

## 諮詢專家學者之問題

- 一、憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項規定，是否屬基本國策性質？是否為原住民文化（集體）權之保障依據？
- 二、憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項規定，得否為違憲審查之審查標準？其與基本權規定就原住民保留地（簡稱保留地）之相關法規範，有無衝突？
- 三、山坡地保育利用條例（簡稱山坡地條例）第 37 條第 2 項、原住民保留地開發管理辦法（簡稱保留地辦法）第 15 條第 1 項、第 18 條第 1 項規定，形式是否合憲？有無違反法律保留及授權明確性要求？是否符合實質合憲性之要求？
- 四、山坡地條例第 37 條第 2 項、保留地辦法第 15 條第 1 項、第 18 條第 1 項規定，是否符合原住民族基本法（簡稱基本法）之規範意旨？
- 五、與保留地有關之國際公約（含兩公約與一般性意見、原住民族權利宣言等），其內容及其意旨為何？該國際公約於我國有無內國法效力？如何適用於我國？
- 六、禁止非原住民購買或取得保留地，有無違反原住民生存權、財產權或其他基本權之保障？禁止非原住民購買或取得保留地，有無違反非原住民之財產權或其他基本權之保障？

七、倘未禁止非原住民購買或取得保留地，有無違反憲法增修條文

第 10 條第 11 項、第 12 項或基本法規定？

八、對本件法律問題之意見。

## 諮詢專家學者之問題

鄧衍森 撰

### 一、憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項規定，是否屬基本國策性質？是否為原住民族文化（集體）權之保障依據？

憲法增修條文第 10 條第 11 項：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」與第 12 項：「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之。」其規範內容屬於憲法基本國策章之性質，與憲法第 13 章基本國策第 6 節邊疆地區第 168 條規定：「國家對於邊疆地區各民族之地位，應予以合法之保障，並於其地方自治事業，特別予以扶植。」與第 169 條：「國家對於邊疆地區各民族之教育、文化、交通、水利、衛生及其他經濟、社會事業，應積極舉辦，並扶助其發展，對於土地使用，應依其氣候、土壤性質，及人民生活習慣之所宜，予以保障及發展。」為相同之規範類型，足徵憲法增修條文第 10 條第 11 項與第 12 項之規定，可視為基本國策之增修規

定。

關於基本國策之法律性質與意義，容有不同見解，<sup>1</sup>實則基本國策屬於憲法客觀規範而有拘束國家整體憲政發展之效力，應無疑義。

有爭議者在於其規範效力強弱而已。例如，立法機關如未能依據基本國策之規範內容積極立法是否構成立法怠惰；司法判決違反其規範意旨是否構成違法判決；而行政措施背離其規範目的，是否構成違法行政處分等有關其法律效力問題。因此，基本國策客觀規範之應然命令對於立法、司法與行政機關所產生之拘束力，雖有強弱問題，卻應具有抽象法規範之準則性(doctrinal)效力，而可作為憲法秩序與價值體系之基準(benchmark)。此等客觀規範與主觀權利在性質上有別，<sup>2</sup>不具有直接效力，而可認為立法委託或憲法委託，<sup>3</sup>有待立法機關確認其權利。<sup>4</sup>實則基本國策之文義，如具體明確，無待具備其他條件即可實施，<sup>5</sup>特別是其規範內容與性質於憲政秩序中，具有實現憲法客觀價值之理由者，<sup>6</sup>例如，平等原則、法治國原則等，<sup>7</sup>此等應然命令即可能超越客觀規範之意義而形成主觀權利之效果。

<sup>1</sup> 見林明鏘，論基本國策—以環境基本國策為中心，刊登於現代國家與憲法—李鴻禧教授祝賀論文集，1997，第 1467-1477 頁；另見許萃華，原住民族基本法之司法實踐 --原住民族土地權為中心，司法新聲，第 106 期，第 24 頁。

<sup>2</sup> 林明鏘，前揭註 1，第 1469 頁。

<sup>3</sup> 見林明鏘，前揭註 1，第 1475-1476 頁；許萃華，前揭註 1，第 24 頁。

<sup>4</sup> 見林明鏘，同上註，第 1476 頁；許萃華，同上註，第 24 頁。

<sup>5</sup> 林明鏘，同上註，第 1469 頁

<sup>6</sup> 見司法院釋字第 485 號解釋。

<sup>7</sup> 見司法院釋字第 589 號解釋。「法治國原則為憲法之基本原則，首重人民權利之維護、法秩序之安定及信賴保護原則之遵守。」

此即主觀權利之基本權於憲法秩序中具有客觀價值屬性之原理，基本權成為指涉或表彰憲法客觀價值內涵的指標(index)，藉由基本權之實踐或可認知憲法價值體系之圖像。

釋字第 422 號解釋關於行政院令及內政部函以固定金額推計承租人的生活費用違憲之解釋，以憲法第 15 條人民之生存權應予保障為指標，指涉第 153 條國家為改良農民之生活，增進其生產技能基本國策客觀規範之說明，即其例證。解釋文指出，憲法第 15 條規定，人民之生存權應予保障；第 153 條復明定，國家為改良農民之生活，增進其生產技能，應制定保護農民之法律，實施保護農民之政策，明確揭示國家負有保障農民生存及提昇其生活水準之義務。基於生存權之內涵，最低生活費支出標準金額之規定，以固定不變之金額標準，推計承租人之生活費用，而未斟酌承租人家庭生活之具體情形及實際所生之困窘狀與憲法保護農民之意旨不符。

