最高法院 108 年度台上大字第 1636 號事件書面法律意見

國立臺灣大學法律學院
專任教授　林明昕

緣以　鈞院民事大法庭審理 108 年度台上大字第 1636 號簡秀惠與廖丹菱等間請求土地所有權移轉登記等事件之法律爭議，茲依法院組織法第 15 條之 8 第 4 項規定及　鈞院民事大法庭台民大 108 台上大 1636 字第 1090000025 號函（下稱鈞院函文）指示，提供書面法律意見如下：

壹　法律爭議

查本件提案予　鈞院民事大法庭裁判之法律爭議，依前揭　鈞院函文附件提示，涉及下列八點問題：

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（下稱保留地）之相關法規範，有無衝突？

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？

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。

本書面爰就旨揭八項問題，提供相關法律意見（**後文「參」**）。惟在此之前，另有若干前提說明，先行處理（**後文「貳」**）。

貳　前提說明

本件法律爭議，主要雖涉及非原住民與原住民就原住民保留地之土地買賣、其他物權設定等相關債權或物權行為，是否違反山坡地保育利用條例（下稱山坡地條例）第 37 條第 2 項，及同條第 6 項授權訂定之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）[1]與第 18 條第 1 項等強制或禁止之規定，致有依民法第 71 條本文規定而無效的問題。但由於前揭爭議，同時涉及系爭山坡地條例與保留地辦法相關條文如何解釋與適用，以及該解釋與適用的過程是否必須關照憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項規定、原住民族基本法相關規定，乃至兩公約或其他國際公約等議題，所以本書面依　鈞院民事大法庭指示而應處理的法律問題，遂集中在前開山坡地條例、保留地辦法相關條文與憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項、原住民族基本法、兩公約或其他國際公約的解釋與適用關係。準此，**本書面以下的各項說明，也將僅以憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項、原住民族基本法、兩公約或其他國際公約等規範對於山坡地條例與保留地辦法之相關條文的影響為處理對象**；至於原因事件所生相關法律行為是否無效的本件真正法律爭議，則不在討論的範圍。就此，合先敘明。

[1] 按依民國 108 年 7 月 3 日原住民族委員會以原民土字第 10800384812 號令修正發布後之系爭保留地辦法，第 15 條僅為單項條文，已無第 2 項規定。

然，憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項、原住民族基本法、兩公約或其他國際公約等規範，對於系爭山坡地條例第 37 條第 2 項及保留地辦法第 15 條、第 18 條第 1 項之解釋與適用究竟有何影響，原可分為兩個面向觀察：

- 第一個面向，涉及前揭憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項、原住民族基本法、兩公約或其他國際公約等相關規定，有何規範的「內容」；這些內容如何影響系爭山坡地條例及保留地辦法之相關條文的解釋。

- 第二個面向，則與憲法增修條文、原住民族基本法、兩公約或其他國際公約等相關規定的規範「效力」有關；藉由不同的效力，這些規範又如何發揮各種不同的指導或競合作用，進而排斥或整合系爭山坡地條例及保留地辦法之相關條文的適用。

即以憲法增修條文第 10 條第 12 項為例，「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…」乃該項規定的規範內容，係第一面向的問題。至於這一條憲法增修條文究竟有無課以國家機關憲法上之義務、有無同時賦予原住民族相對應的憲法上之權利，以及與山坡地條例、保留地辦法之相關條文的法位階關係為何，有無其等之適用等，則涉及該項憲法增修條文的規範效力，屬第二個面向的問題。準此，鑑於我國法釋義學的訓練，向來偏重現行法規範內容的解釋，較少碰觸規範效力的討論，從而本書面意見以下說明的重點，也將傾向前揭所稱的第二面向之問題。何況憲法增修條文第 10 條、原住民族基本法、兩公約或其他國際公約，分別有何規範效力，主要繫諸其不同的規範性質；而這些規範的性質為何，國內向來又多所爭議，亟待釐清。因此，本書面意見擬將　鈞院函文附件所提示的八點問題，整理並簡化為：

