

臺灣 原住民 民族 法學

Taiwan Indigenous Law Review

專題論文

- 先住民族政策としてのアイヌ政策 常本照樹 1
譯者：簡聖文

論 文

- 原住民保留地土地所有權之空洞化現象 程明修 11
台灣司法體制下之不利原住民族處境初探 謝若蘭 楊曉珞 31
從臺灣山地鄉自治到部落公法人論原住民自治行政 胡博硯 57
原住民族傳統智慧創作之保護困境與突破 章忠信 69
美國原住民身分認定簡介 鄭川如 95

評 論

- 淺評宜蘭地方法院104年度原訴字第1號刑事判決：劉繼蔚 107
基於「民族」觀點就管制正當性的再思考
還我土地後，問題是否解決？ 雷化豪 115

專題報導

121

ISSN 978-986-7364-17-3



9 789867 364173

第三期 2017.12

出版序

我國於民國 94 年公布施行「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，時至今日，在確立原住民族在法秩序上的地位與主體性後，實有必要發展一套原住民族法學，在現有的法學基礎上，以原住民族之傳統習俗與文化價值觀為出發，由專家學者以其各自之專業，帶領我們更深入、更細緻化地進行原住民法學之論述，例如：在刑法中如何以原住民族文化為抗辯、當民法中的繼承規定與部分原住民族的繼承慣習發生衝突時，應如何在法規範、傳統慣習與婦女保障中取得平衡，又或是在國家進行國土規劃時，原住民族如何在其中取得發言權，擺脫對原住民族生活的偏見，讓原住民族文化與非原住民族能在這片土地上共存、共榮，進行新的國土論述。

本會委託籌備出版「原住民族法學期刊」即發展原住民族法學之第一步，透過提供一學術研究與溝通平台，將研究成果化為原住民族之知識與智慧，讓社會各界能善加利用。

感謝東吳大學法學院洪家殷院長帶領編輯團隊：謝在全教授、陳新民教授、林秀雄教授、鄧衍森教授、蕭宏宜教授、胡博硯副教授、章忠信助理教授、雷化豪講師，為本刊貢獻心力。

望本刊能引起讀者們的興趣，原住民族法學的發展需要你我的參與，殷盼各界能踴躍投稿，支持本刊繼續發展，為原住民族法學盡一份心力。

原住民族委員會主任委員

夷將·拔路兒
Icyang Parod

主編序

原住民族之法學發展，是維護原住民族權益之根基，除了應持續強化既有保障原住民族法律之落實，同時也必須兼顧法學研究與發展之基底工程。其中法學文獻的持續堆砌，在法制建構上提供原住民族權利保障之基石，才能據以發展及落實不同階段之原住民族法學，使得原住民族法學之發展與落實更具全面性。

為完善推動法學研究工作，並有效運用法律學者在法學研究所累積的成果，促進學者研究原住民族相關法學議題，透過法學期刊之出版，匯集國內原住民族法學研究專家學者，共同投入原住民族法學研究，包括原住民族傳統慣俗法制化、原住民族法學建構(國內原住民族法學資料蒐集彙整、國內原住民族重要判決蒐集彙整、原住民族法學期刊、原住民族專業法學叢書等)等重要議題，藉以培育原住民族法制人才等，希冀保障原住民族司法權益並改善族人在法律中被動弱勢之地位。並藉由原住民族法學期刊之出版，使更多學者對原住民族法學議題投入研究，且更重視相關重要議題之研究，提升原住民族法學之能量，作為保障原住民族權利之重要基石。

我國雖基於原住民族基本法之規定，已有原住民專業法庭之設置，但是近來因為原住民生活習慣與文化而起的法律訴訟仍層出不窮，其原因或許在於，原住民族法學長期以來缺乏系統性之研究，以至於無法提供相關法律爭訟時，訴訟參考之用。原住民族之法學發展，是維護原住民族權益之根基，除了應持續強化既有保障原住民族法律之落實，同時也必須兼顧法學研究與發展之基底工程。亟需進一步委託辦理建構原住民族法學專案研究，才能據以發展及落實不同階段之原住民族法學，使得原住民族法學之發展與落實更具全面性。

為啟發各界對於原住民族法學之認識與學習、匯集國內原住民族法學研究專家學者，共同投入原住民族法學研究工作，延續原住民族法學議題之研究，並持續對重要之原住民族法律議題探討，原住民族委員會特出版原住民族法學期刊，凡對於與中外原住民族重要之法律議題，均作深入探討。

且為避免原住民族法學落入深奧、難以理解之偏遠學科，陷入學說過度單一之困境，除專業之論文及專題外，本期刊另對前一期所發表之論文，進行評析，以及針對包括如原住民族重要法規介紹、各國原住民族法律介紹、近期原住民族重要法律事件介紹或判決解析、國家考試內原住民族法規相關試題分析，原住民族法學相關書籍推薦介紹等所為之專題報導，希冀透過此類較為淺白、普遍之介紹，使一般非學習法律學科之民眾，亦能經由此一法學期刊，獲取相當之法律知識與法學意識。

東吳大學法學院院長

洪永新

《原住民族法學》期刊

發行人 夷將·拔路兒 Icyang Parod

指導委員：夷將·拔路兒 Icyang Parod，（原住民族委員會主任委員）

總編輯：洪家殷（東吳大學法律學系專任教授兼法學院院長）

編輯委員：（依姓氏筆畫排序）

林秀雄（輔仁大學法律學院專任教授）

洪家殷（東吳大學法律學系專任教授兼法學院院長）

胡博硯（東吳大學法律學系專任副教授）

陳新民（司法院前大法官）

章忠信（東吳大學法律學系專任助理教授）

鄧衍森（東吳大學法律學系專任教授）

蕭宏宜（東吳大學法律學系專任教授）

謝在全（司法院前大法官、東吳大學端木愷校長講座教授）

執行編輯：胡博硯（東吳大學法律學系專任副教授）

編輯助理：徐欣蓉（東吳大學法律學系）

雷化豪（東吳大學法律學系）

邱恩洲（東吳大學法律學系）

照片提供：簡仁智

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：東吳大學法學院

台北市貴陽街一段 56 號

網址：http://web-ch.scu.edu.tw/law/web_page/6568

創刊：2016 年 7 月 一年二期刊

《原住民族法學》期刊第三期 2017 年 12 月初版

GPN：2010500902

ISSN：2517-9187

定價：400 元

◎ 未經本刊及作者同意不得轉載 ◎

目 錄

出版序	i
主編序	iii
編輯委員／版權頁	v
目 錄	vii
專題論文	
先住民族政策としてのアイヌ政策／常本照樹 譯者：簡聖文	1
論 文	
原住民保留地土地所有權之空洞化現象／程明修	11
台灣司法體制下之不利原住民族處境初探／謝若蘭 楊曉玲	31
從臺灣山地鄉自治到部落公法人論原住民自治行政／胡博硯	57
原住民族傳統智慧創作之保護困境與突破／章忠信	69
美國原住民身分認定簡介／鄭川如	95
評 論	
淺評宜蘭地方法院 104 年度原訴字第 1 號刑事判決：基於「民族」觀點就 管制正當性的再思考／劉繼蔚	107
還我土地後，問題是否解決？／雷化豪	117
專題報導／東吳大學法學院民族法研究中心	
原住民族語言發展法介紹	123
日本愛奴文化振興法介紹	125
書籍介紹——台灣原住民族語言的書面化歷程	126
王光祿獵槍案，最高法院聲請釋憲	128
原住民族博物館設址確定	129
紐西蘭首位紋面海軍	130
稿約與審稿規則	131

先住民族政策としてのアイヌ政策

常本照樹*

1

2007年9月に国際連合総会が「先住民族の権利に関する国際連合宣言」を採択し、その9ヶ月後の2008年6月6日に日本の国会が全会一致で、日本政府に対してアイヌ民族を先住民族と認めることを求める決議を採択しました。これに対して、政府で総理大臣に次ぐ地位にあり、政府のスポークスマンでもある内閣官房長官が、「政府としても、アイヌの人々が日本列島北部周辺、とりわけ北海道に先住し、独自の言語、宗教や文化の独自性を有する先住民族であるとの認識の下に、『先住民族の権利に関する国際連合宣言』における関連条項を参照しつつ、これまでのアイヌ政策をさらに推進し、総合的な施策の確立に取り組む」という政府の見解を表明する談話を発表しました。しかし、「先住民族」の定義やその法的意義は、国会決議でも官房長官談話においても示されませんでした。これらの問題を検討し、今後の総合的アイヌ政策の枠組みを定めるため、官房長官は2008年8月に、諮問機関として「アイヌ政策のあり方に関する有識者懇談会」を設置しました。そのメンバーは、憲法学者、国際法学者、文化人類学者、歴史学者、元文部科学大臣、そしてアイヌ民族最大の団体である北海道アイヌ協会の理事長です。この懇談会は総理大臣官邸で、2008年から2009年にかけての1年間、集中的に審議を行いました。

2

アイヌ民族は日本に何人いるのかとよく尋ねられます。例えばアメリカ合衆国では、国勢調査の中に、自分が白人、黒人・アフリカ系、アメリカン・インディアン、アジア系、先住ハワイ人・太平洋諸島民などのどれに属するかを選ぶ項目がありますから、インディアンの人口がわかります。しかし、日本の国勢調査にはそのような項目はありませんし、アイヌだけを対象にした網羅的人口調査も行われていないため、公式には人口はわかりません。アイヌ民族に関わっている人たちや研究者のなかには、北海道に約5万人のアイヌが生活しており、北海道外にも東京を中心に数千人のアイヌがいると考えている人もいます。しかし、かりにそうだとすると、日本の人口は1億2000万人ですから、アイヌはそのうちの0.05%ほどに過ぎません。

他方、例えば台湾の原住民族は、台湾の人口2300万の2.2%を占めています。2%あまりというと、それでも少ないと思われるかもしれませんが、アメリカのインディアンは総人口の1.7%、オーストラリアのアボリジニ及びトレス海峡諸島民が総人口の2.5%とされていますから、割合としては決して少ないわけではありません。政治学の世界では人口の1%を超える集団は国の政策に影響を与えることができると言われていますから、これらの国々の場合は国の政策に対する影響力

* 北海道大学法学研究科教授 アイヌ・先住民研究センター所長

が一定程度あるということが出来ますが、アイヌの場合は0.05%ですから、ごく最近に至るまで政府にほとんど無視されてきたのにも理由がないわけではないのです。また、アイヌの人々の多くが北海道という日本の一地方に住んでいるということも、中央からの視野に入りづらいという事情と言えるでしょう。

今日では、アイヌの人たちがアイヌ語を日常的に話すことはないと言われています。UNESCOは2009年にアイヌ語を消滅の危機にある言語に指定し、危機の段階の中でも【極めて深刻】と位置づけました。食べ物や衣服、住居をはじめとする生活様式もほかの日本人と変わりがないようです。台湾の原住民族のように、同じ部族のメンバーが集まって生活している集落也没有ありません。

アイヌの生活水準に関しては、1961年以来、日本政府の援助を受けながら、北海道政府がアイヌを対象とする福祉対策を行ってきました。住宅を建てるための資金、雇用対策、奨学金、農業や漁業への補助、生活館と呼ばれるコミュニティセンターの建設、共同浴場の設置などが行われました。その後、言葉や文化の復興を目指した施策も行われるようになりました。これらの施策の成果を測定するため、わたしたち北海道大学アイヌ・先住民研究センターが、2008年と2009年に大規模な生活実態調査を行いました。

この北大調査によりますと、生活保護を受けているアイヌの世帯は、北海道全体での割合の1.5倍、日本全国の割合の2.5倍となっています。30歳以下のアイヌの人たちの大学進学率は全国平均の約半分です。大学に進学したアイヌの70%以上が経済的困難を訴えており、また、大学進学をあきらめたアイヌの4分の3は経済的困難を理由に挙げています。調査によれば、アイヌの人々の生活水準や教育水準は、以前と比べて向上してはいるのですが、まだ全国平均との格差は大きく残っています。

これらから明らかなように、今日のアイヌの人々はほかの日本人とほぼ同じライフスタイルで生活していますが、明治以降、すなわち19世紀後期からの日本政府による同化政策の結果として固有の文化と社会に深刻な打撃を受け、ほかの日本人より厳しい生活を強いられているとすることが出来るでしょう。

3

北海道「開拓」の歴史を見れば明らかなように、北海道に先住していたアイヌ民族がアイヌとしてのアイデンティティを保持できる環境、すなわちアイヌ語を話しアイヌ文化の中で生きていける環境を失ったのは、近代化を目指した国の政策の結果だということ出来ます。そうであるなら、国には、アイヌの人々が望むのであれば、アイヌ文化に親しみ、アイヌとしてのアイデンティティを持つて生きることが出来るような環境を回復させる責任があるということになるのではないのでしょうか。これをアイヌの側から言い換えれば、アイヌ民族は、北海道を中心とする日本北部の先住民族として、国に対して自らの文化に親しみ、アイヌとしてのアイデンティティを持って生きていけるような環境を実現するよう要求することが出来、国にはそれに応える強い責任があると考えられるように思われます。これが、先に触れた「アイヌ政策のあり方に関する有識者懇談会」報告書の基本的な考え方です。

4

このような先住民族に関する考え方には、国際社会における考え方とは異なる特徴があります。国際社会においては、先住民族とは、主権に基づく地位と権利を有し、政治的自治権や国会における特別代表権、伝統的に使用してきた土地に対する権利などが保障されると言われています。これらの権利は、「先住民族の権利に関する国際連合宣言」にリストアップされています。例えば、アメリカでは、インディアン部族が保留地を領土とし、独自の政府と部族憲法を頂点とする法体系を有しています。また、台湾においては、113ある立法院の議席のうち6議席が原住民のみが選挙権及び被選挙権を持つ特別議席とされています。

しかし、このような主権に基づく特別の権利を直ちに認めることは、アイヌ民族及び日本の実状に照らして容易ではないように思われます。例えば、アメリカにおいては、合衆国憲法及びそれを解釈した連邦最高裁判所の判決によって、インディアン部族が国に準ずる主権的存在とされていますから、国が誰を国民とするかを定めることができるように、部族が誰を部族のメンバーとするかを決定することができますし、政治的自治権や土地に対する権利のように集団で保有する権利も部族政府が行行使することができます。それではアイヌ民族の場合はどうでしょうか。詳しくはこの後で行われる落合報告に任せますが、日本国憲法にはアイヌ民族に関する規定は存在しません。また、アイヌ民族最大の団体は、先に触れた北海道アイヌ協会ですが、同協会はもともと北海道政府によるアイヌ民族を対象とする福祉施策の実施への協力をその主要な任務として活動してきた団体です。その後、1970年代以降の世界的な先住民族運動の高まりの中で、アイヌ民族最大の団体として、国及び自治体におけるアイヌ政策の企画実施にも関与していくことになりましたが、その成立の経緯や実施してきた事業、そして会員数などに照らして、組織としての性格及び代表性などの点において、例えばアメリカにおけるインディアンの部族政府のような民族自治組織と等しいと言うことはできないでしょう。

このように、アメリカなどの諸国とは異なり、日本においては、集団としてのアイヌ民族そのものを対象とする政策を実施することは、憲法上の問題がありますし、現実問題として、アイヌ民族全体を法的に代表する組織もまだ確立しているとは言えないようです。そのため、日本における先住民族政策は、まず、第一段階として個人を対象として始めなければならないという事情があります。また、個人を対象とするとしても、例えば台湾が日本統治時代に作成された原住民戸籍をもとにして個人の原住民としての身分を確定できるのとは異なり、アイヌの場合は、個人認定のためには、クリアしなければならない問題があります。すなわち、現在の日本の戸籍にはアイヌの身分に関する記載はありません。自分の戸籍を見ただけではアイヌかどうかわからないのです。戦後、戸籍における身分の記載が部落民差別の原因となると考えられたため、部落民だけでなく、アイヌを含めすべての身分の記載が消されたのです。そのため、アイヌの場合は、戸籍を何世代かさかのぼってアイヌ風の名前を持った先祖の存在にたどり着くことができれば、自分がアイヌの子孫であることの公的根拠となると考えられており、現在、そのような方法による認定の準備を行っています。

なお、個人を対象とすると言っても、それに限定する趣旨ではなく、個人施策などを通じて民族的アイデンティティの高揚を図り、それによって集団としての意識を作り上げるという意義があるこ

とに注意する必要があります。すなわち、日本においては、第一段階として、主として個人としての先住民を対象とする政策や対象者を特定しなくても実施できる政策からはじめ、それを通じて、第二段階として、集団としての先住民族の再生を目指しているということができるように思います。

このような事情を背景に、有識者懇談会は、まず民族文化の復興を第一の課題としました。文化施策は、対象者を特定せず、あるいは個人を対象として実施できるというメリットがあり、さらに文化の復興は第二段階につながる民族的アイデンティティの再生にも不可欠だからです。

また、民族文化の復興の試みは、すでに1997年制定のアイヌ文化振興法から始められていますが、北大アイヌ・先住民研究センターが行った生活実態調査の中では、アイヌ文化振興法が制定され、それにともなってアイヌ文化の再生が進められてきたことのもつ意味が明らかにされています。すなわち、アイヌ文化に携わることを通して、アイヌであることに対する負のイメージを払拭し、アイヌとしてのアイデンティティを肯定的に受けとめ直す人々が生み出されてきたということができるのです。アイヌ文化振興法を根拠にして価値あるものとして位置づけ直された文化を学び直すことによって、自らのアイデンティティ自体を再生しつつある人々が増えています。こうしてアイヌであるというアイデンティティを持つ人々が増えていくことによって、文化だけにとどまらず、自らの社会的な立場を向上させるうえで重要な担い手も生み出されていくと思われるのです。

5

2010年暮れに、新たに内閣官房長官を座長とする「アイヌ政策推進会議」が設置され、懇談会報告書が提言した政策の具体的実施と展開を監督・検討することとされました。

その政策のなかでも「民族共生の象徴となる空間」構想が重要な位置を占めています。象徴空間とは、懇談会報告書の政策提言の中核にあった構想であり、先住民族であるアイヌの尊厳を尊重し、アイヌ文化が直面している課題に対応しつつ、日本が多様で豊かな文化や異なる民族との共生を尊重する社会を形成するためのシンボルとなる空間であって、美しく広い自然環境の中に国立アイヌ民族博物館や、シアターや工房、伝統的家屋群などを配置するとともに、アイヌの伝統的工芸や舞踊などを伝承する人材を育成する機能、また世界の先住民族と交流するための機能も備えることとされています。これは、北海道白老町のポロト湖のそばに設置され、アイヌ文化復興の「ナショナル・センター」となることが期待されています。アメリカ本土、ハワイ、ニュージーランド、そして台湾など世界各国にも類似の施設があります。これらの諸国の施設を参考にしながら、象徴空間設置の準備作業が進められており、オリンピック・パラリンピック東京大会が開催される2020年の4月24日にオープンする予定です。

そのほかのアイヌ施策としては、アイヌ民族の学生を対象とした奨学金制度、アイヌの歴史や文化を研究する大学等への助成制度、生活や就労などの問題に関する相談制度、学校におけるアイヌの歴史文化に関する教育の実施、アイヌ文化を国内、海外に発信するための活動、アイヌ語や伝統工芸などの文化伝承者の育成事業、伝統的文様などに対する知的財産権を保護するための制度、アイヌの人々が集まり交流できる施設の設置、さらに大学等が保有するアイヌの遺骨や副葬品の返還などの様々な施策の新設や拡充に向けた取り組みが、アイヌ政策推進会議及び2011年に推進会議の実務

を担うために設置された政策推進作業部会の監督のもとで進められています。

6

以上をまとめると、アイヌ民族は、明治以来の強力な同化政策によって民族固有の文化と社会に深刻な打撃を受け、民族としてのまとまりも大きく損なわれてしまいました。そこで、現在、まず第一段階として、民族固有の伝統と文化を復興・発展させ、それによって民族としてのアイデンティティを復活・強化させることを目指した政策が進められています。それによって民族としての意識が高まり、あわせて国民の理解も深まったところで、第二段階として、アメリカや台湾を含む国際社会における先住民族が保有している権利の回復を目指すことが可能になると考えられます。こうすることによって、他の国民からの強い反発を招くことなく、着実に先住民族アイヌを復興させることができると期待されています。

原住民族政策觀點下的日本愛努民族政策

常本照樹^{*}

譯者：簡聖文^{**}

一、

隨著聯合國國際總會於 2007 年 9 月制定了『聯合國原住民族權利宣言』，日本國會於 9 個月後的 2008 年 6 月 6 日的議案表決中，議員全體一致通過了日本政府應對愛努民族身為一個日本原住民族的身份予以承認的決議。對於此項決議，日本政府中地位僅次於首相，同時身兼日本政府發言人身分的內閣官房長官¹表示「對我國政府而言，愛努族民長年以來即居住於日本列島的北部區域，亦即我國的北海道地區。府方在基於充分認知其特有的語言、宗教以及文化等各方面所具有之獨特性，並依『聯合國原住民族權利宣言』所列舉之相關權利事項，在未來將更進一步推動保障愛努族權益之相關政策，並將樹立具有整體性之施政方針」，表達官方對於該權利宣言的看法和態度。

但在日本國會的決議與官房長官的談話中，均未就「原住民族」的定義與其在法律上的意義予以闡明。對此日本政府為了檢討上述定義的相關問題，並且確立往後對於愛努族民權益的政策架構，於 2008 年 8 月設立了「愛努族權益政策國是會議」作為諮詢機關。會議的成員中包括了憲法學者、國際法學者、文化人類學者、歷史學家、前文部科學大臣²，以及日本國內最大的愛努族公民團體「北海道愛努民族協會」的理事長。此國是會議於 2008 年到 2009 年的一年間，在日本首相官邸中密集地對相關政策的策劃進行審議。

二、

常有人問到：「愛努族民在日本的總人口數究竟有多少？」例如美國在自己的國情調查中，設有國民對自身所屬民族為何的問答項目，選項中包括白種人、非裔黑種人、印地安人、亞洲人、夏威夷暨太平洋島嶼等地的原住民族等，藉此便能統計出印地安民族的人口總數。但日本的國情調查中卻未設有類似的選項，也未曾進行針對愛努民族的人口普查，因此官方亦不清楚愛努族民的總人口數。基於日本有關愛努民族的學者以及相關人士的調查顯示，似乎有約 5 萬名愛努族人仍生活在北海道地區，而北海道以外的地區亦有數千人居住在以東京為中心的區域。但即使如此，在日本總人口 1 億 2 千萬人中，愛努民族也不過只佔了其中的 0.05% 而已。

^{*} 北海道大學法學研究科教授，愛努民族・原住民族研究中心所長

^{**} 日商業務、自由譯者

¹ 相當於我國之行政院秘書長。

² 相當於我國之教育部長。

另一方面，例如台灣的原住民族，便佔了台灣總人口數 2300 萬的 2.2%。雖然光看數字只有 2%，有人或許會覺得還是相當稀少，但據指出，美國的印地安人只佔了美國總人口的 1.7%，或是澳大利亞的原住民族加上托列斯海峽群島的島民只佔澳洲總人口的 2.5%，故就比例而言，台灣原住民所佔的總人口比絕對不算少。政治學的領域中常言道，特定團體只要能佔有總人口比例的 1% 以上，就有足以影響該團體的國家所採取的政策方針，因此我們可以認為上述列舉的各國的原住民族，對於其政府原則上都具有一定的影響力，但愛努族在日本僅佔有 0.05% 的比例，因此也不難想像該民族的權益為何至今仍遭到日本政府的漠視。此外，多數的愛努族人仍僅居住於日本國土中的單一區域，似乎也因此使得該族的權益一直未能受到中央政府的愛顧。

時至今日，愛努族民之間在日常話會中已幾乎不再使用愛努族語。UNESCO³ 於 2009 年亦將愛努族語列為瀕臨消滅的語言之一，並且在消滅危險的分級中被歸類於「極為嚴重」的級別。據指出，今日的爱努族人在以飲食、衣著、住居等生活方式，已與一般的日本人並無二致。如台灣的原住民般至今仍以由同一部族組成的族群生活型態，在日本的爱努族身上已不復見。

在愛努族民的生活水準方面，自 1961 年以來，愛努族人除了接受日本中央政府的補助之外，北海道政府也進行了多項以愛努民族為對象的福利政策。例如房屋建築補助、就業輔導、獎助學金、農漁業補助，以及設立名為「生活館」的住民交流中心、公共浴場等公共設施。之後亦有推動愛努族語及文化復育工作的相關政策。為了評鑑相關政策的成果，北海道大學的愛努民族暨原住民族研究中心，於 2008 年與 2009 年進行了大規模的愛努民族生活現況調查。

本次的調查的所得資訊中，我們得知目前接受生活補助的愛努族家庭，其所受的福利為北海道平均社會福利的 1.5 倍，並且為日本全國平均的 2.5 倍。30 歲以下的愛努族民的大學升學率則為全國平均值的一半。其中已升上大學的愛努族民中有 70% 以上認為正面臨經濟上的困難，而放棄報考大學的愛努族民中，則有 75% 表示之所以會放棄升學原因主要來自於經濟狀況。這份調查的結果顯示，雖然愛努族民的生活水準與受教育程度，與以往相比已有提升，但仍與日本全國平均值有著巨大的落差。

如同這份調查結果所示，今天的愛努族民雖然在生活方式和形態與一般的日本人已無不同之處，但從日本進入明治維新時代之後，亦即自 19 世紀末葉以來，日本政府所採取的同化政策所造成的結果，令愛努民族原本特有的文化與社會結構產生極大的變動，而被迫生活在比一般日本人更加艱困的社會環境之中。

三、

觀察北海道的「拓荒」史即可得知，北海道的原住民愛努族之所以會失去能夠保存其身為該民族的族群認同的環境，亦即愛努語及愛努文化的原因，是由於當時的日本政府追求近代化的政策所造成的結果。若此言不虛，吾人應得主張：只要愛努族民希望維持自己的文化以及具有愛努族自我認同的生活方式，日本政府就應該有責任為愛努族民回復他們原有的生活環境。若站在愛努民族的立場而言，愛努民族既為以北海道地區為生活中心的原住民族，應有權利能要求政府創造一個讓愛努族民能夠熟知自己原有的文化並且建立自我認同的環境，而政府對這些主張擔負其應有的責任。此一看法，即為前述「愛努

3 即聯合國教科文組織。

族權益政策國是會議」所提出的報告書中所採取的基本觀點。

四、

諸如此類關於原住民族權益的看法，與國際社會對於相同問題的觀點，其特徵上有所不同。國際社會認為，原住民族之所以能夠享有其權益與地位，是以主權作為基礎，因此其在政治上的自治權與國會中的特別代表權，以及傳統觀點中對於土地的使用權才得以受到保障。這些權利亦為『世界原住民族相關權利聯合宣言』所列舉。例如在美國，印地安部落得以其保留地作為領土，並擁有其獨自的政府以及部落憲法作為最高位階的法治體系。此外，台灣方面則於 113 席的國會議員席次中設有 6 個特別席次，並且只有原住民族才能享有這些席次的選舉權與被選舉權。

但以上基於主權所享有的原住民特別權利，若套用在今天愛努族與日本之間現況來看，要令政府承認這些權利，實非易事。以美國為例，根據美國聯邦憲法以及具有憲法解釋權之聯邦最高法院的解釋，認為印地安民族的存在，其位階與國家主權具有相同的高度，如同國家有權力決定何人為其國民，部落亦能決定何人為其部族的一份子，部落政府亦有自由行使該團體的權利，並確保其在政治上的自治權，以及對於土地所能主張的一切權利。而愛努民族的狀況又是如何？詳細內容將於稍後交由落合先生為我們介紹，但原則上日本憲法中並不存在任何有關於愛努民族的權益規章。此外，愛努民族在日本國內最具影響力的團體，即為前述的「北海道愛努民族協會」，但原本該團體創設的主要任務，僅是為了協助北海道政府推動對於愛努民族的社會福利政策。之後在 1970 年代以後，由於國際上許多原住民權益運動的蓬勃發展，才讓該協會成為日本國內最大的愛努民族團體，進而開始參與中央政府以及地方自治團體於愛努民族權益相關政策的計劃與實施，但就該協會成立的沿革與推動的事務，以及其會員人數，在整體的組織性格與其所具有的代表性，應不能認為該協會能夠與美國的印地安部落政府這般的民族自治組織相提並論。

如上所述，日本與美國等各國於國情上的不同，要以愛努民族這個族群作為施政的對象，除了在憲法上會碰到問題外，在現實層面上，能夠真正代表全體愛努民族的官方組織也尚未建立。因此，日本的原住民權益政策，必須要以每個原住民為對象開始做起，但在這裡會碰到第一個階段的問題。此外，即使要以個人原住民為對象，例如台灣自日治時代所建立的原住民戶籍便能作為確定各個原住民身分的基礎，但在愛努族民個人的身分認定方面，有個問題必須先行克服，亦即現行的日本戶籍登記中，並未就愛努民族的身分進行相關記載。就算族民去調閱自己的戶籍，也無從得知自己是否為愛努民族。而在二次戰後有意見主張，如果身分登記上留有部落民⁴註記之人，將受到他人的歧視，因此不只是部落民的身分註記，包括愛努族內的所有身分註記都已被塗銷。因此目前若要判斷是否具有愛努民族身分，有認為必須追溯戶籍中祖先的姓名是否具有愛努民族特色的命名方式，才能做為自己身為愛努民族的公示上身分依據，而這種認定方式的相關準備工作亦正在進行當中。

再者，以原住民個人為對象所進行的身分認同工作，其實並不限於上述的戶籍確認，值得注意的一點是，在族民的自我身份認同議題方面，亦有主張應推動團體意識的凝聚。也就是說在日本國內，第一階段應該主要以具有原住民身分的個人為對象，以及以不特定人為對象也能共同實施的政策為優先，並

⁴ 類似印度種姓制度中的賤民，其職業世襲，多為屠宰或排泄物清潔等工作或是行乞。

透過第一階段政策的實施，在第二階段才能推動以原住民族群的復育再造作為目標的政策。

在這樣的背景之下，國是會議便以復興原住民族文化作為首要課題。因為在文化政策的推動方面，即便以不特定人為對象，或是以原住民族的個人為對象均能夠實施，另外原住民文化的復興，在推動上述第二階段的民族自我身份認同的再造活動時，亦是不可或缺的一部分。

此外，民族文化復興工作的初步活動，已根據 1997 年制定的「愛努文化振興法」而開始進行，而根據敝校的愛努民族暨原住民族研究中心所進行的生活現況調查結果顯示，在完成愛努文化振興法的立法之後，因此而推動的愛努文化再造工作確實在持續進行當中。也就是說，透過愛努文化復育工作，能夠消除民眾對於愛努民族的負面印象，亦能讓愈來愈多民眾開始以正面的態度接受並認同愛努文化。而透過愛努文化振興法，讓愛努文化的寶貴價值能夠重新被重視與學習，其中也有逐漸有許多族民因此重建了自我文化的認同。我們認為，目前有愈來愈多的族民漸漸回復了自身的文化認同，這樣一來族民未來將不只能夠達成文化上的自我認同，也能為愛努民族在社會整體地位的提升方面貢獻一己之力。

五、

2010 年末，日本政府的內閣設立了「愛努民族政策推進會」，並以新任的官房長官出任主席，表示將會對於國是會議的報告書中所進言的政策，檢討具體的實施及推動作業並確實負起監督之責。

在報告書所提出的政策中有一項名為「打造象徵民族共生精神的空間」，此一構想有著舉足輕重的地位。所謂象徵空間的構想，是本次國是會議報告書的核心提案，其內容主張應尊重愛努民族身為原住民的榮譽感，並具體應對愛努文化再造方面的各種議題，而這個空間存在的象徵意義，將能使日本成為一個能夠尊重多元文化，並使多元民族能共生共益的社會，例如在廣大壯麗的自然環境中設立一座國立的愛努民族博物館，或是劇院、手工藝坊，或是傳統的家屋住居文化園區的設置，並讓這些設施具有培育人才以傳承愛努族傳統工藝或舞蹈藝術，以及能與世界各國的原住民進行交流的功能。而此一設施已設立於北海道白北町的 POROTO 湖畔，我們期望它將來能夠成為愛努文化復興的「民族文化中心」。這類的文化園區在不論是在美國本土還是夏威夷、紐西蘭，以至於包括台灣等世界各個國家都建有類似的設施。而日本方面也參考了世界各國的園區設計，正在進行設立象徵空間的相關準備措施，也預計將在 2020 年，也就是日本舉辦東京奧運那一年的 4 月 24 日開幕。

此外關於愛努民族權益政策的相關工作方面，針對愛努民族學生而發放的獎學金制度，以及研究愛努族歷史文化的大學獎助升學制度、生活與就業等問題的諮詢制度、學校教育中愛努族歷史文化課程的實施、日本國內外的愛努族文化推廣活動、愛努語及傳統工藝等傳統文化傳承工作者的培育事業、傳統文藝圖像的智慧財產權的保護制度、愛努族民間的集會交流設施的設立，以及日本國內各大學或文教機構所保有的愛努族人遺骨或陪葬品的返還等各種設施的新建與擴充等相關工作，也在愛努民族政策推進會議，以及於 2011 年為從事該推進會議的實務工作所設立之推進作業部會的監督之下順利地進行當中。

六、

綜合以上所述，愛努民族自日本明治時期以來的高壓同化政策之下，使其民族特有的文化與社會組織遭受嚴重的打擊，其所為一個民族的組成樣態也受到極大的創傷。於是到了今天，在上述第一階段的

首要工作，便是復興並發展其民族所特有的傳統文化，並持續推動各種能夠復育、再造其民族自我認同的政策。藉此提升其身為一個民族的認同意識，再加深其他國民對於多元文化的理解和認同，在第二階段便能試圖如美國和台灣等世界各國一般，回復原住民族原本保有的權利。如此一來，我們便能期待愛努民族的原住民文化的復興工作，在未來能夠不再招致其他國民的強烈反對，紮紮實實地完成再造原民文化的目標。

原住民保留地土地所有權之空洞化現象

程明修*

目 次

壹、概 論	二、原住民保留地閒置造成之所有權空洞化
貳、台灣原住民保留地之法制現況	三、提升原住民保留地造林之獎勵補助
一、日治時期的土地國有化與保留地雛形	四、原住民保留地所有權之虛假化
二、國民政府治理後之發展	五、原住民保留地所有權之泡沫化
參、原住民保留地之所有權空洞化現象	六、原住民保留地所有權之異質化
一、原住民保留地之登記意願低落	

摘 要

原住民作為台灣土地原始的主人，在接觸各個階段的不同國家政權後，面對山林地國有化之國家政策，而逐漸失去對於土地擁有之權利。最後透過「原住民保留地」之劃設，在一定的條件之下，再取得由國家設定之各項權利，其中當然包括最核心的所有權。然而原住民保留地，因其地理位置之特殊，多位於例如《國家公園法》，《水土保持法》，《山坡地保育條例》等環境保護法令管制之地區。致使原住民依法在土地上取得之權利行使，受到極大之限制。即使土地仍有所有權存在，但卻因繼承人或所有權人放棄管理而造成「所有權空洞化」現象。

關於原住民保留地之法制現況，可自日治時期開始討論，而國民政府統治之後，沿襲日本舊制，仍採國有地原則。現行有關原住民取得原住民保留地上相關權利之規範，主要是根據《原住民保留地開發管理辦法》；自相關規定可知，立法者設定原住民保留地上之權利，具有高度之原住民屬人性。但此一規定在現實上，卻造成許多規避法律規定之脫法行為，反而使原住民保留地土地所有權產生空洞化、虛假化、泡沫化、異質化等現象。

無論是日治時期或國民政府統治，原則上都係透過統治者支配的法律制度，強加剝奪傳統上原住民於保留地以外之土地，同時也將原住民之土地利用限縮在土地面積比例相對低的原住民保留地之內，再加上台灣山區地理環境之限制，很難從事較高利潤的生產事業或經濟活動，而產生所有權閒置之現象，

* 東吳大學法律學系教授

即便限制放寬後，又發生保留地販賣等問題。除此之外，原住民文化中共有制度下的所有權概念，與建立在個人主義下的近代法律所有權概念仍有差距，再加上傳統文化與國家法律限制框架之衝突與適應不良。對於此一問題，在林業用地部分，採取合乎期待之造林補貼的方式，即是一種可能的政策方向。

關鍵字：所有權、原住民保留地

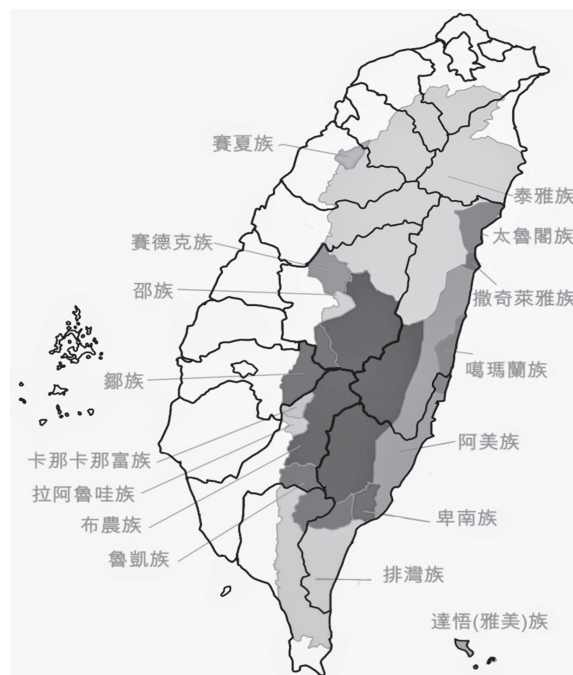
壹、概 論

台灣目前之原住民族約有 55 萬人，佔總人口數的 2 %。根據《原住民身分法》（2008 年 12 月 3 日）第 2 條規定，「本法所稱原住民，包括山地原住民及平地原住民，其身分之認定，除本法另有規定外，依下列規定：一、山地原住民：臺灣光復前原籍在山地行政區域內，且戶口調查簿登記其本人或直系血親尊親屬屬於原住民者。二、平地原住民：臺灣光復前原籍在平地行政區域內，且戶口調查簿登記其本人或直系血親尊親屬屬於原住民，並申請戶籍所在地鄉（鎮、市、區）公所登記為平地原住民有案者。」因此所謂之「原住民」，於立法上另區分山地原住民與平地原住民¹。

「原住民」分屬不同之原住民族。至於原住民族之認定，初期根據《原住民身分法》第 11 條第 2 項規定，「前項原住民之族別認定辦法，由行政院定之。」行政院乃透過 2002 年 6 月 12 日行政院院臺疆字第 0910026162 號令訂定發布《原住民族別認定辦法》全文 12 條。原條文第 2 條規定，「本辦法所稱民族別，指阿美族、泰雅族、排灣族、布農族、卑南族、魯凱族、鄒族、賽夏族、雅美族、邵族及其他經行政院核定之民族。」2004 年 4 月 7 日行政院院臺疆字第 0930012765 號令修正發布第 2 條條文，內容調整增加兩族為「本辦法所稱民族別，指阿美族、泰雅族、排灣族、布農族、卑南族、魯凱族、鄒族、賽夏族、雅美族、邵族、噶瑪蘭族、太魯閣族及其他經行政院核定之民族。」其後立法院於 2005 年 2 月 5 日制定《原住民族基本法》，第 2 條定義「原住民族」，係指「既存於臺灣而為國家管轄內之傳

¹ 山地原住民與平地原住民的區分概念，不宜理解成為「平地原住民」等同「平埔族」的概念。在清治時期，將台灣的原住民區分「生番」與「熟番/平埔番」。後者所指者係平原地區漢化程度較早，同時納入統治版圖，劃入納稅服役範圍之原住民；前者則指未納入統治版圖，於山地之原住民。兩者均屬南島語系(Austro-nesian)民族。19 世紀末，日本學者伊能嘉矩(Ino Kanori)開始進行原住民各聚落實地調查，建立台灣原住民族群分類體系，將這些受漢文化影響較早，語言文化多已流失的族群，根據祖源傳說和文化特性分為，噶瑪蘭(Kavaran)、凱達格蘭(Ketagalan)、道卡斯(Taokas)、巴布拉(Papuran)、巴則海(Pazzehe)、巴布薩(Pavosa)、阿里坤(Arikun)、羅阿(Llo'a)、西拉雅(Siraya)、和馬卡道(Makattao)等族（參考，國立台灣大學人類學系，流動的歷史軌跡與收藏的平埔記憶—瑪蘭與凱達格蘭，國科會國家型科技計畫—數位典藏創新應用前鋒計畫(EPEE)，1930 年代臺灣平埔族群影音資料整合應用與推廣放映計畫，<http://www.pinpu.digital.ntu.edu.tw/concept.php>）。其後於日治時期，透過幾次的國勢調查，將原住民區分為「生番/高砂族」與「熟番/平埔族」。至國民政府治台，於 1950 年代因為地方自治選舉制度與選區選民之認定，同時為解決「居住平地之山地同胞」的選民身分認定問題，採行的認證與自願申請制度，使得「平地山胞」的概念，成為日治時期普通行政區高砂族與平埔族的延續，同時因自願申請制度，也致使約近有 5 萬平埔族人（熟番）隱身消失身分於漢人世界之中，直至 1990 年後，方有身分意識之重新復甦。參考，詹素娟，〈臺灣平埔族的身分認定與變遷(1895-1960)—以戶口制度與國勢調查的「種族」分類為中心〉，《臺灣史研究》第 12 卷第 2 期，2005 年 12 月，頁 151 至 161。

統民族，包括阿美族、泰雅族、排灣族、布農族、卑南族、魯凱族、鄒族、賽夏族、雅美族、邵族、噶瑪蘭族、太魯閣族及其他自認為原住民族並經中央原住民族主管機關報請行政院核定之民族。」其後，經中央原住民族主管機關（原住民族委員會）報請行政院核定²之原住民族，則有撒奇萊雅族、賽德克族、拉阿魯哇族、卡那卡那富族。因此，目前經政府認定的原住民族共有 16 族。各族所在地分布，以及所佔人數，可別參見以下《圖 1》與《表 1》。



《圖 1：台灣原住民族分布圖³》

《表 1：台灣各族原住民人口數統計表⁴》

	性別	總計	阿美	泰雅	排灣	布農	魯凱	卑南	鄒	賽夏	雅美	邵	噶瑪蘭	太魯閣	撒奇萊雅	賽德克族	拉阿魯哇族	卡那卡那富族	尚未申報
不分平地山地	總計	550,268	204,882	87,710	98,384	57,125	13,055	13,745	6,623	6,513	4,508	774	1,428	30,620	863	9,560	343	285	13,850
	男	267,656	100,436	41,561	47,639	27,584	6,326	6,652	3,152	3,146	2,227	373	706	14,798	435	4,760	175	147	7,539
	女	282,612	104,446	46,149	50,745	29,541	6,729	7,093	3,471	3,367	2,281	401	722	15,822	428	4,800	168	138	6,311
平地原住民	總計	258,285	203,742	1,799	20,333	369	2,532	13,639	15	4,366	10	767	1,426	152	861	16	0	0	8,258
	男	126,834	99,969	796	9,828	131	1,239	6,607	5	2,119	2	371	706	72	434	7	0	0	4,548
	女	131,451	103,773	1,003	10,505	238	1,293	7,032	10	2,247	8	396	720	80	427	9	0	0	3,710
山地原住民	總計	291,983	1,140	85,911	78,051	56,756	10,523	106	6,608	2,147	4,498	7	2	30,468	2	9,544	343	285	5,592
	男	140,822	467	40,765	37,811	27,453	5,087	45	3,147	1,027	2,225	2	0	14,726	1	4,753	175	147	2,991
	女	151,161	673	45,146	40,240	29,303	5,436	61	3,461	1,120	2,273	5	2	15,742	1	4,791	168	138	2,601

² 惟目前有關原住民族核定之要件、程序等，欠缺明確規範。原住民委員會於 2005 年提出的《原住民族認定法》草案，至今仍未完成立法。

³ 引用自 <https://get.google.com/albumarchive/103769348165725339984/album/AF1QipOqiBIgfP9ps1dWKWVYZOzv7W66BctyWubKGSsmQ/AF1QipPGV1pUq7ZNxgpz7QekQTyCZbwMEBV6r80hALH8> (22.8.2016 造訪)

⁴ 數據資料，引用自原住民族委員會網頁，<http://www.apc.gov.tw/portal/docDetail.html?CID=940F9579765AC6>

作為台灣土地原始的主人，在接觸各個階段的不同國家政權後，原住民面對山林地國有化之國家政策，逐漸失去對於土地擁有之權利。最後透過「原住民保留地」之劃設，在一定的條件之下，再取得由國家設定之各項權利，其中當然包括最核心的所有權。然而原住民保留地，因其地理位置之特殊，多位於例如《國家公園法》，《水土保持法》、《山坡地保育條例》等環境保護法令管制之地區。致使原住民依法在土地上取得之權利行使，受到極大之限制。甚至對於這種權利取得之制度望之卻步，而仍有極大比例之原住民保留地土地尚未辦理登記。即便原住民依法取得保留地之土地所有權，也可能因為法令限制或因農林使用之經濟利益過低，再加上年輕工作人力之外移，致使土地閒置或變相轉換利用之現象極為普遍。也因此可能出現類似之原住民保留地之土地所有權空洞化或虛假化現象。

相對地，日本也因為山地聚落的人口流失與高齡化現象，致使聚落功能喪失，同時也導致繼承原因發生時，繼承人根本不清楚繼承財產的狀況甚至不清楚繼承土地之所在，或根本未辦理繼承登記；從而導致土地資源之形同放棄。換言之，土地雖仍有所有權存在，但卻因繼承人或所有權人放棄管理而造成「所有權空洞化」現象⁵。台、日兩國在山林土地所產生之「所有權空洞化」現象，雖可能有各自之成因，但仍具彼此之參照性。

貳、台灣原住民保留地之法制現況

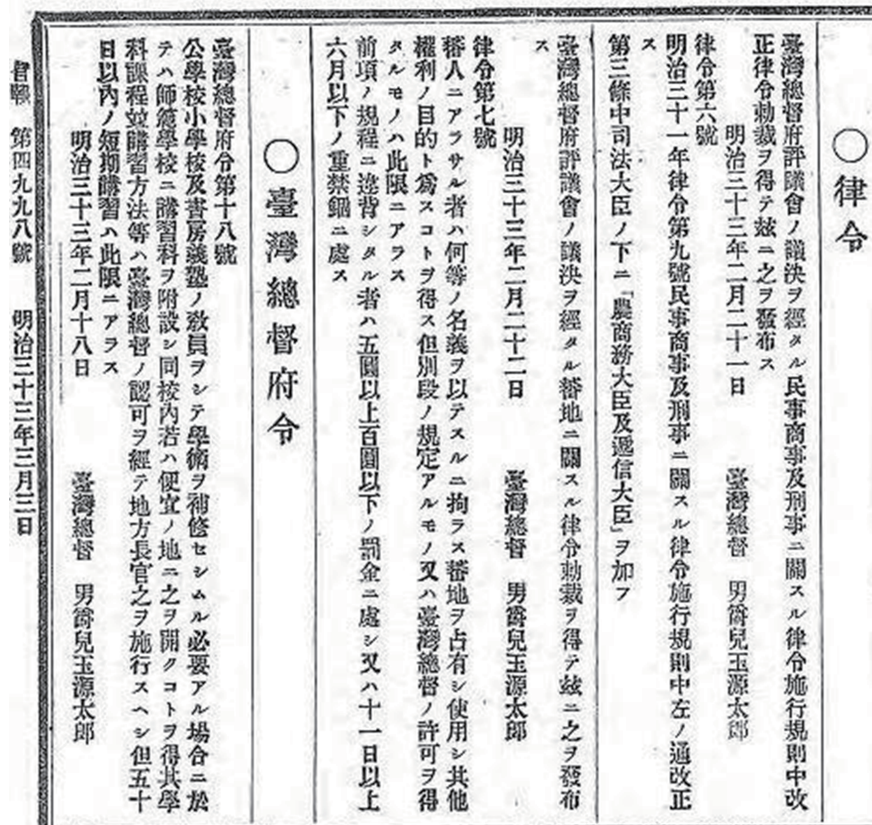
一、日治時期的土地國有化與保留地雛形

台灣原住民與近代國家法律體系接觸之始，也是原住民對土地支配之權利被剝奪之始。相對於清國在 1871 年「牡丹社事件」⁶（宮古島島民遭難事件）」前後，對於「理番」政策之調整，開始對於未實際統治之台灣山地與東半部等原住民居住地區，積極實施移入漢人之「開山撫番」；1895 年日清戰爭之後，日本治理台灣之始，即對於清末未統治之上述地區積極地實施殖民地「理番政策」。首先台灣總督府於 1895 年（明治 28 年）10 月 31 日公布日令第 26 號《官有林野及樟腦製造業取締規則（官有林野及樟腦製造業取締規則）》，作為其林野調查事業的前奏曲。規則第 1 條即規定，「無足以證明所有權之地卷或其他確據之山林原野算為官地（所有權ヲ証明スヘキ地券又ハ其他ノ確証ナキ山林原野ハ總テ官

A0&DID=0C3331F0EBD318C29EF5667A41C5F6C5（22.8.2016 造訪）

- ⁵ 參考，国土交通省土地・水資源局，《我が国の土地利用の課題と展望（これからの土地利用を考える懇談会報告書）》，平成 20 年 7 月，頁 9；山本幸生/飯國芳明，〈中山間地域における土地所有權の空洞化と所有情報の構造〉，《農林業問題研究》第 194 号，2014 年 6 月，頁 88。
- ⁶ 參考，藤井志津枝，《近代中日關係史源起：1871~74 年台灣事件》，1992 年，頁 1 以下；吳密察，〈綜合評介有關「台灣事件（一八七一～七四）」的日文研究成果〉，同作者，《台灣近代史研究》，1994 年，頁 209 以下。有關牡丹社事件發生原因之日文研究，略可參考，紙村徹，〈なぜ牡丹社民は琉球漂流民を殺害したのか？—牡丹社事件序曲の歴史人類学的素描〉，山本春樹/黃智慧/ハース・ポイツ/下村作次郎編，《台灣原住民族の現在》，草風館，2004 年 12 月 20 日，頁 146 以下；大浜郁子，〈「牡丹社事件」はなぜ起こったのか「原住民」・琉球島民・客家人からみた事件の発端に関する検討〉，國立政治大學原住民族研究中心主辦，2010 年第三回台日原住民族研究論壇會議論文(<http://nccur.lib.nccu.edu.tw/handle/140.119/79776>)。

有)」⁷。進而於1900年（明治33年）2月22日發布律令第7號⁸，命令「非番人者無論以何種名義，均不得佔有、使用番地，或為其他權利目的之行為」。嚴格禁絕非原住民取得利用山林原野的權利。因原住民提出有效證明文件之困難，其後再透過使用警察權力之同化政策，以武力鎮壓的方式，逐步實現根據無主地理論，而達成土地之收歸國有化目的⁹。



《圖2：明治33年2月22日律令第7號》

其後總督府陸續透過1910年（明治43年）至1914年（大正3年）實施林野調查事業，以及1915年（大正4年）至1925年（大正14年）實施官有林野整理事業，完成原住民居住地區外之土地之測量與設立地籍。1928年（昭和3年）總督府以訓令第81號制定《森林計劃事業規程》，依土地性質之差

- 7 總督府公佈日令26號漢文條文則規定：「無上手證據，及山林原野之地契，算為官地。」參考，李文良，〈帝國的山林—日治時期台灣山林政策史研究〉，國立臺灣大學歷史學研究所博士論文，2001年，頁28。
- 8 律令第7號之內容是一種原則禁止，例外許可之制度（亦即，「其他法規有特別規定，或得台灣總督之許可者，不在此限」），同時也包括罰則規定。其完整內容為：「蕃人ニアラサル者ハ何等ノ名義ヲ以テスルニ拘ラス蕃地ヲ占有シ使用シ其他權利ノ目的ト爲スコトヲ得ス但別段ノ規定アルモノ又ハ臺灣總督ノ許可ヲ得タルモノハ此限ニアラス。前項ノ規程ニ違背シタル者ハ五圓以上百圓以下ノ罰金ニ處シ又ハ十一日以上六月以下ノ重禁錮ニ處ス。」
- 9 參考，山路勝彦，〈台灣の植民地統治—無主の野蠻人—という言説の展開〉，日本図書センター，2004年；石垣直，〈現代台灣の多文化主義と先住權の行方—原住民民族—による土地をめぐる權利回復運動の事例から〉，《日本台灣學會報》第9号，2007年5月，頁204以下。

