之印地安人建立和平關係而預作其基礎整備之意圖，因而為安撫印地安人，該布告乃規定禁止未獲英國政府許可之墾植者進入，一切印地安人生活領域之買賣與讓與僅屬英國政府之權利，且印地安人所有包括土地所有權在內之權利以未經法律措置使其失效為限均繼續存在等。但不可諱言者，由於英國政府及殖民地當局長時均未遵守，該布告儼然名存實亡。<sup>6</sup>

## 2. 澳洲

早在 James Cook 船長 1788 年宣稱澳洲為英國領土之前，當地原住民族即已長久生活於其上，並以該土地作為其生計及自我認同之源泉。但自 18 世紀末期，原住民族社會即一貫由英國實行統治並剝奪其權利。不同於其他殖民地統治慣例，英國不但未與澳洲原住民族簽署任何條約，或對原住民族因權利喪失所生之損失（害）提供任何補償，且自 1828 年澳洲施行英國法律時，結合無主地（*terra nullius*）理論，坐令原住民族喪失其土地。但即使英國政府一向完全無視原住民族之權利，並對於規範主權取得之國際法不予理會，法院仍以澳洲無其他所有人為由，判決其得依無主地理論取得澳洲之主權。<sup>7</sup>其所以如此者，係因其對所謂無主地之觀念作擴張解釋，認為亦包含雖有人居住，但因過於原始（primitive）致其自身未有任何可得確定之法律（ascertainable laws），且無其他真正之土地權利可為人所知之情形，因而其時澳洲雖有原住民族居住，法院對於 *terra nullius* 仍採取以「與未占有等同之土地」類此措詞，擴大 Blackstone 之詞意加以理解之態度。<sup>8</sup>

依上述被擴張解釋之無主地理論，*terra nullius* 不單指無人居住之情形，對於有人居住但非營定居生活或無固定法律之領域亦被認為有其適用，此與當時澳洲歷史學家間之優勢見解，即原住民族乃屬非營定居生活之原始且無法律之人之理解正相呼應。因而澳洲乃被視為係以無主地為前提所建立之殖民地，依上述領土主權理論，英國法隨即成為該殖民地之法，而根據英國法，於英國取得該殖民地主權之同時，國王對於一切土地亦獲得絕對所有權原（radical title），該殖民地乃成為國王之土地，此後該領域內所有土地之任何權利或利益，除非經國王讓予者

<sup>5</sup> 同前注。

<sup>6</sup> 同前注。

<sup>7</sup> Amy Sender, *Australia's Example of Treatment towards Native Title: Indigenous People's Land Rights in Australia and the United States*, 25 *Brook. J. Int'l L.*, at 525-526.

<sup>8</sup> 吉川 仁，先住民族の土地權，法政論叢 37(1) [2000]，頁 151。

外，任何人均不得享有，原住民族依傳統法規所生之土地權不能並存而歸於消滅。<sup>9</sup>

### 三、aboriginal (native) title 之法的承認

在此承認趨勢之前，國際間僅將原住民族視為係自前殖民時期即侵犯其領域並建立霸權之殖民者國家專屬國內審判權之對象，由於此項認知，乃引發對於原住民族權利之關注，特別係架等聲稱曾正當擁有之土地。在過去數世紀間，全世界各地之原住民族均遭歐洲殖民者強迫遠離其土地，但土地對於原住民族而言，不僅止於係用以居住之所在，甚至比其家園及生計具有更多之意涵，此項原住民族對於土地之尊重及情感，實非現代社會之個人所能完全理解。換言之，土地所有權不僅涉及原住民族在其周遭發展之國家生活中選擇其參與之程度，在不受外界干擾下維護其獨特文化遺產暨選擇其所欲生活模式之相關能力，且與原住民族自決理念密切相連。<sup>10</sup>上開原住民族與土地間之關係雖早經公認，有關原住民族土地權之承認及其改正之嘗試，卻須至 20 世紀後半期始有所成。

#### (一)、美、加、澳承認之司法與立法

美國、加拿大、澳洲等國不僅具有眾多原住民族人口，同時亦擁有豐富自然財富及資源之國家，因而在此等國家中，由於原住民族與白人殖民者在上開資源分配過程中所生之不平衡，業已導致國內顯著之衝突。不但如此，上開國家均係英國殖民者所拓殖，雖共同繼受英國普通法有關土地所有權之制度，但又各自依其自身之目的加以重塑，因而在土地所有權所生之不同觀點形成鮮明之對比，可供對原住民族土地權討論之基礎，爰分述如下。

##### 1. 美國

在美國，接受印地安人享有土地所有權，通常並非係有爭議性之問題。早在 16 世紀時，Francisco de Vitoria 即認美洲印第安人係其土地之真正所有人，且具有完全支配其公共及私人事務之權能。尤其，早期美國殖民者視印地安人領土為獨立國家，美國立法及司法實務即充斥著早期承認印地安人主權之案例，例如美國憲法提及印第安人僅 3 次，特別係在貿易條款 (Commerce Clause) 內明確授與國會處理印地安相關事務之權限，其非屬美國政治實體之一部分明，此所以在任何憲法條款中均未規範印第安人，卻在憲法前文將其視為外國。印第安部落國際地位之進一步標誌，亦可見諸美國長期與印地安人簽定條約之歷史，甚至在簽署憲法之前，美國與印地安人即已簽定眾多條約。<sup>11</sup>

儘管有上述承認原住民族之歷史，但美國隨其權勢之增長，對於印地安人財產權之接受即呈戲劇性之縮減，其立法及判例法開始反應出統治印地安部落之新

<sup>9</sup> Anthony Mason, *The Rights of Indigenous Peoples in Lands Once Part of the Old Dominions of the Crown*, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 46, No. 4 (Oct., 1997), at 815.

<sup>10</sup> *Supra* note 7, at 522-523.

<sup>11</sup> *Id.*, at 535-536.

觀點，迄至 1871 年美國業已取得對於印地安人土地百分之 99 之控制，而今日印地安人在全美國僅擁有 5,660 萬英畝土地。在此背景下，美國最高法院審判長（Chief Justice）Marshall 法官在其任內，雖身為對美國原住民族土地權之司法政策及處遇之執行者，但對美國原住民族微表同情。<sup>12</sup>在所謂 Marshall 三部曲（the Marshall trilogy）中之第 1 件案例即 *Johnson v. M'Intosh* 一案<sup>13</sup>，乃標誌著美國對原住民族處遇之一項重大改變，Marshall 法官在該案中適用歐洲之發現原則（European doctrine of discovery），判決原住民族有對抗土地占有者之權利，其所以認定土地之目擊者（the land spectators）對於土地並未取得任何權利，係因美國原住民族對於該土地仍有使用及占有之權利所致。但 Marshall 法官亦意識及美國原住民族因被迫與一貫主張享有發現權利（discovery rights）之英國人往來，其權利明顯已被縮減。本案例提出印地安人僅能向國王或美國出售其土地之法律原則，並建立聯邦政府得合法除去美國原住民族土地權利之判決先例，尤其本案例亦創設聯邦政府與印第安部落間之領主與封臣關係（landlord-tenant），於此政府係專擅之領主，對於印地安人之生活擁有完全之權限。同三部曲中之第 2 件案例係 *Cherokee Nation v. Georgia* 一案<sup>14</sup>，Cherokee 部落於本案例中聲請一項阻止 Georgia 州在 Cherokee 土地上實施州法令（state law）之禁止命令（injunction），Marshall 法官雖對於 Cherokee 人表示同情，但最終仍認定其欠缺在美國法院提訴之地位。在本案例中，Marshall 法官論及印地安人與美國間之獨特關係時，認定印第安人之地位為國內從屬國家（domestic dependent nations），即類似被監護人對監護人（a ward to his guardian）之地位，並評論憲法起草者（the Framers）並未具體指明印地安人為有權提訴之人，印地安人毋寧應訴諸戰斧。約僅 1 年後，Marshall 法官在 *Worcester v. Georgia* 一案<sup>15</sup>中給予 Cherokees 人一些保護，亦即其於本案例中評價印地安人待遇及其獨立之歷史後，認定依與美國所簽定條約之權利內容，美國原住民族有受保護之權利，並據此撤銷意圖破壞 Cherokees 人政治團體及土地所有之 Georgian 法律，由此可知本案例承認印第安人之主權（Indian sovereignty），並確立為消滅印地安人土地權（extinguish native title of the Indians）應具備法律上同意（legal consent）之要件。在此期間，有關印地安人之地位及其財產權，本案例可謂係最進步且係全面性之司法論述，但令人遺憾者係，此項判決在理論上看來有望，於實際上對 Georgia 州卻未能據以執行。<sup>16</sup>

如上所述，美國原住民族透過司法體系利用重大之判例法挑戰土地權利，固有諸多窒礙，但即便經由立法改革之途徑，亦同樣係障礙重重。印地安條約長久以來，即以將來之土地或金錢補償之允諾，作為合法化其取得印地安人土地之過程，但隨時間之經過，印地安人卻在無補償之情形下被推向更遠的西部，且交易不再公平。19 世紀末顯示，國會對於印地安人事務開始投入重大之影響，1845 年至 1887 年之期間被稱作保留地時代（the reservation era），在此時期之策略係強迫（通常係在違背印地安人意願之情形下）遷離定居之領域轉往限定之保留地。1871 年，國會立法終止與印地安人簽定之條約<sup>17</sup>，此雖係一項重要之發展，但此

<sup>12</sup> Id, at 537.

<sup>13</sup> 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823).

<sup>14</sup> 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831).

<sup>15</sup> 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832).

<sup>16</sup> Supra note 7, at 537-539.

<sup>17</sup> Act of Mar. 3, 1871, ch. 120, 16 Stat. 544 (codified as amended at 25.

項立法僅禁止 1871 年以後執行之條約，所有早先成立之條約仍屬有效，亦即在 1778 年至 1871 間美國與印地安人簽署之 371 項之正式條約仍受承認。又此項立法所生之問題，係國會無法廢除現存之條約，因而置印地安人於準主權國家（quasi-sovereign）之地位，不僅有礙於美國與印地安人間之信託關係，並開啟國會一貫忽視美國原住民族權益之大門。在延續其介入原住民族事務之政策，國會制定一般土地分配條例（the General Allotment Act<sup>18</sup>），將美國原住民族共有之土地解編分割為多數小塊田園土地，並指定分配於部落成員個人供農、牧之用，其後國會又擬訂一項將依該條例分配所剩餘之土地分配於非原住民殖民者之計畫，據估計依此方法所分配於個人之土地，將印地安人所擁有之土地面積，自 1887 年之 1.38 億英畝銳減至 1934 年之 4800 萬英畝。<sup>19</sup>

20 世紀初葉，關於美國原住民族之保護，在立法及司法上並無明顯之發展。及至中期，對此沉寂之情勢稍有些微激勵。1924 年，所有印地安人成為聯邦承認之美國公民<sup>20</sup>。在 30 年代以前，美國西部業已擴張其能力，確認印地安人將不能取回其在各式各樣條約中被詐騙之土地。1934 年，伴隨新政（the New Deal）時代之來臨，國會開始實踐其改善印地安人條件之企圖，經由 1934 年之印地安重組法 the Indian Reorganization Act<sup>21</sup> (IRA) 之頒布，國會邁出解決一般土地分配法（the General Allotment Act）因缺乏足夠土地及資金所生亂象之第一步。上開改革目標係為促進部落經濟發展及政治自決之新聯邦政策，此項部落復甦之目標，可以美國原住民族在 *United States v. Shoshone Tribe*<sup>22</sup> 及 *United States v. Creek Nation*<sup>23</sup> 案中贏取一時之勝利為例。在 *the Shoshone Tribe* 案件中，Shoshone 部落控訴政府在 Shoshone 領土上建立新部落之行為，因依其在 1868 年所簽署之條約，明定其保留地構成美國之一部，並授與有狩獵及採集之專屬權利，法院判決指出政府須為其行為賠償 Shoshone 人基此所生之損害；在 *Creek Nation* 一案中，最高法院在確認美國政府與印地安人間為監護關係之理念後，即表明國會對於印地安人確實有監護之義務。上開 2 項判決對於未來承認印地安人之可能，確曾給予人無比之希望，但好景不常，其精神隨即因經濟大蕭條及世界大戰而再遭頓挫。<sup>24</sup>

1946 年，為審定印地安人對於美國政府之損害賠償權利，設立印地安人損害賠償權利委員會（the Indian Claims Commission<sup>25</sup> (ICC)）。在 ICC 下，印地安人如符合該當以下 2 種條件，即可請求賠償其土地之損害：1. 須舉證國會於過去曾明確承認印地安人對於其土地有使用、占有之權，此可經由條約、制定法及行為加以證明；2. 須證明國會未依 *Lone Wolf* 判例所示應善意（good faith）而為之原則。但令人扼腕者係，ICC 於 1978 年因故遭裁撤，其未決之案件移由損害賠償法院（the Court of Claims）繼續審理，對於印地安請求權人而言，此項移轉管轄移引發重大疑難，此係因在 ICC 下可請求賠償之損害，在損害賠償法院之管轄權

<sup>18</sup> General Allotment Act, ch. 119, 24 Stat. 388 (1887).

<sup>19</sup> *Supra* note 7, at 540-542.

<sup>20</sup> Indian Citizenship Act of 1924, ch. 233, 43 Stat. 253.

<sup>21</sup> Indian Reorganization Act, 25 U.S.C. § 461 (1934).

<sup>22</sup> 304 U.S. 111 (1938).

<sup>23</sup> 295 U.S. 103 (1935).

<sup>24</sup> *Supra* note 7, at 543-544.

<sup>25</sup> Indian Claims Commission Act, Pub. L. No. 79-726, 60 Stat. 1049 (1946)(codified as amended at 25 U.S.C. §§ 70 to 70v-3 (1978)).

下即不再成立。<sup>26</sup>

此外，原住民族土地權（native title）與條約及其他協定所定之權利不同，在第 5 修正案之徵收條款（takings clause）下，乃屬不得請求賠償之權利。1955 年，Alaska 之 Tee-Hit-Tons 印地安人對於美國政府，提訴請求回復因徵收其土地上林木（timber）所生之損害<sup>27</sup>，並主張架等與美洲大陸之印地安人不同，擁有明確及複雜之財產權與所有權體系而應受承認，但法院於評述該財產權體系後，認定其屬共有之體系（a communal system），與所有其他原住民族並無不同，因而不能請求賠償其損害。在 1980 年 *United States v. Sioux Nation of Indians* 一案<sup>28</sup>之判決，更助長政府對印第安人財產之控制。在本案中，最高法院在分析善意基準（the good faith test），並因一項所謂善意努力基準（the good faith effort）之更具難度之標準駁回該案。而今，重點不在於美國原著民族所遭受之經濟損失或痛苦，而係政府在執行對於印地安人土地之完全權力（plenary power）時是否正當，因而在適用此基準時，承審法官應斟酌相關立法之歷史及附隨環境，據以認定國會是否已盡善意努力給與印地安人土地充分之對價，但在實際上欠缺客觀價值標準下，極易使法院評價國會善時失却可信賴之參考要點，因而此項基準看似艱鉅，但聯邦政府卻在不甚明確為不公平徵收之案例中成功解免其全部之賠償責任。<sup>29</sup>

## 2. 加拿大

加拿大原住民族承認英國國王之最後主權，並在國王此後會將其傳統土地保留供其使用及保障其所有權及使用之認知下，將其傳統土地讓與國王。<sup>30</sup>因而早在 1888 年，英國樞密院（the Privy Council）在 *St Catherine's Milling & Lumber Co. v. R.* 一案<sup>31</sup>中，即已接受印地安人對於其土地享有人的用益權（personal and usufructuary），此項權益並非僅係國王可隨時終止之許可占有（permissive occupancy）。

*St. Catherines* 判決緊接於印地安法（the Indian Act (1876)）之後，該法係為擘畫對加拿大原住民族（含 First Nations, Inuit, and Métis）之同化政策而設，允許各省（provinces）廢止印地安條約，並將 First Nations 之請求向法院起訴，或集資、組織追訴類此請求之行為予以犯罪化。直至 *Calder v. British Columbia*<sup>32</sup> 案例出現之前，*St. Catherines* 案例仍屬優先之法律。在 *Calder* 一案中，所有 7 名法官同意被請求之原住民族土地權確實存在，且非完全依憑 1763 年之國王布告。但原告即 *British Columbia* 州之 Nishga 人並未勝訴，Pigeon J 法官認為在欠缺一紙總督許可命令下，法院無權對 Nishga 人做有利之宣告。Nishga 人敗訴，係因開始訴訟之前未能自省政府取得對政府起訴之許可。

<sup>26</sup> *Supra* note 7, at 544-545.

<sup>27</sup> *Tee-Hit-Ton Indians v. United States*, 348 U.S. 272 (1955).

<sup>28</sup> 448 U.S. 371 (1980).

<sup>29</sup> *Supra* note 7, at 545-546.

<sup>30</sup> Anthony Mason, *The Rights of Indigenous Peoples in Lands Once Part of the Old Dominions of the Crown*, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 46, No. 4 (Oct., 1997), at 820.

<sup>31</sup> (1888) 14 App.Cas. 46.

<sup>32</sup> [1973] S.C.R. 313.

1867年憲法第91條第24款規定授與聯邦政府對First Nations之專屬管轄權及基此消滅住民族土地權之專屬權限，1982年憲法第35條則明文確承認及維護原住民族權利。1982年之R. v. Guerin一案<sup>33</sup>，係加拿大最高法院於1982年憲法制頒後首度宣示之判決，宣告原住民族土地權係一種特別之權利（sui generis），聯邦政府負有維護之信託義務（fiduciary duty），Guerin Dickson法官稱印地安人有占有及支配特定土地之法律上權利，該權利雖不同於完全所有權beneficial ownership，亦非對人權personal right之概念所能道盡，其屬印地安人對土地所擁有之一種特別權利sui generis，就其不能移轉與受讓人之意義而言，該權利固屬對人性質，但此項權利導致國王負有一種特別之信任義務distinctive fiduciary obligation，即國王基於受讓有為讓與人之印地安人利益處理該土地之義務亦為屬實。因而印地安人之土地權非僅止於對人權及占有權，一般認為如欲消滅原住民族土地權，主權者之意志應予以清楚而明確之表示<sup>34</sup>。1985年，R. v. Simon<sup>35</sup>案例推翻 1929年R. v. Syliboy案例<sup>36</sup>所示原住民族無簽署條約之能力致無數條約歸於無效之見解。

1997年，Delgamuukw v. British Columbia 一案<sup>37</sup>，判示證明原住民族土地權必要之一般基準，為能確認係原住民族土地權之請求，主張權利之原住民族群必須滿足下列標準：1.自英國宣告主權之前即已占有土地至今；2.如以現時占有作為英國宣告主權之前占有之證據，則現時占有與英國宣告主權之前占有之間須有連續性；3.其占有並未因英國宣告主權當時消滅。

### 3. 澳洲

如所周知，澳洲原住民族與英國殖民者間處於激烈之關係，原住民族為嘗試取回其土地權，對於聯邦政府提起諸多訴訟，但此些訴訟均不幸未能獲致成功。

首次挑戰 terra nullius 原則之訴訟，發生於 20 世紀 70 年代，即原住民族被剝奪土地權後約 200 年，該訴被稱為 *Milirrpum v. Nabalco Pty. Ltd.*<sup>38</sup>案(或稱 Gove 案件)，由位於澳洲北部領地 (the Northern Territory of Australia) 之 Gove 半島上之 Yirrkala 原住民族，向該領地最高法院 (the Supreme Court) 聲請一項阻止在其土地上開採鐵鋁氧石礦之禁制令 (injunction)，並請求該法院確認其土地權利及賠償其因此所受損害。一如其無承認原住民族土地權之意願，該法院駁回原住民族所有之請求，Blackburn 法官認為澳洲未承認原住民族傳統共有之土地權 (communal native title)，Yirrkalas 人亦未能充分證明自 1788 年起對其土地持續具有關連性 (a continual connection to the land)，且其對於領土之關係不能創設一項財產權利。然而，Gove 判決一則認為原住民族權利可能存在，但必須經由制定法之創設，一則鼓舞原住民族土地權承認運動，並導致北部領地於 1976 年通過原住民族土地權利法 (the Aboriginal Land Rights Act<sup>39</sup>)，足見其重要性而具有歷

<sup>33</sup> 2 S.C.R. 335 (Wilson J.).

<sup>34</sup> Supra note 30.

<sup>35</sup> [1985] 2 S.C.R. 387.

<sup>36</sup> [1929] 1 D.L.R. 307 (Nova Scotia County Court).

<sup>37</sup> [1997] 153 D.L.R. (4th).

<sup>38</sup> (1971) 17 F.L.R. 141 (Austl.).

<sup>39</sup> Aboriginal Land Rights (Northern Territory) Act, 1976, ch. 119 (Austl.).

史意義。<sup>40</sup>依據上開土地權法，原住民族一經證明其擁有某土地，即給與制定法上之權利，但其適用仍有一定之限制，依其規定至遲應於 1997 年 6 月 5 日以前提出申請，且僅適用於澳洲北部領地之土地。在該法通過後，北部領地內之原住民族保留地（Aboriginal reserve lands）被交付於土地信託（land trusts），聯邦政府得以持續實施充分之控制，被移付土地信託之土地約佔北部領地百分之 18 之土地<sup>41</sup>。

另一件由原住民族基於類似挑戰對其土地所提起之重要訴訟，係 *Coe v. Commonwealth of Australia* 一案<sup>42</sup>。1979 年，一名稱作 Coe 之原住民，代表所有澳洲原住民族對澳洲及英國政府挑起一項全面性之挑戰，向法院尋求一項阻止任何人使用原住民當時現正使用土地之禁制令救濟（injunctive relief）。Coe 案件雖因否決原告補正其訴狀（complaint）之程序上理由而被駁回，但仍不失為一項重要之案例，因其向法院證明原住民族在殖民前是否擁有真正土地權極有可能存在合法性之問題。值得注意者係，Murphy 法官在其不同意見書中認為 Coe 有關 New South Wales 州係遭征服而非被移民之主張實為正當，並提出原住民族當時已占有殖民者聲稱為無主地之土地有其可能性，因而應給予 Coe 審查其主張之機會。高等法院（the High Court）雖駁回 Coe 一案，但其判決提出如限縮起訴理由另提他訴，原住民族即有可能贏取原住民族土地權之訴訟，亦即 Coe 案件不同意見書中所示之見解，可供未來案件遵循之方針。

在澳洲法院最具重要性之案件，莫過於 Murray 島民 Meriam 人於 1982 年提起之 *Mabo v. Queensland* 一案<sup>43</sup>。Mabo 案件之原告係為尋求宣告 Meriam 人擁有 Murray 島之權利，Murray 島既非也從未屬於國王之土地，以及 Queensland 州無權消滅 Meriam 人之土地權等提起本件訴訟。在歷經 10 年之訴訟程序後，高等法院藉由推翻 *Milirrpum* 判例及否決 *terra nullius* 觀念，著下歷史性之判決。在 Mabo 一案中所呈現之主要問題，係 Murray 島之被合併（annexation）有無將完全所有權（absolute beneficial ownership）或該島之主權（sovereignty）歸屬（vested in）於國王，其次為 Murray 島之原住民族土地權（native title）如確曾存在，有無因合併後之行為而被消滅（extinguish），為此原告主張其先祖於合併前所享有之土地權益於英國國王取得主權後仍繼續存在，並成為普通法之內容，或原住民族土地權；另一方面，被告 Queensland 州則辯稱即使普通法上之原住民族土地權確曾存在，亦已經由合併而消滅。<sup>44</sup>在以 6 比 1 之評議，澳洲高等法院判決原住民族土地權事實上在澳洲已受承認，即在採納普通法上原住民族土地權之概念之同時，法院業已推翻 Blackburn 法官在 *Milirrpum* 案件所為之判決。值得注意者係，Mabo 判決適用於國家全體，而非僅適用於 Meriam 島。在判決理由中，Brennan 法官認定 *terra nullius* 之概念具有種族歧視性而有悖於當前之國際法，且占有土地之族群如依其慣習及其與土地之傳統連繫繼續維持其占有時，則 Native title 繼仍應繼續存在。法院亦拒絕適用 Blackburn 法官有關所有權（property）包括使用或享有土地、排他及移轉之權利，而 *Milirrpum* 案件中之原住民族未能符合之觀念；反之，

<sup>40</sup> Supra note 7, at 527.

<sup>41</sup> Id.

<sup>42</sup> (1979) 24 A.L.R. 118 (Austl.).

<sup>43</sup> (1992) 107 AL.R. 1. (Austl.).

<sup>44</sup> 吉川 仁，「マボ判決」について，法と政治 47(1) [1996.03]，頁 291 以下。



Brennan 法官認為某領域內之土地為某民族專屬占有，如其能有效主張他人無使用或占有該土地之權，則該土地所有權即應歸屬於該民族。基本上，多數評議拒絕適用歐洲之財產權概念，並認定普通法上原住民族土地權仍存在於 Meriam 人，因而原告成功證明其對 Murray 島之權利於合併後仍繼續存在，其訴請之土地權並未被消滅。Mabo 案件對於原住民族之司法處遇，可謂係劃時代之里程碑。Mabo 案件之前，原住民族土地權利問題僅能依循道德、倫理及政治條件加以處置，此案係首次對於司法挑戰所獲得重大之勝利，Mabo 判決對於今後原住民族土地權利請求事件，業已成為具有拘束力之判決先例。<sup>45</sup>

澳洲政府為回應 Mabo 判決，於 1993 年通過名為原住民族土地權法(the Native Title Act<sup>46</sup>)之法律，並自 1994 年 1 月 1 日起於澳洲各州施行。該法將過去所有使原住民族土地權置於非原住民完全所有權(sole ownership)支配之行為有效化；簡言之，該法具有將私有化土地上之原住民族土地權予以消滅之法律效果，但主張原住民族土地權者，如其權利係於 1975 年聯邦制頒種族歧視法(Racial Discrimination Act)後始行消滅，並能證明其與土地之連繫於合併時即已存在者，即有請求賠償其損害之權利。另一重要規定，係使原住民族得與希冀更新延長其租約 leases 之採礦公司進行協商，但將有關採礦爭議之最終決定移由仲裁機構而非原住民族為之。同時，該法亦規定應設置國家原住民族土地權法院(National Native Title Tribunal)，該法院乃一調解機關，專司原住民族土地請求權事件及補助原住民族土地權爭議專款計畫之程序及審理，但其有關權利請求之審理不具拘束力，依規定應移付聯邦法院(federal court)審理。<sup>47</sup>

## (二)、aboriginal (native) title 之共通理論

上述美、加、澳等普通法國家固有其不同歷史背景與經驗，在 aboriginal (native) title 之理論與實務發展上固未盡相同，但均係沿襲英國普通法建立自身之法律體系之國家，同有類似之法律淵源，仍可歸納其共通之理論，分述如下。

### 1. 核心觀念

所謂 aboriginal (native) title 係一種承認之觀念<sup>48</sup>，上述各國普通法雖均承認 aboriginal (native) title，但並非意味 aboriginal (native) title 源自普通法。aboriginal (native) title 之起源係來自原住民族與其土地間之關連性，而此項關連性係依據其傳統法律及慣行，因而 aboriginal (native) title 之法源係原住民族以社區或社會為整體實行其傳統原住民族之占有或建立、維持與土地之關連性。在此方面，原住民族有關土地之權利依其 native title 之名稱，乃先在於殖民並存續至今。

## (二)

<sup>45</sup> 同前注。

<sup>46</sup> Native Title Act, 1993, ch. 110 (AustL).

<sup>47</sup> Supra note 7, at 532-533.

<sup>48</sup> Noel Pearson, The Concept of Native Title at Common Law, 15 June 1996.

原住民族土地權不僅係一種土地權利，亦係一種集體權，原住民族社會基此可享有使用及占有土地之權利，其理論之發生可溯至英國樞密院早期判例及美國最高法院 19 世紀之案件。就土地法而言，在普通法內原住民族土地權可考諸既得權（acquired rights）之理論。依該理論，主權之變更（無論係基於征服或合併）不影響當地居民之既得財產權。基於英國殖民地法律，一旦征服完成，領土取得對於當地居民依慣習享有之土地權所及之法律效果，有 2 種方式處理。第 1 種方式係基於連續性之原則（the doctrine of continuity），乃有利於現有慣行土地權利之持續，其觀念為征服不能對這些權利產生不利之影響，但有明確目的之立法者不在此限。第 2 種方法基於承認之原則（the doctrine of recognition），此項原則確認於合併導致所有既存權利消滅時，土地權利應由新主權者給予正式承認始可。上開基於既得權之原則，可視為當代原住民族土地權理論之來源之一，而原住民族土地權之決定性觀點，乃原住民族社會對於土地之權利係源自其對於土地之占有先於國王之主權取得。<sup>49</sup>

(三)

原住民族土地權理論乃植基於一項普通法之原則，即土地權益存在先於殖民列強征服領域者，除以立法正式消滅該權益者外，該權益於征服後繼續存在。原住民族土地權之根源可自殖民者取得主權前即已存在之原住民族慣行及法律予以發現，因而該土地權乃立於對原住民族既存法律之承認及普通法上占有即為所有權證明原則之基礎。原住民族土地權之主要根源之一，係原住民族慣行（customs），例如 1992 年澳洲高等法院所著具有開創性之 *Mabo* 判決中，Brennan 法官即指出原住民族土地權源自某領域原住民族所承認之法律、慣行及所奉行之慣行，並由該法律及慣行賦予該權利之內容<sup>50</sup>；與其相同，加拿大亦係基於原住民族土地權立於既存原住民族慣行之觀念，加拿大法院基此確認原住民族土地權係一項基於原住民族法律及普通法所生之特別權利（sui generis），法院不能僅依傳統普通法之理論解釋原住民族土地權，因既存之原住民族法律制度現仍繼續存在之之故<sup>51</sup>。要之，儘管各國制度均有其特殊性，但不同國家之司法似已肯認原住民族對於土地之權利應自其本身通常之法律探尋。

(四)

嚴格言之，原住民族土地權理論業已顯露其承認在同一司法體系併存 2 種不同法律系統之可能性，即普通法與原住民族法律。誠如 Pearson 法官所指出，原住民族土地權既非普通法也非原住民族法律之土地權利，但可認為係普通法對於原住民族法律規範之土地權所為之承認。因而法院基於此項理論，承認原住民族土地保有制度之法律上之價值，確係開法律史之先河<sup>52</sup>。加拿大最高法院強調，類此原住民族習慣法之承認，係經由賦予原住民族法律與普通法 2 者相同之價值以達成和解（reconciliation）所為之嘗試。在 *Van der Pet* 一案中，審判長 Lamer

<sup>49</sup> JÉRÉMIE GILBERT, *Historical Indigenous Peoples' Land Claims: A Comparative and International Approach to the Common Law Doctrine on Indigenous Title*, *ICLQ* vol 56, July 2007 pp 583 - 612.

<sup>50</sup> *Mabo v Queensland* (No 2) (1992) 107 ALR 1, 58.

<sup>51</sup> (1997) 36 Alta L Rev 9.

<sup>52</sup> *Supra* note 48.

法官即認為原住民先前占有北美洲與其後國王維護主權之和解，在考慮原住民族看法之同時，亦應斟酌普通法觀點，並歸結指出真正之和解應將重量平均加諸於彼此之上（equally, place weight on each）<sup>53</sup>。因而此項理論可視為原住民族與非原住民族國家之橋樑，一如將同等重量分別置放於 2 種法律體系。就此而論，普通法理論強調一項原住民族超文化土地權之併存可能性，此從歷史之觀點如原住民族土地權源自國家土地權立法前即已存在之原住民族慣行，業已實踐完成。

#### 四、原住民族基本法第 20 條第 1 項之立法

2005 年 2 月 5 日，我國制頒原住民族基本法，其中第 20 條第 1 項明定「政府承認原住民族土地及自然資源權利」，其中所謂「承認權利」幾乎未曾見諸現行法令用語，而所稱「原住民族土地權利」亦無現行法令可據，均不能望文生義，徒增理解之困難，以致立法至今，主管機關束之高閣，各界亦乏人問津，誠可謂「徒法不足以自行」，即有加以釐清使之「活化」之必要。

##### (一)、本條解釋及適用之疑難

如上所述，原住民族基本法第 20 條第 1 項有解釋及適用之疑難，爰進一步分析說明如下：

1. 依憲法第 143 條第 1 項及土地法第 10 條第 1 項之規定，人民取得土地權利需依法為之，而民法又採物權法定主義，詳細規定土地權利之種類及取得之方式，是依我國現行法制，別無土地權利承認方式存在之餘地。
2. 原住民族關於土地權利之取得，依適用法令之不同，可分為依民法、土地法等相關法令取得，及併依原住民族保留地開發管理辦法取得等 2 種，且後者法令僅規定原住民取得保留地權利之條件，至於權利之類型、內容、登記及管理仍受前者法令之規範，並無所謂原住民族土地權利之名稱、類型及內容之土地權利型態。
3. 在法律文義上，通常所謂承認係指以既存權利（existing right）為對象，經由政府之承認行為取得其在現行法制上合法性與正當性之法地位，亦即承認係一種文化交錯之現象，存在於 2 種以上不同之法律體系之間，經由一方法律體系之承認，使他方法律體系內之權利在己方獲得合法性及正當性，是以原住民族基本法第 20 條第 1 項規定既稱「承認」，則其所稱承認標的之「原住民族土地權利」自非我國現行法制下之土地權利類型，而另有所指。
4. 「原住民族土地權利」既自非我國現行法制下之土地權利類型，則如何確定其依據及內容據以執行，即屬必要。
5. 鑑於我國係繼受法國家，諸多法令均係仿效外國而制定，則為確定原住民族基

<sup>53</sup> Lamer CJ in *R v Van der Peet* [1996] 2 SCR 50.

本法第 20 條第 1 項規定之規範意旨，即有必要自立法理由即外國法例探求其真意。

## (二)、我國繼受 aboriginal (native) title 理論

原住民族基本法第 20 條第 1 項規定立法理由稱「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一的原住民族土地及自然資源權利也均予以承認」，細釋其說明內容，考諸我國原住民族被殖民歷史等立法背景，並斟酌該法其他相關規定，毋寧係繼受普通法 aboriginal (native) title 理論，分述理由如下：

1. 首應說明者係，立法理由首稱國際間各國均對於原住民族土地權利予以承認，考諸世界各國處理原住民族土地權之國家，大抵屬於昔日為英國殖民地所成立之國家，沿襲英國普通法發展上述 aboriginal (native) title 理論，不論在司法、立法或行政各方面領域，皆已建立穩定成熟之制度體系，即便係屬大陸法系國家如哥倫比亞等中南美國家，或係晚近西非皆師承普通法 aboriginal (native) title 理論，承認其境內所屬原住民族之土地權，並加以保護。

2. 其次，我國原住民自台灣總督府於 1895 年頒佈官有林野取締規則，強行將不具所有權證明書類之原住民族土地收歸官有，而國民政府遷台後賡續日本政策，於 1947 年訂定台灣省土地權利清理辦法，明定前經台灣總督府依據土地調查及林野調查清理之結果歸公有之土地概不發還，即係以無主地 (*terra nullius*) 理論為據剝奪原住民族之土地權，與上述澳洲之情況如出一轍。

3. 依澳洲 *Mabo v. Queensland* 案例所示，*terra nullius* 之概念具有種族歧視性而有悖於當前之國際法。我國係民主憲政之國家，自不能無視於此種違背憲法人性尊嚴及平等原則之舉，加上原住民族要求還我土地之呼聲日殷，為使原住民族與非原住民族達成和解共創雙贏局面，自須立法糾正此過去之過錯，此徵諸政府晚近積極立法亟思保護原住民族之生存、文化，益見顯然。

4. 原住民族基本法第 20 條第 2 項、第 3 項分別規定「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」，此與澳洲於 1993 年原住民族土地權法 (*the Native Title Act*) 規定設置國家原住民族土地權法院 (*National Native Title Tribunal*)，兩者職能雷同，足見原住民族基本法第 20 條規定係繼受普通法 aboriginal (native) title 理論。應值特別說明者，國家原住民族土地權法院名稱固有法院 (*Tribunal*) 之名，但無行司法權之實，與上開規定所定原住民族土地調查及處理委員會同屬行政機關。

5. 又原住民族基本法有關原住民族土地權利規定者，尚有第 19 條。二者不同，在於前者係經承認之權利，而後者係依法取得之權利。兩相印證，原住民族基本法第 20 條第 1 項規定之土地權利係屬普通法上之 aboriginal (native) title 權利性

質，其權利內容需依原住民族法律、習慣法及慣行而定，與普通法從同。

6. 或謂我國屬大陸法系國家，與普通法系國家之法制扞格不入。但大陸法系與普通法系之交融，乃現代法律之潮流趨勢，非但不足以遲滯法制之發展，更可促進法律之進步與時俱進，我國諸多法律如信託、證券交易法等，即係沿襲英美法，未嘗聞有重大不適之感，aboriginal (native) title 理論之引進，或係二者交融之絕佳範例。

## 五、現行法制下原住民族土地權利體系

如上所述，原住民族基本法第 20 條第 1 項係屬普通法 aboriginal(native)title，但在法制上迎面直來之問題，即係如何將其定位((性))，使與我國法制相調合，進而發揮其糾正過去錯誤並尋求與主流社會和解共生之規範目的，爰分述如下：

### (一)、非依習慣成立之物權

民國 98 年 1 月的物權法修正將第 757 條條文由「物權，除本法或其他法律有規定外，不得創設」改為「物權除依法律或習慣外，不得創設」，其立法理由謂：「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，爰仿韓國民法第 185 條規定修正本條。又本條所稱『習慣』係指具備慣行之事實及法的確信，即具有法律上效力之習慣法而言，併予指明」，從立法理由當中即不難看出立法者並未全面揚棄物權法定主義，僅係在「一定要件」下加以開放習慣法的進入與補充，乃係一種從權的做法，所謂「一定要件」，應指立法理由謂：「若明確合理，無違物權法定主義存立之旨趣」。

依 aboriginal (native) title 理論，原住民族土地權係指對於土地直接支配之權利，在我國財產法體系上，自屬物權之一種，所遺問題係該權利究係依習慣成立之物權，或係依法律成立之物權，此係有關其法律適用及其效度之問題。自原住民族土地權之內容主要係依據原住民族之習慣法而言，似乎應屬依習慣成立之物權，但若從承認之法理以觀，則原住民族土地權係 2 種法律體系彼此承認之問題，似乎又屬依法律成立之物權。鑑於承認之法理，及我國現制依習慣所成立之物權僅具有補充之效力而必須受物權法規定之制約，仍以認為係依法律成立之物權為宜，即基於原住民族基本法第 20 條第 1 項規定之承認作用，取得與物權法相同之法律地位，並依特別法優於一般法之法律適用原則，優先於物權法適用。

### (二)、原住民族土地權利體系

鑑於原住民族關於土地權利之取得，原即有依民法、土地法等相關法令取得，及併依原住民族保留地開發管理辦法取得等 2 種，再新增原住民族基本法第

19 條第 1 項、第 20 條第 1 項所規定之新權利 2 種，分述其體系如下：

1. 一般土地權利取得 即依民法、土地法等相關法令取得之物權，其類型及內容均依上開法令為準。

2. 特別土地權利取得 此又可分以下 3 種：

(1)原住民族保留地開發管理辦法 除該辦法外，併受民法、土地法等相關法令之規範。

(2)原住民族基本法第 19 條第 1 項 其類型及內容專依該條規定。

(3)原住民族基本法第 20 條第 1 項 其類型及內容專依原住民族法律、習慣法及慣行定之。

又上述土地權利發生衝突時，原住民族基本法第 19 條第 1 項、第 20 條第 1 項所規定之權利，因居於特別法之地位，應優先適用。而原住民族保留地開發管理辦法規定之權利，因目前仍屬行政命令之性質，效力最列，不能對抗前述 3 種權利。

## 六、結論

發端於 80 年代之原住民族還我土地運動，迄今雖已逾 20 載，但不可諱言者係，國內對於原住民族土地及自然資源權利之觀念仍嫌陌生。2005 年頒布之原住民族基本法，明定政府承認原住民族土地及自然資源權利（第 20 條第 1 項），其性質、內容及其在我國法制定位如何等問題，不但政府部門至今仍未受啟蒙，致該法有名無實空轉多年，即連原住民知識界及運動者亦無能提出充分論述予以支撐，致該運動淪為口號而有空洞化之現象。此際，最為迫在眉睫莫過於以下 2 事：

(一)、加速推動周邊相關法令之立法整備 目前主管機關行政院原住民族委員固正積極推動原住民族土地及海域法之立法作業，但遍觀全部草案內容，均未提及原住民族基本法第 19 條、第 20 條之規定內容及配套措施，實有嚴重之疏漏，而同法第 20 條所定應設置原住民族土地調查及處理委員會，至今仍未聽聞其有何具體之作為，令人相當扼腕殊為可惜，遑論其他。

(二)、加深理論研究以供實務參考 aboriginal (native) title 之研究，在美、加、澳等國業已形成一門日漸重視之研究領域，而我國卻知之者甚少。為與國際同步，並提供日後實務運作之重要參考基礎，今後實應加強此方面之研究，以拓深理論基礎。

爰不顧淺學菲才執筆撰就本文，冀為拋磚，企盼能喚起此方面之研究熱潮。

(本文尚未完成定稿，請勿引用)

## 與談人：黃明展 法官

各位與會的同事大家好，我想說今天怎麼會來當評論，可能就是待過的法院都是屬於原住民比較多的法院，那之前是帶過台東，現在是嘉義，所以有關原住民可能訴訟的案子應都處理過了，那報告人今天報告今天土地權的問題，是相當有價值的，雖然土地權的內涵到底是什麼，報告人還未加以定義，但可想而知，土地權包括了採集、狩獵、耕作等等一些傳統的權利，那在實物處理上，這些權利，經常會涉及到現行法的違反，例如說，在採集的方面，經常違反採集森林的主產物及副產物這刑責都很重的，另外在狩獵方面則違反野生動物保育法，那還有拿槍或彈藥槍枝條例法的問題，這些都是原住民經常會觸犯的法律，那另外耕作的部份，剛才報告人有說，是因為竊佔國土給起訴的，那如果原住民的土地權可以來承認的話，事實上，這些案子就再也沒有了，所以我是覺得就是說，要在法體上承認這些原住民的權利，我覺得這個探討相當有意思，那這個實務也非常的重要，那這些案子我都遇過，事實上不是只有原住民會遇到這些問題。像我前陣子再處理嘉義阿里山，有一個山林自救協會，那些人都宣稱在國民政府來台之前，祖先就居住在那裡了，雖然不是原住民，但是國民政府以一個法令就把他們居住的土地全部納為國有，覺得這是非常不合理的，所以他們一直在抗爭。

事實上，不是只有原住民遇到這些問題，那像是傳統就居住在這裡國民政府也找來，那這些人也會遇到這些問題，那報告人利用原住民基本法第二十條，來加以解釋，我覺得很好，那原住民基本法第二十條，他用”承認”的方式表示就已經是國際法的用語了，那也就是說，不同政府之間，你承認我、我承認你那種不同政權的問題，那我是覺得承認用的滿有意思的，但是承認的土地權到底範圍有多廣、多寬、多窄，可以日後加以討論。

那就我們實務上再處理原住民傳統習俗的問題，我們大概區分成三個階段，第一，國民政府來台之前所發生所記得的事實，這些因為當時國民政府的法律還未適用台灣，那我們在法律處理上，像高等法院 47 年有個判例，認為，如果你的繼承是發生在國民政府來之前，那按照當時的習俗，也就是說，在於處理國民政府來台之前取得工作權或是你對土地的實際佔有權應該是用那時候的習俗來決定，而不是事後國民政府的法律，那我們一般都先去問，那你什麼時候去取得權力的，是國民政府 34 年之前還是 34 年之後，34 年後他的習慣，是跟法律一樣的，因為那時候沒有法律，但是如果你的取得是在 34 年之後，那我們就須回到民法的物權來看，那民法基本是以法律為優先，法律沒優先就會落到習慣，那基本上法律都有規定，所以原住民的習慣因此而被消滅了，因為法律已經規定了，那物權就是物權法定主義，所以這些傳統習俗都是不會被承認的，因為不是



法律，所以在 34 年之後，會有這樣的一個區別，那現在有趣的問題來了，那 94 年之後，原住民基本法訂了之後，那對原本的 34 年之後法律為優先有沒有產生撼動的效果，這是需要好好討論，報告人有做出一些結論，這就涉及到原住民基本法的法律位階在哪裡，報告人說這是民法物權法中的特別法，可是這樣的看法和台灣高檢署在 96 年做一個根據原住民他雖然可以狩獵，但能不能狩獵保育類的動物，他們再做一個探討，他們反對最大的理由認為原住民基本法是普通法，野生動物保育法是特別法，所以特別法優於普通法，所以你就是不能狩獵，所以在高檢署意見，是把原住民基本法當作是一個普通法，但是我們報告一致把它當特別法，那我這裡有一個不同的觀念，我認為原住民基本法應該是憲法的位階，那你再把階層三階段分，他既然是憲法的位階就不用去跟一般法律比了，只有同一位階的法律才有特別法跟普通法的關係，那原住民基本法是憲法的位階，那當然是優於普通法，那至於怎麼把原住民基本法把他具體化，讓它可以結合然後產生優於物全權法民法的效應問題，我覺得那是後面法律補充的問題，加以細緻化的問題，所以我會覺得自從 2005 年就是 94 年原住民基本法實施之後，到底上面傳統的權利要怎麼去承認，那跟現行法位階的問題，我覺得現在應該是一個還沒有解決的問題，那我覺得討論是增加他的議題，這是很好的謝謝大家。

# 當部落與國家相遇：我國行政法院關於原住民保留地爭議之判決分析<sup>1</sup>

陳竹上

## 摘要

過去，不論是原住民族社會運動的路線，抑或是學術研究的場域，似乎都比較偏向於尋求國家立法或行政系統的回應。然而，由太魯閣族反亞泥還我土地運動、泰雅族司馬庫斯部落檫木事件、鄒族頭目父子於部落領域取回蜂蜜被捕等事件陸續發生後，司法系統對於國家如何執行及落實多元文化理念的關鍵性地位，才逐漸被突現並引發關注。此外，綜觀歷年來國家與部落間因規範或資源衝突而引發司法裁判者，整體而言均與土地問題有深刻之牽連，故國家司法如何看待及回應原住民土地爭議，遂成為本次研究所欲關注的焦點。就原住民土地爭議而言，近年來「傳統領域」訴求所受到的關注雖與日俱增，然而理應獲得制度性保障的「原住民保留地」，實際上是否已達成其所宣稱「保障原住民生計，推行原住民行政」之政策目的，也是一個不應被遺忘的課題。本研究首先以文獻探討方式介紹原住民保留地制度及其於既有國家體制下所面臨之結構性困境，繼之以閱讀高等行政法院高雄分院民國 97 年度至 99 年度之原住民保留地相關判決的檔案分析方式，彙整出原住民保留地所實際發生的糾紛及重要問題，期能引發關注，共思改善途徑。

## 一、關於「原住民保留地」政策的靜態描述

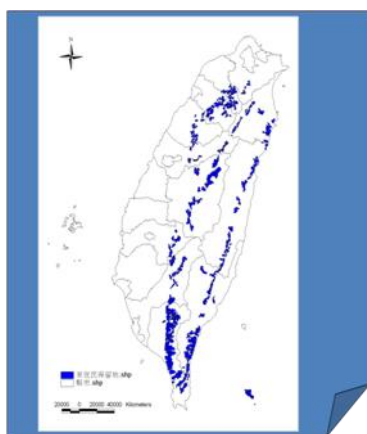
在台灣的历史中，舊稱「山地保留地」的「原住民保留地」，其劃編可溯及清朝統治台灣後所謂的「土牛線」或「紅牛線」之設，以隔離「番人」與漢人，避免衝突，便於官府統治。至日本統治時期，則以劃編所謂「存置林野」及「準要存置林野」，延續「番漢分治」的政策<sup>2</sup>。依照原住民委員會最近公佈，截至民國九十七年底，保留地面積共計 26 萬零 531.949 公頃，分佈在宜蘭、臺北、桃園、新竹、苗栗、台中、南投、嘉義、高雄、屏東、台東、花蓮十二個縣市內的三十個山地鄉及二十五個平地原住民鄉鎮內。各縣（市）原住民保留地面積，以屏東縣最多，面積達 65856 公頃（約 25%），其次為臺東縣，面積為 48592 公頃（約 19%）<sup>3</sup>。台灣之原住民保留地除蘭嶼鄉外，均屬

<sup>1</sup> 本文為行政院國家科學委員會補助專題研究計畫「當部落與國家相遇：由文化福利權觀點檢視我國原住民保留地政策於司法體系中之現況與展望」(NSC 99-2410-H-468-024-MY2)成果之一部分。

<sup>2</sup> 相關論述可參考林佳陵，「論關於台灣原住民土地之統治政策與法令」，國立台灣大學法律學研究所 84 學年度碩士論文。

<sup>3</sup> 相關統計數據請參考行政院原住民委員會 (<http://www.apc.gov.tw/main/>) 網站，「97 年度統計報表」中

於山坡地，若非標高在一百公尺以上，便是平均坡度在百分之五以上者<sup>4</sup>。原住民保留地之標高分布相當廣泛，自 100 公尺至 2000 公尺不等。除蘭嶼鄉位於太平洋外，其他都位於台灣的山麓地區，大部份之原住民保留地仍集中於 400 至 1200 公尺之山坡地，實際位於 2000 公尺以上高山地區之保留地並不多，其分佈可參考圖一。依照行政院核定之「台灣省農林邊際土地宜農、宜林、宜牧劃分標準」，保留地中宜林土地約有 74%，宜農土地約有 19%，宜牧土地約有 1%，其他土地約有 6%<sup>5</sup>。



圖一

由於原住民保留地均屬於山坡地，故至今其法令上的最高依據僅為山坡地保育利用條例第 37 條，該條規定：「山坡地範圍內山地保留地，輔導原住民開發並取得耕作權、地上權或承租權。其耕作權、地上權繼續經營滿五年者，無償取得土地所有權，除政府指定之特定用途外，如有移轉，以原住民為限；其開發管理辦法，由行政院定之。」從而，行政院於民國七十九年訂定「山胞保留地開發管理辦法」，民國八十四年更名為「原住民保留地開發管理辦法」，法令位階甚低，係屬於可由行政機關單獨加以調整內容之行政命令，故發佈施行以來已經七度修正。近來已有法學者或曾經審理原住民保留地爭議之法官認為：以行政命令規範憲法所保障之原住民族土地權益（憲法增修條文第 10 條第 11 項、12 項）及涉及人民財產權（憲法第 15 條）等重要事項，顯然有違背「法律保留原則」的疑慮<sup>6</sup>。

---

之第 3 項--「98 年會計室要的權利分配統計」。瀏覽日：2011/9/13。

<sup>4</sup> 就此可參考山坡地保育利用條例第 3 條：「本條例所稱山坡地，係指國有林事業區、試驗用林地及保安林地以外，經中央或直轄市主管機關參照自然形勢、行政區域或保育、利用之需要，就合於左列情形之一者劃定範圍，報請行政院核定公告之公、私有土地：一、標高在一百公尺以上者。二、標高未滿一百公尺，而其平均坡度在百分之五以上者。」。

<sup>5</sup> 此為民國五十五年政府調查所得數據，該次調查工作共得山地保留地約 240,634 公頃，並劃分用途如上，往後是否有再次進行相關調查，作者仍未於相關文獻中有所發現。請參考林櫻櫻，1999，〈從「準要存置林野」到「原住民保留地」—從財產權觀點探討我國原住民保留地之增編與劃編〉，《國有財產雙月刊》，第 55 期（為電子期刊，全文登載於：

[http://www.mofnfb.gov.tw/BoardAndPublish.php?page=MonthlyArticle&MS\\_ID=311](http://www.mofnfb.gov.tw/BoardAndPublish.php?page=MonthlyArticle&MS_ID=311)）。

<sup>6</sup> 按我國之中央法規標準法第 5 條規定：「左列事項應以法律定之：一、憲法或法律有明文規定，應以法律定之者。二、關於人民之權利、義務者。三、關於國家各機關之組織者。四、其他重要事項之應以法律定之者。」，原住民土地權益事項，憲法增修條文第 10 條第 12 項已明文規定應以法律定之，且亦屬於

在行政命令的規範彈性與行政機關的裁量空間下，原住民保留地開發管理辦法第 3 條即規定：「本辦法所稱原住民保留地，指為保障原住民生計，推行原住民行政所保留之原有山地保留地及經依規定劃編，增編供原住民使用之保留地。」，隱約可見的是一種照顧（如保障原住民生計）與教化（如推行原住民行政）的意識型態，至於具體的土地權利分配機制，則可稱之為「國家集體收編後再逐一個案審核釋出的行政科層恩給模式」，主客及主從位置相當明顯。原住民保留地開發管理辦法第 5 條第 1 項即規定：「原住民保留地之總登記，由直轄市、縣（市）主管機關囑託當地登記機關為之；其所有權人為中華民國，管理機關為中央主管機關，並於土地登記簿標示部其他登記事項欄註明原住民保留地。」，亦即先由「中華民國」囊括所有原住民保留地之所有權後，再由行政機關逐一規範、審核後，將耕作權、地上權等登記予有居住或耕作事實的原住民，至於所有權登記，則又必須符合另一系列內含行政裁量的法定要件及科層程序<sup>7</sup>。

截至民國九十七年底止，依行政院原住民族委員會統計（詳參附件一）：原住民保留地所有權已登記予原住民者，面積計有 88839.293 公頃（34%），已設定地上權予原住民者，建地面積計有 133.919 公頃（0.05%）、林地面積計有公頃（10.3%），已設定耕作權予原住民者，面積計有 9275.831 公頃（3.6%），原住民取得承租權者，面積計有 14152.251 公頃（5.4%）、無償使用權者，面積計有 625.016 公頃（0.2%）<sup>8</sup>。亦即，原住民已取得原住民保留地之所有權者未及三成五，總計其他已取得之權利如地上權、耕作權等，亦僅約五成。雖原住民保留地開發管理辦法第 7 條規定：「中央主管機關應會同有關機關輔導原住民設定原住民保留地之耕作權、地上權及取得承租權、所有權。」，然而在國家集中控管並同時須回應財團開發需求及其他行政目的的局面下，此等「輔導」其成效自然有限。原住民保留地政策中儲存在著行政科層恩給模式之特質外，也呈現出國家集體收編後再逐一個案審核釋出的「土地所有權個人化模式」，及近代西方發展並由台灣繼承的「一物一權主義」，顯然與原住民族部落生活中的集體文化格格不入<sup>9</sup>。承載集體生活與文化整體性的部落土地，被國家行政系統下所創設各種名目諸如地上權、耕作權、承租權、所有權等的權利切割，加上行政科層運作下潛藏的分配不均，反而都成為部落生活中無形的分化因子<sup>10</sup>。

---

攸關人民權利、義務之重要事項，誠不宜以行政命令規範，學理論述可參考吳庚，2007，《行政法之理論與實用》，台北：三民書局，P.84 以下。司法實務上已產生意見分歧，如台灣花蓮地方法院 88 年重訴字第 18 號判決認為有違反法律保留原則之疑慮，至於台灣花蓮地方法院 87 年重訴字第 315 號判決則認為合乎法律保留原則。

<sup>7</sup> 就此可參考原住民保留地開發管理辦法第 17 條第 1 項：「依本辦法取得之耕作權或地上權登記後繼續自行經營或自用滿五年，經查明屬實者，由中央主管機關會同耕作權人或地上權人，向當地登記機關申請辦理所有權移轉登記。」。

<sup>8</sup> 相關統計數據請參考行政院原住民族委員會（<http://www.apc.gov.tw/main/>）網站，「97 年度統計報表」中之第 3 項--「98 年會計室要的權利分配統計」。瀏覽日：2011/9/13。

<sup>9</sup> 「一物一權主義」乃近代西方土地所有權制度的大原則，此等個人主義式的制度將有助於資本主義交易秩序的穩固。相關介紹可參考鄭玉波著、黃宗樂修訂，2005，《民法物權》，台北：三民。

<sup>10</sup> 例如，學者王增勇曾表示：「從原住民傳統智慧與世界觀，發展部落集體的共識，不再被政府部門的分工所切割，也不再侷限於政府既有的政策思維，是原住民族在面對日常生活中最迫切所需要的自治權利。」，由此觀之，現有的原住民保留地政策，顯然不利於部落集體共識及自治的發展。摘引自王增勇，2009，〈社會福利作為原住民自治的可能路徑〉，網址：

## 二、關於「原住民保留地」政策的批判性論述

歷史上，台灣原住民族土地定位的變遷，也就是原住民族地位的變遷。當然，這個變遷是從國家的角度決定或宣稱的。國家將原住民族視為敵對者，且保持距離避免接觸時，原住民族土地就是「界外」。國家覬覦原住民族土地與自然資源的經濟利益時，就必須將隔離原住民族的「邊界」稱為國境內的「行政界」，將原住民族稱為臣民或叛亂中的臣民或非人，原住民族土地就是「國家領土」或「國有地」。國家決定了社會文明進步的方向時，原住民就必須脫離民族，學習私有財產、定住農耕、密集生產，原住民族土地就開始化整為零，以供有效開發，特別是供較有「能力」的非原住民進行開發(林淑雅，2007)。

的確，在這場國家與部落的互動歷史中，國家始終是居於決定者，而原住民族始終是居於被決定者的地位，而土地政策也正好是呈現國家如何定位原住民族的關鍵軸線。於工業資本主義興盛、政商同盟結構形成後的台灣，誠如上述，原住民保留地於政策上開始供較有「能力」的非原住民進行開發，是許多爭議如反亞泥還我土地運動的根源。於工業資本主義之開發勢力方興未艾的同時，保育勢力亦逐漸在台灣發跡茁壯，原住民保留地再度必須承擔起環境保護及生態保育的重責大任，部落傳統的採集、狩獵活動，都極可能成為犯罪行為。以下即就原住民保留地相關研究中對於開發勢力及保育勢力的批判進行探討。

### (一)對於開發勢力的批判

在經濟發展與社會福利的論辯之中，台灣似乎長期是處於經濟發展掛帥的局面<sup>11</sup>。包括多元文化、原住民族群權 (collective right) 等價值，一旦面對工業資本主義的開發勢力及個人主義式的無限積累邏輯，往往猶如螳臂擋車<sup>12</sup>。單就名稱而論--「原住民保留地開發管理辦法」，似乎已經預設了引進開發勢力的意識型態。由於原住民族部落生活法則中夠用就好、與所處生態達成動態平衡的文化，與個人主義式的無限積累邏輯格格不入，加上開發山坡地所需的工業基礎與政商關係，故此等開發勢力往往是外來的。這扇對外開放財團進駐保留地的門，悄悄地藏在原住民保留地開發管理辦法第 24 條第 4 項中：「公、民營企業或未具原住民身分者 (以下簡稱非原住民) 申請承租開發或興辦，應由鄉 (鎮、市、區) 公所先公告三十日，公告期滿無原住民申請時，始得依前二項規定辦理。」。這項「先公告三十日」的程序設計，似乎成了同法第 24 條第 1 項「優先輔導原住民開發或興辦保留地事業」的具體落實途徑<sup>13</sup>。然而，在上述文化差異與開發資

---

<http://tywangster.blogspot.com/search/label/%E5%8E%9F%E4%BD%8F%E6%B0%91>，瀏覽日：2011/9/13。

<sup>11</sup> 持此看法者如黃源協、蕭文高，2006，《社會政策與社會立法》，台北：雙葉書廊出版。

<sup>12</sup> 相關論述如 Hsieh, Jolan, 2002. Pingpu indigenous peoples' collective rights and identity-based movements in Taiwan. Arizona State University Thesis (Ph.D.).

<sup>13</sup> 依照原住民保留地開發管理辦法第 24 條第 1 項之規定：「為促進原住民保留地礦業、土石、觀光遊憩、加油站、農產品集貨場倉儲設施之興建、工業資源之開發、原住民文化保存或社會福利事業之興辦，在

本懸殊的社經結構下，加上原住民保留地開發管理辦法第 24 條所規定之開發應備文件的高度技術性<sup>14</sup>，這樣的「保留地原住民優先開發權」是否曾產生過實質意義，亦即是否真的曾有原住民於平地資本將進入保留地開發前的三十日公告期限內提出開發申請？令人質疑。總計截至民國九十七年底止，現仍有效的非原住民承租原住民保留地案，以個人名義承租者共 11968.596 公頃，占保留地總面積之 4.6%，以民營企業名義承租者共 264.813 公頃，占保留地總面積之 0.1%<sup>15</sup>。

此外，國家行政機關亦得以公權力塗銷原住民已於保留地上取得並登記之權利，以維護財團開發利益。原住民保留地開發管理辦法第 26 條規定：「依第二十四條規定申請開發或興辦時，原住民已取得土地所有權者，應協議計價層報直轄市、縣（市）主管機關同意後參與投資；投資權利移轉時，其受讓人以原住民為限。原住民已取得耕作權、地上權或承租權，應協議計價給予補償，並由原土地管理機關囑託當地登記機關辦理耕作權或地上權之塗銷登記。」。

類此由國家行政機關將土地出租給財團，並回過頭來塗銷原住民地主土地權利的設計，便是原住民保留地政策的制度內涵之一，保留地保留給誰，似乎不言可喻。類此，原住民保留地開發管理辦法中還暗藏著許多國家行政機關得以塗銷原住民已取得保留地權利的陷阱，如民國八十七年，省原民會繼秀林鄉公所後再接再厲，起訴請求法院塗銷四十七位太魯閣原住民地主在保留地上的耕作權，便是另外依據原住民保留地開發管理辦法第 15 條第 1 項及第 16 條之規定：「原住民取得原住民保留地之耕作權、地上權、承租權或無償使用權，除繼承或贈與於得為繼承之原住民、原受配戶內之原住民或三親等內之原住民外，不得轉讓或出租。」，「原住民違反前條第一項規定者，除得由鄉（鎮、市、區）公所收回原住民保留地外，應依下列規定處理之：一、已為耕作權或地上權登記者，訴請法院塗銷登記。...」。此外，依照原住民保留地開發管理辦法第 18 條之規定：「原住民設定耕作權、地上權或取得承租權、無償使用權之原住民保留地，因死亡無人繼承、無力自任耕作、遷徙或轉業致不能繼續使用者，經原住民保留地土地審查委員會通過後，由鄉（鎮、市、區）公所收回之。前項耕作權、地上權之登記，應訴請法院塗銷之。」。一部以「保障原住民生計」為名的原住民保留地開發管理辦法，實際探究卻發現「塗銷」的條文似乎比「保障」的條文還多，難免令人費解<sup>16</sup>。

---

不妨礙國土保安、環境資源保育、原住民生計及原住民行政之原則下，優先輔導原住民開發或興辦。」。

<sup>14</sup> 依照原住民保留地開發管理辦法第 24 條第 1 項之規定，申請租用原住民保留地應檢具「開發或興辦計畫圖說」，申請該管鄉（鎮、市、區）公所提經原住民保留地土地權利審查委員會審查通過，層報中央主管機關核准，並取得目的事業主管機關核准開發或興辦文件。至於「開發或興辦計畫圖說」，必須包括：一、分年開發或興辦計畫。二、申請用地配置圖，並應標示於比例尺不小於五分之一之地形圖及地籍套繪圖。三、土地登記簿謄本。

<sup>15</sup> 其他非原住民使用保留地之情形，尚包括政府機關學校無償使用約 700 公頃，撥用約 110 公頃。相關統計數據請參考行政院原住民委員會（<http://www.apc.gov.tw/main/>）網站，「97 年度統計報表」中之第 3 項--「98 年會計室要的權利分配統計」。瀏覽日：2011/9/13。

<sup>16</sup> 為求解套，作者曾與原住民立法委員商討，提議將因為不可抗力或不可歸責於原住民耕作權人之因素，導致耕作中斷等情形，於法定五年期限屆滿時，亦列入得換發所有權狀之情形，但仍無疾而終，致使太魯閣原住民已獲得確定勝訴判決的五十八筆土地至今仍處於無法耕作之狀態。

## (二) 對於保育勢力的批判

相較於都市土地或平原耕地，在資本主義的交換邏輯下，原住民保留地的經濟價值相對有限。縱使如此，因為發現礦藏、生態保育、觀光休憩、水源保護、林業資源等因素，國家管制及開發勢力仍不免步步進逼<sup>17</sup>。政策上配合財團開發勢力之設計已如上述，至於國家以保育為名的勢力，則迫使原住民族面臨「家園變公園」的困境。隨著國際間自然保育意識高漲，1992年我國亦於憲法增修條文中納入「經濟及科學技術發展，應與環境及生態保護兼籌並顧」之宣示（原為第18條第2項，現為第10條第2項），許多環境及生態政策亦先後推出。為避免過度開發破壞生態環境，保護重要自然及文化資產及防止災害，國家陸續依法劃設如水源水質水量保護區、自然保留區、野生動物保護區、國家公園、海岸及海洋保護區、漁業資源保護區等區域，以謀環境之永續發展，然而卻經常與原住民保留地重疊。目前保留地內約有40%的土地是位於水源水質水量保護區中（如圖二所示），另有約4%的保留地與國家公園範圍重疊（如圖三所示），與保安林範圍競合的保留地亦不在少數（如圖四所示）。此等重疊自然亦是引發爭議的根源。

以國家公園與原住民保留地範圍重疊之問題為例，玉山、太魯閣及雪霸三個國家公園，境內均分別有布農族、太魯閣族、泰雅族的傳統生活領域，其中又以太魯閣國家公園的比例最高<sup>18</sup>（如表一所示）。有鑒於「國家公園法」對於國家公園範圍內的種種限制，導致在地原住民採集、狩獵、耕作等活動均可能成為觸法行為，這種「家園變公園」的窘境，也是我們在關心原住民土地權益及從事相關福利工作、政策倡導時所不能忽略的。也因此，後來關於設立「能丹國家公園」的構想，也就在多方考量下予以停止。經過這些經驗，也有一些學者在思索國家公園是否一定要把人淨空？或者反而是要「把人找回來」，找回與這片大自然長期依存的原住民族<sup>19</sup>？一些國外經驗，也逐步在發展所謂的「共管模式」，發展政府與在地原住民共同管理國家公園的機制<sup>20</sup>。

表一

國家公園別	園區面積	區內保留地面積	百分比
玉山國家公園	105,490	1,438	1.36%
太魯閣國家公園	92,000	2,227	2.42%
雪霸國家公園	76,850	11	0.01%
合計	274,340	3,676	1.34%

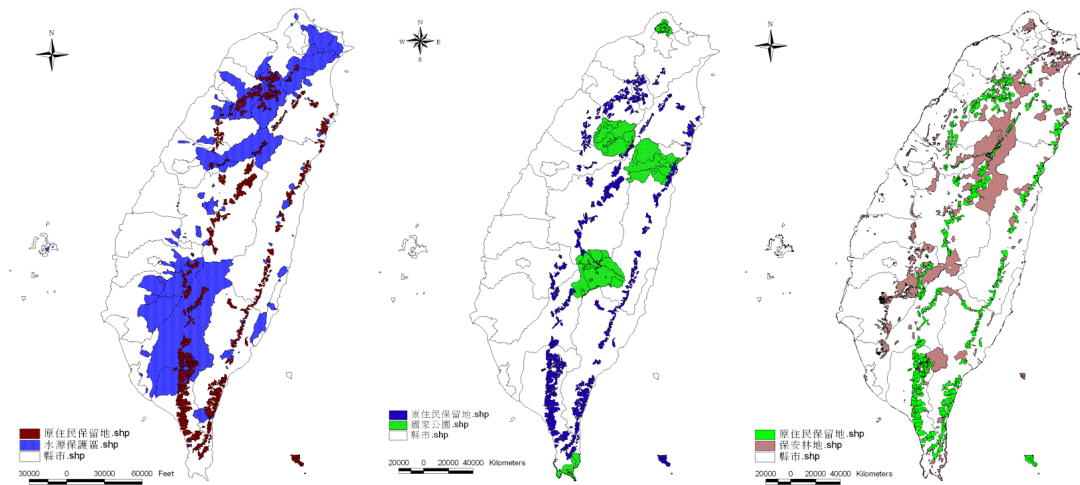
<sup>17</sup> 關於原住民保留地的生態價值及開發壓力之探討，可參考陳竹上，2002，《論我國原住民保留地之生態價值及其永續發展方向》，國立東華大學環境政策研究所碩士論文。

<sup>18</sup> 相關統計數據請參考內政部營建署、地政司及行政院原住民委員會網站。

<sup>19</sup> 相關論述可參考內政部營建署太魯閣國家公園管理處（2001），《把人找回來：在地參與自然資源管理》，花蓮：內政部營建署太魯閣國家公園管理處出版。

<sup>20</sup> 如加拿大及澳洲的部分，可參考紀駿傑（2003），〈原住民與國家公園共同管理經驗：加拿大與澳洲個案之探討〉，《國家公園學報》13(2)，頁103-123。





圖二

圖三

圖四

2009年8月台灣遭逢水患，許多近似於「譴責被害人」(blaming the victim)的論述卻也在無形中逐漸發酵，諸如保留地超限利用、原住民延誤撤離等，此等論述亦將使強制遷村此等導致原住民族與其傳統生活領域分離的政策獲得正當性基礎，以至於立法院三讀通過之莫拉克颱風災後重建特別條例第20條第2項中納入了「限期強制遷居、遷村」的政策。然而，台灣今日山林保育及水土保持的窘境，若每每由原住民族承擔，恐怕顯失公平正義。例如，最近一份應用地理資訊系統並以新竹縣五峰鄉白蘭集水區的科學研究指出：白蘭超限利用問題相當輕微（僅佔全集水區面積之1.35%），依現有地籍資料顯示，白蘭集水區內農墾戶多為土地權利人，顯示原住民保留地當地權地用合一時，原住民都能依地勢及坡度，合理利用自己的土地，很少發生超限利用現象。但原住民保留地如放租或轉租給非原住民使用的面積比率較高時，超限情形則較嚴重，如台中縣和平鄉、南投縣仁愛鄉等之原住民保留地，這種地權地用與超限利用的關係，值得主管機關重視，並作為研擬對策的參考。該研究並因此建議應落實原住民保留地地權地用合一的政策，將有助於降低超限利用之情形(陳子晴，2008)。

### 三、「原住民保留地」相關司法判決所呈現之制度問題

以下經由閱讀高等行政法院高雄分院民國97年度至99年度之原住民保留地相關判決的方式，彙整出原住民保留地所實際發生的糾紛及重要問題，期能引發關注，共思改善途徑：

#### (一)審判權歸屬仍未釐清：



保留地爭議究屬公法或私權爭議，而應由行政法院或普通法院民事庭審判，司法實務仍分歧，將導致程序成本之耗費，使權利救濟無法妥速進行(如高行 97 訴 381)。

## (二)公所及土審會之權利核定，容有瑕疵案例：

保留地之地上權、耕作權等設定程序，制度上係由鄉公所及其所設土審會負責第一線受理、履勘、核定業務，然司法判決呈現此等程序未盡嚴謹，如臺東縣大武鄉大鳥村辦公處所坐落保留地，卻由特定原住民取得地上權登記，事後再否准其所有權登記申請，並由原民會訴請塗銷，引發冗長糾紛(如高行 97 訴 381)。

## (三)尊重原住民使用土地事實之淵源背景，為實務原則之一：

司法案例中偶亦見比鄰土地原住民間之糾紛，臺東縣海端鄉公所曾類推適用「非都市土地使用管制規則」第 8 條規定，表示基於尊重原住民使用土地事實之淵源背景（父輩以前即開始農作使用），在無影響公設設置之前提下，於案地未作道路用地使用前，同意由現使用人繼續管耕，為一重要見解(如高行 97 訴 417)。

## (四)保留地外流於非原住民使用為既存事實，亦影響災害救助等權益：

司法案例呈現保留地外流於非原住民使用之情形，其模式如：原住民 A 因為經濟困難向漢人 B 借款，並將其所有之 3 筆屏東縣獅子鄉保留地設定抵押權抵押予 B，借款利息抵租金，讓 B 使用土地，B 則僱請工人現場耕作及管理。就此，法院認為原住民保留地開發辦法第 15 條第 1 項關於「原住民取得原住民保留地之耕作權、地上權、承租權或無償使用權，除繼承或贈與於得為繼承之原住民、原受配戶內之原住民或三親等內之原住民外，不得轉讓或出租」之規定，應僅指原住民原來「取得」原住民保留地之耕作權、地上權、承租權或無償使用權後之轉讓或出租行為，尚非限制原住民取得原住民保留地「所有權」後，轉讓或出租耕作權、地上權、承租權或無償使用權部分，亦即承認上開由非原住民承租使用原住民保留地之合法性。

就此，亦將影響災害救助等相關權益。農業天然災害救助辦法第 4 條規定：「本辦法所稱天然災害，係指因颱風、焚風，豪雨、窪雨、冰雹、寒流或地農所造成之災害。前項以外之天然災害發生且有救助之必要時，得由中央主管機關專案認定之。」；第 5 條第 1 項：「本辦法救助對象，係指實際從事農、林、漁、牧生產之自然人。」；第 5 條第 2 項第 1 款及第 2 款：「前項救助對象，有下列情形之一者，不予救助：一、經營農、林、漁、牧業依有關法令應辦理登記或核准而未辦理者。二、**使用土地、水源及設施，不符有關法令規定。**」。又農糧署 96 年 12 月 24 日農糧企字第 0961023230 號函釋表示：「農業天然災害救助辦法之救助對象指實際從事農、林、漁、牧之自然人，故宜對土地經營權者給予救助，而此一土地經營權除因擁有土地所有權而隨之取得外，餘以因經營

租賃關係或委託經營方式而取得合法經營權者為限，並且經營權在存續或有效期間。」。本案法官認為此函釋核屬執行農業天然災害辦法第 5 條所為之解釋，並未增加該條所無之限制，且與該條規定意旨相符，自得予以援用。從而認定請求農業天然災害救助之適格者，除土地所有權人外，尚包括經營租賃及委託經營而取得合法經營權之人。也因此，本案 3 筆原住民保留地因民國 96 年柯羅莎颱風侵襲造成農作損害，其 214000 元之農業天然災害現金救助即由非原住民地主但取得土地合法經營權者之漢人 B 領取<sup>21</sup>(如高行 97 訴 573)。

(五)原住民保留地之自始(原始)合法取得，與竊佔國土間之認定界限仍有爭議：

司法案例呈現某原住民自民國 58 年起即於台東縣延平鄉紅葉段原住民保留地上墾植，面積約 2、3 公頃，並繼續耕作逾 30 年，於民國 86 年向台東縣延平鄉公所申請設定耕作權，經公所以「依原住民保留地開發管理辦法(下稱開發管理辦法)第 8 條第 1 項之規定乃適用於農牧用地、養殖用地，並不適用於林業用地」及「系爭土地係屬國有林地且屬河溝，不適宜分配，本案予以保留」等由，駁回其申請，申請人遂於民國 87 年向台灣台東地方法院檢察署自首竊佔國有土地，經檢察官傳訊系爭土地四鄰證人，確認竊占事實，惟因追訴時效已完成，作成不起訴處分(如高行 97 訴 832)。本案呈現出原住民保留地之自始(原始)合法取得，與竊佔國土間之認定界限究竟如何，必須加以釐清。

(六)原住民為取得保留地相關權利，其「合乎法定要件之事實狀態」之認定及證明方式，必須以公所製作之文件為依據，未必符合政策初衷：

司法案例呈現某原住民表示其自民國 58 年起即於台東縣延平鄉紅葉段原住民保留地上墾植，面積約 2、3 公頃，並繼續耕作逾 30 年，於民國 86 年向台東縣延平鄉公所合乎「原住民保留地開發管理辦法施行前由原住民開墾完竣並自行耕作之土地」之規定申請設定耕作權，卻於事實認定之層次上引發爭議。按山坡地保育利用條例第 37 條規定：「山坡地範圍內山地保留地，輔導原住民開發並取得耕作權、地上權或承租權。其耕作權、地上權繼續經營滿五年者，無償取得土地所有權，除政府指定之特定用途外，如有移轉，以原住民為限；其開發管理辦法，由行政院定之。」；原住民保留地開發管理辦法第 8 條第 1 款規定：「原住民保留地合於下列情形之一者，原住民得會同中央主管機關向當地登記機關申請設定耕作權登記：一、**本辦法施行前由原住民開墾完竣並自行耕作之土地。**」；另原民會所訂定「原住民保留地各種用地申請案授權事項及申請作業要點」第 2 條規定：「依原住民保留地開發管理辦法第 8 條第 1 項規定，原住民會同本會向當地登記機關申請設定耕作權登記之申請案件，由鄉(鎮、市、區)公所核定。」，故本件申請設定耕作權應屬合理。

---

<sup>21</sup> 本案判決書呈現，B 因經常居留大陸，故委由第三人即前屏東縣政府農業局長及主任秘書申辦本件農業天然災害現金救助。

至於所謂「本辦法施行前由原住民開墾完竣並自行耕作之土地」應如何證明、認定，原民會於 96 年 12 月 11 日以原民地字第 0960051797 號函釋表示：「...二、依原住民保留地開發管理辦法(以下簡稱管理辦法)第 8 條、第 9 條及第 20 條規定：有關本辦法施行前(民國 79 年 3 月 27 日以前)已由原住民開墾完竣之認定，係依該土地所轄鄉公所留存之山地保留地清冊、土地歸戶表證明或相關可資證明土地清冊所登載之資料予以認定，如無上述相關文件可資證明，應依上開第 8 條、第 9 條第 2 款規定，由鄉(鎮)公所擬定分配計畫，並參酌上開管理辦法第 20 條第 1 項規定研訂分順序，提經原住民保留地土地權利審查員會(以下簡稱土審會)審查，後經層報縣(市)政府核轉本會核定後據以分配與原住民，合先敘明。」，上述函示導致原住民為取得保留地相關權利，其「合乎法定要件之事實狀態」之認定及證明方式，必須以公所製作之文件為依據，恐未必符合政策初衷。唯本案法官認為原民會前揭函釋係為執行山坡地保育利用條例第 37 條、原住民保留地開發管理辦法第 8 條第 1 款之規定，基於中央主管機關所為之細節性、技術性之解釋性行政規則，其內容甚為明確易行，杜絕爭議，並與前述法令之目的無違，本院自得援用(如高行 97 訴 832)。

(七)原住民保留地開發管理辦法與山坡地保育利用條例、水土保持法彼此立法目的間先後順序如何釐清，值得關注：

司法案例呈現某原住民表示其自民國 58 年起即於台東縣延平鄉紅葉段原住民保留地上墾植，面積約 2、3 公頃，並繼續耕作逾 30 年，於民國 86 年向台東縣延平鄉公所以合乎「原住民保留地開發管理辦法施行前由原住民開墾完竣並自行耕作之土地」之規定申請設定耕作權，但公所以該地已經台東縣政府於 85 年 5 月 17 日府民山經字第 49507 號函公告為加強保育地而予以駁回。按山坡地保育利用條例第 16 條第 1 項：「山坡地供農業使用者，應實施土地可利用限度分類，並由中央或直轄市主管機關完成宜農、牧地、宜林地、加強保育地查定。土地經營人或使用人，不得超限利用。」；行政院農業委員會訂定發布之「山坡地土地可利用限度分類標準」第 2 點規定：「加強保育地土地特性屬沖蝕極嚴重、崩坍、地滑、脆弱母岩裸露等，應加強保育處理，減免災害發生之土地。」；水土保持法第 22 條第 1 項：「山坡地超限利用者，或從事農、林、漁、牧業，未依第 10 條規定使用土地或未依水土保持技術規範實施水土保持之處理與維護者，由直轄市或縣(市)主管機關會同有關機關通知水土保持義務人限期改正；屆期不改正或實施不合水土保持技術規範者，得通知有關機關依下列規定處理：...。」；水土保持法施行細則第 26 條：「本法第 22 條所稱山坡地超限利用，係指於依山坡地保育利用條例規定查定為宜林地或加強保育地內，從事農、漁、牧業之墾殖、經營或使用者。」。綜合以上規定，是否即可得出原住民保留地一經政府公告為林地或加強保育地，原使用之原住民即無法取得耕作權？

就此，本案原住民主張山坡地範圍內之原住民保留地，已由山坡地保育利用條例第 37 條授權予行政院原民會另訂原住民保留地開發管理辦法管理，故保留地相關權利之取

得若再依山坡地保育利用條例相繩，則居住在山坡地，經濟命脈全繫山林間之原住民，將無以生存；唯法院則認為原住民保留地開發管理辦法係依山坡地保育利用條例第 37 條規定授權訂定，其內容自不得牴觸母法之相關規定，從而亦確認公所駁回本件原住民申請耕作權登記之行政處分之合法性(如高行 97 訴 832)。

(八)原住民土地原始使用狀態及國家相關政策施行間之「先來後到」爭議，存在著法規溯及適用之疑慮：

司法案例呈現某原住民主張山坡地保育利用條例係於 65 年 4 月 29 日公布施行，水土保持法亦始於 83 年 5 月 27 日頒布實施，其父親及家人早於 57 年、58 年間起，即在系爭土地開墾完竣並種植農作物，自不能以頒定在後之法規溯及適用而作不利原住民之認定。唯法院則認為本件係屬課予義務訴訟，應以事實審行政法院言詞辯論終結之際為法律及事實狀態之基準時，而原告始於 95 年 4 月 1 日提起本件耕作權設定之申請，被告否准其申請，仍無不合(如高行 97 訴 832)。然而原住民為取得保留地相關權利，其法規適用之時點若以其「合乎法定要件之事實狀態發生之際」為準，亦即「原住民保留地開發管理辦法施行前由原住民開墾完竣並自行耕作」之時點，亦非全然不合法理。

#### 四、關於國家司法作為原住民土地權益保障體系的困境與突破

原住民保留地制度做為國家政策之一環，自然亦適用政策階段理論予以分析，包括定義政策問題、形成政策計畫、公共政策合法化、執行公共政策、評估公共政策等階段(DiNitto, 1995)。司法系統乃一觀察政策如何被執行、評估政策成效的核心場域，畢竟，如同櫟木事件一般，國家立法乃至於立憲之回應，以及行政系統之承諾，均極可能於司法系統中破局。從而，分析及揭露國家司法如何解讀、適用政策及法令，如何做成判決，往往才是呈現及評估國家對特定政策之執行誠意的關鍵環節。學者王增勇於「社會福利作為原住民自治的可能路徑」一文曾論及加拿大原住民兒童福利工作者 Cindy Blackstock 於 2009 年三月到台灣時分享他與加拿大政府打交道的心路歷程：

其實他們都是好人，他們會說：「我才剛上任，讓我熟悉業務後，我們再坐下來好好討論」、「我們很願意認真對待原住民的差異性，但希望你給我們時間學習」，我們也的確花很多時間跟他們開會。但是這些官員如流水，十幾二十年過去了，制度都沒有改變，我們不斷失去部落的兒童。我們決定不再等，我們相信政府是個無藥可救的系統 (broken system)。為了對得起我們的祖先、我們的孩子，我們必須立即行動！

Cindy Blackstock 所屬的組織於去年向加拿大聯邦法院對加拿大政府提出人權訴訟，控訴加拿大政府對原住民兒童福利的補助水準低於一般兒童福利，造成對原住民兒童人權的傷害。這項控訴使加拿大政府大為緊張，聘僱六位律師回應此一有史以來首見

的人權控訴案件<sup>22</sup>。

在「反亞泥還我土地運動」中，原住民地主們或許也有與 Cindy Blackstock 一樣的體悟：對於行政體系的絕望。然而，在台灣，當原運者拒絕行政系統後，我們是否就能仰賴司法？國家司法被定位為人民權利的救濟系統、正義的最後一道防線，或許沒有如行政權一般赤裸裸的政商聯盟，但這套繼受自近代歐陸法制的體系結構，對於漢民族而言已經不容易親近，對於原住民族而言則更是如此。訴訟程序當中充滿了訴訟程序下的技術性角力，每踏錯一步都可能陷入萬劫不復的訴訟陷阱。此外，司法系統是否可以保障原住民權益的場域，還深深涉及到以下層面的現實問題：司法人員如法官是否具備多元文化素養及相關專業？法院是否在語言及文字的使用上顧慮到不同族群的不同需求？司法系統對於特定事件如原住民保留地糾紛的審判權（究竟應由普通法院或民事法院審理），是否達成共識<sup>23</sup>？原住民部落的習慣與生活認知，是否在司法系統中獲得考量等等因素<sup>24</sup>。至於現有的訴訟救助、法律扶助機制，是否足以協助原住民族面對一場場「打不起的官司」，在諸如上述加拿大政府動輒聘僱六位律師回應原住民族的人權控訴時，亦是值得檢視的課題<sup>25</sup>。

現代國家的法律及司法體系，是建構在一個由文字承載的權利義務系統，它以民族國家此一「想像的共同體」為基礎，假設被規範者是具有高度同質性的個體--國民<sup>26</sup>。從而，在法條裡咬文嚼字似的「法釋義學」，成為參與、解讀或預測司法行為的必備邏輯<sup>27</sup>。然而，就台灣原住民族係以口述傳承而非文字記載的傳統文化而言，其與當代司法系統的距離將更遙遠。故許多以文字承載的法律名詞及權利義務，漢人或許尚仍初步了解其內涵，但對於原住民而言則未必如此。若進一步考量漢語與原住民母語的差異，則國家法律系統對於原住民而言更是難以親近。面對這些困境，在無法翻轉既有司法體系之情形下，有些課題或許可由專業組織或專業人力的調整加以改善：就專業組織而言，已有學者規劃及倡言「原住民保留地土地專屬法庭」之設置<sup>28</sup>，單就審判所用語言

<sup>22</sup> 摘引自王增勇，2009，〈社會福利作為原住民自治的可能路徑〉，網址：

<http://tywangster.blogspot.com/search/label/%E5%8E%9F%E4%BD%8F%E6%B0%91>，瀏覽日：2011/9/13。

此一訴訟亦由 First Nations Child and Family Caring Society of Canada (FNCFCS) 發起「I am a witness」運動，徵求關心及見證訴訟歷程及結果者。網址 <http://www.fnwitness.ca/>，瀏覽日：2011/9/13。

<sup>23</sup> 關於原住民保留地糾紛的審判權問題，亦即究竟應由普通法院或行政法院審理，除反亞泥還我土地案外，苗栗及宜蘭地方法院亦曾有不同的見解。可參考苗栗地方法院 88 年度訴字第 354 號判決、宜蘭地方法院 89 年度簡上字第 9 號判決。

<sup>24</sup> 關於原住民族面對國家司法系統之議題，較全面性之探討，可參考湯文章，2005，〈原住民族在訴訟法上地位之研究〉，《憲政時代》，第 31 卷第 1 期，頁 35-59。

<sup>25</sup> 關於司法訴訟的高成本，可參考 Ralph Nader, Wesley J. Smith 著、曾文亮譯，2000，《打不起的官司：商務律師與司法的敗壞》，臺北：商周出版。

<sup>26</sup> 關於民族國家「國民同質性」的假設，如 Hobsbawm 指出：1789 年法國大革命當時，會說法語的人並不超過全國人口的 50%，1860 年義大利建國時，甚至更只有 2.5% 的人在日常生活中使用義大利語，但國家卻透過法律作為直接統治的工具，而不再存在任何仲介組織。就此可參考 Hobsbawm, Eric J. 著、李金梅譯，1997，《民族與民族主義》，台北：麥田出版。

<sup>27</sup> 關於法釋義學及其反思，可參考王立達，2000，〈法釋義學研究取向初探：一個方法論的反省〉，《法今月刊》，第 51 卷第 9 期，頁 23-33。

<sup>28</sup> 如王泰升，2003，《原住民保留地土地專屬法院設置研究》，台北：原民會委託研究報告。

或文字而論，德國薩克森邦憲法、紐西蘭毛利法乃至於中華人民共和國憲法，均有因應少數民族的配套設計，值得參酌<sup>29</sup>。

就專業人力而言，據統計目前有原住民身分之法官僅有一位，律師則有三位<sup>30</sup>，當務之急應是在司法官（包括檢察官、法官）養成教育中對於多元文化素養及原住民族權益認知的增強，而非點綴性的身分象徵。雖司法院曾於民國九十年十月一日發布「各級法院法官辦理民刑事及特殊專業類型案件年度司法事務分配辦法」，試圖建立專業法官證照制度，但目前仍尚無「原住民專業法官證照」之培訓及頒發。必須承認的是，若迎合資本主義及主流文化的法律設計未改變，則司法人員對於多元文化素養及原住民族權益認知的增強，在依法審判的大框架下，只能藉由法官對法律之「解釋權」及「裁量權」的運用，來使涉及原住民之司法事件獲得較屬於個案式的初步解決。類似建議如原民會委託進行之「原住民保留地土地專屬法庭設置研究」指出：「原住民常遭某些在原住民社會中不認為犯罪的罪名所指控。因此，急迫地需要一個由對原住民族文化有理解的法官所組成的特別法院，來審理這些民刑事訴訟。」（王泰升等，2001）。

雖然，2005年2月5日由總統公布的原住民族基本法第30條已規定：「政府處理原住民族事務、制定法律或實施司法與行政救濟程序、公證、調解、仲裁或類似程序，應尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化及價值觀，保障其合法權益，原住民有不諳國語者，應由通曉其族語之人為傳譯。政府為保障原住民族之司法權益，得設置原住民族法院或法庭。」，但畢竟仍僅止於宣示層次，至今仍未見相關具體作為。2007年9月，司法院曾赴紐澳考察原住民司法制度，積極評估我國設置原住民專業法庭之可行性，考察報告以澳洲 Murri 法院為例指出，該法院係治安法院（Magistrates Court），於2002年成立，專責審理原住民族刑事案件（法定刑3年以下），並設計特殊量刑制度，希望藉由法院、原住民長老與社群之共同力量，使案件獲得最妥適之判決，此即部分承認原住民族司法自主權之適例，亦盼司法院未來勿僅止於考察評估階段，而得以有所突破<sup>31</sup>。此外，為協助法官發現真實，司法院曾制定「專家參與審判諮詢要點」，但該要點所列得由專家參審之案件類型，並不包括涉及原住民族之民、刑事或行政事件，凡此均有待持續倡導、推展，使憲法層次之原住民土地權益，得以透過國家司法獲得真正的保障。

<sup>29</sup> 具體條文內容引介可參考湯文章，2005，〈原住民族在訴訟法上地位之研究〉，《憲政時代》，第31卷第1期，頁35-59。

<sup>30</sup> 引自湯文章，2005，〈原住民族在訴訟法上地位之研究〉，《憲政時代》，第31卷第1期，頁35-59。

<sup>31</sup> 相關說明可參考司法周刊第1359期(2007/10/11)。

## 參考書目

- 內政部營建署太魯閣國家公園管理處（2001），《把人找回來：在地參與自然資源管理》，花蓮：內政部營建署太魯閣國家公園管理處出版。
- 王立達，2000，〈法釋義學研究取向初探：一個方法論的反省〉，《法令月刊》，第 51 卷第 9 期，頁 23-33。
- 王泰升，2003，《原住民保留地土地專屬法院設置研究》，台北：原民會委託研究報告。
- 王增勇，2009，〈社會福利作為原住民自治的可能路徑〉，網址：  
<http://tywangster.blogspot.com/search/label/%E5%8E%9F%E4%BD%8F%E6%B0%91>  
，瀏覽日：2009/8/2。
- 朱劍鳴，2000，私有化後原住民保留地營林問題之研究—以新竹縣五峰鄉為個案研究，國立台灣大學森林學研究所碩士論文。
- 吳庚，2007，《行政法之理論與實用》，台北：三民書局，P.84 以下。
- 李明政，2003，文化福利權，台北：松慧出版。
- 李達平，2003，《屏東縣原住民林業經營認知與需求》，國立屏東科技大學森林研究碩士論文。
- 李靜雯，1998，太魯閣國家公園原住民保留地發展與經營課題之研究，國立東華大學自然資源管理研究碩士論文。
- 林佳陵，1995，「論關於台灣原住民土地之統治政策與法令」，國立台灣大學法律學研究所 84 學年度碩士論文。
- 林秋綿，2001，由國土規劃觀點檢視台灣地區原住民保留地土地使用衝突之研究，台北大學都市計畫研究所博士論文。
- 林國演，2002，台灣地區原住民保留地產權共有制建構之研究，逢甲大學土地管理學系碩士在職專班碩士論文。
- 林淑雅，2007，「解/重構台灣原住民族土地政策」，國立台灣大學法律學研究所博士論文。

林櫻櫻，1999，〈從「準要存置林野」到「原住民保留地」—從財產權觀點探討我國原住民保留地之增編與劃編〉，《國有財產雙月刊》，第 55 期。

紀駿傑（2003），〈原住民與國家公園共同管理經驗：加拿大與澳洲個案之探討〉，《國家公園學報》13(2)，頁 103-123。

陳子晴，2008，《原住民保留地超限利用及經營管理問題之研究—以新竹縣五峰鄉白蘭集水區為例》，逢甲大學土地管理研究所碩士論文。

陳竹上，2002，《論我國原住民保留地之生態價值及其永續發展方向》，國立東華大學環境政策研究所碩士論文。

湯文章，2005，〈原住民族在訴訟法上地位之研究〉，《憲政時代》，第 31 卷第 1 期，頁 35-59。

黃源協，2005，正式照顧對非正式網絡互動關係之影響：以原住民部落老人居家/送餐服務為例，社會政策與社會工作學刊 9:1，頁 163-198。

黃源協、詹宜璋，2000，建構山地鄉原住民社會工作體系之研究—以部落為基礎之服務整合模式，原民會委託研究報告。

黃源協、蕭文高，2006，《社會政策與社會立法》，台北：雙葉書廊出版。

詹宜璋，2003，原住民各類人口群潛在福利需求之探討--2000 年臺閩地區戶口及住宅普查資料分析，社會發展研究學刊 5，頁 93-113。

鄭玉波著、黃宗樂修訂，2005，《民法物權》，台北：三民。

鍾蔚文（2006），國科會社會學門評審意見之整理，〈國科會人文與社會科學簡訊〉6（4）。

Bennett, M (1993) Towards Ethnorelativism: a Developmental Model of Intercultural Sensitivity” in Paige R. M. (ed.) (1993) Education for the Intercultural Experience, Yarmouth, ME: Intercultural Press Inc.

DiNitto, D. M.(1995), Social Welfare- Politics and Public Policy. Boston: Allyn & Bacon.

Earl Babbie 著，陳文俊譯（2005），《社會科學研究方法》，台北：雙葉。



Este, D. (1999) Social Work and Cultural Competency, in Lie, G. and Este, D. (eds.) (1999) Professional Social Service Delivery in a Multicultural World, pp. 27-45, Toronto: Canadian Scholars' Press.

Hobsbawm, Eric J.著、李金梅譯，1997，《民族與民族主義》，台北：麥田出版。

Hsieh, Jolan, 2002. Pingpu indigenous peoples' collective rights and identity-based movements in Taiwan. Arizona State University Thesis (Ph.D.).

INAC(India and Northern Affairs Canada)(1998), Gathering Strength—Canada's Aboriginal Action Plan, Available: <http://dsp-psd.pwgsc.gc.ca/Collection/R32-192-2000E.pdf>, final visited:2009/12/30.