此外另有原因在於，基本國策客觀規範之價值內涵要素(determinants)，如蘊含具體之主觀權利態樣，亦可因而產生主觀權利之效力。例如，增修條文第 10 條第 11 項規定「積極維護發展原住民族語言及文化」之客觀規範可視為承認原住民族集體文化權之客觀價值，而此等其客觀價值之內涵要素中，包含有具體之主觀權利態樣，如財產權，生存權，工作權以及教育權等，因此，有關

基本國策之客觀規範即可作為原住民族與個人享有文化集體權與有關基本權保障之依據。

憲法增修條文第 10 條第 11 項明文規定原住民族之客觀集體文化權與第 12 項規定「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」，承認原住民族自決權之應然命令，由於具有實現憲法價值體系之理由，因此，基於此客觀規範主張原住民族集體文化權與個人基本權保障之理由與依據，應無疑義。

此外《公民與政治權利國際公約》（簡稱公政公約）第 27 條保障少數民族或原住民族之集體權文化權，以個人為權利主體主張所屬少數民族或原住民族之集體文化權，即其例證。

又如 2007 年《聯合國原住民族權利宣言》（United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 2007）（簡稱原住民族權利宣言）第 1 條亦明文規定：「原住民族，無論是集體還是個人，都有權充分享受《聯合國憲章》、《世界人權宣言》與國際人權法所確認的所有人權和基本自由。」亦同此說明。

**二、憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項規定，得否為違憲審查之審查標準？其與基本權規定就原住民保留地（下稱保留地）**

## 之相關法規範，有無衝突？

憲法增修條文第 10 條第 11 項與第 12 項規定之性質，如前述，可作為保障原住民族集體文化權與個人基本權之理由與依據，屬於憲法法規範且具有客觀法價值之效力，基於此，可為違憲審查之規範依據與審查標準，應無疑義。

援引基本國策作為違憲審查基準之例證並非少見。司法院釋字第 456 號解釋勞保條例細則限專任者始為被保人之規定違憲之解釋文指出，憲法第 153 條規定國家應實施保護勞工之政策。政府為保障勞工生活，促進社會安全，乃制定勞工保險條例。同條例施行細則第 25 條第 1 項規定排除非專任員工或勞動者之被保險人資格，其理由雖為防止不具勞工身分者掛名加保，巧取保險給付，以免侵蝕保險財務為目的，惟對於符合同條例所定被保險人資格之非專任員工或勞動者，未能顧及其權益，即與保護勞工之上開意旨有違。此即將基本國策視為客觀法規範以作為違憲審查基準之適例。

司法院釋字第 659 號關於私立學校法第 32 條第 1 項是否違憲之爭議，亦依據基本國策之規範，論證私校法有關規定之合憲性問題。解釋理由謂：「系爭規定於董事會因發生糾紛致無法召開會議，或有違反教育法令情事，或其情節重大且情勢急迫時，授權主管教育行政機關及時介入監督，旨在維護私立學校之健全發展，保障學生

之受教權利及教職員之工作權益等重要公益，符合上開憲法基本國策之規範意旨。」

另見司法院釋字第 485 號解釋眷村改建條例等法規就原眷戶之優惠規定其合憲性問題宣示：「促進民生福祉乃憲法基本原則之一，此觀憲法前言、第 1 條、基本國策及憲法增修條文第 10 條之規定自明。」

若干大法官之協同意見書或不同意見書中，亦見引述基本國策之規範作為論證依據。<sup>8</sup>

關於原住民族保留地之基本權規定與效力，可見於原住民族基本法（下稱基本法）第 1 條：「為保障原住民族基本權利，促進原住民族生存發展，建立共存共榮之族群關係，特制定本法。」而與原住民族文化集體權與自決權息息相關之保障見於下列條文如，第 4 條：「政府應依原住民族意願，保障原住民族之平等地位及自主發展，實行原住民族自治；其相關事項，另以法律定之。」第 7 條：「政府應依原住民族意願，本多元、平等、尊重之精神，保障原住民族教育之權利；其相關事項，另以法律定之。」第 10 條：「政府應保存與維護原住民族文化，並輔導文化產業及培育專業人才。」第 11

---

<sup>8</sup> 見蘇永欽大法官釋字第 719 號解釋協同意見書，第 1，5 頁；蘇永欽大法官釋字第 724 號解釋協同意見書，第 2 頁；李震山大法官釋字第 728 號解釋不同意見書，第 3-4，10-11 頁；羅昌發大法官提出，黃虹霞大法官加入釋字第 739 號解釋部分協同部分不同意見書，第 2-3 頁。

條：「政府於原住民族地區，應依原住民族意願，回復原住民族部落及山川傳統名稱。」第 13 條：「政府對原住民族傳統之生物多樣性知識及智慧創作，應予保護，並促進其發展；其相關事項，另以法律定之。」等規定。而原住民族固有土地與傳統領域之保障，則規定於第 20 條第 1 項：「政府承認原住民族土地及自然資源權利。」與第 3 項：「原住民族或原住民所有、使用之土地、海域，其回復、取得、處分、計畫、管理及利用等事項，另以法律定之。」就此等基本權規定指涉憲法增修條文第 10 條第 11 項與第 12 項規範之意義而言，似未有見有明顯不合或衝突之處。

三、**山坡地保育利用條例（下稱山坡地條例）第 37 條第 2 項、原住民保留地開發管理辦法（下稱保留地辦法）第 15 條第 1 項、第 18 條第 1 項規定，形式是否合憲？有無違反法律保留及授權明確性要求？是否符合實質合憲性之要求？**

