

臺灣
原住民族
法學

Taiwan
indigenous
law
review

本期專欄

從道歉、和解到正義實現：談以國土計劃落實
原住民族土地權之可能／官大偉 5

原住民族重大議題解析

論布農族婦女之土地繼承與權利保障／蔡穎芳 21
原住民保留地該保留給誰？以「反亞泥還我土地運動」
2000年至2015年間之行政救濟為探討核心／陳竹上 35
持有獵槍、獵捕保育類野生動物與原住民慣習間的衝突及解套：
評宜蘭地方法院104年度原訴字第1號刑事判決／許恒達 49
實踐導向的法律史研究：運用歐洲法律史知識書寫臺灣原住民族
傳統規範的可能性／吳宗謀 61

書介

原住民如何介入文化和智慧財產？紐西蘭及萬那杜的例子／郭佩宜 73

ISSN 2517-9187
9 772517 918000
GPN: 2010500902
定價400元

2017.04 第一卷第二期

臺灣原住民族法學

第 1 卷第 2 期 2017 年 4 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，國立東華大學財經法律研究所副教授

（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：蔡維庭

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

- 從道歉、和解到正義實現：
談以國土計劃落實原住民族土地權之可能／官大偉 5

原住民族重大議題解析

- 論布農族婦女之土地繼承與權利保障／蔡穎芳 21

- 原住民保留地該保留給誰？以「反亞泥還我土地運動」
2000 年至 2015 年間之行政救濟為探討核心／陳竹上 35

- 持有獵槍、獵捕保育類野生動物與原住民慣習間的衝突及解套：
評宜蘭地方法院 104 年度原訴字第 1 號刑事判決／許恒達 49

- 實踐導向的法律史研究：運用歐洲法律史知識書寫
臺灣原住民族傳統規範的可能性／吳宗謀 61

書介

- 原住民如何介入文化和智慧財產？
紐西蘭及萬那杜的例子／郭佩宜 73

從道歉、和解到正義實現：談以國土計劃落實原住民族土地權之可能

官大偉*

摘要

我國總統在2016年8月1日在總統府代表政府向原住民族道歉，其發言指出歷來政權對原住民族的傷害，並引用泰雅族sbalay的哲學，說明釐清真相與尋求和解的意義。在國家和原住民族的關係中，最敏感而容易有潛在衝突的，即是土地的議題，它也是對於雙方從和解邁向共生之智慧的最關鍵考驗。本文從總統道歉所呈現之多元史觀的意涵，討論擺脫殖民敘事、建立新的國土論述之重要性，並展開幾個部分的工作：(1)回顧原住民族遭遇的土地問題、我國原住民族土地權架構的沿革，檢視原住民族土地權無法落實的原因；(2)指出國土計劃法通過之後新的國土計劃體系，以及原住民族在其中的角色定位；(3)分析透過國土計劃法中之「特定區域計劃」、「涉及原住民族土地之特殊土地使用管制」、「諮詢與同意權」等工具，落實原住民族土地權之可能。最後，本文建議，雖然國土計劃法為原住民族土地權之落實提供了新的制度環境，但應避免為了行政操作之便利或機關的本位主義，扭曲了原住民族的土地文化，反而造成新傷害，也因此，從國家和原住民族之關係的重新調整、實現修復正義的高度，來思考國土工具之運用，乃有極高的必要性。

關鍵詞：原住民族土地權、國土計畫、原住民族特定區域計畫

壹、前言

2016年8月1日，中華民國蔡英文總統在總統府代表政府向原住民族道歉，她指出原住民族原本生活在這塊土地上，有著自己的語言、文化、習俗、土地、主權，而歷來政權透過武力征伐和土地掠奪，強烈侵害了原住民族既有的權利，並引用泰雅族sbalay的哲學，說明希望釐清真相、尋求和解，建立共存共榮、多元平等的國家。

全世界有原住民族的墾殖國家(settler countries)，幾乎都存在著一段從原住民族手上掠奪土地成為「國土」的不光彩歷史，歷史固然無法改變，但面對歷史、修正錯誤、調整和原住民族之間的關係，已經是二十世紀中葉以後許多國家努力的方向。澳洲地理學者Howitt(2010)在檢視歷史中墾殖國家的殖民土地敘事後，展望未來，呼籲提出新的國土論述，他所謂的新國土論述，意指要改變舊有建立在殖民敘事(將殖民者到來之前的土地視為無主地、創造出一套法律體系否認原住民族的土地權利、貶抑其土地知識之地位)的國土觀點，要讓原住民族在國土的歷史和當下

現身，並消除主流國土論述中對於原住民族生活地區的文化偏見和負面地理想像，讓原住民族與非原住民對於土地的觀點能夠共存。這樣的國土論述，若能在台灣實踐，不僅是彌補歷史中之不正義的一個機會，也將有益於整體台灣社會更加深化文化自信、瞭解自己所賴以生長之土地的歷史、體會人和環境之間的關係，也才能建構「文化國土」的視野，以及具多元觀點與歷史深度的土地倫理(劉益昌2013)。

我國的國土計畫法在2015年12月18日通過，其中關於國土計畫之原則的條文(第六條)指出：「國土規劃涉及原住民族之土地，應尊重及保存其傳統文化、領域及智慧，並建立互利共榮機制」，顯示出這部法律的進步性，為探討如何新的國土計劃架構下落實原住民族土地權，以促進族群正義與土地正義的實現，本文採用文獻回顧與檔案研究的方式，進行以下工作：(一)回顧原住民族遭遇的土地問題、我國原住民族土地權架構的沿革，檢視原住民族土地權無法落實的原因；(二)指出國土計劃法通過之後新的國土計劃體系，以及原住民族在其中的角色定位；(三)分析透過國土計劃法中之「特定區域計劃」、「涉及原住民族土地之特殊土地使用管制」、「諮詢與同意權」等工具，落實原住民族土地權之可能。最

* 泰雅族，國立政治大學民族學系副教授。

後，本文也會就如何善用這些工具、避免為了行政操作之便利或機關的本位主義而造成新傷害，作出提醒和建議。

貳、台灣原住民族土地權法制沿革與現況

一、歷史沿革

雖然清國在1885年將台灣割讓給日本，但就現今之台灣原住民族的生活空間而言，特別是在山地地區，大部份都非清國有效統治所能及的範圍，1895年之後日本透過一系列的法律（1895年的頒佈《官有林野及樟腦製造業取締規則》、頒佈《森林事業計畫規程》¹）與軍事（1907年至1914年間的兩次「理蕃計畫」）戰爭，才完全將原住民族的生活空間收奪，並將大部份的山林國有化，而留下零星的區塊作為「蕃人所要地」，也就是1948年中華民國臺灣省政府以《臺灣省各縣山地保留地管理辦法》所延續之制度的前身²。

1945年之後，曾有原住民族的知識份子如高一生（樂信·瓦旦）、林瑞昌（吾雍·雅達烏猶卡那）等人提出高山族自治、既然光復脫離殖民則應當歸還被日本侵佔之土地的主張，但在威權體制下都被羅織罪名，逮捕入獄槍決。在戰後開始的數十年之間，山地保留地制度經歷的最大轉折，是1958年開始的保留地地籍測量，以及1966年隨之進行的保留地私有化。在這之前，原住民僅擁有對於這些土地的使用權，在1966年之後，政府完成土地測量，開始逐步賦予於原住民個人對個別保留地的所有權。

1980年代台灣民主化轉型的階段，原住民運

動隨著各種社會力的釋放而興起，其中包含了原住民族社會於1988年至1993年間發起3次的「還我土地運動」。前兩次「還我土地運動」的訴求主要著重於個別土地的歸還（例如被台大實驗林、退輔會之森林遊樂區），也就是強調property受到侵佔，而政府則在1990年將山地保留地更名為山胞保留地（1994年再因修憲原住民正名，而更名為原住民保留地），並以增劃編保留地回應原住民社會的訴求。1993年第三次原住民還我土地運動，首次提出了自然主權的主張，將土地權的論述從property的層面提升到sovereignty的概念，要求國家全面檢視和原住民族之間的關係。當時的政府除了持續增劃編保留地外，賦予個人保留地所有權外，並未對主權議題有所回應，但1997年憲法增修條文第十條提及，國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其經濟土地在內等事項予以保障扶助並促其發展，在憲法中確認了原住民族集體地位和土地權利。

1999年，當時的總統候選人陳水扁與原住民族代表在蘭嶼簽署「新夥伴關係協定」，其內容包含七大項，除了「承認台灣原住民族之自然主權」，還有「恢復部落及民族傳統領域土地」；2000年，內政部設立「馬告國家公園諮詢委員會」，決議建立一套與原住民共管自然資源的國家公園架構，以調和原住民族、保育團體及國家公園治理三方的爭議，雖然當時對於傳統領域並沒有法律明確定義，但此舉意味著承認原住民族對傳統領域的管理權。2002年，陳水扁總統以元首身分進行協定的再肯認儀式；2005年的《原住民族基本法》，形成了對原住民族的land rights的新保障架構（詳細原住民族傳統領域相關政策發展，可參見附錄一）。

二、法制現況

在上述的架構下，原住民族土地包含「原住民保留地」與「傳統領域土地」，整體而言，《原住民族基本法》第二十三條規範「政府應尊重原住民族選擇生活方式、習俗、服飾、社會經濟組織型態、資源利用方式、土地擁有利用與管理模式之權利」，涵蓋了土地的文化權與發展權的面向，而在第十九條至二十三條中，則涉及了使用權、管理權、受益權同意權等土地相關權利的規範。表一整理了原基法中出現的幾個原住民族土地相關名詞、意涵及原基法中所規範的相關權利。

除了憲法增修條文所揭櫫之對原住民族自治與土地的保障，以及《原住民族基本法》中關於原

¹ 其將山林劃分為「要存置林野」、「不要存置林野」、「准要存置林野」三種類型，其中「准要存置林野」亦稱「蕃人所要地」。

² 有學者認為現有原住民保留地制度，可推至清治時期，認為清治時期的「番地」、「番租」制度對於原住民的土地形成特殊的保障，是為現今原住民保留地制度的前身，筆者認為這樣的說法有過度的簡化和錯置之虞，其忽略了很大的差別：清治時期的「番地」（保留為熟番番社所用土地）、「番租」（熟番土地可出租給墾殖者開墾，收取租金）的實施對象，是當時所謂的「熟番」（平埔族群），但清朝政府對於所謂的「生番」（也就是日治時期實施蕃地政策的對象，現今台灣官方認定的原住民族）是管不到也課不到稅。除了對象不同之外，日治時期的「蕃地」是一個特別行政區的概念，「蕃地」作為一個特別行政區和「蕃人所要地」作為一種供「蕃人」居住耕作的土地類型，兩者並行存在，這也是在清治時期沒有的。

表一 原基法出現的幾個原住民族土地相關名詞、意涵及相關權利

名詞	意涵	相關權利
原住民族地區	為一特別行政範圍的概念，源自於日治時期「蕃地」作為特別行政區的作法。戰後最早的法令依據為1951年的《山地施政要點》。原稱山地鄉，1994修憲原住民正名之後稱原住民鄉，其界定乃是由內政部為之。2001年通過之《原住民族工作權保障法》第五條中定義其為「原住民傳統居住，具有原住民族歷史淵源及文化特色」，並規定其界定程序為「經中央原住民族主管機關報請行政院核定」。2005年通過之《原住民族基本法》第二條中同樣採用上述定義。	原住民得在原住民族地區依法從事下列非營利行為：一、獵捕野生動物。二、採集野生植物及菌類。三、採取礦物、土石。四、利用水資源。前項各款，以傳統文化、祭儀或自用為限（原基法 § 19） 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（原基法 § 22）。
原住民族土地	為2005年通過之《原住民族基本法》中出現之名詞，該法第二條中定義「原住民族土地」包括「原住民族傳統領域土地」及既有「原住民保留地」。	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（原基法 § 20）。
原住民保留地	源自日治時期「蕃人所要地」的措施，戰後政府於1948年頒佈《台灣省各縣山地保留地管理辦法》規範之，之後辦法名稱與內容迭有修改。	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。
原住民族傳統領域土地	最早出現於2004年修正公布之《森林法》第十五條，該條文指出「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」。但未對「原住民族傳統領域土地」加以定義，2005年通過之《原住民族基本法》同樣未對其加以定義。	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（原基法 § 21）。

住民族土地的條文之外，《山坡地保育利用條例》第三十七條規定原住民保留地「除政府指定之特定用途外，如有移轉，以原住民為限」，並在《原住民保留地開發管理辦法》³中進一步規範保留地之地權及開法管理方式。另外，還有《原住民族地區資源共同管理辦法》（2007年通過）、《諮商取得原住民族部落同意參與辦法》（2016年通過），構成了現今我國原住民族土地權的法規體系。

參、原住民族土地權的困境

雖然原住民族土地權的法規體系日漸成形，但我國原住民族之土地權的落實卻遭遇到許多困境。事實上，保留地制度的存在本身即是歷史不正義的一部份（它收奪原住民族大部分生活空間後劃為國有，僅留下幾少部分零星的區塊，供原住民在其上居住、耕作，卻宣稱是為保障原住民生計），而在保留地私有化之後，保留地被視為個人財產的性質被強化，但忽略了和民族集體的關係，《原住民族基本法》之中，將原住民保留地定義為原住民族土地的一部份，是對於它和原住民族集體生存發展之關連的提醒，也表示除了「國家」和「個人」之外，應該還有「原住民族」作為土地權利的主體。以下乃基於原住民族土地之集體權性質的思考，從保留地和傳統領域兩個面向，分析當前原住民族土地權問題，進而討論兩者之關係。

³ 政府於1948年頒佈「台灣省各縣山地保留地管理辦法」之後，於1960年修訂為《台灣省山地保留地管理辦法》；1966年修訂為《台灣省山地保留地管理辦法》，1974內容再有修訂；1986年修正公布「山坡地保育利用條例」三十七條為管理辦法之法律授權依據；1990年辦法改名為「山胞保留地開發管理辦法」並將條文中「山地人民」改為「山胞」，「山地保留地」改為「山胞保留地」；1995年配合修憲更名為「原住民保留地開發管理辦法」。詳細保留地法規沿革，可參見官大偉2013：36-42。

一、保留地實質地權流失

1928年日本政府設置「蕃人所要地」，限縮了原住民族的居住耕作範圍，但1928年到1945年不過十七年的時間，而1945年之後繼承了對台灣之統治至今的中華民國，其造成之影響，實不下於日本政府。在1966年完成土地總登記、開始山地保留地私有化之前，保留地的使用有一定的彈性，能夠進行某種程度的集體使用，例如游耕、換地（官大偉，2013：8-9），而1966年的私有化則透過持續使用滿十年授予所有權的方式⁴，將原本可能是集體使用之土地的產權，切割後分別給予個人，並將個人的使用固定在同一塊土地上，另一方面，編查測量和土地總登記則將是每一塊土地的用途固定下來（羅永清，2012），而和原住民文化中彈性變動的使用邏輯（例如，在游耕的操作中，同一塊土地會週期性的從農業使用轉換為造林）相左，這些巨大的轉變，將保留地進一步整合入市場經濟和現代官僚管理的體系中。

日治時期「蕃人所要地」劃設前後，「蕃地」中的不少土地即被國家交予資本家進行開發（也就是被劃作「不要存置林野」的範圍），但是在戰後，中華民國政府的開發延伸到原住民保留地（日治被劃為「準要存置林業」的範圍），像是亞泥案（參見張岱屏，2000、陳竹上，2010）、南澳礦場案（參見哈勇諾幹，2012），都是戰後國家力量直接介入，協助資本家長期攫取保留地資源的明顯例子。

除了大型的開發案，個別的保留地也一步一步發生實質地權流失的問題。儘管有著前述之「保留地所有權移轉以原住民為限」的規定，但兩份相隔十七年的原住民族委員會委託研究報告中都指出，實際上有越來越多的保留地已經非為原住民所用（張茂桂、顏愛靜，1998；官大偉、蔡志偉、林士淵，2015）。圖一所示為非原住民使用原住民保留地之幾種情形，其中用紅色框起來的部份是屬於非法使用的類型，包括：（一）「公有保留地為非原住民佔用」、（二）「公有保留地經原住民設定地上權或耕作權後，私下轉租予非原住民」、（三）「公有保留地經原住民設定地上權或耕作權後，私下轉讓予非原住民」、（四）「私有保留地，私下轉賣予非原住民」等，其中，第一、二、三種類型的土地所有權人都是中華民國，而第二、三種為原住民登記他項權利（地上權或耕

作權），第四種類型土地所有權人則是原住民個人。非原住民取得保留地使用，除了是合法的租用公、私有保留地之外，在第一類是直接的佔用，第二、三類經常是私下簽訂契約，第四類則經常是透過設定抵押權的方式⁵。因此，雖然名義上土地所有權人還是中華民國或是個別的原住民個人，但是實際上原住民個人已經失去使用這些土地的途徑。

以下從幾個層面分析造成如此之實質地權流失的原因：

1. 國家對於私下轉租轉讓之應作為而不作為

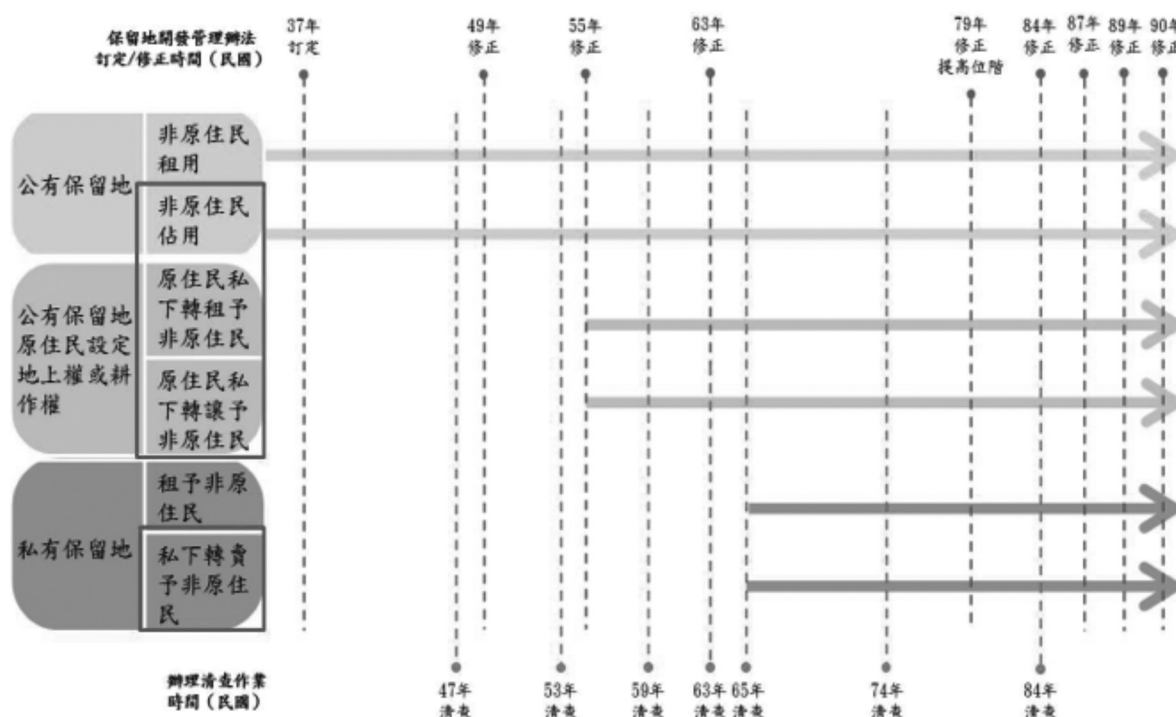
上述第一種非法使用類型為侵佔國有地，國家應該排除侵佔，而第二、三種類型，按照《原住民保留地開發管理辦法》，既非由設定地上權或耕作權人實際使用，也應該由國家收回⁶。然而，自1958年至1995年間，政府總共做了七次清查⁷，這幾次的清查，政府不但沒有確實執行收回土地，反而數度採取了就地合法的措施，例如：1958以酌定期限補訂租約作法，讓占用者取得合法使用權限，1966年則以推行「公有山坡地推行水土保持辦法」為由，讓非法佔用山地保留地之

⁵ 由非原住民「買方」在交付原住民「賣方」一定金額後，對欲「購買」之保留地設定更高額抵押，因此原住民「賣方」雖然名義上仍然為土地所有權人，但礙於抵押金額，不會對此土地主張所有權，而任由非原住民「買方」無限期使用。在一些案例中，為求更加保險，非原住民「買方」會以其信得過的原住民籍「人頭」之名義向「賣方」購買土地，進行移轉後，再對此「人頭」之名下的土地設定抵押（參見顏愛靜，1999；顧玉玲、張毓芬，1999；官大偉，2002）。

⁶ 諷刺的是，原本是違反游耕土地使用邏輯、用來將原住民轉變成定耕、固著在同一塊土地上之「使用一定期限後方取得所有權」的規定，反倒成了使政府可以因設定的地上權/耕作權人未實際使用而不賦予其所有權，避免其取得所有權後政府失去將其收回之權利的把關條款，原住民社會對於應否廢除此一規定也因為其原本存在的不合理以及實際產生之效果等不同考量，而有不同的看法（參見管發媛，2012；戈論、朗嘎魯，2013）。

⁷ 1958年台灣省政府頒布「平地人民使用山地保留地清理事項」，為第一次清查；1966年省頒布「為辦理公有山坡地整理應行注意事項」，為第二次清查；1970年台灣省政府頒布「梨山地區非法佔用山地保留地清理計畫」，是針對違法使用保留地嚴重之德基水庫一帶進行清查；1974年台灣省政府頒布「臺灣省平地人民非法使用山地保留地清理要點」，為第四次清查；1976年台灣省政府頒布「平地人民非法使用山地保留地整理工作要點」，是第五次清查；1985年內政部頒布「加強山地保留地管理與促進開發利用實施要點」，是第六次清查；之後，1995年台灣省政府再度執行「臺灣省原住民保留地土地資源利用清查計畫」，進行第七次清查（官大偉、蔡志偉、林士淵35-36）。

⁴ 此一持續使用一定期間後賦予所有權的規定，在1990年修改為五年。



圖一 非原住民非法使用原住民保留地之類型及政府歷次清查時間
 (資料來源：官大偉、蔡志偉、林士淵 2015：146)

非原住民，經加強水保設施後，得申請整理租用（官大偉，2013：38），等於是變相的鼓勵了非原住民佔用原住民保留地，而違背此制度所宣稱之「保障山地人民生計」的目的，也助長平權會「解編保留地」、「承認既有買賣」之主張（顧玉玲、張毓芬，1999）。

2. 限制所有權移轉卻缺乏經濟上的配套措施

根據張茂桂、顏愛靜（1998）和官大偉、蔡志偉、林士淵（2015）兩份研究中以全國原住民為對象的抽樣調查，雖然相隔十七年，但是兩次調查結果中原住民認為應該維持「保留地所有權移轉以原住民為限」之規定者，都佔了八成以上，但另一方面兩份研究之報告也都指出原住民與非原住民間私下「交易」保留地的情況越來越嚴重，這意味著主觀意願和現實情況之間的落差。

不難理解，多數原住民私下轉租、轉讓原住民保留地之原因，肇因於經濟需求，雖然原住民保留地移轉限制之規定原意是保障原住民族土地權不至流失，但此一規定也限制了原住民保留地的「市場」流動性，族人很難以抵押原住民保留地方式在金融機構取得貸款，因此當需要資金時往往只得採取「賣地」的手段，而這也使得「買方」可以用很低的價錢取得土地。有論者主張既然限制移轉產生這樣的負面效果，那麼開放買賣

才可以讓原住民保留地在自由競爭市場中賣得較好的價錢，對原住民才能有所助益。然而，如同徐世怡（1988）在烏來的研究指出，過去的制度下，已經獨厚了一批能夠運用其地利、人際關係之便，以不公平競爭⁸的方式實際取得原住民保留地的人，若未經全盤考量而單單採取開放買賣的措施，則是承認過去不公平競爭的結果，並不會帶來真正的公平。換言之，限制所有權移轉卻缺乏經濟上的配套措施，是部份原住民必須「賣地」的原因，保障原住民保留地地權的根本方法，應該是從提升原住民經濟能力著手，而非使其持續經濟上的弱勢然後協助其順利賣地。

3. 產權制度／地用限制的文化偏見

除了保留地缺乏融資的管道之外，從土地經濟的角度來看，經濟能力提升的關鍵在於土地的適當發展，這裡所指的發展並非以市場獲利為單一價值導向，而是包含了社會支持、生態健康、飲食生計等多重面向的均衡，然而過往的山地政策陷於單線開發主義的邏輯，缺乏對原住民族土地文化的認識，也缺乏對發展的想像，一方面在

⁸ 所謂的不公平競爭，包括了因為制度性的因素造成的有限流動性壓低了保留地的「交易」價格，對原住民「賣方」並不公平，也包括了有限流動性排除了因為守法而不投入購買之出價的競爭的潛在「買家」（官大偉、蔡志偉、林士淵，2015：154）

產權制度上希望私有化產生激勵個人勞動力投入的效果，並輔以山地農牧局⁹開發山地邊際土地，另一方面在土地使用分區上則落入以平地都市為核心的一套分類系統中¹⁰，因此政策往往是在開發和限制開發之間拉鋸，而未能從文化的角度深刻思考什麼是原鄉的最適發展、以及如何結合文化的特性形成發展的策略和手段。近來，有越來越多的實證研究顯示結合傳統與現代之社會組織（例如家族、教會）進行集體生產合作（包含生態觀光和有機農業等不同生產方式）創造出比原子化個人在市場中單打獨鬥（或被個別擊破）更好的效益（洪廣翼、林俊強2004；日宏煜、羅恩加2015），也有越來越多的研究指出原住民族土地文化的生態意義及其在當土地使用上的應用價值（顏愛靜等，2011；官大偉，2015），這表示我們已經到了一個必須深刻檢討現有原住民保留地之產權制度／地用限制中存在之文化偏見的時刻。

二、傳統領域權屢遭阻礙

相對於「原住民保留地」，「傳統領域」對族人來說是一個較新的名詞，其意義是原住民族和國家的互動中被建構出來，當然原住民各族在自己的文化脈絡中都以其空間文化與資源使用的機制，而「傳統領域」作為一個法律名詞的意義在於它提供了一個原住民族和國家之間相互溝通、理解的架構，作為原住民各族在國家的體制中實踐其空間文化與資源使用機制的基礎。

行政院原住民族委員會在2002年開始一系列的全國性的原住民族傳統領域調查活動，並有後續的銜接計畫，至今人仍在執行中。但在政府的調查展開之前，已經有不同的原住民文史工作者、學術研究者在進行原住民族空間文化和資源使用機制的調查工作¹¹。這些調查雖然零星個別，但卻是在國家力量投入資源與涉入論述之前即展開的自主調查工作。2002年，行政院原住民族委員會為落實新伙伴關係條約，展開為期五年的原住民族傳統領域調查計畫。該計畫主要由地理學

者組成的學術團隊，於2002年首先進行示範部落的調查，並應用PGIS進行先的實驗性的研究。在2003年到2005年，學術團隊進一步擴大，開始同時在五十五個原住民鄉輔導進行調查作業¹²，2006年則因全面性普查易讓參與流於形式的問題，改成由有意願的部落提出調查申請。該五年計畫結束後，原民會開始後續調查計畫，考量前一個階段都是以部落為單位進行製圖，缺少民族整體的觀點，因此從2007年到2009年開始以各民族為單位，檢視前一階段的調查資料，並做調查與資料的增補¹³；2010年，原民會籌備傳統領域成果的展示，在2011舉辦傳統領域調查的成果展；2013年，原民會的傳統領域調查從實質資料的收集，轉向部落調查能力的培力，展開傳統領域調查種子師資培訓計畫，進行了一系列的培訓工作坊。2015年，原民會提出傳統領域土地政策研究計畫，該計畫包括：彙整及比對歷年傳統領域土地調查GIS資料及成果、建置原住民族傳統領域土地政策推動中心、搜集傳統領域同意權行使爭議，以及傳統領域劃設相關法規的研擬等工作事項。

若將國家力量投入資源與涉入論述之前，個別人士進行的自主調查工作視為第一階段（2002年之前），國家展開全國性的調查至展示出調查成果為第二階段（2002-2011），而國家的資源轉向部落培力和開始研議調查結果和現有法制的銜接為第三階段（2012-至今）（參見表二），比較三個階段可以發現，在第一個階段，調查自主性強而調查內容差異大；在第二階段，開始由政府主導，促成首次大規模有系統的調查，但對於傳統領域的定義趨向單一，雖是出自於政府實踐新伙伴關係承諾，但發動之初原基法都還沒通過，因此當時的調查程序、調查方法下產生的調查成果，也未必能夠直接應用在傳統領域的劃設（例如並未經過部落會議的確認）。然而，隨著每個階段的試誤、修正和累積，我們看到近年來，部落調查的自主性提高，不再是由政府主導，而有許多部落的青年團體、部落組織發動；另一方面，也有較明確的部落集體性的展現，調查行動本身經常

⁹ 台灣省政府山地農牧局成立於1961年，直至1989年改制為水土保持局。

¹⁰ 舉例來說，都市（計畫）／非都市（土地使用管制）的二分邏輯，意味著以都市為發展核心而非都市則屬都市以外的、異於都市的、因都市的存在而被定義，甚至是為了都市的需求而服務的邊陲地區。

¹¹ 例如：泰雅族的Masa Tohuy利用日治時期的文獻和地圖追溯泰雅族的遷移路線、分佈範圍；鄒族的汪明輝在他的碩士論文探討阿里山鄒族傳統的領域；也有動物學家裴家駟與魯凱族人合作利用GPS、GIS工具，進行動物棲地與魯凱族獵場的調查研究（官大偉、林益仁，2008：118-119）

¹² 調查工作包含：組織工作團隊與設定GIS設備、籌備會議和各地工作坊、田野資訊彙整、數位化及部落公聽會展示數位化後的地圖成果、校正圖資編輯調查報告等。在這幾年間，計畫團隊完成了43個鄉鎮之資料彙整及檢核，總共獲得7684個地名、3219個地名故事，校正後獲得274個類似部落領域界線的資料，以及4個以全鄉為一個部落的資料（張長義等，2002、2003、2004、2005）。

¹³ 此階段調查所檢視與增補的，有阿美族、賽夏族、排灣族、魯凱族等族群之傳統領域。

表二 不同階段傳統領域調查的特徵

階段	政策背景	發動者	使用的技術	產生的內容成果	政府和部落的關係
第一階段	原住民運動逐漸形成傳統領域論述	個別文史工作者、學者	大部份使用文獻、紙圖，少部份開始使用GPS、GIS工具	因為發動者的不同而有很大的差異，有的強調遷移路線、有的強調獵場、有的強調文化意義	由個別人士發動，未必和部落或政府有關
第二階段	政府實踐新伙伴關係承諾，但發動之初，原住民族基本法尚未通過	政府	結合紙圖、GPS、GIS工具的參與式製圖	著重地名、地名意義、邊界、領域等點、線、面空間資訊的收集	由政府主導，經費來源亦來自政府，促成首次大規模有系統的調查，但對於傳統領域的定義趨向單一
第三階段	原基法通過，原住民族土地法制逐漸成形，原住民族社會要求落實傳統領域權的呼聲日增	個別自主調查的部落團體，加上政府與學術資源培力的種子師資	結合紙圖、GPS、GIS工具的參與式製圖，並以民族誌田野調查深化土地知識的論述	從點、線、面空間資訊的收集，逐漸深化到土地利用知識與機制的理解和詮釋	部落調查的自主性提高，不再是由政府主導，而是由部落的青年團體、部落組織發動；另一方面，相較於第一階段，展現較明確的部落集體性

和部落的文化復振和組織動員結合在一起，調查出來的內容也不再只是界線和範圍，而是越來越深化到土地利用知識與機制的理解和詮釋。

儘管傳統領域的調查工作持續在進行，成果也越來越累積深化，但是原住民族傳統領域權的落實卻屢屢遭到阻礙。2005年發生的司馬庫斯櫟木事件，是國家的司法體系承認原住民族傳統領域權的一個重要里程碑¹⁴，但我們也可以看到還有許多其他的案件仍在發生，而並不是每一個案件，都像司馬庫斯獲致正面的結果。例如2011年發生的卡大地步遷葬事件，台東市公所無顧族人的反對，要將其祖墳地改建成為公園；又例如，2014年產生爭議的日月潭的向山BOT案，日月潭風景管理局規劃要將日月潭邵族人的祖先墓地BOT給港資財團蓋飯店，而過程中日月潭風景管理局拒絕承認這個土地是邵族的傳統領域，使得邵族被排除在決策過程之外，之後環評委員要求開發案應徵求部落同意，卻又遭到日月潭風景管理局提出行政訴願，主張不需經過部落同意。這

¹⁴ 此事件起因於司馬庫斯部落族人在颱風之後，按部落會議決議撿拾了一段風倒櫟木進行部落公共環境的美化，但是被林務局控告竊取國有財產，部落族人拒絕承認有罪，因此開始展開了一場長年的訴訟，這個訴訟的結果是經更審後2010年高等法院作出無罪判決（參見詹順貴，2011）。

些案例的共同之處，在於行政機關（包含司馬庫斯櫟木事件時的林務局）對於原住民族傳統領域權的抗拒，以下即分析原住民族傳統領域權難以落實的因素：

1. 「原住民族土地及海域法」立法延宕

政府中各資源治理機關抗拒原住民族傳統領域權之落實所採取最直接的理由，就是雖然《原住民族基本法》已經通過，承認了原住民族對傳統領域土地的權利，但是《原住民族基本法》授權另以法律規範原住民族土地調查、取得、處分、計畫、管理及利用等事宜，而預計扮演此功能之《原住民族土地及海域法》草案尚在審議中，未完成立法程序，因此行政機關無從認定何處為原住民族傳統領域。但是，對原住民族部落而言，很清楚自己傳統領域在哪裡，而國家因為立法怠惰，延宕落實傳統領域權，造成對於原住民族權利的侵害。在極少數的案例中，族人進入司法程序而得到法院的裁判，確認在傳統領域上的權利¹⁵，但大多數的情況下，因為被告或興訟的成

¹⁵ 例如，卡大地步遷葬事件中，部落族人經訴願未果後，向行政法院提出行政訴訟；另外，2013年在烏來有一泰雅族人將亡母葬於被劃為國有林班地的傳統領域，遭林務局提告，經台北地方法院判決無罪（參見林志函，2013，以及臺灣臺北地方法院刑事判決101年度審訴字第1139號）。

本，已經產生了阻撓原住民族行使傳統領域權的效果。

2. 資源治理機關的本位主義

按照《原住民族基本法》34條：「主管機關應於本法施行後三年內，依本法之原則修正、制定或廢止相關法令」，而行政院原住民族委員會自2006年即已委託學者完成《原住民族土地及海域法》草案研擬，之後草案數度在原民會和行政院之間衝折來回，曾經一度送至立法院，因為屆期結束改選的緣故，又重新回到行政院。如果這些阻撓原住民族傳統領域權之落實的機關，是因為《原住民族土地及海域法》尚未通過，無從認定何處為原住民族傳統領域的緣故，那理當是要努力促成此法的通過，使其有認定的依據，但是此法草案在原民會和行政院之間數度來回擺盪的最主要原因，即是這些自然資源治理機關對於草案內容的不滿或刁難。這也就是說，法律尚未通過是一個表面的理由，不願法律通過（或說希望通過的內容對其不產生衝擊和影響），恐怕才是真正的原因。

如果通過一個法律，對於現況沒有改變，那就不需要通過新的法律，問題的關鍵在於，改變是基於什麼價值、會帶來什麼效益。如本文一開頭所述，原住民族土地權的落實，是要面對歷史、修正錯誤、調整國家和原住民族之間的關係，它是一個國家對於正義價值的追求，也是一個國家確定其道德正當性的根基，更是一個國家尋求多元觀點與歷史深度之土地倫理的機會。但是，一個機關擔心自己管轄的面積減少、人員編制減少、預算減少等本位主義的因素，就可以阻擋整體國家的價值追求，實是本末倒置，相信這也是為什麼需要從總統的層次向原住民族道歉、確立國家政策方針的原因。

3. 主流社會的誤解與迷思

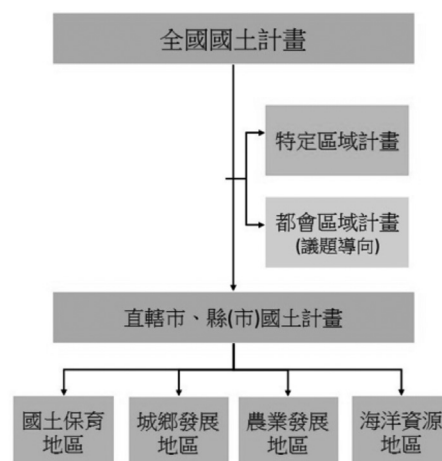
對於落實原住民族傳統領域權的阻撓，經常是伴隨著將原住民族置放在公共利益之對立面的論述，舉例來說：原住民取得傳統領域，將會濫墾濫伐，造成水土保持危機，或者是原住民取得傳統領域將會濫捕濫獵，造成動物浩劫，在這種論述下，歸還土地和權利讓原住民族部落自主治理就顯得非常危險，而資源治理機關作為公共利益捍衛者的角色就變得重要。雖然從許多民族生態、共用資源治理角度的研究都可以證明這樣的說法的謬誤，但是運用這些論述卻可以成功的動員主流社會心理的迷思和恐懼。

肆、國土計畫法通過後原住民族在國土計畫中的角色

已經有許多研究指出，原住民運用社會文化特質與在地生態知識治理傳統領域能為台灣整體社會帶來的效益和貢獻（盧道杰等2006；裴家騏2010；台邦撒沙勒等2011；戴興盛2011；官大偉2013；林益仁2015a、2015b），也有許多研究工作在持續進行，這些努力是促成社會對話、消除誤解與迷思很重要的基礎；另一方面，2015年12月18日，《國土計畫法》在立法院三讀通過，是我國國土計畫的一個新里程碑，也是我國空間管理體系的重大變革，同時也對於原住民族傳統領域權的落實，提供了新的制度契機。

作為一部規範各個空間層級之計畫之擬定、提出與通過之機制的法律，《國土計畫法》將國土計畫分為兩種主要類型：(1)全國國土；(2)直轄及市、縣(市)國土計畫，其中全國國土計畫由中央主管機關擬訂、審議，報請行政院核定；直轄市、縣(市)國土計畫由直轄市、縣(市)主管機關擬訂、審議，報請中央主管機關核定。在土地使用的管制上，《國土計畫法》將全國國土分作四種國土功能分區：(1)國土保育地區；(2)農業發展地區；(3)城鄉發展地區；(4)海洋資源地區各國土功能分區，得再予分類、分級，在中央或地方提出的國土計畫中分別訂定不同層級之管制。

如圖二所示，整體國土計畫體系中除了「全國國土計畫」及「直轄市、縣(市)國土計畫」之外，還有特定區域計畫和都會區域計畫，按照《國土計畫法》第三條，特定區域計畫是指「具有特殊自然、經濟、文化或其他性質，經中央主管機關指定之範圍」，而都會區域計畫「由一個以上



圖二 國土計畫法通過後的國土計畫體系

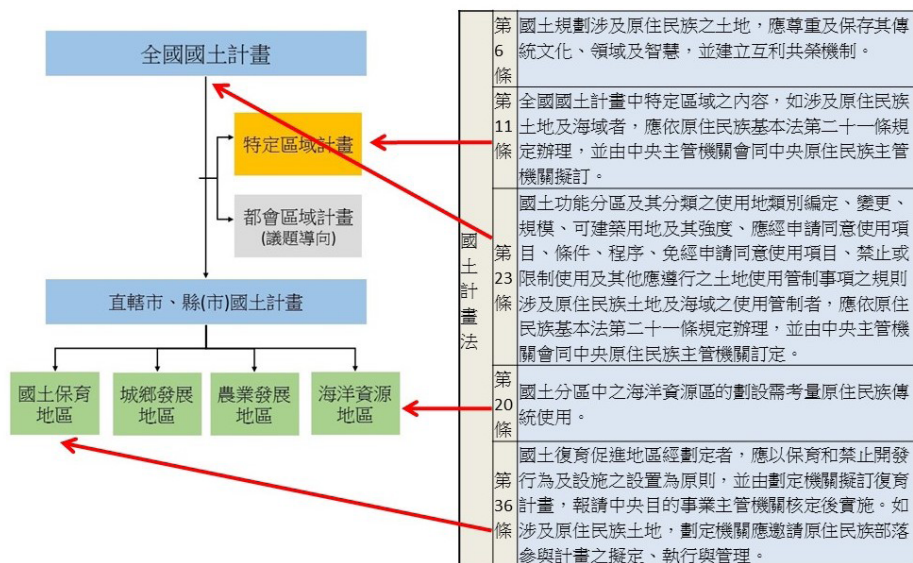
之中心都市為核心，及與中心都市在社會、經濟上具有高度關聯之直轄市、縣(市)或鄉(鎮、市、區)所共同組成之範圍」，前者包含以地理之特性為考量的流域治理計畫、以文化的特性為考量的原住民族特定區域計畫，而後者則是以都會區域中之特定議題為導向的計畫(顏愛靜等 2016)，不論是特定區域計畫或是都會區域計畫，都是屬於全國國土計畫中的一部份。在《國土計畫法》中也明訂，全國國土計畫中特定區域之內容如涉及原住民族土地及海域者，應由中央主管機關會同中央原住民族主管機關訂定，並需要經過原住民族同意。此外，國土功能分區及其分類之使用地類別編定及管制規則，涉及原住民族土地者，同樣應由中央主管機關會同中央原住民族主管機關訂定，並需要經過原住民族同意。

更進一步地，在國土分區中之海洋資源區，以及國土保育區中之國土復育促進地區的規範中，也有考量原住民族傳統使用，或是邀請原住民族部落參與計畫擬定、執行與管理之規定。如下所示，表三整理出《國土計畫法》中涉及原住民族土地的各個條文，而圖三則呈現了這些條文所涉及之國土計畫機制：

綜言之，《國土計畫法》通過前之計畫體系，從未考量原住民族之土地文化特性及其對生活空間之管理、發展之決策權利，而《國土計畫法》除了提出尊重原住民族文化及領域之原則外，在新的國土計畫體系中關於「特定區域計畫」、「全國國土功能分區及其分類之使用地管制」、「海洋資源區」、「國土保育區」的部份也都有和原住

