

# 臺灣 原住民族 法學

Taiwan Indigenous  
Law Review

## 專題論文

初探原住民族之保障－以美國法暨相關案件為例 宮文祥 1

## 論 文

民眾服務社在原鄉：整理與分析研究 羅承宗 15

論原住民就業促進與工作權保障法制 張義德 33

原住民族集體權初探－以文化權為核心 李欣儒 49

國土計畫法中的原住民族海域權利 林嘉男 67

文化習慣在刑事判決中的角色 吳吉村 85

## 迴 響

「從憲法保障原住民的觀點論原住民保留地的取得及移轉限制」 吳秦雯 97

「德國索本族語言及教育保障之規範模式」讀後感想 鄭川如 103

## 專題報導

109

ISSN 2517-9187



9 772517 918000

GPN : 2010500902

定價：400元

# 出版序

臺灣原住民族的起源，依據研究推斷，在十七世紀漢人移居臺灣之前，臺灣原住民族於本島活動至少有五、六千年的歷史，各個原住民族擁有不同文化、宗教信仰、祭典與工藝技術，維持著自給自足、高度自治的生活。然而，隨著外來民族，包括漢人、荷蘭人、西班牙人與日本人等陸續進入這座島嶼，原住民族的生活開始產生改變。外來民族帶來不同的生活習慣與典章制度，將這些原本不屬於我族之規範，強行套在吾人身上。直到二十世紀初發生變化。殖民統治者企圖以單一的法律價值統治文化、歷史、語言 截然不同的原住民族各族，在強勢文化的壓迫與同化下，原住民族的語言與傳統文化快速消逝，處於經濟弱勢的原住民族，更顯頹勢，不僅是經濟上的弱勢，亦是文化與政治上的弱勢。

在確立原住民族在法秩序上的地位與主體性後，我們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。基於上述，原住民族法學涉及範圍相當廣，需有不同領域之專家學者參與，以助於原住民族法學發展，因此，特創本刊，希望能提供一個平台，將研究成果化成原住民族法學之知識與智慧，供各界進行交流與論述。

感謝東吳大學法學院鄭冠宇院長帶領編輯團隊：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，為原住民族文化盡一份心力。

原住民族委員會主任委員

夷將·拔路兒  
Icyang Parod



# 主編序

尊重多元文化，保障人權為世界各國認同、遵守，原住民族地位亦隨著多元文化發展而受到重視，原住民族不僅在文化上重新受到關注，相關法學發展，亦是維護原住民族權益之根基，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。

為了促進專家學者研究原住民族相關法學議題，持續推砌法學文獻，建構原住民族權利保障之法制，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，引起專家學者對原住民族法學議題關注與投入研究，提升原住民族法學之能量，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，作為保障原住民族權利之重要基石。

原住民族法學期刊之出版目的在於，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。我國基於原住民族基本法之規定，設置原住民族專業法庭，但是近來因原住民族生活習慣與文化仍存在差異性，所引起之法律訴訟仍時有耳聞，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，為使得原住民族法學之發展與落實更具全面性，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。

同時為避免使原住民族法學落入晦澀、難以理解之窠臼，或僅有學者單方面探討，而過於單一，因此，本期刊除專業之論文及專題外，另針對前一期所發表之論文，進行評析，同時介紹原住民族重要法規、比較各國原住民族法制、近期原住民族重要法律事件探討或判決解析、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

新紀序



# 《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：鄭冠宇（東吳大學法律學系專任教授）

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）

林淑雅（靜宜大學法律學系助理教授）

范秀羽（東吳大學法律學系專任助理教授）

洪家殷（東吳大學法律學系專任教授）

蔡志偉（東華大學財經法律研究所副教授）

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）

張永翰（東吳大學法律學系）

照片提供：Laulav Cavale、Eljayum Karesengan

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](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》期刊第六期 2019 年 4 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
<b>專題論文</b>	
初探原住民族之保障—以美國法暨相關案件為例／宮文祥 .....	1
<b>論 文</b>	
民眾服務社在原鄉：整理與分析研究／羅承宗 .....	15
論原住民就業促進與工作權保障法制／張義德 .....	33
原住民族集體權初探—以文化權為核心／李欣儒 .....	49
國土計畫法中的原住民族海域權利／林嘉男 .....	67
文化習慣在刑事判決中的角色／吳吉村 .....	85
<b>迴 響</b>	
「從憲法保障原住民的觀點論原住民保留地的取得 及移轉限制」／吳秦雯 .....	97
「德國索本族語言及教育保障之規範模式」讀後感想／鄭川如 .....	103
<b>專題報導／東吳大學法學院民族法研究中心</b>	
原住民族語言教育大進步，將設立專責基金會 .....	109
《原住民族傳統智慧創作保護條例》上路後的發展值得關注 .....	110
美國首次有原住民裔國會議員 .....	112
沖繩琉球王族為追回先人遺骨與京都大學對簿公堂 .....	113
魚池鄉爭議再起，原住民傳統領域之爭議 .....	114
促轉會將撤銷原住民受難者 .....	115
稿約與審稿規則 .....	117



# 初探原住民族之保障－ 以美國法暨相關案件為例

宮文祥\*

## 目 次

一、緒論	(二) 1966 年國家歷史保護法(National Historic Preservation Act of 1966, NHPA)
二、美國聯邦制度下原住民族土地權利－背景概說與重要原則之介紹	(三) 總統執行命令
(一) 發現原則(the Doctrine of Discovery)	四、立巖區蘇族抗議油管建置之簡介
(二) 國會充分權力原則(the Plenary Power Doctrine)	(一) 背景介紹
(三) 聯邦信託原則(the Federal Trust Doctrine)	(二) 本案事實暨部落主張
三、現行所能提供原住民族保障之相關法令	(三) 法院見解與後續發展
(一) 美國聯邦國家環境政策法(National Environmental Protection Act, NEPA)	五、環境正義與人權
	(一) 環境正義
	(二) 國際(原住民)人權
	六、對於台灣的應有思考－代結論

## 一、緒論

在台灣，對於原住民族的保障，除了憲法增修條文規定了：「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。」（第 11、12 項參照）此外，原住民族基本法之制定，也在於體現原住民族基本權利之保障，並促進原住民族生存發展，以期建立共存共榮之族群關係。（原住民族基本法第 1 條參照）

誠然，儘管憲法有要求、基本法有規定，最重要仍然在於具體實踐上，是否真能做到、真有做到對原住民族的權益保障。要否不然，條文規定的再完善，政策說明的再漂亮，一切仍形同具文，對於原住

\* 東吳大學法律學系助理教授

民族的權益保障，也只是空中樓閣。即便論者已然從全球化的脈絡探討原住民族於國際事務所能夠扮演積極參與的角色<sup>1</sup>，但對於原住民族在內國法律制度架構之下，針對實然面與應然面的認識與討論，不論是社會正義、抑或是環境正義，自然更有著其必要性與重要性。

本文之討論，將以比較法的角度，嘗試透過對於美國法的介紹與說明，整理並盤整出基本的規則，除了釐清美國原住民族與聯邦政府之間的關係、乃至於對於前者之定位，更將藉由個案的觀察，爬梳出實務運作的準則。雖然，美國法對於原住民族的規範與保障，前提涉及到聯邦制度；此外，相對於加拿大與澳洲，並非被認為是最成功的，其間甚至對之多有批判。惟，本文以為，即便中央體制或有不同，且不論其經驗是成功或是失敗，在前者學習或後者警惕下，應當都得以作為我國在後續實務操作上的參考。

## 二、美國聯邦制度下原住民族土地權利－背景概說與重要原則之介紹<sup>2</sup>

美國聯邦憲法第十增修條文明確指出「本憲法所未授予美國政府或未禁止各州行使之權限，皆保留於各州及其人民。」<sup>3</sup>亦即，若非屬聯邦政府的權力，則該權力應係保留給州政府的。就此，與印地安部落的關係，正是其中被認定劃歸予聯邦政府的。因此，多數觀察者認為，印地安部落所擁有的任何權力，當係屬聯邦政府所承認或所給予。然而，這樣的觀察從很多層面來說都是錯的。印第安部落實際上是獨立且不同的主權體。部落擁有的統治權，是在哥倫布到來及美國創建之前就存在，也因此並未被美國聯邦政府取走。因此，對於部落所得享有的權力，包括立法權與自治權，就存在主權誰屬的問題與爭議。以下的原則，基本上正是建構與釐清其間關係的重要準據。

<sup>1</sup> 宮文祥，從氣候變遷到再生能源政策檢視環境正義的應有實踐，2018年「第5屆建構公民社會：創新與轉型」國際學術研討會，空中大學，10/19/2018。See also, Wen-Hsiang Kung, *The Engagement of the Indigenous People in Global Climate Governance from Taiwan Legal Perspective: Taking the Community Geothermal Power Plant as An Example*, International Symposium on Climate Change, Environmental Protection, and Energy Security—A Global Challenge and Legal Responses from East Asia, National Taipei University, 11/6-7/2018.

<sup>2</sup> 有關原住民族事務之管轄機關為美國聯邦內政部(the Department of the Interior)所屬之聯邦印第安事務局(the Bureau of Indian Affairs, BIA)。相關簡要說明可參閱 U.S Department of the Interior, *Indian Affairs, Frequently Asked Questions*, available at: <https://www.bia.gov/frequently-asked-questions> (last visited )。此外，總統之於行政權之行使，往往更是影響著聯邦政府與原住民族部落間的關係。以歐巴馬總統為例，其即強調應強化聯邦政府部門與部落間的溝通，即所謂的 government-to-government communication。See Press Release, Dep't of Justice Office of Pub. Affairs, *Joint Statement from the Dep't of Justice, the Dep't of the Army and the Dep't of the Interior Regarding Standing Rock Sioux Tribe v. U.S. Army Corps of Eng'rs* (Sept. 9, 2016), <https://www.justice.gov/opa/pr/joint-statement-department-justice-department-army-and-department-interior-regarding-standing>. 但在川普總統上任後，不僅強調經濟開發，對於油管案件，更是直接指示主管機關應當加快相關程序（如環評程序），進而原本已暫為停止的油管建置工程又再繼續。

<sup>3</sup> The Tenth Amendment to the U.S. Constitutional law: “The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the states, are reserved to the states respectively, or to the people.”

## (一) 發現原則(the Doctrine of Discovery)

此一原則來自於首席大法官 Marshall，透過早期的判例，建構出其實質內容，進而成為後續聯邦政府在處理可能涉及原住民族部落土地權利的根本判準。簡言之，在 *Johnson v. M'Intosh* 一案中，透過傳統普通法的概念，Marshall, C.J., 指出，「發現」，不論是來自於購買或是佔領(purchase or conquest)，均賦予其一排外的權利，甚至得以消滅原本原住民族於該土地上之權益。其強調，在排除早先歐洲其他國家在美洲大陸所佔有之土地權利，美國享有單獨的權利（其也指出，原本英國的權利已由美國所承繼，這自然也包括英國從原住民族所取得的土地）<sup>4</sup>。換言之，法院透過本案，消滅了美國原住民族對於其所屬土地的權利，進而賦予了美國聯邦政府享有絕對的土地所有權利<sup>5</sup>。更甚者，Marshall, C.J., 於 *Cherokee Nation v. Georgia* 一案中進一步定義了原住民族在國家中的定位。也就是其並非屬外國，而是內國非獨立性的族群(domestic dependent nations)<sup>6</sup>。Marshall, C.J., 之所以提出這樣的觀念，其實也在於處理他於前述案件中針對美國聯邦政府與原住民族之間所建構的關係。這樣的認識，實際上也是肯認原住民族保有一定程度的主權(sovcreignty)，試圖調和聯邦主權與原住民族主權（共存關係），只是，其也強調聯邦政府之於原住民族的權力<sup>7</sup>。最後，在前述的基礎下，Marshall, C.J., 提出的監護(ward)的概念，也就是聯邦政府之於原住民族係處於監護人的地位(guardian)。而在這樣的關係下，原住民族保有一定程度的自主權利，而聯邦政府則對之享有獨佔、專有的權力(exclusive authority)。Marshall, C.J., 並重申了原住民族固然享有一定分立的地位與主權(separateness and sovereignty)，但在這部憲法之下，賦予了聯邦政府得以處理其與原住民族之間關係(intercourse)之權限<sup>8</sup>。

## (二) 國會充分權力原則(the Plenary Power Doctrine)

充分授權原則，其實是美國憲法對於立法權在行使上的原則。基本上是認為一旦所涉事項係被認定屬於國會權限之範圍，國會自然享有絕對、充分與獨佔的權力。因此，在前述發現原則的認識與延伸下，國會對於原住民族的規範權限，自然就被界定成其原本得以享有與不受外界干涉的權力。其中包括國會有權去廢棄與原住民族間原本所簽訂的條約，以及在國會權限範圍內得以改變聯邦原住民族相關的事務。而在這樣的關係下，因為涉及憲法賦予國會的權力，相關的作為是不受司法審查的（亦即，會被認為係屬政治問題）<sup>9</sup>。

<sup>4</sup> *Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543, 587 and 583 (1823).

<sup>5</sup> Elizabeth Bower, *Standing Together: How the Federal Government Can Protect the Tribal Culture Resources of the standing Rock Sioux Tribe*, 42 Vt. L. Rev. 605, 611 (2018).

<sup>6</sup> *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1, 17 (1831).

<sup>7</sup> Elizabeth Bower, *supra* note 5, at 611.

<sup>8</sup> *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515, at 519 and 561 (1832). 誠然，在這樣認識論的建構上，從現今的角度來看，確實備受批評，論者指出，這根本是早期殖民時代殖民者與原住民族之關係所存在之敵視、種族滅絕與兇殘的餘毒(hostile, genocidal, and fierce)。Elizabeth Bower, *supra* note 5, at 612.

<sup>9</sup> Elizabeth Bower, *supra* note 5, at 613-14. 另外可參考 *Lone Wolf v. Hitchcock*, 187 U.S. 553, 567 (1903).

### (三) 聯邦信託原則(the Federal Trust Doctrine)

承繼前述的說明，聯邦政府與原住民族之間存在著監護的關係，因此，原住民族即屬於聯邦政府所應保護的對象，也就是聯邦政府對於原住民族的利益，有著保護者或是監護者的地位與責任<sup>10</sup>。不同於前述國會享有立法上充分授權係屬於政治問題，得除外於司法審查，聯邦政府與原住民族間的信託關係(trust relationship)則是得為司法審查的對象。亦即，對於國會權限的行使，原住民族得以享有一定參與的角色，可以主張與決定哪些利益時必須由聯邦來加以保護<sup>11</sup>。換言之，正因為聯邦政府之於原住民族如同受託人，因此擔負著受託者的責任，只要原住民族所主張的權利保護係屬合法的利益。是故，只要聯邦對於原住民族部落所有之土地或財產享有控制或管理的權限，其就同時必須承擔相對的責任。學者甚至進一步主張，在前述的合法利益的主張下，不需要有法律明文賦予其權益的規定，只要法律授與聯邦政府前述權限，其同時就必須一併負擔所附隨的責任<sup>12</sup>。

簡言之，此一原則建構了聯邦政府三項基本的責任：針對部落成員提供聯邦服務、保障部落主權，以及保障部落資源(resources)<sup>13</sup>。也正是因為有著這樣的原則建立，以環境保護為例，即便法律沒有賦予部落或其成員特定權利的明文規定，但信託原則填補了其間的漏洞。像是一些環保規範要求應進行必要的諮詢（這類規範被認為是：停、看、聽條款），但規定上僅是程序性事項，未能藉此要求特定的參與機關必須遵守，而信託原則即可作為要求其應有所回應的具體原則<sup>14</sup>。

## 三、現行所能提供原住民族保障之相關法令<sup>15</sup>

### (一) 美國聯邦國家環境政策法(National Environmental Protection Act, NEPA)

在美國聯邦國家環境政策法(National Environmental Policy Act, NEPA)所建構的環境影響評估制度下，提供了原住民族得以參與相關涉及環境保護的政策或法令訂定的程序。如同我國環境影響評估法之規定，聯邦機關在從事相關作為或決定之前，必須檢視其是否會對環境產生重大影響，透過環境影響評估，包括了：environmental assessment (EA, 有若我國的環境影響說明書) 以及 environmental impact assessment (EIA, 有若我國的環境影響評估書)，提供目的事業主管機關在做出最終決定時的重要參考依據。制度目的希望藉此使得相關決定都能包括環境價值的審酌與環境保護的應有落實。因此，在面對聯邦政府的相關開發行為上，倘若涉及到、甚或影響到部落，部落或是原住民個人，自然得以參與前述的評估程序。其間，有關是否應進行 EIS (有謂「第二階段環評」)，各該主管機關通常會透過其法

<sup>10</sup> *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515, 552 (1832).

<sup>11</sup> Elizabeth Bower, *supra* note 5, at 616.

<sup>12</sup> Elizabeth Bower, *supra* note 5, at 616.

<sup>13</sup> Colette Routel & Jeffrey Holth, *Toward Genuine Tribal Consultation in the 21st Century*, 46 U. MICH. J. L. REFORM 417, 430 (2012).

<sup>14</sup> Elizabeth Bower, *supra* note 5, at 618. 另外可參考 *Standing Rock Sioux Tribe v. U.S. Army Corps of Engineers*, 205 F. Supp. 3d 4, 8 (D.D.C. 2016).

<sup>15</sup> 能提供作為原住民族權益主張之依據的規範，另外還有：the Religious Freedom Restoration Act (RFRA) 以及 the National Historic Preservation Act (NHPA)。

令明定應直接進入二階的行為類型（要否不然，一般必須先透過第一階段環評(EA)來決定要否再為進入較為繁複的 EIS 的程序）。但檢視 BIA 的規定，其僅針對新的採礦與新的水利開發計畫，要求應該直接進入第二階段環評<sup>16</sup>。且不論前述要求直接進入第二階段環評的規定是否過於忽略部落可能會受到影響的權益，NEPA 所建構的環評制度（程序）確實提供了原住民族可以以之作為對後續主管機關最終決定提起救濟的管道。

總的來說，透過 NEPA，部落可以在決策前階段就能夠有所參與，提供主管機關可能的替代性方案參考，以之作為避免或事先減緩系爭開發案可能對環境造成的影響；再者，部落同樣可以參與後續的環評程序，包括提供評論以及直接成為協同機關(cooperating agency)。不過，雖然透過 NEPA，要求主管機關應當與部落進行必要的諮詢(consultation)，但，一如法院透過判決認定環評制度僅係程序性的規範，NEPA 本身並無法做為具體的依據來提供參與者（包括部落）直接要求主管機關應採取特定的作為（如前述所提出的替代性方案或減緩措施）<sup>17</sup>。

正因為相關規範固然多有規定應進行一定的諮商，但也都如同 NEPA 一樣，並未提供具體的諮詢要件（除非聯邦相關作為是直接涉及部落所在之土地）<sup>18</sup>，學者莫不強調應建構具有實質意義的諮詢程序，而這樣的程序應當透過「部落同意」之要件來加以確保。論者指出，若沒有這樣的要求，聯邦政府在前述的規範適用下，面對部落文化資產，往往能夠自行審酌相關利益（包括了經濟利益），如此便會失卻原住民族保障的根本訴求<sup>19</sup>。

## （二）1966 年國家歷史保護法(National Historic Preservation Act of 1966, NHPA)

1966 年國家歷史保護法第 106 條揭示了在文化場址受影響時，機關負責人應如何諮詢文化團體的程序：「任何對州內擬議的聯邦或被聯邦協助的事業具直接或間接管轄聯邦機構負責人，及任何具有權限向任何事業核發證照的聯邦獨立或非獨立機構負責人，應在批准聯邦基金對於事業的支出、核發證照前，考量事業對於任何已列入或有資格列入國家史蹟名錄的地區、場址、建物、結構及物體的影響。該負責人應提供合理的機會讓歷史保護諮詢委員會對該事業發表意見，歷史保護諮詢委員會係依據本法案第二章所設立。<sup>20</sup>」。

<sup>16</sup> Elizabeth Bower, *supra* note 5, at 622-23.

<sup>17</sup> Elizabeth Bower, *supra* note 5, at 623.

<sup>18</sup> 甚至在這些專業的決定上，即便對於行政機關的決定有著嚴格檢視(hard look)的要求，然而，司法審查往往對行政機關的決定多有尊重。

<sup>19</sup> Elizabeth Bower, *supra* note 5, at 626. 誠然，文化資產(cultural resources)是一個不容易界定的用語，其可能包括了遺產、文化認同、宗教與歷史(heritage, cultural identity, religion, and history)。而這些更可能影響到其傳統神聖的場域。相關爭議，可參閱實務判決：*Standing Rock Sioux Tribe v. U.S. Army Corps of Eng'rs*, 239 F. Supp. 3d 77 (D.D.C. 2017).（本案涉及到達科他油管之建置對於立巖區蘇族所造成的影響與危害，部落主張主管機關相關的決定危害了其傳統文化與歷史之場域、侵害了其宗教上的權益，以及違反了 NEPA 對於環境影響評估的相關要求。）

<sup>20</sup> Wesley Kobylak, Annotation, Application and Construction of § 106 of the National Historic Preservation Act of 1966 (16 U.S.C.A. § 470f), Dealing with Federally Sponsored Projects Which Affect Historic Properties, 68 A.L.R. Fed. 578 § 2(a) (1984).

司法審查是否遵循第 106 條之規範係依據個案決定<sup>21</sup>。當機構無法遵循第 106 條所規定技術方面的程序時，法院並不會判定該開發項目為無效<sup>22</sup>。為了保護該條所稱的歷史資源，請求之一方須：一、定義任何可能受機構行為影響的文化資源；二、判定機構行為是否確實會影響部落資源，及該影響是否屬於不利影響；三、與部落商討減輕不利影響的方法；四、將部落與機構間達成的協議轉送給諮詢委員會以徵求意見<sup>23</sup>。對於諮詢委員會提出的意見，機構沒有遵循義務；然而，機構必須有適當理由<sup>24</sup>。

### （三）總統執行命令

#### 1. 第 13175 號總統行政命令：諮詢（與部落政府商議與協調）

第 13175 號行政命令勾勒出機關在制定或實施涉及部落生活的政策時，應完成的多項目標<sup>25</sup>。第一、該行政命令確立了部落與美國屬於「內國非獨立性族群(domestic dependent nations)」的特殊關係，並肯定部落具有自決與自治權<sup>26</sup>。部落被賦予及大的裁量權，且可及時地參與對部落有影響的行政決定<sup>27</sup>。行政命令中明文規範其並無創造出「一方可對美國聯邦政府、轄下機構或任何人進行法律強制執行的實質、程序上權利、利益或信賴責任」<sup>28</sup>。在各機關間並無統一的諮詢程序<sup>29</sup>。舉辦諮詢程序並不保證部落代表所提出的意見一定被採納<sup>30</sup>。其效力因機關而異。此外，諮詢程序不足並不能成為提起訴訟的理由<sup>31</sup>。目前對於諮詢程序的實踐側重於一方權力，對於不平衡、不充分的諮詢，部落皆無法尋求補救，這是對於境內部落主權的污辱<sup>32</sup>。

#### 2. 第 13007 號總統行政命令：聖地（祭祀場地）

第 13007 號總統行政命令指示行政機關需：一、容許印第安宗教信徒進入祭祀場地舉行祭祀儀式；二、避免損害這類祭祀場地的完整性<sup>33</sup>。此號行政命令指示機關參與諮詢程序，然與第 13175 號行政命令相似，並未創造出任何權利<sup>34</sup>，且無法成為訴訟上之理由<sup>35</sup>。該行政命令僅在改善機關之內部運作，

<sup>21</sup> *Id.* § 2(a).

<sup>22</sup> *Id.*

<sup>23</sup> Connie Rodgers, *Native American Consultation in Resource Development on Federal Lands*, COLO. LAW., Jan. 2002, at 113.

<sup>24</sup> *Id.*

<sup>25</sup> Exec. Order No. 13175, § 2, 65 Fed. Reg. 67249, 67249 (Nov. 6, 2000).

<sup>26</sup> *Id.*

<sup>27</sup> *Id.* § 3, § 5, 65 Fed. Reg. at 67249-51.

<sup>28</sup> *Id.* § 10, 65 Fed. Reg. at 67252.

<sup>29</sup> Michael Eitner, *Meaningful Consultation with Tribal Governments: A Uniform Standard to Guarantee That Federal Agencies Properly Consider Their Concerns*, 85 U. COLO. L. REV. 867, 868 (2014)

<sup>30</sup> *Id.*

<sup>31</sup> *Id.*

<sup>32</sup> Walter H. Mengden, *Indigenous People, Human Rights, and Consultation: The Dakota Access Pipeline*, 41 Am. Indian L. REV. 441, 449(2017).

<sup>33</sup> Exec. Order No. 13007, 61 Fed. Reg. 26771 (May 24, 1996).

<sup>34</sup> *Id.* § 4, 61 Fed. Reg. at 26772.

並不真正使部落受益<sup>36</sup>。

## 四、立巖區蘇族抗議油管建置之簡介

### (一) 背景介紹

達科他油管(the Dakota Access Pipeline, DAPL)經過前大蘇族(the Great Sioux Nation)所在地的中心，涉及到主管機關是否遵守 NEPA 的程序性規範，也涉及到聯邦政府在相關許可或證照核發上所應當踐行的部落諮詢責任(tribal consultation responsibilities)。至於主要涉及的機關為美國陸軍工兵團(the U. S. Army Corps of Engineers)。有關諮詢義務的要求，不僅來自於 NEPA 的規定，也包括 the National Historic Preservation Act (NHPA)、the Native American Graves Protection and Repatriation (NAGORA)，以及 the Archeological Resources Protection Act (ARPA)。<sup>37</sup>

從遠古以先，大蘇族已居住於北美廣大的平原區，從現今的蒙大拿州到懷俄明州，其中包括達科他與內布拉斯加，並延伸到明尼蘇達州、愛荷華州以及威斯康辛州。不過，雖著時間的嬗遞，其對於承繼下來之土地所享有的權益受到大量遞減。諸如其與美國聯邦政府分別於 1851 年與 1858 年所簽訂的條約(the Fort Laramie Treaties)，針對其原本所有的領地，雖然因此得以取得相關的特權(privilege)，包括打獵、捕魚以及繼承的權利，但也因此將大部分的土地割讓給聯邦政府。此外，在一連串條約簽定的年代(the Treaty Era)結束後，國會進一步透過法律的規定，限縮了大蘇族的保留地範圍。國會甚至於 1889 年制定法律，將大蘇族的保留地切分成數個小的保留地，分別分配給立巖區蘇族、夏延河蘇族(the Cheyenne River Sioux)等部落。前述二者的東部界線即是以密蘇里河主流域中心為據。國會後來同樣透過法律的制定，授權聯邦政府徵收相當範圍的土地以之作為像是水壩、人工湖建設之用。總而言之，前述的 DAPL 正是經過這些傳統被認為係屬大蘇族所居住的領域<sup>38</sup>。

### (二) 本案事實暨部落主張

達科他油管投資者 Energy Transfer Partners (ETP)石油公司，於 2014 年進入申請建築許可程序，2016 年完工<sup>39</sup>，並取得美國陸軍工兵團批准<sup>40</sup>。達科他油管可能繞過所有較難取得許可的土地，因 ETP 擁有油管經過的 99% 的土地<sup>41</sup>。

<sup>35</sup> *Id.*

<sup>36</sup> *Id.*

<sup>37</sup> Walter E. Stern, “NEPA Evaluation of Cultural Resources, Tribal Values, and Environmental Justice: Lessons from Standing Rock Indian Tribe, et al. v U.S. Army Corps of Engineers and the Dakota Access Pipeline Controversy,” *National Environmental Policy Act* 13A-1 (Rocky Mt. Min. L. Fdn. 2017).

<sup>38</sup> Walter E. Stern, *id.*, at 13A-1 and 2.

<sup>39</sup> Monte Mills, *What Should Tribes Expect from Federal Regulations? The Bureau of Land Management’s Fracking Rule and the Problems with Treating Indian and Federal Lands Identically*, 37 PUB. LAND & RESOURCES L. REV. 1 (2016).

<sup>40</sup> *Standing Rock Sioux Tribe v. U.S. Army Corps of Eng’rs*, No. 16-1534 (JEB), 2016 WL 4734356 (Sept. 9, 2016).

DAPL得設置係為了透過輸油管運送原油，從北達科他州到伊利諾州，油管直徑約有30英吋，長約1,200英里。油管主要是橫越私人土地、而未跨越過任何現在屬於印第安保留地之領域。不過，輸油管卻有跨越受聯邦管轄規範的河流流域，而這是屬於陸軍工兵團所管轄的範疇。因此，對於相關許可的取得，勢必要經過其依規定所需進行的評估程序。亦即，在美國聯邦潔淨水法的規範下(Sec. 404 of the Clean Water act)，要求主管機關（美國陸軍工兵團）必須評估分析是否屬於工兵團全國性許可(the National Permit 12)下的管轄範圍，亦即，其要求油管若是跨越其所管轄的流域時，相關活動必須不會造成超過半英畝流域的影響。在此一規範下，若是所提的開發計畫可能會對任何歷史財產造成影響，開發者必須遞交開發前通知，其中自然也包括了對於印第安部落有重要影響的文化或宗教財產。而工兵團必須加以檢視與確認是否適用前述許可規範<sup>42</sup>。而在這樣的規範下，工兵團則負有與受影響的部落進行諮商的義務（來自於前述 NEPA 以及 NHPA 的規定），即使受影響的區域並非座落於保護區之內。

案件事實後來的發展則是當主管機關通過相關的許可後，立巖區蘇族人便向美國聯邦地方法院提起訴訟，主張兵工團未依 NHPA (Sec. 106)之規定，也就是未能確保油管的設置不會造成其歷史與文化的傳統場域受到危害；再者，其主張油管的設置，因為經過其傳統最具文化、精神與生態的流域，對於其部落與成員，會危害到其權益，其中更包括了宗教信仰之行使；最後，其補充提出了油管的設置違反了 NEPA 的規定，因此要求法院應該頒布禁制令，並應當要求盡快進行必要的聽證程序<sup>43</sup>。

### （三）法院見解與後續發展

為了支持禁制令之主張，立巖區蘇族進一步整理出三項理由，但都分別被法院拒絕。首先，其主張工兵團未能遵守前述 NHPA 所賦予其諮詢的義務。但法院認為，兵工團有邀請當事人進行諮詢，但卻被當事人所拒絕。其次，當事人主張前述諮詢的範圍過於狹隘，應該包括諮詢所有沿著油管路徑所會受到影響的歷史財產的部落或其成員。但法院認為，依據法律的規定，應進行諮詢的，只有聯邦所規範管理的流域（涉及直接的影響），以及前述流於鄰近的山地區域（間接的影響）。法院也指出，在 NEPA 規範的解釋下，尤其針對停、看、聽的規範體系，一些上訴審法院也是採取同樣的看法。第三，當事人主張主管機關未能好好地與當事人進行諮商。但一如前述所指出的，法院認為這根本是因為當事人拒絕參與諮商程序<sup>44</sup>。

不過，容須補充說明的，前述判決主筆的法官 Boasberg，在後續的判決中指出<sup>45</sup>，對於案件中所適用的 NEPA 的評估程序、乃至於包括最終評估的結果與具體決策的做成，應當適用所謂的嚴格檢視(hard

<sup>41</sup> Chester Dawson & Kris Maher, *Fight over Dakota Access Pipeline Intensifies: Company Behind the Project Expects Final Approval; Opponents Vow to Continue Effort*, WALL ST. J. (Oct. 11, 2016 9:00 PM), <http://www.wsj.com/articles/fight-over-dakota-access-pipeline-intensifies-1476234035>.

<sup>42</sup> Walter E. Stern, *supra* note 37, at 13A-2 and 3. 此外，本案也涉及到 the Rivers and Harbors Act, Sec. 14 所建構的另項許可程序（有關相關工程或措施在選擇上的評估與決定）；以及涉及到 the Mineral Leasing Act, Sec. 185（有關地役權的授與決定）。

<sup>43</sup> Walter E. Stern, *supra* note 37, at 13A-5.

<sup>44</sup> See *Standing Rock Sioux Tribe v. U.S. Army Corps of Engineers*, 205 F. Supp. 3d 4 (D.D.C. 2016). (2016/09/09)相關整理，參閱 Walter E. Stern, *supra* note, at 13A-5 and 6.

<sup>45</sup> See *Standing Rock Sioux Tribe v. U.S. Army Corps of Engineers*, 255 F. Supp. 3d 101 (D.D.C. 2017). (2017/06/14)

look)標準。而在這樣的標準適用下，法院認為主管機關是有所違誤的，因為其指出，工兵團未能適當地考量油管溢洩對於打獵、捕魚等權利的影響（相關權利的賦予係來自於前述聯邦政府與部落所簽訂的條約），以及對於環境正義所造成的危害。不過，對於要求主管機關應當進一步考量上述事實，但對於已在進行的工程，法院並未要求其停止<sup>46</sup>。

雖然法院裁判結果對蘇族不利，但在媒體方面，蘇族的抗爭獲得了些許勝利<sup>47</sup>，使工兵團願意審查許可程序，並尋找油管經過Oahe湖的替代路線<sup>48</sup>。對此，ETP做出了對策，透過公聽會加強民眾參與，找到最少爭議的路線<sup>49</sup>，並在兩年半內和部落長老、部落、企業、農業民間組織、州及聯邦監管與許可機構進行了559場會議後，對油管進行140次調整<sup>50</sup>。但在協商過程中，有多少部落所提出的議題、該議題是否被解決，係無法確定的，此不確定性很難確定ETP是否已盡最大努力解決問題，或是忽視問題<sup>51</sup>。而環保團體常利用部落間的議題推進其議程<sup>52</sup>，在這樣的形況下，部落議題常演變成次要於環境議題的問題，變為一種環保團體對於部落的剝削<sup>53</sup>。油管的架設對部落人民會產生巨大影響，然而部落並沒有能力與之對抗，除非在此區域上有私人或政府行為，否則部落並無法單方面採取行動以阻止油管架設<sup>54</sup>。

再者，雖然法院對於達科他油管案件已作出判決，但司法部、陸軍部及內政部發出聯合聲明，在確定達科他油管確實遵循許可程序前，該建設不會繼續進行<sup>55</sup>。並邀請部落進入政府間的磋商程序，討論：一、現行法制中，聯邦政府需做什麼確保有意義的不論投入在基礎審查與決定及保護部落土地、資源及條約權利；二、是否需訂定新法達成上述目標<sup>56</sup>。

<sup>46</sup> 法院認為，在採取NEPA所應適用的hard look標準，工兵團的EA是有所不足的，法院認為針對替代性方案的分析（兩個油管建置的路徑）是有缺漏的。Walter E. Stern, *supra* note, at 13A-11.

<sup>47</sup> Meenal Vamburkar, *Dakota Pipeline's Fate May Hinge on Next President After Setback*, BLOOMBERG (Sept. 9, 2016, 1:47 PM), <http://www.bloomberg.com/news/articles/2016-09-09/judge-gives-go-ahead-on-energy-transfer-n-dakota-oil-pipeline>.

<sup>48</sup> Gregor Aisch & K.K. Rebecca Lai, *The Conflicts Along 1,172 Miles of the Dakota Access Pipeline*, N.Y. TIMES (Dec. 5, 2016), [http://www.nytimes.com/interactive/2016/11/23/us/dakota-access-pipeline-protest-map.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/interactive/2016/11/23/us/dakota-access-pipeline-protest-map.html?_r=0).

<sup>49</sup> *The Dakota Access Pipeline Route Was Created Through a Careful and Collaborative Process*, DAKOTA ACCESS PIPELINE FACTS (Dec. 27, 2016), <http://dapipelinefacts.com/route/>.

<sup>50</sup> *Id.*

<sup>51</sup> Walter H. Mengden, *supra* note 32, 454.

<sup>52</sup> Asem Prakash, Maggie Allen & Nives Dolsak, *The Big Fight over the Dakota Access Pipeline, Explained*, WASH. POST (Sept. 20, 2016), [https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2016/09/20/this-is-why-environmentalists-are-targeting-energy-pipelines-like-the-north-dakota-project/?utm\\_term=.bfcfeb651889](https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2016/09/20/this-is-why-environmentalists-are-targeting-energy-pipelines-like-the-north-dakota-project/?utm_term=.bfcfeb651889)

<sup>53</sup> Walter H. Mengden, *supra* note 32, 454.

<sup>54</sup> Walter H. Mengden, *id.*, 456.

<sup>55</sup> Walter H. Mengden, *id.*, 456.

<sup>56</sup> Press Release, U.S. Dep't of the Interior, Joint Statement from the Department of Justice, the Department of the Army and the Department of the Interior Regarding Standing Rock Sioux Tribe v. U.S. Army Corps Of Engineers (Sept. 9, 2016), 2016 WL 4709097.

## 五、環境正義與人權

檢視以上的介紹與說明，應當可以看到，從憲法、法律，一直到總統頒布的執行命令，面對以上的案例，似乎呈現的是縱有行政命令、行政規則及立法，部落仍舊無法參與政府機關之開發行為，而該開發行為卻會深深影響著部落的人民、土地和生活方式<sup>57</sup>。

### （一）環境正義

因此，有嘗試從「環境正義」與人權的角度切入，以之觀察並論證原住民族所應有的保障。簡言之，依據 1994 年所頒布的環境正義執行命令(Executive Order. No. 12,898)<sup>58</sup>，主管機關應當於 NEPA 的程序中一併地將環境正義作為評估與考量的對象。而法院即認為，在前述的油管溢洩的可能情況下，主管機關確實未能充分評估對於下游所可能造成的影響與危害。而此處所謂的影響，不僅是飲用水取得系統的影響，也包括可能影響到前述原住民族沿著流域所得享有捕魚、打獵以及採集活動的權利<sup>59</sup>。

### （二）國際（原住民）人權

聯合國在 2007 年通過了「聯合國原住民權利宣言」(The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, DRIP)，其中包括了：「自願、事先知情並同意(Free, Prior, and Informed Consent, FPIC)」原則，以保護世界各地原住民之權利<sup>60</sup>。因此，部落自決權的當代焦點即被認為應當在於「有意義的諮詢(meaningful consultation)」及「告知後同意(informed consent)」，也就是聚焦在從「有意義的諮詢」來達成原住民的「告知後同意」。誠然，在美國，這樣的作法似乎確實代替了過去以協議簽訂作為印第安事務主要工具的情況，亦即，目前聯邦政府的政策是針對有部落影響的聯邦政策上，使部落政府參與其形成，依其所負之信託責任(Trust Responsibility)保障部落權利。然而，美國目前的政策和國際間對於原住民受政府侵犯時之保護仍存有落差，目前政策並不足以保護美國境內原住民之權利<sup>61</sup>。甚者，論者指出，部落對於磋商的回應，同時存在著「過多且過少(too much and too little)」的問題<sup>62</sup>。簡言之，過多的頻率提及協商，然而，在協商程序中，部落真正享有的權利卻過少<sup>63</sup>。儘管機構必須和

<sup>57</sup> Walter H. Mengden, *supra* note 32, 450-451.

<sup>58</sup> 參照柯林頓總統於 1994 年所頒布的執行命令：Federal Actions to Address Environmental Justice in Minority Populations and Low-income Populations (Executive Order No. 12898)。

<sup>59</sup> Walter E. Stern, *supra* note 37, at 13A-11 and 12. 當事人也有主張主管機關違反了前述所提信託的義務。但如同內文所言，當事人必須先為指出所涉及其得享有的合法權益，方才可以進一步主張聯邦政府在信託關係負有保護的責任。法院於是認為本案之當事人未能具體指陳有何特定的法律足以論證出聯邦政府必須承擔此一信託之責任。*Id.*, at 13A-12.

<sup>60</sup> Press Release, Gen. Assembly, General Assembly Adopts Declaration on Rights of Indigenous Peoples; 'Major Step Forward' Towards Human Rights for All, Says President, U.N. Press Release GA/10612 (Sept. 13, 2007), <http://www.un.org/press/en/2007/ga10612.doc.htm> [hereinafter DRIP Press Release].

<sup>61</sup> Walter H. Mengden, *supra* note 32, 451.

<sup>62</sup> Robert J. Miller, *Consultation or Consent: The United States' Duty to Confer with American Indian Governments*, 91N.D. L. REV. 37, 64 (2015).

<sup>63</sup> *Id.*

部落進行協商，但部落的投入往往被忽略，進而影響部落的整體協商成效<sup>64</sup>。當部落資源處於危險狀態下時，協商就顯得更加重要，這點在本案中更加明顯。

進一步言之，前述宣言針對了原住民的個人和集體權利，也和其文化、認同、語言、工作、健康及教育等權益，提出並強調應給予原住民針對過去錯誤追求自決與彌補的權利<sup>65</sup>。然而，這不是一部具有實質拘束力的宣言。其中最具爭議的條款是關於「自願、事先知情並同意」原則的語言，當部落認為他們的權利有被侵害的風險時，「自願、事先知情並同意」原則可被解釋為是原住民群體的否決權<sup>66</sup>。在原住民權利宣言中，「自願、事先知情並同意」原則是起源自原住民的自決權<sup>67</sup>。為了使原住民可以掌握他們自己的命運，對於會影響他們的決定，他們必須成為做成決定的一部份<sup>68</sup>。也因此，此一原則存均可見於原住民土地、資源、文化、政治、精神或污染問題等章節中<sup>69</sup>。

原住民權利宣言第 10 條就運用到「自願、事先知情並同意」原則，若沒有該原則，國家不可取得原住民土地<sup>70</sup>，該條與美國憲法第五條修正案相悖，而使政府被阻止取得部落土地<sup>71</sup>，這也是美國政府遲未簽署原住民權利宣言的原因。然而，在外界壓力下，宣言通過的三年後，美國政府於 2010 年底對宣言表示支持<sup>72</sup>。然而，對於「自願、事先知情並同意」原則，美國政府解釋該原則等同於第 13175 號行政命令中的政府間的「諮詢」<sup>73</sup>。這樣的關係並不需部落同意，僅需政府盡最真摯努力與部落協商影響部落生活與資源的事項<sup>74</sup>。因此，即使美國政府接受原住民權利宣言，該宣言也無法用運用在達科他油管案中，因為油管並非影響原住民土地，而係聯邦土地<sup>75</sup>。不過，論者所強調的在於，油管確實經過立巖保護區的主要水源，該部分還是有「自願、事先知情並同意」原則的適用<sup>76</sup>。

<sup>64</sup> *Id.*

<sup>65</sup> See G.A. Res. 61/295, Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (Sept. 13, 2007) [http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_en.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_en.pdf) [hereinafter DRIP Text]; see also *Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, OFFICE OF THE HIGH COMM'R, U.N. HUM. RIGHTS, <http://www.ohchr.org/EN/Issues/IPeoples/Pages/Declaration.aspx> (last visited Apr. 1, 2017).

<sup>66</sup> DRIP Press Release, *supra* note 60.

<sup>67</sup> OFFICE OF THE HIGH COMM'R, U.N. HUMAN RIGHTS, INDIGENOUS PEOPLES AND THE UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS SYSTEM 5 (Fact Sheet No. 9/Rev. 2, 2013), <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/fs9Rev.2.pdf> [hereinafter INDIGENOUS PEOPLES AND THE UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS SYSTEM]; see DRIP Text, *supra* note 121, art. 3

<sup>68</sup> Walter H. Mengden, *supra* note 32, 459.

<sup>69</sup> See DRIP Text, *supra* note 60, art. 6, 8, 10-12.

<sup>70</sup> *Id.* art. 10.

<sup>71</sup> U.S. CONST. amend. V

<sup>72</sup> *Announcement of U.S. Support for the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, U.S. DEP'T OF STATE (Dec. 30, 2016), <http://www.achp.gov/docs/US%20Support%C20for%C20Declaration%2012-10.pdf>.

<sup>73</sup> *Id.*

<sup>74</sup> *Id.*

<sup>75</sup> *The Dakota Access Pipeline Route Was Created Through a Careful and Collaborative Process*, *supra* note 41.