異，而將官有林野區分成「要存置林野」、「不要存置林野」及「準要存置林野」¹⁰。「要存置林野」大致包括保安林及在治水、國土保安及其他公益立場上不許開墾或限墾之地；「不要存置林野」原則上是「要存置林野」以外可供民業使用的土地，包括農林適用地、山地部落燃料牧草採取地及放牧地¹¹。至於「準要存置林野」則是基於保障山地人民生活而須保留，以及理番上為獎勵山地人民之移住而須保留之林野，合稱為「番人所要地」¹²。因此「準要置林野」也可稱為「山地保留地」¹³或「高砂族保留地」¹⁴。其作為原住民族生活、活動的場域，亦即今日原住民保留地的前身¹⁵。「番人所要地」或「高砂族保留地」，在形式上仍屬於官有地，國家擁有所有權，僅是實質上承認原住民事實上可以使用效益，允許其於該地域設置任何地上物，或砍伐木材建築家屋，僅屬一種「用益權」，並未擺脫殖民者一貫認為番地國有之立場¹⁶。

¹⁰ 參考，李承嘉，《原住民保留地政策與問題之研究》，行政院原住民族委員會，1999年，頁14。

¹¹ 這些官有林野得售予需要利用「保管林」者或「擅自」開墾等相關人，或作為預約的開墾成功的林地出售，讓人民或民營企業可以購入作為開墾地或事業經營。參考，李明峻譯，凜照彥，《日本帝國主義下的臺灣》，1993年，頁41。

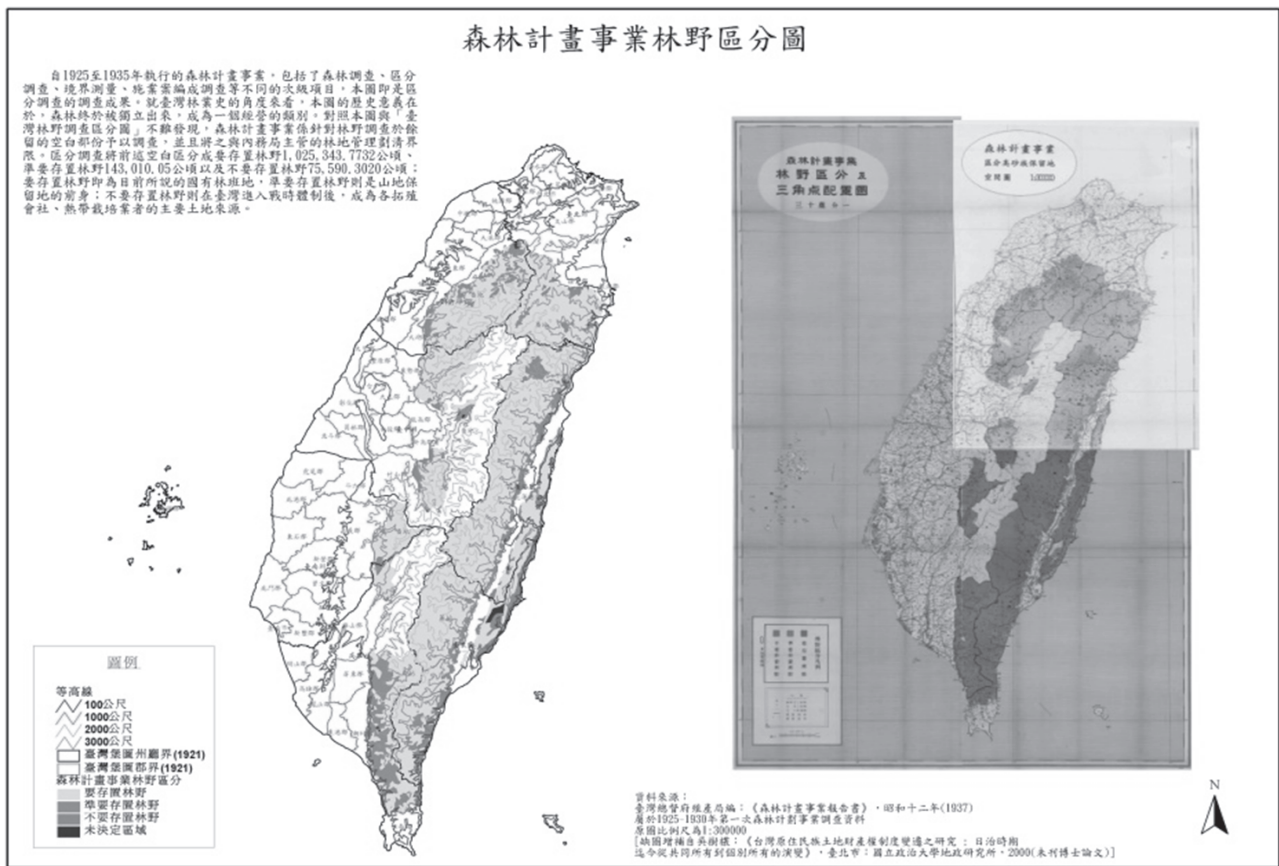
¹² 參考，林淑雅，《解/重構台灣原住民族土地政策》，國立台灣大學研究所博士論文，2006年，頁75；石垣直，〈現代台灣の多文化主義と先住権の行方—〈原住民族〉による土地をめぐる権利回復運動の事例から〉，《日本台湾学会報》第9号，2007年5月，頁204。根據石垣教授的研究，當時以一位原住民定居需求0.2公頃，耕作面積1.8公頃，使用木材與燃料採集地0.5公頃，畜牧等其他產業增進用地及災害預備地0.5公頃，合計3公頃為準。粗估當時高砂族人口約84,500人（引用自，陳元陽，《台灣の原住民と国家公園》，九州大學出版會，1999年，59頁之數據），應劃出約253,500公頃的準要存置林野。

¹³ 參考，徐世榮，〈歷史上台灣原住民土地流失之政治經濟分析〉，《原住民土地與文化學術研討會論文集》，中國土地經濟學會，1997年，頁2-15。

¹⁴ 參考，國立臺北大學不動產與城鄉環境學系，《臺東縣原住民保留地非原住民使用爭議事項之研究報告書》，臺東縣政府，2012年3月30日，頁8。

¹⁵ 參考，林秋綿，〈臺灣各時期原住民土地政策演變及其影響之探討〉，《台灣土地研究》，第2期，2001年5月，頁32。

¹⁶ 因此有學者指出，所要地的給予在型態上是一種「準權利化」的轉變，參考，藤井志津枝，〈探討台灣原住民的土地問題〉，http://www.abohome.org.tw/index.php?option=com_content&view=article&id=692:records-record16-692&catid=47:record15&Itemid=246（23.8.2016 造訪）。



《圖3：森林計畫事業林野區分圖¹⁷》

二、國民政府治理後之發展

1945年後國府治台，沿襲日本舊制，仍採國有地原則，接收日治時期官有林野地後登記國有。甚至沿襲日本政府對於原住民之類似稱呼，將「高砂族」改稱「高山族（ガオシャンズウ）」，其後改稱「山地同胞（シャンディトンバオ）」簡稱「山胞（シャンバオ）」。國府並沿用日治時期「番界」之界限作為劃定縣以下地方自治單位「山地鄉（シャンディシャン）」的輪廓。同時也沿用日本政府「準要置林野」的設計模式，透過1948年7月由台灣省政府訂定之《台灣省各縣山地保留地管理辦法》開始進行管理，並將這些「高砂族保留地」改稱「山地保留地（シャンディバオリウディ）」。該辦法於1960年修正為《台灣省山地保留地管理辦法¹⁸》。1980年修改「山地保留地」之名稱為「山胞保留地」且主管機關層級提升，改由行政院訂定《山胞保留地開發管理辦法》。1994年配合憲法修改將憲法增修條文中「山胞」用語改為「原住民」，亦將「山胞保留地」改稱「原住民保留地」，辦法名稱亦同時修正為《原住民保留地開發管理辦法¹⁹》。1958年至1966年初期調查原住民保留地約有240,634公頃。其後因原住民發展空間受限，分別有1988年至1992年原住民保留地增編與劃編，以及因原住民資訊不

¹⁷ 引自中央研究院台灣史研究所，http://thcts.sinica.edu.tw/tempmap/rd03-3_1.jpg（23.8.2016造訪）。

¹⁸ 其後該辦法於1966年及1974年又分別進行兩次修正。

足與不諳文字而遲辦申請，而於 2007 年至 2011 年補辦增劃原住民保留地²⁰。根據原住民族委員會 2015 年之統計資料，目前原住民保留地土地面積合計有 262,700.165 公頃²¹。

目前台灣之原住民保留地分佈在宜蘭、新北、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 30 個山地鄉（區）及 25 個平地原住民鄉（區）。原住民保留地除台東縣之蘭嶼鄉外，均位於山坡地，若非標高在 100 公尺以上，便是平均坡度在 5% 以上者²²。原住民保留地之標高分布相當廣，自海拔 100 公尺至 2000 公尺之間，除島嶼蘭嶼鄉外，其他都位於台灣的山麓地區，絕大部份之原住民保留地仍集中於 400 至 1200 公尺之山坡地。同時根據行政院核定之《台灣省農林邊際土地宜農、宜林、宜牧劃分標準》，原住民保留地之土地中，宜林用途土地約佔 65 % 為最多，其次為宜農牧土地佔近三成²³。

《表 2：原住民保留地面積比率表²⁴》

使用情形	面積（公頃）	百分比
建地	0.16 萬	0.61 %
農牧用地	7.52 萬	28.63 %
林業用地	17.06 萬	64.94 %
其他（交通、特定目的、水利、國土保安等）	1.53 萬	5.82 %
合計	26.27 萬	100 %

19 參考，石垣直，〈現代台灣の多文化主義と先住権の行方—〈原住民族〉による土地をめぐる権利回復運動の事例から〉，《日本台灣學會報》第 9 号，2007 年 5 月，頁 204-205；國立臺北大學不動產與城鄉環境學系，《臺東縣原住民保留地非原住民使用爭議事項之研究報告書》，臺東縣政府，2012 年 3 月 30 日，頁 11。

20 參考，國立臺北大學不動產與城鄉環境學系，《臺東縣原住民保留地非原住民使用爭議事項之研究報告書》，臺東縣政府，2012 年 3 月 30 日，頁 11-12。

21 參考，原住民族委員會，中華民國 104 年底原住民保留地權利分配統計，2016 年 5 月 17 日，<http://www.apc.gov.tw/portal/docDetail.html?CID=575BC6B098536DB7&DID=0C3331F0EBD318C2109C03986FC5AC70>（25.8.2016 造訪）。

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

23 參考，陳竹上，〈我國原住民保留地政策之當代課題與司法案例分析〉，《台灣原住民族研究季刊》，第 5 卷第 2 期，2012 年/夏季號，頁 86。數據更新資料，另參考新北市新店地政事務所，<http://www.xindian.land.ntpc.gov.tw/ch/home.jsp?id=611&parentpath=0,13,610>（24.8.2016 造訪），其顯示宜林用途土地約佔 70% 為最多，其次為宜農土地約佔 24%，宜牧土地最少只佔 1%，其他土地則約有 5%。

24 參考，監察院糾正原住民族委員會糾正案文，〈原住民保留地私下違法轉租、轉讓情形嚴重原住民保留地面臨地權實質流失危機〉，2016 年 6 月 4 日，頁 4，<https://www.cy.gov.tw/CYBSBoxSSL/edoc/download/19818>（25.8.2016 造訪）。

承前所述，現行有關原住民取得原住民保留地上相關權利之規範，主要是根據《原住民保留地開發管理辦法》。辦法第 1 條規定，「本辦法依山坡地保育利用條例第三十七條規定訂定之。」也正可以說明原住民保留所在地理環境，絕大多數位於山坡地之現況。《山坡地保育利用條例》第 37 條規定，「山坡地範圍內山地保留地，輔導原住民開發並取得耕作權、地上權或承租權。其耕作權、地上權繼續經營滿五年者，無償取得土地所有權，除政府指定之特定用途外，如有移轉，以原住民為限；其開發管理辦法，由行政院定之。」原住民據此規定可以取得之原住民保留地權利種類，即包括「耕作權」、「地上權」²⁵或「承租權」與「所有權」。《原住民保留地開發管理辦法》第 17 條第 1 項規定，「依本辦法取得之耕作權或地上權登記後繼續自行經營或自用滿五年，經查明屬實者，由中央主管機關會同耕作權人或地上權人，向當地登記機關申請辦理所有權移轉登記。」據此，原住民所使用的土地可以取得耕作權、地上權、所有權、租賃權及無償使用權，其中 1.農地設定耕作權滿五年取得土地所有權、2.建地設定地上權滿五年取得土地所有權、3.林地設定農育權滿五年取得土地所有權、4.牧地、工商用地准予取得經營租賃權²⁶（但是九年需要換約一次）、5.雜、池、溜地等土地准予取得無償使用權²⁷（但是十年需要換約一次）。

《山坡地保育利用條例》第 37 條中另有之特別規定為，原住民取得土地所有權，如有移轉，以原住民為限。《原住民保留地開發管理辦法》第 15 條第 1 項亦規定，「原住民取得原住民保留地之耕作權、地上權、承租權或無償使用權，除繼承或贈與於得為繼承之原住民、原受配戶內之原住民或三親等內之原住民外，不得轉讓或出租。」第 16 條規定，「原住民違反前條第一項規定者，除得由鄉（鎮、市、區）公所收回原住民保留地外，應依下列規定處理之：一、已為耕作權或地上權登記者，訴請法院塗銷登記。二、租用或無償使用者，終止其契約。」第 18 條第 1 項規定，「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。」均可清楚看出立法者設定原住民保留地上之權利，具有高度之原住民屬人性。

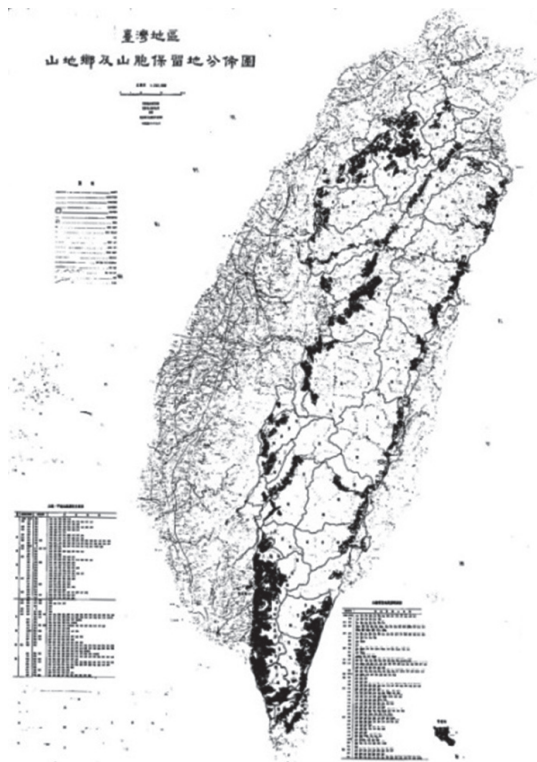
另外，根據《原住民保留地開發管理辦法》第 19 條規定，原住民取得耕作權、地上權、承租權或無償使用權之原住民保留地，因死亡無人繼承、無力自任耕作、遷徙或轉業致不能繼續使用者，經原住民保留地土地權利審查委員會通過後，由鄉（鎮、市、區）公所收回之。換言之，此亦如同土地法第 10 條第 2 項規定之精神，私有土地之所有權消滅者，回歸為國有土地²⁸。

²⁵ 民法物權編於 99 年 2 月 3 日修正後，增訂第 850 條之 1，在他人土地為農作、森林、養殖、畜牧、種植竹木或保育的權利為「農育權」。故種植竹木者，並不得再設定地上權登記，而須改依「農育權」辦理登記。因現行《山坡地保育利用條例》第 37 條並無「農育權」之設定規定，原住民種植竹木部分，目前係根據行政院原住民族委員會 99 年 9 月 20 日原民地字第 09900445072 號函辦理農育權之設定登記。

²⁶ 根據《原住民保留地開發管理辦法》第 13 條規定，「原住民因經營工商業，得擬具事業計畫向鄉（鎮、市、區）公所申請，經原住民保留地土地權利審查委員會通過，核轉直轄市或縣（市）主管機關核准後，租用依法得為建築使用之原住民保留地，每一租期不得超過九年，期滿後得續租。」

²⁷ 此乃已廢止之《臺灣省山地保留地管理辦法》第 23 條規定，「山地人民申請無償使用之雜、池、溜土地以自為經營使用者為限。」

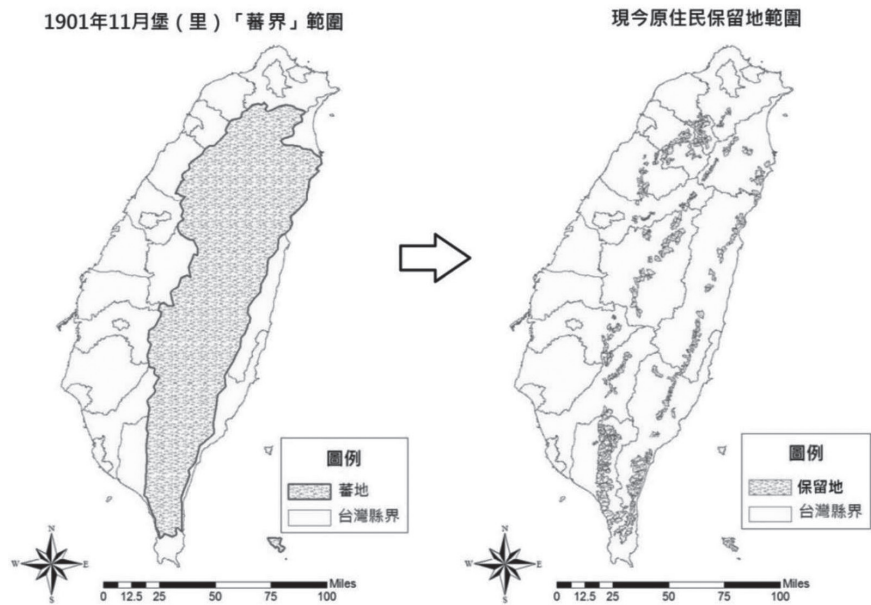
²⁸ 根據中華民國憲法第 143 條第 1 項規定，「中華民國領土內之土地屬於國民全體。人民依法取得之土地所有權，應受法律之保障與限制。…」土地法第 10 條第 1 項規定，「中華民國領域內之土地，屬於中華民國人民全體，其經人依法取得所有權者，為私有土地。」



《圖 4：台灣地區山地鄉及山胞保留地分布圖²⁹》



《圖 5：台灣原住民保留地分布圖³⁰》



《圖 6：1901 年「蓄地」與現今「原住民保留地」範圍對照³¹》

²⁹ 參考，吳樹權，《台灣原住民族土地財產權制度變遷之研究：日治時期迄今從共同所有到個別所有的演變》，政治大學地政學系研究所博士論文，2000 年，頁 117。

³⁰ 參考，林秋綿，〈台灣地區原住民保留地問題初探〉，《國政分析》永續（析）091-029 號，2002 年 9 月

參、原住民保留地之所有權空洞化現象

一、原住民保留地之登記意願低落

從日治時期的「高砂族保留地」到戰後國府統治後延續的「原住民保留地」，台灣的原住民保留地制度之實施，都是在山林土地國有之政策前提下推動。前後兩個統治者都透過統治者支配的法律制度強加剝奪傳統上原住民於保留地以外之土地，同時也將原住民之土地利用限縮在土地面積比例相對低的原住民保留地之內³²。不僅面積不足，再加上原住民保留地多位處地質敏感地帶之天然林地或國家公園範圍內，實際上真正適合原住民族從事農耕者並不多，截至目前為止，可能尚有近半數原住民保留地土地面積未實際辦理登記使用（原住民保留地總面積 262,700.165 公頃，尚有 128,079.91 公頃未辦理登記利用，已經登記取得所有權之土地比率也僅佔保留地總面積之三分之一）。再加上台灣地理氣候特徵，降雨集中，山崩不斷，土壤流失嚴重，若保留地位處水源水質保護區範圍內，使用更受到限制嚴格，實際很難從事較高利潤的生產事業或經濟活動，因此有人對於原住民取得保留地之實益產生質疑³³。然而隨著法令對於非原住民使用保留地之限制逐漸放寬，原住民與資本主義社會接觸而產生對於現金經濟之依存關係，原住民將保留地作為現金收入之商品，進而發生違法交易或租賃，加速保留地流失的現象，也就層出不窮³⁴。

《表 3：中華民國 104 年原住民保留地權利分配統計（單位：公頃）³⁵》

原住民保留地土地總面積	原住民取得所有權	原住民取得他項權利			政府機關學校撥（使）用	原住民及原住民團體承租	非原住民及公民營企業承租	可能尚未實際使用或登記之保留地
		建地地上權	農育權（林地地上權）	耕作權				
262700.165	93635.722	126.72	17931.017	7768.414	6498.895	1113.412	7546.075	128079.91

30 日，<http://old.npf.org.tw/PUBLICATION/SD/091/SD-B-091-029.htm>（24.8.2016 造訪）。

31 參考，官大偉，〈原住民族土地權的挑戰：從一個當代保留地交易的區域研究談起〉，《考古人類學刊》第 80 期，2014 年，頁 14。

32 參考，梁煒智，〈百年來臺灣原住民族土地分配制度的變遷與國家法令〉，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2001 年 1 月，頁 89；藤井志津枝，〈探討台灣原住民的土地問題〉，http://www.abohome.org.tw/index.php?option=com_content&view=article&id=692:records-record16-692&catid=47:record15&Itemid=246（23.8.2016 造訪）。

33 參考，林櫻櫻，〈從「準要存置林野」到「原住民保留地」—從財產權觀點探討我國原住民保留地之增編與劃編〉，《國有財產雙月刊》第 55 期，2009 年 8 月 4 日，http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:y2KBg2keDyAJ:www.fnp.gov.tw/BoardAndPublish.php%3Fpage%3DMonthlyArticle%26MS_ID%3D311%26sa%3DU%26ei%3DECpLUuiAN6GFyQHouIGAAw%26ved%3D0CDcQFjAGOAo%26usg%3DAF-QjCNEScog_VbDnEWPg-WqrjkTviV1c_w+&cd=1&hl=zh-TW&ct=clnk&gl=tw（2016 年 8 月 25 日造訪）。

34 參考，石垣直，〈現代台灣の多文化主義と先住権の行方—〈原住民族〉による土地をめぐる権利回復運動の事例から〉，《日本台湾学会報》第 9 号，2007 年 5 月，頁 205。

原住民保留地制度之實施，首先遇到之難題是保留地尚未辦理登記使用之狀況嚴重。原住民保留地多位於坡度大而不是農牧經營的山區，本來就有利用上之客觀障礙，但可能更重要的原因在於原住民文化中共有制度下的所有權概念，與建立在個人主義下的近代法律所有權概念仍有差距，再加上原住民傳統的耕作與狩獵習慣進入到國家法律的限制框架（亦即對於保留地使用之限制）所產生之衝突與不適³⁶。因此可能造成原住民不依法設定或取得土地權利，而逕行使用土地之比率偏高³⁷。

二、原住民保留地閒置造成之所有權空洞化

其次，從土地之經濟利用效率來看，由於山區原住民人口之外流現象極為嚴重（參考表 4），勞動力不足再加上經濟收益有限（保留地多屬林地，造林收益極為低微³⁸），即使擁有保留地之所有權，但是當原住民使用保留地所得的報酬率不及其將資本帶動投入其他的生產活動時，將產生不使用保留地，造成原住民保留地土地閒置的效果³⁹。這種土地所有權未利用而造成閒置荒廢⁴⁰之現象，除造成土地所有權的效能降低之外，也可能造成林地保育功效之負面影響。這種土地所有權資源之接近放棄的現象，也是一種「所有權的空洞化」現象⁴¹。

³⁵ 參考，原住民族委員會，中華民國 104 年原住民保留地權利分配統計，2016 年 5 月 17 日，<http://www.apc.gov.tw/portal/docDetail.html?CID=575BC6B098536DB7&DID=0C3331F0EBD318C2109C03986FC5AC70>（25.8.2016 造訪）。

³⁶ 在一份顏愛靜教授的研究當中顯示，有若干老一輩的原住民族對於辦理當登記而產生之租稅負擔疑慮，也可能是原住民辦理登記卻步的原因。參考，nccur.lib.nccu.edu.tw/bitstream/140.119/4875/1/882415H004018.pdf（25.8.2016 造訪）。

³⁷ 參考，國立臺北大學不動產與城鄉環境學系，《臺東縣原住民保留地非原住民使用爭議事項之研究報告書》，臺東縣政府，2012 年 3 月 30 日，頁 25。

³⁸ 在一份有關屏東縣林業經營之研究顯示，屏東縣原住民造林每戶年平均林地收入經調查為 39,234 元，造林產出之效益完全不符期待。參考，李達平，《屏東縣原住民林業經營認知與需求》，國立屏東科技大學森林系碩士學位論文，2003 年 6 月 11 日，頁 71。

³⁹ 參考，徐士堯，〈原住民保留地的土地使用分析〉，《土地問題研究季刊》第 1 卷第 4 期，2002 年 12 月，頁 84。

⁴⁰ 至於保留地中間置荒廢未加以利用之面積比率，尚無精確之資料。在一份原住民族委員會委託之研究報告中，透過問卷調查呈現之比率約為 2.1%。但這數據的實際可參考性，尚須更多檢證。參考，原住民族委員會委託，官大偉（計畫主持人）/蔡志偉（協同主持人）/林士淵（協同主持人），《103 年度原住民保留地政策調查研究—非原住民使用總登記為原住民保留地問題研析成果報告》，2015 年 7 月，頁 106。<http://www.apc.gov.tw/portal/docDetail.html?CID=217054CAE51A3B1A&DID=0C3331F0EBD318C228DF94A6ED706179>（26.8.2016 造訪）。

⁴¹ 日本因為山地聚落的人口流失與高齡化現象，致使聚落功能喪失。同時也導致繼承原因發生時，繼承人根本不清楚繼承財產的狀況甚至不清楚繼承土地之所在，或根本未辦理繼承登記。從而導致土地資源之形同放棄。換言之，土地雖仍有所有權存在，但卻因繼承人或所有權人放棄管理而造成「所有權空洞化」現象。參考，国土交通省土地・水資源局，《我が国の土地利用の課題と展望（これからの土地利用を考える懇談会報告書）》，平成 20 年 7 月，頁 9；山本幸生/飯國芳明，〈中山間地域における土地所有權の空洞化と所有情報の構造〉，《農林業問題研究》第 194 号，2014 年 6 月，頁 88。

《表 4：105 年 7 月原住民族人口都會比率表⁴²》

性別	總計	百分比	山地鄉	百分比	平地鄉	百分比	都會區	百分比
計	550,268	100.00%	163,022	29.63%	132,414	24.06%	254,832	46.31%
男	267,656		85,045		66,923		115,688	
女	282,612		77,977		65,491		139,144	

三、提升原住民保留地造林之獎勵補助

由於原住民保留地多處坡度頗高之山林⁴³中，同時可供農業耕作或建築之用的比率不高，其大多數土地屬於林業用地（參考表 2，約佔 64 %）。根據《森林法》第 6 條第 2 項規定，「經編為林業用地之土地，不得供其他用途之使用。但經徵得直轄市、縣（市）主管機關同意，報請中央主管機關會同中央地政主管機關核准者，不在此限。」然而一般林農對於土地有傳統的感情而保留土地，但保有者不一定對經營林業有興趣，故經營意願本來就不高。而原住民本身營林極度粗放或置之荒廢，可能導致收穫量偏低，同時因為材價低迷，造林之經濟效益並不高⁴⁴。原住民若為維持生計，而在造林意願不高的情況下，轉而違法使用，改向其它收益較高的事業發展現象，造成土地「超限利用」⁴⁵的結果，即層出不窮⁴⁶。若為避免土地閒置或違規使用，而依照劃定之各種使用區或編定各種使用地利用，在林業用地部分，採取合乎期待之造林補貼的方式，即是一種可能的政策方向。為適度解決以往造林補貼獎勵額度不高，無法提高造林意願的困境，2016 年 1 月 6 日立法院通過《原住民保留地禁伐補償及造林回饋條

⁴² 參考，原住民族委員會，105 年 7 月台閩縣市鄉鎮市區原住民族人口都會比率，<http://www.apc.gov.tw/portal/docDetail.html?CID=940F9579765AC6A0&DID=0C3331F0EBD318C29EF5667A41C5F6C5>（26.8.2016 造訪）。在若干原住民部落的人口，也可能因為特殊的條件而反有增加之現象，例如新北市烏來區。可能的原因包括原住民具有群聚現象，許多外縣市來北部工作的原住民，選擇居住近市區而交通相對方便之烏來；或因選舉因素，而將戶籍保留。<http://www.chinatimes.com/newspapers/20130807000526-260107>（26.8.2016 造訪）。

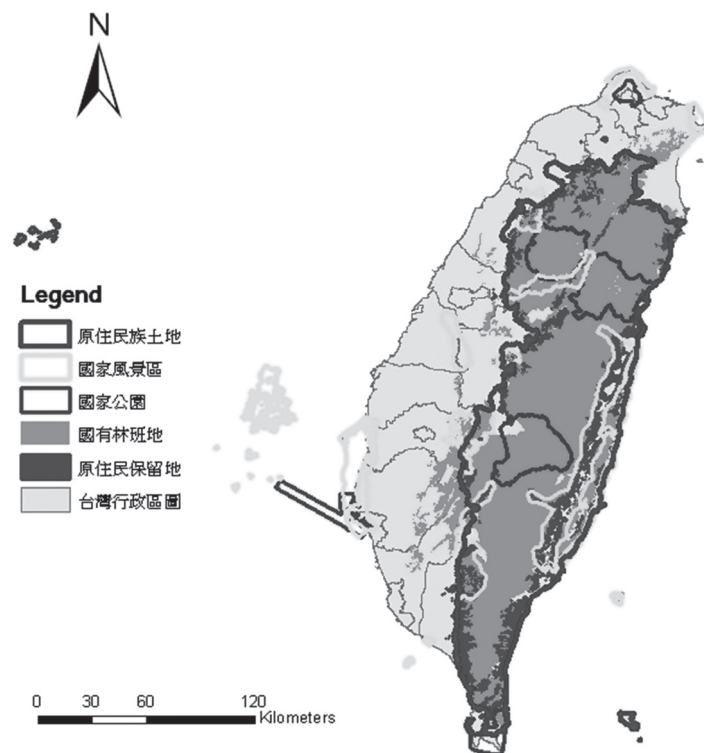
⁴³ 《山坡地土地可利用限度分類標準》第 2 條規定，「甚淺層之四級坡（按指坡度超過百分之三十至百分之四十的土地），土壤沖蝕嚴重或下接硬質母岩者，應屬宜林地範圍，宜林地範圍，宜林地應行造林或維持自然林木或植生覆蓋，不宜做農耕使用。」

⁴⁴ 參考，李達平，《屏東縣原住民林業經營認知與需求》，國立屏東科技大學森林系碩士學位論文，2003 年 6 月 11 日，頁 12-13。

⁴⁵ 根據《山坡地保育條例》第 6 條規定，「山坡地應按土地自然形勢、地質條件、植生狀況、生態及資源保育、可利用限度及其他有關因素，依照區域計畫法或都市計畫法有關規定，分別劃定各種使用區或編定各種使用地。」凡是未能依照編定地區之利用方式，而超越該山坡地之可利用限度者，即是所謂的「超限利用」。參考，鍾秉正，《山坡地超限利用相關法制與其衍生之法律問題》，《高大法學論叢》第 10 卷第 2 期，2015 年 3 月，頁 7。

⁴⁶ 參考，林修榮，《原住民保留地超限使用因素之研究—以曾文水庫集水區為例》，逢甲大學土地管理研究所碩士論文，1999 年 1 月，頁 75；徐士堯，〈原住民保留地的土地使用分析〉，《土地問題研究季刊》第 1 卷第 4 期，2002 年 12 月，頁 84。

例》，處理原住民保留地禁伐補償及造林回饋事宜，進而達成國土保安、涵養水資源、綠化環境、自然生態保育及因應氣候變遷、減輕天然災害之目標，並依據受益者付費、受限者補償之原則，以及配合政府造林、育林之政策，促進原住民族經濟事業之發展。根據本法第 3 條規定，補償及回饋事宜，係指原住民保留地經劃定為禁伐區域之禁伐補償事宜，以及原住民保留地經編定為林業用地或農牧用地之造林獎勵事宜。而根據本條例第 6 條規定，原住民保留地之土地所有人或具原住民身分之合法使用人，可依本條例之規定向造林所在地之鄉（鎮、市、區）公所申請禁伐補償金或造林回饋金，禁伐補償金之額度 105 年每公頃補償 2 萬元，106 年起每年每公頃 3 萬元；造林獎勵金第 1 年每公頃 12 萬元，第 2 至 6 年每年每公頃 4 萬元，第 7 至 20 年每年每公頃 2 萬元，第 21 年以後者依禁伐補償額度獎勵。



《圖 7：原住民保留地與國有林班地之重疊性⁴⁷》

四、原住民保留地所有權之虛假化

原住民保留地制度實施至今，原本想要達到的「保障原住民生計，推行原住民行政」⁴⁸目的，恐怕時至今日已有偏離。然而不可否認地，隨著法令不斷地變動，保留地逐漸變成原住民現金收入的「商品」，加速保留地之違法交易或租賃現象，則是不爭的事實⁴⁹。原本立法限制原住民保留地之權利移轉

⁴⁷ 引用自，蕭惠中，〈新自由主義下原住民族土地的發展地景：一個新夥伴關係的初探〉，《文化研究雙月報》第 132 期，2012 年 9 月 27 日 (http://www.csat.org.tw/journal/Content.asp?Period=132&JC_ID=620) (26.8.2016 造訪)。

⁴⁸ 參考，《原住民保留地開發管理辦法》第 3 條第 1 項。

對象，僅以原住民為限。其目的是為了避免保留地流失。然而因為這項限制，致使土地之「交易價格」無法以一般的市場價格衡量，這也造成了一般公民營銀行因原住民債務清償能力有限，多不願提供貸款。在這種原住民取得現金資金之管道窄化的情況下，對於平地的資金與技術仰賴程度即不斷提升，間接也加速保留地違法交易或轉租的現象⁵⁰。以上這種現象，可能是一場所有權主體的歸屬戰爭，比較不會發生原住民保留區土地利用之閒置問題。但是也可能會發生形式上所有權人與實質上租用人主體不同，而造成所有權的內容空洞化的現象。

根據《原住民保留地開發管理辦法》第 18 條第 1 項規定，「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。」然而除了買賣（所有權移轉）之外，本辦法並不限制透過形式上看似合法的財產權操作安排，使非原住民處於類似保留地所有權人的地位，同時使原住民所有權人除了土地登記簿上的名義外，不再對保留地的使用、收益、處分享有實質上的權利，形同「人頭」供非原住民使用。例如，先設定不動產典權，使非原住民對保留地取得使用收益權；再由原住民對非原住民授與代理權或訂定委任契約，使非原住民得處分保留地；而若為了避免原住民反悔或將保留地另為處分，則可以在非原住民與原住民間另訂消費借貸契約，甚至可以提高額度或加上一個為擔保債權所設定的保留地抵押權，而更常見由原住民「授權」非原住民債權人保管印鑑、所有權狀，以確保其權利。如此一來，形式上雖在原住民與非原住民之間存在一個看似合法的契約，但土地實質上幾乎等於被非原住民買斷⁵¹。原住民在這種法律關係結構下，形式上雖仍擁有所有權，然而實質上卻是一個名存實亡、虛假的所有權。

另外一種延伸的類型是所謂的「假買賣」。非原住民實際上欲購買原住民所擁有之保留地土地，但礙於法令無法辦理所有權登記，於是透過具原住民身分之第三人與所有權人締結一個保留地買賣契約，同時也實際借用其名義辦理登記。惟實際的交易行為係存在於原所有權人（原住民）與「實質上買受人」的非原住民之間。此一具原住民身分之第三人與該「實質上買受人」之非原住民間，即可能存在著一個所謂的「借名登記契約」。此一屬於「脫法行為」之借名登記契約法律效力如何，在實務上極具爭議⁵²。本文認為，根據民法第 71 條規定，「法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效」，而《原住

⁴⁹ 參考，石垣直，〈現代台灣の多文化主義と先住權の行方—〈原住民族〉による土地をめぐる権利回復運動の事例から〉，《日本台灣学会報》第 9 号，2007 年 5 月，頁 205。

⁵⁰ 參考，顏愛靜，《原住民保留地與公有土地資源管理制度之研究(1)》，行政院國家科學委員會專題研究計劃(NSC86-2415-H-004-005, 1997)，頁 109；林秋錦，〈臺灣各時期原住民土地政策演變及其影響之探討〉，《台灣土地研究》第 2 期，2001 年 5 月，頁 37。

⁵¹ 參考，林淑雅，《解/重構台灣原住民族土地政策》，國立台灣大學研究所博士論文，2006 年，頁 123，原住民族委員會委託，官大偉（計畫主持人）/蔡志偉（協同主持人）/林士淵（協同主持人），《103 年度原住民保留地政策調查研究—非原住民使用總登記為原住民保留地問題研析成果報告》，2015 年 7 月，頁 150；監察院糾正原住民族委員會糾正案文，〈原住民保留地私下違法轉租、轉讓情形嚴重原住民保留地面臨地權實質流失危機〉，2016 年 6 月 4 日，頁 7 以下，<https://www.cy.gov.tw/CYBSBoxSSL/edoc/download/19818>（25.8.2016 造訪）

⁵² 採無效說者，例如最高法院 100 年度台上字第 775 號判決：「游阿和取得系爭土地所有權登記，固於法令，無法依買賣契約辦理移轉登記，乃與王文增等八人（由王文增代表）成立借名契約，合意王文增等八人將系爭土地借名登記於其名下…系爭土地為原住民保留地，承受人以原住民為限，上開系爭土地買賣契約及借名契約均屬脫法行為，依法無效」。採有效說者，例如最高法院 102 年度台上字第 2189 號判決：「出售原住

民保留地開發管理辦法》第 18 條第 1 項之規定應屬於「效力規定」而非「取締規定」⁵³之強制禁止規範，違反該辦法而締結之契約應屬無效。

五、原住民保留地所有權之泡沫化

因法令限制交易主體，故原住民常因經濟上之需求而被迫僅得以保留地作為交易商品變現時，常見的另一種形式，則是透過權利「拋棄書」讓渡保留地。非原住民首先透過與所有權人「協議」，由原住民地主簽署權利拋棄書，拋棄保留地之權利。該保留地即回歸變成公有，再由公部門將該土地出租⁵⁴予非原住民之使用者（很多情況是一些土地開發者）⁵⁵。如此一來，原住民所擁有的保留地所有權，也隨之消滅，而土地也終究流入非原住民之手上，變相地讓原所有權泡沫化。

六、原住民保留地所有權之異質化

根據《原住民保留地開發管理辦法》第 28 條規定，「非原住民在本辦法施行前已租用原住民保留地繼續自耕或自用者，得繼續承租。」這些在保留地制度實施之前已租用原住民保留地繼續自耕或自用者，多為日治期已入山地並設戶籍的平地漢人住戶承租原住民（山地）保留地。1993 年，「全山地鄉平地居民權益促進會」（簡稱「平權會」）成立。其成員包括前述在原住民保留地上透過非法買賣而取得保留地「租用權」之非原住民，以組織力量積極爭取保留地放領及解編。其結果，原住民保留地不僅流失（改變保留地之性質），同時也流入非原住民手中⁵⁶。其次因為 2001 年通過「原住民身分法」。第 4 條規定，「原住民與非原住民結婚所生子女，從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字者，取得原住民身分。」致使其父親為非原住民而母親為原住民者，亦有可能得取得原住民身分（首先戶籍上改姓）。若其已合法租用保留地土地者，因原住民身分之取得，也就可以順利地以原住民身分，依法

民保留地與無原住民身分者，如同時約定登記與買受人所指定具有原住民身分之人，此項約定，非為法律所不許，難謂係以不能之給付為標的，其契約為有效。金中玉與張美英達成買賣系爭土地之合意，因金中玉不具原住民身分，乃約定張美英將系爭土地移轉登記與具有原住民身分之陳玉女，經證人即代書吳美玉證實，並有土地登記謄本、土地異動索引、土地所有權移轉契約書可稽。足見金中玉與張美英非通謀虛偽成立系爭土地買賣契約，且金中玉與張美英成立買賣契約時，已同時約定將系爭土地移轉登記與具有原住民身分之陳玉女，依上說明，難謂為脫法行為，該買賣契約有效。」

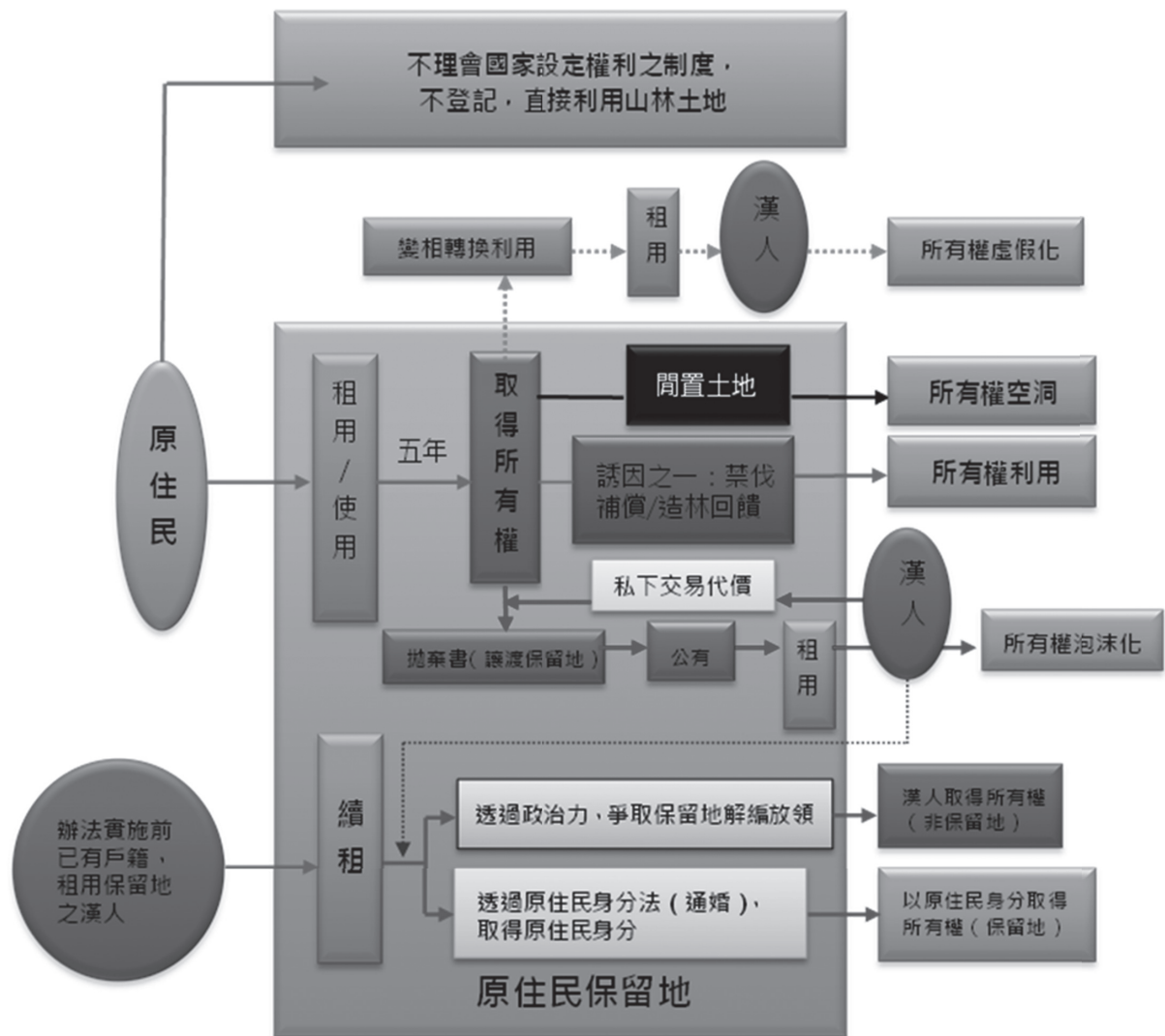
⁵³ 參考，詹森林，〈效力規定與取締規定之區別標準—最高法院裁判之評析〉，《范光群教授七秩華誕祝壽論文集》，2009 年 3 月，頁 289 以下。

⁵⁴ 在審查程序中，若又透過需用土地之非原住民可能影響的「原住民保留地土地權利審查委員會」（參考《原住民保留地開發管理辦法》第 6 條）為審查決定，則程序的障礙亦可迎刃而解。

⁵⁵ 參考，藤井志津枝，〈探討台灣原住民的土地問題〉，http://www.abohome.org.tw/index.php?option=com_content&view=article&id=692:records-record16-692&catid=47:record15&Itemid=246（23.8.2016 造訪）；官大偉，〈原住民族土地權的挑戰：從一個當代保留地交易的區域研究談起〉，《考古人類學刊》第 80 期，2014 年，頁 26。

⁵⁶ 參考，藤井志津枝，〈探討台灣原住民的土地問題〉，http://www.abohome.org.tw/index.php?option=com_content&view=article&id=692:records-record16-692&catid=47:record15&Itemid=246（23.8.2016 造訪）。

取得原住民保留地所有權⁵⁷。



《圖 8：原住民保留地所有權之變化（筆者製圖）》

⁵⁷ 參考，官大偉，〈原住民族土地權的挑戰：從一個當代保留地交易的區域研究談起〉，《考古人類學刊》第 80 期，2014 年，頁 27。

參考文獻

- 山本幸生、飯國芳明，中山間地域における土地所有権の空洞化と所有情報の構造，農林業問題研究，第194号，2014年6月。
- 李承嘉，原住民保留地政策與問題之研究，行政院原住民族委員會，1999年。
- 李文良，帝國的山林—日治時期台灣山林政策史研究，國立臺灣大學歷史學研究所博士論文，2001年。
- 李明峻譯，涂照彥，日本帝國主義下的臺灣，1993年。
- 李達平，屏東縣原住民林業經營認知與需求，國立屏東科技大學森林系碩士學位論文，2003年6月11日。
- 吳樹欉，台灣原住民族土地財產權制度變遷之研究：日治時期迄今從共同所有到個別所有的演變，政治大學地政學系研究所博士論文，2000年。
- 官大偉，原住民族土地權的挑戰：從一個當代保留地交易的區域研究談起，考古人類學刊第80期，2014年。
- 林櫻櫻，從「準要存置林野」到「原住民保留地」—從財產權觀點探討我國原住民保留地之增編與劃編，國有財產雙月刊，第55期，2009年8月4日，http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:y2KBg2keDyAJ:www.fnp.gov.tw/BoardAndPublish.php%3Fpage%3DMonthlyArticle%26MS_ID%3D311%26sa%3DU%26ei%3DECpLUuiAN6GFyQHouIGAaw%26ved%3D0CDcQFjAGOAo%26usg%3DAFQjCNEscog_VbDnEWPg-WqrjkTviV1c_w+&cd=1&hl=zh-TW&ct=clnk&gl=tw（25.8.2016造訪）。
- 徐士堯，原住民保留地的土地使用分析，土地問題研究季刊，第1卷第4期，2002年12月。
- 陳竹上，我國原住民保留地政策之當代課題與司法案例分析，台灣原住民族研究季刊，第5卷第2期，2012年。
- 詹素娟，臺灣平埔族的身分認定與變遷(1895-1960)—以戶口制度與國勢調查的「種族」分類為中心，臺灣史研究，第12卷第2期，2005年12月，頁121-166。
- 詹森林，效力規定與取締規定之區別標準—最高法院裁判之評析，范光群教授七秩華誕祝壽論文集，2009年3月。
- 山本幸生、飯國芳明，中山間地域における土地所有権の空洞化と所有情報の構造，農林業問題研究，第194号，2014年6月，頁88-93。
- 藤井志津枝，近代中日關係史源起：1871~74年台灣事件，1992年。
- 吳密察，綜合評介有關「台灣事件（一八七—七四）」的日文研究成果，台灣近代史研究，1994年。
- 紙村徹，なぜ牡丹社民は琉球漂流民を殺害したのか？—牡丹社事件序曲の歴史人類学的素描，山本春樹/黃智慧/ハスヤ・ボイノフ/下村作次郎編，《台灣原住民族的現在》，草風館，2004年12月20日。
- 大浜郁子，「牡丹社事件」はなぜ起こったのか「原住民」・琉球島民・客家人からみた事件の発端に関する検討，國立政治大學原住民族研究中心主辦，2010年第三回台日原住民族研究論壇會議論文(<http://nccur.lib.nccu.edu.tw/handle/140.119/79776>)。
- 山路勝彦，台灣の植民地統治—無主の野蛮人—という言説の展開，日本図書センター，2004年。

- 石垣直，現代台灣の多文化主義と先住権の行方—＜原住民族＞による土地をめぐる権利回復運動の事例から，日本台湾学会報，第9号，2007年5月。
- 林淑雅，解/重構台灣原住民族土地政策，國立台灣大學研究所博士論文，2006年。
- 陳元陽，台灣の原住民と国家公園，九州大学出版会。
- 徐世榮，歷史上台灣原住民土地流失之政治經濟分析，原住民土地與文化學術研討會論文集，中國土地經濟學會，1997。
- 國立臺北大學不動產與城鄉環境學系，臺東縣原住民保留地非原住民使用爭議事項之研究報告書，臺東縣政府，2012年3月30日。
- 林秋綿，臺灣各時期原住民土地政策演變及其影響之探討，台灣土地研究，第2期，2001年5月。
- 林秋綿，台灣地區原住民保留地問題初探，國政分析，永續（析）091-029號，2002年9月30日，<http://old.npf.org.tw/PUBLICATION/SD/091/SD-B-091-029.htm>（24.8.2016造訪）。
- 林修榮，原住民保留地超限使用因素之研究—以曾文水庫集水區為例，逢甲大學土地管理研究所碩士論文，1999年1月。
- 藤井志津枝，探討台灣原住民的土地問題，http://www.abohome.org.tw/index.php?option=com_content&view=article&id=692:records-record16-692&catid=47:record15&Itemid=246（23.8.2016造訪）。
- 梁煒智，百年來臺灣原住民族土地分配制度的變遷與國家法令，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2001年1月。
- 藤井志津枝，探討台灣原住民的土地問題，http://www.abohome.org.tw/index.php?option=com_content&view=article&id=692:records-record16-692&catid=47:record15&Itemid=246（23.8.2016造訪）。
- 原住民族委員會委託，官大偉（計畫主持人）、蔡志偉（協同主持人）、林士淵（協同主持人），103年度原住民保留地政策調查研究—非原住民使用總登記為原住民保留地問題研析成果報告，2015年7月。<http://www.apc.gov.tw/portal/docDetail.html?CID=217054CAE51A3B1A&DID=0C3331F0EBD318C228DF94A6ED706179>（26.8.2016造訪）。
- 鍾秉正，山坡地超限利用相關法制與其衍生之法律問題，高大法學論叢，第10卷第2期，2015年3月。
- 蕭惠中，新自由主義下原住民族土地的發展地景：一個新夥伴關係的初探，文化研究雙月報，第132期，2012年9月27日(http://www.csat.org.tw/journal/Content.asp?Period=132&JC_ID=620)（26.8.2016造訪）。
- 顏愛靜，原住民保留地與公有土地資源管理制度之研究(1)，行政院國家科學委員會專題研究計劃(NSC86-2415-H-004-005，1997)。