表三 國土計畫法中和原住民族土地相關之條文

國 土 計 畫 法	第6條	國土規劃涉及原住民族之土地，應尊重及保存其傳統文化、領域及智慧，並建立互利共榮機制。
	第11條	全國國土計畫中特定區域之內容，如涉及原住民族土地及海域者，應依原住民族基本法第二十一條規定辦理，並由中央主管機關會同中央原住民族主管機關擬訂。
	第23條	國土功能分區及其分類之使用地類別編定、變更、規模、可建築用地及其強度、應經申請同意使用項目、條件、程序、免經申請同意使用項目、禁止或限制使用及其他應遵行之土地使用管制事項之規則，涉及原住民族土地及海域之使用管制者，應依原住民族基本法第二十一條規定辦理，並由中央主管機關會同中央原住民族主管機關訂定。
	第20條	國土分區中之海洋資源區的劃設需考量原住民族傳統使用。
	第36條	國土復育促進地區經劃定者，應以保育和禁止開發行為及設施之設置為原則，並由劃定機關擬訂復育計畫，報請中央目的事業主管機關核定後實施。如涉及原住民族土地，劃定機關應邀請原住民族部落參與計畫之擬定、執行與管理。



圖三 國土計畫法中和原住民族土地相關條文涉及之國土計畫機制

民族權利相關之機制設計(其設計是透過「內容由主管機關會同原民會擬定」、「經過原住民族同意」兩道程序,形成結合原住民族土地文化與發展需求的機會,以及原住民族參與決策的權利),其中又以涉及原住民族土地之「特定區域計畫」、「全國國土功能分區及其分類之使用地管制規則」(以下簡稱土地使用管制規則)兩個部份的影響最為全面,以下即分就這兩個部份,討論如何善用其原住民族權利機制,落實原住民族土地權。

伍、涉及原住民族土地之「特定區域計畫」及「土地使用管制規則」

一、特定區域計畫

過去都市計畫/區域計畫二元架構下的國土空間計畫,是一個非常都市中心主義思維的分類方式,它隱含了「都市」作為自我(self)、其他任何「非都市」作為他者(other)的邏輯,在這樣的邏輯之下,原住民族地發展的主體性空間需求並不被看見,而是經常被理所當然地視作為都市發展需求服務的邊陲,因此即便是被劃在都市計劃內,原住民族地區的土地也幾乎都是作為供應都市用水的水源特定區,或提供都市人口遊憩場所的風景區,更無怪乎原住民族地區在各個縣市的綜合發展計畫中,經常都是被賦予縣市發展之「後花園」的角色,而從來沒有過以原住民族為整體發展為導向之空間策略出現。要翻轉這樣的邊陲地位,首要之務,是將被切割到各個縣市的原鄉,以特定區域的方式,重新整合至以原住民族群為主體之思考架構,作為國土計畫中的空間治理單元,使其能夠結合各族群之生態知識,展開特定區域中進一步的使用規範。

2014年起,內政部營建署即已開始委託研究單位研擬在《區域計畫法》架構下提出原住民族特定區域計畫的方式(陳育貞,2015),而《國土計畫法》通過之後,為設定原住民族特定區域提供更明確的制度基礎。依《國土計畫法施行細則》規定,特定區域計畫應載明以下內容:(1)特定區域範圍;(2)現況分析及課題;(3)發展目標及規劃構想;(4)治理及經營管理規劃;(5)土地利用管理原則;(6)執行計畫;(7)其他相關事項。由此可見,作為全國國土計畫的一部份,特定區域計畫具有扮演上位的發展規劃指導角色,可對於原住民族特定區域之發展進行分析與規劃,同

時透過空間治理原則的設計,指導區域的發展,使其朝向符合設定之發展目標邁進。

必須注意的是,原住民族特定區域計畫,究竟是所有原住民族地區同屬一個計畫?每個民族各有一個計畫?或是同一個民族中因為部落分佈地理條件的不同而有多個小的計畫?若從原住民族之文化與分佈地理範圍的多元性來考量的話,應該要有較具彈性的作法,必須避免計畫範圍過大而流於空泛,也必須避免計畫範圍過小而缺乏以民族為單位的發展視野,因此應該考量各族群的文化生態特性、族群人口與分佈地理範圍的大小、是否有多族群混居等情況,而擬訂分屬不同空間尺度而又相互支持的計畫。

二、土地使用管制規則

原鄉發展最大的制度需求,即是能夠支持族人們按照其文化邏輯發展出與外界政治經濟銜接的機制、以傳統的生態知識的基礎作為當代產業的利基,並連結形成資源治理網絡的制度,但是因為前述之土地權難以落實的緣故,台灣原住民族的發展,常遭遇土地使用管制的問題,現有的法令對於原住民土地利用的限制,經常是建立在為平地的需求而服務的目的以及普遍一體適用標準上,這些管理往往忽略了原住民族自身的發展的需求,同時也忽略了原住民和土地長期互動下的土地知識作為土地管理之基礎的可能性。

舉例來說,在過去《非都市土地使用管制規則》下,編定為林業用地者,不能做農業使用,這和許多原住民族具彈性、動態(週期性地從造林轉向農耕)的土地利用模式不符,也和當代林下經濟作物的種植有所衝突;更廣的來看,大部份的山地原住民鄉,都是被劃為森林區或山坡地保育區,這兩種非都市土地使用分區都是以編定林業用地為主,僅有極少數的丙種建築用地,這些編定未考量原住民部落實際生活機能的需求,造成部落的建築物因用地問題多數無法取得建築執照,也因此部落難以設置具托育與文化教育功能之教保中心(王雅萍2015:16-17),即使像是居家護理此類機構(受照顧者位於自己家中,由護理人員到受照顧者家中提供護理服務)也因為放置護理記錄和器材的建築物需要有建築執照,而難以設立,因此常由原鄉以外的大型醫療機構壟斷資源,而使長照無法在地化(林筱庭2016)。

按照《國土計畫法》第二十三條第二項,國土功能分區及其分類之使用地從類別編定土地使用管制事項之規則,凡涉及原住民族土地者,需

經過原住民族同意，其內容需由中央主管機關會同原民會擬定，應可有機會嘗試解決上述土地管理的問題。但必須思考的是，不宜將此一機制視作僅是為現有使用限制解套，或僅是為增加合法建地的手段，而應該是一個全面檢討現有分區和用地編定的機會，並和原住民族特定區域計畫中的發展現況分析、發展目標設定與治理規劃相互配搭，才能夠充分發揮此一機制的功能，促成原鄉之永續發展。

此外，雖然《國土計畫法》第二十三條中提到「屬實施都市計畫或國家公園計畫者，仍依都市計畫法、國家公園法及其相關法規實施管制」，但《國土計畫法》第十六條也明訂：「直轄市、縣(市)國土計畫公告實施後，應由直轄市、縣(市)主管機關通知當地都市計畫主管機關按國土計畫之指導，辦理都市計畫之擬訂或變更。前項都市計畫之擬訂或變更，中央主管機關或直轄市、縣(市)主管機關得指定各該擬定機關限期為之，必要時並得逕為擬定或變更」，換句話說，作為一個最上位的指導原則，國土計畫指導之土地對象，涵蓋了所有國土中之陸地與海域，因此雖然在都市計畫、國家公園範圍，以及濱海陸地、近岸海域另有法律規範(參見圖四所示)，但仍須符合國土計畫之指導原則。這也就是說，即使在原住民族地區中，有些地方被劃為都市計畫範圍(例如，桃園市復興區某些觀光商業地帶被劃為都市計畫的風景特定區、新北市烏來區被劃為都市計畫的水源特定區)，未來都仍應該受到全國國土計畫中原住民族特定區域計畫的指導，這是使這些在都市計畫範圍內之原住民族土地的分區和用地編定能夠較符合原住民族土地文化與發展需求，並且和整體的原住民族地區空間發展策略有所結合的機會。

陸、討論與分析

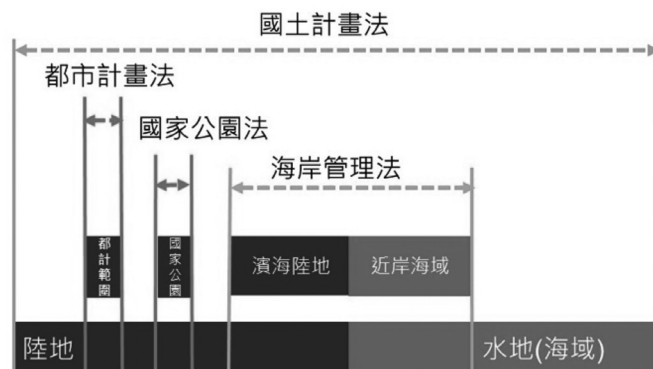
一、在國土架構中落實原住民族土地權之方式

對原住民族土地權的承認，是承認原住民族先於現代國家出現之前，對土地與自然資源的持續佔有、利用，承認其作為原住民族文化實踐之核心，也是承認其對於一個國家建立多元觀點與歷史深度之土地倫理的重要性，正因為如此，關於原住民族土地權的思考，應該貼近原住民族土地文化，並且有多元豐富的理解。過去我國的原住民保留地制度，僅看到土地權作為個人所有權、使用權的面向，這恐怕是造成前述社會大眾對原住民族傳統領域權之誤解與迷思的原因之一。

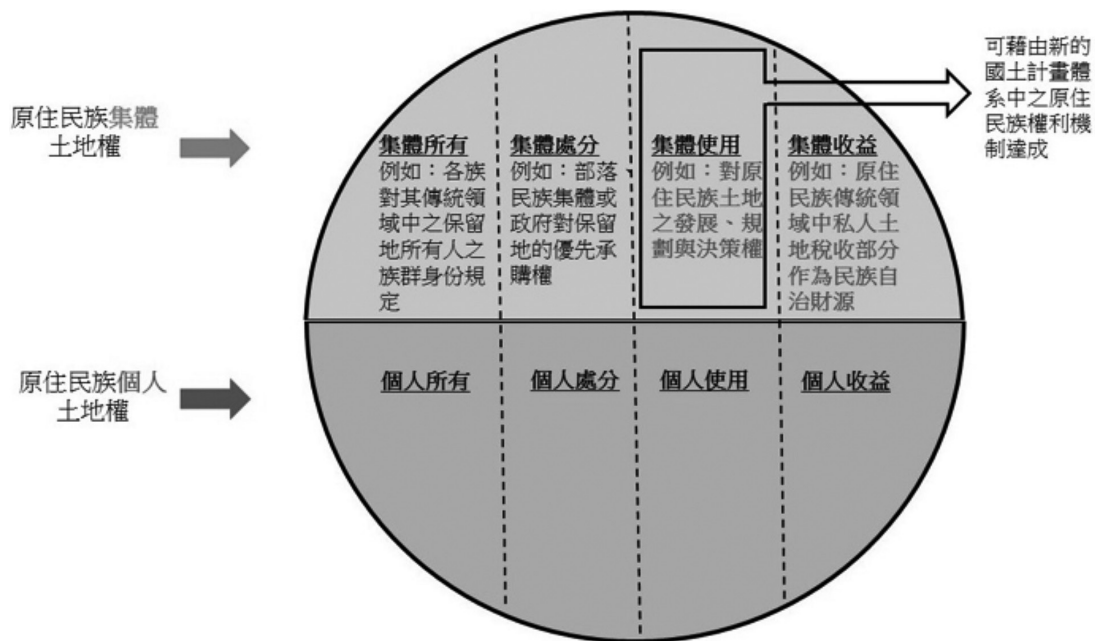
事實上，土地權不止可以依權利的內容，區分成所有、使用、處分、收益等權利類型¹⁶，也可以依權利的主體，區分成不同的層次，例如將國家的集體地權視為上級所有權，包含充公(可以視為集體所有權的行使)、徵收(可以視為集體處分權的行使)、監督管理(可以視為集體使用權的行使)、徵稅(可以視為集體收益權的行使)等權利，而個人之所有、使用、處分、收益權利則為下級所有權的區分方式。

若考量原住民族土地權作為集體權，則可以思考以下的設計：(1)原住民族集體所有權行使，可以是將保留地所有權限制移轉之規定，進一步規範至是否應該區分各族之保留地，以及對各族保留地所有權移轉對象之族群身份的規定；(2)原住民族集體處分權之行使，可以透過部落、民族集體或政府對原住民保留地之優先承購權的設

¹⁶ 使用、處分、收益可以被視為所有權權能當中的一部分，意即若擁有所有權，就擁有使用、處分、收益等權利，但也可以被獨立出來，例如用租賃、借貸等債權方式，或是以地上權、耕作權等物權方式存在，使非所有權人可支配、使用標的物。



圖四 國土計畫法涵蓋的範圍及需符合其指導原則的相關空間計畫與法律



圖五 原住民族土地權架構及其和國土計畫中之原住民族權利機制的關係

計，藉以購買原住民因資力不足欲處分之私有原住民保留地，或原住民與非原住民「買賣」雙方之間發生爭議之私有原住民保留地（參見 官大偉、蔡志偉、林士淵 2015：160），以減少保留地地權實質流失的機會；(3) 原住民族集體使用權的行使，可以是對原住民族土地的發展規劃決策權利；4) 原住民族集體收益權的行使，則可以是藉由現有土地稅收的重新分配，例如：原住民族土地中現今為非原住民私人之土地，且無不當取得過程者，其土地稅收部份納入原住民族自治財源，則私人地主之原本權益不受影響（該繳的稅額不變），而原住民族集體亦可受益。圖五所示，即是原住民族土地權架構，以及可透過新的國土計畫體系中的原住民族權利機制來加以落實的部分。

換言之，原住民族土地權之落實，不意味著對於現有之私人土地權的侵犯，而是可以透過適當的制度設計，使私人財產權受到保障的同時，原住民族也因其集體土地權而受益；同樣的，原住民族土地權之落實，並不意味著必然和國土保育利益的衝突，若能藉由國土計畫的工具，在劃設原住民族特定區域時，將各族傳統領域中，涉及多重資源治理目標的範圍，劃設為原住民族與國家進行資源共同治理的地區，進行資源共同治理與經營管理的規劃，引導現有資源治理機關與原住民族之間的合作，同時在土地使用的規範上，結合原住民族土地知識設計分區方式、使用

地類別編定，以及使用管制規則，突破現有的邏輯，並考量原住民族發展之需求與策略，則可排除現有土地使用管制之文化偏見，間接也會因促成土地適當使用而增進原住民之經濟能力，並且和原住民族特定區域計畫相互配合，達成原住民族發展與國土保育的雙贏。

《國土計畫法》中關於原住民族同意權之機制的意義，在於其使我國朝向承認原住民族土地集體使用權的方向更邁進一步。我國民法體系中並無集體權的概念，而《國土計畫法》雖然並沒有特別表明對原住民族集體使用權的確認，但是卻在第 11 條和第 23 條的條文中指出，如涉及原住民族土地及海域者，「應依《原住民族基本法》第 21 條規定辦理」，也就是要諮商並取得原住民族或部落同意，這間接地使原住民族和部落得到控制涉及實際使用之規劃內容以及真正規劃高權的機會（如果原住民族和部落不同意，則涉及原住民族土地之使用管制和特定區域計畫就無法執行），也就是說，儘管《國土計畫法》本身不能說是一部用來確立部落集體使用權的特別法，但它產生了使部落有集體使用權的效果。未來，若在這樣的基礎上，使原住民族自治和國土計畫相互接軌，例如：在《原住民族自治法》中規範原住民族自治政府準用《地方制度法》，使其擁有和縣市政府一樣提出縣市國土計畫的權力，則可以進一步建構完整的集體土地使用權。

三、在國土架構中落實原住民族土地權之關鍵

上述原住民族土地權完整架構，並非單靠國土計畫可以完成，除了原住民族自治法之外，將傳統領域權之落實與國土計畫結合的方式，絕對也是組成這個架構重要的一部份，而發揮這個部分的功能，首要之關鍵，則在於特定區域計畫之劃設範圍和原住民族傳統領域之範圍的關係，若是以族群為單位之特定區域計畫的最大空間尺度，能與該族傳統領域之範圍盡量一致，則作為國土計畫之一部分的原住民族特定區域計畫，就更能夠具有落實該原住民族土地集體使用權作用；反之，若原住民族特定區域計畫的範圍僅是少數而零星的部分，甚至僅限於保留地範圍，則將錯失這個機會。

四、在國土架構中落實原住民族土地權之挑戰

《原住民族基本法》在2015年修法之後，已經授權原民會訂定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，亦原民會可藉由行政命令，訂定傳統領域劃設方式，過去許多資源治理機關引以抗拒原住民族傳統領域權之落實之「無從認定何處為傳統領域之範圍」的理由，將不復存在，但即使是無須經過立法部門的立法程序，此一行政命令在行政部門中的討論還是一波三折，原民會在2016年8月5日預告了「原住民族土地及部落範圍土地劃設辦法」，此預告的辦法中對「原住民族傳統領域土地」的定義，並未限定必須為公有或私有土地，然而同年12月原民會卻傳出修改版本，將原住民族傳統領域土地限縮於公有土地而排除私有土地，招致原住民族團體抗議，雖然原民會官員在回應原住民族團體的抗議時表示「仍有討論空間」(賴品瑀 2016)，而在截至本文定稿為止，此一劃設辦法仍未定案，但這樣的波折已顯示出行政部門的心態，似乎未隨總統代表政府向原住民族道歉以及尋求和解共生的宣示而完全調整，這是在國土架構中落實原住民族土地權之最大隱憂。

目前《國土計畫法》中所設計的原住民族權利機制，不論是在特定區域計畫或是土地使用管制規則的部分，都是透過「內容由主管機關會同原民會擬定」以及「經過原住民族或部落同意」兩

道程序，因此發動和擬定特定區域計畫的主體還是在於內政部和原民會，若是行政體系中若是有部門仍然對原住民族土地文化有所誤解，或是把國家和原住民族和解之高層次議題矮化成行政部門間的護土之爭，亦或是為了行政操作的便利，而束縛、弱化計畫的劃設範圍與內容，基於行政一體的邏輯，原民會將站在什麼樣的立場，也是令人擔心的事情。

一直以來，原民會具有兩面的性格：其中一面，是相對於政府中的其他部門，原民會基於個別官員的民族身份、組織的法定權責，以及處理相關事務所累積的經驗等因素，確實比較容易站在原住民族的立場思考，也確實可以透過其行政權的行使，保障、爭取、創造原住民族社會的利益。但是，原民會的另一面，是其擺脫不了作為行政院下屬機關的角色，一旦行政院做出有和原住民族利益衝突的決定，原民會無法改變這些決定，則只好反過來說服原住民族社會接受、消除原住民族社會不滿，這個時候的原民會就扮演了幫國家緩頰、為國家解決問題的角色。這樣的結構性限制，在面對土地此一有限資源的議題時特別容易浮現，它使得原民會未必理所當然的成為原住民族權利的防線。此外，和所有的行政部門一樣，科層制的工具理性，容易使得可操作的便利性凌駕於價值的意義之上，以前述原住民族傳統領域土地的定義是否僅限於公有土地之爭議為例，公有／私有的狀態，是現代國家帶來的地權制度下所區分的產權類型，甚至可能是包含了不正義之取得過程而產生的結果(例如，日治時期在東台灣經收奪阿美族土地設置的製糖株式會社，在戰後被接收成為公營企業，因為是公司組織，其所有之土地屬於私有性質)，若是原民會為了避開現為私有之土地被確認為原住民族傳統領域後所要處理進一步制度安排議題，而決定用後設的公有／私有型態來界定傳統領域的範圍(或是說將某些範圍排除在外)，那麼原民會本身也可能成了落實轉型正義價值的阻礙。這些行政系統的結構性限制提醒我們，未來搭配原住民族自治的立法，使原住民族的自治主體可以參與到涉及自治區域之空間計畫的發動和擬定，應是長遠要追求的目標。

柒、結論

土地是有限的資源，但是卻可以因為人們的制度設計和安排，創造多元的價值和互惠共享的

利益，蔡總統的道歉與宣示，為新的國土論述及其實踐開啟了機會，而這樣的機會能否被善加把握，尋求和解共生的理念是否能夠被落實執行，挑戰已經不僅在於總統府，而是整個行政系統是否可以從國家和原住民族之關係的重新調整、實現修復正義的高度，來理解《國土計畫法》中之原住民族權利機制，並善用這個工具。如果可以，則台灣將朝向建立共存共榮、多元平等的國家更進一步；反之，則這個行政系統不僅將綁架了原住民族的發展、綁架了整個台灣邁向族群和解與正義價值的契機，也是和總統的宣示嚴重衝突且背道而馳。我們期許新政府的行政系統能有觀念調整和執行的能力，但也必須意識立法部門之持續法制建構和民間社會之持續監督的重要性。落實原住民族土地權或許是一條漫長的道路，它需要跨族群的對話和建立信任共識，但卻是一條值得的道路，因為它將體現人類由分享取代掠奪、以多元並存排除文化偏見、用創造制度克服資源稀缺的智慧和情操，筆者深盼台灣社會能珍視《國土計畫法》立法通過後所創造之制度環境，把握以國土計劃落實原住民族土地權之階段性機會，從道歉、和解走向正義的實現。

參考文獻

- 日宏煜、羅恩加(2015)。〈在地道德世界觀與堅定有機農民的農業實踐：以新竹縣尖石鄉泰雅族石磊部落為例〉，《台灣人類學刊》，13期，頁79-130。
- 王雅萍(2015)。〈原住民族學前教育的返本開新〉《原教界》。62期，頁12-19。
- 戈論、朗嘎魯(2013)。〈刪原保地5年條款？立委見解異〉，原視新聞網2013/05/10，http://web.pts.org.tw/titv/news/news_info.php?UID=47312
- 台邦·撒沙勒、裴家騏、盧道杰、柯文福、賴正杰(2011)。〈生態保育、在地發展與遷村：山林守護在西魯凱的實踐經驗〉，《台灣原住民族研究學報》，1卷3期，頁109-138。
- 官大偉(2002)。《原住民保留地共有制施行基礎—公共資源自主治理模式的研究：以竹縣尖石鄉個案為例》。國立政治大學民族學系碩士論文。
- 官大偉(2013)。〈原住民生態知識與流域治理：以泰雅族Mrqwang群之人河關係為例〉，《地理學報》，70期，頁1-38。
- 官大偉(2015)。〈原住民生態知識與當代災害管理：以石門水庫上游集水區之泰雅族部落為例〉，《地理學報》，76期，頁97-132。
- 官大偉、蔡志偉、林士淵(2015)。《原住民保留地土地政策調查研究—非原住民使用總登記為原住民保留地問題研析期末報告》。原住民族委員會委託國立政治大學原住民族研究中心。
- 林志函(2013)。〈首例！國有林地葬母 原民判無罪〉，聯合報，2013/9/12，<http://city.udn.com/62960/5008937>
- 林益仁(2015a)。〈泰雅族遷徙與分布所展現的生態智慧〉，《新竹文獻》，60期，頁44-51。
- 林益仁(2015b)。〈泰雅族傳統領域與流域治理的啟示〉，《臺灣社會研究季刊》，100期，頁291-310。
- 林筱庭(2016)。〈一張建築執照卡死偏鄉老人照護〉，新新聞，2016/03/23，<http://www.new7.com.tw/NewsView.aspx?i=TX201603231532178WM>
- 哈勇·諾幹(2012)。《制度性剝削與原住民族社會經濟變遷：以南澳泰雅族rgayung部落礦業活動為例》。佛光大學社會學系碩士論文。
- 洪廣冀、林俊強(2004)。〈觀光地景、部落與家：從新竹司馬庫斯部落的觀光發展探討文化與共享資源的管理〉，《地理學報》，37卷，頁51-97。
- 徐世怡(1988)。《烏來觀光旅遊空間的社會歷史分析》。國立台灣大學土木工程學系碩士論文。
- 陳竹上(2010)。〈他們在自己的土地上無家可歸？從「反亞泥還我土地運動」檢視台灣原住民保留地政策的虛實〉，《台灣社會研究季刊》77期，頁97-134。
- 陳育貞(2015)。《擬定北泰雅原住民族特區計畫之規劃》。內政部營建署委託財團法人台灣大學建築與城鄉研究發展基金會宜蘭分會。
- 管嫫媛(2012)。〈原民保留地轉移放寬？朱天衣批偷拐搶騙〉。中國時報2012/06/08，<http://www.cooloud.org.tw/node/69108>
- 張岱屏(2000)。《看不見的土地—太魯閣族反亞泥還我土地運動的歷史論述與行動》。國立東華大學族群關係與文化研究所碩士論文。
- 張茂桂、顏愛靜(1998)。《台灣原住民對保留地政策之態度研究》。行政院原住民委員會委託中央研究院社會學研究所與國立政治大學地政學系。

- 詹順貴(2011)。
〈國家法制高牆下實現原住民族土地與自然資源權利的困境—從美麗灣渡假村旅館的開發案及司馬庫斯檫木案談起〉，《臺灣原住民族研究季刊》，4卷3期，頁183-217
- 裴家騏(2010)。
〈魯凱族的狩獵知識與文化—傳統生態知識的價值〉，《台灣原住民研究論叢》，8期，頁67-84。
- 賴品瑀(2016)。
〈劃設傳統領域排除私有地 原住民憂「部落一定會被掏空」〉。環境資訊中心電子報2016/12/16，<http://e-info.org.tw/node/201893>
- 盧道杰、吳雯菁、裴家騏、台邦·撒沙勒(2006)。
〈建構社區保育、原住民狩獵與野生動物經營管理間的連結〉，《臺大地理學報》46期，頁1-29。
- 戴興盛、莊武龍、林祥偉(2011)。
〈國家野生動物保育體制、社經變遷與原住民狩獵：制度互動之太魯閣族實證分析〉，《台灣政治學刊》，15卷2期，頁3-66。
- 顏愛靜(1999)。
《台灣地區原住民保留地制度變遷之研究》。行政院原住民委員會委託國立政治大學地政學系。
- 顏愛靜、傅小芝、何欣芳(2011)。
〈原住民社區永續農業發展之實踐—以新竹縣尖石鄉石磊部落為例〉，《台灣土地研究》，14卷2期，頁67-97。
- 顏愛靜、官大偉、戴秀雄、孫振義、林士淵(2016)。
《原住民族特定區域計畫暨土地及海域使用管制機制研究》計畫書。行政院原住民委員會委託國立政治大學地政學系。
- 羅永清(2012)。
〈原住民保留地糾紛類型芻議與司法判解的民間理解：太魯閣區域的例子〉，《文化研究雙月報》。132期，http://www.csat.org.tw/journal/Content.asp?Period=132&JC_ID=618
- 顧玉珍、張毓芬(1999)。
〈台灣原住民族的土地危機：山地鄉「平權會」政治經濟結構之初探〉，《台灣社會研究季刊》，34期，頁221-292。

附錄一：傳統領域相關政策、計畫、法規的演進脈絡

時間 (西元)	背景	政策、計畫、法規
1993年	原住民第三次還我土地運動，運動宣言提出「自然主權」的主張，和前兩次還我土地運動不同，第三次還我土地運動要求從主權的層次檢視國家和原住民族之間的關係。	
1999年	總統候選人陳水扁與原住民族代表在蘭嶼簽署「新夥伴關係協定」，回應1993年第三次還我土地運動之「自然主權」主張。	「新夥伴關係協定」內容包含七大項，除了「承認台灣原住民族之自然主權」，還有「恢復部落及民族傳統領域土地」。
2000年	農委會擬設立棲蘭山檜木國家公園，遭泰雅族部落抗議棲蘭山為泰雅族之馬告山，預定範圍為泰雅族傳統領域，引發保育、國家公園管理與原住民族權三方利害關係的爭議，進而展開協商。	內政部設立「馬告國家公園諮詢委員會」，決議建立一套與原住民共管自然資源的國家公園架構，雖然當時對於傳統領域並沒有法律的明確定義，但此舉意味著承認原住民族對傳統領域的管理權。
2002年	陳水扁總統以元首身分進行協定的再肯認儀式，賦予該條約的簽署更實質的效力。	簽訂「原住民族與台灣政府新的夥伴關係條約」：第五條提及「恢復部落及民族傳統領域土地」。
2002-2007年	調查原住民傳統土地與傳統領域之範圍，並擬訂恢復原住民傳統土地及傳統領域工作計劃。	原住民委員會推行為期五年，以部落地圖為核心方法的「原住民族傳統領域調查」計畫。

時間 (西元)	背景	政策、計畫、法規
2004 年		《森林法》修法，第十五條提及「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」。
2005 年		通過「原住民族基本法」：第 20 條提及「政府承認原住民族土地及自然資源權利」、第 2 條提及「原住民族土地：係指原住民族傳統領域土地及既有原住民保留地」。
2007 年	為提供各相關中央目的事業主管機關於原住民族地區 用自然資源時，能與原住民族協商，取得共 益，並進一步建 共同管 機制，減少衝突與抗爭，以有效合 達成資源管 目的，訂定此辦法。	公告「原住民族地區資源共同管理辦法」
	司馬庫斯風倒櫟木事件：新竹縣尖石鄉司馬庫斯部落三名泰雅族人依部落會議決議，將颱風過後倒下的櫟木殘枝鋸斷，運回部落美化景觀，被控違反森林法。高院更一審判決，認為被告行為合於政府承認原住民土地及自然資源權利，並尊重原住民族的傳統文化及生活習慣風俗的立法意旨，改判三人無罪。	公告「尖石後山玉峰秀巒兩村傳統生活領域」、「傳統生活領域林木採集作業要點」
		原住民族委員會推行為「原住民族傳統領域後續調查」計畫
2008 年	由於原住民保留地開發管理辦法對原住民族土地之取得、處分、管理及利用，無法順應原住民族要求恢復原住民族傳統領域土地權利之主張，亦未能解決長期以來原住民族土地實質流失之現象，為落實原基法保障原住民族土地及海域權利之精神，行政院擬定原住民族土地及海域法草案函送立法院審議。	公告「原住民族土地及海域法草案」
2011 年		原住民族委員會舉辦「原住民族傳統領域成果展」
2013 年		原住民族委員會舉辦「原住民族傳統領域調查種子師資培訓」計畫
2015 年		原住民族委員會設立「原住民族傳統領域土地政策推動中心」
		原住民族基本法修法，授權原民會訂定傳統領域劃設辦法

資料來源：修改自官大偉 2013：43

論布農族婦女之土地繼承與權利保障

蔡穎芳*

摘要

本文透過身為布農族的梅子鄉(化名)調解委員會委員以及村長的半結構式訪談,以瞭解原住民於多元法律結構之下的家事法律生活經驗與處境。布農族於繼承方面的傳統慣習是,由兒子們均分家產,女兒不論結婚與否,均不能分得財產,除非家中兄弟死絕;父親死亡時,有些母親也無法以尚生存之配偶的身分分得遺產。雖有文獻指出,女性不得繼承家產的傳統文化規範,遇上子女均分遺產的當代法律,已面臨挑戰,據其研究團隊發現,每一個年齡層的報導人均相當認可當代法律財產均分的觀念。然而,本文發現,多數受訪者仍表示婦女不得繼承財產,且認為此一傳統慣習應特別予以保留並成文化;更有主張於母無兄弟之情形,母方娘家財產應由母親的堂兄弟繼承者。本文認為,繼承權能否享有,於以農業為主的布農部落社會當中,會影響到布農族婦女的生存權、財產權與工作權。本文建議,應藉用Sally Engle Merry(2006)所提出「以方言闡述人權」的觀點,將「婦女與男子應享有平等繼承權益」的人權保障概念,以布農族小米文化中,「女兒的精靈與身體得自其父母,且終身不變」之觀念,以及「依個人能力進行土地分配」的原則概念,加以包裝呈現,以促使此一人權保障觀念得以落實於布農部落之中。

關鍵詞:繼承權、布農族、原住民、法律多元、父權、人權

壹、前言

聯合國原住民權利宣言第34條表示,原住民族有權根據國際人權標準,促進、發展和保持其機構構架及其獨特的習俗、價值觀、傳統、程式、做法,以及原有的(如果有的話)司法制度或習慣。該宣言對於原住民族權利發展的關鍵意義在於,它明文承認原住民族的自決權是作為一種在殖民統治下回復原住民族正義與主張當代權利的重要論述依據。¹部分國際法與原住民族人權學者指出,宣言中所確立的原住民族各項權利,已藉由部分英美法系國家(例如美洲人權法院、美國、加拿大、紐西蘭、澳洲等)的法院判決一致性的適用,已達國際習慣法的地位,得以作為拘束各國的依據。²台灣於2015年修正之原住民族基本法第三十條亦規定,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,應尊重原住民族語、傳統習俗、文化及價值觀,保障其合法權益。

基於台灣主體的立場,自歷史的角度觀之,台灣的法律具有「多元」的性格;在一六二四年荷蘭人於台南建立政權以前,台灣本島所施行的是「原住民法」;漢人所制定的「中國法」則自一六三零年代開始,隨著漢人移民進入台灣本島,於一九四五年來自中國的國民黨政權也將中華民國法制帶來台灣;一八九五年清朝將台灣割讓予日本之後,日本法曾於台灣島上施行五十年;一六二四年之後,荷蘭與西班牙相繼在台灣建立政權,亦導入西方世界的法制。³

於一九四五年以後的中華民國法制時期,施行於台灣的民法係主要移植自德國民法、瑞士民法及日本民法⁴,並參酌漢人的儒家思想文化(例如民法第1114條以下的扶養規範,直系血尊親屬受扶養之順序優先於直系血親卑親屬);華裔台灣人於受到西方法律殖民之際,原住民還被迫接受

* 靜宜大學法律系副教授。

** 筆者感謝兩位審稿委員的細心指點。亦感謝布農族的報導人舞瑪夫·達給魯頓(Umav Takiludung)小姐及其家人們於田野調查期間的熱心協助。

¹ 蔡志偉(2011),〈從客體到主體:台灣原住民族法制與權利的發展〉,《台大法學論叢》,40卷特刊,頁1499-1550,頁1536。

² Awi Mona(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81,頁86-87。

³ 王泰升(2012),《台灣法律史概論》,臺北:元照,頁9-11;林端(1994),《儒家倫理與法律文化—社會學觀點的探索》,臺北:巨流,頁222。

⁴ 王泰升,同註3,頁299。

漢人的法律殖民。⁵

有學說指出，原住民的一般法觀念，來自固有文化中強烈的「崇祖」觀念，同時也相信靈魂不滅，祖靈或神靈依然與族人共同生活，若違反固有習俗，則祖靈必降災禍。⁶唯布農族人認為布農族有祖靈的概念，將善終的祖先埋葬於室內，讓祖靈時時與家人同在，隨時都可能賜福或降災以示獎懲者⁷；亦有認為布農族沒有特別的祖靈概念，亡者只是繼續存在於生者的生活圈子當中，但沒有特別的方向，不知道在哪裡，只有「天」的概念者。⁸前者亦同意，布農族原始宗教的核心支柱，是透過各種祭儀，祈求「天」及「祖靈」賜福。⁹更有學者表示，布農族沒有祖靈信仰，沒有漢人社會的祖靈崇拜觀念，亦沒有阿美族社會的祖靈恐懼觀念，其傳統宗教信仰中的超自然力量分為「精靈 Hanitu」及「天 dihari」兩種。¹⁰

而依現有文獻之記載，布農族於繼承方面的傳統慣習為，家族財產由家長掌管，全家共同使用；家長死後由長子掌管，分家則兒子平均分配家產，耕地使用權亦分別繼承使用。易言之，家族財產由兄弟共同繼承，出嫁女兒不能分得，唯有兄弟們都死絕的情形，女兒才能破例繼承。¹¹

值得注意的是，有文獻指出，布農族女性不得繼承家產的傳統文化規範，已面臨子女可均分遺產的國家制定法（民法第1138條）之挑戰，因為無論是哪個年齡層的報導人，都相當認可當代民法所規範的遺產由子女均分之概念；女性族人普遍認為現代父母只要有能力，都會將財產傳給女兒，只是有些報導人提及自己的土地不多，若分給兒子已不足，自然無法分給女兒；大部分的男性報導人則對於女性繼承家產的趨勢抱持肯

定態度，只是希望決定權應保留於父母手上，而非由國家硬性規定遺產分配方式；為避免衝突產生，報導人希望透過政府加強宣導的方式，以解決家產繼承傳統慣習與國家制定法之間的衝突。¹²

筆者於2014年8月到2016年1月在南投地方法院進行家事調解的參與觀察研究，希望能夠觀察到原住民主張依傳統慣習排解糾紛的情形時，並未觀察到任何布農族的繼承糾紛；於2015年9月到2016年2月在南投縣梅子鄉（化名）進行調解觀察時，則觀察到三件與繼承相關的土地糾紛，其中兩件糾紛的其中一方當事人均係家中獨生女，有因繼承取得土地¹³，另一件糾紛當事人的姐妹雖亦有出席，卻均已拋棄繼承，將家中土地留給三位兄弟繼承¹⁴。

令筆者感到好奇的是，布農族今日於家族財產繼承方面¹⁵，是否仍遵循「長子掌家、諸子均分」的傳統慣習？布農族於繼承方面的傳統慣習能否

⁵ 王泰升，同註3，頁322。

⁶ 王泰升，同註3，頁22。

⁷ 田哲益（1997），〈台灣布農族的原始宗教信仰〉，《台灣源流》，5期，頁48-62，頁57。

⁸ Tanabima, Lian (2014)，布農族殯葬禮俗與死亡觀訪談紀實〉，《原牧》，6期，頁128-138，頁131。

⁹ 田哲益，同註7。

¹⁰ 呂秋文（1999b），〈布農族部落宗教變遷之研究—以台東縣海端鄉利稻村為調查中心〉，《台灣文獻》，50卷4期，頁219-234，頁220。

¹¹ 畢馬（田哲益），達西烏拉彎（2003），《台灣的原住民—布農族》，臺北市：臺原，頁53；謝世忠、楊鈴慧、劉瑞超、李韋誠、黃昱中（2008），《原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制第五期委託研究—布農族、邵族》，臺北：行政院原住民族委員會，頁18；阮昌銳（1973），〈地利布農族的農業經營〉，《國立政治大學邊政研究所年報》，4期，頁41-88，頁49。

¹² 謝世忠、劉瑞超、楊鈴慧（2009），《原住民女性的律法脈絡：三個高地族群的比較》，台北、南投：行政院原住民族委員會、國史館台灣文獻館，頁246-248。

¹³ 梅子鄉調解委員會104年民調字第78號、104年民調字第87號。

¹⁴ 梅子鄉調解委員會105年民調字第9號。

¹⁵ 根據布農族傳統慣習中的財產所有權概念，部落疆界以內的一切不動產與動產（包括森林、河流、水源、可耕而未耕之地、部落基地、石板產地、漁區、會所內珍藏的骷髏、豬頸骨、火石袋、木燧、打火石、獸毛蜜糖塊等），均永遠為部落所有，漁獵場則屬於氏族共有，各獵場係以自然物為疆界，或在邊界處壘石或結茅為標記。凡經人力開墾的土地（包括旱田、水田、果園及造林地等土地財產）則屬於亞氏族所有，各家族僅擁有其使用權。家屋及屋內器用（包括家具、生產工具、豬肩胛骨等），以及家族生活所需食糧，和共同勞動所得之財物（包括牲畜、農作物、採集物、漁獵所得等）均為家族所有。個產則包括器、服飾、交通及運輸工具等。可透過繼承而取得者為「家族財產」和「個人財產」。分家時，由兒子分配家產，個人財產則由父傳子（武器、服飾等），並由母傳女（服飾工具等）。詳請參見田哲益，同註11，頁51-53。唯布農族原住民的土地自1957年由國民政府開始實行土地重劃政策以後，自原先山田燒墾的游耕方式轉換為定耕，因為土地測量不但確認了族人的土地利用情形，也確立了族人的土地所有權，各家不再像以前可以隨意地到休耕或未使用的土地上開墾。葉家寧，布農族史篇（國史館台灣文獻館，2002），頁207-210。而根據原住民保留地開發管理辦法第17條，取得耕作權或地上權登記後，繼續自行經營或自用滿五年經查明屬實者，耕作權人或地上權人可向當地登記機關申請辦理所有權移轉登記。土地私有化之政策與法規導致土地由「亞氏族所有，各家族僅擁有使用權」轉化為「可供繼承之家族／個人財產」。特別的是，筆者於進行訪談時，受訪者聽到筆者想請教布農族的繼承問題時，均不約而同地將討論範疇限定在「土地繼承」方面。

在符合國際人權標準的前提之下，予以保留？

貳、研究方法

筆者自2015年8月3日到2016年3月28日，透過南投縣梅子鄉(化名)調解委員會主席的協助，針對梅子鄉具有布農族身分的調解委員、前調解委員、調解委員會秘書，以及於部落中擔任排解糾紛角色的村長，進行半結構式深度訪談。至於部落耆老(F G H I J)的部分，則係以座談會(焦點團體法)的方式進行問題討論，並請當地一位調解委員協助進行族語口譯。

在正式進行訪談之前，筆者先紀錄受訪者的所屬族群、性別、年齡、出生地(籍貫)、居住地、職業等背景資料，訪談的內容於徵得受訪者的同意之後，予以全程錄音，並謄錄為文字，備份存檔於電腦、DVD/CD光碟中，訪談結果並透過質性研究資料分析電腦軟體Atlas.ti，協助進行質性研究資料分析。

為保護研究參與者的隱私，參與者的背景資料以匿名的方式編號如附件一¹⁶。

參、布農族對於婦女繼承權之觀點分析

本文之研究發現包括：

一、女兒之繼承權

多數受訪者(A, B, C, D, F, G, H, I, J, K, N, Q)表示，布農族婦女並無財產繼承權利；在父系社會家庭結構之下，女兒婚後被認定為夫家的人，不再是娘家的成員，先生在夫家會分到財產，已婚婦女被認為因此也等於有分到，所以不應回家分產，否則會受到祖靈的詛咒，將有許多不吉利(比如說家破人亡甚至於滅家族)的事情發生；女兒不參與娘家遺產分配，才能確保夫家與娘家都平安無事。少部分婦女於兄弟繼承大部分家產之後，可能會分到少許財產；或是已婚女兒若係年邁父母的主要照顧者，父母可能會分配少許財產予女兒；但分產予女兒的舉動通常都會引發兄弟姐妹間的不愉快。

