

原住民族權之詮索

雅柏甦詠・博伊哲努 著



東華大學原住民族學院 出版

原住民族權之詮索

雅柏甦詠・博伊哲努 著

東華大學原住民族學院 出版

國家圖書館出版品預行編目資料

原住民族權之詮索／雅柏甦詠·博伊哲努著．-- 花蓮
縣壽豐鄉：東華大學原住民族學院，2008.11

面；15×21 公分 （東華原住民族叢書：5）

ISBN：978-986-01-6288-2（平裝）

1. 民族自決
2. 原住民
3. 主權
4. 原住民行政法規
5. 論述分析

571.113

97022524

原住民族權之詮索

作 者／雅柏甦詠·博伊哲努

發行人／施正鋒

出版者／東華大學原住民族學院

地址：974 花蓮縣壽豐鄉志學村大學路二段一號

電話：03-8635-752

網址：<http://www.ndhu.edu.tw/~cis/>

總經銷／翰蘆圖書出版有限公司

地址：台北市 100 重慶南路一段 121 號 5 樓之 11

電話：02-2382-1120

傳真：02-2331-4416

劃撥帳號：15718419 翰蘆圖書出版有限公司

網址：<http://www.hanlu.com.tw/>

定 價／400 元

出版日期／2008 年 11 月

（如有缺頁或倒裝，本公司負責換新）

感謝

行政院原住民族委員會
鼓勵及贊助

自序

2008 年 11 月 5 日中午收到 *New York Times* 的新聞快訊：歐巴馬當選美國總統了。稍晚，歐巴馬的勝選演說提到一位 106 歲的黑人女性也去投票，她出生於奴隸剛解放後的世代，當時她因性別及膚色而不能投票，如今，她用選票選出和她一樣膚色的總統。想起歐巴馬的競選口號「Change」以及「Yes, we can！」，改變不斷在發生，但是，朝哪裡改變？在改變的潮流中，我們是否能堅持自己的希望及夢想？台灣也在變，尤其是解嚴之後，各種社會力相互激盪，讓台灣成為多元的社會，而也在這個時候，原住民族開始一波波覺醒運動，透過街頭抗爭、國會辯論及其他領域的言說辯論，陸續完成憲法增修條文、建立民族行政及教育體制、制定多部法案……等攸關原住民族外來的變革，可以說，原住民族也正處在激烈的變革中，因此，如何在險惡的環境，找到改變的夢想與方向，成為必須嚴肅考慮的課題。

過去幾年在原民會工作，這幾年恰好是原住民族政策與事務急速擴張的年代，因此除了令人勞形之瑣碎案牘，也有許多特殊經驗，或許可以反應國家機器對於原住民族的態度。我還清楚記得 88 年有位行政院官員說的「中華民國只有中華民族，

哪來的原住民族？」，他大概不知道，說這句話前 2 年的憲法增修條文就已經把原住民族當作憲法保障的民族了。我也記得在營建署開會時，主持會議的長官說「不要什麼都談原住民……」，也記得林務局的長官在行政院會議時說「自從盤古開天闢地以來，沒有一塊土地永遠屬於原住民……」，這段話換來施正鋒老師的三字經，堪稱絕響。尤其是在審查原住民族發展法草案的時候，有時爲了一些可說是民族法學 ABC 的簡單概念，可以爭論一個上午，大家執著於當下的法律概念，而不去思索這些概念對原住民族而言可能是充滿霸權、欺壓、污名化的符號。直到如今，這種經驗仍不斷重複，今年 7 月才聽到營建署官員對原民會所提出的『國家公園法』原住民族專章表達意見，說「原民會不要關起門來寫條文，應該看看世界的潮流，全球的國家公園都不會允許這種情形」，我很訝異，身爲國家公園的主管機關，居然對 1970 年以來全球超過 50 個國家公園與原住民族建立共管機制的事實視而不見，澳洲的原住民族甚至把土地租給國家成立國家公園，並透過協議來決定國家公園的制度。對於他者無知於原住民族權利的訝異，很快就變成職業習慣，因爲這種無休無止的是件類型雖然不同，但其背後的意識形態其實是相同的，亦即對於原住民族權利的漠視，因此每一次經驗都是一種挑戰，爲了回應這種挑戰，必須在當下案件中提出原住民族權究竟是什麼的主張，這種主張有時成功說服，也常失敗。

