



# 原住民族基本法之司法實踐 －原住民族土地權為中心

◀◀◀ 許萃華\*

## 目 次

壹、研究動機與研究方法	二、限制原住民土地權之法令及爭議類型
貳、原住民族基本法中對土地權之保障	(一) 保留地使用權與所有權申請之紛爭
一、憲法委託下的原住民族基本法	(二) 於環境保護目地之法令規範
二、原住民族土地權正當性的確立	(三) 非原住民保留地部分之規範
三、原基法對土地權之保障並非宣示性規範	肆、原住民族基本法司法實踐之綜合觀察
參、限制原住民土地權之法令與其爭議	伍、結論
一、原住民族土地權與其他配套法令的連結點－原住民族保留地	

## 壹、研究動機與研究方法

臺灣解嚴之後，原住民族自民國77年起陸續發動三次還我土地運動<sup>1</sup>，並以「將原本屬於原住民的土地歸還給原住民」、「為求生存、還我土地」為主要訴求，事隔近30年後，阿美族又再次於民國100年發動「抗議土地侵占百年－自治、還我土地」之抗議活動，此次的抗爭活動，除奠基於過去還我土地運動之訴求之外，更抗議政府積極推動的花東地區發展條例草案、原住民地區發展條例草案中，沒有確保原住民族目前賴以生存的公有地的既有使用權利，甚至將花東地區的原住民保留地、其他原住民認為應屬其傳統領域之國有地，作為將來開發計畫的施行地點。凡此種種，均呈現了原住民族之土地問題在國家與原住民之間，長期未取得共識的困境。

上述政治活動反應在法制面上，催生了民國94年原住民族基本法（下稱原基法）通過並施行，該法施行迄今8年，在此期間該法理應作為眾多原住民土地爭議的解決之據，然事實是否果真如此？基於原住民族土地權保障之議題直到晚近才開始受到關注，且各界對於原住民族土地權往往完全陷入西方土地登記制度的思考窠臼中，本文認為有必要先對原基法中，關於原住民族土地權保障的正當性先行澄清，以協助外界跳脫傳統土地登記制度、土地私有制度的思考框架；其次，再將視野拉回現行法制下，介紹我國現行法制下做為原住民族土地權保障/限制方式之「原住民保留地制度」，並介紹在這些以原住民保留地以內或以外，所進行之各種限制原住民族土地權之相關法令、以及法院在個案中適用此些法令時之狀況，將法院在個案中面對原住民族土地問題時，實踐原基

\* 司法官訓練所第53期學員，學號53E009。本文感謝湯文章庭長之會議評論及指正。

1 分別於民國77年、78年、82年。



法的狀況進行說明與檢討，觀察個案判決中是否果真能依據原住民基本法中相關規定進行判決？是否有應適用原基法而未適用原基法之狀況？亦或原基法與其他法令有競合而應退讓於其他法令適用之狀況？本文第三段部分，則對於文章第二段中所整理之判決，做綜合的觀察與批判，以了解現行原住民族基本法在司法判決中之實踐狀況。文末，則提出本文對原住民族基本法於法官依法判決時應扮演之角色做出建議。

## 貳、原住民族基本法中對土地權之保障

### 一、憲法委託下的原住民族基本法

為了回應原住民族文化保障的世界浪潮，解嚴後的臺灣於民國86年7月21日第四次修憲時，國民大會於憲法增修條文第10條第11項增訂：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」，另修正第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。」該兩項基本國策中，除宣示對於多元文化之保障之外，亦宣示國家應積極立法以對原住民族之經濟土地進行保障，並促進其發展。細查我國憲法第10條中，大部份之規定乃以國家「應」如何之方式鋪陳，其中於第12項中特別在「應」如何做為之規範後，再加上「其辦法另以法律定之」之用語，應至少可視為一種憲法委託，該憲法委託具有構成立法裁量性之界線<sup>2</sup>。換言

之，立法者負有將基本國策第10條第12項要求國家應保障原住民族經濟土地等事項，以法律落實其國家保護義務，不得自行認為該基本國策無落實之必要而怠於制訂法律<sup>3</sup>。在憲法之要求下，輔以當時前總統陳水扁高呼人權立國之時空背景，原基法植基於保障原住民族基本權利、促進原住民族生存發展、建立共存共榮之族群關係之立法目的，於民國94年通過，並於第2條、第20條至第23條中明訂原住民族土地應有的保障方式。但也許是上開憲法委託之規定乃出現在基本國策的緣故，在認為基本國策僅為施政方針的前提下，導致基於該基本國策所做的憲法委託下的原基法，似乎也被認為是一種施政方針，甚至可能從來都不被認為是一部強行規範，導致原基法通過之後，不但不見行政、司法依據原基法之內涵依法行政、依法審判，甚至立法權本身，也仍存有許多與原基法運作上相齟齬之法令存在、甚至企圖訂定未將既存之原基法中相關規範納入考量之地區開發法令。則其背後反應出原住民土地權的保障似乎還只是被當成一種社會福利政策，而未被納入法制面考量的實務狀況。

### 二、原住民族土地權正當性的確立

我國原住民如同美國、加拿大、澳洲、菲律賓等國內遭殖民主義征服之原住民一樣，其於殖民主義入侵前所擁有的土地等天然資源，在殖民主義進入該國之後，即遭受統治者部分或全部的剝奪。此種土地遭剝奪之狀況不一定是透過直接面對面的武力剝奪，更多是存在於「征服即擁有無主之地」的國際法則。因為原住民之傳統對於土地管領力並不一定是以個

2 李惠宗（2009），憲法要義，頁685。

3 有學者甚至認為，我國憲法所揭諸之社會國原則概念（包含基本國策的相關規定），實非單純能僅以方針條款或憲法委託視之，此規範不僅僅是一種憲法委託，而是除了對立法者之外，亦對行政權具有強制力的憲法規範。故立法院不得以有立法裁量權為由，遲不作為；此等憲法義務對於行政機關而言，應屬具強制性，無正當理由：例如戰爭或不可抗力事故外，消極拒絕履行或不作為，應屬違憲行為。參，謝榮堂（2008），社會法治國基礎問題與權利救濟，頁75-78。



人所有的方式展現<sup>4</sup>，其過去遊耕、狩獵的生活型態，更不是以在每塊土地上均有高度開發行為之方式來彰顯其對土地的管領狀態，在這樣的前提下，世界各國原住民土地在新政權建立後，均被當成無主地（*terra nullius*）來處理<sup>5</sup>。再輔以中央集權的民主國家產生後，土地登記制度的開展便讓這些無主地成為後來的國有地<sup>6</sup>。

在這樣的前提下，原住民族土地權面臨最大的挑戰便是其正當性的確立問題—究竟這些沒有登記為私人所有的領域，如何認定為屬於原住民族可享有之土地權？就此問題的解答，有學者提出公民與政治權利國際公約者。該公約第1條規定：「一、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。二、所有民族得為本身之目的，自由處置其天然財富及資源，但不得妨害因基於互惠原則之國際經濟合作及因國際法而生之任何義務。無論在何種情形下，民族之生計，不容剝奪」，第27條：「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」。學者指出，依據聯合國人權事務委員會第23號評論，

