

國立台灣大學法律學院法律學系研究所



碩士論文

Graduate Institute of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

原住民族傳統土地權利與習慣法物權

A Study on Aboriginal Title and

Customary Property Law

許茹嫻

Ju-Ai Hsu

指導教授：吳從周 博士

Advisor: Dr.iur. Chung-Jau Wu

中華民國 102 年 6 月

June, 2013

國立臺灣大學碩士學位論文
口試委員會審定書
原住民族傳統土地權利與習慣法物權
A Study On Aboriginal Title and
Customary Property Law

本論文係許茹媛君 (R98A21038) 在國立臺灣大學法律學系
完成之碩士學位論文，於民國 102 年 6 月 25 日承下列考試委員審
查通過及口試及格，特此證明

指導教授： 吳從周

口試委員： _____

蔡明誠

蔡志偉

吳從周

謝辭



事實上論文撰寫對我來說，真的帶給我很大的壓力與挑戰，從來沒有想過可以好好把論文寫完，並且取得碩士學位，直到口試結束後都已經一星期了，我還覺得像是做夢一般。這四年碩士班的日子，絕大部分的功勞，要歸功於這一路上給予我許多支持與鼓勵的貴人。首先，我要感謝我的爸爸媽媽、姊姊、外婆，是你們不斷地給予我源源不絕的能量，讓我有足夠的體力繼續為論文寫作奮鬥，也感謝你們包容我在撰寫過程中帶給全家人相聚時間上的不配合，少了很多和你們相處的時間，還有，謝謝你們總是能體諒我因撰寫低潮所產生的壞情緒，真的非常抱歉。但是，媽，我還是完成了這個學位，沒有半途而廢唷！

我的指導老師—吳從周教授，更是這一路上最重要的幕前幕後重要推手。吳老師不論是在學術研究之方法上、待人處世的態度上，在擔任老師助理期間對學生亦師亦友的指導與提攜，絕非在此三言兩語即足以道盡學生對您的感謝，學生也會謹遵您的期許，將自己的所學貢獻予社會，落實對社會正義的終極關懷！

口試進行時，感謝蔡明誠院長、蔡志偉老師願意擔任這份不成熟的論文的口試委員，尤其特別感謝蔡志偉老師不遠千里自花蓮搭機至台北給我寶貴的指導。二位老師提醒我在論文的結構、思考脈絡以及邏輯連貫上，還有訂正學生翻譯用語上的缺漏與不足；蔡院長特別針對物權法的歷史背景以及繼受法國家做了仔細的分析，也提供學生在習慣法物權上另一個角度的視野；此外，蔡志偉老師，耳提面命學生必須要將原住民族文化的背景轉化成深刻的法認識論，並且必須要針對原住民族傳統土地權利之存在正當性加以論證，都給學生的論文調整重要的方向啟

示。

特別感謝永平國際法律事務所的卓忠三律師，還有全體同事，尤其是卓品介律師及謝允正律師，也是我在論文寫作過程中給予我許多支持的貴人，畢竟，下班之後還要繼續到圖書館繼續奮戰到 10 點半，真的是一件很磨練意志的事。因此，每當我在辦公室說論文好難、我寫不出來，卓律師就會鼓勵我：「那是很簡單的事！」，然後握緊拳頭替我打氣，給我滿滿的信心！謝謝你們！

最後，我要感謝這一路上陪伴我的好朋友們：宜賢、惠閔、千娟、雅婷、欣華，尤其是彭謹成，很抱歉拒絕了很多邀約，常常冷落你們，但是，你們總是在我需要的時候，伸出援手，陪我大吃一頓或是大戰 300 回合，這份深厚的感情多年之後，任何人都無法代替，和你們一起相處的時光，是我這一輩子最美好的，那些回憶，我永遠都不會忘記。

茹媛 謹誌於永和

2013 年 6 月

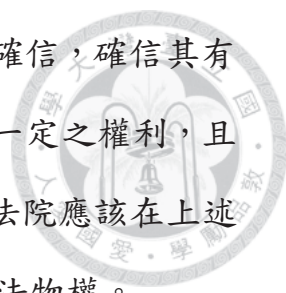
中文摘要



本文嘗試提供對原住民土地權利保護一個現行法體制內的論證依據，首先，試圖從民法第一條習慣法已經判例法化出發，強調習慣法的關鍵要件「法之確信心」(opinio necessitatis)，已經轉換為由法院加以確認或宣示，法院扮演重要的機關，因此法院應該在此問題上扮演更重要的角色。其次，參考加拿大法對於原住民族傳統土地權利保護所累積的豐富的法院案例與學說理論，歸結出原住民土地權利的特性包含了重要的：

1. 文化要素，亦即主張土地權利之原住民族，應證明特定土地係該族群獨特文化所不可或缺者；以及
2. 時間的要素，亦即原住民族應該在新移民政權接觸以前就繼續而排他性地占有使用土地；
3. 傳統土地權利應集體行使主張以及不可任意轉讓與個人之特殊性。

最後，物權法在民國 98 年修正以承認習慣法物權作為創設社會所需要的新型態的物權種類，緩和物權法定主義的嚴格性，正為解決此長久以來困擾社會族群以及法院實務原住民土地權利問題，提供解決的良好契機。從習慣法結合物權法之要件，論證以習慣法物權證立原住民傳統土地權利的可能性。原住民傳統習慣如已具備 1. 物權要件之公示性（＝具排他性之繼續「占有」），「排他性之掌控」之「占有原則」；2. 習慣法要件中之事實上之慣行（＝「反覆而排他性地」占有）；3. 習慣法要件中最關鍵的「法之確信」，特別結合考量應該以原住民土地權利的「文化要素」，作為承認原住民傳統土地權利為習慣法物權，與承認或創設其他習慣法物權最大的區別特色所在。亦即，主張土地權利之原住民族，只要能夠提出證明特定土地係該族群獨特文化所不可或缺者，則該「獨



特文化不可或缺」之部分應可認定為已內化為原住民的確信，確信其有此土地先占權存在，而推定當地居民對於該土地即享有一定之權利，且不因嗣後新政權之進入而喪失土地之權利。結論則肯認法院應該在上述要件具備後宣示原住民具有「先占」取得不動產之習慣法物權。

本文期待法院負擔更大的對人民權利的保護任務，有朝一日原住民到法院打官司時，法院能夠採納本文這樣的看法，給原住民在土地權利上更完整的保障。

英文摘要



The thesis tries to seek a base inside the systems of existing law in Taiwan for Aboriginal Title. First, article one of Civil Law provides a resource for “*Customary Law*.” In this article, customs could be a source of law when the significant situation was neglected by the legislators. “*Opinio necessitatis*” is the key element to transfer customs into customary law. There were many theories for *Opinio necessitates* to be ascertained, however, this element is construed as an act of court, which is one of the compelling theories in Germany after World War II. Second, this thesis attempts to analyze the elements of acknowledging Aboriginal Title in Canada in Chapter Three. The supreme court of Canada considers elements of the culture of peoples, time, and the *Sui Generis* etc. when establishing the standard of proofing Aboriginal Title. In those decisions in Canada, they elaborated on concreting those elements. If it is qualified of factors “*Prior Occupation*” and “*Opinio necessitatis*”, the aboriginal peoples could assert Aboriginal Title toward the land. The former includes exclusive occupation and existing at the point of Crown sovereignty, is the factor indicates the characters of property. This thesis attempts to justify the Aboriginal Title in Taiwan Civil Law system, instead of in the field of Administrative Law or in Public Law; and finds a more direct and specific solution to aboriginal land issue.

目錄



論文口試委員審定書.....	I
謝辭.....	II
中文摘要.....	IV
英文摘要.....	VI
目錄.....	VII
第一章 緒論.....	1
第一節 問題意識.....	1
第二節 研究方法與範圍.....	18
第三節 名詞釐清.....	21
第二章 原住民族土地權利之保護現狀.....	24
第一節 現行法制上對於原住民族土地權利保護不足.....	24
第一項 民法上時效取得權利制度不足以保障原住民族土地權利.....	25
(一) 時效取得所有權.....	25
(二) 時效取得地上權.....	29
(三) 時效取得農育權.....	32
(四) 小結.....	34
第二項 民法以外之法令不足以保障原住民族土地權利.....	35
(一) 憲法本文及增修條文.....	35
(二) 國土規劃之相關行政法規.....	36
(三) 小結.....	44
第二節 現行文獻上保護原住民族土地權利之相關建議.....	49
第一項 憲法層次上之建議.....	49
(一) 以原住民族自決之方式，根本保障原住民族土地權利.....	49
1. 基於原住民族土地權利之特殊性而應採取民族自決之途徑.....	49
2. 基於現代人權角度之觀點，應採取民族自決.....	51
(二) 從多元文化觀點出發，保障原住民族傳統土地權利.....	54
1. 何謂多元文化主義.....	54
2. 從多元文化角度理解原住民族土地權利進而保障之.....	59

第二項 在現有法制架構下之批評與建議.....	61
(一) 關於現有原住民保留地制度之批評.....	61
(二) 學說上關於現有保留地制度之建議.....	65
(三) 自治區模式的可行性.....	68
(四) 成立原住民族專業法庭.....	69
第三節 小結.....	71
第三章 外國實務判決與學說理論之借鑑.....	73
第一節 序說：參考哪一國之立法例為妥適？.....	73
第二節 加拿大實務判決.....	79
第一項 在同一主權之前提下肯認原住民族傳統土地權利.....	79
1. R. v. Sparrow (1990).....	79
2. R. v. Van der Peet (1996).....	80
3. R. v. Adams(1996).....	84
4. R. v. Cote(1996).....	88
5. Delgamuukv v. British Columbia(1997).....	90
6. R v. Marshall、Bernard(2005).....	94
(五) 近期不同的見解.....	97
第二項 小結.....	102
第三節 學說理論.....	104
第一項 原住民族傳統土地權利的權利基礎.....	104
一、承認原則—美國.....	104
二、繼續性原則—澳洲、紐西蘭.....	104
三、轉化原則—加拿大.....	105
(一)主權之更迭，不影響原有的財產權歸屬.....	106
(二)以「占有原則」(The Doctrine of Tenure)作為權利基礎.....	108
第二項 原住民族傳統土地權利的權利內容.....	111
一、原住民基本權利(Aboriginal Right)與原住民族傳統土地權利 (Aboriginal Title)之區辨.....	111
二、特殊權(Sui Generis).....	113
(一) 權利來源(Source).....	113
(二) 不可讓與性(Inalienability).....	114
(三) 集體性(Communally, Communal Nature, Collective Right)	114
第四章 原住民族傳統土地權利作為習慣法物權.....	116

第一節 物權法定主義之目的、意義.....	116
第二節 物權法修正前對習慣法物權承認與否之狀況.....	118
第一項 學說與判例.....	118
第二項 判決綜覽.....	119
一、否定習慣法物權之判決.....	119
二、肯定習慣法物權之判決.....	124
第三節 物權法修正與韓國法上之習慣法物權.....	129
第一項 概說.....	129
第二項 韓國習慣法物權一：墳墓墓地權.....	130
第三項 韓國習慣法物權二：習慣法地上權.....	131
第四項 兩種韓國習慣法物權在台灣之規範情形.....	133
第四節 物權法修正後對習慣法物權承認之要件宣示.....	136
第一項 一個指標性案例的宣示.....	136
第二項 民法第一條習慣法基本內涵之變遷.....	139
第五節 承認原住民土地權利作為習慣法物權.....	145
第一項 要件與效果.....	145
第二項 以花蓮太魯閣族對於傳統土地權利之理解為例.....	149
(一)部落組織.....	149
(二)建立土地占有之方式.....	149
(三)土地權利之內涵.....	150
1. 使用、收益、排他干涉、處分.....	150
2. 為形塑太魯閣族獨特文化所不可或缺之土地.....	151
第五章 結論.....	152
參考文獻.....	155

第一章 緒論



第一節 問題意識

本論文撰寫的問題意識，可以從以下三則有關原住民土地權利的行政、民事及刑事訴訟的判決，受到啟發並作為問題觀察的起點。

第一項 花蓮富世段土地改配案

在花蓮縣秀林鄉富世段 255 號土地(下稱系爭土地)上，本來居住了一群太魯閣族人，約民國 40 年臺灣電力公司在秀林鄉富世村欲擴充宿舍，遂於系爭土地上架起圍籬，排除太魯閣族人使用，致使該群太魯閣族人在民國 50 年進行土地總登記時喪失登記為私有土地之可能。雖然，政府在之後採用原住民保留地之方式分配土地給當地之原住民族使用，然而，該族所受分配之土地並非按照其傳統使用之土地受分配，而係行政機關依其職權，任意畫定分配之土地。

太魯閣族人在此之後先向地方政府(花蓮縣秀林鄉公所)申請改配保留地，依據原住民保留地開發管理辦法第 8 條第 2 項規定提出保留地耕作權申請，並參考原住民保留地開發管理辦法第 20 條第 1 項「與該土地具有傳統淵源關係者」取得分配優先順序，希望能夠將該保留地作為保存太魯閣族中五個家族歷史淵源以及傳統之紀念地，惟地方政府仍以無使用權之證明為由否定了此一主張，拒絕將該地劃定為保留地改配給申請人。原告等 9 名原住民，向花蓮縣政府提起訴願，惟花蓮縣政府遲未作成訴願決定，原告遂向台北高等行政法院對花蓮縣秀林鄉公所提起

本件行政訴訟。聲明主張：1.被告應就系爭土地作成准許原告設定耕作權登記之處分。(課予義務訴訟)2.請准判決被告應交付 63 年以前出租台電的證明文件，及原告等前因於系爭土地上開墾，為被告補償他處土地之相關文件。(給付訴訟)

台北高等行政法院 97 年度訴字第 1668 號判決駁回原告之訴。其理由略以：

(一)訴之聲明第 1 項部分(即課予義務訴訟部分)：原住民保留地耕作權登記與收回之原住民保留地改配，二者實體要件、有權審查核定之機關均有不同。原告於 96 年 10 月 1 日向被告申請收回之原住民保留地改配，依原住民保留地開發管理辦法(本文按：判決書誤載為「條例」第 6 條¹第 1 項，應經被告所屬原住民保留地土地權利審查委員會審查，不論審議結果如何，依同管理辦法第 6 條第 4 項規定，被告均應報請上級主管機關即花蓮縣政府核定，亦即，花蓮縣政府始為原住民保留地收回土地改配與否之權責機關，應就原告 96 年 10 月 1 日土地改配之申請為准駁，不因本案訴訟程序之進行而有異。又自如附表所示陳 OO 等人於 92 年 7 月 14 日向被告請求「歸還」系爭土地起，迄今與原告等人已多次向被告為「類似」得使用系爭土地之請求，核其基礎事實大致為：系爭土地本應為渠等祖先傳承予渠等所有之私人土地，卻因日本人及政府強制剝

¹ 該管理辦法第 6 條規定：「原住民保留地所在之鄉(鎮、市、區)公所應設原住民保留地土地權利審查委員會，掌理下列事項：一、原住民保留地土地權利糾紛之調查及調處事項。二、原住民保留地土地分配、收回、所有權移轉、無償使用或機關學校使用申請案件之審查事項。三、原住民保留地改配土地補償之協議事項。四、申請租用原住民保留地之審查事項。前項原住民保留地土地權利審查委員會之委員，應有五分之四為原住民；其設置要點，由中央主管機關定之。原住民保留地申請案件應提經原住民保留地土地權利審查委員會審查者，鄉(鎮、市、區)公所應於受理後一個月內送請該委員會審查；委員會應於一個月內審查完竣，並提出審查意見，屆期未提出者，由鄉(鎮、市、區)公所逕行報請上級主管機關核定。鄉(鎮、市、區)公所應將第一項第一款事項以外之原住民保留地土地權利審查委員會審議結果，報請上級主管機關核定。」又本管理辦法之授權母法則為山坡地保育利用條例第 37 條，該條規定：「山坡地範圍內之山地保留地，輔導原住民開發並取得耕作權、地上權或承租權。其耕作權、地上權繼續經營期滿 5 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。」

奪，將系爭土地劃為台電公司宿舍用地，今被告收回系爭土地列管，渠等自得請求返還並利用該土地云云，則依此主張，原告等似有依所有權請求返還系爭土地之私權爭執之意思，非行政訴訟程序所得救濟，併此指明。

(二)訴之聲明第 2 項部分（給付訴訟部分）：原告依原住民保留地開發管理辦法第 7 條規定，提起本件給付訴訟，求判令被告應交付 63 年以前出租台電的證明文件，及原告等前因於系爭土地上開墾，為被告補償他處土地之相關文件。經核，上開管理辦法第 7 條：「中央主管機關應會同有關機關輔導原住民設定原住民保留地之耕作權、地上權及取得承租權、所有權。」之規定，雖課予中央主管機關輔導原住民之權責，但顯未因此賦予原住民得請求被告公開政府資訊之權利，原告以上開法條為實體法上請求權基礎，已屬無由。至於政府資訊公開法第 3 章（第 9 條至第 17 條）雖就中華民國國民得申請政府機關提供資訊有所規定，但就其規範意旨規之，資訊是否提供乃須經行政機關作成行政處分，使予以給付之事項，職是，原告既未依政府資訊公開法第 10 條規定填具申請書經向被告申請，且未經被告處分准駁，逕為訴之聲明第 2 項向本院提起給付訴訟，揆諸前揭法文及說明，為無理由。

上開事件是典型的原住民傳統土地權利受到侵害之案例，雖然原告選擇提起行政救濟，而行政法院針對原告起訴請求之申請改配原住民保留地之主張，則以行政上的權責機關應為花蓮縣政府而非被告花蓮縣秀林鄉公所，程序上不合規定為由，駁回其請求。

但是更值得注意者係，台北高等行政法院在其理由的「旁論」中，已經清楚地對原告指出，正確而直接的救濟途徑應該是民事訴訟而非行

政訴訟，亦即認為有關原住民得否向國家請求歸還土地之請求係屬民事私權的爭訟事件。因此，有必要接著回歸民事法院之判決，觀察民事法院對於原住民此種典型的土地侵害之爭執，採取如何之態度？



第二項 台東都歷段土地占用案

行政院農業委員會林務局台東區管理處對其所管領的台東縣成功鎮重測前都歷段豐田小段 474、475 地號土地(遭原住民黃 O 英占用)、南都歷段 1、2、3 地號土地(遭原住民吳 O 蓉占用)，聲明返還土地，被告等抗辯因長久占有進而受占有推定之保護，乃合法之占有。惟地方法院及高等法院認為本件被告等，無法提出正當占有權源之相關資料，因此判令被告必須返還土地，並支付相當於租金之不當得利。

臺灣高等法院花蓮分院 99 年度上字第 52 號判決除引用一審台東地方法院判決(99 年度訴字第 40 號判決)作為其判決理由外，並進一步補充理由。

台東地方法院 99 年度訴字第 40 號判決提出之理由為²：

1. 被告就返還土地之部分應就有權占有負舉證責任：

「按①「所有人對於無權占有或侵奪其所有物者，得請求返還之。對於妨害其所有權者，得請求除去..。」民法第 767 條前段、中段定有明文。②「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，」民事訴訟法第 277 條前段亦有明文。③以無權占有為原因，請求返還所有物之訴，被告對原告就其物有所有權存在之事實無爭執，而僅以非無權占有為抗辯者，原告於被告無權占有之事實，無舉證責任，被告應就

² 下文中雙引號內為地方法院判決原文摘錄。

其取得占有，係有正當權源之事實證明之，如不能證明，則應認原告之請求為有理由(最高法院72年度臺上字第1552號、同年度臺上字第2516號、85年度臺上字第1120號判決意旨可資參照)。經查：坐落臺東縣成功鎮○○段474、475地號；南都歷段1地號、2地號、3地號土地之所有權人登記為中華民國，原告為管理機關，甚為明確...。據此，揆諸前揭規定及說明，被告自應就占用系爭土地係有正當權源乙節，負舉證以實其說，應為昭然。」

2.被告占有之林地無時效取得之可能性

「(1)按「森林係指林地及其群生竹、木之總稱。森林以國有為原則。森林所有權及所有權以外之森林權利，除依法登記為公有或私有者外，概屬國有。森林法第3條及該法施行細則第2條定有明文。未依法登記為公有或私有之林地，既概屬國有，則不論國家已否辦理登記，均不適用關於取得時效之規定，俾達國土保安長遠利益之目標，並符保育森林資源，發揮森林公益及經濟效用之立法意旨(森林法第1條及第5條參照)，自無民法第769條、第770條取得時效規定之適用」(最高法院89年臺上字第949號判例意旨參照)。據此，未依法登記為公有或私有之林地，既概屬國有，應為昭然。故被告黃○英以：於68年間既已占有臺東縣成功鎮○○段474地號、475地號，自得據以對抗於76年始登記為所有權人之中華民國，併得據為占有該土地之正當權源等情，顯有誤會甚明。...(2)至於被告黃○英雖曾於72年間向原告申辦登錄臺東縣成功鎮○○段豐田小段150地號毗鄰國有未登錄地(係指上開474地號土地)，惟經原告函覆暫緩辦理在案(第31頁至第32頁：該函翻印本、該地號土地登記謄本，另參見事實及理由欄第伍點第二項所示內容)。

據此，被告對前揭土地縱具有優先登錄之權利，然就尚未經登錄前，仍無從據為占有前揭土地之正當權源，應無疑義。」

3.申請劃編原住民保留地尚未核准，故仍無占有權源：

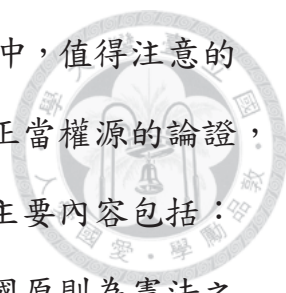
「(二)被告吳○蓉之部分：(1)被告雖陳述：係承繼其祖先繼續占用臺東縣成功鎮○○○段1地號、2地號、3地號土地之事實，惟並無法提出正當占有權源之證據資料，故尚難認其確有占有該土地之正當權源。(2)雖民法第952條有「善意占有人，依推定其為適法所有之權利，得為占有物之使用及收益。」之規定，惟查：①被告因非法占用原告包含在保安林第2514號地內之前揭土地，經原告依「違法濫墾濫建地區鼓勵人民配合返還林地拆除濫墾、濫建執行計畫」，於96年11月5日以存證信通知被告，應在期限內填妥無條件放棄占用土地之申請表，逾期原告將視同自願放棄救助金，並依法訴請拆除地上物、返還該土地等情。②嗣被告於96年12月間向原告提出內載：另向臺東縣成功鎮公所辦理原住民保留地申請，故自願放棄依前揭計畫之申請等情。③復經原告於97年12月25日以東政字第0977211027號函覆被告，並在說明欄記載：「..(一)956地號(係指南都歷段2地號)：..本處業於94年10月23日完成公告程序收回土地。(二)957地號(係指南都歷段3地號)：..因符合「違法濫墾濫建地區鼓勵人民配合返還林地、拆除濫建執行計畫」，臺端於96年10月24日提出申請，惟於96年12月間再具切結書聲明，因另向臺東縣成功鎮公所辦理原住民保留地申請，自願放棄申請救助計畫，本處將依規訴請返還土地。(三)958地號(係指南都歷段1地號)：..本處業於94年8月10日完成公告程序收回土地，並辦理復舊造林完畢..。台端所請土地仍未確定增劃編原住民保留地前，本處就將被占墾土地依

規提起司法訴訟程序訴請返還土地，惟希請台端能自行返還，俾免送累...。」等情（參見事實及理由欄第陸點第六項所示）。據上，被告自始既知悉其對前揭土地之使用，並無正當權源，卻仍持續處於違法占有之狀態甚明，職是，被告尚難逕依上開規定主張善意占有人之權利，應為灼然。(3)至於被告所提：業向臺東縣成功鎮公所申請補辦增編為原住民保留地乙節，然該土地迄未確定將前揭土地增、劃編為原住民保留地（第 109 頁：成功鎮公所 99 年 7 月 26 日成鎮原字第 0990007991 號函），及尚未經核准被告承租在案，亦難以據為被告占有上開土地正當之權源甚明。」

臺灣高等法院花蓮分院 99 年度上字第 52 號判決補充理由則主要仍謂：「上訴人吳 O 蓉雖一再抗辯伊先人占有系爭都歷段 1、2、3 地號土地耕種，已歷四代近百年，其先人定居斯土耕作時，中華民國政府尚未誕生，且一直均是由伊歷代祖先合法耕種、保護土地而繼續使用中，伊不是無權占用，不能同意被上訴人要求交還土地及租金云云。惟迄未能提出合法正當占有權源或善意占有之證據資料，尚難認定其係有權占有上開土地。且其曾向被上訴人成功工作站申請承租，已被該站以該土地距離海邊約 150 公尺為由駁回，而未獲承租；亦曾於 96 年 12 月 12 日向臺東縣成功鎮公所申請補辦增、劃編為原住民保留地，亦迄未確定，益可證明伊之占用上開土地並無合法權源。」

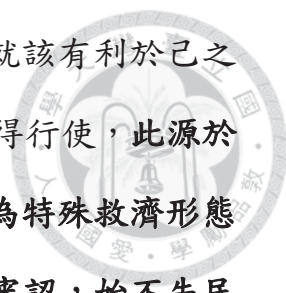
臺灣高等法院花蓮分院上開判決因被告(即上訴人)之上訴利益未達上訴第三審之 150 萬元，乃屬不得上訴之判決而確定³。原告乃對該判決提起再審。

³ 參見臺灣高等法院花蓮分院 99 年度上字第 52 號駁回原告上訴之裁定理由。




在臺灣高等法院花蓮分院 100 年度再易字 3 號訴訟中，值得注意的是，再審原告在訴訟中進一步提出各種可以證立其占有正當權源的論證，再審理由可謂擲地有聲，精彩豐富，值得摘錄全文細讀。主要內容包括：

1. 信賴保護、誠信原則(權利失效理論)，而謂：「按法治國原則為憲法之基本原則，首重人民權利之維護、法秩序之安定及信賴保護原則之遵守。行政法規公布施行後，制定或發布法規之機關依法定程序予以修改或廢止時，應兼顧規範對象信賴利益之保護。受規範對象如已在因法規施行而產生信賴基礎之存續期間內，對構成信賴要件之事實，有客觀上具體表現之行為，且有值得保護之利益者，即應受信賴保護原則之保障。至於如何保障其信賴利益，究係採取減輕或避免其損害，或避免影響其依法所取得法律上地位等方法，則須衡酌法秩序變動所追求之政策目的、國家財政負擔能力等公益因素及信賴利益之輕重、信賴利益所依據之基礎法規所表現之意義與價值等為合理之規定。如信賴利益所依據之基礎法規，其作用不僅在保障私人利益之法律地位而已，更具有藉該法律地位之保障以實現公益之目的者，則因該基礎法規之變動所涉及信賴利益之保護，即應予強化以避免其受損害，俾使該基礎法規所欲實現之公益目的，亦得確保（司法院大法官釋字第 589 號解釋意旨參照）。次按權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的。行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法，民法第 148 條亦定有明文。權利固得自由行使，義務本應隨時履行，惟權利人於相當期間內不行使其權利，並因其行為造成特殊之情況，足引起義務人之正當信任，於此情形，經盱衡該權利之性質、法律行為之種類、當事人之關係、經濟社會狀況、當時之時空背景及其他主、客觀等因素，綜合考量，依一般社會之通念，




可認其權利之行使有違「誠信原則」者，自得因義務人就該有利於己之事實為舉證，使權利人之權利行使受到一定之限制而不得行使，此源於「誠信原則」，實為禁止權利濫用，以軟化權利效能而為特殊救濟形態之「權利失效原則」，審判法院應依職權為必要之調查審認，始不失民法揭櫫「誠信原則」之真諦，並符合訴訟法同受有「誠信原則」規範之適用（最高法院 97 年台上字第 950 號判決意旨參照）。...再審原告就系爭坐落臺東縣成功鎮○○○段 1、2、3 地號土地之使用，業依行政院 96 年 1 月 12 日院臺建字第 0960080865 號函核准之「補辦增劃編原住民保留地實施計畫」及行政院原住民委員會 96 年 1 月 31 日原民地字第 0960004629 號令發布之「公有土地增編原住民保留地處理原則」、96 年 1 月 31 日原民地字第 0960004628 號令修正發布之「公有土地劃編原住民保留地要點」，申請增編及補辦增編系爭國有土地為原住民保留地，經臺東縣成功鎮公所現地會勘初審同意，再經臺東縣政府以 100 年 1 月 26 日府原地字第 1000009581 號函將初審同意清冊相關資料送交行政院原住民委員會，又經該委員會以 100 年 2 月 8 日原民地字第 1001006023 號函請土地管理機關行政院農業委員會林務局同意補增辦、劃編為原住民保留地，有行政院原住民委員會 100 年 2 月 8 日原民地字第 1001006023 號函、100 年 3 月 16 日原民地字第 1001012225 號函、100 年 5 月 16 日原民地字第 1001024785 號函、臺東縣政府 100 年 1 月 26 日府原地字第 1000009581 號函及臺東縣成功鎮公所 99 年 11 月 22 日城鎮原字第 0990013457 號函等各件可稽。是再審原告既已依國家公法人之意思機關即行政院、行政院原住民委員會之對外有效意思表示而於申請期限（即 100 年 12 月 31 日）內，依規定程序辦理申請增補編系爭土




地為原住民保留地，並經主管機關初審合格並受理在案，再審原告對於合法使用系爭土地有期待利益，其信賴國家受理申請原住民保留地之程序亦屬值得保護之利益。再審被告為國有土地之受授權管理機關，同應受國家公法人自我行為之拘束，上開情形，國家公法人意思機關之行為足以引起再審原告之正當信任，且盱衡再審被告行使系爭土地權利並無重大公益需求或權利重大受害之情事，依一般社會通念，可認再審被告於再審原告有合法使用系爭土地期待利益之情況下，行使其拆除地上物，並返還土地之權利，其權利行使應受限制。詎原審對於再審原告主張已依循規定程序辦理申請增補編系爭土地為原住民保留地等事證，僅論以「迄未確定，益可證明伊之占用上開土地並無合法權源」云云，而就再審原告對於國家受理申請原住民保留地之程序，其合法使用系爭土地有無期待利益，其信賴是否屬值得保護之利益，再審被告之權利行使是否違背「誠信原則」而有「權利失效原則」之適用等法院應依職權調查之事項，棄置不論，已有應調查而未調查之違法。」

2.引用外國法理論證明原住民傳統土地權利之優先存續應予承認與尊重，而謂：「再審原告主張其占有、使用系爭土地，係基於其身為原住民阿美族人之傳統土地權利，原判決未據原住民族基本法第 20 條第 1 項規定，審認再審原告有無排除或限制再審被告對系爭土地之所有、管理權限，逕依民法第 767 條及第 179 條規定，判決再審原告敗訴，足認原判決有判決不適用法規或適用法規不當之顯然錯誤：(1)按原住民族基本法第 20 條第 1 項規定政府承認原住民族土地及自然資源權利，其立法理由謂：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



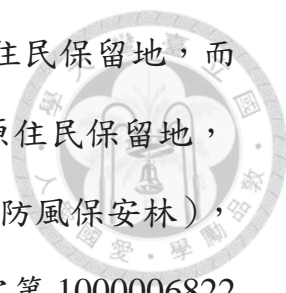
生的原住民族土地及自然資源權利也均予以承認，爰明訂第一項。條文既稱政府承認原住民族土地權利，且於立法理由說明所承認者係國家建立之前，依附於原住民族領域管轄權之土地權利，足見該法所稱原住民族土地權利並非屬現行土地法、民法及其他制定法所定之土地權利，係另外植基於國家建立前原住民族傳統占有（the traditional occupancy）及其與該土地之聯繫（the connection with the land）所取得之土地權利，由國家在法律上予以承認而言，與美國、加拿大、澳洲等國家所稱之 native title 或 aboriginal title 相當，乃屬可排除或限制現行土地法、民法及其他制定法所定土地權利之另一土地權利體系。(2)又依美、加、澳等國立法例及裁判實務，原住民族土地權（native title）優先存續於現代國家主權及土地所有權之取得（native title to land survived the Crown's acquisition of sovereignty and radical title），原住民族土地權經國家法律承認後，即構成對國家制定法所定土地所有權之限制、負擔或責任

（burden），另原住民族土地權依原住民族之律法及習慣而發生（existed in accordance with the laws and customs of indigenous people），且該土地權利尚未為政府公法行為所滅卻（extinguished by governmental acts）時始有其存在，具體言之，原住民族依其律法及慣習所享有之土地權存在於下列土地：國有素地（vacant Crown land）、國有森林地（State forests）、國家公園（national parks）、公有保留地（public reserves）、海灘或海濱（beach and foreshores）、行政機關持有之土地（land held by government agencies）及其他國、公有土地（any other public or Crown lands）等，在國家尚未以公法行為明示滅卻原住民族土地權，或原住民族自願放棄其傳統土地權以前，原住民土地權優先排除國家對國、公




有土地之所有權，或二者併存，此有 Gareth Griffith 所著 *The native title debate: background and current issues* 可按。(3)準此，再審原告為原住民族阿美族人，於原審既主張伊先人占有系爭土地耕種，已歷四代近百年，其先人定居斯土耕作時，中華民國政府尚未誕生，且一直均是由伊歷代祖先合法耕種、保護土地而繼續使用中，伊非無權占用等情，則其占有、使用系爭土地，依當地阿美族律法及習慣是否合法正當，而足認為原住民族基本法第 20 條第 1 項所定政府應承認之原住民族土地權，如是則該當地阿美族人之傳統土地權有無經政府明示滅卻；如未經政府明示滅卻，則該當地阿美族傳統土地權與國家所有權之關係為何，再審原告占有、使用系爭土地，有無排除國家機關所有、管理之權限等有關公益重大事由，自屬法院應依職權調查之事項，原審棄置不論，亦有應調查而未調查之違法，又原判決徒據民法第 767 條及第 179 條規定判決再審原告敗訴，未據原住民族基本法第 20 條第 1 項審認再審原告有無依其民族律法及慣習，享有傳統土地之權利，且基此可否排除或限制再審被告對系爭土地之所有、管理權限，足認原判決亦有不適用法規或適用不當之顯然錯誤，而構成開始再審之原因」

可惜的是，面對再審原告精彩的論證，再審法院仍然只是重申再審原告未獲准許原住民保留地之申請，即屬無正當權源，因此即無可保護之合法期待利益與民法第 148 條誠信原則適用之問題：「再審原告既未能證明其已依相關原住民族保留地之規定取得系爭土地（若已移轉為原住民族所有，依公有土地增編原住民保留地處理原則第六點規定，土地移交行政院原住民族委員會為管理機關），顯見系爭土地並非屬原住民保留地或增、劃編為原住民保留地...。且依再審原告所提相關政府函示，



均未能認定臺東縣成功鎮○○○段第 1 號土地將增編為原住民保留地，而臺東縣成功鎮○○○段第、3 地號土地初審雖通過增編為原住民保留地，惟係屬保安林區（系爭土地均係臺東縣境內編號 2514 號防風保安林），而臺東縣成功鎮公所並已於 100 年 6 月 29 日以成鎮原字第 1000006822 號函知系爭土地係海岸保安林地，有作為保安林地必要之土地規定，不得為私有，故不同意增劃編為原住民保留地。...再審原告固已依相關規定提出本件申請案，惟各級主管機關仍須依相關法規逐一審核，始能決定准駁，並非一經再審原告提出申請案，或於鄉公所及縣政府初審合格，再審原告之申請案即必然應予核定，故再審原告主張其於提出申請案經初審通過後，即對於合法使用系爭土地有期待利益，信賴國家受理申請原住民保留地之程序亦屬值得保護之利益云云，顯有未洽，其據而主張原審未依民法第 148 條規定審酌此部分，亦顯屬無據。...再審原告主張原審未就其抗辯，依民法第 148 條所定誠實信用原則或引據原住民族基本法第 20 條第 1 項之規定，判決再審被告敗訴，係消極未適用法規云云，惟如前所述，再審原告於原審所主張之事實，並未能證明其對系爭土地已取得合法期待利益而有民法第 148 條誠信原則之適用，又其既未能取得系爭土地業經增編定為原住民保留地，自亦無法適用原住民族基本法第 20 條第 1 項之規定，則依此亦無所稱適用民法第 767 條及第 179 條規定不當之顯然錯誤，則原審縱未細論再審原告所提之民法第 148 條規定及原住民族基本法第 20 條規定，實與結果不生影響。」

如果簡單歸結上開再審判決理由的結論仍然只是：「再審原告以系爭土地係其先人占有系爭土地耕種，已歷四代近百年，伊先人定居斯土耕作時，中華民國政府尚未誕生，且一直由伊歷代祖先合法耕種、保護



土地而繼續使用中，非無權占用，伊並已以原住民族身份提出申請增編為原住民保留地，不能同意再審被告要求交還土地云云。按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，原住民族基本法第2條第5款定有明文。且依本法第20條第1、3項規定，政府承認原住民族土地及自然資源權利，且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。依上開規定所示，原住民族土地之所有仍需依相關規定辦理，並非一經主張係屬原住民族土地，即當然取得權利甚明。」

判決閱讀至此，可以發現有關原住民土地占用國有地之糾紛中，法院判決之基本論證殆為：1.原住民族有關土地權利之行使，主要並非民法所得規範之範疇，應依循原住民族基本法以及原住民保留地等相關規定，申請劃定為原住民保留地，在核准之前，原住民均無權占有中華民國政府誕生後之國有地；2.縱使原住民族得以證明係合法占有該土地，符合民法之相關要件，也並非一經主張即當然取得權利，時效取得地上權並無可能。3.原住民占有國有土地的正當權源因此無法舉證證明，亦無法依民法之規定加以推定其有占有的正當權源，更無法援用民法上的誠信原則或權利失效原則拒絕國家之請求。

上開法院判決將原住民的傳統土地權利或者說私有的土地所有權主張或爭執，完全訴諸於國家行政准許原住民保留地之劃定與否之行政法，排斥任何民法救濟的可能性，是否足夠或者妥當，足以保護原住民？特別是法院的思維或者論證之理由是否兼顧注意到原住民土地權利的特殊性？更是一大疑問。

