

Awí Mona 蔡志偉 副教授  
Seediq Tgdaya, Alang Gluban  
賽德克族，清流部落  
國立東華大學法律學系

## 壹、原住民族權利的定義、內涵與論據

### 一、國際人權文書基準與原住民族權利

傳統國際法關注原住民族，從探究「非西方」、「落後」、「原始」的部落社會開始，到研究殖民地國家的法律與被殖民社群傳統規範的互動，再到當代強調人權關懷的「少數」、「特殊」或「原住民族」的法律規範。實則，當代國際人權文書的發展，早已脫離過去西方殖民統治工具的包袱，從關注「他者」的殖民觀點反思，基本人權作為一種實存的社會規範或秩序的重新建構與研究日益受到重視。

聯合國原住民族人權及基本自由情況特別報告員在一份關於原住民族與司法執行的報告中，討論原住民族在司法制度所受到歧視的相關問題時注意到，原住民在司法制度中受到負面影響時，其他人權的享有亦容易在司法制度中被否定，因為司法制度是各種權利與自由實現被侵害時的重要救濟途徑。特別報告員發現原住民族在司法制度受到歧視的因素很多，包括對原住民族權利的長久否定、司法制度未能對原住民族就其與傳統土地間的特殊關係予以承認及保護、司法制度的官員對原住民的歧視、因為在整個司法程序中的不適當翻譯服務致原住民族在法律前之平等及公平審判權未受保障、原住民族傳統法律制度因為現代化、同化、強迫遷徙、政治壓力所受的侵蝕或破壞、國家對原住民族的文化及法律慣例予以刑罰化、對原住民族法、習慣及管轄的正式承認或使之隸屬於國家法之下、以及原住民族法在處理新議題（如女性及兒童）方面的不足<sup>1</sup>。

本件諮詢案所涉爭點核心係在原住民族土地財產權之論證，1980 年代以來的國際原住民族人權法制建構，明確的賦予原住民族社群對其土地、傳統領域以及自然資源之固有權利，並以自決權為核心，建構原住民族傳統知識、文化習俗、法律慣習為其實踐手段，前揭意旨在於當前規範原住民族國際人權基準的最重要兩項國際人權文書——國際勞工組織「第 169 號公約<sup>2</sup>」以及聯合國「原住民族權利宣言<sup>3</sup>」中獲得法制化的確認。具體條文之規範內容如下：

<sup>1</sup> Commission on Human Rights, Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, Mr. Rodolfo Stavenhagen, E/CN.4/2004/80/Add.4 27 January 2004, pp. 5-6.

<sup>2</sup> International Labour Organization (1989). Convention (No. 169) Concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries, adopted on June 27, 1989, International Labour Conference, 28 I.L.M. 1382, entered into force September 5, 1991.

<sup>3</sup> United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, U.N.G.A. A/RES/61/295 (Sept. 13, 2007).

## 國際勞工組織公約第 169 號

### 第 14 條

1. 對有關民族傳統佔有的土地的所有權與擁有權應予以承認。另外，在適當時候，應採取措施保護有關民族對非為其獨立但又係他們傳統地賴以生存、和進行傳統活動的土地的使用權。在這一方面，對遊牧民族和無定居地的耕種者應予以特殊注意。
2. 各政府應採取必要的措施以查清有關民族傳統佔有土地的情況，並應有效地保護這些民族對其土地的所有權和擁有權。
3. 要在國家的法律制度範圍內建立適當的程序，以解決有關民族提出的土地要求。

前揭條款的顯著性表現在承認原住民族對於傳統領域有合法與正當的權利，復強調原住民族在涉及與其有關之各項法律和行政事務上有實質參與的權利，且肯認原住民族有權建立自己的制度，依循自身文化和傳統來發展的權利。

## 聯合國原住民族權利宣言

### 第 25 條

原住民族有維護及加強其與其歷來所有或所占有且使用之土地、領域、水域及海域及其他資源間，獨特精神關係之權利，並有在此方面維持其對後代責任之權利。

### 第 26 條

1. 原住民族對其歷來所有、占有或以其他方式使用或取得之土地、領域及資源擁有之權利。
2. 原住民族有權擁有、使用、開發及管理其歷來擁有或以其他方式傳統方式占有或使用，及以其他方式取得之土地、領域及資源之權利。
3. 各國應在法律上承認及保護上述土地、領域及資源。此一承認應充分尊重該原住民族之習俗、傳統及土地所有權制度。

「原住民族權利宣言」的內容係集結包括國際勞工組織「第 169 號公約」、以及聯合國人權委員會作成之決議等其他國際文件所形成之人權標準，旨在建立此一國際人權保障機制進而重行定義並確認目前原住民族和主權國家間現存之政治、經濟和文化關係。「原住民族權利宣言」對於原住民族權利發展很關鍵的一個意義在於，宣言明文承認原住民族的集體權是作為一種在殖民統治下回復原住民族歷史正義和主張當代權利的重要立論依據。申明對於原住民族權利的保護，需要國內法的落實肯認，並在相關國內法制的建構中，內化原住民族源生自其先祖與土地間之獨特精神聯繫所形塑並持續遞嬗的傳統土地規範和習慣法。尤以，宣言確立「自決」係原住民族權利之實質內涵，並呈顯在宣言所有權利是不可分割且相互聯繫，亦即自決權影響所有其他權利，均應按自決權解讀，如：文化權包括原住民族對文化事務的自主權。又，強調自決權與政治權的複合，明認原住

民族參與影響其權利之事務的決策權，以及各國在通過和實施可能影響原住民族的立法或行政措施前，應與原住民族協商合作，徵得其事先、自由和知情同意的職責。

當代國際法的關懷視野確已深入到原住民族議題，藉由相關國際人權法制的建構，漸次在國內法與國際法層面發展強而可靠的原住民族權利保障架構，首在原住民族之民族主體與民族差異的肯認，強調原住民族正義的歷史維度及承認原住民族固有權，確立原住民族傳統文化與集體權的自決權實踐。謹以幾例說明，美洲人權法院於 2001 年審理 *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua* 乙案，確認尼加拉瓜政府依據「美洲人權公約」第 21 條（保護財產權）所負之義務，包括 *Awas Tingni* 本有土地權利與治理之習慣法所確立的利益<sup>4</sup>。又，*Belize* 最高法院於其 2007 年的判決，依據原住民族習慣土地權利之法律傳統，且引用其時仍為草案的聯合國原住民族權利宣言，肯認原住民族財產權的確立<sup>5</sup>。準此，當前聯合國和相關區域性國際組織均充分體認，原住民族權利的建立和保障，尤其是在確立原住民族自決權的意涵上，國際社會共識到原住民族權利是國際人權體系的一個重要組成部分，也是法律與正義的正當要求。

## 二、我國原住民族權利的定性

當我們在討論「原住民族」的時候，尤其是當國家在定義（位）原住民族的時候，究竟是如何看待與如何確定，即是在內國法下定性原住民族權利所應關注者。回顧臺灣的歷史脈絡，自從 17 世紀初期歐洲人抵臺，迄至今日約莫 400 多年的時間，不同統治主體用以指稱「原住民族」的概念，大抵尚可區分成四個階段：蕃（番）人（1930 年以前）、高砂族（1930-1945）、山胞（戰後-1994）、原住民族（1997 迄今）。對比全球原住民族與現代國家的接觸與互動經驗，可以簡化為，根植於殖民法律思維所創設出來的野蠻人想像。在這樣的法律想像框架中，結合了物種進化論與文化階級的發展論述，以法律技術性的安排，初期以詆毀原住民族文化為開端，繼之以確立統治（殖民）者種族與文化優越性，而總成於污名化原住民族文化的「差異」。總結而言，雖言存在不同統治實體對於原住民族的關係與法律論述，唯一不變的是，每一項論說都是藉由法律作為一項工具，承載著特定政治目的—排除與消除原住民族。

1994 年的憲法增修，正式讓充滿殖民教化式的「山胞」名稱走入歷史，取而代之的是作為基本權主體的「原住民」，1997 年進而以「原住民族」的概念增修進入憲法條文，代表的是原住民族運動體現在國家法制中的實踐力量，已然形塑我國民主憲政體制中的原住民族法內涵。然而，一直到現在，原住民族始終與

<sup>4</sup> *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community. v. Nicaragua*, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 79 (2001), available at [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_79\\_ing.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_ing.pdf)

<sup>5</sup> *Aurelio Cal, et al. v. Attorney General of Belize*, Supreme Court of Belize (Claims No. 171 and 172 of 2007) (18 Oct 2007) (Mayan land rights), available at <https://www.elaw.org/content/belize-aurelio-cal-et-al-v-attorney-general-belize-supreme-court-belize-claims-no-171-and-172>

「弱勢族群」的概念牽扯，造成國家多以補貼、扶助、補貼、彌補式的政策規劃，作為保障「原住民族權利」的作法，釋字第 719 號所闡釋的《原住民族工作權保障法》，以及長期遭致社會關注的「原住民族升學保障」即為二則適例，卻影響了社會大眾對於原住民族的認知，造成社會錯誤的理解原住民族所具有權利之差異本質，僅係經濟的問題與資源的分配而已，得由積極平權措施(affirmative action)加以介入。

然而，一樣從平等原則的檢視出發，石忠山提出肯認差異平等觀下的原住民族特殊群體權利的主張，首應採以正視歷史不正義的態度，積極補償因為歷史錯誤對於原住民族所造成的各種傷害，國家社會才能矯正昔日傷痕並趨向正義。次則，就文化作為人格自由開展的重要資源立論，明認「建立在補償歷史傷害、追求社會轉型、創造機會平等與肯認差異的平等觀，由於否認法律前的形式平等，確實能為共同體生活帶來真正的平等與福祉，惟有藉由特定制度（原住民族群體特殊權利）之創設，一個真正平等的多元民主共和才有可能獲得實現」<sup>6</sup>。準此，確立群體差異權利（group differentiated rights<sup>7</sup>），保障原住民的文化成員身分，近用原住民族文化，即係兼具個人權與群體權性質的特殊權利。

另以正當性備受爭議的原住民升學保障議題，學說與實務多認即係原住民族權利項目中之典型「優惠性差別待遇」<sup>8</sup>。惟以，我國釋憲實務多以平等權模式審查「優惠性差別待遇」之合憲性，採以「恣意之禁止」、「合理」、「必要」或併用「合理」與「必要」兩者等審查標準，審視系爭差別待遇之目的與手段是否違反平等權。陳張培倫則從原住民族權利內涵之發展，以及本土與美國社會相關議題之演進，除卻自由主義下保障個人權利觀點的平等原則，建構以原住民族自決權為基礎的族群發展導向積極賦權行動（affirmative action）<sup>9</sup>理論。前開理論結合國際原住民族權利的論理，提出「多元文化」與「歷史正義」兩項論證，證立原住民族升學保障非單純的個人權利議題，確係被賦予了集體權利性質，基於培育民族發展人才藉以實踐原住民族自決權之正當性<sup>10</sup>。

再者，就原住民族權利性質的探究，黃居正則以原住民族特殊權利的體系正義出發，指出我國非如大英國協系統國家，「在線型組構的憲政發展模式下，原住民之基本權利（包括有形的財產權與無形的主權意識在內），在與市民主權首次發生衝突之歷史時刻，即已因雙方之「合意」而確立」<sup>11</sup>。然而，我國雖係非

<sup>6</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〉，收於許宗力主編，《追尋社會國—社會正義之理論與制度實踐》（臺北：國立臺灣大學出版中心，2017 年 12 月），頁 165-217。

<sup>7</sup> Will Kymlicka, *Liberalism, Community, and Culture* 165-190 (1989).

