

國立政治大學中山人文社會科學研究所

指導教授：蔡中涵 委員

原住民土地權利----兼論台灣當前對原住民土地權利的保障



研究生：于仲誼 撰

中華民國九十一年六月

謝 詞

論文的完成，要感謝的人很多，首先當然是父親的全力支持，另外指導教授蔡中涵委員於實際從事爭取原住民權利的百忙之餘，能撥空指導學術研究，是本文能完成的關鍵，在此特別致謝，另外委員的 3 位助理小姐對此額外增加的工作負擔能盡力幫忙，一併特此感謝！特別要提到的是所上教授廖立宇老師，修習廖老師所開的『平均地權專題研究』，是本文得以寫作的基礎，加上張慧端老師的『台灣原住民專題研究』，共同構成本文寫作的起點。所上魏姐的行政事務上幫忙，也特此提出致謝。施正鋒老師、廖立宇老師於口試時的指正，亦開啟我許多思考空間，特別是這是尚未探討完全的工作。只要原住民土地問題沒有獲得雙方（或三方）均滿意的解決，繼續深入探討將是必要且必須的工作。

另外特別在此為《原住民族》期刊加油，原住民需要這些聲音的發出，以保持原住民不至成為被忽視的一群，持續中的許多原住民問題的解決，需要靠新一代接棒，特別是找回自我（re-definition）重新定義自我的工作。許多原住民新一代（部落工作隊）被評為很「左」很「衝」，（見民視火線聊天室）我想這是一個好的現象，證實台灣原住民也能如加拿大莫霍克人（Mohawks of Kahnawake）一樣，能保存自我又能與時俱進。

此外有一些重要人物在此特別提出，首先是女友「依依」的督導跟幫忙，這隻『幕後的黑手』。嗯...會被修理！這隻『幕後的推手』於我寫作、閱讀怠惰之虞，常常來給予皮鞭伺候，並大意凜然的對偷懶 5 分鐘的我，曉以 30 分鐘的大義，讓我得以在時限內交出成果，其它排版、佈置口試會場等等辛勞，特此提出致意。有一句話是「每個成功男人背後都有一個女人支持」，當然「成功」二字我是不敢當，不過這句話應該修正一下，要有一個稍微「恰」一點的女人支持，口能效果更好 ^_^。老媽、老姐也該提一提，特別老姐提供夏威夷三日遊，特此一提。

另外要感謝我一群酒肉朋友的體諒，於寫作期間沒與他們「團結」，他們居然不當「損友」讓我安心閉關，真是「惠我良多」。還有「寂寞芳心」的黑哥，於寫作期間不時來電查詢，真是一電驚醒夢中人呀！黑哥是我寫作時的標竿（benchmark），特別是標竿學習法不只對政府再造有用，對懶人改造也很具功效，當然寂寞芳心的黑哥不再有機會被仗勢欺人了，特此恭喜。

最後，台灣原住民族（Aborigines）是原住民選定的自稱，而本文使用原住民（Indigenous Peoples），並非不尊重台灣原住民自稱，乃由於 Aborigines 是一個中性字，不具政治意涵，雖然澳洲、加拿大等國皆有使用，但國際中似乎以 Indigenous 比較常見，當然強調政治意涵或是隱藏政治意涵孰優孰劣需視個案決定，然而強調自然主權則無疑是具有政治意涵，且具有高度的政治爭議。

台灣原住民土地問題的解決，需著落在兩件工作的落實，一是傳統土地與領域的重新建構、劃定；一是原住民自治區的設立。一個代表土地的範圍，一個代表土地的利用，缺少其一則原住民地權的擁有必不完整。首先有關原住民的傳統土地與領域，在寫作中，我一直對馬雅的地圖集出版覺得很感動：『在許多國家，原住民開始從事繪圖計畫（mapping projects），作為記載與區分他們傳統領域的範圍。這樣的行為，對於建立更廣泛的認知與理解原住民土地權利是很重要的，並且可以推進最後的法律承認與保障時程。在貝里斯的托利多行政區（Toledo district）馬雅印地安人（Maya Indian people）的繪圖計畫，最終導致了 1998 年馬雅地圖集（*Maya Atlas: The Struggle to Preserve Maya-Land in Southern Belize*）的出版，這是世界第一個原住民製作的地圖集，其中記載了馬雅人傳統上和現在使用的土地，並介紹馬雅人的歷史、文化、土地制度跟社經活動。』（本文第 55 頁）台灣原住民目前也正從事這項工作，2002 年 5 月 18、19 日，台大地理環境資源學系、台灣資訊協會與台灣原住民政策協會共同發表《原住民族傳統土地與傳統領域調查聯合工作坊》成果，其中新竹尖石鄉泰雅族的司馬庫斯部落，透過參與式地理資訊系統（participatory geographic information system, PGIS）以及全球衛星定位系統（global positioning system, GPS）等技術來調查收集該部落的傳統領域知識。（該書 pp.35-8，蔡博文）然會中賽夏族的代表則展示手繪地圖，並對資源分配不均有些許怨言，顯見該項技術若能有重大貢獻，也必須各族皆能有獲取及有效利用的管道，否則會造成原住民之間的不平。無論如何，這項艱鉅、複雜的工作已有了開始。同樣重要的是基於對等關係建立原住民自治區，這亦是牽連甚廣的問題，本文有初步探討自治的概念，但在台灣要落實，仍需細部規劃才行。以本文的目的來說，這是為政府與原住民建立一個對等的談判窗口以解決複雜糾結的土地問題。研議中的土地法庭的設立，也是為解決原住民土地問題的努力，假使談判機制未設立之前，原住民土地法庭能順利設置，則它的第一個判例將值得密切注意。土地法庭的設立正由原民會委託台大王泰升教授研議中。

最近魯凱族才因知本主山為魯凱聖山，而拒絕任何大理石的開採，必要時將不惜封山抗議，同時本文附錄三中的飛鼠部落亦有封山舉動，蘭嶼達悟族，因核廢料這個惡靈長期進駐蘭嶼，而穿起傳統戰袍以示抗議等等事件，皆顯示出原住民土地問題亟需解決

，其中台電對達悟人的土地租約到期，政府承諾 91 年遷出核廢料勢必跳票，更是嚴重的問題。原先期望蘭嶼因地理位置關係，先行自治以作為原住民自治區示範地，希望民進黨執政期間，能妥善處理蘭嶼問題。

最後，土地的給予（歸還）並不能保證很多問題的解決，後續的工作才是另一個嚴峻挑戰的開始，當然現階段對地權問題加以釐清，正是必要的工作。

于仲誼 2002 年 6 月

目次

第一章、導論	4
第一節、研究動機與研究目的	4
第二節、文獻探討	6
第三節、研究方法與理論基礎	8
第四節、研究範圍與研究限制	14
第一項、研究範圍	14
第二項、研究限制	14
第五節、章節安排	16
第二章、原住民的土地權利分析	17
第一節、地權問題概述	17
第一項、土地的性質	17
第二項、地權由來	18
第三項、地權的基礎	19
第四項、土地公有與私有的論爭	20
第二節、土地權利主體的原住民	24
第一項、原住民的定義	24
第二項、原住民定義的爭議	27
第三項、原住民的實際範圍	29
第三節、原住民的土地問題概論	31
第一項、全球原住民面對的土地問題類型	31
第二項、原住民地權問題的範圍	38
第三章、保障原住民土地權利的基礎	40
第一節 原住民自然主權的探討	40
第一項、主權的探討	40
第二項、原住民的自然主權與領土	40
第三項、洛克的論財產	43
第四項、原住民自然主權的當代論述	45
第二節、原住民土地權利的探討	47
第一項、國家保護原住民土地權利的基礎	47
第二項、原住民的土地權利與自治	49
第三項、全球解決原住民土地問題的方式	53
第三節、原住民資源權利的探討	57
第一項、經濟發展與原住民	57
第二項、發展權與原住民	59

第四章、台灣原住民土地權利保障之探討-----	62
第一節、台灣原住民地權的歷史研究初探-----	62
第一項、誰是台灣原住民-----	62
第二項、歷史上的土地流失與自然主權-----	66
第二節、當前台灣原住民的保留地保障問題-----	71
第一項、保留地沿革-----	71
第二項、保留地的現況-----	72
第三項、保留地的管理組織爭議與法令競合及利用問題-----	75
第四項、原住民保留地的探討-----	79
第三節、政府保留地政策之檢討-----	83
第五章、結論-----	89
附錄一 澳大利亞的馬布案-----	93
附錄二 原住民對『原住民族保留地開發管理條例』草案之批判-----	94
附錄三 北得拉曼山泰雅族水田部落北上宣言-----	98
中文書目-----	103
英文書目-----	112

第一章 導論

第一節 研究動機與研究目的

台灣原住民 (Indigenous Peoples) 的土地問題並非晚近才發生的事情¹，由台灣四百年史來觀察，早在荷蘭、西班牙時期，土地問題已然因與外來者接觸而產生。而在四百年史之前，也並非沒有存在土地問題，只是呈現的方式不同罷了²。然而必須說明的是各個時期固然對原住民土地問題有一定的關注，但是在內容上卻是絕不相同³。基於這樣的理解，我們可以說台灣原住民的土地問題是亙古以來就存在的問題，然則何以必須在今日特別加以探討，可以說是基於『原住民』這樣一個名稱的出現⁴。名稱的出現，隱含的意義就在於名實必須相符，更進一步來說『正名』運動的成功對於原住民來說是遲來的正義，它代表著相當多的意義，其中最顯見的意義在於原住民的去『污名化認同』(stigmatized identity)⁵，然而更深沉的意義在於『原住民權利』(indigenous peoples' rights)，這樣一個名稱跟意識的出現。在眾多伴隨著『原住民』名稱而來的權利當中⁶，自決權 (the right of self-determination) 與土地權 (land rights) 無疑是最受爭議也最不易解決的二項權利，誠如 Burger 所強調的：『當大多數政府 (Governments) 欣然允諾 (readily accede) 原住民在文化、語言、教育上的權利時，仍然有許多政府抗拒給予任何無條件的自決權及完整的土地權 (full land rights)。』 (Burger, 1987, 267; Guibernau, 1999, 72) 然而以原住民的整體生存來說⁷，此二者卻是至關重要缺一不可的。土地權的要求必須由『原

¹ 狩獵時期，由於人口稀少，土地相對廣大，可以隨意使用，無虞匱乏，所以土地對人類不會發生問題。但是隨時間前進，人口增加而土地不會增加，土地需求卻日增，使土地問題愈趨嚴重(林英彥，1991，14)。

² 主要的不同在於原先的土地問題可能出於土地的特性養力上，養力在相當程度上決定了植物生長好壞，從而造成最早的土地優劣由來，對從事狩獵的人類而言，土壤肥沃之地也通常是好的狩獵區，但土地依其不可移動及唯一、獨占等特性，肥沃之地就不可避免成為爭奪之目標。但是在外來入侵的殖民者，挾其技術、資金優勢開發土地時，這種看待土地方式，也隨之被打破。

³ 土地問題，是有關土地的問題，但土地本身不會發生問題，而是要人與地發生關係以後，才會引起土地問題。人與地的關係可分為人與地的直接關係及因土地而發生的人與人之間的關係；前者可稱為土地的生產問題，而後者可稱為土地的社會問題(林英彥，1991，13)。由此以觀，我們可以得知原住民土地問題在最初是以生產問題出現，而後慢慢導向社會問題。

⁴ 『原住民』名稱的出現不代表這一群人因為名稱出現後才是原住民，而在還未『正名』之前，這些人就不是原住民。事實上本文認為『原住民』這樣的名稱是一個變動的概念，證諸台灣的情況來說，原先一向的九族說，如今已因邵族正名成功而成十族，另外平埔族也仍在持續爭取中。

⁵ 此名詞由人類學者謝世忠於1987年引進並翻譯為污名，至今已廣為使用。根據謝世忠教授當時的解釋『stigmatized feeling』是一種負面感覺的最極致，但其為恐有不客觀的疑慮，乃在其序文中對這個名詞持整體保留態度(謝世忠，1987a，2-3)。

⁶ 由國際法『第三代人權』的觀點來看集體權利，原住民的『民族權』(indigenous rights)大致可以歸納為認同權、自決權、文化權、財產權、以及補償權(施正鋒，2000，82；林淑雅，2000，22-31)。

⁷ 生存在此來說，並非單單指生命的延續，而是指整個族群從有到無這樣一個過程。

住民主權』⁸的承認為最高依據，而自決權的實踐須有賴『自治權』的貫徹，自治權利的大小又直接影響土地的利用，而能否自我決定土地該如何利用，又回過頭來影響文化的能否存續。文化，假使我們簡單的把它理解為生活方式的總合，則生活方式無疑必須植根於土地之上。以台灣來看原住民自治區設置議題已由民間推動而轉化成實質政府政策之際⁹，對於原住民賴以生存的土地權問題，實有必要做一個整體之研究，使得這個仍然持續中的問題，能獲得一個清楚的理解，而不至於使得自治區設置的美意，建立在一個不堅實的基礎之上。

國際上對原住民土地權問題的重視與保障起步較早，相對來說，國內則仍處於萌芽期，並且這是一個仍然持續中及未曾完善處理完畢的問題。泛美洲委員會(Inter-American Commission)與聯合國人權委員會(U.N Human Rights Committee)皆認知到土地與資源對原住民文化的生存的重要性，以及對原住民自決權的行使與實現意義重大，這種理解在當代國際社會關心原住民議題上，廣泛為大家所接受。當然這樣的認知，與原住民一再陳述的理念很有關係，就是他們對於土地的共同管理及關照(communal stewardship)理念，以及深深植根於土地及其果實的精神上與情感上的聯繫。更有甚者，他們通常都會尋出一種保衛土地與自然資源的方法與智慧，以保持土地作為他們社群經濟發展與保持活力的基地(Anaya, 1996, 104-5)。基於此，聯合國特將1993年制定為『國際原住民年』，並經聯合國大會決議通過1995-2004年為『世界國際原住民十年』，積極展開新夥伴關係(Partnership in Action)的計畫，加強原住民在諸如人權、環境、發展、教育、健康等等各方面所面臨的諸多問題，期望藉由這樣一種國際共同努力，改善全球佔大約5%的這群人能與其他人一樣，尊嚴的按照自己的方式生存發展。

原住民土地權利的基礎，除了在於土地是族群生存的基地外，也在於『文化多樣』(cultural diversity)的目的，更重要的是原住民在國家建立之前，即已經在那塊土地上依自己的方式生活，國家統治的正當性必須經由原住民的同意來獲得，這直接使得澄清『原住民土地權利』的內涵成為一項必要的工作。其牽涉的內容，雖因原住民皆生活在各個主權國家中，須由個案基礎上來探討，但是仍然可以就『領土』、『土地』、『自然資源』三個面向來說明原住民的地權基礎；依此基礎來檢視台灣的原住民土地問題情況，及為解決方法提出建議，為本文之研究目的。

⁸ 或稱為『自然主權』、『歷史主權』。

⁹ 為呼應原住民要求自治主張，陳水扁總統於2000年競選總統之原住民族政策白皮書，以宗主權及成立原住民族自治區為主軸，並於1999年9月10日簽署『原住民族與台灣政府新的夥伴關係』文件，該文件第二點係『推動原住民族自治』，而當時的原民會主委尤哈尼·伊斯卡卡夫特就職後，即積極展開規劃原住民族自治區的工作(鄭天財，2000，33)。

第二節 文獻探討

以國際觀點來探討原住民的土地問題，例如：施正鋒教授的〈原住民自治與台灣前途〉¹⁰一文，文中即點明土地權是由原住民族主權而來。另外聯合國原住民工作組（Working Group on Indigenous Populations）的特別報告員（Special Rapporteur），黛思女士（Mrs. Erica-Irene A. Daes）的〈原住民與土地的關係（Indigenous peoples and their relationship to land）〉¹¹一文，也是以人權關懷為中心，強調原住民土地權要求的正當性。這部分的論述，大致上由無主地理論（The Doctrines of Dispossession）起始，強調無主地理論的非正義，而以自決權（Self-determination of Peoples）理論加以輔助，用以說明保障原住民土地權利之正當性及基礎。

另外 Henry Reynolds 的《原住民族主權：對種族、國家及國族的深思》一文，雖然是以澳洲原住民為探討對象，但是有鑑於全球原住民皆具有相似的命運，共同受到壓迫及處於貧病之中，因此 Reynolds 雖單獨以澳洲原住民為探討對象，仍然可以引申為全球原住民皆一體適用。如 Reynolds 所言：『現在澳洲正設法解決的問題，也正是共同相類似的全世界性問題。這需要一個或多個世代的人竭盡心力才能完成。這問題的根源深植在過去；因此，目前及未來的政策必須被告知在過去二百年來發生的事實（Reynolds, 2001, 7）。』

以台灣來看，目前針對原住民的土地問題進行探討的文獻已經累積了不少，很多是依循歷史研究途徑，分期探討各個時期統治者的作為，對原住民產生何種影響；分期的標準不外以荷西統治、明鄭時期、清代統治、日據時期、國民政府統治等五大分類。例如藤井志津枝教授（1999）的〈探討台灣原住民的土地問題〉一文，即為代表¹²，此種歷史分期方法，對於解釋原住民土地流失問題的經過原因，具有一定之解釋力，並可為原住民何以會發起『還我土地運動』作歷史上溯源澄清及解釋，以作為原住民今日據以要求土地權的依據。此部份研究大體皆有一個中心論述，即是殖民統治或是外來者的不義掠奪，由此而導出不公不義的掠奪原住民的生存領域，其結果將肇至族群滅亡，甚且可說是一種變相的種族淨化或滅絕的行為。

¹⁰ 見《原住民族人權與自治》，81-96。

¹¹ Daes 女士的這份原住民與其土地的關係工作文件，最初是根據防止歧視暨保護少數委員會（Sub-commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minority）第 48 次會議的議程項目第 14 項而來，該文（E/CN.4/Sub.2/1996/40）題為對原住民的歧視（Discrimination Against Indigenous Peoples），亦是由 Daes 女士所提交的文件，其中建議應對保障原住民有效享受（effective enjoyment）土地權及資源權的機制（mechanisms）進行研究，尤其應對此持續中的問題，尋求建設性的解決辦法（Daes, 1996, 1）。

¹² 另見林佳陵（1996），《論關於臺灣原住民土地之統治政策與法令》，台大法研所碩士論文，亦是採用歷史分期法。

另外則是以保留地制度為研究中心，探討保留地制度的形成、內涵、及影響，此部份的中心關懷為原/漢之間的族群衝突，以及對保留地制度的檢討、建議，例如：顏愛靜教授（1997）的「台灣地區原住民保留地管理問題與對策之檢討」¹³，毛冠貴（1997b）教授的「台灣地區原住民保留地劃設、清理與利用之探討」¹⁴，另有洪泉湖的博士論文《台灣地區山地保留地政策制定之研究》，主要是以山地保留地政策為主要研究重點，內容主要是研究山地問題中的土地問題而且是土地問題中的保留地問題。而非從地政、經濟角度觀察，是由行政中的政策研究架構來檢視山地土地問題（洪泉湖，1992，26-27）。

除以上三大方向之外，亦有針對地權部分探討某時期原住民地權的變化，如：陳秋坤（1994）《清代台灣土著地權—官僚、漢佃與岸裡社人的土地變遷 1700-1895》，吳樹欉（2000）《台灣原住民族土地財產權制度變遷之研究—日治時期迄今從共同所有到個別所有的演變》，林瓊華（1996）《台灣原住民土地產權之演變 1624--1945》，主要是著眼於土地制度變遷對原住民所形成的影響，蓋原住民的土地制度一向是由公有制度所主導，由酋長或頭目決定，邊界的決定有時候必須由各部族互相戰爭來確定。而地權轉變相當程度上也使得原住民賴以發展文化的生活空間隨之解體，而導致今日之被邊緣化及持續的弱勢。另柯志明（2001）《番頭家—清代台灣族群政治與熟番地權》則是以清代的熟番為對象，探討熟番地權，為一部詳盡經典之作，然而依本文之目的，平埔族之傳統領域回復或說落實到地圖繪製（mapping project）的實質探討據此來保障平埔族的地權，是一項株連更廣及複雜的議題，基於能力不足本文僅能以目前官方認定之十族為探討對象。另外原住民『還我土地運動』這部分的相關文獻是最多的部分，也是最多人探討的部分，幾乎各個社會科學領域都有研究，主要關注在於三次『還我土地運動』，人類學者謝世忠（1994）即希望建立一種原住民族群運動的理論來說明。另外劉文雄（1994）也以參與者身分描述了運動始末及分析檢討成敗。李慈敏（1990）、鐘青柏（1989）碩士論文皆以此為研究對象，二者皆用資源動員理論、與相對剝奪理論來觀察。

¹³ 見《原住民族土地與文化學術研討會論文集》，1-1~1-38。

¹⁴ 見《原住民族土地與文化學術研討會論文集》，4-1~4-18。

第三節 研究方法與理論基礎

本文主要的研究焦點在於「原住民土地權利」，而權利「Rights」這一概念在政治理論中是最引人注目及最具現實意義的概念之一¹⁵（Freedon, 1998, 1-10）。權利通常是（政治）思想史學家、律師和哲學家關注的焦點，但是顯然，在權利這一主題上，哲學家的研究對社會和政治思想的研究者是有很高的價值，儘管存在某些觀察角度及側重點上的不同（Freedon, 1998, 4-5）。也因此本文擬從規範政治理論（Normative Political Theory）來探討權利問題¹⁶。然而權利這一命題牽涉的範圍很廣，本文只欲探討其中的土地權¹⁷，也因此對權利的界定採下述定義：『權利，總是而且終究關係到人類的私人財產，也就是說，至少在正式情況下，它關心的是擁有權利對於人們會有甚麼好處（Freedon, 1998, 10-11）。』也因此探討保障原住民的土地權利（Indigenous Peoples' land right）就是探討擁有土地權對原住民有何好處？沒有會有怎樣的壞處？該不該保障？若該理由為何？保障的內容為何？及該如何保障這樣一個命題。而地權（Ownership）¹⁸就是要保障的標的物，本文擬以『平均地權』理論所揭櫫的相關概念來看地權這樣一個概念，並以平均地權所追求的『地盡其利，地利共享』目標，來檢視保障原住民土地權利會不會違背這樣一個人類與土地的最佳結合方式，或者說會與此目標相一致。

方法上以文獻分析及歷史研究法¹⁹為主，理論上以分離（Secession）理論²⁰、平均地權理論、財產權保障理論為主，茲將相關理論簡要探討如下：

1、分離理論（Secession）的探討：

¹⁵ 用權利這一概念來表達人們增進某種願望的想法，比用提倡平等、民主甚至自由更容易為人們所接受（Freedon, 1998, 1）。

¹⁶ Isaiah Berlin：「規範政治理論乃是指涉：在政治關係的範疇中，有關道德命題的探索或應用。」（Marsh & Stoken, 1998, 29）。

¹⁷ 土地權在相當程度上，常常與財產權這樣一個命題是一致的，或說屬於其中之一，然而實際上有必要加以區分，就是區分是否為人類所能創造這樣一個問題。

¹⁸ 通常以土地所有權來表示，但是現代所理解的地權是可以分割的，如管理、處分、使用、收益等權。

¹⁹ 見易君博，（1993），163-192，有關歷史研究的解釋。本文歷史研究部分重點有二：（1）以原住民為主體進行歷史分期，以明『傳統』土地權或『固有』土地權的範圍。（2）以移民史為主體以明土地權喪失的歷史脈絡。

²⁰ 有關分離問題，在此關注的焦點放在領土正義之上，分離的課題無疑是民族主義者所最關心的課題，但是晚近自由主義者亦將焦點關注在分離權的問題上，依 Will Kymlicka 由多元文化主義的角度來說：1. 在一個多族群（或多民族）國家少數民族有權利要求自治。2. 少數民族也有權利要求表現自己族群文化的特色，（Polyethnic rights）。3. 為扭轉少數族群因過去所遭受壓抑，導致目前積弱不振的困境，他們可以有特別代表制的權利（江宜樺，1998，210-211）。

對於建立政治疆界 (Political borders) 的規範理論來講，它至少必須界定並能回答四個問題，這四個問題分別是 (1) 適當的 (good) 疆界、(2) 正當的 (rightful) 疆界需如何獲致，以及 (3) 國家的正當組成方式、(4) 正當脫離這四個部分。方式上它必須先具有能和平有效的解決爭端的能力，而正當分離權 (rightful secession) 的理論基礎，似乎只有在這樣一個更廣大的疆界理論架構下，才能有效的被理解 (Beran , 1998 , 32)。基於此，我們發現有兩種決定政治疆界的理論，其一為民族主義者所主張的領土完整原則或是民族自決原則，其二是自由主義者所主張的政治自決的民主理論 (political self-determination of democratic theory) ，以前者來說民族 (nations) 是權利的主體，以後者來說，自願結合 (voluntary) 且自我定義 (self-defined) 的地域性團體 (territorial groups) 是權利的主體。

- 1-1、對於民族主義者來說，領土主張 (territorial claim) 並不是他唯一的任務，他還有許多的事情需要處理，如文化、語言、經濟等等 (Steiner , 1998 , 65)。然而一個民族 (nation) 之所以被認為是民族，一個很重要的依據，就是這一群人生活在一個國家之中，或者沒有生活在一個國家的一群人，他們主觀上認定自己想要組成為一個國家，無論基於想像 (imagined) 或是基於共同文化、語言、生活方式等等因素結合起來。就領土來說，已經有一個國家的民族，關心的是對外行使排他獨占權，對內則是關心領土主權完整，防止分離。對於一個沒有國家的民族來說，則是希望能有一塊土地，在上面建立自己的國家，行使國家所能行使的領土主權。
- 1-2、相對來說，自由主義者則認為，所有團體正當的領土主張皆不能超出其個體成員所能正當持有的土地。因為自由主義者是基於這樣的假設下開始其論述的就是團體的正當主張需基於個體的正當主張之上；於是問題的關鍵就在於個人是如何正當取得土地這樣一個問題之上。基本上個人取得土地權有兩種方式，其一是經由原正當持有人 (previous legitimate title-holders) 自願轉讓 (voluntarily transferred) 而來，其二是經由圈地主張 (staking claims to land) 而來，而那些被圈為自己的土地是尚未被他人先宣稱擁有的 (Steiner , 1998 , 65)。
- 1-3、本文持自由主義觀點來看待領土主張問題，因為對民族主義者來說，其關心的問題是人、我的明顯區隔，也就是『我群』、『他群』的區隔，區隔開來之後，關注的焦點就在於『我群』的利益，以領土來說，就會造成只要對我群是好的，就算侵犯他人也是正當，這也就是為何民族主義至今常常還是被視為世界的亂源之一，然而其立基的基礎卻非常穩固²¹，所以以民族主義為基礎的討論，只能得出獲得領土是對我群至關重要，或者本來就該讓我們擁有領土這樣一些結論，而無法說明一些我擁有土地會不會造成他人的侵害，或者我擁有土地的正當性在哪裡這些問題，因為一切的關鍵都在於『我群利益』之上，對已經成立國家者來說，那是『國家利益』，對於未成立國家者來說，那就是『民族利益』，當然我主張我的利益並不一定會造成別人的損害，然而以土地來說，土地

²¹ 或者我們以其較能煽動人心，使人努力共赴一個目標這樣一個說法比較妥切。

先天上具有區位獨占性質，我擁有就代表你不能擁有，我佔有好的區位，代表的就是你只能另覓他處，洛克主張的還有足夠『相等且一樣好的』土地留給別人佔有就好，基本上在現代世界土地已經一塊塊毗鄰相接且被登記或劃界的世界中，是不復見到的²²。那土地共有呢？共有只有在相同民族之下才能共有，這是民族主義的所展現出來的一個特性，而民族成員資格，是具有排他性質的，也就是當你膚色是黑色或紅色時，基本上白人的民族是不會認同你存在的，所以民族主義經常與種族主義劃上等號理由也基於此。總之，民族主義主張，不太注意一些普世價值追尋，如自由、平等，雖然它總是打著自由平等的旗號，然而這是我族的自由平等，而非全人類的自由平等。

2、平均地權理論的探討：

平均地權是一種土地制度，或是一種土地政策，經常引起爭論，然有學者認為其既是一種制度又是一種政策，它作為一種制度，並不建立在土地分配的關係上，而是在於土地所有權的分割上。而作為一種政策來說，土地政策之目的，在於解決或緩和土地問題，使地盡其利（林英彥，1991，257-9）。而平均地權之本旨，依蕭錚之分析為三：

- (一)、打不平。
- (二)、共未來之產。
- (三)、地盡其利（蕭錚，1968，134-139）。

平均地權理論並非如三民主義的民族主義一般，具有強烈的時代背景取向，也就是說民族主義是基於革命當時所需而制定，所以至今民族主義已有許多為人所詬病的方面，例如整合出一個『國族』的同化主張，或者是外抗強權，內除韃虜的主張，這些已不合當前時代所需。民權主義的五權憲法架構，也因『五權相維』不若三權制衡而形同二權有跛腳之實。然而平均地權即使也是一項革命主張，其中卻具有顛撲不破的真理，使其能具有時代意義而與時俱進，雖說它是針對當時中國革命所制定的理論，但在現今自由主義論述中，也可以見到基於洛克理論所導引出的土地所有權人對社會上的其他人都欠有他現時所佔土地價值(current site value)應均分他人的部分，就是市值減去擁有者及諸多前人曾勞動(our- embodying)改良的部分(Steiner, 1998, 67)。這與『漲價歸公』的思想若合符節，也證明平均地權的時代意義。

²² 海島國家沒有土地相連的國際糾紛，然而民族主義仍然在此發揮力量，就如台灣的情形。中國領土主權完整不容分割，正是民族主義主張。

然而平均地權並非僅僅是理論而已，我國憲法明示規定：

(憲) 142 條：

國民經濟應以民生主義為基本原則，實施平均地權，節制資本，以謀國計民生之均足。

(憲) 143 條：

- 1、中華民國領土內之土地屬於國民全體。人民依法取得之土地所有權，應受法律之保障與限制。私有土地應照價納稅，政府並得照價收買。
- 2、附著於土地之礦，及經濟上可供公眾利用之天然力，屬於國家所有，不因人民取得土地所有權而受影響。
- 3、土地價值非因施以勞力資本而增加者，應由國家徵收土地增值稅，歸人民共享之。
- 4、國家對於土地之分配與整理，應以扶植自耕農及自行使用土地人為原則，並規定其適當經營之面積。

我國也曾依據平均地權之理念，推動『三七五減租』、『耕者有其田』、『都市平均地權』、『國民住宅』、『全面平均地權』等具體措施。雖然民國三十八年的三七五減租，民國四十二年的耕者有其田皆不是在平均地權的體制內完成，但卻是廣受中外肯定的成功典範。然事實證明，未依平均地權制度性的主張包括規定地價、照價徵稅、照價收買、漲價歸公的配套運作，在工商發達之後，就發生耕者有其田政策『僵化』現象，成為農地難題（廖立宇，1991，125-7）。

本文希望藉助平均地權理論所揭櫫的『地盡其利，地利共享』來檢視現行原住民土地權利的問題，重點在其理論上所揭示之意義，而非其針對當時時代需要所提出之辦法，當然並非平均地權的四大辦法不可行，而是平均地權在台灣並未真正施行過，致使土地投機兼併成為台灣土地問題之大患。土地問題之解決，須著重整體規劃，自無部分使用之理。況且土地問題之解決至少包含六項：1.地權問題。2.地價問題。3.地稅問題。4.地用問題。5.地政問題。6.土地金融問題。這些問題彼此關係密切，互相作用、互為因果，須對上述問題具備通盤認識，才能提出綜合性的解決，或減緩土地問題（林英彥，1991，16-7）。這自非筆者之力所能達成，本文僅能針對地權問題作初探，以期對原住民地權問題作一理解，謀求政策規劃上能合理針對原住民需求，提出一套可行之法。

3、財產權保障理論之探討：

土地所有權為財產權之重要內容之一，所謂財產（property）一詞乃源自於古羅馬之『property』一語，其原義為『依據習慣』。惟隨著時代的演進，『財產』一詞被賦予許多不同的涵意，而今日對於財產的定義為『個人或團體所持有之具有稀有價值之物品，而該項價值由社會共同認知』。財產權之概念基本上乃建立在所有權概

念上，自從法國 1789 年人權宣言率先揭示『所有權係神聖不可侵犯之權利』之概念後，所有權始正式成為法律保障之標的。人類對於所有權之概念源自土地，於漁獵時期，因人類逐水草而居，與土地不生深厚情感，斯時對土地自無所有權概念。直至農耕時期，因需依賴土地維生，人類已不同於往昔之遷徙無常，須於一定地區落地生根，始與土地發生不可分離之關係，而發生土地所有權之概念²³（楊松齡，1999，440-1）。

財產權之實質內涵，往往受到社會風俗傳統、立法、規則等權限之影響，因此並非絕對或靜止狀態，常隨風俗習慣、立法、制度等之變遷，而有不同之內涵與界定。賦予私人財產權，雖然是社會演化的結果，其本質乃在保障個人努力之成果，不為他人所剝奪（楊松齡，1999，441）。

財產公、私有之論爭，可說是決定地權之關鍵，依 J.O.Grunebaum 將歷來相關學說分為三派：至善學派（The Nature Perfection）、先占學派（The First Appropriationists）、及約定學派（The Conventionalists）分述如下：

1、至善學派：

如柏拉圖（Plato）、亞里斯多德（Aristotle）及阿奎那（Aquinas），即使分為一個學派但是針對土地公有或私有的爭議仍然主張不一，如柏拉圖認為私有財產會造成奢華、怠惰，甚至政治動盪，故主張廢除私有財產。亞里斯多德則主張應以私有為原則，但在某一程度之上應為共有。而阿奎那則視財產為人格延伸與必要之物，亦即公民應擁有財產以求自立。

2、先占論者：

先占論者建立了自然權利理論，認為財產權之發生是在政府成立之前，尤其以洛克為代表，認為財產之構成是結合了勞動，因為勞動而區別為公有或私有，進而因勞動而排除他人的共有權。盧梭則關心私有權對社會之不利影響，並以社會契約說來補充先占之立場，故其不贊成私有權，認為私有不能促進每個人之幸福。諾齊克（Nozick）則主張所有權不可侵犯，國家對私有財產權之干涉越少越好。其認為私有財產權是以授權公平理論為基礎，因為在合法方式下的分配，所得到的分配是公平的。所謂合法方式指的是移轉之公平原則、取得之公平原則。

3、約定論者：

約定論者視所有權為社會產物，如霍布斯（Hobbes）、休姆（Hume）及羅爾斯（Rawls）視財產權為社會產物，而非自然法則，認為道德原則將會選取財產權的型

²³ 這是一般通論，指出人類與土地發生感情是始於定居，相對來說逐水草而居或是狩獵民族，自然不會定居於一處，然是否農耕民族就一定優於狩獵民族對土地的優勢呢？本文後方將會探討。

態，故不認為所有的社會，只有一種形態之財產權（楊松齡，1999，441-3）。

依此本文將重點置於先占論者的理論之中，因為對原住民來說，先占或說最先到來無疑是一項最主要的地權依據。然於本文中也須借助土地國有、私有及平均地權論述來加以分析。當然先占論者的理論或許能給予原住民地權以理論依據，然而假設要更廣泛來探討地權問題則各種理論均須兼顧，方能以一個更衡平、更廣為接受的視野來看待問題，特別是以原住民保留地的現象來說，約定論者的理論無疑更具解釋力。

第四節 研究範圍與研究限制

第一項 研究範圍

本文以原住民土地權利為主要研究對象，兼論台灣原住民的土地權利，但是權利的概念及範圍是一種規範性且可爭議的，而保障原住民土地權利也不能僅僅從原住民單方面來設想，必須由土地本身所具備的特質及原住民雙方面來考量。原住民的文化與土地是分不開的，土地是祖靈所在，是原住民思想觀念的起始，沒有土地原住民的文化將是沒有意義及生命的。本文研究土地權利當然注重其上的自然資源使用，及其中所蘊含的文化因子，這也是保障原住民土地權利一個很重要的因素——多元文化主義（Multiculturalism）。必須說明的是土地假使抽離一些其上的文化、資源、人類，則其就僅僅是一塊土地，在這裡或是在那裡都一樣，沒有意義可言，更遑論保障權利與否了。研究範圍上以台灣來說當不限於『保留地』而已²⁴，傳統領域不應只以『保留地』為基礎，而以增劃編的方式來考量，必須以原住民從未放棄的對土地的主權來思考，方能獲致合理的解決方案。

第二項 研究限制

由於本研究依據的是相關領域研究，及道德義理的論述推演，首先跨科際研究即牽涉到不同研究領域所必備知識，如人類學、土地經濟、政治、歷史等方面的挑戰，本研究限於個人能力因素必不完備。再者原住民研究必須輔以田野調查已是當代研究的主流，一方面尊重當事人原意——族群互相尊敬，二方面也較接近於真實，不過理念的推演確實也可以增進大社會對於原住民最迫切及深層的需求。以台灣來說包括原住民自治區座談會中所示：必須大社會認同，否則推行不易。另外本研究所稱的土地權利，必須落實在法律的保障之下，明確的說是國家法律的保障之下才得以落實，但是在原住民方面卻不願意用他人的遊戲規則(憲法、法律)來決定自己的命運，這一部分確實必須在自治區的架構下一同思考，才能獲致清晰的理解。而自治區的劃定，亦是株連甚廣，本文僅能做簡單探討。另所謂原住民傳統領域的範圍，需如何界定，如何找出原住民與政府、主流優勢民族之間三角關係的平衡點，是一個很難處理的部分，其中需要原住民耆老來口述認定，歷史資料考定、實地探勘，並考量劃定界線區有無多重用途，有無非原住民，該如何安置等等，單方面由原住民宣稱地界，只怕治絲益棼。

另一方面在歷史研究方面，本文於第四章參酌潘英及謝世忠的歷史分期來對原住民土地權利作一個歷史的探究，並參酌以台灣四百年史的觀點來分期²⁵，但是如潘英所言：歷史分期只是一個權宜的設定，並不是絕對的，歷史是流動的，不能切

²⁴ 由於以最大範圍來說，所謂的傳統土地當指台灣全部土地，由於在外來者來到台灣之前，台灣全境是原住民生活的空間，這點也是很多國家不願意承認其境內有原住民的關鍵。

²⁵ 謝世忠說：「台灣學術界對近代台灣史的研究，雖說有相當的貢獻，但是總括不外漢人移植、西荷統治、鄭氏領台、清代台灣、日據五十年等主題，在其中原住民幾乎是毫無地位的。」

