

原住民族利用森林資源 權利論—回顧與展望

撰文 | 李桃生
(林務局局長退休)

近代及現代對於 森林所有權的回顧

從臺灣的歷史來看，清朝統治時期，土地制度紊亂，至劉銘傳出任巡撫，才開始清丈土地，重訂賦則。然而，林地遼闊，遠超過田地，被一概視如王土，人民可自由利用。是以「內外多方爭奪山林；林野權利涉及內地商人、洋商、原住民、漢民等複雜的族群關係與商業利益」（李文良 2001）尤以樟腦事業為最，以其獲利可觀所致。

1895年4月17日，李鴻章在日本下關春帆樓與日本伊藤博文簽下割讓臺灣與日本之和約，其子李經芳受命於基隆舟次交割，5月29日日人從貢寮澳底上岸，臺灣愛國志士展開反制而失敗。筆者嘗謂：不能只知甲午之恥，更應知乙未之役的壯烈。尤其，原住民族對日本政府的武力抗爭持續將近了20年。

日治初期，臺灣總督府依據日本首相伊藤博文之訓令，臺灣總督以軍政長官之身分，運用中央政府授與的概括殖民地統治權，並以其所裁決之軍令，為統治上的基準法源（黃靜嘉 2002）即此一時期，臺灣所有法律事項，均由臺灣總督府以軍令規定之，大部分以「日令」發布。日令第26號發布〈官有林野及樟腦製造業取締（管理）規則〉，第1條規定「凡無證明所有權之地契或其他確證之山林原野，皆屬官有。」依據國史館臺灣文獻館2018年6月19日臉書之說明，此係規定林野使用人必須向總督府重新申請，人民須主動提出相關證明文書，以瞭解清代以來業主伐木許可、樟腦製造，以及林野使用權利的實際情形。未提出申請，或缺乏可證明其所有權或的山林原野，一概歸為官有。

日令26號發布後，隨即實施林野調查，將林野區分為三類：要存置林野、準要存置林野及不要存置林野。在林野調查

完成，殖民地統治者自殖民地人民之手，掠奪大量林野以為官有並以「合法」之方式交予前來殖民地之事業家經營，即：「殖產興業」政策。在目的已達後，於1919年廢止。在此期間，第五任臺灣總督佐久間左馬太，1906年到任後即定下五年「理蕃」計畫，以「掃蕩生蕃」促進「蕃地」開發，攫取臺灣山地資源為重要施政方針。五年「理蕃」計畫前後共分為兩次，第一次「理蕃」五年計畫從1907年起，其攻伐策略是以引誘山區各部落「甘心承諾」在境內設置隘勇線，待警備線部署完成後，即發動大規模武力壓制；1910年為第二次「理蕃」，主要採取強力的軍事討伐。

日本學術探險家森丑之助1913年8月在日本「生蕃對臺灣島的影響及臺灣蕃族學術調查」演講，主題是：臺灣原住民對臺灣島的影響。森丑氏指出臺灣因為有野蠻的生蕃居住，在歷史上防止了移墾臺灣的漢人湧入山區濫伐、濫墾土地，結果，臺灣的大自然受到保護，國土沒有受到戕害。利用蕃地天然資源，從事生產的原意是不錯的，但如果受到眼前一時的利益迷惑，大開山林而忽畧百年之計，那麼他的後果將是極悲慘的。臺灣雖然是一個小島，天然產物很豐富，我們有開拓的餘地，足供我們日本人經營新領土的後盾力量，這完全是臺灣生蕃間接賞賜我們的」（楊南郡譯文）。

1945年後，中華民國政府延續臺灣總督府的財產制度，1947年訂定「臺灣省土地權利清查辦法」，第8條規定：前經臺灣總督府依據土地調查及林野調查清理之結果，歸為公有之土地，概不發還。換言之，政府透過國家主權將無主地（terra nullius）納入國有（黃居正 2007）。

由以上簡單的回顧，可以確認：原住民族本即在廣大的森林（包含林地及其群生之竹木）中居住，森林產物為其生活資源之一部，原住民族在山林中採集或漁獵自然資源，也融入森林生態系內。經上述歷程，原住民族向來認為「不屬於個人獨享，而屬於部族全體共同享有」的森林資源，已成為所有權的客體，所有權人為中華民國，其使用、收益受到國家法律的制約。

現代森林法對原住民族之影響

中華民國政府接收日治時期已確定之國有林地，從大陸帶來的1945年 2月 6日訂定的森林法第1條第2項即規定：森林以國有為原則。並訂有特別刑法，第49條：「竊取森林主副產物，收受、搬運、寄藏、故買贓物或為牙保者，依刑法之規定處斷。」（現行法已修正為：竊取森林主、副產物，收受、搬運、寄藏、故買或媒介贓物者，處六月以上五年以下有期徒刑，併科新臺幣三十萬元以上三百萬元以下罰金。前項竊取森林主、副產物之未遂犯罰之。）同時，第50條（現行

法為第52條) 為第49條之加重條款，在該當一定之構成要件下(如：在保安林犯之者、結夥二人以上或僱使他人犯之者)，比刑法第320條第1項處罰為重，且除了自由刑外，應併科贓額2倍至5倍之罰金。

至於原住民族取用森林資源，訂有下列規範：2006年3月1日修正前之森林法施行細則第16條，針對國有林區內當地居民採取雜草、枯枝、落葉之地方習慣者，規定得由林區管理處限定區域、時期及採取種類，發給採取證，進行採取。2001年12月4日，行政院農業委員會修正國有林林產物處分規則(以1985年12月13日修正之森林法第15條第3項為法律授權依據)。第15條規定二種情形，原住民族在國有林內採取竹木：其一為造林開墾，為排除障礙，須採取竹木，經查明屬實者；其二為原住民為生產上之必要，其建造自住房屋、自用家具及農具用材須用者。但以原住民保留地內之竹木為限，採取人須取具當地鄉(鎮、市、區)公所之證明，向國有林管理經營機關依據國有林林產物處分規則之相關規定許可專案採取。2013年12月修正國有林林產物處分規則第14條、第15條，提供一定比率之數量的漂流木由原住民族供傳統文化、祭儀或自用之用，且得為無償。