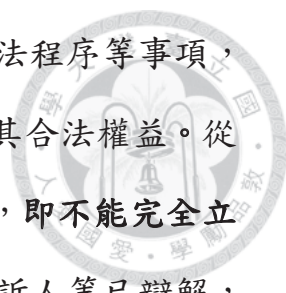
第三項 司馬庫斯櫟木案



接著，讓我們來看一則最高法院之刑事判決，也就是日前因報端揭露而聲名大噪的「司馬庫斯櫟木案⁴」。該案係源於居住於新竹縣尖石鄉玉峰村司馬庫斯之三位泰雅族原住民，於民國 94 年 9 月間，因協助搶修通往斯馬庫斯之道路，在新竹縣尖石鄉玉峰村大溪事業區 81 林班地旁道路，發現因颱風及豪雨後倒伏並遭周圍崩落土石沖刷、掩蓋之國有森林主產物台灣櫟木一株，乃將之移置路旁。嗣行政院農業委員會林務局新竹林區管理處（下稱新竹林區管理處）人員得知該櫟木倒伏後，於 94 年 10 月 7 日前往上址，將該櫟木部分樹身鋸下載離，惟樹根及部分枝幹因埋於土石中無法立即取出，遂噴上紅漆並烙鋼印後，留置現場。三人乃將該櫟木之根株、枝幹鋸成五段取走，遭檢察官認其違反森林法竊取國有森林產物罪起訴。但三位原住民堅持：取用風倒櫟木的集體決定合於傳統規範，拒絕承認竊盜罪名。事件引起社會極大矚目。最高法院在此案件之判決中，首次在原住民族傳統習俗以及多元文化這個部份表示意見，並且罕見地在判決做出呼籲，希望有關單位能夠在處理(行政)原住民族事務、制定法律時，能夠尊重原住民族之傳統習俗、文化及價值觀。

在該判決中，最高法院強調：「原住民族之傳統習俗，有其歷史淵源與文化特色，為促進各族群間公平、永續發展，允以多元主義之觀點、文化相對之角度，以建立共存共榮之族群關係，尤其在原住民族傳統領域土地內，依其傳統習俗之行為，在合理之範圍，予以適當之尊重，以保障原住民族之基本權利。本此原則，原住民族基本法第三十條第一項

⁴ 最高法院 98 年度台上字第 7210 號刑事判決。



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。...上訴人等已辯解，渠等係依部落會議之決議，受指派前往現場載運因風災、豪雨而倒伏之檫木回部落，作為美化環境、雕刻及造景之用，此乃在原住民族傳統領域土地內，因生活慣俗需要而採取森林產物，依森林法第十五條第四項前段規定，並無違法等語（見原判決第四頁第三行至第八行）。上開辯解，因與上訴人等之利益有關，基於公平正義之維護，自應就上訴人等之行為，是否合於森林法第十五條第四項所規定「依其生活慣俗需要，採取森林產物」之情形，為調查審認。乃原審並未斟酌上情，僅以「被告（上訴人）三人主觀上應知並無適法權利取走附表所示檫木，則渠等此部分『所辯即令屬實』，仍難謂無為自己及第三人不法所有之意圖」（見原判決第六頁第二十行至第七頁第一行），即認為上訴人等仍應負竊取森林主產物罪責，已嫌速斷。」

最高法院更進一步指出，「原住民族在其傳統領域土地內，依其傳統習俗之行為，在合理之範圍，予以適當之尊重」，並且「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。」因而廢棄高等法院之原判決，發回更審之後，高等法院改判三位被告無罪。

此一最高法院之刑事判決，似乎為原住民族的傳統習俗、傳統習俗之行為的法制規範，在刑事罪刑法定之基礎上，以多元文化為出發點注入一個全新的靈魂。最高法院在判決中所表示之見解：原住民族在其傳統領域所為之行為，在合理之範圍內，應以原住民族之觀點，而不能與

非原住民族之行為同視之，不僅強調原住民行為之特殊性、地域之限制以及族群的區別，亦同時兼顧不同族群間差異性，摒除過去單純僅以一元化觀點之思考模式，值得注意。

本文將在下文中嘗試連結此最高法院在「司馬庫斯檉木案」判決所提出的幾個重要觀念，對照上開「花蓮富世段土地改配案」以及「台東都歷段土地占用案」對原住民行政救濟與民事保護之不足，從民事法的角度，試圖以新修正之物權法規定，特別是物權習慣法為出發與連結點，參考外國法理論討論原住民族傳統之法律內涵，釐清並試著定性原住民族傳統土地權利在我國民法或者物權習慣法之地位，希望能夠為原住民族在主張傳統土地權利的道路上，提供更堅實的民法規範理論上之論據。

特別注意者係，多數案件所爭議之土地屬性為「國有」，但尚未劃定為原住民族保留地之用，「花蓮富世段土地改配案」以及「台東都歷段土地占用案」二案即為適例，且與原住民族之對造機關多為當地之地方政府、台灣電力公司或是行政院原住民族委員會，本文所欲處理之問題主要集中在國有地，尤其以尚未劃編為原住民族保留地的國有地為主，保留地制度固有許多須要進一步討論之處，惟該爭議並非本文所欲處理之主要議題。因此，本文第一步試圖在國有、非保留地之土地上，為主張土地權利之原住民族尋求法律上權利基礎，向管理機關主張返還土地；第二步則希望能夠將權利基礎主張之對象擴張及於私人。

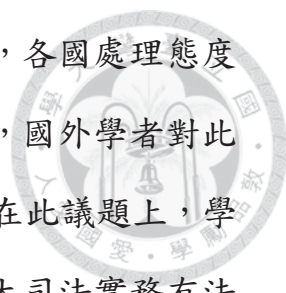
第二節 研究方法與範圍



原住民族土地權利之問題，涉及土地、族群、政治、主權、基本權利以及社會福利等等多重面項之議題，再加上歷史因素長期影響各原住民族之生存及文化空間，並非能夠單純就法律層次作討論。並且，從現代法治角度出發探討原住民土地權利之議題，將會落入現代法治已經建構好、適合非原住民族之法律體制，而使得原住民族權利、土地權利等受到制度性之忽視，當一個族群的權利受到制度的忽視時，該族群為求生存，只能將獨特之文化特色消除，去適應該制度，以求能夠受到該制度之保障，如此一來，該族群受到保障的同時，已經將其獨特於該制度以外之特色磨滅，等同於將該族群之獨特性消除，該族群之獨立存在必要也就消失了。為了要適應這個社會的大框架、使自己受到保障，而讓所有的獨特性都歸於一致，無異使得多元社會走向一元，職此，如何使多元文化的色彩在物權法制度中實現，並且能夠受到平等之保障，將是本論文希望達到之目的。

本論文撰寫之順序與研究範圍如下。本文首先檢視現行處理原住民族土地的法律條文及相關規範，就各該條文之保護範疇，其保障原住民族土地權利是否完足，作一個相當程度之分析；其次，就國內文獻對於此議題之各種解決方式做整理，各該解決方式或有其優點值得吸收，或有其不足亟待補充，本文亦一併作統合(本文第二章)。

接著，國內文獻多亦師法國外文獻以及實務之作法，由於自 19 世紀之後一連串的民族自決運動中，該原住民族土地議題也在各國引起廣大的迴響，並且許多新興國家例如美國、紐西蘭、澳洲以及加拿大，多



遭遇為數眾多的原住民族對此議題提出權利救濟。不過，各國處理態度不一，司法與政府的態度是該議題能否妥善處理之關鍵，國外學者對此議題亦不遺餘力，尤其法律學界，更是投注了許多心血在此議題上，學說與實務相互影響的最佳例證即要屬加拿大。由於加拿大司法實務有法律學者強而有力之論理後盾，在判決論述上或是事實涵攝上，多了一份論理的說服力，不僅讓既有權利之國家主權者能夠服膺，更能確實保障原住民族之文化以及土地權利，實值得我們效法。(本文第三章)

在加拿大判決與學說的部分，筆者做了較多的著墨與介紹，逐項分析各該判決的論理以及承認原住民族傳統土地權利之要件，並將學者對於原住民族土地權利之背景與現代所有權之理論緣起作比較，試圖結合此承認要件與我國新增訂以習慣法承認物權之規定，使新修正民法第757條能夠在傳統民事物權法理論之外，對於承認原住民傳統土地權利作為習慣法物權之功能上，發揮最適當的功能，獲得嶄新的生命。(本文第四章)

應附帶說明者係，筆者並不具有原住民族身分，亦未曾參與原住民族向國家爭取土地之相關事件。事實上，在參與2011年第二屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會之前，筆者對於原住民族權利保障之議題思維僅侷限於公法角度，從未思索過在民法規範中能夠尋求原住民族權利保障之依據。在受到上開啟發後，筆者開始在這個議題中找尋進一步的資料，發現在現行整體法秩序規範與法院實務判決上，能夠真正讓原住民族主張作為請求權基礎之規範委實有限，縱使有某規範得以作為權利主張之基礎，在實際訴訟中，該規範之構成要件亦因過於模糊、空泛，而不足以作為法院裁判之基礎，達到保障原住民土地權利之目的。

筆者在本文中希望能夠透過結合具體、有效之現行規範，特別是新增訂之民法第 757 規定有關習慣法物權的規範上，在訴訟上證立對原住民族傳統土地權利之存在，落實族群權利之保障。



第三節 名詞釐清



為期明瞭，在本文一開始討論之前，有必要將文中所涉及幾個中文或外文概念中使用的名詞，先予以對照說明如下：

1. 原住民與原住民族


本文中使用的「原住民族」作為原住民族傳統土地權利之主體，係以族群為單位，並非個人，蓋保障原住民族傳統土地權利之目的乃為延續該族群之獨特文化以及維繫該族群與特定土地之連結關係，是本文中用「原住民族」係以「族群」為單位，使用「原住民」則屬於涉及個人事項。

2. 原住民族權利、原住民族財產權、原住民族土地權利、原住民族傳統領域權利、原住民族傳統土地權利

在文獻上，關於原住民族土地問題上有關「原住民權利」之用語相當歧異，實則外國文獻用語上也是五花八門，使用包括：Indigenous Lands, Native Title(特別使用於澳洲), Indigenous Title, Original Indian Title(特別使用於美國), Customary Title(特別使用於紐西蘭), Aboriginal Title(特別多用於加拿大)⁵等。

由於本文認為，原住民族是否就特定土地得主張權利，須滿足一定之要件，綜觀各國立法例以及實務判決，原住民族對於土地主張權利多係基於該族群「長久以來之占有」，並且，該族群係因特定原因而占有

⁵ 蔡明誠，原住民族財產權之性質、保護方式及內容初探，第二屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會論文集，頁 46-47。




該土地，該特定原因必須與族群之「獨特文化」呈現相關聯性。原住民族之土地權利並非單純之財產權(fee simple)，而是一項特殊權利(sui generis)，此處進一步說明請詳閱本文第三章實務判決中有關 Delgamuukv v. British Columbia(1997)之說明。因此，本文較認同在原住民族傳統土地權利之英文用語上採取 Aboriginal Title，於拉丁文之字根解釋上，"Ab"有「從...甚麼時候開始」之意，因此，aboriginal 係「最早就存在的」⁶之意思；反之，native 只能表示該個體系原生於某地，並非最早即存在於某地之意⁷。準此，本文採用「Aboriginal Title」之用語，一方面希望呈現出原住民族係早就存在於該特定土地上，並非僅原住民個人自幼生長於此，另一方面足資證明原住民族係最早存在於該土地之族群。

其次，本文選擇係以「土地」(Land)而非「領域」(Territory)作為權利之客體，無非是希望能夠將此議題限縮在「民法財產法」來做討論，如使用「領域」之用語，似將使此議題提升至主權或是政治層面的討論，而這並非本文所欲處理的爭議。

此外，本文在描述此權利時使用「傳統」一詞，乃根據該權利之內涵所出，單純「原住民族土地權利」不免使人與現代法制之所有權概念做聯想，而必須將現代所有權之要件一一套入檢視，如此一來可能使原住民族的部分思想或是獨特性遭至抹滅，為重申各國對於原住民族權利「特殊性」之重視，故本文行文上將此特殊權利之性質以「傳統」作為強調，以「原住民族傳統土地權利」為本文論述此爭議時之權利用語。

⁶ Longman Dictionary, Pearson Education Limited, 2006, "Aboriginal: relating to the people or animals that have existed in a place or country from the earliest times."

⁷ Longman Dictionary, Pearson Education Limited, 2006, "Native: someone who lives in a place all the time or has lived there for a long time."



最後，應釐清者係，「原住民族權利」為「原住民族傳統土地權利」之上位概念，「原住民族權利」除了「原住民族傳統土地權利」外，其他權利態樣得依照原住民族傳統習慣之行為而有所不同，例如漁獲權、狩獵權、伐木權等在特定地區從事特定行為之權利亦均屬「原住民族權利」。若原住民族在特定土地上主張「傳統土地權利」，其權利性質屬於財產權，得在該土地上排除他人之干涉、權利消滅時得請求獲得對價補償等權利行使，並且，基於對特定土地之占有，原住民族得於該土地上從事一切合法之行為，而不需要經過普通法之肯認，此處進一步請參考第三章外國學說「原住民基本權利與原住民族傳統土地權利之區辨」中之說明。

第二章 原住民族土地權利之保護現狀



第一節 現行法制上對於原住民族土地權利保護不足

在第一章問題意識的部分，我們已經看到幾個代表性的判決，無論是原住民族向國家請求歸還土地或是國家向原住民請求歸還土地，結果都是相同的，亦即：原住民族不得對於爭訟中之國有土地，主張因長久之占有、在中華民國政府出現之前即已占有該土地。因為，根據現行的法律規定，不動產的取得方式並不包括「不動產先占」，必須透過意思表示合致以及登記制度始能取得不動產所有權⁸，未於第一次土地總登記時申報進行登記者⁹，未經登記之土地概屬中華民國所有¹⁰。

⁸ 以下幾個實務見解綜合宣示不動產登記制度作為不動產取得之根本性原則。最高法院 40 年臺上字第 1892 號判例：「土地法第 43 條所謂登記有絕對效力，係為保護因信賴登記取得土地權利之第三人而設，故登記原因無效或得撤銷時，在第三人未取得土地權利前，真正權利人對於登記名義人仍得主張之。」；又「此所謂真正權利人對於登記名義人得主張之權利，係指與其主張取得權利（所有權）有關之事項而言，若於其取得權利無關之事項，雖關係登記名義人之登記是否涉及無效或得撤銷之原因，仍不得據以提出爭執。」（最高法院 97 年度臺上字第 217 號判決意旨參照）。司法院大法官解釋第 600 號解釋亦謂：「憲法第十五條規定，人民之財產權應予保障，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能（本院釋字第 400 號解釋參照）。立法機關為確保人民財產權，並兼顧他人自由與公共利益之維護，得在符合憲法第二十三條比例原則之範圍內，制定法律或明確授權行政機關訂定法規命令，形成各種財產制度予以規範。不動產物權為憲法上所保障之財產權，民法第七百五十八條規定、第七百五十九條規定，是不動產物權登記為不動產物權變動或處分之要件。土地法及其授權訂定之法令乃設有登記制度，以為辦理不動產物權登記之準據。依土地法令所設程序辦理上開不動產物權登記，足生不動產物權登記之公示力與公信力（土地法第四十三條、本院院字第一九五六號解釋參照），為確保個人自由使用、收益及處分不動產物權之重要制度，故登記須遵守嚴謹之程序，一經登記，其登記內容更須正確真實，俾與不動產上之真實權利關係完全一致，以保障人民之財產權及維護交易之安全。」

⁹ 李志殷，土地登記制度變遷之研究，政治大學，法學院碩士在職專班碩士論文，2010 年，頁 43：「在古日耳曼法之規範，土地所有權之讓與，應於證人會同下，由雙方當事人公開表示雙方意思一致，即明示土地權利移轉之合意，並交付象徵土地之物品；嗣後，改依法院裁定或文書交付。至中古世紀封建法盛行時，古代嚴格的形式主義漸趨緩和，土地所有權之讓與漸依訴訟程序為之，即由受讓人取得法院開立證據或證書，以證明權利之取得。於都市興起後（約 12 世紀），德國北部由法院或市議會代替法院辦理土地讓與程序；南部則採義大利公證制度，由公證人主持土地讓與程序，而土地物權之變動則一律記入都市簿冊。此為土地登記制度之萌芽，但此制度之發展，因德國繼受羅馬法而中輟，僅地方特別法略有保存。迨至 18 世紀，方在普魯士邦及法國之抵押權登記制度中復甦。」德國法採取強制登記主義，並就物權變動部分採用登記要件之效力；相較於德國法，法國法採用登記對抗第三人之效力，為此二制度均有其缺失，因此，「1858 年，澳洲羅伯特、理查、托峯斯爵士針對登記制度加以研究，提出簡易可行之辦法，創設新土地登記制度，並對已登記之土地採登記要件主義。其辦法係由官署對第一次申請登記者為土地權利之

第一項 民法上時效取得權利制度不足以保障原住民族土地



權利

在現行民法對原住民之土地權利保護上應先檢討的是，原住民是否可能透過主張時效取得(包括時效取得所有權、地上權或農育權)，而主張使用其占有之土地？

(一) 時效取得所有權

在前述「台東都歷段土地占用案」的第一審台東地方法院 99 年度訴字第 40 號判決中，我們就已經看到法院援用最高法院之判例強調沒有民法上權利時效取得之可能性。而謂：「...按森林以國有為原則。森林所有權及所有權以外之森林權利，除依法登記為公有或私有者外，概屬國有。森林法第 3 條及該法施行細則第 2 條定有明文。未依法登記為公有或私有之林地，既概屬國有，則不論國家已否辦理登記，均不適用關於取得時效之規定，俾達國土保安長遠利益之目標，並符保育森林資源，發揮森林公益及經濟效用之立法意旨(森林法第 1 條及第 5 條參照)，自無民法第 769 條、第 770 條取得時效規定之適用」(最高法院 89 年臺上字第 949 號判例意旨參照)。

總清理，並以政府交付之權狀為產權憑證；其後，只需由權利人關係人持憑證向登記機關申請，將登記簿所載事項為更改，不必由律師代辦，一掃以往遲滯浪費之弊，嗣 1860 年經改良後，為許多國家所採。」

¹⁰ 凡不屬於私有或地方所有之財產，除法律另有規定外，均應視為國有財產；又前開「凡不屬於私有或地方所有之財產」，係指未經登記之不動產或未確定權屬為私有或地方所有之財產(參見國有財產法第 2 條第 2 項、國有財產法施行細則第 3 條)。

時效取得地上權無法適用的原因，主要在於現行法規及法院見解認為國有地不屬於時效取得之客體。

臺灣高等法院 101 年度上易字第 618 號民事判決謂：「按司法院大法官會議釋字第 107 號及第 164 號解釋，已登記不動產所有人之回復請求權或除去妨害請求權，無民法第 125 條消滅時效規定之適用；且民法關於不動產之時效取得，亦係以占有「未登記」之不動產為其要件。」因此，若該土地係國有之土地，即無從為時效取得權利之客體。

又，「『辦理土地登記前，應先辦理地籍測量，其已依法辦理地籍測量之地方，應即依本法規定辦理總登記』；『和平繼續占有之土地，依民法第 769 條或第 770 條之規定，得請求登記為所有人者，應於登記期限內經土地四鄰證明，聲請土地所有權之登記』；『逾登記期限無人聲請登記之土地，其土地視為無主土地，由該管市縣地政機關公告之，公告期滿無人提出異議，即為國有土地之登記』；『合法占有土地人未於登記期限內聲請登記，亦未於公告期間內提出異議者，喪失其占有之權利』，土地法第 38 條第 1 項、第 54 條、第 57 條及第 60 條分別定有明文。行政院訂定之「逾總登記期限無人申請登記之土地處理原則」第 1 點亦規定：『已完成無主土地公告及代管程序，並已登記為國有之土地，應不再受理主張權利與補辦登記』，足見我國土地總登記係採取強制主義，藉以保持地籍之真實，且為加強登記業務之進行，定有除斥期間，逾期未聲請登記者，不必另為拋棄之意思表示，即視為無主土地，公告期滿無人提出異議，原權利人即喪失權利而為國有土地，最高法院 86 年度臺上字第 993 號判決意旨參照。」，「次按上訴人於臺灣省光復時，縱以已具備民法第 769 條之要件，自光復之日起得請求登記為所有人，然上

訴人既未依土地法第 54 條聲請為所有權之登記，亦未於公告期間內提出異議，依同法第 60 條之規定，亦已喪失其占有之權利，何能請求塗銷被上訴人之登記，及確認其所有權存在（最高法院 50 年臺上字第 142 號判例參照）。系爭土地既以「總登記」為原因登記為上訴人所有，本難認屬「無主地」。且倘如被上訴人所稱於重測前確屬「無主地」（即於重測後始將「無主地」劃入歸屬成為系爭土地之一部），前開土地亦基於我國土地總登記採取強制主義，而早因公告期滿而成為「國有地」，再因重測而登記為上訴人所有，此重測後結果，即非被上訴人丙○○之前手或前前手所得爭執。加以被上訴人丙○○係辯稱洪設榮等 3 人並未依土地法第 54 條規定聲請為所有權登記等語，亦早已喪失其占有之權利。」（臺灣高等法院 98 年度上易字第 1028 號民事判決參照）。

故上開法院見解均認為國有地並非無人地，因此不得主張時效取得所有權。

此外，法院亦一再強調，國有地但其土地性質為交通水利用地、國有林地、沙漠或雪山等，依土地法第 41 條無須為所有權之編號登記、第 14 條不得私有之土地，均不得作為時效取得之客體¹¹。最高法院 65 年台上字第 2558 號判例¹²、89 年台上字第 949 號判例¹³、87 年度台上字第 1738 號判決¹⁴即為適例。

¹¹ 謝在全，民法物權論(上)，修訂五版，頁 216。

¹² 「系爭土地既係水利用地（排水溝間堤防用地），依法免於為所有權之編號登記，上訴人自無從因時效之完成而取得及請求登記其地上權。」，最高法院 65 年台上字第 2558 號判例。

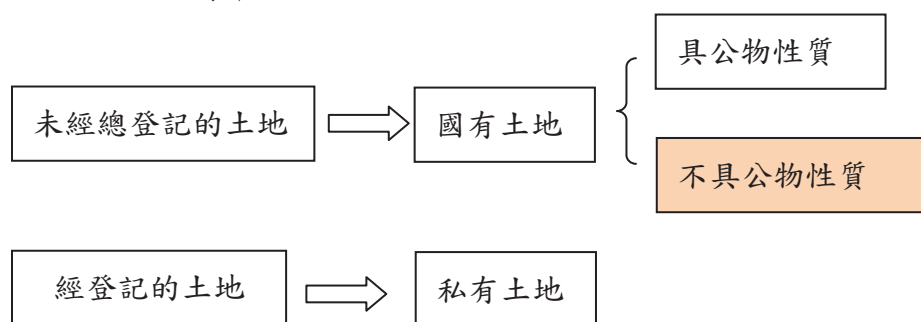
¹³ 「森林係指林地及其群生竹、木之總稱。森林以國有為原則。森林所有權及所有權以外之森林權利，除依法登記為公有或私有者外，概屬國有。森林法第三條及該法施行細則第二條定有明文。未依法登記為公有或私有之林地，既概屬國有，則不論國家已否辦理登記，均不適用關於取得時效之規定，俾達國土保安長遠利益之目標，並符保育森林資源，發揮森林公益及經濟效用之立法意旨（森林法第一條及第五條參照），自無民法第七百六十九條、第七百七十條取得時效規定之適用。」

¹⁴ 「按不動產所有人之回復請求權及除去妨害請求權，均以維護所有權之圓滿行使為目的，為避免發生權利上名實不符，真正所有人無法確實支配其所有物之現象，已登記不動產所有人之回復請求權及除去妨害請求權，無民法第一百二十五條消滅時效規定之適用，業經司法院大法官會議著有釋字第一〇七號及第一六四號解釋。而森林係指林地及其群生竹、木之總稱。森林以國有

不過，亦有少數認為國有土地中得區分其功用，作為判斷是否得時效取得權利之客體。

最高法院 97 年度台上字第 510 號判決謂：「國有土地，除土地法第 14 條所定「不得私有」及「供公用」者外，得作為地上權取得時效之客體，司法院院字第 2177 號解釋參照，是公有土地供公用者，在廢止公用後，始得為取得時效之標的。」。又「公物（公有公用物或公有公共用物）具有不融通性，除以正當程序廢止公用，原則上不適用民法取得時效之規定，在通常情形，公物如失去公用之形態（如城壕淤為平地），不復具有公物之性質，固不妨認為已經廢止公用，得為取得時效之標的，然例外的，如經政府依土地法編定之公用道路或水溝，縱因人為或自然因素失去其公用之形態，在奉准廢止而變更為非公用地以前，難謂已生廢止公用之效力，仍無民法上取得時效規定之適用。」（72 年度台上字第 5040 號判決亦同）

如果綜合以上法院判決以及解釋，我們可以初步地分析出在現在土地的狀態之下，原住民族主張因「長久占有土地」而取得土地所有權之可能性，茲簡單圖示如下：



易言之，在不具公物性質的國有土地上，原則上原住民族似乎還有

為原則。森林所有權及所有權以外之森林權利，除依法登記為公有或私有者外，概屬國有。森林法第三條及該法施行細則第二條定有明文。未依法登記為公有或私有之林地，既概屬國有，則不論國家已否辦理登記，均不適用關於取得時效之規定。從而為避免發生權利上名實不符，真正所有人無法確切支配其所有物之現象，其回復請求權及除去妨害請求權，自亦無民法第一百二十五條消滅時效規定之適用。」

空間可以向國家來主張時效取得權利，但實際上成功的例子似乎尚未見到！

綜上所述，法院見解原則上完全否定了原住民族以時效取得國有土地所有權的可能性，無論是國有、非公用、具特殊性質之土地，例如受森林法保護之林地；或是，國有、非公用、無特殊性質之土地，例如單純、可做交易之林地，均不得作為時效取得所有權之對象。

除了民法提供時效取得之不動產物權權利外，有必要繼續再檢討原住民是否尚可能因時效取得其他如地上權、農育權等權利。

(二) 時效取得地上權

在此，我們可以臺灣臺北地方法院 99 年度重訴字第 484 號民事判決【忠治時效取得事件】一案，烏來地區之原住民向行政院原住民族委員會請求塗銷所有權移轉登記之案例為例加以說明。

本文將事實簡化說明如下：原告主張自民國 17 年起，原告之父親已在 779 號土地(以下稱系爭土地)上耕作、興建農舍等使用，民國 50 年間因公路興建公路之需要，原告父親出借系爭土地供公路局興建公路班房(以下稱系爭房屋)於工程期間使用，惟公路興建完工之後，公路局不但未將因工程所需興建之系爭房屋拆除，亦未返還系爭土地予原告父親，更主張系爭土地於 56 年進行總登記時已登記為國有，管理機關為臺灣省政府民政廳，並在 88 年間以「接管」為原因，變更登記管理機關為烏來鄉公所，編列為原住民保留地，由行政院原住民族委員會進行原住民保留地之重新分配。原告對此不服，遂以行政院原住民族委員會為被告提起「塗銷系爭房屋所有權」以及「因時效取得系爭土地之地上

權」請求被告協同辦理地上權之登記請求權。在此，以下僅針對因時效取得系爭土地地上權之部分做討論，塗銷系爭房屋所有權並非本文討論範疇。

法院判決原告之訴無理由，認為：「原告未能證明因時效完成取得地上權，且以非土地所有權人為被告，請求為地上權設定登記，亦無理由：

1.按占有人主張依民法第七百七十二條準用第七百六十九條、第七百七十條時效完成取得地上權者，必須提出足資證明其主觀上有以行使地上權之意思，且其占有之始為善意無過失，在客觀上有在他人土地上建築房屋，其他工作物或竹木，十年或二十年間和平繼續占有他人土地之事實文件，始得請求為地上權登記。準此，時效取得地上權須係在他人所有土地上有建築物或工作物，或其他工作物或竹木為目的，而使用他人所有土地始足當之，故土地占有人主張時效取得地上權，而提起訴訟請求容忍或協同辦理地上權登記時，當應以他人即土地所有權人為被告始屬適法（最高法院 71 年度台上字第 5035 號判決意旨參照）。

2.原告雖主張其就系爭 779 地號土地因時效完成取得地上權，而起訴請求被告協同辦理地上權設定登記等情。惟查，系爭土地為中華民國所有，而以烏來鄉公所為管理者，已如前述，且有土地登記謄本在卷足稽（見本院卷第 29 頁），而烏來鄉公所既經登記為系爭土地之管理機關，在其職掌業務範圍內，自應由烏來鄉公所行使系爭土地之所有權人權利，亦即，原告請求協同辦理系爭土地地上權設定登記之對象應為系爭土地之管理機關烏來鄉公所，而非被告，方為正當。此節經本院於 99 年 7 月 29 日言詞辯論期日行使闡明權，曉諭原告是否變更或追加以烏來鄉

公所為被告後，原告明確表示無欲以烏來鄉公所為被告之意旨甚明（見本院卷第 68 頁背面）。茲原告既未說明被告對於系爭土地有管理權，或為得行使系爭土地所有權之人，則其以非土地所有權人（即系爭土地之管理機關）之被告為主張時效取得地上權及協同辦理地上權設定登記之對象，顯與法不符，委無可採。

3.此外，原告所提出之前開切結書、監察院函文、臺北縣政府函、照片、土地自任耕作四鄰證明書、申請書，僅能證明原告曾有占有使用系爭土地、房屋之行為，業於前開(一)之 3 論及；然而，原告占有系爭土地之始點（民法第九百四十四條第二項規定參照）、是否係基於以行使地上權之意思而占有等各節，俱未見原告舉證以實其說，故其陳稱已因時效完成取得地上權，顯不足採。

4.因之，原告並未因時效完成取得地上權，且其以非土地所有權人為被告，則因被告無設定地上權之權能，故原告請求被告為地上權設定登記，均無理由。」

此外，臺灣高等法院 100 年度上字第 57 號民事判決中亦指出：「上訴人主張系爭土地為原住民保留地，乃祖傳耕地，於系爭土地上已耕種逾 20 年以上，符合時效取得地上權之要件等語。然查，上訴人所提出之前開切結書、監察院函文、臺北縣政府函、照片、土地自任耕作四鄰證明書、申請書，僅能證明上訴人曾有占有使用系爭土地、房屋之行為，業如前述。遑論上訴人占有系爭土地之始點（民法第 944 條第 2 項規定參照）是否係基於以行使地上權之意思而占有，俱未見上訴人舉證以實其說，且系爭土地自 50 年起至 96 年 4 月底止均由政府機關使用，此有原法院新店簡易庭 96 年度店簡字第 2190 號宣示判決筆錄可憑（原審卷

第 120 至 123 頁)，上訴人占有系爭土地是否已逾 20 年，更非無疑。是上訴人未能證明已因時效完成取得地上權，且被上訴人非系爭土地之所有權人、管理者，無設定地上權之權能，故上訴人請求被上訴人為地上權設定登記，自非有據。」

由於法院強調要主張時效取得地上權，主張權利之人必須舉證證明於占有之初即係「基於行使地上權之意思」而占有，因此原住民要主張時效取得地上權，實務上實在非常的困難。

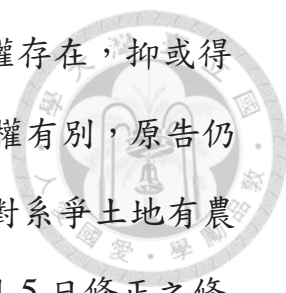
(三) 時效取得農育權

在臺灣臺東地方法院 100 年度重訴字第 5 號民事判決中【宜灣小段時效取得事件¹⁵】，原告於 74 年間善意受讓取得第三人張揚對於如附表所示土地（下稱系爭土地）之耕作權，至今占有系爭土地已逾 20 年，爰依民法第 769 條及第 800 條之 1 準用於農育權人之規定，請求確認其對系爭土地有農育權存在。

法院判決駁回原告請求：「原告固以前揭主張事實，起訴請求確認其對系爭土地有農育權存在。惟查：

(一)農育權乃係民法物權編於 99 年 2 月 3 日修正施行後所創設之物權，原告自無於農育權創設前，以行使農育權之意思而繼續占有系爭土地，逕依民法第 769 條或依民法第 772 條準用同法第 769 條規定，主張時效取得農育權登記請求權之餘地。準此，原告陳稱其於 74 年間自張揚善意受讓系爭土地耕作權，已於系爭土地上開發種植滿 20 年以上，故其得請求確認對於系爭土地有農育權存在云云，當屬誤會而無可採。

¹⁵必須先說明的是，從本件判決事實並無法判斷原告究竟是否為原住民，因此，本件僅能作為參考法院在認定時效取得農育權之議題上的基本態度。

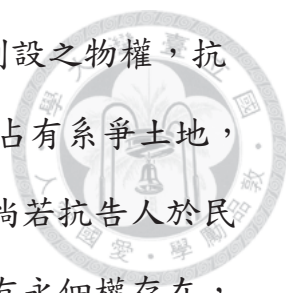


(二)縱認原告對於系爭土地有永佃權、地上權或耕作權存在，抑或得依時效取得之相關規定主張登記請求權，惟此仍與農育權有別，原告仍應另依法令規定行使權利，不得逕予比附援引而主張其對系爭土地有農育權存在。舉例而言，倘若原告於民法物權編 99 年 1 月 5 日修正之條文施行前，對系爭土地有永佃權存在，則原告即得依民法物權編施行法第 13 條之 2 第 3 項規定，於永佃權存續期限屆滿時請求變更登記為農育權，而不得遽然主張其對系爭土地有農育權存在。況且，永佃權係謂支付佃租永久在他人土地上為耕作或牧畜之權，且永佃權與永佃權登記請求權之性質亦截然不同；觀諸原告上開主張事實，原告得否主張其對系爭土地有永佃權登記請求權存在或行使上開變更登記請求權，同均顯非無疑。

(三)另占有人具備民法第 769 條或第 772 條準用第 769 條所規定之要件者，雖得據以取得不動產物權之登記請求權，然在未依法登記前仍非得謂其已取得該物權。倘若占有人未經登記逕稱其因時效取得而為不動產物權人，遽提確認之訴請求確認該不動產物權存在，於法自有未合。查系爭土地早已登記為國有財產如附表所示，且原告尚未登記為農育權人等情，有土地登記謄本在卷可稽（見本院卷第 7 頁至第 48 頁），足堪認定。揆諸上開說明，原告未經登記逕稱其對系爭土地有農育權存在，提起本件確認之訴，洵屬無據。

(四)此外，民法第 800 條之 1 規定之準用範圍不及於民法第 769 條規定。原告主張其得依據民法第 800 條之 1 準用民法第 769 條規定，時效取得對系爭土地之農育權云云，亦有誤會。」

又臺灣高等法院花蓮分院 100 年度抗字第 23 號民事裁定亦謂：「惟



查農育權係民法物權編於 99 年 2 月 3 日修正施行後所創設之物權，抗告人自無於農育權創設前，以行使農育權之意思而繼續占有系爭土地，更遑論得主張以時效取得農育權登記請求權之餘地。又倘若抗告人於民法物權編 99 年 1 月 5 日修正之條文施行前，對系爭土地有永佃權存在，則抗告人即得依民法物權編施行法第 13 條之 2 第 3 項規定，於永佃權存續期限屆滿時請求變更登記為農育權，然在未依法登記前仍非得謂其已取得該物權。茲抗告人未經登記，逕稱其因時效取得而為不動產物權人，請求確認該不動產物權存在，於法自有未合。」

(四) 小結

上開爭議事件或有以原住民個人(如【台東都歷段土地占用案】)或原住民族群體(如【花蓮富世段土地改配案】)主張長久占有而取得所有權或是其他權利，似乎都無法做為原住民族主張土地權利的基礎，也就是說，我們初步檢視了在現行物權法律規定之下，若原住民個人、原住民族欲在法院以所有權、其他權利主張土地所有權似乎都有其侷限性，而法院均也以「無法證明」、「系爭土地已經登記為國有」等理由駁回請求。雖然，是否真的完全無法證明占有權源的起始點，或許有討論空間；而未經登記之土地是否就一概屬於國有土地，而不得作為時效取得之客體，也可能在個案中加以爭執。但總觀上開實務判決，似乎未見有原住民起訴成功者也！既然，原住民族在民法主張所有權等權利均被駁回，是不是有機會在其他法律領域主張其他的權利或受到一定的保障呢？接下來我們將針對民法以外的法規作通盤檢視。

第二項 民法以外之法令不足以保障原住民族土地權利



(一) 憲法本文及增修條文

憲法第 15 條規定，人民財產權應予保障；第 7 條規定，中華民國人民，無分種族在法律上一律平等。在憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項，首先出現了「原住民族」的名詞取代以前的山地同胞，並且，在政治、教育文化、衛生醫療、經濟土地部分，都產生了法律的依據：「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予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之。」憲法增修條文最大的貢獻在於，提供了原住民族基本法的立法架構以及其正當化之基礎¹⁶。

然而，憲法增修條文的規定內容，在具體實踐上，如果要達到該增修條文所稱之目的，現行許多法律都得作修正，或是重新制定權新的法律。我們在制定原住民族發展法時，初步估算，至少要修訂 57 種相關的法令¹⁷。

有學者進一步指出，民法物權編近年來剛大幅度進行修正，如要馬上進行對於該計畫研擬相關條文，提出下一波民法物權修正，似較有困難。至於制定特別法，亦有許多困難，故時機上似乎宜暫緩考慮。惟有認為似可以民法第 757 條所新增習慣創設物權之例外規定為出發點，據以建構屬於原住民傳統習慣適用之習慣法物權概念及類型¹⁸，此一部分

¹⁶ 盧呂金德，台灣原住民族土地所有制政策之探討，國立東華大學公共行政研究所碩士論文，99 年 1 月，頁 108。

¹⁷ 林江義，「原住民之法意識及權利保障」座談會發言紀錄，臺灣本土法學雜誌第 47 期，頁 95。

¹⁸ 蔡明誠，原住民族財產權之性質、保護方式及內容初探，第二屆原住民族傳統習慣規範與國

容本文於第四章詳加論述。

接下來，本文將針對現行既有、民事法以外規範原住民族土地權利相關之的法規作簡單之介紹，向來認為，原住民族所占有之山林田野概屬國有之土地，而保留地部分係「國家為保障原住民族之生計、文化、社會福利以及經濟發展」所劃定，因此，多數與原住民土地權利相關之法規，皆以國土資源規劃或是環境治理等形式呈現。