- **憲法增修條文第 10 條之規範性質與效力**，及其對山坡地條例及保留地辦法相關條文之適用的影響；

- 原住民族基本法之規範性質與效力，及其對山坡地條例及保留地辦法相關條文之適用的影響；

- 兩公約或其他國際公約之規範性質與效力，及其對山坡地條例及保留地辦法相關條文之適用的影響

等三項議題，進行說明（後文「參、二」至「參、四」）。

不過，由於本件法律爭議，主要涉及山坡地條例第 37 條第 2 項及保留地辦法第 15 條、第 18 條第 1 項在原因事件中的解釋與適用，因此系爭法律與法規命令間的效力關係為何，分別有無法規應避免的一般性瑕疵等問題，更有優先討論的必要。職是在進入討論前揭涉及憲法增修條文第 10 條、原住民族基本法、兩公約或其他國際公約之規範性質與效力等議題前，本書面意見擬先針對山坡地條例第 37 條第 2 項及保留地辦法第 15 條、第 18 條第 1 項等條文本身有無規範之瑕疵，進行審查（後文「參、一」）。該審查所涉，即相當於　鈞院函文附件提示的問題三：

- 山坡地條例第 37 條第 2 項及保留地辦法第 15 條、第 18 條第 1 項等規定，<u>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？</u>

又，本書面意見力求精簡，揚棄過度複雜的論證，而偏向<u>條列式的整理說明</u>，以利閱讀。主要的參考資料，乃拙著，<u>**〈憲法規範下的社會正義：以基本國策的規範效力為中心〉，收於：許宗力主編，《追尋社會國：社會正義之理論與制度實踐》，2017 年 12 月，頁 3-60**</u>一文；因此，其他相關的參考文獻從略，僅於必要時，以腳註方式標誌前揭拙文中相關說明所在的頁碼。至若　鈞院民事大法庭嗣後另有垂詢或其他指示，本書面意見自當遵照補充。

參　爭點處理

一、山坡地條例第 37 條第 2 項及保留地辦法第 15 條、第 18 條第 1 項等規定之合憲性問題（鈞院函文附件問題三）

（一）系爭山坡地條例及保留地辦法等相關規定，就其條文制（訂）定經過與公（發）布的條文文句以觀，完全符合中央法規標準法及一般立法作業要求，當無任何形式瑕疵，致有違憲之疑。

（二）山坡地條例第 37 條第 2 項規定：「原住民取得原住民保留地所有權，如有移轉，以原住民為限」，條文內容簡潔，且明確可辨，並無理解上困難。至於本項規定是否限制過嚴，致有違反憲法第 15 條財產權等基本權利之保障，抑或其他憲法規定等問題，其實繫諸其有無合憲

性解釋的空間，應於個案中判斷。關於此一問題點，將於後文「參、二、（五）至（七）」中一併說明。

（三）保留地辦法性質為依山坡地條例第 37 條第 6 項授權訂定之法規命令。而其授權依據的系爭山坡地條例第 37 條第 6 項「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機關定之」規定，用語清楚明確，徵諸一般合憲性審查的標準，當無違反授權明確性之憲法要求的問題。

（四）至若保留地辦法第 18 條第 1 項規定：「原住民取得原住民保留地所有權後，除政府指定之特定用途外，其移轉之承受人以原住民為限」，雖有強烈限制人民所有權行使的問題，但因該項規定實為山坡地條例第 37 條第 2 項的進一步具體化，並無增加法律所無之限制，所以不違反法律保留原則。

（五）反之，保留地辦法第 15 條規定：「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」，同樣限制人民財產權行使，但在授權的山坡地條例第 37 條第 6 項，抑或其他條文中未有其他法律依據；其是否已屬增加法律所無之限制，而有違反法律保留的疑慮，非無探究空間。不過，由於本原因事件所生爭議，並未直接落入系爭規定的限制範圍內，因此系爭規定是否違反法律保留原則的爭議，或可暫時擱置不論。只是系爭規定既已生違反法律保留原則的疑慮，且其限制也非屬輕微，從而<u>該規定的解釋與適用不宜過廣，以免違反法律保留之疑慮擴大，對於人民財產權之行使的限制也更嚴</u>。

二、憲法增修條文第 10 條之規範性質與效力（鈞院函文附件問題一、二、六、七）

（一）我國憲法增修條文第 10 條，首見於 1992 年 5 月 28 日修正公布的憲法增修條文中（原為條文之第 18 條）。由於該條的條文用語及條號排列順序（列於中央與地方各組織、作用等規定之後）等均符合憲法本

文第 13 章「基本國策」的體例，因此國內通說也普遍視之為**基本國策**的規定。此一通說見解，基本上可以支持。因為 1992 年 5 月修憲時，依當時國民大會會議紀錄以觀[2]，修憲國大的確將系爭增修條文第 10 條視為基本國策處理。

