

近年我國原住民（族） 權益保障之司法實務觀察

林秉欽*

羅惠馨**

林育萱***

壹、前言

105年8月1日，中華民國總統蔡英文代表政府向台灣原住民道歉¹，透過短短3,241個字，反映台灣原住民族過去四百年來所承受的苦痛和不公平待遇。然而，這幾百年來的歷史創傷，並沒有隨著台灣社會的進步被消弭。即使時間來到21世紀的今天，國家、多數族群還是利用各種不同的形式，持續迫害、掠奪這群台灣「原來的主人」：台灣原住民必須因為他們遵循傳統的生活方式被追訴、甚至坐牢；遭掠奪的土地改用「原住民保留地」的名義返還給原住民，卻衍伸更多的問題；覬覦土地資源的資本家繼續在原住民的土地上「筆路藍縷、以啟山林²」等等。

筆者三人任職於法律扶助基金會原住民族

法律服務中心³，主要辦理原住民（族）文化衝突之案件，以下將分別就「原住民族狩獵」、「原住民保留地」以及「原住民族諮商同意參與程序」幾個面向，說明近年來我國原住民（族）相關司法實務之發展現況，希望藉此讓讀者更能夠認識台灣原住民面臨的處境。

貳、英雄或罪人？——談原住民族狩獵

「有一次，我們站在峭壁上往下看，看到一群山豬，父親告訴我：『最老的那一隻是牠們的校長，在後面走的是牠們的老師。』我問父親：『牠們在做什麼？』父親說：『在練摔角吧？可能要參加牠們的運動

* 本文作者係法律扶助基金會原住民族法律服務中心專職律師主任

** 本文作者係法律扶助基金會原住民族法律服務中心專職律師

*** 本文作者係法律扶助基金會原住民族法律服務中心專職律師

註1：總統代表政府向原住民族道歉全文，詳參

<https://www.president.gov.tw/NEWS/20603>

註2：莫那能，學唱〈美麗島〉，秋門：左翼連結，網址

<https://reurl.cc/ZrdkOa>

註3：中心介紹，詳參

<https://www.laf.org.tw/index.php?action=location&Sn=4364>

會。」我好奇的問：『爸，真的有山豬校長和老師嗎？山豬真的有學校嗎？』『當然有哇！你不曉得，山豬的攝影師現在正用長鏡頭的相機，把我們的長相拍攝下來，作為山豬學校的教材，牠把我們編號，告訴學校裡的學生，誰是危險的獵人一號、獵人二號…。有時牠會在遠遠的地方觀察我們，先熟悉我們身體的味道，等聞到我們父子的味道時，就遠遠的躲開。」，這是小學課本中排灣族作家——亞榮隆·撒可努所撰寫的〈山豬學校，飛鼠大學〉一文，描寫作者跟隨父親打獵的原住民部落生活，傳達人與大自然和平共存的生活態度；「獵人學校——原住民生活體驗樂」，是近年十分火紅的原鄉部落旅遊宣傳標語，主打由獵人帶著遊客上山下海，體驗高山、海洋如何成為獵人的冰箱，遊客無不聽的津津有味、嘖嘖稱奇，這些看來對原住民族狩獵文化的讚揚與歌頌，對原住民來說，實際上卻是：統計資料顯示：每年有至少有30位左右的原住民獵人因持獵槍狩獵身陷牢獄之災⁴；新聞報導：「原民狩獵疑跌倒走火中彈亡」⁵、「少年狩獵失足滑倒槍枝走火打傷自己」⁶，不少獵人命喪在簡易、粗糙的自製獵槍底下。理應為國家瑰寶的狩獵文化，為什麼對原住民來說，卻變成

心底最不能說的祕密？

台東布農族的獵人王光祿因母親想吃肉，持河床撿到的獵槍進行狩獵，捕獲山羌、臺灣野山羊，在民國104年遭依違反槍砲彈藥刀械管制條例（下稱槍砲條例）第8條及野生動物保育法（下稱野保法）第41條等規定處以三年半有期徒刑判決確定，引起原住民族部落譁然，族人不解的是，部落的真英雄為何變成階下囚？本案嗣由檢察總長提起非常上訴，後由最高法院受理，經最高法院法官評議後決定聲請大法官解釋憲法，創下最高法院第一次聲請釋憲之紀錄，大法官於110年3月9日召開言詞辯論，於110年5月7日做出803號解釋，就槍砲條例、野保法等母法規定大體上認定合憲，釋憲聲請人王光祿等四人的有罪判決及刑責確定無法救濟，僅有「孝子獵人」之稱的王光祿⁷於110年5月20日由蔡英文總統宣布特赦免刑，惟王光祿仍遭最高法院106年度台非字第1號刑事判決駁回上訴，簡言之，中華民國終將原住民族獵人當成罪人、將狩獵行為當作犯罪，所謂特赦理由似乎不過是宣揚孝道罷了。