公約第27條的「文化權」涵蓋所有與生活有關的一切慣習、模式、事務，包括土地權、自然資源權利的使用與管理，以及傳統法律與規範的實踐，均可被第27條含括之。而原住民族在行使公約第27條之文化權之範圍內，享有公約第1條所示之自決權<sup>7</sup>。換言之，此種論述下之土地權乃被文化權所包含，必須以文化存在為前提始能主張的土地權。

亦有學者引用聯合國原住民族權利宣言之規定，認為聯合國原住民族權利宣言中將原住民族之權利分為生存權與平等權兩大類。生存權關切的是如何保障原住民起碼的生存，平等權則又可分為公民權與集體權，而集體權乃以原住民集體為觀照的單位，其下位之權利則可包含認同權、自決權、文化權、財產權/土地權、補償權。而其中土地權包括土地、領域、以及相關資源之擁有。蓋對原住民而言，土地並非單純的生產要素之一，而是一切文化認同的心靈、以及物質基礎都必須透過其與土地的歸屬感來加以維繫，而缺乏土地權的原住民等於文化認同權被侵犯<sup>8</sup>。故聯合國原住民族權利宣言明文承認應由原住民享有之土地範圍，以「傳統上擁有或以其他方式占有之土地」為界分（第25條），且要求各國政府不應強行將原住民遷離其土地或領土（第10條）、且應在

4 有學者甚至認為，我國憲法所揭諸之社會國原則概念（包含基本國策的相關規定），實非單純能僅以方針條款或憲法委託視之，此規範不僅僅是一種憲法委託，而是除了對立法者之外，亦對行政權具有強制力的憲法規範。故立法院不得以有立法裁量權為由，遲不作為；此等憲法義務對於行政機關而言，應屬具強制性，無正當理由：例如戰爭或不可抗力事故外，消極拒絕履行或不作為，應屬違憲行為。參，謝榮堂（2008），社會法治國基礎問題與權利救濟，頁75-78。

5 感謝評論人在此提供寶貴之意見補充，評論人之評論中提到：「殖民國家主張對於原住民族土地合法取得，向有：(一)「發現與征服原則」(doctrines of discovery and conquest)、(二)「無主地原則」(doctrine of terra nullius)、(三)與原住民族簽訂「條約」(treaty)等主張。前開數種主張中，第一種主張認為，原住民族是因為殖民者之征服行為而拋棄土地所有權。第二種主張將原住民族之土地視為無主物，依先佔理論而取得。第三種主張，則是殖民者透過與原住民族合意，簽訂條約後取得土地所有權。日據初期，台灣總督府於明治28年（西元1895年）頒佈「林野取締規則」，其中第1條規定：「凡無地契及其他確實可資證明其所權之山林原野，悉歸國有。」原住民土地因皆無地契，所以全部歸國有。臺灣原住民保留地係來自於日治時期的準要存置林野地，外加之後增、劃編保留地，所以，國家取得原住民族之土地顯然是基於無主地先佔原則，並不具備正當性。」

6 施正鋒（2008），原住民族人權，頁39-41。

7 蔡志偉（Awi Mona）（2011），原住民族財產權之發展：以美洲人權法院Awasi Tingni案為初始的思考，臺灣民主季刊第8卷第4期。

8 施正鋒（2008），前揭（註6）書，頁35-36。



法律上承認及保護原住民歷來所有、占有、或以其他方式使用或取得之土地、領域及其他資源（第26條），甚至為求確認原住民族應享有的土地權範圍，各國尚且應與原住民合作並訂定一套正當法律程序以進行原住民族土地權範圍之認定（第27條）。國家在建立法律制度以確立原住民族土地權之外，該宣言更進一步指出原住民族有對該土地的利用自行決定並訂定重點與策略之權利，且國家批准任何計畫之前，均應取得原住民族的同意（第32條第1項及第2項）<sup>9</sup>。

國際間各種人權保障之公約，其立意雖然良善，但基於國民主權原則，國際公約原則上不能直接拘束法官，蓋法官僅受到代表人民之國會意志（法律）之拘束，而不受到來自憲法以外其他根源之法規拘束<sup>10</sup>。然上述公民與政治權利國際公約之部分，已經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（下稱兩公約施行法）納入內國法中，且已具有內國法之效力（兩公約施行法第2條）。又兩公約施行法第3條規定，該公約之解釋必須依照兩公約人權事務委員會之解釋，故前述人權事務委員會第23號評論，認為原住民族在公約第27條保障之文化權、土地權應享有公約第1條之自決權之見解，在我國即應至少具有兩公約施行法所稱之法律效力。

至於聯合國原住民族權利宣言雖尚未成為具有拘束力的國際法規範，然該權利宣言在草案階段時，就已成為民國94年通過之原住民族基本法的參考對象。雖觀察立法理由中並未直接明列其乃參考聯合國原住民族權利宣言<sup>11</sup>，

然對照原住民族基本法中關於土地權之保障，可以發現原基法之保障範圍雖不如該權利宣言來的全面、完整，然其中仍有相當多之規定與該宣言之保障內涵有高度雷同（如附表一）。例如，原基法第2條第5款將原住民族之土地定義為「係指原住民族傳統領域土地及既有原住民保留地。」其中所謂「傳統領域土地」之用語，應係參照國際法上對於土地權之定義而來——「基於傳統法律與習慣所建立與土地緊密連結或對土地的占有」<sup>12</sup>，且在此範圍內，要求國家應尊重原住民族對於土地利用之傳統（原基法第23條）、應承認其土地與自然資源之權利（原基法第20條第1項），並以法律落實之（原基法第20條第2項、第3項），上開規定亦與該權利宣言要求政府應在法律上承認原住民之土地權相符（宣言第26條）。又例如原基法第21條、第22條中增訂於政府或法令限制原住民族利用原住民族之土地及自然資源時、政府於原住民族地區劃設國家公園、國家級風景特定區、林業區、生態保育區、遊樂區及其他資源治理機關時，均應徵得原住民之同意，此種依據原住民族同意與否之立法例，乃來自聯合國原住民族權利宣言中，希望藉此開啟原住民與外部利益的雙向對話管道，並讓原住民族作成一個合於其傳統的決定，故要求應保障原住民族同意權的誠命（Free, prior and informed consent. FPIC）<sup>13</sup>。

### 三、原基法對土地權之保障非宣示性規範

綜上所述，可發現在憲法基本國策之外，兩公約施行法已將公民與政治經濟國際公約中，對於原住民族基於文化對土地之連結，而

9 本權利宣言與原基法之比較列於附表一。

10 陳怡凱（2012），國際法於我國內國法院之實踐，司法新聲，第104期。

11 原基法第20條至第23條均照協商條文通過，立法院會議公報中並未見立法實相關爭議之討論。參立法院會議公報第94卷第7期，頁6-7。

12 蔡志偉（Awi Mona）（2011），原住民族權利的變遷與發展：美國、澳洲、紐西蘭、加拿大與國際組織之判決選輯及解說，頁107。

13 Marcus Colchester and Maurizio Farhan Ferrari（2007），Making FPIC Work:Challenges and Prospects for Indigenous Peoples, FPIC working papers,Forest Peoples Programme, Moreton-in-Marsh.