斷的，一切歷史分期都只是為了研究方便罷了（潘英，1998，20-22）²⁶。本文所做到的是注意到以原住民為主體所建構的歷史的重要及困難，而未用一般四百年史觀來突顯土地權利喪失經過，而以荷蘭時期為重點作論述，突顯原住民自然主權的依據。

原住民作為國家組成的一份子，除了維護自身尊嚴、保障自己生存、文化發展外，當顧及整體國家的穩定與發展，這一部分牽涉到的就是現實上的大眾對於安全感需求。以台灣來看，台灣在歷經種種天災後，國土保安已成為一個最重要的課題，雖然有很多研究顯示，原住民的生態智慧²⁷有助於這樣的目的，反而是漢人的開發利用才是導致不當超限利用的主因。但亦有研究顯示由於傳統生活方式，導致原住民謀生困難，進而才轉讓土地以謀生存，這是一個整體結構問題，自非單單給土地就能解決，不但是土地，資金及技術問題也須處理。本文單從土地權利切入，也關注到土地之上的自然資源利用，但是僅僅這樣，許多問題將依舊無法解決。而本文把土地問題這個最嚴重、攸關原住民由有到無的生死存亡問題當作主要探討焦點，自然希望藉由讓原住民合理擁有土地權利，來當作台灣邁向多元文化、創造族群共存共榮的目標。

另外根據陳水扁的『原住民族政策白皮書』來看，其提出還原台灣原住民族宗主權的理由是『台灣在統獨爭議中，必須與原住民族建立生死與共的生命共同體關係，宗主權的主張與宣示，是唯一向國際社會宣告台灣國家定位確立的路徑。』及『宗主權的接納與確認，是「新臺灣人」主張內涵中的發展基礎，並且承認臺灣是多民族的獨立國家。』本文探討台灣『原住民自然主權』並未以這個方向來思考，而是以『領土主權』及『統治正當性』來思考，藉由原住民來達到台灣『去中國化』目的，或是建構『新台灣人』內涵，本文以為在尚未給予原住民平等發展的機會時，原住民很可能會是一個工具或是另一種同化下的犧牲品。

²⁶ 另學者翁佳音也注意到歷史的連續性問題(翁佳音，1998，79)。

²⁷ 見傅君（1997）的探討，其中論述原住民究竟是森林守護者或是野生動物殺手，還需要更進一步澄清問題所在。然而整體來看，整個動物生存環境的維持，比起直接可見的獵殺對生態危害還更大。

第五節 章節安排

在第二章中，本文先處理有關定義方面的問題，有關原住民的定義問題，如同許多與它相關的概念一般，例如民族、少數族群等均缺乏放諸四海而皆準的定義，本文無力也無法作出一個精確的定義出來，但是由於定義至關重要，幾乎我們可以這樣說，本文所探討的土地權利是依據『原住民』這樣一個概念而來，也就是說因為具有這樣的身分所以應該具有特定的權利這樣一個邏輯而來，所以必須對定義作一定的交代，定義上結合土地、地權等概念，得出一個『原住民土地權利』的意涵，再由歷史脈絡中點出土地問題發生的原因，及全球原住民所面臨的土地問題。

第三章則針對領土（域）、土地（保留地）、自然資源等三方面，分析應該保障原住民的理由。領土部分是歷史主權（自然主權）對國家主權的論述，土地（保留地）部分是國家應該保障原住民土地權利的理由，對原住民來說，這是在自然主權無法主張之下，兼顧現實並找出其中弱點的方式，以期民族文化得以繼續生存，對國家來說，保障弱勢族群，兼顧多元文化發展，是其責無旁貸之責任。自然資源部份是原住民無權以自己的方式使用自然資源，進而影響原住民的生存發展。

第四章針對現行台灣情況，參考國際上如何保障原住民，及原住民本身意願，指出政府應行繼續努力或改進的方向。

第五章提出結論。即根據國際潮流保障原住民地權為政府責無旁貸之責任，加上國內原住民對於土地權利的返還期待很深，特別是原住民傳統土地及傳統領域的調查工作，這項工作的成果終須政府的承認才能實際使原住民獲益，然而目前政府與原住民並無平等的對話窗口，原住民很容易就成為被犧牲的對象，因此以尊重原住民對土地的自然主權下開展原住民自治，創造一個原住民與政府的對話窗口，如此才能解決許多不易跨越的藩籬及屏障。台灣原住民土地權利問題的解決，能在先建立一個雙方立足點平等的談判機制 (Mechanisms for negotiation) 下開展的話，則尋出一套雙方均可接受的解決方法是可以期待並獲得的。

第二章 原住民的土地權利分析

第一節 地權問題概述

第一項 土地的性質

土地依其特性可分為自然特性與人文特性兩種，而所謂自然特性，是指自然物體的土地，其本身所具有的特殊性質，可包括：

- 1、積載力：即是支持或承受力，是人類得以立足的根本。
- 2、養力：就是供給植物生長、繁殖所需之能力。
- 3、不可移動性：這是一個明顯事實，土地是永久固定在一處的。
- 4、數量固定性：即土地具原始性，不能再生產。
- 5、生產力永續性：土地只需注意利用，其生產力或利用價值永不會消滅。
- 6、個別性：個別土地所具備的生產條件或利用價值，有很大的差異，不如工具與機器的製造品那樣整齊劃一，各筆土地有個別環境，所以均不相同。

人文特性方面可分為：

- 1、用途多樣性：一塊土地，可以作各種不同的用途使用，如農地、林地、道路等等。而各種不同用途的土地也可選擇不同的利用方式，如農地可用作水田也可作雜糧，建地可建平房也可建高樓。
- 2、社會經濟位置的可變性：地理位置雖固定，但是因週遭設施改變，小漁村也會變都會區，此即社經位置的改變。
- 3、合併分割的可能性：依買賣、徵收、交換、佔領等行為，可發生合併或分割（林英彥，1991，3-6）。

土地之特性如上所述，可分自然、人文兩類，其中自然特性是屬於土地原始具備的條件，人類通常可以小幅度加以變更，但基本上人力是不太能作太大的改變，特別是土地的區位，人類可以藉由改善交通運輸使之價值增加，但卻不能移動它，如其中養力，人類可以用化學肥料使之更具養力，或破壞之，使之不具養力。又或者可以填海造陸²⁸，使得土地面積增加。本文所關切的乃是土地的人文特性，當然不容否認的，土地的自然特性在相當大的程度上也會影響其人文特性。

土地的性質並非僅以其經濟利用價值，或是自然特性就可以區分清楚，人類常常會對土地產生感情，或許是基於居住很久而產生的感情，或許是基於環境適宜居住，不一而足，我們常常可以見到一個遠離家鄉的人，一下飛機就親吻土地，表示

²⁸ 填海造陸嚴格來說土地面積並未增加，其反映的乃是地形地貌的改變。

對『鄉土』(homeland)的熱愛與思念，或者它可以是政客的二分法辭令，『熱愛這片土地的人』、『不愛這片土地的人』，或是文學家筆下的美麗大地等等。這些抽象化了的辭令，有的並非基於愛『土地本身』，而是基於土地之上的人、事、物種種，若再加上時間因素，則同一塊土地就更給予人們更多樣的想像²⁹，無論如何這些一切表示了土地與人類的密切關係，人必須立足土地上以求生存，人類能因利用土地而獲利，也能因為過度使用土地而遭反噬，或因無可抗拒的地震而損失慘重，然而，天然災害永遠還是不敵人為破壞則是人所共見的事實。人須依賴土地生存，而生存必須對土地予以利用，因此誰能利用土地或說有權利用土地便是一個很重要的問題。

第二項 地權由來

如上所述，地權(ownership)可以簡單看成是土地是誰的這樣一個看法，而地權問題就是分析一塊土地為何是某人的而不是其他人的？某人佔有那塊地有何正當性？後來等到人類社會越來越進步與分化時，地權問題就愈加複雜，然而地權是怎樣發生的呢？也就是最初人類會有想要佔地這樣的想法，並實際去佔有是怎樣出現的，人們又怎樣能維持他的地權，而能被別人承認呢？

首先，我們置於人類發展的歷史上來看，根據摩爾根(Lewis Henry Morgan)的分類來看，人類社會可分為七個階段：

- 1、低級蒙昧社會
- 2、中極蒙昧社會
- 3、高級蒙昧社會
- 4、低級野蠻社會
- 5、中級野蠻社會
- 6、高級野蠻社會
- 7、文明社會(Morgan, 2000, 9-12)。

人類在蒙昧社會，為進步先導的那一群人已經組織了氏族社會，並發展為散居各處的村落，然而蒙昧人的財產是微不足道的，他們對於財產的價值、財產的慾望、財產的繼承等方面的觀念很淡薄，土地在當時尚不構成為財產而為部落共有，公共住宅則由佔居者所共有(Morgan, 2000, 553-5)。財產的佔有慾尚未在他們的腦中形成，因為財產這樣的想法在當時還不存在，一直要到低級野蠻社會發明木柵以保護村落，及耕地與園圃的出現，雖然土地仍為部落共有，但耕地的所有權在當時已

²⁹ 如人格主義理論處理土地財產問題時所表現的那樣，如果說土地有甚麼特殊之處的話，那較常指的是它的固定特性，而非強調有限性或稀少性。意即土地是具有記刻我們活動的痕跡的特質。在此土地所有權不只是提供人們買賣農產品或為地主提供收取地租機會，它也為自我表現和效忠提供了機會(Rvan, 1991, 98)。

被視為是個人的，或某個集體的（Morgan, 2000, 555-7）³⁰。

私有財產制度的萌芽，可以認為是由狩獵時代開始的。但這時代的私有觀念，只限於自己使用的武器，捕獲的物品是由大家分配，縱然有短期間的儲藏，也無積蓄為財產的觀念。對於土地，意義在於各種族的家畜活動範圍內，排除其他種族的入侵，形式上略具狩獵區形態，但也不會變為永久財產的主張。原始游牧民族，對於土地未產生所有權的觀念，在那時代雖然佔有土地，但不具備現代意義。頂多是一種共同用益的型態，待農耕發達以後，人類採取定居，才開始對土地產生支配的觀念（林英彥，1991，189-90）。

綜上述，也就是說地權的產生，是人類定居之後產生的，也就是人類因為生存所需才圈地以為生活領域。在此，根據洛克的說法對土地直接施以勞力就成為地權存在的關鍵，也因此游牧或狩獵民族對於土地來說是不具備地權的。

第三項 地權的基礎

承上所述，地權的基礎來自於勞動，也因此任何非基於勞動所宣稱的佔有，將是無效的，或說那樣的佔有必須依據自然法則來處理。天賦人權的理論家們，在回答我們可以適當擁有甚麼樣的客體時認為，立即可以使用的客體是可以被人類擁有的，另外可作較長期消費的東西也是可以擁有的，但至於土地是否可以因單純的天賦人權而徹底成為可擁有的東西，則留有爭論和疑慮（Rvan, 1991, 88）。

天賦人權是基於我們每個人都對我們自身擁有完全的保有權，因此除了不違反他人的消極權利外，我們誰也不對他人擁有其他任何權利，除非他人授與我這樣的權利。至於他人可能授與我們甚麼樣的權利，他們對自己的完全保有權意味著他們可以全權決定一切。因此，這種觀點開啟了一種思想，即認為一切所有權當然就是一種徹底完全保有的所有權。世界分裂成被擁有的客體，和至今尚未被擁有的客體兩大部分，也就是假使我要賣身為奴，那看來將沒有甚麼能阻止我這樣做，如果我發明一種新藥，我也沒有義務提供給需要它的人，我可以為我所想要的東西而賣掉它，只是我不能阻礙別人合法的發明同一種藥，也不能阻礙別人以更優惠的條件從別的地方得到它。然而這一論點，被無限制擴大，而用於那些不能無限制擴大其供給量的財物時，就大錯特錯了，而這種財物的範例就是土地。如果希望獲得土地的人多，而可以用於分配的土地少，那麼第一個佔有者的所有權，就削弱了其他人的自由，因而就該否定最先佔有者的所有權（Rvan, 1991, 91-2）³¹。

由這樣的論述當中，不只否認了先佔者權利，更是認為人們根本就不該佔有土地，土地被預想成是人類所共同擁有的，一人的佔有將造成他人的無法佔有，這是土地不能改變的事實³²，那任何形式的私有制，都將被視為是不公平且破壞他人

³⁰ Morgan 與很多學者皆持進化論觀點，認為發明為人類的必須也必然產生的方向，盧梭的論點亦是如此，這類說法對於原住民傳統文化來說殺傷力很大。

³¹ 這是依土地的自然特性，稀少、固定，而人類人口會無限增長的典型論述。

³² 即土地的獨占性格。

自由的。然而私有制卻又是那麼自然的伴隨著農業定居生活方式而出現，這使得即使像盧梭那樣痛批私有制度的思想家也不得不作如下論述：

土地的耕種必然會導致土地的分配，而私有一旦被承認，也必然會產生最初的公正規則。因為，要把每個人的東西返還給每個人，是以每個人能有一些東西為前提的；由於人們已經開始注意到未來，同時每個人都感覺到自己有些可以失掉的東西，因此每個人都怕由於損害他人而使自己遭到報復。這種起源之所以是很合乎自然的，特別是因為我們不可能撇開勞動去設想新生的私有觀念。我們不能理解一個人要把原非自己創造的東西據為己有，除了因為添加了自己的勞動以外，還能因為添加了什麼別的東西？只有勞動才能給予耕種者對於他所耕種的土地的出產物的權利，因而也給予他對於土地本身的權利，至少是到收穫時為止。這樣年復一年的下去，連續佔有就很容易轉化為私有（Rousseau, 1986, 111）。

因此地權的真正基礎不在於『先來先佔』，而在於保障個人勞動的成果，甚至『先來先佔』反而被視為是一種沒有基礎的行為。是破壞所有人類自由的根源，然而即使是私有制，也會有先來後到的問題，只是它的基礎不在於『先到後到』的問題，而是在於先到者施以勞動之後，就可以因勞動成果而佔有土地。這一點洛克的解釋是：

上帝既將世界給予人類共有，亦給予他們以理性，讓他們為了生活和便利的最大好處而加以利用。土地和其中的一切，都是給人們用來維持他們生存和舒適生活的。土地上所有自然生產的果實和它所養活的獸類，既是自然自發地生產的，就都歸人類所共有，而沒有人對於這種處在自然狀態中的東西原來就具有排斥其餘人類的私人所有權；但是，這些既是給人類使用的，那就必然要透過某種撥歸私用的方式，然後才能對於某一個人有用處或者有好處（洛克, 1986, 17-8; para.26）。

這種開墾一塊土地而把它據為己有的行為，也並不損及任何旁人的利益，因為還剩有足夠且同樣好的土地，比尚未取得土地的人所能利用的還要多（洛克, 1986, 21; para.33）。

然而足夠且同樣好的土地，終究不會一直圓滿持續下去，隨著人口增加，土地不增的自然性格，使得問題終究還是會出現，導致土地私有與公有的論爭，以下簡略探討二者之間的爭論。

第四項 土地公有與私有的論爭

土地之本質含有強烈之經濟獨占性格，完全私有，弊害叢生足以啟社會不平之鬥爭，障礙人類文明之進化。故許多思想家著力批判這樣的不平，如斯賓士（Thomas Spence）所主張：『社會法制，永不能違背自然定律。每個男人，女人，小孩，自有生之日起以至於死，對於他們鄉鎮的土地，均保有與生俱來的權利。因此各村鎮自治團體，自地租中付給市與省之公共支出及應付其本身支用後，所餘悉應為村鎮自治團體內男人女人小孩等所公有，並應平均分攤之。』（蕭錚, 1968, 110）。

各派土地公有之理論，均基於仁民濟物之用心，發為警頑格弊之主張，惟理論之成立與否，除求其根據之是否合於科學原理外，亦不能不顧及其於實際之證驗。土地公有論者對於土地本質之分析，及土地價值成立之因素各有精微獨到之見解，

但由於對私有權之排斥，遂對私有權之價值一筆抹煞，且視私有權之發生純為罪惡，則有失平正（蕭錚，1968，120-1）³³。

考土地私有權之發生，自然有其必然原因與背景。古代各民族土地均為公有。嗣後因農業經營之進步，個人所能經營之面積逐漸縮小，而勞力資本之投施則更多；因投施勞力資本於土地之上，非短時期所能回收，於是個人均願有永久固定之小範圍土地，以便為改良之設施，而逐漸收回其利益。於是公有土地(氏族或村里共有之土地)不能不分解為個人所私有。私人所有權觀念，係隨社會之文明而發生進展的，最初所有權觀念與勞動觀念深相結合，凡勞動之收穫，個人可以自由處分者，斯謂之個人所有權。但所有權觀念隨著人類之支配與佔有慾一同發展，凡個人所佔有得為自由支配者，均為個人之所有，非僅勞動之成果為然³⁴。土地上確立私人之所有權，亦同為此支配觀念所發展之結果。故自家屋建立以來，家屋範圍內之土地，即為私有。等到農業土地固定之後，個人於其農地上，遂發生完全之私有權（蕭錚，1968，121）。

因此私有制乃為自然產物，且人類利用土地，無不經人類勞力與資本之投施。土地之自然特性，需人類投施勞力才能發揮其效能。人類加工越多地利越厚。然而，土地欲吸收人力，自不能不顧及人類自利觀念的運用。土地私有亦有其社會的原因，即所謂的『有恆產者有恆心』（蕭錚，1968，124），土地私有對於社會穩定及人心發展具有重大影響。

然土地私有，仍然有其根本性的禍害，根據蕭錚之分析，土地私有之弊害非因土地私有權之『來歷不明』，而是因為私有資本制度所發生之一般流弊，見之於土地方面，比較嚴重。一般土地私有弊害有二，其一是壟斷，其二是剝削³⁵，此私有資本之禍害，在資本方面尚因有『自由競爭』定律之存在，其禍害較淺，但在土地方面，則自由競爭定律，完全不能應用。土地有經濟的獨占性，既非人力所能製造亦非人力所能移轉，而在私有制度之下，益足使壟斷與剝削之弊害更烈。因土地之可用於壟斷與專占，乃發生投機兼併；因土地之可用於剝削榨取，乃發生地租分配上之不平。故土地私有制度之弊，其重心乃在土地之壟斷與剝削（蕭錚，1968，120-5）。

土地公有論者，並非均主張土地國有³⁶，但是近代國家組織越來越嚴密，所以土

³³ 可以盧梭之言觀之：『誰第一個把一塊土地圈起來並想到說：這是我，而且找到一些頭腦十分簡單的人居然相信了他的話，誰就是文明社會的真正奠基者。假如有人拔掉木樁或者填平壕溝，並向他的同類大聲疾呼：「不要聽信這個騙子的話，如果你們忘記土地的果實是大家所有的，土地是不屬於任何人的，那你們就要遭殃了！」這個人該會使人類免去多少罪行、戰爭和殺害，免去多少苦難和恐怖呀(Rousseau, 1986, 97-8)！』另外可參見：『自從一個人需要另一個人的幫助的時候起；自從人們覺察到一個人據有兩個人食糧的好處的時候起；平等就消失了、私有制就出現了、勞動就成為必要的了、廣大的森林就變成了須用人的血汗來灌溉的欣欣向榮的田野；不久便看到奴役和貧困伴隨著農作物在田野中萌芽和滋長(Rousseau, 1986, 108-9)。』

³⁴ 如由戰爭擄獲之奴隸，與財產；及由個人以勞動收入交換而來之物品，凡為個人所得自由支配者，均為個人之所有權(蕭錚，1968，121)。

³⁵ 所謂壟斷即私人專占生產手段以及把持消費市場，所謂剝削即以資本剝奪剩餘勞動價值與實行中間榨取。

³⁶ 甚至有公有論者而主張私有，如洛克的主張(林英彥，1991，193-4)。當然並非說洛克是土地公有論

地公有與國有論者，有時候彼此的主張可以視為是差不多，但是站在更高的視角來看，土地公有乃以全人類為著眼點，土地國有是以國家內之全體人民為著眼點，二者仍然有相當之區別。但土地公有論之主張，在事實上均須在一國境內實現則為現實上所必然。一般公（國）有的主張，大致上均注意以下幾點：

- 1、土地私有與人類正義相違背：人類私有觀念之成立，係依個人勞動之成果，供個人自由處分支配，但土地與資本不同，應嚴行區別。資本為人力所造，土地乃天下萬人之公物，非私人勞力所創造，故不宜私有。
- 2、土地私有為一切弊害之泉源：因土地私有足使勞動者成為奴隸，有反人類自由平等之義。勞動者因土地為私人壟斷，將藉工資過活，雖然他能有選擇權，但整體來說，他只能由一種奴隸轉到另一種奴隸的選擇。
- 3、土地公有原是解決社會問題之最好方案：然公有之達成，一般無償收歸國有（踢去地主），收買歸公（買去地主），重稅消滅私有土地（稅去地主），一般踢去地主比較不會被實行。
- 4、土地所生之利，歸全體共享：土地既為人類共有，則土地自然所生或非因人力勞動所生之利，將由大家共享，即素地地租或因社會進步所生之文明增值，歸大家共享，此即『地利共享』、『漲價歸公』之主張。

然國有也非全無缺點，根據蕭錚教授之分析有以下五點之弊：

- 1、土地與民生之關係，至為普遍而深切；而其本質非若一般資本，可以自由移置或集中管理。在國有制之下，如不能為優良之處置，限於官僚主義之管理，其弊將很巨大。
- 2、如國有其名，而不能行大農經營制，不能用機械生產，而仍假手農民為小農耕作經營，則不僅無以收科學經營之利，且將因小農經營而變為農有其實；則擁有國有之虛名，反足為農有之障礙。
- 3、人民之自私心與恆產觀念未能打破，對保有土地之欲望不能革除，貿然行國有之名，未有不起重大之反感，則國有之利未得，而社會之大騷動與農業之大恐慌已起。
- 4、近代工業日趨集中，機械化之結果，一般工業國易起失業之恐慌，其過剩勞力具有以改行小農集約制而求消納者，例如二次世界大戰前之德國。如原為集約之小農耕作地區，實行未成熟之機械耕作，則過剩之勞力，如無消納之途徑，將引起失業之恐慌。國家反需大量資金，用於社會救濟。則收取地租或土地未來增價之利未見，而社會救濟支出之負擔，已將不堪設想。
- 5、實行生產手段全部國有之共產社會，其弊在個人無意志之自由，減少人類才智發

者，其實洛克是私有論之擁護者，但是洛克的思想是由土地公有為起始點，可見諸其主張：人類一出生即享有生存權利，因而可以享用肉食和飲料以及自然所供應的以維持他們的生存的其它物品。上帝將地給了世人，給人類共有(洛克，1986，17；para.25)。

展之機會；然在經濟方面上得一完整之體系。如實行土地國有而不能實行資本國有，則經濟失去和諧，必不能順利進行，則土地國有將徒茲紛擾，而無實際（蕭錚，1968，127；林英彥，1991，195-6）。

因此二者並非一定相對立之兩方，私有制有其必然，公有制有其正當及正義之處，無論如何，土地制度必須要確實可行，否則制度立意再好，也僅僅是只能看而無實際，但是一個可行的制度，就必須兼顧到如何才能是最合乎所有人的需求，把各方利益考慮進來，以求得制度之可常可久，並兼顧公平正義，而土地政策實為土地制度是否能達成目標的關鍵。因此本文首先將針對原住民的地權作一探討，檢視原住民據以要求地權的基礎在哪裡。

第二節 土地權利主體的原住民

第一項 原住民的定義

原住民的定義，攸關其地權的基礎，雖然我們未必認同洛克對於『勞動』一詞的認知，即勞動一定得是西方式的農業勞動，但是『勞動』是地權的最初由來基礎則是不變的真理，當然現今大家手中的地權，幾乎都非由個人直接勞動而來，而是經過合法轉讓而來，在探討原住民地權時，先追溯地權由來，並說明原住民作為全體人類的一份子，有權主張藉由地力以求生活。然而同樣重要的是，誰是原住民這樣一個問題，它有怎樣的特質？如此才能據以說明原住民地權基礎在哪，以及如何保障。作為權利的主體，原住民本身在爭取民族權的漫長過程中，定義基本名詞的論述本身就是抗爭的場域(施正鋒，1999，100)。因此本文將定義整理如下：

首先針對原住民所下的工作定義（working definition）是在1974年舉行的第一屆世界原住民會議（World Council of Indigenous Peoples）(Guibernau, 1999, 68)。此會議曾就『第四世界』（the Fourth world）³⁷之定義專案研討，並通過該議會成立章程其中規定：『原住民係居住在多民族或多種族國家的族群，他們是最早居住在該地先民的子孫，而且是一個群體並無法領導自己所屬國家的政府（孔文吉 2000，70）。』

1982年聯合國原住民工作組（Working Group on Indigenous Populations）的定義：原住民（Indigenous Populations）是指那些世界其它地區有著不同文化及族群起源的那些人，遷移至某特定區域後，藉由征服、殖民（settlement）或其它的手段方式，而使得他們成為弱勢（non-dominant）、被殖民的處境後，那些早就已經全部或部分地居住於該地的住民的後裔（existing descendants），而現今這些地方是屬於征服者所建立的國家的領土範圍；這群人（原住民）在今日，大部分仍然依照他們獨特的社會、經濟、文化所產生的習慣、傳統行事，而有別於他們現今所屬國家的其它部份（segments）的人民，而那些人民的民族（national）、社會、文化特徵，在現今是處於優勢地位的（predominant）(Burger, 1987, 7; Guibernau, 1999, 68)。

1986年聯合國特別觀察員科博（José R. Martínez Cobo）在其著作³⁸中，曾為原住民下了一個工作定義（working definition）：原住的社群（communities）、族群（peoples）、和民族（nations）是指那些在被入侵前（pre-invasion）和殖民前

³⁷ 有關第四世界一詞係由 George Manuel 和 Michael Posluns 於 1974 年所撰《第四世界》一書得名，該書從加拿大印地安人之歷史觀點，呈現原住民的歷史處境，認為白人與印地安人關係是互賴性質。而第四世界指的是源於一國之境的原住人口，目前已經完全或部分地被剝奪了對自己領土與資源的權利(孔文吉，2000，69；林淑雅，2000，35)。

³⁸ 此研究名稱為：對原住民的歧視問題研究(The Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Peoples)。是科博為聯合國人權委員會下的次級委員會，防止歧視暨保護少數族群委員會(Sub-commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minority)所作的調查報告，這個次委員會在 1946 年由經濟暨社會理事會(ECOSOC)決議(resolution) 9 號授權人權委員會成立，而在 1999 年 7 月改稱提昇與保護人權委員會(Sub-commission on the Promotion and Protection of Human Rights)。

(pre-colonial)就已經在這塊領土(territories)上發展的社會有著歷史連續性(historical continuity)³⁹ 的那群人，他們認為他們與社會其它如今占優勢的那群人大不相同，他們現今是社會的弱勢族群，但是決心保存、發展及傳遞給下一代以自己祖先的領土 (ancestral territories)、族群認同 (ethnic identity)，來作為他們繼續以自己的文化模式、社會制度及法律系統生存下去的基礎。

1989 年國際勞工組織 169 號公約⁴⁰(International Labour Organization Convention No. 169 concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries) 也曾針對部落人民及原住民下過定義，依據其第一條規定適用範圍說明如下：

1. 部族(tribal peoples)在獨立國家境內的社會、文化、經濟情況，使得他們有別於那些其它國家社群 (national community)，而他們的身分地位是由他們自己的風俗習慣管理或是由特殊法規來管理。
2. 族群 (peoples) 在獨立國家境內被視作是原住的 (indigenous) ，是依據在征服、殖民化時，或建立現代國家疆域時，他是否是居住在這個國家，或國家所屬地理區域的人口的後裔，而不論其法律地位為何，或是保持部分或所有他們自己的社會、經濟文化和政治組織。
3. 自我識別(self-identification)為原住民或部落應被視為是決定本公約條款適用的群體的一個根本標準⁴¹。
4. 本公約使用『族群』(peoples) 一詞，不應解釋為國際法使用此詞時可能具有各種權利的涵義⁴²。
5. 總的來說，此公約區分部落民與原住民的分別，而原住民定義就是國家疆域確定時，已經在此之前就居住在那裡的人民的後裔，而他們有權自我認定為原住民。而自我認定這項原則，對原住民尤為重要。
6. 聯合國發展計畫 (UNDP ; The United Nations Development Programme)：結合上述看法而認為，儘管有共同的特徵，但是沒有任何單一可接受的原住民定義可以代表他們的多樣性。因此自我認定為原住的或部落的才是根本的標準，有時也可以結合一些因素，如語言及地理居住位置等。UNDP 更將發展過程中易受傷害的弱勢團體也包括在內。

³⁹ 歷史連續性，是指一個延伸 (extended) 從某時期一直到現在，依科博所述它包含 6 點：1. 據有 (occupation) 祖先土地，或至少部分佔有。2. 這些土地的最初佔有人 (first occupants) 是他們的共同祖先 (common ancestry)。3. 具共同文化，或文化以特殊形式表現。4. 語言。5. 居住 (residence) 於國家中的某地或是世界中的某區域。6. 其它相關因素。

⁴⁰ 國際勞工組織大會第 76 屆會議於 1989 年 6 月 27 日通過。

⁴¹ 根據其第一條第二項規定。

⁴² 根據其第一條第三項規定。

Harold Orbach 在 1997 年所作定義⁴³：他認為『原住』(indigenous) 是一個沒有清楚科學定義的『政治』用詞，它用來指稱西方殖民力量到達時的原初居民(original inhabitants) 也常常用在落後 (technically primitive) 族群 (peoples) 之上⁴⁴。但鮮少用於那些臣屬於非西方民族之上的人群，例如西藏人 (Tibetans)、蒙古人 (Mongolians)、印度的許多部落人民 (tribal peoples)、愛奴 (Ainu) 人、台灣人 (Taiwanese)⁴⁵、沖繩人 (Okinawans) 等等之上。這個詞似乎常常與去殖民化 (decolonization) 這個過程相關，它也是人類學家 (anthropologist) 的最愛，特別是那些要『搶救』原住民文化，或保留原住民『原味』的人類學者 (Riggs, 1998, 2)。也因此有四個原則是建構原住民定義時應該注意到的，1. 文化面向，原始還是現代比較複雜的社會。2. 歷史面向，先來後到的問題。3. 政治地位，處於邊緣化及弱勢地位。4. 地理地區，西方 (北方) 或東方 (南方) 的問題，或是在其他區域 (Riggs, 1998, 2)。

以比較大的視角來看，工業帝國的瓦解，產生了許多新興國家⁴⁶，而這些新興國家的疆域 (boundaries) 在之前是由殖民規則所形塑出來的。這個過程鼓勵及形成了一種新的民族主義的興起⁴⁷，而可稱之為擺脫附屬地位的民族主義，(nationalism in external dependency) 而這種形式的民族主義也生成了一種現象，即被包圍的領土 (exclaves) (Riggs, 1998, 1)。然而我們總是對世界以一種二分法的方式來看待，即開發、未開發 (underdeveloped)；南、北等方式分類，這在相當程度上影響了我們的視野。假如我們強調政治及歷史面向，而非文化及地理 (geographical) 面向，我們就會發現族群民族主義 (ethnic nationalism) 在 20 世紀轉變了，它由之前的飛地

⁴³ 定義工作注意兩個面向 1. 要由足夠的實證資料，這些資料說明哪些傳統上的社群可以被視作是『原住』。 2. 原住性(indigenoussness)。

⁴⁴ 指無文字記載(pre-literate)、無使用金屬(pre-metal)的小型人口結構。

⁴⁵ 這個地方應該是作者有錯誤理解，台灣是漢人跟原住民之間的區別為準，而非台灣都是原住民。同時愛奴人當然被視作是原住民，而蒙古人根據 Brian Goehring 的研究顯示，在蒙古(Mongolia)蒙古人佔據超過 90%的人口，為世界唯一原住民在當地國家形成多數的地方(Goehring, 1993, 6)。

⁴⁶ 如阿爾及利亞(Algeria)、印度(India)、印尼(Indonesia)、奈及利亞(Nigeria)、塞內加爾(Senegal)、菲律賓(Philippines)等國。

⁴⁷ 這類型民族主義重點在於排除殖民附屬地位，及建立工業發展、民主政治的國家(Riggs, 1998, 1)。這個過程於杭廷頓 (Samuel P. Huntington) 的《第三波》，書中被分類為第二波的民主化浪潮 (1943-1962)，其於書中形容：在西方殖民統治開始告終的同時，產生了一大批新的國家，然而這許多國家之中，人們並未從事真正的努力來建立民主制度(Huntington, 1994, 16-9)，同時這第二波的民主化國家，在事實上可以再分為三類，其中第一類就是獲勝的西方盟國把民主政治強加於若干國家：西德、義大利、日本、奧地利的主要部分和南韓。第二類則是許多國家因為西方盟國的勝利而藉此時機邁向民主的，如希臘、土耳其、巴西、阿根廷、祕魯、厄瓜多、委內瑞拉、哥倫比亞。第三類則是西方國家在戰爭中元氣大傷，而且其在海外殖民地所興起的民族主義，使得這些國家開始了非殖民地化的過程 (Huntington, 1994, 44-5)。台灣則是屬於第三波的範疇。

(exclaves) 到現今的飛地 (enclaves)⁴⁸ 在內涵上已經非常不同了，這種不同就是由擺脫殖民征服到文化區域的圈地 (enclosing of cultural pockets)。這種由歷史原因及政治差異所構成的現象，曾以文化上的差異及地理上的區隔而被理解，從而造成北方 (Northern) 國家使用原住民 (indigenous peoples) 及南方 (Southern) 國家使用族群民族 (ethnic nations)。而較原始、及『部落 (tribal)』社群被分類為原住民，而較文明的就是族群民族 (Riggs, 1998, 1)。

有關原住民最廣義的解釋與涵義是：他們是一群基於傳統文化 (tradition-based) 結合的族群 (peoples)，在承受殖民化 (colonization) 影響之前，他們享有政治自主權 (politically autonomous)，在殖民地開拓及 (或) 去殖民化 (decolonization) 時期之後，繼續為保存文化完整、經濟自主、政治獨立而努力，以對抗其生存所在地的民族國家的同化政策 (Wilmer, 1993, 97; Guibernau, 1999, 68)。

第二項 原住民定義的爭議

然而即使定義如此，很多大部分都是依據工作定義的方式來作定義，工作定義就是依據客觀觀察到的特徵，給予詳盡的描繪，才會出現科博那樣冗長的定義，本文是贊同給予詳盡描繪的定義，才不至於出現像『民族』(nation) 那樣所引起定義上廣泛爭議，然而即便如此，原住民一詞由於具有『政治』意涵，仍然引發一些爭議，這是本文接下來所要探討的。

首先，原住民一詞之所以具有政治意涵，當見諸在 1945 年三藩市 (San Francisco) 的聯合國國際組織會議上 (United Nations Conference on International Organization)，很多國家一再強調『依照聯合國憲章的精神，自決權只能是人民 (peoples) 的自我統治 (self-government) 之權，而非分離 (secession) 之權。』其意義是指自治而非獨立，這樣一個立場就是託管制度 (trusteeship system) 的精神⁴⁹，在那裡自我統治不會與自決相混淆 (Heintze, 1998, 8)。這是原住民一詞所引起最重大的政治爭議，自決權的行使，將造成國家分離之虞，也是原住民『正名』之所以這樣困難的關鍵所在。就當人民(民族)自決權 (the right of peoples to self-determination) 包含了有權擁有一個獨立國家的意義時，一個很令人不安的問題出現了，那就是萬一全球 3,500 個族群團體要求建國，那會發生怎樣的事情？數以百計的國家崩解 (disintegration)，是一方面既不切實可行 (realistic)，它方面也不令人嚮往 (desirable) 的一件事。也因此我們有必要尋求一個解決方案，讓團(集)體的權利 (the rights of

⁴⁸ 飛地，是指包圍於國家之中的領土，『國中之國』或能表達這個概念，然國中之民族(nation)及國中之人群(peoples; ethnic groups; ethnic minorities)等等，皆是此概念要處理的範圍，其成立之形式或為追求獨立國家，或為自治區，然而不論如何，皆牽涉『圈地』這樣一件事實。

⁴⁹ 從當代歷史觀察，依聯合國憲章的規定，在國際託管制度之下的領土有三種：(1) 委任管理的領土，如澳洲治理的諾魯；(2) 第二次世界大戰結束後從德國、義大利和日本等國割據的領土，如某些現已獨立的非洲國家；(3) 各國自願置於託管制度下的領土，如前南斯拉夫波士尼亞境內的塞拉耶佛、斯雷布、戈拉日代、澤帕、圖茲拉和比哈奇等六個『安全區』。前兩類隨著貝勞的獨立，由安理會五大國構成的託管委員會已結束了對二次大戰結束後留下的最後一個託管地的職責，而後一類則仍然還在國際政治舞台上持續中(王逸舟, 1998, 60)。

Group) 的實現(realization)置於國家的層次之下。對國際法的傳統體系來說, 自決權的實現徹底挑戰了主權國家角色, 在國際關係之中, 更多樣化(diversification)的參與者的事實, 說明了『消逝中的主權國家(waning of the sovereign State)』這樣一個概念(Heintze, 1998, 10)。因此第一個重大爭議就在於其與自決權之聯繫, 而引發的政治效應或聯想。

另一個問題在於辨識出全球原住民也存有語義學(semantic)上的問題, 雖然原住民們自己很清楚他們是誰, 但是西方法律上的狹隘思想(strictures)卻需要一個正式的定義, 然而一個量化(quantitative)為主的社會, 很難對質化(qualitative)的概念加以定義, 因此不斷的例外增加概念化的(conceptualize)的困難⁵⁰。很多語詞(terms)被工業社會用來指稱先住人民(preexisting peoples), 很多是以地方分類的(place-specific), 如印地安(Indians)人、愛斯基摩(Eskimo)人、原住民(Aborigines)、印竇(Indio)、艾迪瓦西斯(Adivasis)、奧倫治(Orang Asli)、森林人(Junglis)等等, 有以文化分類(culture-specific)的如亞利安人(Aryan in origin), 但是就是不以原住民的自稱來稱呼他們, 很多例子中都顯示出偏狹與偏見。近來也有一些不偏狹的詞語用來稱呼原住民, 如土著民(Native Peoples)⁵¹、土生土長的人民(Autochthonous Peoples)、部落少數民族(Tribal Minorities)、少數民族(National Minorities)等等, 在現今都具有政治上的正確性。再更晚近時期, 第一民族(First Nations)、土著民族(Native Nations)或創建民族(Founding Nations)等等詞語則更受到原住民自己本身的青睞(Goehring, 1993, 4)。所以第二項重大爭議, 在於語義及自稱或他稱上頭。

爭議至此也並未完全結束, 當西班牙人登陸美洲之際, 他們跟隨著哥倫布(Columbus)著名的錯誤而聲稱, 所有新世界(New World)的土著(Natives)都叫作印地安人(Indians)。也因此很清楚的相對於歐洲人來說, 印地安人是原居的(indigenous), 然而隨著時間的推移, 很多歐洲人的後代, 他們是生於美洲本土的, 也開始宣稱他們也是原居者(indigenous)。時至今日, 印地安人或美洲土著仍然認為他們是真正的(truly)美洲原住民, 以有別於那些生在美洲, 而其祖先是由海外移民過來的那些人(Maybury-Lewis, 1997, 7)。這造成第三個重大爭議, 誰才真正是原居者⁵²?

