



# 臺灣 原住民族 法學

## Taiwan indigenous law review

### 本期專題

適用原住民族傳統慣習作為法院民事裁判之準據法／黃居正 ..... 5

### 原住民族重大法律議題解析

原住民族傳統領域權之確認：從加拿大最高法院Tsilhqot'in案出發／林三元 ..... 17

原住民犯罪的文化抗辯及其實踐／王皇玉 ..... 31

原住民保留地權利之實然與應然—相關行政救濟實務見解分析／吳秦雯 ..... 45

發展主義下的土地掠奪與國土治理—從台東美麗灣案談起／詹順貴 ..... 67

民族法主體之建立：臺灣原住民族自治之視角／蔡志偉 AWI MONA ..... 77

ISSN 2517-9187



9 772517 918000

GPN: 2010500902

定價400元

# 2016.07 第一卷第一期

# 臺灣原住民族法學

第 1 卷第 1 期 2016 年 7 月出版

## 編輯委員會

指導委員：夷將·拔路兒 Icyang Parod，原住民族委員會主任委員  
編輯委員：王泰升，國立臺灣大學法律學院教授  
台邦撒沙勒，義守大學原住民族學院院長  
吳豪人，輔仁大學法律學系副教授  
官大偉，國立政治大學民族學系副教授  
徐揮彥，國立東華大學財經法律研究所所長  
高德義，國立東華大學民族事務與發展學系主任  
郭佩宜，中央研究院民族學研究所副研究員  
黃居正，國立清華大學科技法律研究所副教授  
蔡志偉 Awi Mona，國立臺北教育大學教育經營與管理學系副教授  
(依姓氏筆畫排序)

發行人：夷將·拔路兒 Icyang Parod，原住民族委員會主任委員

總編輯：蔡志偉 Awi Mona

執行主編：徐揮彥

編輯助理：薄欣雨

出版單位：原住民族委員會

新北市新莊區中平路 439 號北棟 15 樓

網址 <http://www.apc.gov.tw>

編輯單位：國立東華大學財經法律研究所暨法律學士學位學程

發行單位：原住民族委員會

創刊：2016 年 7 月

定價：400 元

GPN：2010500902

ISSN：2517-9187

未經本刊及作者同意不得轉載



## 序

臺灣原住民族，居住臺灣本島已有五、六千年的歷史，在二十世紀初以前維持著自給自足、高度自治的生活。這樣獨立自主的生活在二十世紀初產生變化。殖民統治者企圖以單一的法律價值統治文化、歷史、語言截然不同的原住民族各族，然而，這樣單一、暴力的外來法律思想卻無法為原住民族接受。如過去幾年來阿里山鄒族頭目蜂蜜事件、泰雅族司馬庫斯釋木事件、卡地布部落遷葬事件、美麗灣土地開發事件等，引發原住民族部落之不滿與抗議，此也顯示臺灣單一法律制度一體適用於原住民族身上，產生現行法律與原住民族傳統慣習之衝突，使原住民族於法律中更趨於被動弱勢。

尊重多元文化，保障人權乃世界所認同之普世價值，各國皆應努力促成，我國於民國94年公布施「原住民族基本法」，依憲法增修條文在法制上具體踐行原住民族主體性，原住民族法主體性的意義在呈現原住民族，不論個人或群體，其自身於法律關係與秩序中的主體性，以及在當代國家法制下的特殊地位，亦即在「國家」主權意義法律秩序下的民族自決。易言之，在原住民族歷經殖民、壓迫、同化後，於當代國家自由主義的憲政秩序中，重新塑造原住民族本我的主體性與社會中其他族群平等共存。原住民族法主體性的重要性可見諸於各種不同的法律秩序與權利義務關係中，例如土地權利、政治權利、積極優惠措施、傳統領域與管轄、文化資產保存、原住民族教育、身分認定、部落定位、習慣法與當代國家法律秩序衝突等等。

基於上述，原住民族法學範圍甚廣，急需不同領域之專家學者（如法政學者、人類學者及社會學者）參與且參與學者之專業性應作更細緻之區分（如民事、刑事、行政法、國際法等），才有助於原住民族法學之發展。故本會積極籌備出版「原住民族法學專刊」，希冀提供一學術研究溝通平台，二則以研究推廣為宗旨，將研究成果化成原住民族法學之知識與智慧，讓社會各界能善加利用。

感謝主編蔡志偉副教授帶領編輯群（王泰升教授、台邦·撒沙勒副教授、吳豪人副教授、官大偉副教授、徐揮彥副教授、高德義副教授、郭佩宜副研究員、黃居正副教授等），為本刊貢獻心力，也殷切盼望下半年刊各界能踴躍投稿支持本刊之發展。

原住民族委員會主任委員

夷將·拔路兒  
Icyang·Parod



# 目 錄

## 本期專欄

- 適用原住民族傳統慣習作為法院民事裁判之準據法／黃居正 5

## 原住民族重大法律議題解析

- 原住民族傳統領域權之確認：  
從加拿大最高法院 Tsilhqot'in 案出發／林三元 17
- 原住民犯罪的文化抗辯及其實踐／王皇玉 31
- 原住民保留地權利之實然與應然—  
相關行政救濟實務見解分析／吳秦雯 45
- 發展主義下的土地掠奪與國土治理—  
從台東美麗灣案談起／詹順貴 67
- 民族法主體之建立：臺灣原住民族自治之視角／蔡志偉 AWI MONA 77

# 適用原住民族傳統慣習作為 法院民事裁判之準據法

黃居正\*

## 摘要

原住民族的「習慣法體系近用權」是實踐原住民族自決權的必要權利。各國在實踐上發展出不同的態樣。有藉修憲或基本法重建「法律多元主義」者，也有透過擴充普通法來容納原住民族之習慣法體系為可供平行適用之「族群法域」。在「法律多元主義」下，不同次級民族或社群的「社群法域」或「族群法域」共同組成了競合的「混合法制」，會發生以社群或族群身分連結適用之各法域的適用問題，即所謂「屬人法的衝突」。平行適用原住民族慣習的普通法國家，則必須透過闡明權決定是否納入，或直接藉修憲賦與其普通法源地位。

台灣作為多元文化主義國家，究應基進轉型重建「法律多元主義」，抑藉司法實踐逐漸確立原住民族普通法為可平行適用之「族群法域」，甚或僅視傳統慣習為次順位之補充性法源？本文試圖回歸分析自2000年憲法增修條文第10條第10項施行後迄今與原住民族相關之民事判決，探究如上問題，亦即在闡明權之操作下，原住民族傳統慣習得否平行取代市民法原則，或僅被視為補充性法源而非「完整的法」，無法單獨被適用以解決系爭事件之所有爭執。

關鍵詞：原住民族、傳統慣習、法律多元主義、族群法域、屬人法的衝突

## 壹、「習慣法體系近用權」之本國實踐

2007年為聯合國大會所通過之「原住民族權利宣言」<sup>1</sup>第27條規定，「各國應…充分承認原住民族的法律、傳統、慣習和土地所有權制度，…」，第34條復規定，「原住民族有權…促進、發展與保持其體制架構及其獨特的習俗、精神性、傳統、程序和做法，以及已有的『司法體系或慣習(judicial systems or customs)』」。對於這種為實踐原住民族之自決權所必須的「習慣法體系近用權(right to use customary systems of law)」，應如何在一國的司法體系中落實，宣言本身沒有進一步規定，各國對其定位與拘束力的看法也不一<sup>2</sup>。這當然和各國與原住民族間互動的歷史，以及在既存憲政結構、社會組織上的差異有關。也因如此，各國在實踐上也發展出不同的態樣。較進步的非線型憲政結構國家<sup>3</sup>，可能藉由修憲或制定基本法，以轉型正義之力量逆時重建「法律多

元主義(legal pluralism)」。至於部分已採線型憲政結構的國家，則除了承繼殖民時期即已奠定基礎結構的「法律多元主義」外<sup>4</sup>，也可以透過擴充普通法之內容，來接納原住民族之習慣法體系為可供平行適用之「族群法域(ethnic enclave)」。

所謂「法律多元主義」，是指在同一社會—地理空間秩序下，就特定社會活動允許平行、而非階層式地適用一個以上的法律體系<sup>5</sup>。在「法律多元主義」的解釋原則下，後設國族國家中各個由不同次級民族或社群之慣習所區劃的「社群法域(community enclave)」或「族群法域」，共同組成了競合的「混合法制(mixed legal system)」<sup>6</sup>，從而發生以社群或族群身分連結適用之各法域(學說通常泛稱之為「屬人法(personal law)」)的適用問題，即所謂「屬人法的衝突(interpersonal conflict/

<sup>4</sup> N. Lerner, *Religious and Legal Pluralism in Comparative Theoretical Perspective*, 25 *Emory Int'l L. Rev.* 829, 846 (2011).

<sup>5</sup> F. V. Benda-Beckmann & K. V. Benda-Beckmann, *The Dynamics of Change and Continuity in Plural Legal Orders*, 53-54 *J. Legal Pluralism & Unofficial L.* 1, 14 (2006) and J. Griffiths, *What is Legal Pluralism?*, 24 *J. Legal Pluralism & Unofficial L.* 1, 3 (1986).

<sup>6</sup> W. Twining, *Normative and Legal Pluralism: A Global Perspective*, 20 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 473, 510 (2010).

\* 國立清華大學科技法律研究所副教授。

<sup>1</sup> Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, G.A. Res. 61/295, U.N. Doc. A/Res/61/295 (Sept. 13, 2007).

<sup>2</sup> <http://www.ainc-inac.gc.ca/ap/ia/stmt/2007/undir-eng.as>

<sup>3</sup> 關於線型與非線型憲法結構，參閱黃居正，〈憲法解釋與原住民族權利〉《憲法解釋之理論與實務》第六輯，頁429-465，2009年07月。

extra-nationality issue)。<sup>7</sup>此時，繫屬訴訟之法院，得依適當之連接因素，決定應適用哪一個法域的屬人習慣法。由於對屬人性的判斷集中在連接因素，應適用之社群或族群法域之內容，並不限於身分相關之法律，也可能因社群或族群法域之規範特性，而擴充至財產權等其他私的交易關係規範上。

對於那些已經透過條約關係與原住民族確立線型憲法時間的國家來說，即使不採取如上基進的「混和法制」，仍可藉由平行適用原住民族之習慣法體系，來實現多元文化主義。特別是採取普通法系的聯邦國家，因為慣於在地方分權與因此而生之州際或省際規範之衝突下，適用不同法域的普通法，面對如分權法域之普通法般的原住民傳統慣習，並不會發生太大的困難。典型的適例如紐西蘭上訴法院在Takamore v. Clarke案判決中<sup>8</sup>，即將原住民族之傳統慣習視為如英國「地方習慣(local custom)」般的普通法，而依普通法之選法理論逕行適用。當然，即使採用此種方法，也不表示所有原住民族之傳統慣習都會被承認為普通法。法院必須透過闡明權之行使，逐案審視後決定是否將其納入為適用法。又，為加速轉型正義，也有直接透過修憲而賦與普通法源地位的，適例如南非之1996年憲法第39節第3項(間接承認法院有權以「習慣法(customary law)」作為裁判所依據之法)，與第211條第3項(「當習慣法為應適用之法時，法院必須依憲法及任何為該習慣法所制訂之特別立法而加以適用」)<sup>9</sup>。

台灣在2000年通過了憲法增修條文第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族語言及文化」。為施行該條文而於2005年制定之原住民族基本法，也在第7條明文

規定，國家應本於「多元…之精神」，保障原住民族教育之權利<sup>10</sup>。加上基本法之其餘輔助條文(「依原住民意願」(第10條、第11條)、「應尊重原住民族選擇」(第23條)、「應依原住民族特性」(第24條))，以及實現基本法揭示權利的立法漸次完成，應可推斷在法制上，台灣已經是一個「多元文化主義」的國家。

在司法體系方面，基本法第30條固亦對應規定，「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。(二)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」，不過卻未要求另訂或修改法律，俾在實施司法與行政救濟程序、公證、調解、仲裁或類似程序時，「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」。政府是應該基進轉型，重建「法律多元主義」，還是透過司法實踐，逐漸確立原住民族普通法為乙可供平行適用之「族群法域」？甚或只是聊備一格，將原住民族之傳統慣習為當成民法總則第1條所規定之次順位補充法源(「法律所未規定者依習慣」)，即已算數？

在基本法實施快8年後(2012年10月)，司法院以院台廳司一字第1010028460號函指定了包括桃園等9所地方法院，自2013年1月1日起設置「原住民族專業法庭(股)」。其後並決定自2014年9月3日起，在台灣高等法院及其分院、3所高等行政法院，以及澎湖、金門、連江以外之各級地方法院都設置「原住民族專業法庭(股)」。司法院祕書長在籌設專庭的座談會中曾表示，專業法庭設置之原則，「首要評估案件特殊性，在不修法之原則下，汲取國外相關經驗設立專庭或專股，可適度達到專業資源整合及案例累積之作用」<sup>11</sup>。不過實務學者卻因此悲觀認為，設置專庭將不代表各族群之傳統慣習得與國家法律並存，甚至取代國家法律之規範地位。<sup>12</sup>

如果沒有透過主流立法體系制定或修改現行法，明文肯認原住民族傳統規範具有法之效力，「族群法域」就不能被指示為準據法嗎？而原住

<sup>7</sup> M. B. Hooker, *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws* (1975) and W. Menski, *Comparative Law in a Global Context* (2d ed.)(2006), 243.

<sup>8</sup> Te Weehi v. Regional Fisheries Officer, *infra* note 17.

<sup>9</sup> S. Afr. Const., 1996 §211 (“Recognition.-(1) The institution, status and role of traditional leadership, according to customary law, are recognised, subject to the Constitution. (2) A traditional authority that observes a system of customary law may function subject to any applicable legislation and customs, which includes amendments to, or repeal of, that legislation or those customs. (3) The courts must apply customary law when that law is applicable, subject to the Constitution and any legislation that specifically deals with customary law.”), and T.W. Bennett, *Legal Pluralism and the Family in South Africa: Lessons from Customary Law Reform*, 25 *Emory Int'l L. Rev.* 1029, 1035 (2011).

<sup>10</sup> 「政府應依原住民族意願，本多元、平等、尊重之精神，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」。

<sup>11</sup> 林三元，〈原住民族專業法庭之意義與未來展望〉，《原教界》，第53期，2013年10月號，頁11。

<sup>12</sup> 同上註。



民族專庭就不能藉由積極行使闡明權，諭令兩造在所提出之攻防中，提供原住民族傳統慣習之質性研究與敘述，包括該規範與適用族群之現實關聯，逐案建立平行取代市民法之習慣法體系嗎？對於這兩個將有助於啟動台灣「法律多元主義」的關鍵問題，或許我們可以透過司法院秘書長致詞時的兩個（不管是不是故意的）暗示—「汲取國外相關經驗」，以及「案例累積之作用」，以比較法制與對台灣司法實踐之回歸分析，來尋找答案。

回歸分析自2000年憲法增修條文第10條第10項施行後迄今與原住民族相關之民事判決可發現，固然有相當數量仍堅守一元規範體系之信念，認為原住民族之傳統慣習僅為民事法律未規定時之次順位補充性法源；若民事法律已有明文，則即無適用慣習之餘地（典型示例如臺灣花蓮地方法院96年度簡上字第32號民事判決：「本件上訴人雖主張原住民間之買賣契約應依原住民間之習慣為判斷依據云云，惟習慣僅於法律無明文規定時始有補充之效力，我國民法既已就買賣之意義及成立為明文規範，即無從如上訴人所述憑原住民間「習慣」認定之餘地」）<sup>13</sup>，但也有部分判決逐漸承認原住民族之傳統慣習，為乙種平行於市民法之實體規則，應藉由適當之連接因素，指示其適用（例如臺灣宜蘭地方法院95年度簡上字第55號民事判決，藉由極為有限且不成文之傳統慣習知識，確認泰雅族原住民成立土地與房屋財產權利之規範，為本案之準據法：「其就系爭土地原有房屋係由部落的人協助拆除，嗣後系爭土地即由曾××占用而興建房屋之事實並未爭執。參酌證人…證稱：曾××在系爭土地興建房屋時，部落的人有來協助之證詞，顯見30餘年前，兩造之被繼承人古××及曾××在系爭土地上拆除房屋及興建房屋時，均由部落的人共同協助，此與當時原住民部落之物資缺乏，仰賴部落成員互助之情形相符。且由曾××興建而現由被上訴人壬享有處分權之系爭房屋占有使用系爭土地迄今，已逾30餘年，古××及上訴人仍在附近居住…」）<sup>14</sup>。更有一方面承認原住民族之傳統慣習得以平行取代市民法原則，適用於具原住民族身分當事人間之爭執，一方面卻又不認為傳統慣習得作為乙「完整的法（completeness of

indigenous law）」，而被適用於系爭事件之所有爭執（如臺灣臺東地方法院98年度訴字第30號民事判決）<sup>15</sup>。如此兩價性的發展，固難免抵銷了在原住民族之傳統慣習被體系甚至成文化前，透過個案實務解釋漸次組合以形成原住民族普通法之力量，卻也驗證了即使沒有制定或修改現行法，繫屬法院還是可以藉由行使闡明權，協助兩造舉證傳統慣習之內容與適用方法，從而確立平行取代市民法之習慣法體系。

## 貳、傳統慣習的規範特徵與其作為乙「完整的法」

不論是「法律多元主義」或是將傳統慣習納入普通法，都是承認社群或族群法域是一個可供平行適用的、完整的「規範主權（regulatory sovereignty）」<sup>16</sup>，法院要選擇適用該「規範主權」作為裁判依據，必須先確立傳統慣習規範體系之內容。若借用法律衝突方法論來解釋，就是必須先確立有一個由傳統慣習組成的完整法律體系。固然其存在與內容有賴專家證人意見之輔助<sup>17</sup>。

在討論以傳統慣習作為乙供平行適用之完整法律體系前，必須先了解傳統慣習的幾個共同規範特徵<sup>18</sup>。首先，傳統慣習並非乙建構在先驗或習知預設價值上的體系式法律，而是隨線型時空發展的生活界實體法，所以傳統慣習往往是以口傳方式被記述，較少被成文化與系統化，且規範也較欠缺全面性。其次，傳統慣習是一種動態的規範，其內容與效力可能不斷對應文明的流變而發展、調整。第三，傳統慣習規範之對象，是創生該慣習之社群全體，而非特定事件之當事個人，因此其所欲實現之正義，多屬於平均的正義或以

<sup>13</sup> 採一元論之判決尚有：臺灣高雄地方法院90年度訴字第3262號民事判決。

<sup>14</sup> 採取二元論的判決還有：臺灣高雄地方法院97年度簡上字第226號民事判決、臺灣花蓮地方法院101年度訴字第222號民事判決。

<sup>15</sup> 採相同論理的判決還有：臺灣高等法院花蓮分院99年度上更（一）字第1號民事判決、臺灣花蓮地方法院97年度家聲字第91號民事裁定、臺灣屏東地方法院93年度家訴字第25號民事判決，以及最高法院92年度台上字第2211號民事裁定、臺灣高等法院92年度家上字第65號民事判決。

<sup>16</sup> S. E. Merry, *Legal Pluralism*, 22 *Law & Soc'y Rev.* 869, 870 (1988).

<sup>17</sup> *Te Weehi v. Regional Fisheries Officer* [1986] 1 NZLR 680 (HC).

<sup>18</sup> R. Perry, *Balancing Rights or Building Rights? Reconciling the Right to Use Customary Systems of Law with Competing Human Rights in Pursuit of Indigenous Sovereignty*, 24 *Harv. Hum. Rts. J.* 71, 78 (2011) and B. Connolly, *Non-State Justice Systems and The State: Proposals for a Recognition Typology*, 38 *Conn. L. Rev.* 239, 242 (2005).



尋求妥協、回復社群和諧為主要目的。最後，基於上述特徵，傳統慣習中屬於程序性質的規範比例較低，包括選法規則、舉證責任或法庭組成等程序性規範，都是因個案或隨機被確立，且具有高度的調整空間。

由上述特徵可知，傳統慣習在本質上並不易被成文化。固然在實踐上有例可循，如瑞典、挪威與芬蘭政府，曾分別於1971年、1978年與1990年依「撒米族(Saami)」傳統畜養慣習制定「麋鹿畜養法(Reindeer Herding Act)」，但是在未能有效完整性理解該慣習之全體性文化脈絡與使用條件下，如是成文法條適用起來仍是困難重重<sup>19</sup>。

然而原住民族傳統慣習這種不成文且非體系化的特徵，對長期慣於繼受成文法與其先驗硬性解釋規則的台灣司法實踐來說，確實是一套極為陌生的「準普通法(quasi-common law)」<sup>20</sup>。因此繫屬法院必須勉強自己充實相關知識，積極行使闡明權，導引兩造揭露所屬族群之規範紀錄與關聯之生活事實，賦與規範力與可操作性，使能逐案依線型時間秩序漸次組合為乙較完整的「習慣法體系」。而且此組合必須有助於對系爭事件之定性、確定規範適用條件與效果，並外顯為乙統整、扣緊的解釋體系，才能有效與其他競合的市民法制平行適用，否則往往反而使傳統慣習被降位為工具層次之補充性法源，甚至造成去規範化與去道德化的反效果<sup>20</sup>。

傳統慣習作為乙供平行適用之法律體系，必須被認知為乙「完整的法」，即使在外觀上沒有成文化與系統化，且欠缺全面性，繫屬法院在精神上仍應確立該「族群法域」是乙完整的法域，並使其能拘束所有的爭執，不任意割裂適用，或逕將市民法之實體規範與原住民族傳統慣習混用，而使後者被實質降位為補充性法源。

以臺灣高等法院花蓮分院99年度上更(一)字第1號民事判決為例，該案繫屬法院依原住民

族身分之被繼承人與繼承人間所適用之傳統慣習，判定系爭事件中土地之分割，為被繼承人之全體繼承人間就屬於遺產之系爭土地先行合併再予分割，而非繼承後雙方對土地移轉範圍另為協議之分割，儘管在依市民法繼承前，該被繼承財產已依傳統慣習先登記為長女所有。因此其分割協議為有效，應允予登記。惟該案判決在適用法上，一方面以原住民族之傳統慣習平行取代市民法繼承原則，使之適用於具原住民族身分當事人間之爭執(「確認當時確實準備依照庫莫唔生前的意思，將土地分別劃歸朱豔月以及朱坤明所有」)，一方面卻又因系爭事件中依原住民族之傳統慣習所為分產之結果，與適用市民法之結果相合，才予以採納(「既然是庫莫唔留下之財產，以當時庫莫唔之子女共計4位，其中朱坤才因為招贅而未分財產，其餘3人將財產平分成為3份，分別由朱坤明、朱豔月、朱坤茂各得1份，亦與市民法繼承之法理相合，於情理亦無違背。而朱坤茂因為已經取得1份，其餘2筆土地即769以及769之1分別由朱坤明以及朱豔月取得，亦屬當然」)，使得傳統慣習被實質降位為乙不完整的、僅具有補充地位的法源。

正確的方法是應適用法律一般原則(即法理)——即自市民法中抽繹或類推出得藉以獲致公平與良善結果的規範原理，對應系爭事件所涉及之文化條件，加以補充(參閱後述「較現代的方法論」)，促使原住民族之普通法能被以乙「完整的法」來適用，進而維護其實體性與拘束力。

不可否認，在原住民族普通法被逐案建立之初期，由於規範內容還呈現團塊化的現象(集中在身分、土地相關之實體規範)，繫屬法院無可避免會在裁判過程中混用相對較完整之市民法原則，以利完成判決。前舉臺灣宜蘭地方法院95年度簡上字第55號民事判決，就出現採取市民社會之時間觀(30年為最長之時效取得時間度量)，來衡量傳統慣習中時間要素的現象：「縱認為古阿星與曾阿利就系爭土地並未有買賣契約存在，然曾阿利興建之系爭房屋已存在系爭土地上30餘年，古阿星亦居住於附近，但從未表示異議，顯見古阿星就系爭土地由曾阿利無償使用一節，有默示同意之意思」，「如曾阿利係無權占有系爭土地，何以期間古阿星及上訴人從未向相關警察或司法機關請求救濟，甚至請部落成員協助排解？實與常情有違。」市民社會的時間觀，在泰雅族長達數百年的時間度量裡，是否具有相同的規範意義，當然值得深究，但是為有效建立原住民族普通法，有時必須與訴訟效率進行妥協。

<sup>19</sup> M. Ahrén, *Indigenous Peoples' Culture, Customs, And Traditions And Customary Law - The Saami People's Perspective*, 21 *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 63, 102 (2004).

<sup>20</sup> 典型的例子如臺灣屏東地方法院93年度家訴字第25號民事判決。該判決一方面否定原住民族律法的平行適用性，一方面又藉由割裂與任擇性適用原住民族之傳統律法(「被告乙○○亦陳明願遵守法律規定，摒棄習俗，令原告亦得分配遺產，就上開遺產按如附表2之分割方法予以分割，即按原告與被告乙○○之應繼承各2分1予以繼承後，依附表2所示應有部分比例同意繼續保持分別共有」)，完全破壞了排灣族傳統繼承律法之強制性與排他的適用性。

## 參、傳統慣習之構成要件與解釋原則

適用原住民族傳統慣習為地方慣習的普通法古典方法論認為，傳統慣習要被適用為準據法，必須滿足三要件<sup>21</sup>：一、傳統慣習必須是相關社群全體（例如全族）所接受之「普遍原則（general rule）」，長期被適用於特定客觀領域，不應僅屬少數個人之實踐<sup>22</sup>；二、傳統慣習不得與實定法相牴觸，三、傳統慣習必須在「衡諸所有情事（taking the whole of the circumstances into consideration）」後，認為其具有「合理性（reasonable）」。<sup>23</sup>學說上總和三要件認為，一個傳統慣習要被承認為普通法，必須是乙源自亙古、不可記憶之時間迄今的慣習，在時間上不應被中斷，亦不得被實定法取代或「自行廢止（extinguishment）」。<sup>24</sup>傳統慣習規範實體權利，其內容應具有「確定性（certainty）」與「合理性」，不得「違反公序良俗與正義道德（repugnant to justice and morality）」。<sup>25</sup>以下分就各該要件作進一步的討論。

首先，所謂源自亙古、不可記憶之時間迄今的慣習，是指在時間上必須具有「延續性（continuity）」。<sup>26</sup>因此，如果該法律已經被市民法所取代，或由族群自行廢止，則不得視為普通法<sup>27</sup>。在實務上，所謂被市民法所取代或自行廢止，必須有明確、直接的實體法規定或其他歷史紀錄作為證據。不得僅因欠缺完整證據，即認為該習慣已經被取代或失效。不過，由於此要件，在漫長的征服與壓迫過程中，能符合「延續性」要件的原住民傳統慣習，多半是與公共生活較無直接關係的身分規範，如婚姻、父母子女與繼承制度。

在時間的「延續性」要件上，要求原住民族當事人舉證證明慣習具有絕對的時間長度，甚至是源自亙古、不可記憶之時間迄今，對部分原住民法域如紐西蘭，或是近期才被復權或正名的原住民族（如台灣的撒奇萊亞族）來說，有技術上的困難。妥協的解釋原則是，當事人必須證明該慣習是乙「一致且長時間的實踐（consistent and long-standing practice）」，「以先行之規範體系續存（continuity with a preceding legal system）」<sup>28</sup>。

前述臺灣宜蘭地方法院95年度簡上字第55號民事判決，就是一個接受傳統慣習是「以先行之規範體系續存」、經「一致且長時間的實踐」，但不要求其具有絕對時間長度的例子：「系爭土地係30餘年前由曾阿利向上訴人之被繼承人古阿星購買，因當時有關原住民族社會生活機制及規範，多係以泰雅族之習俗及禁忌，或長老主持與神明見證方式為依據，系爭土地買賣契約合意成立後，古阿星即將其在系爭土地上之原有建物拆除，並將可利用之建材搬運後，將系爭土地交付予曾阿利，曾阿利旋在系爭土地上興建系爭房屋，於興建房屋過程中及迄今30餘年來，古阿星均未出面主張權利或表示異議」、「上訴人雖否認拆除之原因係因買賣之關係，然其就系爭土地原有房屋係由部落的人協助拆除，嗣後系爭土地即由曾阿利占用而興建房屋之事實並未爭執」。

另外，對於傳統慣習的內容必須具備「確定性」，亦有對應原住民族文化特性而調整的必要。因為原住民族之社會結構與傳統內容，並非處於活化石的狀態。英國樞密院在 *Arani v Public Trustee of New Zealand* 案判決中即強調<sup>29</sup>，原住民族的傳統慣習與欠缺「準立法權能」之英國地方行政體的「地方習慣」不同。原住民族內部享有自我治理的權能，有能力與權力自我改變，因此，可能透過共識決來修改或調整慣習之內容。是以，原住民族的傳統慣習既具有時間上的傳統性，同時又被生活界所對應調整，是一種動態的規範，對應著文明的流變而發展。

接下來是關於「合理性」的解釋。一個傳統慣習是否具有「合理性」，普通法實務上採取的是消極說；只要沒有任何「正當的法律上理由（good legal reason）」反對該慣習，即可滿足「合理性」要件。當事人無須舉證該慣習是否具有任何「正當法律上的理由」<sup>30</sup>。若從實體性與程序性要件觀點檢視「合理性」，則實務認為，若依通常觀點認為社群成員不可能接受該慣習，或該慣習之規範力來源欠缺正當性（例如源自暴力、專制之壓迫，或意外事件），則該慣習將被認為欠缺「合理性」要件。因此，如果慣習內容是偶發的，或是與普遍性正義概念相違背，也會被認為其缺「合理性」<sup>31</sup>。在前述 *Takamore* 案的前審級裡，法院就

<sup>21</sup> *Public Trustee v. Loasby* (1908) 27 NZLR 801 (SC), and subsequently, *Proprietors of Parininihi Ki Waitotara Block v. Ngaruahine Iwi Authority* [2004] 2 NZLR 201 (HC).

<sup>22</sup> *Takamore v. Clarke* [2011] NZCA 587, [2012] 1 NZLR 573.

<sup>23</sup> *Campbell v. Hall* (1774) 98 ER 848 (KB).

<sup>24</sup> M. D. Walters *The 'Golden Thread' of Continuity: Aboriginal Customs at Common Law and Under the Con-*

*stitution Act, 1982*, 44 McGill LJ 711, 721(1999).

<sup>25</sup> *Arani v Public Trustee of New Zealand* [1920] AC 198 (PC).

<sup>26</sup> *Halsbury's Laws of England* (4th ed, reissue, 1998) vol 12(1) at 609.

<sup>27</sup> *Id.*



認為如果系爭慣習與其他普通法之原則「合理相容 (reasonable to fit in and accommodate)」<sup>28</sup>，即可認定其具有「合理性」。

至於所謂違反「公序良俗與正義道德」，或違反實定法，亦不是指涉違反主流社會之最低限度道德，而是違反經過多元文化憲法共識所謀合的結論。此由南非 1996 年憲法僅規定「憲法及任何為該習慣法所制訂之特別立法」為適用習慣法之唯一限制，不使用一般選法規則所使用之「公序良俗」、「強行或禁止規定」等字眼，即可得知，此處所稱之憲法以及其後實定慣習之特別法，都是多元文化共識所接受之共同價值標準。

臺灣屏東地方法院民事判決 93 年度家訴字第 25 號判決，就是一個未能依上述「地方慣習」條件解釋與適用原住民族傳統慣習的例子，結果造成了適用規範與原住民族生活界價值的嚴重齟齬。在該案中，原被告均為排灣族原住民，原告主張兩造就系爭遺產應民法之應繼分比例分配並保持共有，被告則請求依所屬排灣族之傳統慣習由作為家族「扶桑(長嗣)」之自身繼承全部遺產，因為「繼承權之行使始於長嗣出生時即開始，長嗣為當然合法繼承所有家產者，其他餘嗣於婚後就離家分支出去；且長嗣之繼承，除繼承財產外，亦繼承「家長權」之權利義務、大頭目地位之傳承與原家血統之延續等重大使命，而由被告乙○○即為家族之頭目(即長嗣)，依前揭排灣族之習俗，繼承全部遺產」，惟法院仍逕以該長嗣繼承制與現行民法之應繼分規定不符，認定該慣習「於法無據，而難以採用」：「查我國民法關於遺產法定繼承順序已於同法第 1138 條定明為一、直系血親卑親屬，二、父母，三、兄弟姊妹，四、祖父母。另於同法第 1141 條亦明定同一順序之繼承人有數人時，按人數平均繼承，但法律另有規定者，不在此限。觀之上述規定可明本件被告抗辯，請求依據原住民排灣族之習俗，而為被繼承人遺產繼承之規範，與上述民法第 1 條規定揭示精神不符」，完全不考量兩造所屬排灣族原住民社群是否無法接受該慣習，或該慣習是否欠缺規範力，以評判應否以長嗣繼承之傳統慣習取代市民法而適用。

## 肆、「較現代的方法論」作為調和工具

不可否認，上述傳統慣習之要件，還是有相當比例受到主流規範價值的影響，例如時間上的「延續性」，以及規範內容之「確定性」，如此也造成不少原住民族之傳統慣習無法被承認為普通法的一部份，特別是那些長期被剝奪話語權的族群，常常因舉證困難而喪失適用傳統慣習之機會<sup>29</sup>。為了解決這個問題，紐西蘭法院近年來採取了轉型正義觀的解釋原則，加以調整：法院稱此方法為「較現代的方法論 (more modern approach)」，亦即在解釋上，儘量採取有利於地方習慣之適用的視角，包括解釋普通法時，應採擇地方習慣中蘊含的「文化考量 (cultural consideration)」，輔助判斷系爭慣習是否在時間上具「延續性」，或在規範內容上有「確定性」。如此，即使地方習慣在外觀上未能滿足合理性要件，仍可被實質適用於系爭案件中。

「較現代的方法論」是以被條約關係化的多元文化主義憲政秩序為基礎所發展出的方法論。其目的是促使普通法能承認原住民族文化之集體性質，以及配合轉型正義之政策「重力 (gravity)」，讓繫屬法院可以加入對「現在」時空下系爭族群集體決策結論之考量。至於在操作上，此一考量應以當事人之積極舉證為前提；當事人如果能夠以行動證明，相關族群確實可以透過這個「在文化上適當的程序 (culturally appropriate process)」，取得遵守系爭慣習之最大共識，以解決爭端，則雖然不完全符合客觀要件，該可能是被想像為過去存在的、甚至可能是被捏造出來的慣習，還是可以作為準據法。相對的，如果族群無法藉此形成共識，或是系爭社群不同意進行討論，則該習慣就不能被適用。總言之，「較現代的方法論」有助於將文化流變的因素導入慣習之內涵中，唯一的限制是，當系爭社群之多數成員堅守傳統慣習之原始內容或族群內部之權力關係而拒絕變動時，則此一工具將不會有作用<sup>30</sup>。

<sup>29</sup> 例如在臺灣台東地方法院 98 年訴字第 30 號判決中，原告雖主張依排灣族之傳統慣習，被繼承人在生前即與各繼承人約定分產協議，並以被繼承人生前無子嗣為其於系爭土地之地上權等用益物權的停止條件，最後還是因該傳統慣習舉證困難而不為法院所接受。臺灣花蓮地方法院 96 年簡上字第 32 號判決亦採相同的方法論（「本件上訴人雖主張原住民間之買賣契約應依原住民間之習慣為判斷依據云云，惟習慣僅於法律無明文規定時始有補充之效力，我國民法既已就買賣之意義及成立為明文規範，即無從如上訴人所述憑原住民間「習慣」認定之餘地，且上訴人亦未能舉證證明原住民（阿美族）買賣之習慣即為以物易物，本院自未能遽以採信。」）。

<sup>30</sup> L. Lincoln, *Takamore v Clarke: An Appropriate Ap-*

<sup>28</sup> *Clarke v Takamore* [2010] 2 NZLR 525 (HC) at 83.



以最高法院92年度台上字第2211號民事裁定及其原審級台灣高等法院92年度家上字第65號民事判決為例，對具原住民族身分之兩造是否成立婚約，法院因上訴人無法舉出具有合理性之傳統慣習，即逕以證人證述不利於上訴人之傳統慣習，套用於系爭情境（「依我們原住民習俗，訂婚一定會通知親戚，並殺豬請客，但都沒有…」）（原審卷第一宗第一一九頁），或「兩造沒有訂婚，依山地人習俗訂婚需要殺豬或請老人家講話，但什麼都沒有…」（原審卷第一宗第一一九頁），以及「上訴人亦自認被上訴人係原住民，依習俗男女在一起，要殺豬表示兩人訂婚，而被上訴人沒有殺豬（最高院卷第四四、五八頁）」，而不考量在集團性社會，決定婚約是否成立之自治主體，可能不限於締結婚約之個人，而是包括與婚姻關係之效果利害相關的個人所屬家族，或其他親屬團體，甚至可能包括依部落或族群規範有權力表達意思之其他成員，例如部落或家族之頭目、耆老。

如果該案判決能採用「較現代的方法論」，則上訴人自身即使無法有效舉證符合合理性要件之族群慣習（「上訴人亦自認被上訴人係原住民，依習俗男女在一起，要殺豬表示兩人訂婚，而被上訴人沒有殺豬（最高院卷第四四、五八頁）」），仍可請求法院允許其回溯調查形成、並繼續維護與適用系爭傳統習慣（以殺豬作為定婚之要式）之族群團體，對於該慣習之確實內容、適用條件與限制的現在認知，參考其所屬族群或部落、家族之全體性意思（而非僅少數報導人），證明其內容、適用範圍、適用條件與例外；並探知在現在時空下，該規範之解釋向度是否繼續「扣緊演進（cogent transition）」，以決定其確實具拘束力之成分。而不致如是僅將傳統慣習自社會情境中被抽釋、去脈絡化，而導引出「上訴人所屬族群訂婚一定要殺豬，因此沒有殺豬就沒有訂婚」之結論！

再以前述臺灣屏東地方法院民事判決93年度家訴字第25號判決為例，該案中原告雖主張應適用民法繼承比例分配遺產，但所請求分割的方法卻是保持比例共有，與被告主張適用排灣族之長嗣繼承制之結果，除繼承財產內部的分管權力外，並無二致。此時，法院就應該依「較現代的方法論」，考量其實兩造可以透排灣族之傳統慣習這個「在文化上適當的程序」，取得遵守系爭慣習

之「最大共識（雙方在繼承發生後，仍有意且依傳統慣習繼續維持被繼承之家產的完整性）」，判決適用傳統慣習，使長嗣繼承制成為促使雙方協商家產內部管理方法的槓桿，以獲致最有效率的判決。而不是逕行以市民法對於財產分割之通常認識解釋兩造分割遺產之要求，剝奪了雙方適用傳統慣習繼續協商之機會。

## 伍、個人之自主權與族群法域之文化整體性

另一個關於合理性的重要問題，是具族群身分之個人的自主權。個人雖具有族群之身分，但因特殊考量自主選擇不遵守該慣習，此時，是否可認為該慣習對個人欠缺適用之合理性？依普通法的方法論，如果慣習與「普通法之基礎（root of common law）」相違背，即被認為不合理。因此，吾人必須探究系爭慣習是否與普通法之基礎原理相違背，以評價其合理性。例如，倘若適用慣習之結果，將使個人依憲法所享有之自由與自主權受限制，是否即屬不合理？對此，紐西蘭之普通法實務上曾認為，如果個人並未在事實上明白選擇不遵守該慣習，如離開部落或族群生活圈，即不得認為慣習之適用違背個人自由與自主權而屬不合理<sup>31</sup>。

臺灣花蓮地方法院97年度家聲字第91號民事裁定，可以作為法院在適用傳統慣習時，必須盱衡承認個人價值選擇對所屬族群文化之整體影響的一個極佳借鏡<sup>32</sup>。該案中之聲請人，為具阿美族原住民身分之人，其要求變更為母姓之理由為生父死亡，而生母年邁，依其所屬之部落律法，若不變更為母姓，將因不符部落繼承律法而無法受贈保留地，致生不利其生活現況之影響。法院最後認定其聲請符合民法第1059條第5項所規定

<sup>31</sup> Takamore v Clarke [2011] NZCA 587, [2012] 1 NZLR 573.

<sup>32</sup> 同性質判決參閱：臺灣屏東地方法院102年家觀聲字132號裁定：「…按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。原住民身分法第4條第2項定有明文；經查，本件聲請人具排灣族之山地原住民身分，此有全戶戶籍資料查詢結果附卷可證（見本院卷第8頁），故如未成年子女甲○○、乙○○能變更具原住民身分之母即聲請人之姓氏時，除可取得原住民之身分，獲得原住民相關福利與補助，符合其生活現況，對其等亦較為有利，故聲請人之請求，核與前揭法律規定尚無不合，本件聲請為有理由，應予允許」。

*proach to the Recognition of Maori Custom in New Zealand Law?* 44 Vict. U. Wellington L. Rev. 141, 166 (2013).

之事實要件—「足認子女之姓氏對其有不利之影響」：「考量聲請人之生母為阿美族原住民，為尊重阿美族原住民之母系社會文化與其信仰，可認聲請人若變更為其母親之姓氏將對其較為有利，若保留原來姓氏對聲請人則顯然有不利之影響」，因此裁定准其變更姓氏為母姓。

然而，該案裁定書對民法1059條之演繹結果，等同於透過個人之選擇，確認在阿美族原住民社會中，子女若承父姓，將對其人格權（包括維繫其完整人格所需之成長或繼嗣、財產、名譽、自尊、親情互動）生「不利之影響」。如此概括的結論，明顯與聲請人所屬族群的全體性文化與價值系統具有高度關聯，更嚴重的是，聲請人並未離開部落生活圈。

其實，該案裁定書亦自承：「姓氏屬姓名權而為人格權之一部分，具有社會人格之可辯識性，除與身分安定及交易安全有關外，尚有家族制度之表徵」，因此始賦予父母選擇權。個人若欲加以變更，法院自應綜合原賦與親權之理由與情勢變更（如父母一方死亡而長期負擔扶養義務之一方有期待子女易姓之利益），並平衡個人選擇對目前所屬族群文化整體性之影響。阿美族原住民是否如法院所認定，全屬於母系社會，固容有討論空間，<sup>33</sup>惟原承父姓是否主要基於表徵家族制度所需，抑或有其他傳統律法考量？阿美族之社會價值與信仰對承父姓子女之全體性評價如何？承父姓子女之族群地位、利益之維護，是否因生父之死亡而變更？生父死亡即應變更為母姓是否為阿美族族群之生活現況？這些都是在作成裁判時，應該與個人自主權進行仔細對比之群體性考量。

## 陸、國際人權基準與傳統慣習之衝突

除了受上述普通法方法論之限制外，平行適用原住民族之傳統慣習還可能會受到來自國際人權法之挑戰，而其結論也可能因繫屬法院對系爭案件中個人權利與集體文化完整性之評量偏向，而有所不同。

國際人權法是建立在普世、抽象的共通價值

基準上的法律。其所揭示的權利內容如天賦尊嚴與平等地位，都是無分種族、膚色、性別、民族本源與社會階級得享有的一般性權利。但相對的，許多原住民族的傳統律法對權利之取得與行使，是以族群身分、階級甚至性別為條件，其目的在維繫族群文化與經濟生活之緊密完整性，以對抗普世價值與其所挾帶之市場聞名的侵蝕。換言之，其價值解釋體系是以族群為中心，例如對於平等權，即是以族群而非個人所能獲致之平等，作為衡量基準<sup>34</sup>。因此，當繫屬法院選擇有差別近用權利條件的族群法域作為準據法時，就必須面對該選擇是否違反「國際強行法（*jus cogens*）」而無效的問題<sup>35</sup>。

「美洲人權法院」在 *Lovelace v. Canada* 案判決中即認為<sup>36</sup>，原告所屬部落因其外婚非原住民族，而依部落律法剝奪其部落身分與權利，致使其喪失了近用族群文化與語言之機會，侵害了原告依「公民與政治國際權利盟約（ICCPR）」第27條應享有之權利<sup>37</sup>，部落律法應為無效。不過，相對的，在「奇多克告瑞典案」裁定中，聯合國「人權委員會」卻認為<sup>38</sup>，原住民族群體之文化續存利益，應高於其成員個人依ICCPR第27條應享有之個人權利<sup>39</sup>，從而認定原告所屬撒米族有權依其傳統慣習，剝奪原告畜養糜鹿群之權利，以確保撒米少數族群本身之福祉（「本案兩造均同意，為確保馴鹿畜養產業之未來，以及以畜養馴鹿為主要收入來源者之生計，必須建立有效管制之方法。瑞典政府選擇的方法，就是藉由1971年「馴鹿畜養法」，限制從事馴鹿畜養者之總數，求取經濟與環境保育之平衡，以安全確保薩米族之福祉；該法之目的與方法，和ICCPR第27條之規定並不相違」）。二判決之差異，其實並非對維護族群文化獨特性之優先利益有所質疑，而是因為前案之原告並未選擇離去部落生活圈，反而是試圖藉由

<sup>34</sup> J. S. Anaya, *Indigenous Peoples in International Law* (2d ed.) (2004), p. 97.

<sup>35</sup> 關於國際強行法，參閱：黃居正，《判例國際公法I》（2013），頁22-3。

<sup>36</sup> Sandra Lovelace v. Canada, Communication No. R.6/24, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/36/40) (1981).

<sup>37</sup> 「凡有種族、宗教或語言少數團體之國家，屬於此類少數團體之人，與團體中其他分子共同享受其固有文化、信奉躬行其固有宗教或使用其固有語言之權利，不得剝奪之。」

<sup>38</sup> *Kitok v. Sweden*, Communication No. 197/1985, U.N. Doc. A/43/40 (1988)，關於本案之事實，參閱黃居正，《判例國際公法II》（2016），頁141-4。

<sup>39</sup> *International Covenant on Civil and Political Rights*, Dec. 16, 1966, U.N.T.S. 171, art. 27/999.