(二) 國土規劃之相關行政法規

由於歷史、政治等因素，原住民族被迫退往山林裡，較適合人居住的平坦地區遭人數眾多的其他族群所占據，平坦地區相對於山區林地部分不需要經過一定程度的開墾過程，因此，平地的土地利用主要著重在權利分配，山區林地部分在國民政府遷台之後，政府對於山區林地的管理方向，以保育山坡地為原則，例外情形使允許開墾以及商業使用，主要目的係為落實對於環境保護的宗旨，然而卻無形中更加劇了原住民族在山區利用土地的困境。一方面係原住民族對於土地欠缺私有財產之權利觀念，另一方面係這些新增加的土地使用條例以及申請過程並未徹底宣導普及至各原住民部落，種種因素使得原本應該屬於原住民族的土地在國民政府的山地利用法規頒布之後，讓其他深諳土地利用法規之人取得本非屬於他們的權利¹⁹。不過，林務法規並非完全不尊重原住民，從文獻探討中得知，最早將「原住民族傳統領域土地」一詞納入國家法律條文中的，還是森林法第 15 條第 4 項：「森林位於原住民族傳統領域

家法制研討會論文集，2011 年 10 月，頁 51-52。

¹⁹ 詹順貴，國家法制高牆下實現原住民族土地與自然資源權利的困境，第一屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會論文集，2010 年 11 月。

土地者，原住民族得依其生活慣俗需要，採取森林產物，其採取之區域、種類、時期、無償、有償及其他應遵行事項之管理規則，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。」



1987 年以前的原住民族土地政策，主要是靠「台灣省山地保留地開發及管理辦法」等行政命令為管制及開發依據，其法源為「山坡地保育利用條例」第 37 條²⁰，主要目的係針對已取得耕作權的原住民，賦予取得土地所有權的法源依據。該辦法除了原住民保留地所有權取得的規範之外，也是保留地開發、管理及使用的主要管制依據，但是，礙於法令位階僅屬於行政命令，故與其他法令相競合時，常常被排除適用²¹。

此外，山坡地多為中華民國所有之國有土地，凡涉及山坡土地開發均可能受其他當地之管理機關事實上之管理所拘束，因此，不可能都只適用該辦法，與其他行政領域之法規競合是用的機會很高，而這些法規都有其制定之主管機關。例如，原住民基本法的主管機關為行政院原住民族委員會；區域計畫法、建築法、平均地權條例、國家公園法則歸內政部管；森林法、山坡地保育利用條例、農業發展條例、水土保持法以及野生動物保育法由行政院農業委員會主管；國有財產法則由財政部主管。主管機關上下位階相互交錯，同一筆土地可能同時涉及不同法規與不同部會機關，讓適用法律者時常摸不著頭緒。其中，對原住民族土地權利影響最深者仍屬原住民保留地開發管理辦法，此辦法乃也是最早規範原住民族土地利用之法規，本文將就此一辦法目前之規範以及實務學

²⁰ 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。」

²¹ 盧呂金德，台灣原住民族土地所有制政策之探討，國立東華大學公共行政研究所碩士論文，99 年 1 月，頁 101-107。

說的評論簡單介紹；其次，本文將介紹同為土地利用管理之森林法以及山坡地保育利用條例之規定。




1. 原住民保留地開發管理辦法

(1) 「行為限制」與「身分限制」

原住民保留地開發管理辦法(下稱管理辦法)第 8 條：「原住民保留地合於下列情形之一者，原住民得會同中央主管機關向當地登記機關申請設定耕作權登記：一、本辦法施行前由原住民開墾完竣並自行耕作之土地。二、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。」第 9 條為申請設定地上權登記之法律規定、第 17 條第 1 項規定：

「依本辦法取得之耕作權或地上權登記後繼續自行經營或自用滿五年，經查明屬實者，由中央主管機關會同耕作權人或地上權人，向當地登記機關申請辦理所有權移轉登記。」又第 42 條：「原住民依法於原住民保留地取得之土地或設定之地上權，得為抵押權之標的物。」第 15 條第 1 項：「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內之原住民外，不得轉讓或出租。」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。」

按「行為限制」與「身分限制」一直是原住民保留地開發管理辦法之核心，然而，由於臺灣人口增加以及經濟繁榮之結果，原住民族受到商業掮客的游說，保留地非法移轉的問題層出不窮，然而以低價將保留



地設定抵押或是以非法的人頭買賣方式轉讓，並沒有讓原住民族的文化以及經濟生活更加豐富。隨著非法移轉事件的累積，國家一面承受來自原住民社會的「保障不力」非難，一面承受來自非原住民的「制度不公」批評，最後的處理方式是，讓違法交易「就地合法」，滿足非原住民利用保留地的需求，再從其他公有土地增劃編保留地，彌補保留地流失的缺口。然而，國家自失立場的做法，只不過再次強化違法動機²²。

保留地管理辦法適用與執行上的困境，確實令人懷疑其為了保障原住民生計，所採行移轉限制政策的手段有效性。甚者，保留地管理辦法在「行為限制」、「身分限制」以外，有些則與保障原住民生計背道而馳。以抵押權為例，原住民保留地開發管理辦法並未限制取得保留地之原住民設定抵押權與他人，原住民為了向銀行或第三人借得款項，多將僅有之不動產設定抵押與他人，惟保留地在法規上有其身分上之限制，原住民也無法借得大筆數額之款項，只能低價將保留地設定抵押，再由第三人尋找其他具原住民身分之人頭來取得保留地之所有權以獲得清償。當保留地的所有權能夠透過抵押權搭配具原住民身分人頭之方式進行移轉，事實上已經與開發管理辦法欲保障原住民族生計之目的相去甚遠，也造成了嚴重的保留地與當地族群文化分離之問題。

非原住民違法使用保留地，是因為其投入資本技術可以獲得較原住民為多的收益，一旦出現環境災害的成本，也大多由生活於當地的原住民承擔，或者由社會全體共同承擔；而即使違法取締執行率不高，非原住民面對這種風險的因應之道是，在最短的時間內獲利，所以更傾向密集或耗竭利用保留地，環境破壞程度隨之提高。國家既未能提升原住民

²² 林淑雅，解/重構台灣原住民族土地政策，國立台灣大學法律學研究所博士論文，2007年1月，頁126-127。

「競爭力」，對環境生態的把關也嫌不足，違法使用的取締執行率一直偏低，但是，卻在這樣的條件下，一次次放寬非原住民投資開發保留地的項目²³。

管理辦法放寬非原住民開發利用保留地的同時，固然強調「優先輔導原住民開發或興辦」，但對於如何輔導原住民具備開發能力，則從未提及。至於原住民享有的「三十日」優先權，明顯只是口惠，全無實益。在申請開發或興辦時，管理辦法列舉申請人應檢具的計畫內容，其中一項為「輔導原住民就業或轉業計畫」，若非預期申請人以非原住民為主，如何會將其列為必須檢具的項目？管理辦法甚至規定，「行政院原住民族委員會應訂定輔導措施，規範...輔導原住民就業或轉業計畫」。相對於「輔導原住民開發或興辦」的空白，「輔導原住民就業或轉業」的規定似乎表示，既然由非原住民開發保留地的情況不變，讓原住民受雇於開發業者或乾脆轉業應該是較可行的出路。而數十年來，非原住民爭取開發原住民保留地的主要說詞之一即是「發展原住民地區經濟、增加原住民就業機會」。但結果通常是僅提供少數名額、低階職務、短期工作或歌舞表演，原住民就業或轉業狀況並不理想，也根本無法對原住民的開發興辦能力有任何提升。並且，原本以原住民遷徙或轉業致無法繼續使用保留地，為收回土地塗銷權利（改配其他原住民）的原因，但現在卻為了使保留地自營讓位給開發業者，而積極要原住民轉業並規定保留地權利可計價補償塗銷。就因為這兩種規定並存於保留地管理辦法中，無怪乎保留地的制度功能也逐漸模糊了起來：究竟保留地是作為原住民長期可依賴的生計來源，包括用以累積資本與學習技術；或者即使無法

²³ 林淑雅，解/重構台灣原住民族土地政策，國立台灣大學法律學研究所博士論文，2007年1月，頁127。

改變現況，原住民仍能選擇一個好「價格」轉讓或租出去的資產；還是更像社會福利的一次性給付，原住民可以自由進行「消費」²⁴？



(2)保留地無法承載的集體利益

原住民保留地除了在保障原住民「個人」生計的問題上受到質疑，還有一些原住民族或部落集體利益也與保留地密切相關，但卻是保留地制度所無法回應的。這些集體利益包括部落或民族的土地利用形態、土地利用規範、土地管理組織、經濟利益之外的人地關係等等，這些集體利益之所以被忽視，是因為部落或民族作為利益主體的地位不被承認。而在這點上，中華民國政府可能比日本政府執行的更徹底。我們還可以進一步比對國家的保留地政策、其他土地自然資源政策以及部落的態度：國家認為保留地應鼓勵個人化發展，部落認為，保留地所能創造的價值包含了部落其他土地的支持；國家認為個別保留地的流通與市場化，可以提升利用效能，部落認為，保留地開發不等於原住民發展，脫離部落整體利益的開發無法長久，且可能破壞環境；國家認為河川管理涉及特定縣市公益，因此劃歸地方政府管轄，部落認為，政府的管理規範以及執行能力都不足，卻未思考如何與部落合作；國家認為國土保安為重要公共利益，因此由中央政府統一管轄，部落認為依賴現代科學或專家的保育有其盲點，族人對於地目區分、地質地形資訊、海拔管制、動植物關係等，也有自己的知識系統和價值觀²⁵。

簡而言之，對於土地的利用管理，國家忽略了原住民族或部落為單

²⁴ 林淑雅，解/重構台灣原住民族土地政策，台灣大學法律學研究所博士論文，2007年，頁127-128。

²⁵ 林淑雅，解/重構台灣原住民族土地政策，台灣大學法律學研究所博士論文，2007年，頁129。

元的集體利益與決策規模，因此決定出來的法令規範，並未考量原住民族或部落的需求或納入其知識技術，到了執行層面，也就失去使資源治理能夠有效的社會組織力量，甚至引發違法動機。所以，失落的原住民族或部落集體利益，就這樣讓國家設定的土地管理機制時而規模過大、時而規模過小，難以達成規範目標²⁶。

2.原住民族基本法第 19 條至第 23 條

我國於 94 年 2 月 5 日公布施行原住民族基本法，該基本法中總條文共 35 條，主要宣示了政府保障原住民族之決心，以及原住民族自治的空間，其中，基本法第 20 條第一項明確地指出我國政府承認原住民族土地：「政府承認原住民族土地及自然資源權利。」

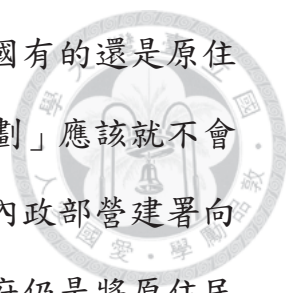
有文獻指出該條文於適用上有其疑義，原住民族土地權利在法條文字上雖清楚明確表示政府承認原住民族土地權利，惟究竟屬於民法物權中何種權利類型，無法從該條文中所推知，該如何承認、權利內涵如何亦無更進一步之規定，是距離實際讓原住民族據此主張土地權利尚有一定困難亟待克服²⁷。

3.國土計劃法草案

原住民族基本的規定似乎是替原住民族開了一扇窗，表示政府承認原住民族土地權利這件事，不過，由於立法者之立法理由未清楚說明相關的配套措施應如何運作，因此，原住民族土地權利之概念仍然無法從

²⁶ 林淑雅，解/重構台灣原住民族土地政策，台灣大學法律學研究所博士論文，2007 年，頁 135。

²⁷ 林長振，論原住民族土地權--原住民族基本法第 20 條第 1 項之立法與解釋，第二屆住民族傳統習慣規範與國家法制研討會論文集，頁 99。



機把法之規定中正確理解，例如政府到底認為該土地是國有的還是原住民族的？如果認定屬於原住民族，那麼以後的「國土計劃」應該就不會將原住民族土地納入規範客體了，惟 101 年 10 月 31 日內政部營建署向行政院呈報最新版本的國土計劃法草案，似乎透漏了政府仍是將原住民族土地認定為國有，如何使用、管制仍須中央主管機關會同中央原住民族主管機關制定規則。第 22 條第 3 項「為尊重原住民族之生活型態與居住需求，有關原住民族土地及海域之使用管制，應由中央主管機關會同中央原住民族主管機關訂定，並納入前項訂定之規則中。」立法理由第三點表示：「第三項明定原住民族地區土地及海域使用管制相關規定，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關訂定，並納入國土使用管制規則，以具體落實尊重原住民族特殊土地使用需求之基本原則，並有效踐行原住民族基本法規定應與原住民族或原住民諮商並取得同意之程序。」

國土計畫法第十一條更將與原住民協商之程序合法性要件規定進來：「國土計畫之擬訂、審議及核定機關如下：一、全國國土計畫：由中央主管機關擬訂、審議，報請行政院核定。二、直轄市、縣(市)國土計畫：由直轄市、縣(市)主管機關擬訂、審議，報請中央主管機關核定。前項全國國土計畫中特定區域之內容如涉及原住民族土地及海域者，應由中央主管機關會同中央原住民族主管機關訂定。」立法理由表示：「第二項明定特定區域之內容涉及原住民族土地及海域者，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關訂定，以有效踐行原住民族基本法規定應與原住民族或原住民諮商並取得同意之程序。」令人費解的是，我國立法者一方面制定原住民族基本法，是原住民族「承認」原住民族土地權利，

另一方面卻又著手制定國土計畫法「管制」原住民族土地權利，那麼政府到底對誰承認了什麼？會不會其實只是原住民保留地開發管理辦法的重演，值得深思。



(三) 小結

1. 原住民族土地規範間衝突、重蹈覆轍

當原住民族基本法通過之後，原住民保留地開發管理辦法理應廢止，蓋政府已承認原住民族土地權利，原住民族基本第 20 條定有明文。然而事實上，原住民保留地開發管理辦法仍然繼續適用，並且，待將來國土計畫法草案通過之後，搭配既存之原住民保留地開發管理辦法，恐會使原住民之處境更加雪上加霜。原住民族基本法的條文規定不明、法律位階不夠都會是使該條文原住民族土地權利之美意遭到架空。

遭到行政院冷凍之原住民族土地海域法草案，在 2008 年以前曾經喧騰一時，該法目的係為輔助原住民族基本法第 20 條第 1 項所制定，第一條之立法理由謂：「原住民族基本法第二十條第一項及第三項規定：『政府承認原住民族土地及自然資源權利。』『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。』，聯合國原住民族權利宣言第二十六條亦規定，原住民族擁有其歷來所有、占有或以其他方式使用或取得之土地、領域及資源之權利，有關原住民族土地權利之保障已成為國際間重視之課題。鑒於現行原住民族土地之取得、處分、管理及利用，係以原住民保留地開發管理辦法（以下簡稱管理辦法）作為辦理之依據，無法順應原住民族要求恢復原住民族傳統領域土地權利之主張，亦無法解決長期以來之土

地管理利用之問題，為落實原住民族基本法保障原住民族土地及海域權利之精神，並順應世界潮流，爰制定本法。」然而，該法第3條第3款之條文以及立法理由均顯示立法者仍選擇繼續保留原住民保留地之政策，「一、原住民族土地：指原住民族傳統領域土地²⁸及既有原住民保留地」。

此外，第4條第3項更清楚規定：「原住民族傳統領域土地之所有權屬中華民國，除依法撥用、徵收、價購者外，管理機關變更登記為行政院原住民族委員會；原住民族自治區成立後，管理機關變更登記為自治區政府。」立法理由謂：「為防止將來自治區政府管理原住民族土地後，擅自處分或設定負擔致影響原住民權益，爰為第三項規定。」綜合以上基本法、國土計畫法以及原住民族土地及海域法，足見我國政府事實上仍然對於原住民族土地問題採取「分配」之態度²⁹，行政機關仍然有很大的保留地分配之公權力行使裁量空間，並且與事實並不相符，符合權利取得要件之土地應該屬於原住民族所有，該權利在性質上應為原住民族之「固有權利」，政府該做的只是確認並加以回復，甚至原住民族也沒有要向政府收取不當得利的意思。

2. 土地權利界定不明

²⁸ 第3條立法理由：「(一) 傳統祭典土地：指原住民族祖傳之信仰、禁忌等慣俗認定為神聖不可侵犯之區域。(二) 祖靈聖地：指原住民族基於祖靈信仰所認定之聖地，包括祖靈居住之地及祖靈安息之地；前者，如邵族所稱之祖靈聖地，各民族之人會在其各自祖靈聖地進行祖靈祭。後者，通常指祖先埋葬之地（如泰雅族之祖墳），或是指祖先死後所前往之地（如鄒族之塔山或卑南族之都蘭山）。(三) 舊部落土地：指原住民族長久居住，且成為該族文化中心之部落（如鄒族之特富野部落及達邦部落）或原住民族被迫遷移（如日據時期總督府強迫原住民部落集體移住）或部落部分人口自行遷移而離開原居地遷移至別地，則其原來居住地或原來部落土地均屬之。(四) 週邊獵區土地：指原住民族舊部落週邊，由部落、家族或個人以所有意思固定於該土地上狩獵使用之一定合理範圍土地。(五) 週邊耕墾土地：指原住民族舊部落週邊作為耕墾使用之土地，傳統上可能屬部落共有、特定家族或個人所有。」

²⁹ 邱寶琳，原住民族土地權之探討--以花蓮太魯閣族為例，國立東華大學原住民族學院，2011，頁391。



(1) 抽象定義

有認為似乎可以將「傳統領域土地」這個詞分為三個，傳統指的是一個時間的概念，至於如何定義則視政府的誠意，若政府的誠意大，對於傳統的時間定義就早一些。領域是民族權利或民族主權施行的場域，乃空間上區別我族與它族的概念，和新的概念在於該族對於該領域內擁有排他的支配力，且領域是不可分割。此外，針對傳統領域的核心意義，其有三個及重要的意義：第一，突顯權利被剝奪的事實，傳統領域是一個過去的領域，該領域本來應該屬於原住民族，但在未經原住民族之自由意願，即強行遭外來者據為己有。第二，傳統領域與現行土地權利的概念相抗，它主張傳統領域高於土地權，現行法律雖未承認，但卻並不因此失其效力，相反地，它主張現行法律有源頭的不正義。第三，強調原初權利版圖的完整性，講領域而非土地，強調該區域是自治權利的場域，因此，傳統領域作為一種權利訴求，最終與原住民自治權無法分割³⁰。

另有認為，「原住民族土地權利」之內涵包含該土地所衍生的自然資源，均應視為廣義土地之一部分。而該土地的擁有、使用與維護的方式，則涉及界定人際、人與環境之關係的社會制度與知識；他認為，此一社會制度與知識，與族群文化息息相關，因此，土地不僅關係到原住民族的經濟生計，亦關乎原住民族社會與文化之發展³¹。

³⁰ 雅柏魁詠·博伊哲努，原住民族傳統領域土地的幾種思考，第一屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會論文集，2010年11月。

³¹ 官大偉，國土計畫、原住民族自治與原住民族土地權之落實，第一屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會論文集，頁296。

(2) 具體界定

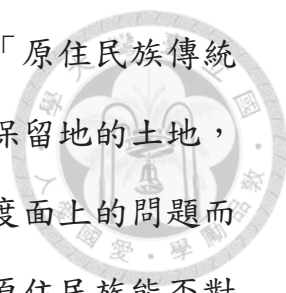
原住民保留地，乃指臺灣光復後，政府為保障原住民生計，推行原住民行政，於五十七年至六十四年間，辦理原住民保留地總登記所保留供原住民使用之二十四萬餘公頃山地保留地；另於七十九年至八十七年間，依前臺灣省政府訂定之「原住民使用原住民保留地以外公有土地預定增編原住民保留地會勘處理原則」暨行政院核定之「臺灣省原住民原居住使用公有土地劃編原住民保留地要點」辦理增編、劃編之一萬七千餘公頃之原住民保留地，以及依行政院九十六年一月十二日核定之「補辦增劃編原住民保留地實施計畫」辦理增編、劃編之原住民保留地³²。

日據時期總督府於大正十四年（西元一九二五年）實施「森林計畫事業」劃設「高砂族保留地」時，以當時人口數十二萬八百八十八人計，平均每人約二公頃。管理辦法第十條規定每人二點五公頃（農牧用地一公頃、林業用地一點五公頃），每戶面積合計不得超過二十公頃；惟實際分配數與上述標準差距甚多。目前原住民人口數已逾四十八萬人，居住於原住民族地區人口計有三十萬多人，平均每戶達五人；另原住民族部落爾後尚可依本法申請使用原住民族傳統領域土地，爰規定原住民保留地分配面積，每人一點五公頃（農牧用地零點五公頃、林業用地一公頃），每戶面積合計不得超過十公頃，但基於地形限制，得為百分之十以內之增加³³。

綜合上開立法理由之資訊，政府過去採取保留地之政策，將 24 萬餘公頃之山坡保留地劃編為保留地；將來似乎也打算將這些面積的保留

³² 資料來源：原住民族土地及海域法草案第 3 條之立法理由第 3 點。

³³ 資料來源：原住民族土地及海域法草案第 15 條之立法理由。



地依照新制定的規範，開放讓原住民族來依法申請使用「原住民族傳統領域土地」。如本文一開始問題提出所點出：已經劃編為保留地的土地，目前並不會有太大問題，會出現的問題僅針對保留地制度面上的問題而已。真正要處理的是，國有、非原住民保留地之土地，原住民族能否對之主張原住民族傳統土地權利？也就是【富世段土地改配事件】所面臨的問題，而政府持續忽視這個問題，將會使新一代原住民與該族群傳統文化以及特色所依附之土地產生脫軌的現象。

3.保留地政策使原住民與土地、傳統規範、行為產生剝離

原住民族各族群之間對於土地自有一套結合宗教、文化、血緣等理念之規範，拘束每一為部落成員，以太魯閣族為例，「敬天」、「惜地」、「愛人」乃太魯閣族社會之傳統核心價值，土地在太魯閣族人眼中是無法以貨幣價值作衡量的，而族群與土地之連結強度更是與此核心價值習習相關。然而，自 1960 年代起，臺灣實施全國土地總登記，族人透過測量土地、公告地價等資訊，了解土地在市場上交易的價值，再加上保留地政策否定原住民族土地制度與固有權利下的「分配」，使得原住民可以藉由合法之理由，在國家保障依法登記的行為以及族群傳統土地規範約束間的落差，藉由「千萬次微小的背叛」，使原住民個人取得受現代法治所保障之土地所有權利³⁴。

³⁴ 邱寶琳，原住民族土地權之探討--以花蓮太魯閣族為例，國立東華大學原住民族學院，2011，頁 342。

第二節 現行文獻上保護原住民族土地權利之相關建議



第一項 憲法層次上之建議

(一) 以原住民族自決之方式，根本保障原住民族土地權利

1. 基於原住民族土地權利之特殊性而應採取民族自決之途徑

有認為原住民族土地權利是一種主權與財產權交錯之下的概念。原住民族土地制度呈現出政治、經濟、法律、保險、福利、社會組織、生態保育等多重面向意義，而財產權理論本身已經包含了對於不同政治實體、經濟社會、法律制度的評價與選擇。個別原住民族社會中，都存在著多樣的土地利用型態，對應著多樣的土地權利類型與產權主體規模。如果說私有財產權不足以描述原住民族土地產權制度，那麼集體財產權同樣無法涵蓋原住民族土地產權制度。只要放棄「從集體到個人」的觀點，認知財產制度的社會脈絡有其意義，承認文化差異不見得是文明差異，我們就可以將產生原住民族獨特土地制度的原住民族政治組織、法律制度與現代國家的政治組織、法律制度同等看待。如此一來，過去國家以「無主地先佔」、「征服」或「條約」等方式取得原住民族土地，要不是不合法地忽略原住民族主權，就是並未消滅原住民族主權，甚至是恰恰證明原住民族主權的存在。所以，今天國家要合法且正當的行使領土主權(或說補救國家領土主權瑕疵)，就必須爭取原住民族同意、與原

住民族進行主權分享³⁵。因此，台灣原住民族必須自己一點一滴的從「行動」當中實踐自決、自治³⁶。

林淑雅於 2011 年更進一步指出³⁷，現代國家產權理論與原住民族產權制度的矛盾之處，認為現代國家產權制度係源自於 Locke 的「農業或農耕原則」，Locke 認為原住民族對於他們狩獵、採集的傳統領域土地，「並非統治權亦無財產權」，而只是針對個別勞動的產出--僅針對「獵獲物、採集物」享有所有權。因此只要該土地未經農耕，原始階段社會的人們可以無須他人同意自由使用荒地³⁸。透過一連串的定義，原住民用於受獵採集甚至於休耕的土地就是荒地，所以歐洲移民可以在廣大的荒地上開墾，無須原住民族同意，頂多為原住民保留部分用地。Locke 認為採取歐洲法制中的土地所有權私有制度，以土地是否更具生產力、是否產生更大的益處、是否透過分工產生更多勞動機會為判斷基準，主張歐洲財產制度顯然優於原住民族的傳統土地利用型態，並為原住民族帶來更多便利³⁹。當原住民保留地重新被放回到原住民族土地脈絡之中，顯然，這種選擇了私有財產制度、強調原住民個人生計、鼓勵密集開發利用、「優惠」原住民的制度，很可能與原住民集體權益甚至原住民個人身為民族成員的權益，背道而馳⁴⁰。

職是之故，原住民族政治主權地位不被承認，連帶地原住民土地自

³⁵ 林淑雅，差異而不平等--原住民族產權特殊性的理解，第一屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會論文集，2010 年 11 月，頁 63。

³⁶ 林淑雅，解/重構台灣原住民族土地政策，國立台灣大學法研所博士論文，2007，頁 283。

³⁷ 林淑雅，差異而不平等--原住民族產權特殊性的理解，第一屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會論文集，2010 年 11 月，頁 69。

³⁸ John Locke, *Two Treatises of Government, Second Treatises (II)*, Peter Laslett ed., Cambridge: Cambridge University Press sections 27-28, 30, 32, 34, 41-43, 45, 48-49, 1988。

³⁹ 林淑雅，差異而不平等--原住民族產權特殊性的理解，第一屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會論文集，2010 年 11 月，頁 71。

⁴⁰ 林淑雅，解/重構台灣原住民族土地政策，國立台灣大學法研所博士論文，2007，頁 284。

然資源被剝奪，是全世界原住民族的共同遭遇。國際社會對此的反省，已經逐漸體現在相關的國際規範、區域規範或國內法之中。而承認原住民族與其土地自然資源的獨特關係、檢討國家對原住民族土地自然資源的不當政策、於原住民族土地集體權利與國家主權之間尋求平衡，也成為國際原住民人權的重要課題。回復原住民族對其土地的管領、利用、發展權能，也等同於回復原住民的自決、自治地位。在這個過程中，並沒有一種適用於所有原住民族的途徑，因此，各原住民族只能依自己的步驟、條件、程序、組織、時程進行重建，國家所能或所應該做的，是謹慎地在每一個政策環節，讓原住民族主體、原住民族傳統領域、原住民族規範制度得到強化與推展⁴¹。

2. 基於現代人權角度之觀點，應採取民族自決

原住民族爭取自治的緣起，是 1970 年代以後，西方及第三世界明顯出現「族群復甦」的現象，特別是 80 年代紛紛湧現各種民族運動及族群政黨，以爭取久受忽略和壓抑的權益，並紛紛要求更多的自主、自治甚至獨立⁴²。

在 1980 年代，有提出「第三代人權」之概念，其目的在於：「集體的自決」，係為保護特定的族群免於受到主流社會、外在決定的宰制，亦即所謂「對外保護」。透過此集體自決之權利可以讓曾經受到殖民之國家獲得自決權，自由管理其土地與資源，從而可以排除或限制外來的投資與開發，以維護自然的生態環境。基本權利與第三代人權的區別，

⁴¹ 林淑雅，解/重構台灣原住民族土地政策，國立台灣大學法研所博士論文，2007，頁 285。

⁴² 林江義，原住民自治制度的立法現況與展望，臺灣本土法學雜誌第 47 期，頁 78；石忠山，差異與肯認--初探多元民主國家之原住民族法制建構，第一屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會論文集，2010 年 11 月，頁 79。

基本權利係強調個人、個別基本權利，因此在當代憲法的基本權利規範中，縱有涉及集體層面之基本權利，例如宗教自由或結社自由，亦是從個人權利所放射而出。因此，集體權利的保障，唯賴個別權利的行使，始有以致之，在個別權利架構下，增附集體權而形成「併置情況」，對於人權保障並無實益⁴³。

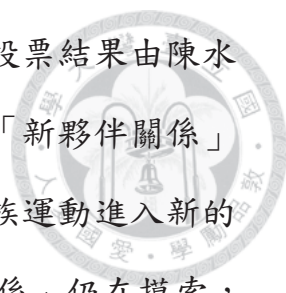
至於我國憲法條文上是否有包含原住民族自治或是民族權概念的可能性，有認為憲法第 160 條、第 164 條以及第 159 條為指示國家「積極維護發展」原住民族語言文化即「應保障」原住民族的地位、政治參與及其他領域，加以「其辦法另以法律定之」的授權，此類條款屬於「憲法者對於立法者的委託」條款，亦同時可作為憲法價值決定的規範條款，也就是說，這些條款構成國家權力的界限，立法者於制訂法律時，一旦違反這些意旨，即可能構成違憲^{44、45}。

至於是否可能透過與國家最高元首訂定條約之方式達到民族自決之效果？時任總統候選人之陳水扁先生於 1999 年 9 月 10 日與各原住民族之代表，在蘭嶼共同簽訂這份歷史性的文件，新夥伴關係的內容共有七條，主張國家應：承認台灣原住民族之自然主權、台灣原住民族締結土地條約、恢復原住民族部落及山川傳統名稱、恢復部落及民族傳統領

⁴³ 李建良，憲法變遷中的原住民族權利--原住民族自治權的法理論述，憲政時代第 31 卷第 1 期，2005 年 7 月，頁 119；石忠山，差異與肯認--初探多元民主國家之原住民族法制建構，第一屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會論文集，2010 年 11 月，頁 81。

⁴⁴ 石忠山，差異與肯認--初探多元民主國家之原住民族法制建構，第一屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會論文集，2010 年 11 月，頁 83；李建良，憲法變遷中的原住民族權利--原住民族自治權的法理論述，憲政時代第 31 卷第 1 期，2005 年 7 月，頁 119；林明昕，原住民地位之保障作為「基本權」或「基本國策」，憲政時代第 29 卷第 3 期，頁 347。

⁴⁵ 關於「憲法委託」、「立法委託」與「國家目標規定」三個名詞的區辨：前二者應為相同的概念，後二者，就內容而言，若條款被定位為「國家目標規定」性質，則被課與義務的國家機關比較具有較廣泛的政策形成決定空間；就效力而言，「國家目標規定」係針對國家各機關所為的拘束指令，「立法委託」則僅針對立法者所發出。（參見林明昕，原住民地位之保障作為「基本權」或「基本國策」，憲政時代第 29 卷第 3 期，頁 347。）



域土地、恢復傳統自然資源之使用等。2000年總統選舉投票結果由陳水扁先生當選為第10任總統，其與原住民族代表所簽訂的「新夥伴關係」內容，也成為新政府重要的施政方針，也使台灣原住民族運動進入新的階段。由於國家對於如何實踐與原住民族的「新夥伴關係」仍在摸索，且「新夥伴關係」簽訂之一方為總統候選人，並非總統，而屢遭質疑。因此，2002年，台灣原住民族代表重申「新夥伴關係」內涵，並針對其實踐提出12項具體的落實方案，於10月19日與代表國家的陳水扁總統簽署「新夥伴關係再肯認」協定⁴⁶。

「新夥伴關係再肯認」中的12項落實方案包括：協助原住民各族關於其生態智慧與土地倫理等傳統知識的重建、透過各種教育管道（包括社會教育），使台灣人民認識並尊重原住民族文化對台灣永續發展的重要性、持續推動以原住民各族（或部落、社群）為主體的傳統領域調查、依在地原住民族所認定的傳統領域調查結果，陸續恢復部落及山川傳統名稱、原住民族（或部落、社群）自治實體成立之後，政府應與之協商，以土地條約或其他可行方式逐步恢復傳統領域土地、全面檢討調整原住民族地區現有的自然資源管理機制，在地原住民族對自然資源擁有優先權利等等⁴⁷。

⁴⁶ 林淑雅，第一民族：台灣原住民族運動的憲法意義，台北：前衛，2000。

⁴⁷ 陽美花，「新夥伴關係」下的台灣原住民傳統領域問題：部落觀點之研究，國立東華大學，族群關係與文化研究所，2008。

(二) 從多元文化觀點出發，保障原住民族傳統土地權利

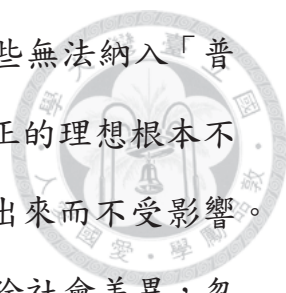


1. 何謂多元文化主義

多元文化論 (multiculturalism) 為多元主義 (pluralism) 的一個特殊形態，主要探究當社會中存在多個文化相異的群體時，該如何建立群體間的對等關係，以自由主義為基礎的民主制度，在面臨文化多元性下有必要重新檢討。一般認為，自由主義理論的建構是從個體 (individual) 的角度出發，個人自由具有優先性，強調社會成員之間的共通性，是一種普遍的公民觀，對個別差異性和特殊性予以忽視。多元文化論者批評自由主義追求人的普遍平等性，忽視現實中存在的差異，無法回應當前少數文化和弱勢族群遭遇的問題⁴⁸。

近年來，從多元和差異的角度，對自由主義理論進行徹底檢討的，應該是 Iris M. Young 提倡的差異政治 (politics of difference) 和 Charles Taylor 的肯認政治 (politics of recognition)，重點在批評自由主義忽視族群差異，缺乏對少數文化的肯認，在 Taylor 和 Young 的論述中，強調文化和族群認同與個人的認同和尊嚴有不可分的關係，但是自由主義的個人主義預設誇大了人能夠把自身從社群中抽離出來的能力；多元文化論的基本精神是強調不同文化社群對某些特殊個人認同和生命意義的影響極為重要，政治原則若忽視這些差異，將使某些族群受到壓抑及邊緣化。講究平等的自由主義政治，無法給予所有族群相同的公民地位，

⁴⁸ 林火旺，1998年，頁380、387-388；蕭高彥，1998年，頁487-489。轉引自：楊鵬穎，傳統習慣、國家法與土地權：以排灣及雅美族為例，國立東華大學民族發展與社會工作學系碩士論文，100年7月，頁18-22。

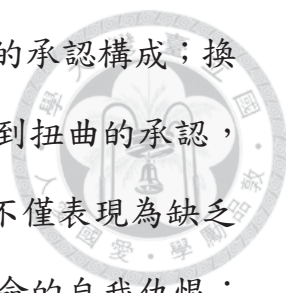


當自由主義推崇公民普遍性的同時，它便有意識地將那些無法納入「普遍性」的族群加以排除。Young 指出，自由主義普遍公正的理想根本不可能實現，因為沒有一個人能從自己的文化社群中抽離出來而不受影響。自由主義提倡的普遍公正是形式上的平等，不僅不能消除社會差異，忽略族群特殊性的結果反而造成文化帝國主義（cultural imperialism），加劇族群間的不平等、壓迫與同化。Young 發展出差異政治的概念，認為應承認每個人或族群獨特的認同，是他們與所有其他人相區別的獨特性，這種獨特性被一種獨占統治地位或多數人的認同所忽視、掩蓋和同化。差異政治的優點可歸納如下：在同化論的理想中，族群差異被定義為互斥、對立，差異政治則肯定族群差異的積極性，使族群肯定自身文化，不會因「不同」而自我貶抑；肯定被壓抑族群之文化和屬性的價值和特殊性，可使宰制文化相對化；使差異不再是族群彼此絕對的隔離，差異族群間可能分享彼此經驗，並提升族群間的團結；肯定族群差異，可對現行制度和規範火依據的觀點提出批判，指出完整的社會生活不必同化於宰制的規範⁴⁹。

差異政治的基本精神是希望在政治上肯定和尊重族群差異。另一方面，不論個人的階級、性別、族群有何差異，自由主義最基本的承諾是給予每一個公民自由與平等地位，這是用來對抗封建時期以族群身分定義個人政治權利和經濟機會的成果，因此有人認為承認族群差異

（group-differentiated）權違反自由主義對個人自由和平等的信念，因為族群差異權似乎較關心族群的地位而忽視個人，否定個人可以自主地定義自己的認同和生命目標。Taylor 認為，認同表示一個人對於他是誰，

⁴⁹ 林火旺，1998：382-393。轉引自：楊鵬穎，傳統習慣、國家法與土地權：以排灣及雅美族為例，國立東華大學民族發展與社會工作學系碩士論文，100年7月，頁18-22。



以及其作為人的本質特徵的理解，認同部分地是由他人的承認構成；換言之，認同具有對話的性質，得不到他人的承認或是得到扭曲的承認，能對人造成傷害，並成為一種壓迫的形式，扭曲的承認不僅表現為缺乏應有的尊重，還能造成可怕的創傷，使受害者背負著致命的自我仇恨；正當的承認不是我們賜與別人的恩惠，它是人類的一種至關重要的需要。Taylor 表示，在私人領域，認同和自我是在與有意義的他者持續的對話和鬥爭中形成，他進一步試圖在公共領域建立平等承認的政治。Taylor 的肯認政治有以下基本取向：我們認同之條件乃成為完整的人類主體不可或缺之條件、對現代人而言，一個關鍵性的認同面向為其語言和文化，也就是說他們的語言社群、語言社群的存在並作為可資認同的對象，乃吾人成為完整主體所不可或缺者、對於使我們成為完整主體的條件，我們有權利要求他人尊重、所以，我們有權利要求他人尊重我們的語言社群作為可資認同的對象⁵⁰。

Taylor 支持差異政治的主張，認為文化和族群有其獨特的認同，並需要被肯認，文化和族群的集體目標應被納入政治領域，承認特殊性及價值。也就是說，在肯認政治理論中，追求被承認的對象，不是個人選擇之文化脈絡及此文化資源存在之正當性及可欲性，而是文化社群自身被承認為獨特的社會之集體性政治權利。普遍自由主義政治強調所有公民享有平等的尊嚴，將權利和資格予以平等化，反對任何形式的歧視，完全無視公民彼此的差異。Taylor 以為，自由主義反對任何形式歧視的價值中立性原則，實際上是一種文化霸權的反映，無視差異的結果，造成少數族群文化遭受壓抑；表面上公正和無視差異的自由主義，其本質