台灣司法體制下之不利原住民族處境初探¹

謝若蘭^{*} 楊曉珞^{**}

目 次

壹、前 言

貳、「司法權」概念再思考

參、相關研究文獻探討

一、台灣原住民族傳統司法體系

二、台灣原住民族在國家司法體系中之弱勢情境

三、國外原住民族司法權之概況

肆、台灣司法體系對原住民族不利之現狀探討

一、國家法與原住民族傳統習慣的衝突

二、司法程序對原住民的不利因素

三、刑事訴訟的特別課題

伍、設置「原住民族法院」及「原住民族法庭」之建議與討論

一、方案一：原住民族專業法庭

二、方案二：作為一般法院體系之特殊分支的原住民族法院

三、方案三：作為獨立原住民族訴訟體系的原住民族法院

四、方案四：作為原住民族自治權的民族司法制度

陸、建 議

¹ 有關世界各地原住民族的現況報告，請參考 United Nations Economic and Social Council (2004a)。本文部分初稿內容曾以〈台灣原住民族司法改革：兼談修復式正義〉文題發表收錄於陳文珊（編）《基督教與修復式正義》，台南：永望出版社。2010 年，63-97 頁。經過去 20 年來的世界原住民族議題參與下，發現司法權仍舊為重要的尚待改善人權議題，重新論述此議題有其必要性，因此重新檢視現況後，增加許多新的篇幅改寫成本文。感謝本文匿名審查的詳細專業建議與肯定，嘉惠作者良多。

^{*} 東華大學族群關係與文化學系教授

^{**} 台灣大學人類學系博士生

摘要

國外目前已有針對原住民族的獨特性建立訴訟體系的例子，例如紐西蘭的原住民土地法院與「懷坦吉法院」(Waitangi Tribunal)；美國各部落依據其原住民族主權所設置的部落法庭；加拿大依據自治協商將部份事項之民刑事作為自治區之自治事項列為協商項目等。反觀我國，無論是法院或專業法庭，目前並無特殊的原住民族審判制度，而原住民族之傳統糾紛解決制度或刑罰制度也並未被承認。本文透過文獻回顧相關論述為基礎，檢視當今台灣在法律、司法制度之中，原住民族所面臨的不利處境，提出一些改革建議，最後提供有利於原住民族權利爭取的原住民族司法制度設計參考建議。

關鍵字：原住民族、司法權、司法正義、土地權、自主權

壹、前言

聯合國人權委員會在 2004 年提出一份有關原住民族在司法領域所面臨處境的報告，指出對原住民族人權保護的缺陷，明顯表現在司法體系運作的缺陷上，使許多國家的原住民長期以來在司法體系中得不到公正的對待。台灣原住民在台灣島上早已發展出一套獨特的生活方式及社會制度，其社群結構倫理階序之維繫與強化社群成員行為之道德規範標準，可說約束了各個成員在社會中所應扮演的角色及其言行舉止，倘若違反規範者，自有司法之處罰²。另一方面，從台灣的歷史背景來看，台灣的法律可謂多源而多元，自原住民族自治時代、荷蘭西班牙統治時代、日本統治時代直至今日，台灣這塊土地曾經存在多樣而紛雜的法律文明，然而，無論是中國法、日本法或西方法，對原住民族來說都是外來法，原住民幾乎不曾被考量有其固有習慣的法制，現今台灣所採取之法制乃殖民法則或是引進的西方法律之觀念及制度，而在國族認同的設定上則採取中國國族認同，對原住民族而言仍可說是外來法制體系³。

在 2005 年施正鋒等人所出版的「各國原住民人權指數之比較研究」一書中指出，台灣原住民族權利指數較之美、澳、紐、加諸國來說仍有一段相當的差距。具體舉例而言，2003 年發生的鄒族頭目蜂蜜事件⁴，便反映今日台灣在原住民族傳統慣習與國家法律衝突的情況下，原住民在司法體系中依然被主流詮釋的法律所定罪，Smangus（司馬庫斯）櫟木事件⁵，更反映出原住民族權利雖經法律規範卻未獲得司法保障的處境，尤其是針對轉型正義下的多元考量之欠缺。

目前國外已有針對原住民族的獨特性建立訴訟體系的例子，例如紐西蘭的原住民土地法院，為一完整的審判體系，專門處理毛利人土地之調查、繼承、讓與、分割、交換等事項，依據原住民族習慣法審判⁶；紐西蘭另外有「懷坦吉法院」(Waitangi Tribunal)，主要是接受毛利人對於政府違背懷坦吉法院條

² 汪明輝、林端、裴家騏、巴清良、盧道杰、吳雯菁，原住民族傳統習慣之調查整理及評估納入現行法體系之研究—鄒族、魯凱族篇，2005 年，10 頁。

³ 王泰升，多源而多元的台灣法—外來法的在地化，當代雜誌，220 期，2005 年，10-21 頁。

⁴ 鄒族達邦社(tapangu)頭目汪傳發及其子汪建光認為兩名外地人自其傳統領域盜取蜂蜜，因此扣留這兩人車上的蜂蜜，此一行為卻被控以強盜罪，並經嘉義地方法院判定有罪。

⁵ 三名泰雅族 Smangus（司馬庫斯）族人經過部落會議決議，將風倒在其族群傳統領域之櫟木搬運回部落，但卻因此被控以盜採國有森林產物罪而遭判刑。

約法所提出的訴求，進行調查、建議、調解及判決⁷；美國至少有 145 個部落擁有部落法庭，依據其原住民族主權，在條約及聯邦法之規定之範圍內行使審判權⁸；加拿大則在自治協商中，將部份事項之刑事作為自治區之自治事項列為協商項目，通常民事事項及輕度刑事事項都屬於自治區之自治事項，而由自治區成立之司法機構進行審理⁹。台灣目前並無特殊的原住民族審判制度，雖然部分原住民族部落仍保留並實行傳統糾紛解決制度或刑罰制度¹⁰，但並不被國家法律所承認，其決定也只有文化及社會上的意義，而無法律上的強制力。

雖然多數學者專家提出原住民專業法庭或專業法院的建議，且此一方式也已納入「原住民族基本法」中¹¹，然而專業法庭和專業法院僅是國家司法權的一種分工，並不代表原住民族可以有司法權或部分司法權。如上所述，依照憲法規定司法權乃屬國家主權行使之權力，因此台灣之學者專家並未就原住民族司法權加以系統性之更進一步的討論，對於現有司法制度對於原住民族的不利因素與原住民族司法權的建構討論亦嫌不足。因此，本文以原住民族權利面向討論，檢視台灣原住民族在法律、司法制度之中所面臨的不利處境，並提供設置原住民族法院與法庭的不同方案之建議與利弊討論，提出原住民族司法權利改革建議。

貳、「司法權」概念再思考

「司法權」此一詞彙的概念來自西方，乃是對各種社會糾紛和社會衝突進行處理和裁決的權力，並被置於國家權力分立下。歐洲國家在中世紀接受羅馬法以後，在最近幾個世紀裡，西方國家所發展的法學與法律制度已遍及世界其他國家，西方的法律和法學似乎具有無可辯駁的普遍性；但此一普遍性在二戰之後開始受到挑戰，紛紛獨立的新興國家面臨繼受法和固有法的衝突，法律和法學之中的多元性愈受關注，法學中的問題不僅源於法律技術的衝突，也源於不同國家在法律觀念和法律理論方面的不同¹²。西方人類學者對於非西方法律的研究，亦揭示了西方法律概念並非有其普遍性，在當今世界，各種社會對於處理和裁決糾紛和社會衝突的模式仍普遍存在，不同的法律制度源自不同族群文化中對於道德世界

6 參見王泰升，原住民保留地土地專屬法庭設置研究，2003 年，69 頁。

7 參見施正鋒等，各國原住民人權指數之比較研究，2005，118 頁。有關懷坦吉條約請另參見謝若蘭，土地與記憶 -- 從 Treaty of Waitangi 談原住民認同與權利，台灣國際研究季刊，第 2 卷，第 1 期，2006 年，129-161 頁。

8 Kickingbird, Kirke, Lynn Kickingbird, Charles Chibitty, and Curtis Berkey, Indian Sovereignty, 1996, p. 29.

9 Asch, Michael. Aboriginal and Treaty Rights in Canada, 2002, pp. 83-84.

10 根據高德義的研究發現，原住民多半希望自治權限中包含司法權，是以高德義亦將司法權納入對原住民族自治的建議中（參見高德義《原住民族自治制度研究與規劃：排灣、魯凱及雅美個案探討》，2004 年，77 頁）。另舉一例，太魯閣族所訂定之「太魯閣族基本法」的內容中，便設有長老院，行使審判、解釋基本法、統一解釋法律及命令、糾正及彈劾等權，可說兼具司法權及監察權。

11 第三十條（原住民族法院或法庭之設置）為：政府處理原住民族事務、制定法律或實施司法與行政救濟程序、公證、調解、仲裁或類似程序，應尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化及價值觀，保障其合法權益，原住民有不諳國語者，應由通曉其族語之人為傳譯。政府為保障原住民族之司法權益，得設置原住民族法院或法庭。

12 參見千葉正士著，強世功等譯《法律多元：從日本法律文化邁向一般理論》1997 年，30-31 頁。

的認識，是一種根源於文化的集體智慧¹³。

法律既根植於特定文化背景，因而不能隨便移植到另一文化中，法律移植意味原有的行為規範和價值理念的改變，將導致被移植社會的文化變遷¹⁴，影響原有文化及價值觀念甚鉅，甚至造成社會價值體系的崩解。尤其以曾經遭受殖民的國家或民族來說，隨著外來統治者的法律制度侵入，往往忽視文化歧異性，試圖用單一的政治、法律制度來統治境內不同的民族，非主流的法律體系未被採用進入國家法律體系之中，而國家法律體系也未針對多民族的文化背景作一調整和整合，因此原有法制與國家法制相衝突時，原有法制往往只能依附於移植法，甚至受到壓迫¹⁵。

台灣亦曾移植多樣而紛雜的法律文明，中國法、日本法、西方法形塑了當今台灣的法社會，尤其在受到國民政府統治以後，原住民族被迫放棄原有的法律及司法制度，轉而進入國家的法律及司法體制之中，例如台灣原住民各族在受到國家統治之前，部落便已施行與現今國家司法制度有所不同之審判制度，輕者採談判或調停，重者多由頭目或長老作為仲裁者，或有依狩獵及獵首等神判方式解決紛爭，此一方式自與西方的法官、法院制度大不相同¹⁶。原住民族即便受到國家統治之後，被迫放棄原有機制轉而進入國家的司法制度下，對於原住民來說，未必能夠接受此異於族群傳統的審判制度¹⁷。國家亦未正視境內多民族之事實，也未將原住民族原有之法制納入現行法律及司法體系，因此在與國家法律制度相衝突時往往陷入不利處境，在國家司法體系中淪為弱勢。

從國際法的潮流來看，原住民族本有其固有之自然主權¹⁸，加上其自決權在國際規約中早已受到保障，有其自我決定政治制度、自我管理之權利，縱使在國域內行使自決權的情況下，司法權也並未讓渡予國家，原住民族與國家之間乃是對等之夥伴關係，原住民族司法權應以此為前提加以實踐，而非在單一主權且司法權專屬於中央政府的現存情況中，致使原住民族應有之權力/權利遭到剝奪。況且原住民族本有其法律及司法制度，無論從人權或者原住民族權利的角度來看，原住民族與國家應在對等關係下，談判協調權力的歸屬，並以原住民族參與制定或修改憲法為前提，將原住民族自然主權及固有權明確納入到憲法中，其司法權亦應透過條文加以確定。

¹³ 參見 Clifford Geertz 著，王海龍等譯《地方性知識—闡釋人類學論文集》2000年，272-273頁。

¹⁴ 參見王明亮，人類學視域中的法律移植，廣西民族學院學報，第6卷，第27期，2005年，79-82頁。

¹⁵ 許多不同文化的法律原則通常不易相互結合，它們的共存相當不容易，或是在許多方面會互相衝突，而在同時期存在的各法主體之間產生對立或糾紛時，弱小的法主體往往會受到強大的法主體壓迫，或者依附於強大的法主體。此可參見千葉正士，同註16，241頁。

¹⁶ 可參見謝世忠等，原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制第二期委託研究—泰雅族、太魯閣族，2007年，35-36，114頁；陳奇祿，日月潭邵族調查報告，1958年，27-28頁；汪明輝等，同註2，114-115頁。

¹⁷ 例如有泰雅族原住民即認為，根據他們的gaga，lyutux（祖靈）執行了公平的審判，現代法律沒有lyutux背書，是人所制定，因而有私人成分，不見得是公平、公義的，此可參見謝世忠，同前註，73-75頁。

¹⁸ 浦忠勝認為，原住民族的自然主權乃是「原住民族對其生活領域內之人事物所擁有之早於法律及國家的、整體的、非授予的、不可轉讓的、不受法律拘束的權力」，而其理由是基於「原住民族最早來此，且世代代持續居住此地已逾千年」。參見浦忠勝，原住民族的自然主權意義何在？2005年，115頁。

參、相關研究文獻探討

一、台灣原住民族傳統司法體系

台灣原住民族在與他族文化接觸及受到殖民統治之前自有其法律制度及司法體系，最早開始研究台灣原住民族法制是日治時代初期，臺灣總督府於明治 34 年(1901)設立「臨時臺灣舊慣調查會」，其下成立蕃族科，展開台灣原住民固有習慣的調查，共出版了包括「蕃族習慣調查報告書」、「台灣蕃族習慣研究」、「蕃族調查報告書」各八冊，其中有關民法（親屬關係與債權、物權等）與社會組織的部分收錄在「蕃族習慣調查報告書」中¹⁹。

然而，「蕃族習慣調查報告書」乃是日本法學者認為依據當地習俗才能有效控制台灣而展開之調查，並非為將原住民族傳統規範與日本殖民法律做整合，其目的在於發掘原住民各族群之規範中與日本法律相衝突之「陋習」並予以根除，屬於高度政策價值導向之研究調查²⁰。日後台北帝國大學的學者雖然也進行過大規模的研究，但仍依循上述的調查路線，目的並非認真思索原住民傳統規範的現代價值，以及應如何保留、保障、改良等²¹。

日治時期結束後，原住民族傳統法律及司法體系因進入國民政府的統治下而無法繼續行使，王泰升在 1997 年之研究「台灣原住民的法律地位」中，對於台灣原住民傳統及殖民時期的法律及司法制度著墨甚多。台灣原住民傳統習慣包括代代流傳的觀念、想法、習慣、禁忌、習俗等，而社會組織、刑罰亦包括在內，至於糾紛解決的模式，具有參酌習慣以解決糾紛的特色，可區別為和解、調停與仲裁、審判兩類。調停是指以公平的第三者為當事人的仲介，為雙方和解；仲裁則由第三者為當事人裁判，審判更是以公權力進行簡易的裁判，兩者之裁決均有其拘束力²²。

台灣受荷治時期，荷屬東印度公司希望使原住民適用荷蘭的政治、法律制度，但儘管如此，原住民之間的輕微糾紛仍交由村社之長老按村社之法解決，重大案件如反抗政府或槍殺荷蘭人，才交由牧師或官員行使司法權加以審判²³。清治時期，已演變為「熟番」面對民事糾紛及刑事重案，可至官府提出控訴，而「生番」則不能提出控訴，但在出現殺人情事時，卻依清朝司法體制成為官府審判之客體。日治時期，基本上是由警察機關不依法律規定來統治原住民族，但實際上警察機關經常參考其習慣而施展統治。直至後來中華民國政府在同化思想的統治方式下，原住民族已一併適用國家所訂之法律及審判體制，即便是處理原住民族事務，仍無視於原住民族傳統慣習²⁴。

¹⁹ 葉春榮，蕃族習慣調查報告書序言，1991 年。

²⁰ 同註 2，23 頁。

²¹ 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，第 3 卷，第 1 期，2006 年，207-266 頁。

²² 王泰升，台灣原住民的法律地位，1997 年，149-165 頁。

²³ 荷治時期，荷屬東印度公司將長老視為超出個別村落公共權利的代表，在法律身分上也具有特權，然而從一些事件中可以看出東印度公司長官才具有完整的司法權力，擁有超越制度的最後決定權。而 1635 年麻豆協約的簽訂中，則以協約簽定的方式，將司法管轄權讓渡給荷蘭聯邦議會。之後荷蘭人轉而以遴選村落首長的方式建立原住民村落的新政治體系，並禁止私鬥、劃定司法權範圍。請參見鄭維中，荷蘭時代的臺灣社會：自然法的難題與文明化的歷程，2004 年，75-112 頁。

如前文所述，台灣原住民各族群在受到殖民統治之前，不但有自己的傳統慣習，也有和解調停、仲裁審判的司法制度。在被國家主權統治之前，各部落也有自己的政治、社會組織，並且持續行使及發揮其功能。在受到國家殖民統治之後，才轉而進入統治國家的法律規範及司法體制之中，不但原有法律規範及司法仲裁機制無法繼續使用，還必須被迫接受另一種社會文化下的司法審判體制，不管是對原住民族之原有文化或生存權利都影響甚鉅。

二、台灣原住民族在國家司法體系中之弱勢情境

台灣原住民族在中華民國政府的統治之下，成為司法上弱勢的一群。以司法審判的過程來說，汪明輝、高德義、湯文章、楊志航等都提出了幾點原住民在司法上的弱勢情境：台灣係以漢民族為主之社會，法官幾乎都是漢人，除非對原住民族傳統文化有相當程度之瞭解，否則僅依照法律之構成要件來裁判，而忽略原住民族傳統文化之價值。台灣的司法官、檢察官等執法者缺乏多元族群文化訓練，尤其缺乏對原住民族傳統規範的認識和尊重，文化偏見在審理原漢衝突事件中更加顯著²⁵。

台灣目前除了法官、檢察官幾乎都是非原住民，也缺乏原住民族傳統文化的相關知識，對於台灣原住民各族傳統習慣未達成全面的研究調查²⁶，且尚未立法通過。湯文章便指出，缺乏對原住民傳統習慣調查之完整文獻資料，增添了法官審理該類事件之困難，致使原住民常受到不利益之裁判²⁷。楊志航亦提及，未依法律保留原則制定法律是出於國家行政及立法機關之怠惰，特別是對於原住民事務之輕忽所致，此種不利益卻因而被歸諸一直被壓抑的原住民族²⁸。

再者，審判過程中的語言、文化轉譯問題也是導致原住民族在審判過程中的不利因素。現行法院所進行之訴訟程序，係使用國語為主，訴訟文書亦應使用中國文字，僅在訴訟當事人或關係人不懂國語時，才將國語翻譯成方言或外國語，較不尊重少數民族之文化習慣²⁹。目前台灣高等法院已開始著手進行對法庭通譯的培訓³⁰，即便如此，由於通譯可能是全場唯一聽得懂雙方言論的關鍵人物，因此不只須精通雙方語言，還需熟悉原住民族文化，才不致在轉譯過程中扭曲或漏失³¹。對此，湯文章便指出，原住民族之語言習慣與漢民族不同，且現行法律主要延襲西方法制而來，與屬於南島民族之原住民傳統習慣亦不同，而特約通譯並非法律專家，經常無法適切表達當事人之真意³²。除了上述原住民在審判過程

²⁴ 參見註3，27頁。

²⁵ 參見汪明輝等同註2，4頁；高德義，原住民族財產權保障的若干法律思考，2005年；湯文章，原住民族在訴訟法上地位之研究，2005年；楊志航，國家法與原住民傳統法制，2005年。

²⁶ 行政院原民會已委託調查台灣原住民各族習慣法納入現制之研究，唯至今仍未盡數完成。

²⁷ 參見湯文章，原住民族在訴訟法上地位之研究，2005年。

²⁸ 參見楊志航，楊志航，國家法與原住民傳統法制，2005年。

²⁹ 參見湯文章，原住民族在訴訟法上地位之研究，2005年。

³⁰ 現今各法院所遴聘之「特約通譯」有外語、手語、原住民等三類。原住民特約通譯，因原住民族群繁多，通常法院會就各個不同族群，聘請各個不同特約通譯，遇各別原住民犯罪或訴訟時，委請同種族之特約通譯到庭擔任翻譯。參見湯文章，原住民族在訴訟法上地位之研究，2005年。

³¹ 參見汪明輝等，同註2，4頁。

³² 參見湯文章，原住民族在訴訟法上地位之研究，2005年。

中的弱勢以外，王泰升及湯文章提出原住民族大多不諳法律並處於經濟弱勢，故現行規定對原住民族是不利的³³。

對於上述台灣原住民族在今日國家主權統治下的司法弱勢，學者專家提出了一些建議，在程序法上，多數學者認為應儘速在台灣既有的法院體系裡設置原住民族專業法庭，可先訂立「原住民司法事件處理法」，讓專庭的措施運作一段時間後，再立法規定之³⁴。而原住民專業法庭能否發揮功能，端視專庭內法官是否適任，故王泰升及楊志航等人均認為應同時採行專業法官證照制度，或辦理原住民專業法庭法官的遴選³⁵，如此一來，涉及原住民或原住民權益的司法案件才能確實由具有專業學識、熟悉原住民族傳統規範和原住民習慣的法官來承辦³⁶。

此外，王泰升在對於紐西蘭毛利土地法院的研究中，看到紐西蘭為了避免毛利人不知如何主張自身權利，有法官固定下鄉訪問之服務，告知毛利人若有權利受侵害，該如何尋求救濟，若已提起訴訟，法院人員會主動至部落了解案情³⁷。楊志航便認為，台灣的法官應針對案件特性，在現行法所允許的範圍之內，進行有利於原住民當事人的法庭活動，以彌補原住民族對現行法律的不瞭解，包括運用現有的「專家參與審判諮詢」，使熟悉原住民族事務的專家，有機會提供意見給法院參考³⁸。

在原住民專屬法庭之外，楊志航認為未來在原住民族自治中應該以本族法律創設自成一格的「原住民族法院」體系³⁹。高德義在對排灣、魯凱及雅美三族的自治制度研究、規劃中亦認為，原住民族自治可設立原住民法院，而其層級等同於普通法院，具有初審權⁴⁰。王泰升亦討論過此一議題，認為若原住民族自治政府逕行立法設立法院組織，違背了我國憲法規定，致使國家以外之公私法人擁有司法權，但若依憲法及法院組織法之規定，司法權應由司法院及各級司法機關行使之，地方法院可在其設立區域內行使司法權，專業地方法院亦可因事實需要而設立，因此原住民族自治區域應可設立原住民法院。雖然此種方式將大幅變動中華民國的司法體系，但在法官任用或法律見解的形成上，較能針對自治區內族群之習慣，有較大的揮灑空間⁴¹。

除了原住民專屬法庭、專屬法院以外，學者亦在法官及通譯方面加以討論並建議。而原住民族傳統習慣之整理及立法，更在許多篇文章中被重複提及，近年來，行政院原住民族委員會已針對原住民各族

33 參見王泰升，原住民保留地土地專屬法庭設置研究，2003年，87頁；湯文章，原住民族在訴訟法上地位之研究，2005年。

34 參見王泰升，同註6。

35 司法院為推動法官專業化之理念，曾於民國90年10月1日發布「各級法院法官辦理民刑事及特殊專業類型案件年度司法事務分配辦法」建立法官民、刑分流及專業法官證照制度，並自民國91年1月1日起施行，冀以取得專業證照之法官組成專業法庭，解決特殊專業類型之案件，目前所頒發之專業證照，僅有勞工、少年及智慧財產權等類別，尚無原住民專業法官證照，惟此項規定仍可作為將來辦理原住民專業法官遴選之依據，參見湯文章，同註25。

36 參見王泰升，同註6，98頁；湯文章，同註25；楊志航，同註28。

37 參見王泰升，同註6，87頁。

38 參見楊志航，同註28。

39 參見同前註。

40 參見高德義，同註10。

41 參見王泰升，同註6。

展開各族傳統習慣之調查整理及評估納入現行法之可能，然而在立法上，似乎仍未有任何進展。「原住民基本法」第三十條中已規定：「政府處理原住民族事務、制定法律或實施司法與行政救濟程序、公證、調解、仲裁或類似程序，應尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化及價值觀，保障其合法權益，原住民有不諳國語者，應由通曉其族語之人為傳譯。政府為保障原住民族之司法權益，得設置原住民族法院或法庭。」此法條已將原住民族法院及法庭、通譯制度等納入基本法中規定，也提到要尊重原住民傳統習俗、文化及價值觀。

三、國外原住民族司法權之概況

除台灣以外，許多國家亦存在司法制度對原住民的歧視，而且與台灣的情況相當類似，舉例來說，尼泊爾的司法體系中缺乏熟悉原住民族習俗的人員，程序上也不使用原住民的語言文字，同時否認原住民族的慣習；澳洲、墨西哥和加拿大等國家，原住民女性無法受到平等的司法判決。在聯合國人權委員會 2004 年召開的原住民族與司法問題專家討論會中，對各國情況加以討論並歸納原因，認為原住民族在普通司法制度中無法防止自己的權利受到侵害，刑事司法系統中原住民被控告的比例過高也是值得注意的問題，而表面上中立的法律適用，也間接導致了司法中對原住民的歧視，原住民的文化傳統、司法制度和權利不受憲法保護和承認，導致原住民在司法制度方面的弱勢⁴²。

各國專家們也針對這樣的議題提出了建議，應當制定行動計畫和策略來加以改善，包括在司法領域不歧視原住民、從法律上保護和承認原住民族之文化多樣性、恢復原住民族法制習俗、增加司法系統中工作的原住民、對司法系統工作人員進行原住民族文化、習俗和法制之教育、特別關注及改善原住民婦女及兒童的司法處境、承認原住民族司法系統，並建立機制使該系統與國家司法系統合作發揮作用⁴³。

某些國家的憲法中，分別有對於原住民的習慣、司法權及法院審判程序、使用之語言文字加以規範，其保障有特殊性質之考量，而僅針對原住民族本身，或是在特定區域內實行。比方說，在憲法中保障原住民族傳統習慣的有菲律賓、泰國等，而除此之外又保障原住民有效使用國家司法管轄權的有馬來西亞、西班牙、墨西哥、秘魯、加拿大、美國、紐西蘭等⁴⁴。此外，針對審判中使用之語言加以保障的如中華人民共和國、紐西蘭、越南、羅馬尼亞等國家⁴⁵。

非洲的例子則較為特別，非洲多數國家曾經受到殖民統治，但殖民政府雖然對非洲人民的傳統習慣採取種種限制和打壓，卻沒有將其廢除，而將非洲原有的法院稱為「地方法院」(local courts)、「土著法院」(native courts)、「非洲人法院」(African courts)、「習慣法法院」(customary courts)。在脫離殖民統治之後，多數國家即承認習慣法且將其當作國家一般法而實施，在某些國家，習慣法法院成為該國獨立司法系統的一部分，並授權於獨立的司法系統⁴⁶。

除了上述國家已對於原住民的習慣、司法權及法院審判程序、使用之語言文字加以承認或規範保

⁴² United Nations Economic and Social Council, 同註 20。

⁴³ 同前註。

⁴⁴ 參見汪明輝等同註 2, 47-49 頁；高德義、陳芝欣編，各國憲法民族條款彙編，2003 年。

⁴⁵ 參見高德義、陳芝欣編，同前註。

⁴⁶ 參見洪永紅，非洲習慣法初探，比較法研究，第 2 期，2002 年，72-80 頁。

障，在澳洲、加拿大、美國等國家已有關於原住民族司法權之討論，在這些討論中將原住民族置於國族的層次來討論原住民族權，是以較之前文偏向司法程序改革或採納傳統習慣為習慣法的討論，更深入地表達了各種有關原住民族司法權的論述。在澳洲，北區原住民族憲法會議的組織幹部集結了一份討論原住民族自治的文件提到，原住民族治理自己的自然權利創造出一個「較公平的」權力分配以及主權的分配，在其特定領土上形成的政府機關，擁有司法權，且原住民自治結構中的法律並不從屬於聯邦／州法律⁴⁷。

在加拿大已有更進一步的討論，加拿大皇家原住民族調查委員會於 1996 年的「皇家原住民族調查委員會報告」中指出原住民族是「國族」，當原住民族與歐洲國家組成軍事與貿易聯盟時，是處於國族地位；當他們簽訂同意分享其土地與資源的條約時，亦為國族；直到今日，基於其文化的一致性、特殊性與自我認知，他們仍為國族。而共同分享主權是加拿大聯邦政府一個重要的特徵，讓早期的原住民族與非原住民族之間得以建立合作關係，之後更促成了各省的統一而產生加拿大，透過各民族認同的自治制度安排，可重建因疾病、遷徙與一連串政府的同化政策而瓦解原住民族國族。這篇報告並舉出了包括「刑罰與程序的解釋」以及「司法」在內的二十種自治權限，指出這是原住民族作為「自決之民族」及「與加拿大分享權力的民族」本來就享有的固有權，也是原住民族「夥伴地位」的具體化⁴⁸。

Will Kymlicka 也針對民族自治談及其權限範圍提出看法，他認為民族自治與地方自治有所不同，地方自治乃國家基於民主與效率，將領土劃分為不同層次、範圍的行政區域，並將部份權力給予地方使其自我管理；民族自治乃基於族群文化差異，為保證國家中之少數民族能充分發展其民族文化，其追求之權力比起建立在區域基礎上的分權權力更加廣泛⁴⁹。Patrick Macklem 則進一步提出，對於加拿大來說，文化差異及多元文化是憲法的基礎，憲政制度的安排應包括原住民族司法制度的建立，除了基於司法權屬於原住民族政治權的一部分，更重要的是透過司法的判斷，把原住民族固有的文化價值判斷，納入到國家的政治意識中，成為加拿大公民意識的主要部分⁵⁰。

Kirk Kickingbird 等人在探討美國境內的原住民族(Indian Nations)是否擁有主權時指出，在歐洲人來到美國以前，當地原住民族早已存在，組成約六百餘個部族，並有其社會、政治及文化結構，且大部分的部族都有成員分享政府權力的民主傳統，如獨立宣言起草人 Thomas Jefferson 指出，部分美國憲法所包含的民主概念源自北美的原住民族。北美原住民族的「國家性」是無庸置疑的，從與歐洲移民接觸，就主張有權管理自己的事務，由八百餘份條約的簽署可見，殖民政府是承認原住民族的主權。而且，原住民族目前仍實踐決定政府形式、決定成員資格、司法與行政、徵稅、成員私法關係、規範財產使用等行為。在司法上，可以建立部落法院(tribal court)，得適用傳統習慣進行裁判，其屬地的管轄權為該族之保留區，屬人的管轄權則包括保留區內的所有人⁵¹。

Stephen Cornell 研究北美原住民族治理概念時即指出，有效治理要素包括主權之實踐，即原住民國族之決定權；有效治理機構，即能激勵國族成員及其他人願意對國族之未來投資金錢、時間、活力及構

47 參見 Reynolds, Henry (陳茂泰校譯)，原住民族主權：對種族、國家及國族的深思，2001 年，168-172 頁。

48 Indian and Northern Affairs Canada, Report of the Royal Commission on Aboriginal People, 1996.

49 Kymlicka, Will. Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights, 1995, pp. 80-81.

50 Macklem, Patrick. Indigenous Difference and the Constitution of Canada, 2001, pp. 48, 243-245.

51 Kickingbird, et al., 同註 8, pp. 1-65.

想的制度環境；還包括文化適應，即治理機構適應原住民族政治文化。在此其中，司法權的有效實踐是主權實踐最重要的訴求之一，原住民邁向自我治理的第一項主要工作，即是把被聯邦、州或省之立法所限制的原住民族司法權加以擴充⁵²。在另項研究中，Stephen Cornell 及 Joseph P. Kalt 指出部族治理機構必須包括迅速及公正的爭端解決，保證族人的訴求及爭議可以獲得公平的解決，而達到此一目標的手段，是強大而獨立的司法體系。在許多保留區，部落法院被部落議會(tribal council)所控制，部落議會可以依其好惡任免法官，造成其成員對部落法院及部落議會的不信任。在此研究中 Cornell 和 Kalt 檢視六十七個部落，發現擁有獨立且強大之司法體系的部落，在經濟上的表現勝過那些沒有強大獨立司法體系的部落，並且其失業率平均只有百分之五。司法體系可以消除投資者的疑慮，確立遊戲規則，創造部落及非部落商業之發展機會⁵³。

在聯合國人權委員會 2004 年召開的原住民族與司法問題專家討論會中，與會專家更詳細地報告加拿大及美國建立原住民法院的例子，美國的 Navajo 族法院對 Navajo 族人和專屬保留地管轄範圍內其他部落的美洲原住民所犯的罪行有刑事管轄權，對 Navajo 族發生的任何行為或者對部落有不利影響的行為有民事管轄權，法院除適用美國普通法、聯邦法規以外，還適用 Navajo 的普通法，Navajo 族的法律系統在適用美國普通法模式以外，還採用稱作 Hozhooji Naat'aanii（調停）的傳統法律程序，可以說是將原住民傳統司法制度及習慣與國家司法體系及法律規範充分合作的機制。加拿大艾伯塔省的 Tsuu T'ina 族在省政府的支持下創建了一個綜合性的原住民司法制度，將原住民族司法傳統與艾伯塔省法院融合在一起，對保留地上的違法行為有管轄權；而 Saskatchewan 印地安部落聯合會正在與省政府談判，試圖建立第一個以原住民族的價值觀、文化和精神為基礎的司法制度⁵⁴。

綜上所述，美、加、澳等國的學者及原住民族本身乃是以主權證成原住民族司法權，由於原住民族是與國家分享權力的民族，其權限包含司法權，也確實有實踐之必要。上述國家不但有關於原住民族司法權的研究及討論，也已出現了融合原住民傳統司法制度及習慣與國家司法體系及法律規範的各種例子，可以看出原住民族司法權不但有實踐之可能，同時也對保留原住民族文化、保障原住民族生存及權利有相當大的重要性。台灣雖非美加等聯邦制之國家，原住民族所爭取到的權利現狀也不盡相同，然而在司法上所面臨的困境是相當類似的，與國家之間的關係也有探討空間，國外的例子可作為借鏡，讓我們進一步思考台灣原住民族實際建構司法權之可能性。

肆、台灣司法體系對原住民族不利之現狀探討

2005 年通過的原住民基本法第 30 條中規定：「政府處理原住民族事務、制定法律或實施司法與行政救濟程序、公證、調解、仲裁或類似程序，應尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化及價值觀，保障其合法權益，原住民有不諳國語者，應由通曉其族語之人為傳譯。政府為保障原住民族之司法權益，得

⁵² Cornell, Stephen, Catherine Curtis, and Miriam Jorgensen. The Concept of Governance and its Implications for First Nations, 2004, pp. 7, 10, 14-17.

⁵³ Cornell, Stephen and Joseph P. Kalt. Sovereignty and Nation-Building: The Development Challenge in Indian Country Today, 2003, pp. 9-11.

⁵⁴ United Nations Economic and Social Council, 同註 20。

設置原住民族法院或法庭。」，然而時至今日，台灣原住民族在國家司法體系中仍有許多不利因素，以下分為國家法與原住民族傳統慣習的衝突、司法程序對原住民的不利因素、刑事訴訟的特別課題加以討論。

一、國家法與原住民族傳統習慣的衝突

法律是一種根源於文化的集體智慧⁵⁵，是某一族群長年共同實踐而形成，倘若移植不同文化背景之法律，不但對此法律的了解有所限制，亦會與原有之法律概念產生衝突，更無法維繫民族文化傳承、維護民族成員的合法權益。以今日台灣族群情勢觀之，台灣存在多元的族群文化，因而有複數的規範體系⁵⁶，而原住民族因其歷史背景及文化差異而處於弱勢，法律之制定並非以多元民族國家社會生活為前提，致使原住民族傳統習慣與現行法律產生衝突時有所聞⁵⁷。

我們可以從歷史的脈絡來理解國家法與原住民族傳統習慣規範的衝突，亦即此一衝突是漢族本位的法令及以原住民族為主體的法之間的衝突⁵⁸，舉例來說，泰雅族原住民即認為，泰雅 gaga 包含「法」和「禮」兩個部分，國家的法律則只有「法」沒有「禮」，因此當兩者相衝突時，國家法律對族人來說便顯得不可理喻，但對於國家法律又無法直接抗衡⁵⁹。另一方面，原住民為了避免抵觸國家法制而受罰，不得不改變或放棄傳統習慣所容許的行為，造成現行法制凌駕於傳統習慣的印象，也因此動搖傳統習慣在原住民心中的權威地位⁶⁰。

值得注意的是，除了原住民族基本法第 30 條第 1 項外，第 23 條規定：「政府應尊重原住民族選擇生活方式、習俗、服飾、社會經濟組織型態、資源利用方式、土地擁有利用與管理模式之權利。」上述條文已分別從實體面及程序面規定原住民族文化及傳統慣習之作用，應可指引法官於訴訟程序中探尋原住民族傳統慣習作為裁判的依據，並指導未來的立法依實際需要，採取將原住民族傳統慣習納入法律條文、或於法律中規定特定事項依原住民族慣習裁決⁶¹。

近年來，由於原住民族權利的積極爭取，許多法律規定已將原住民族文化、生活慣俗、傳統、習俗、價值、祭儀等，作為原住民族權利之內涵或要件，或直接成為法律保護之對象，因此，法官審理有關的案件，即有探尋原住民族慣習的義務，而在民事領域，亦得依民法第 1 條規定適用習慣⁶²。原住民

⁵⁵ 參見 Clifford Geertz，同註 13，272-273 頁。

⁵⁶ 例如漢人在財產繼承上，女性的繼承權往往較之男子而言相當薄弱甚至沒有，但是在原住民族中的母系社會族群則剛好相反；此外漢民族的規範多透過文字以條文呈現，然而沒有發展出文字的原住民族則否。參見陳竹上，看不見的權利：從民族主義、族群文化及殖民歷史反思台灣原住民族財產權在國內法制中的發展，2000 年。

⁵⁷ 謝世忠將原住民族傳統習慣與現行法制的衝突分為積極衝突及消極衝突，前者指現行法制對於「傳統習慣所容許的行為」加以限制或禁止，使原住民在進行此類行為時因為抵觸現行法制受到處罰；後者指現行法制對於「違反傳統習慣的行為」加以正當化、合法化，使遵循傳統習慣的原住民因國家不處罰違背傳統習慣之行為，而懷疑是否要繼續遵循傳統習慣。參見謝世忠，同註 16，151-152 頁。

⁵⁸ 參見汪明輝等，同註 2，49-51 頁。

⁵⁹ 參見謝世忠等，同註 16，73 頁。

⁶⁰ 同前註，151-152 頁。

⁶¹ 參見王泰升，同註 6，101 頁。

族習慣是活的法，且因不同族群、不同地域而有不同，因此法官必須確定其適用之習慣是否正確，比如進行必要的職權調查或委託調查、鑑定，於適當時機公開對於習慣法的心證，讓當事人在訴訟進行中，得知法官據以作成判斷的習慣為何，以利進行必要的攻防。

為了解決原住民族傳統習慣內容不易探詢的問題，進行彙整有其必要性，行政院原住民族委員會委託學者進行「原住民族傳統習慣之調查整理及評估納入現行法體系之研究」，即是為了立法或修法的參考。以第一期成果來看，是將原住民族某項傳統規範之內容與現行相關法律內容對照，並提出相關立法或修法之建議⁶³；第二期則在現行法律不變動的情況下，提示司法人員在原住民涉訟時必須考量的相關習慣影響要素，包括習慣內容、原住民近代歷史變革、常見觸法情境、當下族人的思維、一般法律的處置方式以及將來面對的模式等⁶⁴，由於研究成果與作為法官審判參考用的原住民族習慣法彙編不盡相同，應另外進行專供司法人員了解原住民族習慣內容的搜集編纂工作。同時，此一工作也有助於各原住民族重新審視其傳統習慣的內容。此外，原住民族的法律文化如何形成、如何制定規範，內部應形成一個對話平台，以跟另一個法律主體對話。

解決此課題的另一重要工程，在於將原住民族傳統慣習法制化，成為法官必須適用的規範，其方式可以是立法院通過的法律，或是自治區之自治法規。簡資修將制定法與社會習慣間的關係分為四大模式：1.習慣獨立為習慣法；2.制定法明文排除習慣；3.習慣融於制定法中；4.習慣補充法律漏洞⁶⁵。依此來看，比較重要的、被認為是國家基本秩序的，就以列舉排除的方式處理，有些則列舉出來作為特殊規定，應盡快立法形成具體規範，如無法法制化者，也應在相關法律針對原住民族習慣之適用及其適用順序有明確的規定。在此必須分為刑事法律及民事法律加以討論，由於刑事法律的範圍是人民何種行為構成犯罪以及如何追訴處罰的問題，由中央一致立法進行全國統一的規範尚有相當程度的正當性，然而民事法律規範的對象是人民生活中未涉及國家公共領域的財產關係和身分關係，在實際運作上更需面對不同規範衝突的問題⁶⁶。

民事法律方面，民法第1條規定：「民事，法律所未規定者，依習慣。無習慣者，依法理。」故知民事法之法源甚為廣泛，除直接法源外，間接法源亦包括在內，然而此一認定過於廣泛，不應端賴法官判定，此外民法早已對各種生活關係做包羅萬象的規定，特定事項承認習慣應優先適用的條文很少，未來立法可採用的方式有兩種，一是直接將原住民族慣習當作條文的內容，二是規定某些事項依原住民族慣習，將具體內涵委諸法官在個案中認定⁶⁷。然而後者之認定過於廣泛，不應端賴法官判定，因此應將原住民族慣習規範立法，各原住民族在有關債權、物權以及婚姻、繼承等身份關係等方面本有不同之習慣，應加以考量並立法制定，在習慣法立法以前，法官判決應優先將原住民族慣習納入考慮。

刑事法律方面，雖然一般認為應採取統一的規範，然而就犯罪而言，仍有可能因族群文化的關係而產生差異，例如在目前刑法中的「血親相和姦罪」，在親等的限制上，各族群文化就有所不同⁶⁸，而在

⁶² 民法第1條規定：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」

⁶³ 參見汪明輝等，同註2。

⁶⁴ 參見謝世忠等，同註16。

⁶⁵ 參見簡資修，習慣：游移於事實與法律之間，月旦法學雜誌，第110期，2004年，172-177頁。

⁶⁶ 參見陳竹上，同註56。

⁶⁷ 參見王泰升，同註6。

⁶⁸ 參見陳竹上，同註56。

泰雅族的 *gaga* 中，若因外人侵入傳統領域破壞作物或植物資源，因而傷害對方甚至殺人，這樣的行為是不構成犯罪的⁶⁹。而與民法有所不同的是，刑法的罪刑法定主義可說將所有的刑罰和罪名都已直接在法律上明定，因此，如果在各原住民族的習慣當中可以確定某一些特殊狀況即使構成要件，但卻被此族群確認且不違反基本的人權原則，應依不同族群傳統習慣增列規定，使其仍然是不為罪或減輕其刑。

二、司法程序對原住民的不利因素

法治國家的權利救濟是透過司法程序，然而台灣原住民族由於長期處於政治、經濟、社會、文化之結構性弱勢，較不熟悉法律及訴訟程序，原住民採取訴訟途徑爭取權益的比例偏低，此外，司法程序中是否隱含不利於原住民族之因素，以下將加以討論：

（一）訴訟程序對原住民的不利因素

抽象的把人視為平等是現代司法的特徵，然而，訴訟程序雖然表面上平等對待各族群，但各種訴訟要件的設定、程序進行的原則以及做成判決基礎之法律詮釋，其實是以主流族群的法律概念、文化習俗以及制度建構為基礎，並非「族群中立」也非「價值中立」，在此情形下，整個訴訟制度所呈現的是擁有優勢地位的主流族群的程序利益及實體利益，所謂「平等對待」的訴訟程序，實際上隱含不利於原住民族的因素，以下將舉出訴訟程序中幾個對原住民族不利的因素。

1. 審判權不明

我國的訴訟依審判權之歸屬而區分成普通訴訟體系、行政訴訟體系，各案件依其性質分別由不同法院審判之，本文企圖提出原住民族案件審判權不明或「審判權的漏洞」⁷⁰有三大面向，其一，目前無獨立的原住民族訴訟體系，隨著法律逐漸承認原住民族權利，由於原住民族與國家之關係極為特殊，因此原住民族權利的定位具有多重性質，有的屬於私權、有的具濃厚的公權力性質⁷¹、有的則可能兼具公權與私權的特徵，因此許多權利爭議或糾紛事項究竟屬於公法或是屬於私法、應採行政訴訟或民事訴訟，往往會有爭議，尤其是各種集體權的爭議在集體權訴訟制度尚未完備的情形下，可以預見審判權不明將特別嚴重。其二，現行法律規定不明或實務見解差異所導致的審判權課題。審判權不明除造成訴訟成本浪費，也讓訴訟權利陷於不安定的狀況，此外，若是不應由普通法院判決之案件，普通法院竟為判決且已確定時，所生之實質確定力，也將導致權利陷入泥淖中⁷²。

2. 當事人不適格、訴訟標的不明

訴訟之「當事人適格」的概念，是配合現行法律體系內既存的權利與權利主體之間的配置樣態所加以設計的，因此當實體法律承認新興的人權，即可能會有當事人適格的問題，尤其是許多原住民族權利

⁶⁹ 參見謝世忠等，同註 16，225 頁。

⁷⁰ 「審判權的漏洞」為陳新民用語，用以形容審判權不明的情形，參見陳新民，中華國憲法釋論，2002 年，335 頁。

⁷¹ 比如自然主權、自治權都有濃厚的權力意涵，而「準國與國關係」、「國中之國」也是權力分配的概念。

⁷² 參見王泰升，同註 6，66 頁。

之配置樣態有其特殊性，而許多固有之權利主體也不同於現行法律之規定，依據現行訴訟法之規定，將難以找到適格的當事人。近年來，許多法律陸續承認原住民族之「集體權」，比如原住民族基本法承認之自治權、文化權、語言權、傳統智慧創作及生物多樣性知識權、土地權、自然資源權等，然而，未建立相應之集體權訴訟制度，而集體權之權利主體如原住民族、部落、氏族、群、社或漁團等也非適格之當事人，無法以其名義提起訴訟，對此李震山即指出：「傳統的訴願與訴訟，基本上係以個別權利受侵害者之權益伸張為制度之設計，不利於群體性權利之救濟。」⁷³，因此原住民族集體權如遭侵害，也難以在法院獲得有效的救濟。

訴訟標的不明部分是因為實體法規定不明確，如原住民族基本法第 20 條規定的「原住民族土地權利」，其權利客體「原住民族土地」包括「原住民族傳統領域土地」及「原住民保留地」，原住民對於原住民保留地的權利包括所有權及他項權利等私權，而對於傳統領域土地的權利，除了所有權及他項權利，也可能包括領域治理權（自治權）、環境管理權等具公權性質的權力⁷⁴。在此情形下原住民族權利受到侵害時，往往難以提出具體的、符合要件的訴訟標的。

目前的訴訟制度主要是針對個人訴訟，至於集體訴訟機制則付之闕如，在法律已承認許多集體權的情形下，為了讓集體權之爭議有獲得司法救濟的機會，短程解決之道，可透過建立集體訴訟或團體訴訟機制，並從嚴格當事人適格之訴訟，朝向較寬鬆的選定當事人制度，確立可行的集體權保障機制，以達到全面照顧人民的各種基本權利⁷⁵。至於長期解決之道，仍在於針對集體權之特性，配合實體法對於集體權利內涵之明確化規範，在訴訟法上增列條文規定集體權之權利主體亦屬適格之當事人，並完善其他集體訴訟要件，建立完整的集體權訴訟制度。

3. 訴訟之進行方式不利於原住民

現行訴訟程序採當事人進行主義，民事訴訟法第 277 條規定：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。」刑事訴訟法第 163 條第 2 項規定：「法院為發見真實，得依職權調查證據。但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之。」在當事人進行主義下，當事人必須就有利於己之事實盡舉證之責任，而在刑事訴訟程序上，尤其是採交互詰問之訴訟程序，不懂得詰問技巧之被告受到有罪判決的可能性將大幅提高。雖然依照民事訴訟法第 199 條第 1 項，當事人之聲明或陳述有不明瞭或不完足時，法官得行使闡明權，而刑事訴訟法第 166 條第 4 項亦規定法官得依職權訊問證人、鑑定人，但這樣的規定僅係補充當事人進行主義之不足⁷⁶。至於法官得依職權調查證據之情形，若行使過當將造成當事人進行主義制度之崩潰，因此目前在實務上均採嚴格審查的態度⁷⁷。在當事人進行主義下，由於原住民大多不諳法律並處於經濟弱勢，且不諳訴訟語言，以至於無法即時的提出適當的攻擊或防禦，故現行規定對原住民是比較不利的⁷⁸。

⁷³ 參見李震山，多元、寬容與人權保障—以憲法未列舉權之保障為中心，2005 年，292 頁。

⁷⁴ 參見浦忠勝，原住民族自治與原住民族土地權，2005 年。

⁷⁵ 同註 73，296 頁。

⁷⁶ 參見蔡清遊，刑事訴訟法第一六一、一六三條修正後之新思維、新作為，司法周刊，第 1067 期，2002 年。

⁷⁷ 參見湯文章，同註 25。

⁷⁸ 參見林長振，論原住民族在私法上的特別保障，2005 年，427-439 頁。

4. 訴訟進行使用之語言不利於原住民

語言在不同文化背景之下有不同的概念，是某族群長年共同實踐而形成，對概念內容的了解與實踐取決於長期學習過程的強度、差別與環境，並非與生俱來，可以說語言能力的高低決定了法律理解程度的優劣⁷⁹。此外，語言承載一個人的價值理解及是非判斷，人的權利意識與其熟悉的語言密不可分，只有在最熟悉的語境中，其權利之理解、表達乃至於自我捍衛始能充分，因此，法院如能透過當事人最熟悉的語言，會有更多機會得到審判所需的事實。然而現行法院所進行之訴訟程序以使用國語為主，且訴訟文書乃是使用中國文字，唯有在訴訟當事人或關係人不懂國語時，才將國語翻譯成方言或外國語⁸⁰。訴訟程序係言詞攻、防的過程，當事人必須精確表達自己的主張，並充分了解掌握法官及對造之言說內涵，以進行防衛，而原住民對於國語⁸¹之理解、表達及反應能力往往較差，表達方式亦有其特殊性，且陌生的語言情境容易讓人產生壓力及畏怯，導致原住民在訴訟過程中處於劣勢，影響程序之公正性。

以族語進行訴訟是原住民族長期以來的主張，1984年原住民族權利促進會發表「台灣原住民族權利宣言」，其第16點便指出：「原住民有使用本族語言、文字進行訴訟的權利。法院對於不通曉台灣地區普通用的語言、文化的原住民當事人，應當為他們翻譯。」此一宣言後來成為原住民族基本法第30條第1項的規定：「政府…實施司法與行政救濟程序、公證、調解、仲裁或類似程序，應尊重原住民族之族語…原住民有不諳國語者，應由通曉其族語之人為傳譯。」本條規定包括二個部分，前段之「尊重原住民族之族語」與後段之「由通曉其族語之人為傳譯」不同，傳譯之提供屬於個人權的保障，而「尊重原住民族之族語」，則屬於原住民族之語言集體權的保障，從原住民族語言集體權保障的角度來看，條文內容要求在司法程序中建立尊重保障原住民族語言集體權的制度，而對於個人提供之傳譯服務僅屬其中可能的類型之一，尚且可能有其他更多的選項，例如選任熟諳族語之法官、以族語進行審理、訴訟文書如起訴書及判決書等翻譯成族語並以族語書寫、設置以族語進行審理之專業法庭等。