例如，K女士於受訪時，指出：

K：還有一點就是說，就像你說的，以前的傳統

跟現在的有一些在法律上的衝突，比如說我們結婚的這個女兒我嫁出去了，在布農族的整個文化傳統裡面，是我不能夠回家要家裡的財產，你聽懂嗎？

筆者：為什麼呢？

K：這個就是我們布農族的一個…不知道，就是這樣子。…譬如說我結婚，我嫁到這一家人，我不能夠回家到我的娘家說：你給我一塊地，我要在這邊蓋房子，我們布農族沒有這樣的習慣。

筆者：那我可不可以請教您，在布農族比如說婚禮的過程當中有沒有哪些儀式是在強調說這個已經結婚的婦女，他就不是娘家的成員，他就變成是夫家的人，所以不能繼承財產？

K：也沒有哪些儀式，就你結婚了譬如說你嫁到吳家，你就是永遠做吳家的人，所以通常我們以前的傳統是說，我們會冠夫姓嘛！那我嫁過來之後我不能夠拿家裡的土地、財產，但是現在的法令不是這樣子。

筆者：對，現在的法律，原則上保有自己原來的姓氏，已婚的婦女還是保有自己原來娘家的姓氏。

K：所以對我們小姑結婚的，對不起我這樣說，他只要嫁給平地人，他的整個想法就會改變，甚至於剛剛有一對夫妻，剛好在這邊有提到，他的妹妹就是因為嫁給平地人，最後來了以後，拿個打棒球的木棍進來說，我們要家裡的財產。…這個小姑嫁給平地人、嫁給漢人以後，不知道是怎麼樣的狀況，就是要回來拿娘家的地。但是對我們布農族說這樣的問題的話，我們是不允許的，因為我們沒有這樣的一個在法律上的傳統。

又如，D先生於受訪時提及：

筆者：目前部落裡面有女孩子有主張說也希望繼承財產嗎？

D：以目前來講，現在都是按照現行法律，都會女孩子都會要求。但是在我這個家庭裡面，因為我們已經有這個根深蒂固的觀念，所以我們這個家族還好，三個姐姐都不會想要回來拿我們家裡的財產。因為說實在的，我們布農族的精神就是這個，因為這個也是我們老一輩，也是經過他們共同的想法。我覺得以前老人這樣子分配財產是很好的，因為他們的觀念就是，你是女孩子，嫁出去了，妳老公那邊就有財產，所以不應該回來。而且你回來拿財產，會是一個不好的，就是會

¹⁶ 因應受訪者的要求，筆者特別將職業欄刪除，因讀者可能較易從職業欄推測受訪者的確切身分。

受到祖靈的詛咒在這個裡面，所以我們以前嫁出去的女兒很怕、不敢回來拿財產，就是說，會講說是不應該的，而且會有詛咒，你回來拿家裡的財產，你有會有很多事情發生。所以我們有這種觀念的時候，就不會想說回來。其實，事實上啦！我就拿所謂我們的婚姻禁忌，我們布農族語所謂的婚姻的禁忌，就是血緣很親的家族，甚至是盟友關係不能結婚的話，你硬要這麼做的話，很奇怪我們不是要詛咒，這個家庭就發生很多事情，甚至於滅族；所以我們常常會，你身為一個布農族，就是要按照布農族的生活模式去生活，要去守住那個精神傳統，為什麼？如果你不按照布農族的傳統去生活的話，那你這個人就不是布農族啊！所以這個觀念必須要有。

於家中僅有女兒而無兒子的情形，部落耆老和一位較年輕的受訪者F G H I J和N均認為家裡的財產應該會交給同宗兄弟所生的兒子。例如，F G H I J於受訪時，表示：

筆者：家族財產是兄弟可以共同繼承，那女兒是否也能繼承？

F G H I J：女兒完全不能拿。

筆者：那女兒有沒有結婚，有差別嗎？

F G H I J：有差別，嫁了就不行回來拿地。沒有嫁的就還是一家人，但不能拿地，就只是一起耕作。但是現在的時代，有的女兒會回來拿地，怎麼可以呢？以前是不行的。

筆者：如果沒有兄弟，女兒是可以繼承的？

F G H I J：不行，要還給同一個父系家族的兄弟拿。不管嫁或是沒嫁，女兒就是不能拿。…原則是兒子公平分配。女兒是完全不行繼承，不管他能力如何，有嫁沒嫁，也都不行，那會引起殺戮的。男生就以他們自認為公平的方式去分土地。

上述見解與學者呂秋文於台東縣海端鄉利稻村的布農部落所作之調查研究結果相符，認為布農族絕對不允許招贅，若無兒子，財產按照親密順序，由同姓近親繼承。¹⁷但受訪者Q認為，於夫妻未生兒子即過世的情形，應該將家產交給女兒及尚生存的配偶；與F G H I J居住於同一部

落的受訪者O則以其妻之娘家為例，表示家中若僅有女兒，可由大女兒招贅並將家產傳予其子；惟受訪者Q也表示，男人入贅在布農族社會中屈指可數，因為會被污名化為沒有能力的吃軟飯者，飽受嘲笑。

例如，受訪者O談及，其妻的大姐及姐夫均為布農族人，兩人共有三男二女共五名子女，其妻因家中僅三姐妹，大姐遂招贅並讓子女均從母姓。其岳父母過世時，主要的家產由大女兒繼承；其妻之大姐原欲分一些家產予其妻，但受訪者表示其因為自尊心的問題，拒絕了大姐的好意，其妻遂未分割取得娘家遺產。

筆者：另外在那個繼承的部分，書上是說布農族的傳統慣習是就是由兒子，看幾個兒子，然後就分幾份，那女兒是只有就是，家裏面沒有兒子的時候，才可以繼承？

O：對，要入贅男的。

筆者：所以布農族也有入贅的狀況嗎？男生也是到女方家居住嗎？

O：有，對，男方到女方家去住。

筆者：那所生下來的孩子就是冠女方的姓氏？

O：對，冠女方的姓，也可以冠男方的啦，因為男生若是他需要男的嘛，他要保留他的姓氏，也可以冠，但是要看男方願不願意。

筆者：那請問在這邊當地，有這樣的一個就是女方招贅的情形嗎？

O：我太太的姐姐就是這樣啊！她就招男方過來。…

筆者：那您的太太的姊妹他有分到家裡面的財產嗎？他們家的家產分配狀況是…？您可不可以當例子來分享一下？

O：就是通通歸給他們阿，歸給女方，給姐姐啊。

筆者：他們家是幾個兄弟姊妹？

O：沒有男的嘛，所以才會招贅，三姊妹，就是最大的留阿，留長女。

筆者：那請問因為現行法是全部都平均繼承嘛，那在您太太的家族裡面，是透過什麼方式，去讓所有的財產都歸給長女？他是大家都繼承，然後遺產分割就通通都分割給長女，還是說，大家拋棄繼承，然後就長女繼承？

O：也沒有拋棄，就直接繼承。本來也有一份遞給我的太太啦，就一點點，給他們三個，我太太問我說，你要不要？我說不要，拿幹嘛？原來都不是平均分啦。我說不要好了，

¹⁷ 呂秋文(2000)，〈布農族家族結構之變遷—以台東縣海端鄉利稻村為調查中心〉，《台灣文獻》，51卷2期，頁359-407，頁392。

不用了，我會有一點的感覺是什麼呢？會自尊受損…好像自尊心的問題這樣，不用啦不用啦。他們就按照我們以前怎麼樣就怎麼樣啦，結果就是都是繼承給大姐。

筆者：我之前遇到有受訪者是說，如果家裡面沒有兒子的話，是要給堂兄弟；所以其實也是可以招贅，然後女兒留下來？

○：堂兄弟是…欸沒有聽過。

於族人未生兒子的繼承情形，受訪者Q則舉其鄰居為例，有一家生了五個女兒，全部都嫁出去了，大女兒先生過世後，帶著孩子回娘家住，又改嫁給另一個泰雅族的男生，把第二任丈夫帶回娘家住，所有娘家的的工作都是她在做，父母都是她在照顧，可是父母也不敢把財產分給大女兒，而且其他四名女兒也想要回來爭產。筆者請教受訪者Q對於女兒繼承的看法，其表示：

Q：在我們布農族的社會裡面，妳女兒嫁出去，再回來住娘家是犯了大忌。

筆者：怎麼說？這是samu（禁忌）嗎？

Q：samu。對。

筆者：那有什麼不好的事情嗎？

Q：對。一些都會怪到…因為妳已經嫁出去了，然後妳又回來，妳把那個惡運帶到家裡，所以家裡所發生的，不管是不是跟你有關係，全部都歸咎在妳身上。對，是這樣子。

筆者：女兒結婚之後，有沒有入贅的？

Q：入贅？你講的入贅，布農族最忌諱入贅。那是最沒有用的男人才會讓…才會入贅。所以入贅的男人在布農族社會裡面很少，可以用手指頭來算。很少很少。因為那是最沒有用的男人，你是怎麼了？是沒有用…是怎麼樣，你是沒有能力嗎？要…有點像吃軟飯。你要到女方家，那是會被人家嘲笑的。

值得注意的是，若布農族女子於婚後未冠夫姓，且讓子女從母方姓氏或原住民傳統姓氏、名字，在部落中仍認為此舉純屬個人行為，娘家成員並不會因此認定該名已婚婦女及其子女係娘家成員，亦無法取得參與娘家父母遺產分配的正當性。（受訪者C，K，Q）

例如，受訪者Q提及：

Q：我們布農族就是妳嫁出去，妳就是嫁了。那如果說妳的孩子從母姓，那是妳個人讓妳的孩子從母姓，不見得是我家裡的成員是完全接受說，妳雖然是已經嫁出去，妳還是我們

家裡的成員。問題是，現在妳已經嫁了，嫁了就是嫁了，怎麼可能嫁了還是家裡的成員？妳是我們家裡，原生家裡的成員沒錯，嫁了妳就是男方那邊的人了。至於說妳今天讓小孩子從母姓，這OK，沒有關係。

筆者：所以從族人的觀點會覺得說女孩子結婚，就等於是嫁出去？

Q：嫁了。我先講一個就是比較直接的。就是我的妹妹，她嫁給阿美族，她生了兩個，生了雙胞胎，一男一女。那個男的，阿美族，他就說因為兩個，他們是比較重視女生嘛。他們是母系社會。他們只取女生喔。那個妹妹，只幫她取她原住民的名字喔。那個哥哥他們不取呢。他們說哥哥就給妳們南投娘家取名字好了。好…那好，那我妹妹說，那就取我爸爸的名字叫××，但是他是不是我們家裡的成員？不是。他們還是阿美族，只是名字是取我爸爸的名字。只是承襲了爸爸的名字這樣子而來，但是，他的身分，還是阿美族啊。

另一位女性受訪者K則於受訪時表示：

筆者：如果布農族的女生跟阿美族的男生結婚，小孩子從布農族媽媽的姓氏，這樣媽媽和小孩子都有布農族的身分，您覺得在這樣狀況之下，那個媽媽他有沒有可能可以去爭取繼承權益？

K：我們這邊也有這樣的例子，如果說這樣子的話，自然地父母親也會看看是不是有一個土地給這個孩子，讓他們也可以生活在這個地方。我是說以那個家庭整個的狀況看這樣的事情，如果允許才行；因為有一些家庭真的僅有就那麼一點點的土地，要分給女兒也是很困難。通常比如說，我們嫁出去的，又回來以後，通常對家裡面可能有一些會攪亂，我說會攪亂，就是說我們的生活跟你的生活完全不一樣，可能你回來，你要另外找一個地方住，不跟我們生活在一起，你聽懂我意思嗎？

且有受訪者認為布農族與漢人通婚後，漢人將子女可從母姓的概念帶入部落，導致布農父系家族的血緣紊亂，可能會導致近親結婚的亂倫現象。（受訪者D）更有受訪者表示此舉多係布農族婦女與漢人男子結婚後，可能係漢人丈夫要求妻子回娘家分產，布農族妻子才會依法主張繼承

權，並將繼承而得的土地出租以收取租金。(受訪者O)

筆者認為，除非子女從父母雙姓氏，否則無論係從父姓或從母姓，都可能會因為忽略他方的姓氏而造成近親結婚的亂倫現象，此並非僅從父姓即可避免的。在訪談的過程當中，布農族女性受訪者Q亦提及，布農族原住民於辦理保留地繼承的時候，依現行法是所有兄弟姐妹都要回來辦理，但如果父母有兒子，女生都變成是理所當然地要辦理拋棄繼承，因為布農族認為女兒是嫁出去的，除非父母底下真的沒有兒子，才會把土地分給女兒。其以自己的母親與阿姨為例，一個本來唸台中師專，另一個唸台中女中，結果兩個都被父親要求輟學回山上務農，認為女孩子不用唸那麼多書，把機會留給弟弟們，結果祖父卻將土地全數分予排行較小的六名兒子，兩位女兒一塊地都沒分到；其母親也會抱怨當初若堅持把師專讀完，也能當國小老師養活自己；而且祖父若分一塊地給母親，母親都會很珍惜地好好經營，最後祖父卻全數分予兒子們，然而祖母也不會幫女兒講話爭取權益，只說是爸爸說了算，結婚之後就是要聽先生的，女生不能有任何意見，先生和爸爸就是天，就是全部，她的媽媽這樣子教她，她也這樣教女兒。(受訪者Q)

雖然學者杜奉賢與張碧如表示，布農族的性別文化呈現了男尊女卑的角色關係，但此係源於環境對體能的需求，比較粗重的工作屬於男性、比較輕鬆的工作則交給女性的結果；再加上父系繼承制度之下，家族財產由兒子們繼承，於無子嗣的情形，才由養子或女兒繼承，因此家中掌權者均為男性，母親或女兒就只能聽從父親或祖父之命令；故而表面上雖然看起來是呈現男尊女卑的現象，但這並非是導因於性別權力的壓迫，而是男女兩性在面對共同環境下的性別合作與互補。¹⁸

但自受訪者Q之母親的生命經驗與女性觀點來看，較年長的女兒們於家中從事的工作應係較年幼的弟弟們繁重，為幫忙家中農事而中途輟學，成年後又未能分得家中土地，未能擁有農業之基本生產工具，其勞動成果無異全數歸屬於家中男性(父親、弟弟們)享有，父權權力關係的運作¹⁹對布農婦女所形成的壓迫於此展露無遺。

¹⁸ 杜奉賢、張碧如(2011)·《台灣原住民族傳統性別文化專輯(上)》，臺北市：行政院原住民族委員會，頁72、83。

¹⁹ Santos, Boaventura D.S. 2002. *Toward a New Legal Common Sense*. London: Butterworths LexisNexis., p.379.

二、尚生存之配偶的繼承權

至於布農婦女於丈夫過世後，能否分得已故丈夫名下的財產，對此雖有女性受訪者Q持肯定意見，但男性受訪者(A, B, O, P)均持否定看法，表示依傳統慣習，由於尚生存之配偶有可能會改嫁，會帶走夫家的財產，所以已婚婦女若有兒子，多半交由兒子繼承，媽媽是沒有財產的。有受訪者更進一步指出，部落內就是有老太太一直沒有將已故丈夫所留土地分配給兒子們，導致兒子紛紛離家外出工作，最後讓自己陷入沒有人願意留在部落照顧年邁母親的窘境。(受訪者P)

例如，研究參與者P於受訪時表示：

筆者：我想請教您，從布農族的觀點來看，女人要主張土地繼承的權利的話，有沒有什麼文化方面的依據？…比如說太太想要爭取先生留下來的遺產的時候，可能可以作什麼樣的主張？

P：我們以前的祖先，女人不能參與分地，因為他們說女人會讓男人打架，因為，不好意思喔，因為女人，他們說是女人心胸很狹窄。她們想要爭大的啊，她們一講話，兄弟就會開始吵了，所以以前的女人，算是禁忌啦，就是女人不能參與財產分配，就是這樣的意思啦。

筆者：根據您的觀察，目前有布農族有女生要主張繼承權並分配遺產嗎？她們的理由是什麼？

P：在布農族，有的婦女取得財產，她是要賣掉。

筆者：賣掉要做什麼呢？

P：賣掉，她就是要改嫁呀，變成她拿這塊地，她跑掉又跟別的男的共同生活的話，變成我們堅持讓女孩子不要分到財產，因為女孩子會改嫁，她會把財產帶走，因為我們的祖先有這個財產嘛，不允許她的財產分給不相干的人，這個老婆跑掉，她跟不相干的人在一起，這個財產不是白白給她？所以禁止女人，盡量不要給這個財產。…現在我們的婆婆依法都可以分財產，但據我所知，現在的媽媽們也沒有取得土地，因為他們的土地直接就轉給孩子，應該是爸爸還在的時候，他就有講好說，這塊地就是哪個小孩的，媽媽也是順著她的先生，部落裡大部分的土地繼承權都還是在孩子身上。媽媽因為不能工作了嘛，她就把權力下放給孩子，就讓下一代

去工作。

筆者：部落裡有沒有媽媽擔心孩子們分到土地之後，不會孝順照顧她？

P：比較單純呢，通常他們都會照顧爸爸媽媽，爸爸媽媽年紀大，他們都會照顧。是有少數，據我知道就一個老人，差不多七十多歲，為什麼她的孫子沒有在部落裡照顧她，因為她把土地一把抓，她沒有下放給她的孩子，變成說那個老人生病了也沒有人管，因為她把所有的財產，她都自己抓住，她沒有給她的媳婦，沒有給她的孫子，也沒有給她的兒子，兒子、媳婦跟孫子都在外面。她現在人也是很可憐啊，就是她沒有把財產下放給她的孩子，才會說兒子也不照顧她。

唯筆者以為，布農族的丈夫若比妻子早過世，遺孀對於亡夫所留下的遺產之累積，無論是減少其日常生活支出，或是協助其增加其收入，通常應具有相當的貢獻，不應僅因預設遺孀可能會改嫁他人，就認為喪夫之布農族婦女不應繼承亡夫所留遺產，僅能在經濟上依靠兒子的扶養渡過晚年。

三、繼承權與國際人權標準

根據聯合國原住民族權利宣言第三十四條，原住民族保持與發展其獨特的傳統習俗之前提要件是，該傳統習俗符合國際人權標準。

在以農業為主的地區，土地對婦女而言，除了可以用來耕種糧食作物或經濟作物，多餘的土地尚可允許耕地休耕，以改善土壤品質並增加來年的收成；此外，尚可將土地出售以換取現金，或是用來作為擔保品，向銀行抵押借款取得資金，用以購買更多的耕地，或從事商務貿易，自行設立或入股企業。由此可見，已婚之布農族婦女未能享有土地等不動產的繼承權，不僅危及其基本的生存，對其財產權之享有，與商業方面的工作機會，亦產生負面的影響。²⁰

但婦女之繼承權未能享有的問題於婦女人權保障議題方面，一直係處於邊緣的位置；由「消除對婦女一切形式歧視公約(Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against

Women, CEDAW)」的條文觀之，CEDAW並未正視婦女於父系社會之中，繼承遺產的權利經常遭受漠視或侵害的問題；締約國的婦女團體如欲援引CEDAW，要求政府於法制等各方面確保婦女的繼承權利時，僅能援引第15條和第16條的規定，由概括的「財產權」概念去自行衍申論述其與婦女繼承權之間的關聯性。²¹由此可見，在人權的論壇上，不僅婦女的人權議題被排除在主流的人權議題之外，婦女未能確實享有繼承權的問題，也有被婦女人權議題邊緣化的傾向。²²

有學者以為，應由原住民自主決定，是否跟隨時代潮流，抑或保存傳統慣習²³。唯筆者認為，依聯合國原住民族權利宣言第34條，原住民所定義並保留的家事傳統，仍應以符合國際人權標準(例如：消除對婦女一切形式歧視公約、聯合國兒童權利公約)為前提。

Sally Engle Merry則表示，菁英份子和參與社會運動之人可以援引人權概念與女性主義觀點，並將之翻譯成地方語彙。應享有人權保障且本身易受傷害的族群通常只有透過菁英社會運動者，將前者於日常生活中所碰到的問題重新以人權之語彙包裝之後，居中協調處理，才能夠瞭解人權保障與女性主義的觀點架構與其生活有何關聯性。此一轉譯過程在人權概念的形式與呈現方式方面，需要作三種改變：首先，人權概念需要以和當地社區相呼應的形象、符號、故事、宗教語言或世俗語言來加以包裝；其次，人權概念必

²¹ 聯合國消除對婦女一切形式歧視公約第十五條表示，締約國應給予男女在法律面前平等的地位；在公民事務上，締約國應給予婦女與男子同等的法律行為能力，以及行使這種行為能力的相同機會，特別應給予婦女簽訂契約和管理財產的平等權利，並在法院和法庭訴訟的各個階段給予平等待遇。第十六條則指出，締約各國應採取一切適當措施，消除在有婚姻和家庭關係的一切事務上對婦女的歧視，並特別應保證配偶雙方在財產的所有、取得、經營、管理、享有、處分等方面，不論是無償取得，或是有償的報酬，都具有相同的權利。2011年5月20日經立法院三讀通過，同年6月8日由總公布，自2012年1月1日起施行。施行法第二條則規定，公約所揭示保障性別人權及促進性別平等的規定，具有國內法律之效力。

²² Charlesworth, H. 1995. "Human Rights as Men's Rights." in *Women's Rights, Human Rights: International Feminist Perspectives*, edited by & Wolper J. Peters, A. London: Routledge., p.110; Freeman, M.A. 1995. "The Human Rights of Women in the Family: Issues and Recommendations for Implementation of the Women's Convention." in *Women's Rights, Human Rights: International Feminist Perspectives*, edited by & Wolper J. Peters, A. London: Routledge., p.152.

²³ 王泰升，同註3，頁322。

²⁰ Youssef, N. 1995. "Women's Access to Productive Resources: The Need for Legal Instruments to Protect Women's Development Rights." in *Women's Rights, Human Rights: International Feminist Perspectives*, edited by J. & Wolper Peters, A. London: Routledge., pp. 281, 283-284.

須與欲適用該概念的地方上之經濟、政治與宗族系統結構狀況相吻合；第三，需要針對人權概念轉譯的服務對象作清楚的界定。²⁴布農族婦女未能依民法第1138條確實與男子平等地享有繼承權的問題，筆者認為應可將繼承權性別平等的人權保障觀念，以布農族地方文化中的論述去加以轉譯包裝，以促進此一人權保障觀念的落實。²⁵

衡諸受訪者對於布農族女性不得繼承遺產的觀念，主要可能係導因於「女人無家(Mlusbigath Masthan Masaninsin)」的傳統觀念；布農族婦女結婚時，新娘於結婚當天回娘家過夜，第二天早晨才由女方家屬送新娘到男方家正式嫁入，當新娘入門時，公公或大伯會手持盛酒的葫蘆，右手沾酒點向四方，並祝禱：「感謝天神，讓我們獲得來自遠方的家人，願我家因這美麗的女人，從此子孫眾多，猶如天上永不墜落的星辰，家族興旺，和親家和平相處，雙方的家人無疾無病，身體強壯」。已婚婦女因此被認為是「來自遠方的家人」，自己的女兒則是「屬於遠方的家人」，故而不會將財產分給女人，以免辛苦經營的財產變成是他人所有，也造成女人無家、無財產的局面。²⁶

布農族刻板印象中，將已婚婦女視為「嫁出去了，不再是娘家的成員」，不可繼承娘家遺產的概念，也可能係導因於「共食祭粟」的親屬團體氏族概念。布農族將小米區分為「禁忌或神聖之粟」，以及普通的小米；前者包括初穫之粟、初開穀倉最初取出之穗束、種子、穀倉中自穗束脫落而堆積在下層的穗和粒，以及收割後將穗束曬太陽時，自穗束脫落而被收在一處的穗與粒。對布農族婦女而言，婚後透過小米收穫祭那天的祓除儀式²⁷，會加入夫家的親屬氏族團體，不再被

視為原生家庭的氏族成員；易言之，婦女婚後只能食用夫家的聖粟，失去其原先所屬娘家共食氏族成員的資格；出嫁女子若接觸到娘家所懸掛的小米，災禍會降臨在胎兒身上；娘家若將祭粟撒在送給出嫁女兒的豬肉上，則娘家成員不能食用此豬肉。即便已婚婦女離婚或因其夫死亡而返回原生家庭，生家之人也決不以團體之真正成員待之。²⁸

故而布農族人認為女兒結婚就是嫁了，不是一家人，不能回娘家拿地；未婚的女兒雖然是一家人，也不能拿娘家的地；喪偶的婦女因可能再嫁，故也不應繼承亡夫所留遺產。雖有男性學者表示，布農族在耕地開闢、耕種、生計糧食生產與收穫等粗重勞務，以及具有高危險性的狩獵等活動，均由男子優先承擔，男子於家庭生計上負有重責，因此所衍生出男子才擁有土地的所有權、繼承權與使用權等社會制度的設計，頗能符合權責相符的原則。²⁹唯此一「生物決定論(biological determination)之論述方式」，認為「男性優越且位居第一，女性需順從」的社會生活模式，完全是由男性與女性在生物基因方面的差異所決定，而且是不能改變的，會形成「處理已婚婦女處於次要附屬之法律地位的問題」的主要障礙；吾人若欲正視婦女居於次要附屬地位的問題，需要創造一個能夠肯認男性與女性在生理上與文化上具有相當差異的社會／法律秩序，使男性與女性在權力、工作與資源等方面，均能獲得公平公正的分配，而為促成此一秩序的產生，必須根據婦女的生活經驗去建構新的法律觀念。³⁰故筆者認為，若自受訪之布農族婦女的生活經驗觀之，「婦女不得繼承遺產」的傳統規範其實彰顯了父權權力關係於經濟層面的運作—「婦女的勞動與生育成果歸屬於男性享有」。³¹

筆者試圖以「布農族」、「繼承」、「性別」等關鍵字，透過台灣期刊論文索引系統搜尋相關期刊論文，卻遍尋不著任何對此提出質疑的相關文獻。布農族女性作者余桂榕於「小米文化與原鄉

²⁴ MERRY, SALLY ENGLE. 2006. HUMAN RIGHTS AND GENDER VIOLENCE: TRANSLATING INTERNATIONAL LAW INTO LOCAL JUSTICE Chicago: University of Chicago Press., pp.136-137.; Gregg, Benjamin. 2012. Human Rights as Social Construction. Cambridge: Cambridge University Press., pp.219-220.

²⁵ Ibid., p.146.

²⁶ 漢譯：Mlusiath 女人，Masthan 好像，Masaninsin 一無所有。霍斯陸曼·伐伐(1997)，中央山脈的守護者：布農族，新北市：稻香，頁84、212。

²⁷ 布農族的新媳婦入門時，還不能馬上食用夫家的祭粟飯(hulan)，須經過祓除儀式，先由司祭向同家族的親戚各家收集一枝祭粟，集成一捆，由司祭拿進穀倉內，放在一個用大樹皮製成的圓木桶上，當天殺豬煮熟後，切肉皮、心、肝、肺等各四片，插在小米束的枝上，新媳婦在倉中坐下，由公公雙手捉豬頭在媳婦頭上祝禱，之後讓媳婦在倉中住一個月。已婚婦女加入夫家的儀式，通常在小米收穫祭的那天舉行，此亦是出嫁女兒初次與夫家共食祭粟的儀式。關華山(2002)，〈布農族傳統家屋的構成

與意義〉，《住宅學報》，11卷2期，頁121-158，頁148-149；呂秋文，同註10，頁220-221。

²⁸ 田哲益(1996)，〈台灣原住民布農族氏族組織及功能試探〉，《台灣源流》，第1期，頁77-90，頁86。

²⁹ 林綱偉(1997)，〈梅山布農族的生活方式變遷〉，《正修學報》，10期，頁21-40，頁31。

³⁰ ANNE HELLMUM, & STEWART, JULIE, PURSUING GROUNDED THEORY IN LAW: SOUTH-NORTH EXPERIENCES IN DEVELOPING WOMEN'S LAW (Tano Aschehoug, 1998), pp.82-83; 91-92.

³¹ Young, I 1990. Justice and the Politics of Difference Princeton, New Jersey: Princeton University Press., p.50.

婦女的生命力：布農族部落中的一對母女在小米中的對話」一文，雖表示其母親的精靈 Hanitu 與能力讓其能夠在夫家的土地上種出小米，挑戰了原本播撒小米等祭儀係以男人為主要考量的傳統，但該文並未針對布農族婦女繼承權的議題提出質疑，其所播種之小米亦係種植於夫家的土地上，文中僅提及小米進倉祭時，當年剛嫁入夫家的媳婦於祓除儀式中，必須獨自一人先在米倉中食用小米飯，待其吃到飽得想吐時，夫家的人才開始享用小米飯，藉此讓剛過門的媳婦食用夫家的祭粟，取得夫家成員的身分，其並表示，此舉意味著已婚婦女「後半輩子吃的將是夫家的飯，而夫家的未來由媳婦所承擔，傳承的企圖在此儀式中，被完美無缺的呈顯」，此一論述模式無異複製並強化布農社會的父系家庭圖像與婦女之勞動成果歸屬於男性的父權權力關係。

然而，依學者黃應貴之見解，其實女人在布農族父系氏族中的地位十分曖昧，因為一個人的 hanitu (精靈) 是繼承自父親，這種關係不會因後天的任何發展而改變，因此嫁出去的女人仍被視為是她父親的父系氏族成員；但嫁進來的女人，在經過結婚儀式後，卻可取得丈夫的父系氏族成員身分，來從事各種活動³²；筆者贊同此一觀點，因為已婚的布農婦女於娘家有女性親戚結婚時，亦有權利以娘家的父系氏族成員之身分，與娘家成員共分豬肉。³³黃應貴也表示，布農族認為人的身體是由母親的 Hanitu 轉換而來的，因此布農族相信母親的父系氏族成員之 Hanitu 對小孩身體的健康與成長最具有保護的作用³⁴；在小孩成長禮 (piskazhav) 的儀式中，新婚夫婦於小孩出生後，帶著新生兒回娘家時，母舅會在門口以手指沾酒滴嬰兒的額頭作為祝福，於夫婦離開娘家時，母舅也會準備一隻小豬作為禮物，這隻小豬即象徵嬰兒的身體是由母親的父系氏族所給予的。³⁵

黃應貴更進一步指出，布農族的繼承在表面上雖以諸子均分的方式作分配，但在實際上卻是以家庭為單位，依個人在繼承以前的工作成績而

定，例如耕地的繼承即係以家庭成員中誰在該地舉行 Mapudahu 的小米試播儀式³⁶而收成最好的人來繼承。因為根據布農族人的 Hanitu 信仰觀念，任何工作的成就，是由個人所具有的 Hanitu 力量的強弱所決定，在某一塊土地能夠豐收的人，係因其本身具有強大的 Hanitu 力量可以役使土地的 Hanitu 以及小米的 Hanitu。³⁷

而且 Mapudahu 的小米試播儀式雖然通常由男人來做，但女人、六歲以上的小男孩或小女孩，以及家庭中不屬於父系繼嗣團體的成員都可以負責舉行此祭儀；若該年該地的收成好，下一年仍由此人主持祭儀。即使是第一位在該土地上行 Mapudahu 者的後代，再次行該儀式而使用該地時，若收成不好，也會被認為該地的 Hanitu 不支持他，通常該名後代會放棄該地的使用權，分家時也不會分那塊地給他³⁸。因此，除了嫁出去的女性成員外，非屬該世系的成員（例如異姓的繼子女）也可繼承；這種繼承的方式完全仰賴家庭成員的能力或其精靈的能力來決定。³⁹

黃應貴於「文明之路第二卷：『現代化』下文化傳統的再創造」一書中亦主張，布農族人於分家時，會以個人對家的貢獻程度作為財產分配的依據；表面上，族人會說分家是平分，但事實上，所謂的平分是「公平來分」，而非所有人均

³⁶ Mapudahu 的小米試播儀式大約於十一月開始，待開墾到相當的一大塊地皮之後，先放火燒毀雜物，以備播種；舉行試播種粟的祭儀須先採取稍長的茅筍兩根，表示生長豐盛，每一根上面再插上無患子樹實一個，將之並立於試播種粟的地上，然後祈禱能夠豐收。伍睢(1990)，布農族的原始宗教與基督教的發展，民族學研究所資料彙編，第1卷，頁41-66，頁52。唯日據時期日本政府強制布農族人移居並配合從事水稻的定耕農業生產，原先以山田燒墾方式耕種並以手播撒小米所衍生的祭儀，與必須用手插秧的水稻於耕種方式差異過鉅，且水稻的耕作時間與小米不符(水稻三月播種、八月收穫，小米十一月開墾、十二月到二月播種、七月收穫)，導致布農族以小米為中心的祭儀逐漸式微。田哲益(1999)，布農族的歲時祭儀，台灣月刊，第198期，頁82-84，頁83；陳怡如(2000)，〈東埔社布農族的宗教信仰變遷〉，《地理教育》，26期，頁95-112，頁103-105。

³⁷ 霍斯陸曼·伐伐(1996)，〈從傳統宗教—認識“布農族”的人文觀念〉，《原住民教育季刊》，3期，頁85-99，頁91。

³⁸ 黃應貴(1989)，〈布農族的傳統經濟及其變遷：東埔社與梅山的例子〉，《台大考古人類學刊》，46期，頁67-100，頁68-69；黃應貴(1982)，〈東埔社的宗教變遷—一個布農族聚落的個案研究〉，《中央研究院民族學研究所集刊》，53期，頁105-132，頁108-109；黃應貴(1981)，〈東埔社土地制度之演變—一個台灣中部布農族聚落的研究〉，《中央研究院民族學研究所集刊》，52期，頁115-149，頁119-121。

³⁹ 黃應貴，同註32，頁117，159。

³² 黃應貴(1992)，《東埔社布農人的社會生活》，臺北市：中研院民族所，頁5。

³³ 呂秋文(1999a)，〈布農族之社會變遷與傳統文化—以台東縣海端鄉利稻村為調查中心〉，《台灣文獻》，50卷1期，頁151-238，頁190；田哲益，同註11，頁196。

³⁴ 黃應貴(2012a)，《文明之路第一卷：文明化下布農文化傳統之形塑(1895-1945)》，臺北市：中央研究院民族學研究所，頁27。

³⁵ 畢馬(田哲益)，達西烏拉彎(2003)，同註11，頁214。

分；而所謂的「公平」，指的是個人對家的實際貢獻，與所分得的財產之間有正向的關聯性。⁴⁰

由此可見，實際從事農耕的布農族婦女，無論係以女兒身分，或係以尚生存的配偶身分，或可藉由個人的Hanitu與身體源自於父母親且終身不變的概念⁴¹，以及個人的農耕能力(Mapudahu儀式的舉行與收成狀況)，還有個人對家庭的貢獻程度，來轉譯布農族婦女於繼承權利方面應受保障的人權概念，並正當化其取得土地繼承權利之主張。

四、自布農族傳統土地使用方式談繼承

有學者表示，所謂的「傳統」是被人類發明出來的；何謂「具有真實性的傳統」應由原住民自行定義，不應由人類學者或其他社會科學者予以定義。⁴²依布農族於財產方面的傳統觀念，耕地原非繼承標的。⁴³在進行繼承議題的訪談過程，有受訪者於談到土地繼承時，亦提及布農族原先是以燒墾山林的方式進行農耕，並無定耕的概念，土地原先係部落共有的，但國民政府進行土地測量的時候，有受訪者因服兵役不在部落裡面，結果幼時與父親共同耕作的土地就被劃歸為他人所有；而且原住民土地開發管理辦法雖然限制每個人能分配到的水田、旱地有多少，但實際上並沒有確實執行，「很認真登記的人，他的地就多了」，甚至於當初進行土地測量的時候，有些人胡說八道，告訴測量人員錯誤的土地使用

資訊，導致測量結果有誤。其表示，或許「原住民土地及海域法草案」通過的話，可把一些原屬於原住民的土地要回來，但此法要通過尚有困難度。(受訪者L & M)

還有受訪者P表示，針對先前祖先開墾過的土地，部落民眾曾實地進行拍照存證，希望能夠向政府單位要回來，但已經過兩年，尚未放領發回，導致民眾對政府單位不滿。另有受訪者B表示，透過原住民族土地及海域法草案來恢復布農族傳統領域土地需耗費相當長的時間，短期內「擴編原住民保留地」應可較迅速達成保障原住民生計的目標。

由於若所有的原住民，均按原住民保留地開發管理辦法中的面積標準申配土地，現有保留地面積會出現嚴重不足的現象，故原住民保留地宜繼續擴編。⁴⁴另於同草案第十八條有仿照現行原住民保留地開發管理辦法第十條的規定，限制原住民每人分配原住民保留地面積之最高限額；原先於原住民保留地開發管理辦法中規定申配面積的標準，係考慮原住民維持其生存的最低需求，然此一標準是否能夠滿足原住民生活之所需，且僅以面積的作為標準，而未考慮區位、地價、土地的生產力等因素，故其分配標準是否公平，仍應持續加以檢討。⁴⁵而根據原住民族土地海域法草案第二條及第十五條，原住民傳統祭典、祖靈聖地或舊部落及其週邊獵區或耕墾之土地，經依法定程序劃定為「原住民族傳統領域土地」後，屬於部落公有，土地權利不分配移轉予原住民個人；筆者認為，布農族男性與女性族人對此部分屬於可耕墾的土地應享有平等的使用權，以避免女性族人的生存權與工作權受到不當的限制與壓迫。

肆、結論

原住民族經常透過法律多元主義(legal pluralism)的倡議來主張其應享有該族群的文化與法律遺產，因為法律多元主義的論述會強調在同一個地理區域當中，其實是有許多不同的法律系統(包括國家制定法與原住民法制)同時併存。⁴⁶然

⁴⁰ 黃應貴(2012b)，《文明之路第二卷：現代化下文化傳統的再創造(1945-1999)》，臺北市：中研院民族所，頁186。

⁴¹ 此概念係學者黃應貴於南投縣東埔社的研究結果。唯學者楊淑媛於台東縣海端鄉的霧鹿聚落的研究發現，大部分的霧鹿居民對於Hanitu的來源以及它們之間關係的說法是曖昧不清而相互矛盾的；有人相信Hanitu來自於父親，而身體則來自於母親、有人則認為身體與Hanitu都是來自於父母雙方而沒有明確的劃分，有人說右肩的Hanitu來自於父親、左肩的Hanitu則來自母親，又有人堅決否認人的體內有Hanitu，認為Hanitu只是跟隨在人後面，如果Hanitu跑進人的身體裡面又趕不出去的話，是會讓人生病的。而且楊淑媛認為此一模糊不確定的看法在布農人之間是很普遍的，而不只是基督宗教傳入之後，Hanitu被轉譯並解釋為「魔鬼」所造成的結果。楊淑媛(2006)，〈人觀、治療儀式與社會變遷：以布農人為例的研究〉，《台灣人類學刊》，4卷5期，頁75-111，頁80-81。由此觀之，布農族的人觀可能有地域的差異。

⁴² Richland, Justin B. 2005. "What are you going to do with the village's knowledge?" Talking tradition, talking law in Hopi Tribal Court. *Law & Society Review*, 39(2), 235-272, 161.

⁴³ 參見註15。

⁴⁴ 林秋棉(2002)，《台灣地區原住民保留地問題初探》，文章網址：<http://old.npf.org.tw/PUBLICATION/SD/091/SD-B-091-029.htm> (最後瀏覽日：2016/09/30)

⁴⁵ 同上註。

⁴⁶ Short, Lindsay. 2014. "Tradition versus Power; When Indigenous Customs and State Laws Conflict." *Chicago Journal of International Law*, 15, 376-408, 390-392.

而，有文獻指出，多元的法律系統也可能限制或暗中破壞了人權保障的訴求，因為習慣法可能在財產權等方面具有歧視女性的特質，或是在依照原住民傳統文化創設新的糾紛排解系統時，複製了原住民社群「排除婦女的參與」或是「將婦女視為是男性之從屬」的觀點；其實於重新思考如何建構多元文化之公平正義時，應透過性別的觀點，在傳統慣習與人權保障之間找出一些共通的價值底蘊，以調和傳統慣習與人權保障之間的衝突。⁴⁷

本文認為，布農族婦女未能依民法第1138條確實與男子平等地享有繼承權的問題，應可藉用Sally Engle Merry (2006)所提出「以方言闡述人權」的觀點，將繼承權性別平等的人權保障觀念，以布農族地方文化中的論述去加以轉譯包裝，以促進此一人權保障觀念的落實。

本文發現，布農族小米文化中，「女兒的精髓與身體得自其父母，且終身不變」的概念，以及「依個人能力進行土地分配」之原則觀念，應可用來在布農部落中傳遞並強化「婦女與男子應享有平等繼承權益」的人權保障概念，以促使此一人權保障觀念得以落實於布農部落之中。而原住民傳統祭典、祖靈聖地或舊部落及其週邊獵區或耕墾之土地，經依法定程序劃定為「原住民傳統領域土地」後，對此部分屬於可耕墾的土地，布農族男性與女性族人亦應享有平等的使用權，以避免女性族人的生存權與工作權受到不當的限制與壓迫，並在符合國際人權標準的前提下，保留布農族於繼承方面的傳統慣習。⁴⁸

參考文獻

ANNE HELLUM, & STEWART, JULIE, PURSUING GROUNDED THEORY IN LAW: SOUTH-NORTH EXPERIENCES IN DEVEL-

⁴⁷ Sierra, Maria Teresa. 2012. "The revival of Indigenous Justice in Mexico: Challenges for human rights and the state." Pp. pp.116-36 in *Law and Development*, edited by Julio Faundez. New York: Routledge., p.132; Farran, Sue. 2006. "Is Legal Pluralism an Obstacle to Human Rights? Considerations from the South Pacific." *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 52, 77-105, 78, 96, 103.

⁴⁸ 學者張興傑等於討論布農族的自治制度之研究與規劃時，僅將民族議會的女性參政權納入「女性權利」的議題之下進行討論。筆者以為布農族於探討自治制度的細部規則設計，有哪些傳統慣習可予以保留時，亦應將女性繼承權之保障議題納入討論議程當中。張興傑等(2005)，《原住民族自治制度之研究與規劃—布農族、賽夏族與邵族》，臺北：行政院原住民族委員會，頁89-90。

OPING WOMEN'S LAW (Tano Aschehoug. 1998).