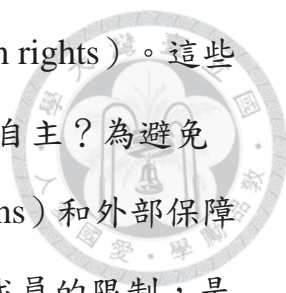
⁵⁰ Taylor,1993。轉引自：楊鵬穎，傳統習慣、國家法與土地權：以排灣及雅美族為例，國立東華大學民族發展與社會工作學系碩士論文，100 年 7 月，頁 18-22。

是帶有高度歧視性的。「無視差異」的自由主義本身就是某種特殊文化的反映，自由主義本身就是一種冒充普遍主義的特殊主義⁵¹。

上述這種從肯認的角度解決不正義的問題的取向，已經成為最近十多年來最熱門的話題，多元文化論和自由主義在處理社會正義問題時，確實有根本上的不同，因為自由主義所強調的平等公民概念基本上是以個人為單位，族群或文化等集體性的概念，並不在自由主義的政治論證之中，在自由主義的架構中，任何的集體結社都是因個人所享有的基本自由而產生，屬於私領域的範圍，因此典型的自由主義並沒有集體權利的概念。

面對當前弱勢族群權利意識的高漲與多元文化論的挑戰，Kymlicka 是當前自由主義陣營中最重要的辯護者，他認為自由主義和文化權利、族群差異等概念並不衝突，他企圖修正 Rawls 的理論，論證自由主義的正義理論可以包容多元文化論的訴求。Kymlicka 認為，批評自由主義是個人主義和平等主義，忽略個人和文化社群的關係，是一項不當的指控。自由主義承認社會生活的社群和文化，提供人類價值追求的可能性和場所，但它也堅持這些價值最終取決於個人理解和評價它們的方式。自由主義強調個人選擇的價值，但選項的範圍卻不是基於我們的選擇，而是由文化傳統所決定，只有透過社會性文化（societal culture），人們才可能擁有一個有意義的選項。自由主義不但可以保障個人的基本權利、尊重個人的自主性，也可以肯定認同的對話性意義，正視族群的差異和獨特性，Kymlicka 稱之為差異公民權（group-differentiated rights），並展現在三種形式上：自治權（self-government rights）、多種族權利

⁵¹ Taylor,1993。轉引自：楊鵬穎，傳統習慣、國家法與土地權：以排灣及雅美族為例，國立東華大學民族發展與社會工作學系碩士論文，100 年 7 月，頁 18-22。



(Polyethnic rights) 和特殊代表權 (Special representation rights)。這些特殊權利的概念是否會侵害自由主義的精神及威脅個人自主？為避免這個難題，Kymlicka 區分出內部限制 (internal restrictions) 和外部保障 (external protections)，前者則是文化或族群對其內部成員的限制，是為了應付族群內部的異議分子威脅族群的穩定，而以族群團結之名，利用國家權力限制其成員的自由；而後者是保障族群或文化不受外在主流社會之決策的影響，以確保族群或文化特殊性的存續。Kymlicka 認為自由主義可以接受外部保障，卻不能接受內部限制，換句話說，族群或文化的特殊性雖然應該受到保障或肯定，但是族群或文化卻不能限制其內部成員選擇其它文化形式的基本權利。由此可見，在 Kymlicka 的理論中，個人基本權利仍然優先於集體權利，當這兩者產生衝突時，個人的基本權利不能被逾越。Kymlicka 不但包容了多元文化論者所強調的文化權，也維持自由主義的基本精神，即個人權利的優先性。

James Tully 則從現代憲政主義角度反對自由主義自稱的普遍性及中立性。現代憲政是一套由制度性的法政權威構成的單一國家體系，而非多元權威構成的憲法，如 Harold Berman 所言，在現代憲政結合體的各種正規活動與重要制度中，憲政語言不斷地被應用而獲得穩固地位；由憲政語言習慣性文法與制度化的運作構成的現代憲政主義，支持著某種特定的憲法圖像⁷，少數族群要挑戰憲法承認的主流形式成為極端困難的任務，只有當各種文化特性都得到承認，並且被納入憲政體制中，一個政治共同體才稱得上符合公平正義。Tully 審視當代社會中的各種憲法，發現他們明顯地不同於現代主義理論及三個正統學說；當代憲政主義是古憲法的延續，保留了法律、政治和文化領域中的多元性格，不

強制推動一致性與規律性的制度；它理應被視為一種行動與跨文化的對話，在對話的過程中，社會文化背景相異的公民遵循著三項常規：相互承認、延續與同意進行協商。若我們將憲法作為調適文化歧異的形式，它便能夠承認文化歧異⁵²。

多元文化論探究在一個社會中存在數個歧異甚大之文化群體時，只有肯認和正視差異，才能達成實質平等的目的。承認差異的作法，長期以來被認為是對社會穩定性的威脅，現在則是政治圖景中必不可少的特色。在少有單一語言、民族國家的今天，多元文化國家已是普遍現象，面對境內不同的族群，如何兼顧政策可行性與道德要求，成為當代民主政治的挑戰。事實上，多元文化的政策已在許多國家中實施，多元文化論對自由主義的挑戰是屬於實踐層次的。然而，族群問題沒有簡單或絕對的答案，衝突亦無法完全解決，畢竟它們的發生皆有獨特的歷史背景與處境，但在尊重少數族群與文化特殊性的概念下，追求實質的平等是我們應為的責任與義務⁵³。

2. 從多元文化角度理解原住民族土地權利進而保障之

有論者認為，1997年憲法增修原住民族議題上肯定多元文化、2005年原住民基本法通過，並規範政府依尊重傳統土地習俗、文化、價值觀(第3條、第30條)，承認原住民族土地與自然資源權利(第20條)，並依法治程序保障權利(第30條)。原住民族基本法所承認的原住民族土地權與原先原住民保留地管理辦法分配土地權利概念並不相同⁵⁴。蓋從原

⁵² Tully, 2001。轉引自：楊鵬穎，傳統習慣、國家法與土地權：以排灣及雅美族為例，國立東華大學民族發展與社會工作學系碩士論文，100年7月，頁18-22。

⁵³ 王順文，多元主義與我國原住民自治之相關立法，國家政策論壇第92卷第2期，2003年4月。

⁵⁴ 邱寶琳，原住民族土地權之探討--以花蓮太魯閣族為例，國立東華大學原住民族學院，2011。

住民基本法第 23、30 條，原住民族土地權利需要由傳統土地習俗、土地擁有利用與管理模式之權利、文化及價值觀等多元文化之角度，以確認原住民族土地權利的樣貌，而不是國家所熟知的西方財產權理論的觀點⁵⁵。

並且，依據 2009 年我國所通過施行之「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」（以下稱兩公約施行法），該施行法第 2 條使兩公約於我國法有相當於法律之效力，「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。」其中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⁵⁶。」

惟本文已在前面一節之論述中，從其他草案之立法理由蛛絲馬跡中發現，政府縱然在原住民族基本法中採取承認原住民族土地權利之態度、也宣示遵照、奉行兩公約為我國法律，事實上政府在後續原住民族土地及海域法草案以及國土計劃法草案中，仍然秉持保留地分配制度來處理原住民族傳統土地，而原住民族之傳統土地仍然要向主管機關來依法申請，並且，申請作為原住民族傳統土地之前提仍須該土地已被劃編為原住民族保留地。

頁 322-323。

⁵⁵ 相同見解：黃俊杰，「原住民之法意識及權利保障」座談會發言紀錄，臺灣本土法學雜誌第 47 期，頁 97。

⁵⁶ Article 27, International Covenant on Civil and Political Rights, G.A. res. 2200A(XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, entered into force Mar. 23, 1976. "In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language."

第二項 在現有法制架構下之批評與建議



(一) 關於現有原住民保留地制度之批評

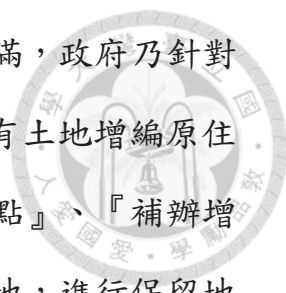
1996 年立法院審議通過『行政院原住民委員會組織條例』，行政院並於同年 12 日即正式成立行政院原住民族委員會。原民會專責統籌規劃原住民事務，希冀能對原住民政策的釐訂及推展，發揮整體規劃的功能，以帶動原住民發展。本節將就原民會成立後，台灣原住民相關之土地政策演變，以及是否有效改善土地問題作一回顧⁵⁷。

『山胞保留地開發管理辦法』於 1990 以行政命令方式頒布，立法目的是以保障原住民族生計、推行原住民族行政為目標，主要為保障原住民權益，安定其生活並發展經濟，兼顧原住民族整體生存空間與族群發展，與一般的公有土地性質不同，保留地兼有特殊政治及經濟目的。然而在執法不嚴之情況下，原本只能為原住民所有之保留地，非法轉租、轉讓予非原住民之情形比比皆是，保留地仍大量流失；加上原住民保留地多位於地質脆弱的敏感帶，通常禁止開發，導致原住民無法有效利用土地，經濟弱勢處境一直無法改善⁵⁸。

1980 年代，原住民不堪忍受祖居地範圍不斷限縮，以及光復後平地漢人進入山地違法使用、收買保留地導致原住民土地流失，於是發起還我土地運動。這幾次大型的原住民社會運動，引起台灣社會極大震撼，原住民族國會議員與在野勢力的結盟，甚至衍生不同於省籍情節的族群

⁵⁷ 楊鵬穎，傳統習慣、國家法與土地權：以排灣及雅美族為例，國立東華大學民族發展與社會工作學系碩士論文，100 年 7 月，頁 53。

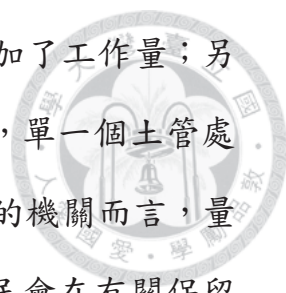
⁵⁸ 楊鵬穎，傳統習慣、國家法與土地權：以排灣及雅美族為例，國立東華大學民族發展與社會工作學系碩士論文，100 年 7 月，頁 54。



衝突，造成政府極大的政權衝擊。為消弭原住民族之不滿，政府乃針對原住民保留地面積不符生息所需之問題，陸續頒定『公有土地增編原住民保留地處理原則』、『公有土地劃編原住民保留地要點』、『補辦增劃編原住民保留地實際計畫』等行政規章，開放公有土地，進行保留地之增劃編，希望透過法定程序賦予原住民土地權利，解決紛爭。增編係針對宜農、宜林之國有土地，透過法定程序將土地所有權無償規還原住民；劃編係針對現為原住民居住使用的國有土地，透過法定程序將土地所有權無償歸還給原住民。實施增劃編以來，原住民保留地約增加 1.8 萬公頃，使現有台灣原住民保留地總面積增加至 26.5 萬餘公頃，就帳面來看，增劃編的確為原住民族爭取了權益。惟增劃編之保留地仍多屬區位不佳、交通不便，使用不易的困境仍無法解決；另一方面，增劃編計畫仍是以輔導原住民「個人」取得土地所有權，成為一種「分配」公有地的狀況，無益原住民族重建傳統領域。以上可知，公地增劃編原住民保留地僅為因應原住民還我土地運動，略為改動保留地政策，消極回應民眾訴求，足見政府的誠意不足，沒有認真想解決原住民族土地困境⁵⁹。

2005 年『原住民族基本法』公布施行，『山胞保留地開發管理辦法』亦修正為『原住民保留地開發管理辦法』，主要因應『基本法』施行後，將中央主管機關由內政部改為行政院原住民族委員會。管理原住民保留地機關的改變，原住民族土地業務交由原民會土地管理處來處理，由原住民自己管保留地，象徵部落自主向前邁進一大步。然而，原民會是否有足夠的資源承受這樣的重任？在維持原本的人員編列情況下，土

⁵⁹ 顏愛靜、楊國柱，2004；盧呂金德，2010。轉引自：楊鵬穎，傳統習慣、國家法與土地權：以排灣及雅美族為例，國立東華大學民族發展與社會工作學系碩士論文，100 年 7 月，頁 54。



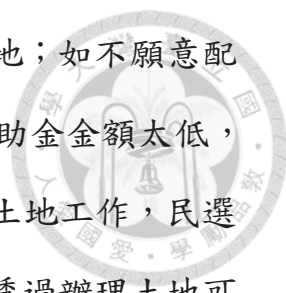
管處突然增加許多中央政策的規劃與執行業務，無疑增加了工作量；另一方面，有關原住民族土地與自然資源之業務何其繁雜，單一個土管處要負責全國原住民族土地行政業務，相較其他編制健全的機關而言，量能極為不足。雖然資源較其他單位或有不足，近年來原民會在有關保留地業務上，仍有若干成果。有關原住民保留地權利賦予方面，原住民保留地總面積現約有 26 萬餘公頃，原民會自 2005 年至 2008 年，合計編列預算一億多元，補助縣、鄉辦理權利賦予業務，完成所有權移轉登記面積約 1.8 萬餘公頃，他項權利設定面積約 9 千多公頃。但因地政業務專業性高，涉產權爭議性大，致縣、鄉辦理地政人員流動率高；此外，非原住民非法占用及原住民取得他項權利後違法轉租、轉讓、平權會抗爭等問題，致其執行成效無法達到事半功倍之效⁶⁰。

在保障原住民族土地權益方面，原民會於 2005-2008 年間，辦理漏報增劃編原住民保留地，補助各相關機關辦理複丈分割、林班地解除、土地使用分區劃定與用地編定、管理機關變更為原民會及輔導原住民設定他項權利等工作。然而，本措施常因各相關機關人力不足、鄉（鎮、市）公所人員異動頻繁、申請人無法配合會勘或其他因素而無法按既定時程完成作業，導致申請人遲遲無法獲得土地分配；亦有部分增劃編之土地地勢陡峭或位置偏遠，無法分配使用；另部分原住民使用之公有土地，位於計畫實施範圍以外，無法依計畫內容辦理增劃編⁶¹。

在合理利用原住民保留地方面，由於農牧用地面積嚴重不足，導致部分林業用地超限利用，過去針對超限利用問題，係先行輔導改正造林，

⁶⁰ 盧呂金德，2010。轉引自：楊鵬穎，傳統習慣、國家法與土地權：以排灣及雅美族為例，國立東華大學民族發展與社會工作學系碩士論文，100 年 7 月，頁 54。

⁶¹ 楊鵬穎，傳統習慣、國家法與土地權：以排灣及雅美族為例，國立東華大學民族發展與社會工作學系碩士論文，100 年 7 月，頁 55。



如不願意配合改正造林，再採用發放救助金，以收回土地；如不願意配合領取救助金交回土地者，則以訴訟收回土地。惟因救助金金額太低，民眾配合意願不高，以及由縣（市）政府處理訴訟收回土地工作，民選首長受選票壓力，大多不願配合處理。為改正此問題，透過辦理土地可利用限度查定及異議複查，以促進土地合理利用。自 1986 年起辦理原住民保留地土地可利用限度查定工作，截至目前已完成面積 22 萬餘公頃，目前尚有 3.5 萬餘公頃未完成，主因為原住民保留地大多位於山區，分布零散，對外交通不便，加上承辦人力與經費有限，使查定工作推展較為困難。由原民會近年來辦理保留地業務的狀態來看，原住民土地權益雖有進展，但幅度極小，很多懸盪已久的問題如權屬、利用、區位等，仍無法獲得解決⁶²。

另有論者認為，仿照美國、澳洲、紐西蘭以及加拿大等國以「區域」為範圍，畫定原住民族保留區亦非妥適，蓋前揭國家劃定區域範圍之大，甚至超過台灣領土之總面積十數倍，對其而言，該部落在原住民保留區內推行自治自是理所當然，而原住民普遍心態均是樂觀其成。反觀我國，無論是 50 年代的總登記，或是之後因增劃編作業完成的原住民保留地，均是以原住民個人名義針對單一土地提出申請，在特定區域內原住民保留地與非原住民保留地參雜其中，甚至不同族群之原住民可能也共同在該區域一同生活，殊難想像畫定特定區域之原住民族保留區之過程中，將又要遭遇多少抗爭以及阻礙⁶³。

⁶² 轉引自：楊鵬穎，傳統習慣、國家法與土地權：以排灣及雅美族為例，國立東華大學民族發展與社會工作學系碩士論文，100 年 7 月，頁 55。

⁶³ 盧呂金德，台灣原住民族土地所有制政策之探討，國立東華大學公共行政研究所碩士論文，99 年 1 月，頁 54。



(二) 學說上關於現有保留地制度之建議⁶⁴

有學者認為，將現有之保留地制度保留並加以改善，限制以原住民族為最小單位來取得土地權利，可透過成立部落法人之方式作為土地權利之主體。由於，土地是原住民族的生存命脈，「互利共生」、「合力共營」是其土地主要的經營模式。因為外來政權介入與漢人大量移入墾拓，原住民族之活動空間遭迫限縮在山地；另一方面，也逐漸受到現代法治所有權制度之影響。故保留地制度既係維護原住民生計、傳承族群文化與資源保育利用而設，其土地權利之性質必屬「封閉獲取的共用資源」，但由於現行保留地制度之設計有某些誘因，將使該土地共用資源將陷入過度使用或使用與所有分離危險之中，最後肇致族群文化的疏離、進而使該族群逐漸消失。並且，學者對於原住民族土地資源使用採取共有的方式，十分擔心「共有地悲劇」(The tragedy of the Commons)、「囚犯困境賽局」(Game Theory)、「集體盲思」(groupthink)的情形產生，而造成使用共用資源人不會為爭取集體的利益而合作⁶⁵。於是，學者建議：增劃編保留地係採村落共有制(總有制)⁶⁶，其土地所有權登記為所在地之

⁶⁴ 盧呂金德，台灣原住民族土地所有制政策之探討，國立東華大學公共行政研究所論文，民國99年，頁19以下。

⁶⁵ 不同見解：林淑雅，差異而不平等--原住民族產權特殊性的理解，第一屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會論文集，2010年11月，頁64。林淑雅認為泰雅族的「共有」未必發生共有悲劇，首先，泰雅族的「共有」與Hardin的「共有」定義不同，前者係指「由團體擁有資源，個別成員有進出使用之權，集體則有權利管理、移轉該資源或排除非成員的使用」，泰雅族的「共有」本身是一種透過內部管理有效降低外部性的土地產權制度。後者對於「共有」的定義則是「任何人都可以進入、取用，但無任何人或群體可以移轉或管理」的資源，則行使權利的個人很容易忽視其行動對於他人的影響，而造成公共資源的減損。其次，其他公共資源的研究學者(Elinor Ostrom)主張可以透過所有權使用者的合作來避免公共資源的過度利用，人們會發展出複雜的適應系統，已建立並改變規範來克服共有悲劇。另外，Ellickson更指出，關係密切的團體中，由於成員間長期頻繁的互動、資訊可靠、監督執行較有效率，因此關於日常事務，有能力發展出總成本較低的社會規範，此種類型的土地利用，也不易發生共有悲劇。

⁶⁶ 相同見解：蔡明誠，原住民族財產權之性質、保護方式及內容之初探，第二屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會論文集，頁49。

原住民村落所有，該村落得依現行「人民團體法」規定成立私法人性質之法人組織，以為保留地土地所有權之權利主體，而同一村落之個別原住民以部落住民資格享有保留地的使用、收益等經濟權能，但無管理處分等支配權能，其支配權能完全歸屬於該共同體。

亦有認為保留地產權共有制度對原住民族生存發展是必要且有利的，故建議由原住民族部落成員共同組成原住民族部落團體為保留地產權共有主體，原住民族部落團體並依法律規定成為法人，成為私法人的部落團體，為開發經營管理保留地，得無償取得保留地所有權。在實施方式部分，建議以漸進方式辦理，現已登記為私有的原住民保留地仍維持私有，但是長期目標仍是以成立部落團體並共有土地權利為最終目的⁶⁷。

有認為現今原住民族土地政策由法令已賦予原住民族某種程度的特殊土地權利，如限制漢人不得取得保留地所有權，反而造成了與原本政策目的相反效果的政府失靈現象。他質疑「傳統制度」對現今原住民族部落的土地資源經營管理是否仍有作用和影響？他認為要改變上述困境，必須思考如何改變產權結構，如在現有的土地制度中，增加部落共有的所有權形式⁶⁸。

除了上開主張保留地制度改以共用方式處理所有權之見解，也有研究指出，清朝對於私有財產的起源，大多採取「時效說及效用說」的理論，與我國民法對於不動產所有權係基於「時效取得」之觀點具有一致性。是該研究認為，如該傳統領域土地權目前仍屬於公有土地，且迄今

⁶⁷ 林國演，台灣地區原住民保留地產權共有制度建構之研究，逢甲大學，土地管理學系碩士在職專班，2002年7月，頁81以下。

⁶⁸ 官大偉，原住民保留地共有制施行基礎--公共資源自治治理模式的研究：以新竹尖石鄉個案為例，國立政治大學民族系碩士班論文，2002。

原住民族仍在「繼續占用土地」，政府應考量依法定程序，歸還給原住民或原住民族所有⁶⁹。

值得注意者係，有研究整理了自荷蘭時期以來統治台灣的政權所採取如何原住民族的土地政策，其歸納後認為：荷蘭時期對待原住民族最為平等，荷蘭統治者採取雙方談判、簽立條約等方式取得原住民族土地；西班牙與鄭成功時期則缺乏資料供研究；清朝時期，則視原住民族中之熟蕃為其子民，生蕃地則為化外之地。日治時期對熟蕃與生蕃所採取的政策與法令殊異，其對熟蕃地採行之政策，為確定熟蕃地之業主權，使熟蕃地土地關係單純，以便統治者掌握地籍與便利徵收稅金。至於業主權之認定標準，可分為土地調查⁷⁰與林野調查⁷¹探討之。該研究認為，依據土地調查與林野調查資料分析，日本政府之政策皆朝向使土地關係簡化為一地一業主之關係，也就是說，台灣總督府改變了改變了自清朝以來「蕃大租戶小租戶」之蕃地利用關係，向西方所有權化邁進，失去其特殊性。對於生蕃，日本政府認為其並非適用法律之主體，因此其認為生蕃地為國有地、為特別行政區域，關於生蕃土地關係採取圍堵與消極放任政策，以避免生蕃反彈或產生族群問題⁷²。

國民政府時期延續日治時期視蕃人所要地為國有地之看法，但其承認生蕃有法律上之人格，並非野獸，與日治時期之看法不同，臺灣省行政長官公署時期對於山地土地關係並未制定法律，依法令第 36283 號之

⁶⁹ 楊鴻謙，清代台灣南部西拉雅族番社地權制度變遷之研究--以鳳山八社領域為範圍，政治大學地政學系博士論文，2003。

⁷⁰ 係依據《台灣私法》、《臨時臺灣土地調查局第一、二、三回事業報告書》所分析之。

⁷¹ 係依據《臺灣林野調查報告》和《臺灣官有林野整理事業報告書》之計載。

⁷² 林佳陵，論關於台灣原住民土地之統治政策與法令，臺灣大學法律研究所碩士論文，1996，頁 111 以下。

規定，依慣例解決其土地關係⁷³。惟該研究表示，國民政府頒布該命令之後是否確有至個部落進行舊慣調查，已不可考；此外，當時政府為何會頒布此項命令之原因，亦無從考究，甚為可惜。



(三) 自治區模式的可行性⁷⁴

將如下一章中所說明者，在外國法對於原住民土地權利之承認上，由於加拿大法院實務肯認原住民族傳統土地權利之基礎有普通法(Common Law)、先占(Prior Occupation)以及原住民族法律與習慣(Aboriginal Customs)等三種；在權利性質上，加拿大最高法院也將原住民族傳統土地權利以及國家主權之概念做了清楚地分離。因此，加拿大的原住民自治區模式，也值得參考。

加拿大皇家原住民族委員會的自治模式，有「民族政府」(Nation Government)、「公共政府」(Public Government)、「社區政府」(Community Government)三種類型，其中自治權限最廣的係民族政府模式，依序減低其自治之程度⁷⁵。加拿大原住民族其中一支依努特族在 1986 年開始與加拿大政府進行談判，於 15 年後以條件交換與政府簽定「土地歸還協定」(Nunavut Land Claims Agreement)，用土地換取自治，取得「公共政府」型態之自治權。1993 年，該自治政府通過 Nunavut 法，架構自治政府之行政、立法以及司法三權。惟有論者對此自治模式感到憂心⁷⁶，特別指出法律衝突之隱憂、外地人口增加後自治區依努特族人投票的優勢

⁷³ 林佳陵，論關於台灣原住民土地之統治政策與法令，臺灣大學法律研究所碩士論文，1996，頁 82 以下。

⁷⁴ 施正鋒，加拿大 Inuit 原住民族的自治政府，加拿大原住民族自治協定，2012 年 2 月，頁 139。

⁷⁵ 施正鋒，加拿大 Inuit 原住民族的自治政府，加拿大原住民族自治協定，2012 年 2 月，頁 143。

⁷⁶ 施正鋒，原住民族自治區定位之研究政策建議書，行政院研擬發展考核委員會委託研究，2008 年 12 月，頁 11-12。

性將不復存在、加拿大國會對於自治區之法律仍有決定其存廢之主導權，以及土地歸還與加拿大政府之後，換取得自治權利益是否對等？均值得再三仔細思量成立自治區之妥適性。



(四) 成立原住民族專業法庭

有學者建議基於原住民族相關法制之複雜背景、原住民族長期處於社會之弱勢地位，以及為求司法判決一致性見解等考量⁷⁷，在我國立法尚未完備之前得以設置原住民族專業法庭，專為處理涉及原住民族之刑事以及民事事件，並以紐西蘭設置毛利土地法院作為說明。

毛利土地法院最初設置目的係歐洲人為方便釐清當地毛利人之土地權利歸屬，在 19 世紀初以行政管理效率為由，成立「原住民土地法院」，針對毛利土地界定與調查、土地之行政管理(登記)與土地利用監督等行政事項為該法院主要業務範圍⁷⁸。

然而，1993 年毛利法(Te Ture Whenua Maori Act 1993, New Zealand)第 17 條明文規定毛利法院之設置目的為：

- 「(a) 保留毛利人所有之毛利土地與一般土地。
- (b) 有效利用、管理與發展毛利人所有之毛利土地與一般土地。
- (c) 終結或協助解決土地所有權人間有關土地之紛爭。
- (d) 保護壓倒性多數下的少數者的土地利益，並保護少數人缺乏理性下

⁷⁷ 王泰升，原住民保留地土地專屬法庭設置研究，行政院原住民族委員會，民國 92 年 5 月，頁 93-94。這點最近也已經被司法院採納落實，司法院已自 2013 年 1 月 1 日起選定桃園、新竹、苗栗、南投、嘉義、高雄、屏東、台東、花蓮等 9 所地方法院為原住民族專業法庭，以保障原住民司法權益。

⁷⁸ 王泰升，原住民保留地土地專屬法庭設置研究，行政院原住民族委員會，民國 92 年 5 月，頁 75。

的多數者利益。

(e) 確保公平地處置土地上的多數所有權問題。

(f) 促進有關土地利用或管理問題之實際解決方案。」



毛利土地法院在司法制度上屬於獨立於普通法院之外、完整的二審制，並在符合一定條件下得上訴至英國樞密院或高等法院⁷⁹(High Court)。在法律適用上，立法者所通過之制定法自為適用之客體之一，法院判決中所呈現之判決先例(亦即普通法)，也是毛利土地法院審判時之依據。其中，判決先例又是毛利土地法院承認毛利習慣之重要法源基礎，例如毛利族認為土地權利具有「不可讓與」之特性，以透過判決先例加以確認作為毛利族之習慣法⁸⁰。

紐西蘭與澳洲源自相同之背景，均係為方便行政管理而成立原住民族專業法庭，縱然於 1993 年已制定法加以保障原住民族之土地權利與確保該專業法庭之運作，澳洲學者仍對於該專業法庭之運作提出質疑，學者憂心該法庭之運作過於強調將「原住民族之習慣」納入既有法制之框架，採取以現行規範「承認」(acknowledgement)權利態樣之概念，而使本來原住民族習慣之真意遭到扭曲，根本性地誤用了當初承認原住民族習慣之判決先例⁸¹。

⁷⁹ 編按：中文字面上為「高等」，實則為紐西蘭司法審級中最後一個救濟手段，相當於我國之大法官會議制度。

⁸⁰ 王泰升，原住民保留地土地專屬法庭設置研究，行政院原住民族委員會，民國 92 年 5 月，頁 82-83。

⁸¹ McHugh, P. G., *Doctrinal Pathways in Canada and Australia--The Devil in the Detail of Maturing Jurisprudence, Aboriginal Title: The Modern Jurisprudence of Tribal Land Rights*, Oxford Scholarship Online, 2011, p.18.

第三節 小結

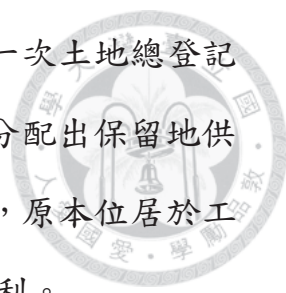


目前學說上對於原住民族土地權利之保護，皆著眼於憲法基本權利中原住民族權利之有無，或是單純批評現行紊亂的法治而主張應制定一套為原住民族量身打造之法律，或搭在現有保留地之制度上重新處理原住民族土地問題等，似均不足以使原住民土地權利在土地糾紛的相關訴訟進行中，主張其享有權利而受到保障。若不採取尋求民族自決的方式，似又完全被國家法制的框架所侷限，因為未登記的土地概屬國有的大旗一旦揮出，原住民族始終只能被法院一再地駁回，而法院縱使有心想要為原住民族土地權利作出較為有利的解釋，也會礙於現行法律之規定，必須依法作出判決，即便原住民族引用了外國立法例或是極為有力之外國學說，充其量也只是外國法，在立法機關採納之前，法院仍然沒有逕行適用外國法的空間。

臺灣早期舊慣縱曾經採用意思一致即生不動產物權變動之習慣，由於所有權西方化以及受日本政府殖民之緣故⁸²，也逐漸被現代登記制度所取代，並且，舊有之物權內容也因日本受西化影響之日耳曼所有權概念所同化⁸³。因此，不動產所有權登記制度乃現今中華民國不動產權利變動重要要件之一，除意思表示須一致之外，當事人尚須透過登記對外發生權利變動之效力，以維護經濟秩序上之交易安全。然而，日本政府忽略原住民族為「人」之本質，不僅未針對原住民族之土地舊慣進行調查，甚至認為原住民族為「野獸」，不受日本政府之保障，其所占有之土地乃「無人之山林」，因此，山林田野即當然收歸日本政府所有。承

⁸² 李志殷，土地登記制度變遷之研究，政治大學，法學院碩士在職專班，2010年，頁55。

⁸³ 李志殷，土地登記制度變遷之研究，政治大學，法學院碩士在職專班，2010年，頁58。



繼政權之中華民國政府也未清查原住民族之舊慣，在第一次土地總登記時，大刀闊斧地將原住民所在之山林田野劃歸國有，再分配出保留地供原住民族使用。令人好奇的是，登記制度在權利變動中，原本位居於工具性、輔助性之角色，並不因「登記」本身產生任何權利。

接下來第三章本文將針對外國法以及相關學說理論進行介紹，討論重點主要放在「不動產占有制度」、「不動產權利取得」、「不同主權更迭時與人民既有私有財產之關係」，以及最重要的，在不同主權接觸時，原有地區已然形成的法律制度或該地區特別的財產觀念是否即**當然地被消滅**，以便在第四章將視角拉回我國新修正的物權法結合二者在習慣法物權的要件上，試圖提供一個法律依據給原住民族以主張土地權利。

第三章 外國實務判決與學說理論之借鑑



第一節 序說：參考哪一國之立法例為妥適？

我國目前討論原住民族議題之眾多學說，有引進美國、澳洲、紐西蘭、加拿大、日本甚至菲律賓，各學說均就各種可能解決原住民議題之方法進行翻譯、介紹，本文於撰寫之初，對於眾多的介紹文獻在相同議題上為何有如此差異之作法甚感不解，遂深入探討各國對於原住民族處理之態度以及立場，經研究後始發現各國在處理此類議題，即使使用之方式類同，但立場以及態度實有根本上之不同。

第一目 美國

美國在 19 世紀初 Johnson v. McIntosh 案中⁸⁴，主筆大法官 Marshall 有條件地承認原住民族土地權利⁸⁵，該案中闡釋了著名的「發現原則」(Discovery Doctrine)以及「征服原則」(Conquest Principle)，前者係指發現者取得優於其他歐洲殖民者之土地權利，為此權利僅係占有使用之權利，土地所有權仍屬於主權征服者之美國政府；後者係指透過武力或強制行為取得土地，性質上屬於完整之所有權⁸⁶。因此，在美國法所承認之原住民族土地權利，不單純僅係財產權之性質，而有將國家主權概念包含在內之意，職是之故，印第安民族在其領域仍保有一定程度之民

⁸⁴ Johnson v. McIntosh 21 US (8 Wheat) 543 (1823).

⁸⁵ McNeil, *Judicial Treatment of Indigenous Land Rights in the Common Law World*, Oxford Hart Publishing, 2009, pp. 8-9.

⁸⁶ 蔡志偉編，*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與解說*，行政院原住民族委員會，100 年 10 月出版，頁 20。

族主權，而在美國境內形成一種「內國獨立國」(domestic dependent nations)之狀態⁸⁷。此認定方式仍延續至今，並且對於印地安民族造成深遠且不利之影響，1955年之 Tee-Hit-Ton Indians v. United States 案，最高法院認為原住民土地權利並非由美國立法或行政上所肯認，因此，其僅係一種對於土地之占有使用利益，故當國家對該土地進行徵收時，原住民族無法依據憲法第五次增修案對政府請求金錢補償；主筆大法官更明白表示，該族主張之土地權利事實上在性質上國家主權意味較財產權之意味更為濃厚⁸⁸。

第二目 澳洲與紐西蘭

澳洲與紐西蘭在認定原住民族土地權利時一開始採取了包容且多元的態度，澳洲法院在 1992 年的判決 Mabo v. Queensland [No. 2] 中明確肯定以原住民族之法律與習慣做為土地權利之權源基礎⁸⁹，並且，該判決揭示了一項重要的原則：「繼續性原則」(The Doctrine of Continuity)，主張原住民族土地權利之族群必須證明以下之要件：(1)具有可是別之社群或群體存在；(2)該社群或群體係依據傳統法律與習慣型塑該族群與特定土地之緊密連結與占有；(3)前項之連結關係至今仍持續、實質地存在⁹⁰。該判決之後，澳洲國會在 1993 年制定通過原住民族土地權利法案(the Native Title Act 1993)。

不過，澳洲在原住民族土地權利議題上，自 Mabo No. 2 之後卻產生

⁸⁷ McNeil, *Judicial Treatment of Indigenous Land Rights in the Common Law World*, Oxford Hart Publishing, 2009, p. 10.

⁸⁸ Tee-Hit-Ton Indians v. United States 348 US 272(1955), n. 84, p. 279.

⁸⁹ Mabo v. Queensland [No. 2] 1992, n. 11, p. 217.

⁹⁰ 蔡志偉編，*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與解說*，行政院原住民族委員會，100年10月出版，頁107。

了相當大的變化，法院在認定原住民族土地權利有無時，必須先檢視該族是否在英國主權確立時即具有土地規範以及習慣，如無法證明之，則法院無法確認此原住民族土地權利存在⁹¹。最高法院甚至無差別地將該繼續性原則套用在所有的原住民族權利案件上，在事實上產生了淘汰性地篩選作用 (selective elimination)，降低了原住民族成功主張權利之機會⁹²。

澳洲法在名稱上，多以 Native Title 稱之，在定義上，須符合以下要件：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。澳洲的發展上，不論是法院系統或是國家立法方向，均已肯認並保障所謂原住民族傳統土地權利之概念。並且，原住民族傳統土地權利係一項普通法上所確立之原則，目的在肯認並保障那些原生自原住民族本身傳統規範與法律體系，而其權利與利益之範圍在於，渠等原住民族過去享有主權、利益之土地上，且延續至今的權利主張。因此，有論者認為，澳洲的普通法原則所肯認的原住民族傳統土地權利，其核心價值在於建構原住民族法律作為澳洲法體系之新興主權⁹³。其更進一步指出，原住民族傳統領域權利應係指所有依據原住民族傳統法律和習慣，本其傳統文化自主、自治與自決的原則，據以主張的所有人類活動而言。在有關土地權利主張上，這

⁹¹ Western Australia v. Ward (2002) 213 CLR 1, para. 382.

⁹² McNeil, *Judicial Treatment of Indigenous Land Rights in the Common Law World*, Oxford Hart Publishing, 2009, p. 19.

⁹³ 蔡志偉，以文化脈絡回應司法論述：澳洲與我國有關傳統領域權的判決比較，第二屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會，頁 331-332。進一步闡釋：蔡志偉，初探現行法制下台灣原住民族狩獵與採集權利的意涵，第一屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會，頁 227，「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、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。」

些權利通常被稱為原住民族傳統土地權利，該權利包括使用、近用、所有權，但不以此為限。



第三目 加拿大

加拿大法院實務肯認原住民族傳統土地權利之基礎有普通法(Common Law)、先占(Prior Occupation)以及原住民族法律與習慣(Aboriginal Customs)等三種，學說尚有主張其他權源基礎。在權利性質上，加拿大最高法院也將原住民族傳統土地權利以及國家主權之概念做了清楚地分離⁹⁴。並且，加拿大法院將原住民族視為是加拿大內國之人民，提供法律上之保障，對外維持國家主權單一性，對內將原住民族提升至「類國家主權」之地位⁹⁵。

是以，本文認為，基於本文希望將原住民的土地權利仍然納入成為內國法秩序的一部分提供法律保障，在維持單一國家主權的架構下證立原住民族傳統土地權利作為民法物權習慣法之內涵，因此，相對應而言，加拿大之立法例最值得我國引以借鏡作為論證之養分。也因此，本章在外國法的介紹上將僅選擇加拿大作為本文之外國立法例進行詳細之介紹。

又，從原住民族與加拿大國家間存在之特殊憲法關係來論說，此項獨特憲法關係的存在，實為原住民族自治權在加拿大憲法架構下論說的基礎。前文論述中，本文認為此項原住民族自治權的固有權性質，透過皇家原住民族委員會的調查報告，已然獲得廣泛充足的論證與支持。此

⁹⁴ McNeil, *Judicial Treatment of Indigenous Land Rights in the Common Law World*, Oxford Hart Publishing, 2009, p. 10.