對該土地應享有自決權一事，認定乃具有法律位階之規範；而原基法中相關條文之用語雖精簡，但從其當初參考之聯合國原住民族權利宣言，亦不難看出該立法者希望透過原基法的制定，提供原住民族對其基於傳統文化之緊密連結而得主張之土地權進行保障，且該保障的內涵，至少在關於原住民族土地權的認定上，是與聯合國原住民族權利宣言保障的內涵之間相同。換言之，姑且不論原住民族之土地權在憲法上受到何種程度之保障，我國至少透過兩公約施行法、以及原基法的訂定，確立了原住民族至少在原住民基本法規定之範圍內，得擺脫土地登記制度下私有財產之制度，而合法在其原本生活之傳統領域上享有土地權，而此所謂土地權，應包含狹義之排他性土地權利、以及廣義的非排他性土地權利，尤其是在未登記為其所有之土地上，享有自然資源之權利（原住民族基本法第20條）。

### 參、限制原住民族土地權之法令與其爭議

#### 一、原住民族土地權在與其他配套法令的連結點—原住民族保留地

臺灣在近百餘年來進步的發展當中，其實在原住民族土地權保護的發展上，仍然沿襲著百年前日治時期對於原住民族的統治政策。日治時期因日本帝國取得臺灣以來，生蕃<sup>14</sup>未曾服從帝國，處於對主權叛逆的狀態<sup>15</sup>，雖然如此，總督府當時積極展開對臺灣的土地及林野調查，將無主地（通常為生蕃地）、缺乏

所有權證明文件之土地，一律收歸國有或沒收<sup>16</sup>。因為私有財產制的上路（即當時的業主權），導致當時除了熟蕃或化蕃等被劃入一般行政區的平地蕃人外，其他生蕃部落所共同使用的土地則一概被加以否認。但在陸續收奪蕃地的過程當中，為避免蕃人武裝抗爭，故當時總督府亦按照蕃人人口規劃其生活所需之土地，當時稱為「蕃人所要地」，這些土地並在霧社事件之後，作為總督府以「生活保護」的名義，將蕃人集體遷移居住之處所。但此制度施行不久即發生第二次世界大戰，戰後該制度即為當時的國民政府所承接，成為現今「原住民保留地」<sup>17</sup>，兩者的承接關係，可以從其蕃人所要地之土地面積、行政區域均與國民黨政府統治臺灣後的臺灣省山地鄉的範圍明顯雷同來證明<sup>18</sup>。

而所謂原住民保留地，簡單而言，就是政府先將原住民土地收歸國有後，再基於保障原住民生計、推行原住民行政之目的（原住民保留地開發許可辦法第3條），而劃出約25萬公頃土地保留予原住民在政府的核可後使用。這些保留地在民國47年至55年經實施保留地測量、調查工作之後，成為民國55年開放個別原住民依法令取得耕作權及地上權，並繼續耕作十年後取得土地所有權之依據，然因保留地總登記於民國59年底始開辦，故原住民個人開始得實際取得所有權之時點約為民國69年底<sup>19</sup>。當時並已規定取得土地所有權之後，其土地之轉讓限於具有自耕能力之其他山地人民，但移轉為工業或建築則不在此限，且在民國55年保留地

14 日治時期承襲清治時期的制度，依照規順與漢化的程度將原住民族區分為生蕃、化蕃、熟蕃。生蕃地在清代認為不屬於清領地，且採取「民越界入生蕃地視同出盜越關塞」的隔離政策。直到1874年開始開山撫番政策後，政府才開始積極將內山、臺灣東部納入統治。王泰升主持（1997），臺灣原住民的法律地位，國科會專題研究計畫，頁28-31。

15 臺灣總督府警察本署編（1918），理蕃誌稿第二篇，頁182-187，轉引自：林淑雅（2007），解/重構臺灣原住民族土地政策，臺灣大學博士論文，頁1-7。

16 藤井志津枝，日據前期臺灣總督府的理蕃政策，師大歷史所博士論文，頁250-251，轉引自：林淑雅（2007），解/重構臺灣原住民族土地政策，臺灣大學博士論文，頁1-7。

17 林淑雅（2007），解/重構臺灣原住民族土地政策，臺灣大學博士論文，頁1-8。

18 林淑雅（2007），前揭（註17）文，頁3-3、3-4。

19 顏愛靜、楊國柱（2008），前揭（註4）書，頁257-258。



私有化的同時，更大幅放寬公私營企業與個人在保留地「開發礦產、採取土石、設施交通、發展觀光、開設工廠、其他建築、承採林木、開設旅館、商店」<sup>20</sup>。

依據保留地私有化前土地調查之結果，當時原住民每戶可分配到的保留地面積僅有0.88公頃；且若實施定耕，每戶則僅有0.12公頃<sup>21</sup>，相較於民國41年全國農業平均每戶耕地面積為1.29公頃，民國54年平均耕地面積降為1.05公頃<sup>22</sup>，可以看出原住民若要採取定耕的生活方式，其所受分配的土地根本不足。加上該管理辦法中規定：「原住民有違法轉讓、轉租原住民保留地者，不得申請受配（第20條第2項）」，且該土地將由國家收回後改配（第20條第1項、第3項），此規定之結果，不僅無法防杜平地人民積極入侵保留地的行為，甚且對不諳法令之原住民落井下石，惡化其生計問題。

上述原住民保留地存在的問題，延續迄今均未獲改善，然政府在執行面上對於違法轉讓的脫法行為防不勝防，政府也只能擴編土地來彌補這些實際上流失的原住民保留地。故於民國79年第二次還我土地運動後，政府分兩階段展開增劃編保留地。其後增編約1.7萬公頃之土地作為原住民保留地，然該部分之土地有百分之95屬於國有林地、百分之5屬於河川水利地，不僅對原住民族生計並無助益，且增編時未能充分調查原住民族傳統領域，故於文化之保存上亦功能有限<sup>23</sup>，至於民國78年11月訂定之「臺灣省山胞原居住使用公有土地劃編山胞保

留地要點」（以下簡稱劃編要點），雖規定凡原住民於民國77年2月1日前「繼續使用其祖先遺留之土地，迄申請當時仍使用者」，皆可向轄區鄉（鎮、市）公所申請，經公有土地管理機關同意後，即可增編為原住民保留地，立意甚佳。然因當時，因山地鄉資訊不足，至民國87年為止，劃編面積合計僅284公頃<sup>24</sup>。該劃編要點自民國96年起，轉化為迄今仍有效運作之「公有土地增編原住民保留地處理原則」，然其運作狀況目前並無實證資料可資參考。

上述原住民保留地的發展脈絡，彰顯出與原住民族土地權相關之二大重點：第一、原住民族文化在保留得最完整的時期，經臺灣總督府實地調查後作成迄今仍高度仰賴之研究報告<sup>25</sup>，依據該些研究報告所劃定之蕃人所要地，既經原住民保留制度所承繼，則可知該原住民保留地之劃定，至少迄今乃無可取代最可能還原原住民族原有土地範圍之方式；第二、在原住民族土地權之憲法地位未經充分肯認、司法院大法官亦未能作成解釋加以確認、以及司法實務見解仍不明的狀況下，原住民族土地權雖經原住民基本法肯認應加以保護，然其權利範圍仍未能在現行法制下得到明確的界定，故在現行法制下談原住民基本法所謂「原住民族地區、原住民族土地、原住民族土地及天然資源之權利」（原基法第2條、第20條）時，要找到一個比較明確的土地範圍，就不能不透過「原住民保留地」制度下劃分的土地範圍作為權利範圍界定的出發點<sup>26</sup>。且因現行管制法令亦僅使用「原住民保留地」之用語<sup>27</sup>，故亦必