Charlesworth, H. 1995. "Human Rights as Men's Rights." in *Women's Rights, Human Rights: International Feminist Perspectives*, edited by & Wolper J. Peters, A. London: Routledge.

Farran, Sue. 2006. Is Legal Pluralism an Obstacle to Human Rights? Considerations from the South Pacific. *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 52, 77-105.

Freeman, M.A. 1995. "The Human Rights of Women in the Family: Issues and Recommendations for Implementation of the Women's Convention." in *Women's Rights, Human Rights: International Feminist Perspectives*, edited by & Wolper J. Peters, A. London: Routledge.

Gregg, Benjamin. 2012. *Human Rights as Social Construction*. Cambridge: Cambridge University Press.

MERRY, SALLY ENGLE. 2006. *HUMAN RIGHTS AND GENDER VIOLENCE: TRANSLATING INTERNATIONAL LAW INTO LOCAL JUSTICE* Chicago: University of Chicago Press.

Richland, Justin B. 2005. "What are you going to do with the village's knowledge?" *Talking tradition, talking law in Hopi Tribal Court*. *Law & Society Review*, 39(2), 235-272.

Santos, Boaventura D. S. 2002. *Toward a New Legal Common Sense*. London: Butterworths Lexis-Nexis.

Short, Lindsay. 2014. "Tradition versus Power; When Indigenous Customs and State Laws Conflict." *Chicago Journal of International Law*, 15, 376-408.

Sierra, Maria Teresa. 2012. "The revival of Indigenous Justice in Mexico: Challenges for human rights and the state." Pp. pp.116-36 in *Law and Development*, edited by Julio Faundez. New York: Routledge.

Young, I. 1990. *Justice and the Politics of Difference* Princeton, New Jersey: Princeton University Press.

Youssef, N. 1995. "Women's Access to Productive Resources: The Need for Legal Instruments to Protect Women's Development Rights." in *Women's Rights, Human Rights: International*

- Feminist Perspectives, edited by J. & Wolper Peters, A. London: Routledge.
- Awi Mona (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81，頁86-87。
- Tanabima, Lian(2014)。〈布農族殯葬禮俗與死亡觀訪談紀實〉，《原牧》，6期，頁128-138。
- 王泰升(2012)。台灣法律史概論，臺北：元照。
- 田哲益(1996)。〈台灣原住民布農族氏族組織及功能試探〉，《台灣源流》，1期，頁77-90。
- 田哲益(1997)。〈台灣布農族的原始宗教信仰〉，《台灣源流》，5期，頁48-62。
- 田哲益(1999)。〈布農族的歲時祭儀〉，《台灣月刊》，198期，頁82-84。
- 伍睢(1990)。〈布農族的原始宗教與基督教的發展〉，《民族學研究所資料彙編》，1期，頁41-66。
- 呂秋文(1999a)。〈布農族之社會變遷與傳統文化—以台東縣海端鄉利稻村為調查中心〉，《台灣文獻》，50卷1期，頁151-238。
- 呂秋文(1999b)。〈布農族部落宗教變遷之研究—以台東縣海端鄉利稻村為調查中心〉，《台灣文獻》，50卷4期，頁219-234。
- 呂秋文(2000)。〈布農族家族結構之變遷—以台東縣海端鄉利稻村為調查中心〉，《台灣文獻》，51卷2期，頁359-407。
- 杜奉賢、張碧如(2011)。《台灣原住民族傳統性別文化專輯(上)》。臺北市：行政院原住民族委員會。
- 阮昌銳(1973)。〈地利布農族的農業經營〉，《國立政治大學邊政研究所年報》，4期，頁41-88。
- 林端(1994)。《儒家倫理與法律文化—社會學觀點的探索》。臺北：巨流。
- 林綱偉(1997)。〈梅山布農族的生活方式變遷〉，《正修學報》，10期，頁21-40。
- 張興傑等(2005)。《原住民族自治制度之研究與規劃—布農族、賽夏族與邵族》。臺北：行政院原住民族委員會。
- 畢馬(田哲益)，達西烏拉彎(2003)。《台灣的原住民—布農族》。臺北市：臺原。
- 陳怡如(2000)。〈東埔社布農族的宗教信仰變遷〉，《地理教育》，26期，頁95-112。
- 黃應貴(1981)。〈東埔社土地制度之演變——一個台灣中部布農族聚落的研究〉，《中央研究院民族學研究所集刊》，52期，頁115-149。
- 黃應貴(1982)。〈東埔社的宗教變遷——一個布農族聚落的個案研究〉，《中央研究院民族學研究所集刊》，53期，頁105-132。
- 黃應貴(1989)。〈布農族的傳統經濟及其變遷：東埔社與梅山的例子〉，《台大考古人類學刊》，46期，頁67-100。
- 黃應貴(1992)。《東埔社布農人的社會生活》。臺北市：中研院民族所。
- 黃應貴(2012a)。《文明之路第一卷：文明化下布農文化傳統之形塑(1895-1945)》。臺北市：中央研究院民族學研究所。
- 黃應貴(2012b)。《文明之路第二卷：現代化下文化傳統的再創造(1945-1999)》。臺北市：中研院民族所。
- 楊淑媛(2006)。〈人觀、治療儀式與社會變遷：以布農人為例的研究〉，《台灣人類學刊》，4卷2期，頁75-111。
- 葉家寧，布農族史篇(國史館台灣文獻館，2002)。
- 蔡志偉(2011)。〈從客體到主體：台灣原住民族法制與權利的發展〉，《台大法學論叢》，40卷特刊，頁1499-1550。
- 霍斯陸曼·伐伐(1996)。〈從傳統宗教—認識“布農族”的人文觀念〉，《原住民教育季刊》，3期，頁85-99。
- 霍斯陸曼·伐伐(1997)。《中央山脈的守護者：布農族》。新北市：稻香。
- 謝世忠、楊鈴慧、劉瑞超、李韋誠、黃昱中(2008)。《原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制第五期委託研究—布農族、邵族》。臺北：行政院原住民族委員會。
- 謝世忠、劉瑞超、楊鈴慧(2009)。《原住民族女性的律法脈絡：三個高地族群的比較》。臺北、南投：行政院原住民族委員會、國史館台灣文獻館。
- 關華山(2002)。〈布農族傳統家屋的構成與意義〉，《住宅學報》，11卷2期，頁121-158。

附件一 研究參與者的背景資料

研究參與者編號	族群	年齡	性別	學歷	居住地	日期
A	漢	67	男	專科	羅娜	2015.08.03
B	布農郡社	56	男	高中	羅娜	2015.08.03
C	布農郡社	30	男	大學	羅娜	2016.02.29
D	布農郡社	54	男	國中	羅娜	2015.12/06
E	布農郡社	59	男	高中	羅娜	2016.03.06
F	布農郡社	90	女	小學	羅娜	2016.02.20
G	布農郡社	79	女	小學	羅娜	2016.02.20
H	布農郡社	87	女	小學	羅娜	2016.02.20
I	布農郡社	74	男	小學	羅娜	2016.02.20
J	布農郡社	87	男	小學	羅娜	2016.02.20
K	布農郡社	56	女	大學	久美	2016.03.12
L	布農郡社	76	男	碩士	東埔	2016.03.12
M	布農郡社	62	女	高農	東埔	2016.03.12
N	布農卡社	67	男	國小畢	潭南	2016.03.13
O	布農郡社	65	男	碩士	羅娜	2016.03/19
P	布農巒社	61	男	高中	新鄉	2016.03.24
Q	布農巒社	54	女	碩士	明德	2016.03.28

原住民保留地該保留給誰？ 以「反亞泥還我土地運動」2000年至2015年 間之行政救濟為探討核心

陳竹上*

摘要

1973年亞洲水泥股份有限公司開始進駐及使用花蓮縣秀林鄉太魯閣族原住民保留地，引發族人無法繼續耕作之爭議。往後政商勢力雖力求塗銷族人之耕作權登記，但仍未竟其功。此一長年之爭議，族人、行政機關、亞泥三方合計經歷了3次訴願決定及4次行政訴訟判決，行政救濟程序才大致告一段落。為何族人依法主張為所有權人，必須耗費數十年的時間？本文將以此案所涉之行政救濟為核心，從中分析相關法律見解，藉以再探我國原住民保留地政策之虛實。值此新政府上路，環保署長及各界再次因亞泥採礦問題而爭議之際，盼能提供各界參考，共謀未來出路。

關鍵詞：原住民保留地、還我土地運動、特別信託關係、無權占有、多元文化

壹、前言：「反亞泥還我土地運動」簡述

1973年亞洲水泥股份有限公司(以下簡稱「亞泥」)於花蓮縣秀林鄉富士活動中心召開設廠「協調會」後，開始進駐及使用當地太魯閣族原住民保留地，引發族人無法繼續耕作之爭議。往後政商勢力雖力求塗銷族人之耕作權登記，但仍未竟其功，對亞泥而言，形成一個「至今無法清理乾淨的現場」¹。此一長年爭議之關鍵發展，在於1998年「台灣省政府原住民委員會」以保留地管理人之法定身分，依據原住民保留地開發管理辦法，向花蓮地方法院訴請塗銷族人耕作權²。在實質審理上，花蓮地方法院有鑑於被告人數頗多，故分

為兩案由兩位法官各別審理，其中一位法官認為省原民會與原住民間就原住民保留地之糾紛，屬於行政事件而應歸由行政法院管轄，普通法院之民事庭並無審判權，故以裁定駁回原告之訴³。另一位法官則認為本案普通法院之民事庭應有審判權，故進行實質審理，並於言詞辯論後於2000年8月10日宣判：駁回原告之訴，訴訟費用由原告負擔。

本案審理期間亦時值台灣政治生態二大變革：1999年1月地方制度法修正，「台灣省政府原住民委員會」因「精省」之緣故，職權由「行政院原住民委員會」承受，故本案原告亦隨之變更；本案於2000年8月由花蓮地院判決駁回原告之訴，由於2000年5月20日民主進步黨獲得總統勝選並由新內閣成員就任中央政府各職位，對於敗訴判決，行政院原民會並未於期限內提出上訴而確定，堪稱族人於司法路線的第一階段勝利⁴。

然而2000年原民會的敗訴似乎只是族人的「虛擬勝利」，因司法雖確認族人的耕作權不能被塗銷，亦即太魯閣原住民地主在亞泥廠址的耕作

* 國立高雄師範大學通識教育中心副教授

¹ 「一個沒有清理乾淨的現場」，是當時關切反亞泥還我土地運動的研究生張岱屏於論文中的用詞，因相當貼切故本文予以引用。可參考張岱屏(2000)，《看不見的土地—太魯閣族反亞泥還我土地運動的歷史、論述與行動》，國立東華大學族群關係與文化研究所碩士論文。

² 其請求權依據如原住民保留地開發管理辦法第19條：「原住民取得耕作權、地上權、承租權或無償使用權之原住民保留地，因死亡無人繼承、無力自任耕作、遷徙或轉業致不能繼續使用者，經原住民保留地土地權利審查委員會通過後，由鄉(鎮、市、區)公所收回之(第1項)。前項耕作權、地上權之登記，應訴請法院塗銷。但於存續期間屆滿後，由直轄市或縣(市)主管機關囑託登記機關辦理塗銷登記。」

³ 原住民保留地相關訴訟事件，究竟應歸由民事或行政法院審判，司法實務上意見仍有分歧，可參考湯文章(2005)，〈原住民族在訴訟法上地位之研究〉，《憲政時代》，31卷1期，頁35-59。

⁴ 詳細司法歷程可參考：陳竹上(1999)，《看不見的權利：從民族主義、族群文化與殖民歷史反思台灣原住民族財產權在國內法制中的發展》，國立東華大學族群關係與文化研究所碩士論文。

權合法存在，但2001年3月12日，依據上述確定判決，族人以耕作權人身份持農具欲前往亞泥廠址內耕作，即遭受亞泥人員阻擋於外，雙方發生肢體衝突，仍不得其門而入。數日後亞泥並寄發存證信函「譴責不法」，並表示保留法律追訴權。爾後，在義務律師團的協助下，本案轉向第二階段的法律攻防：由耕作權到所有權⁵。2004年11月17日，族人向秀林鄉公所申請由耕作權人登記為所有權人，幾經波折，直到2014年12月10日，二位族人終於取得保留地所有權狀，對此亞泥雖提起訴願，但於2015年8月遭到原民會決定不予受理⁶。

為何族人依法申請由耕作權人登記為所有權人，必須耗費十年的時間？此乃因期間族人、行政機關、亞泥三方合計經歷了3次訴願決定及4次行政訴訟判決，行政救濟程序才大致告一段落。本文將以此等行政救濟為核心，從中分析相關法律見解，藉以再探我國原住民保留地政策之虛實。值此新政府上路，環保署長及各界再次因亞泥採礦問題而爭議之際，盼能提供各界參考，共謀未來出路⁷。

貳、原住民保留地概述

一、原住民保留地之定位與考驗

原住民保留地開發管理辦法第3條規定：「本辦法所稱原住民保留地，指為保障原住民生計，推行原住民行政所保留之原有山地保留地及經依規定劃編，增編供原住民使用之保留地。」依據原住民族委員會之統計，截至2015年底，原住民保留地面積共計262700.165公頃，分佈在宜蘭、臺北、桃園、新竹、苗栗、台中、南投、嘉義、高雄、屏東、台東、花蓮等12個縣市內的

⁵ 台灣蠻野心足生態協會長年關注本案，一派請義務律師協助，可參考：謝孟羽(2014)，〈終於還我土地，盼望四十年來的正義〉，載於：台灣蠻野心足生態協會，網址：<http://zh.wildatheart.org.tw/sto-ry/66/7699>，瀏覽日：2016/12/11。

⁶ 相關程序紀要可參考：亞泥案大事記(1969至2015年)，載於台灣伴侶權益推動聯盟、蠻野心足生態協會、花蓮環保聯盟、花蓮反亞泥還我土地自救會(2015)，〈太魯閣族反亞泥還我土地運動逾20年僅兩位原民拿回土地〉，發表於「公民行動」，網址：<http://www.civilmedia.tw/archives/38150>，瀏覽日：2016/12/11。

⁷ 可參考：蘋果日報(2016年05月28日)，〈禁止國家公園採礦 環保署長李應元開第一槍〉，網址：<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20160528/37240688/>，瀏覽日：2016/12/11。

30個山地鄉及25個平地原住民鄉⁸。台灣之原住民保留地除台東縣之蘭嶼鄉外，均屬於山坡地，若非標高在一百公尺以上，便是平均坡度在百分之五以上者。然而，歷經多次不同政權，此等以原住民為本位的保留地，其定位與功能似乎都備受考驗，例如學者林秋綿曾指出：

原住民與土地的關係密切，其傳統文化、經濟等活動，皆有賴土地之供給而得以延續。理論上，臺灣本是原住民生存及活動的領域，但隨著清朝時期漢人的大量移墾，原住民的生存及活動空間，不斷的退縮。日據時代，為了資源掠奪的目的，更將原住民生存空間，縮小至八分之一左右，原住民被迫放棄傳統的生活方式。光復後，國民政府將保留地視為保障原住民生計的根據地，但事實上卻直接沿襲日據時期的舊制，當時這種「便宜行政」的做法，所能發揮的保障效果，實令人存疑：當有特殊目的使用時(例如水庫的建立、環境保育區等)，常有原住民保留地流失的現象。時至今日，原住民的專屬空間，大約僅餘保留地所在之二十餘萬公頃。綜觀整個保留地形成的歷史，即是原住民土地流失的歷程⁹。

類此，學者紀駿傑亦指出：「原住民歷經日本、國民政府之殖民統治，原本擁有台灣絕大多數的土地逐漸淪喪，而其中即使原本設計為保障原住民僅存之土地權的保留地制度，每每成為土地淪落入政府或資本家手中之掩護」¹⁰。學者蔡志偉亦認為：「保留地制度其實與資本開發、國家統治勢力間難以切割，臺灣原住民族的發展歷史，在在發生外來政權的墾殖造成部落傳統組織的崩解、土地規範體系的瓦解、政策性的集團移住，從而斷絕原住民族與土地、傳統領域與自然資源間的守護關係。1958年臺灣省民政廳開始實施山地保留地地籍測量與調查，這是臺灣原住民族社會真正因外來力量引起較基礎性的變遷，加

⁸ 取自：原住民族委員會，104年公務統計報表-原住民保留地權利分配統計(土管處)，網址：<http://www.apc.gov.tw/portal/docDetail.html?CID=575BC6B098536DB7&DID=0C3331F0EBD318C2109C03986FC5AC70>，瀏覽日：2016/12/11。

⁹ 林秋綿(1991)，〈臺灣各時期原住民土地政策演變及其影響之探討〉，《臺灣土地研究》，2期，頁23-40。

¹⁰ 紀駿傑(2005)，〈原住民研究與原漢關係—後殖民觀點之回顧〉，《國家政策季刊》，4卷3期，頁5-28。

上國內工商業開始有重大改變，因此市場經濟的觀念開始影響原住民」¹¹。

綜合上述，在在突顯出「原住民保留地政策」不斷面臨「保留地保留給誰」的質疑與檢視，也因此學者曾呼籲原住民保留地的政策落實度應被更高度地關注，例如學者官大偉指出：

台灣原住民族的還我土地運動在1993年提出「自然主權」的概念後，從早期要求政府歸還個別土地的主張，進入了重新調整國家和原住民族在土地權上之關係的訴求，在過去十幾年間，學界對於原住民族土地的研究興趣，也從保留地轉移到傳統領域、自然資源、生態知識等面向。這樣的轉變，顯示了我國對於原住民族土地權的思考進入了一個更全面、宏觀的架構，但另一方面，對於保留地在過去十幾年來發生之變化以及當前現況之瞭解的不足，也潛藏了政策設計缺乏實證參考、原住民族土地權難以落實的隱憂¹²。

類此，學者陳竹上亦表示：「近年來傳統領域訴求所受到的關注雖與日俱增，然而理應獲得更充分之制度性保障的原住民保留地，實際上是否已達成法令所宣稱保障原住民生計之政策目的，亦是一個不應被遺忘的課題」¹³。

二、原住民保留地相關法令概述

「反亞泥還我土地運動」，正是檢視「原住民保留地保留給誰」的最佳個案研究素材，並可藉此評估原住民保留地政策的落實度；綜觀歷經四十餘年的運動歷程，在在呈現出台灣原住民族土地流失的場景、脈絡與軌跡，從具體的條文內容，到這些條文如何受到政商聯盟的運作，不斷揭露出法律成為國家與財團進駐原住民保留地的工具¹⁴。以下即先就涉及本案之原住民保留地、礦業開發相關法令進行概述：

(一)從「憲法」、「山坡地保育利用條例」到「原住民保留地開發管理辦法」

我國憲法增修條文第10條第12項規定：「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之。」；原住民族基本法第20條至第24條亦揭示原住民族土地縱為國家所有，國家相關措施仍應諮詢當地原住民族之同意或參與；原住民族基本法第2條則規定原住民族土地係指原住民族傳統領域土地及既有之原住民保留地。

原住民保留地之制度沿革歷史悠遠¹⁵，現行制度則規範於「山坡地保育利用條例」第37條：「山坡地範圍內山地保留地，輔導原住民開發並取得耕作權、地上權或承租權。其耕作權、地上權繼續經營滿五年者，無償取得土地所有權，除政府指定之特定用途外，如有移轉，以原住民為限；其開發管理辦法，由行政院定之。」基於此一授權，行政院訂定發布「原住民保留地開發管理辦法」（原為「臺灣省山地保留地管理辦法」¹⁶），其中第8條規定：「原住民保留地合於下列情形之一者，原住民得會同中央主管機關向當地登記機關申請設定耕作權登記：一、本辦法施行前由原住民開墾完竣並自行耕作之土地。…」亞泥1973年準備於秀林鄉富世段及秀林段設廠之際，當地太魯閣族人已依當時的「臺灣省山地保留地管理辦法」完成耕作權設定登記¹⁷。

依照「原住民保留地開發管理辦法」第17條第1項：「依本辦法取得之耕作權或地上權登記後繼續自行經營或自用滿五年，經查明屬實者，由中央主管機關會同耕作權人或地上權人，向當地登記機關申請辦理所有權移轉登記。」以下圖一呈現原住民保留地所有權移轉登記申請流程。誠如上述，族人耕作權之合法存在已於2000年經法院確認，故族人是否符合「取得耕作權登記後繼

¹¹ Awi Mona(蔡志偉, 2009),〈氣候變遷、生態永續與原住民族社會文化發展：莫拉克風災的反思〉,《台灣原住民族研究論叢》,6期,頁27-54。

¹² 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。

¹³ 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》,台灣原住民族研究季刊,5卷2期,頁83-114。

¹⁴ 陳竹上(2010),〈他們在自己的土地上無家可歸？從「反亞泥還我土地運動」檢視台灣原住民保留地政策的虛實〉,《台灣社會研究季刊》,77期,頁97-134。

¹⁵ 可參考林佳陵(1995),《論關於台灣原住民土地之統治政策與法令》,國立台灣大學法律學研究所碩士論文。陳竹上(2002),《論我國原住民保留地之生態價值及其永續發展方向》,國立東華大學環境政策研究所碩士論文。

¹⁶ 臺灣省山地保留地管理辦法已於1991年4月10日廢止。

¹⁷ 臺灣省山地保留地管理辦法第18條：「山地人民申請登記耕作權之農地，以合於左列各款之一者為限：一、自力開墾者。二、經政府獎勵指導共同開墾後配與者。三、依第十條規定由政府配與者。四、政府出資開墾或購置配與者。五、基於繼承或其他正當原因使用者。」

續自用滿五年」之法定要件，進而依法取得所有權，或者必須適用臺灣省山地保留地管理辦法第7條第1項第1款：「山地人民對其所使用之山地保留地，應按左列規定取得土地權利：一、農地登記耕作權，於登記後繼續耕作滿十年時，無償取得土地所有權。」便成為本案歷次訴願與行政訴訟之爭議關鍵點。

(二) 租用原住民保留地採礦之相關法令概述

1. 非原住民租用原住民保留地開礦之法源

依據「原住民保留地開發管理辦法」第24條，公、民營企業或未具原住民身分者，在不妨礙國土保安、環境資源保育、原住民生計及原住民行政之原則下，為促進原住民保留地礦業之興辦，得申請鄉公所提經「原住民保留地土地權利審查委員會」審查通過，層報中央主管機關核准，並俟取得目的事業主管機關核准開發或興辦文件後，租用原住民保留地；每一租期不得超過九年，期滿後得依原規定程序申請續租。

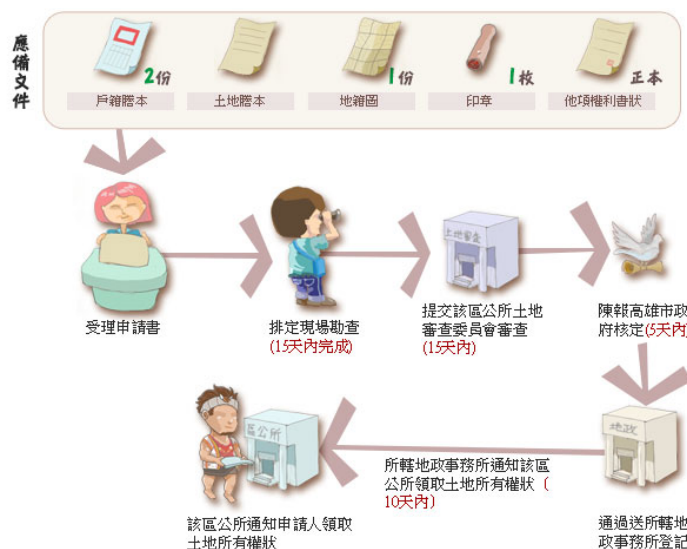
2. 礦業權者依法使用他人土地之法源

此外，礦業法第三章「礦業用地」之制度設計，亦使礦業權者為了開鑿井、隧、探採礦藏或設置其他礦業上必要之各種工事，必要時得向主管機關申請審查，就其必須使用之面積予以核定後，依法使用他人土地（第43條、第44條）；土地之使用經核定後，礦業權者為取得土地使用權，應與土地所有人及關係人協議購用或租用

（年租金應依一般正常交易價格百分之八以下定之）；不能達成協議時，雙方均得向主管機關申請調處，土地所有人及關係人不接受前項調處時，得依法提起民事訴訟，但礦業權者得於提存地價、租金或補償並申請主管機關備查後，先行使用其土地（第45條至第47條）。

三、原住民保留地及礦業開發所涉及之行政機關法定職權

依據原住民保留地開發管理辦法第2條：「本辦法所稱主管機關：在中央為行政院原住民族委員會；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府（第1項）。有關農業事項，中央由行政院農業委員會會同中央主管機關辦理（第2項）。本辦法之執行機關為鄉（鎮、市、區）公所（第3項）。」若涉及於原住民保留地採礦，則依據礦業法第5條：「本法主管機關為經濟部；為執行本法所定事項，經濟部得指定專責機關辦理。」此外，礦場用地、原住民保留地、國家公園彼此之間，亦可能發生重疊之情形，依據國家公園法第3條：「國家公園主管機關為內政部。」為此，1998年內政部、經濟部並會銜訂定及發布「國家公園區域內礦業案件處理準則」，其中第3條規定：「礦業權者在國家公園區域內申請核定礦業用地時，應依環境影響評估法有關規定辦理環境影響評估。」另依據環境影響評估法第2條：「本法所稱主管機



圖一 原住民保留地所有權移轉登記申請流程¹⁸

¹⁸ 取自高雄市政府原住民事務委員會（2016/5/28）網址：http://www.coia.gov.tw/web_tw/cms_subsidy_detail.php?id=618&n=Services&appId=Services20141002105315，瀏覽日：2016/12/11。

關：在中央為行政院環境保護署；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府。」綜合上述，當礦業開發用地與原住民保留地、國家公園重疊時，所涉及之行政機關法定職權相當多元，在中央層級即包括行政院原住民族委員會、經濟部、內政部（國家公園管理處）、行政院環境保護署；在地方層級，則包括直轄市政府、縣（市）政府、鄉（鎮、市、區）公所等，也因此使得亞泥案之行政救濟程序引發不少爭議，以下詳述之。

參、行政救濟程序分析

承上所述，2000年法院判決確認族人在亞泥廠址的耕作權合法存在後，2004年族人向秀林鄉公所申請登記為所有權人，但公所遲未作出決定，並因程序問題引發後續長達數年的行政救濟；2011年5月23日，花蓮縣政府駁回族人將保留地耕作權登記為所有權之申請，經義務律師團協助向行政院原住民族委員會提起訴願，2012年原民會作成有利於族人之訴願決定，致2014年底族人終於取得保留地所有權。2004年族人申請所有權登記起，亞泥均以參加人或訴願人之身分，反對族人取得保留地所有權。本文以下整理族人、行政機關、亞泥三方間的訴願與行政訴訟案（合計7件：3件訴願決定、4件行政訴訟判決；附表一參照），並分為「主張以秀林鄉公所為行政處分機關」（2004--2009）以及「以花蓮縣政府為行政處分機關」（2009--2015）二個時期，分析及摘錄歷次訴願決定及行政訴訟判決的重要見解。

一、「主張以秀林鄉公所為行政處分機關」時期：2004-2009

（一）臺北高等行政法院95年度訴字第02055號判決重要見解

1. 背景事實

2004年11月17日族人依照上述「原住民保留地開發管理辦法」第17條第1項，申請秀林鄉公所將耕作權登記轉為所有權，惟秀林鄉公所迄2005年8月仍未作出任何決定，依照訴願法第2條：「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法定期間內應作為而不作為，認為損害其權利或利益者，亦得提起訴願。前項期間，法令未規定者，自機關受理申請之日起為二個月。」在義務律師的協助下，族人因此向花蓮縣政府提起訴願。2006年3月3日花蓮縣政府以94訴字第31號訴願決定要求秀林鄉公所應於接獲決定書後

30日內，為準否之處分。但秀林鄉公所仍遲未於期限內作成准否之處分，族人因此以秀林鄉公所為被告，向臺北高等行政法院提起行政訴訟。

2. 法院重要見解：應以花蓮縣政府（行政處分作成者）為被告

本案法院認為：原住民保留地耕作權或地上權登記後是否得辦理所有權移轉登記，端視其是否符合原住民保留地開發管理辦法第17條第1項規定「繼續自行經營或自用滿5年」之要件。審查程序上，原住民保留地開發管理辦法第2條第3項僅規定「本辦法之執行機關為鄉（鎮、市、區）公所。」並由公所設置「原住民保留地土地權利審查委員會」審查原住民保留地所有權移轉申請案件，但審查後仍應陳報縣（市）政府核定，方能決定是否准予所有權移轉登記（第6條參照¹⁹）；此外，「原住民保留地各種用地申請案授權事項及申請作業要點」第5條亦規定：「原住民於設定耕作權、地上權登記滿5年申請所有權移轉登記之申請案件，由鄉（鎮、市、區）公所審查後陳報縣（市）政府核定。」從而法院認為秀林鄉公所依規定僅為地方執行機關，應於受理申請後，提請「原住民保留地土地權利審查委員會」進行審查，並將該委員會之審議結果，報請縣政府核定，故准否之核定權限應在花蓮縣政府。本案原告向非主管機關之秀林鄉公所提起行政訴訟，請求判令秀林鄉公所應作成准許登記土地所有權予族人之處分，其起訴欠缺請求權基礎，於法律上為無理由，應予駁回。

（二）最高行政法院98年度判字第1205號判決重要見解

1. 再次認定保留地申請案之准否核定權限在花蓮縣政府

法院認為關於保留地所有權移轉登記之申請案件，雖由公所負責審查，並可建議核准與否，但負責核定之上級主管機關（縣市政府）並不受其拘束；甚且公所將其受理之申請案件送請「原住民保留地土地權利審查委員會」（以下簡稱「土審會」）審查後，如果該委員會不提出任何審查意見，公所仍可以逕行報請上級主管機關審查核定（原住民保留地開發管理辦法第6條第3項參照）。

¹⁹ 原住民保留地開發管理辦法第6條第3項：「原住民保留地申請案件應提經原住民保留地土地權利審查委員會審查者，鄉（鎮、市、區）公所應於受理後一個月內送請該委員會審查；委員會應於一個月內審查完竣，並提出審查意見，屆期未提出者，由鄉（鎮、市、區）公所逕行報請上級主管機關核定。」

本案秀林鄉公所土審會未作成准否之決議，僅係彙整各土審委員意見（計5位委員，僅有一位明示無法通過，其他4位則未表示可否），並依作業程序陳報花蓮縣政府核定。原住民保留地開發管理辦法第6條第3項規定，縱使土審會不提出任何審查意見，秀林鄉公所亦可以逕行報請花蓮縣政府審查核定，則秀林鄉公所既已召開會議彙整各土審委員意見，並檢附會議紀錄、審查清冊、系爭土地會勘紀錄及照片，陳報花蓮縣政府核定，花蓮縣政府即負有審查核定之權責。由此可知，花蓮縣政府2006年3月3日以94訴字第31號訴願決定，要求秀林鄉公所應於接獲決定書後30日內為准否之處分，與法令規範未符。

2. 花蓮縣政府若逾期未作成決定，申請人應先提起訴願

法院認為秀林鄉公所既然已依法陳報花蓮縣政府核定，則申請人可待花蓮縣政府核定結果，再決定是否提起行政救濟，亦可以其怠於作為已逾法定期間，依訴願法第2條提起課予義務訴願。本案因原告向非主管權責機關之秀林鄉公所提起本件行政訴訟，請求判令秀林鄉公所應作成准許申請人登記為所有權人之處分，欠缺訴訟實益，因此駁回上訴²⁰。

二、「以花蓮縣政府為行政處分機關」時期：2009-2015

（一）原民會101年原民訴字第1010055207號訴願決定

1. 背景事實

由於最高法院已認定保留地申請案之准否核定權限在花蓮縣政府，對於移轉所有權之申請案，花蓮縣政府於2011年5月23日以府原地字第1000088384號、府原地字第1000086513號函，適用原住民保留地開發管理辦法第17條，以「他人（亞泥）尚在占有使用」為由，予以駁回。為此，申請人遂依照訴願法第4條第3款：「不服縣（市）政府之行政處分者，向中央主管部、會、行、處、局、署提起訴願。」向行政院原住民族委員會對花蓮縣政府提起訴願。

2. 程序安排

值得關注的是，本案訴願審議委員會因考量多元文化與各方權益，在程序上有如下之安排：

²⁰ 本案族人一方曾主張：本件屬多階段行政處分類型，公所前階段之行政行為已直接對外發生法律效果，申請人自得對花蓮縣秀林鄉公所為被告，對該行政處分提起行政救濟。惟未受法院採納。

（1）通知秀林鄉公所參加訴願程序

秀林鄉公所雖僅係本案行政處分之前階段輔助機關，訴願審議委員會仍函請其依訴願法第28條參加本件訴願案，惟未出席²¹。

（2）召開言詞辯論並同意第三人列席

本案訴願審議委員會依訴願人之申請，依訴願法第65條同意召開言詞辯論，並依訴願法第67條第1項同意江○○（訴願人申請）、亞洲水泥股份有限公司（花蓮縣政府申請）列席言詞辯論程序，協助確認相關書證之真偽²²。

（3）安排通譯以保障訴願人之程序利益

本案訴願審議委員會考量訴願人有不諳國語者，且訴願審議委員亦不通曉訴願人所習於使用之族語（太魯閣族太魯閣語系），故依原住民族基本法第30條之規定，於行政救濟之言詞辯論程序中置有通譯，以保障訴願人之程序利益。

3. 原民會訴願審議委員會重要見解：

本案行政院原住民族委員會（原民會）於2012年10月19日以101年原民訴字第1010055207號訴願決定，撤銷花蓮縣政府駁回移轉申請之原處分，並要求花蓮縣政府於2個月內另為適法處分，相關重要見解如下：

（1）再次認定花蓮縣政府為保留地申請案之行政處分機關

本案原民會認為：原住民保留地之所有權移轉事項，依法應由原住民保留地所在之花蓮縣秀林鄉公所設置土審會，審查相關事證、提出審查意見、作成審議結果，報請上級主管機關核定。土審會之性質並非秀林鄉公所組織法中之內部單位，於實體法上亦未享有事務管轄權限，僅係秀林鄉公所調查事實、提出意見、形成結論等程序行為之行政助手。土審會之審查意見、審議結果，均係秀林鄉公所彙整報請上級主管機關之內部意見，並無法律上之拘束力。

本案由花蓮縣政府於100年5月23日以府原地字第1000088384號、府原地字第1000086513號函（以下稱系爭處分）復秀林鄉公所，再行轉知訴願人，僅送達訴願人之過程，係由秀林鄉公所充當花蓮縣政府之行政助手，向訴願人轉達花

²¹ 訴願法第28條規定：「與訴願人利害關係相同之人，經受理訴願機關允許，得為訴願人之利益參加訴願。受理訴願機關認有必要時，亦得通知其參加訴願。訴願決定因撤銷或變更原處分，足以影響第三人權益者，受理訴願機關應於作成訴願決定之前，通知其參加訴願程序，表示意見。」

²² 訴願法第67條第1項規定：「受理訴願機關應依職權或囑託有關機關或人員，實施調查、檢驗或勘驗，不受訴願人主張之拘束。」

蓮縣政府否准之意思表示，因此不宜形式上片面認定秀林鄉公所為原處分機關，應參照訴願法第13條但書「上級機關本於法定職權所為之行政處分，交由下級機關執行者，以該上級機關為原行政處分機關」之意旨，探究作成行政處分之機關為花蓮縣政府，再據以認定訴願管轄機關為行政院原民會，以避免犧牲訴願人之行政救濟利益，或使行政自我審查之機制流於表面²³。

(2) 本案應類推適用現行法之法律效果

本案二位族人係依臺灣省政府1966年1月5日修正發布之「臺灣省山地保留地管理辦法」(簡稱舊法)，於1968年11月6日、1969年12月31日設定耕作權，而該辦法已於1991年4月10日廢止，並由行政院發佈「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」取代之)。舊法規定取得耕作權後繼續自用滿十年方可申請辦理所有權移轉登記，現行法則已縮短為五年。

本案訴願決定認為：本於平等原則、信賴保護、誠實信用原則及原住民保留地之制度目的，倘原處分機關本於職權調查訴願人自設定耕作權以來，業曾自行經營或利用滿五年，且無其他應收回事由，原處分機關應類推適用現行原住民保留地開發管理辦法第17條第1項之法律效果，作成使訴願人取得系爭土地所有權之行政處分。

(3) 耕作權不因存續期間屆滿或拋棄而自動失效

本案二位族人於1968年11月6日、1969年12月31日設定耕作權時，權狀上有存續期間10年之記載，但訴願決定認為：耕作權不因存續期間屆滿而自動失效，耕作權係因取得所有權而失效，山坡地保育利用條例第37條亦未限制取得期間。又耕作權之拋棄，屬處分物權之法律行為，依民法未經登載於土地登記簿即不生物權效力，因此訴願人之耕作權迄今仍有效存在。

²³ 原民會訴願決定認為秀林鄉公所及其土審會屬於花蓮縣政府之「行政助手」，容有疑義，或許稱之為「下級執行機關」，較為適切。所謂行政助手(行政輔助人)，乃是受行政機關委託，在行政機關指示下，協助行政機關處理行政事務之私人，例如：義勇警察或義勇消防隊員。由於行政輔助人不具獨立之地位，其並非以自己之責任執行行政任務，故其行為應屬於行政機關行為之一部分，並非獨立之行政行為，其輔助行為之法律效果並非歸屬於輔助人，而是歸屬於被輔助之行政機關。行政助手之地位得因私人與行政機關間之委任、承攬、僱傭、租賃等關係而成立。由此觀之，秀林鄉公所及其土審會尚非一般行政法學所稱之「行政助手」。可參考：張文郁(2002)，行政輔助人(行政助手)，月旦法學教室，12卷2期，頁18-19。

(4) 耕作權人申請登記取得所有權並無時效限制

行政程序法第131條第1項雖規定：「公法上之請求權，除法律有特別規定外，因五年間不行使而消滅。」，惟本案訴願決定認為：並非任何公法上之請求權均適用公法上之消滅時效，實務認為「行政機關對人民之公法上請求權」、「人民對行政機關主張之公法上金錢給付請求權」，方有公法上消滅時效之適用，故公法上之消滅時效並非絕對。細觀「原住民保留地開發管理辦法」，在在彰顯主管機關負有「協助原住民取得應有之土地權利之義務」，故原處分機關不得以訴願人已罹於公法上之消滅時效為由，再行駁回訴願人移轉所有權登記之申請。

(5) 原住民保留地制度係國家與原住民族間之特別信託關係

值得關注的是，本案訴願決定認為：我國原住民保留地制度係國家本於特別之信託關係，立於類似監護人之地位，為原住民族之利益管理原住民保留地，參考與我國原住民保留地類似制度之加拿大，其聯邦最高法院判決Guerin et al. v. R.曾表示²⁴：「如將原住民族傳統土地權視為一項個人的用益權或不動產所有權，實際上是無助於理解該項權利內容，因為以普通法有關財產權原則來表徵該項權利，原本就是不妥適的方法。原住民族土地權的本質，賦予國家一項強制執行的信託責任。」如此解釋不但符合國際潮流，亦符合我國憲法增修條文第10條第12項、原住民族基本法、山坡地保育利用條例第37條、公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法中有關土地權利之規範意旨。

(二) 臺北高等行政法院101年度訴字第1997號判決

1. 背景事實

基於以上理由，原民會以101年原民訴字第1010055207號訴願決定，撤銷花蓮縣政府駁回二位族人移轉所有權申請之行政處分，並要求原處分機關於2個月內另為適法處分。對此，亞洲水泥依行政訴訟法第4條第3項：「訴願人以外之利害關係人，認為第一項訴願決定，損害其權利或法律上之利益者，得向行政法院提起撤銷訴訟。」以行政院原住民族委員會為被告，提起行政訴訟請求法院撤銷原民會之訴願決定，以免花蓮縣政府依訴願決定意旨另為准予二位族人登記所有權

²⁴ 詳參Awi Mona(蔡志偉, 2011),《原住民委員會出版之原住民族權利的變遷與發展：美國、澳洲、紐西蘭、加拿大與國際組織之判決選輯及解說》，頁253以下，行政院原住民族委員會出版。

之行政處分。本案法院同意二位族人(原訴願人)為參加人,並於2013年10月3日駁回原告亞泥之訴。

2. 法院重要見解

(1)保留地所有權人變更,並不影響礦業權人「法律上之利益」

法院認為:上述行政訴訟法第4條第3項所稱「法律上之利益」,乃指法律上之利害關係而言,不包括事實上之利害關係者在內(行政法院75年判字第362號判例可資參照)。原告(亞泥)前此依「臺灣省山地保留地管理辦法」第33條規定,已申准取得租用山地保留地之權利(範圍包括本案土地在內),除非該授益行政處分後遭廢止,否則並不因土地所有權由中華民國移轉予參加人(二位族人)而受影響。

況且原告合法使用系爭土地之權源乃係基於其與秀林鄉公所間之租賃契約,故系爭土地所有權人日後縱有變更,亦屬原告與新所有權人另為協議之問題,縱令原告與新所有權人不能達成協議,然原告既為合法礦業權人,領有經濟部核發「臺濟採字第伍伍號採礦執照」(採礦權有效期間自46年11月23日起至106年11月22日止),依礦業法第47條規定,原告得於提存租金並申請主管機關備查後,先行使用土地,其占有使用系爭土地之權益,不受土地所有權人更迭與出租意願之影響。

(2)原民會之訴願決定並未直接導致保留地所有權人變更

法院同時認為:原民會之訴願決定乃是要要求原處分機關(花蓮縣政府)調查族人取得耕作權後,是否有繼續自行經營或自用滿5年,因為從既有資料原民會仍無法判斷;況且亞泥對於其與秀林鄉公所簽訂租賃契約後,究係何時以圍籬實際占有使用系爭土地,亦表示尚須查明確認,足見此部分事實確有未明,故原民會責請花蓮縣政府再為調查並重為處分之結果即屬未定,難認訴願決定撤銷原處分之結果,將直接導致亞泥之權利或法律上利益受有損害。

