

# 2015年「全球變遷時代下的原住民族法制展望與挑戰」

## 國際學術研討會會議紀要

蔡志偉\*

### 一、研討會舉辦緣起

近年來，隨著民主化的發展，許多原住民族法律、政策、權利的發展上，已明顯有別於過去充滿濃厚種族優越性的「大中國」主義。憲法增修條文第10條，確立了我國憲政體制承認在文化差異、民族自決與自治原則下之原住民族權利，而自從民國94年《原住民族基本法》的立法完成後，也逐漸在法制與實踐中匯集了更為厚實的理據與社會力量。但是，在臺灣憲政體制逐步形塑多元文化國家的進程中，原住民族的族群法域並未確立真正的法治國機制，導致以形式民主與法制弱化原住民族人權。其中，最關鍵的要素，即是對於「原住民族」作為權利主體之本質探究，多數社會觀點仍持以少數與弱勢社群的特殊性來看待，也突顯原住民族社群與非原住民族社會間的高牆仍然矗立。

在民國89年憲法增修條文第10條第12項通過之前，我國對於原住民族之治理方式係採取全國一致、一視同仁之方式，並未將原住民族之傳統文化特色與族群意願納入考量，但憲法增修並實施後，便開始逐步制定原住民族相關法規範，包括《原住民族基本法》與相關子法，以回應並落實原住民族之政治參與及傳統文化保護。儘管這樣的變化趨勢值得肯定，但在國家統一的行政管制架構與嚴密的中立法令規範下，尊重並考量原住民族之傳統習慣，不免造成國家法令與傳統習慣之間的衝突浮現。而當今政府為了回應原住民族部落自治治理之主張，也有著越來越多卻間或存在相互歧異的政策實施，如部落會議、社區發展協會及最基層之地方行政單位，如：村、里長等。原本這些政策推動實施，目的均係為促進地方發展，協助行政事務推

\* 國立東華大學財經法律研究所副教授



動，但因為未能有效整合資源進入部落，致無法與部落本身的族群特性、地方組織相結合，反而形成有如多頭馬車的拉鋸狀態。尤其是，立法院於 104 年 12 月，通過增訂《原住民族基本法》第 2 條之 1，「部落」經中央原住民族主管機關核定者，即具有公法人地位。換言之，「部落公法人」透過部落會議運作，於法律上享受權利及負擔義務，可以對外表示意思，對內管理，自訂規章，原住民族部落自治化，成為新式權利主體，成為原住民族自治體系的最小自治單位。

原住民族文化多樣性中的特徵，即為其特殊的文化模式、社會組織與法律制度，雖目前全球的原住民族都居住在現代國家系統內，並受到國家憲政體制與法律制度所管轄，許多原住民族的社會與文化習俗，也仍受到傳統法律的規範。當然，原住民族的特殊性僅存在於其組織、法律與習俗尚未遭致全面侵蝕，或是同化的面目全非的國家中。而這種因侵蝕而弱化、最終被同化的情形，在後國族國家社會中具有普遍性；國家法律與原住民族社會接觸之後，原住民族共同的殖民經驗顯示，原住民族傳統法律與部族組織迄今持續的在面對國家歧視性或同化性的政策下，不斷被弱化、排除與忽略。除卻弱化與同化的趨勢外，從各國國家法制發展的經驗來看，原住民族傳統習慣法律與國家法律間之互動，不論是在內國法或國際法的層面，都一向是複雜的有機狀態，即使承認原住民慣習的合法地位，兩系統間的衝突仍時有所聞，或是相互質疑與鄙視；儘管也有相對良性協調機制的出現。

為此，本次研討會特以「全球變遷時代下的原住民族法制展望與挑戰」為題，邀請來自英國、日本兩國的原住民族文化法規範學者，分別就國際發展與日本原住民族權利、文化與社會經濟政策的演變，以及從比較田野之觀點，分析與定位臺灣原住民族司法近用與習慣法建構，發表研究成果。

## 二、研討會舉辦情形

本次研討會於 2015 年 5 月 30 日（週六）假公務人力發展中心福華國際文教會館舉辦。會議時間為全天，會議語言為全英文，所有報告人之論文撰寫與口頭說明均以英文為之。

會議的首場邀請英國倫敦大學瑪莉皇后學院智慧財產權法講座教授 Johanna Gibson，以「地理風情：時尚、傳統與場域」(Geographies of Taste: Fashion, Tradition, and Place) 為題，進行專題演講。Gibson 教授從「地理標