山坡地保育利用條例（下稱山坡地條例）第 37 條第 2 項：「原住民取得原住民保留地所有權，如有移轉，以原住民為限。」原住民保留地開發管理辦法（簡稱保留地辦法）第 15 條第 1 項：「原住民於原住民保留地取得承租權、無償使用權或依法已設定之耕作權、地上權、農育權，除繼承或贈與於得為繼承之原住民、原受配戶內之

原住民或三親等內之原住民外，不得轉讓或出租。」第 18 條第 1 項；「原住民取得原住民保留地所有權後，除政府指定之特定用途外，其移轉之承受人以原住民為限。」等規定，分別針對原住民之土地權與相關權益，在使用與處分上所加限制之合憲問題，基於基本國策客觀規範承認原住民族之集體文化權且生有原住民個人基本權保障之意義與效力，對於原住民基本權之限制，應符合憲法第 23 條所規定之正當理由並符合比例原則始為有效。

山坡地條例對於原住民個人所有之土地權使用與處分權之限制，該條例對原住民個人其基本權為限制之形式依據為法律形式，符合法律保留原則具有形式合憲之條件。

山坡地條例對於原住民之土地權與相關權益，在使用與處分上所加限制，雖有形式上合憲之結論，但是否實質合憲，首應考慮相關限制規定，是否具備明確授權之條件。相關規定之限制理由謂，「是為保障原住民生計，避免原住民依法受配取得原住民保留地之所有權，遭他人脫法取巧，以致流離失所 …基於國家保障原住民族地位之政策，權衡各方利益後所為之特別立法」，立意良善卻未有基本法明確授權之依據，已逾越基本法之授權。是以相關規定未符合實質合憲之條件。再者宜檢視山坡條例有關限制規定是否符合增修條文有關規定其客觀規範所蘊含之價值，亦即檢視此等限制規定之理

由，是否具有憲法第 23 條之目的正當性，且符合方法上之必要性與適當性原則。

相關增修條文之規範意旨，前已敘明，係為保障原住民族特殊之歷史地位與文化特性承認其集體文化權，而此集體文化權之內涵要素，如前述，並無否定原住民族個人應同時享有憲法上其他基本權保障之理由，意即，增修條文第 10 條第 11 項與第 12 項之規範概念內涵並非必然包含個人應受此等限制性規範，始能有效實踐集體文化權之規範目的。基於此，對於原住民個人相關基本權之限制，並非屬於增修條文第 10 條第 11 項與第 12 項之規範概念內涵所含攝之必然要素。因此，任何違反憲法平等原則限制原住民族個人享有其基本權保障之規定，即有實質違憲之問題。再者，所稱為保障原住民生計，避免原住民族共有或原住民私有之保留地之所有權，遭非原住民之他人取巧豪奪，以致流離失所之理由，論理上與事實上，為脫法取巧之「他人」，可包含原住民與非原住民，因而限制其土地權益之受讓人為原住民，並無法達成保障原住民生計之目的與效果。

觀諸基本法第 21 條第 1 項規定：「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。」第 2 項：「政府或法令限制原住民族利用前項土地及自然資源時，應與受限制所生之損失，應由該主管機關寬列預算補償之。」亦可見保障原住民族土地與自然資源之權利，並未絕對禁止或限制原住民族保留地或傳統領域之土地開發與資源使用，惟在程序上須獲得原住民族或部落之知情同意與參與始為合法。

國際規範如《原住民族權利宣言》第 10 條規定：「不得強迫原住民族遷離其土地或領域。如果未事先獲得有關原住民族的自由知情同意和商定公正和公平的賠償，並在可能時提供返回的選擇，則不得進行遷離。」亦見有相同之規範意旨與程序保障規定。<sup>9</sup>

基於此，山坡地條例已未符合實質合憲性之要求。

至於保留地辦法第 15 條第 1 項、第 18 條第 1 項規定對於原住民個人所有之土地權使用與處分權之限制形式，已違法律保留原則而構成形式違憲。至於是否符合實質合憲性之要求，其理由如前述之說明。

#### 四、山坡地條例第 37 條第 2 項、保留地辦法第 15 條第 1 項、第 18

---

<sup>9</sup> 《原住民族權利宣言》中有超過 20 條文規定原住民族的參與與諮商權，其中最重要之條文為第 18 條：「原住民族有權通過他們按自己的程序選出的代表，參與對事關自身權利的事務的決策，有權保持和發展自己的原住民族決策機構。」與第 19 條：「各國在通過和實行可能影響到原住民族的立法或行政措施前，應本著誠意，通過原住民族自己的代表機構，與有關的原住民族協商和合作，事先徵得他們的自由知情同意。」

條第 1 項規定，是否符合原住民族基本法（下稱基本法）之規範意旨？

基本法第 20 條第 1 項規定：「政府承認原住民族土地及自然資源權利。」所稱原住民族土地依同法第 2 條第 1 項第 5 款規定，「係指原住民族傳統領域土地及既有原住民保留地。」再依同法第 2 條第 1 項第 5 款規定，「原住民：係指原住民個人。」

據此，基本法規範之原住民族土地屬於集體權意義下之土地權，依同條第 3 項規定之意旨，並未排除原住民個人之土地權，其規定謂：「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。」

觀諸山坡地條例第 37 條第 2 項：「原住民取得原住民保留地所有權，如有移轉，以原住民為限。」保留地辦法第 15 條第 1 項：「原住民於原住民保留地取得承租權、無償使用權或依法已設定之耕作權、地上權、農育權，除繼承或贈與於得為繼承之原住民、原受配戶內之原住民或三親等內之原住民外，不得轉讓或出租。」第 18 條第 1 項：「原住民取得原住民保留地所有權後，除政府指定之特定用途外，其移轉之承受人以原住民為限。」等規定，證諸基本法第 23 條規定：「政府應尊重原住民族選擇生活方式、習俗、服飾、社會經濟組織型態、資源利用方式、土地擁有利用與管理模式之權利。」