20 林淑雅（2007），前揭（註17）文，臺灣大學博士論文，頁3-18、3-19。

21 顏愛靜、楊國柱（2008），前揭（註4）書，頁241。

22 經濟部水利署網站資料，<http://www.wra.gov.tw/lp.asp?ctNode=1935&CtUnit=324&BaseDSD=7>（最後造訪日：2013年2月18日）。

23 顏愛靜、楊國柱（2008），前揭（註4）書，頁260。

24 行政院96年1月12日院臺建字第0960080865號函，補辦增劃編原住民保留地實施計畫中計畫緣起之說明。

25 當時臺灣總督府即編有高砂族調查書四冊、理蕃誌稿、高砂族所要地調查書等。

26 原住民保留地以內的土地比較可能被認定為原住民得主張土地權之範圍，但並不能反面推論非原住民族保留地即不能由原住民族主張土地權。只是在證明上可能有難易度上的差異。



須透過「原住民保留地」來做為觀察原住民族土地權的連接點。

## 二、限制原住民土地權之法令及爭議類型

承前所述，本文姑且先以「原住民保留地」作為連結點，觀察「原住民土地權」在現行法制下所受到的各種法令限制，以及在此些法令制度下所產生之紛爭，以做為後續觀察原住民族基本法對於土地權之保障，在個案中可以發揮之功能：

### (一) 保留地使用權與所有權申請之紛爭

#### 1. 相關法令

按原住民族在原住民保留地上居住之事實乃早於法律而存在，故要讓這些實際使用之事實，可以納入現行法制下，就必須透過行政處分對原住民之使用狀況進行確認。故原住民保留地開發管理辦法（下稱：保留地管理辦法）即規定原住民就其在法律施行前即「開墾完竣並自行耕作」之土地<sup>27</sup>、或由政府配與該原住民依區域計畫法編定為農牧用地、養殖用地或依都市計畫法劃定為農業區、保護區並供農作、養殖或畜牧使用之土地，得申請設定耕作權、地上權（第8條、第9條）；就原有自住房屋基地之範圍內亦可設定地上權（第12條）。上開權利並限制僅能轉讓給具有原住民身分之繼承人、受贈人、原受配戶之人或三親等內親戚（第15條），違反者，其土地即應被收回並塗銷其權利（第16條）。又原住民保留地由原住民取得耕作權或地上權登記後繼續自行經營或自用滿五年者，得請求登記為所有權人（第17條）。

## 2. 爭議類型

換言之，在上開法令下，原居住於原住民保留地範圍內之住民，必須透過舉證證明其在該土地上有「法律施行前即『開墾完竣並自行耕作』」之事實、或經政府配給土地之後，始能取得在該土地上繼續使用土地之權利。並且也必須在取得土地使用權後，於未來五年內均須有持續經營或自用之事實，始得取得土地所有權登記。然在此流程中，較常見之爭議即國家做成否准申請耕作權等使用權或所有權之處分。在國家做成否准處分之後，其中少部分之原住民有幸得自法院中主張其權利，然法院未必會作成有利其權利主張之判決，其理由不一而足。以下整理其裁判見解如下：

#### (1) 申請耕作權遭否准事件（高雄高等行政法院97年度訴字第832號判決）

原告主張其父自民國58年起即於系爭土地上墾植，並繼續耕作逾30年。然原告之父親於86年向臺東縣延平鄉公所申請於系爭土地上設定耕作權，經鄉公所以「依原住民保留地開發管理辦法（下稱開發管理辦法）第8條第1項之規定乃適用於農牧用地、養殖用地，並不適用於林業用地」及「系爭土地係屬國有林地且屬河溝，不適宜分配，本案予以保留」等由，駁回其申請。其後原告之父於87年向臺灣臺東地方法院檢察署（下稱臺東地檢署）自首竊佔國有土地，經檢察官傳訊系爭土地四鄰證人，確認竊佔事實，惟因追訴時效已完成，為不起訴處分。

27 查現行行政法令中，使用「原住民土地」之用語者，僅有民國101年增訂之土地徵收條例第13-1條、以及森林法第6條；然使用「原住民保留地」之用語者，則包含溫泉法、發展觀光條例、非都市土地使用管制規則、原住民保留地開發管理辦法、以及各縣市之自治規則，以條文數觀之，法律、法規命令即包含70條之多。

28 行政機關曾做成原民會96年12月11日原民地字第0960051797號函：「有關本辦法施行前（民國79年3月27日以前）已由原住民開墾完竣之認定，係依該土地所轄鄉公所留存之山地保留地清冊、土地歸戶表證明或相關可資證明土地清冊所登載之資料予以認定，如無上述相關文件可資證明，應依上開第8條、第9條第2款規定，由鄉（鎮）公所擬定分配計畫，並參酌上開管理辦法第20條第1項規定研訂分順序，提經原住民保留地土地權利審查員會（以下簡稱土審會）審查，後經層報縣（市）政府核轉本會核定後據以分配與原住民，合先敘明。」



本案例中，法院除肯認行政機關主張該地為河川地加強保育地而認為應否准原告申請之外，亦附帶論述到本案究竟如何證明原告確實有於法律施行前即『開墾完竣並自行耕作』之事實之問題。就此，原告主張原告父親及家人在開發管理辦法施行（79年3月27日）前，即在系爭土地開墾完竣並繼續耕作迄今，種植農作物，並經被告承辦人員數次通知原告自行前往勘測屬實，並以紅或白漆標示，清楚看見原告父親及家人在系爭土地種植之農作物、竹林，與慣用工法所砌石堆，此有會勘紀錄、相片、土地四鄰證人證明書、臺東地檢署不起訴處分書可憑。然法院不採納其主張，並認為依據被告提出之：1.山地保留地使用清冊，上面仍記載為國有，並無原告等土地使用權之紀錄；2.且依據被告製作之戶籍資料簿，山地保留地部分，無原告及其家人有無償使用或租用系爭土地。進而認為若原告有開墾之事實，則上開山地保留清冊必定有所登載，故原告並無使用土地之事實。

(2) 依據原有之耕作權請求登記所有權事件（最高行政法院98年度判字第1205號判決）

原告於94年間以耕作權、地上權期間屆滿（5年）為由，向被告申請辦理取得所有權移轉登記，被告花蓮縣秀林鄉公所所以系爭原住民保留地土地糾紛情形、且系爭土地中其中一地號之土地界址不明確，須待完成鑑界確認界址後，再續辦所有權移轉等理由，否准原告之請求。原告不服提起本訴。然本案法院認為該鄉公所之函文作成之後，仍有進行勘查、協調土地爭議之作為。故該行政程序仍未完結。故否准通知乃觀念通知，不得提起撤銷訴訟而判決原告敗訴。