<sup>76</sup> *Id.*

此外，聯合國消除種族歧視委員會(UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination, CERD)的任務在於監督「消除一切形式種族歧視國際公約」的執行狀況<sup>77</sup>。1997年，消除種族歧視委員會發布了第23號一般性建議<sup>78</sup>，這是聯合國在全世界首次嘗試確立及促進原住民權利與自治。該一般性建議要求各國「確保原住民族之成員鄉有相等的權利有效地參與公共事務，並且在未經其知情同意下，不可做出直接影響其權利與利益之決定。<sup>79</sup>」在原住民權利宣言通過後，聯合國消除種族歧視委員會主張須以原住民權利宣言解釋聯合國消除種族歧視委員會的條約義務<sup>80</sup>。而美國雖同意原住民權利宣言，但認為宣言不該具備國際法位階，而係具道德、政治力量<sup>81</sup>。美國向聯合國消除種族歧視委員會提交2012年部落會議揭示其美國原住民付出的努力<sup>82</sup>，然而該內容的強度都不及「自願、事先知情並同意」原則<sup>83</sup>。

最後，部落自決必須持續，而持續的方法就是讓原住民部落對於影響他們土地、資源和生活的行為都有發言權<sup>84</sup>。即便採取「諮詢」，論者提出政府間的統一諮詢標準，該標準可用於程序性及實質性機構行為之司法審查<sup>85</sup>。面對部落大量進入實質性司法審查時，機構須提出更多證據支持其觀點<sup>86</sup>，將使聯邦政府更貼近於原住民權利宣言及聯合國消除種族歧視委員會之建議<sup>87</sup>。甚至，要讓原住民加入決策過程的方式不再僅有表達意見，也讓他們可以參與實質決定（投票）<sup>88</sup>。

<sup>77</sup> *Committee on the Elimination of Racial Discrimination*, OFFICE OF THE HIGH COMM'R, U.N. HUM. RIGHTS, <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CERD/Pages/CERDIntro.aspx> (last visited July 12, 2017).

<sup>78</sup> Human Rights Council General Recommendation 23: Indigenous Peoples, U.N. Doc A/52/18, Annex V, 4 (d) (1997).

<sup>79</sup> *Id.* art. 4(d).

<sup>80</sup> *Periodic Report of the United States of America to the United Nations Committee on the Elimination of Racial Discrimination*, U.S. DEP'T OF STATE (June 2013) [https://www.state.gov/j/drl/rls/cerd\\_report/210605.htm](https://www.state.gov/j/drl/rls/cerd_report/210605.htm).

<sup>81</sup> DRIP Announcement, *supra* note 60.

<sup>82</sup> *Periodic Report*, *supra* note 80.

<sup>83</sup> WHITE HOUSE, CONTINUING THE PROGRESS IN TRIBAL COMMUNITIES (Dec. 2012), <https://obamawhitehouse.archives.gov/blog/2012/12/05/continuing-progress-tribal-communities>. The report from the tribal conference highlights some major steps the federal government has taken to promote tribal self-determination including among other things: (1) a presidential memorandum directing every federal agency to engage in consultation, (2) passing of the HEARTH Act giving tribes the regulate the leasing of their own lands supplanting DOI leasing regulations, (3) the Cobell settlements, and (4) expanding tribal criminal jurisdiction with Violence Against Woman's Act.

<sup>84</sup> Walter H. Mengden, *supra* note 32, 462.

<sup>85</sup> Eitner, *supra* note 7, at 868.

<sup>86</sup> *Id.*

<sup>87</sup> See DRIP Text, *supra* note 60; see General Recommendation 23, *supra* note 78.

<sup>88</sup> Walter H. Mengden, *supra* note 32, 462.

## 六、對於台灣的應有思考－代結論

對照本文介紹美國法的發展脈絡，也就是從諮詢、實質參與（包括決定），到強調環境正義與人權保障，實務往往更趨向於透過環境保護的方式，嘗試另闢蹊徑，因此，檢視前述我國相關的法規範以及現行實務的運作，對於自然資源的使用，基本上也應當結合可能（甚或必要）的環境影響評，以及原基法之規定、乃至於（環境）正義的要求，進而體現於具體個案中<sup>89</sup>。

然而，對於在我國憲政體制下原住民族與國家關係與定位的問題，似乎更是在釐清、乃至於確立原住民族保障上屬於更為關鍵性的爭議。亦即，相對於美國法討論原住民族與聯邦政府之間的關係，存在的主權與有限主權之關係，我國除了前述有關增修條文的規定外，原住民族基本法第20條第1項雖然也規定了「政府承認原住民族土地及自然資源權利。」不過，相對於憲法第143條之規定：「（第一項）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。私有土地應照價納稅，政府並得照價收買。（第二項）附著於土地之礦，及經濟上可供公眾利用之天然力，屬於國家所有，不因人民取得土地所有權而受影響。」此處憲法之規定，前者強調所有權之保障，因此會產生原住民傳統生活的場域若已為私人所有時，要如何處理的問題；後者則更關係到前述原住民族基本法所謂政府承認的意義，以及所指的自然資源權利要如何與憲法本文規定調和？甚至，檢視前述原基法本身的規定，似乎呈現的仍是所涉及的自然資源權利，在使用上仍須有主管機關的參與、甚或是要能取得許可，才可以加以使用，如此也凸顯出「政府承認原住民族土地及自然資源權利」之實質意義究竟何所指？（且不論，所謂的「同意」，在於權利承認下，是何種概念？亦即，若是屬於「所有（權）」的認識（也因此可作為「共管」的基礎），應當具備種排除他人的性質，但前述的規定，則都是在於他人利用時，於程序上附加的同意要件。也因此，法律上似乎反而沒有正視主權之間的關係，使得權利義務，僅剩得法律的層次，而無法享有憲法位階的保障）

因此，本文以為，我國的對於同意的規定，似乎已然積極回應美國法上論者所強調的，應讓原住民族能有實質參與決策的機會與權利，但，同樣的，美國法上更為在乎的，也就是正當程序、程序正義的建置與實踐，也會是關鍵的議題。就此，我國固然有「諮商取得原住民族部落同意參與辦法」，但實際成效仍猶待再為觀察，我國學者也強調重點恐怕仍是在於如何落實充分溝通、協力，以至於真的能夠取得族群間的共識<sup>90</sup>。不過，本文認為，在前述的認識之上，有著更根本的關係應當予以釐清，也只有透過此一關係的確認，後續政府在與原住民族之間所欲建構的法律關係與制度時，才有其基礎，亦即，這樣的關係所應強調的，應當可參考美國法上的論述，也就是建構出準主權的關係，使得政府在與其諮商、同意取得上，能夠從此出發。舉例言，當我們說「共同管理」時，究竟此一共同管理的權限，就原

<sup>89</sup> 尤以原住民族基本法第21條第1項之規定，「政府或私人於原住民族土地或部落及其周邊一定範圍內之公有土地從事土地開發、資源利用、生態保育及學術研究，應諮商並取得原住民族或部落同意或參與，原住民得分享相關利益。」如此也建構了我國所有之「諮商、同意、參與以及分享」的決策程序。此外，依照環境影響評估法施行細則第19條第2項第5款之規定，「本法第八條所稱對環境有重大影響之虞，指下列情形之一者：二、開發行為不屬附表二所列項目或未達附表二所列規模，但經委員會審查環境影響說明書，認定下列對環境有重大影響之虞者：（五）對當地眾多居民之遷移、權益或少數民族之傳統生活方式，有顯著不利之影響。」以上之規定，似乎也呼應了前述美國法制度上所強調的重點。

<sup>90</sup> 張惠東，試論原住民族資源共同管理法制之建立，台北大學學術研討會，2018/08/30。

住民族而言，是來自於政府的賦權、抑或是本於自己固有的權力，這就會關係到後續法制設置的建構與發展。如此其實也才能真能體現前述原基法所規定的，政府真正的「承認」原住民族對於其土地以及附隨的自然資源，享有主權者的權利。

# 民眾服務社在原鄉：整理與分析研究

羅承宗\*

## 目次

- |                              |   |
|------------------------------|---|
| 壹、緣起                         | 三、《蔣中正先生年譜長篇》的相關國民黨中常會指示                  |
| 貳、文獻探討                       | 四、「公帑出資、政黨使用」圖像的浮現                        |
| 參、民眾服務社的現況：兩大特徵              | 陸、民眾服務社在原鄉                                |
| 一、組織仍遍佈各鄉鎮市                  | 一、1953年日月潭民眾服務站新廈落成                       |
| 二、人員年資曾併計公務人員年資              | 二、1954年蔣中正生日，桃園山鄉易名「復興」暨祝壽活動              |
| 肆、民眾服務社在原鄉的現況                | 三、1966年苗栗泰安鄉新辦建設工程                        |
| 一、分布概況：98%原住民地區設有民眾服務社       | 四、1966年設於包括山地村落在內的牛奶供應站                   |
| 二、土地使用情形：52%原住民地區民眾服務社使用公有土地 | 五、1989年解嚴後首次原鄉選舉：以無對抗有，以個人對抗組織，以教會對抗民眾服務站 |
| 伍、從何而來：史料的再疏理與分析             | 柒、結論                                      |
| 一、1950年代臺灣省臨時省議會公報相關質詢       |   |
| 二、1960年代臺灣省政府檔案              |   |

## 壹、緣起

「政黨及其附隨組織不當取得財產處理條例」（以下簡稱黨產條例）於2016年8月10日由總統以華總一義字第10500091191號令制定公布全文34條，並自公布日施行。同年8月31日，不當黨產處理委員會（以下簡稱黨產會）揭牌成立，由此，終於開啟了我國以專法、專責機關進行黨產清查與追討的歷史新篇章。若從2001年12月法務部召開專案小組會議，推動研擬黨產條例草案之際開始起算<sup>1</sup>，走了超過14個年頭，這個改革才得以實踐。

黨產條例旨在處理政黨、附隨組織及其受託管理人之不當取得財產（黨產條例第3條參照），而本

\* 南臺科技大學財經法律研究所副教授

<sup>1</sup> 法務部推動「政黨不當取得財產處理條例」草案進度一覽表，國家資產經營管理委員會—黨產處理小組網站，2007年2月22日，網址：[（造訪日期：2018年7月20日）](#)

條例所稱之政黨，係指於 1987 年 7 月 15 日前成立並依動員戡亂時期人民團體法規定備案者；至於附隨組織，則指：獨立存在而由政黨實質控制其人事、財務或業務經營之法人、團體或機構；曾由政黨實質控制其人事、財務或業務經營，且非以相當對價轉讓而脫離政黨實質控制之法人、團體或機構（黨產條例第 4 條參照）。在黨產會運作 2 年多以來，除針對諸多重大矚目黨產相關個案辦理聽證、作出行政處分外，在事實認定上，亦一併揭露諸多饒富興味的現象或課題。

在過去數百年來，原住民是漢人眼中他者化的「番」，包括清治時代的「生番／熟番」，以及日治時代的「高砂族／平埔族」；戰後，國民黨政府改稱為「山地同胞」，民間則稱為「山地人」。經過原住民權利運動者的努力，1994 年的第 3 次修憲增修條文才將被污名化的山地同胞一詞正名為原住民<sup>2</sup>。不過也需要誠實以對的是，「正名」跟「轉型正義」(Transitional Justice)間，有著相當遙遠的距離。強人威權統治的基本特色，係透過政治力控制社會，從而在政治、經濟、社會、文化、教育、學術、媒體……等各種場域，創造保障得以讓其進行不公平競爭的「制度優勢」，並透過制度形成其「人事優勢」，以及藉此累積其「資源優勢」<sup>3</sup>。這些威權遺緒，在邏輯上並不會隨著正名而會有必然的鬆動乃至變革。2016 年 1 月間，立委高潞·以用(Kawlo Iyun)受訪時即曾坦率揭露「…看看我們原住民的立委，全是國民黨的囊中物，他們在山區的民眾服務社，其實就是綁樁，組織動員十分綿密，財大勢大，我們資源不夠、資訊不發達，根本沒辦法競選…」<sup>4</sup>。

承此意旨，現仍遍佈臺灣包括原住民地區各鄉鎮市的民眾服務社，在法律外觀上固然為社會團體，然而其營運實際狀況來看，卻又顯然與一般民間非營利團體大相逕庭。尤其近年來，在 55 個原住民地區裡，這些民眾服務社不僅多位於各鄉鎮市行政街區精華地段，而且若干民眾服務社還長年興建於公用土地上，因此持續招致外界非法佔用、低價承租的批判<sup>5</sup>。這些為數頗多的民眾服務社究竟從何而來？為何而生？如何運作？頗耐人尋味。本文爰就相關事實面與法律面課題，進行探討。

2 施正鋒，〈台灣原住民族政策的回顧與展望〉，收於《原住民族人權》，東華大學原住民族學院，2008 年 2 月，第 2 頁。

3 《台灣國家願景·我們的主張轉型正義》，新台灣國策智庫，2011 年 9 月，第 22-23 頁。

4 郝明義、陳季芳，〈高潞·以用：我們就是進擊的衝組〉，新頭殼網站，網址：<https://newtalk.tw/news/view/2016-01-06/68869>（造訪日期：2018 年 8 月 18 日）

5 例如，立法委員陳瑩曾於 2016 年 10 月 25 日召開「原住民保留地提供非公用出租疑義」記者會。原住民族委員會則於同日新聞稿回應：有關原民會管有之國有原住民保留地，地上建物由五峰鄉公所興建之三層樓未登記建物 1 棟，由公所出租於新竹縣五峰鄉民眾服務社作為辦公室使用，租期為 2016 年 7 月 1 日至 2017 年 6 月 30 日，承租建築面積約 70 平方公尺，每月租金 3,150 元。依 2013 年監察院糾正報告所示，五峰鄉公所並未依法撥用，屬機關占用態樣，惟依財政部國有財產署解釋，國有原住民保留地係屬「公用」土地，而所謂「公用」係指「公務用」或「公共使用」，但供特定政黨使用非屬「公用」範疇，原民會將於一週內行文公所促其說明其出租之法源依據，並要求公所依法辦理。引自：原住民族委員會網站，〈立法委員陳瑩召開記者會指出「原住民保留地提供非公用出租疑義」原民會回應新聞稿〉，2016 年 10 月 25 日，網址：<https://www.apc.gov.tw/portal/docDetail.html?CID=35AE118732EB6BAF&DID=0C3331F0EBD318C2EC18B3C120A9FE07>（造訪日期：2018 年 6 月 19 日）

## 貳、文獻探討

民眾服務社於 1950 年初期以後，如雨後春筍般地在臺灣各地紛紛成立。首先查閱當時相關新聞報導，可歸納兩種不同類型。其一為直接明白呈現與國民黨的關連性，有諸如：中國國民黨竹南區黨部，為檢討過去黨務工作情形，並策劃新年度有所改進區黨務起見，昨（卅一）日下午二時召開執行委員會會議。由常委陳國樑主持開會，討論結果（一）設民眾服務站，為民排解糾紛<sup>6</sup>；中國國民黨台北縣黨部三峽區黨部負責人李梅樹為鑒及農村表興下之農民多數屬於文盲為代謀方便解決一切計，自即日起在三峽鎮農會辦公室成立民眾服務站派鄭謝定君主持一切鎮民聞訊甚為感激云<sup>7</sup>；中國國民黨苗栗縣黨部，此次為民眾服務起見，指定在竹南、頭份、大湖三鄉鎮，設立民眾服務站，辦理輔導民眾生活<sup>8</sup>；中國國民黨台中縣黨部大肚區黨部大肚鄉民眾服務站，于日前正式成立，由主任委員何文謙主持，即日開始為大眾服務項目為：調解糾紛，接受委託，代書，解答法令<sup>9</sup>；台北縣黨部為便利淡水區民眾，頃決定在淡水鎮公所內設立淡水民眾服務站。聘當地士紳洪開源為該站主任，王度賢為理事長，翁秋水、吳金童、王榮生、汪宗程、李孔薰、花木樹、張孟松、李孔和、陳培樹、張季中為理事。定十一日成立<sup>10</sup>…等諸多報導可稽。

其二，則為國民黨角色較隱諱呈現，或宣稱民眾服務社乃由民間團體倡議、甚至由政府機關設立的類型，亦有諸如：台中縣龍井鄉長陳木本，紳士張瑞昌創議在該鄉設立民眾服務站於國慶紀念日開辦，站址在龍井鄉公所邊建，站長由鄉長陳木本兼任，辦事員由區黨部幹事陳欽木兼任，內部設有新聞、雜誌等，藉供民眾閱讀<sup>11</sup>；此間熱心公益者吳碧光、陳滌、李永祥、鄭麟書、賴時昌等，發起籌設民眾服務處，並得新竹縣縣長朱盛淇及縣黨部主委孫午南之贊助，以及地方上各界人士熱誠協助，已籌備就緒，將於本月九日開始辦公<sup>12</sup>；台南市警民協會，於卅日下午三時在該會召開第四屆第三次理監事聯席會議，討論附設民眾服務站問題：由理事長黃百祿主席，決定按照省頒台灣省各級警民協會附設民眾服務站辦法於四月一日起開始服務。並公推理監事及督察人員，經常輪流駐站服務<sup>13</sup>；鳳山鎮公所為發展社會事業加強民眾服務工作，於六月一日成立鳳山鎮民眾服務處，該處主要業務為職業介紹，政令指導，學術研究，代書行政土地信函書約，農樂活動等<sup>14</sup>…等諸多報導可稽。

其次，回顧針對民眾服務社，以及其與國民黨關連性的相關期刊文獻，整體而言在數量上並不匱乏。若以 1990 年代作為分水嶺來看，在 90 年代之前，1960 年代的《自由中國》雜誌，即有多篇文章披露當時狀況。〈由地方行政改革談一黨特權〉的社論裡，即相當鮮明生動地提到：……民眾服務處

6 聯合報，〈國民黨竹南區黨部集會商討業務議決籌設民眾服務站倡導新生活加強檢肅〉，1952 年 1 月 1 日，05 版。

7 聯合報，〈各地簡訊〉，1952 年 2 月 22 日，05 版。

8 同前註。

9 聯合報，〈大肚區黨部成立服務站〉，1952 年 3 月 19 日，05 版。

10 聯合報，〈各地簡訊〉，1952 年 5 月 9 日，06 版／聯合副刊。

11 聯合報，〈各地簡訊〉，1951 年 10 月 16 日，05 版。

12 聯合報，〈各地簡訊〉，1951 年 12 月 7 日，05 版。

13 聯合報，〈台南警民協會設民眾服務站今起正式開始服務〉，1952 年 4 月 1 日／05 版。

14 聯合報，〈各地簡訊〉，1952 年 3 月 3 日／06 版／聯合副刊。

(站) - 民眾服務處是縣市地方黨部的面具。凡是黨部對外的一切活動，都藉民眾服務處來作掩護。這可以說，發生了黨化效果的「功績」屬於黨部，惹出了亂子則由民眾服務處來擔受指責。至於民眾服務站，則普遍配屬在民眾服務處之下，設置在各鄉鎮村。民眾服務處(站)，今天是全省各縣市鄉鎮村黨化的唯一指揮部，它直接歸黨部幹部兼辦 - 縣市黨部主委兼民眾服務處主任，區黨部主委兼民眾服務站主任。這完全是一體二物。它們的所謂「服務」，以辦黨務為主體，根本不做什麼「為人民服務」的工作。縣鄉鎮人民最初以為它至少是能給人民解除麻煩和代辦文書的機構，但後來才明白；它是牽著縣市鄉鎮長底鼻子走的特權機關！<sup>15</sup>。省議員郭雨新也在《自由中國》撰文指出：……現在我們的國庫，每年都需要支出鉅額款項，作為國民黨的黨費，供國民黨使用，已是人所共知，用不著細說。僅僅就省以下的情形而言：國民黨的臺灣省省黨部，每年照例可由教育廳，社會處，警務處各單位內編列預算，獲得高達三、四千萬元的固定經費，臨時還可獲得各種為數可觀的補助。國民黨的各縣市黨部，也可同樣由各縣市政府獲得大筆固定經費和特別補助。例如最近據聯合報報導：一個小小國民黨嘉義縣黨部，三年以前僅借用修建民眾服務處的名義，便從縣政府索取了一百二十萬元之多的補助費；但三年以來，這筆錢，卻又一直成為嘉義縣黨部放債生息之用。至於國民黨各縣市黨部以下的區黨部，更公然以「民眾服務站」的名義，變成縣市政府的附屬單位，由縣市政府及鄉鎮公所，負擔一切開支。這種利用把持政權的方便，不惜把公庫當黨庫的做法，是絕對違法的，應請政府切實制止<sup>16</sup>。

至於 1990 年代後迄今，則顯得更為豐富。學者任育德在〈中國國民黨輔選動員機制之建立及其發展(1950-1960)〉一文指出，民眾服務社的真實面貌，一言以蔽乃「國民黨區黨部的化身」<sup>17</sup>。而學者陳曉慧以史料為據，於〈中國國民黨改造運動中對社會基礎的強化〉一文更進一步詳細分析：國民黨的基層組織對內是秘密的區黨部，對外則是以民眾服務社的名義，其中並規定區鄉鎮服務站人員以區黨部工作人員兼任，而其負責人(主任)其實就是由中央的基層代理人區書記來兼任。另外區級以上，縣級以下的民眾服務站的地址，即是各級黨部的所在地<sup>18</sup>。要之，基層的區黨部與民眾服務站是一暗一明存在，因為國民黨縣級黨部以下是不公開的，區級黨部透過民眾服務站與廣大的群眾接觸<sup>19</sup>。

鍾道明與學者黃東益共同發表的〈國民黨苗栗縣基層專職黨工關係網絡之研究〉一文，則以國民黨苗栗縣所屬鄉鎮市民眾服務站的現、卸任黨工作為研究對象，並發現：一、國民黨在其遷臺後的「改造」工作建立了民眾服務站的組織性質和其運作模式，使它可以透過服務民眾的方式來掌握社會的脈動並建立與支持其政權的社會基礎。二、國民黨為了融入臺灣社會，甄選了在地菁英做為其專職幹部，以他們在地人的優勢以及以「人情交往」及「關係取向」在地方社會中來建立其關係脈絡，透過他們贏得當地民眾的信任，來牽動社會連帶(Social Ties)，建構了黨工的地方社會人脈關係，並在選舉或政治活動中發揮了他們所建立之連帶關係及影響力，並轉化成國民黨組織動員力量<sup>20</sup>。最後，學者龔宜君於

15 〈由地方行政改革談一黨特權〉社論，自由中國，第 19 卷，第 1 期，1958 年 7 月 1 日，第 6 頁。

16 郭雨新，〈臺灣省議會第二屆第一次大會總詢問發言要點〉，自由中國，第 23 卷，第 5 期，1960 年 9 月 1 日，第 156 頁。

17 任育德，〈中國國民黨輔選動員機制之建立及其發展(1950-1960)〉，國立政治大學歷史學報，第 25 期，2006 年 5 月，第 93、100 頁。

18 陳曉慧，〈中國國民黨改造運動中對社會基礎的強化〉，藝術學報，第 63 期，1998 年 12 月，第 212 頁。

19 同前註。

20 鍾道明、黃東益，〈國民黨苗栗縣基層專職黨工關係網絡之研究〉，逢甲人文社會學報，第 13 期，2006 年

1995年發表的博士論文《移入政府的滲透能力(1950-1969)：改造後國民黨政權社會基礎的形成與鞏固》，其中對民眾服務站的形成、與基層社會的關係，乃至動員能力等面向，有著相當深刻的探討。龔宜君認為1950年初民眾服務站的出現，顯示了國民黨疑入之初滲透臺灣基層社會的強烈企圖心。民眾服務站是國民黨基層黨部組織的掩體，日常以社會工作者的身份與地方社會人民接觸，並藉此監督人民的一舉一動，在選舉時則成為動員選票的重要機制<sup>21</sup>。

儘管針對民眾服務社的相關研究並不罕見，但其中更深入就民眾服務社與原住民地區關連性的直接相關研究，迄今尚屬稀少。學者海樹兒·亥刺拉菲(Haisul Palalavi)指出，臺灣社會常見「原鄉是國民黨鐵票倉」的既定印象，得從國民政府來臺初期「黨政一體」的制度說起。國民黨自接管從日治時期便深受政府掌控的原鄉起，於1950年代開始在各地廣設鄉黨部（服務站），挾帶行政資源進行地方服務，在原鄉建立起綿密的資源網及人脈<sup>22</sup>。海樹兒·亥刺拉菲並進一步生動描繪：…選舉在山地鄉，鄉黨部的支援動員是最具影響力的，鄉黨部即一般所謂的民眾服務站，組織內部的專職人員通常有主任、專員及工友，有的地方有視導。該些黨工專門作地方組織訓練的工作、吸收黨員、蒐集情資、輔選代表黨參選的候選人，同時也作一些為民服務的工作<sup>23</sup>。

至於若干原住民選舉行為研究的研究成果，頗值參考。學者包正豪指出，在1995年第3屆立委前，在研究原住民選舉行為方面，國民黨每在原住民選區獲得壓倒性的優勢，往往囊括大多數選票與席位。這個長期穩定現象，甚至造成原住民選舉行為研究落入學界研究邊陲，乏人關注的結果<sup>24</sup>。另外，包正豪透過從1992年至2008年的長期選舉資料分析，也發現原住民立委參選，以國民黨籍參選時，除個人長期經營的個人選票外，還能獲得透過國民黨組織動員而來的票。一旦脫離國民黨，即喪失此類票源，而僅留存認同參選人個人的選票，主要集聚在參選人故鄉<sup>25</sup>。接著，包正豪在〈台灣原住民選民投票參與之研究〉一文，也引用學者海樹兒·亥刺拉菲觀點，坦率指出既存的原住民政治現實是，在原住民社會當中唯一具備相當組織動員能力的政黨僅有國民黨，且國民黨的動員組織系統已經鑲嵌在原住民一般社會網絡之上，能廣泛且有效地進行選舉動員。至於民進黨和其他政黨，僅能仰賴個別政治人物的個人動員。動員程度與深度，不可相提並論<sup>26</sup>。

1945年才正式以勝利者之姿統治臺灣的中國國民黨，承前所述，為何長期以來在原住民社會當中唯一具備相當組織動員能力的政黨？且其組織系統又如何鑲嵌在原住民一般社會網絡上，能廣泛且有效地

12月，第300頁。

<sup>21</sup> 龔宜君，《移入政府的滲透能力(1950-1969)：改造後國民黨政權社會基礎的形成與鞏固》，國立臺灣大學社會學研究所博士論文，1995年，第173頁。

<sup>22</sup> 風傳媒，〈特寫：台灣原住民會繼續支持國民黨嗎？〉，網址：<http://www.storm.mg/article/83226>（造訪日期：2018年8月18日）；亦可參海樹兒·亥刺拉菲，《原住民參選立法委員之研究(1972-2004)》，國史館，2010年10月初版，第175頁。

<sup>23</sup> 海樹兒·亥刺拉菲，前揭《原住民參選立法委員之研究(1972-2004)》，第192-193頁。

<sup>24</sup> 包正豪，〈原住民政治版圖的持續與變遷：1992-2008立委選舉的總體資料分析〉，選舉研究，第18卷第2期，2011年11月，第88頁。

<sup>25</sup> 同前註，第108、112、114頁。

<sup>26</sup> 包正豪、周應龍，〈台灣原住民選民投票參與之研究〉，臺灣民主季刊，第12卷，第2期，2015年6月，第15、16頁。

進行選舉動員？而此又與民眾服務社又有何關連性？本文以下爰先就民眾服務社在原鄉的分布情形，進行若干整理與初步探討。

## 參、民眾服務社的現況：兩大特徵

1950 年代初期迄今，已逾一甲子時光。在前揭文獻裡曾遍佈各鄉鎮市的民眾服務社，如今現況為何？值得進行實證研究。總的來說，本文以下歸納兩點加以說明：

### 一、組織仍遍佈各鄉鎮市

作為人民團體法上的社會團體，民眾服務社最令人側目的首要特徵，就是其組織分布的廣泛性。本文首先利用內政部「公益資訊平台」網站，以「民眾服務」作為名稱關鍵字查詢，在全國性團體部分，計有中華民國民眾服務總社與臺灣省民眾服務社 2 個。其次在地方性團體部分（含已解散者），各地民眾服務社則高達 396 個<sup>27</sup>，幾乎遍及臺灣各鄉鎮市。

不過值得注意的是，前述內政部「公益資訊平台」網站資料有若干重複顯示情形，未必完全正確。若參照更精準的黨產會相關調查報告，截至 2018 年 1 月為止，全國各地共有高達 383 個民眾服務社（含總社）。進一步彙整各地方政府的人民團體立案資料，全國各地民眾服務社的個數統計如下<sup>28</sup>：

表一：全國各地民眾服務社（含總社）統計表

位置	民眾服務社 數目（個）	位置	民眾服務社 數目（個）
臺北市	14	南投縣	14
新北市	30	雲林縣	21
桃園市	14	嘉義縣	19
臺中市	31	嘉義市	3
臺南市	38	屏東縣	34
高雄市	40	宜蘭縣	13
基隆市	8	花蓮縣	13
新竹縣	14	臺東縣	17
新竹市	5	澎湖縣	7
苗栗縣	19	金門縣	1
彰化縣	27	連江縣	1
全國合計	383		

<sup>27</sup> 內政部公益資訊平台，<https://npo.moi.gov.tw/npom/>（造訪日期：2018 年 6 月 19 日）

<sup>28</sup> 引自：〈中華民國民眾服務總社是否為社團法人中國國民黨之附隨組織調查報告〉，2018 年 1 月 24 日，第 8 頁。

## 二、人員年資曾併計公務人員年資

民眾服務社作為人民團體法上的社會團體，另一個與眾不同的特殊性，在於專職服務於民眾服務社的人員，其年資可併計公務人員年資。

詳言之，根據考試院於 1971 年 12 月 7 日考試院(60)考臺密二字第 2502 號函核定、後於 1978 年 7 月 3 日考試院(67)考臺密二字第 1755 號函修正之「中華民國民眾服務總社專職人員暨公務人員服務年資互相採計要點」，其中第 1 點開宗明義即規定：「民眾服務社總社暨所屬省市服務社（簡稱本社）專職人員，具有法定任（遴）用資格者，轉任公務人員時，由銓敘機關採認其專職年資、等級暨考績結果，比照現職人員改任分類職位公務人員辦法及有關法規所定核定相當之職級。並在政府機關退休、退職或資遣時，合併計算，發給退休、退職金或資遣費。原任專職年資如有疑義，由銓敘機關逕向本社查證」。

直到 1987 年 12 月 3 日，前揭要點才經考試院第 7 屆第 153 次院會決議廢止<sup>29</sup>。儘管如此，從 1971 年至 1987 年長達 16 年間，讓民眾服務社專職人員併計公務人員年資，核發退職給與的弔詭現象，一直無法尋求法治上的解決。直到 2017 年 5 月「公職人員年資併社團專職人員年資計發退離給與處理條例」通過施行後，才得以依法進行重行核計退離給與，追討遭溢領之公帑（公職人員年資併社團專職人員年資計發退離給與處理條例第 4 條參照）。

## 肆、民眾服務社在原鄉的現況

### 一、分布概況：98%原住民地區設有民眾服務社

行政院原住民委員會（2014 年 3 月更名為：原住民族委員會）為落實於 2001 年 10 月 31 日制定公布之原住民族工作權保障法「原住民地區」規定，擬具「原住民地區」範圍，行政院 2002 年 4 月同意核定 30 個山地鄉及 25 個平地鄉（鎮、市）為「原住民地區」。行政院核定之「原住民地區」包括 30 個山地鄉及 25 個平地原住民鄉（鎮、市），共 55 個鄉（鎮、市）<sup>30</sup>，其後雖歷經五都改制，惟並無具體重大變化，有關目前原住民地區範圍，再以下表呈現<sup>31</sup>：

<sup>29</sup> 黨職年資併計公職退休年資第一階段調查報告，2005 年 11 月 28 日，國家資產經營管理委員會—黨產處理小組網站，網址：<http://old.cipas.gov.tw/igpa.nat.gov.tw/ct940a.html? xItem=1320&ctNode=71&mp=1>（造訪日期：2018 年 7 月 20 日）

<sup>30</sup> 原住民族委員會，網址：<https://www.apc.gov.tw/portal/docDetail.html? CID=C6DFB32460630CF4& DID=0C3331F0EBD318C213147655B37A59D5>（造訪日期：2018 年 7 月 25 日）

<sup>31</sup> 同前註，引自下載表單：原住民地區（30 個山地鄉及 25 個平地鄉鎮市）。

表二：原住民地區（55 個鄉、鎮、市）一覽表

山地鄉（30 個）				
新北市烏來區	桃園縣復興鄉	新竹縣尖石鄉	新竹縣五峰鄉	苗栗縣泰安鄉
臺中市和平區	南投縣信義鄉	南投縣仁愛鄉	嘉義縣阿里山鄉	高雄市桃源區
高雄市那瑪夏區	高雄市茂林區	屏東縣三地門鄉	屏東縣瑪家鄉	屏東縣霧台鄉
屏東縣牡丹鄉	屏東縣來義鄉	屏東縣泰武鄉	屏東縣春日鄉	屏東縣獅子鄉
臺東縣達仁鄉	臺東縣金峰鄉	臺東縣延平鄉	臺東縣海端鄉	臺東縣蘭嶼鄉
花蓮縣卓溪鄉	花蓮縣秀林鄉	花蓮縣萬榮鄉	宜蘭縣大同鄉	宜蘭縣南澳鄉
平地鄉（25 個）				
新竹縣關西鎮	苗栗縣南庄鄉	苗栗縣獅潭鄉	南投縣魚池鄉	屏東縣滿州鄉
花蓮縣花蓮市	花蓮縣光復鄉	花蓮縣瑞穗鄉	花蓮縣豐濱鄉	花蓮縣吉安鄉
花蓮縣壽豐鄉	花蓮縣鳳林鄉	花蓮縣玉里鄉	花蓮縣新城鄉	花蓮縣富里鄉
臺東縣臺東市	臺東縣成功鎮	臺東縣關山鎮	臺東縣大武鄉	臺東縣太麻里鄉
臺東縣卑南鄉	臺東縣東河鄉	臺東縣長濱鄉	臺東縣鹿野鄉	臺東縣池上鄉

以前揭 55 個原住民鄉（鎮、市）為範圍，在根據內政部「公益資訊平台」網站內登陸的民眾服務社相關資訊，進行逐一查詢比對後，本文發現，民眾服務社相當綿密、廣泛地設於原住民地區。進言之，首先以 30 個山地鄉為觀察對象，除了花蓮縣萬榮鄉以外，民眾服務社遍佈設置於新北市烏來區、桃園縣復興鄉、新竹縣尖石鄉與五峰鄉、苗栗縣泰安鄉、臺中市和平區、南投縣信義鄉…等 29 個山地鄉。其中一個比較特殊的個案是，臺東縣海端鄉民眾服務社其實並不實際位於海端鄉轄區內，而是登記社址於臺東縣關山鎮，且與關山鎮民服社地址相同。其次，以 25 個平地鄉為觀察對象，狀況相同。民眾服務社一樣普遍地分布於新竹縣關西鎮、苗栗縣南庄鄉與獅潭鄉、南投縣魚池鄉、屏東縣滿州鄉…等 25 個平地鄉。

總而言之，除了花蓮縣萬榮鄉以外，其餘 54 個原住民地區都廣泛地設有各自對應的在地民眾服務社，比例高達 98%。若以政府地方自治組織設置的角度來看，這樣的均勻、廣泛分布可謂理所當然；但是，民眾服務社在法律外觀上卻屬人民團體法上的社會團體，如此廣泛分布性，當然難謂尋常。

## 二、土地使用情形：52% 原住民地區民眾服務社使用公有土地

承前所述，以 55 個原住民地區為範疇觀察，民眾服務社廣泛地設置於 54 個鄉（鎮、市、區）裡，此分布狀況已不尋常。若進一步再以各原住民地區民眾服務社座落土地所有權歸屬來分析，更頗值研究。

根據現有公開土地資料進行歸納，首先在 29 個設有民眾服務社的山地鄉裡，民眾服務社建築物座落土地完全屬於公有土地者，包括：新北市烏來區、桃園縣復興鄉、新竹縣五峰鄉…等 17 處；臺中市和平區民眾服務社土地，則部分為公有、部分為黨營事業所有；另外，屏東縣瑪家鄉、花蓮縣卓溪鄉為黨營事業所有，其餘分屬自然人所有或不詳。若換算百分比來看，29 個山地鄉民眾服務社建築物涉及使

用公有土地共 18 處者，比例高達 62%。

其次，在 25 個設有民眾服務社的平地鄉裡，民眾服務社建築物座落土地完全屬於公有土地者，包括新竹縣關西鎮、花蓮縣花蓮市、臺東縣關山鎮…等 9 處；臺東縣大武鄉民眾服務社建築物座落土地，則部分為公有、部分為國民黨所有；花蓮縣豐濱鄉、臺東縣臺東市、臺東縣太麻里鄉等 3 處民眾服務社建築物座落土地，屬於國民黨所有；苗栗縣南庄鄉、苗栗縣獅潭鄉、南投縣魚池鄉、屏東縣滿州鄉、花蓮縣富里鄉、臺東縣卑南鄉等 6 處民眾服務社建築物座落土地，屬於黨營事業所有，其餘則分屬自然人所有或不詳。若換算百分比來看，25 個平地鄉民眾服務社建築物涉及使用公有土地共 10 處者，比例也達為 40%。

最後綜合統計來看，在全臺 54 個設有民眾服務社的原住民地區，民眾服務社座落土地涉及使用公有土地者，迄今共計 28 處，比例近 52%。

表三：原住民地區（54 個鄉、鎮、市）民眾服務社座落土地所有權現況

山地鄉（29 個）				
新北市烏來區	桃園縣復興鄉	新竹縣尖石鄉	新竹縣五峰鄉	苗栗縣泰安鄉
公有 <sup>32</sup>	公有	自然人	公有	公有
臺中市和平區	南投縣信義鄉	南投縣仁愛鄉	嘉義縣阿里山鄉	高雄市桃源區
部分公有、部分黨營事業	不詳	公有	公有	無資料
高雄市那瑪夏區	高雄市茂林區	屏東縣三地門鄉	屏東縣瑪家鄉	屏東縣霧台鄉
自然人	公有	不詳	黨營事業	公有
屏東縣牡丹鄉	屏東縣來義鄉	屏東縣泰武鄉	屏東縣春日鄉	屏東縣獅子鄉
公有	公有	公有	公有	公有
臺東縣達仁鄉	臺東縣金峰鄉	臺東縣延平鄉	臺東縣海端鄉	臺東縣蘭嶼鄉
不詳	不詳	不詳	公有	公有
花蓮縣卓溪鄉	花蓮縣秀林鄉	宜蘭縣大同鄉	宜蘭縣南澳鄉	
黨營事業	自然人	公有	公有	
平地鄉（25 個）				
新竹縣關西鎮	苗栗縣南庄鄉	苗栗縣獅潭鄉	南投縣魚池鄉	屏東縣滿州鄉
公有	黨營事業	黨營事業	黨營事業	黨營事業
花蓮縣花蓮市	花蓮縣光復鄉	花蓮縣瑞穗鄉	花蓮縣豐濱鄉	花蓮縣吉安鄉
公有	自然人	自然人	國民黨	公有
花蓮縣壽豐鄉	花蓮縣鳳林鄉	花蓮縣玉里鄉	花蓮縣新城鄉	花蓮縣富里鄉
國民黨	自然人	公有	部分公有、部分國民	國民黨
臺東縣卑南鄉	臺東縣東河鄉	臺東縣長濱鄉	臺東縣鹿野鄉	臺東縣池上鄉
黨營事業	公有 <sup>33</sup>	公有	不詳	自然人

## 伍、從何而來：史料的再疏理與分析

從文獻回顧觀點來看，幾乎所有研究成果，都指向民眾服務社與國民黨間的密切關連性。2016年8月以後，隨著黨產會諸多調查業務的持續推動，一方面今日國民黨雖屢次聲稱與民眾服務社僅具「輔導關係」，而非附隨組織云云。惟已既有學術研究成果為基礎，輔以近年被發掘的更多元史料，民眾服務社的真實輪廓，逐漸更顯清朗。

### 一、1950年代臺灣省臨時省議會公報相關質詢

以1950年代臺灣省臨時省議會公報為首先觀察對象，以下若干質詢的歷史片段，值得注意。首先，1953年1月24日，臺灣省臨時省議會省議員王宋瓊英於臺灣省臨時省議會第1屆第3次定期大會第17次會議提出「建議省政府轉飭縣市政府設立民眾服務處切實為民服務案」。其中臚列四點理由為：一、為民服務，乃政府唯一任務。邇省政府倡行便民運動，如能切實推行，尤能發揮為民服務之效果。二、一般農工民眾，因所受教育機會有限，智識淺陋，每與政府接洽事項，不特未諳公事手續，甚且未明政府機構組織及主辦單位，故必須請人代書，費時費資，增加民眾困難與麻煩。三、間有黨務機關附設服務處，所借未能普遍，且限於經費，顯有成績表現。四、政府如設立為民服務之服務處站，既可直接惠澤民眾、尤能減少公文批駁往返之麻煩，誠為提高行政效率之適當措施。基此，省議員王宋瓊英並提出兩點辦法：一、縣市政府所在地，應設立民眾服務處，重要市鎮分設服務站，專責辦理為民服務事項。二、由民政局（科）社會股主辦，經費由縣市社會事業費項內發附。對此提案，審查意見：保留。審查意見說明謂「政府業已辦理。」大會則決議「照審查意見通過」<sup>34</sup>。在這個史料所呈現的，乃公權力與公務預算如何協助扶植設立民眾服務社的歷史片段。

其次，值得一併對照參考的史料，是1955年6月27日，臺灣省臨時省議會省議員李萬居於第2屆第3次定期大會向省主席嚴家淦提出的質詢。李萬居指出「…聞彰化縣民眾服務處每年由縣府編列八十餘萬元予以補助，其開支用途，一切朦混，縣議會亦不敢過問；此外，該處又向縣屬各鄉鎮攤派要索。兩項合計每年達三四百萬元之鉅，聞其他各縣市亦有類似情形。查省政府對於各縣市民種服務處已列有預算，何以又要地方上負擔，採取為政府所禁止的籌款方式？民眾服務處這種機構的真正性質如何？其經費的真正用途又是如何？為甚麼縣市議會亦不敢過問。請主席賜告」<sup>35</sup>。在公報記載裡，省主席嚴家淦當時對此問題，並無多所回應。

最後，1956年6月18日，臺灣省臨時省議會省議員張振生於臺灣省臨時省議會第2屆第5次定期大會，也就民眾服務處站經費問題，向省民政廳廳長連震東提出質詢。張振生指出「各縣市鄉鎮區所設立之民眾服務處站，對於服務民眾工作事業經費無著，所以無法推行服務業務。查服務處站之工作項

<sup>32</sup> 此處所稱之公有，包括土地為中央或地方政府所有。

<sup>33</sup> 國民黨受贈取得，後回贈東河鄉。

<sup>34</sup> 〈省議員王宋瓊英提出「建議轉飭縣市政府設立民眾服務處切實為民服務案」(1953.01)〉，不當黨產處理委員會網站，網址：<https://www.cipas.gov.tw/stories/78>（造訪日期：2018年8月17日）

<sup>35</sup> 〈省議員李萬居質詢省府補助彰縣民眾服務處(1955.06)〉，不當黨產處理委員會網站，網址：<https://www.cipas.gov.tw/stories/64>（造訪日期：2018年8月19日）