諸如此類的原住民族與國家法制衝突，無非來自於外來政權對於原住民族文化的誤解，以及「家父長主義」作祟⁸，狩獵議題亦

註4：106年10月11日內政部警政署委託研究「原住民得合法使用制式獵槍狩獵政策之研究」期末報告「105年至99年警察機關處理持槍刑案及查獲槍彈刀械概況統計資料」。

註5：中時新聞網，「原民狩獵疑跌倒走火中彈亡」，網址：

<https://www.chinatimes.com/realtimenews/20131116003111-260402?chdtv>。

註6：IPCF-TITV原文會原視，「少年狩獵失足滑倒槍枝走火打傷自己2017-01-23 TITV原視新聞」，網址：
<https://www.youtube.com/watch?v=TnXI5lYaQhE>。

註7：維基百科，王光祿案，網址：

<https://zh.wikipedia.org/wiki/%E7%8E%8B%E5%85%89%E7%A6%84%E6%A1%88>

註8：家父長主義又稱家長式指導，定義請參維基百科：

<https://zh.wikipedia.org/wiki/%E5%AE%B6%E9%95%B7%E5%BC%8F%E9%A0%98%E5%B0%8E>

不例外。釋字第803號解釋中，無論來自於野生動物科學、民族學、法學等背景的鑑定人指出：原住民族狩獵文化自出獵、捕獵至獵物處理都須恪守狩獵傳統規範，且須時時因應自然生態的變動，所以獵人其實也是生態系的一部分（如：在獵人逐漸凋零的現代，沒有合理的獵捕行為造成特定物種氾濫危害生態，如：山豬不斷肆虐農作物⁹、山羊啃食樹皮致樹木死亡，影響水土保持等¹⁰），因此原住民族狩獵與自然生態環境保護間，是夥伴關係而非衝突關係，農委會亦提出歷年狩獵自主管理的監測結果表示原住民族狩獵之結果並未導致野生動物族群失去平衡¹¹。種種資料佐證下，卻仍有大法官無視客觀研究資料及科學保育觀念，以其個人主觀想像「酷酷酷獵人」的模樣，不僅是曲解原住民族狩獵文化，亦不免令人有以家父長之姿指導「原住民獵人」該如何成為一名「原住民獵人」之感；另，大法官稱為兼顧野生動物保育以及原住民族狩獵權，而宣告事前許可制合憲，卻又宣告關於狩獵物種、數量以及時間等限制事項違憲，則主管機關事前究竟得審核什麼內容？使得事前許可制實際上只是流於形式，卻違背獵人不得宣揚上山就是要狩獵的信仰，對獵人的狩獵自由造成嚴重限制，亦無法達到所欲管制的效果。

至槍砲條例第20條第1項原住民持有「自製獵槍」之除罪化規定，其實是來自於立法事實的誤解。原住民族獵槍在西元1528年就已存在，當時獵槍來源為透過來台貿易傳入的歐美製前、後膛槍；在日治時期及國民政府初期，則改由政府統一提供單發定裝彈的村田式霰彈獵槍，而在72年槍砲條例制定後，進入民用槍枝彈藥全面管制年代，但在『自衛槍枝管理條例』有『獵槍、魚槍專供生活習慣特殊國民之生活工具者』不適用之的規定，而其管理辦法由中央主管機關定之，然而主管機關卻一直未為規定，遲至86年內政部公布之『生活習慣特殊國民獵槍魚槍刀械管理辦法』，卻毫無原因出現了「自製獵槍」之用語¹²，對此，內政部警政署代表於803號解釋言詞辯論時，表示在制定生活習慣特殊國民獵槍魚槍刀械管理辦法過程中，曾經到8個縣市原住民部落實際訪視，發現原住民所使用的槍枝多是使用自製的前膛槍¹³。然而當時時空背景的實況是，台灣原住民在行政長期怠惰十餘年未依立法機關的要求制訂原住民得合法使用獵槍的管理辦法，原住民在無合法獵槍可用的情形下，不得已只能以簡單的材料和火藥製造簡陋的前膛槍進行狩獵，就在這一連串行政、立法怠惰下，原住民族突然「被出現」了自製獵槍的文化，

註9：參民視新聞網，〈「山豬肆虐挖光綠竹筍廣發『追捕令』」懸賞一萬〉，2021年8月4日，網址：
<https://tw.stock.yahoo.com/news/%E5%B1%B1%E8%B1%AC%E8%82%86%E8%99%90%E6%8C%96%E5%85%89%E7%B6%A0%E7%AB%B9%E7%AD%8D-%E5%BB%A3%E7%99%BC-%E8%BF%BD%E6%8D%95%E4%BB%A4-%E6%87%B8%E8%B3%9E-%E8%90%AC-091004677.html>。