Ralph Nader, Wesley J. Smith 著、曾文亮譯，2000，《打不起的官司：商務律師與司法的敗壞》，臺北：商周出版。

## 與談人：蔡顯鑫 檢察官

我在實務界快二十年，所待的法院幾乎沒有原住民案件，唯一有的只有平地原住民的賄選案件，理論上是沒有什麼資格來跟大家做報告，不過今天看到與談人之後，我心情就非常的輕鬆，因為在很多研討會，我們都是評論人，評論人就是要很嚴謹，很深論的去在文章上作一些思考及深論的探討，那剛剛林律師有講到那部電影，日本人把我們原住民當作狩獵的對象，那我是有一個比較不一樣的想法，因為我在寫論文時，看了很多日治時期的文獻，那我發現一個很奇特的現象，就是日本人對台灣原住民的習慣法，研究的非常深，尤其是各個部落的婚姻，還有他們一些習慣，記載的非常清楚，我就發現說，日本人是很有尊敬原住民，因為他們沒有辦法征服他們，那回溯整個體制的挑戰，因為他真的沒辦法征服，所以他為了要瞭解，他就花了很多心血去研究原住民的習慣，那我不知道那些文獻還在不在，今天有這樣的榮幸來這邊探討這個問題。

那第二個，剛剛那個我們林律師所講，我們實際上所受的是一個技術法規的訓練，我們練的是一個專業法律的訓練，所以我在學校教法律倫理教了十幾年，我一直再思考一個問題就我們法學教育，是不是在塑造一些技術的人才而沒有一個專業的人才，而我今天就是抱著一個學習的心態來這邊多了解一些我們所漠視的，在司法上沒有辦法去觸摸一些少數的權利，能夠來這邊多受學習，所以在這篇文章，我幾乎都有把那些判決通通紀錄下來，而且我也花很多心思，那我也滿期望說最高法院是怎麼確定，我大概都有把他做個整理，那實際上這篇文章，真的對於有關原住民首要取得權利現在最重要的一個課題，是真的非常有意義的。

剛剛前兩個報告，探討自然權益這有關財產權，那之前包含姓名權的部份，實際上在財產權的法務裡面，原住民的保留地是一個非常重要的一塊，那原住民保留地他當時的設計，當時是記得權的一個事實尊重，所以基本上你只要有一個事實的存在，你就可以先取得一個地上權，然後分地權跟互相使用權，那你取得這樣的一個權利之後，在繼續耕種更讓你取得所有權，那這樣整套的制度跟設計，就卡在剛剛陳教授一直在強調的，就是說事實的認定，因為使用權所以常常發生很多爭議，那整個立法或是授權給行政機關做論定，所以這樣子的一個保留地的審查，跟這樣子收回徵地的一個問題，實際上是原住民委員會的審查委員會，跟鄉公所他的執權，所以整個立法要能夠實踐，最大的一個樞紐就是在執行機關、主管機關，他如何有一個客觀而且寬容的一個認定，因為如果到法院之後，其實法院大概也只能依照現有的法律，基於法的安定性，尤其這種是一個條文的規定，財產權的一些爭議，有時候比較少會涉及到所謂的習慣的問題，因為他是一個法律過程較嚴的，與其把問題放在法院的爭執，倒不如在行政機關的認定做

一個比較從容更多元一點，其實司法機關可以多元化來協助，所以第二個議題就談到說，像我們常常跟農委會和林務局合作很多會議，如果要讓很多法官或檢察官了解很多原住民的議題，其實原住民委員會可以跟我們司法院法務部做一種接觸，能夠到部落去開研討會，所以我想這是一個認知的問題，法官和檢察官都在法庭所以他聽見的聲音畢竟比較有限，那裡面這些判決，可能有一些陳老師所講的有關審判權的問題，其實這個也是我們司法權到底要不要接近人民，司法也要去思考說怎麼樣面臨，那我是抱著一個學習的心情，接受大家的指導，謝謝大家。

## 原住民傳統領域與自然資源權利之法效性

余建國

### 摘要

原住民族基本法之立法目的，原本期盼原住民族在傳統領域依附山林資源之生活方式能夠取得法源的依據，但該法在實施 5 年之後，原住民族在傳統領域內摘取森林資源（含動物）的生活模式，遭刑罰制裁的案例卻仍層出不窮，本文整理了這 5 年來包含最高法院等較為重要的實務見解，闡明原住民族基本法在現行法之體系定位，及原住民族基本法與其他法律間的適用關係，並嘗試從學說及實務見解中，提供解決原住民當前困境的見解，期能獲得共識。

### 一、前言

我本身是賽德克族，從小在仁愛鄉靜觀部落成長，部落物質生活非常困窘，沒有瓦斯，沒有自來水，交通更是不方便，是屬於經濟條件落後的窮困部落（現在也還是），所以部落絕大部分的生活物質，都是要仰賴大自然的土壤資源及豐沛的森林產物。當時部落還有一些高齡的紋面長者，這些耆老就是部落生活智慧的中心，也是部落傳統習俗的教導者與傳承者，例如引燃火苗的火種沒有了，這些長者就會教導我們，如何從深埋在溪旁的漂流木群中，尋找天然的火種（我們都稱呼為「HALAN」），供作家庭生活使用，並分辨木頭的種類，那些樹種是堅硬的，可以作為房子的樑木使用，那些樹種可作為牆壁使用；如何在溪流尋找、撷取溪流內可作為房屋屋頂的頁岩，並捕撈魚獲；在時序進入秋、冬季之後，如何在深山尋找獵物並以傳統方法（含簡易獵槍）捕獲大型獵物，供作家庭及部落食用；如果缺少了類似「木耳」的蔬菜，如何在靠近溪流的特定木材上，以石頭等器物敲打在木材上，讓該木材生長類似「木耳」的蔬菜；如果缺少水果、果凍、野草莓時，什麼樣的季節、在何處地點，可以尋獲上開水果等等。在部落生活貧困、經濟條件落後、物質生活不豐沛的年代，部落耆老以他們的傳統生活智慧教導我們如何善用山林資源延續族人的生命，也教導我們如何撷取、妥善保育山林的資源。

然而，部落耆老教導我們上述撷取山林自然資源的傳統，在我通過司法官考試，開始大量接觸案例後，才發覺到部落的傳統抵觸了有效實行的國家法律，部落耆老戮力教導我們的山林智識，竟然成為了「犯罪」習慣的傳承，而且，我深

感敬佩的部落耆老也搖身一變成為現行法下前科累累但未被查獲的犯罪行為人，國家的意志顯然與部落相沿流傳的傳統習慣發生了嚴重的衝突。立法院雖然於 94 年 1 月 21 日，三讀通過了與原住民權益有重大關係的「原住民族基本法」，希望藉此法「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」，但該法雖然承認了原住民族之土地及自然資源之權利，但原住民族因為在山林撿拾漂流木、採取森林產物之活動，卻常常被判刑的案例，仍然層出不窮，究竟該法律在刑事司法實務上的位階為何？能否作為原住民族在刑事法上據以答辯之理由，值此法律公布實施 6 年之後，本文將就實務上重要的案例逐一討論。

## 二、原住民族基本法第 19 條是否得作為阻卻違法事由？

我國憲法增修條文第 10 條第 10 項規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民語言及文化」。而為貫徹上開憲法理念，立法院隨即於 94 年 1 月 21 日之會期中通過了原住民族基本法，以保障原住民族之基本權利。該法第 20 條第 1 項規定，政府承認原住民族土地及自然資源權利，明白揭示了原住民之土地權及自然資源之權利。

在刑事司法實務上，審查一個人是否要負起刑事責任，通說都認為應依構成要件該當性、違法性、罪責等 3 個犯罪要素，從事犯罪判斷<sup>1</sup>。而上開原住民族基本法之規定，在刑事司法上，攸關原住民權益最重要的條文應係原住民族基本法第 19 條之規定，近來關於原住民的刑事案件，愈來愈多的原住民都會以該條文主張山林資源之權利。該條文在犯罪審查上，應屬於犯罪構成要件後之違法性之判斷，換句話說，原住民族採取森林資源或獵捕野生動物之行為，滿足了各該刑責之構成要件後，原住民依傳統文化獵捕野生動物之行為，或是利用山林自然資源之行為，在刑罰上是否應予非難，或者是否存在著正當理由而不罰，就是違法性之判斷。因此，上開條文是否可以援引作為原住民免除刑罰之正當事由？更精確的說，該條文是否可以作為阻卻違法事由，據以免除刑責呢？

依原住民族基本法第 19 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：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。」，依其文義解釋，是指原住民族基於傳統文化、祭儀或自用之目的，而不具營利性者，就可獵捕野生動物、採集野生植物、礦物等資源。該法條立法理由稱：「一、原住民族為歲時祭儀或供生活之用，常需利用部落周邊自然資源，比如排灣族修繕房屋需用石版，鄒族祭典需用木懈蘭等等，該等行為係維護生存及文化所必須，且對於自然生態影響甚微，故應允許其從事，另為避免過度利用可能導致之弊端，本條允許之行為，僅限於『傳統文化、祭儀或自用』，且必須是『非營利』行為，亦即取得之物不得作為買賣交易或其他商業利益用途，並必須『依法』從事，亦即相關行為之規範仍以各相關法律之規定為之。二、依據野生動物保育法第 21 條

<sup>1</sup> 林山田。1998 年 1 月。刑法通論上冊。

第 1 項第 5 款規定，基於傳統文化祭典之需要，得在原住民保留地獵捕野生動物，已初步保障原住民之狩獵文化。三、本院農業委員會所提森林法部分條文修正草案第 15 條第 3 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。』，與本條第一項第二款意旨相同。」，依據上開條文之文義解釋及立法理由，原住民族基本法第 19 條前段既已揭示「依法從事」之文字，則原住民族所依之法除了原住民族基本法外，當然也包括了野生動物保育法、森林法及槍砲彈藥刀械管制條例等法律。因此，原住民族基本法第 19 條之規定，在制定當時，立法者就已經認為該法只是「基本法」，當其他法律另有特別規定時，必須優先適用各該法律之規定。

最高法院 99 年度台上字第 6852 號刑事判決意旨略以：「（一）**原住民族基本法**性質上為普通法、廣義法，森林法為特別法、狹義法，依特別法、狹義法優先於普通法、廣義法之原則，應優先適用森林法。況**原住民族基本法**第十九條第一項亦規定：「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」，顯見原住民族於傳統領域內採取森林產物、野生植物及菌類，除須具有原住民族身分，並符合傳統文化、祭儀、自用等目的及非營利行為之外，尚應依法定方式辦理，為上開條文之當然解釋，非謂原住民在原住民族地區採集野生植物，全然不受法律之規範。」，從該則最高法院的判決，我們可以知道，最高法院基本上是確立了原住民族基本法性質上是基本法之性質，森林法應優先於原住民族基本法而適用，因此，原住民族基本法第 19 條之規定，顯然無法作為原住民依慣習採取山林植物及獵捕動物之阻卻違法事由。

### 三、原住民依傳統慣習採取森林主副產物與森林法之衝突關係

於 94 年 10 月 14 日，在新竹縣尖石鄉的司馬庫斯部落裏，有 3 位司馬庫斯的泰雅族青年依部落的決議，採取了颱風後倒塌在路旁之樺木，準備作為司馬庫斯部落造景使用，之後在搬運途中被員警發覺，員警於當日晚上會同林務局至司馬庫斯部落查獲該案。該案歷經了 5 年的法院審理後，終於在 99 年 2、3 月間，由臺灣高等法院以 98 年度上更（一）第 565 號判處無罪確定。事實上，該案在一審、二審時都還是維持有罪之判決，直到上訴到最高法院後，案件才開始有了轉機，最高法院 98 年度台上字第 7210 號判決意旨略以：「原住民之傳統習俗，有其歷史淵源與文化特色，為促進各族群間之公平，允以多元主義之觀點、文化相對之角色，以建立共存共榮之族群關係，尤其在原住民傳統領域土地內，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，政府處理原住民事務、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，以保障其合法之權益。從而原住民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。」，論者咸認這是司法判決承認原住民族擁有山林資源權利的解釋。因此，該案發回更審時，臺灣高等法院即本於此意旨為無罪之判決。不過，臺灣高等法院 98 年度上更（一）

字第 565 號刑事判決之意旨，雖然有援引原住民族基本法之規定，但判決無罪的真正理由，係認為該 3 名泰雅族青年將樺木帶回部落之目的，是要作為司馬庫斯部落美化景觀使用，而非純為個人使用，且充分發揮樺木最大的公益及經濟效用，也與森林法之立法目的不相違背，所以，這 3 名青年之行為欠缺「不法所有之意圖」，難以該當森林法第 52 條第 1 項第 4 款、第 6 款之構成要件，換言之，該案係從構成要件不該當之角度，排除其等 3 人犯罪。

惟該案例最大的問題，是避而不談原住民族基本法第 19 條或是森林法第 15 條第 4 項等規定，可否作為承認原住民有採取山林資源之權利，並作為阻卻違法事由之審查基準。尤其是嗣後之最高法院及相關法院的見解，更是直接排除原住民族基本法第 19 條規定作為法定之阻卻違法事由之審查基準，此從前述之最高法院 99 年度台上字第 6852 號刑事判決意旨即可獲得該結論。因此，最高法院及臺灣高等法院上開關於司馬庫斯的判決意旨，得否援引至其他相類似的案件，仍有疑問。回到本文之前言，當靜觀部落的耆老在屬於傳統領域之國有林內，尋找火種、木材、頁岩及經加工後自然生成的木耳蔬菜供作家用時，是否已經該當森林法第 50 條、第 52 條或是觸犯了刑法第 320 條、第 321 條之竊盜罪嫌呢？如果依照臺灣高等法院 98 年度上更（一）字第 565 號刑事判決之意旨，火種、木材、頁岩及經加工後自然生成的木耳蔬菜目的上都是要供作個人使用，不具有公益之目的，耆老們竊取上開山林資源，具有不法所有之意圖，自應成立上開各該犯罪。這樣適用法律的結果，對於世居部落、依賴山林資源生活的耆老、青年，顯然不甚公平、合理。因為即使在現今科技發達、交通便利的年代，在部落裏生活的長者、青年、甚至少年，仍有為數不少的人是使用山林的資源生活，如果否定該自然權利，那麼所有曾經在靜觀部落曾撿拾木頭、木材、頁岩及利用山林資源的原住民族，幾乎都要科以刑責，別忘了，森林法是在 21 年所制定。如此擴大刑罰適用之範圍，有違刑法之謙抑思想，對於世代利用這些資源的原住民族而言，這樣懲罰的結果，也欠缺倫理之非難性。

#### 四、原住民狩獵傳統習慣與野生動物保育法之衝突

眾所週知，狩獵文化是原住民族相沿傳承之文化習慣，在 60、70 年代的靜觀部落裏，狩獵的意義除了是維持一般生計需求外，另一層的意義是為了訓練少年的膽識，並認識部落的狩獵文化，更具有的意義是，狩獵文化在傳承時深層的意涵，也是在教導未成年的獵者如何維繫族人與自然間相互的關係。具體的說，在靜觀部落裏，狩獵方面都有特定時節，並非缺少肉類就到山林裏去打獵，大部分都是會選擇秋、冬才會開始狩獵；在狩獵時更有嚴謹的狩獵法則，比如說動物繁殖期是嚴禁狩獵的，若是獵捕到懷孕、幼小的動物一定要放生；捕獵所獲數量足夠部落族人所需，就不能繼續大肆濫捕等等。當然，狩獵文化最重要的意義不在於取得肉食供作部落食用，而是具有高度的精神文化內涵。時至今日，許多原住民部落仍視狩獵為傳統重要活動。

某太魯閣族約 50 至 60 歲之原住民，於 99 年 2 月間某日，在花蓮縣某鄉之林班地內，以吊鋼索之方式設陷阱約 10 個，獵捕取得保育類野生動物山羌 2 隻、長鬃山羊 4 隻，卻在返家途中被警察查獲，之後員警將該案件報告至地檢署，檢

察官收到該案件，經過簡單的偵查程序之後，就將該太魯閣族之原住民起訴，並由法院審理，法官隨即定庭期審理該案件，該太魯閣族的原住民答辯稱：這個季節是我們族人的狩獵時節，我是依照傳統習俗至傳統獵場打獵，我不應該要被判刑，何況原住民基本法已經規定，原住民族是可以獵捕野生動物的。我堅持依傳統文化獵捕野生動物無罪。該太魯閣原住民之辯解在現行法是否可採呢？

依野生動物保育法之規定，野生動物分為保育類之野生動物及一般類之野生動物。台灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用動物之必要者，應先經主管機關核准。若原住民族違反野生動物保育法第 21 條之 1 第 2 項之規定，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 1 千元以上 1 萬元以下罰鍰，但首次違反者，不罰，野生動物保育法第 51 條定有明文。換言之，原住民獵捕的動物是一般類野生動物時，僅科以行政罰鍰，不動用刑罰加以制裁。若原住民族獵捕、宰殺或利用的動物是「保育類野生動物」時，原住民該如何處罰，野生動物保育法並未規範。實務上通說的見解認為：按野生動物保育法第 21 條之 1 規定：「臺灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，不受第 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項及第 19 條第 1 項各款規定之限制。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。」；同法第 51 條之 1 規定：「原住民族違反第 21 條之 1 第 2 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。」乃係為具體保障憲法增修條文中所揭示之原住民族文化權利、尊重原住民族基於其傳統文化、祭儀與生活方式及動物保育之權衡下所為之規範，惟上開規定僅就一般類野生動物予以規範，而未包括保育類野生動物，亦即原住民違反同法第 21 條之 1 第 2 項規定，未經主管機關許可獵捕、宰殺或利用保育類野生動物，仍應依野生動物保育法第 41 條規定受刑事處罰。復按原住民族違反第 21 條之 1 第 2 項規定「一般類野生動物」，並未規定保育類野生動物，顯見情節較輕微之未經許可獵捕一般類野生動物係科以罰鍰，情節較重之未經許可獵捕保育類野生動物則係以同法第 41 條處以刑罰，因此依體系解釋，同法第 21 條之 1 第 1 項所稱之「野生動物」，係指一般類野生動物，並未包括保育類野生動物。又依立法解釋之觀點：野生動物保育法第 21 條之 1 之規定係於 93 年 2 月 4 日增訂公布，該條規定於 3 讀通過時有下列附帶決議：「有關第 21 條之 1 第 2 項之許可辦法，應特別尊重原住民族之傳統飲食文化對一般類野生動物之種類、區域、及數量予以妥適訂定。」，亦提及同法第 21 條之 1 第 2 項之許可辦法係僅就一般類野生動物所為規定，並不包括保育類野生動物。再依歷史解釋之觀點：（1）野生動物保育法第 21 條之 1 第 1 項之規定係於 93 年 2 月 4 日增訂公布，並刪除同法第 21 條第 5 款，增訂公布前係規定在同法第 21 條第 5 款（於 83 年 10 月 29 日修正公布：「野生動物有下列情形之一，得予以獵捕或宰殺，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。但保育類野生動物除情況緊急外，應先報請主管機關處理：……五、臺灣原住民族於原住民保留地，基於其傳統文化祭典，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者。……」，增訂前後之內容大致相同，觀之增訂公布前之第 21 條但書規定，保育類野生動物仍受保護，亦即一般情形原住民僅能獵捕一般類野



生動物，除有情況緊急，不能獵捕保育類野生動物。(2) 85年1月26日公布施行之「臺灣原住民基於傳統文化祭典需要獵捕野生動物管理事項」第5點規定，原住民族獵捕物種以一般類野生動物為限，亦認原住民不得獵捕保育類野生動物。復依目的解釋之觀點：野生動物保育法第4條第1項規定，保育類野生動物係指瀕臨絕種、珍貴稀有及其他應予保育之野生動物。為保護保育類野生動物，因此對於獵捕保育類野生動物者，以同法第41條之規定處以刑罰。如解釋同法第21條之1第1項所稱之「野生動物」包括保育類及一般類之野生動物，而認原住民縱未經許可獵捕瀕臨絕種之野生動物，亦僅科以罰鍰，則該瀕臨絕種之野生動物豈非果成絕種？此豈無法達成野生動物保育法為保護保育類野生動物之立法目的？顯見同法第21條之1第1項所稱之「野生動物」，係指一般類野生動物，並未包括保育類野生動物<sup>2</sup>。因此，依上開見解，原住民獵捕保育類之野生動物時，亦須以野生動物保育法第41條之規定處罰。

另外，上開案例是否可以援引原住民族基本法第19條之規定，做為阻卻違法之事由呢？實務通說上的見解認為，按原住民族向來即有狩獵之習慣，在以往經濟、物質生活尚未發達之年代，狩獵係原住民族獲取食物來源之管道，時至

今日，國民經濟生活已普遍提升，保育之觀念亦漸受重視，客觀環境之改變已甚少有原住民族賴狩獵維生者，然狩獵在原住民族之傳統祭儀中仍具有重要之意義，尤其原住民族之政、經地位長期處於弱勢，在主流文化的衝擊、同化下，狩獵文化作為原住民彰顯其自我意識及人格開展之象徵即顯重要，此在肯認多元文化精神之我國更是如此。然而，如前所述，隨著保育觀念之抬頭，野生動物之保護亦屬重要之公共利益，基於維護物種之多樣性及自然生態之平衡，我國亦制定有野生動物保育法。是以，當原住民族基於其人格之自我實現而實施狩獵活動時，即難以避免地與保育野生動物此一抽象之公益產生價值衝突，如何調和、取捨即應由具民主正當性之立法者善加抉擇。按原住民族基本法第19條規定...，依其文義，似指原住民族基於傳統文化、祭儀或自用之目的，而不具營利性者，即可獵捕野生動物，包括保育類野生動物及一般類野生動物，然該法文同時揭示「依法從事」，所依之法除原住民族基本法外，自應包括野生動物保育法，...，綜上所述，應認立法者就原住民權益及野生動物保護之調和已作有決定，即原住民獵捕一般類野生動物者，仍須經主管行政機關許可，未經許可者，施以行政制裁，至於未經許可獵捕保育類野生動物者，則應依野生動物保育法第41條以刑罰制裁之<sup>3</sup>。

回到上述的案例來看，太魯閣族原住民族上開符合事實，且依照文化慣習獵捕野生動物的辯解，在實務運作上，難以避免遭到判刑的命運。

#### 四、原住民持有自製簡易獵槍與槍砲彈藥刀械管制條例之衝突

<sup>2</sup> 請參閱臺灣臺東地方法院 100 年度簡抗字第 1 號刑事判決、臺灣高等法院花蓮分院 99 年度上訴字第 238 號判決等。

<sup>3</sup> 詳參臺灣南投地方法院 100 年度訴字第 329 號刑事判決。

談到狩獵，也必順談談原住民族持有自製獵槍之問題。在 90 年之前，原住民因為製造、持有自製獵槍，觸犯槍砲彈藥刀械管制條例第 8 條規定之情形一再發生，所以立法者於 90 年 11 月 14 日修正之槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項規定，原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍、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 2 千元以上 2 萬元以下罰鍰，本條例有關刑罰之規定，不適用之，顯見該條例對於原住民未經許可製造、持有自製獵槍，僅科以行政罰，而予除罪化。惟該條例修正後，經檢索自 91 年迄今之檢察官書類系統及法院裁判書類系統，發現原住民因為持有自製獵槍而被檢察官以違反槍砲彈藥刀械管制條例第 8 條第 4 項非法持有可發射金屬具殺傷力之槍枝罪嫌的案件，仍然不少，這實在令人不解。因為槍砲彈藥刀械管制條例對於原住民族採用簡易自製獵槍改採行政罰後，除了擁有制式槍枝、具強大發射能量的改造槍枝外，原住民違反上開規定應僅科以行政罰而已啊？雖然原住民持有簡易自製獵槍之案件，經法院審理後，大部分以原住民持有自製獵槍之行為係屬刑罰不罰之理由，而判處無罪，經詳閱各該地檢署之起訴書、論告書、上訴書後，才發覺檢察官們對於槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項前段之「供作生活工具之用」之構成要件，均採取嚴格限縮之解釋，認為應解釋為「原住民本於其文化傳統所形成之特殊習慣，專為其於生活中從事狩獵、祭典等活動使用，而以傳統方式所製造、運輸或持有之自製簡易獵槍，始與立法本旨相契合，若與原住民之生活無關，而非供為生活上所需要之工具，應無該條例之適用。」、「被告持本件扣案長槍狩獵，僅係逢年過節偶一為之，與槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項所定供作生活工具之用要件不相符」、「被告非以狩獵為業」等等之見解。然檢察官們固守的上開見解，明顯的與部落的目前的生活形態不符。隨著經濟的發展，部落因為無法提供就業、就學之環境，許多原住民紛紛離家背井至鄰近之鄉鎮或都市工作、就學，然而閒暇之餘，在城市裏工作、就學的原住民，仍有不少人到部落裏學習傳統的智慧及狩獵的文化，不能因為這些原住民在城市另有工作，就認定學習傳統狩獵文化的原住民，就沒有上開免責條款之適用。

法院顯然較能體察這種趨勢，最高法院 98 年度台上字第 872 號刑事判決意旨略以：「修正槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條規定...，其立法之旨在尊重原住民原本生活習性，並認原住民所自製之獵槍，其結構、性能及殺傷力，均遠不及制式獵槍，因將此類行為排除在刑罰之外。而條文所規定「供作生活工具之用」，其範圍應從原住民群體權之保障及文化認同之觀點考量，不應侷限於維生之經濟活動，尤不以行為人是否尚有其他職業為判斷之唯一標準。原判決以被告等三人均為原住民，而扣案槍枝屬自製獵槍，係以粗糙之木頭製成，長有一公尺，攜帶不便，雖經鑑定具有殺傷力，但其結構、性能與殺傷力均遠不及制式獵槍。而被告等三人所居住之海端鄉，每年舉辦「射耳祭」儀式暨傳統技藝競賽活動，由部落族人攜帶獵槍帶領前往山中做狩獵表演，並教導孩童獵槍之結構等等，顯見狩獵行為確屬原住民生活習俗之一。況且案發當天被告等三人係前往台東縣海端鄉利稻村獵捕破壞高麗菜田之山豬，益見其等製造或持有之上開獵槍，符合槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條所謂『供生活工具之用』之要件，不因被告等三人另有工作，而異其認定。」，另外臺灣桃園地方法院 99 年度訴字第 510 號判決意旨更明白的說：「其中所謂『原住民自製獵槍、魚槍供作生活工具之用者』，自應解釋為原住民本於其文化傳統所形成之特殊習慣，專為其於生活中從事狩獵、祭典等活動所使用，而以傳統方式所製造、運輸或持有之自製簡易獵槍而言。故原

住民本於其文化傳統所形成之特殊習慣，專為其生活中所從事之狩獵活動為目的，而以傳統方法製造、持有簡易獵槍，即應有前揭規定適用，並不以恃狩獵為生或以狩獵為其生活主要內容者為限，始與立法本旨相契合。」。因此，從上開判決可知，法院對於原住民持有「自製獵槍」供作狩獵的傳統習慣，是採取較為寬容的解釋。

#### 五、可罰的違法性之理論可否援引作為原住民採取山林資源之阻卻違法事由

刑法對於一定之犯罪，科以一定之刑罰制裁，因有國家嚴峻之強制力為後盾，動輒剝奪犯人之生命、自由或財產，故其運用，應本於謙讓、抑制之思想，在必要及合理之最小限範圍內為之，此即刑法上之謙抑思想。謙抑思想，為貫通所有刑事法領域之基本理念，不僅在刑法之解釋或適用上，應受此思想之支配，即在刑法之立法上，亦應依此思想，而妥為斟酌<sup>4</sup>。本於此理念，最高法院74年台上字第4225號判例認為：「行為雖適合於犯罪構成要件之規定，但如無實質之違法性時，仍難成立犯罪。本件上訴人擅用他人之空白信紙一張，雖其行為適合刑法第335條第1項之侵占罪構成要件，但該信紙一張所值無幾，其侵害之法益及行為均極輕微，在一般社會倫理觀念上尚難認有科以刑罰之必要。且此項行為，不予追訴處罰，亦不違反社會共同生活之法律秩序，自得視為無實質之違法性，而不應繩之以法。」。該則判例認為可罰的違法性理論內之法益及行為侵害輕微性的操作基準，應以一般社會倫理觀念或社會共同生活之法律秩序為判斷標準<sup>5</sup>。

原住民族世居臺灣山林已有數百年之久，森林之土地及自然資源與原住民生活活可說是息息相關，可以這麼說，原住民生活文化與森林的存亡是高度依存的。所以，原住民族本於文化習俗採取山林資源、獵捕動物之活動，基本上都能與環境保持和諧關係，從來沒有任何人說原住民之前依附山林的生活方式，已經讓森林的資源耗盡，嚴重破壞當地生態環境。因此，原住民族依附山林資源的生活方式，從社會倫理來看，對於國家社會之法益侵害甚微，且未破壞任何的法律秩序。在刑罰謙抑性的思想下，原住民違反森林法、野生動物保育法等案例，如果能夠通過上開判例的檢驗（例如採取木耳、頁岩、火種等），本文認為應可直接援引可罰的違法性理論作為阻卻違法事由，而論知不起訴處分或為無罪之判決。

#### 六、結論

藉由前述討論，我們可以知道，即使制定了原住民族基本法，規定政府承認原住民族土地及自然資源之權利，惟在刑事司法實務操作之結果，原住民族因為違反森林法、野生動物保育法及槍砲彈藥刀械管制條遭判刑等案件，卻仍一再發生，（這一點證明了即使在政府動輒以重刑重罰的制度威嚇下，原住民族卻仍堅持依傳統習慣、價值活動，即使遭法律判刑也在所不惜之心態。），足見原住民族基本法在法律位階及效果上，誠如最高法院所言，只是一部「基本法」，當有

<sup>4</sup> 甘添貴，刑法之重要理念，1996年6月版。

<sup>5</sup> 同甘添貴上開刑法之重要理念一書。

其他法律可以適用時，原住民族基本法基本上是可排除其適用的。雖然法院斟酌原住民的傳統習俗、生活習慣、價值觀後，大都對於原住民族從輕量刑（但減輕之理由論述本人實在不能苟同，什麼智識程度低落、欠缺生態保育觀念【好似山林間保育類的動物或珍貴竹木是由原住民所滅絕的】、守「法」觀念不足等等），然而對於依循傳統、秉承祖先智慧生活的原住民而言，依「傳統習慣、價值」而生活，動輒會被國家法律判刑，無法讓人接受，如此的刑罰制度，根本就是對於原住民族文化價值上的掠奪。因此，在行政機關怠惰制定相關的原住民族基本法的子法，及森林法之管理規則前提下，援引可罰的違反性理論作為阻卻原住民依附山林資源的活動，避免世居山林的原住民族遭到國家高權的刑事迫害，尤其顯得重要。

## 與談人：林峯正律師

首先要聲明我對於這些議題其實涉略非常有限，但是我在旁邊有一些觀察。原民運動大概從八零年代以來開始有非常多人在努力，但是到現在為止，除了2005年的原住民族基本法的立法以外，我覺得聲音還是相當微弱。這可以從很多政策面不能落實，然後拿到一個空的原住民族基本法，兩相對照之下，所以努力的空間還是非常大。

整個原住民權益的推動，應該從理論跟實務交相運用，所以我必須要先跟剛才報告的兩位致敬。林長振律師應該是我的同學，從當兵以後大概沒見過。他在台東，我在台北，有點遠，不太容易碰到，他們的會後會都在台東。那我想余建國檢察官更不容易啊，我想在這樣的科層體制之下，能夠持續關注這部份。

我剛應該沒有聽錯，他說如果碰到原住民的案子，他一律職權不起訴，這非常不容易。我認為這事情是不是會受到同儕的壓力甚至升遷受到影響，我都替他有點擔心，但是我覺得如果一個族群沒有自己出來主張自己的權利，別人縱然講的再大聲還是非常有限，所以非常敬佩他們兩位。一位在野，一位在朝，但是他們都可以真正為自己的族群努力，我覺得這個才是在實務面能夠真正推進的動力。那另外，我們看到在理論面有很多的學術研究都不斷地在進行當中，但是我要提醒一點。

我剛剛沒有把全部的論文都看完，可是我要提醒的是說，我們不是通過了兩個人權公約，那麼兩公約裡面的特別特殊權利國際公約裡面的第27條規定講到少數人權利，就是主要可以講的是原住民。那這個條文也很概括、模糊，我念一遍好了。「在那些存在著人種的宗教或語言的少數人的國家中，不得否認，這種少數人同他的集團中的其他成員共同享有自己的文化、信奉和實行自己宗教及自己語言的權利。」我想它基本上就是在談一個少數保護的問題，原住民權利大概應該都包括在內，而且2009年我們通過兩公約的事情，裡面第二條清楚寫著，兩公約所皆是保障人權的約定，既有國內法的效應，當然這個具有國內法的效應立刻又碰到一個問題，他到底是比我們一般的法律，之間的位階到底要怎樣去談談，或有不同的爭論，但是無論如何，他至少是具有國內法的效應，而且，他畢竟是一個國際人權公約，因此我認為在理論上，或者是在實務上的主張裡面，應該盡量把這樣的規定趕快引進，或者是相關的學術上的說法跟研究的結果應該趕快引進食物鏈來，才可繼續推動原住民的權利，那這麼好的一個題材，我想只有兩年的時間，所以在法院體系裡面還沒有接收到這樣的刺激，至少在幾個月前我們去搜尋所有法院的判決，幾乎沒有看到原住民相關的訴訟裡面有被引用的，那

我是在這邊建議說大家可以把這個當做努力的方向，趕快把這樣的條文放到我們實際的訴訟上面，我相信這是一個非常新的發展，在這邊做一個提醒，如果能夠把這樣子的條文好好發揮的話，大概會有相當大的幫助，那另外我再提到最後一點就是說，無論怎麼樣去發展，到最後還是要用到實際的案例能夠加以應用才可能推進原住民的權利，但是在執法人的觀念問題該如何改善，那從這個角度來看，大改很難期待這些以後要當法官檢察官的人要他們立刻去想到少數人的權利，這是我們非常難過的一點，到現在為止還是一樣不被重視。

## 主題二 Q&A 時間

與會者提問：

主持人，各位發表人及在座的各位大家午安，我在原民會基金會做服務，今天非常感謝，黃喜郎官提到，基本法它是一個憲法的位階，其實個人深受很多啟發，那事實上從基本法的法律架構上來看的話，從第十九條第二十條規範它的原住民的權力之外，在第三十四條他也規定說，與本法相不符部分的話，其他相關法應該配合修正，所以在司法院，有關司馬庫斯櫟木案件的時候，他也說明說，雖然相關行政部門沒有按照相關法律，但是他不認為因此就否定原住民的權利，所以判決他無罪，所以從這點來解釋的話，是不是可以原住民沒有權益的時候，表示十九條和三十四條要相互引用，作為阻卻違法的一個依據，那這是我第一個問題。

第二個問題，那就是要請教余檢察官，就是我在星期四的時候才跟林務局談到野生動物保護法它定了一個執法叫做管理辦法，去跟林務局協商，那剛剛余檢查官提到，其實在執法的過程中，那到底哪些是原住民的傳統慣俗，需要我們認定的依據，可是余檢察官剛剛又說了，要去調查他申請各族的種類、數量及狩獵的範圍和時間，那是不可能的事情，但老實說我沒有做到，但是有幾個族群給我們回饋的反應就是不應該有做限制這是他顛覆了人權，一方面在實務面做這樣反對的方式，另一方面，在司法機關的審判面又給他認定標準，那不曉得說，有沒有在其中有一個折衷條例的辦法，能夠堅固。

那第三個問題就是說，剛剛提到說行政部門應該先解決，其實，我們最近有個案例就是在台東地方法院，也是違反動物保護條例的案例的時候，那就是提供日治時期原住民的舊慣習的資料，來提供他來做審判的依據，以上謝謝。

與會者提問：

各位老師大家好，我只是想要請教黃文祥法官，黃法官剛剛提到說原基法的位階，應該拉到社會法的同位階，那我們也是很期待，但你要把它拉到這麼高，那在原住民法體例上怎麼做，是透過實務的累積，還是透過法制序的架構，因為我很好奇就是說如果是按照原基法裡頭之下去去創設原住民族實體法體系的架構，可是在立法上，比方說前陣子鬧的很嚴重的原住民族自治法草案，行政院原民會還提供強力的推薦和廣告的動員，但是我們看裡面，第六十八條第一項提到說，自治區政府辦理民族自治區項違背憲法律或中央法律面整，由中央業務主管



機關報請行政院予以撤銷、變更、廢執或停止執行，這個法條非常有意思，這個法條規定下來基本上這個法位上它還低於行制命令，那原民會當下卻當作沒看到，他還優先求有，先通過再修法，這樣的一個作法去宣傳，那我們好奇說，這麼樣一個重要的人際法下的重要執法，如果被這樣的對待，那我們如何期待原住民的蓬勃發展。

林長振律師回應：

這個第二十條和第三十四條的關係，我自己個人認為，第二十條如果你確定是個權力的話，老實講跟三十四條沒有什麼關聯，跟三十四條不過是在存款機關就原住民這個地方不一樣的地方來作一個訓政，但二十條是一個實體性的規定，三十四條只是一個程序的規定，這兩個不可以等同而入，如果原住民承認有這個土地權就沒有違反侵佔或者是民權佔有的問題，以上。

余建國 檢察官回應：

我回應林峯正律師的評論，我剛剛說，如果條件允許的話，那在沒有切割或者是在沒有相關重大危安公共案件的情形之下，基本上會再請…會來處理，這是第一個回應。

第二個回應，就是關於犯法跟使命之間的實物它須要一個管理規則，來做一個確認，但事實上，我是覺的這是一個滿困難的議題，因為在原住民的想法來說，他不想受到限制，那在實務上，我們還是需要一個標準，到最後就執法者而言，我們也只能依法行政，那我這邊再提供一個看法就是說在很多檢察官和其他論者的論述裡面，在野生動物保育法跟原住民採取野生動物傳統文化，當他們發生衝突要做一個取捨的時候，其實很多法律師都會述說，立法者以選擇要以法律優先，所以這一部份，很多法律師這時都會說，原住民一定要退讓，一定要退讓，那其他人退讓，那我們還要拿什麼，所以還是需要一個標準，路是人走出來的，法律是人訂出來的，我想大家只要不斷的去溝通跟說明，我覺得應該還是有一個折中辦法，我目前沒有標準答案，謝謝大家。

蔡顯鑫 主任檢察官回應：

應該都是問基本法的問題，那對於基本法，我覺得從頭到尾他都是個基本法的架構，那事實上用基本法這種德國的名詞，本來就是憲法的位階，那有關憲法他大概有適分兩種層次，第一個如果他規定明確的話，可以直接適用，但是，我們原住民基本法事實上每個條文都很模糊，我覺得那都是被選掉的，我們還是不能這樣斷定，沒關係，雖然模糊，但憲法有審查的功能，也就是說他現在沒辦法



適用，但你可以用憲法的位階來審查，是不是現行法有違反到他的地方。

基本法雖然模糊，但基本上他肯定了幾種權利，譬如說原住民的文化權還有狩獵權。

主題三

# 經濟發展、自然資源利用與 原住民族權利

---

主持人：行政院原住民族委員會副主任委員 徐明淵

## 經濟發展、自然資源利用與原住民族權利

發表人：汪明輝 副教授  
(國立臺灣師範大學地理系)

與談人：蔣斌 副研究員  
(中央研究院民族學研究所)

## 原住民持有槍械合法性之研究

發表人：王皇玉 副教授  
(國立臺灣大學法律學院)

與談人：文志榮 律師  
(文志榮律師事務所)

## 誰的資源？誰來決定？-----國家整體法益

vs.原住民族權利保障

發表人：吳秦雯 助理教授  
(政治大學法律系)

與談人：石忠山 副教授  
(國立東華大學公共行政研究所)

## 經濟發展、自然資源利用與原住民族權利

tibusungu 'e vayayana/汪明輝

「「佔領華爾街」是由人民在美國發動的爭自由的運動，以 9 月 17 號在紐約的金融區安營扎寨為起始。受到埃及解放廣場起義和西班牙扎寨行動的鼓舞，我們矢志去鏟除我們民主制受到的金錢腐蝕。加入我們！」

(「佔領華爾街」運動網頁 2011/10/14，引自夏明)

**There are nations within/without state, but there will never be a nation without lands!**

(tibusungu 'e vayayana/汪明輝 2006)

一、前言：戲如人生，華爾街、阿凡達到賽德克巴萊之原住民三部曲。

1990s 世上最重大的事件無疑是柏林圍牆倒塌，共產主義東德被西德合併，接著是蘇維埃政權如骨牌般之崩盤重組，代表著第二世界社會主義之破產失敗。然而，二十多年之後，今天此時此刻，在資本主義世界的龍頭美國，於象徵金融中心的華爾街，有一群宣稱代表屬於 99% 人口的失業青年，自今(2011)年九月以來持續”佔領”華爾街，向僅占 1% 的社會頂端富豪發出聲討，這行動迅速蔓延到全球各大都會，今日預計將有 650 個城市加入，包括台北佔領 101 行動。這個社會運動的根源，正是華爾街「過度的、通過非法和不道德手段促成的財富集中，已經開始腐蝕美國政治平等和民主制/度。」(夏明 2011)

而這個運動也在台灣獲得迴響，或有人驚訝，但更多的人不感意外，就在此刻，研討會場外不遠處正有一群人也宣稱要佔領、包圍台灣最高、也曾是世界最高的大樓 101! 據報導，在華爾街發起運動的青年似乎是一群憤怒的左翼、社會主義的知識份子，他們抗議「美國夢」消失不見，因為多數青年再怎麼認真打拼，卻換來失業與經濟貧困的夢魘。那麼，在台灣難道也是左翼社會主義憤青揭竿而

起?

多年前奧立佛史東的電影「華爾街」就曾揭露了華爾街富豪的金錢遊戲與赤裸裸的貪婪面目，似乎準確預示了今日運動的根源。近年，在台灣的多數論者均反應了對近幾年貧富差距拉大成為 M 型社會的焦慮，並嚴厲批判社會資源分配之不正義，造成富者恆富，貧者愈貧，中產階級消失，擴大貧困階級，也逐漸朝向如 1% 雲端與 99% 底層的社會對立形勢移動。

就台灣的原住民族情況而言，原住民甚至沒有包括在 99% 內，而是在 100% 之外的「他者」(other)，更是「底層」(subaltern)。因為原住民面臨的也是多重性複合資本主義體制，在戰後國家主導之資本主義現代化發展，包括歷經所謂經濟奇蹟之過程中，原住民族的角色並非是發展的受益者，而是持續被邊緣化 (marginalized)、底層化 (subalternized) 與貧窮化 (impoverished) 以及被殖民同化 (colonized & assimilated)、被犧牲的他者，原住民居住的傳統領域歷經不同統治者不斷的入侵、佔領，自然資源不斷被開採、砍伐，成為發展過程中的邊緣「犧牲區」(sacrificed area)，專司供應水源、林木等資源，或是提供觀光休閒遊憩之公園、保護區，或是單純的荒野與自然，以及扮演現階段的文化多樣性的展演服務之任務。或如區內建造水庫，卻淹沒家園，而四處遷移，或者受到限建限種，甚至還須要擔負生態保育與保護水庫之責，以提供下游屬於 99% 的人之飲用、灌溉用水，或供應科學園區所謂如高科技半導體或積體面板產業屬於 1% 業主所需用水，以延續其在台灣以及在全球化的產業優勢。正如華爾街一樣，科技產業新貴在資本積累與欲望追求之「雙渦輪」動力下，財富累積毫無止盡，於是需要更多的水與土地，就在政府的「輔助」下，不斷徵收農地，擴大園區，甚至為園區增建水庫，支持高科技產業發展。

若照此發展下去，另一部電影已經預見其後果，那就是詹姆斯柯麥隆的「阿凡達」所描述的，富豪搭乘了太空梭，指揮著一群高科技裝備的傭兵，逃離高科技所毀掉的地球，找到了阿凡達星球，這裡跟原來的地球一樣，保有著原始豐富之生態資源，同樣也有如地球原住民之納美人居住，但導演卻開了觀眾玩笑，竟讓騎乘飛龍、又原始落後的納美人對開著戰機的地球人予以迎頭痛擊，讓原住民在另一個星球戰勝了科技人，最後的決戰，竟是納美人用弓箭打死了機器人。這部史上最賣座的電影之一，是否意味著須要遠離了地球、化身為納美人，原住民才會獲得觀眾一面倒的支持？還是觀眾們——屬於 99% 的資本主義壓榨之勞苦大眾，將自身心境投射到遭受科技人欺壓的納美人身上？

導演所想像的納美人原始素樸、明朗耿直之性情，並與生存的自然環境與生物與超自然發展出生理、心理、倫理及宗教精神性的多重連結，維持良性有機之互動及人地合一關係，這曾經是地球原住民所追求實踐的真正的人的生活方式與

態度，正有如魏德聖所要詮釋、訴說的「賽德克·巴萊」，面對要來討伐族人、奪取獵場領域、擁有現代化武器的統治者，為了維護傳統文化與獵場土地，展現了「如果文明是要我們卑躬屈膝，那我就讓你們看見野蠻的驕傲！」，不過發生在地球裡的這真實的原住民故事中，實踐「真正的賽德克」的人，卻被大砲、飛機、毒氣等現代文明無情地消滅，而犧牲的族人想必都過了彩虹橋到達祖靈地，然而被征服的後代子孫英靈卻是要到靖國神社，賽德克的土地、森林終被納入到統治者的版圖。

前面以三部電影引出了本文的三個重要主題及三者 in 現代化發展歷史中的既有殖民統治權力關係，分別是(一)資本主義—現代化主義—殖民主義統治國家體制，(二)原住民族及其(三)土地自然資源權利。場景拉回到二十一世紀後的現實台灣，戰爭雖然已經遠離，政府也宣稱已經改革轉型成為民主國家，同時也成立行政院原住民族委員會(以下稱原民會)，然而政府對從近幾年來的事件如鄒族頭目蜂蜜事件、司馬庫斯櫟木事件等，看到國家司法仍然未尊重原住民傳統習慣，包括族群領袖之地位及族群自然資源主權；台東核廢料抗議事件呈現的是國家發展仍然以犧牲原住民土地生態與生命健康做為代價；台東反美麗灣 BOT 事件，則是地方政府與財團結合，為了發展觀光，不顧部落反對及未進行環評與安全評估下，直接在海岸沙灘邊圈地蓋起高級飯店，則是標準霸佔原住民土地與自然景觀給少數的有錢人；新竹尖石鄉反比麟與反高台水庫興建等，則是如上述為了滿足科學園區高科技產業所需用水，計畫在石門水庫上游的尖石後山興建高台的水庫，以及在尖石前山興建比麟水庫，然後將以越域隧道將後山的水輸往前山的大型計畫，在過去一年多來已經引起泰雅族人一連串的反對抗議行動。而原民會對這些事件似乎完全無能為力，反而一再地任國家繼續以各種經濟發展的理由持續侵害原住民族土地權以及破壞原住民土地生態。

兩年前的八八水災重創南部的原住民族家園，有些地方可說是毀滅性災難，傷亡最為慘重，然而國家在災難救援與重建上，如重建條例訂定、中繼屋安置、強制遷村、永久屋選地、永久屋社區建築設計與安全特定區之劃定等，決策不顧災民意願，或效率不彰、進度緩慢，嚴重漠視災民人權，直到今天，甚至有些災區如阿里山地區鄒族為例，還沒有任何一間永久屋完成，而原先族人與重建單位共同決定永久屋預定地設在族人傳統領域，然而直到現在，卻沒有任何進展，其理由竟然是花費成本過高，事實上，則是因為該地早有非法侵墾者，暗地動用地方權勢加以阻撓，政府顯然不願為少數災民多花錢，更不願將傳統領域藉此返還族人，當初承諾成為無法兌現的謊言。

從前述的真實與虛擬/電影的呈現脈絡中，我們看到國家發展與原住民族發展經常是兩個不同甚至相互衝突、矛盾的範疇，事實上原住民族發展始終被國家發展所抑制而成為失敗者，只有在阿凡達的超現實電影中，才會出現原住民族有

效反擊、戰勝代表資本主義發展的國家勢力。我們想要問的是，原住民族該採取何種方法策略才能走出失敗，找到適合自己的發展模式？

本文將以原住民族傳統領域與自然資源利用權利為主題，論述面對正值所謂國家百年來不變的發展模式，持續對原住民族領域資源進行資本主義—開發主義之掠奪，持續對原住民族文化採取殖民同化，思考原住民族如何在擺脫依賴國家發展卻帶來之失敗貧困與抵抗國家持續殖民同化之壓迫，參酌原住民族自治理念，尋找第三條路，超越百年格局，以延續其在台灣數千年歷史的命脈，提出以傳統領域為基礎，彰揚原住民族群豐厚的環境知識與生態智慧，以實踐其作為「真正的人—台灣巴萊」的生活方式與生命意義。

## 二、原住民研究方法論

本文的目的，在於論述原住民族如何以所屬領域之自然資源與族群社會人文資本為基礎，創造民族發展之自主經濟之根基可能性。本文將先進一部描繪國家發展與原住民族發展之關係，凸顯原住民族之內在殖民情境，並引介有關原住民族發展原則。接著，將簡略回顧鄒族運動做為民族經濟發展背景，再論 saviki 山美部落以 tanayiku 達那伊谷河川自然生態公園旅遊為基礎的部落經濟體及其多重性意義，再減數位在石門水庫上游的泰雅族司馬庫斯沙發展的類似達娜伊谷的部落經濟體模式及其多重意涵，並參酌其對岸鎮西堡的例子。最後，站在兩族群的部落集體經濟發展模式，試圖展望其進一步擴充成為民族經濟發展的可能性。

簡而言之，本文的基本論點，基於作者本身為鄒族原住民之身分，以一種內在者主體性發言位置，從後現代主義與後殖民主義的角度，依循民族發展全盤觀點，關注建構原住民族知識的一種複合、混雜的方法論。

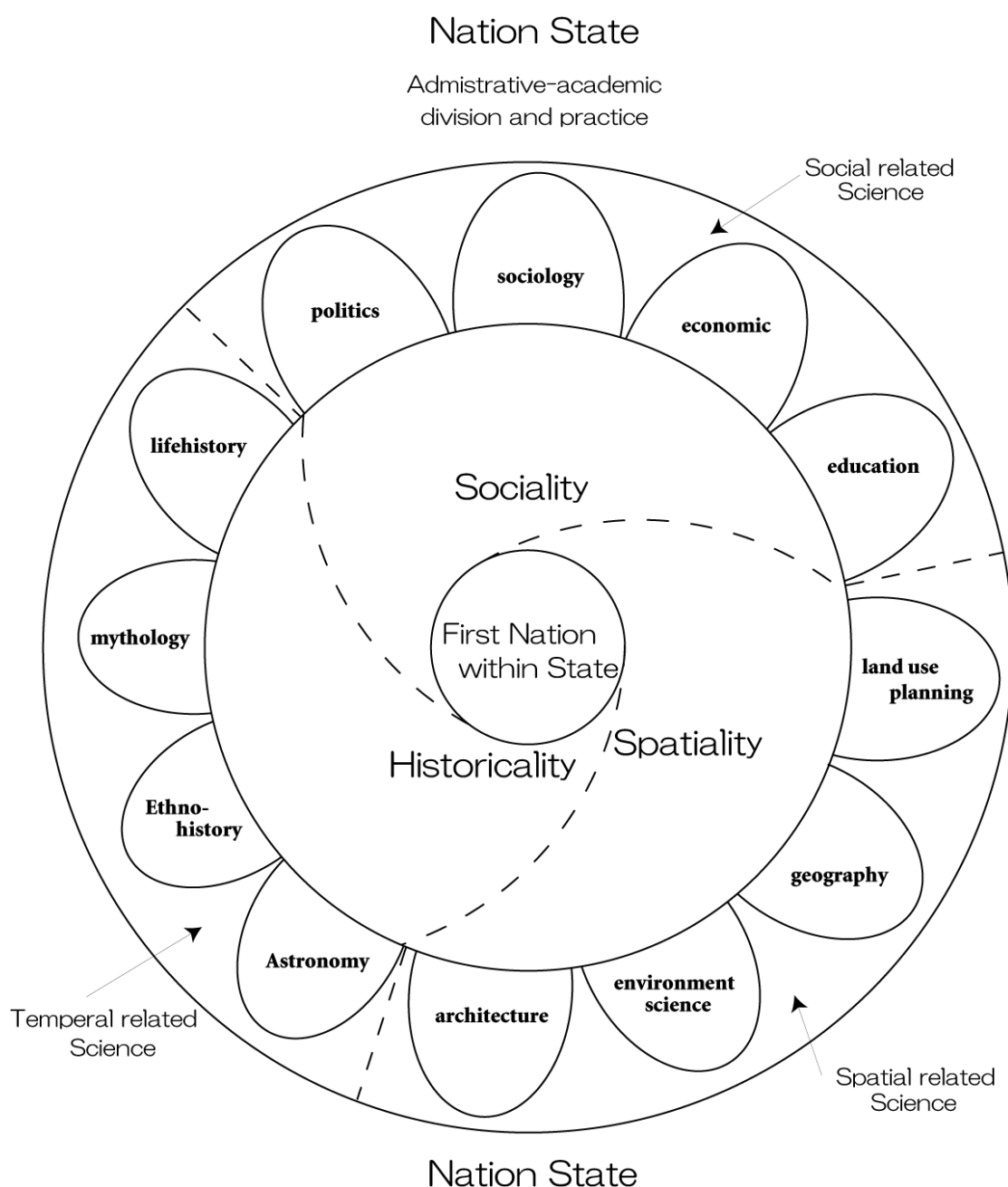
## 三、原住民族之內在殖民情境與民族發展原則

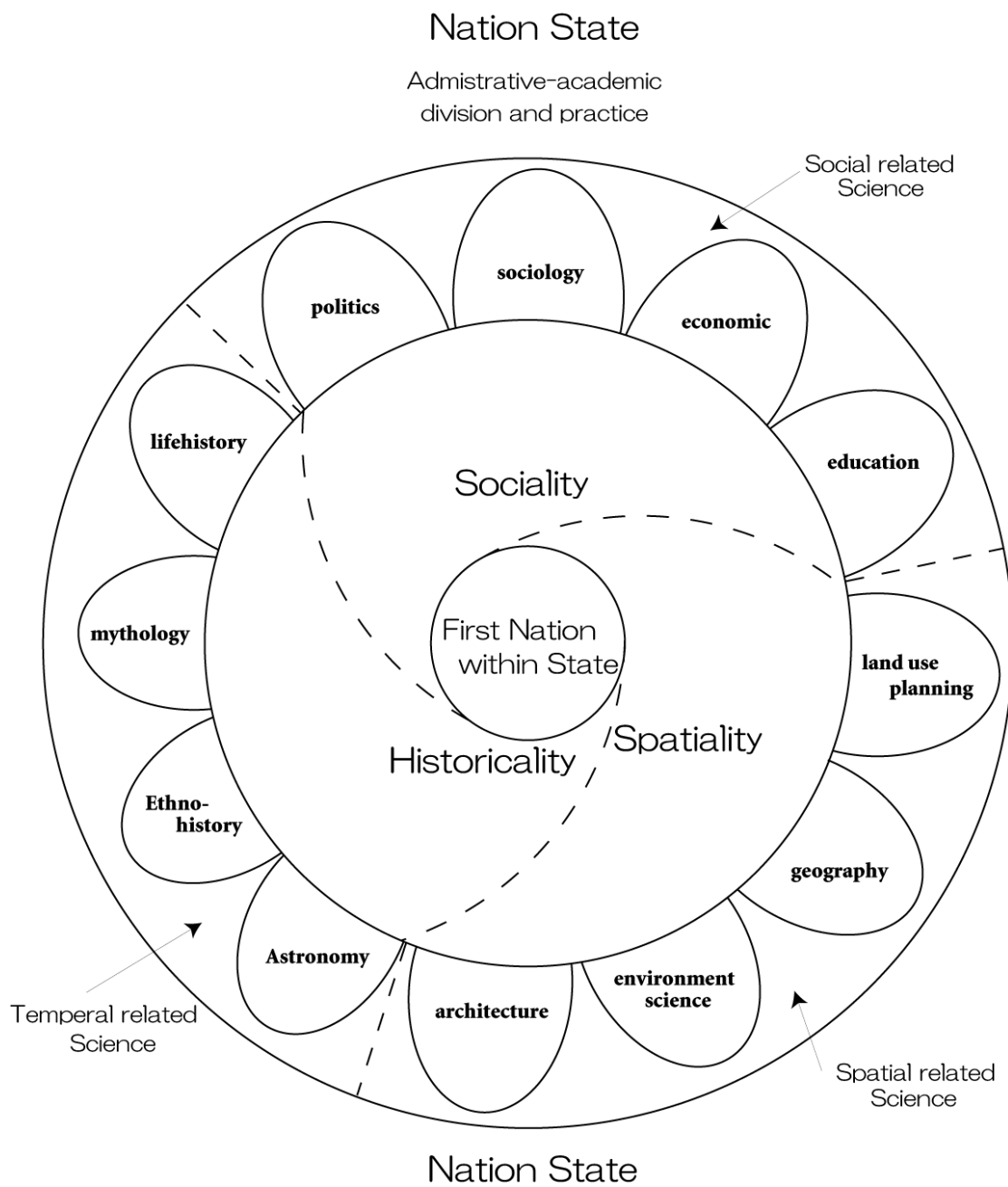
### (一)內在殖民情境

本文一開始企圖呈現其實是長期以來原住民族之殖民情境，不論是日治時期或是戰後國府時期，殖民支配關係是全面性，且隨著時間演進將只有更加深重。下圖為作者圖示了原住民族作為民/國族國家所含納、沒入且又是無國民族 (nation within/without state)，則透過統制國家內部之行政管理部門，同時也是原住民族相應的知識系統或知識分工領域，以其對原住民族特定面向之認知、觀念，形成分工式、全面性的綿密統治管理體系，這個國家所建構之原住民知識隨之發展出的管理方法，是以國家國族語言為符號，形成國家既定、正當性的原住

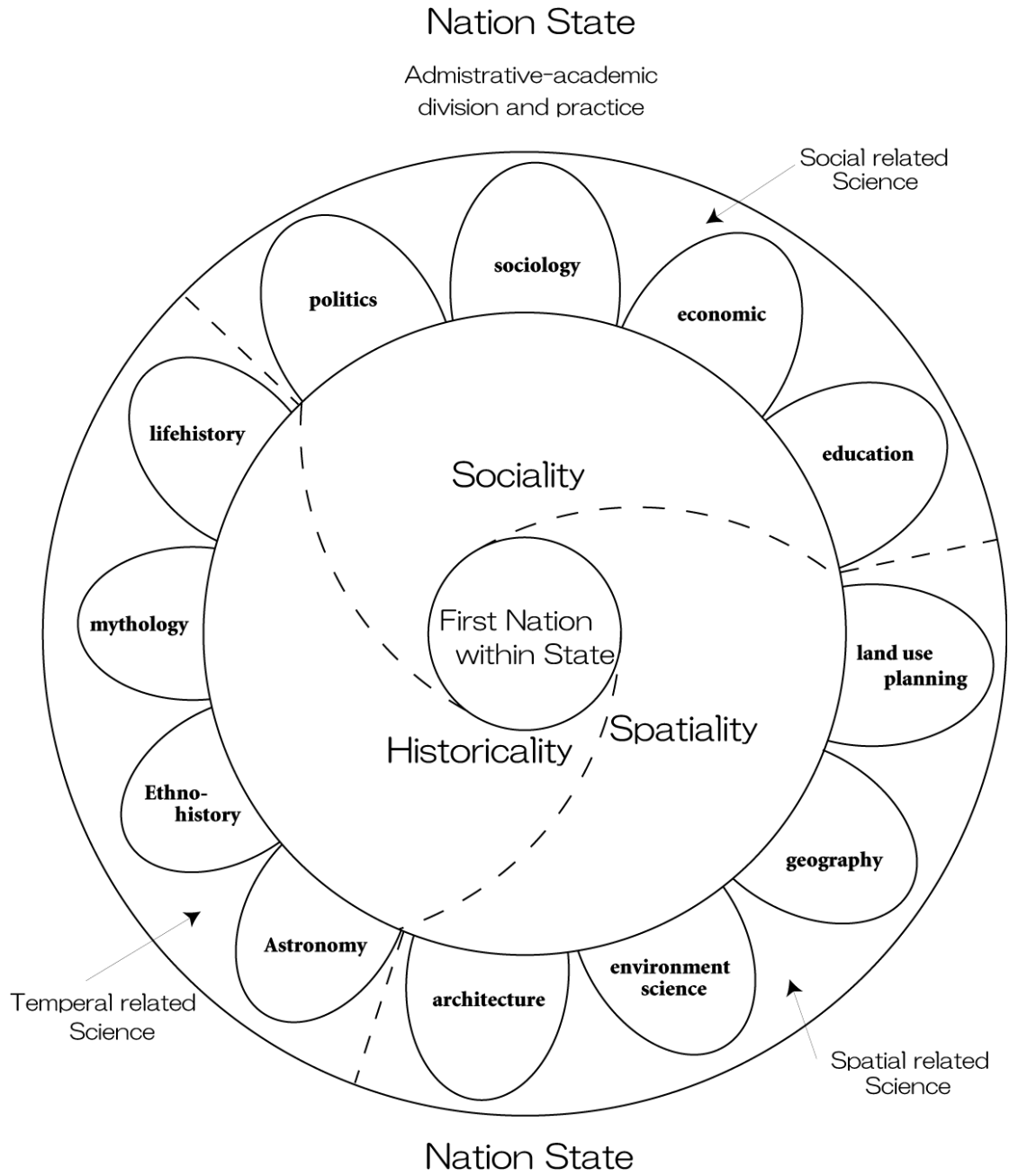
民族知識，而這是透過國家的學者、官員等共同建構，以國語型式儲存於國家文現檔案不門或者政府資料庫室，隨時備查。

然而這個國語書寫的原住民族知識卻是從原住民原始族語文本所翻譯而成，但族語無人能懂，因此也沒有人得知國語版之民族知識的翻譯是否正確，但早在原住民學會閱讀書寫之前，這些翻譯文本就已成爲國家的唯一「正確知識」版本。但隨著原住民族語書寫與國語能力之增強，開始發現這個正確知識的謬誤性多，多到足以推翻其代表的觀念與知識本身，由於閱讀國語版本者無從判斷其正確性由無能解讀族語，似乎只能接收錯誤的知識。再透過行政管理之權威，放入教育內容，回頭教育學校中的原住民以及一般社會大眾，這可能充滿謬誤的翻譯版知識，取代了原本最正確的族語知識。形成伴隨知識殖民的國家統治。









圖一 原住民內在殖民情境

(二) 民族發展與國家發展原則

民族發展廣義上來說，指的是民族全面性或整體性發展，這本是沒有道德或

邏輯上的疑問，但當民族主義劃定疆域建立民族國家（nation state），或是從殖民帝國獨立建國，則民族主義便容易轉型為官方民族主義，引用原來殖民國家之現代化發展模式以圖建立富強的國族，則往往造成對境內少數民族或原住民族之壓迫，於是產生主流民族的國家與境內少數民族之間的衝突，在願望、利益、文化、土地上產生的矛盾，最後主流民族以國家發展為名而犧牲少數民族，結果是造成國家發展，少數或原住民族的反發展（Hennayake 1992； Little 1995）。其次，國家發展主義援引西方發展理論早已為第三世界之依賴發展所批評，此處所要強調者為發展理論之經濟主義指向，以經濟發展取代了其他面向的發展，其對原住民之意涵為，即使統治國家計劃性地促進原住民族之發展，其經濟建設計劃仍是國家主義導向，簡言之，原住民族發展最後還是讓渡給國家發展，這是因為站在國家立場，而以經濟開發為主軸來規劃原住民族的發展，最後是經濟犧牲其他面向而發展，發展的成果流向資本主義市場，也就是原住民族是這個規劃的失敗者。作者在檢討有關現代或歷史上原住民土地問題之討論亦曾有類似之批判（汪明輝 1998）。

有論者認為受統治之少數族群會受支配族群之國族主義（nationalism，或族國締建）運動之牽動而產生相對立之族群民族主義（ethno-nationalism），形成互動性民族主義（interactive nationalism）（Hennayake 1992），其原因主要還是在於以優勢族群為首進行之族國締建（nation building）實包藏著族群終結（ethnocide或民族滅絕）之運作邏輯（Hage 1996），換言之，族國締建實際並不如理想中的多族群平等共榮之局面，尤其 60 年代以後脫離殖民帝國獨立國家，優勢族群取代殖民帝國之統治地位，進行新的族國締建運動，不僅未能消除原殖民帝國對少數族群施行之剝削、掠奪性統治，且為了國家發展、進步、統一或安全等目標，進行更徹底之掠奪與迫害，形成內部殖民主義（internal-colonialism）（Stea et al 1984），國家發展之結果是少數族群走向民族滅絕（cultural genocide 或 ethnocide）之矛盾困境（Stavenhagen 1990:85-92），因而導致少數族群之對抗性民族主義的產生。

緣於過去世界上國家發展導致原住民族滅絕經驗，發現國家發展與少數民族之利益衝突，目標不同，可知一般原住民尤其是所謂原住民知識菁英普遍存在的國家主義（statism）意識型態，將原住民未來託付給國家發展或體制化之危險陷阱，一方面這個事實甚少為主流社會盛行觀點所察覺或承認，面對原住民族滅絕過程中之語言流失、土地流失、社會解體或價值觀改變等表象，往往以涵化（acculturation）、社會變遷指稱，或以發展必然的結果帶過（Stavenhagen 1990: 87）。面對此種處境，以及國家發展主義仍然盛行之現實，台灣原住民為避免成為國家發展的犧牲品，各民族實應建構出相應之民族發展（ethno-development）策略。

70 年中期之後，紛紛出現所謂基本需求途徑（basic-needs approach）、自我依賴發展（self-reliant development）、生態發展（ecodevelopment）、內向發展（endogenous development）等不同策略之提出。如學者透過對非洲、拉丁美洲及亞洲原住民發展經驗之研究，歸結出發展帶來的幾項衝擊，如下：（一）貶抑在地知識。（二）瓦解用以維繫生態系統完整和生活穩定之必要社會與技術關係。（三）製造匱乏。（四）儘管國外大力資助，但貧窮增加。（五）拉大貧富差距，增加族群衝突。（六）強化國家造成前述情形之作用者角色。（七）將計畫之失敗歸咎於被犧牲的人群或自然環境等。

根據 Stavenhagen 之觀點，原住民族發展之原則大致如下：

（一）民族發展要求：決定自身事務之權利；參與決策組織與過程；推選代議士參與政治；傳統文化受尊重；有選擇發展類型之自由。

（二）維持對自己土地、資源、社會、文化之控制，自由地與國家建立關係。

（三）為內向（反求諸己）發展：從內部找到因應挑戰之資源與創造力，並非專斷（autarchy）、自我孤立，亦非閉鎖在傳統「博物館」，而即使選擇孤立，亦是其自由。

（四）民族發展是要站在傳統結構基礎上，因應和吸收現代化知能，以發展自我特色，均衡或調和其間矛盾，而非揚棄傳統，一味追求現代化。

（五）民族發展是民族社會文化全面性發展，而非僅是經濟發展。

（六）民族發展不是非要打破現有國族（nations），或破壞國族締建（尤其第三世界），而是予以重新定義，認清並正當化其為多元文化民族所共同建立，非單一民族或優勢族群所獨佔。

（七）民族發展亦不是製造部族主義（tribalism）以摧毀資本主義社會經濟階級，而是確認除了階級外，民族認同、社群（community）同是社會整合原則。

（八）民族發展能重新思考地方發展計畫之性質、目標，如水壩、經濟作物引進等，並始終將民族的需求、期望、文化特色，以及族群自身草根性參與作為考量之前提（參酌 Stavenhagen 1990: 90-91）。

塔刺拉（Talalla）在評估馬來西亞半島中部 Orang Asli 人的 Betau 聚落進行的民族發展計劃時，指出民族發展本身既是方法也是目的，可以減少原住民族在

受到大社會之傷害，同時促進經濟、社會與政治之自主，發展自己之調適方式，及自己社會、文化及經濟整合體制，並認為文化不當的計劃，通常只會強化依賴與低度發展，因此，第一步便是屏除歐洲中心之假說，承認傳統文化之活性（viability），及其獨特社會、政治、經濟、文化實踐以及識覺與價值（Talalla 1984: 27；Diamond 1960；Firth 1964；Sahlins 1971）。不過，並非無條件地接受所有的傳統，他提出四點民族發展原則：一為必須是自主的發展經驗，使他們有時間因應變遷而來之衝突、矛盾，變遷須反映代表他們自己的興趣、偏好、特殊需求與能力。二為必須一定程度地自主與控制其資源，發展土著經濟，保障其生活，復興其自我依賴之傳統，而減少對大社會依賴。給予生產性資產與資金來源，進而強化社會力量、社會政治組織、社會網絡、配當知識及技術（Friedmann 1979: 101）。三為必須透過對等性協商合議（conscientizacion）之政治過程，促使其明瞭他們不只是消極接受者，同時有能力積極改變自己。四為前述因子應促使不斷互動，產生新的社會、文化、經濟、政治整合形制，整合內外因子，得以發展（Talalla 1984: 28）。

民族發展其實是依循著「民族自決」基調，並和自主、永續發展以及自治等概念相連。民族發展不只是消極性的對抗壓迫，或爭取「社經地位」提昇，而是積極性地自我建構、自我發展。民族發展之內涵會隨族群文化而異，民族發展是要調和傳統與現代之衝突，因此民族未來發展須立基於民族自身社會文化特性及其時空發展經驗脈絡的基礎上，建構出各民族獨特的發展策略。總之，就本文來說，鄒族應該有自己的民族發展模式。

#### 四、做為支持自治的民族經濟思維

台灣有關原住民經濟之討論，多半停留在產業發展或個體經濟層面，較少論者探討以民族集體為基礎的民族經濟體。值此自治討論熱絡之際，缺乏自主經濟的構思，將難達成政治自治。如下所稱：

「如果我們獲得了『政治』權力，卻沒有得到經濟權力，我們得到的只是本身無法運作的權力。...沒有經濟基礎，文化不是死亡就是正趨向死亡，所以我們必須要做的是培育經濟基礎，其他每一件事情之實現才會符合自尊、社區精神，以及改善社區生活水平。」（Ovide Mercredi 1994，加拿大第一民族議會 AFN 大酋長）

Anderson 等學者在探討加拿大第一民族（First nations，即原住民族）經濟發展的研究（Anderson and bone 1995），觀察到各原住民族群均自我認同為一個國族（nation），從而依民族觀點來推動其經濟發展。其次，基於民族觀點，各民族視發展過程（development process）係與其他第一民族與印地安或非印地安人的產業或組織一起參與全球經濟；然後，從地理觀點言，各第一民族隨著對土地

之依附關係，及其土地大小、區位，展現許多與地方或區域不同層次有關之發展性質，形成原住民族經濟發展之獨特性，亦即同時是全球的、國族的，以及又是區域性的/地方的（發展）過程。（*ibid.*: 121）

更進一步來說，第一民族經濟發展具有七項關鍵特質，分述如下：

（一） 第一民族皆凸顯經濟發展的**集體性途徑**（collective approach）。

其目標有下列三項：

（二） 達成**經濟自足**，以作為第一民族實現（民族）自治的必要條件。

（三） **維護並強化（民族）文化、傳統及價值**，且在每一個發展過程中，不斷反應、展現這些企圖。

（四） 改善第一民族人民的社會經濟情境。

並採取下列三項步驟或過程（process）達成上述目標：

（五） 大體透過**產業之創造與擁有**，掌握達成前述目的之經濟發展過程之**必要控制程度**。

（六） 在全球經濟中，創造長期具有獲利競爭力之產業。

（七） 第一民族內部及其與非第一民族間**形成聯盟與合作企業之夥伴**，以創造可以參與全球經濟並獲利的產業。

此外，需要再次強調的是，儘管為國家內部經濟，如上述第一民族之經濟過程可以展現其地方、區域、國族的以及全球之特性，實則其經濟發展之視野與思維範圍，已經超越了國家體制框架之外。（*ibid.*: 122-123）

簡言之，民族經濟之存在發展，首須確認民族之存在，從而創造民族集體所有、掌控的，而非印地安個體私有的經濟事業，民族經濟事業之目標為民族經濟自足，進而實現民族自治，經濟與政治之自主自決相互包含、相生相成。民族經濟不但不是與文化、傳統、價值分離，而是密切關聯，且要進一步維護與強調的，民族經濟是在地的，然而民族經濟不但不脫離主流經濟，而是要在全球經濟系統中找到定位，尋求與其他原住民族以及非原住民族形成對等夥伴之合作關係，創造長期獲利之產業，藉以改善民族社會經濟情況，提昇生活水平。而確實，根據

這樣的理念與做法，加拿大薩卡奇萬省的第一民族議會如 Meadow Lake Tribal council 成功地建立期族有（民族議會擁有掌管）木材工業，甚至進而計劃發展領域內石油與能源礦產相關之合作企業。（ibid.）

以此觀之，台灣原住民族之經濟發展，尚未進展到建立民族經濟階段，頂多是到部落（或村落、社區）產業研議或嘗試階段，距離民族經濟還非常遙遠，而堪稱成功之部落經濟甚至尚未真正出現。

#### 五、鄒族山美部落達娜伊谷河川自然生態觀光產業經濟體

達娜伊谷自然生態公園創立之前，阿里山鄉的鄒族曾經一度相當成功地形成跨部落的整合性經濟運動；首先是最早一靠教會系統所建置的跨教派但專屬鄒族原住民的儲蓄互助社，其功能種在社會互助與救急之功能，社員可以靠互助社解決農產種植發展、教育急難或是小額貸款的需求，對家庭經濟發會實質助益，對於社群內部分立較會之外發展出縫合教派分立之社會。其次是合作農場與共同運銷，這裡焦點在於土地之共同整合與種植策略，以及收成後為跳拓中間商剝削而建構共同運銷的方式，這個行動曾經創造合作農場極高的利潤，為好景不常，合作農場部分成員未能深切體察、珍惜成員合作、團結之重要性，而被中間商反擊而瓦解。這個集體農場讓我們想起首任鄉長高一生於戰後初期首創的新美集體農場，似乎鄒族已經在過程中體查出集體性經濟的可能性，只是一但集體團隊出現合作團結之芥蒂，很難在短期內重新建立互信機制。

不過，就在此際，山美成功建立較小規模的部落經濟體。自 1990 年代開始營運，直到 2009 年遭八八水災所沖毀主要河川景觀而中斷，到了今(2011)年透過八八災後重建企業之協助，有已重新開幕營運。關於達娜伊谷的發展過程，有另文詳述，在此只要說明其自然資源與社會資源的基礎，簡述如下；

- 一、傳統河川文化之持續，對河川溪流之偏好語鮎魚—*yosku aultt*—真正的魚之珍視。
- 二、鄒族領域獵場與河川魚區之所有權制度與氏族管理模式之持續，亦即河川所有權制度之轉化為社區共有。
- 三、部落重要組成氏族組織之集體主義轉化為部落集體行動。
- 四、行動者強烈之自主意識與實踐作為：社區領導者堅定以及勇敢挑戰國家權威特質。

## 五、對環保生態與資本市場經濟之知識掌握與策略自有其定見與理想之堅持，所謂「沒人沒錢自己做」的逆向思考與作為。

更重要的，不在於收益多寡，而在於收益之集體共享與集體分配體制，部落族人透過社區發展協會機制進行收益資源之分配，主要用在各鄰里之基礎建設，以及園區之人事、設施之再投資等。最重要的為業務費與社會服務費，業務費共支持了十四項包括園區成果維護、社區綠美化、社區成果維護等費，社會服務支出涵蓋長壽俱樂部、爸爸與媽媽教室、子女獎學金、文化活動、急難救助等十三項費用。此外，還成立傳統歌舞隊 *tamayayae* 合唱團，至今已發行好幾張專輯。

山美部落因為達娜伊谷經濟收益，而堪稱是全台灣舉社會福利務最佳社區，本社區凡年滿 60 歲以上老人，每月有 600 元敬老津貼。青少年獎學金從國中生到大學生都有，婚喪喜慶發給兩萬元補助。還有結婚補助如男女同為鄒族結婚補助兩萬元以茲鼓勵，另外，提供三十萬結婚共同基金提供辦理喜宴者週轉。生育補助金高第一胎獲兩萬元，第二胎三萬元，以鼓勵生育。

值得注意的是社區年度節餘款及其他流動資金之存放管理，分為社區互助社定存、活存(約一百萬元)以及銀行之存款，前者顯示對鄒族人自己設立的儲蓄互助社之支持，後者則是為了方便動用資金。由於社區之公私部門資金大幅增加，資金之管理運用便成非常重要的環節，社區資金若持續累積，金融處理將是為社區經濟之核心，資金管理將決定經濟成果是否有效維護既有成果及創造更多利益，也是經濟自主之指標。

## 六、泰雅族司馬庫斯 *tnunan* 文化經濟共同體

大漢溪流域中上游原本就是泰雅族傳統領域，沿溪兩岸有非常多的部落依水而生，大漢溪可為泰雅族群最重要生活命脈。1960 年前後石門水庫興建完成後，掩沒了近三千人居民所居住許多聚落，造成居民四處遷移，曾遷移至觀音海邊，最後因環境惡劣最後族人重返原村落附近，重新開始生活才得以安定。這段歷史長期被跨大的石門水庫宣傳效益所掩蓋。上游區為了保護水庫興建大小小攔沙壩過兩百個，嚴重破壞河川生態，也危及部落生命安全與產業發展。直到最今，被沖毀的巴陵壩附近的 *hogay* 部落因為部落地基崩裂，而遷到組合屋暫居，卻也自 2000 年左右住到現在，可見石門水庫影響只會持續加強，不會中止。而近來在玉峰村之馬里光附近的高台河段，水利署計畫再興建高台水庫以供應錢山新竹科學園區之工業用水，目前已進行環評階段，但部落族人已不斷進行抗議反對行動。此區可說是國家偉大建設發展下的犧牲區域，部落土地與自然資源之利用處處受限，造成經濟發展受阻與人口外流。

就在大漢溪最上游最深山部落 smangus，地處偏遠，於 1979 年始有電力供應，1995 年才通車，僅有 20 餘戶一百多名居民，卻有著類似鄒族達娜伊谷發展的方式，以泰雅族之父系家族、gaga 儀式團體為基礎，加上基督長老教會之緊密配合，發展以深山檜木林文基礎的生態旅遊部落共同經營之集體產業，族人稱之為 **tnunan**，全社大部份成員都加入，僅有約 15% 的人位加入，加入成員提供所有土地給共同體以作為共同發展不同農作策略用的耕地。其次，旅遊民宿合作經營，包括餐飲店與商店之共同經營，含其中導覽解說與晚會活動表演，由於自然環境生態豐富、景觀優美、氣候涼爽以及擁有巨大檜木森林，成為北台灣進行生態旅遊之絕佳地點。共同經營對外統一窗口，統和調度分配住宿餐飲規畫行程節目，每一個成員不論年紀都須輪流負擔經營之勞務，每個月共同經營發給每人固定零用金。此外，其收入用在更新、購買相關設施。最值得注意的是司馬庫斯麗月有限資源不斷地進行泰雅族傳統知識與生態智慧之調查記錄，包傳統領域、傳統規範、生態調查，然後自主編寫族語版部落文化教材，並申請成立部落分校，同時興建以泰雅族傳統建築材料與建築工法施作的三間甚欲特色的部落教室，就近實施學校與部落文化教育。甚至，邀請學界文化界獨力辦理部落發展與傳統知識之論壇，更特別的是部落核心幹部之碩士論文正式書寫部落族語知識之建構，並且將其學為口試拉回部落進行，口試時以族語發表為主，再翻譯成國語，而部落耆老也參與提問，凸顯部落知識之建構中，部落族人之主體性角色。數年前，部落發生櫟木事件，被林務局告發族人盜取國有林木而被法院以森林法判決有罪，經歷部落獨力爭取外援，主張原住民族自然主權與傳統領域之歸還，而其實也已通過原住民族基本法，最後無罪定讞，等於宣告司馬庫斯的重大勝利。

司馬庫斯目前可以說是大漢溪上游眾多泰雅族部落的明星，在部落團結和諧上、共同產業經營上、部落傳統文化知識之調查建構以及部落教室興建、教材編寫製作乃至實際教學上都超越下游近水庫或者靠近都會的交通方便區，益加凸顯其自立自主之集體作為之部落經濟體建構，對照於下游資本主義國家水庫治理模式之失敗：淹水、崩坍危險，農做經濟產業受限及貧困化、人口外流與語言文化持續流失等，司馬庫斯可位非常成功。

## 七、結語

本文以鄒族山美部落之達娜伊谷與泰雅族司馬庫斯的 **tnunan** 共同經營為例，分析其部落集體經濟體之多重性意義，兩者都以族群傳統社會組織結構、傳統文化與傳統自然環境管理機制以及自然環境知識生態智慧作為發展基礎，成功建立了集體共同生產與共享分配經濟體制。兩部落各自對照主流河川國家之科學知識為本之水庫治理模式，實為依循資本主義現代化發展的累積邏輯下，呈現之河川生態之破壞與失敗，及其對原住民族文化、生態經濟發展之衝擊壓迫，造成人口外流經濟產業蕭條貧困。兩個部落都有很高的經濟收益，也促成部落內部更



加團結，而將收益用於共享性分配與再投資之外，更用在文化手工藝、族語振興、傳統生態知識之調查記錄、社會福利之如敬老、結婚、生育、教育、音樂藝術社團組織，以及部落學術文化研討論壇之辦理。兩者經濟體之內涵雖各有差異特色，但都體現了部落集體經濟。相對於其他部落那些深受國家發展影響之部落，無移樹立部落發展的典範，其中部落主體行動者都曾與國法律勢力相對抗，但他們以部落素樸的團結意志與果斷行動，終於獲得國家司法之承認與讓步。

每個原住民部落一定都有其特殊的自然與社會文化資本，自主進行調查記錄，建立部落知識與智慧，並善加利用，並以原住民族文化為根基，縫合社會裂隙，團結合作，鎖定目標，堅定意志，持之以恆，兩個部落的經驗啟發，是大有成功的可能。以此基礎，可以進行更大部落群的整合建立更大經濟共同體，甚至民族經濟，則將更為可行。

## 與談人：蔣斌 副研究員

主席、汪老師，我們老朋友了！那個確實如王老師所說的我今天剛剛在十五分鐘以前才剛拿到這篇文章，可是讀了第一段就知道完全可以理解為什麼這篇文章那麼晚出來，因為這真的是非常非常具有這個時效性哦！我剛剛從新竹開車上來的時候所聽到的，然後居然被寫在文章裡面所以這個所以我剛剛很快的運用了時間把這篇文章讀了一下，那麼我想承蒙老師剛剛說的這一篇文章在會議裡面就是一個非常提綱挈領，就好像就是一個法律國法的一些一些基本的概念跟一些一些這個界定。

好那麼相對於其他比較非常精確的各別的議題還有別的這個法律的層次上的一些討論，那麼我想可能也還向大家致歉就是因為剛才才讀到這篇文章所以可能有一些的討論沒有辦法在每一個王老師的文章的點上面做深入的延伸，可是這有一些也是我個人在這些年的一些一些的一個一些感想，那我想也許先有恩一兩點是我從很快的從摠剛剛王老師的這篇文章裡面所延伸出來的一些感想。

那麼恩其實在這整個研討會的主旨還有包括王老師這篇文章裡面也有提到，就是說他們談到這個恩原住民的傳統習慣的時候，其實在當代我們大家都有一個共識，就是原住民的文化並不是僵化的一個化石或者放在博物館裡的東西，那麼他都是一個不斷的在發展在生長成長這樣的一個事情。那麼尤其在國家跟全球經濟的這個脈絡下面，我們並不是說要一定是要恢復傳統，可是這中間我們要強調這個自主性，那麼從這點來產生出來的話其實大概第一個有一段可能是比較小的問題，比方說在這個汪老師提到的在這個鄒族的產生的一些例子，在山美達娜依谷的例子，其實我對於鄒族的的社會文化的理解，然後有去經常鼓勵同學在去研究的就是我一直都很好奇就是鄒族裡面的性別的議題，其實鄒族是我們看到很多譬如說男性觀點的這個男性觀點的研究跟討論跟主張，其實我們一直都很希望我們可以看到更多的從鄒族的女性的角度來出發的這些問題的看法。也許到我們提到的一些在鄒族的比方說部落組織跟氏族組織來形成的，那麼一些一些組織的這個型態，那麼我們是不是如果我們有興趣的同仁或者是汪老師在未來或者是能不能讓我們看到說這個鄒族的女性對於這整個原住民傳統社會、社會傳統的習俗跟國家發展之間的之間的關連。那這是因為鄒族也許其實也可以呼應汪老師剛剛講的就是說是不是我們從前有太多的所謂的定義的正確的知識都是從男性的觀點出發的？也許這個我們知道原住民每個社群對於性別的觀點其實不太一樣哦！那麼我個人是覺得是在鄒族這篇申論其實可以再多一點這個女性觀點？

第二個我是想要說我們在很多這個討論原住民的處境跟國家的關係之間處

境上，我們很容易的在很多文獻當中我們會引用恩第一世界，這裡講的第一世界不是那個First station的那個第一世界，而是說以這個所謂的西方國家加拿大、美國、澳洲、紐西蘭這幾個我們常覺得的雖然他們有很多缺點但我們常做為典範的一些例子。那其實我是會建議說我們也可以多看看這個東南亞的例子，因為第一個尤其在法律的部分他們也是所謂南島民族組成的國家，而且很多都是主流民族，很多都是南島民族建立的國家，馬來西亞、印尼、菲律賓這個都是如此。那麼在尤其是在像印尼，其實他們在英國跟荷蘭的殖民時期都有做過很多有規模習慣法的調查，可是在有些地方他們的習慣法都和這個國家的法律有並行的某些地方有並行的。比方說在民法方面，恩她在財產繼承阿都有一些並行的位階。我以為覺得有些時候我們在從國外討論的時候也可以把眼光看到這個離我們近的這個東南亞國家，而且他在很多地方他的恩東南亞國家實施土地面積都比台灣大，可是在有很多地方也許我們覺得說從這些所謂的先進國家來的例子有的時候他的整個基礎跟我們的這個可類比性喔我們不妨也從東南亞國家來看一下。所以說我會特別推薦比方說馬來西亞的例子。

第三個也是呼應汪老師的文章王老師提到正確知識的問題，那我自己要稍微替學術界辯護一下，那我想我們這個我們一向在長期以來我們會使用一些不管是日文還是中文還是英文解說學術的這個文章，那麼我同意汪老師講的說實際上在很多時候我們不見得完全能夠很正確的反應，如果是用母語書寫的話他可能能夠更貼切的程度，可是我必須要辯護一下就是說其實學術界從學術界的立場我們從來沒有提到宣稱一個地一正確的知識，那人的能力有限大概我們只能用我們最熟悉的方式來把我們所知道的呈現出來，但是我們的立場永遠是能夠越多越好而不是越少越好，所以我們是絕對是不管在我個人的能力上或者是機構的這個資源的提供上，我們都是希望能夠有更多的不同的原住民族自己的族人來參加做研究，那麼不管要用哪一種語言文字來發表，所以我們的立場絕對不是說我們的知識是唯一的，我想學術界沒有所謂唯一的，希望能夠請更多的更多的這個研究來一起，好像我剛剛在好幾十秒以前看到還有幾分鐘，所以我後面還有一些想法會後再跟汪老師和同仁分享，謝謝。

## 原住民持有槍械問題研究

王皇玉

### 摘要

槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條規定，「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。」此條文乃我國原住民得以合法製造、運輸或持有槍砲的主要依據。然而實際上，目前刑法實務上仍不時出現原住民持有槍械的犯罪問題，而大部分爭議案件的攻防論戰，均圍繞在本條文第 1 項所使用的字詞定義應如何解釋，如「自製獵槍」定義，獵槍是否為「自製」且「供作生活工具之用」等問題上。此外，槍砲彈藥刀械管制條例以原住民身分的有無，作為是否適用除罪化條文的依歸，這種以身分別作不同規定的管制方式，或許就立法技術上無可避免，但是如前面所述，原住民身分的認定一直就是個相當具有爭議性的議題，而且邊際案例層出不窮，法院在裁罰上也多有應罰性考量的疑慮。本論文即以上述問題作為出發點，深入探討原住民持有槍械的犯罪認定問題。

## 目 次

### 壹、管制原住民持有槍械之制度演變

#### 一、日治時期

#### 二、國民政府接收臺灣後

##### (一) 民國 72 年制訂之「槍砲彈藥刀械管制條例」

##### (二) 原住民持有自製獵槍管制之放寬

### 貳、原住民持有槍械問題之實務判決現狀

#### 一、實證研究方法

#### 二、判決統計結果

### 參、持有自製獵槍與原住民身分認定

#### 一、原住民身分認定相關規定

#### 二、平埔族之爭議

#### 三、其他原住民身分認定之爭議問題

#### 四、根據刑法第 16 條減輕其刑之案例

### 肆、原住民違犯槍械案件類型

#### 一、「自製獵槍」之爭議

##### (一) 不同的分歧見解

##### (二) 原住民可否合法擁有專為狩獵之用的制式獵槍？

#### 二、原住民持有自製獵槍之目的須「供生活工具之用」

#### 三、原住民持有子彈、火藥或十字弓？

### 伍、結語

## 壹、管制原住民持有槍械之制度演變

### 一、日治時期

原住民傳統的狩獵工具，本是使用弓箭、刀、矛，與設置陷阱、圈套。使用火槍則是在清朝時由漢人傳入後才開始。在日本人治理台灣期間，始終把持有槍械的生番，視為「理藩」事業的最大危害。日人於統治之始，先以和平方式調查番人的口、組織、風俗習慣以及持有槍械彈藥的動態。其後則不斷進行著追查沒收番人槍枝的行動，以牽制、征服番人對於理番行動的反抗。日人並根據番人持有槍枝的多寡而判斷其為「兇番」與否。日人於 1902 年到 1909 年間所沒收的槍枝中，每百人當中擁有槍枝比例最高的泰雅族，被日人視為最「兇暴獍猛」，因此決定不對其採用懷柔政策，且在後續的理藩計畫中，對於兇番進行多次的討伐剿滅與沒收槍枝的行動。<sup>1</sup> 日人治台期間，除了以討伐方式沒收生番槍枝。另一方面，對於當時番人所持有之槍枝，亦以檢證登記槍枝為由乘機扣押，或是以酒食收買，或以說服，或是以「收購」槍枝名義，給付番人農具或豬等補償方式沒收槍枝，以達成解除武裝目的。<sup>2</sup> 但番人視槍為生命或精神的寄託，為了奪回原有的槍枝，不斷出現襲擊日警的反抗行動。因此，日人於 1911 年公布「貸與槍」措施。亦即，日人雖然沒收番人的槍彈，但鑑於番人從事狩獵之需要，因此在各地的「番務官吏駐在所」內設置槍彈，借給番人使用。並藉由槍彈借貸與否，來操縱番人。<sup>3</sup> 因此，在日治時期，槍枝是由日本統治者沒收，且在番人有狩獵需要時，由日人將槍彈限時限量借貸給歸順的原住民使用。<sup>4</sup>

### 二、國民政府接收臺灣後

#### （一）民國 72 年制訂之「槍砲彈藥刀械管制條例」

在國民政府接收台灣之後，對於原住民使用獵槍，並無明文禁止規定。但是對於槍枝的管理，根據 1946 年所制定的「自衛槍枝管理條例」之規定，將原住民所使用的獵槍、魚槍列為乙類槍枝，亦需經過登記，始得擁有。內政部有鑑於獵槍與漁槍乃原住民生活所必需之物，因此對於原住民持有獵槍、漁槍而未登記者，均從寬處理。<sup>5</sup> 此外，在刑法第 186 條之公共危險罪中雖規定，未受允准而製造、

<sup>1</sup> 參考藤井志津枝，〈日據時期左久間總督的「理藩」事業〉，收錄於《台灣省文獻委員會成立四十週年紀念論文專輯》，1988 年，頁 226。

<sup>2</sup> 參考藤井志津枝，同前揭註，頁 234 以下。

<sup>3</sup> 參考藤井志津枝，同前揭註，頁 232。

<sup>4</sup> 關於原住民的槍械使用與槍械觀，參考鈴木質著，王美晶譯，《台灣原住民風俗》，1999 年，頁 152 以下。

<sup>5</sup> 參考內政部長林洋港發言，載於〈槍砲彈藥刀械管制條例案〉，收錄於《法律案專輯》，立法院秘書處編印，第 59 輯，1984 年，頁 45。

販賣、運輸或持有軍用槍械子彈者，應處以兩年以下有期徒刑。然而在 1970 年代之前，對於持有獵槍之行為，只要該獵槍被認為無軍事上使用之價值，即不構成公共危險罪，該槍枝也不能以違禁品為由宣告沒收。<sup>6</sup>

民國 72 年，鑑於台灣內部私製槍枝與走私進口槍枝數量日益增多，槍擊與兇殺案件數量增加，嚴重威脅人民生命、身體安全。為維護社會治安與社會秩序的安定，保障人民生命財產安全，遂有倡議制定「槍砲彈藥刀械管制條例」之立法提案。我國刑法第 186 條，原來已針對未受允准製造販賣軍用槍砲，設有二年以下有期徒刑之處罰規定。對於意圖供人犯罪之用，而製造販賣軍用槍砲，刑法第 187 條亦設有五年以下有期徒刑之加重處罰規定。惟當時立法者認為核心刑法的處罰過輕，難收有效管制槍砲彈藥刀械等危險物品之效，因此槍砲彈藥刀械管制條例之立法目的，一方面期待能有效限制槍砲、彈藥、刀械的製造、販賣、運輸、持有與攜帶，以維護社會秩序；另一方面，則希望以「特別刑法」的方式，以更重於普通刑法的刑罰效果，來嚴懲製造、販賣、運輸、持有與攜帶槍砲彈藥刀械之行為。<sup>7</sup>

原住民狩獵時慣常使用的獵槍，被認為火力強大，且獵槍除了狩獵之外，亦具有殺傷力，有可能傷人，因此，行政院送交立法院審議的原始提案中，一開始亦將獵槍列為禁止人民持有、製造之槍砲之一。但是在立法過程當中，有原住民立委提出，獵槍與魚槍之於原住民而言，是用來打獵與打魚之用，不是用來殺人之用，其正如農夫的鋤頭，文人的筆一樣，乃生活所需工具，因此要求將原住民慣常使用的獵槍與魚槍排除在管制槍枝之外。<sup>8</sup> 這樣的訴求隨後獲得其他立委的呼應。因此遂有立法委員另行提出修法動議，希望針對原住民持有獵槍與魚槍的特殊性進行規範。槍砲彈藥刀械管制條例在民國 72 年立法時，遂在原始提案之外增加了第 14 條中規定「獵槍、魚槍專供生活習慣特殊國民之生活工具者，其管理辦法，由中央主管機關定之。」<sup>9</sup>

槍砲彈藥刀械管制條例中，雖然將原住民視為生活習慣特殊之國民，且將原

<sup>6</sup> 參考司法行政部法律研究室臺 59 法研字第 105 號函復臺高檢（解釋為 1970,0101）〔座談機關〕（屏東地檢處五十八年十二月份司法座談會）〔研究結果〕按刑法第 186 條之公共危險罪，未受允准而持有之槍枝，乃限於軍用槍枝，本件依題意所設，持有之獵槍並無軍事上使用價值，應不構成公共危險罪。倘如題意所設竟論以公共危險罪確定，顯屬違法，應先提起非常上訴，俟判決無罪後，將該獵槍發還持有人。反之，倘該獵槍有軍事上使用之價值，應屬違禁物，既未於裁判時併宣告沒收，依刑法第 40 條但書，應由執行檢察官聲請單獨宣告沒收。

<sup>7</sup> 以上「槍砲彈藥刀械管制條例」之立法背景與目的，參見同註 5，頁 14 以下。

<sup>8</sup> 參見同註 5，立委林通宏發言，頁 66。

<sup>9</sup> 由當時住民立委華愛所提的增訂理由如下：「1. 山胞生活環境特殊，自古以來即以獵槍、魚槍、弓箭、長矛、弩、山刀等器械，作為日常生活工具，應予以彈性保障。2. 山胞對於本法所列各種處罰規定，恐難以適應。而本法之施行將影響山胞之基本生計與權益。...6. 山胞向極奉公守法，人口不多，主管機關若能針對實情訂定管理辦法，有效管制，嚴格執行，其對有關械彈等之使用，當不致發生任何問題。」參見同註 5，立委華愛所提之修正動議，頁 210。

住民用來謀生的工具如獵槍與魚槍另定行政管制辦法。但從結論來看，原住民自製或持有獵槍或魚槍，仍然是採事先許可制，也就是必須向中央主管機關報請許可之後，始可合法製造或持有。如未經許可而製造或改造獵槍者，仍必須根據第 8 條第 1 項之規定，處六月以上五年以下有期徒刑；如未經許可而持有獵槍者，則根據第 8 條第 3 項之規定，處三年以下有期徒刑。前開槍砲彈藥刀械管制條例，雖然有條件地開放原住民製造與持有獵槍，但是未經聲請許可之情形太多，以致於原住民未經許可而自製或持有獵槍而觸犯槍砲彈藥刀械管制條例之案例，依舊層出不窮。由於觸犯本法規定，是以刑法加以處罰，因此未經許可而持有或自製獵槍，遂成為原住民族因狩獵傳統而最常觸犯的犯罪類型。

## （二）原住民持有自製獵槍管制之放寬

槍砲彈藥刀械管制條例歷經民國 74 年、79 年及 85 年幾次修正部分條文，然這幾次修法均未針對原住民持有自製獵槍問題有過放寬規定。然而，根據當時槍砲彈藥刀械管制條例第 14 條的授權，內政部頒佈了「生活習慣特殊國民獵槍魚槍刀械管理辦法」。該辦法第 3 條第 2 項所謂「專供生活習慣特殊國民生活工具」，即包括原住民於狩獵、祭典等場合所使用之獵槍在內。此外，根據該辦法第 4 條至第 6 條規定，只要不具備該辦法第 5 條所定之消極條件，並完成警察機關之報備及發照手續後，即可自製或持有獵槍。換言之，原住民根據前開管理辦法之規定，自製或持有自製之獵槍，乃至於持自製之獵槍入山狩獵，除有違反野生動物保育法之情形外，均為受允許的行為。但如果原住民未依前開管理辦法自製或持有獵槍，仍應根據槍砲彈藥刀械管制條例加以處罰。

民國 86 年之修法，則大幅修正「槍砲彈藥刀械管制條例」之內容。此次修法，將原來的十五條條文，增訂為二十五條。修法方向有二：

其一，是採取更嚴厲的手段，對付未經許可而製造、販賣、運輸管制類槍砲與彈藥之行為。例如第 8 條第 1 項「針對未經許可，製造、販賣或運輸鋼筆槍、瓦斯槍、麻醉槍、獵槍或空氣槍」之行為，提高刑罰規定為科處五年以上有期徒刑，併科新臺幣一千萬元以下罰金。除此之外，另增定了第 19 條「強制工作」的保安處分規定。亦即對違犯槍砲彈藥刀械管制條例第 7 條、第 8 條、第 10 條、第 11 條、第 12 條第 1 項至第 3 項、第 13 條第 1 項至第 3 項之罪者，經判處有期徒刑者，應於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所，強制工作，其期間為三年。<sup>10</sup>

<sup>10</sup> 此一「強制工作」的規定乃是參酌刑法第 90 條保安處分中的「強制工作」而來。但是與刑法第 90 條相比，顯不利犯罪人之處，亦即：1. 強制處分的科處，只需犯罪人違犯槍砲彈藥刀械管制條例上所載之犯罪即可，不以「有犯罪之習慣或以犯罪為常業或因遊蕩或懶惰成習而犯罪」為宣付強制工作之要件。2. 法官無裁量之權限，不問個案情形，「應」一律宣付強制工作。三、強制工作期間一律定為三年，法官亦無裁量或權衡的餘地。此一法律一公布生效後，即引發爭議，隨後提起釋憲。大法官會議解釋第 471 號則作出違憲解釋，認為此項規定不問對行為人有無預



其二，對於原住民自製或持有獵槍行為，則採取較為寬容的措施。例如第 20 條針對原住民自製或持有獵槍，制定了減刑或免除其刑，以及無須另外宣告強制工作的規定。此觀第 20 條規定可知，「原住民未經許可，製造、運輸、陳列或持有自製之獵槍，供作生活工具之用者，減輕或免除其刑，並不適用前條（強制工作）之規定。原住民相互間販賣、轉讓、出租、出借或寄藏前項獵槍，供作生活工具之用者，亦同。」其立法說明略謂：「基於原住民所自製之獵槍，係屬傳統習慣專供獵捕維生之生活工具，且其結構、性能及殺傷力均遠不如制式獵槍，惟恐原住民偶一不慎，即蹈法以第 8 條（製造、持有獵槍罪）或第 11 條相加，實嫌過苛，爰增訂得減輕或免除其刑規定，並得排除本條例強制工作之適用」。立法理由就原住民未經許可，製造、運輸或持有「自製之獵槍」，雖仍未予以除罪或阻卻違法，惟已經明文規定應減輕或免除其刑，從此立法意旨來看，顯已進一步尊重了原住民之傳統生活習慣。亦即，立法者考量原住民傳統習慣專供獵捕維生之獵槍，其結構、性能及殺傷力均遠不如制式獵槍，自應為不同處置。此外，就「強制工作」之保安處分，其原意乃是針對嚴重職業性犯罪者及欠缺正確工作觀念或是無正常工作者，強制其從事勞動，學習一技之長及正確的謀生觀念，以去除犯罪人的危險性格。然而原住民自製或持有獵槍行為，常是因生活所需，或是基於傳統上對於狩獵文化之懷念，因此此次修法，明文規定對於原住民未經許可而自製或持有獵槍行為，排除強制工作之適用。

民國 86 年的修法，固然已經考量到原住民自製與持有獵槍之特殊性，並針對原住民供作生活工具之用而製造、運輸、陳列或持有獵槍之行為，給予減輕或免除其刑的待遇。但是這樣的優惠待遇，仍是以一種刑事處罰手段呈現，因此儘管得以減輕或免除情形，但原住民倘若並未事先向主管機關申請並獲得許可而製造、運輸、陳列或持有自製之獵槍，仍然是一種犯罪行為。

槍砲彈藥刀械管制條例在民國 90 年再度修法。此次修法修正了第 20 條第 1 項，新的規定為，「原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍或漁民未經許可，製造、運輸或持有自製之漁槍，供作生活工具之用者，處新臺幣 2 萬元以下罰鍰，本條例有關刑罰之規定，不適用之」。本條例第 20 條的修法說明，則提到了：「刪除『減輕或免除其刑』幾字，給予除罪化...因為既然屬於供作生活上及文化上工具之用，而無據為犯罪工具的意圖...以落實憲法增修條文及符合本條例多元化主義的政策目標與規範意旨」。

考察前面的修法意旨，可以知道本次修法的主要目的，是在貫徹憲法增修條

---

防矯治其社會危險性之必要，一律宣付強制工作三年，限制其中不具社會危險性之受處分人之身體、自由部份，其所採措施與所欲達成預防矯治之目的及所需程度，不合憲法第 23 條之比例原則，此一規定應自本解釋公布之日起不予適用。以上關於槍砲彈藥刀械官管制條例中所規定之「強制工作」與其憲法解釋問題，詳細可參見林鈺雄，〈保安處分與比例原則及從新從輕原則一評大法官釋字第 471 號解釋〉，載於《台灣本土法學雜誌》，第 1 期，1999.04，頁 93 以下。

文第 10 條第 11 項「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化」之精神，落實保障原住民原有生活及文化習慣之立法政策，而明文宣示尊重原住民傳統生活及文化習慣之原則，而允許原住民為供作生活工具之用，得製造、運輸或持有自製之獵槍。而所謂的「允許」原住民製造、運輸或持有獵槍的行為，即表現於修法後完全改以行政方式管理與行政罰，授權中央主管機關訂定管理辦法以規範許可事項。自此之後，縱使原住民未經許可而製造、運輸、持有自製之獵槍，亦僅僅課以行政罰鍰，而不再將之視為一種犯罪行為。

## 貳、原住民持有槍械問題之實務判決現狀

### 一、實證研究方法

過去我國學術界關於原住民犯罪之研究，曾有一段時間是以原住民少女為被害人的「雛妓」與「販賣人口」作為研究重點。至於以原住民為犯罪人的原住民犯罪問題，研究者多從令人矚目的個案著手，尤其是具指標性的案件如汪姓頭目搶奪案與新竹縣尖石鄉搬運風倒木案。<sup>11</sup>個案分析研究固然可以讓人們對於原住民社群與漢人社群之間的衝突，有較為深刻的認識，但是卻無法帶領我們看見臺灣原住民犯罪問題的全貌。例如臺灣各地區中，哪些地區是原住民為被告較多的地區？原住民較常違犯的刑事犯罪，除了竊取森林產物罪，還有哪些？原住民被告的判決結果與量刑情形如何？