除上述規定外，原住民族依向來的生活慣俗，在國有森林內採集之行為，無論是建築用的林木、或是日常所用的竹筍、木耳、愛玉子、山胡椒、臺灣天仙果，均觸犯了竊

取森林主、副產物罪。1994年5月28日，當時的司法院長林洋港在臺中市中山堂發表「文化紮根與厲行法治改善社會脫序」專題演講，提及：原住民族為維持其生計，經常採伐山中的籐類及愛玉，而愛玉盛產季節一過，如不採取也會自行枯死，但原住民每因採取這些產品而被依違反森林法之規定判刑，該法之規定，未免過苛。

原住民族採取森林資源 權利之發展

一、憲法增修條文訂定原住民族條款

1992年5月28日憲法之修正，為當年政治大事，對於原住民的各種基本權，亦特別關注，其第9條第6項規定：「國家對於自由地區山胞之地位及政治參與，應予保障；對其教育文化、社會福利及經濟事業，應予扶助並促其發展」。同年8月1日修正，將「山胞」正名為「原住民」，並移列為第9條第7項。此一條文，僅規定國家對於原住民之「教育文化」應予「扶助並促其發展」似未宣示對於「多元文化價值」的尊重及保障。至1997年7月21日增訂增修條文第10條第9項：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」並將前敘第7項移列為第10項並增訂「其辦法另以法律定之」(現行憲法已移列為第11項、第12項)。而2005年2月5日訂定的原住民族基本法第30條更明定：政府處理原住民族事務、制定法律或實施司法與行政救濟程序、公證、調解、

仲裁或類似程序，應尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化及價值觀，保障其合法權益。原住民族的「文化基本權」入憲而為國家根本大法（人民權利的保障書）之一部，至此，我國的「文化憲法」燦然大備，從法治國邁入「多元文化國」的境界。

在此一「憲法時刻」下，林務局處理邵族依傳統文化申採國有林天然木荷案，值得在此重敘。2000年11月間，居住於日月潭附近的邵族原住民，以邵族文化協會為主體向林務局南投林區管理處申請採伐天然林內木荷二株，建造獨木舟以傳承及復育傳統文化，因所請事由不符合前揭國有林林產處分規則相關規定，且依臺灣森林經營管理方案第8點之規定，全面禁伐天然林，本案應予否准。經過討論後，認為從憲法的高度解決問題，彼時，憲法增修條文已訂有第10條第10項：「積極維護原住民族文化」的基本國策，憲法作為最高規範，應由行政、立法及司法機關予以闡微與實踐。何況，憲法是行政法的法源，在相關法律尚待制定之前，更是行政作用的基本依據。基此，宜審酌邵族以此維護傳統文化之初衷，如由國有林管理經營機關與邵族文化協會合作建造獨木舟，並無違法之虞；至於，禁止採取天然林乙節，只是原則性規定，且臺灣森林經營管理方案對於造林需要必須採伐之天然竹木，並不在其限。則從維護原住民文化之角度出發，並非不可採取微量之天然林。林務局爰核定以憲法規範行政作為的作用，類推適

用國有林林產物處分規則第12條第1項第1款「管理經營機關經營林業自用者」之規定，准許南投林區管理處洽邵族文化協會於國有林內選伐適用之木荷二株，並以有償方式交邵族文化協會製成獨木舟。

二、國際規範

而在國際上，1992年6月3～14日，聯合國環境發展大會通過屬於「軟法」不具法律約束力的「森林原則」(NON-LEGALLY BINDING AUTHORITATIVE STATEMENT OF PRINCIPLES FOR A GLOBAL CONSENSUS ON THE MANAGEMENT, CONSERVATION AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT OF ALL TYPES OF FORESTS)第5條a即規定：「國家森林政策應認識並支持原住民族、地方社區及森林居民之認同、文化及權利。應為這些群體創造適當條件，使他們在森林使用方面獲得經濟利益，進行經濟活動，實現和保持其文化特徵和社會組織，以及適當的生活水準及福利，包括通過土地永遠使用安排，作為對森林進行永續管理的獎勵。」此一重要原則，對於林業主管機關對於原住民族與國有林經營的議題，帶來深切的省思。

另一方面，早在1966年12月16日聯合國經由大會第2200號決議通過公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約。此兩公約與「世界人權宣言」共同被稱為「國際人權法典」(International Bill of Human Rights)，乃國際社會最重要之人權法典，

亦為國際人權保障體系最根本之法源。其內容在闡明人類之基本人權，並敦促各國積極落實其保障，務使全球人民在公民、政治、經濟、社會及文化各方面之人權，皆享有相同之保障。1967年10月5日我常駐聯合國代表劉鐸已在兩公約上簽字，但因聯合國大會在1971年10月25日決議，使我國失去代表權，無法再參加聯合國之活動，以致未能批准兩公約。行政院遲至2009年始將兩公約送請立法院於3月31日審議通過兩公約及「兩公約施行法」，總統於同年5月14日批准，並自2009年12月10日施行。至此，公約的內容成為我國國內法一部分，所有執法人員均可直接適用，以保障人權。

其中，聯合國「公民與政治權利國際公約」第27條「凡有種族、宗教或語言少數團體之國家，屬於此類少數團體之人，與團體中其他分子共同享受其固有文化、信奉躬行其固有宗教或使用其固有語言之權利，不得剝奪之。」及「經濟社會文化權利國際公約」第15條1項第1款「本公約締約國確認人人有權參加文化生活。」均指涉原住民族的文化基本權。自兩公約施行通過後法通過後，學者論文及法院判決，奉為圭臬，論及原住民族的自然資源利用權，引為闡述基調或認事用法之依據。

三、森林法增訂原住民採取森林產物條款之醞釀

林務局從2001年開始，即思考如何訂定維原住民族採取森林資源權利的法令條款，在

林務局立法計畫下，曾針對原住民採取森林產物之事宜，計畫增訂條文為：「森林位於原住民世居領域者，許可原住民依其傳統習慣採取森林產物，其採取之區域、種類、時期、繳費及其他應遵行事項之管理規則，由中央主管機關定之。」惟立法院於2001年12月8日修正通過「行政程序法」第174條之1修正案時，作成附帶決議，要求行政院送請立法院審查配合行政程序法修正之法律案，應單純以提昇位階或法律授權訂定法規命令應「具體明確」之事項，進行修正為限，以期儘速完成修法工作。因此，林務局原擬森林法部分條文修正草案未能成案。