(3) 未登記耕作權或地上權，即請求登記所有權事件（最高行政法院100年度判字第1422號判決）

原告依臺灣省山坡地保留地管理辦法，分別於57、58年間就系爭土地設定耕作權登記，

然被告花蓮縣秀林鄉公所卻於63年間將系爭土地出租予參加人（亞洲水泥股份有限公司，以徐旭東為代表人），致再審原告等無從實際行使耕作權。原告主張該租賃契約有違原住民保留地開發管理辦法第15條第1項規定，應屬無效，是再審原告之耕作權登記雖形式上無法合於上開管理辦法第17條規定，惟此係不可歸責於原告之事由，遂據此於93年間向被告申請作成准許所有權移轉登記之處分。然被告遲至94年8月仍未作出處分，再審原告乃提起訴願，經花蓮縣政府作成95年3月3日94訴字第31號訴願決定，命再審被告「應於接獲決定書後30日內，為准否之一定處分」，然被告仍遲未作成准否之處分，然再審被告仍持續怠為處分，據以提起課予義務訴訟。

本案判決中，亦未能處理實體問題，僅以本案例原告針對花蓮縣政府之訴願決定後即提起，本訴訟程序不合法。蓋本案法院認為為行政院原住民族委員會（中央主管機關）對於此類所有權移轉登記之申請案件，本有最終審查核定的權責，但經其授權給「鄉（鎮、市、區）公所審查後陳報縣（市）政府核定」。故法院認為，縣市政府有最終決定權，應屬縣市政府做成之行政處分。本案例中土審會不做處分，經原告向花蓮縣政府提起訴願之後，花蓮縣政府命其作成行政處分，仍未做成處分，直到訴訟開始後才做成處分，則因為花蓮縣政府（核定機關）才是處分機關，故原告不應以蓮縣秀林鄉公所作為被告。

(4) 保留地內原住民遭請求返還不當得利之事件（臺灣高等法院臺中分院98年度上易字第151號民事判決）

原告於民國74年拍定取得登記為王金盛所有之系爭原住民保留地，因訴外人欲向其承租土地而進行鑑界時，至現場勘查發現被告竟將其所有土地，併連同系爭土地，自84年起出租予不知情之訴外人改種其他果樹，故對被告請求返還不當得利。然被告主張其係世居於臺中





縣和平鄉梨山部落之泰雅族山地原住民，就使用系爭土地以來有40餘年，長久以來均深信系爭土地為祖傳地、且又為世居鄰近部落之泰雅族人，除對系爭土地之使用權及所有權具有相當於法確信之習慣確信，且實際使用系爭土地，故對系爭土地有使用權。原告主張無理由。

本案中原住民族長期使用該土地之習慣雖未能成為認定其才是所有權人之依據，然本案中法院在不當得利返還請求主張之判斷上，依照四名證人之證言：「系爭土地上方是被告的祖先開墾，迨民國46年始由被告的父親耕作，依照泰雅族規何人開墾土地即屬於該人所有，原告的父親耕作之土地在系爭土地之上方，同族之王金盛則在下方，約隔70、80公尺，至97年被上訴人提起訴訟時才知道被登記在王金盛名義下，而遭拍賣由被上訴人取得」，進而認定被告占有系爭土地係基於其祖先一脈相傳，乃出於善意，非惡意占有。故認為是占有人因此項使用所獲得之利益，對於所有人不負返還之義務，判決原告敗訴。

## (二) 基於環境保護目的之法令規範

### 1. 相關規範

按「原住民保留地」之管制最早乃依據臺灣省各縣市山地保留地管理辦法，其後更名為「山胞保留地開發管理辦法」，並後於山坡地保育利用條例<sup>29</sup>及農業發展條例<sup>30</sup>中（民國90年之後，僅剩下山坡地保育利用條例作為授權依據），取得原本保留地管理辦法欠缺之法律授權依據，現則更名為「原住民保留地開發管理辦法」。依據法律保留原則，法律授權訂定之

法規命令不得逾越被授權之範圍限制人民之權利，否則仍違反法律保留原則。故保留地管理辦法的適用範圍—包含原住民保留地範圍地界定、以及土地所有權、耕作權、地上權之申請條件、移轉方式等，法理上即以山坡地保育利用條例所指的範圍為限。此觀保留地管理辦法第3條規定：「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。」可知，原住民保留地原本之範圍均以山坡地<sup>31</sup>作為其內在界線。

原住民保留地主要為山坡地的現況，則其首先就必須面臨農委會主管之山坡地保育利用條例、水保局主管之水土保持法之限制、林務局主管之森林法（山坡地保育利用條例第3條）。除此類一般山坡地環境保護要求之行政法令之外，基於其他生態、環境保護目的而設之法令，例如野生動物保育法、國家公園法等，亦常做為對於保留地內活動之原住民施以處罰之法令依據。例如以超限利用山坡地為由，命停止使用土地並處以行政罰、對未經核可之狩獵活動處野生動物保育法之刑責（野生動物保護法第17條）、或對採取樹木之案件處以森林法竊取森林產物之刑責（森林法第52條第1項）等。實際案例如下：

### 2. 爭議類型

- (1) 違反水土保持法禁止超限利用之爭議（高雄高等行政法院100年簡字248號判決）

本案中原告於原住民保留地上種植梅子樹已有35年，並於該土地上設定耕作權，當初係國家為推展山區農業，而將土地劃給其做足以

29 山坡地保育利用條例第36條（民國65年修正）：「山坡地設置山胞保留區，放租、放領以山胞為限；其管理辦法，由行政院定之」；山坡地保育利用條例第37條（民國75年修正）：「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。」

30 農業發展條例第17條（民國75年修正）：「山坡地、山地保留地、河川新生地、海埔新生地及海邊養殖地等土地，由政府統籌規劃，劃定區域，自行投資開發或核准由農民、合作農場、農民團體、農業企業機構投資開發。但政府開發之土地，指定為農業使用者，除供自用外，應優先租售農民，分期收回開發費用。（第一項）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。（第二項）」



維持生計之農耕作業，然民國65年之山坡地保育利用條例並未禁止其所從事之農耕業務。惟至民國83年起，水土保持法即要求林牧用地必須在民國96年前強制造林。被告高雄市政府（處分做成時乃高雄縣政府）於民國99年認為原告超限利用土地而限期改善，並於民國100年時裁處8萬元之罰鍰。

本案中法院認為水土保持法乃相較於山坡地保育利用條例之特別法，且原告確實有未將農作物移除並改為林地之狀況，故原處分並未違法。

#### (2) 動物保育法未經核可從事狩獵行為

臺灣高等法院花蓮分院100年度上訴字第184號刑事判決、最高法院101年台上字第3572號刑事判決中，被告為排灣族原住民頭目，於民國93年曾犯野生動物保育法。於民國100年又未經核可即與其他共犯共同從事狩獵活動，遭判處五個月有期徒刑，並得易科罰金。原告則主張其乃莫拉克風災戶之災民，基於除喪狩獵<sup>32</sup>之傳統而進行狩獵活動，依據原住民族基本法第19條規定：「原住民得在原住民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，似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，應合於野生動物保育法第21條之規定。

最高法院認為野生動物保育法第21條之1第1項雖規定：「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、第十八條第一項及

第十九條第一項各款規定之限制。」但同條第2項復規定：「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。」足見臺灣原住民族之獵捕、宰殺或利用野生動物，除須基於傳統文化、祭儀必要外，尚須經主管機關核准。