註10：參會台字12860號王光祿等聲請解釋案鑑定人裴家騏意見書。

註11：參會台字12860號王光祿等聲請解釋案相關機關行政院農業委員會意見書。

註12：參釋字第803號解釋謝銘洋大法官提出部分不同意見書。

註13：參釋字第803號解釋關係機關內政部及內政部警政署說明部分。

更進一步迫使原住民獵人必須學習製槍始能維繫狩獵文化的荒謬結果，自此之後，原住民獵人不僅要時時面臨自製獵槍的走火、膛炸危險，又同時背負治安殺手的污名，這已對狩獵文化造成窒息性的壓迫，而原住民族也因人口數量的弱勢及對國家殖民暴力的無力反抗而只能噤聲，無奈承受這些莫須有的指控，也使得年輕的原住民不願承繼狩獵文化、逐漸遠離山海，致原住民族狩獵文化形成巨大斷裂，而釋字803號解釋卻再一次的顯示國家對於原住民族的無知與傲慢。

釋字803號解釋如同社會的縮影，凸顯我國社會對狩獵仍存有諸多不解與疑慮，人對於不理解之事會感到排斥進而產生偏見乃人之常情，但法律不能為偏見服務，法律的制定必須是經過嚴謹的邏輯推演以及演繹過程。目前研究資料顯示：原住民族持獵槍犯重大犯罪案件比例少之又少，多是因上山狩獵觸犯野保法或森林法，而原住民族狩獵行為實際上是維持生態平衡的一部分，並無證據指出原住民族狩獵與破壞社會秩序與生態平衡間有直接關聯，釋字803號解釋卻仍舊推論出原住民族狩獵有害社會秩序和生態保育之結論，將最高法院原本架構出的康莊大道，縮減成充滿荊棘的道路，一不小心仍會掉入牢籠（編按：釋字803號解釋禁止獵捕保育類動物，但依原住民族文化，獵物是上帝的恩賜，不得事前指定，也不得事後挑選，若打到了動物就應該為其生命負責，將動物帶回，否則將遭受天譴，但在釋字803號解釋後，若不慎打到保育類，恐怕只能讓其在山上腐爛，這嚴重違反原住民族的狩獵禁忌），顯然違背證據法則，更凸顯主流社會

對原住民族狩獵的莫名恐懼。筆者真心期許釋字803號解釋是主流社會尊重原住民族狩獵文化權的起點，並非終點，而我們的公民社會都能持續溝通、對話，不斷地在原住民族狩獵文化權、生態保育及社會秩序等多元價值間謀求更好的平衡點，否則，對原住民獵人來說，釋字803號解釋終將導引至兩條路：若獵人選擇捍衛文化，路的盡頭是通往身體的牢獄；若獵人選擇守法、放棄狩獵，路的盡頭卻是通往心靈的牢獄，不論哪一條路，都註定讓這些山林勇士離回家之路越來越遠。

參、原住民保留地

一、用來保障原住民生計，推行原住民行政的原住民保留地？

回顧台灣原住民保留地（以下簡稱原保地）制度之濫觴，必須回溯到日治時期，當時台灣總督府為管理山林資源，先將無法拿出地契來證明土地所有權之山林原野收歸官有，隨後再將官有林野區分成「要存置林野」、「不要存置林野」及「準要存置林野」；其中，所謂「準要置林野」是基於保障山地人民生活而須保留，以及理番上為獎勵山地人民之移住而須保留之林野，合稱為「番人所要地」，亦即今日原住民保留地的前身。一直到34年後國府治台，台灣省政府全面沿襲日本舊制，於37年頒布「臺灣省各縣山地保留地管理辦法」，其中第2條明定：「本辦法所稱山地保留地，係指日治時代因維護山地人民生計及推行山地行政所保留之

國有土地及其地上產物而言。」之後迭經變革，成為現在的「原住民保留地」¹⁴。

從上述原保地之流變歷程可知，原住民族土地從原本的「領土」，先被外來殖民政權全面收歸國有，再因為統治需要轉變為國家內特殊社群的「集體用地」，進一步轉變為「私有財產權」甚至成為「個人所有權」之標的，剩下的則成為國有地，即有論者指出，原保地制度存在個人權利色彩濃厚、規範密度錯置以及恩給制落實等三大問題，顯示目前規範仍有極濃厚的殖民主義色彩¹⁵。換句話說，雖然原住民保留地開發管理辦法第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」，但從歷史解釋來看，原保地真的是用來保障原住民生計的制度嗎¹⁶？又或者所謂「推行原住民行政」是否只是「殖民統治」的另一種說法呢？值得吾人省思。

二、爭議叢生的原保地申請程序

儘管原保地制度設立之目的及其正當性殊值懷疑，但不可否認的是，在以個人權利保護為主的中華民國法制下，原保地制度至少

回應了部分原住民使用土地之需求。然而，無論「原有山地保留地」或「劃編，增編供原住民使用之保留地」¹⁷，都必須先由土地使用人申請，經主管機關審查符合要件核定後，才能無償取得原保地所有權。但在申請過程中，無論係因為欠缺完整的程序規定，或者因為主管機關（即原住民族委員會）無法有效指揮監督執行機關（即鄉鎮市公所），又或者是執行機關缺少足夠、穩定且專業的人力，均導致實務上關於原保地之爭議屢見不鮮。