本人有幸於民國 96 年接受國科會之補助，進行原住民犯罪問題之實證研究，且以臺灣刑事司法實務判決作為實證研究的對象，希望藉由實證研究以勾勒出較為清楚的原住民犯罪實貌，並藉此進一步研究台灣原住民犯罪問題。<sup>12</sup>

本人以台灣刑事司法判決作為研究與統計的對象。但在進行此一實證研究時，首先即遭遇到一個困難，就是無法或難以在刑事判決中確認被告是否具有原住民族身分。無法區辨出原住民被告的原因，其理由在於，除非法律有明文規定原住民身分乃除罪化條件（例如槍砲彈藥刀械管制條例中持有自制獵槍行為），否則一般刑事犯罪的偵查或審理過程中，並不會將被告是否為原住民這個特徵特別標示出來。因為我國的刑事規範首重適用的普遍性，因此不管是犯罪要件或處罰要件，必然假設一體適用於所有的人，也就是說，不管男性、女性、漢人、原住民都必須一體適用，以求形式上的平等。就好像殺人者應處十年以上有期徒刑、無期徒刑或死刑的規定，此一禁止殺人的規範，被認為是「放諸四海皆準」的道理，當然不能因為被告身分不同而又給予差別待遇。因此，在此前提之下，我國

<sup>11</sup> 相關研究亦可參考王皇玉，原住民犯罪與不法意識之研究—兼評新竹線尖石鄉風倒木竊取案件，收錄於「刑罰與社會規訓」，第 253 頁以下，2009 年 4 月，元照出版。

<sup>12</sup> 本人所進行之研究計畫題目為「台灣原住民犯罪問題之研究」(計畫編號 96-2414-H-002-021-SS3)，研究期間為 96 年 8 月 1 日至 99 年 7 月 31 日。

偵查審判過程不重視被告的身分，也不會提及被告身分是否為原住民，就成為自然而然的事。此一情形也可以從各法院、檢察署就各種與原住民犯罪相關之統計與資料建檔等等皆付之闕如，可得佐證。

為了克服前面的困難，因此本人決定自行找出可行的研究方法，以瞭解我國原住民被告在刑事司法審判上的現狀。幸而隨著科技的進步，過去難以取得的法院判決書全文，目前除少數基於保護未成年人利益及性侵害案件外，大部分的法院裁判書均以電子化方式開放給一般人免費使用查詢。此一判決書之公開，除了可以讓人民知悉法院判決結果並檢驗法院判決內容之外，亦得以讓法學研究者藉由直接閱覽判決書全文，觀察司法實務上不同個案審理結果之差異，並從中窺探審判者依其自由心證而形成判決結論之過程。

因此，本人以我國各地方法院自民國 95 年至民國 98 年之四年內判決中，刑事被告或被告之一具有原住民身分之所有案件，作為本計畫之研究標的。此外，案件之刑事被告其是否具有原住民族身分，原則上皆依「原住民身分法」之規定認定。若被告之原住民族身分在案件事實上有爭議，為求統計結果的精確，凡經判決明文認定被告不具原住民身分之案件，則一律排除在研究標的的統計範圍之外。<sup>13</sup>

本人進行之實證研究方法及重要資訊如下：

- 1、本研究所選的判決資料檢索系統為「法源法律網」。
- 2、本研究原則上以全國 21 間地方法院之刑事判決作為搜尋對象，並不包含高等法院與最高法院判決。
- 3、研究中搜尋判決書的關鍵字為「原住民」。
- 4、搜尋之判決期間為民國 95 年 1 月 1 日至 98 年 12 月 31 日。

## 二、判決統計結果

根據前面所設條件的統計結果，總計有 352 件的原住民被告案件。其中，原住民最常違犯的案件種類為「槍砲彈藥刀械管制條例」，「野生動物保育條例」，「公職人員選舉罷免法」與刑法中的妨害投票罪等三類案件。

從年度來看，95 年度共計 87 件，其中槍械案件有 19 件，野生動物保育案件有 12 件，選舉案件有 32 件，合計共有 63 件，已達該年度所選案件總數之 72.41 %。96 年度共計 74 件，其中槍械案件有 20 件，野生動物保育案件有 15 件，選舉案件

---

<sup>13</sup> 本人除了要感謝國科會在經費上的補助外，也要感謝我的研究助理沈巧元，她花了近兩年時間非常詳細的查閱相關判決書與進行統計。沒有她的幫助，本人幾乎無法完成如此耗費時間精力的實證研究。

有 11 件，合計共有 46 件，已達該年度所選案件總數之 62.16 %。97 年度共計 102 件，其中槍械案件有 27 件，野生動物保育案件有 18 件，選舉案件有 17 件，合計共有 62 件，已達該年度所選案件總數之 60.78 %。98 年度共計 89 件，其中槍械案件有 27 件，野生動物保育案件有 16 件，選舉案件有 14 件，合計共有 57 件，已達該年度所選案件總數之 64.04 %。

原住民被告所犯案件數量統計（取較多者）

案件	95 年	96 年	97 年	98 年	總計	百分比
違反槍砲彈藥刀械管制條例	19	20	27	27	93	26.42 %
違反野生動物保育法	12	15	18	16	61	17.33 %
違反公職人員選舉罷免法	30	8	11	14	62	17.61 %
妨礙投票	2	3	6	0	12	3.40 %
違反森林法(含漁業法)	4	7	2	1	14	3.98 %
詐欺	2	2	9	6	19	5.40 %
竊盜	0	4	5	2	11	3.13 %
偽造文書	1	5	2	1	9	2.56 %
違反政府採購法	3	2	3	1	9	2.56 %
危險駕駛	4	2	2	3	11	3.13 %

相對於此，根據司法院統計我國地方法院刑事第一審案件裁判結果，95 年度槍械案件有 2117 件，野生動物保育案件有 65 件，選舉案件有 835 件，合計共有 3017 件，此三類案件該年度佔全部案件總數 145,359 件之 2.08 %。96 年度槍械案件有 1952 件，野生動物保育案件有 143 件，選舉案件有 329 件，合計共有 2424 件，此三類案件該年度佔全部案件總數 171,326 件之 1.41 %。97 年度槍械案件有 1765 件，野生動物保育案件有 133 件，選舉案件有 323 件，合計共有 2221 件，此三類案件該年度佔全部案件總數 187,189 件之 1.19 %。98 年度槍械案件有 1468 件，野生動物保育案件有 112 件，選舉案件有 107 件，合計共有 1687 件，此三類案件該年度佔全部案件總數 176,441 件之 0.95 %。

總計於本計畫統計之時間範圍內，我國地方法院刑事第一審終結案件中，此三類案件共計有 9349 件，只佔全部刑事案件共 680,315 件的 1.37 %。<sup>14</sup>

#### 參、持有自製獵槍與原住民身分認定

現行槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項規定：「原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍、魚槍，或漁民未經許可，製造、運輸或持有自製之魚槍，

<sup>14</sup> 參考司法院網站各年度司法統計。

供作生活工具之用者，處新臺幣二千元以上二萬元以下罰鍰，本條例有關刑罰之規定，不適用之」。第二項規定：「原住民相互間或漁民相互間未經許可，販賣、轉讓、出租、出借或寄藏前項獵槍或魚槍，供作生活工具之用者，亦同。」

前開條文被視為是原住民持有自製獵槍之除罪化條文。然而從前面法院判決統計數字來看，目前原住民犯罪數量最大宗者，仍為槍械案件。何以如此呢？因為現行槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項在適用與解釋上，必須符合以下要件：

- (1) 行為主體：持有自製獵槍者需具有「原住民身分」。
- (2) 行為態樣：原住民僅能製造、運輸或持有自製獵槍。如果要販賣、轉讓、出租或寄藏自製獵槍，也僅能在原住民之間為之。
- (3) 行為客體：原住民持有者必須是「自製獵槍」。
- (4) 行為目的：持有自製獵槍之目的僅限於「工作生活工具之用」。

如果持槍械之原住民不符合前開條文的要求，仍然會被認定為觸犯槍砲彈藥管制條例。

大體上來說，前開規定在實務案例的運用與解釋，首先會遭遇原住民身分認定之爭議。此外，此一原住民身分爭議之研究實益有二：一、持有自製獵槍者必須是具有原住民身分，否則不能除罪化。二、原住民如果要將所持有之自製獵槍進行販賣、轉讓、出租或寄藏等交易活動，則受讓者也必須具有原住民身分，如果原住民將自製獵槍販賣、轉讓或出租給非原住民如漢人，則此一行為仍然觸犯槍砲彈藥刀械管制條例。以下及針對原住民身分爭議進行分析。

#### 一、原住民身分認定相關規定

我國於民國 90 年 1 月 17 日制定了「原住民身分法」，該法第 2 條第 2 項規定：「本法所稱原住民，包括山地原住民及平地原住民，其身分之認定，除本法另有規定外，依下列規定：一、山地原住民：臺灣光復前原籍在山地行政區域內，且戶口調查簿登記其本人或直系血親尊親屬屬於原住民者。二、平地原住民：臺灣光復前原籍在平地行政區域內，且戶口調查簿登記其本人或直系血親尊親屬屬於原住民，並申請戶籍所在地鄉(鎮、市、區)公所登記為平地原住民有案者。」

根據前開規定，我國對於「原住民」身分的認定，以本人為原住民或為原住民之子孫，並且戶籍登記為原住民者為限。此外，另以居住地的不同，設置有不同的認定程序，平地原住民還要向戶籍所在地鄉、鎮、市、區公所登記，才能取得。而政府曾在 45 年、46、48 年間辦理取得平地原住民身分之登記，若未在上述

期間辦理取得平地原住民身分，即未取得平地原住民之身分。<sup>15</sup>

## 二、平埔族之爭議

根據民國 91 年制定的「原住民族別認定辦法」規定，目前政府認定台灣地區共有 14 族原住民，分別為阿美族、泰雅族、排灣族、布農族、魯凱族、鄒族、卑南族、賽夏族、雅美族、邵族、噶瑪蘭族、太魯閣族、撒奇萊雅族與賽德克族。由於政府僅認定了前述 14 族原住民，因此只有這 14 族原住民族製造、運輸或持有獵槍，始有槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條的適用。但是台灣原住民，並不只有 14 族，尚有許多平埔族，<sup>16</sup> 如凱達格蘭族、道卡斯族、西拉雅族、馬卡道族、巴宰族等等，這些平埔族目前並未獲得政府承認為原住民身分法定義下的原住民。

在我國的原住民運動中，平埔族群中也有呼聲希望能將自己正名為原住民的聲浪，惟政府至今尚未予以回應。依據聯合國原住民族權利宣言第 8 條規定，原住民族身分應由當事人自我認定：「原住民族集體和個人有權維護和發展其特性和特徵，包括有權自我認定(self-identification)為原住民，並被承認為原住民。」但我國原住民身分法與原住民族別認定辦法卻是以認定的方式來承認，哪一族才屬於原住民，實是剝奪了原住民身分自我認定的權利，似乎並不妥當。<sup>17</sup>因為，族群之認定除了血緣關係之外，更重要的或許是認同問題，像是漢人、客家人、閩南人，並不會有須經認定並登記後才取得這個身分，或可以放棄這些身分的問題。

此外，「民族」的概念本質上是流動的，平埔族的漢化，乃是台灣歷史發展過程中，因統治者的同化政策，為了求生存而不得以放棄族群認同的結果。在世界原住民族興起自我認同與民族自決的運動中，難道就沒有機會與權利回頭尋找自身文化、語言與生活習慣的根源？更何況原住民身分的認定，究竟應採「血統」還是「文化認同」作為標準，在學說上也有相當爭議。「血統」固然向來是界定原住民身分的主要標準，但是從原住民族的民族自覺運動來看，文化認同往往更具有關鍵性與決定性。只是若從文化認同的觀點來界定原住民族，則原住民族固然在原初之時形成並存在有特殊的傳統文化，但歷經不同統治者的同化治理，以及當代受漢民族文化彼此不斷的滲透與影響，也導致了原住民族對自身文化認同的稀釋，最終也使得原住民族的身分界定會充滿流動性與不確定性，甚至最後喪失

<sup>15</sup> 參見湯文章，《設置原住民法庭或法院可行性之研究》，司法研究年報，第 26 輯，第 8 篇，司法院出版，2009 年，頁 15。

<sup>16</sup> 清治時期將台灣原住民以有受教化或未受教化為由，區別為「熟番」與「生番」，二者分別適用不同的法制；日治時期沿用這種分類，將「熟番」改稱為「平埔族」，「生番」改稱為「高砂族」，並視熟番與漢人地位相同，生番則採取隔離政策，適用與漢人不同的法規。國民政府來台後，將原住民區分為「平地原住民」與「山地原住民」，但此二者並非對應「平埔族」與「高砂族」，而是將日治時期的高砂族等同於原住民，而在此概念之下進一步做出的分類。但如今我國認定之原住民族別較日治時期之高砂族族別為多。

<sup>17</sup> 相同見解，參見湯文章，同前註 15，頁 16-17。

原住民身分。<sup>18</sup>

實務上有許多刑事判決，乃是因為被告所屬的族群並未獲得政府認可為原住民族，或未辦理平地原住民登記，但因為其所生活的環境就在原住民部落，或其祖先為原住民，或自認為原住民，因此不符合原住民身分法及原住民族別認定辦法的規定。例如一名屬於平埔族群的西拉雅族青年，欲與友人一同獵殺破壞檳榔園的山豬，卻因為夜晚視線不良而誤殺保育類動物山羌，違反野生動物保育法和槍砲彈藥刀械管制條例，遭判刑一年十個月，併科罰金新台幣七萬元。判決認為，雖然被告具有原住民血統，且被告有提出日據時期戶籍謄本，證明其父組輩當時被登記為熟番，然而法院認為，熟番至今早已漢化，根據原住民族別認定辦法，西拉雅族並不被承認為原住民族的一支，因此本案被告在刑罰待遇上，完全不享有原住民特有的除罪化待遇。<sup>19</sup>

### 三、其他原住民身分認定之爭議問題

原住民身分認定之爭議，除了前面平埔族問題外，其他尚有原住民身分變更問題。例如被告為原住民之子，卻未依原住民身分法取得原住民身分；被告長年居住在原住民部落，認同原住民文化而違反野生動物保育法或槍砲彈藥刀械管理條例；被告的祖先為原住民而誤認自己理所當然就是原住民的情形等等。除此之外，這些區分原住民與非原住民身分上不同的問題，進一步更會涉及，當原住民與漢人共同違反野生動物保育法或槍砲彈藥刀械管制條例等原漢共犯問題，是否需要或應如何適當差別處遇的困難。

原住民身分法原則上是以血源與親子關係作為取得原住民身分的基礎，如該法第 4 條第 1 項規定「原住民與原住民結婚所生子女，取得原住民身分」。但是原住民與非原住民結婚，則另以「原住民姓氏」作為附加條件。因此同條第 2 項規定，「原住民與非原住民結婚所生子女，從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字者，取得原住民身分。」因此，當原住民與非原住民通婚時，其子女並非取得原住民身分，而是由父母替子女決定該子女是否取得原住民身分，其方式就是必須為子女決定是否要跟隨原住民父親或母親的姓氏。此外，根據同法第 7 條規定，父母雖然為子女決定是否冠上原住民父或母的姓氏，但子女成年後，仍得依其個人意願再行變更，但以一次為限。如果子女嗣後變更其姓氏為非原住民父親或母親的姓氏時，則其將喪失原住民身分。實務上曾有案例，被告有原住民血

<sup>18</sup> 深入討論，參見王皇玉，〈原住民犯罪的文化困境與除罪化〉，收錄於王皇玉，《刑罰與社會規訓》頁 245 以下。

<sup>19</sup> 案例事實參考花蓮地院 93 年度訴字第 77 號判決。相關新聞報導可見「平埔族潘仁庸打獵遭判刑，人團欲特赦」，中國時報 95 年 11 月 28 日；本案相關評論可見王皇玉，同前註，頁 246-247；湯文章，《設置原住民法庭或法院可行性之研究》，司法研究年報，第 26 輯，第 8 篇，司法院出版，2009 年，頁 18-19。

統，但持槍狩獵時尚無原住民身分，而於行為後始提出變更申請取得原住民身分，法院判決認為，仍應適用「行為時」的法律，亦即行為人雖然在嗣後變更姓氏而且得原住民身分，但並不適用槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項的規定，但量刑時，法院仍援引刑法第 59 條的規定給予減輕其刑。<sup>20</sup>

除了身分變更問題外，實務上也曾出現非原住民與原住民婚配，或非原住民長年居住在原住民部落中，受原住民持槍狩獵文化的薰陶，因而誤以為用以狩獵而持有槍械即不違反法律的案例。<sup>21</sup>根據原住民身分法第 3 條及第 9 條規定，原住民與非原住民結婚，原則上除非原住民申請拋棄，否則不喪失其原住民身分，但非原住民亦不會因為結婚而取得原住民身分。<sup>22</sup>由於這些與原住民有婚姻關係或居住在一起的非原住民，依法並不具原住民身分，因此違犯槍砲彈藥刀械管制條例時，原則上不能適用該條例第 20 條第 1 項免受刑罰的規定。<sup>23</sup>

至於原住民與非原住民共同違犯槍砲彈藥刀械管制條例的原漢共犯問題，依據槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 2 項規定，原住民只能在原住民彼此間販賣、出租、出借或寄藏獵槍或魚槍，然而或許由於原住民普遍對於此一條文並不熟悉，因此實務上仍有不少案例是原住民出借獵槍予非原住民，或是販賣、贈與獵槍給非原住民，因而不適用槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 2 項規定，而仍受同條例第 8 條規定的處罰。<sup>24</sup>然而就寄藏槍之行為而言，實務上也常見原住民將自製獵

<sup>20</sup> 詳見台東地方法院 95 年訴字第 170 號判決。

<sup>21</sup> 非原住民與原住民婚配，如台東地方法院 97 年訴字第 112 號判決、屏東地方法院 96 年訴字第 136 號判決、屏東地方法院 95 年訴字第 885 號判決、新竹地方法院 94 年訴字第 797 號判決等。長年居住於原住民部落，如台東地方法院 98 年訴字第 116 號判決、花蓮地方法院 96 年訴字第 139 號判決、苗栗地方法院 95 年訴字第 199 號判決等。

<sup>22</sup> 相關原住民身分法的規定：

第 3 條 原住民與非原住民結婚，除第九條另有規定外，原住民身分不喪失，非原住民不取得原住民身分。

前項父母離婚，或有一方死亡者，對於未成年子女之權利義務，由具有原住民身分之父或母行使或負擔者，其無原住民身分之子女取得原住民身分。

第 7 條 第四條第二項及前條第二項、第三項子女從具原住民身分之父、母之姓或原住民傳統名字，未成年時得由法定代理人協議或成年後依個人意願取得或變更，不受民法第一千零五十九條及姓名條例第一條第二項規定之限制。

前項子女嗣後變更為非原住民父或母之姓者，喪失原住民身分。

第一項子女之變更從姓或取得原住民傳統名字，未成年時及成年後各以一次為限。

第 9 條 原住民有下列情形之一者，得申請喪失原住民身分：

一、原住民與非原住民結婚者。

二、原住民為非原住民收養者。

三、年滿二十歲，自願拋棄原住民身分者。

依前項規定喪失原住民身分者，除第三款情形外，得於婚姻關係消滅或收養關係終止後，檢具證明文件申請回復原住民身分。

依第一項申請喪失原住民身分者，其申請時之直系血親卑親屬之原住民身分不喪失。

<sup>23</sup> 如台東地方法院 97 年訴字第 351 號判決、台東地方法院 97 年訴字第 43 號判決、台東地方法院 96 年訴字第 192 號判決、台東地方法院 96 年訴字第 10 號判決、苗栗地方法院 96 年訴字第 867 號判決等。

<sup>24</sup> 出借槍枝予非原住民：宜蘭地方法院 95 年訴字第 337 號判決、南投地方法院 97 年訴字第 980



槍交給非原住民保管，此一行為則屬「寄藏」槍枝行為。目前實務上認為，原住民持有自製槍枝不構成犯罪，則非原住民為原住民寄藏槍枝，也不成立犯罪（可參考花蓮地方法院 94 年度訴字第 361 號判決）。然而原住民合法持有之獵槍，遭他人「持以之為違法行為」，則他人仍可成立未經許可而持有槍枝罪（參見 96 年台上字第 502 號）。

#### 四、根據刑法第 16 條減輕其刑之案例

以上原住民身分爭議問題，雖然實務判決向來認為並不適用槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條規定，但是在量刑時，幾乎都會引用刑法第 59 條規定，認為於權衡被告犯行及其所犯罪名之法定刑責後，堪認情輕法重，在客觀上足以引起一般之同情，雖宣告法定最低本刑猶嫌過重，因而酌減其刑，並宣告緩刑。此外，有時，非原住民被告通常會主張刑法第 16 條不知法律而請求減免其刑。刑法第 16 條規定：「不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節得減輕其刑。如自信其行為為法律所許可而有正當理由者，得免除其刑。」被告是否有該條所定情形而可得免除其刑者，係以行為人欠缺違法性之認識，即以無違法性之認識為前提，且其自信在客觀上有正當理由，即依一般觀念，通常人不免有此誤認而信為正當，亦即其欠缺違法性認識已達於不可避免之程度者，始足當之，如其欠缺未達於此程度，其可非難性係低於通常，則僅得減輕其刑。

目前實務上以刑法第 16 條後段減輕其刑的的案例有以下情形：

第一案為被告之父祖在日治時期均登記為熟番，父親並告訴被告其所屬的族別為噶瑪蘭族，一家都是原住民，因此被告持有自製獵槍上山獵補山豬。但被告戶籍登記上並非原住民。本案第一、二審法院均認為本案沒有槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項規定的適用，並判處被告有期徒刑一年十個月，併科罰金新台幣五萬元。惟一審法院援引了刑法第 16 條減輕被告之刑，「...本件被告誤認其係原住民，持有獵槍為法所不罰，雖非屬無法避免，而不能阻卻犯罪之成立，惟查被告只聽得懂一點國語，平日則使用阿美族語，教育程度僅小學畢業等情，業經被告供述在卷，且被告於本院準備程序及審理中，均需透過通譯以阿美族語翻譯後，才能知悉問題及加以回答，有本院準備程序及審理筆錄在卷可稽，故以本件被告之行為，實難與一般未經許可，持有槍枝者之惡性等同視之，本院爰依修正前刑法第 16 條規定，就未經許可，持有可發射子彈具有殺傷力之土造長管獵槍罪減輕其刑。」而二審法院則認為本案情形並無刑法第 16 條適用，但仍可援引刑法第 59 條規定減輕其刑，「...被告戶籍上雖不具原住民資格，卻一直以原住民身分

---

號判決、高雄地方法院 98 年訴字第 31 號判決、台東地方法院 98 年訴字第 116 號判決。販賣或贈與槍枝予非原住民：花蓮地方法院 95 年訴字第 346 號判決、宜蘭地方法院 95 年訴字第 315 號判決。

自居，保有原住民之生活習性，其為打獵之用而持有獵槍及火藥，雖為觸法行為，但犯罪動機及情節，處以最輕本刑猶嫌過重，本件有情輕而法重，衡情不無可憫之情形，原審未依刑法第 59 條規定酌量減輕其刑，尚有未洽。」<sup>25</sup>

第二個案件則是被告為原住民，18 歲時父親去世，基於原住民習俗，被告遂繼承父親生前使用之的土造長槍，並誤以為具有原住民身分自然可以合法持有上開長槍，並可合法出借與他人，故於數月後出借給非原住民之友人，供作打獵之用。法院以被告只須稍加查詢即可明瞭是否違法，因此不得認為其欠缺違法性認識已達於不可避免之程度，但是「...被告既然缺違法性之認識，持有、出借扣案土造長槍亦非供作其他不法用途，主觀上復不具備惡性，依其情節，堪認其可責程度均甚低，爰依刑法第 16 條但書之規定，減輕其刑。」又本案法院認為縱使依刑法第 16 條減輕其刑之後，尚有情輕法重的情形，復依刑法第 59 條予以遞減其刑。<sup>26</sup>

#### 肆、原住民違犯槍械案件類型

原住民違反槍砲彈藥刀械管制條例而遭起訴論罪的案件，法院在為有罪判決時，除了認定行為人是否具原住民身分外，尚須審查行為客體是否為「自製獵槍」，以及持有獵槍之目的是否為「供生活工具之用」。只要不符合這些要件，則仍不能根據第 20 條第 1 項規定適用行政罰緩之規定。以下即分別討論這兩個要件的合理性。

##### 一、「自製獵槍」之爭議

###### (一) 不同的分歧見解

槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項明文：「原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍、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。」

現行實務上，關於原住民持有獵槍而被起訴、判刑的案件，數量最多者就是涉案獵槍被法院認定為「非自製獵槍」，此類案件佔原住民被告涉及槍砲彈藥刀械管制條例案件獲判有罪判決的案件總數的六成之多。<sup>27</sup>其中部份案件涉案槍枝明顯屬於槍砲彈藥刀械管制條例第 4 條第 1 項之其他可發射金屬或子彈具有殺傷力

<sup>25</sup> 參見台東地方法院 96 年訴字第 24 號判決，台灣高等法院花蓮分院 96 年度上訴字第 300 號判決。

<sup>26</sup> 參見宜蘭地方法院 95 年訴字第 337 號判決。

<sup>27</sup> 2006 年至 2009 年四年間全國地方法院第一審刑事判決中，原住民為被告被訴違犯槍砲彈藥刀械管制條例案件共計 91 件，被判刑有罪的案件共計 66 件，其中法院判決有罪的理由是基於或部份基於涉案獵槍「非自製獵槍」就有 41 件。

之各式槍砲，常見的有空氣槍、霰彈槍，少數有出現改造手槍或鋼筆槍等；<sup>28</sup> 然而尚有約有三成案件涉案槍枝確實為原住民手工自製的「土造長槍」。因為實務上多以嚴格限制槍枝外型功能的內政部函令來解釋「自製獵槍」的定義，使得這些原住民手工自製的土造長槍被認定為「非自製獵槍」，而不得適用槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項規定免除其刑。<sup>29</sup>

何謂「自製獵槍」？目前實務判決已出現許多分歧意見。最早有關「自製獵槍」的定義，是內政部於 1998 年就做出的 87 年台（87）內警字第 8770116 號函解釋。該函示意旨提到：「一、『自製獵槍』：指原住民傳統習慣專供捕獵維生之生活工具，由申請人自行獨力製造或與非以營利為目的之原住民在警察分局核准之報備地點協力製造完成，以逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，打擊底火或他法引爆，將填充之射出物射出，非使用具有彈頭、彈殼及火藥之子彈者。二、『射出物』：指供自製獵槍引爆槍管內火藥後發射之用，填充於槍管內，遠小於槍管內徑之固體物，如玻璃片、彈丸等，且不含具有彈頭、彈殼及火藥之子彈。」

前開函釋意見的獵槍要件非常嚴苛，必須是「逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，打擊底火或他法引爆，將填充之射出物射出，非使用具有彈頭、彈殼及火藥之子彈者」。實務上曾見檢察官上訴書中認為，被告所製獵槍係自「槍口旁」填裝黑色火藥，並非自「槍口」填裝黑色火藥於槍管為由，認為無罪判決為不當。惟經高等法院駁回上訴，駁回理由如下：檢察官認上開條例所定之「自製之獵槍」應限縮於「『槍口』裝填黑色火藥於槍管內之獵槍」云云，顯已拘泥於條文文字解釋，忽略該條文為貫徹憲法維護原住民族文化之原意，尚有未合（臺灣高等法院 94 年度上訴字第 1218 號判決）。

此外，除了自製獵槍外，內政部還創設了一種「土造獵槍」之概念，亦即，依槍枝之內外徑（土造長槍之槍管內外徑一致，自製獵槍則內外徑不一）及動力來源（土造長槍使用之工業用彈係火藥與底火合一，自製獵槍則係火藥、底火分別填裝），而區分「自製獵槍」與「土造獵槍」（或土造長槍）。除了土造獵槍外，實務上也曾出現原住民持有者為「土造霰彈槍」或「改造空氣槍」之情形。這些槍枝均非「制式」槍枝，而是由人民自行製造或改造而成，然而往往因槍枝性能良好且具有殺傷力，因此仍被檢察官以非「自製獵槍」為由而起訴。

<sup>28</sup> 於前註獲有罪判決並涉及「非自製獵槍」共計 41 件案件中，涉案槍枝為空氣槍有 19 件，霰彈槍 7 件、其他槍械如改造手槍、鋼筆槍各 1 件。其餘 13 件案件均為手工自製土造長槍，但並不被審理法院認定為「自製獵槍」。

<sup>29</sup> 如宜蘭地方法院 97 年訴字第 636 號判決、嘉義地方法院 97 年訴字第 592 號判決、南投地方法院 98 年訴字第 115 號判決。

然而目前實務判決有越來越多的判決認為，前開內政部的函釋意見對「自製」  
「獵槍」的嚴苛解釋，並不適當也不合理，因此不採函釋定義。<sup>30</sup> 例如新竹地院  
94 年訴字第 861 號判決之爭議為，原住民泰雅族青年持有土造霰彈槍一枝（槍枝  
管制編號：一一〇二〇三二五一六號）及 12gauge 制式霰彈 15 顆，檢察官起訴書  
中表示，該本案扣案之「土造霰彈槍」之射出物既含有彈頭、彈殼及火藥之子彈，  
即與上開函釋意旨不合，乃認扣案之土造槍枝非屬槍砲彈藥刀械管制條例第二十  
條所指之原住民「自製之獵槍」。然本案地院判決被告無罪，其理由有三：

1、該條文乃允許原住民製造、運輸、持有、販賣、轉讓、出租、出借、寄藏之「自  
製之獵槍」，然並未同時對該「自製獵槍」之槍枝功能為任何之限制，行政機關  
自不得以命令或他法限制之。

2、所謂「制式霰彈槍」係屬槍砲彈藥刀械管制條例第四條第一項第一款列舉各式  
「制式」槍枝種類所指之「獵槍」（即「制式獵槍」）；「土造霰彈槍」即係「土  
造獵槍」，亦即係屬同條例第四條第一項第一款所指其他可發射金屬或子彈具有  
殺傷力之各式槍砲。又所謂「制式霰彈槍」（即「制式獵槍」），係指（各國）  
合法武（兵）器工廠，為殺敵、獵物、攻擊及防禦等目的所生產、製造之霰彈槍；  
至所謂「土造獵槍」（包括「土造霰彈槍」），則係指該槍非原始具有槍枝之型  
體或某部分功能，持有者以其原具之條件加以修飾、更改其「物性」、「功能」  
之土造長槍，且因涉及製造人的技術及製造工具之不同，而有不同之製造過程，  
其細部構造大可分為擊發機構之木質槍身（含扳機、擊錘、撞針）及槍管，亦有  
內政部九十四年十二月二十七日内授警字第 0 九四 0 一 0 一七四五號函附卷足  
徵。據此，扣案之槍枝經鑑驗結果，已認係「土造霰彈槍」，且機械性能良好，  
可擊發 12 gauge 制式霰彈，認具有殺傷力，則依槍砲彈藥刀械管制條例第四條第  
一項第一款規範之槍枝種類屬性，即屬該條項款所指之其他可發射金屬或子彈具  
有殺傷力之「土造獵槍」。又同條例第二十條所指原住民「自製之獵槍」，顯然  
即指同條例第四條第一項第一款所指之其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式  
槍砲（即所謂「土造獵槍」），亦如上述。從而，扣案之「土造霰彈槍」（即「土  
造獵槍」），即核與同條例第二十條所指原住民「自製之獵槍」構成要件相符。

3、觀諸上述立法意旨，既然允許原住民為供作生活工具之用，得製造、運輸、持  
有、販賣、轉讓、出租、出借、寄藏「自製之獵槍」，而該「自製之獵槍」，又  
係指槍砲彈藥刀械管制條例第四條第一項第一款所指之其他可發射金屬或「子彈」  
具有殺傷力之「土造獵槍」，則舉重以明輕，顯然該條例第二十條第一、二項規  
定原住民為供作生活工具之用，製造、運輸、持有、販賣、轉讓、出租、出借、

<sup>30</sup> 如新竹地方法院 94 年訴字 861 號判決、台東地方法院 97 年訴字 148 號判決、花蓮地方法院 97  
年訴字 153 號判決、宜蘭地方法院 98 年訴字第 515 號判決、新竹地方法院 98 年重訴字第 7 號  
判決、南投地方法院 98 年重訴字第 2 號判決、嘉義地方法院 97 年訴字第 744 號判決、花蓮地  
方法院 98 年訴字第 297 號判決、屏東地方法院 98 年重訴字第 4 號判決等。

寄藏「自製之獵槍」，應即包括該「自製之獵槍」所適用之「子彈」，故該「自製之獵槍」所適用之「子彈」應即為該條項規定之「隱藏性」要件，否則該條項規定所欲達成之立法意旨即無從實現。

前開判決的重點，簡言之，就是法律允許原住民持有「自製獵槍」，但並未針對「自製獵槍」的槍枝功能授權行政機關限制之，內政部的函釋內容嚴格區分自製獵槍與土造長槍，前者可合法持有，後者不得合法持有，已逾越法律授權的範圍，於法當屬可議。因此，目前有越來越的判決認為，根據罪刑法定主義之原則，就犯罪之構成要件或除罪之要件本不准由行政機關以命令訂之或加以解釋，而需以法律定之。是以，條例本身已明確規定「自製獵槍」，即已建構原住民自製獵槍之除罪化要件，無須且不得由主管之行政機關以命令或解釋另行規定。（參照高等法院 95 年上訴字第 4633 號判決）。

## （二）原住民可否合法擁有專為狩獵之用的制式獵槍？

大體而言，「自製獵槍」若從字面上解釋，「自製」之意，乃排除兵工廠製造的制式槍砲，至於「自製獵槍」之意，應認為只要該槍砲是原住民自己製作且用以打獵之用，就算是自製獵槍。因此這些槍砲不管被稱為自製獵槍，土造長槍、土造霰彈槍，且不管其外型、構造及性能是否與內政部函釋意見有異，均不應影響其屬原住民自製獵槍之認定。

然而如果若從本條除罪化規定的立法理由來看，允許原住民製造與持有自製獵槍係既然是為了尊重原住民文化傳統與生活習慣，則限制原住民僅能持有「自製獵槍」打獵的規定是否合理呢？如果立法者所欲尊重的，乃是作為原住民傳統生活重要部份的「持槍狩獵行為」，而非「獵槍製造行為」，那麼使用哪種工具來進行狩獵有什麼差別？

過去許多有罪判決中，常援引內政部 1998 年台內警字第 8770116 號函釋對於「自製獵槍」之定義解釋，將原住民「自製獵槍」之槍枝功能與種類，做出極為限縮之限制，因此導致解釋上，惟有無彈殼之前裝滑膛槍（即無膛線、由槍管前端裝填火藥、射出物之槍枝），才會被認定為自製獵槍而受免刑之待遇。然而無彈殼之前裝滑膛槍，速度慢、射程極短、準確性又低，也有前裝火藥裝填不實導致膛炸的危險，再加上法令不許原住民「購買」獵槍而僅允許非專業製造者之各原住民「自行製造」，因此不僅使得原住民須蒙受非專業槍械炸裂之可能危險，狩獵效率不高的槍械在實用性也僅僅略高於玩具，對原住民狩獵生活之幫助相當有限。

為何只允許原住民使用非專家手工製作的粗陋成品，而不允許使用制式化專為狩獵設計的機械化製作槍械？考其可能的原因就是基於社會安全之考量，擔憂

制式獵槍的殺傷力較強，且制式獵槍的持有與轉讓，將造成他人生命、身體的更大的傷害或是重大治安問題。但是的槍枝管理政策僅允許原住民持有「自製獵槍」，未必會比較合理。法律政策要在原住民持有自製獵槍與社會安全之間尋求平衡點，其方式應固然必須要強化原住民持有與製造自製獵槍的行政管理制度，以及從原住民持有自製獵槍是否係「供生活工具之用」加以控制。此外，本人認為，法律政策上也應該考慮開放原住民持有專為狩獵而設計的制式獵槍，此等制式獵槍的購買與持有人之行政控管機制與效率，不必然比現行管理自製獵槍的制度困難。因為現行制度要求原住民必須「自製」獵槍，藉由「製造」獵槍的過程，可能無形中訓練了許多製造與改造槍枝的專家，還可能形成無法監督控制的「小型地下兵工廠」存在。如允許原住民合法購買制式獵槍，例如允許原住民為供生活工具之用，而申請購買制式獵槍，並藉由登記與定期報告槍枝使用情形而加以管理，其對社會治安的影響，並不會比現狀更糟。

## 二、原住民持有自製獵槍之目的須「供生活工具之用」

原住民被告合法持有自製獵槍之要件，必須是「供作生活工具之用」。本要件的制定，是為了排除原住民製造、運輸或持有獵槍從事非法目的，如合法持有獵槍卻用於恫嚇威脅他人生活的安全。<sup>31</sup>但除此之外，立法者並未就何謂「供生活工具之用」做出解釋，因此，在實務判決中，也常會出現分歧意見。

2005 年修正之槍砲彈藥刀械管理條例立法理由謂，「刪除『減輕或免除其刑』幾字，給予除罪化...因為既然屬於供作生活上及文化上工具之用，而無據為犯罪工具之意圖...已落實憲法增修條文及符合本條例多元化主義的政策目標與規範意旨」。若依此目的解釋，則該要件應解釋為「原住民本於其文化傳統所形成之特殊習慣，專為其於生活中從事狩獵、祭典等活動使用」。

但近年來有越來越多的判決認為，「作生活上之用」應不以專恃狩獵維生或以狩獵為其生活主要內容者為限。近來持這種意見的判決漸趨多數。茲舉以下二種類型：

(一) 原住民平日務農，持獵槍之目的若是為了趕走會破壞農作物的山豬，判決持槍原住民無罪之判決，例如宜蘭地方法院 97 年重訴字第 6 號判決謂，「被告雖非全憑狩獵維生，然其使用自製獵槍狩獵確有助於其日常生活之進展並促進其個人尊嚴、價值之開拓，仍可認持有之自製獵槍係供作生活工具所用，而屬法律不罰之行為，自應為無罪之諭知。」<sup>32</sup>

<sup>31</sup> 如台東地方法院 95 年訴字第 33 號判決。

<sup>32</sup> 類似判決尚有花蓮地方法院 97 年訴字第 133 號判決、嘉義地方法院 97 年訴字第 744 號判決

(二) 原住民持獵槍目的是農閒或工作之餘入山狩獵飛鼠或山豬為消遣，法院認定亦屬「供作生活工具所用」而判處無罪。例如花蓮地方法院 98 年訴字第 297 號判決謂，「原住民基於不同之文化傳統，其所追求之價值與其他族群迥然不同，其傳統生活之內涵與其他族群有甚大之差異。而原住民依先祖所留下之傳統方式製造簡易獵槍上山獵捕飛禽走獸，並將所得獵物與族人分享，本屬原住民傳統生活方式中極為重要之一部分，此乃眾所皆知之事實。近年來，原住民之生活型態雖已因社會之整體發展及族群之融合而發生重大之改變，其專以狩獵為生或以狩獵為主要生活內容者，雖已極為罕見，惟自製簡易獵槍，於農閒或工作之餘入山狩獵，仍屬部分原住民（尤其較為年長者）難以忘情之生活內容。<sup>33</sup>」

### 三、原住民持有子彈、火藥或十字弓？

槍砲彈藥刀械管制條例第 12 條、第 13 條規定分別禁止未經許可，製造、販賣、運輸、轉讓、出租、出借、持有、寄藏或意圖販賣而陳列子彈以及槍砲、彈藥之主要組成零件。所謂主要組成零件，常見有火藥、底火等物品。而同條例第 14 條規定並禁止未經許可，製造、販賣、運輸、持有或意圖販賣而陳列刀械。那麼，問題是槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項規定原住民製造、運輸或持有「自製獵槍」可以不適用刑罰，同條第 2 項規定原住民相互間或漁民相互間販賣、轉讓、出租、出借或寄藏「自製獵槍」亦不適用刑罰，卻並未規定涉及子彈、火藥等槍砲彈藥之主要組成零件及刀械等標的物時，是否也有第 20 條第 1 項、第 2 項規定的適用呢？

如前所述，實務上的確有少數判決認為，縱使原住民被告持有的獵槍合於槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項規定而免除其刑，但仍以該原住民同時持有子彈而將之論罪宣告有罪判決。<sup>34</sup>

但是較多數的判決則是認為，槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1、2 項雖僅就「自製獵槍」不適用本條例有關刑罰之規定，而未明示是否包括該自製之獵槍所用之「子彈」在內，然而觀諸立法意旨，既然允許原住民為供作生活工具之用，得製造、運輸、持有、販賣、轉讓、出租、出借、寄藏「自製獵槍」，則舉重以明輕，「自製獵槍」，應即包括該「自製獵槍」所適用之「子彈」，此乃法律條文與法規體系之當然解釋，故該「自製之獵槍」所適用之「子彈」應即為該條項規定

<sup>33</sup> 此外另有屏東地方法院 98 年重訴字第 4 號判決認為，若只是農閒時持獵槍狩獵飛鼠、山豬以為消遣、娛樂的情形，也判處無罪

<sup>34</sup> 2006 年至 2009 年四年間全國地方法院第一審刑事判決中，原住民為被告被訴違犯槍砲彈藥刀械管制條例案件共計 91 件，被判刑有罪的案件共計 66 件，其中法院判決有罪的理由是基於或部份基於原住民持有「子彈」者有 4 件，分別為嘉義地方法院 96 年訴字第 990 號判決、宜蘭地方法院 97 年重訴字第 2 號判決、嘉義地方法院 98 年訴字第 963 號判決與宜蘭地方法院 98 年訴字第 38 號判決。

之「隱藏性」要件，否則該條項規定所欲達成之立法意旨即無從實現。是以無論依立法理由、立法目的、文義解釋（隱藏性構成要件），槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1、2 項規範所指原住民「自製獵槍」之範圍應即包括該「自製獵槍」所適用之「子彈」。<sup>35</sup>

至於十字弓等刀械部份，確實明顯非槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項規範免責的對象，實務上也曾有依同條例第 15 條行為人夜間攜帶十字弓至山上打獵被判有罪的案例。<sup>36</sup> 然而原住民狩獵之方式並非只有使用獵槍，亦有使用刀械、十字弓等器具，如僅依文義解釋而認為刀械十字弓非獵槍，故原住民族持有十字弓不應免除刑責，似有悖於原住民族傳統文化之維護，故宜認為只要該十字弓係供原住民生活工具之用，即應免除刑責，始合乎憲法維護原住民傳統文化之意旨。<sup>37</sup> 故上開有罪判決的結論，似有未妥。

## 伍、結語

原住民傳統生活與山林的關係密切，獵槍、魚槍對於原住民而言，早年是他們賴以維生的必備生活工具，而隨著時代演變，慢慢多變成用以輔助生活的便利，如獵山豬以補貼家計、防護農作物，或僅用於實踐原住民傳統狩獵生活習慣與文化祭典儀式。雖然原住民對槍械的依賴性確實逐漸減低，但不能否認，槍械乃是原住民生活中重要而不可忘情的一部分。

槍砲彈藥刀械管制條例的制定，係為了防治犯罪的目的，基於槍械的危險性，而針對一般國民管制槍械，並預設一般人持有槍械可能是為了犯罪的目的，而將製造或持有槍械的行為預先規制入罪。而立法目的來看，這與原住民製造或持有槍械的目的、使用方式與必要性均有明顯不同，因此法規上自然不能將原住民與一般國民等同視之而以相同的態度應對。

從槍砲彈藥刀械管制條例的立法修正沿革中，可以清楚看出對於原住民製造或持有槍械的管制不斷放鬆，最後於 2001 年予以除罪化。這些修正的理由，正是因為原住民間製造或持有槍械的行為實在太過普遍，而對社會的危害性也實在太低，相對於槍砲彈藥刀械條例嚴格的重刑處罰，依法論罪實有輕重失衡之虞。然而，縱使現行法已經不再以刑法規制原住民製造或持有槍械的行為，但是原住民因為槍械而被起訴、論罪的情形仍然一再發生，甚至至今仍為原住民犯罪數量最多的犯罪成因。

<sup>35</sup> 參見嘉義地方法院 97 年訴字第 744 號判決。

<sup>36</sup> 參見台東地方法院 95 年東簡字第 464 號判決。

<sup>37</sup> 同此見解，見湯文章，同前註 15，頁 84-85。



會出現這樣的結果，一方面，是因為原住民經濟生活環境較為低落，為補貼生計而明知違法仍圖僥倖、以身試法；同時原住民資訊、教育的較不普及，確有可能不清楚製造或持有槍械的行為在特定條件下仍然違反法律的規定。

但另一方面，卻也是因為部份司法實務意見對於除罪化法條要件的嚴格限縮解釋，以至於曾經出現有多個判決主張依法審判，但不論是解釋上或論理上均較無說服力的不合理判決。當然，誠如上述對於原住民槍械問題犯罪類型的整理，司法實務於各種類型中均有反對意見，而讓原住民被告得以無罪開釋，然而實務意見尚未統一的現狀，也使得原住民製造或持有槍械之時，對於自己是否會被論為違反法律而有須受重刑處罰的危險，感到恐懼與疑慮。這樣，無疑會讓原住民對於行使其傳統文化習俗的持槍狩獵行為，有所保留、畏首畏尾，如此將使得槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條欲維護原住民傳統文化的美意落空，也無法落實憲法增修條文第 10 條第 11 項「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化」的精神。

此外，槍砲彈藥刀械管制條例以原住民身分的有無，作為是否適用除罪化條文的依歸，這種以身分別作不同規定的管制方式，或許就立法技術上無可避免，但是如前面所述，原住民身分的認定一直就是個相當具有爭議性的議題，而且邊際案例層出不窮，法院在裁罰上也多有應罰性考量的疑慮。但或許可以讓人稍微感到安慰是，現行實務上一貫對於原住民違反槍砲彈藥刀械管制條例的行為，不論是否認定被告有罪，量刑上多有考量被告的原住民族身分與經濟生活環境，除了多次累犯或明顯以製造槍械販賣牟利的情形以外，大都會援引刑法第 59 條規定予以減輕其刑後，宣告緩刑。當然，宣告緩刑仍然是有罪判決，而這樣的實務現況，確實還有改善的空間。

## 與談人：文志榮 律師

主持人、各位論文發表人、還有在座的嘉賓，大家平安。

不瞞各位，我自己也是原住民，阿美族。首先，我在想我自己，因為我也是從事律師工作，也是曾經為原住民變護過，原先我在花蓮地院我擔任一位泰雅族原住民的辯護律師，這個案子裡面涉及到一件行賄的問題。那一審，他被判四年，然後要上訴到高等法院，那我自己也為這個案子社定一個目標，就是說，想盡辦法，無論如何想盡辦法，讓他獲得緩刑的機會。

那因為在第一審之後，犯罪過程已經非常明確了，那證據法辦非常的非常的認真了，也漸漸的攤開了，。到第二次、第三次開庭的時候我發現，如果針對法律來作辯護的話，我看這個案子他一定會去，被抓去關。後來，我就靈機一動，我就說，我就假設這三位法官一定不了解原住民的生活，不了解原住民的自我價值，後來我就索性不作法律的辯護，我就站起來，我就跟三位法官說：我是原住民，然後我住在台東縣長濱鄉一個很偏僻的鄉下，早期呢，我在小時候的時候，因為我們那個村莊，大家都非常平均，大家很窮。那，有一家，只要有一家殺豬的時候，他就會用廣播的方式，然後全家、全村的人都要到那戶人家裡，去領豬肉，然後大家勒或者是我們小孩子，就要拿一個很大的一個鍋子，想說可以分到多一點，事實上呢我們分不到幾塊豬肉，然後呢盛下去的沒有幾塊，不是骨頭，就師一些不好吃的，那，裝了很多的那個糖，原住民的生活就是這個樣子，我們並不知道說，我們吃這塊肉會不會犯什麼罪？然後，送這一塊肉，又會不會犯什麼罪？後來，越講越激動、越講越激動，然後，三位法官就講說、直接跟我講說：律師，你講的我非常的感動，回去的時候，可不可以用書面把這些狀況把呈現在用紙說一次？

我十分的欣慰，因為這個案子到後來是他獲的緩刑，然後只是說要捐一大筆錢而已。那很榮幸，為著教授的大作來作一些訪談的發表。那當我拿到這份論文的時候，其實我一直在看這個論文，我一直想不到我到底要說什麼？這讓我想到一個，我先前在花蓮去看有一些畫展，然後導覽就跟我們講說：你要很用心看，看看這幅畫會跟你講些什麼？只不過當時我看了很久，我也不曉得這幅畫是跟我講什麼話？後來我用這一個想法來看這一篇文章，那這篇文章定名為，那裡面我感受到傅教授的認真，事實上，這篇資料判決非常難以取得，事實上我們在我們國內難道我們看到原住民我們要證明自己原住民，這在這個法律判決裡面幾乎很少看到這樣的一個問題，那當然是在像剛剛一樣在我們憲法法制條例裡面，因為他要原住民，所以在剛剛黃教授也是提到說，這個部份是這個統計的資料是比較

準確。後來，我從這片文章裡面，就是說管制條例第二十條裡面，已經將原住民持有自製獵槍漢魚槍這個部份已經除罪化，那到底除罪化的理由在哪裡？當然，律法修正理由也有提到憲法，憲法自治條文的十條、第十一條，尊重原住民傳統生活和文化習慣。難道，我們有這樣，原住民有這樣的傳統生活，或有這樣的文化，就可以讓我們原住民獲得除罪的充分理由嗎？我再問自己，只是後來我想想，因為假設我們當中非原住民跟原住民專訪，他們發現原住民其實是很單純的，思想不會那麼複雜。

那我給我自己一段話就是這個樣子，原住民不會把自己生活上的獵槍或者是魚槍，這種生活工具拿去犯罪，如果假設這個狀況是可以成立的話，那麼這種除罪化實質上是不是應該也是這個樣子？因為我們相信法律，認為說把這樣的獵槍把這樣的魚槍將在原住民手上，我們可以放心。如果假設這樣可以成立的話，或許這也是我們原住民單獨的榮耀，因為我們相信我們原住民都十分的善良。我會因為說我現在做了這支槍，改天我就會用這把槍去做什麼樣犯罪，無非只是單純，為了生活之用，或許說有了這部獵槍你可以維生，剛剛我們傅教授也提到，其他法院也是認為說用這部獵槍去趕鳥、趕山豬，像這樣子的狀況之下，我們可以現，原住民是實上他在內心的表示裡面呢他很少會想要說要用這部槍拿去犯罪，雖然有案件，雖然我們也看到說原住民也曾經用獵槍去犯罪，不過呢握我相信在的條例除罪，除罪化最實質的理由應該是相信我們原住民本身是善良的，雖然在我們憲法裡面有規定到，就是說國家法律尊重我們原住民傳統生活跟文化的習慣，在背後或許是直接肯定我們原住民，直接肯定我們原住民的作為，直接肯定我的傳統習慣跟文化習慣，謝謝各位。

## 誰的資源？誰來決定？－國家整體法益 vs. 原住民族權利保障

吳秦雯\*

### 摘要

當今國家無不致力於經濟發展，而自然資源的利用與原始環境的改變，即為經濟發展的必要之惡，困難之處無非在於，一國之中自然資源與環境究竟應如何為「最有效」之利用？尤其，在世界各國已經逐步承認原住民族對於自然資源與環境的特殊權利之際，如何在國家整體法益與原住民族權利保障進行衡平，日益成為各國都需要面對的共同問題。本文嘗試透過本國與外國法之比較進行探究。

### 目次

- 一、自然資源保護與利用之行政管轄權
  - (一) 中央行政機關組織法下之權限
  - (二) 中央各行政機關主管與自然資源利用、原住民權益保護相關之法令
- 二、相關司法實務---以近期法院判決為例
  - (一) 美麗灣渡假村 BOT 案件爭議
  - (二) 司馬庫斯櫟木案
- 三、結論

地球約百分之七十是海洋，人類無法生存於海洋中，只能盡可能地運用約百分之三十的地面，但這百分之三十當中，又並非全部都是適宜人居、開發、進行運用者。因此，從古到今，人類一直為了擴充生存空間、利用地球有用資源而奮鬥。在工業革命之前，由於缺乏有效的生產運輸機械與致命性、擴張性的武器，人類生活集中於少數以碉堡城牆建構的城市、莊園、村落當中，主要以小型的聚落為主，而地球可資利用的地表，並未被大量開發，絕大部分由已經居住在當地數世代，有獨特的語言、風俗、習慣的原住民所佔有<sup>1</sup>。但從歐洲白人開始運用工業革命發展出來的機具向外擴展領土開始，為圖獲取更大量的財富與資源，歐洲國家以原住民族因為不具備對於天主耶穌的信仰，是為「異教徒」，故不享有任何權利為其理論基礎，大量進行人口販賣與殖民活動<sup>2</sup>，以原住民的角度觀之，可謂為是破壞其傳統生活方式，甚至消滅其族群的慘忍歷程。因此，若從人類發展的歷史角度觀察，自十九世紀以來，當代重要國家的種種活動，不論是以發展民族國家或推翻帝制倡議民主思想為其理論理由，究其實際，無非是擁有先進武器之歐洲人，對於原本居住當地之居民，進行各種有用資源爭奪的過程，爭奪範圍包括人力、土地所有、佔有與使用、所有能源資源與利用、海洋水利交通等，即所有一切人類所能利用的各種天然或經過人工改造而得利用的物質與能量<sup>3</sup>。而這樣的資源爭奪歷程，事實上並非僅存在於跨越國境的狀況，就以台灣二十世紀以前的發展歷程觀察，依據目前台灣統治權歸屬，可分為「原住民族自治時期」、「荷蘭、西班牙統治時期」、「明朝鄭氏統治時期」、「大清帝國統治時期」、「日本帝國統治時期」與「國民政府統治時期」<sup>4</sup>，除原住民自治時期外，其他時期的統治歷程中，擁有統治權的權力者或政府，為擴張生存空間或經濟利益，慢慢地開始以武力為憑恃，相同地也是從點到面、從臨海到內地、從平地到山林，不斷地侵入原住民原本所居住佔有的土地空間<sup>5</sup>，以獲得並使用更多的自然資源。

時序進入二十世紀，歷經兩次世界大戰之後，國家的主權與國土界限大致獲得共識，相較於從前，人們已經較少直接明顯地使用武力奪取資源。但當今世界的人口儘管受到少子化與高齡化的威脅，全球人口仍然持續增加，如何妥適運用、適當分配地球上相對於人口顯得稀少珍貴的各種自然資源，顯然依舊是全世界人民必須共同面對的問題。也因此，人類彼此間進行爭奪地球資源的行動事實上並未停歇，不論是國家與國家之間，或是國家內部不同團體之間，與從前相同地，為了獲取更

---

\*法國 Aix-Marseille III 博士、政治大學法律系助理教授。Email: chinwen@nccu.edu.tw。

<sup>1</sup> 紀駿傑，從環境正義觀點看原住民的狩獵文化，<http://tsn.taitung.gov.tw/forest/tai/ttw/ttw207.htm> (2011/10/4 瀏覽)。

<sup>2</sup> 蔡志偉，聯合國中的原住民族國際人權，台灣國際研究季刊，第 4 卷第 2 期，2008 年，頁 82。

<sup>3</sup> 從第一次世界大戰係導因於煤礦資產，到當代因石油資源而引發的國際衝突，均是世界共知的事實，參陳可乾，霸權爭奪石油與國際衝突，政大外交學系碩士論文，2002 年。而台灣的開墾史即可窺見後到者為爭奪爭生存空間，與先到者進行征戰的各種歷程。

<sup>4</sup> 林柏年，論聯合國原住民權利宣言草案之原住民族自決權---比較我國法制建構，立法院院聞，第 33 卷第 3 期，2005 年 3 月，頁 66-67。

<sup>5</sup> 林秋錦，臺灣各時期原住民土地政策演變及其影響之探討，台灣土地研究，第 2 期，2001 年 5 月，頁 26 以下。

多的財富與利益，只是如今以本國經濟發展之名，持續地利用直接或間接的方式，不斷地大量使用自然資源。在資源有限、人口膨脹的情況下，國家間或團體間之排擠與競爭，成為一種不得不然的現象。只是，以往是直接以國家武力，排除原住民族既有權利作為爭奪的方式，如今，在揚棄國家武力後，改以代議民主制定法規範之方式，作為資源分配的正當化依據。然而，透過代議民主所制定之法規範並非見得即不再繼續造成剝奪原住民族權利之結果；因為進入代議民主制度的體系，表示原住民族必須先承認並選擇加入該代議民主制度的國家統治正當性，此一國家統治權正當性的承認與加入，有可能使原住民族喪失核心的主權地位，但亦有可能藉由承認與加入，獲得重建主體性與民族自主價值之機會<sup>6</sup>。甚且，原住民族因長期以來的歷史因素，已然被剝奪的權利與資源，是否得於其所承認之合法國家中，透過民主參與的過程而被返還或填補？或者，目前民主國家的資源分配途徑中，是否採取「最有效」的資源分配方式，而已揚棄以往弱肉強食的思維？

針對上述問題，至少有兩種研究途徑，首先是從全球的架構檢視國際資源分配與使用的問題，此部份主要涉及國際法之制定原理、概念與效力問題，也和國際法上如何逐步承認原住民族權利的歷程緊密相關；其次則是從內國法制相關設計進行分析，檢視已經由國內人民共同承認，獲得正當化法基礎的國家，如何在力求經濟發展之際，均衡地顧及所有人的最大利益，以進行對於自然資源與環境的有效利用。由於以全球角度所進行的相關論述國內已有相當學者進行介紹與研究，故本文將聚焦於我國如何在經濟發展、自然資源利用與原住民族保護間取得均衡之研究面向，先予敘明。

就我國而言，長期以來經濟發展始終為國家重要甚至首要目標，於發展經濟之際，是否與如何同時兼顧環境與自然資源保護與適切利用，並且考量到原住民族之保護，涉及我國如何決定資源誰屬與分配之問題。此一問題在目前我國法制架構下研析，必須了解誰擁有與此相關事務之行政管轄權限，以及實際層面如何運作。

#### 一、自然資源保護與利用之行政管轄權

依據我國目前的中央行政組織形式架構，並未有任何一個部會署，專門掌管環境與自然資源利用；而原住民族權利相關保護問題，雖專設原住民族委員會，但就組織形式架構觀之，由於其並非憲法第 58 條所指稱組織為行政院會議之部會首長，依據行政院會議議事規則第 14 條第 4 項，其並無於行政院會議投票之表決權，其組織究竟是否得積極參與全國自然資源保護與利用分配，即不無疑義。由於原住民族分散居住於全國各區域，除中央行政組織層級外，地方自治之推行與落實，亦可能於不牴觸國家法律之前提下，賦與各地方自治團體相當的自然資源利用權限，進行各地方自主之管理與利用。然依據我國憲法關於中央與地方權限之分權規定，憲法第 108 條已經明文將自然資源：森林、工礦、土地、公用徵收、墾殖事項列為中央立法事項，儘管第 109 條以下地方自治團體仍擁有農林、水利與漁牧事項之立法權，但重要與整體性之自然資源使用與管理顯然已由中央統籌，各地方自治團體僅在中

<sup>6</sup> 林淑雅，第一民族：台灣原住民族運動的憲法意義，前衛出版社，2003 年，頁 14。

央剩餘的立法與行政事項下進行有限度的自治管理，我國地方政府關於自然資源利用與原住民權益保障兼得施力處顯然甚有限。因此，以下關於行政權限將只探討中央層級的行政權限，由於組織法並非等於作用法，故而中央行政機關之權限應自其組織法與其所主管之相關法令進一步分析：

### （一）中央行政機關組織法下之權限

首先觀察中央各部會職權內容，可發現較直接和環境與自然資源保護事務相關之權限散落於數個相關部會，概有：

1. 內政部：依據內政部組織法第 15 條之規定，地政司掌理土地重劃、土地徵收、公地撥用、地方公地管理、土地租賃、管理、土地使用之編定及督導、全國疆界及行政區域之規劃、勘測等地政事項；同法第 6 條設置之營建署，依據營建署組織條例第 2 條，掌理全國土地綜合開發計畫之策劃、區域計畫之規劃、審核、國家公園之規劃、建設及管理、保護自然環境之規劃及協調事項；內政部網站並明示「良好的國土發展政策含括國家土地利用、城鄉均衡發展及自然資源永續發展等面向」<sup>7</sup>。顯見內政部以上職權都直接與國土規劃與發展相關，而國土的規劃與發展，涉及土地如何進行使用，將直接影響土地所有權人或使用人之權益，與自然資源利用息息相關。
2. 經濟部：我國之經濟部主要職掌經濟行政與經濟發展事務，乍見應與環境與自然資源利用無關，但經濟部內下設之水利署，依據其組織條例之規定，負責河川流域保育經理之整體規劃、治理計畫之擬訂及水土資源經理分工協調、水資源開發、利用、保育、經營管理、統籌調配及水庫集水區保育治理。乃是國內水資源之管理主要機關，水資源乃重要、基礎之自然資源，故經濟部擁有相當中關鍵之自然資源保護與利用的行政權限。
3. 交通部：交通部主管全國交通行政及交通事業，涵蓋運輸、觀光、氣象、通信領域，負責交通政策、法令規章之釐定和業務執行之督導，氣象與通信領域與自然資源之利用較無直接關連，但運輸領域涉及陸、海、空運輸，陸運運輸之各種道路、公路、橋樑開發新建及改善，都涉及土地資源使用，海運港務也涉及海洋資源與運輸間如何衡平兼顧之問題；觀光領域則因為職掌天然及文化觀光資源之規畫、風景特定區之開發、管理，並負責獎勵輔導民間投資觀光事業<sup>8</sup>，涉及國家如何在國家資源中劃定風景特定區，開發天然資源並將其界定為觀

<sup>7</sup> 內政部網站資料 [http://www.moi.gov.tw/chi/chi\\_ipmoi\\_note/ipmoi\\_note.aspx?type=1](http://www.moi.gov.tw/chi/chi_ipmoi_note/ipmoi_note.aspx?type=1)（2011/10/6 瀏覽）

<sup>8</sup> 交通部觀光局組織條例第 2 條：「本局掌理左列事項：

- 一、觀光事業之規畫、輔導及推動事項。
- 二、國民及外國旅客在國內旅遊活動之輔導事項。
- 三、民間投資觀光事業之輔導及獎勵事項。
- 四、觀光旅館、旅行業及導遊人員證照之核發與管理事項。
- 五、觀光從業人員之培育、訓練、督導及考核事項。
- 六、天然及文化觀光資源之調查與規畫事項。



光區，影響我國天然資源的利用方向。因此，交通部所轄之運輸與觀光領域，亦產生與自然資源密不可分之聯繫。

4. 環境保護署（以下簡稱環保署）：環保署主管全國環境保護行政事務，則所有與環境相關的自然資源事項皆應與環保署有所聯繫。不過進一步觀察其組織條例內容，環保署下設七個業務處：綜合計畫處、空氣品質保護及噪音管制處、水質保護處、廢棄物管理處、環境衛生及毒物管理處、管制考核及糾紛處理處、環境監測及資訊處。除綜合計畫處職掌環境保護政策、方案、法規之研訂、策劃、推動，自然保育之規劃、聯繫、推動、協調及環境影響評估制度之策劃、推動、輔導、監督及評估報告之審核等，和環境保護、自然資源利用有著正向的相關性外，其他六個處，偏向於消極面的環境危害防制與管理，並非擁有立基於國家資源分配之角度，進行自然資源利用之相關行政權限，而是站在防堵糾察污染源的立場，監督管制對於空氣、聲音環境、水質、土壤與環境可能產生破壞之各種可能情況。因此，若行為非對環境產生污染，只是對於自然資源的不當利用，即可能非為環保署管轄事項。
5. 海洋巡防署（以下簡稱海巡署）：海岸巡防署係原國防部海岸巡防司令部、內政部警政署水上警察局及財政部關稅總局緝私艦艇等任務執行機關，於 2000 年統編而成之「新」組織，由於其前身單位係以軍方、警方與稅務機關為主之行政體，較難想像其與自然環境相關，但依據其所屬海岸巡防署海洋巡防總局組織條例第 2 條之規定，其所掌理之事務中，包含漁業資源之維護與海洋環境保護及保育事項，故其與海洋自然資源亦具備相當關連性。
6. 經濟建設委員會（以下簡稱經建會）：經建會乃為謀國家經濟建設發展而設立之委員會，與經濟發展顯然有關，但其組織職權當中明確包含自然資源與環境保育之研究及審議項目<sup>9</sup>，且新世紀第三期國家建設計畫(民國 98 至 101 年四年計畫)當中，經建會提出生態環境建設之政策，在國土復育與利用一節下，表示規劃策略為「（一）健全國土計畫體制，推動國土開發與建設之開發者、使用者及受益者付費原則，建立效率、永續、公平之民眾參與原則。（二）推動「海岸法」立法，建立整體觀點經營之海岸防護體系及海岸開發利用衝擊彌補機

---

七、觀光地區名勝、古蹟之維護，及風景特定區之開發、管理事項。

八、觀光旅館設備標準之審核事項。

九、地方觀光事業及觀光社團之輔導與觀光環境之督促、改進事項。

十、國際觀光組織及國際觀光合作計畫之聯繫與推動事項。

十一、觀光市場之調查及研究事項。

十二、國內外觀光宣傳事項。

十三、其他有關觀光事項。」

<sup>9</sup> 經濟建設委員會組織條例第 7 條：「都市及住宅發展處掌理左列事項：

一、關於都市及住宅綜合開發計畫之研擬及協調事項。

二、關於區域與都市發展問題之研究及審議事項。

三、關於住宅建設計畫之審議及協調事項。

四、關於自然資源與環境保育之研究及審議事項。

五、關於其他都市及住宅發展建設問題之研究及規劃事項。」。



制。(三)檢討非都市土地使用管制相關規定，推動國土保育範圍非都市土地容許使用項目限縮檢討；加強管制高、中海拔山區土地之變更及使用，保育國土資源。」<sup>10</sup>在生態保育一節下，則提出「(一)永續森林生態，加強森林保育建設，促進山坡地生態綠化，提升復育技術。(二)加強水土保持與維護，保護土地資源落實土石流災害零傷亡目標。(三)強化自然保育，加強保護區經營管理，擬定保護優先順序，維護自然保護區環境完整，防止不當開發行為，維護生物多樣性。(四)推動國家公園生態保育，規劃生態保育廊道及國家海洋保育系統，保存國家自然與人文資源，強化全民環境教育與宣導，健全國家公園管理機制。」<sup>11</sup>之規劃策略。可知經建會雖然主要職掌為規劃國家經濟建設計劃，但由於此一任務涉及國家整體發展策略，故影響國家對於自然環境資源之利用之態度方向。

7. 國軍退除役官兵輔導委員會（以下簡稱退輔會）：退輔會主要負責國軍退除役官兵輔導業務，理論上應與自然資源無涉，但附屬於退輔會之農林機構，諸如：武陵農場、福壽山農場、清境農場等，在規劃成為退輔會之農林機構前，原先幾乎均為原住民賴以為生之土地區域，在歷經原住民多次還我土地運動後<sup>12</sup>，退輔會儘管被認為取得土地的合法使用權與所有權，但退輔會所擁有的農場土地，和原住民生存權益保障間之衡平問題，顯見退輔會之行政職權亦與自然資源之利用密切相關。
8. 農業委員會（以下簡稱農委會）：農委會主管全國農、林、漁、牧及糧食行政事務，此類事務係依據直接或間接利用自然資源而產生，就行政職掌本質上觀察即與自然資源利用有關。再進一步研析相關現行組織法，可知其職掌不但涉及農地與畜牧政策、農業發展計畫、休閒農業、農業文化及農村生活與環境改善之策劃、農田水利事宜，也包括轄下林務局所職掌之林業資源保育、利用、開發、林產物之處分等與森林相關之自然資源<sup>13</sup>。
9. 原住民委員會（以下簡稱原民會）：為回應原住民社會之需求，並順應世界之潮流，我國於 1996 年成立原民會<sup>14</sup>，於原民會組織架構下，與自然資源利用最緊密相關者應為土地資源管理處<sup>15</sup>，尤其是「原住民族土地與自然資源開發、

<sup>10</sup> 行政院經濟建設委員會編著，新世紀第三期國家建設計畫(民國 98 至 101 年四年計畫)，2009 年 1 月，頁 185。

<sup>11</sup> 同前註，頁 192。

<sup>12</sup> 王嵩音，台灣原住民還我土地運動之媒體再現，淡江人文社會學刊，第 2 期，1998 年 11 月，頁 6 以下。

<sup>13</sup> 因應臺灣省政府功能業務與組織調整，將原本隸屬於台灣省政府之組織，改隸農委會之下，並制定行政院農業委員會林務局暫行組織規程。

<sup>14</sup> 參原民會網站資料 <http://www.apc.gov.tw/portal/docList.html?CID=5CB34240F988D677> (2011/10/4 瀏覽)

<sup>15</sup> 行政院原住民族委員會組織條例第 7 條之一：「土地管理處掌理下列事項：

- 一、原住民族土地之規劃、協調及審議事項。
- 二、原住民族土地與自然資源開發、利用、經營、保育之規劃、協調及督導事項。
- 三、原住民族土地相關法規之研議及協調事項。

利用、經營、保育之規劃、協調及督導」之權限。但組織法上規定之「規劃、協調及督導」權並非真正等於原民會具有相關自然資源之利用與決定權，仍須配合相關作用法之實際授權。

接續探討相關作用法之前，由以上對於中央各部會組織法之基本整理可發現，關於國內自然資源之管理與利用，我國目前中央行政組織權限顯得相當分散。儘管體制內每週召開之行政院院會具有統整各部會政策之重要功能，但一方面行政院院會依據議事規則僅有傳統的八部二會具有表決權，其他列席之行政機關則僅具參與列席之資格，雖然政策決定並非需要動用表決權，但此一制度上對於不同部會權責之差別設計，形式上造成原民會並非每次均百分之百得參與自然資源利用之決策形成。另一方面，若行政院長未於行政院院會或相關協調會議進行適當的統合協調，各部會即得依其本位主義各自為政，則自然資源利用將如多頭馬車般。此外，我國預定自 101 年元旦開始進行組織改造，此一行政權限分散現象是否將因新組織而產生變化，有稍加說明之必要。

依據新行政院組織架構區塊業務一覽表<sup>16</sup>，未來的環境資源部將整合管轄現行分散於環保署、內政部、經濟部、交通部、農委會的「環境保護、環境監測、水利、礦業、地質、國家公園、森林保育、氣象、水土保持及生態保育等事項」<sup>17</sup>；但土地政策仍歸內政部、新建構之經濟與能源部主導國家經濟發展與能源供需發展；交通及建設部仍維持交通部原有之權限，只是加入原屬內政部營建署之若干權限；海洋委員會仍承繼海巡署所有權限；經建會改以國家發展委員會代替，擴大掌理國家所有各項政策之綜合性規劃、協調、審議及資源分配等事項；農委會雖即將更名為農業部，但除與林務局管轄之林務事件移至環境及資源部外，其他職掌並無重大改變；退輔會與原民會在自然環境利用與保育方面，並未有顯著修訂。因此，101 年之中央政府組織改造，對於我國自然資源利用之統整與原住民權益之保護，看來並未有太大的改變。

## （二）中央各行政機關主管與自然資源利用、原住民權益保護相關之法令

- 
- 四、原住民族土地增編、劃編之規劃、協調及一般管理事項。
  - 五、原住民族土地地籍整理、地權管理、土地利用之規劃及協調事項。
  - 六、原住民族土地流失之防止、收回、改配及一般管理事項。
  - 七、原住民族土地重大開發利用之審議事項。
  - 八、原住民族自治區土地之規劃及建設計畫審議、協調事項。
  - 九、其他有關原住民族土地發展事項。」

<sup>16</sup> 行政院組織改造網站 <http://www.rdec.gov.tw/ct.asp?xItem=4197542&ctNode=11593&mp=14> (2011/10/4 瀏覽)

<sup>17</sup> 依據目前環境資源部組織法草案第 2 條觀察，第 1-6 項之職權係環保署原本之職權，僅第 7-9 三項之全縣及其他部會移轉而來，內容為「七、自然保育、濕地、自然地景與生物多樣性之政策規劃、整合及協調，自然災害與其潛勢調查之預防與減災之政策規劃、整合及協調。八、水利、自來水、溫泉、森林、野生動植物、水土保持、地質、礦產資源及國家公園之政策規劃、法規研擬、執行及督導。九、所屬機構辦理環境教育及證照管理、森林、自然保育與生物多樣性試驗、研究之督導、協調及推動。」

由於本文重心在於以原住民權益保護之角度，分析目前國內關於自然資源之利用議題，因此各部會所主管之法令探討，僅以與原住民權益相關之自然資源為限。土地乃自然資源之根源，對於向採共有共享之原住民而言，土地可謂其命脈，故與土地及其使用之相關法令，自為首先需要關注者；「原住民保留地」涉及原住民對於土地之所有、佔有與利用權利，因而有探討之必要。另外，近年來由於風災水患日益嚴重，關於森林與水土保持之相關事務日益受到重視，關於森林自然資源之保護與利用，以及水庫開發之經濟利益等，亦有探討價值。

### 1. 原住民保留地之相關法令與主管機關權限

原住民保留地之政策淵遠流長，雖清朝初年即開始實施「番地保護政策」<sup>18</sup>但真正保留地實施係自日本殖民統治時期起<sup>19</sup>，我國現行法為 1948 年公布<sup>20</sup>，歷經多次修改的「原住民保留地開發管理辦法」。就法規位階觀之，此一辦法僅具行政命令位階<sup>21</sup>，其母法為「山坡地保育利用條例」第 37 條，現行內容為：「山坡地範圍內山地保留地，輔導原住民開發並取得耕作權、地上權或承租權。其耕作權、地上權繼續經營滿五年者，無償取得土地所有權，除政府指定之特定用途外，如有移轉，以原住民為限；其開發管理辦法，由行政院定之。」。將原住民保留地限制於山坡地內之山地保留地，儘管具有長期以來的歷史因素，但同時也等於否定 1988 年開始臺灣原住民族還我土地運動聯盟訴求之全面性歸還，被劃為國家及省市縣政府佔用的土地、河川、新生地訴求，只局部承認並「返還」原住民曾經擁有之土地。

而依據山坡地保育利用條例第 2 條之規定：「本條例所稱主管機關：在中央為行政院農業委員會；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府。有關山坡地之地政及營建業務，由內政部會同中央主管機關辦理；有關國有山坡地之委託管理及經營，由財政部會同中央主管機關辦理。」，涉及不同事項時，有單一或雙重的行政機關；再觀「原住民保留地開發管理辦法」第 2 條：「本辦法所稱主管機關：在中央為行政院原住民族委員會；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府。有關農業事項，中央由行政院農業委員會會同中央主管機關辦理。本辦法之執行機關為鄉（鎮、市、區）公所。」，可發現關於原住民保留地之使用，至少涉及該土地所在地之鄉（鎮、市、區）公所、縣市政府、原民會、農委會、內政部或財政部。行政組織上下層級雖緊密扣連，但應由何機關負起最後的決策責任，卻顯得相當不明確，因而有疊床架屋之嫌疑。

若原住民本身對於行政權誰屬無權干涉與影響，但若條文具體內容有助於原住民使用土地自然資源，則究竟由何機關主政可能造成的負面影響較小。亦即，倘若

<sup>18</sup> 詹素娟，清代台灣平埔族與漢人關係之探討，近代中國區域史研討會論文集，1986 年，頁 206。

<sup>19</sup> 顧玉珍、張毓芬，台灣原住民的土地危機：山地鄉「平權會」政治經濟結構初探，台灣社會研究季刊，34 期，1999 年 6 月，頁 226。

<sup>20</sup> 1948 年公佈者為「台灣省各縣山地保留地管理辦法」。

<sup>21</sup> 1995 年內政部曾擬定「台灣地區原住民保留地開發管理條例草案」送行政院審核，但迄今仍未通過，一直維持法規命令的位階。

立於保護並促進原住民獲得返還事實上係早期被剝奪之土地，則取得土地所有權之要件應寬鬆，並尊重原住民使用土地之自由。但先從母法「山坡地保育利用條例」第 37 條內容觀之，原住民無償取得土地所有權之前，至少需具備兩要件，首先必須有「原住民」之身分，其次必須先「開發」土地，並取得「耕作權、地上權或承租權」，唯有耕作權、地上權繼續經營滿五年，方該當取得所有權之要件。而「原住民保留地開發管理辦法」將原住民身分之認定規定依原住民身分法，其中具有審議原住民土地爭議之權限者，為原住民保留地所在之鄉（鎮、市、區）公所設置之原住民保留地土地權利審查委員會，該委員會雖然依據原住民保留地開發管理辦法第 6 條第 2 項規定應有五分之四為原住民，但其選任依據「原住民保留地土地權利審查委員會設置要點」第 3 點，主任委員一人，由鄉（鎮、市、區）長兼任；委員八人至十人，由鄉（鎮、市、區）公所就鄉（鎮、市、區）公所轄內之公正人士或原住民社區推舉熟諳法令之熱心公益人士聘兼之。因此，鄉（鎮、市、區）長不但對於原住民保留地土地權利審查委員會具有相當大之影響力，也因為鄉（鎮、市、區）為原住民保留地開發管理辦法之執行機關，加上應以國家整體考量之中央主管機關彼此間需會同進行辦理，使得最基層的地方自治團體實際上掌握最關鍵的原住民土地資源之管理權限。由最基層之地方自治團體掌握實際管理權限之好處在於接近地方人民，若能以其接近性，擴大地方原住民對於公共事務，尤其是土地使用與管理之積極參與，落實原住民與自然共存之傳統習慣，事實上應有助於落實文化多樣性保護之理念，並達到環境永續經營之目標。然而我國目前基層地方自治事務之參與，如同所有層級之代議制度，由於欠缺誘因與動力，民眾對於公眾事務之參與度除選舉期間外並不高；目前法制架構下之參與機制在原住民保留地又未依據原住民傳統習慣而予以訂定，地方自治運作未能鼓勵原住民積極參與，使得原住民保留地之利益容易壟斷於少數人之手。

另外，關於原住民保留地的經濟開發，由主管機關主動規劃，與原住民受輔導進行開發或興辦，所依據之條件與程序顯有差異。依據原住民保留地開發管理辦法第 21 條規定「各級主管機關對轄區內原住民保留地，得根據發展條件及土地利用特性，規劃訂定各項開發、利用及保育計畫。前項開發、利用及保育計畫，得採合作、共同或委託經營方式辦理。」，而第 24 條規定「為促進原住民保留地礦業、土石、觀光遊憩、加油站、農產品集貨場倉儲設施之興建、工業資源之開發、原住民文化保存或社會福利事業之興辦，在不妨礙國土保安、環境資源保育、原住民生計及原住民行政之原則下，優先輔導原住民開發或興辦。原住民為前項開發或興辦，申請租用原住民保留地時，應檢具開發或興辦計畫圖說，申請該管鄉（鎮、市、區）公所提經原住民保留地土地權利審查委員會審查通過，層報中央主管機關核准，並俟取得目的事業主管機關核准開發或興辦文件後，租用原住民保留地；每一租期不得超過九年，期滿後得依原規定程序申請續租。」因此，若係由本辦法第 2 條所定義之主管機關，基於經濟發展之目的，單方自行決定各項於原住民保留地之開發與利用計畫，無需賦與任何當地原住民之參與或表達意見之途徑；但若為原住民進行開發或興辦，則需由該管鄉（鎮、市、區）公所提經原住民保留地土地權利審查委員會審查通過，層報原民會核准，並視開發或興辦計畫之屬性，取得目的事業主管機關核准。

從上述討論可得一初步印象：縱然目前許多國有地甚至私有地，皆因歷史因素由原住民手中掠奪而來，但目前我國法制對於原住民土地資源之保護，仍以承繼歷史結果為其中心，並未明確嘗試歸還或填補原住民族長久以來所受到之侵害，縱然將山坡地劃歸為原住民保留地，相關的利用管理規定，不僅未能盡可能增加、鼓勵原住民之參與，甚至在程序規定上都對原住民較為不利<sup>22</sup>。

## 2. 森林自然資源之行政管理權限與相關法令

不論是世界哪個地區的原住民，之所以能夠長期居住山林裡，使用當地的野生動物植物，而大體上不餘匱乏，學者認為其主要原因乃是經過了千百年來的共同相處經驗，原住民透過各種方式與山林內之野生動物達成「動態平衡」<sup>23</sup>。因此，森林林業與蘊涵於其中的各種自然資源，向為傳統原住民族生活所仰賴，依此發展出各族群不同且別具特色的「狩獵文化」，近年來並成為原住民傳統文化的特色之一<sup>24</sup>。由於經濟發展快速，我國山坡地大量開發，加上 921 地震後改變地質環境，我國國土承受颱風等重大雨水風勢之能力下降，以森林復育為其中主軸的國土復育計畫成為當今我國重要的國土整體規劃方向之一。從前職司林木出口經營的林務局也在此時代背景下轉型以自然保育為目的之中央行政機關，甚至推動社區林業，希望藉由社區總體營造之理念與操作方式，擴大民眾參與協力推動生物多樣性保育、永續森林生態旅遊與相關林業建設<sup>25</sup>

在此等背景之下，我國對於以林木、森林自然動物植物之行政管理態度，應不以加以利用開發之破壞性經濟發展為方向，而是以共存保育為主的有限度利用；但此同時，儘管依據研究，原住民族傳統之狩獵或自然資源利用習慣曾有段時期已逐漸凋零，所幸 1990 年代中期之後，由於全球開始逐步重視原住民權利，聯合國人權委員會的少數民族小組委員會於 1993 年提出原住民權利宣言草案<sup>26</sup>，可知原住民權利已逐漸獲得多數國家之承認並取得共識，政府開始鼓勵部落產業發展，原住民族傳統習俗又逐漸受到重視。亦即，我國在強調經濟發展的同時，也著重森林自然資源的保護，但如何兼顧原住民族傳統文化對於森林相關資產之利用習慣，同樣有必要分析

<sup>22</sup> 至於目前仍於立法院審議之「原住民地區建設條例」草案，其相同地並未保障原住民之參與和表達意見之途徑，對於土地資源的使用，甚至未以永續發展與環境保護的觀點進行條文設計，僅概括地以「重大建設投資計畫」進行含糊性規範，若以草案第 9 條規定之「聯合開發、合作經營或以使用土地之權利金或租金出資方式」，任民間機構使用私有原住民保留地，恐怕和原住民和平與土地共存之爭取土地權利之初衷不相契合，亦可能將損及原住民以現行法制獲得的土地使用權。然提案之立法委員係原住民，是否某程度也表示有為數不少的原住民，對於土地的使用，已經逐漸放棄其傳統習慣，而更希望藉土地換取金錢利益？

<sup>23</sup> 紀駿傑，從環境正義觀點看原住民的狩獵文化，網路資源 <http://wildmic.npust.edu.tw/sasala/從環境正義觀點看原住民的狩獵文化.htm>，1997 年。

<sup>24</sup> 盧道杰、吳雯菁、裴家騏、台邦·撒沙勒，建構社區保育、原住民狩獵與野生動物經營管理間的連結，地理學報，第 46 期，2006 年，頁 5。

<sup>25</sup> 王鴻濬、康文尚，社區林業---階段性評量與未來展望，台灣林業，2006 年 6 月，頁 36。

<sup>26</sup> 李明峻、許介麟，國際法與原住民族的權利，政治科學論叢，12 期，2000 年 6 月，頁 168。



目前與森林相關自然資源有關之主要法令為：森林法、國家公園法，以及前已討論之原住民保留地開發管理辦法。先從各法令之主管機關觀之，森林法所稱之主管機關，在中央為行政院農業委員會；在直轄市為直轄市政府；在縣(市)為縣(市)政府。國家公園法之主管機關為內政部。由於國家公園法為森林法之特別法，故具優先適用性；而原住民保留地開發管理辦法因僅為行政命令，在適用上因此應以森林法、國家公園法為優先。森林資產之管理與利用，因此必先確認其是否屬於國家公園之範圍，再決定其適用之法律。就法規範架構上，層次尚稱清楚。然而其法規內容，卻仍有值得爭議之處。

就國家公園之指定而言，依據國家公園法第 4 條之規定，「內政部為選定、變更或廢止國家公園區域或審議國家公園計畫，設置國家公園計畫委員會」，第 7 條規定「國家公園之設立、廢止及其區域之劃定、變更，由內政部報請行政院核定公告之。」，因此國家公園之設立，主要由內政部組織國家公園計畫委員會，經由該委員會決議後，由內政部決定後報行政院核定，該委員會顯然對於國家公園之設置與否具備相當重要之影響力。而依據「內政部國家公園計畫委員會設置要點」第 4 點，該委員會之組成為「除主任委員外，其餘委員，由本部部長就下列人員派(聘)兼之：(一)主管業務及其他有關機關之代表。(二)具有土地使用、地質地形、動物、植物、生物多樣性保育、人文等專門學識經驗之專家學者。(三)熱心公益人士。(四)國家公園所轄直轄市副市長、縣(市)長。前項委員名額，其中專家學者不得少於委員總數三分之一，並至少有一人具有原住民身分。」，長年以來我國設置國家公園歷經不少爭議，主要概與欠缺原住民參與機制、主管機關未進行前期溝通有關<sup>27</sup>。該委員會卻僅要求原住民至少一人參與該委員會，亦未明確規範相關參與程序，法規範欠缺之瑕疵甚明。但國家公園法至少還於計畫委員會設置要點明確要求至少一名的原住民代表，森林法於指定林業用地、收歸國有、限制採伐、設置森林遊樂區、自然保護區、編定為保安林等等行為時，除於第 15 條第 4 項規定有「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。」，以及第 28 條「就保安林編入或解除，有直接利害關係者，對於其編入或解除有異議時，得自前條第一項公告日起三十日內，向當地主管機關提出意見書。」之外，均無任何原住民得參與或表達意見之相關程序規定。原住民保留地開發管理辦法關於林業物管理，也相同地並無保障原住民之參與權利。上述規定，除國家公園計畫委員會設置至少有代表一人之規定外，其他條文恐怕都違反原住民基本法第 21 條「政府於原住民族地區劃設國家公園、國家級風景特定區、林業區、生態保育區、遊樂區及其他資源治理機關時，應徵得當地原住民族同意，並與原住民族建立共同管理機制。」之要求。

從組織法到作用法，我國對於資源誰屬、如何分配、如何衡平權益，似乎並未有較為全盤性、整體性之規劃與配套，儘管以保障原住民權益之理念設置原民會，

<sup>27</sup>紀駿傑、王俊秀，環境正義 -原住民與國家公園衝突的分析，山海文化雙月刊，第 19 期，1998 年，頁 86-104。

但其不僅無法在行政院院會擁有政策之表決權，在上述以自然資源利用之作用法中，所擁有之權力有限，能發揮之功能亦不顯著。2005年2月通過原住民基本法後，迄今已逾6年，相關配套法令卻仍未見完備，顯見我國在經濟發展與自然資源利用之過程中，至少在法規層面，尚未能完全落實憲法增修條文第10條第12項「對其（原住民）經濟土地予以保障」之憲法委託任務，對於賦與原住民足夠的參與地位及表達意見機會之基本的程序參與權，仍有待進一步法規的落實與行政機關之遵行。而這樣的組織與法規範缺陷，也造成爭議案件進入法院審判時，可能再繼續遭遇權利受侵害並無法獲得適當救濟之情況。

## 二、相關司法實務---以近期法院判決為例

2005年通過之原住民基本法，是否已經在實務上發揮補足上述行政組織權限與作用法未能妥善保障原住民權益之缺憾，必須檢視相關法院案例方得印證。故以下即以2005年之後，受到相當矚目之經濟發展、自然資源利用與原住民權益相關法院案例進行法院判決論理之探討。

### （一）美麗灣渡假村 BOT 案件爭議

此渡假村開發地點為台東杉原海岸，阿美族的刺桐聚落定居於該海岸南段，且為阿美族每年7、8月舉行的豐年祭與海祭的主要場域<sup>28</sup>，台東縣政府於2004年12月14日與開發公司美麗灣渡假村股份有限公司簽訂「徵求民間參與杉原海水浴場經營案興建暨營運契約」，涉及開發面積是否該當環境影響評估法必須通過環境影響評估之問題。此案件於2007年由台灣環境保護聯盟提出公民訴訟而展開其環境影響評估之攻防序幕，最新判決為最高行政法院於今年8月18日之100年度判字第1451號判決。法院判決並未直接涉及原住民權益保護問題，而將爭點集中於環境影響評估之進行與否。環境影響評估法對於當地居民參與權能之保護，必須進入環境影響評估第二階段方具備實際拘束力，本案即使適用環境影響評估，也未見得將進入第二階段審查。台東縣政府後來依據法院見解，將此案適用環境影響評估法進行環評，並於2008年6月15日通過。期間並未考量原住民基本法第21條第1項「政府或私人於原住民族土地內從事土地開發、資源利用、生態保育及學術研究，應諮詢並取得原住民族同意或參與，原住民得分享相關利益。」而引起爭議。此一爭議可能與該條文所稱「原住民族土地」之定義有關。因為據當地原住民與其辯護律師之見解，舉行的豐年祭與海祭的主要場域可能即該當為「原住民族土地」，但依據台東縣政府之見解，該海域屬於並非為原住民族土地，而無諮詢並取得原住民族同意或參與之必要。

由此案件可知，原住民基本法之規定縱然利益良善，但因為法律名詞定義並未精確，對於「原住民族土地」究應如何定義，將影響原住民之參與權利。依據原住民基本法第20條第3項「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」，故需由法律加以界定，但

<sup>28</sup> 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——從國土規劃與環境治理談起，國立東華大學原住民族發展中心主辦，原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會會議資料。

目前尚缺專法。若站在原住民權益保護之立場，對於「原住民土地」之界定，不宜以民法物權篇所有權認定之方式進行，而應考量原住民土地被國家侵奪之歷史事實，如今其所得使用者已大幅縮減，基於憲法保護原住民族之意旨，應盡可能將其傳統文化活動使用之通常範圍，諸如森林法第 15 條第 4 項使用之「原住民族傳統領域土地」，納入原住民基本法第 21 條第 1 項之範圍內，增加原住民諮詢並參與表達意見之機會。

## （二）司馬庫斯櫟木案

於最後判無罪之臺灣高等法院刑事判決 98 年度上更(一)字第 565 號，法院依循最高法院 98 年度台上字第 7210 號的發回意旨，改變先前判決有罪的認定。

最高法院發回的論述中首先承認原住民依據其傳統習俗，對於自然資源之利用，有其特殊的文化價值，不應以適用於全國人民之法律同等相繩，而應依其特殊之處，適當地進行差別待遇，如此之差別對待，反而方達真正之平等，並以原住民基本法第 30 條第 1 項作為合法性依據：「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。本此原則，原住民族基本法第 30 條第 1 項已經揭示，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，以保障其合法權益。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。」其次，則以森林法於 2004 年增訂第 15 條第 4 項係與同條第 3 項具有不同的規範範圍，將第 4 項限縮於「位於原住民族傳統領域土地」之特別規定，而要求事實審法院向中央主管機關及中央原住民族主管機關查明，在尚未訂定「管理規則」之前，關於原住民族在傳統領域土地，「依其生活慣俗需要，採取森林產物」時，如何管理？有無明文適用或準用「國有林產物處分規則」之命令？

最後確定判決之台灣高等法院，先以原住民基本法第 19、20 條之規定，認定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。但隨後論述表示：「參酌振興經濟擴大公共建設特別條例（即俗稱「擴大內需方案」）第 4 條第 1 項第 5 款規定「能提升文化生活環境品質」者，亦屬擴大公共建設投資計畫範圍，而認定被告三人將系爭櫟木殘餘部分搬回以美化部落景觀，係屬能提升原住民文化生活環境品質，則與國家財政資源分配使用之目的，不相違背。」，又闡述「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；而系爭櫟木係因颱風來襲被土石流沖到路中，造成司馬庫斯部落聯外道路不通，該部落為搶修道路，先將該櫟木挖出移至路旁，嗣林務局竹東工作站人員先將該櫟木樹幹部分運走，被告三人方依司馬庫斯部落決議，欲將櫟木殘餘部分運回部落以美化部落景觀，是被告三人之行為，並未破壞森林自然資源，且欲發揮該櫟木之公益及經濟效用，是被告三人之行為，並未違反森林法之立法目的。」對於原住民基本法進行肯認後，對於擴大內需方案與森林法的論述，先是「與國家財政資源



分配使用之目的，不相違背。」，又是「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」事實上又將原住民對於自然資源之利用，放置在國家資源整體利用的架構下進行認定，而非正面承認原住民擁有權利，自行管理其傳統土地上之自然資源。因此，對於此一判決結論，不宜過分樂觀看待<sup>29</sup>。

關於自然資源，原住民在「位於原住民族傳統領域土地」上，是否得依據傳統習俗加以利用？或是必須在國家整體法架構下，以國家經濟發展之自然資源利用利益為前提，方得於合乎國家資源利用之框架下進行利用？此一議題並非上述兩司法案件即得獲得結論。由於其涉及國家、原住民以外之私人與原住民，其獲得土地之所有權與使用權之合法性與正當性，事實上並不全然相同，過程也未必均符合公平正義<sup>30</sup>。如何權衡關於土地之所有與利用，此一至少歷經百餘年以上的歷史難題，迄今可能尚未有一完美的解決方式，但保障原住民在法律或政策制定程序當中，更多的參與權能與地位，而非由無法體會其歷史困境之非原住民代替其決定，應該是最基本，也最符合參與民主的方式。

### 三、結論

本文以上試圖透過目前我國在經濟發展與自然利用方面之行政組織權限與主管法令之角度，分析我國資源分配之概況，發現目前的制度架構，對於原住民權益的保障顯然不足。就當代國家成立的歷史觀之，幾乎沒有任何一個國家的建立，與武力掠奪毫無相關，亦即，今日之國家，係踏在原本原住民所擁有的土地上而成立。因此，所謂國家所擁有的各種資源，事實上是以武力為後盾，透過後置的民主機制，以形塑其所有的合法性。就台灣本身的歷史觀之，居住於台灣島上之原住民，係因為征服、殖民或割讓而「非自願性」，一次又一次被併入新政治體制當中。因此，現今的原住民族運動，可謂原住民族後裔，群體性地針對從前所承受之痛苦與犧牲，所進行之族群覺醒、自我認同與爭取被剝奪權利之各種行動<sup>31</sup>。雖然原住民族目前仍認同自己亦為中華民國統治權範圍下之國民，但並不表示其所擁有之權益，係國家承認而來，蓋其擁有早於國家存在的「原住權」，國家應體認到此一事實，尊重甚至感念原住民曾經對於這塊土地之付出。因此，在國家發展經濟之際，實在不宜站在國家統治權範圍內之自然資源皆為國家所有、管理之自我立場，以行政機關所擁有之權限，本位主義地進行資源分配，而應特別考量原住民長久以來之傳統習慣與目前生活發展需求，至少賦與原住民族表達意見與參與決策之機會與程序，以更大範圍地納入多元意見，真正落實憲法保障原住民多元文化發展之規劃<sup>32</sup>。

<sup>29</sup>林益仁，司馬庫斯櫟木事件無罪宣判的啟示，新使者雜誌，118期，2010年6月，頁67-70。

<http://newmsgr.pct.org.tw/Magazine.aspx?strTID=1&strISID=118&strMAGID=M2010061002277>

<sup>30</sup>關於台灣土地登記相關歷程與法律，參王泰升，台灣法的斷裂與連續，元照出版社，2002年7月，頁33以下。

<sup>31</sup>李建良，憲法變遷中的原住民族權利，憲政時代，31卷1期，2005年7月，頁17。

<sup>32</sup>另外，本文撰寫之初，本欲以比較法之方式，對於國家資源決定與原住民權利保障進行探討。然此一問題涉及甚廣，受限於研討會時間迫近，無法進行完整的理論實際對照研究，故決定留待後續進行，併予致歉。

## 與談人：石忠山 副教授

主席、各位發表人、兩位與談人以及各位在座的各位先進大家好。非常榮幸能夠到這邊評論文章，那我也想利用今天這個非常難得的機會來簡單的談談我讀完這篇文章後的一些感想。

首先我要表達的看法是吳教授的這篇文章阿對於我們國內充實就是痾有關於原住民議題尤其是原住民權益方面的一個研究一定會有他的一個貢獻，然後我們自己也可以看到我有一個令人高興的一個發展，就是我們有越來越多的一些朋友來關心原住民方面的一些問題，我們看到最近從一部電影他震撼了整個社會，然後我們看到最近也有很多的一些研討會，在會場上很多的學者專家針對他針對原住民相關的議題提出他們的一些看法，然後我們從這些我們可以觀察到的一些現象了解到了一件事情那就是過去我們從主流社會的價值觀點來去詮釋原住民社會然後形成我們對原住民社會的一些刻板印象，那事實上我們在經歷這幾年台灣社會的一個轉變之後我們認識到事實上我們整個社會可以從不同的角度來針對原住民的一些事務，尤其是原住民針對他們個別的一些權利主張來進行一個理解，所以很高興今天聽到就是說吳秦雯教授在Awi老師的強拉之下，就是從對於原住民議題從來都沒有接觸這樣的一個情況加入到這樣子，我個人感到非常的高興，另一個我今天尤其特別高興的是我今天看到我另一個同學也出現了，很久沒有出現過的同學也就是台大法律系的王皇玉教授，對我們原住民有特別友善的結論，大概是認定我是原住民所以我希望在理論上因為要多一點啦，像我們司法界的一些見解才可以就是回歸到我們自己的一個主張就是說就是回到原住民的一個角度來去思考的一個問題，好那麼吳教授的這篇文章其實有幾個論點是值得我們去注意的哦。

第一個：他從法律層面的一個角度來看哦，我國在自然資源管理運用以及開發上面事實上並沒有落實他剛剛所提到的憲法增修條文的第十條第十一跟第十二項的精神，而這個表示在我們目前中央政府的這個組織以及他的權益架構的設計上面，那麼這一點我們在今天研討會當中我們聽到很多學者對於這一點提出依些看法哦，那麼也因為這樣的政府組織和相關的法規規定的一個缺憾哦，使得原住民族的權益法在台灣目前事實上是跟我們心中的理想還差一個很大很大的距離哦，

那麼今天第三個，只要今天這樣一個情況繼續存在，那麼行政機關他就沒有辦法進行做為，也就沒有辦法依法行政，那麼相同的司法機關他也沒有辦法在既有的一个法治的架構之下為原住民如果行為侵害到就是痾原住民的權利遭受侵

害的時候給予一些適當的一些法律救助。那法官有沒有辦法依法來判決？

那麼第四點，吳教授有提到就是司馬庫斯的判決、對美麗灣的這個法律的判決事實上為我們說明了一件事情，那就是原住民的權利保障在目前喔我們還不要太早就是所謂不要高興得太早哦。

所以總結下來我從吳教授的這幾個問題這樣看下來我覺得他這當中有幾個貢獻哦是值得我們肯定的。第一個他提出了一種警告性的論點，要大家對於我們目前的權利保就是原住民的權利保障工作不要太樂觀，我們事實上做得還不夠。第二個吳教授他透過了精準的法律分析，組織法跟原基法的一個層面來跟大家說明為什麼會出現剛才他所提到的這樣的一個不足的一種情況，那麼他的整個分析是非常精準也非常到位。再來他有提出一個批評認為說我們原基法他的立法雖然是良善的但是我們目前還是缺乏一些我們所需要的一些配套的法令這是一個很不完美的地方。那麼這一點是今天很多學者已經還有還有司法師界的朋友們一個已經提出來的，那麼最後吳教授也提到他提出一個建議，國家應該特別的考量原住民族的特殊身分然後給予原住民的一些差別待遇。