然另一案例臺灣高等法院花蓮分院99年度上訴字第238號刑事判決中，被告乃太魯閣族原住民，並無前科，同樣犯上述野生動物保育法第21條。然該案中，法官特別指出原告主張原住民族基本法部分，因原住民族基本法性質上為普通法，野生動物保育法為特別法，依特別法優先普通法之原則，應優先適用野生動物保育法。故認為本案仍應依野生動物保育法處罰之<sup>33</sup>。然在量刑部分，法院認為「按原住民依先祖所留下之傳統上山獵捕飛禽走獸，並將所得獵物與族人分享，本屬原住民傳統生活方式中極為重要的一部分，此乃眾所周知之事。近年來，原住民之生活型態雖已因社會之整體發展及族群之融合而發生重大之改變，其專以狩獵為生或以狩獵為主要生活內容者，雖已極為罕見，惟於農閒或工作之餘入山狩獵，仍屬部分原住民難以忘情之生活內容，而目前約六、七十歲之原住民男性，對於狩獵均尚因其上一輩之教導成為其日常生活的習慣，也成為其文化感情之一部分，此合先敘明。」並處原告緩刑兩年。

#### (3) 違反竊取森林產物之罪

森林法中對竊取森林主、副產物者處以

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

32 依據排灣族傳統，所謂「除喪」，是指送獵物給喪家，除了告慰亡靈，還能慰問家屬，幫喪家走出傷痛。對獵人而言，也可增添名聲。<http://mepopedia.com/forum/read.php?128,10920>（最後造訪2013年2月19日）。

33 臺東地方法院檢察署民國96年04月17日法律問題座談（法檢字第0960801277號函）即採此見解。



刑罰六個月以上五年以下。此種採取森林產物之行為在森林法中雖規定「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」（民國93年增訂第15條第4項前段）。農委會未基於同條項後段之授權，第定行政規則。然現行制度下，農委會透過同條第3項之授權訂定之國有林產物處分規則，其中即限定原住民族僅能於專案核可後，於原住民保留地內採取林產物，且必須基於造林開墾、或自建建物等無償目的（國有林產物處分規則第14條第1項第7、第8款、第2項）<sup>34</sup>。然由於原住民的世界觀根本不一樣，其認為將風倒樹木搬回部落，作為部落整體之裝飾，此等樹木根本沒有脫離大自然，仍然屬於大自然的一部分，故其仍堅持從事其採取枯木之習慣<sup>35</sup>。

在此前提下，日前知名的司馬庫斯櫟木案中<sup>36</sup>，法院一直到最高院判決前，均採取未經核可不得採取林木，否則即屬竊取森林產物之見解。直到最高法院98年度台上字第7210號判決見解中表示：「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，而與非原住民之行為同視。」故受發回之臺灣高等法院即於判決中採證相當豐富之原住民族觀點（98年度上更(一)字第565號刑事判決），判決中破天荒的採用靜宜大學生態

人文學系副教授林益仁之證詞與行政院原住民族委員會委託國立臺灣大學人類學系進行調查研究報告「原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制第二期委託研究－泰雅族、太魯閣族」一書，並引用原住民族基本法第20條、第19條，認為：「泰雅族的慣習上對於山中的資源是採取一種開放的財產態度，採集果實、搬運木料等行為是被允許可自由利用的；又證人林益仁亦證稱司馬庫斯部落決議將倒木作為雕刻造景之用與泰雅族習慣吻合。準此，足徵被告三人依司馬庫斯部落決議，於九十四年十月十四日，在泰雅族馬里光群傳統領域範圍內，欲將上開櫟木殘餘部分運回部落，以作為部落造景美化景觀之用，係合於上開政府承認原住民族土地及自然資源權利，並尊重原住民族之傳統文化及生活慣俗之立法意旨。」。

其後，關於本案究竟有無觸犯森林法之規定，高等法院認為森林法之立法目的，係為保育森林資源，發揮森林公益及經濟效用。被告三人之行為並未違反森林保育之目的，且有助於森林經濟效用之發揮；且國有林產局處分規則非基於森林法第15條第4項之授權訂定，故不能認為原住民未經核可採取櫟木之行為應處以森林法竊取森林主副產物之罪。

在此對於原住民族土地權跨時代的進展之後，其後幾個由原住民族採取木材之判決，均開始於判決理由中交代該案中是否有原住民應尊重原住民族傳統文化之問題。例如臺灣高等法院高雄分院101年度上訴字第449號刑事判決中即已考慮到傳統習俗，其理由中寫道：「森

34 此項處分規則中將原本森林法規定之「原住民族傳統領域」限定於「原住民保留地」，此限定是否合於法律保留原則應有檢討的餘地。蓋原住民族土地權（包含對其上之自然資源之管領）之限制應以法律限定之，則森林法中既未限定於立法時即已存在之「原住民保留地」，而使用「原住民族傳統領域」之用語，則可見其並無將原住民得採取林木之處所限定於保留地之內之意思，處分規則第14條第2項規定「依前項第七款、第八款及第十一款核准採取者，以原住民保留地內之竹木為限」，顯然逾越本法之授權範圍。

35 顏厥安（2008），由規範縫隙到規範存有一初探法律論證中的實踐描述，2008法律思想與社會變遷，頁31。

36 案件事實為：系爭櫟木係因颱風來襲被土石流沖到路中，造成司馬庫斯部落聯外道路不通，該部落為搶修道路，先將該櫟木挖出移至路旁，嗣林務局竹東工作站人員先將該櫟木樹幹部分運走，被告三人方依司馬庫斯部落決議，欲將櫟木殘餘部分運回部落以美化部落景觀。



林法第15條第4項之生活慣俗，係指經原住民族主管機關認定屬原住民族從來之生活習慣，且經世代相傳反覆實踐為傳統文化活動、祭儀或生活需要之行為，……然被告高飛龍等人動用多人及大型機械搬運系爭木材，數量龐大，顯已逾一般日常生活所需；況系爭木材仍屬原木，未經處理，亦不可能逕為製造家具之材料，更遑論供『世代相傳反覆實踐為傳統文化活動、祭儀』之用，是被告李萬春等人上開所辯，亦不足為取。』另案臺灣高等法院臺中分院101年度上訴字第1272號刑事判決中，亦認為被告採取枯損之扁柏燒成精油，具有營利目的，故不得主張基於原住民基本法第19條之規定而免責<sup>37</sup>。

### (三)非原住民保留地部分之規範

#### 1. 相關法令

原住民保留地以外之土地，在原住民族基本法要求政府應「承認原住民族之土地及自然資源」之規定被落實至現行法制中之前，原住民亦有長久居住於未被劃定成原住民保留地之地區者，承前所述，雖說此些未被劃定為原住民保留地之地區，其無法透過日治時代的土地使用調查，獲得「長久為原住民族使用」之正當性的推定，然因地籍資料當時並不完全正確、或當時調查之不完整等原因，仍不能排除原住民族長久居住於其他土地之上，而得對該土地主張權利之可能。

正因有此狀況，前述「公有土地增編原住民保留地處理原則」第3點中才會允許原住民

於民國77年2月1日前「繼續使用其祖先遺留之土地，迄申請當時仍使用者」，可向轄區鄉（鎮、市）公所申請，經公有土地管理機關同意後，增編為原住民保留地。

#### 2. 爭議類型

前述原住民保留地的申請劃編之規定固然立意良好，然申請人首先會面對如何舉證於民國77年前即已使用該土地之問題<sup>38</sup>，其次尚且必須面臨申請劃編時，遭國有財產局或其他土地管理機關請求拆屋還地之風險。