我把這本書定名為「原住民族權利之詮索」，主要是上述經驗的反省。世界上並不存在理所當然的原住民族權利，就如不存在理所當然的人權，『世界人權宣言』說人權是「努力實現的共同標準」，同樣的，『聯合國原住民族權利宣言』也指出原住民族權利是「本著合作和尊重共同追求達成的目標」，從原住民族權的規範到原住民族權的現實有一段深遠的裂隙，我們無法飛躍，只能步步前進。

這本書的文章是公務之餘陸續寫成，感謝施正鋒老師的建議、協助及催促，讓這些並不成熟的文章得以彙集成書；感謝若蘭老師的提醒、提醒、再提醒，我才終於記得要把稿件寄出去；還要感謝曉珞的鼓勵，我才有勇氣重新整理這些稿件。這些文章寫作的幾年中，我認識了很多朋友，他們的行動及想法惠我良多。

我一直認為，原住民族作為台灣的原點，原住民族權也應該是台灣憲政的原點，唯有回到這個原點，台灣的憲政才是完整的，然而現況離這個目標還很遙遠，只能盡力而為。

雅柏魁詠·博伊哲努

目 錄

自 序	i
論原住民族集體權	1
壹、原住民族權中的集體權訴求	1
貳、集體權概觀	7
參、台灣原住民族的集體權	23
從原住民族處境、原住民族條款到民族權	35
壹、原住民族條款的脈絡	35
貳、從原住民族處境到原住民族條款到民族權	96
原住民族基本法與原住民族法制建構	175
壹、原住民族需要國家的法律麼？	176
貳、什麼是「本法之原則」？	178
參、依本法之原則該做什麼？	183
肆、第 34 條有何拘束力？	187
論原住民族主權	191
壹、原住民族主權	191

貳、主權與原住民族.....	192
參、原住民族主權——以美國為例	196
肆、台灣原住民族主權	210
多元族群平等法制之建構——以台灣原住民族法 制建構為例	215
壹、多元族群的規範意義	215
貳、台灣多元族群法制現況	219
參、原住民族法制建構	221
肆、邁向多元平等的法制	229
原住民族土地權的多元視角	231
壹、前 言	231
貳、概觀原住民族土地權的幾個向度	235
參、原住民（族）保留地的問題	255
肆、對於原住民族土地制度未來發展的建議	260
加拿大第一民族土地爭議解決機制之探討	265
壹、引 言	265
貳、爭議之面向	267
參、解決機制一：通盤主張程序	274
肆、解決機制二：特殊主張程序	282
伍、解決機制三：司法程序	290

陸、關於加拿大原住民族土地爭議解決機制的一些評價及建議.....	296
柒、省思台灣——代結語.....	298
原住民族自治與原住民族土地權	307
壹、在自己的土地上消失或隱形的原住民族.....	307
貳、從主權征伐、權利剝奪到保留地制度的建立.....	310
參、原住民族自治與原住民族土地權	317
肆、原住民族自治與原住民族土地權與原住民族 自治區域劃分	326
鄒族自治法制建構——在傳統與現代法中徘徊 抉擇的鄒自治	335
壹、問 題.....	335
貳、法制背景.....	337
參、自治法可能的抉擇型態	338
肆、原住民族自治的法制議題	341
伍、鄒與現代法律.....	346
陸、鄒族自治的法議題	350
原住民族自治與行政區域重劃.....	355
壹、原住民族自治——領域治理觀點.....	355
貳、原住民族自治行政區之範圍	365

參、原住民族自治區行政區域劃設的程序.....	371
肆、原住民族自治行政區劃的未來——代結語	374
原住民族立法委員選區劃分芻議	379
壹、12 族原民族與 6 席立法委員	380
貳、原住民立法委員選區劃分之改變可能性	390
參、原住民立法委員選區劃分方案	392
肆、結 語	397
原住民升學優惠公平嗎？	399
壹、原住民升學優惠的內容及理由	402
貳、對原住民升學優惠的質疑意見	409
參、憲法的平等原則與升學優惠措施	411
肆、原住民升學優惠公平麼？	426