（二）我國憲法第 13 章及增修條文第 10 條所規定的**基本國策，為具有法拘束力的憲法規範**，並非往昔的所謂「方針條款」。此一觀點，近年來已逐漸形成通說見解；而徵諸比較法，該通說見解也完全值得贊同。因為我國憲法上的基本國策，性質上等同於德國基本法（Grundgesetz; GG）上所謂「國家目標規定（Staatszielbestimmungen）」，以及「歐盟基本權利憲章（Charter of Fundamental Rights of the European Union）的所謂「原則（principles）」規定；而這兩種性質的條款，亦均屬具有法拘束力的憲法規範，可以作為討論我國憲法上基本國策規定之規範性質時的對照參考。

（三）基本國策與基本權利同屬憲法上具有法拘束力的規範。不過相對於基本權利屬於「權利（rights）」性質，既課以各高權機關（立法、行政、司法等）必須遵守的（客觀）義務，也授予因該規範之被遵守而可受益的個別人民，在高權機關違反義務而背離規範時，有獨力向法院請求救濟的（主觀）權利，作為「原則」的基本國策，則缺乏個人得向法院請求救濟的權利性質，而僅係單純拘束各高權機關的義務。換言之，**有機關之義務，而無相對應的個人之權利，實屬基本國策之規範性質的最大特色**。

（四）或謂：基本國策雖未賦予具有個體化性質的個人權利（individual rights），但鑑於憲法增修條文第 10 條保障若干弱勢族群之利益，是否可解釋為這些受益族群的所謂「集體權（group rights）」？關於這個問題，本書面意見的看法是：有關「集體權」的概念，近年法學界討論甚多；例如增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項，的確不無可視之為「原住民族集體權」的解釋空間。但問題是，如此法理念上的概念，在現行法制度下有無能真正實現該權利，及貫徹該權利之行使的可能，非常值得懷疑。因為這些族群是具有某共同特徵之人群的組合，

[2] 國民大會秘書處，《第二屆國民大會臨時會實錄》，1992 年 11 月，頁 365 以下。

性質上高度開放，而非如法人般的閉鎖團體。準此，縱令吾人承認憲法上集體權之存在，此一高度開放的群體，實體法上如何確認其權利主體的單位範圍（誰屬該主體單位內部的組成員？）、權利如何行使、所得利益在群體內部如何共享，又在訴訟上，該群體由誰能有效代表進行程序，在在皆屬疑問。總之，在這些問題於現行法律制度中未能建立機制，有效解決之前，**目前肯定「集體權」概念，理想的性質遠高於現實，始終仍屬立法論課題；解釋論上，尚難克服**。

（五）事實上從解釋論的觀點出發，憲法增修條文第 10 條之基本國策作為具有法拘束力的憲法規範，課予國家機關義務，主要的意義，首先在於得為違憲審查的審查標準。即以本件法律爭議為例，山坡地條例第 37 條第 2 項及保留地辦法第 15 條、第 18 條第 1 項等規定是否違憲，抑或如不違憲，應如何進行合憲性解釋等問題，基本上得以憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項為憲法規範上的審查及指導依據。不過在此，由於憲法增修條文第 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」與本件爭議無涉，因此真正必須考慮的，或僅有同條第 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…」的規定。

（六）依憲法增修條文第 10 條第 12 項「其辦法另以法律定之…」的規定，針對原住民族之經濟土地的保障，是否及如何設計原住民保留地制度，乃立法形成自由的問題。不過鑑於條文在此將「經濟土地」並稱，所以立法者設計的制度，不應違反憲法增修條文第 10 條第 12 項確保**原住民族土地之經濟利用價值**的目標。此外，行政機關與法院適用有關原住民保留地相關法規時，基於**合憲性解釋**的要求，在解釋法律（文義解釋、體系解釋…等）容許的框架下，也不應背離前揭憲法增修條文第 10 條第 12 項確保原住民族土地之經濟利用價值的目標。

（七）憲法上基本國策規定，得以提供國家以法律限制人民基本權利的合憲性目的基礎。但基於義務衝突理論，立法者依據基本國策規定而欲限制基本權利時，必須合乎比例原則，亦即憲法第 23 條所稱的「必要」概念。因此，原住民保留地的立法設計與解釋適用，縱使符合憲法增