舉例來說，「土地管理機關」消極不予同意的情况經常出現，導致申請人即使符合申請增劃編原住民保留地之要件，仍會遭到擱置或駁回。例如在臺北高等行政法院108年度原訴字第4號判決中，申請人從79年起即向花蓮縣豐濱鄉公所申請補辦增劃編原住民保留地，卻因土地管理機關東部海岸國家風景區管理處（下稱東管處）反對而遭到擱置；期間行政院曾函復立法院審查行政院105年度預算案決議事項表示：「倘符合『公有土地增編原住民保留地處理原則』增編要件者，其土地屬現況未實際為公務、公共或事業使用之公有土地，無論其取得或登記原因為何，各公產機關均應配合辦理，**不得以其他與前揭增編原則無關之理由，作為不同意增編原**

註14：有關原住民保留地制度之法規沿革，詳參吳秦雯（2016），〈原住民保留地權利之實然與應然-相關行政救濟實務見解分析〉，《臺灣原住民族法學》，第1卷第1期，第46-49頁。程明修（2017），〈原住民保留地土地所有權之空洞化現象〉，《臺灣原住民族法學》，第1卷第3期，第4-10頁。

註15：辛年豐（2018），〈原住民保留地的制度困境與革新芻議：法規範面的探討〉，科技部補助專題研究計畫，第73-75頁。

註16：學者程明修即指出：原住民保留地制度實施至今，原本想要達到的「保障原住民生計，推行原住民行政」目的，恐怕時至今日已有偏離，詳參程明修，前揭註14文。

註17：依原住民保留地開發管理辦法第3條，原住民保留地可分為「原有山地保留地」及「劃編、增編供原住民使用之保留地」。

住民保留地。」等語¹⁸，東管處才在106年同意申請，讓當地族人總算取得劃編原住民保留地所有權狀（除了糾紛地及有地上建築物的土地外）¹⁹。

然而，上開爭議並未因此圓滿落幕，因為在東管處對外表示願意同意增劃編原保地之後，突然出現一些過去未曾參與該地區抗爭活動、甚至也未曾向鄉公所提出申請的族人提出申請，造成「同一筆地號土地多人申請」之糾紛。面對上述糾紛，鄉公所在沒有任何調查行為的情況下，逕自函覆申請人「涉及土地爭議，請於糾紛釐清後，再行提出申請」等語，完全將行政程序法第36條的「職權調查主義」拋諸腦後，任由爭議關係人自行釐清糾紛。然而，上述爭議來到法院不但未見好轉，反而出現更多光怪陸離的法律見解和判斷。例如原申請人曾經數次經豐濱鄉公所會勘並初審同意，確認其使用案爭土地之事實；然而，同樣是初審決定，原判決認為只有鄉公所「實質上否准」原告申請是行政處分，過去「同意」原告申請的初審決定則只是一個階段，並非行政處分，因此不具有形式確定力。原審法院不附理由即推翻過去鄉公所初審同意決定之效力，不但在法理上有待商榷，更形同為鄉公所恣意（不附理由、欠缺調查、未給予當事人陳述意見之機會）推翻自己決定之行為背書，甚為不妥。另外，儘管主管機關原住民族委員會曾

函示肯認在增劃編原住民保留地之行政程序中，親屬得作為四鄰證明人²⁰，原審法院在判決中卻仍不顧其他證人證詞顯有矛盾、瑕疵等情狀，率以原申請人之證人具親戚關係為由，依「一般社會常情」而排除該證詞之證明力，未來恐怕會對於原保地之申請實務造成影響。尤有甚者，原審法院在判決中更恣意創造新的證據方法，渠認為：「鑑於原住民保留地之特性，主要在維持『族內』之正義，並非全部基於法理，反而有更注重人情、原住民文化之歷史淵源，是多數由原住民耆老、族長、重要人士所組成之原住民保留地土地權利審查委員會，在該原住民族內有相當權威，為族內正義之象徵。相同道理，於原住民土地實際耕種之人士並不明確的時候，因所涉時間長遠，亦宜由原住民耆老、族長、重要人士所組成之部落會議協調，最為適法。」等語，不但完全曲解、捏造原住民保留地制度之本旨（詳如前述），更無視增劃編原保地之法定要件（即土地長期持續使用事實），取而代之的是「人情」、「權威」、「族內正義」、「部落會議協調」等摸不著邊際的概念，完全顛覆憲法第80條明文揭示法官應「依據法律獨立審判」之誠命。更何況，原審法院要將土地使用爭議交給「原住民保留地土地權利審查委員會（以下簡稱土審會）」來決定，難道法院不知道土審會長期以來都被詬病為是鄉長