<sup>8</sup> 相關學術研究，如：許育典（2015），〈原住民升學優待制度的合憲性探討〉，《中原財經法學》，34 期，頁 43-99。另亦如：涂予尹，論多元文化主義下種族優惠性差別待遇的法正當性基礎：以臺灣原住民學生高等教育升學優待措施為中心，元照，2015 年 3 月。

<sup>9</sup> affirmative action 乙項概念國內多有不同的譯詞，本文所採為其一，另如釋字第 719 號所表述「差別待遇」、「積極平權措施」、「優惠性差別待遇」等。

<sup>10</sup> 陳張培倫（2013），〈族群發展導向積極賦權行動與原住民族〉，《政治與社會哲學評論》，47 期，頁 23-29。

<sup>11</sup> 黃居正，〈憲法解釋與原住民權利〉，收於廖福特主編，《憲法解釋之理論與實務》第六輯

線型憲法體制，而有如前述威權統治時期山地行政所倚賴的種族中心主義而強加於原住民族之同化政策與法律工具，據而對原住民族的「本體上的否定」<sup>12</sup>。惟以現代國際法與普世人權基準對於原住民族權利保障的普遍性規範，國家確亦不能無視於多元文化主義與人權法之潮流，必須在面對原住民族與市民之權利衝突時改弦易轍<sup>13</sup>。準此，我國於 2005 年 2 月完成立法並公布施行之《原住民族基本法》，作為我國憲法關於原住民族基本權利所制定的「施行法」，重建了原住民族與中華民國（臺灣）的特殊關係（Special relationship），「這種特殊關係並非對國族內少數族裔或社群的「種族關係」，而是一種平等主權之間的「政治關係」<sup>14</sup>。

綜據前述各項立論，我國法體系中的原住民族權利，絕非單純採以積極平權措施的概念所得理解，亦非僅以平等權的憲法審查所能涵括。即如加拿大卑詩省上訴法院審理 *Delgamuukw v. British Columbia* 乙案，Lambert 法官闡釋原住民族權利係特殊權利所表述：「我非常確信的是，如以普通法或西方法律思想所由生之「權利」的基本概念進行法學分析，進而欲了解現有普通法及憲法所承認與確認之原住民族權利，實際上是幾乎沒有任何助益的。簡而言之，非僅只原住民族傳統領域權是特殊權利，所有原住民族權利都是特殊權利」<sup>15</sup>。準此，原住民族權利於我國法中的定性，確係特殊權利（*sui generis*）。

### 三、原住民族傳統領域權的歷史正義主張

國際原住民族權利發展上的一項顯著匯流，在於原住民族對其土地與自然資源權利與守護者的角色，獲得國際法上的承認與支持<sup>16</sup>。最重要的是，國際法承認原住民族與其土地間所存有之深層精神聯繫，和他們的存在至關重要，並和原住民族所有的信仰、習慣、傳統和文化息息相關<sup>17</sup>。進一步而言，原住民族與其傳統領域及自然資源的關係是具有多構面的連結，包括精神信仰、文化、經濟與社會面向<sup>18</sup>。回歸到法規範的發展上，國際法確立原住民族土地與自然資源權利是原住民族身份認同和文化傳承的體現，是則對於此項權利的肯認，在確保

---

（臺北：中央研究院法律學研究所籌備處，2009 年 7 月），頁 433。

<sup>12</sup> 同前註，頁 435。

<sup>13</sup> 黃居正（2012），〈原住民法與市民法的衝突——論非線型憲法結構下特殊權利的地位〉，《台灣原住民族研究學報》，2 卷 1 期，頁 29。

<sup>14</sup> 黃居正，前揭註 11，頁 436。

<sup>15</sup> *Delgamuukw v. British Columbia* (1993), 104 D.L.R. (4th) 470 at 643-44 (B.C.C.A.) (I am satisfied that a jurisprudential analysis of the concepts underlying “rights” in common law or western legal thought is of little or no help in understanding the rights now held by aboriginal peoples and now recognized and affirmed by the common law and by the Constitution. In short, it is not only aboriginal title to land that is *sui generis*, all aboriginal rights are *sui generis*.)

<sup>16</sup> S. James Anaya and Robert A. Williams, Jr., *The Protection of Indigenous Peoples’ Rights Over Lands and Natural Resources Under the Inter-American Human Rights System*, 14 Harv. Hum. Rts. J. 33 (2001).

<sup>17</sup> José Martínez Cobo, *Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations* (E/CN.4/Sub.2/1986/7). New York: United Nations (1986).

<sup>18</sup> Anaya & Williams, *supra* note 16.

原住民族的文化永續發展上是必不可少的。紐西蘭與澳洲的司法實務與學術研究，均提出原住民族權利係具有特殊權（*sui generis*）之性質與地位，並以原住民族傳統領域權（*native title*）作為原住民族權利的核心權利<sup>19</sup>。

概要言之，紐澳兩國有關原住民族傳統領域權的定義，大抵上必須下列要件：原住民族基於對土地與自然資源之繼續占有和利用，在與歐洲人前接觸時期，即已存在的部族活動、傳統與習慣，且係構成原住民族部落社群的文化核心整體之一部，據此所取得之權利<sup>20</sup>。以澳洲的發展分析之，澳洲的國家法制，不問是在法院的系統，抑或是國會立法的方向，均已肯認並保障所謂原住民族傳統領域權（*native title*）之概念及其發展。然則，此之所謂「肯認」或「保障」，究係何指？要言之，原住民族傳統領域權（*native title*）係一項普通法上所確立之原則，目的在「肯認並保障」那些源自渠等原住民族本身之傳統規範系統與法律體系，而其權利與利益之範圍在於，渠等過去享有主權利益之土地上，且持續至今的權利主張。從澳洲司法判決上，有關原住民族法制與權利的發展過程觀之，原住民族傳統領域權確立之目的在於，建構一個能夠讓原住民族各部族間存在的地方性法律系統，與傳統習慣制度持續運作的法律空間，甚至進而採納部分那些原住民族傳統法律與習慣內容，成為澳洲普通法內容之一部。也就是說，雖然在過去，澳洲原住民族傳統法律之內涵與發展，總係透過普通法的視角加以觀察與判斷，但是現今的發展，必須要承認的是，這樣一套過去被認為有別於普通法的法制規範系統，已然成為澳洲普通法整體之一部份。澳洲憲法肯認了原住民族法律之原創性與獨特性，並在澳洲法律體系中具有獨立之法律權源與規範基礎。一言以蔽之，普通法原則所肯認的原住民族傳統領域權（*native title*）之概念，其核心價值在於建構原住民族法律做為澳洲法體系之新興主權（*new sovereign*）領域<sup>21</sup>。

從比較法的的觀察來看，原住民族傳統領域權之立法例，有採取專門立法之模式，例如澳洲 1993 年「原住民族傳統領域土地權法」，其中第 223 條規定<sup>22</sup>，就原住民族傳統領域土地權之定義，認為原住民族傳統領域土地權或普通法上權利或利益（*Common law rights and interests*）之意義及其權利內容，係指符合如下要件：

- （1）在特定族群或地域（例如澳洲原住民族或托雷斯海峽島民）
- （2）對於土地或水資源之社區、團體或個人權利；

---

<sup>19</sup> Peter Sutton, *Native Title in Australia: An Ethnographic Perspective*. New York: Cambridge University Press (2003).

<sup>20</sup> 參見澳洲最高法院判例：Mabo v. Queensland [No. 2], (1992) 175 CLR 1.

<sup>21</sup> Lisa Strelein, *Compromised Jurisprudence: Native title cases since Mabo*. Canberra: Aboriginal Studies Press, 2nd Edition (2009).

<sup>22</sup> Article 223 Native title (Common law rights and interests)

(1) The expression native title or native title rights and interests means the communal, group or individual rights and interests of Aboriginal peoples or Torres Strait Islanders in relation to land or waters, where: (a) the rights and interests are possessed under the traditional laws acknowledged, and the traditional customs observed, by the Aboriginal peoples or Torres Strait Islanders; and (b) the Aboriginal peoples or Torres Strait Islanders, by those laws and customs, have a connection with the land or waters; and (c) the rights and interests are recognised by the common law of Australia.