目，所欲辦理者甚多，如：代書、職業介紹、調解糾紛、解釋法令、宣傳主義、並協助政府推行政令，社會改造運動等之領導，向來無有事業經費，所以無法積極做到為民服務。為解除困難，所以請廳長特別要關心轉達各地方政府，應增加編列預算，補助各地民眾服務處站事業經費，俾利推行為社會福利而服務效果。」對此質詢，省民政廳廳長連震東答覆：「關於民眾服務處站經費問題，原係財政廳主管範圍，茲准財政廳簽復意見以：各縣市鄉鎮區設立之民眾服務處站經費困難，應增加編列預算，補助各地民眾服務處站事業經費一節，未悉所指各地民眾服務處站之性質如何？如係由各縣市黨部所設置，經於縣市總預算內列有補助民眾服務處經費予以撥補，如係指縣市政府或鄉鎮公所設立之民眾服務處站，自應由各該縣市鄉鎮審視實際業務需要，自行酌情核列預算支應。<sup>36</sup>」言下之意，民眾服務社無論是「各縣市黨部」抑或「縣市政府或鄉鎮公所」設立，最終俱以預算公帑支應。

## 二、1960 年代臺灣省政府檔案

其次，以 1960 年代臺灣省政府相關檔案為觀察對象，若干涉及民眾服務社財務經費的相關記載，亦同樣應予關注。1966 年 9 月 12 日，臺灣省政府財政廳副廳長應式文於首長會議報告：「本日政治綜合小組列有臺北市議員為民服務費 28 萬 8,000 元（每人每月 400 元）應否繼續編列一案，該項經費以前係編列於社會局預算內，由民眾服務處具領轉發，臺北市黨部支持繼續編列，省黨部以其與規定不符且恐其他縣市援例，報呈中央核示，奉指示由省政治綜合小組研究，請各首長預作考慮。又該市議會原列之考察費 1,000 元現已取消。」<sup>37</sup>接著，同年 10 月 17 日，臺灣省政府主席黃杰於首長會議報告：「省府民眾服務處原則上必須修建，所需經費希財政廳、建設廳、主計處會商支持，可否在廳舍修繕費項下設法勻支，希加研究。」<sup>38</sup>其後於 1967 年 8 月 28 日，臺灣省社會處長傅雲在首長會議報告，中五組<sup>39</sup>為使各項民眾服務工作辦理完善，擬將各級民眾服務社服務幹部約計 800 名假省訓團調訓一週。經洽省訓團同意分兩期調訓，所需經費 15 萬元擬請由該團編列預算專案報府核撥。對此報告，主席裁示「照辦」<sup>40</sup>。

另一個匪夷所思的案例，在 1968 年 11 月 11 日，臺灣省政府農林廳副廳長黃榮華於首長會議提出報告，內容為：直屬第 9 區黨部現在中心市場 3 樓之辦公室，地方狹小，有礙觀瞻，經委員會初步決定擬興建 50 坪大之辦公廳一所，約需經費 25 萬元，現委員會已自籌 5 萬元，省黨部答允補助 5 萬元，尚不敷 15 萬元，擬請省府補助。對此報告，臺灣省主席黃杰裁示：可以補助興建民眾服務站名義追加預算補助 15 萬元，興建地址，希洽秘書處辦理<sup>41</sup>。

<sup>36</sup> 〈省民政廳廳長連震東答覆民眾服務處站經費問題(1956.06)〉，收於《黨產研究別冊：檔案選輯》，不當黨產處理委員會，2018 年 8 月初版，第 71-72 頁。

<sup>37</sup> 〈為民服務費以前編列於省社會局預算，由民眾服務處具領轉發(1966.09)〉，收於前揭《黨產研究別冊：檔案選輯》，第 125 頁。

<sup>38</sup> 〈民眾服務處修建經費，可否設法勻支，希加研究(1966.10)〉，收於前揭《黨產研究別冊：檔案選輯》，第 127 頁。

<sup>39</sup> 指中國國民黨中央委員會第五組。

<sup>40</sup> 〈中五組調訓民眾服務社幹部，所需經費省府核撥(1967.08)〉，收於前揭《黨產研究別冊：檔案選輯》，第 139 頁。

### 三、《蔣中正先生年譜長篇》的相關國民黨中常會指示

2015年間，適逢總統蔣中正逝世40周年，國史館出版《蔣中正先生年譜長編》。本套叢書運用國史館所藏最多且最完整的《蔣中正總統文物》為基礎，並參考「蔣中正日記」乃至於中國國民黨黨史館藏〈中國國民黨中央常務委員會會議紀錄〉等新史料及國內外最新研究成果而成，極具學術重要意義。臺灣戰後黨產研究的開端，當可追溯至1960年著名的《自由中國》雜誌裡，傅正先生所撰〈國庫不是國民黨的私囊！〉社論一文。只可惜在長期威權統治下，即便到1990年代，有關戰後的黨產研究成果，不僅在數量仍處鳳毛麟角狀態；在內容上，也往往因苦無資料而難以深耕開拓。2015年《蔣中正先生年譜長編》的問世，尤其是第9冊至第12冊部分，對戰後黨產研究而言，可謂開啟一條嶄新道路。有關民眾服務社的若干相關記載，可從國民黨主席蔣中正主持國民黨中常會會議的相關指示加以觀察，茲約略整理如後。

首先在1959年5月25日，國民黨主席蔣中正主持國民黨8屆138次中常會，核定二中全會決議與指示各案之實施計畫。其中指示：……民眾服務處（站）之工作，應再力求改進，對服務工作人員應再重加訓練，俾能適應工作需要<sup>42</sup>。接著於1960年9月21日，國民黨主席蔣中正主持中國國民黨第8屆第243次中常會時，指示：由反對人士對民眾服務站之猛烈抨擊，可反證其有客觀效用，改進民眾服務站應注意下列數點：1.各鄉、鎮之民眾服務站必須與鄉鎮公所密切聯繫，最好能由鄉鎮公所之職員兼任主任，希加研究。2.基層幹部目前在能力及經驗上均嫌不夠，應謀貫徹由中央優秀同志調往基層服務之決策，以增工作效率。3.考核工作必須加強，今後應每月認真考核，且不能限於文書資料之檢查，而當著重在各項重要工作暨其效用及弊端之切實查核<sup>43</sup>。值得補充注意的是，蔣中正所稱「反對人士對民眾服務站之猛烈抨擊」，講的就是來自《自由中國》雜誌的諸多猛烈批判。如傅正在〈國庫不是國民黨的私囊！〉一文裡，即曾直言批判：……至於各縣市黨部以下的區黨部，更假借「民眾服務站」的名義，變成了縣市政府的一個附屬單位，一切人事費業務費由縣市政府負擔，列有正式預算。這類所謂民眾服務處、站，在全省各地竟達三百八十個以上！在本屆地方選舉中，當臺中縣省議員候選人楊秋澤在發表政見，主張裁除該縣數百萬元的民眾服務站經費時，那些打著民眾服務的招牌實際上吃黨飯的服務站人員，深恐斷了自己生路，竟形同瘋狂的罵楊秋澤是「共匪作風」，甚至說要「槍斃楊秋澤」。綜觀以上所述，可見國民黨的各級黨部，已經有形無形構成政府單位的一部分，可以把政費當做黨費！至於國民黨各級大小單位，早已如同政府單位分別佔有大量的公有房屋土地。大家只要看看臺北市一個小小區黨部，便在中山北路用「中山區民眾服務站」的名義，佔有一幢三層樓的大樓，就可想見一切了！<sup>44</sup>

最後在1965年1月20日，國民黨主席蔣中正主持國民黨第9屆102次中常會，對黨政業務考察結果等案有所指示。復又提到：……五、臺灣省黨部應即通令在各重要鄉、鎮民眾服務站，設置民眾意見箱，隨時蒐集民間各種反應及建議事項，彙轉臺灣省政府參考辦理<sup>45</sup>。

41 〈直屬第9區黨部辦公廳，可以補助興建民眾服務站名義追加預算補助(1968.11)〉，收於前揭《黨產研究別冊：檔案選輯》，第159-160頁。

42 引自《蔣中正先生年譜長編》，第11冊，國史館，2015年，第203頁。

43 同前註，第374頁。

44 傅正，〈國庫不是國民黨的私囊！〉，自由中國，第22卷第11期，1960年6月，第336頁。

45 引自《蔣中正先生年譜長編》，第12冊，國史館，2015年，第137頁。

#### 四、「公帑出資、政黨使用」圖像的浮現

再次回顧本文先前的統計，截至 2018 年 1 月為止，全國各地共有高達 383 個民眾服務社（含總社）。至於原住民地區部分，98% 原住民地區設有民眾服務社，且 52% 原住民地區民眾服務社建築物座落的土地，係屬公有土地。由此觀之，若言遍佈原鄉各處的民眾服務社乃「民間團體」者，則又如何合理解釋超過半數的建物座落的土地屬於公有？隨著新史料的發掘與應用，環繞在民眾服務社周圍的歷史迷霧，已逐漸開散。

詳言之，首先從前揭 1960 年代臺灣省政府檔案裡，臺灣省政府與民眾服務社的關係，相當緊密。省府民眾服務處修建經費，要求「在廳舍修繕費項下設法勻支」；各級民眾服務社服務幹部調訓經費，也是「專案報府核撥」。由此片段，大抵可以看出公帑由省府流動至民眾服務社的脈絡。至於在「臺北市議員為民服務費」支領過程呈現的三角糾葛關係，更值注意。該經費係由臺北市社會局以公帑編列，由民眾服務處領取後，又再轉發至臺北市議員手上，臺北市黨部並支持繼續編列。直屬第 9 區黨部辦公室的興建，尤應探究。臺灣省政府農林廳副廳長黃榮華，在省府首長會議提出報告。但報告內容卻是有關直屬第 9 區黨部興建辦公廳問題，且具體提案新辦公處所需 25 萬元，其中 6 成，亦即 15 萬元，擬由臺灣省政府的公帑買單。公務員於此場合進行提案，依行為時相關法律，已屬重大刑事犯罪行為。更弔詭的是，主席黃杰不僅慨然承受，除裁示以補助興建民眾服務站名義追加預算補助外，連甚至連興建地址，也要責成「秘書處辦理」。換言之，直屬第 9 區黨部興建辦公廳舍座落土地問題，居然也由省政府秘書處一肩扛起。要之，這處將由國民黨直屬第 9 區黨部實質使用辦公處所，省政府係以補助民眾服務社名義，6 成由公帑補助興建，場地也由省政府一併處理。在這裡，「公帑出資、政黨使用」圖像，儼然浮現。

相較於臺灣省政府首長會議的不對外性，臺灣省臨時省議會呈現的相關史料，提供一個外部視角的對照觀察。面對 1953 年 1 月省議員王宋瓊英提出廣設民眾服務處（站），經費並由縣市社會事業費項內發附時，省議會回應居然是「政府業已辦理」由此觀之，可以看出省政府投注硬體建設、營運財源予民眾服務社的事實。再者，當 1956 年 6 月省議員張振生呼籲「省政府應增加編列預算，補助各地民眾服務處站事業經費」時，省民政廳廳長連震東的答覆內容「如係由各縣市黨部所設置，經於縣市總預算內列有補助民眾服務處經費予以撥補，如係指縣市政府或鄉鎮公所設立之民眾服務處站，自應由各該縣市鄉鎮審視實際業務需要，自行酌情核列預算支應」，相當值得細究。詳言之，這段發言應該前後倒置觀察。民眾服務社如係指縣市政府或鄉鎮公所設立、應由各該縣市鄉鎮審視實際業務需要，自行酌情核列預算支應。此原本當為預算法制 ABC 基本概念，惟事實上，縱令民眾服務社有年資併計公務員年資之情形，但迄今未聞任何政府官方文件將民眾服務社直接定調為編制內的政府機關組織。由此觀之，這段發言當屬贅言。至於真正值得推敲者，在於「如係由各縣市黨部所設置，經於縣市總預算內列有補助民眾服務處經費予以撥補」等語。歸納省民政廳廳長連震東這段毫不避諱的坦率發言，揭露兩個重點：其一：民眾服務社乃各縣市黨部所設置。其二：民眾服務社預算由地方政府撥補。若再將此與 2018 年 2 月間黨產會揭露逾 6 成民眾服務社與國民黨機關同址情形予以對照，又再度可看出民眾服務社的「公帑出資、政黨使用」圖像。

最後，收錄於《蔣中正先生年譜長篇》裡，國民黨主席蔣中正在國民黨中常會針對民眾服務社的相關指示，對於探究民眾服務社地位而言，當屬具有關鍵意義的重要新史料。綜觀這些指示，再度看出民

眾服務社屬國民黨組織之一環，此控制從屬結構，可由「由中央優秀同志調往基層服務」、「臺灣省黨部應即通令在各重要鄉、鎮民眾服務站，設置民眾意見箱」得證<sup>46</sup>。

## 陸、民眾服務社在原鄉

2018年2月2日，黨產會已就「中華民國民眾服務總社是否為社團法人中國國民黨之附隨組織」舉行聽證，不過值得注意的是，這場聽證會乃至於調查報告，多是聚焦於總社部分，當時並未一次性地處理廣佈各地、包括原住民地區的各民眾服務分社。

各地民眾服務社做為國民黨基層黨部組織的掩體，能如此廣泛設立於原住民地區乃至於全國各處，根據本文調查，所依賴著除了國民黨中央供輸的資源外，也包括政府提供公有土地使用。由此可合理解釋花蓮縣萬榮鄉以外，其餘54個原住民地區都廣泛地設有各自對應的在地民眾服務社，比例高達98%。在全臺54個設有民眾服務社的原住民地區，民眾服務社座落土地涉及使用公有土地者，迄今共計28處，比例近52%。

在原鄉，民眾服務社究竟如何實際運作？其角色功能為何？由於這方面的期刊論文研究成果尚屬罕見，因此本文透過當時相關新聞報導片段的彙整，嘗試進一步拼湊民眾服務社在原鄉的昔日輪廓。

### 一、1953年日月潭民眾服務站新廈落成

1953年11月上旬，日月潭民眾服務站新廈落成，兩則當時新聞報導，茲盧列如下：總統撥款在水社興建日月潭民眾服務站，五日將舉行落成典禮。日月潭水社山胞為崇仰總統盛德及慶祝華廈落成，決將舉行盛大的歌舞大會。該站有禮堂、休息室等，可供遊湖小憩。按：總統於去(四一)年十二月廿三日蒞臨日月潭時，因鑒於山地荒蕪，山胞缺乏集會娛樂場所，於返北後特撥款一萬五千元，飭建民眾服務站，經縣黨部積極籌劃興建，地方各界亦紛表贊助，該站乃於日前竣工。<sup>47</sup>…總統撥款興建之日月潭民眾服務站新廈落成典禮，五日上午十時假該站禮堂舉行，到省黨部胡祕書，議長楊昭璧，警察局長蕭復權及各鄉鎮代表八十餘人。典禮由黨部主委李蘊權主持，並即席報告籌建情形，繼由水社村長毛信孝代表該鄉山胞感謝總統德意並對中國國民黨為人民服務的精神致崇高的敬意。典禮於十一時半結束，晚舉行盛大山地歌舞會<sup>48</sup>。

綜觀上開事件，幾個重點值得關注。首先，所謂總統撥款飭建日月潭民眾服務站，所需經費當係來自公帑無疑。其次，該建築物又係交由縣黨部積極籌劃興建，顯示財政上國庫通黨庫的跡象。當時地方各界贊助款多寡，如今已不得而知。但至少該建築物明明部分來自納稅人的公帑，惟落成時村長卻對

<sup>46</sup> 另外，1978年2月國民黨11屆二中全会針對1977年5項地方公職人員選舉缺失，通過地方黨務改進案，要求各級幹部改進領導作風，破除權利地位觀念，並以實際行動破除衙門化作風。並提到…各地民眾服務社，今後應就地區環境、特性，區分為都市、鄉村、漁村、工業區、山地等類型，分別釐訂設備標準，充實其工作條件，使成為名符其實的服務機構和黨員、民眾之聚集場所。引自，聯合報，〈國民黨改進地方黨務改變作風結合群眾〉，1978年2月16日，02版。

<sup>47</sup> 聯合報，〈日月潭民眾服務站落成感念總統撥款山胞盛大慶祝〉，1953年11月4日，04版。

<sup>48</sup> 聯合報，〈日月潭新建民眾服務站舉行落成典禮〉，1953年11月7日，04版。

「總統德意」及「國民黨為人民服務精神」感恩戴德，印證當時時空下「公帑出資、政黨使用」圖像並非空言。

## 二、1954 年蔣中正生日，桃園山鄉易名「復興」暨祝壽活動

1954 年 10 月 31 日，適逢總統蔣中正 68 歲生日，一則發生於今日桃園市復興區的新聞報導，值得關注。這則新聞乃祝壽慶典報導，其記述：桃縣山地復興鄉全鄉民眾，昨（卅一）日整天在歡愉的氣氛中渡過。總統六秩晉八華誕，來自各村的山胞，自凌晨即滿山遍野，扶老攜幼，帶著雞鴨等糧食及炊具爬山越嶺不辭長途跋涉，前來澤仁村參加盛會，其情況之熱烈據說比山胞過年還隆盛。上午八時半，由縣長徐崇德主持，各界首長參加之各界祝壽大會及該鄉運動大會開幕典禮在介壽國校舉行，徐縣長領導各界首長來賓及鄉民朝壽堂致三鞠躬禮祝壽，典禮完成後即率領鄉民舉行大遊行，并赴新建以慶祝總統誕辰之「介壽亭」上匾。鄉運動大會於十時正開始，一方面另在該校教室舉行總統生活照片展覽，參觀之鄉民擠得水洩不通，十一時在民眾服務站舉行敬老大會，全鄉壽星七十餘人，並備壽宴八席招待男女壽星，出席壽星最高齡者為八十七歲的三民村壽婆邱林蜜妹。下午六時許運動會結束，七時起即繼續舉行祝壽同樂晚會，由山地青年男女及國校兒童表演四十餘項歌舞節目，至深夜始盡歡而散<sup>49</sup>。

一個以泰雅族為主的原鄉，當年在這場號稱辦得比原住民「過年還隆盛」的總統生日盛宴裡，泰雅族人不僅要到「介壽國校」的壽堂躬禮祝壽、赴「介壽亭」上匾，甚至連鄉名都改為國共內戰意味濃厚、卻跟原住民毫無牽連的「復興」。當時泰雅族人心境如何？如今已無可考證。至於作為敬老大會舉行場所的民眾服務站，則驗證了學者海樹兒·戈刺拉菲與學者龔宜君的觀察，民眾服務站所擔負的為民服務工作機能。

## 三、1966 年苗栗泰安鄉新辦建設工程

承前所述，民眾服務社建物時有「公帑出資」的特徵。在 1966 年下列這則發生於苗栗縣泰安鄉的工程報導，又可再度驗證。該報導指出：苗栗縣山地泰安鄉新辦五項建設工程，昨（十）日上午十時同時舉行落成典禮，由縣長林為恭親往剪綵，苗栗縣各界人士百餘人觀禮。這五項新落成的建設是：鄉公所新廈、民眾服務社、中山堂、農會及衛生所。總工程費七十一萬七千元，在山地泰安鄉是件大事。泰安鄉公所並以酒會招待來賓，當晚公演地方戲，鄉民同樂<sup>50</sup>。

## 四、1966 年設於包括山地村落在內的牛奶供應站

根據學者龔宜君的觀察，民眾服務社日常以社會工作者的身份與地方社會人民接觸。然而，民眾服務社透過怎樣具體、實質的服務方式，以達成在原住民地區博取人心的目標。1966 年起牛奶供應站的設置，頗值觀察。根據當時報導：…中國國民黨臺灣省黨部為增進兒童營養，促進國民健康，擴大服務工作，決增設牛奶供應站。省黨部已在全省十六個縣市，包括新竹、苗栗、台中縣市、南投、彰化、雲

49 聯合報，〈慶祝總統嵩壽山鄉易名復興〉，1954 年 11 月 1 日，05 版。

50 聯合報，〈泰安五項工程昨行落成禮〉，1966 年 2 月 11 日，06 版。

林、嘉義、高雄縣、宜蘭、台北縣、台南縣市、屏東、台東、花蓮等單位，選擇七十地區，設置牛奶供應站，經常供應。省黨部說，這七十個牛奶站，均設在比較貧窮的農村、漁村、鹽村及山地村落，供應的主要對象為未屆學齡之兒童、孕婦及乳母，其次為年老力弱營養不良者也列入供應對象。此一為貧苦地區民眾熱烈歡迎的牛奶站，由各地民眾服務社主辦，臺灣省政府，聯合國兒童基金會及臺灣省基層民生建設輔導委員會協辦。省黨部為了要把這項工作辦好，決在上述各縣市舉辦業務講習，以統一牛奶站之做法及向飲用的民眾提供最好的服務<sup>51</sup>。

在這則新聞裡，一方面國民黨臺灣省黨部與各地民眾服務社的密切關連性又再度浮現；至於另一方面，在山地村落區域內，針對未屆學齡兒童、孕婦及乳母以及年老力弱營養不良者，以各地民眾服務社作為免費牛奶的提供窗口，如此慷慨的濟老扶幼舉動，當有助於國民黨在原住民地區博取支持度的穩固。

## 五、1989年解嚴後首次原鄉選舉：以無對抗有，以個人對抗組織，以教會對抗民眾服務站

1987年解嚴，黨國威權體制對臺灣的各領域的控制，也隨之更漸鬆動。1989年底乃解嚴後第一次舉辦的地方性選舉，記者蕭衡倩2篇刊登於《聯合晚報》的特稿，對於原住民參選具有相當深刻觀察。首先在〈原住民參選 一場苦戰 雖處弱勢勝算小 意識覺醒具深意〉一文中，蕭衡倩指出：選舉，對於強勢和弱勢團體來說，本來就是一場不公平的戰爭。尤其，目前國民黨對山地的控制力雖日益薄弱，但原住民社會中的公務員，絕大多數都是國民黨籍，各山地鄉中密集的民眾服務站，以及國民黨對於山地文宣媒體的強勢控制，在在都不利於非國民黨籍的原住民候選人<sup>52</sup>。接著，在〈一場以檳榔對抗米酒的戰爭！還我土地運動 山地共同訴求 統獨對陣之際 呼籲肯定地位〉一文裡，首先以屏東三地門山地鄉的某家雜貨店買不到米酒，帶出候選人囤積米酒，「以便在投票前一夜展開米酒攻勢，誰能請的酒多，誰就能掌握選票」的情形，一方面藉此具體描述了當時由原住民族公職選舉後援會所推出的候選人包括：山地山胞立委候選人伊凡·尤幹、山地山胞省議員候選人多奧、平地山胞立委候選人夷將·拔路兒等所面臨的艱困選情與賄選困境。另一方面則更坦率指出：以無對抗有，以個人對抗組織，以教會對抗民眾服務站，這便是原住民運動者想要打破傳統的方式<sup>53</sup>。

綜言之，根據學者包正豪、謝顯音對國民黨「山地鄉」黨務組織架構的研究，總結來說係以「民眾服務社／站」（鄉黨部）為核心，並以投開票所（通常與村／部落重疊）為單位設立「區分部」，再於其下依鄰里設立「小組」的綿密組織經營型態<sup>54</sup>。本文研究，基本上為此觀察提供更多的佐證。且在「公帑出資、政黨使用」的非法治國圖像下，促成了國民黨組織在原住民地區享有高度的滲透性。如學

51 聯合報，〈國民黨台灣省黨部增進兒童營養設牛奶供應站擇定七十地區經常供應〉，1966年12月13日，02版。

52 聯合晚報，〈原住民參選一場苦戰雖處弱勢勝算小意識覺醒具深意〉，1989年5月7日，02版／話題新聞。

53 聯合晚報，〈一場以檳榔對抗米酒的戰爭！還我土地運動山地共同訴求統獨對陣之際呼籲肯定地位〉，1989年11月24日，05版／選舉話題。

54 包正豪、謝顯音，〈國民黨的原住民選舉動員：一個社會文化互動途徑的初探分析〉，台灣原住民族研究季刊，第6卷第2期，第97頁。

者海樹兒·戈刺拉菲觀察，舉凡地方選舉到中央公職人員選舉，國民黨都是透過其地方黨部所建立的組織人脈，以及行政資源的搭配，有效地控制了原住民選情<sup>55</sup>。故當原住民自決運動在 1980 年代開始興起，以及臺灣開始出現強有力反對黨（民主進步黨），並進而於 2000 年執政等諸多挑戰與威脅，原住民至今仍然是國民黨（泛藍）的鐵票區<sup>56</sup>。不過也必須注意的是，學者包正豪、謝顯音強調，這樣的組織經營型態並不獨見於「山地鄉」。國民黨自 1949 年來臺後，其基層黨組織的建設，無論是「組織緊密性」(Intensiveness of Organization)還是「組織涵蓋性」(Extensiveness of Organization)都與前述「山地鄉」的描述雷同。……無論是哪個鄉鎮，都有以「鄉黨部一區分部一小組」的組織經營型態<sup>57</sup>。總而言之，國民黨透過民眾服務社所享有的制度優勢、人事優勢與資源優勢，不僅深入原鄉，實則也紮根於非原住民地區的各鄉鎮市等基層地方組織裡。

## 柒、結 論

再度檢視黨產條例第 4 條所蘊列的三個法律概念：政黨，指於 1987 年 7 月 15 日前成立並依動員戡亂時期人民團體法規定備案者；附隨組織，指獨立存在而由政黨實質控制其人事、財務或業務經營之法人、團體或機構；曾由政黨實質控制其人事、財務或業務經營，且非以相當對價轉讓而脫離政黨實質控制之法人、團體或機構；不當取得財產，指政黨以違反政黨本質或其他悖於民主法治原則之方式，使自己或其附隨組織取得之財產。總的來說，附隨組織與否之認定作為一種中間性處分，其主要的終局目的，在於不當取得財產的劃定與命其返還。

迄今為止，55 個原住民地區裡的 54 個，仍廣泛地設有民眾服務社，比例高達 98%。而在全臺 54 個設有民眾服務社的原住民地區，民眾服務社座落土地涉及使用公有土地者，迄今共計 28 處，比例近 52%。本文研究發現，若如無政府從 1950 年代初期以來給予國民黨地區黨部在財物上的支持，以及特殊的默許與縱容，豈容一介「民間團體」大量佔用精華地區公有地並興建房舍？<sup>58</sup>從前揭諸多史料可看出，政府還以各種補助名義，以公務預算支應其房舍的興建乃至於業務營運。如此「公帑出資、政黨使用」的非法治國圖像，已頗鮮明。美國前大法官霍姆斯(Oliver Wendell Holmes)曾謂「法律的生命不在邏輯，而在於經驗」(The life of the law has not been logic. It has been experience)。在法律上，判斷民眾服務社是否為黨產條例裡所稱的「附隨組織」，亦應作如是觀。況且，在 2016 年 3 月 16 日，國民黨行政管理委員會主任委員林祐賢向黨籍立委進行黨產說明的簡報〈社團法人中國國民黨黨產報告〉的「黨產內容與變化」單元裡，明白記載「第一階段（民國 39-77 年）設置民眾服務社」等語<sup>59</sup>，亦可資

<sup>55</sup> 戈刺拉菲，前揭《原住民參選立法委員之研究(1972-2004)》，第 178 頁。

<sup>56</sup> 同前註。

<sup>57</sup> 包正豪、謝顯音，前揭〈國民黨的原住民選舉動員：一個社會文化互動途徑的初探分析〉，第 97 頁。

<sup>58</sup> 補充一提者，2002 年 10 月間，國民黨要打算處理無償贈與和轉帳撥用獲得土地之際，在臺東縣部分，國民黨臺東縣黨部即表示，民眾服務站的問題相當棘手，雖然土地的取得有些是贈與，有些是轉帳撥用，但地上物卻是國民黨的，未來如何處理，會由黨中央統一決定。而臺東縣政府建管課表示，臺東地區 16 個民眾服務站，有 15 個比鄰鄉鎮公所，位於黃金地段，且超過 8 成在都市計劃內的「機關用地」，當初是以「特殊事業用地」取得建照。台灣新聞報，〈國民黨捐黨產鄉鎮民眾服務站成為搶手貨〉，2002 年 10 月 8 日，第 2 版／要聞／中央社。

自認的佐證。

國民黨為何長期以來在原住民社會當中唯一具備相當組織動員能力的政黨？且其組織系統又如何鑲嵌在原住民一般社會網絡上，能廣泛且有效地進行選舉動員？而此又與民眾服務社又有何關連性？經過本文整理與分析，本文認為國民黨過去長期在原住民社會裡享有的選舉與政治優勢，跟民眾服務社的廣佈應具有直接關連性。藉由民眾服務社的廣布原住民地區與各種活動的滲透，使得國民黨長期享有不公平競爭的制度優勢，人事優勢，乃至於資源優勢。本文研究，也驗證了學者龔宜君指出，民眾服務社乃「日常以社會工作者的身份與地方社會人民接觸，並藉此監督人民的一舉一動，在選舉時則成為動員選票的重要機制」的精闢觀察。

---

<sup>59</sup> 引自〈社團法人中國國民黨黨產報告〉，2016年3月10日，中國國民黨網站，網址：<http://www.kmt.org.tw/2016/03/1050310.html>（造訪日期：2018年8月20日）

# 論原住民就業促進與工作權保障法制

張義德\*

## 目次

壹、前言	三、其他勞動法規對於原住民之適用與保障
貳、國際勞工組織對於原住民工作權之保障	肆、其他爭議問題
參、在我國法制中之原住民就業促進與工作權保障規範	一、定期勞動契約適用條件之放鬆？
一、憲法	二、原住民優先留用原則之有無？
二、原住民族工作權保障法與政府採購法	伍、結語

## 摘要

為促進原住民就業以及保障原住民工作權與經濟生活，立法院在 2001 年通過了原住民族工作權保障法，規定了比例進用原則、原住民合作社、政府採購之保障、促進就業以及勞資爭議的救濟等，而使我國的原住民就業保障進入了新的紀元。其中，最具爭議性的當屬「比例進用原則」，大法官對其合憲性問題也作出了釋字第 719 號解釋。此外，其他勞動法規也有保障原住民就業的措施，在學說上也有立法政策的建議。本文乃擬先說明國際勞工組織的相關公約以了解國際間的原住民就業促進動向後，再一一地探究上述問題，以求全面化地探究原住民就業促進與工作權保障法制。

**關鍵字：**國際勞工組織、工作權、原住民族工作權保障法、比例進用、釋字第 719 號、原住民合作社

## 壹、前言

說到原住民的工作與就業相關議題，首先在腦海中出現的當然是在 1986 年發生而在當時受到社會矚目的「湯英伸事件」。以此事件為開端，我國始正視原住民的就業困境與就業政策問題，進而在法制上有所因應。然而，為何原住民在就業上處於弱勢之地位？根據學者之分析，其可能的原因有：教育程度偏低、專業技能不足、工作習性調整不易、適性行職業尚待調整、就業諮詢管道尚待開拓、動向掌握

\* 東吳大學法律學系助理教授，國立政治大學法學博士。

不易、創業資金取得困難等勞動力供給面的問題外，在勞動力的需求面上也有營造業經濟不景氣、原鄉創造就業機會困難等因素<sup>1</sup>。

對於原住民之就業促進與工作權之保障並不獨是我國的課題，在許多由多元民族所組成的國家應也有同樣的需求，是以國際勞工組織（一般將之簡稱為「ILO」）自1936年的第50號公約後，作出多號的公約對之予以規範<sup>2</sup>。相對地，自「湯英伸事件」後，三十多年過去了，我國目前的現行法之中到底有哪些相關的規範？本文擬對之進行全面而體系化的整理後，進而探究這些規範在具體上又是如何地落實？又，是否產生爭議？對於這些爭議又該如何解決？

## 貳、國際勞工組織對於原住民工作權之保障

在1919年第一次世界大戰結束後根據凡爾賽和約所成立的國際勞工組織，乃成立迄今已近百年而對於全球勞工人權的保障及福利有著不可磨滅影響的重要國際組織<sup>3</sup>。截止目前，國際勞工組織共通過了189項公約<sup>4</sup>。其中，與原住民有關者，最早通過的是1936年的第50號「招募原住民勞工公約」(Recruiting of Indigenous Workers Convention)與1939年的第64號「原住民勞工僱用契約公約」(Contracts of Employment(Indigenous Workers) Convention)。不過，這兩號公約目前都被擱置。

其後，在1957年通過了第107號「有關在獨立國家中保護與消除原住民、其他部落及半部落人口種族差別待遇公約」<sup>5</sup>(Convention concerning the Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries)。本公約是第一個提出原住民與部落人口權利以及國家對之所應盡義務的綜合性公約，而展開了國際組織保護原住民族權利的開端。惟，此公約的基本方針乃認識到原住民族之發展必須依賴國家而非其自身之文化價值，並將焦點置於創造能將原住民族整合而進入當代工業化社會的條件。是以，如此侵蝕原住民族文化完整性的立場被批評為鼓勵同化與整合而受到原住民族的反對，而呼籲制定新公約而承認原住民族有作為獨立主體而存在的權利<sup>6</sup>。

從而，國際勞工組織在1986年召開專家學者會議討論第107號公約的相關修正事宜，並促成了1989

1 衛民，「原住民就業安全體系基本架構之初探」，台灣社會學刊24期（2000年12月），293-295頁；郭振昌，「促進特定對象就業措施」，載於：李允傑、張其恒、王方、郭振昌、吳俊明，『職業訓練與就業安全』（國立空中大學，2005年1月），168-169頁。

2 關於國際勞工組織在國際勞工人權上所發揮的功能與通過的重要公約介紹，可參照：焦興鎧，「國際勞工組織重要公約及核心勞動基準之研究」，載於：氏著，『國際勞動基準之建構』（新學林，2006年10月），45-108頁；臺灣勞動法學會編，『勞動基準法釋義—施行二十年之回顧與展望（二版）』（新學林，2009年9月），3-7頁（焦興鎧執筆）。

3 關於國際勞工組織之成立背景、宗旨、體制、機能及發展等，詳可見：林佳和，「國際勞工組織」，載於：陳隆志、陳文賢編，『聯合國專門機構：體制、功能與發展』（新學林，2009年12月），13-40頁。

4 對於188號公約前之各公約的中譯，可參考勞動部網頁：<https://www.mol.gov.tw/media/77317/%E5%9C%8B%E9%9A%9B%E5%8B%9E%E5%B7%A5%E5%85%AC%E7%B4%84.pdf>（最後瀏覽日期：2018年11月7日）。

5 我國在1957年9月也批准了此號公約。

6 Awi Mona（蔡志偉），「聯合國中的原住民族國際人權」，台灣國際研究季刊4卷2期（2008年6月），88-90頁。

年通過第 169 號「獨立國家中原住民族與部落居民公約」(Convention concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries)。亦即，第 169 號公約乃以第 107 號公約為基礎，並考量「世界人權宣言」、「經濟社會文化權利國際公約」與「公民權利與政治權利國際公約」中所揭示的國際人權原則，採取尊重原住民族與部落文化的途徑而對之進行修正<sup>7</sup>。

具體以言之，在第三章「招募與僱傭條件」第 20 條中要求各國政府應在國家法律與規章之體制內會同原住民與部落居民採取特別措施以對原住民與部落居民勞工之招募與僱傭條件予以有效保障，並防止原住民與部落居民勞工與族外勞工間之任何歧視。再者，也應使原住民與部落居民之勞工不受制於具有脅迫性之招僱制度、使原住民與部落居民之男女勞工享有同等之機會與待遇。此外，在第四章「職業訓練、手工業及鄉村工業」第 21 條則明文規定在職業訓練方面原住民與部落居民至少應享有與其他國民同等之機會。是以，本公約乃為目前國際對於原住民工作權保障的規範標準<sup>8</sup>。從而原住民的工作權保障，不論是從其生存權或作為其個人權利而不受歧視之公民權的面向來看，均極為重要。是以，為了消除其所受之歧視及改善生活水平，勢必保障原住民的工作權不可<sup>9</sup>。

## 參、在我國法制中之原住民就業促進與工作權保障規範

在我國的現行法制中，以中華民國憲法（以下簡稱為「憲法」）為首，以及在諸多的勞動法相關規範中，對於原住民就業促進與工作權保障均有所適用或特別地著墨。然而，也因此產生了爭議。對此大法官也作出了解釋試圖加以解決，以下試說明之。

### 一、憲法

在我國憲法中，涉及「民族」或「種族」的規範其實不少。首先，憲法第 5 條規定：「中華民國各民族一律平等」。本條文之立法目的在於表揚民族主義精神並促進國內各民族之團結，而其所謂之「民族」係指漢滿蒙回藏五族而言<sup>10</sup>，但在當下之臺灣，則應包括屬於原住民之各語族或種族<sup>11</sup>。

再者，憲法第 7 條又明定：「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。」所謂的「平等」係指「相對事物為相同對待，不同事物為不同對待」而不得將與「事物本質」無關之因素納入考慮而作為差別對待的基準。是以，平等原則並非要求「不得為任何的差別對待」，而是「不得恣意地差別對待」<sup>12</sup>。又，憲法平等原則的拘束力，不僅要求行政機關依法行政、司法機關依

<sup>7</sup> Awi Mona (蔡志偉)，同前註，92 頁。

<sup>8</sup> 衛民、許繼峰，『勞資關係：平衡效率與公平（三版）』（前程文化，2011 年 7 月），263 頁。

<sup>9</sup> 顧慕晴、盧佩綾，「我國公部門原住民工作權保障之研究」，國家菁英季刊 4 卷 1 期（2008 年 3 月），24 頁。

<sup>10</sup> 林紀東，『中華民國憲法逐條釋義（一）（修訂七版）』（三民，1993 年 1 月），44-46 頁。

<sup>11</sup> 李惠宗，『憲法要義（六版）』（元照，2012 年 9 月），82 頁。

<sup>12</sup> 李惠宗，同前註，135 頁。現今憲法學說對於「平等」之意義概採取如此之「實質平等」的立場，諸如：林紀東，同註 10，98-102 頁；法治斌、董保城，『憲法新論（五版）』（元照，2012 年 9 月），260 頁；許育典，『憲法（修訂八版）』（元照，2018 年 2 月），179 頁。而大法官對於平等的理解也採取了實質平

法審判時不得對人民為差別之措施或判決外，立法機關亦須符合平等之要求而不得制定不平等的法律，否則即為違憲而無效之立法<sup>13</sup>。從而，為了達成實質的平等，應可例外地為了保障弱勢族群而立法給予較優之待遇，是以立法者當得透過立法而給予原住民較佳的工作權保障<sup>14</sup>。

除了憲法本文外，在憲法增修條文第 10 條「基本國策」中也有保障原住民權益的相關規定。亦即除第 11 項規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」第 12 項更明定：「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、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。」然而，相對於同條第 7 項之：「國家對於身心障礙者之保險與就醫、無障礙環境之建構、教育訓練與就業輔導及生活維護與救助，應予保障，並扶助其自立與發展。」並未明確保障原住民之就業或工作權，不過或許可透過間接解釋對其「經濟」予以保障扶助之用語而導出。

## 二、原住民族工作權保障法與政府採購法

為了促進原住民就業及保障原住民的工作權與經濟生活，立法院以具有原住民身分者作為保障對象而在 2001 年通過了「原住民族工作權保障法」。該法由於內容詳盡而具整體性，可認為乃「原住民族工作權的基本法」<sup>15</sup>，其內容包括了「比例進用原則」、「原住民合作社」、「促進就業」以及「勞資爭議及救濟」。其中最重要的是第 4 條、第 5 條以及第 12 條所規定的「定額僱用制度」或「比例進用制度」<sup>16</sup>。

### （一）比例進用制度之內容

詳言之，對於公部門來說，依同法第 4 條第 1 項所規定之：「各級政府機關、公立學校及公營事業機構，除位於澎湖、金門、連江縣外，其僱用下列人員之總額，每滿一百人應有原住民一人：一、約僱人員。二、駐衛警察。三、技工、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。」以及同條第 2 項：「前項各款人員之總額，每滿五十人未滿一百人之各級政府機關、公立學校及公營事業機構，應有原住民一人。」是以，對於澎湖、金門、連江縣以外之各級政府機關、公立學校及公營事業機構僱用上述人員的「總額」每滿一百人應有原住民一人，但對於「各款」之五大類人員中的任何一類若僱用總額滿五十人但未滿一百人者，仍須應有原住民一人。

至於原住民地區各級政府機關、公立學校及公營事業機構的比例進用，同法則有更高之要求。亦即，除第 5 條第 1 項要求其僱用第 4 條第 1 項之人員的總額，應有三分之一以上為原住民外，對於進用具公務人員任用資格者，依同條第 3 項，在同法施行後三年內完成原住民之人數不得低於現有員額的百

等之見解，最具代表性的見解當屬釋字第 696 號之理由書，詳可見：吳庚、陳淳文，『憲法理論與政府體制（增訂三版）』（自版，2015 年 9 月），168-169 頁。

<sup>13</sup> 李惠宗，同註 11，143-150 頁；法治斌、董保城，同前註，261 頁；許育典，同前註，181 頁。

<sup>14</sup> 楊通軒，『就業安全法理論與實務（二版）』（五南，2017 年 9 月），269 頁。

<sup>15</sup> 楊通軒，同前註，270 頁。

<sup>16</sup> 衛民、許繼峰，同註 8，264 頁稱之為「定額僱用」，惟原住民族工作權保障法第二章的章名為「比例進用原則」，是以以下行文乃以「比例進用」稱之。

分之二。而所謂的「原住民地區」，依同法第 4 項係指「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」<sup>17</sup>。

各級政府機關、公立學校及公營事業機構所僱用或進用之原住民未達上述之比例或人數者，依同法第 24 條第 1 項及第 3 項之規定，在該法施行三年後，應每月繳納代金，經通知限期繳納而仍不繳納者，乃依法移送強制執行。至於代金的數額為何？依同條第 2 項，係以差額人數乘以每月基本工資<sup>18</sup>。

相對於上述對於公部門的直接要求必須僱用或進用一定比例或人數之原住民，對於作為私部門之雇主，包括私立學校、團體及民營事業單位等基本上並沒有比例進用原則的適用<sup>19</sup>。不過，依同法第 12 條第 1 項而要求「依政府採購法得標之廠商，於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用原住民，其人數不得低於總人數百分之一。」對於違反本項之廠商，依同條第 3 項應向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金，代金之數額同上所述。

如此對於原住民的「比例進用制度」除了在原住民族工作權保障法中有所規定外，也見諸於其他法規。例如政府採購法第 98 條規定：「得標廠商其於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用身心障礙者及原住民，人數不得低於總人數百分之二，僱用不足者，除應繳納代金，並不得僱用外籍勞工取代僱用不足額部分。」代金之數額依同法施行細則第 108 條第 2 項乃為「依差額人數乘以每月基本工資計算；不足一月者，每日以每月基本工資除以三十計」。是以，雖然政府採購法的比例進用要求較原住民族工作權保障法為高，但因也包括了身心障礙者，是以合併觀察此二法規，可得出依政府採購法得標之於國內員工總人數逾一百人的廠商至少必須僱用總人數百分之一以上之原住民。雖身心障礙者權益保障法第 38 條<sup>20</sup>對於具有就業能力之身心障礙者亦以比例進用制度促進其就業及保障其工作權<sup>21</sup>，但

<sup>17</sup> 經原住民族工作權保障法第 3 條所規定的中央主管機關—原住民委員會以臺(91)原民企第 9101402 號函報請行政院核定之「原住民地區」30 個山地鄉及 25 個平地鄉（鎮、市）合計 55 個鄉（鎮、市）。其中，30 個山地鄉包括了：台北縣烏來鄉（編按：現為新北市烏來區）、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（編按：現為臺中市和平區）、南投縣信義鄉、仁愛、嘉義縣阿里山鄉、高雄縣桃源鄉（編按：現為高雄市桃源區）、三民鄉（編按：現為高雄市那瑪夏區）、茂林鄉（編按：現為高雄市茂林區）、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。至於 25 個平地鄉則為：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。

<sup>18</sup> 每月基本工資自 2019 年 1 月 1 日起調整為 23100 元。

<sup>19</sup> 林炫秋，「我國就業服務與就業促進法制的現況與檢討」，載於：黃越欽教授紀念論文集編輯委員會編，『社會公義—黃越欽教授紀念論文集』（元照，2011 年 5 月），89 頁。