圖一 專題演講：Professor Johanna Gibson

示」(Geographical indications) 作為地方性獨特認同與文化表徵的角度出發，並闡釋在此脈絡下，若該區域具有創造產品之特性和價值的「創作與神聖性功能」(authoring and sacred function)，且這些功能又必須與領土之不可分割性，尤其特別關注在以原住民族作為領域主體之事例上。Gibson 教授指出「地理標示」同時被作為國家工具或涉及神聖性和特殊意義領土時，用以駁斥在歐洲「紡織品與時尚」之歐洲傳統知識與地理標示，所致生全球市場與當地傳統習慣之間複雜的緊張關係。在專題演講的內容中，Gibson 教授藉由地方認同性的建構，提出特定的地理標示可以提供更廣泛的地方倫理 (ethics of place) 與增進社會規範 (social norms) 之功能，以避免在全球時尚工業造成的文化誤用 (cultural misappropriation)、傳統知識 (traditional knowledge) 與文化表現 (cultural expressions) 之掠奪。

在專題演講結束後，本項會議正式進入各場次的專題報告。

第一場次的主題為「法律史中的原住民權利」，由國立臺灣大學法律學院講座教授王泰升，以「臺灣法律史上的原住民族：作為特殊的人群、領域與法文化」(Indigenous People in the Legal History of Taiwan: Being a Special Ethnic Group, Territory and Legal Culture) 為題，進行專文的發表。

王教授的研究係以歷史時間線為軸線，分析自 17 世紀類歐洲國家主權實體 (荷蘭東印度公司) 建立統治政權以降，歷經傳統中國統治階段，繼而由日本殖民統治政權建立現代化法治建設，迄至戰後中華民國政府接收臺灣，



圖二 首場講者：王泰升，國立臺灣大學法律學院講座教授

探究存在臺灣不同時期之治理實體，就臺灣原住民族所採取之治理與族群政策的發展，以及這些政策對於原住民族社會與經濟生活之影響。觀察王教授之研究核心旨趣，係冀能透過具有歷史觀的法制與政策比較，解讀各時期「國家法」認知與界說原住民族法主體性所隱含的政策目的、社會條件與文明觀點，特別是形塑於清治時期、固著於日治階段之人種類屬區別：「生蕃（番）、化蕃（番）與熟蕃（番）」，由此證成臺灣原住民族在現代國家法治建設中處於弱勢處境之各種成因與其背景。

臺灣於 1990 年代的修憲工程，確已支持原住民族成為政治及法律上的主體，雖然其後亦有不少法律，基於保障原住民族集體性權利而修正或制定，但這些立法在執行上仍有缺憾，王教授特別強調，唯有國家法尊重或納入原住民族的法律文化，「法的統治」才對原住民族有意義。

接續王泰升教授有關原住民族法律史的闡釋與剖析後，第二場次係以「法律制度中的文化差異」(Cultural Gaps in Legal Institutions) 為旨，由尾崎一郎（日本北海道大學法學研究科教授）、鈴木賢（日本明治大學法學院、北海道大學榮譽教授）兩位學者，以「法庭中的文化隔閡：法律、語言與隱性偏見」(Cultural Gaps in the Courtroom: Law, Language, and Implicit Bias) 為題發表專論，並由具太魯閣族原住民身分之鄭川如助理教授（輔仁大學法律學系）參與分享。

本場次的發表人以其實地法庭觀察的經驗，比較比利時與臺灣的實務運作，意再探究法庭活動過程中的通譯功能，尤其在發表人實際參與 2015 年



圖三 講者：尾崎一郎，日本北海道大學法學研究科教授

2月在臺灣高雄地方法院原住民族專業法庭之具體審理後，提出臺灣原住民族在法庭活動中呈現族語傳譯人員的缺乏，而有影響訴訟權之不利益。與談人鄭川如助理教授也從其生活經驗出發，指出對於居住在部落裡的原住民族人而言，民事訴訟案件多以原住民保留地的權益糾紛為主，且多屬介於原住民與非原住民間之爭議；刑事案件則係以因違法狩獵、採集為多。鄭教授進一步分享，案件的當事人，對於部落原住民來說，到法院出庭應訊是一件「恐怖」的事，因為法院的環境很嚴肅，而法庭活動的參與者，包括審理法官、刑事案件的公訴檢察官及民事案件的雙方辯護人，個個都講著非常深奧難懂的話語。即使他們聽不懂法官到底在說什麼，也會因為法庭內嚴肅的氣氛而不敢說話。因此，常常在搞不清楚發生了什麼事的情況下即喪失了主張自己權益的機會。