⁹⁵ 蔡志偉，加拿大原住民族自治權的法制架構與發展，臺灣國際研究季刊，第7卷，第1期，2011，頁25-26。

外，Patrick Macklem 亦從原住民族所具有之憲法地位特殊性，由文化多樣性 (Cultural Diversity)、原住民族先占權之事實 (Aboriginal Prior Occupancy)、少數族群文化的保存 (Preservation of Minority Culture) 三方面，論證原住民族與加拿大國家存在之獨特憲法關係，強調憲法對於原住民族憲法特殊地位性質所提供之保障⁹⁶。

加拿大原住民族自治權的權利內容是建構在政府的實踐態度與協商原則，據此所發展出依據原住民族主體意願及發展環境需要，而提供了許多彈性的政治安排與設計。但其規劃上有一個最低的底線：在維持國家對外主權的統一下，保障國家內部政治制度安排的多樣性。加拿大政府的實踐態度是有歷史性與文化性的檢討為基礎，首先確認原住民族自治確實屬於 1982 年憲法第 35 條所提出現存的 (existing) 原住民族權利，使得此項權利提升到「類國家主權」的位階而不超過國家主權的地位，其自治權利的內容即定位在憲政架構及層級之上。這樣的主體地位確認過程是到 1996 年左右才被普遍接受，而在協商的過程也重新檢視自治權利賦予及轉移的過程是需要依據原住民族主體的環境現況及自由意願來提供彈性的權利內容。同時，政府在思考處理原住民族土地主張與自治要求的先後安排，確認自治的建立是優先（或同時）與土地主張進行處理。在這樣的態度上，政府對於現有存在的條約、協議、土地主張等還是承認並維持。而在依據原住民族自主意願進行協商的過程，重新協商出「最終協定」與「自治協定」。而此協定的權利內涵，包含了傳統領域土地權、自然資源共同管理權利，其中也協商自然資源共管

⁹⁶ 蔡志偉，加拿大原住民族自治權的法制架構與發展，臺灣國際研究季刊，第 7 卷，第 1 期，2011，頁 25-26。

架構及組織⁹⁷。

在進入加拿大最高法院判決介紹之前，應先對加拿大原住民概況說明者係：加拿大總人口數為 3100 多萬人，其中有百分之三為原住民族，而又以印第安原住民族為主要之族群，印第安原住民族又因其地域、語言分作 608 個不同的社群(band)，分布在加拿大境內 2370 個印第安保留區中⁹⁸。

⁹⁷ 蔡志偉，加拿大原住民族自治權的法制架構與發展，臺灣國際研究季刊，第 7 卷，第 1 期，2011，頁 29-30。

⁹⁸ 石忠山，肯認政治之實踐--『史倍若案』與加拿大原住民族之權利保障，臺灣原住民族研究學報，第 1 卷，第 2 期，2011 年，頁 63-64。

第二節 加拿大實務判決



第一項 在同一主權之前提下肯認原住民族傳統土地權利

1. R. v. Sparrow (1990)⁹⁹

(一) 爭點

漁業法第 61 條第 1 項之規定，限制使用以食用為目的取得捕魚執照者，其所使用之捕魚網長度必須受到該主管機關之限制，該限制是否違反 1982 年之憲法增修條文第 35 條第 1 項保障原住民族權例之規定而違憲？

(二) 違反法條

漁業法第 61 條第 1 項之規定，限制使用以食用為目的取得捕魚執照者，其所使用之捕魚網長度必須受到該主管機關之限制。

(三) 事實

1984 年 5 月 26 日，印第安原住民族 Musqueam(馬斯昆)社成員 Ronald Edward Sparrow，被控違反漁業法第 61 條第 1 項(Sec. 1 Art. 61, Fisheries Act)，係因該原住民於捕魚時使用長度超過規定 25 呎(1 公尺 83 公分)之漁網¹⁰⁰。

(四) 法院判決

⁹⁹ 石忠山，肯認政治之實踐--『史倍若案』與加拿大原住民族之權利保障，臺灣原住民族研究學報，第 1 卷，第 2 期，2011 年，頁 74。

¹⁰⁰ 下級審判決中檢察官表示，該規定對於魚網長度之限制係根據調查每一為瑪斯昆族原住民每年平均食用鮭魚之數量以及平均分配在每天捕獵的數量，加以計算所得出。R. v. Sparrow [1990] 1 S.C.R. 1075, p. 1083.

首先，主筆大法官先探究憲法增修條文第 35 條第 1 項中「existing」之意義¹⁰¹，該條文所稱之「既存」權利，係指於 1982 年該增修條文生效時，即已存在之原住民族權利¹⁰²，而此處之既存之概念，又特別強調必須是未經消滅的原住民族權利¹⁰³，而該行為在時代變遷下可允許其合理地進化以現代之方式從事之¹⁰⁴。主筆大法官根據人類學之證據認定，馬斯昆族獵捕鮭魚之行為係該族獨特文化不可或缺之行為，捕獵鮭魚不僅僅係為了日常生活實用所必須(subsistence purpose)，在宗教儀式或社會活動上亦有其需求¹⁰⁵；並且，從政府制定該區域捕獵漁獲之歷史觀之，至少馬斯昆族已經從事漁獵行為長達上百年¹⁰⁶，且迄今仍繼續存續之。據此，主筆大法官認為馬斯昆族仍存有在該區域漁獵之原住民族權利。其次，最高法院就該漁業規則對於漁網長度之限制，有無與憲法增修條文之規定相違背進行審查¹⁰⁷。最高法院認為下級審並未查明何以立法者以每一位瑪斯昆族原住民每年最多食用 100 條鮭魚為上限之依據，而該依據有與系爭魚網長度限制之規範有如何之關聯，因此廢棄下級審之判決，發回更審。

2. R. v. Van der Peet (1996)

(一) 爭點

被告原住民主張期享有一項以魚貨交換金錢或其他物品的原住民族

¹⁰¹ R. v. Sparrow [1990] 1 S.C.R. 1075, p. 1091.

¹⁰² 石忠山，肯認政治之實踐--『史倍若案』與加拿大原住民族之權利保障，臺灣原住民族研究學報，第 1 卷，第 2 期，2011 年，頁 77。

¹⁰³ R. v. Sparrow [1990] 1 S.C.R. 1075, para. b, p. 1092.

¹⁰⁴ R. v. Sparrow [1990] 1 S.C.R. 1075, para. h, p. 1094.

¹⁰⁵ R. v. Sparrow [1990] 1 S.C.R. 1075, para. h, p. 1099.

¹⁰⁶ R. v. Sparrow [1990] 1 S.C.R. 1075, para. c, p. 1100.

¹⁰⁷ R. v. Sparrow [1990] 1 S.C.R. 1075, para. a, p. 1120.

權利，而非以營利為目的進行魚貨販賣的權利，因此，以魚貨交換金錢或其他物品的行為，是否屬於形塑被告印地安部族具體獨特整體文化之一部，且在歐洲殖民者到來之前即已存在，即屬本件法院認定之重點¹⁰⁸。

(二)違反法條

被告遭起訴違反英屬哥倫比亞省漁業規則第 27 條第 5 項¹⁰⁹，而被告主張系爭規定違反 1982 年憲法第 35 條¹¹⁰提起上訴。

(三)事實

被告原住民族持有印地安食用捕魚證，於 1987 年 9 月 11 日捕獲 10 條鮭魚，由被告妻拿到市場販賣，遭起訴違反英屬哥倫比亞省漁業規則第 27 條第 5 項。

(四)法院判決

1. 主筆大法官認為，本案的重點在於加拿大 1982 年憲法增修條文第 35 條第 1 項，該條文中所肯認保障之原住民族權利究竟應如何認定之¹¹¹？

首先，主筆大法官認為，必須先就憲法第 35 條第 1 項之規範目的作探討(purposive approach)，藉由美國以及澳洲的相關判決為基礎，他認為，要構成該條項所保障之原住民族權利，須滿足以下之前提要件(1)該土地在歐洲移民接觸北美洲之前，已由該特定原住民族族群所占有；

¹⁰⁸ 蔡志偉編，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與解說，行政院原住民族委員會，100 年 10 月出版，頁 280。

¹⁰⁹ s. 27(5) of the British Columbia Fishery (General) Regulations, SOR/84-248, "No person shall sell, barter or offer to sell or barter any fish caught under the authority of an Indian food fish license." 取得印第安食用捕魚證者，不得販賣、交易或供他人販賣或交易其所捕獲之漁獲。

¹¹⁰ s. 35(1) the Constitution Act, 1982, "The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed." 原住民族之權利與簽約所獲得之權利應受承認及保障。

¹¹¹ R v. Van der Peet [1996] 2S.C.R., p. 526, Rn. 1.

(2)關於先占(prior occupation)的方式，必須與歐洲移民在加拿大領土宣示主權之占有方式一致¹¹²。

接著，主筆大法官進一步說明適用憲法第 35 條第 1 項時，判斷系爭行為是否足以構成原住民族權利之標準，他延續 Sparrow¹¹³案中，對於原住民族權利認定的判斷標準：該行為必須是構成該原住民族獨特文化所不可或缺之行為、習俗或傳統，始足以主張該行為乃憲法第 35 條第 1 項所保障之原住民族權利¹¹⁴。

2. 獨特文化不可或缺標準(integral to a distinctive culture test)有以下十個更細緻化的要素：

(1)法院必須同時考量原住民族群本身之觀點¹¹⁵(aboriginal perspective while at the same time taking into account the perspective of the common law)；

(2)法院應確定原住民族主張之權利性質¹¹⁶；

(3)該不可或缺之行為、習慣、風俗或傳統，必須是構成該原住民族社會之核心¹¹⁷；

「作為不可或缺的部分，習慣、風俗或傳統必須對於原住民族社會具有核心重要性，亦即必須足以使得該社會之文化具備獨特性(差異性)。因此，屬於所有社會共通之事項(如為生存而吃)或社會中的偶發事項均不屬之。」其次，「作為原住民族權利淵源之習慣、風俗或傳統必須在與

¹¹² R v. Van der Peet [1996] 2S.C.R., p. 547-548, Rn. 43.

¹¹³ 參見前述第 1 個案例之介紹。

¹¹⁴ R v. Van der Peet [1996] 2S.C.R., p. 549, Rn. 46.

¹¹⁵ 雅柏魁詠·博伊哲努，凡德皮三部曲--原住民族傳統習慣與原住民族權利，臺灣原住民族研究學報，第 1 卷第 2 期，2011，頁 123。

¹¹⁶ R v. Van der Peet [1996] 2S.C.R., p. 551, Rn. 51.

¹¹⁷ R v. Van der Peet [1996] 2S.C.R., p. 553, Rn. 55.

歐洲人接觸前即存在，不能僅是歐洲社會影響的結果，並延續迄今，且延續並非凍結權利。」再則，「以現代形式從事傳統目的行為(比如以槍之狩獵)，並不影響該行為作為實踐習慣、風俗或傳統之本質。」

(4)構成原住民族權利之行為、習俗及傳統，指的是從接觸歐洲移民時期之前(prior to contact)¹¹⁸及延續至今的行為、不能是受到歐洲移民影響之結果；主筆大法官強調，他並非要求原住民族必須提出一個完整的延續性證明，若有部分時空間斷仍然是可以被允許的¹¹⁹，只要能夠證明該行為之起源即已足。

(5)法院在認定事實時，應考量原住民族於主張權利時所可能遭遇之困境；

(6)原住民族權利主張須具有特定具體之特色；

也就是說，原住民族權利並不是一個普遍性的權利，該權利的範疇與內涵必須要依個案認定，某個特定行為在特定族群可能會被認定是原住民族權利，在另一個族群則不盡然會一樣被認為是原住民族權利，其他族群也必須要提出足夠的證明，才能使該特定行為在其他族群中也被認定是原住民族權利。

(7)構成原住民族權利之行為、習俗傳統必須本身具有獨立重要性；

(8)此處所稱之獨特(distinctive)，不一定要是獨一無二的(distinct or unique)；

(9)如果有跡象顯示，該行為之所以獨特係因為受到歐洲移民之影響時，才有需要考量歐洲移民文化之影響；

¹¹⁸ 有論者譯為：「前接觸時期」，雅柏魁詠·博伊哲努，凡德皮三部曲--原住民族傳統習慣與原住民族權利，臺灣原住民族研究學報，第1卷第2期，2011，頁124。

¹¹⁹ R v. Van der Peet [1996] 2S.C.R., p. 557, Rn. 65.

(10)原住民族與土地的關係以及原住民族社會與文化的獨特性都必須同時被考量。原住民族傳統土地權利乃原住民族權利下的一個子權利，二者雖然有一定程度的關聯性，但不應該相互混淆。



3. 本案涵攝

在上述的要件基礎上，法院進一步追問：在與歐洲人接觸以前，斯托羅族是否有構成其獨特文化之不可或缺的販賣漁獲的習慣、風俗或傳統？結果法院認為被告並未提出相關的證明，從而維持上訴法院的有罪判決。

3. R. v. Adams(1996)¹²⁰

(一)爭點

本件原住民認為其享有於特定區域(足以呈現該部族獨特文化特性之地點)從事漁獵行為之權利，因此，主張該部族對於對於此特定地點享有原住民族傳統土地權利，以及在該特定地點享有原住民族漁獵權利。

(二)違反法條

本件原住民遭起訴違反魁北克省漁業規則第4條第1項，而原住民主張系爭規定違反1982年憲法第35條提起上訴。

(三)事實

Adams 為居住於 St.Regis 保留區之莫霍克族原住民，本件原住民在聖法蘭西斯湖進行漁獵行為，由於沒有申請非商業性之自用漁獵特別許可，因此遭起訴違反魁北克省漁業規則第4條第1項。

¹²⁰ 蔡志偉編，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與解說，行政院原住民族委員會，100年10月出版，頁288。

(四)法院判決

1. 主筆大法官認為，本案最核心的問題即在於，「究竟原住民族從事漁業活動的權利是否必然需基於原住民族傳統土地權利而為訴求。」也就是說，本案必須審議「是否任何原住民族基本權利爭議，都必須溯源至原住民族傳統土地權」，還是說，「原住民族傳統土地權僅係大範疇之原住民族基本權利下之其中一項內涵，因此漁獵權和其他原住民族權利能夠獨立於原住民族傳統土地權利而存在。」而關於此一爭議，最高法院在 Van der Peet 一案中的判決，已表示後者才是原住民族權利與原住民族傳統土地權之關係¹²¹。

2. 主筆大法官一開始即深入分析原住民族傳統土地權利以及原住民族權利之關係，他延續關於原住民族傳統土地權利在 Van der Peet 案中的認定，認為此傳統土地權利係原住民族權利之子權利之一，因此主張傳統土地權利以外之原住民族權利時，不需要以具有傳統土地權利下為前提¹²²。主筆大法官認為，將傳統土地權利與原住民族權利之認定關係做切割，係基於某些原住民族仍然具有游牧之特色，並且，在接觸歐洲移民之前以及之後，部分原住民族仍在繼續遷移他們的居住地，而本件莫霍克族正是如此。因此，**即便是該原住民族對於該土地不存在傳統土地權的情況，只要該項權利能符合在 Van der Peet 案中有關「獨特文化不可或缺」之原則，即得以主張享有原住民族權利**¹²³。

接著，主筆大法官認為本件莫霍克族主張在法蘭西斯湖以自行食用為目的進行漁獵之行為，符合「獨特文化不可或缺」原則。

¹²¹ R v. Adams [1996] 3 S.C.R., p. 107-108, para. 3.

¹²² R v. Adams [1996] 3 S.C.R., p. 117-118, para. 26.

¹²³ R v. Adams [1996] 3 S.C.R., p. 119, para. 30.

(1)就確認主張權利者之權利內涵部分(也就是 Van der Peet 案十項審查要素的第二點)，主筆大法官首先採用專家證人之證詞，證實印第安人習慣於夏季捕獵魚獲以做為冬季之糧食，而本件也沒有其他證據顯示，被告原住民係為了供自己食用以外之目的於法蘭西斯湖進行漁獵；其次，本件被告原住民由於未依魁北克省漁業規則第 5 條第 9 項申請漁獵執照遭到起訴，該條文的範疇已經達到限制、甚至禁止原住民族行使以食用為目的之漁獵權。並且，於事實審的法院中，所有證據均指出該漁獵行為，乃棲息於法蘭西斯湖附近之莫霍克族長久以來之慣行¹²⁴。

(2)接著，主筆大法官審視構成原住民族權利之行為、習俗及傳統，指的是從接觸歐洲移民時期之前(prior to contact)的行為，也就是 Van der Peet 案十項審查要素的第四點，主筆大法官在此認為：只要能證明在接觸時點(at the point of contact)，該族群有以食用為目的之漁獵行為，且該行為對於部族的文化存續有重要意義，即可推知在接觸歐洲移民之前(prior to contact)該行為屬於對該部族文化存續有重要意義之行為¹²⁵。

主筆大法官以在原住民專庭中原被告雙方分別傳喚的兩位專家證人 Dr. Bruce Trigger 以及 Dr. Renald Parent 之證詞，說明其論述之依據。依照 Trigger 的研究，他認為在 1603 年法屬加拿大總督尚普蘭(Samuel de Champlain)抵達時，聖法蘭西斯湖上游的聖勞倫斯河峽谷已由易洛魁人(the Iroquois)以及部分的莫霍克族所占領¹²⁶；然而，另一位專家證人 Parent 的研究卻指出，聖法蘭西斯湖上游之聖勞倫斯河峽谷區域，在尚普蘭抵達加拿大時，屬於當時莫霍克族、勞倫鐵聯盟(Laurentian Coalition)

¹²⁴ R v. Adams [1996] 3 S.C.R., p. 123, para. 36.

¹²⁵ R v. Adams [1996] 3 S.C.R., p. 128, para. 46.

¹²⁶ R v. Adams [1996] 3 S.C.R., p. 126, para. 41.

及各個原住民族之間戰爭的戰場，並非由特定族群所控制¹²⁷。從前開專家證人之證詞中，主筆大法官認為，到底在 1603 年接觸歐洲移民之前是由哪一個族群占據聖勞倫斯峽谷並不是那麼明確，也不是每一個原住民族都能提出相當充足之證據，但是，可以確定的是，在與歐洲移民接觸的那個時點(at the point of contact)，莫霍克族均有在該領域出沒，無論是莫霍克族取得對於該地區的控制或是僅因為戰爭的需要通過該區域，莫霍克族均仰賴聖勞倫斯河峽谷以及聖法蘭西斯湖中的漁獲為生¹²⁸。

3. 接著法院必須考量，該原住民族漁獵權是否已消滅(Extinguishment)? 法院必須檢視在 1982 年以前，該原住民族漁獲權是否已經消滅，在最高法院審理 Sparrow 案時表示，英國皇室必須以**清楚而明確的(clear and plain intention)消滅原住民族權利之意圖**，該原住民族權利才有可能被消滅。對此，英國皇室必須提出兩項事證：(1)漁業活動區域於 1845 年因為規劃作為運河之一部而被徵收；(2)1888 年莫霍克族與英國皇室簽訂一項讓與協定，將漁業活動附近區域之土地讓與給英國皇室，並獲得金錢補償¹²⁹。

主筆大法官認為，雖然以上事件足以顯示英國皇室以「**清楚而明確的意圖**」，消滅存在於漁業活動區域附近土地的「原住民族土地權」(title to the lands)，但是卻不能等同於國家以「**清楚而明確的意圖**」消滅原住民族在該區域為日常生活食用而從事漁獵的「原住民族漁獵權」(right to fish for food)。因為，對於土地所享有之傳統土地權，係有別於在該土

¹²⁷ R v. Adams [1996] 3 S.C.R., p. 127, para. 42.

¹²⁸ R v. Adams [1996] 3 S.C.R., p. 128, para. 45.

¹²⁹ R v. Adams [1996] 3 S.C.R., p. 129-130, para. 48.

地鄰接之水域內進行漁獵之權利。」是則，土地之讓與和漁獵權的消滅，並不能等同視之。



4. R. v. Cote(1996)¹³⁰

(一)爭點

被告主張該部族因長久占有(historical occupation)對於 ZEC 區域(魁北克省內約 1100 平方公里之哈維斯特沙漠管制區，簡稱 ZEC)享有憲法增修條文、普通法所保障之原住民族傳統土地權利，或是 1796 年皇家宣言所保障之原住民傳統土地權利，並且，基於此傳統土地權利，該部族得以進入漁獵。

(二)違反法條

魁北克省管制區規第 5 條、魁北克省漁業規則第 4 條第 1 項。

(三)事實

五位被告為印地安阿爾岡京族(Algonquin Indians)，居住於位於曼尼瓦奇保留區(Maniwaki Reserve)內的戴撒河部落(the Dessert River Band)。1984 年 7 月，該五位被告為了要教導年輕的原住民學生們傳統的狩獵以及漁獵技巧，騎乘機車進入 ZEC 區域，但該五名被告拒絕給付因騎乘機車進入 ZEC 區域所需之規費，違反魁北克省管制區規第 5 條遭起訴；也因為沒有取得漁獵執照，違反魁北克省漁業規則第 4 條第 1 項而遭起訴¹³¹。

(四)法院判決

¹³⁰ 蔡志偉編，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與解說，行政院原住民族委員會，100 年 10 月出版，頁 297。

¹³¹ R v. Cote [1996] 3 R.C.S., p. 151, para. 6.

本案欲探究者係聯邦法律和省規則對於原住民族權利的侵害，能否通過在先前 Sparrow 案所確立的違憲審查準則。主筆大法官認為，被告確實享有在 ZEC 區域行使狩獵及漁獵之原住民族權利，作為教育部族年輕人有關傳統漁獵技術之場域。因此，主筆大法官認為，魁北克省漁業規則所制定的漁獵執照要求，已不合法地侵害原住民族的這項傳統權利，但是，有關管制收取規費的部分，並不構成對於該項原住民族權利的侵害¹³²。

主筆大法官於此須先確認被告在部族在 ZEC 區域狩獵漁獵之行為是否足以構成原住民族權利，或是足以構成條約權利(treaty rights)。由於本件原住民被告在訴訟過程中，主要論點認為其對於 ZEC 享有傳統土地權利，而狩獵權與漁獵權即當然伴隨該土地權利而存在，因此，主筆大法官在確認狩獵漁獵之行為是否足以構成原住民族權利之前，先針對原住民族權利與原住民族傳統土地權利做了概念上的釐清¹³³。如同主筆大法官在 Adams 案的見解，他認為原住民族權利得獨立於原住民族傳統土地權利而存在，只要符合了 Van der Peet 案中的獨特文化不可或缺原則，即足以構成受憲法增修條文第 35 第 1 項所保障之原住民族權利，而本件主筆大法官認為，在 ZEC 區域狩獵漁獵之行為已經符合獨特文化不可或缺之原則¹³⁴，故該行為已構成憲法增修條文第 35 條第 1 項所保障之原住民族權利。

接著，主筆大法官認為該漁獵權利在 1982 年憲法增修條文之前，並未消滅，屬於條文「現存權利」之要件(existing aboriginal right)。

¹³² R v. Cote [1996] 3 R.C.S., p. 163, para. 31.

¹³³ R v. Cote [1996] 3 R.C.S., p. 165, para. 35.

¹³⁴ R v. Cote [1996] 3 R.C.S., p. 166-168, para. 38-41.

5. Delgamuukv v. British Columbia(1997)



(一) 爭點

原住民族傳統土地權利為何、如何以憲法增修條文第 35 條第 1 項保障、需要哪些證據證明之？

(二) 違反法條

英屬哥倫比亞漁業規則第 27 條第 5 項。

(三) 事實

被告因為沒有捕魚執照違法捕魚，並公開販售漁獲，因違反英屬哥倫比亞漁業規則第 27 條第 5 項¹³⁵ (British Columbia Fishery General Regulations, SOR/84-248)，依漁業法第 61 條第 1 項 (the Fisheries Act, R.S.C., 1970)遭起訴。

(四) 法院判決

最高法院於本件肯認原住民族傳統土地權利(Aboriginal Title)係一財產權，而不僅僅只是一個使用或占有土地的許可，其權利內容並非如同原住民族權利(Aboriginal Rights)只能從事特定行為，原住民族傳統土地權利一經主張，即可在主張權利之土地上從事各式各樣合法之行為，不以獨特文化不可或缺之行為為必要。然而，此原住民族傳統土地權利有其特殊權(sui generis)之內在限制，也因此特殊權利之特質，與普通法上私有財產權利產生區別¹³⁶。

(1) 普通法下的原住民族傳統土地權利

¹³⁵ S.27(5) No person shall sell, barter or offer to sell or barter any fish caught under the authority of an Indian food fish licence. 取得印第安食用捕魚證者，不得販賣、交易或供他人販賣或交易其所捕獲之漁獲。

¹³⁶ Kent McNeil, Aboriginal Title and the Supreme Court: What's happening?, Hein Online -- 69 Sask. L. Rev. 2006., p. 285. See [1997] 3 S.C.R. 1010, 153 D.L.R. (4th) 193 [Delgamuukw] at para. 113.

(a)一般特徵：

不可讓與性¹³⁷(Inalienability)，原住民族傳統土地權利不得讓與給英國皇室以外之人；權利來源¹³⁸(Source)，有主張原住民族傳統土地權利之權利來源為 1763 年之皇家宣言(the Royal Proclamation)，最高法院認為皇家宣言肯認原住民族傳統土地權利也得基於各原住民族在加拿大土地上有先於皇室之占有 (prior occupation)作為原住民族傳統土地權利之權源，而此處所稱先占可能係以兩種不同之方式占有土地，有可能是基於普通法上要求現實占有(Physical fact of occupation)的方式，也有可能是基於先於皇室在加拿大宣示主權之前(pre-existing)、存在原住民部落內部的原住民族法律¹³⁹。最後一個特殊權的特徵為集體性¹⁴⁰(Communally)，主筆大法官認為個人(individual aboriginal person)不得主張原住民族傳統土地權利，必須由原住民族全體共同行使此一集體權，關於土地的任何決定均須由原住民族作成¹⁴¹。

(b) 原住民族傳統土地權利之內涵：

對於特定土地可以占有並為排他使用¹⁴²(exclusive use)；對特定土地之使用不得與該特定群體依附土地之原因相背離，由於原住民族是否占有特定土地乃法院認定原住民族傳統土地權利成立與否之重要證據，而原住民族會占有特定土地，必定係基於特定之用途而占有，也因此族群與土地之間會產生相當程度之特殊連結(special bond)。主筆大法官舉例說明，原住民族因狩獵對特定土地取得占有，若該部族不再從事狩獵，

¹³⁷ Delgamuukw [1997] 3 S.C.R., p. 1081, para. 113.

¹³⁸ Delgamuukw [1997] 3 S.C.R., p. 1082, para. 114.

¹³⁹ Delgamuukw [1997] 3 S.C.R., p. 1088, para. 126.

¹⁴⁰ Delgamuukw [1997] 3 S.C.R., p. 1082-1083, para. 115.

¹⁴¹ Kent McNeil, Aboriginal Title and the Supreme Court: What's happening?, Hein Online -- 69 Sask. L. Rev. 2006., p. 286. See [1997] 3 S.C.R. 1010, 153 D.L.R. (4th) 193 [Delgamuukw] at para. 115.

¹⁴² Delgamuukw [1997] 3 S.C.R., p. 1083, para. 117.

改為開採礦源之使用，則失去與特定土地之相關聯結。又或者原住民族本來因為在特定土地從事宗教儀式而對該土地有特殊連結，若該族群不再從事宗教儀式，改做停車場使用時，該族群亦不得繼續主張占有¹⁴³。主筆大法官進一步認為，基於前述之特殊連結關係也可以說明為何原住民族傳統土地權利具有不得讓與之特性，而該特定土地由於此特殊連結關係，由於對於原住民族而言有不可替代性(more than just a fungible commodity)，也具有非經濟上價值之特性(non-economic component)¹⁴⁴。

(2)1982 年憲法增修條文第 35 條第 1 項之原住民族傳統土地權利

就字面上來看，該增修條文並未創設原住民族權利，也並未創設原住民族傳統土地權利，其係保障在 1982 年增修此條文之前，即存在之原住民族權利以及原住民族傳統土地權利，並給予憲法位階之保障¹⁴⁵。並且，主筆大法官再一次重申在 Adams 案所為之論述，憲法增修條文第 35 條第 1 項所保障之原住民族權利並不以原住民族必須享有土地權利為前提，只要符合「獨特文化不可或缺原則」，原住民族即可於特定地點主張原住民族權利¹⁴⁶(site-specific rights)。

(3)如何證明原住民族傳統土地權利

首先，主筆大法官先說明了原住民族傳統土地權利與原住民族權利之異同，相同之處在於，原住民族傳統土地權利也必須符合「占有土地」(the occupation of land)以及「已有相當於社會組織且具獨特文化之族群存在於該土地上」(the prior social organization and distinctive cultures of aboriginal peoples on that land)之要件，而在「占有土地」這個要件中，

¹⁴³ Delgamuukw [1997] 3 S.C.R., p. 1089, para. 128.

¹⁴⁴ Delgamuukw [1997] 3 S.C.R., p. 1090, para. 129.

¹⁴⁵ Delgamuukw [1997] 3 S.C.R., p. 1092, para. 134.

¹⁴⁶ Delgamuukw [1997] 3 S.C.R., p. 1095, para. 138.

主筆大法官特別要求該土地必須是原住民族群其獨特文化所不可或缺之土地。不過，在與土地的連結強度上(the degree of connection with the land)與確認時間點的部分二者在要件要求上有所不同，原住民族權利要求須在第一次接觸歐洲移民時即已存在之行為(first contact)；而原住民族傳統土地權利則只要至英國皇室在該土地宣示主權之時間點即已足¹⁴⁷(the Crown asserted sovereignty over the land)，對土地的連結強度也要求比較多¹⁴⁸。接著主筆大法官開始逐項檢驗是否滿足原住民族傳統土地權利之要件：

(a)在英國皇室宣示主權之前已占有該土地，這裡有兩個要件要滿足：「在英國皇室宣示主權之前」以及「占有土地」，在普通法中要求的占有方式與原住民族法律中要求的占有方式，不見得相類似，主筆大法官引述在 Van der Peet 案中曾提到的，必須要同時考量原住民族之觀點¹⁴⁹，因此，普通法要求之現實占有(physical occupation)可能以不同的方式呈現，可能是建築住居、從事農耕或是在特定地區從事規律使用例如狩獵、捕魚或其他消耗性使用，在此同時也必須考量原住民族群的大小、生活方式、自然資源、技術能力以及該土地之特徵¹⁵⁰。稍後會對「占有」這個要件做更進一步之說明。

(b)若現占有土地之主權必須仰賴先前之主權(pre-sovereignty)占有該土地之證明，則必須提出現在主權與先前主權具有連續性之證據¹⁵¹(a continuity between present and pre-sovereignty occupation)。

(c)必須是排他性之占有(exclusive occupation)

¹⁴⁷ Delgamuukw [1997] 3 S.C.R., p. 1097, para. 142.

¹⁴⁸ Delgamuukw [1997] 3 S.C.R., p. 1095, para. 140.

¹⁴⁹ Delgamuukw [1997] 3 S.C.R., p. 1100, para. 148.

¹⁵⁰ Delgamuukw [1997] 3 S.C.R., p. 1101, para. 149.

¹⁵¹ Delgamuukw [1997] 3 S.C.R., p. 1102, para. 151.

由於排他占有之原則係出自於普通法私有財產制度，因此，在適用於檢視原住民族傳統土地權利時，必須特別謹慎。主筆大法官此處引用加拿大學者 McNeil 的論述，認為排他性占有必須足以排除其他族群在該土地上出沒，也就是具備排他使用之掌控地位(the intention and capacity to retain exclusive control)。若有其他族群要進入該土地，必須先請求該特定土地上之族群允許進入(permission)，始足以作為該特定族群之排他使用證明，因此，單純地侵占(trespass)特定土地並不足以構成此處之排他性占有¹⁵²。主筆大法官在此進一步指出，允許其他族群進入的方式也可以透過部族間締結條約的方式(treaties between the aboriginal nations)¹⁵³。

本件主筆大法官將部分撤銷發回下級法院，並且建議原住民族土地權利問題應以協商(negotiation)代替訴訟(litigation)，政府負有道德上、非法律規定的義務將其他原住民族一起共同協商，於協商過程中，政府須秉持誠信且考量各方利益，已達到憲法增修條文第 35 條第 1 項之規範目的¹⁵⁴。

6. R v. Marshall、Bernard(2005)

(一)爭點

居住於新斯科省(Nova Scotia)與新伯倫瑞克省(New Brunswick)的米克馬克族(the Mi'kmaq)是否享有原住民族傳統土地權利得砍伐土地上之林木並出售之？

¹⁵² Delgamuukw [1997] 3 S.C.R., p. 1104-1105, para. 156.

¹⁵³ Delgamuukw [1997] 3 S.C.R., p. 1105, para. 157.

¹⁵⁴ Delgamuukw [1997] 3 S.C.R., p. 1105, para. 186.



(二)相關法條

國有土地法第 29 條(the Crown Lands Act, R.S.N.S. 1989.)、國有土地及林木法第 67 條第 1 項第 c 款(the Crown Lands and Forests Act, S.N.B. 1980.)。

(三)事實

Marshall 案件的事實是在 1998 至 1999 年間，被告 Marshall 與其他 34 位米克馬克族印地安的被告因未經許可在國有地上砍伐林木，違反國有土地法第 29 條而遭起訴。Bernard 案件係因一名米克馬克族印地安人違法持有 23 根雲杉木，他聲稱是他從國有林場拖運回來的；而那些雲杉是另一個米克馬克族人從西北米拉米契河流域附近的國有林地所砍下的，他們被控以違反國有土地及林地法的規定而起訴¹⁵⁵。

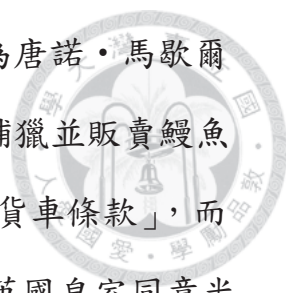
(四)法院判決

主筆大法官認為，本件被告們享有條約所保障之原住民族權利 (Aboriginal Treaty Rights)，但是該權利並不包括商業性的伐木行為，被告們也不得主張在該領域享有原住民族傳統土地權利。

在此，主筆大法官提到一項在 1760 年至 1761 年間米克馬克族與英國人所簽訂的「和平友好協定」(Peace and Freindship Treaties)，其中有一項關於貿易的「貨車條款」(the Truck House Clause)，主要係規範已經與殖民當地之法國人從事毛皮以及漁獲貿易長達 250 年之米克馬克族，必須與征服法國人的英國皇室繼續從事貿易，條文內容如下：「我(按：米克馬克族之首領)同意僅與英國官方指定之人員或馬車運送員從事運輸、交易生活物資¹⁵⁶.....」。前述之「貨車條款」在 Marshall 1¹⁵⁷的案件

¹⁵⁵ R v. Marshall; R v. Bernard [2005] 2 S.C.R., p. 229, para. 2-3.

¹⁵⁶ "And I do further engage that we will not traffick, barter or exchange any commodities in any



中已被提出來討論過，Marshall 1 的案件事實為一位名為唐諾·馬歇爾二世(Donald Marshall Jr.)的米克馬克族人因違反漁業法捕獵並販賣鱘魚遭起訴¹⁵⁸，唐諾·馬歇爾二世在該案件中主張其基於「貨車條款」，而享有捕獵以及販賣漁獲之權利，根據該條款法院亦認為英國皇室同意米克馬克族得以於該地區的海洋與陸地從事維持生活所必須之傳統交易行為¹⁵⁹(to engage in traditional trade activities so as to obtain a moderate livelihood from the land and sea.)。在同一年度，最高法院也另外做出Marshall 2¹⁶⁰的判決，肯認英國皇室當初與米克馬克族簽訂的「貨車條款」，同意米克馬克族從事日常生活所必需之收(漁)獲以及交易(to harvest and sell)，但必須以傳統型態取得之資源為限¹⁶¹(the type of things traditionally gathered by the Mikmaq in a 1760 aboriginal lifestyle)。因此，綜合以上 Marshall 1 以及 Marshall 2 的見解，米克馬克族在 1760-1761 年間與英國皇室所簽的「和平友好協定」中有關貿易之「貨車條款」，係足以保障米克馬克族所享有因日常生活所必需之原住民族權利¹⁶²。

接下來，本件主筆大法官進一步探討，前兩案肯認的「貨車條款」中所稱之原住民族權利，是否有包含以商業為目的之伐木行為？主筆大法官表示，從歷史脈絡而言，「貨車條款」主要規範目的為限制米克馬克族的交易對象必須以英國人為限，並且，米克馬克族同時也希望能夠用當初與法國人交易的相同條件繼續與英國人進行交易，因此，「貨車條款」並不能夠做為原住民族得以「獲得」(to harvest)自然資源的權源

manner but with such persons or the managers of such truck houses as shall be appointed or established by his majesty's governor....."

¹⁵⁷ R v. Marshall [1999] 3 S.C.R. 456.

¹⁵⁸ R v. Marshall; R v. Bernard [2005] 2 S.C.R., p. 231, para. 8.

¹⁵⁹ R v. Marshall; R v. Bernard [2005] 2 S.C.R., p. 232, para. 10.

¹⁶⁰ R v. Marshall [1999] 3 S.C.R. 533.

¹⁶¹ R v. Marshall; R v. Bernard [2005] 2 S.C.R., p. 236, para. 24.

¹⁶² R v. Marshall; R v. Bernard [2005] 2 S.C.R., p. 232, para. 11.

基礎，僅能做為「從事交易」(to trade)的權源基礎¹⁶³。此外，從「貨車條款」之文義觀之，「我(按：米克馬克族之首領)同意僅與英國官方指定之人員或馬車運送員從事運輸、交易生活物資……」，並未顯示該條款含有「獲得」(to harvest)或是「收集」(to gather)自然資源並予以使用之文字¹⁶⁴。

因此，承審法官在面對米克馬克族人是否在傳統上已有將木材進行交易之問題時，均要求米克馬克族人必須要提出證據證明，而米克馬克族人有進行交易之權利是否又等同於該族人享有於特定土地上伐木之權利¹⁶⁵？

本件主筆大法官引述下級部落法官所認定之事實，(1) 米克馬克族並無直接證據證明在 1760 年簽訂條約之前，該族已有從事木材交易之傳統行為；但可以確定的是，該族在某個特定時點已經開始從事木材交易。(2) 木材交易在米克馬克族之行為中雖非受文明影響之現代行為，但也不是過去米克馬克族日常生活之行為。因此，主筆大法官認為，伐木行為乃米克馬克族人受歐洲人影響之後的行為，並非該族之傳統行為，據此，本件商業伐木行為並非是該族自 1760 年以降與英國人進行木材交易行為受「合理進化」後之行為¹⁶⁶(the logical evolution of traditional Mikmaq trading activity protected by the treaties of 1760-61)。

(五) 近期不同的見解

值得一併介紹參考者係 Marshall/Bernard(2005)案之不同意見。

¹⁶³ R v. Marshall; R v. Bernard [2005] 2 S.C.R., p. 235, para. 19.