(3) 該權利或利益之占有，係原住民族或托雷斯海峽島民之傳統法律所承認 (acknowledged)，且為其傳統習慣所遵守 (observed)

(4) 原住民族或托雷斯海峽島民，依其法律及習慣，與土地或水資源有聯繫 (connection)

(5) 該權利及利益為澳洲普通法所承認 (recognised)

另有未制定專門之單獨法律，而係採取分散式規定，並以法院判決承認原住民族傳統領域權之方式，如紐西蘭對毛利原住民族在此一權利保障議題的法制建構，即未制定專門法律，係以輔予若干分散之協議、法規或實務上法院判決，予以承認毛利原住民族之傳統領域權。舉其要者，即係作為紐西蘭立國基礎之 1840 年毛利原住民族與英國政府簽訂之懷唐伊條約 (Treaty of Waitangi)，承認毛利原住民族得繼續保有及使用其領域、土地及海域。另如紐西蘭 1994 年 *Te Runanganui o Te Ika Whenua Inc Society v. Attorney General* 一案，法院認為毛利人享有部落之土地權及水域權。雖殖民者進入該領域後（不問係透過殖民、割讓或併吞），隨著主權轉換，殖民者取得「國家法律」所賦予之所有權。惟在有法律特別明定的情形下，該所有權將被既有原住民族傳統領域權利 (existing native rights) 所限制，除非經過地方占有人之自由同意 (free consent)，並經政府及相關法規之嚴格規定，始得以使之消滅<sup>23</sup>。由上述判決可見，法院認為毛利原住民族之傳統領域權 (native/aboriginal title)，係來自其既有之權利，亦即英國人來到之前，毛利人所享有之原初固有權利 (inherent right)。毛利原住民族之傳統領域權利，並非由國家法律所創設並賦予，此係依據個案之判決承認之。又現在有關毛利原住民族傳統領域之土地權爭議，則由毛利土地法庭 (Māori Land Court) 裁決審理，亦表現出歷史正義之分權治理。

回到我國來看，2016 年 8 月 1 日，蔡英文總統對於過去四百年來，臺灣原住民族承受的苦痛和不公平待遇，代表中華民國政府向原住民族提出道歉。文稿中述及：「我相信，一直到今天，在我們生活周遭裡，還是有一些人認為不需要道歉。而這個，就是今天我需要代表政府道歉的最重要原因。把過去的種種不公平視為理所當然，或者，把過去其他族群的苦痛，視為是人類發展的必然結果，這是我們今天站在這裡，企圖要改變和扭轉的第一個觀念」<sup>24</sup>。縱然，在日治時期殖民法律架構下，國家藉由法律的論述，形式合理化侵奪原住民族既存占有土地的事實。然而，即使國家表彰既存占有的成立有其過往的社會基礎，即如以物種進化論之種族中心主義建構原住民族人種未開化之法律意識，並依此意識形態建立法律要件而採行之高權行政等，已為當前保障原住民族人權與多元文化的憲

<sup>23</sup> In the absence of special circumstances displacing the principle, the radical title is subject to existing native rights. These native rights cannot be extinguished (at least in times of peace) otherwise than by the free consent of the native occupiers, and then only to the Crown and in strict compliance with the provisions of any relevant statutes.

<sup>24</sup> 蔡英文總統代表政府向原住民族道歉，2016 年 8 月 1 日。全文請參見總統府原住民族歷史正義與轉型正義委員會網頁 <https://indigenous-justice.president.gov.tw/Page/16>

政理念所形構的社會價值與正義觀所完全不能容受<sup>25</sup>。原住民族歷史正義與轉型正義的踐履，當係重構國家與原住民族特殊關係之所必要的法理建構原則。

再以總統道歉文稿所提及：「我們有相當進步的《原住民族基本法》，不過，這部法律，並沒有獲得政府機關的普遍重視」<sup>26</sup>。綜整來說，原住民族權利之落實與開展，實繫於前開內容究無可能翻轉。從原住民族法制的建構過程來看，1997年憲法增修第 10 條，其中第 11 項揭示國家肯定多元文化，第 12 項確認原住民族權利保障的國家責任。實則，從本條文之架構立論，多元文化的憲政價值與國族特徵，非以原住民族權利的保障與實踐無以竟全功。換言之，憲法增修條文揭示保障原住民族傳統文化之國家義務，《原住民族基本法》則係以實現國家所體認之多元文化價值為其目的，就國家與原住民族間規範確係具有基本、指導、優位之法律位階<sup>27</sup>。

承前意旨，《原住民族教育法》於 108 年 6 月 19 日完成全文修正並公布施行。該法第 2 條第 2 項即載明「政府應本於多元、平等、自主、尊重之原則，推動原住民族教育，並優先考量原住民族歷史正義及轉型正義之需求」。復於同條文第 3 項確認「原住民為原住民族教育之主體，原住民個人及原住民族集體之教育權利應予以保障」。除此之外，促進轉型正義條例前於推動立法過程中，多有遭致學術界、原住民族社群及一般社會輿論批判的情形，認其未納入原住民族轉型正義之需求。惟參以前揭條例第 1 條立法理由亦敘明，「威權統治時期之受害者，原不分族群，且處理轉型正義亦有促進族群和解之積極目的。故威權統治時期之原住民受害者，其名譽回復及賠償等相關事宜，自亦應依本條例處理。惟對於原住民之不義問題，仍有更多制度性、結構性之面向與範圍；其相關事宜如何處理，宜由原住民相關法令通盤檢討、規劃」。由此觀之，在立法定性上，我國確係已將原住民族權利置於原住民族歷史正義與轉型正義之證立架構，確係憲法所保障之基本權，且係兼有個人權與集體權性質的特殊權利。

## 貳、諮詢事項

本件諮詢事件關乎原住民族傳統領域土地及原住民保留地所涉權利的性質確認，要言之，現行臺灣原住民族法體系係建構在以聯合國「原住民族權利宣言」為基準，「憲法增修條文原住民族條款」輔以「國際人權公約文書及其施行法」，以及《原住民族基本法》三者所構築而成之原住民族基本權利架構。再則，《原住民族基本法》之三項基石在於：1) 原住民族自決、自主、和自治。2) 確保原住民族土地、傳統領域和自然資源。3) 保障原住民族有效的實質參與。亦即，現行《原住民族基本法》所規範之原住民族權利以自決權為核心權力，強調原住民族土地、傳統領域以及自然資源權利等的確立，並係以建構原住民族傳統知識、

<sup>25</sup> 黃居正，前揭註 11，頁 448。

<sup>26</sup> 同註 24。

<sup>27</sup> 參見最高法院 98 年度台上字第 7210 號刑事判決；臺灣嘉義地方法院 103 年度原訴字第 4 號刑事判決；臺灣高等法院臺南分院 104 年度原上訴字第 1 號刑事判決

文化習俗、法律體系為其目標，透過原住民族的集體同意權與有效參與作為實踐手段。

參以本諮詢意見前所提出的說明，原住民族傳統領域權確係受聯合國「原住民族權利宣言」、「國際人權公約文書」、習慣國際法，以及我國「憲法增修條文原住民族條款」與《原住民族基本法》所保障的原住民族基本權利。

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？

從國內法的法制架構探究，有論者以為，長期以來憲法增修條文原住民族條款被認定係屬憲法之基本國策所規範，充其量僅為憲法國家發展之「方針條款」，作為國家的努力目標，並不具有強行的性質，不發生國家應該立刻實現基本國策內容的義務<sup>28</sup>。林明昕則認為該基本國策條款：「依其規範性質，仍課予了國家各機關，尤其是立法者，努力實現促進原住民族能在政治、經濟、社會及文化等方面，與其他各族群享有實質平等地位之目標的義務。換言之，『原住民族條款』是一種『國家目標規定』，是一種『立法委託』；而依其規範之目的，則有補充中華民國憲法第七條『中華民國人民，無分種族在法律上一律平等』之規範內涵的重要功能<sup>29</sup>」。實則，憲法增修條文之內容非可一概而論，其可能是單純的方針條款，或可能是立法裁量的界限，亦有可能是憲法或法令解釋的基準。

1997 年憲法增修條文原住民族條款的入憲，我國現行憲法確已明確肯認原住民族權利的存在，但仍然有許多規範不足或引起爭議之處。例如：原住民族自治權、土地權、文化權，是否包括在憲法增修條文所能涵攝的權利範疇？更聚焦而言，原住民族教育應否理解為受民族教育為每一個人的權利？憲法肯定多元文化目標是否須進一步闡釋或補充？此外，憲法有關財產權及實質平等意義對於原住民族傳統領域權之進一步闡明等，由於相關法令欠缺明確之規範目的與原則規範，從人權保障與立法政策的考量上，2005 年完成《原住民族基本法》的之制定，作為充實補足憲法上有關原住民族權利與發展之規定，並藉由明確的原住民族文化與權利發展理念、目標與原則之揭示，作為引導原住民族發展及建構權利法制之規準。準此，《原住民族基本法》於制度設計與法位階上固然屬於憲法增修條文立法原則之實現，以及履踐憲法肯認原住民族集體權之施行法，但是在權利內容與保護上，實已遠超過憲法抽象規定之範圍，承認了與既有國家法規完全平行存在的「特殊權利（*sui generis*）」<sup>30</sup>。如此之新權利與

<sup>28</sup> 法治斌、董保城（1999），《中華民國憲法》，再版，頁 433，台北：空大；李惠宗（1998），《憲法要義》，2 版，頁 464-466，台北：敦煌。

<sup>29</sup> 林明昕（2004），〈原住民地位之保障作為「基本權利」或「基本國策」？〉，《憲政時代》，29 卷 3 期，頁 336。

<sup>30</sup> 黃居正（2010），〈傳統智慧創作與特殊權利—評析「原住民族傳統智慧創作保護條例」〉，《台灣原住民族研究季刊》，3 卷 4 期，頁 13-14。

其實施，對憲法增修條文原住民族條款而言，確已形構該條款作為部門憲法<sup>31</sup>的性質，亦已形構該條款作為橋接兩項國際人權公約具體化原住民族文化權內容的樞紐。

原住民族文化（集體）權雖未明文列舉於憲法基本權利之清單，惟就大法官前所證立之解釋意旨，人民自由與權利，「基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整<sup>32</sup>」、「自主決定攸關人格健全發展與人性尊嚴之維護<sup>33</sup>」、「公共利益之重大事項<sup>34</sup>」，不妨害社會秩序公共利益者，應受憲法第 22 條之保障。

Erica-Irene A. Daes 從集體權的觀點，在其有關「原住民族及其與土地之關係」的研究報告中，對於原住民族權利的內涵作了如下的歸納：（1）原住民族與其土地、領域、以及自然資源有著深厚密切的關係。（2）這種關係具有社會、文化、心靈、經濟、以及政治面向。（3）這些關係具有重要的集體意義。（4）這些關係的世代傳遞攸關著原住民族的認同、生存、以及文化命脈<sup>35</sup>。

原住民族文化涉及經濟生產、傳統知識實踐、文化成果表達、祭儀信仰禁忌等，係由社群、部落或民族成員所共同創造維繫、歷經世代傳承的文化表現，基本上循三種脈絡發展與建構其文化本體內涵，其一為「社會脈絡」，如婚姻家庭和親屬、社會階層和領導、交換與經濟；其二是「生態脈絡」，如環境、生存與技術、居住地點；其三則係「展演脈絡」，如表演、功能與傳承。換言之，原住民族文化本係結合前述三構面所形成之全貌式的文化本體，並能表現在原住民族與土地及所有生命有機體的神聖連結關係，亦係呈顯原住民族（文化）權利立基在身分與文化認同的本質。