(三)最高行政法院103年度判字第156號判決

亞泥對於臺北高等行政法院上述判決仍表不服,提起上訴,最高行政法院於2014年3月27日駁回,主要理由為:(1)訴願決定並未造成本案土地所有權人由目前之中華民國移轉於族人法律效果,亦未變動土地目前之使用狀態。(2)花蓮縣政府雖以原處分駁回族人土地所有權移轉登記申請,亞泥因此免生採礦用地之使用權爭議,

但此等利益僅為原處分所生之反射效果,屬事實利益,尚非屬法律上利害關係。縱使原民會之訴願決定將導致日後土地所有權人改變,使亞泥無法再行使向秀林鄉公所租用系爭土地之權利,亦非行政訴訟法第4條第3項所稱「法律上之利益」。

(四)原民會原民法字第10400431031號訴願決定

1. 背景事實

如前所述,原民會於2012年撤銷花蓮縣政府駁回族人所有權登記申請之原處分,並要求花蓮縣政府於2個月內另為適法處分,並引發亞泥提起行政訴訟,至2014年3月亞泥敗訴確定,原民會訴願決定獲得維持。2014年10月31日,族人再次檢附相關事證,要求花蓮縣政府准予所有權移轉登記,同年12月10日,縣政府認定二位族人於1968年至1969年間已就土地取得耕作權,並持續耕作至亞泥與鄉公所簽訂租賃契約後半年,立起圍牆為止(1975年2月),均已自耕滿5年,符合現行原住民保留地開發管理辦法第17條第1項之規定,從而核准保留地所有權登記予兩位族人,並發放所有權狀。為此,亞泥再向原民會提起訴願,原民會於2015年8月6日以原民法字第10400431031號決定訴願不受理。

2. 原民會訴願審議委員會重要見解

(1)亞泥並非得提起訴願之利害關係人

本案訴願決定認為:訴願法第18條雖規定利害關係人得提起訴願,但該利害關係人係指法律上之利害關係人而言,亦即其權利或法律上利益因行政處分而直接受有損害者,若僅具經濟上、情感上或其他事實上之利害關係者,並不屬之(參照改制前行政法院75年判字第362號判例、臺北高等行政法院91年度訴字第4539號判決)。

訴願人領有經濟部核發臺濟採字第伍伍號採礦執照(採礦權有效期間自46年11月23日起至106年11月22日止),依照礦業法第47條規定,礦業權者為取得土地使用權,應與土地所有人協議;不能達成協議時,雙方均得向主管機關申請調處。故原處分並不影響亞泥受法律所保護之利益,僅因土地所有權人變更後將產生續約磋商之事實上不利益,亞泥所主張之利益受侵害,僅屬反射利益。

(2)申請人符合「繼續經營滿5年」要件時,即不待登記無償取得所有權

本案訴願決定認為:山坡地保育利用條例第37條規定:「山坡地範圍內山地保留地,輔導原住民開發並取得耕作權、地上權或承租權。其耕作權、地上權繼續經營滿5年者,無償取得土地

所有權…。」依條文文義及立法意旨觀之，原住民保留地耕作權、地上權人，於法律所規定之事由「繼續經營滿5年」發生時，即發生「無償取得土地所有權」之物權變動效力（法務部93年11月10日法律決字第0930043946號函意旨參照），惟對於「繼續經營滿5年」之原因事實存在，須負舉證責任。準此以言，原住民保留地開發管理辦法第17條第1項作為山坡地保育利用條例第37條授權訂定之補充規定，自不得增加法律所無之限制，故其規定之「所有權移轉登記」應僅係為符合物權公示制度（民法第759條參照），而非取得土地所有權之生效要件（法務部103年8月6日法律字第10303508300號函說明三）。

故依據原住民保留地開發管理辦法第17條第1項所為之核准或駁回處分，僅係釐清申請人與中華民國間之原住民保留地所有權歸屬，於申請人符合「繼續經營滿5年」要件時，申請人即不待登記無償取得所有權，亦即申請人係基於山坡地保育利用條例第37條規定取得所有權，是以系爭行政處分之效力並未造成所有權移轉之效果，亦未變動原住民保留地之使用現況，僅係為符合物權公示制度而為之處分。

(3) 族人取得土地所有權後，非溯及生效，而是自登記時起向後取得所有權之公示

本案訴願決定認為：綜觀原住民保留地之制度規範，耕作權為定限物權，經原住民於原住民保留地上投入勞力一定時間後，進而取得完全物權，據以合法回復土地權利、保障生存權。因此族人取得土地所有權後，非溯及生效，而是自登記時起向後取得所有權之公示。原處分所為之所有權移轉登記僅為宣示登記，並未變動系爭土地之使用狀況，故不會使亞泥現存之權益產生影響。

肆、結論：本案於程序面及實體面的指標意義

2000年法院判決確認族人在亞泥廠址的耕作權合法存在後，2004年族人向秀林鄉公所申請登記為所有權人，為此經歷了3次訴願決定及4次行政訴訟判決，截至2014年底族人終於取得保留地所有權。本文以下整理族人、行政機關、亞泥三方間歷次的訴願與行政訴訟案，歸結具有指標意義之關鍵點、本案後續法律問題、相關建議如下：

一、程序面

(一) 保留地行政救濟程序之釐清

本案第一時期族人「主張以秀林鄉公所為行政處分機關」(2004-2009)，耗費五年有餘，方確認關於原住民保留地之權利取得申請，應以花蓮縣政府為行政處分機關，這一方面突顯地方主管機關在保留地法令與制度面之掌握不足、缺乏共識，一方面也呈現出司法機關無行政解釋或判決先例可循之窘境，在在顯示原住民保留地爭議過去可能未獲妥善周延處理，截至本案義務律師團堅持行政救濟，方使得救濟程序趨於明朗²⁵。以本案而言，法院如認為依法原住民保留地之權利取得申請應以縣政府為行政處分機關，本於原住民族基本法第30條關於政府實施司法與行政救濟程序，應尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化及價值觀，保障其合法權益等著重跨文化溝通之精神，法院宜更充分行使闡明權，公開心證表明法律見解，避免動輒耗時數年之司法程序²⁶。

(二) 釐清土審會定位，確認保留地爭議之訴願管轄機關為行政院原民會

本案原民會訴願決定已確認土審會之性質並非公所組織法中之內部單位，於實體法上亦未享有事務管轄權限，僅係公所調查事實、提出意見、形成結論等程序行為之法定組織。土審會之審查意見、審議結果，均係公所彙整報請上級主管機關之內部意見，並無法律上之拘束力。參照訴願法第13條但書「上級機關本於法定職權所為之行政處分，交由下級機關執行者，以該上級機關為原行政處分機關」之意旨，關於原住民保留地之權利取得申請，作成行政處分之機關為直轄市、縣(市)政府，訴願管轄機關為行政院原民會，如此亦可避免訴願制度之行政自我審查機制流於表面，亦即公所及其土審會之審查意見、審議結果，若仍交由同為地方政府之直轄市、縣

²⁵ 學者曾在太魯閣區域的田野調查中發現，在這幾個土地權利申請階段的落實過程中，以下幾種典型的糾紛常常發生：總登記之有無、他項權利遭受侵害、所有權遭受侵害，請參考：羅永清(2012)，〈原住民保留地糾紛類型芻議與司法判解的民間理解：太魯閣區域的例子〉，《文化研究月報》，132期，頁88-101。亞泥案之發展，應有助於釐清此等案件未來之救濟程序。

²⁶ 例如學者王泰升認為：1990年代修憲後，原住民族成為政治及法律上主體，也有不少法律基於保障原住民族集體性權利而修正或制定，但在執行上仍有缺憾。唯有國家法能適度尊重或納入原住民族法律文化，法的統治才對其有意義。請參考：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〉，《臺大法學論叢》，44卷4期，頁1639-1704。

(市)政府審議訴願案件，相較於交由中央政府之原民會，其監督及糾正能量將有所落差，導致犧牲族人之行政救濟利益。

(三)保留地爭議之救濟程序應充分考量多元文化與各方權益

本案原民會訴願審議委員會因考量多元文化與各方權益，運用訴願法、原住民族基本法而在程序上之特別安排，值得未來審理其他原住民保留地行政救濟時參考，例如通知實地查核之秀林鄉公所參加訴願程序、召開言詞辯論並同意第三人列席、安排通譯以保障族人之程序利益等。

二、實體面

(一)原民會應評估核准亞泥租用保留地之處分是否廢止或於續租時重審

亞泥之所以得以非原住民身分租用保留地，係因其1974年依「臺灣省山地保留地管理辦法」第33條之申請獲得臺灣省政府之核准(臺灣省政府民政廳63年3月11日民丁字第4294號函)，並據此授益行政處分與該保留地當時之所有權人(即中華民國)之執行機關秀林鄉公所簽訂租賃契約。本案法院雖表示：除該核准租用之授益行政處分經廢止，否則亞泥之租用權並不因保留地所有權之移轉而受影響，然而如今族人已合法取得部分亞泥廠址所在之保留地所有權，與亞泥1974年申請時所有權人為中華民國迥異，基於原住民保留地保障原住民生計、推行原住民行政之政策目的，此一延續40年之授益行政處分是否已因情事變更而須廢止，中央主管機關應審慎評估。

此外，亞洲水泥得以持續租用原住民保留地作為礦場，係依據原住民保留地開發管理辦法第24條第2項、第4項：「...申請該管鄉(鎮、市、區)公所提經原住民保留地土地權利審查委員會審查通過，層報中央主管機關(行政院原住民族委員會)核准後，租用原住民保留地；每一租期不得超過九年，期滿後得依原規定程序申請續租。」既然九年期滿後亞泥應依「原規定程序」申請續租，則法令解釋上是否應再次獲得土審會通過、原民會核准？秀林鄉公所是否可拒絕續約？亟待主管機關審慎研議。

值得注意的是，當年之威權及戒嚴時代，政府核准亞泥租用原住民保留地作為礦場，今日亦須接受轉型正義之檢驗。例如，審視「亞洲水泥公司申請租用富世、秀林段山地保留地土地使用第一次召開協調會紀錄簿」時，可發現1973年6

月14日在秀林鄉富世活動中心的所謂「協調會」，不啻正是政商聯盟向太魯閣原住民代言工業資本主義的歷史場景²⁷。就此，由民主進步黨立法院黨團提案之促進轉型正義條例草案第1條第2項規定：「威權統治時期違反自由民主憲政秩序之不法行為與結果，其轉型正義相關處理事宜，依本條例規劃之。」²⁸本案當年政府核准亞泥租用原住民保留地作為礦場，是否屬於威權統治時期違反自由民主憲政秩序之不法行為與結果，而有轉型正義之適用，亦深值探究²⁹。

(二)亞泥是否與新所有權人訂約及無權占有問題應受關注

在原民會廢止其核准亞泥承租保留地之行政處分前，目前因族人已合法取得部分亞泥廠址所在之保留地所有權，故亞泥除與秀林鄉公所間訂立租賃契約外，亦必須與新所有權人另為協議、訂約，否則即屬無權占有。在上述訴訟過程中，亞泥曾主張若土地所有權遭移轉與第三人，將導致其對於系爭土地之合法占有陷於無權占有之狀態，可能因無權占用而負擔損害賠償責任、遷讓返還系爭土地之法律上風險。此等問題，因確認族人已於1973至1974年間取得所有權，值得一一檢視。

(三)族人取得土地所有權之時點為何必須釐清

誠如上述，本案原民會訴願決定(原民法字第10400431031號)引用法務部函示，認為因山

²⁷ 例如：協調會紀錄第5、6頁中，花蓮縣政府代表的發言中一開始就提到：「亞泥公司決定在花蓮設廠及採原料，縣政府表示熱忱之歡迎...，如把這些利用價值差之土地，由亞泥徵收租用...」；而亞泥代表石經理於此之後也再次發言道：「至於土地被徵收後，如本廠方未即時使用該地，理由現土地使用者提出申請借用，由鄉公所受理，並保證以避免將來收回之困難。」按亞泥是以民間企業的私人身分，來和地主進行協調，私人企業有何依據而得以行使國家公權力的徵收行為？足見在雙方的認知中，已經主客易位，試圖來向原住民承租土地者變成保留地的強行徵收者，民營企業的私人協商亦變成政府機關的政令下達。詳參：陳竹上(2010)，〈他們在自己的土地上無家可歸？從「反亞泥還我土地運動」檢視台灣原住民保留地政策的虛實〉，《台灣社會研究季刊》，77期，頁115以下。

²⁸ 請參考：立法院第9屆第1會期第7次會議議案關係文書，院總第1215號，委員提案第18785號，網址：http://lci.ly.gov.tw/LyLCEW/agenda1/02/pdf/09/01/07/LCEWA01_090107_00045.pdf，瀏覽日：2016/12/11。

²⁹ 亦有學者指出：原住民族的轉型正義不論是否在促轉條例中設置專章，或是另立專法，都必須要在波轉型正義的工程中一併討論。請參考：陳旻園(2016)，〈轉型正義的思考與實踐〉，《台灣原住民族研究學報》，6卷3期，頁145-160。

坡地保育利用條例第 37 條規定「…耕作權、地上權繼續經營滿 5 年者，無償取得土地所有權…。」故原住民保留地耕作權人係於符合法定事由「繼續經營滿 5 年」時即發生「無償取得土地所有權」之物權變動效力；至於原住民保留地開發管理辦法第 17 條第 1 項規定之「所有權移轉登記」，僅係為符合物權公示制度，而非取得土地所有權之生效要件。此一論點亦符合民法第 759 條規定：「因繼承、強制執行、徵收、法院之判決或其他非因法律行為，於登記前已取得不動產物權者，應經登記，始得處分其物權。」按原住民保留地耕作權人並非因法律行為而取得不動產所有權，並不適用民法第 758 條非經登記不生效力之規定，僅係應經登記始得處分其物權。

然而，上述原民會訴願決定亦表示：「綜觀原住民保留地之制度規範，耕作權為定限物權，經原住民於原住民保留地上投入勞力一定時間後，進而取得完全物權，據以合法回復土地權利、保障生存權。因此族人取得土地所有權後，非溯及生效，而是自登記時起向後取得所有權之公示。」所謂「向後取得所有權之公示」，應係指登記後始得處分而言（例如移轉他人³⁰）。本案族人於 1968 年至 1969 年間已就土地取得耕作權，並於 1973 至 1974 年間符合自耕滿 5 年之法定要件，當時即取得所有權，直到 1975 年 2 月亞泥與鄉公所簽訂租賃契約後半年立起圍牆，才放棄耕作。亞泥自始僅以中華民國為保留地所有權人，取得占有，就族人已取得所有權部分，從未協商訂約或依礦業法所訂程序取得土地使用權，其無權占有應自立起圍牆設廠當時即已發生，持續四十餘年。

（四）礦業權是否展延之後續思考

本案亞泥對於族人土地之無權占有部分（包含其他設廠前已自耕滿五年但未取得所有權登記之族人），自 1975 年設廠起至今，應依不當得利返還相當於租金之地主損失³¹；所有權人並得要求

亞泥租用或返還土地³²，但因亞泥為合法礦業權人，領有經濟部核發「臺濟採字第伍伍號採礦執照」，如與所有權人不能達成協議，依礦業法第 47 條規定，得於提存租金並申請主管機關備查後，先行使用土地。本案亞泥採礦權有效期間自 1957 年 11 月 23 日起至 2017 年 11 月 22 日止，屆時是否再予延展，主管機關應納入族人權益，審慎研議，畢竟亞泥礦區約 442 公頃，其中約 174 公頃為原住民保留地。誠如上述，當礦業開發用地與原住民保留地、國家公園重疊時，所涉及之行政機關法定職權相當多元，在中央層級即包括行政院原住民族委員會、經濟部、內政部（國家公園管理處）、行政院環境保護署。

就環境影響評估而言，礦業開採若是舊案展延無須申請環評，且亞洲水泥於太魯閣採礦係早於 1986 年太魯閣升格為國家公園，並且早於環境影響評估法通過之 1994 年，從而只要向經濟部礦務局申請展延通過，不須進行環評，即可持續採礦，一期二十年³³。就國家公園而言，依據國家公園區域內礦業案件處理準則第 7 條規定：「國家公園區域範圍劃定前依法設定礦業權之既有開採中之礦區，申請展限礦業權時，礦業主管機關應徵詢國家公園管理處之意見，作為審核之參據。」就原住民保留地而言，誠如上述，「核准亞泥承租」之授益行政處分是否廢止、九年期滿後亞泥依「原規定程序」申請續租，是否應再次獲得土審會通過、原民會核准？秀林鄉公所是否可拒絕續約？凡此行政職權之運作，均值得儘早審慎研議，以期實現原住民保留地之政策價值。

參考文獻

- Awi Mona (蔡志偉, 2009), 〈氣候變遷、生態永續與原住民族社會文化發展：莫拉克風災的反思〉, 《台灣原住民研究論叢》, 6 期, 頁 27-54。
- Awi Mona (蔡志偉, 2011), 《原住民族委員會出版之原住民族權利的變遷與發展：美國、澳

³⁰ 原住民保留地開發管理辦法第 18 條第 1 項：「原住民取得原住民保留地所有權後，除政府指定之特定用途外，其移轉之承受人以原住民為限。」

³¹ 監察院本案調查報告（監察院台邊字 862700098 號函）曾特別就租金部分指出：「按土地之租金係以公告地價為計算之基準，而公告地價係地政機關，依法定程序辦理查定之結果，自不可能年年變動。惟查本案出租土地面積未變動之情形下，租金竟然年年各異，在檢視租金收入情形，有六十九年一百三十一萬三千五百十元，七十年驟降為二十八萬六千三百三十元之情事；復有七十年至七十六年租金，未達三十萬元，竟不及六十五年、六十六年

之半數，期間是否涉有不忠不法，應請審計部就其統收統支之細目詳與審核，以杜不法。」

³² 民法第 767 條：「所有人對於無權占有或侵奪其所有物者，得請求返還之。對於妨害其所有權者，得請求除去之。有妨害其所有權之虞者，得請求防止之。前項規定，於所有權以外之物權，準用之。」若依照第 2 項，擁有耕作權登記之族人，亦得主張遭亞泥無權占有。

³³ 可參考：聯合報（2016 年 05 月 26 日），〈李應元開「空氣槍」：太魯閣禁亞泥採礦〉，網址：<http://udn.com/news/story/9860/1720046>，瀏覽日：2016/12/11。

- 洲、紐西蘭、加拿大與國際組織之判決選輯及解說》，頁253以下，行政院原住民族委員會出版。
- 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〉，《臺大法學論叢》，44卷4期，頁1639-1704。
- 台灣伴侶權益推動聯盟、蠻野心足生態協會、花蓮環保聯盟、花蓮反亞泥還我土地自救會(2015)，《太魯閣族反亞泥還我土地運動逾20年 僅兩位原民拿回土地》，發表於「公民行動」，網址：<http://www.civilmedia.tw/archives/38150>
- 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(1995)，《論關於台灣原住民土地之統治政策與法令》，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。
- 林秋綿(1991)，〈臺灣各時期原住民土地政策演變及其影響之探討〉，《臺灣土地研究》，2期，頁23-40。
- 紀駿傑(2005)，〈原住民研究與原漢關係—後殖民觀點之回顧〉，《國家政策季刊》，4卷3期，頁5-28。
- 張岱屏(2000)，《看不見的土地—太魯閣族反亞泥還我土地運動的歷史、論述與行動》，國立東華大學族群關係與文化研究所碩士論文。
- 張文郁(2002)，〈行政輔助人(行政助手)〉，《月旦法學教室》，12卷2期，頁18-19。
- 陳竹上(1999)，《看不見的權利：從民族主義、族群文化與殖民歷史反思台灣原住民族財產權在國內法制中的發展》，國立東華大學族群關係與文化研究所碩士論文。
- 陳竹上(2010)，〈他們在自己的土地上無家可歸？從「反亞泥還我土地運動」檢視台灣原住民保留地政策的虛實〉，《台灣社會研究季刊》，77期，頁97-134。
- 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〉，《台灣原住民族研究季刊》，5卷2期，頁83-114。
- 陳竹上(2002)，《論我國原住民保留地之生態價值及其永續發展方向》，國立東華大學環境政策研究所碩士論文。
- 陳昱園(2016)，〈轉型正義的思考與實踐〉，《台灣原住民族研究學報》，6卷3期，頁145-160。
- 湯文章(2005)，〈原住民族在訴訟法上地位之研究〉，《憲政時代》，31卷1期，頁35-59。
- 謝孟羽(2014)，《終於還我土地，盼望四十年來的正義》，載於：台灣蠻野心足生態協會，網址：<http://zh.wildatheart.org.tw/story/66/7699>
- 羅永清(2012)，〈原住民保留地糾紛類型芻議與司法判解的民間理解：太魯閣區域的例子〉，《文化研究月報》，132期，頁88-101。

附表一：族人、行政機關、亞泥三方間的訴願與行政訴訟案一覽表

決定日裁判日	案號	訴願人 原告／上訴人	被訴願機關 被告／被上訴人	參加人	結果
2004/11/17 族人申請秀林鄉公所將耕作權轉為所有權登記，惟秀林鄉公所迄2005年8月仍未作出任何決定，族人因此提起訴願。					
2006/03/03	花蓮縣政府94訴字第31號訴願決定	族人	秀林鄉公所	無	公所應於接獲決定書後30日內，為準否之處分。
秀林鄉公所仍遲未於期限內作成准否之一定處分，族人因此提起行政訴訟。					
2007/12/06	臺北高等行政法院95年度訴字第02055號判決	族人	秀林鄉公所	亞洲水泥	原告之訴駁回
2009/10/08	最高行政法院98年度判字第1205號判決	族人	秀林鄉公所	亞洲水泥	上訴駁回
花蓮縣政府2011/5/23以府原地字第1000088384號、府原地字第1000086513號函，駁回族人移轉原住民保留地所有權登記之請求。					
2012/10/19	原民會101年原民訴字第1010055207號訴願決定	族人	花蓮縣政府	無 ³⁴	原處分撤銷，由原處分機關於2個月內另為適法處分。
2013/10/03	臺北高等行政法院101年度訴字第1997號判決	亞洲水泥	行政院原住民族委員會	族人	原告之訴駁回
2014/03/27	最高行政法院103年度判字第156號判決	亞洲水泥	原住民族委員會 ³⁵	族人	上訴駁回
花蓮縣政府於2014/12/9以府原地字第1030234910號函，函請花蓮縣花蓮地政事務所為族人辦理所有權移轉登記及他項權利塗銷登記。					
2015/8/6	原民會原民法字第10400431031號訴願決定	亞洲水泥	花蓮縣政府	族人	訴願不受理

¹ 本案亞洲水泥雖非參加人，但仍參與相關程序如訴願決定書所載：「本會於101年9月3日以原民訴字第1010047316號函請花蓮縣秀林鄉公所依訴願法第28條參加本件訴願案，惟未出席。本會於101年9月7日以原民訴字第1010048742號函同意訴願人之申請，依訴願法第67條第1項同意江○○列席言詞辯論程序，協助確認相關書證之真偽；本會另於101年9月11日以原民法字第1010049617號函同意原處分機關之申請，依訴願法第67條第1項同意亞洲水泥股份有限公司列席言詞辯論程序，協助確認相關書證之真偽。」

² 「行政院原住民族委員會」於2014年因「原住民族委員會組織法」通過，改稱「原住民族委員會」。

持有獵槍、獵捕保育類野生動物與原住民慣習間的衝突及解套：評宜蘭地方法院 104 年度原訴字第 1 號刑事判決

許恒達*

摘要

本文以一則判決為例，討論原住民因實踐其文化行動而觸犯刑法時，能否除罪的問題，筆者個人見解認為：(1) 槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項「供作生活工具之用」的解釋上，「生活」應該同時包括經濟、祭典與原住民文化生活，此外，亦不應過度局限於「傳統慣習」的時間性，否則法律除罪規定反而會阻礙原住民文化的發展與適應效能。(2) 野生動物保育法第 21 條之 1 第 1 項，應適用至獵捕、宰殺「保育類野生動物」的除罪化，即使原住民未依同條第 2 項事前取得主管機關核准，但只要符合第 1 項所稱的「基於傳統文化、祭儀」，就可以排除刑責。至於傳統文化的解釋，不應過度局限於管理辦法所稱的祭典或禮俗，毋寧應擴大解釋至所有與原住民有關的文化生活方式。

關鍵詞：原住民、文化、持有獵槍、狩獵、傳統慣習

壹、導 論

近年來原住民文化逐漸受到社會及法律制度肯認，許多一直被漢人文化及法律視角認為「野蠻」、「不文明」的原住民傳統慣習，也逐漸在這股原住民文化權利獲得應有的承認及地位¹。雖然原住民的法律地位日益受到重視，若干具有原住民文化意識的法官，也在個案判決中，援引原住民族基本法或個別法律的除罪規定，讓實踐部落文化、卻又違犯主流價值所形塑之法律明文的原住民被告，免於或減輕其刑事責任負擔，不過，在法院的個案判決中，仍然不免面臨一些讓法官格外困擾、解釋上不易應對的問題²。

格外常見疑難計有兩類：第一類是原住民傳統慣習的定義疑問，按照字面意義解釋，原住民文化領域中所承認的傳統慣習，理論上必須具備長期施行於其族群的特性，不能只是特定原住民的個別行為，必須有相當年分，而且受到多數族人產生法確信程度，才稱得上具有部落文化效力的傳統慣習³，從而基於其文化權的保護，讓實踐部落文化行為排除於國家刑罰權制裁之外，然而，這種定義限制了部落文化活動的時間要素，也抗拒部落文化可能因應時空的變遷，是否應該採取這麼狹隘的定義即不無思考必要。我們或可追問：原住民引入現代火器作為狩獵工具以前，顯然不是使用獵槍實踐其狩獵文化，如果要全面「復古」地追求真正的部落傳統，理應只許可原住民採取火器引入前的狩獵方法，不許可其使用獵槍狩獵，但立法者與所有原住民文化權利的支持者，顯然不是採取這種觀點分析問題。這表示原住民部落文化的實踐，絕非固守於一成不變的原始作法，毋寧因應社會變遷調整，甚至出現非傳統式的文化實踐路徑，在這個調整的過程中，那些實踐方式可以納入(新)文化慣習的接納範圍，即須我們作更進一步的研究與探論。

* 國立政治大學法學院教授，德國法蘭克福大學法學博士。

¹ 有關歷史進程，參考王泰升，〈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，2015年12月，頁1682-1693；蔡志偉，〈從客體到主體：臺灣原住民族法制與權利的發展〉，《台大法學論叢》，40卷特刊，2011年10月，頁1523-1535。

² 王皇玉，〈原住民犯罪的文化抗辯及其實踐〉，《臺灣原住民族法學》，1卷1期，2016年7月，頁35-43；許恒達，〈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〉，《台灣原住民族研究季刊》，6卷2期，2013年7月，頁36-47；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〉，收錄於：葉俊榮編，《變遷中的東亞法院》，2016年10月，頁107以下。

³ 有關「傳統」(tradition)概念的討論，參見雅柏魁詠·博伊哲努，〈傳統的權利還是權利的傳統—原住民族權利的思辨〉，《台灣原住民族研究學報》，4卷4期，2014年12月，頁2-5。

第二類新問題則有關部落慣習與其他社會新興價值之間的衝突，迄今對於原住民文化權利在現代法律系統下的討論，大多集中在原住民文化與「漢文化／西洋文化為中心的主流法律觀」之間所發生的衝撞，但若原住民文化實踐的衝突對象，不是漢文化的主流價值，而是受到憲法肯認保護需求的新興人權或社會脈動需求時，應該如何折衝兩種極度重要的權利，即面臨極度困難的選擇。例如早已得到大多數人所肯認的生態及生物多樣性保護，在現代社會中幾無否認其受保護的需要，但當原住民主張文化權利，卻已然干擾了生態或物種保育價值時，此時該如何選擇優位的保護對象，更考驗著立法者與司法者的智慧。

近期我國實務上正好有一則極具啟發性的案例⁴，該案原住民被告採取新態樣的文化活動追求部落文化價值，但其實踐的同時，卻又侵擾了生態保育的新興利益，發生原住民文化與生態保育價值之間的嚴重衝突關係。刑事法院在審判過程中，必須同時處理這兩重極度困難的問題，本文即以該案例為中心，分析這兩個難題應該如何在刑事司法中解決。下文討論，將先簡要敘述此一涉及原住民被告的案例事實與法院見解，接著再分就兩個不同議題分別評析，筆者將於可能範圍內設法提供法院折衝價值時的論證選項。

貳、案例事實與法院見解

一、案例事實

首先說明本案相關事實，基本上本案可分為三個涉嫌犯罪事實群組，第一部分事實與非法持有槍械有關：「甲為泰雅族山地原住民，明知未經主管機關許可不得持有可發射金屬具有殺傷力之槍枝，竟於民國九十九年間退伍後某日，基於持有可發射金屬具有殺傷力之槍枝之犯意而取得其父高輝發所贈可發射金屬具有殺傷力之土造獵槍（槍枝管制編號○○○○○○）一枝後，將扣案土造獵槍置放其位於宜蘭縣南澳鄉[···]住處而未經許可持有之。」

第二部分事實同樣涉及持有槍械，但原住民被告持有目的則略有變更：「嗣其因完成臺灣基督教長老教會玉山神學院研究所之畢業論文『泰雅族狩獵文化的神學反省』而擬至宜蘭縣南澳鄉山

區進行舊部落田野調查，遂於一百零三年十二月二十三日邀約同學王裕銘及友人白聖龍備妥三日所需之糧食及物資準備一同入山，甲亦攜帶扣案土造獵槍、鋼珠及喜得釘底火防身後，由甲○○之舅賴勝勇駕車搭載其等三人至宜蘭縣南澳鄉澳花村和平北溪某處再由其等三人自行徒步入山。」

第三部分事實則與槍械使用於獵捕保育類動物有關：「惟入山第二日因糧食不足，甲○○即持扣案土造獵槍、鋼珠及喜得釘底火自行前往狩獵，明知臺灣野山羊（即臺灣長鬃山羊）業經主管機關行政院農業委員會（下稱農委會）公告為（二級）珍貴稀有之保育類野生動物，山羌亦經農委會公告為（三級）其他應予保育之野生動物，且均無族群量逾越環境容許量之情形，竟基於獵捕、宰殺保育類野生動物之犯意且未先經地方主管機關許可而逕於同年月二十四日十六時許，在宜蘭縣南澳鄉山區某處持扣案土造獵槍裝填扣案之鋼珠及喜得釘底火射擊珍貴稀有之保育類野生動物臺灣野山羊一隻及其他應予保育之野生動物山羌一隻，並均使之喪失活動能力後，予以宰殺、食用」。

針對以上事實，原住民被告乃受刑事司法機關的偵辦：「嗣甲○○完成舊部落田野調查及拍照工作而於同年月二十五日十七時三十分許，搭乘其父高輝發駕駛之車牌號碼○○○○—FM號自用小貨車行經宜蘭縣南澳鄉澳花村和平北溪十公里處時，為內政部警政署保安警察第七總隊第四大隊羅東分隊員警攔檢並徵得甲○○同意後搜索而扣得已遭宰殺之臺灣野山羊、山羌各一隻及扣案土造獵槍一枝、鋼珠十顆及喜得釘底火九顆，始悉上情。」

二、法院判決

本案法院對於原住民被告甲的論罪，主要也是依循上述三個不同事實而發，法院首先認為，第一部分、第二部分及第三部分事實中的持槍行為，屬於單一整體犯意，故而繼續持有槍械，因此必須合併認定刑事責任。法院指出：「被告甲○○未經許可持有扣案土造獵槍之行為，係犯槍砲彈藥刀械管制條例第八條第四項之未經許可，持有可發射金屬具有殺傷力之土造獵槍罪。至其自九十九年間某日起至一百零三年十二月二十五日查獲之日止，持有扣案土造獵槍之行為，因具行為繼續之性質，為繼續犯，則應論以單純一罪」，法院從而適用槍砲彈藥刀械管制條例（以下簡稱槍砲條例）第8條第4項一罪論處整體行為。

⁴ 此即本文評釋對象：宜蘭地方法院104年度原訴字第1號刑事判決，截至本文完稿時，透過司法院法學資料檢索系統，該案並無二審判決。

對於上述違法持槍的整體行為，被告甲則主張可適用槍砲條例第20條第1項的除罪事由，亦即不成立犯罪、而只科處以行政制裁，不過法院採取否定見解，法院在判決中先申明該項的適用方向：「原住民使用獵槍有其生活上之需要，以法律制裁持有生活必需品之行為乃嚴重傷害原住民人權，故原住民持有獵槍者，只需登記即可合法，未經登記者則以行政罰加以處罰，不但符合行政程序法之規定，亦保障原住民基本之生活權益等語，並佐以槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第十五條第一項規定意旨，所謂『原住民製造、運輸或持有供作生活工具之用之自製獵槍』，自應以原住民本諸其文化傳統所形成之特殊習慣，專為其於生活中從事狩獵、祭典等活動使用，而以傳統方式所製造、運輸或持有之自製簡易獵槍，始符立法本旨。若與原住民之生活無涉，而非供為生活上所需要之工具，甚且持供非法用途者，自無該條項之適用，仍應適用該條例有關刑罰規定論罪科刑」。

至於本案原住民被告是否可以適用上述事由排除刑責，法院則認為：「查被告於九十九年間某日取得其父高輝發所贈而未經許可持有扣案土造獵槍後，即將扣案土造獵槍置放其位於宜蘭縣南澳鄉○○路○號住處且未曾使用，係因完成畢業論文需至宜蘭縣南澳鄉山區進行舊部落田野調查始攜帶扣案土造獵槍、鋼珠及喜得釘底火作為防身工具，嗣因所帶糧食不足才臨時起意持扣案土造獵槍、鋼珠及喜得釘底火狩獵保育類野生動物臺灣野山羊及山羌食用果腹等情，業據被告於警詢及偵審中到庭供承甚詳，顯見被告雖為原住民，然其持有扣案土造獵槍既非維持其原住民傳統生活所需要之工具，即核與前揭法條規定、判決意旨及說明所揭櫫原住民本諸其文化傳統所形成之特殊習慣，專為其於生活中從事狩獵、祭典等活動使用，而以傳統方式所製造、運輸或持有之自製簡易獵槍有間，自無前開法條適用之餘地」，簡單地說，法院認為原住民被告自其父受贈取得原先合法登記的自製獵槍後，未曾使用該獵槍，無法認定有部落傳統的特別理由；其次，當原住民被告進行舊部落地理調查而攜帶獵槍、甚至於食物耗盡時使用獵槍獵捕，亦非部落文化的實踐，因此均不得主張適用槍砲條例第20條第1項的除罪規定。

接著法院轉至原住民被告獵殺保育類野生動物刑責的疑義，本案事實發生時(2010年)野生動物保育法(以下簡稱野保法)之中已經有第21條

之1第1項「基於傳統文化、祭儀」而排除刑事責任的規定，賦予原住民本於其部落文化需求而獵捕或宰殺野生動物的合法權限，但是法院似乎不理會此項法律授權，也未詳論其相關適用問題，反而在判決中全面回歸至一般獵捕保育類野生動物的法定界限規定，亦即野保法第41條及第18條的一般性規定，就得到該原住民被告刑事責任的結論，法院認為：「被告擅自捕殺之臺灣野山羊及山羌，業經農委會公告為珍貴稀有之保育類野生動物及其他應予保育之野生動物且族群量均未逾越環境容許量如前述，是被告未先經過地方主管機關許可即逕予捕殺，所為係犯野生動物保育法第四十一條第一項第一款之非法獵捕、宰殺保育類野生動物罪，然其先後獵捕、宰殺保育類野生動物臺灣野山羊及山羌之時間密切接近且地點相近，侵害法益同一，應為接續犯而僅論以一罪」。

綜合上述，法院在本案判決中，完全未採納所有對原住民被告有利的訴訟上主張，舉凡槍砲條例有關原住民本於文化持有槍械的除罪化規定(槍砲條例第20條第1項)，以及野保法中有關原住民得基於部落文化理由而獵殺野生動物的免責規定(野保法第21條之1第1項)，均不為法院所採。

參、檢討判決論理

本案判決觸及重點已簡要整理如上，雖然涉案事實相對簡單，其案例也僅及於一審法院判決而已，但在此判決中，縱或現行法的槍砲條例及野保法中，已有若干對原住民文化友善的法律規範，法院不是忽視，就是採取較不利原住民的解釋方法認定法律效果，這樣的判決論理是否允宜，即為接下來筆者的討論重點，以下即分就槍砲條例及

一、「供作生活工具之用」的現代實踐

1. 自製獵槍定義與關聯的行為方式

首先談槍砲條例除罪規定的解釋適用，相關規定可見於槍砲條例第20條第1項及第2項，第1項規定：「原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍、魚槍，或漁民未經許可，製造、運輸或持有自製之魚槍，供作生活工具之用者，處新臺幣二千元以上二萬元以下罰鍰，本條例有關刑罰之規定，不適用之」，承接此項文字，第2項續行規定：「原住民相互間或漁民相互間未經許可，販賣、轉讓、出租、出借或寄藏前項獵槍或魚槍，供作生活工具之用者，亦同」。

就以上排除原住民經手獵槍刑責的規定而言，大致上可分為三個主要的分析重點：第一個爭點是自製獵槍的定義，有關這一點，最高法院曾經在較早的判決中⁵，採取行政機關的解釋見解⁶，認為自製獵槍只能是殺傷力較差的前膛槍型，但後來最高法院在102年的判決中，首次推翻了原來看法，改認不論前膛或（殺傷力較大之）後膛槍型，連同其子彈，均屬於自製獵槍範圍⁷。由於本案涉及的獵槍，是被告父親自行製造，且已經向主管機關登記，針對其定義並無太大爭議，就此爭點即不再詳論⁸。

第二個爭點與原住民處理、經手自製獵槍的方式有關，如前所述，槍砲條例第20條第1項許可原住民未事前得到主管機關許可而本於供作生活工具之用的理由，排除「製造、運輸或持有」自製獵槍刑事責任，相對於此，同條第2項則更進一步規定，如果「原住民相互間」發生「販賣、轉讓、出租、出借或寄藏」自製獵槍情事，且又與「供作生活工具之用」有關，亦同樣不在刑事處罰範圍內。從兩項不同的文字定義來看，第1項應屬原住民獨立行為的除罪規定，第2項似乎規範數原住民之間的自製獵槍讓與行為，不過從本條立法結構來看，考量本條其實是接續槍砲條例第7條以下的刑事責任規定，並據以作為排除刑事責任功能，解釋上應該與個別行為人所涉及的構成要件行為相互對應，亦即，當原住民行為人適用「製作自製獵槍」的構成要件時，其除罪的依據就應該回歸至第1項，而若行為人適用「轉讓自製獵槍」而實現構成要件時，因為轉讓行為規定在第2項，故應適用第2項規定決定得否除罪。綜上，本案判決認為原住民因收受其長輩所贈與的自製獵槍，涉及「持有」槍械的犯罪構成要件，故依第1項考量除罪可能性，應無太大問題。

2. 供作生活工具之用的實務解釋

第三個爭點則是長期以來爭議匯集所在，此即如何理解「供作生活工具之用」的意義。必須先行強調的是，雖然第1項及第2項均是排除

原住民刑事責任的規定，但事實上立法者竟又在同一規定中規定了行政制裁，當原住民未先行申報、但出於供作生活工具之用時，仍可處二萬元以下罰鍰，從其結構而言，立法者顯然建立了階段性類型的處罰框架，此即：(1)若原住民事前得到主管機關許可，則其製造或持有獵槍即屬完全合法；但若(2)原住民經手獵槍未得到主管機關事前許可，但從其製造或持有的用途觀察，若屬「供作生活工具之用」，則不構成犯罪，但仍成立行政罰；僅當(3)未獲事前許可，又非「供作生活工具之用」時，才會構成刑事責任。在此意義下，槍砲條例第20條第1項及第2項「供作生活工具之用」，正是介分了構成犯罪的可罰行為與科處行政罰的關鍵標準，問題在於應該如何掌握「供作生活工具之用」的法律意義。

先談我國實務對於「供作生活工具之用」的一般觀察方向，必須強調，我國實務見解對於此要件的解釋，在個案運用時往往欠缺一致性，這使得法官必須針對個案自行創造其見解。舉例來說，最高法院曾有見解認為：「槍砲彈藥刀械管制條例第二十條第一項經民國九十年十一月十四日修正[……]稽之前者修正立法理由『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。』及槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第十五條第一項規定意旨，所謂『原住民製造、運輸或持有供作生活工具之用之自製獵槍』，自應以原住民本諸其文化傳統所形成之特殊習慣，專為其於生活中從事狩獵、祭典等活動使用，而以傳統方式所製造、運輸或持有之自製簡易獵槍，始符立法本旨。若與原住民之生活無涉，而非供為生活上所需要之工具，甚且持供非法用途者，自無該條項之適用，仍應適用該條例有關刑罰規定論罪科刑⁹，依此見解，最高法院對於「供作生活工具之用」的掌握方式，是建立在「原住民有必須使用獵槍以營生」，這是經濟意義的生存權保障，而之所以原住民要採取這種效能有限的經濟營生，主要是為了經濟狩獵活動及傳統祭典，在與生存權連結的傳統慣習有關的用途時，原住民可以合法地使用自製獵槍，在這種概念下，原住民為了部落文化意義、而非生存或經濟意義的持用獵槍行為，顯然較少獲得注意。

⁹ 參見最高法院99年度台上字第5771號刑事判決。

⁵ 例如最高法院96年度台上字第1674號刑事判決。

⁶ 此即內政部87年台(87)內警字第87701166號函釋。

⁷ 最高法院103年度台上字第5093號刑事判決。

⁸ 有關自製獵槍的爭議，參見王皇玉，〈原住民持有槍械問題之研究〉，《台灣原住民族研究季刊》，5卷1期，2012年3月，頁1-37；謝煜偉，〈刑法解釋與原住民狩獵文化〉，《台灣法學雜誌》，241期，2014年2月，頁176-181；許恒達，〈重新檢討原住民自製獵槍之管制與處罰〉，《台灣原住民族研究季刊》，7卷3期，2014年2月，頁123-135。