關於法庭內族語傳譯人員缺乏的可能解決方式，鄭教授建議首應製作該管法院轄區內族語人才通訊錄。自臺灣開辦鄉土語言教學後，已通過族語教師認證者，已有為數不少的專業族語師資，行政與司法部門應先製作一份實際居住在該管法院轄區內之族語人才通訊錄，以為備用；其次，各級法院針對地區需求，應研議雇用全職或兼職族語傳／口譯人員；再者，應強化參與法庭活動通譯者之充足的法學教育訓練，尤應留意者，須在原住民族文化的脈絡下，透過原住民族族語進行闡明以達理解之效。

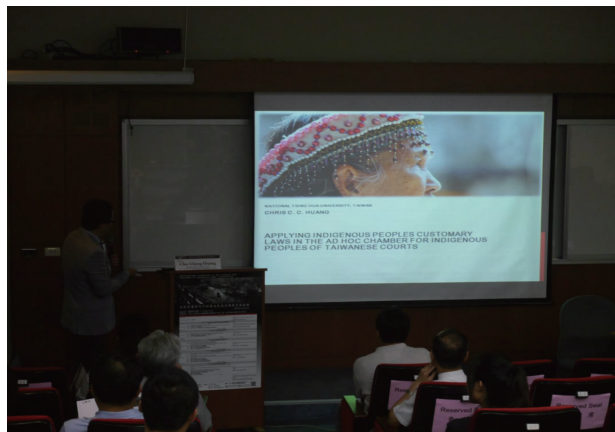
第三場次則從我國法的經驗出發，探討臺灣「原住民族之司法近用權」(Indigenous People Rights to Access to Justice)，並有兩位學者發表專文分享。其一為：黃居正(國立清華大學科技法律研究所副教授)，主題為「原住民族



專庭如何適用原住民族傳統慣習」(Applying Indigenous Customary Law in the Ad Hoc Chamber of Taiwanese Courts)。

黃教授從「習慣法體系近用權」之本國實踐出發，指出我國自2014年9月3日起，在臺灣高等法院及其分院、3所高等行政法院，以及澎湖、金門、連江以外之各級地方法院都設置「原住民族專業法庭(股)」，實務上對於原住民族習慣之認事用法，提出我國確已藉由修憲及制定《原住民族基本法》，以轉型正義之力量逆時重建「法律多元主義」(legal pluralism)，進而接納原住民族之習慣法體系為可供平行適用之「族群法域」(ethnic enclave)。此外，黃教授的論點在強調原住民族習慣的適用，應得採以法律一般原則(即法理)之方式，亦即自市民法中抽繹或類推出得藉以獲致公平與良善結果的規範原理，對應訟爭事件所涉及之文化條件加以實體上認事用法之補充，進而獲致原住民族習慣能被以「完整的法」來適用，維護其實體性與拘束力。

其次，黃教授以原住民族習慣的法適用比較屬人法衝突的相關問題，提出傳統習慣程序規則之稀薄，並以訴訟兩造如非同屬文化關聯性之社群成員，若欲採以原住民族習慣作為準據法，則其適當之屬人法連接因素為何？對此，黃教授認為欲實現「習慣法體系近用權」，法院未必須透過市民法選法規則中之最適關聯說，進行類推解釋，而造成對傳統習慣之割裂性適用。雖在欠缺成文選法規則之狀況下，法院實可參酌普通法的選法方法論，將連接因素之確立，即通常所謂的「定性(characterization)」程序本身，等同為判斷「文化上關聯性」之程序，進而指示準據習慣之適用法規。



圖四 講者：黃居正，國立清華大學科技法律研究所副教授

本場次另一發表人為蔡志偉副教授（原國立臺北教育大學教育經營與管理學系，現國立東華大學財經法律研究所副教授），從法律扶助的司法近用權面向出發，發表題目為「原住民族司法近用權：法律扶助作為基本人權的討論」(Indigenous Access to Justice as A Human Right: Legal Aid Approach)。