前開所指蘊含身分與文化認同的原住民族權利，亦可對應公民權利與政治權利國際公約人權事務委員會所示「第 23 號一般性意見書」之說明：「9. 這些權利的保障，係以確保有關少數社群文化、信仰和社會身分認同之生存與永續發展為導向。因此，此項權利的保障能夠豐富整體社會的多元。委員會評述認為這些權利必須以這樣的方式來保障，且不該和公約中其他授予個人權利混淆<sup>36</sup>」。換言之，原住民族權利在公約的保障機制，係立基在以「社群文化、信仰和社會身分

---

<sup>31</sup> 有關部門憲法的概念與闡論，請參見蘇永欽，〈部門憲法－憲法釋義學的新路徑〉，收錄於《走入新世紀的憲政主義》，元照，2002 年 10 月。

<sup>32</sup> 釋字第 585、603 號解釋

<sup>33</sup> 釋字第 748 號解釋

<sup>34</sup> 釋字第 753、785 號解釋

<sup>35</sup> UN Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, Indigenous peoples and their relationship to land: Final working paper prepared by the Special Rapporteur, Mrs. Erica-Irene A. Daes, 11 June 2001, E/CN.4/Sub.2/2001/21, available at: <https://www.refworld.org/docid/3d5a2cd0.html> [accessed 22 February 2021]

<sup>36</sup> UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No. 23: Article 27 (Rights of Minorities), 8 April 1994, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, available at: <https://www.refworld.org/docid/453883fc0.html> [accessed 22 February 2021] ([T]he protection of these rights is directed towards ensuring the survival and continued development of the cultural, religious and social identity of the minorities concerned, thus enriching the fabric of society as a whole. Accordingly, the Committee observes that these rights must be protected as such and should not be confused with other personal rights conferred on one and all under the Covenant.)

認同之生存與永續發展為導向」的論證，始能獲致合法區別化之正當性。

既然我們每個人都倚賴著文化社群成員的身分，促成社群認同的形塑與發展，那麼文化權本即應保障身分認同形塑，以及文化主體完整性與維續的必要條件，亦係從原住民族傳統領域作為原住民個體成員與社群連結臍帶所體現出來的實質權利意涵<sup>37</sup>。

綜據前述各項要旨，原住民族文化（集體）權雖未明文列舉於憲法基本權利之清單，惟就原住民族文化應置於原住民族與土地及所有生命有機體的關係來理解，咸認係原住民族社會存在的核心，並係表彰原住民族人性尊嚴與主體性、攸關原住民族部族成員人格健全發展，確為憲法增修條文第 10 條第 11、12 項對原住民族文化權之保障，參以大法官前所證立之解釋意旨，屬公共利益之重大事項，且不妨害社會秩序公共利益，應受憲法第 22 條之保障。另以，原住民族權利在憲法上之保障，李建良認應得以動態式或規範式的憲法變遷，勾勒出具集體性的原住民族權利。又，基本權利的源起、發展與實踐，與所處之社會情境、需求有關，基本權利的類型與內涵會隨社會變遷有所增易，而不宜固守憲法條文的字義。甚且，集體權已是國際人權之一環，在比較法上亦有其例。具有「集體權」性質的原住民族基本權利，本得透過解釋、論證而承認之<sup>38</sup>。

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？

承前第一點諮詢意見所示，原住民族權利係以憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項為依據，並為憲法第 22 條所保障之特殊權利。惟以，此間所由存立之審查標準為何，確係影響原住民族權利與其他基本權的權衡。若採視原住民族權利係以積極平權措施為基礎，則其合憲性的審查，尤其關乎「差異」所由生的基準。茲以美國最高法院在積極平權措施案件類型的實務為例，所涉「差異」如係以「種族」為分類基準，將無法免於嚴格審查標準<sup>39</sup>。惟以，美國印地安部

<sup>37</sup> 與此相呼應者，則是由經濟社會文化權利公約委員會於 2009 年通過之「第 21 號一般性意見」，闡明經社文公約第 15 條「人人有權參加文化生活」的意旨：36. 締約國應採取措施，保證在行使參加文化生活的權利時充分顧及文化生活價值觀，這種價值觀可能有強烈的族群性，或者說，只有原住民族作為一個群體才能表現和享受。原住民族文化生活的強烈的族群性對於其生存、福祉和充分發展是不可或缺的，並且包括對於其歷來擁有、佔有或以其他方式使用或獲得的土地、領土和資源的權利。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和保護，以防止其獨特的生活方式受到侵蝕，包括喪失維生方式、自然資源，乃至最終的文化認同。因此，締約國必須採取措施，確認和保護原住民族擁有、開發、控制和使用其公有土地、領土和資源的權利，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土。

<sup>38</sup> 李建良，人權思維的承與變：憲法理論與實踐（四），新學林，2010 年 9 月。

<sup>39</sup> 即如 *Regents of the Univ. of Cal. v. Bakke* 乙案所示，「種族（racial）和族群（ethnic）的任何區別，本質上都是可疑的，因此必須進行最嚴格的司法審查」，美國最高法院並以此為由，認定加州大學戴維斯分校醫學院所定之特別入學計畫違憲。*Regents of the Univ. of Cal. v. Bakke*, 438 U.S. 265, 291 (1978) (Powell, J.) (holding that “[r]acial and ethnic distinctions of any sort are inherently suspect and thus call for the most exacting judicial examination”。

族（Indian Nation）法令與權利性質的定性，美國最高法院聚焦在印地安部族所具有之權力主體屬性，係以其與美國聯邦政府間之政治關係為分類要件，而無涉印地安部族成員個人之血統出身<sup>40</sup>。

本件諮詢事件關乎原住民族傳統領域土地及原住民保留地所涉權利的性質確認，應置於聯合國「原住民族權利宣言」、「憲法增修條文原住民族條款」、「國際人權公約文書及其施行法」，以及《原住民族基本法》所構築而成之原住民族基本權利架構，確認憲法正當性的審查標準。是則，《原住民族基本法》之性質應為原住民族權利、發展與政策形成的基本法，具有一貫性與完整性的規範基礎，與其他個別分散、另訂特別法或行政命令的零星立法方式不同，並可依據本法為相關子法及政府採取必要的措施。準此，《原住民族基本法》與其他法律間之關係可歸納以下四種意義：「優越性」、「指導性」、「非子法與母法的關係」、「準憲法」的意義。

爰此，前以述及，《原住民族基本法》之三項基石在於：1）原住民族自決、自主、和自治。2）確保原住民族土地、傳統領域和自然資源。3）保障原住民族有效的實質參與。原住民族傳統領域權（包括原住民族傳統領域土地及原住民保留地）作為乙項特殊權利，合理限制之證立，應先審究所採手段是否係「保護原住民族權利或維護其利益」之作為或不作為，次再判斷「合理限制」是否將因此實質阻礙原住民族繼續依其獨特之社會組織型態與利用方式使用該土地與自然資源。準此，原住民保留地所涉相關法規範確立之兩項原則——「權利行使限制<sup>41</sup>」、「權利移轉的身分限制<sup>42</sup>」，對應於《原住民族基本法》第 20 條第 1 項「政府承認原住民族土地及自然資源權利」，確認原住民族土地權利（包括原住民族傳統領域土地及原住民保留地）係指原住民族對其占有、使用、支配與管理等土地所生之權利態樣，不論此一權利態樣是部族共有、群體所有或個人獨有，只要此一原住民族對其土地所生的各項權利，係源生自渠等共同遵守與持續傳承之傳統法律與文化慣習的規範體系，均應受到我國憲法的合法承認。

綜此，憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項規定，確得為違憲審查之審查標準，並係以相關法令是否為「保護原住民族權利或維護其利益」之作為或不作為，次再判斷該作為或不作為是否將因此「實質阻礙原住民族繼續依其獨特之社會組織型態與利用方式使用該土地與自然資源」。又，由於原住民族權利係憲法第 22 條所保障的特殊權利，前揭規準與基本權規定就原住民保留地之相關法規範間並無衡平衝突。

### 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

<sup>40</sup> Morton v. Mancari, 417 U.S. 535 (1974).

<sup>41</sup> 原住民保留地開發管理辦法第 15 條：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。

<sup>42</sup> 原住民保留地開發管理辦法第 18 條第 1 項：原住民取得原住民保留地所有權後，除政府指定之特定用途外，其移轉之承受人以原住民為限。

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？

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（下稱基本法）之規範意旨？

二戰結束之後，中華民國政府接續日本治理臺灣，初期並不重視原住民保留地管理制度之建立，僅以發布行政命令形式作為管理原住民保留地（初期名為山地保留地）相關權利義務及程序，法令之「合法性」與「合憲性」迭遭質疑，但政府始終始終並未訂定法律予以規範<sup>43</sup>。下文謹整理上開法規之授權依據，再以管辦訂立時間點區分前後時期，釋明不同時期之原住民保留地開發管理辦法的合憲性。

| 年代   | 法規名稱           | 授權                                                                                                      | 備註                             |
|------|----------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------|
| 1948 | 台灣省各縣山地保留地管理辦法 | 無                                                                                                       |                                |
| 1960 | 台灣省山地保留地管理辦法   | 無                                                                                                       |                                |
| 1966 | 台灣省山地保留地管理辦法   | 無                                                                                                       |                                |
| 1974 | 台灣山地保留地管理辦法    | 無                                                                                                       |                                |
| 1976 | 台灣山地保留地管理辦法    | 山坡地保育利用條例第 36 條：山坡地設置山胞保留地區，放租、放領以山胞為限，其管理辦法，由行政院定之。                                                    | 首次法律規範授權，但管理辦法未有相應明文，俾以確立授權依據。 |
| 1983 | 台灣山地保留地管理辦法    | 山坡地保育利用條例第 36 條：山坡地設置山胞保留地區，放租、放領以山胞為限，其管理辦法，由行政院定之。<br>農業發展條例第 17 條第 2 項：前項土地之開發管理及山地保留地輔導開發辦法，由行政院定之。 |                                |
| 1986 | 同上             | 同上                                                                                                      |                                |
| 1990 | 山胞保留地開發        | 農業發展條例第 17 條第 2                                                                                         | 山胞保留地開發                        |