註18：詳參原住民族委員會原民訴字第10600442113號訴願決定書。

註19：原住民族電視台，〈獲原保地所有權狀港口部落慶祝土地歸還〉，109年12月28日，網址 http://www.tipp.org.tw/news_article.asp?F_ID=99448&FT_No=1

註20：原住民族委員會100年6月29日原民地字第1001030288號：「本會辦理『補辦增劃編原住民保留地實施計畫』之四鄰證明制度目的，係為證明土地仍有繼續使用之事實，尚無涉申請人與證明人之身份關係，故雖為親屬，仍得互為證明，其申請土地附近足以證明者，得作為四鄰證明人。」

人馬²¹，又欠缺完整的審理程序和審查標準來擔保審查結果之正確嗎？判決理由毋寧要族人「請鬼拿藥單」，實在讓人哭笑不得。

三、大法庭宣告原保地借名登記買賣無效

即使原住民經過重重難關終於取得原保地之所有權，但是在山坡地較難利用、人口外移致勞動力不足、土地經濟收益有限以及原住民資金取得困難等主客觀障礙因素下，遂出現所謂原住民保留地土地所有權之空洞化現象²²，進而衍生諸多非法轉讓原保地之亂象，導致原住民好不容易失而復得的原保地又再次面臨流失的危機。

所幸最高法院民事大法庭於去（110）年9月17日做成108年度台上大字第1636號裁定，認為原住民保留地開發管理辦法第37條第2項²³禁止原保地所有權移轉予非原住民之規定，符合中華民國憲法增修條文第10條第11項、第12項前段、原住民族基本法相關規定、公民與政治權利國際公約第7條暨聯合國人權事務委員會就上開公約所作之第23號一般性意見第7點等規範之意旨，非原住民借名登記買賣之相關行為（例如借名登記契約、買賣契約、設定地上權、移轉所有權等）無異實現非原住民取得原保地所有權之效果，已違反禁止規定，依民法第71條本文規定，應屬無效。

然而，儘管民事大法庭裁定已宣示原保地

借名登記買賣之行為無效，但導致原保地出現大量借名買賣現象的結構因素並沒有改變；且上述裁定案件之基礎事實肇因於該原保地之繼承紛爭，係由借名買賣以外之第三人向法院提起之訴訟，才有機會浮上檯面、透過法院判決得到解決。相較之下，其他「你情我願」的借名買賣行為如果沒有利害第三人的介入，只要雙方利益一致，就不會有訟爭的可能。因此，目前實務上普遍存在的原保地借名買賣亂象，未來是否真能藉由上述民事大法庭裁定得到解決，仍有待進一步觀察。

肆、原住民族諮商同意參與程序

諮商同意參與分享程序為近年於原住民族部落進行開發或利用自然資源等相關行為時，必定會碰觸到的議題。何謂原住民族諮商同意參與分享程序（下稱諮商同意程序），何時須踐行諮商同意程序，踐行的過程有無發生問題，以下將分別以亞泥新城山礦權展限案及知本光電開發案來作說明。

一、是否須踐行諮商同意？——亞泥新城山礦權展限案

（一）事實背景

緣亞洲水泥股份有限公司（下稱亞泥公司）於民國62年12月21日自華東工業股份有

註21：風傳媒，〈5萬原住民可申請保留地所有權，土審會有能力審查嗎？原民會修法增加部落代表〉，網址 <https://www.storm.mg/article/784082?page=1>

註22：程明修，前揭註14文。

註23：原住民保留地開發管理辦法第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。

限公司受讓取得位於花蓮縣秀林鄉及新城鄉的新城山大理石採礦權（下稱系爭礦權），亞泥公司自該時起於花蓮設廠採礦，採礦範圍涉及太魯閣族玻士岸部落²⁴之原住民保留地。系爭礦權期限始於46年11月23日起至66年11月22日止，其後歷經第一次礦權展限20年至86年11月22日止，再經第二次展限20年至106年11月22日止。因係爭礦權期限即將屆滿，亞泥公司於105年11月25日向經濟部申請展限系爭礦權，經濟部於106年3月14日予以核准，系爭礦權第三次展限至126年11月22日止。

玻士岸部落之族人不服經濟部准予礦權展限之處分，爰以利害關係人身分提起訴願，經訴願駁回後，提出行政訴訟救濟。本案於108年7月11日經臺北高等行政法院106年度訴字第1505號判決（下稱北高行判決）作成訴願決定及原處分撤銷之決定，經亞泥公司不服提起上訴，嗣經最高行政法院於110年9月16日以108年度上字第894號判決（下稱最高行判決）駁回上訴，玻士岸部落族人訴請撤銷經濟部核准礦權展限處分乃經判決勝訴確定。