<sup>33</sup> 可參閱：台灣總督副臨時台灣舊慣調查會，《番族慣習調查報告書》，第二卷，阿美族·卑南族，頁88（中央研究院民族學研究所，2000），以及行政院原住民族委員會，《原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制研究：阿美族、噶瑪蘭族、撒奇萊雅族》（蔡中涵等主持），頁42以下（2011年12月）。



主張個人人權重回部落生活，承認其個人權利，將有助於群體文化之維護，因此「美洲人權法院」會作成如此介入性的判斷結果<sup>40</sup>。

綜言之，如果否定傳統慣習之拘束力，將影響其所屬族群之獨特的生活方式與文化，則該慣習應優先於成員個人依國際人權法所享權利而被適用。採取此一解釋之理由，是為了保障在多元文化主義下，原住民族群藉由部落律法確定與區隔成員身分以自保之權利<sup>41</sup>。

可以預期，在台灣目前已開始施行ICCPR的情況下，未來前述情形會隨著台灣法院適用原住民族之傳統慣習為乙族群法域而發生。特別是當法院適用那些以世襲之社會性團體為其社群統治基礎的原住民族一如排灣族或魯凱族之傳統律法時，即可能發生當事人主張之平等權或言論自由，與部落慣習相衝突的情形（例如頭目可能拒絕平民穿著核心家庭成員始有權穿著的服裝或飾品<sup>42</sup>，或僅有頭目家族有權主張特定文化表現方式之傳統智慧創作專用權，如特定飾紋之琉璃珠<sup>43</sup>）。法院必須在實現普世價值與確保部落社群之社會組織與文化完整性二者間，尋求最適當的平衡。

## 柒、傳統慣習程序規則之稀薄與其解決方法

另外一個與屬人法衝突相關的問題，就是連接因素的內容與選擇方法。在普通法的實踐中，若兩造均為形成系爭慣習之社群的成員，則其共同身分可能被視為最適當之連接因素。但是如果僅有一造具社群身分，或另一造屬於其他社群之成員，則法院多半無法逕行適用該慣習<sup>44</sup>。此時，

判斷連接因素是否適當，並非單純借自國際私法之推理邏輯（即連接因素不存在），而係導引自前述對慣習之合理性的評量。這當然與原住民族傳統慣習規範體系本身欠缺完整與系統化的程序性規則有關。在此情形下，對於連接因素之選擇，被等同於一種判斷當事人與準據規則間是否具有「文化上關聯性（cultural relations）」的程序。普通法院多半倚賴專家證人對適用該習慣法對當事人之文化意義的評價，決定是否加以適用。例如英國樞密院在 *Mullick v Mullick* 案判決中<sup>45</sup>，即以習慣法之適用對象的福祉與快樂等文化敏感表徵，作為指示規範適用之連接因素：「規範主體的利益與義務，是在其權力範圍內確保受治理人民之福祉，（當應適用之）宗教感情不受尊重時，沒有人民會感到高興…」，不適用系爭傳統慣習，「非但將傷害過世之頭目之遺屬，且必然將傷害相當大比例該族群之成員。」此時，族群法域便因法院對文化敏感表徵之評量結果，而與系爭事件適當連結。

以前述臺灣南投地方法院 101 年度婚字第 24 號家事判決為例，在該案中，賽德克族傳統律法就婚姻關係成立要件之規定，被視為乙族群法域，與市民法之婚姻要件規定平行被適用。此由判決所引證人證詞，以其是否依賽德克族之傳統律法認知系爭殺豬行為等同於公開結婚之儀式，可以得見：「證人徐建忠、徐治德證稱兩造有於 93 年間殺豬，並分送豬肉予親友，眾人均知悉兩造結婚，亦證被告所辯兩造有於 93 年間因結婚而殺豬之主張為真實」；相對的，兩造或與宴者是否依市民親屬法之要件認定其具有舉行結婚儀式之意義（「兩造當時未穿著傳統服飾，未一同敬酒，現場無喜宴佈置，客人自行取食物食用…」），則因非適用法，在所不論。而該判決之所以選定賽德克族傳統慣習作為判斷系爭婚姻關係是否成立的準據法，則是因為兩造均為賽德克族人，具有該法域所屬族群之身分。該共同身分就是指示適用賽德克族傳統慣習最適當的連接因素：「兩造為賽德克族，倘兩造有舉行殺豬之儀式，可認兩造有依該族之習俗舉行公開結婚儀式」。

南投地院上述判決藉由闡明權，引導當事人所屬族群成員舉證台灣原住民族族群法域之存在，絕對是一個值得肯定的嘗試。不過與日後所有適用台灣原住民族普通法為私法律關係之準據法的訴訟相同，法院必須面臨傳統慣習中程序規則空洞化所造成的以下困題：設若本案兩造中有

<sup>40</sup> S. James Anaya, *International Human Rights and Indigenous Peoples: The Move Toward the Multicultural State*, 21 *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 13, 22 (2004).

<sup>41</sup> S. Sloan, *Accommodation and Rectification: A Dual Approach to Indigenous Peoples in International Law*, 51 *Colum. J. Transnat'l L.* 739, 768 (2013).

<sup>42</sup> 台灣總督副臨時台灣舊慣調查會，《番族慣習調查報告書》，第五卷，排灣族，第四冊，頁 13（中央研究院民族學研究所，2004），以及行政院原住民族委員會，《原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制研究：排灣族及雅美族個案》（高德義等主持），頁 30 以下（2008 年 12 月）。

<sup>43</sup> 黃居正，《傳統智慧創作與特殊權利—評析「原住民族傳統智慧創作保護條例」》，〈台灣原住民研究季刊〉第三卷第四期，頁 11-46，2010 年 12 月（冬季號）。

<sup>44</sup> *Public Trustee v Loasby* (1908) 27 NZLR 806 (SC).

<sup>45</sup> *Mullick v Mullick* (1829) 1 Knapp 245 at 247.



一位為漢人或其他族屬之台灣原住民族人，甚至為外國人，則其適當之屬人法連接因素為何？又台灣目前有16個法定原住民族，是否每個原住民族之傳統身分律法均應被定性為與市民屬人法相衝突之準據法域，或均以原住民身分為排他適用該法域之連接因素？另外，當各族之準據法原則相衝突時，應如何選擇適用？

具體的事例如臺灣高雄地方法院97年度簡上字第226號民事判決。該判決認為花蓮縣布農族上訴人(男方)於訂婚宴後，載高雄縣布農族被上訴人(女方)返回花蓮途中，遭被上訴人哥哥攔下，表明伊沒事先知會女方家屬說要離開女方家便將被上訴人帶走，違反了訂婚後女方家屬應陪同前往之約定，因此認定上訴人違反兩造間有關訂婚後女方家屬應陪同前往之約定在先，則上訴人主張被上訴人竟下車隨女方家屬離去，為可歸責於被上訴人之重大事由，始當場解除婚約云云，即屬無據。判決選擇適用布農族原住民之傳統律法，作為判斷婚約是否違反之準據法，並未深究所謂的「布農族原住民」作為一個為國族國家所後設的族群單位，是否即可代表一個完整的族群法域單位，亦或其中仍存在有次級規範體系間的衝突—例如布農族的5個社、甚至是同社中不同的氏族家庭所遵循的傳統規範。以本案來說，高雄縣之布農族部落與南投縣或花蓮縣的布農族部落，其所遵循之傳統律法之內容是否有所差異、變異？判決中所引證布農族人之陳述，其實已經說明了這種可能的變異：「依高雄縣布農族習俗，女方家屬會陪同至男方家，而基於關心小孩，有跟男方(上訴人)談到訂婚當天女方家屬要陪同被上訴人至男方(上訴人)家裡，且約定由女方(被上訴人)的母親、二哥一起跟著過去」；「花蓮縣的布農族於訂婚儀式結束後，女方就要到男方家去，有時女方的家屬也有陪同至男方家，但有時沒有陪同，並不一定，要看男女雙方當時的約定。」若兩縣布農族之婚俗慣習內容不一，究應依男方之身分所指示之族群法域作裁判，還是有其他適當之選擇？

如前所述，由於習慣法體系所欲實現者，多屬平均的正義或以回復社群和諧為目的，因此其程序性規範之密度異常稀薄，適用族群法域為準據法之選法規則，以及指定準據法之連接因素等本質上屬於程序性規則的習慣法，幾乎不可見。即使是如目前行政院原住民族委員會已投入鉅資，委託專家學者調查製作「原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制」研究，且部

分判決已加以引用，不過，既有成果之內容，幾乎沒有涵蓋任何程序性規則。此時，欲實現「習慣法體系近用權」，法院未必須透過市民法選法規則中之最適關聯說，進行類推解釋，而造成對傳統慣習之割裂性適用<sup>46</sup>。況且慣於遵行準據法一般確定式裡硬性規則的台灣法院，並未如採取個別確定式的美國法院般，已累積足夠判斷屬人法衝突中以部落利益為中心之最適關聯經驗<sup>47</sup>。

在欠缺成文選法規則下，法院其實可以參酌上述普通法的選法方法論，將連接因素之確立，即通常所謂的「定性(characterization)」程序本身，等同為判斷「文化上關聯性」之程序，進而指示準據慣習之適用。前舉南投地院依最高法院70年台上字第713號判決要旨認為，如果系爭宴客係為表達兩造結為夫婦之意義而舉行，而該意義又為與宴者所瞭解，則無論有無世俗所謂拜天地拜高堂乃至進洞房等節目之進行，應均不失為公開之結婚儀式。對此一「瞭解」，則轉引證同族證人證述，間接呈現族人對傳統律法之認同與信賴：「伊(女方母親)認為結婚就是要請客，男方要給女方殺豬，但他們沒有請客、殺豬，兩造之子1歲多時，原告說已經辦好結婚登記，但伊認為仍應請客、殺豬」、「兩造為了結婚有殺豬、送豬，當天伊在原告家幫忙殺豬，…兩造未特別打扮，殺了2頭豬，女方爸媽有來，部落的人大約來了4、50位，都知道兩造結婚，豬肉先分解再分給鄰居、親友，然後分一頭豬給女方家」，其實就是一種連結系爭事件與準據慣習間「文化上關聯性」的陳述。

另外，在確立連接因素過程中導入「文化上關聯性」判斷，還可以避免因傳統慣習程序法之稀薄，而剝奪原住民族應享有之程序利益如審級保護。在前舉最高法院92年度台上字第2211號民事裁定中，最高法院在完全未探究原審級適用傳統慣習之解釋方法是否正確之前，即逕行認為「原審係綜合被上訴人所立同意書內容、證人證言及兩造未依原住民訂婚習俗殺豬宴客等情，認定兩造未訂立婚約，非以殺豬宴客為婚約成立之要件，…原審未…行使闡明權，亦無違背法令可言…」，依據民事訴訟法第467條、第470條第二

<sup>46</sup> 割裂性適用的例子如前述台灣花蓮地方法院96年度簡上字第32號民事判決，逕類推適用涉外法之選法規則：「習慣是法律之判決要素之一，若兩造皆係原住民，應依習慣為之」。

<sup>47</sup> Z. D. Clopton, *Extraterritoriality and Extranationality: A Comparative Study*, 23 Duke J. Comp. & Int'l L. 217, 257 (2013).

項，「對於第二審判決上訴，非以其違背法令為理由，不得為之。又提起上訴，上訴狀內應記載上訴理由，表明原判決所違背之法令及其具體內容，暨依訴訟資料合於該違背法令之具體事實」從而認定上訴不合法。若最高法院不能在確立連接因素等程序中，即導入「文化上關聯性」判斷，提前探知前審對傳統慣習之錯誤解釋，則多數就原住民族傳統慣習之適用方法有爭執之訴訟，均將因前審判決「無違背法令可言」，而無法合法上訴至該審級，從而剝奪當事人之程序利益。

## 捌、結語

適用原住民族之傳統慣習作為民事訴訟之準據法，是維護原住民族「習慣法體系近用權」的必要條件。僅在既有司法體系中設置以熟識原住民族事務或對原住民族較為友善法官組成之專股或專庭，或僅將原住民族之傳統慣習視為乙不完整的、補充性的法源加以適用，都不能自詡為已實現了「習慣法體系近用權」。台灣司法機關在基本法實施前後的實踐，已經說明了即使沒有制定或修改現行法，民事訴訟繫屬法院還是可以藉由行使闡明權，協助兩造舉證傳統慣習之內容與適用方法，從而確立可以平行取代市民法之原住民族習慣法體系。不過，要建立體系化的原住民族普通法以供有效適用，法院仍須認知原住民族傳統慣習是一種「完整的法」，不應任意割裂適用或與市民法混用，也必須充實對原住民族傳統慣習文本之理解，採取有利於維繫社群之完整性的視角，熟視傳統慣習中所蘊含的「文化考量」，以正確面對其規範內容與個人自主權之衝突，並有效解決因其程序性規則稀薄所造成的適用困難。

## 參考文獻

- Ahrén, M., *Indigenous Peoples' Culture, Customs, And Traditions And Customary Law - The Saami People's Perspective*, 21 *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 63, 102 (2004).
- Anaya, J. S., *Indigenous Peoples in International Law* (2d ed.) (2004).
- Anaya, J. S., *International Human Rights and Indigenous Peoples: The Move Toward the Multicultural State*, 21 *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 13, 22 (2004).
- Benda-Beckmann, F. V. & Benda-Beckmann, K. V., *The Dynamics of Change and Continuity in Plu-*

- ral Legal Orders*, 53-54 *J. Legal Pluralism & Unofficial L.* 1, 14 (2006).
- Bennett, T. W., *Legal Pluralism and the Family in South Africa: Lessons from Customary Law Reform*, 25 *Emory Int'l L. Rev.* 1029, 1035 (2011).
- Clopton, Z. D., *Extraterritoriality and Extranationality: A Comparative Study*, 23 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 217, 257 (2013).
- Connolly, B., *Non-State Justice Systems and The State: Proposals for a Recognition Typology*, 38 *Conn. L. Rev.* 239, 242 (2005).
- Griffiths, J., *What is Legal Pluralism?*, 24 *J. Legal Pluralism & Unofficial L.* 1, 3 (1986).
- Hooker, M. B., *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws* (1975).
- Lerner, N., *Religious and Legal Pluralism in Comparative Theoretical Perspective*, 25 *Emory Int'l L. Rev.* 829, 846 (2011).
- Lincoln, L., *Takamore v Clarke: An Appropriate Approach to the Recognition of Maori Custom in New Zealand Law?* 44 *Vict. U. Wellington L. Rev.* 141, 166 (2013).
- Menski, W., *Comparative Law in a Global Context* (2d ed.) (2006).
- Merry, S. E., *Legal Pluralism*, 22 *Law & Soc'y Rev.* 869, 870 (1988).
- Perry, R., *Balancing Rights or Building Rights? Reconciling the Right to Use Customary Systems of Law with Competing Human Rights in Pursuit of Indigenous Sovereignty*, 24 *Harv. Hum. Rts. J.* 71, 78 (2011).
- Sloan, S., *Accommodation and Rectification: A Dual Approach to Indigenous Peoples in International Law*, 51 *Colum. J. Transnat'l L.* 739, 768 (2013).
- Twining, W., *Normative and Legal Pluralism: A Global Perspective*, 20 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 473, 510 (2010).
- Walters, M. D., *The 'Golden Thread' of Continuity: Aboriginal Customs at Common Law and Under the Constitution Act, 1982*, 44 *McGill L J* 711, 721 (1999).
- 林三元 (2013)。〈原住民族專業法庭之意義與未來展望〉，《原教界》，第53期，頁11。
- 黃居正 (2009)。〈憲法解釋與原住民權利〉，收錄於廖福特 (編)《憲法解釋之理論與實務》第六輯，頁429-465。臺北：中央研究院法律學

研究所。

黃居正(2010)。《傳統智慧創作與特殊權利—評析「原住民族傳統智慧創作保護條例」》，〈台灣原住民研究季刊〉第三卷第四期，頁11-

46。

黃居正(2013)。《判例國際公法I》，臺北：作者。  
黃居正(2016)。《判例國際公法II》，臺北：臺灣本土法學雜誌。



# 原住民族傳統領域權之確認： 從加拿大最高法院 Tsilhqot'in 案出發

林三元\*

## 摘要

土地是延續原住民族命脈的基礎，而傳統領域 (Aboriginal title) 的範圍，不僅是原住民族重要生計活動空間，更是傳承民族文化的根本。原住民族在其傳統領域進行各項活動，除了得以維繫族群命脈之外，更展現了原住民與大自然的互動關係，進而形成原住民族文化的重要內涵。但是，隨著新移民挾帶強大的經濟與文化力量，逐步滲入原住民族傳統領域，伴隨而來的是原住民族生命力之萎縮。換言之，從 18 世紀以來的移民活動，不斷擴展的資本主義資源掠奪以及文化打壓，使得原住民族面臨重大的困境，而其中最根本的問題，乃在於原住民族失去其傳統領域。

加拿大最高法院 (Supreme Court of Canada, SCC) 於 2014 年 6 月 26 日，在 *Tsilhqot'in Nation v British Columbia* 一案，做出具有時代意義的重要判決，其中除了肯認原住民族對土地的管理權之外，更進一步宣示原住民族傳統領域的存在。加拿大最高法院在該案所表示的意見，引起廣泛的討論，因為「尊重原住民族傳統」與「開發土地資源」的利益權衡，正在天平的兩端擺盪。

我國原住民族委員會為因應未來傳統領域劃設作業，委託學者進行「原住民族傳統領域土地調查」計畫，並陸續公開調查成果，未來亦計畫建置圖資查詢系統。此種由官方進行的調查報告，雖具有相當之意義與價值，然而，在相關法律制度無法配合修正之情形下，對原住民族而言，再多的調查報告也只是「望梅止渴」而已！

從實踐的層面而言，加拿大原住民族如何透過司法訴訟程序取回傳統領域？加拿大最高法院為何肯認原住民族傳統領域之存在？均有可供我國借鏡之處。當然，不同的文化背景有其相異的社會脈絡，無論加拿大最高法院判決如何值得參考，吾人仍應從我國原住民族傳統習俗文化的觀點思考，進一步發展出屬於本土的傳統領域判斷標準。因此，本文將藉由加拿大最高法院 *Tsilhqot'in* 案件之判決分析，嘗試提出可供我國關於原住民族傳統領域爭議之思考觀點。

本文認為，傳統領域乃原住民族生存發展之根本，基於尊重原住民族主體性之觀點，確定傳統領域範圍，係為保障原住民族合法權益的憲法價值。在國家法制無法全面配合修正之前，司法機關如能從憲法層次思考此一議題，展現尊重多元文化的立場，或許是一條通往原住民族傳統領域之可能路徑！

關鍵詞：傳統領域、Tsilhqot'in、原住民、原住民族、加拿大最高法院

## 壹、前言

殖民主義自 15 世紀開始盛行於歐洲各國。至於為何出現殖民主義，發展成為帝國主義，學者不外乎經由政治、經濟、社會結構及文化等幾個角度，討論其原因。其中最容易解釋歐洲出現殖民主義之原因，乃因工業革命加速資本累積，歐洲各國經濟活動日趨熱絡之後，面臨社會轉型的壓力，某些國家即開始向外擴張，除了藉此取得特殊經濟作物或商品（例如白銀、香料及絲綢）

之外，更進一步將機器所取代之剩餘人力，積極在海外建立殖民地，甚至直接在海外設立準政府 (Quasi-government) 機構，英國在印度設立之東印度公司即是最好的例子。由此可見，經濟發達是近代殖民主義出現的共同特徵<sup>1</sup>！

崛起之歐洲經濟強權，為了在域外確保其市場及原料，透過政治手段及對當地文化壓抑之方式進行殖民統治，而其中蘊含的「白種人負擔」(Whiteman's burden) 的文化優越思維，迫使殖民地之原住民族遭遇空前的劫難。加拿大最高法院

\* 臺灣臺中地方法院法官，交通大學科技法律學院、中興大學法律學系兼任助理教授。

<sup>1</sup> 周惠民 (1994)，〈殖民主義與民族主義之互動——以愛爾蘭、朝鮮半島及台灣地區 基礎之比較〉，《國立政治大學歷史學報》，11 期，頁 189-190。

院長Beverley McLachlin於2015年5月28日的一場演講，即曾公開表示，加拿大政府透過實施「印地安住宿學校」(Indian residential schools)之方式，將原住民兒童帶離原生家庭，企圖消滅原住民族語言及文化，對加拿大原住民族而言，加拿大政府所犯下的錯誤，猶如「文化屠殺」(cultural genocide)<sup>2</sup>。

殖民政府的強制入侵，除了對當地原住民族文化造成衝擊之外，更掠奪了原住民族賴以為生的土地！而土地是延續原住民族命脈的基礎，傳統領域(Aboriginal title)的範圍，不僅是原住民族賴以為生的活動空間，更是傳承民族文化的根本。原住民族在其傳統領域進行各項活動，除了得以維繫族群命脈之外，更展現了原住民族與大自然的互動關係，進而形成原住民族文化的重要內涵。但是，隨著新移民挾帶強大的經濟與文化力量，逐步滲入原住民族傳統領域，伴隨而來的是原住民族生命力的萎縮。換言之，從18世紀以來的移民活動，不斷擴展的資本主義資源掠奪以及文化打壓，使得原住民族面臨重大的困境，而其中最根本的問題，乃在於原住民族失去其傳統領域。

時至今日，世界各國的原住民族雖極力爭取回復其傳統領域。但因其中涉及複雜的政治、經濟關係，始終難以找到妥適的處理方式。加拿大最高法院於2014年6月26日，在*Tsilhqot'in Nation v British Columbia*<sup>3</sup>一案，做出具有時代意義的重要判決，此判決是加拿大法院，首次表示原住民保留地以外之範圍，亦屬原住民族傳統領域。其中除了肯認原住民族對土地的管理權之外，更進一步宣示原住民族傳統領域的存在。從實踐的層面而言，加拿大原住民如何透過司法訴訟程序取回傳統領域？加拿大最高法院為何肯認原住民族傳統領域之存在？均有可供我國借鏡之處。

因此，本文將藉由加拿大最高法院*Tsilhqot'in*案件之判決分析，嘗試提出可供我國關於原住民族傳統領域爭議之思考觀點。本文認為，傳統領

域乃原住民族生存發展之根本，基於尊重原住民族主體性之觀點，應肯認原住民族對於傳統領域之管理權，係與國家法制立於平行的地位，在此議題上，國家主權理應退讓；再者，確定傳統領域範圍，係為保障原住民族合法權益的憲法價值，在國家法制無法全面配合修正之前，司法機關如能從憲法層次思考此一議題，展現尊重多元文化的立場，或許是一條通往原住民族傳統領域之可能路徑！

## 貳、故事的脈絡

關於加拿大原住民族如何失去對傳統領域的自主掌控權，可以從歐洲殖民的歷史中耙梳其脈絡。但從法律的觀點而言，歐洲殖民者，如何「正當化」其等佔領原住民族土地，乃殖民者無可迴避的問題。此外，原住民族如何回復失去的領域，曾經努力嘗試的路徑有哪些？都是值得探討的問題。

以下將先論述殖民者如何以法律工具佔領原住民族土地，再以*Tsilhqot'in*案為例，敘述原住民族努力回復傳統領域的歷程。

### 一、殖民者的說法

歐洲殖民者遠渡重洋到達美洲大陸之後，為了佔領原住民族土地，必須取得其正當性之論述，而「不平等條約」及「無主地理論」、「發現理論」，係殖民者佔領原住民族土地的重要法律工具。但從另一個角度觀察，原住民族就成為歐洲殖民者「合法取得土地」的受害者了<sup>4</sup>！

首先，在不平等條約方面，1763年「巴黎條約」(*Treaty of Paris, 1763*)為英國殖民者在北美取得統治地位，提供了法律基礎。1763的巴黎條約，結束了法國、西班牙與英國之間的七年戰爭。依據該條約的內容，法國放棄在北美地區的領地，對英國而言，此條約的簽訂，可以有效終止英國在北美地區殖民地，可能遭受的任何外國軍事威脅<sup>5</sup>。而英國國王喬治三世也隨即在1763年

<sup>2</sup> 該次演講內容之全文請參閱：Beverley McLachlin, *Reconciling Unity and Diversity in the Modern Era: Tolerance and Intolerance*, Remarks of the Rt. Hon. Beverley McLachlin, P.C. Chief Justice of Canada at the Aga Khan Museum (May. 28, 2015) (transcript available at <http://aptn.ca/news/2015/05/29/canadas-top-judge-says-country-committed-cultural-genocide-indigenous-peoples/> (last visited Mar. 21, 2016)).

<sup>3</sup> *Tsilhqot'in Nation v British Columbia*, [2014] 2 S.C.R. 256, 2014 SCC 44(Can.).

<sup>4</sup> 梁崇民(2008)，〈加拿大對於少數人權之保障——原住民土地權個案分析〉，施正鋒、謝若蘭等編，《加拿大原住民的土地權實踐》，頁57、60，花蓮：國立東華大學原住民族學院。

<sup>5</sup> 關於1763年巴黎條約之內容及敘述，請參見：U.S. Department of State, Office of the Historian, *Treaty of Paris, 1763*, <https://history.state.gov/milestones/1750-1775/treaty-of-paris> (last visited Mar. 23, 2016).

頒佈「皇家宣言」(Royal Proclamation, 1763)，此宣言為歐洲殖民者，得以在北美原住民族領域內屯墾，提出了相關準則，而更重要的是，依據該宣言，喬治三世可以取得北美土地的所有權。然言，皇家宣言亦強調，原住民族傳統領域仍可繼續存在，除非因為條約而放棄(ceded by treaty)<sup>6</sup>。由此可見，英國皇室雖係透過簽訂條約的方式取得原住民族土地，但其等簽訂之條約是否合理、公平，才是真正的問題所在。我們可以想見，當時北美原住民族對英國法律的理解及認知，必然與英國王室之間存在重大的鴻溝。因此，原住民族在不瞭解條約內容所建立的權利義務的情形下，形成了「自願放棄自我主權而臣服於英國殖民主權」的錯誤理解，也就不令人意外了<sup>7</sup>。

其次，在「發現理論」與「無主地原則」部分，可以透過1823年 *Johnson v. M'Intosh*<sup>8</sup> 一案加以說明。本案原告 Johnson 於1775年由印地安人 Piankeshaw 處受讓取得一筆土地，Johnson 表示其擁有土地之所有權。而被告 M'Intosh 則抗辯稱，其係在1818年從美國政府受讓取得同一筆土地，當然取得該筆土地的所有權。伊利諾州地方法院判決認為土地所有權應歸被告 M'Intosh 所有，原告不服提起上訴，最後美國最高法院仍維持一審之判決，認為土地所有權歸被告所有。而美國最高法院大法官 John Marshall 在本案即認為，美國政府對轉讓給被告 M'Intosh 之系爭土地擁有排他權利(exclusive right)，且印地安人 Piankeshaw 只是占有(occupancy)該筆土地，其轉讓給原告之後，原告當然無法取得土地所有權。大法官 John Marshall 在該案中提出之法律意見書即認為，美國政府對於土地的絕對權利，來自於英國政府，而英國政府的絕對權利來自於「發現理論」，亦即，「文明」國家(英國)對其所「發現」的「無主地」擁有排他的權利。由此可見，「發現理論」與「無主地原則」都是殖民國家用以遂行其殖民政策之工具，顯見其忽略原住民族早已在傳統領域生活之事實，其不合理之處，無庸贅言。

<sup>6</sup> See Borrows, John. *Wampum at Niagara: The Royal Proclamation, Canadian Legal History, and Self-Government*, in *Aboriginal and Treaty Rights in Canada: Essays on Law, Equality, and Respect for Difference* 155, 155-72 (Michael Asch ed., 1998).

<sup>7</sup> 蔡志偉(2008)，〈加拿大法制中的原住民族土地權格〉，施正鋒、謝若蘭等編，《加拿大原住民族的土地權實踐》，頁103-104，花蓮：國立東華大學原住民族學院。

<sup>8</sup> *Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. 543, 8 Wheat. 543, 5 L.Ed. 681 (1823).

## 二、Tsilhqot'in 的悲歌

依據加拿大1982年憲政法案之規定，加拿大原住民族包含 Indian、Inuit 以及 Métis<sup>9</sup>。其中不屬於 Inuit 及 Métis 之原住民族又稱為「First Nation」(第一民族)，組成了「Assembly of First Nations」(第一民族議會)，目前共有634個認可的組織，約有半數均位在安大略省(Ontario)及英屬哥倫比亞省(British Columbia, 簡稱 B.C., 中文翻譯有稱英屬哥倫比亞，有稱不列顛哥倫比亞，亦有稱卑詩，本文以下稱英屬哥倫比亞)<sup>10</sup>，而 Tsilhqot'in 即係位於英屬哥倫比亞省的第一民族。應加以說明的是，因為 Indian 一詞可能帶有歧視的意味，1970年之後，逐漸以「First Nation」取代之，但是 First Nation 一詞並無法律上的定義<sup>11</sup>。

Tsilhqot'in 部落位於英屬哥倫比亞省，是以狩獵與漁獲為生的半游牧民族(semi-nomadic)。1860年代的淘金熱潮，許多歐洲人來到英屬哥倫比亞省，而為了進入金礦區，當時一位政治人物，同時也是作家、商人及鐵路建造者 Alfred Waddington，倡議開設一條通過 Tsilhqot'in 領域到達礦區的道路<sup>12</sup>。1862年，英屬哥倫比亞地區的許多原住民族部落，爆發天花流行病，就在同一年，Waddington 開始遊說各方，希望可以闢建一條穿越 Tsilhqot'in 領域，足供馬車通行的道路，後來經過當時土地及勞工委員會的同意而開始建造。修建道路工程進行到1864年時，進入 Tsilhqot'in 之領域，但是當時並未取得部落的同意，雙方產生了敵對的立場，其中一名修築工人威脅 Tsilhqot'in 如果不同意修建道路，可能爆發另一次天花流行病。嗣後雙方又發生更多的對立事件，Tsilhqot'in 並在自己的領域內畫出界線，不准道路通過部落土地。1864年4月，在 Tsilhqot'in

<sup>9</sup> “In this Act, “aboriginal peoples of Canada” includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada.”. *Constitution Acts, 1867 to 1982* §§35(2) (Can.), available at <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/CONST/page-16.html#h-52> (last visited Mar. 23, 2016).

<sup>10</sup> See Assembly of First Nation, *Description of AFN*, <http://www.afn.ca/en/about-afn/description-of-the-afn> (last visited, Mar. 23 2016).

<sup>11</sup> See Indigenous and Northern Affairs Canada, *First Nations*, <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/eng/1100100013791/1100100013795> (last visited Mar. 23, 2016).

<sup>12</sup> See W. Kaye Lamb, *WADDINGTON, ALFRED PENDERELL*, in 10 *Dictionary of Canadian Biography*, available at [http://www.biographi.ca/en/bio/waddington\\_alfred\\_penderell\\_10E.html](http://www.biographi.ca/en/bio/waddington_alfred_penderell_10E.html) (last visited Mar. 24, 2016).



的領袖Klatsassin的帶領之下發動戰爭，除了造成19名工人死亡外，也將非原住民者，趕離Tsilhqot'in之領域。這是在英屬哥倫比亞歷史上，唯一一次原住民能夠短暫成功地，將非原住民趕離他們的領域<sup>13</sup>。

1864年8月，Klatsassin與其他Tsilhqot'in的戰士一起進入歐洲移民者營地，隨後即被逮捕及受審，從Tsilhqot'in族人強調Klatsassin並未投降，而是前去參加和平會議，應該享有類似「外交豁免」(diplomatic immunity)的權利。但Klatsassin及其族人仍被判決有罪，並於1864年10月26日執行死刑。Klatsassin's最後的遺言說：我們的意思是戰爭而非謀殺<sup>14</sup>！

因為政府的上述錯誤行為，英屬哥倫比亞省除了由檢察長出面對Tsilhqot'in族人表達歉意。政府並於1999年為該歷史傷痛事件立碑，對捍衛自己傳統領域與生活方式，抵抗入侵行為的Tsilhqot'in族人表達敬意。而在處死Klatsassin及其族人之事件經過150年後，英屬哥倫比亞省省長Christy Clark於2014年10月23日議會開議期間，公開表達對於Klatsassin及其族人之歉意，並且表示他們並不是罪犯，也沒有違反任何法律規定，他們是為了捍衛自己的土地及族人而參與一場領土爭議會議的戰士與領袖，該事件對Klatsassin及其族人是極大的不正義！Tsilhqot'in族人雖已成功爭取他們應有的權利，但是1864戰爭所帶來的傷痛，依舊難以撫平<sup>15</sup>。

<sup>13</sup> See Edward Sleight Hewlett, KLATSASSIN, in 9 Dictionary of Canadian Biography 2003, available at [http://www.biographi.ca/en/bio/klatsassin\\_9E.html](http://www.biographi.ca/en/bio/klatsassin_9E.html) (last visited Mar. 23, 2016).

<sup>14</sup> See Sean Carleton, "We Meant War Not Murder": A Punk Rock History of Klatsassin and the Tsilhqot'in War of 1864, activehistory.ca, <http://activehistory.ca/2014/10/we-meant-war-not-murder-a-punk-rock-history-of-klatsassin-and-the-tsilhqotin-war-of-1864/> (last visited Mar. 25, 2016).

<sup>15</sup> 英屬哥倫比亞省省長部分聲明內容如下：“Today we acknowledge that these chiefs were not criminals and that they were not outlaws. They were warriors, they were leaders, and they were engaged in a territorial dispute to defend their lands and their peoples. Their descendants continue to reside on and care for those territories, and they do it with the same commitment to their lands and their culture that their forebears showed. The Tsilhqot'in continue to assert their right and their responsibility to govern those lands. Despite every success that they have had, the pain of 1864 has never receded. Madame Speaker, I stand here today in this Legislature, 150 years later, to say that the province of British Columbia is profoundly sorry for the wrongful arrest, trial and hanging of the six chiefs and

由上述經過可知，Tsilhqot'in與歐洲殖民者接觸的過程，充滿了悲劇性的結果。即便族人逐步爭取屬於他們的權利，但許多偉大生命逝去的傷痛，依舊迴盪在歷史的長廊！

## 參、從戰場到法庭

從歐洲移民進入Tsilhqot'in傳統領域之後，在接觸的初期，族人們不惜以發動戰爭的方式捍衛領土。而在歐洲政權建立之後，殖民者以「合法」的方式繼續佔領Tsilhqot'in傳統領域，族人們捍衛領土的策略，也就從戰場轉移到法庭了。但是，即便是透過訴訟的方式回復原有權利，對加拿大原住民族而言，依舊是一場漫長的戰爭。

### 一、訴訟之最後手段性

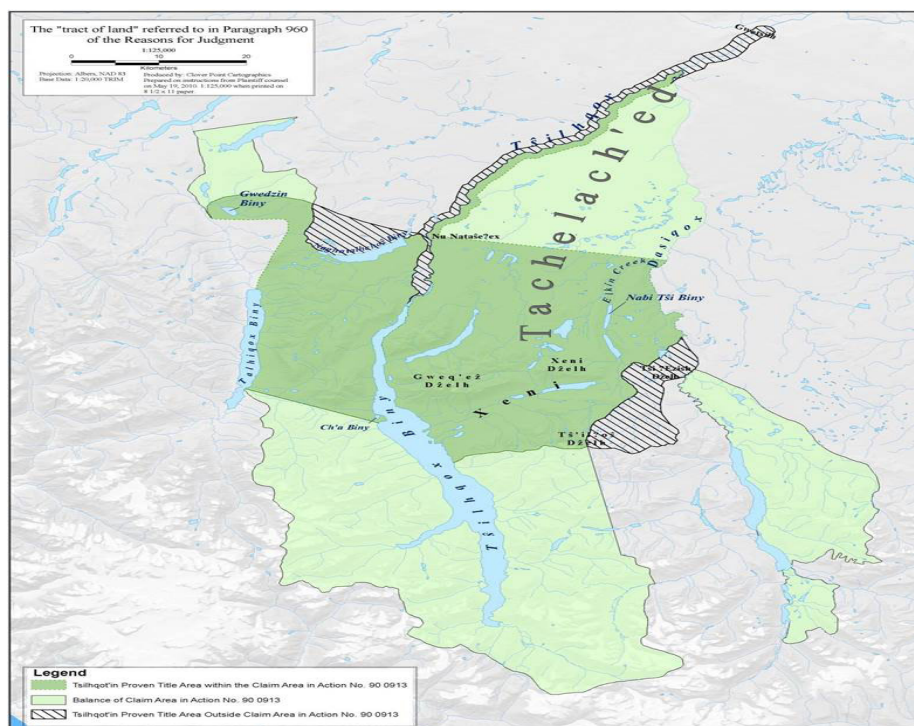
對於Tsilhqot'in傳統領域內的資源掠奪，從19世紀的淘金熱逐漸轉移到森林資源的劫取。而本案的背景事實，就是從1983年Carrier Lumber公司取得在Tsilhqot'in傳統領域內進行工業伐木的執照開始。

如同淘金時期的交通需要，該公司為了使載運木材的卡車到達伐木地點，計畫建造跨越Tsilhqot'in River的橋樑，Tsilhqot'in領袖及耆老們為了反對該橋樑工程及阻止繼續伐木，在該處設立了阻隔設施。因為族人的反對及採取阻隔措施，政府機關代表與Tsilhqot'in的領袖，舉行了協調磋商會議。在會議中，政府承諾，除非獲得Tsilhqot'in族人之同意，伐木公司不會繼續在傳統領域內進行伐木<sup>16</sup>。

儘管有上述政府的承諾，但伐木執照仍持續核發，相關公司在取得執照之後，即可能繼續在Tsilhqot'in的傳統領域砍伐森林。族人也因此意識到，如果沒有進行訴訟程序，傳統領域及領域內的資源仍舊會繼續流失。因此，對Tsilhqot'in而言，選擇以訴訟方式捍衛土地、文化，除了是一種防禦行動之外，從策略上而言，更是為了族群

for the many wrongs inflicted by past governments.” See British Columbia, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly*, 3d Sess., 40th Parl. 4180 (Hansard Oct. 23, 2014) [hereinafter *Debates of the Legislative Assembly*], available at <https://www.leg.bc.ca/content/hansard/40th3rd/20141023am-hansard-v16n2.htm> (last visited Mar. 25, 2016).

<sup>16</sup> See *Carrier Lumber Ltd. v British Columbia* (1999), 47 B.L.R. (2d) 50, [1999] B.C.J. No. 1812 (B.C.S.C.) at para. 111.



之生存而戰<sup>17</sup>！換言之，如果可以透過磋商方式達到捍衛領土的目的，Tsilhqot'in即沒有必要提起訴訟，因為採取訴訟的手段曠日費時，必須投入大量的成本，顯然是不得已而採行之最後手段。1992年，以Roger William為Tsilhqot'in Nation以及XeniGwet'in First Nations之代表人，針對上開林木公司在該族群傳統領域內進行之開發計畫提起訴訟，主張如上圖所示<sup>18</sup>，面積超過4,380 km<sup>2</sup>之土地，係屬原告之傳統領域，政府核准在系爭土地上進行林木開發計畫，已侵害原告之權利。而這場訴訟歷時20幾年，一直到2014年6月26日，加拿大最高法院以無異議的方式，肯認系爭土地為Tsilhqot'in之傳統領域，一場捍衛民族生存的戰爭，總算告一段落！

應先加以說明的是，加拿大形式上為君主立憲之國家，屬於大英國協之一員，然實際上係三權分立的民主國家。加拿大憲法為該國的最高法律，在1867年通過的憲法法案，區分了聯邦政府與省政府的權力。加拿大各省均有自己的法院，而加拿大最高法院則是全國的終審法院，其法院組織如下圖所示<sup>19</sup>。以本案為例，經英屬哥倫比

亞省高等裁判法院 (superior court，法院名稱為：British Columbia Supreme Court) 判決之後，可上訴至英屬哥倫比亞省上訴法院 (British Columbia Court of Appeal)，上訴法院判決之後，得再上訴至加拿大最高法院 (Supreme Court of Canada, SCC)。

## 二、上訴法院之見解

Tsilhqot'in主張屬於其傳統領域之土地，面積達438,000公頃，範圍均在英屬哥倫比亞省。而在訴訟進行期間，不論是省政府或聯邦政府，均反對系爭土地屬於Tsilhqot'in之傳統領域。

經過多年訴訟 (從2002年11月18日至2007年4月11日)，英屬哥倫比亞省高等裁判法院 (British Columbia Supreme Court<sup>20</sup>) 於2007年11月

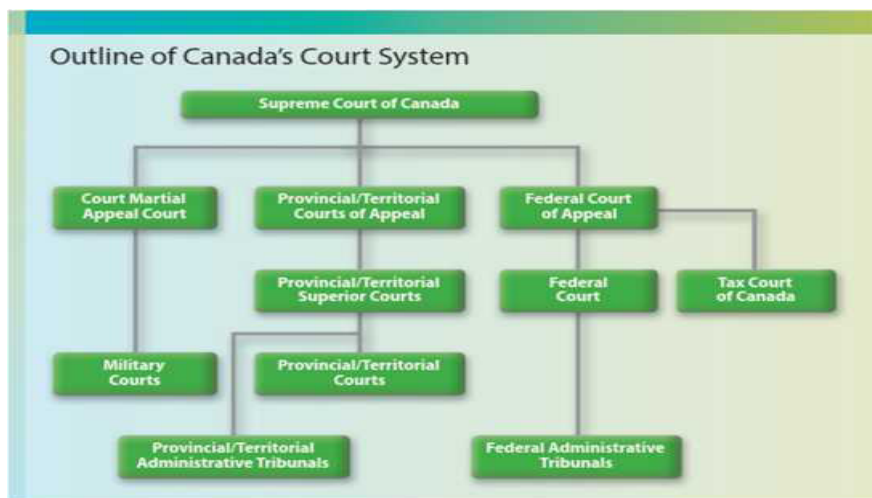
System4 (2015), available at <http://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/ccs-ajc/pdf/courten.pdf> (last visited Mar. 29, 2016).

<sup>20</sup> 該法院之名稱雖為「Supreme Court」，但並非「最高法院」，而係英屬哥倫比亞省之高等裁判法院 (superior trial court)。其受理之案件為該省初審法院判決後之上訴案件，類型包括民、刑案件。當事人對於高等裁判法院之判決不服，可以上訴到該省之上訴法院 (Court of Appeal)。請參見：The Court of British Columbia, <http://www.courts.gov.bc.ca/index.aspx> (last visited Mar. 29, 2016); Department of Justice Canada, Canada's Court System 4 (2015), available at <http://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/ccs-ajc/pdf/courten.pdf> (last visited Mar. 29, 2016).

<sup>17</sup> David M Rosenberg & Jack Woodward, *The Tsilhqot'in Case: The Recognition and Affirmation of Aboriginal Title in Canada*, 48 U.B.C. L. REV. 943, 950 (2015).

<sup>18</sup> *Tsilhqot'in Nation v British Columbia*, [2014] 2 S.C.R.256, 2014 SCC 44, appendix (Can.).

<sup>19</sup> See Department of Justice Canada, Canada's Court



判決結果認為，Tsilhqot'in 在系爭土地上享有狩獵、誘捕、交易獵物及捕捉與使用野生馬匹等屬於原住民族之權利。高等裁判法院進一步表示，系爭土地約百分之四十的範圍，屬於 Tsilhqot'in 之傳統領域，因為在 1864 年歐洲移民建立主權之前，Tsilhqot'in 族人已占有使用該土地，用以維繫他們的社群及文化，系爭土地部分範圍，自屬該族群之傳統領域<sup>21</sup>。

高等裁判法院判決之後，兩造均提起上訴。英屬哥倫比亞省上訴法院 (British Columbia Court of Appeal) 於 2012 年 6 月 27 日之判決結果，推翻了高等裁判法院關於肯認 Tsilhqot'in 傳統領域的判決。而在本案例中，上訴法院對於高等裁判法院認定 Tsilhqot'in 在系爭土地範圍內，享有狩獵、誘捕等原住民族權利，均表示同意。但是，上訴法院認為，Tsilhqot'in 無法主張系爭土地均屬於該族之傳統領域，除非其可主張該族群之傳統領域係以特地區域為基礎 (site-specific basis)，且在該特定區域內有排他使用之事實，例如：聚落、屯墾之土地，或者是用以狩獵、漁獲、集會及祭儀之場域。在符合這些情況下，才能認定該特土地屬於原住民族之傳統領域<sup>22</sup>。由此可見，上訴法院認為在本案例中，如何判斷系爭土地是否屬於原住民族之傳統領域，其重點並非依據原住民族主張之「領域範圍」，而是該土地是否屬於原住民排他使用的「特定區域」。

上訴法院認為原告主張系爭土地屬於該族群之傳統領域，顯然是基於「領域範圍」的概念。

因為原告之主要論述如下：原告於不同之時間，在系爭土地之不同地點居住；並在系爭土地之不同地點狩獵、漁獲及誘捕獵物；此外，隨著季節的變化，原告在系爭土地範圍內遷徙。正因為原告上開主張，上訴法院指出，原告在 1864 年歐洲移民政權建立前，並未排他占有系爭土地之特定區域。原告自無法主張系爭土地為該族群之傳統領域<sup>23</sup>。

總而言之，1997 年加拿大最高法院在 Delgamuukw 案判決，雖然肯認了傳統領域亦屬原住民族之法律上權利<sup>24</sup>。但是，在英屬哥倫比亞省，原告如欲主張系爭地屬於該族群之傳統領域，仍然必須證明在 1864 年歐洲移民政權建立之前，該族群在系爭土地之特定區域內，已持續地排他占有使用。

原告對於上訴法院之判決結果，當然無法接受，甚至抨擊該判決對原住民族傳統領域而言是一種歧視性的見解，判決所持之理由，漠視了原住民族對於土地利用的傳統。因為，Tsilhqot'in 是一個半游牧民族，對於土地的利用有其傳統規律，法院應該尊重該族群有決定土地及土地資源如何利用的權利，如此才能彰顯傳統領域作為一種原住民族集體權利的價值<sup>25</sup>！

案件上訴至加拿大最高法院之後，兩造唯一之爭點即在於「傳統領域」如何認定。可以想見，加拿大最高法院判決結果，對於原住民族傳統領域之爭議，必然產生深遠之影響。而加拿大

<sup>21</sup> Tsilhqot'in Nation v. British Columbia, 2007 BCSC 1700.