必須注意的是，即便是在訴訟程序中使用族語，用西方的、現代的法律術語來描述法律情況時，往往無法正確表達其文化社會背景下的真正內涵，原住民各族都擁有自己個別的語言文化，在法庭中，即便配備有翻譯，仍難以完整地確切表達所敘述的案情⁸²。因此，培養原住民族司法人員應成為保障訴訟程序中使用族語的主要方式，今日司法人員之養成著重漢語素養，故亦應培養其具備族語與漢語交替轉換思維的表達能力。再者，培養專、兼職的民族語言專業翻譯人員，不僅有利於保障原住民族在訴訟中使用其族語的權利，必要時亦可緩解原住民族司法人員之不足。

5. 證據法則不利於原住民

法律規定權利如何存在，則證明權利的存在就必須提出怎樣的證據，當法律規定權利存在型態的同時，即已同時賦予某些證據絕對的優勢，縱然該證據方法其實並不比其他證據更有實質上的「說服

⁷⁹ 參見 Bernd Rüthers 著，丁小春、吳越譯，法理學，2003年，73-75頁。

⁸⁰ 法院組織法第97條中：「法院為審判時，應用國語。」第98條：「訴訟當事人、證人、鑑定人及其他有關係之人，如有不通國語者，由通譯傳譯之，其為聾啞之人，亦同。」第99條：「訴訟文書應用中國文字。但有供參考之必要時，應附記所用之方言或外國語文。」民事訴訟法第207條第1項：「參與辯論人如不通中華民國語言，法院應用通譯；法官不通參與辯論人所用之方言者，亦同。」

⁸¹ 雖云國語，然而對原住民而言實係外族語言，而非自己的母語。

⁸² 參見吳大華，民族法律文化散論，2004年，478-479頁。

力」。舉例來說，布農族過去用 *monkanian* 來表示土地權利的記號，而幾乎支撐所有原住民族土地權的也僅是「口傳—部落承認—使用事實」，但民法第 758 條規定依法律行為而取得之不動產物權非經登記不生效力，若非提出「登記」書狀，幾無任何證明力⁸³。可見原住民族傳統權利之存在型態異於現在的法律所確立的權利型態，而這也意味著權利證明方式的差異，在這樣的差異下，有關權利存在的證明將異常困難，例如原住民族要如何證明其祖先對某塊森林有「有事實上管領之力」而後被國家或私人以極為不公正的方式剝奪？何種證據才是法院所能接受的？現行的證據法則普遍帶有差異盲(*difference-blindness*)，訴訟涉及與原住民族傳統文化息息相關的漁獵行為、傳統資源利用行為（如排灣族採石版築屋）等需要文化證據，然而法院很少重視，更絕少做為判決之依據，可見法院對於文化證據的認定仍有不足。因此，要充分保障原住民族的訴訟權（藉由「公正的」訴訟爭取權利），證據法則將是極為重要的關鍵。

原住民族基本法第 30 條第 1 項規定主要意義不只在原住民族習慣法透過法律解釋及個案正義之探尋而影響實體權利的實體法面向而已，也在證據法則面向要求法院應依據原住民族傳統習俗、文化及價值觀來探求審判所需的事實，此時，內蘊於原住民族傳統習俗、文化及價值觀的證據法則，也就成為法院審判所應遵循的規範。

（二）法院配置不利原住民

依據行政院原民會 94 年 12 月之統計資料顯示，有 67% 的原住民居住在原鄉部落⁸⁴，地處偏遠，交通不便，而目前法院都位於都會區或鄰近地區，因此原住民提起訴訟必須耗費較多之時間與金錢成本，是以許多輕微案件在考量時間、金錢成本的情形下，可能導致原住民容易放棄權利救濟。

為解決法院配置對原住民族形成的訴訟障礙，在人口較多的原鄉，應可考量其訴訟需求，設置相關之法庭如土地法庭、家事法庭、簡易法庭等，亦可採用臨時法庭或設置巡迴法庭的方式，將該區所有類型案件定期或不定期集中於一個時段、地點審理，既可便利原住民，亦可就近蒐集所需相關事實。此外，在原鄉審理，也可以使鄰近居民就近旁聽，成為原住民族法律及權利教育的場域。再者，透過原鄉法庭或巡迴法庭，原住民族的訴訟案件將因便利性而增加，使法院有機會累積原住民族相關之案例與經驗，讓原住民族對於法律與權利的理解及主張，透過訴訟程序以及判決書，逐漸滲入到法學及法律實務的思維中，有助於原住民族權利的類型化及具體化，對於原住民族整體司法權益之發展，以及判決對於原住民族視角之合法性課題，均可帶來積極正面的長遠效益。

（三）法官欠缺多元文化之基礎素養

台東地方法院 94 年訴字的 75 號判決內文為：「提出原住民族基本法中原住民可獵捕野生動物云云。經查，原住民族基本法尚未完成立法通過…」⁸⁵，事實上，原住民族基本法已於 94 年 2 月 5 日由總

⁸³ 感謝匿名審查者的意見，認為所提之例為實體法問題，而非證據法則問題，並提出若民法規定土地之所有得以「使用事實」作為表徵，那麼證據法則自然會有配套。我們認為此為相輔之法則，但主因來自多半判決來自採不利於原住民族傳統法則的證據法則。

⁸⁴ 參見行政院原民會網站，94 年四月原住民人口數統計資料，<http://apc.gov.tw> (visited on 2006/12/3)。

⁸⁵ 臺東地方法院刑事判決 94 年度訴字第 75 號。

統公布施行，可見其對原住民族相關事務、法律所知之不足。目前在台灣，許多法律已將原住民族文化、生活慣俗、傳統、習俗、價值、祭儀等作為原住民族權利之內涵或要件，因此法官必須具備一定程度的原住民族文化素養，才有能力成為適格的裁判者，但目前絕大多數的法官均非原住民籍，且法官之養成教育並無原住民族相關課程⁸⁶，因此法官普遍欠缺多元文化之基礎素養，無法充分理解及詮釋法律所保障之原住民族權利內涵，反映在訴訟程序中，則是原住民族基於傳統文化應享有的權利，可能會被否定，除非該法官對原住民族傳統文化有相當程度之瞭解，否則僅會依照法律之構成要件來裁判，而忽略原住民族傳統文化之價值⁸⁷。

在原住民族司法人員短期內無法大量增加的情形下，培養具有多元文化素養的法官是短期內可以努力的方向，比如法律系所及司法人員訓練開設原住民族文化及原住民族權利相關課程、辦理原住民族議題講習或研討會、彙整出版原住民族相關書籍、譯介國外有關原住民族權利之經典著作及法院判決提供司法人員參考，讓司法人員有基礎的認識，此外，也可彙整熟悉原住民族相關課題之人士，作為隨時接受法院諮詢之智庫，以建立專家諮詢制度。

（四）未參考原住民族傳統司法機制

以台灣原住民族傳統司法制度來說，有些族群的長老會議（如鄒族之yubeahnguyu⁸⁸）以長者、德高望重者決議方式為相當重要的核心，既然司法權依 Montesquieu 所言本是「處罰犯罪、審斷個人間爭訟」之審判權，在台灣原住民族傳統中審判權為長老會議等傳統組織、個人所行使，其決議具有充分的正當性基礎，並不會遭到質疑，既然現行的法官裡面很少有原住民身分者，且目前又缺乏多元文化的理念和訓練，應酌採參審制度，尊重長老之經驗、判斷能力以及對於傳統習慣的了解。

本文所討論之參審制度是為尊重其傳統判決之制度而為之，並以其傳統習慣、組織之考慮為優先，參審員之選擇依各族傳統而定，除參審員之思考判斷可令判決更加周延，亦可補法官對相關知識之不足。此外，參審之建制如仍屬國家法院而非私設機構，即與直接司法無違⁸⁹，也更能體現人民之司法權利。

三、刑事訴訟的特別課題

在台灣，原住民族經常因觸犯刑法而受罰，然而許多行為卻屬於原住民族長期以來的習慣，或是屬於原住民族宗教、文化或生活所需，比如狩獵、採集、取礦、刀耕火墾、捕魚、建築、伐木、使用土地等。實體法之不利規定固然是上述行為被視為犯罪行為的主要因素，但國家之犯罪偵察、追訴過程，也

⁸⁶ 多民族國家並存不同的法文化，然而自西方移植而來的法律卻未曾考慮到這樣的情形，甚至可以說是「色盲」，解決這樣的情形需從教育入手，包括法學教育在內，應使學生具備合格的文化認知能力以及理解和批判現存社會秩序的能力，因此至少應包括三大主題：「我們」與「他們」的概念、多元文化下的社會關係以及關於「知識」的多元理解，參見高中，後現代法學思潮，2004年，124-125頁。

⁸⁷ 參見湯文章，同註25。

⁸⁸ 鄒族之長老會議(yubeahnguyu)最主要的功能為解決各社重大疑難，通常由長老會議決議違反社會秩序之刑責，參見楊智偉，原住民部落規範的意義與發展，法律扶助雙月刊，第3期，2004年，14-18頁。

⁸⁹ 同註12，77頁。

可能存在許多不利於原住民的因素。除了上述提到的司法程序歧視因素，也包含法官作成裁判時未能充分考量有利於原住民的因素。舉例來說，槍砲彈藥管制條例於 93 年修正之條文已就原住民持有自製獵槍之行為除罪化，若違反只有行政罰鍰，亦即只要可以證明其原住民身分，其未經登記持有自製獵槍之行為最多只有行政罰鍰問題，無須移送地檢署進行偵查。但事實上目前仍常有原住民持有未登記之獵槍而被移送，且遭起訴，如下述被告雖具原住民身分仍被起訴，並遭判刑。

（被告）未經許可，持有可發射金屬具有殺傷力之空氣長槍，處有期徒刑貳年，併科罰金新臺幣伍萬元，罰金如易服勞役，以新臺幣玖佰元即銀元佰元折算壹日，緩刑伍年，緩刑期內付保護管束。…查被告因一時好奇，思慮欠周，而無故持有上開空氣槍致罹刑章，考量被告為泰雅族山地原住民，僅有國中畢業之教育程度，法律知識不足，拾獲他人丟棄之空氣長槍係為方便獵殺飛鼠等動物，尚符合原住民傳統之狩獵文化，顯有特殊之歷史原因及環境因素，且被告持有槍械時間甚短，查獲地點亦在新竹縣橫山鄉山區，可認被告持有槍械並無犯罪不法意圖，對社會治安亦尚未造成嚴重危害，情節尚屬輕微，被告自犯罪後就案情始末業已供承不諱，坦然面對深感懊悔，是認被告在客觀上足以引起一般同情，被告犯罪之情狀顯有可憫恕之處，被告持有可發射金屬具有殺傷力之空氣槍罪如科以法定最低刑度仍嫌過重，爰依刑法第 59 條規定酌量減輕其刑度⁹⁰。

關於法官所應考量之有利因素，黃榮堅在「論行為犯」一文以某位台東原住民在其田地燒墾遭法官以「公共危險罪」判刑之案例，認為該原住民的行為是原住民從幾千年前就已經在做的，因此該原住民行為人根本欠缺論罪所必須的「不法意識」，法官顯然在進行判決時並未對於此點進行充分的評價⁹¹。而在鄒族頭目蜂蜜事件中，其判決完全罔顧鄒族固有的習慣以及頭目在鄒族社會中的地位，更可看出台灣法律實務尚未把憲法規定的「多元文化」及「原住民族權」融入法律思維之中。

原住民族在刑事訴訟上的處境不只是司法體制問題，也反映刑事實體法對於原住民族課題的懵懂，此外，由於欠缺對原住民族權利的理解，許多以保障原住民族權利為目的的法律，都試圖把原住民族的權利置入一般權利體系中去設計，而創造出許多對於原住民族來說極為怪異且陌生的制度⁹²。因此，要解決原住民族在刑事訴訟上的困境，通盤檢討刑事實體法之規定內涵，實為首要之務。

伍、設置「原住民族法院」及「原住民族法庭」之建議與討論

原住民族作為享有自然主權的民族，本就享有固有的司法權，只是該司法權在與墾殖國家接觸後，常被限制⁹³。台灣的原住民族也擁有固有的自然主權，並自主裁決族群內部爭端，然而隨著現代國家的建立，新的體制漸次進入原住民族生活領域，原住民族固有政治體制及其職能被國家機器所替代，族群內部爭端也必須透過外在的國家司法程序來解決。

然而，一般司法體制存有結構性問題，因此針對原住民族案件建立特殊司法制度有其必要性。此即原住民族基本法第 30 條規定之宗旨：「政府…實施司法與行政救濟程序、公證、調解、仲裁或類似程

⁹⁰ 臺灣新竹地方法院刑事判決 95 年度訴字第 176 號。

⁹¹ 參見黃榮堅，論行為犯，1999 年，211-242 頁。

⁹² 參見浦忠勝，論原住民族集體權，2006 年。

⁹³ Kickingbird, et al. 同註 8，pp. 5-6.

序，應尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化及價值觀，保障其合法權益，原住民有不諳國語者，應由通曉其族語之人為傳譯。（第1項）政府為保障原住民族之司法權益，得設置原住民族法院或法庭。

（第2項）」第1項規定的重點有二：第一，司法程序應尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化及價值觀；第二，保障原住民族之「合法權益」，此應指「程序權」而言，因此第一項主要的保障範疇是原住民族司法人權。第二項明文規定所要保障的是「原住民族之司法權益」，似乎主要是針對原住民族司法人權，然而，原住民族司法人權已於同條第一項有所規定，而第二項另外規定得設置「原住民族法院」及「原住民族法庭」，顯示本項主要是針對原住民族特殊司法制度之建立，亦即除了透過特殊司法體制之建立來保障原住民族之司法人權（即條文所稱司法權益），根據原住民族基本法第四條所規定原住民族自治權，亦有將司法權當作原住民族自治事項之可能性存在。因此，設置「原住民族法院」及「原住民族法庭」顯示了三種可能：其一，在不變更法院三元主義的前提下，設置原住民族專業法庭或指定法官，處理原住民族訴訟案件（方案一）；其二設置原住民族法院，此又有二種可能性，首先是設置類似地方法院的原住民族法院，在組織上獨立，但隸屬於上位階的普通法院（方案二），其次是建立獨立的原住民族訴訟體系，讓我國成為「法院四元主義」⁹⁴（方案三）；其三，將民族司法制度作為原住民族之自治權，而將審判權交由原住民族自治體施行（方案四），以下將分別加以說明：

一、方案一：原住民族專業法庭

專業法庭可說是司法權內部的一種分工，考慮到某些案件的審理需要專門的知識或特別的技術，同時也對特定群體的當事人較為公平。對於某些群體來說，由群體成員去運用、執行法律的話，可以更加熟悉法律、提高法律知識⁹⁵。法院組織法第14條及第36條及行政法院組織法第9條分別規定地方法院、高等法院及行政法院於必要時得設專業法庭，而目前有許多法規均有針對特殊事件應由專業法庭（或稱專庭）審理之規定⁹⁶，設置由具有證照之專業法官進行審判的原住民專業法庭⁹⁷，並在累積一定的經驗後，提升為原住民族法院，此為王泰升進行原住民保留地土地專屬法庭之研究所提建議之方案⁹⁸。

專業法庭之設置，主要是因應原住民族相關訴訟案件之特殊性及專業性，而由專業法官進行審判，

⁹⁴ 關於就是否針對不同性質案件，劃分審判權，設立不同體系的法院，可分為不劃分審判權的「法院一元主義」及劃分審判權的「法院多元主義」二大類型，英國、日本採用前者，而德國及我國屬後者，我國法院體系可分為普通訴訟體系、行政訴訟體系及軍事審判體系，故可稱為「法院三元主義」。參見陳新民，同註70，334頁。

⁹⁵ 參見胡玉鴻，司法公正的理論根基—經典作家的分析視角，2006年，304-306頁。

⁹⁶ 除正文提及者外，規定專業法庭者尚有地方法院及其分院處務規程第28條，高等法院及其分院處務規程第24條，最高法院處務規程第24條，高等行政法院處務規程第27條，商標法第71條，專利法第96條，著作權法第115條之2，積體電路布局保護法第34條，道路交通管理處罰條例第88條，營業秘密法第14條，消費者保護法第48條，檢肅流氓條例第22條，土地法第61條，家事事件處理辦法第3條，少年事件處理法第5條（少年法院及少年法庭），勞資爭議處理法第5條，道路交通安全處理辦法第5條至第7條（交通法院及交通法庭），性侵害犯罪案件處理準則第3條，原住民族基本法第30條（原住民族法院或法庭）。

⁹⁷ 有關專業法官證照制度，係依據司法院訂定之「各級法院法官辦理民刑事及特殊專業類型案件年度司法事務分配辦法」（2001.10.1.發布，2002.1.1.施行），目前已頒發有智慧財產權、勞工及少年等專業法官證照。

⁹⁸ 參見王泰升，同註6，102-106頁。

目前司法院對於專業法庭之法官，已朝向證照化的方向發展，透過專業證照之取得過程，確保專業法庭之法官具有所應具備的素養。然而原住民族相關案件有許多類型，以現行法律已經規定的特殊權利事項，包括民族認定、個人身分認定、土地與自然資源、傳統智慧創作、生物多樣性知識、教育、語言、文化、工作等，並非單一專業領域所能涵括，故原住民族專業法庭尚有再細分類型的需要，特別是族群與個人身分認定、傳統智慧創作與生物多樣性知識及土地與自然資源這三個領域，具有複雜的政治、經濟及文化意涵，其建立專業法庭之必要性尤為顯著。

二、方案二：作為一般法院體系之特殊分支的原住民族法院

此一方案的原住民族法院其地位猶如地方法院，其組織有其獨立性，且其司法人員、法院配置可以因應原住民族案件需求而有較彈性的設計，但由於隸屬於上級普通法院，屬初審法院，不具終審效能，對其判決不服仍可經由上訴程序而為上級普通法院所審判，同時也正因有銜接上訴普通法院之需求，因此有關訴訟要件及訴訟程序等規定，無法有過於特殊的設計，只能算是屬於半獨立的原住民族訴訟體制，因此可能再度面臨那些原本藉由設置原住民族法院所欲解決的問題。

三、方案三：作為獨立原住民族訴訟體系的原住民族法院

作為獨立原住民族訴訟體系，除了組織上獨立自主，還必須自成體系，有完整的內部審級，且具有終審效力。其審判權之範圍可以採屬人主義，只要當事人有一方是原住民或原住民族，即由原住民族法院審理，也可以依事件的屬性，針對特殊案件如原住民族之土地、傳統知識或其他具特殊性之案件類型交由原住民族法院審理。法院之配置可採每族設置一個民族法院，或依原住民族意願結合地理鄰接之二、三族成立一個民族法院，並設置一民族上訴法院，亦即採二審級制，且上訴法院得設分院，以便原住民族進行訴訟。而原住民族法院的法官，或可對此規定進用具有原住民身分或具備多元文化、原住民族相關知識基礎素養的法官，並規定訴訟之進行原則上應使用原住民族語言，其相關程序如證據程序、審判程序也可以有適合原住民族特殊需求的設計。

本方案之體制類似紐西蘭的毛利土地法院，分為地方法院及上訴法院，其法官專任於毛利土地法院，不在一般法院兼職，但並未規定其法官必須為毛利人⁹⁹。此一方案對於原住民族司法權而言是較具特殊性、完整性的方案，可以依據原住民族需求，通盤設計完整而獨立的制度，並規定應進用具有原住民身分或具備原住民族基礎素養的法官，且由於具有終審功能，可以比較全面的解決基於原住民族習慣法所產生的爭議，當事人如對原住民族法院之終審不服，則可提請司法院大法官會議作憲法解釋，進而對於憲法之實踐產生影響。

此一方案必須搭配實體法對於原住民族權利之特殊規定，並且也必須針對各族之傳統習慣加以規範，雖然傳統習慣之衝突並非司法課題，而是族群政治問題，可透過民族間之協商談判來處理，但一旦爭議進入原住民族法院，即有必要建立裁決之基準，可以依據民族自決原則，擇人、地、事等因素加以規範，經過各族之認可，建立各族可接受的標準。

⁹⁹ 參見王泰升，同註6，71頁。

四、方案四：作為原住民族自治權的民族司法制度

所謂原住民族自治，是指一個國家內的原住民族基於自決權，對自己民族事務或其傳統居住區域內之事務擁有自行決定、管理的制度。原住民族是享有自然主權的民族，自然主權乃是原住民族對於其生活領域內之人、事、物所擁有之早於法律及國家的、整體的、非授予的、不可轉讓的、不受法律拘束的權力¹⁰⁰，對於民族內部裁決爭端的權力，也屬於原住民族自然主權的內涵，故基於自然主權而來的完整的自治權限，也包含司法權。原住民各族本有其傳統法制，因此各族可以有比較彈性的設計，容納多元的糾紛解決方式，比如可能依該族群之人口數、分布、司法習慣、自治權限程度或其他特殊意願或需求，而有多種可能性，除了現行的訴訟、調解、和解、仲裁、談判等，也可能採用傳統習慣之司法制度，比如長老會議、頭目、巫師或其他制度等，或是參酌其他國家的作法設置部落法庭（院）、權威者審判。台灣原住民各族有不同的糾紛解決傳統，因此採用本方案，可以讓各族依其意願回復傳統司法體制，比如加拿大的 Nisga'a 第一民族即是透過傳統的談判、長老裁決等方式行使其自治司法權。

陸、建 議

雖然原住民族在墾殖國家中已被限制使用自身法律及司法審判制度，卻不代表這樣的權利/權力不存在，也不應受到剝奪¹⁰¹。台灣原住民族的司法人權仍存在很多急待改善的課題，有必要針對台灣的司法制度進行改革，才能對於原住民族人權提供充分的保障。另一方面，對於族群內部裁決爭端的權力，也屬於原住民族自然主權的內涵，因此仍需更進一步確立原住民族應有其司法權。我們將本文所討論之原住民族司法權現況及改革方案表列如下：

主 題	子 題	改革方案
司法程序歧視	審判權不明	建立集體權訴訟制度。 1. 透過司法行政或統一解釋。 2. 集體權訴訟之審判權應於法律中明定。
	當事人不適格	1. 明確審判權之歸屬： 2. 明確規範原住民族權利內涵。
	訴訟標的不明	
	訴訟之進行方式不利於原住民	強化訴訟指導措施。
	訴訟進行使用之語言不利於原住民	貫徹「實行民族語言文字原則」： 1. 選任熟諳族語之法官。 2. 以族語進行審理。 3. 訴訟文書如起訴書、判決書、公告等翻譯成族語。 4. 設置以族語審理之專業法庭。 5. 提供通譯。培養原住民族司法人員及專、兼職的民族語言專業翻譯人員。

¹⁰⁰ 參見浦忠勝，同註 18，115 頁。

司法程序歧視	證據法不利於原住民	建立原住民族證據法則。
	法院配置不利原住民	於原鄉設置法庭或巡迴法庭。
	法官欠缺原住民族之基礎素養	培養原住民族司法人員及具有多元文化素養的法官（包括在法律系所及司法人員訓練開設原住民族文化及原住民族權利相關課程，辦理原住民族議題講習或研討會，彙整出版原住民族相關書籍，譯介國外有關原住民族權利之經典著作及法院判決等）
	依各族情形參酌採用參審制	尊重傳統司法制度，考慮各族傳統習慣、政治社會組織，採取參審制度，參審員之選擇依各族傳統及需要而定。
國家法與原住民族傳統習慣規範的衝突		1. 承認及適用原住民族習慣： (1) 民事法律： a. 直接將原住民族習慣規範當作條文的內容。尤其有關債權、物權以及婚姻、繼承等身份關係，各族本有不同之習慣，應加以考量並立法制定 b. 規定某些事項依原住民族習慣，而將習慣的具體內涵委諸法官個案認定。 (2) 刑事法律：某些因族群文化不同而有差異的規範，在不違反基本人權原則之情況下，依不同族群傳統習慣增列規定，使其仍然是不為罪或減輕其刑。 2. 原住民族內部形成對話平台，討論如何制定規範、哪些規範應保留等。
刑事訴訟的特別課題		短期解決方案： 1. 培養原住民族司法人員，提高司法人員多元文化及原住民族相關知識。 2. 採取專業法庭的方式進行審理。 中長程解決方案： 1. 採取參審制或陪審制。 2. 把涉及原住民族傳統習慣之刑事司法案件，回歸原住民族特殊司法體制審理。
原住民族司法權欠缺		方案一：原住民族專業法庭。 方案二：作為一般法院體系之特殊分支的原住民族法院。 方案三：作為獨立原住民族訴訟體系的原住民族法院。 方案四：作為原住民族自治權的民族司法制度。

針對原住民族特殊司法制度討論的四種可行方案，就各方案而言，方案一雖獨立性及特殊性較低，然而由於不涉及法令修正，屬於立即可行的方案，短期內應可針對原住民族較為急迫且較具民族專業之

¹⁰¹ 北美洲 Mohawk 族領袖 Joseph Brant 在 1786 年回答美國印地安事務委員會委員的信中曾說道，雖然原住民族沒有監獄、沒有層次分明的華麗法庭、沒有成文法典，可是在原住民社會中正義的價值受到同等的尊重。參見 James Tully 著，黃俊龍譯，陌生的多樣性：歧異時代的憲政主義，2001 年，126-127 頁。

權利爭議類型，如土地與自然資源糾紛、身分認定（族群與個人）、傳統知識與智慧創作等領域，先行成立專業法庭審理之。與此類同，方案二對於現行法院體系之調整幅度甚小，也是短期內可行的方案，但須配合相關實體法之修訂。方案三涉及司法院組織改造，牽動國家司法權之行使方式，對於非原住民也將產生相當的影響，可能引發族群間的緊張。故除了縝密的制度設計，也必須經過相當的政治動員，甚至透過憲法改造過程，才有可能達成。方案四需要搭配原住民族自治制度，必須在原住民族自治之相關法規中有相關的規定，因此在動員議程上並非獨立運作。然而檢視目前各界所提出的原住民族自治法案¹⁰²，僅曾華德版及太魯閣族版內容中有關於司法權的規定，且曾華德版規定應成立原住民族專業法庭或法院，並不屬於原住民族自治權意義的司法權，故僅太魯閣族版有關設長老院行使審判權並解釋法令之規定屬於本方案。未來要採取此一方案，其關鍵在於原住民族自治法案必須有配套規定。

建構作為民族自治權之司法權體制有許多必須加以考量的課題，比如審判權的範圍、是否有一定的組織基準、裁判人員是否須具備特定資格、審判是否公開、是否採取審級制度、屬人及屬地管轄範圍、與一般法院體系的關連性、傳統習慣的適用原則及範圍、自治民族成員是否可選擇普通訴訟程序、可否採用特殊審判方式如神判¹⁰³等，此外也包括自治司法制度之設計是否可能造成族群成員之不平等地位或相對的歧視處境。對於這些課題如採取嚴格的解決方案可能限縮民族的自治權，而越寬鬆的解決方案則可能導致人權（特別是個人權）遭受侵害的風險。

本文針對台灣現行司法制度及法律中，原住民（族）所面臨之不利處境進行檢視及批判，並提出改革、建構之意見。現今中華民國憲法中司法權屬於中央，並有其不可分割性，然而制憲並非以多民族國家為前提，也未將原住民族自然主權納入考量，日後若將原住民族司法權納入制憲/修憲內容中雖將大幅更動我國體制，仍有其必要。此外，除針對司法程序歧視、國家法與原住民族傳統習慣規範的衝突等問題加以改善，更應進一步應建立符合原住民族需求之特殊司法制度，方能改善原住民（族）在司法上之不利處境。

¹⁰² 目前提出的原住民族自治法案版本包括（依提出時間順序）：原民會版(2002)、蔡中涵版(2003)、行政院版(2003)、楊仁福版(2003)、高金素梅版(2003)、曾華德版(2003)、太魯閣族版(2005)。

¹⁰³ 法律制裁與儀式制裁有密切關聯，因為法律的最初發展便是與巫術、宗教緊密聯繫在一起，此可參見 A.R. Radcliffe Brown 著，潘蛟等譯，原始社會的結構與功能，1999 年，244 頁。舉例來說，泰雅族傳統即有「pspong（神靈判決）」，分為獵首和狩獵，若經由此兩種方式仍未能解決紛爭，則透過 phgup（巫醫）進行夢占，參見謝世忠，同註 16，35-36，114 頁。

參考文獻

中文文獻

- 千葉正士(1997)。強世功等(譯)。《法律多元：從日本法律文化邁向一般理論》，北京：中國政法大學出版社。
- 王明亮(2005)。〈人類學視域中的法律移植〉，《廣西民族學院學報》，第6卷第27期，頁79-82。
- 王泰升(1997)。《台灣原住民的法律地位》。行政院國家科學委員會專題研究計畫。
- 王泰升(2003)。《原住民保留地土地專屬法庭設置研究》。行政院原住民族委員會委託研究報告。
- 王泰升(2005)。〈多源而多元的台灣法—外來法的在地化〉，《當代雜誌》，220期，頁10-21。
- 汪明輝等著(2006)。《原住民族傳統習慣之調查整理及評估納入現行法體系之研究—鄒族、魯凱族篇》。行政院原住民族委員會委託研究報告。
- 吳大華(2004)。《民族法律文化散論》。北京：民族出版社。
- 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》，第3卷第1期，頁207-266。
- 李震山(2005)。《多元、寬容與人權保障—以憲法未列舉權之保障為中心》。台北：元照出版社。
- 林長振(2005)。〈論原住民族在私法上的特別保障〉，《原住民族憲法專章會議實錄》。台北：行政院原住民族委員會。
- 原住民族委員會(2006)。原住民人口數統計資料。載於 <http://apc.gov.tw> (最後檢視日 2016/11/05)
- 施正鋒等(2005)。《各國原住民人權指數之比較研究》。台北：行政院原住民族委員會。
- 洪永紅(2002)。〈非洲習慣法初探〉，《比較法研究》，第2期，頁72-80。
- 胡玉鴻(2006)。《司法公正的理論根基—經典作家的分析視角》。北京：社會科學文獻出版社。
- 浦忠勝(2005)。〈原住民族的自然主權意義何在？〉，《原住民族憲法專章會議實錄》。台北：行政院原住民族委員會。
- 浦忠勝(2005)。〈原住民族自治與原住民族土地權〉，《太魯閣族自治議題研討會》。花蓮：太魯閣族自治推動委員會。
- 浦忠勝(2006)。〈論原住民族集體權〉，《國中有國：憲法原住民族專章研討會》。台北：行政院原住民族委員會。
- 高中(2004)。《後現代法學思潮》。北京：法律出版社。
- 高德義、陳芝欣(編)(2003)。《各國憲法民族條款彙編》。台北：行政院原住民族委員會。
- 高德義(2004)。《原住民族自治制度研究與規劃：排灣、魯凱及雅美個案探討》。台北：行政院原住民族委員會。
- 高德義(2005)。〈原住民族財產權保障的若干法律思考〉，《尋找原住民族之文化與正義會議論文集》。花蓮：法律扶助基金會花蓮分會。
- 陳竹上(2000)。《看不見的權利：從民族主義、族群文化及殖民歷史反思台灣原住民族財產權在國內法制中的發展》，東華大學族群關係與文化學系碩士論文(未出版)，花蓮，壽豐。
- 陳奇祿(1958)。《日月潭邵族調查報告》。台北：南天書局有限公司。

- 陳新民(2002)。《中華國憲法釋論》。台北：三民。
- 湯文章(2005)。〈原住民族在訴訟法上地位之研究〉，《第一屆民族法學研討會》。花蓮：東華大學民族發展研究所。
- 黃榮堅(1999)。〈論行為犯〉，收於黃榮堅（編）《刑罰的極限》。台北：元照出版社。
- 楊志航(2005)。〈國家法與原住民傳統法制〉，《第一屆民族法學研討會》。花蓮：東華大學民族發展研究所。
- 楊智偉(2004)。〈原住民部落規範的意義與發展〉，《法律扶助雙月刊》，第3期，頁14-18。
- 葉春榮(1991)。〈蕃族習慣調查報告書序言〉，收於中研院民族學研究所（編）（譯）《蕃族習慣調查報告書》。台北：中研院民族研究所。
- 臺灣新竹地方法院 95 年度訴字第 176 號判決。
- 臺灣臺東地方法院 94 年度訴字第 75 號判決。
- 蔡清遊(2002)。〈刑事訴訟法第一六一、一六三條修正後之新思維、新作為〉，《司法周刊》，第1067期，頁2-3。
- 鄭維中(2004)。《荷蘭時代的臺灣社會：自然法的難題與文明化的歷程》。臺北：前衛出版社。
- 謝世忠(2007)。〈原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制第二期委託研究—泰雅族、太魯閣族〉，《行政院原住民族委員會委託研究報告》。台北：原住民族委員會。
- 謝若蘭(2006)。〈土地與記憶—從 Treaty of Waitangi 談原住民認同與權利〉，《台灣國際研究季刊》，第2卷第1期，頁129-161。
- 簡資修(2004)。〈習慣：游移於事實與法律之間〉，《月旦法學雜誌》，第110期，頁172-177。

外文文獻

- Asch, Michael. (2002) *Aboriginal and Treaty Rights in Canada*. Canada: University of British Columbia Press.
- Brown, A. R. Radcliffe (1999)，潘蛟等（譯）。《原始社會的結構與功能》。北京：中央民族大學出版社。
- Geertz, Clifford (2000)，王海龍等（譯）。《地方性知識—闡釋人類學論文集》。北京：中央編譯出版社。
- Reynolds, Henry (2001)，陳茂泰（譯），《原住民族主權：對種族、國家及國族的深思》。台北：行政院原住民族委員會。
- Rüthers, Bernd (2003)，丁小春、吳越（譯），《法理學》。北京：法律出版社。
- Tully, James (2001)，黃俊龍（譯），《陌生的多樣性：歧異時代的憲政主義》。台北：聯經出版社。
- Cornell, Stephen and Joseph P. Kalt.(2003) *Sovereignty and Nation-Building: The Development Challenge in Indian Country Today*. Harvard University Press.
- Cornell, Stephen, Catherine Curtis,& Miriam Jorgensen.(2004) *The Concept of Governance and its Implications for First Nations*. Harvard University Press.
- Indian and Northern Affairs Canada.(1996) *Report of the Royal Commission on Aboriginal People*. Ottawa: Royal Commission on Aboriginal Peoples.. (http://www.ainc-inac.gc.ca/ch/rcap/sg/cg_e).

html)(2016/10/26)

Kickingbird, Kirke, et al.(1996) “Indian Sovereignty,” in John Wunder (ed), *Native American Sovereignty*. New York: Garland Publishing.

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

Macklem, Patrick.(2001) *Indigenous Difference and the Constitution of Canada*. Toronto Buffalo London: University of Toronto Press.

United Nations Economic and Social Council.(2004a) *Human Rights and Indigenous Issues: Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights and Fundamental Freedoms of Indigenous Persons*. United Nations Commission on Human Rights. ([http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/e5f4bd519fa47937c1256e700050f852/\\$FILE/G0410528.pdf](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/e5f4bd519fa47937c1256e700050f852/$FILE/G0410528.pdf))(2016/11/05)

從臺灣山地鄉自治到部落公法人 論原住民自治行政

胡博硯*

目 次

壹、前 言	參、山地原住民鄉之定位
貳、臺灣地方自治沿革	肆、原住民行政區的問題
一、憲法之規範	伍、部落公法人的設置-兼給部落公人組織設置辦法草案的一點建議
二、臺灣省各縣市實施地方自治綱要	陸、結 語
三、省縣自治法	
四、地方制度法時期	

摘 要

原住民自治的問題向來為台灣憲法與行政法當中比較不被重視的議題，絕大部分的民眾也不了解台灣原住民被分為山地與平地的意涵為何？但是在行政實務上面來說，原住民自治行政確有一定的重要性。臺灣長期以來有所為山地鄉的稱呼，而這樣的概念其實與我們目前的山地原住民與平地原住民的劃分相關，最早日本人治理高山族的政策說起，日本人將原來受清國統治的「熟番」平埔原住民與漢人都稱之為本島人，而原未受清朝統治的生蕃，則作為蕃人來統治，其所居的地方則是蕃地，而之後就演變成前述的山地鄉。臺灣省政府前於民國 34 年起針對山地特殊行政狀態，建立行政體制，即劃編山地鄉村鄰，將日本時代原有理蕃區域按照地方行政體制，根據山地地理環境及交通情形，劃編村鄰，建立鄉公所及代表會，並委派原住民（當時稱山胞）任鄉長（後改為選舉）。民國 34 年底至 35 年成立了山地鄉公所，全省 12 縣計分 30 個山地鄉，該鄉鄉長並由原住民擔任。不過這樣的作法其實並非真正的自治。而最新的變革則是，原住民族基本法此前又獲修正，增訂第 2 條之 1，「為促進原住民族部落健全自主發展，部落應設部落會議。部落經中央原住民族主管機關核定者，為公法人。部落之核定、組織、部落會議之組成、決議、程序及其他相關事項之辦法，由中央原住民族主管機關定之。」這個突破性的壯創舉，可以一改我們對於原住民自治的態度，但是如何落實仍有待討論。

關鍵字：地方自治、原住民自治、山地鄉、山地原住民、公法人

* 東吳大學法律系副教授

壹、前言

原住民自治的問題向來為台灣憲法與行政法當中比較不被重視的議題，絕大部分的民眾也不了解台灣原住民被分為山地與平地的意涵為何？但是在行政實務上面來說，原住民自治行政確有一定的重要性，尤以台灣之山地鄉以及直轄市中的山地行政區，都必須要由山地原住民擔任鄉長，而山地原住民行政區依據地方制度法之規定也是直轄市各行政區中唯一可以選舉區長者，然而，在六都架構確定後，目前這些直轄市原住民行政區喪失了地方自治團體的地位，可以發揮多少自治的功能呢？本文就此打算先從台灣地方自治沿革說起，然後針對所謂的山地鄉地方自治行政作討論，最後如前所述由於近幾年五都的升格，導致了部分的山地鄉例如原高雄縣的那瑪夏鄉、桃園縣的復興鄉以及台中市的和平鄉紛紛改制為直轄市之區，在此之下，就喪失了地方自治的地位，連帶著原來的鄉鎮市長以及代表的選舉都被取消。而歷經一屆的實施後，最後又修法使得原住民取得選舉區長以及區民代表，當然這樣的作法是否有賦予到所謂的自治地位，而原住民族基本法於民國 104 年修法增訂了第 2 條之 1，其內容為：「為促進原住民族部落健全自主發展，部落應設部落會議。部落經中央原住民族主管機關核定者，為公法人。部落之核定、組織、部落會議之組成、決議程序及其他相關事項之辦法，由中央原住民族主管機關定之。」這是在我國農田水利會以及行政法人外被明白給予公法人地位的組織，不過近期間，反而有將農田水利會改制為行政機關的傳聞。那未來的部落公法人到底可以扮演怎樣的角​​色呢？這個部分則是本文最終要討論的部分。

貳、臺灣地方自治沿革

地方自治的組織架構在這幾十年有著根本性的改變，光復之初臺灣省政府尚未成立，中央政府於民國 34 年 9 月 20 日制定臺灣省行政長官公署組織條例，直到 36 年 5 月 16 日臺灣省政府始成立¹，同時間也展開了臺灣地方自治的歷史，而這一切跟此前發生的二二八事件的發生有關²。而臺灣光復之初，臺灣共分為 9 市 8 縣，之後台北市與高雄市從省轄市升格為直轄市，奠定了一省二市的主要架構，直到凍省後才又有變化。目前我們全台共分為 6 個直轄市與 11 縣、3 市。另外再有金門與連江兩個原來隸屬於福建省的縣。然而，各縣市人口數差距甚大，例如最小的連江僅有 12547 人，新北市有 3968921 人，即使是原臺灣省之最大縣市-彰化縣，也有 1288346 人³。而這樣的變化，在人事組織上面有沒有帶來改變，我們將從不同的規範來看。

一、憲法之規範

憲法對於地方自治以及中央與地方事務的分配，於憲法的第十章與第十一章都有規範，不過比較特別的是在這裡的地方自治的單元並沒有鄉鎮市，而僅有縣市的規定，另外並沒有原住民自治的規範，事

¹ 參見 <http://www.tpg.gov.tw/>（2017 年 9 月 5 日瀏覽）。

² 黃錦堂，省市政治體制之研究，月旦法學雜誌第 1 期，1995 年 5 月，頁 27；王泰升，第捌講：行政組織及作用（上）—台灣近代行政法史，月旦法學雜誌第 69 期，2001 年 2 月，頁 165。

³ 參見 http://www.ris.gov.tw/zh_TW/346（2017 年 9 月 25 日瀏覽）。

實上關於原住民的部分，必須要從增修條文的基本國策中去尋找才找的到，即「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」與「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之。對於澎湖、金門及馬祖地區人民亦同。」之規定，不過憲法中關於地方自治也長期以來未落實。憲法第 112 條規定以及第 113 條規定分別為，「省得召集省民代表大會，依據省縣自治通則，制定省自治法，但不得與憲法牴觸。省民代表大會之組織及選舉，以法律定之。」及「省自治法應包含左列各款：一、省設省議會，省議會議員由省民選舉之。二、省設省政府，置省長一人。省長由省民選舉之。三、省與縣之關係。屬於省之立法權，由省議會行之。」換言之，依上述規定，立法院必須要制定省縣自治通則後，由各省制定省自治法，而該法必須具備憲法第 113 條規定之內容。同時間，依據第 118 條規定，直轄市之自治，以法律定之。也缺乏這個法律，反而當初的直轄市-北高兩市，其組織業已經法律規範，但自治的部分卻缺乏之。對此大法官曾於司法院釋字第 259 號解釋以及第 260 號解釋分別說明了「直轄市之自治，以法律定之，為憲法第一百十八條所明定。惟上開法律迄未制定，現行直轄市各級組織及實施地方自治事項，均係依據中央頒行之法規行之。為貫徹憲法實施地方自治之意旨，自應斟酌當前實際狀況，制定直轄市自治之法律。在此項法律未制定前，現行由中央頒行之法規，應繼續有效。」；「直轄市之自治，以法律定之，為憲法第一百十八條所明定。惟上開法律迄未制定，現行直轄市各級組織及實施地方自治事項，均係依據中央頒行之法規行之。為貫徹憲法實施地方自治之意旨，自應斟酌當前實際狀況，制定直轄市自治之法律。在此項法律未制定前，現行由中央頒行之法規，應繼續有效。」⁴也因為如此，臺灣的地方自治的實踐長久以來依據的為下面要去討論的臺灣省各縣市實施的地方自治綱要。

二、臺灣省各縣市實施地方自治綱要

如前所述，在長久的實踐中，省縣自治通則並未被制定，以至於也無省自治法的規定。而地方自治重要的依據乃是民國 39 年 4 月 14 日臺灣省政府頒布的臺灣省各縣市實施地方自治綱要，該綱要僅有行政命令的性質。除此之外，依據這個綱領，同時還有一些法律規範，例如於抗戰前制定的省政府組織法、臺灣省議會組織規程、臺北市各級組織及實施地方自治綱要、臺北市議會組織規程⁵。

依據該綱要第 2 條與第 3 條規定，縣市與鄉鎮均為地方自治團體法人，依該綱要辦理自治事項，並受上級政府指揮監督，執行委辦事項。雖然如此，但有學者認為此一作法乃是以中央集權的模式，將地方自治團體視為下級行政機關⁶。

至於政府組織，依據該綱要第 28 條規定，「縣市政府之組織，由省政府訂定準則，報內政部轉報行政院備案。縣市政府應依前項準則，訂定組織規程，報請省政府核備」。因此臺灣省政府另有頒布臺灣省各縣市政府組織規程準則，該準則廢止於民國 89 年 11 月 21 日，每縣市除縣市長外，而該準則第 3 條規定，「縣、市政府置主任秘書一人，為幕僚長，承縣、市長之命，襄理縣、市政，並綜理縣、市政

⁴ 不過這兩號解釋之後，我們也就展開了一機關兩階段的修憲。

⁵ 陳新民，憲法學釋論，修正七版，2011 年，頁 935。

⁶ 李惠宗，憲法要義，第七版，2015 年，頁 672。

府一切事務；置秘書四人至七人（其中一人為機要秘書，一人為動員秘書）受主任秘書之指揮、監督，掌理機要、動員、協調、核稿等事項」。雖然該規範名之為準則，但實際上來說對於地方政府組織業已鉅細靡遺的規範。同樣的問題也出現在臺灣省鄉鎮市公所組織規程準則。比較特殊的是，鄉鎮市長對於轄內非屬於鄉鎮市公所設立之縣市屬機關學校的指揮監督權，在本準則第2條規定，「鄉鎮縣轄市公所置鄉鎮縣轄市長一人，綜理鄉鎮縣轄市政務並指揮監督所屬機關及員工。鄉鎮縣轄市轄區之警察分駐所、派出所，對協助上級政府委辦事項，應兼受鄉鎮縣轄市長之指導；對於協助鄉鎮縣轄市公所辦理自治事項應兼受鄉鎮縣轄市長之監督。鄉鎮縣轄市戶政事務所、衛生所主任應兼受鄉鎮縣轄市長之指導監督。鄉鎮縣轄市公所附屬機構應受鄉鎮縣轄市長之指導監督。國民小學及各鄉鎮縣轄市級人民團體，應受鄉鎮縣轄市長之監督」。故，該準則第11條也規定了上述第2條所指出的各機關首長必須參加鄉鎮市務會議之義務。

整體來說，在臺灣省各縣市實施地方自治綱要以及臺灣省各縣市政府組織規程準則與臺灣省鄉鎮市公所組織規程準則的規範下，各級地方自治團體就組織面向而言，似乎無任何的自主空間，其狀況就有如行政院之派出機關。至於直轄市的組織設置，則只有台北市各級組織及實施地方自治綱要及高雄市各級組織及實施地方自治綱要兩個職權命令的規範，除了兼具組織性規定外，並且也把該市與中央之間的關係加以規定。不過，總此來說，仍然缺乏自主性。

三、省縣自治法

隨著臺灣解嚴，地方自治的發展也進展到另外一個階段，這個階段除了解嚴、1990年三月學運的發生，衍生了諸多的政治改革，其中1992年的第2次修憲案，通過了憲法增修條文第17條規定，其內容為，「省、縣地方制度，應包含左列各款，以法律定之，不受憲法第一百零八條第一項第一款、第一百十二條至第一百五條及第一百二十二條之限制：一、省設省議會，縣設縣議會，省議會議員、縣議會議員分別由省民、縣民選舉之。三、省設省政府，置省長一人，縣設縣政府，置縣長一人，省長、縣長分別由省民、縣民選舉之。四、省與縣之關係。五、省自治之監督機關為行政院，縣自治之監督機關為省政府」。該條文的出現代表三個意義，其一為解決原憲法中省縣自治通則之要求，而授權立法部門得直接在臺灣地區訂定地方自治法律；廢除原先在憲法之省縣高度自治之體制，而明確規定自治必須要在自治機關監督下為之；省市長改官派為民選，影響臺灣民主化的進程⁷。

1994年7月29日制定之省縣自治法與直轄市自治法，使得地方自治有了重要的法律依據，並且臺灣省⁸與北高兩市⁹被確立為法人並且民選化。而直轄市設市的標準為150萬人口，市的設置標準則為60萬人口，另外人口聚居地區，工商業發達、自治財源充裕、交通便利及公共設施完備，且人口在十五萬人以上之鄉鎮，得改設縣轄市。而省縣自治法與直轄市自治法並未直接規範自治行政組織，而是在省

⁷ 黃錦堂，地方制度法論，二版，2012年，頁4。

⁸ 省縣自治法第2條規定為，「省為法人，省以下設縣、市，縣以下設鄉、鎮、縣轄市〔以下簡稱鄉（鎮、市）〕，均為法人，各依本法辦理自治事項，並執行上級政府委辦事項。市以下設區。鄉、鎮、縣轄市、區〔以下簡稱鄉（鎮、市、區）〕以內之編組為村、里。村、里以內之編組為鄰」。

⁹ 直轄市自治法第3條規定為，「市為法人，依本法辦理自治事項，並執行中央委辦事項。市以下設區。區以內之編組為里。里以內之編組為鄰」。

縣自治法第 42 條與直轄市自治法第 31 條分別規定，「省政府組織規程由省政府擬訂，經省議會同意後，報請行政院備查。縣（市）政府之組織由省政府擬訂準則，經省議會同意後，報請行政院備查；各縣（市）政府應依準則，擬訂組織規程，經縣（市）議會同意後，報請省政府備查。鄉（鎮、市）公所之組織由省政府擬訂準則，經省議會同意後，報請內政部備查；各鄉（鎮、市）公所應依準則，擬訂組織規程，經鄉（鎮、市）民代表會同意後，報請縣政府備查。新設之省政府組織規程由行政院擬定，送立法院查照。新設之縣（市）政府、鄉（鎮、市）公所組織規程，參照第二、三項準則之規定，由省政府擬定，送省議會查照。各級政府、公所之組織規程及準則，其有關考銓業務事項，不得牴觸中央考銓法規，各權責機關於核定後，應函送考試院備查」。「市政府組織規程由市政府擬訂，經市議會同意後，報請行政院備查。新設之市政府組織規程由行政院擬訂，送立法院查照。第一、二項之組織規程，其有關考銓業務事項，不得牴觸中央考銓法規；並於核定後函送考試院備查」。而此時的準則規定仍與前述的臺灣省各縣市政府組織規程準則以及臺灣省鄉鎮縣轄市公所組織規程準則相似性頗高。換言之，整體的內容與架構來說並無明確的改變，如此一來，即便有法治的基礎，但是顯然自治組織的自主性在這裡也很難存在。

四、地方制度法時期

然而省長民選的日子並未有多久，1996 年 12 月下旬召開的國家發展會議，在地方制度上，該會議做出了一個非常重要的決斷¹⁰：決定調整精簡省政府的機能業務與組織，並成立委員會完成規劃與執行，並自下屆起凍結省自治選舉；取消鄉鎮市級的自治選舉，鄉鎮市長依法派任；縣市增設副縣長，並強化縣市政的職權；應盡速完成地方稅法通則與財政收支劃分法的制定與修正。在上述會議的結論下，因此展開了第四次修憲，增訂憲法增修條文第 9 條規定，「省、縣地方制度，應包括左列各款，以法律定之，不受憲法第一百零八條第一項第一款、第一百零九條、第一百十二條至第一百五條及第一百二十二條之限制：一、省設省政府，置委員九人，其中一人為主席，均由行政院院長提請總統任命之。二、省設省諮議會，置省諮議會議員若干人，由行政院院長提請總統任命之。三、縣設縣議會，縣議會議員由縣民選舉之。四、屬於縣之立法權，由縣議會行之。五、縣設縣政府，置縣長一人，由縣民選舉之。六、中央與省、縣之關係。七、省承行政院之命，監督縣自治事項。臺灣省政府之功能、業務與組織之調整，得以法律為特別之規定」。在此之下，顯然臺灣省已經喪失自治法地方自治團體之地位，對此司法院釋字第 467 號解釋即指出，「中華民國八十六年七月二十一日公布之憲法增修條文第九條施行後，省為地方制度層級之地位仍未喪失，惟不再有憲法規定之自治事項，亦不具備自主組織權，自非地方自治團體性質之公法人。符合上開憲法增修條文意旨制定之各項法律，若未劃歸國家或縣市等地方自治團體之事項，而屬省之權限且得為權利義務之主體者，於此限度內，省自得具有公法人資格」。

在憲法增修條文第 9 條的規範下，原來省縣自治法已經失所附麗，因此必須要制定新的法律規範，地方制度法於民國 88 年 1 月 25 日總統公布實施，作為取代省縣自治法與直轄市自治法的法律規定。但是真的組織調整的部分，其實也不是很多，有關原住民的自治即屬之。