⁵⁰ 因此在加拿大, 有個語義跟法律之間出現的荒謬現象, 在 1991 年 Ovide Mercredi, 被加拿大非原住民官方一個任命小組宣布, 在他當選進入第一民族委員會(Assembly of First Nation)前一個月法律上認定他是原住民, 而他的女兒卻不是原住民。

⁵¹ 以中文來說, 土著一詞, 似乎帶有歧視性質, 『土』可以當作本地的解, 也可以當作未開化來解, 所以有無不當, 非本文能解決, 但本文直覺認為不當, 且尊重自稱應該是較好的方式。

⁵² 這種爭議並非虛構的, 就在台灣就有很大部分的人持有這種思想, 這可以反映在呂副總統的思考中: 『台灣整個歷史, 誰才是真正的原住民? 目前的說法有九族, 日月潭邵族想納入變成第十族(按, 邵族已納入第十族), 從人類考古學來看, 似乎也都同意所謂的台灣原住民其實不是在台灣原生的, 也是從別的地方移過來的, 那麼誰才是真正的原住民恐怕需要考古學家進一步研究……根據我看的資料, 台灣最早的原住民是『矮黑族』(按, 矮黑人似乎跟南島民族年代差不多), 要說是原住民他們是最有資格的, 所以其他原住民也是從東南亞移民過來的。』see. 《原住民族人權與自治》pp.119-125.

這種語意模糊 (ambiguity) 並非是美洲所獨有，連帶使得原住民 (indigenous peoples) 這個詞本身也造成混亂 (Maybury-Lewis, 1997, 7)，因為以每個人來思考，我們發現每個人都是由居住在當地的人所生 (至少絕大部分)，生於斯長於斯，也許老死於斯，並又繼續傳宗接代，在這種意義下來說每個人都是土生土長的，原住民自然也包括在內無誤。但是假使情況如此，則所謂原住民自不具有任何特殊值得探討之處 (在保障權利的意義上來看)，只須針對弱勢、甚或進一步針對文化差異思考來加以保障就夠了。然而，原住民有另一項聲稱，特別值得注意，那就是他們是最早 (first) 居住在那裡的人，並且還繼續居住在那裡，也因此他們對於土地具有先佔權 (rights of prior occupancy) (Maybury-Lewis, 1997, 7)。這項準則很清楚足夠的區辨出美洲土著與自哥倫布入侵以後而來的美洲人。它也可以適用於世界上很多曾遭殖民統治的那些地區 (Maybury-Lewis, 1997, 7-8)。區辨出澳洲土著 (Aborigenes) 或紐西蘭的毛利人 (Maoris) 是原住的 (indigenous) 也許是很容易的，但是對歐洲、亞洲、非洲來說則就不是那樣容易了 (Maybury-Lewis, 1997, 8)。由於這些地方對於土地的爭奪或者說爭奪土地的佔有權由來已久，甚或有千年以上歷史，並且各個族群也曾或多或少遷移過，因此想要區分哪一塊土地是誰最先佔有並且持續至今仍未放棄，無疑是相當的困難。這造成第四個爭議，與上一個緊密相關，即歷史考據上的困難。

除以上兩項準則，即原居 (土生土長) 且是最先居住之外，我們有必要進一步澄清定義，即原住民宣稱擁有土地是因為他們最早或事實上曾於不可考的年代中 (time immemorial) 佔有過土地這樣的論述中，加上他們曾被外來不同種族、文化、族群的人征服，而至今變成被統治 (subordinated) 及邊緣化 (marginalized) 的地位。這些國家不是視他們為外人 (outsiders)，就是視他們為二等國民 (inferiors)，也因此原住民一個顯著特徵就是，他們被宣稱對他們有管轄權 (jurisdiction) 的國家所統治及邊緣化 (Maybury-Lewis, 1997, 8)⁵³。這造成第五個爭議，即原住民與殖民主義或是少數民族總是攜手出現。

針對原住民與地域化的 (localized) 族群團體，目前並無很堅實及穩固的區別基礎來分別二者⁵⁴。然而問題終將取決於誰將被視為原住這樣一個問題上。有關誰是原住民還牽涉到污名 (stigma) 的問題，這在相當程度上決定了原住民的範圍 (Maybury-Lewis, 1997, 9-10)。也就是歧視或是排斥以及由此而造成的刻板印象，常常會使許多原住民不願承認自己是原住民以及試圖以接受同化方式，希望消除自己是原住民的事實，這就是第六個爭議，污名會使定義原住民更加困難。尤其當採取尊重自稱時，將因沒人願意承認是原住民，而變成沒有原住民。

第三項 原住民的實際範圍

⁵³ 孤立的(isolated)或是偏遠的(marginal)團體，他們從未被國家統治或征服，當然被視為原住民，因為這時要注意的只是時間因素，即是土生土長且持續佔有，然而這種土生土長，不應該解釋為人類發源於此，而應解釋為最先居住於此。

⁵⁴ 我們只需想到混血(mixed blood)這樣一個問題，就知道問題的複雜性。

接下來我們有必要實際看一下，到底現在真正被視作是原住民的人有哪些，如何分布，依據施正鋒教授的研究，當今世界上原住民總人口約 250,000,000 人，分屬 12,000 族，除了美洲印地安人、北極圈的愛斯基摩人，國際上公認下列民族為原住民：

大洋洲及東南亞----澳洲、紐西蘭、巴布亞新幾內亞、印尼、婆羅洲、菲律賓、台灣、及夏威夷的原住民。

亞洲-----印度、巴基斯坦、孟加拉、及中國的部落民族；日本的蝦夷人、西伯利亞的原住民。

非洲-----北非的柏柏（Berber）人、南非的布希（Bushman）人。

歐洲-----格林蘭島、瑞典、芬蘭、挪威、及蘇聯境內的拉波民族（Lapp peoples）；西班牙、法國境內的巴斯克民族（Basque peoples）；西班牙的加里西亞人；法國的不列塔尼人；英國的塞爾特民族（Celtic Peoples）（施正鋒，1999，100-1）。

由於精確的計算出原住民的數目有其困難，而且其範圍也是變動不居的，最好的辦法就是粗略的估算及合理的猜測，其數目大約如下：美洲大約有 3150 萬人左右，加拿大有 100 萬左右，美國大約有 175 萬，墨西哥跟中美洲大約有 1300 萬，而南美洲約有 1600 萬。而在格陵蘭島（Greenland）有大約 58000 個印努伊特人（Inuit）⁵⁵。歐洲方面主要的原住民是薩米人（Sami）⁵⁶，他們居住在北部，分布於挪威（Norway）、瑞典（Sweden）、芬蘭（Finland）及俄羅斯（Russia）等國，大約有 58000 人，前蘇維埃共和國（Former Soviet Union）約有 28000 萬人，而有約 500 萬居住在阿拉伯（Arabia）及近東地區（Near East），中國有 9100 萬人被分類為屬於少數民族（national minority），南亞地區約有 6000 萬人、東南亞和印尼（Indonesia）約有 2000 萬及菲律賓（Philippines）約 650 萬。日本北部有愛奴（Ainu）人⁵⁷。這些再加上太平洋島嶼上的原住民人數，大約有 7500 萬人，澳洲約有 25 萬原住民，而紐西蘭約 30 萬，在非洲則因為比較難以區別原住民跟少數族群，而難以計算，其情況大約是（San）與相關人群（Bushmen）分布於非洲西南部的喀拉哈里沙漠（Kalahari Desert）、（Efe）與相關人群（Pygmies）分布在薩伊（Zaire）的 Ituri 雨林，及撒哈拉沙漠（Sahara）游牧民（nomads）加上東非的，如此總共大約超過 1400 萬人，全球原住民大約佔全球人口 5% 左右（Maybury-Lewis，1997，10-1）。

⁵⁵ 以往被視為愛斯基摩人(Eskimo)。

⁵⁶ 之前以拉普斯人(Lapps)而為人們所知。

⁵⁷ 或有稱之為蝦夷人。

第三節 原住民的土地問題概論

第一項 全球原住民面對的土地問題類型

根據聯合國原住民工作組，特別報告員黛思（Mrs. Erica-Irene A. Daes）的報告指出，目前全球原住民面對的土地問題可作如下的區分：

(一)、國家沒有認知到原住民的土地權、領土權及資源權

(Failure of States to acknowledge indigenous rights to lands, territories and resources)

1. 國家沒有承認原住民使用、佔有土地及土地所有權存在的事實

(Failure of States to recognize the existence of indigenous use, occupancy and ownership)

世界上許多國家不是沒有意識到，就是故意忽視許多原住民自古早以來（time immemorial）就使用和居住的土地，這些土地通常遠離首都或者都市，以致許多國家都將這些土地與資源視為是公有或政府所有（public or government lands）。儘管原住民有很好的理由證明他們佔據和使用的土地是他們的，但國家也處置（disposes of）著這些土地和資源，就好像原住民從未再那裡一樣。這些政府的作為，在一些聯邦國家中更為嚴重，如美國和加拿大，甚至自治政府（municipal governments）都一樣，不是與中央政府聯合侵占，就是獨自行使政策剝奪（Daes, 2001, 12-3; para.35）。

這類關於國家單方面剝奪原住民傳統土地（traditional, indigenous lands）的案例很多，如貝里斯（Belize）給了外國伐木公司 17 個特許權（17 logging concessions），侵犯了馬雅人（Maya people）賴以維生的森林。非洲國家的 San 和 Bushmen 人也因為缺乏國家立法保障他們的土地使用和制度，因而面臨嚴重土地問題。南非（South Africa）的 San 人正在爭取地方政府給予一定的傳統土地權利。挪威的薩米人（Sami of Norway）正在對抗政府威脅他們剩餘土地和資源的行動，包括讓與在芬馬克（Finnmark）的大部份土地給國有（State-owned）、營利公司、及 2 個現存的軍事訓練場（military training fields）。在西巴布亞新幾內亞（West Papua New Guinea），印尼政府（Government of Indonesia）鼓勵移民和拓殖（transmigration and settlement）當地原住民居住的土地。這些行為導致許多原住民流離失所（widespread dislocation）。在菲律賓（Philippines），政府宣稱擁有 62% 國家領土的所有權，所以菲律賓原住民常常被描繪為『在自己的土地上未經允許就定居的人。』（the indigenous peoples of the Philippines are squatters on their own lands）原住民要求森林土地的宣稱，在印尼（Indonesia）、泰國（Thailand）、印度（India）與極大部分的非洲國家均可見到。在尼加拉瓜（Nicaragua）政府計畫環境保護或國家公園，皆不理會當地的原住民。科博（Martí nez Cobo）的報告發現，許多國家當中有大量原住民，但是國家皆不予承認，雖然情況有所改善，但是問題依然大存在著（Daes, 2001, 13; para.36）。

2. 國家沒有給予適當的法律地位、司法能力及其他法律權利

(Failure of States to accord appropriate legal status, appropriate juridical capacity and other legal rights)

國家縱使知道有原住民存在的事實，而且對於某一地區具有排他使用和佔據 (exclusive use and occupancy) 事實，國家仍然不承認原住民對土地和資源具有法律資格和權利。在某些情況中，原住民是被視為是經國家容許 (sufferance of the Government) 使用著公有或國有土地 (Daes , 2001 , 13 ; para.37)。

相對的在許多國家承認有原住民產權 (aboriginal title) 這件事實，但是設下了許多限制，例加拿大最高法院 (Supreme Court of Canada) 在1997年 (11 December 1997) 戴卡目烏庫對女王 (Delgamuukw v. The Queen) 案件中的判決，法院發現原住民產權在 1982年 的憲法中被承認與證實，那是一種土地權、財產權及集體權利，也是自成一類 (sui generis) 的權利。然而審判長宣稱在加拿大的原住民產權，很清楚的是低於一般絕對的所有權 (fee simple title)，原住民產權被描繪成是一種國家『負擔』，它不能單獨宣稱排除於國家之外，它只是一個使用和佔有權而已。並且最高法院限制使用範圍，即是不能違反保護自然者的主張使用土地，例如當作獵場使用的土地，就不能破壞它作為獵場使用的價值。另外侵犯原住民產權需要公平補償 (Fair compensation) 但是法院並未做出如何賠償的標準 (Daes , 2001 , 14 ; para.39)。

(二)、影響原住民與其土地關係的歧視性法律和政策

(Discriminatory laws and policies affecting indigenous peoples in relation to their lands)

有許多國家，形成了一套關於原住民的實證法 (positive law) 及法律體系 (jurisprudence)，並且這些國家的數目還在持續增加中，這些法律最重大的問題就是持續對原住民與其土地資源的關係施以歧視性法律。原住民產權這個概念，本身就因內容不充分而帶有歧視性質，加上這些法律之後，更加對原住民產生重大影響 (Daes , 2001 , 14 ; para.41)。

1. 關於廢止原住民土地和資源權的法律

(Laws regarding the extinguishment of indigenous peoples' land and resource rights)

幾乎所有有原住民居住的國家，都宣稱有權在其國境之中，廢止原住民的產權與權利，而不需要原住民的同意，廢止 (extinguishments) 這個概念，就是表示公然取走 (outright taking) 或是徵收 (expropriation)，而常常沒有公平補償。像原住民產權這個概念一樣，『廢止』這個概念常常在殖民時期被使用 (Daes , 2001 , 14-5 ; para.42)。

原住民產權的重大缺陷就在於它是可以被主權的意志任意剝奪的權利，在殖民時期是由殖民政府剝奪，在當代是由國家剝奪。在當代，非自願的廢止（involuntary extinguishments）土地權利而無補償，似乎只見於原住民身上（Daes, 2001, 15; para.43）。

廢止原住民產權最著名的例子就是（Tee-Hit-Ton Indians v. United States）在這件案子中，最高法院裁定美國可以沒收（confiscate）或徵用印地安人的財產，而不必經過正當的法律程序，也不必付出公正賠償。這項判決無視美國憲法關於政府不得未經正當程序和公正賠償就獲取財產的規定。最高法院裁定，原住民的財產不能像其它所有財產一樣，享受憲法的平等保護。其判決書如下：

本院從未持有國會取走或使用印地安人的產權（Indian title）需要補償的看法。美國人同情印地安人的後裔，他們因為文明化（civilization）進程而喪失家園和獵場，美國人民希望和印地安人一起分享作為這個國家社會的公民的好處，因而制定一些寬大的條款，希望部落能恢復生機，但這樣做是出於寬大為懷，而非法律責任（legal liability）。

每個美國學生都知道在這塊大陸上的原始部落（savage tribes），被武力奪去了祖先土地，即使印地安人曾經透過條約讓與數百萬英畝的土地，以換取毛毯一些物品，但是那不是賣，而是征服者的意志要奪取他們的土地。

這樣的判例，一直左右美國當今對於原住民土地問題的看法，儘管它帶有種族歧視的性質，但也沒有影響美國持續引用這一學說。加拿大也曾於1888年制定類似判例，但在1982年憲法（Constitution Act of 1982, section 35 (1)）中就廢止了，然而它卻判定聯邦或是州政府可以因為大環境需要而侵犯（infringement）原住民產權，如上面所探討過的加拿大 1997年（11 December 1997）戴卡目烏庫對女王（Delgamuukw v. The Queen）判例，其中蘭馬（Chief Justice Lamer of the Supreme Court）法官判決如下（未公佈判決）：『以我的意見，舉凡農業、林業、礦業、水力發電、一般不列顛哥倫比亞（British Columbia）的經濟發展，保護環境跟瀕臨絕種動植物（endangered species）、建造公共設施、安置外國人等等都合乎侵犯原住民產權的理由⁵⁸。』（Daes, 2001, 14-6; para.42-7）

2. 絕對權力學說（Plenary power doctrine）

這種歧視性法律學說（discriminatory legal doctrine），表示國家有無限的權力（unlimited power）來控制或規定原住民對土地的使用，可以不管憲法對政府權力的限制，在美國這稱為『絕對權力學說』（plenary power doctrine），然而其他人口皆沒有受到這種待遇（Daes, 2001, 17; para.48）。

3. 條約廢除與土地權（Treaty abrogation and land rights）

條約主要被用來獲得原住民土地的割讓（cessions of indigenous land），也

⁵⁸ 可見諸（Delgamuukw v. The Queen, paragraph 165 of the Chief Justice's opinion, unpublished decision, 11 December 1997）。

是表面上用來保證原住民對剩餘土地的權利的一項機制，然而國家廢除或違反條約，原住民既無法在國內獲得法律救助，也無法在國際上獲得補救，剝奪原住民在國際法上的補救管道，與條約視同國際法的精神不合，也與原住民作為國際的主體地位不合，這方面紐西蘭與美國皆承認條約視同國內法也是國際法，但是就是不認為應該有合法救助管道，這些國家的問題就在於應該提供適當的救助管道，並且是不歧視性的管道(Daes , 2001 , 17 ; para.49)。

(三)、沒有劃界 (Failure to demarcate)

沒有劃界是一個很大的問題，問題就在於劃界是區分出原住民的土地的真正位置，僅僅抽象的承認或保障原住民土地、領土或是資源，而無實在的標示出位置，事實上意義不大。沒有對原住民土地劃界，就無法區別出哪些土地是原住民的，而哪些不是，因此就容易引起衝突，如尼加拉瓜和貝里斯(Nicaragua and Belize)的情形。

一個案例目前正由美洲國家人權法院 (Inter-American Court of Human Rights) 提出，要求國家有義務承認原住民的土地、領土與資源，同時要為他們劃界。這個案例是馬雅哥那原住民社群 (Mayagna indigenous community of Awas Tingni) 對尼加拉瓜，在 1998 年提出訴訟；在 2000 年時法院全體一致無異議駁回 (dismissed) 尼加拉瓜的異議，而繼續受理這件案子，此案仍然在進行口頭爭辯當中，判決還懸而未決。

Awas Tingni 原住民是抗議尼加拉瓜政府沒有承認與尊重它們傳統上使用和佔據的祖先土地，並私自將約 65,000 公頃的祖先土地，交給韓國伐木公司伐木。

此案引用美洲人權公約 (American Convention on Human Rights) 第 21 條『每個人皆有權使用和享受它的財產.....。』及國際公民與政治權利公約(International Covenant on Civil and Political Rights) 第 27 條『國家中有族群、宗教、語言的少數族群存在，屬於少數族群中的一份子的人不能被否認下列權利，與其團體其餘成員共有財產、享受自己的文化、主張及實踐自己的宗教、或使用自己的語言。』尼加拉瓜是這兩項公約的成員國，因此有法律義務劃界和尊重 Awas Tingni 人的傳統土地 (Daes , 2001 , 17-8 ; para.50-4)。

(四)、國家沒有執行或落實保障原住民的法律

(Failure of States to enforce or implement laws protecting indigenous lands)

巴西的雅諾馬米 (Yanomami Indians) 人因被侵犯土地，造成數以千計的死亡，即是因為巴西沒有執行法律的後果，即使雅諾馬米人劃界後，政府仍然未投入足夠資源防止淘金客的入侵。在 1998 年巴西政府要在 (Raposa/Serra do Sul area) 地區進行劃界，而此區是(Macuxi、Wapixana、Ingariko and Taurepang Indian peoples) 等印地安人的家園，然而此舉引起住在當地淘金客及農民反對，並激起暴力行為及政治恫嚇 (political intimidation)，官方劃界仍在等候巴西總統的批准。此外，很多國家沒有有效的法律制度來提供補救措施，或者因原住民付不出訴訟費用或者語言不通，或是無法前往法院等等因素，或是不知道有法律補救措施，使得原住民在這方面的土地、領土、資源權利，受到很大的妨礙與影響 (Daes , 2001 , 18-9 ; para.55)。

(五)、土地要求和土地歸還問題

(Problems in regard to land claims and return of lands)

原住民被驅離出自己土地的歷史，很長也很痛，使得許多原住民失去土地資源，或者某些原住民即使有土地也是很少，少到不夠維持自己的社區和自己的文化。情況並非總是如此，但對許多原住民來說，他們的未來將依靠能維持其經濟發展，或者至少足夠自給自足（self-sufficiency）的土地和資源的獲得。然而最嚴峻的困難在於許多國家沒有法律補救措施也沒有法律或政治機構來解決原住民土地權的宣稱。如尼泊爾（Nepal）就沒有這樣的機制。這類型問題，主要都是在於沒有適當的法律程序來規定如何處理解決，以致有詐欺，或認知不同，及時間消耗過久等等問題發生（Daes, 2001, 19- 21 ; para.56-65）。

(六)、為國家利益及發展而徵用原住民土地

(Expropriation of indigenous lands for national interests , including development)

殖民主義的遺毒（ The legacy of colonialism ）所留下最為嚴重的問題，就是為國家經濟發展的利益，而徵用沒收原住民的土地、領土和資源。全球各地皆可以見到以各種方式阻礙原住民以自己的方式，自己的價值觀、觀點、和利益從事發展，以遂行國家力量來主導一切。在馬來西亞的沙勞越（ province of Sarawak ），及婆羅州島（ island of Borneo ）為例，政府可以推翻原住民的伐木許可，雖然那邊有 1/5 的土地被視作是依土著習慣的土地（ Native Customary Rights Land ）。在印尼，政府雖然尊重原住民習慣，但是萬一國家利益（ national interest ）有被危及時，則不在此限。但是國家利益也就是經濟發展問題，因而原住民土地權就常被排除而犧牲在國家利益之下。此外，嚴格國際法的觀點可以視作是規範各個民族（ nations ）之間的關係，而非族群或個人（ peoples or individuals ），從而對『發展』的觀點，也就依詢國家導向（ State-based ）的途徑來思考了。發展這個概念可以直接聯繫『對自然資源的永久主權』（ permanent sovereignty over natural resource ）及國家有權『自由開發利用』（ freely utilize and exploit ）自然資源。特別是國家堅稱對地下資源有絕對的權利。這樣的觀點產生了許多不利影響（ Daes , 2001 , 21-3 ; para.66-9 ）。

(七)、調動與遷移（ Removal and relocation ）

將原住民自他們的土地和領土上遷出，是一個歷史問題也是當代的問題，移出原住民對某些國家來說是一個適當的解決問題工具或方法，可以『搬開』（ removing ）麻煩，不論是打著保護原住民或是促進國家利益的口號。然而這樣的政策，只是延緩（ postponement ）處理原住民權利問題或利益的時間而已。強迫遷移將造成原住民傳統土地和傳統生活方式的失去，嚴重破壞他們的文化及生存。然而政府根據的理由有：人口過多、安置移居有其必要、資源開發和安全等等（ Daes , 2001 , 23 ; para.70-2 ）。

(八)、對原住民與土地、領土和資源關係有不利影響的其它政府計畫和政策

(Other government programmes and policies adversely affecting indigenous peoples' relationship to their lands, territories and resources)

有很多政府的計畫和政策，會被用於侵犯原住民土地權利作辯護，以下是一些常見的型式：

1、土地分配給個人 (Allotment of land to individuals)

將原住民共同擁有的土地分割成塊給個人或家庭擁有，將削弱原住民作為一個整體，並最終通常是導致土地的流失。如1970-80年代智利的馬切普人 (Mapuche peoples in Chile) 就是很好的例子。

2、定居計畫 (Settlement programmes)

國家常常將原住民的土地看作是適合於非原住民定居的地方，即使該地區的資源祇夠原住民本身生活而已也是一樣，這種方式只會造成嚴重貧困和社會不安定。

3、國家承擔託管權 (State assumption of trust title)

有些國家特別是美洲國家，創立了國家本身對所有原住民土地擁有所有權，對原住民具有託管權，然而這種託管制度⁵⁹，通常是未經原住民同意而強行加入的，託管制度使原住民對其土地資源成次等 (second-class) 的權利，並或多或少具有種族歧視性質。

4、借貸計畫 (Loan programmes)

如前所述，鼓勵將原住民土地當貸款擔保品，最終將導致原住民土地大量流失，特別是原住民在市場經濟中是屬於弱勢這一事實。

5、政府對祭祀和文化場地的經營

(Management of sacred and cultural sites by Governments)

國家對原住民的聖地或是祖傳土地，以及一些具有文化重大意義的地方，限制或禁止原住民行動，也將造成對原住民很大的影響 (Daes , 2001 , 24-5 ; para.73-8)。

(九)、不保護原住民土地和領土的完整

(Failure to protect the integrity of the environment of indigenous lands and territories)

國家透過破壞原住民環境的完整 (integrity of the environment)，而剝奪了原住

⁵⁹ 然而這種託管，國家還有其他所有國民要照顧，假使原住民是處於人數少的弱勢族群情況的話(通常都是)，那在一個民主體制中，仍然會是被犧牲的一群。

民的土地權利，也即是說環境惡化（environmental degradation）與發展⁶⁰的惡果皆由原住民大部份承擔，這顯示國家沒有保護原住民環境的完整，而直接間接對原住民造成衝擊。而此一問題更牽涉到全球環境問題（global environmental problems），及國家的發展行動（national development initiatives）。

另一方面，原住民的領土或是土地，並不總是與（follow）國家、省或其它邊界相一致，原住民領土跨越（transcend）國界的有中、南美洲的印地安人與美、加的莫霍克民族（Mohawk Nation）、帕撒馬括地民族（Passamaquoddy Nation），美國跟墨西哥邊境有托后諾人（Tohono O'odham），及分布於俄羅斯遠東、美、加、格林蘭的印努依特人，不同的管轄區的利益、法律、政策和國民發展計畫各不相同，所以可能對原住民的土地、領土和資源完整造成各不相同的直接負面影響（direct adverse impacts）。國家聲稱對土地有管轄權或權威（jurisdiction or authority），通常皆不承認他們的政策會對邊界以外會造成衝擊。例如阿拉斯加的北極國家野生動物避難所（Arctic National Wildlife Refuge in Alaska），既是一個國際問題也影響了美、加的許多原住民，因為他們需要依靠北美馴鹿以及他們的棲息地（caribou and its habitat）維生，在討論到北極國家野生動物避難所的發展時，並未適當地探討有關野生動物資源整合（The integrity of this wildlife resource）的問題。

此外雖然政府會從事環境影響評估（environmental impact assessments），來減輕或縮小環境的惡化，但是在此一過程中原住民的觀點和價值卻常常遭到忽視，其它沒有保護原住民土地、領土和資源的情況有跨界污染（transboundary pollution）、傾倒有害有毒廢棄物（dumping of hazardous or toxic waste）、海洋傾倒（ocean dumping）、臭氧層用盡（ozone layer depletion）、軍事化（militarization）、減少淡水供應（diminishing supplies of fresh water）等等。

原住民與土地、領土資源的深厚、複雜敏感的關係，在考慮環境退化問題時，必須加以納入考量，同時社會、經濟、文化、精神面向於討論中也不能忽視。作為整個環境的一部分而發展出來的原住民文化，不能再容許破壞，原住民與環境的關係確實需要我們多加重視，不獨為原住民著想，也是環境永續的前提（Daes, 2001, 25-6; para.79-82）。

（十）、土地和資源的使用和管理，以及內部自決

(Land and resource use and management, and internal self-determination regarding indigenous lands, territories and resources)

確認原住民的土地權利有一個很重要的面向，即原住民能否透過自己的機構，來實施控制土地、領土和資源。雖然土地權利可以透過內部自決（internal self-determination）的方式來達成，但是內部自決對發展的控制和決策（control over and decision-making），對於使用自然資源，經營和保護管理方式，往往還是缺乏自主權，例如原住民可能可以以傳統方式來從事經濟活動，如打獵、捕魚、設陷阱、採集、耕種等等，但是對發展卻仍舊無法掌控，這就會減低或是破壞這類的傳統活

⁶⁰ 經濟開發所造成的環境破壞。

動對原住民所能產生的意義 (Daes , 2001 , 26 ; para.83-4)。

第二項 原住民地權問題的範圍

由前述的討論中，我們知道原住民土地問題的嚴重性與廣泛複雜性，但是那是針對一國或跨國所作的論述，地權在國家尚未建立主權之前，依洛克講法主要是基於勞動而來，然而國家主權建立之後，由於主權的行使範圍及於國家領土全部，因此地權變成是人民必須依法取得，當然在一些國家也會因為想要開墾荒地或是促進土地利用，而基於鼓勵人民勞動的原因，而賦予地權，但對原住民而言，他們通常是先於國家而存在的，根據我們討論的定義之中，很多也是據此來定義原住民，也因此，討論原住民地權由來必須注意領土這項因素，即是土地權的背後涉及的是『原住民主權』能否被接受，以及民族自決權如何透過自治權的行使來成立自治區的問題 (施正鋒，2001，82)。也就是假使我們不否認漁獵、放牧也是一種勞動，且國家建立當時確實有不義侵占原住民土地之事實，則應該基於對等基礎上重新檢討地權賦予這件事。

同樣重要的是，由於主權問題事關重大，一般國家甚至很多國家連境內有原住民與否都不予承認，更遑論『原住民主權』了，於是在土地及自然資源這個層次上，我們也應該注意到，原住民的文化是深深植根於土地之上的，剝奪他們這項權利，等於族群滅絕⁶¹的行為，因此賦予土地權的意義就在於尊重文化多樣及保障弱勢族群。

因此原住民地權問題應該就領土、土地及自然資源等三個方向來探討，如此才能全盤理解原住民『還我土地』要求的真實內涵，尤其應注意的是，原住民土地問題，是一項世界性的問題，必須放在全球的架構中才能更真實的知道其展現的意義。

原住民產權 (aboriginal title) 這個概念，與原住民人權的關係是息息相關的，在許多國家特別是英國 (British Commonwealth)，自古排他使用與佔據 (exclusive use and occupancy of land from time immemorial) 是原住民產權的基礎，它可以對抗任何人或團體，但唯一例外就是國家主權 (Sovereign)。原住民的產權被承認，至少還可以在國內法律系統聲稱擁有權利，然而多數情況中，原住民產權皆受制於國家權力 (illegitimate assumption of State power)，且國家權力大部分傾向於保護非原住民公民的產權，從而通常國家都希望消滅原住民產權⁶²，這也可以解釋為何大部分人權問題皆與原住民有關 (Daes , 2001 , 13-4 ; para.38)。因此下一章將探討原住民地權的三個面向，領土、土地、自然資源，其分別代表了自然 (歷史) 主權、文化、生存、自決權與發展權三個面向。當然這三者有一些互為因果的關係，比方說，原住民可以透過自決權 (對外) 的行使，來獲得主權，然而其得以宣稱有自

⁶¹ 種族淨化(Genocide)是指一種身體上的屠殺 (physical extermination)，現今已普遍被禁止採取這種行動，相對來說族群滅絕(ethnocide)則指涉著一群人生活方式的被壞(destruction)，這種行為不只很少被禁止，甚至被描述為正當，以原住民來說，他們通常被視為落後，也因此他們必須要改變，以適應文明現代社會的要求(Maybury-Lewis, 1997, 9)。

⁶² 這就是一方面國家希望保有主權，不希望主權受到挑戰，二方面希望公民皆平等依法擁有地權，而不希望有特殊保護影響全體公民平等。

然主權的原因，卻不是由其擁有對外自決權而來，而是由於他先於國家存在，並長期行使佔據使用土地之實而來，然而對原住民合理化自然主權的最大傷害，就是洛克基於『進化史觀』跟『勞動說』強行否定了原住民長期佔有與使用土地的事實，雖然無主地理論或發現理論，皆已遭到揚棄，但是『勞動說』至今仍然是地權由來的基礎。而土地部分，本文將採取一項策略，就是『當事實無法改變時，找出其弱點並加以改善⁶³。』與前一項緊密相關，土地權利也是可以由『先占先勞動以至於先擁有』這樣的邏輯來證明。但是土地部分，事實上由原住民爭取土地權來看，大多數確實不具有分離傾向，理論上來說即使像貝南（Harry Beran）這樣的自由主義理論家也為分離下了『經濟自主』⁶⁴這樣的但書（Beran, 1998, 32-60），而布坎南（Allen Buchanan）對分離所作的制度上的批判，更是使得分離是一個牽連甚廣，必須三思而後行的舉動（Buchanan, 1998, 227-57）。也因此土地權的爭取，一般來說是與爭取內部自決及自治權相關，主要是要自己掌控自己的人地關係，以使得奠基於土地之上的文化得以生存；自然資源一般來說，是附著於土地之上，然而在現代，擁有土地權並不代表就擁有其上的自然資源，也不代表擁有其下的礦藏等資源，然而人地關係一個很重要的面向就是與其上自然資源的關係，否則單就土地一項來思考原住民與土地的關係，其能對原住民展現的意義不大，但自然資源還有一個很重要的經濟面向，它直接牽涉土地的使用方式，與整個原住民的發展息息相關，其中牽涉很多其它糾結的因素，如自然保育、國土保安等等，因此獨立出來探討，並檢視原住民的自然觀亦有其必要。

⁶³ 柏拉圖由理想國而後退至法律論，似乎就是依循這樣的思考模式，本文由其中獲得啟發。

⁶⁴ 即經濟上要是不能自給自足，則因為不具備獨立的能力，從而不具有獨立的權利。

第三章 保障原住民土地權利的基礎

第一節 原住民自然主權的探討

第一項 主權的探討

傳統政治學當中對於國家的探討非常重視，也因此國家組成要素一般來說可以區分成四項：人民（people）、領土（territory）、政府（government）、主權（sovereignty）四項，以領土來說，主權代表了對一定地域及居住在此地域的人或此地域的自然資源及土地本身都享有最高的權利，土地即便是私有也必須依法取得使受保障。然而隨著研究重心的轉移，國家這個概念的無所不包，使得政治研究容易失去焦點，因此政治系統（political system）一詞便被引入以取代國家這個名詞，而主權這個依附在國家概念上的詞，便被另一種說法所取代，即是政府與權力才是研究的重心所在，然而權力一詞無所不包，幾乎涉及人與人之間的所有關係情境中，皆有權力關係存在，於是政治也就結合二者成為伊斯頓（David Easton）的著名定義：『政治是為社會價值作權威性分配的過程。』主權在此變為為社會價值作權威性分配的一種權力，其行使是由政府行使，而假如是實行民主制度的話，政府的正當性是來自人民選舉，也因此這項權力，間接是握於人民之手，『人民主權』這項概念便是依此而來。

然而在國際政治上，主權這個概念就更重要了，主權是建構現代國際政治的決定性因素，它意味著一個民族國家的政府控制著自己的人民和領土，而且不受制於其它民族國家和國際組織（例如：聯合國）。因此現今世界可以看成是一個由擁有主權但相互依存的民族國家所組成的世界。就主權原則和國際法來說，所有國家不論大小強弱都是一律平等的，然而衡諸現實不管喜歡與否，現實政治仍然是按照實力確定地位和發言權（王逸舟，1998，58-9）。主權國家的不平等在現實政治中是一個不爭的事實；依此有兩種主權學說用以說明主權的這種情況：

- 1、主權的絕對性：每個國家以自我約束為基礎，它不僅認為主權國家以外沒有更高權威，而且認定主權國家不接受包括國際法在內的其它約束，對於持有這類觀念的人來說，世界的『無政府狀態』具有絕對的意義。
- 2、主權的相對性：儘管主權國家以外沒有更高權威，但是任何國家還是必須接受國際法規則的制約，國家享有主權這一判斷，是建立在各國均接受國際法的約束的規則基礎上，沒有國際法的權威，國際秩序就會混亂，各國也無法享有主權。然主權現象與國家一樣，是一個歷史的範疇，因而理解它也應有歷史的眼光，它隨著近代國家一同誕生，它也將隨著世界體系的變遷而改變自己的作用形式（王逸舟，1998，59-65）。

第二項 原住民的自然主權與領土

對原住民自然(歷史)⁶⁵主權與其領土探討，首先必須與國家這項概念放在一起看

⁶⁵ 原住民國際法學家 James Anaya 認為是歷史主權，並接下來主張認為，以『歷史主權』來要求回復領土以實現族群自治的主張，在國際法上至少會面對以下三個難題：一是國際法的現時法原則，

待才能理解出其意義，因為眾多剝奪原住民土地的論述當中，很多是起源於不承認原住民對於其生存的土地握有主權這一點上開展的，也就是關於強佔(dispossession)和侵占(expropriation)原住民土地的史實很多，關鍵是那些據以將殖民開拓(colonization)正當化，及合理化侵佔原住民土地、領域和資源的文化偏見的這些因素。用以來強佔原住民土地的態度、政策和理論，在相當程度上皆由國家經濟需要(economic agendas of States)而來(Daes, 2001, 10; para.23)。也就是如上所述，主權是一個歷史產物，並且是西方殖民國家發展出來的概念，當西方國家開始航海大探險的年代，就注定了現代國家主權將與原住民自然主權相遇，以歷史現實來看無疑前者獲勝並主宰了現今世界的發展。

在五百年前，當哥倫布出發探險時，他並不知道有一個『新大陸』在遠方，他其實是要去尋找通往亞洲印度的新航路的，所以當他航行多日終於碰上一塊陸地時，他以為他抵達了亞洲大陸，他對著迎面而來的土人脫口而出：『Los Indios』正是這樣使得新世界的居民都被稱為印地安人，雖然哥倫布的錯誤在當年就已經澄清，但是印地安人這樣的稱呼卻被白人頑強沿用至今，而成為新世界地區原住民的集合代名詞⁶⁶（陳佩周，1999，24-5）。當然哥倫布的『發現』新大陸只是一個開端而已。