<sup>43</sup> 顏愛靜、中國土地經濟學（編）（1999），台灣地區原住民保留地制度變遷之研究，頁 118。行政院原住民委員會。

|      |                                                                    |                                                                                                                                                                  |                                                             |
|------|--------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------|
|      | <p>管理辦法</p> <p>第 1 條：本辦法依山坡地保育利用條例第 37 條及農業發展條例第 17 條第 2 項訂定之。</p> | <p>項：前項土地之開發管理及山地保留地輔導開發辦法，由行政院定之。</p> <p>山坡地保育利用條例第 37 條：山坡地範圍內山地保留地，輔導山胞開發並取得耕作權、地上權或承租權。其耕作權、地上權繼續經營滿五年者，無償取得土地所有權，除政府指定之特定用途外，如有移轉，以山胞為限；其開發管理辦法，由行政院定之。</p> | <p>管理辦法第 1 條明文規定授權依據為山坡地保育利用條例第 37 條及農業發展條例第 17 條第 2 項。</p> |
| 2000 | 同上                                                                 | 刪除農業發展條例第 17 條第 2 項                                                                                                                                              | 僅以山坡地保育利用條例第 37 條為法源依據。                                     |
| 2001 | <p>原住民保留地開發管理辦法</p> <p>修正第 1 條：本辦法依山坡地保育利用條例第 37 條規定訂之。</p>        | 同上                                                                                                                                                               |                                                             |
| 2006 | 同上                                                                 | 修正山坡保育利用條例第 37 條：山坡地範圍內山地保留地，輔導原住民開發並取得耕作權、地上權或承租權。其耕作權、地上權繼續經營滿五年者，無償取得土地所有權，除政府指定之特定用途外，如有移轉，以原住民為限。其開發管理辦法，由行政院定之。                                            |                                                             |
| 2007 | <p>原住民保留地開發管理辦法</p> <p>第 1 條：本辦法依山坡地保育利用條例第 37 條規定訂之。</p>          | 同上                                                                                                                                                               | 確立原住民保留地開發管理辦法之母法係山坡地保育利用條例第 37 條。                          |
| 2019 | 修正原住民保留地開發管理辦法                                                     | 修正山坡保育利用條例第 37 條                                                                                                                                                 | 原住民保留地開發管理辦法自民                                              |

|  |                                                 |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
|--|-------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|  | <p>第 1 條<br/>本辦法依山坡地保育利用條例第 37 條第 6 項規定訂定之。</p> | <p>山坡地範圍內原住民保留地，除依法不得私有外，應輔導原住民取得承租權或無償取得所有權。</p> <p>原住民取得原住民保留地所有權，如有移轉，以原住民為限。</p> <p>有下列情形之一者，得由政府承受私有原住民保留地：</p> <p>一、興辦土地徵收條例第三條、第四條第一項規定之各款事業及所有權人依該條例第八條規定申請一併徵收。</p> <p>二、經中央原住民族主管機關審認符合災害之預防、災害發生時之應變及災後之復原重建用地需求。</p> <p>三、稅捐稽徵機關受理以原住民保留地抵繳遺產稅或贈與稅。</p> <p>四、因公法上金錢給付義務之執行事件未能拍定原住民保留地。</p> <p>政府依前項第三款及第四款規定承受之原住民保留地，除政府機關依法撥用外，其移轉之受讓人以原住民為限。</p> <p>國有原住民保留地出租衍生之收益，得作為原住民保留地管理、原住民族地區經濟發展及基礎設施建設、原住民族自治費用，不受國有財產法第七條規定之限制。</p> <p>原住民保留地之所有權取得資格條件與程序、開發利用與出租、出租衍生收益之管理運用及其他輔導管理相關事項之辦法，由中央原住民族主管</p> | <p>國(下同)79 年 3 月 26 日發布施行後，曾於 84 年 3 月 22 日、87 年 3 月 18 日、89 年 2 月 16 日、90 年 12 月 12 日、92 年 4 月 16 日、96 年 4 月 25 日及 107 年 6 月 28 日七次修正施行，茲為因應總統 108 年 1 月 9 日公布山坡地保育利用條例第 37 條修正條文，刪除原住民需取得耕作權、地上權滿五年，始無償取得原住民保留地所有權之規定，爰刪除輔導原住民設定耕作權、地上權之相關規定，並修正原住民申請無償取得原住民保留地所有權之資格條件及程序，而為本次之修正。</p> |
|--|-------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

|  |  |       |  |
|--|--|-------|--|
|  |  | 機關定之。 |  |
|--|--|-------|--|

如上表所示，原住民保留地開發管理辦法（下稱管理辦法）於不同時期分別有其授權依據，然而，僅於民國 79 年方於管理辦法中明訂授權依據，尤以民國 65 年以前則係處於母法真空狀態。若將管理辦法定性為行政命令，依中央法規標準法第 5 條第 2 款規定，管理辦法規範內容明顯屬於「關於人民之權利、義務者」，本應以法律定之，故有管理辦法違反法律保留原則而違憲之質疑。

整體而言，以民國 79 年作為分水嶺，關於管理辦法之合憲性釋疑，可分成二階段說明。首先，民國 79 年之前，我國於憲法、中央法規標準法雖然明確規範法律保留原則，惟實務上並未嚴格要求遵守法律保留原則。因此，民國 79 年以前之管理辦法雖定性為職權命令，仍有容許存在空間；又按民國 68 年司法院解釋第 155 號：「查考試院為國家最高考試機關，掌理考試等事項，為憲法第 83 條所賦與之職權，自得本此職權，訂定考試規則及酌採適當之考試方式。六十三年特種考試臺灣省基層公務人員考試規則第八條暨同考試錄取人員實習辦法所定之「實習」，...此項實習，未逾越考試院職權之範圍，且對於該次考試所有錄取人員一律適用，與憲法第 85 條所定考試制度之精神，尚無違背」，前揭意旨認為該等職權命令不產生違憲問題。然而，民國 78 年後，司法院解釋第 247 號揚棄「有組織法即有行為法」概念，指出發布職權命令除組織法上職權事項外，尚應有行為法上之依據。準此，民國 79 年之後，涉及原住民保留地使用限制、讓與、轉租、設定負擔、分配或改配等事項，再以職權命令方式作為法源依據者，則必屬違反憲法之規定。

次以，民國 79 年後，雖其時之山胞保留地開發管理辦法第 1 條明文規定授權依據，然而不免面對如此龐雜事項僅以概括授權之質疑聲浪。本諮詢意見以為，原住民保留地開發管理辦法之內容，係以山坡地保育利用條例第 37 條規定意旨，針對有關原住民保留地之使用限制、讓與、分配或改配等細節性及技術性事項加以規定，蓋因山坡地保育利用條例第 37 條規定之法律效果及主要構成要件本身已作規定，授權主管機關決定者，限於原住民保留地使用限制、讓與、取得耕作權、地上權、承租權及所有權與移轉事項，綜觀整部民國 79 年以後之管理辦法，並未逸脫上開授權範圍，從而符合憲法上要求之法律明確性原則及法律保留原則。

謹以臺灣高等法院高雄分院 94 年度上易字第 91 號民事判決意旨補充如下：按山坡範圍內山地保留地，輔導山胞開發並取得耕作權、地上權或承租權。其耕作權、地上權繼續經營滿五年者，無償取得土地所有權，除政府指定之特定用途外，如有移轉，以山胞為限；其開發管理辦法，由行政院定之，山坡地保育利用條例第 37 條定有明文。屬對於該條例第 3 條所定義之「山坡地」內之「山胞保留地」所為之狹義規定。又行政院依該條例第 37 條授權所發布之原住民保留地開發管理辦法（按該辦法所稱原住民保留地，即為上開條例所稱之山胞保留地，僅用語不同），其第 2 章即第 7 條至第 20 條，已就原住民保留地之「土

地管理」，亦即其權利如耕作權、地上權、承租權如何取得，甚或一定時間之繼續經營後，如何無償取得所有權等均已詳為規定。且依上開規定無一不以原住民為權利人而為規範。尤以系爭管理辦法第 15 條更是明文規定原住民取得原住民保留地之耕作權、地上權、承租權或無償使用權，除繼承或贈與於得為繼承之原住民、原受配戶內之原住民或三親等之原住民外，不得轉讓或出租。參以母法山坡地保育利用條例第 37 條之移轉限制，在在顯示上開法令，已就原住民取得原住民保留地上權利之資格(包括具原住民身分及一定資格，如前述之實際耕作等)為限制，藉以符合保障原住民生計，推行原住民行政之立法目的甚明。

再者，山坡地保育利用條例第 37 條第 2 項、原住民保留地開發管理辦法第 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？換言之，前開三款條文所涉原住民保留地之「權利行使限制」與「權利移轉的身分限制」，由於明確涉及《中央法規標準法》第 5 條第 2 款係「關於人民之權利、義務」之事項，應以法律定之者。對此，本諮詢意見認以原住民族土地權之變化，涉及跨政權、跨世代的歷史正義探究，亦即原住民族一方面同一般社會經歷威權統治時期，另一方面，卻有著他族群未曾經歷過遭致主權國家認定之不具法人格時期。爰此，確係應以原住民族歷史正義與轉型正義為基礎，提供一個全面性的價值重建及權利回復，也就是以現在的正義觀來扭轉過去的時空，藉此重新評價該時空中所確立的價值與秩序。

承前，本諮詢意見以為，如欲瞭解現行法令所存有之「權利行使限制」與「權利移轉的身分限制」，應回溯保留地制度於日治時期的立法原型。謹整理日治時期相關法令如下：

| 發布日期                                 | 文號          | 法令名稱                   | 相關條文                                                                           | 重點內容                          |
|--------------------------------------|-------------|------------------------|--------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------|
| 明治 28 年<br>10 月 31 日<br>(1895/10/31) | 日 令<br>26 號 | 官有林野及<br>樟腦製造業<br>取締規則 | 第一條<br>無足以證明所有權之<br>地券或其他確據之山<br>林原野概為官有。                                      | 未所有權<br>證明之山林<br>原野全收為<br>官有。 |
| 明治 29 年<br>3 月 31 日<br>(1896/03/31)  | 勅 令<br>30 號 | 臺灣總督府<br>撫墾署官制         | 第一條第二項<br>臺灣總督府撫墾署掌<br>理左列事務：<br>二、關於蕃地開墾事<br>項。                               | 將「蕃地」視<br>為「特殊行政<br>區」        |
| 明治 29 年<br>9 月 01 日<br>(1896/09/01)  | 府 令<br>30 號 | 蕃地ニ出入<br>スル者ハ官<br>廳ノ   | 進出蕃地者，除獲官廳<br>經營事業許可外，皆需<br>取得管轄撫墾署長之<br>許可，否則將處以 25<br>日以內的輕禁錮或 25<br>圓以內的罰金。 | 進出蕃地者<br>皆須獲得官<br>方許可         |