¹⁰ 國家發展會議秘書處編，國家發展會議總結報告，1996 年，頁 10。

參、山地原住民鄉之定位

原住民依據憲法增修條文之規定分為山地原住民與平地原住民，其身分劃分的依據出現在原住民身分法第2條之規定，「本法所稱原住民，包括山地原住民及平地原住民，其身分之認定，除本法另有規定外，依下列規定：一、山地原住民：臺灣光復前原籍在山地行政區域內，且戶口調查簿登記其本人或直系血親尊親屬屬於原住民者。二、平地原住民：臺灣光復前原籍在平地行政區域內，且戶口調查簿登記其本人或直系血親尊親屬屬於原住民，並申請戶籍所在地鄉（鎮、市、區）公所登記為平地原住民有案者。」¹¹就本條條文可以發現，此種劃分方式乃追溯於日治時期，這樣的劃分方式其實不無疑問，尤其最近研擬平埔原住民的身分問題，這又成為了關注的焦點¹²。但早在省縣自治法的時代。該法第17條第3項對於原住民參政即有特別規範，「省、縣（市）、鄉（鎮、市）有平地原住民人口在一千五百人以上者，於前項總額應有平地原住民選出之省議員、縣（市）議員、鄉（鎮、市）民代表名額。有山地鄉者、應有山地原住民選出之省議員、縣議員名額。各選舉區選出之省議員、鄉（鎮、市）民代表名額在四人以上者；縣（市）議員名額在五人以上者，應有婦女當選名額。」同時第37條亦規定，山地鄉之鄉長必須要由山地原住民擔任。其更早的淵源可以追溯至光復初期，臺灣省政府前於民國34年起針對山地特殊行政狀態，建立行政體制，即劃編山地鄉村鄰，將日本時代原有理蕃區域按照地方行政體制，根據山地地理環境及交通情形，劃編村鄰，建立鄉公所及代表會，並委派原住民（當時稱山胞）任鄉長（後改為選舉）。民國34年底至35年成立了山地鄉公所，全省12縣計分30個山地鄉¹³、217村，而沿用至今¹⁴。而如果去追本溯源，則這樣的作法可以說是從日本人治理高山族的政策說起，日本人將原來受清國統治的「熟番」平埔原住民與漢人都稱之為本島人，而原未受清朝統治的生蕃，則作為蕃人來統治，其所居的地方則是蕃地，而之後就演變成前述的山地鄉¹⁵。

除了山地鄉外，原住民族委員會並劃了25個原住民平地鄉¹⁶，這55個原住民鄉鎮被視為原住民地區，又依據「原住民族工作權保障法」第5條規定：「原住民地區之各級政府機關、公立學校及公營事業機構，其僱用下列人員之總額，應有三分之一以上為原住民：一、約僱人員。二、駐衛警察。三、技

¹¹ 目前原住民身分法正在修正當中，主要乃是因應平埔原住民被承認的問題，參見<http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20170817/1184420/>（2017年10月5日瀏覽）。

¹² <http://www.matataiwan.com/2016/10/10/pepo-recognition-tsai-ying-wen/>（2017年10月4日瀏覽）。

¹³ 30個山地鄉包括：台北縣烏來鄉（新北市烏來區）、桃園縣復興鄉、新竹縣尖石鄉、五峰鄉、苗栗縣泰安鄉、台中縣和平鄉（臺中市和平區）、南投縣信義鄉、仁愛、嘉義縣阿里山鄉、高雄縣桃源鄉（高雄市桃源區）、三民鄉（高雄市那瑪夏區）、茂林鄉（高雄市茂林區）、屏東縣三地門鄉、瑪家鄉、霧台鄉、牡丹鄉、來義鄉、泰武鄉、春日鄉、獅子鄉、台東縣達仁鄉、金峰鄉、延平鄉、海端鄉、蘭嶼鄉、花蓮縣卓溪鄉、秀林鄉、萬榮鄉、宜蘭縣大同鄉、南澳鄉。

¹⁴ 行政院原住民族委員會91年1月23日臺(91)原民企第9101402號函。

¹⁵ 王泰升，第捌講：行政組織及作用（上）——台灣近代行政法史，月旦法學雜誌第69期，2001年2月，頁164-165。

¹⁶ 新竹縣關西鎮、苗栗縣南庄鄉、獅潭鄉、南投縣魚池鄉、屏東縣滿洲鄉、花蓮縣花蓮市、光復鄉、瑞穗鄉、豐濱鄉、吉安鄉、壽豐鄉、鳳林鎮、玉里鎮、新城鄉、富里鄉、台東縣台東市、成功鎮、關山鎮、大武鄉、太麻里鄉、卑南鄉、東河鄉、長濱鄉、鹿野鄉、池上鄉。

工、駕駛、工友、清潔工。四、收費管理員。五、其他不須具公務人員任用資格之非技術性工級職務。前項各款人員經各級政府機關、公立學校及公營事業機構列為出缺不補者，各該人員不予列入前項總額計算之。原住民地區之各級政府機關、公立學校及公營事業機構，進用需具公務人員任用資格者，其進用原住民人數應不得低於現有員額之百分之二，並應於本法施行後三年內完成。但現有員額未達比例者，俟非原住民公務人員出缺後，再行進用。本法所稱原住民地區，指原住民族傳統居住，具有原住民族歷史淵源及文化特色，經中央主管機關報請行政院核定之地區。」換言之，其劃分有一定法律上的意義¹⁷。不過平地原住民鄉鎮在地方制度上沒有特別的定位，所以意義不同於山地鄉。

不過原住民或原住民族之自治就其根源來說乃是與外來統治者爭執土地所有權與利用管理方式的意義¹⁸，就此來說，在自治行政中劃分一部分作為原住民自治的範圍在脈絡上即有疑義。更何況，即使山地鄉並未與其他一般鄉鎮之權限並無不同，僅是鄉長由山地原住民擔任，似乎與族群的自治有段距離¹⁹。

肆、原住民行政區的問題

如前所述，此前台北縣、台中縣以及高雄縣轄內都有原住民鄉鎮如烏來、和平、那瑪夏、茂林、桃源等鄉，而依據地方制度法第 57 條第 2 項規定，山地鄉鄉長由山地原住民擔任如前所述，此一規定乃是沿用省縣自治法第 37 條規定而來，然而，因為隨著縣市改制為直轄市，各山地鄉也改制為區，並且廢止地方自治選舉，如此一來使得原住民自治地位不保，因此 2014 年地方制度法增訂第四章之一，即第 83 條之 2 以下，並自本屆起恢復原住民區區長與區民代表選舉。如此一來，即造成直轄市一市兩制的問

¹⁷ 原住民族委員會曾指出這 55 個鄉鎮何以會公佈為原住民政區，其歷史變遷為：「臺灣省政府前於民國 34 年起針對山地特殊行政狀態，建立行政體制，即劃編山地鄉村鄰，將原有理蕃區域按照地方行政體制，根據山地地理環境及交通情形，劃編村鄰，建立鄉公所及代表會，並委派原住民（當時稱山胞）任鄉長（後改為選舉）。是以山地鄉公所分別於 34 年底至 35 年成立，全省 12 縣計分 30 個山地鄉、217 村。此為我政府第一階段的山地重要施政，建立原住民行政工作之基石。複查臺灣省政府於民國 41 年 2 月 11 日頒發「臺灣省山地鄉公所組織補充辦法」以適應山地實際需要，配合地方自治及加強行政措施，並附「臺灣省各縣山地鄉公所編製員額表」，爾後部分山地鄉名稱並依規定變更為現行名稱。是以 30 個山地鄉已行諸 50 餘年。至於平地原住民鄉（鎮、市）之沿革，查臺灣省政府前以民國 44 年 2 月 10 日(44)府民一字處 13670 號令頒「臺灣省政府輔導平地山胞生活計畫」，以提高平地原住民（當時稱平地山胞）生活水準，明定以各縣平地行政區域內原住民為推行對象，並以原住民集中地區花蓮縣、台東縣、苗栗縣為實施地區，其中花蓮縣、台東縣各有 10 個鄉（鎮、市），苗栗縣則有南庄鄉計有 21 個鄉（鎮、市）。複查民國 45 年 5 月 10 日(45)府民一字第 49690 號令頒「臺灣省平地山胞生活改進運動辦法」之施行地區，除上述所列之 21 個鄉（鎮、市）外，另劃定苗栗縣獅潭鄉（賽夏族居住）為平地原住民鄉，計 22 個鄉（鎮、市）。另查民國 56 年 1 月 12 日府民一字第 2971 號令頒「臺灣省政府輔導平地山胞生活計畫（第三次修訂）」明定平地原住民鄉（鎮、市），除前述 22 個鄉（鎮、市）外，並將新竹縣關西鎮（泰雅族居住）、南投縣魚池鄉（邵族居住）、及屏東縣滿洲鄉（排灣族居住）等 3 鄉（鎮）劃入，共計 25 個平地鄉（鎮、市）。是以上開平地鄉（鎮、市）亦有行諸 40 餘年之行政史。」參見行政院原住民族委員會 91 年 1 月 23 日臺(91)原民企第 9101402 號函。

¹⁸ 王迺宇，直轄市山地原住民區自治權能實現因素之分析，臺灣法學雜誌第 282 期，2015 年 10 月，頁 99。

¹⁹ 黃俊杰，原住民權利保障與自治財政，台灣本土法學雜誌第 47 期，2003 年 6 月，頁 93。

題。而且原住民區辦理之自治事項規範於地方制度法第 83 條之 3，範圍不可謂不小，而就財源上來說，地方制度法第 83 條之 7 規範如下：「山地原住民區實施自治所需財源，由直轄市依下列因素予以設算補助，並維持改制前各該山地鄉統籌分配財源水準：一、第八十三條之三所列山地原住民區之自治事項。二、直轄市改制前各該山地鄉前三年度稅課收入平均數。三、其他相關因素。前項補助之項目、程序、方式及其他相關事項，由直轄市洽商山地原住民區定之」。於此，原住民區雖有自治事項，但卻無財政權，全然仰賴直轄市政府之補助，對此即有不平之鳴²⁰。其實在整體的地方制度上或者是國家政策上，原住民的自治本來就是一個必須要全然檢討的問題。

而在山地原住民區區民代表會的選舉上，依據地方立法機關準則第 8 條規定，「山地原住民區民代表會代表總額，以改制前各該山地鄉民代表會代表名額為準；如因人口變動有增加必要者，準用前條第一項各款規定辦理。山地原住民區平地原住民選出之代表名額，按平地原住民人口與總人口比例選出；平地原住民人口達一千五百人以上者，於前項總額內至少應有代表一人。山地原住民區各選舉區選出之山地原住民區民代表名額達四人者，應有婦女當選名額一人；超過四人者，每增加四人增一人。山地原住民區選出之平地原住民代表名額達四人者，應有婦女當選名額一人，超過四人者，每增加四人增一人。」於此之下，非原住民之選舉與被選舉權似乎不復存在。不過由於該條文指出，山地原住民區民代表會代表總額，以改制前各該山地鄉民代表會代表名額為準；如因人口變動有增加必要者，準用前條第一項各款規定辦理。而此前如果各鄉鎮依其人口數規劃有非原住民之代表者，則改制後也會有代表。整體來說，除了解決選舉的問題，基本上來說，原住民行政區也普遍存在著財源的問題，而在沒有固定的財源僅仰賴補助的情況，說真的這樣的自治很難得到成果。反而，想要藉由鄉鎮市改制為行政區而想要一併改變的弊病，例如人事任用的問題，會隨著選舉的沒有結束，而無法改變，這樣到底是好還是壞，仍待考驗。

伍、部落公法人的設置-兼給部落公人組織設置辦法草案的一點建議

國民黨自從撤退至臺灣後，旋即在台灣全島實施地方自治也為未來的民主政治奠定了基礎。不過在原住民自治上面來說，除了在地方自治中強調原住民議員外，僅有山地鄉鄉長由山地原住民擔任，是否屬於自治，不無疑問，況且由於直轄市升格改制後，也帶來山地鄉組織的變化，是否與此前的自治相同仍有待觀察。此外，原住民族基本法此前又獲修正，增訂第 2 條之 1，「為促進原住民族部落健全自主發展，部落應設部落會議。部落經中央原住民族主管機關核定者，為公法人。部落之核定、組織、部落會議之組成、決議、程序及其他相關事項之辦法，由中央原住民族主管機關定之。²¹」於此之下，各部落與各地方自治團體間之關係仍有待界定。不過這樣的作法對於長期以來的自治行政不甚發達的臺灣來說，這乃是一個重大的突破。我們除了國家或地方自治團體，長期以來發展即不正常，除了農田水利會，幾乎沒有此種例子²²。設置公法人乃是一個極度的理想狀況，因為公法人可以作為一個行政主體，可以承擔義務並授與權利²³。其與監督者之間的關係，則必須要依據法律來規制，通常在此僅有合法性

²⁰ <http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20140215/35642777/>（2017 年 10 月 1 日瀏覽）。

²¹ <http://www.appledaily.com.tw/realtime/news/article/new/20151201/743762/>（2017 年 10 月 4 日瀏覽）。

²² 李震山，行政法導論，修訂九版，2015 年，頁 80；吳志光，行政法，修訂八版，2017 年，頁 101。

的監督，而合目的性監督毋寧是為例外。因此，在法律規定範圍內，其享有自治之權限²⁴。

不過相較於地方自治團體，部落公法人仍需要有設置的程序。而對此目前主管機關行政院原住民族委員會目前已經草擬了部落公法人組織設置辦法草案，正尋求各方意見。該辦法草案共計共計 39 條，其訂定要點為：一、本辦法之立法依據、主管機關、用詞定義及公法人任務。（草案第一條至第四條）二、部落公法人之申請設立、審查基準與核定。（草案第五條至第十六條）三、部落公法人之組織、成員與部落會議議決程序（草案第十七條至第二十四條）四、部落公法人之經費收入來源、支用範圍及內部監督制度（草案第二十五條至第三十二條）五、主管機關之監督與輔導（第三十三條至第三十八條）六、本辦法施行日期。（第三十九條）。而關於設立最重要的條文為第 5 條規定，「部落公法人之設立，由部落備具下列文書，經部落會議決議後，報請主管機關核定：一、部落公法人設立申請書。二、部落公法人章程。三、部落公法人財務計畫書。四、部落公法人區域圖。五、同意連署書。六、部落會議紀錄及簽到簿。」而在這裡必須要經部落會議決議，其部落會議之召集及議決程序，則準用諮商取得原住民族部落同意參與辦法第十二條至第二十二條規定。但倘若依據上述的原住民族部落同意參與辦法第十二條至第二十二條規定辦理部落會議，在辦理部落會議時即常常受到鄉鎮公所之阻撓²⁵。而長期以來在這裡就形成的問題是誰是部落的成員，而參加這個會議。而現行的部落領域與傳統的生活領域是否相同，也是該考量的地方。

而未來這個部落公法人如果成立了，與原來依據地方制度法賦予地方自治事項的鄉鎮公所可能會有一緊張關係。再其次原來所屬了鄰里如果仍存在，則會不會有搶工作的問題呢？而就上述的這些問題，行政院原住民族委員會所擬具的部落公法人組織設置辦法草案也有回應上述的疑問，例如區域的部分，該規定為「部落公法人區域圖，應以比例尺五千分之一之地圖繪製，並以村（里）、河流、山稜或其他自然地界標示其部落區域界線。但情況特殊者，得以土地測量或其他方式勘定其界」非居住部落之成員則也有規定：「部落公法人有設籍於區域範圍外之部落成員者，應於章程明定下列事項：一、部落成員之認定基準、加入方式。二、部落成員之權利義務及其限制。」而前述有關監督的問題。對此該草案第 34 條指出，「主管機關得視業務需要，對部落公法人財務收支及相關簿籍、憑證或文件，實施定期或不定期之查核，部落公法人應配合辦理，遇有疑問或需要有關資料，應詳實答復或提供之。部落公法人有怠忽任務、執行任務狀況不佳或未依前項規定辦理，經主管機關糾正或輔導仍未改善者，主管機關得廢止其補助或於來年之預算補助額度中扣減之。」；但如此一來主管機關對於公法人掌握度恐怕更高。

陸、結 語

臺灣原住民的自治長期以來被收納在地方自治當中被討論，但是實際上來說，原住民自治問題與地

²³ 關於公法人的內涵參見許宗力，國家機關的法人化-行政組織再造的另一選擇途徑，月旦法學雜誌第 57 期，2000 年 2 月，頁 36-49；李建良，論公法人在行政組織建制上的地位與功能—以德國公法人概念與法制為借鏡，月旦法學雜誌第 84 期，2002 年 5 月，頁 43-59；

²⁴ 許宗力，國家機關的法人化-行政組織再造的另一選擇途徑，月旦法學雜誌第 57 期，2000 年 2 月，頁 36-37；李震山，行政法導論，修訂九版，2015 年，頁 79。

²⁵ 對此參見 <http://news.ltn.com.tw/news/life/breakingnews/2209815> 或 <http://talk.ltn.com.tw/article/breaking-news/1351679>（2017 年 9 月 25 日瀏覽）。

方自治行政有些許之不同。但是暫且放下這理論上的討論，回到實際上的自治行政來討論時，由於我們的地方自治也不是很完整，所以連帶著在實務面上原住民自治行政的操作也有難度。傳統以來僅規定一個山地鄉鄉長要由山地原住民來擔任，事實上來說絕對稱不上是一種自治，但是在實務操作上，選舉卻成為大家最重視的一件事情。而部落公法人的出現，讓原住民自治的單位從以前的行政區域操作，變成更符合人類學、社會學的部落時，讓這個部落可以有權利義務，似乎是正面的發展。換言之，不過部落公法人，這個嶄新概念的出現，有助於自治行政的變革，不過要怎樣落實但仍待觀察。

參考文獻

- 王泰升，第捌講：行政組織及作用（上）—台灣近代行政法史，月旦法學雜誌，第69期，2001年2月。
- 王迺宇，直轄市山地原住民區自治權能實現因素之分析，臺灣法學雜誌，第282期，2015年10月。
- 李震山，行政法導論，修訂九版，2015年。
- 李惠宗，憲法要義，第七版，2015年。
- 吳志光，行政法，修訂八版，2017年。
- 許宗力，國家機關的法人化-行政組織再造的另一選擇途徑，月旦法學雜誌，第57期，2000年2月。
- 陳新民，憲法學釋論，修正七版，2011年。
- 黃俊杰，原住民權利保障與自治財政，台灣本土法學雜誌，第47期，2003年6月。
- 黃錦堂，省市政治體制之研究，月旦法學雜誌，第1期，1995年5月。
- 黃錦堂，地方制度法論，二版，2012年。

原住民族傳統智慧創作之保護困境與突破

章忠信*

目次

壹、前言	與修正建議
貳、原住民族傳統智慧創作保護之發展	一、保護標的之用語
一、法制依據	二、權利之賦予
二、子法訂定	三、「智慧創作專用權」之範圍
三、宣導與輔導	四、「智慧創作專用權」之取得
參、原住民族傳統智慧創作保護之思考與調整	五、「智慧創作專用權」之主體
肆、近期相關爭議案件之解析	六、未登記之「原住民族傳統智慧創作」之定位
一、106年「台北文學獎」之「舞台劇本獎」首獎醜化賽夏族「小米女神」案	七、「智慧創作專用權」無溯及效果
二、106年拼板舟申請新型專利案	八、「智慧創作專用權」之內容
三、99年「賽德克·巴萊」申請商標案	九、原住民族傳統智慧創作之使用
伍、原住民族傳統智慧創作保護面臨之疑義	十、「原住民族傳統智慧創作保護共同基金」之廢止
	陸、結 論

* 東吳大學法律學系助理教授兼任科技暨智慧財產權法研究中心主任、經濟部智慧財產局著作權審議及調解委員會委員，曾任職經濟部智慧財產局，參與原住民族傳統智慧創作保護條例之立法。本文係依據作者於105年8月20日原住民族委員會舉辦「過去的未來：2016原住民族傳統智慧創作保護學術研討會」所發表「原住民族傳統智慧創作保護之過去與未來」、106年6月28日東吳大學第二屆民族法國際學術研討會所發表「原住民族傳統智慧創作權利主體之探討」及106年8月4日原住民族委員會舉辦「臺灣原住民族政策之回顧與前瞻學術研討會」所發表「台灣原住民族傳統智慧創作保護近期案例分析」三篇論文，並於106年9月2日北京大學與西北大學舉辦「第九屆兩岸四地著作權法制發展研討會」所發表「台灣原住民族傳統智慧創作保護之困境與解套」（PPT檔），經各方先進指正，重新檢討修正而成本文正式發表。E-mail:ipr@scu.edu.tw。

摘要

原住民族傳統智慧創作保護條例自 96 年底制定公布以來，將近十年，迄未有效施行。此項參照著作權法基本概念為基礎之原住民族傳統智慧創作之保護制度，一方面使原本公共所有之原住民族傳統智慧創作成果，透過認定登記制度，重新受到永久保護，引發利用人質疑，另一方面又因必須經認定登記始能取得保護，其無溯及效果，且保護範圍僅及於原住民族傳統智慧創作等文化成果之表達，不及於相關概念、方法或近似表達，未為原住民族所滿意。

本文從檢討我國原住民族傳統智慧創作保護條例之立法政策，觀察從條例通過迄今各方所作之努力與協調，同時依據實務發展案例，提出幾項具體修正建議，期待使該條例所揭櫫之精神，得以有效落實。

關鍵字：原住民族傳統智慧創作、著作權、智慧創作專用權、智慧創作財產權、智慧創作人格權

壹、前言

原住民族傳統智慧創作保護條例（以下稱「本條例」）自 96 年底制定公布以來¹，將近十年，始於 106 年 10 月底公告 7 件認定註冊案²。這項參照著作權法基本概念為基礎之原住民族傳統智慧創作之保護制度，一方面使原本公共所有之原住民族傳統智慧創作成果，透過認定登記制度，重新受到永久保護，引發利用人質疑，另一方面又因必須經認定登記始能取得保護，其無溯及效果，且保護範圍僅及於原住民族傳統智慧創作等文化成果之表達，不及於相關概念、方法或近似表達，未為原住民族所滿意。

本條例的制定內容，對既有智慧財產權法律制度產生衝擊，也未達原住民族傳統觀念下之法制期待，實為本條例久久無法落實之主因。總統蔡英文於 105 年 8 月 1 日之原住民族日，以總統身分代表政府向原住民道歉，其中，特別強調將於總統府設置「原住民族歷史正義與轉型正義委員會」，尤其以國家元首身分親自擔任召集人「與各族代表共同追求歷史正義，也會對等地協商這個國家往後的政策方向」，「對於現代法律與原住民族傳統文化，有些格格不入的地方，我們要建立具有文化敏感度的『原住民族法律服務中心』，透過制度化的設計，來緩和原住民族傳統慣習和現行國家法律規範之間，日益頻繁的衝突。」³這項宣示點出原住民族傳統慣習與現行國家法律規範之不協調，顯然對於本條例之修正，帶來可以期待之樂觀。

本文從檢討我國原住民族傳統智慧創作保護條例之立法政策，觀察從條例通過迄今各方所作之努力與協調，同時依據實務發展案例，提出幾項具體修正建議，期待使該條例所揭櫫之精神，得以有效落實。

¹ 本條例曾於 104 年 2 月 4 日修正公布第 2 條，將主管機關由「行政院原住民族委員會」修正為「原住民族委員會」。

² 截至 2017 年 10 月底，原住民族委員會已受理 110 申請案，僅於 106 年 10 月 25 日審定註冊公告 7 件，取得「智慧創作專用權」。請參閱「原住民族傳統智慧創作保護資訊網」之「原住民族傳統智慧創作專用權檢索系統」<http://www.titc.apc.gov.tw/>，106.11.07.最後點閱。

³ 蔡英文總統向原住民道歉全文，<http://www.president.gov.tw/NEWS/20603>，106.09.10.最後點閱。

貳、原住民族傳統智慧創作保護之發展

一、法制依據

根據憲法增修條文第 10 條第 11 項規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」該項規定之法制落實，關於原住民族傳統智慧創作保護之法制發展，始於「原住民族基本法」，促成本條例之完成立法。

94 年 2 月 5 日制定公布之「原住民族基本法」，其立法目標揭示於第 1 條，在於「保障原住民族基本權利，促進原住民族生存發展，建立共存共榮之族群關係」，除了於第 10 條明文揭示：「政府應保存與維護原住民文化。」其中與智慧財產權有關者，為第 13 條規定：「政府對原住民族傳統之生物多樣性知識及智慧創作，應予保護，並促進其發展；其相關事項，另以法律定之。」該項立法象徵我國正式以法律承諾對於原住民族傳統之生物多樣性知識及智慧創作之保護，更由於該法第 34 條規定：「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。」本條例於 97 年 2 月 5 日前完成立法，係唯一於法定期限完成立法之法律。

「原住民族基本法」第 13 條規定雖係本條例之立法依據⁴，惟在此之前，行政院原住民族委員會於 89 年間即已委託台灣大學法學院蔡明誠教授完成草案⁵，91 年 11 月提出於立法院審議，直到 96 年底始完成立法程序，而另一部「原住民族傳統生物多樣性知識保護條例」草案，雖同時送進立法院，卻因爭議過大，於 97 年 4 月 14 日立法院第 7 屆第 1 會期內政委員會第 13 次全體委員會議審查一次之後，即無下文，依據立法院「屆期不續審」之原則⁶，而未有進一步推動。

二、子法訂定

依據行政院所頒布中央行政機關法制作業應注意事項規定，法律制定或修正公布後，主管部會應於 6 個月內完成相關子法，落實執行法律⁷。本條例在 96 年制定公布後，原民會曾於 97 年委託台灣大學法學院蔡明誠教授研擬相關子法草案，然而，因條例內容爭議頗多，相關子法之發布一直延宕。監察院李炳南、周陽山及馬以工三位監察委員於 101 年 11 月所提出之調查報告，曾就此提出指正，並認為「臺灣幅員較小卻對傳統智慧保護設有高門檻，如此反而無法促成實際執行之成果，致徒託空言而無實益，

⁴ 原本，原住民族傳統智慧創作係於原住民族基本法之前身，原住民族發展法草案以專條保護，後發展為專章，到最終確立為專法保護，參閱蔡明誠，原住民族傳統智慧創作之法律保護，99 年 3 月 3 日於東華原住民族學院民族講座文稿，第 6 頁。www.cis.ndhu.edu.tw/ezfiles/16/1016/attach/16/pta_261_1168928_58836.doc，106.10.10.最後點閱。

⁵ 請參照蔡明誠（計畫主持人）、林純如（協同研究人員），原住民族發展法草案關於保護原住民傳統智慧創作之專章條文及說明，行政院原住民族委員會委託，89 年 5 月 20 日。

⁶ 立法院職權行使法第 13 條規定：「每屆立法委員任期屆滿時，除預（決）算案及人民請願案外，尚未議決之議案，下屆不予繼續審議。」

⁷ 中央行政機關法制作業應注意事項第 16 點：「草擬法律制定、修正或廢止案時，對於應訂定、修正或廢止之法規命令，應一併規劃並先期作業，於法律公布施行後六個月內完成發布；其未能於六個月內完成發布者，應說明理由並自行評估完成期限陳報行政院，其延後發布期限不得逾六個月。」

應予儘速修法或增訂相關配套法令。」⁸原民會直到 104 年 01 月 08 日，始訂定發布原住民族傳統智慧創作保護實施辦法，104 年 03 月 13 日訂定發布原住民族傳統智慧創作保護共同基金收支保管及運用辦法，104 年 11 月 12 日訂定發布原住民族傳統智慧創作專用權申請案審議作業要點、104 年 11 月 13 日分別訂定發布原住民族傳統智慧創作專用權認證標記授與及管理作業要點、原住民族傳統智慧創作專用權證書核發及管理作業要點、原住民族傳統智慧創作財產權專屬授權登記作業要點。

三、宣導與輔導

本條例 96 年制定公布後，原民會除持續辦理本條例之宣導、說明會及培訓營外，並分別推動 99 年度「原住民族傳統智慧創作保護計畫」、100 年至 102 年度「原住民族傳統智慧創作保護試辦計畫-原住民族傳統智慧創作專用權示範性申請案實施計畫」、104 年度「原住民族傳統智慧創作保護推動專案辦公室計畫-原住民族傳統智慧創作專用權標竿型申請案」及 105 年度「原住民族傳統智慧創作專用權一般型申請案輔導計畫」，公開徵求 16 族標竿團隊，輔導族群或部落提出原住民族傳統智慧創作專用權之申請。上述工作及計畫，均由原民會委託國立清華大學科技法律研究所成立「原住民族傳統智慧創作保護推動專案辦公室」，負責實際執行。計畫結束後，原民會改為增聘五位專職人員，繼續推動相關工作。

參、原住民族傳統智慧創作保護之思考與調整

原住民族傳統智慧創作之保護，屬於原住民族權益保障之一環，但其一路困頓，面臨極大挑戰，難以突破，主要在於未從原住民族歷史或角度，思考其權益之存在與維護方式，純粹以想當然耳之既有外在思維，強注於原住民族本身，令其不得不接受。解決之道，在於理解、協調與法制重新調整。

關於原住民族權益之保障，可以從「身分認同」、「歷史溯源」及「法律特別規範」三方面著手。「身分認同」及「歷史溯源」係從原住民族本身及外部，確認其特定族群、部落之存在，理解其於歷史上既有權益產生、存在及維護之發展動態，最後，以現代法律給予特殊規範，使其融入全社會之整體運作，達到和諧共存共享之理想境界。

原住民族「身分認同」，乃指特定原住民族或部落，其本身及社會均必須肯定其存在之事實，並取得一定之法律地位。「身分認同」後始能衍生對於特定原住民族或部落之文化意識、文化認同及文化保存。「身分認同」之重要手段即「歷史溯源」，從歷史發展探究特定原住民族或部落之形成、生活、文化及社會制度，並尊重其自主發展權益。

法治社會依賴法制之運作，達到人類社會各方利益之公平正義分配，原住民族屬於人類社會一份子，亦無自外之可能。如何承認原住民族既有權益與規制，協調納入整體法制，應透過理解、協調與法制重新調整而達到。對於原住民族或部落之權益應有「法律特別規範」，其目的並不在於給予特權，而係因理解並尊重其既有狀態，於存異中以求同。

現實情形下，諸多立法並未考量原住民族既有制度或歷史事實，乃致扞格難行。原住民族或部落透

⁸ 詳見監察院調查報告（調查委員：李炳南、周陽山、馬以工；派查字號：1000800484）第 144 頁。

過共同生活、語言或其他傳統形式，確認其成員身分，未必有任何登記形式，原住民身分法要求以戶籍登記確認原住民身分取得、喪失、變更或回復⁹，即有差異；又原住民族為領域內最早之住民，對於土地之使用有其既有規則，後續外來人口事實上不斷壓縮原住民族生活空間，迫使其往山地遷移，現行民法、土地法、國有財產法、都市計畫法、國家公園法、水利法及森林法等，係以登記為權利歸屬之依據，未登記為私人所有權之土地，一律歸為國有財產，未經依法申請獲准，不得占有使用¹⁰。原住民族或部落對於土地，若非國家特別劃歸使用，終致一無所有，顯然造成不公；又如入山採集、狩獵，屬於原住民族日常生活之一部分，惟現行野生動物保育法、森林法及槍砲彈藥刀械管制條例，將原住民族等同一一般人加以嚴格限制，使其日常生活必需之普遍活動，難以施展¹¹。

原本人類之創作發明成果係公有共享，現代智慧財產權法律制度，則係起源於工業革命後之科技發展及日益高漲之私有權觀念。由於創作發明成果透過科技，可被快速複製散播而產生鉅大經濟利益，以有體物為核心所建立之物權法律制度，再也無法解決無體創作發明成果之利益分配爭議，智慧財產權法律制度乃應運而生，以無體之創作發明成果為核心，冀望公平合理地分配該項利益，一方面要保障創作發明者之私權，另方面要確保一般人接觸享用人類創作發明之智慧成果之公共利益。其於法制上之設計，限制創作發明之保護期間¹²，配合以強制授權、法定授權、合理使用或善意使用，限制智慧財產

9 原住民身分法第 11 條規定：「原住民身分取得、喪失、變更或回復之申請，由當事人戶籍所在地之戶政事務所受理，審查符合規定後於戶籍資料及戶口名簿內註記或塗銷其山地或平地原住民身分及族別，並通報當事人戶籍所在地之鄉（鎮、市、區）公所。前項原住民之族別認定辦法，由行政院定之。」

10 原民會 106 年 2 月 18 日訂定發布之「原住民族土地或部落範圍土地劃設辦法」，即引發所有權與使用空間之爭議，事實上，其所爭議者，並不在所有權，而在於特定目的之使用權尊重，參見湯文章，重新檢視原住民族土地權的時代意義，「傳統領域是一個集體的概念，不是私有財產所有權的概念，傳統領域不過是原住民族『住過了』、『存有』（being）的概念，並非一旦劃入傳統領域，土地使用就完全受到原住民同意權的限制。」<http://www.laf.org.tw/index.php?action=LAFBaoBao-detail&tag=251&id=59>，106.10.10.最後點閱。

11 行政院農業委員會已於 105 年 07 月 27 日農林務字第 1051741325 號公告預告「原住民族採取傳統領域土地森林產物管理規則」草案，將開放原住民於國有林、公有林地合法採集森林產物，可採集種類採「負面表列」，初步先擇地試辦。

12 智慧財產法院 104 年度刑智上易字第 101 號刑事判決認定，「我們都是一家人」之詞、曲，係原住民族部落古調，告訴人不享有著作權，告訴人縱使曾將該歌曲於內政部辦理著作權登記，然該著作權登記並未經內政部為實質審查，登記僅為行政管理之手段及存證之性質，並非原創性著作之證明，亦不具有推定之效果。「查證人胡○○、陳○○、賴○○、高○○、陳○○、林○○、連○○、周○○、陳○○、陳○○、陳周○○等為告訴人之同部落族人及舊識，且均曾學唱系爭歌曲，對於系爭歌曲是否為原住民集體創作之林班歌來源一節，自屬知之甚稔，而前揭證人等之證述情節，互核大致相符且無瑕疵可指，佐以，證人杜○○、盧○○、胡○○、賴○○於本案偵查中亦為一致之證述，堪認系爭歌曲至遲於 56、57 年間，即已為屏東、台東一帶林班工作之原住民所傳唱之林班歌曲，且於 61 年 7 月 15 日台東知本山地青年收穫祭活動時，亦有合唱系爭歌曲，則系爭歌曲顯非告訴人所稱其於 62 年 12 月 25 日創作完成甚明，業經本院前揭認定明確，是上訴意旨所指上開證人等證詞之真實性或請求傳訊專業音樂人士鑑定系爭歌曲是否為告訴人創作，即無理由且無鑑定必要。又內政部雖於 85 年 6 月 7 日准予告訴人為系爭歌曲之著作權登記，然該著作權登記，並未經內政部為實質審查，登記僅為行政管理之手段及存證之性質，並非原創性著作之證明，亦不具有推定之效果，業經上揭最高法院 99 年度台上字第 50 號判決闡述斯旨甚明，公訴人前揭所指告訴人於舊制著作權法施行期間曾依法為著作權登記，即應推定其對系爭歌曲有著作權云云，尚有誤會，附此敘明。」

權。

原住民族傳統智慧創作之特色，在於其非由個人獨力完成，而係由整個原住民族或部落全體共同形成，代代相傳，並隨時依環境時空變化而調整，且無固定表達型態。當現代化社會日益強調「私有獨占、個人表現」之法制設計與社會結構，然「公有共享、團體合作」則始終為原住民族或部落傳統之理念及實踐，此種制度上之不同選擇與發展，無涉對錯，但需要被調和。各族群之文化並無好壞優劣，僅有差異不同，其中需要尊重及包容，始有和諧共存之可能。

總統蔡英文於向原住民道歉之演說中已提到，將「與各族代表共同追求歷史正義，也會對等地協商這個國家往後的政策方向¹³」，在此原則下，現代國家必須藉由「歷史溯源」，理解原住民族或部落對於傳統智慧創作之觀點，依總統蔡英文所宣示，「透過制度化的設計，來緩和原住民族傳統慣習和現行國家法律規範之間，日益頻繁的衝突」，則以「法律特別規範」其歸屬、保護及利用，或許為唯一可能之道。

肆、近期相關爭議案件之解析

縱然迄今尚無任何案件依據本條例完成認定登記公告，卻有諸多涉及原住民族傳統智慧財產爭議案件發生，該等案件引發原住民族不快，而若依本條例之規定，事實上並無法限制他人之利用，僅能透過相關主管機關之技術性措施，或係私下之協調，始獲得勉強滿意之解決，顯示本條例之規範，未必真能符合原住民族或部落之企求，而有進一步調整之必要。

一、106 年「台北文學獎」之「舞台劇本獎」首獎醜化賽夏族「小米女神」案

本案係獲得 106 年「台北文學獎」之「舞台劇本獎」首獎之「來了！來了！從高山上重重地落下來了！」，因使用賽夏族「巴斯達隘」（paSta'ay，即一般所稱「矮靈祭」）及雷女娃恩（Wa:on）之元素，事先未獲族人同意，並將賽夏族傳統深信為「小米女神」之雷女，描述成「人間慾女」，引發賽夏族人強烈不滿，認為係醜化、侮辱該族文化，乃發出聲明，要求作者公開道歉、刪除所有涉及賽夏族元素之內容，後續並停止使用該劇本展演，同時要求主辦單位台北市文化局撤銷作者首獎資格、該獎項重審。

嗣後，戴姓得主帶著重新修改之作品，親赴新竹縣竹東向賽夏族人道歉，承諾將刪除「巴斯達隘」及雷女娃恩（Wa:on）之元素，並同意該獎項重審。賽夏族長老接受其誠懇回應及道歉，至於是否重審獎項，則交由主辦單位決定¹⁴。

本條例第 10 條第 2 項所保護之「智慧創作人格權」，於第 3 款明定，智慧創作專用權人「專有禁止他人以歪曲、割裂、竄改或其他方法改變其智慧創作之內容、形式或名目致損害其名譽之創作人格

¹³ 同註 3。

¹⁴ 參見「台北文學獎爆醜化 原民控：將女神變慾女」，<http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20170620/1144480/>，106.10.10.最後點閱。

權」。原住民族最關切者，係外族人對其傳統文化之尊重，就其傳統傳說或信仰，不得為不正當、不恰當或違背其傳統之利用。賽夏族之「巴斯達隘」及「小米女神」之雷女，不僅係該族之傳統與傳說，「小米女神」雷女更屬傳統上之信仰，具有相當神聖崇高之重要地位，不得任意歪曲或改變。本案作者於劇本中將「小米女神」雷女描述成「人間慾女」，自然會引起賽夏族人不滿。至於將賽夏族人於特定期間對傳說中之矮人紀念及涉及是否能豐收之傳統祭儀「巴斯達隘」，編成舞台劇任意公開演出，是否恰當，事先並未徵得賽夏族人之同意。

依據著作權法第 43 條規定，年代久遠已不受著作權法保護之著作，人人均得自由利用¹⁵。「原住民族傳統智慧創作」屬於代代相傳之傳統文化表達，起源於現代著作權法制建置之前，於著作權法制上，屬於從未受著作權法保護之「公共所有(public domain)」範疇，任何人均得自由利用。本條例基於尊重並保護「原住民族傳統文化表達」，特於第 4 條及第 6 條規定，「原住民族傳統智慧創作」經原住民族或部落申請，並由原民會認定並登記後，取得「智慧創作專用權」，受本條例之保護。探究該項認定與登記程序之真正目的，僅在確認「原住民族傳統文化表達」之範圍與歸屬¹⁶，並不在於賦予權利。經過多年實踐經驗，該項申請、認定及登記程序，至為複雜浩繁冗長，對主管機關與原住民族或部落，均屬沉重負擔，迄今仍無任何一項「原住民族傳統智慧創作」完成程序，使得立法之美意成為口惠而實不至之空談，更引發原住民族或部落之抱怨，制度上顯有重新更張之必要。賽夏族之「巴斯達隘」及「小米女神」之雷女，並未被完成認定登記，取得「智慧創作專用權」，戴姓得主對賽夏族人之抗議，若不予理會，堅持各該元素屬於人人得自由利用之「公共領域」之古老傳說，法律上並無限制其利用之依據。

二、106 年拼板舟申請新型專利案

106 年元月，有高雄業者未經達悟族人同意，將拼板舟申請新型專利獲准¹⁷，引發達悟族人之不滿，立委聲援主張修法，以保障原住民族文化權益¹⁸。業者雖對於申請專利未事先知會達悟族人致歉，但強調該專利為新型專利，非發明專利，而且用途為教學用模型。其後，業者公開放棄該項新型專利，始平息達悟族人之怒。

本案一方面應從新型專利之本質理解，另一方面也應考量專利申請與原住民族傳統智慧創作之關聯性：

¹⁵ 著作權法第 43 條規定：「著作財產權消滅之著作，除本法另有規定外，任何人均得自由利用。」

¹⁶ 本條例草案第 4 條立法說明指出，「原住民族智慧創作因地緣、群族等文化因素常具近似性，有時難以判斷其歸屬，因此有必要建立一套認定制度，並採登記保護原則，以建立公示及公信制度，確定其權利內容，爰明定受本條例保護之智慧創作，限於依法認定且經登記之原住民族傳統文化成果，並授權主管機關訂定智慧創作之認定標準。」，參見立法院第 6 屆第 1 會期第 2 次會議議案關係文書，院總第 1722 號，政府提案第 10043 號行政院所提草案，政 54 頁。

¹⁷ 註冊資料詳見經濟部智慧財產局專利檢索系統，<http://twpat7.tipo.gov.tw/tipowoc/tipowkm?%21%21FR%5EM526981>，106.10.10.最後點閱。

¹⁸ 參見「拼板舟淪為私人專利 高潞·以用：泯滅達悟族文化」，<https://today.line.me/tw/article/f9358b104dbdfd0c49108feae7782a7a80a4f4f7050f2a4144b4076f6ac157f0>，106.09.10.最後點閱。

（一）新型專利之本質

依據專利法，發明專利及設計專利較具價值，分別保護 20 年¹⁹及 12 年²⁰，必須進行實體審查。至於新型專利，因價值較低，僅保護 10 年²¹。由於專利審查耗時數年，為了避免價值低之專利審查案件拖累價值高之專利審查案件，專利法自 93 年 7 月 1 日起，對新型專利僅依第 112 條進行形式審查²²，包括請求標的是否屬物品形狀、構造或組合；是否妨害公共秩序或善良風俗；是否違反說明書、申請專利範圍、摘要及圖式之法定揭露方式；是否違反一新型一申請原則；修正是否明顯超出申請時說明書、申請專利範圍或圖式所揭露之範圍等等，並未就其是否符合專利實體要件進行審查，凡符合形式要件者，專利專責機關經濟部智慧財產局（以下稱智慧局）即應准予新型專利權²³。

對於僅經過形式審查之新型專利權，其權利內容仍處於不安定或不確定狀態，為防止專利權人不當行使或濫用權利，造成他人之損害，專利法規定新型專利權人必須先向智慧局申請，取得新型專利技術報告，始得對他人進行侵權警告²⁴。智慧局於製作報告時，如發現有不符專利法規定情事，將於報告中載明不符之比對說明，而任何人如認新型專利有違反專利要件之情形，亦得向智慧局提出舉發，撤銷該新型專利權。新型專利權人之專利權遭撤銷時，就其於撤銷前，因行使專利權所致他人之損害，除係基於新型專利技術報告之內容，且已盡相當之注意外，應負賠償責任²⁵。

本案專利僅係「拼板舟之結構」之新型專利權，並非「拼板舟之方法」之發明專利權，達悟族人指出其「設計的結構錯誤」，「汙衊達悟族人的傳統文化」，顯然係與達悟族千年傳承之拼板舟有所不同，舉發後之實體審查能否撤銷私人企業取得拼板舟之新型專利權，其關鍵點在於申請人有無創新結構設計，而不在是否涉及達悟族之傳統文化智財。

本件「拼板舟之結構」之新型專利權，其權利範圍之請求項 1 主張：「一種拼板舟之結構，其包含：一船底板，該船底板具有兩個側邊……；兩側板……；以及至少一 U 型龍骨……。」此與達悟族傳統之「拼板舟」結構相同，均係以龍骨底板與兩側板接合而成；另請求項 2 主張：「如請求項 1 所述之拼板舟之結構，其中該側板正面及背面印有圖騰、黏貼圖騰貼紙或自行彩繪之圖案。」該權利範圍及於拼板舟結構上之「圖騰」及「圖案」，而新型專利係「指利用自然法則之技術思想，對物品之形狀、構造或組合之創作」，二者顯然有極大差距，本案若進行實體審查，能否取得新型專利，非無疑義，然在

¹⁹ 專利法第 52 條第 3 項：「發明專利權期限，自申請日起算二十年屆滿。」

²⁰ 專利法第 135 條：「設計專利權期限，自申請日起算十二年屆滿；衍生設計專利權期限與原設計專利權期限同時屆滿。」

²¹ 專利法第 114 條：「新型專利權期限，自申請日起算十年屆滿。」

²² 93 年專利法修正「將新型專利由實體審查制改採形式審查制，主要是參考世界上主要國家新型專利審查制度，均將技術層次較低之新型專利，捨棄實體要件審查制，改採形式審查，以達到早期賦予權利之需求。」參見智慧局「智慧財產權專欄」系列十一，<https://www.tipo.gov.tw/dl.asp?fileName=系列11-我國專利新制度-新型形式審查.doc>，106.10.10.最後點閱。

²³ 專利法第 113 條：「申請專利之新型，經形式審查認無不予專利之情事者，應予專利，並應將申請專利範圍及圖式公告之。」

²⁴ 專利法第 116 條：「新型專利權人行使新型專利權時，如未提示新型專利技術報告，不得進行警告。」

²⁵ 專利法第 117 條：「新型專利權人之專利權遭撤銷時，就其於撤銷前，因行使專利權所致他人之損害，應負賠償責任。但其係基於新型專利技術報告之內容，且已盡相當之注意者，不在此限。」

該新型專利被撤銷前，外界總認定其新型專利權係有效存在，將影響達悟族人之權益甚明。

（二）專利申請與原住民族傳統智慧創作之關聯性

無論係「拼板舟之結構」之新型專利權或係「拼板舟之方法」之發明專利權，均為達悟族人所關切而期待獲得尊重及保護之傳統智慧，然「結構」及「方法」均為專利法保護之範疇，而本條例之保護標的僅及於「表達」²⁶，立法政策上若堅持本條例僅保護「原住民族傳統文化成果之表達」，則須於專利法中規範「原住民族傳統文化成果」之「結構」、「方法」或「設計」之專利權議題，此又牽涉幾項考量，包括：

1. 是否不准非原住民族或部落申請「原住民族傳統文化成果」之「結構」、「方法」或「設計」之專利權？

2. 如何限制非原住民族或部落需經原住民族或部落同意，始得實施「原住民族傳統文化成果」之「結構」、「方法」或「設計」？

3. 是否允許原住民族或部落，針對其「傳統文化成果」之「結構」、「方法」或「設計」，得不受專利法既有之新穎性嚴格條件限制，獲得各項專利權？

智慧局於本案爭議發生後，積極與原民會協調，於106年6月26日發布施行「涉及原住民族傳統智慧創作之專利申請案處理原則」，該原則除強化智慧局與原民會之協調聯繫管道之外，於第6點至第8點規範核駁之標準，而各該原則，有諸多待商榷之餘地如下：

1. 第6點規定，專利申請案涉及原住民族傳統智慧創作時，審查人員除審查相關專利要件外，應於審查意見通知書（函）請申請人修正、刪除涉及原住民族傳統智慧創作之特定名稱、詞彙或慣用語，或申復保留涉及原住民族傳統智慧創作之特定名稱、詞彙或慣用語之理由²⁷。然而，原住民族傳統智慧創作之「特定名稱、詞彙或慣用語」，並非本條例保護之標的，若以本條例作為要求修正、刪除之依據，顯然薄弱。智慧局之做法似乎係在專利申請形式要件上設定障礙，凡專利申請案有出現涉及原住民族傳統智慧創作之特定名稱、詞彙或慣用語者，不問任何原委，即先要求申請人修正、刪除，除非申請人提出申復要求保留，再由智慧局審查是否申復有理由。依法行政之程序上，智慧局應先取得法律依據，始得要求申請人於專利申請案中，不得任意出現涉及原住民族傳統智慧創作之特定名稱、詞彙或慣用語，惟其因無法律依據，乃於本原則中，以行政優勢直接要求修正、刪除，申請人除非提出申復程序說明不修正或刪除之理由，否則多在此原則之要求下，修正、刪除涉及原住民族傳統智慧創作之特定名稱、詞彙或慣用語。此等原則之設計，對於一般人之專利申請案涉及原住民族傳統智慧創作之特定名稱、詞彙或慣用語者，固然有立即阻絕之效果，其程序上卻有違反依法行政原則之嫌。

²⁶ 原住民族傳統智慧創作保護實施辦法第2條第1項第6款及第9款將「創造織物之方式」及「與社會文化生活相關之工藝、實用技術及使用之工具、工法」，分別納入「編織」及「民俗技藝」之保護範圍，若依本條例第3條關於「原住民族傳統智慧創作」之定義限於「文化成果之表達」，顯已逾越母法之授權，擴大保護範圍，並不合法。

²⁷ 涉及原住民族傳統智慧創作之專利申請案處理原則第6點：「涉及原住民族傳統智慧創作之專利申請案，審查人員除審查相關專利要件（新型為形式審查要件）外，應於審查意見通知書（函）中一併請申請人修正、刪除涉及原住民族傳統智慧創作之特定名稱、詞彙或慣用語，或申復保留涉及原住民族傳統智慧創作之特定名稱、詞彙或慣用語的理由。」

2.第7點分別規定不同專利申請案審查意見通知書(函)中,關於要求修正、刪除涉及原住民族傳統智慧創作之特定名稱、詞彙或慣用語等之法條依據。該項依據看似有理,其實僅係「暫定之推測」。該原則規定,專利申請案之「名稱」涉及原住民族傳統智慧創作之特定名稱、詞彙或慣用語者,或發明及新型專利申請案之「摘要、說明書(專利名稱除外)或申請專利範圍」、設計專利申請案之「說明書(專利名稱除外)」或專利申請案之「圖式」,涉及或註記原住民族傳統智慧創作之特定名稱、詞彙或慣用語者,或專利申請案之「圖式」註記原住民族傳統智慧創作之特定名稱、詞彙或慣用語者,分別依據專利法及其施行細則關於「不得冠以無關之文字²⁸」或「除必要註記外,不得記載其他說明文字²⁹」之規定,通知申復、修正或刪除³⁰。然而,若專利內容確實與原住民族傳統智慧創作有關,即使未經所屬原住民族或部落之同意,但非本條例保護標的或尚未經完成認定登記之標的,似無不准「冠以有關之文字」之理由,亦無「不得記載其他說明文字」之情事,則第7點所稱之法律依據,尚需具體審核專利申請案有無各該情事而適用,並非凡涉及原住民族傳統智慧創作之特定名稱、詞彙或慣用語者,即必然有「不得冠以無關之文字」或「不得記載其他說明文字」之情事。

3.第8點規定,若專利申請案已無不准專利之理由,惟申請案之名稱、摘要、說明書、申請專利範圍或圖式仍有涉及或註記原住民族傳統智慧創作之特定名稱、詞彙或慣用語,經通知申請人後仍未修正或刪除,如審查人員判斷申復無理由時,應分別為以下之處理:

(1)「專利申請案之『名稱』涉及原住民族傳統智慧創作之特定名稱、詞彙或慣用語,據『不得冠以無關之文字』為由,予以核駁³¹。」在此原則下,如專利申請案之「名稱」涉及原住民族傳統智慧創作之特定名稱、詞彙或慣用語,但其非屬「無關之文字」者,智慧局審查人員仍不得逕以核駁。以本案「拼板舟之結構」之新型專利申請案為例,其內容確實屬於達悟族人傳統之「拼板舟之結構」,申請案以「拼板舟」為名,並非「無關之文字」,智慧局仍應於完成形式審查後核准,依舊沒有解決本案非達悟族人竟可取得「拼板舟之結構」新型專利之爭議。