約在同一時期，有一則非常有價值的法官針對森林法聲請釋憲案躍出，值得一敘。2000年，高雄地方法院法官葉啟洲審理一違反森林法案，被告某甲近80歲帶鐮刀和就讀國中的孫子，擅自到國有林採取桂竹筍被當場查獲，竹筍為森林副產物，數量約400台斤，市價約3,200元。甲觸犯森林法第50條竊取森林副產物罪，且與孫子同往構成「結夥二人以上」依第52條加重其刑為6年以上5年以下有期徒刑。此外，跟未滿12歲孫子共犯，依兒童福利法第條規定，是「利用兒童犯罪」應加重其刑至二分之一。法官開了一庭後，產生「矛盾心境」，「庭訊中，這個法律適用結果是否具有正當性，不斷困擾著我。」（葉啟洲2011）。決定向大法官聲請釋憲，其理由為：「森林法刑罰規定未就原住民傳統採集活動等特殊生活習慣另設例外規定，牴觸憲法第15條、第22條關於生存權

與自由權之保障、憲法增修條文第10條第11項、第12項國家應維護原住民族文化之保障規定。」

大法官於2001年6月15日即決議不受理，理由分二段，其一為不受理的基本理由：「本院釋字第371號解釋要求各級法院法官聲請解釋者，應提出『客觀上形成確信法律為違憲之具體理由』之原意。本件聲請解釋標的之森林法第50條、第52條第1項第4款規定，聲請人以上開規定未對於原住民（族）傳統採集活動等特殊生活習慣設有除外適用規定，認有牴觸憲法關於原住民（族）基本權利之保障，而聲請解釋。惟查本件據以聲請解釋之案件，被告係被訴涉有駕駛小客車夥同少年（其孫）至林班內竊取竹筍400台斤罪嫌，衡諸一般社會通念，是否確實構成據以聲請解釋理由之原住民（族）傳統採集活動，並未見其有作成審理判斷之說明，尚難認為就其受理之個案已有「『客觀上形成確信該法律為違憲之具體理由』，依首開說明，與本院釋字第371號解釋所定聲請解釋要件不符。」

其二為大法官的申論：「又法律之適用須經解釋者，其解釋不以文義解釋為限，除法條本文外，並應綜合考量該法條規定與憲法、其他法律等整體法體系之關聯、該法條立法過程以及規範目的等因素，以形成應如何（限縮、擴張或類推）適用法律之確信。本件具體個案，應否依森林法第50條、第52條規定處罰，自應本於前開意旨，認定事實適用法律，就有無構成要件該當性、違

法性、有責性等積極事由，以及其他阻卻違法、罪責等消極事由，詳為審究，據以論斷其刑事責任之有無。此項針對具體個案作成審理判斷之行為，尚非本院之職權，審理具體個案之法官於審理案件時，自應注意及之，併此敘明。」

從法官聲請釋憲及大法官不受理的理由觀察，值得深思，第一，聲請釋憲者對於本案事實，衡諸社會通念，是否屬於傳統採集活動，沒有作出判斷說明，從而，未形成客觀上確信森林法第50條、第52條構成違憲。第二，雖然釋憲不受理，但本案應否依森林法第50條、第52條規定追究被告之刑事責任，法官可依據各種法學方法論進行審究。（這段話，具有深意，彷彿說：法官如果能妥適運用法律解釋，被告可以不依森林法處罰的。）

本案最後的結果是被告甲於審理中亡故，法院判決不受理。其孫本來即由少年法庭另案審理。

四、森林法部分條文修正案之提出及政黨協商訂定原住民族條款

林務局層報行政院於2002年3月13日函請立法院審議之森林法部分條文修正草案，其中一條，係以發放採取證給與國有林區內當地居民採取雜草、枯枝、落葉，為涉及人民權利之重要事項，因欠缺法律依據，爰將本法施行細則第16條有關國有林區內當地居民採取雜草、枯枝、落葉之許可規定，提

昇至法律位階，俾符合行政程序法規定之意旨為由，擬增訂第 15 條第 4 項條文為：

「國有林區內當地居民有採取雜草、枯枝、落葉之地方習慣者，得由林區管理經營機關限定區域、時期及採取種類，發給採取證。」嗣於立法院經濟暨能源委員會審查時，採立法委員楊仁福有關天然災害發生後，國有林木漂流至國有林區域外之清理撿拾事項之提案，行政院原提案「為立法者摒棄不採」。嗣於送大會時，歷經政黨協商，記得是2003年10月間，協商委員為民主進步黨李俊毅、中國國民黨許舒博、無黨聯盟高金素梅；列席政府官員主要為農委會林業處長賴建興及筆者。委員提出原住民族在一定區域依生活慣俗採取森林產物之條款。筆者以列席身分向協商會報告：林務局本來即有此立法計畫（如前敘）。因此順利討論通過後為現行森林法第15條第4項條文：「森林位於原住民族傳統領域土地者，原住民族得依其生活慣俗需要，採取森林產物，其採取之區域、種類、時期、無償、有償及其他應遵行事項之管理規則，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。」並將委員會審查時所修正之該條第4項移為第5項，協商結果於2003年12月29日立法院三讀通過。

究實以論，原住民居住於國有林周邊部落，國有林為其生活領域。日常生活之食、衣、住、行、育樂、醫藥之需求，仰賴森林提供者甚多。因此，原住民於森林內採集主、副產物，從原住民觀點視之，

乃為當然之事。第15條第4項之立法旨意係基於尊重原住民族文化、維繫傳統習俗及價值觀，保障原住民族基本權利及促進原住民族生存發展，而允許原住民族依其生活慣俗利用其傳統領域土地之森林產物。更重要的是：本項所定為除罪化之行為。

本項法文之「原住民族傳統領域」，為第一次使用於法律條文內，主要是考量生活慣俗之實踐，恆在傳統領域土地範圍，且各族（甚至各群）間對於各自之傳統領域均有不同之淵源，自應以此為實施範圍。「生活慣俗」一詞，應指：屬原住民族長久存在之生活習慣，經世代相傳反覆實踐為傳統文化活動、祭儀或生活需要之行為，且受到社會內部規則的制約，浸假而形成各該民族集體共享共用的一種權利，性質上為文化權之一部，依人權三代論，屬於第二代人權。