<sup>20</sup> 身心障礙者權益保障法第 38 條第 1 項：「各級政府機關、公立學校及公營事業機構員工總人數在三十四人以上者，進用具有就業能力之身心障礙者人數，不得低於員工總人數百分之三。」同條第 2 項：「私立學校、團體及民營事業機構員工總人數在六十七人以上者，進用具有就業能力之身心障礙者人數，不得低於員工總人數百分之一，且不得少於一人。」

<sup>21</sup> 不只我國對於身心障礙者的僱用有比例進用制度的保護，日本在 1960 年制度「身體障害者雇用促進法」時即定有「雇用率制度」制度，但在立法當時僅為「努力義務」規定，直到 1976 年的修正時才增訂了「雇用納付金制度」作為配套而將之強化，並於 1999 年的修正中也將智能障礙者也納入保護的對象。關於日本制

由於政府採購法第98條之規定，對於身心障礙者的僱用比例最高也只有所有員工總人數的百分之一<sup>22</sup>。是以，雖然身心障礙者與原住民雖在就業市場上均屬弱勢勞工，但乃屬不同的分類，而各有其特徵，但在比例進用制度的立法上卻一併地加以規定，如此的比例進用制度立法是否妥當？在手段上是否合憲？向來有所爭議<sup>23</sup>。從而，在2014年4月所作出的司法院大法官解釋第719號對之進行合憲性判斷。

## （二）比例進用制度之爭議與解決－釋字第719號

承上所述，對於不符比例進用要求之公部門或依政府採購法得標之廠商來說，必須繳納高額的就業代金，可能占採購案實際履約所得極高之比例，而引起不少的行政爭訟，甚至主張此規定侵害平等權、營業自由與財產權等而聲請大法官解釋，大法官遂對之作出解釋第719號。

### 1. 解釋文

在解釋文中，大法官明確地表示：「原住民族工作權保障法第十二條第一項、第三項及政府採購法第九十八條，關於政府採購得標廠商於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用原住民，人數不得低於總人數百分之一，進用原住民人數未達標準者，應向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金部分，尚無違背憲法第七條平等原則及第二十三條比例原則，與憲法第十五條保障之財產權及其與工作權內涵之營業自由之意旨並無不符。」因此，在結論上，大法官認為原住民族工作權保障法與政府採購法的比例進用要求並未違憲，至於其理論根據則須檢視解釋理由書。

### 2. 解釋理由書

在理由書中，大法官首先表示了：「人民營業之自由為憲法第十五條工作權及財產權所保障之內涵（本院釋字第五一四號、第六〇六號、第七一六號解釋參照）。國家對於財產權及營業自由之限制，應符合憲法第七條平等原則及第二十三條比例原則。法規範是否符合平等原則之要求，應視該法規範所以為差別待遇之目的是否正當，其所採取之分類與規範目的之達成之間，是否存有一定程度之關聯性而定（本院釋字第六八二號、第六九四號、第七〇一號解釋參照）。另為正當公益之目的限制人民權利，其所採手段必要，且限制並未過當者，始與憲法第二十三條比例原則無違。」是以，大法官提出本案所涉及的基本權作為工作權及財產權保障內涵的「營業自由」，並強調若國家欲對之加以限制，必須通過平等原則與比例原則之實質手段合憲性的檢驗。

而在具體的判斷步驟上，大法官表示比例進用規定乃係對於大規模的得標廠商是否增僱或選擇受僱對象等營業自由形成一定限制，侵害其財產權及其與工作權內涵之營業自由，而未達進用原住民之標準

度的形成、演進與適用，得參照：菊池馨實、川島聰編，『障害法』（成文堂，2015年2月），142-148頁（小西啓文、中川純執筆）；永野仁美、長谷川珠子、富永晃一編，『詳說障害者雇用促進法』（弘文堂，2016年1月），3-12頁、93-122頁（長谷川珠子執筆）；菅野和夫，『労働法（第十一版補正版）』（弘文堂，2017年2月），117-121頁。

<sup>22</sup> 關於身心障礙者比例進用制度的法規變遷與詳細內容，得參照：王韻茹，「身心障礙者定額進用條款之合憲性探討－以身心障礙者權益保障法為中心」，國立中正大學法學集刊33期（2011年4月），152-156頁。

<sup>23</sup> 黃昭元主持、焦興鎧報告、王韻茹報告、林佳和與談、鄭津津與談，「「身心障礙者與優惠性差別待遇：談強制進用比例之手段」研討會」，台灣法學雜誌159期（2010年9月），53頁（黃昭元發言）。

者須繳納代金，則屬對其財產權之侵害。其次，認為比例進用規定乃立法者為貫徹上開憲法第 5 條、憲法增修條文第 10 條第 12 項之意旨，促進原住民就業、改善其經濟與社會狀況，而透過得標廠商比例進用之手段所為優惠措施，亦符合國際保障原住民族之精神，從而該規定係為維護重要之公共利益，在目的上洵屬正當。再者，該規定所要求的進用比例不大而未對之造成過大的負擔，且未符規定的得標廠商亦得以每月基本工資為標準繳納代金代替，而對於其營業自由之限制並未過當。雖繳納代金之規定侵害了未符規定之得標廠商的財產權，但代金之目的是用以充實原住民族綜合發展基金之就業基金，進而促進原住民就業，改善其經濟與社會狀況。從而，在得標廠商財產權之限制與其所維護之公共利益間並未失衡，並未抵觸憲法第 23 條之比例原則。

至於在平等原則的檢驗上，雖比例進用規定係以國內員工總人數是否逾一百人為適用的前提，以致在政府採購市場形成因企業規模大小不同而有差別待遇。然而，大法官考量到如此廠商之經營規模較大，有較高的能力分擔國家保障扶助並促進原住民族發展之義務。是以，其所採取之分類與達成上開差別待遇之目的間具有合理之關聯性，亦無違憲法第 7 條之平等原則。

### 3. 學說之分析

本號解釋為我國釋憲史上第一則出現涉及原住民相關基本權保障的重要解釋，大法官透過本號解釋的作成而從保障原住民相關基本權的觀點論證比例進用制度的合憲性及基本權對相關法制的放射效力<sup>24</sup>，而為原住民的就業保障奠定良好的基礎<sup>25</sup>。

對於本號解釋，已有不少學說對之加以檢視。例如，有以比例進用制度如此「積極性優惠措施」是否有違憲法保障平等的觀點進行分析者，指出若此種措施行之太過將致生「逆向差別」的疑慮，而有必要重新全面檢討相關的積極性優惠措施<sup>26</sup>。再者，有從本號解釋所涉及的基本權種類、是否有基本權的侵害、是否符合形式的規範限制（包括憲法直接限制、法律保留原則、憲法內在的限制）與實質手段限制（公益理由、比例原則、平等原則）等進行全面化的分析者<sup>27</sup>。此外，也有從「營業自由」的觀點認為營業自由即為職業自由，而比例進用規定之對於營業自由的限制僅為對於營業行為上之限制，只要具有公共利益的合理考量並具合目的性，即具有正當性。對此，大法官判斷的結果認為如此規定所要維護的不只是一般的合理公共利益，而是重要的公共利益，是以符合比例原則的要求。而此結論，也顯示出大法官對於原住民權益的重視<sup>28</sup>。

<sup>24</sup> 所謂基本權的放射效力係指憲法的基本權規範得間接透過法律的適用而發揮其作用，詳見：林明昕，「憲法規範下的社會正義：以基本國策的規範效力為中心」，載於：許宗力編，『追尋社會國：社會正義之理論與制度實踐』（國立臺灣大學出版中心，2018年1月），28頁。

<sup>25</sup> 許育典，「政府採購得標廠商進用原住民的合憲性探討—釋字第七一九號解釋評析」，月旦法學 242 期（2015年7月），108-109頁。

<sup>26</sup> 李仁焘，「平等保障與積極性優惠措施」，月旦法學教室 150 期（2015年4月），44-46頁、50頁。

<sup>27</sup> 許育典，同註 25，113-126頁。另，同，「當比例原則遇到平等原則：公益理由的憲法二重奏」，月旦法學教室 150 期（2015年4月），6-8頁則著重在分析本案對於公益理由在比例原則與平等原則的重複審查問題。

<sup>28</sup> 胡博硯，「從大法官對於營業自由之想像評釋字第 719 號解釋」，臺灣原住民族法學 5 期（2018年8月），36頁。

#### 4. 簡評—從工作權面向的觀察

然而，不論是釋字第 719 號或相關學說見解都僅著重在比例進用制度是對於雇主營業自由限制，而忽略了另一個面向。亦即，依原住民族工作權保障法第 1 項之規定，該制度的目的是在於「促進原住民就業，保障原住民『工作權』及經濟生活」。是以，此時應為原住民之工作權保障與雇主之營業自由保障的基本權衝突問題<sup>29</sup>。

依憲法第 15 條所規定之：「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。」原住民身為國民，當然也得享有工作權之保障<sup>30</sup>。對於工作權之內容，國內常見的見解是認為具有二個面向，包括：①要求國家提供適當工作機會，亦即憲法督促政府改善經濟環境，儘量使人民有工作機會；②選擇工作之權，亦即各人應有就其性格、能力之適應性選擇適當工作，也就是所謂的「職業自由」<sup>31</sup>。

然而，也有學說受到德國基本法並未有「工作權」之明文保障而另於第 12 條<sup>32</sup>保障人民之「職業自由」的影響，認為我國憲法上的工作權即相當於德國基本法上的職業自由，而其內容包括了職業能力養成教育請求權、職業能力資格取得權、職業選擇自由、職位選擇自由、職業經營自由以及廢業自由<sup>33</sup>。再者，工作權的保護主體包括了自然人與法人，法人亦得主張工作權而在解釋上多以「營業自由」（亦即前述的「職業經營自由」）稱之<sup>34</sup>，而以締約自由為其主要及應保護之內容<sup>35</sup>，其具體內容包括了營業時間自由、營業地點自由、營業方式自由、廣告自由、營業內容自由、營業對象自由、進用員工自由<sup>36</sup>、投資自由等極為廣泛之範圍<sup>37</sup>。

在了解了德國基本法對於工作權或職業自由的保障後，或許我們可以將比較的對象移轉到日本國憲法，蓋因日本國憲法第 27 條第 1 項規定：「全體國民均享有勤勞之權利，並負其義務。」從而，日本與我國一樣均在憲法中明確保障工作權，而有值得借鏡之處。

依照日本學說之見解，工作權可以區分為「完全工作權」與「限定工作權」二者，日本國憲法中的工作權應係指「限定工作權」，而必須透過法律加以具體化。所謂的「完全工作權」是指具有勞動之意思與能力者在自己所屬的社會中有要求提供勞動機會之權利；至於「限定工作權」則指雖具有勞動之意思與能力，但在私人企業等無法就業時，得對於國家要求提供工作機會，在國家無法提供時則得要求支

<sup>29</sup> 關於基本權衝突關係的理論及其解決，得參照：法治斌、董保城，同註 12，209-212 頁。

<sup>30</sup> 關於憲法保障工作權之效力，在我國學說向來有自由權說、受益權說、自由權兼受益權說等三種見解，因與本文無直接關係，故不擬詳述。詳可見：林紀東，同註 10，243-247 頁；法治斌、董保城，同註 12，269-270 頁；吳庚、陳淳文，同註 12，262-265 頁。

<sup>31</sup> 如：劉建宏，「工作權」，法學講座 23 期（2003 年 11 月），2 頁；法治斌、董保城，同註 12，270 頁。

<sup>32</sup> 德國基本法第 12 條第 1 項：「所有德國人均有自由選擇其職業、工作地點及訓練地點之權利，職業之執行得以法律規定之。」

<sup>33</sup> 李惠宗，同註 11，256-260 頁。

<sup>34</sup> 吳信華，『憲法釋論（修訂二版）』（三民，2015 年 9 月），388 頁。

<sup>35</sup> 黃程貫，「德國勞動法上關於工作權保障之討論」，憲政時代 29 卷 1 期（2003 年 7 月），87 頁。

<sup>36</sup> 從而，楊通軒，同註 14，273 頁指出要求未符進用比例之得標廠商繳納代金，僅係使其負擔一定之費用，並未強制其必須僱用原住民不可，而未賦予原住民「僱用請求權」，是以並未侵害雇主受憲法所保障的財產權或營業自由。

<sup>37</sup> 李惠宗，同註 11，260 頁。

付相當生活費之權利<sup>38</sup>。是以，日本國憲法第 27 條第 1 項在課予國家採取積極政策義務的同時，也對於立法部門為實施如此義務的立法授權<sup>39</sup>。

從而，工作權之內容可以區分為二大面向<sup>40</sup>。其一，乃以國家為規範對象的工作權保障。亦即，國家具有充實勞工可以活用其能力與適性而獲得工作機會之勞動市場體制的義務（勞動市場整備義務），並具有對於無法獲得如此機會者保障其生活的義務（失業援助義務）<sup>41</sup>。換言之，國家必須規劃長期的僱用政策，為了實現勞工的適當職業選擇權，必須透過國家的職業介紹保障勞工的就勞機會並提供勞工職業訓練的機會，對於有工作能力及意願但失業之勞工則透過僱用保險制度保障其一定期間內的生活<sup>42</sup>。而作為實現如此政策的立法，日本國會陸續通過了職業安定法、失業保險法、緊急失業對策法、僱用對策法、職業能力開發促進法、身心障礙者僱用促進法、高齡者僱用安定法、勞工派遣法等充實勞動市場與援助失業者的「勞動市場法」<sup>43</sup>。其二，則為以雇主為規範對象的工作權保障<sup>44</sup>。亦即以解僱法制來限制雇主的解僱權，將日本國憲法第 27 條第 1 項的工作權保障也適用到私人間的法律關係之中<sup>45</sup>。

然而，日本國憲法的工作權保障條款是宣告所有依其勞動而生活之國民（亦即，勞工）得在勞動市場中獲得適當勞動機會的國政基本方針<sup>46</sup>，是以工作權的保障主體應限於「勞工」，對於欲以工作而維持其生活的國民保障工作的權利<sup>47</sup>，從而不包括雇主，不論其為法人或自然人。至於本號解釋所論及的「營業自由」在日本國憲法中得否找到依據？

日本國憲法第 22 條第 1 項規定了：「在不違反公共福利的範圍內，任何人均享有居住、遷移以及『選擇職業』之自由。」對此之所謂的「選擇職業」自由，一般學說認為包括了選擇之自由以及經營職業之自由，而後者之經營職業的自由乃包含了進行以營利為目的之自主活動的「營業自由」在內<sup>48</sup>。不過，也有學說提出日本國憲法第 22 條第 1 項的「選擇職業」自由乃意味自由地選擇得以發揮自己能力的領域

38 石井照久，『勞働法總論』（有斐閣，1957 年 10 月），288 頁；石井照久，『新版勞働法（第三版）』（弘文堂，1973 年 5 月），59-61 頁；芦部信喜編，『憲法Ⅲ人權(2)』（有斐閣，1981 年 5 月），427 頁、437 頁（中村睦男執筆）。

39 菅野和夫，同註 21，27 頁。

40 芦部信喜編，同註 38，437-440 頁（中村睦男執筆）。

41 荒木尚志，『勞働法（三版）』（有斐閣，2016 年 11 月），22 頁。

42 芦部信喜編，同註 38，437-438 頁（中村睦男執筆）。

43 荒木尚志，同註 41，22 頁。所謂的「勞動市場法」係指以勞動市場中的勞動力供需關係為規範對象的勞動法領域，詳見：荒木尚志，同註 41，20 頁；菅野和夫，同註 21，1 頁。

44 日本的勞動基準法原無對於解僱之事由有所限制，但從判決發展出所謂的「解僱權濫用法理」而在 2003 年修正勞動基準法時增訂第 18 條之 2 而將之明文化，並於 2007 年 11 月制定勞動契約法時將之移至該法第 16 條。

45 詳細分析日本國憲法第 27 條第 1 項之工作權保障規定的意義、內容、相關立法的展開與所衍生相關問題的中文文獻，得參照：王能君，「日本國憲法上勞動權保障之意義」，憲政時代 29 卷 1 期（2003 年 7 月），95-120 頁。

46 菅野和夫，同註 21，26 頁。

47 佐藤幸治，『憲法』（成文堂，2011 年 4 月），373 頁。

48 芦部信喜編，同註 38，41 頁（中村睦男執筆）；芦部信喜著、高橋和之補訂，『憲法（五版）』（岩波書店，2011 年 3 月），216 頁；佐藤幸治，同前註，300 頁。

作為職業，而營業自由之所以作為選擇職業自由的一部分基本上是根據日本國憲法第 29 條所保障的財產權行使自由<sup>49</sup>。

然而，在我國的憲法中並沒有保障選擇職業自由或營業自由的明文規定，則應從何處尋求其依據？有學說指出營業自由應已為財產權所及，而將勞工之工作自由以外的職業活動及營業自由排除在工作權保障的範圍之外<sup>50</sup>，釋字第 514 號解釋理由書中亦表示基於憲法上財產權之保障，人民並有營業活動之自由。是以，應得由憲法第 15 條的財產權保障導出雇主的營業自由。

因此，原住民族工作權保障法中的比例進用制度當屬國家為了保障原住民之工作權所採取的立法措施，屬於勞動市場法之範疇。國家為了實現如此之立法義務以致侵害了由財產權保障所導出的雇主營業自由，從而其解決應屬基本權衝突時的衡量問題，並非對於雇主「工作權」所派生的「營業自由」以「公共利益」而依比例原則加以限制的問題。

### （三）其他之原住民工作權保障措施

除了「比例進用制度」之外，原住民族工作權保障法尚有其他促進原住民就業之措施，諸如：

#### 1. 原住民合作社

由於禁止中間剝削為我國重要勞工政策，故在勞動基準法第 6 條規定：「任何人不得介入他人之勞動契約，抽取不法利益。」不過實際上在為原住民仲介工作時，卻仍常發生抽取不法利益之情事，湯英伸事件即為如此。

是以，有原住民勞工團體在此體認之下而開始籌組原住民勞動合作社，勞動合作社乃工作保障體系中最重要的一環，而有其推廣的價值與必要性<sup>51</sup>。所謂的「勞動合作社」係指勞工基於工作上之共同需要而依合作社法所成立之法人團體<sup>52</sup>，並以共同經營方式向外承攬勞務而將工作分配予其社員，以減少中間剝削、增加收益為目的之經濟組織<sup>53</sup>。不過，在早期勞動合作社也常因缺乏專業經理人與資金而難以承接業務，以致於陷於停擺之狀態<sup>54</sup>。為了克服此種情事，原住民族工作權保障法第 7 條遂規定：「政府應依原住民群體工作習性，輔導原住民設立各種性質之原住民合作社，以開發各項工作機會。」

既然原住民合作社的成立目的是在承接其他各行各業之就業機會而派遣其所屬社員至各事業單位服務，是以乃提供人力供他人使用，而為勞動派遣<sup>55</sup>的態樣之一。然而，若將原住民派遣與其他一般的勞

49 今村成和，『現代の行政と行政法の理論』（有斐閣，1972 年 3 月），89 頁。

50 吳庚、陳淳文，同註 12，267 頁。

51 衛民，同註 1，306 頁。

52 合作社法第 3 條：「合作社得經營下列業務：…五、勞動：提供勞務、技術性勞務或服務之業務。」

53 胡博碩，同註 28，27 頁。

54 台灣勞工陣線、台北市上班族協會、台灣原住民族勞工聯盟，『台灣勞工的主張：2000 勞動政策白皮書』（勞動者雜誌社，1999 年 11 月），78 頁。

55 所謂的勞動派遣，依勞動部 103 年 2 月送行政院審查的派遣勞工保護法草案第 3 條第 1 款，係指：「派遣事業單位指派所僱用之勞工至要派單位，接受該要派單位指揮監督管理，提供勞務之行為。」然而，不可否認地，即使是由原住民合作社進行勞動派遣，但勞動派遣由於其特質而可能發生中間剝削抽取不法利益、僱用不安定、與一般正規勞工間之差別待遇以及雇主責任不明確之問題。詳見：臺灣勞動法學會編，同註 2，175-178 頁（邱駿彥執筆）。

工派遣相比較，在爭取工作機會的面向上，顯然較為弱勢。是以，主管機關當有給予各種協助之必要<sup>56</sup>。從而，在原住民族工作權保障法第3章「原住民合作社」中設有諸多規範，諸如：第8條規定：「原住民合作社依法經營者，得免徵所得稅及營業稅。但自本法施行之日起六年內應免徵所得稅及營業稅。」第9條第1項要求各級政府得酌予補助原住民合作社之營運發展經費，對於考核成績優良之原住民合作社應予獎勵；第10條則要求各級政府應設置原住民合作社輔導小組，作為原住民合作社之長期諮詢機構而為原住民講解合作社法及相關法令等。

## 2. 促進就業措施

原住民族工作權保障法第5章的「促進就業」中規定了若干對於原住民的特別就業服務措施，諸如：第13條第2項要求政府應鼓勵公、民營機構辦理原住民就業服務，提供就業諮詢、職場諮商、就業媒合及生活輔導。再者，第15條獎勵設立職業訓練機構，為原住民辦理職業訓練，於職業訓練期間並得提供生活津貼之補助。此外，第16條則要求中央主管機關應依原住民各族群之文化特色，辦理各項技藝訓練，發展文化產業，以開拓就業機會。不過，對於這些措施，有學說表示是否能夠提供皆由行政機關裁量，而失諸空泛<sup>57</sup>。

然而，由於第1條後段明定：「本法未規定者，適用其他法律之規定。」是以，對於原住民的就業促進亦有就業服務法或職業訓練法等一般性勞動法規的適用。例如就業服務法第24條第1項：「主管機關對下列自願就業人員，應訂定計畫，致力促進其就業；必要時，得發給相關津貼或補助金：四、原住民…」以及同法第27條的實施適應訓練及第28條的辦理追縱訪問等措施。

## 3. 勞資爭議與救濟

依原住民族工作權保障法第20條之規定，原住民的勞資爭議基本上依勞資爭議處理法的規定處理，但勞方當事人若有三分之一以上為原住民時，主管機關在調解程序中應指派三人之調解委員，其中應至少一人為具有原住民身分；在仲裁程序所指派的三人至五人仲裁委員中，應至少一人至二人為具有原住民身分。再者，依同法第22條之規定，直轄市、縣(市)政府依據勞資爭議處理法第三十條規定推薦核備之仲裁委員名單中，應至少一人至五人為具有原住民身分。是以，在調解與仲裁等訴訟外紛爭解決機制(所謂的「ADR」)中，透過有一定比例的紛爭解決者具有原住民之身分，以了解原住民勞資紛爭的實態而尋求妥善地解決該紛爭。

再者，考量到原住民經常處理經濟弱勢的狀態而無法負擔透過訴訟而救濟其勞動權利之經濟成本，故同法第21條第1項規定：「原住民在工作職場發生就業歧視或勞資糾紛，各級主管機關應予以下列扶助：一、法律諮詢。二、提供律師及必要之訴訟費。」並於同條第2項要求主管機關制定相關費用的補助辦法。是以，原住民族委員會乃以原民社字第10300201852號令訂定了「原住民族委員會法律扶助要點」以資運用。

<sup>56</sup> 楊通軒，同註14，273頁。

<sup>57</sup> 林炫秋，同註19，88頁。

### 三、其他勞動法規對於原住民之適用與保障

除了原住民族工作權保障法外，尚其他的勞動法規涉及對於原住民勞動權益的保護。例如對於求職之階段，就業服務法第 5 條第 1 項規定：「為保障國民就業機會平等，雇主對求職人或所僱用員工，不得以種族、階級、語言、思想、宗教、黨派、籍貫、出生地、性別、性傾向、年齡、婚姻、容貌、五官、身心障礙或以往工會會員身分為由，予以歧視；其他法律有明文規定者，從其規定。」其中的「種族」，當指原住民。因行政院勞工委員會（現「勞動部」之前身）(88)台勞職業字第 025548 號函表示：「依據就業服務法第五條規定，就業歧視中『種族歧視』之適用對象為本國國民，外籍勞工非就業歧視評議委員會受理就業歧視認定對象。」是以，由於本條之適用對象不包括外籍勞工，則所謂的「種族歧視」應係指對於本國原住民的歧視行為以及我國人民受到在台外商的就業歧視<sup>58</sup>。

再者，對於勞動契約履行過程中極為重要的休假問題，紀念日及節日實施辦法第 4 條規定：「下列民俗節日，除春節放假三日外，其餘均放假一日：原住民族歲時祭儀：各該原住民族放假日期，由行政院原住民族委員會參酌各該原住民族習俗公告，並刊登政府公報。」從而，原住民勞工除了享有勞動基準法第 37 條所規定的休假之外，尚享有具特殊性的歲時祭儀假一日<sup>59</sup>。至於各原住民族之歲時祭儀假究為何日，得參考原住民委員會網頁之歲時祭儀專區公告<sup>60</sup>。

此外，對於勞動契約的終止，大量解僱勞工保護法第 13 條第 1 項規定：「事業單位大量解僱勞工時，不得以種族、語言、階級、思想、宗教、黨派、籍貫、性別、容貌、身心障礙、年齡及擔任工會職務為由解僱勞工。」是以，大量解僱勞工時，事業單位亦不得有種族歧視之情事，否則依同條第 2 項之規定，其勞動契約之終止不生效力。此外，為確定上述規定的實效性，同條第 3 項又規定了：「主管機關發現事業單位違反第一項規定時，應即限期令事業單位回復被解僱勞工之職務，逾期仍不回復者，主管機關應協助被解僱勞工進行訴訟。」

### 肆、其他爭議問題

除了上述的法律規範外，尚有部分勞動法學說在勞動政策面上提出應放鬆定期勞動契約適用條件與在大量解僱勞工時應優先留用原住民，但如此的建議是否妥當？詳見下述。

#### 一、定期勞動契約適用條件之放鬆？

有學說觀察了原住民的工作習性與工作種類，表示原住民所從事的工作多為短暫性或臨時性之工作，但由於此類工作只能在符合勞動基準法第 9 條所規定條件下始得為之，是以應可修法放寬定期勞動契約的條件，以利原住民的就業<sup>61</sup>。

58 楊通軒，同註 14，331 頁。

59 楊通軒，同註 14，273 頁。

60 <https://www.apc.gov.tw/portal/docList.html?CID=0991B05985DBFF77>（最後瀏覽日期：2018 年 11 月 7 日）。

61 楊通軒，同註 14，274 頁。

然而，由於定期勞動契約乃隨著期限屆至而終止，對於勞工來說乃處於職業生活不穩定的狀態，且於契約終止時無法向雇主請求資遣費，其工作年資除符合合同法第 10 條的情況外通常不得併計。是以，為保障勞工之工作條件，勞動基準法對於工作期間乃以不定期勞動契約為原則，而以定期勞動契約為例外。從而，將定期勞動契約限於臨時性、短期性、季節性及特定性之工作<sup>62</sup>。不過，若放寬如此之限制而使得定期勞動契約的職缺大開，雖可提升原住民勞工之就業率，但也將造成其勞動條件低落之結果並阻礙其就業之發展，也影響到非原住民勞工之就業，從而應當慎之。

## 二、原住民優先留用原則之有無？

在雇主有勞動基準法第 11 條第 1 款到第 4 款所規定虧損或業務緊縮等經濟性事由而必須為經濟性解僱時，除了該企業全面性地歇業之外，通常的情形僅為資遣部分的員工以斷尾求生。然而，若解僱的人數達到了大量解僱勞工保護法第 2 條所規定的適用範圍而有前述同法第 13 條歧視解僱禁止規定的適用外，應如何選擇資遣之對象而留用其餘之員工？

對此，有論者主張除了身心障礙者應獲得優先留用的機會外，其次的優先留用順序應為原住民，其根據為前述原住民工作權保障法的比例進用制度，藉此而對於在就業市場上處於相對弱勢之原住民予以積極保護措施<sup>63</sup>。不過，也有持不同立場者認為雖原住民族工作權保障法設有比例進用制度及代金規定，但並未強制雇主必須先留用原住民勞工，僅規定違反時繳納代金，該解僱或資遣並非無效<sup>64</sup>。

由於原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項規定的是「依政府採購法得標之廠商，於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用原住民，其人數不得低於總人數百分之一。」是以，本項的適用主體為「依政府採購法得標之廠商」，比例進用制度並非對於所有的民營企業均有所適用。再者，本項的適用期間為「履約期間」僱用原住民人數不得低於國內員工總人數的百分之一，從而只要在不履行期間的解僱當無所適用，且縱使進行解僱，但只要解僱後之僱用原住民人數不低於國內員工總人數的百分之一即可，而無法導出必須優先留用原住民之結論。

## 伍、結語

根據原住民族委員會所作出的原住民就業狀況基本調查報告<sup>65</sup>，在原住民族工作權保障法施行不久後的 2002 年 5 月，原住民的失業率為 8.37%，一般民眾失業率為 5.02%，二者間的差距為 3.35%。而在該法施行近 17 年後的 2018 年 6 月，原住民的失業率為 3.99%，雖然略高於一般民眾失業率的 3.70%，但二者間的差距已縮短為 0.29%。是以，從量化的數字來看，可以看出政府的確對於原住民的失業問題

<sup>62</sup> 關於這些工作之內容，請參照勞動基準法施行細則第 6 條之規定。

<sup>63</sup> 陳金泉，「裁員解僱實務法律問題初探」，律師雜誌 282 期（2003 年 3 月），75 頁；同，『勞動法一百問（修訂二版）』（三民，2007 年 10 月），131 頁。

<sup>64</sup> 楊通軒，同註 14，274 頁；陳逢源，『個別勞動法之體系理解與實務運用』（五南，2017 年 10 月），158 頁。

<sup>65</sup> 請參照原住民族委員會網頁：<https://www.apc.gov.tw/portal/docList.html?currentPage=1&CID=19F6DD25969C101D>（最後瀏覽日期：2018 年 11 月 7 日）。

著力甚深，也見到了成效。

然而，無法從統計數字看到的是原住民的專業技能程度、勞動條件與薪資水平。不過，在原住民委員會於 2015 年 1 月所發表的促進原住民就業方案<sup>66</sup>之中，可以發現原住民就業尚有教育程度低於一般民眾、工作型態為勞力密集型、非典型就業者比例較高、參與職業訓練比例過低等問題點存在。

誠然，如釋字第 719 號解釋理由書第 6 段所示：「國家所採取原住民族之保障扶助發展措施原有多端，系爭規定要求得標廠商於履約期間進用一定比例之原住民，亦屬其中之一環。然因此所能提供者，多屬短期或不具技術性之工作，難以增進原住民長期穩定之工作機會及專業技能，國家仍應透過具體政策與作為，積極實踐上開憲法增修條文對於原住民族工作權之保障，並應就該積極優惠措施，依國家與社會時空環境與保障原住民族工作權之需求，定期檢討修正。」是以，包括比例進用制度在內，應對目前的原住民就業促進政策作通盤的檢討與修正，以真正地落實對其之就業保障。

---

<sup>66</sup> file:///C:/Users/user/Downloads/%E4%BF%83%E9%80%B2%E5%8E%9F%E4%BD%8F%E6%B0%91%E5%B0%B1%E6%A5%AD%E6%96%B9%E6%A1%88%E8%A8%88%E7%95%AB%E6%9C%AC%E6%96%87%20(1).pdf (最後瀏覽日期：2018 年 11 月 7 日)。

## 參考文獻

- Awi Mona (蔡志偉), 「聯合國中的原住民族國際人權」, 台灣國際研究季刊 4 卷 2 期 (2008 年 6 月), 81-108 頁。
- 今村成和, 『現代の行政と行政法の理論』 (有斐閣, 1972 年 3 月)。
- 王能君, 「日本國憲法上勞動權保障之意義」, 憲政時代 29 卷 1 期 (2003 年 7 月), 95-120 頁。
- 王韻茹, 「身心障礙者定額進用條款之合憲性探討—以身心障礙者權益保障法為中心」, 國立中正大學法學集刊 33 期 (2011 年 4 月), 145-183 頁。
- 石井照久, 『勞働法總論』 (有斐閣, 1957 年 10 月)。
- 石井照久, 『新版勞働法 (第三版)』 (弘文堂, 1973 年 5 月)。
- 台灣勞工陣線、台北市上班族協會、台灣原住民族勞工聯盟, 『台灣勞工的主張: 2000 勞動政策白皮書』 (勞動者雜誌社, 1999 年 11 月)。
- 李仁森, 「平等保障與積極性優惠措施」, 月旦法學教室 150 期 (2015 年 4 月), 36-50 頁。
- 吳庚、陳淳文, 『憲法理論與政府體制 (增訂三版)』 (自版, 2015 年 9 月)。
- 吳信華, 『憲法釋論 (修訂二版)』 (三民, 2015 年 9 月)。
- 佐藤幸治, 『憲法』 (成文堂, 2011 年 4 月)。
- 林佳和, 「國際勞工組織」, 載於: 陳隆志、陳文賢編, 『聯合國專門機構: 體制、功能與發展』 (新學林, 2009 年 12 月), 13-40 頁。
- 林明昕, 「憲法規範下的社會正義: 以基本國策的規範效力為中心」, 載於: 許宗力編, 『追尋社會國: 社會正義之理論與制度實踐』 (國立臺灣大學出版中心, 2018 年 1 月), 3-60 頁。
- 林紀東, 『中華民國憲法逐條釋義 (一) (修訂七版)』 (三民, 1993 年 1 月)。
- 林炫秋, 「我國就業服務與就業促進法制的現況與檢討」, 載於: 黃越欽教授紀念論文集編輯委員會編, 『社會公義—黃越欽教授紀念論文集』 (元照, 2011 年 5 月), 73-110 頁。
- 芦部信喜編, 『憲法Ⅲ人權(2)』 (有斐閣, 1981 年 5 月)。
- 芦部信喜著、高橋和之補訂, 『憲法 (五版)』 (岩波書店, 2011 年 3 月)。
- 永野仁美、長谷川珠子、富永晃一編, 『詳說障害者雇用促進法』 (弘文堂, 2016 年 1 月)。
- 李惠宗, 『憲法要義 (六版)』 (元照, 2012 年 9 月)。
- 胡博碩, 「從大法官對於營業自由之想像評釋字第 719 號解釋」, 臺灣原住民族法學 5 期 (2018 年 8 月), 27-36 頁。
- 荒木尚志, 『勞働法 (三版)』 (有斐閣, 2016 年 11 月)。
- 郭振昌, 「促進特定對象就業措施」, 載於: 李允傑、張其恒、王方、郭振昌、吳俊明, 『職業訓練與就業安全』 (國立空中大學, 2005 年 1 月), 155-192 頁。
- 陳金泉, 「裁員解僱實務法律問題初探」, 律師雜誌 282 期 (2003 年 3 月), 69-86 頁。
- 陳金泉, 『勞働法一百問 (修訂二版)』 (三民, 2007 年 10 月)。
- 陳逢源, 『個別勞働法之體系理解與實務運用』 (五南, 2017 年 10 月)。
- 許育典, 「當比例原則遇到平等原則: 公益理由的憲法二重奏」, 月旦法學教室 150 期 (2015 年 4

月)，6-8 頁。

許育典，「政府採購得標廠商進用原住民的合憲性探討－釋字第七一九號解釋評析」，月旦法學 242 期（2015 年 7 月），105-127 頁。

許育典，『憲法（修訂八版）』（元照，2018 年 2 月）。

菊池馨実、川島聡編，『障害法』（成文堂，2015 年 2 月）。

黃昭元主持、焦興鎧報告、王韻茹報告、林佳和與談、鄭津津與談，「身心障礙者與優惠性差別待遇：談強制進用比例之手段」研討會，台灣法學雜誌 159 期（2010 年 9 月），52-77 頁。

菅野和夫，『労働法（第十一版補正版）』（弘文堂，2017 年 2 月）。

黃程貫，「德國勞動法上關於工作權保障之討論」，憲政時代 29 卷 1 期（2003 年 7 月），69-94 頁。

焦興鎧，「國際勞工組織重要公約及核心勞動基準之研究」，載於：氏著，『國際勞動基準之建構』（新學林，2006 年 10 月），45-108 頁。

楊通軒，『就業安全法理論與實務（二版）』（五南，2017 年 9 月）。

臺灣勞動法學會編，『勞動基準法釋義－施行二十年之回顧與展望（二版）』（新學林，2009 年 9 月）。

衛民，「原住民就業安全體系基本架構之初探」，台灣社會學刊 24 期（2000 年 12 月），281-326 頁。

衛民、許繼峰，『勞資關係：平衡效率與公平（三版）』（前程文化，2011 年 7 月）。

劉建宏，「工作權」，法學講座 23 期（2003 年 11 月），1-8 頁。

顧慕晴、盧佩綾，「我國公部門原住民工作權保障之研究」，國家菁英季刊 4 卷 1 期（2008 年 3 月），19-42 頁。

# 原住民族集體權初探—以文化權為核心

李欣儒\*

## 目次

壹、問題提出	(一) 多元文化主義
貳、基本權利思考下的集體權	(二) 凡德皮判準
一、集體權概說	三、本文見解
(一) 理論基礎	肆、文化權作為原住民族集體權
(二) 概念內涵	一、原住民族文化權概論
二、集體權作為基本權	(一) 文化權的主體與範疇
(一) 「人之集合」作為基本權主體	(二) 原住民族文化權的特殊要件
(二) 概括基本權作為權利主張	(三) 小結
三、本文見解	二、原住民族文化權行使主體之探討
參、原住民族集體權的概念與權利內涵	(一) 原住民個人
一、泛稱的原住民族集體權	(二) 原住民部落或民族
二、強調區別性的原住民族集體權	(三) 文化公益團體
	伍、結語

## 摘要

原住民族所經營者，是一種有別於主流社會的生活型態；其主要特徵表現在相對重要的社群生活，以及與自然環境強烈的依存關係。因而原住民族權利在當代的發展和適應並非容易，因為它一方面觸發了「個人 vs. 集體」的論戰，更進一步挑起「文明 vs. 文化」的反思。原住民族權利具有「集體權」性質，為多數學說所肯認；應如何將集體權的概念納入既有基本權利體系中，涉及對於集體權作為一種基本權，其權利主體和權利客體的認識。採納自由主義精神的古典基本權乃是以個人為權利主體，因而討論焦點較集中於權利客體之保護範圍及相關之合憲性檢驗；縱或有法人作為權利主體，或有如結社自由以多數人作為權利主體的基本權利，仍較少受到重視。本文首先介紹一則案例，以呈現「原住民集體 vs. 國家法制」的衝突，藉此延伸原住民族作為一個集體對抗國家的可能樣貌（壹）；其次從基本權角度就

\* 東吳大學法律學系博士生

集體權的學理概念進行一般性介紹（貳）；繼而在集體權的概念之上，疊加原住民族的元素，以釐清原住民族集體權的內涵與特點（參）；接著以原住民族文化集體權為核心進行討論，尤其著重權利行使主體的適當性（肆）；最後提出本文結論（伍）。

**關鍵字：**原住民族權利、集體權、文化權

## 壹、問題提出

加拿大魁北克省印第安族莫霍克人(Mohawk)之保留地卡納瓦克(Kahnawà:ke)位於加拿大東岸南部。本案原告 Waneek Horn-Miller 從小在此成長；1990 年魁北克省原住民領土爭議時，她是站在第一線對抗加拿大士兵的一員；身為加拿大奧運選手的她，也時常在公開場合穿著代表莫霍克人的傳統服飾。然而她卻收到莫霍克議會的驅逐令，要求她「尊重法律及社群意願，離開這塊土地」。其原因，乃原告的丈夫並非莫霍克人；依卡納瓦克身分法第 20.1 條與第 20.2 條「結婚外人，離開此地」條款，所有和非原住民結婚的族人都必須離開保留地<sup>1</sup>。Horn-Miller 與其他 16 名原告向法院起訴，主張其族群莫霍克議會所制定的系爭條款違憲<sup>2</sup>。

2018 年 4 月 30 日魁北克省高等法院作成判決，宣告系爭條款違憲<sup>3</sup>。承審法官 Thomas Davis 表示，法律賦予原住民部落決定成員資格之自治權，但自治權的行使仍不能違反憲法原則；他能理解系爭規定源自於莫霍克人對過去土地流失與文化貶抑的焦慮，然而在審判過程中，莫霍克議會未能向法院證明「結婚外人，離開此地」的規定如何保護社群的文化與土地資源，因此判定該條款違反憲法關於自由權之保障。對於判決結果，酋長 Joseph Norton 及族人表示反對，認為外部法庭不應該決定其族群身分認定相關問題，並指出系爭規定是延續族群生存的方式，因為保留地是族人唯一可使用的土地。

不同於常見案例係由國家法律侵害原住民權益，本案中給予原住民個人不利地位（使其喪失居住於保留地的資格）的是原住民族群之內部規範。本案的原告與被告分別是「原住民個人」與「原住民族」，則國家法律對於這兩個「法律主體」，應分別給予權利保障。在本案中，原告被直接侵害的權利係居住自由權，她是否可能以「參與族群文化生活」的文化權受侵害作為主張？同樣地，本案的被告莫霍克族是否能夠作為權利行使主體，上訴主張其族群文化權受國家高權侵害？相關問題的回答，涉及概念尚屬模糊的原住民族集體權、原住民族文化權的認定、以及原住民個人與其所屬族群在族群文化權的主張上相互影響的關係。

1 參考，<https://www.documentcloud.org/documents/1352518-lawsuit-waneek-miller-v-mohawk-council-of.html> (2018.6.10 最後造訪)。

2 本案事實及判決結果，參考，和異族通婚就得離開—加拿大原住民的排外條款，地球圖輯隊網站，2018 年 5 月 3 日，<https://dq.yam.com/post.php?id=9224> (2018.6.6 最後造訪)。

3 Miller c. Mohawk v Council of Kahnawà:ke. 2018 QCCS 1784.

## 貳、基本權利思考下的集體權

集體權可否作為一種基本權利？這個問題在法學的討論上並不容易回答。原因之一在於集體權本身概念並不明確。當這個詞彙被使用時，它可能指涉以一群人作為基本權保護對象的樣態，例如憲法上所規定的集會權<sup>4</sup>；也可能描述那些擁有共同特徵的人群作為一個集體所擁有的權利，例如國際法所稱的婦女權、兒童權等<sup>5</sup>；又或者是指稱在本質上囊括其他權利的單一權利，例如環境權即內含了生存權、財產權、健康權等<sup>6</sup>...。在此多義並立的情況下，若考慮我國憲法文本上自由權的規範模式，則「集體權」可能是指「○○集體有某種權利」，也可能是指「人民有△△集體權」；它在「權利主體」與「權利客體」間游移，造成理解與判斷上的困難。

雖然我國原住民族基本法第 2-1 條第 1 項已賦予部落公法人之地位<sup>7</sup>，自此在我國法制上討論原住民族權利時，即可能逕以「部落公法人」作為權利主體探討之；然而，法人概念固然可能簡化原住民族集體權關於「權利主體」的思考，但就原住民族集體權作為「權利客體」之理解而言，主體的集體性仍屬重要。為了比較全面地了解原住民族集體權，本文仍就相關概念逐一討論。

### 一、集體權概說

#### (一) 理論基礎

集體權概念的提出，咸認源自於 1977 年法國人權學者 Karel Vasak 所提出的第三代人權<sup>8</sup>，其內涵係一種「連帶的權利」，包括發展權、和平權、人類共同遺產所有權以及環境權；Vasak 認為，「這些權利是供人民在共同生活中，表明自己觀念的權利；必須經由社會所有成員，包括個人、國家及其他公司團體組織，共同努力才能實現」<sup>9</sup>。經後繼學說的補充，第三代人權包含了發展權、環境權、和平權