對於原住民個人，解釋上應同此條之規範意旨，尊重原住民個人之生活方式與土地利用與管理模式之權利。

因此，對於原住民族與個人基於基本法保障原住民族傳統領域土地權相關權能之規定，如未顧及原住民族與原住民個人其生活方式與土地利用與管理模式之權利之意旨，限縮彼等法律權能之規定，均已違反基本法之規範意旨與授權範圍。

## 五、與保留地有關之國際公約（含兩公約與一般性意見、原住民族權利宣言等），其內容及其意旨為何？該國際公約於我國有無內國法效力？如何適用於我國？

關於原住民族傳統領域與固有土地以及資源相關權利，《原住民族權利宣言》第 25 條至第 30 條有原則性之規定。其中最重要之規定為第 26 條，<sup>10</sup>其條文明確揭示原住民族對他們過去占有或以其他方式使用或取得的土地、領域和資源擁有權利，包括目前占有的土地。

對於原住民族基於土地所擁有的權利，國家有義務在法律上承認和保護這些土地、領域和資源。原住民族對於土地之意義，第 25 條明

---

<sup>10</sup> Article 26, “1. Indigenous peoples have the right to the lands, territories and resources which they have traditionally owned, occupied or otherwise used or acquired.  
2. Indigenous peoples have the right to own, use, develop and control the lands, territories and resources that they possess by reason of traditional ownership or other traditional occupation or use, as well as those which they have otherwise acquired.  
3. States shall give legal recognition and protection to these lands, territories and resources. Such recognition shall be conducted with due respect to the customs, traditions and land tenure systems of the indigenous peoples concerned.”

定原住民族土地與文化之間的聯繫關係。其內容稱：「原住民族有權保持及強化其與傳統上擁有或以其他方式占有和使用的土地、領域、水域、沿海及其他資源之間獨特的精神聯繫，並有權在這方面維護他們對後代的責任。」基於此條之精神，第 26 條第 3 項規定：

「國家承認和保護這些土地、領域和資源的義務應適當尊重有關原住民族的習俗、傳統和土地所有權制度。」

因此，解釋《原住民族權利宣言》關於原住民族土地權之概念內涵，必須注意如第 25 條所揭示關於原住民族對土地與其文化以及精神上之特殊關係。本宣言前言第 10 段對於此聯繫關係即宣示：「深信由原住民族掌管對他們自己和對他們的土地、領域和資源產生影響的發展，將使他們能夠保持和加強他們的制度、文化和傳統，並根據自己的願望和需要促進其發展。」<sup>11</sup>

在殖民時代國際法基於無主地(*terra nullius*)之理論，正當化占有原住民族過去與傳統占有、使用的土地，去殖民化主義興起後，國際社會逐漸承認原住民族對於其傳統占有、使用之土地為其固有領域而非無主地，任何國家不得依據國際法關於無主地之發現與占有理論剝奪原住民族占有、使用之土地。如宣言之前言第 6 段之說明：

---

<sup>11</sup> “Convinced that control by indigenous peoples over developments affecting them and their lands, territories and resources will enable them to maintain and strengthen their institutions, cultures and traditions, and to promote their development in accordance with their aspirations and needs,”

「關注原住民族在歷史上因殖民統治與剝奪其土地、領域和資源等原因，受到不公正的對待，致使他們，除其他外，無法按自己的需要和利益行使其發展權。」<sup>12</sup>

國際社會也開始確認原住民族對於土地與所有生物間之關係是原住民族社會最重要的核心。<sup>13</sup> 聯合國特別報告人(Special Rapporteur) Martinez Cobo 在「對於原住民族的歧視」(Problem of Discrimination against Indigenous Populations)研究中，論述原住民族與土地之關係上有此說明：「(對原住民族而言)土地不只是一種占有與一種生產工具。原住民族的精神生活與大地是整體的關係，土地具有諸多深層的意義。其土地不是交易可得的商品，而是一種可自由享受的物質要素。」<sup>14</sup> 因此，有論者對於原住民族之土地權認為是文化權概念下的財產權，即此說明。<sup>15</sup> 基於此，土地對於原住民族不應解釋為如一般國際法與國內法所界定之不動產權之標的，而必須從文化面向理解符合原住民族自己所認知的「在象徵空間中已形成的特殊原住民族文化，其內涵不只是土地，還及於

---

<sup>12</sup> "Concerned that indigenous peoples have suffered from historic injustices as a result of, inter alia, their colonization and dispossession of their lands, territories and resources, thus preventing them from exercising, in particular, their right to development in accordance with their own needs and interests,

<sup>13</sup> Commission on Human Rights, Indigenous peoples and their relationship to land, Final working paper prepared by the Special Rapporteur, Mrs. Erica-Irene A. Daes, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/21, (1 June 2001), para. 13.

<sup>14</sup> José R. Martínez Cobo, in volume V of the Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations, cited by Daes, *ibid.*, para. 16.

<sup>15</sup> Making the Declaration Work: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, Claire Charters and Rodolfo Stavenhagen, (eds), 2009, P. 209.