至此，原住民族採取、利用森林資源之權利，已在森林法直接承認並予以保障。

五、森林法第15條第4項及子法之訂定

森林法第15條第4項後段授權行政院農業委員會會同原住民族委員會訂定「採取管理規則」，受限於「原住民族傳統領域」範圍仍須調查並依法公告確認。「原住民族生活慣俗」之具體種類，涉及各部族之歷史文化，更尚須深入調查確認。第15條第4項子法之訂定遭遇困難，原住民族採取森林資源權利之實踐，只能個案應用與解釋。司

馬庫斯櫟木案（詳如後述）發生後，林務局針對問題，以之尖石鄉為範圍，查對套繪相關部落地圖資訊而為「尖石鄉原住民族傳統領域土地」，並歸納原住民族生命禮俗、祭儀、生活需要（食、衣、住、行、育、樂、醫藥、經濟產業等行為。）及其他與文化活動有關之行為定義「生活慣俗」之內涵，於2007年10月18日與行政院原住民族委員會會銜令訂定「新竹縣尖石鄉玉峰村及秀巒村原住民族採取森林產物作業要點」。惟當地原住民族部落對於要點中傳統生活慣俗所需使用森林產物之種類、採取管理方式等事項仍有意見，林務局雖經與當地部落之意見領袖多次溝通，仍未獲共識，致未實施。

復經多年溝通，遲至筆者2016年7月16日退休前一周，始將已廣泛蒐集各界意見完成之「原住民族採取傳統領域土地森林產物管理規則草案」提報農委會以同年7月27日農林務字第1051741325號公告辦理預告徵求各方意見。嗣因原住民族委員會對於草案內容仍有意見，林務局爰重新擬具草案，再經三年的討論、溝通、協商，始訂定發布「原住民族依生活慣俗採取森林產物規則」去除「管理」二字並從申請改為「提案」，充分體現對原住民族的尊重。

原住民族基本法之制定 及其與森林法之關係

一、原住民族基本法的立法歷程簡述

原住民族基本法之立法過程，堪稱漫長曲折，幾進幾出國會殿堂，而在第5屆立法委員即將任滿之際，一夕之間即拍版。

簡言之，2000年10月27日，行政院為落實憲法增修條文第10條第12項規定提出「原住民族發展法草案」函請立法院審議，未獲實質討論，嗣於2003年6月16日再行提出。同一時期，立法委員蔡中涵於2000年6月23日、親民黨團及無黨聯盟於2003年10月24日分別提出「原住民族基本法草案」。經立法院第五屆第六會期第十六次會議，院會討論，於2005年1月21日上午11時3分，決議以親民黨黨團之「原住民族基本法草案」經黨團協商通過，完成三讀。

二、原住民族基本法的性質

以「基本法」名稱制定之法律，其法律位階及規範效力，依據行政院法規委員會2003年4月17日諮詢會議。有關法制事項之結論獲共識，其中關於「制定基本法部分」及「基本法適用上是否有優先性部分」贊成的見解為：基本法可作為政策統合之宣示；基本法可將各機關專業領域之基本原則原理、共通措施納入規範，作為該領域之個別法律之總則性規範；基本法為綱領性、原則性或政策性之專法，其適用上先於一般法律。

學者認為：基本法針對特定領域事項制定基本原則、準繩與方針。基本法係各該

領域或政策措施之基本原理原則或基本方針（蔡秀卿 2007）。

原住民基本法第1條即揭明立法宗旨為：為保障原住民族基本權利，促進原住民族生存發展，建立共存共榮之族群關係；立法理由指明：本法之制定，係認落實憲法增修條文第10條第12項規定及總統政見「原住民族與臺灣政府新的夥伴關係」、「原住民族政策白皮書」。第30條規定：「政府處理原住民族事務、制定法律.....，應尊重原住民族之傳統習俗、文化及價值觀，保障其合法權益。」職是，吾人應該肯認：原住民基本法可以定位為憲法的施行法。

茲再歸納各學者對於原住民族基本法的性質如下：

（一）為了執行憲法所定的原住民的基本權利而制定，為十分紮實的原住民族權利憲章，所有執行基本法的子法或其他法律的增修，均應遵循基本法所訂權利概念之合憲性解釋，不得加以違背或逾越（黃居正 2007）。

（二）主要目的在於補充憲法之不足，並且作為該領域政策的指導與基礎，將該領域之施政及國家責任、人民的權利義務等，做原則性的規範，也可授權立法或行政機關制定相關法令，將內容具體化（湯文章 2016）。

（三）具有指導法律解釋與法律適用之位階（王皇玉 2017）。

（四）具有憲法位階的保障，是一種憲法委託。憲法委託的制度與理念，乃制憲者期待所有國家權力應當履行特定憲法價值。立法、司法、行政等都應全方位履行此憲法委託之義務。憲法委託條款的特色在於立法者享有採行措施之方式、範圍與時間長短的甚大裁量空間。立法者可以制定專法或相關法律，逐步建立保障某該法益之法律體系（陳新民 2014及2018）。

三、原住民族基本法與森林法的關係

（一）傳統領域何指？

原住民族基本法第2條將原住民族土地區分為：原住民族傳統領域土地及既有原住民保留地。學者黃居正認為「傳統領域」是繼受而來的法律概念。本條所指傳統領域之定義，與法律上承認傳統領域的國家，如澳大利亞、加拿大、美國의法院判決旨意，無太大之差異。為「在市民政權出現之前，原住民族基於與其自然資源之繼續占有、使用而取得之權利。」在時空條件下細言，應具下列三項要件：傳統領域是在市民政權（殖民）進行占領或征服之前即已存在於該土地上的一種權利狀態；是基於對土地及其自然資源之事實管領而成立的權利；原住民族對於傳統領域土地及其自然資源的管理與利用狀態，必須在市民政權出現之前仍繼續存在（Existing）。蔡志偉更簡捷闡述為：傳統