4 李震山，論憲法意義下之「集體權」，收錄於吳庚大法官榮退論文集編輯委員會編，公法學與政治理論：吳庚大法官榮退論文集，元照，2004 年 10 月，頁 170。

5 學者李震山稱此類權利為「形式上集體權」，參考李震山，同前註，頁 171。

6 李震山，前揭註 4，頁 172。

7 原住民族基本法第 2-1 條第 1 項：「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。」

8 權利概念的產生，常與時代需求緊密關聯。就二次世界大戰後所發展出的種類紛雜的國際人權，國際人權法學者使用人權世代(generations of human rights)來描述其所具備的相同與特定的概念，迄今已演進三個世代。所謂第一代人權，係指公民與政治權利，即得對抗國家的權利。第二代人權為社會、經濟與文化權利，是得請求國家作為的權利。嗣第二代人權之權利保障在實踐上發生困難，為了更有效地實現那些不易由個人向政府主張的權利，故有學者提出能夠集體主張的權利，此稱為第三代人權。參考，李鴻禧，現代國際人權的形成與發展概說—兼談第三代國際人權，月旦法學雜誌，第 12 期，1996 年 4 月，頁 13；廖福特，尚未發展完備之發展權，收錄於同作者，國際人權法—議題分析與國內實踐，元照，2005 年 4 月，頁 334-335。

9 Vasak 所提出的諸多權利中，「發展權」與「健康而能與生態學調和的環境權」兩者，經時代淘洗而成為多數人權學者所肯認的第三代人權之權利類型。前述「發展權」所指涉的不僅是經濟成長，其重心係人性尊嚴、人道主義的社會以及文化層面。1986 年聯合國大會通過的「發展權宣言」第 1 條第 2 項規定：「發展

及民族自決權…等，認為這些權利是一種群體(groups)或種族(peoples)的權利<sup>10</sup>，並強調僅能以這些群體或種族作為主張集體權的權利主體<sup>11</sup>。在我國，法學及政治學者多認為「原住民族權利」——包括認同權、自決權、文化權、財產權與補償權…等，係屬第三代人權，具有集體權的性質<sup>12</sup>。

雖然第三代人權係彰顯群體或種族之連帶或團結關係，但同時也並未否認在群體或種族中個人自我發展之重要性以及個人自由的保障，因此集體權與個人權的界限並不容易釐清<sup>13</sup>。本文認為，集體權的核心應是指相對於「個人」而以「集體」作為保障主體之權利，因此適用在不同群體之上，即會產生相應的權利類型；例如集體權的概念適用於原住民族時，即會有民族自決權、民族自治權、文化權…等此類原住民族所能主張的集體權類型，而這些權利類型在用語上也被廣泛地稱為集體權。

## (二) 概念內涵

一如國際法上關於人權世代的思考，「權利」的概念或範疇並非一經定義即固定不變，而是隨著時代需求而變化。集體權係相對於由個人主張的個別權利，而依學者李震山的見解應包括「由個人與團體受益並主張之權利」以及「僅得由團體或以集體方式主張之權利」<sup>14</sup>。

李震山教授舉出四種「由個人與團體受益並主張之權利」：(1)行使集體化、保障個人化之權利。如憲法保障的集會結社自由、選舉罷免等權利，其本質須由多數人共同行使，然此類權利若遭侵害可由個人或團體主張。(2)國家機關或機構集體權利。(3)形式上集體權。係指將基本權清單中具有共同性質的個人權歸類在一起的權利，例如婦女權、兒童權、少數民族權、勞動者權…等等；此類權利大多同時具有個人性與集體性，個人權與集體權之間有一定程度的關聯性與互動性；此類權利若遭侵害可由個人主張，但透過制度設計亦可由團體共同主張。(4)性質上複合或集合之權利。其具有濃厚的集體權性質，如環境權、社會權、文資法上的文化權等；此類權利受侵害時可由個人或集體主張，且此時之集體應為個案中可得確定之多數人<sup>15</sup>。

僅得由團體或以集體方式主張之權利，性質上為民族、社會、國家、人類等集體之權利，且該權利之主張必須以集體名義行之；個人對於此類權利而言僅是集體中的一份子，非直接權利主體，但仍為集體權利的受益者<sup>16</sup>。《公民與政治權利國際公約》第1章第1條規定之「民族自決權」是真正集體權中

---

的人權，應依據兩個國際公約之相關規定，完全實現人民自決權；包括行使不可讓與的對一切天然富庶與資源之完全主權」。參考，李鴻禧，同前註，頁13-14。

<sup>10</sup> 廖福特，前揭註8，頁343。

<sup>11</sup> 廖福特，前揭註8，頁344。

<sup>12</sup> 施正鋒，「原住民族自治區定位之研究」政策建議書，行政院研究發展考核委員會，2008年12月，頁8；李建良，淺說原住民族的憲法權利—若干初探性的想法，台灣本土法學雜誌，第47期，2003年7月，頁119以下；辛年豐，原住民族權利保障的建構與實現—從平等權出發到落實平等保障，國立中正大學法學集刊，第34期，2011年7月，頁189以下。

<sup>13</sup> 李震山，前揭註4，頁167-168。

<sup>14</sup> 李震山，前揭註4，頁170-173。

<sup>15</sup> 李震山，前揭註4，頁170-172。

<sup>16</sup> 柴松林，人權伸張與人權譜系的擴張，中國人權協會編，人權法典，遠流，2001年；轉引自李震山，前揭註4，頁172。

顯然的例子，涉及民族整體的自我決定權，且該權利必須以集體名義行之。其他另如民族平等權、發展權、自然資源共享權等，此等權利之受益者同時包括個人與團體，但主張時僅得由團體為之<sup>17</sup>。

## 二、集體權作為基本權

因為人權被認為是人性尊嚴與個人自我實現的一種道德預設，因此前大法官吳庚曾曰「基本權當然就是個人的基本權利」<sup>18</sup>，故而「集體人權」作為基本權利之適當性，即有疑義。

### （一）「人之集合」作為基本權主體

基本權利保障的是人之所以為人「最起碼的人性尊嚴的要求」<sup>19</sup>，故以自然人作為基本權主體殆無疑義。在個人之外，以「人的集合」作為基本權利保護對象者，其古典類型包含集會（自由）權與結社（自由）權。此二項基本權利，在我國憲法上同為第 14 條所規範；然而兩者之間係屬可以截然二分的概念，抑或有相當程度的重疊之處，可能還需要加以釐清。

學者陳新民指出，集會自由與結社自由同為保障人民以追求共同的興趣、理想或利益為目的，而暫時結合在一起、或組織為團體之權利；而集會權與結社權的區分標準，係在該人群聚合時間的短暫性或持續性<sup>20</sup>。在此看似有兩個不同角度的判斷標準，分別是「聚合時間長短」和「是否組織為團體」。不過，集會權經過長期行使而自然質變為結社權這樣的想像，並不容易被接受。因此本文認為，前述二者所指涉的是同一標準即「是否組織為團體」；而聚合時間長短應非判準，而是對兩種狀態的分別描述。

集會自由賦予人民自由聚集的權利，以溝通意見或宣揚理念，而以「人群聚集」為其特徵。因此，只要為特定目的或共同目的之人群集會，即可稱為人民之集會<sup>21</sup>。我國司法院大法官釋字第 445 號解釋(1998.1.23)理由書指出，集會自由係屬表現自由之範疇，且國家所以保障人民此項權利，乃以尊重個人獨立存在之尊嚴及自由活動之自主權為目的<sup>22</sup>。釋字第 718 號解釋(2014.3.21)理由書並補充道，其旨在「保障人民以集體行動之方式和平表達意見」<sup>23</sup>。

結社自由則賦予人民得以組成持續性的團體以追求共同目標之權利。人民之結社行為也是一種集會的現象，其相較於集會行為，特徵在於具有時間延續性的組織性團體<sup>24</sup>。有學者認為，結社係持續存立

17 李震山，前揭註 4，頁 172-173。

18 吳庚，憲法的解釋與適用，3 版，自版，2004 年 6 月，頁 103。

19 陳新民，憲法學釋論，修訂 5 版，自版，2005 年 8 月，頁 115-117。

20 陳新民，前揭註 19，頁 293。

21 陳新民，前揭註 19，頁 293-294。

22 大法官釋字第 445 號解釋理由書：「憲法第十四條規定人民有集會之自由，此與憲法第十一條規定之言論、講學、著作及出版之自由，同屬表現自由之範疇。本於主權在民之理念，人民享有自由討論、充分表達意見之權利，方能探究事實，發見真理，並經由民主程序形成公意，制定政策或法律。因此，表現自由為實施民主政治最重要的基本人權。國家所以保障人民之此項權利，乃以尊重個人獨立存在之尊嚴及自由活動之自主權為目的。其中集會自由主要係人民以行動表現言論自由」。

23 大法官釋字第 718 號解釋理由書：「憲法第十四條規定人民有集會之自由，旨在保障人民以集體行動之方式和平表達意見，與社會各界進行溝通對話，以形成或改變公共意見，並影響、監督政策或法律之制定，係本於主權在民理念，為實施民主政治以促進思辯、尊重差異，實現憲法兼容並蓄精神之重要基本人權。」

且具有精神性、抽象性的結合，似乎比單純集會帶有更強的內心自由之性格<sup>25</sup>。大法官釋字第 479 號解釋(1999.4.1)理由書指出，結社自由權之目的，「乃在使人民利用結社之形式以形成共同意志，追求共同理念，進而實現共同目標」；並特別強調「結社自由不僅保障人民得自由選定結社目的以集結成社、參與或不參與結社團體之組成與相關事務，並保障由個別人民集合而成之結社團體就其本身之形成、存續、命名及與結社相關活動之推展免於受不法之限制。結社團體於此保障下得依多數決之整體意志，自主決定包括名稱選用在內之各種結社相關之事務，並以有組織之形式，表達符合其團體組成目的之理念。」

若比較集會自由與結社自由二者，可發現兩者皆兼具保障個人與集體之意旨。對於個人的保障皆在於表現自由或個人意志之實現，且多數人之集會自由或結社自由匯集在一起，也形成對於集體（人群或團體）的保障；須留意的是在結社自由的範疇中，我國大法官係肯定「結社團體」作為基本權主體。關於結社團體（包含法人及非法人團體）作為基本權主體之權源，在德國法上因其基本法第 19 條第 3 項之規定，可認德國基本法已賦予法人固有的基本權利，但德國學說有指出，縱使基本法沒有本條規定，亦可從基本法第 9 條所擔保的結社自由推導而出<sup>26</sup>。

## （二）概括基本權作為權利主張

學者李震山認為，憲法並無排斥保障集體權之本意。蓋憲法第二章所保障之個人基本權中亦有得以集體方式行使者，如集會結社、宗教信仰…等；又憲法第 23 條可反面解釋為具有保障多數或集體匯集而成的「公共利益」；且憲法增修條文第 10 條亦不乏保護集體權之形式。對於一項具有基本人權性質之權利，修憲者欲將之列於基本國策、列為列舉基本權、或使之包括於憲法第 22 條之未列舉基本權中，修憲者有自由形成空間，惟須考量權利保護之實效性。在「第三代人權」論述日益強化的此時，應有將集體權納入列舉保障之需要，在此之前，則可考慮以憲法第 22 條概括保障之<sup>27</sup>。

學者李建良論述原住民族憲法權利時，主張透過憲法變遷理論將集體權的保障納入憲法基本權體系中。其指出，透過「動態意義的憲法變遷」可形成原住民議題之社會共識與主流價值，進而在憲法中增加原住民族權利專章或在人民基本權利章引入集體權條款；若藉由「規範意義的憲法變遷」則可以憲法解釋「導出」原住民族集體權<sup>28</sup>。其中「規範意義的憲法變遷」之路徑，與李震山教授所指，透過解釋將集體權納入第 22 條概括基本權中而加以保護之方式相當。

<sup>24</sup> 陳新民，前揭註 19，頁 299。

<sup>25</sup> 許志雄，結社自由與違憲審查—司法院釋字第 644 號解釋評析，月旦法學雜誌，第 163 期，2008 年 12 月，頁 176。

<sup>26</sup> 參考，Wolfgang Rübner 著，蔡震榮譯，基本權利的個人關聯性與法人的基本權利保護，收錄於 Peter Badura、Horst Dreier 主編，蘇永欽等譯注德國聯邦憲法法院五十週年紀念論文集（下冊），聯經，2010 年 10 月，頁 67-69

<sup>27</sup> 李震山，前揭註 4，頁 174-177。

<sup>28</sup> 李建良，憲法變遷中的原住民族權利—原住民族自治權的法理基礎，憲政時代，第 31 卷第 1 期，2005 年 7 月，頁 12-13。

### 三、本文見解

「集體權」的議題焦點起源於以「集體」為保護對象，然而基本權對於具有集體性質之權利保護並不陌生，尤其在集會自由與結社自由。一般認為集會群體之自由係基於集會成員個人自由權的匯集，而結社團體之自由權來源則有爭議—有認為結社團體有固有的基本權、亦有認為其基本權來自構成員自由權利之集合。

關於原住民族集體權，本文認為集會自由與結社自由的思考提供兩項可資參照的觀點：第一、集體權利在構成員個人與集體之間本質上有某程度的傳導關係，即使法制上並未賦予某一集體特定權利，在性質相符時係有可能透過構成員的權利集合而產生集體的權利。第二、關於集體權對象的特定：集體權保障的對象之特定程度要求或可較低，但是權利行使的對象則必須特定；例如，「保障一場集會或遊行的順利進行」是將聚集的人群是為被集會自由所保障的一個整體，但是當這個「整體」要向法院主張權利時，在現實上則無法想像。因此，在權利受侵害而須主張時，集體權仍必須倚賴「個人」或「法律創設的主體」—包括法人或非法人團體—來行使，例如我國原住民族基本法創設原住民部落「法人」地位，使部落作為法律主體而能夠行使其權利，即屬是例。在此脈絡下，本文認為原住民族可透過「法人化」或經由一定程序成為「非法人團體」，以此地位在憲法上主張基本權利<sup>29</sup>。

## 參、原住民族集體權的概念與權利內涵

集體權作為一種基本權，並非指涉實質的權利內涵，而是相對於個人，以「集體」作為基本權主體。在這樣的理解下，集體權自然不是專屬於原住民族概念。然而原住民族作為一個相對於多數族群的少數群體，集體權的概念在其欲爭取的「主體性」——包括政治的、權利的或文化的<sup>30</sup>——即顯的特別重要。但是對於原住民族集體權的內容到底包含哪些權利，目前並無定論。相關見解可區分為二：其一是以例示的方式指引特別與原住民生活相關的實體權利類型，其二則是列舉三項實體權利且認為原住民族集體權僅限於此三項權利者。

### 一、泛稱的原住民族集體權

論及何謂原住民族集體權時，一般皆未限制特別要件，而泛指那些可能與原住民族生活型態與政治主張有關的權利類型。例如依《聯合國原住民族權利宣言》所示，當代國際法所認識的原住民族集體權，包括自決權、免於歧視與同化之權、土地與自然資源權、語言文化權、和平權、制度創設的知情同意權、傳統慣習保留權、決策機構的組織發展權等<sup>31</sup>。又如國內學者認為原住民族認同權、自決權、文

<sup>29</sup> 茲補充者，學說有認為，因為法人經由法律創設權利能力後已與自然人無異，因此法人所主張之權利並非集體權；然本文認為，此處應是指法人既有之權利概念與集體權之思考不同，而非集體權不能由法人來行使。

<sup>30</sup> 相關概念可參考，林淑雅，原住民族運動與「民族權」的論證，收錄於，第一民族—台灣原住民族運動的憲法意義，前衛，2000年4月，頁39-72。

<sup>31</sup> 石忠山，多元民主共和的平等與差異：原住民族特殊群體權利的若干思考，收錄於許宗力編，追尋社會國—社會正義之理論與制度實踐，臺大出版中心，2017年12月，頁194，註61。

化權、財產權與補償權等，都是原住民族集體權的範疇。在這種廣泛的集體權概念下，對於集體權的實質內容與適用範圍其實並不容易掌握，而可能必須藉由具體個案進入法院時，再透過法院的裁判加以形塑。

## 二、強調區別性的原住民族集體權

相對於前述未加條件限制而泛稱的原住民族集體權，加拿大學說與法院不約而同地提出有要件限制的原住民族集體權。其要件即該原告所主張的權利，必須具有核心重要性，能夠明白標示出本族群與其他族群的區別。

### （一）多元文化主義

多元文化主義(Multiculturalism)是 1990 年代興起的政治理論，其目標之一，在於解釋為何憲法需要在一般的基本權保障規範之外承認專屬於原住民的集體權，同時說明為何原住民族的權利保障可優於其他少數群體。多元文化主義論大家 Will Kymlicka 認為，原住民族集體權並非一種僅能由族群全體行使的權利，而是原住民族團體或原住民個人都有權行使<sup>32</sup>。Kymlicka 認為原住民族集體權（其用語為「團體區別權」）應包含三項特殊權利：第一項係指原住民團體在一定範圍內可決定如何治理自己的事務，即「自治權」；第二項是為了確保各原住民族參與中央政治事務的機會，而給予的「特殊代表權」；最後則是指為了維繫或促進原住民族文化而賦予的「文化多元權」(polyethnic rights)——其內容包括文化權、語言權等。而上述三者之中，「自治權」和「特殊代表權」基本上必須以團體為單位主張，但「文化多元權」則允許原住民以個人身分主張之<sup>33</sup>。

「以自由主義為基礎之保護少數理論」<sup>34</sup>，可以用來描述 Kymlicka 所認知的原住民族集體權（「團體區別權」）。Kymlicka 認為，前述自治權和特殊代表權，同時含有外在保障(external protections)和內在限制(internal restrictions)兩層涵義。若承認原住民族自治權和特殊代表權，即一方面強調原住民族對於外在主流社會具有對抗的權利，另一方面強調原住民族對內的自治權限。然原住民族對主流社會的抗拒是否有其限度？假設原住民族自治政府之法律或命令違反憲法對於人民基本權利之保障時，如何處理？Kymlicka 認為，原住民個人雖具有身分上特殊性，但仍為憲法基本人權所保障的主體；原住民個人所享有憲法基本權之保護，不因其居住於自治區內而有所不同。Kymlicka 強調，原住民族自治的結果，並不能違反主流社會所珍視的自由主義的價值；如有牴觸，該自治法規或命令應屬無效<sup>35</sup>。

<sup>32</sup> Will Kymlicka 甚至反對學者通常使用的 collective rights（集體權）一詞。他認為正確的詞彙應該是 group-differentiated rights（團體區別權）或 group-specific rights（個別團體權），以彰顯原住民族團體之組成有異於主流社會，以及原住民族團體中個別成員的獨特身分。參考林超駿，初論多元文化主義(Multiculturalism)作為我國原住民權益保障之理論基礎，收錄於，林超駿，超越繼受之憲法學—理想與現實，元照，2006 年 8 月，頁 258。

<sup>33</sup> 林超駿，同前註，頁 266。

<sup>34</sup> 提供一「以自由主義為基礎之保護少數理論」(a liberal theory of minority rights)是 Will Kymlicka 寫作的動機，也是其著作 Multicultural Citizenship 一書的副標題。參考，林超駿，前揭註 32，頁 257。

<sup>35</sup> 林超駿，前揭註 32，頁 267-268。

## （二）凡德皮判準

凡德皮三部曲(Van der Peet Trilogy)，包括凡德皮案(R. v. Van der Peet)、煙屋公司案(R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.)及葛拉斯東案(R. v. Gladstone)，係加拿大最高法院在 1996 年前後審理之案件，其爭點皆涉及原住民被告違反聯邦漁業法第 61 條第 1 項、以及英屬哥倫比亞省漁業規則第 27 條第 5 項，關於不得販賣或企圖販賣漁獲之規定；被告均主張上開法規違反 1982 年憲法第 35 條「承認現存的原住民族權利」<sup>36</sup>之規定而無效。在凡德皮三部曲中，加拿大最高法院探討原住民族權利的定義、屬性及判斷標準，肯認原住民族之習慣、風俗及傳統作為原住民族權利的淵源，係受 1982 年憲法第 35 條所保障<sup>37</sup>。

最高法院在凡德皮案中指出，一項行為「要成為原住民族權利」，符合以下三項特點：(1)該行為必須是主張該權利之原住民族之習慣、風俗或傳統，且該風俗、習慣或傳統屬於「構成該原住民族特殊文化不可或缺的部分」，亦即該行為必須具有核心重要性，足以使得該社會文化具備獨特性（差異性）。(2)作為原住民族權利淵源的習慣、風俗或傳統必須在與歐洲人接觸前即已存在而延續至今。(3)以現代形式從事傳統目的之行為，譬如以槍枝狩獵，並不影響該行為作為實踐習慣、風俗或傳統之本質。此即所稱凡德皮判準。

## 三、本文見解

從前述加拿大最高法院與學者之見解，可知所謂「原住民族權利」、「原住民族集體權」或「原住民族文化區別權」相關概念，在強調原住民族傳統、習慣或風俗之可資辨識性，它不是一種所有社會共通的行為、也不是偶發性的行為，而是強調一項傳統、習慣或風俗具有與其他文化可資區別的重要性。此與社群主義所理解的、較寬泛的集體權，即有落差。在原住民族集體權的探討上，本文認同「可區別性」作為得否主張該集體權之要件，因為我們仍然需要回到原住民族作為權利主體的初衷去觀察，其目的是在與多數區別，強調其異於非原住民之主流社會的異質性，也在這個異質性之下，爭取異於主流社會的特殊權利；此亦為學者所謂「肯認差異的平等觀」之正當化基礎<sup>38</sup>。

而上述凡德皮判準其中兩項積極要件，除「可資區別性」外，並要求該項傳統文化必須是「在與歐洲人接觸前即已存在並延續至今」；對此，本文認為尚有釐清之必要。雖可想見加拿大最高法院的考量，應在於原住民族傳統文化作為當代法律的「例外事項」，應該受到嚴格的檢視，然而以與歐洲人接觸「前」或「後」的時間點，判斷一項人類行為是否可被視為「傳統」，操作上不免有恣意之嫌。同時，這樣的邏輯似乎暗示「與歐洲人接觸後才產生並延續至今」的原住民族行為，必然受到歐洲人影響，因而與歐洲人無異故不需要受到特別保護。本文認為，文化行為的關鍵在於該行為的實質內涵，應

<sup>36</sup> “Recognition of existing aboriginal and treaty rights. (1)The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed. (2)[Definition of “aboriginal peoples of Canada”] In this Act, “aboriginal peoples of Canada” includes the Indian, Inuit and Metis peoples of Canada.” 參考，<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1982/11>（2018.6.8 最後造訪）。

<sup>37</sup> 雅柏魁詠·博伊哲努，凡德皮三部曲—原住民族傳統習慣與原住民族權利，台灣原住民族研究學報，第 1 卷第 2 期，2011 年夏季號，頁 116。

<sup>38</sup> 參考，石忠山，前揭註 31，頁 183-188。

該以「可資區別性」加以判斷即足，因此本文並不贊同加拿大最高法院以「與歐洲人接觸之前後」作為判斷基準。

## 肆、文化權作為原住民族集體權

學者指出，國際法在保障「文化權」方面的發展顯的相對遲緩，除了因為多數國家與學者誤認文化權相較於公民政治權與經濟社會權應屬劣後權利之外，主因乃在於文化的概念廣泛而模糊，不易有普世、明確的定義<sup>39</sup>。若將文化權作為寬泛概念下的集體權之權利類型之一，其權利內涵將更難以掌握；然而，若採本文前述強調可區別性的集體權觀，「文化集體權」將有較清楚的輪廓，而「原住民族文化集體權」基於原住民族文化生活之特殊性，也將更有實踐的可能性。

### 一、原住民族文化權概論

#### (一) 文化權的主體與範疇

當代所理解的文化，不再侷限於藝術、文學、戲劇及博物館等「高雅性質的文化觀」，而擴及於如民俗音樂、藝品、大眾出版、電視及廣播等所有表現與呈現的多元形式文化，以及一個社會或群體的生活方式<sup>40</sup>；在時間向度上，文化生活亦可被理解為歷史、動態及變革的生活過程<sup>41</sup>。因而文化包含了「生活方式、語言、口述及書寫文學、音樂及歌曲、非言語溝通形式、宗教或信仰制度、儀式及典禮、運動及遊戲、製造方法或科技、自然或人造環境、食物、衣著、藝術、習慣與傳統」等。個人、群體或社群透過文化表現其人性及存在意義，並構築世界觀；文化亦形塑並反映出個人、群體或社群之價值觀與經濟、社會和政治生活<sup>42</sup>。

文化權作為一種基本人權，其國際法法源是《世界人權宣言》第 27 條，而後由《經濟社會文化權利國際公約》第 15 條加以補充。《世界人權宣言》第 27 條規定，「(I)人人有權自由參加社會的文化生活，享受藝術，並分享科學進步及其產生的福利。(II)人人對由於其所創作的任何科學、文學或美術作品而產生的精神的和物質的利益，有享受保護的權利。」<sup>43</sup>經社文公約第 15 條規定，「(I)本公約締約國

<sup>39</sup> 徐揮彥，論經濟、社會及文化權利國際公約中文化權之規範內涵，中華國際法與超國界法評論，第 6 卷第 2 期，2010 年 12 月，頁 462；許炳華，文化權體系之初探—以歐洲人權法院之判決為核心，法學叢刊，第 238 期，2015 年 4 月，頁 72。

<sup>40</sup> Yvonne Donders, "The Legal Framework of the Right to Take Part in Cultural Life," in Yvonne Donders and Vladimir Volodin (eds.), *Human Rights in Education, Science and Culture: legal development and challenges* (Paris: UNESCO, 2008), p. 256；經社文權利委會亦採相同見解。轉引自徐揮彥，前揭註 39，頁 468。

<sup>41</sup> Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 21, E/C.12/GC/21, 20 November 2009, para. 11. 轉引自徐揮彥，前揭註 39，頁 468。

<sup>42</sup> 同前註，para. 13。

<sup>43</sup> 中譯文參考聯合國中文網站，<http://www.un.org/zh/universal-declaration-human-rights/>（2018.06.09 最後造訪）。

確認人人有權：(a)參加文化生活；(b)享受科學進步及其應用之惠；(c)對其本人之任何科學、文學或藝術作品所獲得之精神與物質利益，享受保護之惠。(II)本公約締約國為求充分實現此種權利而採取之步驟，應包括保存、發揚及傳播科學與文化所必要之辦法。(III)本公約締約國承允尊重科學研究及創作活動所不可缺少之自由。(IV)本公約締約國確認鼓勵及發展科學文化方面國際接觸與合作之利。」<sup>44</sup> 綜此，文化權的內涵應包括「參與文化生活之權利」，「享受科學進步及其應用所產生利益之權利」，「對其本人的任何科學、文學或藝術作品所產生人格上及物質上利益，享受被保護的權利」以及「就科學研究及創造活動所不可或缺的自由」<sup>45,46</sup>。

相較於其次三項，「參與文化生活之權利」凸顯了權利主體之主動積極性；分析文化權下參與文化生活之權利，可知其內容包含了個人或群體的自我決定與自我實現、文化表現自由與傳播自由、以及要求參與文化決策的權利<sup>47</sup>。

透過前述國際公約規範權利主體「人人(everyone)」之文義解釋，涉及文化權係屬個人權或集體權之認定。根據牛津線上字典，everyone係「每一個人(each person)」<sup>48</sup>；劍橋線上英文字典則指出everyone可用於意指「特定團體中的所有者(all the people in a particular group)或所有人(all people)」<sup>49</sup>。

Article 27.

- (1) **everyone** has the right freely to participate in the cultural life of the community, to enjoy the arts and to share in scientific advancement and its benefits.
- (2) **everyone** has the right to the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author.

<sup>44</sup> 中譯文摘自司法院網站，<http://jirs.judicial.gov.tw/FLAW/FLAWDAT01.asp?lslid=FL017743> (2018.06.09 最後造訪)。

Article 15

1. The States Parties to the present Covenant recognize the right of **everyone**: (a) To take part in cultural life; (b) To enjoy the benefits of scientific progress and its applications; (c) To benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author.
2. The steps to be taken by the States Parties to the present Covenant to achieve the full realization of this right shall include those necessary for the conservation, the development and the diffusion of science and culture.
3. The States Parties to the present Covenant undertake to respect the freedom indispensable for scientific research and creative activity.
4. The States Parties to the present Covenant recognize the benefits to be derived from the encouragement and development of international contacts and co-operation in the scientific and cultural fields.

<sup>45</sup> 徐揮彥，前揭註39，頁467。

<sup>46</sup> 關於文化權的實體內涵，學者有透過整理歐洲人權法院之判決，歸納為藝術表達自由、近用文化、文化認同之權利、語言權、受教育權、探詢歷史真相之權利、學術自由、保護文化暨自然遺產等權利，參考，許炳華，前揭註39，頁42-74。

<sup>47</sup> 詳細討論可參考，徐揮彥，前揭註39，頁468-472。

<sup>48</sup> <https://en.oxforddictionaries.com/definition/everyone> (2018.6.20 最後造訪)。

<sup>49</sup> <https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/everyone> (2018.6.20 最後造訪)。

亦即，「人人」這個字自身即包含指涉個體或集體之兩種可能性。若對「文化權」作為權利進行歷史考察，可知其最初係屬第二代人權中向政府要求給付的權利內容之一，其初始的概念應屬個人權的範疇<sup>50</sup>；然而第三代人權係著眼於文化本身的集體性，認其係屬群體或人群的權利之一。論者有就國際公約之「人人有權參加文化生活」之規定，認為其暗示參與文化生活之主體與被參與對象的關係，且因「文化生活」具有集體性質，故認本項權利應為集體權<sup>51</sup>。而經社文權利委員會第 21 號一般意見書則指出，本項所指的「人人」包含個體與群體兩種意涵，係可以由個人自己、與他人一起、或在社群中行使的權利，兼具有個人權和集體權的性質<sup>52</sup>。

## （二）原住民族文化權的特殊要件

聯合國經社理事會人權小委員會委託研究報告<sup>53</sup>指出，原住民族須具備的特性包括：先／原住性、歷史連續性、文化獨特性、被支配性以及自我認同。據此日本學者相內俊一將「原住民族」定義如下：「所謂原住民族，乃是在近代國家統治之前，在當地已存在有與國家主流多數相異的文化與認同之少數民族，且其後雖受多數民族統治，仍未失去其具有歷史連續性的獨特的文化與認同之社會集團」<sup>54</sup>。又針對少數民族文化權利的保障，《公民與政治權利國際公約》第 27 條規定，「凡有種族、宗教或語言少數團體之國家，屬於此類少數團體之人，與團體中其他分子共同享受其固有文化、信奉躬行其固有宗教或使用其固有語言之權利，不得剝奪之。」<sup>55</sup>

屬於集體權古典態樣的「民族自決權」之內涵與原住民族文化之保障有重要關聯。《公民與政治權利國際公約》第 1 條第 1 項規定，「所有民族均享有自決權，根據此種權利，自由決定其政治地位並自由從事其經濟、社會與文化之發展。」據此可知文化自決為自決權的重要部分<sup>56</sup>；本文因而認為可行使自決權之人的範圍應與可行使民族文化權相當。基於具有區別性的原住民族文化權，「原住民族的辨識—原住民族自決權—原住民族文化權」三者之間有緊密的關聯；因而有學者指出，「文化是民族認同的根柢，因此，原住民族的權利回復運動，必然訴諸文化權的實現。」<sup>57</sup>

<sup>50</sup> 李鴻禧，前揭註 8，頁 13；廖福特，前揭註 8，頁 334-335；黃曉燕，國際人權法視野下文化權利的考量與辨析，政法論壇，第 31 卷第 3 期，2013 年 5 月，頁 78。

<sup>51</sup> Roger O'Keefe, "The 'Right to Take Part in Cultural Life' Under Article 15 of the ICESCR," 47 (4), *International and Comparative Law Quarterly*, 916-918 (1998); Yvonne Donders, "The Legal Framework of the Right to Take Part in Cultural Life," in Yvonne Donders and Vladimir Volodin (eds.), *Human Rights in Education, Science and Culture: legal development ad challenges* (Paris: UNESCO, 2008), p. 232. 轉引自，徐揮彥，同註 39，頁 467。

<sup>52</sup> Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 21, E/C.12/GC/21, 20 November 2009, para.9. 轉引自，徐揮彥，同前註。

<sup>53</sup> E/CN.4/Sub.2/1986/Add.4. (Jose Martinez Kovo)；轉引自，吳豪人，文化權做為一種複合性權利：以日本阿依努族文化權發展史為例，台灣原住民族研究季刊，第 4 卷第 3 期，2011 年秋季號，頁 11。

<sup>54</sup> 吳豪人，同前註。

<sup>55</sup> 司法院網站，<http://jirs.judicial.gov.tw/FLAW/FLAWDAT01.asp?lsid=FL017744> (2018.06.09 最後造訪)。

<sup>56</sup> 徐揮彥，從歐盟文化政策之發展與實踐論文化權之保障：以文化多樣性為中心，歐美研究，第 38 卷第 4 期，2008 年 12 月，頁 678-679。

<sup>57</sup> 吳豪人，前揭註 53，頁 26。

### （三）小結

基於多元文化主義主張之「團體區別權」、加拿大最高法院認定之「構成該原住民族特殊文化不可或缺的部分」、聯合國經社理事會人權小委員會報告肯認之「文化獨特性」、以及日本學者強調之「與國家主流多數相異的文化與認同」，幾乎可以確認成為「原住民族文化權利」之權利客體者，並不能是一個泛泛的、普遍性的文化行為，而必須是能夠展現該原住民族之文化獨特性者。原住民族「集體」可為原住民族文化集體權之權利主體；原住民「個人」則兼備一般文化權與民族文化權之雙重主體身分，而其所主張之權利內容需與其主張時之身分相應，乃屬當然。

## 二、原住民族文化權行使主體之探討

### （一）原住民個人

以原住民個人作為「原住民文化權」之權利主體，在理論與實踐上皆具可行性。因為文化的特殊性，而使個人的文化實踐與其所屬群體的文化保護之間形成密切的連結關係，故而通說認為文化權具有個人權與集體權雙重性質，已如前述。

在著名的日本北海道二風谷訴訟判決(Nibutani Dam Decision of 1997)中，阿伊努族人原告貝澤耕一與萱野茂作為反對土地徵收之給予地所有權人，向札幌地方法院提起取消徵收裁定之訴，其訴訟理由係：水壩建設將使阿依努族聖地沉入水底，破壞阿依努族之文化。因而法院審理之爭點即包括，系爭水壩之土地徵收是否侵害阿依努族之民族利益？以及，日本憲法第13條<sup>58</sup>「對個人之尊重」是否包含少數民族的文化享有權？針對此二爭點，札幌地方法院判決理由指出：法院承認，本案原告所主張之民族利益即阿依努族的文化享有權，係受《公民與政治權利國際公約》第27條以及日本憲法第13條所保障之人格生存權，因此對其限制必須符合「必要且最低限度」的要求<sup>59</sup>。這個判決顯示，即使僅以原住民個人名義起訴，在原住民族文化權爭議事件上，民族的集體文化仍會是法院所考量的重點。當原住民族文化權被限定於必須具有核心重要性的文化行為，則當原住民個人主張「文化權」時，其判決結果必然會回饋到所屬社群文化。

### （二）原住民部落或民族

在原住民族文化集體權的思考下，確實有許多文化權利實質上並非歸屬於原住民個人。我國《原住民族智慧創作保護條例》即正確地表現此一特性，例如該條例第7條關於智慧創作專用權取得之規定<sup>60</sup>，其登記之主體包含「申請人及其他特定原住民族或部落」以及「全部原住民族」；第10條第3項就

<sup>58</sup> 日本憲法第13條：「所有國民，做為個人而受到尊重。對於生命、自由及追求幸福之國民權利，只要未違背公共福祉，則立法及其他國家施政，需予以最大的尊重。」轉引自，吳豪人，前揭註53，頁8，註9。

<sup>59</sup> 吳豪人，前揭註53，頁9。

<sup>60</sup> 原住民族智慧創作保護條例第7條：「經認定為智慧創作者，依下列規定取得智慧創作專用權：一、智慧創作經認定屬於申請人者，應准予登記，並自登記之日起，由申請人取得智慧創作專用權。二、智慧創作經認定屬於申請人及其他特定原住民族或部落者，自登記之日起，由申請人及其他特定原住民族或部落共同取得智慧創作專用權。三、智慧創作不能認定屬於特定原住民族或部落者，應登記為全部原住民族，並自登記之日起，由全部原住民族取得智慧創作專用權。」

智慧創作專用權之行使，規定原則上應以特定民族、部落或全部原住民族之名義行使之<sup>61</sup>；第15條規定智慧創作專用權，應永久保護。即顯示出相異於個人智慧財產權的保護模式<sup>62</sup>。這些文化權利因為實體法的規定，如受侵害時可直接由原住民族或部落主張之。

就非經過實體法律制定之原住民族文化權利而言，仍可由原住民族以民族或部落方式主張其權利，乃因其為文化集體權之權利主體；至於應以何種方式主張權利，則應由立法者加以形塑。

### （三）文化公益團體

理論上，若視「原住民族文化」為一種全民共同享有且（應）受國家保護的標的，則原住民族文化權之權利主體即可能包括非原住民之其他國民。在此假設下討論訴訟主體，為了避免客觀訴訟造成法律體系與法院實務的衝擊，可能採類似環境訴訟的思考，以法律特別賦予訴訟實施權，以公益訴訟維護「公共利益」。

學者李震山認為，現行民事訴訟法上共同訴訟、集體訴訟及團體訴訟等法制，以及行政訴訟法上之公益訴訟，皆係以保障多數人權益為制度目的，其理論與操作應可適時擴張為對於集體權之保障，逐步克服集體權在救濟上的困難<sup>63</sup>。中國民族法學者熊文釗亦主張，應將少數民族文化權利相關訴訟界定為「文化公益訴訟」。其所持理由包括二點：第一、非權利受害之個人或團體，可能基於維護少數民族傳統文化、整體國家或人類文化長遠發展之目的，而主張少數民族文化權利；第二、公益訴訟有利於（非屬少數民族之）團體和個人參與少數民族文化權利的保障<sup>64</sup>。

「公益訴訟」係以法律特別規定排除主觀公權利要求之特殊訴訟類型，多應用於環境保護或自然保育相關訴訟。因為「環境權」的歸屬主體並不容易界定——環境事務影響範圍極廣，卻並非在此範圍內之人都能滿足法律上權利受侵害的訴權要求。為了環境保護的有效性，並顧及主觀權利救濟的司法體系，我國法與德國法係以法律特別規定的方式，有限地應用公益訴訟。然而，「原住民族文化權」是否有權利主體難以認定的問題，並非無疑。

如前所述，原住民族文化權係與群體文化生活連結，並與其自決權有重要關聯，因此權利主體應等同於群體自決權之範圍即「部落或民族集體」，抑或享有集體文化生活參與權之個人。基於文化相對論的立場，若由非本族之人主張保護或保存某族群之特定文化，因文化與生活的密切連結關係，則該族群

61 原住民族智慧創作保護條例第10條：「（第1項）智慧創作專用權，指智慧創作財產權及智慧創作人格權。（第2項）智慧創作專用權人享有下列智慧創作人格權：一、就其智慧創作專有公開發表之創作人格權。二、就其智慧創作專有表示專用權人名稱之創作人格權。三、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。（第3項）智慧創作專用權人除法律另有規定或契約另有訂定外，應以特定民族、部落或全部原住民族名義，專有使用及收益其智慧創作之財產權，並行使前項之權利。（第4項）原住民就其所屬民族、部落或全部原住民族之智慧創作，得使用收益，不受前項及第十四條規定之限制。」

62 相關討論可參考，林孟玲，前揭註50，頁169-170。

63 李震山，同註4，頁177-181。

64 熊文釗，民族法學，2版，北京大學出版社，2016年1月，頁268-270。惟須留意者，熊文釗教授在書中所定義之公益訴訟，概念上應包含經法律特別授權之公益訴訟（我國行政訴訟法第9條）、及以任何人作為適格原告之客觀訴訟。

之生活方式即受「外人」限制。這樣的結果即與保障原住民族主體性之精神相悖。若非屬特定族群之人或國家認為某項原住民族之文化應予以保存或保護，本文認為應藉由各種法律制度加以實現，而非以公益訴訟方式介入。

## 伍、結 語

針對前示案例本文嘗試回應如下：(1)原告被直接侵害的權利係居住自由權，她是否可能以「參與族群文化生活」的文化權受侵害作為主張？本案的原告係因與非原住民結婚，而依莫霍克族議會制定的卡納瓦克身分法而喪失居住在保留地的身分。在本案中原告應有可能在居住自由權受侵害之外，主張其依《世界人權宣言》第 27 條與《經濟社會文化公約》第 15 條所享有之「參與文化生活」之文化權受侵害。此時其原告所主張的文化即莫霍克族文化，應符合與他族文化可資區別的要件，但此時的文化並非指特定的文化行為，而是整體文化生活。(2)本案的被告莫霍克族是否能夠作為權利行使主體，上訴主張其族群文化權受國家高權侵害？首先，應肯認莫霍克族作為一個「族群」享有集體的民族文化權。其次，若依據前述公約的解釋，「參與文化生活」之文化權若由族群主張，應有可能擴張解釋成「形塑文化生活」。但是本案系爭「結婚外人，離開此地」條款所形塑的族群文化，係在族人被歐洲人統治之後所形成的，並不符合凡德皮判準的要件要求。惟本文並不贊同凡德皮判準中此項判斷要素，已如前述（參、三），因此本文認為莫霍克族是否能夠勝訴，其關鍵應在於主張此項文化生活是否能達到表彰其族群特徵而具備「可資區別性」之要件。

本文藉由案例引導，透過集體權的學理分析、原住民族集體權的概念與實體權利內容的探討，進而思考作為原住民族集體權的文化權，其權利主體為何、其權利客體呈現如何樣貌。研究結果發現，原住民個人與集體（部落或民族）皆可成為文化集體權之權利主體，而原住民族文化權本身必須具備核心重要的可區別性之特質。原住民族個人文化權與集體文化權之間係有相互影響、連結之作用，也基於前述「可區別性的文化特質」，原住民族自決權與原住民族文化權產生一定的重疊關係。

## 參考文獻

### 書籍

- 吳庚，憲法的解釋與適用，3版，自版，2004年6月。  
陳新民，憲法學釋論，修訂5版，自版，2005年8月。  
熊文釗，民族法學，2版，北京大學出版社，2016年1月。

### 專書論文

- Wolfgang Rolfga 著，蔡震榮譯，基本權利的個人關聯性與法人的基本權利保護，收錄於 Peter Badura、Horst Dreier 主編，蘇永欽等譯注，德國聯邦憲法法院五十週年紀念論文集（下冊），聯經，2010年10月，頁65-86。
- 石忠山，多元民主共和的平等與差異：原住民族特殊群體權利的若干思考，收錄於許宗力編，追尋社會國—社會正義之理論與制度實踐，臺大出版中心，2017年12月，頁165-217。
- 李震山，論憲法意義下之「集體權」，收錄於吳庚大法官榮退論文集編輯委員會編，公法學與政治理論：吳庚大法官榮退論文集，元照，2004年10月，頁167-190。
- 林淑雅，原住民族運動與「民族權」的論證，收錄於，第一民族—台灣原住民族運動的憲法意義，前衛，2000年4月，頁39-72。
- 林超駿，初論多元文化主義(Multiculturalism)作為我國原住民權益保障之理論基礎，收錄於，林超駿，超越繼受之憲法學—理想與現實，元照，2006年8月，頁251-286。
- 柴松林，人權伸張與人權譜系的擴張，中國人權協會編，人權法典，遠流，2001年，頁182-189。
- 廖福特，尚未發展完備之發展權，收錄於同作者，國際人權法—議題分析與國內實踐，元照，2005年4月，頁331-358。

### 期刊論文

- 李建良，淺說原住民族的憲法權利—若干初探性的想法，台灣本土法學雜誌，第47期，2003年7月，頁115-125。
- 李建良，憲法變遷中的原住民族權利—原住民族自治權的法理基礎，憲政時代，第31卷第1期，2005年7月，頁1-34。
- 李鴻禧，現代國際人權的形成與發展概說—兼談第三代國際人權，月旦法學雜誌，第12期，1996年4月，頁8-15。
- 辛年豐，原住民族權利保障的建構與實現—從平等權出發到落實平等保障，國立中正大學法學集刊，第34期，2011年7月，187-245。
- 吳豪人，文化權做為一種複合性權利：以日本阿依努族文化權發展史為例，台灣原住民族研究季刊，第4卷第3期，2011年秋季號，頁1-32。
- 徐揮彥，論經濟、社會及文化權利國際公約中文化權之規範內涵，中華國際法與超國界法評論，第6卷第2期，2010年12月，頁453-509。
- 徐揮彥，從歐盟文化政策之發展與實踐論文化權之保障：以文化多樣性為中心，歐美研究，第38卷第4