那麼以上我覺得他的論點是值得我們我個人是share他的一些觀點，那麼這些觀點是值得我們來去肯定的，那但是整體而言讀完這篇文章之後我還是先說有幾點感想，那首先我覺得吳教授在這篇文章點出了一個問題，什麼問題呢？那就是原住民族的特殊權利在我們遇到國家的整體利益的時候他的位階到底在哪裡？那吳教授剛剛跟我們講說不要太樂觀、不要太高興、不要看到那個司馬庫斯的判決就以為中華民國就要來承認原住民的權利了！NO！那那他也在這篇文章當中指出了一些問題，例如他有提到就是說我們目前現有的一些原住民的一些法規阿，他的訂定不是很明確的，例如什麼是原住民土地？什麼是原住民傳統領域？那麼這些概念的一些使用他似乎好像違反了法律明確性原則，所以這個部份需要我們來透過制定專法這樣的這樣子的一個方法來對他一些認定和解釋，可是我們很遺憾的是我們原基法通過到今日已經六年了到現在我們哪一個法訂出來了？這個恐怕不是一個純粹的一個法律問題，這是一個政治社會的問題。那麼其次國家機關包括行政機關還有司法機關未來在遭遇原住民族權利保護和國家的整理利弊相衝突的時候他是不是會站在原住民權利保障的這樣的一個立場來給予特別的留意呢？我想這是我們通通沒有辦法掌握的一個地方。

也因為這麼樣的一個問題，什麼樣的一個問題呢？那就是我們還是要回過頭來去思考一個更大的問題，那就是原住民的特殊權利保障是不是真的值得我們去做？是不是真的有關一個正當性？那麼我在吳教授的這篇文章裡頭看到他基本上是對這個問題持著肯定的態度的。但是也因為我們也知道研討會寫文章已經非常了不起了！那麼我看吳教授也是有些匆促所以這個部份他在這個論述上面是

稍微就是說單薄了一點，那我也是覺得這個地方事實上是有點可惜。如果這篇文章如果只是做一個純粹的法律分析的話我覺得這篇可能會稍微有一點像沒有鹽巴跟辣椒的一篇文章哦！那麼剛剛好這樣的一個批判高度也是我認為是說整篇文章應該的他的靈魂所在的一個地方也是這篇文章他會顯現出他更多價值的關鍵所在，所以我其實是非常期待這個研討會結束之後吳教授能夠再把整篇文章他的整個結構跟他的一個核心最具高度的一個觀點整理出來，那我個人是非常非常的期待，那最後我想說也藉由像今天這樣研討會一個機會來提醒一件事情我這邊尤其我們在教政治學國家學教憲法的時候我們常常要講一些這種老生常談的一些問題那一些本的一些看法。那唉我不知道為什麼這個這是一個聽起來非常簡單的一些看法，但是我們需要我們一而再、再而三的再一些利用我們一些很特殊的社會活動來去跟整個社或做一個交換一個互動。我要說的是什麼呢？就很簡單的兩句話我要說的是說民主國家的政治法其實是要應該是要為人民病應該是要為人民而服務而存在，而不是要跟人民來去掠奪資源，然後拿統治人民做為整個國家存在的志業，那我們這個國家跟原住民之間還有很多一些沒有算清楚的一個帳，那麼我始終覺得這個國家有必要跟各位說說老是想動一些歪腦筋，把一些歷史這樣一個問題囫圇吞棗的就這樣子把他帶過去。

我這邊最後的時候結束的時候要引用陳張培倫教授的一句話，他最近寫在中國時報寫了一篇文章他說中華民國黑吃黑，他接受了日本人的土地之後然後就是說日本人遺留下來的土地之後然後就說這個事情是別人幹的，那麼我覺得陳張培倫這個論點好像就是我曾經在我的那個補充這篇文章的一個論點，所以我覺得她好像就是拿我的論點。那不管重點不在這個地方，重點是如果一個國家做到這個樣子我覺得這個國家的那個格調很低，是一個沒有什麼氣質的國家！所以最後我在這邊跟吳教授呼應一件事情那就是我們的國家的政府組織制度未來還有他要去值得我們繼續去調整的一個空間，那麼我也很樂觀的期待未來我們的國會也可以繼續的也就是說在推動我們所需要的一些相關的立法，因為這是我想我們追求族群和解族群融合哦整個社會邁向多元所必須展現的一個整體社會的包容給予尊重。那麼以上是我閱讀完吳教授之後的判讀文章之後一個心中的小小感想跟大家分享，謝謝。

### 主題三 Q&A時間

與會者提問：

我想請教一下哦因為我們參加過很多研討會，看到那麼多專家學者，其實很好奇就是說大家都知道的真正的問題在原基法的那些執法，原基法的那些執法都沒有去做定義，所以我想直接請教就是說，針對這個立法怠惰的狀況，現在有這麼多的專家學者甚至有官員，請問針對這個立法怠惰的狀況我們有沒有可能直接來做行政救濟或者訴訟或是彈劾看各位看法如何？

與會者回應：

回應黃教授的報告，自製獵槍因為法律規定是死的，你自製就是自製你改不了，所以有時候在審判上是有極限。事實上這些是立法的問題不是審判，你說你告訴你申訴也沒有用，因為法官事實上都很同情，法官這是提頭在幹的事情就像就像那個老年人帶著小孩，這個是法律的規定就一定要這樣判，那法官這個審判到最後就是被彈劾，因為你只要超過兩年沒判你就是被彈劾，那這種自治明明他不是自製你卻違反法律來解釋，那是不是最後法官提頭在幹？所以你要期待法官說這些事情重點是在剛才那同學講的，你這些原住民的保護法令或是說這些事實上應該去修法你應該去做那法官能做的可能就是能在限定法律譬如我剛才講到，工作生活工具之用，那生活剛剛是有寫生活，但是他不前此外應該不是司法的問題而是立法的問題，希望大家能把矛頭指向立法院，是不是！？

與會者提問：

大家好，那我們在上一次提到說2006到2009有91件被起訴一審判刑66件哦！那我想了解就是說在王教授的印象中有沒有就是說比較集中在比如哪些族群就事他的族群分布，以及就是說他們那個判刑的顯度，也就是說適用法的情形。那剛剛我們那個法官有提到說是提頭在幹的事，不過就是說如果可以在第一個法官的裁判權範圍內除了運用緩刑的機制，也許還有一些更人性化的處理方式，謝謝。

與會者提問：

大家好！我是真正的獵人哦！然後我來自花蓮的山上。你們在講說獵槍剛剛他的那個獵槍真的好精緻哦我覺得！可是當我們有了獵槍以後他又要管制我們要有的沒有的！好！我們這些都有了可是我們沒有獵槍！因為我的家不小心前幾年就化為國家公有了！我們沒有獵場呀！可是又不知道什麼時候保護法動物保護法立法下來後我又沒有獵物了！我有槍沒有場也沒有獵物！我要這獵槍幹什麼？對不對？不要每次都是專家學者坐前面我們坐在後面，當這些專家學者回去的時候問題還是存在，這是每次我工作坊的時候非常痛心的地方！然後再來就是說我們講說沒有獵場了，我們就會到了我媽媽我爸爸把我訓練成很優秀的獵人！賽德克巴萊裡面最老的頭目是我演的！所以你們剛剛講的電影是怎麼樣！我給大家輕鬆一下！不要睡覺明

天還要繼續上課！所以像我媽媽年紀很大了他想吃的時候我應該上去打，因為我爸爸告訴我怎麼樣很精準的去...如果說我媽媽想吃我還是去了，有一次我就被警察抓到了，還好那個警察我說我媽媽想吃阿那個警察說好好啦，冰箱就被準備沒收了！所以有些地方司法有些地方也許事他的施捨事他的恩惠，可是我不需要那個！我需要的是我有獵槍我有獵場！我要的是這樣！謝謝。

與會者提問：

不好意思！其實在一個月之前我們也針對獵槍這個問題跟內政部提過開過協商會議。那如果說早一個月知道有這個文化可能更有幫助！那很遺憾內政部已經根據他霸氣的解釋然後修正他的那個獵槍管理辦法。那在修正過程中我們也曾提到原住民的獵人、一些前輩還有警政署來座談，當下就問一些獵人，獵槍有登記嗎？大家都說有，但用的不是那一支，也就是說明顯的就是說，第一個，獵槍的他目前按照目前規定獵槍規格的他一定他的規格事實上大家知道他有危險，那有危險所以大家不願意用，那明顯有兩個問題有三個問題在，第一個問題就是說當初比方說其實地方法院是說當初是以行政用行政解釋是逾越法規授權，那他在法規命令他有沒有逾越，這是第一點。然後第二點呢就是說獵槍如果在法規上正值在法令上對獵槍規格已經定了他的規格，那政府是不是有責任保證他的用槍安全？這是第二點。第三點就是說萬一按照他的規格製作，那人民因為這樣使用獵槍受到傷害，那國家應該負擔賠償責任。那第四點還有一點就是說其實在法規上就是說比方說是農閒使用按照相關法律條例是不法的。可是按照野生動物保護法的話你只能在文化慣俗才能使用，所以說呢你春節去利用過年春節打獵不會違反獵槍法律但是違反動物保護法這法律就很矛盾。

與會者提問：

我不是槍砲專家，但是呢在研究槍支的過程我發現自製獵槍非常危險！很危險的！因為自製獵槍，你知道原住民他到警察局的那個核備的地方根本是小型軍兵工廠嘛！那你他要求的那個我們說叫做什麼「後鏡」那到底精緻自製槍，所以在原住民過去持有的獵槍本質就是自製槍支！但是為什麼我們在槍砲彈管制條例會要求原住民要自己要製作槍支？這個我實在是百思不得其解 只有一個可能的想法就是說所謂的自製槍支在那個內政部警政署的規範之夏一定要長得像玩具槍然後比玩具槍再厲害一點，這樣子就可以了。那原因何在？原因應該是說擔心他的殺傷力，因為擔心說持有槍枝的人他會拿去殺人。所以我們要解決說到底持有自製獵槍難道不能拿來殺人嗎？也是可以啊！當你心術不正的你拿自製獵槍還是什麼槍一樣是可以拿來殺人的！所以我剛剛提到的說狩獵專用的槍枝，其實持有這種武器就算只有一把刀，持有的人的心態是什麼？不能說所有人都會拿來犯罪！但是是不是持有者就一定是對於社會治安的危害？這個我其實是持保留的態度。其實你要說自製獵槍改成持有那個制式的專用獵槍是後者更危險的哦！那我們來看看說原住民拿了自製獵槍拿去犯殺人放火，或是說這個犯罪的統計數字拿出來看是不是真的高到說大家感覺到他已經對社會治安造成危害？那我們現在看到的自製獵槍，警政署的要求是要裝玻璃片，彈彈珠沒有到彈珠但是是鐵片。事實上現在法院實務上面審理的那些槍枝

很多我說那個土造散彈槍跟土造長槍，這也都是警政署自己定義出來的槍，那些槍他都已經是發射子彈了，所以你說那種槍按照你的定義中只要槍就很危險，那我們也要製造一個危險說請原住民自己當地下工廠然後自己去仿造他，這個過程不危險嗎？所以我覺得說如果我們是用管制的方式，原住民他們要去申請購買比如果國外制式兵工廠，為了狩獵專用的那種狩獵槍支，那你可以申請購買然後登既然後年年報驗等等。那也是一種管制方式阿！我的想法其實我覺得也不是很壞，我只是覺得說一個國家的政策不能陷於人民於不利，哪有叫原住民自己去改造槍枝！？你要強迫他們打造槍枝，那也就是說打造槍枝這種行為很對？那你不是教國家陷於兩難嗎？那剛剛那個檢察官當著因為你比較直接面對那個屍體哦！我沒有直接感受到也不會覺得說那個很可怕，你說你的第一個案子就是那個自製獵槍射死的，那從此還有很多嗎？還是就那一件？

請容我在回應另外一個問題，就是我這個研究計畫是像剛剛有提到說是不是有刑度然後有族別然後還有那個地區？其實族別沒有辦法看得到，我我在判決裡面看不太出他是什麼族的。那刑度的話有統計，但是在我的那個研究計畫的完整的報告各位可以去那個國科會網站上面，因為這一篇文章是在國科會那一整本報告裡面的節錄，那我把它改寫，那這整本書就是我到原民會後把他出書，就是這整個整理包含了那個做的型錄統計，然後法官如何量刑有沒有判緩刑，然後每一種犯罪類型像那個賄選的問題，然後還有那個案例問題的分析然後槍支的問題，然後一些重案件的分析其實在裡面都有。那我可能明年才會把它變成一本書。不過如果現在各位想要參考的話可以去那個國科會的網站上面，我已經把全文都放在上面，但是那個恩不是完整的啦！那大概是八成！

吳秦雯 助理教授 回應：

恩針對剛才問到說那個原住民基本法執法，然後現在沒有立法是立法怠惰那邊可能有一個問題他的執法應該不是立法院的權利，因為執法應該是行政機關如果他實行起責的話，行政機關就可以罰，所以呢可能是要督促行政機關來進行執法的地方。那當然他也有一些可能是更細部的大概可能是立法的問題，所以也可能由立法院，那在這邊能不能有行政救濟或者是相關的！我覺得很難！按照我們現在的行政法體系，但這時候法院不太可能介入因為這裡有太大的行政跟立法他自己的採量空間，所以比較可能的方法就像我論文裡面我其實很重要就是其時是原住民自己的參與，就是如果能夠積極的參與公共事務哦！然後讓原住民的聲音讓越多人知道我覺得是最有用的！因為政治力才能決定這一些，而不是透過行政法院給這個國家壓力！這個是很難的哦！這是我初步的想法！謝謝。

# 原住民族專屬法庭

主持人：行政院原住民族委員會副主任委員 林江義

紛爭解決與制度設計：

設立原住民族法庭之必要性與可行性

發表人：林三元 法官  
(臺灣臺中地方法院)

與談人：林三加 律師

(財團法人法律扶助基金會台  
北分會)

原住民專屬法庭設立的幾點問題

發表人：湯文章 法官  
(臺灣花蓮地方法院)

與談人：蘇佩鈺 主任檢察官

(臺灣士林地方法院檢察署)

原住民參審試行條例

-原住民審判主體地位的建立

發表人：張道周 法官  
(臺灣嘉義地方法院)

與談人：吳威志 副教授

(國立雲林科技大學科技法律  
研究所)



## 紛爭解決與制度設計：設立原住民族法庭之必要性與可行性

林三元\*

### 摘要

民主法治國家設立法院的目的之一，在於透過一定之程序解決社會紛爭。而紛爭來自於社會，如何設計解決紛爭之制度，自須立基在社會文化之上。因此，法院之設置也必須思考「使用法院者」的立場，否則法院解決紛爭之機能，勢必因為忽略社會文化而無法達成。從原住民（使用法院者）的立場觀察我國目前法院制度，在紛爭解決機制上，是否符合原住民族之傳統文化？有無調整或變革之必要？其中牽涉的議題，不僅僅是原住民司法人權是否受到法律保護而已，更應思考如何降低訴訟成本。

因此，本文嘗試從原住民族之社會文化觀點以及訴訟成本之概念出發，闡述設置原住民族法庭之必要性與可行性。本文認為，討論設置原住民族法庭之必要性，其論證基礎在於法律之社會文化本質，而其可行性則在於不會導致司法資源之不當配置或無效率司法的出現，且能降低訴訟成本、提升司法判決之可信賴度，並達到迅速解決紛爭之訴訟目的。最後，本文將強調，設置原住民族法庭，除了能夠體現憲法增修條文第 10 條所揭櫫之保護「多元文化」精神外，更能促使台灣社會邁向理性成熟的民主法治國家。

關鍵字：原住民族法庭、紛爭解決機制、傳統規範、訴訟成本

---

\* 台中地方法院庭長，交通大學科技法律研究所兼任助理教授

## 前言

「制度（institutions）乃是一個社會中的遊戲規則。更嚴謹地說，制度是人為制定的限制，用以約束人類的互動行為。」<sup>1</sup>現代民主國家之政府組織，大多採取行政、立法、司法，三權分立的制度設計。其中設置法院之目的，在於透過一定之公開程序，依法解決社會紛爭，進而實現司法正義。因此，法院應有之組織架構，及其應適用之法律規範，必須從有效解決紛爭的角度思考，如此才能建立司法之信賴性。除此之外，國家司法資源有限，政府不可能毫無止境地挹注人力、物力於各級法院。且當事人是否願意投入訴訟成本追求真實，亦需考量屬於自己的正義是否可能實現。是以，資源的有效利用以及訴訟成本的適當投入，也是制度設計的必然考量。

我國現代法院制度起源於 19 世紀日據時期，當時由於日本逐步西化，現代民主政治的法院制度也隨著引入臺灣。<sup>2</sup>但是，在現代司法制度建立之前，屬於南島語系的臺灣原住民族，早已在此島嶼定居生活。換言之，原住民族本有其紛爭解決機制，且先於法院制度而存在。然從日據時代開始，國家主權不斷強使原住民納入國家司法權之管轄範圍，原本屬於部落規範的紛爭解決機制，也逐步瓦解。對原住民而言，現代法院不但未能達到定紛止爭的制度功能，相反地，卻為部落帶來更多的不信賴與無效率。

多數當代國家在建構過程中，統治族群均會藉由政治、經濟、生活方式、文化價值等各方面，壓抑被統治族群。<sup>3</sup>進一步而言，在政策形成的規制下，對於少數族群是否能夠融入主流社會並與之對話？或在「他群」的意識型態下，被隔絕於國家法政制度之外，純然成為被統治之一群？皆因為國家掌握了統治的力量與權力，對於原住民與主流社會的發展結果，必然具有絕對的影響力。<sup>4</sup>

例如，清朝將台灣地區原住民稱為「番」，又將番分為兩類：（一）山番、野番、生番。（二）埔番（平埔番）、化番、熟番。這些名稱都是統治族群為了壓迫被統治族群，並制定歧視政策的表現。<sup>5</sup>又如，美國聯邦政府在 1830 年通過「印

<sup>1</sup> D. C. North 著，劉瑞華譯，《制度、制度變遷與經濟成就》，頁 7（1994 年 11 月 9 日）。

<sup>2</sup> 王泰升、傅朝卿、林孝璋，〈臺灣司法的源流與演進〉，收錄在《百年司法【司法·歷史的人文對話】》，頁 22（2006 年 12 月）。

<sup>3</sup> 謝世忠，〈「傳統文化」的操控與管理——國家文化體系下的台灣原住民文化〉，收錄在氏著，《族群人類學的宏觀探索：台灣原住民論集》，頁 115（2004 年 5 月）。

<sup>4</sup> Peter Kivisto, *Multiculturalism in a Global Society*, 35-6 (2007).

<sup>5</sup> 達西烏拉彎·畢馬（田哲益）著，《台灣原住民的社會與文化》，頁 13-14（2001 年 4 月）。

地安部落遷徙法」(Indian Removal Act)，喬治亞州隨之制定相關法令，廢止印地安部落主權、自治權及土地權，並將部落領土納入州法管轄範圍。印地安部落提起訴訟，主張印地安部落乃美國聯邦憲法與法律上之「外國」(foreign nation)，並不在喬治亞州之管轄範圍，請求最高法院核發禁制令(injunction)，禁止喬治亞州之立法行為。但最高法院最後審理結果認為，印地安部落並非外國，依法不得提起此項訴訟，而為不受理之判決。<sup>6</sup>美國最高法院上述判決，顯然是藉由司法制度，強迫印地安部落納入國家主權之範圍內，原住民失去主權之後，成為被統治的族群。

上述現象在 1970 年代以後已有所改變，全球逐漸出現「族群復甦」的現象，強調對於原住民族權利之保護。經過多年努力，聯合國於 2007 年 9 月 13 日經第 107 次全體會議通過了「世界原住民權利宣言(United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples)」。<sup>7</sup>保護原住民族權利之浪潮，在我國亦不例外，制憲機構自民國 81 年開始即以所謂「山胞條款」出現在憲法，再於 83 年將「山胞」正名為「原住民」，88 年廢除「平地原住民」與「山地原住民」的不當區分，最後終於在 94 年憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 條項前段規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」；「國家應依民族意願，保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。」<sup>8</sup>

國際發展趨勢及國內憲法增修條文，雖均強調保護原住民族權利之重要性。但實體權利之保護與訴訟機制之設計，並無必然關係。換言之，權利義務內容之實體法律規範，必須藉由程序規定始能實現，而程序正義之追求，則有賴建構值得人民信賴之法院制度。因此，原住民族權利日益受到重視的時候，思考關於原住民族之紛爭解決機制，甚具有時代意義！

如前所述，法院乃現代民主政治架構下，解決紛爭之場域。法院制度必須受到使用者的信賴，而在有限的司法資源限制下，法院之運作必須符合效益原則，亦即司法資源之分配，不僅應該考量公平，更應該側重在降低訴訟成本，提高司法資源之使用效率。基於這樣的認識，本文將從司法判決之信賴性與審判制度之效率性兩個面向，探討設置原住民法庭之必要性與可行性。<sup>9</sup>

<sup>6</sup> See: *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 U.S. 1 (1813).

<sup>7</sup> See: Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Declaration on the rights of indigenous peoples*, at: <http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/declaration.htm> (last visited 22, Aug. 2011)

<sup>8</sup> 關於此部分修憲之經過及評析，請參見：李建良，〈淺說原住民族的憲法權利—若干初探性的想法〉，《台灣本土法學雜誌》，47 期，頁 118（2003 年 6 月）。

<sup>9</sup> 應否設立原住民族法院（庭），依據湯文章法官之分析，贊成之理由主要有二：原住民相關法制具有特殊性、原住民在訴訟上的弱勢地位。反對設置之理由則有六點：欠缺

首先，本文將闡述司法判決如果不能贏得社會上之期待，尤其是使用法院之當事人的信賴，那麼法院解決紛爭之功能，必然無法實現。而如果原住民參與當前法院訴訟程序之後，認為司法制度欠缺考量原住民族之傳統文化。那麼，設立原住民族法庭，且在案件審理過程中尊重原住民族傳統規範，應能提高司法判決之信賴度，而有其必要性。其次，本文將分析在司法資源有限，社會紛爭無窮的實際情況下，避免無效率的司法程序出現，乃制度設計必須考量的重點。而在不排擠現有司法資源，又能兼顧提昇審判效率的前提下，設立原住民族法庭顯具有相當之可行性。最後，本文將說明，法律即文化，保護原住民權利的根本理念，在於尊重原住民族傳統習慣，國家不僅應在實體法的規範上展現誠意，更應該在解決紛爭之機制方面，設計符合原住民族傳統規範之制度。而在現行法院組織架構下設置原住民族法庭，當屬可行之方向。

應先加以說明的是，本文主要論述之重點乃在「設立原住民族法庭」之必要性與可行性。至於「如何設置」原住民法庭？「如何修法」配合？「如何調整」法院組織架構？原住民法庭法官「如何培訓」？等等具體做法，均非本文討論之範圍。而上開問題之回答，則應另以專文為之。

## 壹、司法判決之信賴性

訴訟之目的在於定紛止爭，訴訟結果必然有勝有敗，敗訴之一方對於判決結果不滿，雖屬人之常情，但如何提高訴訟當事人對於判決結果之信賴，乃訴訟制度設計上之首要任務。<sup>10</sup>令人遺憾的是，社會對於司法公信力，普遍存在不信任的觀感，對於有訴訟經驗的原住民而言，面對司法程序的無力感，更是不言而喻，如何提昇原住民對於司法判決之信賴性，是建構司法制度應該思考的重點。

### 一、谷底盤旋的司法公信力

現代社會分工細密，不同學科的專家們，具備了門外漢難以瞭解的專業資訊，因此發揮了一種巨大且無形的操控力。<sup>11</sup>法學亦有其專業門檻，其中原因之

---

正當性及必要性、原住民所涉及之司法事件，並無特殊性、原住民族之司法事件之數目，尚無必要設置專業法庭或法院來專門處理、原住民族在訴訟上之弱勢地位，可透過配套措施加以解決、關於原住民族法制的司法實務見解欠缺一致，乃法官獨立審判之結果、避免藉原住民族專業法庭或法院之設置，逐步達成原住民族自治之終極目標。作者於結論中則贊成設立原住民族法院（庭）。請參見：湯文章，《設置原住民族法庭或法院可行性之研究》，司法研究年報第 26 輯第 8 篇，頁 185-201（98 年 11 月）。

<sup>10</sup> 邱聯恭，〈程序選擇權之法理——著重於闡述其理論基礎並準以展望新世紀之民事程序法學——〉，收錄在氏著，《程序選擇權論》，頁 28-29（2000）。

<sup>11</sup> Steven D. Levitt & Stephen J. Dubner 著，李明譯，《蘋果橘子經濟學》，頁 108（2006 年 6 月初版 4 刷）。

一在於法律所使用的文字。有學者曾說：「法學文字是一種化外文字，與醫學文字一般，長年被德國人笑說是獨立於『正常的』普通文字之外，自成一種不是專業人就很難看懂的神秘語系。」<sup>12</sup>可見法學的專業高度性，尤其是法律文字的深奧難解，恐怕是造成司法判決與社會隔閡的原因之一。

司法院為了解一般民眾對司法之認知，自 95 年起每年均進行相關調查報告。<sup>13</sup>其中「99 年一般民眾對司法認知調查」，自 99 年 8 月 31 日正式展開訪問，並於 9 月 19 日完成訪查作業。該調查採分層比例隨機抽樣及電腦輔助電話訪問進行，成功訪問 5,262 位 20 歲以上之臺灣地區民眾，其中 1,967 位曾赴法院洽公。調查共分「民眾司法認知概況」、「民眾赴法院洽公經驗」及「曾赴法院洽公民眾對法院評價」三大主題。就第三個主題「曾赴法院洽公民眾對法院的評價」方面，調查結果顯示，受到 99 年 7 月中旬，一連串司法負面事件衝擊，「法院人員的廉潔操守」、「法官審判的公信力」，不滿意比率逾五成，遠高於滿意者。與 98 年相較，「法院人員的廉潔操守」滿意比率 30.6%，驟降 13.0 個百分點，而不滿意 56.2%，遽增 18.1 個百分點；「法官審判的公信力」滿意比率 39.2%，降 9.3 個百分點，而不滿意比率 56.1%，增 9.3 個百分點。<sup>14</sup>

此外，聯合報民意調查中心連續 5 年的調查中顯示，民眾非常信賴法官的比例從 1991 年到 1996 年下降了百分之四。學者分析認為，司法公信力不是在改善而是在惡化中，而且從進一步的統計分析中可以發現，「司法信賴度的惡化在統計上是顯著的，也就是說不論受訪者的各種狀況如何，對司法的信賴愈來愈弱。」<sup>15</sup>

再者，財團法人中華人權協會於 2010 年進行之司法人權調查，對 1,084 個有效樣本進行電話民調的結果顯示，有 30.3% 的民眾，對司法人權保障持正面評價（表示司法人權保障程度「非常好」與「好」），與 2009 年調查結果 26.7% 相比，有些許進步。而抱持負面評價（表示司法人權保障程度「非常不好」與「不好」）的受訪者，從 2009 年的 44.5%，微幅增加到 44.9%。對司法人權沒有反應

<sup>12</sup> 胡蕙寧，〈在書中，與一位偉大的美國法官心靈相逢〉，收錄在 Linda Greenhouse 著，胡蕙寧譯，《大法官之旅——法理情的思考與掙扎》，頁 13（2007 年 4 月初版）。

<sup>13</sup> 請參見下列網站：<http://www.judicial.gov.tw/juds/index1.htm>（司法院→司法統計→調查統計）（最後造訪日期：2011 年 8 月 22 日）。

<sup>14</sup> 請參見：司法院，「99 年一般民眾對司法認知調查」結果摘要分析：

[http://www.judicial.gov.tw/juds/4\\_u99.pdf](http://www.judicial.gov.tw/juds/4_u99.pdf)（最後造訪日期：2011 年 8 月 22 日）。

<sup>15</sup> 瞿海源、鄭宏文，〈司法信賴的調查分析〉，澄社、民間司法改革基金會編，《司法的重塑：民間司法改革研討會論文集（一）》，頁 93-107（2000 年）。

的比例則降低到 24.8%。顯見受訪者對於司法人權的感受程度提高，逐漸脫離漠不關心的態度，但多數受訪者對司法人權的整體觀感，仍然是負面多於正面。<sup>16</sup>

最後，國立中正大學犯罪研究中以電話調查法，進行「100 年上半年全國民眾被害暨政府維護治安施政滿意度調查」，訪問執行時間為民國 100 年 7 月 15 日與 18 至 22 日，晚間 6:00 至 9:30。調查研究之母體為臺灣地區 19 縣市(不含澎湖與離島)，設有戶籍，年齡在 20 歲以上之成年民眾，總計共撥出電話 22,543 次，扣除「無效電話」(包括無人接聽、忙線、傳真機、答錄機、空號及故障) 13,879 通後，共接通 8,664 通電話，其中訪問成功樣本(即受訪者回答全部題目者)為 2,077 通，成功訪問樣本數為 2,055 個。在 95%的信心水準下，信賴區間最大為正負 2.16%。研究發現，受訪民眾對法院法官審理案件抱持質疑態度者佔 81.0%，較 99 年調查又持續增加了 3.1%，並為歷次調查中首度突破八成比例。<sup>17</sup>顯見司法公信力不僅沒有提昇，反而持續降低，實在是一大警訊，亟待各方思考具體改善策略。

由上述內容可知，無論是司法院的官方資料，或者是媒體、學術單位以及民間機構的調查結果，都呈現了人民對司法信賴度偏低的情形。整體司法表現，從過去到現在，似乎一直在谷底盤旋而未曾躍上青天，俯瞰世界！而法學高度專業性形成了一般民眾不易跨越的高牆，再加上人民對司法的高度期待，很容易因為發生司法負面事件(例如：法官收賄、書記藏匿卷宗)而降低對法院的評價。最後導致的結果是人民質疑法官審判的公信力，司法判決無法得到社會上普遍之信賴，而且呈現公信力疲弱的現象，也就不讓人感到意外了。

司法公信力低落的原因，瞿海源及鄭宏仁教授認為，是由於「文化傳統欠缺法治精神、法制本身不完備、政治干擾法治、教育與傳播媒體的影響、民眾個人及其親友的經驗。這幾個因素影響到個人對司法制度運作的認知，進而對司法信賴做出判斷。」<sup>18</sup>而分析司法公信力低落的原因固然重要，但是如何「對症下藥」，提出治療司法的良方，才是根本對策！本文認為，法院既然是民主社會解決紛爭之機制，那麼「使用法院」之當事人的經驗才是最重要的。換言之，無論訴訟結果如何，人民親自參與訴訟程序之「具體」感受，必將反映成為「抽象」的信賴與否。因此，思考如何建構「當事人相信」的訴訟制度，才是提高法院判決之公信力、法官審理之可信賴性的根本之道。

<sup>16</sup> 請參見：財團法人中華人權協會，2010 年司法人權指標調查報告：

[http://www.cahr.org.tw/about\\_2.php#04](http://www.cahr.org.tw/about_2.php#04) (最後造訪日期：2011 年 8 月 25 日)。

<sup>17</sup> 國立中正大學犯罪研究中心，一百年上半年度全國民眾犯罪被害暨政府維護治安施政滿意度調查，at: <http://deptcrc.ccu.edu.tw/index.php/examine/showExamine/41> (最後造訪日期：2011 年 9 月 7 日)。

<sup>18</sup> 同上註

應特別強調的是，除了財團法人中華人權協會自 2007 年開始，將原住民人權列入調查對象之外。<sup>19</sup> 司法院或媒體關於司法信賴度之調查報告，其抽樣基礎並未考量調查對象是否具備原住民身分，原住民之司法人權，亦非調查之重點。這是否反應了主流社會輕忽原住民司法人權？值得深思！

## 二、原住民的司法人權

如前所述，原住民的司法人權，向來不是主流社會關心的重點。有學者即謂：「判別台灣人權進步是真是假，最簡單有力的試金石，就是睜眼看看台灣原住民的人權狀況如何。」<sup>20</sup> 此段敘述，或許最能表現原住民長久以來所面對的司法困境的漠視。

根據財團法人中華人權協會 2010 年之調查報告，在原住民人權保障方面，雖然有將近五成四的民眾抱持正面評價（表示其人權保障程度「非常好」與「好」），有一成九左右的民眾抱持負面評價（表示其人權保障程度「非常不好」與「不好」）。該調查報告將原住民人權指標分為四大項：（一）經濟社會權，（二）文化認同權，（三）自決權，（四）政治權利，共 21 個題目。每個题目的評分，採李克特式五等分量表計分（Likert 5-point scale），按該項指標受保障程度分為 5 個等級，保障程度最差給 1 分，保障程度最佳給 5 分。在 5 個等級中，以 3 分為普通。經各細項指標統計，總平均數字為 2.38，呈現「普通傾向差」的程度。其中第 17 項題目為：「就您認為，我國司法機構有援引原住民之習慣法作為判決依據的落實程度。」平均數為 1.86，故學者專家評估為呈現「差傾向甚差」的程度。第 18 項題目為：「就您認為，我國對於設置原住民特別法庭的落實程度。」平均數為 1.66，故學者專家的評估是呈現「差傾向甚差」的程度。<sup>21</sup>

由上述財團法人中華人權協會關於原住民人權之調查報告內容可知，整體原住民人權保障程度，雖有五成四之受訪者抱持正面評價。但是，如果單就原住民傳統習慣是否受到司法機關之重視以及設置原住民法之落實程度，兩項指標而

<sup>19</sup> 除了進行原住民人權調查之外，中華人權協會及原住民立法委員簡東明於 2010 年 8 月 25 日上午 10 時，共同於立法院召開「建國百年，還我原權」原住民族人權宣言記者會，邀請關心原民權益的學界、社會團體及部落代表與會，正式簽署台灣「原住民族人權宣言」。請參見：財團法人中華人權協會原住民工作團，請留給原住民族一個有尊嚴的未來！，at: [http://www.cahr.org.tw/tip/news\\_detail.php?nid=107](http://www.cahr.org.tw/tip/news_detail.php?nid=107)（最後造訪日期：2011 年 8 月 25 日）。

<sup>20</sup> 吳豪人，〈台灣原住民的財產權：市民法與傳統規範的衝突〉，（2004 年 11 月 27 日），at: <http://advocates.tomeet.biz/woooooa/front/bin/ptdetail.phtml?Part=seminar15&PreView=1>（造訪日期：2008 年 1 月 21 日）。

<sup>21</sup> 請參見：財團法人中華人權協會，2010 年原住民人權指標調查報告：<http://www.cahr.org.tw/eweb/uploadfile/20101209114233758.pdf>（最後造訪日期：2011 年 8 月 25 日）。

論，原住民的司法人權，仍舊呈現「差傾向甚差」的程度。而提昇原住民司法人權保障程度，最為明顯立即的作法，乃成立原住民族法庭，並且能在專屬原住民族之法庭，透過具體個案之審理，尊重並援引原住民族習慣法。那麼不僅能夠達到保障原住民人權之目的，更能提昇司法判決之信賴性，而其理念係根基於「法律即文化」的論述。

### 三、法律即文化

由上述分析可知，司法公信力低落的原因之一，在於當事人參與訴訟過程之「親身經驗」不佳，亦即當事人使用法院之後的「具體感受」，往往與原本對司法的高度期待產生落差。而從上開財團法人中華人權協會進行之調查報告亦可發現，我國司法機構援引原住民之習慣法作為判決依據之落實程度偏低；對於設置原住民特別法庭的落實程度亦有極大的努力空間。可以想見的是，當國家法制與原住民族傳統習慣產生衝突時，原住民即有可能拒斥使用法院解決紛爭。因此，提昇原住民對於司法之信賴度，其對策之一在於，考量原住民族傳統文化與現行法律制度之調和。而在調和兩者衝突之前，必須理解原住民對於傳統習慣的法律信念，如此才能正確詮釋「法律即文化」的意涵。

以泰雅族的傳統文化習慣為例，論者即謂：「瞭解泰雅族的文化，一定要先接觸到一個關鍵概念 **gaga** (太魯閣族與賽德克則稱為 **gaya/waya/gaza**)」。<sup>22</sup>而 **gaga** 的基本觀念包括：「1.血緣與祖訓，**gaga** 是建立在血緣關係上，由共祖所傳下來的祖訓；2.習慣與道德準則，因為祖訓經過長期的累積，所以會涵蓋生活各個層面，最後成為習慣與道德的準則。因此也帶有法律意義，是習慣法和道德的整體，人人都應該遵守；3.禁忌，日常生活行為中有些是必須被禁止的，這也包含在祖訓之內，也就是說，違反了祖訓中不可做的那些事，也就等於犯了禁忌；4.祭祀，遵守祖訓是為了向祖靈祈福，或避免災禍，其中包含泰雅人的宗教信仰，也就是認為祖靈掌管賞罰、可降災賜福等等；5.生業，在泰雅族傳統的生活中，農業與狩獵是主要的生業型態，而他們的共同生產團體、共同狩獵團體與共勞互助團體都稱為 **gaga**。這五個基本概念在行為表現上，都成為社會團體組成的原則。」<sup>23</sup>從法的角度而言，「所有泰雅族社會規範都源於自於 **gaga**，**gaga** 是眾人日常生活、風俗習慣的誡律，更是眾人行為道德社會律法的最高維護與審判者。」<sup>24</sup>

<sup>22</sup> 謝世忠、郭倩婷、楊鈴慧、劉瑞超、李韋誠，《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》，行政院原住民族委員會，頁 33 (2007 年 3 月)。

<sup>23</sup> 折井博子，《泰雅族噶噶的研究》，國立台灣大學考古人類學研究所碩士論文，頁 28-30 (1980)

<sup>24</sup> 高文斌，《日治時期泰雅族習慣法的發展》，國立政治大學民族學系碩士班碩士論文，頁 57 (92 年 6 月)。



另以卑南族為例，傳統卑南族社會為母系社會，而親屬制度乃其社會核心價值，無論是家、家族、氏族或是整個部落組織，都是基於親屬制度發展其傳統習慣。換言之，卑南族人具有強烈的「社會人」傾向，個人的存在方式是以社會關係方式呈現，此即卑南族傳統習慣規範的本質特徵所在。<sup>25</sup>因此，卑南族財產權的核心概念，並非建立在「人支配物的關係」，而在於個人、家族、部落三者環繞土地所形成的各種關係。對於傳統卑南族人而言，財產權是一種社會關係，乃集體共有的權利，而不是人與物之間的支配關係。<sup>26</sup>

由上述內容可知，對泰雅族人而言，**gaga** 是生活中的文化，也是部落的法律，文化與法律是一體的兩面，兩者息息相關。以獵場的管理為例，泰雅族傳統上沒有複雜的規範，不需繁瑣的文字敘述，一切只要依照口頭約定，再由頭目或長老見證即可。<sup>27</sup>從這個角度觀察，泰雅族的法律觀念，即是踐行祖先的話，族人的生活及互動，無論在公私場合，均由 **gaga** 規範。而在卑南族的情形，財產關係並非建立在個人私有財產之上，而是以部落為核心，再向外擴展到家族以及個人，形成一個社會網絡。此與現行民法係基於個人主義之立法，強調私有財產的觀念，完全不同。因此，當現代資本主義法制強行進入部落之後，原住民族對於規範難以適從，想必是自然之理了。

是以，透過國家司法機制解決與原住民有關之紛爭事實，既與原住民傳統習慣規範產生衝突，法院判決結果顯難得到訴訟當事人的信賴。然而法律本身乃是基於溝通而成立之框架，換言之，立法者與公民、法院與訴訟當事人、立法者與司法者以及契約當事人之間，都必須透過溝通才能建構法律的框架 (**frame**)。<sup>28</sup>再者，法律與其所組織的社會之間，存在一定的聯繫關係，法律的合法化必須考量該社會的價值與文化基礎，法律也因此被視為社會文化的具體化。<sup>29</sup>而法律意義的建構，也必須透過不可或缺的文化媒介才得以實現。為了理解一個社會如何整合與運作文化，人們不得不借助法律規範；一旦思考透過法律規範整合文化，我們也必須將法律視為文化的組成部分。而所有法律制度所面對的諸多問題，都必須求諸於對社會文化的理解。<sup>30</sup>

---

<sup>25</sup> 財團法人東台灣研究文化藝術基金會，《原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制研究——卑南族、賽夏族」結案報告》，行政院原住民族委員會委託研究，頁 55-59（2009 年 6 月 25 日）。

<sup>26</sup> 同上註，頁 59-63。

<sup>27</sup> 謝世忠、郭倩婷、楊鈴慧、劉瑞超、李韋誠，前揭註 22，頁 93。

<sup>28</sup> Mark Van Hoecke 著，孫國東譯，《法律的溝通之維》，頁 13（2008 年 1 月）。

<sup>29</sup> 同上註，頁 250-251。

<sup>30</sup> Lawrence Rosen 著，彭艷崇譯，《法律與文化——一位法律人類學家的邀請》，頁 6-10（2011 年 4 月）。

目前原住民司法人權低落的原因，正是因為法律制度無法體現原住民文化，而在法院與訴訟當事人的溝通過程中，欠缺合法正當性，導致原住民無法信賴司法，而另一個面象呈現的就是，原住民司法人權未受到應有的保護。如能設立原住民族法庭，並在訴訟過程中尊重原住民傳統規範，解決原住民紛爭事實，必能因而提高原住民對於司法判決之信賴度。

應加以說明的是，在國家法制中體現原住民傳統規範，並透過司法程序落實，並非易事。如未制定相關法律或修改現行法律，明文肯認原住民族傳統規範具有法之效力，即使設置原住民法庭，也無法完全解決原住民所面臨的司法困境。但是，設置原住民法庭絕對是融合國家法制與原住民族傳統規範的最佳起點。並能逐步將原住民文化融入國家司法制度之中，體現「法律即文化」的理念，也才能將盤旋谷底的司法向上提昇，建構為人民所信賴的法院！

## 貳、審判制度之效率性

我國司法審判制度，最為一般人民批評之處，在於審理程序冗長而無效率，如何提升審判效率，向來都是司法改革的核心議題。<sup>31</sup>為了解決法院審理案件冗長費時，導致案件延宕的現象，除了學者提出學理論述之外，司法院亦積極推動相關法案，其目的無非為了促進審判之效率。<sup>32</sup>

本文認為，提高審判效率與降低訴訟成本之間存在高度關連性。如能降低訴訟成本，對於審判效率之提昇，應有正面助益。換言之，法院訴訟制度之設計，必須考量使用法院者之「人的因素」，而非單純思考訴訟程序之「物的恆定」，如此才能建構有效率的審判環境。亦即審判效率與訴訟成本的依存關係，不僅應思考訴訟制度的設計——此即物的恆定；也應慮及訴訟當事人的主觀意願——此即人的因素。而設立原住民法庭就是著重「人的因素」，也是「降低訴訟成本、提高審判效率」的具體作為！

<sup>31</sup> 翁岳生，〈司法改革十週年的回顧與展望【主題演說】〉，收錄在，湯德宗、黃國昌主編，《司法改革十週年的回顧與展望》會議實錄，頁 13-79（2009 年）。

<sup>32</sup> 以民事訴訟為例，邱聯恭教授從憲法訴訟權之保障，提出程序選擇權之法理論述，強調「提昇使用者對程序制度內容及其運作之信賴度、信服度、接納度」，以發現「值得當事人信賴之真實」為基礎，在衡量程序利益與實體利益之後，達到紛爭解決之訴訟目的。請參見：邱聯恭，前揭註 10，頁 23-77。另在刑事訴訟方面，為了解決案件久懸未決之現象，司法院推動「刑事妥速審判法」之立法，立法院三讀通過後，總統於 99 年 5 月 19 日以總統華總一義字第 09900119201 號令制定公布全文 14 條；其中第 5 條第 2~4 項自公布後二年（即 101 年 5 月 19 日）施行；第 9 條自公布後一年（即 100 年 5 月 19 日）施行；其他條文施行日期由司法院定之。顯見促進審判效率，乃各界對於司法改革之共同看法。

如何將有限的司法資源，公平分配於各種或個別之訴訟事件，避免權利人因程序制度之耗費，導致追求實體利益之成本過高，此乃制定訴訟制度時，必須注意的重要起點。<sup>33</sup>然而，訴訟成本之衡量，除了必須思考國家司法資源如何有效分配之外，當事人在選擇紛爭解決機制的衡量成本，以及進入法院訴訟程序之後，為了發現真實所付出之揭露資訊成本，亦屬重要的訴訟成本。而成立原住民族法庭，不僅有助於提昇原住民使用法院之意願，亦可降低揭露資訊成本，必能促進整體司法效率。

### 一、「告」與「不告」的衡量成本

人類社會必然產生紛爭，而在紛爭事實發生之後，當事人選擇解決紛爭之方式，必須有所取捨。民主法治國家，大可分為以訴訟之方式解決紛爭，抑或是透過訴訟外之機制處理。當事人往往必須耗費時間、精神或金錢，始能在「告」（訴訟）或「不告」（訴訟外）之間做出抉擇。<sup>34</sup>在做出是否使用法院解決紛爭的決定之前，當事人必須耗費相當的資源，而且對衡量因素的了解，必須具備相當的法律專業，結果往往是提高了衡量成本，當事人更不易掌握決定之正確與否。<sup>35</sup>

以醫療糾紛為例，學者曾以紮根理論研究方法，探討臺灣地區醫療糾紛之處理途徑，研究發現，病患及其家屬處理醫療糾紛的方式，包含直接向醫院申訴、尋求民間團體協助、尋求民意代表協助、向縣市衛生局調解委員會要求調解、自力救濟，或向法院提出訴訟。再者，病患及其家屬採取法律訴訟途徑處理醫療糾紛的案件雖有上升趨勢，但僅佔一至二成。相反的，自行與醫療提供者進行協調或透過第三方介入協助調解案例仍占多數，約五到七成。更值得注意的是，愈往南部地區採行自力救濟與地方人士介入之情形也愈明顯。研究結論指出，病患及其家屬所採行醫療糾紛之處理方式，主要仍以非法律訴訟的協調機制為主。而在「告與不告之間」，病患及其家屬主要考量點有六：一、等待醫方誠意的回應；二、對於醫療疏失和處理方式的瞭解程度；三、是否願意承擔訴訟成本；四、傳統觀念；五、其他家屬意見；六、地方人際壓力。<sup>36</sup>我國目前雖無針對原住民面對紛爭時，如何選擇解決紛爭機制之相關實證研究。但上開有關醫療糾紛「告」與「不告」之研究，仍可作為討論原住民選擇紛爭解決機制之參考。

<sup>33</sup> 邱聯恭，前揭註 10，頁 26-27。邱教授在文中強調「公平」分配司法資源，固符合法律追求公平正義的理念，但是訴訟程序之進行，更不能忽略「效率」，如何有效率地解決紛爭，乃本文論述之重點。

<sup>34</sup> Lawrence Rosen 著，彭艷崇譯，前揭註 30，頁 11。

<sup>35</sup> D. C. North 著，劉瑞華譯，前揭註 1，頁 38-39。

<sup>36</sup> 林東龍、彭武德、陳武宗，〈「告」與「不告」之間——臺灣醫療糾紛病患及其家屬之行動分析〉，《長庚人文社會學報》，2 卷，1 期，頁 166、180-186（2009 年）。

如前所述，紛爭事實發生後，當事人在思考是否進入法院時，如果存在考量之因素，必然需要投入衡量成本，且其考量之因素愈多，衡量成本也就相對提高。不同於一般訴訟當事人的是，原住民傳統社會本有一套運行已久的紛爭解決機制，是否應以傳統模式解決紛爭，或者是透過國家制度尋求司法判決，對原住民而言，可能存在衝突而難以調和。

舉例而言，金箔在雅美（達悟）族社會，常被視為賠償罪責的代價。一整塊金片，可以作為賠償被誤殺者一人之象徵。女用琉璃飾珠與水田，亦常用以賠償罪責，豬隻在賠償儀式中則為祭品。賠償條件談妥之後，約定日期由犯罪者之父母或兄弟，攜帶賠償之金箔及豬隻，由促成和解之人陪同到被害者家裡。豬隻放在門口，先交付賠償之金箔。兩方直系血親皆受邀參加，雙方男性親屬各持槍（Teinalulut）參加並圍著豬隻，由被害者一方對豬念咒語後以槍刺殺之，然後抬到野外堆草燒熟去毛後，在抬回分解煮熟，分肉共食。<sup>37</sup>然而，如有族人依據上述雅美族傳統上解決紛爭之機制履行賠償，是否得以免除其法律上之賠償責任？依傳統習慣成立和解之族人，如再向法院起訴請求對造賠償損害，法院是否會肯認部落和解之效力？這些因素都會影響原住民如何選擇紛爭解決之機制。

可見原住民選擇是否進入法院解決紛爭時，除了考量一般因素（例如：對方式否善意回應、對於紛爭事實的瞭解程度、訴訟費用、家屬意見及人情壓力）之外，尚須斟酌「傳統規範」與「國家法制」之取捨。換言之，國家司法制度的運作有其一定規則，在「先程序後實體」的法律原則之下，原住民如不熟悉程序規定，往往無法透過司法程序，獲得實體正義。反觀部落慣習的力量，在遵守「祖先的話」之共識原則下，能夠迅速解決在部落產生之紛爭。<sup>38</sup>可見，原住民在選擇紛爭解決機制時，不僅需要付出一般當事人之衡量成本，又因原住民必須思考是否以傳統方式解決紛爭，增加考量因素之後，原住民是否使用法院的衡量成本也隨之提高。

本文認為，降低原住民「告」與「不告」的衡量成本，最佳之解決方式在於建構一定之誘因，讓原住民願意選擇法院作為紛爭解決之機構。詳言之，現行訴訟制度與原住民族傳統規範存在相當之「司法落差」（judicial divide）。<sup>39</sup>具體實

<sup>37</sup> 高德義、石忠山、羅國夫、楊逸翔、楊鵬穎、全皓翔，《原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制研究：排灣族及雅美族個案》，頁 208（2008 年 12 月）。

<sup>38</sup> 例如：在排灣族部落中如果發生毆打老人家、酒醉找麻煩或是和外社人打架，頭目一旦知道，會請祭司通知當事人的家長，家長必須準備酒，當事人和家長必須要頭目家，頭目會當面加以訓斥。請參見：上揭註，頁 76。

<sup>39</sup> 本文借用數位落差（digital divide）之概念，說明國家法制與原住民族傳統規範之關係。兩者之間並無優劣之分，但是存在一定的距離，如何拉近彼此的距離，才是國家法律制度設計時應該省思的重點。

踐的情形，不僅反應在實體法規範，而在程序規定方面，傳統規範與國家法制之間，更是截然不同。

以實體法規範之衝突為例，在司馬庫斯「櫟木案」<sup>40</sup>判決之前，當原住民族傳統習慣與國家法制發生衝突時，法院係以國家律法為判決依據，未能尊重民族之傳統習慣。臺灣高雄地方法院 96 年度易字第 2938 號刑事判決即認為：「……顯見原住民因家具、農具而須採取竹木、副產物，仍須向管理機關『專案申請』核准始得為之，本件已非原住民單純撿拾枯枝、落葉資為一般日常生活運用所得比擬，亦應經專案申請始得為之，是被告辯稱依其傳統理念，歷來均可在林班地撿拾愛玉子之主張，尚無從為被告等免罰之依據……。」

另外，在程序規定衝突方面更為明顯，以排灣族為例，假設不同部落之間因為婚姻爭執時，違反傳統習慣犯罪之一方，必須由頭目出面處理。頭目會攜帶酒、豬隻、耙仔到對方家庭，以示賠罪。<sup>41</sup>然而，民法親屬編就婚姻之成立要件及違反之效果，能否請求損害賠償等等，均已明文規定。且權利受損之一方當事人，亦必須經由一定程序起訴請求對造賠償損害，此為現行國家法制所規定。排灣族人如因婚姻產生爭執時，究係依循傳統規範由頭目出面處理？抑或提起訴訟主張權利？在衡量的過程中，必然耗費時間、精神等相關成本。

由此可知，在程序相異、實體相左的情形下，進入法院的成本顯然過高，也難以期待原住民會選擇法院作為紛爭解決之機制。本文認為，降低原住民選擇紛爭解決機制之衡量成本，去除原住民畏懼使用法院之最佳方法，應以「法庭部落化」為目標，在國家司法制度中，納入原住民族傳統規範，而其內容不僅包括程序規定，亦應吸納實體規範。如能成立「原住民族法庭」，即可解決上述規範衝突之問題，更可降低原住民選擇紛爭解決機制之衡量成本，充分發揮法院解決紛爭之機能，進而保障原住民在憲法上之訴訟權。

---

<sup>40</sup> 新竹縣司馬庫斯部落原住民族人，於 94 年間因遵照部落會議決議，將國有林地內風倒木移置於部落，而遭新竹地方法院高等法院判決有罪後，經最高法院發回更審，台灣高等法院終於援引原住民族基本法規定，將三名被告被決無罪。最高法院及台灣高等法院更一審時，援引相關資料，尊重原住民族之傳統習俗，並以多元主義之觀點、文化相對之角度，闡述建立共存共榮之族群關係，尤其能夠尊重原住民族在傳統領域土地內，依其傳統習俗之行為，對於保護原住民族基本權利，實有相當之影響。請參見：最高法院 98 年度台上字第 7210 號及臺灣高等法院 98 年度上更（一）字第 565 號刑事判決。此外，立法院第 7 屆第 5 會期司法及法制委員會第 3 次全體委員會議委員建議事項，因上開判決，就泰雅族原住民之傳統文化及生活習慣闡述甚詳，請司法院轉請台灣高等法院檢送上開判決供法官參考。

<sup>41</sup> 高德義、石忠山、羅國夫、楊逸翔、楊鵬穎、全皓翔，前揭註 37，頁 450。

## 二、揭露資訊之成本

在訴訟過程中，不論民、刑事訴訟案件，或者是行政訴訟案件，對立之兩造均有握有一定之資訊。為了獲得對己有利之訴訟結果，實難期待當事人公開全部資訊，因此，資訊不對稱（Information asymmetry）<sup>42</sup>似乎是訴訟程序進行中，必然產生的現象。

當事人選擇法院作為紛爭解決之機制後，無非期待司法機關在訴訟過程中發現真實，並就紛爭事實依法裁判。因此，「發現真實」乃訴訟之主要目的，也唯有發現真實，法院才能公允地做出判決。但是，發現真實必須付出一定時間、精神或金錢，當事人面對的課題即是，是否願意「不計代價」追求真實？<sup>43</sup>再者，因為訴訟活動之進行，除了當事人之外，尚有法院、檢察官及律師參與其中。那麼無論當事人決定投注多少成本，為了發現真實——揭露資訊——所付出的成本，是參與訴訟活動之各方，包括法院、檢察官或律師，均應思考的課題。

從倫理道德的觀點而言，在訴訟過中應該非常容易發現真實。因為做錯事的人要「勇於承擔」、「勇敢面對」，才是符合道德的要求。但是現實的情形並非如此。在經濟學裡，對人性的兩點根本假設是：人是理性的，人是自利的，（此即經濟學的兩大假設）。<sup>44</sup>因此，在利害衝突的情形下，訴訟當事人對於資訊的揭露，必然會有所隱瞞或過濾。<sup>45</sup>

美國學者 Levitt 與 Dubner 對於資訊的作用，曾有深刻之描述，其二人謂：「資訊帶來的是光明或黑暗、和平或紛亂，端看擁有者是誰以及如何運用。資訊的威力無窮，就算資訊並不真正存在，但只要認定你擁有資訊。這種假定也擁有不可低估的影響力」。<sup>46</sup>這樣的敘述正足以說明訴訟過程中，如果制度設計不當，握有資訊的當事人即有可能利用資訊，誤導程序進行，因而導致訴訟成本增加。

如前所述，在一般訴訟案件進行時，當事人對於是否揭露資訊，經常存在利己的考量，此屬人情之常。但從另一個角度思考，當事人如果選擇揭露資訊，姑且不論資訊內容是否實在，是否有利於己。訴訟制度本身，應該提供「適於揭露」

<sup>42</sup> 在市場交易中，一方擁有的資訊優於另一方，應屬常態。此種情形，經濟學家稱之為「資訊不對稱」。Steven D. Levitt & Stephen J. Dubner 著，李明譯，前揭註 11，頁 104。

<sup>43</sup> 在發現真實的過程中可能出現，即使付出代價，也未必能夠追求真實的「沉沒成本」（sunk cost）。所謂沉沒成本係指「一旦投資進去，就不太容易收回的固定成本」，這些成本可包含時間、金錢、投入的心力以及機會等等。請參見：霍德明、熊秉元、胡春田、巫和懋，經濟學 2000（三版·上冊），頁 253（2003 年 10 月）。

<sup>44</sup> 熊秉元，〈人是自利的〉，收錄於氏著《熊秉元漫步經濟》，頁 140（2003）。

<sup>45</sup> Steven D. Levitt & Stephen J. Dubner 著，李明譯，前揭註 11，頁 116。

<sup>46</sup> Steven D. Levitt & Stephen J. Dubner 著，李明譯，前揭註 11，頁 103。

的程序制度，避免當事人因為無法揭露資訊或不易揭露資訊，而遭受不利益之判決結果。換言之，如果揭露資訊之成本過高，當事人可能不易揭露資訊，甚至選擇不揭露資訊，那麼不僅無法達成訴訟程序發現真實之目，更會扼殺司法之公信力！

以原住民之訴訟經驗為例，依據上開原民會委託進行之研究報告內容可知，原住民對於現行訴訟制度存在相當的距離感，其中很重要的因素在於「語言」的使用。依據法院組織法第 97 條規定：「法院為審判時，應用國語。」但仍有原住民無法透過國語為充分之表達，尤其是在陳述與原住民傳統有關之事務時，如何找到相對應的國語詞彙，實屬不易（例如：泰雅族之 gaga 太魯閣族之 gaya 賽德克族之 gaya，如何透過國語完整陳述？）。原住民時常因為語言之問題，難以在法庭辯論過程中，完整陳述自己之意見，也就不難想見了。<sup>47</sup>司法院就此問題之相關措施係設置特約通譯之制度，但語言的隔閡與距離，仍舊提高原住民訴訟當事人揭露資訊之成本。在語言隔閡、規範不同之障礙下，原住民在法庭上揭露資訊之成本，顯然高於一般當事人。

為了釐清案件事實，訴訟當事人必須付出揭露資訊的成本。以民事紛爭為例，一般不具法律專業背景之當事人，為了尋找「請求權基礎」進而證明權利存在，如果未能藉由律師的協助，即有可能受到敗訴判決。而原住民如果進入法院解決紛爭，除了遭遇一般當事人揭露資訊之困境外，更因為語言的隔閡、傳統規範與國家法制的衝突，導致揭露資訊之成本高於一般當事人。依據現行法院訴訟制度，解決原住民之法律紛爭，訴訟成本顯然過高。本文認為，以現階段之情況而言，降低原住民訴訟成本的最佳方式，乃於不影響國家司法資源配置的前提下，在地方法院設置原住民族法庭。如此一來，不僅可以有效降低原住民之訴訟成本、提高審判效率，也不致於排擠其他人民使用法院之權利，可謂一舉數得。

## 參、結論

法律之前人人平等的概念，在民主法治社會一般被視為神聖不可侵犯，但是，真實的情況並非如此。無庸置疑地，經濟上的強者，能有足夠的資源、充分的資訊，藉由司法制度主張權利。相反地，經濟上的弱者，不僅無法聘請律師，更可能因為自己所處的社會環境，難以提供相對應的法律知識，往往只能在法律

<sup>47</sup> 高德義、石忠山、羅國夫、楊逸翔、楊鵬穎、全皓翔，前揭註 37，頁 344。

之前低頭。<sup>48</sup>台灣原住民過去數十年來所處的法政環境，正反應了上述的現象，

49

然而，法院乃民主社會解決紛爭之機制，原住民社會對於紛爭之解決，雖有其傳統機制，但在國家主權運作之下，除法實施完全的原住民族自治，將司法權納入自治的範圍，否則在現行規範制度下，法院仍是原住民必須面對的紛爭解決場域。因此，如何提昇原住民對於司法判決之信賴度、加速法院審理之效率，應係司法改革之重要核心。

首先，任何法院組織之改變，都必須考量國家司法資源之有效配置，設立新類型之法院應有其實質必要性，例如：因應國際發展趨勢與國內產業之需求，經過多方討論之後，始成立全國唯一之智慧財產法院。而原住民所面臨的司法人權雖亟待改善，但如果設置全國唯一之「原住民族法院」，以原住民人口分佈全國各地，且族群文化不同的現況而言，可能為原住民帶來更多的不便，也無法兼顧族群之間規範的差異性，亦可能影響國家司法資源之配置。因此，本文認為，應在不改變現行法院組織的前提下，於特定之地方法院設立原住民族法庭。如此才能兼顧國家司法資源的有效配置，以及原住民司法人權之保障。

其次，司法信賴度普遍低落的原因之一，在於人民使用法院解決紛爭之親身經驗不佳。對原住民而言，除了受到國家法律之規範外，尚且受到傳統規範的約制。法院審理原住民訴訟案件時，往往忽略原住民族傳統規範，導致原住民對於審理結果感到失望，司法信賴度自然盤旋谷底。如能讓原住民在屬於自己的「部落法庭」，透過國家法制與傳統規範之融合解決紛爭，自能提高司法信賴度，設置原住民族法庭，始有其必要性。

最後，建立訴訟外紛爭解決機制，雖屬民主法治國家之常態，但法院仍是當事人解決紛爭的主要場域。而當事人是否選擇法院解決紛爭，必須投入時間、精神或金錢等等衡量成本。此外，在法院訴訟過程中，當事人為了發現對己有利的真實，必須付出揭露資訊之成本。而降低訴訟成本——衡量成本與揭露成本——之根本作法在於減少當事人之考量因素。對於原住民而言，如能融合部落中解決紛爭之機制與國家訴訟制度，並且在訴訟過中減少語言障礙、吸納傳統規範，即能降低原住民之訴訟成本，也能促進法院審判之效率，設置原住民族法庭顯然具有相當之可行性。

---

<sup>48</sup> Arthur M. Okun 著，許晉福譯，《公平與效率——你必須有所取捨》，頁 49（2011 年 6 月）。

<sup>49</sup> 孫大川，〈行政空間與族群認同——以台灣原住民為例〉，收錄在氏著，《夾縫中的族群建構》，頁 99-125（2010 年 1 月二版）。



本文必須強調，任何關於原住民權益的政策制定，一定要傾聽部落的聲音。原住民族法庭是否有設立的必要？如何設立？等等議題，都不能忽略部落的意見。正如孫大川教授所說的：「要認識部落只有一個辦法：就是真正地進入部落，看部落。」；「回到部落後我們首先一定要聽『部落到底需要什麼？』」！<sup>50</sup>因此，法學研究者應該走出圖書館、進入部落，透過實證研究方法，探討如何設立原住民族法庭，才能提出真正符合原住民文化傳統的紛爭解決機制，進而落實憲法增修條文，保護多元文化的意旨與精神。<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> 孫大川，部落的組織與溝通，收錄在氏著，夾縫中的族群建構，頁 70、78（2010 年 1 月二版）。

<sup>51</sup> 美國學者為了研究印地安民族對於傳統文化的規範情形，針對 351 個印地安部落進行「部落法」(tribal law)的實證調查，對於建立部落主權的概念，有相當的助益。See: Angela Riley, *Straight Stealing: Towards an Indigenous System of Cultural Property*, 80 WASH. L. REV. 69, 100-101 (2005).

## 參考文獻

### 中文著作：

- D. C. NORTH 著，劉瑞華譯。1994。《制度、制度變遷與經濟成就》。時報出版。
- 達西烏拉彎·畢馬（田哲益）著。2001。《台灣原住民的社會與文化》。武陵出版社。
- STEVEN D. LEVITT & STEPHEN J. DUBNER 著，李明譯。2006。《蘋果橘子經濟學》。大塊文化。
- 謝世忠、郭倩婷、楊鈴慧、劉瑞超、李韋誠。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》。行政院原住民族委員會。
- 折井博子。1980。《泰雅族噶噶的研究》，國立台灣大學考古人類學研究所碩士論文。
- 高文斌，〈日治時期泰雅族習慣法的發展〉，國立政治大學民族學系碩士班碩士論文，（92年6月）。
- 財團法人東台灣研究會文化藝術基金會。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。
- MARK VAN HOECKE 著，孫國東譯。2008。《法律的溝通之維》。法律出版社。
- LAWRENCE ROSEN 著，彭艷崇譯。2011。《法律與文化——一位法律人類學家的邀請》。法律出版社。
- 高德義、石忠山、羅國夫、楊逸翔、楊鵬穎、全皓翔。2008。《原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制研究：排灣族及雅美族個案》，行政院原住民族委員會。
- 霍德明、熊秉元、胡春田、巫和懋。2003。《經濟學 2000（三版·上冊）》，雙葉書廊。

ARTHUR M. OKUN 著，許晉福譯。2011。《公平與效率——你必須有所取捨》。經濟新潮社。

英文著作：

Peter Kivisto, *Multiculturalism in a Global Society* (2007).

中文論文：

王泰升、傅朝卿、林孝璋。2006。〈臺灣司法的源流與演進〉，收錄在《百年司法【司法·歷史的人文對話】》，司法院。

謝世忠。2004。〈「傳統文化」的操控與管理——國家文化體系下的台灣原住民文化〉，收錄在氏著，《族群人類學的宏觀探索：台灣原住民論集》。

李建良。2003。〈淺說原住民族的憲法權利—若干初探性的想法〉，《台灣本土法學雜誌》47期6月。

湯文章。2009。〈設置原住民族法庭或法院可行性之研究〉，《司法研究年報》第26輯11月。

邱聯恭。2000。〈程序選擇權之法理——著重於闡述其理論基礎並準以展望新世紀之民事程序法學——〉，收錄在氏著，《程序選擇權論》。

胡蕙寧。2007。〈在書中，與一位偉大的美國法官心靈相逢〉，收錄在 Linda Greenhouse 著，胡蕙寧譯，《大法官之旅——法理情的思考與掙扎》。

瞿海源、鄭宏文。2000。〈司法信賴的調查分析〉，澄社、民間司法改革基金會編，《司法的重塑：民間司法改革研討會論文集（一）》，桂冠圖書。

翁岳生。2009。〈司法改革十週年的回顧與展望【主題演說】〉，收錄在，湯德宗、黃國昌主編，《司法改革十週年的回顧與展望》會議實錄。

林東龍、彭武德、陳武宗。2009。〈「告」與「不告」之間——臺灣醫療糾紛病患及其家屬之行動分析〉，《長庚人文社會學報》2卷1期。

熊秉元。2003。〈人是自利的〉，收錄於氏著《熊秉元漫步經濟》，時報出版。

孫大川。2010。〈部落的組織與溝通〉，收錄在氏著，《夾縫中的族群建構》，聯合文學。

英文論文：

Angela Riley, Straight Stealing: Towards an Indigenous System of Cultural Property, 80 WASH. L. REV. 69 (2005).

其他：

Cherokee Nation v. Georgia, 30 U.S. 1 (1813).

Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Declaration on the rights of indigenous peoples*  
〈 <http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/declaration.htm> 〉 .

司法院→司法統計→調查統計 〈 <http://www.judicial.gov.tw/juds/index1.htm> 〉 .

司法院，「99年一般民眾對司法認知調查」結果摘要分析  
〈 [http://www.judicial.gov.tw/juds/4\\_u99.pdf](http://www.judicial.gov.tw/juds/4_u99.pdf) 〉 .

財團法人中華人權協會，2010年司法人權指標調查報告  
〈 [http://www.cahr.org.tw/about\\_2.php#04](http://www.cahr.org.tw/about_2.php#04) 〉 .

國立中正大學犯罪研究中心，一百年上半年度全國民眾犯罪被害暨政府維護治安施政滿意度調查 〈 <http://deptcrc.ccu.edu.tw/index.php/examine/showExamine/41> 〉 .

財團法人中華人權協會原住民工作團，請留給原住民族一個有尊嚴的未來！  
〈 [http://www.cahr.org.tw/tip/news\\_detail.php?nid=107](http://www.cahr.org.tw/tip/news_detail.php?nid=107) 〉 .

吳豪人，〈台灣原住民的財產權：市民法與傳統規範的衝突〉，  
〈 <http://advocates.tomeet.biz/woooooa/front/bin/ptdetail.phtml?Part=seminar15&Preview=1> 〉 .

財團法人中華人權協會，2010年原住民人權指標調查報告  
〈 <http://www.cahr.org.tw/eweb/uploadfile/20101209114233758.pdf> 〉

## 與談人：林三加 律師

謝謝主持人，還有三位發表人、回答人，跟現場的嘉賓，大家好。回歸到三元法官的這個論文，我也非常贊同法官三個很重要的一個論點，一個是說，應該要重新檢視這個部落跟國家的關係。那重新檢視部落跟國家的關係，再來是思考原住民族法院或法庭怎麼樣來設置的問題，不過林三元法官剛剛論文的開始也有提到，他的論文沒有針對到底要如何設置作比較詳細的分析。那不過他的結論是認為，應該要設置這樣原住民法院或法庭這樣的一個結論，我基本上是非常的贊同。

那第二個論文裡面提到是說，應該要建立原住民族法庭一個非常大的目標，就是要建立可被人信賴的司法，也就是說今天如果司法是不受人民信賴的話，他是會產生問題的。也就是說司法是社會正義的最後一道防線，如果這個防線是不被信賴的，它沒有可靠性的話，其實是非常有問題的。回歸回來，必須要從這個角度來看，那我覺得林法官的這個論文，用這個當事人的觀點來談這件事情，我覺得非常的有意義。你今天不是從國家的高度，就是說來想今天我要如何來管理這個事情，而是從人民的角度來思考怎麼樣重建原住民族法院。我覺得這個觀點的出發是非常的好。

那第三個部分，林法官談到的訴訟成本，就是說設置原住民族法庭牽涉到這個成本的問題。我也認為他是從人民的角度來看這件事，他是在談原住民要選擇要不要用司法的途徑來解決他的問題的時候，他會考慮到這個成本的問題。所以訴訟成本的問題也是從人民的角度來思考這個問題，我認為非常的好。

不過，最後林法官的結論，好像是比較支持應該在既有的法院的體系下設置原住民族法庭，這個部分也許我有一些不同的想法，那也是提出來跟大家討論。

林法官在論文裡面有提到一個詞叫做「法院部落化」，那我看到這個詞的時候我覺得非常的亮眼，非常被那個詞吸引住。那昨天，雅柏甦詠也提出他的論文裡面也提到部落法院這四個字，我覺得這好像有點類似。所以我就想到我去年 11 月的時候有代表法律扶助基金會到紐約去參訪一些相關的機構，那其中有一個機構是紅鉤法院，那我今天有請大會提供一個小單子，是我那時候取到的一個資料，這個是美國有一個機構，是法院創新的中心，它專門在思考法院怎麼樣在創新，來成為一個問題解決的機制，**Problem Solving Justice** 解決問題取向的正義。那這個東西其實很重要，剛剛林法官在最後提到，設置原住民法庭會不會產生更多的問題，而沒有解決問題。如果說，產生更多的問題的話，這樣可能是會

讓人家打問號的。所以今天我們在討論創設原住民族的法院或法庭的時候，我們應該要從這個問題解決的正義 **Problem Solving Justice** 這個角度來思考。那這個美國的法院創新中心，它在 1992 的時候，有協助紐約市成立了一個紅鈎法院，這個紅鈎社區法院非常的有意思，它是由這個社區的民眾一起來協助這整個法院的運作，那這個法院的法官，他也不止審理民事、刑事、家事、少年.....他通通都審。就是這一個法官，民事的案件審，刑事的案件審，家事、少年法庭.....都審。他也有非常大一個的裁量的空間，他不是只做說有罪、無罪，要入監服刑還是不用入監服刑。他會有很多不同處理的權限，讓他去做一個裁處。我覺得這個東西非常的值得參考。

那這樣的一個法院的構想，其實基本上是在有一個概念，叫社區正義，**Community Justice** 這樣的一概念之下再進行，那 **Community Justice** 社區正義它的兩個極端一個是，最徹底的是人民參審，就是說目前司法院在思考的人民觀審，那人民參審是甚至人民一起審判，譬如說原住民族的法院，裡面會有原住民族...就是說一般的民眾，不是法官，也一起來參與審判，去決定這個怎麼判的這樣一個機制。那甚至包含在審判之後的執行，也會有人民的參與，這是一種比較最左邊的這樣。光譜的最右邊是社區的支持，社區正義這個東西，它必須要整個社區的整個網絡的連結跟社區的支持。那從這個角度來看，我會覺得我們重新再思考我們要怎麼樣設置原住民族法院或法庭的時候，會有比較多元的想像，那就不會只限於說目前我們國家只有地方法院裡面來設置這個原住民族法庭的概念。我們應該有更多元的想像，更多元的想像其實也應該不要排除有更多元的作法。

那我們的原住民族基本法，其實它裡面已經明文，賦予法源了，也就是說可以設置原住民族法院或法庭。我認為應該可以在部落設置社區法院的概念，就是部落法院的這個概念，那原住民族法庭在地方法院設置我認為也未嘗不可。它要處理的事情可能會有一些比較不一樣的情況，比如說，民事的你可能可以選擇你要在哪裡，那家事的你可能也可以選擇，那刑事的部分，就是說這個部分其實可能有一些管轄權禁可的問題將來必須要思考。

另外一個部分是不同的當事人，比如說，漢人和原住民發生糾紛的時候，你這個管轄權禁可的時候要怎麼去處理，這個可能將來都要一起思考。

因為時間的關係我在提最後的一點，林法官在他的論文裡面也有提到，他非常贊成用實證研究的方式來做這個原住民族法庭的，這個我也非常的贊成，因為我們法律扶助基金會目前也在思考怎麼籌設原住民族法律研究跟扶助中心，那原民會好像也在思考這樣中心的一個概念。

那我認為這些都應該要做，但也不是說一定要怎麼樣做出一個單一的一個中心，而是每個機構都可能一個這樣的中心，比如說師大有一個這樣的中心，法扶也一個中心，然後原民會一個中心，也許法院裡面有一個研究中心，那如果不同的研究中心一起來做這些實證的研究可能更促進我們怎麼樣進行這方面的思考，謝謝。

## 原住民族專屬法院或法庭設立的幾點問題

湯文章\*

### 摘要

台灣原住民族約 50 萬餘人，分屬於 14 族<sup>1</sup>，就以漢人（包括福州佬人、客家人、外省人）為主流之台灣社會而言，屬於少數民族（minority peoples），確屬於弱勢地位，且台灣原住民源自於南島民族，無論傳統文化、生活習俗，以及社會規範、政治制度等，均不同於漢民族。然漢民族自統治久以來，先實施隔離政策，繼而實施同化政策，強行推動同化的結果，除造成傳統文化與外來文化產生激烈的衝突外，已經造成原住民族傳統文化的凋零，為了回復傳統權利，原住民族的有識青年們，自 1980 年代開始進行一系列的權利運動，從正名運動、還我土地運動到提出原住民族自治<sup>2</sup>，而國家統治者也採取若干善意的回應，分別制定了憲法原住民族條款、原住民族教育法、原住民身分法到原住民族基本法、原住民族傳統智慧創作保護條例等法律，原住民族部分權利已法制化而受國家法律所規範保障<sup>3</sup>，惟尚有諸多權利，例如：原住民族之集合權、自治權、司法權、文化權、土地權等權利<sup>4</sup>應否承認，仍懸而未決，偏偏這些權利都屬於原住民族傳統生活習慣的一環。由於司法權為國家主權的顯現，凡是在主權所及之範圍內，應一概適用同一之司法制度，國家既然尚未將這些原住民傳統習慣納入現行法律中，當國家法律與傳統法規範衝突時，法院仍然必須依據國家法律來審判，但因原住民族長期處於政治、經濟、社會、文化上的弱勢地位，不諳法律及訴訟程序，當面臨司法訴訟之際，經常不知所措，且又因為經濟能力困窘，無資力聘

\* 臺灣花蓮地方法院法官兼庭長。

<sup>1</sup>現今政府認定的原住民族計有阿美族（Pangcah；Amis）、泰雅族（Atayal；Tayal）、排灣族（Paiwan）、布農族（Bunun）、魯凱族（Rukai）、鄒族（Tsou；Cou）、卑南族（Puyuma）、賽夏族（Saysiyat；Saysiat）、雅美族（Tao；Yami；今稱達悟族）、邵族（Thao）、噶瑪蘭族（Kavalan）及太魯閣族（Taroko；Truku）、撒奇萊雅（Sakizaya）、賽德克族等 14 族。此外，尚有許多平埔族，例如：凱達格蘭族（Ketagalan）、道卡斯族（Taokas）、巴宰族（Pazeh）、巴布拉族（Papura；Papora）、貓霧揀族（Babuza）、洪雅族（Hoanya）、西拉雅族（Siraya）、馬卡道族（Makatao）等，均未獲得政府的承認。日前，西拉雅族以行政院原住民族委員會為被告，向台北高等行政法院提起確認平地原住民身分，惟獲敗訴判決，參照該院 99 年度訴字第 2306 號判決。

<sup>2</sup>有關原住民運動在憲法上之意義，可參照林淑雅，第一民族—台灣原住民族運動的憲法意義，前衛出版社，2000 年 4 月。

<sup>3</sup>楊曉珞，台灣原住民族司法權之探討與建構，國立東華大學民族發展研究所碩士論文，2007 年 1 月，頁 4。

<sup>4</sup>這些少數族群權利（minority rights），一般均列為第三代人權。



請律師為其主張訴訟法上的權利，導致原住民族在目前國家司法權管轄下，當權利受到侵害時，仍無法獲得應有的保護。因此，成立原住民族專屬法院或法庭的聲音即不斷被提起，然而，原住民族專屬法院或法庭的成立，就能夠保障原住民族的權利嗎？就能提高原住民族在訴訟法上的地位嗎？恐怕過於樂觀。

台灣原住民族約 50 萬餘人，分屬於 14 族<sup>5</sup>，就以漢人（包括福州佬人、客家人、外省人）為主流之台灣社會而言，屬於少數民族（minority peoples），確屬於弱勢地位，且台灣原住民源自於南島民族，無論傳統文化、生活習俗，以及社會規範、政治制度等，均不同於漢民族。然漢民族自統治久以來，先實施隔離政策，繼而實施同化政策，強行推動同化的結果，除造成傳統文化與外來文化產生激烈的衝突外，已經造成原住民族傳統文化的凋零，為了回復傳統權利，原住民族的有識青年們，自 1980 年代開始進行一系列的權利運動，從正名運動、還我土地運動到提出原住民族自治<sup>6</sup>，而國家統治者也採取若干善意的回應，分別制定了憲法原住民族條款、原住民族教育法、原住民身分法到原住民族基本法、原住民族傳統智慧創作保護條例等法律，原住民族部分權利已法制化而受國家法律所規範保障<sup>7</sup>，惟尚有諸多權利，例如：原住民族之集合權、自治權、司法權、文化權、土地權等權利<sup>8</sup>應否承認，仍懸而未決，偏偏這些權利都屬於原住民族傳統生活習慣的一環。由於司法權為國家主權的顯現，凡是在主權所及之範圍內，應一概適用同一之司法制度，國家既然尚未將這些原住民傳統習慣納入現行法律中，當國家法律與傳統法規範衝突時，法院仍然必須依據國家法律來審判，但因原住民族長期處於政治、經濟、社會、文化上的弱勢地位，不諳法律及訴訟程序，當面臨司法訴訟之際，經常不知所措，且又因為經濟能力困窘，無資力聘請律師為其主張訴訟法上的權利，導致原住民族在目前國家司法權管轄下，當權利受到侵害時，仍無法獲得應有的保護。因此，成立原住民族專屬法院或法庭的聲音即不斷被提起，然而，原住民族專屬法院或法庭的成立，就能夠保障原住民族的權利嗎？就能提高原住民族在訴訟法上的地位嗎？恐怕過於樂觀。

## 壹、目前的困境

### 一、法院部分

<sup>5</sup> 現今政府認定的原住民族計有阿美族（Pangcah；Amis）、泰雅族（Atayal；Tayal）、排灣族（Paiwan）、布農族（Bunun）、魯凱族（Rukai）、鄒族（Tsou；Cou）、卑南族（Puyuma）、賽夏族（Saysiyat；Saysiat）、雅美族（Tao；Yami；今稱達悟族）、邵族（Thao）、噶瑪蘭族（Kavalan）及太魯閣族（Taroko；Truku）、撒奇萊雅（Sakizaya）、賽德克族等 14 族。此外，尚有許多平埔族，例如：凱達格蘭族（Ketagalan）、道卡斯族（Taokas）、巴宰族（Pazeh）、巴布拉族（Papura；Papora）、貓霧揀族（Babuza）、洪雅族（Hoanya）、西拉雅族（Siraya）、馬卡道族（Makatao）等，均未獲得政府的承認。日前，西拉雅族以行政院原住民族委員會為被告，向台北高等行政法院提起確認平地原住民身分，惟獲敗訴判決，參照該院 99 年度訴字第 2306 號判決。

<sup>6</sup> 有關原住民運動在憲法上之意義，可參照林淑雅。2000。《第一民族—台灣原住民族運動的憲法意義》。前衛出版社。

<sup>7</sup> 楊曉珞。2007。《台灣原住民族司法權之探討與建構》碩士論文。壽豐：國立東華大學民族發展研究所，頁 4。

<sup>8</sup> 這些少數族群權利（minority rights），一般均列為第三代人權。

我國目前為了達到法官專業化之目標，對於特定案件，制度上分為設置專業法院，或由專業法庭、專股等三種方式來處理。

### （一）設置專院

目前我國的專院僅有少年法院及智慧財產法院，少年法院係依少年事件處理法第7條第2項規定設置，就少年法院法官的遴選，司法院並訂立「少年法院院長、庭長及法官遴選辦法」以為因應；而智慧財產法院則係依智慧財產法院組織法第13條第2項規定設置，其法官選任則依「改任智慧財產法院法官遴選暨在職研習辦法」為之。專業法院法官的遴選條件比較嚴謹。以智慧財產法院法官的遴選為例，由於有智慧財產法院組織法為母法，在該法第13條部分即對於遴選要件列得相當詳細，至於經遴選為該院法官者，其資格可維持四年。可惜在職研習方面，僅有第6條就任用前的在職研習之規範，任職期間卻沒有相關規定；就此部分少年法院的遴選辦法亦同。

### （二）設置專業法庭，或由專股處理

法院設置專庭或專股，規定於法院組織法第79條第2項：「辦理民、刑事訴訟及其他特殊專業類型案件之法官，其年度司法事務分配辦法，由司法院另定之。」司法院據此制定「各級法院法官辦理民刑事及特殊專業類型案件年度司法事務分配辦法」。所謂「特殊專業類型案件」在民事部分，係指勞工、選舉罷免、醫療、工程（營造業法第67條之1）、智慧財產（智慧財產案件審理細則第2條）、家事等專業案件。在刑事部分，係指醫療（違反醫師法及因醫療行為致死或致傷之業務過失傷害、業務過失致死案件）、金融（違反銀行法、信用合作社法、金融控股公司法、票據金融管理法、信託業法、保險法、證券交易法、證券投資信託及顧問法）、智慧財產（智慧財產案件審理細則第3條）、性侵害、交通<sup>9</sup>等專業案件。就特殊專業類型案件，法官向司法院申請核發「特殊專業法官證明書」（第2條第5款）者，即得辦理該特殊專業類型案件<sup>10</sup>。目前各法院對於專庭或專股承辦專業案件的情形，並不一致。且前開事務分配辦法，對於法官的專業化雖有所著墨，但規範的重點卻在於該專庭或專股法官的事務分配，對於法官專業化

<sup>9</sup> 99年10月26日司法院會銜行政院修正發布之「道路交通事故事件處理辦法」（原名稱：「道路交通事故案件處理辦法」）第2條，已將原規定於第2款之「道路交通事故刑事案件」刪除，僅保留第1款「交通聲明異議事件」；另該辦法第4條亦將「地方法院及其分院『應』設專庭或專股辦理交通案件」之規定，修正為「法院『得』設專庭或指定專人辦理」。因此，依修正後「道路交通事故事件處理辦法」規定，「交通事件」不僅排除「交通刑事案件」，且法院就「交通聲明異議事件」也非必設「交通法庭」辦理之。所以，「交通刑事案件」之裁判已無庸冠以「交通法庭」名義；至「交通聲明異議事件」於行政訴訟法修正後，則歸行政法庭處理。

<sup>10</sup> 真正的專業，並非只是嫻熟法律，而是必須對被審判對象「文化處境」有所瞭解，藉由各個層面考量爭議對象所牽涉到的問題，才能稱為專業。可惜目前司法院所核發的專業法官證明書還是著重在法律的專業。

的培養及進修完全付之闕如。

所以，目前在法院系統中係以訟爭案件之法律專業特性作為考量標準，而非當事人之血統屬性，因此，尚未有原住民專業法院或法庭之設置。原住民若因案涉訟，仍應視訟爭案件之性質來決定須否制定特別審理程序。

## 二、法官部分

原住民族專業法院或法庭之設置，如要發揮功能，端視專庭內之法官能否勝任，目前大學一般法律系所之通識及法律專業科目並未開設有關於原住民之課程，而現行司法官之養成教育及在職專業訓練，對於該方面之課程訓練，亦寥寥可數，就筆者所悉，目前國內法官中並未具有原住民身分者<sup>11</sup>，就司法官養成教育中，以司法官第 50、51 期課程為例，亦僅有「弱勢族群與人權保障」2 小時、「原住民關懷」2 小時<sup>12</sup>，除非對於原住民族傳統文化有濃厚興趣而自行研究，否則，法官對於原住民族傳統文化，認識明顯不足。或有認為可參考外國法例之「陪審」或「參審」制度，由部落頭目、原住民長老或長老團體來協助法官審判原住民涉訟案件，但觀諸原住民的司法糾紛，主要在於原住民身分的認定、原住民保留地的逐漸流失、原住民傳統文化與主流文化的衝突，而這些都是因為主流文化對於原住民族文化的壓制所產生的問題。關於原住民身分，採取承認制度，仍舊脫離不了統治者的權威，並不適當。至於原住民保留地的逐漸流失，主要是台灣地狹人稠，所以容許平地住民法承租原住民保留地。另關於傳統化與主流文化的衝突所產生的問題，主要是漢民族長久統治原住民族以來，同化政策產生的問題<sup>13</sup>，藉由部落頭目、原住民長老或長老團體之參與，可以降低原住民族對於不具原住民身分法官之疑慮，增進原住民族對司法與法院判斷之信賴。但各族部落頭目、原住民長老或長老團體素質良莠不一，所持立場有時失其客觀，且許多原住民長年在外居住，部落頭目、原住民長老或長老團體不見得瞭解其族人之個性及生活，且隨著社會思潮與時代發展，族人對於部落頭目、原住民長老或長老團體諸多批評，如何期待部落頭目、原住民長老或長老團體為其說情<sup>14</sup>。

## 三、司法制度部分

原住民族在現行司法制度下，進行訴訟程序時，面臨審判法官專業性不足、

<sup>11</sup> 為撰寫本論文，筆者曾央請任職之法院人事室向司法院詢問該問題，所得答案是：沒有相關統計資料。

<sup>12</sup> 於 100 年 8 月 16 日參閱網址：<http://www.tpi.moj.gov.tw/public/Attachment/010141073929.doc> (50 期)、<http://www.tpi.moj.gov.tw/public/Attachment/010141037894.doc> (51 期)。

<sup>13</sup> 湯文章。2009。〈設置原住民法庭或法院可行性之研究〉《司法研究年報》第 26 輯第 8 篇。台北：司法院出版，頁 114—115，

<sup>14</sup> 簡群育、張瑞楨、郭靜慧。2007。〈有人樂觀其成，有人認幫助有限〉《自由時報》A3 版。

審判程序所使用語言、文字過於僵化、審判方式不利

於弱勢者等共同問題。在民事訴訟程序，面臨審判權有無認定不明、專屬管轄範圍規範不足、訴訟救助要件審核過嚴、習慣法文獻欠缺，難作為裁判依據等問題。在刑事訴訟程序，面臨有無創設特別審判權之必要、強制辯護制度保護不足、傳統習慣無法作為免責事由、刑罰執行方式過於僵硬等問題。在行政訴訟程序面臨問題，面臨原住民保留地開發管理辦法有無違反法律保留原則、對於原住民族工作權之保障，有無違反憲法揭示之財產權保障原則、比例原則及平等原則等問題<sup>15</sup>。

由於司法體系長久以來對於族群文化關係的漠視，導致法官對於族群文化認知不足，往後應該適時加強。在審判語言方面，現行通譯或特約通譯並未發揮功能，應加強彼等對於原住民族語言文化與現行法律制度，意義上差異之訓練。對於證據法則之採取不利於原住民族，亦應多加宣導輔助。在審判權有無認定不明、專屬管轄範圍規範不足部分，修法予以明定審判權隸屬及擴充專屬管轄之範圍。至於訴訟救助要件審核過嚴部分，現因法律扶助法之實施，已有若干改善。關於習慣法文獻欠缺部分，應即早完成原住民族各族習慣調查報告。在創設特別審判權部分，涉及是否承認原住民族自治的問題，不過依原住民族基本法第 4 條、第 5 條所揭示之自治，並不允許原住民族另行創設刑事特別審判權。關於強制辯護案件，對於原住民族犯罪之辯護，應適時加以放寬。原住民族傳統習慣除非納入現行法，否則尚不作為免責或執行刑罰方式之依據。在原住民保留地開發管理辦法有無違反法律保留原則部分，應制定法律來對於原住民保留地加以規範，而不該僅以授權命令來加以規範。對於原住民族工作權之保障，基於種族優原則，強化原住民族之競爭機會、補救與補償外來殖民者先前對於原住民族的限制與侵害，應不致於違反憲法揭示之財產權保障原則、比例原則及平等原則。

## 貳、 設立專屬法院或法庭的爭議

上述問題，是否因原住民族專業法院或法庭之設置，得以獲得解決。

### 一、贊成設置原住民族專業法院或法庭之理由

#### (一) 原住民相關法制具有特殊性

目前有關為原住民族制定之法律或命令，例如：原住民保留地開發管理

<sup>15</sup> 該部分之論述，參照湯文章。2009。〈設置原住民法庭或法院可行性之研究〉《司法研究年報》第 26 輯第 8 篇。台北：司法院出版，頁 107—164。

辦法、尚在行政院審議中之原住民族保留地開發管理條例等「原住民保留地」法制，以及原住民族身分法、原住民族教育法、原住民族工作權保障法、尚在行政院主管機關草擬之原住民族發展法草案和原住民族自治條例草案等法律中，有關原住民族權利義務之法制，已朝向特殊化之方向傾斜，而與適用於一般土地或一般漢人的法律有所差異。因此，司法機關宜有所因應，以具有特殊性的法院組織，來解釋適用這些具有特殊立法意旨，或特殊規範內涵的條文。例如，在原住民族保留地管理條例草案中，規定了複雜的自然主權、傳統領域、土地部落共有等問題，原住民族自治法草案也規範包括土地的自治管理問題。這類基於民族之傳統習慣所訂定之特殊民族法制，在台灣的國家實證法中，係第一次出現，並將陸續出現，司法審判者若無這方面的學識能力，即無法妥當地解釋適用法律<sup>16</sup>。

## （二）原住民族在訴訟上的弱勢地位

現行法律體系係針對漢民族而制定，原住民族屬於南島民族，與漢民族種族文化並不相同，在面臨訴訟時，屬於原住民族的當事人，因不懂法院所適用的法律，在強調當事人進行主義的民事訴訟程序，未能為自己主張有利的證據或法律上論證，可能遭到不利益的判決。而且，因為經濟條件較差，亦無法聘請法律專家協助。甚且，某些被原住民族視為傳統文化習俗，而法律上卻規定為違法之事，例如：持有傳統之獵槍、獵捕野生動物等，在法官幾全部是漢人的情形下，對於原住民當事人欠缺「同理心」，並且欠缺對於原住民族文化充份瞭解，咸認原住民當事人惡性重大。另在處理原住民族土地權糾紛時，無法尊重原住民族傳統習慣上處理土地糾紛之方式地，致造成現行法律與原住民族習慣產生嚴重的隔閡或對立<sup>17</sup>。另在審判過程中使用之語言，經常為原住民族所不懂，若能成立專業法庭或法院，由通曉原住民族語言之法官或遴選具有原住民族身分之人充任法官，即能充份保障原住民族在訴訟上之權益，避免原住民族因不懂審判語言而遭受不利益之裁判。

## （三）原住民族法制的司法實務見解欠缺一致

目前我國法院在審理有關原住民保留地之訴訟事件，由於法官對於法規範解釋之不同，甚至對於原住民族相關法制瞭解度及辦案經驗之不同，致產生對於同一內容之訴訟事件有不同之裁判結果。因此，司法實務上宜設置原住民族專業法庭或法院，對於涉及原住民族事務之司法案件，專屬於原住民族專業法庭或法院管轄。此外，對於配屬專業法庭或法院之法官，宜不定期進行專業訓練，使彼等能充份通曉原住民之法律規範及傳統習慣，遇具體案件時，可佐以熟悉原住民事

<sup>16</sup> 王泰升。2003。《原住民保留地土地專屬法院設置研究》行政院原住民族委員會委託研究報告，頁 93。

<sup>17</sup> 王泰升。2003。《原住民保留地土地專屬法院設置研究》行政院原住民族委員會委託研究報告，頁 94。

務之專家參與審判，才能避免裁判結果相互矛盾。

## 二、反對設置原住民族專業法院或法庭之理由

### (一) 欠缺正當性及必要性

基於國家主權之不可分割性，司法權統歸由國家行使，應秉持平等原則加以處理。於現行法律制度，我國人民（包含原住民族）一律適用國家法律，無由容許原住民族專門適用其傳統慣習法（traditional law）。在此前提之下，台灣有四大族群：台灣福州佬人、客家人、外省人及原住民，何以專就原住民族之法律案件特殊處理？其差別待遇之正當基礎何在？此外，各原住民族間傳統文化之差異，如何妥適個別處理？均應秉持「實質平等」之概念加以規劃，而非流於齊頭式平等之窠臼<sup>18</sup>。

### (二) 原住民族所涉及之司法事件，並無特殊性

目前我國法院系統中，雖有另外設置專業法院或專業法庭，但皆以訟爭案件之法律專業特性作為考量標準，尚無因當事人之血統屬性不同，而制定不同之訴訟程序。且原住民所涉案件性質與其他非原住民當事人之案件性質並無不同，而適用之法律又屬同一，僅因原住民有其傳統文化而制定原住民特殊司法制度，徒具形式意義，並無實質差異<sup>19</sup>。因此，在現行法規範下，原住民若因案涉訟，仍應視訟爭案件之性質來決定適用何種訴訟程序。

就原住民族身分之認定、原住民族保留地之爭議，以及原住民族涉及違反槍砲彈藥刀械管制條例、野生動物保育法、國家公園法、森林法之案件，是否應考量原住民族傳統生活習慣及傳統生活領域，而給予免責，現行法律已作了若干除外規定，且一般漢民族或其他民族亦經常會觸犯上述事件，至於在原住民保留地爭議部分，統計結果顯示，司法實務上有極大部分之原住民族保留地爭議，係存在於非原住民與原住民之間<sup>20</sup>，既當事人一方為非原住民，何以僅因涉訟標的為原住民族保留地，即要否定土地專屬管轄之規定，而有另外劃歸特別創設之原住民族專業法院或法庭管轄之必要？

### (三) 原住民族之司法事件之數目，尚無必要設置專業法庭或法院來專門處理

<sup>18</sup> 高金枝、蔡惠如。2007。《澳洲、紐西蘭原住民族司法制度考察報告》。台北：司法院出版，頁 97。

<sup>19</sup> 高金枝、蔡惠如。2007。《澳洲、紐西蘭原住民族司法制度考察報告》。台北：司法院出版，頁 99。

<sup>20</sup> 王泰升。2003。《原住民保留地土地專屬法院設置研究》行政院原住民族委員會委託研究報告，頁 44-49。

司法院之前先為案件數量之統計，曾調查高等行政法院（89年至95年）、台灣桃園、新竹、南投、嘉義、屏東、台東、花蓮等7所地方法院（86年至95年）受理涉及原住民特殊生活習慣、文化及原住民保留地相關行政訴訟及民事、刑事訴訟之案件類型及數量，以瞭解我國原住民相關案件概況。初步統計結果，行政類案件僅63件，民刑事類案件僅1064件<sup>21</sup>，可見案件不多<sup>22</sup>，以目前各法院民刑事案件受理之案件量以觀，每月動輒近千件，而且全國性之司法資源極為有限，客觀上並無足夠之條件，另外設置專業法庭或法院來專門處理原住民族之案件。此外，台灣原住民各族間分佈地區廣泛，如要設置專業法庭或法院，要設置於何處？亦或要設置幾處？始能滿足原住民族之需求，均會呈見問題。

#### （四）原住民族在訴訟上之弱勢地位，可透過配套措施加以解決

原住民因處於經濟上之弱勢，致無法聘請訴訟代理人為其代理民事事件，或辯護人為其辯護刑事案件，此可透過法律扶助之方式，由法律扶助基金會審查合於扶助之條件後，指派律師來扶助。至於原住民族因不懂審判語言，致無法盡隨己意充分陳述，或瞭解法官之陳述，亦可透過瞭解原住民族語言之通譯，為適當之翻譯來解決。另關於審判方式舉證責任之規定，並非當然不利於原住民族，因對於包括漢族在內之其他民族亦一體適用，重點毋寧在於原住民族認為依其傳統生活習慣即可作為裁判基礎。問題是傳統生活習慣如何認定，仍應有一套客觀的標準，且特定民族之傳統生活習慣是否即適用於其他民族？如強將某民族之傳統生活習慣，作為該民族族人與其他民族間紛爭之裁判基礎，如何避免不公平之情事發生，均會迭生爭議，而要解決這些問題，首要的任務即為完成各原住民族傳統生活習慣調查報告，進而過修法之方式將之納入法規體系，供裁判者可資依循，並非一定要設立原住民專業法院或法庭。在尚未完成原住民族傳統生活習慣調查報告前，在涉及原住民民事事件或刑事案件時，如果傳統生活習慣是影響民事事件勝敗或刑事案件有罪與否之關鍵時，亦可以「專家諮詢」之方式，提供意見供裁判者參考。況且，原住民處於弱勢地位，可能與本身所具備之經濟能力、教育程度、社會地位等條件有關，而非全然為族群之因素。舉凡經濟、教育、社會等條件較差者，均有類似問題存在，並無法因設置原住民專業法院或法庭，即可解決原住民族在訴訟上之弱勢地位。

#### （五）關於原住民族法制的司法實務見解欠缺一致，乃法官獨立審判之結果

憲法第80條規定，法官依據法律審判，不受任何干涉。而法治國家之基礎，乃在於「證據認定事實，法律決定效果」。因此，不同之裁判者本其法律素養，

<sup>21</sup> 高金枝、蔡惠如。2007。《澳洲、紐西蘭原住民族司法制度考察報告》。台北：司法院出版，頁110-113。

<sup>22</sup> 為撰寫本論文，筆者曾央請任職之法院統計室查詢，自99年12月至100年5月統計結果，各地方法院終結之民事事件中，原告或被告具有原住民身分者之案件僅92件。



對於不同案件之事實認定、證據取捨及契約解釋，並進而決定應該適用何項法律，產生何種法律效果，乃是法治國家法官獨立裁判之當然現象，並非對於原住民族所涉及之案件，才產生實務見解互相矛盾之情形。縱然成立原住民專業法院或法庭，亦無法避免裁判見解之相互矛盾。要解決此種現象，惟有不定期舉辦座談會或講習，對於裁判者加強法律見解之溝通。另外可建立原住民族裁判資料庫，將原住民族之資料電腦化，例如：將原住民案件相關裁判、原住民族傳統慣習、持有土地狀況等資料建置電子資料庫，包含索引目錄、全文影像之功能，便利資料之儲存、搜尋與分享，並建立相關網站之鏈結（例如原住民委員會網站、各國原住民相關網站等）<sup>23</sup>，俾供法官審理案件時參考，即可減少裁判矛盾之情事發生。