相對於上述見解，最高法院也有相對著重原住民文化保障的看法，例如最高法院同樣曾經在判決中指出：「依憲法增修條文第十條第十一項、第十二項規定，可知針對原住民族文化之保障及發展，於法律保留層次上屬憲法保留之範疇，以確保多元文化國之理念。而槍砲彈藥刀械管制條例第二十條規定，若原住民未經許可而製造或持有以供作生活工具之自製獵槍者，處以罰鍰，該條例有關刑罰之規定不適用之。立法意旨乃在於原住民之自製獵槍係屬供作生活上及文化上工具之用，並無據為犯罪工具意圖，以落實憲法增修條文及符合該條例多元文化主義之政策目標與規範目的。顯見前揭第二十條規定係立法者基於多元文化之認知與珍視，秉承國家寬容政策，對原住民族使用獵槍之傳統採取開放態度，司法機關自不應無視於此立法旨意及趨勢，進而曲解、限縮法律文義。則上揭法條所謂『供作生活工具之用』，不應嚴格限制解釋於『恃以維生』，蓋現今國民經濟生活普遍提升，客觀環境之改變已鮮少原住民族僅單純依憑狩獵維生」¹⁰。依據此說，所謂生活工具之用的「生活」範圍，不應該全面限縮至原住民傳統意義的經濟（狩獵）或祭典行為，毋寧應該盡可能地擴張解釋。

由於最高法院迄今各庭的見解並不統一，強求下級審法院針對「供作生活之用」能有明確看法，不免強人所難。但既然法官是法律的專業解釋及適用者，法官於個案判決時，自有本其確信而提出法律見解、並接受公評的職業義務，單以最高法院見解不統一，仍不能直接排除下級審法官的依法適用責任。那麼問題顯然是，本案法院處理個案時，是否正確地詮釋了「供作生活工具之用」的概念？

本案法院認為此處的「供作生活工具之用」專指「原住民本諸其文化傳統所形成之特殊習慣，專為其於生活中從事狩獵、祭典等活動使用，而以傳統方式所製造、運輸或持有之自製簡易獵槍，始符立法本旨」，此一見解雖然以原住民的文化權破題，但實際上後續的定義完全是依循著生存權的解釋路徑，進而堅守「生活」必須與原住民經濟營生或祭典傳統慣習相互結合的特性，從而將原住民製造或取得的傳統型槍枝，於其專供經濟意義狩獵或祭典所用時，製造或持有行為才能排除刑事不法，依據此標準，原住民被告從父執輩處受贈獵槍而久放家中（事實一），此一行為構成持有獵槍的構成要件，但其既無明確

的使用目的，顯然不吻合最高法院專用於經濟狩獵或祭典的保守見解，至於原住民被告即上山進行田野調查而接續持有（事實二），考量該項田野調查仍然不算原住民部落慣習，不足認定為原住民實踐經濟狩獵或祭儀的任何一種，因此無從認定其持有目的屬傳統慣習的生活實踐，持有該獵槍也無從適用「供作生活工具之用」的除罪理由，原住民被告從而構成槍砲條例的刑事責任。

3. 受贈獵槍與供作生活工具之用

確實，法院在此採取經濟營生或祭典使用的生存權視角，解釋「供作生活工具之用」，論理上有其實踐依據，槍砲條例於1997年全面翻修，當時在第20條納入了原住民除罪化的特別規定，當時考量的除罪理由，僅局限於原住民傳統部落慣習所支撐的生活需求，所以立法者一方面許可了功能有限的原住民族自製獵槍，另一方面則要求必須其用益與部落傳統具有非常緊密的關係，這一點尤其表現在當時的立法理由之中：「基於原住民所自製之獵槍，係屬傳統習慣專攻獵捕之生活工具，且其結構、性能、殺傷力，均不及制式獵槍，為恐原住民偶一不慎，即蹈法以第八條相加，實嫌過苛」，從修法理由文字中，完全可以體悟到立法者對於原住民持用獵槍的態度：為了經濟或祭典目的的傳統習慣上，自行製作而性能較差並專攻獵捕的槍枝。

但在筆者看來，這種採取立法當時傾向生存權定義，而極度限定「生活工具」的解釋作法，恐怕無法符合社會變動的操作狀況及現實需求。先從文義解釋問題分析，單純看槍砲條例第20條第1項用語，立法者只許可了「供作生活工具之用」的持有理由，其中甚至連傳統慣習或部落文化等概念均隻字未提，不過，修法理由仍提及傳統習慣，在這個意義下，槍砲條例第20條第1項的文字，即應該理解為「供作『傳統習慣所連結』生活之工具」用途，任何在原住民部落傳統下生活必要的工具，都應該在除罪範圍所及。

那麼該如何定性足以整合至法條規定的原住民「傳統習慣」？如果只認為傳統必然是原住民的經濟營生傳統，恐怕過度限縮了其定義範圍，尤其在憲法及原住民族基本法中，對於原住民權益的保障，早已逸脫單純保障其「傳統經濟生活」的狹隘目的，毋寧著重於原住民特定文化生活、文化權利及文化延續性的保障¹¹。至於如何理解原

¹⁰ 最高法院102年度台上字第5203號刑事判決。

¹¹ 例如「狩獵」一事，最初對於原住民確實是經濟營生的方法，但隨著其與原住民文化間的相牽相伴，狩獵已經成為「大自然洗禮的肯定」，只有通過狩獵考

住民文化意義的傳統慣習，甚至將之應用於法律解釋的操作手法，此一問題在原住民法學的研究中，已經有若干相對成熟的研究成果¹²，依其見解，原住民傳統慣習若能符合三項要件，即可得作為法律適用的規範依據，而發生一定法律效果¹³：

- (1) 該傳統慣習必須受原住民全體接受，並構成該族群共通接納的普遍原則 (general rule)；
- (2) 傳統慣習不得牴觸實證法；
- (3) 綜合考量有關情狀後，傳統慣習的內容必須具有合理性。

依上述標準，慣習必須歷經長時間的發展，而且已經在原住民部落中具有類似法確信效力，同時還不能違反實證法以及法律的基本原則（即所謂綜合考量一切事態後的合理性標準），否則該慣習就只是偶發性的原住民個人行為，不足以被承認能納入法的範圍，即不足以作為排除原住民成罪的規範理由。接續問題即是：依據上述標準，本案的原住民得否認定為出於「供作生活工具之用」而排除持有槍械的刑事責任？

先行強調，在「供作生活工具之用」的實證法文字解釋時，上述標準的第二項要求「符合實證法」，本質上功能有限，因為我們的問題意識正是如何透過原住民傳統習慣來掌握實證法內容，如果實證法已經知其界限了，也不必再繞道而曲折地探究傳統慣習的內容及脈絡，因此關鍵的判斷基準應該是系爭習慣有無「族群承認的共通性」與「法律原則的合理性」兩大要素。

若再分別從本案原住民被告前後兩階段的行為予以觀察是否具有共通性及合理性。第一部分事實是原住民被告受贈其父親自製、且已經受到官方許可的合法獵槍，直觀以論，法院見解僅單純提及本案原住民被告於受贈之後，並無特別的使用目的而散置家中，就直接推論不足以認定

為供作生活工具之用。固然原住民被告於取得持有後，欠缺進一步的用益目的，但如果取得持有的本質上理由，在於貫徹原住民的親族文化時，即有考量可能性，亦即，法院應該嚴密地審視原住民被告「受其父親贈與」的事由，是否能夠符合以上所稱的共通性，是否在原住民族之間，存在長久以來的此項傳統，特別是本案所關涉的原住民族中，是否存在父親贈與槍械予其至親的既存文化，本案法院對於系爭問題未進一步詳予調查，是較令人遺憾之處。

如果原住民長久以來，在至親之間本來就存在由父執輩贈送其所自製的獵槍予其直系卑親屬，從而得以肯認具有「族群承認的共通性」時，接下來就要再思考是否具有「法律原則的合理性」，就此問題涉及原住民父子之間自製獵槍的贈與關係，是否符合整體法秩序的基本價值。依筆者之見，考量的重心應有兩項：第一，雖然本案被告的父親曾經向主管機關申請許可自製獵槍，被告在受贈後卻未向主管機關申請許可，此項行為雖然有違獵槍管制的行政目的，但因為原住民持有獵槍而未登記，並不直接被理解為刑事不法，不能從原住民被告未向主管機關申請行政許可就直接推論其欠缺整體法律價值體系的合理性；第二，至於判斷合理性的重點，應該具體觀察原住民文化權利的實踐面向，原住民父親將自製獵槍作為禮物而贈與其子，如果個案中無任何犯罪或不法行為目的，純粹為了將上一代的原住民文化傳承給下一代，從而贈送自製獵槍作為禮物，此行為除了不符點前述行政目的之外，完全是原住民文化權傳承的實踐過程，更是有效將原住民文化推演至其後輩的重要憑藉，受贈的原住民卑親屬，其擁有的不只是獵槍本身，而是一把原住民父親本諸傳統而親手製作的獵槍，在筆者看來，整體活動表現了極其強烈的文化傳承意義，不僅符合憲法對原住民文化的保障期盼，亦無違反整體法秩序整體價值的疑慮。

綜上，若能肯認原住民父子間確實有族群共通屬性的獵槍傳承、贈與行為，該行為又具備法秩序的合理性時，即可認定為與部落傳統相互連結的生活所使用之工具，故可排除持有槍械刑責。依此解釋，所謂「供作生活工具之用」的「生活」範疇，當然不再局限於營養供給意義的經濟生活，而是擴大至以部落活動、原鄉及山林實踐為中心的文化生活，文化生活作為人類維生的行動選擇，其內容不該局限於特定的祭典或儀式，毋寧包括原住民經營日常生活，原住民承傳其固有部落文化傳統等，後者尤其著重在於延續原鄉

驗的原住民男子，才被認為成年。參考王進發、童信智，〈由原住民狩獵文化看國家與部落間之規範衝突及未來因應〉，《台灣原住民族研究季刊》，5卷1期，2012年3月，頁49-53。

¹² 參考黃居正，〈適用原住民族傳統慣習作為法院民事裁判之準據法〉，《臺灣原住民族法學》，1卷1期，2016年7月，頁9。

¹³ 類似看法可見於由加拿大法院所提出的凡德皮 (van der Peet) 標準，參考雅柏魁詠·博依哲努，同註3，頁9-14。See also Laura Lincoln, *Takamore v Clarke: An Appropriate Approach to the Recognition of Māori Custom in New Zealand Law?*, 44 *Vict. U. Wellington L. Rev.* 141, 142-160 (2013); Robin 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, 75-83 (2011).

的祖先生活，進而建立後輩部落認同的過程，本於以上觀點，解釋上不應如本案判決一般地以辭害意，強行將生活與經濟生活或特定時間的祭儀結合觀察¹⁴。換言之，原住民被告收受父親親手製作的獵槍，正是這種文化生活的表現方式，其憑藉與工具即為該獵槍，持有自屬供作生活工具之用的一環。

4. 田野調查與供作生活工具之用

接下討論第二部分事實，本案法院另外也認為，本案原住民被告攜帶槍枝上山進行田野調查，法院同樣認為此種用途不足以認定為「供作生活工具之用」。必須先說明的是，原住民在此雖然不中斷地持有系爭獵槍，但使用目的有變動時，理論上原來的排除刑事責任事由必須重新檢討，因此法院一併考量原住民被告攜帶獵槍上山進行田野調查的行為，某程度上並無錯誤。然而，在此涉及更複雜的議題。

由於「供作生活工具之用」是從傳統習慣所衍生的要素，須符合共通性及合理性才能認定，然而共通性要件限定為「既有慣習」，這表示原住民文化活動的合法抗辯理由，僅限於已經約定成俗、且具有一定時日的生活方式，倘若原住民採取某種新活動方式實踐其文化，勢必稱不上「既有慣習」，此種解釋一旦成為既定觀點，原住民將只能實踐舊有文化活動，但不能在舊有文化活動的前提下，發展出更符合其文化需求的嶄新實踐作法，這種觀點反而限縮了原住民文化權利的發展與適應性。以本案的「原住民至其部落保留區進行田野調查」為例，該活動是現代社會研究方法，並不屬於受到多數原住民成員普遍、共通接納的部落活動實踐，堅守此說，即無除罪可能。

既然前述三要件見解可能帶來過度的文化壓抑，不利於原住民文化創新與回應時代需求¹⁵，原住民法學界乃提出另一種補充性的看法「較現代的判定方法」(more modern approach)¹⁶，並以之緩和過度強調傳統所帶來的文化演進障礙，依其見解，個案判斷時應該採取較有利於地方慣習的視角，即使某項行動不必然符合原住民的傳統慣

習，但只要該行動符合原住民族多數成員的共識內容，並逐步可以形成原住民的共識實踐之一，那麼應該積極地肯認新衍生的活動也屬於原住民文化的一環，不過，倘若原住族群成員拒絕接受該新活動，那麼仍然不能以此項理由而改變其既有慣習¹⁷。

依筆者之見，上述文化活動的擇納作法，確實帶來原住民慣習內容的現代化及可變性，也讓原住民文化不再拘泥於時間上極早且原始的實踐方式，但判斷「較現代的判定方法」時，必須格外謹慎，個案應用尤其應該傾聽與本案有關的原住民族群意見，必須行為人所屬的原住民族群，對於其文化實踐的作法不反對，而且也認同其實踐與其部落文化之間的關聯性時，才可以採取「較現代的判定方法」而認為屬於部落文化之一。

再回到本案，原住民被告持槍至其保留區進行田野調查研究，此項活動雖然不屬於傳統意義的文化實踐方式，但仍可考慮本於「較現代的判定方法」，肯定該項活動與原住民部落文化的關係。析言之，被告是為了從事與原住民有關的學術論文，並對於自己部落山林區域進行田野調查，由原住民本族人對所居地進行學術研究，當更能正確呈現斯土斯情的文化意義，也更有機會讓原住民部落對於傳統領域有更深入了解，在田野調查過程中使用部落自製的獵槍，保護研究者安全，甚至採取祖先的狩獵方法取得食物，本質上是更貼近原住民對傳統領域山林利用的方式，也傳承了原住民的固有精神，田野調查時攜帶傳統武器雖然不是固有慣習活動，但目的上應可認定屬於部落的新形態文化實踐作法，只要該原住民族人願意接納其探索研究計劃，即有認定為部落文化實踐作法的可能；倘若可認定為文化的實踐方式，「持槍進行田野調查」即屬文化生活實踐方式，從而可認定該獵槍屬於供「文化生活」所用的工具，故得排除原住民被告刑事責任。

綜上，筆者認為本案原住民自父親處受贈其自製獵槍，雖然並未登記，構成行政罰，但就刑事責任而言，應屬「供作生活工具之用」的範圍，故應排除其刑事責任。

二、原住民文化權與生態保育間的價值衝突

1. 原住民利用野生動物的除罪規定

接下來討論原住民獵捕保育類野生動物的問題。依本案法院見解，本案原住民被告在進行舊

¹⁴ 有關文化在原住民法學的研究意義，參考鄭川如，〈論兩人權公約中原住民狩獵權漁業權的內涵〉，《台灣原住民族研究季刊》，7卷3期，2014年9月，頁87-96。

¹⁵ 類似見解，參考雅柏魁詠·博伊哲努，同註3，頁16；鄭川如，同註14，頁115-117。

¹⁶ 黃居正將此一概念譯為「較現代的方法論」，但筆者改譯為「較現代的判定方法」，有關討論，詳見黃居正，同註12，頁10-11；Lincoln, *supra* note, 13 at 161-163。

¹⁷ 黃居正，同註12，頁10。

部落田野調查時，因為糧食不足而獵捕保育類野生動物進食，此時並無野保法第18條各款情形，法院直接認定構成野保法第41條第1項獵捕、宰殺保育類野生動物的刑事責任。

必須注意，本案原住民被告實行獵捕並宰殺保育類野生動物時，確實欠缺野保法第18條所規定的合法化事由，單從野保法第18條、第41條等成罪規定看來，原住民被告已然構成第41條第1項的刑事責任。然而在這些成罪規範之外，野保法針對原住民獵捕、宰殺「野生動物」問題，又特別訂定了第21條之1的規定，其具體內容如下：「台灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，不受第十七條第一項、第十八條第一項及第十九條第一項各款規定之限制（第1項）。前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准，其申請程序、獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域及其他應遵循事項之辦法，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之（第2項）。」

依據野保法第21條之1第1項規定，如果原住民本於傳統文化、祭儀的需求，而獵捕、宰殺或利用野生動物時，即不受野保法第17條、第18條及第19條限制，若觀察與本案最有關係的第18條規定，其限制「除非符合『族群量逾越環境容許量者』或『基於學術研究或教育目的』，並經主管機關同意」，否則不得獵捕、宰殺保育類野生動物，直觀而論，第21條之1第1項放寬了此處的管制效果，只要原住民出於傳統文化或祭儀目的，就不受第18條所拘束，從而可以合法地獵捕、宰殺保育類野生動物，而不構成犯罪。

以上的推論是直觀的解釋進路，但這種想法自始面臨兩個來自於法條文字的質疑，以下分析之。

2. 法律用語的不一致

第一個質疑乃關於「保育類野生動物」及「野生動物」的用語，作為入罪規定的野保法第18條及第41條，其主要處罰對象均是獵捕或宰殺「保育類野生動物」，可是除罪化功能的野保法第21條之1第1項僅提及「野生動物」，考量保育類野生動物保護所串連的生物多樣性保障¹⁸，或許應該限縮解釋第21條之1第1項的野生動物範圍，將其只限定於「非保育類野生動物」。當原住民獵捕宰殺「保育類野生動物」時，自不得適用第21條第1項除罪規定，故仍成立刑事責任。

¹⁸ 有關野保法與生物多樣性的關係，參考丁昱仁，《獵捕保育類野生動物之可刑罰性研究》，2005年台大法研所碩士論文，頁27以下。

以上看法似乎認為，原住民文化權的整體價值，仍未優越於保育類野生動物的多樣性價值，因此採取保育類野生動物優先保護的立場，此立場在我國實務上並非罕見，例如實務曾有判決堅持保育類野生動物不得獵捕、宰殺的意見：「按野生動物保育法第21條之1固規定：『台灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，不受第17條第1項、第18條第1項及第19條第1項各款規定之限制。前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准，其申請程序、獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域及其他應遵循事項之辦法，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。』及同法第51條之1雖規定：『原住民族違反第21條之1第2項規定，未經主管機關許可，獵捕、宰殺或利用一般類野生動物，供傳統文化、祭儀之用或非為買賣者，處新臺幣一千元以上一萬元以下罰鍰，但首次違反者，不罰。』，然上開規定僅就一般類野生動物予以規範，而未包括保育類野生動物，是以原住民違反同法第21條之1第2項規定，未經主管機關許可獵捕、宰殺或利用保育類野生動物，仍應依野生動物保育法第41條規定受刑事處罰」¹⁹。

必須承認，以上見解確有所本，尤其涉及立法者明確的用語差異，但在筆者看來，這種質疑仍有若干不妥適的地方，就此可分為三點說明。第一，從文字的解釋切入，雖然第21條之1第1項並未言明「保育類野生動物」，但至少寫明了「野生動物」，而野生動物同時包括了保育類及一般類野生動物，而第21條之1第1項又排除了專門針對保育類野生動物予以規範的第18條限制，不論從什麼角度來看，第21條之1第1項實無限縮適用至原住民獵捕、宰殺「一般類野生動物」的解釋空間，既然立法者已經在第21條之1第1項許可原住民本於傳統及祭儀對野生動物的利用，當然應該積極地認定第21條之1應該同時適用到保育類及一般類的野生動物²⁰。

第二，我們可以再從實質層面省思，之所以透過刑罰制裁獵捕、宰殺保育類野生動物的理由，在於保育類動物數量有限，如果再予以獵捕

¹⁹ 參見台灣高等法院花蓮分院103年度上訴字第72號刑事判決，該案未有最高法院判決，可能未再上訴。

²⁰ 此外，野保法第21條第2項所連結的「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」之中，也一併規定了原住民若干族群部落傳統中，本來就存在獵捕保育類野生動物的既定事實，例如阿美族在豐年祭時有獵捕山羌。

或宰殺，可能破壞物種多樣性，這會使得既有的生態圈發生改變，打破本於多類物種而維持的生態系統平衡，未來可能會帶來人類生活環境難以想像的衝突及破壞，這種影響可能帶來人類生活環境難以想像的衝擊，也因此干擾了多數人的共通利益。在這個視角下，限制一般人獵捕、宰殺保育類野生動物的主要理由，即在於該行為可能威脅生態系統，影響人類生存環境²¹。

問題在於：相對於一般人對於山林的略奪式開發，原住民長期依山林而居，但因漢人「入侵」後，略奪了原住民原本享有的傳統領域，甚而將之權利化而歸於國家所有，並以漢人為中心改寫其傳統領域的法律意義，進而使得其上山林資源的使用方法，完全地去除原住民文化的影響性，某程度而言，將土地及自然資源「法化／權利化」的結果，帶來的正是原住民的剝削²²。

更深入地說，相對於與山林領域欠缺感情連帶的漢人，原住民對於山林資源及野生動物的利用則非採取略奪式的開發，原住民來自山林，其生活始終帶著山林資源的尊重與敬仰，不論是在山林中耕作或是獵捕野生動物，都是以依順於自然為前提，並以保護山林資源的永續為中心²³，試想原住民為了祭儀而獵捕山羌一隻，以及漢人為了在山中蓋渡假小屋而開路、引入現代化設備，造成山羌棲息地的破壞，使得極多山羌被迫遷徙。這兩者究竟那一種對於保育類及生物多樣性的破壞較為嚴重？答案很明顯是大規模且不契合山林自然法則的工業化開發。既然動用刑法保護保育類野生動物，是為了人類生存環境的維護利益，當原住民利用山林資源的保育類野生動物，根本不會影響人類生存環境時，實質以論，根本沒有限制原住民依循其運用山林資源的部落傳統而打獵之正當理由，在此意義下，自即沒有將野保法第21條之1第1項限定適用於非保育類野生動物的合理性。

第三，或許會有論者反駁，萬一應予保護的保育類野生動物已經瀕臨全面絕種，甚至剩下不

到3隻時，難道還要允許原住民獵捕或宰殺嗎？此項論點乍聽之下言之成理，當保育類野生動物族群數量已經接近於零之時，若再許可原住民獵捕，不免置生物多樣性與人類生存環境於不顧。然而此項論點實有重大缺陷，首先，依據野生動物的生存法則，要足以確認數量已經瀕近於完全滅絕，此項生命統計恐怕並不容易作到，現實上也不容易確認，是否某一野生動物的族群量已經事實上逼近於零；其次，即使真有這種情況，此時與山林共存的原住民，在整體文化上也必然會停止獵捕這種已經難以找到的保育類野生動物，不會貿然施行其獵捕行為；最後，此時真正應該負責介入整件事情管制者，應該是國家的保護機制，亦即主管機關在面對這類族群數目趨零之時，必須儘可能地公告週知，並採取全面禁獵的特別處分，但這是針對非常情況時的特別保護機制，我們不能因為有這種特別保護機制的設計可能性，就反推所有的保育類野生動物都已經族群量趨零，而應該全面禁止原住民獵捕。

本於以上三點理由，不論從文義解釋或實質法益權衡，以及對族群量趨零論點的反駁，筆者認為野保法第21條之1第1項並無排除讓原住民合法獵捕、宰殺保育類野生動物的法律理由。

3. 未申請事前許可的處罰方式

接下來分析第二個可能質疑，此即野保法第21條之1第2項所要求的事前申請問題。已如前述，同條第1項排除了第18條原住民合法獵捕保育類野生動物時的各項限制，只要原住民基於傳統文化或祭儀的需求，理論上就能合法獵捕或宰殺保育類野生動物，但同條第2項卻又同時要求，原住民必須先行取得主管機關的許可，才能獵捕、宰殺（保育類）野生動物，就此主管機關訂有「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」，專門處理原住民獵捕、宰殺野生動物的申請事宜。倘若原住民符合第1項所設定的文化或祭儀目的，但未事前向主管機關申請許可，此時得否依據第1項的規定排除刑事責任？

單看野保法第21條之1第1項與第2項的規定，可能會直觀地推論，原住民獵捕保育類野生動物的行為，若要排除刑事責任，必須符合第1項所要求的實質要件「基於傳統文化、祭儀」，以及第2項所規範的形式要件「事前獲得主管機關核準」，倘若其獵捕、宰殺保育類野生動物的行為，不符合實質或形式要件之一，似乎無法構成除罪事由。然而，對於此項較直觀的法律論理，筆者則有不同看法，就此有兩點理由。

²¹ 有認為這種觀點（生物多樣性不能獨立作為保護對象，而是提供人類生存的環境條件）可稱之為「弱化的人類中心主義」，參見丁昱仁，同註19，頁87以下。

²² 參考吳豪人、黃居正，〈對市民財產制度的再檢視：由司馬庫斯部落公約到自然資源的歸屬〉，《台灣國際法季刊》，3卷1期，2006年3月，頁218以下。

²³ 有研究指出，原住民執行狩獵時有「獵場規範」，也有祖靈所訂定的「狩獵道德」，其實行結果對於環境干擾極其有限，參見王進發、童信智，同註12，頁49-58；王舜薇，〈在山美部落看原民慣習與國家法律的競合〉，《法扶》，51期，2016年8月，頁36-37。

首先，當原住民本於其部落傳統或文化實踐的需求，即可利用其固有領域後的山林資源，其利用方式並應包括獵捕、宰殺保育類野生動物，這一點已詳述於前文。換言之，只要符合實質要件，就已經足以讓原住民取得合法獵捕、宰殺保育類動物的規範依據，主管機關的事前核准，只是使得環境、山林資源控管變得更有效率的行政機制，透過事前核准可以促進行政目的的達成效能，讓整體山林資源的多樣性控管，更能符合主管機關期待。然而，當原住民符合實質條件，卻未配合主管機關促進行政效能需求時，該行為雖然不符合行政法規，也減損了行政效能，但純粹干擾行政機制的行為，仍不適用動用刑罰保護，更欠缺以刑罰增進行政效能的必要性，將未事前申請但合於傳統文化或祭儀的原住民獵捕行為定位為行政不法，排除刑責僅科予行政罰，是相對合理的制裁選項。

其次，野保法另訂有第51條之1，該條專門針對違反第21條之1第2項事前申請核准規定而發：「原住民族違反第二十一條之一第二項規定，未經主管機關許可，獵捕、宰殺或利用一般類野生動物，供傳統文化、祭儀之用或非為買賣者，處新臺幣一千元以上一萬元以下罰鍰，但首次違反者，不罰。」，雖然該條構成行政罰的前提是「原住民符合實質條件、卻欠缺形式條件，從而獵捕、宰殺『一般類野生動物』」，從文字來看，並不適用於原住民獵捕、宰殺「保育類野生動物」的事例。但依筆者之見，既然從文字或實野保法並不反對都無法得到野保法絕對禁止原住民獵捕、宰殺的結論，此處實無純粹將行政罰限於一般類野生動物的必要，合宜的立法內容，毋寧應該是原住民欠缺事前核准而獵捕宰殺「保育類暨一般類野生動物」時，均應受到行政罰²⁴。本於上述，雖然目前現行法並未將保育類野生動物納入第51條之1的文字中，但解釋上仍不能因為「原住民未取得事前許可而獵捕、宰殺保育類野生動物」未列於較輕責任的行政罰條文項下，就轉而認為這是立法者有意以刑罰制的行為類型，相反地，正因為原住民實踐文化行動破壞環境的效果極其有限，該行為不足以侵害物種多樣性，也達不到破壞人

類生活環境的程度，該行為不構成刑罰，而因行政罰規定中並無明文制裁此種行為，故只能認定為野保法應處行政罰、卻未明文規定的法律漏洞，依現行法解釋應屬不罰，但未來應盡快修法納入行政罰範圍，以填補此一漏洞。

一言以蔽之，即使野保法第21條之1第2項及第51條之1的文字，出現解釋適用上的差異性，但此點仍不足以否認在現行法下，原住民可得合法獵捕、宰殺保育類野生動物的合法空間。

4. 基於傳統文化、祭儀的解釋

論述及此已經可以確認，野保法第21條之1第1項在符合「基於傳統文化、祭儀」的條件時，容許原住民獵捕、宰殺保育類野生動物，那麼接下來要處理的僅是，如何判斷實質要件的成立與否，以及本案原住民被告是否符合除罪事由的實質要求。就本案原住民的獵捕理由而論，該原住民正在山上進行舊部落的田野調查研究活動，因無其他食物可供食用，就近獵捕山羌之保育類動物，這種在山區研究舊部落而需要食物的情況，究竟稱不稱得上「基於傳統文化、祭儀」，勢必得進行更進一步分析。

不同於槍砲條例所稱的「供作生活工具之用」，野保法採用文字，比較貼近原住民真正需求，不過仍然有若干缺憾，依現行法規定，許可目的範圍僅限於「傳統文化」及「祭儀」兩類事由，而祭儀所指涉範圍，幾乎受限於特定時間、特定地點、特定模式的單次性部落儀式，這種因為部落祭典而必須狩獵的事況，與本案的情況有相當出入，也因此比較能貼近的依據，僅剩下「基於傳統文化」選項。

問題在於，我國實務解讀傳統文化的定義範圍時，法院幾乎都採取非常限制的標準限定傳統文化的內容，這種解釋作法與野保法第21條之1第2項有關，已如前述，立法者對於原住民合法獵捕野生動物的行為，創設了實質與形式兩道限制，由於形式上要求原住民先向主管機關申請核准，為了讓主管機關核准有參考依據，又另行以法規命令方式頒布「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」(以下簡稱管理辦法)，雖然管理辦法不是立法院通過的法律，卻在其規定內定義了野保法第21條之1第1項實質要件的判定準則，包括管理辦法第2條：「本辦法用詞，定義如下：一、傳統文化：指存在於原住民族社會已久，並藉由世代相傳而延續至今之價值、規範、宗教、藝術、倫理、制度、語言、符號及其他一切生活內容之總稱。二、祭儀：指原住民族傳統文化中，依其宗

²⁴ 目前行政院版的草案已經在第51條之1納入保育類野生動物，參見蘋果日報的報導：<http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20160923/954711/> (2016年11月11日)。批評行政罰的法律效果，更認為應全面除罰化的見解，參考林長振，〈原住民族狩獵權之立法規定及司法問題〉，《台灣原住民族研究學報》，4卷4期，2014年12月，頁35-36。

教、信仰或習慣，藉由世代相傳而反覆實踐之祭典活動及儀式行為」，依此規定，傳統文化必須具有相當時間的延續性，並且符合世代相傳的生活內容；又例如管理辦法第12條：「獵捕活動所得之野生動物之宰殺、利用須用於傳統文化、祭儀活動，不得有販賣或其他營利行為」，進一步限制傳統文化不能夠具有營利性；此外，管理辦法第6條第1項、第2項又另行規定：「直轄市、縣（市）主管機關審查申請案時，應考量各地區原住民族之傳統領域、文化、祭儀、獵捕區域、期間、方式及動物種類、數量之獨特性；核准獵捕野生動物之數量，應以傳統文化、祭儀所需為限，並應參考轄區野生動物資源現況及上年度實際獵捕野生動物種類、數量決定之。前項各地區原住民族之傳統領域、文化、祭儀、獵捕區域、期間、方式及動物種類如附表」，依此規定，決定原住民獵捕是否與傳統文化有關時，還必須審視管理辦法附表內容，附表中雖然列明了原住民各族有關活動，但其範圍不出「特定祭典」或「生活禮俗」兩類。

承上，雖然野保法第21條之1第1項未言明傳統文化的定義，但行政機關透過管理辦法，已然賦予傳統文化定義極多未出現在法條本文的大幅限制，其中最主要的限制即「時間延續性」、「非營利性」、「附表中所載明之特定祭典或生命禮俗」，若再觀察這些限制所能肯認的傳統文化活動，其實已經跟部落祭儀毫無區別，這也就造成我國刑事司法實務在判定是否屬於傳統文化時，幾乎無任何外於祭儀的合法情狀，也因此，我國法院無例外地處罰任何原住民在平日、無任何特別祭俗或禮俗事由時的獵捕野生動物活動，最常見者正是原住民出於自行食用目的而獵捕野生動物的事例，就此最高法院的見解往往是：「依上訴人於警詢及偵查時所供，其係基於供自己食用之目的，復未事前申請許可，也非因傳統文化或祭儀而獵捕保育類野生動物山羌二隻，自不得將其行為解作合乎原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法第六條附表之基於傳統文化之行為，而應依野生動物保育法第四十一條第一項第一款規定論以刑罰之心證理由」²⁵。

對於我國實務的判決走向，以及本案法院看法，筆者則有不同意見，管理辦法固然可以成為司法者在解釋時的參考依據，但畢竟管理辦法不是立法者訂定的法律，當管理辦法加諸原住民合法獵捕行為的進一步限制時，司法者不應該照單

全收，毋寧應該考量個別限制的合宜性，尤其應具體觀察在法規命令中的限制，是否逾越了母法合法要素的授權界限。

那麼前文提及的各項限制，是否符合野保法第21條之1第1項的母法？先談「非營利性」，該限制要求原住民的傳統文化的實踐上不可以存有販售目的，例如舉辦狩獵大會，並向參加者收取費用，藉以營利，依本文見解，此項限制原則上應屬合理，因為傳統文化概念重心應該以尊重原住民山林活動的自主性為度，如果傳統文化活動還要營利，活動內容有極高機會變質而必須為付錢的顧客服務，此時也失去了維護原住民傳統文化的意義，而再考量原住民族基本法第1項及第2項的意旨：「原住民得在原住民族地區依法從事下列非營利行為：一、獵捕野生動物[···]前項各款，以傳統文化、祭儀或自用為限」，也都以限制非營利為前提。基此，添加非營利性的要求，即可認定為合宜。

接下來討論「時間延續性」，依其標準，所有傳統文化的實踐方式，必須屬於舊有且長期延續的方式，這種限制雖然可從「傳統」兩字導出，但若過度強調一定要是傳統文化的固有實踐，不免以辭害意，也限制原住民在固有文化基礎開發新形態實踐方法的可能性，誠如前文對「供作生活方式之用」的討論，文化實踐有其現代意義，不應僵化地要求實踐行動的仿古性，毋寧應許可在一定條件下，採取「較現代的判定方法」，容許採取新興實踐作法。換言之，時間延續性雖非絕對不合理，但應該作較為寬容解讀，此即只要獵捕野生動物是為了滿足原住民固有山林生活的需求，就應該認為這種山林資源與食用物品的結合，亦屬原住民傳統飲食文化的一環。

最後是管理辦法附件所要求的特定祭儀及生活禮俗，依筆者之見，雖然附件有其原住民學研究依據，但是綜觀管理辦法中所強調的祭儀及禮俗，無一不是野保法第21條之1第1項所稱「祭儀」的關聯類型，在此意義下，原本立意良善的附件規定，反而全面架空了同項一併規定的「傳統文化」類型，說得更簡單些，採取附件指明的活動定性傳統文化，那麼傳統文化型早已等同祭儀型，完全架空了母法授權傳統文化類型的原住民合法狩獵可能性。本文認為附件只能作為「祭儀型」的狩獵情事參考標準，但對於什麼是「傳統文化」型的狩獵事由，則不能依據不具法律位階的管理辦法之附件解釋，否則將明顯牴觸母法授權。

本於以上討論成果，我們再回頭檢視本文案例中，原住民被告在田野調查時狩獵自行食用的

²⁵ 參見最高法院104年度台上字第2815號刑事判決。

行為，其目的顯然非關特定典禮的祭儀類，而應考慮傳統文化類，傳統文化類亦不受管理辦法附件列舉事由限制，故應予實質、個案觀察，原住民被告顯然沒有任何營利關係，而是在調查自己部落舊地時，為了充飢而採取其祖先於山野活動時的取得食物方式，這種取得食物方法的選擇顯然與原住民的部落背景及文化傳承有關，考量原住民之所以必須採用狩獵的取得食物方式，完全是因為部落地域的田野調查，與部落活動、山林生活具有高度密切關係。綜合以上考量，筆者認為原住民被告狩獵行為，正是「基於傳統（飲食及山林探索）文化」的實踐，也因此野保法第21條之1第1項除罪規定所及範圍內²⁶。

肆、結 論

以下簡要地總結本文的研究成果：

1. 槍砲條例第20條第1項「供作生活工具之用」的解釋中，「生活」應該同時包括經濟、祭典與原住民文化生活，而文化生活泛指一般與原住民傳統慣習有關係的行為模式或生活方法，係屬常態性的實踐；此外，不應過度局限於「傳統慣習」的時間性，否則法律除罪規定反而會阻礙原住民文化的發展與適應效能，因此本文主張在一定條件下，可以採取「較現代的判斷方法」，許可非屬原始方式的新型態文化實踐作法，但需得到有關原住民族群的認可。
2. 野保法第21條之1第1項，應適用至獵捕、宰殺「保育類野生動物」的除罪化，即使原住民未依同條第2項事前取得主管機關核准，但只要符合第1項所稱的「基於傳統文化、祭儀」，就可以排除刑責。至於傳統文化的解釋，不應過度局限於管理辦法所稱的祭典或禮俗，毋寧應擴大解釋至所有與原住民有關的文化生活方式。

參考文獻

- 丁昱仁(2005)。《獵捕保育類野生動物之可刑罰性研究》。台大法研所碩士論文。
- 王皇玉(2016)。〈原住民犯罪的文化抗辯及其實踐〉，《臺灣原住民族法學》，1卷1期，頁31-44。
- 王皇玉。〈原住民持有槍械問題之研究〉，《臺灣原住民族研究季刊》，5卷1期，頁1-37。
- 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〉，《台大法學

- 論叢》，44卷4期，頁1639-1704。
- 王舜薇(2016)。〈在山美部落看原民慣習與國家法律的競合〉，《法扶》，51期，頁36-37。
- 王進發、童信智(2012)。〈由原住民狩獵文化看國家與部落間之規範衝突及未來因應〉，《台灣原住民族研究季刊》，5卷1期，頁1-34。
- 吳豪人、黃居正(2006)。〈對市民財產制度的再檢視：由司馬庫斯部落公約到自然資源的歸屬〉，《台灣國際法季刊》，3卷1期，頁207-263。
- 林長振(2014)。〈原住民族狩獵權之立法規定及司法問題〉，《台灣原住民族研究學報》，4卷4期，頁21-41。
- 陳旻園(2016)。〈淺論原住民族狩獵釋憲案〉，《法扶》，51期，頁8-9。
- 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〉，《台灣原住民族研究季刊》，6卷2期，頁33-82。
- 許恒達(2014)。〈重新檢討原住民自製獵槍之管制與處罰〉，《台灣原住民族研究季刊》，7卷3期，頁121-152。
- 許恒達(2016)。〈刑法秩序與多元文化：以東亞刑事法院為中心的考察〉，收錄於：葉俊榮編，《變遷中的東亞法院》，頁107-146。
- 雅柏魁詠·博伊哲努(2014)。〈傳統的權利還是權利的傳統—原住民族權利的思辨〉，《台灣原住民族研究學報》，4卷4期，頁1-20。
- 黃居正(2016)。〈適用原住民族傳統慣習作為法院民事裁判之準據法〉，《臺灣原住民族法學》，1卷1期，頁5-16。
- 蔡志偉(2011)。〈從客體到主體：臺灣原住民族法制與權利的發展〉，《台大法學論叢》，40卷特刊，頁1499-1550。
- 鄭川如(2014)。〈論兩人權公約中原住民族狩獵權漁業權的內涵〉，《台灣原住民族研究季刊》，7卷3期，頁83-120。
- 謝煜偉。〈刑法解釋與原住民狩獵文化〉，《台灣法學雜誌》，241期，頁176-181。
- Laura Lincoln, Takamore v Clarke: An Appropriate Approach to the Recognition of Māori Custom in New Zealand Law?, 44 Vict. U. Wellington L. Rev. 141 (2013).
- Robin 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 (2011).

²⁶ 相關討論，參考陳旻園，〈淺論原住民族狩獵釋憲案〉，《法扶》，51期，2016年8月，頁8-9。

實踐導向的法律史研究： 運用歐洲法律史知識書寫臺灣原住民族傳統 規範的可能性*

吳宗謀**

摘要

本文希望說明一個新歷史法學的立場有助於開發能在轉／譯原住民族傳統規範進入國家法的語言時，實現「法律中之永續多樣性」或複數法底支配的規範習慣之概念。此一開發工作的目標是追求系統性地整理出處多元的規範，使這些規範成為有權機關及人員在適用時與私人在行動時可預見之原則或規則。本文根據西方法對臺灣各族群的第三者性，主張落實原住民族基本法第30條第1項所需的法律技術應是臺灣法學中的一般性議題。本文主張前揭規定之落實與地籍清理條例與祭祀公業條例等相關議題，都是臺灣的法律專業社群使用繼受而來的西方法面對本地的非國家規範現象，因而應該需要同一組概念工具，並同時涉及各族群的法主體性問題。本文主要論證分為2部分。前半回顧既有文獻，指出相關之臺灣華語法學文獻呈現3個主要問題，且因為2個外國學術文獻的因素，導致難以尋獲突破點。本文後半根據晚近的法律史文獻，說明本文的主張根據臺灣屬於墾殖者國家的特色，選擇較尊重各原住民族群體之政治議程的策略，主張規範性論述對其政治議程的中立性，並強調市民法傳統文獻的重要。本文主張排除4個理解規範習慣的常見類比，主張規範習慣的概念涉及民事實體法、程序法、以及準立法性質的一般性陳述。

關鍵詞：歷史法學、原住民族、傳統規範、非國家規範、市民法

壹、引言

如何適用傳統規範或所謂習慣法進行裁判，不僅是在臺灣落實原住民族基本法第30條第1項時的一大挑戰，在國際間也是受到廣泛討論的議題。這個議題不僅關係到極大的地理空間，也吸引了來自不同領域與學門的關注。雖然程度不等，但全球各大洲都存在必須在此議題上進行實踐的審判權。關注此議題的研究者與實務工作者則包括法學家、人類學家、社會學家，以及跨越不同領域的後殖民研究或帝國研究的學者等。儘管存在著龐大的學術研究文獻，原住民族委員會迄今（2016年）也舉辦了7屆原住民族傳統習慣規

範與國家法制研討會，在具體個案中依習慣裁判似乎仍然產生相當的不確定性。根據本刊第1卷第1期登載的3篇論著所舉的案例，固然近年部分法院的民、刑事判決肯認包括經濟生活的價值觀在內的原住民族傳統習慣優先於制定法，但另一方面也存在肯定制定法優先於習慣的案例；至於保留地涉及的行政爭訟則仍然尚未積極適用原住民族基本法的相關規範意旨¹。

對於原住民族習慣之規範性的見解看似分歧，事實上不妨理解為多元文化主義與法律多元主義——無論其內容為何——獲得越來越多法官與檢察官的支持。其原因在於實務界、特別是最高法院對民法第1條所稱之「法律」與「習慣」的文義理解有高度共識。換言之，原住民族習慣的規範性已逐漸體現於一、二審的判決中。這個

* 作者感謝科技部補助專題研究計畫《如何將臺灣原住民族傳統規範習慣轉譯為法學語言：法律史學觀點的先行研究》(104-2410-H-001-027-)，以及中央研究院法律學研究所與科技部補助國內舉辦國際學術研討會經費支持之《實踐導向的法律史：原住民族傳統習慣的書寫國際學術工作坊》。本文部分論證與參考文獻已發表於T.-M. Wu, Western Legal Traditions for “Laying Down Taiwan’s Indigenous Customs in Writing”, 24 Rechtsgeschichte 222.