領域係以原住民保留地以外，為原住民過去及現在的生活範圍，為原住民取用資源及管理資源，發展特有生活智慧及原住民族文化的空間。

森林法第15條第4項所稱「傳統領域土地」指涉的範圍，其實是一種時間與空間的綜合體，從地圖學的角度來看，應該有其境界，以經緯度示之。然而，在原住民族文化，部族的生活史（包含農耕、漁獵及與他族的爭戰）、傳說、祖靈的去處（如塔山是祖先死後去的地方）、傳統祭典實施的土地、甚至是族人的生活記憶等，都可能是傳統領域。做為法律實踐的標的，並為權利的基礎，自必須仰賴現代國家運用科技、掌握歷史予以客觀調查定其範圍。而首要工作，在於定義「傳統領域土地」。尤其，依照大法官釋字第400號解釋認定既成道路為「公共地役」，則國有、公有林地，性質上屬於公眾長久以來習慣性使用之公共地役或公共信託所示的「公共財」（黃居正 2007），一定與原住民族傳統領域有所重疊，是以，必須以法律或法律具體明確授權訂定之法規命令，定義「傳統領域」，始符法制。更進一步說，已經依日治時期臺灣總督府以日令26號、國府以臺灣省土地權利清查辦法將無主物納入國有的廣大森林，如果要回復為原住民族的財產權，則「國家的森林」將變更為「部落的森林」，涉及所有權的得喪變更，自應以法律定之。

原住民族基本法第20條第2項規定：原住民族或原住民所有、使用之土地、海域，其回復、取得、處分、計畫、管理及利用等事項，另以法律定之。旨在維護原住民族權利。行政院原住民族委員會自 2005年推動「原住民族土地及海域法」草案，案涉相關部會業管範疇，經辦理多次跨部會協商並召開多場座談會及說明會，進行溝通協調，經2任政府分別於2007年12月7日、2008年2月29日、2015年9月25日及2016年2月19日向立法院提過4次法案。此外，立法委員廖國棟等21人於2012年10月26日、邱文彥等22人於2015年9月25日、Kolas Yotaka等33人於2018年5月25日及廖國棟委員等28人於2019年11月1日分別提出草案，無論行政院或立法委員之提案，對「傳統領域土地」之定義，均圍繞在「原住民族傳統祭典、祖靈聖地或舊部落及其周邊獵區或耕墾之範圍」等三方面發展。立法委員Kolas Yotaka等33人版本，於末段增加「供原住民族各族集體使用之土地」之文字，以為詮釋。另，立法委員廖國棟等17人於2019年10月15日提出原住民族基本法部分條文修正草案，定義原住民族傳統領域土地為：「原住民族傳統領域土地：係指部落範圍、漁獵區域、耕墾土地、祖靈聖地、祭儀空間或其他歷史上原住民族得排他性使用、管理之土地範圍。」然而，各案僅一讀，均未獲實質討論。

另一方面，原住民族基本法第21條於2015年6月24日由立法委員提案修正為：

政府或私人於原住民族土地或部落及其周邊一定範圍內之公有土地從事土地開發、資源利用、生態保育及學術研究，應諮商並取得原住民族或部落同意或參與，原住民得分享相關利益。政府或法令限制原住民族利用前項土地及自然資源時，應與原住民族、部落或原住民諮商，並取得其同意；受限制所生之損失，應由該主管機關寬列預算補償之。前二項營利所得，應提撥一定比例納入原住民族綜合發展基金，作為回饋或補償經費。前三項有關原住民族土地或部落及其周邊一定範圍內之公有土地之劃設、諮商及取得原住民族或部落之同意或參與方式、受限制所生損失之補償辦法，由中央原住民族主管機關另定之。原住民族委員會依據增訂之第4項訂定「原住民族土地或部落範圍土地劃設辦法」，其第3條定義「原住民族傳統領域土地」，係指經依本辦法所定程序劃定之原住民族傳統祭儀、祖靈聖地、部落及其獵區與墾耕或其他依原住民族文化、傳統習慣等特徵可得確定其範圍之公有土地。」此一立法體例係「外延性的定義」

（又稱列舉例示界說），係指對一個名詞以列舉或例示之方法，指出其範圍，確定其意義。由法文觀之，已將歷史淵源、文化或傳統習慣納入各該名詞之定義。程序上則由鄉鎮市區公所協助部落成立「劃設小組」，參照原住民族委員會公開之原住民族傳統領域土地調查範圍或其他資料事證，確認劃設之區位與範圍。劃設之成果提請部落會議以公

共事項方式討論並視需要通知毗鄰部落代表與會，經部落會議議決通過後，交由執行機關報請直轄市、縣（市）主管機關辦理書面審查研提意見後提報原住民族委員會受理並經會商公有土地管理機關討論後，將劃設成果公告之，並刊登政府公報或新聞紙。綜上，由定義及程序觀之，傳統領域土地之確定，由部落發動由下而上，以經科學及實證調查為據並建構公有土地管理機關參與協商之機制，堪稱嚴謹務實。

至於傳統領域土地及海域權利回復、補償與保障事項，依目前的進展，將俟原住民族歷史正義與權利回復條例草案立法通過並由原住民族歷史正義及土地調查委員會展開調查後，依調查事實根據及基礎，據以制定「原住民族傳統領域土地及海域法」（名稱暫訂）。

在司法機關，法院遇具體案件涉及傳統領域土地之認定，認為森林法第15條第4項之法文之所以稱「原住民族傳統領域土地」，要屬生活慣俗之實踐，恆在傳統領域土地範圍內（臺中高分院 2011 年度上訴字第 1749 號刑事判決參照）。至於範圍何在？判解均直接以原民會所提出之傳統領域調查資料作為認定「原住民族傳統領域」之基礎（如最高法院 2009 年度台上字第 7210 號及臺灣高等法院 2009 年度上更（一）字第 565 號、最高法院 2013 年度台上字第 847 號等刑事案件）。