蔡教授首從原住民族於其所生活社會中，往往處於政治、經濟、社會及文化方面之弱勢，指出原住民族成員不僅在參與及享受各種國家、衛生、文教及社會福利制度之機會常常受到歧視，甚至面臨自身權益受損或行為與國家法制相牴觸而產生法律責任時，往往無法透過國家司法制度獲得有效之救濟。其次，再以司法院統計處針對 9 所地方法院指定原住民族專庭（股）102 年 1-10 月刑事新收件數之統計，以管轄地院與案件涉及文化抗辯的三項法規（森林法、槍砲彈藥刀械管制條例、野生動物保育法，下稱原民三法）作比對，確實顯示案件集中在原住民族人口聚集最多的三縣市：桃園、臺東和花蓮。

蔡教授續以財團法人法律扶助基金會「102 年原住民族一般案件清冊」為基礎數據，截取「案件類型」、「分會別」、「申請之月分」、「族群別」等變項，就法扶之扶助案件分類，以刑事案件為範圍進行交叉統計分析，從中觀察原住民族之活動與地域的關聯性。此外，針對與原住民族習慣相關的「原民三法」，從扶助案件申請之月分及族群別之統計，進而探究各族群的文化活動與習慣實現的關聯性。比對司法院的案件統計資料和法扶的申請扶助數據，蔡教授之研究發現，在涉及「原民三法」案由與管轄法院、申請扶助分會的重疊



圖五 講者：蔡志偉，國立東華大學財經法律研究所副教授



性相當高，復加入申請扶助之族群識別，更可顯示「原民三法」之法規範所特有之文化特殊性。

蔡教授在結論中回應黃教授的研究主張，指出實現憲法增修條文保障原住民族習慣司法近用權之價值的核心作法在於，國家法律應理解原住民族傳統習慣與文化，進而採以作為爭端解決機制的實體內容。有鑑於此，蔡教授認為，如何促使國家實定法規範被納入至原住民族習慣與社會規範體系，以作為司法實務審理的準據法，是解決問題的核心方法。

本研討會最後一場次的專文發表，係以臺灣實施原住民族專業法庭後之研究觀察出發，場次主題為「原住民族法庭之理論與實踐」(Theory and Practice of Indigenous Court)，由兩位發表人分別從國際法之面向，以及內國法實踐的實務案例分析，進行兩篇論文之發表。首先是國立東華大學財經法律研究所的徐揮彥副教授，以「原住民族專庭之設立與原住民於刑事訴訟程序中之公平審判權」(The Establishment of Indigenous Courts and the Right to a Fair Trial of Indigenous Offenders in Criminal Procedures)為題進行分享。

徐教授根據多元文化主義法律論述與原住民權利保障的論述，從原住民族所身處的多元法律運作場域中的國際法場域立論，以國際人權法所建構出的公平審判權規範架構及保障原住民權利的最新規範發展內涵為基礎，探討原住民族之公平審判權在原住民族專業法庭之設置及運作過程中，究否獲得實現並符合國際人權公約之標準為本文之論證核心。



圖六 講者：徐揮彥，國立東華大學財經法律研究所副教授

接續則由靜宜大學法律學系蔡穎芳副教授，以「臺灣原住民之家事裁判書分析」(An Analysis of Family Court Cases Concerning Indigenous Peoples in Taiwan) 進行專題分享。蔡副教授長年關注原住民族身分法之相關議題，在本文則係進行了原創性糾紛排解機制於部落內的行動研究，採以參與觀察糾紛排解過程的研究方法，並針對糾紛排解人員及接受糾紛排解的原住民當事人發放問卷並進行訪談，實地瞭解部落內部所建構的原創性糾紛排解機制的紛爭排解過程、使用該機制解決家事糾紛的原住民之法律／社會處境，提出該機制的糾紛排解結果確實更貼近原住民族的法意識與正義觀念。