早期的『自然主義』理論家最先處理原住民在現代國際法中的地位這個難題，特別是原住民是其土地、領域、資源的當然(rightful)擁有人這一點，自然主義者的架構是建立在權威(authority)、神意(divine reason)並植根於道德基礎之上。它的一個重要特點是全人類一律平等原則，這個原則對於說明自然法(natural law)適用在新世界(New World)的印地安人(Indians)非常重要。晚近，這個平等原則，被北美洲的團體使用來糾正以往的不公，其曰：『平等對待所有人類的意思是維持現狀呢？或是更糟，在加拿大及美國的法律、條約、憲法中，把原住民的獨特地位給奪走。』（Daes, 2001, 10; para.24）。

確實就當西班牙根據征服和發現理論(doctrines of conquest and discovery)聲稱具所有權、得以使用、開發印地安人的土地，早期自然主義者(early naturalists)事實上是站在印地安人這一方，反對王室及教會的。他們認為印地安人確實擁有土地權利，有些更引用戰爭法(laws of war)的內容，認為印地安民族(Indian nations and peoples)有權利和資格簽訂條約。儘管他們是真正宗教外的人(strangers to the true religion)⁶⁷，此論點在於，假使他們是屬於人類平等中的一員，他們就有『正義

指征服或佔領是否有效的判斷，以事件發生當時的法律為準，因此國際法對主權的判斷無法溯及既往；二是國際法的承認程序，承認程序是用來確認一國的疆界與主權的，而這個國際法程序正是要去迴避『判斷領土的取得是否合法』的問題；三是國際法基於實用主義而形成的『穩定性』規範趨勢，使得國際上儘量避免對現有國家疆域的質疑而造成不安定(林淑雅，2000，22)。

⁶⁶ 這樣一個稱呼的不合理，可由一個簡單原住民的陳述中看出：『好在哥倫布當年是要去找印度，萬一他的目的地是土耳其(Turkey)那今天我們原住民都要被稱呼為火雞(turkey)，而不是印地安人了。』（陳佩周，1999，30-1)雖是一種美式幽默，然而也顯出相當嚴肅的意義出來。

⁶⁷ 基督教(Christian)及其他宗教價值，逐漸植根於自然法和國際法，因此原住民被征服之後就沒有任何機會，宣稱擁有權利了。原住民一般皆被貼上『沒信仰的人』(infidels)、『異教徒』(pagans)等標

理由』(just cause)對入侵者發動戰爭，然而除非是正義戰爭造成的征服，印地安人就不能單方面被逐出他們的土地，或剝奪他們自主生存權 (Daes, 2001, 10; para.25)。的確除非是正義的戰爭，否則歐洲人與原住民相遇，必須尊重他們的土地權、生存權，這為歐洲人設立了一道障礙(blocks)，也成為日後十九世紀萬國公法(law of nations)的基礎，更是日後國際法的基礎(Daes, 2001, 10; para.26)⁶⁸。

現代國際法中的強占理論(The doctrines of dispossession)，特別是無主地(terra nullius)和發現(discovery)理論，對原住民產生深遠的影響。無主地理論，當它用在原住民身上時，就是指在殖民者尚未到來之前，原住民的土地是合法沒人佔用的(legally unoccupied)，也因此可以透過殖民強權的有效佔領(effective occupation)，而變為他們的財產。嚴格來說，在十七、十八、十九世紀『發現』理論(doctrine of discovery)給了『發現』國家一些未知的土地，及一個初始權(inchoate title)，它能經由一段時間的實際佔領而變為有效。發現理論給殖民強權一個對原住民使用和佔領的土地⁶⁹的自由權(free title)，使原住民土地變為他們所控制。直到最近國際社會才發現這個理論的不合法及具有種族歧視性質。例如1933年的東格陵蘭島(Eastern Greenland)案，國際常設法庭(Permanent Court of International Justice)即是基於上述架構和態度而決定其判決，1975年國際法庭(International Court of Justice)判決無主地理論應用在西撒哈拉(Western Sahara)的部落人民，是錯誤的也無效的(erroneously and invalidly)(Daes, 2001, 11-2; para.31)，皆顯示出國際社會對於無主地理論的反省。

一般來說在大部分的情況之下，只有透過合理化(rationalization)和軍事統治(military domination)殖民者才能獲得原住民的土地、領土和資源。美洲原住民的領土和其他許多地方一樣，土地被奪取的方式很多，但最主要的方式還是靠軍事力量。當正義戰爭不能發動時，條約就常常被締結。就如文德羅里亞(Vine Deloria, Jr.)所述：

簽訂條約是個既不會驚動土著(natives)又能在美洲大陸獲得立足點的可行方法。與印地安人簽定條約，白人移民與印地安人之間所建立的關係文明、合法，又能避免各部落的立即報復。以文明取代奴役他們或用武力奪取他們的土地(雖然最終西班牙人還是做了)是一個最好的方式。印地安人的土地和某些地區的居住權(rights to live in certain areas)都是在正式條約會議上購得的(Daes, 2001, 11; para.29)。

籤，這些詞充滿歧視與種族主義的味道，隨著殖民國家向美洲及世界各地推進，這種觀點與價值也就把原住民(indigenous nations and peoples)納入了(Daes, 2001, 11; para.28)。

⁶⁸ 因此，早期論者確實處理了印地安人在自然法上的權利問題，儘管印地安人並沒參與也不知情。但是他們相信自然法有能力處理美洲原住民的權利與利益問題。但是無論早期的萬國公法，提供多少保護給原住民，都阻擋不了殖民化及帝國的勢力向全球擴張。萬國公法終於被修改，使反映征服原住民狀況的事實，從而使這些行為合法化。國際法至今仍主要反映歐洲國家及類似歐洲國家的『文明』國家的權利義務(Daes, 2001, 10-1; para.27)。

⁶⁹ 常常被稱呼為原住民所有權(aboriginal title)。

的確，要想取得原住民的土地，常常最終的辦法還是必須依靠武力侵奪，然而戰爭的發動不能隨意為之，還是必須要有很好的藉口，無主之地或是發現說，很明顯的被確實有人居住、佔用土地而無法自圓其說，因此必須另外建立一套說辭，以為殖民勢力開啟登陸的大門，這影響深遠的學說，就由洛克所建構出來了。

第三項 洛克的論財產

就當歐洲人抵達美洲大陸時，原住民認為他們已經建立為主權國家，而且對於他們的領土擁有處分的權力，很多歐洲人認為，能讓歐洲人正當定居美洲的唯一方法是經由國與國的協商形式，取得原住民的同意。然而原住民不會願意讓出所有歐洲移民所屬意取得的土地，因此歐洲人需要建構出一套理論，以便能夠在不考慮美洲土著同意或不同意的條件下，取得土地，並在美洲建立歐洲人的主權。而最能為達到此種目的所建立的學說，當首推洛克⁷⁰的學說（Tully, 2001, 93）。首先洛克架設了世界歷史按階段演進理論，在這理論中，原住民被視為是人類中最早期的成員，而與此相反歐洲社會則處於最文明最進步的階段。以美洲為代表的原初階段就是所謂的『自然狀態』，而歐洲人則處於與其文明水準相當的主權國家當中，主權國家已經具備完備的法律與司法制度，並有一個真實有效的權威，可以定紛止爭。

自然狀態是人類經濟發展的第一個階段，就是漁獵採集階段，在這個時期身體的勞動力及雙手勞動的成果都可視為原始人的財產，因此財產權可以及於任何涉及勞動的事物。如此，洛克證明印地安人對於他們採集的果子，和獵殺的動物等等都有財產權，但是產權不及於土地本身⁷¹。但生活於文明世界的人，已經發展出事實有效的法則以確定財產的歸屬（Tully, 2001, 94-5），因此文明世界的人的土地藉由法律的規範保障，而得以獲得正當權利。

由此洛克引申出兩項影響深遠的結論。首先，即使沒有任何已成立的政治權威的背書，也沒有人可以質疑移居美洲與西印度群島的歐洲人有權發動討伐印地安人的戰爭，並對印地安人所造成的傷害要求賠償⁷²，其理由在於自然狀態下任何人與人的接觸，比方『一個瑞典人與一個印地安人在美洲叢林』遭遇，是必須依照自然法的原則來處理的。既然美洲印地安人並沒有政府可資交涉⁷³，對於他們漁獵採集的地域也不具任何權利，那麼印地安人若試圖阻止歐洲人在美洲定居墾殖，便是違反自然法，歐洲人大可以加以懲治，視之為凶惡暴劣的野獸，可如野獅一般加以宰殺（Tully, 2001, 95）。

⁷⁰ 洛克當時在帝國體系內任官，投資帝國的殖民產業，雖說其政府二論只是當時眾多說法之一，但因為他匯集了許多早期理論的論證，並且也建立了很多後代理論家都接受的想法，所以其學說最具代表性(Tully, 2001, 92)。

⁷¹ 因為沒有對土地施以直接的勞動。

⁷² 此乃倒果為因的講法，反而侵略者變為被欺侮者的論述，即是因為印地安人不讓我住進你生存的領地，因此我可以藉由戰爭奪取你的土地，還能要你賠償損失。

⁷³ 當論及無政府可資交涉，政府的認定是由西方標準，當『人與人的遭遇』時又適用自然法原則，何以都自己有利的方面來選擇性論述呢？

其次，歐洲人大可以佔用美洲的土地，不須獲得原住民的同意，即使他們在美洲的居住已經有數千年之久。既然原住民是生活於自然狀態中，只要還有足夠美好的土地可供所有人共同取用，任何人都可不經同意，隨意佔有未經開發的土地 (Tully, 2001, 95)。

當然 Tully 以兩點回答反駁了洛克的說法，第一『長期的利用與佔有』將使原住民取得土地權利，及第二『涉及他人之作為應得到所有利害關係人的同意』，也因此原住民的同意將是必要的 (Tully, 2001, 96-7)。然本文仍以為應有一些補充，首先就是基於勞動佔有土地這一項，洛克將其進化理論加上基於勞動才能取得土地這兩項相加構成其基本的論述，其中就隱含有漁獵採集必須進步至農業定居的意思，以及勞動非必須是西方式的勞動才可以稱為勞動的意圖。然而漁獵採集就真的不是勞動嗎？第二基於還留有『足夠且美好的土地任人享用』一項，本文認為這是一個雙面刃的論述，以歐洲人來說這代表了還留有很多美好的土地，我當然有理由開發並佔有之，而對原住民來說，就是歐洲人有沒有留有足夠且一樣好的土地給我們，若是沒有，則歐洲人就影響了原住民的生活，就必須適用 Tully 的『原住民的同意』將是必要的。

首先有關於佔有，佔有基本上有四點值得注意，簡述如下：

- 1、佔有，獨立於所有權利，是財產的基礎。在任何對財產的爭執中，佔有者擁有舉證責任加諸到對手身上的利益。
- 2、佔有可由兩個關鍵性步驟達成。第一是實際處於該土地上，雖然不是『僅僅步行在土地上就能佔有土地，但是在該處上的存在不僅能夠使（佔有者）漫步在該地的每一部份上，也能夠隨意地以選擇的任何方式處理它。』親自佔有是取得佔有的第一個步驟。
- 3、除了處身其上外，佔有者也必須擁有慾望，將該土地作為自己所有，也就是必須要有佔有的意向。這是第二個步驟。
- 4、喪失屬地的唯一途徑，就是當土地被實際遺棄，以及存在有放棄的決意。時斷時續的使用，不會被視為遺棄 (Reynolds, 2001, 55)。

羅馬法承認土地所有者對草地---並未被永久居住，只有季節性地被使用，擁有權利，只要該所有人擁有回到該地的意圖 (Reynolds, 2001, 55)。另外主張原住民族之所以能被奪走財產，是因為他們沒有徹底使用他們的土地這樣一種說法：

『雖然由於無知或是由於其它原因，一個國族沒利用某種事或目前不想進行那種使用.....就因為他漫不經心的使用它，以及沒有竭盡全力地讓它發揮效能，他就必須失去財產的所有權嗎？.對於屬於其他人的事物，你不擁有權利，就因為他沒能盡情利用及享受他自己的財產—無論對你會有多大協助，如果他以另一種方式享受呢？』 (Reynolds, 2001, 55)。

由以上論述可知，親自佔有並無意圖放棄，是取得地權的步驟，然而盧梭對第一個圈地者的批評也必須加以謹記，因此勞動便是決定地權的一項重要要件，一如洛克所言；但是時斷時續的利用，也是一種土地利用方式，並非就是一種非勞動性質，且當你質疑別人勞動的沒有效率時，也不表示你可以取而代之，而陷別人於生活困難中，並且以馬歇爾的話來說：『難道沿著海岸航行，偶而踏足岸邊，這類行

為便能在大西洋與太平洋之間的廣大土地上取得任何權利；或者是取得凌駕在這土地上居住之千萬人民的正當統治地位？』及『自然或萬事萬物的偉大創造者是否曾賦予農夫或工匠凌駕漁人獵戶的權利？』（Tully, 2001, 165）。

第四項 原住民自然主權的當代論述

首先，原住民的自然主權，就土地面向而言，我們證明了基於勞動，原住民確實擁有地權，且是先於外來者佔有使用，因此長期的佔有與使用，使得原住民對於他們的土地具有權利，就當沒有現代國家主權入侵時，他得以用來對抗移民團體⁷⁴，然有國家主權入侵時，則須注意到國家藉由殖民主義『君臨』新領土，是否有取得原本在其上的人民的同意，同意、延續、相互承認，是 Tully 所論述的三項古老憲政常規，也是尊重文化歧異性的『三部曲』。也就是由相互承認⁷⁵為開始，即是『一方面，長期使用與佔有某塊領土賦予原住民對這塊土地的管轄權；另一方面，原住民社會的兩種能力：依據自己的法律與生活方式長期自我統治的能力，以及要求具有類似政治社會組織的其它民族，承認其獨立自主地位的能力，賦予原住民社會作為一個國家的資格。』馬歇爾拒絕接受洛克的宣稱即『同意並非必要』的論述，也不接受其它現代主義學者另一種實無根據的看法，也就是以為『可以在歐洲的主權國家制度與詮釋傳統內，將原住民分別看作是個人成員或者是文化上的少數族群。』『某個歐洲政府發現美洲某塊地區的權利，並未賦予該國對美洲土著民族的任何權利，只能賦予它對抗其它歐洲國家在該地定居以及從原住民手中取得土地的專屬權利。』而這樣的權利，不能影響到那些尚未同意此協議者的權利，就是指那些『擁有該土地的人們，或是原住民，或者是在不復記憶之過去的一次發現，而成為該地的所有者。』同意必須在相互承認的形式下來進行，美洲原住民作出歷史上最慷慨的承讓與適應行動之一就是他們參與協商，讓出土地，劃定界線，承認英王的正當性，並且建立各種保護與合作關係。然而原住民的同意是基於以下條件：『英王政府及其繼承者永遠尊重原住民國家保有領土上的對等主權，甚至是處於優位的主權。』而第三項特性持續，就是除非雙方同意更改此一承認形式，當一個民族加入新的憲政結合體的形式時，應仍可以延續本身慣常的生活方式與統治形式（Tully, 2001, 155-73）。

然而自然主權的主張，總是伴隨著分離主義的疑慮，政治自決權的行使以及『後現代部落主義』（post-modern tribalism）的相結合，將使超過5000個文化社群與200個國家之間，產生矛盾與緊張的關係，這關係要如何調和？誰能決定民族解放過程已經發展的夠遠了（Reynolds, 2001, 209）？這確實是一個令人不安及矛盾的問題，

⁷⁴ 其限度是原住民已經實際佔有使用則移民不得侵犯，且移民只能開墾無人使用的土地，假使有侵害到原住民漁獵採集的權益，必須基於雙方的同意為之。即是依洛克所言的留有足夠一樣好的土地給原住民，以及 Tully 的基於涉及他人(原住民)利害須他人之同意這兩項原則。

⁷⁵ 相互承認之基礎在於經由協商建立彼此認識的第一步，即由原住民代表的一段話可資證明：『他們兩方(英、法)真是好笑，雙方都自我標榜為誠實正直的好人，為了保護印地安人的權利才發動戰爭，但是他們一眼就看出，發動戰爭的目的其實是在爭奪某份地產主人的權利，但這份地產卻不屬於打仗的任何一方。』（Tully, 2001, 160）

本文本著自由主義的理念，藉由國家領土是由其成員的土地 (real estate) 所正當組成，任何成員要放棄成員資格帶走土地，皆是一個必須被尊重的權利。移民，依自由原則不必然就得土地被充公，然後只能帶著一件襯衫走，而應是任何他的東西皆能帶走 (Steiner, 1998, 66)，這樣一個理念希望建立原住民分離權利的正當性，但是這仍然無法解決經濟自立或安全需求方面的問題，也因此本文藉由說明原住民自然主權可以是一個備而不用的利器，當國家不尊重原住民時，可以用來當作談判籌碼，也可以增進大眾認知到，給予土地保護，不是差異權利賦予，而是真正還給原住民自己的東西。

當然原住民可能需要放棄民族國家的構想，只要他們的民族能被保存，也就是 Reynolds 所論述澳洲的情況：『在新的特許之下，原住民族群很可能把澳洲看成是他們必然性脆弱的國族狀態的保護者，並...。一旦文化、內部自治以及民族身分地位被穩固的交到原住民手中，一旦責任範圍被明確的劃分，原住民領袖或許會歡迎一種更強勢的國家存在感。』『以托列斯海峽 (Torres Strait) 為例，沒人會懷疑在該處存有想要達成區域自治以及政治自主權的決心。但與此同時，他們也在國防、隔離、移民、關稅以及環境管理事務上尋求一種更強大的聯邦存在感。』一個強大的聯邦國家被要求為他們的自主背書，要提供一個他們在其中能夠運作的安全舞台。當他們的民族身分獲得尊重時，澳洲原住民族會更能夠接受重疊的忠誠與文化的交換，而不用害怕喪失身分 (Reynolds, 2001, 213-4)。這的確顯示了一個重要訊息，那就是『同化』不是不行，有時是很自然就會形成『我中有你，你中有我』這樣的目標，但那不應該是單向式的灌輸，應該在我跟你兩方都站穩腳步之後，我們彼此互相截長補短共創互動產生的『我們』的文化，決不應該，是一種消滅某方來適應某方這樣一個過程。

第二節 原住民土地權利的探討

第一項 國家保障原住民土地權利的基礎

如之前所探討過的，原住民的土地權利由來，是基於他們先於國家長期佔有使用；而國家則是經由主權取得所有土地的權利，人民地權只能依法取得，這也就是當自然主權不能主張時，原住民或國家雙方必須真誠注意如何解決的問題。然而為何必須保障原住民土地權利呢？依聯合國特別觀察員科博（José R. Martínez Cobo）曾於其著作中（volume V of the Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Peoples）清楚的詮釋了原住民與其土地、領土、資源的獨特關係，這項詮釋並為聯合國各個次委員會及各會員體所承認：『關鍵在於知道與理解原住民與其土地這種深刻精神上的特殊關係，是他們以其信仰、習俗、傳統與文化生存下去的基礎。』『對原住民而言，土地不僅僅被視作是所有物（possession）及生產工具，在原住民的精神生活，與大地（Mother Earth）及其土地的全部關係中，有許多深層（deep-seated）的意含。他們的土地不是可以獲得的商品（commodity），而是一種可以隨意享受的有形要素（material element）。』（Daes, 2001, 8; para.16）。這種特殊關係也在聯合國原住民權利宣言草案（the draft United Nations declaration on the rights of indigenous peoples）的序文及正文中被重申，特別是第25條：『原住民有權維持與加強他們與其傳統上擁有或以其他方式佔用或使用的土地、領域、水域、近海（coastal seas）及其他資源的有形與無形特殊關係，並據此對其後代負責。』（Daes, 2001, 8; para.18）。另外可見諸由美洲國家人權委員會（Inter-American Commission on Human Rights）起草的美洲原住民權利宣言（American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples），經由美洲國家組織常會（Permanent Council of the Organization of American States）審議，其序文中亦有：『各國，承認尊重美洲原住民文化造就了環境的和諧，並考慮到原住民與其居住的環境、土地、資源及領域，及其上的自然資源的特殊關係。』...『承認在許多原住民的文化中，控制及使用土地、領域、資源，包括水域及沿岸地區的傳統集體共有制（collective systems），對於他們的生存、社會組織、發展和個人以及集體福利的保存及實現是必要條件。』（Daes, 2001, 8-9; para.19）。

必須說明，如同許多原住民解釋過的那樣，很難將原住民與土地的關係這個概念與他們的文化差異與價值觀（cultural differences and values）分開看待。對土地與所有自然界事物（living things）的關係是原住民社會的核心。例如，尼泊爾（Nepal）林布（Limbu）原住民的奇帕特（Kipat）土地制度（land tenure system）提供了一個屬於一地或特殊社群的方法，就是『個人不得與其他入分離』（the one not separable from the other）原則。奇帕特制度定義了一群人為部落（tribe），並依據一個權威；奇帕特制度使文化成形，任何試圖攻擊此制度者，都將被視為是威脅林布人的生存。如威廉教授（Professor Robert A. Williams）所言，在原住民工作組（Working Group on Indigenous Populations）中，所討論的原住民領土權（territorial rights），原住民皆強調他們文化認同的精神和物質基礎，有賴於他們與其傳統領域（traditional

territories) 的特殊關係得以維持 (Daes, 2001, 7; para.13)。另外沙克韓德生教授 (Professor James Sakej Henderson) 試著描繪原住民與土地的特殊關係：『原住民眼中 (vision) 的財產是生態空間 (ecological space)，此生態空間創造了我們的意識 (consciousness) 而非意識形態的建構或可替代的資源 (fungible resource)...他們的看法，是屬於另一種包含祭儀場所 (sacred space) 的王國 (different realms)。這對於他們的認同、人格及人性 (identity, personality and humanity) 是非常重要的...『自我』這樣一個概念，不隨著肉體消失而不見，反而隨著他們的意識延伸進土地之中。⁷⁶』這樣一種關係由原住民的文化要素之一，語言，可以清楚的看出來。例如，印努依特 (Inuit) 耆老所闡述的：『我們的語言包含對北極的精細了解 (intricate knowledge)，我們尚未見到其他人能顯示出我們這樣的理解。』 (Daes, 2001, 7; para.14)。

總體來說，此種深厚的關係不外乎下列四點：

- 1、原住民與他們的土地、領域和資源之間，存在一種深厚的關係。
- 2、這種關係具有社會、文化、精神、經濟及政治上的重要意義與重大責任。
- 3、這種關係在集體的面向上具有重要意義。
- 4、這種關係的傳承，對原住民的認同，族群生存及文化發展是至關重大的 (Daes, 2001, 9; para.20)。

原住民社會的迅速衰敗，可以追溯到這種不承認原住民與土地的深厚關係以及不承認他們其它重要的基本人權。這種在自然中所培育出來的生活方式，正被另一種截然不同不一樣的生活方式所侵蝕，並且至今仍然持續侵蝕中，其結果，原住民與大自然的關係，不再由他們主導，很多國家中的原住民社會都面臨生死邊緣 (Daes, 2001, 9; para.21)。

然而我們面對原住民土地問題應該用哪些核心價值來作為判斷依據呢？首先，是世界人權宣言 (Universal Declaration of Human Rights) 及國際人權公約 (International Covenants on Human Rights) 中所載的大量人權原則，特別是平等原則 (the principles of equality) 及自決 (self-determination) 原則和消除歧視原則。此外還必須遵從聯合國原住民人權宣言 (United Nations declaration on the rights of indigenous peoples) 草案所載：『原住民 (indigenous peoples) 文化及社群的維護與福祉，消除貧窮免於受剝奪，及法律、司法之前原住民與他人 (all peoples) 一樣平等』。國際勞工組織169號公約 (International Labour Organization Convention No. 169 concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries) 及其他相關的國際、區域人權組織的法律文件皆須遵照 (Daes, 2001, 6-7; para.11)。

⁷⁶ 生態空間是構成我們觀念思想的形成，可說是『唯心』、『唯物』的古老論爭，也就是究竟是先有物體，然後我們看見產生觀念呢？還是先有意識，然後我們才能賦予物體以意義，然後看見。然而在這裡，重點是財產(土地)對原住民而言，不是政治上基於意識形態去建構的財產，更非經濟學上的可替代資源，土地就是他們的意識，而非一個可獨立出來探討的事務。

在國際法上探討原住民的權利（indigenous peoples' rights）假使沒討論到自決原則（self-determination）則這個討論是不會完整的。自決原則在當代國際體系中，可說是一個最高原則（a principle of highest order），因此想由國際觀點探討原住民的土地權利，對自決原則不能不有所探討（Anaya，1996，75）。雖然自決原則使用的對象是全人類，但在國際法上它與族群（peoples）這樣一個詞並用，就顯示了它具有集體（collective）或團體（group）的特質成分在內（Anaya，1996，77）。

早期國際的法律體系（jurisprudence）訴諸財產權理論，來確認原住民在美洲及其他任何地方對土地皆具有原始權利（original rights），他們先於白人社會佔有與使用土地。然而這項信條（doctrine）隨者時間的發展，卻沒考慮到原住民的文化，也沒考慮到他們現今與土地持續的關係。以至於像美國，在面對原住民對土地的最初權利時，只考慮到原住民的土地可以以等量的金錢來替代或補償（Anaya，1996，105）。

當代國際法與此相反，現代意義的文化完整（cultural integrity）與自決原則加入了保障財產權的精神，如同國際勞工組織 169 號公約（ILO Convention No. 169），所揭示的：在適用此條款時，政府應該尊重他們佔有或使用的土地與領域，對於這些人群（peoples）所具有的文化與精神價值，特別是這種人地關係的集體面向⁷⁷。原住民的領域權（indigenous territories）此一概念，在公約中被認為是包含『這群人在這地區自認為佔有及使用的全部環境⁷⁸。』

第二項 原住民的土地權利與自治

如前所述，原住民與土地之間具有一種緊密相連的特性，這種特性常常必須伴隨自治才得以實現。而領土概念上的自治，基本上是一種對外自治權，也可以說是一種分離權，本文雖認為原住民應該擁有這項權利，但是事實上很不容易達成，因此內部自治就常常是更好的選項。

自治（Autonomy）這個名詞，在很多法律脈絡下，呈現出不同的樣貌。在國內法中，自治常常是表示某些公法人或機構的自我統治（self-government）⁷⁹，包含制定法令（statutes）的權力，也就是說有權威（authority）藉由制頒法規來管理自己的事務。憲法上的自治（Constitutional autonomy）是成為國家狀態（statehood）的必要條件。而國際法上，自治代表了國家領土（territory）的部分地區，被授權有權藉由制定法律和法規來管理自己的某些事務，但沒組成一個自己的國家（Heintze，1998，7）。

⁷⁷ 第 13 條第 1 款所規定。

⁷⁸ 即是指土地、領土、自然資源三者。

⁷⁹ 自我統治(self-government)常常用來代替自治(autonomy)，這兩個字的意義確實很相近，甚至在法政字彙中，自治就用來指涉自我統治(Heintze，1998，7-8)

很明顯的自治這個名詞根據不同情況而用法分歧，它是一個沒有被完整定義（well-defined）的一個法律概念。事實上這個概念最初脫胎於社會學，然今日被三種學科所使用，在哲學上（philosophy），它指涉人類有權（power）依個人理性（rational will）自我決定未來，在自然科學上（natural sciences）它代表獨立的有機體（organic independence）意涵，在法政上則有較多的意義，Lapidoth 認為有四種意義：a). 依自己的意思自由處理事務。b). 獨立(independence)的同義詞(synonym)。c). 地方分權(decentralization)的同義詞。d). 一個自治體在某些領域中所具有的行政、立法、司法的獨占權（exclusive powers）。原則上，自治被認為是在一個民族(national)或中央政府下，同意它其中的一部分地區或團體有對內自我統治（internal self-government）的權利，並部分排除外在政府的干擾。重點在於，這『部分』在政治決策過程中佔有多大程度的比重，這決定了自治的實質內涵（Heintze, 1998, 7）。

就當人民(民族)自決權（the right of peoples to self-determination）包含了有權擁有一個獨立國家的意義時，一個很令人不安的問題出現了，那就是萬一全球 3,500 個族群團體要求建國，那會發生怎樣的事情？數以百計的國家崩解(disintegration)，是一方面既不切實可行（realistic），它方面也不令人嚮往（desirable）的一件事。也因此我們有必要尋求一個解決方案，讓團（集）體的權利（the rights of Group）的實現（realization）置於國家的層次之下。對國際法的傳統體系來說，自決權的實現徹底挑戰了主權國家角色，在國際關係之中，更多樣化（diversification）的參與者的事實，說明了『消逝中的主權國家（waning of the sovereign State）』這樣一個概念。很多的事實證明，傳統的國家及人權概念，已不足以應付上述的挑戰，當代國際法對保護集（團）體權利，至少就包括了保存人民及團體的認同權（identity）。對於許多政治家與學者來說，把保障團體及少數弱勢民族（minority）的希望，置於自治的選擇上，無疑是一個很好的方案。有些學者認為，自治這個選項在一個國家之中，是唯一可以合法保障人民（peoples）跟少數民族的方式，所以難怪許多學者稱呼自治是『人權保障機制』的皇后。而領土自治（Territorial autonomy）是解決自決問題的唯一實際有效方式（Heintze, 1998, 10）。

另外自治，通常指涉者一個地區的特殊政治地位，奠基於一群人在族群、文化上不同於多數優勢團體（majority）而成立。因此要求以領土型式而存在的自我統治，便可以利用其承認認同權這樣一個事實而大量出現⁸⁰，例如 Gaza 跟 Jericho 地區居住的巴勒斯坦人（Palestinians），它們確實在族群上、文化上有獨特性，也因此有別於主流社會。其他如地理上的偏遠（remoteness）、與土地與自然資源有特殊關係的人群（local population）、有特殊歷史文化發展的地區、以及自殖民化（colonialization）中生存下來的原住民（indigenous peoples）等等，皆有權要求自治。然而現實上，很多平等權和少數民族權在程度上並不能滿足這些團體的渴望，因為自我統治必須以國家忠誠為前提，這類思考仍然存在於大多數國家的主流意見之中，族群間的緊張關係也就由此而來。鎮壓將導致反抗，影響公共秩序，也失去了不同族群交流的機會。而與此相反，自治或自我統治可以將這些團體或少數民族，

⁸⁰ 由於自治在概念上很多樣，因此這樣的靈活性(flexibility)使得它大量在國家及國際事務上被採用。

建設性的納入國家運作之中，有了這樣的機制將可培育出文化多元主義（cultural pluralism），而使全體社會獲利（Heintze, 1998, 10）。

當原住民的人口數量（number）少於所在國家人口的一半時，他們可以由少數民族權（minority rights）中獲益，假使他們選擇如此的話，這可證諸人權委員會（Human Rights Committee）的個案法（case-law）公民與政治權利公約（Covenant on Civil and Political Rights）及其隨意協定（Optional Protocol）⁸¹。然而國際上探討自治⁸²時，比起少數民族權來說，對於原住民有較強的保護傾向，因為有國際勞工組織 169 號公約，以及聯合國原住民族權利宣言草案，也因此探討原住民自治⁸³時，重點就放在內部（internal）自決還是外部（external）自決的爭議。假使以需求（needs）和權利來說，原住民的自治比起大多數少數族群還要來的急迫跟需要，原住民的歷史、傳統、語言以及文化的其它各個面向與生活方式，都很顯然與其居住國家中的多數大不相同，特別是常常受到歧視、團體很小且通常不願意依附在多數統治（majority rule）下生活（Alfredsson, 1998, 125）。

在一個國家之中，想要保障團體認同（group identity）、團體平等、團體尊嚴的最有效的方式就是由團體自我統治或自我控制其自己的內部事務。這對原住民來說，特別具有意義，因為原住民通常都經歷過被殖民、居於少數（outnumbered）及被後來者所壓制，自治可以提升原住民的尊嚴、使其與社會其它部分處於一個平等的立足點。即便對於那些持對外自決想法者來說，內部自治對原住民的尊嚴、平等的保障都不足夠，但自治對於處在一個民族國家中的原住民來說，仍不失唯一一個良好的處理方式（Alfredsson, 1998, 125）。

沒有一個政府會贊同原住民的對外自決權⁸⁴，某些政府也許會理解或同情這樣的主張，但是最終也只會同意內部自決權。當承認歷史的脈絡並指出去殖民化過程（decolonization）包含自由結合及整合的選項，甚至是主權與獨立時，政府的代表會很快的表示反對任何依附在對外自決中的標準，也會很快反對可以形成這樣一個

⁸¹ 例如牙買加政府之前曾通知聯合國秘書長，退出國際公民與政治權利公約之附加條約（Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights ICCPR），此附加條款允許個人如認為其權利在此公約條款之下遭侵犯，可向人權委員會專家申訴，如果政府未盡其責，他們可以諫言，包括補償金、釋放、減刑。

⁸² 國際法上因為要保障人權，已經發展出了很多有關人民（peoples）及少數民族權利的標準。一個國家基於民主、平等、及參與的信仰，更是有更多理由來實行自治，同時人民自決權的發展更鼓勵了更多不同團體參與國家事務，來取代簡單的多數統治（majority rule）（Heintze, 1998, 12-3）。

⁸³ 然而證諸實際，自治總是取決於個案的特殊處境，而不能給予概括的定義。而主權（sovereignty）常常是唯一能限制自治的唯一東西（Heintze, 1998, 8）。

⁸⁴ 國際法上對集體權利所投注的關心遠不比對個人權利所投注的來的多，而以國家來說即便是少數族群保護，也是針對個人來進行為多。這種透過自治來朝向保護集體人權的趨勢，常常被視作是由團體到國家再到國際及區域組織這樣一個『出現三部曲』（emerging triad）的大問題（Heintze, 1998, 15-6）。

權利的任何歧義 (ambiguous)。因此政府會汲汲營營的宣揚，全國統一 (national unity)、領土完整 (territorial integrity) 與國家主權等主張，並限制其行使只能合乎和平解決爭端或是尊重人權等等。換句話說，就是自決主張必須與國家保存 (State preservation) 相平衡 (Alfredsson, 1998, 126)。

一般來說自治大致上可分為兩大類分述如下：

1、地域式自治 (Territorial Autonomy)：

這是最常出現及常見的一種自治形式，在領土主權的原則之下，一個或數個地區被賦予特殊地位。而其權限超過地方 (local) 及區域 (regional) 自治政府，而能掌理團體一些特殊重要事項。領土自治通常都因具有特殊歷史及特殊環境的團體的要求而成立，其作為團體保護的一種形式，其實必須合乎兩項要件，第一、是必須要有一個明確的地區，為那個團體所居住，也就是在地理上明確劃定的地域 (geographically well-defined territory)。第二、就是在那個地域，此團體必須是多數 (majority)。然而在成員方面，必須所有居住在此自治區的成員，皆服從自治政府的統治，而非此要求自治的團體單獨遵守，另一方面，此團體萬一有屬於他的其他成員，不居住在此自治區內，則不得享有自治區所提供的權利。當然這就表明了這種制度的屬地主義的性格 (Heintze, 1998, 18-9)。

2、非地域式自治 (Non-Territorial Autonomy)：

假使領域集中是自治的必要條件，即所有要求自治的團體必須要有一塊領地的話，則大部份團體並非具備那樣的特質，也許他們是分散各地居住的，則很多團體幾乎就不夠資格談自治了，即使他們具備那樣的資格，所以非地域性自治亦有其必要，茲分述如下⁸⁵：

2-1、文化自治 (cultural Autonomy)：

這是一種文化事務由團體所掌管的方式，包含認同方面的事項，如語言、教育、等等。少數族群對這些事項行使排除多數族群或是國家決策的干涉。由於這樣的發展容易導致多數文化與少數文化產生孤立 (isolation)、疏離 (alienation) 等不當影響，甚至必須付出種族隔離 (segregation) 的代價，因此文化自治通常都設有限制，就是不能危及 (jeopardize) 國家團結。然而彼此互相了解、互相尊重，才是此制能否成功的關鍵。此種制度曾由愛沙尼亞 (Estonian) 政府於 1925 年的文化自治法 (Cultural Autonomy Law) 中實現過，對原住民來說，芬蘭的薩米人 (Sami) 依據 1995 年的芬蘭政府組織法 (Finnish Form of Government (Constitution) Act) 而有權維持及發展他們的語言及文化 (Heintze, 1998, 22-3)。

2-2、個人自治 (Personal Autonomy)

這是一種公法人 (public corporation) 組織型態的自治，由個人 (legal person) 來組織。

⁸⁵ 由於個人自治或是功能自治與原住民要求相去甚遠故省略之。

2-3、功能自治(Functional Autonomy)

由私法人型態組之(Heintze, 1998, 22-4)。

自治可以是避免分離的方式，也可以是邁向國家的第一步(Heintze, 1998, 28-32)，這端視如何去處理拿捏分寸，要有很好的政治智慧來解決，也必須要有真心誠意面對原住民的要求，並能同時兼顧國家安全需要。對原住民來說，地域式及文化式自治常常是比較能保障其與土地關係的方法，當然自治牽涉很多技術上的原因，有時混合使用也是可以，但基本上一定要符合維繫人地關係所必須有的一切權利。

第三項 全球解決原住民土地問題的方式

根據 Daes 的研究報告指出，可經由下述五種方法，來促進並改善原住民土地問題所面臨的問題：

1、司法機制 (Judicial mechanisms)

透過司法機制來保障或要求原住民的土地權利，在國際上所獲得的成果可說是好壞各半，由1933年的東格陵蘭島(Eastern Greenland)案，到1975年國際法庭(International Court of Justice)判決無主地理論應用在西撒哈拉(Western Sahara)的部落人民，是錯誤的也無效的(erroneously and invalidly)以來，顯見無主地理論已漸漸為國際社會所揚棄，如美國聯邦最高法院的馬歇爾判決(The Marshall decisions of the United States Supreme Court)對原住民來說也是好壞各半的，好的方面來說，它承認印地安土地權利及自治權，壞的方面來說，它只限於在發現理論的架構下才得以實現。另外，澳大利亞的馬布案⁸⁶也是如此好壞參半，而紐西蘭設有司法或準司法(quasi-judicial)機制的威坦基法庭(Waitangi Tribunal)專門處理毛利(Maori)人的土地問題，不過效果不彰。當然使用司法機制解決問題是有風險的，主要原因是因為文化差異所造成詮釋方式的不同，使國家掌握的法庭具高度主觀及政治性質，及政府仍然具有的文化偏見，都使得司法機制的成效有限(Daes, 2001, 27-8; para.88-93)。