<sup>22</sup> William v. British Columbia, 2012 BCCA 285, at para. 230.

<sup>23</sup> *Id.* at para. 231.

<sup>24</sup> Delgamuukw v British Columbia, [1997] 3 S.C.R.1010. (S.C.C.).

<sup>25</sup> Melanie Riccobene Jarboe, *Collective Rights to Indigenous Land in Carciere v. Salazar*, 30 B.C. Third World L.J. 395, 414-15 (2010).



政府為了還原印地安寄宿學校 (Indian Residential School) 對原住民造成的影響以及撫平歷史傷痛，成立了真相與和解委員會 (Truth and Reconciliation Commission of Canada)<sup>26</sup> 之後，Tsilhqot'in 希望透過上訴程序，呼籲最高法院能夠以司法判決，終結長期以來國家對原住民族傳統領域之歧視性見解，並且提供回復原住民族傳統領域的基礎，讓國家與原住民族之間，找到真實與持續的和解起點<sup>27</sup>！

### 三、最高法院判決之立場

英屬哥倫比亞省上訴法院判決之後，Tsilhqot'in 對該判決提起上訴。而加拿大最高法院受理該案之後，必須處理之爭點為「原住民族傳統領域，在法律上之判斷準則為何」？2014年6月26日加拿大最高法院以全體無異議之判決，認為系爭土地屬於 Tsilhqot'in 族群之傳統領域<sup>28</sup>。

該判決由最高法院首席大法官 Beverley McLachlin 負責撰寫，判決理由強調，討論原住民族傳統領域判斷標準中，有關「占領」(occupation) 的概念，必須從不同族群的文化脈絡中加以理解。而 Tshilhqot'in 是一個半游牧的族群，對於占領的意義，也必須依據該族群長期運行的慣習及對土地的利用方式加以解釋<sup>29</sup>。應特別加以說明的是，最高法院雖然強調對於利用土地之概念如何解釋，應尊重原住民族傳統慣習與文化，但是最高法院並非改變在 Delgamuukw 一案，對於認定原住民族傳統領域的判斷標準<sup>30</sup>。

最高法院強調對於原住民族如何使用土地，必須予以尊重，而 Tshilhqot'in 是一個半游牧的族群，該族群與土地的關係，自與其他民族不

同。因此，上訴法院強調必須以特地區域為基礎 (site-specific basis)，且在該特定區域內有排他使用之事實，才能認定屬於該族群之傳統領域，對於半游牧民族而言，顯然有所不當。換言之，上訴法院所認定的事實 (Tshilhqot'in 屬半游牧民族，在系爭土地上進行狩獵、誘捕等活動)，並非爭議的重點。真正的問題在於，基於這樣的事實認定，能否認為系爭土地屬於 Tshilhqot'in 之傳統領域？上訴法院所提出之「特定區域」排他占有的理論，顯然沒有獲得最高法院的支持<sup>31</sup>。

最高法院除否定上訴法院對於原住民族傳統領域的判斷標準之外，更進一步就原住民族傳統領域與國家法律之關係，提出了具有創見的看法。首先，最高法院強調，在法院判決認定特定土地屬於原住民族傳統領域之前，政府利用該土地之前，必須基於誠信原則徵詢 (consult) 該族群之意見，以符合該族群之最佳利益。至於徵詢之方式為何，必須考量對該族群可能造成之不利益程度，而有不同之層次的要求。政府如未盡到徵詢該族群之責任，原住民族自可以透過請求法院核發禁制令、請求損害賠償等方式，要求政府進行徵詢原住民族意見之程序<sup>32</sup>。其次，最高法院認為，在法院認定特定土地範圍屬於原住民族傳統領域之後，政府在進行土地開發之前，必須得到該族群之同意 (consent)。政府如未獲得原住民族之同意，即不得進行土地開發，除非政府可以依據 1982 年憲法法案第 35 條之規定，正當化利用土地之行為<sup>33</sup>。

是以，在具體個案實際運作之結果，政府具有光譜一般的責任。在原住民族主張特定土地為傳統領域，然未經法院認可的階段，政府必須基於誠信原則及符合原住民族利益之考量，徵詢該族群之意見。且隨著該族群主張權利之強度不斷增加，對於政府徵詢族群意見的要求，也必須相對應地提升。例如：在法院可能認定系爭土地屬於原住民族傳統領域之前，政府必須採取有利於該族群之措施，一直到最後的結果出現。而當法院認定系爭土地屬於原住民族之傳統領域時，政府在得到該族群同意之前，不得在系爭土地上進行任何開發，除非政府可以根據 1982 年憲法法案第 35 條，免除其徵詢原住民族同意之責任，並正當化其利用土地之行為<sup>34</sup>。

<sup>26</sup> 關於該委員會之簡介之調查內容，請參見：Truth and Reconciliation Commission of Canada, <http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/index.php?p=3> (last visited, Mar. 30, 2016).

<sup>27</sup> Nadia Ferrara, *Reconciling and Rehumanizing Indigenous-Settler Relations: An Applied Anthropological Perspective* 47 (2015).

<sup>28</sup> *Tsilhqot'in Nation v British Columbia*, [2014] 2 S.C.R.256, 2014 SCC 44, para 2, 59, 153, 374(Can.).

<sup>29</sup> *Tsilhqot'in Nation v British Columbia*, [2014] 2 S.C.R.256, 2014 SCC 44, para 24, 29, 37, 41.

<sup>30</sup> McLachlin 大法官在判決理由中，仍援引 Delgamuukw 案關於認定原住民族傳統領域的三個判斷：首先，該土地必須在國家主權建立之前，已在原住民族佔領中。其次，原住民族目前對於土地之佔領，已證明是基於在國家主權建立前之佔領，且目前仍持續佔領中。最後，該佔領必須是持續地排他狀態。*Tsilhqot'in Nation v British Columbia*, [2014] 2 S.C.R.256, 2014 SCC 44, para 26 (Can.).

<sup>31</sup> Rosenberg & Woodward, *supra* note 17, at 957.

<sup>32</sup> *Tsilhqot'in Nation v British Columbia*, [2014] 2 S.C.R.256, 2014 SCC 44, 89.

<sup>33</sup> *Tsilhqot'in Nation v British Columbia*, [2014] 2 S.C.R.256, 2014 SCC 44, para 24, 29, 37, 90.

<sup>34</sup> *Tsilhqot'in Nation v British Columbia*, [2014] 2

最後，一旦原住民族之傳統領域已獲確認，政府必須依據既存事實，重新評估先前之作為，藉此誠實地履行政府責任。例如，假使政府在傳統領域確認前，未經原住民族之同意而開始進行某項計畫，而計畫亦對原住民族構成不合理的侵害，則根據已確認之傳統領域範圍，該項計畫或許應被要求取消。同樣地，在傳統領域經確認前，業經立法機關制定之法案，如果對原住民族傳統領域，構成不合理的侵害，該法案將來亦應停止施行<sup>35</sup>。

相較於司法機關向來均已「既存權利狀態」作為紛爭解決之前提，上述加拿大最高法院針對原住民族傳統領域之判決理由，顯然具有開創性之見解。因為法院是依據傳統領域經法院確認「前」及確認「後」之不同情狀，說明行政機關及立法機關之因應作為<sup>36</sup>。換言之，在最高法院認定系爭土地屬於Tsilhqot'in傳統領域之前，既有權利人已長期占有、使用該土地，應如何調整變動之後的權利狀態？行政機關及立法機關應如何提出對應之政策與法案？最高法院均在判決理由中提出說明。在面對原住民族傳統領域與既有權利狀態衝突的個案中，此判決確實可以提供許多思考的起點！

## 肆、Tsilhqot'in案之省思

如前所述，加拿大最高法院以全體大法官無異議之方式，就原本非屬原住民保留地之範圍，判決肯認系爭土地亦屬原住民族傳統領域。其中最困難之處在於如何調整變動既有之權利狀態，而此部分也是回復原住民族傳統領域最棘手的議題。

從上述加拿大最高法院判決出發，本文嘗試從「時間界線」、「國家主權」、「司法權」等面向，提出以下觀察，作為我國回復原住民傳統領域，如何調整法制狀態之參考。

### 一、跨越時間界線的傳統領域

在國家主權建立之前，原住民族早已長期占有、使用傳統領域。但是當現代政府依據其訂定的財產法制，重新宣示對於土地所有權的定義，原住民族自不因此喪失其對於傳統領域的管領

權，因為原住民族與殖民主權首次接觸時，對既存的傳統領域歸屬，係透過雙方締結之條約，劃定權利界線。此種方式係將「原住民財產權」與「市民法」之時序合而為一，賦予憲法上之規範基礎，學者稱之為「非線型組織憲政體制」<sup>37</sup>。換言之，在承認原住民族傳統領域與國家財產權法制雙軌併行的概念下，原住民族傳統領域並未因國家主權建立之後隨即消失。甚至應該認為原住民族對於傳統領域之管領權，係與國家法制「同時」、「繼續」地存在。也因為原住民族從未失去對於傳統領域之管領權，當原住民族透過締結條約、修改憲法、制定法律或法院判決等方式，要求重新劃定傳統領域範圍，自屬實踐當代尊重多元文化的人權思維，應予以肯認。

聯合國於2007年9月13日經第107次全體會議通過了「原住民族權利宣言(United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples)」<sup>38</sup>。該宣言第8條第2項C款規定：各國應提供有效機制，以防止和糾正：任何旨在或實際上剝奪他們土地、領土或資源的行動。」；第26條規定：「原住民族對他們歷來擁有、佔有或以其他方式使用或獲得的土地、領土和資源擁有權利。原住民族有權擁有、使用、開發和控制因他們歷來擁有或其他的歷來佔有或使用而持有的土地、領土和資源，以及他們以其他方式獲得的土地、領土和資源。各國應在法律上承認和保護這些土地、領土和資源。這種承認應充分尊重有關原住民族的習俗、傳統和土地所有權制度。」；第27條規定：「各國應與有關原住民族共同制定和執行公平、獨立、公正、開放和透明的程序，充分承認原住民族的法律、傳統、習俗和土地所有權制度，以便承認和裁定原住民族對其土地、領土和資源，包括對他們歷來擁有或以其他方式佔有或使用的土地、領土和資源的權利。原住民族應有權參與這一制訂程序。」；第28條規定：「在未事先獲得原住民族自由知情同意的情况下，而被沒收、奪走、佔有、使用或破壞他們歷來擁有或以其他方式佔有或使用的土地、領土和資源，原住民族有權要求補償；補償的辦法可包括歸還原物，或在無法這樣做時，給予公正、合理和公平的賠償。

S.C.R.256, 2014 SCC 44, 91.

<sup>35</sup> Tsilhqot'in Nation v British Columbia, [2014] 2 S.C.R.256, 2014 SCC 44, 92.

<sup>36</sup> Rosenberg & Woodward, *supra* note 17, at 959.

<sup>37</sup> 黃居正(2009)，〈憲法解釋與原住民權利〉，廖福特主編，《憲法解釋之理論與實務第六輯(下)》，頁435-437，臺北：中央研究院法律學研究所。

<sup>38</sup> See Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Declaration on the rights of indigenous peoples*, <http://www.ohchr.org/EN/Issues/IPeoples/Pages/Declaration.aspx> (last visited Apr. 5, 2016).



除非有關民族另外自由同意，賠償的方式應為品質、面積和法律地位相等的土地、領土和資源，或貨幣賠償或其他適當補償。」由上開宣言內容亦可得知，即使國家法律體系未明定原住民族得以回復其傳統領域，亦即國家法律未明白肯認原住民族對於土地之管領權，司法機關基於上開宣言之精神，亦可論證原住民族對於傳統領域之主權，並未因國家主權之建立而消失<sup>39</sup>。相反地，原住民族對於傳統領域的主權，顯係跨越國家主權建立的時間界線，迄今繼續存在，國家法制無權逕予剝奪，更應予以尊重<sup>40</sup>。

以加拿大最高法院在 Tsilhqot'in 案之判決為例，法院在判決理由中特別說明，在肯認系爭土地屬於該族群之傳統領域前，國家主權仍應尊重原住民族對於土地之管理權，在進行土地開發計畫時，必須徵詢原住民族之意見。對 Tsilhqot'in 族群而言，其對傳統領域之主權，既未因 1864 年歐洲移民政權建立後隨之消失。則該族群自可繼續主張系爭土地屬於該族群之傳統領域。反觀我國關於原住民族傳統領域之爭議，向來討論之內容，似乎仍以「傳統領域範圍」為主。例如：中央研究院民族學研究所於 2005 年，依據李亦園院士於 1983 年所出版的「山地行政政策之研究與評估報告書」為基礎，進行「台灣原住民社會變遷與政策評估研究計畫」，並於 2008 年 5 月發表研究報告，另於 2010 年出版「台灣原住民政策變遷與社會發展」專書，該書共分為 12 個章，其中第 9 章為「原住民族傳統領域問題分析與建議」，該研究係「透過深入之田野研究與問卷調查，探討當代台灣原住民族對於其傳統領域之所有權歸屬與使用權行使所面臨的主要問題，同時對於這些問題提出相關之政策建議。<sup>41</sup>」，該研究除指出原住民族傳統領域政策問題外，亦提出 7 點具體建議，其中第 5 點為「全面性的檢視與修改現行法令中，與原住民土地及資源所有權和使用權相關法令產生衝突之條文，使得過去幾年來修訂的原住民法律政策不再窒礙難行。」；第 6 點為「尤其，現行『國家公園法』應盡速參酌國際如加拿大與澳洲原住民與國家共同管理國家公園的案例，並考量台灣之特殊性進行修法。本計畫強調，位於

原住民族傳統領域內的國家公園需以朝向原住民族與國家共同管理之方向為主要修法內涵，落實原住民族傳統領域內資源永續利用及參與經營管理之原則。至於共同管理之方式，宜由原民會與內政部營建署共同推動，國家公園所在地鄰近之原住民族代表以及國家公園管理機構與學者專家代表組成最高權責之『共同管理委員會』，現行之國家公園管理處則負責實際業務之執行。<sup>42</sup>」。觀察上開中研院關於台灣原住民族傳統領域問題所提出之政策建議，仍是以國家法為論述中心，而提出「儘速修法」、「借用外國法經驗」等觀點。然加拿大最高法院在 Tsilhqot'in 案，則是肯認原住民族對於傳統領域之主權，並未隨著國家主權之建立而消失，原住民主權與國家主權是「繼續」、「同時」存在。故「傳統領域」是原住民族跨越時間界線的主權展現，加拿大最高法院在 Tsilhqot'in 案所提出之見解，值得作為我國後續相關研究之參考！

## 二、理應退讓的國家主權

如前所述，歐洲殖民者遠渡重洋到達美洲大陸之後，為了佔領原住民土地，必須取得其正當性之論述，而「不平等條約」及「無主地理論」、「發現理論」，變成為殖民者佔領原住民土地的重要法律工具。但從另一個角度觀察，原住民就成為歐洲殖民者「合法取得土地」的受害者。再者，國家主權建立之後，對於土地之權利義務關係，依據國家法律重新分配的結果，原本狩獵的場域，可能變成礦區，向來誘捕野生動物的森林，或許成為國家公園。原住民族不僅失去對於土地的所有權，甚至連如何使用土地之權能亦隨之喪失。但是，對原住民族而言，最為艱辛的道路是如何回到傳統領域！

從 1864 年 Tsilhqot'in 戰爭開始，一直到 1992 年提起訴訟，國家一直站在與原住民族對抗的立場。在國際人權思維高漲，多元文化日益受到尊重之後，國家雖然不斷以各種優惠措施，彌補過去對原住民族所造成的傷害。然而，國家如果能透過其他方式與原住民族進行協商，必定可以降低對抗原住民族所耗費的成本，對國家及原住民族而言，才能朝向效益極大化的目標邁進。申言之，以戰爭或訴訟的方式解決紛爭，都是權利義務關係對立之兩造為前提，兩造在爭執過程中，經常會落入「追求正義，不計代價」的思維中。但是，寇斯定理 (Coase theorem) 告訴我們，當

<sup>39</sup> 學者即提出可以依據聯合國原住民族權利宣言之架構，在國家法制中設計原住民族集體權之規範型態。Jarboe, *supra* note 25, at 414-15。

<sup>40</sup> Jarboe, *supra* note 25, at 398。

<sup>41</sup> 紀駿傑、陽美花 (2010)，〈原住民族傳統領域問題分析與建議〉，黃樹民、章英華主編，《臺灣原住民政策變遷與社會發展》，頁 466，臺北：中央研究院民族學研究所。

<sup>42</sup> 同前註，頁 489。



交易成本為零的時候，不管財產權如何分配，都會是有效率的<sup>43</sup>！換言之，當交易成本不斷提高時，財產權配置的效率，亦將隨之遞減。因此，國家應當思考的是，如何降低回復原住民族權利（包括傳統領域）的相關成本。

舉例而言，加拿大第一民族議會及其他原住民團體，認為加拿大聯邦政府對於原住民保留區兒童所提供的福利，顯然低於其他地區兒童，此項施政作為係違反兒童最佳利益原則（the best interest of the child），因此依據加拿大人權法案第5條（section 5 of the Canadian Human Rights Act, the CHRA）之規定，向加拿大人權法院（Canadian Human Rights Tribunal）提出訴訟，要求聯邦政府在資助兒童福利服務方面，不得歧視在原住民保留區的兒童。加拿大人權法院在歷經了9年的調查審理之後，於2016年1月26日之判決結果認為，加拿大聯邦政府在兒童福利及家庭照護的施政上，確實有歧視原住民兒童之情形，法院要求加拿大政府應立即停止歧視性的政策，並且應該加以改進<sup>44</sup>。此一判決結果雖然是有利於原住民兒童福利，但是加拿大政府在長達9年的訴訟過程中，耗費了許多的國家資源，而這些資源的耗損，竟是為了「對抗原住民」！

由此可見，政府如果為了維持既有法秩序的穩定，忽略回復原住民族應有權利之重要性，必然會投入相當的資源進行相關訴訟。如果政府採取這樣態度面對原住民族，猶如訴訟上不肯讓步協商的對造，進而促使交易成本高漲，也不令人意外了。再者，從原住民族的立場而言，如果政府不願意協商讓步，必須透過訴訟方式解決傳統領域之爭議。因為原住民族係提起訴訟之原告，在程序上必須耗費時間、金錢，收集、分析相關土地使用之歷史、文化資料，否則無法證明系爭土地屬於原住民族之傳統領域，這無疑地又增加了更多的交易成本<sup>45</sup>！因此，加拿大 Simon Fraser University 社區經濟發展（Community Economic Development）學程中教授原住民經濟學（Indigenomics）課程，同時也是提供政府諮詢意見的學者 Carol Anne Hilton 即認為，加拿大政府應該減少

在法庭上對抗原住民的支付，並將此部分資源用以提升原住民族相關權益<sup>46</sup>。

台灣原住民族歷經多個殖民政權，而不同的殖民政權，透過相異的手段與方法，剝奪原住民族對於土地的管領權利。再加上殖民政權以國家法律進行土地管制，導致原住民族與土地關係的改變，嚴重影響原住民族生存與文化延續。當政府開始思考如何回復原住民族相關權利之際，承認原住民族主權存在，且國家主權應適度退讓，應該是協商的起點，也唯有如此，才能降低雙方的交易成本，達到效率極大化的目的。正如同加拿大最高法院在 Tsilhqot'in 案所表示的一樣，原住民族並未因國家主權之建立，而失去對於傳統領域之管領權。相反地，即使傳統領域之範圍，未經法院判決認定，但政府必須本於誠信原則，基於維護原住民族之最大利益，就具體土地開發案件，徵詢原住民族之意見，而這正是國家主權適度退讓的最佳範例。

應加以強調的是，從尊重多元文化的立場出發，國家在處理與原住民族有關之議題時，必須放棄「文化優位」的立場，不能再抱持著過去，以「文明」征服「文化」思維，而應該基於「文化」平等的態度，糾正過去的不正義<sup>47</sup>。從這個角度而言，也可以將國家主權的退讓，理解尊重多元文化，為原住民族建構公平正義的法制環境！

### 三、司法權之自我反思

民主國家司法權的設計目的為何，容有不同的見地。我國憲法第七章係關於司法權之設計，其中第80條規定：「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。」因此，「依法審判」也就成為審判機關在具體個案中進行裁判的圭臬。

依法審判原則，不僅是依據客觀規範定紛止爭，亦能避免裁判者濫權，甚至侵害人民權益，

<sup>43</sup> 關於寇斯定理及相關議題之討論，請參見：簡資修（2012），〈寇斯的法律經濟學〉，《臺灣法學雜誌》，191期，頁80-85。

<sup>44</sup> 2016 CHRT 2.

<sup>45</sup> 正因為訴訟成本不斷提高，當事人（原住民族）為了參與訴訟支出相關勞力、時間、費用，即可能造成更多的不公平，法律所追求的目的亦難達成。Neil K. Komisar, *Law's Limits: Rule of Law and the supply and demand of Rights*, 37-38 (2001).

<sup>46</sup> Kristy Kirkup, *Canada should spend less fighting Aboriginal Peoples in court: economic advise*, The Canadian Press (Mar. 29, 2016), available at <http://www.cbc.ca/news/aboriginal/canada-should-spend-less-fighting-aboriginal-peoples-1.3511391> (last visited Apr. 4, 2016).

<sup>47</sup> 學者曾以西方文化基於自我優越的地位，從18世紀開始進入夏威夷部落，並與部落文化及組織產生互動之後，進而以西方法律制度取代夏威夷傳統權力體系，深刻描述法律與文化的關連。而透過殖民方式傳遞西方文化所出現的文化不平等現象，亟待我們以尊重多元文化的態度加以調整。See: Sally Engle Merry, *Law, Culture, and Cultural Appropriation*, 10 Yale J. L. & Human. 575, 583, 600 (1998).

此在民主法治國家自屬應然之理。但是，目前國家法律尚未將原住民族集體權納入規範體系之內，實難期待司法機關接受原住民族對於傳統領域之管理權與國家財產權法制，係屬雙軌併行的概念。然而，上開加拿大最高法院在 Tsilhqot'in 案則已明白表示，原住民族傳統領域並未因國家主權建立之後隨即消失，亦即認為原住民族對於傳統領域之管領權，係與國家法制「同時」、「繼續」地存在。正因為原住民族從未失去對於傳統領域之管領權，當原住民族透過締結條約、修改憲法、制定法律或法院判決等方式，要求重新劃定傳統領域範圍，自屬實踐當代尊重多元文化的人權思維。

由此可知，司法機關在審理原住民族集體權相關案件時，應思考所謂「依法裁判」，所稱之「法」，不僅是指「國家法」，亦應含括「部落法」（原住民族傳統規範）。換言之，原住民族集體權利的概念，與現行國家法係基於個人主義的立法精神，有其本質上的差異。司法機關如何透過「法律的文化解釋」（cultural interpretation of law），調和其中的差異，雖屬不易，但仍是無法規避的問題<sup>48</sup>。總之，在不違反「依法裁判」的憲法精神下，納入「部落法」的思維，更能體現保護原住民族權益，並糾正過去不正義所產生的謬誤。

例如：在櫟木案更（一）審判決理由中，法院即明白表示：「森林法第 15 條第 4 項後段規定：原住民族依其生活慣俗需要，在原住民族傳統領域土地，採取森林產物，其採取之區域、種類、時期、無償、有償及其他應遵行事項之管理規則，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之；惟依行政院農業委員會林務局上述函覆可知，迄今中央主管機關尚未會同中央原住民族主管機關訂定管理規則，致使原住民族依其生活慣俗需要，如何在原住民族傳統領域土地採取森林產物，並無明文程序可遵循。……亦即第 3 項所稱之『處分規則』，與第 3 項所稱之『管理規則』，應分別訂定；行政院農業委員會林務局亦函覆，現無明文適用或準用『國有林林產物處分規則』之命令。從而，被告三人上揭行為，自不適用或

準用國有林林產物處分規則，須向管理機關「專案申請」核准之規定；但亦不能因上開管理規則尚未訂定即遽認被告三人之行為應科以森林法之罪責。<sup>49</sup>」。

又如，部落族人辦理政府委託業務，因未依規定製作核銷憑證，檢察官認為係涉犯貪污治罪條例罪嫌而提起公訴，地方法院審理後亦認為，被告二人係共同連續受公務機關委託承辦公務之人，侵占公有財物，於 94 年 11 月 25 日各處有期徒刑 10 年 6 月 50。案件經過將近 9 年的審理，最高法院於 103 年 3 月 26 日判決被告二人無罪，判決理由係認為：「法律是社會生活的產物，執法人員自須體察社會脈動，秉持立法精神和整體法律秩序理念，與時俱進，法律生命於焉豐富而有活力，司法裁判（含檢察官之處分）因此適於社會正義，符合人民法律感情，刑事訴訟法第二條第一項關於『實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意』之客觀性義務規定，亦得藉此具體展現。世界各原住民族多處偏遠地區，接觸、利用現代物質、經濟、科技、教育等資源之機會，相對缺乏，形成弱勢族群，乃不爭之實情，我國參酌聯合國之『原住民族權利宣言』草案（按業於西元二〇〇七年九月十三日正式通過，現已非草案），早於民國九十一年十月十九日，由當時之陳水扁總統以國家元首身分，正式和台灣原住民族代表簽訂『原住民族與台灣政府新的夥伴關係』協定，更於九十四年二月五日公布『原住民族基本法』（自同年、月七日起生效施行），揭示保障原住民族基本權利、促進原住民族生存發展、建立共存共榮之族群關係；實行原住民族自治；國家應寬列預算予以協助；提供優惠措施（按即保護性差別優待）；輔導文化產業及培育專業人才；尊重原住民族選擇之生活方式、價值觀；建立天災防護、善後制度等（以上分見第一、五、九、二十三、二十五及三十條）。提案立法委員周錫璋在其草案說明中，直指：九二一震災原住民族地區嚴重受損，但政府之救災、重建工作，各機關各行其事，明顯瑕疵、亂象叢生，民怨不斷。全案審議通過時，另提案委員瓦歷斯·貝林發言：

<sup>48</sup> 美國學者 Naomi Mezey 即提出「法律即文化」（law as culture）、「文化即法律」（culture as law）的論述，並認為如果能跳脫傳統的法律解釋方式（尤其是文義解釋），並透過「法律的文化解釋」（cultural interpretation of law）的理念，對異質文化進行深度的描繪，找出文化解釋的可能空間，那麼將有助於理解文化與法律的互動關係。See Naomi Mezey, *Law As Culture*, 13 Yale J. L. & Human. 35-67 (2001).

<sup>49</sup> 臺灣高等法院 98 年度上更（一）字第 565 號刑事判決，理由欄四、（十三）之內容，司法院法學資料檢索系統：<http://jirs.judicial.gov.tw/FJUD/index.htm>。

<sup>50</sup> 臺灣南投地方法院 94 年度訴字第 73 號刑事判決，司法院法學資料檢索系統：<http://jirs.judicial.gov.tw/FJUD/index.htm>。



期許『原鄉與政府機關將不再發生衝突』；高金素梅表示：已往政府對於原住民，『除了憲法的保障外，從來沒有一部法律是保障原住民族，此後當予告別；曾華德委員慨稱：『原住民多年來都在尋求歷史的主體性，我們常感嘆：原住民不是不守法，而是執政的政府不給法』各等語。誠哉斯言！聞之心酸。現行刑事訴訟法第三十一條第一項第四款並增列被告具原住民身分，經依通常程序起訴或審判者，未經選任辯護人時，應指定辯護人為其辯護；第五項規定，於偵查中未經選任辯護人者，檢察官、司法警察官或司法警察應通知依法設立之法律扶助機構指派律師到場為其辯護。又自第二次世界大戰以後，刑事實體法進步理念，已由傳統的國家主義價值觀，轉向個人主義價值觀，學理上稱為刑法謙抑思想，認為刑事罰是最後的手段，如依民法或行政法，已可達到維持社會正義的作用，原則上就無以刑罰相加之必要。此於普通刑法、特別刑法；輕罪、重罪之補充關係，於立法裁量抉擇時，同應考量；於司法實務適用上，則須恤刑。貪污治罪條例第四條第一項第一款之侵占公有財物罪，法文之內，雖然未載明不法所有之主觀犯意要件，但既係刑法第三百三十六條第一項公務侵占罪之特別法，故其構成，同應具有此主觀犯意，乃法理所當然。倘行為人確有因公支用、未落入私囊，自不能認其存有不法侵占之犯意，縱然其報帳憑證不齊全，或以不實單據混充，仍無逕以上揭貪污罪名相繩之餘地，要之，祇屬偽造文書罪章之範疇。其實，會計憑證類多、型雜、數繁，報帳既要求翔實、巨細靡遺，事情自然至為瑣碎，除非係會計、總務人員，因屬其專業領域，責無旁貸，但於其他一般兼辦之人而言，短期一、二日，或許猶能勝任，長期責成，豈堪負荷。一般人民如此，教育水平尚待增進之原住民益是。古言：不教而誅，謂之虐；如今若政府對於不具有會計報帳專業之原住民，罔顧其在山區取據困難，甚至根本無從取據之現實窘況，僅略施數小時之講習，即要求中規中矩，否則其無法核銷之公款部分，必依貪污侵占重罪論擬，其違義、失當、不宜，無待多言。司法官追求個案正義，允宜深思。<sup>51</sup>」

由此觀之，我國法院於審理檉木案時認為，如果國家未能制定相規定，原住民可以依據其文化慣習，在傳統領域採集林木資源。而在審理上

開貪瀆案件時，更從「原住民族與台灣政府新的夥伴關係」協定，以及「聯合國原住民族權利宣言」的觀點出發，闡述行為人不具備主觀犯罪要件。可見在相關法律沒有修訂的情形下，我國司法機關近年來對原住民所涉及刑事犯罪時，已能從多元文化的觀點，闡述無罪判決之理由，當屬司法權之自我省思。

原住民個人涉及犯罪時，司法機關雖已援引國際人權保障以及多元文化的觀點，但此與肯認原住民族集體權利（如傳統領域），仍有不同。換言之，原民個人涉及犯罪時，司法機關如何審理及判決，僅涉及原住民個人，而回復原住民族傳統領域，重新建構族群與土地的關係，則仍有待司法權更進一步討論、省思。以傳統領域之爭議為例，在司法程序上，回復原住民族對於土地之集體權利，其困難程度遠高於對原住民個人是否犯罪的審理。其原因在於國家法律看待土地的觀點，與原住民族對於土地的認知，有著本質上的差異<sup>52</sup>。申言之，基於資本主義所設計的國家法律，認為土地是一種「商品」(commodity)，土地所能產生之孳息，當然必須含括在內，且均屬市場交易的標的。但是，原住民認為土地是孕育族群生命的資源(resource)，此項資源如同空氣、海洋一般，不可能屬於特定個人所有而成為一種商品，甚至進行買賣，從部落文化的觀點而言，利用土地資源的權利，是屬於全體族群所有而非個人。可見在國家法制下，私人對於特定土地已擁有法律所賦予的權利，但原住民族對於傳統領域則有其文化歷史上的管領權，兩者之間如何調整，實屬不易<sup>53</sup>。因此，如何透過司法機關的智慧，在彼此的文化差異中，找出最適宜的解決方式，仍有待更多的討論<sup>54</sup>。值得司法權省思的是，在相關法律沒有修訂的情形下，加拿大最高法院肯認系爭土地屬Tsilhqot'in之傳統領域，應可作為我國司法機關在未來審理原住民族集體權利爭議時的借鏡！

<sup>52</sup> 例如：在游牧社會不需要對土地投入勞動與資本，但是對於在游牧地點飼養的家畜，則必須投入勞動與資本，則對游牧民族而言，權利的觀念會出現在家畜而非土地。此與資本主義社會將土地社為重要權利客體的思考方式，截然不同。請參見：加藤雅信著，鄭芙蓉譯（2012），《所有權的誕生》，頁68-69，北京：法律出版社。

<sup>53</sup> See also Dwight G. Newman & Danielle Schweitzer, *Between Reconciliation and The Rule(s) of Law: Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 41 U.B.C. L. REV. 249, 259-63 (2008).

<sup>54</sup> Jarboe, *supra* note 25, at 401-02. Mezey, *supra* note 48, at 57-8.

<sup>51</sup> 最高法院 103 年度台上字第 900 號刑事判決，司法院法學資料檢索系統：<http://jirs.judicial.gov.tw/FJUD/index.htm>。



## 伍、結論

原住民族曾失去對於土地的主權，但是近年來，世界各地的原住民族不斷努力回復既有傳統領域。此一議題涉及文化、社會、政治與法律等不同面向的討論，如何彙整各種觀點，釐清可行的路徑，誠屬不易！

加拿大最高法院於2014年6月26日，在Tsilhqot'in案做出具有時代意義的重要判決，其中除了肯認原住民對於土地的管理權外，更進一步宣示原住民傳統領域的存在。加拿大最高法院在該案所表示的意見，或許可以提供我們如何回復我國原住民族傳統領域之參考。

首先，本文認為肯認原住民族對於傳統領域之主權，並未隨著國家主權之建立而消失，原住民主權與國家主權是「繼續」、「同時」存在。「傳統領域」是原住民族跨越時間界線的主權展現，加拿大最高法院在Tsilhqot'in案就此部分所提出之見解，值得作為我國後續相關研究之參考。

其次，政府如果為了維持既有法秩序的穩定，忽略回復原住民族應有權利之重要性，必然會投入相當的資源進行相關訴訟，此種策略必定促使交易成本高漲，毫無效率。政府應該減少在法庭上對抗原住民的支付，並將此部分資源用以提升原住民族相關權益，亦即，在原住民議題上，適度退讓國家主權，應屬當然。

最後，資本主義看待土地的觀點，與原住民族對於土地的依賴，有著本質上的差異。司法機關如何調和彼此的文化差異，雖有待更多的討論。然而在相關法律沒有修訂的情形下，加拿大最高法院肯認系爭土地屬Tsilhqot'in之傳統領域，彰顯司法權自我省思的能力，應可作為我國司法機關在未來審理原住民族集體權利爭議時的借鏡！

本文必須強調，所有關於原住民集體權利的討論，必須尊重原住民族之意見，不是僅由國家依照施政需要進行調整。而關於我國原住民族傳統領域如何回復之討論，我們也期待從不同的角度，納入原住民族的觀點，讓尊重多元文化的精神得以落實。正如同美國學者James Yaffe所說：「定作的正義，正如定作的衣服一樣，只有在裁縫能夠投入大量的時間，並且充分地尊重顧客的情況下，才能合乎實際。」<sup>55</sup>

<sup>55</sup> 引述自Lawrence Rosen著，彭艷崇譯（2011），《法律與文化：一位法律人類學家的邀請（Law as Culture: An Invitation）》，頁35，北京：法律出版社。

## 參考文獻

- Borrows, John. 1998. "Wampum at Niagara: The Royal Proclamation, Canadian Legal History, and Self-Government" In *Aboriginal and Treaty Rights in Canada: Essays on Law, Equality, and Respect for Difference*, Michael Asch, ed. Vancouver: University of British Columbia Press.
- British Columbia. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly*, 3d Sess., 40th Parl. 4180 (Hansard Oct. 23, 2014), available at <https://www.leg.bc.ca/content/hansard/40th3rd/20141023am-hansard-v16n2.htm>
- Carleton, Sean. "'We Meant War Not Murder': A Punk Rock History of Klatsassin and the Tsilhqot'in War of 1864" In *Activehistory.ca*, <http://activehistory.ca/2014/10/we-meant-war-not-murder-a-punk-rock-history-of-klatsassin-and-the-tsilhqotin-war-of-1864/>
- Chief Justice of Canada at the Aga Khan Museum (May. 28, 2015) (transcript available at <http://aptn.ca/news/2015/05/29/canadas-top-judge-says-country-committed-cultural-genocide-indigenous-peoples/>)
- Ferrara, Nadia. 2015. *Reconciling and Rehumanizing Indigenous-Settler Relations: An Applied Anthropological Perspective*. Lanham, MD: Lexington Books.
- Jarboe, Melanie Riccobene. 2010. Collective Rights to Indigenous Land in *Carcieri v. Salazar*, 30 *B.C. Third World L.J.* 395.
- Kirkup, Kristy. 2016. *Canada should spend less fighting Aboriginal Peoples in court: economic advise*, The Canadian Press (Mar. 29, 2016), available at <http://www.cbc.ca/news/aboriginal/canada-should-spend-less-fighting-aboriginal-peoples-1.3511391>
- Komesar, Neil K. 2001. *Law's Limits: Rule of Law and the supply and demand of Rights*. New York: Cambridge University Press.
- Merry, Sally Engle. 1998. Law, Culture, and Cultural Appropriation. 10 *Yale J. L. & Human.* 575.
- Mezey, Naomi. 2001. Law As Culture. 13 *Yale J. L. & Human.* 35.
- Newman, Dwight G. & Danielle Schweitzer. 2008. Between Reconciliation and The Rule(s) of Law: *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*. 41

- U.B.C. L. Rev.* 249.
- Rosenberg, David M & Jack Woodward. 2015. The Tsilhqot'in Case: The Recognition and Affirmation of Aboriginal Title in Canada. *48 U.B.C. L. Rev.* 943.
- Lawrence Rosen 著，彭艷崇譯(2011)。《法律與文化：一位法律人類學家的邀請》。北京：法律出版社。
- 加藤雅信著，鄭芙蓉譯(2012)。《所有權的誕生》。北京：法律出版社。
- 周惠民(1994)。〈殖民主義與民族主義之互動——以愛爾蘭、朝鮮半島及台灣地區為基礎之比較〉，《國立政治大學歷史學報》，11 期，頁 189-202。
- 紀駿傑、陽美花(2010)。〈原住民族傳統領域問題分析與建議〉，收於：黃樹民、章英華(編)，《臺灣原住民政變遷與社會發展》，頁461-493。臺北：中央研究院民族學研究所。
- 梁崇民(2008)。〈加拿大對於少數人權之保障——原住民土地權個案分析〉，收於：施正鋒、謝若蘭(編)，《加拿大原住民族的土地權實踐》，頁51-92。花蓮：國立東華大學原住民族學院。
- 黃居正(2009)。〈憲法解釋與原住民權利〉，收於：廖福特(編)，《憲法解釋之理論與實務第六輯(下)》，頁429-465。臺北：中央研究院法律學研究所。
- 蔡志偉(2008)。〈加拿大法制中的原住民族土地權格〉，收於：施正鋒、謝若蘭(編)，《加拿大原住民族的土地權實踐》，頁93-126。花蓮：國立東華大學原住民族學院。
- 簡資修(2012)。〈寇斯的法律經濟學〉，《臺灣法學雜誌》，191 期，頁80-85。

# 原住民犯罪的文化抗辯及其實踐

王皇玉\*

## 摘要

原住民出於傳統文化所為之行為，不管是持槍狩獵野生動物、捕魚文化、採集森林產物文化等等，可以說是出於原住民傳統文化慣習而來的行為。然而當原住民主張所為之行為乃出於傳統慣習或文化而來，基本上這樣的辯解已屬「文化抗辯」之範疇。文化抗辯(cultural defense)乃美國訴訟審判實務上，因應不同文化背景之犯罪人，所發展出來的排除或減輕刑責之抗辯手段。文化抗辯的理論基礎在於，每個人行為的選擇都植基於文化背景，因此司法審判也必須尊重個人成長過程的文化脈絡，並設法保護個人依循其文化脈絡行動的自由空間。

近年來，原住民犯罪問題，已經慢慢出現原住民被告以文化抗辯方式，主張自己的行為合乎原住民傳統文化。實務判決對於原住民所提出之文化抗辯，如何審理、是否採納，仍處於意見紛歧之狀態。本文試著整理出文化抗辯之成功與失敗之案例，以檢討法院見解對原住民文化抗辯之發展趨向，希望喚起司法者對原住民的犯罪事件中所可能涉及的文化抗辯予以重視。

關鍵詞：文化抗辯、文化背景、自製獵槍、原住民被告、野生動物

## 壹、從原住民採集愛玉子案件談起

民國96年我在進行原住民犯罪問題之國科會研究計畫時，曾經與一位高雄地院刑庭法官談到他所審判的原住民犯罪案件。案情是這樣的：一位七十幾歲的原住民祖父帶著未滿十二歲的孫子到山上取採箭筍。在回程的路上，兩人被巡山的林務局人員攔下，林務局人員發現這兩位原住民祖孫盜採森林副產品箭筍數十公斤，因此將兩人一起移送法辦。這個案件檢察官以罪證確鑿為由起訴。這位原住民祖父不僅違犯了森林法上竊取森林副產品罪，且因為當時還攜帶了刀子作為採箭筍的工具，因此必須論以攜帶兇器之加重竊盜罪，法定刑是6月以上5年以下有期徒刑。除此之外，由於祖父帶著未滿12歲的孫子一起犯罪，根據兒童福利法的規定，此屬「利用兒童而犯罪」，另應加重其刑至二分之一。因此，這位原住民祖父的採集箭筍行為，成為一個至少應判9月以上有期徒刑的犯罪。

告訴我這個故事的法官說，這件案件他從頭到尾都判不下去，只好冒著積案風險把案件一直擱置不判。最後，這個案件一直擱置到原住民祖父死亡後，以不受理判決結案。

類似這個案件的另一個原住民採集愛玉子案件中，被告就沒有那麼幸運了。民國96年間，一

位居住在高雄縣桃源鄉復興村之布農族原住民，騎機車進入由告訴人所承租之林班地，此名原住民被控告以番刀竊取林班地內的愛玉子2袋(總重約132台斤)。在法庭中，被告抗辯的內容是，原住民歷來均可在林班地撿拾愛玉子云云，然而法院仍然判處被告竊取森林副產物罪，處有期徒刑8個月，減為有期徒刑4個月，併科罰金新臺幣15133元<sup>1</sup>。

《愛玉子案》中的法官認為，原住民根據森林法第15條第4項規定，「森林位於原住民族傳統領域土地者，原住民族得依其生活慣俗需要」，此處所稱採取之森林產物，就如同一般漢人在森林中可以採取的物品一樣，僅限「雜草」、「枯枝」、「落葉」。然而本案原住民所採集的森林副產物，卻是有相當經濟價值之「愛玉子」，且採集的手法也不是「撿拾」，而是以番刀割取，顯不符合第15條第4項之立法目的。並認為，根據現行森林法規定，原住民如果要在森林中採集竹木或森林副產物，仍須向事先向管理機關「專案申請」核准始得為之，並非全然不受法律之規範<sup>2</sup>。

前面這個《愛玉子案》，發生於民國96年1月，且於民國97年地方法院宣判被告有罪。其實在這段期間內，著名的新竹縣尖石鄉玉峰村司馬庫斯泰雅族青年搬運風倒櫟木案件，仍然正在審理中，且尖石鄉的櫟木案件審理過程中，不

\* 國立臺灣大學法律系教授。

<sup>1</sup> 臺灣高雄地方法院96年度易字第2938號判決。

<sup>2</sup> 臺灣高雄地方法院96年度易字第2938號判決。



僅原住民族各部落群情激憤，為此設立了一個部落格：「當上帝的部落遇到國家」<sup>3</sup>，許多關心原住民司法權利的團體與人士，也在媒體上或網路上發表言論，要求司法審判應該體認與尊重原住民的傳統慣習，諸如提出「參與這個案件的行政、檢警、司法人員，是否能夠理解整個事件過程背後，是觸及了族群之間深層的文化與世界觀差異？還是從頭到尾，都用主流社會的價值觀、和反應此價值觀的法律來理解、評斷此案」<sup>4</sup>；「司馬庫斯事件不是法律解釋的爭議。…這次荒謬的衝突…反映出對土地利用、資源善用的矛盾思維。」<sup>5</sup>等想法。但從事起訴工作的檢察官或是擔任審判工作的法官，對於原住民的「文化抗辯」，似乎仍然視而不見、充耳不聞，仍是如同《愛玉子案》一樣，傾向於將原住民等同於漢人對待，且習慣將原住民問題視為單純的「法律解釋」與「法律適用」問題，在法律的世界裡自顧自的「依法審判」。

然而不可諱言的是，一樣是原住民採集森林產物案件，原住民在山上或森林中採集愛玉子、劍筍、山蘇、蕨類等植物，如果要求一一事先申請專案核准，實在是對原住民極不友善的「刁難」與「敵意」見解。然而如果原住民砍伐或盜採珍貴樹種或具保育價值之樹木，如扁柏、檜木、七里香或牛樟木等，這樣的行為即便在原住民社群中，也一樣會受到撻伐。換言之，原住民與漢人在某些保護森林產物的價值選擇上，並非全然迥異。

本文以下的論述將以原住民犯罪的文化抗辯主軸，其中本文又將「文化抗辯」的可能模式作進一步的類型區分，並以數則判決檢驗原住民的文化抗辯在目前刑事司法實務上的實踐情形。

## 貳、原住民犯罪可能的抗辯模式

### 一、文化抗辯(cultural defense)模式

原住民之行為，不管是持槍狩獵野生動物、捕魚文化、採集森林產物文化等等，可以說是出於原住民傳統文化慣習而來的行為。然而當原住民主張所為之行為乃出於傳統慣習或文化而來，

基本上這樣的辯解已經屬於「文化抗辯」之範疇。文化抗辯(cultural defense)乃美國訴訟審判實務上，因應不同文化背景之犯罪人，發展出來的排除刑責之抗辯手段。在英美法上，犯罪之認定應該具備「犯罪之積極要件」，此一犯罪之積極要件類似於歐陸刑法中的犯罪構成要件該當性。在訴訟上，檢察官起訴被告，必須就被告行為具有犯罪之積極要件加以證明。然而，被告這一方亦可提出具有「犯罪之消極要件」，以否定犯罪之成立。此等犯罪之消極要件，乃被告有利於己的抗辯事由，要使抗辯成立，舉證責任會落在被告這一方，若抗辯成立被告即無罪。而此等抗辯大致上可區分成正當化事由(justification)與罪責免除事由(excuse)之抗辯。<sup>6</sup>此等針對「犯罪之消極要件」提出抗辯，所提事由即類似於歐陸刑法體系中的阻卻違法事由(例如正當防衛抗辯)與阻卻罪責事由(例如精神障礙抗辯)。

英美法上的抗辯事由(defense)，可以說是一種刑事程序中被告與檢察官相互對抗的訴訟策略，以阻止檢察官對被告犯罪事實之控訴。而「文化抗辯」也是其中一種抗辯方式。文化抗辯的理論基礎在於，每個人的行為選擇都植基於文化背景且行為之動機常深受其文化背景的影響，因此司法審判也必須尊重個人的文化脈絡，尤其是在多元文化的社會中，法院審判應設法保護個人依循其文化脈絡行動的自由空間。<sup>7</sup>尤其是具有特殊族群身分或文化背景之人，一旦其行為是源自於其特殊的族群慣習或文化背景，但卻與刑法規範發生衝突而符合犯罪積極要件時，被告可以提出文化抗辯以阻止檢察官對被告犯罪事實之控訴，而法院有義務審酌涉及文化背景的相關證據，以認定被告是否具備此等消極犯罪要件。<sup>8</sup>

至於在什麼樣的情況下，被告可以主張文化抗辯而排除刑責，在美國法上可以整理出三個考

<sup>3</sup> 參見網站〈當上帝的部落遇到國家〉：<http://blog.yam.com/user/smangus.html>。

<sup>4</sup> 參見蕭惠中，《司馬庫斯風倒木事件中的「新夥伴關係」》，載於網站〈當上帝的部落遇到國家〉，<http://blog.yam.com/smangus/article/9888906>。

<sup>5</sup> 參見劉惠敏，環境透視：國家的「竊盜罪」，台灣立報，2007年5月14日。

<sup>6</sup> 何書雅，文化抗辯及其理論實踐於我國刑事判決之適用—以原住民為中心，國立台灣大學碩士論文，2015年7月，頁60以下。

<sup>7</sup> Alison Dundes Renteln, THE CULTURAL DEFENSE, p.6.