(2)「發明及新型專利申請案之『摘要、說明書(專利名稱除外)或申請專利範圍』、設計專利申請案之『說明書(專利名稱除外)』涉及原住民族傳統智慧創作之特定名稱、詞彙或慣用語,不得以申請

²⁸ 專利法施行細則第17條第4項規定:「發明名稱,應簡明表示所申請發明之內容,不得冠以無關之文字。」

²⁹ 專利法施行細則第23條第2項規定:「圖式應註明圖號及符號,並依圖號順序排列,除必要註記外,不得記載其他說明文字。」

³⁰ 涉及原住民族傳統智慧創作之專利申請案處理原則第7點:「審查意見通知書(函)之法條依據,說明如下:(一)專利申請案之「名稱」涉及原住民族傳統智慧創作之特定名稱、詞彙或慣用語,發明以違反專利法第26條第4項暨專利法施行細則第17條第4項規定;新型以違反專利法第112條第3款暨專利法施行細則第45條準用第17條第4項規定;設計以違反專利法第126條第2項暨專利法施行細則第51條第1項規定,「不得冠以無關之文字」通知申復、修正或刪除。(二)發明及新型專利申請案之「摘要、說明書(專利名稱除外)或申請專利範圍」、設計專利申請案之「說明書(專利名稱除外)」涉及原住民族傳統智慧創作之特定名稱、詞彙或慣用語,以不帶法效通知申復、修正或刪除。(三)專利申請案之「圖式」註記原住民族傳統智慧創作之特定名稱、詞彙或慣用語,發明以違反專利法第26條第4項暨專利法施行細則第23條第2項規定;新型以違反專利法第112條第3款暨專利法施行細則第45條準用第23條第2項規定,「除必要註記外,不得記載其他說明文字」通知申復、修正或刪除。」

³¹ 涉及原住民族傳統智慧創作之專利申請案處理原則第8點(一)。

人未申復、修正、刪除或申復無理由為由，據以核駁³²。」此項規定乃當然之理，不定自明。亦即，若該等申請資料有涉及原住民族傳統智慧創作之特定名稱、詞彙或慣用語，而其屬「必要註記」，智慧局審查人員依法自不得以申請人未申復、修正、刪除或申復無理由為由，據以核駁，本原則僅係重申斯旨而已。以本案「拼板舟之結構」之新型專利申請案為例，其內容確實屬於達悟族人傳統之「拼板舟之結構」，申請案之「摘要、說明書或申請專利範圍」出現「拼板舟」一詞，並非「不必要之說明文字」，智慧局仍應於完成形式審查後核准，依舊沒有解決本案非達悟族人竟可於「摘要、說明書或申請專利範圍」出現「拼板舟」，並取得「拼板舟之結構」新型專利之爭議。

(3)「專利申請案之『圖式』註記原住民族傳統智慧創作之特定名稱、詞彙或慣用語，據『除必要註記外，不得記載其他說明文字』為由，予以核駁³³。」此項原則重申專利法暨專利法施行細則相關規定之文字，然若該等申請案之「圖式」註記原住民族傳統智慧創作之特定名稱、詞彙或慣用語，而其屬「必要註記」，智慧局審查人員依法自不得據以核駁。以本案「拼板舟之結構」之新型專利申請案為例，其內容確實屬於達悟族人傳統之「拼板舟之結構」，申請案之「圖式」註記「拼板舟」一詞，並非「不必要之說明文字」，智慧局仍應於完成形式審查後核准，依舊沒有解決本案非達悟族人竟可於「圖式」註記「拼板舟」，並取得「拼板舟之結構」新型專利之爭議。

綜合前述分析，智慧局對於涉及原住民族傳統智慧創作之專利申請案爭議，固然有所回應，但由於限制申請之法律依據不足，僅能以行政優勢之地位，於「涉及原住民族傳統智慧創作之專利申請案處理原則」中，試圖阻絕非原住民族或部落之人於專利申請案中，使用原住民族傳統智慧創作之特定名稱、詞彙或慣用語，至於在形式及實體審查過程中，如無違反專利法暨專利法施行細則相關規定者，智慧局審查人員依法仍不得予以核駁。相對而言，原住民族與部落所關切者，不僅在禁止他人於專利申請案中使用其傳統智慧創作之特定名稱、詞彙或慣用語，更進一步期待禁止他人將其傳統智慧或文化表達成果或方法等，作為申請各種專利之元素，若未透過法律之修正，並無從落實此項期待。

三、99 年「賽德克·巴萊」申請商標案

99 年魏德聖拍攝賽德克族領袖莫那魯道率領族人抗日事蹟之「賽德克·巴萊」電影推出，在此之前，其早於 98 年透過其所屬果子電影公司將「賽德克·巴萊」完成註冊商標，指定使用於 8 項分類，包括印刷品、杯、碗、皮包、布料、衣服等商品及百貨公司、影片錄影片碟影片之製作發行、餐廳等服務等 300 多項商品，甚至有及於褲襠、尿布者，引發賽德克族人不滿。

據果子電影有限公司之說明，其係基於前一部電影「海角七號」上映後，「市場充斥打著電影紀念商品的仿冒品，許多參差不齊品質的商品，造成市面上的混淆，以及消費者的權益受損。加上已知道有智慧財產權蟑螂想要惡意搶先註冊『賽德克·巴萊』，為了保護已經開始籌備的電影本身與形象，以及確保將來能夠順暢宣傳與上映，於是以正常的電影製作流程，向經濟部智慧財產局登記註冊『賽德克·巴萊』片名標準字於八大類商品，以利日後開發電影週邊紀念商品或贈品，來增加電影行銷宣傳的影響效果³⁴。」

³² 涉及原住民族傳統智慧創作之專利申請案處理原則第 8 點（二）。

³³ 涉及原住民族傳統智慧創作之專利申請案處理原則第 8 點（三）。

本案原民會主張智慧局依據本條例不應准予商標註冊，惟智慧局依商標法並無權不准或撤銷「賽德克·巴萊」註冊商標，最後係於各方壓力下，以果子電影公司拋棄商標權，由智慧局撤銷商標註冊之方式落幕。

本案一方面應從商標法之規定理解，另一方面也應考量商標權申請與原住民族傳統智慧創作之關聯性：

（一）商標法之規定

商標係用以指示商品或服務來源之標識，商標法採註冊保護制度，藉由商標之註冊，使權利人得以專用其註冊之商標，並排除他人未經同意而有損害其權益之使用行為³⁵。申請註冊之商標，依法須先經智慧局審查有無法定不得註冊事由，包括是否與在先申請或註冊之商標相衝突，始取得商標權或標章權。

關於商標註冊之積極要件及消極要件，分別定於商標法第 29 條及第 30 條，前者係指商標需具備識別性³⁶，後者係指商標不得註冊事由。商標自獲准註冊公告之日起，由商標權人取得 10 年商標權，期滿得申請延展，每次延展 10 年，延展次數無限³⁷，但以有使用為必要，否則將受到廢止商標權之命運³⁸。對於原本就不該獲准之商標註冊，商標法並有異議及評定程序，使商標專責機關依法撤銷已註冊之商標註冊。

（二）商標申請與原住民族傳統智慧創作之關聯性

關於商標註冊與原住民族傳統智慧創作有關者，包括商標法第 29 條所規定未具備識別性之「僅由描述所指定商品或服務之品質、用途、原料、產地或相關特性之說明所構成者」及第 30 條所列消極要件之「妨害公共秩序或善良風俗者」、「使公眾誤認誤信其商品或服務之性質、品質或產地之虞者」、「有著名之法人、商號或其他團體之名稱，有致相關公眾混淆誤認之虞者」及「商標侵害他人之著作權、專利權或其他權利，經判決確定者」等。

「賽德克·巴萊」一詞，依據魏德聖所述，其意義係指「真正的賽德克人」，由於單純之名詞並非「創作」，更非本條例所稱之「原住民族傳統智慧創作」，若據本條例限制他人使用，於法並不相合。本案原民會主張智慧局應依本條例核駁「賽德克·巴萊」之商標註冊，顯屬誤解。事實上，在此之前，

³⁴ 果子電影有限公司之說明，詳見 <https://m.nownews.com/news/642476>，106.09.10.最後點閱。

³⁵ 商標法第 2 條規定：「欲取得商標權、證明標章權、團體標章權或團體商標權者，應依本法申請註冊。」

³⁶ 商標法第 29 條規定：「商標有下列不具識別性情形之一，不得註冊：一、僅由描述所指定商品或服務之品質、用途、原料、產地或相關特性之說明所構成者。二、僅由所指定商品或服務之通用標章或名稱所構成者。三、僅由其他不具識別性之標識所構成者。有前項第一款或第三款規定之情形，如經申請人使用且在交易上已成為申請人商品或服務之識別標識者，不適用之。商標圖樣中包含不具識別性部分，且有致商標權範圍產生疑義之虞，申請人應聲明該部分不在專用之列；未為不專用之聲明者，不得註冊。」

³⁷ 商標法第 33 條規定：「商標自註冊公告當日起，由權利人取得商標權，商標權期間為十年。商標權期間得申請延展，每次延展為十年。」

³⁸ 商標法第 63 條第 1 項第 2 款規定：「無正當事由迄未使用或繼續停止使用已滿三年者」，商標專責機關應依職權或據申請廢止其註冊。

智慧局已核准「魯凱」（85年9月1日，第18類，註冊號碼：00723816）、「布農族」（92年6月16日，第42類，註冊號碼：00181864）、「阿美族」（93年3月16日，第35類，註冊號碼：1089687）、「卑南」（90年9月16日，第30類，註冊號碼：00956858）、「卑南王」（93年1月16日，第35類，註冊號碼：00956858）等商標註冊。其後，也曾准許「金花軒卑南包子店」（99年7月1日，第30類，註冊號碼：01417400）商標註冊。據此可知，依現行商標法規定，原住民族或部落之名稱，並不在商標註冊之明文禁止中，除非其符合前述與原住民族傳統智慧創作有關第29條及第30條所列要件。

智慧局於本案爭議發生後，積極與原住民族委員會協調，於106年2月15日發布施行「涉及原住民文化表達之商標審查原則」，依該項原則所述，其係針對「商標涉及原住民文化表達之元素者，為尊重原住民族傳統文化及保護原住民智慧創作，避免核准第三人註冊取得商標權，造成權利衝突之情形」，乃訂定該審查原則供審查人員參考，以齊一審查觀點。

該審查原則與本條例之關係，除強化智慧局與原民會之協調聯繫管道之外，未必能真正排除以原住民族或部落元素申請商標註冊，分述如下：

（一）本條例關於第3條所明定「原住民族傳統智慧創作」之範圍，包括「原住民族傳統之宗教祭儀、音樂、舞蹈、歌曲、雕塑、編織、圖案、服飾、民俗技藝或其他文化成果之表達」，其中，得成為商標保護之標的者，以「圖案」較為可能，不在「原住民族傳統智慧創作」之範圍而涉及原住民族之元素者，則可歸類為「原住民族傳統文化表達」。審查原則將涉及原住民文化表達之商標，區分為「原住民族之族名、部落名稱或族圖騰」、「經登記之原住民族傳統智慧創作」及「原住民族文化表達相關之其他元素」三種類型，其所使用之「圖騰」，異於本條例保護之「圖案」，偏向於抽象性之「概念」，不似「圖案」屬於明確固定之「表達」，至於「經登記之原住民族傳統智慧創作」，則係因依本條例認定登記之「原住民族傳統智慧創作」，始受本條例保護，自不宜由他人作為商標之註冊。至於「原住民族文化表達相關之其他元素」，既不在「原住民族之族名、部落名稱或族圖騰」，亦不屬「經登記之原住民族傳統智慧創作」，應包括「未經登記之原住民族傳統智慧創作」及「原住民族之族名、部落名稱或族圖騰以外之原住民族文化表達相關之其他元素」。

（二）原住民族之族稱、部落名稱，雖係表示原住民族本身相關之說明，但名詞本身並非必然不得做為指定使用於商品或服務，原住民族之族稱、部落名稱，自亦可能具備商標所欲達到指示商品或服務來源之功能。又即使其經他人註冊取得商標權，原住民族或部落如非將該原住民族之族稱、部落名稱作為商標之使用³⁹，或於他人註冊前已經善意使用為商標，自仍得繼續自由使用該族稱、部落名稱⁴⁰。審查原則指稱，「原住民族族稱、部落名稱或族圖騰係表示原住民族本身相關之說明，以之指定使用於商

³⁹ 並非所有對於商標之使用，均構成商標法所稱之「商標之使用」，商標法第5條規定：「商標之使用，指為行銷之目的，而有下列情形之一，並足以使相關消費者認識其為商標：一、將商標用於商品或其包裝容器。二、持有、陳列、販賣、輸出或輸入前款之商品。三、將商標用於與提供服務有關之物品。四、將商標用於與商品或服務有關之商業文書或廣告。前項各款情形，以數位影音、電子媒體、網路或其他媒介物方式為之者，亦同。」若非屬前述使用範圍之使用，既非商標法所稱之「商標之使用」，商標權人自無權禁止。

⁴⁰ 依商標法第36條第1項第3款規定，「在他人商標註冊申請日前，善意使用相同或近似之商標於同一或類似之商品或服務者」，「但以原使用之商品或服務為限；商標權人並得要求其附加適當之區別標示。」

品或服務，不具商標指示商品或服務來源之功能，且不宜由特定人或企業所專用，而使原住民族無法自由使用該族稱、部落名稱或族圖騰。」其真正之理由在於認為原住民族族稱、部落名稱「不宜由特定人或企業所專用」，其他所稱「以之指定使用於商品或服務，不具商標指示商品或服務來源之功能」或將「使原住民族無法自由使用該族稱、部落名稱」，並非真正之原因。而此「不宜由特定人或企業所專用」，僅屬本原則之目的，事實上並無法律之禁止依據。

（三）審查原則於「1.1. 不具商標識別性」中規定，「商標僅由原住民族族名、部落名稱或族圖騰所構成，申請人為該族、該部落之族人，用以表示商品製造者或服務提供者，並非傳達指示商品或服務來源的標識，不具商標識別性，依商標法第29條第1項第3款規定，不准其註冊。」然而，如商標僅由原住民族族名、部落名稱或族圖騰所構成，申請人為該族、該部落之族人，其並非用以表示商品製造者或服務提供者，而係作為傳達指示商品或服務來源的標識，即可被認為具商標識別性，如無其他不應准許註冊之事由，智慧局自不得否准其註冊。至於商標圖樣中包含族名、部落名稱或族圖騰，其整體具識別性，申請人為該族、該部落之族人者，如申請人聲明該部分不專用，智慧局亦應核准其註冊。

（四）原住民族傳統智慧創作依本條例第4條規定，須經原民會認定並登記後，始取得傳統智慧創作專用權之保護，而該項保護並不得影響智慧創作專用權人或第三人依其他法律所取得之權益⁴¹，審查原則乃明定「在原民會依法登記之前，若與註冊商標造成權利衝突時，自無溯及禁止或排除在先註冊商標之權利。」⁴²

（五）經依本條例認定登記而受保護之智慧創作專用權，除法律另有規定或契約另有訂定外，應以特定民族、部落或全部原住民族名義，專有使用及收益其智慧創作之財產權，並行使智慧創作之權利⁴³，惟其所屬原住民族、部落之個人就該智慧創作，得自由使用收益，並不受限制⁴⁴。審查原則規定，「有關原住民族傳統智慧創作、族語拼音或其象徵性圖紋、圖騰等元素，申請人如為所屬原住民族或該部落之族人，在不牴觸相關法規之情形下，其商標註冊無違背國家公共利益之虞。但相對於原住民族族人均得自由使用的部分，仍不得由某一特定族人取得專屬排他權，為避免商標權範圍產生疑義，應聲明不專用。」然而，商標法關於「聲明不專用」，主要在限制商標權人就「商標圖樣中包含不具識別性部分」不得享有專用權⁴⁵，使他人得自由使用而不被認為侵害商標權，並不在使消費者清楚認知該部分不歸商標權人所專用，商標權人就原住民族傳統智慧創作、族語拼音或其象徵性圖紋、圖騰等元素「聲

⁴¹ 本條例第22條規定：「本條例之規定，不影響智慧創作專用權人或第三人依其他法律所取得之權益。」

⁴² 先前負責「原住民族傳統智慧創作保護推動專案辦公室計畫」執行之清華大學科技法律研究所黃居正教授主張：「條例所承認之文化權利是具溯及性的傳統權利」參見氏著「要有知識：回應章忠信先生對「原創條例」的批評」，刊載於原住民族文獻，2016年2月第25期，<http://ihc.apc.gov.tw/Journals.php?pid=634&id=917>，106.10.10.最後點閱。若原民會認定並登記後之傳統智慧創作專用權能產生溯及效果，將嚴重影響先註冊之商標權人權益，智慧局之審查原則乃明文限制溯及之可能。

⁴³ 本條例第10條第3項規定：「智慧創作專用權人除法律另有規定或契約另有訂定外，應以特定民族、部落或全部原住民族名義，專有使用及收益其智慧創作之財產權，並行使前項之權利」。

⁴⁴ 本條例第10條第4項規定：「原住民就其所屬民族、部落或全部原住民族之智慧創作，得使用收益，不受前項及第十四條規定之限制」。

⁴⁵ 商標法第29條第3項規定：「商標圖樣中包含不具識別性部分，且有致商標權範圍產生疑義之虞，申請人應聲明該部分不在專用之列；未為不專用之聲明者，不得註冊。」

明不專用」，實際上仍有使用之事實，僅係產生就聲明之部分「不得專用」之效果而已。審查原則所稱之「聲明不專用」，如係針對申請人所屬原住民族或部落之其他族人，而非「商標圖樣中包含不具識別性部分」，應已超出商標法所要求限制範圍之規範，其聲明應屬無效，則其他族人依本條例或習慣得自由使用其所屬原住民族傳統智慧創作、族語拼音或其象徵性圖紋、圖騰等，是否因此即當然得自由使用該註冊商標，將滋生疑義。本文認為，商標權屬於排他之專用權，縱使依其他法律或習慣，其他族人得使用其所屬原住民族傳統智慧創作、族語拼音或其象徵性圖紋、圖騰等，在商標法無明文對商標權為限制規定前，並不必然即得使用該註冊商標。

（六）申請註冊之商標，如僅有原住民族文化表達相關之其他元素，包括尚未經認定登記之原住民族傳統智慧創作，而易與特定原住民族產生直接聯想者，該等元素易使消費者認為係商品裝飾花紋、商品包裝之背景，或用以說明商品內容、性質或功能等特徵與原住民相關，並非傳達指示商品或服務來源標識，審查原則規定，應依商標法第 29 條第 1 項第 1 款及第 3 款規定，以其不具識別性而否准其註冊。惟若原住民族或部落之族人以含有其所屬原住民雕塑、編織、圖案、紋路、服飾等元素作為商標，標識整體具識別性，為避免影響其他族人自由使用，審查原則規定應依商標法第 29 條第 3 項規定，「得由申請人聲明該部分不專用後，核准其註冊；申請人未為不專用之聲明者，不得註冊」。如前所述，商標法關於「聲明不專用」，主要在限制商標權人就「商標圖樣中包含不具識別性部分」不得享有專用權，其具有對世之效果，而非對人之效果，若僅為對自己族人「聲明不專用」之目的，卻做出對世效果之「聲明不專用」，似又過度限制商標權人之權限。又如係針對其所屬原住民雕塑、編織、圖案、紋路、服飾等元素聲明不專用，則其具原住民族元素特色之商標，亦失其意義。本文因此認為，涉及原住民族文化表達之商標，無論係「原住民族之族名、部落名稱或族圖騰」、「經登記之原住民族傳統智慧創作」或「原住民族文化表達相關之其他元素」，應僅得由所屬原住民族或部落為申請人，並經註冊取得商標權，其所屬族人固得自由利用「原住民族之族名、部落名稱或族圖騰」、「經登記之原住民族傳統智慧創作」或「原住民族文化表達相關之其他元素」，並不當然得自由利用該等商標，其仍應依據內部規則或習慣，獲得授權而利用商標，至於是否辦理商標授權登記，則由被授權人自行評估是否使其授權發生對抗第三人之效力而定⁴⁶。

（七）申請註冊之商標，如含有原住民族文化表達相關之其他元素，而其所指定使用之商品或服務內容、於商業交易市場上使用在特定商品或服務的方式，有使人產生詆毀原住民族之負面感受或印象，或引起原住民族族群之憤怒，對公共秩序或社會善良風氣有負面影響者，審查原則認為得優先適用商標法第 30 條第 1 項第 7 款「妨害公共秩序或善良風俗者」，不予註冊。何種情形構成「妨害公共秩序或善良風俗者」，智慧局於商標法逐條釋義中曾列舉 7 項例示，包括：（一）有散布犯罪、暴力、恐怖主義、叛亂或擾亂社會秩序之虞；（二）冒犯國家民族尊嚴；（三）冒犯宗教尊嚴；（四）冒犯特定社會族群或團體尊嚴；（五）冒犯特定人尊嚴；（六）使人心生恐怖或提倡迷信，影響身心健康；（七）敗壞風化、淫穢、粗鄙不雅之語言或圖形⁴⁷。本款規定充滿不確定因素，允宜節制適用，否則將導致只要原住民族或部落反對，即應不予註冊，對申請人未必公平。

（八）對於申請人非為原住民族或部落之族人，實際上與原住民族並無關聯，而其商標圖樣中含有

⁴⁶ 商標法第 39 條第 2 項規定：「前項授權，非經商標專責機關登記者，不得對抗第三人。」

⁴⁷ 智慧局 106 年元月新出版商標法逐條釋義第 84 頁。

原住民族族名、部落名稱、族圖騰或與原住民族文化表達相關之構成元素者，消費者對其指示商品或服務來源易與原住民族產生直接聯想，審查原則認為得以商標法第 30 條第 1 項第 8 款「使公眾誤認誤信其商品或服務之性質、品質或產地之虞者」為由，不予註冊。本案魏德聖拍攝之「賽德克·巴萊」電影，消費者皆知係為行銷該電影之用，無欺瞞或試圖欺瞞消費者，不致使其對相關商品之性質、品質、產地、成分或內容物等有錯誤認知，消費者接觸該商標後，不致產生誤認誤信之情形，應無據此不予註冊之理由。

（九）審查原則縱使有前述各項不予註冊之規定，考量社會事實變化多端，難以一以概之，乃於「5.2.其他客觀事證參酌因素」中，允許非該原住民族或該部落族人之申請人，雖以「原住民族之族名、部落名稱或族圖騰」、「經登記之原住民族傳統智慧創作」或「原住民族文化表達相關之其他元素」之標識作為商標之一部分，指定使用於該原住民族或該部落有關之商品或服務，然若依客觀事證分析，無使人誤認誤信之虞者，經申請人聲明不專用後，仍得核准其註冊。

（十）混搭不同原住民族之文化表達元素於一商標而申請註冊，混亂各民族之獨特性及高度文化認同價值，不符合任一原住民族表徵，將使原住民族或部落產生不尊重或輕蔑各原住民族文化之負面感受者，審查原則規定，得引用商標法第 30 條第 1 項第 7 款「妨害公共秩序或善良風俗者」，不予註冊。

伍、原住民族傳統智慧創作保護面臨之疑義與修正建議

本條例自 96 年底制定公布，歷經八年有餘，原民會始於 104 年上半年訂定發布原住民族傳統智慧創作保護實施辦法及原住民族傳統智慧創作保護共同基金收支保管及運用辦法，而迄今尚未有任何核准登記案，再觀察前述相關案例可知，本條例於各該案例並無法產生合理之解決效果，是本條例之立法目的與實際欲解決之議題，仍有極大差距，此非戰之罪，絕非可歸責於原民會之行政怠惰，而係因本條例之相關規定窒礙難行所致。其中之疑義與修正建議，分述如下：

一、保護標的之用詞

本條例將保護標的定名為「原住民族傳統智慧創作」，法律英譯則為 traditional intellectual creations of indigenous peoples，第 3 條並將「原住民族傳統智慧創作」定義為「係指原住民族傳統之宗教祭儀、音樂、舞蹈、歌曲、雕塑、編織、圖案、服飾、民俗技藝或其他文化成果之表達。(traditional religious ceremonies, music, dance, songs, sculptures, weaving, patterns, clothing, folk crafts or any other expression of the cultural achievements of indigenous peoples.)」然而，國際間於討論保護原住民族傳統文化成果表達，多將其定位為「民俗創作之表達(expressions of folklore, TCEs)」⁴⁸或「文化之表達(cultural expression)」⁴⁹，而非「創作(creation)」。仔細探究本條例保護之標的，其中，「原住民族傳

⁴⁸ 1982 年聯合國教科文組織(UNESCO)與 WIPO 於日內瓦所召開的政府專家委員會通過了「各國有關保護民間文學藝術作品以對抗非法利用及其他損害行為之法律之標準條款(Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions)」。

⁴⁹ 世界智慧財產權組之(WIPO)於 2000 年成立「關於智慧財產權、遺傳資源、傳統知識及民俗創作之政府間委

統之音樂、舞蹈、歌曲、雕塑、編織、圖案」固屬著作權法所稱之「創作」，然而，「原住民族傳統之宗教祭儀、圖騰、服飾、民俗技藝」，又如前述「小米女神」案中，於特定期間對傳說中之矮人紀念及涉及是否能豐收之傳統祭儀「巴斯達隘」，或係傳統深信為「小米女神」之雷女娃恩，僅屬於「原住民族傳統之文化表達」，未必落入「創作」之範疇，若能將本條例之「原住民族傳統智慧創作(traditional intellectual creations of indigenous peoples)」，修正為「原住民族傳統文化表達(traditional cultural expression of indigenous peoples)」，或較為妥適。

二、權利之賦予

本條例於第 10 條賦予，原住民族或部落就其傳統智慧創作，享有「智慧創作財產權」及「智慧創作人格權」之「智慧創作專用權」。然而，本條例制定之法源原住民族基本法僅於第 10 條明文揭示：「政府應保存與維護原住民文化。」並於第 13 條規定：「政府對原住民族傳統之生物多樣性知識及智慧創作，應予保護，並促進其發展；其相關事項，另以法律定之。」並未明文要求應賦予專有權。原住民族關切其傳統智慧創作之保護者，文化尊重大於經濟利益之分配，若使他人使用其傳統智慧創作，應依原住民族或部落之習慣，不以詆毀、不尊重或不洽當之方式為之應才係重點，至於經濟利益之分配與分享，僅係附帶之效益。一旦以法律賦予智慧創作專用權，將立即面臨權利保護範圍、權利歸屬何原住民族或部落、其權利期間多久等明確性爭議議題。

目前，本條例難以完成智慧創作專用權之認定、登記及公告，極大部分原因在難以釐清權利歸屬及其範圍。未來修正方向，或許可以考慮僅從文化資產之尊重與保存之角度，採自由登錄及聲請許可使用，並由原民會裁定使用報酬，使用於有助於保存或推廣原住民族傳統智慧創作之公益活動，不必賦予特定原住民族或部落專有權利，較易鼓勵聲請認定登記，亦可避免特定原住民族或部落僅純粹基於各自之好惡而非文化、習俗或傳統之原因，任意限制他人就其傳統智慧創作之利用。文化資產保存法第 8 條第 4 項：「中央主管機關應寬列預算，專款辦理原住民族文化資產之調查、採集、整理、研究、推廣、保存、維護、傳習及其他本法規定之相關事項。」若透過本條文以客觀之調查研究程序，確認原住民族文化資產或傳統智慧創作之源遠流長過程，應可大幅降低確認歸屬之難度。

三、「智慧創作專用權」之範圍

本條例保護之「原住民族之傳統智慧創作」，依第 3 條明定「係指原住民族傳統之宗教祭儀、音樂、舞蹈、歌曲、雕塑、編織、圖案、服飾、民俗技藝或其他文化成果之表達」經原住民族或部落申請（條例第 6 條），由主管機關（即原民會）認定並登記後（條例第 4 條），取得「智慧創作專用權」（條例第 7 條），這項權利的內容，包括「智慧創作財產權」及「智慧創作人格權」（條例第 10 條）。

員會(the WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, IGC)」，作為該組織討論建立保護遺傳資源、傳統知識及民俗創作國際標準之主要論壇，讓各會員國政府集中討論如何保障包括原住民族傳統文化表達之相關議題。2011 年 7 月，IGC 於第 19 屆會議中，提出一份「保護傳統文化表達(THE PROTECTION OF TRADITIONAL CULTURAL EXPRESSIONS: DRAFT ARTICLES, WIPO/GRTKF/IC/19/4)」的條文約本草案。

這項立法參考著作權法第 10 條之 1 規定，僅保護「原住民族傳統之宗教祭儀、音樂、舞蹈、歌曲、雕塑、編織、圖案、服飾、民俗技藝或其他文化成果之表達」，並不保護「表達」所含的「方法」或「觀念」。⁵⁰

著作權法第 10 條之 1 規定：「依本法取得之著作權，其保護僅及於該著作之表達，而不及於其所表達之思想、程序、製程、系統、操作方法、概念、原理、發現。」亦即著作權法保護「表達」，而不保護「表達」所含的「方法」或「觀念」。此係為避免「方法」或「觀念」被壟斷，不利「方法」或「觀念」之傳承、散布或流通。如欲壟斷或獨占某一種「方法」或「觀念」，應視該「方法」或「觀念」能否跨過專利法之高門檻，以決定是否能禁止他人執行該「方法」或「觀念」。否則，同一個「方法」或「觀念」，得以不同「表達」呈現，首先研發出該「方法」或「觀念」之人，無從透過著作權法禁止他人就該「方法」或「觀念」，以其他方式另作「表達」。智慧財產法院 97 年度刑智上易字第 63 號刑事判決認定，任何人均得以傳統原住民之圖騰、服飾為藍本，創作原住民公仔，不至於相互侵害著作權⁵¹。

然而，僅保護「原住民族之傳統智慧創作」之「文化成果之表達」，並無法滿足原住民族或部落之需求，由過去所具體發生之案例得知，其所期盼者，實包括與「原住民族之傳統智慧創作」「相同或近似」之「文化成果之表達」，甚至擴及於「方法」、「觀念」或「程序」⁵²。以過去所生爭議案件觀察，海角七號電影中所出現排灣族或魯凱族傳統琉璃珠，排灣族或魯凱族所要求之保護，絕非僅限於某一個別創作完成之琉璃珠「表達」，而係認為琉璃珠之所有及配帶，應符合貴族、勇士或平民身分⁵³；魯凱族傳統常見之「原住民雙手各執一隻百步蛇」之圖騰，並不限於某一幅「原住民雙手各執一隻百步蛇」之圖騰應受保護，而係指任何外人繪製「原住民雙手各執一隻百步蛇」之相近似圖騰，亦須取得魯凱族之同意或授權⁵⁴，此已幾近商標權之禁止「相同或近似」之保護範疇；「小米女神」案中，賽夏族

⁵⁰ 本條立法說明述及：「惟為避免保護過於廣泛，參考著作權法第十條之一之精神，將保護標的限於創作之表達，而不及於構想部分，以開放後人思想創作之自由空間。」

⁵¹ 智慧財產法院 97 年度刑智上易字第 63 號刑事判決：「原住民之服飾及造型，本來就比較多樣化，色彩亦較鮮艷，此有被告所提原住民之服飾穿著照片附於本院卷為憑，而告訴人之公仔其服飾及造型亦不脫離原住民之傳統服飾及造型，且告訴人亦自承其係以各個不同原住民族群之傳統服飾為其創作之基礎，進而將各個不同原住民族群之文化傳統加以闡揚而顯現在其創作之原住民公仔，是以此亦係以傳統原住民之服飾為其藍本，衡以前開原住民之服飾、圖騰均行之有年，因此只要對原住民稍有關心之人均可輕易將前開圖騰、服飾予以表現在藝術創作上，本件告訴人與被告之原住民公仔，既仍存有前開所述之相異點，尚難逕以二者部分特徵雷同，遽認為被告之公仔有抄襲告訴人著作之情事。」

⁵² 本條例之立法，確實故意限制其保護範圍，避免不利智慧傳承與擴散，參閱本條例草案起草者蔡明誠，「為避免保護範圍過於廣泛，其保護範圍，擬予以適當限縮，即所謂智慧創作，並未包括技術成果之發明或新型以及依現行著作權法可以保護的表演人創作（例如傳統歌舞由現代原住民加以公開演出而取得表演人的創作保護權）。」同註 4 第 8 頁。

⁵³ 參見「原住民社會 琉璃珠成身分表徵」，<http://cn.epochtimes.com/b5/4/4/1/n498355.htm>，106.10.10.最後點閱。

⁵⁴ 臺灣高等法院高雄分院 89 年度上易字第 2183 號刑事判決認定，襲自原住民古老圖騰之圖案不具原創性，他人得予複製。「被告乙○○所製作之提帶、背包上之圖案，與告訴人得獎作品，其中原住民雙手各執一隻百步蛇部分及繪有雙蛇之陶壺部分，雖大致相近，但該原住民戴帽雙手各執一隻百步蛇之圖案，繪有雙蛇之陶

關切外人醜化「小米女神」及將傳統祭儀「巴斯達隘」編成舞台劇任意公開演出；拼板舟申請新型專利案，達悟族人關切外人不得濫用於其族群中具有一定程序與身分始得進行並完成之拼板舟建造；「賽德克·巴萊」申請商標案，賽德克關切其族名被不當申請商標。凡此，均非著作權保護之「表達」範圍所及。智慧局雖事後發布施行「涉及原住民族傳統智慧創作之專利申請案處理原則」及「涉及原住民文化表達之商標審查原則」，然而，該二項原則無解於事前所核准之拼板舟申請新型專利案及「賽德克·巴萊」申請商標案，其仍係透過兩案之權利人放棄權利以獲得收場，對於未來之專利或商標註冊類似申請案件，實際上固然得暫時遏止他人不當申請，畢竟於法制上仍有諸多瑕疵，其所欲達到之效果，及於原住民族傳統之概念或方法，亦非本條例所能全部含括保護。該二項原則努力於既有專利法與商標法之規定，尋求以行政解釋或事實認定，對於原住民族或部落之訴求給予回應，其產生之效果如刀之兩刃，無法兼顧原住民族或部落及申請人之利益均衡，無論如何，最終仍須於專利法及商標法之法律位階上，一併處理，取得法律依據。同理，原民會所訂定本條例之實施辦法雖試圖於第2條第1項第6款及第9款將「創造織物之方式」及「與社會文化生活相關之工藝、實用技術及使用之工具、工法」，分別納入「編織」及「民俗技藝」之保護範圍，卻已逾越本條例第3條關於「原住民族傳統智慧創作」之定義限於「文化成果之表達」之範圍，只有重新定義該「原住民族傳統智慧創作」之範圍，使其不限於「表達」，擴大及於「使用方式與概念」，始能符合原住民族及部落之期待。

四、「智慧創作專用權」之取得

本條例第4條規定，智慧創作應經主管機關原民會，依其所定之認定標準認定並登記後，始能受本條例之保護。亦即「智慧創作專用權」之取得，必須經由申請、認定及登記之程序，並非如著作權法之創作保護主義⁵⁵。這項立法係考量「原住民族智慧創作因地緣、族群等文化因素常具近似性，有時難以判斷其歸屬，因此有必要建立一套認定制度，並採登記保護原則，以建立公示及公信制度，確定其權利內容」⁵⁶。然而，「原住民族之傳統智慧創作」存在久遠，早於國家之建立或現行相關法律之制定，實際存在於原住民族或部落之日常生活，如今新制定之本條例卻要求原住民族或部落，對於原本就屬於自己之「原住民族之傳統智慧創作」，必須透過向政府申請，經外人認定，獲准登記，始能取得「智慧創作專用權」而受本條例之保護。此一立法思維，從原住民族或部落之角度而言，與前述國家立法要求原住民族或部落之土地權利歸屬必須完成登記始能取得所有權，或入山採集、狩獵必須申請獲准始得執行，一樣荒謬而難以想像。此亦為何以本條例自96年制定通過後，原住民族委員會經多年努力宣導、

壺之圖案，在劉其偉早在民國六十一年即編著有台灣原住民文化藝術一書第十二頁魯凱族少女的傳統盛裝之圖片，其少女服飾即已出現此圖騰，一九九三年（即民國八十二年）洪英聖所著有之台灣先住民腳印一書亦曾出現此圖騰，因此，告訴人之圖案乃襲自原住民古老圖騰，已不具有原創性，告訴人圖案之意境原住民戴帽雙手各執一隻百步蛇之圖案，繪有雙蛇之陶壺之圖案），與前述書籍原住民戴帽雙手各執一隻百步蛇之圖案，繪有雙蛇之陶壺之圖案之意境相同，尚不得謂係告訴人首先創作，亦不得謂告訴人有得獎而謂係其首先創作。」實則，自著作權法之角度觀之，「原住民雙手各執一隻百步蛇」僅係一種「概念」，而非「表達」，任何人均得依據「原住民雙手各執一隻百步蛇」之「概念」，另行創作而不致構成侵害著作權。

⁵⁵ 著作權法第10條本文規定：「著作人於著作完成時起享有著作權。」

⁵⁶ 本條立法說明。

推廣及輔導之後，迄今仍無獲准登記案之主要原因。

「原住民族之傳統智慧創作」之歸屬，係事實認定之議題，非基於法律之設定或賦權，若著作權法可採創作保護主義，避免形式要件影響創作者對於權利之取得⁵⁷，而深具專有壟斷效果之新型專利，專利法都得採形式審查之註冊制度，則僅保護「原住民族傳統文化表達」之「原住民族傳統智慧創作」，為尊重並有效保護原住民族或部落對其所屬「原住民族傳統文化表達」之利用及控制權益，本條例對於原住民族或部落對於其代代相傳、事實長久擁有之「原住民族之傳統智慧創作」，並無必須經由申請、認定及登記之程序，始能享有權利之道理，是否該思考對於「原住民族傳統文化表達」，修正為自動保護，不待申請認定並完成登記？或採形式之申報登記制，於發生爭議時再啟動認定程序？

中國大陸目前研擬之「民間文學藝術作品著作權保護暫行條例（草案）」第9條第1項規定，權利人可以將其民間文藝作品向專門機構進行備案，經備案的民間文學藝術作品著作權文書是備案事項屬實的初步證明。專門機構應當及時向社會公示備案的民間文學藝術作品信息。第2項並進一步規定，民間文學藝術作品未進行備案的，不影響其著作權。此項自願備案機制顯示，專門機構並不實質審查備案標的，而權利人得以備案方式取得民間文藝傳承人身分之「初步證明」，亦得透過其他方式證明其身分。其不採實質審查，意謂其係比照著作權之創作保護主義，於民間文藝作品完成時，即自動保護，備案僅係取得民間文藝傳承人身分之「初步證明」及公示依據，未進行備案的，不影響其著作權。此項立法思維，得為本條例修正時之重要參考。

五、「智慧創作專用權」之主體

依據本條例第6條及第7條規定，原住民族或部落得申請智慧創作，經主管機關即原民會認定為智慧創作者，取得「智慧創作專用權」。

原住民族傳統智慧創作係原住民族或部落共同形成，流傳久遠，代代相傳，基於集體權之概念，屬於原住民族或部落共有之傳統智慧成果，無法如同一般智慧財產權由特定族人個人所獨享，本條例第6條第2項乃明定，智慧創作申請人限於原住民族或部落，原住民個人並不得申請⁵⁸。

由於得為法律上權利義務之主體，限於自然人或法人，縱使原住民族或部落依本條例得為智慧創作申請人，其能否成為傳統智慧創作權之權利主體，非無疑義。

依原住民族基本法第30條第2項規定，政府為保障原住民族之司法權益，得設置原住民族法院或法庭。司法院頒各級法院法官辦理民刑事與行政訴訟及特殊專業類型案件年度司法事務分配辦法第13條第2項亦規定，司法院得指定法院設置原住民族專業法庭或成立專股。司法院乃於101年10月8日指定臺灣高等法院所屬桃園、新竹、苗栗、南投、嘉義、高雄、屏東、臺東、花蓮等9所地方法院，自102年1月1日起設立原住民族專業法庭（股）⁵⁹，並函示「原住民專業法庭審理案件範圍類型及案號字別一覽表」，依該項列表，原住民、部落或原住民族，均得為民事訴訟之當事人⁶⁰。然而，得為民事

⁵⁷ 保護文學及藝術著作之伯恩公約第5條第2項前段規定：「著作權之享有與行使不得有形式要件之要求。」

⁵⁸ 本條例第6條第2項規定：「前項申請人以原住民族或部落為限，並應選任代表人為之；其代表人之選任辦法，由主管機關定之。」

⁵⁹ 參見司法周刊電子報第1615期，101年10月11日出刊，http://www.judicial.gov.tw/jw9706/1615_main.html，106.10.10.最後點閱。

訴訟之當事人，並不當然得為法律上權利義務之主體，或有認為，法律上之權利主體態樣，不以自然人或法人為限，民事智慧財產權法上之原住民族或部落，「本雖不具備自然人或法人般之法律人格，但對應社會變遷下之實際需求，均可能於某範圍內具備法人格而成為法律上之權利主體」⁶¹，然而，是否得為權利義務主體，仍須依據法律而定，除非基於尊重原住民族傳統習慣，特別以法律明文規定原住民族或部落得排除民法關於權利義務主體限於自然人或法人之原則適用，否則，捨自然人或依法設立之法人，並無他途。

此項疑義於 104 年 12 月 16 日修正公布之「原住民族基本法」，嘗試增訂第 2 條之 1 規定⁶²，引進「部落公法人」制度以求解決⁶³。然而，原民會依據該項修正條文之授權預告「部落公法人組織設置辦法」草案後⁶⁴，仍無法完成法令訂定發布。依據原住民族基本法第 2 條第 1 款及第 4 款關於「原住民族」或「部落」之定義規定，「原住民族」「係指既存於臺灣而為國家管轄內之傳統民族，包括阿美族、泰雅族、排灣族、布農族、卑南族、魯凱族、鄒族、賽夏族、雅美族、邵族、噶瑪蘭族、太魯閣族及其他自認為原住民族並經中央原住民族主管機關報請行政院核定之民族。」而「部落」則「係指原住民於原住民族地區一定區域內，依其傳統規範共同生活結合而成之團體，經中央原住民族主管機關核定者。」亦即「原住民族」或「部落」，並非其他鬆散之人之組合，而係「經中央原住民族主管機關報請行政院核定」或「經中央原住民族主管機關核定」之「民族」或「團體」。「部落公法人」制度僅使經原民會依原住民族基本法第 2 條第 4 款核定之「部落」，有機會再依同法第 2 條之 1 規定，經原民會核定為「部落公法人」，以成為「智慧創作專用權」之主體，仍未解決「原住民族」無從成為「智慧創作專用權」主體之困境。本文認為，現代法制既已允許「自然人」以外之「非自然人」成為權利義務主體，則於「法人」之外，以法律明文直接確認「原住民族」或「部落」亦得為權利義務主體，不待其完成「部落公法人」之核定程序，即得以「經中央原住民族主管機關報請行政院核定」之「原住民族」或「經中央原住民族主管機關核定」之「部落」，為權利義務主體，享有「智慧創作專用權」，應屬可行且經濟效益最高之選擇⁶⁵。

⁶⁰ 該項列表請參見 www.judicial.gov.tw/tpnw/GetFile.asp?FileID=29518，106.10.10.最後點閱。

⁶¹ 邱玟惠，論法制上權利主體之建構基礎與變化—以原住民族或部落為中心，法令月刊，第 67 卷第 3 期，2016.03，60-73 頁。

⁶² 「原住民族基本法」第 2 條之 1 規定：「為促進原住民族部落健全自主發展，部落應設部落會議。部落經中央原住民族主管機關核定者，為公法人。部落之核定、組織、部落會議之組成、決議程序及其他相關事項之辦法，由中央原住民族主管機關定之。」

⁶³ 立法委員鄭天財提案增訂原住民族基本法第 2 條之 1 之立法理由：「二、查『原住民族基本法』第 2 條第 4 款已就『部落』予以定義，而『原住民族傳統智慧創作保護條例』第 6 條、第 7 條及第 14 條亦明定部落得為原住民族傳統智慧創作之申請人，以取得智慧創作專用權及智慧創作收入。惟『原住民族基本法』並未就部落之法律地位及其權利義務予以規範，宜應就此立法疏漏予以補正。」

⁶⁴ 原住民族委員會 105 年 5 月 3 日原民綜字第 10500227731 號公告。

⁶⁵ 中國大陸著作權法第 2 條第 1 款規定，中國公民、法人或者「其他組織」的作品，不論是否發表，依照本法享有著作權。亦即自然人或法人之外，「其他組織」亦可能成為權利人主體。2017 年 3 月 15 日新通過之民法總則第 2 條亦確認非法人組織得為民事主體，顯見法律並非不得於自然人或法人之外，承認「原住民族」或「部落」亦得為權利義務主體。

六、未登記之「原住民族傳統智慧創作」之定位

如前所述，智慧財產權法律制度建置以前，人類創作發明係處於公有共享的狀態。嗣後，由於科技發展結果，創作發明成果能衍生巨大經濟利益，為重新分配利益，鼓勵創作發明，並尊重創作發明者之人格權，乃有智慧財產權法制，一方面在某些範圍內給予創作發明者智慧財產權，以保障其私權，另一方面在該範圍之外，不給予創作發明者智慧財產權，甚至限制或弱化創作發明者的智慧財產權，以保障公眾自由接觸利用之公益。

依據智慧財產權相關法律規定，年代久遠的創作，從不受著作權法保護；代代相傳，不具新穎性的創作發明，無法申請專利享有專利權；識別商品或服務來源，或是表彰會員資格的商標或標章，必須申請註冊獲准，才能享有商標權。對於不受現行智慧財產權相關法律保護的創作發明，則屬於「公共所有 (public domain)」，任何人均可自由利用，無人可主張權利，原住民族傳統智慧創作發明，亦無例外。

本條例係以特別法，將原本已屬「公共所有」之「原住民族傳統智慧創作」，經由認定及登記程序，創設一項新的「智慧創作專用權」加以保護，由申請人「自登記之日起」，「取得智慧創作專用權」。從而，依現代法制適用之結果，於「原住民族傳統智慧創作」獲准登記以前，權利並不存在，對於利用之人，法律上，無人可主張權利。至於利用人基於尊重原住民族文化之考量，願意取得特定原住民族或部落的授權，則屬民法上之一般授權。例如，98年7月間，金牌大風唱片公司獲得卑南族歌手張惠妹所屬大巴六九部落所成立「大巴六九文教發展協會」授權，使用卑南族古調於張惠妹專輯「阿密特」⁶⁶。又例如，林昶佐立委擔任主唱的閃靈樂團，94年出版發行之「賽德克巴萊」專輯歌名、歌詞與封面設計部分用字與設計使用賽德克族文化，引發賽德克族人之不滿，於104年12月投入立委選戰時，乃與賽德克族民族議會代表簽署授權合作備忘錄⁶⁷等等，均屬典型範例。應特別強調者，此種授權純屬民法上合意授權之合約，並不因此使原屬「公共所有」之「原住民族傳統智慧創作」，產生一項新的權利，其他人未經授權而利用，並不構成違法或侵權，而已獲得授權而未依授權條件利用之一方，也不因此侵害任何權利，而僅是違反授權合約，應依合約約定，承擔民事救濟責任而已。

若認為應尊重原住民族或部落對於其傳統智慧創作之維護、掌控、保護及發展權益，使其源自遠古代代代相傳之「原住民族傳統智慧創作」，不以登記為「智慧創作專用權」取得條件，就必須於本條例重新檢討，刪除申請、認定及登記程序之法律制度，並明文規範其自始取得。

七、「智慧創作專用權」無溯及效果

「原住民族傳統智慧創作」之申請人，依據條例第4條及第7條規定，應經原民會認定並登記，始能「自登記之日起」，「取得智慧創作專用權」。於此之前，權利並不存在，任何人均得自由利用「原

⁶⁶ 依本條例第10條第4項規定：「原住民就其所屬民族、部落或全部原住民族之智慧創作，得使用收益，不受前項及第十四條規定之限制。」張惠妹個人使用自己所屬卑南族大巴六九部落之智慧創作，並無須獲得部落之授權，惟因「阿密特」專輯係金牌大風唱片公司發行之專輯，不完全僅有張惠妹個人之使用，故金牌大風唱片公司基於尊重部落之權益，乃以合約方式取得授權。

⁶⁷ 參見「黥面改文面 林昶佐為誤用道歉」，<http://news.ltn.com.tw/news/local/paper/942694>，106.10.10.最後點閱。

住民族傳統智慧創作」，法律上，無人可主張權利。

本條例基於保障利用人信賴利益及既得利益之原則，對於「智慧創作專用權」並無溯及規定⁶⁸，則申請人對於其取得「智慧創作專用權」前利用原住民族傳統智慧創作之行為，並不得主張「智慧創作專用權」，只能於取得權利之後，禁止該利用人繼續使用其智慧創作。前述金牌大豐唱片公司或立委林昶佐，於原住民族或部落取得「智慧創作專用權」之前，以合約方式取得授權之案例，除係尊重原住民族及部落意願及文化之外，當亦有方便於未來繼續利用之務實考量。

法律之適用以不溯及既往為原則，對於依本條例登記取得「智慧創作專用權」前之利用行為，如欲產生權利溯及效果，此一例外必須於本條例明文規定，否則，並不得單純以學理解釋，使取得「智慧創作專用權」前之利用行為，成為侵權或違法之行為，強使行為人承擔法律所無之責任。中國大陸之「民間文學藝術作品著作權保護暫行條例（草案）」，特別於第 20 條明定無溯及既往之效果，釐清各方疑慮，該條規定，本條例施行前發生的使用民間文學藝術作品的行為，依照使用行為發生時的有關規定和政策處理。本文認為，法律關係重在穩定，並應保護善意之利用人，本條例關於「智慧創作專用權」不宜採溯及效果，並可參考中國大陸之「民間文學藝術作品著作權保護暫行條例（草案）」第 20 條規定，明定無溯及既往之效果，以釐清各方疑慮。

八、「智慧創作專用權」之內容

是否需賦予原住民族或部落一項專有壟斷獨占權利，已可討論如前述，若真必須賦予專有權之保護，則可進一步考慮其是否足以含括原住民族或部落之訴求。依據本條例第 10 條規定，「智慧創作專用權」之內容，包括「智慧創作財產權」及「智慧創作人格權」。同條文第 2 項參考著作權法第 15 條至第 17 條關於「著作人格權」之「公開發表權」、「姓名表示權」及「禁止不當修改權」，將「智慧創作人格權」分列三款，分別為「就其智慧創作專有公開發表之創作人格權」、「就其智慧創作專有表示專用權人名稱之創作人格權」及「專有禁止他人以歪曲、割裂、竄改或其他方法改變其智慧創作之內容、形式或名目致損害其名譽之創作人格權」。然而，「原住民族之傳統智慧創作」之保護，有極大重點集中於防止他人就「原住民族之傳統智慧創作」之不當利用，造成對於原住民族或部落之冒犯⁶⁹。例

⁶⁸ 負責「原住民族傳統智慧創作保護推動專案辦公室計畫」執行之清華大學科技法律研究所黃居正教授主張：「傳統智慧創作必須由族群或部落、家族之代表人提出申請，經過實質審查，並經原住民族委員會完成登記後，始受『原創條例』之保護。但是沒有經認定登記之傳統智慧創作，也不會因此落入公共領域，成為公有物。『原創條例』承認原住民的傳統智慧創作權是一種既存的『自身事實(*ipso facto*)』，只是若欲取得條例之保護，就必需履行認定、登記等程序要件。」「沒有經認定登記之傳統智慧創作，也不會因此落入公共領域，成為公有物，只是還沒有取得條例之保護而已。」故「條例所承認之文化權利是具溯及性的傳統權利」參見氏著「要有知識：回應章忠信先生對「原創條例」的批評」，<http://ctm-indigenous.v.m.nthu.edu.tw/2-uncategorised/126-response>，106.10.10.最後點閱。然而，不少法界人士，包括民間司改會執行長林峯正律師、前律師公會全國聯合會監事林振煌律師，即已就原住民傳統智慧財產權能否溯及既往，提出質疑，參閱「原創條例子法年底上路/法界：溯及既往有爭議」，<http://news.ltn.com.tw/news/life/paper/623976>，106.10.10.最後點閱。