#### （六）避免藉原住民族專業法庭或法院之設置，逐步達成原住民族自治之終極目標

台灣要建立原住民自治有其客觀上的困難，諸如：台灣地區地狹人稠，原漢人口居住之處交織重疊，如何釐清地域範圍，讓原住民族建立自治區？台灣資源貧乏，原住民族居住之地域又大皆屬於偏遠之鄉村地區，如不仰賴政府之補助，原住民族根本無足夠財源或其他條件，來建立自治政府，既然要事事依賴國家主權機關之補助，又如何能建立自治政府？台灣原住民族各族間人口差異極大，少則數十人，多者 17 萬餘人，在人口少的族群，如何建立自治政府？但原住民運動的終極目標，乃在建立原住民族自治，既然可見現階段要建立原住民族自治政府，仍有困難，惟有放慢腳步，逐步行之，先建立原住民族專業法庭或法院乃掌管涉及原住民族糾紛之民事事件及刑事案件。由於司法權乃一個國家主權之彰顯，藉由司法權之取得，慢慢達成原住民族自治之目標。既然原住民族專業法庭或法院有此目標及意圖，如果不贊成原住民族建立自治政府，即應反對原住民族專業法庭或法院之設置。

#### 參、有沒有必要？

原住民族世居山林，以自己之方式在自己傳統的土地上狩獵、捕魚、採集、教育、進行各類儀式或漫遊賞景，但由於外來文化殖民的結果，頒行各種限制法令，導致原住民以自己之方式利用自己傳統的土地，變成觸法之行為。但近年來，國家統治者已意識到該類問題，例如：野生動保育法、槍砲彈藥刀械管制條例等法律，已陸續對於諸如：狩獵、製造持有獵槍、採集植物或森林產物、利用水資源、採礦物或土石等行為，有條件予以許可，雖然該等許可要件之設定，與原住民族習慣或傳統生態智慧尚有差距，以狩獵為例，必須屬於「非營利自用行為」

<sup>23</sup> 高金枝、蔡惠如。2007。《澳洲、紐西蘭原住民族司法制度考察報告》。台北：司法院出版，頁 101。

或是「文化祭儀行為」，並提出申請經核准後，才能合法狩獵。雖然原住民族於這些放寬條件，並不滿意，但畢竟國家統治者，已釋出善意，將來如能持續與原住民族溝通，應可在實體法上將許可條件放寬，更符合原住民族之需求。而現階段應迫切要做的，是儘快完成各原住民族的習慣調查報，俾供立法者在制定法律時，以及裁判者（不論有無原住民族專業法院或法庭之設置）在審理案件時參考。

對於民族身分之認定，現有「原住民身分法」及「原住民族別認定辦法」等規定。該等規定，對於原住民族身分之取得係採取承認之方式，而原住民族身分之取得與回復，涉及另一重要問題在於因身分的取得而獲得優惠待遇。而目前所採取的承認方式，導致有許多原住民族雖未獲政府認可為原住民族，或未辦理平地原住民登記，但因所生活的環境就在原住民部落，或其祖先為原住民，並自認為就是原住民，致無法獲得現行法律為保護弱勢原住民族群，所賦予的優惠。但對於原住民族身分之認可，並非司法裁判者所能置喙，譬如西拉雅族青年潘仁庸違反槍砲彈藥刀械管制條例案件<sup>24</sup>，法院於審判過程中亦曾請主管機關行政院原住民族委員會表示西拉雅族是否屬於原住民族，經原委會表示西拉雅族不屬於原住民族後，法官始據此為裁判之基礎。因此，依現行法是否會被認定為原住民族是行政機關之職權，裁判者應無著力之空間。

關於原住民保留地之處理，現行規範原住民保留地開發管理辦法，但該辦法僅為法規命令，法律位階低，並無法排除其他法律之規定。因此，宜速制定「原住民族保留地管理條例」、「原住民族土地管理法」或「國土復育條例」<sup>25</sup>，將原住民族關於原住民族保留地之利用、處分、轉讓、繼承等法律行為一併規範，並使之為土地法、水土保持法、野生動物保育法、森林法或其他法律之特別法，如此即能解決原住民保留地開發管理辦法並非法律，違反法律保留原則之質疑。另外，關於保留地之增編<sup>26</sup>或劃編<sup>27</sup>，以及傳統生活領域之劃定，均屬於主管機關之職權，就司法裁判者而言，在涉及法律爭訟時，均應受到主管機關職權行使結果之限制。

原住民運動長久以來，所追求的終極目標，無非在於原住民族自治，但台灣原住民族能否自治？須以何種方式自治？仍有辯論之空間。立法院雖然於 2005 年 1 月 21 日已三讀通過原住民族基本法，其中第 4 條規定：「政府應依原住民意願，保障原住民族之平等地位及自主發展，實行原住民族自治；其相關事項，另以法律定之。」已提供原住民實行自治之法律基礎，但不可否認的是該法在立法

<sup>24</sup> 臺灣花蓮地方法院 93 年度訴字第 77 號、臺灣高等法院花蓮分院 94 年度上訴字第 103 號、最高法院 95 年度台上字第 5764 號刑事判決。日前，西拉雅族以行政院原住民族委員會為被告，向台北高等行政法院提起確認平地原住民身分之案件，行政法院亦持相同見解，參照該院 99 年度訴字第 2306 號判決。

<sup>25</sup> 目前已有類似法律草案之提出，但尚未完成立法。

<sup>26</sup> 「增編」係指將原住民作為耕地使用的公有地編為保留地。

<sup>27</sup> 「劃編」係指將原住民作為住宅用地使用之公有地編為保留地。

過程中，尚未經過全國性的充份討論，原住民社會將該法視為「準憲法」，但行政機關將該法當作是「準法律」，造成執法上鬧出一連串的衝突與紛爭<sup>28</sup>。而且，該法對於地狹人稠、原漢高度交織（尤其在土地、自然水資源、交通、經濟、生活），迄今之政治和諧、快速有效決策體制、內外激烈政經變遷下之有效治理需求的公共利益，與原住民自我決定權之間如何取得協調，仍存在很大的問題<sup>29</sup>。既然原住民自治無法立即達成，現階段即無創設特別管轄權之可能，因此，原住民族涉訟，仍歸屬於現行法律架構下之法院管轄。

由於國家統治者，長久以來對於原住民族傳統文化的漠視，導致司法審判系統對於原住民族涉訟案件，並無一套完善之因應措施，致使原住民族認為涉訟之際，經常處於弱之地位，國家的司法權無法保障其權利。因此，現階段如何改善這些讓原住民族感到不友善的措施，乃當務之急。首先就法官欠缺對原住民族族群傳統文化之瞭解，專業性不足部分，宜對於新進司法官，在司法官訓練所階段即加強族群文化的教授，並對於現職司法官不定期舉辦族群文化之講習。其次，原住民族不懂審判程序所使用語言部分，以族語進行訴訟是原住民族長期以來的主張，1984年原住民族權利促進會發表「台灣原住民族權利宣言」，其中第16點便指出：「原住民有使用本族語言、文字進行訴訟的權利。法院對於不通曉台灣地區普通用的語言、文化的原住民當事人，應當為他們翻譯。」，原住民族基本法第30條第1項規定：「政府...實施司法與行政救濟程序、公證、調解、仲裁或類似程序，應尊重原住民族之族語...原住民有不諳國語者，應由通曉其族語之人為傳譯。」該條規定前段之「尊重原住民族之族語」與後段之「由通曉其族語之人為傳譯」不同，傳譯之提供屬於個人權的保障，而「尊重原住民族之族語」，則屬於原住民族之語言集體權的保障。從原住民族語言集體權保障的角度來看，本條要求在司法程序中建立尊重保障原住民族語言集體權的制度，而對於個人提供之傳譯服務僅屬其中可能的類型之一，尚且可能有其他更多的選項，例如：選任熟諳族語之法官、以族語進行審理、訴訟文書如起訴書及判決書等翻譯成族語並以族語書寫、設置以族語進行審理之專業法庭等<sup>30</sup>。因此，司法體系在近期目標上，除增加法院編制內之原住民族通譯外，在聘請特約通譯亦應該儘可能遴選不同族群之原住民擔任特約通譯。但應注意的是，現行法律體系來自於西方，與屬於南島文化的主民的法律概念並不相符，因此，在西方法律概念下進行之訴訟程序，縱然使用原住民族之通譯，使用原住民本族的術語，亦可能無法充分詮釋法律的真正意義。所以，司法體系在長期目標上，可以鼓勵法官學習原住民族之語言，通曉原住民族法律的文化背景，讓法官與涉案之原住民直接對話。

原住民族認為現行的法律制度所採取的證據法則不利於原民族，因此呼籲建立原住民族證據法。所謂「原住民族證據法則」是指原住民族在其長期實踐中，所形成的對於證明權利存在與否所形成的習慣法，比如許多族群用來標示對於蜂窩所有權的指標，或基於神話、傳說或口述歷史而證明之對於土地的權利<sup>31</sup>。惟

<sup>28</sup> 陳士章。2005。〈胸襟多大，自治區多大〉《中國時報》A15版。

<sup>29</sup> 黃錦堂。2005。〈原漢分裂的原住民族政策〉《中國時報》，A15版。

<sup>30</sup> 楊曉珞。2007。《台灣原住民族司法權之探討與建構》碩士論文。壽豐：國立東華大學民族發展研究所，頁66。

<sup>31</sup> 楊曉珞。2007。《台灣原住民族司法權之探討與建構》碩士論文。壽豐：國立東華大學民族發

現行訴訟法所定之證據方法，不外乎人證、物證、書證、鑑定、勘驗等。人證是指對於事實經過有特別經驗之人。鑑定人係指就鑑定事項（例如：醫療、工程、以及 DNA、指紋、筆跡印文等科學鑑識）有特別學識經驗或知識經驗者，由審判長、受命法官或檢察官所選任（民事訴訟法第 328 條、刑事訴訟法第 198 條第 1 款）之專家，物證、書證係指物件或文書作為證據，勘驗則係指法官以五官親自體會後所得之證據。因此，論者所稱之「原住民族證據法則」在現行訴訟制度下，似較偏於以口述歷史作為證據，但該口述歷史該以何種方式呈現到法庭作為證據？若部落頭目、原住民長老或長老團體為證明曾親身經歷見聞某事實，而以「證人」之身分到庭作證，但該等屬於證述內容之神話、傳說或口述歷史，如何成為證人親身經歷見聞之事實？若部落頭目、原住民長老或長老團體為證明曾親身經歷見聞某事實，而以「鑑定人」之身分到庭，則為證明部落法律或傳統文化規範，是否屬於具有特別學識經驗或知識經驗者，而有擔任鑑定人之適格，尚有討論之空間<sup>32</sup>。此外，論者更認為原住民族基本法第 30 條第 1 項，已寓有建立原住民族證據法則的立法目的<sup>33</sup>，果真如此，則原住民基本法應解釋為民、刑事訴訟法及行政訴訟法之特別法，惟如前所述，原住民族之訴訟糾紛有絕大部分係與漢民族間所發生的，則何以對原住民族採取有別於其他民族所採取之證據法則？有無違反憲法揭示之平等原則，均有疑慮。

現行訴訟法關於專屬管轄，係針對事件之性質而規定，並無關於主體所規定之專屬管轄。就事件之專屬管轄而言，現行訴訟法適用範圍較為狹隘，對於原住民族而言，除土地（不動產）物權外，關於耕作權、租賃權、無償使用權用、林產物採伐權等，皆宜透過修法之方式定位為專屬管轄。但如欲將一切與原住民族有關之事件，或以訴訟主體為原住民族，即要規定為專屬管轄，則應考慮台灣原住民各族間分佈地區廣泛，如要設置專業法庭或法院來專屬管轄，要設置於何處？要設置幾處才符合需要？以目前各法院受理原住民族之案件量而言，似尚不符合成立專屬法院之程度。惟對於原住民族人口居住較多之地區，司法院似可依據行之有年的專庭制度，設置專門處理原住民族事務，包括原住民族身分之認定、傳統智慧創作與生物多樣性知識、土地與自然資源，以及傳統生活習慣與國家法令之衝突等的專業法庭<sup>34</sup>。

關於訴訟救助要件審核過嚴、強制辯護制度保護不足部分，現行制度已有法律扶助法及行政院原住民族委員頒行之法律訴訟救助實施要點等法令，可對原住民族涉訟時提供幫助。所以，重點應在於如何讓這些制度，尤其是執行者應該真正發揮其專業，幫助真正需要幫助的原住民，而非假扶助之名行共同搶食扶助金額之實。在長程目標上，似可仿紐西蘭所設立的「威坦基法庭」（The Waitangi Tribunal）、加拿大所設置的「印地安爭議委員會」（Indian Claims Commission），調查、調解原住民族對於土地權利與國家統治者間的糾葛，作為紛爭解決的橋樑。

展研究所，頁 67。

<sup>32</sup> 高金枝、蔡惠如。2007。《澳洲、紐西蘭原住民族司法制度考察報告》。台北：司法院出版，頁 96。

<sup>33</sup> 楊曉珞。2007。《台灣原住民族司法權之探討與建構》碩士論文。壽豐：國立東華大學民族發展研究所，頁 68。

<sup>34</sup> 王泰升。2003。《原住民保留地土地專屬法院設置研究》行政院原住民族委員會委託研究報告，頁 107。結論亦認為短期內設置原住民族專業法庭為立即可行之措施。

## 參、 結論

原住民族在現行司法體制下，所面臨實體法的問題，在於如何將原住民傳統習慣納入現行法律、放寬原住民族身分的認定、更改原住民保留地保護利用之法令等。在程序法上原住民族所面臨的問題，在於如何解決審判權不明、法官專業性不足、原住民族不懂審判程序所使用語言、證據法則不利於原民族、專屬管轄範圍規範不足、訴訟救助要件審核過嚴、強制辯護制度保護不足等。但關於原住民族所面臨的實體法上問題，以及程序法上所面臨的審判權不明、證據法則不利於原民族、專屬管轄範圍規範不足等，均涉及法律規範應否修法的問題，並非原住民專業法院或法庭之設置即能解決。另關於訴訟救助要件審核過嚴、強制辯護制度保護不足等，係屬於如何將現行制度已有的法律扶助法及行政院原住民族委員頒行之法律訴訟救助實施要點等法令，確實發揮功能的問題，並不是因為原住民專業法院或法庭之設置即能將扶助救助之功效發揮。所以，原住民專業法院或法庭之設置，對於原住民族在司法上所面臨的困境，所能提供解決的僅於：法官專業性不足、原住民族不懂審判程序所使用語言等二項。但是否因有這二項因素的存在即必須設置住民族專業法院或法庭？抑或因有原住民族專業法院或法庭之設置，即能將這二項因素卻除？本人認為法官專業性不足，宜透過教育訓練之方式，對於新進之司法官或現職法官，加強對於原住民族族群傳統文化的瞭解，並由司法院依行之有年的現行專業法庭設置規範，在一些原住民族人口數居住較多地區的法院，設置原住民族專業法庭。否則，即使設置原住民族專業法庭，但組成員之法官對於原住民族族群文化一知半解，也是枉然。至於原住民族不懂審判程序所使用語言部分，近期目標上，除增加法院編制內之原住民族通譯外，在聘請特約通譯亦應該儘可能遴選不同族群之原住民擔任特約通譯，並給予適當訓練講習，使其等能充分詮釋法律的真正意義。長期目標上，可以鼓勵法官學習原住民族之語言，通曉原住民族法律的文化背景，讓法官與涉案之原住民直接對話。

## 與談人：蘇佩鈺 主任檢察官

主持人，林副主委還有三位發表人、湯庭長，以及兩位與談人還有各位先進大家早。非常榮幸能夠應邀到這個場次來做一個與談，其實在我拜讀完了湯組長的文章之後，深表佩服。但是也是誠惶誠恐，想要了解同樣在這個主題裡面，究竟其他的法官學長先進是怎麼樣的看法，所以在這個 conference 之前，就把另外兩篇的文章也都來閱讀，那這部分的話到最後的結論都是相同的，其實大家都是非常尊重原住民的多元文化。

其實在紀律法上原住民的權利之下，其實都是採取懇認的態度，不管是第一位或第二位。那從第一位，從提高司法信賴度及其他裁判有效性的部分來懇認之外，那麼第二位，就是評論的湯庭長，也是從正反面意見裡面，然後提出來這麼精闢的論解之後再得出了這樣的結論。那到了第三位體，大法官的時候，更是將原住民做成一個審判的主體性，這個部份我們來看，這個部份就我的看法的話，其實就我的看法在一個終極的目標真的會是在湯法官提出來的一個的參與性，那但是在這之前，像兩位法官所提出專庭的部分，究竟專庭的設立上面來講，有什麼樣子的問題？

以下提供幾點淺見，是因為我自己本身，現在目前在士林的話是公訴主任，那公訴主任其實就是常常在法庭上，與法官在法庭上辯論等等的。所以有初步的作一些瞭解，那有關專題的設計，那湯庭長可能剛才有漏講，他當時在文章裡面有建議就是說，在原住民居住較多的地區，有設置原住民專業法庭。

那針對這樣子一個論點部份，我提出個人的淺見，因為現在有關於法庭專題的部份，因為現在不管你是訴訟法，其實訴訟法很多的時候是以被告的住所地來做、定管轄權，但是如果說只有現在原住民多的部份才設專屬法庭的時候，實務上會產生困難，因為現在原住民青年其實到平地就學、就業，而搬戶籍、戶口的非常多，如果是這樣的情形之下，或許戶籍還設在自己原來的部落這個部份，相對會減少，這樣的話其實真正能夠解決紛爭的部份還是會有限。所以，如果只限在只有原住民較多的部落的時候，是不是能夠得到這個紛爭的解決？這是我個人的淺見，是有疑問的。

那另外，湯庭長在論文之中，就專庭的裡面，有人跟事的劃分，論述到有關於目前大部分的專庭是以事的劃分，譬如說：醫療專庭、金融專庭、性侵害專庭、交通專庭，目前在法院有很多的專庭這樣的設置。

實際上來講，都是以事件為區分，後來我再仔細思考看看，其實所謂醫療專庭其實我們通常在刑法裡面辦的是什麼，業務過失傷害、業務過失致死這樣這個部份，其實說事件也是事件，那它是一個醫療事件，但是它說主體其實也可以這樣說主體，為什麼？我們把業務過失傷害，其實會發生在什麼地方？很多阿，駕駛行為也有，譬如說，他本身以駕車為業務的人，或者是在工地裡面發生的傷害，或在公司裡面很多也是業務過失傷害，但是就是主體性，他是從事醫療業務的人員，不管是醫師、藥師、護士發生的時候，而產生這樣的醫療糾紛，而這可以足以佐證，其實以人為主的來做個專庭的設置也是可以的，所以這是回應論文裡面有兩點的一個疑慮，個人的淺見是說，在專庭設置上面來講，應該是要補設的，而不是說只限於在原住民較多的，那是因為我們目前法治上確實有管轄權的問題。

因為專庭的設置上確實會請教於專業法官，就像我們現在講檢察官的受訓、法官受訓，都有證照制度，像金融訓必須要取得初級、中級、高級這樣的證照，那相對的，將來在推動專庭之後，在專業法庭上的法官的要求部分，他對於部落文化等等，也應該要做較一般法官有更高度的認識，所以這個是我們想要有一個願景，不是說只有這個專庭而已，重點是人的部份，這就是湯法官精闢的論解，就是人的部分其實是應該受訓。這個部份，應該可以在這個研討會達成共識之後，來建議司法院。

這個部份，專庭的設立還是沒有辦法覆議到主體性。原住民想要有一個自治，想要就這個事物做一個這樣子的處理，因此湯法官他在實務上變成是一個主體性沒有確立，但是這個涉及到說實務對於參審跟觀審，由其是參審的部份，是不是有違憲爭議，從 88 年全國司改會到目前為止，都還有爭議性。所以在參審制度部份，確實在憲法上保障是法官有審判權，那是不是原住民在這個事物上面，可能有憲法上的爭議，有憲法上爭議的東西，其實在目前為止就在目前為止是比較難推動。

另外一個切入點就是關稅，那湯法官是現在司法觀審兌後小組的一個成員，因為我們在士林地檢也要同時推動，所以我在這個會議上也有參與，那這個在司法院推的觀審裡面的話，其實只有兌什麼？兌這個部份不是對審判裡面有決定權，而是對於審判的過程中可以表達意見而已。那這部分，或許還沒有辦法呼應到主體性這樣的要求，但是，實際上也是可以努力的一個空間，但是在裡面推動的時候，其實設了觀審非常多的要件，那這個要件其實，譬如說，23 歲以上，75 歲以下、設籍在這個地方四個月以上、而且要高中職以上的。那如果在原住民這邊的參審、觀審，有設這樣子的限制的時候，其實會造成，你設籍就不在這邊，然後你又要有個學歷限制等等的，其實是會有問題的。所以，我們現在就我以前在法務部調辦檢察官的一個經驗，我參與的立法有四十多件，我現在知道在

立法過程當中，非常的艱辛，在非常的艱辛的情下之下，我們如何能夠讓整個推展。

那我有幾個粗淺的建議，在民事的部份，在現行的法律制度之下，可以仿照一下土地法的規定，土地租佃爭議裡面其實有個強制調解的，那何不在民事的部份，在目前的法律之下，在基本法裡面其實可以規定，很多民社爭紛在還沒有專院法院或者是參審引進之前，有一個強制調解程序的介入，而強制調解的時候，除了這些委員之外，另外有一個部落的人員來參與，這時候更能達到紛爭的解決。或許在不用進入訴訟之前，在調解程序就可以解決大家的紛擾，這是一個民事上的建議。

在刑事的建議，在專屬法庭裡面的話，在還沒有到這個終極的目標參審的時候，是不是可以鑑定證人或鑑定人。這個部份的話，其實在我們醫生叫做精神鑑定，其實醫生鑑定的部份，我們也是都加入，那何不就文化的部分和習慣的部份，請各位的長老的部落長老或各位的部落的人士來做一個刑庭上面的鑑定證人的部份。然後對這個部份，在湯庭長所主張的調查報告沒有全面全部實施的時候，我們這個鑑定證人可以來做一個補充，因此在刑事的部份，也建議原委會可以提供司法院和法務部一個專家資料庫，譬如說，在怎樣部落的問題的時候，可以問哪一位專家、哪一位長老，或什麼，這個部份在很多刑事或民事一開始的時候，甚至在檢察官這邊，我們就予以起訴了。就沒有進入法院的問題。那所以建議是說，原委會可以提供給我們這樣，我們就知道可以找誰，來解決這樣一個紛爭，是一個習慣。那因此在違法性，我們有法規的阻卻違法跟超法規的違法，再違法性這個部份就可以阻卻掉了，不需要再進入刑事廳。

那現在行政部分，在法律分三大塊：民事、刑事跟行政。行政部分這一塊的話，我的建議，其實很多時候是跨部會的爭議，不管是保留地的爭議與否、水源地這個部份，其實都需要跨部會的力量，這時候原委會這一部份就相當的重要，在跨部會與其他部會的部份也可以代為些微協調，那協調如果不行的話，在行政訴訟中的的話，也可以做一些協助。所以，我們在這三個部份，在目前現行的還沒有達到一個審判主體性，能夠達到目標之前，甚至它在專業法庭還沒有設立之前，其實可以在這幾個面向裡面，實務上如果去做，可以在去做補充，那原住民在權益上更能做保護。縱使以後有專業法庭的設置，其實這幾個制度的補充，也能夠更充分、充實各位權力的保障。

那我最後一個建議，這麼多篇的文章，非常的難得。其實這有兩屆的研討會，研討會的意見，其實可以反應給司法院，是否可以重新評估，不在於案件量的多寡來作為一個考量要不要設立專庭跟法院。因為就我們實務上來，金眾數案就是金融犯罪案件要達到一個一定的金額的門檻，叫金眾數案，會進到金融專庭，其



實案件就我們實務上來講，也沒有到這麼多的時候，但是呼應一下大家，金融案件被害人被眾需求，還是有成立金融專庭。那所以不應該以案件數量為一個考量，再加上各位學長姐，還有各位先進，提出這麼多有益的支持的論點之下，能夠建議。而且在法源、原住民基本法 30 條就有基本法源，在這樣的情形下，可以更加速司法院在傳專業法庭的速度跟角度。以上就是這幾點建議提供給各位先進，請各位先進不吝指教，謝謝。

## 原住民參與審判－原住民審判主體地位的建立

張道周<sup>1</sup>

### 摘要

作者作為一個實務工作者，觀察到我國國民參與審判意識高漲，原住民專屬法院或法庭遲遲無法設立的困境。當原住民自治立法裹足不前且未及於司法權，既有主流社會法院組織架構難以撼動下，為改變原住民向來淪為主流族群司法審判制度的客體地位，回應原住民對於司法審判權力民主正當化的需求，解決原住民專屬法院或法庭立法設計的缺失，具體實踐國民參與審判的理念，作者謹藉此文提出一個務實及可行的宣言，就是在原住民訴訟中納入原住民作為審判主體，現有的職業法官加上原住民共同形成審判主體，以原漢對話共治的運作模式來保留及回復原住民固有規範價值，同時塑造屬於原住民群體的法律意識。

### 目錄

I.	前言.....	236
II.	問題意識－法律是主流族群宰制的權力結構產物.....	236
III.	研究方法.....	240
IV.	原住民專屬法院或法庭的困境.....	242
	A. 原住民族基本法的立法構想.....	242
	B. 專屬法院或法庭的推動及困境.....	244
	C. 澳洲原住民法庭制度的借鏡.....	246

---

<sup>1</sup> 臺灣嘉義地方法院法官，台大法學士及法學碩士、美國西雅圖華盛頓大學法學碩士及法學博士候選人。

V.	我國國民審判主體地位的建立.....	248
A.	國民參與審判－全球風起雲湧的聲浪.....	249
1.	美國.....	249
2.	德國.....	250
3.	日本.....	251
4.	韓國.....	252
B.	我國陪、參、觀之爭－民主正當化的需求何在.....	253
C.	司法院草擬的觀審－無法解決原住民司法權的問題.....	255
VI.	原住民參與審判－原住民審判主體地位的建立.....	256
A.	原住民法意識的建立.....	257
B.	原漢平等對話起點.....	258
C.	參與審判的範圍.....	258
VII.	結論.....	259

## I. 前言

本文說來比較像是宣言性的文獻，當原住民的自治仍因政治現實而遲滯不前，國民參與審判的司法改革聲浪隨著「恐龍法官」、「奶嘴法官」、「白玫瑰運動」甚上雲霄。作為一個實務工作者，筆者觀察到我國國民參與審判意識高漲，原住民專屬法院或法庭立法的迫切，但二個司法改革的需求目前分別遭遇到意識型態選擇及法律技術障礙。為矯正原住民向來淪為主流族群司法審判制度客體地位，回應原住民對於司法審判中民主正當化的需求，而司法院構思的觀審制度仍不足以解決上述問題，在此契機及轉機之下，謹藉此文提出一個務實及可行的宣言，就是在涉及原住民權利的訴訟中，納入原住民作為審判主體，現有的職業法官加上原住民共同形成審判主體。「原住民參與審判」一方面可跨出原住民自治的第一步，原住民作為審判主體之一，審判程序的進行與結果均本於原住民之意思，原住民與法官直接且平等對話，扭轉向來審判客體地位，建立法院審理原住民訴訟的民主正當性；他方面，原住民直接確認、解釋、形成規範，足以改變主流漢人社會透過漢人法官司法體制加諸在原住民的意識型態，改善向來原住民訴訟裁判專業性不足的窘境，保留及回復原住民固有規範價值外，同時塑造屬於原住民群體的法律意識。

筆者以原住民訴訟的審判實務作為切入點，指出向來漢人法官組成的司法體系在審理原住民訴訟所遇到的專業性及民主正當性問題。接下來說明原住民族基本法中以「專業法庭或專屬法院」作為保障原住民司法權之立法設計，自立法以來尚未實施的狀況，目前所遇到的困境。再來介紹近年來攸關司法審判專業性及民主正當化之重大變革，即「國民參與審判」的進展情形。接著結合國民參與審判的制度功能與原住民司法權民主正當化及專業性需求，提出在原住民訴訟中引進原住民參與審判制度的主張及理由。期盼我國原住民司法權的改革進程中，民主化、多元化及專業化不再只是個口號。

## II. 問題意識－法律是主流族群宰制的權力結構產物

法規範是在描繪、塑造、強化一個形象，什麼是應該的做的，什麼是不應該做的，某人的行為不容於規範，也就是說，他的行為不合於法規範所建立的形象。法規範說子女應該孝順父母，它所要塑造的形象是，父母在家庭中的地位比子女高。而法規範的建立、解釋、執行，都是具體實現，甚至強化這樣的形象，掌握法規範的建立、解釋、執行的權力，就能夠描繪形象，強化規範社會控制。例如，法律規定通姦必須以刑罰處罰，所描繪的形象是，小三是破壞家庭的殺手，處罰

小三就是在維持夫妻關係；法律將繼承的原則改為限定繼承，所要描繪的是，被繼承人是家庭的支柱，繼承人是可憐的孤兒寡母，對於孤兒寡母的照顧應優先於債權人追討被繼承人遺留的債務（所以，當被繼承人借了很多錢，繼承人用這些錢吃香喝辣，被繼承人一命嗚呼，享受到的人卻不用把錢吐出來，債權變成了吊帳的劇本，與限定繼承為原則法規所描繪的形象不同，就會讓人覺得格格不入）。在法規下。在每一個國家或社會中權力結構造就了法規，掌握權力的族群透過法規的建立、解釋、執行塑造非我族類的形象，法院審理案件，將法律適用在具體個案時，除了必須受到立法者的制約外，解釋法律形成判決也是展現了權力結構的一環。

法官審理案件形成裁判，運用三段論法，以抽象規範為大前提，事實為小前提，事實涵攝法規後，作出符合規範與否的結論。當法官審理相同或相似文化背景的訴訟案件時，無論在抽象規範形成或具體事實認定的過程中，裁判者自然而然地會以特定文化的眼光作為裁判的基礎。例如，什麼是社會不能容認的猥褻資訊，焚燒國旗是否屬於受到憲法保障的言論自由，法律所保障的婚姻是否包含同性的結合等等，在形成答案的過程中，相異文化下的規範價值造就了不同的答案。這樣的思維模式，其實在我們日常生常中是屢見不鮮的，比如，一般人進入舖有地毯的家中是否脫去所穿鞋子，一般加油站服務生是否幫車主打開及關上油箱蓋，一般店家是否收取小費等等，文化的差異導致了不同的行為模式，不同的規範價值。

立法者以主流族群的價值觀點來建立規範，法律是主流族群描繪的非主流族群、規範非主流族群的過程，法院審理案件也是相同的。裁判者與案件所涉及文化具有某種程度的差異時，裁判者運用三段論法形成結論的過程中，無論在規範或事實的確認上，都存在著頗為偏差的風險，最後的裁判是否妥當，也就不言而喻了。目前法院審理原住民訴訟案件，由漢人法官擔任裁判主體，往往因原住民與漢人間所存在的文化差異，導致不正確甚至不正義的結果。<sup>2</sup>

舉例而言，槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條規定：「原住未經許可，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。」原住民關於自製獵槍供作生活工具使用之除罪化規定。立法理由認為狩獵為原住民傳統文化之一，使用獵槍為原住民生活所必須，原住民為了生活的目的持有「自製獵槍」，應免除其刑事責任。這個立法其實蘊含了漢人

<sup>2</sup> 過去台灣以漢人作為主流的社會描繪、扭曲、強化原住民形象的最佳案例屬吳鳳的故事，在主流社會廣為流傳的吳鳳故事中，原住民與漢人具有野蠻／文明、殺戮／捨身、叛逆／歸順的對立關係。原住民與漢人關於吳鳳故事的記載及詮釋，請參見，王嵩山（2000 年 6 月），《原住民一人族的文化旅程》，頁 26-28，台北：遠足台灣。

對於原住民形象的描繪，原住民持有「自製」獵槍作為「生活之用」的免刑規定，立法者想像原住民應該要自己製造獵槍，才符合原住民傳統文化，持有的不是原住民「自製」的，或表「非供生活之用」，就不合原住民傳統文化，應該與漢人持有槍枝同視，予以嚴刑重罰。<sup>3</sup>但是，原住民狩獵傳統中真的包括了「自製」獵槍嗎？會有「自製」的要件，其實是立法者的腦中認為原住民持用的是原始落後的 DIY 槍枝，不僅對於原住民的認知是這樣，在規範價值的取向上更是以為，這樣立法方式，原始落後的 DIY 槍枝才不具威脅性，不致發生擁槍自重、占據山林的問題。但漢人的想像和價值果真是正確及正當的嗎？

根據學者的考證，原住民取得槍枝的方法與原因，「在相當多的清代文獻記載中，原住民的槍枝是與漢人交易所得。」<sup>4</sup>，「原住民希望取得槍枝、火藥，是為了獵取野獸；而獵得獸皮、獸肉，可與漢人交易所需的生活用品，甚至是槍枝、火藥。這種以物易物，以獵物易獵槍的方式，是臺灣原住民取得槍枝的主要管道，亦是槍枝流入原住民社會的主因。」<sup>5</sup>，原住民從來就沒有自製獵槍的傳統。事實上，自製獵槍是一件非常危險的事情，金屬材質、槍管管徑、槍機構造、火藥比例等等任何一個環節的製作技術不良，都有可能發生危及自己或同伴生命的意外事件，更不用說，槍枝彈道失準而打不到獵物。主流族群製定這樣的法規範，顯然是以漢人的眼光，想像原住民的應有原始落後形象，加上悲憐原住民因為這樣的形象還要受到嚴刑重罰的心態。

在「自製」獵槍的解釋適用上同樣的反映原漢間不平衡的權力結構。槍砲彈藥刀械條例的中央主管機關內政部，曾於 1998 年 87 年 6 月 2 日以合內警字第 8770116 號函如此解釋：「說明：一、自製獵槍：指原住民傳統習慣專供捕獵維生之生活工具，由申請人自行獨力製造或與非以營利為目的之原住民在警察分局核准之報備地點協力製造完成，以逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，打擊底火或他法引爆，將填充之射擊物射出，非使用具有彈頭、彈殼及火藥之子彈者。二、射出物：指供自製獵槍引爆槍管內火藥後發射之用，填充於槍管內，遠小於槍管內徑之固體物，如玻璃片、彈丸等，且不含具有彈頭、彈殼及火藥之子彈。」<sup>6</sup>法院曾經引用這個函釋，在判決中說明什麼是槍砲彈藥刀械管制條例所謂的自製獵槍，並以此作為大前提，適用到個案所查獲的槍枝：「本件扣案之『土造霰彈槍』之射出物既係含有彈頭、彈殼及火藥之子彈，且使用方式非逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，打擊底火或他法引爆，將填充之射擊物射出，即與上開函釋意旨

<sup>3</sup> 或者，允許原住民持有「自製」獵槍，是由於工藝水準的關係，槍枝的危害性比較小，縱使持槍也難成氣候，是背後真正的理由？

<sup>4</sup> 陳宗仁（2005 年 12 月），〈近代臺灣原住民圖像中的槍－兼論槍枝的傳入、流通與使用〉，臺大歷史學報第 36 期，頁 70。

<sup>5</sup> 同前註 4，頁 70。

<sup>6</sup> 內政部 87 年 6 月 2 日合內警字第 8770116 號函。

不合，扣案之土造槍枝應非屬槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條所指之原住民自製之獵槍。」<sup>7</sup>

簡單的說，什麼樣的槍才是原住民自製獵槍？內政部的函釋認為，在射擊之前，必須拿出火藥粉、玻璃、彈丸，然後從槍口填裝，塞到槍管底部，再擊發射擊。內政部函文及法院判決所描繪的「自製獵槍」，事實上屬於原住民最早期使用前膛裝填的前膛槍（包含火繩槍、燧發槍、銅帽擊發槍），但在文獻上，早在清國統治末期及日治前期，原住民即使用裝填子彈的後膛槍，後膛槍以「士乃得槍」及「毛瑟槍」作為代表，士乃得槍「後膛裝彈，採用彈、藥合一的新型子彈．．清代文獻或譯為『士乃得後膛洋槍』。」<sup>8</sup>；毛瑟槍「最顯著的是栓式槍機，有一栓把呈圓柱形，在槍機上可前後移動，以便開啟槍枝後膛裝彈；槍栓的尾端呈圓球狀，使用者手握此一圓球拉柄來移動槍栓。筆者蒐集到的原住民槍枝圖像中，即依此槍栓來辨識、分類此種槍枝。本文所見毛瑟式槍枝圖像甚多，最早為馬偕書中所受的平埔人圖像．．其他多為日治時期的圖像．．。」<sup>9</sup>。原住民持有後膛槍已有百年的歷史，如果是尊重傳統文化，為何獨獨使前膛槍合法，而不包括傳統中並未缺席的後膛槍？立法顯然隱藏了其他的價值觀點在裡面。

在解釋者的內心中，原住民只能持有「前膛槍」。而前膛槍是數百年前的原始產物，早已被裝填子彈的「後膛槍」取代了，目前只能在博物館看到，在漢人的想像中，原住民所應該具有的形象似乎是原始而沒有進化，或者，在潛意識中，原住民必須保持這樣的形象，才不致於對國家社會構成威脅。這的解釋又是以漢人的眼光來描繪原住民形象，進而形成原住民規範的典型。<sup>10</sup>

<sup>7</sup> 引用內政部函文者，見臺灣高等法院 94 年度上訴字 1218 號、98 年度上訴字第 429 號判決。認為內政部函文牴觸母法無效者，見臺灣高等法院 95 年度上訴字第 1948、4633 號，97 年度上訴字第 5579 號，98 年度上訴字第 166 號，臺灣高等法院臺中分院 100 年度上訴字第 129 號，臺灣高等法院臺南分院 97 年度上訴字第 678 號等，臺灣高等法院高雄分院 97 年度上訴字第 1967 號、100 年度上訴字第 210 號判決。前開 4633 號判決引用行政院原住民族委員會 96 年 7 月 2 日原民經字第 0960030412 號函：「原住民自製獵槍之定義，應以文義解釋為主，凡屬原住民基於狩獵需要而自行製作之槍枝，均得屬之，其引爆射擊方式及子彈形式，尚非所問。」。前開 678 號判決另認為，縱令所持有者為自製獵槍，槍枝部分無處罰規定，但槍枝若使用具有殺傷力子彈，由於子彈部分未在槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條所稱「自製獵槍」範圍，子彈部分仍屬構成同條例第 12 條之犯罪。

<sup>8</sup> 陳宗仁，同前註 4，頁 59。

<sup>9</sup> 陳宗仁，同前註 4，頁 60。

<sup>10</sup> 漢人認為原住民持有獵槍是一種威脅，這種心態可以從下面這篇報導一覽無疑：「警方指出，原住民使用的傳統獵槍，幾乎都屬於「前膛炸」的擊發方式，這種擊發原理是以槍膛外敲擊底火，底火則以運動會訊號槍的火藥薄片充當即可，槍膛內部裝進黑色火藥，再從槍管內放入散彈，底火爆炸引燃槍膛內部的黑色火藥，再推出散彈，散彈沒有彈殼，使用小鋼珠、鉛塊或是八號鐵絲段塊組成的硬物．．警方說，目前有部分原住民獵槍已經研發至「後膛炸」，這種以撞針撞擊獨立彈殼底火，觸發彈殼內填裝火藥及散彈的擊發方式，被認為殺傷力較「前膛炸」要大，而且填裝快速．．警方說，目前生活習慣特殊國民自衛槍枝管理辦法、自衛槍枝管理條例等法令，尚未明文規定自衛槍枝的擊發方式，在原住民獵槍有增多趨

上述的說明，無非是要指出一點，在法規範的形成、確認、執行的過程中，處處都存在著原漢權力結構的不平衡，這構的結構沒有改變，沒有原住民參與其中成為法規範主體，縱使規範表面上聲稱保障原住民、有利於原住民，實質上仍不脫離主流族群把原住民當作他者，以漢人自己的眼界勾勒出施捨原住民的規範藍圖。

### III. 研究方法

研究方法（methodology），指的如何正當化研究手段（methods）的問題。依據後現代主義的看法，任何研究者及研究手段都不可避免帶有特定的意識型態，縱使研究者本身並未深刻意識到這個問題，但因研究者出身、背景、利益等因素交互作用，影響研究手段的取捨，進而作出具有偏見的研究成果。研究方法的目的是在於告知為何採取特定研究方法，指出特定研究方法的步驟，揭露研究者本身的價值判斷，研究方法取捨的過程得以透明化，明白展現研究本身的侷限性，而有接受他人批判的可能。

在探討研究方法之前，必須區別研究手段（methods）與研究方法（methodology）的不同，研究手段指的是如何蒐集資料的方法，例如，以閱讀文獻、面談或觀察等不同方法取得資料，但研究方法是在探討，研究者何以要使用某個特定研究手段蒐集資料？為何不利用其他手段？為何該特定研究手段是適當的？等等足以正當化研究手段的問題。研究者的研究手段如果能夠予以正當化，即可清楚得知研究手段的有效性，研究之廣度、深度及界限，進而能夠研判結論的有效（validity）及可信性（credibility）。相反的，一個不具有正當化的研究手段，資料的取捨流於研究者的恣意，他人無從加以批判，所形成的研究成果自然欠缺說服力，無法為研究問題提供正確及可行的答案。

研究方法的功能是藉由清楚說明手段選擇及實施程序使得研究本身取得正當性，各種研究手段有其適用的對象及其強弱，若能清楚知悉手段就等於了解研究的侷限。舉例來說，研究的主題如果在於探討結婚是否應修正為登記婚，僅以傳統親屬法書籍作為蒐集資料的手段，誠然可提供法律歷史及法律解釋的資訊，但卻侷限於資料來源，即書籍作者的空想和推測，無法了解受規範者及操作制度者的思想及行為模式，所提供的解決方案毋寧是在空想和推測中選擇其中之一，對於受規範者及操作制度者而言，由於其等之觀念及意見甚至經驗，無一可得反映其上。這種作法就好像要將某些人的憑空想像落實在實際的社會生活中，但由

---

勢的情況下，不免令人憂心。」請參考：自由時報（2011年9月26日），年輕莫那魯道獵槍屬前膛炸，<http://www.libertytimes.com.tw/2011/new/sep/26/today-so3-2.htm>（最後瀏覽日：2011年9月26日）。



於社會是一個有機體，若未能充分體察評估社會上所存在的諸多變數，政策的選擇往往使得執行的過程，形同暗黑中的摸索，尤有進者，更有引起市民不服從，浪費所投入資源，削弱法律的威信等後果。因此，研究手段的選擇，即決定了研究的強度或者限度，在某些場合實施某種不適合的手段，所得資料自然較不具有說服力，欠缺正當性。

除了研究手段的選擇外，研究方法中亦必須討論實施的內容及程序，目的是在消除足以影響研究的偏見並預防可能的道德風險。研究者從事學術研究都具有特定的目的，學術成就所帶來的影響力或金錢報酬皆是，無可避免地這些特定的目的往往會隱藏在研究的背後，影響了方法的選擇，更帶來一定的道德風險。研究者為了特定目的，有了一定價值判斷，預先產生結論，而再藉由學術研究之名來強化其價值判斷的正確性，這樣的風險會使得學術研究淪為附庸或工具，而非尋求真理的方法。因此，學術研究若清楚說明研究手段的選擇及實施的程序，自有接受批判的可能，而得充實整體研究，自然具有較多的正當性。反之，若隱藏此一部分，所形成的研究成果即會讓人懷疑是否先基於特定的立場，再尋找合適的國家作為研究對象，進而達成研究者內心所預設的議程（agenda）。

因此，研究方法即是在說明研究問題應採取何種研究手段，該等手段如何正當化，使研究過程得以接受批判考驗，進而強化研究成果的部分。<sup>11</sup>

本文針對原住民參與審判的議題而發，依此議題，發展出「原住民審判主體地位建立」以作為台灣法律參考的研究問題。研究問題以原住民司法權的問題作為出發點，探討現有制度的存在的缺陷，分析國民參與審判的立論基礎，結合原住民司法權的需求與國民參與審判的功能，提出解決缺陷的可行方法。作者為漢人出身的職業法官，對於原住民訴訟問題的觀察，主要來自親身的見聞及經歷，而非原住民本身，單方面的觀察不免有所偏見，但這一點將在本研討會獲得原住民方面的回饋。國民參與審判的部分，作者現為司法院觀審制指定試辦法院法官，參與草案草擬分析工作，身為官方的一員，作者可能在無形中受到官僚制度的制約。以原住民參與審判作為解決原住民司法權問題，尤其是原住民參與審判的具體方案這一點上，作者必須特別說明，理想上這個部分應該由原住民提出，或者與原住民共同構思，方不致淪為漢人片面觀點，可惜的是，作者在寫作過程中並無機會與原住民交換意見，文中未能加入從原住民而來的論點，期待這個部分經由本研討會參與後，獲得相當的改善。

本報告是在評估國民參與審判可否解決我國原住民司法權低落的問題，首先須予究明者，是我國原住民訴訟所面臨的問題，亦即，主流漢人社會掌握司法制度，以主流社會的價值來描繪、刻畫、強化原住民的形象，在這樣的權力結構下，

---

<sup>11</sup> PETER CLOUGH, A STUDENT GUIDE TO METHODOLOGY: JUSTIFYING ENQUITY 22-39 (2002).

存在民主正當化及審判專業化的問題，現有原住民族基本法關於設立專門法院或法庭的設計，既有權力架構沒有任何更動，囿於訴訟效率的考量，無力解決這樣的困境。而近來因應司法改革而興起的國民參與審判，使原住民成為審判主體，可以解決上述的缺陷。本文旨在分析既有缺陷，檢討現有方法，評估可行方案，所需相關資訊已浮上檯面，故從審判實務案例分析，現有方法立法及實施紀錄，醞釀方案的構思起草等方面，追溯出社會問題、對應方案及政策辯論等等資訊，從而定位社會問題的所在、現行解決方案的利弊、引進新方法的理論基礎。

本文旨在對於原住民司法權是否及如何獲得滿足進行評估，由於作者為實務工作者，親自接觸審判實務，現參與司法院觀審制試行草案的起草工作，就此現行問題及制度變革，能夠獲得既有描繪社會現象的大量文獻，文獻資料取得有其便利性。而文獻是人類記錄活動的結果，閱讀文獻可以了解人類過往活動及思想脈絡。<sup>12</sup>本文研究原住民專屬司法機構及其替代方案，制度為人類過往經驗及思想脈絡的結晶及成果，是故，閱讀文獻得以知悉制度的存在、興革、更迭，及其中所蘊涵的價值判斷，能夠為形成政策及發掘問題提供最基本的素材。本報告在問題意識形成及說明、基礎理論檢討及分析、政策的歷史沿革及演進，皆將利用文獻分析方法蒐集資料，厚實本報告的研究問題及探尋出可能解決的管道。

#### IV. 原住民專屬法院或法庭的困境

打破原漢權力結構不平衡，終結原住民向來的受宰制地位，調整這樣的權力結構，讓原住民成為權力的主體，最理想的方法就是原住民自治，由原住民自己制定、解釋、執行規範，以自己的眼界來描繪、塑造、決定自己。但包括司法權的全面自治，在原住民族基本法及原住民自治法草案的立法架構下，已經是不可能的任務。

##### A. 原住民族基本法的立法構想

憲法增修條文第 10 條規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」；「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之。」2005 年 2 月 4 日公布施行的原住民族基本法第 4 條規定：「政府應依原住民族意願，保障原住民族之平等地位及自主發展，實行原住民族自治；其相關事項，另以法律定之。」原住民自治是憲法上原住民

---

<sup>12</sup> JOHN W. CRESWELL, RESEARCH DESIGN: QUALITATIVE, QUANTITATIVE, AND MIXED METHODS APPROACHES 180 (3<sup>rd</sup> ed. 2008).

權利的制度性保障，藉由原住民自治，憲法上對於原住民的地位及政治參與權利始能獲得確保，語言及文化方得永續維持。但我國目前的原住民自治模式，在深層裡隱藏著主流社會對於原住民施捨救濟供給的想法，並非原住民自己當家作主的自治自理。憲法及原住民族基本法所營造成規範價值，是以主流價值的中華民國政權作為核心，原住民族作為政權下的統治客體，充斥著主格與受格的「政府應讓原住民族自治」（第 4 條）、「國家提供原住民族充分資源」（第 5 條第 1 項）、「政府承認原住民族土地及自然資源權利」（第 20 條第 1 項）等等用語。

在司法權的部分，原住民族基本法第 30 條第 2 項規定：「政府為保障原住民族之司法權益，得設置原住民族法院或法庭。」欲在現行的法院組織體系下變更組織，以設立專屬法院或法庭方式來進行原住民訴訟的審判工作。原住民的司法權保障，是完全依附在中華民國既有的法院組織體系之下，只不過在事務分配上進行調整，原住民訴訟由某些被指定的法官來審理。而目前法律人材的訓練，無論從法學院的入學、律師國家考試、司法官考選，都是不分族群、一視同仁，法學院及官方訓練機構都是由主流社會建置，縱使分配給特定的人選辦理，依然沒有更改原有的權力結構。原住民族基本法的專院及專庭制度是既有主流社會的司法體系的一環，原住民仍然是審判的對象，這是制度先天上既存而無法彌補的缺陷。

另一方面，保障原住民的政治參與的原住民自治草案，一來未納入司法權<sup>13</sup>，司法權的問題委由原住民族專院或專庭來解決，二來縱然原住民享有部分的行政及立法權力，原住民族自治法的草案的立法仍被批評為自治程度不足，因爭議不斷，而無法完成立法的動作。<sup>14</sup>原住民行政、立法、司法三項政治參與權利，先天上已缺司法權，行政、立法的部分混沌不明，原住民的自治的願景不啻遙遙無期。再者，就算原住民族自治法獲得通過，一個沒有司法權的自治，仍然由漢人主流社會的司法體系來審查解釋自治區的是否依法行政，自治區的立法是否牴觸中華民國法律命令，自治會不會徒具形式，值得觀察。<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> 現在立法院進行審議的行政院原住民族自治法草案，其第 23 條關於自治區民族自治事項，未包括司法權的部分，<http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lgmeetimage?cfc8cfc9cfccc8cdc5cececad2cecbc7>（最後瀏覽日：：2011 年 9 月 12 日）。

<sup>14</sup> 「原民社團砲轟草案中的自治區政府，與既有行政區域完全重疊，既不能分配統籌款，也沒有行政管轄權、司法、警察、土地權，『這是虛擬的假自治』！」自由時報（2010 年 9 月 23 日），<http://www.libertytimes.com.tw/2010/new/sep/23/today-p4.htm>（最後瀏覽日：2011 年 9 月 12 日）

<sup>15</sup> 現在立法院進行審議的行政院原住民族自治法草案，第 34 條規定：「自治條例與憲法、法律或中央法規命令牴觸者，無效。自治規則與憲法、法律、中央法規命令或該自治區自治條例牴觸者，無效。委辦規則與憲法、法律、中央法令牴觸者，無效。．．有無牴觸發生疑義時，得聲請司法院解釋之。」<http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lgmeetimage?cfc8cfc9cfccc8cdc5cececad2cecbc7>（最後瀏覽日：：2011 年 9 月 12 日）。

## B. 專屬法院或法庭的推動及困境

早在原住民族基本法 2005 年立法之前，即有設立原住民專屬法庭的構想，2003 年行政院原住民族委員會所委託「原住民族保地土地專屬法庭設置研究」報告，即將「原住民專業法庭」列為「立即可行建議」，「推動原住民族特別立法」列為「中長期建議」。<sup>16</sup>報告完成時，無論是司法院、原民會等都對專屬法庭樂觀以對。<sup>17</sup>而原住民族基本法立法完成後，司法院隨即以研議設置原住民法庭作為回應，<sup>18</sup>民間請求依基本法第 30 條第 2 項建立專屬法院或法庭的呼聲亦持續不斷。<sup>19</sup>

原住民立法委員更曾數度提議，例如孔文吉委員於 2009 年以臨時提案方式建請：「本院委員孔文吉等 25 人，鑑於原住民族有其固有習慣及文化傳統，對於規範之概念與解釋、紛爭之處理仍有異於其他族群，為保障原住民族之訴訟權，特建請司法院儘速依原住民族基本法第三十條之精神，積極籌設原住民族法庭(院)，其中東部因原住民族為數較多，應優先設置或試辦原住民族法庭(院)，專以處理在原住民族地區有關原住民之訴訟案件，原住民族法庭(院)並應基於其專業審判立場，考量原鄉傳統習俗、文化及價值觀等，研議並統一原住民族之法律適用問題，保障原住民族之法律權益。是否有當，請公決案。」<sup>20</sup>

<sup>16</sup> 行政院原住民族委員會編印(2003年5月)，《行政院原住民族委員會委託研究報告－原住民保留地土地專屬法庭設置研究》，頁 93-102。

<sup>17</sup> 「司法院昨天表示，現行設置專業法庭已經有法源，不需另行立法，故可馬上展開專案研究，只要可行，將考慮在原住民保留地訴訟事件較多的花蓮、屏東、南投等法院，先試辦成立『原住民專業法庭』，「行政院原住民族委員會也打算就相關事宜與司法院協商，而涉及檢察官系統的部分則將和法務部接洽。」引自，自由時報(2003年7月23日)，<http://www.libertytimes.com.tw/2003/new/jul/23/today-so3.htm> (最後瀏覽日：2011年9月12日)。

<sup>18</sup> 司法院於 2006 年 12 月 12 日召開司法院主管會報第 293 次會議結論之一：「關於原住民委員會依原住民族基本法規定函請本院設置原住民專業法庭一事，請司法行政廳除利用現有資料外，並蒐集、參考國外相關制度，從寬評估設置之可能性，以維護原住民權益；並請資訊管理處研議增修資訊作業系統，提供辨識牽涉原住民案件功能之可行性。」引自司法周刊(2006年12月21日)，第 1318 期。亦見 [http://www.judicial.gov.tw/jw9706/1318\\_main.html](http://www.judicial.gov.tw/jw9706/1318_main.html) (最後瀏覽日：2011年9月12日)。司法院印行的司法研究年報中，亦有針對專屬法院或法庭進行評估，請參見，台灣花蓮地方法院法官湯文章(2009年11月)，司法院印行，司法研究年報第 26 輯第 8 篇，《設置原住民法庭或法院可行性之研究》。

<sup>19</sup> 財團法人民間司法改革基金會於 2007 年 9 月 17 日針對大法官被提名人，即公開提問：「原住民族基本法第三十條規定，請問本條所確立之多元法律主義(各原住民族有不同之習慣規範)，如何在釋憲過程中落實。」[http://www.jrf.org.tw/newjrf/RTE/myform\\_detail.asp?id=2189](http://www.jrf.org.tw/newjrf/RTE/myform_detail.asp?id=2189) (最後瀏覽日：2011年9月12日)。

<sup>20</sup> 關於立法委員孔文吉 2009 年 5 月 5 日的臨時提案全文，請參見下列網站的內容，<http://webhost1.ly.gov.tw/10999/f2cont/index.php?job=calendar&seekname=20100521&page=2> (最後瀏覽日：2011年9月12日)。

但原住民族基本法自 2005 年通過迄今，我國仍無原住民族專屬法院或法庭的設立，司法院對於立法委員建請實施原住民族基本法第 30 條第 2 項的建議，評估後曾於 2009 年回覆，其理由如下：<sup>21</sup>

- 二、按政府為保障原住民族之司法權益，得設置原住民族法院或法庭，原住民族基本法第 30 條第 2 項固有明文。惟專業法院或專庭（股）之設立，除考量案件之專業性外，亦需就案件數量、人民訴訟之便利性及整體司法資源為綜合性評估，俾利合理運用有限之司法資源，保障人民訴訟權益。
- 三、經統計原住民較多地區之臺灣桃園、新竹、南投、嘉義、屏東、臺東、花蓮等 7 所法院，86 年至 98 年間受理涉及原住民傳統習俗、文化及價值觀之相關訴訟事（案）件數，結果顯示前開法院每年平均受理上開訴訟事（案）件數分別為 7.08、44、8.92、5.69、11.15、24.92、19.15 件，均未逾 45 件。而本院所屬各法院 98 年度新收訴訟事（案）件多達 45 萬多件（不含非訟及強制執行約 255 餘萬件），考量目前有限的法官人力，近期尚無成立原住民法庭之必要。
- 四、其次，若成立原住民法院受理國內所有與原住民有關事（案）件，原住民將無法就近於所在地法院應訴，徒增舟車勞頓，增加勞費；且前開法院於上述期間（86 年至 98 年）受理與原住民有關事（案）件，共計 1572 件，平均每年僅約 120.92 件之收案量觀之，目前亦尚無成立原住民法院之亟需。
- 五、雖然目前尚無成立原住民專業法庭或專業法院之必要，惟本院將持續注意各法院受理上開案（事）件之情形，隨時評估設置之可行性。亦將適時辦理與原住民族傳統文化、生活慣俗相關之研習及進修；同時研議結合政府機關、學界力量，有系統的整編上開類型案件具有參考價值之裁判、論著、相關法規及注意事項等法學資料，建置司法智識庫，以方便法官查詢及擷取，提供自主學習資訊及確保法官專業能力。
- 六、此外，本院已依孔委員文吉於 99 年 3 月 18 日立法院第 7 屆第 5 會期第 3 次全體委員會議中之建議，檢送就泰雅族原住民之傳統文化及生活慣俗闡述甚詳之最高法院 98 年度台上字第 7210 號及臺灣高等法院 98 年度上更（一）字第 565 號刑事判決 2 則，供法官辦

<sup>21</sup> 司法院 2010 年 5 月 27 日院台廳司一字第 0990008475 號函。相似內容亦見司法院秘書長 2009 年 4 月 30 日秘台廳司一字第 0980006529 號函。

案參考。另本院 98 年印行之司法研究年報，收錄台灣花蓮地方法院法官撰寫之「設置原住民法庭或法院可行性之研究」，該文就原住民族身分認定、原住民族保留地爭議、原住民族犯罪與傳統文化、原住民族智慧財產之爭議、原住民族在程序法上（包括民、刑、行政訴訟法）面臨的問題等，深入研究並提出相關法律意見，本院亦已將該研究年報函送法官參考。

觀察司法院上開函文的回覆內容，未能實施原住民族專屬法院或法庭主要原因，第一是案件量過少<sup>22</sup>，成立專屬法院或法庭，排擠非原住民案件的司法資源；第二是避免原住民應訴困難，成立單一法院對於分散各地原住民的應訴，甚為不便；第三是加強法官專業訓練以足因應。綜合司法院的觀點，未成立專屬法院或法庭的出發點，主要是出於訴訟效率的考量，亦即，專屬法院或法庭設立的成本與所欲解決案件量相去甚遠。如果司法院的看法是正確的，其實是揭露了專屬法院或法庭制度的第二個缺陷－無法迎合訴訟效率的需求。

### C. 澳洲原住民法庭制度的借鏡

澳洲現行原住民法庭制度，原住民為被告時始有適用，非原住民為被告則無適用，以被告是否具備原住民身分作為程序的劃分，有特別審判權的影子。原住民長老得在程序中參與審判，以原住民部落或社區角度提出意見，亦與國民參與審判概念相合，且與司法院即將推動的觀審制類似。由於該制度具有原住民專屬法庭的性質，就本文的論述方向，具有相當參考價值，謹先介紹該法庭由來與運作，再指出目前的改革方向，以此點出原住民專屬法院或法庭欠缺民主正當性的制度缺失。

澳洲原住民法庭（Aboriginal Community Court），一般指的是西澳大利亞洲

<sup>22</sup> 目前法院統計原住民訴訟的方式，是由統計單位在登錄每件判決時，如果判決內註明當事人為原住民，即予登錄，請參考司法院秘書長 99 年 12 月 21 日秘台廳司一字第 0990031390 號函：「一、為精確統計各法院受理旨揭訴訟事（案）件數，本院已完成民事、刑事、行政訴訟、智慧財產訴訟之審判系統『原住民涉訟統計專版』之增修功能。二、請法院指定收發、分案人員或書記官，自民國 100 年 1 月 1 日起，就當事人一造為原住民族之新收訴訟、非訟事（案）件，應適時進入前開『原住民族涉訟統計專版』，於當事人基本資料維護項中，確實點選『原住民族』身分之選項。三、另書記官於案件終結前，由系統檢核若當事人一造為原住民族，則應勾選『是否涉及原住民族傳統習俗、文化及價值觀』之註記，以瞭解當事人一造為原住民族之訴訟、非訟事（案）件，是否涉及原住民族傳統習俗、文化及價值觀，俾精確統計案件量及評估成立原住民族專業法庭（院）之必要性。」依此函所示統計方式，則司法院原住民族訴訟之統計須仰賴，一、法官在判決中記載原住民族；二、統計人員發現原住民記載並予登錄；三、書記官必須判斷是否涉及原住民族傳統習俗、文化及價值觀等因素，由於統計資格來源取決於個別案件承辦人員之記載、發現、判斷，當個別承辦人員未能針對原住民內容進行審查時，恐有失真之虞。



(Western Australia) 專門處理原住民刑事案件的法庭制度，層級在地方法院 (Magistrates Court)，精確而言並非法庭本身，乃法庭處理原住民刑事被告時的轉介程序，而為一般刑案案件而無。程序進行中，澳洲原住民族與托雷斯海峽群島社區參與量刑程序，當地社區長老得表達對於特定犯罪及量刑的意見，以較不正式的圓桌會議行之。程序的主要目的在於依據被告之原住民背景予以妥適量刑，亦即，藉由原住民長老及社區的參與，在相同價值及文化觀點的影響下，使原住民被告得以復歸社區。<sup>23</sup>該制度設立係為回應該省原住民犯罪居高不下之狀況，西澳省原住民人員占總人口百分之 3 至 4，但原住民受刑人占全部受刑人的百分之 40 左右，為降低原住民犯罪人口及比例，故自 2006 年起設立原住民法庭。

24

制度設計上，原住民參與審判的程序僅為量刑，原住民被告只有對於所控訴罪名認罪且願意接受此量刑程序時，始有其適用，除了某些類型的家暴與性侵案件外，任何案件者都在適用之列，法庭的成員包括：一、地方法院法官指揮程序進行並最終決定被告量刑；二、部落原住民長老，其任務在於提供原住民被告背景資訊與法庭，犯罪行為各個層面意義、對於社區衝擊、對於被害人影響等；三、檢察官，說明案情並於必要時提出報告；四、經同意參與程序的被告本人；五、被害人，其得到庭陳述意見。<sup>25</sup>司法院於 96 年間曾派員至澳洲新南威爾斯省 (New South Wales) 考察該省圓桌量刑制度，<sup>26</sup>其制度目的、適用案件、運作模式，皆與西澳省類似。

澳洲原住民法庭的審判對象為具原住民身分刑事被告，程序僅止於量刑部分，不及於事實認定及法律適用，原住民長老參與量刑程序表示意見，但法官有最後決定權，原住民的參與審判並無表決權，制度光譜上趨近於觀審。依據西澳省司法改革委員會 (Law Reform Commission of Western Australia) 2006 年的最終檢討報告，儘管基於法院組織並非原住民習慣法一部分的原因，不支持原住民作為審判主體的法院 (Aboriginal-controlled Courts, courts where Aboriginal Elders or other community members are vested with the authority to determine the final outcome of a case.)，但也觀察到「在刑事司法體系承認原住民習慣法必須仰賴

<sup>23</sup> [http://www.courts.dotag.wa.gov.au/a/aboriginal\\_community\\_court.aspx](http://www.courts.dotag.wa.gov.au/a/aboriginal_community_court.aspx) (最後瀏覽日：2011 年 9 月 17 日)。

<sup>24</sup> <http://www.supremecourt.wa.gov.au/publications/pdf/ImprovingAccessToJustice-08122006.pdf> (最後瀏覽日：2011 年 9 月 17 日)；[http://www.supremecourt.wa.gov.au/publications/pdf/JCA\\_Coll\\_oquium\\_Customary\\_Law\\_05102007.pdf](http://www.supremecourt.wa.gov.au/publications/pdf/JCA_Coll_oquium_Customary_Law_05102007.pdf) (最後瀏覽日：2011 年 9 月 17 日)。

<sup>25</sup> [http://www.courts.dotag.wa.gov.au/A/aboriginal\\_community\\_court.aspx?uid=4279-5018-6799-1500](http://www.courts.dotag.wa.gov.au/A/aboriginal_community_court.aspx?uid=4279-5018-6799-1500) (最後瀏覽日：2011 年 9 月 17 日)。

<sup>26</sup> 司法院印行 (2007 年 12 月 18 日)，《澳洲、紐西蘭原住民族司法制度考察報告》，頁 34 以下。報告結論認為「原住民法院導引住民部落對於法院程序之瞭解，以及法院對於原住民部落、文化、語言之理解，藉此增加法律程序之公開性及透明性。」，頁 100。

個別參與司法人員的覺醒」、「原住民習慣法的消失是造成原住民犯罪率過高（over-representation）的原因」、「刑事司法程序如果與原住民習慣法與文化一致，得以協助解決原住民社區內的法律與秩序問題」等問題。<sup>27</sup>時至 2010 年，儘管有原住民法庭的成立，西澳省原住民的犯罪率仍然居高不下，原住民少年犯罪的再犯率高達百分之 88，非原住民則為百分之 67；原住民成人再犯率為百分之 79，非原住民則為百分之 71。除此之外，更有觀察到，經由原住民法庭量刑者，觸犯更嚴重罪名及更可能持續犯罪的情形。<sup>28</sup>

從澳洲內部的觀察可知，西澳原住民法庭的模式中，原住民參與的程度僅及於量刑，而且只能表示意見，在此類似觀審的制度下，原住民無法取得審判主體地位，無法在程序中形成詮釋及形成法規範，法規範意識不足之下，瓦解的規範無由復甦，無規範的狀態持續之中，再犯率居高不下，應非意外。從這個活生生的例子來看，原住民專屬法院或法庭的制度如果是在毫無原住民參與或參與程序過低的情形下成立，欠缺民主正當性的結果，原住民與司法的疏離感仍然存在，自然無法解決制度所欲解決的問題。

## V. 我國國民審判主體地位的建立

近十年以來，東亞的韓國及日本相繼在刑事訴訟制度中引進國民參與審判的制度，這股潮流所及，司法院近來積極推動觀審制，希冀經由觀審的國民參與審判，能夠加司法透明度，獲得國民信賴。以下謹介紹國民參與審判潮流的成因，背後的立論基礎，我國歷來就國民參與審判的立場，現在所推動觀審制的內容，說明為何國民參與審判能夠解決現今原住民司法權的窘境，司法院觀審制仍不足以克服原住民訴訟中，審判主體民主正當性不足，裁判專業性欠缺的缺憾。

---

<sup>27</sup> Law Reform Commission of Western Australia, *Aboriginal Customary Laws-the Interaction of Western Australia Law with Aboriginal law and Culture: Final Report, Project No.94*, p.79, Sep. 2006. [http://www.lrc.justice.wa.gov.au/2publications/reports/ACL/FR/Chapter\\_5.pdf](http://www.lrc.justice.wa.gov.au/2publications/reports/ACL/FR/Chapter_5.pdf)（最後瀏覽日：2011年9月17日）。

<sup>28</sup> “Funding found despite indigenous courts’ failings”, *The Australian*, Debbie Guest, April 10, 2010. <http://www.theaustralian.com.au/news/nation/funding-found-despite-indigenous-courts-failings/story-e6frg6nf-1225852030615>（最後瀏覽日：2011年9月18日）。



## A. 國民參與審判－全球風起雲湧的聲浪

### 1. 美國

英美國家向來以陪審制作為司法制度的特色，陪審制是由一般平民擔任陪審員，組成陪審團，在案件審判過程中依據法官指示的實體法與證據法，認定犯罪事實的有無（另有職司起訴的大陪審團）。陪審團的立論基礎在於民主正當化，以人民參與審判來制衡國家司法權力，強化國家司法權力的民主正當化性格，一如言論自由權利般，是防止政府壟斷國家司法權力的機制。美國聯邦憲法增修條文第6條規定，所有刑事案件的被告均享受公正陪審團迅速與公開審判的權利（In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury），美國聯邦最高法院在 *Duncan v. Louisiana* 案明確指出：「刑事被告受陪審團審判的權利是為了防止政府的壓迫。」（[the right to a jury trial was granted to criminal defendants in order to prevent oppression by the Government.]）<sup>29</sup>

陪審團（Juries）可溯自 1066 年的諾曼人征服，但一開始與審判沒有關聯。講諾曼語的諾曼人征服英格蘭後，基於統治之便，開始召集當地的貴族進行各地巡迴會議，會議中召喚而來的貴族宣誓後，敘明采邑領主、範圍、農奴、價值等等統治事項，此組織即為陪審團的前身。控制犯罪以確保統治為正室的利益之一，為了達到控制犯罪的目的，王室法官傳喚當地具有名望之人前來，宣誓後陳述何人有犯罪嫌疑，這就是大陪審團的雛形，此時被指控者仍以既有的方式接受神裁審判（*ordeal*）或聽取鄰人證言審判（*compurgation*）。到了 12 世紀，由於神裁與鄰人證言往往受到操控，教會與王室的審判權亦發生衝突，主持神裁審判的教會神職人員常基於同情或偽證而裁判，王室對此無能為力。1154 年起即位長達 35 年的亨利二世，鑑於地方的貴族及貴族組成法院無法對付猖獗的犯罪及領地的篡奪，並為提昇王室的威信，創立了王室的司法系統，1166 年先將大陪審團予以組織及系統化，各地的陪審員定期提供王室法官犯罪嫌疑人名單，圍捕嫌疑人後再進行神裁審判。儘管使用神裁審判，亨利二世對其並無信心，他命令任何遭到涉嫌嚴重性犯罪的嫌疑人若在神裁中獲判無罪，仍可在正直守法之人（*lawful man*）宣示其行為不檢及名譽敗壞下予以放逐，這象徵著審判權從神裁進展至王室手中。在土地產權誰屬的糾紛中，亨利二世亦建立新的審判制度，若有人自所持有土地遭到逐出，或者其產權遭到挑戰，得購買令狀請求地方治安官員召喚陪審團，陪審員將依據鄰里間所熟悉的籬笆或溝渠等知識來進行裁判，以往必須以決鬥方式解決的紛爭，現在則以和平收場。亨利二世的改革使得陪審團的角色接近現在的認知，然爾，神裁審判在他在位，甚至去世後依然存在。隨著

<sup>29</sup> *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145, 155 (1968).

神裁審判在神學上被認為是試探上帝的想法逐漸增強，1215 年羅馬教會宣示不再進行，向來被認為神聖不可侵犯的神裁審判最後被視為野蠻形式。<sup>30</sup>

美國陪審團的任務在於發現真實 (finding of the facts)，決定何人陳述為真，何一證據可信，爭議事實如何發生，不過，必須奉法官對於法律的指示為圭臬。陪審團必須以法官對於法律的指示作為大前提，自己對於事實的認定為小前提，進而作成裁判的結果 (verdict)。<sup>31</sup>陪審團的成員來自一般公民，美國聯邦陪審團選擇與任務法 (The Jury Selection and Service Act) 規定，年齡 18 歲之美國公民始得擔任陪審員。法院依隨機方式對於公民進行第一次挑選，被傳喚而來的公民，再由法院及當事人進行第二次挑選 (voir dire)，藉由詢問方式排除帶有偏見或不適任之人，第二次挑選可分為法定事由排除 (for cause) 及無理由的排除 (peremptory challenge)，前者必須基於法定事由始得排除人選，法官及當事人均得以此排除；後者則不需有任何理由，僅當事人得予排除，唯排除有人數上的限制，經過二次挑選後之人組成陪審團。<sup>32</sup>挑選陪審員不得以歧視方式為之，如果第 2 次挑選陪審員有造成種族及性別上明顯差異的情形，未能證明具有不歧視的事由，其排除少數族群及性別的挑選將被視為歧視，法院不應准許此種排除。<sup>33</sup>陪審團的人數一般為 12 人<sup>34</sup>，刑事有罪判決的決定必須全體一致，不能一致的情形下 (hung jury)，必須重新審判，近年來部分州已放寬成為絕對多數決，民事事件的情形，大部分採絕對多數決 (例如 10 比 2，或 9 比 3)。<sup>35</sup>

## 2. 德國

德國的參審制度可以濫觴至羅馬法上由元老院成員及富有國民 30 至 75 位就重大犯罪進行審判的陪審制度，中世紀早期在現今德國的領域內 (日耳曼邦聯) 即有法官與受選人民一同就犯罪進行裁判的制度，到了王權專制興起時，一般人民參與審判為實務界出身者所取代，1871 年德意志帝國建立，當時的法院組織法已納入類似於陪審的制度，即由 3 或 5 位職業法官及 12 位參審法官分開評議及裁判。1924 年的司法改革，改由 3 位職業法官及 6 位參審法官組成參審法官

<sup>30</sup> WILLIAM L. DWYER, *IN THE HANDS OF THE PEOPLE* 31-34 (2002).

<sup>31</sup> 美國 18 世紀時的陪審團具有決定法律的權力 (jury nullification)，延續約百年的時間後，因內戰後工業化及都市化，案件繁雜程度增加、法律確定性的需求、法律專業的興起等等原因而式微，最後聯邦最高法院在 *Sparf and Hansen v. United States*, 156 U.S. 51 (1895) 案中確立陪審團的任務僅及於事實認定。DWYER, *supra* note 30, at 70-71.

<sup>32</sup> [http://www.law.cornell.edu/uscode/usc\\_sup\\_01\\_28\\_10\\_V\\_20\\_121.html](http://www.law.cornell.edu/uscode/usc_sup_01_28_10_V_20_121.html) (最後瀏覽日：2011 年 9 月 27 日)。

<sup>33</sup> *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79 (1986).

<sup>34</sup> 現已放寬較少人數陪審團，例如 6 或 8 人，*Williams v. Florida*, 399 U.S. 78 (1970).

<sup>35</sup> DWYER, *supra* note 30, at 151, 169.

進行審判，職業法官與參審法官具有相同權限。一次大戰結束後，參審制度受到質疑，隨著國家社會主義（納粹）逐漸抬頭，參審法官的資格限於特定人種及認同國家社會主義者始能擔任，參審制度因而名存實亡。

二次大戰後，國民參與審判的民主正當性再次受到肯認，而為 1949 年的波昂基本法所採用，奠定現今德國參審制度的基礎。德國的參審制度有以下的特徵：一、適用於中度至重大刑度的犯罪；二、基本上由 1 位職業法官及 2 位參審法官組成參審法院，重大犯罪或上訴程序由 3 位職業法官及 2 位參審法官組成；三、少年案件應有 1 位男性及 1 位女性擔任少年參審法官（少年案件有其適用）；四、參審法官實行一切職業法官的職務，包括對於被告、證人或鑑定人提問，且有等同職業法官的投票權。<sup>36</sup>

### 3. 日本

日本：日本在明治維新後，繼受歐洲法律的過程中，社會曾有實施陪審或參審的要求，於是自 1928 年起實施刑事案件陪審制，限於被告聲請時實施，被告具有程序選擇的權利；法院認為陪審員評決不當時，得組成新陪審重行審判（陪審之更新），陪審意見受到拘束；陪審員資格限於繳納一定數額以上直接稅的成年男子；上訴審得推翻陪審判決的結果。由於實施的案件數逐年下降，施行十年後每年僅有 1 至 4 件陪審案件，政府復因戰事財政吃緊，最後在 1943 宣告終止。<sup>37</sup>

日本近二、三十年來的司法改革強調國民主權的觀念，鑑於司法與國民疏遠現象，為建立友善且令人信賴的司法，1997 年內閣下設置司法制度改革審議會；審議會於 2001 年提出報告書，建議導入裁判員，並提出基本架構；2004 年 5 月 28 日國會制定裁判員法及修正相關刑事訴訟法；2009 年 5 月 21 日施行。制度自制定後，歷經 5 年準備期間後始直接施行裁判員制度。日本目前所實施的國民參與審判，有下列特點：一、目的著重於司法透明與國民信賴；二、由 6 位裁判員參與審判；三、被告並無拒卻的權利；四、案件限於特定的重罪案件；五、裁判員得於審理程序進行中直接訊問；六、裁判員與法官對等，就事實認定、法律適用、量刑參與評議；五、裁判員與法官等同，為審判主體之一。由於裁判員與法

<sup>36</sup> Arndt Sinn & Mark Zöller 演講、吳俊毅譯（2011 年 3 月 18 日於司法院），〈德國參審法官對於刑事訴訟程序的參與〉。

<sup>37</sup> 世昌宏紀著、陳誌泓譯（2007 年 11 月），〈日本司法革之動向(上)－引進裁判員制度的歷程與課題〉，月旦法學雜誌第 150 期，頁 154。李東熹著、王靜琳譯（2011 年 8 月 25 日），〈韓國的國民參與裁判－以運作狀況之評價及今後之課題為中心〉，司法周刊司法文選別冊第 1557 期，頁 27。

官均為審判主體，法庭席次與法官併列而坐，定位上與參審較為接近。<sup>38</sup>

#### 4. 韓國

在法官任用制度無法正確反映國民多樣化意見，國民對於司法與法曹的不信任，建立符合國際標準及印向未來的司法制度等氛圍下，韓國於 2003 年在大法院（相當我國最高法院）下設立司法改革委員會進行新一波的司法改革，大法院院長向委員會提出包括「國民參與司法」等五項司法改革議案，討論是否全面或部分導入陪審制或參審制。由於韓國憲法第 27 條第 1 項保障國民有受憲法及法律所定法官審判之權利，為緩和違憲的疑慮，在討論的過程中提出法官推翻參與審判國民所為決議的折衷論，並且以此作為後來國民參與審判的基調。委員會後來於 2007 年提出兼具陪審與參審形態的制度，建議自 2007 年至 2012 年為實施的第一階段，實施中經評估後再做出採取何種國民參與審判制度的最終結論。韓國國會於 2007 年 4 月通過「有關國民的刑事裁判參與法」（下稱國參法），並修正「刑事訴訟法」，隨後於 2007 年 6 月 1 日公布、2008 年 1 月 1 日施行（自制定至施行僅距 7 個月）。韓國目前所實施的國民參與審判，有下列特點：一、目的在於提高司法民主正當性及國民信賴；二、由 5、7 或 9 位陪審員參與審判<sup>39</sup>；三、限於被告同意下實施；四、案件限於特定的重罪案件；五、陪審員得於審理程序中請求審判長訊問；六、陪審員就事實認定、法律適用、量刑表示意見，但無拘束法院的效力，法官判決結果與陪審員意見相異時，法官須附理由說明。由於原則上將陪審員全體視為一體，例如，陪審員的座別自成一區，有別於法官及當事人，陪審員的決議原則上為全體一致且無法官甘預，韓國本身將此國民參與審判的型態定位較為接近陪審。<sup>40</sup>

韓國國參法第 1 條明定：「本法之目的為，為了提高司法的民主正當性與信賴而施行國民參與刑事審判制度之際，規定審判程序之特則及其他必要之事項，以明確國民參與所伴隨之權限與責任。」<sup>41</sup>

<sup>38</sup> 世昌宏紀著、陳誌泓譯（2007 年 12 月），〈日本司法革之動向(下)－引進裁判員制度的歷程與課題〉，月旦法學雜誌第 151 期，頁 219 以下。

<sup>39</sup> 法定刑死刑、無期懲役或無期禁錮者，9 位陪審員；其他案件，7 位陪審員；不論何種案件，被告或辯護人於準備程序承認公訴主要事實，5 位；法院認為有特別情事，於檢察官或辯護人同意下，可選定 7 或 9 人陪審。

<sup>40</sup> 申東雲著、王靜琳譯（2011 年 8 月 25 日），韓國的國民參與裁判制度，司法周刊司法文選別冊第 1557 期，頁 1-16；張永宏（2011 年 5 月 27 日），〈韓國國民參與審判制度介紹〉，司法周刊司法文選別冊第 1544 期，頁 1-20。

<sup>41</sup> 張永宏，同前註 40，頁 5。

## B. 我國陪、參、觀之爭－民主正當化的需求何在

國民參與審判是一個相對於職業法官菁英裁判的制度，職業法官經過相當的篩選，具有一定的專業能力，但不免代表菁英或特定階級，相對於此，國民參與審判由國民行使國家主權之一的審判權，具有國民主權即民主正當性的表徵，裁判所呈現觀點具有多樣性的特點，不侷限在特定階級。由於兩種制度各有所長，我國引進國民參與審判的研議一直都沒有中斷，不過在威權時代下被認為並無實施的必要及可能。解嚴後，司法改革方興未艾，此項議題也成為其中之一，1987年3月間司法院所屬院會首長會議議決：「我國不宜採行陪審制，並建議派員考察參審制度，蒐集資料，俾供參考。」；1988年所屬司法會議第2次大會決議：「參審制度在歐陸行之有年，該制之濫觴，有其歷史背景及地理環境，在我國尚不宜全面採行，似可採擷該制度之精神，斟酌我國現況，研擬參審制度試行條例。」<sup>42</sup>司法院因而開始研擬國民參與審判的草案，至1994年3月完成類似德國參審制之「刑事參審試行條例草案決議條文」。<sup>43</sup>惟各界意見仍屬分歧，致未送立法院審議。

1999年7月所召開的全國司法改革會議，國民參與審判在度成為焦點，籌備階段法務部及民間團體提案引進國民參審制度，以昇國民對司法信賴，如有違憲之虞，則應修憲解決。<sup>44</sup>提案經全國司法改革會議討論，1999年7月8日全體會議無異議通過：「為因應社會價值觀之多元化，增進職業法官法律外之專業知識，並提升國民對於司法裁判之信服度，應規劃如何立法試行酌採專家參審制，處理特定類型案件（如少年案件、家事案件、勞工案件、智慧財產權案件、醫療糾紛案件、行政爭訟案件及重大刑事案件等類案件。」結論，專家參審制遂成為全國司法改革會議之決議。<sup>45</sup>司法院根據上開決議，首先於2000年5月2日以行政命令方式頒布「專家參與審判諮詢試行要點」（後於2003年7月7日修正部分條文，並更名為「專家諮詢試行要點」），以當事人同意作為前提，參與審判諮詢的專家於審判時提出專業意見供法院參考，但不參與事實認定及法律判斷。另又組成「專家參審試行條例研究制定委員會」，於2006年完成「專家參審試行條例草案，以德國專家參審制作為制度藍本。草案於95年8月送行政院會銜，惟行政院並未同意，而無進一步立法作為。<sup>46</sup>

<sup>42</sup> 司法院（1992年），《司法院參審試行條例研究資料彙編（一）》，頁3-64

<sup>43</sup> 司法院（1994年），《司法院參審試行條例研究資料彙編（二）》，頁401-415。

<sup>44</sup> 司法院（1999年），《全國司法改革會議實錄（上輯）》，頁484-485。

<sup>45</sup> 司法院（1999年），《全國司法改革會議實錄（下輯）》，頁949-965、1403-1404、1527、1652-1653。

<sup>46</sup> 司法院（2002年），《司法院專家參審試行條例研究資料彙編（一）》，頁16-80。

在上述刑事參審及專家參審草案未能獲得立法契機，惟受到日本推動裁判員鼓舞，司法院接著在 2006 至 2007 年研議「國民參審試行條例草案」，2006 年 11 月 20 日完成「國民參審試行條例草案初稿」，2006 年 12 月間舉辦全國北中南東四場公聽會，同時派員至日本考察剛完成立法之裁判員制度，2007 年 8 月 15 日完成「國民參審試行條例草案第二稿」，仿效日本裁判員制度，朝向國民直接成為裁判主體的參審制邁進。<sup>47</sup>但因牴觸憲法第 80 條「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。」受法官裁判憲法權利的疑慮，仍然無法進入國會進行審議。

時至 2010 年前後，由於連續幾起性侵案件的爭議裁判，法院裁判的妥當性受到輿論無情的圍剿，凸顯或嘲諷司法的「奶嘴法官」及「恐龍法官」成為流行語詞<sup>48</sup>，甚至影響大法官提名<sup>49</sup>，接著暴發法官集體貪瀆案件，引發司法院長辭職下台<sup>50</sup>，社會普遍瀰漫司法公信力不彰的質疑，由於政治上的連帶效應不容小覷，執政當局亟思因應之道。現任司法院長賴浩敏、副院長蘇永欽就任起，即一再表示將構思國民參與審判且迴避違憲爭議的「觀審」制度，企圖拉近國民與司法的疏離。司法院於是成立「人民觀審制度研議委員會」，以副院長蘇永欽為召集人，研擬規畫國民參與審判制度方向，同時在全國各地區舉辦公聽會<sup>51</sup>，辦理全國性問卷調查及分析<sup>52</sup>，邀請德、日、韓學者及實務專家參與制度研討。2011 年司法院長為召集人之「司法改革策進會」通過此項重大司法改革政策後，司法院正式宣布推動「人民表意且有拘束力」、惟無表決權的觀審制，由副院長蘇永欽擔任召集人成立「人民觀審試行條例研究制定委員會」，進行起草的工作，選擇臺灣士林地方法院、臺灣嘉義地方法院作為試辦法院。

相較於英美、德國、韓國的國民參與審判均以民主正當化作為立論基礎，日

<sup>47</sup> 司法院（2006 年 11 月 23 日），〈國民參審試行條例草案初稿出爐〉，司法周刊第 1314 期。

<sup>48</sup> 相關的報導，請參考，蘋果日報（2010 年 9 月 1 日），可惡 法官又稱未違意願，[http://tw.nextmedia.com/applenews/article/art\\_id/32779982/IssueID/20100901](http://tw.nextmedia.com/applenews/article/art_id/32779982/IssueID/20100901)（最後瀏覽日：2011 年 9 月 14 日）。自由時報（2011 年 7 月 15 日），恐龍法官 才判 3 狼無罪 又讓運將狼交保，<http://www.libertytimes.com.tw/2011/new/jul/15/today-so3.htm>（最後瀏覽日：2011 年 9 月 14 日）。自由時報（2011 年 8 月 27 日），「白玫瑰勝利！性侵 6 歲女童 2 審改 7 年半」，<http://www.libertytimes.com.tw/2011/new/aug/27/today-so1.htm>（最後瀏覽日：2011 年 9 月 14 日）。

<sup>49</sup> 請參考，自由時報（2011 年 3 月 31 日），爭議法官邵燕玲 馬提名大法官，<http://www.libertytimes.com.tw/2011/new/mar/31/today-t1.htm>（最後瀏覽日：2011 年 9 月 14 日）。

<sup>50</sup> 請參考，自由時報（2010 年 7 月 19 日），賴英照：總統若需要 隨時辭大法官，<http://www.libertytimes.com.tw/2010/new/jul/19/today-fo2.htm>（最後瀏覽日：2011 年 9 月 17 日）。

<sup>51</sup> 司法院（2011 年 5 月 6 日），〈司法院分區舉辦觀審制座談會 聽取各法院法官代表意見〉，司法周刊第 1541 期。

<sup>52</sup> 司法院（2011 年），〈人民觀審制度調查之研究〉，<http://www.judicial.gov.tw/revolution/司法院「人民觀審制度」調查之研究.doc>（最後瀏覽日：2011 年 9 月 14 日）。

前的法院裁判爭議集中在「裁判正確或妥當性」上，司法院的觀審制主要焦點放在司法透明度、提昇國民信賴。這一點可以從蘇永欽的文章窺得一二：<sup>53</sup>

如何解釋和合理化這股突然興起的熱潮，恐怕也要很小心。所謂『司法民主化』的提法顯然就過於簡單，沒有任何理論基礎。只有上游的立法和中游的行政，需要民主正當性的基礎，司法權的功能則是獨立、中立的把通過民主程序產生的法令適用於一定的案件事實，無論事實的重建或者法律的適用，受到考驗的都是專業正確性，而不是民主正當性。至少對個案審判而言，這裡應無任何需要民主化的理由（憲法法院的決定因為有一般效力才有『抗多數決』的問題）。這一點在建立於體系思維的大陸法系國家尤其如此，沒有完整的專業訓練，完全無法『司法』。如果司法也需要通過人民參與來建立其民主正當性，陪審或參審又豈不太小兒科，為什麼不乾脆實施人民公審？研究參審的歷史就知道，此制並非發生於素樸未化的早期社會，而是在理性主義盛行，法典化正熾的歐洲，人們所以不能容忍法律本身的非理性，卻願意把這樣精心制定的法典讓摻雜著非專業因素的司法者去適用，一個很簡單的理由就是藉此消除社會對專業法官密室決議的不信任，人民的參與可以為司法開一扇窗，這才是參審制的理性底蘊。從主權在民的觀點來看，參審不是要補強司法決定『民主性』的不足，而是主權者『信任』的不足。重在參加而不在決定的參審，往往發生於司法出現信任危機的時候，也就不難理解了。

司法當局並不認為「民主正當」或「裁判專業」二方面存在嚴重的問題，而將問題歸咎在「透明度」上。換句話說，司法體質尚稱良好，只不過國民「不懂我的心」，無法充分理解裁判形成的過程及結果，立論既是如此，在國民參與審判的光譜朝向國民不直接成為裁判主體，只「從頭到尾看嘍」，止於表達意見的觀審制，就不令人意外了。<sup>54</sup>

### C. 司法院草擬的觀審—無法解決原住民司法權的問題

目前正在研議中的觀審試行條例草案，初步立法方向大致如下：一、案件原

<sup>53</sup> 蘇永欽（2011年4月），〈夏蟲語冰錄（三十九）—給人民加個位子〉，法令月刊第62卷第4期，頁123。粗體及底線部分，為本文作者自加。

<sup>54</sup> 司法院副院長蘇永欽一再於公開場合質疑國民參與審判的立論基礎在於民主正當化，其強調如果在於民主正當化，為何不是世界各國都採用，何以採用的國家未在各種案件都適用。論點似乎強而有力，但在邏輯上不問原因，即以所見結果作為解答，是以果為因的論證，常是認同及強化現狀的正當性（status quo）。類似的說法諸如，100年前對於婦女爭取投票權，反對者提出，如果婦女投票這麼好，為何不是世界各國都採用。



則上限於最重本刑死刑或無期徒刑之罪之案件，以及司法院以命令決定的案件類型；二、由 3 名職業法官與 5 名觀審員組成觀審法庭進行觀審審判；三、被告無拒絕觀審的權利；四、觀審員資格限於年滿二十三歲、高中學歷的國民；五、觀審員參與審判期日程序及裁判的評議；五、觀審員對於事實認定、法律適用、量刑表示意見，倘觀審員中有不同意見，採多數決，職業法官如不採觀審員意見，必須於判決理由中說明。<sup>55</sup>

目前原住民司法權的問題集中在「民主正當性」及「法院專業能力」上，專屬法院或法庭的制度，先天已有民主正當性不足的問題，後天則有訴訟效率的疑慮，縱使實施，仍無解於原住民司法權的問題。而國民參與審判，如果立論基礎在於民主正當性，引進原住民參與審判的形式，就能夠提昇審判組織的「民主正當性」，原住民能夠自身觀點描繪傳統文化，不必假手其他族群，得以提出自己價值規範的願景，不再受限其他族群的眼界，這些都是漢人司法體系所無法提供的，所以，原住民參與審判必然可以為審判的妥適正確建立厚實的基礎。國民參與審判是在個別案件中召集參與的國民，是在原有的組織體系上加上國民作為審判的主體，既有架構毋庸更迭，況且，如果司法院的統計數計正確無誤，原住民訴訟案件的數量甚低，就不會有專屬法院或法庭訴訟率效的顧慮。

假設在原住民訴訟中引進司法院的觀審制，讓原住民成為觀審員，參與審判程序，原住民能夠適度表示意見，對於裁判的正確與妥當性必有正面的功效。但觀審立論基礎既不在於民主正當性，本質上無法回應原住民司法權的最大問題－民主正當性。原住民只能表意，不能參與審判的決議，主流價值仍然保有最後的決定權力，審判專業仍有遭到稀釋的可能。因此在原住民參與審判的型態上，應以參審與陪審為優先選項，惟陪審涉及到我國沒有的歷史文化背景，應屬次之，最後才是觀審。

## VI. 原住民參與審判－原住民審判主體地位的建立

原住民訴訟中，除了涉及原住民就其自身的專業知識外，更重要的是，原住民身為少數族群，就主流族群掌握的國家權力，應有平等分享的權利。美國過去在涉及少數族群案件的陪審員挑選，白人主流族群所掌握的司法體系在第 1 次挑選時經常設下陪審員教育或經濟資格的特殊限制，以此篩選排除黑人擔任陪審員，第 2 次挑選時白人當事人往往以不附任何理由方式排除黑人擔任陪審員。美國聯邦最高法院早於 1880 年在 *Strauder v. West Virginia* 案中指出，黑人被告的刑事案件中，如果在挑選陪審團時故意排除其族群的陪審員，此舉違反美國聯邦

<sup>55</sup> 司法院官方對於觀審制的簡介、說明及 Q&A，司法院（2011 年），〈人民觀審制度研議〉，<http://www.judicial.gov.tw/revolution/judReform03.asp>（最後瀏覽日：2011 年 9 月 14 日）。



憲法第 16 修正的平等保護權利 (equal protection)，因為「陪審團的理念在於，由平等之人來組成並決定，也就是說，社區中具有相同法律地位的鄰人或同儕來組成。．．在司法體系中的歧視危害甚烈，因為它會誘發妨害黑人族群平等正義的種族歧視。」<sup>56</sup>嗣後於 1986 年又在 *Batson v. Kentucky* 一案中明白確認，挑選陪審員時故意排除少數族群，乃違反美國聯邦憲法第 6 修正案之公平陪審團權 (an impartial jury) 及第 16 修正案平等保護權 (equal protection)，被告只消證明自己為特定族群成員且特定族群之人被排除在陪審員之列，檢方即應舉證證明排除特定族群之人非出於歧視，檢方且不得以特定族群之人對於族群成員之被告帶有偏見為理由，「就美國多元人口組成的觀點而言，如果我們確保，沒有公民會因種族身分原因被排除於陪審員之列，公眾對於刑事司法系統及法治社會的尊敬將隨之增加。」<sup>57</sup>。上述的觀點即已明白道出少數族群在主流族群建構司法體系地位中應有的地位，即是，少數族群參與並成為審判主體之一，就少數族群個別被告而言，其訴訟權益始能獲得保障，就不同族群所組成國家社會的司法制度而言，其司法制度方具有民主正當性及裁判妥適性。因此，除了一般國民參與審判的增進司法透明度、提昇國民對司法信賴、拉近民眾與司法疏離等功能外，原住民作為完全審判主體的參與審判制度，貴在實踐憲法提倡並保障多元文化價值觀點。

### A. 原住民法意識的建立

原住民參與審判，享有認定事實、適用法律、裁量 (包括量刑及其他裁量權) 的權限，具有重大的宣示意義，就是原住民作為完全的審判主體，能夠依自己意思及主張形成自己專屬的法意識。原住民過去成為被主流族群法律所規範的客體，主流族群制定全部的遊戲規則，原住民只能束手接收，由於不是自發性地形成規範，原住民對於規範並無法意識可言，與主流族群的規範衝突乃無可避免。例如，原住民在主流社會制定規範以前，山林早已是生活中不可或缺一部分，面對嗣後出現介入生活的森林法、野生動物保育法、槍砲彈藥刀械管制條例等規範，必然會質疑規範正當性，或者根本不會意識到規範存在而成為審判的對象。在取得審判主體地位之後，即便仍舊處在主流社會的框架之下，透過與規範平等對話的過程，在規範形成過程中溶入原住民的觀點及意識，是改變單向規範成為多元規範的契機，更是原住民法意識的起點。

<sup>56</sup> *Strauder v. West Virginia*, 100 U.S. 303, 308 (1880).

<sup>57</sup> *Supra* note 33, at 99.