1895 年台灣總督府發佈日令 26 號「官有林野及樟腦製造業取締規則」，第一條之規定即將未有所有權證明之山林原野全收為官有，同時，為進一步清理台灣的土地權屬狀態，台灣總督府於 1898 年發布律令 14 號「臺灣土地調查規則」，日本政府為製作土地台帳及地圖進行大規模土地調查，規定各業主應申報其土地，未申告者，除處罰，政府將沒收其業主權。其後，1910 年伊始啟動三次官有林野整理事業，區分出「要存置林野」、「不要存置林野」、「準要存置林野」，並透過森林計畫事業（1925-1935）進行山林的經營與治理。在準要存置林野項下，明列「於蕃人生活保護上有保留之必要者」及「理蕃上為獎助蕃人移住有特別需加以保留者」。實則，原住民族在日治時期透過歷次的土地調查及開發政策而流失土地。從山林收歸國有，確立無所有權者為官有，並透過林野整理將原住民族的土地納入不同的土地分區規範，進到國家法制的治理範疇內。隘勇線推進、蕃地解編為普通行政區、移民事業的開展，以及集團移住等政策讓原住民族離開自己的原居地。同時，由於山地拓殖與開發的需求，藉由預約賣渡的方式將官有土地所有權逐步移轉給私人或財團。在這過程中，原住民族生活空間範圍一步步被拆解、限縮，最後可實際支配的僅剩 24 萬公頃的蕃人所要地。要言之，原住民族土地自日治時期納入其時國家法律的治理，以「蕃地」視之而為「特殊行政區」，權利歸屬於國有，並明文排除非原住民的進入、占有、使用。由此觀之，確係原住民保留地在「權利行使限制」與「權利移轉的身分限制」之原型。

戰後中華民國政府對土地之接收管理，針對公有及私有發布不同法令及其適用規則：

|      |                                                             |                                                                          |
|------|-------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------|
| 公有土地 | 1945 年《臺灣接管計畫綱要》第 82 點<br>1947 年《臺灣省土地權利清查辦法》第 8 條          | 日治時期之官有、公有土地收歸國有；<br>經總督府依土地調查與林野調查結果收歸公有之土地不發還。                         |
| 私有土地 | 1946 年《臺灣地籍釐整辦法》第 4 條<br>1947 年《臺灣省土地權利憑證繳驗及換發權利書狀辦法》第 14 條 | 已辦理不動產登記的區域，權利人應持登記證書換發土地所有權狀或其他權利證明書。<br>逾期無人申請驗證之土地則視為無主地，經公告期滿後為國有土地。 |

由於日治時期原住民無法取得所有權，戰後多數原住民無法證明土地權利，土地被收歸國有。戰後接收土地之一般化標準，實質上卻區分了原住民族土地與一般土地。此舉隱含國家認為山地地區為特殊空間，將原住民族土地國有化後，國家成為主導者，有助於後續山地行政之開展，以及保留地制度之推動。

比較英美法系統對於原住民族傳統領域權的規範內容，謹以加拿大的法制為例說明。作為加拿大立國文件基礎之一的「皇家宣言（1763）」尤為重要，在其規範原住民族與殖民政府間權利義務關係之「印地安部族條款」內容中，「皇家宣言」做了如下的宣示：

在符合公平正義的合理性前提，以及兼顧殖民政府的利益與安全，對於那些生活在殖民政府保障之下，而與我們相連結的印地安族國或部族，任何人均不得任意妨礙或干擾渠等占有及使用土地之權利。雖然渠等尚未轉讓給政府、或尚未為政府購買，這些土地最終還是歸官方所擁有，依據前揭原則政府劃設特定區域給原住民族作為狩獵場域。因此，依據樞密院所給予的意見，皇室的意志與利益明確宣示限制阿帕拉契山脈以西的開拓，沒有任何一個殖民地的總督或軍事司令可以違反，限制屯墾區新土地的開發，以減低印地安人和英國開拓者之間的衝突。除了英國國王以外，禁止任何團體買賣原住民族占有、使用的土地，就像前面所述，只要是原住民族尚未轉讓給皇室或尚未為我們所價購的土地，均劃歸給印地安原住民部族<sup>44</sup>。

根據前述 1763 年「皇家宣言」所揭示之原則，英國國王宣示阿帕拉契山區以西的土地禁止其美洲殖民者定居，保留給印地安原住民部族依其傳統規範占有與使用。白人殖民者被禁止越過阿帕拉契山區去開疆拓土，任何私人藉由土地協商與買賣旨在取得原住民族土地者，均受嚴格禁止且無效，唯有政府能夠進行與印地安原住民族的協商、合法地收購原住民族土地。總的來說，「皇家宣言」實係規範原住民族與加國政府間非常關鍵的一個歷史法律文件，它一方面確立的原住民族傳統領域權的法律地位與性質，另一方面則為當代加國政府與原住民族間之權利義務關係，建構了條約協商的機制。亦即，皇家宣言表彰了英國殖民統治的開始，同時也確立了印地安原住民族事務的聯邦法優先權原則（federal preemption）。

其後，加拿大司法部門透過實務的審理，陸續闡釋了原住民族傳統領域權利的內涵<sup>45</sup>。尤以 1997 年 *Delgamuukw v. British Columbia*<sup>46</sup> 乙案至為關鍵，加拿大最高法院針對印地安原住民部族特有的土地法益，由 Lamer 大法官在原住民族傳統領域權之實質內容要件的問題上，提出了第一個清晰且明確的法律定義：

原住民族傳統領域權是自成一格源生自土地的獨特權利，某種介於絕對的土地所有權與個人用益物權概念之間的特殊權利。除了對政府外，原住民族傳統領域權是不可自由轉讓的。原住民族傳統領域權的法源基礎就在於原住民族對土地的先占原則上<sup>47</sup>。

---

<sup>44</sup> Robert A. Williams, Jr., *The American Indian in Western Legal Thought: The Discourses of Conquest* 237 (New York: Oxford University Press, 1990).

<sup>45</sup> 加拿大司法實務有關原住民族傳統領域權闡釋的歷史演進，請參見 *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen*, [1887] 14 AC 46; *Calder v. Attorney General of British Columbia*, [1973] 34 D.L.R. (3d) 145 (S.C.C.); *Guerin et al v. The Queen* ([1984] 2 S.C.R. 335).

<sup>46</sup> *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010

<sup>47</sup> 判決原文摘錄如後：Constitutionally recognized aboriginal rights fall along a spectrum with respect to their degree of connection with the land. At the one end are those aboriginal rights which are practices, customs and traditions integral to the distinctive aboriginal culture of the group claiming the right but where the use and occupation of the land where the activity is taking place is not sufficient to support a claim of title to the land. In the middle are activities which, out of necessity, take place on land and indeed, might be intimately related to a particular piece of land. Although an aboriginal group may not be able to demonstrate title to the land, it may nevertheless have a site-specific right to engage in a particular activity. At the other end of the spectrum is aboriginal title itself which confers more

值得關注的是，原住民族傳統領域權的權利主體是原住民族公（共）有，並且只能對加拿大聯邦政府進行轉讓、變賣或者是讓渡。前文所提澳洲、加拿大均在透過司法實務的審理確立並肯認原住民族與土地及其自然資源的特殊關係，進而以原住民族與其占有土地間之特殊連結所確認的原住民族傳統領域權，在澳洲與加拿大的法律體系中，建構出一種特殊的（*sui generis*）財產權型態。進一步來看，此等發起於英美普通法體制國家中的特殊財產權概念，自 1980 年代以來在國際法上的發展，亦已從國際人權保障的觀點，集合各國國內法的論證，開展成為國際人權法上的一項重要關切議題。相關國際組織為此也啟動一系列保護原住民族土地權益的國際文件起草工作，即如文前所列之國際勞工組織「第 169 號公約」及聯合國「原住民族權利宣言」，這兩項國際人權文書明確地對於原住民族獨特的自然主權及其土地權利法益給予國際法規範上的保障。

綜據前述，山坡地保育利用條例第 37 條第 2 項載明「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第 15 條第 1 項確立「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」；同辦法第 18 條第 1 項則規定「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」。前列各項條文之規範意旨，回溯至日治時期之理蕃政策，初期確有其山林原野治理的需求，其後於霧社事件後至戰爭末期，則係欲終結理蕃行政、漸次適用一般法律<sup>48</sup>。戰後，則接續日治時期蕃地行政，改以「山地行政」代之，保留地政策目的則自管理辦法於 1948 年頒佈時確立，至今維持不變。

| 時間                 | 法規名稱           | 條文內容                                                         |
|--------------------|----------------|--------------------------------------------------------------|
| 1948 年<br>1 月 5 日  | 臺灣省各縣山地保留地管理辦法 | 第 1 條：臺灣省政府為安定山地人民生活，發展山地經濟起見，特定本辦法。                         |
| 1960 年<br>4 月 12 日 | 臺灣省山地保留地管理辦法   | 第 1 條：臺灣省政府為安定山地人民生活，發展山地經濟起見，特定本辦法。                         |
| 1966 年<br>1 月 5 日  | 臺灣省山地保留地管理辦法   | 第 1 條：臺灣省政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，特訂本辦法。 |
| 1990 年<br>3 月 26 日 | 山胞保留地開發管理辦法    | 第 3 條：本辦法所稱山胞保留地，指為保障山胞生計，推行山胞行政所保留之原有                       |

than the right to engage in site-specific activities which are aspects of the practices, customs and traditions of distinctive aboriginal cultures. Site-specific rights can be made out even if title cannot. Because aboriginal rights can vary with respect to their degree of connection with the land, some aboriginal groups may be unable to make out a claim to title, but will nevertheless possess aboriginal rights that are recognized and affirmed by s. 35(1), including site-specific rights to engage in particular activities.