期，2008年12月，頁671-751。

許志雄，結社自由與違憲審查—司法院釋字第644號解釋評析，月旦法學雜誌，第163期，2008年12月，頁173-193。

許炳華，文化權體系之初探—以歐洲人權法院之判決為核心，法學叢刊，第238期，2015年4月，頁39-81。

雅柏甦詠·博伊哲努，凡德皮三部曲—原住民族傳統習慣與原住民族權利，台灣原住民族研究學報，第1卷第2期，2011年夏季號，頁115-130。

黃曉燕，國際人權法視野下文化權利的考量與辨析，政法論壇，第31卷第3期，2013年5月，頁76-87。

## 研究計畫

施正鋒，「原住民族自治區定位之研究」政策建議書，行政院研究發展考核委員會，2008年12月。



# 國土計畫法中的原住民族海域權利

林嘉男\*

## 目次

壹、緒論	族海域權利之競合
貳、原住民族海域權利	一、海洋資源區分區分類框架
一、原住民族基本法與原住民族土地及 海域法(草案)體系	(一) 海洋 1-1 類
二、區域計畫法與國土計畫法體系	(二) 海洋 1-2 類
(一) 區域計畫法與「修正全國區 域計畫」(2017)	(三) 海洋 1-3 類
(二) 國土計畫法與「全國國土計 畫」(2018)	(四) 海洋第二類
(三) 小結	(五) 海洋第三類
參、海域區對原住民族海域權利之影響	二、海洋資源區中的原住民族傳統海域課 題
一、海域區的容許使用	(一) 海洋 1-1 類
二、海域區的區位許可	(二) 海洋 1-2 類、1-3 類
三、海域區的重疊管制機制	(三) 海洋第二類
肆、國土計畫法、海洋資源區框架與原住民	三、國土計畫法中非屬海洋資源區的原 住民族傳統海域課題
	伍、結語

## 摘要

國土計畫法於 105 年 1 月公告實施後，將我國國土空間帶入了嶄新的發展框架，當前我國國土境內既有的所有土地空間計畫，將在本法實施六年後採用國土計畫法之規範，而原住民族土地/海域範圍內之空間計畫亦將連帶產生變動。本文旨在分析國土計畫法與其法定實施計畫「全國國土計畫」對於原住民族土地/海域之普遍性框架與規範，尤重於本法的制度框架對原住民族海域權利之影響，與此一法定實施計畫對原住民族海域空間權利、海域資源權利之競合進行探討。經初步探究，國土計畫法對於原住民族海域權利保障納入原住民族基本法中對於原住民族空間權利之廣泛性抽象保障，並增列了空間計畫規劃權

\* 國立台灣大學地理環境資源研究所博士候選人

之於原住民族，屬於海域空間權利的保障。相較之下，原住民族海域範圍內的實質權利（如：自然資源權、經濟權）仍然受到各目的事業法的排擠，無法透過國土計畫法框架給予保障，原住民族的海域資源權利仍然懸而未解。綜上，原住民族海域權利之發展無法藉由單一法律建置完善，仍需透過原住民族基本法之普遍性基礎，盤整原住民族海域權利涉及之各式目的事業法規，推動修正為彼此和諧之法律規範，始可建構原住民族海域權利之法律運作基礎，具體保障原住民族海域的各項權利。

**關鍵字：**國土計畫法、全國國土計畫、原住民族海域、海域空間權利、海域資源權利

## 壹、緒論

廣義而言，原住民族海域權利隸屬於原住民族土地權利範疇之中，原住民族土地權利涵括內涵廣泛，包含上位的國家主權層次（施正鋒，2012）、抽象的治理權與自然資源權利層次（官大偉，2011），又或者具體可見的土地財產權與經濟權等（顏愛靜、楊國柱，2004），再再顯示出原住民族土地權利的高度複雜性，以及所面臨的多樣法制框架設計。

我國原住民族土地權利之發展，歷經憲法增修條文(2005)第十條增列原住民族權利內涵，接續原住民族基本法之立法實施(2006)，雖然原住民族土地及海域法尚未完成立法，但整體而言，原住民族土地權利朝著具體立法保障的程序邁進。另一部分，與原住民族土地權利具有實質關聯的法律體系包含空間計畫法體系（如：區域計畫法、都市計畫法、國家公園法），及土地資源相關的目的是事業法體系（如：森林法、礦業法、溫泉法、水利法、水土保持法等），在近幾年間亦隨著原基法的各項立法程序而有所調整，原住民族土地權利亦達到許多具體進展，如：2017年農委會林務局與原住民族委員會共同頒布森林法第十五條第四項解釋令，原住民族得依法於原住民族原住地區內採取森林產物<sup>1</sup>。

其中2016年1月6日公告實施之國土計畫法將於未來整合指導空間計畫法體系，以建立國土秩序為目標，將改變現有之國土分區與管制規則，並在條文之中納入原住民族土地權利保障事項（第六條、第十條、第二十條、第二十三條、第三十六條）。此外，國土計畫法亦將區域計畫法之海域區重新分類為海洋資源區，原住民族傳統海域使用權利即在此制度框架中受到具體肯認。

基於前述背景，本文旨針對原住民族海域之特殊性，依循原住民法體系與空間計畫法的發展脈絡，就現今國土計畫法之發展進行架構分析與關鍵課題之討論，並對原住民族海域權利之發展提出綜合性看法與建議。

<sup>1</sup> 森林法第十五條第四項解釋令：

- 一、查森林法於九十三年一月二十日增訂第十五條第四項前段規定，森林位於原住民族傳統領域土地者，原住民族得依其生活慣俗需要，採取森林產物。復查原住民族基本法於民國九十四年二月五日制定公布施行，並於同法第十九條規定，原住民得在原住民族地區依法從事以傳統文化、祭儀或自用之採集野生植物及菌類等非營利行為。
- 二、森林法第十五條第四項前段所稱「森林位於原住民族傳統領域土地者，原住民族得依其生活慣俗需要，採取森林產物」，係指位於原住民族基本法第二條第三款所定原住民族地區之國有林及公有林。

## 貳、原住民族海域權利

原住民族海域權利之內涵，大致包含兩大法規體系的界定，一為「原住民族基本法」(2006)及「原住民族土地及海域法」(草案)(2015)<sup>2</sup>中對於原住民族傳統海域之界定，另一則為區域計畫法及其法定執行計畫「修正全國區域計畫」(2017)<sup>3</sup>與國土計畫法及其法定計畫「全國國土計畫」(2018)<sup>4</sup>中對於原住民族傳統海域之區位規範。以下係透過兩種不同脈絡之法規/法定計畫對原住民族海域界定，探討原住民族海域權利之內容與適用範疇。

### 一、原住民族基本法與原住民族土地及海域法（草案）體系

在原住民族基本法(2006)主文中並未對「原住民族海域」進行明確界定，僅在第二十條敘明：「原住民族或原住民所有、使用之土地、海域，其回復、取得、處分、計畫、管理及利用等事項，另以法律定之。」而本條文亦即「原住民族土地及海域法」(草案)(2015)之法源。該法(草案)第三條對於原住民族海域之定義為：「指經依本法所定程序劃定之原住民族早期以傳統方式進行漁撈或祭典之週邊海域。」換言之，「原住民族土地及海域法」(草案)(2015)所稱之原住民族海域，其構成要件包含：一、須為原住民族早期以傳統方式使用之海域範圍，二、傳統使用行為包含漁撈與祭典使用，三、海域範圍須經一定程序劃定與核定。

在此脈絡下，「原住民族土地及海域法」(草案)(2015)針對原住傳統海域之法律條文僅提出下列三條：

第 35 條、原住民族傳統海域之劃定，由直轄市、縣（市）主管機關報由中央主管機關會商有關機關同意後，報請行政院核定。

第 36 條、經劃定為原住民族傳統海域之地區，原住民族得進行非營利性傳統採集、漁撈或祭典活動。

第 37 條、原住民族土地及海域涉及原住民族基本法之諮詢及取得原住民族同意等相關事項之辦法，由中央主管機關定之。

於是，就「原住民族土地及海域法」(草案)(2015)之設計，原住民族傳統海域權利包含「進行非營利性傳統採集、漁撈或祭典活動」、「準用原基法第 21 條之諮詢及取得原住民族同意等相關事項之辦法」，除上述二者之外，尚無其他法定權利保障事項。

<sup>2</sup> 「原住民族土地及海域法」(草案)為 2015 年 6 月 11 日行政院第 3452 次院會通過版本。

<sup>3</sup> 「修正全國區域計畫」為 2017 年 5 月 16 日內政部公告實施版本。

<sup>4</sup> 「全國國土計畫」為 2018 年 4 月 30 日內政部公告實施版本。

## 二、區域計畫法與國土計畫法體系

除了原住民族基本法(2006)與「原住民族土地及海域法」(草案)(2015)之原住民族法規體系外，有關原住民海域權利發展的另一法規體系係為區域計畫法及「修正全國區域計畫」(2017)以及國土計畫法及「全國國土計畫」(2018)中對於海域空間權利之規範。

### (一) 區域計畫法與「修正全國區域計畫」(2017)

2017年公告實施的「修正全國區域計畫」為區域計畫法之法定執行計畫，其針對全國區域計畫中的海域區使用機制建立用海秩序，企解決海域區中普遍出現各目的事業計畫的管理權責重疊或競合問題，於是在執行層面上，海域區之土地分區管制係透過不同使用行為的空間區位管制，藉以釐清各式行為區位之間的競合關係，透過建立區位之間的優先使用次序，達成海域用地的區位許可原則與用海秩序。而上述的使用行為空間區位，則依據海域相關的各目的事業法所規範之行為模式，透過界定該行為的空間範圍後，將各式行為區位整併進行海域區土地的區位(使用)許可管制。

在海域各式使用行為的空間區位中，「修正全國區域計畫」特別納入了「原住民族傳統海域使用」此一類目，此舉確立了原住民族傳統海域為區域計畫法所確認的海域行為區位，除了將「原住民族傳統海域使用」納入海域土地的使用管制之中，亦使「原住民族傳統海域使用」空間區位進入區域計畫法的法定體系之中，具體肯認了原住民族海域之區位使用權利。

除此之外，「修正全國區域計畫」針對「原住民族傳統領域及海域使用之特殊需求」另提出特別考量，關於原住民族傳統領域海域之使用管理，將會商相關機關訂定管制規則：

「為將原住民族傳統領域及海域之劃設管理納入考量，有關原住民族土地及海域之土地使用管制，於原住民族土地及海域法等專法制定完成前，內政部應會同中央原住民族主管機關訂定後，納入非都市土地使用管制規則內，以具體落實原住民族土地及海域使用之特殊需求。」(p.150)

換言之，在「原住民族土地及海域法等專法」尚未完成立法階段，原住民族海域即便缺乏專法的保障，其使用區位仍可透過「修正全國區域計畫」之指導，在區域計畫法之子法「非都市土地使用管制規則」中擬定出適當管制規則，以符合並保障原住民族的特殊使用需求。

再者，「修正全國區域計畫」另提出「特定區域規劃」，其計畫原則為：

「鑑於當前流域、重要水庫集水區、海岸、離島、海域區、嚴重地層下陷地區或原住民族土地等地區，因具有地理環境或特殊性，其土地使用方式有別於其他土地，且其空間大多跨越數個直轄市、縣(市)空間範圍，爰有必要針對該類型土地以整體性觀點進行考量。是以，內政部得會商目的事業主管機關擬定各類型特定區域計畫，考量目的事業主管機關需求，研訂土地利用基本原則，納入本計畫。」(p.234)

承上所述，海域區及原住民族土地皆屬特定區域規劃之計畫適用範疇，其土地使用具有地理環境與行為模式之特殊性，得會商各目的事業機關擬定特定區域計畫，原住民族海域之屬性契合特定區域計畫標的，因而具有獨立發展一套「原住民族海域」特定區域計畫的可能性。

綜言之，「修正全國區域計畫」涉及原住民族海域的具體權利事項包含：納入海域區區位使用之法定保障(空間使用權)、原住民族海域之使用管理將另研擬管制規則(專用管制規則)、原住民族海域可為特定區域計畫發展標的(專屬的法定計畫)。

## (二) 國土計畫法與「全國國土計畫」(2018)

2016年1月6日公告實施的國土計畫法及2018年4月30日公告實施之「全國國土計畫」，針對原住民族海域權利事項大致延續區域計畫法與「修正全國區域計畫」的立意，主要內容可分兩部分：一、國土計畫法保留了區域計畫法中海域區的使用區位設計，另將海域區提升為國土四大功能分區之一的「海洋資源地區」，對原住民族海域之區位使用權利提供法律保障。其定義為：

第二十條、「海洋資源地區：依據內水與領海之現況及未來發展需要，就海洋資源保育利用、原住民族傳統使用、特殊用途及其他使用等加以劃設，並按用海需求，予以分類：（一）第一類：使用性質具排他性之地區。（二）第二類：使用性質具相容性之地區。（三）其他必要之分類。」

第二部分，國土計畫法對於原住民族土地與海域之計畫事項中明列多項法律指導原則，包含：

第六條第九款：「國土規劃涉及原住民族之土地，應尊重及保存其傳統文化、領域及智慧，並建立互利共榮機制。」

第十一條：「前項全國國土計畫中特定區域之內容，如涉及原住民族土地及海域者，應依原住民族基本法第二十一條規定辦理，並由中央主管機關會同中央原住民族主管機關擬訂。」

第二十條：「海洋資源地區：依據內水與領海之現況及未來發展需要，就海洋資源保育利用、原住民族傳統使用、特殊用途及其他使用等加以劃設，並按用海需求，予以分類：（一）第一類：使用性質具排他性之地區。（二）第二類：使用性質具相容性之地區。（三）其他必要之分類。」

國土計畫法第二十三條：「前項規則中涉及原住民族土地及海域之使用管制者，應依原住民族基本法第二十一條規定辦理，並由中央主管機關會同中央原住民族主管機關訂定。」

國土計畫法第三十六條：「國土復育促進地區經劃定者，應以保育和禁止開發行為及設施之設置為原則，並由劃定機關擬訂復育計畫，報請中央目的事業主管機關核定後實施。如涉及原住民族土地，劃定機關應邀請原住民族部落參與計畫之擬定、執行與管理。」

意即，國土計畫相關範疇如涉原住民族土地海域，具有尊重原住民族傳統文化、準用原基法第二十一條諮商取得同意程序、保障海域區位使用權利、另定原住民族土地海域使用管制規則、參與擬定國土復育計畫等五大重要的指導原則。相較於區域計畫法之「修正全國區域計畫」內容，國土計畫法對於原住民族海域具備更多權利事項界定，對原住民族海域權利發展具備更多積極性的權利保障設計。

### (三) 小結

從本文對原住民族海域所涉的兩大法規體系彙整可知(表一)，目前原住民族基本法與原住民族土地及海域法(草案)對於原住民族海域之具體權利事項仍顯不足或未具法律效力，因此現階段實務上較難透過原基法體系對原住民除海域使用進行具體保障；相較之下，近年來區域計畫法與國土計畫法體系逐步納入對原住民族海域之區位使用與行為管制措施，具體提升了原住民海域的權利保障，使原住民海域權利在於原基法體系尚未完成的階段中具備一定程度之保障。

表一、原住民族海域權利之法律現況

項目		公告時間	權利事項
原住民族基本法與原住民族土地及海域法(草案)體系	原住民族基本法	2006年	未敘明
	原住民族土地及海域法(草案)	未立法	* 進行非營利性傳統採集、漁撈或祭典活動 * 準用原基法第21條諮詢及取得同意辦法
區域計畫法與國土計畫法體系	區域計畫法與「修正全國區域計畫」	修正全國區域計畫(2017)	* 保障原住民海域之空間使用權 * 另定專用管制規則 * 可為專屬的法定計畫(特定區域計畫)
	國土計畫法與「全國國土計畫」	國土計畫法(2016) 全國國土計畫(2018)	* 準用原基法第21條諮詢及取得同意辦法 * 保障原住民海域空間使用權 * 另定專用管制規則 * 參與擬定國土復育計畫

## 參、海域區對原住民族海域權利之影響

國土計畫法在2016年1月6日公告實施之際，雖然原住民族土地及海域法尚未立法完成，然國土計畫法中已將原基法中對於原住民族土地海域權利的部分要項列入其中，使國土計畫法之實施多半已符合原基法之法定規範。此外，國土計畫法中對原住民族海域權利延續了「修正全國區域計畫」中的海域區管制機制，此管制機制乃是國土計畫法中原住民族海域權利的基礎框架，其主要內涵為海域區的容許使用、區位許可與重疊管制機制。

### 一、海域區的容許使用

在「修正全國區域計畫」中，我國海域之土地使用管制係在既有的容許使用項目下，增加海域區位許可機制，以及區位重疊時的管制機制。所謂海域區容許使用，係指非都市土地使用管制中海域用地(2013年10月23日新增)的九種容許使用項目，分別是：漁業資源利用、非生物資源利用、海洋觀光遊憩、港埠航運、工程相關使用、海洋科研利用、環境廢棄物排放或處理、軍事及防救災相關使用、原住民族傳統海域使用等九種使用項目。意即在海域用地範圍下，僅允許上述九大類別使用行為出現，此九大類利用行為則各依其目的事業法之規範進行管制，海域用地則針對此九大類之使用區位進行相應的

管制。

## 二、海域區的區位許可

海域區域的區位許可係指海域用地容許的九種使用項目中，另針對使用細項進行之使用區位申請管制機制（表二）。意即在九種使用行為中，需另外針對個別使用細項提出該行為使用之海域空間區位，針對該區位進行使用許可之申請，以及目的事業機關之許可申請（部分細項免經申請），申請通過後始得於該海域空間合法使用。透過區位許可機制，目前已取得許可的海域區位包含：漁業資源利用、非生物資源利用、海洋觀光遊憩、港埠航運、工程相關使用、環境廢棄物排放或處理、軍事及防救災相關使用、原住民族傳統海域使用等八類別，僅海洋科研利用未有申請案例出現，其個別區位空間範圍如圖 1 表示。

圖中顯示了八種海域使用區位範圍，由於海域空間具備空間重疊之相容使用特性，因此上述八種使用區位將會有相互交疊的情況出現，是故發展出海域的重疊管制機制。

表二 海域用地容許使用項目及區位許可使用細目表

容許使用項目	許可使用細目	
	免經申請區位許可	需申請區位許可目的事業機關許可
(一) 漁業資源利用	1.漁撈範圍	
		2.漁業權範圍
		3.漁業設施設置範圍
(二) 非生物資源利用		1.潮汐發電設施範圍
		2.風力發電設施範圍
		3.海洋溫差發電設施範圍
		4.波浪發電設施範圍
		5.海流發電設施範圍
		6.土石採取設施範圍
		7.採礦相關設施範圍
		8.深層海水資源利用設施範圍
		9.海水淡化設施範圍
(三) 海洋觀光遊憩	1.非機械動力器具水域遊憩活動範圍	
		2.水域遊憩活動範圍
		3.水上平台設置範圍
(四) 港埠航運	1.船舶無害通過範圍	
		2.航道及疏濬工程範圍
		3.錨地範圍
		4.港區範圍

(五) 工程相關使用	1.海底電纜管道設置範圍
	2.海堤區域範圍
	3.資料浮標站設置範圍
	4.海上觀測設施及儀器設置範圍
	5.底碇式觀測儀器範圍
	6.海底石油採礦設施範圍
	7.跨海橋梁範圍
	8.其他工程範圍
(六) 海洋科研利用	海洋科學與水下文化資產研究活動 設施設置範圍
(七) 環境廢棄物排放或處理	1.排洩範圍
	2.海洋棄置指定海域範圍
(八) 軍事及防救災相關使用	1.軍事相關設施設置範圍
	2.防災相關設施設置範圍
(九) 原住民族傳統海域使用	原住民族傳統海域使用範圍

(引自：非都市土地使用規則(2018年8月14日修正)，附表一之一)

<p>一、漁業資源利用範圍</p>	<p>二、非生物資源利用範圍</p>	<p>三、海洋觀光遊憩範圍</p>

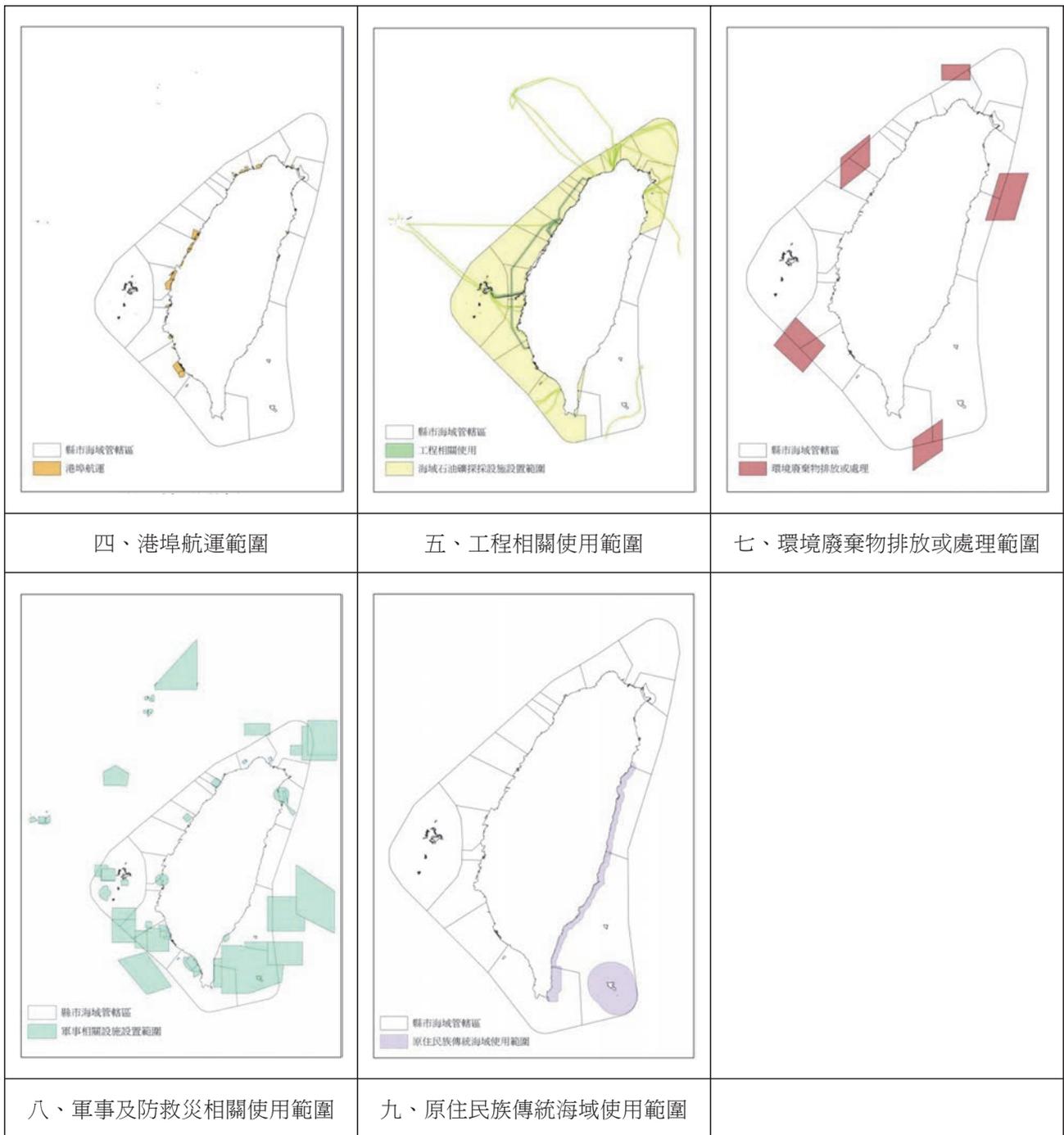


圖 1、海域區現有之使用區位（引自：營建署，2017，p.68-76）

### 三、海域區的重疊管制機制

在既有的八種海域區位範圍具有重疊使用之特定，而在區域計畫法與國土計畫法的框架下，海域區的重疊管制係依照該使用行為之「空間排他程度」進行界定，而此一排他程度係以區位行為產生的「設施排他性」作為主要考量（如工程行為之設施設置），當某一海域區位行為具有強烈排他性時，則該海

域區位則可能歸屬於該行為的獨佔使用；反之，若一海域區位行為得以允許其他行為在同一海域空間內相容存在時，則該海域區位則有可能歸屬相容使用，九種海域行為區位之競合關係呈現如表三。

表三 海域區不同使用之競合分析

	漁業資源利用	非生物資源利用	海洋觀光遊憩	港埠航運	工程相關使用	海洋科研利用	環境廢棄物排放	軍事及防災	原住民族傳統使用
漁業資源利用	○	×	△	×	△	△	×	△	○
非生物資源利用	×	○	△	×	△	△	○	×	△
海洋觀光遊憩	△	△	○	×	△	○	×	△	△
港埠航運	×	×	×	○	△	△	×	○	×
工程相關使用	△	△	△	△	○	△	○	×	△
海洋科研利用	△	△	○	△	△	○	△	△	○
環境廢棄物排放	×	○	×	×	○	△	○	○	×
軍事及防災	△	×	△	○	×	△	○	○	△
原住民族傳統使用	○	△	△	△	△	○	△	△	○

：○相容 △部分排他 X完全排他

(引自：營建署，2017，p.120)

從表三不同區位使用行為之競合分析可發現，當原住民族傳統海域的使用區位與其他八項行為的區位產生重疊時，在漁業資源利用與海洋科研利用兩項屬於完全相容使用，此表示原住民族傳統海域區位範圍內無法排除漁業資源利用與海洋科研利用之合法使用；另外六項非生物資源利用、海洋觀光遊憩、港埠航運、工程相關使用、環境廢棄物排放或處理與軍事及防救災相關使用，則與原住民族傳統海域產生部分排他性（部分不相容），且是以具有設施設置者（如工程）排除無設施設置使用（原住民族傳統海域），因此當原住民族傳統海域與其他海域行為區位產生重疊時，原住民族傳統海域範圍可能受到部分的排除使用，且原住民族傳統海域範圍完全相容於漁業資源利用與海洋科研利用，如此之重疊管制機制對原住民族傳統海域設置恐將無法具有具體之使用保障，而國土計畫法之海洋資源區係延續著始一脈絡，將原住民族海域給予海域空間的分類管制。

## 肆、國土計畫法、海洋資源區框架與原住民族海域權利之競合

### 一、海洋資源區分區分類框架

全國國土計畫於 2018 年 4 月 30 日公告實施，原有區域計畫法中的海域區在未來將改為海洋資源區分類，在公告實施版本中，海洋資源區項下包含了五種細項類別（表四），分述如下：

#### （一）海洋 1-1 類

為依照其他目的事業法律所劃設之各類海洋保護（保留、保育區），其免經申請區位許可即生效，經營管理辦法依照各自目的事業法規。此類的區位範圍中，若遇有原住民傳統海域範圍，原住民族得申請使用，然其使用之行為規範仍須依照目的事業法之規範。例如：依照漁業法劃設之漁類資源保護區若與原住民族傳統海域重疊時，原住民族主管機關得申請該重疊空間之使用，惟使用行為（如漁撈）仍需依照漁業法對此漁業資源保護區之法律規範，國土計畫法僅可針對空間區位進行管制，行為管制非屬國土計畫法之法定權限。

#### （二）海洋 1-2 類

主要指使用性質具排他性之區位，於核准使用特定海域範圍設置人為設施，管制人員、船舶或其通行為進入獲通過使用。其使用類別包含漁業資源利用、非生物資源利用、海洋觀光遊憩、港埠航運、工程相關使用、海洋科研利用、軍事及防救災相關使用等。換言之，海洋 1-2 類若與原住民族海域產稱生重疊使用時，原住民族海域將可能受其排除無法使用。

#### （三）海洋 1-3 類

本類別係指用於未來國家重大建設計畫預留發展之預留發展區位，其使用需設置人為設施且具有排他性。若此區位與原住民族傳統海域範圍重疊時，仍屬具有強烈排他性，原住民族海域可能受到排除使用。

#### （四）海洋第二類

海洋第二類是指使用性質具有相容性之地區，且在核准的使用範圍內未設置人為設施，並且維持既有的相容使用，其使用類別包含漁業資源利用、非生物資源利用、海洋觀光遊憩、港埠航運、工程相關使用、海洋科研利用、環境廢棄物排放或處理、軍事及防救災相關使用及原住民族傳統海域使用。此類別中的各項使用行為，除違反經許可之有條件相容原則，對於其他依法使用之非排他性用海活動不得限制，換言之，漁業資源利用等八項行為區位不得限制原住民族傳統海域之重疊使用，而原住民族傳統海域區位亦不得限制漁業資源利用等八項區位的重疊使用，彼此完全相容使用。

#### （五）海洋第三類

此類別係指未規劃的海域範圍，須維持其自然狀態與環境容受力。

表四 海洋資源區分類與土地使用指導

類別		土地使用指導事項
第一類	1-1	(1) 係供維護海域生態環境、自然與人文資源，依其他法律於海域劃設之各類保護（育、留）區時，依本法第 23 條所訂定之土地使用管制規則，採「免經申請同意使用」，至其經營管理均依其法律規定辦理。 (2) 為達保育、保護及保存目的，並避免破壞保護標的，嚴格管制範圍內之使用申請。 (3) 漁業資源利用、海洋觀光遊憩、港埠航運、海洋科研利用、軍事及防救災相關使用及原住民族傳統海域使用等設施等，得申請使用。 (4) 一定規模以下之資料浮標站、海上觀測設施及儀器、底碇式觀測儀器之設置範圍等，得申請使用。
	1-2	(1) 新申請案件以不得干擾既有設施主要用途之正常運作為原則。漁業資源利用、非生物資源利用、海洋觀光遊憩、港埠航運、工程相關使用、海洋科研利用、軍事及防救災相關使用等，得申請使用。 (2) 因開發行為致造成海岸或海域災害之虞者，申請人須研訂防護對策，並定期實施調查監測，適時檢驗或修正防護措施。 (3) 為確保設施安全，須研訂因應氣候變遷引發海平面上升或極端氣候之調適策略，並確實執行。 (4) 為確保航行安全，施工及營運階段，均應考量設置警示裝置，並依航運主管機關之通報規定辦理。
	1-3	(1) 屬經行政院或中央目的事業主管機關會商相關機關核定重大建設計畫之預留發展區位，於依本法完成使用許可程序前，如該海域有其他經核准之使用，仍得依該核准使用計畫管制。 (2) 新申請案以供原規劃之重大建設計畫為限。依本法完成使用許可程序後，於下次通盤檢討時檢討變更為適當之分類。但分類尚未配合調整前，依使用許可計畫管制。 (3) 直轄市、縣（市）主管機關於辦理各該直轄市、縣（市）國土計畫通盤檢討作業時，應檢視前開重大建設計畫之開發情形，如未於實施期限內辦理開發且經評估無須繼續保留者，應檢討變更為其他適當之分類。
第二類	1. 新申請案件以能繼續維持原分類之相容性使用為原則。 2. 漁業資源利用、非生物資源利用、海洋觀光遊憩、港埠航運、工程相關使用、海洋科研利用、環境廢棄物排放或處理、軍事及防救災相關使用及原住民族傳統海域使用等，得申請使用。 3. 除違反經許可之有條件相容原則，對於其他依法使用之非排他性用海活動不得限制。	
第三類	尚未規劃或使用之海域，按海洋資源特性以維持其自然狀態及環境容受力為原則。除為劃設保護（育、留）區、漁撈、非動力機械器具之水域遊憩活動、船舶無害通過等行為得逕為使用，並得供相容性質之使用，惟仍應依本法第 23 條或第 24 條規定辦理。	

（引自：營建署，2018，全國國土計畫，p.77-78）

## 二、海洋資源區中的原住民傳統海域課題

在國土計畫法海洋資源區的分類框架下，結合既有區域計畫法中海域區的區位管制機制，原住民族傳統海域使用在以下分類中可能遇到重要課題如下：

### （一）海洋 1-1 類

海洋 1-1 類係以為海洋保護區為劃設條件，當原住民族傳統海域與海洋 1-1 類重疊時，雖然得以透過國土計畫法申請重疊原住民族傳統海域範圍之使用許可，然而其使用行為的核可仍須回歸到該保護區的目的事業法規範。舉例而言，依漁業法設置的漁業資源保護區（海洋 1-1 類）與原住民族傳統海域重疊時，依國土計畫法規定可申請該重疊區域之使用許可，然而此一核可並不代表原住民族傳統海域的使用行為獲得許可，當使用行為為漁撈時，恐將與該區位的目的事業法（漁業法）牴觸而無法核可；又該行為為傳統文化祭儀時，則較可能未牴觸目的事業法（漁業法）之規範而獲得核可。因此，海洋 1-1 類雖允許原住民族傳統海域使用，然其使用行為仍然是以目的事業法的規範為依歸，對於原住民族海域權利仍未具有明確的適用保障。

### （二）海洋 1-2 類、1-3 類

在具有排他性的海洋 1-2 類以及未來國家重大建設計畫的海洋 1-3 類中，原住民族傳統海域與其重疊之區位依法將受到排除，依照國土計畫法二十三條「國土功能分區中涉及原住民族土地及海域之使用管制者，應依原住民族基本法第二十一條規定辦理，並由中央主管機關會同中央原住民族主管機關訂定。」換言之，如原住民族傳統海域範圍因與海洋 1-2 類重疊而遭排除使用時，應遵循原基法第二十一條機制辦理諮商取得同意程序。

### （三）海洋第二類

海洋第二類為彼此相容使用區位，是故當原住民族傳統海域與漁業資源利用等其他八項區位重疊時，依法可進入使用，同時其他八項行為依法也可進入與原住民族傳統海域的重疊範圍內使用。此一情境對原住民族傳統海域的關鍵課題在於國土計畫法的區位相容，將產生目的事業法中的實質排他。

例如：漁業資源利用範圍與原住民族傳統海域具有大範圍的空間重疊（圖 2），二者在國土計畫法中彼此為區位相容使用，然而此一相容使用之架構忽略了此二者的使用行為乃據有高度同質性，以至於在當有在重疊範圍內從事漁撈活動時，國土法保障了既有的商業漁業權，亦同時保障了原住民傳統漁撈使用，然而除了國土法之外，漁撈行為法定權限係來自於該行為之目的事業法規範，即漁業法。在此情形下，商業漁業權具有漁業法之法律授權與保障，得以禁止非屬該漁業權者進入此區域漁撈，在此之際，原住民族漁撈則無漁業法的具體保障（即專用漁權），雖仍可進入該範圍從事非營利之漁撈活動，但實質上在商業漁撈與非營利漁撈的競爭之下，區位相容的結果在實務上將產生目的事業行為上的實質排他，即漁業資源受商業漁權與漁撈排擠，使原住民族失去漁業資源使用空間。

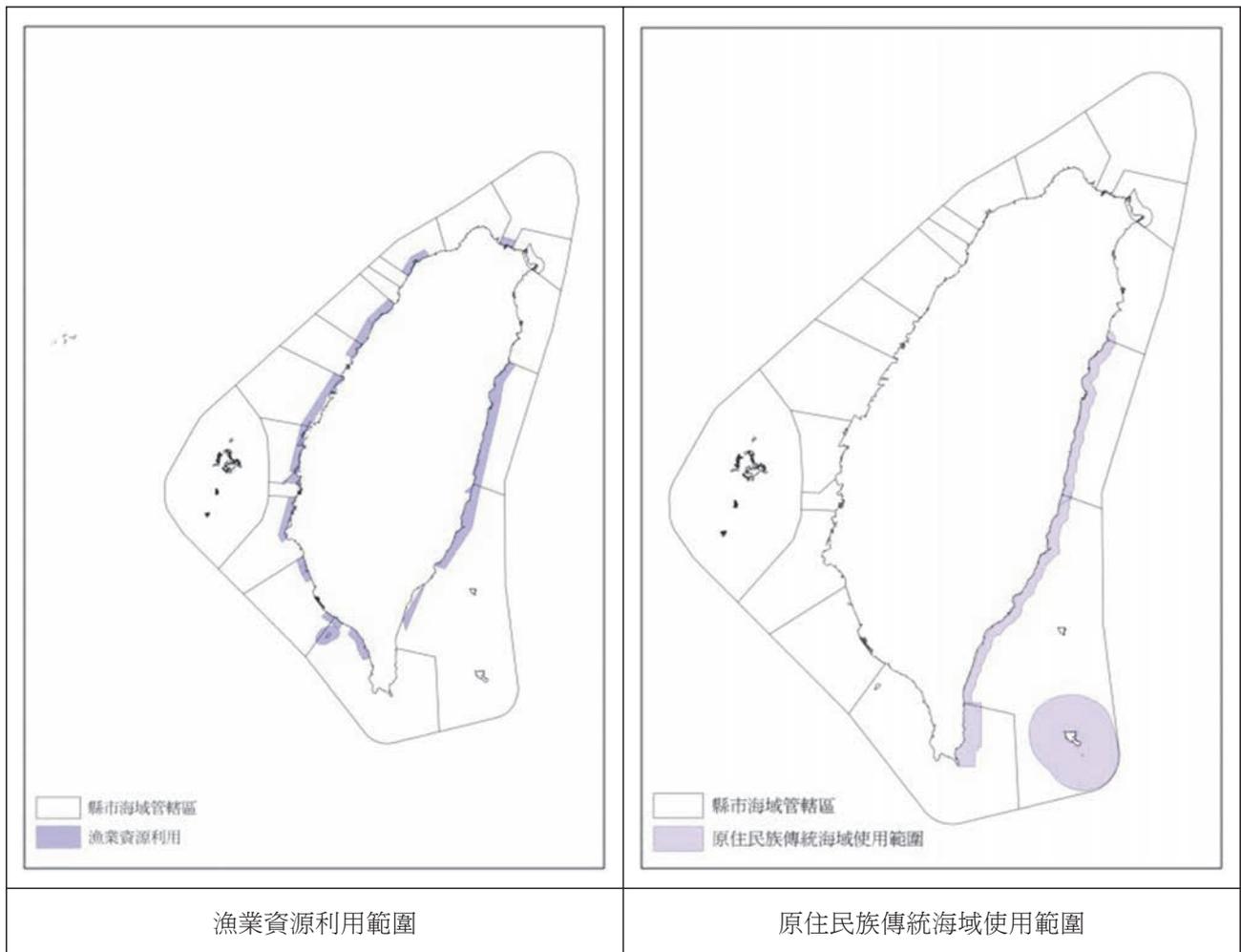


圖 2 漁業資源利用與原住民族傳統海域（引自：營建署，2017，p.68、p.76）

### 三、國土計畫法中非屬海洋資源區的原住民傳統海域課題

國土計畫法中除了海洋資源區以外，尚有國土保育區第三類與原住民族海域有關。國土保育區第三類係為實施國家公園計畫之地區，在我國國家公園計畫範圍中，墾丁國家公園是唯一與原住民族傳統海域重疊之國家公園，當國土保育區第三類（國家公園計畫範圍）與海洋資源區第二類（原住民族傳統海域）產生空間區位重疊時，全國國土計畫並未給予明確而完整之指導做法，雖國土計畫法第二十三條第二項指出，「但屬實施都市計畫或國家公園計畫者，仍依都市計畫法、國家公園法及其相關法規實施管制。」表示國家公園重疊之原住民族海域將持續依照國家公園計畫進行管制，然而在國土計畫法第二十三條第三項「前項國土功能分區規則中涉及原住民族土地及海域之使用管制者，應依原住民族基本法第二十一條規定辦理，並由中央主管機關會同中央原住民族主管機關訂定。」因此，墾丁國家公園之海域範圍與原住民族傳統海域重疊之處，仍應採原住民族基本法第二十一條辦理諮商取得同意程序，對該重疊區域進行區位管理之指導，以符合國土計畫法第六條第九項所稱「國土規劃涉及原住民族之土地，應尊

重及保存其傳統文化、領域及智慧，並建立互利共榮機制。」

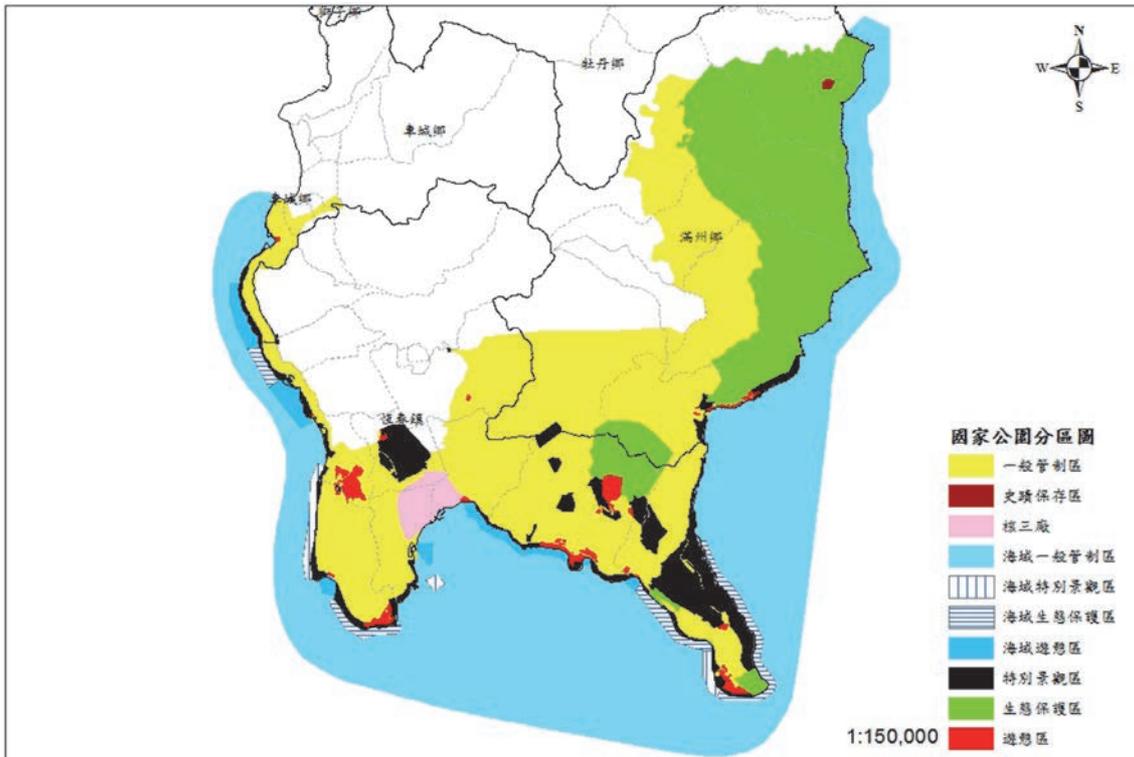


圖 2 墾丁國家公園分區圖（本研究繪）

## 伍、結 語

原住民族海域權利之發展源自於原住民族基本法之宗旨並有待原住民族土地及海域法之立法保障，然而在客觀政治條件未如預期發展期況下，區域計畫法及國土計畫法反而在原住民族土地及海域法尚未立法之際，將原住民族傳統海域的部分內涵納入該法的法定執行計畫之中（修正全國區域計畫、全國國土計畫），使得原住民族傳統海域權利的空間權利內涵獲得了空間計畫法規的支持與保障，除了保有原基法之法定程序保障外，另增加了空間使用權與空間規劃權等類別；然而原住民族傳統海域另一重要內涵「資源權利」依舊面臨目的事業法規的排擠，使得原住民族海域資源權利在國土計畫法列為彼此相容，但在目的事業法中卻是實質互斥，此一問題的根本原因係因原住民族海域在本質上缺乏目的事業法，無法明確定義原住民族海域之行為範疇與法律保障事項，因此原住民族海域權利面臨著必須至各目的事業法中尋求合法解釋與行為保障，例如透過漁業法建置原住民族專用漁權即是，而國土計畫法亦只是保障了原住民族海域權利中的「空間權利（空間使用權、空間規劃權）」，同樣無法解決原住民族海域缺乏目的事業法的根本問題。