符合其世界觀下不可侵犯的景觀(sacred landscape)。」<sup>16</sup>

《公政公約》之人權事務委員會(Human Rights Committee)於第 23 號一般性意見第 7 段對於公約第 27 條關於少數族群之文化權益保障，亦有相同之說明：「關於第 27 條所保障的文化權利的行使，委員會認為，文化本身以多種形式表現出來，包括與土地資源的使用有聯繫的特定生活方式。」<sup>17</sup>

原住民族基本法第 23 條明定：「政府應尊重原住民族選擇生活方式、習俗、服飾、社會經濟組織型態、資源利用方式、土地擁有利用與管理模式之權利。」似可視為基於相同精神之規定。

原住民族的傳統領域或固有土地等權利，往往由於國家發展有關法律與非原住民族觀點的立法，以及國際投資法的助長，基於一般財產權概念，忽視原住民族土地與文化之間的緊密關係與特性，造成原住民族與其傳統領域、土地分離，不但侵害其土地權，也已侵害其文化權與生存權。<sup>18</sup>

原住民族土地權之文化意涵，亦可見於 1989 年國際勞工組織第 169

---

<sup>16</sup> A. Regino Montes and G. Torres Cisneros, "The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: the Foundation of a New Relationship between Indigenous Peoples, State and Societies", in *Making the Declaration Work, ibid.*, cited in *Implementing the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, (Reuters/Ueslei Marcelino), 2013, p. 22.

<sup>17</sup> 公民與政治權利國際公約經濟社會文化權利國際公約，一般性意見，修訂 2 版，法務部，(2018)，第 48 頁。

<sup>18</sup> General Assembly, Rights of indigenous peoples, Report on the Impact of International Investment and Free Trade on the Human Rights of Indigenous Peoples, submitted by the Special Rapporteur Victoria Tauli-Corpuz, under Human Rights Council resolution 27/13, A/70/301, (7 August 2015), paras. 20-55.

號《關於原住民族與部落民族公約》(ILO Convention on Indigenous and Tribal Peoples, 1989 (No. 169))(簡稱原住民族公約)第 2 部分第 13 條至第 19 條之規定。其中關於原住民族之土地與精神之間的特殊關係也明文規定於第 13 條，<sup>19</sup>要求各國政府應重視有關民族與其所占有或使用的土地與領域的關係，對於該民族文化與精神價值的特殊重要性，特別是這種關係的集體觀點。

土地的概念，本條第 2 項明定為包括領域(territory)的概念，涵蓋有關原住民族占有或使用之區域的整個環境。<sup>20</sup>

《原住民族公約》第 17 條特別規定國家對於屬於民族其成員之間轉讓土地所有權之程序應予以尊重。<sup>21</sup>原住民族土地權之權利主體，基於此規定顯見包含個人與集體二方面。至於不屬於這些原住民族的個人利用這些民族的習慣或其成員對法律缺乏瞭解而獲得屬於他們的土地的所有權、加以占有或使用之行為國家應立法禁止。<sup>22</sup>對於違法侵占或使用有關原住民族土地的行爲，第 18 條規定國家應採取措

---

<sup>19</sup> Article 13, "1. In applying the provisions of this Part of the Convention governments shall respect the special importance for the cultures and spiritual values of the peoples concerned of their relationship with the lands or territories, or both as applicable, which they occupy or otherwise use, and in particular the collective aspects of this relationship."

<sup>20</sup> Article 13, "2. The use of the term lands in Articles 15 and 16 shall include the concept of territories, which covers the total environment of the areas which the peoples concerned occupy or otherwise use."

<sup>21</sup> Article 17, "1. Procedures established by the peoples concerned for the transmission of land rights among members of these peoples shall be respected."

<sup>22</sup> Article 17, "3. Persons not belonging to these peoples shall be prevented from taking advantage of their customs or of lack of understanding of the laws on the part of their members to secure the ownership, possession or use of land belonging to them."

施禁止並為適當之處罰。<sup>23</sup>此處所稱違法，最主要為違反原住民族之自由與知情同意與參與權之行使有關問題。

經濟社會文化權利委員會在第 21 號一般性意見關於第 15 條第 1 項第 1 款，人人有權參加文化生活第 36 段另有完整之說明：「締約國應採取措施，保證在行使參加文化生活的權利時應當顧及文化生活價值觀，這種價值觀會是強烈的共有，或者說，只有原住民族作為一個社群才能表現和享受。原住民族文化生活的強烈的共有特點對於其生存、福祉和充分發展是不可或缺的，並且包括對於其傳統擁有、占有或以其他方式使用或獲得的土地、領域和資源的權利。」<sup>24</sup>

同段中另指出：「原住民族與其祖先的土地及其與大自然的關係相連的文化價值觀和權利應予尊重與保護，以防止其獨特的生活方式受到侵蝕，包括維生方式、自然資源，乃至最終的文化認同的喪失。因此，締約國必須採取措施，確認和保護原住民族擁有、開發、控制和其共有土地、領域和資源的權利，並且，如果未經他們的自由和知情同意而被以其他方式居住或使用，則應採取步驟歸還這些土地和領域。」<sup>25</sup>

經濟社會文化權利委員會在本一般性意見第 7 段中特別指出：「個

---

<sup>23</sup> Article 18, "Adequate penalties shall be established by law for unauthorised intrusion upon, or use of, the lands of the peoples concerned, and governments shall take measures to prevent such offences."