原住民族依生活慣俗採取森林產物，在大範圍上，依原住民於基本法第34條規定，固然應釋示適用於「原住民地區」，（如下節所述）但實務運作上必須在「各部族之傳統領域」為之，始可無爭議的實踐。從人類學的角度觀察，人類發展出之文化、生活慣俗，如經所屬社會群體世代相傳，成為該社群延續已久之內涵、制度，則可稱之為傳統。文化、傳統或生活慣俗，均具有高度屬人性，原住民族各族、甚至各群間，多存有差異。以生存、活動地域而言，係具有同血統之同族人士，世世代代群聚一處，從而，在該處形成部落或傳統活動領域，且各部族之間各有所屬（臺灣臺東地方法院2019年度原訴字第20號判決參照）。但各民族傳統領域的空間範圍，也受到族群間不同時期的遷徙、戰爭、和解或殖民國家的強制移住政策影響，而有重疊或流動的狀況。當爭議出現，都可以經由對等協商決定解決方案（林淑雅2019）。

（二）原住民族基本法第19條與森林法第15條第4項之競合

原住民族基本法於2005年制定時，其第19條規定：原住民得在原住民族地區依法從事下列非營利行為：獵捕野生動物、採集野生植物及菌類、採取礦物、土石及利用水資源。並以傳統文化、祭儀或自用為限。考其立法理由指出：原住民族為歲時祭儀或供生活之用，常需利用部落週邊自然資源，比如排灣族修繕房屋需用石板，鄒族祭典需用木

榲蘭等等，該等行為係維護生存及文化所必須，且對於自然生態影響甚微，故應允許其從事，另為避免過度利用可能導致之弊端，本條允許之行為，僅限於「傳統文化、祭儀或自用」，且必須是「非營利」行為，亦即取得之物不得作為買賣交易或其他商業利益用途，並必須「依法」從事，亦即相關行為之規範仍以各相關法律之規定為之。立法理由更進一步指出：「本條第一項第二款意旨與森林法第15條第4項相同。」

那麼，二法間的關係如何？按中央法規標準法第16條規定：「法規對於其他法規所規定之同一事項而為特別之規定者，應優先適用之，其他法規修正後，仍應優先適用。」此即「特別法優於普通法」適用原則，而法律之所以有普通法與特別法之分，乃有二種以上之法律同時存在，對於同一事件，均有所規定，而其規定不相同者所致。司法實務上，有關於原住民族基本法是否具有優先森林法之效力？向來認為原住民族基本法性質上為普通法、廣義法，森林法為特別法、狹義法，依特別法、狹義法優先於普通法、廣義法之原則，應優先適用森林法（最高法院2010年度台上字第6852號刑事判決、臺灣高等法院臺中分院2012年度上訴字第1908、1911號刑事判決參照）。但學者認為此見解對於「原住民族基本法」的法律位階，已有所貶抑（王皇玉2016/7）。

然而，基於原住民族基本法第34條規定

「主管機關應於本法施行後三年內，依本法之原則修正、制定或廢止相關法令。」之規定，原住民族委員會曾多次要求林務局應依本條及第19條規定，修正森林法第15條第4項之「原住民族傳統領域土地」為「原住民族地區」，以期一致。惟林務局基於前述第19條之立法理由，已具體指明與森林法第15條第4項意旨相同，認為尚無修正之必要。

2015年6月24日，原住民族基本法第34條增列第二項「前項法令制（訂）定、修正或廢止前，由原住民族委員會會商中央目的事業主管機關，依本法之原則解釋、適用之。」以維護及保障原住民族基本權益。因此，行政院農業委員會與原住民族委員會於2016年6月29日會銜核釋：依原住民族基本法第三十四條第二項規定，作成森林法第十五條第四項解釋如下：森林法第15條第4項前段所稱「森林位於原住民族傳統領域土地者，原住民族得依其生活慣俗需要，採取森林產物」係指位於原住民族基本法第2條第3款所定原住民族地區之國有林及公有林。至此，兩法條間孰先適用之爭議，獲得解決。

司法機關對森林法第15條第4項及原住民族基本法第19條之判解

一、司馬庫斯櫟木案

本案是有關原住民族權利之重要案件，不僅司法官學院列為訓練教材，學術界討

論甚多。

（一）事實為：

己○○、乙○○、丁○○均為居住於新竹縣尖石鄉玉峰村斯馬庫斯之原住民，前於民國2005年9月間某日，因協助搶修通往斯馬庫斯之道路，在新竹縣尖石鄉玉峰村大溪事業局81林班地旁道路，發現因颱風及豪雨後倒伏並遭周圍崩落土石沖刷、掩蓋之國有森林主產物臺灣櫟木1株，乃將之移置路旁。嗣後該櫟木亦為農業委員會林務局新竹林區管理處發覺，於2005年10月7日前往上開處所將該櫟木樹身部分鋸下後載離，惟樹根及部分枝幹因深埋土石中無法取出，遂於噴紅漆並烙鋼印後遺留現場。己○○、乙○○、丁○○因受部落會議指派前往搬運上開櫟木1株，計材積3.68立方公尺，折算山價為新臺幣79488元。搬運途中為新竹縣警察局橫山分局分局長戊○○、警員甲○○發覺，隨即於同日20時40分許，會同新竹林區管理處竹東工作站人員丙○○前往斯馬庫斯部落查獲。檢察官起訴法條為森林法第52條第1項第4款，結夥二人以上竊取森林主產物。

（二）歷審判決：

本案第一審時，被告三人一致辯稱：該櫟木為新竹林區管理處處理後遺留之無主物，渠等將之取走、搬運並不成罪；又渠等係依部落會議之決議，受指派前往現場載運系爭櫟木回部落作為美化環境、雕刻

及造景之用，並無竊盜之犯意。新竹地方法院於2007年04月18日以2007年度易字第4號判決處各被告有期徒刑6個月，理由主要在於：「原住民族對於土地之使用，雖然應加以高度之尊重，惟仍須依法定之方式、範圍加以運用，非謂全然不受法律之規範，認定被告明知檫木為國有，並具有不法據為己有的意圖。」

第二審時，選任詹順貴律師為被告主張系爭檫木位於Mrqwang（馬里光）群傳統領域之土地上，原住民依森林法第15條第4項前段、原住民基本法第19條第1項，得依其生活慣俗需要採取野生植物，並無違法。並主張被告等自信其行為為法律許可而有正當理由之違法性錯誤，應阻卻犯罪之成立。臺灣高等法院於2007年09月28日以96年度上訴字第2092號判決認為：原住民族基本法第19條規定之序文為：「依法從事下列非營利行為」因此，被告應向管理機關「專案申請」核准，始得為之。仍判決有罪，但認為原審未審酌罪犯減刑爰減刑為3月。宣判當日，臺灣人權促進會秘書長林淑雅批評：原住民個人行為如果符合所屬民族的習慣規範（在傳統領域內、遵守部落的採集利用規範），就不會是違法行為，這也是森林法第15條第4項所定原住民族有權在傳統領域內依其生活慣俗取用林產物的重點所在。