（二）本案爭點及判決理由

本文中，玻士岸部落族人訴請法院撤銷礦權展限處分的主要理由包含礦業之經營有妨害公益無法補救情形、礦區內有遺址應經主

管機關同意、礦區位於其他法律禁止採礦之地域，以及亞泥公司未踐行諮商同意程序取得玻士岸部落同意。簡言之，本案主要爭點係涉及礦權展限處分有無違反礦業法相關規定，及經濟部於亞泥公司未踐行諮商同意程序之情形下准予礦權展限，礦權展限處分有無違反原基法第21條第1項規定。本案最高行判決及北高行判決均認定礦權展限處分並無違反礦業法相關規定，惟未踐行諮商同意程序部分有違原基法第21條第1項規定，故原處分應撤銷。以下就諮商同意程序之部分進行說明。

首先，關於諮商同意程序之規定係規範於原住民族基本法。我國原住民族基本法於民國94年2月5日制定公布，由於原住民族於國家建立前即已存在，參酌國際間各國均尊重原住民族既有領域管轄權，原基法第20條第1項乃規定：「政府承認原住民族土地及自然資源權利。」同時參照聯合國原住民族權利宣言草案第32條第2項規定：「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，徵得他們自由知情的同意。」所揭示「事先徵得原住民族自由知情的同意」之原則，我國立法者乃制定原基法第21條第1項規定：

註24：玻士岸（Bsngan）部落為經原住民族委員會於民國100年核定之原住民部落，由太魯閣族之族人所組成，位於花蓮縣秀林鄉富世村1至12鄰，戶數為583戶，共1958人（本數據係參自原住民族委員會核定並刊登公報之部落一覽表，實際應以戶政機關數據為準）。依歷史文化脈絡，玻士岸部落實際上係由6個小部落所組成，包含可樂（Qrgi）部落、中富世（Ayug）部落、落支煙（Rowcing）部落、大禮（Huhus）部落、大同（Skadang）部落及德卡倫（Dgarung）部落，其中中富世（Ayug）部落為位於礦場下方、具礦場直線距離不到4百公尺的部落，本文中訴請撤銷礦權展限處分之玻士岸部落族人即為中富世部落之部分族人。

「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。」亦即，於原住民族土地或部落範圍內進行土地開發、資源利用、生態保育、學術研究等行為時，應事先與原住民族或部落諮商並取得同意，始符合原基法第21條第1項規定。又，主管機關原住民族委員會基於原基法第21條第4項之授權依據，於105年1月4日訂定子法《諮商取得原住民族部落同意參與辦法》（下稱諮商辦法），以期具體落實原基法第21條第1項之諮商同意程序。

有關諮商同意程序之目的及意涵，最高行判決於判決理由中更明白揭示原基法第21條之所以規定原住民族之諮商同意參與權，係因原住民族之生存、精神與文化活動高度依賴其生活之土地。原住民族對土地環境狀況對其族群之生存及傳統文化影響最為瞭解並最為敏感，為了有效保護原住民族權利，因此應尊重原住民族之意願，並使其參與涉及維繫其族群生存及文化存續之土地開發、資源利用、生態保育及學術研究之決定。除了原住民族之外，最高行判決亦肯認原住民族成員之個別原住民亦屬原基法第21條第1項之保護對象，個別原住民與其所屬原住民族相互依存，由於外在開發行為之介入對原住民族傳統文化之影響，亦將直接影響個別原住民文化認同之內涵，因此個別原住民得以透過原基法第21條第1項規定所定諮商參與同意程序對開發行為形成集體決定。

然而，在確立原基法第21條第1項之立法意旨及保護對象後，本案中進一步探討是否亞

泥公司於礦權展限時應踐行諮商同意程序，爭執內容尚包含：原基法第21條第1項規定是否抵觸憲法第143條礦屬國有之規定？原基法是否僅屬提示性法律而無法直接適用？系爭礦權設定及採礦地區的用地核定時，均發生在原基法制定前，礦權展限應僅為舊權利之延續而毋須適用原基法第21條第1項規定？經濟部依據行政院105年11月7日關於礦權展限階段無需踐行原基法第21條第1項規定之會議結論辦理應屬合法？又縱應踐行諮商同意程序，依法條文義是否得以事後參與方式為之？

對於前揭爭執內容，最高行判決首先指出原基法第21條第1項及第4項規定應與原住民族諮商同意參與分享，為國家依憲法增修條文第10條第11項及第12項前段之憲法委託而透過立法方式就自然資源如何平等利用之決定，並無違反憲法第143條第2項礦屬國有之規定。立法者既已於104年6月24日增訂原基法第21條第4項授權主管機關訂定諮商辦法，原基法第21條第1項係屬於可執行的具體規範。接著，判決強調原基法第21條第1項自公布修正後施行而向將來發生效力，並非溯及既往之法律，而系爭礦權於106年11月22日期限屆滿，則接下來新的一期展限申請及准駁，自應適用展限時之法令即原基法第21條第1項以及諮商辦法等規定，核與礦業權展限究係舊權利之延續或新權利之賦予無涉，至於行政院105年11月7日會議結論認為礦業權展限階段無需踐行諮商同意，有違原基法第21條意旨而不應適用。又，判決再次指出未獲事先尊重意願及平等對待踐行該程序即作成之展限處分，亦將使原住民族只剩下接受開發行為及繼續開發之事實，事後