<sup>24</sup> 一般性意見，前揭註 17，第 332 頁。

<sup>25</sup> 同上註。

人決定是否獨自、或與他人聯合行使參加文化生活的權利，是一種文化選擇，並應在平等的基礎上確認、尊重和保護。這對於所有原住民族尤其重要，他們無論作為集體還是個人都有權充分享有《聯合國憲章》、《世界人權宣言》和國際人權法和《聯合國原住民族權利宣言》所確認的所有人權和基本自由。」<sup>26</sup>

《原住民族權利宣言》第 1 條亦明文規定：「原住民族，無論是集體還是個人，都有權充分享受《聯合國憲章》、《世界人權宣言》與國際人權法所確認的所有人權和基本自由。」

同樣的說明也出現在《原住民族公約》第 1 部分一般政策(General Policy)下第 2 條之規定：「國家在保護民族的權利並尊重其作為一個民族的完整性所採取的措施，應保證其成員能夠平等地享受國家法律和規章賦予該國人口中的其他成員的權利與機會，並應幫助其成員在符合其願望和生活方式的方法下，消除原住民族與國家社群中其他成員之間可能存在的社會經濟差距。」

基於此等規定之意旨，原住民族應獲保障之權利，概念上雖是集體權之性質，<sup>27</sup>卻未忽略其成員個人仍是人權之權利主體而與其他社群

---

<sup>26</sup> 同上註，第 325 頁。

<sup>27</sup> 承認原住民族的權利為集體權是《原住民族權利宣言》通過後，國際人權法發展史上的創舉。此權利歸屬於原住民個人集合而成的民族。此集體權也包含個人的權利，如宣言中之說明，但承認一個民族享有集體人權卻具有不同的意義，因為在此宣言之前，國際人權法除了承認民族自決權為集體權外，對於一個團體能享有集體權似乎有諸多疑慮。《原住民族權利宣言》確認原住民族享有集體權就是立基於民族自決權。如宣言第 3 條之規定：原住民族享有民族自決權。基於這一權利，他們可自由決定自己的政治地位，自由謀求自身的經濟、社會和文化發展。

成員平等享有國際人權規範所承認之所有權利與基本自由。關於此，《原住民族公約》第 3 條明文規定平等與不歧視之原則，即明示原住民族應不受到障礙或歧視地享有充分的人權和各項基本自由時，公約條款也應無區別地適用於這些民族的男女成員。<sup>28</sup>

因此，原住民族在行使其權利時，不論原住民族整體或個人，基於國際人權法所確認之所有權利即不應受到任何形式的歧視。<sup>29</sup>

原住民個人，基於《公政公約》第 27 條保障少數族群之規定，有權基於其所屬原住民族集體文化權受到侵犯提起救濟之申訴。

從人權事務委會受理原住民個人基於第 27 條申訴之案例法中，多數為主張特殊之生活方式，土地資源的使用，傳統方式的捕魚與狩獵與主張國家有義務立法保障原住民族與少數族群之權利，以及排除法律上與實踐上對原住民族之歧視問題等。<sup>30</sup>

第 27 條規定所保障之客體雖然是少數族群或是原住民族共有之文化權，但只有少數族群或原住民個人始有當事人適格(*locus*

---

<sup>28</sup> Article 3, “1. Indigenous and tribal peoples shall enjoy the full measure of human rights and fundamental freedoms without hindrance or discrimination. The provisions of the Convention shall be applied without discrimination to male and female members of these peoples.”

<sup>29</sup> 見《原住民族宣言》前言第 5 段: “Reaffirming that indigenous peoples, in the exercise of their rights, should be free from discrimination of any kind.”

<sup>30</sup> See Ángela Poma Poma v. Peru, Communication No. 1457/2006, U.N. Doc. CPR/C/95/D/1457/2006 (2009); Apirana Mahuika et al. v. New Zealand, Communication No. 547/1993, U.N. Doc. CCPR/C/70/D/547/1993 (2000); Jouni Lämsman et al. v. Finland, Communication No. 1023/2001, U.N. Doc. CCPR/C/83/D/1023/2001 (2005); Ivan Kitok v. Sweden, Communication No. 197/1985, CCPR/C/33/D/197/1985 (1988); Kalevi Paadar et al. v. Finland, Communication No. 2102/2011, U.N. Doc. CCPR/C/110/D/2102/2011 (2014); George Howard v. Canada, Communication No. 879/1999, CCPR/C/84/D/879/1999(2005); Lovelace v Canada, Communication No 24/1977, UN Doc CCPR/C/13/D/24/1977 (1981).

*standi*)，其原因在於《公政公約任擇議定書》(Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights)第 1 條規定，有權提起申訴之主體為個人。<sup>31</sup> 原住民個人之權利，除第 27 條用以保障原住民族集體文化權益外，《公政公約》第 2 條平等保障與第 26 條之法律上之平等權保障之規定，對於原住民個人基於公約所享有之權利與自由，當然有其適用。

前述人權事務委員會第 23 號一般性意見少數族群的權利(第 27 條)第 4 段也指出，屬於少數族群之原住民個人，分別享有依照第 27 條所保障的權利與第 2 條第 1 項平等保障及第 26 條在法律前平等保障及在國家所給予的權利和所要求的義務上絲毫不受歧視。<sup>32</sup> 亦即，原住民個人如受到非屬原住民族之成員或個人所沒有之限制，即已違反第 2 條平等保障與第 26 條關於法律之前所有人一律平等之義務。

基於此，關於原住民個人之土地權，《公政公約》與《經濟社會文化權利國際公約》(簡稱經社文公約)之約文中，外觀上雖未見有相關具體之規定，然而原住民個人，卻可基於《公政公約》第 26 條保

---

31 Article 1, "A State Party to the Covenant that becomes a Party to the present Protocol recognizes the competence of the Committee to receive and consider communications from individuals subject to its jurisdiction who claim to be victims of a violation by that State Party of any of the rights set forth in the Covenant."