2、談判機制 (Mechanisms for negotiation)

自1973年以來，加拿大政府已經成功解決12個原住民土地要求的案子，而在2000年尼斯卡協定(The Nisga'a Agreement)⁸⁷成為第13個例子，依此協定，尼斯卡人可獲得近2000平方公里的土地，並尊重他們在領土內享有自治權。加拿大政府希望以此為先例，用來處理境內約50個印地安人的土地要求的主張⁸⁸。而在尼斯卡協定之前，加拿大政府也與育空原住民族(Yukon First Nations)達

⁸⁶ 參見附錄一。

⁸⁷ 此協定由尼斯卡最初民族與不列顛哥倫比亞省(Nisga'a First Nation and British Columbia)於2000年5月11日簽訂。

⁸⁸ 然而境內的自由黨(British Columbia Liberal Party)反對，認為違憲，而境內的原住民也不贊成它作為

成協定，政府方面提出下列觀察：

在加拿大要處理這類土地要求，非常耗時，因為既要處理得宜，它又是攸關憲法的大事，它牽涉三方人馬，聯邦政府、地方政府、與原住民團體，聯邦與地方管轄權限需被討論，公、私利益必須平衡考量，同時有時一塊地有好幾個原住民團體聲稱擁有權利。

土地的協議（Land settlements）提供了雙方許多契機，更能加強原住民在其傳統領域上與其土地與資源的深厚關係持續下去，加拿大的土地協定，提供原住民團體許多權利與利益，包括：完整土地權、野生動物收穫權、參與環境經營計畫、財產補償、資源收入分享、促進經濟發展、保護傳統遺產及經營國家公園（heritage resources and national parks）。共同經營的安排，反映了原住民與政府的對等夥伴關係（parity of membership），聯合原住民傳統知識與現代科技知識，乃是最好的一項安排方式。

談判機制，可以通過各種各樣的問題，概念和視野來探究如何調解原住民的土地權利問題。談判更使雙方，能產生真正的諒解與互信（confidence-building），如果談判中充分尊重原住民的權利，還能有助建立雙方穩定持久的關係，這樣的選擇對原住民、政府、及非原住民都更為有利（Daes, 2001, 29-32 ;para.94-104）。

3、憲政改革與立法（Constitutional reform and legislation）

原住民的土地權利，在許多國家已經獲得承認並透過各種不同程度的方式來具體保護，如憲法修正法案（constitutional amendments）、特別法（specific legislation）、或是在一般法律的部分條文中。一個值得注意的顯例就是 1988 年的巴西憲法（Constitution of Brazil），它規定要劃界保護（demarcation and protection）原住民的土地。其他中美洲、南美洲國家的憲法中，現在也承認原住民共有土地或自然資源的制度（possession of communal lands or natural resources）。另外有給予保留地（reservation）或為原住民土地劃界的國家有阿根廷（Argentina）、玻利維亞（Bolivia）、厄瓜多爾（Ecuador）、瓜地馬拉（Guatemala）、宏都拉斯（Honduras）、墨西哥（Mexico）、尼加拉瓜（Nicaragua）、巴拿馬（Panama）、巴拉圭（Paraguay）、祕魯（Peru）、委內瑞拉（Venezuela）等國。而其中玻利維亞、哥倫比亞、和祕魯憲法中，更承認原住民有自治權（self-government）。貝里斯（Belize）是中美洲國家中，擁有一個特殊原住民族群，卻尚未在憲法或法律中明文保障原住民土地權利的國家。然而在 2000 年 10 月，貝里斯政府也在 10 項聲明協定中（Ten Points of Agreement with the Maya communities）承認馬雅人基於它們長期使用及佔有，在南貝里斯具有土地及資源權。

北美洲的加拿大，它的 1982 年憲政法案（Constitution Act of 1982）給予『至今』（then-existing）仍存在的原住民土地權利以憲法保障。1996 年的加拿大原住民皇家委員會（Canadian Royal Commission on Aboriginal Peoples）標舉了原住民自治政府是最好的解決方式，透過它原住民與非原住民得以共同分享資源。

將來的處理模式，因為它只歸還了尼斯卡人 8% 的傳統領域，並會影響尼斯卡人享用自然資源與行的權利（Daes, 2001, 30 ; para.99）。

馬來西亞1957年的聯邦憲法 (the Federal Constitution of 1957) , 就已經提供保障原住民的計畫, 包括保留地的設置。 菲律賓憲法 (The Constitution of the Philippines)承認原住民的文化社群地位, 並保障它們祖傳土地的權利 (rights to ancestral lands .)。

在法國1998年的諾米亞協約 (Noumea Accord of 5 May 1998)⁸⁹ 承認肯納卡 (Kanak) 人與土地的特殊關係, 及習慣法 (customary law) 的重要性, 協約同時承認部落集體擁有土地是可行的。另法屬玻里尼西亞(French Polynesia), 正由法國政府考慮中, 1999年法國首相聲稱, 要鞏固波里尼西亞人的公民權, 並使他們透過賦予特殊土地保護 (land-protection) 權, 從而認同自我也認法國。

另外一些國家採取了比較具體的行動, 歸還原住民的土地, 如阿根廷, 依據其 1994年 的憲政改革法 (constitutional reform laws of 1994) 歸還4百萬英畝土地給600,000個原住民, 並另計畫 1999年 歸還988,400英畝。哥倫比亞也有類似歸還的行動。

1978 年的格陵蘭的地方自治法 (The Greenland Home Rule Act of November 1978) , 是照顧原住民權利和願望最具建設性的法律架構之一 。 格陵蘭的土地所有權制度是根據印努依特土地制度 (Greenlandic Inuit land tenure systems) 而來 , 按照一種完全不同的方式安排。該法律一個顯著的特點是授權印努依特人能對土地使用做出決定 (Daes , 2001 , 32-36 ; para.105-113) 。

4、原住民的主動行動 (Indigenous peoples' initiatives)

在許多國家, 原住民開始從事繪圖計畫 (mapping projects) , 作為記載與區分他們傳統領域的範圍。這樣的行為, 對於建立更廣泛的認知與理解原住民土地權利是很重要的, 並且可以推進最後的法律承認與保障時程。在貝里斯的托利多行政區 (Toledo district) 馬雅印地安人 (Maya Indian people) 的繪圖計畫, 竟導致了 **1998 年馬雅地圖集 (Maya Atlas: The Struggle to Preserve MayaLand in Southern Belize)** 的出版, 這是世界第一個原住民製作的地圖集, 其中記載了馬雅人傳統上和現在使用的土地, 並介紹馬雅人的歷史、文化、土地制度跟社經活動。最終, 馬雅人爭取到了土地權。

另外原住民本身也主動發起許多有關他們的土地、領土和資源有關的項目和方案, 藉以維護他們和促進他們的權利。例如阿拉斯加 (Alaska) 和其他地方對土地實行管理和聯合管理。原住民還積極參與全球和全國環境保護議題, 例如原住民的非政府組織在聯合國環境與發展會議上, 對 21 世紀議程的第 26 條就起了關鍵影響作用 (Daes , 2001 , 36 ; para.114-5) 。

5、人權標準和機制 (Human rights standards and mechanisms)

里約宣言 (Rio Declaration)、生物多樣性公約 (the Convention on Biological Diversity)、國際勞工組織169號公約 (ILO Convention No. 169)、美洲國家組織原住民權利宣言(the proposed Organization of American States American declar-

⁸⁹ 簽約後正式名稱為新加勒多尼亞協定(New Caledonia Agreement.)。

ation on the rights of indigenous peoples)、聯合國原住民權利宣言草案 (the draft United Nations declaration on the rights of indigenous peoples) 都是解決國家與原住民之間土地問題的手段。在 2001 年，美洲國家組織工作組 (OAS Working Group on the Proposed American Indigenous Rights Declaration) 的原住民權利宣言，其中美國證實它的一項新政策，就是支持使用『內部自決』(internal self-determination) 及『民族』(peoples) 在 OAS 的架構中，這項新政策，將能導致政府與原住民之間的關係改善。

此外，原住民在發展權利、幾代之權利、和平權、以及安全和健康的環境權利，新興起的人權規範已經開始影響舊的觀念，並促使人類更加關心人權這個議題。提及人權標準的改變與發展，不應忽略布魯特南委員會 (Brundtland Commission) 的結論，我們的共同未來 (Our Common Future) 中有承認原住民的特殊處境如下：『對這些群體實行一種公正和人道政策的出發點，就是承認和保護它們對土地的傳統權利，及維持他們生活方式的資源權。他們也許對這些權利的界定方式與標準法律體系不一樣，但是他們有他們自己的組織與生活方式，對維持自然和諧與他們的生存是至關重要，必須加以承認與保護。』(Daes, 2001, 37; para.116-7)。

第三節 原住民資源權利的探討

第一項 經濟發展與原住民

假如經濟 (economy) 可以代表人類的全部生活方式的話--可以代表著人類在其生存環境上的所有求取生存方式--則全球原住民的經濟，無疑正遭逢強勢歐洲中心所代表主導的世界經濟所影響，而產生一系列的巨大改變。從十七世紀的英國開始，工業資本主義 (Industrial Capitalism) 就開始席捲全球，現今世界大多數居民已無可避免的生活於相同的資本經濟秩序，且被相同的經濟關係 (Economic Ties) 所連結 (Goehring, 1993, 1)。

全球資本經濟的擴散現象，對原住民的經濟組織產生了很大的衝擊，這樣的衝擊可簡化為三項要素：接觸 (contact)、衝突 (conflict)、危機 (crisis)。當面對現代這塊巨石 (Monolith of Modernity) 時，其中原住民對衝突、危機的反應，在很多例子當中，皆顯示原住民幾乎是相同無力的。當經濟無可避免的朝向全球化、地球村 (global village) 邁進時，全世界原住民被迫必須面對這樣一種情況，即是對於自己的 (preexisting) 生存典範 (paradigms) 及哲學必須重新加以思考其本質與內涵 (Goehring, 1993, 1)。

人類的眼界 (worldviews) 一度只能到達鄰村這樣一個距離，現在則是已經可以放眼全球了，傳統部落哲學觀，曾一度指導著原住民的生活方式，如今在許多方面已經無法行的通了 (Goehring, 1993, 1-2)⁹⁰。在面對強大入侵他們的傳統領域 (traditional territories) 所造成的巨大改變，原住民幾乎是無法招架的。像南美洲的 Yanomamo 社會，遇到資本主義的力量時，就永遠無法再跟以前一樣了，非洲的部落民族 (tribespeople) 以祖先的生活方式，打獵、採集以及行刀耕火種 (slash-and-burn) 的農業⁹¹，現在也夾道歡迎麥可傑克森 (Michael Jackson) 去他們的村莊⁹²，北極的印努依特人 (Arctic Inuit) 在冰上獵海豹時 (seal hunting) 喝著咖啡，聽鄉村音樂，回到他們的房屋 (bungalows)⁹³ 時看冰上曲棍球及功夫片。當原住民試圖重新發現及找尋他們與這個不全然由他們自己造成的環境的關係時，全世界的原住民皆處於一個重新自我定義 (redefinition) 的過程 (Goehring, 1993, 1-2)。

⁹⁰ 以此觀點來檢視台灣原住民，我們可以說像類似取首這樣一種習俗或是獵取瀕臨絕種的保育類動物，自然是不合時宜，需要加以禁止的。然而像打獵而造成的物種危機，與其說是原住民造成，毋寧說是資本經濟的邏輯所造成，來的更為恰當。

⁹¹ 指把地上的草木燒成灰做肥料，就地挖坑下種的原始耕作方法。

⁹² Michael Jackson 是美國著名黑人搖滾歌手，在很多場合或是文章中，他代表的就是美式的資本主義力量，與此相同的也可以看出麥當勞或是可口可樂也常常被當作這樣的象徵。

⁹³ 屋前或周圍有平台的小屋。

當真實世界的距離逐漸縮小之際，全球原住民卻必須面對最大的改變與最多的調整（Goehring, 1993, 2）。他們的社會必須承受被資本經濟取代所產生的衝擊，在許多的地區，原住民發現到生存的基本規則已經改變了，他們失去方向感不知何去何從，當他們掙扎著試圖由新秩序中，找出自己的未來時，他們發現他們作為人群（peoples）⁹⁴ 而存在被強烈的資本經濟規則挑戰著。因此對原住民而言，想要繼續生存下去的最重要關鍵就是要保持彈性（resilience）（Goehring, 1993, 2）。確實，資本經濟無所不在的力量，幾乎對所有原住民文化皆造成致命性的打擊，有關工業社會與原住民社會之間的分別可見下表所示：

表 3-1

工業社會	原住民社會
1.金錢作為資本(capital) 2.以量(quantitative)表示一切 3.統馭自然 4.集中的大規模經濟計畫 5.中央集權化(centralization) 6.個人創造力常被壓抑 7.民主或獨裁的決策 8.對政治的疏離 9.權力集中在少數 10.篤信集體領導(leadership) 11.『經濟』是個別且專門化最好交由專家 12.工作非人性化(dehumanization) 13.離家很遠工作 14.工作會使與家庭疏離 15.工作強調物質享受 16.土地是個人所有權 17.關心商品 18.工作由外人提供 19.工作是分派的 20.工作是時間分配 21.嚴格控制時間 22.小時、分鐘、天 23.線性思考時間(linear time) 24.空間是非工作時才有 25.競爭 26.工作壓力 27.遠離大自然 28.都市 29.勞力流動性 30.資本密集 31.經濟活動死板(rigidity) 32.排除經濟進步障礙 33.土地/生產工具個人所有	1.自然作為資本 2.以質(qualitative)表示一切 3.與自然和諧共處 4.分散的小規模經濟計畫 5.地方分權化(decentralization) 6.個人創造力常被激發 7.全體一致的決策 8.對政治的參與 9.權力集中在多數 10.篤信直接(direct)領導 11.『經濟』是由日常生活共同經營 12.工作人性化 13.家庭附近工作 14.工作深植於家庭 15.工作強調精神獲得 16.土地是集體所有權 17.關心服務 18.工作不是由別人提供的 19.工作是有選擇的 20.工作是事務分配 21.鬆散看待時間 22.季節 23.同心圓思考時間(concentric time) 24.工作閒暇是同一過程 25.合作 26.壓力來自外部變化(external variable) 27.接近大自然 28.鄉村 29.勞力不流動 30.勞力密集 31.經濟活動靈活 32.願意適應經濟變遷 33.土地/生產工具集體擁有

⁹⁴ 有翻譯為『民族』，如威爾遜總統所提民族自決(Self-determination of Peoples)就是顯例，當然這種譯法並不能算錯，因為英文中people 一字的意義非常鬆散，沒有固定而嚴謹的用法，它可以當作『人群』、『人民』的意義都對。而『人群』乃是聚居在一定土地上的一群人，這個人群可能少至幾個人，幾十個或幾百個，也可以多至幾億人。人群可能是一個民族(nation)、一個部族或宗族(nationality)、一個部落(tribe)、一個氏族(clan)，或是一個家族(family)，或是二個、三個以上之組合(張忠正, 1988, 20)。

34.合法所有權與行為由個人擁有 35.土地由個人行使排他權，並由社會合法保障 36.土地與領土由人為標界 37.土地是經濟資源 38.土地屬於『我們』 39.一個主要經濟模式 40.經濟成功由量決定 41.成功是靠累積財富(accumulation) 42.經濟專門化 43.經濟變遷可以由外達成 44.社會結構堅固 45.正式教育不是在家中 46.老師是外人 47.個人主義 48.個人行動 49.永久制度(permanent institutions) 50.不容古怪行為(eccentricity) 51.逞罰異常行為(deviance)藉由監禁 52.社會對問題很疏離 53.(parameters)社會界線國際化 54.利益結盟範圍大 55.能結成利益一至的大型利益團體 56.文字傳統 57.重視細節(preservation) 58.一神論(monotheism) 59.制式教條(dogma) 60.男神(deities) 61.『神』的概念是超出地球	34.無此概念 35.文化排他性，在不同文化間 36.土地由自然及先存的疆界區分 37.土地是生活資源 38.『我們』屬於土地 39.很多主要經濟模式 40.經濟成功由質決定 41.成功是靠同輩相比(peer review) 42.經濟一般化 43.經濟變遷只能內部達成 44.社會結構鬆散 45.正式教育是在家庭 46.老師是一家人 47.血緣主義 48.氏族(clan)行動 49.易變制度(fluidity) 50.寬容古怪行為 51.懲罰異常行為藉由放逐 52.社會共同解決問題 53.社會界線地區化 54.利益結盟僅止於文化內或地區 55.很難組成類似組織 56.口述傳統 57.重視概念 58.多神論(pantheism) 59.非制式泛靈(fluid animism)論 60.男女神皆有 61.『神』的概念與地球相合
資料來源：整理自(Goehring, 1993, 53-6)	

當然這是一個簡略分類，然而由其中我們也能看出原住民與工業社會之間許多相對立的概念，以土地來說，第 38 項所示工業社會皆視土地是屬於他們自己的，然原住民的觀念卻是我們是屬於土地的，這種相對立的概念也能見諸第 36 項工業社會的土地與領土由人為標界，以及原住民的土地由自然及先存的疆界區分，及第 37 項工業社會的土地是經濟資源，以及原住民的土地是生活資源，來看出。確實類似這樣對立，在 61 個項目中隨處可見，自然有些很難去評價誰對誰錯，然而也正因為如此，文化多樣的展現不也就很清楚的顯示出來了。

第二項 發展權與原住民

根據馬丁尼茲 (Alfonso Martínez) 所提出，對原住民的發展權而言，最重要的有下列四項基本問題，而每一項都與自決權密切相關：

- 1、沒有考慮到原住民自己對發展的想法及概念，而去談論發展，將是徒勞無功沒有益處的。
- 2、公平公正的解決 (equitable and just solution) 原住民的祖傳土地與自然資源包括

水資源 (ancestral lands and natural resources (including water)) 的問題的方法必須找出來。

- 3、原住民應有權自由享用他們的資源，而不須他人批准 (authorization)。
- 4 有關原住民自己的事項，必須充分尊重他們自己的決定(Daes, 2001b, 7; para.18)

也就是如我們之前所探討的，土地與自然資源常常是一體的兩面，原住民有了土地，卻無法使用其上的自然資源，或者處處受限不但對文化復振沒有幫助，甚且還對未來發展都具有不良影響，空有一塊土地對原住民來說，並無法使很多寄託在土地之上的精神與宗教文化意義顯示出來，也有如一個美麗的花瓶，卻缺少了鮮花在其上一樣，花瓶終究是要用來插花，否則意義就大失，原住民的土地也是這個樣子。也因此卡納基人 (Kanak People of New Caledonia) 說：『西方世界對發展的解釋是建立在殖民者的思維的前提之上，認為發展就是要達到西方文明化的程度 (Western civilization)，我的人民被迫接受西方的生活方式，這與卡納基的文化與認同皆不能相容，最好的發展方式，必須建立在卡納基的需求及價值之上。』(Daes, 2001b, 7; para.20)。另一方面瓜地馬拉 (Guatemala) 的馬雅人 (Maya people) 強調精神上事物 (spirituality) 的重要性，也是對原住民而言最基本的原則。對原住民來說，發展就是有權進入 (access) 神聖祭祀場所 (sacred sites) 如此才能達到阿漣 (Ajau)⁹⁵、自然 (nature) 與祖先 (ancestors) 之間的均衡 (equilibrium)。發展與其是用來剝削他人，毋寧用來促成團結及幫助他人 (Daes, 2001b, 8; para.22)。對於肯亞的馬賽人 (Maasai) 來說，土地對任何生產與發展來說均是基礎，因此發展必須保護自然資源，以及足夠的土地、水、自然資源可供使用。發展必須顧及人的需求，馬賽人知道如何在他們自己的地方發展，他們發展的需求為教育、食物、水、及地權 (land rights)，並維護他們田園生活方式的完整 (Daes, 2001b, 8; para.23)。

原住民代表 (indigenous representatives)、政府代表 (governmental delegates) 及原住民工作組成員 (members of the Working Group)，都一再重申人權不可分割 (indivisibility of human rights) 的重要性，及發展權是整個人權中的一部分。根據 1986年 發展權宣言 (Declaration on the Right to Development of 1986) 第一條：『發展權意味著一種不能讓與 (inalienable) 的人權，藉由此每個人類及所有人群皆有權參與、貢獻及享受經濟、文化、政治上的發展，這樣所有人權及基本自由才能實現。』(Daes, 2001b, 8; para.25)。另外有一些否認原住民有人權及發展權的想法是來自於種族主義者以及持有歧視態度 (racist and discriminatory attitudes) 的人，也因此魁北克克里族的首長 (the Grand Chief of the Grand Council of the Crees of Quebec) 就認為發展權宣言 (Declaration on the Right to Development) 的第一條很清楚的被公民與政治權利公約 (International Covenant on Civil and Political Rights) 所覆述，隨著原住民依據公民與政治權利公約取得自決權，並根據聯合國人權委員

⁹⁵ 給予生命的神 (he who gives life)。

會 (United Nations Human Rights Committee) 所下的具體命令 (specific mandate) 解釋公約後，這使得原住民得以享有發展權宣言的全部權利。原住民不僅僅是一個受發展政策影響的社會團體 (another social group)，他們更是瀕臨危險，受發展威脅而面臨生死存亡的一群人，況且，他們是土地及資源的擁有者，他們有權在其土地之上依其自己的方式發展 (Daes, 2001b, 8; para.26)。

因此總結來說，我們必須注意以下七點，以當作我們思考原住民領土、土地、資源時的依據：

- 1、確保原住民有足夠的土地和資源，作為他們生存、發展，以及作為獨特文化人群的存在，包括盡可能(so far as possible)維護傳統文化及儀式場所(sacred sites)⁹⁶。
- 2、以一種公正的態度，改正過去不當由原住民手中奪取的土地資源。
- 3、避免製造難民或無土地的社群(refugees or landless communities)，也應 避免非志願遷移(involuntary displacement)個人或社群。
- 4、保護國家的領土完整和安全。
- 5、解決跟避免土地資源權屬的不確定，並在處理原住民土地權利時，避免衝突、不穩定、暴力問題。
- 6、當承認原住民有權依據獨特文化而存在時，同時必須確定法規是平等、非歧視的看待原住民與他們的土地、資源權。
- 7、確定所有土地、資源的利用，必須以一種永續及生態意義(sustainable and ecologically)上的方式為之(Daes, 2001, 26-7; para.85-6)。

當然，這其中根據的是一種平衡的觀點，第4及第7點很清楚的標示出原住民土地權利的獲得並不是一件簡單的事情，然而在大方向上必須持一種很衡平的方式去評估；如原住民的土地利用與生態永續經營目標常常不是衝突的，甚且很多時候是相符合的；國家領土完整安全與原住民自治是可以互相兼顧，而不必然一定是相對立的兩方。

第四章 台灣原住民土地權利保障之探討

⁹⁶ 這個盡可能不應理解為做不到就不要做，而是因為很多傳統文化和祭儀場所都遭受不同程度的破壞，要回復有相當困難，所以應盡力使之回復。

第一節 台灣原住民地權的歷史研究初探

第一項 誰是台灣原住民

有關誰是台灣原住民這個問題，目前依官方認定是十族，分別為：

- 1、泰雅族 (Atayal) 居住於本省中、北部山區，包括埔里至花蓮連線以北的地區，人口約九萬多人。族名 Atayal 原意為真人、勇敢的人。共分為兩個亞族，一是泰雅亞族 (Tayal)，一是賽德克亞族 (Sediq)，兩個系統的生活習俗不同，語言的差異也大。
- 2、賽夏族 (Saisiyat) 居住於新竹縣與苗栗縣交界的山區，人口約有七千多人。又分為南、北兩大族群。北賽夏居住於新竹縣五峰鄉，南賽夏居住於苗栗縣南庄鄉。二年一次的矮靈祭是大家所熟知的祭典。
- 3、阿美族 (Amis) 居住於花蓮北部之奇萊平原至台東、屏東恒春半島等狹長的海岸平原及丘陵地。人口約十四萬人。由於居住地的差異，風俗習慣也略有不同。根據學者的分類，將阿美族分為以下幾個區域：
 - 3-1 北部阿美
 - 3-2 中部海岸阿美
 - 3-3 中部秀姑巒阿美
 - 3-4 南部卑南阿美
 - 3-5 南部恒春阿美。
- 4、布農族 (Bunun) 居住於中央山脈的兩側，在海拔 1000 2000 公尺之間，是典型的高山民族。最早的居住地是南投縣的仁愛鄉與信義鄉，後來經過幾次的大遷移，往東至花蓮，往南至高雄及台東山區。總人口約四萬多人。布農族共分為六個社群。分別是卡社群、郡社群、卓社群、丹社群、巒社群以及被同化的蘭社群。
- 5、卑南族 (Puyuma) 居住於台東平原的卑南鄉一帶，人口約一萬多人。依祖先起源的神話傳說可以分為兩個系統。
 - 5-1、石生的知本系統：包括知本、建和、初鹿、泰安、利嘉。
 - 5-2、竹生的南王系統：包括南王、檳榔、寶桑 (從南王分支出來)。
- 6、鄒族 (Tsou) 主要居住於嘉義縣阿里山鄉，少部份居住南投縣信義鄉，合稱之為「北鄒」，與北鄒相對映，有稱之為「南鄒」的，居住於高雄縣三民鄉與桃源鄉。總人口約七千多人。
- 7、魯凱族 (Rukai) 居住於台東縣卑南鄉、屏東縣霧台鄉、高雄縣茂林鄉，人口約一萬多人。傳說祖先由東部海岸上岸後，在肯杜爾山下居住，後來逐漸遷移至屏

東縣的舊好茶及霧台鄉。至於高雄縣的茂林鄉，雖然也被歸類為魯凱族（也就是日據時代稱呼的下三社群）但是三個社群的風俗詞言各異，而且達到無法溝通的地步，倒是物質文化的表現非常接近。

- 8、排灣族（Paiwan）居住於屏東縣的八個山地鄉與台東縣大武太麻里鄉一帶。人口約六萬多人。根據學者的分類，分為拉瓦爾群（Raval）與布曹爾群（Vucul）。其中三地門鄉屬於前者，其他的鄉鎮屬於後者。另一種分類方式以地域為原則，分為北、中、南、東排灣。由於地域上的不同，在文化與生活習性上呈現了不同的面貌。如拉瓦爾群與魯凱族為鄰，因此在文化的表現互相影響、重疊。東排灣與阿美、卑南為鄰，吸納了兩族的文化溶入自主的排灣文明裏。南排灣與阿美、平埔為鄰，生活習俗、服飾上有跡可循。
- 9、雅美族（Yami）⁹⁷ 居住於距台東外海 49 海哩的蘭嶼島，人口約四千人左右。自古以來雅美族與菲律賓巴丹島往來密切。生活習性、語言非常相近。耆老傳說中也有許多與巴丹島往來的故事流傳著。雅美族是個愛好和平的民族，也是台灣原住民唯一沒有獵首的民族。
- 10、邵族（Thao）⁹⁸人現在大部分住在日月潭畔的日月村，少部分原來屬頭社系統的邵人則住在水里鄉頂崁村的大平林，兩地加起來的總人口數是二百八十三人，這樣的人口數可以說是全世界最袖珍的族群。⁹⁹

官方認定台灣原住民為十族，但是一般論及誰是原住民時很多學者專家還會加上平埔族，本文由於探討原住民地權，故持比較保守態度以十族為主要對象，然並未否認平埔族有成為原住民的資格權，且本文以為原住民這個概念是變動的。根據林修澈教授之研究，台灣沒有『民族認定』的法令，但對原住民施行『身分認定』（林修澈，1998，158-9）。根據原住民身分法第二條規定：本法所稱原住民，包括山地原住民及平地原住民，其身分之認定，除本法另有規定外，依下列規定：

- 1、山地原住民：臺灣光復前原籍在山地行政區域內，且戶口調查簿登記其本人或直系血親尊親屬屬於原住民者。
- 2、平地原住民：臺灣光復前原籍在平地行政區域內，且戶口調查簿登記其本人或直系血親尊親屬屬於原住民，並申請戶籍所在地鄉（鎮、市、區）公所登記為平地原住民有案者。

⁹⁷ 然雅美人自稱達悟人(Tao)，故官方版似乎應該更改以符合『自我命名』原則。

⁹⁸ 原先台灣原住民族之九族分類，係早期由台灣省文獻會根據原住民歷史、文化、血統等因素而劃分，並經台灣省政府陳報內政部於民國四十三年三月十四日核定。現今行政院於民國九十年八月八日正式核定邵族成為原住民族第十族，故行之四十七年的九族說，自民國九十年正式成為十族說。

⁹⁹ 以上皆根據行政院原住民族委員會網站所認定之十族簡介。

當然這樣的認定方式，可以分清楚個人的權利義務，但是遷就行政便利的背後目的，應該就是要迴避『民族權』這項議題（林修澈，1998，159-61），且類似達悟、排灣、魯凱等族全部或部分居住於海島或平地上，也被劃分為山地原住民，同時同一族群因居住地點不同，被劃歸兩個範疇，也會造成族稱錯亂的問題（潘英，1998，61）。根據行政院原民會 1998 年原住民族發展法草案¹⁰⁰第二條說明，為示對於原住民族身分認定之慎重及規範之周延，爰於第三項明定其身份之取得、認定、變更、回復或喪失，另以法律定之。而 2000 年之草案則有更進步之規定，其表示於表 4-1，

98 年版本第二條第一項尚規定：本法所稱原住民族，係指平地原住民及山地原住民各族。第二項：本法所稱原住民，係指前項原住民族之個人。並為示慎重復於第三項規定身份之得喪回復另以法律定之，然根據 2000 年之草案，配合國際的『自我認定原則』（self-identification），就應該以各族為標準來自我認定才是，結果 2001 年的原住民身分法¹⁰¹依舊是山原、平原區分，行政院既已核定十族，那就十族來作規定主體，『以示慎重』才名符其實，也才符合自我認定原則。原住民之個人是依附在各族之中，非要依行政區域及光復前為標準將原住民分為兩類，且需登記有案，這實與國際標準不合。

表 4-1

<p>第二條 本法所稱原住民族，指居住臺灣地區自認為原住民族，並經中央主管機關報請行政院核定者。</p> <p>原住民，指前項原住民族之個人。</p> <p>前二項原住民族及原住民，其認定之相關規定，另以法律定之。</p>	<p>國際間對於原住民及原住民族均採「自我認定原則」，聯合國「原住民權利宣言」（草案）第八條規定：「原住民集體和個人有權維護和發展其特性和特徵，包括有權自認為原住民並被承認為原住民。」，爰本上開之旨，於第一項及第二項明定本法適用對象之原住民族，指居住臺灣地區自認為原住民族，經中央主管機關報請行政院核定者，原住民則為原住民族成員之個人。至於原住民族與原住民之認定相關規定，宜另以法律定之，以資周延，爰明定於第三項。</p>
---	---

2000 年原住民族發展法草案 資料來源：行政院原民會企劃處

另外有所謂台灣屬南島語系(Austronesian)的原住民各族，也是經由遷徙而來，

¹⁰⁰ 八十九年十月二十五日行政院院會通過原住民族發展法草案。

¹⁰¹ 民國九十年一月十七日總統 (90) 華總一義字第 9000009310 號令制定公布全文 13 條；並自九十年一月一日起施行

而非在台灣島上發源所以不應認定為原住民，或原住民不該『劃地自限』應該心胸開闊做個『世界公民』一說，首先，南島語系各民族並非原生在台灣¹⁰²，即便是如此，如學者潘英指出，『事實上世界存在絕對意義的「固有民族」的土地絕無僅有，哪一塊土地的族群不是從他處遷來？哪一民族未曾遷徙過？甚至當類人猿類進化為真人之際，這一人類的老祖先也未必老死當地。可知，「原住」也者，是相對的，而不是絕對的。在一塊土地上居住了幾千年，甚至幾萬年的民族，相對於僅居住數百年者，若不能稱之為「原住民族」，那該稱為什麼（潘英，1998，8）？』而原住民應該放開心胸，融入大社會一說，本文認為如澳洲學者 Reynolds 所論述：『一旦文化、內部自治以及民族身分地位被穩固的交到原住民手中，一旦責任範圍被明確的劃分，原住民領袖或許會歡迎一種更強勢的國家存在感（Reynolds，2001，213）。』假使先做到這樣，而原住民仍然認同於融合進『大社會』的主張，這時再談世界新公民也還不遲。

當然本文未用『原住民族』一詞，乃是基於不願與『民族』(nation)一詞相混淆，本文使用原住民即是英文之 (Indigenous Peoples¹⁰³)，包含集體性質指稱目前十族及平埔族¹⁰⁴，那原住民個人該如何稱呼呢？本文以為原住民個人會視情況來做稱呼，比方都是原住民時，可以自稱我是泰雅人或者我是阿美人，對漢人時統一自稱原住民，當不至混淆。那『民族自決』權呢？本文以為民族(nation)是由國家和民族主義(nationalism)所建構出來(Hobsbawm, 1997, 13-4)，其是一種人為產物，且政治意味濃厚的一個詞，本文不排除原住民可以建構成民族，但原住民一詞的內涵不是『人為』產物，且有自己的清楚定義¹⁰⁵，實不必與民族一詞去相混淆，況且民族建構通常需要國家完成，就算原住民可以建立一個國家，以台灣來說那還有泰雅民族、阿美民族等等區分，實是治絲益棼與民族相混淆弊多於利。本文論證原住民具領土權，對於一個『民族』來說未必具有那樣的主張正當性，且國際至少就原

¹⁰² 台灣原住民到底是從哪裡來的，歷來眾說紛紜，根據潘英的分類有(一)大陸起源說。(二)中南半島起源說。(三)亞洲大陸東南沿海一帶地區起源說。(四)西新畿內亞起源說。(五)台灣起源說(潘英，1998，131-8)。其中台灣起源說，學者李壬癸也贊成此一學說，並指出南島民族與侗傣族分開，是大約6,500年前由亞洲大陸遷到台灣時開始，他以為這兩個民族在未分化之前是在亞洲東南部，很可能是分開後，才在台灣產生南島語系(潘英，1998，135-6)。

¹⁰³ 就 peoples 的用法上來說，它包含三種不同的用法，第一種就是視它只適用於殖民主義下領地上的人民(populations of territory)，在這個意義下它只關心國際去殖民化後，那些新興的獨立國家中的人民。第二種不只關心上述用法，也關心獨立國家境內的人民(populations)。第三種的擁護者基於一個前提，就是世界分成許多互不隸屬的地域社群(territorial communities) (Anaya，1996，77)。

¹⁰⁴ 本文以為『原住民』是一個變動的概念，平埔族雖未被官方認定，但是他們也正在爭取之中，至少就以有歷史來看，他們夠資格稱為原住民，假使以『漢化』為標準否認他們是原住民，那顯然是以『客觀』特徵來定義他們，未顧及本文第二章所探討聯合國定義的意義，也無『自我認定』之原則可言。『主觀』的原住民身分法，怎沒用『客觀』特徵來定義呢？

¹⁰⁵ 科博(José R. Martí nez Cobo)冗長的定義，其實定義的很清楚。

住民權利¹⁰⁶來說，『對內自決』權已漸趨共識，分離（Secession）權的認可，就現實以觀，不論國際或是國內皆不會被認可，由『對內自決』權來實行自治，保留對領土的自然主權，既能合於『穩定』要求，又可安心自我發展，應是一個好的開始，然『自治』內涵，絕不能『不對等』，『原住民自治』一定要在『自然主權』的思考之下展開，才能創造政府、原住民雙贏的『夥伴關係』。

第二項 歷史上的土地流失與自然主權

真正的台灣史不是台灣統治者的統治史，不是漢人的拓殖史，而是台灣各族人民的接觸演變史；台灣原住民族史則是這一接觸演變中，獨佔十分之九以上時段而又變化最多的一個專史。台灣原住民族做了台灣的幾千年主人，然後在最近三、四百年逐漸淪落為被統治者，其間興亡盛衰的悲壯過程，正是台灣歷史的真正內涵之一（潘英，1998，15）。然而，台灣原住民沒有文字，以致他們必須在外人入侵，逐漸由主人地位淪落為被統治者之後，方才正式進入歷史時代，這是歷史的反諷，也是歷史的詭異（潘英，1998，15）。所以無怪乎謝世忠教授稱：『台灣學術界對近代台灣史的研究，總括起來不外乎『漢人移殖』、『西荷統治』、『鄭氏領台』、『清代台灣』、『日據五十年』等五個主題（謝世忠，1987a，14-5）。仔細分析起來，皆出自一個趨向，就是殖民史¹⁰⁷。

謝世忠將原住民史分為四期：第一階段：原住民—唯一主人。時間約 1620 年代以前。第二階段：原住民—主人之一。又分三期，第一期大部分是主人，約 1624-1661 年荷、西時期；第二期半個主人，約 1661-1875 鄭氏統治至清朝後期；第三期少部分是主人，約 1875-1930 年霧社事件時期。第三階段：原住民—被統治者。約當 1930 霧社事件後迄今。第四階段：原住民—即將消失（謝世忠，1987a，15-25）？這是以能自主與否，為原住民作歷史分期，當然文獻上能朝此方向研究，當對原住民很有益處，特別是唯一主人時期，可以多一些相關證據，證明『自然主權』的存在。而潘英因取捨不同也做分期：(一)史前時期，即無文字記載歷史時期，約 1620 年以前。(二)自主時期，約 1624-1740 年清乾隆年間。(三)對抗時期，約 1740-1930 年霧社事件時。(四)被統治時期，約 1930-迄今（潘英，1998，21-2）。當然也是很好的分類方式，然這方面研究累積文獻不多，須靠歷史、人類學家的努力。

¹⁰⁶ 且國際法上的『民族自決權』是 self-determination of peoples 還是使用 peoples 一詞，但本文仍以為要是 nation 翻譯為國族為大家所接受，則 peoples 翻譯為民族倒是很適當，至於如何於中文名詞取捨，本文無法也無能力作定義。當然最重要的一點，就是原住民的自己選擇，原住民選擇叫做『原住民族』那就是『原住民族』，但與既成名詞 nation(民族)加以區隔是有必要的，本文只是點出與民族一詞相混淆的不適當。