<sup>48</sup> 王泰升（2011），〈日治時期高山族原住民族的現代法治初體驗：以關於惡行的制裁為中心〉，《國立臺灣大學法學論叢》，40 卷 1 期，頁 53-56。

|                     |              |                                                                     |
|---------------------|--------------|---------------------------------------------------------------------|
|                     |              | 山地保留地，及經依規定劃編、增編供山胞使用之保留地。                                          |
| 1995 年<br>12 月 12 日 | 原住民保留地開發管理辦法 | 第 3 條：本辦法所稱原住民保留地，指為保障原住民生計，推行原住民行政所保留之原有山地保留地及經依規定劃編、增編供原住民使用之保留地。 |
| 2019 年<br>7 月 3 日   | 原住民保留地開發管理辦法 | 第 3 條：本辦法所稱原住民保留地，指為保障原住民生計，推行原住民行政所保留之原有山地保留地及經依規定劃編，增編供原住民使用之保留地。 |

準此，山坡地保育利用條例第 37 條第 2 項、原住民保留地開發管理辦法第 15 條第 1 項、第 18 條第 1 項規定，雖產生「權利行使限制」與「權利移轉的身分限制」，形式確係合憲，無違反法律保留及授權明確性要求。再以實質合憲性之要求來檢視，從上開表格所列各時期管理辦法之立法目的觀之，確知原住民保留地之保障目的有二，一為保障原住民生計，另為推行原住民行政。爰以《原住民族基本法》與其他法律間之關係具「優越性」及「指導性」。《原住民族基本法》第 20 條第 1 項確認「政府承認原住民族土地及自然資源權利」，立法理由則載明「依原住民族定義得知國家建立之前原住民族即已存在，是以國際間各國均尊重原住民族既有領域管轄權，並對於依附在領域管轄權所衍生的原住民族土地及自然資源權利也均予以承認」。對應於加拿大司法實務對原住民族傳統領域權的重要原則：一為認定原住民族傳統領域權在加國法制架構中的合法性與正當性，另外則是確認加拿大政府對於印地安原住民族負有信託義務（fiduciary duty）進行原住民族事務之管理。換言之，原住民族保留地係包括在原住民族土地權利（包括原住民族傳統領域土地及原住民保留地）之範疇，權利內容係指原住民族對其占有、使用、支配與管理等土地所生之權利態樣，不論此一權利態樣是部族共有、群體所有或個人獨有，只要此一原住民族對其土地所生的各項權利，係源自渠等共同遵守與持續傳承之傳統法律與文化慣習的規範體系，均應受到我國憲法的合法承認。是則，系爭諮詢事項所涉條文，一則符合實質合憲性之要求，另亦符合原住民族基本法之規範意旨。

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？

國際勞工組織（1957 年）第 107 號獨立國家內土著及其他部落與半部落人口之保護與融合之公約，第二章土地

第 11 條

該有關人口傳統佔有土地之個人或集體所有權應予承認。

第 12 條

除因國家安全經濟開發或該有關人口之健康衛生而依國家法令辦理者外，非徵得該有關人口之自由同意，不得將該有關人口自其慣居地遷徙他處。

此等人口之因例外措施而有遷徙之必要者，應予以至少與其原所佔有土地品質相同並足以適應其目前需要及將來發展用之土地。倘有其他就業機會而該有關人口寧願擇取現金或實物之補償者，則應在有適當擔保之情況下作如此補償。

此等被遷徙人員因遷徙而引起之一切損失或傷害均應予以充分補償。

#### 第 13 條

該有關人口對於土地使用及所有權移轉程序之習慣應在國家法令體制範圍內予以尊重，但以適應此等人口之需要並不妨礙其經濟與社會之發展者為限。各會員國應作各種安排以防止該有關人口以外之個人利用此項習慣或利用該有關人口對法律之欠明瞭而取得屬於該有關人口之土地之所有權或使用權。

前開公約對於原住民族傳統居住、使用的土地權利以法制化的方式，明文要求公約簽署國給予法律保障。本諮詢意見以為撇開對前開公約所主張的社會同化政策面向所產生的非難不談以外，「第 107 號公約」仍是相當有意義的。因為這是國際組織第一次透過條約簽訂的方式，建構具有約束力的國際法規範標準，作為保障原住民族傳統土地所具有之特殊財產權利與法律利益的國際法律文件。再者，該公約更進一步的承認原住民族與其占有土地間之特殊精神與文化連結所形成之集體土地所有權型態。

國際勞工組織（1989 年）第 169 號有關在獨立國家中的原住民族和部落民族公約，第二章土地

#### 第 13 條

為實施本公約本章之規定，各國政府應尊重原住民及部落居民與其土地或屬地關係（尤其此項關係之集體性）對其文化與經濟價值觀所具有之特別重要地位。

第 15 條及第 16 條所稱「土地」一詞應包括原住民與部落居民所佔有或作其他用途之地域之整個環境。

#### 第 14 條

原住民與部落居民對其歷代所佔有土地之所有權及佔有權應予承認；在適當之情況下並應採取措施保障原住民與部落居民對於非其專有土地之使用權，尤應注意游牧居民及流動耕作者之情況。

各國政府應採取必要步驟鑑定原住民與部落居民歷代所佔有之土地，並保證對原住民與部落居民之所有權及佔有權予以有效保護。

在國家法律體制內應訂定適當程序解決原住民與部落居民對土地之權利要求。

#### 第 15 條

原住民與部落居民對附屬其土地各種天然資源之權利（包括參與此等資源之使用、管理與保全之權利）應予特別保障。

如地下礦業資源之所有權或附屬土地之其他資源之權利屬於國家者，政府應訂定或維持與原住民及部落居民諮商之適當程序，俾能在准許或從事此等附屬原住民與部落居民土地資源之探勘或開採前確定其是否有損原住民與部落居民之利益及其程度。有關之原住民與部落居民應盡可能分享此等活動之利益，對於其因此等活動而可能蒙受之任何損失應獲公平賠償。

#### 第 16 條

除本條其他各款另有規定者外，不得令原住民與部落居民遷離其所居住之土地。

如認有遷徙必要之例外情況時，在未令有關之原住民與部落居民遷徙前應先作充分說明並徵得其自由表達之同意。如無法獲得其同意，則尚應經由國家法律與規章所訂定之適當程序（包括酌情舉辦公聽會予原住民與部落居民有效表達其意見之機會）方得執行。

如屬可能，一俟遷徙之理由不復存在時原住民與部落居民應有權遷返其世居土地。

如依據協議或其他適當程序確定不可能遷返原居地時，原住民與部落居民應予以品質及法律地位至少與其原居地相等並適合提供其目前及未來發展所需要之土地。如有關之原住民與部落居民表示寧願領取現金或實物之補償時，應在有適當之擔保下作此種補償。

被遷徙之人民如因遷徙而蒙受任何損失或傷害應獲充分賠償。

#### 第 17 條

原住民與部落居民所訂立有關其成員間土地移轉之程序應予尊重。

每當考量原住民與部落居民將其土地讓與或將其權利移轉與族外人士是否適當時應先與有關之原住民與部落居民諮商。

各國政府應防止族外人士利用原住民與部落居民之習俗或對法律欠缺瞭解而取得其土地之所有權、佔有權或使用權。

#### 第 18 條

各國政府應採取措施防止未經許可擅行闖入或使用原住民與部落居民之土地，並以法律對此等行為予以適當懲罰。

#### 第 19 條

國家農業計劃在下述各方面應對原住民與部落居民予以對其他國民同等之待遇：

- 一、當其土地面積不足以供應正常生存之基本需求或滿足可能增加人口之需要時給予更多土地；
- 二、提供促進原住民與部落居民既有土地開發所需之資金。

「第 169 號公約」的顯著性在於此一公約係具有國際法拘束力之國際人權文件，具體承認各國原住民族對於他們傳統領域有合法與正當的權利，同時也承

認在關於他們各項法律和行政的事務上有實質參與的權利，以及承認他們有依照自身文化和傳統來發展的權利<sup>49</sup>。就原住民族權利規範的法律正當性而言，「第 169 號公約」申明原住民族傳統生活方式的文化價值與保存這些價值的必要性。同時，公約要求各國提供原住民族和他們的組織參與有關他們利益的政策決定。此外，公約勾勒出原住民族對於傳統上使用土地的權利，表現的方式是對於原住民族傳統擁有之土地，承認原住民族擁有集體或個體所有權；保護原住民族非自願性地離開屬於其傳統占有之土地；並且遵守土地所有權分配的習慣法治理體系，以及依照原住民族傳統習慣使用土地。

消除一切種族歧視國際公約第 23 號一般性建議：原住民族的權利（1997）

1. 依照消除種族歧視委員會的慣例，尤其是在審查締約國依照《消除一切形式種族歧視國際公約》第 9 條提交的報告時，原住民族的狀況一直是密切注意和關心的事項。在這方面，委員會一貫申明，對原住民族的歧視屬於公約管轄範圍，必須採取一切適當方式對付和消除這種歧視。
2. 委員會注意到大會於 1994 年 12 月 10 日宣布世界原住民族國際十年，委員會重申《消除一切形式種族歧視國際公約》條款適用於原住民族。
3. 委員會知道，在世界許多區域原住民族一直並且仍然受到歧視，他們的人權和基本自由被剝奪，尤其是他們的土地和資源落入殖民主義者、商業公司和國家企業之手。因此，他們的文化和歷史身分的維護一直並且仍然岌岌可危。
4. 委員會特別籲請締約國：
  - a. 承認並尊重獨特的原住民族文化、歷史、語言和生活方式，將其作為豐富締約國文化特徵的財富，並促進對這筆財富的保護；
  - b. 確保原住民族成員的自由及在尊嚴和權利方面平等，不受任何歧視，尤其是基於原住民族血統或身分的歧視；
  - c. 向原住民族提供條件，使其能夠以符合自己文化特點的方式獲得可持續的經濟和社會發展；
  - d. 確保原住民族成員享有有效參與公共生活的平等權利，除非他們在知情情況下同意，否則不得作出同其權利和利益直接有關的任何決定；
  - e. 確保原住民族能夠行使自己的權利，保留和發揚自己的文化傳統和習俗，保持並使用自己的語言。
5. 委員會特別籲請締約國承認並保護原住民族擁有、開展、控制和使用自己部族的土地、領土和資源的權利，並且，如果沒有徵得他們在自由和知情情況下的同意而剝奪他們傳統上擁有或以其他方式居住或使用的土地和領土，則必須採取措施歸還這些土地和領土。只有在由於事實上的理由不可能做到這一點時，才能以獲得公正、公平和迅速賠償的權利

---

<sup>49</sup> Lee Swepston (1990), A New Step in the International Law on Indigenous and Tribal Peoples: ILO Convention No. 169 of 1989, Oklahoma City University Law Review, Vol. 15, No. 3, pp. 687-695.