例如臺灣南投地方法院98年度重訴字第34號民事判決中，被告於97年2月15日、98年9月16日就系爭144、144之1、144之2等地號國有土地申請補辦增編為原住民保留地，業經南投縣仁愛鄉公所現地會勘初審同意，再經南投縣政府於將初審同意清冊相關資料送交行政院原住民族委員會，然於原住民委員會函請土地管理人即國立臺灣大學同意時，國立臺灣大學主張系爭土地自日據時期（民國26年9月11日）即核准撥用於臺灣大學，並設置山地實驗農場，迄今無任何居民設籍，亦無原住民保留地，故回函表示拒絕同意。並同時提請拆屋還地並請求返還不當得利。被告則主張其係世居南投縣仁愛鄉之原住民，被告父親於日據時代即承受祖先遺留耕作使用原住民傳統領域內之系爭土地，被告並承襲耕作使用迄今。且上開事實業經南投縣仁愛鄉公所現地會勘同意，並主張依據原住民族基本法第5、21條、23，原告之訴應為無理由。

37 然目前最高法院仍有認為森林法應屬特別法，應優先於原住民基本法此普通法適用。例如最高法院99年度台上字第6852號判決：「惟按：（一）、原住民族基本法性質上為普通法、廣義法，森林法為特別法、狹義法，依特別法、狹義法優先於普通法、廣義法之原則，應優先適用森林法。況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。……前項各款，以傳統文化、祭儀或自用為限」，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，除須具有原住民族身分，並符合傳統文化、祭儀、自用等目的及非營利行為之外，尚應依法定方式辦理，為上開條文之當然解釋，非謂原住民在原住民族地區採集野生植物，全然不受法律之規範。」

38 依據「公有土地增劃編原住民保留地審查作業規範」，若係申請居住使用之土地，申請人必須出具七十七年前的下列資料之一：「曾於該建物設籍之戶籍謄本、門牌編訂證明、繳納房屋稅憑證或稅籍證明、繳納水費證明、其他足資證明之證明文件」。



本家中一審法院以違反國家公法人不應有內部意見衝突，在採納鄉公所會勘認定有實際使用土地之事實的前提下，法院認為原告之訴違反禁反言原則、誠信原則，且被告對國家公權力行為之信賴應予保護，判決原告全部敗訴，判決中雖未引用原住民族基本法，然已可見其對於原住民族長久土地使用之事實之尊重。然不幸的是，原告上訴二審，在被告並無委任律師的狀況下，認定國家在做成最後之行政處分之前，被告尚無信賴應受保護之問題可言，則被告在此之前使用土地之行為即均屬無權占用，原告請求拆屋還地、15年內之不當得利，即屬有理由<sup>39</sup>。

#### 肆、原住民族基本法司法實踐之綜合觀察

綜合前述幾個涉及原住民族土地權主張之判決，對於原住民族土地權保障之司法實踐得出一個粗淺的樣貌：

第一、至目前為止，仍僅見於刑事判決竊取森林產物之判決中，有確實援引原住民族基本法中對土地或自然資源之保障（原住民族基本法第19、20條）並涵攝於個案之中，但法院援引原住民族基本法之功能是否為阻卻違法事由、或免責事由，亦或對判決並無影響，判決中並未表明。然森林法第15條第4項中，既已將原住民族土地權保障之規範意旨加以明文化，則似乎援引森林法該條規定，即可認為原住民族基於生活慣俗之需要採取森林產物之行為得不處罰。

然於動物保育法中並未作如森林法之相同規範，判決中則明確的將原住民族基本法列為普通法之地位，在特別法即動物保育法優先適用的前提下，原住民族於土地上透過狩獵活動享受自然資源、維護文化傳統之權利即未曾在判決中被當作宣判無罪之依據，然仍有將之作為量刑時從寬之因素者（臺灣高等法院花蓮分院99年度上訴字第238號刑事判決）<sup>40</sup>。

第二，跳脫刑事案件之後，原住民族基本法於行政法院中可謂完全的挫敗。在給付行政領域中，在請求登記耕作權之案件中，行政法院均僅依據現行保留地管理規則之規定作機械式的操作，且針對原住民族有無使用土地之事實之認定，法院採取登記簿上未登記即不存在的推定態度<sup>41</sup>，原住民要經過行政機關否准請求後，要在法院中成功主張登記為耕作權人即更加困難，且該耕作權之保障也並非絕對，有被不當取消之可能，且被不當取消時是否有適用原住民族基本法之空間？最高行政法院亦未表態，僅以可能有爭議之程序問題<sup>42</sup>，將此不利益推還給原告<sup>43</sup>。簡言之，在現行原住民保留地之行政管理制度，輔以行政法院保守之判決下，原住民族在保留地內申請登記土地權利時，不僅其證明困難，且又必須冒著被指責為竊佔國土之風險；反之若未積極請求登記為土地權人而於保留地內使用土地，則隨時有被土地登記名義人訴請返還不當得利、拆屋還地之風險。

行政法院之判決中，對於侵益行政處分的審理態度也沒有軟化的現象。前述水土保持法超限利用之案件中，行政法院未曾考量原住民

39 臺灣高等法院臺中分院100年度上字第126號民事判決。

40 例如，最高法院99年度台上字第6852號判決（森林法）、臺中高等法院101年度上訴字第1272號判決（森林法）、花蓮高等法院99年度上訴字第238號判決（動保法）、南投地院99年度台上字第6852號判決（動保法）等案件均採此見解。

41 高雄高等行政法院97年度訴字第832號判決。

42 鄉公所實際調查土地使用狀況後陳報縣市政府核定，則究為鄉公所之行政處分，亦或縣市政府之行政處分？而決定其訴願管轄機關。此問題與教師法中報請教育部核定之解聘處分其訴願管轄機關之問題，相當雷同。

43 最高行政法院100年度判字第1422號判決。



族在原住民保留地上登記耕作權轉為農耕生活後，以提高水土保持之要求對原住民使用土地之權利造成剝奪之結果後，有無應依原住民族基本法之規定給予合理補償之可能，或考量國家要將該土地劃為林牧地時，應否得原住民族之參與（原住民族基本法第21條第2項），或可能因為違反上開原住民族基本法之要求，進而影響以林牧地之劃編作為土地超限利用之行政罰依據時，該行政罰之合法性問題。

第三，民事法院的態度則不一致，臺灣高等法院臺中分院98年度上易字第151號民事判決乃對於原住民族較友善之判決，依四名證人之證詞採認該原住民有於土地上生活40年之事實，相較於行政法院，其證明要求明顯降低，且該判決中甚至引用泰雅族之習慣，作為被告確有可能對於系爭土地之使用權及所有權有習慣確信之依據，最後並以該確信作為認定被告乃善意占有人，不需返還不當得利之依據。此法院見解雖形式上未援引原住民族基本法，但實質上已承認原住民族之土地及自然資源權利、以及尊重原住民族土地擁有利用與管理模式之權利（原住民族基本法第20條第1項、第23條）。反之，當不當得利之請求發生在非原住民保留地時，臺灣高等法院臺中分院100年度上字第126號民事判決則絲毫未加以考量原住民族既有之土地使用狀況，而單純依據土地登記制度判決原住民全部敗訴。

## 伍、結論

總括言之，原住民族基本法中宣示對於土地權之保障應由政府實踐，而這裡所謂的政府，本來就不可能僅指稱狹義的行政權而言，而應包含代表國家行使司法權之法院在內。然問題出在，原住民族基本法作為一跨領域適用