¹⁰⁷ 當然現在可能還多一個『國治時期』。

本文從荷蘭時期¹⁰⁸論述原住民土地流失因素並說明自然主權：十七世紀荷蘭、西班牙及葡萄牙是世界級的海上強權。荷蘭的經濟領域已經發展到初期資本主義的情況，他們利用東印度公司做為媒介，向東方侵奪物質資源並佔領為殖民地。荷蘭人侵入台灣南部（現安平），猶如發現巨寶一般的興奮。但是當時的原住民（沿海的平埔族）的生活僅是自然採取的遊耕遊獵的情況，很難從他們身上獲取經濟利益。於是荷蘭人開始到中國沿海（廣東、福建）去招募已經有農業定耕模式的漢人，以便開發台灣並獲經濟利益。從此原住民的土地開始狂瀉般流失。

荷蘭人主要的土地政策是『王田政策』¹⁰⁹，漢人強行開墾原住民土地，開發的土地歸屬荷蘭人，同時分租給漢人並使其繳稅，至於原住民乃規定每一人年費繳鹿皮一張，當時每年有五萬張鹿皮被輸往國外，而貿易的利益全歸荷蘭人。此時荷蘭成為道地的老闆，漢人僅僅是生產工具而已，原住民更是被壓至最底層，不僅喪失土地還要繳人頭稅，荷蘭的統治時期，土地被開發了 8,400 餘公頃（多奧¹¹⁰，1988）。

東印度公司領有台灣後實施納貢，然原住民無法負擔，故而改採徭役，而此徭役表面上是公司慷慨解除原住民經濟負擔，然而卻使番人隨時必須義務提供勞役服務，這才是原住民步入『文明社會』淪為犧牲族群的不幸起源，荷蘭晚期徭役的制度化，似乎又被明鄭與清代進一步繼承與發展，番人除被課餉外，仍得隨傳隨到，向官方提供勞役。徭役使番人疲於奔命，農政失時，土地因而流入漢人手中（翁佳音，2000，266）。荷蘭人登陸臺灣後不久 1625 年初，由當時的長官宋克與新港社人訂約，以十五疋的康甘布（cangan）購買土地，作為新商館的所在地，這是荷蘭人與原住民有關土地關係的最早接觸。此後荷蘭人未再向原住民購買土地。但是荷蘭人卻從事捕鹿執照的發放以及農業墾殖的引進，儼然將原住民的土地視為其所有。同時，荷蘭人透過條約的簽訂，迫使原住民將其土地的主權（sovereignty）讓

¹⁰⁸ 學者翁佳音認為，荷、西及明鄭統治時期(1622-1683)，前後才四十一、二年，若照斷代分期法，只會讓人覺得『外來政權』頻繁更替，不如由世界史觀點把荷、西及明鄭、清初的十六、七世紀歷史，都視為是近代初期(Early modern)較能顧及歷史之整體性及連續性(翁佳音，1998，79)。

¹⁰⁹ 『王田制』之觀點，是來自清初 諸羅雜識 記載：「蓋自紅夷至臺，就中土遺民令之耕田輸租……其陂塘堤圳修築之費、耕牛、農具、籽種，皆紅夷資給，故名曰『王田』；亦猶中土之人受田耕種而納租於田主之意，非民自世其業而按畝輸稅也。」依此記載，台灣開墾的土地全由公司投資經營，公司是大地主；從事墾耕的漢人，純為提供勞力或技術之現耕佃農，充其量是大佃農，似乎全無私有權可言。清初距荷蘭時代才 20-30 年左右，且證諸荷蘭文獻，1635 年起，東印度公司已招集林亨萬等漢商通事，以及擔任公司高級職員的漢人頭人蘇鳴崗等，在赤崁一帶各自劃分 20 甲土地從事種稻植蔗。在一連串獎勵漢、番從事農業經營活動中，公司確有借貸資金與牛隻提供開墾。然以赤崁一帶數千甲水田，公司投資大筆資金自必要求回收，也就是對土地投資會要盡量收取報酬，稅收一定不會很低，但當初東印度公司只收取『米作什一稅』、『稻作稅』，且是經由發包給他人徵收的方法，其稅率每甲二至四鑄(real)之間，並無 諸羅雜識 中所載徵收 30% 收穫量的稅(翁佳音，2000，270-1)，所以『王田制』中漢人只是佃農，似乎是有問題的。

¹¹⁰ 原住民族期刊 13 期「當代記憶」所節錄於 1994 年車禍喪生的原運旗手多奧（黃修榮）泰雅族，生前在「還我土地」運動中剖析原住民族土地問題的文章。

與荷蘭王國。此蓋由東印度公司的特殊性質所致。但東印度公司是由荷蘭王國特許，可以代表荷蘭王國在東亞行使各種權力。因此，東印度公司的行為即是代表荷蘭王國。故而在與原住民所簽訂的條約中，均記載原住民村社讓與其主權於荷蘭王國。另一方面，荷蘭人雖然雇用漢人到臺灣來種植稻米、甘蔗等，但是土地所有權仍屬於公司所有，稱為「王田」¹¹¹（藤井志津枝，1999，27-8）。

然而，因為私有觀念存在於荷屬東印度公司殖民者與漢人移民之間，兩個外來族群碰到台灣原住民的土地時，三角紛爭自然而起，如 1650 年代『直家弄埔地開墾案』，新港與蕭壠社一帶的直家弄埔地，因土地肥沃，漢人早就有意開墾，1654 年初，荷第十一任長官卡薩（C.Caesar）命令各社番人開墾埔地，然未得到積極回應，台灣當局認為可撥給漢人承種，出讓所得利益，將充作埔地所屬番社之生計費用，然巴達維亞城也注意到，若不給漢人永業權¹¹²，漢人自不肯多花心思去開墾與改良，於是對於給漢人田園永業權，巴城原則上同意，並認為比起承讓若干年限，漢人會更願意投資改良。然值得注意的是，在台灣當局撥地給漢人承墾時，新港及蕭壠社番人仍主張對這些埔地擁有若干權益，但巴城卻認為番人無知，任憑附近土地拋荒，不若漢人之勤勉，足以讓公司殖民地繁榮，因此在政策上也傾向讓漢人耕種。如此一來，台灣傳統的土地糾紛，即政府、漢人與原住民三角對土地的傾軋在公司統治時代早就蓄勢待發（翁佳音，2000，273-4）。

因此由於在荷蘭入侵之前，並無類似現代『國家』之組織佔領台灣土地之史實，我們認為，原住民對土地的權利，來自於他們依賴利用土地生存¹¹³，並由其中發展出自己獨特的生活方式，而形成自己的獨特文化¹¹⁴。長期佔有利用並依此生存構成

¹¹¹ 根據翁佳音的研究顯示，荷蘭無國王，其最高領導人為「攝政總督」，且鄭成功在台灣尚未攻下之際，就因軍隊缺糧而派兵官到處屯田，卻仍不斷申誡「不准混侵土民及百姓現耕物業」，可見荷蘭時代，公司已承認原住民與漢人擁有私人土地所有權（現耕物業）。否則何須三申五令（翁佳音，2000，270）？

¹¹² 關於當時漢人是否有土地所有權一事，當初赤崁一帶田園至 1650 年初確實不少是由農民承租開墾，並無永業權，但是另一方面，赤崁以及以外之田園埔地，在台灣歐洲自由市民，乃至公司職員可以合法擁有。公司職員佔有土地或許理所當然，不足為奇，但漢人擁有田地所有權事實，在《台灣日記》等文獻中可以找到證據，例如：1645 年底，漢商八哥死亡，生前因積欠公司不少債務，其在台的房厝、田地等被公開拍賣作為償還公司之用。如只是租用，就不會有拍賣之事發生。另 200 年後之 19 世紀中葉，台灣道徐宗幹曾經提供一個很有意義的訊息：『有田土訟案，呈出舊契書永曆三年，猶鄭氏正朔也。』即徐氏在衙門審理民間土地糾紛時，其中有一造提出永曆三年地契作為己方有利證據。永曆三年即 1649 年，亦即上述舊契是荷蘭時代所立之字據（翁佳音，2000，272-3）。

¹¹³ 至於如何利用本文提不出具體史料，然而本文以為假使是簡單漁獵採集，也應該視為是利用土地，因此侵犯土地（生存領域），將是一種侵略，原住民有權發動『正義戰爭』護衛自己生存所需之土地。

¹¹⁴ 如同泰雅族何發隆所述：『我們所居住的土地，除地上資源—生物、動物、植物之外，也包括同一土地上祖靈之間的關係，形成特殊的經濟、社會和外交的關係，透過分享的生活方式為基礎建構文化（何發隆，1999，67）。』

地權基礎。然而台灣原住民有無權利不許移民來台呢？這似乎就是有無『自然主權』的問題，假使我們現在設想有一個現代國家地廣人稀，台灣地狹人稠，我們跟該國主張因為土地是上帝賜與人類全體的¹¹⁵，你還有很多空地沒有使用，所以你無權拒絕我移民，只怕會是一個笑話。假設我不經該國同意，強行進入該國，則會變成偷渡而須受該國法律制裁。他能拒絕我的基礎在哪裡？因為他有主權，他有一套法律規範，我不是該國人民¹¹⁶所以我無權對該國領地有主張之權。這是現代世界的規則，似乎不需爭辯，也無庸置疑，因為該國能這樣對我，同樣我所屬國家也能對其人民作同樣動作；顯然依據現代原則，『地廣人稀』之荒地必須開發利用原則，只適用在同一國家之內，世界由各個主權國家分割的事實，使我們去探討上述問題變的無益也可笑¹¹⁷。那原住民有無『自然主權』據以排斥移民呢？我想當初是沒有『整個台灣領土』觀念的，部落的土地範圍，以能到達及使用為限，並且有一套自我規範的法律¹¹⁸。所以事實上沒有西方『主權』思想，實際上也無能力執行類似今日國家防範入侵領土的能力，也許思慮也還不到要防範有人『入侵台灣』，對於土地是以部落或家族為單位公有共享。

然而原住民因此沒有『自然主權』嗎？這樣的推論也是不適宜的，並且是以現代『主權』觀念加以套用解釋，在還沒有任何國家以主權國家形式與原住民相遇之時，原住民擁有自己的法律規範並有著清楚的領土範圍，及自己的社會組織，當然可以視作對於其能控制的範圍享有『主權』¹¹⁹，然而移民者當然就不應侵犯上述主權所能及的範圍，農耕勞動成果固然是屬於勞動者所有需加以保障，然必須是在不先侵犯他人生存領域的限度之下始得加以保障。也因此自然主權在當初不是以今日所理解的主權形式出現，它代表原住民的最初土地權利。

¹¹⁵ 假設是一個基督教國家更好。

¹¹⁶ 我可以成為該國人民，但仍需該國同意，透過該國法律或者還需宣誓效忠等等之類儀式，或者還需坐『移民監』一段時日。

¹¹⁷ 以現代觀點質疑歷史，有時會犯下很多錯誤，比方中國古代一個大難題『舉目見日，不見長安』確實在當時是一大難題，然今日小學生也能辨別誰比較遠，但當時確實是很深刻的問題，也顯現當時人的思考力量。

¹¹⁸ 如何發隆所述：『部落的規定很嚴，因為GaGa的關係，即使沒有明文的條文規範，我們都能確實的遵守……我們以祖先教授的方式，用樹藤打結為記號，標示家族的土地使用範圍，別的家族成員看到後都會絕對的尊重，就算追逐的獵物進入別家的土地範圍，即會停止追逐不加以射殺，不會侵犯他人的權利(何發隆，1999，68)。』

¹¹⁹ 『一個國族佔據一塊領土的國家不只擁有所有權，也擁有對該土地及國土中的事物的主權。以此類推，既然一個國族的所有權與主權相連，國族的所有權與主權會在同時被佔有；』『如果不存有比它更早的佔有；毫無疑問地這足以駁回所有其他人的要求…作為這個佔有期的結果，任何其他人都不可能證明出比基於佔有更佳的權利。』(Reynolds, 2001, 54)

主權國家介入之後，問題就是這個國家是否基於『同意』或是出自征服而得以佔據該領土。東印度公司抵台之初所佔的土地，是由首任長官宋克向新港社購買而得，其後第三任諾一知每年還巡迴番社以禮物饋贈番人，向地主表示謝意，公司在台形同『借地人』身分；然而到了第四任朴特曼時代，一改前任做法，公司已自視為台灣土地之主。此後，公司依特許狀所賦予之權力，代表荷蘭聯邦議會，管理新領的台灣領土，在不損及商業利益下，台灣長官與議會將荷蘭制度引入（翁佳音，2000，271）。問題就在於荷蘭制度的引進是否正當，何以原住民必須接受該項制度，而非制度好不好或不可行，荷蘭據以認定原住民不會利用土地，浪費資源而引入的土地私有制觀念，固然對促進地利來說是正確的¹²⁰，然而對於一項不屬於荷蘭的土地權利主張具有利益¹²¹，強行以自己對於土地的認知理解，加諸於人，原住民土地流失的序曲，就起源於這種沒有基於互相承認尊重，單方面宣稱優勢的『主權』所發起；『自然主權』不是要證明原住民曾經建立類似現代的主權國家，而是對現今不基於對等、相互承認，不基於被治者同意所建立的現代主權，提出反省思考的空間。

¹²⁰ 假使以經濟利益為考量。

¹²¹ 地利可增加稅收，而私有制正是發揮地利的不二法門，以商業目的為主的荷蘭公司，保障私有權也是出於商業考量，當非為民眾考量。

第二節 當前台灣原住民的保留地保障問題

第一項 保留地沿革

台灣原住民保留地，一般認定可由下列四個時期觀察其由來：

1、清朝雍正時期¹²²：

實行「番大租」制度，准許漢人租用原住民的土地，它分為大社五百甲、中社四百甲、小社三百甲，這是原住民保留地的起源。

2、清朝嘉慶時期¹²³：

改制設立「番社」，「番社」周圍二公里種樹作為籬笆，提供給原住民耕作、狩獵，嚴禁漢人越界侵墾，這類的土地是原住民保留地的雛型。

3、日人據台時期¹²⁴：

日本人把台灣的土地區分為「要存置林野」、「準要存置林野」及「不要存置林野」，其中「準要存置林野」，又稱為「番人所要地」，它的面積約二十五萬公頃，是專門供給原住民耕作使用，這類的土地是原住民保留地的基礎。

4、台灣光復以後：

早期沿習日本人舊有的土地制度和管理的範圍；民國三十六年將這些土地定名為「山地保留地」，民國三十七年台灣省政府訂定了「台灣省各縣山地保留地

¹²² 清雍正三年（1725年）創設「番大租制」，承認漢人侵墾事實，而令其向山胞納租，結果「番大租制」急速向山中擴展，山胞土地日蹙，生存面臨威脅（臺灣省政府民政廳，1971，104-5），乃有清雍正五年巡台御史尹秦，鑑於當時原住民生存空間漸趨限縮，乃採用淡水同知王沂之議，上奏台灣田糧利弊疏時建議就原住民之番社，以大社五百甲，中社四百甲，小社三百甲為不許異動之番田，以防侵占之弊。尹秦之議雖未被採納，但這種做法可視為保留地制度之濫觴（吳樹權，1999，22）。

¹²³ 嘉慶年間，台灣知府楊廷理開發噶瑪蘭時，便劃設「番社」，大社給予五百甲，中社給予四百甲，小社三百甲，保留地專供原住民耕作狩獵使用，並沿其土地界線邊緣栽種樹木作為內界，不許漢人越界耕作（歐陽宇等，1998，172）。

¹²⁴ 日本帝國對生蕃地之看法，係認為其為無主地，以無主地國有化原則收奪生蕃土地。首先，臺灣總督府於1896年10月公佈「官有林野及樟腦製造業取締規則」，其第一條規定：無足以證明所有權之地卷或其他確據之山林原野算為官地。其次，1900年2月再以律令第7號公佈「有關蕃地佔有之文件」規定：非蕃人者無論以何種名義不得佔有、使用蕃地。這兩個法令揭示蕃地權利以「國有」、「官有」為原則，並且管制非蕃人對蕃地土地權利之取得，同時所有作為也用以否定蕃人對於生蕃地的土地權利，除非其能提出證明土地所有之地卷。自1925年開始，總督府更主導森林計畫事業，其目的在於統治權之改良、國土保安及林產供需之調節，亦為了藉此深入山地對蕃地進行深入的調查，卻也同時統一劃定蕃人保留地與耕作地的問題。由『臺灣林業基本調查書』可知，全島蕃地預定為第一次為蕃人保留11萬5000甲，第二次保留12萬5000甲，共為24萬3924甲（藤井志津枝，1999，30-3）。

管理辦法」作為管理的法規依據，民國四十九年將前述辦法修正為「台灣省山地保留地管理辦法」（上述辦法又於民國五十五年及六十三年兩次修正），民國七十九年的時候，把「山地保留地」之名稱修改為「山胞保留地」，並由行政院訂定「山胞保留地開發管理辦法」，民國八十三年為了配合憲法的修改，又把「山胞保留地」名稱修改為「原住民保留地」，前述辦法名稱也同時修正為「原住民保留地開發管理辦法」¹²⁵。

第二項 保留地的現況

台灣地區已劃編供原住民使用之保留地面積約計 25 萬餘公頃¹²⁶，雖佔公有土地總面積比率僅 10%左右，惟因其大多位於台灣的高山心臟地帶，珍貴的天然資源多集中於此，乃吸引平地資本入侵原住民社會，於是產生原住民保留地資源不當利用及地權私下轉讓售與非原住民的問題。就位置分佈而言，保留地多位於河流中、上游兩側與國有林班地或原野地接壤處，標高在 100 至 2,000 公尺不等，均屬山坡地範圍內之土地。由標高與可利用程度來看，這些土地多位在坡度大且地質脆弱、壤層淺薄的山區，並不適合大規模的農牧經營，比較適合造林，加強水土保持，以避免土壤侵蝕(顏愛靜，2000，22)。目前保留地的人口與各鄉鎮市保留地所佔面積百分比見表 4-2、4-3。

截至民國 85 年底為止，原住民已取得所有權之面積為 24,038.50 公頃，僅佔保留地總面積的 9.7%（至民國 87 年底止，原住民已取得所有權的比率為 11.14%（顏愛靜，2000，22）。）；其餘業已設定耕作權(農牧或養殖用地)面積為 10,259.73 公頃，比率佔 4.14%；已設定林業用地地上權面積為 34,941.60 公頃，比率佔 14.11%公頃；已設定建築用地地上權面積僅 176.05 公頃，比率佔 0.07%；已取得承租權(經營工商業用地)面積為 41,645.64 公頃，比率佔 16.81%；已取得機關用地之外的無償使用權(興辦宗教建築設施)，面積為 2,250.80 公頃，比率佔 0.91%。至於其他權屬的土地面積高達 133,336.03 公頃，比率多達 53.83%。其原因或是由於天然林地居多，原住民未依法設定或取得土地權利而逕行使用，且平地人違法使用比率很高有關（顏愛靜，1997，1-7~1-9）。

表 4-2

¹²⁵ 此法又在民國八十七年三月十八日行政院 (87) 台內字第 11301 號令修正發布全文 43 條。並在民國八十九年二月十六日行政院令修正發布第 2、5、9、12、17、21、24、26、30、40、43、44 條條文；並自發布日起施行。

¹²⁶ 原住民保留地係政府為保障原住民生計及推行原住民行政所劃設，廣布於全省 12 個縣，零散且多不相毗連，標高落差大，除原住民使用外，政府機關無償使用，平地人與民營公司承租、天然林地及其他用地等高達保留地面積 40.1%。

山地鄉人口、土地相關數據資料一覽表						
山地鄉						
鄉	總人口	轄內原住民人口(比率)			轄區總面積(公頃)	保留地面積(公頃)(比率)
		合計	山地原住民	平地原住民		
烏來鄉	4661	2027(43.5%)	1932	95	32113.6	2080.8(6.5%)
大同鄉	5966	4651(78%)	4583	68	76810	7898.5(10.3%)
南澳鄉	5979	5024(84%)	4916	108	74000	7031.87(9.5%)
復興鄉	11556	7922(68.6%)	7843	79	35077.75	12195.72(34.8%)
五峰鄉	4987	4421(88.7%)	4368	53	22772.8	7147.54(31.4%)
尖石鄉	8389	7168(85.5%)	7099	69	52758	11251.61(21.3%)
泰安鄉	5675	3852(67.9%)	3799	53	61451.2	5760.17(9.4%)
和平鄉	11335	3691(32.65%)	3505	186	103782	6680(6.4%)
信義鄉	17840	9451(53%)	9400	51	142241.9	11675.12(8.2%)
仁愛鄉	15558	12139(78%)	12065	74	127353.1	19914.05(15.65%)
阿里山鄉	6139	3724(60.7%)	3712	12	42784.7	6606.13(15.4%)
三民鄉	3422	2992(87.4%)	2970	22	25298.5	3777.91(15%)
桃源鄉	4910	4412(89.9%)	4382	30	92898	8778.06(9.4%)
茂林鄉	1917	1732(90.4%)	1707	25	19430	3902.13(20.1%)
三地門鄉	7443	6857(92.1%)	6804	53	19639.65	8489.19(43.2%)
霧台鄉	3227	3114(96.5%)	3081	33	27879.6	5803.63(20.9%)
瑪家鄉	6335	5834(92.1%)	5770	64	7870.08	5407.3(68.7%)
泰武鄉	4829	4636(96%)	4615	21	11862.7	5983.29(50.4%)
來義鄉	7999	7612(95.2%)	7556	56	17256.6	8681.27(50.3%)
春日鄉	5126	4634(90.4%)	4550	84	16000	8473.44(52.9%)
獅子鄉	5124	4746(92.6%)	4697	49	30100	14324.78(48%)
牡丹鄉	5134	4631(90.2%)	4532	99	18183.66	7198.78(39.6%)
海端鄉	4760	4309(90.5%)	4138	171	88003.82	6718.59(7.6%)
延平鄉	3816	3441(90.2%)	3294	147	45588.05	4816.05(10.6%)
金峰鄉	3423	3176(92.8%)	2935	241	38066	7834.65(20.6%)
達仁鄉	4242	3799(89.6%)	3601	198	30644.5	8997.62(29.4%)
蘭嶼鄉	3259	2951(90.6%)	2877	74	4839	4317.2(89.2%)
萬榮鄉	7655	7177(93.8%)	7037	140	62114.7	62119.(10%)
卓溪鄉	7114	6681(93.9%)	6527	154	102131.3	6683(6.5%)
秀林鄉	15529	12940(83.3%)	12533	407	164185.5	13269(8.1%)
【說明】	一、 山地鄉之原住民、山地原住民人口均有 1500 人以上(30%以上)。 二、 山地鄉之原住民保留地面積均有 2000 公頃以上(6%以上)。					

表 4-3

平地鄉人口、土地相關數據資料一覽表

平地鄉						
鄉	總人口	轄內原住民人口(比率)			轄區總面積(公頃)	保留地面積(公頃)(比率)
		合計	山地原住民	平地原住民		
關西鎮	32755	455(1.4%)	165	290	12552	230.2(1.8%)
南庄鄉	12251	2212(18.1%)	103	2109	16549.3	1606.3(9.7%)
獅潭鄉	5545	150(2.7%)	6	144	12137.3	248(0.2%)
魚池鄉	17938	390(2.2%)	101	289	7640	1.74(0.01%)
滿州鄉	9215	1884(20%)	827	1057	14220	67.48(0.5%)
台東市	110663	17201(15.5%)	911	16290	10977	27.7(0.3%)
卑南鄉	20020	5490(27%)	304	5186	41268.7	1288.73(3.1%)
大武鄉	6996	3501(50%)	328	3173	6914.5	4328.9(62.6%)
太麻里鄉	13362	5066(37.9%)	342	4724	9665.2	5299.3(54.8%)
東河鄉	11004	5862(53.3%)	63	5799	21019.1	15.64(0.1%)
鹿野鄉	9792	2431(24.8%)	105	2326	8969.8	3.45(0.04%)
池上鄉	10538	2117(20.1%)	76	2041	8268.5	742(9%)
成功鎮	18437	9721(52.7%)	96	9625	14399.4	293.28(2%)
關山鎮	10948	2368(21.6%)	160	2208	5873.5	293.28(5%)
長濱鄉	10201	5906(57.9%)	146	5760	15518.7	2339.6(15.1%)
花蓮市	108074	7208(6.7%)	1132	6076	2945	6.84(0.2%)
吉安鄉	76783	11446(14.9%)	1714	9732	6525.8	13.21(0.2%)
新城鄉	20682	4368(21%)	1189	3179	2938.3	3.33(0.1%)
壽豐鄉	20524	5609(27%)	243	5366	21844.5	331.82(1.5%)
鳳林鎮	13912	1887(13.6%)	200	1687	12051.8	260.52(2.2%)
光復鄉	16360	7661(46.8%)	110	7551	14920	365.65(2.5%)
豐濱鄉	6337	4890(77.2%)	104	4786	16243	718.26(4.4%)
瑞穗鄉	14846	5294(35.7%)	366	4928	13558.6	433.91(3.2%)
玉里鎮	31770	8401(26%)	573	7828	25597.9	531.15(2.1%)
富里鄉	13482	1686(12.5%)	114	1572	17637	154.67(0.9%)

【說明】

- 5%以下者計有：關西鎮、獅潭鄉、魚池鄉。其中關西鎮、獅潭鄉保留地面積均在 200 公頃以上，依據修正後規定，魚池鄉已非平地原住民鄉。
- 大武鄉、太麻里鄉雖原住民保留地超過 2000 公頃，且原住民人口均達 1500 人以上，惟依修正後規定不屬山地鄉。
- 另大溪鎮原住民人口佔 5.2%(山地原住民佔 2.1%，平地原住民佔 3.1%)，轄內無原住民保留地，依修正後規定不屬平地原住民鄉(鎮、市)。
- 其他原住民人口聚居之都會城鎮，其原住民人口及平地原住民人口均未達 5%，依修正後規定均不納入平地原住民鄉(鎮、市)。

本表資料九十一年度一月份(內政部)

第三項 保留地的管理組織爭議與法令競合及利用問題

民國八十五年十一月一日，經立法院三讀通過「行政院原住民委員會」；同年十二月十日正式成立「行政院原住民委員會」，這是我國民族政策上的一大突破，今後，有一個事權統一的中央部會層級的專責機構來統籌規劃，對於原住民政策的釐訂及推展，將更具一致性與前瞻性，並能發揮整體規劃的功能，帶動原住民跨越世紀全方位的發展¹²⁷。原民會於民國九十一年三月二十五日三讀通過組織條例，原民會機關名稱正式更改為「行政院原住民族委員會」¹²⁸，社會福利處更改為「衛生福利處」，經濟暨土地發展處變更並分為「經濟及公共建設處」、「土地管理處」。

台灣光復前原住民行政事務，大都採用隔離或強壓手段來治理，使得原住民社會的經濟發展，嚴重落後。台灣光復以後，政府基於三民主義的種族平等與憲法的保護扶植各民族之精神，民國三十七年由台灣省政府民政廳山地行政處開始辦理原住民業務，之後改制設科為原住民服務。並於民國七十九年七月一日由民政廳第四科改制成立「山胞行政局」，於八十三年十二月二十日更名為「原住民行政局」，並於八十六年一月六日提昇層級為台灣省政府一級單位，更名為「台灣省政府原住民事務委員會」。有關原行政業務，在中央原由內政部設科（山地行政科）辦理，基於憲法保障少數族群及有效落實推動原行政事務，需有機關統籌辦理。於民國八十五年十月成立行政院原住民族委員會。為配合政府再造工程，提高政府行政效能，民國八十八年七月一日配合「台灣省政府功能業務與組織調整暫行條例」，將省政府原住民事務委員會裁撤，業務歸併行政院原住民委員會，是為行政院原住民委員會中部辦公室。並將經濟暨土地發展處業務移至中部辦公室。民國九十一年三月二十五日三讀通過組織條例，經濟暨土地發展處變更並分為「經濟及公共建設處」、「土地管理處」。

然而前述「原住民保留地開發管理辦法」這項辦法的主管機關一直是歸內政部管轄，且該法是有關原住民保留地的開發管理的主要法規跟依據，其中甚且有規範人民權利義務的法條，因此原民會成立之後，就保留地管轄問題與內政部事權不一，

¹²⁷ 事實上所謂中央級部會組織，依林淑雅研究顯示其實行政院只想成立「內部單位」即依行政院組織法第 14 條：「行政院為處理特定事務，得於院內設各種委員會」，所以此內部單位與「中央部會級原住民專責機構」有相當大的落差，其不是獨立的組織體，無法以本身名義作成對外發生一定法律效果的決策與行政行為(林淑雅，2000，127-35)。故而其無法發揮預期功能，自是顯見事實。而後在立法院為方便通過，而刪除法源依據，然地位仍然不明。

¹²⁸ 中華民國九十一年一月三十日總統 (91) 華總一義字第 09100015060 號令修正公布名稱及第 1、7、9、10、12、19 條條文；並增訂第 7-1、7-2、16-1 條條文 (原名稱：行政院原住民委員會組織條例)中華民國九十一年三月二十五日行政院 (91) 院臺疆字第 0910013199 號令發布自九十一年三月二十五日起施行。

以下就此分析：首先原住民保留地業務只屬於地政司業務之一小部份，人力、經費皆不足，並且原住民機關要求擁有土地管理權，原住民雖具特殊身分，仍為全國人民之一部分，仍以內政部為中央主管機關；而原民會只是協調機關，並無實際權力，且是非法定之主管機關協調功能更甚於事務決策，見（表 4-4）。

表 4-4

地政司	土地管理處
1、關於原住民保留地政策之規劃、推動事項。 2、關於原住民保留地地權制度之研究、改進事項。 3、關於原住民保留地法令之訂定、修正與解釋事項。 4、關於原住民保留地增編、劃編與解編之策劃、擬定與督導事項。	1、原住民族土地之規劃、協調及審議事項。 2、原住民族土地與自然資源開發、利用、經營、保育之規劃、協調及督導事項。 3、原住民族土地相關法規之研議及協調事項。 4、原住民族土地增編、劃編之規劃、協調及一般管理事項。 5、原住民族土地地籍整理、地權管理、土地利用之規劃及協調事項。 6、原住民族土地流失之防止、收回、改配及一般管理事項。 7、原住民族土地重大開發利用之審議事項。 8、原住民族自治區土地之規劃及建設計畫審議、協調事項。 9、其他有關原住民族土地發展事項。 10、其他有關原住民經濟、公共建設及住宅事項。其他有關原住民經濟、公共建設及住宅事項。

資料來源：本研究整理

甚且原住民族保留地，因為其所處位置特殊，常常與其他相關法令相衝突，相關的法令見表 4-5

表 4-5

法令名稱及相關條文	規定內容	對原住民土地使用產生的影響
水土保持法第 19 條	經劃定為特定水土保持區之各類地區間(包括水庫集水區、主要河川集水區、海岸、湖泊沿岸、水道兩岸、沙丘地、沙灘及由主管機關視實際需要情形指定之其他地區)，區內禁止任何開發行為，但攸關水資源之重大建設、不涉及一定規模以上之地貌改變及經環境影響評估審查通過之負然遊憩遊息區，經中央主管機關核定者，不在此限。	土地不可事任何開發，包括建築房舍、從事農耕、漁牧、採集、砍伐林木及喪葬使用等。
國家公園法第 13 條	國家公園內禁止下列行為： 焚燬草木或引火整地。 狩獵動物或捕捉魚類。 污染水質或空氣。 採折花木。 於樹木、岩石及標示牌加刻文字或圖形。 任意拋棄果皮、紙屑或其他污物。 將車輛開進規定以外之地區。 其他經國家公園主管機關禁止之行為。 經國家公園或內政部許可，得為之開發的行為。	不在列舉範圍內之行為一律禁止，包括建築房舍、從事農耕、漁牧、採集、砍伐林木及喪葬使用等。
自來水法第 11 條	自來水事務對其水源之保護，除依水利法之規定向水利主管機關申請辦理外，得視事實需要，申請主管機關會商有關機關，劃定公布水質水量保護區，禁止在該區域內，切貽害水質與水量之行為。	有關建築、農耕、漁牧及喪葬使用均在禁止之列。
野生動物保育法第 10 條	主管機關得予公告管制之事項： 騷擾、虐待、獵捕或宰殺一般類野生動物等行為。 採集、砍伐植物等行為。 污染、破壞環境等行為。 其他禁止或許可行為。 對於保育類野生動物，除法令另有規定外，不得騷擾、虐待、捕獵、買賣、交換、非法持有、宰殺或加工。	對原住民傳統狩獵行為產生約束，其他諸如採集、砍伐林木及喪葬使用等亦在禁止之列。
文化資產保存法第 52 條 53 條	生態保育區與自然保留區，禁止改變或破壞其原有自然狀態。 珍貴稀有動植物禁止捕獵、網釣、採摘、砍伐或其他方式予以破壞，並應維護其生態環境。但研究機構為研究、陳列或國際交換等特殊需要，報經主管機構核准者不在此限。	土地不可從事任何開發，包括建築房舍、從事農耕、漁牧、採集、砍伐林木及喪葬使用等。
山坡地保育利用條例第 37 條	山坡地範圍內山地保留地，輔導山胞開發，並取得耕作權、地上權或承租權。其耕作權、地上權繼續經營滿五年者，無償取得土地所有權，除政府指定之特定用途外，如有移轉以山胞為限；其開發管理辦法，由行政院定之。	山坡地如坡高超過 28 的超限利用，將予以勸導改進土地利用，管理上給予規範。
森林法第 3 條、第 5 條	第 3 條、森林係指林地及其群生竹、木之總稱。依其所有權之歸屬，分為國有林、公有林及私有林。 森林以國有為原則。 第 5 條、林業之管理經營，應以國土保安長遠利益為主要目標。	限制原住民對森林資源之利用。

資料來源：李承嘉（1999）p.69；張朝琴(2000) p.207

這類的各類特殊地區之劃設與保留地有重疊競合的問題。這些特殊使用分區劃設的本意，在於維護自然環境、生態保育等的需要，所以對區域內的土地使用多所限制，但這些限制造成原住民使用權益受到損失，並影響其傳統的生活型態（如禁止狩獵、採集野生動植物等），甚至無法從事與其生計相關之開發行為，影響其生計，因此原住民對這些特殊使用區便產生極大的排斥感。這就是一種經濟資源分配的不公，更凸顯不平等的事實（張朝琴，2000，216）。

另外原住民保留地之土地利用問題，可分為下列五項：

表 4-6

問 題	問 題 情 況	形 成 原 因
1、保留地真正為原住民所持有之面積有限	1、大面積的國有林地無法使用，劃設為保留地形同不劃 2、真正屬於原住民之權利者僅30%，且其所有權更僅為11.2% 3、平地人所持有之土地面積雖不多，但多屬保留地中之最優沃之土地	1、保留地多位於山地，屬於國土保安之國有林地 2、原住民非法轉讓其保留地予平地人
2、原住民非法轉讓保留地問題嚴重	平地人非法使用之保留地具有地域性，即在環境條件優沃之土地，如台北縣烏來鄉、桃園縣復興鄉、台中縣和平鄉、南投縣仁愛鄉、信義鄉等	肇因於原住民的土地觀念（傳統的公有制）、價值觀及生活態度等，因而保留地之利用無法維持其現代生活之基本要求
3、原、平權會對保留地之爭議	平地人欲合法取其土地所有權，而原住民則希望政府將其土地收回，以正保留地之名	要源自於原住民非法轉讓保留地問題
4、原住民維生困難	部落經濟無法維持，青壯人口外流嚴重，並亦加速保留地的非法轉讓	土地多位處偏僻，且為較低經濟價值之地區，而成為導致原住民生活艱苦的重要因素
5、保留地的超限使用與國土保安之問題	保留地之地區應屬以南投縣超限利用最嚴重（面積最大），面積達 5807 公頃，台東縣（1997 公頃）、高雄縣（1669 公頃）、台中縣（1563 公頃）等次之	原住民之土地利用無法滿足其現代生活需求，迫使其必須違法超限利用，造成土地利用的競合問題，更且亦因影響整體生態環境及國土保安，而背負破壞山林之污名

資料來源：李承嘉（1999）p. 102。張朝琴(2000) p.216。

這些問題各有各的成因，主要就是在於當初保留地之劃設係沿襲日規而來，且其劃設有其目的，就是要在原住民融合進大社會之後，逐步廢除這項保護措施，這些有其歷史背景及原因，以下就此分析：

第四項 原住民保留地的探討

歸結表 4-6 的五項原因，原住民保留地最嚴重的問題可分為二種，其一是土地流失，其二是土地無法利用。土地流失部分，主要如前所述，自荷蘭時代即已開啟序幕，但自國民政府遷台之後，沿襲日人成規並且因為三民主義中保障及扶持弱勢族群精神，及國際大環境持一種扶助弱勢族群使之融入國家社會之氛圍中，乃延續保留地制度。然保留地劃設的位置多位於山坡地保育利用條例所劃定的山坡地範圍內，多屬崇高峻嶺，坡度大且地質脆弱，土壤層淺薄，加以多位於各大河川中、上游，乃與表 4-5 所列各種法令產生衝突，土地利用遭到限制。

早期台灣面對的是下面的情況：『民國三十四年，抗戰勝利，本省光復之後，政府面臨的乃是一個在警察統治之下，長期閉塞，文化落後，生活困苦，並且飽受歧視的山地社會（臺灣省政府民政廳，1971，23）。』且『一九五七年第四十屆國際勞工組織大會，為促使有關國家採取一致的方針跟政策，以保護與融合其國內的土著民族，改善其生活與工作條件，通過了「土著及部落人口公約」，其關於土地方面規定：尊重其傳統佔有土地的權利及習慣，防止外界取得其土地之使用權或所有權。不得強制遷離其慣居地。人口增加時應增撥土地，供給促進開發其土地之資財。上述公約我國為參加國之一，對其規定自屬全力支持並履行（臺灣省政府民政廳，1971，37）。』也就是當時的國際大環境，大多對國內土著採取保護和扶植政策，並採漸進融合和逐步撤銷保護趨勢，我國在此國際大環境之下，對山地之認定就是如下所述：『山胞以燒墾農業為主業，並盛行狩獵，由於生產技術落後，所得微薄，生活困苦，而且對土壤破壞極大，兼之交通梗塞，對外被長期隔離等原因，經濟活動處於閉鎖狀態，生產以自給自足為主，對貨幣經濟認識甚淺，一但與外界接觸，在交易上易受欺騙剝削，甚至土地不能自保（臺灣省政府民政廳，1971，104）。』