** 中央研究院法律學研究所助研究員。

¹ 黃居正(2016)，〈適用原住民族傳統慣習作為法院民事裁判之準據法〉，《臺灣原住民族法學》，1卷1期，頁10；王皇玉(2016)，〈原住民犯罪的文化抗辯及其實踐〉，《臺灣原住民族法學》，1卷1期，頁35-40；吳秦雯(2016)，〈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〉，《臺灣原住民族法學》，1卷1期，頁63-64、65。

資深司法官根據現有華語民法學文獻所持的習慣概念雖然受到多元文化主義與法律多元主義的挑戰，然而足以取而代之、具有可操作性的新概念，無論名為習慣、具法效力之習慣或習慣法，卻仍待開發。這個開發工作應當由重視規範性議題的法學來承擔，而非將工作內容與責任一併「外包」至重視事實的掌握與描述的法律與社會研究或法律人類學等研究者社群。換言之，除了由後者主導之法律或規範多元主義文獻，開發新習慣概念過程中更應在法學文獻中尋找可能有用的素材。

本文希望說明一個新歷史法學 (new historical jurisprudence) 的立場有助於開發能在轉／譯 (translate, 在此同時使用翻譯與移轉兩義) 原住民族傳統規範進入國家法的語言時，實現「法律中之永續多樣性」(sustainable diversity in law) 或複數法底支配 (rule of laws) 的習慣概念。比較法學者 H. P. Glenn 主張的「法律中之永續多樣性」或「複數法底支配」主旨在於使得經常被限縮於依國家權力運作下之制定之規則所實踐的「法」治——即單數法底支配——也能參照屬於其他法律傳統、在特定政治體內為非國家性質的規範²。換言之，這是在追求系統性地整理出處多元的規範，使這些規範成為有權機關及人員在適用時與私人在行動時可預見之原則或規則。對臺灣而言，西方法具有第三者性，對臺灣人口中所有主要群體都是外來。而漢人群體絕大多數既不認為自己是西方人或已幾乎完全西化，不認為臺灣社會屬於西方世界，也不曾如明治日本追求國家統治方式與各種象徵的西化。西方法既「殖民」原住民族，也同時在不同的脈絡下「殖民」臺灣漢人。這使得追求上述兩個目標的行動意味著：落實憲法增修條文與基本法的法律技術不僅屬於較為限定、或許可被認為是專門科目之「原住民法」，更是臺灣法學中的一般性議題。因而若僅以是否任職於原住民族專業法庭(股)、是否曾接受專庭(股)所需之教育訓練判斷有無參與討論的能力將使法律專業人員陷於自我否定其專業能力的矛盾。判斷一實踐方案之狹義合法性應屬法律專業工作的核心能力之一。具體而言，基本法第30條第1項與民法第1條、修訂後的民法第757條、乃至於地籍清理條例與祭祀公業條例都是臺灣的法律專

業社群使用繼受而來的西方法面對本地的非國家規範現象。也因此這些議題應該需要同一組概念工具。是以絕大多數為漢族的法律專業人員面對基本法第30條第1項的議題時，不僅將觸及原住民族的法主體性³，同時也面對自身所屬群體的法主體性問題。

2則關於1945年前依所謂「舊慣」之臺灣漢人繼承制度的司法院解釋中，大法官就面對了今日臺灣的法秩序如何安置跨越清、日與中華民國等3個政權這個難題。其棘手之處在於：制度存在於人們的實踐與認知中，但在基本權利層次存在例如對性別的差別待遇等難以透過民主程序治癒的正當性缺陷。關於選定繼承人的釋字第668號以及關於祭祀公業的釋字第728號的多數意見與個別意見書中，宗祧繼承究竟是被中華民國體制的民法廢除或單純使其喪失法律效果，1945年前臺灣本島人男性在繼承法上的地位在規範上與事實上能否比擬形式上不適用之日本民法所規定的戶主，以及日本統治臺灣期間使親屬、繼承事項依「舊慣」之政策整體的評價等議題引起明顯的意見分歧。即使存在國族認同的因素，這些分歧仍然來自於在裁判活動中對法律進行整全性解釋，從而如 R. Dworkin 所稱之整全法與歷史的關係，是法律「僅依當前的焦點需要的範圍與方式，由現在開始追尋過去」⁴。理解並克服這些分歧不僅需要臺灣漢人繼承實踐與日治時期實務與學說的知識，也需要判斷何為法律上習慣的參照框架。此即討論原住民族傳統習慣規範議題同時有益於思考臺灣漢人之法主體性問題的一例。

本文所稱之新歷史法學的立場指：如同臺灣漢人在日治時期的「舊慣」與原住民族傳統習慣，判斷何為法律上習慣之參照框架本身也是歷史產物此一認識為前提的立場。這個立場與 F. C. von Savigny 等《歷史法學期刊》創辦者們在202年前主張的「不存在完全個別、獨立的人類事物；這只是其中一面；另一面則是這些事物都屬於一個更高的整體」看法在一定程度上相容⁵。但在法律史研究經過2個世紀的發展後，Savigny 的客觀觀念論語彙中的「更高」與「整體」已非重點⁶。而是如 M. Dubber 在 Savigny 後200年發行的另一本期刊

² Glenn 分別討論了固有 (chthonic) 法、尤大律法、市民法、伊斯蘭法、普通法、北印度法與儒家法等7個傳統。關於實現「複數法底支配」的討論，see H. Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law* (5 ed.)(2014), 361-385.

³ 參見蔡志偉 (Awi Mona) (2016), 〈民族法主體之建立：臺灣原住民族自治之視角〉，《臺灣原住民族法學》，1卷1期，頁81-85。

⁴ R. Dworkin, *Law's Empire* (1986), 227.

⁵ F. C. von Savigny, Ueber den Zweck dieser Zeitschrift, 1 Zeitschrift für Gesch. Rechtswiss. 1, at 3 (1815).

⁶ See J. Rückert, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny* (1984), 232-299.

的發刊辭中向北美英語學界宣示的，將法律當成 (as) 歷史 (而不是法律「與」(and) 歷史)，法律成為一種需要在長時間 (*longue durée*) 尺度上觀察的研究對象，法律史研究是對法律進行批判性分析的方法⁷。臺灣的處境與需求異於北美。北美的國家正當性已確立；Dubber更關注從歷史面向掌握規範性的特徵以發展對法律的批判。而臺灣的國家無論對漢人或原住民均存在正當性缺陷，更遑論其國際地位；反而是西方式的法律由於其第三者性而可能取得正當性。再度以前述關於臺灣原住民與漢人的規範性問題為例，不僅需要協助辨認特定時代之規範依據與群體及個體實踐結果的法制史與法律社會史，更需要形成使承繼而來的規範與今日的法秩序整體在價值上相容的論述。

以下本文將分兩部份說明。首先本文討論關於習慣概念的文獻 (問題包括過時且錯誤的歷史文獻，近在眼前未利用的德語經典，法律與習慣被理解為規範與事實、國家與社會的對立，以及法律多元主義的不足) (貳)。其次本文根據法律史研究的現況，討論新的習慣概念可能的開發方向 (參)。

貳、文獻的問題與限制

雖然基本法第30條第1項規定的「傳統習俗、文化及價值觀」文義射程較「習慣」更廣，但習慣是在法學中有較長傳統、在法律專業人員與法域間有較相近理解的概念。側重事實面向的法律多元主義研究關注前者，而較多傳統文獻則來自包括民法學、法哲學與法律史對後者的研究。而對於本諸基本法第30條第1項之規定應如何解釋民法第1條的規範問題，臺灣的華語法學文獻 (1) 仍將法律與習慣對應至國家與社會、規範與事實的概念組合；(2) 引用過時的法律史知識為根據；(3) 通曉德語的學者長期忽略近在眼前的經典文獻；(4) 議題本身在歐陸的民法學中遭到冷落；而 (5) 法律多元主義文獻以及北美的學術傳統對於前述臺灣法上的規範問題幫助有限。以下分別簡述。

在原住民族基本法施行前，較多數民法學的文獻與實務對民法第1條的理解是「法律」指制定法，「習慣」則指具法律效力的習慣或習慣法，是由客觀上為反覆發生的事實 (或所謂事實上的

習慣) 與主觀上依其行動者對如此行動有法之確信 (*opinio iuris* 或 *opinio iuris sive necessitatis*) 這兩個要件所組成⁸。在此解釋下，習慣僅是次要與補充性的法源。也因此相較於制定法受到合憲性與人權公約的限制，習慣不但僅能存在於法律未規範的事項，同時也受到公序良俗的限制。中國國民黨政權起草民法的作為帶有改造社會的政治意志，不僅是系統化當時其所統治地區之「民事」習慣而已。這使得起草該條時對於西方文獻保持著一定距離，並強調制定法的優先性，以限制習慣法的範圍⁹。因而不僅習慣法有別於未必有法之確信的事實上之習慣，習慣法本身也有是否獲得法院接納為個案中得適用之法源的差異。

王泰升即在這個意義下討論社會習慣的「國家法化」與其所主張的習慣立法¹⁰。習慣立法一語不易譯為外語。一部份原因是「習慣」在此用語中可能指涉待制定之成文法的內容，但也可能指立法程序本身依照習慣。參考基本法第30條第1項則更容易想像後者的可能性。翻譯困難的另一部份原因是將法律與習慣對舉，並與國家與國家以外之社會的規範、法律與法律拒絕納入的事實這兩組概念並列時，缺乏外部的參照點而難以擺脫「法律是法律稱之為法律的事物」這個自我指涉的問題。王所稱的習慣立法較接近將長期存在於臺灣社會中的某些規範轉譯入法學語彙後成為國家法的一部份。這可能接近非洲存在的所謂官方習慣法 (*official customary law*)，但不帶有非洲脈絡下這一類規範是延續殖民政府為統治之便，強行從作為整體的現地規範秩序中割裂出部份的寓意。相較於此，王泰升選擇的英譯標題 “*legalization of societal customs*” 表達的「社會習慣的合法化」則可能違反作者本意，暗示「社會習慣」是由被禁止轉變為不受處罰的地位。王泰升對習慣之規範性的理解可以說是萬事俱備、只欠臺灣成為自主政治體後以法律的形式加以表達、或簡言之為正式化 (*sanction*) 這道東風。臺灣漢人如何感受其習慣或傳統規範被正式化有待觀察。但文獻中常見的記載是若干原住民與其研究者對此有所警覺，甚至抗拒，尤其是缺乏政治自主時可能更為強烈。如 A. Allott 論及非洲傳統規範與殖民政

⁸ 蘇永欽 (1999)，〈民法第一條的規範意義—從比較法、立法史與方法論角度解析〉，《跨越自治與管制》，頁312；鄭玉山 (2005)，〈民事習慣在司法實務之運用〉，《法律史與民事司法實務》，10卷，頁101。

⁹ 鄭玉山，前註8，頁103。

¹⁰ 王泰升 (2015)，〈論台灣社會上習慣的國家法化〉，《臺大法學論叢》，44卷1期，頁1-69。

⁷ M. Dubber, *New Historical Jurisprudence: Legal History as Critical Analysis of Law*, 2 *Crit. Anal. Law* 1 (2015).

府法律的關係時所指出，「一旦習慣被法典化或由司法裁判確定下來，其拘束力就有賴於法條或對判決先例的一般理解。簡言之，它就不再是習慣法」¹¹。當然另一方面這也可能涉及研究者看待原住民群體的本質主義傾向或習慣的純粹論(purism)議題。由於與本文主旨無關，暫且略過。相對更值得注意的是少數作者主張民法第1條的重點並非一般性的習慣概念的定義與其分類，而在於強調法官知法(*iura novit curia*)原則(民事訴訟法第283條)的反面，如同法國民法典第4條所彰顯的意旨，避免法官以無可適用之法律為由拒絕審判(*déni de justice*)。楊日然早在1950年代末期即主張應以民法第1條之法理作為系統化整合法律與習慣的指導原則¹²。可惜未受足夠的重視。

改造社會的政治意志同時也伴隨著20世紀初期認識西方法時遭遇的困難。1930年代留學法國的王伯琦在1950年代的作品中雖然已注意到習慣的規範性可能有無法從歷史、而必須透過人類學觀察的面向，存在政治權力協調下由法律專業人員與一般社群成員書面化的成文習慣，但仍無法清楚區分來自社會、對於實體價值判斷的習慣，裁判活動累積而成、關於程序的司法習慣¹³。因而王伯琦誤認：「在今日世界，惟有英美民族，始終保持其習慣法的形態」；「1215年的大憲章…並非是原有習慣的成文化，而是王室與貴族間糾紛的解決。英國至今能生活在不成文法制度下，實由於其習慣的單純，及其民族團結的堅強，所以用不著以立法來統一團結了」¹⁴。晚近的華語教科書仍然稱英國普通法來自於地方習慣¹⁵。然而政治思想史學者J. Pocock研究所謂普通法憲政主義(common law constitutionalism)時已指出，英國的普通法法曹到16世紀末為止認為「普通法是來自不復記憶之遠古的習慣法」這個信念，是法曹拒絕國王干預的理由；這一點日後並表現於E. Burke的保守主義中；也有反對單一立法者、強調集體智慧的效果；但事實上法律與習慣在中世紀並無清楚區分，君王甚至可以「制定」習慣，而一個習慣也可以2、3代後來自「不復記憶之遠

古」¹⁶。法律史學者S. Milsom更指出：「發展出普通法的習慣法不是尋常民眾的生活習慣，而是有權力作決定的統治機關遵循的規則…大多數法律領域中傳統法庭的習慣法皆非實體法、而是程序法」¹⁷。

1945年後臺灣法學的研究環境固然受到政治與經濟的限制，但系統性回顧歐陸法律傳統中習慣法概念的經典作品事實上收藏於臺灣大學前法學院圖書館地下室，不假外求。該館收藏有S. Brie於1899年參加Savigny基金會得獎徵文撰寫而成的專書(似有2冊)，以及於1905年發表的紀念論文集專文¹⁸。這兩部作品討論自羅馬法至德國繼受羅馬法的16世紀間習慣法的法律學說史(*Dogmengeschichte*)。早在1971年H. Krause撰寫的德國法律史大辭典(*Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, HRG)中〈習慣法〉條目即已引用了Brie的著作¹⁹。而這套相當普遍的工具書近年更新並以5歐元的價格銷售〈習慣法〉條目的電子版。Brie的著作也相繼被電子化後公開提供下載。可惜至2015年4月為止，臺灣法學界仍無人曾參考這些經典資料。這事實上也使得論及習慣法的華語民法學文獻參考價值有限。

在歐陸，即使如德國民法施行法與瑞士民法中被認為是臺灣現行民法第1條的參考對象，習慣法的議題也早已喪失學界的關注。其原因或許不在於習慣法這個規範現象減少或消失，而是國家法秩序與非國家的規範制定權的權力關係穩定，為保障人之尊嚴或基本權利進行介入的正當性也獲得確立後，較少出現法學上具有討論價值的個案。就筆者所知，近年歐陸法院實務中大費周章對習慣法進行調查的案例是瑞士東部Glarus地方法院的「長明燈案」。在此個案中，Näfels教區教會(天主教)的教堂因1357年時一位殺人犯Konrad Müller為了贖罪與避免被害者方報復，

¹¹ A. Allott, *The Judicial Ascertainment of Customary Law in British Africa*, 20 *Mod. L. Rev.* 244, at 258 (1957).

¹² 楊日然(1959)，〈民法第一條之研究〉，《法學叢刊》4卷3期，頁38-43。

¹³ 王伯琦(1999)，〈習慣在法律上地位的演變〉，《王伯琦法學論著集》，頁181-182。

¹⁴ 王伯琦，前註13，185-186。

¹⁵ 林利芝，王澤鑑編，*英美法導論*(2010)，林利芝(2010)，〈概論〉，《*英美法導論*》，頁1；許忠信(2010)，〈法律發展史〉，《*英美法導論*》，頁31-32。

¹⁶ J. G. A. Pocock, *The Ancient Constitution and the Feudal Law: A Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century: A Reissue with a Retrospect* (1987), 30-38.

¹⁷ S. F. C. Milsom, *A Natural History of the Common Law* (2003), 58.

¹⁸ S. Brie, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht: eine historisch-dogmatische Untersuchung* (1899); S. Brie, *Die Stellung der deutschen Rechtsgelehrten der Rezeptionszeit zum Gewohnheitsrecht*, 1 in *Festgabe für Felix Dahn zu seinem fünfzigjährigen Doktorjubiläum* 129 (1905).

¹⁹ 2 H. Krause & G. Köbler, *Gewohnheitsrecht*, *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* (HRG) 364 (A. Cordes, H. Lück, & D. Werkmüller eds., 2ed. 2012).

承諾「永遠」由其某一田產的收入，提供當地教堂使用之長明燈的燈油開銷。600餘年後有共有人表示反對，導致付款中斷。教堂方面因而起訴請求將此歷史性物上負擔（*Realschuld*）記載於登記簿上。法院方判決教堂敗訴，並命教堂支付5,000瑞士法郎的訴訟費用——其中4,000瑞士法郎用於審判所需的「繁複法律史調查」²⁰。聯邦制的瑞士由不同語言社群組成，在歐陸各國中理應屬於習慣法重要性相對較高的法域。即便如此，實際審判中證據調查的費用昂貴可能暗示著實際需求極少。

西歐的案例較少可能令人猜測是否與其境內僅有少數族裔，除了北歐的斯堪地那維亞以外，法院幾乎不會面臨原住民議題的挑戰有關。但英語世界關於習慣法的一般理論同樣已久無發展的現象毋寧排除了這個猜測，並指向（1）與原住民事務相關的法院判決見解對於案例法整體的影響有限，以及（2）原住民事務相關的法院判決見解仍停留在個案性選擇值得引用之先例的情形，上級或終審法院的介入有限，也尚未形成一般性的裁判方法。英語學界遭遇習慣法一般理論發展不足的現象並非在原住民傳統習慣、而是在所謂國際習慣法（*customary international law*）的領域中。今日的學者仍然必須訴諸F. Suárez在17世紀初提出的理論架構。因而Suárez關於事實上的習慣與習慣法的區分、習慣需要主權者的同意等仍被廣泛引用，有時甚至被當作一元論、或J. Bentham、J. Austin與A. Marmor等學者所主張之法律性質命令論的文獻之一²¹。

最後但也是最重要的一點是：目前被認為是在國家法中證立原住民族傳統規範的法律多元主義可能已經完成階段性的任務。或者使用較積極的措辭，目前臺灣面對的議題已不再是「（單數的）法律是否包含原住民傳統規範」、或「原住民傳統規範是否為國家法之外的另一種法律」，而是「如何使法官與其他法律專業人員能使用除了個

案主觀認定與個人信念以外的法律概念工具，以可預期、可理解的方式調查、認定與適用傳統規範」。若借用J. Griffiths為論戰而區分的法律多元主義之語意，前一個問題是為凸顯原住民族傳統規範「也是」法律而被提出、也較值得研究的「有力（strong）意義的法律多元主義」；後者則是「無力（weak）意義的法律多元主義」²²。Griffiths稱後者為「無力」的意義是因為這只是國家中心主義或法律一元論下，為了在國族建立過程中與多元法律妥協，而在多元法律的現象之外再加上複雜的法律學說；然而一元論仍然是這個意義的法律多元主義被預定的發展方向²³。

然而，Griffiths主張的有力意義的法律多元主義，正是W. Twining在其回顧論文中批評法律多元主義的主要缺陷。Twining歸納發現，大多數法律多元主義採取一種多元法律並存是「社會事實」的立場。Twining指出，部分支持法律多元主義的論者即使從描述跨足至規範性的主張，也不涉入非國家法秩序的內部與外部正當性、義務性或合法性等議題；這使得Twining認為大多數法律多元主義的經典論述中不包含處理規範性問題的指引²⁴。

無論Twining的論斷有幾分道理，臺灣大多數文獻所稱的法律多元主義與其所反對的一元論之間存在著弔詭的關係。一方面臺灣文獻理解下的法律多元主義批評法律必然是、且僅是國家法的立場。另一方面，現實上只有法律而無司法多元的單一司法，不依賴完全按照國家法運作的法院，甚至彷彿回到20世紀前半比較「東、西方」法律文化、或英美普通法與所謂概念法學的語境，不強調個案中的具體妥當性優先於依法審判的一般原則，就無從兌現國家法在憲法增修條文第10條第11、12項與原住民族基本法的承諾。

黃居正在本刊中曾提出一個較為積極進取的看法：「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」。黃文認為「非線性憲法組構國家」²⁵，在追求對原住民族之轉型正義的過程中，

²⁰ Kantonsgericht Glarus, Urteil vom 20.12.2012. – ZG.2011.00992.

²¹ F. Suárez, *Tractatus de legibus ac Deo legislatore in decem libros distributus...* (1613), VII, 1.5, 3.10; J. Murphy, *The Philosophy of Customary Law* (2014), 26; B. Tierney, *Vitoria and Suarez on Ius Gentium, Natural Law, and Custom*, in *The Nature of Customary Law* 101, at 116, 118; J. Scott, *The Catholic Conception of International Law: Francisco de Vitoria, Founder of the Modern Law of Nations*, Francisco Suárez, *Founder of the Modern Philosophy of Law in General and in Particular of the Law of Nations: A Critical Examination and a Justified* (1934), 213, at 221, 229; A. Marmor, *Positive Law and Objective Values* (2001), 110.

²² J. Griffiths, *What is Legal Pluralism?*, 18 *J. Leg. Plur. Unoff. Law* 1, at 5 (1986).

²³ Griffiths, *supra* note 22, at 7-8.

²⁴ W. Twining, *Normative and Legal Pluralism: A Global Perspective*, 20 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 473, at 484-486 (2010).

²⁵ 黃居正 (2009), 〈憲法解釋與原住民權利〉, 《憲法解釋之理論與實務第六輯(下冊)》, 頁435-437; 黃居正, 同前註1, 頁5。

值得參考「已經透過條約關係、與原住民族確立線性憲法結構」之國家「平行適用原住民之習慣法體系」的方法²⁶。黃文認為這個重建法律多元主義的方式優於透過民法第1條來適用原住民族傳統習慣²⁷。因此黃文介紹了紐西蘭法院採取的所謂「較現代的方法論」(more modern approach)，以及在分屬不同社群的當事人爭執時將連接因素的選擇等同為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²⁸。

但黃文稱為線型憲法結構的國家也有不如非線性結構國家的結構性障礙。K. Gover討論被合稱為“CANZUS”的美、加、澳、紐等4個自由主義陣營、實施民主的墾殖者國家(settler state)同時反對聯合國原住民族權利宣言的問題。Gover指出，這4國在回復原住民族權利的過程中，承認並促成原住民族審判權實際運作，以進行土地權利與政治自治這兩個議題中複雜的重分配工作。這個Gover稱為「新多邊主義」或「條約聯邦主義」(treaty federalism)的安排有助於這4國修復國家的正當性缺陷，並補充一般性的人權與平等保障規範，證立某些優惠性待遇。這樣的安排的部份理由是能夠滿足這4國的社會在處理原住民事務上所需的法理與道德基礎。然而這個安排在憲政主義中放進了透過個案進行取捨與妥協的複雜網絡，並且在面對體制外、亦即國際性的原住民族權利論述時顯得難以招架。然而Gover主張，以解決歷史性訴求來換取原住民族的合意、從而修復國家正當性的需求會與這些國家的自由主義立國基礎之間存在一部份的衝突。而這樣的緊張關係使得這4國提出許多替代方案，以換取內國的原墾關係處理免受國際人權法的影響²⁹。

此外，從法律多元主義在臺灣的發展條件觀察，另一個限制則是北美的人類學界與法學界都懷疑甚至反對來自西歐法律史的習慣法概念與「無力意義的法律多元主義」。這個態度的部分原因是從人類學以及法律與社會觀點切入的法律多元主義研究忽視法律史文獻，尤其在美國更忽視英國仍有重要學者研究的法律學說史。對習慣法概念的評論能夠說明這個態度。被認為「直接了當拒絕習慣法性質之慣行(practice)這個理念」³⁰

的K. Llewellyn與E. Hoebel即批評習慣法「混淆慣行的概念、缺乏邊界、並且會不當地固著無意義的瑣碎事件」³¹。C. Geertz則批評：「習慣法這個字在人類學中造成的禍害是將思想化約為常習(habit)，可能僅次於這個字在法律史中的傷害，亦即將思想化約為慣行」³²。D. Rabban則發現美國法學早在1個世紀前即已排斥對法律學說史的研究，而轉向法律的社會學派與日後的法律與社會研究³³。Rabban雖然也注意到近年美國法學界重訪若干歷史議題，但絕大多數美國與英國的法學者都不從歷史的角度切入³⁴。換言之，臺灣留學美國與英國的學者，無論專長為何，皆忽視從未真正生活在一元論中的西歐社會記述自身的習慣法、並在日後發展為可在訴訟上操作之概念的經驗。

若嘗試總結現有文獻，臺灣關於原住民族傳統規範與國家法關係的文獻已經認識到法律多元主義的重要性，並且開始思考如何在訴訟程序中具體落實。然而由於法律多元主義文獻與英語文獻整體上重視概念而排斥歷史、強調描述而輕忽規範的基本立場，以及民法學在民法第1條議題上的發展限制，使得法律多元主義拒絕可接軌至民法的習慣法概念。參考美、加、澳、紐等國的法律實務恐怕也無法縮短這個距離。在策略層面上，反而因為這4國抗拒聯合國原住民族權利宣言的紀錄，使得臺灣必須思考以所謂追求原住民族規範平行於制定法適用為目的，循分散、個案、議價與妥協的方式進行墾殖者國家轉型正義的司法路線，可能與追求國際人權文件的內國法化、也是市民法國家原本就較熟悉的立法改革路線相衝突。而在法律適用的問題上，人們也必須思考在缺乏穩定的習慣法概念時，在個案裁判中追求法律多元主義是否使得法官困擾於如何履行依法審判的職責。具體而言，法官希望在個案中依原住民族傳統習慣的規範意旨裁判，但依制定法之文義的可能射程難以如願時，可能的選擇至少包括進行可預測性低的法律「解釋」，並期待輿論壓力使上級審維持其判決，或者運用其權威試行和解，透過民事訴訟法第377條至377條之2等規定，操作所謂「較現代的方法論」。這些選項在

²⁶ 黃居正，同前註1，頁6。

²⁷ 黃居正，同前註1，頁6-7。

²⁸ 黃居正，同前註1，頁7、9-11、13。

²⁹ K. Gover, Settler-State Political Theory, 'CANZUS' and the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 26 Eur. J. Int. Law 345 (2015).

³⁰ D. Bederman, Custom as a Source of Law (2010), 9.

³¹ K. N. Llewellyn & E. A. Hoebel, *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence* (1941), 274-275.

³² C. Geertz, *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology* (1983), 208.

³³ D. Rabban, *Law's History: American Legal Thought and the Transatlantic Turn to History* (2013), 153-155, 523-529, 532-535.

³⁴ Rabban, *supra* note 33, 535.

長期而言都難免引人質疑對原住民族的轉型正義是否以法院犧牲法治/法底支配為代價的批評。

參、新習慣法概念的可能方向

本文主張重新探究法學意義下的習慣法概念，作為轉／譯原住民族傳統規範至現行法的工具之一。這或許會被界定為是回到「無力意義的」或是「國家法律多元主義」(state legal pluralism)³⁵。本文關注的問題是如何使個案裁判既滿足狹義的合法性(legality)之要求，也能在程序與實體上體現原住民族傳統規範的意旨。本文並無發展描述性之法律多元主義的意圖，也不評論無力意義的、或國家法律多元主義對各種描述性的法律多元主義理論體系有何意義。

以下本文將討論(1)本文主張在策略上的意義與規範性的立場，以及(2)新的習慣法概念可能的方向為何。

本文雖然可以理解前引黃居正提出的看法或許僅討論現階段法院與臺灣原住民族傳統習慣的關係為限，也贊同黃文對可行性的重視，但希望提出另一個不同的策略。本文主張從歐陸的法律史中取材建立習慣法概念。本文的策略與黃文的差異在於：黃文的建議仍是在改造現有憲政框架的設定下進行，本文則主張至少應將不同規模原住民族群體的獨立建國或是自現存的中華民國政權分離的可能性納入考慮。

本文的理由是：在原住民族與墾殖者雙方的社群間未曾締結歷史性條約的墾殖者國家中，原住民族居住地的國家法之制定、適用與執行，若缺乏原住民族群體的有效參與，應對各種原住民族群體的政治議程保持中立。這些政治議程可能包括在現有憲政秩序中尋求不同的安排，或者建立一個或多個以原住民族為主要人口的國家。臺灣屬於這一類無條約的墾殖者國家。縱然存在若干優惠性的制度安排，尤其在法律適用與執行的面向上，仍是墾殖者後裔而非原住民族擔負所有責任較重的職務。換言之，職司法律之適用與執行的法律專業人員與提供知識資源的法學者在其工作中除了需要衡量其所屬群體經過憲法與基本法所表達之轉型正義的價值，也因法律專業者社群中的原住民族群體仍低於原住民族在總人口中所占的比例，墾殖者後裔在原住民族個體與群體間累積實踐先例的法律專業活動中勢必扮演代理人的角色，亦即自

已是為其他群體之利益而解釋、適用或執行法律。未在法律專業者社群中獲得代表的原住民族群體雖然未必有得以僅憑訴訟實現的權利、但有正當理由為了自行實現轉型正義，選擇與佔多數的墾殖者以衝突性不等的方式交涉脫離現有的憲政秩序。

值得附帶一提的是，法國中央政府與法屬新喀里多尼(Nouvelle-Calédonie)原住民在1998年達成努美阿協議後，舉行公民投票，以批准前者為協助後者選擇是否取得完整主權而為自身進行的修憲案一例，可資參照。這個實例對臺灣原住民族的重要性在於法國是典型的單一國，也是影響了許多國家的立法與法學研究的市民法傳統國家。法國現行的1958年憲法第1條首先規定該國是「不可分割的共和國」(*république indivisible*)³⁶。而由於法國民法總結了名為「習慣」(*coutume*)的成文化固有法，使得1804年民法典施行後1世紀左右幾乎沒有任何關於習慣法的討論。因此也可以被看作是採取一元論的國家。法國在中央與地方關係以及法律制度上，應該比任何普通法國家更適合臺灣進行類比。

言歸正傳，本文認為測試制度是否對原住民族群體未來之政治地位的選擇保持中立、以維持後者之開放性的具體方式，是在設計一個原住民的個體或群體將成為主要使用者的制度、或修改現有制度以使更多原住民的個體或群體得以利用制度之一部或全部時，進行「原住民族群體建立獨立國家後是否仍將保留該制度」的思想實驗。為說明之便，本文在此將實驗結果簡化為2個主要方向，擱置實踐上無法窮盡的變異。若上述實驗獲得否定的答案，則該制度可能受制於維護現存國家之主權完整的條件，從而無論是否符合設計者的本意，都具有變更原住民族群體之政治議程的功能。反之若獲得肯定的答案，可預期該特定制度將滿足某一些功能需求。

本文所採的立場在內國法上的依據是原住民族基本法第30條第1項明文規定的義務。在國際法上則是聯合國原住民族權利宣言第3條、第4條以及第5條揭示的自我決定政治地位、內部或地方事務以及獲取自治事務財源的自律與自治權，以及「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」。宣言第46條第1項後段的保留涉及前引基本法第30條第1項在解釋上可能產生的一個問題。亦即

³⁵ Twining, *supra* note 24, at 488.

³⁶ Art. 1, Constitution du 4 octobre 1958.

該項所規定的「保障合法權益」文義是否解釋為須以憲政秩序的現狀為前提，不得被解釋為原住民族有分裂現居國家的國際法權利³⁷；或由另一方面而言，政治自主是否得以被解釋為同項規定為應受尊重的「傳統習俗、文化及價值觀」。本文的主張與前引宣言的保留相容，亦不涉及基本法30條第1項能否導出可以憑訴訟實現的自決權利。理由是本文提出之思想實驗的重點，不在於比較墾殖者國家存在與否對某一法律制度之正當性與效用可能造成的差異。至於原住民群體與臺灣的政治社會交涉進行獨立的問題，循憲政秩序的現狀修憲可能是良策之一；而即使認為修憲應有其界限，無論根據民主原則或原住民族權利之國際文件，此一政治行動的選擇乍看之下也不致產生是否逾越界限的疑慮。

根據前述規範性立場，本文認為在1930年代的立法者意旨之外，重構民法第1條之「習慣」的學說，可以同時適用於原住民族與臺灣漢人，並且較有可能是原住民群體獨立建國後可能繼續保留使用的概念工具。這個重構學說的工作本身似乎無法被歸類為原住民族研究，毋寧應屬於民法學、或更一般性的法學領域。尤其在本文採用的新歷史法學方法下，在法學界恢復歷史法學被褫奪的公民權之前，也能預期這個重構學說的工作或許被歸類為應用法律史。然而其出發點與最可能實際測試並累積先例的場域卻非西歐國家或以臺灣漢人為主要利用者的法院，而是原住民族專業法庭（股）。因而根據本文主張的研究切入點，會對現有的臺灣原住民傳統習慣研究產生下列3個立場與方法的挑戰。

第一，原住民法學相關研究固然並非傳統法學的旁支，但從臺灣在歷史上的處境思考時，會顯現其跨國界、跨族群的研究價值。這也就是使恢復原住民族法主體性的實踐發揮效果的外部性，輔助已遭到西方意義之文明化的臺灣漢人重新學習掌握繼受而來的西方法。於此同時，研究者應注意適用於臺灣漢人的法律與制度是否同樣帶有殖民與威權統治遺緒，以免類推於原住民族時延長該法律或制度的傷害。換言之，原住民法學相關研究的範圍應該大於直接涉及原住民當事人的個案、或直接影響原住民個人或群體之生活的實證法。原住民法學研究在習慣法議題上也包含理解如何在引進異文化法制、改變治理形式

後，實現政治社群之自由的面向。借用古代地中海世界指稱政治社群對內自主的語彙，本文認為原住民法學研究在習慣法議題上包含促進「使用自己的法律」這個意義的「自律」——在希臘是 *autonomia*，在羅馬則是 *suis legibus utere* ——的面向³⁸。這個面向長期受簡化的國情論或體用論影響，以致於無論在立法或司法上，均不乏下列情形的惡性循環。在立法過程中或釋義學上，存在對特定外國立法例直接適用於臺灣之可行性的保留意見；而制定或執行後，因臺灣立法權或主流學說未能充分回應本地的規範需求，使得輿論與若干法律專業人士將此挫折歸因為「抄襲」外國制度「不徹底」，或特定學者、團體或政黨主張之「一時得勢」。前引王泰升主張舊慣立法的意旨也可以被認為是指向這個惡性循環。本文與王文的立場接近，差異在於王強調由觀察與歸納臺灣的規範實踐，本文則強調從西方法傳統中尋找駕馭現有之西方式制度的工具。

第二，這個研究切入點也是提醒自認並非研究原住民相關議題的法律專業人士，其專長仍然可能有助於原住民之法主體地位的建立，並可能更進一步有助於臺灣漢人自身。換言之，原住民族專業法庭（股）並非少數較熟悉原住民族傳統規範之特徵的法律專業人員參與的制度，而是值得所有關注如何提升臺灣掌握與運用西方法的法律專業人員參與的制度。另一方面，此專業法庭（股）的教育訓練除了提供原住民族的文化知識以外，也應提供其學員反思、檢視臺灣漢人是否已能使西方法為己所用的空間。專業法庭（股）的設置應無以專業分工之名、行邊緣化、隔離化法律實務中之原住民相關議題的意旨。

第三，無可諱言，臺灣現有來自各領域的原住民相關文獻絕大多數皆參考英語世界之先行研究與實例。學術研究人力的主要留學地也是美國、加拿大英語學圈等地。這個現象無可避免地使法律多元主義文獻的限制與北美人文及社會科學學界對於歷史研究、尤其是二次戰後西歐歷史與法律史文獻的長期輕忽也成為臺灣的限制。此外，即使不論英美普通法與市民法傳統的差異，普通法是否比現行法所屬的市民法傳統更有利於重建原住民族與臺灣漢人之法主體性，也缺乏討論。當然法律史與歷史法學早在二次大戰以前即

³⁷ 這是前述美、加、澳、紐等國在原住民族權利宣言起草過程中反對最烈的條文之一。See Gover, *supra* note 29, at 354, 361-362, 365-372.

³⁸ Clifford Ando, *Law, Language, and Empire in the Roman Tradition* (2011), 70-71, 107. Varro, *de ling. Lat.* 5.3. Varro, *On the Latin Language*, Volume I: Books 5-7 (Roland G. Kent trans., 1938), 4-5.

已被西方世界蔑視。其中一部份原因來自以歷史法學改革德語世界的封建秩序失敗。20世紀德國代表性的固有法研究者H. Mitteis曾兩度引用法國知名民法及比較法學者R. Saleilles出處不明的警句，精簡地指出德國法律史研究的困頓：「德國民族呼求社會改革，而他們得到的是古典文獻學」³⁹。但19世紀與其法律史研究早已在20世紀受到全面且深入的檢討。21世紀此時已是僅通曉英語的學者嘗試以英語文獻豐富的比較法取代語言能力要求較高的法律史。近年由重要學術出版社刊行之2本關於習慣法的英語著作提及Savigny與Suárez時，完全忽略已廣受肯定的二手研究⁴⁰。這難免損及著作本身的參考價值。

對於如何從西方法傳統中尋找駕馭現有之西方式制度的工具這個問題，本文認為應該回到西方法（包括市民法與普通法）中長久存在被名為「習慣（法）」的語詞。這個語詞在現代國家的行政權與國民或人民主權理念下的立法權寡占規範制定權力以前，長期被用來稱呼包括所謂事實上的慣行與習慣法。為了避免混淆，在進一步釐清其指涉前，不妨稱此語詞指涉的對象為規範習慣。這個語詞指稱「事實性」習慣的部分經常被應用於稱呼歷史上歐洲各地之公教會特有的儀禮安排方式。而法律性的部分則指受到羅馬法學復興影響的財產、身分、契約與裁判程序等事務。這個語詞的價值在於：不同法律多元主義敘事在殖民地觀察到的現象，19至20世紀的法典化並未在歐洲任何一地產生國家法全面取代固有法的結果。換言之，不僅是Pocock討論的普通法憲政主義與Burke承繼後提出的保守主義，西歐民主政治並非在法律一元論的環境中發展。臺灣所繼承的西方式法制因而並未內建一元論的框架，而是包含著實踐法律多元主義的論證可能性。當然仍保持屬人法之區分的日本帝國體制也實踐法律多

元體制。反而是中華民國政權有較強的一元論傾向。今日的臺灣沒有義務維持中國國民黨的國民政府在1930年代以現代化為名嘗試由上而下改造社會的策略，更應進一步思考這個策略的利弊得失。

由於規範習慣仍待更完整的概念化與系統化，本文在此僅能先提出概念化過程中應先避免的4個類比。本文認為，常見的「法律相對於規範習慣」的概念組合，應避免與下列4個概念組合相類比：（1）成文法相對於不成文法，（2）國家制定、由上而下的規範相對於來自社會、由下而上的規範，（3）「書本中」的法與「行動中」的法，以及（4）外來、繼受法與固有、本土法。換言之，規範習慣可能僅存在於實踐中，但也可能已形諸文字。而規範習慣是否成為國家法的一部份，未必繫於制定權力的歸屬，毋寧更仰賴民主過程——亦即從社會中產生治理國家的人員與制度之過程——的正當化。規範習慣當然也與各種規範一樣，可能因為各種時空變遷導致人群的記憶逐漸稀薄、甚至消失，或者雖然記得此規範、也有法之確信，但幾乎不再實踐。「行動中」的法僅能指稱現在仍有踐行紀錄的規範。至於第4個概念組合，全球化現象已觸及世界大多數地域的今日，恐怕已無任何法律秩序純粹由「固有」或「本土」法所構成。僅有「外來」或「繼受」部分構成的法律秩序可能亦無法長久維持。當然，人群或文化接觸過程中也會導致規範習慣吸納外部成分的現象。

近年對歐陸法律史的研究可以支持上述的負面表列，並強化現有華語文獻中論及德國與瑞士民法典採取較寬廣之習慣法定義的觀察。S. Kerneis提醒當代研究者切勿輕易將今日對法律與習慣的區分套用於羅馬法的「法律」或「成文法」(*lex*)與「規範習慣」(*consuetudo*)。羅馬法學者幾乎不進行後者的理論性討論。然而在帝國時期，各地行省不斷發生原本僅針對羅馬城一地、僅適用於羅馬公民的羅馬法與地方規範間之關係的問題。因而史料中出現以規範習慣一語論及地方規範的文字時，僅是討論地方規範在羅馬法中產生的法律實務問題，而非描述地方規範的內容全貌。與法律人類學文獻的觀察一致的是，這些規範習慣的形成不僅是民眾的意志亦非民族精神(*Volksgeist*)或民族確信(*Volksüberzeugung*)。而是行政權力與地方社群互動、對話的結果。而帝國以降在羅馬法實踐中的規範習慣，可以被理解為一種來自群體身分的權利(*privilege*或*privata*

³⁹ H. Mitteis, *Historismus und Rechtsgeschichte*, in *Um Recht und Gerechtigkeit. Festgabe für Erich Kaufmann zu seinem 70. Geburtstag*, 265, 269 (1950). H. Mitteis, *Die Geschichte der Rechtswissenschaft im Rahmen der allgemeinen Kulturgeschichte*, 6 *Juristenzeitung* 673, at 677 (1951).