## B. 原漢平等對話起點

原住民訴訟由原住民成為審判主體，與職業法官一同進程序形成裁判，過程中平等對話彼此理解，是原住民與漢人共享國家權力的一個形式，是多元國家的象徵，假使採用沒有表決權的觀審制，審判主體的架構仍是以漢人作為主體，此與我國目前主流社會中漢人作為各種制度的主體、原住民僅得於立法或行政時表達意見之模式，並無不同，這樣的運作方式下，原住民仍是漢人觀點中應被呵護、保護、描繪、敘述等客體，無論如何聲稱有利於原住民，主流／非主流、主體／客體、統治／被統治等等權力結構依然不變，原住民自治，甚至平等對話的都無法實現。原漢先天權力結構的不平等造成司法民主正當性問題，無論是原住民基本法中的專屬法院或專屬法庭，抑或是司法院正在推動的觀審制，都無從克服。制度選擇上，唯有直接參與審判並具有表決權的陪審或參審制度，方為可行，惟陪審制度係基於英美歷史文化而來，制度成本非低，且須輔以高比例認罪協商、嚴格的證據法則，未有類似背景的我國應以具有表決權德國參審制或日本裁判員制度作為藍圖，採行原住民參審制。

如果採行原住民參審制，審判主體即為職業法官加上原住民參審員。原住民參審員的遴選上，由於迥異於主流社會的社經條件及文化觀點，更基於司法權的自治理念，應由原住民自行決定遴選的條件，此與一般參審制在中產階級中隨機遴選不同。原住民各族得依據族人自治的意願，基於資本主義個人主義的想法，隨機從族人中遴選，或者以族人既有紛爭解決權力結構及機制作為基礎，指定特定人選，例如長老或領袖，擔任參審員。<sup>58</sup>

在參審員人數方面，適用原住民參審的訴訟，以一人一票作為前提，參審員人數應多於職業法官，三名職業法官的法庭組織搭配四名原住民參審員，一名職業法官的法庭組織搭配二名原住民參審員。<sup>59</sup>

## C. 參與審判的範圍

目前對於國民參與審判的討論都集中在刑事案件，此因刑事審判與國民疏離感最為嚴重有關，而原住民參與審判攸關審判組織權力結構的問題，不止刑事審

<sup>58</sup> 原住民參審的實施對象原則是針對原住民被告或當事人，權利基礎來自憲法上所障的原住民自治，與一般國民接受法官審判的憲法第 80 條基礎不同。

<sup>59</sup> 此人數上的設計，請參考國民參審試行條例草案第 28 條，司法院，同前註 47。若是以司法院的觀審作為前提，因觀審員僅得表示意見，全體觀審員在表示意見上視為同一，觀審員間如有不同意見，則採多數決方式決定之，此時五名觀審員均為原住民，或三名原住民觀審員搭配二名非原住民觀審員（原住民占多數），均屬可行。

判。在民事訴訟方面，原住民本身或原住民與漢人的家庭、婚姻、財產問題，審判的程序及結果都需要原住民的觀點。行政訴訟方面，原住民與主流社會國家間衝突，更是所在多有，例如原住民保留地權利義務、原住民傳統領域的決定、原住民槍枝管理、原住民受森林法規範的範圍等等，都是適例。既然各類型訴訟中都有民主化正當性的需求，則原住民參與審判案件範圍，應包含所有的訴訟案件類型。

惟原住民參與審判，原住民必須出庭參與程序，為免程序上勞費困頓，干擾原住民日常生活，制度設計上應有除外條款，例如，原住民為被告的案件，經被告聲請適用原住民參審；其餘案件，除有原住民當事人聲請外，並由法院或主管機關原住民族委員會就原住民傳統文化或價值規範有重要性中予以篩選。

## VII. 結論

讓我們來想想這樣的案例，數百年前的原住民與漢人定了契據，雙方就約定發生爭議，原住民被要求必須到漢人衙門接受裁判；百年前的外國租界，華人涉訟必須由外國領事來裁判；拉回到現在，原住民就其傳統習俗或領域的爭議，一律由漢人法官組成的法院裁判。如果我們認為數百年前的案例是荒謬及不公不義，今天其實也不遑多讓。迥然不同文化的法院，描繪勾勒原住民的形象，想像原住民的習俗規範，模擬原住民的價值觀點，無論口口聲聲如何有利於原住民，這種以原住民作為訴訟客體的制度，把原住民當作「他者」來看待，無異是把相異價值觀點強加原住民的同化行為。

我國憲法明白承認原住民的獨特地位及保障，若要維持原住民傳統文化或原住民自行塑造規範價值，由原住民自治體來擔任此項工作，當然是最妥適的制度。但在現實面上，原住民自治法草案尚未通過之前，理想毋寧是遙遙無期的，在此之前，原住民地位的保障只能完全依附在以漢人作為主體的中華民國政府體制下。94年制定的原住民族基本法，有關原住民司法權益的保障規定在第30條第2項：「政府為保障原住民族之司法權益，得設置原住民族法院或法庭。」欲在既有法院組織架構下，調整法官或法院的事務分配，保障原住民在訴訟上的權益。自條文立法之後，無論政府委託學者作成的報告，或者政府在媒體上所為宣示，就具體實現均抱持樂觀期待的態度。惟數年光陰已過，我國迄今仍無原住民專屬法庭或法院成立，司法院評估後仍以原住民訴訟案件量過少，單一專業法院恐造成分散各地原住民應訴不便，已經陸續加強法官專業性訓練等等訴訟效率上的考量，來回應此一議題。筆者認為，從司法院評估結果看來，既有司法制度下的原住民專屬法庭或法院的制度設計，暴露二樣致命的缺點，一是無法改變原住民仍為審判客體的身分，他則無法克服訴訟效率的要求。

原住民直接參與審判，與職業法官一同參與審判並形成裁判，具有下列優勢：1.憲法保障之原住民自治價值得以實現，扭轉法制上向來客體地位；2.由原住民確認自己的傳統文化，並塑造屬於原住民價值觀念，確立審判主體地位，朝自治理想邁進；3.法院直接獲得第一手資訊，有助於法院專業化的要求；4.既有法院組織體系加上參與審判之原住民，管轄範圍及事務分配並無更迭必要；5.案件數量原本非多，所造成訴訟成本及效率均非顯著；6.不同族群在審判的過程中平等對話，有助互相理解等等。除可克服原住民專屬法庭或法院的困境外，更能呼應現時國民直接參與審判的呼聲。

近來國民參與審判的潮流隨著「恐龍法官」、「奶嘴法官」對於法官專業能力批判而湧現，司法院積極構思人民參與審判並且表意的「觀審」制度，除了避免「法官依法獨立審判」的違憲爭議外，無非是觀察到我國並無審判組織缺乏民主正當化的問題，法官專業能力的嚴厲批判是民眾與法院疏離所致，民眾從旁觀審即可拉近與法院的距離，法院亦可藉由人民直接回饋省思及節制權力等等，所為的初步結論。但從司馬庫斯櫟木一系列爭議事件，已可看出涉及原住民訴訟案件，純漢人職業法官所組成法院非但有民主正當性的疑慮，其無法充分理解原住民傳統文化，不能代替原住民自己來塑造追求規範價值，專業能力欠缺更是隱憂。從此可見，原住民參與審判的正當性及迫切性遠超越一般訴訟案件，觀審的理論尚不足以呼應原住民參與審判的需求。況且，澳洲的原住民參與審判制度，即由部落長老在訴訟中提供意見，此一類似觀審之制度，目前受到無法達到降低原住民犯罪率及原住民審判主體地位依然欠缺的批評，實踐經驗足以為鑑。最後，在國民參與審判聲浪如火如荼，司法院即將試辦觀審之際，誠摯呼籲務必在審判主體的席位上給原住民「留個位子」！

## 與談人：吳威志 教授

主持人、林副主委、發表人、與談人，以及各位與會的先進學者，大家好！針對張道周法官所發表的這一篇，事實上我非常的佩服，因為在實務的參與經驗裡面，一直都有非常多的見解，同時具有非常好的人道關懷，資料也非常的豐富，所以論述方面也非常的精彩。

當然在評論的部份裡面，我們可探討之處，事實上我也看到充斥了非常多的批判。所以，我也很期望就是從原住民的角度裡面，如何來參與這個主審，來做一個建構的制度其實可以再加強。當然限於篇幅的關係，很多可以再深入的地方，所以我也提出了我的看法，以他的篇幅來做為整個的介紹。

那作者第二頁的部分，他提出了三個論點。第一個就是主流和非主流的文化，主流文化壓迫了非主流的文化；第二個就是立法跟法律的解釋，必須要有所獨立性，才能夠做更深入的判決；第三個就是自治的民主化的問題。所以，以這三個論點，我也有一些的看法提供。

我們看到其實一個自治權的本身，必須要包含行政的自治權，跟立法的自治權還有司法的自治權。所以，三大功能的自治，才有辦法來建構所有原住民的一個自治。到底這樣一個連帶的關係是不是會影響到司法權？相關在自治的部分，所以是不是我們必須去考慮到，從地方到中央，我們如何去建構。

今天我的意思是說，今天我們有三級的法院，有地方法院、高等法院、最高法院，如何建構在如果以自治權作為一個基礎的話，那你到底是不是要建構一個三級的法院，作為一個原住民的法院？所以從整個地方到中央，你都必須要做思考，不是單一的法院可以來解決的。當然，如果我們把地方法院作為一個地方自治的架構的話，是不是可行？那也是說，將來專屬的法院是不是直接設在地方法院的一二個思考點。

第二個是做為一個審判的主體，我們太過於以人做為區分。比如說，原住民的案件，其實不是只有牽扯到人。更何況，牽扯到人，也牽扯到原住民和非原住民之間。那其實除了人之外，還有事情。牽扯到原住民的事情，很有可能不是非原住民，針對原著民而牽扯的一個相關的案件。譬如，也有牽扯到物，因為原住民的物，但是它所牽扯到的，原告和被告都不是屬於非原住民。所以事實上，以審判的主體，單純的以人做為區分的話，那這過於單一性了。所以怎麼把他做一個深入的區分，這是非常重要的。

這在第六頁的時候，我也非常認同這個法官有特別提出來，因為篇幅的關係，沒有辦法去詢問所有原住民對這樣的一個論點的產生。所以這個事也足以我們做為一個申請。當然，在第六頁的最後一行，作者還特別研究說有沒有可能有替代方案，可以來解決這方面的問題。

我就非常贊成我們剛才的蘇主任檢察官，所做一些的想法存在，由其說，我們是不是在法院以外，還有什麼樣的配套措施，可以來整合相關法院，保護原住民相關的作為。包含了仲裁的制度、包含了調解要不要特殊化、特別立法，那麼也包含了鑑定人、證人有沒有特別的一個規範。所以這一些，在我們整個法院的整個架構裡面，事實上，足以讓我們在做深一層的思考。

所以，我們另外在第七頁，特別講到原住民在立法的建構裡面，事實上，憲法的人權已經是有了，但是，我們非常好，在憲法的增修條文跟我們的原住民基本法，另外自治法裡面，特別也在相進一步明確的規定。但是，在行政上，我要說的，特別主流跟非主流，其實每個社會都會存在。主流跟非主流，最重要的問題不是把它區分開而已，最重要的問題是，我們必須去了解去彼此的尊重，去彼此的融合。

所以，民主自決有一個陷阱存在。民主的範圍到底到哪裡，我的意思是說，假若我們說原住民自治，那將來會不會談到阿美族自治？賽夏族自治？賽夏族的法庭在哪裡？所以呢，族群的偏見怎麼樣挑選著迴避，其實我不是說主審不好，但是這些問題必須要進一步的去考量。

另外，案件的少數。其實，我看到的資料非常的好，原住民的案件每年大概 45 件左右，是不是足以形成一個組織？因為，在我們行政法的一個原則裡面，因為組織法，那個還是屬於行政法的規範。我們有幾個原則必須要考慮，第一個，比例原則，以每年只有 45 件的比例到底我們怎麼去處理相關的一個法院；第二個，必要原則，在自治裡面有沒有想好；第三個，適當原則，要原住民專屬的法院的時候，他必須要從花蓮到哪裡去？這個車子如何來記算，當然，還包含平等原則，當牽扯到非原住民的時候，平等原則就會產生出來了。所以，這幾個原則都是行政上在設立組織裡面，必須要加以思考的。

當然，原住民法官如何解決專業化和行政化的問題，作者提出了觀審制度跟陪審制度，這非常好。但是，原住民如果來擔任陪審或者是觀審的話，會有什麼樣的方案產生？譬如，我們在觀審制度裡面，我們有五位觀審員，你怎麼樣每一次的審判裡面他全部都能夠到，這其實是一個非常大的困難點。

那最後，我談論到 21 頁，原住民法意識的建立，其實這裡面很多都是立法

意識的問題。所以，連帶的我們必須要去解決，這個立法的本身要回過來，是不是要經過長老會議的通過？不然的話，法官只是依法用法，所以法官反而是中立的代表。法官如果能以中立為代表的話，那麼，怎麼會產生不平等的問題呢？所以，進而自治的問題，目前的話，原住民的自治法其實也包含了很多的問題存在。所以作者提出以長老和領袖來擔任參審員，這之間如何來平衡自治是專業的問題。

我非常贊成設立相關的法院，或者是法官。但是，我主張應該從淘選原住民法官開始，將來原住民的事務怎麼去設立三等合議？合議的部分由全國的原住民法官來輪讓，打破地域。反而是法官，只要是原住民的法官，在花蓮的法院的話，我們就派原住民法官去專設原住民法庭來做審理。所以，我建議是以法律為主，而不是以人為主來考量原住民的專屬法庭，這是我相關的與談，謝謝。

## 主題四 Q&A 時間

與會者提問：

副主委，以及在座的法官還有各位嘉賓大家好。我就針對，我們的原住民保留地爭議之判決的分析，來做這個發言。首先我提出聯合國原住民權利宣言，聯合國大會 61 屆會議附件聯合國原住民族權利宣言裡面的一些內容，因殖民統治和自己土地領土和資源被剝奪等原因，接受到不公平、不公正的對待致使他們無法按自己的需要和利益行使地上發展權，然後，原住民族因其政治、經濟和社會結構體系及其文化而擁有的富有權利，特別是他們對土地和資源的權利，那它有列了很多的法規，第 8 條，各國應提供有效機制以防治和糾正，A：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的行動；B：任何旨在或實際上剝奪他們土地、領土或資源的行動；C：任何形式旨在或實際侵犯或損害他們權利的強制性人口遷移。第 11 條第 2 點，予以補償，補償可包括歸還原物。第 27 條，習俗和土地所有權制度，以便承認與裁定原住民族對其土地、領土和資源，包括對他們歷來擁有或以其他方式佔有或使用的土地、領土和資源的權利。原住民族應有權參與這一制訂程序。第 28 條，原住民族有權要求補償；補償的辦法可包括歸還原物，或在無法這樣做時，給予公正、合理和公平的賠償。第 29 條，原住民族有權養護和保護環境和他們的土地或領土和資源的生產能力等等。第 30 條，不得在原住民族的土地或領土上進行軍事活動，在展開軍事活動前，應通過適當程序，特別是通過原住民族的代表機構，與有關原住民族進行有效溝通。我提出一個證明，舉一個台東民國十二年生的原住民族，他的母親是民國前年生的，證明他們有耕作的事實，然後在他們的戶籍謄本中有耕資格奴事實，在第二次世界大戰 30 年城鄉戰敗日本在台灣政治經濟權接掌，早先台灣居住在被日本殖民的事實在先，所以在烏來、陽明山以及碧潭以上的烏來、翡翠水庫附近都蓋了許多的房子，那為什麼原住民不能夠使用他們自己的土地？可見得，土地所有權以及使用權法對台灣某些原住民族是例免現代的惡法，其他三個許許多多的關鍵我這邊沒有辦法敘述，所以，我是認為我承認之前湯法官所說，全部事件是原住民眾多司法案件的萬分之一，所以原住民有必要設立原住民的法庭，謝謝大家給我這個機會。

與會者提問：

主席、在場各位發表人還有先進，我有三個問題想要就教在座的各位專家學者，第一個是關於湯法官的文章裡面有提到，我們目前司法院有就特殊專業類型案件，就是法官要向司法院申請核發特殊專業法官的證明書。那我的問題是，如



果針對原住民的案件，考量設置原住民專題或法院之前，是不是有可能在現行法之下就是先透過特殊專業類型案件，然後由法官來取得這個證照，來讓法官在審判原住民相關案件的時候，可以更具有原住民相關的法規的意識、或者對原住民的傳統習慣比較能夠了解。那這部分可能也牽涉到目前原民會可能做為原住民相關法規的主管機關，是不是跟司法院這部分會有多一些的聯繫，如果說在司法官訓練兩年的過程中，沒有辦法有這麼多的時間來讓法官受到這方面的訓練的話，那在之後，司法官實際從事審判工作的部分，能不能有一個訓練或進修的機制來取得證照，那這是第一個問題。我再補充一下，剛剛周法官也有提到說：目前這個專題的部分好像誘因不是很大，比如說法官可能不是說很有意願或情願被派去辦這個專題的業務，那這個實踐上是不是能有甚麼樣的做法，讓法官比較有誘因。第二個問題是關於剛剛蘇主任檢察官有提到一個我很贊同的是：關於民事部分有一個訴訟外的紛爭解決，那這部分是不是在目前現行法下，有可能透過這個方式讓原住民可以某部分的去分享國家目前掌握的司法權，那透過各民族有一個訴訟外的紛爭解決的機制。(時間到)

#### 與會者提問：

各位法界先進道商請教一下，可是本質上還是因為它的案件類型，如果你設原民庭來講的話，聽起來好像是因為身分別，可是事實上它的案件類型會牽扯到所有的案件類型，所以應該還是實體法的問題，那剛剛我覺得有一個關鍵，個人是以為說，還是基礎法最重要，那之前有提到說法官是原住民是不是就能讓原住民產生司法信賴，可是我反過來問，現在法官絕大多數非漢族群，有沒有讓非漢族群信賴，現在鑽議題的法官它有專業的證照，可是他有沒有得到這些訴訟裡面的信賴？這是一個很大的問題，所以，剛剛討論的都是裁判距離跟課題的問題，我覺得政府會遇到裁判距離與法律的關係，我們沒有辦法去期待說不斷的用憲法或准憲法、類憲法等基法來當成其中一個基礎，不可能再期待這個東西，我們還是需要實體法的部分，所以我想說，第一個透過程序上調解或是調治調解的方式，而這個調解委員的組成地方來做一個調整，這是第一個部分；第二個部分是說剛剛有提到部落法院、或者是法院部落化的概念，我想說有沒有可能把部落的司法權或準司法權先發出來，比方說：部落領導者或勢力者的部分。我想再稍微提剛剛林法官那邊有提到，在統計反對設置原住民專業法庭他有舉出幾個，他說欠缺正當性或必要性和原住民所涉及涉法案件是沒有族群，我覺得這句話其實是有弔詭的，因為談到這個問題就會想到就是說台灣河佬人(閩南人)、客家人以及原住民，那其他族群我覺得不公平，可是事實上是所謂的外省人、所謂的客家人、所謂的閩南人族群，所謂這些非原族群，他們基本上都已經長期習慣一個法律文化，所以你應該看成是這兩大區塊放在一起，第二部分是說，現在..造成弱勢已經得到法扶的補助，事實上我們都已經知道法扶最大的補助是在經濟上的補助，他一進到這個訴訟體系後還是適用一樣的審判制度、一樣的審判實體法、一樣的

程序法，所以重點應該還是在實體法的部分，實體法的欠缺沒有去把它拼出來。

林三元法官回應：

主持人各位先進大家好，我今天的講法只是站在應該設立原住民法的角度注以，至於說最大問題還是在於如何設立，那如何設立那個問題太大了，大到我覺得我不是能在一篇文章裏面去談，那如果問我如何設立原住民法，那當然有我的想法，那這個想法不成熟，而且我再次強調如何設立原住民法一定要進部落做實證調查，如果只是我們坐在會議室、或圖書館裏面大家用想像的方式去做的話，我覺得還是不會符合部落的需求，所以如何做原住民法庭或原住民法院應該有甚麼樣的面貌，那個部分是下一個很大的工程，而且必須要透過實證的方式，才能去把原住民法或原住民法院的面貌清楚的建構出來。我從剛每一位的談話裡面學習到很多也省思到很多，非常謝謝。

湯文章法官回應：

剛剛提到說原住民專業證照的問題，這是司法院的權限，因為司法院現在大部分都在開放了，應該有期待性，因為目前像勞工，這些都是司法院的權限，如果司法院重視這一塊的話，我想應該是有可能成立。外國非常非常的發達，那台灣因為有某些的限制，法律上有一些強制調解的問題。那以花蓮地院來講，我當了幾年營長，事實上我請了很多的調解委員針對各種不同的案子來調解，但是調解委員真的很難請，尤其原住民，我嘗試請了多位退休的原住民校長，或是原住民較有社經地位的人，希望能夠到法院來幫忙調解一些原住民的案子，那大家都覺得說你判死刑可以，別人判死刑就不要回他的心態，要他踏入法院來幫忙調解，真的有點障礙，當然我們還是會繼續努力，謝謝。

張道周法官回應：

大概是這樣的，某位女性原住民向法官請求分財產，男性的原住民被告，他主張：根據族裡的傳統，只有男性可以繼承，女性不可以。法官很為難，不知道怎麼判，這個就是我們目前國家的法律跟部落的規範衝突的問題。其實這樣的衝突，最好的解決方法是誰來解決？我覺得就是自治。可是我們的自治法，目前還在草創階段，目前沒有司法權的部分，它的規範不能抵觸中華民國的法律跟中華民國的命令，所以這個問題在現行的權力架構無解。所以我提出這個主張不是最好，我再次強調，不是最好只是次好，它只是能改變這樣的權力結構，讓原住民可以在訴訟中間，它可以成為審判的主題跟法官一樣。他可以投票、可以否決法官的看法，表達他的看法，表達他自己對自己的規範、自己的定位、自己的將來。那當然這個跟原住民的傳統規範必然不同，原住民本來就沒有這樣子像我們現代

法院的體系。可是，有沒有辦法撼動這樣子的體系？我覺得很難，所以我才提出這個次好的主張，謝謝。

蘇佩鈺主任檢察官回應：

謝謝各位先進的主見，其實我對司法服務從事第十多年來，所以很多事件我們考慮的事情是在於說，怎麼樣可以達到分針的解決，而且這分針的解決會讓大家能夠做一個較認為是公平信賴的。那因此我在民事概論我提出來的強制條件的部分，其實在像我們的土地法裡面，特別法就有這樣土地租佃爭議因強制調解。那實際上在相對的在原住民這邊的基本法裡，其實民事部分不管是財產或親屬，也許你是在不同的族裡面，有母系社會等各個都是跟我們現在的法律不是相同的。那因此在一個鄉鎮市的部份，像其實不用到進到法律，鄉鎮市調解條例裏面也可以做一個一個修法，那就是說在鄉鎮市公所，比如說，像現在在原住民常駐的鄉鎮市公所裡面，其實他們調解委員會或許就會發生一定的功能。那這部分有關於特殊調解委員會的設置，要因應原住民事務的時候，可能勢必就會修立鄉鎮市調解條例這個方向。所以只能建議說在原住民基本法裡面，可以融入的法源依據，原住民有關於那些民事爭議的部分，另有類似說因設置調解、另有法律訂製。那所謂法律現在就有鄉鎮市調解條例了，在那個法律中，也可以來做一個修正，在調解委員的組成，在原住民事務的時候，那需有多少比例以上的原住民來參與這樣的一個調解，或是說再更細緻是到多少人等等，都可以在這鄉鎮市調解條例裡面做確認。把原住民的聲音，或部落長老的聲音在一開始就知道，以後縱使調解不成，進入到了民事法庭的時候，法官也可以參酌這樣的意見，請他們來做專家證人或鑑定人等等，進來讓這個分針可以在一開始有一個介入之後，在審判的中間又有更多專家的參與。我想到這個結論來講，縱使這個案子沒有在訴訟外就可以獲得解決，在訴訟內也可以盡速的去做一個分針的定分指針。以上建議是從司法實務者要落實的話，可以就原住民基本法的鄉鎮市調解條例裡面作部分的修正，會期待說另外再訂一個參省法的海塊，以上建議。

林江義主任委員回應：

第一個部份，現在原住民委員會已經把法送到行政院進行審查的工作，不過我們的理解，要讓這部法案輕易的能夠過關，送到立法院，我相信是一件很簡單的事情。第二個部分，我們自己會裡面比較重要的幾位幹部一直思考，我們可不可以幫助原住民的鄉親在土地流失的這一塊，我們應當嚴告那些工廠機關，把原住民流失的土地還給原住民。這個部份我們心理上正在做一個準備，不過法治還沒有完成，做一個歉意之前，恐怕就是以現行的法治來起訴、去告那些工廠機關，原民會敗訴的可能性還是很高，所以我們可能要稍微做一些準備的工作。剛剛你提的問題，其實原住民委員會長期以來，都站在原住民的立場，非常的不滿意，

特別給你做一個說明。那我們這一場次的論文發表跟議刊就到這一個階段，非常謝謝大家。

主題五

# 原住民族集體權：實質同意 及有效參與

主持人：國立成功大學人文社會科學中心主任 戴華

北美洲原住民族修復式正義

之理念與實踐初探

發表人：謝若蘭 副教授

(國立東華大學族群關係與文化學系)

與談人：謝銘洋 教授

(國立臺灣大學法律學院)

原住民族研究倫理中的集體同意權機制

發表人：陳張培倫 助理教授

(國立東華大學民族發展與社會工作學系)

與談人：邱文聰 副研究員

(中央研究院法律學研究所)

# 原住民族修復式正義之理念與實踐初探<sup>1</sup>

謝若蘭

## 壹、前言

一般認為修復式正義源自八十年代的司法改革潮流，然而其論述的背後哲學與倫理意涵早已在諸多傳統文化中運作，其價值與理念的根源上溯及希臘羅馬文化，遍佈在各地區的傳統社會慣習，也與宗教中的慈悲、寬恕與復和的倫理教導相呼應□□□( Braithwaite, 1999；Reberts, 2004)。修復式正義 (restorative justice) 自 1980 年代起因著司法改革聲浪而被重視，但在原住民世界裡，修復式正義的理念早就是傳統慣習中的生活智慧與態度。不過面對修復式正義，首先我們要問的是，所謂的修復式正義，到底是對正義的定義有了新思維，還是對於正義的態度維持，但卻需要改革司法以回復正義的理想境界？如果是新的思維，到底是來自什麼樣的啟發？如果是一種改革，如何具體實踐？而這對當代司法改革造成何種的影響？

近年來台灣學術界與民間團體也開始引進修復式正義的思潮（如許春金等，2008；陳文珊，2011；許華孚、卓雅莘，2011；謝若蘭、楊曉珞，2010），而法務部也正式推動修復式司法<sup>2</sup>（請見附錄一），試圖去處理轉型正義或司法系統中的一些議題（洪春花，2011）。台灣當代諸多探討修復式正義的論述中，多為西方傳統哲學體系下的正義觀，也集中在討論有關犯罪 (criminal) 的處置，雖在論述上提及西方原住民社會是修復式正義的源頭之一，但卻少有系統性的整理與分析。事實上，在原住民族的傳統中□，修復式正義更是成為各種平衡破壞以及衝突產生的唯一解決方式。無論是在探討原住民族司法權、生態多樣性、性別分工、歷史創傷療癒等，修復式正義都可發揮出其適用性，達到身(body)、心(mind)、靈(spirit)、魂(soul) 的平衡狀態，和平的與自己及天地萬物共存。

本文主要介紹與整理北美洲原住民的修復式正義理念，並以相關案例來說明傳統智慧中如何得以實踐原住民集體同意權中的實質同意與有效參與。

## 貳、修復式正義簡介

正義(justice)這個觀念一向是西方哲學與倫理學的核心之一。在西方傳統哲學或倫理學中，正義往往被看作超越時間與空間，不受時間與空間改變或不同文化之差異性有受影

<sup>1</sup> 本文為「第二屆原住民族傳統習慣規範與國家法制」(2011/10/15 - 17) 研討會發表初稿，未徵求作者同意請勿引用或轉載。

<sup>2</sup> 本人認為此模式並無真正的原住民價值體系的修復式正義精髓，僅停留在賠償協調和解機制，無法修復實質關係。

響的價值理念。從柏拉圖開始論及正義概念開始，到了亞里士多德提出正義的形式定義為「相同的用立足式平等方式來對待，不相同的則用不同的方式來對待」(Slote, 2002)。但是，到底有哪些是界定這些所謂相同或不相同的依據與準則而成為在對待方式上的決定，一直是哲學家們的大哉問。個人基因、家族血緣、性格特質、努力程度、社會背景、成就等，都曾經被視為是選項。若從亞里士多德的界定來看，正義是一種分配模式 (distributive model)，也就是依據對象所具有的被許可認定之特質來進行如何加以對待的分配。這樣的倫理哲學思考成為有關於正義辯論的主軸，並成為有關社會資源分配的準則，以及解決社會問題或進行刑罰的考量。

不論是在社會正義的資源分配或是刑罰正義的討論上，正義論到了十九世紀初的啟蒙運動思潮而有了更多面向的辯證，從單一的君權神授走向社會契約的形式，但是正義論的論述與實踐仍是以分配模式為導向，並漸漸從契約形式走向法律的制定。不過可惜的是，雖然從社會契約轉變的法律，幾乎都是從個人的受害經驗的申訴權利交由一個主權來處理與判斷如何進行刑罰。舉例來說，Cesare Beccaria(1764) 在其著作《犯罪與刑罰》(On Crimes and Punishments) 提出法律為人類提供和平與安全需求的社會自由契約，而人類為了確保此理想狀態，喪失部份個人自由而制定法律使不遵守規範者受到刑罰。此種以實踐正義或是維護正義的做法，事實上還是建立在和平與安全的人類基本需求準則。換言之，法律的制定是因為規範與刑罰，刑罰則是為了確保人類和平與安全，和平與安全的確保是正義的具體實踐。

Teitel (2000) 以歷史背景提出修復式正義受到 1970 年代南非等國家進行轉型正義時所涉及的補償式正義 (reparatory justice or restitutive justice) 之討論影響，引起了一股對於司法正義的革新，包含了廢除監獄運動等，以及透過族群/性別/階級的特殊性所探討與正義的相關討論，都影響社會上的個人與集體對於正義的理解 (Strang, 2001; Strang and Sherman, 2003; Braithwaite, 1996, 1999; Olsen et al, 2010; Jenkins 2004; Raye, 2004)。目前修復式正義匯集各種視正義為一種補償的方式，例如和解(reconciliation)、和平(peacemaking)、賠償(redress)、轉型正義(transformative justice)等 (Braithwaite, 1999; Zehr, 2002)。

聯合國經濟社會理事會 (UN ECOSOC) 於 2002 年提出《司法實務之修復式正義的施行基本原則宣言》 (The Declaration of Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters) 中強調修復式正義的正義觀點是強調對於犯罪行為所導致的傷害作修復補償作用，最具效果的具體做法上是包容性的合作過程所產生修復結果。除此，本宣言也針對修復式正義方案 (restorative justice programme)、修復的過程 (restorative process)、修復的結果 (restorative outcome)，當事者(parties)，以及協商者 (Facilitator) 作了字義的界定如下：

- 修復式正義方案：指以修復式正義過程並尋求達到修復式正義結果的方案。

- 修復過程：指任何具有此類性質的程序，在適當的場合下，受害者與加害者與任何因為犯罪行為而受到影響之其他個人或社區成員，多數是在有協商者的協助下，共同積極尋求犯罪行為後續的解決方案。
- 修復結果：指修復過程中所得出的共識。
- 當事者：指受害者、加害者，和任何受到此犯罪行為之影響而得參與在修復過程之個人或社群成員。
- 協商者：指公正參與併協助修復過程的協調者。

從這些原則看來，修復式正義在有關犯罪刑罰的處置上強調社會關係的修復，除了傳統上已有的對於案件中的雙方當事者的權利、尊嚴應當受到的保護與尊重的基本原則之外，更積極性的將個人、團體與社區因案件受到的損壞關係進行應有的修復。簡要而言之，修復式正義推動者並不認為犯罪者僅是因為觸犯了與社會公共利益或是公共善的政府所設立的法律問題，更不認為違法者遭受到刑罰就可以解決問題而伸張了正義；修復式正義推動者進而主張犯罪往往起源於社會結構性問題，尤其是加害者之於受害人與所處社會的衝突，導致個人損害，並因為失去平衡而使社會信任與團結關係破裂。因而，修復式正義推動者要求司法偵察及審訊的過程應讓所有涉及者有機會共同面對犯罪，要求受刑人負起責任補償受害者及其社區的損失，使彼此之間的關係得以修補外，以此達到預防犯罪。□

### 參、原住民族傳統慣習與教導

Probably one of the serious gaps in the system is the different perception of wrongdoing and how to best treat it. In the non-Indian community, committing a crime seems to mean that the individual is a bad person and therefore must be punished ... The Indian communities view a wrongdoing as a misbehavior which requires teaching or an illness which requires healing (Ross, 2006 : 1) .

雖然修復式正義也來自原住民傳統智慧，但由上述的描述可知，事實上一般論及修復式正義都是針對犯罪來處理，而屬於原住民族的平衡觀點則極少真正論及。目前原住民族修復式正義的以紐西蘭的毛利人以及北美洲（美國與加拿大）的第一國族（First Nations）。筆者曾參與過在加拿大舉行的修復式正義短期研習，有機會訪談紐西蘭（Aotearoa）的威靈頓維多利亞毛利研究（Maori Studies at Victoria University in Wellington）前主任 Te Ripowai Higgins，她提及毛利的修復式正義傳統根源原意稱為 Utu，是指修復關係（fixing relationships），毛利語為找回平衡（to bring back the balance）。因此，當有一件



錯事發生，就有找回平衡的必要性。不過 *Utu* 此字眼歷經殖民過程後，被轉變成報復 (*revenge*) 的意思，因此不僅關係無法修復，平衡也找不回來，甚至更加厲害成為集體傷痕。不過因為部落聚會處尚存有口述故事傳述者，重新為 *Utu* 平反，以找回平衡替代報復行動。在 *Utu* 的觀念中，因為每一個人都有責任協助找回平衡，也因此認每一個人更清楚的認知對自己與他人的責任。因此，*Utu* 是一個集體責任，每個人都有責任必須照顧其他人，因此也就不會去做錯事傷害別人。*Te Ripowai Higgins* 也提及部落中傳述著訓示：若有年輕人做錯事是因為年長者沒有教導好，因此整個氏族應該負起集體責任，大家以身作則共同努力協助將平衡恢復，為部落社區的共同益處盡力。另外，在毛利的古語訓示中也提及：一個小孩沒有適當受教是長者的羞恥，也是小孩的恥辱<sup>3</sup>。

因此，所謂的修復式正義事實上是毛利的傳統智慧，教導每一個人必須分擔責任去協助其他人找到解決方式，回復社會平衡。整個社群會產生對於衝突發生狀況的集體責任感，因此每個人都有機會與責任去參與協助了解衝突或是錯誤的發生，並共尋求解決。衝突或是錯誤的事情發生事實上必須被視為社區的損失，如果是丟臉也是整體性的，而不是個人或家庭的。*Te Ripowai Higgins* 提及在 *Utu* 的實際操作傳統法則為實行點通常是在部落長者的家中 (*Marae*) 或是家中外院，因此長者即扮演類似仲裁者或協調員的角色，但透過威嚴使得每個人都可以信任的說出對錯誤事件的失望感，再根據每個人的特質與能力說出可以協助平衡回復的方式與貢獻，達到恢復關係與平衡。*Te Ripowai Higgins* 特別強調做錯事的一方必須承認所作的錯事，並自己分析原因，也需要去傾聽其他人對此事的看法。其他人同樣的也是傾聽，但是聲音被聽到 (*voices being heard*) 是最重點策略與步驟。產生的問題如果沒有經過各管道的發聲，問題就無法驗握過程中找到癥結，也無法一起走出無力與失望感，進而恢復平衡。這方式看似簡單，但若缺乏集體共識與集體參與，則無法達到效果。毛利傳統智慧觀點下的修復式正義必須要注意到實質性的獲得平衡。換句話說，恢復的平衡必須是內在與外在真正的受到改變，重視的不是只有身體上的或是資源上的滿足，更必須是靈性上 (內在靈性 *soul* 與外在力量 *spiritual* 的結合)，才能補足缺口而得到真正的平安。也因此，修復式正義必須是關係性，對人、社會、生態體系、自己的關係的維護，需面面兼顧。

我們可以從紐西蘭毛利的方式看到其所強調的正義實際上就是一種維護平衡，若有衝突即失去平衡而導致整體，包含個人、社區、環境等的同相處和諧機制受到破壞 (*Meyer, 2009, Archambearly, 2009*)。因此，找回平衡成為修補所有關係的重要機制。而這樣的機制必須靠所有的人共同參與並維護的。除了紐西蘭，北美洲的第一國族原住民也是強調集體式的參與在整個修復式正義的回復關係 (*Huculak, 2005; Austin, 2009; Alderson, 2007* ,

<sup>3</sup> *Te Ripowai Higgins* 以毛利語說明後，翻譯成英文為：A child not taught properly, is the shame of the elders, and the shame of the child.

Perry, 2008)。以下將就 Abishinabe-Ojibwe 的教導來看傳統慣習中的正義觀以及生活態度。這些觀念事實上正是整個修復式正義的核心理念 – 找尋平衡。

在 Abishinabe – Ojibwe 的傳說中，是烏龜使用背部當成母親大地來讓人類居住。也因此，Abishinabe（原意指人）也稱為他們居住的土地（北美洲，尤其是美國北部與加拿大連接第一國族）為烏龜島。下圖是著名的畫家 Randall Charboneau (Waywaymegwu) 以傳統教導意含所畫出的有關修復式正義作品。



在最起初的時候，族人們就有一套屬於自己的司法體制 (justice system)。整個圓代表

那是一個沒有終點的地方。在這樣的一個地方，每個人的聲音可以被聽到的；在這個地方透過祖靈將每個人連結，創造集體社區共同感，讓大家共同修補已經發生的破壞。不管是受傷害者或是被傷害者以及還有整個社區，聲音都會被聽見，沒有任何一方會被先歧視或是漠視，也不會因此羞恥或是受到二次傷害。這樣的一個地方是充滿熱情、有相互連結、也有用真理來進行意見表達的。這就是修復式正義所追尋的理想境界。

在傳統中，Abishinabe – Ojibwe 重視七個神聖教導 (The Seven Sacred Teachings or Laws)，分別由七種動物象徵七種重要品德：愛（老鷹）、尊敬（水牛）、勇氣（熊）、誠實（Kitch - Sabe）、信任（烏龜）、謙卑（狼）、智慧（海狸）。如果生活在這樣的教導當中，就能保持平衡，獲得滿足與快樂。也因此，在修復式正義的實踐中，這些教導是不能缺乏的元素。如果有任何元素欠缺或是破壞了就會導致不完整，也因此教導這些重要品德也是長者的重要責任。這些神聖教導，也轉化為許多原住民實踐修復式正義的具體執行理念與內涵。

#### 肆、原住民族修復式正義：集體性的積極與有效參與

北美洲有名的原住民族依羅庫伊斯協盟 (Iroquois Confederacy) 所提倡的原住民和平三法則是傳統的輪迴 (Eternal Circle) 概念，依序為正義 (Righteousness)、健康 (Health)、力量 (Power)。第一法則中所提的正義是講究以人、親族、頭目、社區、及全國族的穩定關係來達到杜絕暴力及真正平等關係。每個人必須被訓練成對於正義的敏銳感，願意待人待事公平，且願意享受在和平法則下的平等待遇。第二法則健康是指身、心、靈的合一才能創造強壯性格的個人，這法則也意味著完全平和的個人在此最佳狀態下，將會有助於社區及國族的安康富足之共同目標。第三法則是藉由遵守前二法則前提下所帶來的力量力，而此力量也會轉化成每個人可具有的更上一層的正義感及健康狀態俱佳的個人，社區、國族、與依羅庫伊斯協盟的和平也因此持續長久，而這種以正義為主為所設計的價值中心即是人與群體及萬物間的正義觀，也是許多原住民族的傳統司法制度守則。

Ross (2006) 以 Cree 女性長者身分提出傳統教訓給年輕人，並以一般犯罪與原住民醫治平衡失調來論述修復式正義。基本上她認為不管是受害者或加害者都應該去除這樣的稱呼，改以人對待，並以人的角度看待雙方為優先。即使是當代司法制度中的犯罪行為，我們必須去找出雙方到底是在哪些關係中失調或斷裂，從個人關係（如愛人）到家庭或社區，甚至是對自己的認同與感受（身體與心裡層面），都應該去關照，更種要的是這些失調可能會是多面向或由一個導致到多個重疊起來的關係破壞。在修復關係的過程中，必須讓破壞關係者在一個可以感受到真心對待的環境中，在感受到信任與愛的環境下，去提出所破壞的關係所受到的整體影響。如果要獲得具體成效，整體社區的參與是不可或缺的。Ross 認為讓雙方有很多時間相處談話很重要，但是必須在安全環境下，而這安全環境是必須由社區集體去建構出來的。情緒性的反應難免，但是有了整體的成熟參與，可以讓情緒性反應成為一種的創傷治療。在整個修補平衡的過程中，社區中受過相同創傷的人成為一個網

絡，分享失去平衡的問題，與找回平衡的方式。這也是一種集體參與，並積極發揮強而有力的修復平衡效果。而在修復式正義的過程當中事實上就是在實踐神聖教導，也是以勇氣與謙卑的心去誠實面對自己與他人、尊敬與信任他人、與人分享生活智慧等。總的來說，在具體形式上，透過集體性的積極參與，讓雙方（受害者與加害者）知道他們的處境並不孤單，而唯有共同的積極有效參與，才會有整體關係恢復，人生向前的可能性（謝若蘭、楊曉珞，2010）。

Diné (Navajo Nation) 為全美國人數與土地最大的原住民族，傳統慣習上也有著名的修復式正義，稱為和平方案( *peacemaking* )，並也在民族法庭上具體實施( *Austin, 2009; Nielsen and Zion, 2005* )。不過由於民族法庭上還是由一般司法體系訓練出來的法律背景人士，尚有一些制度實施上的爭議與改善空間( *Zion, 2005* )。換句話說，當今許多美國原住民族法庭雖在自治權下擁有司法權之自主性，但因為多數受過法律訓練的各民族法庭執行人員已受殖民主內化而早已忘記其傳統司法體制原則，不以和平的修復式正義為中心，反而因為執守殖民者的懲法規範訓誡之模式來進行民族法庭的架構，成為擁有原住民族法庭之名，卻無傳統原住民族的修復式正義司法制度的精神。也因此，再多的制度與法規並無法遏止犯罪或社會問題，因為當代司法制度中的懲戒心態高過於和解消弭仇恨，導致修復式正義在實務運用中僅止於較微小民法訴訟中的調解而已。

在加拿大，修復式正義有幾種不同的形式產生，如社區療癒圈( *community healing circles* )、社區宣判圈( *community sentencing circles* )、家庭與社區會議( *family Conferencing and community conferencing* )、轉型正義/司法( *transformative justice* )、受害者/加害者調解( *victim-offender mediation* )。第一國族的部份則在 1978 年 *Cunliffe Barnett* 法官以及 1981 年的 *Barry Stewart* 法官的宣判後以療癒圈( *healing circles* )、社區和平團( *Community peacemaking circles* ) 方式呈現<sup>4</sup> ( *Pranis, 2005* )。第一個受害者/加害者和解方案 1974 年從 *Ontario* 的 *Mennonite Church* 的方案，在許多犯罪的司法體系中開始產生，其中最大的是在加拿大 *Manitoba* 省，就是由 *Mennonite Central Committee* 設立的 *Manitoba Mediation Services*，每年大約要經手 400 大小不同案件。另外，在學校方面也針對修復式正義成立相關方案，用以化解年輕人的關係失去平衡的失序（尤其是霸凌）問題。在運作上同樣是以修復關係為主，將修復式正義理念當成中心，學生、社區/家庭、司法體系、校方為四個對話主體，共同以夥伴關係的形態來進行。

## 伍、結語

1960 年代以來的全球原住民族運動，經歷過不同的紅權( *Red Power* ) / 第四世界爭取抗爭，到了 1980 年受國際串聯影響而開啟了原住民族權利訴求聲浪，以國際法上的民族

<sup>4</sup> 在紐西蘭和澳洲是以 *Family Group Conferencing* 或是 *Community Conferencing* 形態產生。實施的方式上是大同小異。

自決權為主，強調傳統領域、自然資源、土地等主權，並在傳統知識、語言、文化及法律慣習等面向去實踐主體意識 (Flies-Away, Garrow, and Jorgensen, 2007)，終於在 2008 年 9 月 13 日通過了聯合國《原住民族權利宣言》，使原住民族權利受到確認。雖然台灣在此股風潮中一直與世界同步，但是在司法體系中的傳統慣習部份完全沒有進展，甚至最近不管在土地與自治的議題上，有明顯退步的跡象。根據聯合國人權委員會在 2004 年提出的一份有關原住民在司法領域所面臨處境的報告指出，對原住民人權保護方面的缺陷，明顯表現在司法體系運作的缺陷上，許多國家的原住民長期以來得不到司法公正，由於司法體系反映了社會的主要價值觀，原住民在此其中常常受到直接或間接的歧視。另一方面，國家的法律機構不承認原住民的習慣，因此在司法體系中，法院雖是提供了保障，但原住民本身的法律觀念被棄之不顧，使他們的法律習慣常常被視為罪行。

加拿大在 1990 年代初期為了傳統領域被開發成高爾夫球場而進行對加拿大政府的激烈抗爭並合法佔領自己的土地震驚全世界，加拿大政府才組成委員會去了解第一國族的相關議題 (Coyes, Greg: 1997)。事實上在加拿大的案例上，尤其是到監獄裡訪視第一國族的受刑人，他們所談的正是整體的關係與平衡失序的結果。而這些失序以一般性犯罪司法體系來進行刑罰，當然無法修復受歷史創傷 (historical trauma) 的個人或是第一國族整體。

從本文所陳列的有關紐西蘭或是北美洲之修復式正義，事實上在原住民族的慣習中實施是以集體參與為主，而且在當代的教導中也將神聖教導的傳統知識納入，成為社區的共識與生活準則。在修復式正義中講求的關係修復，如果沒有透過族群正義與集體認同的實施，在效果上可能會和一般社會著重在談論賠償金錢，將會失去修復式正義的意涵。恢復傳統教訓中的找回平衡為一個中心信念，透過集體的積極有效參與運作，講求族群的權利同時負起任務，或許是世界紅權的共同挑戰。

參考文獻

- Alderson, Doug. 2007. *The Vision Keepers : Walking for Native Americans and the Earth*. Wheaton : Quest Books.
- Archambeault, William G. 2009 “ The Search for the *Silver Arrow* : Tribal-Based Healing Traditions and Ceremonies in Indian Country Corrections” pp 191-206 in Nielse and Silverman (eds) *Criminal Justice in Native America*. Tucson : University of Arizona Press.
- Austin, Raymond. 2009. *Navajo Courts and Navajo Common Law : A Tradition of Tribal Self-Governance*. Minneapolis : University of Minnesota Press.
- Beccaria, Cesare. 1764. *On Crimes and Punishments*. [http :  
//www.crimetheory.com/Archive/Beccaria/index.html](http://www.crimetheory.com/Archive/Beccaria/index.html) (2011/10/10)
- Braithwaite, John. 1996. *Restorative Justice and a Better Future*. [http :  
//www.iirp.edu/article\\_detail.php?article\\_id=NDk4](http://www.iirp.edu/article_detail.php?article_id=NDk4) (2011/8/9)
- Braithwaite, John. 1999. “Restorative Justice : Accessing Optimistic and Pessimistic Accounts”, in *Crime and Justice : A Review of Research*. Vol. 25 : 1-127.
- Coyes, Creg. 1997. *No Turing Back : The Royal Commission on Aboriginal Peoples*. Montreal : The National Film Board of Canada.
- Cunneen, Chris. 2004. “What Are the Implications of Restorative Justice’s Use of Indigenous Traditions?” pp. 345-354 in in Zehr, Howard and Barb Toews (eds), *Critical Issues in Restorative Justice*. New York : Criminal Justice Press.
- Fliws-Away, Joseph Thomas, Carrie Garrow, and Miriam Jorgensen. 2007. “Native Nation Courts : Key Players in Nation Rebuilding”pp.115-145 in Miriam Jorgensen (ed) *Rebuilding Native Nations : Strategies for Governance and Development*. Tucson : University of Arizona Press.
- Hucclak, Bria. 2005. “From the Power to Punish to the Power to Heal” pp.161-166, in McCaslin,

- Wanda D. (ed), *Justice as Healing : Indigenous Ways*. Minnesota : Living Justice Press.
- Jenkins, Morris. 2004. "How do Culture, Class and Gender Affect the Practice of Restorative Justice (part 1)." pp. 315-328 in Zehr, Howard and Barb Toews (eds), *Critical Issues in Restorative Justice*. New York : Criminal Justice Press.
- Lockhart, Arthur, and Lynn Zammit. 2005. *Restorative Justice : Transforming Society*. Toronto : Inclusion Press.
- Meyer, Jon'a. 2009. "How Do We Get Rid of Crime? Restore It to Harmony" : Tribal Peacemaking as an Alternative to Modern Court" pp 176-190 in Nielse and Silverman (eds) *Criminal Justice in Native America*. Tucson : University of Arizona Press.
- Nielsen, Marianne O. and James W. Zion. 2005. "Introduction to Peacemaking" pp.3 -19, in Marianne O. Nieslen and James W. Zion (eds). *Navajo Nation Peacemaking : Living Traditional Justice*. Tucson : University of Arizona Press.
- Olsen, Tricia D., Leigh A Payne, and Andrew G. Reiter. 2010. *Transitional Justice in Balance : Comparing Processes, Weighing Efficacy*. Washington : United States Institute of Peace.
- Raye, Barbara. 2004. " How do Culture, Class and Gender Affect the Practice of Restorative Justice (part 2)." pp. 329 -340 in Zehr, Howard and Barb Toews (eds), *Critical Issues in Restorative Justice*. New York : Criminal Justice Press.
- Ross, Rupert. 2006. *Returning to the Teachings : Exploring Aboriginal Justice*. New York : Penguin Canada.
- Perry, Barbara. 2008. *Silent Victims : Hate Crime Against Native America*.
- Pranis, Kay. 2005. *The Little Book of Circle Processes*. PA : Good Books.
- Roberts, Annie Warner. 2004. "Is Restorative Justice Tied to Specific Models of Practice?" pp. 241 – 252 in Zehr, Howard and Barb Toews (eds), *Critical Issues in Restorative Justice*. New York : Criminal Justice Press.
- Slote, Michael. 2002. "Justice as a Virtue", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, [http : //plato.stanford.edu/entries/justice-virtue/](http://plato.stanford.edu/entries/justice-virtue/) (2011/10/12)



- Strang, Heather and Sherman, Lawrence W. ,2003, “Repairing the Harm : Victims and Restorative Justice”, Utah Law Review, 2003(1) : 15-24
- Strang, Heather, 2001, “Introduction : Restorative Justice and Civil Society”, pp.1-13, in H Strang and J Braithwaite (eds) Restorative Justice and Civil Society, Cambridge University Press, Cambridge.
- Teitel, Ruti G. 2002. Transitional Justice. New York : Oxford University Press.
- United Nations. 2002. The Declaration of Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters. Resolution 2002/12. [http :  
//www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf](http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf) (2011/10/1)
- Yazzie, Robert. 2005. “Life Comes from It” : Navajo Justice Concepts.” pp. 42-58, in Marianne O. Nielsen and James W. Zion (eds), Navajo Nation Peacemaking : Living Traditional Justice. Tucson : University of Arizona Press.
- Zehr, Howard. 2002. The Little Book of Restorative Justice. PA : Good Books.
- Zion, James W. 2005. “The Navajo Peacemaker Court : Deference to the Old and Accommodation to the New” pp.65-84, in Marianne O. Nieslen and James W. Zion (eds). Navajo Nation Peacemaking : Living Traditional Justice. Tucson : Uni. of Arizona Press.
- 洪英花，2011，〈實踐修復式正義－以土院試辦刑事案件流程管理為例〉。《台灣法學雜誌》，175：5-34。□
- 陳文珊，2011，從修復式談死刑的廢除。 [http ://rjonline333.pixnet.net/blog/post/81508349](http://rjonline333.pixnet.net/blog/post/81508349) (2011/10/11)
- 許春金等，2008，〈原住民社區修復式正義實施機制之研究〉。《犯罪防治學報》，9：21-68。
- 許華孚、卓雅華，2011，〈原住民地區修復式正義之時踐與啓發〉。《警學叢刊》，41（5）：275-299。□
- 謝若蘭、楊曉珞，2010，〈台灣原住民族司法改革：兼談修復式正義〉，頁 63-97，收錄於陳文珊（編）《基督教與修復式正義》，台南：永望出版社。



## 法務部修復式司法介紹

Q：什麼是修復式司法？

A：修復式司法（Restorative Justice，亦有譯為修復式正義）是對於因犯罪行為受到最直接影響的人們，即加害人、被害人、他們的家屬、以及具有關聯或共同利益的社區成員，提供各種談論犯罪及說出自己感受的對話機會，以促進當事人關係的變化，並修復犯罪造成的傷害。簡單來說，修復式司法是一項犯罪行為的所有利害當事人聚在一起、共同處理犯罪後果及其未來意涵的過程（Tony Marshall,1996）。

Q：為什麼需要修復式司法？

A：現有的刑事司法制度，將處理犯罪的權力賦與國家，並採刑罰的方式懲罰犯罪者，以維護法秩序及公平正義。然而，當一件有被害人的犯罪事件發生了，除了既有的法秩序受到破壞之外，同時對加害人、被害人及雙方家庭成員或社區也帶來傷害、破壞等負面影響，單單藉由刑罰可能無法滿足當事人的需要，如能選擇適當的處理方式，促進所有利害當事人的真誠溝通，並導引出自我情感復原的力量，共同修復犯罪所帶來的傷害，不僅能實質給予被害人處理走過創傷的情感需求與支持，也能讓加害人充分認知其行為所帶來的破壞結果，進而真誠地認錯悔改、承擔責任，減少將來再犯罪的可能，這就是修復式司法所想實踐的核心價值及目標，也較能符合當事人對刑事司法制度的期待。

Q：現行的應報式司法與修復式司法有何不同？

A：Howard Zehr（修復式司法之父）認為二者的差異主要可從「看待犯罪的觀點不同」及「處理犯罪的方式不同」來看：

	應報式司法	修復式司法
看待犯罪的觀點不同	<ul style="list-style-type: none"> <li>◇犯罪是對國家與法的侵害</li> <li>◇犯罪帶來罪責</li> <li>◇司法是國家決定加害人罪責與刑罰的過程</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>◇犯罪破壞人與人之間的關係</li> <li>◇犯罪帶來回復的責任</li> <li>◇司法是加、被害人與社區成員共同努力修復傷害的過程</li> </ul>

	◇關注焦點：加害人應受到何種懲罰	◇關注焦點：被害人的需求、加害人修復傷害的責任
處理犯罪的方式不同	◇確認犯罪行為違反哪些法律 ◇誰是犯罪者 ◇犯罪者應受何種懲罰 ◇注重過去的犯罪事實	◇誰受到傷害 ◇被害者的需要 ◇回復傷害是誰的責任 ◇注重未來關係的修復

(整理自 The Little Book of Restorative Justice, Howard Zehr, p21, 2002)

Q：修復式司法是一種新創的制度嗎？

A：許多現代採行的修復式司法模式，例如處理少年犯罪事件的家庭協商會議、處理成年輕微犯罪事件的和平(審判)圈等，可以追溯到人類出現國家社會以前的時代或原住民(印地安人、毛利人等)處理衝突所使用的儀式即可見一斑。甚至國內有學者研究發現，臺灣的原住民社會中以順服祖靈、尊重耆老的衝突解決方式，也是一種修復式司法。所以，修復式司法並不是新創的觀念或犯罪處理模式，反而是將原有雛型或構成元素融入現代社會架構及司法體系，以發展成有別於應報式司法的另一種犯罪處理模式。

Q：修復式司法的程序具備哪些要件？

A：修復式司法的程序具備下列要件：

1. 事件的利害關係人均能面對面參與犯罪的處理，並能夠溝通及分享經驗。
2. 當事人能藉此程序認知及尋求瞭解該犯罪事件所造成的損害(損害並不僅限於被害人，加害人及社區也有可能因該事件經歷損害)。
3. 參與一定要是自願性。不可以強迫、恐嚇、威脅或操縱被/加害人的方式來達到參與的目的。
4. 必須以說真話為基礎。加害人承認其犯行是進行修復式程序的前提要件。
5. 被害人及加害人的權利都要被保障。

6. 要有修復促進者的參與。
7. 整個過程是要針對加/被害人整合至社區而發動。
8. 在溝通、協調後，必須發展出一套針對未來的解決（補償）方案或計畫。
9. 不要有懲罰性方案摻雜其中。
10. 以是否整合、修復的結果來評估修復式司法的達成度。<sup>5</sup>

Q：有哪些國家已經採行修復式司法？

A：自 1970 年代開始，北美、歐洲、紐西蘭、澳大利亞等地陸續採用各類具有修復式司法精神的實務方案，甚至發展成為與應報式司法並行的另一種司法制度。2002 年聯合國經濟與社會委員會草擬的「聯合國於刑事案件中使用修復式司法方案之基本原則」更指出，全世界在「修復式司法方案」的實施已有顯著的成長，並強調以此方式處理犯罪，讓被害人、加害人對犯罪處理結果有較高的滿意度、降低再犯率以及減少社會上的對立及恐懼。近年來，同處亞洲的日本、韓國、泰國、新加坡、菲律賓及中國大陸、香港等，也相繼跟進，迄今全球已有超過 1,300 多個修復式司法方案（計畫），可見修復式司法已在國際社會中獲得普遍認同與重視。

Q：修復式司法有哪些主要的實施模式？

A：目前世界上已有逾 20 個國家運用修復式司法，且依國情發展出不同的模式，主要有被害人與加害人調解（Victim-Offender Mediation，簡稱 VOM）、家庭協商會議（Family Group Conferencing）、和平圈（Peace Making Circle，或稱審判圈、量刑圈，Sentencing Circle）、社區修復委員會（Community Restorative Boards），簡要說明如下<sup>6</sup>：

#### 1. 被害人與加害人調解

被害人與加害人調解是被害人及其利害關係人（團體）與加害人在安全的環境中會面，並且進行與犯罪事件有關之結構性討論的過程。這種討論往往由一位有訓練的促進者來召集協助，被害人能夠藉此機會告訴加害人有關犯罪造成的身體、精神及財產損害，也可以直接參與討論發展由加害人來賠償的協議。亦被稱為加/被害人間的“對話”。

<sup>5</sup> 摘自許春金，人本犯罪學—控制理論與修復式正義，頁 510，2009 年。

<sup>6</sup> 摘自許春金前揭書，頁 511-517。

## 2. 家庭協商(團體)會議

家庭協商會議是將受犯罪事件影響的所有人員，包括加/被害人（及各自的支持者）、家庭人員等聚在一起，共同討論該事件的解決方式。其主要運用在少年犯罪，紐西蘭 1989 年「兒童、青年及其家庭法案」是首先立法明文採用，1990 年代中期後，澳大利亞、美國、英國、加拿大等國也受其影響紛紛採行。

## 3. 和平圈

和平圈是運用傳統的印地安人儀式將被害人、加害人(及雙方支持者)、法官、檢察官、辯護律師、警察及社區相關人士均聚集在一起，以誠懇態度共同對事件尋求瞭解，然後探討治療受傷害人員及預防犯罪的必要步驟。無論是少年犯罪或成人犯罪均可適用之。

## 4. 社區修復委員會

社區修復委員會是由一小群體之地方百姓所組成，他們受過專業訓練，能與加害人進行面對面的公開討論。在與加害人討論其犯行的不良後果後，他們會與加害人共同擬出一套修復與補償計畫，加害人必須承諾在一特定期間內完成此一計畫。在此特定期間後，委員會會向法院提出報告，說明加害人的履行狀況，委員會的任務至此也就完成。

上述 4 種實務運作模式中，以被害人與加害人調解最被廣泛運用，因此，法務部推動修復式司法之初，也先採用這類模式。

Q：除上述 4 種主要模式，修復式司法尚發展出哪些實施模式？

A：前述 4 種主要模式皆有一個核心的程序要求，即在加害人承認犯行的前提下，進行修復程序，以修補已發生的傷害及發展未來的關係。不過，也有若干實踐模式並未具備這項核心要求，也可視為修復式司法的實踐型態。例如：

1.加害人與被害人小組（Victim-Offender Panel，簡稱 VOP）：此運作型態雖是由一群被害人與加害人組合而成，不過參與的成員並不是彼此的被害人與加害人，也就是並非同一事件的雙方當事人，其目的在讓一些被害人能夠藉由與其他相類事件加害人接觸的機會，減低自己對犯罪的恐懼或疑慮，或是讓加害人知道其行為對被害人所造成的傷害，例如美國的反酒醉駕駛母親組織、不同性侵害犯罪案件的加害人與被害人調解。

- 2.監獄修復方案：又稱獄中調解計畫，其側重情感與關係的重建，而較難以追求賠償的合意，且縱使雙方有滿意的修復結果，也不必然會促成加害人提早假釋或釋放。
- 3.單純的賠償或社區服務：指未有進行修復程序下的賠償或社區服務。
- 4.被害人影響陳述（Victim Impact Statement）：讓被害人得以書面、口頭或錄影等方式描述犯罪事件對其周遭生活的影響，以供為法院量刑或假釋准駁的參考<sup>7</sup>。

Q：法務部為何要推動修復式司法？如何推動？

A：現行的刑事司法制度對犯罪的處理，偏重在懲罰與矯治犯罪者，被害人充其量淪為證人的角色，往往引發忽視被害人的質疑，縱使加害人受到刑罰，也無法填補或復原被害人受到的損害與傷痛，以致未能讓被害人感受到社會正義。同樣地，加害人的家庭在加害人入監服刑或執行極刑後，也面臨衝擊，例如失去家中經濟支柱、親子關係因監禁、處決而產生隔絕疏離。因此，處理犯罪應不是僅僅關注在如何懲罰或報復，而是如何在犯罪發生後，協助當事人療癒創傷、恢復平衡、復原破裂的關係，如此也賦予「司法」一種新意涵，即在尋求真相、尊重、撫慰、負責與復原中實現正義。所以，法務部從去（98）年將推動修復式司法列為重要政策，並邀集學者專家、相關司處及民間機構成立推動工作小組，研訂「推動修復式正義—建構對話機制、修復犯罪傷害計畫」，確立「理念倡導」、「深化理論架構」、「執行模式之試行」、「融入學校課程」等四大面向的推動策略。

Q：在「執行模式之試行」方面，法務部如何推動？

A：我國現行的少年刑事事件、刑事調解、針對微罪案件的緩刑、緩起訴處分或協商判決中之向被害人道歉、賠償或義務勞務、易服社會勞動等，都可說已存在著修復式司法的精神，然而，仍未建構出修復式司法的核心概念及特定程序。因此，法務部在今（99）年 6 月研擬完成「法務部推動『修復式司法』試行方案實施計畫」，在不修法的前提下，採行被害人與加害人調解模式，以逐步建構符合我國文化、價值的修復式司法方案。

Q：修復式司法試行方案的推動宗旨？

A：修復式司法試行方案的推動宗旨有六：

- 1.協助被害人、加害人及雙方家庭、社區（群）進行充分的對話，讓當事人間有機會互相陳述、澄清案件事實、聽取對方的感受、提出對犯罪事件的疑問並獲得解答。

---

<sup>7</sup>參陳珈谷，論修復式司法，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 79-83，2002 年。

- 2.讓加害人能認知自己的錯誤，有機會主動向被害人、雙方家庭及社區(群)真誠道歉及承擔賠償責任，並經歷自我認知及情緒之正向轉變，以改善自己與家庭、被害人及社區(群)之關係，俾助其復歸社會。
- 3.提昇加害人對修復與被害人間關係的自信與動力，協助其啟動再整合之重建機制，並降低其再犯罪之機會。
- 4.尊重被害人在犯罪處理程序有公平發聲的權利，讓被害人有機會描述其所經驗的犯罪過程、被害感受與直接詢問加害人，並表達他們的需求及參與決定程序。
- 5.透過對話程序，讓被害人得以療傷止痛、重新感受自己仍有掌握自己生活的能力，且能進一步了解加害人，而減少因被害產生的負面情緒。
- 6.提供一個非敵對、無威脅的安全環境，讓被害人、加害人及社區(群)能完整表達其利益及需求，並獲致終結案件的共識及協議，以達到情感修復及填補實質損害。

Q：修復式司法試行方案將在哪些區域試辦？

A：修復式司法試行方案的試辦機關有板橋、士林、苗栗、臺中、臺南、高雄、宜蘭及澎湖 8 處地檢署。

Q：為什麼選擇地檢署作為試辦機關？

A：規劃地檢署作為試辦機關的主要原因有二：

- 1.參採國外的推動模式（例如紐西蘭以法院為推動 VOM 的試行中心）
- 2.地檢署具有整合建立轄區內推動修復式司法相關資源網絡的能力及義務。

Q：法務部如何推動試行方案？

A：基於國人或司法人員普遍對修復式司法甚為陌生，法務部擬訂試行方案的作業流程（參附表 A），確立計畫推動的步驟。

Q：是否偵查中階段的案件才可以運用試行方案的修復程序？

A：偵查、審判、執行、保護管束或更生保護等階段皆可適用。

Q：哪些加害人或被害人可以參加試行方案的修復程序？

A：※被害人要具有下列情形，才能參加試行方案的修復程序：

- 1.自己有意願想和加害人面對面對談。
- 2.溝通表達能力方面沒有困難。
- 3.沒有濫用藥物或酒精物質。
- 4.未成年者應經監護人同意或陪同參加。

※加害人要具有下列情形，才能參加試行方案的修復程序：

- 1.自己想參加，而不是為了減輕刑責或提早假釋。
- 2.已承認犯行。
- 3.有承擔責任的意願。
- 4.沒有重大前科。
- 5.溝通表達能力方面沒有困難。
- 6.沒有濫用藥物或酒精物質。
- 7.未成年者應經監護人同意或陪同參加。

Q：哪些案件的當事人可以申請試行方案的修復程序？

A：基本上，兒虐與無被害者的犯罪案件不能適用試行方案的修復程序。

各試辦地檢署選定適用的案件類型如下：

試辦機關	案件類型
士林	過失傷害、過失致死、(重)傷害、財產、少年犯罪及其他輕微或經評估適宜案件
板橋	刑事訴訟法第 376 條所定各罪 (有被害人者)

苗栗	人身犯罪、刑事訴訟法第 376 條所定各罪（有被害人者）及其他經評估適宜案件
台中	刑事訴訟法第 376 條所定各罪（有被害人者）、重罪、少年犯罪及其他經評估適宜案件
台南	經評估適宜之案件
高雄	車禍案件及其他經評估適宜案件
宜蘭	過失致死、傷害及其他經評估適宜案件
澎湖	刑事訴訟法第 376 條所定各罪（有被害人者）、少年犯罪及其他經評估適宜案件

Q：試辦地檢署會為提高辦理試行方案的績效，而要求當事人參加或達成協議嗎？

A：不會！試行方案不以辦理的案件數量或當事人是否達成協議，作為成效評估的指標。試行方案係為了解修復式司法在我國應如何推動、以及建構符合本國社會文化、價值及當事人需求的修復式司法制度，其評估指標將以參與方案的當事人、司法人員及修復促進者等參與感受調查為主。

Q：試行方案的修復程序有哪些階段？

A：修復程序依序為申請或轉介、開案、評估（二階段）、對話前準備、對話、後續追蹤及轉向措施、結案。（流程圖參附表 B）

Q：當事人如想參加試行方案的修復程序，要到哪裡申請？要準備哪些文件？

A：有意願的加害人、被害人可以自行向案件繫屬的試辦地檢署申請，或是由檢察官、法院、監所、觀護人、犯罪被害人保護機構及更生保護等機構在詢問當事人意願後予以轉介。如為自行申請，申請的當事人要攜帶身分證明文件正本、案件進度相關文書影本(如傳喚或開庭通知書、起訴處分書、有罪判決書等)。

Q：是否會強制被害人或加害人參與試行方案？

A：修復式司法，最重要的前提要件是當事人的自願參與，也就是說要尊重被害人、加害人的意願，不能用強制的方式，而且，參與的當事人也要由修復促進者在事前與他們分別見面，以審慎評估是否適宜進行修復程序。

Q：修復程序是由檢察官、法官、觀護人、矯正人員等司法人員進行嗎？



A：檢察官等司法人員只會在當事人有意願時協助轉介，修復程序則由具中立性的修復促進者來進行。

Q：誰可以擔任修復促進者？

A：修復促進者要具備下列條件：

- 1.認同且充分了解修復式司法之理念、價值及進程序。
- 2.具有真誠溫暖、同理心及良好溝通能力的特質。
- 3.有參與被害人或加害人或其他助人工作之經驗。
- 4.具備法律、心理、諮商輔導及社會工作等知識、技能及經驗。
- 5.可全程參與本方案之訓練及實習課程。
- 6.能遵守保密責任、例外之預警責任及注意事項。

Q：當事人申請或經轉介同意參與修復程序後，就會安排讓雙方見面對話嗎？

A：不會，還需要進行評估程序與對話前的訪視準備，以了解當事人是否適宜進行會談。

Q：「對話前的準備」是指什麼？

A：修復促進者在對話前的準備工作是很重要的，準備工作做得充分會讓對話較順利進行、也會提升對話的品質。在進行對話前，修復促進者需分別先與雙方直接見面，以確認下列事情：

- 1.了解雙方的情形及需要，並建構當事人間信賴與和睦的基礎。
- 2.向當事人提示對話的相關資訊，如對話程序、雙方權益、潛在危險及有關加害人之資訊。
- 3.判斷有無適合陪同出席的親友或其他有正面支持力的人，並經當事人同意，邀請其陪同出席。
- 4.注意雙方的身體健康及精神狀態是否適合對話。

5.確保當事人之安全及解答其疑問。

Q：修復程序一定是面對面對話的方式嗎？

A：原則上以面對面之對話方式為主。但得視實際狀況採間接之書信、電子郵件、電話或遠距接見等方式（惟執行階段，因考量矯正機關之特殊環境及設備等限制，無法採用電子郵件或電話方式進行）。

Q：對話的場所在哪裡？

A：如加害人在監執行或羈押於看守所，對話的場所將設置於加害人收容監所內，其他則由試辦機關於地檢署內規劃，不論於地檢署或監所，均提供一處和善、安全、平等及不受干擾的環境進行對話(不是偵查法庭或一般接見窗口)。

Q：當事人在對話時要談些什麼？

A：對話的主要內容有：描述犯罪事件、結果及影響（包括感受及實質損害）、修補犯罪傷害的責任者及方法。

Q：當事人經由修復對話程序所做成協議，如何確保加害人是否履行？

A：修復促進者應進行後續追蹤，以了解加害人履行協議的情形。當事人共同協議結果，如一定金額之賠償、向被害人道歉、參與社區服務或公益活動等，試辦機關應依實際情狀，適時轉向導人民事和解、試行調解、緩起訴處分、協商判決等程序，以取得執行名義或供為緩起訴、協商內容之參考。

Q：修復程序開始後，當事人如果不想再繼續，可以中途結束嗎？中途結束，是否會影響當事人在原有刑案之權益？

A：當事人雙方均有意願是進行修復程序最重要的要件，所以，一旦有一方當事人不想繼續，修復程序就會停止。修復促進者也要隨時評估修復進行狀況並決定是否繼續或結束。

修復程序的進行與該案件的司法程序係平行關係，除當事人於修復程序達成一定協議且其後續履行狀況良好，顯見加害人有為復原犯罪傷害而做出努力，得提供為量刑或假釋之參考外，縱修復程序中途結束，也不會影響當事人在原有刑案的任何權益。

Q：修復式司法程序是否著重在讓當事人達成協議的結果？

A：修復式司法程序的重心不應僅僅集中於結果是否有效，更在於如何營造一個能讓被害人及加害人皆能感受到被重視及尊重的程序。

Q：加害人會不會假裝道歉，以獲取減輕刑責或提早假釋的結果？

A：1.修復程序的啟動，除被害人及加害人必須有參與意願外，加害人也必須先承認其犯行。而就這兩部分，也是修復促進者在全部對話程序（從會談前的與被害人、加害人分別見面的事前準備；對談程序進行；後續追蹤程序）中都必須不斷確認、觀察評估的主要事項。

2.修復式對話程序與現行調解、緩起訴處分及協商判決等司法程序最大之不同在於建構以被、加害人為程序主體之處理犯罪模式，其目的之一即藉由加害人了解其行為所帶來的傷害或影響後，激發其內在的羞恥感或因感受到被害人的同理接納而有勇氣為其行為負責。

3.加害人的道歉並非修復式司法程序的目的，也非加害人參與或程序終結的要件，在本試行方案之實施原則中，也特強調：「不可有意或無意強迫加害人道歉」，且從國外進行修復式司法的經驗及實證研究可知，加害人在經歷修復式程序後，道歉往往是自然形成的結果，所以，加害人並不需要假裝道歉。

Q：修復對話程序的進行，有無針對被害人安全部分予以規劃，例如如何避免加害人於對話開始前去攔阻或結束後跟蹤被害人？

A：

1. 進行會談是否會有危及被害人安全之危險，也是修復促進者在進行會前準備工作所必須慎重了解評估的重要事項，而在會談程序中如發現有此情形之虞時，也會採取必要的隔離或保護措施，以維護雙方當事人的安全。

2. 試辦地檢署在辦理性侵害或家庭暴力或重大犯罪案件時，均有相當的經驗及防護措施可保障被害人之安全，針對特定案件修復程序之進行，也將提供安全的對話場所。例如：錯開會談前及結束之時間（原則上通知被害人到場時間比加害人早、結束時由被害人先行離開）、專人分別引導當事人至會場及避開干擾之動線規劃，設置不同的等候場所、會談場所有不同之出口、門口設置有安全人員等等。

Q：修復式司法的加害人與被害人調解（Victim-Offender Mediation，簡稱 VOM）與一般的調解有不一樣嗎？

A：二者主要的差異處有三：

- 1.目標不同：在一般的調解程序中，調解成功或不成功，是以有無達成金錢賠償來判斷。但修復式司法是用不同的標準來評估，例如被害是否回復？當事人有無參與決定並解決問題？是否回復處理生活的能量？
- 2.實施方法不同：修復式司法注重當事人心理上的需求，所以要踐行充分的準備程序。
- 3.調解委員與修復促進者的任務不同：前者在協助當事人決定犯罪造成損害的賠償方式與金額，後者則在確保當事人在相互尊重、安全的氛圍下充分表達感受與自主決定雙方同意的解決方式(並非一定是金錢賠償)。

Q：選擇修復式司法程序，犯罪者是否可藉此規避刑責或停止刑罰的執行？

A：參與修復式司法程序，不會影響原有的刑事偵審或執行情序，二者之間是平行雙軌的關係。部分國家雖已立法將當事人的協議結果及加害人對修復的努力，列入量刑參考，但並非採用修復式司法程序就可以取代原有的司法偵審程序或排除刑罰的執行。

Q：當事人在修復程序中做成的協議，會影響偵查、審判或假釋准駁的結果嗎？

A：當事人於參與過程之陳述、協議及履行情形，該案件承辦檢察官或公訴檢察官得自行衡酌是否列入偵查終結處分或提供法院作為量刑之參考；當事人一方如為在監受刑人，其收容監獄亦得衡酌是否將前開情形列入陳報假釋參考。

Q：修復式司法程序，是不是強調被害人一定要選擇原諒？或是要求加害人一定要向被害人道歉？

A：被害人原諒加害人或接受加害人的道歉，是程序進行所可能帶來的自然結果，，所以，千萬不可有意無意強迫被害人接受道歉或原諒；同樣地，也不可強制加害人道歉或謝罪，加害人不是出於真誠悔悟表示的歉意，反而會造成被害人的再次傷害或引起憤怒，失去修復式司法意在促進當事人關係修復的本質。

## 與談人：謝銘洋 教授

謝謝戴主任，還有剛剛的謝若蘭，謝教授精闢的報告，這個對於修復式的正義跟它的運作也非常具體，從這個紐西蘭跟北美洲的實際經驗，來看他們怎麼樣去運作。其實，這個修復式的這種，我覺得應該是對於過去的這種司法式的正義的一種補充。或者，甚至於說一種批判，因為司法式的這種正義，其實只是解決了當前的或者是個案的一個問題，並沒有讓整個問題獲得完整的解決。

因此在各國的原住民，他們在幾百年、幾千年這樣子的文化發展下來，他們，特別是原住民族，通常我們認為他們跟自然是有更好的、更近的，跟環境更和諧，都有非常好的這些結合。因此，他們所強調的，不是說只有這個人，我把他做一個處罰就算了，更重要的是說，那為什麼會發生這件事情，以及他事後所造成的這些影響，或者是說，對他個人的影響、對整個社會的這些影響，我們如何去做一個好的、去把它修復，讓整個社會最後能回歸到和諧的一個境地，那這個是我讀謝教授這個論文，所得到的最大的啟發。

那從這個啟發來看，我覺得我們漢人都有這個西方式的，所謂的法庭或者是說，整個法律的這個制度，其實還沒有進步到這裡。我們都還只是，強調這個人做壞事，把他抓起來關。那至於後面有沒有什麼問題，其實，也有一些機制在慢慢的在做，但其實還不是那麼完善。

那謝教授研究的這個論文非常得有意義，那我覺得如果說，未來時間上可以許可的話，再進一步跟我們台灣的原住民的運作、紛爭的處理，能夠有些結合。就是譬如說，台灣有哪些原住民族有類似這樣子修復式的正義的這種做法，如果說能夠提出來，甚至於，我覺得這可以發表在國際的 Paper，告訴全世界我們台灣，在原住民這方面，其實是非常先進的。那有一些做法，那具體的做法到底是怎樣，給各國做一個參考，我覺得這樣子的話，對於我們的經驗分享，或者是說對於整個報告，或者這個國際文件邏輯有很大的幫助。

拉回來法律的層面來看的話，其實，我比較關注的是說，這種修復式的正義到底要怎麼樣去落實。當然，如果我們能充分尊重這個原住民族，由他們自己用他們傳統的紛爭解決方式來處理問題，那我想這個問題還好解決，但問題是說，好像不是這樣子。現在這個市民社會裡頭，大家就是會用現有的這些社會的司法制度，或者法律制度，要來套用在原住民的身上，因此，當然就會產生一些問題。譬如說，我們就從實例法上來講好了，很多這些法律大家都會琅琅上口，民法第一條：「規定民事法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」那請問，原

住民所形成的習慣，或者是說，其實在原住民的心中，他們已經有的法的確信，認為說，這件事情必須要跟什麼，甚至於，達到原住民的習慣法的程度。

原住民的習慣法，那請問在民法第一條裡面它到底是在原住民所講的習慣，或者是說，在更上面一點，你是法律，那這個所謂的法律，有沒有包括到原住民的實質的法律，在實質上所遵行的這些法律。我看到目前為止，好像沒有法院針對這一部份明白的去做一個詮釋。

但是，我覺得說，其實因為民事真正的解決，本來就應該要多尊重各個地方不同的文化發展，所以，當一個地方，他們有預還的、很好的今天解決紛爭的方式的時候，那你為什麼不去尊重他呢？而硬是要立一些很奇怪、他們很陌的一個法律制度呢？我很想這樣說，今天如果說這個你去設立一個原住民族法庭或者是專庭法院也好，這個開庭的時候，第一個法院的法官就問說，那你到底述志生平是什麼，那大家都傻眼，不曉得要回答什麼。

所以，我覺得說，在實體法這個層面，第一個，一定要去承認就是說，民法所規定的這個法律，其實是包含到所謂的各個民族，然後他們所形成的習慣法，而不是說把他們的習慣法當成只是一種習慣，然後它的適用順位是後於漢人所規定的法律之後，那這樣的話，其實就沒什麼適用的機會，應該把它拉到像跟法律是同等位階的。除非，這個法律光看這個角度來講強制性的規定，那就很嚴格一定要遵守，要不然的話，原則上對於原住民的習慣法應該要被尊重，這個是實體法上的部分。

那至於在程序上，如何用修復式的正義落實在實際紛爭的解決上面，其實我覺得在現有的司法制度之下，真的是還很難。我們也看到，這個謝教授所提出來的，他做復健的法務部修復式介紹，還只是在很粗淺的起步的階段，還很遙遠。

因此，我覺得可能比較重要的地方，我們上一場，我忘了是哪一位這個書寫台灣所提到的，訴訟外紛爭的解決機制，我們不要太迷信法律或者是法院，來解決這個問題。訴訟外的紛爭解決，其實在世界各國都非常重視，那不只是仲裁，還包括剛才像調解的一些東西。甚至於說，如果我們把這些機制，所謂的修復式的知識，把它放入所謂調解的這個程序裡頭，特別是，我覺得現有的這些調解可能都不夠，可能要特別立一個法，譬如說，原住民族的紛爭調解條例，把這個東西放進來。

但是，縱使是這樣子，我覺得也不見得是很適當，或者說足以解決所有問題，因為可能這些部分都只限於民主民事，就會不包括到刑事的糾紛，但是問題是說我們要修復式的正義，要修復特別是在刑事案件，它所造成的傷害更大、更需要

修復，那這個用調解的機制並不能夠處理到刑事的這一部分來，因此，調解部分沒有辦法處理，整個訴訟程序其實也不容易處理這些事情，就是法院裡面的訴訟程序。因此，我覺得最後可能要回歸到上一場張道周法官所提出來的一個看法，就是說，根本不是只有管轄權的問題，這根本就是審判權的問題，就是說要承認原住民族對他們的紛爭的一個解決，有他們自治的權限。當然，國家可以規定一些比較重大的犯罪，譬如，殺人或者是重大傷害，這些可能就必須到一般的法庭來處理。但是，你如果是一般性、財產性的這種犯罪，或者甚至於民事的這些糾紛，就讓各個原住民族自己去自治。我覺得以各個原住民族，他們活在世上，比漢民族還更久的時間、他們有更多的智慧來解決這些問題，而且依照他們的這些傳統，他們社會的凝聚力、團體的凝聚力，整個團結、整個社會的合協力來講，我覺得他們的智慧絕對絕對比一般的、現有的，這個這麼僵化的司法體制還要來得好。更何況，如同，我忘了是哪一位前面報告的有提到說，我們現在的司法信賴度是很低的。

司法信賴度那麼低的情形之下，你要把它套到用到原住民族這個地方來，剛剛謝教授的報告裡頭，美國的原住民法庭運作出了一些很大的問題，那連美國人都不能運作成功，我們這邊要去把它運作成功其實困難度也是很高。因此，其實最終我覺得可能還是必須要承認原住民族在這方面有他自治權、有他的審判權，謝謝。

## 原住民族研究倫理中的集體同意權機制

陳張培倫<sup>1</sup>

### 一、前言

自 2007 年開始，國內至少有三件與原住民族相關生物醫學研究被揭露涉及違反研究倫理，其中受質疑的共同點為，這些研究在進行之初或欲進行專利時並未取得原住民族同意，尤其被質疑為違反《原住民族基本法》（《原基法》）二十一條所指在原住民族土地上進行學術研究「應諮詢並取得原住民族同意或參與」之規定。在這些事件中，看來研究人員幾乎不知所措，或者表示依往例進行研究並不清楚原住民族集體同意權的規定，或者表示不知道該如何取得原住民族集體同意。<sup>2</sup>

目前國內生醫研究倫理治理制度，無論就直接涉及研究工作的法律或倫理規範文件以及審查制度來看，並沒有直接或明確規定相關研究工作應事先取得原住民族或部落同意，只有在前述《原基法》條文中，出現可援引為集體同意權依據的文字。根據《原基法》主管機關行政院原住民族委員會的某些文件，似乎傾向於將該條文解釋為適用於易受爭議的生醫研究，但某些政府部會、研究人員、法律學者則態度較為消極。

本文的基本立場是：在原住民族集體權利與自主意識高漲的趨勢下，向來以高度自律換取研究自由的學術團體，最好以正面積極態度面對集體同意權制度的挑戰與建立，尤其應對《原基法》二十一條進行符應於原住民族權利意識發展的解釋，否則極易造成原住民族社群對學術社群乃至於大社會的不信任感，對於雙方都不會是一件好事。

為了支持前述立場，本文將從兩個方向提供論述依據：第一，必須回到過去二、三十年原住民族集體權利訴求發展過程，包括台灣原住民族運動及其理念的法制化成果，理解這一波權利訴求背後所蘊涵的重回主人地位以及尊重文化差異兩項論點。目前國內關於原住民族集體同意權訴求的討論，或者忽略此一社會發展背景，或者即使注意到此一發展，卻未能準確掌握其背後之理念精神，致使在面對原住民族訴求或相關法律條文時，容易出現過度抽離社會脈絡的解讀結果。

---

<sup>1</sup> 國立東華大學民族發展與社會工作學系助理教授。

<sup>2</sup> 這些個案包括林媽利葛瑪蘭族唾液檢體案、葛應欽泰雅族基因研究申請專利案、國衛院國民營養健康狀況變遷調查案，個案細節請見《聯合報》，2007/04/02，A16 版；2010/03/22，A5 版；2011/01/06，A11 版。部分可見於唐淑美等(2010)一文之整理。事實上，在《原基法》通過之前，原住民族研究就已存在若干問題，譬如隱瞞研究目的假建康檢查名義進行的抽血行為，某些甚至還是透過在地衛生所之協助進行，相關狀況之研究見蔡明誠(2003)。



第二，國內生醫研究倫理規範與審議制度之運作原則，高度依賴西方社會研究倫理既有成果，但近年此一規範架構對於原住民族之類易受傷害族群的尊重與保護能力受到質疑，許多學者致力於相關改進工作，或者反省原有研究倫理規範的限度，或者嘗試修正現有研究倫理審議制度，甚至某些國家已將原住民族研究倫理(包括族群審議要求)寫入政府補助研究的前提條件，事事以西方學界為師的台灣學術界，似乎沒有理由忽略此一發展，而應善用國外成果反思國內相應制度的可能改革方向。

在前述論述推行之下，本文將對國內實現原住民族集體同意權制度提出短程與中長程兩類建議：首先，在立即可落實作為上，各研究機構應該善用現有研究倫理審議制度中的相關規範，讓審議工作能儘量趨近原住民族集體權利意識；此外，在明顯於部落進行的研究工作方面，目前《原基法》主管機關的處理方式大致符合原住民族運動理念，理應受到研究機構及研究人員尊重並落實。其次，為使現有規範下運作的原住民族研究倫理審議制度更加完善有效率，本文提議相關部會應成立原住民族研究倫理諮詢機制，草擬原住民族研究倫理規範與訓練文件、培訓原住民族藉諮詢人員、儲備部落行使集體同意權能量並為一般研究人員提供教育訓練機會。

## 二、現有研究倫理治理機制與原住民族

在進入主要論述之前，此處先簡介我國研究倫理治理制度以及原住民族在其中的角色，尤其將指出目前原住民族集體同意權的要求，在國內引發那些疑慮。

### 1. 現行研究倫理治理架構

我國《醫療法》於 1986 年初通過之時，即於第五十六、五十七條即規定人體試驗應經中央衛生行政主管機關核准，並應善盡醫療上必要之注意，事先取得受試驗者之同意，同時第七十三條規定中央衛生主管機關應設置醫事審議委員會，其中任務之一即為「人體試驗的審議事項」。1987 年公告之《醫療法施行細則》，則對以上事項進行更詳細之規範，並責成醫療機構，人體試驗計畫應先提經有關醫療科技人員、法律專家及社會工作人員會同審查通過。然而，更為具體的醫學研究倫理相關規範與法律，約在近十年才陸續出現，包括《人類胚胎及胚胎幹細胞研究倫理政策指引》(2002 年公告，2007 年修正)、《研究用人體檢體採集與使用注意事項》(2006 年)、《人體研究倫理政策指引》(2007 年)、《人體試驗管理辦法》(2009 年)、《人體生物資料庫管理條例》(2010 年)，2009 年《醫療法》也條正多條醫學研究相關條文，在研究計畫審議方面，2003 年衛生署發佈《醫療機構人體試驗委員會組織及作業基準》(《基準》)。(蔡甫昌，2010：330-331)

以上文件中，除具有法律地位的《醫療法》之外，大致上以《人體研究倫理政策指引》為最一般性的規範。該文件界定人體研究為「凡以研究為目的，取得、分析、調查人體之組織或個人之行為、理念、生理、心理、社會、遺傳，以及醫學有關資訊之過程均屬之。」除此之外，亦明列人體研究的重要倫理原則與執行

策略，也括研究工作應增進人群福祉、尊重受研究者自主意願、保障受研究者隱私與健康權，以及知情同意、保障隱私、風險管控、商業利益以及研究計畫等細節。

在實務運作上，研究機構倫理委員會(Institutional Review Board)對研究計畫之審查與監督，大概是落實研究工作是否符合各項倫理規範最重要的環節，就實務層次而言，由《基準》所規範的 IRB 運作，大概就可以窺見我國研究人員目前所應擔負的研究倫理責任。此份文件標舉了研究倫理的基本原則、委員會組成、研究計畫審查重點與流程、審查決定之形成、監督與管理機制等項目。對本文後續論述而言，以下幾項值得關注：

第一，由《基準》總則所依據的審查原則來看，我國研究倫理運作基本上是建立在《貝蒙特報告》(Belmont Report) 尊重個人(respect for persons)、謀福(beneficence)、正義(justice)三項基本原則之上。

第二，委員會成員應有三分之一以上為法律專家、社會工作人員及其他社會公正人士，且委員應受相關講習訓練。此外，委員會於審查案件時，得邀請倫理、法學、特定醫學領域專家，或病患團體代表，擔任獨立諮詢人員到場或以書面陳述意見。

第三，計畫主持人繳交之審查文件，必須檢具招募受試者、取得受試者同意以及受試者相關權益的方法與內容說明。委員會審查重點方面，也明定應注意潛在受試者的招募相關細節，其中包括潛在受試者的母群體特性，譬如文化、種族淵源。

第四，經委員會核準之決定，應載明其他附帶建議以及後續定期追蹤之程序及要求；委員會同時應建立監督機制，追蹤審查經核准試驗之執行進度，並在出現影響受試者權益或出現影響試驗利害評估之事件或資訊時即行追蹤審查。

## 2.原住民族地位

綜觀前述研究倫理相關法律、規範，其文字絕少提及原住民族此一概念，勉強間接涉及者大約有以下三處：第一，《研究用人體檢體採集與使用注意事項》第四條指出：「檢體之採集與使用不得違背醫學倫理，並應注意防治對人類、特定族群及生態環境之危害。」此外，第五條所列採集檢體應告知提供者並獲得其同意之事項中，規定應告知「研究檢體所得資訊對檢體提供者或其親屬或族群可能造成的影響。」第二，《人體生物資料庫管理條例》第七條應告知參與者事項中，規定應告知其「自生物檢體所得之基因資料，對參與者或其親屬或族群所可能造成之影響。」第三，前述《基準》所列委員會審查重點，在潛在受試者招募方面，應注意「潛在受試者所存在之母群體特性(包括性別、年齡、教育程度、文化、經濟狀態及種族淵源)。此外，眾多規範中，《醫療機構審查會得簡易審查範圍》(2011)大概是唯一出現原住民文字者，該文件第二條所列不得以簡易審查為之案件，包括「以未成年人、受刑人、原住民…為研究對象者。」

不過無論是以族群或種族概念而可能關聯於原住民族者，或者直接出現「原住民」者，都完全未提及原住民族的族群審議或集體同意權問題，其目的最多只是提醒研究人員應多關注研究工作對弱勢族群的可能影響。

目前對於研究工作課以應與原住民族進行諮商並取得部落集體同意責任者，大致上來自於《原基法》二十一條之規範，該條規定：「政府或私人於原住民族土地內從事土地開發、資源利用、生態保育與學術研究，應諮詢並取得原住民族同意或參與，原住民族得分享相關利益。」不過，這部 2005 年通過的法律，國內學術社群似乎並沒有意識到其對於研究工作的可能影響，直到本文一開頭的幾則個案出現後，才警覺研究工作受到了一定程度的約束。

可以這麼說，目前有關研究工作中應取得原住民族集體同意權之要求，並未直接出現在以研究倫理為主題的法律或規範中，而是以外加方式要求研究人員一併遵守。以最具指標性的中央研究院醫學研究倫理委員會所公告的相關規範為例，在一般研究倫理法律或規範文件之外，另列出兩份文件與《原基法》二十一條有關之政府文件：第一，2007 年 4 月 9 日行政院原住民族委員會行文衛生署、中央研究院、國家科學委員會與馬偕醫院之原民衛字第 0960017536 號函，指出「從事原住民族基因或疾病之相關研究，應依『原住民族基本法』之規定辦理」。說明項一在提及兩項陷入爭議的原住民族基因研究案時更明言：「從事有關原住民族群基因研究，應依據原住民族基本法 21 條規定辦理。」說明項二中更解釋：「研究人員請多花一點時間和人力，仔細向原住民族(部落)，解說整個研究的目的是與內容，避免將來不必要誤會；在研究之前及結果報告發表前，亦均請先取得該原住民族的同意。」該函並將《原住民族基本法》列為附件傳送。

第二，2011 年 7 月 22 日原住民族委員會行文衛生署、國家科學委員會、中央研究院、財團法人國家衛生研究院之原民衛字第 1001039799 號函，檢送同年 7 月 15 日於原住民族委員會所召開之「研商人體研究計畫徵詢原住民之機制與平台會議」紀錄。該會議紀錄結論二顯示：「研究計畫之研究目的或研究結論涉及『原住民族』者，請依本會公布之推動原住民族部落會議實施要點<sup>3</sup>，召開部落會議徵詢原住民族之同意，或依據其它法令舉行公民投票、召開公聽會或村民大會。」結論二則指出：「為利於生物資料庫之設置者於原住民族地區進行生物檢體之採集研究，請研究機關(構)於研擬研究計畫前，先與本會溝通協調。」

除了列出這兩份原住民族委員會公函供計畫主持人參考，在中研院醫學研究倫理委員會研究計畫審查申請表關於招募受試者項目之審核要項中，亦載明下列文字：「特別注意：原住民參與之計畫，需依原住民基本法第 21 條規定：『政府或私人於原住民族土地內從事土地開發、資源利用、生態保育及學術研究，應諮詢並取得原住民族同意或參與，原住民得分享相關利益。...營利所得，應提撥一

<sup>3</sup> 此要點之 2010 年最新版本指出，該要點是「為協助原住民族部落建立自主機制」而訂定(第一條)，部落依原基法等法規規定須行使同意權、參與權、共同管理權、利益分享權等權利，「得以部落會議議決行之。」(第二條)此外，部落會議的組成與開會程序，亦有詳細規定，尤其第九條指出，當部落會議遇到依法行使同意、參與等權利時，應由部落會議主席於會議召開前七日依規定公告，換言之，會議並非由部落以外人士召開。

定比例納入原住民族綜合發展基金，作為回饋或補償經費。」辦理。」

中央研究院對與原住民族相關倫理規範的處理方式，也可以在其它研究機構找到類似做法。譬如在《國立中興大學人體試驗委員會設置要點》中，將《原住民族基本法》列為常用參考法規。又譬如《國家衛生研究院醫學研究倫理委員會研究計畫申請表》有關研究參與者資料之 **IRB** 審查重點中，明載：「特別注意：若有收納原住民之研究計畫，請依原住民基本法及原住民族部落會議實施要點辦理。」又譬如屏東基督教醫院人體試驗審查委員會《研究計畫主持人須知事項（一般件）》中明列：「若預定執行原住民相關研究，請事先召開部落會議並做成會議記錄。」基督教門諾會醫院人體試驗暨研究倫理委員會將《原住民族基本法》、《原住民族部落會議實施要點》列為參考規範。

此外，刻正於立法院待審的行政院版《人體研究法草案》，亦在第八條明定人體研究告知同意方式及告知內容之相關規定時，援引《原基法》二十一條相關文字，並說明「涉及原住民族之研究，其書面同意應載明之事項，應一併依上開規定辦理。」這些文字顯示，雖然草案本文並沒有明說原住民族人體研究應取得原住民族同意，但前述引文卻意謂著，行政院同意相關研究應依《原基法》先取得原住民族同意，而且應以書面取得，同意書應載內容則以該法案第八條第一項所列事項為準，雖然此文件仍屬草案，但行政部門態度已然明確。

綜觀以上各研究機構在一般研究倫理法律或規範之外另列舉原住民族相關法規，甚至在申請文件中特別提醒研究人員的做法，可以歸納出兩個趨向：一、政府單位(尤其是原住民族委員會)已然認定，生醫研究對於原住民族地區原住民檢體採集行為，屬《原基法》二十一條所規範的學術研究行為，應先取得原住民族同意，至於實際執行方式，基本上為向部落提出申請並由其召開部落會議決定之；二、相關學術社群已然開始接受此一認定，並將其列為案件審查要點與教育訓練內容，提醒研究人員其所可能面對的部落集體同意權要求。

### 3. 爭議點

雖然根據以上分析，在實務上，《原基法》二十一條已對生醫研究產生規範效力，而其實際執行方式則主要依《行政院原住民族委員會推動部落會議實施要點》相關規定取得部落同意，但與此同時，對於《原基法》該條文能否對研究工作形成前述效力，似乎存在不同意見。這些不同意見可以由劉源祥(2008)以及李崇偉(2007)這兩篇有關基因研究倫理之論述略見一二。<sup>4</sup>

劉源祥(2008)一文根本否定《原基法》二十一條可以適用於原住民族基因或人體研究，其理由有兩點，一為法律條文解釋層面，一為國外制度參照層面。首先，該文認為，《原基法》該條文所在之十九至二十二條，其實都屬於土地與自

<sup>4</sup> 這兩篇文章雖然討論的是原住民基因研究的倫理議題，但觀其文章脈絡，事實上其討論適用於各種人體研究行為。之所以兩篇文章以基因研究為主要對象，或許與近年對研究倫理中原住民族地位之關注主要源自於基因研究對原住民族的影響有關。

然資源權利範疇，故二十一條所列的「學術研究」一詞不能適用於以人體為對象的基因研究(16-17)。其次，該文認為，「就美國、澳洲與加拿大等國家而言，其實在立法上也未做處理，而主要是透過學者、原住民族保護團體與行政機關的推動，來呼籲研究者必須特別注意原住民族的特殊需求，並尊重其文化。(13, 15-17)」當然，該文並未否認相關研究應有一定規範，但仍主張不宜以法律定之，以免危及研究自由，而最好以學術團體自律規範以及原住民族的自治推動來落實。

李崇僊(2007)也不認為《原基法》二十一條可以作為提供原住民族研究法律保護之依據，該文說：「此條文之意旨按法律體系解釋應認為系原住民族土地與自然資源權利之一環，因此僅適用於進入原住民地區進行土地或自然資源開發、利用或研究等行為…且原住民個人之基因，其意義與土地及自然資源此種外在資產並不相同，似非本條文涵蓋之範圍。(408)」此一說法與前文並無二致。不過，雖然主張《原基法》無法為研究倫理中的原住民族集體同意權訴求提供法律規範依據，但該文仍同意，在適度保障原住民族集體權利的前提下，學術界應制定相關規範，尤其「若該族群已有具備代表性之個人或機關，則研究者應優先與其進行諮商，取得其同意。若缺乏此種代表性單位，則研究者亦必須對群體進行諮商，適當之場合包括部落會議、族群會議等。」(509)

綜上所述，兩文皆認為《原基法》二十一條並不適用於基因研究乃至於一般人體研究，其理由主要在於，就法律解釋來看，該條文實屬原住民族土地與自然資源範疇，所規範之學術研究亦僅限於與此相關者。不過兩文並沒有否定原住民族意願應在研究過程中受到尊重，不過那應該另闢蹊徑為之。

### 三、原住民族運動理念及其法制化實踐

由前一節分析可以發現，對於《原基法》二十一條規範對象能否納入土地與自然資源之外的原住民族研究，現有文獻顯得相當消極。不過，這些文獻似乎僅單由文字表面進行解釋，缺乏對《原基法》此一法律所從出的原住民族運動及其精神理念之理解，反而使法律解釋與社會脈絡間出現割離狀態。

#### 1. 台灣原住民族運動及其核心理念

簡言之，自 1980 年代初展開的台灣原住民族運動，其核心理念主要為重新要回族群集體的主人地位以及要求國家社會尊重其差異文化傳統，亦即站在自主自決以及尊重差異的原則之上，為其族群集體權利訴求建立正當性。此一思維不但在原運發展時期貫穿大部分議題或訴求，更在原運力量進入體制後，影響著政府作為，尤其是《原基法》的訂定。

台灣原住民族運動大約始於 1983 年《高山青》出版、1984 年「黨外編輯作家聯誼會」成立「少數民族委員會」、1984 年底「台灣原住民(族)權利促進會」(「原

權會」)連串事件。<sup>5</sup>初始之時，原運除了開始展開理論建構，並利用一些特定社會事件(礦災、漁民、挖墳、吳鳳神話等)，以喚起大眾對原住民族的關心。但 1987 年原權會機關報《原住民會訊》第七期社論指出，原住民族運動「應該有一套基本的主張，以基本主張作為運動的方針…就原權會推動原住民族運動的困境及現今的台灣政治狀況而論，我們實在需要一套完整的基本主張，也就是台灣原住民族權利宣言，使我們的民族運動有目標。」(夷將·拔路兒，2008：183)隨後，1988 年同一刊物第八期，即提出《台灣原住民族權利宣言》，算是族群自身對其具體權利主張以及理由之完整呈現。

為了說服社會大眾原住民族訴求的正當性，該宣言鋪陳了幾段前言說明宣言所列權利訴求的根本緣由，其中有兩點值得關注：第一，「台灣原住民族不是炎黃的子孫，原住民全屬南島語系」，且明顯與自稱為炎黃子孫的漢族移民有所區別。但是大社會忽略此差異，尤其 1949 年中華民國政府遷台以來的同化政策，加上資本主義的入侵，加劇了原住民族的滅族危機；第二，「台灣原住民族是台灣島的主人」，但經荷西、明鄭、清朝、日本以及中華民國歷任政權的壓迫、剝削與同化，而完全失去主人的地位，「但是，原住民在意識上仍完全肯定自己是台灣島的主人。」(夷將·拔路兒，2008：192)這兩點一方面指出台灣原住民族有著不同於漢人社會的文化傳統，另一面又宣示其為這塊土地原有的主人。後續的權利主張，無非是對這兩個論點的回應，譬如主張原住民族「有權決定自己的政治地位及自由謀求自己經濟、社會與文化發展的方向。這些權利不應受強權體系之壓迫、侵犯而予以剝奪。」(第二條)<sup>6</sup>這些文字明顯是主人自主性、主體性地位之宣示，此外，同一文字當然也可以說是讓民族自行決定是要創造一個符合於其差異傳統，或在傳統與現代間尋求折衷的宣示。更具體來說，此一意識形態之落實，即為自治、土地資源權、語言權、傳統教育權等條款。

但是作為社會焦點的原住民族運動，大致上於 1990 年代中期，當原住民條款入憲且推動原運的主要團體轉型失敗後即告一段落。<sup>7</sup>然而，主要原運團體的消聲匿跡，並不代表原運精神未以另一種形式延續下去，譬如夷將·拔路兒(2008)提及，透過原運參與者進入政府體制內任職，「以運動的理念推動政策」，也有可能將原住民族需求落實於政策改革之中(11)。事實也證明了此一可能性，2005 年，我國國會通過了《原基法》，對原住民族權利之實質項目，進行了原則性的宣示，並規定主管機關應於該法施行後三年，依其原則「修正、制定或廢止相關法令」(第三十四條)。如果仔細閱讀該法所附之立法理由，其中提到，該法之制定係落實當時陳水扁總統競選時所承諾之「原住民族與台灣政府新的伙伴關係」文件。若再對照夷將·拔路兒所言原運團體與陳水扁所簽訂的此一文件為「原住民族運

<sup>5</sup> 原權會初成立時尚使用「原住民」此一概念，1987 年方改用「原住民族」。這三個事件的成因及過程詳見謝世忠(1987)、趙中麒(2003)以及夷將·拔路兒(2008)。

<sup>6</sup> 追求自治自決可以說是當今原住民族權利運動的終極目標或基礎原則，這意謂著，缺乏自決意涵的原住民族權利討論，將喪失其根本精神。(Anaya, 2004: 97；李建良，2010：5-6)