故而保留地的設置有其歷史基礎跟背景原因，當時不論國際或是國內，皆持一種想法，就是『文明進步』、『經濟發展』是必然也是好事，這與任何『進化論』觀點都不謀而合，然而我們放在當時背景之下觀察，持平而論，即便是要求同化者，也未必皆出於『壞心』，就是要故意抹煞原住民文化，也有希望『改善落後生活』使融入一般較『富裕』生活之下，然以今日原住民觀點檢視，這正是原住民文化之大敵，當時的台灣是沒有類似『自然主權』之類的觀念的。故而之後的定耕農業、改

善農業技術及積極推行山地實施造林育苗等『山地三大運動』，皆順利次第展開¹²⁹，乃是進步邏輯下的必然。

必須說明，當時山地保留地的設置實具有保障山胞生活，及林野管理利用等雙重目的¹³⁰。林英彥教授在『台灣先住民經濟發展之研究』一文中，對山胞經濟的分析認為山胞農業水準低於一般農戶水準甚多，資本形成也很薄弱，教育方式仍顯落後，尤其重要的是土地的負擔過重，按佐佐木高明的研究，燒墾輪耕農業的人口支持力約為一平方公里 25-30 人，而本省山地保留地每平方公里負擔 57 人超過適當人口兩倍，以致連續耕作期間較其它地區長，而休耕期間較其它地區短，如此將造成地利破壞，土地生產力減退之惡性循環。所以其建議：『速謀人口增加對策或改善耕作方式，考慮將來農業發展，利用山地有利條件，促進形成某種產品的主要生產地，建立農貸制度，及以政府公共投資、生產獎勵或引進民間資金幫助發展，實施農業保險及價格保障，改善交通運輸、倉儲及產銷，並導入副業，以調整勞力，增加現金收入，以及開發觀光資源等，以打破孤立閉鎖的經濟（臺灣省政府民政廳，1971，194-6）。』

以促進地利角度，證諸平均地權理論體系，當時會朝開發發展，有其歷史原因，當然所謂『沙漏』效應，或是依洛克所言會帶動進步¹³¹，假使我們以現今發展而言，可以說明部分是正確的，不過『相對』來說，原住民普遍較貧窮，則是一件事實。當然歸結原因，本文仍以為，沒有尊重原住民對土地的『自然主權』是主要原因，其後的發展，當然在一個國家的架構之下，其對人民的統治，總希望不要分地區、種族，大家共同在一個發展模式之下發展，『經濟發展』在當時時空背景之下是主要方向，所以爾後一連串對土地的思考模式皆朝向促進地利（經濟地利）發展，偶而如前述『八七水災』造成災難之後，環保才會被重視。原住民的發展，當然在這樣的思考邏輯之下，其與土地的深厚關係，就自然被經濟發展後預期會有的幸福所取代，留下的問題就是，何以必須以他人認定的發展方向作為自己『幸福』的依歸。

¹²⁹ 由於光復後政府在山地推行定耕造林，以及山胞本身對外接觸增多，隨而使山胞逐漸有了土地私有觀念，甚至逐漸發生土地兼併現象。民國四十八年「八七」水災發生後，一般認為山胞的燒墾輪耕農業對於國土保安非常不利，所以如何實施水土保持以及有計劃的開發山地，在原有保留制度下能否達成此一雙重任務，更值得探討。另平地山胞私有土地大部份因高利貸剝削已轉入平地人之手中，主張應繼續維持保留制度，不作任何變更。有的鄉主張實施土地放領，以便取得土地所有權，並可貸款改進其農業生產，但附帶要求豁免地價田賦，並且另行立法限制若干年內不得移轉土地。其餘大多數的鄉則主張以耕作權登記方式處理，亦即依照土地法第一百三十三條規定准予設定耕作權，於耕作權登記後繼續耕作滿十年時，無償取得土地所有權，在耕作權期間內依法限制移轉，並可享受八年免納土地稅的優待（臺灣省政府民政廳，1971，119-20）

¹³⁰ 依據憲法第 169 條規定，對其土地使用應依其氣候、土壤性質、及人民生活習慣之所宜，與以保障發展。

¹³¹ 即是西方工人也比美洲的大地主生活優渥之說。

特別是今日原住民普遍沒有嘗到發展的果實，反而是資本經濟發展下的受害者。

由保留地政策的歷史沿革，可以看到隨著台灣經濟的變遷，國家對於保留地的政策，一直擺盪於『保護』與『開發』兩個互相矛盾的極端之間，也由於這樣的政策搖擺不定，導致漢人勢力得以入侵山地，卻又不能完全入侵；這些造成今日原漢糾紛不斷，甚至有激引族群衝突之虞（顏愛靜，2000，22）。原漢之間土地產權糾紛之緣由，依據顏愛靜教授之分析有四項：(一)、山地社會拉的因素。(二)、平地社會推的因素。(三)、政府行政便宜措施。(四)、政府保留地政策的矛盾性(顏愛靜，2000，23-5)。其中非原住民使用保留地有其歷史因素，歸納起來有下列幾種情形：(1)日據時代伐木工人或隘勇軍的後代；(2)滇緬義軍與退休榮民；(3)承租保留地進行工礦、農林、漁牧等資源開發的公司與個人；(4)原住民收養的漢人養子女；(5)服務於政府機關；(6)經營觀光遊樂事業的公司與個人(顧玉珍等，1999，231)。另則是政府劃設保留地時，將漢人原居住使用的國有土地劃編為保留地(顏愛靜，2000，23)。因此政府為處理保留地違法轉售非原住民事宜，乃於民國47年至民國74年間，先後舉辦過6次保留地全面清查，然民國74年至85年間，並未辦理保留地全面確實清查，加上鄉公所執行不力，以至於非原住民違法使用保留地面積躍升為1萬多公頃(顏愛靜，1997，1-16~1-17)。

在原漢對於保留地的產權爭議¹³²中，平地人民認為保留地制度是一種土地族群化制度，限制山地鄉的漢人取得保留地產權，故主張政府應解編保留地，開放土地自由買賣；惟原住民社會則表示保留地為其命脈之所繫，且平地人民非原住民，故堅決反對解編保留地(顏愛靜，2000，25)。如何兼顧族群和諧、考量原住民族群社會永續發展，以及維持平地人在山地鄉投資改良與生活需求之下，提出解決策略，實為當務之急。以下根據顏愛靜教授之研究發現及建議分三點說明：

(一)、在保留地制度應否繼續存在方面，多數的原住民菁英與一般原住民認為應該留存，以保障原住民生存、文化傳承及經濟發展之必要空間。值得注意的是，原漢買賣土地糾紛頻傳或傳統部落組織維繫完整、族裔意識較強的山地鄉¹³³一般原住民則表達留存現制維護財產之強烈意念。再者，如有因特定緣故而解編保留地，原住民菁英認為應再增劃編適當面積以供分配給原住民，尤其是平地原住民。然此茲事體大，誠須再做評估，並考量應否留設一定面積的保留地，賦予土地總有權的方式，以延續原住民文化。

(二)、有將近三分之二的原住民菁英，認為保留地糾紛相當多，甚至引發原漢

¹³² 平地人民非法佔用保留地之面積已達1萬多公頃，其中絕大多數可能已被平地人民買斷，關於這方面一般原住民受訪者(437人)主張處理方式包括，由政府買回改配其他原住民(42.8%)、由政府強制收回(17.4%)、由當事人自行解決(11.0%)、承認現狀(7.1%)、解編成一般土地(5.7%)等；而原住民菁英受訪者(60人)則主張，由政府強制收回(31.7%)、由政府買回改配其他原住民(23.3%)、解編為一般土地(13.3%)、承認現狀(6.7%)、由當事人自行解決(3.3%)等(顏愛靜，2000，27-8)。

¹³³ 如台中縣和平鄉、南投縣仁愛鄉、嘉義縣阿里山鄉、屏東縣牡丹鄉、花蓮縣萬榮及卓溪鄉等。

族群衝突，而一般原住民的意見則顯示出「土地糾紛」嚴重區域與「買斷普遍」區域之間，存在某種關聯性，究其起因固然不少，然以政府執法不嚴，土地私下轉租、讓售平地人之糾紛為多。因此，政府應定期清查平地人租用保留地，嚴格執行違規收回措施，或可消弭這些糾紛。其次，平地人只限於「光復前或保留地總登記前已在山地設籍且仍使用保留地者」，方得於保留地解編後予以價購，其合理價格則以「當期土地公告現值」為基準，且該價款收入宜設置基金，以為協助原住民經濟發展之用。

(三) 有關保留地不得轉售給非原住民之限制規定方面，無論是原住民菁英或是一般原住民大抵認為應予嚴格執行；然對於應嚴格執行保留地不得出租給非原住民之規定者，兩者意見均趨於保守。這種對租、售執法寬嚴不一的態度取向，可能源於原住民認為土地產權是他們的生存基礎，不容許流入平地人手中；而出租僅是土地利用權的釋出，平地人並未取得產權，故能符合原住民的傳統產權觀念。然執法不宜寬嚴不一，正本清源之道，還在於增闢管道，引進資金技術，以協助原住民突破邊陲經濟的困境，方可提升經濟能力，達成族群永續發展之目標(顏愛靜，2000，29)。

此三項建議，在內政部新版原住民族保留地開發管理條例似乎都有考量入內，以下第三節就此問題作分析。

第三節 政府保留地政策之檢討

內政部制定新版原住民族保留地開發管理條例草案¹³⁴，原住民族保留地分為山地保留地、增劃編的原住民保留地以及依本條例規定新劃定的原住民族保留區範圍內的土地；原住民族保留地開發管理條例最富特色的部分之一就是設立原住民族部落團體，原住民族部落團體是經原住民委員會核准設立並登記者，可以為權利義務的主體，有別於一般公益社團法人或營利社團法人¹³⁵；為促進原住民傳統文化發展及維護部落共同體的精神，原住民族部落團體可以依據原住民族保留區計畫，把保留區域內對原住民具特殊文化價值的地區，規劃適當用地，擬訂開發及經營管理計畫，無償取得土地所有權¹³⁶。

簡言之，這個管理草案增加了原住民跟土地的倫理關係，不但建立了原住民部落團體成為權利的主體，同時也設立了原住民的保留區。未來規劃這個保留區的土地面積將近有十四萬多公頃，這些土地包括現有還沒有分配的原住民保留地，以及傳統領域的土地。將來這個 14 萬公頃的保留區，雖然建立了原住民自我管理的機制。但是對於保留地這個管理草案的主管機關，原民會還需要向行政院努力來爭取，讓原民會是原住民事務的最高行政機關，而不是行政院內的一個小部署，聽令於上層機關而無任何主權，否則，此開草案將只是具文，原住民問題永遠無法得到改善¹³⁷。

然依據第二十三條，『為保存原住民地區傳統文化，促進產業及自然資源之整體發展，改善生活環境品質，並兼顧國土保安及生態保育，直轄市或縣（市）主管機關得就現有原住民保留地或公有土地中屬於原住民傳統祭典、祖靈聖地或舊部落及其周邊耕墾者，會商有關機關，堪選適當地區，經公有土地管理機關同意後，劃定原住民族保留區範圍。』這即是傳統領域的劃定，也是依此條例原住民得以增加保留地的唯一法條，政府的規劃及執行狀況見表 4-7

¹³⁴ 原運努力多年的「還我土地」運動，獲得政府回應，此條例最重要之精神有二：（一）、是新劃設「原住民族保留區」，以落實保存原住民族文化，並促進產業自然資源的發展；（二）、創設「原住民族部落團體」的新制度，並給予法人地位，共有區的土地不再分配給原住民個人，而由部落成員共同享有、共同開發。

¹³⁵ 然此部落團體，缺乏各族自我認定機制，除第 11 條第五項族別：其屬該族之亞系者，並記明其亞系，及第六項區域範圍，實看不出與原住民有何關聯，以法人形式規範部落團體，本文以為仍需顧及各族自我規範的機制及傳統。

¹³⁶ 可見諸草案 第三十四條為促進原住民傳統文化發展及維護部落共同體之精神，原住民部落團體得依據原住民族保留區計畫，將保留區域內對原住民具特殊文化價值之地區，規劃適當用地，擬訂開發及經營管理計畫，向直轄市或縣（市）主管機關申請同意後辦理。

¹³⁷ 見原住民族 18 期，期許公平正義之實現，原子筆電子報社論。

表 4-7

項目名稱：推展恢復原住民傳統土地與傳統領域計畫，確保土地權益			
預定目標	執行策略 (措施)	評核標準	備註
<p>一、確定「原住民傳統土地權與傳統領域」之土地範圍</p> <p>二、擬定原住民傳統土地權與傳統領域土地恢復處理程序及如有非原住民使用時之處理方案。</p> <p>三、擬定原住民傳統土地權與傳統領域土地恢復後之權屬型態及利用方式。</p>	<p>一、調查下列土地分佈情形：</p> <p>(一) 原住民舊部落及其周邊耕墾遊獵之土地。</p> <p>(二) 原住民祖先耕作、聚居、遊獵之土地。</p> <p>(三) 政府徵收、徵用作為其他機關管理而目前已放棄荒置或未使用之土地。</p> <p>(四) 原住民使用河川浮覆地。</p> <p>二、彙整上開土地後委託學術單位配合相關圖籍資料，勘定土地範圍。</p> <p>三、與土地管理機關研商土地產權移接事宜及擬定計畫陳報行政院核定。</p> <p>四、辦理土地地籍測量及登記事宜。</p> <p>五、輔導土地管理與開發利用。</p>	<p>一、九十年度預定調查原住民族用地分佈情形並彙整後委託學術單位配合相關圖籍資料，勘定土地範圍。</p> <p>二、擬定原住民傳統土地權與傳統領域土地計畫及與土地管理機關研商土地產權移接事宜。</p>	<p>第一季執行情形：</p> <p>一、完成成立原住民族自治區專案小組，由本會政務副主任委員擔任召集人，成員為各處處長、及本會聘用委員七人。</p> <p>二、設置原住民族自治法起草小組，由法制專家學者擔任，並於九十年二月一日完成研擬草案初稿，經簡報予以修正。</p> <p>三、於地方政府舉辦分區座談會，共同研討自治區規劃方向。</p> <p>四、規劃於本(九十)年四至五月間辦理原住民族自治法草案徵詢民意座談會，作為該法草案修正之參考。</p> <p>第二季執行情形：</p> <p>一、四至五月間分別於宜蘭縣、花蓮縣、台東縣、屏東縣、高雄縣、嘉義縣、南投縣、新竹縣、台北縣政府及台東縣蘭嶼鄉公所等辦理原住民族自治法草案意見徵詢分區座談會十場次。</p> <p>二、於本(九十)年五月十七日與總統府人權諮詢小組辦理原住民族自治公聽會。</p> <p>第三季執行情形：</p> <p>一、整理分區座談會紀錄，釐清重點意見及爭議問題，檢討準備研修原住民族自治法草案。</p> <p>二、協助編印原住民族人權與自治報告，提供作為規劃推動原住民族自治制度之參考資料。</p> <p>第四季執行情形：</p> <p>一、針對分區座談意見修正原住民族自治法草案竣事。</p> <p>二、整理應配合原住民族自治法草案修正之法律共 57 種。</p> <p>三、委託學者專家撰寫原住民族自治法立法論文集。</p>

目前這項推展恢復原住民傳統土地與傳統領域計畫，確保土地權益規劃正交由台大地理環境資源學系張長義教授研議之中。

另外根據馬賴 古麥對傳統領域的建言有下列五點：

- 1、執政者應優先爭取原住民社會於七六年間發起的「還我土地運動」六萬公頃的土地面積；原住民歷經十四年走上街頭，流血流汗，但迄今行政院核定後據以增劃為原住民保留地，只不過是一萬七千公頃，相較於原住民希望歸還土地面積還不到四分之一，且歸還的土地大多是無法耕種，難怪被原住民「譏」為「連猴子都爬不上的土地」；政府尚未歸還的土地約六萬公頃，在內政部、農委會，甚至行政院資料皆有案可查。傳統土地與傳統領域的推動何必多此一舉，浪費國家資源，還我土地運動的繼續爭取執政者應列為首要推動目標之一，此其一。
- 2、執政者應協調政府相關部會對無償使用，指定之特定用途，政策遷村、國家公園、退輔會、國營事業機關佔用，撥用劃設原住民土地，現仍在使用者，應歸還原住民，此其二。
- 3、執政者應將多年來政府撥用、無償使用或未辦手續之各機關學校使用原住民保留地而荒棄不用，用途廢止或變更使用之土地，應最短時間內清理收回，回復保留地，此其三。
- 4、執政者應發揮「協調」，「溝通」的功能，對現行原住民保留地諸多限制「法律競合問題」如特定水土保持區（約有三分之二保留地受到影響）國家公園，水質水量保護區（保留地約有二分之一受影響），野生動物保護區，自然文化景觀區等，這些修法的工程，中央原民會理應積極處理，否則再多的保留地對原住民也是無濟於事，此其四。
- 5、執政者應積極運用智慧，廣周諮訊，審慎處理平地人使用保留地（合法化與否）的問題，若仍用「駝鳥心態」，「因循怠惰」，俟新的「國會」產生，而支持「平權會」的國會議員席次增加，屆時中央原民會的「保留地政策及現有機制」將不堪一擊，此其五（馬賴 古麥，2001，2-3）。

另根據原住民族保留地開發管理條例草案¹³⁸，對於長期以來原住民取得保留地

¹³⁸ 第四十條本條例公布施行後三年內，直轄市或縣（市）主管機關應清查直轄區內公有原住民族保留地。對於中華民國八十四年原住民保留地土地資源利用清查計畫實施以前，已由非原住民實際使用至今且未辦理合法租用程序，除經設定耕作權或地上權登記於原住民者外，經該管鄉（鎮、市、區）公所原住民族保留地權利審查委員會審查通過後報請直轄市或縣（市）主管機關核准租予非原住民。但違反國土綜合發展計畫法、都市計畫法或國家公園法之使用管制規定者，不得租用。

第四十三條中華民國八十四年原住民保留地土地資源利用清查計畫實施後，公有原住民族保留地除於本條例公布施行前以依法出租或第四十四條及第五十一條規定情形者外，不得租予非原住民。

權、地上權或承租權後，私自違法轉租給平地人使用的情形，原住民族保留地開發管理條例特別以民國八十四年為清查時間點，強制收回土地並塗銷登記，其中部分土地可以經一定程序租予平地人使用；對於民國八十四年原住民保留地土地資源利用清查計畫實施以前，已由非原住民實際使用至今且未辦理合法租用程序，除經設定耕作權或地上權登記給原住民者外，可以經該管鄉鎮市區公所原住民族保留地權利審查委員會審查通過後報請直轄市或縣市主管機關核准租給非原住民；對於非原住民長期使用或因錯誤編為原住民族保留地的保留地，因與原住民無傳統淵源關係，因此原住民族保留地開發管理條例規定，非原住民於民國五十九年十二月底保留地總登記以前，即已居住、使用的原住民族保留地，將可以視實際情形或經非原住民申請，予以解編。不用說此法會遭原住民不滿與批判了¹³⁹。

政府保留地政策的矛盾之處表現在以下三個方面：(一)、保留地管理事權不統一，保留地多元使用難免相互掣肘。(二)、歷次保留地管理辦法之修正內容，不斷顯現政府對於保留地「開發」與「保護」之矛盾態度。(三)、清查違規使用保留地，並賦與平地人合法使用權，徒使保留地流失(顏愛靜，2000，24)。根據「台灣省農林邊際土地宜農、宜林、宜牧劃分標準」，保留地約有 70% 為宜林地，僅有 24% 為宜農地，在國土保安需求下，土地利用上本來就應該受到限制，加上部分限制發展地區與原住民保留地重複劃設，受到如表 4-5 等法規之限制，故而有關環境生態、國土保安之坡度陡峭的保留地應考慮予以解編，或限制土地使用型態，或有限度開發使用。公有土地放領政策，宜全盤審慎考量，尤其公有林地牽涉國土保安、水源涵養者，不宜輕易放領為原住民私有，特別是保留地一方面與部分限制發展地區範圍重疊，開發使用必須受到若干限制，一方面又要以保留地來保障原住民生計，兩者實難兼顧(廖美莉，2002，1-2)。

本文最後以為，解編必須審慎為之，政府必須以尊重『自然主權』作為處理原住民土地問題的考量前提，如此才不至於偏離『民族意願』太多，然後再考量原住民文化與土地之間的深厚關係，兼處理保育、保安等等必須兼顧的問題，以及原住民的經濟發展問題，以此推展『原住民自治』，方始能展現尊重文化多元意義，否則對原住民而言，在沒有尊重對土地的『自然主權』之下的任何安排，都將是口惠而不實際¹⁴⁰。政府需思考以下兩項：

第四十四條原住民族保留地合於下列情形之一者，直轄市或縣(市)主管機關得視實際情形或經非原住民之申請，於不妨礙原住民族保留區計畫使用下，報請行政院原住民族委員會核轉行政院同意後，予以解編，並移交公有土地管理機關接管：

- 一、非原住民於中華民國五十九年十二月底原住民保留地總登記以前，即已居住、使用者。
- 二、誤編為原住民族保留地者。

¹³⁹ 原住民批判，見附錄二。

¹⁴⁰ 原住民對自然主權的宣示及實際行動可參見附錄三。

- 1、台灣原住民的想法：『是該我們發出聲音，宣示我們從古到今就擁有的自然主權的時候了！因為我們是台灣這塊島嶼原來就住在這裡的居民，我們絕對有這個權利、這也是我們的責任—為了不安的祖靈和幼小的子孫—我們要大聲的宣示我們對台灣島的自然主權！我們的依據和支持

一、聯合國原住民族權利宣言

第三條—原住民族享有禁止歧視、文化完整、土地與自然資源、社會福利與自我統治。

第四條—原住民族有權維護和加強其獨特的政治、經濟、社會和文化特徵及其法律制度，同時，如果他們願意，保留充分參與國家政治、經濟、社會和文化生活的權利。

二、中華民國憲法增修條文第十條

第十二項—國家應依民族意願保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育、文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業，予以保

障福，並促進其發展。

三、陳水扁總統選舉前親自到蘭嶼與台灣原住民族代表訂立「新伙伴關係」的承諾。

我們的行動策略

- 1、從部落教育做起，讓部落的每一份子都了解我們的困境和我們的權利。
 - 2、劃出部落傳統領域、繪製部落領域地圖、製作部落領域模型。
 - 3、召開部落會議，擬定「部落主權公約」。
 - 4、爭取台灣社會及全世界其他地區原住民族的認同和支援。
 - 5、宣示主權。』(資料來源：原住民族 18 期)
- 2、國際觀點 Daes 女士針對國家和國際上實行會影響到原住民的土地、領土及資源的行動時，所應注意的準則規範，以作為其為原住民工作組研究原住民土地問題時所歸結出的根本指導原則(Fundamental Guiding Principles)共有九項：
 - 1、每個國家必須嚴格建立及維持關於原住民和他們的傳統土地、領土及資源 (Lands, Territories, and Resources) 的法規 (The Rule of Law)。對原住民整體和個人而言，救濟方法 (Remedies) 必須是有效及可行的 (Available and Legally Enforceable)。法規是公正 (Just) 及民主的法律並由國家及其公民共同建立一體適用，包括國際人權法和國際人道法。

- 2、國家和國際針對原住民的固有土地、領土和資源時的所有行動和法律措施必須考量對所有原住及非原住群體 (Parties) 最公平的標準 (Fundamental Fairness)，而所有這些行動必須公平正義的表現在 (Characterized by Justice) 歷史、政治、法律、社會及經濟的面向。
- 3、國家和國際針對原住民的固有土地、領土和資源時的所有行動和法律、行政措施，必須在適用及執行上是非歧視性的 (Non-Discriminatory) 以及不能在與國家中其他非原住民相比時，陷原住民整體及個人於任何劣勢或不利後果 (Disadvantage or Adverse Consequence)。
- 4、國家和國際針對原住民的固有土地、領土和資源時的所有行動及法律措施必須確保 (Assure) 所有原住民有足夠的土地、領土和資源作為確保他們的福利 (Well-Being) 及公平發展為一群體 (Equitable Development as Peoples)。
- 5、國家和國際針對原住民的固有土地、領土和資源時的所有行動及法律措施必須承認 (Recognize) 原住民的自決權 (Self-Determination of Indigenous Peoples) 及有責任義務考慮安置專屬 (Appropriate) 傳統的政府組織，及尊重原住民有權控制和保護他們自己的土地、領土和資源。
- 6、國家和國際針對原住民的固有土地、領土和資源時的所有措施即使是非直接的影響，也必須在決策過程中，提供完整及直接 (Full and Direct) 的參與給那些受影響的原住民。
- 7、國家必須尊重和保護原住民所具有的對土地、領土及資源的特殊關係，特別是神聖的祭儀場所 (Sacred Sites)，具文化意義地區 (Culturally Significant Areas) 及那些用來維繫固有文化和宗教傳統的資源利用。
- 8、國家和國際針對原住民的固有土地、領土和資源時的所有行動及法律措施必須在實際上給予原住民有完全影響力 (accessible) 並提供充足的技術和財力資源以確保這些措施、決策和過程能被他們有效的行使。
- 9、國家和國際針對原住民的固有土地、領土和資源時的所有行動及法律措施必須在完全尊重原住民的所有人權和基本自由權的脈絡下被執行，特別是最低標準 (Minimum Standards) 載於聯合國原住民權利宣言草案 (Draft United Nations Declaration on the Rights of Indigenous peoples)、國際勞工組織公約 169 (ILO Convention No.169) 和美洲原住民權利宣言草案 (Draft American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples) (Daes, 2001, 40-41)。

這些可以作為我國在思考對於解決原住民相關土地問題時據以考量的國內外依據，從其中找出合理可行之路，為政府必須正視及面對的課題。

第五章 結論

在糾結不清 (tangled and murky) 的過去中，很難去重新建構人地關係，歷史與當代對於過去的許多口述及文獻紀錄當中證實，有相當多的大規模遷徙(migration) 及遷移 (displacement) 行動都曾發生，而這些行動一直持續至今都還在發生，也因此想去搞清楚誰最先住在這裡或那裡，何時住，住多久，就變成是異常困難的事情 (Goehring, 1993, 3)。更增加此種困難的是定義出感官認知的邊界 (perceptual boundaries) 的困難，現今世界依法定出有限、排外 (defended) 的邊界，然而很難想像的是當初完全沒有劃界 (delineations) 時的領土主張會是怎樣一個樣子。在前工業時代很多時候邊界是無關緊要 (irrelevant) 的，也有些個案中顯示邊界的概念是超出社會的實際範圍的，如格林蘭島的印努依特人 (Thule Inuit)，直到最近仍然相信他們是世界上唯一住在地球上的人群。整個地球都是他們的，他們完全不能想像他們未曾到過的其他地方 (Goehring, 1993, 3)。

今日專斷的 (arbitrary)、直線式的 (linear)、及無限 (infinitely) 可拿來作定義的邊界，以法律方式分割地表成許多國家，是歷史的異常現象 (anomaly)。因為我們生存在這個星球，邊界(假定它已經存在) 常常是模糊不清 (vague) 的構成，有時更是很糟糕的劃定。很多時候，自然邊界就已經足夠了 (sufficed)；另一些時候，因為季節性或長期土地使用的重疊 (land-use overlaps)，例如北美洲的丹奈人 (Dene) 跟印努依特人 (Inuit) 他們根據樹線 (tree-line) 邊緣，分季節來分享土地。流動性 (fluidity) 跟含糊不清 (nebulousness) 常常可以避免彼此的衝突。更常的時候邊界只存於人們的心中 (Goehring, 1993, 3)。

對前工業化的人們來說，他們沒有或只有一點點私人所有權的觀念，清楚的對土地定出邊界，對他們而言是不重要的。一直要到西方工業國家，挾者私有權的優勢和國家主權的概念入侵時，才需要定出清楚的邊界，也才開始引發衝突 (Goehring, 1993, 4)。由於民主理念的擴散、自決原則的重新獲得重視、及由全球化 (globalization) 所引起的差異感 (awareness of difference)，使得原住民作為國際社會一員的舞台大幅增加，從此生活在世界各個角落的原住民逐漸受到重視與關注，他們自己本身亦組織起來，在各個他們生存的國家中進行民族運動與社會運動，但是當他們試圖捍衛他們的生存與獨特的生活方式時，他們發現他們祖先流傳下來的一切，總是與現今他們生存的國家主流方式不同，對此，他們幾乎是無力去改變些甚麼 (Guibernau, 1999, 68)。

因此原住民地權問題應該就領土、土地及自然資源等三個方向來探討，如此才能全盤理解原住民『還我土地』要求的真實內涵，尤其應注意的是，原住民土地問題，是一項世界性的問題，必須放在全球的架構中才能更真實的知道其展現的意義。

原住民的土地問題可以把它歸結到地權內涵的意義這樣一個問題上，即最初土地權是怎樣出現的，然後再隨著歷史的發展而成為今日的樣貌，然而歸根結底總是會有誰最先擁有這塊土地這件事情。當然先佔有這塊土地¹⁴¹，並不一定代表就具有土地權，因為還必須建立在勞動的基礎之上，因為如我們所知，土地不是人力所能製造，自然人不能去擁有不是他自己製造出來的東西，除非是基於自己的勞力。如印地安人沙克族的話：『我的理智教導我，土地是不能買賣的，老天賜予土地給人類，是要我們靠其維生，只要我們生活在土地上，就有權利用它，但是一旦我們離開它，那麼其它的人就有權來利用它，在其上生活，沒有什麼東西是可以買賣的，除非是那些可以帶走的東西。』（陳佩周，1999，125）確實生活在土地之上，就有權利用它，洛克也是本著上天賜土地給人類就是要人類利用它這個前提來展開他的論述，然而洛克卻把農業定耕及商業資本活動，這類行為才看作是勞動，把原住民的漁獵游耕視作是懶惰、非勞動的事情。

然而，透過『涉及他人利害者，須獲得利害關係人同意』以及『留有足夠且一樣好的地給他人』這兩項論述，我們可以駁斥洛克殖民學說的不利影響，並進而給原住民一個以往遭受的不公義一個交代，那就是國家必須深自反省，並且給予原住民內部自治，以期達到保障原住民土地、領土及資源權這樣一個目的。

另一方面任何一塊現今被人正當擁有的土地，都曾經轉移過，經過一系列自願移轉的完整過程，而能追溯到最初圈地的那個人，這整個過程，中間要是有被不當（unredressed）干擾，如征服（conquest）或是徵收（expropriation）等等行為，都會使得現今這個正當所有權變成無效，而不論現今這個所有者知不知道這個過程。因此現今在美國、東歐、澳洲等地很多法院皆針對由這個自由原則所建立的過程，來探究個人或團體的土地權利是否合於這個過程。當然這是一個複雜過程，需要很多年代久遠的歷史資料（Steiner, 1998, 65-6）。原住民可以因為當初受到不公義對待，而主張現今的土地擁有者其權利為無效，因為土地移轉過程中有不當干擾。

原住民最憤恨不平的就是被外來社會定義，而那些人在他們眼中其實是入侵者（intruders），作為一個第一民族，在自己的土地上被稱為少數是不能容忍的，因此許多原住民視自己仍然在世界中，是主權（sovereignty）的擁有者，而其他不過是後來的外國人（aliens）（Goehring, 1993, 4）。政府或是社會必須理解這樣一種想法後面的歷史脈絡，從而釐訂出一套『雙贏』的新夥伴關係政策，就在世界原住民國際十年（International Decade of the World's Indigenous People）中，政府必須改正

¹⁴¹ 『先來先佔』原則，洛克本身在討論時，曾留下一個但書，就是必須或說實際上仍然還有許多一樣好的土地等著願意付出勞力的人去開發，也因此由最基本的平等共享自由權(equal freedom)中我們就發現一個是由因為擁有自我，所以由我的勞力所開發的土地，那塊土地的權利當然歸我，第二就是我不能無限制的到處圈地開發，我只能佔有我有能力或我所能享用的那一塊，多取則被視為是不義或是無效的。因為我一下子掠取過多，將使別人有很少的或根本無從選擇的機會(Steiner, 1998, 66-7)。

一些歧視性的法律與政策，特別是那些違反人權與限制原住民的土地資源權的那些法律，主要必須考慮檢討下述幾點：

- 1、發現或無主地理論。
- 2、原住民沒有能力或沒有集體擁有土地的能力。
- 3、原住民的土地權利，可以不經正當法律程序（due process of law）及公平、公正的補償，就任意由國家或第三者奪走。
- 4、原住民的土地必須信託（trust），而不顧原住民本身的意願。
- 5、單方面消滅原住民的土地權利的政策。
- 6、國家制定排除原住民進行土地要求過程（land claims processes）的政策（Daes, 2001, 42; para.149）。

聯合國，它的專門機構及其他國際政府組織，在履行 21 世紀議程(Agenda 21) 時，必須確保原住民的文化多樣（cultural diversity），傳統價值及生活方式，並須持續下去這樣的努力(Daes, 2001, 44; para.159)。台灣不自外於國際社會¹⁴²，自應遵從國際潮流及趨勢，從善如流，由土地保障開始，尊重原住民的土地權利；然而『地盡其利』，所謂地盡其利的『利』字，絕對不可以單純的從經濟利益來予以評價，那樣會變成只以經濟掛帥，會失去人性，失去與自然的調和，不能與萬物共生(林英彥, 1997, 13)。土地有滋生萬物，涵養水源，調節氣候，形成景觀，創造經濟利益，教育人民認識自然等等功能存在，這些功能對我們人類來說，都是至高無上的利，所以地盡其利，絕對不是儘量提高其經濟價值一項而已，各種各樣的地利均應兼顧，那才是人類最大的幸福。所以地盡其利，乃指土地各項功能之均衡發揮，由此使人類得到最大之幸福（林英彥, 1997, 13）。所以台灣怎能不重視原住民的生態知識以期共創原住民與國家的共同『地利』呢？當然一個最重要的前提就是先保障地權，以免原住民在不久的將來，變成『記憶』而僅能由紀錄片或是文獻資料中重現。

另根據原住民族發展法草案第七條（表 5-1）政府當保障原住民自治，故而原住民族自治法，正加緊催生，然而土地問題若是沒依據原住民具有『自然主權』的方向來思考，則這樣的自治所能發揮的功能效果，是可以預期與原住民想法會有很大的落差。見表 5-1

¹⁴² 台灣為落實國際人權法典國內法化，行政院院會於 2002 年 3 月 30 日通過外交部「公民與政治權利國際公約」及「經濟社會文化權利國際公約」，前述二公約受國際情勢變遷影響，自 1967 年簽署後迄未完成國內批准程序。

表 5-1

<p>第七條</p> <p>國家應依民族意願，保障原住民族之民族自治權，實行原住民族自治。</p> <p>原住民族之自治，另以法律定之。</p>	<p>一、原住民族自治為國內原住民族長期以來追求之目標，為追求原住民族自主發展，爰於第一項明定之。</p> <p>二、參照憲法第一百六十八條之民族地位保障規定及憲法增修條文第十條第十二項之民族意願原則，本條規定原住民族之自治應具合憲性。</p> <p>三、原住民族自治制度之建立，涉及許多現行法令制度之調整，為求周延，應另定法律予以釐清，爰於第二項明定另以法律定之。</p>
--	---

然而另一方面，原住民本身必須加以思考的是，文化是否必須是一成不變的？也就是說，文化是否一定得由傳統是不可改變的角度來思考，傳統是否永遠都是對的，不容改變？答案應該是否定的。無論是優勢或弱勢族群，都必須因應環境的變化，對本身文化作一些改變。而這種改變有時並不是人為刻意更改，更大部份應說是由「演化」來的。演化本身通常需要好幾代人的時間才能完成，且是一個持續過程，牽涉許多複雜因素，在當時通常無法預料，但可以確定的是，文化不能也不該是一成不變。原住民的文化，傳統文化也是如此，回復傳統文化，絕非是回復一切舊有生活方式，原住民本身正面臨自我重新定位（re-definition）的關鍵時刻。

如北美洲卡納瓦克的莫霍克人 (Mohawks of Kahnawake)，他們經常被視為是美洲原住民成功發展的典範。他們由於已經擺脫掙扎求生存的狀況（survival model），而能依照土著民族主義 (Native nationalism) 的目標，爭取自己的權利。他們也體認到任何政治目標的爭取 (political set of objectives)，都必須以物質生活滿足 (material well-being) 為前提 (prerequisite)。但是其內部也並非是全體一致毫無雜音的，很多莫霍克人持基本教義立場 (fundamentalist position)，反對任何與時俱進 (modification) 的主張；與此相反，一些被稱作主流 (mainstream) 的莫霍克人，則持一種比較彈性 (flexible) 的態度，他們主張以某些傳統原則 (traditional principles) 而非全部，來回應當前政經情勢及需求。對他們來說，檢視傳統並擷取 (re-appropriation) 某些部分賦予時代新意，將是他們得以成功的不二法門 (Guibernau, 1999, 81-3)。

確實，從現存文化中擷取重要部份加以創新並重新發揚，為台灣原住民以『傳統文化』繼續生存下去的關鍵，但是在此同時，政府也必須給予一定的支持，這種政府支持所能採取最有效及雙贏的辦法，本文以為就是基於尊重原住民『自然主權』的狀況之下，開展原住民自治工作。讓原住民選擇分離主義，無疑是一個『雙輸』的局面，政府不給予原住民『充分』自治權力，以致導致原住民失去對土地的掌握，從而使其失去傳統文化，表面上看起來政府是獲利，因為統治權得保完整，政治也許因中央集權而得以更穩定，但是台灣卻輸了國際人權保障精神，輸了文化多樣所能展現的活力，其結果仍是『雙輸』，新夥伴關係需在政府與原住民雙方真誠對話及相互尊重中開展，如此台灣才能創造出一個雙贏的新局面。