取代恢復原狀的權利。此種賠償應盡可能採取土地和領土的形式。

「公民與政治權利國際公約」第 27 條：凡有種族、宗教或語言少數群體之國家，屬於此類少數群體之人，與群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。

聯合國人權事務委員會於 1994 年所通過之「第 23 號一般性意見」，在關於公政公約第 27 條「文化」的權利內容，提出下列的釋義：7. 有關依據第 27 條文化權保障的具體實踐內涵，委員會評論指出文化的呈現有許多形式，包括與土地及自然資源相互依存的特定生活方式，特別是在原住民族的事例尤其明顯。那項權利可以包括諸如漁獵或狩獵的傳統活動，以及生活在受到法律保障之保留領域的權利。那些權利的享有須有積極法律措施的保障，據以確保少數社群成員對於那些影響他們的政策決定具有有效參與之權利。

經社文公約第 15 條第 1 項第 1 款：人人有權參加文化生活。

經濟社會文化權利委員會於 2009 年通過之「第 21 號一般性意見」，闡明經社文公約第 15 條「人人有權參加文化生活」的意旨：

11. 委員會認為，文化是一個廣泛、包容性的概念，包括人類生存的一切表現。「文化生活」一詞明確提到文化是一個歷史的、動態的和不斷演變的生命過程，有過去、現在和將來。

36. 締約國應採取措施，保證在行使參加文化生活的權利時充分顧及文化生活價值觀，這種價值觀可能有強烈的族群性，或者說，只有原住民族作為一個群體才能表現和享受。原住民族文化生活的強烈的族群性對於其生存、福祉和充分發展是不可或缺的，並且包括對於其歷來擁有、佔有或以其他方式使用或獲得的土地、領土和資源的權利。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和保護，以防止其獨特的生活方式受到侵蝕，包括喪失維生方式、自然資源，乃至最終的文化認同。因此，締約國必須採取措施，確認和保護原住民族擁有、開發、控制和使用其公有土地、領土和資源的權利，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土。

37. 原住民族有權採取集體行動，確保其維持、控制、保護和開發其文化遺產、傳統知識和傳統文化表達方式，以及其科學、技術和文化表現形式-包括人類和基因資源、種子、醫藥、動植物性質的知識、口頭傳統、文學、設計、體育和傳統比賽、和視覺和表演藝術-的權利得到尊重。締約國在所有涉及原住民族特殊權利的問題上應尊重原住民族自由、事先和知情同意的原則。

綜合前列各項國際人權文書意旨，原住民族傳統領域權的原則揭示了原住民族自主與自我管理機制的建立，尊重原住民族和部落文化與傳統規範制度的途徑，保障原住民族實質同意與有效參與各項國家原住民族政策，以及在多元文化的社會架構下，從保障原住民族及其土地之間獨特之文化與精神連結，獲致原住民族

的實質平等與對內自決原則的確立。

換言之，原住民保留地作為原住民族傳統領域權之內容，同樣表現在原住民族與土地及所有生命有機體的神聖連結關係，亦係呈顯原住民族傳統領域權立基在身分與文化認同的本質。前開所指蘊含身分與文化認同的原住民族權利，亦可對應公民權利與政治權利國際公約人權事務委員會所示「第 23 號一般性意見書」之說明：「9. 這些權利的保障，係以確保有關少數社群文化、信仰和社會身分認同之生存與永續發展為導向。因此，此項權利的保障能夠豐富整體社會的多元。委員會評述認為這些權利必須以這樣的方式來保障，且不該和公約中其他授予個人權利混淆」。換言之，原住民族土地（包括原住民族傳統領域土地及原住民保留地）權利在前列國際公約的保障機制，係立基在以「社群文化、信仰和社會身分認同之生存與永續發展為導向」的論證，始能獲致合法區別化之正當性。

聯合國「原住民族權利宣言」對於原住民族權利發展很關鍵的一個意義在於它明文承認原住民族的集體權是作為一種在殖民統治下回復原住民族歷史正義和主張當代權利的重要立論依據。正如「原住民族權利宣言」中序言所宣告的「認識到亟需尊重和促進原住民族因其政治、經濟和社會結構及其文化、精神傳統、歷史和思想體系而擁有的權利，特別是對其土地、領土和資源的權利」。據此，「原住民族權利宣言」進一步申明對於原住民族權利的保護，需要國內法的落實肯認，並在相關國內法制的建構中，內化原住民族源生自其先祖與土地間之獨特精神聯繫所形塑並持續遞嬗的傳統土地規範和習慣法。

綜合觀之，國際原住民族人權文書與相關國家立法例在對於原住民族傳統領域權此一「財產權」概念闡釋的顯著性，係在跳脫傳統源生自歐陸殖民國家系統內之西方法律制度，以私有財產概念為中心的價值體系，一方面強調國際人權法制體系對於基本人權概念的獨立性，另一方面，則肯認了原住民族依其傳統規範與法律所涵括的權利態樣與內容，具有國際法及國內法的合法效力。進一步言之，原住民族傳統領域權之內涵，不應以傳統國家法律概念對於財產權的概念來理解，而應置於原住民族傳統文化的形成與轉變的脈絡來確立。換言之，原住民族傳統領域權所具有的特殊法律利益，實係源生自他們與所占有、居住和使用的土地之間存在深厚的精神與文化連結關係。本諮詢意見以為從這個觀點來看，解釋了為何國際原住民族權利建構，揭示原住民族傳統土地習慣與他們傳統土地制度模式是無法分割的論證。誠如聯合國《原住民族權利宣言》所強調，其保障原住民族特有土地權利法益的規範意旨在於重視有關原住民族與其所占有或使用的土地或領域的關係對於該原住民族文化和精神價值的特殊重要性，特別是這種關係所呈現出來的集體態樣。

惟以，前揭國際人權公約於我國有無內國法效力？如何適用於我國？參以「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」第 2 條明定，「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力」。復按前開施行法第 3 條所示，「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」。原則上，國際人權公約完成內國法化後，即具有國內法律之效力，同其他具有法

律位階之法規範。然以公政公約為例，黃昭元針對公約所確立的權利，提出三個層次的法位階，亦即國際人權公約的國內法效力：(1) 其中具有絕對法性質者，可直接適用並為解釋依據；(2) 非我國憲法已明文規定的公約權利，且具有相當於憲法權利之重要性者，得承認為非明文憲法權利；(3) 其他公約權利得為大法官於解釋既有憲法權利時之參考。

公政公約及其他人權公約的規定，應依其權利類型及實踐，進行各論式的具體研究，並就其中非自動履行的條款，另透過國內立法予以具體化。李建良亦指出，「國際條例在臺灣的內國法化模式，在憲法解釋上，仍屬開放性的問題。不過，從立法的實踐層面來看，還是可以歸納出以下 4 種基本模式：(一) 立法程序模式。(二) 成文法化模式。(三) 法律援引模式。(四) 行政程序模式」<sup>50</sup>。綜據前列各項陳述意旨，原住民族傳統領域權係具習慣國際法性質之權利，且已為我國原住民族基本法所承認與明文保障。前揭國際人權公約有關原住民族傳統領域權之規範內容，確有我國之內國法效力，在原住民族基本法之成文法內容所涵攝的範疇，應認係「非我國憲法已明文規定的公約權利，然具有相當於憲法權利之重要性，承認為非明文憲法權利」；餘則採以法律援引模式，解釋既有權利時之參考。

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、尚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？

原住民族委員會辦理「原住民保留地土地政策調查研究—非原住民使用總登記為原住民保留地問題研析」之期末報告顯示，非原住民使用原住民保留地共有以下六種類型：(1) 非原住民租用公有保留地；(2) 非原住民佔用公有保留地；(3) 原住民設定地上權或耕作權之公有保留地，私下轉租予非原住民；(4) 原住民設定地上權或耕作權之公有保留地，私下轉讓予非原住民；(5) 原住民已取得所有權之私有保留地，租予非原住民；(6) 原住民已取得所有權之私有保留地，私下轉賣予非原住民。上述六種類型之中，依現行法之規定審視，第 2、3、4、6 確屬違法。

爰以前揭諮詢事項四、五所陳述，山坡地保育利用條例第 37 條第 2 項、原住民保留地開發管理辦法第 15 條第 1 項、第 18 條第 1 項規定，確有「權利行使限制」與「權利移轉的身分限制」，形式確係合憲，無違反法律保留及授權明確性要求。再以實質合憲性之要求來檢視，確知原住民保留地之立法目的，應置於我國憲法（含增修條文）、《原住民族基本法》，國際人權公約以及聯合國

<sup>50</sup> 李建良，〈論國際條約的國內法效力與法位階定序〉，收於廖福特主編，《憲法解釋之理論與實務》第八輯（臺北：中央研究院法律學研究所，2014 年 7 月），頁 240。

原住民族權利宣言有關原住民族傳統領域權之權利體系來審視。

禁止非原住民購買或取得保留地，雖有限制原住民族權利致生違反原住民生存權、財產權或其他基本權之保障之疑義，惟按文前所提審查標準，應視該項限制是否係屬「保護原住民族權利或維護其利益」之作為或不作為，次再判斷「合理限制」是否將因此實質阻礙原住民族繼續依其獨特之社會組織型態與利用方式使用該土地與自然資源。爰此，禁止非原住民購買或取得保留地，當係「保護原住民族權利或維護其利益」之作為，確無違反原住民生存權、財產權或其他基本權之保障。又，原住民保留地的權利歸屬主體，係以文化與身分認同為基礎，其權利內容亦係含括在原住民族傳統領域權之範疇，係屬憲法肯認與保障之特殊權利，本不在非原住民所得主張或行使的權利項目。是則，禁止非原住民購買或取得保留地，當無違反非原住民之財產權或其他基本權之保障。

又，倘未禁止非原住民購買或取得保留地，確將實質阻礙原住民族繼續依其獨特之社會組織型態與利用方式使用該土地與自然資源，確與憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項或原住民族基本法之規定意旨有違。

八、對本件法律問題之意見。

無其他意見