<sup>7</sup> 夷將·拔路兒(2008)指出，由原權會幹部及與長老教會於 1991 年共同成立的民族自治議會，至 1997 停擺，「是原運後期無法轉型成功的失敗點」。同處也指出 1994 年後原權會幹部各自發展，且組織向政府登記立案尋求經費挹注，但進入體制內仍無法正常運作，同樣也是轉型失敗。(4-5)該處「原運」後期之用語，明顯將 1980 年代開展之具有理據、訴求與行動的原運斷代於斯。此外，原運之詳細過程亦可見趙中麒(2003)、謝世忠(2004)、藤井志津枝(2001)。

動的另一波高峰」(6)，幾乎可以判定該法實為原住民族運動理念與訴求在國家體制內的具體化。

更具體來看，該法那些內容能夠呈現原住民族要求的回復主人地位以及自主自決精神呢？譬如該法二十條規定「政府承認原住民族土地及自然資源權利」，且規定應另以法律規範「回復」事宜，此文字隱約已有承認原住民族的主人及先佔地位的意涵，且在歷史上曾受不當對待而失去土地，否則如何進行「回復」事宜。但更值得注意的是該條款的立法理由第一項指出：「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一的原住民族土地及自然資源權利也均予以承認。」這些文字完全符合前述原運理念，亦即承認原住民族在這塊土地上原有的主人地位以及附屬權利。

除了二十條極為明確地出現呼應回復主人地位文字，同時也有許多其它集體權利條款，是在尊重原住民族集體意願前提下，規範相關權利內容，包括實行民族自治(第目條)、保障原住民族教育權利(第七條)、回復部落及山川傳統名稱(第十一條)、策定原住民族經濟政策以及輔導自然資源保育利用(第十條)。此外也規定「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」，而且規定營利所得「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。」(二十一條)以及政府於原住民族地區劃設國家公園等設施時應取得當地原住民族同意，並與原住民族建立共同管理機制(二十二條)。這些依原住民族意願或應取得原住民族同意而為之事項的規範，是要讓原住民族在攸關自身族群事務上展現主體性、自主性，可以說是對於原運中恢復主人地位訴求的回應。

再看看《原基法》的尊重差異傳統意涵。該法中有許多條款涉及原住民族傳統文化的維持、運作與發展，譬如依生活慣俗獵捕野生動物、採集野生植物等權利(第十九條)，以及依原住民族特性「策定原住民族公共衛生及醫療政策」，「尊重原住民族傳統醫藥與保健方法。(二十四條)」同時，亦要求在國家法律體系及其運作中「應尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化及價值觀。(三十條)」此外，第七條規定應讓民族意願保障原住民族教育之權利，若配合該條款的進一步立法《原住民族教育法》來看，民族文化教育的權利亦在我國法律體系中獲得確認。

由此看來，尊重原住民族在其自身領域或事務上的主人地位，與此一主人地位所衍生的自主或自決權，以及尊重原住民族的差異文化傳統與其對此一傳統的選擇，不但在原住民族運動過程中成為支持正名、自治、還我土地等主要集體權利訴求的基礎，這些理念還在原住民族權利法制化過程中貫穿大部分立法思維。由此看來，對《原基法》的解讀若缺乏對法律背後所承載的人權理念之理解，顯非妥當。

## 2.原運理念與研究倫理規範

在對《原基法》所預設前述原運理念的理解基礎上，可以對目前政府部門與學術機構對於研究倫理中原住民族集體同意權的處置，以及相關文獻對此一處置的看法，進行具脈絡性的分析、評價。

首先，雖然在目前研究倫理治理架構中，與研究倫理直接相關之法律或規範並未直接明文規定原住民族的集體同意權，但政府部門以既有原住民族法令(《原基法》、《行政院原住民族委員會推動部落會議實施要點》)外加於研究倫理法律規範提醒研究人員遵守，研究機構也將這些原住民族相關法令之要求列入 IRB 審查與教育訓練重點，要求研究人員應妥善處理原住民族集體同意權問題。就原住民族權利發展的角度而言，此一方向大致符合前述原運理念，亦即尊重原住民族在其自身事務上的主人地位以及自主自治權，也就是說，作為具有一定程度自主性或其意願應受尊重的集體權利行使主體，原住民族或部落有權表示參與或不參與研究，而非單方面受外部勢力所決定。即使認為《原基法》二十一條無法成為研究倫理中原住民族集體同意權法源依據的劉源祥(2008)與李崇億(2007)，也都同意可以在該法之外另闢蹊徑落實此一自主自決的集體權利訴求。

其次，真正有爭議之處，在於行政部門將《原基法》二十一條視為要求相關研究工作應取得原住民族或部落同意的法源依據，但前述兩份文獻卻持不同看法，認為該條文範疇並未包括土地與自然資源以外的原住民族研究。但是本文認為，無論就法律體例以及前述原住民族權利訴求背後蘊涵的原運精神理念來看，兩份文獻的法律解讀都過於狹隘。其理由如下：

第一，由於二十一條前後條文就文字上看，似乎都是處理土地自然資源問題，因此被認為無關乎涉及此問題之外的原住民族研究。不過細讀整部《原基法》及其立法理由，會發現此一論斷並不具有決定性。首先，該法並沒有明確的編章節區分，立法理由也沒有明指二十一條前後條文專屬土地與自然資源權利範疇。其次《原基法》條文並非只有在二十一條前後才涉及土地或自然資源權利議題，二十一條內涵也未必僅限於土地或自然資源本身。譬如第十三條提及原住民族傳統生物多樣性知識以智慧創作保護條款，其立法理由就指出該條款涉及原住民族自然資源管理維護知識。此外，在二十一條立法理由中也提到，「學術研究」此一概念所在的該條第一項，其第二則立法理由為：「為尊重原住民傳統智慧及知識財產權，爰有本條之規定，以降低外界對原住民文化和社會之傷害，及讓原住民族公平分配利益。」這些文字顯示，二十一條的保護對象，不只是原住民族的土地或自然資源本身，除此之外，原住民族對土地或自然所形成的知識或文化，也在保護之列。由此可知，將二十一條前後條文解釋成僅限於土地或自然資源這種「物」的保障，恐怕理解過於狹隘。

第二，更值得我們思考的是，一般學者對於二十一條之理解是否缺乏多元文化意識，亦即只站在主流社會觀點，而未能從原住民族的差異傳統中，形成更為貼切其文化的法律解釋。簡言之，深受西方文明及資本主義邏輯影響的主流文化，在人類與土地/自然資源之間劃出了一條界線，前者是主宰，後者是受前者控制或利用的物，但是在世界各地原住民族文化中，卻常常保有不同的世界觀，認為人並不外於自然且為其主宰，而是大地的一個部分。Guillermo Bonfil Batalla



就指出，區別印地安人與西方文明根本的差異，可以總結為人與自然關係的不同，西方人將自然視為一種要去加以克服的敵人，而人類則是宇宙的主人，西方人認為他們可以主宰一切，包括他者以及其他民族。但在印地安文明中，人類則是不可分割宇宙的一部分，且能充分意識到他們與自然普遍秩序的和諧關係，人類不主宰也不嘗試主宰什麼，反之，人類之存在是做為自然的一個環節。(轉引自 Churchill, 1996: 513-514)

劉源祥(2008)雖未明言前述主流社會世界觀，但其認為二十一條所提之學術研究僅限於土地自然資源而不包括生活於其中的人類，明顯預設人與大地自然是分離的。李崇億(2007)則更明白指出人體(基因)其意義與土地自然資源這些外在資產並不相同。看來這些論述或法律解釋完全由主流社會的世界觀出發，而未注意到在原住民族文化脈絡中，很可能是將人視為大地自然有機整體的一部分，研究後者自然意謂著研究前者，將二十一條解釋為對人的研究，也並無不妥，甚至反而更貼近原運要求尊重文化差異的要求，此處亦即法律解釋應採納不用文化的觀點。

#### 四、西方國家研究倫理中族群審議議題：以美加為例

除了回到原運理念評價研究倫理中集體同意權的現有發展及其爭議，我們也可以由西方國家研究倫理中族群審議議題的發展引為借鑑。

過去三十年間，為保護參與研究對象，生物醫學與行為研究之基本原則及其應用方式，主要建立在 Belmont Report 所設立的規準之上，這套規準包括三項基本原則：尊重個人(respect for persons)、謀福(beneficence)、正義(justice)，以及由這些原則所導出的應用要求：知情同意(informed consent)、風險利益評估(risk/benefit assessment)、研究對象的選擇(selection of subjects of research)。不但研究人員在設計與執行工作時必須注意這些原則與要求，倫理審查委員會(IRB)通常也會以這些規準為主要審查與監督依據。

而在各種類型的研究當中，原住民族由於其族群分佈及血源之相對獨立性(尤其在基因分佈上)，常常成為針對性研究之對象。(Wu, 2000: 982-982; Tsoie, 2007: 396)但是，此類以族群為對象的研究，似乎無法在前述三原則所撐起的研究倫理規範中，對於被研究族群形成足夠之保障，其根本理由之一，在於 Belmont Report 規範是建立在某種個人主義權利思維之上，族群的想法或利益，通常沒有辦法在倫理審議中被考慮進去，因此，像是 Emanuel & Weijer(2005)就主張，應在傳統的三原則之外，另外增添「尊重社群原則」(the Principle of respect for communities)。

在執行策略上，研究人員對於族群之尊重，就是讓其工作接受社群審議，其形式包括社群對話、社群諮商、社群正式同意或不同意與社群伙伴關係，其目的在於：一、確認研究對於參與之個人、社群與其他擁有相同社會認同的人所可能帶來之風險並嘗試降低之；二、讓研究者與參與社群對於共享利益與關懷得以充分知情，以促進真誠合作與長期之研究者/社群伙伴關係；三、協助參與研究的

個人評估研究對其所帶來的風險與利益。(Sharp & Foster, 2000)

在實際落實前述社群審議時，由於相較於其他少數族群，原住民族擁有特殊獨立的文化與政治地位(譬如北美的原住民族自治)，以及在法權體系下曾受殖民者迫害的歷史，所以應以集體文化權利的角度，考量研究工作可能對其所帶來的傷害(Tsosie, 2007: 402)。這意謂著，至少就於部落裡進行的原住民族研究而言，單純的社群對話或諮商，恐怕不足以滿足其集體權利訴求，而應採取取得社群同意或甚至建立社群伙伴關係此類讓原住民族擁有高度參與感的方式，完成社群審議的要求。

目前在美加兩國，於原住民族部落所進行的研究工作，實務上大致上就是朝前述方向推動，分述如下：

## 1. 美國

以人為對象的研究，在法規上主要受到Title 45, Code of Federal Regulations part 46(45 CFR 46)的規範，並在Belmont Report所揭示的倫理原則蘊涵下進行。

其中，如前所述，Belmont Report完全站在保障個人權利基礎上鋪陳研究倫理之內涵，而沒有涉及對原住民族之類特定種族文化群體或社群的保護問題。但是在45 CFR 46中，46.101(f)指出該聯邦法規並不影響其它州或地方法規中所可能存在的對研究對象之額外保障，同時46.201(c)更指出，46.101(f)所指涉者包括聯邦所承認之印地安與阿拉斯加原住民族部落政府所制定的法律。同時，在美國憲法以及聯邦法律架構中，由於原住民族部落被視為「國內、獨立的民族(nation)」<sup>8</sup>，亦即一種半主權體，除了因歷史條約所讓渡的權利，或聯邦法律所限制的重要事項，部落自治政府擁有高度自治權限，自主安排其內部事務，包括規範發生於其領域且影響部落整體或個別成員健康福祉之活動，甚至對於傷害部落之個人保有將其逐出自治領域的權力。就在此一法律治理架構中，雖然並沒有聯邦法規明確規定對原住民族所進行的研究，必須事先取得部落的集體同意，但事實上，只要研究活動進入部落，譬如採集檢體或搜集資訊，就自動處於部落自治政府的管轄範圍，

在集體同意權的實際運作上，有三個側面值得關注：第一，政府監督。美國政府為維護並改善原住民族健康醫療狀況，於Department of Health and Human Services (DHHS) 內設有Indian Health Service (IHS)，並在全國各地設立12 個地區IHS，各地IHS的分支機構更深入各原住民族部落，設置許多醫療服務單位。IHS 明確指出，所有使用到該單位設施、資料、人力資源或受其補助的研究行為，均應先行送交各地區IHS所設置的IRB 審查，用以確保這些研究確實符合原

---

<sup>8</sup> 此一觀念之代表人物為 Chief Justice John Marshall，見 *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 U. S. (5 Pet.) 1 (1831) 以及 *Worcester v. Georgia*, 31 U. S. (6 Pet.) 515 (1832)。

住民族之利益，此外，IRB成員通常原住民族佔多數。各地區IHS 之IRB 會根據相關法規、倫理規範以及各地區IHS之IRB 的指導文件進行倫理審查。

至少自1970年代始，就有IHS的紀錄指出某些研究工作獲得了IHS及部落當局的同意，而自從IHS自行設立IRB後，相關制度規範更為完整。在現有IHS的指導性文件中，通常也明確指出部落同意的必要性，此一政策對部落集體同意權之落實極具意義，尤其在健康醫療相關研究中，研究計畫無可避免或多或少會使用到IHS資源或資訊，因此IHS所扮演的監督角色，迫使研究人員必須認真面對集體同意權問題。

以The Portland Area IHS為例，此一地區IHS 主要負責Idaho、Oregon 與Washington 等州的原住民族的健康醫療服務。該IHS 設置有IRB，並制定一份*Guidelines for Researchers*，規範轄區內運用其資源的研究工作，*Guidelines* 內容概述如下：

(1)IRB 介紹—相關研究行為之界定、審查依據、審查會議日期、聯絡方式

(2)The Belmont Report 三原則之介紹

(3)Research Sensitivity and Responsibility

—主要強調研究人員應對文化差異保持警覺性、敏銳度並有責任尊重之。

—提醒研究人員注意部落是主權民族(nation)，應尊重其主權與自決權。

(4)Components of the Research Proposal

—IRB 評估步驟之說明（主要包括風險、利益、對參與者的保障措施等）

—應提交資料說明（主要包括研究人員資料、部落意向或同意文件、合作之IHS機構主管的letter of support、合作研究機構IRB 之同意函、研究計畫內容、參與者同意書等）

(5)The Detailed Research Protocol

(6)Informed Consent

(7)Working with Tribes and IHS

—強調所有涉及原住民族的研究應取得部落政府或組織之同意。

—涉及多個部落的研究，亦應分別取得各部落之同意。

—除取得部落同意外，在研究成果對外正式表達前，應先向部落與合作單位報告，同時，*Guidelines* 中，刻意以粗斜體字提醒研究成果必須獲得部落、合作單位與IRB 之同意才能發表。

## (8) Investigator Resources

## (9) Portland Area IHS IRB Review Process

第二，部落自主意願之展現。集體同意權之實踐，通常在部落既有自治組織架構中進行，某些部落也會成立自有之IRB，審議相關申請案件。為了協助部落審議申請案件，以及行使其集體同意權，American Indian Law Center編撰了一部*Model Tribe Research Code*，該文件載有聯邦相關規範、可能遇到之障礙以及部落建構自有研究倫理規範的各種細節。

第三，學術機構的自律作為。大部分學術機構(尤其是大學)並沒有在其內部IRB運作及相關文件中刻意強調或明載涉及原住民族的研究計畫應遵守之規範，但由於前述聯邦法規或治理規範為IRB審查時必然要求符合的項目，所以與原住民族相關的生物醫學乃至於行為科學研究，事實上仍需取得部落之同意方得進行進一步之審查。某些學術機構則會更為積極地提醒其成員應如何妥當進行與原住民族相關之研究，譬如University of Arizona對在原住民族保留區所進行的研究行為，明確指出在提交學校IRB前，應確認研究工作符合當地要求，並先行取得部落同意。該校另設有Native Peoples Technical Assistance Office，此單位的工作之一，就是協助研究人員進行與原住民族相關之研究工作。該單位搜集並整理有當地若干原住民族的tribal research codes, ordinances and protocols，供研究人員在取得部落同意時有所依循。此外，該單位亦提醒涉及使用IHS資源之研究工作，亦應先行通過IHS之IRB審查。

## 2. 加拿大

加拿大的研究倫理治理架構，目前主要依據*Tri-Council Policy Statement (TCPS): Ethical Conduct for Research Involving Humans* (1998)運作。TCPS為加拿大三個政府主要學術行政機構Canadian Institutes of Health Research (CIHR)、Natural Sciences and Engineering Research Council of Canada (NSERC)以及Social Sciences and Humanities Research Council of Canada (SSHRC)所共同制定的指導性文件，獲得這些機構資助或運用其資源的研究計畫，均應符合TCPS的規範，加拿大各大學及研究機構Research Ethics Board(REB)，也都將此一文件列為審查程序主要依循文件。

TCPS 第一版(1998)第六部分對涉及原住民族的研究工作列出九項優良實踐標準(good practices)：

- (1) 尊重原住民族文化、傳統與知識。
- (2) 研究之概念化與進行過程應將原住民族視為伙伴。
- (3) 諮詢族群成員中擁有相關專門知識者。

- (4) 讓族群參與研究計畫之設計。
- (5) 檢視研究計畫如何能夠滿足族群需求與關懷。
- (6) 盡力確保研究之重心及其進行方式能尊重族群內部許多不同的觀點。
- (7) 提供族群包括保障其文化資產、預先報告、僱用社群內部研究者、合作意願、資料儲存、工作報告的資訊。
- (8) 研究成果發表時應指出對象社群可能存在之多重觀點。
- (9) 在完成研究報告與發表前，應給予對象社群對研究發現進行回應之機會。

嚴格來說，在這六項優良實踐標準中，並沒有明確指出對原住民族所進行的研究應事先取得其集體同意，這些要求最多只能界定為應與原住民族建立伙伴關係，儘量就研究工作之各個環節與其進行社群諮商(*community consultation*)。

由於TCPS中有關原住民族研究倫理之內容在實踐上仍因抽象或簡略而致指導性不足，主管衛生醫療研究的CHIR特別另行制定*CHIR Guidelines for Health research Involving Aboriginal Peoples (2007)*，規範其所資助之研究計畫。在共計十五條的主文中，第二條指出研究者應尊重原住民族社群的管轄權(*jurisdiction*)，包括對社群同意權的行使。第四條也明確指出，當研究工作涉及原住民族社群之傳統知識或社群個別成員，應先與社群領袖諮商並取得社群同意。換言之，社群同意與個人同意同樣重要，且前者先於後者。

除了前述兩份官方指導文件，非政府組織Assembly of First Nations(AFN)亦另行擬定的OCAP(*Ownership, Control, Access and Possession: First Nations Inherent Right to Govern First Nations Data*)，提供研究機構審查原住民族相關研究計畫參考，並據之協助各自治部落建立其自有之研究規範。OCAP強調研究工作應尊重部落集體為其所擁有各種資訊的所有權人，部落有權擁有與控制研究人員對其資訊之使用與佔有。根據OCAP原則之精神，研究者與原住民族間之關係，不僅只是後者是否同意前者進行研究工作之問題，原住民族也不只是被研究對象而已，原住民族有權成為其所保有之資訊及由此所從出之知識的主人。

目前加拿大政府已完成TCPS第二版修訂工作，其中涉及原住民族部分是修訂重點之一。在第二版TCPS第九章中，以社群參與(*community engagement*)一語概括原住民族的角色，並根據研究計劃性質之差異，區分不同的社群參與模式，譬如研究工作若是在擁有自治權的原住民族土地上進行，就應該尊重其管轄權，在招募個別受試者之前，先請社群進行審議並取得其同意(*approval*)。不過某些類型的研究並不一定要求取得正式的社群同意，譬如當研究課題是探討某項政策對原住民族的影響，取樣對象廣及整個國家，研究結果看來也不會影響個人所屬社群之福祉，原則上就沒有讓在地社群參與的必要性。當然，若有其它考量，地

區性與全國性的原住民族社群代表之參與也是可以被考慮的。

此外，第二版TCPS也列出應受規範的研究類型，包括：1.於原住民族土地上進行的研究；2.以原住民身分為受試者招募標準的研究；3.嘗試從參與者身上取得特定社群文化資產、製品、知識與特徵的研究；4.研究資料(data)之分析涉及原住民身分；5.研究結果之解釋涉及原住民族社群、民族、語言、歷史、文化。

與美國原住民族類似，由於加拿大法定原住民族部落保有一定程度的自治權，某些部落也在其自治權限內發展其社群審議機制。譬如Kahnawake第一民族就在McGill University對其所進行的糖尿病研究過程中，發展出一套Kahnawake Code of Research Ethics，用以規範社群、社群內部研究人員以及學術機構研究人員之間的關係。該規約開宗明義即指出Kahnawake人民的主權應受到承認與尊重，對研究人員的要求，明顯已超出單純的社群諮商層次。(Kaufert et al., 2004: 36-37)

由前述美加原住民族研究中的集體同意權實務來看，其實兩國也沒有明確的法律直接規定相關研究應取得部落同意或共同參與，但在兩個現實狀況下，研究人員還是難以迴避此類義務：一，部落擁有自治權限，對於部落土地上進行的研究行為保有介入權力；二，政府相關部門依其保護少數族群之職責制定政策規範文件，並以資源或研究經費分配之手段，對研究人員形成實質約束。

當然，我國尚未實施正式的原住民族自治，但即使如此，如前所述《原基法》內容，由於在許多事務上，政府或私人施之於原住民族或部落的政策或行為應尊重原住民族的主體性，甚至明定應取得其同意，因此實際上原住民族或部落已經取得特定事務自決權利，所以不能說尚未實施原住民族自治區制度，就無法建立集體同意權制度。

此外，美、加政府雖然在立法上未處理原住民族研究中的集體同意權問題，而僅在行政機關中以行政手段制定相關指導文件，但這並不代表這些文件只是呼籲性的文字，如前所述，透過資源或經費分配手段，這些指導文件已對學術機構與研究人員形成實質約束作用。

## 五、前景一代結論

總的來說，依本文前述分析來看，目前我國對於研究倫理治理架構中部落集體同意權的處理方式，政府部門的動作基本上是正確的，既接近《原基法》背後所蘊涵的原運理念，其方向也與我國學界所習慣參照的北美學界經驗若合符節。不過儘管如此，仍有以下事項值得在當下以及未來繼續努力：

首先，除了繼續推動落實於原住民族地區進行的生醫研究應取得部落同意，為於審查過程關照到原住民族的文化差異與自主性，各 IRB 應善用前述《基準》中有關獨立諮詢人員條款，在所審案件涉及原住民族時，主動邀約原住民協助案

件審理，為族人進行把關工作，以免審查過程缺乏多元文化意識或原住民族的聲音。如果研究機構 **IRB** 明顯會收到許多與原住民族研究相關之案件，不妨就直接聘請具原住民身分的專業人士擔任 **IRB** 委員。當然，更好的改進方向是，修訂《基準》中相關條款，將此處所提建議直接列入。

其次，根據前述美加經驗，部落同意權不是一個單純的動作而已，其週邊仍有許多配套措施，支持同意權的行使與取得。為使建立在現有研究倫理架構中的原住民族保障機制更為完善，建議行政院原住民族委員會成立「原住民族研究倫理諮詢委員會」，草擬原住民族研究倫理規範與訓練文件、培訓原住民族藉諮詢人員與 **IRB** 委員、儲備部落行使集體同意權能量並為一般研究人員提供教育訓練機會，甚至可以在國家型或大型研究計畫涉及原住民族時，提供諮詢功能。

## 引用書目

- 夷將·拔路兒(2008)，《台灣原住民族運動史料彙編》，台北：國史館。
- 李崇億(2007)，〈原住民基因研究之倫理課題與規範初探〉，《台大法學論叢》，36卷3期，頁465-518。
- 李建良(2010)，〈憲法變遷中的原住民族權利：原住民族自治權的法理論述〉，載於《人權思想的承與變：憲法理論與實踐(四)》，台北：新學林，頁367-406。
- 唐淑美、顏上詠、陳祖裕&林正介(2010)，〈受試者保護與人體試驗委員會〉，《醫事法律》，17卷2期，頁1-12。
- 蔡甫昌(2008)，〈研究倫理的歷史、原則與準則〉，《台灣醫學》，12卷1期，頁107-122。
- 蔡甫昌(2010)，〈研究倫理委員會之實務與反思〉，《台灣醫學》，14卷3期，頁324-333。
- 蔡明誠(2003)，〈基因研究人體檢體採樣與原住民受試相關法律問題探討〉，載於林子儀&蔡明誠編，《基因技術挑戰與法律回應：基因科技與法律研討會論文集》，台北：學林，頁503-602。
- 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。
- 劉源祥(2008)，〈原住民族基因研究之國內法律規範探討〉，《法律與生命科學》，7期，頁12-25。
- 謝世忠(1987)，《認同的污名：臺灣原住民族的族群變遷》，台北：自立晚報社。
- (2004)，《族群人類學的宏觀探索：台灣原住民論集》，台北：國立台灣大學出版中心。
- 藤井志津枝(2001)，《台灣原住民史：政策篇》，南投：省文獻會。
- Anaya, James(2004) *Indigenous Peoples in International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Churchill, Ward(1996) *From A Native Son: Selected Essays on Indigenism, 1985-1995*, Boston, MA: South End Press.
- Emanuel, Ezekiel F. & Charles Weijer(2005) "Protecting Communities in Research." In James F. Childress, Eric M. Meslin & Harold T. Shapiro(eds.) *Belmont Revisited: Ethical Principles for Research with Human Subjects*, Washington, DC: Georgetown University Press, 165-183.
- Kaufert, Joseph M. , Kathleen Cranley Glass & Wiliam L. Freeman(2004)



- Background Paper on Issues of Group, Community or First Nation Consent in Health Research*. Winnipeg, Man.: Canadian Institute of Health Research.
- Sharp, Richard R. & Morris W. Foster(2000) “Involving Study Populations in the Review of Genetic Research.” *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 28: 41-51.
- Tsosie, Rebecca(2007) “Cultural Challenges to Biotechnology: Native American Genetic Resources and the Concept of Cultural Harm.” *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 35: 396-411.
- Wu, Annie O.(2000) “Surpassing the Material: The Human Right Implications of Informed Consent in Bioprospecting Cells Derived from Indigenous People Groups.” *Washington University Law Quarterly*, 78: 979-1003.

## 與談人：邱文聰 研究員

戴主任，在座各位來賓、各位先進，大家好。陳張教授這篇文章，其實，我覺得主辦單位，有故意安排兩位漢人來評論兩位原住民學者的這個背後動機可能不是很單純，我還是得要一開始就先接漏我自己的身分，因為我想可能就是在這種文化的對話當中，大家必須要承認自己的限制。

基本上我身為一個漢人，可能我對於原住民的種種的事件並不完全清楚，所以，如果我的評論當中有這個不周的地方，還請各位在座的先進能夠包涵。那就陳張教授這篇文章，基本上是想回答一個問題，就是說基本法第 21 條，有沒有辦法當成是原住民在行使集體權，尤其是在學術研究上面，有沒有辦法拿來當作，原住民在行使集體權上的一個法律的基礎。

我覺得他的分析非常的精確，其實，我們在面對這個問題的時候，第一個會遇到的挑戰就是，基本法它的特性，是不是有辦法直接拿來當作作用法的依據，這個是在法學界本身就一直有爭議的，因為基本法它的名字就跟一般法不太一樣，它的位階，感覺好像是介於憲法跟法律中間，因為我們知道法律是直接去落實憲法的一個...就是它可以直接拿來當依據的一個法律規範，那憲法的話，基本上我們比較難直接拿憲法來用，所以，它需要透過一個法律的轉換。

那到底基本法，可不可以像是一般法律一樣拿來直接用，有很多的爭議。當然，在這篇文章裡頭，我們也可以看到陳張教授有指出，本來是要求原基法通過後需要有相應的執法出來，可是，我們也看到，到目前為止在針對研究倫理這件事情上面並沒有看到 21 條這個相關的執法如何去處理，當然有提到說幾個涵示去說明，但是顯然是不夠的。

除了這個基本法定位的問題之外，另外一個最重要的問題，也就是陳張教授這篇文章的一個主軸，就是說，在法律解釋上面，21 條，它到底可以來怎麼樣運用。的確在 21 條的一個法律的文義解釋上看起來，因為大家知道我們法律人，他在做法律解釋的時候，基本上是從文義解釋、論理解釋開始，那這兩個解釋如果沒辦法處理，才會往後去談到體系的解釋、歷史的解釋等等其他解釋的方法。

那純從文意解釋上看起來，的確會像是陳張教授裡頭文章舉的其他反對、拿正當立據的學者，文義解釋上看不出來可以，因為，文義解釋就在講土地的問題。頂多會注意到就是 TK 的問題 Tradition Knowledge 的問題，但那些都是屬於物。法律上很習慣就是把這個權力的對象區分成物跟人，那旁邊接到應該都很清楚，

民法上就是這樣區分的，人什麼時候會變成物呢？就是你死掉之後變成屍體，屍體就是物了，那在還沒有變屍體之前，你就是人。所以，它把世界分成兩大塊，人跟物。所以，變成在這樣的文義解釋底下，你就很容易讓一些法律學者，會去認為 21 條好像只能夠去保障學術研究，只會保障有關物的學術研究，只是在講物的學術研究，研究某一種草藥，可能是原住民社會裡頭常用的治療方法，這種東西也許他可以拿來當作是保護對象。

當保障的對象直接變成是原住民本身或是原住民族的時候，那好像就沒有辦法拿 21 條來解決。針對這個問題，我非常贊同陳張教授的一個分析，就是說，這樣的人跟物的一個區別，其實是傳統漢人社會，或是說西方社會的一個區分方式，也許並不適用於原住民族去討論這個世界觀的時候去用同樣的一種分析方法。

所以，這當然是一個環保的突破點，那另外一個突破點，也是陳張教授有舉出來，就是，當我們在看 21 條的時候，我們其實應該從一個自治或是主權的一個角度去看。那從這個角度來分析的話，我就比較能夠理解，譬如說，你今天想到菲律賓去做研究，那你當然要經過菲律賓政府的同意，起碼你要取得一張 VISA、這個簽證你才能夠進去。21 條似乎從這個角度來看，就可以回答，你要來我這邊做研究，當然要經過我的同意，不管你今天進來是要幹什麼，你是要做人還是要做物的，都要經過我的同意。所以，從這個角度，也似乎可以回答有一些學者，為什麼美國、加拿大他們相關的研究倫理，沒有講到原住民族的這種的集體同意方面，但是他們在操作方面，仍然有這種集體同意的操作，為什麼？因為在美加澳洲，其實，基本上，他們的原住民已經是一個類似主權者這樣的地位，所以，到他們那邊去做研究，需要經過他們的同意。這樣的一個理解是蠻直覺的訴求。當然這樣的一個訴求，我覺得也是可以來解決 21 條的一個策略。

不過，接下來的問題就會出現，我們用主權者，或者，自決的一個角度來理解學術研究的問題的時候。會遇到幾個可能的後續的困難，第一個困難，主權的一個或者自決的一個操作，它需要一個機制，目前我們看到原民會提出來的機制就是兩個，一個要嘛就是部落會議，再來是公民投票這樣子，這兩個機制。

但是我們很難想像，我們要去菲律賓做研究的時候，要菲律賓的全國國民要來舉行公民投票，或是，他們要開一個什麼樣的部落會議來處理。基本上，他們的主權已經內在的一個決策機制已經存在了。

那我們面臨到一個問題就是說，從日治時期摧毀掉原住民本身的決策機制之後，到目前為止，都還沒有一個很完善，除了少數幾個部落或是幾個族群有辦法有這樣的決策機自治之外，大多數族群，到目前為止好像都還沒辦法有這樣的一

套機制存在。所以，就變成只能夠仰賴，所謂，現在正在推動的部落會議跟公民投票，但是這樣子可能是不足的，這是第一個問題。如果我們用主權或是自決的角度來處理，研究倫理會遇到的問題。

會遇到的第二個問題是什麼？還是跟土地是結合在一起的。但是，問題是，現在的原住民並不是只居住在傳統的領域，現在很多原住民是住在城市裡頭。城市原住民有沒有辦法在用主權的觀點來處理，可能是一個必須要去克服的問題。

那第三個問題是說，現在基本上，原民會就是行政院底下，你要原民會去講說，我們要用主權、自決的角度去看待協調問題的時候，可能也會有一個組織上面沒辦法突破的困境。

那最後，到底和原住民有關的學術研究，它處理的問題到底是主權自治的問題？還是另外一個問題？就是剝削的問題。其實，這個必須要在進一步來思考，因為當我們提到主權的時候，當然很容易理解，你到我這邊來，你就要經過我。可是，他沒有告訴你如果人不在這個土地上的話，怎麼來處理？可是剝削的問題，仍然是可以去處理的。

我剛講到的是，如果你今天是在城市、在哪裡，不在主權的範圍內的話，可以去處理那邊的問題，但是，用剝削的角度來處理那個問題的時候，可能會遇到的一個困境就是，範圍如何界定的問題，還有一個就是，傳統在談認同政治上遇到的問題，那個概念是不是可以建構的出來，比如說，人家在談黑人和白人之間，黑人一直在主張的認同政治的時候，很多人就說你不斷的去強化黑人的一個差異，變成就是反而是讓黑人處於一個更不利的地位，會有這種認同上的一個糾葛在。

當然，我們也發現，在處理的機制上，陳張教授也是在限於主權還是剝削兩個 model 在爭執，為什麼？因為，最後他提出的幾個策略有提到，比如說，我們在 IRT 放幾個原住民的委員在裡面，他能夠處理的問題是什麼？頂多能處理的是剝削的問題，就是文化差異，增加它的文化的實質的一個問題，但是還是沒有辦法解決自決和主權的問題，其實還是沒有辦法解決。所以，我們可能要先去釐清到底在這個研究上面的原住民的這種集體的同意，我們到底想要處理的是主權自決的問題？還是原住民被剝削的問題？謝謝。

## 主題五 Q&A 時間

與會者提問：

主持人好，還有我們的發表人跟與談人。我想先針對那個第二篇文章，關於研究倫理的問題解釋原住民族基本法第 21 條，剛才兩位其實都有提到一些重點，那不過我只是在想說，我們思考的那個方向，是不是可以再多為這 21 條符合解釋適用多增加一些資訊？如果我去理解在一般的法律上面，對於我們看的那個刑法，侵入住宅跟妨礙自由，就是對人生自由的那種限制到底比較嚴重，還是說進入他的住宅裡面，然後拿了他的物這件事情，那如果說，那個相較之下的話，舉輕凝重，是不是在這個 21 條的解釋上面，我們是不用那麼侷限其實它只是針對於自然資源？另外，關於人跟自然資源的這個二分的部分，本身也就是一個在研究原住民的領域裡面一個還蠻容易造成的誤解。

那如果說，我們硬要在自然資源的使用或是研究，它是只有針對物的話，那可能也是太過於偏向，特別是在原住民族基本法裡面已經有提到在國家的義務上面，不管要採取行政的措施或是要立法，甚至是司法的糾紛解決的時候，那個解釋上面必須要運用原住民的傳統習慣規範，那台灣的原住民族，我想沒有一族是那個基因改造的什麼阿凡達之類的，所以人體的遺傳基因的資源它不算也是自然資源的一種嗎？那這會不會也是一個可以理解的方向？另外就是關於剛才邱老師有提到的，都市原住民要怎麼樣去在民族的自治或者是剝削當中，因為他是在那個傳統的領域之外，那如何解決這個問題？那如果去看原住民族基本法裡面，它對於原住民族自決跟自治的那種承認，表示說這個族群它可以對它族群承認的身分，然後，具有它身分的這個族群成員他的權利義務可不可以盡情加以規範？那表示其實他在境外的話，那他可能如果是涉及到針對他的族群進行一個基因研究的話，也許也可以納入那個集體的規範之中，然後必須要建構一次的法官。

另外對於第一篇的文章，我覺得剛才在討論的過程中，讓我感受到，就是台灣的社會，特別是主流社會，如果沒有改變它的價值觀，就是沒有去承認一個不一樣的，而且認為我們自己是需要修正的，在那個價值觀、世界觀或倫理觀沒有改變之前，我們就不可能在我們教育的系統裡面，去把那個非、不好的行為，如何回復到一個平衡的這種狀態，然後造成這個社會的和諧跟和平跟安全，這件事情，我們就不可能納入我們一般的教育系統，那沒有納入一般的教育系統的話，我們單純在司法就是已經出現了問題，然後特別是在這樣子的司法體制裡面，要去進行這樣子的改革，似乎有非常大的難題，以至於剛才我在聽到兩邊在對談的時候，似乎沒有辦法聚焦，因為那是一個我們不願意承認我們的制度本身的問

題，然後沒有辦法去欣賞另外一種價值觀。

所以教育不是如此，文化就沒有辦法跟著改變，我們司法的系統大概也就很難有所改變。那我不曉得，謝明陽謝教授是不是有更進一步的建議，謝謝。

與會者提問：

我有兩個問題想要請教兩位謝教授，法扶在辦理那個八八風災、八八水災的那個相關的事務，有幾個部落是因為水災滅村，那我們現在在協助他們提補。我想問的問題也許我們在場另外一位同仁應該會蠻觀心的。因為，這個修復式正義的適用範圍，可以多大？是不是，有可能可以在這樣的一個部落國賠的，因為早期被強制遷村，導致這個部落被全體滅村這樣的情況，那因為我們之前有跟一些專家比如說高律師等等，討論過的時候都發現有一個歷史性的集體性的創傷。那這種創傷其實因為他是早期被強制遷村的這種東西，是不是也有可能有這樣修復式正義的一個論述，可以應用在這樣的司法訴訟上？謝謝

陳張培倫助理教授回應：

我想那個，評論人和淑雅的問題，應該是都差不多的，所以，我把它一起回應。我挑裡面的兩點，第一個就是多元時代，部落裡面的原住民對於部落的原住民都非常的保護，如果我能夠解釋得出來說這是一條，可以在這些事物成立的話，可能有很多研究調查原住民的健康的健康狀況，那這個難道說就沒有受到保護了嗎？我會覺得，所有的方式可以去引用其實在原基法的好像是 28 條裡面，也有提到說對於多元的一些健康、罰款的事項，還有一件事情，社會勢力我想也要關心。那，你知道嗎？為什麼再研究倫理審查的地方保護原住民，就是因為那個研究機構可能會影響到那個原住民的一些印象，那就會造成原住民的社會適應的問題。所以，這樣知道了吧，各位那個法界人士，隔壁的解釋，可不可以從這一點來去說，所以，好像原民會的也有介入的空間。那怎麼去介入，這個又提到剛才補充的另外一個問題，我剛講什麼，哎呀，法庭的成員裡面，這個最好有原住民或者獨立諮詢的是原住民，如果那個案子跟原住民有關的話。

但是我會認為，比如說原民會可能和衛生署協調一下，IRT 的設立基準是直接把這條寫進去了，硬要把原住民寫進去，那這樣做有個好處，什麼好處呢？他代表原住民的聲音，可是那個教授剛才那個文章他有提到說，那這個頂多或許是在避免剝削而已，可是如何表現出原住民他的自主性，他的主權，這個也是我文章為什麼要設立一個原住民族倫理諮詢委員會，由它去培訓一些……你可以把那個委員會培訓出來的人規定以後 IRT 裡面的獨立諮詢人或者是委員的人，你要原住民身分的，一定要從裡面找。意思是說，派了一個代表定住在那邊，那至此之

後，跟原住民相關的研究案，你到 IRT 的時候有原住民在那邊，好像行使他的主權一樣。如果那個案子還要到部落去的話，進一步，你要監督他取得部落的同意，可是有些案子沒有到部落去，那就有那個好像一個代表人再那邊獨立做事的，或者是那個委員他去做那個法務，我是做這樣的解釋，當然那個工作只能建設，謝謝。

謝若蘭副教授回應：

那個淑雅對不起，也謝謝你提出來，其實我自己也有發現我們，我跟與談還有主持其實那個沒有對焦，那個沒有對焦的問題，其實也不是他們的錯。因為在台灣，要談修復式正義，一直是用西方，他沒有看到原住民的這個區塊。這也包括在談南非的真相和調解委員會等等，他在談的是那個部份，那，那個部分其實真的比較強調加害和被害的那個關係，還有他旁邊的人的關係，他並不是在談那個整體文化原住民事件裡面在講的那個 **Relations**，包括你跟自然界的關係，所以，不過這個區塊我覺得就是慢慢來對話這樣子，那那個三加律師這個我覺得可行。但是，那個可行的前提之下是說，如果用修復式正義，原住民的方式的這個方法，也就是說你的主流你要從國賠的那個對象，他願意跟你坐下來平等的跟你談，那你目前這個方式，就是說，你要先看他願不願意這樣跟你談，那以目前原住民在台灣這個勢力或是說他的位階上面來講，我覺得目前的國家政府不太可能這麼做。所以我們現在又回到就是探討這些問題的時候，在談論可行不可行，立法院可不可以行得通還是回到一個主流在看司法體系的價值觀。

## 主題六

# 司法實務採認原住民族傳統習慣規範之案例與探討：國內與國外之比較

---

主持人：法務部檢察司司長宋國業

### 以文化脈絡回應司法論述

#### —澳洲與我國有關傳統領域權的判決比較

發表人：蔡志偉 助理教授

（國立東華大學民族發展與社會工作學系）

與談人：蔡廷宜 庭長

（臺灣嘉義地方法院）

### 由生存權、文化權而來的狩獵權

#### —從美國最高法院判決談台灣原住民的狩獵權

發表人：鄭川如 助理教授

（輔仁大學法律系）

與談人：許華偉 檢察官

（臺灣臺南地方法院檢察署）



## 以文化脈絡回應司法論述：澳洲與我國有關傳統領域權的判決比較

Awi Mona (蔡志偉)\*

### 一、前言

二〇〇五年二月五日立法院通過了《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，在形式法制的建構上，與《中華民國憲法增修條文》第十條第十一項與第十二項的原住民族條款，構築了臺灣對於闡釋原住民族權利的法制基礎。其中，《原住民族基本法》第廿條確立「政府承認原住民族土地及自然資源權利」。其立法理由指稱，「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。」又，原住民族土地之定義，參見同法第二條第五款之說明，係指原住民保留地與傳統領域。同法第廿三條進一步規範「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。」並於同法第卅條宣示未來政府行政機關、檢察體系與司法部門在有關原住民族事務之處理、裁量、審理等，應尊重原住民族之傳統習俗、文化及價值觀，以保障其合法權益。前開條文說明了原住民族權利的實證基礎在於：一為修復式正義的踐履，二為多元文化與實質平等的體現，以及三為自主、自治與自決的建構。是則，原住民族傳統領域權之特殊權 (*sui generis*) 性質，已然獲得法制化的確認。

立基於此，最高法院九十八年台上字第七二一〇號刑事判決中揭示：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。又，臺灣高等法院九十八年度上更(一)字第五六五號刑事判決指出：按基於民族平等及多元文化的發展、延續，原住民(族)基本法第廿條第一項規定：「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。然而，原住民族權利論證之關鍵在於傳統領域之確認與傳統習慣之闡釋。以《原住民族基本法》全文共計卅四條之內容初步分析，其中關係傳統領域之權利行使，包括第二條、第四條、第十一條、第十三條、第十八條、第十九條、第廿條、第廿一條、第廿二條、第廿三條、第廿四條、第卅條、第卅一條、第卅二條，多達近

---

\*賽德克族德克達雅群，Alang Gluban (川中島部落)

半數的條文均與傳統領域權之行使有關。申言之，當前原住民族傳統領域權之規範架構在《原住民族基本法》等各項法制基礎的建構中已逐漸成形，而如何充實此一以文化脈絡為核心的新興原住民族傳統領域權利概念及類型的內容，將是憲法增修條文及《原住民族基本法》所確立之法律權利落實與部落發展的關鍵。即如黃居正（2011）所指：原住民族「傳統領域權」，可說是一個涵蓋範圍最廣的總則性概念；因為，對「傳統領域權」之解釋，不但直接影響基本法中與原住民族土地相關條文之適用，亦將決定「原住民族傳統之生物多樣性知識及智慧創作」受保護的範圍及其利益之歸屬。

有鑑於《原住民族基本法》與其他諸如《野生動物保育法》、《森林法》等，創設了一項新興的「傳統」原住民族權利類型，該項權利係與土地與自然資源利用與治理具有神聖的連結關係，該項權利類型與內涵與現行民法物權編規定，或是其他相關自然資源治理的公法性質法律（如：森林法、國家公園法）間，有關法律適用與位階的討論，始終存在各說各話的對立狀況而難以解決（黃居正，2011）。加之，《原住民族基本法》並未對於原住民族傳統領域權進行任何界說與定義，作為原住民族傳統習慣及其所源生權利之核心基礎，原住民族「傳統領域權」之類型、內涵的充實與闡釋，不但直接影響《原住民族基本法》中與原住民族土地相關條文之適用，亦將決定原住民族依據傳統習慣形塑該部族整體獨特文化之一的原住民族土地及自然資源權利，以及附隨於其上之相關整體原住民族傳統權利能夠受保護的範圍及其利益之歸屬。

因此，本文係以臺灣與澳洲兩國的單一司法判決作為比較個案，針對兩國判決見解所採理論、基本原則、重要法律概念與相關影響等進行說明，解析原住民族傳統領域權在兩國司法實務見解之差異，進而提出在原住民族傳統領域權的具體實踐與法制化的過程可以思考的方向。

## 二、原住民族傳統領域權之性質與定位

自一九七〇年代中期開始，原住民族跨國界的連結，齊聲訴求破除他們全球性的邊緣化境遇。原住民族人權作為當代國際法上快速發展的權利命題與權利主體，著實提供全球原住民族一個獨特的機會，據此目睹並參與國際社會建構制度化與法律拘束的具體權利發展體系。（Barsh, 1986）原住民族藉由參與國際人權規範監測組織，具體陳述並論證殖民主義擴張的原住民族史觀，試圖在國際法制的架構內重行闡釋原住民族生存與發展的基本人權內涵。進一步言之，受到聯合國一九八六年公布之「歧視原住民問題研究（Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations）」的激勵，國際原住民族運動的權利訴求與主張，具體化的實踐在國際人權法制規範的建構機制上。（Wilmer, 1993）從國際人權思潮的向度來看，聯合國的該項研究觸發了國際社會對於原住民族權利的思辯，同時促使國際組織以及區域組織展開原住民族權利的建構與發展。換言之，原住民族已經得以「具有顯著與特立文化之獨特民族（distinct peoples）」，作為國際法中合法的權利主體，享有國際法上的基本人權，並且負擔一定之國際法責任。（Anaya & Williams, 2001）

承前所指，原住民族的定義的重新詮釋，實為理解原住民族權利本質的基礎。在保障原住民族土地權的規範建置上，原住民族土地權首次為國際勞工組織第一〇七號公約（第十一至十四條）所承認。由於該項公約係以家長式的保護教化方式和主張同化來對待原住民族，因此在土地權保障的內涵上，仍然僅能以承襲自英美等歐陸殖民國家的財產權形式來加以承認，此等建立在對於原住民族傳統領域及土地權的誤認與扭曲之上的制度，最典型的事例當可以我國所施行之《原住民保留地開發管理辦法》為例。其後，國際勞工組織第一〇七號公約為第一六九號公約所取代，強調以承認與保護原住民族傳統文化，深化原住民族土地權與自然資源權利，並引入原住民族自決權的概念，進一步在該公約第十三至十八條，就原住民族傳統領域權與自然資源權做了最完整的權利建制。（Swepston, 1990; Barsh, 1990）又，原住民族傳統領域權所強調的與土地間之神聖連結的論述，透過聯合國人權機構對於國際人權文書的解釋，進一步的獲得確認。如聯合國人權委員會對於《公民權利與政治權利國際盟約》第廿七條，有關少數社群權利內涵所提出之一般意見書第廿三號：有關依據第廿七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。那項權利可以包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具有有效參與之權利。亦即，在公約第廿七條所規範的文化權，應用在原住民族傳統領域權的論述上，即可理解為基於原住民族與土地及自然資源所存在之特定依存與連結關係，在原住民族傳統領域內，進行狩獵、漁獵或採集的傳統活動。

復以聯合國《消除一切形式種族歧視國際公約》所關注之原住民族的境況為例，消除種族歧視委員會於一九九七年作成該公約關於原住民族人權保障之一般建議書第廿三（五一）號，特別針對原住民族與其土地間之連結關係在法制上的肯認，實係消除對於原住民族所生歧視之根本，並指出：委員會尤其要求締約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，締約國應採取積極措施行動返還。唯有在返還確有事實上不能之情形，應以正當、公平及立即的賠償來取代。該項賠償應盡可能以土地與領土的方式為之。

綜合前列各項國際人權文書意旨，原住民族傳統領域權的原則揭示了原住民族自主與自我管理機制的建立，尊重原住民族和部落文化與傳統規範制度的途徑，保障原住民族實質同意與有效參與各項國家原住民族政策，以及在多元文化的社會架構下，從保障原住民族及其土地之間獨特之文化與精神連結，獲致原住民族的實質平等與對內自決原則的確立。

復以澳洲的法制為例，澳洲有關原住民族傳統領域權的論述，首先在名稱上，通稱 Native Title 或 Aboriginal Title。又，在其定義上，大抵上必須符合下列要件：原住民族基於對土地與自然資源之繼續占有和利用，在與歐洲人前接觸時期，即已存在的部族活動、傳統與習慣，且係構成原住民族部落社群的文化核心整體之一部，據此所取得之權利。以

蔡志偉 以文化脈絡回應司法論述：澳洲與我國有關傳統領域權的判決比較  
澳洲的發展分析之，澳洲的國家法制，不問是在法院的系統，抑或是國會立法的方向，均已肯認並保障所謂原住民族傳統領域權（native title）之概念及其發展。

#### 一九七六年原住民族（北領地）土地權法第三條

「傳統原住民族土地所有權人」係指一個地方原住民族社群的後代而言，並且他們

- （一） 共同對於土地上的特定區域具有精神靈性上的連結，此項連結賦予該社群維護該特定區域及土地的主要責任
- （二） 依據原住民族傳統慣習對於該土地具有類所有權的權利。

#### 一九九三年原住民族傳統領域權法第二二三條

原住民族傳統領域權或原住民族土地權及利益係指原住民族或托雷斯海峽島民有關土地或水資源所具有之共有、群體或個人權利及利益，並且：

- （一） 這些權利及利益必須係依據原住民族或托雷斯海峽島民社群所肯認確立的傳統法律，及其共同遵守之傳統慣習而持有；
- （二） 依據前款所提及之法律與慣習，原住民族或托雷斯海峽島民與該土地或水源具有連結；
- （三） 這些權利及利益受到澳洲法律的肯認。

在不限縮第（一）項內容的前提，前揭權利及利益包括狩獵、採集或漁獵的權利及利益。

然則，此之所謂「肯認」或「保障」，究係何指？要言之，原住民族傳統領域權（native title）係一項普通法上所確立之原則，目的在「肯認並保障」那些原生自渠等原住民族本身之傳統規範系統與法律體系，而其權利與利益之範圍在於，渠等過去享有主權利益之土地上，且持續至今的權利主張。從澳洲司法判決上，有關原住民族法制與權利的發展過程觀之，原住民族傳統領域權確立之目的在於，建構一個能夠讓原住民族各部族間存在的地方性法律系統，與傳統習慣制度持續運作的法律空間，甚至進而採納部分那些原住民族傳統法律與習慣內容，成為澳洲普通法內容之一部。也就是說，雖然在過去，澳洲原住民族傳統法律之內涵與發展，總係透過普通法的視角加以觀察與判斷，但是現今的發展，必須要承認的是，這樣一套過去被認為有別於普通法的法制規範系統，已然成為澳洲普通法整體之一部份。澳洲憲法肯認了原住民族法律之原創性與獨特性，並在澳洲法律體系中具有獨立之法律權源與規範基礎。一言以蔽之，普通法原則所肯認的原住民族傳統領域權（native title）之概念，其核心價值在於建構原住民族法律做為澳洲法體系之新興主權（new sovereign）領域。（Strelein, 2009）

綜合觀之，國際原住民族人權文書與國家立法例在對於原住民族傳統領域權此一「財產權」概念闡釋的顯著性，係在跳脫傳統原生自歐陸殖民國家系統內之西方法律制度，以私有財產概念為中心的價值體系，一方面強調國際人權法制體系對於基本人權概念的獨立性，另一方面，則肯認了原住民族依其傳統規範與法律所概括的權利態樣與內容，具有國際法及國內法的合法效力。進一步言之，原住民族傳統領域權之內涵，不應以傳統國家法

蔡志偉 以文化脈絡回應司法論述：澳洲與我國有關傳統領域權的判決比較

律概念對於財產權的概念來理解，而應置於原住民族傳統文化的形成與轉變的脈絡來確立。換言之，原住民族傳統領域權所具有的特殊法律利益，實係源生自他們與所占有、居住和使用的土地之間存在深厚的精神與文化連結關係（Anaya & Williams, 2001）。本文以為從這個觀點來看，解釋了為何國際原住民族權利建構，揭示原住民族傳統土地習慣與他們傳統土地制度模式是無法分割的論證。誠如聯合國《原住民族權利宣言》所強調，其保障原住民族特有土地權利法益的規範意旨在於重視有關原住民族與其所占有或使用的土地或領域的關係對於該原住民族文化與精神價值的特殊重要性，特別是這種關係所呈現出來的集體態樣。

聯合國《原住民族權利宣言》第廿六條

- 一、原住民族有擁有其歷來所有、占有或以其他方式使用或取得之土地、領域及資源之權利。
- 二、原住民族有擁有、使用、發展及管理其歷來擁有或以其他方式傳統方式占有或使用，及以其他方式取得之土地、領域及資源之權利。
- 三、各國應在法律上承認及保護上述土地、領域及資源。此一承認應充分尊重該原住民族之習俗、傳統及土地所有權制度。

然則，原住民族傳統領域權與傳統習慣的意涵該如何認定呢？茲補充前開澳洲司法實務見解為例：

國家	原住民族傳統領域權與傳統習慣的內涵
澳洲 (Native Title)	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 原住民族傳統領域權係源生自傳統原住民族法律與習慣，此項權利內容與習慣法體系各部族均不同。</li> <li>2. 權利持有的狀態係由各原住民族社群中的成員共同所有。</li> <li>3. 不可分割或轉讓，僅在讓與給國家的情形式被允許的；在特定的情況下會遭致國家消滅。</li> <li>4. 此項權利並非由國家授予，而係依據原住民族傳統法律與習慣承繼而來。</li> </ol>

行文至此，本文認為當前的國際社會對於原住民族傳統領域權利的實踐，有著如後所列的共識：

1. 原住民族土地與傳統習慣，實係原住民族文化維繫與生存發展的前提要件。
2. 確保原住民族對於土地、自然資源以及傳統領域的支配與所有權。
3. 原住民族文化、語言、傳統規範以及生活方式等權利的維護與延續。
4. 保障原住民族在有關其經濟與社會發展上決策的參與與受益權。

### 三、澳洲法下的原住民族傳統領域權利論述：Title and/or Right？

澳洲國家法制，不問是在法院的系統，抑或是國會立法的方向，均已肯認並保障所謂

原住民族傳統領域權（*native title*）之概念及其發展。然則，此之所謂「肯認」或「保障」，究係何指？要言之，原住民族傳統領域權係一項普通法上所確立之原則，目的在「肯認並保障」那些源生自渠等原住民族本身之傳統規範系統與法律體系，而其權利與利益之範圍在於，渠等過去享有主權利益之土地上，且持續至今的權力主張。

以 *Mabo v. Queensland [No. 2]*, (1992) 175 CLR 1 為例，本案審理的核心議題在於，當王權取得澳洲大陸領土主權之際，是否同時取得所有土地的所有權，抑或是王權所取得的土地權利受限於先前存在權利的負擔？亦即，本案係在檢視歐洲殖民者在澳洲大陸墾殖過程所導致的結果，以及殖民母國的法律（普通法，*Common Law*）如何為殖民領地所繼受？申言之，有關原住民族傳統領域權建立的論證上，判決指出普通法上之原住民族傳統領域權作為一項權利態樣，實係源生自傳統習慣並且必須遵循此一規範系統，卻係受到普通法國家系統的承認與保障。是則，原住民族傳統領域權利合法存在的基礎不在於立法或行政部門的承認。從而，原住民族傳統領域權屬有其固有權源，且其權利本質與內涵係由其傳統習慣所定義，此等傳統習慣法律系統實受到該領土內之原住民族所依循。再者，原住民族傳統領域權利本質及其衍生內涵，必須參據這些法律與習俗，作為事實來做確認。此外，在探究原住民族傳統領域權利的本質與內涵上，澳洲最高法院關注原住民族傳統領域權利作為一個普通法中的異質概念，反應了原住民族法律與習慣的多元性。是以在此架構下，判決多數意見認為在現行英國普通法制度疊床架屋相類似的財產權體制是沒有必要的，且這樣的作法會混淆法律保障與承認的目的。綜此，原住民族依據傳統法律與習俗所形成渠等與土地間之緊密關係，實為原住民族傳統領域權利的權源基礎。出於這個原因，該判決詮釋原住民族傳統領域權為一特有的（*sui generis*），或法律上獨特的權利（*unique in law*）。又，澳洲最高法院於本案建立原住民族傳統領域權利確立的要件，概略整理多數意見包括：

1. 具有可識別之社群或群體的存在。
2. 社群或群體具有依據傳統法律與習慣，形塑渠等與土地之傳統緊密連結或對土地的占有。
3. 此項連結關係持續實質的存在。

再者，前開要件在顯示原住民族與土地的連結關係上固然有顯著的意義，然則此項連結關係不必然要是具有獨佔、排他性。本案判決多數意見指出原住民族傳統土地權利作為一項權利光譜，存在近似完整所有權的型態，亦可以是具有較低權利態樣，而僅承認對於土地利用較為限縮的狩獵或游耕權利。

其次，從澳洲司法判決論述的轉變觀察，有關原住民族法制與權利的發展過程觀之，原住民族傳統領域權確立之目的在於，建構一個能夠讓原住民族各部族間存在的地方性法律系統，與傳統習慣制度持續運作的法律空間，甚至進而採納部分那些原住民族傳統法律與習慣內容，成為澳洲普通法內容之一部。也就是說，雖然在過去，澳洲原住民族傳統法律之內涵與發展，總係透過普通法的視角加以觀察與判斷，但是現今的發展，必須要承認的是，這樣一套過去被認為有別於普通法的法制規範系統，已然成為澳洲普通法整體之一

部份。澳洲憲法肯認了原住民族法律之原創性與獨特性，並在澳洲法律體系中具有獨立之法律權源與規範基礎。一言以蔽之，普通法原則所肯認的原住民族傳統領域權之概念，其核心價值在於建構原住民族法律做為澳洲法體系之新興主權（new sovereign）領域。

復以澳洲最高法院於 *Wik Peoples v. Queensland*, (1996) 187 CLR 1 作成之判決為例說明，本案爭點在於探究原住民族傳統土地權利位於農牧租約所生效力之試驗，亦即相關土地權利之授予，是否確實附隨賦權承租人排除其他權利主張之權利，包括原住民族傳統土地權利之所有人？再則，假設確實存在此一賦權內容，原住民族傳統土地權利是否就此必須消滅，或僅係無法強制實行？判決多數意見認為，租約並不授予承租人排他性的權利，因此租約權利內容不必然會與原住民族傳統土地權利形成不一致的衝突。又，本案所生基本爭議不在於原住民族傳統土地權利是否因普通上法所有權或租賃權之授予而消滅，而係在於關注法規對於原住民族傳統土地權利及其因此所創造之特殊權利利益之影響。換言之，國家立法如欲減弱或消滅原住民族傳統領域權利，乃至於授權進行徵收權利的效果，至少必須呈現顯而易見欲獲致該項效果的明確意圖。要言之，本案多數意見之見解認為：

1. 農牧租約並不賦予承租人排他性占有的權利
2. 農牧租約的權利內容與義務，須視租約性質與條款的詮釋
3. 租約權利若與原住民族傳統土地權利產生衝突，租約權利在兩者任何不一致之處，具有優先效力
4. 租約權的授予不必然消滅任何存續的原住民族傳統土地權利

本案處理有關原住民族傳統土地權利與普通法上農牧租約權利所產生的爭議，澳洲最高法院已明確指出，如係有關不動產所有權與原住民族傳統土地權利之衝突，將消滅原住民族傳統土地權利之主張。而在與承租土地有關的處理上，最高法院強調的是在兩項權利併行共存的概念下進行土地的使用分享。

在整體澳洲司法判決上有關原住民族權利的發展，主要是環繞在兩項基礎上：其一為，何謂承認原住民族傳統領域權（*recognition of native title*）；其二則係，何謂官方主權的確立（*the assertion of sovereignty*）。在適當的條件下，澳洲普通法對於依據原住民族傳統法律與習慣而持有之土地權及其衍生權利，賦予合法性的權利承認，並在其遭致侵害時，提供權利與利益之強制措施救濟。歸納司法判決相關內容，其一般性原則包括下列各項：

1. 在官方對於特定領土取得主權之際，該領土上之原住民族，既已持有依據傳統法律與習慣為基礎的土地權利或利益，且該項傳統法律係為該部族成員所承認與遵循。
2. 自從官方主權之取得以降，原住民族及其後嗣持續依據渠等傳統法律與習慣規範，享有那些權利和利益，即便那些法律與習慣由於官方主權的影響已歷經部分的改變。

3. 自從官方主權宣示確立以來，系爭權利和利益從未屈從於官方，或尚未遭致官方清楚明確行動的消滅，也從未在任何時候放棄過。
4. 系爭權利和利益不致與「自然正義 (natural justice)、衡平 (equity) 與公正 (good conscience)」相抵觸，或是與澳洲法制系統架構的原則存在不一致扞格之處，促使澳洲法院拒絕執行的狀況。

實則，假設前列各項要件均符合的情況之下，澳洲普通法即應對於特定案件中，關於土地權及其附隨權利之主張，依據原住民族傳統領域權之原則 (doctrines of native title) 給予合法性與正當性之承認與強制實行。綜合前開說明，Mabo 案確立了原住民族傳統領域權的權利主體內涵，Wik 案則初步劃定原住民族傳統領域權的權利內容。然則，原住民族傳統領域權之權利主體論述，在二〇〇二年的 Yorta Yorta 案的審理，遭致本質性的挑戰。

#### Yorta Yorta v. Victoria, (2002) 214 CLR 422：案情簡述

一九九四年二月澳洲新南威爾斯和維多利亞地區八位擁有一半血統的 Yorta Yorta 族原住民，依據《原住民族傳統領域權法》(Native Title Act)，向原住民族傳統土地權登記局，代表 Yorta Yorta 原住民族對於位於維多利亞北部和新南威爾斯南部的土地和水域，主張原住民族傳統領域權的申請。聯邦法庭首席法官認為系爭原住民族傳統領域權並不存在，其理由訴求人所具有的部落價值與行動，僅構成回復渠等祖傳流失文化的狀態。因此，並未符合原住民族傳統領域權之法律利益，必須係依據傳統法律與習慣為基礎作為存在的正當性要件。訴求人上訴至聯邦法院合議庭，抗辯前審以「時間凍結」(frozen in time approach) 的論證方式，不允許任何原住民族傳統領域權所依循之傳統法律或習慣，有變化或發展的可能性。然而，聯邦上訴法院合議庭多數見解認為，同意下級審法院有關時間遞延連續性的關係，是作為傳統原住民族社群的重要識別特徵，由於本案繫屬當事人喪失該向作為傳統原住民族社群的必要條件，其所主張的原住民族傳統領域權，自當無所依附而失效。再者，聯邦上訴法院合議庭證稱《原住民族傳統領域權法》第二二三(一)(c) 條款中，定義原住民族傳統領域權整合了普通法的要求，其中指出「消滅」的原則，係指相關傳統法律及習慣已然消失，或是未為相關原住民族所遵循，該項原住民族傳統領域權則認定失去效力。原告上訴的基礎主張《原住民族傳統領域權法》並未要求對於傳統法律與習慣的承認與遵循，必須提出積極性的舉證，而是直接關注於在這受肯認之傳統法律下的權利和利益的持有。

在上訴審中，當事人原住民族主張初審法院法官錯誤地採取所謂的「時間凍結」的論證原則，認為審理的法官並沒有盡到職責，據以瞭解所謂的原住民族傳統法律習慣，隨同環境與時間的變遷所可能產生的變化與發展能力，因此而錯誤地將原住民族傳統領域權的存在基礎，等同於「傳統社會」(traditional society) 或「傳統生活方式」(traditional lifestyle) 的存在。是則，當事人原住民族證稱，重點應該不是在於探究該群體從過去持續保留至今的傳統，而是該群體現今的法律和習慣能否溯本歸源至在前的先祖們。



首先，本案判決指出在《原住民族傳統領域權法》的架構下，「傳統」涵蓋兩項要素。這項概念傳遞了一項對於傳統年代的理解，亦即系爭法律或習慣內容的起源，必須先於大英國協建立主權之前已存在。也就是說，只有那些規範內容才是本項法律中所指的「傳統」法律和習慣。其次，同樣重要的，依據受到原住民族所承認與遵循的傳統法律和習慣所持有之土地或水源的權益，在前開所指法制架構下，必須是自主權建立伊始即已存在且持續至今的規範系統。如果該項規範系統經過時間的流逝而不復存在，原本附著於其上的權利和利益也不會存在了。任何之後的嘗試復振，如果要符合屬於原住民族傳統土地權的定義，將不可能重新建構原初傳統法律和習慣的狀態。

其次，法律和習慣並非存在於虛無（*exist in a vacuum*），而是具有社會衍生性和非自主性。亦即，法律和習慣起源的一個重要面向，實際上就是在指定義一特定的社會。在這個脈絡中，「社會」一詞應理解為一群人的集合體，承認和遵守特定法律和習慣的整體。因此，本案審理法官認為究其實質，有必要考量一些引起系爭議題的原因，也就是該社會是否已不存在？判決認為當社會的法律和習慣之自主性不再存在，這些法律和習慣下所引起的土地權利和利益也不會存在。如果先前的法律和習慣為後來的新社會所接受，這些法律和習慣將會有新的生命，亦即後來被社會承認和遵行的法律習慣，並非是現今被視為從過去至今繼續存在的法律和習慣。土地的權利和利益為被再次接受的法律和習慣所授予，並不根源於前主權時期所確立之傳統法律和習慣，其基礎實係新社會的法律和習慣。

本案判決所呈現的結果，確認了原住民族對於司法保障的渴望與期待，實際上與藉由原住民族傳統領域權的主張據以實現那些渴望和期待，這兩者之間存在著相當大的分歧與差距。特別是在證明要件的解釋，以及有關「傳統」概念的特定意涵，實係造成前開顯著落差與分歧的主要因素。其次，本案突顯出一個當代的問題，也就是對於那些位於開發較早或人口及土地利用較密集的區域之原住民而言，前列爭議尤其明顯。本案 *Yorta Yorta* 原住民族的土地即位於莫瑞河沿岸，跨越了新南威爾斯和維多利亞的邊界，同時也是澳洲農業生產區域產量最大的其中之一。本案做出不利於 *Yorta Yorta* 原住民族的判決，引發了何謂「傳統」的爭議，以及如何的「傳統」內涵，才能作為原住民族傳統領域權利之法律正當性基礎的辯證。實則，在認定本案上訴人 *Yorta Yorta* 原住民族不再依循同一固有規範系統，而該一規範系統係賦予國家在取得主權之際的一項法律上之信託責任負擔，澳洲最高法院多數見解確認一項自我建立之極端主張，表示主張原住民族傳統領域權之 *Yorta Yorta* 原住民族，實際上與那些確實保有該項權利的 *Yorta Yorta* 原住民族社群或團體是不一樣的群體。此等判斷標準，再次確認了原住民族傳統領域權的法律承認要件與內容，持續在最高法院的見解發展下，越來越難以解釋與理解。要言之，本案所據以適用對於證明要件的解釋原則，將有導致介於原住民族之間，有關「傳統」原住民族或托雷斯島民社會，所應具有之妥適定義的差別性歧視對待。

#### 四、臺灣法下的原住民族傳統領域權利論述

臺灣係一多元文化國家，存在多樣的族群文化，併存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在文化發展的長期過程中居於相對弱勢的位置，而法律之制定又非以多元民族國家社會生活為前提，肇致原住民族傳統習慣與國家法制時有衝突。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。司法院法學資料檢索系統自中一九九九年以來所收列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習慣有關的法律規範，陸續自一九九〇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。本文以為，其間存在落差的最主要原因，即在於國家司法機關對於原住民族、原住民權利，以及原住民族傳統領域權所具有之內涵的誤認與曲解所致。

二〇〇一年《槍砲彈藥刀械管制條例》的修法，完成原住民族因狩獵文化持有獵槍、魚槍供作生活工具之用的除罪化。其次，二〇〇四年《野生動物保育法》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，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。再則，《森林法》在二〇〇四年修法明文確立原住民族依其傳統習慣採集森林產物的權利，保障原住民族利用森林自然資源的文化行為。在立法背景上，前揭法律規範是根據憲法增修條文第十條第十一項與第十二項之規範精神，以及聯合國《原住民族權利宣言》之人權規範要求所制定的。茲簡列前揭三法中的習慣立法內容如后：

法規	森林法	
條號	第十五條第四項	說明
內容	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。	明文保障原住民族依其傳統習慣採集森林產物的權利。
條號	第五十六之三條第二項	說明

內容	<p>有左列情形之一者，處新臺幣一千元以上六萬元以下罰鍰：</p> <p>一、未依第卅九條第一項規定辦理登記，經通知仍不辦理者。</p> <p>二、在森林遊樂區或自然保護區內，有下列行為之一者：</p> <p>（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。</p> <p>（二）經營流動攤販。</p> <p>（三）隨地吐痰、拋棄瓜果、紙屑或其他廢棄物。</p> <p>（四）污染地面、牆壁、樑柱、水體、空氣或製造噪音。</p> <p>三、在自然保護區內騷擾或毀損野生動物巢穴。</p> <p>四、擅自進入自然保護區內。</p> <p>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。</p>	<p>明文保障原住民族利用森林自然資源的文化行為。</p>
法規	野生動物保育法	
條號	第廿一之一條	說明
內容	<p>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。</p> <p>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。</p>	<p>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。</p>
條號	第五十一之一條	說明
內容	<p>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。</p>	<p>原住民族依其傳統習慣獵捕一般類野生動物除罪化。</p>
法規	槍砲彈藥刀械管制條例	
條號	第廿條	說明
內容	<p>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。</p> <p>原住民相互間或漁民相互間未經許可，販賣、轉讓、出租、出借或寄藏前項獵槍或魚槍，供作生活工具之用者，亦同。</p> <p>前二項之許可申請、條件、期限、廢止、檢查及其他應遵行事項之管理辦法，由中央主管機關定之。</p> <p>主管機關應輔導原住民及漁民依法申請自製獵槍、魚槍。</p> <p>第一項、第二項情形，於中央主管機關報經行政院核定辦理公告期間自動報繳者，免除其處罰。</p>	<p>明文保障原住民族依其傳統習慣自製獵槍、魚槍進行狩獵之文化權利。</p>

要先說明的是，前列三項概念：原住民族、原住民族權利，以及原住民族傳統領域權，必須放在二〇〇五年《原住民族基本法》的法制架構下理解，亦即原住民族權利的特殊性，在以原住民族作為權利主體，強調原住民族土地、傳統領域以及自然資源權利等的確立之權利內容，並係以建構原住民族傳統知識、文化習俗、法律體系為其依循基礎。是以，有關「原住民族」之認知所生爭議，即係在論原住民族作為權利主體之本質探究。又，原住民族權利與原住民族傳統領域權的差異，即係在於原住民族權利係指憲法基本權架構下之公民權或國民權，而原住民族傳統領域權係原住民族基於先於國家存在的事實，本於殖民歷史經驗所據以主張之修復式正義觀點，為體現人權價值中的多元文化與實質平等的原則，依循原住民族傳統文化與習慣規範，所據以行使的文化本體的權利內容。

為聚焦後文對於原住民族傳統領域權的比較討論，本文以《槍砲彈藥刀械管制條例》與原住民族狩獵活動所生衝突作為論述內容。顯而易見的，此間存在的爭議在於原住民族傳統文化與犯罪行為之界定。撇開其他的因素先不論，所有社會文化系統，不論是大或小，都存在各自依其習慣所演變而成的法律體系，原住民族的傳統社會當然也不例外。再者，這些原住民族傳統習慣與文化習俗，實際上構築了原住民族社群與個體間，本質上在生活方式與世界觀相互連結的文化整體。換言之，原住民族傳統文化與習慣規範存在於每日的生活，舉凡政治、經濟、社會、文化等物質生活及精神信仰層面，都受到此一地方性文化系統的規範。甚且，原住民族傳統文化系統在整體社會之法律動態的形成過程中持續開展與變遷。因此，這邊所謂的「文化」與「習慣」並非單純的指涉一項過去、舊有且靜止的法規範。相反地，原住民族傳統習慣內容，就像它所源生的文化系統一樣，視其社會型態的發展及其所處環境的變異，隨著時間、空間的轉變而有在地人觀的調整。在這樣一個漫長的轉變過程中，異文化接觸的一個重要結果，就是作為知識的文化成為「統治者」和「立法者」。美國人類學家 Clifford Geertz 在《地方知識》一書中指出文化的意義是自己編織出來的，不同文化應用該族的文化脈絡下的視角去解釋其文化意涵，忠實的呈現土著觀點（native point of view）。然而，在現行的國家法制進行原住民族狩獵活動的規範架構，我們可以發現在不同文化脈絡下，對於異文化習慣上的定義亦不相同，在缺乏應用多元文化的面向去檢視的情況下，現行法規在將狩獵傳統習慣納入現行法規的同時，並未能透過人類學的主客觀點<sup>1</sup>及文化相對論<sup>2</sup>去形成該行為該有的法律價值評估。

然而，在一個違反行為的檢視過程中，我們首先要確定的其中一項要件即為行為人的不法意識。但是，在原住民族的文化活動所形成的犯罪行為事例中，本文提出的質疑是，我們如何確認原住民有無犯罪的不法意識？按照原住民族傳統習慣與文化本質，原住民主觀上認為傳統生活領域範圍內之野生動物或森林產物均可依照傳統習慣的規範加以利用。那麼，在這樣的文化脈絡下，我們如何論證原住民是否仍有犯罪的不法意識？基本上

<sup>1</sup> 主位觀點(emic)為依靠當地人來解釋事物，當地人教導當地文化(文化報導人 culture consultant 或 informant)來探究當地觀點，了解當地人如何思考。客位觀點(etic)為研究者應嘗試將一種客觀及具有穿透力的觀點帶入異文化的研究中，無法全然，但能透過訓練盡量減少偏誤。

<sup>2</sup> 美國人類學家 Franz Boas 所提出的一種觀點和態度，其內容主張一個文化的行為，不應該藉由其他的文化觀點來判斷，只有從該文化本身的標準及價值出發，才能夠瞭解該文化。

可以分成三階段來觀察。第一階段是一九九七年修法以前，原住民若有持有獵槍、魚槍作為生活工具之需，係受到警政署所頒行《生活習慣特殊國民獵魚槍刀械管理辦法》的規範，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，在相關司法實務判決中，一再地呈現以所謂的「社會通念」來理解原住民族文化行為，諸如指稱被告為原住民，對於未經申請許可不得自製持有獵槍，乃普遍之法律常識，被告雖受教育程度非高，應該知悉該項法律規範，自不得僅以部落文化行為而認為無違法性認識。第二個階段則是一九九七至二〇〇一年，原住民因狩獵文化持有獵槍、魚槍供作生活工具之用者，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，惟在刑事責任上，依然係屬違法之行為。第三階段則是自從二〇〇一年完成除罪化之後，司法實務對於以原住民為被告的行為人，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。如臺灣臺東地方法院九〇年訴字第二六八號刑事判決：槍砲彈藥刀械管制條例修正後第廿條第一項規定對於原住民為供作生活工具之用而製造、持有自製獵槍之行為已廢止刑罰。查被告三人各為排灣族、卑南族之原住民，有渠等戶籍謄本附卷為憑。而狩獵向為原住民傳統之生活方式之一，豐年祭祭祀更是其重要習俗慶典，具有歷史及文化上意義，於本案犯罪行為時，被告丙雖另有廚師工作，然利用工作之暇及為豐年祭祭祀，從事原住民傳統生活方式之狩獵活動，而自製獵槍，該獵槍自屬生活工具；另被告丁及乙二人，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，均符合上開條例第廿條第一項規定。

其次，本文繼續要深究者在於《槍砲彈藥刀械管制條例》所規範之自製獵槍「持有人」，究係何指？是否可以理解為不分性別、年齡等一體適用在所有具原住民族身份者？惟按內政部於八十六年三月二十四日制定《生活習慣特殊國民獵魚槍刀械管理辦法》，原住民即可依照該項辦法，申請自製或持有獵槍、魚槍。而依照該辦法第六條之規定，申請自製或持有獵槍、魚槍、刀械，應以書面向戶籍所在地警察分駐（派出）所報備，自製完成或持有後，應持向戶籍所在地警察局查驗烙印給照。依照上開規定持有之槍枝即無違法。這樣的規定存在什麼樣的問題？本文認為這邊存在原住民族傳統領域權的權利行使主體的界定爭議，究竟依據原住民族傳統領域權所衍生的原住民族權利，係應依照相關國家法律的內容進行界說，亦或是應依據原住民族傳統習慣與文化內涵據以認定。以狩獵行為而言，這是賽德克族部落社會確認性別所具有的社會功能之基本界定。其次，一個真正（*bale*）的獵人是謙虛、謹慎的，賽德克族男人在狩獵時並不以打到獵物為其目的，因為獵物是祖靈（*utux*）賜予的，而 *utux* 願不願意讓你打到獵物就必須看你是否遵循著傳統習慣與文化規範（*Gaya*）。因此，狩獵的過程實質在培養賽德克男人的耐心、勇氣和毅力，如此意涵套用於社群之中，便使得獵人與人相處時，是保持著不誇耀、不貪心、有勇氣、與人分享的精神。同樣地，賽德克族女人學習織布的 *Gaya*，也有著薰陶賽德克女人如何作為一個真正（*bale*）女性的意義存在。比較前揭澳洲國家法制所建立的原住民族傳統領域權之論說，原住民族傳統領域權的基礎，係依據具有該項權利之原住民族所承認與遵循的傳統法律所確立。因此，原住民族傳統領域權既非國家法（普通法）的制度，亦非國家法（普通法）土地制度下的權利形式，惟確係受到國家法（普通法）的承認。是則，原住民族傳統法律

習慣和普通法之間存在一個法律承認的交集，澳洲最高法院認為傳統法律與習慣的存在是原住民族傳統領域權利主張的必要先決條件。反之，我國有關原住民族持有自製獵槍乙事，雖言《槍砲彈藥刀械管理條例》第廿條第一項之修法意旨指出：「原住民使用獵槍是有其生活上之需要，以法律制裁持有生活必需品之行為，是對原住民人權之嚴重傷害。因此，原住民持有獵槍者只要登記即可合法，而未經登記者則以行政罰加以處罰，這不但符合行政程序法之規定，也保障了原住民基本之生活權益。」準此，本文認為從該條之規範性目的來審視，並未體現原住民族傳統領域權利與利益不僅源生自渠等傳統法律與習俗的核心價值，同時也未能反映原住民族與土地間之神聖連結與依存關係。在本文所略述的賽德克族文化脈絡下，這項關係應理解為涵蓋精神信仰（spiritual）、文化（cultural）與社會（social）等多重面向的連結。理解這項關係對於原住民族傳統領域權的重要性在於，規範原住民族傳統領域權及其衍生的自然資源利用權利所生的影響，並不會切斷維持原住民族傳統權利與土地間之連結關係。換言之，原住民族傳統領域權及其衍生的自然資源利用權利必須在所謂社會構成事實概念架構下來理解，並且認知該項權利含括人為定義之多元類型法律權利。綜合言之，現行《槍砲彈藥刀械管理條例》第廿條第一項之規範內容，確係存在原住民族傳統領域權之文化誤認與曲解之虞。

另外，值得深究的尚有本條文所欲規範之「供生活之用」的定義與內容。參卓前開修法意旨所言，原住民自製獵槍進行狩獵行為在法律上的評價，係為滿足原住民生活上之需要，俾以保障原住民基本之生活權益。惟相關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，即如臺灣臺東地方法院九〇年訴字第一九六號刑事判決：查被告係卑南族原住民，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。另在臺灣臺東地方法院九〇年訴字第二六八號刑事判決亦表示：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。實則，所謂「供作生活工具之用」之內涵，本文採以臺灣臺東地方法院九四年東簡字第一九四號刑事判決的見解：原住民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，即應有前揭規定之適用，不以恃狩獵為生或以狩獵為其生活主要內容者為限，始與立法本旨相契合。

另外，在臺灣臺東地方法院八十八年度訴字第二八五號刑事判決中，法院直接援引國際人權相關法規《聯合國原住民族權利宣言草案》，並將其與國內法規相連結，作為闡釋憲法增修條文原住民族條款之原住民族憲法權利意旨，提及原住民族之特殊生活習性、文化傳統，及原住民族依存土地及與大自然之親近關係，應賦予憲法多元文化之精神加以保障。惟臺灣並非聯合國會員國，對於相關國際公約對於臺灣並無拘束力，該審法院對於國際人權法規在判決中作此適用，並未說明其適用之依據為何，究係認為原住民族人權標準具有習慣國際法之性質，抑或另有考量，在該判決並未詳作解釋，吾人尚不得據此認定國際法有關原住民族權利的標準與規範具有國內法的效力。此外，立法院於九十八年三月卅一日第七屆第三會期第六次會議審議通過《公民與政治權利國際盟約》、《經濟社會文化

權利國際公約》以及《公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法》，前揭國際人權文件即具有國內法或優於國內法之效力。前開所引判決呈現之國際人權觀點，可以透過未來更多的法院判決，作進一步分析。

## 五、結語

所謂原住民族傳統領域權利，係指所有依據原住民族傳統法律和習慣，本其傳統文化自主、自治與自決的原則，據以主張的所有人類活動而言。在有關土地的權利主張上，這些權利通常被稱為原住民族傳統土地權（aboriginal title rights），權利內容則包括使用、近用、所有權，但不以此為限。在澳洲普通法原則下這些傳統土地權受到所謂原住民族傳統領域權原則（doctrine of aboriginal title）的肯認與保障，澳洲司法判決也確認原住民族傳統權利（customary rights）與原住民族權利（aboriginal rights），是可交替使用與相互詮釋的權利概念。

從比較法的觀點而言，原住民族傳統領域權係指那些與歐洲人前接觸時期，即已存在於殖民大陸的原住民族部族活動、傳統與習慣，且係構成原住民族部落社群的文化核心整體之一部。這些原住民族祖傳之活動、傳統、習慣，必須以當代國家法制的權利概念來理解。法院系統必須扮演轉化與詮釋的角色，將前主權確立時期的原住民族傳統生活與經濟活動，形塑成為當代法律概念下的權利內容。總的來說，原住民族傳統領域權的原則，旨在體現致力於保障特定原住民族社群具有歷史性之重要文化特徵。

國家司法權的運作，雖然曾經是殖民主義的工具，今日已然發展成為支持世界各地原住民族，主張與確認原住民族傳統領域、習慣法律與基本人權的助力之一。各國的發展雖然是不盡相同與未竟全功的，某種程度上亦未能符合原住民族的期待，顯而易見的確係當代的司法實務發展，與過去企圖消滅或抑制原住民族認同與發展的法律與政策體制形成明顯的對比，實足以作為我國原住民族權利發展的借鏡。「他山之石，足以攻錯。」這也是本文意欲呈現的。

參考書目

- 黃居正。2011。〈從 St. Catherine's Milling Co.案到 R. v. Sparrow 案—加拿大法下的原住民族傳統領域權〉，《台灣原住民族研究學報》，第 1 卷第 2 期，頁 39-59。
- Anaya, S. James, & Robert A. Williams, Jr. 2001. "The Protection of Indigenous Peoples' Rights Over Lands and Natural Resources Under the Inter-American Human Rights System." *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 14, p. 33-86.
- Barsh, Russel L. 1990. "An Advocate's Guide to the Convention on Indigenous and Tribal Peoples." *Oklahoma City University Law Review*, Vol. 15, No. 1, pp. 209-236.
- Barsh, Russel L. 1986. "Indigenous Peoples: An Emerging Object of International Law." *American Journal of International Law*, Vol. 80, No. 2, pp. 369-385.
- Strelein, Lisa. 2009. *Compromised Jurisprudence: Native title cases since Mabo*. Canberra: Aboriginal Studies Press, 2nd Edition.
- Swepton, Lee. 1990. "A New Step in the International Law on Indigenous and Tribal Peoples: ILO Convention No. 169 of 1989." *Oklahoma City University Law Review*, Vol. 15, No. 3, pp. 677-714.
- Wilmer, Franke. 1993. *The Indigenous Voice in World Politics: Since Time Immemorial*. Newbury Park, Calif.: Sage.



## 與談人：蔡廷宜 庭長

李副主委，各位貴賓大家好。我是嘉義地方法院，收到蔡志偉教授這篇文章之後，閱讀之後非常覺得這是一個非常實在的論述方式，我直接講我觀察的這篇論文裡面他有一個新的觀念，一個新的起點的觀念。就是從這個澳洲選擇這個澳洲來當這個比較法的比較地，他其實有一種就是說，在澳洲這個判決法他承認一件事情原住民的傳統的領域權。他並不是在國家法，是制度不是屬於這個制度；也不是在這個制度之下的一個權力形式，而是受到這個國家法，他所承認的一個權利型態。

這句話又會怎麼樣的被延伸呢？他可能會往上延伸的話，他也許會延伸到原住民的這個傳統精神，他可以創造出一個審判權的觀念。如果我們沒有往上延伸到審判權的觀念，那麼即使他沒有一個審判權的觀念，那在原有的審判權的制度底下，傳統領域權他被承認，那我們要把它擺在甚麼樣的位置？

有兩個思考方式，如果以我們國家的法律來看，我們很習慣的把傳統領域權解釋成傳統習慣。習慣的位階，習慣的位階在哪裡？他是在用民事跟刑事來談民事的話，大家都知道是在民法一，這個是在法律之下，有法律就只剩下法律，沒法律就用習慣。他在法律底層，如果在刑事他是在甚麼位置呢？他是在一般他會把它放在違法憲，但是你們會發現，他不管在哪個位置，他都是屬於成文法之後。習慣是在成文法之後，在民法習慣是在成文法之後，在刑法準確來說他已經是一個超法規的東西，他一定是在成文法之後。

更重要的重點不是在於他是不是成文法，重點是在於他仍然是在我們的中華民國政府。他所適用的法律之下，我提出這樣的意思，並不是說原住民族的審判權依據，就是說這傳統領域的定位應該要把它定位到好像是一個不利的一個狀況自治區的狀況。我是不打算從這方面去思考，因為不太整齊。我所使用的觀點，我覺得不太整齊。但是他的確傳統領域權他很特別，他並不是。如果我們只是把它當成一個習慣的話，那他永遠都是在從漢族角度所制定的法律的框框裡面去塞進一個習慣，去勉強找到他的一個位置，那如果去彰顯他的這個必須要如何張顯他這個傳統的特性？我，因為我在家裡面，我對這個部分很好奇。本來我跟蔡老師談到說，這個例子怕引起誤會，我就不太想講，但是我想各位都，我發現各位都很深入了解我就舉這個例子。

我在嘉義醫院找到日據時代這個貢獻資料，我們從法治衝突的角度來看，日據時代，從日據時代日本人的角度去看台灣的包括原住民，在他們眼中不管台灣人是販毒還是被殖民，他們的這個台灣人民的這個習慣，跟阿自己的法律是有衝

突的。在習慣與日本反應衝突的時候，他們找出一個方法，她們方法都有一個目的就是說，我最後是要你全都是用日本人的法律。但是他們在隱含這個目的地還沒有講出來之前，她們只有一個過渡的手段就是說，我承認你們的這個習慣，但是我給你們一個特別的試煉，十一年他們公布一個試煉，這個試煉是什麼？台灣人依照就有的習慣，關於親屬繼承的這個部分不適用日本的法律，我在強調的是說，他們用這個立法方式，讓法力習慣的衝突達到一個緩和，那相同的，我是單純的以立法技術來看，我們如果要讓原住民法律實用在審判暫一席之地的話，不要老是有習慣和位階在那邊，去爭取福利，為什麼沒有想過說，像日本那樣子，他頒布一個治令施行法，或是說一個特別法的立法技術。我覺得說你原住民的這個習慣就不適用，在民法親屬繼承的方式，關於刑法方面採及這些都不適用，這些特別法，這事一個好事。第二個立法統治者，但這事一個比較快的方式。

另外一個，比較遠程一個地方是，我們可以想，把原住民跟外國人有怎麼樣的區別？原住民是中華民國國民，我們從這個角度來看。蔡教授所講，他的確有他的創意基礎，我們要承認他的特殊性，剛才那蔡教授所講的那些獵人，在部落裡面需要怎樣的資格？他有他的特殊性，而且有那麼多族，你沒有辦法去解決他，一個法律，我們可以試用，目前關於外國人的法律社會法，我們可以比照這樣子，用一個社於事件，關於原住民的事件，當時有一個原住民，或是兩個原住民，或是他的社員招及原住民事務，可以朝這種方向，這是第二件立法要訴，這是目前可以跟審判法結合的方式，最後我做一個結尾，很有趣的是說，這研討會叫做傳統習慣的研討會，那我一個討論過程中他是一個疑問？傳統習慣是什麼？這個文獻上面的定義是什麼？我們法律人在邏輯上面少了一個問題是這樣，有很多論述過，我發現也許，其實傳統習慣他不是一種習慣，是一種反覆實現生活所需的，常常就是這樣，如果我們常常去思考去看的話，我們辦到第二屆的研討會，我們在以後的宣傳上面的用語可以再強調他的嚴謹性，在不斷不斷的宣導過程當中，可以比較快的調整這個問題的面向，以上是我談的內容，謝謝。

## 由生存權、文化權而來的狩獵權 —從美國最高法院判決談台灣原住民的狩獵權、漁權

鄭川如<sup>1</sup>

### 摘要

美國印第安人的狩獵權、漁權概念發展已有二百多年的歷史，對美國印第安人來說，雖然他們失去了保貴的土地，但有幸保存他們賴以為生的狩獵權、漁權。印第安人的打獵、捕漁行為，不僅僅是其維繫獨有文化的方式之一，更重要的是，狩獵、捕漁對印第安人來說，是其生存權、土地權、自治權的延伸。狩獵權、漁權並不是國家(美國)所賦與印第安人的權利，而是他們與生俱有的權利之一。本文欲藉由討論美國印第安人狩獵權、漁權的概念發展，進一步檢討台灣原住民狩獵法制規範的缺失。」

### 一、前言

近幾年來，由於憲法增修條文增訂關於多元文化的保障以及訂定原住民族基本法，學者們陸續發表關於台灣原住民採集狩獵除罪化之研究。然而，對於已經失去其傳統領域的台灣原住民來說，若想要維持著過去自給自足、利用採集或是狩獵的方式維持生活，仍要冒著被監禁或罰款的風險。原因在於，國內相關法令僅開放原住民以基於傳統文化、祭儀之目的獵捕野生動物，而不包括自用或營業。到底狩獵、捕漁對原住民來說，是為了維繫其文化生活的一部分，抑或是為了生存？台灣原住民到底有沒有「狩獵權」？本文欲從美國最高法院判決所揭示的印第安狩獵權之意義，進一步分析台灣原住民狩獵權的概念發展。

### 二、美國原住民的狩獵權、漁權<sup>2</sup>

(一)「權利」的開始<sup>3</sup>—從「獨立的民族國家」(independent sovereign nations)到「有依賴關係的民族國家」(dependent nations)

欲徹底了解美國印第安人狩獵權、漁權的發展與權利內涵，不得不先了解美國印第安人的歷史。

<sup>1</sup> 美國華盛頓大學法學博士。輔仁大學法律系助理教授。

<sup>2</sup> 美國的狩獵權、漁權，其概念通常包括設陷阱捕捉(trapping)、採集(gathering)等活動。為了行文方便，以下討論狩獵權、漁權時也會省略「設陷阱捕捉、採集」等語，除非另有說明，否則，本文所提之狩獵權、漁權包括設陷阱捕捉權與採集權。

<sup>3</sup> 在閱讀有關美國印第安人的狩獵權、漁權時，讀者必須注意，由於美國歷史發展上，每一個印第安部落都被認為是「獨立的主權國家/民族」(independent sovereign nation)，因此，每一個印第安部落與美國聯邦政府所簽訂的條約都是獨立且無關聯的條約，而每一個部落與政府簽訂的條約內容也不盡相同。以下所述的美國印第安狩獵權、漁權內容，為通常之情形，但並不代表每一個部落都有相同的狩獵權、漁權。各個部落的權利內容，仍以各個部落與美國政府簽訂的條約、相關的法律、或行政命令為主。

遠在美國於 1774 年獨立建國前，印第安人已經在北美這塊廣大的土地上居住了好幾千年。各個印第安部落維持著獨立自主的生活，擁有獨立的政治組織、經濟組織與社會組織，儼然是獨立的民族國家(*independent nations*)。許多西部印第安部落一直維持著遊牧的生活，追隨著那些季節性移動的鹿、麋鹿、北美野牛、以及由海裡移棲淡水河產卵的魚種(例如：鮭魚)移動。<sup>4</sup>

1774 年，美利堅合眾國於北美 13 州建國。肯認印第安人的政治主權及其土地所有權，美國國會早在 1787 年明白表示：「在面對印第安人時，[我們]永遠必須要表現出最高的善意。除非他們同意，[我們]絕對不能奪取他們的土地與財產。他們的財產、權利、與自由，也不能被侵犯或打擾，...」<sup>5</sup>然而，隨著美國人口不斷擴張、對土地的需求也逐漸變大，<sup>6</sup>在往後的一百年間(1789-1871)，美國政府透過與印第安人爭戰、簽訂條約，取得幾乎所有印第安人在北美的土地，僅留部分不毛之地給印第安人作為其保留區。

雖然印第安人在 1871 年後已歸化為美國人，為美國政府所管，但在美國境內 561 個印第安保留區內，部落政府仍保有絕對的行政、立法、司法權，除美國國會外，聯邦政府、州政府並不能插手保留區內之部落事務，包括印第安人的狩獵權、漁權。

## (二) 狩獵權的法源

如前所述，美國在擴張領土的過程中，不斷地與印第安部落簽訂土地割讓條約。1871 年後，美國國會停止與印第安人簽訂條約，<sup>7</sup>關於印第安議題，改由國會通過的法律(*statute*)、總統發布行政命令(*executive order*)或簽訂協議(*agreement*)的方式處理。因此，狩獵權、漁權的法源可能是基於條約、法律、行政命令或協議。

肯認狩獵、捕漁等活動對於印第安人的重要性，法院認為，印第安人的狩獵權、漁權係附隨在土地上的權利，當印第安人擁有該土地，就同時擁有狩獵權、漁權(“to be held as Indian lands are held”)。<sup>8</sup>也就是說，當一個保留區依據條約、法律、行政命令或協議成立時，狩獵權、漁權同時成立，而無需在這些文件中特別表明狩獵權、漁權存在與否。<sup>9</sup>

除了保留區內的狩獵權，印第安人也有可能在保留區外行使狩獵權、漁權。其權利的取得方式主要有三種情形。第一，當印第安人與美國政府簽訂土地割讓條約時，保留該割讓土地上的狩獵權、漁權。這種情形通常發生在美國西北區(*Pacific Northwest*)以及五大湖西邊的印第安部落；<sup>10</sup>第二，當美國國會立法縮減或消滅印第安保留區時，國會保留其原本的狩獵權、漁權(保留區已消滅，但狩獵權仍存在)；

<sup>4</sup>Stephen L. Pevar, *The Rights of Indians and Tribes*, 214, New York Univ., 2004.

<sup>5</sup>32 J. Continental Cong. 340-41 (1787)，轉引自 *Cohen's Handbook of Federal Indian Law*, 24, LexisNexis, 2005

<sup>6</sup>*Cohen's Handbook of Federal Indian Law*, 41, LexisNexis, 2005

<sup>7</sup>25 U.S.C. §71

<sup>8</sup>*Menominee Tribe v. United States*, 391 U.S. 404 (1968)

<sup>9</sup>David H. Getches et. ed., *Federal Indian Law*, 846 (5<sup>th</sup> ed., Thomson West, 2005)

<sup>10</sup>*Cohen's Handbook of Federal Indian Law*, 1128, LexisNexis, 2005

第三，國會透過條約或法律授與印第安人在保留區外的狩獵權、漁權(另外授權賦與狩獵權)。<sup>11</sup>

### (三) 狩獵/捕漁權的概念發展

#### 1. 狩獵/捕漁權 = 生存權

1855年6月9日，美國西北部的 Yakima 印第安部落與美國政府簽訂土地買賣條約，根據條約第一條約定，Yakima 部落同意將特定土地割讓、放棄、讓與給美國政府，第二條約定保留少部分土地給部落族人使用及占有(即後來的 Yakima 印第安「保留區」)。第三條約定族人有在保留區內捕漁的排他、獨占的權利，又，部落族人可以在保留區外「通常且慣習的區域捕漁」("the right of taking fish at all usual and accustomed places)，而這個權利是與其他居住在當地的公民所共同共有("in common with the citizens of the Territory")<sup>12</sup>

爾後，一個居住在哥倫比亞河邊的非印第安人 Winans 向華盛頓州政府申請捕漁執照，取得執照後，Winans 在他自己所擁有的土地上架設了捕漁水車(fish wheel)，由於捕漁水車十分有效率，幾乎讓 Winans 完全取得該區的漁獲。同一時間，Winans 以及其他非印第安人也禁止 Yakima 部落族人通過他們的土地以抵達其傳統漁場。Yakima 向 Winans 等人提起訴訟。最後，由美國政府代表 Yakima 族人上訴至最高法院。<sup>13</sup>

雖然 Yakima 在此案中敗訴了，但最高法院卻同時肯認印第安人捕漁權等同於生存權。在 *United States v. Winans* 判決主文中，McKenna 法官認為，捕漁對於印第安人的重要性，不亞於他們所呼吸的空氣("were not much less necessary to the existence of the Indians than the atmosphere they breathed")，<sup>14</sup>而這個權利，並不是政府所賦予給他們的權利，而是他們自己保留給自己的權利(the treaty was not a grant of rights to the Indians, but a grant of rights from them—a reservation of those not granted)。對於部落印第安人來說，捕漁並不只是純粹的娛樂活動，而是一種「生存的權利」，而且這個權利，是印第安人與生俱有，而不是美國政府事後所賦予的。

70年後，美國最高法院在 *Washington v. Washington State Commercial Passenger Fishing Vessel Ass'n* (1979)再度肯認印第安人在條約中所保留的捕漁權，不僅是文化權，而是「生存權」。Stevens 法官詳細地描述了捕漁對當地印第安人的重要性：「一百二十五年前，當案件系屬的條約簽訂的時候，由海裡移棲淡水河產卵的魚類對華盛頓西部人口的重要性遠比現在來的重要許多。當時的人口約一萬人，其中約四分之三為印第安人。雖然不同部落的文化不盡相同—例如：有些部落沒有部落組織，而有些部落諸如 Makah 以及 Yakima 部落具有高度的組織性—所有部落印第安人都同樣地十分依賴由海裡移棲淡水河產卵的魚。印第安人的宗教儀式是為了保證鮭魚與鱒魚不斷地回游；不同魚種在季節性以及地理性的變化決定了大部分游牧部落的移動方向。魚類一直是印第安飲食的主要部分，同時也用來做商業用途，而且

<sup>11</sup> Stephen L. Pevar, *The Rights of Indians and Tribes*, 224, New York Univ., 2004.