⁶⁹ IGC 討論中之「保護傳統文化表達(THE PROTECTION OF TRADITIONAL CULTURAL EXPRESSIONS: DRAFT ARTICLES Rev. 2)」條文約本草案第二版(WIPO/GRTKF/IC/28/6)。OBJECTIVES 1. To provide

如，果子電影有限公司以電影名稱「賽德克·巴萊」申請註冊商標獲准，引起賽德克族不滿；2008年底，妮可基曼與休傑克曼合作演出以澳洲原住民族遭迫害之歷史為背景之「澳大利亞」，惟妮可基曼於德國電視台為影片宣傳時，卻在節目中作勢吹奏澳洲原住民傳統樂器迪吉里度(didgeridoo)，引起原住民族錯愕⁷⁰。迪吉里度乃澳洲原住民族於各類儀式中與精靈溝通時所用之神聖樂器，係由白蟻自然蛀蝕中空之尤佳利樹幹所製成，每次吹奏均須重新於表面塗上不同花紋，而女子吹奏迪吉里度係屬禁忌，違反之女子被認為將無法再懷孕生子；又例如外族人於原住民族或部落重要祭典儀式中攝影，嚴重干擾祭典進行；前述「小米女神」案中，賽夏族關切外人醜化「小米女神」及將傳統祭儀「巴斯達隘」編成舞台劇任意公開演出。凡此，均不在本條例現有「智慧創作人格權」之範疇，建議宜再增列第4款「專有禁止他人以有違智慧創作專用權人文化意涵之不當方式利用其智慧創作之創作人格權」，以周全其「智慧創作人格權」之保護。

九、原住民族傳統智慧創作之使用

依據本條例第10條第3項規定：「智慧創作專用權人除法律另有規定或契約另有訂定外，應以特定民族、部落或全部原住民族名義，專有使用及收益其智慧創作之財產權，並行使前項之權利。」非特定民族、部落之智慧創作專用權人之外人欲使用其傳統智慧創作，應取得同意或授權，惟原住民就其所屬民族、部落或全部原住民族之智慧創作，欲加以使用或收益，依據同條文第4項則得自由為之，不受限制。有疑問者為何謂自己之使用，是否包括外人藉由與個別原住民之各種契約，所達成之間接利用？

族人個人使用自己民族或部落之傳統智慧創作，固無疑義，例如編織服飾、背包供自己使用、販售營生，於家門樹立圖騰木柱以彰顯自身於部落之身分地位。然而，於郭英男夫婦所傳唱之飲酒歡樂歌所產生之爭議案中，郭氏夫婦取得和解後，其和解金是否應與所屬部落族人分享，曾引發爭議。前述唱片公司藉由張惠妹吟唱卑南族古調以發行「阿蜜特」專輯唱片；設計公司聘請原住民設計師使用其所屬民族或部落元素設計商品行銷，是否可認定為僅係原住民就其所屬民族、部落或全部原住民族之智慧創作之使用或收益，無須依據本條例第13條取得授權？抑或任由原住民族與部落內部程序處理，不在於本條例中明定？均須進一步思考。

十、「原住民族傳統智慧創作保護共同基金」之廢止

一般智慧財產權之授權使用報酬，權利人均得自由利用，法律未做任何限制或干預，更無須公開或向專責機關報告支用情形，本條例第14條規定，「智慧創作專用權」授權相關費用，權利人不得自

Indigenous [Peoples] and [local communities] [and nations] / [beneficiaries] with the [legislative, policy [and]/[or] administrative]/[and practical/appropriate] means, [including effective and accessible enforcement measures/sanctions, remedies and exercise of rights], to: (a) [[prevent] the [misappropriation and misuse/ offensive and derogatory use] of their traditional cultural expressions [and adaptations thereof];

⁷⁰ 參見 Nicole Kidman upsets Aboriginal people by playing didgeridoo, <http://www.telegraph.co.uk/news/celebritynews/3779222/Nicole-Kidman-upsets-Aboriginal-people-by-playing-didgeridoo.html>, 106.10.10.最後點閱。

由利用，「應以原住民族或部落利益為目的，設立共同基金；其收支、保管及運用辦法，由主管機關另定之。」原民會所定「原住民族傳統智慧創作保護共同基金收支保管及運用辦法」第 13 條甚至規定：「管理委員會應於每年年終造具收支表冊，公布周知，並送主管機關備查。」其固以關心保護原住民族或部落為出發點，避免其「智慧創作專用權」權利金任意花用，但其先入為主地認定原住民族或部落對自身財產權利無法有效運用，必須依原民會之規定保管及運用，每年並應向原民會報告，非但係對原住民族或部落之歧視，亦不當干預原住民族或部落之財產權，建議應予刪除，回歸享有該「智慧創作專用權」之原住民族或部落之自主。

陸、結 論

原住民族傳統智慧創作之保護，嚴重衝擊既有智慧財產權法律制度，其癥結在於經濟已開發國家主導智慧財產權法律制度之發展，未顧慮經濟相對低度開發之原住民族或部落傳統上存續恆久之觀念與制度。文化只有不同之差異，並無好壞優劣之區隔。以發展僅三、四百年之智慧財產權制度，評價數千年以上之原住民族傳統智慧創作價值，未必精確，而原住民族傳統智慧創作之保護，亦不可能不納入現代法律制度，以供全體社會遵循。

總統蔡英文向原住民之道歉，代表政府願意正視原住民族傳統觀念與制度存在之事實，將以原住民族與部落之角度，重新檢視相關法律制度，「緩和原住民族傳統慣習和現行國家法律規範之間，日益頻繁的衝突。」本條例制定公布迄今近十年，卻始終無從正式完成認定登記公告原住民族傳統智慧創作申請案，顯示其中有諸多窒礙難行之處，尚待克服。本文前述指出之疑義與修正之可能，純係多年觀察實務與法律適用所生爭議之管見，或有值得參考之處，亦有進一步探究或調整之可能。正面回應原住民族或部落真正關切之面向，於法律制度上清楚明確規範，避免滋生爭議，將是本條例落實執行，兼顧各方利益均衡之最終理想達成。

參考文獻

智慧局 106 年元月新出版商標法逐條釋義。

邱玟惠，論法制上權利主體之建構基礎與變化－以原住民族或部落為中心，法令月刊，第 67 卷第 3 期，2016 年 3 月，60-73 頁。

蔡明誠，原住民族傳統智慧創作之法律保護，99 年 3 月 3 日於東華原住民族學院民族講座文稿，www.cis.ndhu.edu.tw/ezfiles/16/1016/attach/16/pta_261_1168928_58836.doc，106.10.10.最後點閱。

蔡明誠（計畫主持人）、林純如（協同研究人員），原住民族發展法草案關於保護原住民傳統智慧創作之專章條文及說明，行政院原住民委員會委託，89 年 5 月 20 日。

湯文章，重新檢視原住民族土地權的時代意義，<http://www.laf.org.tw/index.php?action=LAFBaoBao-detail&tag=251&id=59>，106.10.10.最後點閱。

黃居正，要有知識：回應章忠信先生對「原創條例」的批評，刊載於原住民族文獻，2016 年 2 月第 25 期，<http://ihc.apc.gov.tw/Journals.php?pid=634&id=917>，106.10.10.最後點閱。

美國原住民身分認定簡介

鄭川如^{*}

目 次

壹、前 言	一、Navajo 族
貳、背景簡介	二、Cherokee 族
一、美國印第安人的簡要歷史	三、Minnesota Chippewa 族
二、美國聯邦政府的印第安政策	四、Choctaw 族
三、美國印第安部落成員身分認定的三個時期	五、Southern Ute 族
四、美國印第安人身分認定的特色	六、Little River 印第安人
參、美國原住民身分認定要件	肆、結 語

摘 要

「原住民」，在二十一世紀的台灣社會，是一個享有「特殊權利」的國民身分，其不僅和一般中華民國國民一樣享有憲法上的權利義務，更可獲得許多政府專為其設置的優惠性保障措施，對許多人來說，原住民身分已不再是「不欲人知」、想予以丟棄的註記，而係以之為榮的特殊身分。國際上，關於原住民身分認定，係採「自我認定原則」，即原住民各族群有權決定誰是族群成員，然而，台灣關於原住民身分認定，係統一依立法院通過之《原住民身分法》來作認定。有別於國籍法取血緣作為認定標準，《原住民身分法》係採取「姓氏綁身分」主義，亦即當父母其中一人為非原住民時，其子女是否取得原住民身分，端視其所從姓氏。此種身分認定的方式，依據學者之研究，似有違原住民女性憲法上之平等權、原漢子女間之平等權，應予以修法，然而，未來的修法方向為何？倘若由各族自行作成員身分認定，我們又應如何避免優惠性保障措施的錯置？本文欲以美國原住民身分認定法制為例，說明美國這個國家，如何實踐民族身分自我認定原則，並提供我國在原住民身分認定上，更多元的視野。

關鍵字：原住民、美國印第安人、部落成員身分、身分認定、身分認定標準、美國印第安認同

^{*} 美國西雅圖華盛頓大學法學博士，輔仁大學法律學系助理教授。

壹、前言

我是太魯閣族人，從小生長在花蓮的原住民部落，家族裡大部分的親戚也住在同一個部落。因部落人口數不多，因此大家都認識彼此，知道誰家的小孩現在讀哪一間學校、幾年級，誰家的小孩考上哪一間學校、現在在做什麼。部落，就像是一個大家庭。

我的堂姐（也是太魯閣族人）比我大十幾歲，國中畢業後沒多久就出去外面工作了，因為工作的早，所以也結婚的早，在我還未上國中時她就領養了一個小孩－我的姪女。從小我看著姪女長大，她是一個很可愛、很乖巧、輪廓很深的女孩，說了一口道地的太魯閣語，她的整個說話方式、思考邏輯，都很太魯閣。然而，她並沒有原住民的身分。

她沒有原住民的身分，並不是因為她沒有原住民血緣（她的生父生母都是同一個部落裡的年青男女），也不是因為她沒有太魯閣認同或不懂太魯閣文化（她的太魯閣語比許多身上流有百分之百太魯閣族血緣的人還流利），而是因為她的養父（我堂姐的先生）是漢人。依據中華民國《原住民身分法》第四條規定，「原住民與原住民結婚所生子女，取得原住民身分（第一項）。原住民與非原住民結婚所生子女，從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字者，取得原住民身分（第二項）。前項父母離婚，或有一方死亡者，對於未成年子女之權利義務，由具有原住民身分之父或母行使或負擔者，其無原住民身分之子女取得原住民身分（第三項）。」因太魯閣族係父系社會，我們的命名文化原則是「子女名+父名」，因此，姪女自然而然從漢人養父的姓，這也就是為什麼明明她身上流有百分之百的太魯閣族血緣、說了一口道地的原住民語、認同太魯閣族文化，身分證上卻不是原住民的原因。

這是一個很有趣的現象，為什麼原住民與非原住民結婚所生子女的原住民身分，係依子女所從姓氏決定？姓氏跟原民身分到底有什麼關係？¹為什麼原住民各族身分認定的方式，係由中華民國政府，也就是漢人來決定？這是否侵害了原住民的自決權？²其他國家的原住民身分認定，是否也是由國家統一認定？

本篇文章主題，在於以美國原住民身分認定法制為例，說明美國這個國家，如何實踐民族身分自我認定原則，並提供我國在原住民身分認定上，更多元的視野。在介紹美國現行的原住民身分認定法制前，宜先簡介美國原住民－印第安人的簡要歷史、美國聯邦政府的印第安政策，以及印第安部落成員身分認定的三個時期。

貳、背景簡介

一、美國印第安人的簡要歷史

依據學者的研究，北美印第安人，約係在兩萬三千年前，自東亞人口中分離出來，這群人由東亞穿

¹ 礙於文章篇幅，關於這個問題，可參考鄭川如著，「『原住民身分法』中『姓氏綁身分』條款的違憲分析」，國立中正大學法學集刊，第40期，2013年7月，第1-40頁，一文。

² 關於此問題，可參考鄭川如著，「誰有權決定誰是原住民？－從兩人權公約及相關國際文件檢視原住民身分認定問題」，法令月刊，第66卷第9期，2015年9月1日，第81-108頁，一文。

越過白令海峽，抵達北美。而約莫在一萬三千年前，他們逐漸開始分散為不同的群體，形成現今數百個文化上以及基因上不同的印第安原住民族群。³ 這些文化上、基因上迥異（但有關聯）的印第安族群，在北美（以及中美、南美）各地各據一方，形成各自獨立、自給自足的印第安部落社會。

西元十五世紀至十七世紀，為歐洲歷史上的大航海時代，歐洲各國為尋找新的貿易路線與貿易夥伴，開始派遣船隊出巡，並在其「發現」的新大陸上，建立其殖民地。而美國印第安人與歐洲殖民者的相遇（與相恨），也始於西元十六世紀初的美國東北岸（現美國麻薩諸塞州 (Massachusetts)）。

西元一七七四年，部分歐洲殖民者（美國白人）脫離殖民母國的統治，在北美十三州建立一個新的國家－美利堅合眾國(United States of America)。自西元一七七四年至一八七一年，短短不到一百年間，原本居於主人地位的印第安人，因為被美國歷屆政府不斷地迫害、驅逐、屠殺、欺騙與遺棄，⁴ 最終成為沒有尊嚴與自主權的被統治者。

二、美國聯邦政府的印第安政策

美國建國至今已二百多年，其印第安政策亦不斷地改變，了解不同時期的印第安政策，有助於我們理解其原住民身分認定之議題。

美國聯邦政府對待印第安部落的態度與政策，基本上可概分為五個時期：

(一)形成期(the formative years)(1789-1871)；(二)土地分配與同化時期(allotments and assimilation)(1871-1934)；(三)印第安重建時期(the period of Indian reorganization)(1934-1945)；(四)終止（消滅）時期(the termination period)(1945-1961)；(五)自決時期(the era of self-determination)(1961-present)。

（一）形成期(the formative years)(1789-1871)。

美國立國之初，其實際統治範圍僅在北美十三州，其餘廣大的北美土地，仍由印第安各族所統轄。由於當時的美國政府，認定印第安各族係獨立的政治組織，政府代表係透過簽訂條約(treaty)的方式，與印第安部落進行商業交易、政治同盟與土地交易。⁵ 經過短短不到一百年的時間，美國取得絕大多數的印第安土地與控制權。透過三個著名的美國最高法院案件(*Johnson v. McIntosh* (21 U.S. 543 (1823)), *Cherokee Nation v. Georgia* (30 U.S. 1 (1831)), *Worcester v. Georgia* (31 U.S. 515 (1832))), 美國政府確立了以下三個印第安政策：第一、美國國會擁有對印第安事務的絕對權利(plenary power)；第二、印第安部落針對其內部事務以及保留地(reservation)擁有自治權，該自治權係固有(inherent sovereign power)，而非其他人所賦予的；第三、美國對印第安部落有信託責任(trust responsibility)（意指，美國政府必須像保護者一樣妥善保護印第安人、妥善處理印第安事務）。⁶

³ Maanasa Raghavan et al., Genomic Evidence for the Pleistocene and Recent Population History of Native Americans, *Science*, Vol 349, Issue 6250, 21 August 2015.

⁴ 霍華德津恩著，蒲國良等譯，美國人民的歷史，五南，頁8，2013。

⁵ David H. Getches, Charles F. Wilkinson, Robert A. Williams, Jr. *Cases and Materials on Federal Indian Law*, 72, West Publishing Co., 2005. 5th ed.,

⁶ David H. Getches, Charles F. Wilkinson, Robert A. Williams, Jr. *Cases and Materials on Federal Indian Law*, 72-3, West Publishing Co., 2005. 5th ed.,

（二）土地分配與同化時期(allotments and assimilation)(1871-1934)。

聯邦政府對待印第安人的態度，在西元一八七一年產生了非常大的變化。由於事實上，美國在 1870 年已經控制了大部分的印第安部落與土地，因此，於西元一八七一年三月三日，國會通過《The Indian Appropriation Act》（印第安撥款法），片面宣布美國境內的所有印第安部落不再是一個獨立的國家(independent nation)，同時禁止美國聯邦政府與印第安部落簽訂條約。而後，於西元一八八七年，國會再度通過《The General Allotment Act》（以下簡稱 GAA，本法又可稱為 the Dawes Act，道斯法案、道斯土地分配法），授權美國政府調查印第安保留地，並將其土地分配給願意接受土地分配的印第安人⁷（一般人可獲得八十公頃土地，而戶長可分配一百六十公頃土地）。⁸表面上，GAA 法案的目的在使印第安人「文明化」（將原本靠狩獵為生的印第安人，改為以農業為生），但實際上，GAA 法案真正的目的，是為了將印第安土地開放給白人使用，⁹同時解除部落制度、習俗以及生活方式（意即，將印第安人「去印第安化」）。¹⁰為了進行土地分配，美國政府第一次製作部落成員名單(enrollment list)。

（三）印第安重建時期(the period of Indian reorganization)(1934-1945)。

西元十九世紀末，美國白人相信，讓印第安人「去印第安化」將有助於「改善」印第安人的生活，然而事實證明，前期的政策不僅無法「改善」印第安人的生活，反而讓他們的生活越來越差（極度地貧窮、惡劣的健康與教育狀況等）。¹¹於是，在美國印第安事務部（Bureau of Indian Affairs，簡稱 BIA）部長約翰·克里爾(John Collier)的建議下，美國國會通過《The Indian Reorganization Act》（全名：An Act to conserve and develop Indian lands and resources; to extend to Indians the right to form business and, other organizations; to establish a credit system for Indians; to grant certain rights of home rule to Indians; to provide for vocational education for Indians; and for other purposes.以下簡稱 IRA 法案，印第安重建法案）。IRA 法案之主要目的，即在於透過重建印第安政府以及部落組織，以鼓勵、強化部落維繫其傳統與文化，並改善印第安人之生活。¹²

（四）終止（消滅）時期(the termination period)(1945-1961)。

西元一九四五年，美國政府再度變更其印第安政策，從重建印第安部落，再次回到同化政策。此政策係源自於美國眾議院通過之第 108 號決定 (House concurrent resolution 108)，該決定案說明美國政府將儘快終止對於印第安人的差別待遇以及特殊待遇，並將印第安人視為一般美國公民，適用美國一般法

⁷ 這些願意接受土地分配的印第安人，於 25 年後，除了獲得土地所有權(fee simple title)外，亦可以同時取得美國公民身分(citizenship)。

⁸ http://www.nrcprograms.org/site/PageServer?pagename=airc_hist_allotmentact

⁹ 土地分配前，印第安保留地約有 138 百萬公頃，分配後僅剩 48 百萬公頃。參考：網頁 http://www.nrcprograms.org/site/PageServer?pagename=airc_hist_allotmentact

¹⁰ David H. Getches, Charles F. Wilkinson, Robert A. Williams, Jr. Cases and Materials on Federal Indian Law, 141, West Publishing Co., 2005. 5th ed.,

¹¹ David H. Getches, Charles F. Wilkinson, Robert A. Williams, Jr. Cases and Materials on Federal Indian Law, 187, West Publishing Co., 2005. 5th ed.,

¹² 根據 IRA 法案。

律。¹³此期間，總共有 109 個印第安部落喪失其部落及族群成員身分(federally recognized status)。

(五) 自決期(the era of self-determination)(1961-present)。

自西元一九四五年始，經過二十多年印第安人不斷地抗爭，以及美國白人的自我反省，美國總統尼克森(Richard Nixon)終於在西元一九七零年，正式承認「終止政策」(termination policy)是道德上以及法律上的錯誤 (morally and legally unacceptable)，並且要求美國政府即刻停止終止政策，復權予印第安人。¹⁴截至本文撰寫為止，美國聯邦政府之印第安政策，一直維持著使印第安人自決自治。

三、美國印第安部落成員身分認定的三個時期

如前所述，過去二百多年來，美國政府之印第安政策，一直處於左右搖擺、不斷變動的狀態，然而有趣的是，由於從西元十八世紀一直到十九世紀末，美國政府一直認為印第安部落是獨立自主的政治實體 (autonomous political entity)，¹⁵因此，關於誰是印第安部落成員，美國政府無權過問，只有部落的人可以決定誰是部落成員，想當然爾，印第安人也不會是美國公民。¹⁶

為了推動印第安政策，美國政府第一次碰觸（插手）印第安部落成員身分事務，係於西元一八八七年，GAA 法案通過後。然而，該次的部落成員調查，係為建立土地分配名冊，因此，名冊建立過程中，係由部落的人自主登記，美國白人調查員並不會對成員身分認定做實質審查。（換句話說，部落的人說了算）。

美國政府真正插手干預（影響）部落成員身分認定，係從西元一九三四年開始，主要分為三個時期：(一)IRA 法案時期¹⁷(1934-1950)；(二)部落終止期(1950-1970)；(三)自決時期初期(1970-1980)。

(一) IRA 法案時期(1934-1950)。

IRA 法案時期，美國政府欲透過重建印第安政府與部落組織，以鼓勵及強化部落、維繫其傳統與文化，並改善印第安人之生活。其具體作法是，草擬一聯邦政府版本的部落憲法（又稱：IRA 憲法），並強烈建議印第安部落，依該版本建立部落政府。¹⁸後來，總共有一百多個部落採用 IRA 憲法，該憲法中亦規定了部落成員身分取得條件。原則上，IRA 憲法係以父母雙方註冊原則(two-parent enrollment rule)¹⁹為子女取得部落成員身分的要件，而當無法用父母雙方註冊原則(two-parent enrollment rule)或是居住

¹³ David H. Getches, Charles F. Wilkinson, Robert A. Williams, Jr. Cases and Materials on Federal Indian Law, 201, West Publishing Co., 2005. 5th ed.,

¹⁴ David H. Getches, Charles F. Wilkinson, Robert A. Williams, Jr. Cases and Materials on Federal Indian Law, 218-220, West Publishing Co., 2005. 5th ed.,

¹⁵ Matthew L.M. Fletcher, American Indian Tribal Law, 228, New York: Aspen Publishers, 2011.

¹⁶ 然而隨著時間的經過，由於 19 世紀末葉 20 世紀初期，絕大多數的印第安人事實上已經為美國政府所控制、管轄，若未賦予印第安人美國公民身分，使其參與美國政治事務，儼然有違美國憲法之虞，因此，美國國會終於在 1924 年通過《印第安公民法》(The Indian Citizenship Act of 1924)，使美國印第安人取得美國公民身分。

¹⁷ 所謂「IRA 時期」，係指聯邦政府施行《印第安重組法》(1934 Indian Reorganization Act)的時期。

¹⁸ 採用 IRA 憲法的部落，可以獲得大筆的聯邦資金挹注。

地原則(residency rule)判定²⁰，就會採用血源多寡(blood quantum)，來判定該人是否可取得部落族人身分。²¹

(二) 部落終止期(1950-1970)。

自西元一九四五年開始，美國政府實施終止（消滅）政策，總共有 109 個印第安部落喪失其官方地位，當印第安部落喪失其官方地位時，其部落成員也同時喪失印第安身分（無法申請任何印第安人獎補助）。

(三) 自決時期初期(1970-1980)。

西元一九七零年起為印第安部落的自決期，許多過去未建立部落政府的印第安族群，也在此時公布新的部落憲法、成立新的部落政府。這期間，也有許多成立已久的部落政府，重新修改部落憲法，其中包括其身分認定的條件。然而，大部分的部落政府，並未捨棄IRA時期的身分認定方式，而是在原有的父母雙方註冊原則之上，再減少或者新增其他要件。例如，移除居住地原則(residency rule)，或是增加證明印第安血源 (Indian blood)的條件。²²

四、美國印第安人身分認定的特色

(一) 部落族人身分由部落政府認定

有別於台灣的原住民，其身分由政府依《原住民身分法》來作統一認定，美國印第安人的身分認定，係由部落政府(tribal government)來認定。此係源自於部落主權(tribal sovereignty)以及部落自治(tribal self-government)的概念。如上所述，到西元十九世紀末期美國政府統治印第安人前的數千年，印第安社群一直是獨立自主的政治實體(autonomous political entity)，而部落為了部落目的(tribal purpose)認定部落族人身分，關乎一個部落能否作為一個獨立的政治社群(political community)繼續存在，²³因此，美國印第安部落族人的身分，係由部落政府來認定，而非由美國政府做統一認定。此原則不斷地為美國最高法院所重申。

(二) 各個部落認定自己的族人

由於各個印第安部落都是各自獨立的政治實體，因此，族人身分認定係由各個部落分別為之，互不

¹⁹ 所謂「父母雙方註冊原則」，係指父或母其中一人為該部落的註冊會員(enrolled member)。

²⁰ 所謂「居住地原則」，係指以居住地作為身分認定要件之一。例如，居住地必須要在 A 部落保留區裡，才能取得 A 部落成員之身分。

²¹ Matthew L.M. Fletcher, American Indian Tribal Law, 221, New York: Aspen Publishers, 2011.

²² 學者 Kristy Gover 認為，大部分的部落政府繼續使用雙方父母註冊原則再新增或減少其他要件，而未改成全然的直系族群淵源原則(lineal descent rule)，可能的原因有二個，一、倘若改為直系族群淵源原則，則配偶及領養的人，將不可能成為部落族人。二、採用直系族群淵源原則，將使可能的申請者大大增加。參見 Matthew L.M. Fletcher, American Indian Tribal Law, 224, New York: Aspen Publishers, 2011.

²³ Matthew L.M. Fletcher, American Indian Tribal Law, 220, New York: Aspen Publishers, 2011.

干涉。例如，Navajo（發音：那瓦吼）族部落政府有權認定某 A 是否為 Navajo 部落族人，而 Cherokee 族部落政府也有權認定某 A 是否為 Cherokee 部落族人（假設某 A 同時向 Navajo 族以及 Cherokee 族部落政府申請部落族人身分）。再者，由於各個印第安部落係各自獨立的政治實體，因此其身分認定要件也不盡相同（各個部落依自身的需求、目的，訂定身分取得、喪失要件），因此，換句話說，一個擁有 Navajo 族血緣以及 Cherokee 族血緣的印第安人，很有可能同時申請到 Navajo 族以及 Cherokee 族的部落族人身分（某 A 同時滿足兩個部落的身分認定要件），也很有可能，他兩者都申請不到（某 A 既不滿足 Navajo 族部落政府的身分認定要件，也不滿足 Cherokee 族部落政府的身分認定要件）。

取得部落政府身分認定之人，成為部落族人(tribal member)，其不僅有權享有該部落政府針對住居、健康、教育以及僱用等等的服務與利益，²⁴ 其亦同時有權享有由美國聯邦或者州政府提供給印第安人的優惠性保障措施（申請者必須滿足該優惠性保障措施的其他要件）。

（三）身分取得及喪失要件非永久不變

美國印第安人身分認定的第三個特色，在於部落成員身分，取得以及喪失之要件並非永久不變，各個部落，會因為自身部落的需求，而修改部落成員身分的取得、喪失要件。換句話說，身分認定標準會隨著時間而改變。²⁵

例如，在 IRA 法案時代，不到一半的部落政府，將血源多寡(blood quantum)列為身分取得要件之一，目前，則有將近百分之七十的部落，將血源多寡列為身分取得要件之一。²⁶ 又，在經濟發展的過程中，有些部落因經營博奕事業(gaming)有成，會發錢給部落成員，幾乎每一個人都成為「百萬富翁」，因此許多人想方設法，欲成為該部落族人，因此，部落政府便修改身分取得或喪失要件，以限縮部落成員人數。²⁷ 又例如，如前所述，取得身分的部落成員不僅可以享受該部落政府在住居、健康、教育以及僱用等等的服務與利益，更可申請美國政府的優惠性保障措施，為避免少數人重覆利用資源，西元一九六零年代之後，越來越多的部落政府，新增了雙重部落成員身分之禁止條款（亦即，若你已經取得某一部落成員身分，就不能再申請其他部落成員身分）。²⁸

參、美國原住民身分認定要件

截至目前為止，美國共有 566 個獲得美國聯邦政府承認的印第安部落，這 566 個印第安部落，有各自獨立的部落政府以及身分認定要件，礙於文章篇幅，本文將以六個印第安部落為例，簡介美國印第安族人身分認定要件。

²⁴ Matthew L.M. Fletcher, American Indian Tribal Law, 219, New York: Aspen Publishers, 2011.

²⁵ Matthew L.M. Fletcher, American Indian Tribal Law, 224, New York: Aspen Publishers, 2011.

²⁶ Matthew L.M. Fletcher, American Indian Tribal Law, 221, New York: Aspen Publishers, 2011.

²⁷ Matthew L.M. Fletcher, American Indian Tribal Law, 219, New York: Aspen Publishers, 2011.

²⁸ Matthew L.M. Fletcher, American Indian Tribal Law, 226, New York: Aspen Publishers, 2011.

一、Navajo 族（註冊族人：308,013 人）

Navajo 族為目前美國印第安部落中，人數最多的一族，其部落所在地主要位於美國亞歷桑那州(State of Arizona)。

依據 Navajo 族部落政府之官方網站所示，任何人只要擁有四分之一以上 Navajo 族血緣，即擁有申請成為 Navajo 部落族人的資格，然而，除了四分之一的 Navajo 族血緣外，Navajo 族內每一個小部落，仍然有各自的其他要件，因此，有意者必須要向 Navajo 族部落政府聯絡，以取得更進一步的詳細資訊。

29

二、Cherokee 族（註冊族人：285,476 人）

Cherokee 族為美國印第安第二大族，其部落所在地主要位於美國奧克拉荷馬州(Oklahoma State)。

依據 Cherokee 族之部落憲法第四條，所有曾經登錄於 the Dawes Commission Rolls（即美國政府於西元一八八七年 GAA 法案通過後，為分配土地而進行的部落人口調查，簡稱人口調查名冊）的人以及其後裔，都是 Cherokee 族之公民(citizen)。而該人口調查名冊，除名冊上所登載之人名外，亦包括西元一八六七年五月八日簽署的 Delaware Agreement 中的 Delaware Cherokees，以及西元一八六九年六月八日簽署的 Shawnee Agreement 中的 Shawnee Cherokees。³⁰

三、Minnesota Chippewa 族（註冊族人：115,859 人）

Minnesota Chippewa 族，為美國印第安部落中人口數居中的部落，其部落所在地位於美國明尼蘇達州(State of Minnesota)。

依據 Minnesota Chippewa 族部落憲法第二條，所有曾經登錄於西元一九四一年四月十四日人口調查名冊中的族人，都可以取得部落族人身分。而在西元一九四一年四月十四日起至一九六一年七月三日之間間出生之子女，其父或母其中一人為人口調查名冊中的族人，即可取得該族身分。³¹

²⁹ <http://www.navajo-nsn.gov/contact.htm>，最後瀏覽日期：2017 年 10 月 24 日。

³⁰ Constitution of the Cherokee Nation, Article IV. Citizenship, “Section 1. All citizens of the Cherokee Nation must be original enrollees or descendants of original enrollees listed on the Dawes Commission Rolls, including the Delaware Cherokees of Article II of the Delaware Agreement dated the 8th day of May, 1867, and the Shawnee Cherokees of Article III of the Shawnee Agreement dated the 9th day of June, 1869, and/or their descendants…”參見<http://www.cherokee.org/Portals/0/Documents/2011/4/308011999-2003-CN-CONSTITUTION.pdf>，最後瀏覽日期：2017 年 10 月 24 日。

³¹ Revised Constitution and Bylaws of the Minnesota Chippewa Tribe, Minnesota, Article II-membership, “Section 1. The membership of the Minnesota Chippewa Tribe shall consist of the following: (a)Basic Membership Roll. All persons of Minnesota Chippewa Indian blood whose names appear on the annuity roll of April 14, 1941, prepared pursuant to the Treaty with said Indians as enacted by Congress in the Act of January 14, 1889 (25 Stat. 642) and Acts amendatory thereof, and as corrected by the Tribal Executive Committee and ratified by the Tribal Delegates, which roll shall be known as the basic membership roll

西元一九六一年七月四日之後出生之子女，其身分要件則較為複雜，首先，其必須要具有四分之一以上 Chippewa 族之血緣，第二，其父母必須要在其出生後一年內申請，第三，該申請者（子女）無其他部落族人身分。³²

四、Choctaw 族（註冊族人：88,913 人）

Choctaw 族，為美國印弟安部落中人口數居中的部落，其部落所在地位於美國奧克拉荷馬州(State of Oklahoma)。

依據 Choctaw 族部落憲法第二條，所有曾經出現在西元一九零六年四月二十六日的部落人口調查名冊的人以及其後裔，都可取得部落成員身分。然而，若其取得其他部落的成員身分，則喪失本族成員身分。³³

五、Southern Ute 族（註冊族人：8,105 人）

位於科羅拉多州(State of Colorado)的 Southern Ute 族，為美國印弟安部落中人口數非常少的部落，其部落成員，依據該族之部落憲法，包括：第一、所有出現在西元一九七一年八月三十一日部落人口調查名冊的人；第二、西元一九六五年七月十四日至一九七五年十月一日（該族之部落憲法生效日）間出生之部落子女（其父或母的名字有出現在前項名冊中），具有四分之一以上 Southern Ute 族之血緣，且其曾經註冊為其他部落成員者；第三、西元一九七五年十月一日（該族之部落憲法生效日）後出生之部落子女，具有四分之一以上 Southern Ute 族之血緣，且未註冊為其他部落成員者。³⁴

of the Tribe. (b)All children of Minnesota Chippewa Indian blood born between April 14, 1941, the date of the annuity roll, and July 3, 1961, the date of approval of the membership ordinance by the Area Director, to a parent or parents, either or both of whose names appear on the basic membership roll, provided an application for enrollment was filed with the Secretary of the Tribal Delegates by July 4, 1962, one year after the date of approval of the ordinance by the Area Director.” 參見 <http://thorpe.ou.edu/constitution/chippewa/>，最後瀏覽日期：2017 年 10 月 24 日。

³² “(c)All children of at least one quarter (1/4) degree Minnesota Chippewa Indian blood born after July 3, 1961, to a member, provided that an application for enrollment was or is filed with the Secretary of the Tribal Delegates or the Tribal Executive Committee within one year after the date of birth of such children.” 參見 <http://thorpe.ou.edu/constitution/chippewa/>，最後瀏覽日期：2017 年 10 月 24 日。

³³ Constitution of the Choctaw Nation of Oklahoma, Article II-membership, “Section 1. The Choctaw Nation of Oklahoma shall consist of all Choctaw Indians by blood whose names appear on the final rolls of the Choctaw Nation approved pursuant to Section 2 of the Act of April 26, 1906 (34 Stat. 136) and their lineal descendants. Sec. 2. Except as hereinafter provided, any Choctaw by blood who has elected or shall hereafter elect to become a member of any other tribe or band of Indians may not be a member of this Nation…” 參見 https://www.choctawnation.com/sites/default/files/constitution_1983_original.pdf，最後瀏覽日期：2017 年 10 月 24 日。

³⁴ Constitution of the Southern Ute Indian Tribe of the Southern Ute Indian Reservation, Colorado, Article II-membership, “Section 1. The membership of the Southern Ute Indian Tribe shall consist of the following:

六、Little River 印第安人（註冊族人：7,975 人）

位於密西根(State of Michigan)馬尼斯蒂(Manistee)的 Little River 印第安人，也是美國印第安部落中人口數非常少的部落，根據部落憲法，其部落成員必須要滿足以下要件：第一、擁有四分之一以上之印第安血緣，且必須具備八分之一以上 Grand River Ottawa 或者是 Michigan Ottawa 族之血緣者；第二、為西元一九零八年 Durant Roll（人口調查名冊）上族人，或是西元一八七零年 Annuity Payrolls（名冊）上族人之後裔；第三、不具有其他部落成員身分。³⁵ 另外，符合上述要件的小孩，倘若被其他族人（或是其他國家的人）所收養，並不影響其身分。

肆、結 語

每一個政治群體，都有自己所要追求的目的與所欲維持的價值，為了確認該政治群體所高舉的價值能夠被實踐，該群體就必須界定，什麼樣的人可以成為其一份子，而什麼樣的人必須要離開該群體。原住民族群也是一樣。為了部落（生存與發展）的目的，部落自己就會界定誰是部落成員，有權參與和分享部落事務與資源。這樣的價值秩序一直被世界上其他的社會所接受。

然而，有趣的是，台灣關於誰是原住民部落族人之問題，卻是依照中華民國（他族）的法律（《原住民身分法》）、依據他族的價值體系去認定，因此，就會發生本文前言中所述，一個具有百分之百太魯閣血緣、講了一口道地太魯閣族語、信仰太魯閣族文化的人，依法卻不具備太魯閣族的身分此一結

(a) All persons duly enrolled on the 1970 tribal census roll dated August 31, 1971, approved by the Albuquerque Area Director on February 1, 1972. (b) All children of enrolled members born subsequent to July 14, 1965, and prior to the effective date of this revision, such children possess at least one-fourth (1/4) degree of Southern Ute Indian blood; and have been enrolled as a member of any other tribe. (c) All children of enrolled members born subsequent to the effective date of this revision, if such children shall be one-fourth (1/4) or more degree of Southern Ute Indian blood and PROVIDED that such person shall not be included on the membership roll of any other Indian tribe and is approved for adoption by the tribal council...”參見 <http://thorpe.ou.edu/constitution/utecons.html>，最後瀏覽日期：2017 年 10 月 24 日。

³⁵ Constitution of the Little River Band of Indians of Manistee, Michigan, Article II-membership, “Section 1 - Eligibility for Membership. An individual is eligible for membership in the Tribe, if he/she possesses at least one-fourth (1/4) degree Indian blood, of which at least one-eighth (1/8) degree must be Grand River Ottawa or Michigan Ottawa blood and: (a) Is a lineal descendant of a member of the historic Grand River Bands who resided in Manistee, Mason, Wexford or Lake Counties in the State of Michigan, who were listed on the schedule of Grand River Ottawa in the Durant Roll of 1908 as approved by the Secretary of the Interior on February 18, 1910; or, (b) Is a lineal descendant of individuals listed on the 1870 Annuity Payrolls of Chippewas and Ottawas of Michigan listed under the following Ottawa Chiefs: Kewacushkum, Pay-quo-tush, Me-tay-wis, Shaw-be-quo-ung, Penayse, Kaw-gay-gaw-bowe, Maw-gaw-ne-quong, Ching-gawa-she, Aken Bell; and, (c) Is not currently enrolled in any other federally recognized Indian Tribe, band, or group...”參見 <http://thorpe.ou.edu/constitution/ottawa2.html>，最後瀏覽日期：2017 年 10 月 24 日。

果。同時間，亦有許多僅有百分之五十以下原住民血緣、不會說原住民語、不懂原住民族文化的人，透過「換姓」或灌「原住民傳統姓名」的方式，取得原住民身分。依據台灣現行原住民身分法制，原住民身分的意義何在，值得進一步深思。

參考文獻

一、中文文獻

鄭川如著，「『原住民身分法』中『姓氏綁身分』條款的違憲分析」，國立中正大學法學集刊，第 40 期，2013 年 7 月，第 1-40 頁。

鄭川如著，「誰有權決定誰是原住民？－從兩人權公約及相關國際文件檢視原住民身分認定問題」，法令月刊，第 66 卷第 9 期，2015 年 9 月 1 日，第 81-108 頁。

霍華德津恩著，蒲國良等譯，美國人民的歷史，五南，頁 8，2013。

二、英文文獻

David H. Getches, Charles F. Wilkinson, Robert A. Williams, Jr. Cases and Materials on Federal Indian Law, West Publishing Co., 2005. 5th ed.,

Maanasa Raghavan et al., Genomic Evidence for the Pleistocene and Recent Population History of Native Americans, Science, Vol 349, Issue 6250, 21 August 2015.

Matthew L.M. Fletcher, American Indian Tribal Law, New York: Aspen Publishers, 2011.

三、網路資源

<http://www.navajo-nsn.gov/contact.htm> Navajo 族部落政府之官方網站，最後瀏覽日期：2017 年 10 月 24 日。

<http://www.cherokee.org/Portals/0/Documents/2011/4/308011999-2003-CN-CONSTITUTION.pdf> Cherokee 印弟安族之部落憲法，最後瀏覽日期：2017 年 10 月 24 日。

<http://thorpe.ou.edu/constitution/chippewa/> Minnesota Chippewa 印弟安族之部落憲法，最後瀏覽日期：2017 年 10 月 24 日。

https://www.choctawnation.com/sites/default/files/constitution_1983_original.pdf Oklahoma Choctaw 印弟安族之部落憲法，最後瀏覽日期：2017 年 10 月 24 日。

<http://thorpe.ou.edu/constitution/utecons.html> Southern Ute 印弟安族之部落憲法，最後瀏覽日期：2017 年 10 月 24 日。

<http://thorpe.ou.edu/constitution/ottawa2.html> Little River 印弟安族之部落憲法，最後瀏覽日期：2017 年 10 月 24 日。

淺評宜蘭地方法院 104 年度原訴字第 1 號刑事判決： 基於「民族」觀點就管制正當性的再思考

劉繼蔚^{*}

目 次

壹、前 言	準
貳、問題意識的再開展	伍、欠缺普遍有效性，因之不具刑罰正當性的管制規範——以槍砲彈藥刀械管制條例部分為例
參、憲法上的民族與民族平等	一、槍砲彈藥刀械管制之基礎——對於槍械危險性的恐懼與管制
一、「民族」在憲法上的特殊地位	二、對槍械之恐懼與管制之需求，對於原住民族而言，欠缺刑法法益適格之普遍有效性
二、「民族平等」作為檢視涉及「民族差異」法制之基礎	三、小結：不具刑罰正當性的管制規範
肆、操作合理關聯性之判準——基於刑法法益論之嘗試	陸、代結語
一、平等公式外其他操作標準的必要性	
二、法益作為可刑罰性之基礎	
三、「普遍有效性」作為法益特徵與判	

摘 要

前期許恆達教授專文「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」，就目前原住民個人因實踐其文化行動而獲罪時，如何透過釋義學方法，操作有關之除罪化規範，已有精闢而詳盡之分析。本文試圖在前文所揭示的問題意識中，進一步從「民族」的角度，再思考有關管制規範以刑事法律懲罰的正當性。

關鍵字：管制正當性、民族、平等原則

^{*} 雪谷南榕法律事務所律師

壹、前言

本文作者為實務工作者，經拜讀前期許恆達教授專文「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」，就該文針對目前原住民個人因實踐其文化行動而獲罪時，如何透過法釋義學方法，操作有關之除罪化規範，所提出精闢而詳盡之分析，足為重要之參考，本文深表贊佩。然而，本文作者身為實務工作者，於個案中接近當事人及部落時，深感部落文化、法意識和價值觀，與非屬原住民族的人際網路間，經驗上普遍呈現出相當顯著的差異。從而，是否相同的管制模式，在跨民族間均具有相同的正當化基礎，似乎尚有值得存疑之處。

本文作者嘗進一步思考，有關之刑罰管制規定，於操作時多預設其管制正當性，且多數討論文章，均係以「個人」的文化抗辯為基礎。但我國作為多民族國家，「民族」係憲法明示賦予意義與權利之概念，如從「民族」的角度出發時，就規範正當性並進而於具體操作之解釋方法，或能更進一步賦予除罪之論述更有廣泛的論理基礎。本文作者雖非嚴謹之學術工作者，且許教授珠玉在前，惟仍不揣鄙陋、勉力嘗試在許教授前文所揭示的問題意識中，進一步從「民族」的角度擴展，再思考有關管制規範以刑事法律懲罰的正當性，盼先進不吝予以批評指正。

貳、問題意識的再開展

許教授前文在導論中即指出，實務上在適用相關刑罰規定，以及除罪規定時，價值權衡上最大的難題，不外原住民族文化，呈現出與主流社會、西方文化與的憲法新興權利，具有相互衝突之情形。法院於具體個案中透過「傳統慣習」形塑足以對抗管制規範的「原住民族文化」，並以此適用法律上之除罪化規定。這在操作時所面臨的問題，一方面是面對傳統慣習的不確定性；在另一方面，對於獲得普遍承認之憲法新興權利或利益，作為一種價值的演進，其本質上就與「傳統」有所扞格。如何平衡兩者，亦是適用上之難題。

本文嘗試再思考的方向是，此種純基於釋義學的操作，於法律文本中，似乎係將「除罪」作為一種管制規範的例外。依「例外法應嚴格解釋」之法理，許教授前文所指出，實務上「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」，即是在這樣的技術操作下當然之結果。此時，為了避免過苛的刑罰適用，許教授所指出的擴張、或寬容的釋義學處理方式，即成為緩和此種價值衝突的必然之論。

尤其如果從另一個角度來看，此種釋義學的操作，是以受刑事訴追的個人為中心，以其浸淫於部落文化的背景，就同一套普遍性法規範在具體具有特殊性質的個人，於適用上的衝突與調和。但倘若從民族的角度去理解，如民族基於其特殊性，於既有管制規範，對於刑罰的管制規範其目的或效用，乃至於操作比例原則的價值權衡，對個別的民族，不具有「普遍適用」的特性時，此時，管制規範本身，就出現可值探討的正當性瑕疵。

參、憲法上的民族與民族平等

一、「民族」在憲法上的特殊地位

我國憲法第 5 條明定：「中華民國各民族一律平等。」，參照憲法第 7 條：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」中的「種族」可知，我國憲法明文承認我國係多民族國家，且基於多民族之事實，除人民本身不分種族受平等權保障外，特賦予「民族」間，亦有平等原則之適用。

進一步參考憲法本文中，第 119 條、第 120 條，就蒙古族、藏族，特為蒙古、西藏自治之安排，以及第 168 條與第 169 條，關於「邊疆地區各民族」，明示扶植其自治事業，並「教育、文化、交通、水利、衛生及其他經濟、社會事業，應積極舉辦，並扶助其發展，對於土地使用，應依其氣候、土壤性質，及人民生活習慣之所宜，予以保障及發展。」，顯見「民族」在我國憲法上具有特殊之地位，是特加予保障之族群概念。

原住民族之相關規定，亦於我國憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項前段「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」、「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之。」，明示原住民族具有憲法上之民族地位。

參照原住民族基本法第 23 條「政府應尊重原住民族選擇生活方式、習俗、服飾、社會經濟組織型態、資源利用方式、土地擁有利用與管理模式之權利。」，其立法理由稱：「民族自由是人權的基礎，一個民族若是在壓迫下，其生存發展絕對得不到保障」，將「民族」作為「人權」保障之基礎，更明顯可以確認「民族」概念的獨立性，與相對於「個人」的前提性。

從以上憲法文本與依憲法意旨制定之基本法的相關規定可知，「民族」是具有特殊憲法上地位的憲法主體，並要求國家行為要在特殊領域特別予以保障、尊重民族的需求與差異，作為不可迴避之憲法誠命。

二、「民族平等」作為檢視涉及「民族差異」法制之基礎

如我們承認「民族」確具有憲法上的特殊主體地位，並進而以「民族」為基礎，作為檢視法制的立場時，本文以為，許教授前文所多次提及的關於「文化差異」、「文化衝突」所生之抗辯與入罪、除罪之爭，得以上開憲法條文所示、正視與尊重民族間之差異與基此所生不同需求的誠命下，對於「民族差異」是否已作了適當之安排與處理，即可給予我們解決路徑的指引。亦即，透過憲法第 5 條所明示的「民族平等」之保障，評價管制正當性與解釋適用管制規範，而毋庸涉入向來多有爭議、有關於憲法基本國策部分效力之爭議。

從平等權的角度來說，實務上向來採取實質平等的看法，司法院釋字第 593 號解釋理由明示「按等者等之，不等者不等之，為憲法平等原則之基本意涵。是如對相同事物為差別待遇而無正當理由，或對於不同事物未為合理之差別待遇，均屬違反平等原則。法規範是否符合平等原則之要求，其判斷應取決於該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，其所採取之分類與規範目的之達成之間，是否存有一定程

度的關聯性，以及該關聯性應及於何種程度而定。」，此係大法官在多號解釋中一貫採取之立場。甚至為貫徹實質平等原則，司法院釋字第 649 號解釋，更承認優惠性差別待遇（或稱積極平權措施）在實踐上之必要性與可能性。

前揭大法官對於平等原則之闡明，如將其適用之主體，從人民提昇為民族時，本文將之理解為，當法制面在處理民族差異時，如未針對民族差異為適當合理之安排，則有前述對於不同事物未為合理之差別待遇，違反平等原則之瑕疵。如係進一步考慮原住民族長期受到的，後續外來移民與殖民時期，對於原住民族的衝突與壓迫，於歷史演進中逐漸形成結構與文化上難以逆轉的弱勢地位，不惟管制上對於原住民族應就民族差異予以妥適之區別對待外，更應採取有效之積極平權措施，以促進原住民族在社會中具備與其他民族實質平等之地位。

肆、操作合理關聯性之判準 – 基於刑法法益論之嘗試

一、平等公式外其他操作標準的必要性

「等者等之，不等者不等之」之平等公式與實質平等原則，雖然係操作上開「民族平等」所適用之原則，惟誠如林子儀大法官於司法院釋字第 571 號解釋所提出協同意見書之註釋所批評：「單憑『等者等之，不等者不等之』公式卻無從指引我們：得否將人分類？如何將人分類？應選擇何人與何人相比？兩者間就何種事項而言應屬相同（或不同）？又何謂相同待遇（或差別待遇）？換言之，『等者等之』公式本身不包涵任何實質價值在內，故也無法幫助我們進行上述諸種實質價值判斷，其毋寧僅是一種形式、空洞且同義反覆的說法，因此與所謂『實質平等』之用與並不相稱。」，此項原則並無法回答我們於操作上必須考慮之價值判斷，因此，於進一步操作前，引入他項價值標準作為判準之操作工具，是有必要的。

回歸本文的目的與理路，根據許教授前文，顯已承認文化、價值上，原住民族確實與主流族群間存在不可忽視之民族間差異，此亦係現實上，需要透過法秩序的安排，進而逐漸調和之民族衝突。本文即接續於此，叩問基於此差異，應在法秩序上作出如何、或何種程度之區別安排。本文既作為接續許教授前文，就同一則刑事判決所為、不同思考方向之淺評，主要仍係著眼於「刑罰管制」的正當性，亦即，對於加以「入罪」、「除罪」根本上之理由。

因此，從本文之目的，即管制正當性、特別是「可刑罰性」之檢討，則對於操作前揭民族平等，所用合理關聯性之關聯，與合理與否之判準，即牽涉到國家將特定行為「入罪化」之基礎。根據此項國家用以入罪人民之必要基礎條件，檢視在本件之民族差異，是否有達到動搖該基礎條件之程度，即可用來作為法制面上，甚至是操作法律之結論上，入罪與除罪結果之指引。

二、法益作為可刑罰性之基礎

陳志龍教授在「刑法的法益概念」文中，開宗明義指出「在刑事處罰規定『入刑化』與『出刑化』之關鍵，非賴有無刑法意義保護之法益，為其決定標準不可。易言之，刑罰必要性，乃建立在法益保護之基礎。」，肯認法益是決定、判斷可刑罰性的必要條件。

依前文許教授另一則「刑法法益概念的茁生與流變」之介紹，法益是現代刑法上不可忽視的要素，雖然其概念相當抽象而不明確，但法益概念仍廣泛為刑法學理與刑事審判實務所接受。許教授並將法益之功能闡明為「藉由引領保護對象，從而解釋具體條文」的「法益的解釋機能」與「以法益為保護中心，清楚限縮刑法保護範圍，同時禁止以刑法保護道德與情感」的「法益的可罰性限縮機能」，乃法益概念的雙重功能。