最高法院於2009年12月03日以98年台上字第7210號刑事判決二審判決撤銷，發回

臺灣高等法院。其判決理由為：原住民族之傳統習俗，有其歷史淵源與文化特色，為促進各族群間公平、永續發展，允以多元主義之觀點、文化相對之角度，以建立共存共榮之族群關係，尤其在原住民族傳統領域土地內，依其傳統習俗之行為，在合理之範圍，予以適當之尊重，以保障原住民族之基本權利。本此原則，原住民族基本法第30條第1項已經揭示，政府處理原住民族事務、制定法律或實施司法程序等事項，應尊重原住民族之傳統習俗、文化及價值觀等，以保障其合法權益。從而，原住民族在其傳統領域土地內，依其傳統習俗之行為，即不能完全立於「非原住民族之觀點」，而與非原住民之行為同視（此判決要旨為下級法院引用多次，堪稱指標性判決）。

嗣臺灣高等法院於2010年2月9日以2009年度上更（一）字第565號判決無罪，主要理由為：森林法之立法目的，係為保育森林資源，發揮森林公益及經濟效用；而系爭檫木係因颱風來襲被土石流沖到路中，造成司馬庫斯部落聯外道路不通，該部落為搶修道路，先將該檫木挖出移至路旁，嗣林務局竹東工作站人員先將該檫木樹幹部分運走，被告三人方依司馬庫斯部落決議，欲將檫木殘餘部分運回部落以美化部落景觀，是被告三人之行為，並未破壞森林自然資源，且欲發揮該檫木之公益及經濟效用，是被告三人之行為，並未違反森林法之立法目的。依據慎刑原則，唯具有社會倫理非難性的不法行

為，始有動用刑法手段之必要；被告三人之行為，既符合原住民族之傳統文化及生活慣俗未違反森林法之立法目的，是被告三人之行為，並不具有社會倫理非難性。

（三）評析

最高法院發回更審的理由，精闢闡明對我國多元文化的特色及原住民族文化的尊重。臺灣高等法院更一審的判決，實係肯認辯護人為被告的主張：自信其行為為法律許可而有正當理由，屬於「違法性錯誤」。也就是說，行為人對於自己的不法行為欠缺違法性認識（不法意識），其主觀上認為合法之行為，在客觀事實上，卻為法律規定加以處罰之行為。既不認有刑事責任的存在，即可阻卻其犯罪的成立。

蔡志偉於2013年分析：原住民族潛意識認為，與自身傳統文化或傳統生活習慣有關的行為，均應受到尊重與保護，這樣的自我正當性，往往成為「禁止錯誤」（誤以為行為是合法的）形成的深層原因。臺灣高等法院更一審判決無罪的理由，是從三名原住民被告「遵法的期待可能性」的觀點出發，值得肯認。

王皇玉於2016年7月評析本案為「文化抗辯」成功的案例，指出：當原住民主張所為之行為乃出於傳統慣習或文化而來，基本上這樣的辯解已屬「文化抗辯」之範疇。王氏說明：文化抗辯（cultural defense）乃美國訴訟審判實務上，因應不

同文化背景之犯罪人，所發展出來的排除或減輕刑責之抗辯手段。文化抗辯的理論基礎在於，每個人行為的選擇都植基於文化背景，因此司法審判也必須尊重個人成長過程的文化脈絡，並設法保護個人依循其文化脈絡行動的自由空間。王氏並以美國法闡釋被告可以主張文化抗辯而排除刑責之情況，必須具有下列三要件：被告是否為特定文化族群的一分子？該文化族群是否具有特殊傳統？被告犯罪時是否受到該特殊文化傳統之影響？

陳新民於2019年12月評析本案為「文化集體權之行使」並指出：運回檳木是部落會議之決議，行使的主體，不是個人而是原住民族的文化集體；係指對於土地及自然資源之利用；司馬庫斯部落的生活本質為「互利共生、合力共營。」檳木係做為美化、雕刻之用，具公用性質。

二、原住民族的行為合乎「阻卻違法」的要件為何？

在採取規則發布前，法院的見解並不認為無第15條第4項之適用，而認為：原住民於其所屬部族傳統領域內，採取森林產物者，縱未取得專案核准，惟若符合傳統文化、祭儀或自用，且非營利行為（即取得森林產物之目的，不是作為買賣交易或其他商業利益用途）之條件，可認係為其生活慣俗所需要，得阻卻違法；反之，則當然仍有森林法相關刑罰規定之適用（最高法院2017年度台

上字第37號判決、2010年台上字第6852號判決參照)。質言之，在採取規則發布前，法院認為，原住民在森林內採取森林產物之行為，合法要件有五：其一，身分上為原住民。其二，得採取之範圍在部族之傳統領域。其三，符合傳統文化、祭儀、自用等目的。其四，非營利行為。其五，應依法定方式為之。

以最高法院2010年台上字第6852號判決為例(此為近年來成為原住民採集森林產物爭議問題的重要指標性判決)，本案被告竊取國有林內之珍貴樹木七里香兩株，一株樹齡約為400年，另一株為450年，屬於珍貴樹木，具有保護價值。且挖掘後，係為種植於同鄉○里段663地號其所經營之民宿庭院內，美化環境，增加民宿生意，不符原住民族生活慣俗需要或傳統文化、祭儀、自用之目的。

茲再舉下列數例，即可明瞭在實務判解上，採取林產物之時機、模式、方法、價值等事項等，均是判斷是否符合生活慣俗或自用之指標。

(一) 最高法院 2018 年台上字第 3184 號刑事判決：本件犯罪行為地點，係在宜蘭縣大同鄉台七線64公里處，屬國有保安林，現場所存之風倒木，仍屬森林主產物，為森林法所規範之範圍。被告雖具有泰雅族原住民身分，然既係利用工具，先竊、後搬、再賣，係專為牟利，所取系爭扁柏，屬珍貴應