附錄一 澳大利亞的馬布案

澳大利亞高等法院 (The High Court of Australia) 在 1992 年馬布對昆士蘭 (*Mabo v. Queensland*) 一案的判決中探討了無主地理論 (the doctrine of terra nullius) 的法律及其他各方面的效果。法院最後譴責這個理論，並總結說：『不公正及帶有歧視的理論.....不能再接受。』 這個判決使澳大利亞政府於 1993 年通過土著權利法 (Native Title Act)，它建立了一個架構跟機制，使得澳大利亞原住民能夠確保土地權利。然而澳大利亞的原住民對聯合國原住民工作組報告說，他們對該法有很大的異議 (great difficulties)，因為他們認為國家權威會剝奪馬布一案中所確認的土地權利。澳大利亞政府會在多大程度上繼續透過歧視原住民的資格立法，來剝奪原住民的土地權利，仍是一個持續中的問題。消除種族歧視委員會 (Committee on the Elimination of Racial Discrimination) 在 1999 年 3 月 18 日發布一項決議指出 1998 年的土著權利修正法案 (1998 Native Title Act Amendments) 消滅或減弱了原住民的權利，對土著產權持有者施加歧視及不利的影響。這顯示了歐洲中心 (Eurocentrist) 論仍然充斥於法律理論及思想上，國家立法及法院判決者的態度，陷原住民於一種不尊重他們獨特文化價值、信仰、制度及未來的法律論述之中 (Daes, 2001, 12 ; para.32)。

在澳大利亞 1993 土著權利法在 1998 年被更改了，使原住民對產權的宣稱更加的困難，特別是藉由對產權登記 (registration of claims) 實施實質高門檻的條件 (Daes, 2001, 21 ; para.65)。

Mabo 案由澳洲原住民代表來觀察，這個判決並沒有消除所有的文化偏見 (cultural biases) 也沒有檢討由國家權威來決定原住民土地權利有多少這個問題。法官也如同一般人一樣害怕擔心，解決這件問題之後，那些接踵而來的未知代價不知要負多少。因此很明顯的，對解釋持保留態度，以保持彈性跟空間就成為現在的主要做法。這可由另一個案子 1996 年威克人對昆士蘭 (*Wik Peoples v. Queensland*) 案中，得到證明，在此案中，澳大利亞高等法院認為，土著產權並不必然會因田園租約 (pastoral leases) 而被取消或是消滅。牧場租約覆蓋大範圍土地，本就是由政府授權經營養羊、牛或其他動物而同意的權利。這個案件連同馬布判決，導致了 1998 土著產權法修正案 (Native Title Amendment Act) 的制定，它否認與消滅了原住民的合法權利 (Daes, 2001, 28 ; para.90)。

在馬布案中，雖然澳大利亞高等法院裁定無主地信條不得引用來否定原住民的土地權，但是他卻認定國家主權 (the Sovereign) 有權力消滅土著產權 (native title)。法院認為土著產權可以藉由立法 (legislation)，藉由土地轉讓 (alienation of land)、藉由王室 (the Crown) 及王室徵用 (appropriation) 等名義來消滅。1998 年的土著產權修正法案 (Native Title Amendment Act) 提供了許多方法消滅原住民土地權，卻完全沒顧及原住民文化的特殊性來提供一些特殊對待的方式 (Daes, 2001, 16 ; para.47)。

附錄二 原住民對『原住民族保留地開發管理條例』草案之批判

第四十條

本條例公布施行後三年內，直轄市或縣（市）主管機關應清查質轄區內公有原住民族保留地。對於中華民國八十四年原住民保留地土地資源利用清查計畫實施以前，已由非原住民實際使用至今且未辦理合法租用程序，除經設定耕作權或地上權登記於原住民者外，經該管鄉（鎮、市、區）公所原住民族保留地權利審查委員會審查通過後報請直轄市或縣（市）主管機關核准租予非原住民。但違反國土綜合發展計畫法、都市計畫法或國家公園法之使用管制規定者，不得租用。

經前項核准租用之原住民族保留地，如係供營利事業經營者，於租用期間應依第四十二條規定繳交相當之回饋金及雇用原住民員工。

第一項非原住民租用原住民族保留地之面積，不得超過原住民依第三十八條第二項之辦法規定所得租用之面積。

本條例公布施行屆滿三年後，非原住民不得依第一項規定辦理租用。

鄉（鎮、市、區）公所收繳第一項之租金，應撥交百分之五十於第四十二條所設之專戶。

為辦理第一項租用審查，直轄市或縣（市）主管機關應擬訂租用審查辦法，於報請行政院原住民族委員會，核定後實施；其內容應包括核准要件、審核方式、租金金額、租期與繳付方式、禁止轉租之規定、應備書件及其他應遵行事項，並應配合原住民族保留區計畫，依據地方發展目標、需求、特性與現況，納入轄區原住民族保留地土地使用總量管制之規定。

解讀

- 1、這是本草案三大最惡條文之一，也是將以往漢人利用各種拐、騙、欺、詐等方法違法使用原住民保留地的現象就地讓它成為合法的三步曲的第一步。
- 2、法條中最關鍵的字就是「已由非原住民實際使用至今且未辦理合法租用程序，經該管鄉（鎮、市、區）公所原住民族保留地權利審查委員會審查通過後核准租予非原住民。」。
- 3、這條規定的玄機在：
 - a、放寬到中華民國八十四年「原住民保留地土地資源利用清查計畫」實施以前，已經由漢人實際在使用的保留地都可以合法租給漢人。
 - b、這土地若不是已經設定耕定權或地上權登記給原住民之外，現在開始都可以合法租給漢人使用。
 - c、是否可以租給漢人(繼續)使用的核准權力放給鄉（鎮、市、區）公所所組成的「原住民族保留地權利審查委員會」來決定，但是以目前各山地原住

民鄉的政治生態來看，可想而知這個審查委員會掌握多麼大的一塊大餅的分配權，因此閉著眼睛都可以知道這個委員會絕對是平權會和原住民地方派系菁英的必爭之地，最終也一定是被他們的人馬所佔據。因此現有被漢人非法佔用的保留地能夠繼續讓漢人高枕無憂的使用，而且由違法搖身一變，成為合法使用，這條條文發揮了重要作用。

第四十三條

中華民國八十四年原住民保留地土地資源利用清查計畫實施後，公有原住民族保留地除於本條例公布施行前，以依法出租或第四十四條及第五十一條規定情形者外，不得租予非原住民。

依前項清查計畫，發現有違法租用予非原住民之土地已設定耕作權、地上權實施後，如有非法租用非原住民者，土地已設定工作權或第上權登記予原住民者，應逕為塗銷耕作權或地上權登記並強制收回；經核准由原住民取得承租權或無償使用者，應終止契約並強制收回。

解讀

- 1、這也是本草案三大最惡條文之一，也是就地合法的三步曲的第二步。
- 2、第四十條規定的是八十四年以前被違法佔用的土地，那麼八十四年以後被漢人佔用的土地，政府是不是就能幫我們將土地索回呢？答案是：還是要讓它就地合法！
- 3、條文第一項第三行寫著三種例外情形(除。情形者外)，在這三種情形之下，土地可以租給非原住民，其他則不能租給非原住民。但是這三種情形幾乎涵蓋現有漢人非法佔用原住民保留地的情形，所謂「不得租予非原住民」的文字根本是障眼法，在騙三歲小孩子的！
- 4、第二項的規定更為過份！就是當清查計畫實施時，發現漢人違法租用的土地，如果是已經設定耕作權、地上權給原住民，那麼為了使漢人的違法佔用保留地這個行為更能理直氣壯的就地合法，這部法乾脆規定行政機關可以將原住民已經設定的耕作權或地上權直接塗銷，並且直接將土地強制收回。如果是已經由原住民得到承租權或無償使用的土地，也要停止契約並且強制收回。
- 5、這項規定擺明了要剝奪原住民已經合法登記在案的保留地耕作、地上和承租權，並且放過非法佔用的漢人，來懲罰合法登記的原住民，到以後再利用機會將保留地「解編」（將原本被劃編為保留地的土地解除掉，成為普通的公有地），好把土地釋放給非法佔有的漢人來申請。這真是乞丐趕廟公！

第四十四條

原住民族保留地合於下列情形之一者，直轄市或縣（市）主管機關得視實際情形或經非原住民之申請，於不妨礙原住民族保留區計畫使用下，報請行政院原住民族委員會核轉行政院同意後，予以解編，並移交公有土地管理機關接管：

- 1、非原住民於中華民國五十九年十二月底原住民保留地總登記以前，即已居住、使用者。
- 3、誤編為原住民族保留地者。

前項原住民族保留地之解編辦法，由行政院原住民族委員會定之；其內容應包括解編要件、申請與審核程序、應備書件及其他應遵行事項。

解讀

- 1、這也是本草案最惡的條文之一，也是就地合法三步曲的最後一步。整本草案的最重要精髓所在，其他的五十八條都只是陪襯，內政部主動制定這部法案最主要的用心也在於此，當然也是平權會及地方派系和覬覦原住民保留地龐大資源的財團，他們長達十餘年的政治運作和投資、培養各級民代乃至地方行政主管官員的最終目標—解編原住民保留地！這部法案若在立法院三讀通過，那麼他們的心願和目標就達成了，但是我們原住民就永遠失去了生存所賴以維繫的最後根基了。
- 2、這條條文直接赤裸裸地寫出二種情形可以由縣市主管機關或是漢人來申請，直接將保留地解編，突顯內政部作為平權會及財團的代理人的用心完全不須遮掩及不知羞恥！
- 3、這一條所列的第一種解編條件，其實正是將民國五十九年以前最大宗的漢人非法盜用、佔用保留地的強盜行為承認它的合法性，政府為虎作倀、助紂為虐的行為實在不可原諒，所以稱這個草案是就地合法的「強盜條例」實在不算過份！
- 4、另外再看看條文中內政部對於民國五十九年以前非法佔用保留地者給予解編合法化的理由，更是令人覺得可惡又可恨：
 - a、因為「無法留供原住民使用」，所以解編—但是內政部應該不會不知道，既然已被編為保留地，又為什麼「無法留供原住民使用」？因為長期以來被漢人強迫佔用、盜用、騙用，所以原住民當然無法使用！如果是因為無法使用就要被政府收回去，再送給非法強佔的人，還發給執照讓他們能夠合法使用—那等於是政府拿善良老百姓的錢去獎勵強盜！難道政府就是要告訴我們：拳頭大的人就是老大？！--這是什麼政府？這是什麼法律？
 - b、因為「與原住民無傳統淵源關係」，所以解編—這又是內政部欲蓋彌彰的表現，因為如果這個土地和原住民沒有傳統淵源關係，試問又為什麼會被編在原住民保留地範圍內？我們都知道，原住民保留地並非國民政府來台灣所創的，而是承襲日據時期的「番界」、「隘勇線」而設，大致來說，只要是原住民保留地一定都是台灣原住民各族世居活動之處。因為自漢人遷徙到台灣來以後，歷經荷蘭人據台、明鄭時期、清領時期、乃至日據時代，

原住民的生存空間被不斷的擠壓。就是從日本殖民政府劃定「番地」至今，原住民保留地也只有減少而沒有聽過有增加的，更別說平埔族及平地原住民早就失去土地而四處漂流，成為即將消失或無根的民族。因此嚴格地說，台灣沒有一塊土地與原住民沒有傳統淵源關係的——因為台灣島原就是台灣原住民各族美麗的祖地與家園！因此，若是非法佔用的漢人想就地合法使用該土地，就應該由他提出證明，證明他與這塊土地具有「傳統淵源關係」，而這關係又比原住民與該土地的「傳統淵源關係」還要久遠，這樣這塊土地才能解編為不是保留地。相反地，如果是原住民能夠提出證明（口傳歷史或是現今仍為族人狩獵、祭儀或耕作的活動區）的土地，是不是應該全部編回保留區讓原住民使用呢！？這樣也才是貫徹陳總統和原住民簽約中，承認原住民族的自然主權的精神！

資料來源：郭慧玲，(2002)，解剖「原住民保留地開發管理條例」的掠奪陰謀，《原住民族》，18期。

附錄三 北得拉曼山泰雅族水田部落北上宣言

(原住民族部落工作隊代發)

北得拉曼山泰雅族水田部落 北上宣言

2002/3/21

3月11日起，部落湧進大量欲窺視「北得拉曼巨木」的外來人潮，上水田部落長老決議封山。

封山的宣佈，引來媒體大量的報導與討論(附件二)。3月17日，上下水田部落召開聯合會議，決定推派二十位長老代表，於21日北上召開記者會，向各界做完整的說明。

台灣島與原住民族、傳統領域與自然主權

回顧台灣島的歷史，島上的環境生態曾經多樣且豐盛。在那個時代，擁有自然主權的原住民族，因為「不貪取」的生活哲學，與大自然保持和諧的平衡，在環境生態上綻放出燦爛的成果。三百多年前航海經過台灣島的外國水手，情不自禁的讚嘆：福爾摩沙！寶島！

西洋人入侵台灣，掠奪式的貪婪個性開始帶來浩劫。荷蘭東印度公司入台第一年輸出鹿皮兩萬張，第二年十五萬張；1895年日軍侵台，國家暴力開始有系統的大規模掠奪山林資源，原住民族在傳統領域的自然主權完全喪失，淪為被剝削的最底層；1945年國府來台，開發山林的政策不變，政商盤剝變本加厲，原住民族的部落成為台灣最窮困的地區，而山林大地也開始了她的反撲。

歷史清楚的告訴我們：台灣島曾因原住民族擁有傳統領域與自然主權而創造了生態環境的寶庫，台灣島也因原住民族失去傳統領域與自然主權而變成現在的「災難之島、垃圾之島、貪婪之島」。歷史是一面鏡子，前車之鑑，後人之師。原住民族要求傳統領域與自然主權的課題豈能再迴避！

世界的潮流、總統的願望

我們很清楚，「聯合國原住民族權利宣言」(附件一)支持我們擁有傳統領域與自然主權，這是世界的潮流。我們也知道，陳水扁總統在1999年就與我們立約(附件一)，承認自然主權與恢復部落傳統領域，我們的願望也是總統的願望。

擋住正義的逆流

我們明白，為什麼世界的潮流、總統的願望至今尚未能落實到我們身上？利益的誘惑蒙蔽了正義的呼聲，官僚、財團、地方勢力交織成一股擋住正義的逆流。但是，我們有堅定的決心要衝破這股逆流！

今天，我們要在這裡向全世界宣佈：
北得拉曼山泰雅族水田部落成立
「北得拉曼山泰雅族保護區籌備處」

根據中華民國憲法增修條文第 10 條（附件一）的精神
我們要求陳水扁總統：

- 一、指派中央級代表與「北得拉曼山泰雅族保護區籌備處」展開對話。
- 二、指派中央級代表與「北得拉曼山泰雅族保護區籌備處」展開傳統領域會勘。
- 三、在「北得拉曼山泰雅族保護區」成立前，停止一切對「北得拉曼山泰雅族水田部落」不當的主權侵犯。
- 四、指示行政院動用第二預備金，支付「北得拉曼山泰雅族保護區籌備處」的經費預算。

根據泰雅族祖靈的精神，我們承諾：
還給我們保護區！
我們將給大家「好山！好水！好空氣！」

附件一

聯合國原住民族權利宣言

第三條：原住民族享有禁止歧視、文化完整、土地與自然資源、社會福利與自我統治。據此權利，他們可自由地決定自己的政治地位和自由地追求經濟、社會和文化發展。

第四條：原住民族有權維護和加強其獨特的政治、經濟、社會和文化特徵及其法律制度，同時，如果他們願意，保留充分參與國家政治、經濟、社會和文化生活的權利。

陳水扁總統簽署立約「原住民與台灣政府新夥伴關係」

- 一、承認台灣原住民族之自然主權
- 二、推動原住民自治
- 三、與台灣原住民族締結土地條約
- 四、恢復原住民族部落及山川傳統名稱
- 五、恢復部落及民族傳統領域土地
- 六、恢復傳統自然資源之使用，促進民族自主發展
- 七、原住民國會議員回歸民族代表

中華民國憲法增修條文(89年04月25日修正)

第10條

國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。

國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展。

附件二

飛鼠部落「封山」啟示錄

2002.03.17 中國時報社論

在面對財團開發破壞生態，外來觀光客又不斷湧入的情況下，新竹縣尖石鄉飛鼠部落行動團隊毅然決然宣告「封山」：自即日起不允許遊客進入，以避免破壞神木群及鴛鴦谷瀑布遭到破壞，直到六月底才開放。

飛鼠部落的宣告刊登在網站上的原文是這樣的：「烏嘴山神木群與鴛鴦谷瀑布皆位處飛鼠部落傳統領域內，根據聯合國少數民族憲章及陳水扁總統與原住民簽訂的條約。飛鼠部落擁有完整的自然主權。」基於「傳統領域」與「自然主權」觀念，飛鼠部落才有權宣告「封山」。

不要小看這短短二百來字的宣告，它嚴肅地挑戰了台灣社會習以為常的觀念，以及生態與原住民政策。

首先是「傳統領域」與「自然主權」對政府領土權力的挑戰。尖石鄉一地屬於國有林地，歸林務局管轄，當地有鄉公所、警察局等公權力機構，封山的決定權應在政府，而非當地民間組織。然而，飛鼠部落行動團隊卻出之以原住民傳統的部落長老會議。在經過十二位部落長老會議之後，決定封山。所有的部落長老對自己祖先、族人所生存的「傳統領域」是非常清楚的。外來遊客所帶來的生態破壞、消費與外來資本所帶來的衝擊，他們更明白，宣告封山，在人權上、在尊重原住民文化與生存權利的原則上，是正當的。這個原住民傳統組織的宣告，讓政府啞口無言。因為恰恰是由於政策、政府公部門無力保護當地神木群與生態系的條件下，這個宣告取得了社會所認可的正當性，而原住民部落組織的角色，對當地生態與文化所採取的態度，更使「傳統領域」對公權力的挑戰，獲得廣大的同情。

第二個嚴肅的挑戰是「傳統領域」對保留地政策。山地保留地政策是日據時期所創而由國府沿襲下來的，表面上雖是保護原住民以避免其土地被平地資本所併吞，但實質上是限制了原住民的土地所有及使用空間。在原住民歷數百年流離遷徙的歷史中，廣大的森林一直是狩獵維生、青少年訓練成長、祖靈死後安息의居所。它是原住民文化之所繫。而林務局的林業經營政策，根本只是將森林當成可經營的資

源在使用，而非民族命脈之所繫。無論是以往的伐林植林政策，或現在走的觀光休閒產業政策，都與原住民文化無關。

然而，森林是無比複雜的生態系，不是只有樹木資源而已。舉凡動物、植被、微生物等等，結合為一有機而動態的系統。原住民傳統文化即是與此共生。如今原住民部落長老站出來封山，並願意以數月時間規劃未來開放的辦法，以建立符合生態與原住民文化體驗的社區，這無疑是較好的發展。

然而，最嚴肅的挑戰，無疑是來自「傳統領域」對「外來政權」的批判。依照民進黨常常使用的概念，「外來政權」意味著一九四五年之後，因台灣光復而來台的中華民國政府。然而，在原住民的觀點看，四百年來所有遷居來台的漢人移民，包括鄭成功、清朝、日本以及現在的政府都是「外來政權」，都是對原住民「傳統領域」的侵犯。原住民社會運動裡，「還我土地」的訴求，即是要回歸「傳統領域」。現在，原住民用同樣的「外來政權」邏輯，要求執政當局公權力必須讓位給部落會議所決定的「傳統領域」並宣告「封山」，政府又該怎麼說？難道歷史必須倒退回到四百年前重新計算，才能清理「外來政權」與「傳統領域」的糾葛？或者有更務實的做法，以建立尊重原住民，也尊重一九四九年之後二百多萬移民者的政策？

面對飛鼠部落封山所帶來的課題，從生態保育著眼，這是有利的發展；從保存原住民文化、尊重原住民人權的觀點看，林務局也無法強迫飛鼠部落非開放不可，畢竟該部落並非強制「封山」，而是採取柔性勸導的方式，以保護神木群。更何況阿里山神木群被觀光客剝樹皮、盜伐的斑斑血跡不遠，去年二次大颱風由山上沖下的土石流也證明盜伐嚴重，林務局根本無力保護森林，還不如讓愛護鄉土的飛鼠部落來保護。政府與其計較公權力的執行，還不如協助飛鼠部落做更完善的社區營造，以利地方發展，也可當成其他部落的示範。

「封山」是一次行動，是一種覺醒，
也是一個深刻的啟示。

中文書目

孔文吉

- 1998 前瞻跨世紀原住民傳播權益之藍圖 ,《山海文化》, 19 期。
2000 《忠於原味：原住民媒體、文化與政治》, 台北：前衛。

毛冠貴

- 1997a 台灣省原住民保留地清理與利用之探討 ,《土地經濟年刊》
, 8 期。
1997b 台灣地區原住民保留地劃設、清理與利用之探討 ,
《原住民土地與文化學術研討會論文集》, 台北：中國土地經濟學會。

王明珂

- 1993 民族史的邊緣研究：一個史學與人類學的中介點 ,《新史學》
, 四卷 2 期。
1994 什麼是民族：以羌族為例探討一個民族誌與民族史研究上的關
鍵問題 ,《中央研究院歷史語言研究所集刊》, 六十五本 4 分。
1997 《華夏邊緣：歷史記憶與族群認同》, 台北：允晨文化。

王逸舟

- 1998 《國際政治析論》, 台北：五南。

王俊秀

- 1997 原住民土地狩獵文化與土地永續利用 ,《原住民土地與文化
學術研討會》, 台北：中國土地經濟學會。

王嵩音

- 1998 台灣原住民還我土地運動之媒體再現 ,《淡江人文社會學刊》
, 2 期。

瓦歷斯·尤幹

- 1992 《番刀出鞘》, 台北：稻鄉。
1993 泛台灣原住民運動 ,《建立台灣的國民國家》。台北：前衛。

江宜樺

- 1998 《自由主義、民族主義與國家認同》, 台北：揚智。

多 奧

- 1988 從土地政策談原住民土地為何流失 ,《原住民族》, 13 期。

何發隆

- 1999 泰雅族的傳統土地習慣 ,《原住民族權利國際研討會》,
台北：台大法學院。

- 吳樹欉
- 1999 光復後政府劃設原住民保留地的探討-統治者意識型態與現實利益衝突 觀點的分析 ,《人與地》, 187 期。
- 2000 《台灣原住民族土地財產權制度變遷之研究----日治時期迄今從共同所有到個別所有的演變》, 政大地政所博士論文。
- 宋秉明
- 1999 論台灣原住民文化受國家公園衝擊之因應 ,《國家公園學報》, 9(1)。
- 李永展
- 1999 原住民土地與永續性 ,《原住民保留地利用與環境保育》, 台北：中國土地經濟學會。
- 李承嘉
- 1999 《原住民保留地政策與問題之研究》, 台北：行政院原民會。
- 李酉潭
- 1998 文武關係與民主鞏固初探 ,《政府再造與國家發展》, 學術研討會論文集。
- 李慈敏
- 1990 《族群動員--以台灣原住民族二次還我土地運動為例》, 清華社會人類學研究所碩士論文。
- 李 瑛
- 2000 從原住民自決理念評析台灣原住民社區營造之推展--美國印地安與東台灣原住民經驗的對照觀察 ,《原住民教育季刊》, 20 期。
- 李憲榮
- 1997 加拿大族群政治和政策 ,《族群政治與政策》, 台北：前衛。
- 汪靜怡記錄整理
- 1997 原住民保留地問題對話-土地利用、經濟發展及其他 ,《人與地》, 157 期。
- 易君博
- 1993 《政治理論與研究方法》, 台北：三民。
- 林佳陵
- 1995 《論關於臺灣原住民土地之統治政策與法令》, 台大法律研究所碩士論文。
- 2000 台灣原住民土地之法律研究 ,《律師雜誌》, 247 期。
- 林英彥
- 1991 《土地經濟學通論》, 台北：文笙。
- 1997 談土地政策之目標與手段 ,《人與地》, 160 期。

- 林秋綿
2000 《由國土規劃觀點檢視台灣地區原住民保留地土地使用衝突之研究》，台北大學都市計劃研究所博士論文。
- 林修澈
1994 台灣是一個多民族的獨立國家，《台灣民族主義》，台北：前衛。
1998 民族權與多民族國家，《台灣原住民民族權人權學術研討會論文集》，台北：台北市政府原住民事務委員會。
- 林淑雅
1999 政府組織與原住民族政治空間，《山海文化》，二十期。
2000 《第一民族：台灣原住民族運動的憲法意義》，台北：前衛。
- 林瓊華
1996 《臺灣原住民土地產權之演變(1624-1945)》，東吳經濟研究所博士論文。
1999 荷蘭時期原住民土地所有權流失的初探，《山海文化》，20期。
- 邵宗海
1995 《族群問題與族群關係》，台北：幼獅。
1997 民族與民族主義界說，《中山人文社會科學期刊》，5卷，3期。
- 邱國民
1994 《鄒族傳統的地權結構與轉化過程--以阿里山達邦社的發展為中心》，政大邊政研究所碩士論文。
- 施正鋒
1999 國際潮流與原住民的權利，《台灣政治建構》，台北：前衛。
2000 台灣的法律與原住民族，《台灣人的民族認同》，台北：前衛。
2001 原住民自治與台灣前途，《原住民族人權與自治》，台北：前衛。
- 洪田浚
1994 《台灣原住民籲天錄》，台北：臺原。
- 洪泉湖
1992 《台灣地區山胞保留地政策制定之研究》，政大三研所博士論文。
1994 台灣地區「山胞保留地」政策，《山海文化》，3期。
- 洛克 約翰
1986 《政府論次講》，台北：唐山。
- 洪鑣德
1997 新加坡的種族問題與政府的族群政策，《族群政治與政策》，台北：前衛。
- 紀駿傑
1997 環境殖民：資本主義生產擴張下的台灣原住民土地與資源權，《原住民土地與文化學術研討會》，台北：中國土地經濟學會。

- 紀駿傑、王俊秀
1998 環境正義：原住民與國家公園衝突的分析，《山海文化》，19 期。
- 孫大川
1992 《久久酒一次》，台北，張老師。
1997 台灣原住民對土地的理解與國家力量的介入：1985-1995，《原住民土地與文化學術研討會》，台北：中國土地經濟學會。
1999 徘徊於部落的心情，《變臉中的『印地安』人》，台北，麥田。
2000 《夾縫中的族群建構》，台北：聯合文學。
- 孫家琦
1998 說保育太沉重？--台灣原住民的「新」課題，《東吳政治學報》，9 期。
- 翁佳音
1998 台灣近代初期史的研究與問題，《台灣文獻》，49 卷 1 期。
2000 地方會議 撲社與王田—台灣近代初期史研究筆記(一)，《台灣文獻》，51 卷 3 期。
- 徐世榮
1997 歷史上台灣原住民土地流失之政治經濟分析，《原住民土地與文化學術研討會》，台北：中國土地經濟學會。
- 高德義
1998 民族權的理論與實踐：台灣原住民人權的評估，《世界人權宣言五十週年紀念研討會專輯》，台北：台灣法學會。
- 馬賴 古麥
2001 行政院對原住民『恢復原住民傳統土地與傳統領域』政策之探討
《國政評論》
<http://www.npf.org.tw/PUBLICATION/IA/090/IA-C-090-104.htm>
- 馬淵東一
1986 台灣土著民族，《台灣土著社會文化研究論文集》，台北：聯經。
- 張光直
1987 中國東南海岸考古與南島語族起源問題，《中國考古學論文集》，台北：聯經。
- 張忠正
1988 《中山先生民族主義與世界新秩序之建立》，台北：正中。
- 張岱屏
2000 《看不見的土地--太魯閣族反亞泥還我土地運動的歷史論述與行動》，東華族群關係與文化研究所碩士論文。

- 張茂桂
1998 土地與民族對於台灣原住民保留地的幾個看法，《台灣原住民民族權人權學術研討會論文集》，台北：台北市政府原住民事務委員會。
- 張誌聲
1996 《太魯閣國家公園設立對當地原住民土地資源利用衝突之研究》，逢甲建築及都市計劃研究所碩士論文。
- 梁煒智
2000 《百年來台灣原住民族土地分配制度的變遷與國家法令》，台大法律研究所碩士論文。
- 張培倫
2000 原住民傳統土地自然資源利用的道德基礎：自由主義的觀點，《原住民教育季刊》，18期。
- 張朝琴
2000 《從民族平等觀點探究台灣原住民的地位問題》，師大三研所碩士論文。
- 張毓芬,顧玉珍
1998 原住民的土地危機：山地鄉「平權會」之政治經濟分析，《台灣原住民民族權人權學術研討會論文集》，台北：台北市政府原住民事務委員會。
- 笠原政治
1997 先住民族—時光流逝四百年，《台灣讀本》，台北：前衛。
- 許介麟
1999 國際法與原住民族的權利，《原住民族權利國際研討會》，台北：台大法學院。
- 許極燉
1996 《台灣近代發展史》，台北：前衛。
- 陳竹上
2000 《看不見的權利：從民族主義,族群文化及殖民歷史反思台灣原住民族財產權法治中的發展》，東華族群關係與文化研究所碩士論文。
- 陳其南
1986 光復後高山族的社會人類學研究，《台灣土著社會文化研究論文集》，台北：聯經。
- 陳佩周
1999 《變臉中的印地安人》，台北，麥田。

- 陳奇祿
1986 台灣土著的年齡組織和會所制度，《台灣土著社會文化研究論文集》，台北：聯經。
- 陳宗韓
1994 《戰後台灣原住民政策之分析：國家與社會的觀點》，台大三研所碩士論文。
- 陳昭如
1994 原住民新聞與漢人新聞媒體-以三次「還我土地運動」新聞為例的初步探討，《山海文化》，5期。
- 陳秋坤
1994 《清代台灣土著地權—官僚、漢佃與岸裡社人的土地變遷 1700-1895》，台北：中研院近史所。
- 陳獻明
1997 台灣地區原住民保留地沿革與探討，《人與地》，157期。
- 章瑞卿
2000 分析日本保護原住民基本權利之判例，《司法週刊》，993期，3版。
- 傅仰止
1994 台灣原住民困境的歸因解釋比較漢人觀點與原住民觀點，《中央研究院民族學研究所集刊》，77期。
- 傅君
1997 台灣原住民「生態智慧」與野生動物保育，《山海文化》，17期。
- 童春發
2000 原住民的土地倫理觀念-依排灣族的想法為例，《野生動物保育彙報及通訊》，八卷1期。
- 黃勝雄
1999 族群分布對台灣地域空間發展的影響，《土地經濟年刊》，10期。
- 黃應貴
1986 東埔社土地制度之演變—一個台灣中部布農族聚落的研究，《台灣土著社會文化研究論文集》，台北：聯經。
1997 從周邊看漢人的社會與文化，《從周邊看漢人的社會與文化 王崧興先生紀念論文集》，台北中研院民族學研究所。
- 黃躍雯
1999 台灣國家公園原住民保留地政策---制度與空間觀點的檢視，《國家公園學報》，9(2)。
- 蔡中涵
2000 生物多樣性與原住民智慧財產權，《生物多樣性與台灣原住民族發展》台北：台灣原住民文教基金會。

- 楊松齡
1999 土地所有權保障、限制與徵收補償之探討，《現代地政理論》，台北：五南。
- 楊國柱
1997 經濟文明邊陲的戰爭幾時休?-原住民的「權利」V.S 平地住民的「權益」，《人與地》，157 期。
1999 開放原住民於國家公園狩獵應防免共有地的悲劇發生，《人與地》，186 期。
- 廖立宇
1991 《評析當前大陸學者對平均地權的理解》，台北：六國。
- 廖美莉
2002 原住民保留地政策應兼顧國土保安及原住民權益，《國政評論》，全民論壇第 11 版。
- 鄭天財
2001 建構原住民族自治制度業務報告，《原住民族人權與自治》台北：前衛。
- 劉文雄
1994 台灣原住民族運動發展路線之初步深討，《山海文化》，4 期。
1997 參加聯合國人權委員會，原住民問題工作組第 14 屆會議報告，《山海文化》，16 期。
1998 原住民的定義與自我認同權，《台灣原住民族權人權學術研討會論文集》，台北：台北市政府原住民事務委員會。
1999 一九九八聯合國第十六屆原住民組織會議台灣原住民族喪失參會權和發言權始末，《山海文化》，20 期。
- 衛惠林
1986 台灣土著社會的部落組織與權威制度，《台灣土著社會文化研究論文集》，台北：聯經。
- 歐陽宇,曾漢洲,施鴻志
1998 原住民保留地使用及經營管理之探討，《人與地》，172 期。
- 潘英
1998 《台灣原住民族的歷史源流》，台北，臺原。
- 潘英海
1994 聚落、歷史、與意義-頭社村的聚落發展與族群關係，《中央研究院民族學研究所集刊》，77 期。
- 衛惠林
1986 台灣土著社會的部落組織與權威制度，《台灣土著社會文化研究論文集》，台北：聯經。

- 蕭高彥
1997 國家認同、民族主義與憲政民主當代政治哲學的發展與反思，
《台灣社會研究季刊》，26 期。
- 蕭 錚
1968 《平均地權之理論體系》，台北：中國地政研究所。
- 賴宗裕
1999 原住民文化與自然空間之流失—從布農族的生產空間概念與
好茶村遷村 談起，《原住民保留地利用與環境保育》，
台北：中國土地經濟學會。
- 謝世忠
1987 a 《認同的污名----台灣原住民的族群變遷》，台北：自立晚報社。
1987 b 原住民運動生成與發展理論的建立：以北美與台灣為例的初步
探討，《中央研究院民族學研究所集刊》，第 64 期。
1994 族內異觀與類種族主義的族群關係三種界定台灣漢人主體族群
的論述，《從周邊看漢人的社會與文化-王崧興先生紀念論文
集》，台北中研院民族學研究所。
- 簡炯仁
1995 《台灣開發與族群》，台北：前衛。
- 顏愛靜
1997 台灣地區原住民保留地管理問題與對策之探討，
《原住民地與文化學術研討會》，台北：中國土地經濟學會。
2000 台灣原住民保留地產權爭議之分析，《人與地》，203，204 期。
- 藤井志津枝
1997 《理蕃》，台北：文英堂。
1999 探討台灣原住民的土地問題，《原住民族權利國際研討會》，
台北：台大法學院。
- 鐘青柏
1989 《台灣先住民社會運動研究 以「還我土地」運動為個案分析》，
政大邊政所碩士論文。
- 顧玉珍、張毓芬
1999 台灣原住民族的土地危機：山地鄉「平權會」政治經濟結構之初探，
《台灣社會研究季刊》，34 期。
- 台灣省政府民政廳
1971 《發展中的台灣山地行政》，台北，台灣省政府。
- Dahl, Robert A.
1999 《論民主》，台北：聯經。
- Freedon, Michael
1998 《權利》，台北：桂冠。

- Gellner, Ernest
2001 《國族主義》，台北：聯經。
- Guibernau, Montserrat
2001 《無國家的民族：全球時代的政治社群》，台北，韋伯。
- Gurr, Ted Robert
1999 《國際政治中的族群衝突》，台北：韋伯。
- Hobsbawm, Eric J.
1997 《民族與民族主義》，台北：麥田。
- Huntington, Samuel P.
1994 《第三波：二十世紀末的民主化浪潮》，台北：五南。
- Marsh, David & Stoker, Gerry
1998 《政治學方法論》，台北：韋伯。
- Morgan, Lewis Henry
2000 《古代社會》，台北：台灣商務。
- Reynolds, Henry
2001 《原住民族主權：對種族、國家及國族的深思》，台北：原民會。
- Sorensen, Georg
1998 《民主與民主化》，台北：韋伯文化。
- Tully, James
2001 《陌生的多樣性：歧異時代的憲政主義》，台北：聯經。

英文書目

- Alfredsson, Gudmundur
1998 “Indigenous Peoples and Autonomy” ,
Autonomy : Applications and Implications ,
The Netherlands : Kluwer Law International . p.p.125-137.
- Anaya, S.James
1996 *Indigenous Peoples in International Law*. New York : Oxford
University Press.
- Anderson, Benedict
1991 *Imagined Communities-Reflection on the Origin and Spread of
Nationalism*. New York:Verso.
- Beran, Harry
1998 “A Democratic Theory of Political Self-determination for a New
World Order”, *Theories of Secession*. London:Routledge.
- Buchanan, Allen
1998 “The International Institutional Dimension of Secession”, *Theories of Secession*.
London : Routledge . p.p.227-257.
- Burger J, Julian
1987 *Report from the Frontier : the state of the world' s indigenous peoples* ,
London: Zed Books Ltd .
- Daes, Erica-Irene A
2001a Indigenous Peoples and their relationship to land. E/CN.4/Sub.2/2001/21.
2001b Prevention of Discrimination and Protection of Indigenous Peoples Report
of the Working Group on Indigenous Populations on its nineteenth session ,
E/CN.4/Sub.2/2001/17.
- Gellner, Ernest
1983 *Nations and Nationalism*, Oxford : Basil Blackwell.
- Goehring, Brian
1993 *Indigenous Peoples of the world*, Saskatoon, SK.Canada : Purich
Publishing.
- Guibernau, Montserrat
1999 *Nations without States : Political Community in a Global Age*.
Malden : BlackWell.

- Heintze, Hans-Joachim
 1998 “On the Legal Understanding of Autonomy” ,
Autonomy : Applications and Implications ,
 The Netherlands : Kluwer Law International . p.p.7-32.
- Lerner, Natan
 1991 *Group Rights and Discrimination in International Law*, Dordrecht:
 Kluwer Academic Publishers.
- Martinez, Miguel Alfonso
 2000 Human Rights of Indigenous Peoples, E/CN. 4/Sub.2/2000 24.
- Maybury-Lewis, David
 1997 *Indigenous Peoples, Ethnic Groups, and the State*,
 Massachusetts : Allyn & Bacon.
- Nuttall, Mark
 1998 *Protecting the Arctic - indigenous peoples and cultural survival*,
 Amsterdam : Harwood Academic Publishers.
- Riggs, Fred W.
 1998 “Who’ s Indigenous? A Conceptual Inquiry” ,
 (<http://www2.hawaii.edu/~fredr/indig.htm>).pp.1- 12
- Smith D. Anthony
 1983 *Theories of Nationalism*, New York : Holmes & Meier.
 1995 *Nations and Nationalism in Global Era*, Cambridge:Polity.
- Snyder, Louis L.
 1982 *Global Mini-Nationalisms --Autonomy or Independence*,
 Connecticut : Greenwood Press.
- Steiner, Hillel
 1998 “Territorial Justice”, *Theories of Secession*. London : Routledge.
- Taylor, Charles
 1994 *Multiculturalism : Examining the Politics of Recognition*,
 New Jersey: Princeton University Press.
- Wilmer F.
 1993 *The Indigenous Voice in World Politics* , California : Sage .