32 一般性意見，前揭註 17，第 46-47 頁。

障人人在法律前平等之規定，主張其在國內法所創設權利受到不公平之限制、對待或歧視。易言之，國家立法所創設之任何權利，不論是否為公約承認之權利，其管轄範圍內所有人，包含第 27 條所指少數族群之個人，有不受歧視而享有平等保障之權利。

關於《原住民族權利宣言》之法律效力，可分為國際與國內二面向說明。從國際面相觀之，本宣言性質上屬於國際法所稱之「軟法」，<sup>33</sup>亦即對於國際社會與國家並無法律上之拘束力。<sup>34</sup>國家因而亦無履行其規定之義務。值得注意的問題是，本宣言是否已形成習慣國際法因而對於所有國家產生普世義務(*obligation erga omnes*)?習慣國際法是國際社會國家共同確認之規則，因此，關於習慣國際法之國內法律效力，通說認為無需國家採取立法方式即可自動構成國內法之部分而具有法律效力。由於形成習慣國際法之要素包含：國家普遍與一致之實踐以及法的確信(*opinio juris*)二者。目前可得之意見，似乎難認為本宣言已具有習慣國際法之效力。<sup>35</sup>就宣言整體觀之，此等簡化之結論似乎無不當之處，然而據學者研究諸多國家在原住民族土地權與資源使用權上之立法與政策實證發展所

---

<sup>33</sup> Indigenous Bar Association, *Understanding and Implementing the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, 2011, p. 7.

<sup>34</sup> 參見 Dinah Shelton, *Normative Hierarchy in International Law*, (2006) A. J. I. L., (Vol. 100, No. 2), pp. 319-322.

<sup>35</sup> 參見 Sylvanus Gbendazhi Barnabas, "The Legal Status of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (2007)", in *Contemporary International Human Rights Law*, (2017) I. H. R. L. R., 6, pp. 244-254.

得之國家實踐證據，似可推定其已形成習慣國際法。<sup>36</sup>除此之外，本宣言中之民族自決權原則在國際實踐上早經確認其具有習慣國際法之效力。<sup>37</sup>民族自決權是原住民權利的基石，沒有此權利原住民族即無法享有自治，文化權，土地權與事先，知情同意權之等保障。<sup>38</sup>

據此，解釋與適用我國內法有關原住民族權利之規定，基於習慣國際法可自動產生國內法效力之意義，即有義務遵守與符合本宣言中具有習慣國際法地位與效力之規定。

關於《公政公約》與《經社文公約》之效力，基於兩公約於 2009 年依憲法第 63 條有關條約案審議規定，完成國內法化程序，法制上已構成國內法之部分，<sup>39</sup>同時立法通過之《公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法》（簡稱兩公約施行法）第 2 條亦明定：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。」因此，《公政公約》與《經社文公約》兩公約具有國內法律之形式法源效力，各級機關，包含司法機關於審理人民有關人權議題之案件有主動適用之義務。

或謂兩公約由於我國不具有締約當事方能力，未有效完成條約之批准與存放程序，對我國既不生國際法之義務，則基於條約所生之國

---

<sup>36</sup> *Ibid.*, pp. 249-250.

<sup>37</sup> Indigenous Bar Association, *supra* note 32, pp. 10-11.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>39</sup> 參見釋字第 329 號解釋。

內法義務因無所附麗而無任何效力之論述，似有誤解國際法義務發生之方式與原因。原則上國家負有履行之國際法義務之來源有二：其一為條約義務，此為締約國間之契約性義務；其二為國家基於習慣國際法對於國際社群所負之普世義務，此為客觀之法律義務，因此無待於國家之承認即對所有國家產生國際義務。此處無意申論兩公約是否具有習慣國際法之效力，因而對我國亦有國際義務之效力。於此有待說明兩公約何以對我國亦生有國際法效力之理由，在於國際實踐上，國家如有單方行為承諾履行特定之國際義務，該國即負有履行此等國際義務之責任，如有違反即有國家不法行為所生之國際責任。<sup>40</sup>基於此，我國國內化兩公約之程序所生之意義與效果，除可發生國內法之效力外，亦因此單方宣示遵守國際條約義務之行為創造國際法義務。因此，遵守兩公約履行其規範義務，除有憲法第14條尊重國際條約之憲法義務與立法所創造之法律義務外，另有因國家單方行為所生之國際義務。

---

<sup>40</sup> Legal Status of Eastern Greenland, [1933] PCIJ ser. A/B, No. 53; Nuclear Tests (Australia v. France), [1974] ICJ Rep. 253 and Nuclear Tests (New Zealand v. France), *ibid.* 457. 並參見 International Legal Commission, Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations, (2006) Yearbook of the International Law Commission, (A/61/10), Vol. II, Part Two. Alfred P. Rubin, The International Legal Effects of Unilateral Declarations, (1977) A.J.I.L. Vol. 71, No. 1, pp.1-30.