論原住民族集體權

壹、原住民族權中的集體權訴求

一、原住民族權的淵源與內涵

『原住民族基本法』第一條規定：「為保障原住民族基本權利……」，宣示該法之目的乃是要保障原住民族之權利。然而，「原住民族權利」是什麼？在各類以「原住民族權利」為名目的主張、立法（國際法及國家法）、及論述大量出現後提出這個問題，似乎有點突兀，原住民族權利不就是原住民族作為原住民族所享有或應該享有的權利，且其內容包括自決權、自治權、文化權、財產權、土地權、自然資源權、發展權、司法權、平等權……等等麼？問題是，原住民族究竟是什麼？原住民族為何擁有這些權利？

（一）再思「原住民族」

原住民族不是定義問題，因為對於許多人來說，「原住民族」是一個過氣的考古人類學概念，就像石器、竹箭、長槍、紀念日一樣，除了引發一點思古幽情，讓我們回頭看見已然過

往的年代，除此之外，這概念和現代是格格不入的。那麼，我們為何要不斷強調「原住民族」？甚至要寫入國家根基之憲法？

首先，這個「原住民族」不是民族學者筆下的原住民族。民族學者筆下的原住民族，是以他者之眼的觀察與想像，加上學術專業之剖析，然後用冷僻的語言，所堆砌而成的抽象的陌生異境，這樣的描述方式，是將原住民族當作一種客體，從而和人權論述之基本命題「人是主體」相背離。此一客體化的概念一旦涉入原住民族權之思考，則原住民族權不再是原住民族本來就擁有的主體天賦權利，而是必須經過法律規制後始得享有。因此，近來有主張以所謂「客觀證據」來「認定」原住民族的奇怪論述，也就不足為奇。

「我們是第一民族，我們最早在此」，加拿大『第一民族議會宣言』開宗明義如是說，「最早在此」對於加拿大的原住民族來說，不只是存在的宣告，也是原住民族權利（力）賴以存續的基礎，「原住民族權利的意義，就如同說我們在你們以前到此」、「我們所相信的是，當上帝創造世界時就已經把這塊土地給我們印地安人」（Asch, 1998: 9），而這樣的主張，先是最高法院，後來是加拿大政府所接受，進而發展成一系列的權利保障內涵：

原住民族權利存在，並且被憲法所承認及肯定的理由，乃是基於以下這個簡單的事實：當歐洲人來到北美洲，原住民族已經在那裡了，他們在該土地上形成部落並擁有不同的文化已有許多世紀。此一事實將原住民族與加

拿大社會中的其他少數群體區別開來，也是此一事實賦予他們特殊的法律及憲法地位。(R. v. Van der Peet)

研究國際原住民族人權的學者 Patrick Thornberry 在其論述原住民族人權的專著中，其探討原住民族定義的章節，即以「我們依然在此」(We are still here) 為名 (Thornberry, 2002)。

「最早在此」界定了原住民族與其生存領域土地的原初聯繫 (original relationship)，而「依然在此」則成為現狀之不公義性的批判起點，既區別了原住民族與非原住民族，也成為原住民族主張其主權及種種固有權的根源與基礎，並且也要求回溯原住民族與非原住民族接觸的歷史，此時，「最早在此」成為原住民族權利處境及訴求的「初始情境」(original position) 及批判現狀的典範。在 *Worcester v. Georgia* (1832) 這份具里程碑意義的判決中，馬歇爾 (John Marshall) 大法官指出：

美洲大陸與歐洲大陸相隔一片廣大的海洋，那裡居住著一群獨特的人民，他們分成不同的族國，各自獨立，有自己的組織，用自己的法律管理自己。令人費解的是……被發現的一方竟然要將自己土地權讓給發現者，而土地原始擁有者的權利全遭廢除。

在這樣的理解下，馬歇爾在該判決提出國中之國、主權中之主權的概念。我們可以從這個角度來理解憲法原住民族專章草案前言，為何要以「原住民族先於國家存在」，作為「自然主權及固有權」的引言，這句話表明這部憲法並不只追求當下

的正當性，並且要求國家必須回顧台灣的歷史，基於「原住民族先於國家存在」此一事實，來如實承認原住民族之所以為原住民族之存在，以及其所應享有的「自然主權及固有權」，揭示了憲法要求國家必須為作為其成員之原住民族來追求歷史的正義，以確立國家存在之正當性及合法性（Norgren, 2004: 144-45）。