⁴⁰ See *The Nature of Customary Law. Legal, Historical and Philosophical Perspectives*, (A. Perreau-Saussine & J. Murphy eds., 2007); M. Kim, *Law and Custom in Korea: Comparative Legal History* (2012); Rückert, *supra* note 6; P. Landau, *Die Theorie des Gewohnheitsrechts im katholischen und evangelischen Kirchenrecht des 19. und 20. Jahrhunderts*, in *Grundlagen und Geschichte des evangelischen Kirchenrechts und des Staatskirchenrechts* 45 (2010).

lex)。這種群體身分不僅與個案當事人的出身地或文化有關，也包括例如羅馬軍人這種透過參加戰鬥形成的群體。羅馬帝國晚期處理涵蓋範圍有限的羅馬法與各地、各群體之規範習慣累積而成的法秩序，形成了早期中世紀所謂蠻族法與法律屬人原則(personality of laws)的基礎條件⁴¹。北義大利的倫巴底王國與其後孕育出現代國家統治形式與公民自由的各城市，以及基督、伊斯蘭與犹太等3種文化族群比鄰而居的西西里島上的「規範習慣」以及阿爾卑斯山以北之薩克森王國的《薩克森寶鑑》(Sachsenspiegel)，都是在政治權力的行使應尊重群體性規範習慣為前提的環境中發展。今日對這些規範習慣的研究也發現其範圍經常超越今日人們理解為法律的領域⁴²。

法律史研究對於新的習慣法概念可以帶來的重要啟示之一，是提醒人們勿將習慣法概念限制在民事實體法的領域中。E. Conte指出，中世紀共通法(ius commune)與規範習慣這個語詞的關係並非靜態、單向，而是充滿動態且十分複雜⁴³。復興羅馬法學的波隆納學者為了回應都市經濟發展過程中的勞動力需求，引用羅馬法《學說匯纂》對人之法律上自由的特殊保障，論證當時習慣法中都市外封建領主支配農奴的法律理由不公平——這或許是一種黃居正稱「文化上適當」的自主形成習慣法的過程。Conte也提出兩個實例，說明規範習慣會在一定範圍內繞過政治權力提供的「國家」法。其一是刑事案件的和解，其二則是姑且暫時翻譯為「協商式證據調查」的所謂positiones。由於如眾所周知，國家壟斷追訴權、乃至於不因被害人處分其所受損害而停止公訴活動的現象必須等到現代國家的權力極為穩固後方形成，前者應十分容易理解。後者則是在程序法發展至法定證據主義後仍然存在的「辯論主義」空間⁴⁴。換言之，今日發展新的習慣法概念時，除了

實體法上集中於親屬、繼承法的原則與規則，更應該將各種程序性規範習慣納入觀察範圍。若借用G. Postema的說法，法學應當以「將有意義的行為舉止整合進制定法所承認的理由與論證之網絡」為判斷規範習慣的標準⁴⁵。依此標準篩選出的習慣當然將超過以身分與財產關係為主要對象的民事實體法上之習慣。

當然，除了實體與程序面，值得納入觀察範圍的規範習慣更包括了準立法性質的一般性陳述。原住民族委員會先前已進行14族原住民族傳統習慣之調查整理及評估納入現行法制之委託研究。成果皆已出版。若未來法院與檢察署能以此得來不易的成果為基礎，進行概念與方法上的檢討改進後，更積極地在個案以外進行長時間的習慣調查，也將產生包括臺灣漢人為主的法律專業人員與學者協助原住民個體與群體表達其對傳統規範與價值的資訊時所扮演的角色，調查所得是否「失真」，以及此種「失真」是否可以接受、有無改善方式等問題。除了日治時期臨時臺灣舊慣調查會的經驗，晚近如B. van Hofstraeten研究商業城市安特衛普的規範習慣調查與整編也值得參考。西歐人調查自身之習慣的經驗，可以作為殖民政府調查異文化地域經驗的比較對象，以供族群關係不同於西歐及日治臺灣的當代臺灣思考合適的調查方法與倫理準則⁴⁶。值得附帶一提的是，相較於對籌備可能之習慣調查計畫的實務性參考價值，經常出現的「失真」現象也促使學界檢討對西方法與原住民傳統規範接觸時的想像。究竟應認為兩種規範文化接觸時，會有較強者擠壓較弱者的情形，或者是認為無論兩者的強弱，雙方接觸時都將形成介於兩者之間的混種(hybrid)法律關係作為介面，將是未來值得進一步討論的課題。

肆、展望

若自1895年起算，臺灣社會雖然已經接觸現代國家的統治形式與西方式的法律及政治制度將近一又四分之一個世紀，然而無可諱言的是臺灣社會僅取得了運轉制度的能力，而還在發展自主修改、形成制度的能力。為此相較於西方的現代國家，臺灣在實踐上無可避免處於必須在更短

⁴¹ S. Kerneis, *Consuetudo Legis: Writing Down Customs in the Roman Empire (2nd-5th Century CE)*, 24 *Rechtsgeschichte* 244 (2016).

⁴² See B. Kannowski, *On Legal Pluralism and Ghosts in the Sachsenspiegel and in Gaya*, 24 *Rechtsgeschichte* 251 (2016). C. Storti, *Ascertainment of Customs and Personal Laws in Medieval Italy from the Lombard Kingdom to the Communes*, 24 *Rechtsgeschichte* 257 (2016). B. Pasciuta, *From Ethnic Law to Town Law: The Customs of the Kingdom of Sicily from the Twelfth to the Fifteenth Century*, 24 *Rechtsgeschichte* 276 (2016).

⁴³ E. Conte, *Consuetudine, Coutume, Gewohnheit and Ius Commune. An Introduction*, 24 *Rechtsgeschichte* 234 (2016).

⁴⁴ Conte, *supra* note 43, at 240-242.

⁴⁵ G. Postema, *Custom, Normative Practice, and the Law*, 62 *Duke L. J.* 707 (2012).

⁴⁶ B. van Hofstraeten, *Recording Customs in Early Modern Antwerp, a Commercial Metropolis*, 24 *Rechtsgeschichte* 288 (2016).

時間內、解決更多問題、但知識資源與實踐訣竅 (know-how) 相對不足的困境。本文作為一個華語文獻中、也可能是國際學界的初步嘗試，希望不僅關注臺灣的問題，也從檢視西方自身的限制出發，思考更有效率「超前」的策略。

然而策略必須透過實踐，方能具體因應臺灣原住民的個體與群體在生命中經歷的問題，與有效協助具有熱忱但被迫自行尋找解決方案的法律專業人士。實踐這個策略不僅需要已投入原住民族相關研究的學者及各種實務工作者，更需要具備歐陸語言能力的程序法學者與各種實務工作者支援。在此本文必須重申，原住民傳統習慣與國家法的關係絕非僅對原住民、原住民族委員會、或原住民族專業法庭(股)有意義。對此關係的理解、在法學中尋找重新設定此關係的論證，同時也是在嘗試「解放」或重新定位繼受而來的西方法與臺灣漢人之間的關係。若不憚於過度簡化，人們不妨認為原住民傳統習慣與國家法之關係的議題即是臺灣為其境內的社群重建法主體性的最佳起點。

參考文獻

- Allott, A. N. (1957). The Judicial Ascertainment of Customary Law in British Africa. *Modern Law Review*, 20(3), 244-263.
- Ando, C. (2011). *Law, Language, and Empire in the Roman Tradition*. Philadelphia, PA: University of Pennsylvania Press.
- Bederman, D. J. (2010). *Custom as a Source of Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Brie, S. (1905). Die Stellung der deutschen Rechtsgelehrten der Rezeptionszeit zum Gewohnheitsrecht. In *Festgabe für Felix Dahn zu seinem fünfzigjährigen Doktorjubiläum* (Vol. 1, pp. 129-164). Breslau: Marcus.
- Brie, S. (1899). *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht: eine historisch-dogmatische Untersuchung*. Breslau: Marcus.
- Conte, E. (2016). Consuetudine, Coutume, Gewohnheit and Ius Commune. An Introduction. *Rechtsgeschichte*, 24, 234-243.
- Dubber, M. D. (2015). New Historical Jurisprudence: Legal History as Critical Analysis of Law. *Critical Analysis of Law*, 2(1), 1-18.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press.
- Geertz, C. (1983). *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*. Basic Books.
- Glenn, H. P. (2014). *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law* (5th ed.). New York, NY: Oxford University Press.
- Gover, K. (2015). Settler-State Political Theory, 'CANZUS' and the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. *European Journal of International Law*, 26(2), 345-373.
- Griffiths, J. (1986). What is Legal Pluralism? *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 18(24), 1-55.
- Kannowski, B. (2016). On Legal Pluralism and Ghosts in the Sachsenspiegel and in Gaya. *Rechtsgeschichte*, 24, 251-256.
- Kerneis, S. (2016). Consuetudo Legis: Writing Down Customs in the Roman Empire (2nd-5th Century CE). *Rechtsgeschichte*, 24, 244-250.
- Kim, M. S.-H. (2012). *Law and Custom in Korea: Comparative Legal History*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Krause, H., & Köbler, G. (2012). Gewohnheitsrecht. In A. Cordes, H. Lück, & D. Werkmüller (Eds.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG)* (2nd ed., Vol. 2, pp. 364-375). Berlin: Erich Schmidt.
- Landau, P. (2010). Die Theorie des Gewohnheitsrechts im katholischen und evangelischen Kirchenrecht des 19. und 20. Jahrhunderts. In *Grundlagen und Geschichte des evangelischen Kirchenrechts und des Staatskirchenrechts* (pp. 45-79). Tübingen: Mohr Siebeck.
- Llewellyn, K. N., & Hoebel, E. A. (1941). *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*. Norman, OK: University of Oklahoma Press.
- Marmor, A. (2001). *Positive Law and Objective Values*. Oxford: Oxford University Press.
- Milsom, S. F. C. (2003). *A Natural History of the Common Law*. New York, NY: Columbia University Press.
- Mitteis, H. (1951). Die Geschichte der Rechtswissenschaft im Rahmen der allgemeinen Kulturgeschichte. *Juristenzeitung*, 6(21), 673-678.
- Mitteis, H. (1950). Historismus und Rechtsgeschichte. In *Um Recht und Gerechtigkeit. Festgabe für*

- Erich Kaufmann zu seinem 70. Geburts-tage (pp. 265-280). Stuttgart: Kohlhammer.
- Murphy, J. B. (2014). *The Philosophy of Customary Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Pasciuta, B. (2016). From Ethnic Law to Town Law: The Customs of the Kingdom of Sicily from the Twelfth to the Fifteenth Century. *Rechtsgeschichte*, 24, 276-287.
- Perreau-Saussine, A., & Murphy, J. B. (Eds.). (2007). *The Nature of Customary Law. Legal, Historical and Philosophical Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Pocock, J. G. A. (1987). *The Ancient Constitution and the Feudal Law: A Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century: A Reissue with a Retrospect*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Postema, G. J. (2012). Custom, Normative Practice, and the Law. *Duke L.J.*, 62(3), 707-738.
- Rabban, D. M. (2013). *Law's History: American Legal Thought and the Transatlantic Turn to History*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Rückert, J. (1984). *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*. Ebelsbach: Gremer.
- Savigny, F. C. von. (1815). Ueber den Zweck dieser Zeitschrift. *Zeitschrift Für Geschichtliche Rechtswissenschaft*, 1, 1-17.
- Scott, J. B. (1934). *The Catholic Conception of International Law: Francisco de Vitoria, Founder of the Modern Law of Nations, Francisco Suárez, Founder of the Modern Philosophy of Law in General and in Particular of the Law of Nations: A Critical Examination and a Justified*. Washington, DC: Georgetown University Press.
- Storti, C. (2016). Ascertainment of Customs and Personal Laws in Medieval Italy from the Lombard Kingdom to the Communes. *Rechtsgeschichte*, 24, 257-265.
- Suárez, F. (1613). *Tractatus de legibus ac Deo legislatore in decem libros distributus...* Antverpiae: apud Ioannem Keerbergium.
- Tierney, B. (2007). Vitoria and Suarez on Ius Gentium, Natural Law, and Custom. In A. Perreau-Saussine & J. B. Murphy (Eds.), *The Nature of Customary Law* (pp. 101-124). Cambridge University Press.
- Twining, W. (2010). Normative and Legal Pluralism: a Global Perspective. *Duke Journal of Comparative & International Law*, 20, 473-518.
- Van Hofstraeten, B. (2016). Recording Customs in Early Modern Antwerp, a Commercial Metropolis. *Rechtsgeschichte*, 24, 288-301.
- Varro. (1938). *On the Latin Language, Volume I: Books 5-7*. (R. G. Kent, Trans.). Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Wu, T.-M. (2016). Western Legal Traditions for "Laying Down Taiwan's Indigenous Customs in Writing." *Rechtsgeschichte*, 24, 222-233.
- 王伯琦 (1999)。習慣在法律上地位的演變，收錄於《王伯琦法學論著集》，頁179-212。臺北：三民。
- 王皇玉 (2016)。〈原住民犯罪的文化抗辯及其實踐〉，《臺灣原住民族法學》，1卷1期，頁31-44。
- 王泰升 (2015)。〈論台灣社會上習慣的國家法化〉，《臺大法學論叢》，44卷1期，頁1-69。
- 吳秦雯 (2016)。〈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〉，《臺灣原住民族法學》，1卷1期，頁45-66。
- 林利芝 (2010)。〈概論〉，收錄於王澤鑑 (編)《英美法導論》，頁1-28。臺北：元照。
- 許忠信 (2010)。〈法律發展史〉，收錄於王澤鑑 (編)《英美法導論》，頁31-43。臺北：元照。
- 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 (下冊)》，頁429-465。臺北：中央研究院法律學研究所。
- 黃居正 (2016)。〈適用原住民族傳統慣習作為法院民事裁判之準據法〉，《臺灣原住民族法學》，1卷1期，頁5-16。
- 楊日然 (1959)。〈民法第一條之研究〉，《法學叢刊》，4卷3期，頁38-43。
- 蔡志偉 (Awi Mona) (2016)。〈民族法主體之建立：臺灣原住民族自治之視角〉，《臺灣原住民族法學》，1卷1期，頁77-86。
- 鄭玉山 (2005)。〈民事習慣在司法實務之運用〉，收錄於最高法院學術研究會 (編)《法律史與民事司法實務》，10卷，頁59-167。臺北：最高法院學術研究會。
- 蘇永欽 (1999)。〈民法第一條的規範意義—從比較法、立法史與方法論角度解析〉，收錄於《跨越自治與管制》，頁283-321。臺北：五南。

原住民如何介入文化和智慧財產？

紐西蘭及萬那杜的例子

郭佩宜*

文化與智慧財產權是當代原住民越來越關注的課題，近日有文創公司註冊、取得了達悟拼板舟的模型拼接方式的專利，引起盜用原住民傳統智慧財產的爭議；迪士尼動畫海洋奇緣(Moana)以玻里尼西亞航海文化為故事背景，周邊商品設計了一件具民族色彩的文身圖樣童裝，在受批評為錯誤挪用原住民文化後下架，均是隨手可得的例子。台灣2007年通過了「原住民族傳統智慧創作保護條例」、2016年文化資產法修正時也納入原住民相關文資另定辦法的條文，該子法(原住民族文化資產保存處理辦法)即將公布施行，然而原住民各族的「財產」、「文化資產」與「智慧財產」等的從傳統到當代的相關文化概念為何？其又如何與強勢的國際以及國內的智慧財產相關法律和權利概念交錯、衝突或協商？在新的法律以及社會、政經戰場上，原住民文化中人與物的關係，是否能提出新的可能性來挑戰主流，是否能在國家和國際法律框架下，走出另一條路？

這方面的討論在台灣尚未充足，Haidy Geismar(2013)教授近期出版的這本書*Treasured Possessions: Indigenous Interventions into Cultural and Intellectual Property*，提出了相當深刻的思考方向，非常值得以一篇文章的篇幅詳加引介。Geismar現為倫敦大學數位人類學與物質文化研究的講師，同時也是紐約大學人類學與博物館研究學系的副教授；她長期在博物館工作，連結藏品原出社群與遠方博物館，關照物與人的多重關係，同時也是一位人類學家，主要研究場域在大洋洲，尤其是萬那杜(Vanuatu)以及紐西蘭，這本書即以此兩地為主要對照案例。書中含括層面甚廣，除了智財相關法律之外，也涉及博物館、聯合國教科文組織、拍賣、以及另類經濟等。

一個萬那杜Pentecost島南部村落主張高空彈跳(bungee jumping)源出該地，要求保障其智慧財產權；樂高公司的生化戰士(bionicle)系列使用了幾個毛利戰士名字(未註冊專利或商標)被抗議；毛利歌手Moana Maniapoto以自己的名字

Moana為題出唱片——Moana是波里尼西亞的通用詞彙，意指「海洋」——沒想到卻被一家德國媒體公司Media xs告侵害商業利益，因為該公司已經在德國將Moana註冊為商標。Geismar開宗明義指出原住民傳統、文化智慧財產權的爭議層出不窮，近年來其法律保護也在許多人努力下逐步提昇。然而這不局限於法律範疇，有些原民運動者和學者也將之作為另類經濟與政治想像——例如作為爭取更高原民的主權(sovcreignty)——實現的一步。透過這些議題討論，他們批評主流的文化與智慧財產應脫離原來殖民框架下、視原民文化如同無主地(*terra nullius*)而進入公領域共享(cultural commons)、可被他人商品化的作法，試圖倡議將文化與智慧財產法「原住民化」(indigenization)。同時間，「原民性」(indigeneity)亦於後殖民脈絡下成為新的論述，尤其在面對國內與國際尺度發展主義與新自由主義時作為抵抗運動的政治宣言。在此脈絡下，不同的行動者——部落居民、原運倡議者、學者、政策制定者等——如何在地方與全球論辯定義文化與智慧財產、重新建制？本書以萬那杜與紐西蘭的案例做深度討論。全書內容豐富，除核心論述外，在此僅能著重於部分案例介紹。

Geismar在書中的取徑借用Stuart Kirsch(2006)的「反向人類學」(reverse anthropology)，以及Chakarabarty(2000)的「地方化」(provincialization)等後殖民理論。前者要義在於顛覆古典人類學將被研究的原民社群觀點視為其「內部」(emic)觀點，研究者分析則為外部(etic)觀點，「反向人類學」將之對調，以原民觀點作為分析觀點。這麼做，即同步採取了將西方概念與理論「地方化」(provincialization)的立場，不再只是看(預設為)全球中心的西方制度如何在地方被實踐與轉化，而是將地方視為「中心」，西方則是「地方」，更基進地翻轉全球/地方的位置與關係。本書作者不斷挑戰讀者的是：如果文化與智慧財產概念是以太平洋為中心發展，會是什麼樣貌？大洋洲特別適合作為此課題的研究場域，因為從Mauss的《禮物》一書以來，大洋洲民族誌

* 中央研究院民族學研究所，副研究員。

即對交換、人／物、財產關係提出許多精采的理論討論；此外大洋洲的獨立國家有很高比例的原住民，在傳統文化的延續上也相對強韌。

另一方面，她也清楚這「原民化」的過程並非本質性的，為疆界清楚固著、不可共量的幾套概念競逐，而是各種論述、概念和機制在變動的權力關係中協商的過程。例如現今主導全球文化遺產論述與實踐的聯合國教科文組織(UNESCO)，在提出「無形文化資產」(intangible cultural heritage)的過程中，萬那杜的Ralph Regenvanu(受過人類學、發展研究訓練，藝術音樂家，曾任萬那杜文化中心主任、國會議員)即深度參與，無論是宣言起草、專家會議或擔任審查人，帶入許多具有大洋洲原民觀念的元素，使其成為「主流」的一部分。以萬那杜在2003年被UNESCO列為無形文資的沙畫(sand drawing)為例，在沙子上作畫的過程是文化傳承，傳統圖案設計展現與自然和超自然的關係、神話傳說、傳統知識等，但畫完即抹去，而非成為「所有物」——遺產(heritage)的性質並非所有權的標的物，而是交換或關係的媒介(頁6-7)。但另一方面，在沙畫被UNESCO指定、也成為萬那杜國家表徵與文化政策的重要對象之後，更普及地教育、傳承和展演時也不免逐漸官僚、建制、標準化，同時也成為商品。因此作者在書中不斷提問：原民權利逐漸納入國家法律範疇而受到更多保障的過程是一種賦權，但是否也是讓原住民更深地與國家綁在一起，更合法化既存國家框架？

這個問題在不同性質的國家中顯然有不同的情況，這本書選取的對照案例恰能凸顯(詳見第二章)。紐西蘭無需多做介紹，其毛利人約佔人口的15%，近年原民運動從懷唐伊條約(Treaty of Waitangi)的重新檢視為基礎，在各方面有長足進展，例如毛利語彙進入主流社會，大幅提昇毛利人的社會存在感。然而也有批評者認為這是國家進一步吸納毛利文化和知識，將之當成紐西蘭品牌與形象、符合商業獲利和國族建構的目的。萬那杜則是美拉尼西亞的獨立國，原本為英法共治(Joint Anglo-French Condominium)，1980年獨立後，除傳統生計外也發展出境外金融避稅天堂與觀光業作為新興收入。萬那杜境內有多個島群，現今人口二十幾萬，卻有超過百種不同語言，文化分歧差異甚大。該國以至今仍十分強韌的傳統文化、以及在文化治理上的「進步」聞名。紐西蘭是移民型國家(settler state)，原住民人口為少數，而萬那杜則是以原住民為主體的獨立國家，

因此其文化智慧財產現象、論述與政策，作法和意義上都不盡相同，頗能反映當代南島社會的差異樣貌，均有值得台灣參考之處。

第三章探討太平洋地區原住民性以及法律的關係。萬那杜以原住民為主體，因此「原住民」(indigenous)這個詞似乎沒有必要性，此在許多大洋洲獨立國家中亦然，不過近年在菁英階層“indigenous”一詞也逐漸流行，相較於殖民時期的「土著」(natives)分類，「原住民」彰顯了較高的主體性。在此類國家中，整體對照的「他者」不是國內主流社會，而是「殖民時期」；許多美拉尼西亞國家標誌出“kastom”(custom的洋津濱拼法)的概念，雖然其指涉類近於「傳統」，然在獨立的過程中興起的這個概念帶有反殖民的政治意涵，其修辭以及「傳統的再發明」成為策略性運用的象徵符碼，且在獨立後影響了島國的文化治理框架。在法律層面上，則逐步將kastom入法——萬那杜從憲法到各層級的司法機構以及審理機制，均有kastom的痕跡。萬那杜的國家性質之一是國家權力與官僚體系所及程度較低(weak state)，因此國家法治所及深度廣度有限，地方頭目在許多領域實質權力仍十分顯著。更進一步地，萬那杜設立了國家頭目議會(National Council of Chiefs, Malvatumauri)，島嶼也各有島嶼頭目議會，將慣習法納入正式法律體制，甚且2006年也通過頭目法(Chiefs Act)，使傳統領導人的法律權力更加建制化，同時也讓政府權力去中央化。但慣習法有哪些在國家法律體系下被肯認，仍會出現彼此競逐矛盾，此外經過幾十年，kastom的概念有了新生命，其指涉有地方差異，也出現新的理解與挪用，因此上述慣習體制化在各地有不同的實踐。

在紐西蘭，「原住民」意象清晰，其法律權力的進展也符合全球潮流，毛利人由原本的差異他者逐漸爭取到政策轉變、進入主流之中，成為國家雙元文化(biculturalism)的一環。但「原住民」這個詞彙以及原權運動同時也形成一種弔詭：原住民需納入現有法律體制下才能成為平行平等的夥伴，作為「原住民」意味著其法律上與國家的關係是在後者框架之下，反而減損其本真性(頁46-47)。

這些過程非僅內部動能，而是在國際原民運動、智慧財產、文化遺產論述等脈絡下進行。萬那杜與紐西蘭均積極參與國際相關公約，在國際的法律框架下形塑原民的「權利」。在大洋洲十分盛行將原住民權利作為「特別權利」(sui generis)

進行法律改革的論述，區域組織也提出了保障傳統智慧財產的模範法（太平洋傳統知識與文化表現保護模範法，Model Law for the Protection of Traditional Knowledge and Cultural Expressions）（萬那杜積極參與建構模範法，但區域內各國立法通過的進度甚緩）。關於模範法的利弊討論，筆者近期有另一篇文章討論（郭佩宜，審查通過），在此不贅述，Geismar指出該取徑的根本性質是將原民的文化作為「異他」（alterity），但仍在一法律架構下、使用主流法律語言，使其能受到國內以及國際法律社群的肯認。紐西蘭與萬那杜在立法時也經常採取類似特別權利的方式，「試圖建構新的『原住民』法律範疇」（頁58）。

萬那杜的嘗試表現在其版權法（Vanuatu Copyright and Related Rights Act），試圖延伸國家法律來保護kastom。其制定的背景一方面受到國際智財法律與組織的影響，然具有不同的道德宣示以及地方經濟想像，而其施行也與一般國際對智財立法可增加國際貿易的預設大相逕庭，比較具體的效應，反而是在國內讓kastom以及kastom系統中有權力的一些個人（如特定頭目和區域）影響力範圍從地方村落擴大到國家層次。此法通過後，很有趣的現象是一般人開始朗朗上口版權相關詞彙，迅速將之套用到kastom範疇，成為理解傳統權利的概念元素。與“rule of law”（法治）對應，萬那杜的立法成就的是“rule of custom”（頁63）。看似平行的兩個體系相互作用，變成新的、合成的法律體系。

在第四章中Geismar以一個具體的民族誌案例來說明。萬那杜的木雕在國際藝術市場十分知名，然而並非隨人任意雕刻圖樣，雕刻資格在傳統制度中有嚴格限制，不能踰越，否則會被處罰。萬那杜中、北部有儀式階序體系nimangki（英文為“graded society”，暫譯「晉級社會制」），男性（少數為女性）需經過交換儀式（使用傳統珍品如豬、長牙豬、貝珠錢等）晉級，才能取得參與某些秘密儀式、得到名字、或特定雕刻圖樣的權利等，過程中涉及橫跨世俗與靈力世界的聲望、財富、力量、影響程度等層面。此種系統規範了對某些文化物件的權利，不同地區有自己獨特的範疇，而這些權利（entitlement）可以交換、交易。擁有圖案權利者可以雇木雕師父進行雕刻，木雕師父也可以給付一定的權利金取得雕刻、販售的權利。這種kastom下的知識與物質形式便於與當代版權概念接軌，但殖民政府不太願意肯認，因為肯認即可能給予原住民更多權力；

相對地，獨立後實施的新的版權法則是國家合法化kastom的機制。有意思的是，人們很快即借用版權相關詞彙來描述kastom中的權利（entitlement）概念，但其取得權利的整套晉級社會制與文化精神仍舊依循kastom。北部Ambrym島的Fanla村即是此套制度的獲益者，該村以巫術和木雕（尤其是豁鼓slit drum）知名，透過系譜追溯，該村氏族宣稱具有某些木雕權利，限制他人近用。在藝品市場興起後，晉級社會制成為約制的機制，他們召開頭目會議、釐清系譜、公告權利名單，過程中地方頭目的權利延伸到市場與國家。版權成為原民能動性的政治工具，萬那杜藝術市場中一些長期在首都經營藝品行銷的外國藉中間商在經歷數起爭議事件後知難而退，許多藝品生意改由島民經營。市場與法律肯認了kastom，傳統道德秩序透過木雕這種商品化的文化物件延伸，而過程中獲益最多的則是擁有特定kastom權利（entitlement）的人。

紐西蘭的案例則表現在原民商標——亦即毛利創作如何成為一種美學框架、國家品牌、商品資產的過程。第五章討論紐西蘭透過智慧財產權等法律試圖保護毛利人，使其文化不會被不當剝削和挪用。例如紐西蘭的商標法（Trade Mark Act of 2002）在註冊過程加入檢查機制，相關申請案需交由毛利審查委員會審核、以毛利protocol評估，以防毛利元素被不當搶註，也確保商標不會冒犯毛利人。這是比較消極性的防弊，積極性的計畫則如2002年創立、政府資助的原民品牌toi iho Maori Made等，建立具有品質保證的原住民創作商標，讓消費者可以清楚辨識，也保障原住民創作者的權益。一開始有多位原住民知名藝術家支持，雖然他們本身即是品牌，不必倚此來獲益，但願加入來提攜後進。然而toi iho系列在市場上沒有成功，一般認為較適合高檔藝術創作，而非平價市場。當毛利成為一個品牌時，既神聖化，同時也商品化了毛利文化。原本政府透過Creative New Zealand給予資金資助，到了2009年也決定退出。對此人們批評政府評估計畫成功與否根據的是市場價值，但毛利人關心的是文化價值。此外，有另一派毛利評論者認為此類品牌只是政府收割毛利文化、方便政府在網路上選購毛利創作當公關贈禮罷了，真正要發展原民經濟不需國家介入，才更能站穩主體性。

毛利人與紐西蘭政府在傳統智慧財產權上的另一個重要事件為「WAI 262主張」（WAI 262 claim）。懷唐伊協定中英方承認毛利人對其ta-

onga——珍視之物，亦即本書的書名“treasured possession”——擁有主權(sov­er­eignty, tino rangatira­nga)，然而有些毛利人擔憂紐西蘭逐年簽訂多種國際協定、在自由貿易的旗幟下可能損及懷唐伊協定的承諾，於是六個氏族(iwi)提出，要求政府需肯認毛利人對原生動植物知識的權利連結。「WAI 262主張」在資源管理形式上不但提出主權概念tino rangatira­nga，也提出毛利人對taonga的關係並非一般智財「所有者」，而是「守護者」(guardianship, kaitiakitanga)的義務。此舉重新定義了文化及智慧財產以及原民主權的界線——也就是既存的權利關係——自然受到許多阻力，尤其是從自由市場以及公眾領域(“commons”)角度的批評，凸顯了國家與毛利社會彼此分歧但又糾結的關係。無論是toi iho或WAI 262，均標舉了關乎文化以及道德的框架而得以有所施力，形成另類的文化空間，相對於“commons”或許可稱為“indigenous commons”。然而在紐西蘭這樣的雙元文化國家，智慧財產權的原民化仍須在國家的政治法律框架下進行協商，也無法脫離肯認政治(politics of recognition)。

另一個文化與智慧財產的場域是博物館，紐西蘭與萬那杜在區域內是領頭羊，引領原住民博物館學(indigenous museologies)的發展，第六章分別討論萬那杜文化中心(Vanuatu Kaljoral Senta, vks)和紐西蘭國家博物館(National Museum of New Zealand Te Papa Tongarewa, Te Papa)。Vks初期在幾位學術工作者(尤其是人類學家Kirk Huffman)的主導下，不走古典民族博物館路路線，而定位為與在地有更深的連結機構，他們透過口述傳統計畫訓練大批志工到全國各地進行田野工作，尤其是口述史錄音與字典編纂，而搜集到的資料也依照kastom protocol做嚴格的近用(accessibility)規範。此合作參與的模式成功地讓文化中心及其典藏「地方化」(provincialize)，而非由上而下標本式的學術資料搜羅。文化中心成為文化生命力的倡議者、文化復振的運動者，也是國家文化政策的火車頭。在萬那杜獨立運動的脈絡下，kastom成為文化典範(cultural model)，也是結合多元分歧的島嶼人群的公約數，是文化也是政治策略，而在UNESCO等國際論述下，也開始以文化資產(需要被護衛而非擁有)的方式被理解。於是無可避免的，kastom的表現也有物質形式化的傾向以及建制化的趨勢，vks作為kastom的主要機構也不知不覺抬高了某些慣習、土地制度等，或成為kastom的仲裁者。

紐西蘭的Te Papa博物館在台灣博物館界甚受矚目，已經有許多討論，在此僅扼要談三個點。首先Te Papa作為國家博物館，平行呈現毛利以及主流社會pakeha(泛指白人)的文化與歷史，與前面幾章類似，雙元文化的模式讓毛利文化(表面上)平起平坐，但仍須納入國家的大框架之下。再者，毛利的「氏族」(iwi)無論在如何展示、收藏或保存均有參與以及決策權，根基於毛利文化風格的展示使用了主流再現工具但加以改變。相對於萬那杜的kastom，taonga則是毛利版的文化資產，透過前述在懷唐伊條約中的肯認，taonga即是毛利主權所在、也套用護衛而非財產所有的概念。無論是Te Papa或vks，都在進行「地方化」(provincialization)——萬那杜的kastom、毛利的taonga均非邊緣，而成為中心、成為轉化國家的要角，形成新的論述修辭和機制；在過程中將原住民的價值觀(如護衛文化資產)再中心化，同時也將國家、主流的財產關係概念去中心化。

第七、八章則分析前面章節已略觸及的商品與經濟的面向。文物返還議題在太平洋獨立島國並不熱衷，但移民型國家或地區如夏威夷、紐西蘭就敏感許多。拍賣市場上的許多毛利taonga原初可能是以禮物形式或商品交易形式流出，未必是巧取豪奪，然而當代毛利運動者賦予這些物件新的價值以及象徵意涵。紐西蘭是資本主義國家，保障私人財產與自由市場，拍賣尤其是高度資本的商業世界，於是和前者產生了一些火花。「大洋洲藝術」成為「原始藝術」市場的新起之秀，例如1998年蘇富比大手筆宣傳一件毛利雕像，成交價一百萬美金打破大洋洲物件記錄，帶動整個市場，其他精美的大洋洲(尤其毛利)物件價值跟著水漲船高。此舉引起紐西蘭博物館界的不滿，Te Papa博物館即曾表示不參與該項拍賣，不做市場推手；有毛利議員也批評拍賣公司是嗜血鯊魚，同時也出現要求物件返還紐西蘭的聲浪。然而圖像並非單純二分，拍賣公司強調毛利物件的歷史和文化價值，有些毛利人也很樂意持有物件價值因此高漲。是否應讓taonga流入私人蒐藏家之手的爭議時有所聞，1996年紐西蘭的拍賣公司Webb擬售一件有歷史價值的披風，該披風在部落內頗為知名，但最後一位繼承者決定賣出。一位毛利長者在拍賣開始時發表了激烈演說要求蒐藏家不要投標此物件，最後在無競爭標的情況下低於底價賣給紐西蘭博物館。

Te Papa的館員Ian Wedde評論，相對於西方

藝術市場價值體系關注的是藝術家聲望以及其藝術品的經濟價值；毛利人則關注物件背後代表、延伸自系譜(whakapapa)與地方(whenua)的社會價值(p.160)。毛利taonga對紐西蘭而言，既是國家的、也是原住民的文化資產。2006年紐西蘭以文物保護法(Protected Objects Act)取代舊有的古物法(Antiquities Act 1973, 源自毛利古物法Maori Antiquities Act 1901)，明定超過50年歷史的物件即含括在內，用以控制讓毛利文物的轉手僅限國內，嚴格規範了古物註冊、交易商、蒐藏家，將毛利taonga納入國家文資保護之下。博物館館員作為專業文物鑑定者，經常需要參與這個註冊過程，他們掙扎於不願成為文物市場的幫手，但這項工作也讓其更能掌握文物流向、通知相關iwi、也更有機會將物件留在合適的地方(包括博物館)。文物保護法似乎是比較進步的法律，然而也出現如同前面數章類似的批評——當毛利文物被納入國家文資的類別下，是雙元文化的表現，但也因此「臣服」於國家的框架之下，而非全然毛利自主。有毛利議員另提Taonga Maori Protection Bill，希望能將全球毛利文物都加以列冊、最終回歸(法案未通過)。

Taonga的概念雖然與藝術市場看來不相容——後者打斷了taonga概念中強調的社群內／間世代連結與互惠，也少有毛利人參與市場，但兩者在當代社會可謂共同演化，例如拍賣市場的那些物件(如照片)算是taonga範疇？此類爭論也擴展至非毛利物件，taonga成為國家文化資產的代名詞。此外taonga漸漸形成了一種規範藝術市場的機制，蒐藏家與拍賣者也運用「文物回歸」的修辭來詮釋自己實乃為了公眾服務。taonga既是一種文化批評，也是一種市場參與形式的新藍圖，是文化與智慧財產範疇「地方化」的另一個例子，在此過程中無論是市場價值或文化資產價值都提昇了。

萬那杜作為獨立國家，相對於紐西蘭，更能夠實行(或實驗)更全面性地以原住民傳統為主體的制度與計畫。許多研究者以及大洋洲思想家提出相對於資本主義和發展主義，太平洋島民文化傳統著重的不只是經濟物質層面的獲利，而是社會共榮，例如Marshall Sahlins(1992)扼要地對比了“development”和大洋洲的“develop-man”兩種經濟模式的價值觀與實踐差異。在全球資本主義的年代，萬那杜大膽提出以kastom作為另類經濟可能的想像，他們將2007及2008年列為「萬那杜傳統經濟年」(Yia Blong Kastom Ekonomi)，由文

化中心vks提出、UNESCO以及日本信託基金之無形文化資產保存補助款設立「萬那杜傳統貨幣銀行」(Traditional Money Bank in Vanuatu Project, TMBV)，俗稱「豬銀行計畫」(the Pig Bank Project)。在萬那杜的數種傳統財富中，尤其以豬為代表(長牙豬，以及雌雄同體豬)，其在交換體系中是社會關係的重要具現；豬不是商品或僅為交易媒介，而是與人、土地、關係、地位相連結，是生命和kastom的表徵。另一方面，豬作為價值的計算有一套標準，例如牙齒的捲曲圈數與其價值有關，然而並沒有一套非常固定的標準單位，而視脈絡與協商存在彈性。至於與現金的兌換匯率則大致不變，然而近年豬隻總數減少，因此計畫中由政府做起，在國家頭目會議的帶領下，各類與kastom有關的罰款只能以傳統財富形式支付；此外與政府有關的機構也收受傳統貨幣，例如學費、醫藥費、罰金，而全國最大的金融網絡信用合作社(Vanuatu Credit Union)也設立傳統貨幣與現金兌換的機制(除了豬銀行，還有蓆子、山藥等，視區域地方貨幣而定)。

這個計畫鼓勵一種新的經濟想像，一種理想化的社會經濟秩序，讓「傳統價值與實踐能含納西方市場價值」(頁189)——亦即經濟的「地方化」。Geismar指出，有別於一般人類學論述強調「另類經濟」的可能性，萬那杜的計畫並非二分西方與kastom，或將kastom作為另類經濟而已，背後的理念企圖更為宏大，是想提出一種包含性的(encompassing)經濟想像。值得注意的是，此計畫也受到國際論述的影響，例如UNESCO無形文化資產強調「活的文化」(living culture)，且連結到永續發展，以及國際經濟指標近年也出現如快樂指數，萬那杜排名甚高；在此全球脈絡下，kastom成為一種經濟願景，對主流發展模式提出在地化的批判。然而此種國家與國際支持的計畫並非沒有競爭論述(頁195-197)。萬那杜Pentecost島北部從1950年代反殖民運動起建立的“Turaga Nation”有自己的Tanmarahi kastom reserve以及kastom銀行體系，隨著「萬那杜傳統經濟年」的推行，他們要求國家肯認其發行(僅於Turaga Nation流通)的貨幣Livatu為一種相對於國家貨幣vatu的官方貨幣，但遭到拒絕。其實Pentecost島內對此意見也不一致，有些人視國家貨幣為(新)殖民、對原住民具有壓迫性質。這「另類的另類」的存在，讓我們窺見即使原住民為主體的獨立國家，也可能被另一群人視為另一個層次的霸權。

台灣與紐西蘭都是移民社會，原住民人口是

少數(然台灣原住民人口比例遠低於紐西蘭)，在此型社會中，紐西蘭有許多法律與政治、社會措施在毛利人的挑戰下有所革新與轉型，值得我們借鏡。萬那杜是大洋洲在制度與論述上去殖民、與國際原權以及文化論述接軌最成功、最勇於嘗試的國家，在許多課題上其作法很具啟發性。Geismar 分析指出在這兩個例子中，原住民的介入改變了文化和智慧財產領域：他們以高度的文化差異來挑戰國家與國際的文化和智慧財產政策，凸顯了一般性(generic)財產範疇其實需要在地方脈絡下形構，全球無法忽視地方的重要；而透過這個過程，他們鬆動了主流分類與界線(頁208)。作者採「反向人類學」，以原民觀點作為分析觀點，提出此兩案例中重新再建構的文化和智慧財產新的體系實則發生了中心的位移，原住民行動者在其間推動了「地方化」(provincialization)。書中也指出自殖民時期以來移植的、全球主流的一套智慧財產、資源管理等模式的根深蒂固，然而或許更關鍵的地方在於國家與原住民權力在結構上的不對等，而不只是文化的不可共量。

本書在複雜的議題間試圖提出一個比較不本質化的圖像，而是以當代人類學的取徑呈現多重文化與智慧財產論述如何動態地、穿梭於地方、國家與全球等不同尺度間的多聲對話與協商，因此全書線條、層次複雜，加上兩個國家各類案

例來回對照，且涉及法律、博物館、品牌、拍賣、傳統經濟等諸多面向，並不容易掌握。紐西蘭與萬那杜的經驗是現在進行式，也未必能套用到台灣，然而從比較南島觀點來看有很多社會文化上的連結，探討課題正是台灣原住民與法律相關領域所迫切關懷者，是有前瞻性、十分值得推薦的一本書。

引用書目

- 郭佩宜(審查通過)。*〈大洋洲法律景觀的啟示：比較南島視野〉*。「跨·文化：中央研究院民族學研究所六十週年所慶研討會」論文集。
- Chakarabarty, Dipesh. (2000). *Provincializing Europe: Postcolonial Thought and Historical Difference*. Princeton: Princeton University Press.
- Geismar, Haidy. (2013). *Treasured Possessions: Indigenous Interventions into Cultural and Intellectual Property*. Durham & London: Duke University Press.
- Kirsch, Stuart. (2006). *Reverse Anthropology: Indigenous Analysis of Social and Environmental Relations in New Guinea*. Stanford: Stanford University Press.
- Sahlins, Marshall. (1992). *The Economics of Development in the Pacific*. *Res: Anthropology and aesthetics* 21, 12-25.

《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。