<sup>12</sup> David H. Getches et. ed., *Federal Indian Law*, 136

<sup>13</sup> David H. Getches et. ed., *Federal Indian Law*, 136

<sup>14</sup> *Cohen's Handbook of Federal Indian Law*, 1120, LexisNexis, 2005, *United States v. Winans*, 198 U.S. 371 (1905)

事實上，漁類的貿易量非常大。印第安人發展漁獲保存的技術讓他們能夠一年到頭保存漁獲然後把它運送到很遠的地方。他們使用許多不同的方式去捕漁，這些方式是現在捕漁技術的前身。印第安人通常習慣的漁場非常多且散落在整個區域，包括海上以及淡水。」<sup>15</sup>

法官繼續闡述，「當 Issac Stevens(當時前華盛頓州印第安事務部長)於 1854、1855 年間與印第安部落簽訂土地割讓條約時，了解捕漁對印第安人的重要性，而印第安人也了解捕漁對他們自身生活的重要性，因此，條約中特別保留割讓土地上的捕漁權給印第安人，並且真誠地相信美國政府會遵守條約的約定，保障他們的生存的權利。」<sup>16</sup>肯認捕漁對印第安人生存的重要性、肯認美國政府與印第安人簽訂條約的有效性，Stevens 法官最後判決 *Washington State Commercial Passenger Fishing Vessel Ass'n* 勝訴，也就是他們有權繼續在系爭河域上捕漁。

## 2. 狩獵/捕漁權 = 集體權

雖然狩獵、捕漁行為屬個人行為，但狩獵/捕漁權卻是一種集體權，由部落全體共同享有(communally)。換句話說，當這些權利被國會立法廢除時，其補償的對象為部落全體，部落中的個人無權主張。<sup>17</sup>

## 3. 狩獵權 = 私有財產權

原則上，狩獵權、漁權也是屬於一種私人財產權，消滅印第安人的狩獵權、漁權等同於強制徵收(taking)，依據憲法第五修正案，必須給予該部落合理的補償(just compensation)。然而，最高法院在 *Tee-Hit-Ton Indians v. United States* 一案中，認為印第安人的狩獵權、漁權非私人財產權，排除美國憲法第五修正案的適用。也就是說，當國會立法消滅這些權利時，國會並不需要提供印第安人公平補償。(但國會仍可決定是否提供補償)<sup>18</sup>

### (四) 美國狩獵權、漁權規範內涵

關於狩獵權、漁權的規範內涵，以下僅就保留區內、外的獵場漁場範圍、獵捕動物漁獲用途的限制、種類數量的限制、打獵方式的限制簡單介紹如下：

#### 1. 保留區內的獵場、漁場範圍

印第安人的獵場、漁場範圍主要有二大類，一類為保留區內的獵場，一類為保留區外的獵場。原則上，印第安保留區內的土地皆為印第安人的獵場、漁場，但不包括保留區內私人(可能是別的部落的印第安人 *non-member Indians*、或者是非印第安人 *non-Indians*)擁有的土地。<sup>19</sup>

<sup>15</sup> *Washington v. Washington State Commercial Passenger Fishing Vessel Ass'n*, 443 U.S. 658, 664-66 (1979), 轉引自 Stephen L. Pevar, *The Rights of Indians and Tribes*, 215, New York Univ., 2004.

<sup>16</sup> David H. Getches et. ed., *Federal Indian Law*, 846

<sup>17</sup> *Cohen's Handbook of Federal Indian Law*, 1129, LexisNexis, 2005

<sup>18</sup> *Cohen's Handbook of Federal Indian Law*, 1122, LexisNexis, 2005.

<sup>19</sup> 原則上，印第安保留區內的土地共分為三類，第一類為部落所有的土地(tribal land)，由部落政府所管；第二類為部落所有但交由美國政府信託管理的信託土地(trust land)；第三類為私人擁有的土地(private land)。私人取得保留地內的土地主要有二個方式，第一個方式是私人依據 1887 年「一般分

## 2. 保留區外的獵場、漁場範圍

第二類是保留區外的獵場、漁場。並非每一個印第安部落都擁有保留區外的獵場、漁場，各個印第安部落於保留區外的獵場、漁場範圍，必須根據各個部落與美國政府所簽訂的條約、法律、或協議的內容而定。例如：許多美國西北部華盛頓州的 *Yakima* 部落與美國政府所簽訂的條約約定，保留區外的漁場範圍為其「通常且慣習的區域捕漁」(usual and accustomed fishing grounds)，<sup>20</sup>而獵場範圍限於「開放且未被主張的土地」(open and unclaimed lands)。<sup>21</sup>

法院於判斷某區域是否為某族「通常且慣習的區域」時，會以該族在簽訂條約時對於該條款的理解、人類學以及歷史證據去做判斷。<sup>22</sup>「通常且慣習的區域」係指部落族人傳統上捕漁的地點，這個地點有時候會遠離部落通常的棲息地，所以即使「通常且慣習的區域」不在部落割讓給美國的區域時，該族族人仍有權至該漁場捕漁。<sup>23</sup>又，這個「通常且慣習的區域」的漁場不一定僅被某一族人所使用。由於過去印第安人經常在不同的地點捕漁，且不會對特定漁場主張管領權(control)，因此，不同部落的印第安人可能同時擁有同一特定區域的狩獵/捕漁權。<sup>24</sup>

有疑問者在於，當私人(通常為白人)擁有該土地的所有權(fee simple)時，能否行使其財產法上排除他人干擾的權利而去拒絕印第安人(依據條約)在該土地上狩獵、捕漁？又他能否拒絕印第安人通過他的私人土地以抵達特定獵場、漁場？

美國最高法院曾在 1905 年的 *United States v. Winans* 案中，判決 *United States* 敗訴，也就是說，*Yakima* 無權通過 *Winans* 等私人的土地抵達其傳統漁場。然而，1970 年代後期的法院判決，逐漸肯認美國政府與印第安部落於 19 世紀所簽訂的條約效力，並宣布印第安人可以依據該條約自由地在其「通常且慣習的區域」行使捕漁權。( *Washington v. Washington State Commercial Passenger Fishing Vessel Ass'n* (1979))

## 3. 捕獵動物、漁獲用途的限制

美國印第安人的狩獵權、漁權並不以自用為限，通常也包含商業用途。例如，生活在太平洋區以及五大湖西側的印第安人，傳統上一直以捕漁為生，因此，當與美國聯邦政府簽訂土地割讓條約時，所保留下來的狩獵權、捕漁權，仍允許印第安人以營業為目的。另一方面，狩獵權、漁權是印第安人與生俱來的權利(inherent right)之一，也是某些印第安部落賴以生存的唯一工具，限制捕漁、狩獵於自用等於剝奪了印第安人的生存權。因此，原則上，聯邦政府、州政府對於印第安人捕獵動物、漁獲的用途，不能也不應加以限制。

## 4. 捕獵動物種類、數量的限制

---

配法」(The General Allotment Act)向美國政府所購買的(保留區內的)土地，第二個方式由部落政府轉讓/轉售給私人的土地。

<sup>20</sup> *United States v. Winans*, 198 U.S. 371 (1905)

<sup>21</sup> *Cohen's Handbook of Federal Indian Law*, 1134, LexisNexis, 2005

<sup>22</sup> *Id.*

<sup>23</sup> *Id.*

<sup>24</sup> *Cohen's Handbook of Federal Indian Law*, 1135, LexisNexis, 2005

關於捕獵動物種類及量的限制，可區分為保留區內以及保留區外二種情形。在保留區內，原則上，聯邦政府與州政府尊重部落主權，不能限制保留區內印第安人捕獵動物的種類及數量。

在保留區外，若印第安人依據條約或法律取得狩獵權、漁權，原則上，州政府、聯邦政府也不能限制捕獵動物的種類、數量。然而，由於過去幾十年來人口急劇增加，再加上人類對於自然環境的破壞(公路、水壩...等)，使得這些野生動物、漁類的數量急速下降，因此，州政府陸續訂定相關法令限制居民(包括印第安人)捕獵動物的種類、數量。然而，州政府的禁捕令，對依據條約而有狩獵權、漁權的印第安人來說，必須要同時符合管制目的、管制方法的條件，才會發生效力。關於管制目的、管制方法的條件，敘述如下：

管制目的：州政府的管制目的必須是為了保存(conservation)獵場、漁場的自然資源。

管制方法：其管制方法必須要符合以下的條件：(1)合理且必要(necessary)：州法對於自然資源的保護/保存必須合理且必要。所謂的保存指的並不是一般性的物種維持，而係指「特定物種」的永續發展/保存。州政府必須能夠證明在特定區域內捕獲特定物種之限制是必要的，若不這麼做將對該生物造成「不可回復的傷害」；(2)最小限制：州政府的相關限制規定必須是州政府所知方法上，限制最小的選擇；<sup>25</sup>(3)必須適用在部落族人身上：將州法適用在依據條約獲得狩獵權、漁權的部落族人身上是必須的。也就是說，僅限制非部落族人的狩獵權、漁權不足以保護該特定生物，因此州法不得限制該部落族人條約上的狩獵權；(4)差別對待的禁止：州法的規範內容，不管是語言上或實際應用上，不能對部落族人和其他使用者有差別對待。<sup>26</sup>例如，州政府規定為了保護特定漁種必須要禁止人們(包括印第安人與非印第安人)使用某種特定的方式捕漁，但因為只有印第安人使用該特定捕漁方式捕漁，而那是他們最主要的捕漁方式，則這個規範內容已經明顯排擠了該部落族人的捕漁權，因此無效。

若州法令不符合管制目的或管制方法，則這個法令對依據條約所獲得保留區外狩獵權、漁權的印第安人，不會發生效力。

## 5. 打獵方式的限制

印第安人在保留區內的狩獵、捕漁方式，原則上必須遵守部落政府所訂定的法律規定，若違反部落法規，將依據部落法律加以制裁(部落主權)。由於美國境內有五百多個不同的印第安保留區、部落政府，各部落的法規內容也不盡相同，因此，本文無法詳述各個部落對於狩獵方式的限制。

至於印第安人在保留區外的狩獵、捕漁方式，通常條約並未做任何限制，因此，不管是美國聯邦政府或州政府，都不能對印第安人在保留區外的狩獵區如何狩獵，做任何限制規定。法院也傾向於認定不應該對印第安人狩獵的方式做任何限

<sup>25</sup> *Cohen's Handbook of Federal Indian Law*, 1144-5, LexisNexis, 2005

<sup>26</sup> *Cohen's Handbook of Federal Indian Law*, 1145, LexisNexis, 2005, see *Antoine v. Washington*, 420 U.S. 194, 207 (1975)



制。<sup>27</sup>唯一可對印第安人狩獵、捕漁、或採集等活動做相關限制規定者，只有該印第安部落政府。

#### (五) 保留區外獵場、漁場自然資源的分配問題

印第安人在與美國政府簽訂條約之時(十八、十九世紀)，由於並沒有獵物、漁獲不足的問題，因此，條約中通常約定，「在傳統漁場內的捕漁權係與非族人共有」(the reserved right to fish at usual and accustomed fishing grounds is “in common with” nonmembers.)等語。<sup>28</sup>即使條約中並未列出此項約定，法院通常的見解也會朝狩獵權、漁權非獨占的見解。<sup>29</sup>也就是說，在保留區(A 族傳統領域)外的獵場、漁場，不僅 A 族人可以在此打獵、捕漁，連 B 族人也可在此打獵、捕漁。

然而，時至今日，過度的狩獵、捕漁已使自然資源消耗怠盡，到底誰可以在該漁場捕漁已經成為經常的爭執點。在 *Washington v. Wash. State Commerical Passenger Fishing Vessel Ass'n* 一案中，美國最高法院認為，條約所保障印第安人的狩獵權、漁權，僅只於「足夠提供印第安人生計—也就是小康生活。」(so much as, but no more than, is necessary to provide the Indians with a livelihood—that is to say, a moderate living.)<sup>30</sup>為了維持基本生活，印第安人可以盡情地採集漁場內的自然資源，但不可超過 50%的額度。<sup>31</sup>然而，當 50%的漁獲量也不足以支持印第安人的基本生活時，印第安人必須另尋他途，絕不可超越這個比例。<sup>32</sup>不管是為了什麼目的捕漁(祭祀、個人生計、商業)、捕獲的魚是自然或人工繁殖，通通計入 50%範圍內。<sup>33</sup>

#### (六) 誰有權規範印第安人在保留區內的打獵、捕漁行為？

##### 1. 部落政府

由於印第安部落政府擁有保留區內的絕對主權，也就是完全的行政、立法、司法權，部落政府自然擁有管理印第安人在保留區內所有關於狩獵、捕漁的活動(包括：核發捕漁或狩獵證照、限制狩獵數量、種類、狩獵的方式...等)。<sup>34</sup>

但這個管理權有一些土地上的限制。如前所述，在印第安保留區內，存在著部分私人(非印第安人)擁有的土地，最高法院在 *Montana v. United States* (1981)一案中認為，在這些土地上，部落政府無權規範私人在私人土地上的狩獵、捕漁行為，也就是說，部落關於狩獵、捕漁的規定在這些私人土地上，是不適用的。除非，私人在私人土地上的行為嚴重威脅到部落的政府獨立性、經濟安全、健康或福利；或者私人土地擁有者曾與部落簽訂契約或租賃契約的情形。<sup>35</sup>前述的二種例外情形，又稱為「蒙大拿測試」(*Montana test*)。

<sup>27</sup> *Cohen's Handbook of Federal Indian Law*, 1131, LexisNexis, 2005

<sup>28</sup> *Cohen's Handbook of Federal Indian Law*, 1132, LexisNexis, 2005

<sup>29</sup> *Cohen's Handbook of Federal Indian Law*, 1132, LexisNexis, 2005

<sup>30</sup> *Washington v. Wash. State Commerical Passenger Fishing Vessel Ass'n*, 443 U.S. 658, (1979)

<sup>31</sup> *Washington v. Wash. State Commerical Passenger Fishing Vessel Ass'n*, 443 U.S. 658, (1979)

<sup>32</sup> *Cohen's Handbook of Federal Indian Law*, 1132, LexisNexis, 2005

<sup>33</sup> *Cohen's Handbook of Federal Indian Law*, 1133, LexisNexis, 2005

<sup>34</sup> *Cohen's Handbook of Federal Indian Law*, 1126, LexisNexis, 2005

<sup>35</sup> Stephen L. Pevar, *The Rights of Indians and Tribes*, 221, New York Univ., 2004.

## 2. 州政府

由於部落政府擁有排他/專屬主權(exclusive sovereignty)，原則上州政府無權規範印第安人在印第安保留區內的狩獵、捕漁行為，而州政府所通過有關於狩獵、捕漁的相關規定，也不適用在保留區內的印第安人身上。

有疑問的地方在於州政府的規定是否適用於在保留區內狩獵、捕漁的非印第安人(包括非該部落的印第安人(non-member Indians)以及非印第安人(non-Indians))身上？由於法律上，部落政府的刑事管轄權只及於該部落印第安人，並不及於非印第安人(非印第安人在保留區內的犯罪行為仍由州政府管轄)，<sup>36</sup>因此，州政府主張，當州民在印第安保留區內做違反州法中關於狩獵、捕漁的相關規定時，州政府也可以對該州民加以拘捕、管束。在 *New Mexico v. Mescalero Apache Tribe* (1983)一案中，法院一方面肯認，州的管轄權範圍及於在保留區內活動的非印第安人，但另一方面也認為，州政府在這個事件中的經濟利益極小，不足以證成(justify)州政府的「同時管轄權」(concurrent jurisdiction)，因此判定，新墨西哥州政府不能將該州關於狩獵、捕漁的規定適用於在保留區內狩獵的非印第安人上。<sup>37</sup>換句話說，即使是非該部落的族人或白人，進入到印第安保留區內進行狩獵、捕漁，只要遵守部落相關法令即可，不需遵守該州法令。

## 3. 聯邦政府

除部落政府以外，另一個有權規範印第安人在保留區內的打獵、捕漁活動者為美國國會。<sup>38</sup>此權利來自於國會擁有管理印第安事務的「絕對權利」(plenary power)。除了國會以外，美國聯邦政府(行政機關)並無權立法(行政命令)規範保留區內的狩獵、捕漁活動，除非國會明確授權給聯邦政府。<sup>39</sup>

雖然美國國會有權規範/限制印第安人在保留區內的狩獵、捕漁活動，但美國國會通常尊重部落主權，顯少立法干涉部落政府。截至目前為止，美國國會所立的有關於保留區內狩獵權、漁權的法律，都是在確保部落政府法律的執行力與有效性，而不是去限制部落政府的管理權。<sup>40</sup>舉例來說，美國國會在 *The Lacey Act* 中明白表示要放棄將來去廢止或修改部落狩獵、捕漁或採集權的國會意圖(congressional intent)。<sup>41</sup>同法中，將許多行為列為聯邦犯罪，包括：違反部落規定的狩獵、捕漁方式去狩獵者、<sup>42</sup>違反部落(或聯邦)法律而去運送、買或賣、接收、取得魚類或野生動物者。<sup>43</sup>換句話說，任何人(不管是部落裡的印第安人、非部落裡的印第安人、或白人)在保留區內違法狩獵、運送、買賣、接收、取得魚類或野生動物，將被聯邦法院起訴。

---

<sup>36</sup> 關於印第安保留區內的刑事管轄權，可參考 Stephen L. Pevar, *The Rights of Indians and Tribes*, 142-62, New York Univ., 2004.

<sup>37</sup> *New Mexico v. Mescalero Apache Tribe*, 462 U.S. 324 (1983),轉引自 David H. Getches et. ed., *Federal Indian Law*, 846-52 (5<sup>th</sup> ed., Thomson West, 2005)

<sup>38</sup> *Cohen's Handbook of Federal Indian Law*, 1127, LexisNexis, 2005

<sup>39</sup> *Cohen's Handbook of Federal Indian Law*, 1127, LexisNexis, 2005

<sup>40</sup> Stephen L. Pevar, *The Rights of Indians and Tribes*, 222, New York Univ., 2004.

<sup>41</sup> 16 U.S.C. §§3371-3378.

<sup>42</sup> 18 U.S.C. Sec. 1165.

<sup>43</sup> 16 U.S.C. Sec. 3371.

### (七) 誰有權規範印第安人在保留區外的打獵、捕漁行為？

#### 1. 部落政府

如前所述，印第安部落政府擁有管理自己族人的權利，這個權利也包括管理部落族人在保留區外狩獵、捕漁、採集等活動。除了一般管制，部落政府也可以逮捕違反法令的族人或沒收其器具。<sup>44</sup>雖然原則上部落政府與州政府同時擁有管理部落族人在保留區外狩獵、捕漁的權利，但有效的部落管制通常會排除州政府相關規定的適用。<sup>45</sup>

#### 2. 州政府

原則上，州政府也無權管轄印第安人在保留區外的獵場、漁場的狩獵/捕漁行為，除非基於保存自然資源的目的，且其管制方法符合上述所列的要件。

#### 3. 聯邦政府

美國政府在與印第安人簽訂(土地割讓)條約或立法設立保留區時，通常不會限制印第安人的狩獵權、漁權，也就是說，印第安人可以自由地、任意地取用這些自然資源。過去，聯邦政府很少直接對印第安人在保留區外的狩獵權、漁權、採集權做管制。少數幾個例子，並非限制印第安人的狩獵行為，而是限制聯邦政府以及州政府的行為。舉例來說，美國國會曾在 1988 年立法禁止聯邦政府或州政府向部落族人收取任何跟捕漁有關的活動的所得稅或僱用稅(employment taxes)。<sup>46</sup>

### (八) 印第安人狩獵權、漁權是否可能消滅？

對美國印第安人來說，狩獵權、漁權是其「原住民主權」(aboriginal rights)的延伸，是附隨在土地上與生俱來的權利(inherent right)，任何政府(包括美國聯邦政府、州政府)、條約、法律、行政命令，都不能任意消滅這些權利。然而，美國國會擁有管理印第安事務的「絕對權利」，因此，當國會透過立法的方式消滅印第安人土地(保留區)時，其附隨其上的狩獵權、漁權，也會一併消滅，除非這些權利被條約、法律或行政命令所保留。<sup>47</sup>倘若國會欲立法消滅原住民權利(aboriginal rights)，國會必須要有「明白且無爭議」(plain and unambiguous)的目的(intent)表示。<sup>48</sup>

### (九) 小結

美國印第安人的狩獵權、漁權概念發展已有二百多年的歷史，對美國印第安人來說，狩獵、捕漁、採集、設陷阱捕捉等活動不僅僅代表他們獨特文化的一部分，其實，更重要的意義在於這是他們生存的方式。剝奪或者限制印第安人狩獵、捕漁等活動，等於剝奪他們生存的方式。即使過去一、二百年來，印第安人不得不將其賴以生存的土地割讓給美國政府，但印第安人堅持保留其在保留區外的狩獵權、漁權，而美國政府也遵守他們的條約、尊重部落族人生存的方式。而狩獵、捕漁等權

<sup>44</sup> *Cohen's Handbook of Federal Indian Law*, 1142, LexisNexis, 2005

<sup>45</sup> *Cohen's Handbook of Federal Indian Law*, 1142, LexisNexis, 2005

<sup>46</sup> *Cohen's Handbook of Federal Indian Law*, 1146, LexisNexis, 2005

<sup>47</sup> *Cohen's Handbook of Federal Indian Law*, 1121, LexisNexis, 2005

<sup>48</sup> *Cohen's Handbook of Federal Indian Law*, 1121, LexisNexis, 2005,

利，如 *United States v. Winans* 一案法官所闡述的，是印第安人與生俱有的權利，而不是美國政府所賦予他們的權利，因此，不管是聯邦政府或是州政府，都不能恣意加以剝奪。而台灣的原住民族，是否也享有這樣子的權利？試分析如下：

### 三、台灣原住民族狩獵、捕漁、採集、及設陷阱捕捉等權利

台灣的原住民族，<sup>49</sup>也就是日治時期所稱的「高山族」，在二十世紀初期前，一直是過著獨立於外、自由自在的生活。各個部落擁有獨立的部落主權，堅守著各自的傳統領域、獵場，彼此互不侵犯。居住在山中的部落原住民，主要的經濟活動包括：火燒耕、狩獵、捕漁、採集。<sup>50</sup>然而，這樣無居無束的山林生活在二十世紀初期後發生了劇烈的改變。

#### (一) 日治時期的原住民狩獵

##### 1. 原住民失去傳統領域及其獵場

為了攫取台灣山林豐富的資源，日本總督府於 1895 年 10 月頒布「官有林野及樟腦取締規則」，規定「如無證明所有權之地券或其他確據之山林原野，概為官有」<sup>51</sup>，同時，又單方認定，原住民(生番)無法律上的人格無法擁有土地所有權，<sup>52</sup>因此，即使部落原住民有足夠的人證去證明其世代使用這些土地，也會因為他們(被認為)不具有法律上的人格而喪失了土地所有權。因此，166 萬公頃原屬高山族的土地(傳統領域)頓時轉為日本國有地。

1928 年，日本總督府將 20 萬公頃的土地保留給原住民生活所用，稱為「番人所要地」或「高砂族保留地」(也就是後來的「原住民保留地」)，但這些土地，大多位於「低利用價值的奧部高山地火，地勢急劇傾斜、表土淺薄、地味貧瘠、基岩裸露，大多只適合輪耕作，像水田適地或定耕旱地那樣得以經營的定耕地，幾乎沒有。」

##### 2. 原住民仍可狩獵，但由日人管制獵槍

雖然部落原住民失去了傳統領域及其獵場，但嚴格而論，日人並未禁止原住民狩獵。統治初期，為了有效管理/統治原住民，日人全面沒收原住民手中的槍枝。然而，由於狩獵為原住民主要的經濟活動之一，也是部落展現男性英勇象徵的主要方式，因此為了狩獵，原住民經常搶奪槍枝、與日警發生衝突。於是，日人於 1911

<sup>49</sup> 受限於篇幅字數限制，本文所指涉的原住民族，係指日治初期居住在高山的原住民族，而不包括日治初期居住於平地的平埔族群。

<sup>50</sup> 原住民族部落共八百多個，雖然各個部落之間的傳統習慣、生活方式大同小異，維持著自給自足的傳統生活方式，但各個部落間會因為其所處的地理環境而有不同的主要、次要經濟活動，因此，關於原住民主要的生活與生產方式，到底是以漁獵為主、農耕(焚墾輪休)為輔，抑或是以農耕為主、漁獵為輔，無法一概而論。

<sup>51</sup> 林淑雅，《解/重構台灣原住民族土地政策》，42，國立台灣大學法律學研究所博士論文，2007 年。

<sup>52</sup> 林淑雅，《解/重構台灣原住民族土地政策》，15，國立台灣大學法律學研究所博士論文，2007 年。

年公布「貸與槍」措施，在各地的「蕃務官束駐在所」內設置槍彈，借給原住民使用。<sup>53</sup>

## (二) 國治時期的原住民狩獵

國民黨政府於 1945 年自日本總督府手中接管台灣後，並未將日本從原住民手上非法取得的土地(以及獵場)返還給原住民。關於原住民狩獵，政府迄今也未針對原住民族訂定專屬法律，所有中華民國的法律皆一體適用於原住民及非原住民身上。關於狩獵、採集，其規範內容及目的簡介如下：

### 1. 狩獵管制時期 (1945-1972.10)

1945 年至 1971 年間為狩獵管制期間，雖然台灣(中華民國)政府並未完全禁止狩獵，但設有若干限制。根據 1948 年公布的「狩獵法」，<sup>54</sup>獵人必須先向警察機關核准登記，發給狩獵證書後，始可進行狩獵(§5)。狩獵時，獵人必須攜帶狩獵證書才能進行狩獵(§7)，違者處以五十元以下之罰金，並得撤銷其狩獵證書(§17)。又，狩獵法亦限制狩獵時間僅止於日間，若獵人欲在夜間狩獵，必須取得當地警察機關特准(§10)。

再者，關於獵捕動物種類的限制，依據狩獵法的規定，鳥獸分為五種：一、傷害人畜之鳥獸。二、有害禾稼、林木之鳥獸。三、可供食用或用品之鳥獸。四、有益禾稼、林木之鳥獸。五、珍奇鳥獸(§3)。前二種鳥獸可隨時獵捕，第三類鳥獸僅能於每年 11 月至隔年 2 月底狩獵，而第四、五類鳥獸原則上不能狩獵，僅供學術研究之用(§4)。

關於狩獵地域的限制，獵人不得於以下地區狩獵：一、國防地帶。二、古蹟名勝。三、公園及附近一百公尺以內。四、公路及公水道兩旁一百公尺以內。五、人民聚居或群眾聚集之地。六、未收穫之耕種地。七、其他經政府指定或人民團體呈准禁止狩獵之地區(§10)。違者處以五十元以下之罰金，並得撤銷其狩獵證書(§17)。而關於狩獵方式，狩獵法亦禁止以炸藥、毒藥、陷阱、縱火、或除獵槍之外其他槍枝為之(§13)。

1945 至 1972 年間，對於狩獵採取申請許可制，雖然狩獵法針對狩獵時間、區域、方式列有諸多限制，但原則上，部落原住民仍然可以上山打獵，對於違反狩獵法上山打獵的人來說，僅處以罰鍰，而非刑事上的處罰，因此，對於部落原住民的生活，並無太大的影響。然而，由於人們對於自然資源無止境的擷取，以及政府的開發政策，使得野生動物的棲息地遭到大量破壞，台灣的野生動物在 1960、70 年間急劇減少，同時間，全球掀起一場野生動物保衛戰，而台灣的保育動物人士、學者，也開始推動相關的立法、保育動物措施。政府也在 1972 年 10 月宣布全面禁獵。(狩獵法於 1989 年 6 月 9 日宣布廢止)

### 2. 全面禁獵時期 (1972.10-1978.11.16)

<sup>53</sup> 王皇玉，〈文化衝突與台灣原住民犯罪困境之探討〉，台大法學論叢，第 36 卷，第 3 期，286 頁。

<sup>54</sup> 「狩獵法」於 1932 年由國民政府於中國所制定，國民黨政府接收台灣後，於 1948 年將原條文修正後公布適用於台灣。

1972年10月1日至1978年11月16日，為全台禁獵時期。行政院內政部命全台警察機關停止核發狩獵許可證，及停止銷售獵用彈藥，同時禁止販賣、出口野生鳥獸及其皮、毛、骨、肉類與標本。<sup>55</sup>台灣實施全面禁獵期間，原住民的狩獵活動受到完全的限制，對於部落原住民生計的影響，可以想見其嚴重性。但因缺乏相關研究報告，本文無從分析。

實施全面禁獵6年後，因保育野生動物種類、數量已逐漸恢復，行政院復於1978年11月16日恢復狩獵許可制。<sup>56</sup>然而，原住民的狩獵空間並未因禁獵政策的解消而回復原狀，反而因為後續之其他立法而更加壓抑。

### 3. 狩獵成為犯罪時期(1978.11.17-1997)

1978年至1997年的20年間為原住民狩獵極度壓抑時期，主要原因在於政府陸續訂定的「國家公園法」、「文化資產保存法」、「野生動物保育法」、「槍砲彈藥刀械管制條例」，使得原住民依據傳統習慣而為的狩獵活動成為刑事法上的犯罪行為。由於生活領域遠離政治核心，部落原住民本無習慣確認政府所公布的法令為何，再加上認知不同，導致部落原住民經常因為違反以上所列各法而遭遇到刑之宣判。以下僅就各法對於狩獵區域的限制、物種的限制、工具的限制詳細分析如下：

#### 關於狩獵區域的限制

1972年，在台灣政府宣布全面禁獵時，立法院同時通過「國家公園法」。國家公園設立的目的，在保護國家特有的自然風景、野生物及史蹟(§1)，因此，於國家公園區域內，禁止：一、焚燬草木或引火整地。二、狩獵動物或捕捉魚類。三、汙染水質或空氣。四、採折花木。五、於樹木、岩石及標示牌加刻文字或圖形。六、任意拋棄果皮、紙屑或其他汙物。七、將車輛開進規定以外之地區(§13)。獵人違法在國家公園內狩獵者，處一千元以下罰鍰；其情節重大，致引起嚴重損害者，處一年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金(§25)。

台灣本屬小島，在此小小的島嶼上就有5座國家公園，對於某些特定部落的原住民來說，影響生計甚大。舉例來說，雪霸國家公園為泰雅族、賽夏族的傳統領域、太魯閣國家公園屬太魯閣族之傳統領域、玉山國家公園屬布農族的傳統領域，而墾丁國家公園屬排灣族的傳統領域。因此，國家公園法通過後，完全排除了這些族群在國家公園範圍內的狩獵行為。

除國家公園法外，1982年通過的「文化資產保存法」再一次限縮了原住民狩獵的區域範圍。根據文化資產保存法第49條規定，台灣的自然文化景觀，依其特性區分為「生態保育區」、「自然保留區」及「珍貴稀有動植物」三種。而人民禁止改變或破壞「生態保育區」以及「自然保留區」原有的自然狀態(§52)。一旦該區被列為生態保育區或自然保留區，原住民即不得在該區域內進行任何狩獵、捕漁、或採集等活動。

#### 關於狩獵物種的限制

<sup>55</sup>王康廷，臺灣地區執行全面禁獵六年以來績效檢討以及建議，警光，272，1979年3月，頁28-29。

<sup>56</sup> *Id.*

除了狩獵區域的限制外，文化資產保存法同時限制了狩獵動物的物種。依據文化資產保存法第 53 條規定，「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...。」違者處以有期徒刑、拘役或罰金。行政院農業委員會依據文化資產保存法之規定，公告指定珍貴稀有動物共 23 種，包括：一、鳥類：帝雉、林鵑、朱鷗、藍腹鵑、褐林鵑、灰林鵑、黃魚鵑、蘭嶼角鵑、赫氏角鷹。二、魚類：櫻花鉤吻鮭、高身鏟頰魚。三、哺乳類：雲豹、水獺、臺灣狐蝠、臺灣黑熊。四、爬蟲類：百步蛇、玳瑁、革龜、綠蠵龜、赤蠵龜。五、昆蟲類：寬尾鳳蝶、大紫蛺蝶、珠光鳳蝶。<sup>57</sup>

另外，為了保護台灣原有及特有的野生動物，防止其面臨絕種之命運，1989 年，立法院通過「野生動物保育法」。<sup>58</sup>該法將野生動物區分為「一般類」及「保育類」(包括瀕臨絕種、珍貴稀有、其他應予保育之野生動物)，其保育程度不同。針對一般類野生動物的保育措施，採取限地許可制。也就是說原則上人民可以獵捕一般類野生動物，但必須在地方主管機關所劃定的區域內為之，並且必須事先向地方主管機關申請核發許可證(\$17)。而針對保育類野生動物，採完全禁獵的保育措施，換句話說，任何時間、地點，都不得騷擾、虐待、獵捕、宰殺、買賣、陳列、展示、持有、輸入、輸出或飼養、繁殖保育類野生動物(\$16)。違者處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科三萬元以下罰金(\$32)。

#### 關於狩獵工具的限制

除了關於狩獵區域以及物種的限制，尚有關於狩獵工具的限制。在 1945 年至 1972 年狩獵管制時期，原則上，原住民可以製造或持有自製獵槍，1983 年，為維護社會秩序、保障人民生命財產安全，立法院通過「槍砲彈藥刀械管制條例」，將獵槍納入管制槍枝(\$4)。從此，原住民不得任何製造、持有獵槍。根據該條例第 5 條的規定，「前條所列槍砲、彈藥，非經中央主管機關許可，不得製造、販賣、運輸、持有、寄藏或陳列。」又根據第 8 條的規定，「未經許可製造、販賣或運輸鋼筆槍、瓦斯槍、麻醉槍、獵槍或空氣槍者，處六月以上五年以下有期徒刑。」這樣的法律對於長久以來使用獵槍狩獵的原住民來說，更是雪上加霜。獵槍之於原住民，等於鋤頭之於農夫，為日常生活之工具之一，對於這樣的法律，原住民無法也不能理解，因此，1980、90 年間，因為非法持有獵槍而遭判刑的原住民，不計其數。

考量到獵槍為原住民居家生活之工具，立法院於 1997 年增訂第 20 條，「原住民未經許可，製造、運輸、陳列或持有自製之獵槍，供作生活工具之用者，減輕或免除其刑，並不適用前條之規定。原住民相互間販賣、轉讓、出租、出借或寄藏前項獵槍，供作生活工具之用者，亦同。」此條規定雖然給予法官量刑的空間，但實質意義上，原住民製造、持有自製獵槍，仍是犯罪行為。

#### 4. 逐漸開放時期(1997-迄今)

<sup>57</sup>文化資產保存法所公告指之珍貴稀有動物共 23 種，已於 2001 年 9 月 27 日經行政院農業委員會農林字第 90030960 號公告解除，目前並無指定任何物種為珍貴稀有動物。

<sup>58</sup>立法院議案關係文書，院總第五四〇號，1986 年 12 月 17 日。

1990 年代，由於憲法增修條文增訂關於多元文化的保障，立法機關、行政機關逐漸開始了解將以上所列法律一概適用於原住民身上之不合理處，在保障多元文化的前提下，相關法律也做了逐步的修正。

例如，1997 年立法院通過「生活習慣特殊國民獵槍魚槍刀械管理辦法」。依據該管理辦法，原住民從此可以合法自製或持有獵槍、魚槍、刀械，但以每人各二枝為限，每戶不得超過 6 枝(§4)。然而，因為 2001 年立法院已修訂槍砲彈藥刀械管制條例，將非法製造、持有自製獵槍的原住民除罪化，<sup>59</sup>因此於 2002 年 10 月 30 日廢止該管理辦法。

又例如，2004 年 2 月，野生動物保育法增訂第 21-1 條，開放原住民族可基於其傳統文化、祭儀，去獵捕、宰殺或利用一般類野生動物(但不包括保育類動物)；2005 年刪除文化資產保存法第 52 條禁止改變或破壞「生態保育區」、「自然保留區」的規定，擴大原住民狩獵的範圍。

### (三) 台灣原住民狩獵、捕漁、採集、及設陷阱捕捉規範之概念分析

相較於美國印第安人獨有排他的狩獵權、漁權，嚴格而論，台灣原住民族並沒有狩獵權的概念。主要原因在於當國民黨政府於二次世界大戰結束後接管台灣時，原住民的土地(傳統領域)早已因為日本人單方面宣布生蕃(高山族)無人格因此無土地所有權而通通變為日本國所有，而國民黨政府則一律將日本的國有財產轉變為中華民國國有財產。因此，台灣的原住民沒有機會發展出有如美國印第安般的印第安保留區、甚至在保留區外還保有狩獵、捕漁的權利。針對這些生活習慣迥異於漢人的高山族，政府的普遍政策為同化與融合(現在仍持續進行中)。至於失去土地後原住民能否生存、用什麼方式生存，則蓋所非問。

#### 1. 無原住民專屬獵場、漁場、採集區

截至目前為止，台灣政府並未設立任何專屬於原住民的獵場、漁場。相關法律上雖然有「原住民族傳統領域」的概念(例如：森林法第 15 條、原住民族基本法第 2 條)，但並未有任何法律保障原住民在其傳統領域內打獵或捕漁。若部落族人欲進行狩獵，仍舊需要自行探知該區域是否為國家公園禁獵區、同時對其獵捕的動物種類也要非常小心異異。

#### 2. 個人權，非集體權

如前所述，狩獵權對美國印第安人來說，是附屬於部落全體的集體權，而不是附屬於個人的權利。當政府決定消滅某部落的狩獵權時，賠償對象為部落全體，而非個人。這樣集體權的概念，從未出現在台灣法令中。對於統治者言，「部落」沒有任何意義，個人才是法律規範的對象。

#### 3. 文化權，非生存權

<sup>59</sup>槍砲彈藥刀械管制條例，第 20 條：「原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍或漁民未經許可，製造、運輸或持有自製之漁槍，供作生活工具之用者，處新臺幣二萬元以下罰鍰，本條例有關刑罰之規定，不適用之。原住民相互間或漁民相互間未經許可，販賣、轉讓、出租、出借或寄藏前項獵槍或漁槍，供作生活工具之用者，亦同。」(2001 年 10 月 31 日修正)



近年來，原住民狩獵行為被列為「文化權」的一種，為憲法增修條文所保障。因此，修訂後的野生動物保育法也開放原住民族基於傳統文化、祭祀等原因獵捕一般類野生動物。然而除此之外，原住民並不能把獵得的獵物賣予他人、換取金錢。也就是說，狩獵、捕漁對於原住民來說，只能是為了傳承文化，而不能是為了生計。

#### 四、美國與台灣原住民狩獵權概念的再思考—代結論

##### (一) 文化權概念的重新思考

文化是活的東西，依附在人身上，環繞著人的生活方式而存在。當人的生活方式改變，文化也會跟著改變。原住民狩獵文化的存在，是為了保證族人可以獵到獵物，並且保障未來有源源不絕的食物。(如 Stevens 法官在 *Washington v. Washington State Commercial Passenger Fishing Vessel Ass'n* (1979)一案中所言)當族人不再被允許(或者說政府立法禁止)族人以狩獵作為其維生方式時，狩獵文化(鳥占、夢占...等)就沒有存在的意義與必要，也不可能存在。因此，政府一方面鼓勵、發揚原住民的狩獵文化，但另一方面處處限制原住民狩獵區域、方式、目的、或工具，是自相矛盾的。

台灣於 2009 年正式簽署「公民與政治權利國際公約」(ICCPR)及「經濟社會文化權利國際公約」(ICESCR)二人權公約，關於文化權，ICESCR 第 15 條第 1 項第 1 款規定「人人有權參與文化生活。」然而，什麼叫做「人人有權參與文化生活」？文化生活又包含些什麼？根據公約委員會 2009 年所公布的第 21 號一般性意見，委員會認為「文化權利是人權的一個組成部分，同其他權利一樣，是普遍的、不可分割的和相互依存的。」<sup>60</sup>因此，「締約國應採取措施，保證在行使參加文化生活的權利時充分顧及文化生活價值觀，這種價值觀可能有強烈的族群性，或者說，只有原住民作為一個族群才能表現和享受。...原住民與其祖先的土地及其與大自然的關係相連的文化價值觀和權利應予尊重和保護，以防止其獨特的生活方式受到侵蝕，包括喪失維生手段、自然資源，乃至最終的文化特性。因此，締約國必須採取措施，承認和保護原住民擁有、開發、控制和使用其公社土地、領土和資源的權利，並且，如果未經他們的自由和知性的同意而被以其他方式居住或使用，則應採取步驟歸還這些土地和領土。」<sup>61</sup>

對公約委員會來說，所謂的文化生活，不僅包含原住民歌舞、祭祀活動，其獨特的生活方式、維生手段，也是其文化生活的一部分，因此根據人權公約，其生活方式、維生手段也應該要獲得保障。對於部落原住民來說，狩獵、捕漁、採集是他們獨特的生活方式，也是他們維生的手段，而森林的動、植物，也是其維生的重要自然資源。因此，禁止原住民用獵得的動物去換取其他原住民所需要的生活必需品(例如：自來水、瓦斯、電話費、小孩子的教育費...等等)，等於是違反了原住民的基本人權。

或許有人認為，以前的部落社會，是自給自足的社會，獵捕來的動物僅為補充個人或部落族人蛋白質用，這樣的認知，是不完全的。以前的部落社會，雖然是自

<sup>60</sup> 台灣人權促進會、兩公約施行監督聯盟，經濟社會文化權利國際公約一般性意見，160，

<sup>61</sup> 台灣人權促進會、兩公約施行監督聯盟，經濟社會文化權利國際公約一般性意見，167-8，

給自足的傳統社會，然而這不代表他們沒有任何經濟活動。因為早期原住民部落(高山族)沒有製鹽、製鐵、製槍技術，因此，十八、十九世紀，原住民經常用獵來的動物、動物皮毛、女性所織的布，與漢人換取他們日常所需的鹽、鐵器、獵槍。對原住民來說，獵來的動物，一方面是「食物」(自用或與族人分享)，一方面也是用來換取其他日常必需品的「貨幣」。因此，僅將原住民狩獵的目的限縮在「文化祭祀」、「自用」，是不符合原住民的基本需求，也不符合人權公約中關於文化權的要求。

再者，所謂的文化，並不是停滯不前的文化，而是無時無刻因人變動的東西，雖然變動的速度很慢，但它仍舊隨著人的價值觀、生存的環境與自然狀態，隨時隨地地在轉變。舉例來說，在十八、九世紀漢人大量入台前，原住民沒有製造獵槍的工具與知識，因此，主要的狩獵工具是自製弓箭、木槍、刀以及設陷阱捕捉。與漢人接觸後，因為獵槍的引進發現獵槍比自製弓箭、木槍有效率而改用獵槍狩獵，同時不放棄設陷阱捕捉。假若原住民族沒有失去他們的傳統領域，那麼，原住民們在二十一世紀的狩獵工具，就不可能是用一百年前那種既笨重、又難維護的傳統獵槍，而是改用新一代輕巧的獵槍。以美國印第安人的狩獵為例，原則上，不管是部落政府、州政府、或聯邦政府，並不會將印第安人狩獵的工具限制在十九世紀時使用的工具，因為他們明白地了解，印第安人狩獵、捕魚，是為了生活，而印第安的狩獵、捕魚文化，並不是因為工具的轉換而消失。因此，本文認為，為了維持/保護原住民的狩獵文化而去限制原住民只能用傳統獵槍去狩獵，是沒有意義的。因為，人不是因為文化而存在，而是相反。(除非，限制他們僅能用傳統獵槍去狩獵有其他更好的理由，例如：維護社會秩序、保護野生動物...等。)

## (二) 開放原住民狩獵則野生動物不保？

平心而論，野生動物的消失，不單單是原住民的錯，而是過去一個世紀以來，日本政府、台灣政府及人民對於台灣自然資源(森林、土地、動植物)過度開放所致。千百年來，原住民居住在台灣山林，從來沒有面臨過資源匱乏、野生動物滅絕的事，主要原因在於原住民族狩獵並非恣意，必須要遵守著祖先傳承下來的狩獵禁忌，以保證資源的生生不息。以布農族為例，布農族人於打獵前，一定要先夢占，再祝禱祭告祖靈，準備出門時，還須進行鳥占，行前第一次聽到 Qasqas(繡眼畫眉鳥)的鳴聲，出自右邊大吉，可繼續狩獵，出自左邊則需返回。<sup>62</sup>雖然這些狩獵禁忌無任何科學根據，可以事後推論的是，在二十世紀中期國民黨政府接管台灣之時，並無野生動物物種消失等問題。

然而，政府(或私人)於 1960、70 年代持續且大量地砍伐森林、開發土地，破壞野生動物的棲息地，<sup>63</sup>使得那些已經被捕殺的野生動物，沒有適當、充足的地方孕育下一代。最後造成物種、數量的急劇減少。那麼，是誰去砍伐這些森林，將珍貴的木頭賣至國外，是誰大量開發山林中的土地呢？至少筆者可以推論，應該不是那些在日治時期已經失去土地所有權、連基本生活費都沒有的部落原住民們。因

<sup>62</sup> 林玉蘭，〈原住民狩獵問題面面觀〉，台灣原 YOUNG，第七期，2005.3，48 頁

<sup>63</sup> 趙俊祥、李郁強，〈原住民採集狩獵行為除罪化之探討〉，台灣原住民族研究季刊，第 3 卷，第 1 期，2010 年春季號，80 頁。李三畏、陳超仁，〈談野生動物保育〉，社教資料雜誌，第 245 期，1998 年 12 月，7 頁

此，叫原住民來承擔全體人的錯誤，同時限制、剝奪其賴以為生的工具(土地、自然資源)，是不義的。

### (三) 返還土地給原住民

全世界原住民族被現代國家強行納入的歷程是類似的，但被殖民統治者對待的方式截然不同，有些國家保留原住民的生活空間，讓其自己治理自己，過自己想要的生活，有些則全數剝奪、強迫「融入」主流社會。這些差異點主要在於統治者是否真的「了解」並「尊重」原住民族與主流社會民族生活方式、價值觀的不同。

台灣政府截止目前為止，仍未真正了解土地、山林對於原住民族的意義與重要性，也不願意尊重原住民族按照其民族天性過他們覺得自由自在的生活，一味地希望透過刑罰制裁的方式，將其認為「落伍」、「野蠻」的生活方式「矯正」過來，硬是把原本自給自足的部落社會改造成一切以現金貨幣計價為主的「現代化」資本社會，卻帶來其他的社會問題。六十多年來，漢人政府以其主觀價值判斷要求部落原住民族改變其生活習慣、禁止原住民狩獵、學習漢人的謀生方式，然而卻未同時提供相對應的教育訓練、職業訓練制度。平均教育程度只有國小、國中畢業的部落族人，只能選擇社會上高風險、漢人較不願意做的勞動工作，諸如：礦場礦工、遠洋漁業、建築業工人。<sup>64</sup>長期從事高危險工作、以及面對主流社會的種族歧視，導致一連串原住民的社會問題(家暴、酗酒、隔代教養...)，而原住民族的平均死亡年齡為 59.2 歲，較非原住民族少 10.6 歲。<sup>65</sup>對部落族人來說，他們唯一的工作機會，就只剩下建築工等勞力工作。然而，政府為了降低企業成本與提升國際競爭力，於 1989 年逐漸開放外籍勞工，直接排擠掉了原住民族的工作機會。<sup>66</sup>而外籍勞工的人數早已遠遠超過部落成年男人的數量。<sup>67</sup>這些當初被迫遠離家鄉到都市工作的都市原住民們，現在則又被外籍勞工剝奪了工作權而返回部落，重拾靠山吃山的生活。<sup>69</sup>假若政府不願開放(或者說返還)部分傳統領域給部落原住民狩獵、採集、農耕，給予他們生存的空間，則部落原住民的生存權何在？

關於返還傳統領域給當地原住民族，並非無前例可尋。1979 年時，澳洲政府將位於北領地(Northern Territory)Darwin 鎮東南方 171 公里處將近 2 萬平方公里的土地返還給當地原住民族，而原住民族同意將此土地租給澳洲政府成立國家公園，並由當地原住民與澳洲政府共同管理。Kakadu 國家公園於 1979 年 4 月 5 日成立。由於當地原住民已在此居住超過 4 千年，相關文物及文化數量眾多，1981 年，世界教科文組織將其列為世界重要遺產之一。<sup>70</sup>

<sup>64</sup> 場土範，礦坑、海洋與鷹架，

<sup>65</sup> 行政院原住民族委員會，《98 年原住民族人口及健康狀況統計年報》

<sup>66</sup> 外籍勞工因不適用「勞動基準法」，沒有最低工資的限制，因此工資遠遠低於一般台灣勞工。再加上若外籍勞工依法不能隨意更換雇主，若選擇離開只有被遣返回國一途，因此大多認真(命)工作。所以，大部分台灣雇主較喜歡雇用外籍勞工，不願意雇用原住民勞工。

<sup>67</sup> 截至 2010 年 8 月止，在台工作的外籍勞工人數已達 37 萬 2146 人。

<sup>68</sup> 1999 年，全國勞工平均失業率 2.93%，而原住民失業人口為 7.75%。高揚昇，〈讓原住民與大自然環境共生共榮〉。政策月刊，第 58 期，2000 年 5 月，27 頁

<sup>69</sup> 盧道杰，社區林業與原住民關係之研究。行政院農業委員會林務局委辦研究計畫報告。

<sup>70</sup> 台灣環境資訊協會，澳洲首創國家公園土地歸還原住民，2011 年 10 月 8 日，

<http://www.coolloud.org.tw/node/64398>.

此為返還土地給當地原住民再成立國家公園，另外尚有國家將已成立的國家公園土地返還給當地原住民。1977年10月，澳洲昆士蘭省政府成立了「蜜雪兒亞歷斯河國家公園」(Mitchell-Alice Rivers)，總面積3.7萬公頃。由於當地原住民族不斷地主張該土地是其傳統領域，澳洲政府終於在2年前(2009)的10月23日，將該國家公園土地返還給當地的原住民族—Kunjen族以及Oykangand族。同時，雙方簽訂「原住民管理協議」(Indigenous Management Agreement)，約定偶後該國家公園由當地原住民及昆士蘭政府共同管理。(國家公園隨後重新命名為Errk Oykangand)。<sup>71</sup>

或許，台灣政府也可參考澳洲、美國的經驗，適度地將土地返還給當地原住民族。

---

<sup>71</sup> Kowanyama, Queensland, Australia, “Queensland National Park Handed Back to Aboriginal Owners,” 2009年10月26日，<http://www.ens-newswire.com/ens/oct2009/2009-10-26-02.html>

## 與談人：許華偉 檢察官

主持人、報告人、領航人及一各位在場的親戚午安，在接到大會的邀請之後，原本是想到場來分享，目前我是把實務對於相關個案的一個處理的趨勢，我的意思是說在個案當中，是怎麼樣去做出一些具體的決定？但是拜讀過鄭教授的大作之後，我們是發現說，要解決原住民傳統習慣規範的一個財政問題，我認為還是要在政策方面有一個合理的方向來作為前提。因此，是有必要要來談一下原住民人權的權力，到第是要怎麼要去定性的 一個問題，就是這個部份我是肯定鄭教授這個一個大作、一個想法。以這篇文章所討論到的狩獵權來說，其實鄭教授已經明確指出在現行法，我說的是我國的法律，在這個問題上面跟美國法的一個差距，比方說到底是一個文化圈或者是生存圈？等等的這些差距都非常的參考。

那但是目前就我一個目前的現實跟法治的狀況而言，要怎麼樣能夠去尊重原住民這狩獵的傳統的習慣，進而實際上去鞏固一個狩獵權。我想除了規範面的一個制度設計問題，應該是整個社會應該去長期關注的一個議題之外，也有必要在既有的一個法規的框架底下，對於這個私法以及行政的實務去做有效的安排。我認為這應該可以做為一個中短程的目標，當然今天才參與這個研討是保著一個學習的心情，實際上也從這個會議當得過程當中也對於這個相關的議題有更多得認識，非常的感恩。我想雖然說我從事司法實務工作的時間不能算長，但是有這個機會來，感到很榮幸。也要在這邊跟大家分享一下實務上面現存的一個做法，我要講的是說，在不變動既有的一個相關實務法規的一個框架底下，我想我們還是有很多東西是可以做的。以下我們舉一個例子來看一下：那在這個剛才鄭教授報告當中其實也提到說自然資源消耗殆盡的問題。我想，這或許會是原住民狩獵權在我國而言，未來必須要面對的首要課題。我後來也留意到，這樣的一個課題也是上一屆研討會的主題之一。就是說，生態的環境要怎麼樣跟這個狩獵權來兼重併顧？而且其實在文章當中，也有一些親戚朋友跟我以下要提供的一個經驗一個實務上的作法相類似的看法跟想法。

事實上我們如果從現行的野生動物保育法以及森林法的規定當中，以及他整個立法一個歷程演變當中，其實已經揭示了生態的一個保育跟狩獵權的一個兼顧。這樣的一個問題，確實已經是立法者關注的一個焦點，到底在現行的制度底下怎麼樣去兼顧這兩個重要的一個憲法的價值？我想，我這邊願意提供台南地檢有一個防治台灣犯罪結盟的制度。給予會的先進作參考，大概是關於環境的犯罪的部分。可能也不見得，當然生態的保護應該也是環境犯罪得一環。不過我想，針對不同的區域有不同的做法，在這邊是先講台南的一個情況，讓大家做個參考。

我想做為國家的一個公益代表人，其實盡幾年檢察官在一個犯罪追查還有追

訴，這樣一個本質方面持續在投入之外，對於犯罪的預防工作其實也不斷在嚐試新的做法，希望就是進一步在消滅犯罪於無形，當然就是在檢官的立場有這樣的一個思考。以台南的地檢署做例子，其實我們有鑒於台南的河川跟土地傾倒廢棄物被造成汙染的一個狀況，在實際的案例當中，經常是比方說行為人他利用深夜的一個巡守的空窗期來著手犯罪。可以運用得司法資源其實並沒有在轄內所有一個的河川跟土地來進行管理跟查緝，有這樣的一個困難，這樣的困難是所謂的環境結盟，在台南的一個雲起。所以那時候台南地檢跟台南縣市政府的環保局，還有台南地區包括大專院校，在內的一個民間的環保團體，NGO，以及這個河川的沿岸，或是土地周邊的一個社區居民，也來做結合。比方說由這個團保團體跟社區的民種來成立水手隊或是架設監視錄影器。對於一些曾經被破壞或是有可能遭到破壞的河川跟土地來實施全天候的一個看守。並且跟這個中央跟這個縣市政府環保稽查單位，以及這個地檢署以及轄內的環保檢察來保持聯繫，來確保這樣一個環境犯罪的防治工作。彼此之間也藉由彼此招開會議這樣一個方式來交換，各自領域之間專業的一個學識，來及思廣以來解決具體的問題。

我想這樣的一個結盟模式從民國 96 年開始實施到現在，對於台南地區環境防治犯罪的查緝，以及各個結盟的機關團體之間的一個互信，還有這專業的分享方面的效益是很大的。對於台南地區生態環境的維護，也是功不可沒。為什麼要先介紹這個？在原住民的狩獵習慣的墾獵跟保育議題方面，我想也有不同的價值觀，比方說站在政府的立場，對於原住民的一個權力保障以及生態保育的這兩個憲法價值，都必須要依法予以維護。那至於在原住民的這一個立場當然是希望要爭取族群的一個狩獵權。那保育團體也期待，確保環境的一個永續保存。從剛才的例子我們是可以知道說，這三方面的價值觀並不是護持，那這些價值觀彼此之間可以去建立好一個共識跟互信的機智。

我想，比方說在法律許可的範圍當中，來支持原住民行使狩獵權，可以促是實際上生活在那個土地的原住民他真的能夠讓他的足跡去騙及他依附的土地，能夠防止這個地區以外的人，以維護以免破壞這區域內的環境，我想，有助於環境資源的合法利用，也能夠讓司法和行政的相關作為能夠更加的有效率。這一點其實合乎原住民族基本法的一個規定，那其次，如果原住民願意去支持相關的環保法令的規範，那能夠跟政府和保育團體在實際的狩獵行為上面，對於置這個保育層面的觀念分享，還有行政跟司法面相關的互動跟監督，我想，也能夠更了解自己所處的一個生態環境，來為自己的這塊土地生活的土地進一份心力。並且透過這樣的跟外界合作來凝聚他族群當中的一個共識跟向心力。那至於在保育團體的部分，我想，在合法的範圍之內要去接受原住民授獵的這個事實，也能夠更能夠來貼近這塊土地上的居民他們的生活，能夠及早去了解察知環境破壞的一個行為手法，並且去提供各個原住民生活領域內生態的現況。讓這個保育的行為更加的整體以及有效，我想這樣的一個類似的做法，其實不是台南地檢獨有的，我只是

說舉一個例子來讓大家參考，因為我們認為這樣的結合其實創造了一個三贏的局面。未來是說能不能參考國外的做法，針對原住民的狩獵權，在各個議題彼此之間的關係，做一個很正確以此的一個兼顧，這個部份有這樣一個完整的介紹，我相信會有更具建設性的對話，這也有待於在場的先進一同來努力。我做為實務工作者，我希望說藉由這樣的對話我們能夠讓我們的來日更進步，生活在這塊土地上的人可以更快樂，也很高興今天有這個機會來與談，謝謝各位，非常謝謝。

# 綜合討論

主持人：行政院原住民族委員會副主任委員 林江義

與談人：

簡美慧 法務部調部辦事主任檢察官

高德義 國立東華大學原住民族發展中心主任

施正鋒 國立東華大學民族發展與社會工作學系教授



## 綜合討論實錄

我們馬上進入到最後一個階段，也感謝各位這麼的努力，跟我們在這邊分享跟學習。那我們就進入到最後的綜合座談，我們就把時間交給我們的主持人林江義主任委員，讓我們掌聲歡迎。

**主持人：林江義 主任委員**

各位貴賓、各位女士、各位先生，我代表總會謝謝大家從昨天一直到今天，最後一個單元就是綜合座談的部分都能夠堅持到底。我們會裡面對原住民族在法治上面的建構以及權利的保障的部分，這幾年來都非常積極在推動。我前幾天剛好奉派到總統府的人權諮詢委員會去做報告，我們特別提到說，1980年代以後，其實全世界對原住民族的事務的整個思想跟制度都慢慢朝向一個多元文化、還有維護人權跟民族自決這樣的一個道路在前進。我們國家也對於原住民族在人權維護的部分非常地積極。大概這兩天討論的主要的核心的問題中，第一個是希望藉這個機會大家坐下來思考看看：原住民族的傳統習慣有沒有可能納入現行國家的法治體系？第二個部分就是：現行中許多原住民族的傳統習慣在沒有建構新的法令秩序之前，有沒有可能讓傳統的這些權力能得到適當的尊重跟維護。環繞在這個環節裡，讓大家來討論。今天的綜合座談我們特別邀請的三位可以說是學有專精，一位是施正鋒老師，第二位是高德義老師，第三位是剛剛的主持人簡主任檢察官，三位特別幫我們做個引言。那施老師先從你開始。

**與談人：施正鋒 教授**

主持人、各位先進大家午安。我就分享這兩天我看的這些論文，然後還有我這兩三年來對紐、澳、美、加的一些判例來跟大家做分享。第一個就是原住民的土地這部分，我觀察到的就是說紐、澳、美、加因為過去都是英國的殖民地，當時規定土地要取得必須透過條約。條約裡面基本上有軍事結盟的意義，必須放棄你的土地來交換國家的保護。基本上，紐西蘭跟美國大概都差不多，澳洲是完全沒有做，加拿大是一部分。這樣變成有兩件事情：加拿大後來有聯邦最高法院的判定，所以必須趕快想辦法跟原住民做全盤土地的談判，當作是現在的條約。這又牽涉到原住民除了這個土地之外，包括自治權等等這些東西是不是要分開或是一起處理。那澳洲的部分就是因為後來有馬澳的第二號的判例。大家也算熟悉它主要就是說，最高法院判定因為原住民族是先佔所以取有從以前到現在的土地權。既然有這樣的判例以後，當然聯邦政府必須讓各個省分趕快訂定相關土地的權利。基本上它的背後我歸納起來之後，第一個就是說，人民的權利政府不可以

恣意剝奪，這是最基本的。即使是立法也不可以，更何況是行政命令。所以這兩個讓我們知道過去日本人跟國民黨政府用行政命令就把你剝奪了。如果這在國際上打官司的時候，應該是有很大的機會會贏，因為有美加跟澳洲這樣的經驗。當然這裡有牽涉到原住民可不可以自動放棄。我剛才第一點有說不可以片面剝奪，但如果原住民自動放棄呢？另外第二個議題是說，即使是國家立法也必須要很明白的說這個法就是要來做土地的剝奪或者是消除。關於這個部分，我目前看到的會暗藏一些法條在其他的法條草案中。第二個部分就是土地權這個部分，最狹義的來說是只有使用權(property right)，只是目前為止還不敢這樣說。那到底這 property right 是專屬的、無限制的還是有限制的，當然不同國家有不同作法。比如說如果拿到台灣的話，現在就是限制性的，把它限制在傳統祭儀而且必須申請。我看到紐澳美加裡面做的最不好是澳洲，澳洲是有限制性的。不過即使是澳洲，我都覺得比我們好很多。當然最好的是紐西蘭，紐西蘭的漁獲權超過一半是屬於毛利人的。除了我們現在唯一考慮的保育的部分，當然保育不是最高無上的。坦白講，紐西來一開始的時候限制毛利人就是用保育這樣的藉口。我必須要說的是，在傳統領域或者說商業跟保育之間不是相互排除的。這是所以我們為什麼必須要有所謂的共管機制。我們並不能說政府站在保育的立場以後，片面地、隨便地、僵硬地做這些規定。其實你做了那些規定，發現商業的那些公式已經無法對他們怎樣，反而是限制了原住民的傳統使用。我必須要說：「保育是傲慢的。」我們過去在 70、80 年代的時候，原住民運動跟環保運動是相互提攜的。但是後來民進黨執政以後發現，保育的環境運動有時候是太過傲慢。當你很明白的時候，它假設原住民會破壞環境生態，這完全是錯誤的。我的意思是要講說，我們看到澳洲裡面很多政府的管理或者冠制並不等於擁有原住民的土地權，這是我從我澳洲的研究發現的結論。第三個，我們看到這兩天一直在討論這個法的時候，其實我們一直在碰到這樣的問題：關於研究員說，這是原住民權利宣言的草案。但它不是宣言，宣言通過了就是國際法，但我們沒有承認這兩個規約。那我必須要這樣說，其實我們一直碰到很多大陸法系跟海洋法系的問題。比如說我們拿紐澳美加的海洋法系與英美法雜，但我們基本上是大陸法。我們知道我們很多政見都是把美國的東西全部抄過來，那你那時候為什麼不說那是美國法律呢？我們應該是抄德國的或者是抄法國的還是抄中國大陸的呢？我要講的就是，它是選擇性的，什麼時候接受海洋法，甚麼時候不接受。接下來，所謂的普通法的部分，或者說原住民的慣習法跟一般的法令是不是可以相融的。我想大家這幾年應該很熟悉所謂多元法學的概念。坦白講，如果有機會，我們原住民的朋友接觸法律的話，其實我建議到渥太華大學。它有一個 program 是專門要把魁北克的英美法與大陸法相融一起。如果你英文不是很好，那到香港去，因為香港本來就有那樣的問題。原本的英美法與中國大陸法兩個要如何來相融？當然這是一個比較深的，我法律的常識貧乏，因為我唸政治的。不過我的感覺是這樣的，看到他們做判例的時候他們基本上都是用國際法的精神，即使是草案也有用草案的精神來判。所以我們有原基法的時候，就是可以直接用原基法來判，直接用它的精神來做。你不可以

假借，不然我們的部會就永遠在那邊推、在那邊擺爛，跨部會的協調我一直沒有看過。坦白講，如果有一個很有幹練的行政院長或總統願意站出來的話，其他部會不敢怎麼樣。我到目前為止看到最有幹練的是陳清南。又不是在參加 WTO 談判，每一次的代表都不一樣，每次講好的東西都翻臉，好像是在聯合國一樣。坦白講就是漢人在騙原住民、欺負原住民。不過基本上我覺得有個原則，在紐澳美加，如果你有兩種選擇的時候，你要站在最弱勢的立場去詮釋。就好像我在改學生的運改的時候，十分裡我要給他七分還是五分呢？我就會給七分。站在學生的立場來講，對他有利，就像這樣子。最後我再分享一分鐘就好。我最近在做關於 Inuit 的自治政府的部分。因為加拿大的刑法是放在聯邦政府，所以 Inuit 政府那邊只能限於民法，不過他們有個復古的方式。他們去找一些耆老在開庭的是後提供一些慣例。他們在現有體制規範之下，還是很用心。如果你有新的話，你可以主動去找耆老知道我們過去是怎麼樣子的。這是以上跟大家做的分享，謝謝。

#### 主持人：林江義 主任委員

非常謝謝施老師。大家注意一下施老師的長相，很多很多的非原住民還以為他是原住民。我們在民國 93 年帶著他到行政院為原住民族基本法的草案做辯護的時候，他把很多相關中央部會的官員罵了一頓，後來那些官員很多以為他是原住民，就說：「你們啲，你們啲……」施老師就說：「什麼你們，你們以為我是誰？我跟你們都一樣啊？」所以我每次看到施老師都覺得欠他很多的人情。對於現在的原住民基本法，各部會的見解還不是很一致，我相信他心中很傷心。

高老師，我們都是原住民，不要講那麼嚴肅，現在輪到你講一些輕鬆點的。

#### 與談人：高德義 主任

謝謝主持人。各位先進前輩大家好。我會在台上主要是因為我必須站在一個承辦單位的立場。真的是非常感謝這兩天各位參與的熱烈跟積極，有始有終，真的非常感謝各位。我們更感謝行政院原民會對這個研討會的支持，所以才有這樣子的機會大家來進行交流。我希望這樣子的會議能夠繼續進行下去，也讓比較正確的單位來承辦。我們原住民其實喜歡工作跟娛樂結合在一起，不然這樣子他們嚴肅的人上廁所都不方便。其實明年的舉辦方式我們可以彈性一點，嚴肅跟娛樂都加進去，比如到台東來辦然後順便去美麗灣關懷一下。我希望原民會繼續支持像這個研討會這樣的活動。我這裡有兩個建議：

這兩天聽下來，我們討論了很多的個案很多的議題，但實際上我們都缺乏科學性的資料，也就是我們缺乏原住民的司法統計資料。我們都一直在談很多的東西，但我們很少原住民的判例。所以我要建議我們的政府，因為其實在美加紐澳

你隨便找一個少數民族的犯罪率、入獄率、犯重罪率，這些數據都很容易找。而我們在台灣卻很辛苦，像我在幫原民會弄原住民習慣法，光是要找相關的統計資料就幾乎沒有，所以像王皇玉老師昨天的那篇文章我就覺得非常珍貴，很有意義，不過也只有三年的資料。我不是說不完整，只是希望在司法院統計裡面，如果今後有原住民的司法權的統計資料，我想是一個社會民主成熟的重要指標。連中國大陸在少數民族這方面的統計數據都清清楚楚，我們卻沒有。另外一個就是，現在原住民習慣法的調查大概已經完成 12 族，我也希望行政院原民會在針對這些個案的研究，每一組再好好地整理起來，然後可以去司法院聯行出版，然後做為法官判案的參考。這是初步，往後要不要把它法治化，可能還需要一些時間進行努力跟交流。以上兩點小小的建議，下面就把時間交給主持人。

**主持人：林江義 主任委員**

好，非常謝謝高教授剛剛的一席話。剛剛交代的事情，我這裡也跟高教授說明，本來在這一次的研習會中，我們要把 12 族已經完成的關於原住民族傳統習慣的調查中，把最重要的結論彙整成一冊，在這一次研討會中一併送給大家。可是我們的業務人員最近忙著原住民族自治法在立法院的攻防戰，所以沒有來得及配合這個研討會。不過應該很快就可以完成。

下面我們就請簡主任檢察官幫我們講幾句話。

**與談人：簡美慧 主任檢察官**

主持人、施教授、高主任、還有在場各位與會先進大家午安。很高興有機會參與這樣的一個綜合討論。本來是我們司長要親自與會，但他另外有公務，所以就指派我到這邊跟各位多多學習。那我剛才非常幸運地可以聽到兩個場次的專題報告。

裡面有提到，對於多元文化價值的尊重還有實質政府的實現，我認為這是非常重要的事情。在台灣這樣一個民主法治的社會當中，對於多元文價值的尊重，是本來就應該要這樣做的。在很多時候，可能源於大家對於原住民族傳統習慣或者傳統文化的不了解，所以產生了一些誤解。或者是法案在制定的時候，沒有把這樣子一個比較特殊的歷史背景或是文化習慣納入法令的考量當中，以至於訂出的一些法令可能對於原住民族造成不公平的情形。那執法單位因為要依法來執法，所以造成很多時候法律執行面上的一些不得不這樣的結果。

所以在傳統習慣還有國家法令之中存在的衝突情況要怎樣來進行調合，我想這是未來大家要不繼續努力的課題。現在像槍砲彈藥管制條例、森林法或是野

生動物保育法，其實某種程度上已經有把這樣子的觀念納入修法的考量，當然修出來的法令還是有未盡人意的地方。從相關司法的判決當中，比方說原住民不小心觸犯了野生動物保育法或者森林法，很多判決法官可能都會用犯罪後的態度或是刑法 59 條的適用，最後給予易科罰金或是緩刑的判決。

不過我看了一下第一屆和這次的一些論文發表，大家都還是提到，其實原住民要的不僅僅只是這樣。因為他們根本上就覺得這樣的行為不應該被國家用國家法令來加以處罰，他們要爭取的不只是在判決上得到易科罰金或是緩刑的機會。就這個部分，我想大家都還有持續對話的必要性。法務部這邊過去有發函給所屬檢察官，要求在偵辦相關案件時，要能夠多考量或者是注意相關原住民的傳統慣習。未來我們也打算分區的舉辦一些座談會，希望可以持續加強跟大家對話跟溝通，然後共同在國家法治跟傳統習慣當中找到一個比較好的平衡點。謝謝。

**主持人：林江義 主任委員**

非常謝謝簡主任給我們做的一些報告。

那下面的時間還將近 25 分鐘左右，我們就全部開放給大家。等一下發言最好不要超過兩分鐘。為了讓大家都更有機會發言。我們累積到一定的數量，我們就請前面的三位如果可以回應就馬上回應。現在就開放給各位的高見。

**與會者提問：**

包含銜接的上一場，有提到關於相關的問題。我想在我們的法治上還有個最大的問題是我們沒有把原住民族得集體當成是一個管理的主體。其實在原住民族基本法裡面，明白地提到他們的自治權、土地權跟對於自然資源的權利，國家必須要尊重，而且國家現行的所有其他法律都必須要按照原住民族基本法的精神去加以修改。可是我們看到法務部仍然說基本法是一種普通法，所以這是一個最嚴重的問題。至於說，當代原住民是不是有可能大量捕獵並且沒有使用他們傳統的習慣規範，然後造成跟現代的保育有所衝突。我覺得我們如果沒有在歷史脈絡裡去看這件事情的話，其實也是個非常大的誤解。現在的某一些原住民確實會有因為他所有的為生方式都被說是違法的，那所有的土地跟自然資源都不是他的。當他走投無路的時候，或是他必須要去賺取貨幣的時候，他就可能會出現一些違反傳統習慣跟規範的行動，但是他有沒有違背現行的國家法律卻是不一定。剛才 Awi 有一篇很好的文章裡面提到一個很好的觀點：「拿到槍的，並不代表他是獵人。可是國家只會管槍，而不知道怎樣才是夠資格的獵人。」以至於國家法律上面在這部分的空缺，會讓大部分的原住民覺得，既然我所有的規範都被說是無效的也不被承認，我所有賴以為生的資源都被說是國家的，部是臥的也不能用，所

以我盜獵又如何？違背傳統又如何？等於說在一個原住民的傳統領域裡面，國家法本身不具有正當性也沒有權威。因為對原住民來說就是州官可以放火百姓不能點燈，但是對於傳統習慣的違反卻又因為國家法不重視的關係，他也失去了居住地。所以我覺得他一切的法治上面的問題點必須要回到族群本身是一個管理的主體。對於假設現行立法上面有一些問題，可是對於原住民族基本法確實有直接需要去適用的義務。如果說在法令裡面直接要求在審理的過程當中必須要尊重原住民傳統習慣和規範，我們就不能推託說立法者並沒有做習慣立法，也不能說行政機關還沒有做調查。在每個司法實務的個案他就必須當作一個事實去進行依照職權的調查。必要的時候他也許需要到部落裡面，而且必須要知道誰才是他應該問的人。比如說每個族群每個部落的耆老是誰？知道傳統習慣規範的人是誰？特別是他們彼此之間交互的論辯。這件事情可以做到的話，就可以在法治上也許還不是那麼完備的過程當中，在我們司法社會的每一個個案不會錯放那些其實不應該緩刑或易科罰金的人，但是我們又維護了在族群的習慣規範中應該給予保護的原住民的幾個權利。謝謝。

#### 回應：

我想我要澄清一下關於特別法與基本法的問題。我想這個部分思維模式是這樣子：因為刑法它在關於野生動物的管制是行為刑罰。所以關於野生動物保育法跟原住民族基本法，如果是著重在野生動物的捕獵這樣的一個行為來看的話，我的認知是野生動物保育法是特別法。其實特別法跟基本法的本身並不代表說它是一個適用順序上的規範，但是我剛才的想法也一直是認為就算是基本法在適用的順序上面並沒有拿來採用，但是它的精神是不是應該被兼顧。這部分我是認為應該被兼顧，但是既然刑罰的規定本身就在野生動物保育法的話，我認為它的思考脈絡是著重在行為本身。謝謝。

#### 與會者提問：

我想我也還是要承繼剛剛那個問題，因為我覺得兩天的研討會聽下來，感覺最讓我擔心的就是昨天聽到余檢察官講的99年台尚6852號判決認為森林法是特別法，原基法是普通法；以及今天的研討會聽到剛剛徐檢察官提到的。我想因為原基法從95年通過到現在，因為34條的規定，三年內的時間早就已經超過了，主管機關相關的法令也都沒有修正，這當然背後有很多的考量，但是也是因為這個緣故導致目前森林法或者野生動物保育法是不是符合原基法的意志，而應該以34條修正，這是個大問題。如果應該修正而不修正，再用所謂的特別法優先適用原則來適用這些法條，這樣是不是讓本來已經被束之高閣的基本法，甚至實務判決都認為不適用。我不知道在座先進不管從應然面或實然面，對於這樣的實務見解，有甚麼可以改善的地方。謝謝。

**與會者提問：**

不好意思還是得接續同樣的問題，因為包括現在的自治法都一樣，許多的民間團體認為目前行政院的行為違憲，而且違反刑法與原住民族基本法。其他的不談，談到說在自治法裡面比地方制度法還要恐怖的，昨天也提到，它不但無條件的接受中央的法令高於任何原住民自治的規範。光這個就跟自治的原則完全衝突，居然有這樣一個自治法規定國家的法律高於原住民的自我管理規範。不但無條件，還授予行政單位超過法律授權範圍之外的行政裁量權去處理，這是很恐怖的。我們回過頭來說我們現在的原住民族基本法，昨天也特別提到普通法、特別法或是針對某項特別的行為，基本上在立法的意詞裡，比較是準憲法的層級。所以一切的法律跟原住民族基本法牴觸，包括 23 條，管理原住民的土地、自然資源必須尊重原住民的習慣跟規範，還有 34 條，明白地講說這個法律的位階是高於其他的法律。結果今天我們討論了半天，在殺傷原住民權利的立法的時候，我們就要求法律解釋或申請憲法解釋。可是在保護原住民的法令制定或施行過程中就不去提憲法解釋，這樣的氣氛一直持續的話，讓人擔心。野生動物保護法的適用只是其中之一而已。我個人就獵捕動物的行為，當然對原住民來說狩獵並不是獵捕動物，就這個行為是個原住民的特別行為來看，原住民族基本法當然是特別法。對於原住民的事務，當然原住民族基本法就是特別法，理解上就這樣簡單。但如果這樣簡單的東西還在憲法解釋，可是殺傷原住民、違反基本法、違反憲法又違反兩公約等等的法令就不必去解釋。我覺得我們是不是就要這樣子下去？這樣一個感想，謝謝。

**與會者提問：**

各位先進大家好，我要接續林老師跟另外一位同學的說法。我很好奇，關於原基法訂定當時都是學者或專家。我想大家有沒有辦法抬頭看一下，我們今天這個研討會的題目叫做「原住民族傳統習慣規範與國家法治」研討會。有沒有在我們成文法的架構之下，部落的傳統慣習能不能被視為部落法或者是習慣法等國家法治。什麼叫國家法治？原基法在 94 年 2 月 5 日已經總統公布施行，已經很確定的東西。可是我剛剛聽得覺得莫名其妙，包含森林法跟基本法做比較、野保法跟基本法做比較，也許在司法實務上顯示法務部解釋的邏輯脈絡。可是我好奇的是，你做比較就是當成同一個位階了，表示說都是普通法的地位。可是既然是普通法的地位，司法實務的時候又不引用它。說它是憲法架構的地位，所以不能直接做引用，這就很弔詭了。希望可以在這裡得到一些解釋。

**與談人：施正鋒 教授**

日出條款就是各個部會消極不作為。即使是原民會主導的時候，也很強調為

何是原民會主導，因為它說是主管機構，故部會不作為就我來做。日落條款是說，原本應該有相關法令配合特殊法修法，但現在變成就是你自己家的事。有點像是租借地，完全是不理會的。剛才也提到說，兩個見解不一的時候是傾向選擇站在有利於原住民的立場這是有點奇怪的。其實剛才這位先生提到，我們再跟各部會在提的時候，各部會的態度就是這是本來就不應該通過的法律。是國會通過，總統公布的法律，他們認為根本不應該通過，所以就是說我們的公務員是公然違法。就是你剛才提到的弔詭，好像是憲法位階的卻可以不理會。而且憲法位階的無法直接引用也可以揣摩它的精神，所以那其實只是一個藉口，有點好像在騙我們不懂法律。我覺得各個部會是公然違法，每次都派那種層級很低的科長，完全藐視總統、藐視國會。結果我們現在是公家機構在專制，沒有民意基礎，反正政務官隨時要走，總統四年最多調走你而已。我們現在完全是公務員在治國的，那誰要管這些人？還是監察院，因為你對他們莫可奈何。

**主持人：林江義 副主任委員**

我在這裡很簡單跟大家做一個我個人做為一個原住民，正常的時間在中央擔任事務官，跟這麼多的部會協商的相當多的經驗，藉這個機會跟大家報告。其實我在要跟各位報告，跟原住民族權利息息相關，而且非常難以溝通的其實是農政單位，包括林務單位、農委會、野生動物保育的委員會。

那至於經濟部的礦業的部分是說，礦業師的部分，其實他們非常願意跟我們配合，所以原住民族基本法通過以後礦業法的修正案盡速就已經送到立法院進行審議的動作，我跟農政單位，包括我們共同管理的這一塊，還包括一個內政部的營建署第三個單位，所以到最後我們很多原住民的同仁，要出席這幾個單位開會的勇氣，也要跟他很大的鼓勵，才願意出席那樣的會議，因為呢他在那個地方只有剩下那個原住民的同仁，他面對的是很廣大的所有很多行政院部會很多的嘴巴，所以我覺得不是很容易可以來協商，這種場合問題，我們大概從事原住民事務的同仁，都有共同的經驗。

那至於為甚麼原住民族基本法在民國九十四年的二月五號三讀通過，然後總統已經公布了，那為甚麼還難再推一些法案的修正的主要原因，也跟大家做一個背景的說明，因為其中原住民族基本法，目前被原住民認為最具有保障權益的這幾個條文，比如原住民族基本法的第十九條、第二十條、第二十一條、第二十二條、第三十條，我們今年討論三十條，其實我們在行政院提草案的時候提了，在審議的過程中，起初都被修得面目全非，後來這些條文是在立法院原住民的立法委員，重新讓它恢復之外更讓它加碼，所以一直很多部會的行政機關認為沒有充分的討論你就給我通過，我們真的很難配合得這樣的一個情況，所以目前這一部的法律要讓他有落實，恐怕要花很多的時間來磨合，我覺得要花很多的時間來磨



合，至於原住民族的自治法。

剛剛也有提問，因為昨天，他們提到說現在的原住民族自治法裡面，所定的條文裡面，他們公布的自治條例，他的效率要低於中央相關機關所發布的包跨法規命令等等，其實我要跟大家做個說明，現在的原住民族基本法裡面，未來自治的位階，他在裡面就做了一個雖然不是很明確明文規定的，在財政這一塊他已經說了，未來自治政府的財政比照縣級的財政，所以我們在制定自治法案的時候我們就只有照原住民族基本法這個母法的位階去訂，將來他這一個特種類型的自治的團體，是另外一種型態的特殊類型的自治團體，跟地方自治法的規定地方自治團體所發布的所有的自治條例就是不能高於中央相關的法令，它是引用地方自治法的條文之間移嫁過來的，是這樣的一個問題在，那當然我們希望原住民的自治政府，是走到準國與國的關係，如果走到準國與國的關係，那就真的是剛剛我們所說的，它就有可能排除甚至跟相關的現行的法律是它發布的這個法案就可能有相關現在其他的法的效力是同等。

但是現在看來，我們國家對於自治政府的設計，是把它定位成特殊的地方自治政府，是基於這個因素所以它制定的關於自治條例效力就比照地方自治法發布的條例的效力，是基於這個因素，在這裡做簡單的背景說明，我們未來只有往前，看看有沒有辦法讓現在的自治政府，先讓這部法通過有自治政府以後，有沒有辦法變成準國與國的關係，這恐怕還有很長要努力的道路，各位還有沒有其他的意見？

#### **與會者提問：**

謝謝林副主委剛剛的說明，事實上我們剛剛提到那個司法實務的問題好像這邊簡奏還沒有提到，但是我補充一下，既然主委剛剛提到自治法的草案的部分，其實因為我們常聽到原民會跟大家講說，現在這個自治法的草案是從地方制度轉嫁過來，有跟縣級一樣的財政權，但其實根本就沒有，自治條的第五條之一，他得很清楚，他的地方財稅的話應該是比照制度法一樣，可是他寫的是有哪些財政，像比方說稅收的部分，他就直接列，臨時稅，特別稅，可是根據地方制度法的規定，個縣級的話，他是把這個地方扣買，保留下來，然後由財政保護法來做補充，所以你現在已經把它寫明了，這個東西大家在做這些法界的東西都很清楚，你這樣一寫你等於是限縮它，而不是幫它做解釋，不是說好心的我怕你們原住民看不懂，不懂法律所以我講給你們聽，你們的稅有哪些，你們的稅就是有特別稅，臨時稅，或者像其他甚麼稅，可是事實上你這樣訂出來結果是你只有特別稅臨時稅，你其它本來那些營利所得稅那些都沒有的，那怎麼可以這樣子跟所有部落的不懂法律的耆老說，其實我們這個自治法跟財稅財政完全跟地方自治一樣的，怎麼可以這樣做？

**與會者提問：**

感謝各位，土地上的人的問題是非常複雜的，我本身是國立空中大學社會科學系教育輔導社會工作三類畢業的，我的原住民名字叫做 **Taho**，我是原住民阿美族，有了原住民族基本法不表示就有了原住民族解決司法方面的原住民族法院，並沒有專責人員，我只提兩點，第一點是有關於人，第二點是有關於土地。

今天早上有個現階段的法官，看這個法官並不了解也不清楚原住民族幾個有待解決的問題，像這個事件只是佔了原住民族待解決的司法問題的其中一小項，不管是為了那一塊木頭也好，土地問題也好，婦女問題，家庭問題，因為牽涉到所有人事時地物土地上面的問題，原住民族許許多多都是有待解決的問題，我在某小學的學生忍受他父親對他拳打腳踢那個母親的角色，請問 113 的功效有沒有解決這類原住民的問題，這個就是原住民族家庭的問題，家暴問題，而現階段法院只會站在旁觀的立場，他們用漢族思考辦事，沒有站在當事者，也就是那個被家暴者，受害者的立場來辦案，辦理此類原住民族家暴的事件，到了漢人的法庭往往打官司，打輸了，我們的錢就進了他們的口袋，那我有一個學生他的家長有這方面切身的經驗，然後打了 113 輾轉經過兩三年，然後司法的法院程序，他的丈夫跟法官判她是有精神方面的問題，她要強制執行送到精神病院去治療，那請問這個原住民族有受到很公平的對待嗎？

然後第二點，土地的問題，從祖先到現在，有很多我們原住民閒置的土地，那因此原住民族用漢族那一大套概念和律法知識，我研究了漢族那一小本的土地法，所有權法，根本沒有原住民族立足之地，也就好像憲法這一本厚厚的書裡沒有原住民族立足之地一樣，到了最近的原基法，原住民族才有了立足之地，原住民族法院也就是為原住民族集體權或個人權的司法問題的原住民族法院是有其必設立的，那有關於土地領域權的問題，就是剛剛蔡教授所說的，有關談論到的土地問題所有原住民，個人認為不可同一而言，因為在某地區也就是某一個土地，屬於某少數的某一個式族，居住權的問題，怎麼可以就說土地是所有原住民族共有，應該是要先有原住民族個人概念，才會有原住民族集體觀念，但在某地方確確實實屬於某家族或氏族所居住，而用原住民族集體傳統領域，我是認為不太正確，當然也是有那樣的傳統領域，所以不能等同言之，謝謝。

**主持人：林江義 副主任委員**

因為時間的關係所以我們再兩個發言人，整個研討會就要告一個段落。

兩位要做他們做最後的回答，我首先要說明財政的部分，我大概用兩分鐘的時間，原住民族自治法裡面，剛剛提問的先生特別提到現在設計的整個自治政府

的財政，跟地方自治團體的財政是不一樣的，因為自治政府的設計是採空間的合一，因為空間的合一他的領域是重疊的，所以地方政府已經把這個領域的統籌分配的稅款跟其他的房屋稅營業稅收走了，所以假若自治政府也同樣收稅，就等於同空間有兩次抽稅的問題，這是當時我們提到財政收入的時候，我們百般跟財政部協商這個很大的問題，但是我還記得在審查這個條文過程中，我們雖然很艱困的和財政部的官員做一個財政的辯論，最後因為他們的用語實在很傷我們原住民的心，所以當時我們在行政院第一次很不高興的講了一段話，我說自治政府也是國家的政府，國家一個新的地方政府，我們為甚麼可以讓一個地方政府沒有財源，我們今天原住民委員會只是幫國家設計出一個自治政府這樣的架構，財政是你們財政部去思考的，不是我們原民會去提一個構想，我們也不用提這個單位的代表，非常不愉快，後來呢我們達成一個比較初步的看法，既然不能夠重複課稅，那可以不可以保證讓自治政府的財源充裕，所以最後用協商的四個條文裡有三個條文是跟財政有關的，其中一個部分就是未來自治政府，它的財源要讓它不可以有造成缺口的現象，假若有不足，全部由中央政府來補助，我們特別就把它列在裡面，他們編的預算，假如確實它沒有財源，全部由中央政府來編列預算來補助，另外中央原住民族委員會要設一個一百億的自治政府的基金，萬一自治政府周轉的時候要用這個基金來應急，是用這樣的方式來處理財政的問題，當然也還有其他的收入，包括在它自治政府裡面事業單位的收入，比如說回饋金的問題，水資源利用的回饋金，觀光公園這類型的回饋金也列入在這個收入，大致上目前財政的設計是採這個樣子的，大家滿意不滿意？我想我們的立法委員也會很慎著最後達成初步的協定，再來立法院就一個審議的工作，我們下面的意見就請法務部簡單的回覆。

**與談人：簡美慧 主任檢察官**

感謝很多人提到那個有關森林法跟野生動物保護法這個問題，那這兩個法律都是現行有效的法律規定，而且是具體的直接針對這個構成要件行為，還有刑法規定的這樣一個法定，所以執法的部門就必須，依法來執行依法來審判，那可能很多人就說這兩個法的規定跟原住民的傳統習慣或者是說現在原住民基本法，或者是說憲法增修條文，上位的精神，可能有些牴觸，那我覺得這個部份還是要有兩個法的法規的主管機關對於這部分來進行修法的研議，那不然在沒有修法的情況下，我們司法執法單位的部門，針對這樣的個案，在它構成要件，行為\_\_\_\_\_情況之下，我們其實沒有辦法說不依法來執行或者是審判，但只能夠就是依照這些法相關的機制來做一個很明智的處理，大概是目前的作法。

**主持人：林江義 副主任委員**

我們這兩天的整個研討會，很感謝主委的出席，我們也謝謝其中擔任發表人

各位學者專家，還有與會的各位先進，我沒特別代表原民會謝謝大家的參與，那我們的會就到此，非常謝謝大家。

附錄一：與會人員

編號	姓名	服務單位 / 就讀學校：
1	Akiw	東華大學
2	胡哲豪(valagas gadjeleman)	臺灣大學
3	楊亞瑄	民族發展所/東華大學
4	劉俊雄	仁德醫護管理專科學校
5	林柏年	純如藝術公司
6	林純如	純如藝術公司
7	戴佳豪	清大語言所
8	莊日昇	台東大學
9	許韋晟(Lowking)	清華大學
10	曾秀娟	台南市議會
11	查勞·巴奈·撒禮朋岸	國立東華大學民族發展暨社會工作學系研究所
12	羅國夫	屏東縣政府
13	林志洋	東華大學
14	李姮德	無
15	理新·哈魯蔚	東華大學
16	葉雅庭	民族藝術研究所
17	沈明仁 Pawantanah	南投縣立同富國中
18	林慧珍	東華大學
19	瓦歷斯	語言所
20	林志強	大溪鎮民代表會
21	陳冠男	自由業
22	昝毅亞偉	新竹縣立石磊國小/國立暨南國際大學人類學研究所
23	林幸好	國立暨南國際大學
24	林嘉男	財團法人蘭嶼部落文化基金會
25	亞崴·尤給赫(黃皓)	國立台灣大學
26	李孟儒 Sra Manpo Ciwidian	國立政治大學
27	干立婕	台灣大學
28	林智海	台灣大學森林環資系
29	林凱恩	政治大學
30	鄭慧新	東華大學

編號	姓名	服務單位 / 就讀學校：
31	羅文君	政治大學
32	郭文萱	國立政治大學
33	zuljezulje gadeljeman	世新大學
34	李顥詮	國立台灣大學
35	盧道杰	國立台灣大學
36	徐霈馨	Providence University
37	趙芝良	靜宜大學
38	伊婉貝林	政大民族所
39	陳堯	立法院
40	洪簡廷卉	立法院
41	陳俊男	國立臺灣史前文化博物館
42	章育豪	臺灣大學
43	陳旻園	台灣原住民族政策協會
44	吳郁瑾	民進黨中央黨部
45	鄭君萍	國立台北大學
46	楊士範	政大社會系
47	vilian isingkaunan	花蓮縣卓溪鄉衛生所
48	吳昀蓉	台灣大學
49	宋美枝	台北市
50	盧敬文	長庚大學
51	李一丁	国立政治大学法学院
52	林淑玲	旭日民族文化發展協會
53	周琪絜	高雄市政府原住民事務委員會
54	林昭元	國立台灣大學
55	張志章	三商美邦
56	Walis Teymu	台灣神學院
57	郭正傑	中華民國社會發展學會
58	潘則仔	台東縣就服中心
59	張常昌	士林社區大學
60	哈寶兒·瓦它	國立東華大學

編號	姓名	服務單位 / 就讀學校：
61	沈應南	臺中高等行政法院
62	陳毅峰	東華大學民族發展與社會工作系
63	林易蓉	OURs
64	雅衛依·撒韻	國立台灣師範大學
65	甘鳳琴	亞太創意技術學院
66	陳巧筠	國立政治大學
67	張智程	國立政治大學
68	Langus. Lavalian	政治大學
69	董鍾棣	台糖
70	黃韻潔	台大
71	林灝	國立屏東科技大學
72	呂宜芳	長庚科技大學
73	林桓佑	東海大學
74	謝堂樹	新莊社大
75	Afih Lisin Ciokakay	北市府原民會
76	陳蘭政	高雄大學
77	孫百儀	話語工作室
78	王奕晟	國立政治大學
79	陳昱嵐	台灣大學
80	董浩然	屏東縣來義鄉公所/國立高雄大學
81	彭瑞春	台灣師大
82	江子婕	國立勤益科技大學
83	鄭秀慧	秀林鄉公所
84	賴俊兆	法務部/臺灣大學
85	曾保羅	恩友中心
86	張履方	賢能法律事務所
87	杜瑋玲	賢能法律事務所
88	吳祖貽	東華大學
89	周妤芳	台灣大學法律學院
90	李明芝	元貞聯合法律事務所

編號	姓名	服務單位 / 就讀學校：
91	陳儒萱	樹林高中
92	甘淑琴	南投縣信義鄉公所
93	詹順貴	元貞聯合法律事務所
94	許嘉容	元貞法律事務所
95	王如賓	台北市社區大學
96	王國政	臺東縣政府
97	曾信一	無
98	黃憲戴	臺東縣政府
99	林政佑	台大法律所
100	張雪冬	國立臺灣海洋大學
101	賴文隆	大安社區大學
102	張金源	台灣科技大學
103	林淑雅	靜宜大學法律學系
104	林作逸	w9 台師大公領所
105	田貴芳(古宏希盼)	公退休-部落文化工作者
106	王建勝	綠活設計
107	阿布媯	高雄師範大學
108	柳琬玲	莫拉克獨立新聞網
109	高正治	台東縣金峰鄉衛生所
110	蘇文杰	法務部調查局/交大科法所在職專班
111	陳永龍	台師大公領系
112	伊萬納威	政治大學民族學系
113	蘇雅婷	部落再生成工作隊
114	梁韶陽	台中環山水資源回收中心
115	王淑娟	東華大學課程系
116	林子凌	台灣蠻野心足生態協會
117	林峻有	台大地理系
118	楊曜誦	至善基金會
119	鄭鈺鐘	臺灣銀行證券公司
120	邱婕	東華大學



編號	姓名	服務單位 / 就讀學校：
121	林韋孜	順林企業有限公司
122	林忠平	海端鄉公所
123	由守芳	新北市新店區中央里
124	楊倉隆	棋靈王兒童圍棋院/教師
125	邱寶琳	東華大學
126	陳孝平	東華大學民族發展與社會工作學系碩士班
127	阿莉曼格格	部落族人
128	吳俊德	文化大學
129	陳宜擁	交通部
130	黃素椛	益可嘉企業公司
131	崔順吾	台灣工藝發展協會 常務理事
132	陳魁善	屏東縣瑪家鄉公所
133	古寔蕙	無
134	朱美琴	花蓮縣瑞穗鄉公所
135	林梅花	瑪家鄉公所
136	余明臻	新北市立八里國中
137	林三加	法律扶助基金會
138	賴素萍	屏東縣獅子鄉戶政事務所
139	柯亞璇	莫拉克新聞網
140	楊曼玲	宏碁股份有限公司
141	黃松茂	國立臺灣大學
142	陳文虎	香港陽光衛視
143	林明德	屏東縣政府
144	戴慧琳	臺東縣政府
145	林兆應	TPC
146	曾月蓮	瑞穗鄉公所
147	張惠珍	主計處電資中心
148	簡孝勇	中正大學
149	蔣爭光	原住民嘉蘭災難自救會
150	吳秋容	台大

編號	姓名	服務單位 / 就讀學校：
151	齊作毅	AI Taiwan
152	姚竹音	國立臺灣師範大學
153	國遠憲佑	觀眾/研究所
154	陳慧玉	旺旺中時媒體集團
155	黎淑慧	明新科技大學
156	徐宛鈴	無業
157	蕭世暉	台灣師範大學
158	林貞惠	台北海洋技術學院
159	黃上生	陸軍專科學校
160	林惠香	臺中市和平區公所
161	葛俐慧	桃園縣原住民行政局
162	陳淑珠	永續生態旅遊協會
163	莊志誠	國立東華大學
164	林政穎	花蓮縣政府
165	高莉莉	來義國小
166	東志銓	國立屏東科技大學
167	杜涵儀	輔仁大學原住民資源中心
168	蔡聖潔	原住民資源中心
169	林耀源	(退休)
170	黃青盟	趙建中建築師事務所
171	蔡豐安	台北市修德國小
172	王裕祥	邦特生技
173	江文雄	中國文化大學
174	劉世傑	行政院原住民族委員會
175	潘美伶	行政院原住民族委員會
176	雷家佳	行政院原住民族委員會
177	陳成家	行政院原住民族委員會
178	彭德成	行政院原住民族委員會
179	杞明錫	行政院原住民族委員會
180	林文淵	行政院原住民族委員會

編號	姓名	服務單位 / 就讀學校：
182	王瑞盈	行政院原住民族委員會
183	黃興玉	行政院原住民族委員會
184	曾興中	行政院原住民族委員會
185	劉仔真	行政院原住民族委員會
186	楊文華	行政院原住民族委員會
187	余美淑	行政院原住民族委員會
188	何凱琳	行政院原住民族委員會
189	林沛辰	行政院原住民族委員會
190	陳孟婷	行政院原住民族委員會
191	林書英	行政院原住民族委員會
192	林衢成	行政院原住民族委員會
193	林艷	行政院原住民族委員會
194	黃雨婕	行政院原住民族委員會
195	林佩玟	行政院原住民族委員會
196	李榮哲	行政院原住民族委員會
197	黃以育	行政院原住民族委員會
198	楊錦浪	行政院原住民族委員會
199	洪玲	行政院原住民族委員會
200	蔣文鵬	行政院原住民族委員會
201	高紫瓊	行政院原住民族委員會
202	蔡正治	行政院原住民族委員會
203	王美蘋	行政院原住民族委員會
204	陳玫霖	行政院原住民族委員會
205	宋麗茹	行政院原住民族委員會
206	張信良	行政院原住民族委員會
207	洪良全	行政院原住民族委員會
208	周錫蔚	行政院原住民族委員會
209	蘇益正	行政院原住民族委員會
210	郭純賞	行政院原住民族委員會

編號	姓名	服務單位 / 就讀學校：
211	陳起華	行政院原住民族委員會
212	杜張梅莊	行政院原住民族委員會
213	謝亞杰	行政院原住民族委員會
214	黃金祥	行政院原住民族委員會
215	陳乃榕	行政院原住民族委員會
216	曹凱玲	行政院原住民族委員會
217	陳娟娟	行政院原住民族委員會
218	伍念祖	行政院原住民族委員會
219	陳子晴	行政院原住民族委員會
220	汪光力	行政院原住民族委員會

## 第二屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會

## — 工作人員名單 —

計畫職級	姓名	性別	族別	現職
計畫主持人	高德義	男	排灣族	東華大學民族發展與社會工作學系副教授
協同計畫主持人	蔡志偉	男	賽德克族	東華大學民族發展與社會工作學系助理教授
秘書組	筆述一·莫耐	女	泰雅族	東華大學原住民族發展中心計畫專案助理
	卓孝忠	男	賽德克族	東華大學民族發展與社會工作學系研究生
	杜侃倫	女	漢族	東華大學原住民族發展中心計畫專案助理
	楊曉珞	女	漢族	東華大學民族發展研究所碩士
司儀	葉雅庭	女	排灣族	東華大學民族藝術研究所研究生
議程組	李佩珍	女	漢族	東華大學民族發展與社會工作學系研究生
	李佳純	女	阿美族	東華大學財經法律研究所研究生
	顏宸嶺	男	布農族	東華大學民族發展與社會工作學系研究生
記錄組	吳培駿	男	阿美族	東華大學民族發展與社會工作學系研究生
場地組	林嗣龍	男	阿美族	東華大學民族發展與社會工作學系研究生
	朱怡樺	女	漢族	東華大學族群關係與文化學系研究生
接待組	賴啟源	男	魯凱族	東華大學原住民族發展中心計畫專案助理
	邱文福	男	排灣族	東華大學民族發展與社會工作學系研究生

研討會照片集錦



報到處實況



主辦單位孫大川主委致詞



李永然律師專題演講



蒞臨貴賓合影



排灣族司儀說明議事規則



主題一 財產權探原



## 研討會照片集錦



與會來賓提問



主題二 原住民族傳統領域與自然資源權利之法效性



茶敘時間原住民風味餐點



茶敘時間原住民風味餐點



與會來賓於休息時間進行意見交流



主題三 經濟發展、自然資源利用與原住民族權利

## 研討會照片集錦



主題四 原住民族專屬法庭



主題五 邱文聰副研究員進行與談



主題六 鄭川如進行題問回應



綜合討論



與會來賓於綜合討論進行題問



高德義主任於綜合討論時間進行回應