因此在國土計畫法的設計下，原住民族海域仍面臨著多處的法規競合（如目的事業法排擠）與制度排擠（如國家公園計畫），雖然國土計畫法與全國國土計畫肯認原住民傳統海域使用，但其終究僅能達到原住民族海域的「空間權利」層次，對於資源權利（自然資源權、經濟權）與更進一步的領土主權

（所有權、自治權）而言仍相距甚遠。綜上，本文認為原住民族土地及海域法才屬原住民族海域權利發展之根本基礎，透過該法立法盤整原住民族土地/海域權利涉及之各式目的事業法規，同步推動修正為彼此相互和諧之法律規範，才可具體落實原住民族海域權利組成，亦可解決當前國土計畫法中產生的排擠與落差。

## 參考文獻

- 施正鋒，2012，原住民族主權與國家主權，花蓮：台灣原住民族研究學會。
- 官大偉，2011，國土計畫、原住民族自治與原住民除土地權之落實，台灣原住民族研究學報，1 (3)：頁 123-143。
- 顏愛靜、楊國柱，2004，原住民族土地制度與經濟發展，台北：稻香出版社。
- 墾丁國家公園管理處，2011，墾丁國家公園計畫（第三次通盤檢討）。
- 內政部，2018，全國國土計畫。
- 內政部，2017，修正全國區域計畫。
- 內政部營建署，2017，非都市土地海域區區位許可機制探討計畫總結報告書，受託單位：中華民國海洋即水下技術協會。
- 非都市土地使用管制規則（2018年8月14日修正），<https://www.land.moi.gov.tw/law/pda/mainframe.asp?LCID=196&lawname=%ABD%B3%A3%A5%AB%A4g%A6a%A8%CF%A5%CE%BA%DE%A8%EE%B3W%ABh&lcmod=%A4%A4%B5%D8%A5%C1%B0%EA103%A62%A4%EB31%A4%E9%A4%BA%B1C2%A4%A4%BF%EC%A6a%A6r%B2%C41031303711%B8%B9%A5O%AD%D7%A5%BF>
- 國土計畫法（2016年1月6日公告），<https://www.cpami.gov.tw/%E6%9C%80%E6%96%B0%E6%B6%88%E6%81%AF/%E6%B3%95%E8%A6%8F%E5%85%AC%E5%91%8A/19499-%E5%9C%8B%E5%9C%9F%E8%A8%88%E7%95%AB%E6%B3%95.html>
- 原住民族基本法（2018年6月20日修正），<https://law.apc.gov.tw/LawContent.aspx?id=FL034022>
- 原住民族土地即海域法（草案）（2015年6月11日行政院第3452次院會通過），<https://www.lawbank.com.tw/news/NewsContent.aspx?nid=130246.00>



# 文化習慣在刑事判決中的角色

吳吉村\*

## 目次

壹、前言	(二) 阿力力案
貳、臺灣原住民習慣文化與國家法律之衝突_以狩獵文化為例	二、可罰違法性與文化習慣之衡量_以司馬庫斯竊取檫木案為例
參、文化習慣在當今刑事審判中的地位	三、違法性認識與文化習慣之規範_以花蓮高分院於 104 年度原上易字第 27 號判決為例
一、構成要件該當性與文化習慣之解釋	肆、結論
一以臺東縣布農族人王光祿案及阿力力案為例	
(一) 臺東縣布農族人王光祿案	

## 摘要

我國刑法典繼受近代西方法制及法學思潮，在法律制訂的過程中難免未考量非屬於主流文化的少數民族生活實情，進而可能忽視原住民的傳統文化及族群特色。習慣法是一種從一般「法律確信」經久形成，而由法官在審判中加以確認的不成文法。然而在刑事法方面，受限於「罪刑法定」原則的影響，認為犯罪及刑罰的判斷基礎，應以刑事成文法為原則，習慣應受排除，加上司法實務向來較少考慮倫理的、政治的、經濟的、社會的實質正義原則，同時亦儘量排除宗教、民俗、文化、道德、情感等因素。本文將探討法律作為一種社會實踐及控制的工具，是否也必須思考可否運用刑法解釋的方法來認定文化習慣的存在有其實質應用的一面。

**關鍵字：**習慣法、文化習慣、構成要件該當性、可罰違法性、違法性認識、罪刑法定、原住民、野生動物保育法、森林法、文化資產保存法、原住民族基本法

## 壹、前言

我國刑法典繼受近代西方法制及法學思潮，而根據主流漢民族重視個人在傳統倫理秩序中定位的延

\* 東吳大學法律學系碩士，台灣高鐵列車駕駛督導

續，我們一方面重視西方法制所強調的個人利益保護，處罰殺害個人、侵害他人自由、財產的犯罪行為，但同時又強調保護漢人具有的倫理色彩、教親倫理與祭儀風俗。因此，在法律制訂的過程中難免未考量非屬於主流文化的少數民族生活實情，進而可能忽視原住民的傳統文化及族群特色<sup>1</sup>。

習慣法是一種從一般「法律確信」經久形成，而由法官在審判中加以確認的不成文法。我國民法第1條「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理」，說明在民事法領域，習慣法僅次於法律，為第二順位的法源。然而在刑事法方面，受限於「罪刑法定」原則的影響，認為犯罪及刑罰的判斷基礎，應以刑事成文法為原則，習慣應受排除，加上司法實務向來認為審判運作是依據法律條文，對法律事實作出形式邏輯論證的適用，而較少考慮倫理的、政治的、經濟的、社會的實質正義原則，同時亦儘量排除宗教、民俗、文化、道德、情感等因素<sup>2</sup>。

但值得思考的是，法律作為一種社會實踐及控制的工具，當然也必須思考涉及原住民的法律議題，文化習慣雖然無法作為刑事審判的直接法源，但在法官審理犯罪事實的過程中，是否可以運用刑法解釋的方法來認定文化習慣的存在有其實質應用的一面？尤其，文化習慣對於構成要件的解釋，或對於有利於行為人的阻卻違法或阻卻責任事由的認定，是否也具有補充法律的效能<sup>3</sup>？本文擬從過往幾個有關原住民的判決中，嘗試找出文化習慣在我國刑事判決中的角色。

## 貳、臺灣原住民習慣文化與國家法律之衝突－以狩獵文化為例

在1994年中華民國憲法第三次增修以前，臺灣原住民族始終都是作為以強勢社群為組成主體的國家所界說的對象，從15、16世紀文獻記載中的夷、番，延伸至17、18世紀以漢族中心主義區分生番、化番、熟番；19世紀日本占領臺灣、啟動現代化殖民體制，則接續區分為生番、熟番、平埔番；戰後國民政府抵臺，為迴避「原住民族」所得據以主張與適用的民族政策，以「山胞」之名降低民族性質，僅將其視為經濟上或居住地域上弱勢偏遠之一群國民。簡言之，不同時期統治者所建立的法律制度，不斷的將原住民族受制於由其所決定的規制，甚至藉由法律理性主義的論證過程，否定原住民族的主權地位與固有權力<sup>4</sup>。進而造成原住民在依循傳統文化習慣與遵守國家法律之間的衝突與矛盾。

以臺灣原住民族的狩獵文化為例，此文化已存在數個世代，除了滿足原住民日常生活之所需外，其狩獵文化，也與宗教信仰、歲時祭儀、生命禮俗產生密切的關係。對原住民而言狩獵不只是單純滿足生活所需而已，亦是重要的社會規範。原住民透過對這些獵場等制度的參與和認同，形成其特有的環境倫理與生活秩序。因此，狩獵對原住民族而言，所代表的不僅是物質生活的所需，亦包括尊敬自然與畏懼自然的態度、學習與自然生態和諧相處等精神層面的意義。

1 許恒達，原住民族文化與刑事責任：再探司馬庫斯案，原住民族法學研究室，2016年4月號主題論文。  
(<http://tipslaw.dscloud.me/wordpress/%E6%AF%8F%E6%9C%88%E4%B8%BB%E9%A1%8C%E8%AB%96%E6%96%87/2016%E5%B9%B4%E5%9B%9B%E6%9C%88%E8%99%9F%E4%B8%BB%E9%A1%8C%E8%AB%96%E6%96%87/> 最後瀏覽日為2018/10/28)

2 黃源盛，習慣在刑事審判中的運用-以台灣原住民舊慣為例，法務部廖正豪前部長七秩華誕祝壽論文集-刑法卷，2016年7月，第2頁

3 同註2。

4 蔡志偉 (Awi Mona)，國家道歉與原住民族歷史正義，《法律扶助期刊》第51期，2016年7月，第4頁。

臺灣近年來環保及保育意識的抬頭，為保護自然生態環境中野生動物的棲息地及野生動物的生存，相關的法律如《野生動物保育法》、《森林法》相繼制訂。然而臺灣原住民族固有的狩獵習慣和這些法律卻多有抵觸，頓時相關的議題成為社會大眾議論紛紛的焦點，從而將原住民族的狩獵問題提升為法律問題。

綜觀過往的歷史，原住民經常在相對沒有權勢、政經背景的情況下，被迫的接受來自國家所訂立的法律，如 1932 年以保護野生動物資源為由的《狩獵法》<sup>5</sup>、1972 年內政部所宣佈的「全面禁獵政策」、1972 年公布的《國家公園法》、1982 年公布的《文化資產保存法》、1989 年公布的《野生動物保育法》等，其中各以不同程度的條文禁止原住民獵捕或宰殺野生動物。至此，原住民族的狩獵行為已成違法行為，原住民族的狩獵文化也因而受到嚴重的誤解扭曲。

然而，原住民族的狩獵行為並沒有因為禁止法規的頒訂而消失，原住民族狩獵所生的刑事案件不斷發生。承如前言，1990 年代以前，臺灣的刑事法多以主流的漢人價值觀為立法依據，因此，從法律的制訂乃至法律的解釋，均少見有針對原住民犯罪人行為作特別的例外規定。從原住民自製或持有獵槍、採取森林產物或獵殺保育類野生動物等行為，在司法審判的過程中，多是把原住民犯罪人視同一般人犯罪，也就是認定原住民的種種行為是侵害社會治安、威脅生態環境與破壞森林資源，而給予刑罰上的追訴。這種情況一直延續到 1990 年代憲法增修條文，政府承認原住民族文化的特殊性，其中與原住民族文化傳統之特殊性有關的犯罪行為，如「持槍」、「獵捕野生動物」等，皆在立法政策上逐步除罪化，或改以行政管制來取代嚴厲的刑罰措施。但何以近年來，各地法院還是時常發生類似的案例。這些犯罪事件的出現，究竟是立法規定有所疏漏？還是立法者有意限縮除罪化的範圍？而參考大多數的判決可發現，類似案件最終只在量刑部分納入考慮，所能考慮之範圍有限，且本質上還是認為該行為是一個不法行為，這對社會大眾的宣示，仍存有對於原住民文化習慣的誤解與偏見。

### 參、文化習慣在當今刑事審判中的地位

我國刑法實務判決上大多依循三階層理論<sup>6</sup>來進行，所有犯罪行為在認定的過程中都必須符合構成要件該當性、違法性及有責性等三大要件，而這三大要件，基本上建立在不法（實現不容許的法益侵害）／罪責（個人期待可能性）的區辨關係上，更精確地說，構成要件階層用以決定行為人是否原則性地實現法益侵害，違法性階層考量侵害法益行為有無例外合法事由，而有責性階層則實質地觀察行為人有無迴避法益侵害的能力，這樣的區別關係通常適用於一般犯罪審查過程<sup>7</sup>。

#### 一、構成要件該當性與文化習慣之解釋—以臺東縣布農族人王光祿案及阿力力案為例

我國係採成文法典的國家，因此，法律具有兩種特色，（一）必需利用有限的法條來處理千百萬種的紛爭，但法律條文有限，若要以有限的法條，來規範無窮的人事，勢必力有未逮<sup>8</sup>。而綜覽中外古今

<sup>5</sup> 《狩獵法》於 1932 年 12 月 28 日公布全文 19 條，並於 1989 年 6 月 23 日公布廢止全文 19 條。

<sup>6</sup> 我國學理有關三階層理論的看法，參見林山田，《刑法通論（上）》，10 版，2008 年，頁 181-189。

<sup>7</sup> 同註 2。

的法制歷史，凡是採「法典本位」的國家或社會，法律的條文時而曖昧難明，時而概括抽象，甚至有所缺漏，此時，必須要靠法律闡釋才能明其真義。（二）法律適用的精神在對法條的解釋，即透過「解釋」的過程來闡明法條真正的涵意。在學理上，關於法院解釋法律的方法，不外三種：第一，從文字上去決定律文的意義；第二，從立法者的意旨去決定律文的意義；第三，從社會現實的需要上去決定律文應作如何解釋<sup>9</sup>。

就我國的刑法而言，受限於「罪刑法定」的原則，文化習慣在形式上雖不得作為刑事審判的直接法源，但綜觀刑法，在對於構成要件與違法的認定，依習慣而決定者，仍有其例，如刑法第 15 條有關不純正不作為犯的防止結果發生義務，其中有所謂「基於習慣上特定密切生活關係所生之義務」，有時須依習慣加以認定<sup>10</sup>。理想上，法律的解釋應該是靈活的，更應以參考當代現實的方式進行解釋，因此，贅在認定犯罪事實及解釋法律方面，習慣應仍得作為輔助資料，讓法律得以多元的觀點進行的解釋，以便少數族群的原住民文化得到應有的尊重，以落實憲法所要彰顯的價值理念<sup>11</sup>。

### （一）臺東縣布農族人王光祿案<sup>12</sup>：

本案係臺東布農族原住民王光祿，於 2013 年在臺東縣海端鄉部落林班地河川旁，拾獲一枝具有瞄準鏡的土造長槍和幾顆子彈，並在 8 月 24 日晚上持槍獵殺保育類的山羌及長鬃山羊各一隻，供年邁的母親食用，事後被依《槍砲彈藥刀械管制條例》及《野生動物保育法》判處應執行有期徒刑 3 年 6 個月。在法院的判決理由書<sup>13</sup>中多次提到文化習慣在案件事實中的角色，係值得思考。

#### 1. 非法持有槍枝部份：

是以，既然係為保障原住民基本生活權益，且尊重其文化生活習慣，乃修正該條例 20 條第 1 項之規定，則該條例第 20 條第 1 項所稱之「自製獵槍」，首應考量該槍枝之「結構、性能」是否為原住民以其文化所允許之方式製造之，亦可考量該款槍枝之是否因原住民文化而普遍使用，意即，倘該槍枝係行為人以原住民文化所允許之方式製造而取得者，固有該條文之適用而不罰；縱行為人所持有之槍枝非自己所製造，惟該槍枝係屬原住民以其文化所允許之方式製造而由行為人繼承取得，此種單純持有自製槍枝之行為，亦應有該條文之適用而不罰，始與立法本旨相契合。

雖然原審判決被告有罪，但在判決內容中仍將文化習慣納入構成要件之考量，實屬可貴。惟如後續檢方的非常上訴書指出，原審判決自行限縮解釋，認定原住民自製獵槍之性能，還需該當「依照原住民文化之生活需要所製造」，或「原住民文化所允許之方式製造」要件，始能主張免責之解釋，以不確定法律概念虛增法律條文所無之免責要件，已逾越法律授權範圍，違反罪刑法定原則。而上訴書中亦認為，若依原審解釋，隱含原住民族日後皆不能再自製比以前祖先更精良的獵槍打獵，永遠只能使用落伍

8 同註 2，第 16 頁。

9 同註 2，第 17 頁。

10 同註 2，第 18 頁。

11 同註 2，第 17 頁。

12 本案目前由最高法院以合議庭法官名義聲請釋憲中。

13 最高法院 104 年度台上字第 3280 號刑事判決。

土造獵槍打獵，結果可能造成原住民族發展其特有文化之歧視，更違反旨在保障原住民供作生活工具之用，即許可自製獵槍，以示尊重原住民發展、保存其文化之立法意旨。

## 2. 非法獵補保育類野生動物部分：

是以，當原住民族基於其人格之自我實現而實施狩獵活動時，即難以避免與保育野生動物此一抽象之公益產生價值衝突；而面對此等衝突究應如何調和、取捨，即應由具民主正當性之立法者善加抉擇。86年7月18日憲法增修條文增訂第10條第9項「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化」、第10項「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展」，確認保障原住民族之傳統文化以促進文化多元之價值，並賦予憲法位階之優越地位。嗣94年2月5日公布施行之「原住民族基本法」，乃為落實保障原住民族基本權，促進原住民族生存發展，建立共存共榮之族群關係，其中第19條明定：「原住民得在原住民族地區依法從事下列非營利行為：一、獵捕野生動物。二、採集野生植物及菌類。三、採取礦物、土石。四、利用水資源。前項各款，以傳統文化、祭儀或自用為限。」依其文義觀之，亦指原住民族基於傳統文化、祭儀或自用之目的，而不具營利性者，即可獵捕野生動物，包括保育類野生動物及一般類野生動物，然該法文同時揭示「依法從事」，所依之法，除原住民族基本法外，自應包括野生動物保育法。況且，93年2月4日修正前野生動物保育法第21條原規定：「野生動物有下列情形之一，得予以獵捕或宰殺，不受第十七條第一項、第十八條第一項及第十九條第一項各款規定之限制。但保育類野生動物除情況緊急外，應先報請主管機關處理：（第一至四款省略）五、臺灣原住民族於原住民保留地，基於其傳統文化祭典，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者（第六款省略）。」明白宣示原住民族傳統文化之保存價值，優先於野生動物保育之物種多樣性；並於93年新增野生動物保育法第21條之1規定：「臺灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，不受第十七條第一項（指獵捕一般類野生動物之限制）、第十八條第一項（指獵捕保育類野生動物之限制）及第十九條第一項各款（指獵捕方式之禁止）規定之限制。前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准，其申請程序、獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域及其他應遵循事項之辦法，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。」再者，立法者為實踐憲法對多元文化之尊重，要求國家機關應積極維護原住民族傳統文化之發展，除制定原住民族基本法以落實，並保障原住民族之傳統文化與生活方式外，將原住民族基於傳統文化及祭儀等之採集森林主副產物行為（森林法第15條），及基於傳統文化及祭儀所為之獵捕野生動物行為（野生動物保育法第21條之1）均予以除罪化，更可說明立法者就生物多樣性及原住民傳統文化之保障間，已於衡平後作出相對之界線與範圍，而以保障原住民傳統文化為主軸。故野生動物保育法第21條之1規定應屬原住民族基於傳統文化、祭儀而為獵捕野生動物之行為之除罪化規定。又所謂傳統文化，係指存在於原住民族社會已久，並藉由世代相傳而延續至今之價值、規範、宗教、藝術、倫理、制度、語言、符號及其他一切生活內容之總稱。原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法第2條定有明文。由文義解釋可知，傳統文化乃原住民族中存續長久且延續至今之一切生活內容。原住民依靠山海之有限資源生活，而發展

出不同之傳統文化，如漁獵、採果等，皆是順應時序，而與自然界之有限資源取得一定之平衡。

筆者認為針對獵殺保育類山羌、山羊部分，承如判決中指出「當原住民族基於其人格之自我實現而實施狩獵活動時，即難以避免與保育野生動物此一抽象之公益產生價值衝突；而面對此等衝突究應如何調和、取捨，即應由具民主正當性之立法者善加抉擇」，然而院方在後續未能依原住民族基本法第 19 條為被告有利之認定，係值得再思考。如同最高檢認為，於之《原住民族基本法》<sup>14</sup>第 19 條規定：原住民在原住民族地區只需非基於營利行為，即得在「傳統文化」、「祭儀」、或「自用」範圍內，依法獵捕野生動物，較之《野生動物保育法》<sup>15</sup>增訂第 21 條之 1 第 1 項規定：臺灣原住民族僅限「傳統文化」、「祭儀」之必要，始得獵捕、宰殺或利用野生動物者之範圍廣，以適用法律應從優從新之原則，自應適用原住民族基本法第 19 條規定，為有利原住民之認定。

進一步探討，原住民族基本法第 19 條及第 21 條第 1、4 項所定「應經諮商並取得原住民族或部落同意或參與，而與原住民族共同建立管理機制」之特殊法規制定方式，與 2007 年 9 月 13 日聯合國大會通過之《聯合國原住民族權利宣言》第 12 條第 2 項、第 14 條第 3 項、第 15 條第 2 項，第 17 條第 2 項、第 11 條第 2 項及第 19 條所定「基於尊重原住民族之自主權及自治權原則下，要求各國政府應在各原住民族知情、同意下，共同制定原住民族行為規範」之宣言意旨悉相符合，然而，原審仍適用野生動物保育法以及不符上開宣言及原住民族基本法所訂之原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法，為被告有罪之認定，應值得再深思。

## （二）阿力力案<sup>16</sup>

2012 年臺東一名排灣族男童某日和其他小朋友玩耍時被舅公叫過去摸「阿力力（睪丸）」，男童本能反應「不太舒服」，也向舅公表達「不要啦！」，其他親友獲悉後報警處理。舅公坦言觸碰男童生殖器，但稱「這是排灣族習俗，是長輩對晚輩的關心」，不過臺東地檢署認定他違反男童意願，依加重強制猥褻罪嫌起訴。而臺東地方法院於審理時，法官認為舅公的行為並沒有猥褻的犯意或滿足自己性欲，是依照習俗輕拍男童生殖器表達對晚輩的疼愛，變更起訴法條，改依須告訴乃論的性騷擾防治法論處，最後因男童撤告，讓舅公免於刑責。本案在判決書中充份將文化習慣納入判決之考量，值得參考。

按「刑法上之猥褻罪，係指姦淫以外，足以興奮或滿足性慾之一切色情行為而言」，最高法院著有 63 年臺上字第 2235 號判例可參。因此猥褻罪必須有足以興奮或滿足性慾之色情行為方屬之，非謂所有性器官之接觸行為均構成猥褻罪，仍必須視行為是否足以興奮或滿足性慾而定。足證被告當時撫摸被害人是在開放式空間、時間是在早晨，地點是在人來人往，家人可以進進出出之前院，方式是隔著褲子由下往上輕捧撫摸，則被告此種行為是否屬於「足以興奮或滿足性慾之行為」，應有可疑。而被告為排灣族原住民，被害人之祖母證稱：甲男並不是故意脫褲子給他摸，只是原住民習俗上，阿公疼愛孫子的一種表現，我們從小也是會這樣子對自己的孩子，被告也很正常，沒有同性戀的傾向，被告在以前就會摸被害人的小鳥了（第一審卷第

<sup>14</sup> 2005 年 2 月 5 日公布。

<sup>15</sup> 2004 年 2 月 4 日增訂。

<sup>16</sup> 臺灣高等法院花蓮分院刑事判決 101 年度侵上訴字第 47 號。

64 頁)，則被告是否基於族內長輩之情誼，而撫摸被害人，即尚待查證排灣族是否果真存在與漢族不同之習俗。證人即臺東縣金峰鄉衛生所主任高○治於第一審證稱（第一審卷第 67 頁）在太麻里流域的排灣族群，包括我的部落還有被告所屬的新園部落，小時候都會被長者、長輩叫過去，觸摸我們的性器官，甚至五、六個會輪流去觸摸，他還會親吻，那種親善、關心還有接納的感覺一開始會不習慣，但是一直到我們青春期的時候，回到部落或是有儀式也是會這樣子觸摸，那時候就會覺得很榮耀自己是男的性別，我在臺大修過人類學的課，也看過很多文化人類學的書，我覺得這個跟性角色的認定有關，另外一個就是統合感覺的部分，我們自己的肢體系統對於生殖器官他是周圍神經系統，可以透過這種觸摸會有本體的感覺。我的經驗中排灣族對於觸摸生殖器官都是初次見面或是很久沒有見到，基於想念他會輕輕的觸摸你，如果是經常相處在一起，想要表示親密的時候，也隨時會做，如果是自己家裡的人，這個頻率可能會增加，甚至他會去親吻生殖器官。另外，因為我自己是頭目家族，我印象中這大部分是在公開場合，很多人的時候，只要是部落的長者還有家族的長輩，父輩以上的都可以作這樣子的行為，他會叫小孩子過來，然後就摸，碰一下，不會再捏一下，大概五秒左右。如果小孩不要的話，他會跑掉脫身，摸的人也不會勉強。排灣族這個文化，應該差不多到我這個年齡，下一輩的就比較少見，最近這一兩年部落裡面還是會有這樣子的文化存在，不過不是普遍性的，是有差異性的。如果接受現代教育的人，沒有在部落裡面參加儀式或是活動就比較少會有這種習慣，但我們也不會排斥這樣的習慣動作。

判決書中首先明確的闡明「強制猥褻罪」的「傾向犯」實質內涵，再依據實際調查之結果，排除被告行為符合「強制猥褻罪」之構成要件的可能性，其中亦多次詳細說明排灣族的文化習慣，配合族人對該文化習慣的闡明，除了給被告一個合理公平的判決外，亦讓社會大眾更能瞭解文化習慣在法院判決過程中所考量的程度。

當一個強調共同價值、共同習慣的民族跳入現在的自由、經濟、公平、自主時，會有很多矛盾跟盲點，所以文化跟語言的合適性很重要，文化的習慣有時候像魔鬼一樣控制你，我們的孩子現在到學校去就要接受性防治法，但是他回到部落裡面，他又喜歡老人家對他有善意，善意的的方式比如說觸摸身體、頭髮，有的在公眾場合會觸摸你的性器官。證人杜東龍也於第一審證稱確實有這樣的習俗（第一審卷第 70 頁背面）我在排灣族的部落擔任長老，我們平常在家裡跟孫子們、孩子們同樂的時候，我們很久沒有看到他或是想念他、疼愛他的時候我們就會順便去動他，就是摸了閃過去，不同的長輩可能會有不同方式。平常就是同在一個客廳或是同樂的時候，地點沒有限制，也不會偏向在公開場合裡，只要家屬在都可以，不過有的時候只有一個長輩跟一個晚輩在場，也會去摸晚輩的生殖器。這個長輩必須要家屬、親戚，外人不行，也沒有年齡的限制，像舅公對自己的孫子也行，這是疼愛他的表示，有時候被摸的人會不好意思，就會掙扎、笑一笑、跑一跑，印象中中國小的都可能被摸。

另外，本案判決書中，除確實證明親族長輩撫摸孩童生殖器為當地的文化習慣外，更具體舉出原住民族在面對現代主流社會的教育及固有部落文化間的衝突，所產生的矛盾，亦值得社會再省思。

## 二、可罰違法性與文化習慣之衡量—以司馬庫斯竊取櫟木案為例

在日本及臺灣的刑法學界，基於刑法謙抑思想及違法性相對論的理念，學說上有所謂的「可罰之違法性」的理論，亦即對於行為人的違法行為，可以區分為「值得科處刑罰之違法」與「不值得科處刑罰之違法」，而犯罪的成立，不僅行為須違法，且須達於足以科處刑罰程度之違法始可<sup>17</sup>。至於是否可罰的判斷標準，一般認為應取決於下列二端<sup>18</sup>：

- (1) 被害法益是否屬輕微性，此即違法性之量或結果反價值的判斷。
- (2) 違反社會倫理相當性是否屬輕微性，此即違法性之質或行為反價值的判斷。

申言之，刑法上違法性，乃指行為人的行為符合具體的值得處罰之違法性，不僅在量的方面，且在質的方面均須達於足以科處刑罰之程度始可。因法益侵害以及違反社會倫理性兩者均屬輕微，在社會通念上，概屬尚未達於值得用刑罰加以制裁之必要，宜認為並非刑罰規範所預想的違法性<sup>19</sup>。通說認為，上列兩項標準若同時兼備，始得認為行為不具可罰之違法性。不過，值得思索的是，倘若只符合其中一項時，是否也有適用的餘地？蓋有些涉及違反社會倫理性輕微的事實，如果一律認為具違法性而須科予刑罰，恐與社會一般人的法律感情扞格不入<sup>20</sup>。

2005年，司馬庫斯部落族人余榮明(Amin)等三人發現一株因颱風倒塌的櫟木殘枝，經過部落會議決議後，將其帶回部落作為美化環境、雕刻、造景之用，此事後來被林務局以竊盜罪告發。新竹地方法院於2007年判決3位被告6個月有期徒刑，易科罰金各16萬元，緩刑二年。高等法院二審依然判決有罪，但是改判3個月有期徒刑，併科罰金8萬元，緩刑2年。司馬庫斯部落族人對判決不服，堅持他們是根據《原住民基本法》，在泰雅族傳統領域內，因生活慣俗需要而採取森林產物之活動，並無違法，因而繼續上訴。2009年，最高法院駁回高等法院判決，要求其重新審視《原住民基本法》之精神，之後高院重新審理此案，並做出更一審無罪之判決<sup>21</sup>。

原住民族之傳統習俗，有其歷史淵源與文化特色，為促進各族群間公平、永續發展，允以多元主義之觀點、文化相對之角度，以建立共存共榮之族群關係，尤其在原住民族傳統領域土地內，依其傳統習俗之行為，在合理之範圍，予以適當之尊重，以保障原住民族之基本權利。本此原則，原住民族基本法第三十條第一項已經揭示，政府處理原住民族事務、制定法律或實施司法程序等事項，應尊重原住民族之傳統習俗、文化及價值觀等，以保障其合法權益。從而原住民族在其傳統領域土地內，依其傳統習俗之行為，即不能完全立於非原住民族之觀點，而

<sup>17</sup> 甘添貴，可罰的違法性之理論，刑法之重要理念，瑞典，1996年6月，頁101-123。

<sup>18</sup> 同註3，第20頁。

<sup>19</sup> 「行為雖適合於犯罪構成要件之規定，但如無實質的違法性，仍難成立犯罪。擅用他人之空白信紙一張，雖其行為適合刑法第三三五條第一項之侵占罪構成要件，但該信紙一張所值無幾，其侵害之法益及行為均極輕微，在一般社會倫理觀念上，尚難認有科以刑罰之必要；且此項行為，不予追訴處罰，亦不違反社會共同生活之法律秩序，自得視為無實質之違法性，而不應繩之以法。乃原判決未察，竟將第一審認此部分不成立犯罪之判決撤銷改判，併論以侵占罪，亦有矯枉過正之不當。上訴意旨指摘原判決違法，尚非全無理由，應認有發回更審之原因。」引自74年度台上字第4225號判決。

<sup>20</sup> 同註3，第21頁。

<sup>21</sup> 臺灣高等法院98年度上更(一)字第565號判決。

與非原住民之行為同視。原判決雖以：森林法於九十三年一月二十日增訂第十五條第四項，規定：「森林位於原住民族傳統領域土地者，原住民族得依其生活慣俗需要，採取森林產物，其採取之區域、種類、時期、無償、有償及其他應遵行事項之管理規則，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。」本件經向行政院原住民族委員會查詢結果，涉案櫟木所在之X座標 280934、Y座標 0000000 處，位於泰雅族馬里光群傳統領域土地範圍內，固有該委員會之覆函可稽。然森林法第十五條第四項既規定「採取（森林產物）之區域、種類、時期、無償、有償及其他應遵行事項之管理規則，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之」，另原住民族基本法第十九條第一項亦規定：「原住民得在原住民族地區依法從事下列非營利行為：……二、採集野生植物及菌類。」顯見原住民族於傳統領域內採取森林產物、野生植物及菌類，仍須依法定方式辦理，非謂全然不受法律之規範。至於中央主管機關固尚未會同中央原住民族主管機關依森林法第十五條第四項規定，訂定其「管理規則」，然依「國有林產物處分規則」第十四條規定：「林產物有下列情形之一，得專案核准採取：……七、原住民造林開墾，為排除障礙，須採取竹木，經查明屬實者。八、原住民為生產上之必要，其建造自住房屋、自用家具及農具用材須用者。……十二、打撈漂流竹木者。」同處分規則第十七條並規定：「凡申請專案核准採取者，應向管理機關申請之。」，亦足見原住民因家具、農具而須採取竹木，或打撈漂流竹木，仍須向管理機關「專案申請」核准，始得為之。上訴人等未經「專案申請」核准，即在原住民族傳統領域內採取森林產物，尚無從為上訴人等免罰之依據等情（見原判決第七頁第十七行至第八頁第二十二行），為其論據。

本案判決一開始即肯定原住民族之傳統習俗，有其歷史淵源與文化特色，為促進各族群間公平、永續發展，更進一步闡明應允以多元主義之觀點、文化相對之角度，以建立共存共榮之族群關係，此觀點除正面肯定文化習慣在判決中的考量，亦充份顯示出對原住民文化習慣之包容與尊重。

然而，上訴人等已辯解，渠等係依部落會議之決議，受指派前往現場載運因風災、豪雨而倒伏之櫟木回部落，作為美化環境、雕刻及造景之用，此乃在原住民族傳統領域土地內，因生活慣俗需要而採取森林產物，依森林法第十五條第四項前段規定，並無違法等語（見原判決第四頁第三行至第八行）。上開辯解，因與上訴人等之利益有關，基於公平正義之維護，自應就上訴人等之行為，是否合於森林法第十五條第四項所規定「依其生活慣俗需要，採取森林產物」之情形，為調查審認。乃原審並未斟酌上情，僅以「被告（上訴人）三人主觀上應知並無適法權利取走附表所示櫟木，則渠等此部分『所辯即令屬實』，仍難謂無為自己及第三人不法所有之意圖」（見原判決第六頁第二十行至第七頁第一行），即認為上訴人等仍應負竊取森林主產物罪責，已嫌速斷。又森林法第十五條第三項所規定「國有林產物之種類、處分方式與條件、林產物採取、搬運、轉讓、繳費及其他應遵行事項之處分規則，由中央主管機關定之。」乃關於採取「國有林產物」之一般規定。而同法條第四項所規定「森林位於原住民族傳統領域土地者，原住民族得依其生活慣俗需要，採取森林產物，其採取之區域、種類、時期、無償、有償及其他應遵行事項之管理規則，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。」則為對於「位於原住民族傳統領域土地，採取森林產物」之特別規定。兩者所規範之範圍，並非同一。亦即第三項所稱之「處分規則」，與第四項所稱之「管理規則」，應分別訂定，且除有適用或準用之明文外，依第三項訂定之「處分規則」，並不當然適用或準用於第四

項。而「國有林林產物處分規則」，即係依據森林法第十五條第三項規定所訂定之規則，此觀森林法第十五條第三項後段內容，及「國有林林產物處分規則」第一條規定「本規則依森林法第十五條第三項規定訂定之」自明。於此情形，應依森林法第十五條第四項規定訂定之「管理規則」，能否逕以上開「國有林林產物處分規則」取代，顯非無疑。原判決既說明中央主管機關尚未會同中央原住民族主管機關依森林法第十五條第四項規定，訂定「管理規則」。但在尚未訂定「管理規則」之前，關於原住民族在傳統領域土地，「依其生活慣俗需要，採取森林產物」時，如何管理？有無明文適用或準用「國有林林產物處分規則」之命令？原審並未向中央主管機關及中央原住民族主管機關查明，即逕認上訴人等須依「國有林林產物處分規則」第十四條、第十七條規定，向管理機關「專案申請」核准，始得為之，亦有未合。

從更一審的判決書中可得知，原審判決似乎未充份顧及原住民傳統文化習慣，以致在依據《森林法》第五十二條「加重竊取森林主、副產物罪」將原住民定罪中，未考量該項舉措乃是依據部落會議決議的災後清理，忽略了《森林法》第十五條所明定的「森林位於原住民族傳統領域土地者，原住民族得依其生活慣俗需要，採取森林產物」。甚至也未考量到《原住民基本法》第十九條的規定：「原住民得在原住民族地區依據傳統文化、祭儀或自用，依法從事獵捕野生動物、採集野生植物或採取礦石等非營利行為」。以上更一審之判決內容，筆者認為值得未來法院在處理相關案件時之參考。

### 三、違法性認識與文化習慣之規範—以花蓮高分院於104年度原上易字第27號判決為例

所謂「違法性認識」，學理上有稱之為「違法性意識」或「不法意識」者，乃指行為人意識其行為係違反法律規範，而與社會共同生活秩序維持之要求相抵觸之意<sup>22</sup>。一般而言，只須行為人於行為之際，有此認識即為已足，而不以行為人確實認識其行為係違反某一具體刑罰法規，或其行為具有可罰性為必要。至於行為人知道自己所做何事，但不知道所做之事是違反法律的，此種情形，一般稱之為「違法性認識錯誤」，又稱為「禁止錯誤」<sup>23</sup>。以花蓮高分院104年度原上易字第27號判決為例，本件被告面對臺東市公所與臺東縣政府強制遷葬之決定，曾數次與政府機關陳情、協調及抗爭無效後，遂於集會遊行中利用「丟擲雞蛋、漆彈」等方式表達其內心無法承受「卡（大）地布部落傳統領域、祖靈文化」將遭侵害之痛。

刑法第16條規定「除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑。」，依其修正理由：「一、現行條文所謂『不知法律』，其態樣包含消極之不認識自己行為為法律所不許，以及積極之誤認自己行為為法律所許二者，此二者情形，即為學理上所謂『違法性錯誤』，又稱『法律錯誤』，本條之立法，係就違法性錯誤之效果所設之規定。二、關於違法性認識在犯罪論之體系，通說係採責任說立場。惟關於違法性錯

<sup>22</sup> 長井長信，違法性の意識に関する一考察—その認識内容を中心として，北大法學，第36卷第3號，1988年10月15日，頁40。轉引自黃源盛，習慣在刑事審判中的運用—以台灣原住民舊慣為例，法務部廖正豪前部長七秩華誕祝壽論文集—刑法卷，2016年7月，第23頁。

<sup>23</sup> 有關「禁止錯誤」參見林東茂，刑法綜覽。8版，2016年3月，頁1-276至1-278。

誤之效果，不論暫行新刑律、舊刑法及現行刑法，均未以一定條件下得阻卻犯罪之成立，而僅就減輕或免除其刑之要件，予以規定，本條此種立法例，實與當前刑法理論有違。按對於違法性之錯誤，如行為人不具認識之可能時，依當前刑法理論，應阻卻其罪責；惟依現行規定，至多僅得免除其刑，且限於行為人積極誤信自己行為為法律所許之情形，而不包含消極不知自己行為為法律所不許之情形，過於嚴苛，故有修正必要。三、按法律頒布，人民即有知法守法義務，惟如行為人具有上揭違法性錯誤之情形，進而影響法律效力，宜就違法性錯誤之情節，區分不同法律效果。其中（一）行為人對於違法性錯誤，有正當理由而屬無法避免者，應免除其刑事責任，而阻卻其犯罪之成立。（二）如行為人對於違法性錯誤，非屬無法避免，而不能阻卻犯罪之成立，然得視具體情節，減輕其刑，爰修正現行條文，以配合違法性錯誤及責任理論。」可見我國刑法第 16 條關於違法性錯誤係採「責任說」之立場，把違法性意識或違法意識可能性析解為與構成要件故意相區隔之獨立責任要素，亦即違法性意識並非故意要件，而是責任要素，法律錯誤與故意之成立無涉，如違法性錯誤具有正當理由而無可避免時，得以阻卻責任。本件被告陳政宗等人「丟擲雞蛋、漆彈」，雖該當集會遊行法第 30 條及刑法第 140 條之 2 項構成要件之行為。惟徵諸本案被告陳政宗等人所屬之卡（大）地布部落於本件集會、遊行前，曾數次與政府機關陳情、協調及抗爭無效後，面對臺東市公所與臺東縣政府強制遷葬之決定，內心無法承受「卡（大）地布部落傳統領域、祖靈文化」將遭侵害之痛，其等焦急心情顯而易見，加上卑南族原住民祖靈文化與漢人文化之迥異較難獲得認同之情狀下，其等認為集會、遊行過程中應有更激烈之手段即朝臺東市公所及臺東縣政府大門玻璃丟擲雞蛋、漆彈（廣告顏料）」，以表達對於臺東市公所及臺東縣政府政策之不滿、批評，並藉由此舉吸引媒體報導，喚起社會大眾之關注，期能獲得進一步之理解、認同及幫助等想法，並非不能理解。此情亦經證人林金德於原審證稱：「因為今天政府欺負我們，對我們不尊重，我們當然會氣憤，若是以前我們甚至會出草，當時我們只是表達憤怒的一種行為，因為政府欺負到我們真正中心思想」（見原審卷第 243 頁正面及背面），及證人陳明仁證稱：「丟雞蛋跟漆彈是學漢人的，這不是我們的傳統文化，我們只有出草，但是政府禁止我們拿刀槍，都被政府沒收了」各等語（見原審卷第 246 頁背面）可得證明。本院衡酌祖靈信仰確實為卡（大）地布部落的文化命脈，臺東市公所及臺東縣政府就該部落之傳統領域知本第六公墓強制遷葬之行政作為，破壞卡（大）地布部落卑南族人與祖靈之連結，切斷族人與祖靈的臍帶關係，嚴重影響該部落之傳統習俗等因素；及卡（大）地布部落為維護傳統祖靈文化，曾經就知本第六公墓拒絕遷葬事宜，已進行多次之陳情抗議活動，依該部落族人之認知，臺東市公所已於 101 年 9 月 17 日承諾將舉行公聽會暫不動工，卻又違反承諾，動員警力保護廠商企圖動工之歷程，其等見先前之抗爭活動毫無效果，面臨傳統領域、祖靈文化將受侵害，為表達上開二公署未尊重該部落最中心思想之初衷外，並獲取媒體、社會大眾關注、認同，進而協助，而升高抗爭強度，所採取之「丟擲雞蛋、漆彈（廣告顏料）」行為雖非出於善意，但確實無以貶損上開二公署為主要之目的，且此之抗爭方式相較於卡（大）地布部落昔日以「出草」（即取敵人首級）排除祖靈地侵擾之手段顯然緩和，所侵害之法益亦較小，屬無可避免之情形。依上開說明，被告等人應有合理及相當之理由，信其等行為為法律所容許，基於刑法立基於「責任原則」，其等有正當理由而屬無法避免之違法性錯誤，應不具有法的非難性，阻卻其等犯罪之成立。

花蓮高分院早年即曾針對違法性認識（不法意識）定義為：「行為人對於行為在既存規範秩序之違反及法敵對性之認知，此屬刑法第 16 條所定違法性錯誤或稱禁止錯誤之問題。」換言之，與德國多數意見所採取的「法秩序認知」說相同旨趣，認為不法意識指的是行為人必須認知其行為將抵觸整體法秩序，而產生各種法律後果；只要行為人意識自己的行為可能發生法律後果，即具有不法意識。新近我國最高法院判決亦採此立場：「違法性認識係指行為人對於其行為有法所不容許之認識，不以行為人確切認識其行為之處罰規定或可罰性為必要，祇須行為人知其行為違反法律規範，即有違法性認識。又刑法第 16 條前段規定『除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任。』係指行為人誤信法所不許之行為係法所允許，且須有正當理由，並為通常人均無法避免之誤信，始足當之（106 年度臺上字第 231 號判決）。」<sup>24</sup>

## 肆、結 論

審視臺灣近四百年的歷史，可以發現臺灣原住民族與主流社會之間的關係一直處在充滿鉅變的過程中，原住民族的既有權利及許多的人權不斷的被忽略，曾經被知識份子視為野蠻人，甚至被殖民主義者視作化外之人，不具有法律上之人格，而無法同其他人一樣的享有基本人權及其它權利。

從原住民族角度觀視，原住民族對其土地、領域及資源的管理與利用，原有屬於自己一套的文化習慣，這一套文化習慣存在於其日常生活，如採集、漁撈、狩獵、農業等種種活動，而原住民的傳說、禁忌等文化思維，更代表對生存環境中各項資源利用的制約。