的基本保障規範，與其他法令發生競合時（且幾乎不可能不發生競合），此時應如何適用原基法之問題？

就此我國法院在實踐原住民族基本法之態度並不一致，尤其在涉及土地權保障之問題茲事體大，往往不是影響國有地管理人之管領範圍、就是影響第三人對土地主張之權利，更麻煩的是，因土地多位於環境生態保護法規多如牛毛之山坡地中，則原住民族權益之保障與此些環境生態保護法令間之關係為何？就此，法院有完全不採納原基法之觀點者，多數意見乃採普通法與特別法之關係而排除適用者，亦有將原基法之保障轉化為解釋法令之依據者一例如量刑時參考之因素（減輕刑度）、或融入現行法「善意」占有人要件之解釋之中。實務在適用上相當混亂，加上原住民族在此類爭議中多屬經濟上弱勢，除非有公益律師之幫忙，否則幾乎沒有案件可以進入最高法院接受實體審理，多數案件在下級審即告確定，則原住民族基本法在該案件中應否適用、如何適用，即無法得到最高法院作成有事實上拘束力的見解。

本文認為，原基法既然做為一權利保障之法令，則如同行政程序法的通過一般，即應做為所有關涉原住民土地權主張時，應提供之最低保障之依據。故法院在審理涉及原住民族觀點之案件中，就不能驟然排除原住民族基本法之適用，而應在判決理由中交代原住民族基本法所提供之保障，在個案中應該如何被遵守、或應該如何被排除，先求在判決中引用作為審判依據之後，再求適用方式之統一。否則，上級審法院應認為屬判決不適用法令之違法判決。要非如此，原住民族基本法恐將漸漸因為法律長久未被實踐，而被認為不具規範性，此要非法治國家應容許之狀況！



附表一：聯合國原住民族權利宣言與原基法之比較

聯合國原住民族權利宣言	保障內涵	原住民族基本法	原基法與宣言之比較
<p>第10條 不得強行讓原住民族遷離其土地或領土。未事先獲得有關原住民族的自由知情同意，並未事先就公正和公平的賠償達成協定，及未在可能時保留返回的選擇，就不得遷移原住民族。</p>	<p>政府不應強行將原住民遷離</p>	<p>第32條 政府除因立即而明顯危險外，不得強行將原住民遷出其土地區域。 前項強制行為，致原住民受有損失時，應予合理安置及補償。</p>	
<p>第20條 1.原住民族有權維持和發展其政治、經濟和社會制度或機構，有權安穩地享用自已的謀生和發展手段，有權自由從事其一切傳統及其他經濟活動。 2.被剝奪了謀生和發展手段的原住民族有權獲得公正和公平的補償。</p>	<p>原住民有權維持其政治、經濟、社會制度傳統</p>	<p>第19條 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。</p>	<p>保障範圍較狹隘，界定應由原住民享有之土地範圍</p>
<p>第25條 原住民族有權保持和加強他們同他們傳統上擁有或以其他方式占有和使用的土地、領土、水域、近海和其他資源之間的獨特精神聯繫，並在這方面繼續承擔他們對後代的責任。</p>	<p>界定應由原住民享有之土地範圍</p>	<p>第2條第3款、第5款 三、原住民族地區：係指原住民族歷史淵源及文化特色，經中央原住民族主管機關報請行政院核定之地區…五、原住民族土地：係指原住民族傳統領域土地及既有原住民保留地。</p>	<p>其中第3款應僅係給付行政的作用範圍，第5款之原住民族土地與宣言之土地權利概念相近</p>
<p>第26條 1.原住民族對他們傳統上擁有、占有或以其他方式使用或獲得的土地、領土和資源擁有權利。 2.原住民族有權擁有、使用、開發和控制因他們傳統上擁有或其他傳統上的占有或使用而持有的，以及他們以其他方式獲得的土地、領土和資源。 3.各國應在法律上承認和保護這些土地、領土和資源。這種承認應適當尊重有關原住民族的習俗、傳統和土地所有權制度。</p>	<p>政府應在法律上承認原住民之土地權</p>	<p>第20條 政府承認原住民族土地及自然資源權利。 政府為辦理原住民族土地之調查及處理，應設置原住民族土地調查及處理委員會；其組織及相關事務，另以法律定之。 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</p> <p>第23條 政府應尊重原住民族選擇生活方式、習俗、服飾、社會經濟組織型態、資源利用方式、土地擁有利用與管理模式之權利。</p>	<p>我國對於政府應承認的權利內涵規定的較簡略，但解釋上應包含宣言所指之土地權利</p>



聯合國原住民族權利宣言	保障內涵	原住民族基本法	原基法與宣言之比較
<p>第27條</p> <p>各國應與有關的原住民族一起，在適當承認原住民族的法律、傳統、習俗和土地所有權制度的情況下，制定和採用公平、獨立、公正、公開和透明的程式，以確認和裁定原住民族對其土地、領土和資源，包括對他們傳統上擁有或以其他方式占有或使用的土地、領土和資源的權利。原住民族應有權參與這一程式。</p>	<p>應建立承認原住民族權利範圍之正當法律程序</p>		
<p>第29條</p> <p>2.各國應採取有效措施，確保未事先獲得原住民族的自由知情同意，不得在其土地或領土上存放或處置危險物質。</p> <p>3.各國還應採取有效措施，根據需要，確保由受此種危險物質影響的原住民族制定和執行的旨在監測、保持和恢復原住民族健康的方案得到適當執行。</p>	<p>危險物質不應置於原住民族土地</p>	<p>第31條</p> <p>政府不得違反原住民族意願，在原住民族地區內存放有害物質</p>	
<p>第32條</p> <p>1.原住民族有權確定和制定其土地或領土和其他資源的開發或利用重點和策略。</p> <p>2.各國在批准任何影響原住民族土地或領土和其他資源的專案，特別是開發、利用或開採礦物、水或其他資源的專案前，應通過有關原住民族自己的代表機構，誠意與原住民族協商和合作，徵得他們的自由知情同意。</p>	<p>強調任何原住民族土地之開發均應由原住民族主導、且應得其同意 (FPIC, Free, prior, and informed consent)</p>	<p>第21條</p> <p>政府或私人於原住民族土地內從事土地開發、資源利用、生態保育及學術研究，應諮詢並取得原住民族同意或參與，原住民得分享相關利益。</p> <p>政府或法令限制原住民族利用原住民族之土地及自然資源時，應與原住民族或原住民諮商，並取得其同意。</p> <p>前二項營利所得，應提撥一定比例納入原住民族綜合發展基金，作為回饋或補償經費。</p> <p>第22條</p> <p>政府於原住民族地區劃設國家公園、國家級風景特定區、林業區、生態保育區、遊樂區及其他資源治理機關時，應徵得當地原住民族同意，並與原住民族建立共同管理機制；其辦法，由中央目的事業主管機關會同中央原住民族主管機關定之。</p>	<p>相較於宣言中全面性的肯定原住民族對所有的領土、資源開發有權制定其策略、且各國批准任何開發專案前，均應得其同意。我國原基法中則區分事項，若係在原住民族土地之土地利用，採取「應諮詢並取得原住民同意『或』參與」之方式；若是以立法限制其土地權、或在「原住民族地區」作其他區域計畫，則應得其同意。</p>