¹⁶⁴ R v. Marshall; R v. Bernard [2005] 2 S.C.R., p. 235, para. 20.

¹⁶⁵ R v. Marshall; R v. Bernard [2005] 2 S.C.R., p. 235, para. 27-29.

¹⁶⁶ R v. Marshall; R v. Bernard [2005] 2 S.C.R., p. 235, para. 35.

主筆大法官 McLachlin 首先在判決書中表示，在審酌原住民族傳統土地權利時，必須同時要考量原住民族的觀點與歐洲普通法的觀點，並且要審慎斟酌原住民族傳統土地權利的多元特質¹⁶⁷。接著她表示，要判斷原住民族基本權利必須要檢視此一行為在接觸主權之前，是否已經存在，並如實且客觀地將此一行為轉化為現代法治所肯認之權利，而此一轉化過程及須要審酌原住民族的觀點與歐洲普通法的觀點，轉化認定原住民族行為之過程也不能過於狹隘，法院應採取寬鬆的態度為認定；也不得要求該原住民族之行為必須要精確地與普通法所要求的權利要件相符，只須要在核心概念上吻合即已足¹⁶⁸。

對此，有學者指出以下幾點批評：首先，主筆大法官將原住民族之行為與普通法上權利作連結，用以確立原住民族傳統土地權利之方式，實乃忽略了 Lamer 大法官在 Delgamuukv 案中苦心建構原住民族傳統土地權利的其他權源可能性¹⁶⁹；其次，將原住民族基本權利與原住民族傳統土地權利的檢驗標準混用，均使原住民族傳統土地權利在法學上的發展呈現倒退的跡象¹⁷⁰。

本件原住民族除了主張於特定土地上得以從事伐木行為之原住民族權利外，尚主張該族對於該土地享有傳統土地權利(Aboriginal Title)，因此，不需要得到政府的允許即可在該土地上進行伐木。主筆大法官對此認為，要依據普通法主張原住民族權利(Common Law Aboriginal Title)，首先，要面臨的即是如何將原住民族對於土地使用、所有等行為與現代法治之權利(Modern Right)概念相融合，進而轉化(Translate)成為現代法

¹⁶⁷ McNeil, Aboriginal Title and the Supreme Court: What's Happening?, Hein Online, 2006, p.296. See: [2005] 2 S.C.R. 220, D.L.R. (4th) 1, 2005 SCC 43 [Marshall/Bernard] para.45.

¹⁶⁸ [2005] 2 S.C.R. 220, D.L.R. (4th) 1, 2005 SCC 43 [Marshall/Bernard] para.48.

¹⁶⁹ McNeil, Aboriginal Title and the Supreme Court: What's Happening?, Hein Online, 2006, p.297.

¹⁷⁰ McNeil, Aboriginal Title and the Supreme Court: What's Happening?, Hein Online, 2006, p.305.

治權利之困難¹⁷¹。在此，最高法院認為，司法者必須同時兼顧現代法治之觀點以及原住民族之觀點，秉持誠信以及客觀之精神(faithfully and objectively)，使原住民族之行為與現代法治權利相對應，主筆大法官在此強調，不要求至與現代法治權利完全一致(absolute congruity)，但必須該行為與現代法治權利之核心思想(core idea)相符合¹⁷²。是以，最高法院審視原住民族在本案之主張後，認定其對於土地之使用與占有，其適用與占有之行為與現代法治中之「所有權」概念類似¹⁷³，故主筆大法官接著要審視該族之行為是否與「所有權」之核心思想是否相符。因此，主張權利之人必須能夠提出以下之證據：(一)「排他之所有」(exclusive possession)，而要證明此排他之所有可藉由「現實占有」(physical occupation)之狀態來說明¹⁷⁴；(二)「連續性」(continuity)之證明，可透過「現占有之族群與國家主權宣示時占有該土地之族群間具有連結」(connection with the pre-sovereignty group)，以及「該族群與特定土地間具有族群獨特文化核心重要意義之連結」(connection with the land must be shown to have been of a central significance to their distinctive culture)¹⁷⁵。

接著，主筆大法官逐一審視本案下級審法院對於上開各個要件之證據，在「現實占有」之部分，下級審法院要求原住民族必須提出相當高程度之占有證明，要求「充足、規律且排他之使用」(proof of sufficiently, regularly and exclusive use)¹⁷⁶，最高法院亦表示贊同之¹⁷⁷。

¹⁷¹ R v. Marshall; R v. Bernard [2005] 2 S.C.R., p. 235, para. 48.

¹⁷² R v. Marshall; R v. Bernard [2005] 2 S.C.R., p. 235, para. 50.

¹⁷³ R v. Marshall; R v. Bernard [2005] 2 S.C.R., p. 235, para. 54.

¹⁷⁴ R v. Marshall; R v. Bernard [2005] 2 S.C.R., p. 235, para. 58.

¹⁷⁵ R v. Marshall; R v. Bernard [2005] 2 S.C.R., p. 235, para. 67.

¹⁷⁶ R v. Marshall; R v. Bernard [2005] 2 S.C.R., p. 235, para. 72.

¹⁷⁷ R v. Marshall; R v. Bernard [2005] 2 S.C.R., p. 235, para. 75.

綜上所述，主筆大法官認為，不同的原住民族行為對應不同的現代法治權利，而與土地相關的權利，則建立在該行為有與普通法中「占有」概念相似的前提，在比對原住民族行為與普通法的要件時，必須仔細比對該行為與普通法的本質以及原住民族之觀點。依照她的意思，原住民族的行為必須要有「足夠」的排他性占有始足以主張普通法上具有原住民族傳統土地權利¹⁷⁸。對此，有學者認為，僅管主筆大法官一再地強調要審慎考量原住民族的觀點，但在她的分析中，卻並未明確指出「原住民族法律」¹⁷⁹(Aboriginal Legal System)。不過，她根據 Lamer 在 Delgamuukv 案的見解，認為要建立原住民族傳統土地權利，主張權利之人必須證明具有排他、先於主權之占有，並進一步表示，占有係指「實際占有」，可以是在特定土地上建築房屋、耕作、從事規律且特定之使用，例如狩獵、漁獵等消耗性使用¹⁸⁰。

接著，主筆大法官又再次引用了 Lamer 在 Delgamuukv 案的見解有關「排他性占有」之意思，認為在多數情形，仍不太可能或無法證明現實占有：「掌控土地或必要時得以排除他人使用之權利乃普通法中關於原住民族傳統土地權利的基本概念，但是在證明目前之占有狀態係於接觸之前即存在，有一定的困難度¹⁸¹。」因此，她再次強調調查事實證據的重要性，但由於證據在事實上相當不容易取得，她認為只要能夠證明系爭土地乃在原住民族之掌控下，若有入侵者亦得驅逐之，即足以證明在特定土地上具有排他性的占有¹⁸²，此一判斷占有之方式為「財產權法

¹⁷⁸ [2005] 2 S.C.R. 220, D.L.R. (4th) 1, 2005 SCC 43 [Marshall/Bernard] paras.53-54.

¹⁷⁹ Nigel Banks, Marshall And Bernard: Ignoring The Relevance of Customary Property Laws, HeinOnline -- 55 U.N.B.L.J. 120 2006.

¹⁸⁰ McNeil, Aboriginal Title and the Supreme Court: What's Happening?, Hein Online, 2006, p.298.

¹⁸¹ [2005] 2 S.C.R. 220, D.L.R. (4th) 1, 2005 SCC 43 [Marshall/Bernard] paras.64.

¹⁸² [2005] 2 S.C.R. 220, D.L.R. (4th) 1, 2005 SCC 43 [Marshall/Bernard] paras.65.

則¹⁸³」 (Proprietary Approach)。對此，學說有認為主筆大法官過於強調「排他性占有」，卻沒有討論原住民族也有自己的法律來規範他人未經同意進入或使用土地之情形，事實上也得以作為他們掌控土地(或排他性占有)之證據¹⁸⁴；也疏於考量原住民族傳統土地權利其特殊權之面向，尤其是它共有的本質以及由決策中心賦予權利內涵之特色，似有失公允¹⁸⁵。

另一位法官 LeBel 在協同意見書中表示，他的結論與主筆的 McLachlin 一致，但在原住民族傳統土地權利的權源以及如何證明方面，有根本上的不同。首先，LeBel 認為，McLachlin 過於強調普通法上財產權的概念，而此一作法可能會導致許多游牧或半游牧民族與原住民族傳統土地權利之相關證據被屏除在外¹⁸⁶。他更進一步表示，在調整原住民族對於領域、土地使用以及財產權的概念以適應普通法時，必須考量原住民族以及普通法的觀點，否則，我們將會恣意地認為由於原住民族對於財產或土地之使用觀念與歐洲傳統法治不相合，因此，在接觸主權之前，原住民族群對於土地並不享有任何權利。綜上所述，他認為原住民族傳統土地權利係由普通法所定義，但其內容基礎應由原住民族之法律所形塑。也就是說，原住民族法律不僅僅作為證據使用，而事實上作為法律被依循¹⁸⁷。

其次，LeBel 也不贊成 McLachlin 所採用的「財產權法則」來判斷「排他性的占有」，他認為占有的證明不須以規律、級中的土地使用為

¹⁸³ McNeil, *Aboriginal Title and the Supreme Court: What's Happening?*, Hein Online, 2006, p.302. 下級審法院所採取的判斷占有之方式為「領域法則」(Territorial Approach)，係一較為貼近原住民族傳統土地權利獨特特質之判斷方式，不限定於特定地點，並結合其財產權以及司法權之特質。

¹⁸⁴ McNeil, *Aboriginal Title and the Supreme Court: What's Happening?*, Hein Online, 2006, p.300.

¹⁸⁵ McNeil, *Aboriginal Title and the Supreme Court: What's Happening?*, Hein Online, 2006, p.302.

¹⁸⁶ McNeil, *Aboriginal Title and the Supreme Court: What's Happening?*, Hein Online, 2006, p.303.

¹⁸⁷ [2005] 2 S.C.R. 220, D.L.R. (4th) 1, 2005 SCC 43 [Marshall/Bernard] paras.127-128, 130.

必要，只要是傳統文化上與土地相關者即已足。

本案最終駁回原住民族傳統土地權利之主張，惟駁回的理由並非不具有「排他性之占有」，實係本案欠缺足夠的證據。即便是以 LeBel 較為寬鬆的見解，他仍然認為欠缺足夠的證據，不過他仍樂觀地表示，本案並非該原住民族其主張土地權利之最終結果，只要事實證據充分足以支持法律上的主張，最終結果才會出現¹⁸⁸。McNeil 在文末也表示，本案判決並不代表 Lamer 在 Delgamuukv 案所持見解被 McLachlin 較為嚴格的檢視原則所取代，因為主筆大法官並未明白否定 Delgamuukv 案。因此，以原住民族法律作為主張土地權利之權源，短期之內仍應是最高法院肯認的事¹⁸⁹。


第二項 小結

加拿大法院自 1990 年的 Sparrow 案，試圖建立有關審查原住民族權利是否存在之架構，該判決提出了幾項抽象性的原則，例如：何謂「既存」(existing)權利、「該族之獨特文化所不可或缺」(the integral part to the distinctive culture)以及就該爭議事件之違憲審查標準。六年後，最高法院才在 Van der Peet 案中清楚、具體地將各個原則之內涵作分析，不過，最高法院仍然對於原住民族土地權利問題輕描淡寫地帶過，僅僅闡釋了原住民族權利與原住民族傳統土地權利之關係如何。

過了一年，在 1997 年的 Delgamuukv 案最高法院才正式回應原住民族傳統土地權利之問題，該案中最高法院首次明白肯認原住民族傳統土地權利屬於「財產權」、其性質與原住民族權利同為「特殊權」，並且，進

¹⁸⁸ [2005] 2 S.C.R. 220, D.L.R. (4th) 1, 2005 SCC 43 [Marshall/Bernard] para.141.

¹⁸⁹ McNeil, Aboriginal Title and the Supreme Court: What's Happening?, Hein Online, 2006, p.308.



一步限縮確立原住民族傳統土地權利之時間點，也同時具體化原住民族法律之內涵，將原住民族法律中對於建立土地權利「占有」之要件，與普通法之要件相結合，承認原住民族傳統土地權利。然而，前述一系列判決均出同一位主筆大法官之手--Lamer，在2005年最高法院改朝換代，上述 McLachlin 主筆的判決中，雖然仍承襲 Lamer 的原則，不過在論述推理過程，似乎未達到加拿大多數學者的期待¹⁹⁰，關於此部份之評析，本文將於下一節中進行詳細介紹。

¹⁹⁰ McNeil, Aboriginal Title and the Supreme Court: What's happening?, Hein Online -- 69 Sask. L. Rev. 2006.

第三節 學說理論



第一項 原住民族傳統土地權利的權利基礎

一、承認原則—美國

此原則將國家主權的宣示，等同於透過「國家行為」(The Act of State)取得主權宣示範圍內所有的動產以及不動產，不區分是私有或是國有的財產，國家因征服舊政權而取得之，也就是說，國家為法律上受推定之所有權人。在此情形，動產或不動產之原所有人，只有在國家「明確表示」不將該財產劃為國有時，原所有權人始繼續保有其所有權。前述之明確表示，例如「承認原則」(The Recognition Doctrine)只有在國家承認當地居民既有之財產權(Pre-existing Rights to the Property)時，才會繼續保留下來¹⁹¹，國家得以透過立法、或透過談判協商與原所有權人達成共識等等。

二、繼續性原則—澳洲、紐西蘭

國家主權也可以選擇讓舊政權之居民繼續保有其私有財產，而使當地之法律系統或習慣繼續保留並適用之，此即「繼續性原則」(The Doctrine of Continuity)¹⁹²。此原則即無須區分國家係以征服或是土地割讓取得主權之方式，國家得自由選擇是否讓原有之法律系統或習慣繼續保留，國家也可以選擇混合使用征服原則以及繼續性原則，在有居民之

¹⁹¹ McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, Clarendon Press Oxford, 1989, p. 162.

¹⁹² McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, Clarendon Press Oxford, 1989, p. 171.

土地上使用

有權。

對於上述兩項原則，世界各國或有採用或有兼採之情形，惟並非每一個地區都有一套既存、完整的不動產法律制度，可以在國家主權更迭之後繼續保留沿用，就算有該規範系統，原住民族亦會欠缺文字記錄而遭遇難以證明之困境，但這並不代表原住民族「先於主權占有」土地之行為，無法受到任何法律上之保障，因此，有論者提出在普通法或原住民族法律體系之權源以外找尋其他權利基礎之可能性¹⁹³。

三、轉化原則—加拿大

加拿大法院一向採取「轉化方式」(Translation)，也就是將原住民族法律、傳統慣行納入普通法之保障，接著用檢視原住民族傳統土地權利之主張有無理由，可能依據原住民族既存之法律體系、或依據其占有土地之時間長度以及使用土地狀況等為土地權立基礎有無之判斷；相較於澳洲，澳洲最高法院直接採用「繼續性原則」先就特定原住民族之主體進行認定，進而探討該原住民族是否存有族群內部之法律或傳統慣行，若有既存之法律體系，則繼續沿用之。此二種原則背後代表是對於原住民族傳統土地權利不同的認定基礎，所適用之情形與發展也會有所不同¹⁹⁴。

¹⁹³ McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, Clarendon Press Oxford, 1989, p. 192.

¹⁹⁴ McHugh, P. G., *Doctrinal Pathways in Canada and Australia--The Devil in the Detail of Maturing Jurisprudence, Aboriginal Title: The Modern Jurisprudence of Tribal Land Rights*, Oxford Scholarship Online, 2011, p.13.

(一)主權之更迭，不影響原有的財產權歸屬¹⁹⁵



當國家內所有「未經登記的土地」均屬於「國有土地」，且「現行的財產法律」規定「禁止先占取得」不動產所有權時，原住民族應如何主張其基於占有系爭土地，而非基於登記，而享有與土地相關之一切權利？因此，加拿大學者 Kent McNeil 先釐清普通法中占有制度之源起，以及占有制度在財產法律中所代表的意義；進而深入討論這些財產法律在歐洲國家 15、16 世紀展開侵略時，如何適用至各個殖民地地區，更清楚地說明國家主權的取得與私有財產權之取得並非當然畫上等號。

其認為占有與登記制度在權利有無的結果上有先後區分：也就是說，權利之有無實係透過占有而發生，而登記制度僅僅是便利皇室行使權利，並且，足使權利的變動有所依循、透明。因此，登記制度僅提供皇室一個程序性的便利(Procedural Advantage)，並不影響其臣民因實際占有土地而取得之實質權利，僅使未登記而占有土地之人負有一項舉證責任，去證明自己的正當權源¹⁹⁶。

占有狀態作為主張占有之人得否對其占有之物進一步主張權利之事實，占有人得享有「一切與占有相關之權利」(the Title Goes with Possession)，如「受推定之資格」(Presumptive Title)，也就是受法之推定其適法享有此權利；又占有的時間夠長，則可以享有「因長期占有所得主張之權利」(Title by Limitation)；此外，若占有人遭驅逐，也有表面證據可資證明其有占有之事實(Title by being Wrongfully Dispossessed)，並且，就算占有人失去事實上之占有，占有人僅僅失去其與占有相關之

¹⁹⁵ McNeil, Common Law Aboriginal Title, Clarendon Press Oxford, 1989, p. 174.

¹⁹⁶ McNeil, Common Law Aboriginal Title, Clarendon Press Oxford, 1989, p. 106.

權利，受推定之資格與因時效取得之權利二者，則不因此受影響¹⁹⁷。以上三者若有一項係因占有而成立者，在不動產收回之訴訟中(the Action of Ejectment)，占有人將可以取回占有；或是，在不動產取回訴訟中，只要占有人所主張依據之資格優於對造，也可以取回對於土地之占有資格¹⁹⁸。

國家取得領土不當然等於取得人民之私有財產權，國家取得新領土的方式有很多種，可以是藉由發現行為取得、教皇的詔書、與國家或當地首領簽訂條約、建立和解或武力征服等¹⁹⁹。以征服或是割讓取得領土的地區，在不違反主權的前提下，於皇室進入該地區進行相關立法程序之前，當地原有之法律及習慣仍屬有效，也就是說，如果當地的法律與歐洲法不相容，則殖民地應聽命於英國法。然而，以和解方式取得領土的地區，普通法在適應當地情形得以有限度適用之，並且衡量當地龐大的殖民人口，廢除原有的傳統法律實非妥適。因此，普通法引進當地至如何之程度，以及當地法律保留之程度，與殖民地地區個別情形息息相關²⁰⁰。接下來，學者進一步分析殖民地地區的類型，試圖以當地的判決歸納出殖民地地區之類型，多數的判決似以殖民地地區之文明程度作判斷標準²⁰¹。

當英國殖民者進入無人居住的領土時，該無人居住之領土即被皇室取得所有權，因此，移民者不得以其占有土地為由取得土地之所有權，因為所有土地皆在皇權名下，殖民者身為英國國民，必須得到皇室的應允始取得土地所有權。然而，若殖民者在主權抵達之前已占有土地，依

¹⁹⁷ McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, Clarendon Press Oxford, 1989, p. 82.

¹⁹⁸ McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, Clarendon Press Oxford, 1989, p. 77.

¹⁹⁹ McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, Clarendon Press Oxford, 1989, p. 110.

²⁰⁰ McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, Clarendon Press Oxford, 1989, p. 115-116.

²⁰¹ McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, Clarendon Press Oxford, 1989, p. 120.

照英國法律，係由殖民者取得該土地之所有權。而皇室如果想要從其臣民手中取得土地所有權，則必須透過登記制度，此登記制度與皇權相應，並同時保障臣民受到恣意的侵奪，而這樣的制度也同樣地被移植到殖民地地區。因此，如果皇室開始在殖民地地區進行登記制度，用以對抗先出現在殖民地地區的英國臣民，皇室將會被英國臣民以先占為由對抗之。除非皇室可以主張沒收或是提出其他占有的證明，原則上英國臣民對於該土地主張權利的理由是很充分的，甚至可以對該土地主張享有完全私有的財產權²⁰²。

比較英國臣民與當地原住民在殖民地上享有權利之異同，首先，在主權進入殖民地地區之前，英國臣民無論如何都是受英國法律所保護之人民，因此，皇室不得以「國家行為」取得他們的財產權，也不能以立法特權廢除他們已經取得的財產權；但是，當地原住民依照自己的法律所取得之財產權，卻會因為主權遭征服或割讓，而被侵奪。不過，就算是依照和解所讓出的主權，當地原住民也無法享有與英國臣民相當之法律地位。然而，縱使有以上種種之差異性，也不代表當地原住民所享有之財產權利不受英國皇室之重視。在合理情形之下，應承認當地原住民享有土地權利，無論是從他們自己的法律規定所取得的財產權；或是依照普通法的原則，在主權進入的時間點，當地原住民即已占有該土地，而此一占有足使他們對該土地得以主張權利²⁰³。

(二)以「占有原則」(The Doctrine of Tenure)作為權利基礎

1.對於土地必須具有充分使用之要件(Sufficiency of Indigenous Land

²⁰² McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, Clarendon Press Oxford, 1989, p. 159-160.

²⁰³ McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, Clarendon Press Oxford, 1989, p. 160.

Use)²⁰⁴



有認為承認占有作為土地權利取得之基礎，必須要滿足「充分使用」之要件，也就是說，占有人必須付出一定之努力改良土地情況，例如透過耕作、開採礦產、建築住居所、禁止他人未經許可進入、清理林木、於特定水域進行漁獵、定期巡迴勘查(Perambulation)等行為來證明占有之狀態²⁰⁵。縱使在未經開墾的地區，無法直接而有力之占有證明，仍可透過一些土地邊界的區隔以資證明，例如對林木之修剪等證據²⁰⁶。

綜上所述，占有係屬一事實狀態，為排他性對土地之掌控，占有之狀態隱含占有人以供自己所有或使用土地之主觀意圖。至於占有之程度，則須視主張占有之人之主張情形，以及該土地所坐落之地點、自然環境以及當地生活條件、習慣與文化做綜合考量²⁰⁷。

不過，上述占有程度之衡量，對某些以游獵(Hunt-Gathering)為其生活、文化重心的原住民族，並非妥適。由於，他們在其游獵的區域以及時空，也可能因例行之宗教儀式或對自然資源之利用，而對特定土地建立排他性之占有。對於擁有這些游獵特性之原住民族，於特定土地上長年從事實體利用(in actual use)並非其族群特性，但是所有在其控制範圍下的土地，並不會因為該族群因季節性地暫時離開而喪失占有²⁰⁸。也就是說，族群會因為自然環境之因素，決定其生活型態，以游獵形式生活之族群，必係因該區域之自然環境資源有一定程度之匱乏，是以該族群必須透過季節性地遷徙，使土地回復修養，俾使該族群在該區域上能夠

²⁰⁴ McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, Claredon Press Oxford, 1989, p. 197.

²⁰⁵ McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, Claredon Press Oxford, 1989, p. 200.

²⁰⁶ McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, Claredon Press Oxford, 1989, p. 201.

²⁰⁷ McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, Claredon Press Oxford, 1989, p. 201.

²⁰⁸ McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, Claredon Press Oxford, 1989, p. 203-204.

永續生存。

2.結合本文上述(一)之說理，英國主權進入加拿大時，已有許多英國國民居住於加拿大土地上，並且占有該土地相當長的一段時間，英國主權宣示時，容許英國國民因占有而取得土地使用之狀態，繼續存續，並受到英國法律以及普通法之保障；當地原住民族在所述英國國民進入北美大陸之前，即已生存在北美洲土地上，以該族群之族群規範或其他方式建立排他性之使用，是當然有足夠之基礎向英國政府主張繼續保有其因先占取得之土地權利，並同時受到英國法以及普通法之保障，加拿大學者 McNeil 將此概念稱做「原住民權利之普通法原則」(The Doctrine of Common Law Aboriginal Title)²⁰⁹。

3.以普通法做為保障原住民族傳統土地權利之保護傘，並以原住民族之占有習慣做為證明占有狀態之證據，遭到加拿大境內許多學者之批評。有認為原住民族並不能以英國人民相同對待，較近似於外國人之地位，因此以英國法律對其傳統土地權利加以保障有失公允²¹⁰；另有認為，原住民族為異教徒、無神論者，是以不具擁有土地之資格²¹¹；最後一個批評，也是最常拿來攻擊此一論述者，係原住民族的文化過於原始以至於無財產權利之觀念²¹²；第四種批評在於，司法者一方面肯認原住民族之傳統土地權利為絕對財產權(fee simple estate)，並以普通法加以保障，另一方面，卻又將此權利限制讓與給國家以外之第三人(In alieability)。前兩項批評在現今人權觀點下，已不復存在，並失其根據；第三項批評

²⁰⁹ McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, Claredon Press Oxford, 1989, p. 205-206.

²¹⁰ Holdsworth, 'Status of British Subjects and Aliens', 3RHD 175, pp.200-208.

²¹¹ Jennings, Francis. *The Invasion of America: Indians, Colonialism, and the Cant of Conquest*. Chapel Hill, NC: University of North Carolina Press, 1975, p.434-440, p.535-563. Also, Juricek, John Thomas. 'English Claims in North America to 1660: A study in Legal Constitutional History'. Ph.D. Dissertation, University of Chicago, 1970, p.440-444, p.452-455.

²¹² See: McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, Claredon Press Oxford, 1989, p. 210, Note 61.

實具強烈之種族優越感，並非妥適。值得深思者係第四項批評，論者認為，並非絕對財產權即必須具有可讓與之特性，該財產權是否具有讓與性之特質實乃立法者立法形成之空間，蓋原住民族傳統土地權利係基於普通法之確認，而普通法之形成除司法有權干涉之外，立法者也可以有其立法形成之自由²¹³。

第二項 原住民族傳統土地權利的權利內容

一、原住民基本權利(Aboriginal Right)與原住民族傳統土地權利

(Aboriginal Title)之區辨²¹⁴

(一)區別實益

二者之證明方法以及內容均有所差異，原住民族傳統土地權利一經確立，原住民族得於該土地上從事任何一切合法之行為。

(二)權利內容與要件

1.文化要素

要證明原住民族權利之存在，一般認為必須證明該行為係該族群之「獨特文化不可或缺」者，而該族群與特定土地的連結性則較為弱化，只要能提出從事該行為之地點係特定在哪一個區域即已足；然而，適用在原住民族傳統土地權利時，該獨特文化不可或缺原則必須與土地相連

²¹³ McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, Clarendon Press Oxford, 1989, p. 227.

²¹⁴ McNeil, "Aboriginal Title And Aboriginal Rights: What's The Connection?", *HeinOnline* -- 36 *Alta. L. Rev.* 117 1997-1998, p. 120.

結，也就是說主張土地權利之原住民族，必須提出能夠證明特定土地係該族群獨特文化所不可或缺者²¹⁵。

在「獨特文化不可或缺」之認定上，有對於 Van der Peet 案中所揭示之內容：「作為不可或缺的部分，習慣、風俗或傳統必須對於原住民族社會具有核心重要性，亦即必須足以使得該社會之文化具備獨特性(差異性)。因此，屬於所有社會共通之事項(如為生存而吃)或社會中的偶發事項均不屬之。」提出質疑，論者指出²¹⁶，所有社會共通事項並不足以作為排除文化獨特性認定之標準，蓋每一個族群均係為了此一共通事項，例如生存而存在於世上，是該判決以此為例排除獨特性之認定，顯有未妥。

2.時間要素

Van der Peet 案中，主筆大法官認為：「構成原住民族權利之行為、習俗及傳統，指的是從接觸歐洲移民時期之前(prior to contact)及延續至今的行為，法院於本件特別指出，只要能證明在接觸時點(at the point of contact)該族群有以食用為目的之漁獵行為且該行為對於部族的文化存續有重要意義，即可推知在接觸歐洲移民之前(prior to contact)該行為即屬對於部族的文化存續有重要意義之行為。」

有論者指出，主筆大法官事實上並未清楚交代何以在認定原住民族權利時，將認定時間點往前推至初次接觸歐洲移民之時間點。並且推測，主筆大法官係為避免與主權宣示之後憲法所保障之人民權利與原住民族

²¹⁵ McNeil, "Aboriginal Title And Aboriginal Rights: What's The Connection?", HeinOnline -- 36 Alta. L. Rev. 117 1997-1998, p. 121.

²¹⁶ McNeil, "Aboriginal Title And Aboriginal Rights: What's The Connection?", HeinOnline -- 36 Alta. L. Rev. 117 1997-1998, p. 124.

權利產生相衝突之爭議，是以將認定之時間點設定在初次接觸歐洲移民時。對此，論者認為，同屬原住民族之權利，何以原住民族權利部分必須向前追溯至接觸歐洲移民之時間點，似應將二者之認定時間點做一致之認定較為妥適²¹⁷。

二、特殊權(Sui Generis)

加拿大最高法院在 Delgamuukv 案中承認原住民族傳統土地權利為財產權，但並不承認等同於普通法上之絕對所有權(fee simple estate)，係基於原住民族傳統土地權利之以下特殊性。

(一) 權利來源(Source)

Lamer 大法官認為，儘管原住民族傳統土地權利可以經由皇家宣言承認，但原住民族傳統土地權利係由原住民族於加拿大土地上的先占權所取得。而肯認占有狀態，有以下兩種可能：首先，普通法要求占有必須是現物占有；但是，原住民族對於土地的占有概念係先於大英帝國對系爭土地主張主權的時點，而私有財產的概念更是出現在此時點之後。其次，先占取得權利的方式在某些情形下是可以被承認的，例如原住民族在大英帝國主張主權之前，已有自己管理土地的法律系統。總之，Lamer 大法官認為，原住民族既存的法律系統與普通法間的關係也是原住民族傳統土地權利的權源之一²¹⁸。

²¹⁷ McNeil, "Aboriginal Title And Aboriginal Rights: What's The Connection?", HeinOnline -- 36 Alta. L. Rev. 117 1997-1998, p. 131.

²¹⁸ McNeil, Aboriginal Title and the Supreme Court: What's happening?, Hein Online -- 69 Sask. L. Rev. 2006., p. 287. See [1997] 3 S.C.R. 1010, 153 D.L.R. (4th) 193 [Delgamuukw] at para. 114.

不過，學者有認為，其實尚有其他權利基礎之可能，例如原住民族傳統土地權利之族群規範，經加拿大法院所認識採用；或者，國家主權透過積極立法之方式加以肯認土地權利²¹⁹。



(二) 不可讓與性(Inalienability)

- 1.根據原住民族既存之法律體系所形塑
- 2.對於特定土地可以占有並且排他使用(exclusive use)
- 3.族群與土地之間有相當程度之特殊連結(special bond)
- 4.對於原住民族而言有不可替代性(more than just a fungible commodity)
- 5.非經濟上價值之特性(non-economic component)

(三) 集體性(Communally, Communal Nature, Collective Right)

原住民族傳統土地權利因此有其限制，因此，此權利不得由自然人或由營利法人團體所主張之。此外，Williamson 大法官在 Campbell v. British Columbia 案中表示，此一作出決定的原住民族團體必須是類似政府之組織²²⁰，在 Delgamuukv 案也是採取相同之見解²²¹，因此，在決定如何處分原住民族傳統土地權利時，必須要透過一個相當於政府組織之決策高權²²²。如此一來，原住民族傳統土地權利在法律的特性上，即與一般私有財產權做出了區別。更進一步解釋了，為什麼原住民族傳統土地權利具有「不可讓與性」，因為只有另一個政府組織可以取得以財

²¹⁹ McNeil, *Judicial Treatment of Indigenous Land Rights in the Common Law World*, Oxford Hart Publishing, 2009, p. 6.

²²⁰ (2000), 189 D.L.R. (4th) 333, 2000 BCSC 1123 at paras. 134-138 [Campbell].

²²¹ Delgamuukw [1997] 3 S.C.R., para. 115.

²²² McNeil, 'Judicial Approaches to Self Government since Calder: Searching for Doctrine Coherence' in H Foster, H Raven and J Webber(eds), *Let Right Be Done: Aboriginal Title, the Calder Case, and the Future of Indigenous Rights*(UBC Press, 2007), p.129.

產權的方式取得原住民族傳統土地權利。也更彰顯原住民族傳統土地權利在性質上，相較於一般財產權，有其司法權面向之特殊性質 (Jurisdictional Dimensions)²²³，因此在讓與主體上有所限制。



²²³ McNeil, *Judicial Treatment of Indigenous Land Rights in the Common Law World*, Oxford Hart Publishing, 2009, p. 15.

第四章 原住民族傳統土地權利作為習慣法物權



第一節 物權法定主義之目的、意義

舊民法第 757 條明文規定物權法定主義(numerus clauses der Sachenrechte)：「物權，除本法或其他法律另有規定外，不得創設」，作為物權法與債權法(契約自由原則)相區別之指導原則。所謂不得創設，學說上強調是指：1.不得創設民法或其他法律所未規定之物權類型(類型強制 Typenzwang)，2.不得創設與物權法定內容相異的物權內容(類型固定 Typenfixierung)²²⁴。否則當事人創設之物權不具物權效力，僅可能具有債權效力²²⁵。

採物權法定的理由是因為物權具有絕對支配性，具有強大的排他效力，誠如舊民法第 757 條之立法理由中所強調：「物權，有極強之效力，得對抗一般之人，若許其以契約或依習慣創設之，有害公益實甚，故不許創設之。」將物權種類及內容法定化，建立物權類型體系，便於公示，可確保交易安全，並發揮物盡其用之經濟效益²²⁶。

民國 98 年物權法修正第 757 條規定為「物權除依法律或習慣外，不得創設」，立法理由中強調條文之「習慣」是指「習慣法」而言。準此以解，物權法定主義乃應相應調整為，當事人除得僅依法律規定之物

²²⁴ 王澤鑑，民法物權，2010 年月增訂二版，自版，頁 45。

²²⁵ 謝在全，民法物權論(上)，99 年 9 月，修訂五版，新學林，頁 50。

²²⁶ 王澤鑑，民法物權，2010 年月增訂二版，自版，頁 43；謝在全，民法物權論(上)，99 年 9 月，修訂五版，新學林，頁 47 除了物權絕對性與物權公示性及交易安全之確保外，並強調物權法定主義有「整理舊物權，防止封建物權之復活」之作用。

權種類發生權利變動外，並且得依「習慣法」創設或形成新的物權²²⁷。

德國物權法雖然未明文物權法定原則，但學說上一致承認該原則為物權法之指導原則，並且學說上亦承認物權法定主義與類型強制並不妨礙習慣法物權形成，亦即，當事人可以創設迫切需要且在交易上已經被承認、但法律並未規定之新物權種類，例如讓與擔保以及具有物權效力的期待權。²²⁸亦有學者強調者兩種物權習慣法所產生的新制度，是透過法官造法的方式在實務上被承認，因為並不是由當事人以契約自由約定形成，而是由法官造法所形成，因此其實並未突破或違反物權法定原則²²⁹。

關於習慣法物權在修法前後之承認狀況及其要件，在下文中將再進一步說明，但對於承認原住民傳統土地權利作為習慣法物權之論述，或者說作為新類型的物權而言，透過法官造法而承認並宣示習慣法的方式，相當重要，在此應先敘明。

²²⁷ 參見謝在全，民法物權論(上)，99年9月，修訂五版，新學林，頁51及頁54註6所引用之文獻。

²²⁸ Westermann, Sachenrecht, 7.Aufl., Heidelberg 1998, S.3.

²²⁹ Vieweg/Werner, Sachenrecht, 5.Aufl., München 2011, § 1 Rn.5.