修條文第 10 條第 12 項確保原住民族之土地經濟利用價值的目標，但因此**對個別原住民或非原住民所造成的生存權、財產權或其他基本權利之限制，也不得過度，以致於違反比例原則**（過度禁止）。

三、原住民族基本法之規範性質與效力（鈞院函文附件問題四）

（一）原住民族基本法，抑或國內其他具「基本法」名稱之成文法規範，也是「法律」。其與一般法律的立法程序完全相同，並無較高的表決門檻，抑或其他人民複決的必要機制；因此在位階上，不可能高於一般法律。換言之，其與一般法律的關係，完全依據「特別法優於普通法」，乃至「後法優於前法」的模式處理；否則將有「舊民意」制定的基本法持續拘束「新民意」的怪異現象，完全違反民主原則。

（二）準此，基本法僅於不牴觸其他應優先適用之「特別法」與「後法」的範圍內，始能發揮其法律位階之規範效力，進而拘束命令、各種地方法規等下位階的法規範。至於基本法作為法律之一種，不得牴觸憲法，則自屬當然，毋庸贅言。

（三）惟無論如何，現行原住民族基本法的規範「內容」對於本件法律爭議的解決，其實相當有限。因為這一部法律非但針對原住民保留地、原住民之土地所有權、其他不動產物權等問題，無任何明文指示，甚至其第 20 條第 3 項反而規定：「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。」立法者在此顯然將原住民族或個別原住民的土地問題，完全切割於原住民族基本法之外。準此，本件法律爭議所涉的原住民保留地相關問題，最終仍將回歸由山坡地條例及保留地辦法等法規處理；原住民族基本法，在此無能為力。

四、兩公約或其他國際公約之規範性質與效力（鈞院函文附件問題五）

（一）經我國國內程序所批准的聯合國各重要人權公約，在國際法的觀點上，由於我國實未因此而有效加入，故仍非屬拘束我國之條約，而無國際法意義下的所謂「內國法化」問題。但該等公約中之人權規定，則因

我國立法者**藉由各相關人權公約施行法第 2 條規定的引致，已「內化」為我國之國內法**。

（二）聯合國各重要人權公約之人權規定在我國國內法中具「法律」的地位；並以此發揮規範效力，拘束國內中央至地方等各權力機關，同時包括法院。

（三）至於這些公約之人權規定與國內其他法律，乃至司法院解釋的關係，則因屬同位階之規範，故應依「特別法優於普通法」，乃至「後法優於前法」的模式處理。

（四）聯合國各重要人權公約之人權規定，不具憲法效力，故非為違憲審查的規範上之直接依據。但這些人權公約本身，卻能以其所具備的世界人權標準與普世價值，透過比較法解釋的途徑，填充或現代化我國憲法上相關基本權利與基本國策之規範的內容，使其歷久彌新。

（五）不過，目前在國內具有施行法引致為國內法律的兩公約或其他聯合國之人權公約，對於原住民族之土地政策，抑或特別著眼於原住民個人之土地權保障的問題，似無特別規定。因此，其於本件法律爭議欠缺規範上之指引，而可忽略。至於聯合國原住民族權利宣言（United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples; UNDRIP），並非公約，在國內亦無相對應的施行法，因此不具我國國內法的規範效力。

肆　總結意見

整理前揭「參」各論點，本書面總結意見如下：

本件法律爭議，最終仍在於山坡地條例第 37 條第 2 項及保留地辦法第 15 條、第 18 條第 1 項等規定如何解釋與適用的問題。這些規定雖未至違憲，但保留地辦法第 15 條是否違反法律保留原則，以及限制人民財產權之行使過嚴，則有討論空間。因此，系爭條文之解釋的結果，不宜使其實際之適用範圍包含過廣，以免爭議越趨擴大。

無論如何，前揭山坡地條例及保留地辦法之相關規定的解釋與適用，基於合憲性解釋的要求，應以能實現憲法增修條文第 10 條第 12 項確保原住民族土地之經濟利用價值的規範意旨為目標。只不過在另一方面，如此解釋與適用後的結果，仍不得過度限制個別原住民或非原住民之生存權、財產權或其他基本權利，以致於違反憲法第 23 條比例原則的要求。

至於原住民族基本法，抑或聯合國各種人權公約等，無論其規範內容或效力，在本件法律爭議中並不具有太大的影響性，或可忽略不計。