而臺灣各大原住民族間有不同的文化與傳統，與主流社會的差異更大，原住民與主流的關係是兩種文化甚至兩個法域間的問題，若強行以單一的國家法律來規範原住民族事務，而忽略原住民族習慣法的效力，則無異是另一個紛爭的起源。綜觀臺灣原住民的歷史，原住民和統治者的法律衝突不斷，正始於原住民族的文化習慣無法獲得主流社會的承認，而統治者在規範原住民族事務時又完全以主流的文化及思維為主，若再加上原住民對於國家法律欠缺法意識的情況下，長久行之，忽視原住民族既有法秩序的結果，則就勢必造成原住民認事用法時的困難，也容易使國家法律失去其立法上實質的效益。

若每一次和原住民有關的案件，法院只在量刑部分納入考慮，所能考慮之範圍便有限，且本質上還是認為該行為是一個不法行為，就其於社會上的宣誓作用，仍存有對於原住民文化的誤解。又若每一次的案件都必需等到社會輿論及相關團體的努力之後才能等到個案正義，不僅耗費國家司法、社會資源，亦容易產生社會族群之裂痕。因此，在多元文化的思考下，原住民族文化應給予最大的尊重，若僅從阻卻違法事由去排除原住民因文化習慣差異而產生的犯罪，則仍難免產生主流與非主流之區別，更不免顯示出一種多數的傲慢而讓人存有霸凌之感。

<sup>24</sup> 蕭宏宜，原住民族自治如何實踐司法權-原住民族文化的刑法圖像，原住民族傳統習慣與國家法制研討會論文集，2017 年 12 月，第 288 頁。

# 「從憲法保障原住民的觀點論原住民保留地的取得及移轉限制」

吳秦雯\*

## 目次

一、原住民保留地與平等權之關聯？

二、部落作為憲法之權利主體？

東吳大學法律學系雷化豪講師發表於臺灣原住民族法學第五期的大作「從憲法保障原住民的觀點論原住民保留地的取得及移轉限制<sup>1</sup>」，是近年來關於原住民保留地相關探討之文獻中，少數從題目就蘊含以憲法條文或憲法規範價值之角度，探究原住民保留之取得與移轉限制企圖者，顯然作者認為原住民保留地之問題，有必要拉高到憲法保障原住民之規範意涵討論之必要。近年來原住民土地相關問題紛擾，當局者似一直未能提出妥適完整的解決方案，將已經有相當長遠歷史的原住民保留地制度，從憲法權利保障之角度進行連結性的討論，確實有其必要與價值。不過，文章本身，不論從其章節安排，或是文章具體內容本身，很可惜地仍然較偏向對於原住民保留地之制度、取得與移轉，進行法制度，或說行政法層面之探究，與憲法的連結較不明顯，略為可惜。不過作者於大作中提出若干自己的創見，頗富新意，也有進一步引申的價值。故以下將嘗試補充原住民保留地之憲法價值連結，並與作者提出之創見進行對話。

作者在前言一開始即表示「若以憲法的觀點出發，原住民保留地制度係對一般人取得此等土地之限制，也是使原住民在該土地上有較其餘非原住民身分者為優先之權利保障，其中包含對原住民保留地的耕作權、地上權，甚而有原住民身分者方得取得所有權，而此種差別對待，理由來自於憲法對原住民的特殊保障。」，且於文後進一步認定「在原住民保留地上，給予原住民優於非原住民的優惠性待遇<sup>2</sup>」，但是不僅未說明此種差別對待如何在憲法上取得正當性基礎，也未說明何以此一措施該當為優惠

\* 政治大學法律學系副教授

1 全文參見雷化豪，從憲法保障原住民的觀點論原住民保留地的取得及移轉限制，臺灣原住民族法學，第5期，2018年8月，頁51-64。

2 其文字為：「從原住地保留地開發管理辦法觀察，雖然係有條件地給予原住民取得對土地的相關權利，甚而在符合特定條件之下，而將土地所有權自國家移轉予原住民。惟此辦法所規定之相關土地上權利，諸如耕作權、地上權、承租權甚而所有權之概念，均係以現有憲法及土地法制度下之思想作為前提，將原住民之權利與一般人民在憲法上或法律上之權利等同看待，而在原住民保留地上，給予原住民優於非原住民的優惠性待遇。惟此種思想，與原住民還我土地運動中，認為自己除了享有土地的權利之外，更有權力對其依照歷史傳統而所有之土地為分配、使用之主宰。即原住民在此類土地上，並非被統治、或是被恩給的對象，而是真正

性待遇。另外在「原住民保留地及原住民土地政策之憲法依據」部份認為「為落實憲法增修條文對原住民權利保障之立法要求，立法者制定了許多相關法律，例如原住民族基本法、原住民身分法、原住民族工作權保障法、原住民族教育法、原住民族語言發展法等諸多規範。而在原住民族基本法第2條第5款，為關於原住民族土地之定義，包含原住民族傳統領域土地及既有原住民保留地。原住民保留地制度之創設，並非出自上述法律。」則究竟原住民保留地制度之憲法依據為何？並未清楚說明。作者探究原住民保留地所有權移轉之現況困境後，提出「將原住民保留地所有權的移轉對象，從特定個人改為由部落共有<sup>3</sup>」之構想，認為有「避免我國憲法是否保障集體權之爭論」之優點，但此推論之前提在於「憲法基本權利章仍以個人或複數人作為保障的態樣<sup>4</sup>」，則依據作者見解，由部落共有即該當得為主張憲法基本權利之複數人？

針對以上兩點尚待更進一步說明的憲法議題，作者已經點出在我國土地當中設置原住民保留地為一種差別對待，則以下嘗試以平等權強化作者之論述，接續探究部落是否該當為憲法之權利主體。

## 一、原住民保留地與平等權之關聯？

現行原住民保留地之制度排除非原住民於該土地上主張相關民法上之物權，係認定具備原住民之「身分」與非原住民具有差異，因而在原住民保留地上，可以合理地限制非原住民不得取得原住民保留地相關土地上權利。然而，首先必須解決的問題為：原住民與非原住民身分分別之差異，是否構成區別對待的適當標準？此一疑義可較簡單地以憲法增修條文第十條第十二項釋疑，認為憲法增修條文該條之制定，已經賦予國家將原住民認定為特殊族群，並以之為差別對待之標準。然而，認定身分差異得為區別對待之標準後，尚須確立此標準與原住民保留地之使用權利之間，是否具備合理關聯性？作者在文中指出原住民保留地之制度設計目的「是為了保障原住民的經濟生計<sup>5</sup>」，這不僅確實是法規明白彰顯之制

---

的主人。在這樣思想的落差下，便產生了後續一連串的誤解與制度設計上的落差，並引起了諸多訴訟上之紛爭。使得原住民保障的思想，在原住民保留地制度設計上，無法被真正落實，也使原住民真正關懷的問題無法聚焦。」

3 其文字為：「在原住民保留地之所有權移轉對象選擇上，如果能跳脫傳統制度認為的以個人作為土地所有權人思想，則對於原住民保留地設置目的之落實可能上，可能更能達成。若承認原住民保留地制度設計上間有文化、政治目的，則移轉予具有原住民身分之個人，在是否能落實此一目的之疑問上，本文認為恐難以達成，此時則必須在兼顧保障原住民經濟生活之目的上，試圖改變制度，首先可以改變的，也許就是將原住民保留地所有權的移轉對象，從特定個人改為由部落共有。此一優點是，在憲法基本權利章仍以個人或複數人作為保障的態樣前提下，與憲法增修條文保障原住民族之思想加以調和，亦可避免我國憲法是否保障集體權之爭論。」

4 其文字為：在原住民保留地之所有權移轉對象選擇上，如果能跳脫傳統制度認為的以個人作為土地所有權人思想，則對於原住民保留地設置目的之落實可能上，可能更能達成。若承認原住民保留地制度設計上間有文化、政治目的，則移轉予具有原住民身分之個人，在是否能落實此一目的之疑問上，本文認為恐難以達成，此時則必須在兼顧保障原住民經濟生活之目的上，試圖改變制度，首先可以改變的，也許就是將原住民保留地所有權的移轉對象，從特定個人改為由部落共有。此一優點是，在憲法基本權利章仍以個人或複數人作為保障的態樣前提下，與憲法增修條文保障原住民族之思想加以調和，亦可避免我國憲法是否保障集體權之爭論。」

度目的<sup>6</sup>，也是學者論著中一再肯認<sup>7</sup>。但作者也同時認為此制度「原住民保留地制度，係長久以來施行的產物，但這樣的制度設計，從清朝、日本政府至現今之政府，可說都是由統治者基於統治或恩給之思想，要求原住民強制接納」，甚至論者指出，此一制度未顧及原住民傳統生活模式並非農業，此措施事實上是從事同化工作的一環<sup>8</sup>。亦即，此一制度之表面具有保障原住民之經濟目的，但實際上卻蘊含著上對下的殖民統治脈絡與思維。如果此等統治、恩給之制度目的迄今並未改變，則此一措施之目的正當性甚為可疑。倘排除制度背後的統治思想，僅單純論斷經濟目的，可能可推斷制度設計者認為整體而言，原住民相較於非原住民係屬於經濟弱勢者。就此部份言，憲法規範本身以及司法院大法官解釋都已確認。對此，憲法增修條文第十條第十二項規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」司法院大法官則於釋字第 719 號中指出，「原住民族工作權保障法第十二條第一項、第三項及政府採購法第九十八條，關於政府採購得標廠商於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用原住民，人數不得低於總人數百分之一，進用原住民人數未達標準者，應向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金部分，尚無違背憲法第七條平等原則及第二十三條比例原則，與憲法第十五條保障之財產權及其與工作權內涵之營業自由之意旨並無不符。」

然而，誠如該號解釋所指出，國家所採取原住民族之保障扶助發展措施原有多端，必須衡量此一差別待遇對於目的之達成，仍應有合理之關聯。原住民保留地之制度是否確實達到改善原住民經濟狀況之目的？作者於文中已然指出「原住民保留地遭違法轉租、轉讓，私下非法移轉之情形相當嚴重<sup>9</sup>」，並認為「該辦法雖無懲罰原住民違反法規，但卻造成了原住民多半必須違法之現實。國家作為負擔人民生存照顧義務者之角色，應有加以檢討之處」，且原住民保留地之相關限制，使得原住民保留地之市價不易估計，在土地徵收上反而使原住民遭受更多的不利益。因此，原住民保留地制度如果僅以經濟目的作為其正當化之基礎，恐怕因為制度實行並未確實改善原住民之經濟狀況，難以論斷符合憲法第七條之平

5 其文字為：「無論是過去，或是現在政府對原住民保留地之制度設計，在主要目的上均大同小異的是為了保障原住民的經濟生計，但是原住民對土地問題的理念，除了生計外，更存有文化、倫理等更為深層的思想。」61948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》第1及2條即規定：「台灣省政府（以下簡稱本府）為保障山地人民土地使用，促進山地保留地合理利用，以安定山地人民生活，發展山地經濟起見，特訂定本辦法。本辦法所稱山地保留地係指日治時代因維護山地人民生活計及推行山地行政所保留之國有土地及其他地上產物而言。」

7 程明修，原住民保留地土地所有權之空洞化現象，臺灣原住民族法學，第3期，2017年，頁24。辛年豐，保障原住民族尊嚴的原住民保留地？—制度的檢討與展望，台灣環境與土地法學雜誌，第13期，2014年，頁42。

8 辛年豐，保障原住民族尊嚴的原住民保留地？—制度的檢討與展望，台灣環境與土地法學雜誌，第13期，2014年，頁42。

9 其文字為：「依照原住民保留地開發保留辦法第18條之規定，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。意即，原住民保留地之所有權人只能有兩類，原住民或國家。但雖然該辦法明文規定不得將取得之土地所有權轉讓予非原住民。雖該辦法並無明文規定違法轉讓之後果，僅有於同辦法第16條規定，違法轉讓或出租其他土地上權利者，原住民保留地將被收回，及同辦法第20條規定，若有違法轉讓、轉租者，不得再申請受配原住民保留地。惟此些規定，並無法遏止原住民保留地遭違法轉租、轉讓，私下非法移轉之情形相當嚴重，甚而於2016年時，監察院為此糾正中央主管機關原住民族委員會，要求其應確實檢討改進。」

等權保障之要求。

不過，如果本制度結合作者文中提出應考量政治、文化等多元價值，是否即可正當化只制度之目的？這也必須觀察制度設計所連結之政治、文化多元價值之內容為何。亦即應體察原住民族依據其傳統慣習，與土地相連結之政治文化目的內容，使原住民保留地得以發揮符合憲法增修條文第十條第十一項「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」與同條第十二項「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展」之憲法價值，方為可能。

## 二、部落作為憲法之權利主體？

傳統上，憲法之所以規範基本權利，概以人民對抗國家之抵抗權為其本，因此，基本權利之權利主體為個人，而非集體。作者提出由部落共有原住民保留地之想法，認為可避免憲法保障集體權之爭論。依據現行原住民族基本法第 2-1 條第一項之規定，部落為公法人，不論未來子法如何訂定，公法人是否為憲法上保障之權利主體，即如目前地方自治團體與行政法人均為我國承認的公法人類型，仍須視該公法人主張之權利性質定之，並不能一律肯定部落公法人之憲法基本權利主體地位。以部落公法人主張原住民保留地之相關土地權利而言，可能的情況有二：首先，部落公法人基於私法人地位，以「立於與人民同一地位」之情況主張原住民保留地之財產權時，得認定該當為適格之基本權利主體，由其對抗國家對於原住民保留地之侵害。但此時涉及部落公法人制度設計之內涵，是否包含著部落公法人擁有獨立於國家之財產權保障內容，此部分目前法制設計上似未臻明確。其次，部落公法人以公法人之地位，主張原住民保留地之相關權利，則此時必須先確認此權利是否屬於部落公法人之自治權，若然，方有可能認定為國家侵害部落公法人自治權，但此時部落公法人並非基本權利之權利主體，因為自治權非屬基本權利之一環。因此，作者主張由部落「共有」原住民保留地之相關土地權利，對於憲法保障集體權爭論之解決，似無明確直接關聯，且必須等待現行法制確認對於部落公法人權責之釐明，尚非易事。

總之，雷化豪講師於此篇大作中，提出不少相當創新之問題解決方式與思考模式，但尚須更細膩精密之分析設計，方能確實發揮實際功效。

## 參考文獻

- 程明修，原住民保留地土地所有權之空洞化現象，臺灣原住民族法學，第 3 期，2017 年，頁 11-29。
- 辛年豐，保障原住民族尊嚴的原住民保留地？－制度的檢討與展望，台灣環境與土地法學雜誌，第 13 期，2014 年，頁 35-55。



# 「德國索本族語言及教育保障之規範模式」 讀後感想

鄭川如\*

## 目 次

- |                     |              |
|---------------------|--------------|
| 一、文本大意              | 屬不足          |
| 二、台灣原住民族語言流失問題嚴重    | 四、階段性實施全雙語教學 |
| 三、台灣現行對少數族群語言保障的措施仍 | 五、師徒制的母語師資培育 |

有機會讀到黃惠鈺的這篇「德國索本族語言及教育保障之規範模式」文章，真的很開心，雖然自己的主要研究領域並不是在少數民族語言權／語言振興，但是身為原住民，我了解「語言」對於原住民族文化保存是一件致關重要的事，而原住民族文化保存與否則攸關原住民族的興亡。<sup>1</sup>因此平時對於原住民族語言流失問題、政府對於原住民族語言保障所採取的措施…等議題特別關注。

以下是我個人針對本篇文章的讀後感，礙於時間，以下的內容主要是我個人累積時日的觀察與想法，而非嚴謹的學術研究成果。

## 一、文本大意

在現今德國境內有一個少數民族－索本族(Sorben)<sup>2</sup>，他們的人口約 6 萬人，僅占德國總人口的 0.075%。過去二百年來，索本族受到當時主政者的大規同化政策，使得其語言、文化流失相當嚴重。有感於自身民族興亡問題嚴重，二十世紀初期，索本族人成立 Domowina 組織<sup>3</sup>，積極爭取族人的權益。

\* 太魯閣族，輔仁大學法律系專任副教授

1 原住民族，之所以在現在國家（政府）體制內擁有一個「特殊的法律地位」，主要在其擁有不同於主流社會的語言、文化，倘若一個民族失去其語言、文化，那麼這個「特殊的法律地位」就不復存在，國家（政府）也無需再「承認」其為原住民族。

2 關於索本族的歷史背景，黃文指出：「索本族人為今日德國東部，即前東德境內的一支少數民族，德國人稱之為「溫德人」索 Die Wenden，據統計其人口數僅存約 6 萬人，屬於斯拉夫人種，其語言亦屬斯拉夫語系，這與該族群今日所歸屬的德國主體民族及其語言—日耳曼人種的德意志民族及所使用之德語，其差異甚遠，反而與鄰近的波蘭、捷克與斯洛伐克接近，然而何以今日索本族人只是德國境內的一支少數民族，而未像其他三支斯拉夫民族般建立起屬於自己的國度，則與中歐不同時期的歷史發展有關。」參見，黃惠鈺，「德國索本族語言及教育保障之規範模式」，《臺灣原住民族法學》，第五期，頁 65。

經過數十年的努力，終於在 1990 年代取得具體的成果，例如：1995 年簽訂 1998 年在德國生效的「保護少數民族綱領協定」(Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten)、1999 年通過的《薩克森邦索本族權利法》(Sächsisches Sorbengesetz vom 31. März 1999,)及 1994 年的《布蘭登堡邦擴大索本族權利法》(Gesetz über die Ausgestaltung der Rechte der Sorben/Wenden im Land Brandenburg, Sorben/Wenden-Gesetz - SWG)等。為了復振其族語，索本人作了許多的試驗與嘗試，截至 2018 年止，在索本族人主要居住的薩克森邦以及布蘭登堡邦，共有 25 間小學、8 間中學、6 間高中，以索本族語作為「教學語言」。作者對於德國索本族語言保護政策與措施有詳盡地介紹，在此不再贅述。在這裡，我想要分享個人對於台灣原住民族語言復振的一些想法。

## 二、台灣原住民族語言流失問題嚴重

依據聯合國教科文組織(UNESCO)在 2010 年的統計資料顯示，台灣 16 族語言中，列入「瀕危」(vulnerable)等級者共計 8 語（泰雅語、太魯閣語、阿美語、卑南語、魯凱語、排灣語、雅美語、鄒語），列入「明確瀕危」(definitely endangered)等級者共計 1 語（布農語），列入「嚴重瀕危」(severely endangered)等級者共計 1 語（賽夏語），而列為「極度瀕危」(critically endangered)等級者共計 5 語（噶瑪蘭語、荳蘭語、邵語、卡那卡那富語、拉阿魯哇語），也就是說，目前官方認定的原住民族裡，所有族群的語言活力都已經進入「危險期」，其中 7 族語言「已經住進加護病房」。<sup>4</sup>

## 三、台灣現行對少數族群語言保障的措施仍屬不足

如上所述，台灣原住民族語言流失問題相當嚴重。為解決上述問題，立法院在 2017 年 5 月通過《原住民族語言發展法》（以下簡稱：《語發法》），希望能夠保障原住民族語言使用及傳承、促進原住民族語言之保存與發展。<sup>5</sup>然而，仔細閱讀《語發法》的內容，會發現該法根本不足以解救我們這些「病危的」原住民族語言。根據《語發法》，中央主管機關應定期辦理原住民族語言能力及使用狀況調查。教育主管機關應配合中央主管機關，協助調查各級學校學生原住民族語言能力及使用狀況。（第 10 條）、辦理原住民族語言能力認證（第 11 條）、規劃與推動原住民族語言之國際交流政策（第 12 條）、建立原住民族語言人才資料庫（第 13 條 2 項），而原住民族地區之政府機關、學校及公營事業機構，「得」以地方通行語書寫公文書（第 14 條）、原住民族地區之大眾運輸工具及場站應增加地方通行語播音（第 15 條）。第 16 條規定，「原住民族地區之政府機關（構）、學校及公營事業機構，應設置地方通行語之標示。於原住民族地區內之山川、古蹟、部落、街道及公共設施，政府各該管理機關應設置地方通行語及傳統名稱之標示。」第 18 條規定，「中央主管機關、中央教育主管機關、中央衛

3 關於「Domowina」組織的歷史背景，黃文指出：「它包括 31 個俱樂部，2890 成員。這個新組織的目的是為了對抗德國的威脅，主張索本族的民主權利，培養文化，鞏固民族意識，加強經濟上的民族運動。」參見，黃惠鈺，「德國索本族語言及教育保障之規範模式」，《臺灣原住民族法學》，第五期，頁 72。

4 「聯合國教科文組織 UNESCO 世界瀕危語言地圖網站對台灣原住民族語活力的評估」，《原教界》，68 期，2016 年 4 月。

5 《原住民族語言發展法》，第 1 條。

生福利主管機關及直轄市、縣（市）主管機關，應提供原住民嬰幼兒學習原住民族語言之機會。」第 19 條規定，「學校應依十二年國民基本教育本土語文課程綱要規定，提供原住民族語言課程，以因應原住民學生修習需要，並鼓勵以原住民族語言進行教學。」從條文內容可以看的出來國家（政府）對於原住民族語的重視。但老實說，這些條文對於「振興原住民族語」來說，都是「無關痛癢」的條文。

從相關語言復振的文獻中我們可以知道，倘若要使一個人能夠「流利地」使用一種語言，他必須要能夠用該語言學習其他知識。換句話說，原住民族語言必須要是學校裡（至少在小學階段）的「教學語言」，此語言才有可能成為他永續不滅的資產。德國索本族深知此道理，因此，過去十幾年來，積極地推動使索本族語成為當地小學、中學、甚至是高中的「教學語言」，並且實際做到了！

台灣目前約有一半的原住民居住在原鄉地區，一半的原住民居住在非原鄉地區，因此我們不可能讓「每一位小朋友」都能夠在全母語環境中學習。但是在原住民族人口高度集中的區域中，學校應使用原住民族語作為其「教學語言」此方案，《語發法》完全沒有提到。（事實上，在本人實際參與草擬《語發法》時，有將此方案列入草案中，但當草案送至行政院後，相關條文就「不見」了。）我們應該要怎麼做？原住民部落裡的小學、幼兒園應採「全雙語教學」。非部落地區，單一族別的原住民幼兒人口若達一定人口數，應開設「週末母語課程班」以及寒暑假的「全母語文化課程班」。

依據文本內容，索本族雖僅占全德國 0.075% 的人口數，然而索本族三分之二左右的人口（約四萬）集中在德國薩克森邦中，占薩克森邦人口約 10%，雖然僅占薩克森邦 10% 的人口，當地就有 19 間小學、7 間中學、3 間高中，以索本族語作為教學語言。（文中未提及，但是我合理推估，這些學校應該是設立在索本族人集中居住的地區）同樣的，台灣原住民族雖僅占全台 2% 的人口，然而原住民各族係集中居住在某些特定的鄉鎮中，例如：花蓮縣秀林鄉內的太魯閣族人口數為 12,193 人，占全鄉人口 79%、屏東縣三地門鄉的排灣族人口數為 6,000 人，占全鄉人口 78%、屏東縣瑪家鄉的排灣族人口數為 5,714 人，占全鄉人口 84%、屏東縣來義鄉的排灣族人口數為 6,958 人，占全鄉人口 94%…。在筆者所居住的部落小學，99% 的小學生係太魯閣族人（筆者合理推估，在其他原鄉部落小學，情況也是如此）。就人口分佈來看，在原住民部落裡的小學、幼兒園採取「全雙語教學」，應該是沒有什麼困難的。<sup>6</sup>

#### 四、階段性實施全雙語教學

然而，現實情況是，原住民部落裡的小學教師，不一定是該族族人，即使該名教師是當地族人，也不一定會講流利的族語（感謝過去的同化政策）。因此，本人以為，即使在部落小學，實施「全雙語教學」也要是「階段性」的。例如，第一階段，在既有小學教師不會說母語（或會說流利母語的人數太少）的情況下，可由原任班級（中文）教師搭配一位母語教師，讓中文教師與母語教師「同步」上課，意指：中文教師用中文講解一遍後，再由母語教師用母語講解一遍（母語教師沒有上過師資課，只是一

<sup>6</sup> 「全母語教學」係指只用母語教學，「全雙語教學」係指在教學過程中，一半的時間使用母語教學，一半的時間使用主流強勢（中文）教學。在部落幼稚園，可以使用「全母語教學」，因為幼稚園階段主要在於生活自理，不涉及專業學科的學習。而小學階段，本人以為應採「全雙語教學」，一方面是因為有些學科的名稱，在母語中是找不到對應的詞彙，二方面因所有學生都要繼續升學，在國高中階段，勢必就要用中文學習。因此，使用中文學習新知識的能力也是要具備。

般的母語老師)。學童可以同時用中文以及母語學習同一個學科內容。在這期間，政府應安排課程，協助母語教師取得合格教師證、同時協助該校已有合格教師證的族人教師提升族語能力。(為鼓勵原住民族籍教師成為雙語教師，政府應提供誘因，使之積極學習母語。例如：通過族語認證xx級，每月可加薪N元)。第二階段，當校內有越來越多的老師可以使用雙語教學時，則不再需要母語老師同步上課。(已取得合格教師證的母語老師可以轉任為專任師資，而未取得合格教師證的母語老師可以繼續擔任母語老師)。另外，考慮到原住民族語言裡，較少有「現代科學」裡的專業詞彙，因此，也可以考慮採取「分科雙語」，<sup>7</sup>以族語教授文化類學科，以中文教授科學、科技和經濟類學科。(如此，也可以解決原學校非族人教師的工作權)

另外，如文本中所述，德國索本族雙語教育成功的關鍵還有「學校協調員」與「課程專業顧問」。所謂「學校協調員」，係由該學校內原本的雙語教師擔任，只是除了原本的教學工作外，他們還必須要與學校管理階層緊密合作，督促學校正確實施雙語教學的目標。而「課程專業顧問」，比較像是校外的一個諮詢單位，提供雙語教學相關的課程諮詢服務(包括：協助開發雙語教材…等)，此舉亦可參考。

非部落地區，單一族別的原住民幼兒人口若達一定人口數，則開設「週末母語課程班」以及寒暑假的「全母語文化課程班」。

有鑑於越來越多的族人選擇居住在非原鄉地區(工作需求)，家中幼兒不可能每日通勤回部落上課，因此，比較可能實施的方案為「週末母語課程」以及寒暑假班的「全母語文化課程」。這些課程是「體制外」的課程，意指是另外設立的語言振興機構。事實上，現在在都會地區已經有許多類似的課程，但未「制度化」，因此成效有限。雖然這些課程的主要教授對象為18歲以下的兒童及青少年，但也應鼓勵成人進修。

## 五、師徒制的母語師資培育

母語的復振，需要很多人的努力，單靠幾十位薪傳級教師的定期授課是不夠的，我們需要更多的母語師資。在培育新的母語老師方面，除了個人的努力以外，或許也可參考外國的「師徒制母語師資培育」。所謂「師徒制母語師資培育」，係指由一位能夠講流利族語的族人(通常是部落耆老)帶一位學徒(通常是年輕人)，每週1-2次，學徒跟著老師從事一整天的活動，或許是下田幹活，或許是買菜煮飯，或許是拜訪朋友，也或許是陪同老師去教課。如此，學徒可以在生活中學習族語，並透過身體行動，將相關語言深植在腦海裡。(當然，我們應該要支付給老師合理的費用。)

## 六、族語振興，刻不容緩

我的外公於數年前過逝，若現在還活著，已經90歲了。他出生在日治時期，因此他的第一語言是太魯閣語，第二語言是日語，至於中文，可以聽、說簡單的日常用語。我的母親出生於1950年代，僅受6年的義務教育。因為她幾乎一輩子生活在部落裡，因此她可以說流利的族語，至於中文，僅僅是簡

<sup>7</sup> 所謂「分科雙語」，係指以學科分類，用第一語言(族語)教文化類學科，第二語言(中文)教授科學、科技和經濟。

單的生活用語。我出生於 1970 年代，因為小時候居住在部落裡，還可以聽的懂一點點族語，但是因為在家裡父母親是用中文與我溝通，在學校也是用中文學習，因此我幾乎不會說太魯閣語。我的小孩已經 5 歲了，他完全不會說族語，在可預見的未來，他應該也沒有機會學習族語（因為工作需要，我們住在都市裡）。倘若我們不採取任何更積極的作為，我很擔心，在 20 年內，當我母親那一輩會講流利族語的長輩都相繼過逝後，太魯閣語就會發出「病危通知」。現在全世界各地，我們都可以看到成功復振族語的例子，要使瀕危的語言重新活過來，不是不可能，只看政府以及族有沒有這個決心。

## 七、全雙語教學，現在就可以做！

最後我想補充一點，就是「全雙語教學，現在就可以做」，因為中華民國（台灣）的法律規定裡，並沒有任何一條「禁止」族人在教學現場使用母語教學。有聽聞南部有些國高中老師，上課是用「河洛話」（閩南語）上課，而法庭裡的法官，有些也在用「河洛話」進行訊問。因此，我要大聲呼籲所有在部落小學教學現場的族人老師們，開始用族語教學吧！



## 專題報導

東吳大學法學院民族法研究中心

# 原住民族語言教育大進步，將設立專責基金會

原住民文化保存中，最具困難和急迫性的，就是語言的保存。

因過去政府於山地平地化時期，極力倡導「國語」，禁說方言，全面施行漢化措施，致原住民族語言嚴重流失。原住民族歷史、文化或語言，僅能仰賴口傳方式傳承，且通曉原住民語的傳統人士年齡也日益增長，身體健康狀況難以繼續擔任教學工作。逐漸出現失語的世代斷層。

雖然教育部於 2001 年將原住民族語言納入國小語文學習項目，成為國民教育的正式課程。但時至今日，因為欠缺資源的推動。於原住民族語教學上仍缺乏專業族語教師、媒體、教材、族語出版品等資源，另外教學方式欠缺系統化、課程欠缺持續性和課程營運缺乏經濟支持。亦難配合原住民族語言教學、推廣之不同需求。

本次設立「財團法人原住民族語言研究發展基金會設置條例」，希望透過設立財團法人原住民族語言研究發展基金會，能讓原住民族語言教育有一個專責機構，協助統合資源、建立教學體系、辦理語言教學活動等。本條例作為實踐我國 2017 年即通過之「原住民族語言發展法」以及我國憲法增修條文第十條第十二項「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之。…」之意旨，協助原住民族語言及文字之發展及傳承。

經行政院院會提出，立法院表決後，於 2018 年 11 月 20 日三讀通過「財團法人原住民族語言研究發展基金會設置條例」，本條例預計設立基金會，創立基金為新台幣 2000 萬元，由原住民族委員會編列預算捐助，基金會經費來源包含政府編列預算捐贈、基金孳息收入、國內外公私機構、團體、法人或個人捐贈等，但不包括大陸地區人民、法人、團體或其他機構捐贈。

對於原住民族語言教育的發展來說，終於有一個基金會可以整合相關資源。過去教育部為了統合教育體系規範，很難針對原住民族語言教學的特殊情境設立特殊規範，在本條例通過後，可以透過該基金會的運作，將原住民族語教育更細緻化、專業化，也能讓更多原住民族成員可以參與推動原住民族語言教學和傳承的工作。

## 《原住民族傳統智慧創作保護條例》 上路後的發展值得關注

2018年8月1日，原民會舉辦「2018南島民族論壇」，開幕時，邀請原民會所屬原住民族文化發展中心舞團前來表演花蓮縣瑞穗鄉「奇美部落」的阿美族「勇士舞」，因未事前告知奇美部落，引發「侵權」的疑慮。

《原住民族傳統智慧創作保護條例》（簡稱《傳智條例》）在2007年三讀通過，不管是原住民的音樂、舞蹈、編織、圖騰還是服飾等「文化成果表達」，經過申請，原民會審議通過，就能受到《傳智條例》的保護。他人如欲使用這些文化成果，必須經過該原住民族或部落的授權。至今，已經有45項智慧創作取得專用權。其中，也包括奇美部落的祭歌、部落傳說，和奇美部落最有名的「Pawali（勇士舞）」樂舞。

奇美部落發出聲明稿，說明原民會使用到他們登記的3項傳統智慧創作，但都沒有取得部落同意。2018年11月8日參加研討會的奇美部落代表鄭志貴說，「沒問就算了，他們又跳錯，跳錯又算了，勇士舞不能自己唱自己跳，這是最大的忌諱。」他指出舞蹈有多項錯誤，包括不該有女生圍圈吼叫，男性舞者動作也有誤。

關於如何取得部落授權？部落代表表示，授權可以分成「唱跳整首」跟「唱跳部分」。前者，鄭志貴以新北市金山高中原住民專班為例，由於他們的舞蹈老師是知名原住民族舞團「原舞者」的團長Faidaw Fagod（懷勁·法努司），早就進入奇美部落針對樂舞做過田野調查，而金山高中學生，也連續兩年暑假到奇美部落與部落青年共同生活一週，體驗表演的精髓，因此可以直接排練。

練好後，所有舞者就必須前往奇美部落，跳一次給部落代表看，其間全程錄影，且部落代表會「檢查」有沒有跳錯之處。就算沒跳錯，也會質問服裝的意義、舞蹈動作代表什麼，確保舞者能夠傳遞出樂舞的精神。實際演出時，必須錄影傳給部落，好確保舞團沒有「說一套，跳一套」。鄭志貴也說。有的使用者在事後會給予回饋金，他們會將回饋金用在傳統文化保存。

針對奇美部落提出的疑慮，原民會表示，本次活動目的為文化傳播之公益目的，且事前編制舞碼時，皆實際赴部落調查，並由部落族人指導。事後經過與奇美請益後，確有不完善之處，也與部落致歉。

該事件也於 2018 年 11 月 8 日由長期關注原住民議題的「小米穗原住民文化基金會」所舉行之「原住民族傳統智慧創作與保護研討會」活動中進行討論。雖然各方學者都同意傳智條例的努力。但對於傳智條例中，是否需要引進著作權法有關合理使用的部分？學者間存有不同意見，未來如何處理相關爭議尚需要觀察，畢竟法案目前施行上的時間相當短，但當日出席的數位法學學者，皆認同必須尊重不同族群的文化，摒棄文化的優越理論，方能妥善處理此類爭議。

## 美國首次有原住民裔國會議員

2018年美國期中選舉於2018年11月6日正式落幕，本次選舉中，備受關注的是，有兩位美國原住民裔候選人順利當選眾議員。

代表民主黨參選的戴維茲（Sharice Davids），具美國原住民聖語族（Ho-Chunk Nation）血統，成長於單親家庭。戴維茲不僅具有康乃爾法學院法學博士學位，還曾當過綜合格鬥（MMA）選手。她也曾在歐巴馬總統任內獲聘白宮學者，協助歐巴馬與川普順利交接。同時，她也是美國史上首位原住民女同志眾議員。

另一位則是同樣為民主黨籍的哈蘭德（Debra Haaland），現年57歲的哈蘭德，身上留有拉古納普韋布洛族（Laguna Pueblo）血統，父親曾任陸戰隊，曾打過越戰，獲得銀星勳章（Silver Star），母親曾在海軍服役。哈蘭德在新墨西哥大學法學院獲得法學博士之後，轉戰政界，2014年曾競選墨西哥州副州長，但敗給共和黨候選人，2015年哈蘭德擔任民主黨新墨西哥州黨部主席，成功使民主黨奪回新墨西哥州眾議院掌控權。

兩位都是自西元1789年美國第一屆美國國會後，眾議院第一次由美國原住民加入。這兩位的加入，代表美國原住民經過長時間的努力，終於能在全國性、聯邦層級的國會上，有原住民裔的代表原住民族爭取權益。

而美國原住民政策的發展軌跡、日後補償機制、土地權益和部落傳統等議題，都是世界各國原住民法律界相當重要的指標。期望在未來這四年內，兩位原住民裔的眾議員，能夠在國會層級上，繼續爭取平等權益。

相信，本次的成果，將會鼓勵更多國家、更多原住民族的成員參與政治活動來提昇自己的權益，對於全世界的原住民參與政治的發展，將會開創新的一頁。而後續的發展，亦值得我們持續關注。

## 沖繩琉球王族為追回先人遺骨與 京都大學對簿公堂

「第一尚氏」是於 1406 年至 1469 年統治沖繩的王族，其貴族之遺骨埋葬於今日沖繩縣今歸仁村的百按司墓基地內。而 1928 年至 29 年間，舊京都帝國大學（現京都大學）的人類學者金閔丈夫助理教授為了用於研究，而從沖繩縣今歸仁村的墓地和當地人的手中，取得 59 人份的遺骨，而且為取得當地人同意。其中有 33 份隨著金閔丈夫教授之後調職到舊台北帝國大學（現台灣大學）而留在台灣大學由台灣大學保管中，另外 26 人的遺骨，現收藏於京都大學內。

第一尚氏的兩位後人、日本眾議院議員照屋寬德以及沖繩出生的琉球民族遺骨反還研究會代表松島泰勝等人組成團體（以下稱遺骨返還團體），於 2017 年 5 月開始要求台灣大學及京都大學返還目前所蒐藏之遺骨，台灣大學已經表達出返還的意願，但京都大學至今依舊未針對該訴求提出回應。

由於跟京都大學要求返還未果，遺骨返還團體於 2018 年 12 月 4 日於京都地方法院對京都大學提起訴訟，依照日本民法 897 條主張「祭祀繼承者」的權利受到侵害，以及遺骨的所有權。同時也主張基於憲法的民族和宗教自主權。希望京都大學能夠公開目前保管中的遺骨的資訊，期望能夠將遺骨取回、再次埋葬後繼續祭祀。

在訴訟提起後，京都大學表示「在看到訴狀以前無法做出任何評論」。日本原住民的遺骨爭議由來已久，遺骨返還相關訴訟也在北海道大學和愛奴族間發生過，最後是以和解做收。北海道大學也開始陸續歸還遺骨。

對於沖繩的琉球人來說，對於日本人於早年以實驗、調查和紀錄等方式，未經當事人同意即將遺骨取走的行為，無疑是一種對於文化和民族的侵害。同時，背後也蘊含了沖繩人與日本本島人長期在文化、經濟和社會上的角力。

由現今尊重民族主體與文化保存的角度觀之，過去無論是基於研究，或是基於興趣而蒐藏原住民文物或遺骨的行為，都已經侵犯到了原住民文化的完整性，而臺灣原住民研究中，到底有沒有類似爭議？目前尚未引發討論，但由日本的經驗可知，如果政府想要重視原住民文化的保存和完整性，對於過去蒐集遺骨的行為，絕對是難以迴避的問題。

## 魚池鄉爭議再起，原住民傳統領域之爭議

原住民族委員會於 107 年 6 月公告南投縣魚池鄉內之公有土地為邵族傳統領域土地，魚池鄉代表會和村長多人於 107 年 8 月到南投縣議會陳情抗議，議長何勝豐提案要求原民會撤銷劃設，縣長林明溱批評原民會片面決定，不符合行政程序法，縣府不會配合公告實施，同時宣布原民會公告無效。之後，於同年 12 月 5 日，魚池鄉公所向鄉民代表會提案退出原住民族地區，經代表會決議通過。此舉，可能成為我國第一次出現退出原住民族地區的案例。

魚池鄉代會主席張德林說，魚池鄉人口一萬六千人，邵族三百多人，四百年來和平相處，但原民會公告卻將全鄉劃進邵族傳統領域，鄉內公有地開發使用都得經部落同意，鄉民連署反對。

對於相關抗議，原住民族委員會表示，保障原住民族權利是普世價值，魚池鄉依法認定為原住民族地區後，除充分展現該地獨特原住民族文化特色，更對邵族文化傳承及鄉內觀光事業發展極具正面效益；該會各項針對原住民族所提供之行政措施也因此得挹注該鄉，諸如基本設施維持費、經濟產業發展、公共工程建設補助、原住民族教育及瀕危語言扶助等，不僅促使地方建設共榮發展，全體鄉親不分原漢都因此享受最大利益。

同時，根據 103 年修正之原住民族基本法，傳領土地劃設作業；邵族傳領土地的公告過程，事實上也有經過南投縣政府等機關逐級審查才送到該會進行公告。且並非修橋鋪路等公共建設都需要取得原住民族同意。原住民族基本法規定需要取得諮商同意權者，皆為需要動用到環評的土地開發，如向山觀光旅館 BOT 案和孔雀園 BOT 案。

原住民族政策協會執行長陳旻園表示，過去大家對原民傳統領域劃設不及於私人土地、以及原民行使諮商同意權的範圍為何，的確都缺乏了解，「未知被放大、造成恐懼」；尤其土地劃設牽扯台灣人最重視的土地財產權，更容易讓民眾恐慌。他希望中央和地方政府藉此次事件說清原民傳統領域土地的範疇和作法，釐清民眾疑慮。

從魚池鄉的現實角度觀之，魚池鄉全境之公有土地皆為邵族傳統領域土地，對於同樣生活在同一塊土地上的非原住民，就會產生是否能會限制開發的疑慮。同時，魚池鄉境內的日月潭，也是整個南投縣的重要觀光資源，所以對於鄉公所和縣政府來說，能否順利開發，攸關重大。但邵族人口少，如果回歸多數決方式，就如同過去數十年一樣，邵族的權益將會形同虛設。所以，如何衡平雙方的主張，同時貫徹原住民族基本法所揭櫫之保護原住民族基本權益的理念，考驗主管機關和各地政府的智慧。

## 促轉會將撤銷原住民受難者

促進轉型正義委員會，於107年12月9日在白色恐怖景美紀念園區，舉辦「平復司法不法之第二波刑事有罪判決撤銷公告儀式暨2018年世界人權日紀念活動」，1505人抹除汗點，撤銷有罪判決；其中27人具有原住民身分。

排灣族牧師高天惠（'Eleng Tjaljimaraw）以促轉會兼任委員身分拜在儀式上代表原住民致詞的邱致明，高天惠說，「國家要透過公告儀式，讓所有人知道，你們無罪！」現在高齡86歲的邱致明，日漸沈默，但聽及高天惠談起自己的故事，表示理解原住民族在族群弱勢及威權壓迫下的多重受難處境，立刻激動又吃力地訴說那段過去，有時驕傲，有時黯然，邱致明妻子高白蘭更說：「好奇怪，他（邱致明）因為生病，在家都已經不講話了，今天你們來，我才知道他還那麼會講話。」

高白蘭說，那時得知邱致明被捕時，剛生產完的她為了見丈夫一面，抱著2週大的嬰兒，跟著叔叔，走了一天一夜的山路。他們藉著手電筒的微光，跌跌撞撞地翻越大霸尖山，從新竹尖石鄉走到桃園復興鄉，耗盡氣力抵達警察指示的地點後，卻只能透過電話與丈夫說上2、3句話，那時的委屈，讓她至今都還泛淚，她說：「我不知道那段路是如何走完的，也不知道我的先生到底做了什麼，從那通電話以後，再見到我的先生已經是5年以後了。」

在本次公告名單中，有遭槍決的高一生（Uongꨀ Yata'uyungana，鄒族，曾為教師、吳鳳鄉（今阿里山鄉）長）、林瑞昌（Losin Watan，泰雅族，曾為醫師、省議員）、高澤照（泰雅族，曾為警官）皆為當時少數的原住民族知識份子，多次發聲爭取族群權益，卻因案受難，使得原住民族的政治發展空間大受壓縮，數十年來集體噤聲。

由於緊密的親族關係和人際網絡，一人受難，即是整個親族遭受牽連。如林瑞昌的姪子林昭明（泰雅族，學生）也在同案牽連；高澤照的兄弟高澤清（泰雅族，原為教師）、女婿邱致明（泰雅族，原為教師）皆先後遭難，其女高白蘭則被鄉里當成「匪諜」，獨自撫養子女，形同「獄外之囚」。

因此，本次平復司法不法除了賠償或回復案件當事人被剝奪的權利，對很多政治案件當事人和家屬來說，更重要的是還原過去的真相，並且公諸於世，讓曾經因為「前科」、「犯罪」而遭致的磨難，藉此得到平反。



# 《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，通過刊登後酌予稿酬。

## 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。