<sup>8</sup> 美國法上關於文化抗辯之文獻最為著名的是Alison Dundes Renteln所著之THE CULTURAL DEFENSE，其中整理且探討各種美國實務上刑事、民事、行政案例中有關文化抗辯的實例並加以分析。與刑事法有關之文化抗辯案例，包含殺人、孩童、藥品、動物、婚姻、服飾、死亡等。關於文化抗辯之中文文獻，可參考蕭宇軒，文化辯護於刑事實體法上之效果，國立成功大學法律學系碩士論文，2011年，頁25-26；何書雅，文化抗辯及其理論實踐於我國刑事判決之適用—以原住民為中心，國立台灣大學碩士論文，2015年，頁62以下。

量的基本要件，如果具備此三個要件，刑事個案的審判時，就應該要考量此等被告的文化淵源，此三要件如下：<sup>9</sup>

1. 被告是否為特定文化族群的一分子？
2. 該文化族群是否具有特殊傳統？
3. 被告犯罪時是否受到該特殊文化傳統之影響？

以一則實際發生於美國的State v. Kargar (1996)案來探討。<sup>10</sup>被告Mohammad Kargar出生在阿富汗，因俄羅斯入侵而與家人於1990年逃往美國成為難民，小兒子Rahmadan在美出生。有一次幫忙看顧鄰居小孩，俟鄰居父母接送小孩時，小孩告訴父母看到Kargar親吻八個月大的兒子的下體，而鄰居也有在Kargar家相簿中看過Kargar親吻其子下體之照片，因而通知警方。警方接獲通知後依法搜索Kargar所住之公寓並搜得照片，Kargar亦承認照片上是其為本人，並表示在其文化上此親吻下體之行為是被認可而普遍的行為，且是一種表示疼愛孩子的方式，但Kargar仍被逮捕至警局，且遭檢察官以性侵罪起訴，並遭法院判處18個月有期徒刑，緩刑三年且應學習英文。

本案審理時，被告Kargar聲請一位阿富汗移民之證人作證，其陳述：「在阿富汗，親吻孩童下體之行為在阿富汗是一個非常普遍的習俗，這種行為並不涉及任何性快感(sexual feelings)，並且在伊斯蘭教之教規中，任何發生在成人與兒童之間的性行為都將被判死刑。」Kargar也表示：「因下體功能之一是排泄，屬於不潔之處，故親吻此處代表真心地關愛孩子。」然而，初審法院仍判處被告有罪。嗣後，於上訴法院審理時，上訴法院則考量被告之文化背景，以及被害人並未受有損害之事實，且一旦被告被定罪，雖緩刑毋庸入監服刑，但可能遭驅逐出境，或登記為性侵犯之不利利益，在社會上受到排擠，故上訴法院以被告該州之緬因州法有不干預瑣事法令之要件，而此情形並非立法者所想要處罰之瑣事，而發回重審，發回重審後，則判被告無罪。

另一個與原住民有關的文化抗辯案例則是

People v. Croy案(1990)。<sup>11</sup>該案被告Patrick “Hooty” Croy為居住於北加州Yreka區的印第安原住民，他所居住的區域長年與當地白人有紛爭。Croy因某事而與白人警察發生爭執，因而警察想要逮捕Croy。在追捕過程中，Croy殺死了一位白人警察，結果被檢察官以殺人罪起訴。第一審法院判決被告有罪，並判處死刑，本案最後上訴至加州最高法院，被告則主張文化抗辯：因為他長年與白人有衝突，無法信賴白人，當然也無從信賴白人警察。當白人警察要逮捕Croy時，Croy當然基於其既有的文化印象認為這是對他的一種侵害，為了保護自己而進行正當防衛，加州最高法院接受了Croy的主張，進而判決其無罪。

前面兩個案例的特色均在於，被告本身具有特別的文化背景或族群背景，這些文化、組群背景是否成為形塑被告人格與行為動機、模式的重要因素，必須作為審判中判斷被告刑責是否成立的依據。一旦法院肯認被告行為的確是受到本身所屬族群之特殊文化或習慣傳統所影響，就可以此「文化抗辯」為由而排除被告刑責。

文化抗辯是美國法刑事程序上之產物，其目的是對於具有文化差異的被告，就其受到文化背景的行為動機，能以所謂的「文化證據」提出於法院，以作為行為正當化(justification)或寬恕(excuse)的理由。<sup>12</sup>但是此等文化抗辯的核心思想在歐陸刑法上並不陌生。文化抗辯所訴諸的主軸，乃傳統文化習慣對於特殊族群之人具有行為指導的作用與影響力，因而根據傳統文化習慣所為之行為，有可能是行為人根本欠缺犯罪的意思或欠缺不法意識(例如前面阿富汗穆斯林移民之行為人親吻小孩下體行為)；亦有可能是即便知道自己的行為與主流法律規範抵觸，但仍然選擇站在自己傳統文化的這邊(例如前面提及的原住民槍殺白人警察之People v. Croy案)。前者乃不知自己行為違法，屬於不具犯罪故意或欠缺違法性認識的情況；後者乃即便知道自己的行為與主流法律規範抵觸而仍然為違法行為，此涉及規範責任論的要素之一——「期待可能性」問題，也就是說，刑事責任的基礎在於期待每個人都能遵守規範，但如果法律有「強人所難」之處，就必須思考法律的實踐與行為人的內在發生衝突時，是否可以強迫行為人遵守法律，如果不能期待行為人

<sup>9</sup> 許恒達，刑法秩序與多元文化：以東亞刑事法院為中心的考察，「東亞法院與法律繼受」學術研討會(二)2013年6月7日台大法律學院霖澤館多媒體室。

<sup>10</sup> Alison Dundes Renteln, THE CULTURAL DEFENSE, p.59; 此案例之中文可參考何書雅，同前註6，頁85。

<sup>11</sup> Alison Dundes Renteln, THE CULTURAL DEFENSE, p.37; 中文參考許恒達，同前註9。

<sup>12</sup> Alison Dundes Renteln, THE CULTURAL DEFENSE, p.7.



遵守法律，就必須給予免除或減輕罪責。

## 二、良心犯(Gewissenstäter)抗辯模式

文化抗辯雖然是美國法的產物，但是類似此等「法律不能強人所難」之期待可能性思想，在歐陸刑法上也是存在的。歐陸刑法傳統以來，一直有所謂「確信犯」的概念。確信犯(Überzeugungstäter)本來是指一個人明知行為是法律規範所禁止的違法行為，但是出於政治、宗教或倫理信仰之故，不得不違背法律規範。<sup>13</sup>

然而到了二次世界戰後，德國制定了基本法第4條第1項：「信仰、良心、宗教及價值認知之自由，不得侵害」<sup>14</sup>之後，德國刑法學說漸漸將「確信犯」概念轉換成「良心犯」概念，如果行為人根據自己的信仰、良心、宗教或價值認知而選擇了其內心認為是「善」或「對」的行為，然而行為人選擇的「善」或「對」，卻是違反刑法規範，此際會形成一個「刑法義務」與「道德／文化／價值義務」間的衝突關係，行為人若依其個人立場實施特定行為，將構成犯罪；然而倘若行為人遵守刑法規定，又違反其個人內在良心。這種法律／個人價值間的衝突兩難困境，就是「良心犯」所要處理的概念。<sup>15</sup>

德國學說上提及的良心犯案例，例如醫師出於個人宗教信仰，拒絕為危險妊娠婦女實施人工流產手術；信仰回教的土耳其人，因為宗教信仰，在宰殺羊隻時必須同時誦唸可蘭經，否則羊隻的肉不得食用，此等宰殺羊隻的方式被控告為虐待動物行為而起訴。良心犯要如何除罪，實務與學說則有不同看法，德國實務及通說見解均認為，由於刑法典中並無良心犯的明文，行為人面臨信仰、良心或文化衝突等情事，只能透過良心犯的概念而作為量刑事由，尚難直接作為獨立的免責事由，<sup>16</sup>然而此等看法實過於輕忽「期待可能性」而有「法律強人所難」之情形。因此也有不少學說認為，國家不得強制個人違反自己的內在信仰與良心，要求其遵循一定行為規範，因此有認

為國家應該出於尊重多元文化與價值的理由，放棄對良心犯的處罰，甚至允許將德國基本法第4條直接作為阻卻違法事由的依據。<sup>17</sup>

## 三、援引憲法與國際公約的抗辯模式

前面德國學說認為，行為人可以直接將德國基本法第4條第1項作為阻卻違法事由的看法，在今日尊重多元文化的憲政秩序下，對於原住民犯罪問題的處理，實有其重要性。刑法上的阻卻違法事由，是一種將行為置放到較為鉅觀的整體法律秩序加以觀察，尤其必須考慮「整體法律秩序的一致性與無矛盾性」(Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung)。因此即便刑法上沒有明文規定的阻卻違法事由，如果一國的憲法已明文規定應遵守某些價值與原則，則根據此一價值原則而來的行為，就不能被評價為犯罪行為，否則就是與憲法價值秩序相矛盾。

我國憲法增修條文第10條第11項、第12項規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。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。」既然憲法已將保障原住民族之多元文化視為現在的憲法價值秩序，則原住民根據傳統文化所為的舉動，就必須放在整體憲法秩序中去判斷。

近年來，台東地方法院有一系列的原住民自製獵槍案件，均直接援引憲法增修條文第10條第11、12項，以及「經濟社會文化權利國際公約」與「公民與政治權利國際公約」兩公約，作為有利於原住民被告之認定。例如台東地方法院101年重訴字第4號判決中，判被告持有自製獵槍無罪，其理由如下：

1. 按憲法增修條文第10條第11、12項規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。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。」我國憲法明文肯定及保障原住民族之多元文化。
2. 經濟社會文化權利國際公約第1條及第15條分別規定：「所有民族均享有自決權，根據此種

<sup>13</sup> 王皇玉，刑法總則，2014年12月，頁332；王皇玉，原住民犯罪與不法意識之研究，收錄於「刑罰與社會規訓」，2009年4月，第268頁。

<sup>14</sup> Artikel 4 I GG: "Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sind unverletzlich."

<sup>15</sup> 許恆達，國家規範、部落傳統與文化衝突—從刑法理論反思原住民犯罪的刑責問題，台灣原住民族季刊第6卷第2期，2013年夏季號，第68頁。

<sup>16</sup> Böse, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit im Rahmen der Strafgesetze (insb. § 34 StGB), ZStW 113 (2001), S. 74 f.

<sup>17</sup> 許恆達，國家規範、部落傳統與文化衝突—從刑法理論反思原住民犯罪的刑責問題，台灣原住民族季刊第6卷第2期，2013年夏季號，第70頁以下。



權利，自由決定其政治地位及自由從事其經濟、社會與文化之發展。」、「本公約締約國確認人人有權：(一)參加文化生活；(二)享受科學進步及其應用之惠；(三)對其本人之任何科學、文學或藝術作品所獲得之精神與物質利益，享受保護之惠。」

3. 公民與政治權利國際公約第1條、第26條及第27條分別規定「所有民族均享有自決權，根據此種權利，自由決定其政治地位並自由從事其經濟、社會與文化之發展。」、「人人在法律上一律平等，且應受法律平等保護，無所歧視。在此方面，法律應禁止任何歧視，並保證人人享受平等而有效之保護，以防因種族、膚色、性別、語言、宗教、政見或其他主張、民族本源或社會階級、財產、出生或其他身分而生之歧視。」、「凡有種族、宗教或語言少數團體之國家，屬於此類少數團體之人，與團體中其他分子共同享受其固有文化、信奉躬行其固有宗教或使用其固有語言之權利，不得剝奪之。」

前面判決可以說是直接將憲法條文與兩公約內容，作為原住民的阻卻違法事由，其實其內容也幾乎就是肯認原住民的「文化抗辯」。

自本號判決開始，台東地方法院做出類似理由的一系列判決，包含101年重訴字第5號判決，101年重訴字第9號判決，101年訴字167號判決(刑事第二庭)，101年重訴字第8號判決(刑事第四庭)，101年度訴字第166號判決(刑事第三庭)等。其判決內容，除了援引憲法第10條第11、12項保障原住民族之多元文化，此外，就爭議已久的自製獵槍規格，可否比警政署函釋與內政部於民國100年增訂「槍砲彈藥刀械許可及管理辦法」第2條第3款所規定之規格，更為精良、進步，判決認為原住民有權「追求進步，享受科學成果以自製獵槍」，因此引用「經濟社會文化權利國際公約」及「公民與政治權利國際公約」，因而提及，原住民有自決權，得自由從事其經濟、社會及文化發展，且有權享受科學進步及其應用之惠，並援引「原住民族基本法」第30條規定之「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」等，主張隨著交通發展、經濟水準之提升，物料材質的取得更加方便，原住民族亦有權以更精良的製作技術提昇其槍枝之性能及安全結構。

## 參、原住民犯罪文化抗辯之實踐

### 一、文化抗辯成功的案件

#### (一) 尖石鄉搬運風倒櫟木案

《櫟木案件》，是2005年9月發生於尖石鄉司馬庫斯部落搬運風倒櫟木事件。三名泰雅族原住民被告被控以竊取森林主產物罪，一、二審均判處被告竊盜罪有罪判決，但經最高法院撤銷發回更審後，高等法院更一審時改判被告三人「無罪」開釋。

在《櫟木案件》中，被告的抗辯有涉及「文化抗辯」的內容，亦即：被告主張是依部落會議之決議，受指派前往現場載運系爭櫟木搬回部落，作為美化環境、雕刻及造景之用，並無竊盜之犯意。辯護人並替被告等主張：被告等自信其行為為法律許可而有正當理由之違法性錯誤，應阻卻犯罪之成立。

法院最後判決被告無罪，其中判被告無罪的高等法院更一審判決中，對被告的「文化抗辯」作了善意的回應：<sup>18</sup>

基於民族平等及多元文化的發展、延續，從《原住民族基本法》第20條第1項、第19條規定及《森林法》第15條第4項前段規定，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。

1. 專家證人已於本院前審證稱：斯馬庫斯部落是屬於泰雅族「馬里光」群，他們是集體共同經營生活方式。就是不分個人收入、所有收入為共同集體所有。而斯馬庫斯部落決議將倒木作為雕刻造景之用與泰雅族習慣吻合。…他們運回倒木並沒有違反部落法律。(問：本案櫟木倒下後經林務局噴漆、蓋鋼印處理後，依部落習慣，這是否列為禁忌不得採取?)部落中沒有這種樹木經國家噴漆不得採取的禁忌。這應該是國家法律禁止。
2. 另據行政院原住民族委員會委託國立台灣大學人類學系進行調查之研究報告中指出：近百年來，泰雅族森林動植物資源的使用觀念沒有太大的變化，在部落公有的領地範圍內，動植物資源由部落成員共享，不屬於任何個人所有，大家均可採用，在泰雅族的慣習上，對於山中資源是採取一種開放的財產態度，採集果實、搬運木料等行為是被允許的。

<sup>18</sup> 臺灣高等法院刑事判決98年度上更(一)字第565號判決。

3. 依上開調查研究報告及專家證人已所述，足徵被告三人依部落決議，在泰雅族馬里光群傳統領域範圍內，將上開樺木殘餘部分運回部落，以作為部落造景美化景觀之用，係合於上開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之立法意旨。

除了「文化抗辯」部分的回應，本判決另外值得一提的是就法律適用與解釋部分。本案最高法院98年台上字第7219號判決針對森林法第15條第3項與第4項的差異，提出了重要見解，亦即：森林法第十五條第三項所規定「國有林林產物之種類、處分方式與條件、林產物採取、搬運、轉讓、繳費及其他應遵行事項之處分規則，由中央主管機關定之。」乃關於採取「國有林林產物」之一般規定。而同法條第四項所規定「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。」則係為對於「位於原住民族傳統領域土地，採取森林產物」之特別規定。兩者所規範之範圍，並非同一。

前開最高法院的看法，非常明確，亦即森林法第15條第三項所稱之「處分規則」，與第四項所稱之「管理規則」，乃不同的規定，前者有關國有林林產物的採集，是對一般人而言，後者原住民對林產物的採集是針對原住民而言，也就是兩者所要規範的對象並不相同。因此最後無罪判決的判決理由中，就明白表示，被告三人行為，「自不適用或準用《國有林林產物處分規則》，須向管理機關「專案申請」核准之規定；亦不能因上開管理規則尚未訂定即遽認被告三人之行為應科以森林法之罪責。」<sup>19</sup>換言之，本文一開始提到的《愛玉子案件》中，法官認為原住民採集愛玉子，也必須根據《國有林林產物處分規則》，先向管理機關「專案申請」核准之判決理由，基本上是與最高法院判決牴觸的不當見解。

## (二) 排灣族阿力力案

《排灣族阿力力案》，是2011年6月發生於台東之案件。某排灣族原住民被告，為顯露長輩對晚輩的關懷，依習俗伸手觸摸男童「阿力力(睪丸)」，結果此一行為遭檢察官以強制猥褻罪起訴，後來經被害人撤回告訴而判決公訴「不受

理」。<sup>20</sup>

本案中，被告的抗辯內容是，雖然坦承有觸摸男童的生殖器，但堅決否認有何強制猥褻犯行，辯稱：我並不是基於猥褻的犯意或是為了滿足自己性慾而去撫摸他，而是在案發當時，因為我身為男童的舅公，男童來找我玩，我為了表示對於晚輩疼愛的意思，才會按照排灣族的習俗，用手去捧著跟輕拍男童的生殖器。

當時男童的祖母於法院審理時也證稱：按照我的經驗，被告摸我孫子的小鳥是因為孫子的父母親都不在了，被告因此更想對我孫子表現出對他的疼愛。我弟弟、妹妹也都很疼他們，常跟他們在那邊玩，何況又不是故意脫掉小孩的褲子來摸。我們有一個原住民的習俗是阿公去摸孫子的小鳥有沒有長大了，來表達之阿公對孫子的疼愛。我想說奇怪這樣的事情怎麼會上法院，我搞不懂，我們是原住民，我們從小也是會這樣子摸自己孩子的小鳥，就只是為了表達疼小孩，我也會摸我孫子的小鳥；被告一向都很疼自己孫子，而且在孫子的父母親還沒有死以前被告就會摸孫子了，並不是在父母都去世之後才會這樣做。

本案發生前的四個月，2011年10月9日曾有台東縣排灣族百歲女性人瑞以觸摸部落男性的阿力力之方式來慶生的新聞報導，當時還出現部落男性爭相排隊的盛況，新聞也以此為非常有意義的傳統習俗來做正面的報導，本案發生時間與此新聞僅距離四月有餘，原本排灣族傳統習俗頓時成為犯罪問題。

本案判決之爭議問題，乃排灣族傳統慣習中，長輩以觸摸同族男孩下體阿力力，表達關愛、關懷之意，可否論以刑法第224條強制猥褻罪，或性騷擾防制法第25條乘機觸摸罪。對於原住民被告以傳統慣習為由主張「文化抗辯」，本案回應的方式頗值得肯認。法院在審判過程中傳喚了多位熟悉排灣族傳統慣習之證人，以調查並確認長輩觸摸男孩生殖器行為，的確是排灣族長久以來的傳統習俗，例如：

臺東縣金峰鄉衛生所主任第一審證稱：「在太麻里溪流流域的排灣族群，包括我的部落還有被告所屬的新園部落，小時候都會被長者、長輩叫過去，觸摸我們的性器官，甚至五、六個會輪流去觸摸，他還會親吻，那種親善、關心還有接納的感覺一開始會不習慣，但是一直到我們青春期的時候，回到部落或是有儀式也是會這樣子觸摸，那時候就會覺得很榮耀自己是男的性別。

<sup>19</sup> 臺灣高等法院刑事判決98年度上更(一)字第565號判決。

<sup>20</sup> 臺灣臺東地方法院刑事判決101年度侵訴字第8號。



我在台大修過人類學的課，也看過很多文化人類學的書，我覺得這個跟性角色的認定有關，另外一個就是統合感覺的部分，我們自己的肢體系統對於生殖器官他是周圍神經系統，可以透過這種觸摸會有本體的感覺。排灣族對於觸摸生殖器官都是初次見面或是很久沒有見到，基於想念他會輕輕的觸摸你，如果是經常相處在一起，想要表示親密的時候，也隨時會做，如果是自己家裡的人，這個頻率可能會增加，甚至他會去親吻生殖器官。另外，因為我自己是頭目家族，我印象中這大部分是在公開場合，很多人的時候，只要是部落的長者還有家族的長輩，父輩以上的都可以作這樣子的行為，他會叫小孩子過來，然後就摸，碰一下，不會再捏一下，大概五秒左右。如果小孩不要的話，他會跑掉脫身，摸的人也不會勉強。」

證人杜○○也於第一審證稱確實有這樣的習俗：「我在排灣族的部落擔任長老，我們平常在家裡跟孫子們、孩子們同樂的時候，我們很久沒有看到他或是想念他、疼愛他的時候我們就會順便去動他，就是摸了閃過去，不同的長輩可能有不同方式。平常就是同在一個客廳或是同樂的時候，地點沒有限制，也不會偏向在公開場合裡，只要家屬在都可以，不過有的時候只有一個長輩跟一個晚輩在場，也會去摸晚輩的生殖器。這個長輩必須要是家屬、親戚，外人不行，也沒有年齡的限制，像舅公對自己的孫子也行，這是疼愛他的表示，有時候被摸的人會不好意思，就會掙扎、笑一笑、跑一跑，印象中國小的都可能被摸。」

針對「文化抗辯」之調查後，本案法官進而認為，被告為碰觸行為時，主觀上並無猥褻之犯意，也非出於滿足自己性慾之意圖，故並不符合刑法上「猥褻」之概念，從而無法論以強制猥褻罪之刑責。排灣族長輩觸摸男孩生殖器以表達關愛之情，乃該族長久之傳統，即便行為人不能直接以此「傳統慣習」而阻卻行為之違法性，也應考慮原住民乃根據「傳統慣習」而行為，主觀上根本欠缺強制猥褻罪或性騷擾罪的「不法意識」。故本判決以傳統慣習認為被告欠缺主觀犯意，作有利行為人的解釋，乃肯定本案被告所進行之「文化抗辯」，值得肯認。

### (三) 頭目紅包賄選案

《頭目紅包賄選案》，是2005年發生於屏東縣瑪家鄉之案件。當時身為瑪家鄉鄉長候選人之

被告，在社區建設座談會的場合上，對排灣族7名大、小頭目給予1,000元，500元不等之紅包，被檢察官起訴是對有投票權人交付賄賂，因而以投票行賄罪起訴被告。法院最後判決被告無罪。<sup>21</sup>

本案中，被告的抗辯內容主要為，以紅包代替實物致贈排灣族7名大、小頭目，乃根據排灣族習俗，在公開場合表達對頭目的尊重及慰問之意，與選舉無關，更無賄選之意。

被告主張，在排灣族的傳統文化中，關於各種公開集會活動慶典場合，為表示對於日頭之尊重，有致贈實物，或以金錢即紅包代之之習俗等情，法院判決中則是進行了一番調查，亦即傳喚熟悉排灣族習俗且當時擔任行政院原住民委員會專任委員子○○，與證人即國立東華大學民族學院院長壬○○，分別於地方法院及高等法院審理時，出庭作證，確認排灣族確實有相關傳統習俗，因而認定被告致贈大小頭目金錢時並無「行賄」之意思，也未與受賄者達成「約定」投票權應為一定之行使或不行使，且被告是在公開場合，眾目睽睽之下致贈紅包，故應與賄選無涉。

本案涉及的「文化抗辯」，乃排灣族的傳統對頭目的尊敬習俗。一般漢人法官或許並不知道，也無法理解，排灣族並非人人平等之社會，而是依其出生身分上之差異享有不同的地位與權力。主要差異係頭目與平民之間，前者擁有部落土地，保護領導與管理其他平民，平民則向頭目租借土地來耕種，並受頭目保護與領導，且這些階級身分係來自於世襲。因頭目是部落領域內所有資源之擁有者，是以，平民雖可在頭目許可下使用土地、森林、河流等資源，但需繳交一部農漁或狩獵之所得給頭目作為賦稅或稱為納貢。<sup>22</sup>重要慶典、結婚典禮需殺豬宴客，必須把上等肉交由頭目。<sup>23</sup>

本案中，被告所主張之文化抗辯乃是，給予七位頭目紅包，係基於對排灣族階層制度中對頭目之尊重，係入境隨俗之行為。在排灣族中頭目對於領域內所有資源屬於擁有者，並有權力可以接受納貢，其意義是象徵頭目保護平民得到豐收結果。本案法院在審理時，傳喚兩位專家證人，兩人皆證實「在排灣族的傳統文化中，關於各種公開集會活動慶典場合，為表示對於日頭之尊

<sup>21</sup> 參照臺灣屏東地方法院94年選訴字17號刑事判決。

<sup>22</sup> 譚國昌，排灣族，頁39以下，2007年，初版，台北：三民。

<sup>23</sup> 吳清生，原住民頭目制度淡化對文化保存之衝擊——以東排灣族Tjaqu部落為例，頁30，國立台東大學公共與文化事務學系碩士論文，2011年。



重，有致贈實物，或以金錢即紅包代之之習俗等情」，此屬一種對於文化抗辯證據的調查，最後原審法院及第二審法院亦採取其證詞，認定本案被告與頭目雙方之間，並非出於行賄及受賄之意思，約定以此紅包作為投票權為一定行使或不行使的不法報酬。法院在此案中之訴訟程序與判決理由，均可視為承認原住民所為之「文化抗辯」。

## 二、文化抗辯失敗的案件

台灣的法官與檢察官，目前仍以漢人法官或檢察官為絕大多數。過去原住民犯罪事件中，被告進行「文化抗辯」時，法官常常無法認同，或是根本不當一回事。前面舉出的三則判決，算是少數的司法個案，法官對於原住民「文化抗辯」雖不明瞭，但至少還會傳喚熟悉原住民傳統慣習的專家證人，在法庭上作證，以證明原住民「文化抗辯」的內容。然而，許許多多原住民被告主張的「文化抗辯」，卻湮滅在荒煙蔓草之中，法官可能連想都不想，就立即以「法律規定」或「法律解釋」係如何如何，來否認原住民的抗辯。以下茲舉幾個案件加以說明。

### (一) 設陷阱獵捕案

《設陷阱獵捕案》，是一個原住民獵殺保育類動物時常見的案件類型，亦即原住民將陷阱設在山豬出沒的地方，但是卻是保育類動物山羌掉進陷阱裡的案件。本案事實約略為：甲、乙、丙均為山地原住民，於民國97年1月在宜蘭縣大同鄉原住民保留地內，共同設置鋼絲線圈、捕獸夾作為陷阱。數日後，三人再次前往上開原住民保留地，將捕獲之臺灣長鬃山羊1隻及山羌2隻搬運下山時，被警察查獲。

本案中的原住民抗辯，因為設陷阱的地方，農作物及竹子都被山豬挖，是整片的，所以判斷有山豬出沒，因為該處海拔較低，山羌不會出現在那裡，長鬃山羊則是在峭壁活動，也不會出現在那裡，所以設置陷阱時，並沒有想過會捕獲山羌及長鬃山羊云云。然而，法院仍然判決甲、乙、丙共同犯《野生動物保育法》第41條第1款、第3款之非法獵捕保育類野生動物罪，各處有期徒刑陸月。<sup>24</sup>

本案判決中，原住民抗辯，設置陷阱是設在山豬出沒之處，且是為了捕捉山豬，但卻誤捕保育類動物山羌及山羊。對於此等主張，一般不會在山裡住過的漢人檢察官或法官，是根本不會相

信「山豬有山豬走的路徑，山羌有山羌走的路徑」這種辯詞。因而法院連此等「文化抗辯」的內容都不予以調查，就直接駁斥，「既然山豬肆虐，損壞農作物嚴重，何以設置陷阱長達10日，不僅未捕得山豬，反而捕獲臺灣長鬃山羊1隻及山羌2隻，又依捕獲山羌之數量可知，被告等人設置陷阱之地點應係適宜山羌棲息、出沒之處所」。因此認定，被告對於獵捕山豬以外之「保育類野生動物」有所預見，且事後攜帶下山並無違其等之本意來認定原住民被告有刑法第13條之未必故意。

其實，本案原住民抗辯的內容常常出現在法庭中，亦即原住民主張，設置陷阱的位置是根據山豬的路徑而設，或是設在山豬出沒範圍。然而，只要掉入陷阱的不是山豬而是其他保育類動物，法院便會認為原住民具有「未必故意」。此類判決就是典型的「原、漢衝突」判決，漢人以自己的無知凌駕原住民的智慧之上。漢人檢察官與漢人法官均沒有在山林裡打獵的經驗，因此對於原住民被告此類抗辯，幾乎均以漢人思維加以判決，亦即不相信「山豬有山豬走的路」此類說法，甚至還會要求原住民設陷阱時，「應盡注意義務」防止保育類動物如山羌掉入陷阱。

### (二) 誤殺山羌案

《誤殺山羌案》乃發生於民國97年3月間。兩名排灣族平地原住民甲、乙，由甲開車載乙前往台東縣山區打獵。結果誤殺保育類動物山羌。檢察官起訴書記載，甲、乙明知上開山區內常有保育類動物山羌出沒，本可預見在該山區內持槍獵捕野生動物，如未確認獵物之種類，即恣意對之開槍射擊，有可能射傷甚或擊斃保育類野生動物，但仍在不違背二人之本意下，共同基於非法獵捕保育類野生動物未必故意之犯意聯絡，由甲使用上述土造獵槍射擊獵捕保育類野生動物山羌1隻，因而觸犯《野生動物保育法》第41條第1項第1款，判決甲有期徒刑8月，乙處有期徒刑7月。

本案判決理由略為，「被告甲、乙本可預見在前揭山區內持槍獵捕野生動物，如未確認獵物之種類，即恣意對之開槍射擊，有可能射傷擊斃保育類野生動物，竟仍開槍射擊物種不明之野生動物，因而獵得前開山羌，被告二人主觀上皆已具有該行為果真發生構成要件所預定之結果，亦在所不惜，聽任結果發生之內心情狀，足認其均有非法獵捕保育類野生動物不確定故意之犯意甚明。<sup>25</sup>

<sup>24</sup> 臺灣宜蘭地方法院97年訴字第160號判決。

<sup>25</sup> 臺灣台東地方法院97年訴字第148號判決。

對於原住民「誤殺」保育類動物之行為，不管是射擊時誤射，或是設陷阱時，保育類動物掉入陷阱，在司法審判中，法官只要看見獵物屬「保育類動物」，多半直接認定原住民狩獵行為違反野生動物保育法，而不去深究「誤殺」或「動物誤入陷阱」的辯詞是否有理。對於被告主觀上有無獵殺保育類動物的故意，均會做出類似本案判決一樣的推論，亦即，在山區內持槍獵捕野生動物，如未確認獵物之種類，即恣意對之開槍射擊，有可能射傷擊斃保育類野生動物，竟仍開槍射擊物種不明之野生動物，因而獵得前開山羌，主觀上皆已具有該行為果真發生構成要件所預定之結果，亦在所不惜，聽任結果發生之「不確定故意」。

此等對射殺保育類動物的推論，基本上，就是一個不從事狩獵活動，也不瞭解狩獵知識技術的「漢人法官」之典型觀點，認為保育類動物的保護，應遠遠凌駕於原住民狩獵傳統文化的思維邏輯。此外，法官也常認為，「設陷阱」或「夜間朝著動物發亮的眼睛射擊」之前，應該再三確認或謹慎小心，以避免所獵殺之動物為保育類動物。惟此等要求未確認獵物之種類前不得獵殺捕捉之規範命令，是否現實上得以實踐？如果法官認為在「夜間」狩獵開槍之前，原住民獵人應確認再三，該動物是否為保育類動物還是一般野生動物，則是否應明確指出是否真的有此等狩獵法則與確認方式？如果法官不知道有何方式可以確認，是否應該請熟悉狩獵的原住民專家到法庭加以說明，是否有何夜間可辨識動物物種的方式，以防誤射？

原住民持獵槍進行狩獵活動，多如本案一樣，是在夜間進行。通常在夜間狩獵時，只要看見動物眼睛發光，就會朝動物射擊，此乃原住民狩獵的方式。然而根據目前的野生動物保育法之規定，如果射中之動物為一般野生動物，固屬不罰行為，如為保育類動物，則仍屬犯罪行為。惟從刑法理論來看，不知道所獵殺之動物屬保育類動物，乃是行為人對於犯罪構成要件的「客體」認識錯誤，此屬「構成要件錯誤」，應阻卻故意的成立。換言之，必須行為人認識到其所射殺的動物為保育類動物且有意為之，如此才算有犯罪故意。然而目前相關判決均不將此等誤殺保育類動物行為，解釋為「構成要件錯誤」，而一概認為行為人有獵殺保育類動物未必故意，顯然就是以漢人想法進行法律推論，不顧原住民「文化抗辯」的見解。故本文認為，此類誤殺案件，均應以構

成要件錯誤為由，認定原住民被告主觀上欠缺獵殺保育類動物之故意，判決被告無罪，始較妥適。

### (三) 蘆藤捕魚案

《蘆藤捕魚案》發生於民國89年10月，布農族原住民被告被檢察官起訴，控訴被告明知採捕水產動植物，不得使用麻醉物方式採捕，竟將預先在山上採集具有麻醉成分之蘆藤搗碎後，投入高雄桃源鄉溪中，使魚類因遭蘆藤所含物質麻醉後浮出水面而撈捕之，以此方式共捕得固魚（俗名「苦花」）37台斤，違反《漁業法》第48條第1項第3款之使用麻醉物捕魚罪。檢察官將被告起訴後，遭法院判決違反《漁業法》，處拘役肆拾日，如易科罰金，以參佰元折算壹日。<sup>26</sup>

本案中，被告所進行的抗辯為：以蘆藤捕魚為原住民之生活習慣，魚類雖經中毒浮出水面，但過一下子就會活過來，不致於影響生態。審判中，法院為了瞭解布農族原住民是否依該族習慣，有以蘆藤捕魚之習俗，因而傳喚證人乙（亦為布農族人）到庭結證：「（問：布農族人捕魚之習慣為何？）我們是將蘆藤以石頭搗一搗後放在溪中然後魚就會浮出水面」、「（問：這是布農族之捕魚習慣？）是，我們不釣魚的」。

然而法院即便進行了「文化抗辯」之調查，訊問證人後確認布農族原住民的確有以蘆藤捕魚的習俗。然而最後仍然敵不過《漁業法》之規定，認為《漁業法》既明定採捕水產動植物不得使用麻醉物，且客觀上尚有其他合法採捕方式（如釣捕方式）可供使用，縱認被告所屬部落原有以蘆藤採捕之習俗，亦不能據以阻卻其違法性。

對原住民而言，狩獵與採集森林產物固屬原住民傳統生活方式，然而捕魚行為，也一直是原住民傳統生活方式之一。甚至可以說，捕魚行為為應屬廣義的原住民「狩獵權」之範疇。<sup>27</sup>以鄒族為例，其傳統領域即在濁水溪與荖濃溪上游，和江河流域緊密聯繫，河川之水與其孕育之動植物對鄒族社會提供重要經濟維生基礎，無論有形技能與知識，無形之宗教信仰儀式與宇宙觀都與之相生相息，故有學者稱為鄒族之河川文化。從其氏族對於河流分配、捕撈技術與河川一事都可以顯

<sup>26</sup> 臺灣高雄地方法院89年訴字第2490號判決。

<sup>27</sup> 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、魚權，台灣原住民族研究學報第2卷第1期（2012/春季號），第102頁以下。



現鄒族對於河川有「公共性」之觀念。<sup>28</sup>

蘆藤毒昏魚的撈捕技術，此藤類毒性弱，魚類受毒昏迷通常一段時間後就會恢復，惟因毒藤汁是順水流而下，對於下流流域之魚群生態也會有所影響，故毒魚之前須告知下游魚場氏族擁有者，因而甚至有「共同毒魚」之習俗，魚獲亦是共同從事毒魚活動者共同分配，此亦為公共性之展現。<sup>29</sup>

用蘆藤毒昏魚之捕捉技術雖與釣魚或以草束撈魚之技術相比，固然侵害水流域面積較為廣大，但蘆藤的毒性弱，有害性低，不僅不會導致魚群死亡，該等被蘆藤毒暈的魚亦仍可食用，因此原住民才會以此方式捕魚以供食用。

從立法論來看，「野生動物保育法」第20條之1第1項已針對原住民狩獵方式作了放寬的規定，亦即原住民使用獵槍、使用陷阱、獸鈎或特殊獵捕工具等方法獵捕非保育類野生動物，屬除外不罰之行為。對於原住民的捕魚權，在「漁業法」卻沒有類似規定，實屬立法漏洞。不過，民國101年6月6日所發布施行「原住民基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」，其中就原住民各族群於特定祭儀使用蘆藤（魚藤）捕溪魚、溪蝦有附表規定，申請人僅需於獵捕活動開始前一定期間向主管行政機關其出申請，取得許可即得以蘆藤捕魚。此以管理辦法某程度補足了「漁業法」的立法漏洞。

本案從尊重原住民傳統捕魚權的觀點來看，應允許原住民行使「文化抗辯」，即便「漁業法」沒有類似野生動物保育法第20之1條除外不罰之規定，也應該為有利於原住民被告的類推適用，亦即類推適用野生動物保育法第20之1條之規定，判決被告無罪，以真正落實維護原住民傳統文化之目的。

### 三、不承認文化抗辯之案件

近年來，法院設置原住民專業法庭之後，已有許多案件，法院是認同原住民被告的「文化抗辯」。然而在原住民提起「文化抗辯」時，有一類案件是目前法院不認同的案件，亦即下面所述之

盜伐牛樟木或珍貴樹木的案件。

#### (一) 盜採牛樟木案

盜採牛樟木在原住民犯罪中，是非常常見的案例。下面所介紹的這則《盜採牛樟木案》是發生於民國101年6月間，泰雅族被告甲於東勢林管處所管理之大安溪事業區林班地某山坡上，見該處堆放林務局遭不詳人士盜採，體積0.15立方公尺，總重達165公斤，贓額山價合計新臺幣24,020元之牛樟木6塊，乃以自備背架分批將該6塊牛樟木背負至車輛可抵達之處放置而竊取之。甲於警詢、偵訊及法院審理時，均就上揭犯罪事實，坦承不諱，經法院判處違反森林法第52條第1項第6款之竊取森林主產物罪。<sup>30</sup>

本案審理中，被告甲陳稱其所屬泰雅族原住民傳統習慣，原即有砍伐牛樟木培養牛樟芝之習慣。惟本案法院調查後認為，「依日治時期所進行之臺灣原住民習慣調查，泰雅族原住民在菇類作物中，僅有採取香菇食用之紀錄，而無培養牛樟芝供作食用或藥用之資料，且在該族傳統文化中，未經許可擅取他人物品，仍可引起部落內部之糾紛，而遭到相對應之處罰（參見中央研究院民族學研究所，臺灣總督府臨時臺灣舊慣調查會番族慣習調查報告書第一卷泰雅族，86年6月初，第98頁、第255頁。本書書名雖有種族歧視之嫌，惟此乃翻譯日治時期著作所致，茲從之，併此敘明）。可知被告甲前開所述，尚乏依據，附此敘明。」

#### (二) 採伐珍貴樹木《七里香案》

盜伐珍貴樹木的案件中，下面所述之《七里香案》判決屬一則闡述原住民族基本法與森林法之適用衝突的重要判決。

本案案情如下<sup>31</sup>：甲為排灣族，以每人每日工資新台幣2000元，僱用不知情之乙、丙、丁，以架設鋼索，使用鋼索剪刀、鐮刀、鋤頭、馬達、備用鋼索、工具箱、鋼索滑輪五個及起重鏈等工具，挖掘砍伐坐落在屏東縣春日鄉○○段八七地號國有土地（非保安林地，下稱系爭土地）上之七里香二株（一株約400年，另一株約450年樹齡）。盜伐完成後，由甲將其中一株七里香載運至經營之民宿庭院內栽種；另一株七里香則載運至芒果園栽種內，後來經警查獲。

本案中，原住民的抗辯內容為，自己具有

<sup>28</sup> 浦忠勇，河川公共性的轉化：曾文溪上游治理的人文反思，台灣原住民研究論叢，第12期，頁96-99。

<sup>29</sup> 浦忠勇，同前揭註，頁100-105。頁105對毒魚祭儀式有說明：「鄒族傳統行毒魚當天清晨，參與毒魚的族人行此儀式，長老以酒祭祀土地神，另一長老裸身躍入河中游泳，並以仰泳模擬魚類被毒後翻身模樣，其他人在排列河岸做撈魚動作。行此儀式後，毒魚活動正式開始。」

<sup>30</sup> 苗栗地院102年原訴字第2號判決。

<sup>31</sup> 最高法院99年度台上字第6852號。



當地原住民身分，依原住民族基本法之規定，得於原住民族地區採集野生植物自用，並有於原住民族土地上分享土地開發及資源利用之權利。因此採伐該區內屬於原住民族傳統領域上兩棵七里香以供自用，非法所不許。然而，法院判決審理後，仍然判處甲犯森林法第52條第1項第6款之竊取森林主產物罪，處有期徒刑壹年肆月，併科罰金新臺幣壹佰柒拾肆萬元，罰金如易服勞役，以罰金總額與壹年之日數比例折算。判決理由不採被告採挖樹木以自用的「文化抗辯」，認為：「甲固具有山地原住民族身分（屬排灣族），且系爭七里香坐落之屏東縣春日鄉係屬原住民族地區，亦有前揭行政院函可憑，此部分固無疑義。惟甲國有林地內，挖掘系爭七里香，係為種植於其所經營之民宿庭院內，美化環境，增加民宿生意，既未依法定方式為之，亦不符原住民族生活慣俗需要或傳統文化、祭儀、自用之目的，擅自僱工在國有土地（原住民族傳統領域土地）挖掘竊取森林主產物，依森林法第五十二條第一項第六款規定論罪科刑，經核於法並無不合。」

此外，本案最高法院99年度台上字第6852號判決還提出了一項法律適用上的重要見解，亦即：

1. 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。
2. 原住民族基本法第19條第一項規定：「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。

本案件最高法院見解，近年來成為原住民採集森林產物爭議問題的重要指標性判決。本案被告竊取國有林內之珍貴樹木七里香兩株，一株樹齡約為400年，另一株為450年。即便被告與辯護人主張，被告為原住民，可根據森林法第15條第4項規定採集森林產物，然而最高法院仍認為，根據原住民族基本法第19條第1項規定，原住民必須在原住民族地區「依法」從事下列「非營利」之採集野生植物及菌類行為。此外，必須以

傳統文化、祭儀或自用為限。但將七里香種植於自己經營之民宿院子，以美化環境，並不符合原住民生活慣習，也非出於傳統文化、祭儀或自用之目的。

前開由最高法院發展出來的原則，對於「原住民族基本法」的法律位階，已有所貶抑，暗示原住民不能僅根據「原住民族基本法」主張合法採集森林產物之法源依據，仍必須受到森林法之拘束。故原住民必須「依法」採集，而非毫無限制。惟目前主管機關尚未根據森林法而制定出相關子法，以供原住民遵循，此等見解，等同於變相否認原住民完全採集森林產物，因為原住民根本沒有可能「依法」採集。

本文認為，原住民族基本法應該承認具有指導法律解釋與法律適用之位階，而非受到森林法之排擠。至於「依法」採集森林產物，如尚未制定出詳細法律規定或管理辦法，應允許原住民依「法理」而採，所謂法理，則可溯及憲法保障原住民族多元文化的憲法價值來解釋。然而本案被告所採集之七里香，樹齡分別為400年與450年，屬珍貴樹木。保護珍貴樹木，目前不僅是原住民也是漢人所一致遵守的價值，因此即便本文不贊同案判決將原住民族基本法的法律位階如此貶抑，但從利益衡量觀點來看，盜採珍貴樹木而作為美化自家民宿之用，仍應認為不符合原住民生活慣習，也非出於傳統文化、祭儀或自用之目的。