至於一般性意見(General Comments)之效力，依《兩公約施行法》第3條規定：「適用兩公約規定，應參照其立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋。」<sup>41</sup>

一般性意見是條約機構對於條約特定約文與專題性問題，例如，歧視，條約義務減免，條約義務的法律性質等所做成之解釋。一般性意見是條約抽象規範的具體化說明，因此，一般性意見可視為是條約條款的延伸與詮釋。雖然條約機構之一般性意見非屬國際法法源之一，而不具法律效力，對於有關人權條約締約國亦無拘束力，但在實踐上卻有高度之權威性，不但人權機構自身常援引此等一般性意見作為申訴判斷之法律理由與依據。也是國際人權法發展與建構的實質規範來源。締約國要善盡履行條約之義務，對於特定權利之規範概念與內容，國家義務之種類與履行方式等，透過一般性意見即可獲得相當之權威性指引。

兩公約施行法規定應參照一般性意見之義務，應理解為是適用兩公約之先驗(*a priori*)義務與解釋原則(interpretative principles)。

---

<sup>41</sup> 所稱兩公約人權事務委員會似有誤解兩公約各有不同人權機構與名稱。人權事務委員會設於《公政公約》，《經社文公約》則有經濟社會文化權利委員會之設置。適用本條規定時，對於兩公約人權事務委員會應解為包含二委員會。

六、禁止非原住民購買或取得保留地，有無違反原住民生存權、財產權或其他基本權之保障？禁止非原住民購買或取得保留地，有無違反非原住民之財產權或其他基本權之保障？

基於保障原住民族集體文化權所涵蓋之生存權之目的，原住民族之傳統領域或固有土地，國家依國際法之原則與國際人權規範應保障其土地與資源之所有權與使用權已如上述。我國關於原住民族保留地之立法，依「原住民保留地開發管理辦法」第 3 條規定，所稱原住民保留地及經依規定劃編，增編供原住民使用之保留地其目的為保障原住民生計，推行原住民行政所保留之山地。而依第 17 條規定，「原住民個人符合下列資格條件之一者，得申請無償取得原住民保留地所有權：一、原住民於本辦法施行前使用迄今之原住民保留地。二、原住民於原住民保留地內有原有自住房屋，其面積以建築物及其附屬設施實際使用者為準。三、原住民依法於原住民保留地設定耕作權、地上權或農育權。」

是以本辦法關於原住民保留地之所有權人，有以原住民個人為權利主體用以提供其個人或家庭生存所需之空間，與以原住民族整體為權利主體，目的為保障原住民族整體生存空間和民族經濟體的發展二者。

國際法與國際人權法關於原住民族權利之保障，如上述係以原住民

族整體之集體文化權為其規範目的，意即確認原住民族享有其民族生存、福祉及整體發展不可或缺的集體權利。但非否認原住民個人亦為相關權利之主體，詳如前述說明。

因此，原住民個人作為私有保留地所有權人，如無正當理由即不應限制其財產權之處分權，否則即有違反《公政公約》26 條法律上權利平等原則與憲法第 7 條平等原則。

財產權之憲法保障，在司法院釋字第 400 號與第 672 號解釋理由書中更揭示：「憲法第 15 條規定人民財產權應予保障，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴。」

基於此，無正當理由限制原住民個人處分其私有保留地之規定，實質上已侵害其實現個人自由、發展人格及維護尊嚴之權能，且違反平等原則。至於禁止非原住民購買或取得保留地，雖於現實上有可能不利於特定原住民之生存權、財產權之自由使用、收益及處分權能，以及工作自由之選擇權等基本權保障，但就命題「禁止非原住民購買或取得保留地，有無違反原住民生存權、財產權或其他基本權保障」之條件關係而言，論理上並無規範上之因果關係。再者，禁止非原住民購買或取得保留地，除非有違平等原則之不公平條件

所加限制，論理上應無違反非原住民之財產權保障。非原住民不得購買或取得原住民私有保留地，法理上可構成侵害其財產權之積極保障，亦有侵害非原住民以自己的方式工作之工作權或生活之生存權保障之虞。

### 七、倘未禁止非原住民購買或取得保留地，有無違反憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項或基本法規定？

憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項或基本法規定之規範意旨均為肯認原住民族之特殊文化性格中有關原住民族與其所占有或使用的土地與領域的特殊關係，對於該民族文化和精神價值的特殊重要性而承認集體文化權之規定。

然而原住民族傳統所占有或目前使用的土地，並非絕對不受公共利益之理由所加之限制，或是基於私人之開發利益改變其法律權益。

基本法第 21 條之規範意旨即此說明。「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。」

意即，所有涉及原住民族特殊權利的問題，應尊重原住民族自由、

事先和知情同意的原則。<sup>42</sup>基於此程序保障之規範，並在符合一定之條件下，如納入人權影響評估，確定相關行為可能造成的不良影響，以及減輕這種影響的措施與對此影響作出賠償的方式，設計機制分享其行為所生的利益，尊重原住民族的權利，建立機制確保在原住民族傳統領域上的開發行為所產生的利益，讓原住民族獲得分享等，<sup>43</sup>或可兼籌並顧衡平解決公共利益、經濟利益與原住民族集體文化權之間的衝突。

因此，未禁止非原住民購買或取得保留地，應無必然違反憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項或基本法規定之結論。

#### 八、對本件法律問題之意見。

本案系爭地上權、抵押權設定與所有權塗銷登記之法律爭點，依民法相關規定之文義解釋，或有不同見解可為判決之依據而不失其合法性。然而從憲法客觀規範秩序中，可理解之階層效力與規範意旨，實可預見系爭問題之實證規定已抵觸上位相關之規範，如憲法增修條文，原住民基本法與國際人權法等規範。即使為避免違反憲

---

<sup>42</sup> 參見國際勞工組織第 169 號《原住民族公約》公約，第 6 條第 1 項第 1 款；另見《原住民族權利宣言》第 19 條。

<sup>43</sup> 見經社文權利委員會第 24 號一般性意見，在商業行為背景中關於國家依《經濟社會文化權利國際公約》所負的義務，前揭註 17，第 17 段。

法客觀價值體系之要求，而於本案作成為合於客觀價值體系之判決，似仍無以解決存在於相關規定與價值體系間之齟齬，且有損及法的安定性之虞。