參與並無法保障原住民族之土地及自然資源權利。

（三）小結

亞泥新城山礦權展限案為我國首件因未踐行諮商同意而經法院判決違法之指標性案件，最高行政法院於判決中明確揭示於從事土地開發等行為前，應事先與原住民族或部落諮商，並取得原住民族或部落同意，始能保護原住民族及個別原住民之權利不受土地開發等行為之侵害，以符合原基法第21條第1項自由事前知情同意之意旨。

本案爭訟標的礦權展限處分經法院判決確定撤銷後，亞泥公司系爭礦權回到礦權展限之申請階段，依礦業法第13條第2項規定²⁵，此時系爭礦權仍視為存續，因此在亞泥公司未有違反礦業法其他規定而經主管機關命停工之情形時，亞泥公司仍得持續於新城山礦場採礦。又，關於礦權展限一事，亞泥公司業已向花蓮縣秀林鄉公所申請踐行諮商同意程序，經坡士岸部落之部落會議主席於111年2月12日召集部落會議來議決亞泥公司之新城山礦場展限案²⁶，議決結果為諮商同意通過，惟部分坡士案部落族人則主張諮商同意程序有瑕疵，而主管機關經濟部目前並未作成任何准駁礦權展限之處分，後續發展仍有待未來觀察。

二、如何踐行諮商同意？——知本光電開發案

（一）事實背景

綠臺東縣政府擬在知本溪北岸、位於卑南族卡大地布部落傳統領域（Kanaluvang）²⁷開發太陽能光電，於107年4月2日經公開招標程序由「盛力能源股份有限公司籌備處（下稱盛力公司）」得標。依臺東縣政府與盛力公司之約定，盛力公司應於收受台東縣政府核定其投資營運計畫書之函文始起180日內，依照原基法第21條及諮商辦法取得部落同意。盛力公司於107年12月21日向臺東市公所申請通知關係部落即卡大地布部落召開部落會議議決光電開發案，然卡大地布部落認為本案涉及諸多爭議尚待釐清，未於2個月內召開部落會議，盛力公司乃申請由臺東市公所於108年6月1日代行召開部落會議（下稱系爭部落會議）。系爭部落會議決議結果為，卡大地布部落全體原住民家戶共557戶，363戶出席（含委託出席戶數），贊成187票、反對173票、無效票1票，出席原住民家戶代表過半數贊成通過。

盛力公司於系爭部落會議決議通過後，向經濟部申請核發「盛力知本發電廠」之電業籌設許可，並由經濟部於109年2月11日作成准予電業籌設許可之處分（下稱原處分）。

註25：礦業法第13條第2項：「採礦權者經依前項規定為展限之申請時，在採礦權期滿至主管機關就展限申請案為準駁之期間內，其採礦權仍為存續。」

註26：關於諮商同意程序之發動，依諮商辦法第13條第1項及第15條規定，申請人即開發業者應檢具相關申請文件向同意事項即開發行為所在地之鄉（鎮、市、區）公所申請召集部落會議，部落會議之主席原則上應於收受公所之通知後二個月內召集部落會議議決同意事項，如二個月內未召開，申請人得向鄉（鎮、市、區）公所申請代行召集部落會議。

註27：Kanaluvan（卡那魯汎）：Kana（卡那）語意為「那邊」，luvan（魯汎）語意為「沼澤」，Kanaluvan（卡那魯汎）係指「沼澤地帶」。依卡大地布部落之遷徙史，此處曾為卡大地布部落三大家族之一Pakaruku（巴卡魯固）家族的聚落。

惟，卡大地布部落主張本件諮商同意程序有諸多爭議，對於系爭部落會議決議效力及原處分不服，卡大地布部落之三大家族²⁸的傳統領袖拉罕（rahan）及部落族人爰提起確認部落會議決議無效訴訟，以及撤銷原處分之訴願與訴訟，並同時聲請停止執行。前揭確認部落會議決議效力及撤銷籌設許可處分之訴訟，目前尚經法院審理中，而聲請停止執行部分，經臺北高等行政法院109年度停字第57號裁定准予停止執行，嗣經最高行政法院110年度抗字第12號裁定廢棄原裁定，即停止執行聲請未獲准。

（二）本案爭點

本案爭訟重點圍繞在本件諮商同意程序是否具違法瑕疵而應為無效，亦即108年6月1日由臺東市公所代行召開之部落會議決議效力有無疑義。卡大地布部落主張系爭部落會議決議之瑕疵主要有以下幾點情形：

1. 本件光電開發案未於招標前與部落進行諮商同意

現行諮商辦法未具體規定踐行諮商同意時點，本案中臺東縣政府之招標須知明定得標廠商取得部落同意之時程，亦明定各項履約條件之期限，恐使部落行使諮商同意權（程序）之自主性受到壓抑。