關於原住民採集森林產物的適法性問題，本文希望主管機關應盡速針對森林法第15條第4項之母法，制定相關管理規則，且除了本於原住民族文化慣習之尊重外，應就採集之採集地區、期間、植物種類等，制定相關管理規則。就森林「副產物」，例如愛玉子、山蘇、蕨類、箭竹筍等植物的採集管理，應以「原則允許，例外禁止」的方式規範，此等森林副產品即便具有經濟價值，原則上仍應尊重原住民傳統採集文化，允許原住民本於靠山吃山的傳統而採集。例外禁止採集的森林副產物，則應以特殊、珍稀、保育必要性之物種者為限，例如牛樟芝。對於森林「主產物」之樹木，則是反過來，應採「原則禁止，例外允許」方式進行規範。所謂例外允許，應以事先經過核准，法令允許採集（如風倒木、漂流木），原住民族部落會議決定，或保育價值較低者，始可以砍罰或採集。至於是珍稀樹種，例如千年神木，或是樹齡百年的七里香、檜木、扁柏、牛樟木等，仍應屬禁止砍伐之森林產物。

## 肆、近年來之重要判決

原住民狩獵傳統最常違犯的法律是「野生動物保育法」與「槍砲彈藥刀械管制條例」。就原住民持有自製獵槍是否犯罪一事，「槍砲彈藥刀械管制條例」第20條雖規定，「原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍、魚槍，以供作生活工具之用者」，僅科以行政罰，不適用刑罰之規定。然而，原住民所持之獵槍規格，過去實務見解認為只要不符合民國87年內政部函釋要求之獵槍規格，仍然被科以刑責。就原住民獵殺野生動物之爭議，過去實務見解一概區分所獵殺者是「一般類」還是「保育類」野生動物而分別做不同之處理。如果原住民獵殺的是「一般類」野生動物，例如山豬，則僅課以行政罰；如果原住民獵殺的是「保育類」野生動物，例如山羌或台灣野山羊，則仍然根據「野生動物保育法」第41條第1項第1款之刑法處罰。

近年來，對於「自製獵槍」之規格是否必須受到內政部函釋限制？獵殺「保育類野生動物」是否應該除罪化，最高法院見解出現鬆綁跡象，以下即介紹此兩則判決。

### 一、獵殺「保育類動物」山羌無罪案（最高法院104年台上第243號判決）

本案之犯罪事實與判決情形略為，被告甲、乙、丙、丁是布農族獵人，於民國101年6月間，為供小米豐收季慶典使用，上山獵殺保育類動物「山羌」10隻，因而遭檢察官以違反野生動物保育法起訴。第一審與第二審均認定被告4人共同犯野生動物保育法第41條第1項第1款之非法獵捕「保育類」野生動物罪。上訴最高法院後，經最高法院撤銷有罪判決，發回高等法院更審。高等法院更審後，判決被告無罪。檢察官不服而上訴最高法院，最高法院認同無罪判決而駁回檢察官之上訴。

本案的爭議點其實是野生動物保育法第51條之1規定的爭議，該條文規定之內容是，原住民違反第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」，僅處以行政罰鍰。問題是，如果是獵殺「保育類野生動物」是否應該比照辦理而除罪化？還是仍以刑法處罰？此一規定究竟是立法疏忽而「漏未規定」保育類動物？還是一開始立法者的原意就是僅允許原住民獵殺一般類野生動物，不允許獵殺保育類野生

動物？

過去長年以來，實務判決均認為，野生動物保育法制訂時，僅允許原住民獵殺一般類野生動物，不允許獵殺保育類野生動物。此一見解是來自於野生動物保育法於民國93年2月4日增訂時，立法院針對該法第21條之1所為之「附帶決議」。其內容為：「有關第二十一條之一第二項之許可辦法，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」，而僅要求主管機關對「一般類野生動物」有關事項，應特別尊重原住民族之傳統飲食文化，為妥適訂定」。此外，野生動物保育法第51條之1規定，文義上僅提及獵殺一般類野生動物可以科以行政罰，沒有提到保育類動物。

然而，最高法院104年台上第243號判決則推翻過去長年之實務見解，認為野生動物保育法第51條之1有關科以行政罰之範圍沒有提及保育類動物，或是立法院的附帶決議沒有提及保育類動物，實乃立法疏漏。參酌當時立法修正之目的就是要允許原住民狩獵，且以具體法律保護憲法增修條文中關於原住民族文化權利，故實無理由修正野生動物保育法時，又為德不卒地偷偷將原住民獵殺保育類動物排除在行政罰之外，以陷阱般的條文用刑罰懲罰原住民獵殺保育類動物。

最高法院判決摘要如下：「被告等四人係布農族原住民，渠等上開獵捕山羌，係為供小米豐收季慶典，基於傳統祭儀，而獵捕保育類野生動物山羌等情，分別為檢察官起訴書所記載，及原判決明白認定，雖因未經主管機關之許可，而違反該法第二十一條之一第二項之規定，惟如前所述，對於原住民族違反該條第二項規定，未經許可，基於傳統文化、祭儀而獵捕保育類野生動物之行為，縱立法時有所保留，但既疏漏而未定有處罰之明文，自無從違反罪刑法定及類推適用禁止原則，而予以比附援引、擴大適用範圍，逕以同法第四十一條論處罪刑之餘地。原審諭知被告等無罪之判決，結論尚無不合，亦無所指適用法律錯誤之情形。」

### 二、自製獵槍許用工業底火（喜得釘）且可發射金屬或子彈（最高法院102年台上字第5223號判決）

「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，以供作生活工具之用者」，僅科以行政罰，不適用刑罰之規定。然而，長年以來，只要



原住民所持之自製獵槍規格，送鑑定後，與內政部所頒之「槍砲彈藥刀械許可及管理辦法」在100年11月7日增訂之第2條第3款規定不符，就會被檢察官以違反槍砲彈藥刀械管制條例起訴。這類的案件至今仍然是原住民持有自製獵槍打獵卻以刑法處罰的大宗。

內政部管理辦法之內容，主要繼受內政部87年6月2日台87內警字第8770116號函之內容而來，亦即：「自製獵槍：原住民依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，其結構、性能須逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，以打擊底火或其他法引爆，將填充物射出。其填充物：係指可填充於自製獵槍槍管內，遠小於槍管內徑之固體物，如玻璃片、彈丸等，供發射之用。」

本案被告所持之自製獵槍，經送刑事警察局鑑定之後，認為該把獵槍為是「可發射金屬或子彈具有殺傷力之土造長槍」，檢察官認定不合於獵槍之定義，自非上開規定所稱之自製獵槍，因而起訴。然而地方法院與最高法院之判決均認定，內政部所頒訂的法規命令，顯然與立法修正意旨不符，且槍枝的規格與要件「顯然增加法律所無之限制，不當干預人民文化活動」，因而判決被告無罪。檢察官不服法院判原住民被告無罪之判決，一路上訴到最高法院，結果最高法院認同了高等法院無罪判決。此一無罪判決之重要內容摘錄如下：

#### (一) 允許使用工業底火（喜格釘）

原住民使用工業底火當火藥，使用工業用底火乃考量其安全及有效性，對該槍枝之自製簡易性質並無明顯改變。若仍執著於原住民須使用較不安全性之黑色火藥，顯違尊重原住民文化傳統之立法意旨。原住民於傳統自製獵槍文化習慣之基礎上，改良技藝及增進安全性前提下自行獨力製作之獵槍，亦難謂與其文化傳統有違（最高法院102年台上字第5223號判決）。

#### (二) 內政部函釋內容與修法意指不符，顯然增加法律所無之限制

槍砲彈藥刀械管理條例於民國90年修訂，增訂免除原住民持有自製獵槍之刑罰規定，主管機關卻將法律修正前之函釋引為授權法規命令之內容，是否與立法修正之意旨完全相符，容有疑義。且前述管理辦法中所列自製獵槍之定義，除依照立法理由列出結構、功能外，尚要求「自行

獨力製造或與非以營利為目的之原住民製造」、「警察分局核准之報備地點協力製造完成」、「逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內」等要件，顯然增加法律所無之限制，既將具有文化意涵之行為活動，透過定義性法規，轉換成為需要經過行政機關核准，不當干預人民文化活動，顯然與立法原意不符（臺灣高等法院花蓮分院102年度上訴字第103號判決）。

## 伍、結語

原住民之行為，不管是持槍狩獵野生動物、捕魚文化、採集森林產物文化等等，可以說是出於原住民傳統文化慣習而來的行為。然而當原住民主張所為之行為乃出於傳統慣習或文化而來，基本上這樣的辯解已屬「文化抗辯」之範疇。文化抗辯(cultural defense)乃美國訴訟審判實務上，因應不同文化背景之犯罪人，所發展出來的排除或減輕刑責之抗辯手段。文化抗辯的理論基礎在於，每個人行為的選擇都植基於文化背景，因此司法審判也必須尊重個人成長過程的文化脈絡，並設法保護個人依循其文化脈絡行動的自由空間。因此一旦犯罪人的行為，是源自於其文化背景，但卻與刑法規範發生衝突時，法院有義務審酌涉及文化背景的相關證據，以認定被告是否構成犯罪。

近年來，原住民犯罪問題，已經慢慢出現原住民被告以文化抗辯方式，主張自己的行為合乎原住民傳統文化。實務判決對於原住民所提出之文化抗辯，如何審理、是否採納，仍處於意見紛歧之狀態。但近年來，實務判決也漸漸有所調整，例如獵殺「山羌」之保育類動物可以除罪化，以及原住民自製獵槍的規格可以鬆綁，這些判決內容均是值得肯認之見解。本文試著整理與分析原住民主張文化抗辯之成功與失敗之案例，以檢討法院見解對原住民文化抗辯之發展趨向，希望喚起司法者對原住民的犯罪事件中所可能涉及的文化抗辯予以重視。

## 參考文獻

- Renteln, Alison Dundes. *The Cultural Defense*. Oxford University Press. (2004).
- Böse, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit im Rahmen der Strafgesetze (insb. §34 StGB), ZStW 113 (2001).
- 王皇玉(2014)。《刑法總則》。臺北：新學林。



- 王皇玉(2009)。《刑罰與社會規訓》。臺北：元照。
- 吳清生(2011)。《原住民頭目制度淡化對文化保存之衝擊—以東排灣族 Tjaqau 部落為例》。國立臺東大學公共與文化事務學系碩士論文。
- 何書雅(2015)。《文化抗辯及其理論實踐於我國刑事判決之適用—以原住民為中心》。國立臺灣大學法律研究所碩士論文。
- 浦忠勇(2012)。〈河川公共性的轉化：曾文溪上游治理的人文反思〉，《臺灣原住民研究論叢》，12 期，頁 93-128。
- 許恒達(2013)。〈國家規範、部落傳統與文化衝突—從刑法理論反思原住民犯罪的刑責問題〉，《臺灣原住民族季刊》，第 6 卷 2 期，頁 33-82。
- 許恒達(2013年6月)。〈刑法秩序與多元文化：以東亞刑事法院為中心的考察〉，發表於：《東亞法院與法律繼受學術研討會(二)》。國立台灣大學法律學院霖澤館多媒體室。
- 鄭川如(2012)。〈由生存權、文化權而來的狩獵權—從美國最高法院判決談臺灣原住民的狩獵權、漁權〉，《臺灣原住民族研究學報》，2 卷 1 期，頁 101-130。
- 蕭宇軒(2011)。《文化辯護於刑事實體法上之效果》。國立成功大學法律學研究所碩士論文。
- 劉惠敏，《環境透視：國家的「竊盜罪」》，台灣立報，2007年5月14日
- 譚國昌(2007)。《排灣族》。臺北：三民。

# 原住民保留地權利之實然與應然— 相關行政救濟實務見解分析

吳秦雯\*

## 摘要

本文主要關注國家在原住民保留地制度中扮演之角色與採取之態度，並聚焦於行政救濟之範疇，冀以探究我國原住民保留地法制中國家角色與原住民族權利保障之現實發展狀況。

我國現行之原住民保留地制度，係大量承襲自日本政府殖民統治時期之制度，制度之沿襲是否代表此等「殖民—被殖民」之關係與思維，目前仍然以原住民保留地制度之方式存在於我國？！相關之行政救濟決定與判決，是否相同地重製此等「殖民—被殖民」的刻板印象與潛在意識？若然，我國在現行與未來的制度上，是否以及如何朝向「去殖民」的方向努力，並可能採取何種制度與方式進行調整，也在文章中一併進行探討。

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

**關鍵詞：**原住民保留地、行政救濟、耕作權、地上權、憲法增修條文

自1992年憲法首次於第18條增列第5項關於原住民發展與保障之條文以來<sup>1</sup>，與原住民相關的權利議題討論不僅內容與研究角度日益豐富，並逐漸受到各界重視。不過，在相關議題中，與原住民生活空間與活動範圍息息相關的土地問題，尤其是原住民保留地之各種探討研究，倒是從來不曾原住民研究中缺席，也一直受到各界的廣泛關注；不論是地政面向、管理面向或是制度變

遷面向<sup>2</sup>。然而，在原住民保留地制度受到如此重大與長期研究之情況下，現實上，在國家長期以來，近乎單方以自我價值判斷與決定之方式，建立此等法制度之情況下，原住民本身，原住民與非原住民之間，甚至原住民與國家機關之間，如何試圖並如何踐行主張自身之權益保護，甚至產生爭議時如何透過行政救濟之司法途徑試圖獲得解決，這樣角度的法學研究卻相對少見。

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

\* 法國馬賽大學行政法博士、政治大學法律系副教授，email: chinwen@nccu.edu.tw

\*\* 本文曾於第六屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會發表，感謝與談人張升星法官以及所有與會先進提供豐富增修意見。本文為科技部補助「原住民族部落之法主體性及其建構—從公法學論原住民族部落之法主體性及其建構」專題研究計畫（計畫編號 104-2420-H-004-010-MY3）研究成果之一部。

<sup>1</sup> 當時之條文為「國家對於自由地區山胞之地位及政治參與，應予保障；對其教育文化、社會福利及經濟事業，應予扶助並促其發展。」。該條文於之後多次修憲亦歷經多次修正，1994年調整條次為第9條第7項，並將「山胞」修正為「原住民」：「國家對於自由地區原住民之地位及政治參與，應予保障；對其教育文化、社會福利及經濟事業，應予扶助並促其發展。」1997年再調整為第10條，除原本之規定外，又增列一項，列於該條之第9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。」與第10項「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之。」。1998年再改列為第11項與第12項，其後即未再變動。

<sup>2</sup> 官大偉，原住民族土地權的挑戰：從一個當代保留地交易的區域研究談起，考古人類學刊，80期，頁9，2014年；辛年豐，保障原住民族尊嚴的原住民保留地？—制度的檢討與展望，台灣環境與土地法雜誌，頁36以下，2014年。

於行政救濟之範疇，亦即行政訴訟判決之檢視<sup>3</sup>，以探究我國原住民保留地法制中國家角色與原住民族權利保障之現實發展狀況。

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

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

## 壹、原住民保留地制度之實然面

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

<sup>3</sup> 儘管在現行的行政救濟制度下，訴願被視為行政救濟之一環，而且因為訴願法對於訴願委員會組成之「準司法性」規定，使得訴願成為行政救濟「不可欠缺」之程序。然而，論其本質，訴願委員會具備準司法之性質，仍為行政機關內之組織，與外於行政機關，全然獨立於行政權之司法權—法院，依然不同，因而本文不擬探究原住民族委員會與各相關機關之訴願決定。另附帶說明，本文在進行初步研究時，曾先搜尋原住民族委員會之訴願決定，在該會之網站上（<http://law.apc.gov.tw/LawCategoryContentList.aspx?id=16>）搜尋到自2007年11月2日至2015年12月12日約8年之間，共計52則訴願決定，不但案件量顯然不多，也顯現許多與原住民相關之案件，該會並非主管機關之上級機關，因而無權進行訴願審理。因此，若欲完整研究原住民保留地之訴願決定，必須分散搜尋各縣市政府之訴願決定，甚至內政部、農委會等部會。資料蒐集上過於龐大，暫非本文目前所能處理。

## 一、原住民保留地制度之沿革—相關規範法制之變遷

對於我國原住民保留地制度進行歷史探源，可知台灣原住民在1624年荷蘭東印度公司、明鄭時期前，對於土地基本上採取傳統的共同共有型態，但自從來自台灣以外地域之統治者，將其既有制度下之統治組織與人員移入台灣以進行統治，即所謂「外來政權」<sup>4</sup>以不同型態的權力組織介入後，慢慢轉變為兼容個別所有型態<sup>5</sup>。但最重要的改變，仍然是國家權力機關以統一並強制方式對於原住民居住、活動區域進行法規範之制定與執行，對台灣而言，這樣的時期始於日本統治台灣。因為在日本統治時期前的外來政權，除荷蘭外，基本上是以「土牛番界」將當時未漢化之高山原住民畫出自己的管理範圍外，並且從漢人的觀點認定「番」乃「非人」<sup>6</sup>。以下因而區分為日本統治時期與國民政府統治時期進行說明。

### （一）日本統治時期之法規範

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

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

<sup>5</sup> 顏愛靜，土地資源概論，五南，頁323，2013年。

<sup>6</sup> 王泰升，前揭註4文，頁1650-1652。

<sup>7</sup> 王泰升，前揭註4文，頁1660。

<sup>8</sup> 台灣總督府民政殖產局，台灣林野調查事件報告，1917年（[http://www.ntl.edu.tw/sp.asp?xdurl=MP15AP/BOOK\\_CP.asp&xItem=15574&ctNode=1427&mp=15](http://www.ntl.edu.tw/sp.asp?xdurl=MP15AP/BOOK_CP.asp&xItem=15574&ctNode=1427&mp=15)）。

<sup>9</sup> 顏愛靜，前揭註5書，頁324。

<sup>10</sup> 辛年豐，前揭註2文，頁37。

<sup>11</sup> 官大偉，前揭註2文，頁13；顏愛靜，前揭註5書，頁325。

<sup>12</sup> 顏愛靜，前揭註5書，頁326。



化，其所居地就會編入普通行政區，不但不再稱之為「番人」，而視為本島人，番地也跟著改編<sup>13</sup>，因此到日本統治末期，番地縮減為13萬7千20公頃<sup>14</sup>。

## (二) 國民政府統治時期之法規範

以現行依據山坡地保育條例第37條為授權條文，由行政院於1990年制定公布「山胞保留地開發管理辦法」，並於1995年更名為「原住民保留地開發管理辦法」為基準，將國民政府統治時期之法規範區分為兩階段。

### 1. 前階段

國民政府來台後，將日本統治時期的「准要存置林野」改名為「山地保留地」，1947年頒定「台灣省土地權利清理辦法」，第8條規定：「經前總督府依據土地調查及林野清理之結果歸公有之土地概不發還。」<sup>15</sup>使得山地保留地維持為國有土地，並於1948年制定「台灣省各縣山地保留地管理辦法」為管理依據，辦法第16條規定「山地保留地屬於國有」，因此所有權仍然歸國有，且規定山地人民或租用的平地人民和事業機關「僅有使用收益權，不得將山地保留地及其土地改良物作為買賣、抵押、交換、贈與、租賃之標的」<sup>16</sup>。但於條文中同時規定「山地保留地內可資墾耕之土地，應獎勵山地人民自行開墾，且該山地人民應自任耕作，鄉公所對於霸佔土地不加利用者得收回以分配給其他山地人民（第7條）」，山地人民原則上亦可為自用而採伐林木<sup>17</sup>。

基本上國民政府當時的法規範制度，維持日本統治時期「剝奪原住民土地所有權為國有」之制度型態，儘管該辦法第1條之目的為「安定山地人民發展山地經濟」，但事實上乃基於「山地社會仍處於文化落後、生活艱困的狀態，認為應在三民主義扶助弱小民族的基本國策下，重建山地社會」<sup>18</sup>之概念，認定山地人民較為落後，在開墾並利用土地之情況下，方擁有使用收益權，若不利而霸佔土地，國家有權剝奪其使用權交付予其他山地人利用。此等國家制度不但延續殖民政

策下認定山地人無法擁有山地之所有權，認定山地人不能與平地人相同擁有對於土地權利的平等地位，甚至更進一步在山地人間製造「開墾利用土地」vs「霸佔土地不利用」之性格差異。國家毫不掩飾自己強勢家父之功能與角色，幾乎不是後殖民主義（postcolonialism）之色彩，而近似殖民者之意念<sup>19</sup>。

1966年修正名稱為「台灣省山地保留地管理辦法」，並於該辦法第7條進一步規定，地籍測量完竣地區之原住民對於所使用之山地保留地，農地登記耕作權後繼續耕作權滿十年，取得所有權；建築用地登記地上權繼續無償使用，於上述農地移轉時隨同一併無償移轉；第8條則規定「據此所取得或使用之土地或權利暨基地林地上之土地改良物，除繼承或贈與於得繼承之人外，不得讓與轉租或設定其他負擔；於取得所有權後如有移轉，其承受人以能自耕之山地人民或供工業用或供建築用者為限，違者其土地所有權之移轉無效」；同時也規定原住民使用山地保留地之面積標準，按人口訂定每人使用土地面積之最高限額<sup>20</sup>。如此規定雖然表面上看來賦予原住民「收回」以往原住民擁有土地之可能與權利，但是其後也遭致許多批評<sup>21</sup>。尤其，該等原住民取得權利之方式，仍然是外來政權統治制度設計中，由國家單方面決定之方式，並且「首次將過去僅施行於平地的個人主義所有權制度，引進居住於山地的高山族原住民」<sup>22</sup>，就像一開始列入國有土地範圍一樣，原住民族傳統習俗對於土地使用利用之規範是否能夠與資本主義概念下個人主義所有權制度互相調和，如何避免或減少衝突，國家統治機關並不關心，只要能夠達到國家預設之行政目的即可，此種強制、單方、任意性的國家行政作為方

<sup>13</sup> 王泰升，前揭註4文，頁1662。

<sup>14</sup> 辛年豐，前揭註2文，頁38。

<sup>15</sup> 林佳陵，論關於台灣原住民土地之統治政策與法令，台灣大學法律學研究所碩士論文，1996年，頁84。

<sup>16</sup> 王泰升，前揭註4文，頁1677。

<sup>17</sup> 王泰升，前揭註4文，頁1677。但王文對於條文加註的上下引號並未照引，本文所加上下引號內之下標為本文所加。

<sup>18</sup> 顏愛靜，前揭註5書，頁330。

<sup>19</sup> Ahmed Leila, 1996, *Moving Spaces*. Black Feminist and Post-Colonial Theory, Theory, Culture and Society, 13. 1, pp.139-146, p.143; Shohat Ella, 2007, Notes sur le 'post-colonial' (1992), *Mouvements*, 51: Qui a peur du postcolonial? Défis et controverses, pp.80-89, p.84. cité par Laura Schuft, "La «colonialité du pouvoir» en Polysésie française: de l'institutionnel à l'intime", *REVUE Asylon(s)*, N°11, mai 2013, Quel colonialisme dans la France d'outre-mer ?, url de référence: <http://www.reseau-terra.eu/article1279.html>

<sup>20</sup> 顏愛靜，前揭註5書，頁331。

<sup>21</sup> 張茂桂，有關國家公園內原住民族文化的維護與發展政策層次的多國比較研究，收於劉文雄等著，雅美族及雅美文化之維護與發展，中華民國自然生態保護協會，1989年，頁213-232；吳豪人，山地政策立法實體內初探，國家政策季刊4，1989年，頁94-101。

<sup>22</sup> 王泰升，前揭註4文，頁1678。

式，也難怪遭致學者批評為「恐怕」來自中國內地、猶具傳統天朝／漢族優越觀念的國民黨威權政府，並不在意高山族原住民族的感受<sup>23</sup>。而這樣的思維方式，不也是殖民思想的思維與複製？

1974年「台灣省山地保留地管理辦法」大幅修訂內容，增訂第34條，放寬公私營企業及個人對保留地的使用，第一項規定「合法公私營企業組織或個人，為開發礦產、採取土石、承採林木、施設交通、發展觀光事業、開設工廠、旅館、商店所需土地或合法團體所需建設用地，以不妨害山地人民生活及山地行政為限，得擬具詳細計畫向鄉公所申請，由鄉公所、縣政府勘查並加具處理意見曾報民政廳核准租用或使用山地保留地上」<sup>24</sup>。此一條文儘管加入「不妨害山地人民生活及山地行政」之前提要件，但此一要件之判斷連結到「由鄉公所、縣政府勘查並加具處理意見」，並未設計任何山地人民表達意見之機制，可謂又是國家以管制與強權手段展現自我行政意識之例。而此等以優越地位單方開放平地人以發展山林之強勢經濟姿態進入山地保留地的法規範方式，正是殖民主義中，強化被殖民者認定自己較為野蠻或無能力，而理應持續遭受被殖民之烙印<sup>25</sup>。

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

## 2. 後階段

於1990年時，以農業發展條例第17條第2項與山坡地保育利用條例第37條為授權條文，由行政院制定公布「山胞保留地開發管理辦法」，1995年更名為「原住民保留地開發管理辦法」。饒富趣味者，在於農業發展條例早在1973年即已制定，且於當時之第12條中，已經有「山地保留地」之名詞，只是該條並未再為授權規範<sup>26</sup>；係農業發展

條例於1983年修正時，方於第17條第2項明確規定授權規範：「前項土地之開發管理及山地保留地輔導開發辦法，由行政院定之。」，至於第17條第1項的對於山地保留地之規範方式<sup>27</sup>，儘管文字修正，但由國家對於山地保留地加強開發，不論是1973年係由政府自己，或1983年政府或政府指定之對象，都是強化開發之思維。但2000年再次修正農業發展條例時，刪除第17條之規定，使得目前原住民保留地開發管理辦法之母法，僅餘山坡地保育利用條例第37條。

至於山坡地保育利用條例係於1976年制定，制定之初並無關於山地保留地之規定，係晚於農業發展條例於1985年修正時，增列第37條「山坡地範圍內山地保留地，輔導山胞開發並取得耕作權、地作權或承租權。其耕作權、地上權繼續經營滿五年者，無償取得土地所有權，除政府指定之特定用途外，如有移轉，以山胞為限；其開發管理辦法，由行政院定之。」山坡地保育利用條例之後歷經四次修正<sup>28</sup>，該條之規範方式僅於2006年將原來條文用語之「山胞」修正為「原住民」，但山胞保留地開發管理辦法卻先於1995年即更名為原住民保留地開發管理辦法，發佈施行以來已經歷經七次修正。

由上述原住民保留地開發管理辦法之制定過程可知，就時序而言，一方面，授權母法之一之農業發展條例早在1973年即已規範有「山地保留地」，當時行政院即可以該法作為母法規範相關子法，但卻一直到1990年方制定。另一方面，1992年修憲時，已經增列原住民保障條款，並於1997年之憲法增修條文明定「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其…經濟土地…予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之。」，但直至今日，關於原住民保留地，此一顯然涉及原住民土地之重要權利事項，國家，尤其是立法者，依然未遵守憲法託付之「以法律定之」之憲法義務。同時，在除了原住民以外，關於非原住民保留地之相關土地權利事項，幾近均以法律明文規範<sup>29</sup>。由以上二方面之法制實際狀況

<sup>23</sup> 王泰升，前揭註4文，頁1680。

<sup>24</sup> 林佳陵，前揭註15論文，頁88。

<sup>25</sup> Le Cour Grandmaison Olivier, «L'exception et la règle: sur le droit colonial français», Diogenes, 4/2005 (n° 212), p. 46.

<sup>26</sup> 「政府應加強經營國有林、集水區、海岸防風林；開發山坡地、山地保留地、河川新生地、海埔新生地及海邊養殖地等土地；興修及維護水土保持，並辦理農田水利、灌溉、排水、漁港、船澳等工程及

農業專用公路等公共事業。

<sup>27</sup> 「山坡地、山地保留地、河川新生地、海埔新生地及海邊養殖地等土地，由政府統籌規劃，劃定區域，自行投資開發或核准由農民、合作農場、農民團體、農業企業機構投資開發。但政府開發之土地，指定為農業使用者，除供自用外，應優先租售農民，分期收回開發費用。」

<sup>28</sup> 分別是1997年12月9日、2000年4月28日、2002年5月21日與2006年5月23日。

<sup>29</sup> 以耕作權之設定為例，非山地保留地之耕作權設定



可知，不但國家機關並未積極對待原住民之土地權利問題，相對於非原住民，原住民仍然受到國家法制不平等之對待。

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

## 二、與原住民保留地相關之行政訴訟

首先，本文以司法院法學資料檢索系統<sup>30</sup>為搜尋基礎，針對最高行政法院之判決，並於全文檢索語詞設定條件為「原住民保留地」，進行搜尋，獲得85則案件；接著再分別針對台北高等行政法院、台中高等行政法院、高雄高等行政法院進行相同全文檢索語詞設定條件之搜尋，分別獲得122則、58則、56則之案件結果。逐案檢視此234則案件自有研究價值，尤其是案件量與一般所認知之原住民保留地分布地區並不完全一致—依據原住民族委員會最新提供之99年度原住民保留地權利分配統計報表，原住民保留地係分佈於臺北縣、宜蘭縣、桃園縣、新竹縣、苗栗縣、台中縣、南投縣、嘉義縣、高雄縣、屏東縣、台東縣、花蓮縣、基隆市13個縣市內<sup>31</sup>，其中最多的屏東縣佔25%，次多的台東縣佔18.4%，其同受高雄高等行政法院管轄，其案件量卻不到台北高等行政法院之半數，而台北高等行政法院管轄之縣市所擁有之原住民保留地全數僅佔29.6%，不到高雄高等行政法院管轄地百分之七十<sup>32</sup>。訴訟

案件量與原住民保留地之比例不符，或可能與中央主管機關設置地多在台北有關<sup>33</sup>，但在撰寫時間有限的情况下，本文考量到會向最高行政法院提出上訴、再審或抗告者，可先推定是當事人爭取權益的意識較為強烈，或當事人有較多進行行政救濟之資源（不論是金錢或時間）<sup>34</sup>，或案件具備相當重要性，因此或許可較清楚地凸顯出關於原住民保留地行政救濟之特色，因而只得暫時先捨去對於三個高等行政法院判決的逐案檢視，僅先對最高行政法院之案件進行逐案閱讀與分析。以下先對案件進行整理概述，再針對案件顯示出特徵進行說明分析。

### （一）最高行政法院原住民保留地案件概況

本文先對85則案件逐案檢視，發現此85則案件有的係相同案件，只是歷經上訴、再審、抗告等程序<sup>35</sup>，有的則是在判決文書中因為法條或是相關文件提及「原住民保留地」<sup>36</sup>，因而再次進行整理，彙整出以下自1998年迄今<sup>37</sup>的60則案件。為了清楚標示，先以表格，對於判決字號、判決事實摘要、當事人，以及必要標示之說明（是否為原住民、對於原住民保留地之爭執原因等）進行案件概況整理。先列出判決整理表於下：

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

<sup>30</sup> <http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>

<sup>31</sup> 資料來自於該會網站中「102年度統計報表」，網址：<http://www.apc.gov.tw/>（2016年3月21日）。

<sup>32</sup> 此一數字比例從99年度到102年度有頗大之變化，99年度之資料顯示，台北高等行政法院管轄地區之原住民土地只佔全國原住民土地之18.2%，但到了102年度卻激增為29.6%。主要原因在於花蓮縣之原住民土地從99年度之30081.7公頃，增加到31545.139公頃。

<sup>33</sup> 然而，大致審視相關案件，並非所有的訴訟主體都是中央事業主管機關，因此進一步的案件研究或有必要。

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

<sup>35</sup> 此等案件在以下表格將列入同一編號之下。

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

<sup>37</sup> 本文案件搜尋至2016年4月18日。



編碼	判決字號	事實摘要	當事人	說明
1.	105 年度判字第 117 號	上訴人欲繼續承租位於廬山之原住民保留地被拒，向被上訴人原住民族委員會請求補償亦遭拒	太仁開發事業股份有限公司 vs 原民會、內政部	非原住民承租原住民保留地
2.	104 年度裁字第 2128 號	原住民保留地土地權利審查委員會決議，依原住民保留地開發管理辦法通過由訴外人設定耕作權及地上權，相對人登記完成後抗告人以該設定土地權利之登記致使自己之農地無法通行，以利害關係人之身分對權利設立登記提出救濟	高泰成 vs 屏東縣牡丹鄉公所	抗告人於前審已逾救濟期間（高雄高等行政法院 104 年原訴字第 2 號）；原住民保留地開發管理辦法不在處理土地間私權爭議，抗告人欠缺訴訟權能
3.	104 年度判字第 535 號	上訴人申請租用原住民保留地，台中市政府 92 年核准，但於 101 年撤銷	段余凌雲 vs 台中市政府	非原住民承租原住民保留地
4.	104 年度判字第 536 號、103 判字第 585 號	上訴人主張自己對原住民保留地之權利，認被上訴人不得設定耕作權予訴外人	江士勳 vs 台中市和平區公所	非原住民無法申請設定原住民保留地耕作權登記，無任何法律上之利害關係，無訴訟實施權能。
5.	104 年度判字第 523 號	對於遭廢止造林處分不服	游春妹 vs 花蓮縣政府	僅由「花蓮縣卓溪鄉公所 101 年度原住民保留地造林地溢領獎勵金說明表」知悉與原住民保留地之關係
6.	104 年度裁字第 214 號	上訴人欲繼續承租原住民保留地因未提出合法租用文件而被駁回	蜜月館大飯店股份有限公司 vs 南投縣政府	非原住民承租原住民保留地
7.	103 年度判字第 687 號、103 年度判字第 419 號	設定耕作權而再審被告遲不決定	壁虎·打滾(原名黃春福) vs 南投縣仁愛鄉公所	設定耕作權之要件以自行耕作之狀態迄主管機關核准其申請時仍繼續為必要，該土地確已棄耕多年。恐涉及賽德克族之農作習俗。
8.	103 年度裁字第 1624 號	上訴人嫁與非原住民為妻，喪失原住民法定身分，不符山地保留地土地權利繼承或受配之資格，其養母享有權利之四筆土地因而遭塗銷登記。上訴人向被上訴人申請系爭土地耕作權辦理繼承登記予上訴人之行政處分	于王玉答 vs 南投縣仁愛鄉公所	恢復原住民身分請求原住民保留地權利
9.	103 年度判字第 156 號	參加人已經設定耕作權之原住民保留地，由花蓮縣秀林鄉公所出租予亞泥，參加人主張辦理所有權移轉登記經花蓮縣政府駁回，參加人提出訴願，原住民族委員會撤銷原處分，亞泥因而提出訴訟	亞洲水泥股份有限公司 vs 原住民族委員會	原住民保留地取得土地所有權之要件

編碼	判決字號	事實摘要	當事人	說明
10.	103年度裁字第220號(103年度裁字第219號、102年度判字第233號)	對於其父所耕作使用之山地保留地，陳請再審被告補註記系爭土地為原住民保留地遭拒	吳榮三 vs 行政院原住民族委員會	原住民主張註記原住民保留地
11.	103年度裁字第229號(103年度裁字第232號)	上訴人提出就國有之原住民保留地設定耕作權之申請，被上訴人駁回	沈堡蓮 vs 屏東縣牡丹鄉公所	原住民主張原住民保留地耕作權登記
12.	102年度裁字第1713號	上訴人之祖父全清石於58年間就南投縣信義鄉某原住民保留地取得地上權登記，上訴人主張被上訴人在76年間地上權未塗銷登記前將系爭土地出租於陳秀珠，且未經繼承人同意於95年間塗銷地上權登記逕將系爭土地收歸國有，遂於99年7月20日向陳情協助辦理繼承登記，被上訴人後續多次函覆說明系爭土地出租之理由，但上訴人對於被上訴人之函覆不服	全左安(即左淑娟)、全左淑芳(即左淑芳)、伍建明 vs 南投縣信義鄉公所	原住民主張原住民保留地地上權繼承登記
13.	102年度判字第244號(101年度判字第409號)	上訴人於原住民保留地內設定耕作權登記，嗣並以取得之耕作權登記後繼續自用滿5年，取得上開權利範圍土地之所有權。嗣後，參加人另以原住民身分，設定耕作權登記，經被上訴人核准登記在案。惟上訴人認依被上訴人核准參加人設定耕作權登記之測量圖顯示，參加人所指耕作權位置，恰與上訴人原取得耕作權之耕作位置重覆，請求撤銷對於參加人之耕作權登記	魏永樂 vs 南投縣仁愛鄉公所	原住民間對於耕作權設定之衝突(上訴人之權利並未因原處分致受侵害)
14.	102年度裁字第417號	訴外人高有義(嗣更名為高有儀)對系爭原住民保留地先登記為耕作權人，並於耕作權登記滿10年後，登記為土地所有權人。上訴人主張系爭土地及其上建物自49年間創立新址，一直為其先父鄭德輝及家屬持續使用並繳納稅捐，請求將系爭土地更正登記為鄭德輝所使用，被上訴人否准其申請	鄭鎔庄、鄭家來、鄭家富、鄭家貴、鄭瑞玉、鄭瑞惠、鄭瑞美 vs 花蓮縣秀林鄉公所	原住民間之土地權利登記爭執(上訴人雖主張高有義曾將土地耕作權讓與鄭德輝，此部分應向民事法院訴請判決，如經獲得勝訴判決，始得據以向地政機關辦理移轉登記)

編碼	判決字號	事實摘要	當事人	說明
15.	102年度裁字第216號	原住民保留地經被上訴人公告收回改配後，現地上權人即參加人於85年10月15日提出地上權申請並准予辦理，上訴人函請撤銷參加人之地上權設定登記，被上訴人調處不成，發函請雙方自循司法途徑解決，上訴人對此函不服	趙春霞、趙俊光 vs 南投縣仁愛鄉公所	原住民間之土地權利登記爭執
16.	102年度判字第48號	上訴人申請原住民保留地土地所有權移轉登記，准許後因原民會向臺灣桃園地方法院訴請塗銷上訴人就系爭土地之所有權登記，桃園縣政府因而以先前之准許違法而撤銷	蘇家宏 vs 桃園縣政府	原住民保留地之使用(100年度重訴字第6號民事判決)
17.	101年度裁字第2247號、98年度裁字第1091號 <sup>38</sup>	該土地為日據時代日本工程重點建設機械放置點，當時不論是否為原住民進出皆受嚴格管制，因而不能於系爭土地上有任何耕作事實，日據結束後由國防部山訓部隊接管，於48年2月3日與博愛村山胞民協議並製作「和平鄉博愛村保留地谷關山胞土地被山訓部隊進駐損失補償清冊」，被告即以「48年2月3日山訓部隊使用和平鄉博愛村山地保留地協議補償會議紀錄」、前述補償清冊及「74年1月25日陸軍總部歸還谷關段128、128-1、136-1、137-1等4筆土地為山地保留地交還原使用人分配座談會議紀錄」為地上權設定核准之依據。原告主張土地為哈崙台部落全體共有，48年間出席會議之山胞僅為出席代表，並非土地受分配之指定人	林子翔 vs 臺中市和平區公所	地上權設定之資料；原住民保留地地上權設定核准認定爭議；部落全體或原住民個人之土地權利
18.	101年度裁字第1629號	抗告人認相對人所為之函影響自己設定耕作權之權利	古阿粉 vs 南投縣仁愛鄉公所	設定耕作權疑義函非行政處分
19.	101年度裁字第1607號(101年度裁字第960號)	勤和部落之原住民族主張，主張依原住民族基本法，部落族人對於土地使用之權利，但仍遭行政機關以違反水土保持法處罰	吳明傑 vs 高雄市政府	水土保持法超限利用之認定
20.	最高行101年度裁字第1612號、751號；高高行100年簡字第244號	勤和部落之原住民族主張，主張依原住民族基本法，部落族人對於土地使用之權利，但仍遭行政機關以違反水土保持法處罰	杜拉隆 vs 高雄市政府	水土保持法超限利用之認定

<sup>38</sup> 參考前審判決台中高等行政法院97年度訴字第334號判決之事實整理。



編碼	判決字號	事實摘要	當事人	說明
21.	101年度裁字第1399號	取得原住民保留地之耕作權設定後，遭實際耕作人檢舉並無實際耕作事實，而遭撤銷耕作權	鄭添田、王阿秀、王志明 vs 宜蘭縣大同鄉公所	耕作權之認定以「實際耕作」為據
22.	101年度裁字第846號	上訴人請求改配原住民保留地遭拒	陳建華 vs 屏東縣牡丹鄉公所	原住民保留地之收回改配
23.	101年度裁字第539號	設定耕作權之原住民保留地因闢建道路而生之土地補償問題	林榮發 vs 花蓮縣瑞穗鄉公所	原住民保留地所有權地價標準
24.	101年度裁字第287號	應編列為原住民保留地而未編定，致土地上之房屋被認定為無權佔有	吳莊參梅、伊掃魯刀 vs 財政部國有財產局	原住民保留地之增編
25.	101年度判字第18號	上訴人主張被上訴人設定耕作權所有權之函為行政處分，主張該二函無效；並主張確認行政處分無效後，應撤銷耕作權與所有權登記，將原住民保留地改配於己	杜水寶 vs 南投縣仁愛鄉公所	設定原住民保留地耕作權與所有權之程序合法性與性質認定
26.	100年度判字第1925號(再審)、99年度判字第894號 <sup>39</sup>	原住民保留地辦理耕作權繼承登記之主管機關與適格被告之爭議	田春綱等21人 vs 花蓮縣秀林鄉公所、花蓮縣政府(亞洲水泥股份有限公司參加)	亞泥案
27.	100年度判字第1422號(98年度判字第1205號)	設定耕作權後，再審被告設定租賃權予參加人，是否違反原住民保留地開法管理辦法第15條第1項規定而得主張無效	程政人等3人 vs 花蓮縣秀林鄉公所、花蓮縣政府(亞洲水泥股份有限公司參加)	亞泥案
28.	100年度裁字第990號	上訴人向被上訴人租用原住民保留地經營魚塢，該地後為被上訴人徵收，經認定上訴人未取得該土地之合法使用證明而拒絕補償水產養殖物遷移費	董美桂、施武宗 vs 臺東縣政府	非原住民使用原住民保留地請求補償
29.	100年度裁字第670號	解編原住民保留地	李盈源、李明中 vs 行政院原住民族委員會	非原住民請求解編原住民保留地
30.	99年度裁字第455號	上訴人或其家人主張已於79年3月26日前使用並開墾完竣該土地，請求設定耕作權	甲○○ vs 臺東縣延平鄉公所	原住民設定耕作權
31.	99年度判字第85號	被上訴人請求將系爭原住民保留地更正編定為丙種建築用地	臺東縣政府 vs 乙○○○	非原住民之土地承租人對系爭土地僅具經濟上利益，非法律上利害關係人

<sup>39</sup> 99年度裁字第1076號，乃秀林鄉公所鄉長參與原住民保留地土地權利審查委員會之審查，是否違反公職人員利益衝突迴避法第4條之案件。

編碼	判決字號	事實摘要	當事人	說明
32.	98年度裁字第2560號(95年度裁字第2652號裁定、96年度再字第1號判決)	訴外人於原住民保留地設定地上權被撤銷後，經訴願撤銷原處分，上訴人對訴願決定不服，並主張自己有權為地上權登記	甲○○vs新竹縣政府	原住民間爭執原住民保留地之地上權登記
33.	98年度裁字第1887號	上訴人於原住民保留地上耕作，請求註銷原住民保留地之劃編，被上訴人以該土地不符合行政院85年10月15日台(85)內字第35891號函頒之撤銷增編原住民保留地原則，且原住民保留地開發管理辦法無解編相關規定	甲○○vs行政院原住民族委員會	非原住民請求解編，主張本件原始劃編之行政處分係將自始即無原住民使用及耕作之土地劃為原住民保留地，係屬不應劃編而劃編
34.	98年度裁字第1756號	設定地上權之原住民保留地請求造林獎勵金	甲○○vs南投縣信義鄉公所	造林獎勵金
35.	98年度裁字第1448號 <sup>40</sup>	原住民上訴人請求對增編之原住民保留地登記地上權被拒絕，因公告分配時無受理其案件	甲○○vs南投縣仁愛鄉公所	行政院原民會發布之原住民保留地各種用地申請作業須知之程序與行政院原民會訂定之公有土地增編原住民保留地處理原則第7條不符
36.	98年度裁字第706號(台北高等行政法院97年度訴字第2046號)	本件公有地(原住民保留地)之海軍彈藥室，於民國(下同)79年經海軍花蓮基地指揮部移交被上訴人後，上訴人於83年間起無權占用，並於89年間向被上訴人申請繼續使用或租用系爭土地，被上訴人79年3月26日原住民保留地開發管理辦法施行前，原告尚未完成開墾系爭土地或完成造林，不符合該管理辦法第8條或第9條而拒絕。	甲○○vs花蓮縣秀林鄉公所	是否為原住民不明
37.	98年度裁字第276號	抗告人主張某交通用地遭訴外人江志誠自87年起違法占有，請求依法排除。管理機關認該土地92年5月28日編定為交通用地前，即由現使用人為農作使用，基於尊重原住民使用土地事實之淵源背景(父輩以前即開始使用)，且無影響公設設置之前提下，於案地未作道路用地使用前，類推適用『非都市土地使用管制規則』第8條規定，同意由現使用人繼續管耕；爰上所陳，難謂為違法占用行為。法院認抗告人之檢舉無公法上請求權。	甲○○vs臺東縣海端鄉公所	非原住民陳情原住民非法佔用原住民保留地