（二）沉默的權利——再思「原住民族權」

『聯合國原住民族權利宣言』草案前言所說的「原住民族先於國家存在之自然主權及固有權」，點出了原住民族權利的特徵是「先於國家存在」，亦即，原住民族權利是固有的，而非國家所創造賦予的，原住民族權利是恢復原住民族本來就擁有的權利。而事實上，雖然在遭受壟殖或殖民的歷史過程中，這些權利被剝奪或不被承認，原住民族仍一如往常默默的持續進行一些行為，彷彿這些權利依然存在，並且在其認知中，他們過去所擁有的，現在依然屬於他們，原住民族依然依照傳統習慣規範，在自己的土地上狩獵、捕魚、採集、教育、進行各類儀式或漫遊賞景，並禁止任何破壞；在他們心目中，從神話、傳說以及父祖輩事蹟所建構的傳統領域世界，並沒有因為外來者的進入或現代規範之建立而與這一代族人產生任何裂隙，這個傳統領域屬於祖靈，屬於過去的世代，屬於現在這一代，也屬於未來子孫世代。

問題是，國家法律顯然有不同的理解及規範，由於欠缺對原住民族權利之淵源與內涵的理解，許多以保障原住民族權利

爲目的的法律，都試圖把原住民族的權利鑲入一般權利體系中，因此創造出許多對於原住民族來說極爲怪異的制度。比如筆者曾接到原住民的抱怨電話，說他去山上打飛鼠，被警察抓去問所進行的狩獵是否屬於「非營利自用行爲」¹或是「文化祭儀行爲」²，覺得無法理解，因爲在他們的理解中，既然法律允許狩獵，那麼，他當然就可以「像我的爸爸一樣的打獵」。換言之，原住民／族所理解的是他們默默傳承的權利，但法律所設定的要件又是另一回事，而二者常發生衝突，且原住民也常因此陷入「違法」處境。我們也可以在加拿大最高法院的 *R. v. Sparrow*（1990）案中，看見原住民族對其固有權利的理解和法律（譬如漁獲法）規定之衝突。無怪乎，時至 21 世紀，Ward Churchill（2003: 75-85）仍以「失竊的王國」（*stolen kingdom*）來稱呼原住民族。

二、原住民族權利的集體權課題

對於原住民族來說，其默默傳承的權利除了個人權利，許多權利都具有集體性，屬於某集體，並依該集體之內部規範決定其權利之行使方式，而不能歸屬於特定個人，然而，目前法律有關權利主體、權利內涵之規定，是以個人爲主，而在歷史過程中，過去以集體形式實踐的權利，都被漠視爲不存在，或

¹ 『原住民族基本法』第 19 條允許非營利行爲的狩獵。

² 『野生動物保育法』第 21 條之 1 允許原住民族基於文化祭儀之狩獵。

僅視為低度的「使用權」，並在權利重整的過程中消除或僅賦予低度權利，比如台灣原住民族對於獵區、海域的權利被完全消除，直到近幾年，才開始立法承認原住民族有限的狩獵權及採集權。

原住民族集體權有其社會結構的淵源，Menno Boldt (1985: 168-69) 指出，部落社會是基於靈性的聯結，形成其共同決策、行動及共享的傳統，個人融入整體之中，個人與集體之聯繫，猶如植物與大地之緊密不可分，因此，要在部落社會中，區別個人權或集體權是難以想像的，但是，在現代以歐洲以個人主義為主的權利概念中，必須強調原住民族權利的集體性，因為個人權無法真正回應原住民族淵源逾期靈性傳統的權利內涵，而透過集體權，個人權也將因此得到保障。在 *R. v. Sparrow* (1990) 判決中，加拿大最高法院指出，捕魚權是「由原住民族集體所享有，並在其文化中持續存在」，在這樣的理解下，該判決雖然是針對 Sparrow 個人，但也等於承認了 Sparrow 所屬的瑪斯坤族 (Musqueam First Nation) 擁有集體的捕魚權，因此該判決的結果是瑪斯坤族依其傳統內部規範而享有集體的捕魚權，因該集體權之承認，集體之內部規範取代漁業法，成為個人捕魚行為的合法基礎。而『厄瓜多爾原住民族政治宣言』 (*Political Declaration of Ecuador's Indigenous Peoples, 1993*) 也指出：

……提出多元聯合的政治訴求，主張原住民族之自決權及主權……原住民族是共享的社會，基於互惠、團結、