2. 臺東市公所逕自代行召集部落會議

諮商辦法第15條規定部落會議主席應於收受通知後於二個月內召集部落會議，倘未於二個月內召集時，鄉（鎮、

市、區）公所得代行召集，該規定導致卡大地布部落認為本案仍有問題尚未釐清、利弊得失及相關資訊尚未充足之情形下，臺東市公所代行召開部落會議，恐使部落被迫或倉促行使權利，影響部落自主性。臺北高等行政法院109年度停字第57號裁定於審酌停止執行有無理由時，即認定諮商辦法關於代行召集之規定，恐有侵害部落自主權之違憲疑慮。

3. 系爭部落會議以家戶代表制而不得以部落傳統議決方式進行議決

卡大地布部落係由三大家族之拉罕（rahan）為部落領袖，對外代表部落，對內決定部落事務，部落內部具有傳統組織處理部落事務²⁹，部落具有其議決事務之方式。惟，關於諮商同意程序之進行，現行諮商辦法規定限定以家戶代表制方式進行議決，亦即不論家戶人口數多寡，一戶為一票，且僅原住民家戶代表（即家戶戶長）具有投票權，以家戶代表過半數出席及出席過半數同意為通過，諮商辦法規定致使卡大地布部落無法以部落之議決方式進行諮商同意之議決，亦與成年公民均具有投票權之民主制度精神不符。

4. 系爭部落會議有非卑南族卡大地布部落之族人參與議決

本案開發地點係位於卡大地布部落之傳統領域，卡大地布部落及其族人應得

註28：卡大地布部落係由三大家族，即Mavaliw（瑪法琉）家族、Pakaruku（巴卡魯因）家族及Ruvaniyaw（羅法尼耀）家族所組成的卑南族部落。

註29：依年齡、性別及角色區分為青年團、中壯年團、長老團、婦女團及祭司團等傳統組織。

依原基法第21條第1項行使諮商同意權，惟依現行諮商辦法規定，只要為設籍於部落範圍之原住民（包含其他族別或其他部落之原住民），均將認定為卡大地布部落之成員及原住民家戶而具有投票權，致使系爭部落會議有非卑南族卡大地布部落之族人亦參與諮商同意程序議決本件開發案。

5.系爭部落會議決議以違法錯誤之部落範圍所作成

系爭部落會議決議係以卡大地布部落之部落範圍為台東市知本里、建業里及建興里及溫泉村來認定得參與諮商同意之投票權人進行決議，惟由卡大地布部落三大家族之遷徙史及原民會核定且刊登政府公報之部落範圍來看，卡大地布部落之部落範圍似不包含溫泉村，系爭部落會議決議恐係以違法錯誤之部落範圍所作成。

6.系爭部落會議之投票方式包含無法源依據之委託出席投票

為解決部落人口外流、籍在人不在而導致部落會議出席不易過半之情形，原民會函示認定原住民家戶代表得以簽署委託出席證明書之方式委託出席投票，惟委託出席並非諮商辦法明文規範之方式，亦可能產生不實委託或重複委託而影響系爭部落會議決議效力。

（三）小結

相較於亞泥新城山礦權展限案，本案為踐行諮商同意程序卻爭議叢生之案例，本件系爭部落會議決議是否具有違法瑕疵、有無違

反原基法第21條第1項之自由事前知情同意原則，仍有待法院予以審理認定，惟自本件知本光電案之爭議，已明確突顯現行諮商辦法及關於諮商同意程序之法制尚有諸多缺漏及不完備之處，有待行政及立法儘速檢討修正，否則恐使諮商同意程序流於形式，甚至反而造成部落自主權、文化權及諮商同意權於諮商同意程序中受到侵害。

伍、結語

筆者觀察近年司法實務之進展，儘管偶有佳作，但整體來說對於原住民（族）權益保障還是不足，進步的腳步還是跟不上原住民族文化消滅的速度。當原住民獵人從英雄變成罪人，年輕的族人還願意鋌而走險跟著前人的步伐繼續守護山林嗎？當部落的長輩或者老逐漸凋零，未來原保地要去哪裡找「四鄰證明人」來證明符合「長期實際使用土地」的法定要件事實？當財團繼續大張旗鼓地前進部落「筆路藍縷」時，原住民族卻還是只能用那套削足適履、甚至是為財團量身訂做的諮商辦法來決定，何來的自主與尊嚴？台灣社會未來是否還有多元文化「共存共榮」的可能，還是只能在「主流」的推動下逐漸變成文化單一，誠如蔡英文總統在道歉文所述「我請求整個社會一起努力，認識我們的歷史，認識我們的土地，也認識我們不同族群的文化。走向和解，走向共存和共榮，走向臺灣新的未來。」這需要整個社會一起努力、彼此認識與相互理解，才能逐步實現，共勉之。