前揭許教授所歸納之雙重功能，周漾沂教授於「從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎」中，亦有更詳細的說明亦指出法益具有「體系內含（systemimmanent）功能，是指刑法的應用必須遵循法益原則。」與「超越體系（systemtranszendent）的功能，或稱體系批判（systemkritisch）功能，所指的是法益概念具有一個前於實證法的實質內涵，以致能藉由此一內涵去檢視實證法設定之法益是否具有法益適格。」，對於後者而言，由於其涉及「刑法正當性」的判斷，周教授指出：「一個從學理上提出的實質法益定義不但有導引刑事立法的作用，更有限制立法者恣意性作為的作用。」，並更進而將此法益功能，引申為具有引導立法與司法活動的機能稱為「引導功能」，以及具有將抽象法概念引介至現實世界的「具體化功能」。

除前述文獻對於「法益」機能、作用與定義之說明外，並引用鄭逸哲教授在「『法益刑法』概念下的『構成要件』和『構成要件適用』」中所提出的觀點：對於法益限制立法的機能而言，其認為法益應該是一個「前立法」的概念，並認為在憲政主義下，法益應該與基本權連結。鄭教授指出，「『基本權』的限制也只是一種『方法』，重點或『目的』不在限制，而在於促使『基本權』的最大實現，換言之，是為了保障『基本權』，才得以限制『基本權』」，應屬的論。此種連結於憲法的法益概念，亦適足以法益概念作為限制立法形成的重要憲法基礎。此參照德國法學名家駱克信（Claus Roxin）教授的「法益討論的新發展」（中文譯者：許絲捷）指出「我們不能以符合自己的刑事政策意見為理由，來對立法者設定界線。高於刑事立法的機關只有憲法。也就是如果不單就只是表達個人意見，那麼侵害的界線應訴諸憲法來確立。」，更可以得到確信。

因此，我們可以得出，如借助法益理論，特別是連結於憲法上基本權利的法益理論，應足以得出有關管制規範，或本文所關注的，於民族差異間的合理關聯判準，而得據為立法論上入罪與否及解釋論上如何適用除罪規定之依據。換言之，如以民族平等之角度，檢視一項刑事管制之正當性，其可能的一項嘗試，即是檢視兩者間是否發生如因民族之差異，影響法益的認定，致使刑事管制之基礎發生「應予區別對待」的動搖。

三、「普遍有效性」作為法益特徵與判準

即便在上述的思考下，刑事管制可以嘗試採用法益理論，作為檢視管制正當性的基礎。然而不可迴避一點是，正如同出發點對於平等公式適用上抽象而空泛的責難，此項缺陷，如同前述有關法益之名家專文中，亦均不吝指出法益理論亦有相類似的空泛危險。我們仍需尋覓一項具體的法益判準，作為進一步判斷的基礎。

前述周漾沂教授的專文中，提出適格法益的關鍵性特徵在於「與人際現實相關的『普遍有效性』」。而深值本文加以具體引用的，是如周教授文中對於欠缺「普遍有效性」的批評：如毫無限制地容許立法者基於多數民意產生的價值判斷，基於民主原則入罪而設定該種價值屬於法益，則「這種作法

總是會損及部分人或群體的抽象法權地位。而一旦容許侵越抽象法權地位，所表達的態度即是抽象法權地位永遠容許被侵越。」

尤其周教授討論到「集體法益」時，特就「不適格之集體法益的特徵」中，具有「具體—特殊者的聚合」或「表象的可普遍性」之特徵。就前者而言，該種法益之設定即由部份多數人之偶然一致之價值決定，以強制力將之普遍化。此種不適格之集體法益，已「不再是法的具體化，而是社會權力關係的具體化，因而欠缺法律意義上的正當性。」。對後者而言，周教授也以「公共安全法益」所指稱的「不特定多數人的法益」，就是一種「沒有必要的集體法益」。

本文作者並非嚴謹之學術工作者，難以自行提出可靠的法益鑑別標準，但基於刑事管制，作為國家最嚴厲的政策手段，自刑罰「最後手段性」的角度，並基於本件檢討面向的特性，認同周教授所指「只有可從以自由為基礎之法概念的證立過程中導出，並因此而具有普遍有效性的體制，才有集體法益的適格。」，並以此「普遍有效性」作為檢驗之標準。

伍、欠缺普遍有效性，因之不具刑罰正當性的管制規範—以槍砲彈藥刀械管制條例部分為例

一、槍砲彈藥刀械管制之基礎—對於槍械危險性的恐懼與管制

根據制定本條例之提案說明，我國槍械管制係因「工商業發達，經濟繁榮，社會結構重大變遷，犯罪形態亦已急劇變化，私造槍彈刀械以為犯罪工具，日益增多，以致槍擊事件暴力犯罪時常發生，此一現象如任令發展，勢必嚴重危害社會秩序與國家安全，人民之生命財產無法確保，故對槍砲彈藥刀械實有嚴格管制之必要。」，以此以觀，係以槍械作為工具，有被應用犯罪工具之擴散趨勢，確保人民之生命、財產，而施以嚴格管制。

就此種嚴格槍砲管制政策在我國法制上之評論，應值引用司法院釋字第 669 號解釋陳新民大法官的協同意見書。意見書指出：「本法的制定及當時政府對治安的顧慮，都是基於對人民擁有槍械的『槍械恐懼症』（Weapon Phobia），才會制訂此處處有令人怵目驚心重罰規定之本法也。」，陳大法官並指出，「基於這種槍械恐懼症，立法者採取極為嚴厲的處罰措施，而且不以有無出於犯罪的動機（揚棄刑事思想最注重的『動機論』），只單純的持有與寄藏，以及不為犯罪目的而製造（改造）槍械、販賣等…，即構成重罪，顯然出於過度的防衛心態。立法者對於立法目的所為的刑度規範，固然可為一定的裁量，是為立法者的『預測特權』（Prognosenprivileg），即應獲釋憲機關之尊重（本院釋字第五四四號及第六四六號解釋參照）但如果出於非理性的因素（例如某些恐慌心態），而超出了理智的界限时，便有了裁量濫用的違憲性。」，換言之，立法者採納了社會多數對於槍械危險性的恐懼，而採取了嚴厲的槍械管制政策。

然而進一步思考，並非所有客觀上存有對人體危險性的兇器，在法令上都列入同樣嚴格的管制。如「水果刀」、「菜刀」等生活工具，便利商店即可購得，電視購物甚至吹噓「吹毛斷髮」、「鋒銳無匹」，亦不乏有持以犯罪之新聞，然因其生活中普遍存在，法律並不加以禁止，亦未施加管制。「電鋸」、「鏈鋸」等工具，殺傷力亦非常強大，然而任何人也可以透過網路購物取得，並不因其威力強大而嚴格管制。如從立法體例加以推敲，似乎可以參考本條例第 4 條第 1 項第 3 款關於管制刀械中「非供

正當使用具有殺傷力」，這個要素。或可認為，法律之所以施予嚴格管制，乃因具有殺傷力，且在經驗上普遍不具「正當使用目的」，這樣的「正當」使用目的，顯然有高度的社會評價因素存在，並且當工具越為罕見，殺傷力越大，「純然危害」的刻板印象便越強。對於罕見而陌生的危險來源，因之予以一律排除、消滅的嚴格管制，以消除市民社會對於安全的疑慮與恐劇，正是落入前述批評「槍械恐懼症」的明證。

二、對槍械之恐懼與管制之需求，對於原住民族而言，欠缺刑法法益適格之普遍有效性

根據許教授前文註釋，對原住民族而言，狩獵早期是一種經濟營生的方法，而隨著文化的深化，已成為「大自然洗禮的肯定」，「只有通過狩獵考驗的原住民男子，才被認可為成年。」。許教授並肯定父子間傳承、贈與獵槍，具有文化傳承之意義。因之可知，作為獵具的槍械或者刀具，對原住民而言，既是在歷史意義下，作為生活的工具，復又成為民族文化中，被肯定與榮譽的象徵，以及文化傳承之承載物。

更參照實務判決引用陳宗仁教授「近代台灣原住民圖像中的槍—兼論槍枝的傳入、流通與使用其對於槍械之恐懼與並不具有普遍有效性。」，所討論原住民持用槍械之歷史：如臺灣高等法院花蓮分院 103 年度上訴字第 91 號刑事判決即肯定「原住民擁有槍枝之歷史甚早，使用之槍枝種類繁多，並隨時代之演進更新槍枝」、「原住民除自各種不同來源購入各式新式槍枝外，自製獵槍之歷史亦出現甚早，且持續 200 年以上臺灣本島槍枝生產、修理、彈藥補給之流通網絡，造成在日治時期原住民擁槍比例甚高，及新舊槍枝共存的現象。」，原住民族基於此種歷史文化傳統，對槍械顯然不具備普遍有效的槍械恐懼與管制的需求。

因此，槍械作為獵具，對原住民族具有高度的生活可近性與文化意義，並經過長期持槍、用槍之歷史文化實踐，則殊難想像在具有狩獵文化傳統的原住民族中，存在有上開陳新民大法官所指出的，槍砲彈藥刀械管制條例的重要價值取向：槍械恐懼症之存在。對於槍械的危害疑慮，或來自於非原住民族對槍械的陌生，或來自於非原住民族對槍械作為生活工具的不需要。然而，從原住民族的角度來看，依原住民族長期與普遍使用槍械的歷史，槍械對原住民族是「供作正當使用」的生活工具以及文化象徵，其對於槍械並非處於陌生、罕見的狀態，因而並不會因為欠缺槍械管制，而對槍械抱持「危害安全」的恐懼。

原住民族將槍械作為日常生活工具、文化象徵使用，是原住民族普遍的生活方式，因此對其民族普遍而言，與生活高度結合；具有工具意義的槍械，並不存在安全上的明顯疑慮，亦不因此產生對槍械之恐懼。因此本條例之刑罰、甚至是重刑的管制，對原住民族而言，即不存在作為法益保護、普遍有效之基礎。對於原住民族而言，槍械之管制，尤其以刑罰加以管制，顯然欠缺刑法法益適格。

三、小結：不具刑罰正當性的管制規範

因此，原住民族與其他民族間，既存在有足以影響法益認定之民族差異。則不分民族，一律皆以刑罰模式，施以槍械之管制，至少對於原住民族而言，顯然不具備施以刑罰管制之法益適格性。因之，如

不分民族差異，以刑罰施以槍械管制規範，即有違實質平等的要求，對原住民族而言，即違背憲法「民族平等」之原則，屬於違憲而不具刑罰正當性的管制規範。

於此管制正當性有所欠缺之情形下，司法者或可參照前文許教授對於判決的批評與建議，透過釋義學之方式擴張除罪化條文之適用範圍。然而本文作者想指出，根據民國 104 年 6 月 9 日修正而增訂之原住民族基本法第 34 條第 2 項：「前項法令制（訂）定、修正或廢止前，由中央原住民族主管機關會同中央目的事業主管機關，依本法之原則解釋、適用之。」，似已以法律規定，改變選法規則，認為原住民族基本法之意旨應優先適用。

原判決漏未在此選法規則下，於審理涉及原住民之案件，依原住民族基本法第 30 條，於司法程序中尊重原住民族之「傳統習俗」、「文化」、及「價值觀」，於現行法有所不足或有所牴觸者，本於原住民族基本法的優先效力，而為妥適之處理；仍依既有之法律見解，為嚴格限縮之法律解釋、適用，並未參照原住民族基本法相關規定如第 19 條、第 20 條第 1 項、第 23 條等，為對於原住民族有利之理解與解釋適用。以國家最嚴格的刑事，加諸於管制正當性最為欠缺的原住民族，殊值可惜。

陸、代結語

礙於篇幅，本文難以進一步就原住民族於野生動物保育法之情形一併檢討，然而具有相類似之脈絡與結論，容待日後補充。文末再感嘆一二者，猶記裴家騏教授於演講中反問：「如果原住民不能狩獵，為什麼漢人可以釣魚？」，彼之利益，吾之禁忌。一個以農耕、商業為主的泛漢社會，禁止原住民族擁槍，以維持許教授前文引用最高法院判決提到：「現今國民經濟生活普遍提昇，客觀環境之改變已鮮少原住民族僅單純依憑狩獵維生。」，然如仔細檢視我國目前森林法、槍砲彈藥刀械管制條例、野生動物保育法等法律，環環相扣所編織之綿密限制，原住民族毫無可能，得以採集、狩獵等向來利用山林資源維生之經濟活動與生活方式，支持家庭以符合人性尊嚴的方式生活、甚至哪怕僅僅滿足生存的需要。此是不能也，非不為也！我國法制長期以來忽略原住民族與居於社會多數泛漢民族之差異，一再以社會多數之價值判斷，限制原住民族之經濟活動、生活方式、乃至於語言文化，強迫原住民族改變社會多數所謂「野蠻」、「不文明」的一切，限制原住民族利用其傳統領域資源，剝奪原住民族固有之生計。這些長期以來隱而不顯的、對於原住民族間的歧視，帶來的不是民族的共榮與共和，而是民族間的消磨與衝突。存在不等於合理，本文以為，相關管制均應在「民族平等」的脈絡下重行檢討，並對這樣的結構性問題加以積極性的補救，以符合憲法尊重多元文化的意旨，重行建立多元民族平等對話、和諧共存的基石。

參考文獻

- 許恆達(2017)。〈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〉，《臺灣原住民族法學》，1 卷 2 期，頁 49-60
- 陳志龍(1986)。〈刑法的法益概念-（上）〉，《國立臺灣大學法學論叢》，16 卷 1 期，頁 125-140
- 陳志龍(1988)。〈刑法的法益概念-（中）〉，《國立臺灣大學法學論叢》，17 卷 2 期，頁 117-138
- 陳志龍(1988)。〈刑法的法益概念-（下）〉，《國立臺灣大學法學論叢》，18 卷 1 期，頁 117-173
- 許恆達(2011)。〈刑法法益概念的茁生與流變〉，《月旦法學雜誌》，197 期，頁 134-151
- 周漾沂(2012)。〈從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎〉，《國立臺灣大學法學論叢》，41 卷 3 期，頁 981-1053
- 鄭逸哲(2008)。〈「法益刑法」概念下的「構成要件」和「構成要件適用」〉，《軍法專刊》，54 卷 6 期，頁 103-114
- Claus Roxin，譯者：許絲捷(2012)。〈法益討論的新發展〉，《月旦法學雜誌》，211 期，頁 103-114
- 裴家騏，整理者：洪佳如(2017)。〈原住民獵場管理與野生動物保育的夥伴關係〉，《獨立評論@天下》，<http://opinion.cw.com.tw/blog/profile/383/article/5553>，最後瀏覽日 2017/11/01

還我土地後，問題是否解決？

雷化豪^{*}

目 次

壹、前 言	參、延伸之行政救濟問題
貳、反亞泥還我土地案的進展	一、起訴法條之爭議
一、原住民保留地相關規定	二、有無法律上利益之爭議
二、台北高等行政法院 104 年度原訴字 第 8 號判決	三、行政處分本身是否違法之爭議
三、最高行政法院 106 年度第 19 號判決	四、行政處分性質之爭議
	肆、原住民族傳統與現代法令之衝突

摘 要

反亞泥還我土地運動，歷經數十年的抗爭，在 2017 年藉由最高行政法院的判決獲得成果，但訴訟帶來的，可能只是確認族人土地所有權之存在，最高行政法院運用保護規範理論，認為亞泥並無訴訟權能之見解，對於紛爭之解除、以及對於人民權利之保障，是否較為妥善，實有待進一步觀察。政府有關保留地之規定，係為了照顧原住民族、保障原住民生計，此一目的是否落實，可回頭作為檢視相關法規是否妥適之依據，故此一運動至原住民族之身分、地位及權利保障尚未完善前，並非完全落幕。

關鍵字：反亞泥還我土地、保護規範理論、訴訟權能

壹、前 言

陳竹上教授一文關懷之主題在於民國 62 年亞洲水泥股份有限公司（下稱亞泥）進駐花蓮縣秀林鄉，並使用屬於當地太魯閣族之原住民保留地，而導致當地太魯閣族人無法利用該土地進行使用、收益等經濟行為，因而展開長達數十年的「反亞泥，還我土地」運動中，關於訴願及訴訟之進展，而該文之鎖定研究範圍為 2000 年至 2015 年（民國 89 年至 104 年，以下均以民國紀年）。有關此一議題之行政救濟，105 年 6 月 6 日台北高等行政法院以 104 年度原訴字第 8 號判決，判決亞泥提出之訴駁回，而在 106 年 1 月 12 日，最高行政法院作出 106 年度判字第 19 號判決，判決亞泥之上訴駁回。這兩個判決都源自陳教授一

^{*} 東吳大學法律學系兼任講師

文中所引用之原民會於 104 年 8 月 6 日作成之原民法字第 10400431031 號訴願決定及相關訴願、訴訟。

貳、反亞泥還我土地案的進展

一、原住民保留地相關規定¹

已廢止之台灣省山地保留地管理辦法第 7 條第 1 項第 1 款規定，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。

山坡地保育利用條例第 37 條規定，山坡地範圍內山地保留地，輔導原住民開發並取得耕作權、地上權或承租權。其耕作權、地上權繼續經營滿五年者，無償取得土地所有權，除政府指定之特定用途外，如有移轉，以原住民為限。

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

至於原住民保留地之規範意旨，依照原住民保留地開發管理辦法第 3 條及實務之見解，在於輔導原住民開發原住民保留地，以保障原住民生計，促進原住民族之生存發展，而賦與符合一定法定條件之特定原住民，得向當地登記機關申請辦理原住民保留地所有權移轉登記之請求權。此些法令規範與規範意旨，即成為行政法院於判斷亞泥是否有法律上利益時之重要依據。

二、台北高等行政法院 104 年度原訴字第 8 號判決

104 年度原訴字第 8 號判決中，亞泥一如過往訴願決定中，主張自己為原處分之利害關係人，認為原處分認定原住民楊金香、徐阿金依照山坡地保育利用條例之規定取得土地所有權，將造成參加人業於 63 年間即已取得系爭土地之所有權，從而影響亞泥合法向花蓮縣秀林鄉公所租用系爭土地作為礦業用地，受法律保障之事實狀態（即占有利益），且因租用土地之對象為秀林鄉公所，亦無法向現今之土地所有權人主張權利，且在最高行政法院 98 年度判字第 1205 號判決中，法院認為亞泥有利害關係而同意亞泥為訴訟參加人，因而依照行政訴訟法第 4 條第 3 項之規定為合法之訴訟主體。

對於亞泥之主張，台北高等行政法院首先引用相關判例²認為，原告必須具有訴訟權能，其提起訴訟始能謂適格。若為行政處分相對人以外之第三人，必須為法律上之利害關係人，始得對原處分提起行政爭訟。而所稱法律上利害關係人，係指法律上值得保護之利益，經濟上、情感上或事實上之利益，並不屬之。即利害關係乃指法律上之利害關係而言，不包括事實上之利害關係。進而法院引用司法院大法

¹ 深入探討可參楊清民，台灣原住民保留地相關法律問題之研究——以地上權、所有權及設置土地專業法庭為中心，國立中正大學法律所碩士論文，2010 年 5 月；陳竹上，我國原住民保留地政策之當代課題與司法案例分析，台灣原住民族研究季刊，第 5 卷第 2 期，2012 年 6 月，第 83-114 頁；辛年豐，保障原住民族尊嚴的原住民保留地？——制度的檢討與展望，臺灣環境與土地法學雜誌，第 13 期，2014 年 12 月，第 35-55 頁。

² 最高行政法院 59 年判字第 617 號判例、75 年判字第 362 號判例。

官釋字第 469 號解釋所揭櫫之保護規範理論，如法律雖係為公共利益或一般國民福祉而設之規定，但就法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，可得知亦有保障特定人之意旨時，即應許其依法請求救濟，作為判斷第三人有無法律上之利害關係之標準。以利害關係人之地位提起撤銷行政處分之訴訟，應以主張其權利或法律上利益，因違法行政處分而受損害為要件，其提起訴訟始能謂為適格。如依其所主張之事實，其不可能因行政處分而有權利或法律上利益之受侵害，則該第三人即不具備訴訟權能，其提起訴訟係原告不適格，為欠缺訴權之存在要件。

就本案之觀察，法院認為，縱使土地所有權移轉，但亞泥使用相關土地之權益，可依礦業法之相關規定受到保護，並無影響。只要亞泥得依法採礦之權限仍然存在而未受撤銷、廢止，則其權益不因土地所有權人為何人而受影響，自然對本案系爭之行政處分作成，並無權利或法律上利益受影響之虞，故依照行政訴訟法第 107 條之規定，以判決駁回亞泥之訴訟。

三、最高法院 106 年度第 19 號判決

針對亞泥之上訴，最高行政法院於判決中，首先仍然引用保護規範理論，作為判斷第三人之權利或法律上利益是否受損害，審查當事人是否適格。而法院接續討論系爭規範，山坡地保育利用條例及依此法律所定之管理辦法，其規範意旨，在輔導原住民開發原住民保留地，以保障原住民生計，促進原住民族之生存發展，而賦與符合一定法定條件之特定原住民，得向當地登記機關申請辦理原住民保留地所有權移轉登記之請求權。而取得礦權者，依照礦業法之規定，既得於有使用他人土地之必要時，以租用方式取得土地使用權，則不以土地所有權人變更而生影響，進而認定，管理辦法第 17 條第 1 項規定，並無保障已依礦業法規定取得土地使用權之礦業權者之意旨，意即，並非對亞泥而言之保護規範，故亞泥縱使須依照礦業法第 47 條之規定取得所需土地之使用權，而有時間、經濟上之成本花費，亦僅屬事實上之利益，而非法律上之利益，故亞泥僅屬事實上之利害關係人。基於上開理由，將亞泥以上訴無理由駁回。

參、延伸之行政救濟問題

一、起訴法條之爭議

亞泥於 104 年度之訴訟中，依照行政訴訟法第 4 條第 3 項提起訴訟，本即為一有疑義之行為，蓋該項規定之訴訟主體為訴願人以外之利害關係人，按文義應係指非屬訴願人，卻因訴願決定而導致權利或法律上利益受侵害之人，所提起之訴訟，惟原民法字第 10400431031 號訴願決定之訴願人即為亞泥，故其並非行政訴訟法第 4 條第 3 項之主體，而應直接依照行政訴訟法第 4 條第 1 項提起行政訴訟。但即使亞泥應依照行政訴訟法第 4 條第 1 項提起行政訴訟，惟其並非屬原處分之相對人，故法院在審查亞泥是否為適合之當事人時，仍須審查有無因行政處分而造成其權利或法律上之利益受到損害。

二、有無法律上利益之爭議

本案之關鍵問題為，亞泥是否為原處分之利害關係人，台北高等行政法院及最高行政法院均引用司法院大法官釋字第 469 號解釋所揭櫫之保護規範理論作為判斷亞泥有無法律上之利害關係之依據。至於

保護規範理論，素來有以立法者之主觀意旨作為判斷標準之舊保護規範理論，及以客觀面向觀察之新保護規範理論之區別。後者並非純以立法者之主觀意旨，而係尊重立法者之判斷為前提，惟當立法者並未明文規定某人有無權利或法律上利益時，透過解釋方法，予以彈性認定³。但保護規範理論，涉及法律解釋，在判斷上容易生見解不一之衝突。在本案中，亦可看見亞泥一再主張自己有法律上利益、但原民會或行政法院卻均認為僅涉及經濟上之利益，而非法律上利益。

對此，有學者針對前述運用保護規範理論之困境，介紹德國之其他學說見解，作為我國在面臨此一問題時之參考⁴，保護規範理論所涉及之問題若予以抽象化，則是國家與相對人及第三人間之問題，而保護規範理論之探討在於，立法者所制定之法律，是否帶有保護第三人之意旨，即關注重點為國家與第三人間之關係，但其他學說見解則著眼於私人與私人間之權利衝突，簡言之，以法律有無調和私人與私人間之基本權利衝突，作為判斷該第三人有無法律上利益之關鍵⁵。但不可否認的是，即便採取此一見解，亞泥是否因而即有法律上利益，成為原處分之利害關係人而具備訴訟權能，仍有相當之困難。蓋系爭原處分之法令依據，即山坡地保育利用條例、原住民保留地開發管理辦法中有關所有權移轉登記之規定，雖可能得出兼有調和之功能，但原土地所有權人並非亞泥，而係屬秀林鄉公所所有，該法令既然僅針對土地所有權之移轉為規定，則對於非為土地所有權人之亞泥，似亦無法依該學說理論而認為有法律上利益。但此一學說理論，較行政法院所運用之保護規範理論，似更容易「預測」。

三、行政處分本身是否違法之爭議

即使假定亞泥為原處分之利害關係人，原處分究竟有無違誤之處，可供討論之處甚多，首先，原處分機關究竟為何者？其次，事實認定與法規適用，是否有違誤之處？亞泥在判決中一再強調其採礦權之許可早於耕作權，且系爭土地位於礦區範圍內，故無有可能有該當山坡地保育利用條例所規定之繼續耕作滿五年之期限，故當然不發生該條所明定之法律效果即所有權移轉之情事。且爭執應適用者為被上訴人即花蓮縣政府所認定耕作事實時期之法令，即已廢止之台灣省山地保留地管理辦法；又於上訴理由中主張，依 55 年管理辦法第 2 條及第 33 條規定可知，該法所規範之山地保留地僅限於國有土地而不及於私有土地，是以原處分將使系爭土地逸脫 55 年管理辦法之適用範圍。可惜此些問題，因本次原民會之訴願決定及行政法院之相關判決，均認亞泥非具有訴訟權能，不得針對原行政處分提起爭訟，而未加以深入討論，未能以判決之方式，徹底處理上開問題，略感可惜。

四、行政處分性質之爭議

最後延伸討論的是，原處分內容係辦理所有權移轉登記，但此一處分，其法律上之性質究竟為確認處分，或是形成處分？就此一問題，最高行政法院顯然認為係屬形成處分，當符合相關規定時，僅取得向主管機關申請土地所有權移轉登記之請求權；但現今之土地所有權人，在最高行政法院審理時以參

³ 保護規範理論雖為德國迄今之通說，但學界並非無批評之聲，參陳柏霖，論行政訴訟中之「公法上權利」——從德國法及歐盟法影響下觀察，2014 年 2 月，第 69 頁。

⁴ 詹鎮榮，論經濟行政法上之競爭者訴訟，政大法學評論，2013 年 4 月，第 301 頁以下。

⁵ 同前註，第 302 頁。

加入之身分參加訴訟，則認為從山坡地保育利用條例第 37 條規定之文義及其立法意旨可知，參加人係基於取得耕作權後繼續經營滿 5 年之事實，依該規定取得所有權，並非僅取得一申請登記為所有權人之請求權，則土地登記簿之移轉登記，並非對參加人創設權利，而僅係確認其依法享有土地之所有權。陳教授之文中亦以民法第 759 條，登記後始得處分物權之規定作為基礎。此一影響首先在於，現今之土地所有權人楊金香與徐阿金，能否向收取租金之花蓮縣政府秀林鄉公所，請求其非屬土地所有權人，卻領取亞泥租金之不當得利返還，對此陳教授之文中亦肯認，亞泥之行為，實際上係無權占有，對於秀林鄉公所之不當得利，則並未提及；其次，則根本性地否決了亞泥在本案中提起撤銷訴訟之可能性。

肆、原住民族傳統與現代法令之衝突

亞泥案在亞泥之上訴駁回後終結，而無法繼續主張原有之租賃契約。依照礦業法第 47 條之規定：「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；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，申請主管機關備查後，先行使用其土地。」亞泥必須再與現土地所有權人協議以租用或以其他方式取得使用權。雖然原民會及行政法院均以此為理由，認為亞泥並無權利或法律上利益受到損害，但所提及之礦業法，卻成為亞泥得向現今之土地所有權人要求租用土地，又在協議不成之下，該條文之規定，成為申請調處、甚而得先行使用之依據，則此一規定，在山坡地之土地價格與平地之土地價格有所落差之情形下，幾乎使亞泥得在礦業權延展之情形下，長久使用土地所有權人之土地。固然土地所有權人因而得取得租金，進而達成滿足經濟之結果。但此一規定，自行政法院之判決中可知，其規範意旨，在輔導原住民開發原住民保留地，以保障原住民生計，促進原住民族之生存發展，亦即，屬對原住民為之不同於民法或其他土地法規有關土地取得之優惠性差別待遇。雖看似對原住民之保障，但自陳教授之一文中即有豐碩之文獻整理可知，此類原住民保留地，實則本即為原住民之土地，係自清朝以來，經日治時期在至國民政府統治期間，對原住民土地之限制，甚而在過程中，有許多原屬原住民自我意識中之土地，遭到當局政府之剝奪。若從此一觀點，何來保障之有？所謂還我土地運動，不僅係對原登記為土地所有權人之秀林鄉公所提起，更是對整個統治權及歷史提起。但在現行法令之規範下，原住民保留地卻成為了優惠、保障等「關懷」。

因前所述，反亞泥還我土地運動，雖在判決上，經由原民會之訴願決定、台北高等行政法院及最高行政法院之判決，暫告一段落，而「還我土地『所有權』」，但下一步，則是針對礦業法相關規定之修正⁶，甚至針對原住民族之土地，進行真正的「還我土地⁷」運動⁸，此一議題，仍有繼續探討之空間與必要。

⁶ <http://zh.wildatheart.org.tw/story/10/8075>，最後瀏覽日 106 年 10 月 18 日。

⁷ 對於國家承認及立法返還原住民族土地，可參原住民族基本法第 20 條以下之規定。

⁸ 或者在以原住民族為本位，進而衍生，例如還我自然、還我文化、還我語言、還我姓名等物質上或精神上議題之討論。

參考文獻

辛年豐，保障原住民族尊嚴的原住民保留地？——制度的檢討與展望，臺灣環境與土地法學雜誌，第 13 期，2014 年 12 月，第 35-55 頁。

陳竹上，我國原住民保留地政策之當代課題與司法案例分析，台灣原住民族研究季刊，第 5 卷第 2 期，2012 年 6 月，第 83-114 頁。

陳柏霖，論行政訴訟中之「公法上權利」——從德國法及歐盟法影響下觀察，2014 年 2 月。

楊清民，台灣原住民保留地相關法律問題之研究——以地上權、所有權及設置土地專業法庭為中心，國立中正大學法律所碩士論文，2010 年 5 月。

詹鎮榮，論經濟行政法上之競爭者訴訟，政大法學評論，2013 年 4 月。

專題報導

東吳大學法學院民族法研究中心

原住民族語言發展法介紹

一、公部門之推廣政策

原住民族語言之發展，涉及原住民族文化傳統之保存與傳承，2017年6月14日，制定原住民族語言發展法（下稱原語法），作為保障原住民族語言權之法源。原住民族語言，其在我國官方語言之定位為何，涉及到原住民族在我國之地位，因而原語法第1條明文規定，原住民族語言為國家語言，除顯現原住民族之地位外，更彰顯歷史正義之實現。為落實原住民族語言為國家語言之規定，原語法第13條要求，政府行使公權力時，原住民得以原住民族語陳述意見。甚而原語法第14條規定，原住民族地區之政府機關（構）、學校及公營事業機構，得以地方通行語書寫公文書。又原語法第17條要求主管機關以原住民族語言出版與原住民族事務相關之法令彙編並公告之。原語法第27條則規定主管機關為辦理原住民族語言研究發展等事項，應編列經費及接受私人、法人或團體之捐助，成立財團法人原住民族語言研究發展基金會。

二、推廣政策之決策

至於政府應如何推動原住民族語言發展之政策，涉及到多元族群之平衡發展，不能以漢人本位思考，也不應偏頗於某一特定族群，因而原語法第4條規定，應定期邀集學者專家、原住民族代表及有關機關代表，審議、諮詢及推動原住民族語言發展政策事項。且要求原住民族代表，各族均至少一名，且原住民族代表不得少於代表總人數三分之二；單一性別比例不得少於三分之一。進而達成真正的族群平等，保障原住民族各族能參與語言發展政策擬定之程序。至於原住民族語言發展之政策，應以何者為優先，可能難以達成共識，故原語法第7條要求，應優先復振瀕危語言。

三、各族群成立族語推動組織

又對於原住民族語言發展之推廣，如僅為政府之附帶業務，則既無法專責專任，也無法專心一致，因而原語法第5條要求，在一定原住民人口以上之公所，應設有專職之原住民族語言推廣人員。除了政府積極推廣外，各族群自我意識高漲之下之自我復興活動，政府更應加以協助，使其成立族語推動組織。

四、生活上之普及、推廣

除了公部門的推廣，使原住民族能夠復振其族語外，在生活之推廣、普及亦為重要，如能將族語文字化、字典化，更能達成普及之成效，故原語法第9條規定，中央主管機關應會商原住民族各族研訂

原住民族語言新詞；並應編纂原住民族語言詞典，建置原住民族語言資料庫，積極保存原住民族語料。又將原住民族語言普及於社會生活中，原語法第 15、16 條要求，在原住民族地區，大眾運輸工具及場站，目的事業主管機關應增加地方通行語之播音；政府機關、學校及公營事業應設置地方通行語之標示。原語法第 23、24 條針對傳播媒體使用原住民族語言，另有一定之限制與獎勵。

五、原住民族語言之教育

除了現有人才之推廣，原語法亦強調族語之教育，原語法第 18-20 條分別就嬰幼兒、國民教育及大專教育，要求政府提供學習、教學、及開設相關課程供學生修課。為滿足前開原住民族語言師資之空缺，原語法第 22 條也要求主管機關應培訓原住民族語老師。

六、學習原住民族語言之獎勵

為鼓勵原住民族語言之學習，原語法第 26 條規定，依原住民族工作權保障法進用人員時，應優先僱用具原住民族語言能力者；第 28 條規定，應補助與獎勵原住民族語言保存及發展研究工作。

七、結 論

為履行憲法增修條文第 10 條之要求，我國制定原語法作為推廣原住民族言之重要法律，立意良善。但此一政策是否能被落實，尚待觀察。本法雖立意陳高，但因未有任何強制手段，恐須觀察政府之政策是否能順利推動。

日本愛奴文化振興法介紹

愛奴人係日本北方之原住民，多居住於北海道，在俄羅斯的庫頁島也有分布，在過去，日本對於愛奴人之統治採取高壓政策，曾於 1899 年頒布北海道舊土人保護法，其制定宗旨雖以保護北海道愛奴人，但該內容則恰為相反，係以限制愛奴人土地所有權、廢止愛奴語而達成日本之同化政策。基於此法律，愛奴人的共有財產歸入當時之北海道廳，另外強制要求愛奴人學習日文、禁止漁業、狩獵等收入源活動、禁止愛奴人固有之風俗習慣、強制改為日本姓名並編入戶籍。此一規定直至 1997 年制定愛奴文化振興法後，始廢止之。

1997 年 5 月制定之愛奴文化振興法，全名為有關愛奴文化振興及關於愛奴傳統等之知識普及與啟發之法律，全文共 13 條，另有附則 3 條。

愛奴文化振興法第 1 條，關於本法之立法目的見解為，本法係鑑於愛奴人引以為傲的愛奴傳統及愛奴文化受到冷落的情況，試圖對國民推廣愛奴文化振興、愛奴傳統等相關知識普及與啟發之政策，進而力圖實現對愛奴人與愛奴民族之驕傲產生尊重的社會，以發展日本國多元文化為目的。

而愛奴文化振興法所稱之愛奴文化，依照該法第 2 條之見解為，愛奴語、關於愛奴所繼承之音樂、舞蹈、工藝、其他文化所產，以及從此些所發展之文化產物。

對於愛奴文化振興，國家有義務推動對於繼承愛奴文化者之育成、資助愛奴文化研究、充實關於愛奴傳統等之宣傳等政策，也必須協助其他地方自治團體推動愛奴文化振興等政策；而地方自治團體有義務因應該區之社會條件，努力實施愛奴文化振興之政策。另外當國家及地方自治團體在施行上開政策時，應注意愛奴人之自我意識及尊重民族之驕傲。

有關愛奴文化振興之政策，由日本國土交通大臣及文科科學大臣負責制定基本方針，其內容略為：一、關於愛奴文化振興等基本事項；二、關於為了愛奴文化振興之政策之事項；三、關於為了對國民普及及啟發關於愛奴傳統之知識的政策之事項；四、資助研究調查愛奴文化振興之事項；及五、前述政策實施時應注意之重要事項。

有關愛奴文化振興之實施，得指定相關法人為之，此一法人之業務約為：一、育成繼承愛奴文化者、振興愛奴文化；二、有關愛奴文化之廣告行為，及其普及啟發之事；三、協助愛奴文化振興等調查研究；四、對關於愛奴文化振興、愛奴傳統等啟發普及或協助愛奴文化振興調查研究者之助言、助成或其他援助；及五、前列以外之為了愛奴文化振興之必要業務。此一法人每事業年度必須作成事業計畫書及收支預算書向國土交通大臣及文部科學大臣提出，若有變更者亦同。在本法規定之限度內，國土交通大臣及文部科學大臣亦得要求指定法人報告其業務，或其職員得進入指定法人之事務所，針對帳簿、書類等物件進行檢查，或得對關係人進行質問。在認為指定法人就前述之業務有改善之必要時，得命指定法人為必要之改善措施。當指定法人違反命令時，得取消本法之指定。本法並針對指定法人不為報告、或為虛偽報告、或規避檢查時之相關罰則。

本法規定了國家與地方自治團體對於愛奴文化振興之義務，更代表著日本國承認愛奴文化為重要資產，使其復興為國家重要之任務，而本法一併廢止了過去不當之北海道舊土人保護法與旭川市舊土人保護法等規定，使愛奴人之文化保護，有了新的開展。

書籍介紹—— 台灣原住民族語言的書面化歷程

台灣原住民族語言的書面化歷程一書作者李台元先生為國立政治大學民族學系博士，目前為政治大學民族學系兼任教授，本書獲得第三屆思源人文社會科學博士論文獎及國立台灣圖書館台灣學研究論文獎，且用字親和，對原住民族語言未有研究之一般民眾亦應可輕易閱讀。

本書之書寫脈絡約為，首先先介紹族語如何從口說語言發展為文字書寫語言，包含了基於各種目的的文字化，例如為了統治目的而以日文或注音方式為之；為了傳教目的而以羅馬字等方式，或者在今日，已非基於高權方式，而是為了文化之保存與傳承而進行文字化等目的。

但無論哪一種書寫方式，都會遇到台灣有各種原住民族拼音方式之相互差異，故本書也提到目前的語言書面化努力方向，即將各種拼音方式標準化，但過度強調由專家主導的語言學取向標準化，也引起了是否非由原住民為主體，另外也引發了究竟拼音是種文字，或僅是一種音標符號之爭論。對此，本書之宗旨在於，文字的規範不在科學，而在可用，即使用人能否接受。這個見解與本文前述之現代文字化之目的有共同之思想。但無論如何，本書提及，文字之標準化使得族人得以保存正在流失中之族語，也藉由此一文字標準之基礎，使文字不只是作為記錄本身，而得以用為工具，且不只用來溝通，甚而可以作為創作，有了文字，也便於用來教學，編用教具等方式，得以復振原住民族文化。

進而，本書接著介紹目前相關學者之研究成果，無論是外國學者、本國學者，甚而僅是對族語復振存有熱心之有心人士，迄今之編纂成果。而本書提到，此類編纂成果，約可分為以研究者為導向、及以學習者為導向之詞書，後者為晚近所出現之方針，且為目前之努力方向。

再來，本書特別專章介紹族語文字化的重要推手，即族語聖經詩之翻譯。此一翻譯從外國宣教師之領導開始，到本族譯經員之培養，其中也經歷政府政策之故而受到阻撓，但藉由本族譯經員之培養，使得族語維護與傳承得以較為順暢，也使後來的族語認證及教材編輯等奠下基礎。這種非屬國家政策下之文字翻譯，由於並無充沛資源，常須藉由編輯者之充分熱情始得為之。又聖經詩之翻譯也會遇到問題，例如沒有對照之詞彙可供使用，此時解決之方法可能是借用本族類似之概念，加以創造新詞彙，或用音譯、意譯等方式處理，此也使得原住民族語言及文字，有了繼續發展之機會，而非僅是單純紀錄、翻譯。另外，聖經之翻譯，亦對族語共通化產生一定之貢獻，且共通化之聖經，必然是以閱讀者為取向，更貼近了目前之努力方向。

在嘗試保存族語文字後，下一步要做的就是加以推廣、普及化，而研發族語教材，便是這一思想下之當務之急。由於本土語言教學成為學校之正式課程，加上族語認證並非僅以族作為區別，而將各族族語更為細緻劃分，更為精緻劃分之本土族語教材需求就更為急迫，但這樣分散的能量也使得整合能力較為薄弱，為其缺點，又因應九年一貫之教育，教材必須相因應各年級之需求，負擔甚大。又為了使語言教學能夠真正現代化而進入生活，成為能用的語言，教材之編輯更須朝向此一方向努力。

在語言藉由文字化而保存後，進而透過教學而普及，本書之最後一章，討論的是將族語生活化，使其得以延續，而透過文學之翻譯、創作，即為一種方式。所謂民族文學，在作者之介紹上，包含語言、

身分及題材三個條件，故若非使用原住民族文字，則其意義即喪失大半。在原住民族語言之書面化後，透過此一文字進行創作，但文學之創作並非自語言書面化後始發展，口傳文學也屬於其中一種，但無可置疑的是，透過文字，更能保存與推廣之。透過文學之獎勵、推廣，也能累積本族族語之人才，更能藉由文學題材之找尋，加深族人之認同與推廣原住民族文化。甚而作者提及，維基百科的撰寫，也是一種廣義的族語文學實踐。

積極維護發展原住民族語言及文化，是我國憲法要求之國家政策，本書作者考證紮實，完整呈現台灣原住民族語言之書面化歷程，且透過其介紹，亦可了解對於語言文字化之演進，與未來努力之方向。無論是政策制定者、從事研究者，或僅是一般對於原住民族語言推廣發展有興趣之讀者，相信都是一本值得參考閱讀之書籍。

王光祿獵槍案，最高法院聲請釋憲

引起社會關注的王光祿案，起因為布農族人 Tama Talum（漢名為王光祿）在台東山區狩獵，遭警方以違反槍砲彈藥刀械管制條例及野生動物保育法而逮捕，一共判處三年六個月有期徒刑，於 2015 年 11 月最高法院維持原判決三審定讞。但最高檢察署認為該判決可能產生文化歧視之結果，以及相關法令之適用有誤，因而提請非常上訴。

檢察總長提請非常上訴後，鑒於此一議題涉及原住民傳統文化與現有法律間之衝突，且為社會所關注之重大議題，最高法院在 2017 年 2 月 9 日審理時，特開放全程開庭網路直播，讓更多人得以了解此一判決之過程，並於同年 9 月 28 日，認為相關規定有違憲之虞，聲請大法官解釋。此同時亦係最高法院首次聲請大法官解釋。

自最高法院首次開放網路直播，以及聲請大法官解釋即可看出，此案在司法權中之重要性，最高法院於新聞稿中認為，「合議庭認為狩獵是原住民傳統文化特徵之一，槍砲彈藥刀械管制條例限制原住民僅能以自製的落後槍枝打獵，致不能使用較安全的現代化制式獵槍；野生動物保育法限制原住民只能基於因動物適量、學術研究、教育目的或傳統文化祭儀必要，進行狩獵，罔顧其生活習慣，既都未確實依據原住民族基本法檢討修正，且不符合兩公約揭示應事先與原民部落諮商，獲得其同意，和分享科技之惠的尊重、雙贏理念，並違反憲法增修條文肯定多元文化、維護原住民傳統及促進其發展的意旨。合議庭並認為司法機關具有平亭曲直、實現正義的職責，但仍當謹守權力分際，乃請求司法院大法官就槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項及野生動物保育法第 18 條、第 41 條第 1 項，未就原住民特殊情形加以考量部分宣告違憲。」

惟依照司法院大法官針對法官聲請釋憲之相關解釋觀察，法官欲聲請大法官解釋，必須法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信認為違憲，始得停止審判程序聲請釋憲。意即，法官在審判案件時，本即有對法律進行違憲審查之義務，其與司法院大法官之差別在於，並無個案拒絕適用、亦無宣告法律違憲而無效之權，而僅能在認為審理案件時適用之法律違憲時，停止審判聲請大法官解釋，且須基於合理確信違憲，而不得在認為僅有違憲之虞時，即停止審判聲請釋憲。王光祿案中，涉及到憲法中對原住民族傳統文化之理解與保護，也涉及到司法權在具體審理個案中憲法意識之提升，值得我們持續關注。

原住民族博物館設址確定

國民期待已久之原住民族博物館，在 2017 年 9 月 21 日經由專家學者，包含博物館學、人類學及交通學等多面向專家組成小組而選址決定後，將在高雄市興建。惟在 2015 年時，曾決定於新北市鶯歌區建址之原住民族博物館，在今年選址確定後，卻引發部分縣市政府之質疑。

對於此一決定，選址所在地之高雄市政府原民會表示相當歡迎，認為高雄市澄清湖在環境、交通等因素上，均有優勢，預計將於 2018 年規劃，於 2025 年開館營運。

原住民族博物館之設計，不僅是使民眾在舒適的環境下，了解原住民族之歷史、文化，更使得原住民族之相關文史資料、器具用品等，得以妥善收藏，對於原住民族之文化保存，有著相當重要之地位，並可提升國人及外籍遊客，對原住民族之認識與尊重，故原住民族博物館之設置，可謂相當重要。

但外界有質疑聲音為，為何原住民族博物館之設置，並非落於原住民族集中居住、或對於原住民族文化有重要意義之區域，認為博物館並非只是考量交通便利，更應作整體文化之考量規劃，並得藉以改善區域資源分布不均之問題。

針對此些質疑，原民會則澄清，首先重新選址係基於國會之要求，具有民主正當性；又關於原住民族之分布不應僅就設址該地判斷，而應整體考量，且應計入平埔原住民進行判斷。至於交通便利性，雖與博物館之內容無涉，但既原住民族博物館為國家級之博物館，則周遭之交通、場址之幅員等，均應加以考量。

原住民族之文化，係憲法增修條文第 10 條中明文要求國家應積極維護、發展之重點。而文化之維護，除了機關及原住民族本身之外，更為全國人民所應了解與尊重，博物館之設置除經濟效應外，人文發展之關懷更是我們所應重視的，如何能讓此一博物館，以及其中之展物，能夠被重視，進而達成維護、發展原住民族文化之任務，應綜合一切條件，妥適考量，選址僅係此一任務之開展。

紐西蘭首位紋面海軍

台灣早在漢人遷移前，島上已有南島語族居住，南島語族之分布在今日相當廣泛，紐西蘭之原住民毛利族人，亦為南島語族之一，其與台灣之原住民有相當之淵源，在文化上，亦有相類似之處，例如紋面（毛利人稱為 *moko*）之傳統文化。

在紐西蘭，維護毛利人之傳統文化係政府相當重視之一環，不管是母語之保存，例如 1987 年所制定之毛利語言法，將毛利語明列為紐西蘭之官方語言，或生活習慣之尊重等均是。在 2017 年，首位紋面的毛利人將在紐西蘭海軍服役。

毛利人與其他南島語族之紋面，並不只是為了美觀，而帶有其家族之意義，亦顯現其身分階級，一如常人之姓氏等特徵，具有辨別身分、增進自我認同之重要意義。故其較一般之刺青更負有特殊意涵，許可紋面之毛利人從事軍職，不僅是族群融合之重要象徵，更帶有將其同等看待、尊重其文化之實質平等精神。

在台灣過去從軍，實務上對於身體甚而臉部之刺青有一定之限制，更為顯著者為擔任國家門面之憲兵，在選任前均須經由檢查無相當範圍之刺青後始得為之。在 2013 年 1 月起，憲兵志願役選任，始開放身體部位一部分範圍之刺青，但在臉上及明顯部位仍屬禁止，若有則無法進入憲兵服役，另外諸如國安局、儀隊、軍樂隊等志願役士兵，仍不得有刺青，在 2014 年更進一步放寬限制軍種。

此一規範或許是在於過往刺青與黑道之聯想，在今日刺青已成一種文化時，予以適度解禁固然值得讚許，但禁止臉部及明顯處刺青，若是為了國家門面著想，則未免有些遺憾。台灣原住民族中，泰雅族、賽德克族、太魯閣族等南島語族，過往亦有紋面之傳統。在今日此一傳統已沒落，除過往日本統治時期之禁止外，國民政府來台後，社會氛圍對於紋面之負面印象、傳統文化之漠視，使得此一文化已漸流失。憲法增修條文既要求國家應維護原住民族之傳統，在任何方面國家欲對人民之基本權作限制時，均應考量有無涉及原住民族之特殊文化，除此之外，更應積極尊重並推廣，一如紐西蘭紋面毛利海軍士兵之象徵。

《原住民族法學》期刊稿約與審稿規則

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

文稿類型

- (一) 專題論文：由本刊編輯委員會根據特定議題，邀請專家學者撰寫，字數至少 1 萬字以上。
- (二) 研究論文：未在國內其他學術期刊發表過之與原住民族法律議題相關學術論文，字數至少 1 萬字以上。
- (三) 評論：評析本會前期出版之論文，字數至少 5000 字以上。
- (四) 專題報導：包括如原住民族重要法規介紹、各國原住民族法律介紹、近期原住民族重要法律事件介紹或判決解析、國家考試內原住民族法規相關試題分析，原住民族法學相關書籍推薦介紹等。

論文格式

- (一) 以電腦打字，稿件中、外文均請橫式繕打，加註清楚標點，並請提供「列印稿」及來稿檔案（Word 格式之電子檔案），頁碼按序標明並請附上引註資料（採同頁註格式，請按學術慣例註明引註與參考文獻）。
- (二) 來稿內容順序：
 - 1. 論文題目及作者姓名（須列服務機構、本身職務、地址與聯絡電話）。
 - 2. 目次。
 - 3. 中文摘要。
 - 4. 中文關鍵字（如有專有名詞因實際困難無法翻譯成中英文者，可保留該外文以原文表達該專有名詞）。
 - 5. 本文。
 - 本文標題層次
 - 壹、XXXXXX
 - 一、XXXXXX
 - (一) XXXXXX
 - 1. XXXXXX
 - (1) XXXXXX
 - 6. 參考文獻。
 - 7. 英文論文題目及作者英文姓名。（須列服務機構、本身職務）
 - 8. 英文摘要。
 - 9. 英文關鍵字。

審稿規則

- (一) 第一階段：形式審查

稿件首先由總編輯或執行編輯商請相關領域專家一人進行形式審查。

形式審查人應確定稿件是否符合法律學報論文之一般水準。

(二) 第二階段：實質審查

通過形式審查之稿件，送請相關領域專家進行實質審查。

(三) 實質審查之項目與及格標準

實質審查時分別針對「研究方法」(30%)、「文章組織與結構」(30%)及「學術價值」(40%)等三項進行評審。對於稿件之評量分數以100分為滿分，以70分為及格。

(四) 審查結果

編輯委員會議應依審查意見作成刊登、修改後刊登、修改後複審或不予刊登等決定。

(五) 雙向匿名原則

本刊之稿件審查程序，不論形式審查或實質審查階段，皆採雙向匿名原則，以確保審查結果之客觀與公正。

(六) 稿件刊登順序

稿件數量如超過當期篇幅容量，本刊得斟酌領域平衡以及各該稿件之時效性等因素，決定當期刊登之稿件及其順序。

(七) 刊登證明

稿件作者如要求開具刊登證明，總編輯應於編輯委員會議審查通過後，開具刊登證明或同意刊登證明。

校稿程序

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

版權事宜

(一) 本刊不接受已經在國內其他學術期刊出版的文稿。

(二) 來稿內容請注意遵守著作權及其他法令規定，一經刊登，文責自負，著作權由作者保留。凡刊登於本刊之論文，作者同意本刊得為平面或數位出版，本刊並得自行或再授權本刊同意之資料庫業者，進行重製、透過網路提供服務、授權用戶下載、列印等行為，並得酌作格式之修改。

(三) 著作權：原住民委員會取得全部權利，惟各單篇著作、影片及圖片等涉及他人著作者，原住民委員會有權永久無償利用該著作財產權。

出版日期

本刊為半年刊，年度出版兩期。

來稿請寄

來稿時備妥WORD電子檔並寄至電子信箱：hsin-jung@scu.edu.tw；電話：(02)23111531 轉 3506。