本場次的兩篇論文均係緣起自司法院於 2013 年 1 月開始於桃園、新竹、苗栗、南投、嘉義、高雄、屏東、臺東、花蓮等九所地方法院，設立原住民族專業法庭（或專股），冀以加強保障原住民族之司法受益權。然而，在目前強勢社群文化規範基礎下，欲保障原住民族之權利，絕非單純設置特別審理程序、設立原住民族法院或專業法庭即可澈底解決，而應從根本探究原住民族傳統習慣與文化與主流社會之差異。易言之，應先詳加研究、調查現行法律規範與原住民族傳統文化有何落差、發生落差之原因，再整體檢視我國實體法及程序法之規範應否予以調整，思考如何將原住民族傳統文化融入相關實體法規定。具體來說，實現憲法增修條文價值中心的核心作法在於，國家法律如何理解原住民族傳統習慣與文化，進而作為爭端解決機制的實體內容，是突破原住民族習慣與文化規範解脫於現行國家實定法的核心方法。



圖七 講者：蔡穎芳，靜宜大學法律學系副教授



### 三、活動經驗與分享

在現代國家法律規定內容及法規範之框架下，原住民族傳統習慣受到一定程度之限制與壓迫，然該傳統習慣亦係維持原住民族文化精神之重要核心，故如何在現代法制架構下建立一完備且妥適的法律架構，而使得原住民族文化之核心精神與價值觀得加以保護，傳統習慣能被予以尊重，即為一迫在眉睫之問題，故本次國際研討會計畫應運而生。

過往針對原住民族文化、習慣與法律之相關研究，往往流於片面，或僅針對部分法面向而為研究與探討，以致於無法彙整出一既完整且完善實現原



圖八 綜合座談：鈴木賢，日本明治大學法學院、北海道大學榮譽教授



圖九 綜合座談：王泰升，國立臺灣大學法律學院講座教授

住民族習慣法律發展全貌之實證研究，使研究效果相當有限，對於原住民族之特殊性及其文化維繫與運作亦有其限制。

本次國際研討會將現有的原住民族法學文獻，自「國家制定法」的法律教條釋義，與「漢民族中心主義」當中解放出來。進而把原住民族在文化與習慣法制方面所面臨的法律衝突與困境，透過「法律扎根理論」之認識論與方法論，重新置於錯縱的社會脈絡當中解讀，透過國際比較法學的研究，肯認臺灣原住民族在法制方面受到雙重法規範（現行法與漢族習慣法）殖民與壓迫的多元面貌、於糾紛排解過程當中的實際法律／社會處境，並依此提出足以回應原住民實際處境與需求的法律修正建議。

透過本次臺灣四所高等教育機構與英國、日本著名學府共同參與舉辦國際學術研討會，將有助於臺灣原住民族與國際原住民族學術研究箇中翹楚彼此互相分享、學習與討論，結合臺灣與國際的經驗，共同探討原住民族法律在全球變遷時代的挑戰與發展機會，不僅可藉此機會強化臺灣與日本在原住民族議題發展上的連結，亦可藉由經驗的交流與合作，共同促進對於原住民族司法實務及學術發展的關注與擬定。

#### 四、結論

原住民族文化與法律的研究，長期以來一直是法學研究領域中較受忽視的區塊，隨著近年原住民族權利運動的興起，以及原住民族法制之積極建構，我國實務與學說亦增重視原住民族法律議題與發展，舉凡原住民族文化權入憲、原住民族法院或專業法庭的設立等，都彰顯此問題所具有的先驅性與前瞻性。

誠然，原住民族個人與集體之相關法律問題，在我國憲法增修條文納入多元文化並肯定原住民族權利後，確實逐漸展現出與以往不同的多元面向。而原住民族個人與集體權利之保護，不僅需要行政權主動積極依法行政、立法權遵守憲法誠命立法，司法權如何在合於憲法規範之要件下，具體於個案中回應原住民族權益，更屬不能忽略的重要關注角度。

本次國際研討會除了有助於將原住民族的習慣內容，進行與「國家實定法」整合與協調的相關論述之中，亦能超越傳統法學限縮於「實定法」與「漢族習慣法」兩種角度的思考模式，帶領研討會參與者探索「國家實定法」與「原住民族習慣」於多元民族社會之實際生活當中的具體實踐情形，以瞭解原



住民族的「習慣與文化」內容及其與「國家實定法」和「漢族習慣法」之間的互動情形，以及原住民於糾紛排解過程中的實際法律／社會處境與困境，並從中反思尋求改善之道。

本文以為，透過國內外的參與學者間，就國際與我國原住民族作為法律主體之屬性及原住民族權利救濟實務比較議題的深入探討，冀能帶動國內法學界對於國際原住民族法律發展及比較研究之研究風氣，深化國內原住民族法學教育與實務發展之立基。