<sup>40</sup> 本案裁定十分簡潔，事實必須參考前審之台中高等行政法院97年度訴字第451號判決方得釐清。

編碼	判決字號	事實摘要	當事人	說明
38.	97年度裁字第5382號(最高行96年度判字第2012號) <sup>41</sup>	原住民主張於62年起開墾完竣並自行耕作，申請於系爭保留地設定耕作權登記，被公所認非原住民經營而拒絕	甲○○vs宜蘭縣南澳鄉公所	原住民保留地中的開發行為認定疑義，係合作開墾或遭非原住民違法佔用
39.	97年度裁字第5175號(台中高等行政法院97年度訴字第98號)	非原住民在未被改編為原住民保留地前即已經使用該地，之後申請目的事業主管機關合法化程序前，繼續於該現場從事砂石碎解洗選作業及砂石買賣經營，因而被撤銷使用同意	涂碧珠即萬中砂石行vs臺中縣政府	非原住民使用原住民保留地
40.	97年度裁字第5016號(高雄高等行政法院97年度訴字第381號)	原住民申請設定地上權後續申請所有權移轉，但因系爭土地上已存在大鳥活動中心(現為大鳥村辦公處)而被拒；嗣後又被撤銷地上權	甲○○vs臺東縣大武鄉公所	原住民主張祖傳土地之權利，但該土地上原住民父親建築之房屋53年時已遭查封拍賣，60年登記為原住民保留地
41.	97年度裁字第3678號、97年度裁字第3145號(高雄高等行政法院96年度訴字第274號)	甲主張訴外人未於原住民保留地上耕作或造林，不應取得地上權與土地所有權	甲○○vs臺東縣延平鄉公所、臺東縣政府	不確定是否為原住民爭執原住民保留地之實際使用狀況
42.	97年度裁字第2278號、最高行95年度判字第557號、92年判字第1203號、87裁字第52號	原住民保留地設置加油站	聯亞水產企業有限公司vs宜蘭縣政府	非原住民於原住民族保留地之使用限制
43.	97年度裁字第1880號	原告原承租角板山賓館旁之土地，95年間向桃園縣復興鄉公所申請換約，鄉公所以已經非管理機關而拒絕	甲○○vs桃園縣復興鄉公所、桃園縣政府	非原住民承租原住民保留地
44.	97年度裁字第536號(高雄高等行政法院96年度訴字第22號)	申請承租5筆原住民保留地，未檢具土地承租契約書或租金繳納證明其於該辦法施行前已租用系爭土地繼續自耕或自用而遭駁回，提出行政訴訟罹於期間	甲○○vs臺東縣太麻里鄉公所	非原住民

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



編碼	判決字號	事實摘要	當事人	說明
45.	96年度裁字第3779號(台北高等行政法院94年度訴字第04078號)	世居花蓮縣秀林鄉之原住民甲，於72年間配合政府礦業政策，經被上訴人分配遷住花蓮縣秀林鄉富士村9鄰民樂32之1號之現址(即系爭土地)居住，並依法搭蓋房屋雞舍等於系爭土地上，該依法占有使用之系爭土地因參加人等之申請而由被上訴人公告，後登記地上權予參加人，甲爭執登記處分之合法性	甲○○vs花蓮縣秀林鄉公所	原住民間對於土地權利之爭執
46.	96年度判字第1981號	甲取得地上權登記後以地上權人名義，起訴請求訴願人侯先幼等返還系爭土地分割後18地號土地，訴願人請求撤銷上訴人之地權登記未果後提起訴願，被上訴人撤銷原處分並要求另為處分，甲因而提出訴訟	甲○○vs臺中縣政府	原住民間之土地爭議。原住民保留地地上權之申請案件，應提經土審會審查，若土審會未於1個月內審查完畢，則由鄉(鎮、市、區)公所報請上級機關核定
47.	最高行96判字1818號	以完成部落環境改善工程為目的，於原住民保留地開採板石，適用土石採取法第3條但書之規定，免申請土石採取許可，而依「採取土石免申辦土石採取許可管理辦法」，僅向中央主管機關申請核定並公告劃定區域及採取期間之疑義	甲○○vs屏東縣政府	非原住民
48.	96年度判字第1132號	向花蓮縣政府申請解除保安林編訂，系爭保安林係臺灣省光復前由日據政府公告編入，依照臺灣接管計畫細要通則第5款規定，於光復後仍繼續承認其效力，並歷經多次檢訂結果，認該保安林之存置仍有法定效力與必要。除依森林法規定之保安林解除程序予以解除外，仍屬森林法規定之保安林。上訴人縱主張保安林解編後得劃編為原住民保留地，其仍無法對該保安林主張權利，與系爭土地之關係，即非森林法第26條所稱之「直接利害關係人」	甲○○、丙○○vs行政院農業委員會	非原住民主張解編保安林
49.	96年度裁字第435號	抗告人相對人承租坐落該鄉之4筆原住民保留地，再次申請續約時，因當地居民反對，相對人函復抗告人終止租約收回土地(實為不予續租之意思表示)，為私法糾紛	松欣有限公司vs屏東縣來義鄉公所	非原住民承租

編碼	判決字號	事實摘要	當事人	說明
50.	95年度裁字第2652號	訴外人於原住民保留地上設定地上權，因新竹縣尖石鄉公所該筆土地現使用人並非登記之地上權人，依據原住民保留地開發管理辦法第19條規定，經尖石鄉土地權利審查委員會審議通過收回並塗銷地上權登記，訴外人不服提出訴願，訴願勝訴，上訴人主張自己之生父與自己方為實際造林耕作者，然並未被承認該當法律上利害關係人	甲○○vs新竹縣政府	原住民間之土地權利爭議
51.	95年度裁字第364號	上訴人於89年10月25日向被上訴人申請於系爭841地號原住民保留地設定地上權，然被上訴人經原住民保留地土地審查委員會之審議與公告就系爭土地擬分配及辦理設定他項權利期限內所得事實證據，認定系爭土地應為太巴壠部落「部落祖祠公地」，且查系爭土地從日據土地台帳記載「財團法人學租財團」之後登記「同人社」國有，民國35年國民政府辦理土地總登記後，36年土地代管期滿無所有人申報，遂登記為國有迄今，民國65年起至84年，系爭地則由訴外人鄭桂蘭承租，因而不採上訴人主張	甲○○vs花蓮縣光復鄉公所	原住民土地爭議
52.	94年度判字第1266號	辦理原住民保留地之耕作權遺產登記，其中4筆地號土地是否被繼承人已經出售予平地人而無法辦理遺產登記有爭議，且被上訴人並非原住民保留地申請案之職掌機關，因而駁回上訴人登記之請求	甲○○等四人vs臺中縣政府	耕作權登記、繼承登記之權限為地政機關，直轄市、縣(市)政府自無就原住民保留地，命鄉(鎮、市、區)公所為所有權移轉登記、耕作權設定登記
53.	94年度裁字第56號	申請租用原住民保留地遭拒	甲○○vs行政院原住民族委員會	非原住民於原住民保留地開發管理條例制定前申請租用原住民保留地
54.	92年度裁字第603號 <sup>42</sup>	當事人罹於救濟期間	甲○○vs屏東縣三地門鄉公所	不確定當事人是否為原住民
55.	92年度判字第26號	宜蘭縣政府於民國85年12月26日以上訴人在原租約屆滿後，未經允許擅自開挖原住民保留地、破壞水土保持，裁罰上訴人	利達礦業有限公司vs宜蘭縣政府	非原住民使用原住民保留地行政程序法尚未生效、訴願法尚未修正前之案件

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

編碼	判決字號	事實摘要	當事人	說明
56.	91 年度裁字第 1259 號(高雄高等行政法院 90 年度訴字第 1268 號)	乙○○○請求辦理繼承登記，取得原住民保留地之耕作權，台東市公所未通過其申請，後又收回系爭三筆原住民保留地之耕作權，89 年 5 月 1 日函請乙○○○協助辦理塗銷登記事宜。	乙○○○vs 臺東縣臺東市公所	函請原住民配合原住民保留地耕作權塗銷登記之函非行政處分
57.	91 年度判字第 1716 號	台東縣政府認甲○○未經申准，擅於台東縣太麻里鄉公所編定為公共造產用地之原住民保留地內開挖整地、鋪設水泥步道，認有違反水土保持法規定，乃裁處甲○○六萬元罰鍰。甲○○主張曾申請耕作權被拒，僅在該地以傳統農具種植玉米，未破壞水土保持。使用挖土機是因為太麻里鄉公所在該地上方開闢產業道路，造成大量土石流落，必須疏通土石。	甲○○vs 台東縣政府	可能是非原住民
58.	90 年度裁字第 1010 號	原告申請租用座落苗栗縣泰安鄉○○段十號國有原野地，但未完成租賃；泰安鄉公所 80 年間將系爭土地改編為原住民保留地，原土地管理機關查證原告於系爭土地增編為原住民保留地前，並無承租資料，亦無使用之事實，未符合得以租用原住民保留地之要件，未允許。原告主張改編為原住民保留地之處分違法應撤銷。	家榮農林畜業股份有限公司 vs 行政院原住民委員會	非原住民對原住民保留地編列之爭議
59.	89 年度判字第 2884 號	原告購得 1858 地號之土地後，因原告當時嫁予平地人而喪失原住民身分，僅能租用該土地面積 0.03 公頃作為自用住宅用地，並與被告簽訂「台灣省山地保留地租賃契約」，原告之後恢復本籍，並發現該地號土地電腦資料登載他人為土地使用權人，請求更正。	甲○○vs 桃園縣復興鄉公所	喪失原住民身分之原住民使用土地權利
60.	87 年度判字第 1501 號	原告未經申請核准，於屏東縣三地門鄉某某等地號原住民保留地開挖整地，興修道路，案經被告派員會同三地門鄉公所及德文派出所人員現場勘查屬實，認有違水土保持法規定，乃分別各處新台幣六萬元罰鍰，原告認為僅吊勾廢木材、清除路面雜，因而循序提起行政訴訟	甲○○等 4 人 vs 屏東縣政府	不確知是否非原住民

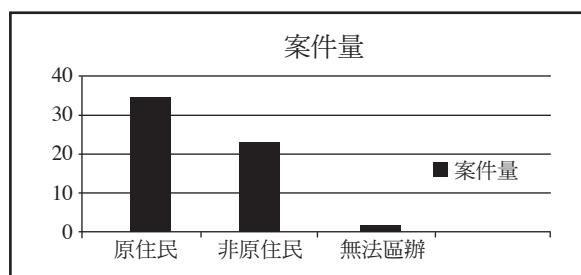


上述案件經過初步整理，又可再針對案件類型，依據不同之類型標準進行更細緻之分類。

(二)最高行政法院案件類型分析

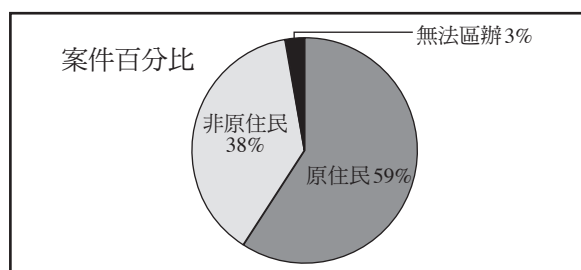
由上述最高行政法院之案件，以下再依據當事人是否為原住民、爭執之權利內容進行類型區辨。判斷當事人是否為原住民遭遇相當困難，因為法院判決內容未必顯示當事人之全名，加上判決中極少對於原住民所屬種族、部落進行說明，只能依據當事人提供之權利爭執事實進行判斷，因此在統計與辨識上或許有誤。關於爭執權利內容部分，當案件當事人係原住民時，與原住民保留地相關之權利爭議，主要與依據山坡地保育利用條例第37條賦予給原住民之耕作權、地上權、承租權與所有權有關，而爭執之內容多半是原住民保留地開發管理辦法各條款之具體適用與個案涵攝。

1. 當事人為原住民之比例



圖表1 (本文自製)

由此案件量可再得到案件的比例圖如下：



圖表2 (本文自製)

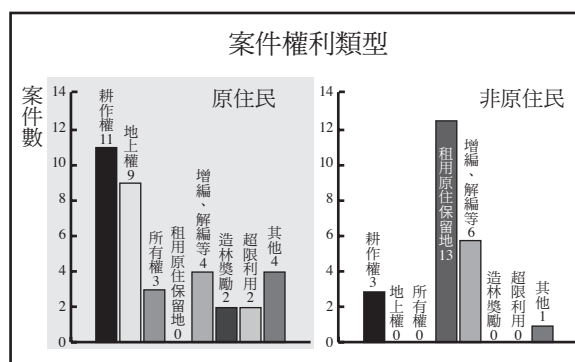
由以上圖示可明顯發現，原住民為訴訟當事人之案件數量明顯高於非原住民，但有疑義者在於，何以關於原住民保留地，此一原始設計係為了「安定山地人民」之法制度設計<sup>43</sup>，縱然現行之原住民保留地開發管理辦法並未明文揭示立法目的，但自其母法係以「輔導原住民開發並取得…權」為其目的，應該不脫溢原始安定山地人民之精神？若然，如何解釋為數不少之非原住民

<sup>43</sup> 台灣省各縣山地保留地管理辦法第2條。

對原住民保留地權益有所爭執之案件？這或許正足證學者認為原住民保留地開發管理辦法之法規名稱，暗喻並肯定引進開發勢力進入原住民保留地<sup>44</sup>，已符合原始設計中另一個「發展山地經濟」之立法目的。

2. 案件權利類型

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



圖表3 (本文自製)

以上的量化統計資料，可初步確定，截至目前為止，耕作權之設定為原住民在原住民保留地主張權利並進行爭執之大宗，是否表示，目前為止，對於大多數原住民而言，距離取得原住民保留地之所有權，尚有一段路必須邁進？不過，若是從原住民族委員會統計之原住民保留地權利分配統計表進行觀察，在現行原住民保留地當中，已經有取得所有權者，於101年度統計表顯示，係佔所有原住民保留地之35%，較99年度統計表之34.62%略有成長，但登記耕作權者，則由3.12%下降到3.12%。判決所顯示的權利爭執，似乎無法與現實的權利狀況有明顯之關連性？究竟，從目前最高行政法院判決之整理，是否顯示出我國目前的原住民保留地政策有如何之制度缺

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

失？以下將再接再續進行針對個別判決中法院具體適用法律涵攝的論理過程進行推敲，以釐清我國原住民保留地法制設計是否繼續複製對於原住民的「殖民」或「歧視」。

## 貳、原住民保留地制度之應然而

我國自1997年開始，即於憲法增修條文納入對於原住民「經濟土地」予以保障並促其發展之規定，且明定「以法律定之」。然而，與原住民息息相關之原住民土地相關法令，自1997年之後，仍然以原住民保留地管理開發辦法為主要依據；縱然2005年1月21日制定原住民族基本法，其中第20條到第23條<sup>45</sup>都涉及原住民土地之使用、利用與管理，但因原住民族基本法第21條第2項與第3項當中要求「另以法律定之」之立法義務目前遲未完成，而其他條文之規定也因為欠缺明確的下位法令，以致基本法的要求無法落實<sup>46</sup>。然而，關於此等立法缺漏之現象，除了期待立法院積極立法與行政機關提出對應立法外<sup>47</sup>，依據我國憲法第80條對於法院「依據法律獨立審判」之權限賦予，行政法院事實上是可能在各個案件中，透過對於

原住民基本法以及依據行政法中法律保留原則之適用，賦予原住民保留地制度不同之權利保護，尤其是拒絕適用原住民保留地管理開發辦法，甚至向大法官提出解釋憲法之聲請，但似乎這樣的實際案例並不多見，以致有論者認為「不見司法依據原基法之內涵依法審判」<sup>48</sup>，甚至認為「原住民族基本法於行政法院中可謂完全的挫敗」<sup>49</sup>。以下因此將區分當事人為原住民與非原住民之案件，具體檢視最高行政法院之判決態度。

而在檢視前本文必須先進行兩方面之說明。首先，本文所整理之最高行政法院判決，係以1998年為始，不過該案件不確定當事人是否為原住民（這也是檢視行政法院判決遭遇到的另一項難題），且一方面當時行政訴訟僅有單一審級，無法向前探究訴願、再訴願之決定書，另一方面本案涉及之事實與法令為開挖原住民保留地違反水土保持法，判決內容未直接論斷原住民保留地之特殊性，故本文分析之判決，時間最早者為2000年之判決。必須特別說明年代係因為本文將依據我國原住民相關法制制定與修正之時間，分析最高行政法院判決內容，是否配合當時之原住民法制而為相對應之法律適用。

其次，現行原住民保留地係以原住民保留地開發管理辦法第3條為定義依據，此一條文內容除「山胞」變更為「原住民」外，自1990年迄今未曾改變，即便最新版本之「原住民族土地及海域法草案」第3條，也依循近似之定義<sup>50</sup>。因此，

<sup>45</sup> 第20條：「政府承認原住民族土地及自然資源權利。

政府為辦理原住民族土地之調查及處理，應設置原住民族土地調查及處理委員會；其組織及相關事務，另以法律定之。

原住民族或原住民所有、使用之土地、海域，其回復、取得、處分、計畫、管理及利用等事項，另以法律定之。」

第21條：「政府或私人於原住民族土地內從事土地開發、資源利用、生態保育及學術研究，應諮詢並取得原住民族同意或參與，原住民得分享相關利益。

政府或法令限制原住民族利用原住民族之土地及自然資源時，應與原住民族或原住民諮商，並取得其同意。

前二項營利所得，應提撥一定比例納入原住民族綜合發展基金，作為回饋或補償經費。」

第22條：「政府於原住民族地區劃設國家公園、國家級風景特定區、林業區、生態保育區、遊樂區及其他資源治理機關時，應徵得當地原住民族同意，並與原住民族建立共同管理機制；其辦法，由中央目的事業主管機關會同中央原住民族主管機關定之。」

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

<sup>46</sup> 楊美鈴、蔡培村、孫大川，監察院調查報告，<https://www.cy.gov.tw/CYBSBoxSSL/edoc/download/19534>（2016年4月20日）。

<sup>47</sup> 針對此等立法遲延，立法院卻曾於102年度中央政府總預算決議時，要求原住民族委員會提出報告說明，否則凍結其預算動支。參見立法院議案關係文書院總第887號政府提案第13333號之1513 [http://lci.ly.gov.tw/LyLCEW/agenda1/02/pdf/08/04/03/LCEWA01\\_080403\\_00063.pdf](http://lci.ly.gov.tw/LyLCEW/agenda1/02/pdf/08/04/03/LCEWA01_080403_00063.pdf)（2016年4月20日）。

<sup>48</sup> 許萃華，原住民族基本法之司法實踐—原住民族土地權為中心，司法新聲，106期，2013年，頁24。

<sup>49</sup> 許萃華，同前揭註文，頁35。

<sup>50</sup> 「原住民保留地：指政府為保障原住民生計，推行原住民族行政所保留之原住民保留地及增編、劃編供原住民使用之保留地。」只是在說明欄增列詳細說明為：「第三款之原住民保留地，乃指政府為保障原住民生計，推行原住民族行政，經地政機關辦竣土地登記，並於土地登記簿標示部上註明原住民保留地之謂，包括日據時期臺灣總督府於1928年實施『官有林野整理事業』及『森林計畫事業』，將官有林野區分為要存置林野、不要存置林野及準要存置林野，其中『準要存置林野』又稱『番人所要地』或『高砂族保留地』，作為原住民族生活、活動之場域。臺灣光復後，國民政府接收日產，於37年發布『臺灣省各縣山地保留地管理辦法』，將高砂族保留地改稱山地保留地，乃為原住民保留地之前身；又79年至87年間，依精省前臺灣省政府訂定之『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』及行政院核定之『臺灣省原住民原居住使用公有土地劃編原住民保留地要點』辦理增編、劃編之原住民保留地，以及依行政院96年1月12日核定與一〇一年十二月三日核定修正之『補辦增劃編原住民保留地實施計畫』辦理增編、劃編之原住民保留地。」（下標黑線為本

若以此定義理解原住民得於原住民保留地主張之權利，就會受限於原住民保留地開發管理辦法之母法，亦即山坡地保育條例第37條之規範內容當中，也就是現行最高行政法院判決中，案件量最多的權利類型。以下因此以案件量最大之耕作權與地上權為討論對象。

耕作權與地上權都是原住民取得土地所有權登記之前提條件，主要依據條文分別是原住民保留地管理開發條例第8條與第9條；但案件當中因適用第8條而產生爭議者，均為第8條第1項之情況：「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。」，亦即原住民欲申請登記耕作權，必須原住民於該辦法首次施行前，即1990年3月2日前開墾完竣並自行耕作，在判決當中，均由原住民負擔舉證責任。<sup>51,52</sup>

耕作權案件	案件編號	地上權案件	案件編號
	50 7,8,11,13,14, 18,21,26,30, 53,57,51		32 12,15,17,32, 35,46,47,51, 52
原住民間 爭執	13,14,18	原住民間 爭執	15,32,46, 47,51,52
繼承登記	8,26,53,57	繼承登記	12
權利遭政 府否準或 撤銷	7,8,11,14, 21,30,53	權利遭政 府否準或 撤銷	12,35,52

表格1(本文自製)

由以上簡表可得以下幾項發現。首先，以判決的時點觀察，耕作權的案件似乎在年份上較為新近，地上權的案件最新的係第12案，乃102年度之案件，但耕作權有一件是在原住民基本法公布前發生，地上權案件則全部都是之後發生。因此法令變遷對於此等權利類型之影響恐怕尚不具備代表性。其次，當事人雖然都是提起行政訴訟，但其個別事實爭執之主體對象究竟為何，本文觀察到耕作權的案件只有2件是原住民彼此之間對於耕作權登記之爭執，但地上權卻有66.67%都是原住民間之爭執，主要較多係爭執他人權利設定對自己權利之影響，亦即第三人效力行政處分之問題。繼承登記的案件則是在耕作權登記上數量較多。另外，在這些案件中，因為被國家機

文所加)。

<sup>51</sup> 案件編號均依據前述之判決整理表。

<sup>52</sup> 加註下標線表示非適用現行2007年修正之辦法。

關否定權利登記而為救濟者，於耕作權設定比例較高。

#### (一)耕作權設定之爭議案件

在所有耕作權設定之案件中，不論是主張依據原住民保留地管理開發辦法第8條第1項，或是該辦法第15條第1項，向有權機關主張耕作權之原始登記或是繼承登記，或是對於他人之耕作權登記不服，作為權利主張之原住民當事人，均未得到其所主張權利要求之判決結果；但值得注意者，此並非表示法院較不承認原住民族之個別土地權利。因為縱然直接觀察耕地權案件，兩造當事人皆為原住民者並不多，但是原住民以地方主管機關為對象進行之訴訟，仍然涉及耕地權被其他原住民設定，因而提起訴訟之原住民權利不被國家權力承認之問題；因此，雖然當事人為國家，且提起訴訟之原住民並未獲得自己主張權利要求之結果，但一方面仍多為私人權利之認定議題，另一方面原住民之權利未必「真正」被國家「侵害」，而未獲法院救濟。而在此類判決當中，最高行政法院103年度判字第419號(103年度第687號判決為其再審判決)<sup>53</sup>係當中最新的判決，且一方面為所有判決中，可以直接判斷當事人族別之案件，另一方面，相較於其他之判決，該判決十分明確闡釋耕作權設定之要件，且因當事人之權利主張而回應論述原住民基本法之相關條文，相當於以判決補充原住民保留地管理開發辦法之具體判斷要件，因而將該判決提出之法律見解與認定摘要說明並分析如下。

#### 1. 判決見解摘要

最高行政法院於103年度判字第419號判決中認為：「參照同辦法(即原住民保留地管理開發辦法)<sup>54</sup>第19條第1項規定之意旨，顯見上開第8條第1款之賦予申請人享有設定耕作權登記之公法上請求權，乃對於在山地開墾，且長期間耕作之使用現狀予以尊重，故申請設定耕作權登記之要件並非僅以該山地係申請人在上開辦法79年3月28日施行前所開墾完竣之事實為已足，尚須自行耕作之狀態迄主管機關核准其申請時仍繼續為必要。」，此一論述係源自前審之台中高等行政法院102年度訴字第161號，最高行政法院僅在判決中認為如此見解「尚非無據」，而否定上訴人主張此一要件，不但要求申請人必須在該辦法施行前開

<sup>53</sup> 前述案件整理編號7。

<sup>54</sup> 括弧內之文字為本文加入。



墾完竣，並增加「須自行耕作之狀態迄主管機關核准其申請時仍繼續為必要」之條件，乃「有增加法律所無之限制，而有適用法規之違法」之論述。接續因而以三種證據資料，第一：認定證人等之證詞，「難認定上訴人在提出申請耕作權登記時，有自行在系爭土地上耕作之事實」；第二：上訴人主張為耕作權登記之土地，經另案「刑事判決所載及附圖，堪認系爭土地於80年間為訴外人陳厚生等人占用，並於其上種植作物、搭設寮房、施設道路。」；第三：主管機關於97年12月15日勘驗時所拍攝之照片與原審法院履勘現場，「系爭土地荒蕪，雜木野草叢生之舊觀益形顯著，足見系爭土地確已棄耕多年，係屬無人耕作之原住民保留地。」否定上訴人請求登記耕作權之主張。

## 2. 判決分析

不論是前審之台中高等行政法院判決，或是最高行政法院，似乎是連結原住民保留地開發管理辦法第19條第1項之「無力自任耕作、遷徙或轉業致不能繼續使用者」規定，認為原住民保留地開發管理辦法雖然僅規定「施行前」此一時間要件，但若主管機關核准其申請時未能持續保持自行耕作，即該當「不能繼續使用」之要件。然而，法院此一見解本文認為有兩方面之疑慮。

一方面，原住民保留地開發管理辦法第19條第1項之不能繼續使用已經限制必須以「無力自任耕作、遷徙或轉業」為前提與理由，然該案件之原住民申請人具有「自任耕作」之能力，只是因為休耕以涵養土地而未能「繼續使用」，因而與該條項之要件並不相同。法院拆解該條文之正當性基礎為何？行政法院並未詳加說明。且行政法院認為，主管機關核准其申請時未能持續保持自行耕作，即該當「不能繼續使用」之要件，此要件並非法令所明定，本文以為原住民當事人在再審時主張，認為最高行政法院有「增加法律所無之限制，而有適用法規之違法」之論述確實成立。

二方面，原住民「開墾完竣」的認定，為何以主管機關之認定為據，而不參酌原住民基本法第23條所揭示之「政府應尊重原住民資源利用方式土地擁有利用與管理模式之權利」？就此方面，最高行政法院於103年度判字第419號判決中認為「依原住民基本法第20條、第23條與經濟社會文化權利公約第15條之規定，固均揭示應尊重原住民族之合法權益之原則，惟上開規定僅屬原則性之提示，惟究應如何運作，仍應委諸於國

內法規之規定，本件原判決已敘明適用山坡地保育利用條例及該條例所授權制定之原住民保留地開發管理辦法，自無違上訴人所主張之上開原住民族基本法及經濟社會文化權利公約所揭示之原則。」此一法律見解於再審之最高行政法院103年度判字第687號亦被維持，正與兩則判決之間所做成之最高行政法院103年8月份第1次庭長法官聯席會議之法律見解相仿<sup>55</sup>。

然而，此一論述基於憲法增修條文第10條第12項明文保障原住民之土地，以及原住民族基本法第20條第1項明確規定「政府承認原住民族土地及自然資源權利。」之前提下，應合理推論：原住民土地及自然資源係屬於原住民被憲法保障之權利，非單純法律所賦予之權利或利益。在此基礎下可知，若欲限制人民權利，必須遵守法律保留原則之要求，應有狹義之法律或授權命令方得為之。因而又有兩層面可資討論。

首先，基於憲法增修條文第10條第12項而制定之原住民族基本法，該法第23條已然揭示「政府尊重…原住民資源利用方式、土地擁有利用與管理模式之權利」之原則。法院判決認為此一條項規定「僅屬原則性之提示」，「仍應委諸於國內法規之規定」，並認為法院已經確認該案件「適用山坡地保育利用條例及該條例所授權制定之原住民保留地開發管理辦法」，因而並無違法。然而，法院所適用之母法（山坡地保育條例第37條）與子法（原住民保留地開發管理辦法），前者以「山坡地範圍內山地保留地」單方限制原住民得主張之土地範圍，並宣示「輔導原住民開發並取得耕作權、地上權或承租權」之立法目的，將原住民視為國家「輔導」之客體，而非得自主進行土地「擁有利用與管理模式」之主體，已有與原住民族基本法第23條揭示之原則不相符合之疑義。後者先是於第3條揭示之立法目的「保障原住民生計，推行原住民行政」，次又於該辦法第二章土地管理各條文內限制原住民設定各種土地權利之要件；立法目的之「保障原住民生計」或可謂符合憲法增修條文第10條第12項對於原住民族保障扶助並促進發展經濟之意旨，但「推行原住民行政」，卻帶有了上對下之高權、單方性決定意味，與憲法增修條文第10條第12項之「依民族意

<sup>55</sup> 「公民與政治權利國際公約（下稱公政公約）及經濟社會文化權利國際公約（下稱經社文公約）所揭示保障人權之規定，固具有國內法律之效力，然其得否直接發生人民對國家機關請求作成一定行為之請求權，仍應視此兩公約之各別規定，對如何之請求權內容及要件有無明確之規定而定。」

願」與原住民族基本法第23條之「尊重」明文規定未必合致。再者，考量到本文已然提及之原住民保留地制度創設之歷史脈絡，原住民保留地之創造與設置本身，不但不宜單純認定為賦予原住民利益，更應認定是限制原住民自始對於土地的權力與權利主張，僅以山坡保育條例第37條為依據恐有規範適用不足之疑慮。尤其原住民基本法第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。」與同法第23條均已有關規定，行政法院不宜選擇性適用法律，以山坡地保育條例第37條已經有相關規定即為足夠，而忽略原住民基本法相關規定與山坡地保留地之差異。連原住民保留地之創建都有法律適用之疑義，更遑論耕作權設定之條件，非該當為原住民被限制回復取得原住民保留地所有權之條件。

既然不論是母法（山坡地保育條例第37條）或子法（原住民保留地開發管理辦法），顯然都未符合原住民族基本法第23條之原則，甚至有違反憲法誠命之嫌疑，本案之各級行政法院以形式上符合法律保留之外觀要件（亦即原住民保留地開發管理辦法已經有山坡地保育條例第37條作為授權母法），拒絕對於原住民保留地開發管理辦法此一命令進行是否符合原住民族基本法之「合法律之審查」，使得原住民利用原住民族土地之權益一再受到侵害與剝奪，不就無異於持續複製並延續殖民者單方面剝奪與侵害受殖民者權利之歷史與制度思維？

其次，原住民族基本法第23條既然規定「政府」，則行政法院即有權審查行政機關所為之具體行政決定，是否符合「尊重原住民資源利用方式、土地擁有利用與管理模式之權利」之法定要件。目前固然尚無立法院通過、總統公布之法律直接明文規定如何界定「尊重原住民…資源利用方式、土地擁有利用與管理模式之權利」，法院判決因而以為「再審原告主觀認定賽德克族傳統休耕文化未獲尊重部分，核屬立法機關之職權，尚非司法機關可以審究」。然而，誠如前述，原住民土地及自然資源係屬於原住民被憲法保障之權利，若欲限制必須符合法律保留原則。縱然認為以山坡地保育條例第37條作為限制原住民土地得主張之土地範圍合於法律保留原則，且不違背原住民族基本法第23條所揭示之原則，但原住民族基本法第21條第2項同時也已經規定「政府或法令限制原住民族利用原住民族之土地及自然資

源時，應與原住民族或原住民諮商，並取得其同意。」。因此，如果在所有相關的原住民土地法令進行合乎整體法體系之解釋，限制原住民與原住民族對於土地之利用時，當然不能以山坡地保育條例第37條作為唯一之法律基礎，也應同時遵守原住民族基本法第21條第2項之具體法律義務。由於原住民本有自行決定原住民保留地如何利用之權利，政府對於原住民保留地耕作權設定限制條件，即屬於「政府限制原住民族利用原住民族之土地」，自然應該依據該條項之法律要件「與原住民族或原住民諮商，並取得其同意」。因此，行政機關僅以原住民保留地管理辦法為依據，未再依據原住民族基本法第21條第2項踐行原住民諮商與同意之要件，似乎以為原住民保留地管理辦法之相關規定即得排除原住民族基本法第21條第2項之諮商與同意之法定要件，此一以行政命令排除法定義務之方式，並未有任何明確法律之授權，行政法院非不得認定行政機關未遵守法律明文之要件，而判決行政機關單以命令限制原住民設定耕作權違法。

當然，就法院實務而言，截至今日，尚未有相關法令明確規定如何「與原住民族或原住民諮商，並取得其同意」，行政機關以未有相關程序而抗辯無法與原住民諮商並取得其同意非全無理由。然而，諮商與同意之行使方式僅為程序性規定，當原住民保留地之利用方式現行都僅以行政命令之方式進行規範，行政機關對於諮商同意又何以不得以行政命令方式進行規範？更何況，此等法令不備之立法怠惰不利益，何以由原住民承擔？故而，若已經有法令具體規定進行諮商並取得同意之方式，當然有助於法院裁判時之易於操作，但即便現今尚未有具體法令，並不等於法院即能全然忽略諮商與同意之明確前提要件。是故，只要原住民依據傳統習俗或得證明表達自己或集體之自我意識方式，呈現原住民或原住民族之意見，法院實無完全忽略之餘地。

因此，本案之原住民當事人於再審時，特別提出「賽德克族對於土地有以『長期休耕』方式以培育地力之使用土地文化」之主張，若行政機關否定賽德克族此等傳統耕作方式對於土地之利用，即屬於不尊重原住民資源利用方式、土地擁有利用與管理模式之權利，而該當限制原住民族利用原住民族之土地，自應先與原住民諮商或取得原住民之同意。然最高行政法院於本案卻採被告機關主張之「再審原告主觀認定賽德克族傳統休耕文化未獲尊重部分，核屬立法機關之職權，



尚非司法機關可以審究」。這樣的見解，顯然未能考慮整體適用所有相關原住民土地之法令，更未具體適用原住民族基本法第21條第2項，且行政法院判決認為原住民之「資源利用方式、土地擁有利用與管理模式」應由立法者決定固有其理由，更可證明最高行政法院忽略並放棄行政法院得為之整體合法律審查權限。不過，最高行政法院在判決中進一步認為「休耕除須先證明原有耕作之事實之外，尚須證明傳統之休耕期限」，似有考量原住民傳統慣習之意，可惜未能多深入著墨。

## (二) 地上權設定之爭議案件

依據原住民保留地開發管理辦法之規定，原住民設定地上權之法令依據有二，即該辦法之第9條與第12條，前者係針對「辦法施行前已由該原住民租用造林，並已完成造林之土地」，後者則為「原住民保留地內就原有自住房屋基地申請設定」與「為適應居住需要，就依法得為建築使用之原住民保留地申請設定」，申請登記之要件均為「會同中央主管機關向當地登記機關申請設定」，該辦法第6條之原住民保留地土地權利審查委員會（以下簡稱「原保地土審會」）並未具備審查地上權設定要件之權利；然而，由於有近三分之二的地上權爭議案件均發生於原住民之間，依據該辦法第6條第1項第1款之規定，原保地土審會因而在各個案件都做成影響個案當事人權利之決定，從此類型案件共計9件，其中有7件都涉及原保地土審會可知其重要性。原保地土審會依據原住民保留地管理辦法第6條第2項前段規定，委員應有五分之四為原住民，似乎是有利於保障原住民自身權益之立法。然而，以往累積的研究卻曾指出，原保地土審會因為委員來源受限於鄉長<sup>56</sup>，反而成為原住民保留地權益之一大弊端<sup>57</sup>。本文在相關案件之檢視過程當中，發現最高行政法院從未對於原保地土審會之決定進行法律上之詳細論述，或許受到學理上判斷餘地概念之影響，只要在案件當中，確實已經依據程序召開原保地土審會，即該當原住民保留地開發管理辦法之法定要件，並未再進一步審查土審會之組織或決定合法性。是否可能因而強化原保地土審會盤踞地

<sup>56</sup> 依據鄉鎮市區原住民保留地土地權利審查委員會設置要點第3點之規定「本會置主任委員一人，由鄉（鎮、市、區）長兼任；委員八人至十人，由鄉（鎮、市、區）公所就鄉（鎮、市、區）公所轄內之公正人士或原住民社區推舉熟諳法令之熱心公益人士聘兼之」。

<sup>57</sup> 官大偉，前揭註2文，頁26。

方土地分配權力之正當性，有待未來進一步透過個案的追蹤方可能得知。因此，以下僅以最近期之案件，即上述判決整理表編號2案件<sup>58</sup>與訴訟歷時最久之判決，即上述判決整理列表編號17案件，進行說明。

### 1. 最高行政法院104年度裁字第2128號

本件裁定之爭執主要在可能為原住民之當事人主張訴外人朱美玉設定耕作權及地上權影響自己之農地通行權，行政法院認為原處分據以作成之原住民保留地開發管理辦法，乃依山坡地保育利用條例第37條後段之授權而制定，其目的在輔導原住民開發山坡地範圍「國有」山地保留地並取得耕作權、地上權或承租權（上開條例第37條前段參照），而不在處理土地間私權爭議，因此認定本案之行政機關依原住民保留地開發管理辦法第8條、第9條作成原處分，賦予訴外人朱美玉系爭土地耕作權及地上權之設定。可能為原住民之當事人既非處分相對人，亦非系爭土地權利人，該處分原無涉於其權利，因而否定其具備訴訟權能。此一爭點儘管與原住民權益直接關連不大，但仍可探查出最高行政法院肯定現行原住民保留地之法制脈絡，並未以原住民基本法之相關規定，實質審查現行原住民保留地開發管理辦法與山坡地保育條例第37條不符合原住民基本法之疑義，實有司法審查不足之憾。

另一個訴訟爭執之重點在於原保地土審會。當事人爭執原保地土審會之會議主席席林傑西（時任鄉長）即為申請登記他項權利人朱美玉之配偶，未依原住民鄉鎮市區原住民保留地土地權利審查委員會設置要點第8點為迴避，其決議及原處分自屬違法。前後審法院都認為，依據原住民保留地開發管理辦法第6條，原保地土審會95年1月20日決議，本為原處分對外表示之法定意思表示基礎，係相對人為原處分前階段之內部決定事項，並非行政處分。儘管此一見解與向來行政法院對於行政處分之認定要件並無不同，但若是原保地土審會之審查意見基本上均會被鄉（鎮、市、區）公所接受並報請上級主管機關核定，則行政法院儘管必須尊重行政機關之判斷餘地，但未必不能對委員會之組成進行形式合法之審查。期待未來相關案例，行政法院能夠發揮更高密度之司法審查功能，以避免原保地土審會僅具備鄉

<sup>58</sup> 本案件由於當事人爭執者並非自己設定地上權之准駁，故在案件類型分類上並未列入地上權案件，但本件爭執之主因在於地方主管機關設定地上權予訴外人，故仍與原保地土審會之權利相關。



(鎮、市、區)公所橡皮圖章之形式功能。

## 2. 最高行政法院 101 年度裁字第 2247 號<sup>59</sup>

臺中市和平區公所於「48年2月3日山訓部隊使用和平鄉博愛村山地保留地協議補償會議紀錄」、「和平鄉博愛村保留谷關山胞土地被山訓部隊進駐損失補償清冊」及「74年1月25日陸軍總部歸還谷關段128、128-1、136-1、137-1等4筆土地為山地保留地交還原使用人分配座談會議紀錄」為特定人等地上權設定核准之依據，於95年10月3日公告，公告期間屆滿，因無人提出異議，即於96年1月25日將本案系爭土地提請當時之台中和平鄉土地權利審查委員會第103次會議審議，並經審議通過本案系爭土地與原住民保留地開發管理辦法之相關規定相符，依據原住民保留地各種用地申請作業須知之辦理程序核定，並檢附相關資料送請台中縣東勢地政事務所辦理本案前揭系爭土地之地上權設定登記完竣。當事人林子翔等主張臺中市和平區公所依據之相關記錄出席人為哈崙台部落出席代表，並非受配指定人，且提出89年12月16日谷關段原住民保留地(原國防用地)改配會議，主張會議結論為分配予部落全體住民，並由各家族推派代表人承租，依共同利益開發，皆無特定人士受益分配之情。

本案事實審之台中高等行政法院97年度訴字第334號，依據前二會議記錄上所載分別為「補償對象—山地保留地原使用人」與「原使用山胞」，否定原告所稱48年間出席會議之山胞僅為出席代表，並非土地受分配之指定人，核無可採。此乃係以會議記錄使用之文字認定權利所屬，然當時會議記錄之所以記載為「原使用人」之依據為何，尤其彼時有效之法令為1948年制定之「台灣省各縣山地保留地管理辦法」並未明確定義何人該當為「原使用人」，若以嗣後1974年修訂之第7條為據，認定原使用人為現代資本主義下之個別權利所有人，未必合乎當時原住民族對於原使用人之認知。畢竟，依據學者之研究，1966年1月5日發布修正後之「臺灣省山地保留地管理辦法」，係「首次將過去僅施行於平地的個人主義所有權制度，引進居住於山地的高山族原住民」<sup>60</sup>。然而，行政法院又再度忽視原住民基本法第20條第1項之規定，不考量彼時原住民族對於土地「使用」之認知情況，逕以漢人本位正當化當時之統治者意識，以現代化之法制思想取代當

時之原住民傳統習俗法制認知。

台中高等行政法院在判決中因而認為：「本件系爭地上權設定申請案，既經被告依續辦理會勘、公告等程序後，經台中縣和平鄉土地權利審查委員會第103次會議審議認定與原住民保留地開發管理辦法相關規定相符，並經被告核定在案…重新查明釐清相關疑義而予以認定，仍維持原處分，並無違誤。」。

### (三)小結

由以上判決之初步分析可知，目前我國最高行政法院普遍未積極適用原住民基本法與土地相關之各條條文，仍習慣以形式法律保留取代實質法律保留以進行低密度，甚至對行政機關相當寬厚之命令審查。而這樣低度的行政命令司法審查，容易使得行政機關無視於原住民基本法之規範效力，並輕易忽略實定法應該發揮之規範效力，而這或許是各權力機關消極面對原住民保留地等原住民權益事件保護之原因之一？

## 參、結論

現行之原住民保留地制度承襲日本統治時期所建立之制度模型，將所有長久以來，原住民生活、使用、管理、活動等之領域收編國家所有，再依據國家單方所設定之條件，決定准許原住民個別於該土地上進行耕作(耕作權)、建築(地上權)、其他利用(承租權)，再「重新」取得所有權。國家究竟基於何種權力地位，「剝奪強佔」在先，又任意決定各種個別得主張之權利要件在後？如果，現行之政府已經不再是「外來政權」，不再以殖民思維進行對於國家各領域之統治，縱然在原住民保留地制度實施多年後，原住民與非原住民對於土地權利之主張已然盤根錯節，恐難驟然廢除原住民保留地此一恐難稱得上符合正義之制度，但是否至少該遵循現行憲法增修條文之憲法義務，在原住民保留地之相關法制上，遵守與儘快落實原住民基本法之相關法定義務，還給台灣土地上最原初之人民，一個符合人性尊嚴與公平正義之權利保障制度？

此一去殖民化之任務，不但立法者具有首當其衝的立法義務，行政機關也應該積極提出完整的法令草案—尤其是主事之行政主管原住民族委員會，除了應積極與各相關部會、地方自治團體進行全面性之協商，同時也應與原住民族各族群、各部落展開由下到上之意見交換與共識凝

<sup>59</sup> 以最後當事人提起再審之訴為本爭執案件之代表。

<sup>60</sup> 王泰升，前揭註4文，頁1678。

聚。本文所關注對象之行政法院，也期待其能積極地進行實質的法律保留司法審查，透過判決課予行政主管機關適用並重視原住民基本法相關規定之義務，以實質落實我國憲法增修條文對於原住民權益保障之規範效力。

### 參考文獻

- Ella, Shohat. 2007. Notes sur le 'post-colonial' (1992). *Mouvements*, 51: Qui a peur du post-colonial? Défis et controverses, pp.80-89, cité par Laura Schuft, "La «colonialité du pouvoir» en Polysésie française: de l'institutionnel à l'intime", *REVUE Asylon(s)*, N°11, mai 2013, Quel colonialisme dans la France d'outre-mer?, url de référence: <http://www.reseau-terra.eu/article1279.html>
- Le Cour Grandmaison Olivier, «L'exception et la règle: sur le droit colonial français», *Diogenes*, 4/2005 (n° 212).
- Leila, Ahmed. 1996. *Moving Spaces. Black Feminist and Post-Colonial Theory. Theory, Culture and Society* 13(1): 139-146.
- 王泰升(2015)。<〈台灣法律史上的原住民族：作為特殊的人群、地域與法文化〉，《國立臺灣大學法學論叢》，44卷4期，頁1639-1704。
- 台灣總督府民政殖產局，台灣林野調查事件報告，1917年 ([http://www.ntl.edu.tw/sp.asp?xdurl=MP15AP/BOOK\\_CP.asp&xItem=15574&ctNode=1427&mp=15](http://www.ntl.edu.tw/sp.asp?xdurl=MP15AP/BOOK_CP.asp&xItem=15574&ctNode=1427&mp=15))
- 辛年豐(2014)。<〈保障原住民族尊嚴的原住民保留地？—制度的檢討與展望〉，《臺灣環境與土地法雜誌》，13期，頁35-55。
- 吳豪人(1989)。<〈山地政策立法實體內初探〉，《國家政策季刊4》，頁94-101。
- 官大偉(2014)。<〈原住民族土地權的挑戰：從一個當代保留地交易的區域研究談起〉，《考古人類學刊》，80期，頁7-51。
- 林佳陵(1996)。<《論關於台灣原住民土地之統治政策與法令》。國立臺灣大學法律研究所碩士論文。
- 陳竹上(2012)。<〈我國原住民保留地政策之當代課題與司法案例分析〉，《臺灣原住民族研究季刊》，5卷2期，頁83-114。
- 許萃華(2013)。<〈原住民族基本法之司法實踐—原住民族土地權為中心〉，《司法新聲》，106期，頁23-38。
- 張茂桂(1989)。<〈有關國家公園內原住民族文化的維護與發展政策層次的多國比較研究〉，收於：劉文雄等著，《雅美族及雅美文化之維護與發展》。中華民國自然生態保護協會。
- 楊美鈴、蔡培村、孫大川。<《監察院調查報告》，<https://www.cy.gov.tw/CYBSBoxSSL/edoc/download/19534>
- 顏愛靜(2013)。<《土地資源概論》。臺北：五南。