第二節 物權法修正前對習慣法物權承認與否之狀況



第一項 學說與判例

在民國 98 年 1 月 23 日我國物權法修正民法第 757 條以前，該條原僅規定：「物權，除本法或其他法律有規定外，不得創設。」透過習慣法並不允許創設物權，該條立法理由原強調：「物權，有極強之效力，得對抗一般之人，若許其以契約或依習慣創設之，有害公益實甚，故不許創設之。」舊最高法院 30 年上字第 2040 號判例亦謂：「民法第七百五十七條規定：物權，除本法或其他法律有規定外，不得創設。此所謂法律，按之採用物權限定主義之本旨，係指成文法而言，不包括習慣在內。故依地方習慣房屋之出租人出賣房屋時，承租人得優先承買者，惟於租賃契約當事人間有以之為契約內容之意思時，發生債之效力，不能由是創設有物權效力之先買權²³⁰」。學說上固有同持否定見解者，但亦有不少主張修正前民法第 757 條規定之「法律」一語，可參考日本判例承認耕作的水流使用權及韓國民法第 185 條之立法例，於習慣法具新公示方法而不破壞物權法公示原則時，從寬解釋為包括習慣法，而承認習慣上或交易上已形成法之確認之物權類型，以緩和物權法定主義之僵化²³¹，學說上並舉實務承認最高限額抵押及讓與擔保為例²³²，或者承認德國法上創設之附條件買賣買受人之期待權作為習慣法創設之物權²³³。

²³⁰ 本則判例已於民國 99 年 2 月 23 日經最高法院 99 年度第 1 次民事庭會議決議不再援用，理由為：「本則判例認不得依習慣創設物權，與修正民法第七百五十七條得依習慣創設物權之規定未盡相符。」

²³¹ 蔡明誠，論物權的概念與類型，物權法研究，2003 年 6 月，學林，頁 16-17。

²³² 鄭玉波著、黃宗樂修訂，民法物權，2008 年 5 月修訂 15 版，三民，頁 25。

²³³ 王澤鑑，附條件買賣買受人之期待權，民法學說與判例研究第一冊，1983 年 4 月 7 版，自

第二項 判決綜覽



修法前實務上除了上開 30 年上字第 2040 號判例否定約定創設具有物權效力之「先買權」外，對於當事人不同於現行物權法內容之物權約定，亦多否定其效力。茲綜覽實務上的判決，整理修法前法院否定及肯定習慣法物權之情形²³⁴。

一、否定習慣法物權之判決

1. 否定非以利用土地為目的之地上權設定之約定

最高法院 98 年度台上字第 1175 號判決指出：「按民法第八百三十二條所定之地上權，謂以在他人土地上有建築物或其他工作物或竹木為目的，而使用其土地之權利。乃以支配物之利用價值為內容，使權利人因標的物之使用收益而直接達到目的。此與以支配物之交換價值為內容之擔保物權，尚屬有別，不容混淆。查上訴人於八十五年十二月二十日書立之切結書，經載明：立切結書人為「擔保」對於被上訴人之一切債務，經將系爭不動產（土地），與被上訴人辦妥抵押權設定登記在案。上訴人應即日除「補辦」地上權登記予被上訴人外。茲聲明該項不動產於設定抵押權時，無任何租賃關係存在，並承諾於抵押權設定後，不將該不動產出租他人等旨（一審卷第一宗七六頁）。而原審又認定上訴人於該地上權設定登記後，迄未交付該不動產予被上訴人占有使用之事實。則系爭地上權之設定，是否係以支配物之利用價值為其目的？要非無疑。


版，頁 198-199。

²³⁴ 以下判決是本文以「民法第七百五十七條」作為關鍵字，在司法院法學資料檢索系統查詢最高法院及台灣高等法院判決之結果。最後查詢日 102 年 4 月 19 日。

倘該地上權確非以支配物（系爭土地）之利用價值為其目的，其所為之設定登記，是否未違反修正前民法第七百五十七條關於除法定物權外，不得創設之規定，而應歸之於無效？可否容許有該地上權之（租金）債權得合法存在之情？均待進一步釐清。原審未遑詳加研求，遽為上訴人敗訴之判決，於法難謂無違。」

2. 否定土地與房屋非同屬一人所有得因拍賣而生法定地上權

最高法院 98 年度台上字第 478 號判決謂：「按修正前民法第七百五十七條明定，物權，除本法或其他法律有規定外，不得創設。準此，依同法第八百七十六條第一項規定設定抵押權時，土地及其土地上之建築物，同屬於一人所有，而僅以土地或僅以建築物為抵押者，於抵押物拍賣時，視為已有地上權之設定。可知基於物權法定主義精神，法定地上權必須合於法律之特別規定，始能成立。亦即須於設定抵押權時，土地及其土地上之建築物，同屬於一人所有，而僅以土地或僅以建築物為抵押者，於抵押物拍賣時為其成立法定地上權要件。倘於設定抵押權時之土地及建物非屬同一人，或土地及建物分別為數人所有或各有多數不相同之共有人，而於拍賣異其所有人之情形時，如仍認有法定地上權存在，即逾該條項規定之範圍，其因而造成拍定人之不利益，顯難謂為公允，應無以相類事實為相同處理之法理，而適用民法第八百七十六條第一項規定之餘地。查系爭土地原為李水明所有，其於設定抵押權予兆豐銀行時，系爭建物為被上訴人共有。於抵押權實行時，系爭土地因繼承關係其共有人為李松林等七人，系爭建物之共有人為被上訴人四人。其相互間具有親子、叔侄或婆媳等密切之親屬關係。為原審認定之事實。果爾，



李水明以系爭土地設定抵押權予兆豐銀行時，該土地上之系爭建物既非屬李水明所有，而為被上訴人共有，且於抵押權實行時，系爭土地因繼承關係已成為李松林等七人共有，系爭建物仍為被上訴人共有，即見系爭土地與系爭建物於設定抵押權及抵押權實行時，均非屬同一人或相同之數人所共有。上訴人執此辯稱：本件於抵押權設定時，系爭土地及其上建物不屬於同一人所有，無民法第八百七十六條第一項規定之適用。於抵押權實行時，土地及其上建築物仍不屬於同一人所有，如將該條之同一人擴及於夫妻、叔姪、翁婿、婆媳，不僅與法文、立法理由不合，對於抵押權人及拍定人均將遭致無法預測之損害，當非立法之本意等語（原審上更(一)字卷七五、七六頁）。依上說明，能否謂為無據？原審未遑詳加研求，遽以前詞為上訴人敗訴之判決，自有違誤。」

3. 否定承攬人法定抵押權效力得擴張及於土地


最高法院 88 年度台上字第 319 號判決維持原審台灣高等法院之見解指出：「原審依審理之結果，以：按民法就物權之發生，採法定主義，摒棄契約自由原則，不許當事人任意以契約創設，故於民法第七百五十七條規定：『物權，除本法或其他法律有規定外，不得創設。』而民法第六十六條第一項規定：『稱不動產者，謂土地及其定著物。』是土地及其定著物為各別獨立之不動產，得分屬於不同之人所有，並為不同之權利標的。故土地所有人於設定抵押權後，在抵押之土地上營造建築物者，其抵押權之效力不及於地上建物；反之，僅以建物為抵押者，則僅對該地上建物享有抵押權，其效力亦不及於土地。民法第五百十三條所定之法定抵押權，即屬民法第七百五十七條所謂『其他法律』規定之物

權，自不宜擴張解釋，破壞物權法定主義之精神，及土地與其定著物為各別獨立不動產之基本原則。故民法第五百十三條所謂『承攬人對於其工作所附之定作人之不動產』有抵押權，應係指承攬工作所附完成後之工作物本體，即完成後之定著物而已成為獨立之不動產者而言，並不及於土地。查台北地院八十四年度民執黃字第四三一號強制執行事件所重新分配之金額九百萬七千八百八十元，乃原所扣繳之土地增值稅稅款，本屬拍賣土地所得價金之一部分，非拍賣房屋所得之價款，為兩造所不爭執，依上開說明，此項拍賣土地之價金，應非上訴人法定抵押權效力之所及，上訴人就其因承攬關係所生之債權，並無優先受償之權利。從而上訴人主張其對債務人楊春榮之法定抵押債權尚有六十一萬五千八百八十三元五角，請求在上開強制執行事件重新分配之分配表更正為此項剩餘債權優先於被上訴人之第三順位五百萬元之抵押債權而受分配，於法即屬無據，為其心證之所由得。爰將第一審所為上訴人勝訴判決廢棄，改判駁回其訴，經核於法並無違背。²³⁵」

4. 否定既成巷道為(舊)物權法上之地役權

在最高法院 85 年度台上字第 2798 號判決一案中，原審台灣高等法院認為：「查新竹市○○路第一二七○巷道，依上訴人所陳僅上訴人數人所通行，是否供公眾所通行之既成巷道即有疑義。又縱屬既成巷道，依

²³⁵ 對此，最高法院本已透過在此判決作成之前的 87 年度第 2 次民事庭會議決議，採取與本判決相同的結論。但本判決另以物權法定主義作為論證的理由。該決議：「民法第五百十三條規定，承攬之工作為建築物或其他土地上之工作物，或為此等工作物之重大修繕者，承攬人就承攬關係所生之債權，對於其工人所附之定作人之不動產，有抵押權。此之所謂「定作人之不動產」，如承攬人承攬之工作為房屋建築，除房屋外，是否亦包括該房屋之基地在內？有左列二說：甲說：承攬人承攬之工作既為房屋建築，其就承攬關係所生之債權，僅對「房屋」部分始有法定抵押權。至房屋之基地，因非屬承攬之工作物，自不包括在內。乙說：承攬人承攬定作人之工作雖為房屋建築，但房屋係附著於土地，如房屋之基地為定作人所有時，承攬人因承攬關係所生之債權，對於該基地亦有法定抵押權。以上二說，應以何說為當，提請公決。決議：採甲說」。



民法第七百五十七條規定，「物權，除本法或其他法律有規定外，不得創設」，私有土地，若實際已供公眾通行數十年，成為道路，其土地所有權縱未為移轉登記，仍為私人所保留，其所有權之行使，即應受限制，認已有公用地役權之存在，土地所有人不得違反供公眾通行目的而為使用。惟公用地役關係之對象，係不特定之公眾，亦不以有供役地與需役地之存在為必要，其本質乃一公法關係，與私法上地役權之性質不同，而民事訴訟則係當事人得向法院請求以判決保護其私權之權利，故既成巷道若為人所侵害，不得本諸公用地役關係，依民事訴訟程序，提起恢復巷道之訴，地方政府僅得以公權加以排除，如有爭議，應循行政爭訟程序處理，從而上訴人之主張，於法無據，不應准許。」

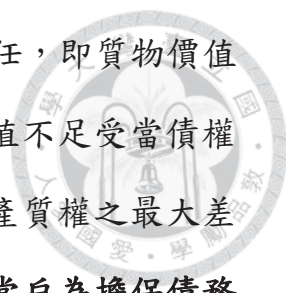
雖然最高法院就此部分之理由廢棄原判決認為：「查上訴人係主張其原通行之新竹市○○路○段一二七○巷，因被上訴人阻絕而無法通行，依民法第七百八十七條第一項規定，請求被上訴人不得為妨阻之行為。此項請求，自非依公用地役關係，而提起恢復巷道之訴，係屬私法上權利之爭執，應屬民事訴訟之範疇，普通法院對之有審判權。原法院以私有土地若為既成巷道，即有公用地役權之存在，本質上乃一公法關係，如為人侵害，不得依民事訴訟程序，提起恢復巷道之訴，應循行政爭訟程序處理云云，其所持見解不無可議。」然而顯然是針對該訴訟究係公法關係抑或私法關係，因此應該民事訴訟或行政訴訟之審判權救濟而表示不同意見，似並未否定原審從物權法定主義之角度所闡述的「既成巷道之...公用地役關係...本質乃一公法關係，與私法上地役權之性質不同」。



二、肯定習慣法物權之判決

1. 肯定「營業質權」為習慣法物權？

雖然法院判決多否定習慣法物權之存在，不過，最高法院則曾經肯認「當舖之營業質權」為「具有擔保物權性質之特殊質權」。在最高法院 86 年度台再字第 97 號判決中，最高法院指出：「本件再審原告...提起再審之訴，無非以：依民法第七百五十七條規定，物權除本法或其他法律有規定外，不得創設。而當舖業者收當，無民法質權規定之適用，民法物權編施行法第十四條定有明文。原確定判決認當舖業者收當係具有擔保物權性質之特殊質權，自有消極不適用民法第七百五十七條規定之違法...為其論據。第按物權之新種類或新內容，倘未違反物權之直接支配與保護絕對性，並能以公示方法確保交易安全者，即可認為與物權法定主義存在之宗旨無違。...查前訴訟程序第二審判決以：典當乃債務人將動產交付於當舖業者以取得一定資金，並以該動產擔保該債務之行為，應屬民法物權編之質權。民法物權編施行法第十四條雖規定，民法物權編關於質權之規定，於當舖或其他以受質為營業者不適用之，但僅係指民法第八百九十三條第二項流質契約禁止之規定，於當舖業無適用之餘地而言，非謂當舖之營業質權完全不適用民法物權編關於質權之規定。...原確定判決本於該第二審判決所確定之事實，認當舖或其他以受質為營業者之質權，即營業質權，依民法物權編施行法第十四條規定，固無民法質權規定之適用，惟關於營業質權，有當舖業管理規則可資適用，依其規範，一方面無禁止流質契約之規定，即當期屆滿後，當戶不



取贖者，質物所有權即歸屬於當舖；一方面純採物之責任，即質物價值超過受當債權額，當舖不負返還餘額之義務，若質物價值不足受當債權額，當舖亦不得請求當戶補足，此為營業質權與民法動產質權之最大差異。故營業質權雖非民法上之動產質權，惟當舖既占有當戶為擔保債務之履行而移交之物品，於債務未受清償前得留置該物品，屆期當戶不取贖，當舖即取得該物品之所有權以資抵償，自屬具有擔保物權性質之特殊質權。苟以無既判力之執行名義為強制執行，致營業質權人喪失其對質物之占有者，自難謂對營業質權為無侵害。前訴訟程序第二審判決謂再審被告對系爭車輛有民法上之質權，而為再審原告敗訴之判決，理由雖有不當，但結果並無二致，仍非不可維持，因而駁回再審原告之第三審上訴，經核並無適用法規顯有錯誤之情形。」雖然最高法院在判決中未以「習慣法物權」稱呼營業質權(當舖質)，但實質上應是視其為「特殊質權」之習慣法物權無誤。

2. 肯定「事實上處分權」為習慣法物權？

有疑問的是最高法院針對違章建築所創設的「事實上處分權」，是否有違物權法定主義？能否將其視為習慣法物權？


在民法第 757 條修正前之台灣高等法院 93 年度再易字第 33 號判決中有相當有趣而詳盡的論述，值得注意。

該判決之再審原告主張：台灣高等法院九十一年度上易字第五六七號原確定判決，認定事實上處分權人，有占有、使用、管理、收益之權，僅因無法取得所有權登記名義，惟其實質上法律地位與所有人無異乙節。顯然將事實上處分權，視同所有權，自行創設事實上處分權之物權，而

違反物權法定主義，判決違背法令甚明。爰依民事訴訟法第四百九十六條第一項第一款規定，提起本件再審之訴。求為判決將原確定判決不利於再審原告部分廢棄，駁回再審被告於原審之上訴。

該事件之再審被告則反駁再審原告之上開主張，認為：「事實上之處分權」非原確定判決所創設。最高法院對於未經第一次所有權登記之房屋，即有所謂「事實上處分權」之民事判決，及民法第七百六十五條規定：「所有權人，於法令限制之範圍內，得自由使用、收益、處分其所有物並排除他人之干涉」，其中所謂處分包括事實上處分權及法律上之處分權，故並非原確定判決所自行創設。又民法第七百五十八條「不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失及變更者，非經登記不生效力」，故未經第一次所有權登記之不動產，無從使買受人取得所有權，惟買受人基於債權之效力仍可取得事實上之處分權及使用權，此並非創設之物權。再審原告主張原確定判決未適用民法第七百五十七條之規定，顯有誤會等語，求為判決駁回再審原告之訴。

對此，高等法院之判決反駁再審原告指摘「事實上處分權」違反物權法定主義，理由謂：按所謂「事實上處分權人」一詞，係經最高法院民事庭會議決議及民事判決所多次使用，如「違章建築之讓與，雖因不能為移轉登記而不能為不動產所有權之讓與，但受讓人與讓與人間如無相反之約定，應認為讓與人已將該違章建築之事實上處分權讓與受讓人。」（最高法院六十七年度第二次民事庭庭長會議決定(一)參照）；「再未辦理所有權登記之房屋，不能為所有權之讓與，但受讓人與讓與人間，如無相反之約定，應認讓與人已將房屋之事實上處分權讓與受讓人。房屋拆除為事實上之處分行為，應由有事實上處分權之人為之。」



(最高法院九十二年度台上字第二四五一號判決參照)；「違章建築之讓與，雖因不能為移轉登記而不能為不動產所有權之讓與，但受讓人與讓與人間如無相反之約定，應認為讓與人已將該違章建築之事實上處分權讓與受讓人。」(最高法院八十六年度台上字第二二七二號判決參照)；「違章建築之讓與，雖因不能為移轉登記，而不能為不動產所有權之讓與，但受讓人與讓與人間如無相反之約定，應認為讓與人已將該違章建築之事實上處分權讓與受讓人。」(最高法院八十五年度台上字第五一號判決)；「就未辦理保存登記之建築物為讓與時，雖因未辦理保存登記致不能辦理所有權移轉登記，該建築物之所有權不能發生讓與之效力，但受讓人與讓與人間非不得約定將該建築物之事實上處分權讓與於受讓人。」(最高法院七十四年度台上字第一三一七號判決參照)等，而本院原確定判決所謂「事實上處分權人，有占有、使用、管理、收益之權，僅因無法取得所有權登記名義，惟其實質上法律地位與所有人無異」等語，係就民法第一百八十四條第一項前段所指之「權利」，並未排除事實上處分權之適用，所為法律上之解釋，並非自行創設事實上處分權為物權之意(原確定判決理由九參照)，而適用法規或解釋法律，係法院裁判之職權(最高法院六十四年台聲字第五八號判例參照)。本院確定判決既非「事實上處分權」一詞之創始者，亦未表示「事實上處分權」為民法上之物權，難謂有違反民法第七百五十七條物權法定主義，或消極不適用民法第七百五十七條規定之情事，是則再審原告主張原確定判決違反物權法定主義等語，自非實在，為無可取。

雖然高院的邏輯為：「事實上處分權」並非創設作為「物權」，並未違反物權法定主義，但並未回答此種已然包含了民法第 765 條所定之所

有權積極權能中之「占有、使用、管理、收益」及「事實上處分權能」，僅欠缺「法律上處分權能」之「權利」，固然不是明文規定之物權，但究竟是不是「習慣法物權」？

如果對照稍後最高法院在 95 年度台上字第 94 號判決中針對違章建築之「事實上處分權人」能否行使所有權之消極權能中之所有物返還請求權，該案之台灣高等法院台中分院（案號：九十三年度上字第 64 號判決）明示認為：「次按，所有人對於無權占有或侵奪其所有物者，得請求返還之。對於妨害其所有權者，得請求除去之。有妨害其所有權之虞者，得請求防止之。民法第七百六十七條定有明文。此為所有權之物上請求權，此於未保存建物嗣後繼受取得者，其權利雖非不動產所有權，然事實上處分權其性質實係為所有權權能之集合，對於該事實上處分權之保護，應同於不動產所有權之保護，是以上開民法第七百六十七條有關所有權保護之規定，本於同一之利益狀態，價值衡量，則於事實上處分權之情形，自亦應類推適用之。」已可以解讀並看出法院在舊法時期，實質上已經承認「事實上處分權」是一種法院創設的「習慣法物權」。

雖然該見解嗣後並未為最高法院所採，而認為：「對未登記之不動產肯認有事實上處分權，乃係實務上之便宜措施，然事實上處分權究非所有權，能否類推適用所有權之物上請求權之規定，亦非無疑。²³⁶」但最高法院亦始終未明白回答「事實上處分權」的權利內涵為何。

²³⁶ 同樣的爭論與疑問，再度出現在民法第 757 條修正後之最高法院 100 年度台上字第 1275 號判決，最高法院以完全相同的理由持同樣的否定見解。

第三節 物權法修正與韓國法上之習慣法物權



第一項 概說

新法第 757 條修正增訂為「物權除依法律或習慣外，不得創設。」承認「習慣法」可以創設物權。立法理由進一步說明：「為確保交易安全及以所有權之完全性為基礎所建立之物權體系及其特性，物權法定主義仍有維持之必要，然為免過於僵化，妨礙社會之發展，若新物權秩序法律未及補充時，自應許習慣予以填補，故習慣形成之新物權，若明確合理，無違物權法定主義存立之旨趣，能依一定之公示方法予以公示者，法律應予承認，以促進社會之經濟發展，並維護法秩序之安定，爰仿韓國民法第一百八十五條規定修正本條。又本條所稱『習慣』，係指具備慣行之事實及法的確信，即具有法律上效力之習慣法而言，併予指明。」

本條新法承認習慣法物權之存在，用意甚佳，惜立法理由並未舉例。學說上有明確指出，習慣法形成之物權若類型固定，明確合理，無違物權法定主義存在之旨趣，且有公示之可能，社會上確有其實益及需要，即可以認為是習慣法物權，例如當舖業法未制定前我國實務上當舖質之承認、德國實務上承認讓與擔保及期待權²³⁷。

立法理由中特別強調，本條係仿韓國民法第 185 條規定而來²³⁸，但未見舉出具體事例說明韓國實務上有何種依習慣法創設之物權，因而受到學者批評等修正欠缺深入的比較法專題研究報告²³⁹，並有質疑何以仿

²³⁷ 謝在全，民法物權論(上)，2010 年 9 月修訂 5 版，自版，頁 52。

²³⁸ 韓國民法第 185 條規定：「物權，除依法律或習慣法外，不得任意創設」。參見金玉珍譯，韓國民法典，北京大學出版社，2009 年 9 月初版。

²³⁹ 王澤鑑，民法物權，2010 年月增訂二版，自版，頁 44。

照未較我國民法為優之韓國民法為藍本而修正本條者²⁴⁰。有學者進一步補充指出，韓國民法該條自 1960 年韓國民法制定之初即存在且實施迄今，僅相當謹慎地承認墳墓基地權、習慣之法定地上權(相當於我民法物權第 838-1 條或我民法第 425-1 條之情形韓國以習慣法物權承認之)²⁴¹。

第二項 韓國習慣法物權一：墳墓基地權

墳墓基地權乃韓國所獨有之物權，是韓國基於對傳統祖先的崇拜觀念而出現的物權，「乃是在他人土地上設置墳墓之人，所享有之使用墳墓基地附近土地的類似地上權的習慣法物權」、「墳墓基地權已經以判例的形式被確認為習慣法上的地上權²⁴²」。根據韓國判例見解「對於墳墓基地，習慣上承認的類似地上權的物權視為所有其墳墓」²⁴³。墳墓基地權既然是一項物權，即具有排他性的特徵，因此其內容包括：權利人有權基於對物占有和管領而排除他人的干涉並回復自己對物的控制、並且有設置墓碑等墳墓附設施之權利、權利人有禁止建造新墳墓之義務、權利人禁止將原來之墳墓移葬至他處、權利人可無償使用該基地(無庸支付地租)等²⁴⁴。雖然，韓國嗣後於 2000 年制定「關於葬禮等的法律」而對與埋葬和墓地有關的法律予以全面修訂，但現行韓國判例仍將其可

²⁴⁰ 姚瑞光，民法物權論，2011 年 2 月版，自版，頁 20-21。

²⁴¹ 參見高翔龍，韓國不動產物權與登記制度，中日民商法研究第 6 卷，法律出版社，2007 年 1 月出版，頁 66。一轉引自謝在全，民法物權論(上)，2010 年 9 月修訂 5 版，自版，頁 57 註 12。並參見金玉珍譯，韓國民法典所附之「韓國民法典說明」，北京大學出版社，2009 年 9 月初版，頁 3。

²⁴² 參見金玄卿，論韓國民法對所有權的限制—以墳墓基地權為視角，河北法學第 28 卷第 6 期，2010 年 6 月，頁 169-170。

²⁴³ 金玄卿，論韓國民法對所有權的限制—以墳墓基地權為視角，河北法學第 28 卷第 6 期，2010 年 6 月，頁 174。

²⁴⁴ 金玄卿，論韓國民法對所有權的限制—以墳墓基地權為視角，河北法學第 28 卷第 6 期，2010 年 6 月，頁 172。

以理解為特別法與習慣法衝突，優先適用習慣法，而承認與保護墳墓基地權²⁴⁵。



第三項 韓國習慣法物權二：習慣法地上權

應再特別說明者係韓國以習慣法承認地上權(Erbbaurecht; Superficies)之情形。韓國民法第 279 條(相當於我舊物權法第 832 條)規定：「地上權人為在他人土地上有建築物、工作物或竹木者，有使用該土地之權」，此種地上權在韓國通常是基於法律或習慣法而生²⁴⁶。」

在韓國，如果土地與房屋原本同屬於一人所有，但土地所有人或房屋所有人因為拍賣而讓與土地或房屋所有權於他人，因而不同屬於一人時，房屋所有權人能否對土地所有人主張有用益物權(Nutzungsrechte)²⁴⁷存在？對此，韓國民法分別在第 305 條²⁴⁸及第 366 條²⁴⁹規定「法定地上

²⁴⁵ 金玄卿，論韓國民法對所有權的限制—以墳墓基地權為視角，河北法學第 28 卷第 6 期，2010 年 6 月，頁 174。

²⁴⁶ 網路官方版韓國民法第 279 條之英文為“A superficies is entitled to use the land of another person for the purpose of owning buildings, other structures or trees thereon”

²⁴⁷ 韓國的有用益物權有三種，即地上權(Erbbaurecht)、地役權(Grunddienstbarkeit)、傳賃權(dingliches Mietrecht)。其中傳賃權是韓國民法所特有的物權。韓國民法第 303 條定義傳賃權為「(第一項)傳賃權人因支付傳賃金而占有他人不動產，並就該不動產進行使用收益。就該不動產之全部，後順位權利人有先於其他債權人獲得清償之權利。(第二項)農耕地不得為傳賃權之標的。」傳賃權是一種「物權的租賃權」，一方給付租金，他方提供約定之不動產(通常是房屋)。傳賃權因為是物權，因此必須登記。此一制度最大的特色在於：傳賃權關係終了時，傳賃權人得取回傳賃金。但期間所生的傳賃金之利息則作為使用該不動產之對價。傳賃權人在不動產的使用上以及傳賃金的返還上都受到物權效力的保護。傳賃權一開始在韓國是以習慣法效力的債權契約方式產生，但後來韓國民法的立法者則將其規定為一種物權，但是將此種習慣法物權化當時仍然很有爭議(參見Chongko Choi, Law and Custom in 2006, 서울대학교 法學 제47권 제2호, p.220-252, 特別是244)。據學者表示，韓國實務上傳賃權並不常被利用，因為一般出租人都不想將該權利加以登記，實務上比較多的還是以債權租賃契約的方式訂定。(參見Korea Legislation Research Institute(Hrsg.), Einführung in das koreanische Recht, Heidelberg 2010, S.93-94；崔吉子，韓國民法上的傳賃權制度，華東政法學院，法學2005年第12期，頁110-118。)

²⁴⁸ 韓國民法第 305 條規定：「(第一項)基地及建築物同屬一人所有，於建築物上設定傳賃權時，視為基地所有人的特定繼承人與傳賃權設定人設定地上權。但地租則依當事人請求由法院決定。(第二項)前項情形，基地所有人不得向他人出租或設定以其為標之地上權或傳賃權。」((1)In a case where land with a building thereon belongs to one and the same person, and chonseogwon is created on the building, the limited successor in title of the land ownership, is deemed to have created

權」(gesetzliche Erbbaurecht)，承認因為公權力機關所進行的拍賣造成土地與房屋不同屬於一人所有時，房屋所有權人對土地取得「法定地上權」。但是韓國民法只明文承認基於傳賃權(dingliches Mietrecht)或抵押權拍賣而生的這兩種法定地上權，並且也只限於這兩種²⁵⁰。但是實務上出現土地與房屋分離，因而有必要賦予房屋所有權人有使用土地之「地上權」的情形，並不只上開兩種情形，可能還包括買賣、贈與或共有物分割等等情形，韓國最高法院為此乃承認：符合上開民法第 305 條及第 366 條的要件，但乃是基於買賣、贈與或共有物分割等拍賣以外情形而生者，取得所謂的「習慣法地上權」(gewohnheitsrechtliche Erbbaurecht)。²⁵¹雖然這在韓國學術界也遭到質疑：是否真的有這樣的習慣法存在，但是韓國最高法院迅速而穩妥地在實務上創設此種制度。²⁵²

如果對應於韓國民法第 185 條承認習慣法可以創設物權，而其實務上承認之具體內容主要為墳墓基地權以及習慣法地上權，則在我國顯然並不需要此種習慣法物權。

legal superficies for the settler of *chonsegwon*: Provided, That on application of the party to contract of *chonsegwon*, the rent thereon shall be determined by the court.(2)In the case of the preceding paragraph, the owner of the land shall not rent the land to another person, nor have any other superficies or *chonsegwon* created on it.)

²⁴⁹ 韓國民法第 366 條規定：「因抵押物拍賣而使基地及地上建築物屬於他人所有時，視為土地所有人為建物所有人設定地上權。但地租則依當事人請求由法院決定。」(Where the land and the building on it belong to different persons by reason of the auction sale of mortgaged property, the owner of the land is deemed to have created a superficies for the owner of the building: Provided, That in such case the rent shall be determined by the court on the application of the party concerned.)

²⁵⁰ Korea Legislation Research Institute(Hrsg.), Einführung in das koreanische Recht, Heidelberg 2010, S.92-93.

²⁵¹ Korea Legislation Research Institute(Hrsg.), Einführung in das koreanische Recht, Heidelberg 2010, S.93.

²⁵² Korea Legislation Research Institute(Hrsg.), Einführung in das koreanische Recht, Heidelberg 2010, S.93 註 22 並指出這個判決是在 1960 年 9 月 22 日作成(OGH vom 29. September 1960/ 4292 Minsang 944)。

第四項 兩種韓國習慣法物權在台灣之規範情形



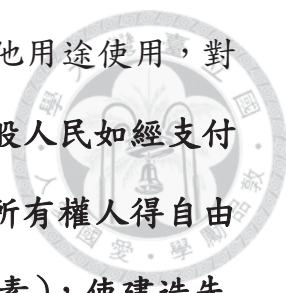
就前者而言，我國在 91 年 7 月 17 日以前有「墳墓設置管理條例」，管理公墓及私人墳墓，依該條例第 14 條規定，私人墳墓之設置，應報請當地主管機關核准，違反者均有罰則，並無類似韓國傳統賦予墳墓基地權之問題。

在台灣高等法院九十七年度上字第三三六號一案中，訴外人出具土地使用同意書，同意被上訴人(即被告)以該地作為墓地使用，而訴請拆屋還地，嗣上訴人(即原告)自訴外人受讓該土地，乃訴請被上訴人拆除墓地返還占用之土地。法院判決為使土地上之墳墓不被拆除，仍須訴諸「誠信原則」以及所謂「一般國民法律感情」(法感)，即可得知，在我國完全沒有承認墳墓地上權作為習慣法物權之必要²⁵³。判決謂：「按『權

²⁵³ 早在國民政府遷台以前，最高法院即已就此爭議做出表示，院字第 1949 號：「主文：來呈所稱情形。甲既將無主古人遺骸遷葬他處而承祀之。該墳則應屬甲所有。如不在乙之地內。而乙將其平除時。甲自得請求回復。事實理由：案據豐順地方法院推事兼行院長職務蕭硯臣本年九月十日呈稱。竊查豐順縣習俗。有所謂遇緣古人墳。即甲掘地下棺。偶然發見前人遺骨。將之遷葬他處並從而承祀之。是設有乙擬平除該古人墳。而另置新棺。甲即主張所有權出而加以阻攔因生爭執。究竟該甲之主張。是否合法。於此計有兩說。子說、墳墓所有權。應屬葬於該墳墓者之後人。甲非該墳古人之子孫。當然不能取得該古人墳之所有權。丑說、甲雖非該墳古人之子孫。惟其既舉以葬。又從而承祀之。自始顯係即有占有該古人墳之意思。似應比照民法上占有各條之規定。推定為其所有。以上兩說。究以何說為是。事關解釋法律疑義。未便臆斷。理合備文呈請察核。」，以及院字第 1127 號：「墳墓所有權與土地所有權。原非有不可分之關係。土地所有人雖得將其所有地轉賣於他人。究不得因此而侵害墳墓所有人之權利。至於行政官署因公共利益限令遷墳之合法處分。固非墳墓所有人所能違抗。但該官署命令。苟尚未對於該墳有具體處分或確定遷期以前。則墳墓所有人仍得對於他人主張其墳墓之權利。事實理由：墳墓所有權與土地所有權。原非有不可分之關係。土地所有人雖得將其所有地轉賣於他人。究不得因此而侵害墳墓所有人之權利。至於行政官署因公共利益限令遷墳之合法處分。固非墳墓所有人所能違抗。但該官署命令。苟尚未對於該墳有具體處分或確定遷期以前。則墳墓所有人仍得對於他人主張其墳墓之權利。相應咨復貴院查照飭知。此咨行政院。附行政院原咨案據內政部呈稱。案○○○市○○○○○○○○○號咨開。查本市有賣穴不賣山之習俗。土地所有人將地分賣與人葬墳。雖然立契付價。情形則若永遠租借。各墳主仍認該地所有權屬於原業土地所有人。惟因保存墳墓起見。限制該土地所有人不准將地出賣。并有呈經當時地方官廳核准有案之事實。近自二十年首都建設委員會決議。城內墳墓限期遷葬以來。城內葬有墳墓土地之原業所有人。遂多擅自出賣土地。一面。令墳主遷葬。而墳主則以執有保護墳墓禁止出賣該地之成案以相爭執。處理此類案件。爰有下列各疑義。(一)按民法規定。所有權原有自由使用、收益、處分其所有物。并排除他人干涉之權利。上述土地因埋葬墳墓受有不能處分之限制。其所有權是否完整。(二)葬墳土地之業權。不歸墳主。仍屬原

利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的。行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法』，民法第 148 條定有明文。查上訴人固繼受取得系爭土地之所有權，惟上訴人取得所有權之時間係於 78 年間，而被上訴人係分別自 62 年 12 月迄 71 年間（如附表之建墓時間所示）即合法安葬先人，且支付相當對價，始取得永久使用權利，魏建乾等人之墳墓存在系爭土地上，此權利義務狀態已持續相當長之時間。又土地之交易價值，每每因坐落位置及其使用情形，價值相異其鉅，購買者少有不查明其坐落位置及使用情形，即輕易應允買受（或償債）之理，上訴人竟稱其受讓時不知土地所在及用途，迨 93 年 1 月間始知悉遭他人佔據為墓園云云，顯與一般社會常情不符。況依卷附照片所示，魏建乾等人墳墓均顯露於地表並無隱藏，週遭已葬滿墳墓，排列尚屬整齊，屬明顯可知之墓園（非濫葬崗）狀況，縱上訴人所言其因不知位置、用途而受讓已成為墓園之系爭土地，難以加以利用云云屬實，該難予利用之不利益亦係上訴人承買系爭土地前僅思及過戶抵債，而未確實查勘現狀，有重大疏失所致，應由上訴人自行承擔，較為公允。經審酌上訴人

業土地人所有。則買穴葬墳者所葬之墳。是否認為地上另行設定之權利。此項權利有無限制。所有權不能自由處分之處分能力。（三）買穴葬墳如認為地上另行設定之權利。此項私人間自相設定之權利。能否因行政命令而喪失。易言之。即在城內買穴葬墳者。因有首都建設委員會對於城內舊有墳墓限期遷葬之決議。而即不能有保存墳墓仍在原處之主張。說者謂首都建設委員會雖有上項決議。但對於舊有墳墓并未訂定遷移確期。城內墳墓應於何時悉數遷葬。尚待行政上之整個計劃。倘經訂定城內墳墓悉數遷葬確期。屆時墳主在城內土地上設定之權利。或可謂為因行政命令而喪失。在未經訂定城內墳墓悉數遷葬確期以前。墳主自仍能主張地上設定之權利。此說是否允當。相應咨請查核。解釋見復等由。准此。查第一疑義。土地所有人既賣穴於墳主。又受不准將地出賣之限制。其土地所有權。自不能認為完整。（二）墳主買穴葬墳。限制土地所有人不准將地出賣。并有呈經當時地方官廳核准有案之事實。已為取得地上葬墳權利之合法依據。在墳墓未經消滅或墳主自動放棄遷移以前。實有限制土地所有人自由處分之處分能力。（三）墳主土地葬墳之權利。只能對土地所有人之處分權有所限制。不能對抗行政命令所為遷墳之處分。但行政處分未經訂有具體辦法及遷移之不變期間。原墳主在此猶豫期間之下。自仍能主張地上設定之權利。對於上項各疑義。本部係就私法上之習慣公法上之效力加以解釋。并無明文足資依據。是否允當。未敢擅斷。理合備文呈請鑒核示遵等情。據此。事關法律疑義。除指令外。相應咨請貴院解釋見復為荷。此咨司法院。」，上開兩個實務見解感謝口試委員蔡明誠院長，於口試時提供此資料，使本文在是否繼受韓國法墳墓地上權之習慣法物權的結論上，有更明確之方向，特此補充。



取得已作為墓園使用之系爭土地後，難作墓園以外之其他用途使用，對其而言，就系爭土地所得使用收益甚為有限。反之，一般人民如經支付相當之對價而取得私人墓園之永久使用權後，僅因土地所有權人得自由移轉土地所有權予他人之結果（即非造墓者得掌控之因素），使建造先人墳墓之後代子孫，隨時面臨拆除先人墳墓及支付不當得利之風險，其利益衡量顯然失衡，亦傷害一般國民之法律情感。故本院審酌兩造之取得、使用系爭土地之時間及利益衡量等一切情狀後，認上訴人於受讓系爭土地之始，因故意或重大過失漠視該土地為既成墓園，已滿葬墳墓，若無撿骨等民間習俗者，下葬亡者之墓穴以永久存續為原則，率移轉系爭土地以抵債，嗣再本其所有權請求被上訴人應將先人魏建乾等人之墳墓拆除後，返還土地及返還不當得利云云，有違誠信原則，不應准許。」

就後者而言，我國的「法定」地上權原規定在民法第 876 條，嗣後 838 之 1 條仿上開規定增設，乃針對相當於韓國民法第 366 條因拍賣造成的土地與房屋不同屬一人所有時而涉；嗣同時有民法第 924 條之 2 針對典權之拍賣，則較接近函國民法第 305 條因傳贖權而拍賣致有保護房屋所有人之必要之情形；至於其他情形造成土地與房屋不同屬一人所有的情形，在我國則已經有民法第 425 條之 1 推訂租賃關係的增設，我國是透過債權契約之方式解決，而非物權之方式，因此亦無庸再繞到「習慣法地上權」加以解決。

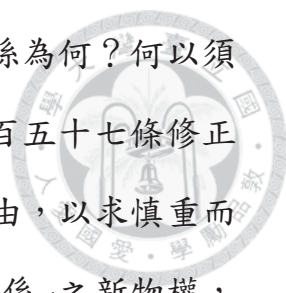
準上所述，物權法增訂習慣法得創設物權之際，確實並未意識到實務上究竟有何必要引進習慣法物權？係未解決何種實務上的物權難題而設。

第四節 物權法修正後對習慣法物權承認之要件宣示



第一項 一個指標性案例的宣示

新法通過迄今四年，最高法院並未見到有承認習慣法創設之物權存在之案例，直到最近 101 年度台上字第 1615 號判決一案，最高法院強調：「按物權除依法律或習慣外，不得創設，民法第七百五十七條定有明文。其中由習慣所創設之新物權，須明確合理，無違物權法定主義存立之旨趣，能依一定之公示方法予以公示，且具備慣行之事實及法的確信者，始得予以承認，以促進社會之經濟發展，並維護法秩序之安定，此觀該條九十八年之修正意旨即明。又不動產物權，依書面法律行為而取得、設定、喪失及變更者，非經登記，不生效力，亦為同法第七百五十八條所明定。查系爭停車位坐落於上訴人社區所屬建物之內，編列有獨立建物之建號（即台北市○○區○○段四小段一○九二建號），屬該社區全體區分所有權人共有，被上訴人社區區分所有權人對之並無共有權等情，為原審確定之事實，依上說明，被上訴人社區區分所有權人即非系爭停車位所在建物之共有人，自不得主張基於共有人所得享有之使用、收益、處分權或排除他人之干涉。原審徒依富台國宅社區之當年規劃、兩造社區本即各有互不相通之建物卻有各自之共同使用部分、停車位之坐落（即七八使字第○二五八號及第○二七二號使用執照及其附表上之記載，見一審卷八、一四頁）、以往管理及使用情形等，認定兩造社區之區分所有權人間，就各該棟之共同使用部分，有類似共有人之關係存在，並進而認定就系爭停車位有類似分管契約存在，固非全然無見。惟何謂