# 發展主義下的土地掠奪與國土治理—— 從台東美麗灣案談起

詹順貴\*

## 摘要

本文首先簡介美麗灣案的歷史、相關訴訟與其進度，其次，從發展主義觀點，梳耙土地被商品化，資本家無視土地倫理與人的生活文化紋理，恣意競租掠奪的行為脈絡。接著，簡介當地原住民族文化與回復土地、自然資源權利的抵抗。繼之，於《海岸管理法》、《國土計畫法》陸續通過後，從國土治理與回復原住民族土地主權的脈絡下，中央政府能如何在此類案例著力？對美麗灣案的影響為何？

本文強調在發展主義的經濟利益掛帥下，應跳脫「地盡其利」的舊思維，建置尊重文化紋理、維護土地與環境正義的國土治理制度，才是根本解決之道。

關鍵詞：原住民族土地、原住民族傳統領域、國土計畫、環境正義、文化紋理、美麗灣

## 壹、前言

過去數十年政府全力拼經濟發展，台灣國民所得大幅提高，人民生活（尤其都會地區）雖因而大幅改善，但中南部與偏遠地區的環境污染問題卻也隨之日益嚴重，整體社會所付出的代價，逐漸顯露。

此外，台灣面積雖小，卻有近4千公尺高山、茂密針、闊葉森林，直到四面環海，擁有豐富的自然生態與原住民族文化多樣性。但由於地狹人稠，加上土地或山海美景公共財的商品化、私有化，不僅環境生態飽受破壞，對相對弱勢族群如農民、偏遠地區人民的迫遷，以及對原住民族傳統領域、生活文化的侵害，亦日漸加劇。

然而，隨著生活的改善，知識的提昇，公民意識也日漸抬頭。面對層出不窮的公害污染事件與開發迫遷案件，願意挺身而出的公民與環保團體，也愈來愈多。繼之，雖然政治權力開始正常化演替，但於首次政黨輪替期間，民眾動員能量反而式微，讓堅守在野運動的公民與環保團體結合環境律師轉向司法尋求正義。過程雖然漫長辛苦，也逐漸開花結果<sup>1</sup>，但個案救濟僅能做為題材，終究難以直接轉化為制度，因此，跳脫「地盡其利」的舊思維，建置尊重文化紋理、維護土地與環境正義的國土治理制度，才是根本解決之道。

本文首先簡介美麗灣案的歷史、相關訴訟與其進度，其次，從發展主義觀點，梳耙土地被商品化，資本家無視土地倫理與人的生活文化紋理，恣意競租掠奪的行為脈絡。接著，簡介當地原住民族文化與恢復土地、自然資源權利的抵抗。繼之，於《海岸管理法》、《國土計畫法》陸續通過後，從國土治理與恢復原住民族土地主權的脈絡下，中央政府能如何在此類案例著力？對美麗灣案的影響為何？最後總結，談在發展主義的經濟利益掛帥下，少數原住民族文化抵抗的困境與提出政策建議。

## 貳、發展主義下抹去文化紋理的土地掠奪

### 一、美麗灣案簡介

台東杉原海岸，是一個接近半月型的美麗海灣與沙灘，北段是富山護魚保育區，中段原本主要供海水浴場使用，並有阿美族的刺桐部落，而且是阿美族每年7、8月舉行的豐年祭與海祭的重要場域之一<sup>2</sup>，南段以相思樹防風林夾雜椰子樹與礫石灘的自然風貌為主，整體屬阿美族傳統領域土地。周邊的史前遺址包含新石器時代富山文化（距今約4000至3000年前）及麒麟文化（距今約3000至2000年前）的杉原遺址，富山第一遺址（富山文化）與第二遺址（含富山文化、

\* 元貞聯合法律事務所律師。

<sup>1</sup> 詳細過程，請參閱作者〈環評訴訟的奮鬥史〉2010.09，部落格網址：[http://thomas0126.blogspot.tw/2010/09/blog-post\\_29.html](http://thomas0126.blogspot.tw/2010/09/blog-post_29.html)。

<sup>2</sup> 作者因承辦此案多次親身前往調查所得。



麒麟文化)等<sup>3</sup>。

另依中央研究院生態多樣性研究中心於2008年8月10日發表的「台東杉原灣海洋生態與生物多樣性調查報告書<sup>4</sup>」所載，於杉原海岸及潮間帶共記錄到104種石珊瑚、10種軟珊瑚、5種水螅珊瑚，總共119種，並因而孕育豐富的魚蝦、蟹貝、海蔘、海膽等生態與漁業經濟資源。可說是一文史與生態兼具、豐富多樣的珍貴寶地。

然而「懷璧其罪」，中段的6公頃海水浴場與美麗沙灘，很快便有財團伸手染指。其過程是台東縣政府於2004年12月14日與美麗灣渡假村股份有限公司(下稱美麗灣公司)簽訂「徵求民間參與杉原海水浴場經營案興建暨營運契約」，以BOT方式將臺東縣卑南鄉加路蘭段346及346-2地號等山坡土地交由美麗灣公司進行開發(下稱美麗灣案)，開發面積合計59,956平方公尺。2005年2月21日該公司以因應開發需要為由，函請當時台東縣政府所屬旅遊局(現已更名為城鄉發展處)同意併加路蘭段346及346-2地號土地，再分割成同段346及346-4地號土地，將美麗灣旅館主體建物的實際建築基地即346-4地號土地，面積0.9997公頃分割出來，藉以規避「開發行為應實施環境影響評估細目及範圍認定標準」第31條第14款第7目<sup>5</sup>規定山坡地應實施環境影響評估(以下簡稱環評)的1公頃開發面積門檻。

台東縣政府於同年3月8日以「配合開發需要」為理由，同意辦理土地合併及分割，使該建築基地得以不必進行環評而直接開發。同年10月7日美麗灣公司取得346-4地號土地興建旅館的建造執照後，隨即於同年12月12日以擴建規劃為由，申請全區開發，並於2006年9月26日檢具環境影響說明書送審。當初規避環評在先，迨取得建造執照後才又申請全區開發，違法情況明顯。何況既然已是全區開發，在未經環評通過前，原有0.9997公頃土地的旅館興建工程，是否應先停止施工？經阿美族林淑玲等人與台灣環保聯盟台東分會抗議無效後，便展開應停止實施開發行為

的公民訴訟與撤銷環評的行政訴訟。最終均獲勝訴判決確定。

但事件並未落幕，美麗灣公司繼續送審環評，當地居民則提出撤銷旅館建造執照與使用執照的訴訟。而台東縣政府亦未有所反省，快速通過第二次環評結論，並核發同意復工的處分函，於是居民被迫再提起撤銷第二次環評結論與復工處分等二件訴訟。目前，第二次環評結論業經行政法院判決撤銷確定，撤銷台東縣政府所核發旅館建造執照、使用執照與同意復工處分等訴訟，高雄高等行政法院也均判決撤銷。預計，最高行政法院很快會在撤銷第二次環評結論判決確定的基礎上，陸續駁回台東縣政府與美麗灣公司的上訴。

## 二、商品化的土地掠奪

土地空間意義，著名的人文地理學者John Agnew提出應該包含三個層次：1.總體經濟環境下的區位空間；2.環境與自然空間；3.主觀的地方認同空間。政大的地政學系徐世榮教授，則認為台灣過去經濟成長、效率優先及威權政治體制下，土地政策之決定幾乎僅侷限於上述第1點，土地被視為經濟生產要素。近年來，因環境生態保育受到重視，第2點因素偶會超越第1點，但屬鳳毛麟爪。至於第3點，則迄未獲得應有重視，這也是近年來政府與農民、原住民或其他被迫遷人民間，關於土地正義議題抗爭不斷的原因<sup>6</sup>。

有學者指出，近年來台灣的政經發展，愈來愈走向行政官僚、地方派系與資本利益集團結盟的新政商聯盟，但行政官僚經常僅淪為後二者吞噬土地的工具<sup>7</sup>。為快速追求此金權聯盟關係人的最大經濟利益，其典型且共同的作法，即是將土地與一般交易市場的商品同視，透過不對等的資訊，土地使用計畫政策工具，以及強制徵收、都市更新、市地重劃或促進民間參與公共建設等公權力手段，炒作土地。

商品，能大量標準化地產出，獲利才會最大。迄今人類無法用最先進工業技術大量製造產出的土地，新政商聯盟僅能透過前述土地使用分區變更，以及各種強制取得手段與內線消息，將廉價農地、山坡地與原住民族山林傳統領域等土

<sup>3</sup> 以上關於文化遺址的調查，摘自美麗灣渡假村開發案環境影響說明書定稿本(本文)頁6.8.1-6.8.5。

<sup>4</sup> 相關數據由作者從報告中加以匯整，中央研究院生物多樣性研究中心珊瑚礁演化生態暨遺傳實驗室研究報告連結：[http://tci.ncl.edu.tw/cgi-bin/gs32/gsweb.cgi?o=dnclret&s=id=%22TCI0002357622%22.&-searchmode=basic&tcihsspage=tcisearch\\_opt2\\_search](http://tci.ncl.edu.tw/cgi-bin/gs32/gsweb.cgi?o=dnclret&s=id=%22TCI0002357622%22.&-searchmode=basic&tcihsspage=tcisearch_opt2_search)

<sup>5</sup> 開發行為應實施環境影響評估細目及範圍認定標準第31條第14款第7目規定，位於山坡地、國家風景區或台灣沿海地區自然環境保護計畫核定公告之一般保護區，申請開發或累積開發面積一公頃以上。

<sup>6</sup> 政治大學第三部門研究中心 & 台灣農村陣線共同出版，2012年12月出版《土地正義的覺醒與實踐——抵抗圈地文集》頁44。

<sup>7</sup> 請參，張鑑志《台灣經濟自由的政治邏輯：當國資本主義的轉型與新政商聯盟》2008年6月出版；台灣政治策刊P101~145。

地，快速尋租，獲取暴利。於是其他諸如空間歸屬、文化認同、自然生態、公平正義或景觀美學等，會造成商品成色參差的因素，在經濟理性的邏輯下，理所當然被排除在決策思考範疇之外，並將盡可能地直接抹去上述各項土地紋理。

### 三、抹去文化紋理，是提升生活品質？

美麗灣案因為爭議許久，美麗灣公司的環評相關訴訟又一再敗訴，因此，除一再強調承諾優先提供當地原住民就業機會外，為敦親睦鄰爭取支持，也積極補助並協助當地阿美族舉辦活動，但想將海水浴場與開放式沙灘開發為半獨立式大型渡假村的使用心態，則始終未變。大型渡假村帶進的商業消費與生活型態，會否對當地原有的生活文化紋理產生重大衝擊，其環境影響說明書，若非避而不談，亦即輕描淡寫。

如再對照另一類似案件，即更見歧視。日月潭向山觀光旅館BOT案的基地，於其環評審查過程中，行政院原住民族委員會一再強調依該會過去的調查成果，乃屬邵族傳統領域土地，開發單位應踐行原住民族基本法第21條規定程序；文化資產總管理處籌備處則表示，基地絕大部分位於已知的「水社遺址」範圍內，其東南角亦緊鄰已知的「向山遺址」<sup>8</sup>。

開發業者於第1次審查會後的回覆，前者竟以經函詢獲答，該地非為原住民保留地魚目混珠；後者僅重申文化資產保存法早有明文必須全程派文化資產專家監看與一旦發現遺址立即停工並通知主管機關等規定，其敷衍虛應心態，可見一斑<sup>9</sup>。有關傳統領域土地問題，經原住民族委員會直斥其非後，行政院卻於2012年8月1日召開「日月潭向山觀光旅館BOT案開發問題專案會議」，在當時政務委員楊秋興主持下，做出略以憲法保障人民權益應不分族群，原住民族傳統領域在未有法源依據且未依法劃定公告前，尚無原住民族基本法第21條規定之適用的理由<sup>10</sup>，為開發業者解套。

在行政官僚與資本利益集團聯手宰制下，其環境影響說明書對於就此開發案對邵族原住民生活、文化的可能影響評估，認為不僅不會帶來負面衝擊，甚至認為「開發完成後，將引進居住人口，與原有居民在生活型態上有所差異，可刺激

社會環境朝向高品質生活目標邁進。」<sup>11</sup>不啻將原有當地邵族原住民生活型態視為落伍的低品質，透過引進居住人口，消滅其文化紋理，而達到開發業者自認之高品質生活型態。

### 四、原住民族的文化抵抗

為方便資本利益集團吞噬擁有山海美景的土地，行政院政務委員層級官僚也不惜帶頭否定《原住民族基本法》的效力，於此情形下，即能體會原住民族恢復主權的文化抵抗，是何等之艱困。

美麗灣與日月潭向山觀光旅館二件BOT案，因為基地都是公有土地，而環評又皆由開發業者提出申請。故於環評通過後，當地原住民想透過行政救濟程序撤銷環評結論，就必須以利害關係人身分主張有何種法律上權利受到損害或將受到損害。此為這類型訴訟，會被最先問到的程序問題。

此二件撤銷環評案件，因特別涉及原住民族傳統領域，筆者特別引用《環境影響評估法施行細則》第5條第4款<sup>12</sup>、第19條第5款<sup>13</sup>與《開發行為環境影響評估作業準則》，提出文化抗辯，主張其開發行為會對當地原住民的傳統生活方式、社會經濟地位產生衝擊，以及限制、剝奪其對傳統領域土地利用的形式。可惜，雖然建構了原住民族的法律上利害關係（主觀公權利），但行政院與行政院訴願會，仍均以原環評主管機關就開發行為對自然生態或生活環境（涉及廢水污染）的影響評估不確實，以及未遵守利益迴避規定為由，撤銷環評結論。

## 參、國土治理的修補

### 一、再溯美麗灣案

早在1987年行政院核定的《台灣沿海地區自然環境保護計畫》<sup>14</sup>，即將台東杉原海岸劃為「一般

<sup>11</sup> 日月潭向山觀光旅館BOT案環境影響說明書P7~73。

<sup>12</sup> 環境影響評估法施行細則第5條規定，本法所定縣（市）主管機關之權限如下：（四）有關縣（市）主管機關審查通過或由中央主管機關移轉管轄權至縣（市）主管機關之開發行為環境影響說明書、評估書及審查結論或環境影響調查報告書及其因應對策執行之監督事項。

<sup>13</sup> 環境影響評估法施行細則第19條規定，本法第八條所稱對環境有重大影響之虞，指下列情形之一者：（五）對當地眾多居民之遷移、權益或少數民族之傳統生活方式，有顯著不利之影響。

<sup>14</sup> 台灣沿海地區自然環境保護計畫(II)－北海岸、北

<sup>8</sup> 第一次專案小組審查意見暨答覆說明對照表，2011年12月2日環署綜字第1000105780號函。

<sup>9</sup> 同上。

<sup>10</sup> 第三次專案小組審查意見暨答覆說明對照表，2012年12月7日環署綜字第1010111940號函。



保護區」，其保護、保育原則是「以不影響環境之生態特色及自然景觀下，維持現有之資源利用型態」。試問，台東縣政府將原供海水域場使用的沙灘BOT，改為興建大型渡假村，有無違背上述保護保育原則？

於環境影響評估程序，《開發行為環境影響評估作業準則》第5條<sup>15</sup>，明定開發單位應先查明開發行為之基地是否位於「環境敏感區位及特定目的區位限制調查表」所列之環境敏感區位及特定目的區位。而是否位於《台灣沿海地區自然環境保護計畫》之「自然保護區」或「一般保護區」，則為表列第1項<sup>16</sup>。另於非都市土地開發申請與審議，亦有內容大部分相同的類似限制發展與條件發展之敏感區位調查表，供開發申請人檢核，因與美麗灣案無關，本文不予贅述。

徒法不足以自行，關鍵即在於開發至上的地方政府，刻意視若無睹或加以曲解。在美麗灣案，台東縣政府用下位階的沙灘地目「遊憩用地」，以容許興建旅館為藉口，規避上位階的「一般保護區」使用原則限制，亦是引起重大爭議的原因之一。類似情形全台不可勝數，這是過去幾十年來以土地開發為導向的經濟發展模式，所造成國土治理上的沈痾。

原本美麗灣公司與台東縣政府如意算盤，是2004年12月簽約，2008年底對外營運。因偷雞不成，迄今2016年，不僅營運可能性越來越低，美麗灣公司所屬美麗華企業集團，更因此賠上集團信譽，想必是該集團始料未及。雖然此類無視

門、尖山、九棚、好美寮，第三段「台灣沿海保護區之規劃」中，第二點《保護區之類別及其保護原則》第二款規定，一般保護區：在不影響環境之生態特色及自然景觀下，維持現有之資源利用型態。營建署保護計畫網址：[http://www.cpami.gov.tw/chinese/index.php?option=com\\_content&view=article&id=10715&catid=190](http://www.cpami.gov.tw/chinese/index.php?option=com_content&view=article&id=10715&catid=190)

<sup>15</sup> 開發行為環境影響評估作業準則第5條規定，開發單位應先查明開發行為之基地，是否位於環境敏感區位及特定目的區位限制調查表（附件二）所列之環境敏感區位及特定目的區位，並應檢附有關單位公函、圖件或實地調查研判資料等文件，並敘明選擇該開發區位之原因。

開發基地位於環境敏感區位或特定目的區位者，依下列規定辦理：

- 一、開發基地位於相關法律所禁止開發利用之區域，從其規定；其說明書或評估書經提請主管機關環境影響評估審查委員會審查後應不予通過。
- 二、位於相關法令所限制開發利用之區域，應取得有關主管機關之同意。
- 三、區位中應予保護之範圍及對象，應詳予評估及研訂因應對策。

<sup>16</sup> 連結網址：<http://ivy5.epa.gov.tw/epalaw/search/DispGraph.aspx?gtype=1&gcode=030050+++50&p=1>

土地倫理與紋理的圈地開發情形相當普遍，但能被如此（相對）有效阻擋的開發案件，筆者必須誠實指出其實不多。

## 二、海岸管理法

顧名思義，它是一部用來規範海岸地區土地的法律。而此部法律運作的第一大步，則是必須界定出「海岸地區」的明確範圍，並加以公告。從新聞中，我們看到台東縣政府與議會極力反對、杯葛內政部的說明溝通與公告。這些政治人物或許擔心《海岸管理法》的施行，會增加新政府商聯盟吞噬土地的障礙，於是刻意直接將「海岸地區」的公告，與保護區的劃設畫上等號，大肆宣稱會影響縣政建設，藉此誤導民眾，尤其漁民亦一起反對。台灣其他地區，大部分擁有長海岸線的縣市，也都出現類似反對情形。

但因此法立法過程拖得非常久，也做過比較多的溝通，所以，關心此法的原住民族，對內容較有瞭解，因而反彈聲浪相對少許多。其實，《海岸管理法》第7條所明定海岸地區的規劃管理原則，其中第2款規定：「保護海岸自然與文化資產，保全海岸景觀與視域，並規劃功能調和之土地使用。」第8款規定：「保存原住民族傳統智慧，保護濱海陸地傳統聚落紋理、文化遺址及慶典儀式等活動空間，以永續利用資源與保存人文資產。」第8條第9款亦規定：「整體海岸管理計畫內容，應包括有關海岸之自然、歷史、文化、社會、研究、教育及景觀等特定重要資源之區位、保護、使用及復育原則。」綜合以觀，其法律邏輯，是將既有聚落紋理、原住民傳統智慧生活文化，視為資源加以保護，非僅僅保護自然生態，而完全限制或敵視人文、歷史。

當然，其第16條第2項也比照《原住民族基本法》精神，明定如海岸保護計畫之擬訂，涉及限制原住民族利用原住民族之土地、自然資源時，於審議前擬訂機關即應與當地原住民族諮商，並取得其同意。

從以上條文分析，對於現有海岸地區土地的使用型態與使用人，未必有不利影響，甚至可能反向受到進一步保護，但對於想以建設發展為藉口，抹去生態與人文紋理的金權結構，即是一項明顯屏障，會反彈並未沒有道理。公民團體應使力遊說的對象，應該鎖定因資訊不足被誤導的居民、漁民。

## 三、國土計畫法



依照當前涉及土地利用的法律立法例，只要涉及原住民族土地及海域之使用限制，其土地使用管制規則之訂定，均應採行踐行《原住民族基本法》第21條<sup>17</sup>所定諮詢並取得同意的程序，《國土計畫法》第23條第3項亦復如此。

於《國土計畫法》中，與原住民族議題相關，且較值得一提的，是「特定區域」概念的法制化。依此法第3條第5款的用語定義，具有特殊自然、經濟、文化或其他性質，經中央主管機關指定之範圍。其中最易具備特殊文化者，幾乎非原住民族傳統領域莫屬。於是，針對「特定區域」，同法第6條規定國土計畫之規劃基本原則，其中第8款明定應考量區域的文化特色；擬定「國土計畫」，涉及「特定區域」內容時，同樣需踐行《原住民族基本法》第21條程序<sup>18</sup>，並應會同行政院原住民族委員會訂定，以資保障。

「國土計畫」下的「特定區域」，特別納入以文化為主要元素的劃設法源，正是為時勢所趨的原住民族自治，在台灣整體國土治理上鋪路。但關鍵仍在具有財政與土地管轄權的《原住民族自治法》、《原住民族土地及海域法》能否盡快催生立法通過。

此外，於國土計畫下的「海洋資源地區」，其分類原則，也明定納入原住民族傳統使用方式，可以搭配前述《海岸管理法》涉及原住民族文化的相關規定使用。

#### 四、能否透過國土治理修補美麗灣案所凸顯的問題

乍看《國土計畫法》與《海岸管理法》法條結構，對於原住民族土地議題，似乎沒有令人驚豔的創新設計，未能賦予如美麗灣案的徹底解決之道。但這僅是大架構法律，難以對個案做過於細節性的規範。

<sup>17</sup> 原住民族基本法第21條規定，政府或私人於原住民族土地或部落及其周邊一定範圍內之公有土地從事土地開發、資源利用、生態保育及學術研究，應諮商並取得原住民族或部落同意或參與，原住民得分享相關利益。

政府或法令限制原住民族利用前項土地及自然資源時，應與原住民族、部落或原住民諮商，並取得其同意；受限制所生之損失，應由該主管機關寬列預算補償之。

前二項營利所得，應提撥一定比例納入原住民族綜合發展基金，作為回饋或補償經費。

前三項有關原住民族土地或部落及其周邊一定範圍內之公有土地之劃設、諮商及取得原住民族或部落之同意或參與方式、受限制所生損失之補償辦法，由中央原住民族主管機關另定之。

<sup>18</sup> 同上。

於《海岸管理法》部分，如果能具體將前述第7條第8款的規劃原則，落實在第8條的整體海岸管理計畫，尤其第9款的特殊重要文化區域內，具體規範符合此一特殊文化的保護與使用原則，再搭配使用同法第25條、第26條規定，否准其開發許可申請，即可達到徹底解決美麗灣案。當然，操作細節上，首先，須將第25條第2項授權中央主管機關訂定的法規命令中，關於「特定區位」與「一定規模以上或性質特殊適用範圍」作細緻的研訂。此處之特定區位與前述特定區域概念有別，依筆者之見，包括杉原海岸在內的自然海岸，通案列入關於在「特定區位」內，至於一定規模、使用性質特殊與否，則應針對「特定區位」的重要或敏感程度，分門別類位不同密度的細緻規範。

由於美麗灣案，如前所述，其相關開發、建設申請，相關通過或核准的處分，均已遭司法判決撤銷，未來重提申請，自應踐行第25條、第26條所定申請許可程序。中央主管機關藉此接手處理，以違反整體海岸管理計畫利用原則為由，否准其申請，並依第36條令回復原狀。

於《國土計畫法》部分，能否將整個杉原海岸劃入當地某個「特定區域」，或許尚會有爭議，但其基地屬阿美族原住民族傳統領域土地，各方尚無異見。此時，至少可以透過此法第23條第2項、第3項規定，將類似情形的使用管制規則研訂得更嚴謹，使容許使用項目須更符合當地原住民族生活、文化元素。其次，再透過第32條第1項、第2項規定，以不符第23條第2項土地使用管制規則為由，限期令遷移，或依同條第3項將土地變更為非可供建築用地，一了百了。不過，困擾的是第32條所定權責在地方政府，會使此一利器功能，大打折扣。

#### 肆、結論與建議

土地商品化的圈地炒作利益快速且龐大，這些利益，可以讓資本利益集團享受、揮霍，可以用來豢養政權與民意代表，而政治人物則靠資本利益集團提供資金，圈養地方派系維繫政權，或海外累積私人資產，技術官僚則甘為或淪為工具。所以，他們結盟為新政商聯盟後，竟可無視《原住民族基本法》也是我國有效的法律，縱使尚未系統性公告全國各地原住民族傳統領域範圍，也可以且應該個案依循現有資訊加以認定，而非冠冕堂皇地赤裸裸操作成憲法保障人民權益應不

分族群，於原住民族傳統領域範圍尚未有法源且未依法公告，尚無該法第 21 條之適用。

這正是近 20 年來原住民族還我土地主權運動，難有寸進的最大障礙。筆者特別提供美麗灣案抗爭的靈魂人物阿美族刺桐部落林淑玲撰寫其母女一路來的心路歷程（附件），其中部落因此案的分裂，屬少數的她們如何被排擠，再到逐漸被認同而重獲接納等情節，令人鼻酸，但也正是新政商聯盟刻意想抹去的文化紋理。

關於個案法律策略，筆者於前一章節已有詳細介紹。目前，需要的是新政府上任後，於整體制度面，如何審慎研訂全國國土計畫、相關配套子法與督導地方政府妥適制訂符合公平正義，尊重環境生態多樣與文化多元的直轄市、縣市國土計畫。於美麗灣個案，拍板具體做出政策拆除（或如何善後）決定，接下來僅需按期程並付諸執行即可。

## 附件

# 反美麗灣過程

淑玲

反美麗灣的過程不知道被濃縮在每次的演講或是訪談多少回了。我對部落文化和土地，卻因著反美麗灣而一次又一次的修補和建構起來，雖然還不夠，尚且足，即便如此還是想再追尋那個家族長者口中的世界，我們的根。

刺桐部落的形成，土地屬加路蘭的傳統領域，名叫fudafudak，曾是沙灘的一部份，故有老人家說是沙子因東北季風揚起的狀態；也有人說陽光普照於大海，閃閃發光的樣子。我外祖父的家族是從加路蘭部落遷徙的，祖父這方的家族則是由馬蘭遷移而來的。約莫1971年的飛鷹計畫，國民政府興建志航基地，範圍橫跨石川、加路蘭，就讀的學校和舊道路也一併納入，長輩中沒有人可以明確的說明是否有徵收，但再一次的擴建中，外祖父ta'wade家在部落的南邊、在靠近水源地的住家，只能被迫放棄，於是遷徙至在fudafudak的耕地，以後也跟著大家種香茅，製作香茅油。而祖父的家族，據我父親的描述，他們從小就是游耕家族，爸爸有讀國小但經濟不許可時，就給人放牛換一車稻穀，算是一年工資。早期，為了工作移居到初鹿煙草間（地名；因製作香煙而得），或是在山里、和平一帶的河川種稻，一直到kalongoay（地名）、cionacan（地名）種植香茅，才又從山上下來fudafudak定居（即現在的刺桐部落）。父母親約在1973年結婚。數個家族落腳在刺桐，有來自馬蘭、加路蘭、都蘭、都歷等部落。直到去年，我父親家族的遷徙歷史才與母親家族的故事拼湊起來。

歷經時代變遷，刺桐部落的存在因為周邊開發案而重要，尤其原基法第21條所賦予的部落知情同意權，當傳統領域或是部落遷徙史是給開發業者撰寫，而不問原民會時，就會忽視加路蘭、刺桐、都蘭部落共同使用、共同傳統領域的這一塊。但在美麗灣案時，甫通過原住民族基本法，可想而知當時以它來衝撞體制，所面對的是子法訂定和原民怠惰。

第一次聽到美麗灣飯店三個字是在一個民宿老闆娘的口中介紹，說是：「杉原海水浴場沒有了，正在蓋一個美麗的飯店。」我們家離開部落

好久，大學還沒有畢業，蓋樓房的家便賣掉，在利嘉買房子住一段時間，期間又搬到台東市區。好像是冬天的時候，風好冷，海浪被東北季風捲起，浪花直追海岸的林帶，北邊的海岸山脈下居然多了一棟紅色屋頂的大房子，心想那個就是美麗灣，遲疑許久，才走進沙灘。當時尚未蓋游泳池，不過有鐵皮圍著，此時，腳的感覺卻比視覺，沒想到沙灘是硬的？為什麼會這樣？仔細一看發現沙裏混雜著一堆看不懂的碎石、泥巴和水泥，當下為眼前的狀態感到難過，有很大部分是自己無能為力。

即使住在市區，媽媽仍然頻繁地回到部落外祖母（miarde，外婆的名字）的家。2008年，我也開始隨著爸媽回到部落，媽媽說：有得到外祖母的許可，於是我們在阿嬤家旁蓋了一間鐵皮屋、居住下來。以後，在部落成立富山村富山社區發展協會，由於想發展生態旅遊，台東大學的彭仁君老師與研究生們願意給予協助，又在過程中接觸台東環盟。我們想以阿美族海洋文化為主的生態旅遊提供風味餐、月桃編織的體驗、撒八掛網或浮潛，與彭老師的團隊協助族人報考浮潛證照，並且成立中心；為此，協會曾向縣府提出計畫，購買硬體設備和浮潛裝備。陳昭倫老師帶著中研院研究室的團隊在杉原灣做珊瑚礁體檢，經由劉錫老師與彭仁君老師的關係而認識，本來希望浮潛員未來也能參與珊瑚礁體檢的行列。部落在未成立協會以前，不管是資源、或與外面的團體接觸幾乎很少；因為東大老師和陳老師的關係，才能有像東大、環境資訊協會的關心。

回憶96年某天，刺桐聚會所有一場美麗灣渡假村的說明會，會中有開發單位和、居民和流氓，以及4位台東環盟的成員，當時的秘書林雲閣先生和廖秋娥老師、林國勳等成員和現場有部份居民針對環境與開發提出疑慮，惟開發單位卻以比誰都愛護環境來作保證，以外的就是就業、工作的保證中間，有一些看似流氓一樣的人則在一旁不斷想煽動在地人，以爭取工作權、不問是非的，想挑起衝突。然而，在那樣的場合中，台東環盟成員，不顧批評和被人暴粗口，僅對環



境和會議程序提出應有的疑慮。為什麼連外面的人都比我們還關心呢？當時觸動了我，讓我很感動。結束以後，廖秋娥老師跑來跟我說：「你知道嗎？美麗灣開發的話，也會讓部落的人，沒有房子」。事實是外祖母和隔壁幾戶鄰居的土地和房子，與台東縣府出租給美麗灣的土地同屬一個富山段459地號。在大阿姨提供公文裡，確實有寫明要外祖母拆屋還地，還有一張公文是寫著富山村村長以外祖母是獨居老人，需要補償金才願意離開（當時縣長是徐慶元）。如今回想起來，如果沒有抗議，是不是第二期和第三期的別墅和VILLA就蓋起來了呢？我們這幾年，也嘗試向原保課提出原保地的增劃編的申請，但課員咬住說申請書表格中是勾選耕作地，而非居住地，與我們對現地的使用有出入，所以被擱置下來。

早先，我在大哥的鼓勵和帶領，會參加台東環盟的討論會議和遊行活動，環評審查會議。大部分的抗議遊行活動是台東環盟主導。有一次，和大哥及秘書長林雲閣去紅葉國小向馬英九拉布條陳情，沒等到馬英九卻引來地方人士的不滿，認為我們是來鬧場的。

97年6月，第五次的環評審查會，因與部落導覽撞期而未參加；惟環評審查竟然有條件通過了。遇到這樣的事情，多數人可能會在通過的時候，便暗自放棄。那時，劉炯錫老師提到向立委廖國棟陳情，於是我們拜託都蘭高頭目和馬蘭賴進龍先生和陳藍姆洛代表等，一起搭飛機到立法院。前一天，我和媽媽在部落裏，跟一起成立生態旅遊的族人說明北上赴立法院陳情的事，問大家是否願意一起前往，最後，只有我和媽媽選擇上去。在前一晚製作布條時，打了一通電話給阿姨拔耐，想問問她的意見。完全沒有寫過布條經驗的我，還記得其中一條寫著尊重原住民族基本法。

由廖國棟召開的協商會議，原民會的代表和邱文彥先生、陳昭倫老師在會議中也為杉原海灣請命。當天，在台北工作生活的舅舅和二哥也被我們找來幫忙，在拔耐阿姨的協助下，我們訴求我要生態旅遊，不要渡假村，希望就是部落以海洋文化的方式發展而非破壞式的開發。

緊接著，七月和八月我們籌備辦一場海洋pakelang的三天活動，籌備過程非常辛苦，要在沙灘上搭建舞台、又要聯繫活動表演者，更重要的是能夠與部落串聯，讓各部落知道反美麗灣的議題。帶著準備好的文宣，和媽媽早早出門，一路經由馬蘭、石川、加路蘭、至北邊的宜灣和重安

部落等；拜訪部落頭目或協會理事長，無非就是希望邀請他們一起來參加。劉老師找了東大生當志工，協助賴進龍先生，一起搭建舞台。還因此結識都蘭部落的余忠國老師和林榮清老師，他們幫忙規劃遊戲活動和文宣的製作。活動那三天，車輛佔滿了聚會所，有一些朋友郭明龍和豐正發先生更是前來沙灘義唱和表演。其中第三天的海洋彌撒，結合天主教彌撒儀式，為海洋祈福；而台東教區的教友至今持續關心這一場運動。三天下來，我與拔耐阿姨請參與的族人連署，竟然多達三百多人連署，此份連署書也在北上抗議的時候，交給監察院。

隔年98，監察院巡察，都蘭糖廠有一場由狼煙行動聯盟舉辦的狼煙論壇，那是我第一次認識馬千里及音樂人巴奈姐和那布哥，他們都是很重要的狼煙幹部。為了尋求支援，這是我們第一次與原住民運動組織的連結。我還記得那天海邊吹著東北季風，上午我們拉著布條走在中山路上，一路走到台東縣政府，並且向監察委員陳情。同時，他們有安排台東縣政府的相關部門，要與我們解釋說明美麗灣案，但當時我拒絕了。好像是隔天，監察委員前往杉原灣巡查，台東環盟也有出席，當時有請委員特別去注意沙灘結塊的狀況，並且也從美麗灣一路走到部落裏去，希望監委能夠重視部落的訴求。只是當天，我本來很希望監察委員脫下皮鞋，好讓他們感受硬得像石頭的沙灘，但可惜我沒有這麼做，也許就不會等這麼多年，調查仍然遙遙無期。

98年某月，狼煙選擇在刺桐部落辦理狼煙論壇。狼煙因卡大地布獵人事件，曾經組織和連結各團體的經驗。沒有想到，竟然有許多來自各地部落的青年參與，我才體認出原住民族的土地和環境，面臨被開發的問題何其多，這是學校和社會不會告訴我們的事，在互動中學習和了解每個部落青年在部落面對議題時的困境及分享成功或失敗的例子。我自己很有幸可以學習，也常思考有什麼是對部落或環境衝擊更小的發展方式？

我和媽媽在生計的考量下，一年中也是會接下煮風味餐和導覽的活動，也有一些不收費的，但都希望藉由活動讓更多的人知道美麗灣的議題。只是多年下來，其實也很疲憊不已，原先與族人一起成立的刺桐部落生態旅遊也因收入有限，與他們所期望的不符，因而漸行漸遠。

8月，爾後環評無效，高雄行政院撤銷美麗灣第五次環評。這是一件多麼令人振奮的消息。後來遇到八八風災，由於強降雨造成的走山

土石流，山上沖下的泥流和漂流木，七十多歲的舅公都說這是繼台東大橋沖毀之後，沒看過如此災害。漂流木隨著潮水洋流時而在海上漂浮，時而靠近沙灘，潮間帶上佈滿大小漂流木；雖然東海岸未遭遇強降雨的發生，對東海岸而言已是一個浩劫，而鄰近的美麗灣並未倖免。沙灘上全都是大型且身長一至二百公分長的漂流木，大苑協助招募志工，志工撿拾的速度趕不及沖上來的漂流木，尚需使用大型機具將漂流木堆放在馬安藤上。美麗灣面對如此風災的影響應變很慢；大部份的清運仍然由林務局在做，惟林務局說：沒有經費，只能將沙灘南側靠近潮間帶的部份就地堆置，並且答應部落可自行使用。當時，曾寫公文請求台東縣府協助處理漂流木，回函公文卻寫：美麗灣會協助清運，最後到頭來，僅清運飯店前對於施工有阻礙的部份。猶記得，原本打算將清運的漂流木可以從美麗灣停車場出去，但美麗灣總經理朱膺洲卻挑明地說：「你不讓我過（環評），我也不讓你過」這樣的話。

99年，原本停工狀態的美麗灣，卻偶爾有工程車出入。於是，我們潛伏飯店內部，好奇內部設計和裝置用途，如發電機、抽水馬達、鍋爐、排水位置等，所到之處都有廢建材，地下室有淹水的狀況，其牆壁都有滲水和補過再補的水泥痕跡。內部如此，外面是水泥塊、突起的鐵條和鋼筋四散著；尤其排水設施出來的雨水，從侵蝕的地方能看；足以見之，台東環盟於聖帕台風所發現的是真憑實據。

南島社大申請青輔會的計畫活動，靜雯和我去了一趟北海道，才下飛機和家人報平安，大哥打電話跟我說，美麗灣再度立起鐵皮圍牆，心想不對勁，隔天回到台東後，隨即和家人、朋友拉布條抗議。靜雯、大苑、我三人在大家的建議下，決定去台北陳情和開記者會。漫長的陳情行動，總統府、立法院、行政院、監察院去了不知道多少次。果然，就任台東縣長不久的黃健庭，於9月火速核發建照，完全無視法院的停工判決，美麗灣再度動工。不知道有多次？這幾年，我常與母親，總是為抗議而草草應付山上的畜牧工作，前一刻還在四處割草給羊兒們吃，下一刻要與找麻煩的縣府單位或美麗灣劍拔弩張。

雖然必須承認我們不足以代表部落反美麗灣的主體性，也沒能完全爭取到部落主體性來抵抗美麗灣，但初期，美麗灣除了在豐年祭的金錢捐助以外，部落對美麗灣狀況其實是乏人問津的。

記得有一次，為了沙灘上時而顯露的水泥塊

而生氣，而環保署公文的解釋卻是一句它有用資源，所以不是廢棄物。於是，我們邀請都蘭部落的耆老一起來見證，美麗灣公司是如何破壞環境，將水泥塊埋在沙灘裏。果然，在距離鐵皮圍籬不到五十公尺的地方，挖出一百多公分高的大型水泥塊。2011年年廢管處終於召開協商會議且命美麗灣清運。

經驗的人會說：「絕對不住美麗灣」！一位名字叫見維巴里的藝術家，與巴奈的協助下，我們在都蘭糖廠分享美麗灣事件，並且有許多關心海岸事情的朋友們給予諸多的行動建議，絕對不住美麗灣的貼紙和頭巾就是出自見維的設計，製作費用則是由見維和巴奈先行代墊，待賣出後又一半捐出來。說到反反反行動聯盟的組成，正是一群愛好環境土地的藝術家們聚集組成的。

自小祖父爸爸去海邊射魚，媽媽等婦女家族在潮間帶採集海藻和笠螺是再也平常不過。南北側的珊瑚礁的豐富資源，每到夏季退潮時，不管白天黑夜提供沿岸阿美族及在地閩漢人的食用。阿美族口中的“我們的海”的意思，不是所有權或私有的概念，因為我從沒有看過或聽過為此海域而驅趕非我族類的人們去使用。舉行海祭的關係，多個部落共同使用kaiyakai（海祭場所在地標的名稱）是常見的，即便有非族人以外的圍觀或海釣，也不曾有衝突；反倒是部落嚴禁女性出入會所和海祭場的規定才是執行重點。

在美麗灣與台東縣政府製造的分化和對立中，支持開發者會去質疑“何時，杉原灣變成阿美族的？”但這中間有原基法第二十一條部落同意權被視為開發的阻擋，如果不是以歷史脈絡來看，很難有理性的討論，或者說只有支持與反對，開發或不開發而已。

剛成立生態旅遊的時候，因為導覽的關係，會要問：「我們家族是從哪裡來的？」；當反美麗灣的時候，「為什麼我們居住的土地，政府要租出給財團？」，因此也迫使得我不得不去了解歷史脈絡，很不幸的是美麗灣渡假村一案，卻是有可能再讓我們迫遷？！

部落族人對我家反對的觀點來說：2012年12月第七次美麗灣案的環評前一週，我試圖電話給我的同學。既是同學也是親戚，她的身分也是現任頭目的女兒，希望說服旅外族人可能對美麗灣的反對，並且可能動員青年回鄉。但我判斷錯誤，一是我聯繫不到這位同學，於是我轉向說服頭目的兒子，但答案卻很讓人失望，他跟我說：他的父親已經決定支持美麗灣，我也聽我爸爸



的。直到去年，這名晚輩雖然見我時，也會與我寒暄問候，但我明顯的不悅，卻也讓他不得不說出原因，其一是為什麼發生這樣的事情，我沒有找部落商量？其二是他們認為我家之所以反美麗灣，是因為正值發展生態旅遊的我們，擔心與美麗灣營運會有利益上的衝突，瞬間才明白，其實旅外族人一點也不了解狀況，而真正矇蔽的是他自己。

家族親戚對我反美麗灣的看法，也是支持、反對參半。最溫暖的是，我的親大哥總是最理性與支持媽媽和我走這條路，因為一開始就是大哥鼓勵我們成立發展協會，發展生態旅遊，到最後畜牧和反美麗灣。尤其記得，每次都很臨時上台北參加原民會的會議、陳情抗議。七、八年前的收入不是很穩定，不免向大哥開口要車錢，大哥總是支持，回來後，也總不願其煩地一再聽我們訴說，並幫忙分析和給予建議。大哥是公務員，結婚後也常帶著大嫂，默默參加反反反行動與環評會議。

這些年，人情冷暖，即使相識的人，對我們所做的事情有顯得冷默的，也有不吝給予鼓勵的長者們；而信仰給我很大的力量，天主教台東教區的主教和魏神父時常關心著美麗灣的進度，我常在內心祈禱著主耶穌賜給我力量，參與反美麗灣的運動，即使族人諒解，但我仍然相信他們其實不知道自己所作的事，而有一天證明公平正義時，我要做的不是落井下石，而是彼此原諒，或者是堅持做我自己。至少我們爭取到暫時不讓環境惡裂，當我的姪兒姪女們回到海邊時，會和我一樣慶幸的是沙灘還在，自由下海也沒有改變，感覺安慰。

最後，關於我人生的第一個社會運動就是反

美麗灣，我和媽媽從不懂到慢慢學習，有時也會去參與其他部落的土地議題，也看見部落面臨沒有青年、沒有策略的困境，尤其在面臨訴訟或司法救濟上的退縮，卻只能在行政層級進退。

反美麗灣案歷經十一年，當台東縣政府為美麗灣護航時，所有行政訴訟都敗訴，環評結論二度被撤銷，卻是一再讓他們自打嘴巴，而一切真理也就愈辯愈明，不是嗎？我聽到人們說：「本來希望美麗灣營運，幾年下來後，因為它有問題，所以才沒有開工營運」、「其實台東不需要美麗灣，大家是對的」，我也看見反反反美麗灣最先的訴求，其實已經被大眾認同，像近日高雄高等行政法院二度撤銷環評，當問及是否擔心環評，有長輩不排斥地說：「國賠是必然，免不了的，但是如果當初訴求公平正義和重新恢復這片沙灘歸原貌的目的可以實現，也是值得的！」。當然，賠不賠也不是台東縣政府說了算，身為縣民，有著台東人權益，我們也必須認真和熟知接下來的情勢。

## 參考文獻

- 中央研究院生物多樣性研究中心。《珊瑚礁演化生態暨遺傳實驗室研究報告》，[http://tci.ncl.edu.tw/cgi-bin/gs32/gsweb.cgi?o=dncl-ret&s=id=%22TCI0002357622%22.&search-mode=basic&tcihsspage=tcisearch\\_opt2\\_search](http://tci.ncl.edu.tw/cgi-bin/gs32/gsweb.cgi?o=dncl-ret&s=id=%22TCI0002357622%22.&search-mode=basic&tcihsspage=tcisearch_opt2_search)
- 台灣農村陣線(2013)。《土地正義的覺醒與實踐—抵抗圈地文集》。臺北：台灣農村陣線。
- 張鑑志(2008)。〈台灣經濟自由的政治邏輯：當國資本主義的轉型與新政商聯盟1980-2000〉，《臺灣政治學刊》，12卷1期，頁101-145。



# 民族法主體之建立：臺灣原住民族自治之視角

蔡志偉 AWI MONA\*

## 摘要

1895年日本殖民政府占領臺灣，引進現代化的國家行政治理，在殖民政策脈絡下，日本殖民政府否定了原住民族領域主權與部落作為治理實體之地位。戰後，國民政府以文化、文明之名，行原住民族（山胞）同化政策，原住民族部落治理組織遭致全面性的解構。

2005年公布施行「原住民族基本法」，確認了原住民族文化以及創生與存續該文化的社會與政治機制，是形成我國多元文化內容的最主要部分。部落作為一個法主體而存在，對於原住民族的意義是多面向的，最主要在於原住民族對於土地的關係所發展出來的傳統文化、社會組織與生態關係，這樣的生活方式再被政府及國家法律所承認與尊重。從法主體性建構為取向的論證上來看，法律系統可以視為具有憲法保障之文化權的性質。

要言之，本文擬以原住民族運動為發端，冀以建立原住民族法主體之理據，再以原住民族自治論證民族法主體之重要意涵。

關鍵詞：原住民族、法主體、自治、多元文化、文化維續

## 前言

1895年日本殖民政府占領臺灣，引進現代化的國家行政治理<sup>1</sup>，並於初期確立殖民政府理蕃事務恩威並施的政策原則。自1907年起，採行北蕃以「甘諾」政策為中心，而南蕃則繼續原有「撫育」之計畫<sup>2</sup>。在這樣的殖民政策脈絡下，日本殖民政府否定了原住民族領域主權與部落作為治理實體之地位。甚而，日本殖民政府法制化了原住民族社群傳統政治組織，將傳統部落領袖（頭目勢力者）納入政府行政體系，並依據1932年12月27日頒佈之訓令第八四號《頭目章授與章程》，對頭目頒給「頭目章」，成為政府治理系統的末端組織<sup>3</sup>。戰後，國民政府以文化、文明之名，行原住民族（山胞）同化政策，原住民族部落治理組織遭致全面性的解構，1946年劃編山地行政區域為30鄉162村，設置鄉公所、村辦公室，委派原住民（山胞）擔任鄉長、村長，並自1950年起全面施行地方自治<sup>4</sup>。原住民族傳統治理組織與部落領

袖的虛化，標記著部落治理解構的起始，同時代表著政府對於原住民族的直接統治。舉例言之，1951年臺灣省政府通過施行《山地施政要點》，確立了山地行政治理的整合性與權宜性。<sup>5</sup>

前開《要點》於引言中指出「查本省山地區域遼闊，村落散佈，經濟文化較為落後，為求針對實際，適應當前，允宜積極改善山胞生活，安定山地社會，逐漸提高其經濟文化水準，培育其自治愛群知能，用臻郅治，而蔚國力。山地行政為省政之一重要部門，其施政最高原則，自與一般省政宜趨一致，而適應實際人地關係。目前設施，應以特殊方法為過渡，根據三民主義及政府基本決策，針對現實，本平等原則，增進山胞之智能，扶植山胞之進步。俾能享受一切平等權利，以達全民自治之鵠的。」在這樣的治理結構下，原住民族面臨的轉變是傳統部落政治、社會、經濟與文化的整體性解構。

實則，「原住民族」，一個對於臺灣社會看似熟悉卻又相當陌生的概念，向來在我國的法制體系中，處於一個相當模糊的位置。1994年的憲法增修，正式讓充滿殖民教化式的「山胞」名稱走入歷史，取而代之的是作為基本權主體的「原住民」<sup>6</sup>，1997年進而以「原住民族」的概念，增修進

\* 國立臺北教育大學教育經營與管理學系副教授。

<sup>1</sup> Tay-sheng Wang, *The Modernization of Civil Justice in Colonial Taiwan, 1895-1945*, 36 *J. Japan. L.* 95, 97 (2013).

<sup>2</sup> 藤井志津枝 (2001), 《理蕃—日本治理台灣的計畫》，2版，頁212-215，台北：文英堂。

<sup>3</sup> 林素珍 (2003), 《日治時期的理蕃—傀儡與愚民的教化政策 (1930~1945)》，國立成功大學歷史研究所博士論文，頁126-132。

<sup>4</sup> 張松 (1953), 《台灣山地行政要論》，頁69-72，

台北：正中書局。

<sup>5</sup> 同前註，頁61-62。

<sup>6</sup> 1994年7月28日憲法增修條文第9條第7項：國家對於自由地區原住民之地位及政治參與，應予保障；對其教育文化、社會福利及經濟事業，應予扶

入憲法條文中<sup>7</sup>，象徵原住民族與國家的對等夥伴關係。另為推動並落實原住民族基本人權保障，行政院早於1996年成立行政院原住民族委員會，復於2005年由總統公布施行「原住民族基本法」，積極與國際原住民族人權與政策接軌。我國憲法增修條文原住民族條款之規定，以及施行該條文之「原住民族基本法」，都說明了原住民族文化以及創生與存續該文化的社會與政治機制，是形成我國多元文化內容的最主要部分。部落作為一個法主體而存在，對於原住民族的意義是多面向的，最主要在於原住民族對於土地的關係所發展出來的傳統文化、社會組織與生態關係，這樣的生活方式再被政府及國家法律所承認與尊重。從法律與文化的關係上看，一個法律系統本身即可視為詮釋共同生活分享目標的文化制度。在這個意義上，這邊所指的法律系統強調的是它所具有的結構性。另一方面，一個法律系統也可以是文化整體的一部，亦即法律系統表徵的是一個過程，透過這個過程，文化得以延續與生長。在這樣的面向上，一個法律系統強化了、並維繫了前揭形塑此一共同生活分享目標的過程。換言之，從法主體性建構為取向的論證上看，法律系統可以視為具有憲法保障之文化權的性質。

要言之，本文擬以原住民族運動為發端，冀以建立原住民族法主體之理據，再以原住民族自治論證民族法主體之重要意涵。

## 原住民族運動與原住民族權利發展

過去原住民族在國家政策的定位上，從早年日本帝國治理臺灣時期，以「進化服從程度」，將原住民族區分為「熟蕃」、「化蕃」與「生蕃」，並否定「蕃人（生蕃及化蕃）」的法律人格，而排除在六三體制所建立的法律統治之外<sup>8</sup>，另將蕃人蕃地是置於警察權之下接受「特別的保護與教化」<sup>9</sup>。二戰結束以後國民政府抵臺，中華民國政府對於

助並促其發展。

<sup>7</sup> 1997年7月18日憲法增修條文第10條第9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；以及第10項：國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展。其辦法另以法律定之。

<sup>8</sup> 黃唯玲（2012），〈日治時期「平地蕃人」的出現及其法律上待遇（1895-1937）〉，《臺灣史研究》，19卷2期，頁101-102。

<sup>9</sup> 黃唯玲，同前註，頁102。黃唯玲指出「臺灣在六三體制之下其實已採取不同於日本內地的統治模式，然臺灣境界內蕃人可謂是特殊中的特殊統治」。

原住民族的政策定位，初期主要在降低山胞之民族性質，1947年7月1日通令「高山族」改稱「山地同胞」<sup>10</sup>，僅將其視為經濟上或居住地域上弱勢偏遠之一群國民<sup>11</sup>，並採山地三大運動作為重要政策工作，包括：山地人民生活改進運動、定耕農業、育苗造林<sup>12</sup>。1951年臺灣省政府通過施行「山地施政要點」，確立了山地行政治理的整合性與權宜性<sup>13</sup>。前開「要點」於引言中指出「查本省山地區域遼闊，村落散佈，經濟文化較為落後，為求針對實際，適應當前，允宜積極改善山胞生活，安定山地社會，逐漸提高其經濟文化水準，培育其自治愛群知能，用臻郅治，而蔚國力。山地行政為省政之一重要部門，其施政最高原則，自與一般省政宜趨一致，而適應實際人地關係。目前設施，應以特殊方法為過渡，根據三民主義及政府基本決策，針對現實，本平等原則，增進山胞之智能，扶植山胞之進步。俾能享受一切平等權利，以達全民自治之鵠的。」實則，值得一提的是，我國立法院於1962年6月15日通過國際勞工組織第107號「獨立國家內土著及其他部落與半部落人口之保護與融合之公約」，觀察我國1950至1970年代的山地行政治理，包括前面所述之山地平地化政策，其後所接續推動之山地保留地與國家公園政策，以及同化式的教育政策<sup>14</sup>，確係以制訂國內法令以符合特定人權條約之要求，實踐國際勞工組織第107號公約之內容。由此觀之，在我國1971年退出聯合國之前，確實存在以制訂

<sup>10</sup> 傅寶玉等編（1998），《臺灣省公報中有關原住民族法規政令彙編1》，頁58，南投：臺灣省政府文獻委員會。

<sup>11</sup> 相關法令如「臺灣省各級警察機關辦理山地案件應行注意事項」第1條：體念山胞智識低落，生活清苦，應迅速辦理，不得拖延，非有確實證據，不得隨意逮捕或羈押。又如1946年8月8日臺灣省行政長官公署通令各縣市政府「高山族同胞減免稅捐標準」：查本省高山同胞，過去居住山地（行政區域外）者不課賦稅，居住平地（行政區域內）者，照課賦稅，現蕃地雖編組為山地鄉村，但為扶植經濟能力，仍應暫准豁免，以示體恤，至居住山地鄉村外之高山同胞，可由各該縣市政府審察其納稅能力與實際情形，酌予徵收或減免。

<sup>12</sup> 臺灣省政府民政廳（1971），《發展中的台灣山地行政》，南投：臺灣省政府民政廳。

<sup>13</sup> 吳堯峰（1986），《台灣山地行政政策的演進與發展》，南投：臺灣省政府民政廳。

<sup>14</sup> 相關政策如1956年提出之「臺灣省平地山胞生活改進運動辦法」第4條第2項：勸止山胞穿戴古裝飾物。又如1958年臺灣省政府公布之「加強山地教育實施辦法」第18條：各縣山地國民學校應切實加強國語教育，其日常管訓講話等均須用國語，禁用日語，違者從嚴議處。



內國法之方式落實國際人權條約的前例。<sup>15</sup>

然而，原住民族權利的保障與發展，在聯合國自1980年代成立原住民族人權的專責推動機構後，開啟了相關人權規範的檢討與修訂，其中也包括針對國際勞工組織第107號公約所進行的修正。甫於2014年5月卸任的聯合國原住民族人權特別報告員Anaya即指出，國際勞工組織第107號公約的規範目的在於「架構做為成員的原住民族人口和他們的權利是與大社會平等一致。然則，原住民族本身處於此一結構不正義之情境，所得享有的權利與利益分享，僅能在接受同化的過程後始能獲致制度上的次等保障」<sup>16</sup>。亦即，國際人權基準已然摒棄第107號公約對於原住民族所採之家長式的保護教化方式和同化措施，而係以強調保障原住民族傳統文化，肯認原住民族傳統領域治理與自然資源權利，並引入原住民族自主治理的內涵，於1989年完成經國際勞工大會確認的第169號公約。只不過，此時期我國已非聯合國系統之會員國，也就喪失參與修訂過程與簽署取代舊文件之機會。

不過，雖然官方參與國際人權文件的起草、簽署與批准有其現實上的困難，卻意外助長了原住民族民間團體在各項國際原住民族人權運動的積極參與，並漸次蓄積成為1990年代原住民族運動與憲法改革工程的能量。以原住民族正名為例，發軔於1984年「台灣原住民族權利促進會」以組織名義強調用「原住民」來取代「山胞」之概念。在決定組織的名稱時，係參考國外以「Aboriginal」或「Indigenous Peoples」稱呼在外來移民的政權來到前就已住在某一國家或地理區域的民族，而以中文「原住民」來表達，後經全體會員表決一致通過<sup>17</sup>。其後的三次還我土地運動，首先在呼應聯合國Cobo Report所突顯原住民面臨之歧視問題，提出「為求生存，還我土地」之訴求；由於未見公部門的實質回應，而在1993年12月10日世界人權日，同時也是聯合國所定「國際原住民年」的尾聲，提出「反侵佔、爭生存、還我土地」的大遊行。在憲法修正的過程中，則是

以聯合國經社理事會轄下的人權委員會於1995年提出之「原住民族權利宣言草案」<sup>18</sup>為基礎，提出包括(1)山胞正名為原住民、(2)保障土地權、(3)設立部會級專責機構與(4)原住民自治等四項主張<sup>19</sup>。綜觀這個時期的發展，由原住民族社會所發起的權利運動，由下而上的完成憲法增修條文原住民族條款<sup>20</sup>與國際人權基準的接軌。但是，憲法畢竟是抽象的法規範，其所欲實現的憲政價值與理念，多須以立法與實際的政策措施來完成。2000年的政黨輪替，民進黨政府提出了包括「原住民族與台灣政府新的夥伴關係」以及「國中有國」、「準國與國關係」等意欲重構國家與原住民族關係之政策論述，並承諾要為原住民族訂定「憲法專章」，將臺灣原住民族的「法政存在」推到最高峰<sup>21</sup>。然而，環顧國內一般民眾對於基本人權，乃至於原住民族及其權利概念的陌生與冷漠，以及當時政黨對立的政治結構，加上前開理念實係植基於普通法國家體制下所肯認之原白關係(Indigenous/White)，欲將此等原則與概念直接適用在我國原住民族政策的實施上，確實存在國內政治、社會、文化上的窒礙，在民進黨政府執政期間，終究未能據以實踐。

雖言包括國際勞工組織第169號公約與「原住民族權利宣言草案」所揭櫫之原住民族人權理念與基準，透過原住民族運動與憲法增修的改造工程，滲透進入憲法思維中，卻始終未能撼動以中華文化為基石的憲政架構。於此階段，值得進一步關注者，卻是立法機關與司法部門對於這一波以原住民族文化主張為權利訴求的回應。其中，1994年10月27日「野生動物保育法」完成全文修正，是我國首部納入原住民族文化特殊性考量之法規。該法第21條第5款內容表示，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，得予以獵捕或宰殺。<sup>22</sup>復於2004年1月13日的修法中，

<sup>15</sup> 另如1953年完成立法之「殘害人群治罪條例」，即係以落實聯合國之「防止及懲治殘害人群罪公約」為其立法目的。

<sup>16</sup> 轉引自蔡志偉(2008)，〈聯合國中的原住民族國際人權〉，《台灣國際研究季刊》，4卷2期，頁89。

<sup>17</sup> 夷將·拔路兒(劉文雄)(1994)，〈台灣原住民族運動發展路線之初步探討〉，《山海文化雙月刊—台灣原住民族政策與社會發展(下)》，第4期，頁33。

<sup>18</sup> Commission on Human Rights resolution 1995/24 of 3 March 1995; Economic and Social Council resolution 1995/31 of 25 July 1995.

<sup>19</sup> 夷將·拔路兒(劉文雄)，前揭註17，頁33。

<sup>20</sup> 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。憲法增修條文第10條第12項：國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之。

<sup>21</sup> 孫大川(2008)，〈被綁架的主體？—臺灣原住民族法政存在的發展〉，《新活水》，第20期，頁52。

<sup>22</sup> 「野生動物保育法」第21條：野生動物有下列情形



刪除了狩獵僅以「原住民保留地」為範圍之限制，更為強化了原住民族傳統文化、祭儀之狩獵習慣與規範價值。其次，1997年11月11日「槍砲彈藥刀械管制條例」的修法，同樣地依循憲法增修條文尊重多元文化之意旨，納入原住民族文化特殊性之考量，期以法定減輕刑責或免刑事由，試圖在國家法規與原住民族傳統文化之衝突領域建立緩衝。<sup>23</sup>其後，該條例復於2001年10月31日再度修法<sup>24</sup>，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」，立基於憲法基本權與原住民族文化價值保障之精神，排除以刑事法介入與評價原住民族文化生活。另外，原住民族作為自然資源的守護者，依循傳統習慣規範與森林資源所建立的依存關係，在森林法的介入後也產生質變。1945年森林法進行全文修正，於第1條揭示「森林以國有為原則。」而原住民族利用與管理森林資源的文化與生活行為，也被視為是「竊取森林主、副產物」之行為須依刑法規定處斷。因應1990年代的憲法增修與包括「槍砲彈藥刀械管制條例」以及「野生動物保育法」的修法，在推動原住民族文化權保障的立法潮流下，對於修正森林法如何保障原住民族治理自然資源的策略與政策也應運而生。2004年1月2日的修法，森林法於第15條第4項確立「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。」

我國在2005年完成「原住民族基本法」之立法，作為保障原住民族法律地位及權利的重要法律基礎。其中，該法第19條規定，原住民為傳統文化、祭儀或自用之需，得在原住民族地區依法採集野生植物及菌類。原住民依其傳統習慣進行森林林(副)產物的採集，在原住民族規範體系與文化系統內，是一種與大自然共生共存的行為。<sup>25</sup>本此意旨，「森林法」亦於同年1月2日完成第15條第4項之增修。然而，在「森林法」關於原住民採集林(副)產物等利用自然資源行為的司法實務發展上，最高法院98年度台上字第7210號刑事判決概可作為一代表性之分界。於前開判決之前，多有被告辯護人提出「原住民族基本法」第19條與修正後之「森林法」第15條第4項以為抗辯。按法律在行為後有變更者，應適用有利於行為人之法律。以臺灣屏東地方法院93年度簡字第1233號刑事簡易判決為例，該案審理係在「森林法」修正公布以後，理應適用修正後之規定：「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」。惟本案判決對於此一修法內容隻字未提，僅認為行為人「受族人傳統風俗影響甚深」，採主流社會文化價值作判斷，衡諸一般社會通念與常情，應認為「犯行之可責性較低」。從這則案例可以推知，原住民族傳統採集文化，即便是已完成習慣立法，依舊不被認為是「適法」的慣俗。尤有甚者，臺灣高等法院96年度上訴字第2092號刑事判決與臺灣苗栗地方法院96年度苗簡字第941號刑事簡易判決，審理法院不但排除「原住民族基本法」第19條與修正後之「森林法」第15條第4項之適用，甚至進而限縮「原住民族基本法」之立法意旨，認為該法第19條保障原住民族傳統習慣採集權之規定，應符合《森林法施行細則》第16條有關國有林區內當地居民採取雜草、枯枝、落葉之許可規定。據此，「原住民族基本法」第19條與「森林法」第15條第4項之傳統慣俗採集權，僅限在國有林區採取雜草、枯枝、落葉時始為合法。

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：一、有危及公共安全或人類性命之虞者。二、危害農林作物、家禽、家畜或水產養殖者。三、傳播疾病或病蟲害者。四、有妨礙航空安全之虞者。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。六、其他經主管機關核准者。

<sup>23</sup> 第二十條：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。（第一項）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。（第二項）

<sup>24</sup> 第二十條：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。（第一項）原住民相互間或漁民相互間未經許可，販賣、轉讓、出租、出借或寄藏前項獵槍或漁槍，供作生活工具之用者，亦同。（第二項）前二項之許可申請、條件、期限、廢止、檢查及其他應遵行事項之管理辦法，由中央主管機關定之。（第三項）

<sup>25</sup> 「原住民族基本法」第19條之立法理由指出：原住民族為歲時祭儀或供生活之用，常需利用部落週邊自然資源，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。

行文至此，司法實務在面對原住民本於生活慣俗、傳統文化與祭儀之需，所涉刑事案件的審理，對於具原住民身分的被告之行為評價，究竟是否有如聯合國條約機構採以原住民族文化之維續與發展之必要性，實為建構原住民族法主體在法制保障之起點。實則，以原住民族文化與傳統習慣作為法規範之內涵，在我國法制的發展上，是直到1997年憲法增修納入原住民族條款後才開始受到討論與重視。然而，國家法過去長期以來的漠視與排除，卻也無法消除部落在特定行為上的文化與規範秩序，像是對於自然資源的守護與利用即其事例。最高法院98年度台上字第7210號刑事判決對於原住民族傳統文化與國家法制之緊張關係的舒緩，提出法規範體制內解決之可能性與可行性，訂出「合理範圍內予以適當尊重」之標準，這看似司法對於原住民族人權保障的一小步，對於建構原住民族法主體在國家法律體制內之發展，猶可認為是保障原住民族權之重要時點。

## 基於身分與文化建構原住民族法主體

自早期殖民主義擴張開始，降至當代資本主義與全球化的延伸與鋪展，在國家主義的權力結構裡，原住民族本身的文化特性、民族意識受到壓制。回應本文行文之初，在某種意義上來說，原住民族權利始終是被國家「命名」與「界說」的客體，其本質則是區別非原住民族的優越與原住民族的落後。然則，對於掌握支配權之社群而言，什麼是另一個文化？在殖民活動擴張的過程裡，不論是英法兩個老牌殖民主義國家，或是後來的美國與19世紀末期的日本，均不約而同的運用「神話」的編纂，將原住民族視作野蠻人，進而合理化殖民主義掠奪與剝削。簡單來說，協助原住民族「文明化與現代化」不過只是掩飾「國家文化霸權主義與殖民同化政策」的一種美麗的辭藻。

自1980年代以來，原住民族持續向臺灣政府主張自己所失去的土地與被剝奪的權利。近年來，隨著民主化的發展，許多原住民族法律、政策、權利的發展上，已明顯有別於過去充滿濃厚種族優越性的「大中國」主義。1997年憲法增修條文第10條，確立了我國憲政體制承認在文化差異、民族自決與自治原則下之原住民族權利，而自從2005年的「原住民族基本法」的立法完成後，也逐漸在法制與實踐中匯集了更為厚實的理據與社會力量。但是，在臺灣憲政體制逐步形塑多元

文化國家的進程中，原住民族的族群法域並未確立真正的法治國機制，導致以形式民主與法制弱化原住民族人權。其中，最關鍵的要素，即是對於「原住民族」作為權利主體之本質探究，多數社會觀點仍持以少數與弱勢社群的特殊性來看待，也突顯原住民族社群與非原住民族社會間的高牆仍然矗立。

從原住民族與國際法發展的互動脈絡，José R. Martínez Cobo 透過原住民族過往被侵略與被殖民的歷史為發端，提出「原住民族」概念的闡明：

原住民族社群(communities)、部族(peoples)與民族(nations)係指在被侵略和殖民地化以前於其領域上發展的社會，而目前在該領域中不同於支配的社會或其一部分的其他階層者。他們在現時點上未居於統治階層，但有其固有文化模式、社會制度及法律體系，並依此做為民族存在的基礎，且決意保全、發展其祖先的領域及種族認同，並將其傳承給將來的世代者。<sup>26</sup>

進一步申究，原住民族的概念首先強調其歷史面向，因此國際法與內國法在界定原住民族權利形塑之時點，尤其重視原住民族先於國家建立即存在的歷史事實，且強調與前侵略(pre-invasion)和前殖民(pre-colonial)社會的歷史延續(historical continuity)；其次，原住民族文化的顯著性，包括文化知識、文化規範與思想體系等三要件，促使原住民族與國家內其他具支配權利關係的社群間形成差異；再者，從政治經濟的角度而言，原住民族在面對國家發展結構下的殖民遺毒，實際上始終處於發展過程中的災害承受者與受害者處境，始終居於社會階層中的被支配社群(non-dominant sectors of society)。最重要的面向，José R. Martínez Cobo 對於原住民族概念的釋明，特別強調集體性與主體性的建立。這項要件，即與兩項國際人權公約所闡述之以身份(Identity-based)與文化(Cultural-based)為核心的原住民族特殊權利內涵相呼應。

我們如欲理解文化存續對於原住民族所具有之迫切性與重要性原因，實應回顧原住民族遭受壓迫與剝削的被殖民歷史。這樣的殖民歷史遺緒，包括種族淨化、隔離、同化與整合，對於原住民族傳統政治、經濟、社會、文化造成極大的影響。因此，聯合國「原住民族權利宣言」即在

<sup>26</sup> U.N. Sub-mission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.1-4 (1986).



前言中「確認所有民族都對構成全人類共同遺產的各種豐富多彩的不同文明和文化做出了貢獻；並確認凡是基於、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的學說、政策和做法，都是種族主義的，是違反科學的，在法律上是無效的，在道德上應受到譴責，且從社會角度來說是不公平的。」此外，宣言「關注原住民族在歷史上因殖民統治和自己土地、領土和資源被剝奪等原因，受到不公正的對待，致使他們尤其無法按自己的需要和利益行使發展權；承認亟需尊重和增進原住民族因其政治、經濟和社會結構及其文化、精神傳統、歷史和思想體系而擁有的固有權利。」在此歷史背景與結構下，該宣言揭示修復原住民族歷史上所遭遇不正義對待之基本原則，透過原住民族各項權利的實踐，冀以獲致文化存續與發展的理想。

在文字記載的歷史上，臺灣原住民族的法律定位，歷經了蕃人、高砂族、山胞到現今的原住民(族)，然而藏在這些名字背後的故事，從本文前面各節的說明中可知，其實是承襲自殖民時期以來之法律思維與論述的野蠻人想像。如何轉換野蠻為一平等對話的文化價值，進而加以系統化與成文化，使其得平行且正確被國家機構與整體社會成員所理解與適用，必須透過原住民族文化權之實踐，並藉以檢討過去一元論國家法制及其程序作為國家權力弱化原住民族的過程。「原住民族」，一個對於臺灣社會看似熟悉卻又相當陌生的概念，向來在我國的法制體系中，處於一個相當模糊的位置。1994年的憲法增修，正式讓充滿殖民教化式的「山胞」名稱走入歷史，取而代之的是作為基本權主體的「原住民」，1997年進而以「原住民族」的概念增修進入憲法條文，代表的是原住民族運動體現在國家法制中的實踐力量，已然形塑我國民主憲政體制中的原住民族法內涵。舉其要者，2005年的「原住民族基本法」以及2007年的「原住民族傳統智慧創作保護條例」，都證明了原住民族文化以及創生與存續該文化的社會與政治機制，是形成我國多元文化內容的最主要部分。

申言之，原住民族法主體須立基在以「社群文化、信仰和社會身份認同之生存與永續發展為導向」的論證，始能獲致國家法制中進行合法區別化之正當性。同樣地，設若「原住民族基本法」僅關注原住民的經濟問題與資源分配，該法所欲證立的文化權利主張將失所附麗。復以「原住民族傳統智慧創作保護條例」的規範內容比較，該條例第1條確立該法之目的在「保護原住民族之

傳統智慧創作，促進原住民族文化發展」，明確揭示傳統智慧創作與文化發展之關連，並以原住民族傳統之宗教祭儀、音樂、舞蹈、歌曲、雕塑、編織、圖案、服飾、民俗技藝或其他文化成果之表達，作為傳統智慧創作之文化保護標的。實則，僅以前面各項單一概念如「音樂」或「圖案」本身而言，設若排除或抽離了該表達與其社群成員之參與關係，勢必無法滿足我們對於「文化」的理解。正如「狩獵」僅係概念，而非「文化」之整體。Erica-Irene A. Daes在其有關「原住民族及其與土地之關係」的研究，對於原住民族的內涵作了如下的歸納：(1)原住民族與其土地、領域、以及自然資源有著深厚密切的關係；(2)這種關係具有社會、文化、心靈、經濟、以及政治面向；(3)這些關係具有重要的集體意義；(4)這些關係的世代傳遞攸關著原住民族的認同、生存、以及文化命脈。<sup>27</sup>換言之，原住民族與土地及所有生命有機體的關係，透過傳統智慧創作內容之文化成果表達，或是透過狩獵行為的施作，是原住民族社會存在的核心，亦係原住民族權利立基在身分與文化認同的本質。申言之，在原住民族傳統文化與習慣規範下，傳統智慧創作的保有者可以是單一個人、單一家族或整體社群，而對於此項傳統智慧作的分享與傳遞，係受到原住民族多元複雜的集體文化系統所規範，在傳遞原住民族傳統文化知識的同時，同時伴隨著保護部落文化完整性之義務。從此間存在於原創條例與文化發展的緊密關連性而言，也證立了傳統智慧創作專用權人係以社群(部落、原住民族或全體原住民族)為權利主體之總有型態。換言之，智慧創作專用權之行使，應以特定民族、部落或全部原住民族名義，而其成員就其所屬民族、部落或全部原住民族之智慧創作，亦得享有使用收益之權利。<sup>28</sup>相對來說，不具該社群(部落、原住民族或全體原住民族)成員之身分者，即不具行使權利的法律基礎。<sup>29</sup>

<sup>27</sup> U.N. Sub-mission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Indigenous Peoples and their relationship to land—Final working paper prepared by the Special Rapporteur, Mrs. Erica-Irene A. Daes, E/CN.4/Sub.2/2001/21 (2001).

<sup>28</sup> 「原住民族傳統智慧創作保護條例」第10條：智慧創作專用權人除法律另有規定或契約另有訂定外，應以特定民族、部落或全部原住民族名義，專有使用及收益其智慧創作之財產權，並行使前項之權利。(第3項)原住民就其所屬民族、部落或全部原住民族之智慧創作，得使用收益，不受前項及第十四條規定之限制。(第4項)

<sup>29</sup> 其他證立原住民族權利的身分與文化認同基礎，可



## 原住民族自治與法主體之建立

2005年1月21日中華民國立法院三讀通過《原住民族基本法》，並於同年2月5日由總統公佈施行。該法確立原住民族自決權的核心原則，肯認原住民族自治，強調原住民族土地、傳統領域以及自然資源權利等的確立，並以建構原住民族傳統知識、文化習俗、習慣法律體系為其目標，透過原住民族的集體同意權與有效實質參與作為部落治理的實踐手段<sup>30</sup>。2007年9月13日聯合大會以143票贊成、4票反對與11票棄權的結果，通過象徵全球原住民族權利發展里程碑的《原住民族權利宣言》。美國、加拿大、紐西蘭與澳洲等四個國家，雖然在大會投票時表示反對，卻也無法抵抗這股世界原住民族運動潮流，順應原住民族權利發展，近年來紛紛透過國內機制宣示對於宣言的支持。

我國前自2000年開始研擬《原住民族自治法》(草案)，提出共計104條條文之版本。其後經行政院審核，草案內容由104條刪減成為16條，並修正法規名稱為《原住民族自治區法》(草案)，內容規定自治區之成立程序及原則性事項，至於民族自治之實質內容，包括自治組織、自治人才、自治行政區域劃分等事項，則並無規定，須由原住民族每個族之個別立法來充實。前開《原住民族自治區法》(草案)由行政院於2003年6月3日送請立法院審議，惟未獲立法院審查通過，依「屆期不續審」之原則，退回行政院。後2007年11月，行政院復將《原住民族自治區法》(草案)再次函送立法院審查，仍無法完成審查，因屆期不續審，本法案被退回行政院。

2008年政黨輪替，中央政府復於2010年9月23日行政院會通過重新草擬的《原住民族自治法》(草案)，並依「空間合一、權限分工、事務合作」等原則，在不影響現行地方自治團體行政

區域、不變更現行地方自治團體機關權限、不影響原住民族自治區內非原住民之個人既有權益等前提下，冀以分階段推動原住民族自治。前開草案的提出，原住民族社群團體則提出了如下的批判，認為該草案以行政設立及無行政轄區為核心觀念，透過立法來阻擋原住民族建立自治實體，邁向實質自治的未來，否定原住民族權利，將所謂自治事項侷限在中央與地方各機關的既有管轄之下，貶抑《原住民族基本法》，進而提出該項草案所具有的五大缺失：1)封殺小族；2)沒有土地：無部落或民族自治區域、無空間實質管轄權、在自己的土地上流浪；3)扼殺文化多元；4)違反民族意願：擬定程序之缺乏自治權的完整性以及自決性、認知正義之違反、實質權利之弱化；5)架空《原住民族基本法》。

2014年12月18日行政院會通過了原住民族委員會擬具的「原住民族自治暫行條例」草案，並再次函請立法院審議。依據行政院新聞稿所示，「考量我國首次推動以民族自治為主體的自治制度，該條例草案採階段性推動方式，由政府輔導協助族區自治政府成立運作，並依「空間合一、權限分工、事務合作」的原則，在不變更現行地方自治團體行政區域、不影響現行地方自治團體機關權限及原住民族自治區內非原住民的個人既有權益等前提下，穩健務實達成原住民族自治的目標。」換言之，以目前執政黨的政治意向論，「空間合一、權限分工、事務合作」與「三不政策」原則，應是不可動搖的圭臬。

然則，依司法院大法官會議釋字第498號所闡釋，「地方自治為憲法所保障之制度。基於住民自治之理念與垂直分權之功能，地方自治團體設有地方行政機關及立法機關，其首長與民意代表均由自治區域內之人民依法選舉產生，分別綜理地方自治團體之地方事務，或行使地方立法機關之職權，地方行政機關與地方立法機關間依法並有權責制衡之關係。中央政府或其他上級政府對地方自治團體辦理自治事項、委辦事項，依法僅得按事項之性質，為適法或適當與否之監督。地方自治團體在憲法及法律保障之範圍內，享有自主與獨立之地位，國家機關自應予以尊重。」中央政府與地方政府的職權範圍，一般而言係規定在憲法與法律中，除軍事、外交等全國性重要事項，由中央政府統一管轄外，凡地方可以處理的事項，如農、工、商業等，均由地方政府負責，其他如交通、財政等事務，則由中央與地方分管。地方政府除依法行使其職權外，還須執行

<sup>30</sup> 參行政院原住民族委員會於2010年1月21日修正發布全文共14點之《推動原住民族部落會議實施要點》，觀其規範要旨，係為協助原住民族部落建立自主機制(第1點)。是以，包括「原住民族基本法」中有關行使自治權、傳統領域權、同意權、參與權，即可透過部落會議之設計架構，實踐族群自決與部落主義之原則。另按要點6之規定，部落會議之召開，由下列設籍於該部落之原住民出席：(一)傳統領袖。(二)各家(氏)族代表。(三)居民。由此可見，部落會議作為行使「原住民族基本法」之各項權利，有其「身分」與「文化」認同之基礎。蔡志偉(AwiMona)(2011)，〈從客體到主體：臺灣原住民族法制與權利的發展〉，《臺大法學論叢》，第40卷特刊，頁1513-1514。

中央政府交辦的全國性政務。

地方自治與原住民族自治同樣都在強調「自治」，這個概念從字義上來說，應可簡單理解成自我(行)治理，排除外力的介入與干涉。然而，正如前開釋字第498號所示，地方自治之本質在於國家治權功能上的分權，且因事務之性質而重於垂直分權。亦即，地方自治可謂係國家治權同質性與均質化結構下的民主機制。實則，若將原住民族自治置於此一同質性與均質化結構中，將錯解了原住民族與國家所存在之關係。然則，自2000年以來的各類推動原住民族自治的法案版本，均意圖仿效地方制度的架構，一方面棄原住民族自治權之本質於不顧，另一方面更試圖構建非屬垂直分權結構下的依附型「自治單位」。如2007年所提送審議之《原住民族自治區法》(草案)，在有關自治區行政區域範圍之劃設、變更及廢止的規定上，無法在該法直接規範，而須另以法律定之。復如2010年所送審議之《原住民族自治法》(草案)所揭示之「空間合一、權限分工、事務合作」與「三不政策」原則，更為此間所指之適例。

實則，自治對於原住民族的意義是多面向的，首先在對外的面向上，強調重新構建原住民族與國家之關係，以美國印地安部族為例，包括美國憲法、聯邦政府與印地安部族所簽訂之條約，以及美國最高法院判決，建立印地安部族所具有之國內倚賴性國族(Domestic Dependent Nations)的法律地位，確認固有印地安部族主權。另外，比較加拿大的發展，亦可見其憲法明文肯認既有的原住民族權利與條約權利，並透過聯邦與省政府及自治政府間所建立之政府對政府的關係，輔以最高法院的判決，確認加拿大原住民族的自治權。其次，在對內的面向上，最主要的意義在於，原住民族對於土地的關係所發展出的傳統文化、社會組織與部落治理，得以藉由原住民族自治完備賦權與強化自我認同。前述的說明正好可以對應到聯合國《原住民族權利宣言》所揭示原住民族自決權與自治權的規範內容：

#### 對外面向

第3條 原住民族享有自決權。根據此項權利，他們可自由決定自己的政治地位，自由謀求自身的經濟、社會和文化發展。

第4條 原住民族行使其自決權時，在涉及其內部和地方事務的事項上，以及在如何籌集經費以行使自治職能的問題上，享有自主權或自治權。

第5條 原住民族有權維護和加強其特有的政治、法律、經濟、社會和文化機構，同時保留根據自己意願全面參與國家政治、經濟、社會和文化生活的權利。

#### 對內面向

第20條 原住民族有權維持和發展其政治、經濟和社會制度或機構，有權安穩地享用他們的謀生和發展手段，有權自由從事其一切傳統及其他經濟活動。

第25條 原住民族有權維持和加強他們同他們歷來擁有或以其他方式佔有和使用的土地、領土、水域、近海和其他資源之間的獨特精神聯繫，並在這方面維護他們對後代的責任。

綜合言之，原住民族自治非屬國家治理均質化與同質化下之垂直分權，若參考前述美、加兩國立法例，應係「維持國家主權完整之下的國家主權分享」，也就是「水平分權」的概念。這樣的觀念亦能對應聯合國推動第一個原住民族十年(1995-2004)的目標，也就是「原住民族：行動的夥伴關係」(Indigenous people: partnership in action)，同樣的概念亦早已呈現在2002年由民進黨政府與原住民族所完成之「新夥伴關係協定」的內容。

本文以為，原住民族自治的本質應從原住民族之定義上開始理解，Jose Martínez Cobo藉由理解原住民族過往被侵略與被殖民的歷史為研究發端，進而對於「原住民族」的概念提出下列的闡釋。

原住民族社群(communities)、部族(peoples)與民族(nations)係指在被侵略和殖民地化以前於其領域上發展的社會，而目前在該領域中不同於支配的社會或其一部分的其他階層者。他們在現時點上未居於統治階層，但有其固有文化模式、社會制度及法律體系，並依此做為民族存在的基礎，且決意保全、發展其祖先的領域及種族認同，並將其傳承給將來的世代者。

申言之，原住民族自治的對外與對內面向，得以透過「原住民族」的定義獲得全貌性的理解，一則對外面向有其歷史構面，因此強調與前侵略和前殖民社會的歷史延續；其次，「原住民族」文化顯著性，因此得以和社會上其他具支配權利關係的社群形成差異；再者，從政治經濟的角度而言，「原住民族」由於前揭二項特徵，導致成為國家社會結構中，未居於統治階層的被支配社群；此外，對內面向則特別強調集體性與主體性



的建立，顯現在其特殊的世界觀與社群認同，並受到原住民族多元的集體文化系統所規範，在傳遞原住民族傳統文化與世界觀的同時，同時伴隨著保護文化完整性之義務。

回到《原住民族基本法》的權利架構，我們必須理解該法的存立基礎，本在透過原住民族所提出的「文化權利主張」(cultural claims)，得以自由地且無歧視的展演文化成果內涵，並可以類型化為三種相互依存的權利系譜。

權利構面	自決權與自治權	發展權	社會正義
法條	§3、§4、§19、 §20、§21、§22、 §23、§31、§32	§7、§10、§11、 §12、§13、§14、 §15、§24、§28	§16、§17、 §25、§26、 §29、§30
內容	政治參與及決策	教育	住居
	土地權	文化	就業
	傳統領域與自然資源	經濟	人權
	司法裁決制度	衛生健康	

透過前列的權利系譜，本文認為《原住民族基本法》即係《原住民族自治法》的本體。也就是說，原住民族自治的目的應在於落實《原住民族基本法》的實體內容。其一，《原住民族基本法》的規範之法主體為「原住民族」；其二，若從憲法增修條文與《原住民族基本法》的規範結構來看實質的原住民族自治，應包含了兩項規範性論證：其一係指自決權的建構性／對外面向，旨在要求國家制度性的規則，其實質性內容係由原住民族自由意願的表達過程來創立。這個面向的理解，正可適切地回應憲法增修條文所指「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與」，亦可落實在前開權利系譜中的「自決權與自治權」內容中。其二則係指自決權的發展性／對內面向，旨在要求國家制度性的規則，獨立於創設或調整該等規則的程序，必須係建構在原住民族得以自由生存或發展的持續基礎上。也就是憲法增修條文所指「國家應依民族意願，保障與促進原住民族教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業」，亦可落實在前開權利系譜中的「發展權」內容中。

總的來說，社會國的民主原則與多元文化理念，對於文化上具有顯著差異的原住民族，已然確認不論是建構性或發展性的自決權，都在強調繼續維持原住民族的獨特特徵，並且讓這個特徵反映在原住民族所生存的治理制度。進一步來說，原住民族如何與國家主權進行水平分權，則

係必須透過強制賦予有效參與和實質同意的條件要求。因此，《原住民族基本法》要求保障原住民族「個人、社群、財產、勞工、文化及環境」相關特別措施的建構，並且須在獲致協議或同意前提下具體化這些措施，俾以符合原住民族的自由意願。

## 結語

回到本文之主軸來看原住民族自治與建構民族法主體的關係，2000年以來所論及之國土規劃、行政區劃等概念與政策規劃，實際上已然引發相當程度的法律改革，其目的就在於下放更多的主導權力給地方政府。然而，原住民族自治的主張，卻呈顯出分權式政府在權力下放所面臨的困境。首先，不問是哪一種版本的自治法草案，均模糊化原住民族自治政府的法律地位，甚至是隻字未提。考量憲法第10章確立中央與地方分權，並於第11章規範地方制度分為省、縣。從消極面來說，為免將來可能衍生之憲法爭議，並積極性的建立原住民族自治係以確認「憲政架構下的承認」為基點，建構明確的原住民族自治政府之法主體性實有其必要。

其次，在立法的策略上，姑不論程序性、實體性或者是暫時性立法何者為當，本文以為過去對於立法模式的策略上討論，均不該是首當其衝的議題。既然原住民族自治的目的，係建立以原住民族為法主體之治理機制，在立法策略上，即應以《原住民族基本法》的落實為圭臬。換言之，應以整合既有原住民族法規為優先，諸如原住民族教育法、原住民族傳統智慧創作保護條例，構建原住民族法體系作為原住民族自治之核心內容。以前開本文所示之《原住民族基本法》的權利系譜來做分類，「自決權與自治權」係屬核心權力，非經原住民族自治之法主體的有效參與和實質同意，不得任意介入與干涉；「發展權」則屬「半核心權力」，應經原住民族自治之法主體的有效參與和實質同意，與各級政府建立協商與合作機制；「社會正義」項下的內容則屬個人基本權利的保障。

過往雖有不同立法模式的提出，一則欲以地方自治的框架，限制原住民族自治的開展，一則以均質化與同質化的方式，弱化原住民族的獨特特徵。在原住民族法律與政治權利的建構脈絡下來看自治的概念，其所具有的特殊性在於，自治一詞所蘊含的制度變遷以及改善漢人政府對於



作為自主政治實體的原住民族社會與文化社群的責任與互動模式。因此，在論及立法模式（程序性、實體性或者是暫時性）的策略也好，自治政府的型態（屬人式、屬地式）也罷，應基於憲法承認與保障的基本權力與架構，務實與彈性的規劃原住民族自治的立法模式與政府治理型態，依據個別民族生存與發展環境的需要，賦予自治的協定空間。

### 參考文獻

- Commission on Human Rights resolution 1995/24 of 3 March 1995; Economic and Social Council resolution 1995/31 of 25 July 1995.
- U.N. Sub-mission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Indigenous Peoples and their relationship to land—Final working paper prepared by the Special Rapporteur, Mrs. Erica-Irene A. Daes, E/CN.4/Sub.2/2001/21 (2001)
- U.N. Sub-mission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.1-4 (1986).
- Wang, Tay-sheng. 2013. The Modernization of Civil Justice in Colonial Taiwan, 1895-1945, 36 J. Japan. L. 95.
- 夷將·拔路兒(劉文雄)(1994)。〈台灣原住民族運動發展路線之初步探討〉，《山海文化雙月刊—台灣原住民政策與社會發展(下)》，第4期，頁22-38。
- 吳堯峰(1986)。《臺灣山地行政政策的演進與發展》。南投：臺灣省政府民政廳。
- 林素珍(2003)。《日治時期的理蕃—傀儡與愚民的教化政策(1930~1945)》。臺南：國立成功大學歷史研究所博士論文。
- 孫大川(2008)。〈被綁架的主體？—臺灣原住民族法政存在的發展〉，《新活水》，20期，頁46-55。
- 張松(1953)。《臺灣山地行政要論》。臺北：正中書局。
- 黃唯玲(2012)。〈日治時期「平地蕃人」的出現及其法律上待遇(1895-1937)〉，《臺灣史研究》，19卷2期，頁99-150。
- 傅寶玉等編(1998)。《臺灣省公報中有關原住民法規政令彙編(1)》。南投：臺灣省政府文獻委員會。
- 臺灣省政府民政廳(1971)。《發展中的台灣山地行政》。南投：臺灣省政府民政廳。
- 蔡志偉(Awi Mona)(2011)。〈從客體到主體：臺灣原住民族法制與權利的發展〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第40卷特刊，頁1499-1550。
- 蔡志偉(Awi Mona)(2008)。〈聯合國中的原住民族國際人權〉，《臺灣國際研究季刊》，4卷2期，頁81-108。
- 藤井志津枝(2001)。《理蕃—日本治理台灣的計策》，2版。臺北：文英堂。

## 《臺灣原住民族法學》徵稿啟事

《臺灣原住民族法學》為原住民族委員會出版之法學期刊，凡內容有關原住民族重要法學議題及重大法律事件，均歡迎賜稿。

### 文稿類型

- (一) 專題論文：由本刊編輯委員會根據特定議題，邀請專家學者撰寫。
- (二) 研究論文：未在國內其他學術期刊發表過之學術論文，篇幅如一般專題論文。
- (三) 政策論壇：以特定政策為題，為文評論的專業論述。

### 論文格式

- (一) 以中文文稿撰寫，採同頁註 (footnote) 格式。
- (二) 稿件請以電子檔製作 (.doc 格式) 橫向書寫。
- (三) 首頁包含文章篇名、作者姓名、簡介、聯絡方式、中文摘要 (五百字內)、關鍵字、本文、參考文獻 (APA 格式)。

### 審查程序

本刊編輯委員會對來稿有權做必要的潤飾。來稿恕不退還，敬請自行留底。如果論文已經在其他期刊進行審查，敬請告知。所有稿件，將於收稿後三個月內奉覆採用與否。

### 校稿程序

通過審查而且完成修改的稿件，請提供修正版電子檔一份，以便安排排版作業。文稿的二校稿將寄交作者自行校閱，校稿需在收到後一星期內寄回；逾時的文稿，本刊保留拒絕刊登的權利。

### 版權事宜

- (一) 本刊不接受已經在國內其他學術期刊出版的文稿。
- (二) 經刊登的論文投稿著作所有列名作者皆同意在投稿文章經本刊登後，其著作財產權即讓與給臺灣原住民族法學期刊出版單位，本刊保有另外出刊之權利。但作者仍保有著作人格權，並保有本著作未來自行集結出版、教學等個人使用之權利，但請註明出處。

### 出版日期

本刊為半年刊，年度出版兩期 (六月與十二月)。

### 稿件交寄

來稿時務必備妥 WORD 電子檔並寄至電子信箱：ntueawioffice@gmail.com。