「類似共有人之關係」？其內容及相互間之權利義務關係為何？何以須承認現行法律本無規定之物上權利？等項，於民法第七百五十七條修正可依習慣創設物權後，自應詳為審酌，並說明其認定理由，以求慎重而維護法秩序之安定。乃原審未說明其創設「類似共有關係」之新物權，是否明確合理、有無違反物權法定主義存立之旨趣、是否能依一定之公示方法予以公示、是否具備慣行之事實及法的確信等項，遽認被上訴人享有類似物權之排除侵害權利，不免率斷，而有判決不備理由之違法。況上訴人曾抗辯：法定停車位空間於八十年九月十八日內政部就此問題頒布新行政命令前，得檢具相關資料登記為一般區分所有建物另編建號，亦即得以主建物方式登記，且非該棟區分所有建築物之所有權人，亦得登記為所有權人，本案被上訴人於取得七十八年使用執照之際，並未將系爭停車位空間，視同一般區分所有建物辦理建物第一次所有權登記，則被上訴人社區區分所有權人非系爭停車位之所有權人等語（見一審卷六九頁），核與被上訴人提出為證並予以引用之內政部函、內政部營建署函（見一審卷八二至八四、八六及八七頁）所示內容相符，倘屬實在，則被上訴人社區之區分所有權人，於可取得未在其建物內之系爭停車位建物所有權之際，竟捨依當時有效法令辦理系爭停車位所有權之登記以確保其權利不為，反由上訴人社區所有權人分享或分擔該二十二位停車位相關應有部分之權利義務，其原因為何？是否猶得謂當時使用系爭停車位之約定，具有類似共有關係之物權效力？不無疑問。原審未予究明，而為不利於上訴人之判決，亦非允洽。此外，倘兩造社區之區分所有權人間，就系爭停車位並無物權性質之權利義務關係，則其等間或其等前手間就系爭停車位之使用約定，是否具有優於一般債權契約之效力？

更待釐清。上訴意旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。」

雖然，在上開事件中，最高法院質疑原審高等法院透過習慣法物權，就大樓集合住宅之停車位約定之「類似分管契約」所創設之「類似共有人關係」之新物權，提出質疑，但卻配合民法第 757 條習慣法物權之新規定的立法理由藉以指出，（一）習慣法物權在「物權法」上的要件為：1. 「無違物權法定主義之旨趣」，2. 「明確合理」，3. 具有「一定公示方法」之公示作用²⁵⁴；（二）習慣法物權在「習慣法」上的要件則仍然為 1. 事實上之慣行；2. 法之確信²⁵⁵。

這當中：（二）1 的「無違物權法定主義之旨趣」以及 2 的「明確合理」所指為何，並不甚明確，應可認為是屬於「消極性」的要件審查，換言之，最高法院主要還是結合了「物權」之主要特徵＝「公示方法」，暨民法第一條「習慣法」之兩個要件「事實上慣行」+「法之確信」，而宣示在我國法上成立習慣法物權的「積極性」要件，主要有此三者。但這同時也顯示出，在我國，只要符合上開三要件：「公示方法」+「事實上慣行」+「法之確信」，則成立習慣法物權其實並不困難。準此以解，透過這樣明確的要件思維，本文認為配合上開習慣法物權承認的要件宣示，要將原住民傳統土地權配合上開要件納入民法體系作為習慣法物權，應屬具體可行。

²⁵⁴ 此等見解應係受到學者見解的影響，例如王澤鑑，民法物權，2010 年月增訂二版，自版，頁 45 謂「具有法律上效力的習慣法，其所創設新物權須具備二個要件：1. 明確合理無違物權法定主義；2. 有一定的公示方法」。

²⁵⁵ 此等要件學說上稱為：「物權法定緩和說」，認為「依習慣法所生之物權，苟已具有法確信之程度，且不違反物權法定主義之趣旨，又有一定之公示方法時，應綜合及實質的加以判斷，自物權法定內容從寬解釋之方法，解為非新種類之物權」，參見謝在全，民法物權論(上)，2004 年 8 月修訂 3 版，自版，頁 63。

第二項 民法第一條習慣法基本內涵之變遷



一、慣習與確信

既然習慣法物權係以具備民法第一條之習慣法的要件為前提，則有必要進一步討論民法第一條之習慣法的要件。

我國民法第一條規定：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」準此，習慣法乃作為我國民法的法律適用上第二順位的補充法源。習慣法不像制定法有著明文規定，它存在於：在生活事實中被不斷的實踐與承認。習慣法是「透過一個共同體內以反覆的慣行方式，展現出一個普遍而具有規範般的法效意思所產生的非成文法」²⁵⁶。準上所述，我國學說及實務見解與德國文獻相同，一般均認為習慣法有兩個構成要素：第一、長時間與反覆的慣習(längere und gleichmässige Übung, inveterata consuetudo)，也就是不斷地被運用的事實；第二、一般人的確信，或者說，共同體內一般人的法律確信心。最高法院 17 年上字第 613 號判例亦謂：「習慣法之成立，須以多年慣行之事實及普通一般人之確信心為其基礎。」同院 24 年上字第 1432 號判例²⁵⁷亦論及習慣法之成立要件謂：「習慣法則之成立，以習慣事實為基礎，故主張習慣法則，以為攻擊防禦方法者，自應依主張事實通例，就此項多年慣行，為該地方之人均認其有拘束其行為之效力之事實，負舉證責任。如不能舉出確切可信之憑證，以為證明，自不能認為有此項習慣之存在」。即可印證。

²⁵⁶ Enneccerus-Nipperdey, AT, 1959, Bd. I., § 38 I (S.261)，原文為：“Gewohnheitsrecht ist das ungesetzte, durch einen allgemeinen normalerweise durch Übung manifestierten Rechtsgeltungswillen der Gemeinschaft erzeugte Recht.”—轉引自吳從周，論習慣法作為民法的法源—以習慣法的內涵演變與空洞化現象之觀察為中心，發表於 20120317 於第八屆東亞法哲學研討會，頁 4。

²⁵⁷ 此判例內容現已無法尋得——轉引自李模，民法總則之理論與實用，1992年6月，頁13註二；王澤鑑，民法總則，頁61稱之為「判決」。

因此，第二個要素，也就是主觀或內在的要素：「法律的確信心」，則一直是學說上用來區別「習慣法」與「事實上的慣習」的關鍵所在。而這也是習慣法最受爭議的內涵要素所在，或者說習慣法的「效力基礎」所在。照德國學者的描述，這部分的理論爭論，「比以往任何一種理論研究還要雜亂無章、模糊難懂²⁵⁸」

二、「法之確信心」作為關鍵要素

1. 學說爭論

最困難的問題在於何謂「法之確信心」？如何發現或承認「法之確信心」？參考德國文獻就此部分的理論發展，大概出現過以下幾種觀點可供參考²⁵⁹：

第一種說法是所謂的「事實上慣習說」(Übungstheorie)，此說將習慣法的拘束力求諸於單純外在慣行的事實。此說強調從人類模仿的本能、適應性，就會從實際反覆慣習的「動機」中，產生「將來應該要繼續如此行為」的意思。亦即從單純的外在事實就可以產生規範的拘束力。

第二種是所謂的「承認說」(或同意說)，此說將習慣法的效力訴諸於：擬制立法者明示或默示的承認(同意)；依此說，立法者有權排除或否認習慣法的效力。

第三種說法是「確信說」(Überzeugungstheorie)，這主要是來自於歷史法學派的影響，強調習慣法的效力來自於共同體內成員共同的「法

²⁵⁸ 參見 Max Rümelin, Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts und ihre Begründung, Tübingen 1929, S.6f. 以及該處所引述的德國學者 Oskar Bülow 的話。--轉引自吳從周，論習慣法作為民法的法源--以習慣法的內涵演變與空洞化現象之觀察為中心，發表於 20120317 於第八屆東亞法哲學研討會，頁 2。

²⁵⁹ 以下學說介紹，詳見吳從周，論習慣法作為民法的法源--以習慣法的內涵演變與空洞化現象之觀察為中心，發表於 20120317 於第八屆東亞法哲學研討會，頁 2-3。

之確信」(Rechtsüberzeugung)，此種法之確信心則存在於「民族精神」中。因為對於歷史法學派而言，法是存在於民族精神或者民族確信之中，透過內在潛移默化的力量，非立法者的恣意所形成的。民族確信創造習慣法。它最有名的命題厥為：「法律是在一個法律共同體中所存在的共同確信」。因此，「所有的法律以這樣的方式...都可以稱為習慣法²⁶⁰」。此說被後來興起的下述的「共同體意思說」所逐漸取代與修正，而與「共同體意思說」相互趨近，因此有稱「共同體意思說」為「確信說」之修正版。

第四種說法則是目前德國通說所謂的「共同體意思說」(Wille einer Gemeinschaft)，此說進一步強調表現出共同體意思的外部慣習，就必須包含了形成習慣法所必要的意思。依據此說，習慣法不再是一種「法之確信」，而是一種「被闡明的共同意思」(erklärter Gemeinwille)(這是 Karl Binding 的稱呼)，「共同體意思」(Wille der Gemeinschaft)(這是 Eduard Hölder 的稱呼)，雖然稱呼略有差異，但就是特別強調法的意思要素²⁶¹。

2. 「法官法說」作為新趨勢

(1) 習慣法空洞化

到了第一次世界大戰前後，德國的帝國法院出現愈來愈多的判決，產生一種「帝國法院判決通貨膨脹」的現象(Inflationsrechtsprechung)，因此開始出現習慣法理論轉變成法官法理論的論述趨勢。如果相應前述對習慣法內涵的四種說法，此種說法有稱之為「法官法說」

²⁶⁰ 參見 H.-P. Haferkamp(Hrsg), Usus modernus pandectarum: Römisches Recht, Deutsches Recht und Naturrecht in der Frühen Neuzeit; Klaus Luig zum 70. Geburtstag, Köln 2007, S.221.

²⁶¹ 吳從周，論習慣法作為民法的法源--以習慣法的內涵演變與空洞化現象之觀察為中心，發表於 20120317 於第八屆東亞法哲學研討會，頁 4。

(Richterrechtstheorie)者²⁶²。

德國民法、法學方法論以及法律史的重要人物 Helmut Coing 曾指出：
「如果將法官法（判例）排除成為習慣法，則習慣法在現代生活中將幾乎不再有適用之餘地。習慣法不僅是法律發展的前階段；它主要是形成於一個小範圍空間且易於掌握觀察的人際生活關係中，像中世紀時期平均居住人口只有一到兩萬人的城市、封建領主的土地或村莊內。但在現代一個平均人口動輒數百萬的國家內，要形成一個統一的習慣法，實在難以想像。²⁶³」

習慣法此種難以形成與認定的現象，台灣學說上將之稱為「消失的習慣法」或者「習慣法空洞化」，或者說「習慣法判例法化」之現象²⁶⁴。

(2)法院宣示習慣法：習慣法之「法官法化」或「判例法化」

因此，隨著法院判決的重要性愈來愈受重視，學說上則逐漸出現認為習慣法無非就是法官法的見解，「習慣法作為法官法」。此種見解認為，法院判決的功能只是將社會現存的習慣，提升成為習慣法。同意或者承認習慣法的有權機關，不再是如同前述的「承認說」（或同意說 **Gestattungstheorie**）所指出的，是立法機關，而是已經轉換成由司法機關（判決機關）有權代表國家同意或者承認或者認可，社會上已經存在的習慣。習慣法不必再由立法機關明示或者默示地立法強制承認，而是由司法機關非強制式地在其司法實務自然地推演得出。

²⁶² H.-P. Haferkamp(Hrsg), Usus modernus pandectarum: Römisches Recht, Deutsches Recht und Naturrecht in der Frühen Neuzeit; Klaus Luig zum 70. Geburtstag, Köln 2007, S.240.

²⁶³ Staudinger-Coing, Einl. zum BGB, 1995, Rn.242.—轉引自吳從周，試論判例作為民法第 1 條之習慣法：為我國判例制度而辯護，台大法學論叢第 39 卷第 2 期，2010 年 6 月，頁 279。

²⁶⁴ 吳從周，試論判例作為民法第 1 條之習慣法：為我國判例制度而辯護，台大法學論叢第 39 卷第 2 期，2010 年 6 月，頁 275。

在 1911 年時，Hans Kelsen 就曾經說過：「即使在私法領域，習慣法無非也只是引發法院對其加以適用的作用而已²⁶⁵」。到了 1914 年德國學者 Paul Oertmann 也指出：「原本由社會所創造的道德規則，只能透過國家的司法機關或者行政機關承認其為習慣法(als Gewohnheitsrechtssätze anerkennen)²⁶⁶。」因此，依照此說，習慣法或許仍然自由地在社會中形成，但必須一直等到國家承認它，才能取得其效力，而行使此種承認權的，不再是立法機關，而是司法機關(判決機關)。

由於此種說法，只是強調承認習慣法的有權機關之轉換，並非強調由判決機關自己產生習慣法，因此也有學說上強調這其實是「承認說的修正」²⁶⁷。

德國學說上也不斷強調：「今日的習慣法大部分是在所謂最高法院向來之判決見解的外衣下，透過法院的慣習成為法官法而產生，很少是由人民產生的」，「實際上，原始意義的習慣法在今日幾乎並未發揮如何的作用，今日在實務上具有重大意義的，毋寧是藉所謂的判例而創造出來的法官法²⁶⁸」。也就是說，今日已經幾乎沒有什麼不成文的習慣法法則存在，能夠讓法官或者法律適用者去發現它，進而宣示該法則。到底是不是有習慣法存在，以及其精確的內容為何，最後都是：最高法院說了才算數而有其拘束力！誠如德國學者 Bernd Rüthers 所說的：「習慣法

²⁶⁵ Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1911, unveränderter Nachdruck, Tübingen 1923, S.102. --轉引自吳從周論習慣法作為民法的法源--以習慣法的內涵演變與空洞化現象之觀察為中心，發表於 20120317 於第八屆東亞法哲學研討會，頁 6。

²⁶⁶ P. Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte, insbesondere nach Bürgerlichem Recht, Leipzig 1914, S.10. --轉引自論習慣法作為民法的法源--以習慣法的內涵演變與空洞化現象之觀察為中心，發表於 20120317 於第八屆東亞法哲學研討會，頁 6。

²⁶⁷ H.-P. Haferkamp(Hrsg), Usus modernus pandectarum: Römisches Recht, Deutsches Recht und Naturrecht in der Frühen Neuzeit ; Klaus Luig zum 70. Geburtstag, Köln 2007, S.241.

²⁶⁸ Larenz 著，陳愛娥譯，法學方法論，1996 年，五南，頁 258。

終究只是：最高法院對此所作的宣示而已²⁶⁹」。由此可以發現，習慣法其實和法院的判決有緊密不可分的連結。

簡言之，今日的習慣法要件中最主要的「一般人有沒有法意識的確信存在」，這個要素的認定，最後都要取決於：相關最高法院的判決在文獻上是否已經完全獲得贊同²⁷⁰」。因此我們可以說，習慣法本來用來與「單純的習慣」區別的主觀要件「一般人法的確信心」，已經呈現一個極度弱化的現象，甚至已經完全被法院的承認與宣示所取代²⁷¹。「習慣法」要保留它的歷史意義與重要性，非在「法官法」或「判例法」中尋覓其地位，無法竟其功。「習慣法」某程度而言只是一種「法官法」或「判例法」

²⁶⁹ Rüthers, *Rechtstheorie*, 2005, Rn.233. —轉引自吳從周，試論判例作為民法第1條之習慣法：為我國判例制度而辯護，台大法學論叢第39卷第2期，2010年6月，頁277。

²⁷⁰ Larenz 著，陳愛娥譯，*法學方法論*，1996年，五南，頁258。

²⁷¹ 德國法上的此種發展趨勢，似乎也正足以說明習慣或習慣法在德國民法上所佔有的地位，以致於德國民法1887年的第一次草案的第2條本來還有規定習慣法非有法律規定，不能發生效力，但後來二讀時則完全刪除該規定，故關於習慣的效力，德國民法未再作任何規定。反倒是制訂於德國對習慣法討論的最熱烈之際的瑞士民法，明文承認習慣法為法源之一，而為台灣現行民法所繼承。（參見王伯琦，習慣在法律上地位的演變，收錄於：王伯琦法學論著集，1999年，三民，頁202-204。）

第五節 承認原住民土地權利作為習慣法物權



第一項 要件與效果

由上文之論述可以發現，物權法已經承認得以「習慣法」創設或形成新類型的物權；而「習慣法」之形成，特別是對習慣具備「法之確信」否與的認定，也已經不再拘泥於傳統學說上實際操作上極為困難的對於所謂「共同體意思」或「共同體法之確信」之探求，而是訴諸於已經「法官法化」或「判例法化」。只要在判決中對於習慣法之存否，探求社會客觀上共同體中已經反覆出現的慣習，並且諸多文獻上已經予以贊同或支持之習慣法，在其具備上開物權習慣法所要求之公示性要件下，在判決中予以「宣示」，即可創設物權之習慣法。

準此，參考上開諸多學說理論上對於原住民土地權利之內涵與承認，本文認為由法院，特別是由原住民專業法庭或法院，將其宣示為習慣法物權，最能直接、迅速且與法秩序一致性地達到保護原住民土地權利之目的。

茲依據上開最高法院在指標性中案例所重申宣示的要件，論述應宣示原住民土地權利作為新型態的習慣法物權如下：

一、公示性：具排他性之繼續「占有」

「占有」為物權重要之公示性作用，為學者一致承認，應無疑問。德國學說上強調：「占有」使得債權成為物權，物權法上的「占有」

是確保物權公示性原則最重要的手段²⁷²，足見占有在物權公示作用中所扮演的角色。（並參見民法第 425 條透過「占有」使租賃之債權契約取得物權的效力）

誠如本文在前一章所詳細介紹加拿大法中所強調的，原住民—台灣原住民亦同，是以「對於土地具有充分使用」，且對土地為「排他性之掌控」之「占有原則」，或者說學說上所稱的「原住民權利之普通法原則」，作為其權利之基礎的。而且一如在歐洲殖民者進入、接觸新地區時，當地居民就已經占有該土地，台灣的原住民也在中華民國政府於光復初期民國 30 年間就全國土地進行第一次總登記時，也就是中華民國正式在台灣宣示領土為其國有之時點，該族群就已經「占有」該特定土地區域，而此占有依照該族群之習慣、傳統或法律，已足以承認原住民族之權利，因此，原住民族能夠證明在中華民國正式在台灣宣示領土為其國有之此一時間點，就已經「排他性地占有」土地，因而符合習慣法物權中的「公示性要件」。

二、事實上之慣行：「反覆而排他性地」占有

相應於上開占有之公示性要件，原住民在其排他性占有的土地上，「反覆而排他性地」占有土地成為一種習慣或傳統，即前述外國法所謂的「繼續性原則」，應認為已經具備習慣法中的「事實上慣行」的慣習要件。

誠如台灣高等法院台中分院 98 年度上易字第 151 號民事判決理由中所述的：「上訴人就使用系爭土地以來有 40 餘年，長久以來均深信系爭

²⁷² 吳從周，債權物權化、推定租賃關係與誠信原則，載民事法學與法學方法第四冊，2010 年 3 月，頁 24。

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。惟依最高法院上開決議意旨，上訴人於未為地上權登記前仍不得主張其為有全占有，上訴人主張有權占有系爭土地，委無可採。」原住民此項長久反覆占有使用土地已經成為至少是事實上慣行的程度。

三、法之確信

雖然上開台灣高等法院台中高分院之判決已經直接認定反覆占有之慣行就已經足以認定原住民具備法之確信心，而且此項認定基於上述法院作為宣示「習慣法」之機關，也可以成立並發生習慣法之創設效力。不過，如果參考上述加拿大法中對原住民土地權利承認的要素，本文認為除了時間的要素外，尚應該加上前述的「文化之要素」，此亦為承認原住民傳統土地權利作為習慣法物權，與承認或創設其他習慣法物權最大的區別特色所在。申言之，法官應該試著去證明原住民族權利之存在，係該族群之「獨特文化不可或缺」者，也就是說主張土地權利之原住民族，只要能夠提出證明特定土地係該族群獨特文化所不可或缺者，則該「獨特文化不可或缺」之部分應即可認定為已內化為原住民的確信，確信其有此土地先占權存在，而推定當地居民對於該土地享有一定之權利，且不因嗣後新政權之進入而喪失土地之權利。因而得以承認其具備習慣法之主觀要件。

四、效果

具備上述要件後，法院應宣示原住民具有「先占」取得不動產之習慣法物權²⁷³。



五、原住民「先占」取得不動產物權之特殊性

基於前述原住民傳統土地權利之特殊性（作為一種特殊權），原住民此種習慣法物權應該在其既存的法律體系中存續。也就是說，此種不動產習慣法物權應該具有不可讓與性與集體性，因而應該將土地權利限制為不得由自然人或由營利法人團體行使，或任意讓與而應該由一個相當於政府組織之決策高權，例如部落頭目或貴族目作為權利主體來行使²⁷⁴，以區別於一般私有財產權。

對此，學說上亦早有提出建議，主張「日本民法上具『總有』概念之『入會權』，似宜考慮是否納入民法物權種類之中，使傳統上所存在團體性較強之用益關係，得以物權形式，加以確保原住民族或形成部落族群之傳統共有權益²⁷⁵」

²⁷³當然，學說上也有反對見解認為，物權法的目的就是要保障資本主義市場的交易安全性，以及作為具有商品交換價值得所有權才值得保護，因此，享受民法物權保護的前提，原住民族似乎必須先同化成公民，放棄對族群規範之認同；並且強烈質疑如何讓漢人占據 98% 的社會形成對原住民族傳統規範的法的確信，進而賦予具有合法性及實效性之習慣法地位者。（參見吳豪人，原住民族土地權是民法物權篇的下為概念嗎？，台灣原住民研究學報第 1 卷第 4 期，頁 182。）不過，這種確信的形成對象，應該探究的反而是從原住民角度的共同體，而非漢人的共同體。

²⁷⁴蔡明誠，原住民族財產權之性質、保護方式及內容初探，第二屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會論文集，2011 年 10 月，頁 49。

²⁷⁵蔡明誠，論物權的概念與類型，物權法研究，2003 年 6 月，學林，頁 16-17。

第二項 以花蓮太魯閣族對於傳統土地權利之理解為例



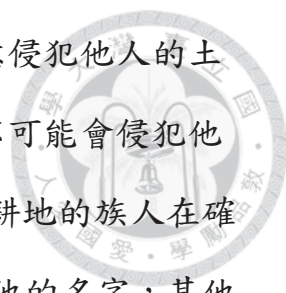
(一)部落組織

太魯閣族(Truku)為西賽德克族其中一支分支，於民國 93 年 1 月 14 日經核定為中華民國境內第 12 個原住民族，四年後，賽德克族也同樣成為第 14 個受核定之原住民族。各族由底下數個社所組成，各社均有頭目一人，對外代表一社，對內為執行部族命令之單位，並且，由部族內部人數最大社的頭目將出任該部族之統領頭目，擔任統轄其他社之職務。然而，太魯閣族之所以獨立於賽德克成立一個部族，主要原因係太魯閣族於 17 世紀東遷花蓮，在部族組織上與賽德克族產生了根本上的差異。太魯閣族不再像賽德克族強調與宗教的連結，從而將親屬關係(lutut)的重要性提高，並且由於東部山區地形破碎之故，太魯閣族也加強了共居、共食的關係，因此，是否屬於相同信仰已不再是太魯閣族認定族人之標準²⁷⁶。

(二)建立土地占有之方式

太魯閣族沒有文字，更不用說對於權利之登記概念，但是，這並不代表太魯閣族對於土地利用沒有一套屬於自己的規範(gaya)，根據文獻上整理有關太魯閣族如何建立對於特定之占有，太魯閣族人表示：「太魯閣族的土地是分為耕地與獵場，耕地是誰的家族的名字，就是誰的，但沒有所謂權利的現代字眼，用的是管理的字眼。而且，在過去沒有土

²⁷⁶ 邱寶琳，原住民族土地權之探討--以花蓮太魯閣族為例，2011 年 12 月，東華大學原住民族學院，頁 195。



地糾紛的衝突發生，因為有 gaya 來規範族人不可以隨意侵犯他人的土地。太魯閣族土地的 gaya 是這樣，族人開墾新土地時不可能會侵犯他人的耕地、休耕地是最基本的 gaya，也就是先尋找到新耕地的族人在確定邊界之後，即擁有該土地，部落族人都承認該土地是他的名字，其他族人從他人所有的土地編經過必須詢問與同意並禁止任意通過。土地邊界在共同的約定下會設立邊界石頭，不可以任意移動、通過。任意通過、侵占或移動邊界石塊都被嚴格禁止，因為有 utux(按：祖靈)在看，祂會懲罰違背 gaya 的人，另外，如果有人侵犯別人的土地，是會被攻擊的²⁷⁷。」而太魯閣族人口中所稱的 gaya，就是對於土地利用、土地權屬之規範，在現代法制進入原住民族社會以前，太魯閣族即依循該規範運行土地利用與權屬，自 17 世紀至 1966 年國家保留地分配制度施行以前，長達 300 多年的時間。

(三)土地權利之內涵

1. 使用、收益、排他干涉、處分

太魯閣族使用土地不外乎做為居住、祭祀、耕作以及獵場等用途，並且以家族為社、部落的次單位進行土地利用，各家族之間劃分地界係以「界石」或「石牆」為據，劃定地界時以 utux 為憑並舉行祭典，在該地界限度內，各家族得自由使用土地。

文獻上有指出，太魯閣族的所有態樣為一種階序性的概念，自族群以降，至部落、社，到家族。舉例來說，太魯閣族對於該族群所占有之

²⁷⁷ 邱寶琳，原住民族土地權之探討--以花蓮太魯閣族為例，2011 年 12 月，東華大學原住民族學院，頁 198-199。

土地享有以上使用收益排他等權利，族群享有領地之所有權利概念近似於「總有」。不過，族群內部因血緣、地形等又再被細分為不同的社、部落，各社之間由數個家族具一定血緣關聯之成員所組成，以家族為最小單位取得對於土地之權利，可以較近似於現代法治觀念中之私有概念。

2. 為形塑太魯閣族獨特文化所不可或缺之土地

上開土地因此乃成為太魯閣族獨特文化所不可或缺之土地，透過宣示並承認其為太魯閣族先占取得之不動產，始足以保護原住民之傳統土地權利。

第五章 結論



一、本文從原住民族傳統土地權利應該獲得保障，但現行民法上有關時效取得所有權、時效取得地上權以及時效取得農育權等，在現行實務上均無法提供有效保護原住民土地權利之途徑。民法以外之法令包括原住民保留地等措施又緩不濟急，且諸多限制出發，認為現行物權法在民國 98 年修正以承認習慣法物權作為創設社會所需要的新型態的物權種類，緩和物權法定主義的嚴格性，正為解決此長久以來困擾社會族群以及法院實務原住民土地權利問題，提供解決的良好契機。

二、接著從民法第一條習慣法已經判例法化出發，強調習慣法的關鍵要件「法之確信心」，已經轉換為由法院加以確認或宣示，法院扮演重要的機關，因此法院應該在此問題上扮演更重要的角色。從而參考加拿大法對於原住民族傳統土地權利保護所累積的豐富的法院案例與學說理論，歸結出原住民土地權利的特性包含了重要的：1.文化要素，亦即主張土地權利之原住民族，應證明特定土地係該族群獨特文化所不可或缺者；以及 2.時間的要素，亦即原住民族應該在新移民政權接觸以前就繼續而排他性地占有使用土地；3.傳統土地權利應集體行使主張以及不可任意轉讓與個人之特殊性。

三、最後從習慣法結合物權法之要件，論證以習慣法物權證立原住民傳統土地權利的可能性。本文認為，原住民傳統習慣已經具備 1.物權要件之公示性（＝具排他性之繼續「占有」），「排他性之掌控」之「占

有原則」；2.習慣法要件中之事實上之慣行(=「反覆而排他性地」占有)；3.習慣法要件中最關鍵的「法之確信」，特別結合考量應該以原住民土地權利的「文化要素」，作為承認原住民傳統土地權利為習慣法物權，與承認或創設其他習慣法物權最大的區別特色所在。亦即，主張土地權利之原住民族，只要能夠提出證明特定土地係該族群獨特文化所不可或缺者，則該「獨特文化不可或缺」之部分應即可認定為已內化為原住民的確信，確信其有此土地先占權存在，而推定當地居民對於該土地享有一定之權利，且不因嗣後新政權之進入而喪失土地之權利。結論則肯認法院應該在上述要件具備後宣示原住民具有「先占」取得不動產之習慣法物權²⁷⁸。

本文嘗試提供對原住民土地權利保護一個現行法體制內的論證依據，也期待法院負擔更大的對人民權利的保護任務，有朝一日原住民到法院打官司時，法院能夠採納本文這樣的看法，給原住民在土地權利上更完整的保障。更期待將來在台灣各級法院的判決中，能出現更多像台灣高等法院台中分院 98 年度上易字第 151 號民事判決理由中的論述：

「上訴人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。」並且結論是肯定且勇敢地宣示早已存在台灣社會中的原住民的習慣法物權，則台灣的族群融合，透過法院的判決，具體而明確

²⁷⁸當然，學說上也有反對見解認為，物權法的目的就是要保障資本主義市場的交易安全性，以及作為具有商品交換價值得所有權才值得保護，因此，享受民法物權保護的前提，原住民族似乎必須先同化成公民，放棄對族群規範之認同；並且強烈質疑如何讓漢人占據 98% 的社會形成對原住民族傳統規範的法的確信，進而賦予具有合法性及實效性之習慣法地位者。（參見吳豪人，原住民族土地權是民法物權篇的下為概念嗎？，台灣原住民研究學報第 1 卷第 4 期，頁 182。）不過，這種確信的形成對象，應該探究的反而是從原住民角度的共同體，而非漢人的共同體。

的展現！

讓我們再溫習一次最高法院 98 年度台上字第 7210 號刑事判決「司馬庫斯檉木案」的判決理由，也提醒所有的法官：「原住民族之傳統習俗，有其歷史淵源與文化特色，為促進各族群間公平、永續發展，允以多元主義之觀點、文化相對之角度，以建立共存共榮之族群關係，尤其在原住民族傳統領域土地內，依其傳統習俗之行為，在合理之範圍，予以適當之尊重，以保障原住民族之基本權利。本此原則，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。」

參考文獻



(一) 外文文獻

1. John Locke, Two Treatises of Government, Second Treatises (II), Peter Laslett ed., Cambridge: Cambridge University Press sections 27-28, 30, 32, 34, 41-43, 45, 48-49, 1988。
2. Kent McNeil, Aboriginal Title and the Supreme Court: What's happening?, Hein Online -- 69 Sask. L. Rev. 2006.
3. Korea Legislation Research Institute(Hrsg.), Einführung in das koreanische Recht, Heidelberg 2010
4. McHugh, P. G., Aboriginal Societies and the Common Law--A History of Sovereignty, Status, and Self-Determination, Oxford University Press, 2004.
5. McHugh, P. G., Aboriginal Title : The Modern Jurisprudence of Tribal Land Rights, Oxford Scholarship Online, 2011.
6. McNeil, "Aboriginal Title And Aboriginal Rights: What's The Connection?", HeinOnline -- 36 Alta. L. Rev. 117 1997-1998
7. McNeil, Common Law Aboriginal Title, Clarendon Press Oxford, 1989.
8. Vieweg/Werner, Sachenrecht, 5.Aufl., München 2011.
9. Westermann, Sachenrecht, 7.Aufl., Heidelberg 1998.

(二) 中文文獻(按筆劃順序排列)

1. 書籍

- (1) Karl Larenz 著，陳愛娥譯，法學方法論，1996，五南。
- (2) 金玉珍譯，韓國民法典，北京大學出版社，2009年9月初版。
- (3) 王澤鑑，民法物權，2010年6月增訂二版，自版。

(4)姚瑞光，民法物權論，2011年2月版，自版。

(5)鄭玉波著、黃宗樂修訂，民法物權，2008年5月修訂15版，三民，頁25。

(6)謝在全，民法物權論(上)，2010年9月修訂5版，自版，修訂五版。



2.期刊論文

(1)王澤鑑，附條件買賣買受人之期待權，民法學說與判例研究第一冊，1983年4月7版，自版，頁198-199。

(2)王順文，多元主義與我國原住民自治之相關立法，國家政策論壇第92卷第2期，2003年4月。

(3)王泰升，台灣財產法在日治時期之西方化，固有法制與當代民事法學會，三民書局，86年8月。

(4)石忠山，差異與肯認--初探多元民主國家之原住民族法制建構，第一屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會論文集，2010年11月。

(5)李建良，憲法變遷中的原住民族權利--原住民族自治權的法理論述，憲政時代第31卷第1期，2005年7月。

(6)林明昕，原住民地位之保障作為「基本權」或「基本國策」，憲政時代第29卷第3期。

(7)林淑雅，第一民族:台灣原住民族運動的憲法意義，台北:前衛，2000。

(8)林江義，「原住民之法意識及權利保障」座談會發言紀錄，臺灣本土法學雜誌第47期。

(9)林江義，「原住民之法意識及權利保障」座談會發言紀錄，臺灣本土法學雜誌第47期。

(10)林江義，原住民自治制度的立法現況與展望，臺灣本土法學雜誌第47期。

(11)林淑雅，差異而不平等--原住民族產權特殊性的理解，第一屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會論文集，2010年11月。

(12)官大偉，國土計畫、原住民族自治與原住民族土地權之落實，第一屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會論文集。

(13)林長振，論原住民族土地權—原住民族基本法第 20 條第 1 項之立法與解釋，第一屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會。

(14)吳從周，論習慣法作為民法的法源--以習慣法的內涵演變與空洞化現象之觀察為中心，發表於 20120317 第八屆東亞法哲學研討會，頁 1-11。

(15)吳從周，試論判例作為民法第 1 條之習慣法：為我國判例制度而辯護，台大法學論叢第 39 卷第 2 期，2010 年 6 月。

(16)吳從周，債權物權化、推定租賃關係與誠信原則，載民事法學與法學方法第四冊，2010 年 3 月，頁 17-58。

(17)吳豪人，原住民族土地權是民法物權篇的下位概念嗎？，台灣原住民研究學報第 1 卷第 4 期。

(18)吳豪人，文化權作為一種複合性權利：以日本阿依努族文化發展史為例，第一屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會論文集，2010 年 11 月。

(19)金玄卿，論韓國民法對所有權的限制—以墳墓基地權為視角，河北法學第 28 卷第 6 期，2010 年 6 月，頁 169-176。

(20)崔吉子，韓國民法上的傳賞權制度，華東政法學院，法學 2005 年第 12 期，頁 110-118。

(21)黃居正，原住民族與市民法的衝突--論非線性憲法結構下特殊權利的地位，台灣原住民族研究學報，2012 年第 2 卷第 1 期。

(22)張培倫，原住民傳統土地自然資源權利的道德基礎，原住民教育季刊第 18 期。

(23)黃俊杰，「原住民之法意識及權利保障」座談會發言紀錄，臺灣本土法學雜誌第 47 期。

(24)湯文章，原住民族在訴訟法上地位之研究，憲政時代第 31 卷第 1 期，2005。

(25)蔡志偉，以文化脈絡回應司法論述：澳洲與我國有關傳統領域權的判決比較，第二屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會。

(26)蔡志偉，初探現行法制下台灣原住民族狩獵與採集權利的意涵，第一屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會。

(27)蔡志偉編，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與解說，行政院原住民族委員會，100年10月出版。

(28)蔡志偉，從主體到客體：台灣原住民族法制與權利發展，台大法學論叢第40卷特刊，2011。

(29)蔡志偉，加拿大原住民族自治權的法制架構與發展，臺灣國際研究季刊，第7卷，第1期，2011。

(30)蔡明誠，原住民族財產權之性質、保護方式及內容初探，第二屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會論文集，2011年10月。

(31)蔡明誠，論物權的概念與類型，物權法研究，2003年6月，學林，頁16-17。

(32)高翔龍，韓國不動產物權與登記制度，中日民商法研究第6卷，法律出版社，2007年1月出版，頁66。


(33)詹順貴，國家法制高牆下實現原住民族土地與自然資源權利的困境，第一屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會論文集，2010年11月。

(34)雅柏魁詠·博伊哲努，原住民族傳統領域土地的幾種思考，第一屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會論文集，2010年11月。

3.學位論文

(1)李志殷，土地登記制度變遷之研究，政治大學，法學院碩士在職專班碩士論文，2010年。

(2)官大偉，原住民保留地共有制施行基礎--公共資源自主治理模式的研究：以新竹尖石鄉個案為例，國立政治大學民族系碩士班論文，2002。

- 
- (3)吳樹欉，台灣原住民族土地產權變遷之研究--日治時期迄今從共同所有到個別所有的演變，國立政治大學地政學系博士論文，1999。
- (4)林佳陵，論關於台灣原住民土地之統治政策與法令，臺灣大學法律研究所碩士論文，1996。
- (5)林淑雅，解/重構台灣原住民族土地政策，國立台灣大學法律學研究所博士論文，2007年1月。
- (6)林秋綿，由國土規畫觀點檢視台灣地區原住民保留地土地使用衝突之研究，臺北大學都市計畫研究所碩士論文，2001。
- (7)邱寶琳，原住民族土地權之探討--以花蓮太魯閣族為例，國立東華大學原住民族學院碩士論文，2011。
- (8)陽美花，「新夥伴關係」下的台灣原住民傳統領域問題：部落觀點之研究，國立東華大學，族群關係與文化研究所碩士論文，2008。
- (9)楊鵬穎，傳統習慣、國家法與土地權：以排灣及雅美族為例，國立東華大學民族發展與社會工作學系碩士論文，100年7月。
- (10)楊鴻謙，清代台灣南部西拉雅族番社地權制度變遷之研究--以鳳山八社領域為範圍，政治大學地政學系博士論文，2003。
- (11)盧呂金德，台灣原住民族土地所有制政策之探討，國立東華大學公共行政研究所碩士論文，99年1月。