善加保護之林產，要與原住民傳統文化、祭儀或自用之目的無關。

(二) 臺灣高等法院 臺中分院2017年原上更(一)字第3號刑事判決：被告在其族人之傳統領域內，依其族人傳統慣習，採集猴板凳、桑黃等菇類森林產物治療痛風自用，符合原住民族得依其生活慣俗需要，採取森林產物之規定而阻卻違法，無刑罰之適用。

(三) 最高法院2017年台上字第90號刑事判決：被告既利用夜間，偷偷摸摸，先竊後藏再搬，可見行事並非公開、正大、光明，顯然係專為牟利之意圖，而竊取系爭紅檜樹瘤，要與傳統文化、祭儀或自用之目的無關。

(四) 最高法院2016年台上字第196號刑事判決：被告採取毛柿，經農業委員會林務局屏東林區管理處查訪屏東地區園藝價格，認定為6萬3千元，就被告之生活、經濟狀況、現今基本工資2萬餘元，上開樹木價值可否謂不高，而合於一般親友禮尚往來之常態，解釋為「自用」而為生活慣俗所需，亦非無疑。

(五) 最高法院刑事2013年度台上字第847號判決：被告等自居住之苗栗縣泰安鄉梅園村，長途跋涉至林務局花蓮林區管理處立霧溪事業區第63林班地，竊取森林副

產物桑黃，係為出售營利而非自用，非屬生活慣俗。但學者評析認為：當社會已經不再是自製自銷的關係時，必須容忍一部分可能的交易活動。倘若原住民採集林產物並不造成過度的森林保育不良效果，進行交易的金額也不足以理解為重大獲利，而只是達成其部分生活資金來源時，法院應該從金額、保育效果等多重面向認為這是原住民傳統灌輸在現代社會中的變化，而擴大第15條第4項的規定予以除罪（蔡志偉、許恆達、吳泰雯 2016）。

（六）臺灣臺東地方法院2015年度原訴字第32號判決：案被告為布農族原住民，於原住民族傳統領域土地之原住民族地區內，採集布農族傳統草藥牛樟菇及金線連等野生植物及菌類，係欲供其自己母親治療疾病使用之自用而非營利行為，應認符合原住民族基本法第19條第1項第2款、第2項、森林法第15條第4項前段等規定，與森林法第50條之竊取森林副產物罪之要件尚屬有間。

（七）臺灣臺東地方法院2013年訴字第14號判決：原住民習慣對於採取大自然可以使用的野菜是採取一種開放的財產態度，藤心為阿美族經常使用的傳統特色食材，被告是與其家人使用的非營利性行為，屬於傳統文化及生活慣俗。值得注意的是，本判決引用經濟社會文化權利國際公約第1條及第15條，公民與政治權利國際公約第1條、第15條及第27條之規定，作為判斷依據。

原住民族採取森林資源權利的展望

未來，原住民族採取森林資源權利的落實，個人觀察如下：

採取規則第20條規定，本規則所定主管機關、受理機關應辦理之事項，除了得委任所屬機關或委託其他機關辦理外，並得委託團體或個人為之。未來，原住民族部落、團體或個人在「受主管機關或受理機關之委託」的法律關係下，得辦理採取規則相關事項。此際，將發展至「公私協力、自主規制」（蔡志偉 2019）的層次，不可不謂是一重要的里程碑。則原住民族部落、團體與主管機關、受理機關間，必須締結「行政契約」，以為權利義務的依據，在此領域，從上下權力支配關係，調整為原住民族與行政機關立於對等之地位。因部落集體構成員之參與及傳統上部落制約的再展現，更使採取森林資源的權利更精準貼近實質內涵，亦有助於林政機關此一行政目的之達成。那麼，各部落對於行政契約的履行，必須先行展開社區能力建構（community capacity building），使族人了解行政契約的性質；並促使族人對於己身的傳統文化、生活慣俗重新發現、再掌握、再傳承。

另一方面，採取規則更規定：受理機關應協助原住民族辦理本規則相關提案事項。主管機關、受理機關為保存與維護原住民族生

活慣俗、森林資源利用方式，得委託其他機關（構）、相關民間團體或林業技師，進行田野調查研究。職是，我林業人員將負有發掘、調查、確定原住民族在廣潤森林中的傳統生態智慧的責任；一直以來苦無工作機會的「林業技師」們，也將有揮灑的空間。

更進一步觀察，此際，林業研究人員、科學家，也有了在既有紮實的研究基礎下更深入積極投入原住民族民俗植物研究的契機，這是一個珍貴的時刻，同事們，盍興乎來？

尊重多元文化價值 彼此共存共榮

洪廣翼在〈「蕃地」開發、「蕃人」控制及臺灣原住民族群性的展現：以蘭陽溪中上游地域為中心〉一文（2019）中，文首引用英國左派史家Edward Thompson的著作—《惠格黨與獵人（Whigs and Hunters）》（1975）的話：「數世紀以來，宣稱（claims）與反宣稱（counterclaims）已是森林生活的狀態…。農民與林務官間的衝突，已維持了數十年之久，看來還會繼續下去…。關鍵議題並不是土地使用，而是誰來使用土地—也就是：權力與財產權。」筆者在林野中工作40年，在第一線處理許多原住民族與國有林經營管理的議題，對這段話的描述，感受尤其深刻。

然而，林務人員與原住民族從來不是相互為敵，對立之發生是受到法律的制約（法律的解釋與法律的適用）所致。實際上，林業各項工作領域獲得原住民的協助甚多，而原住民族也在林業體系中以各種身分在資源調查、造林、森林防火工作做出貢獻。職是，彼此之間，毋寧說是休戚與共的兄弟。本文所回顧的歷史，可以看見長期以來，林務局同仁一直在國家與原住民族之間，建構彼此認同而可行的制度，此路漫長，但早已展開。

原住民族採取森林資源的權利固然源自文化傳統，為其文化權之一部，自必須受到尊重及實質的惠益。在法治國，則必須以法律為依歸，此一權利方能落實。在國際兩公約施行法、憲法增修條文第10條第11項第12項、原住民族基本法第19條、第30條、森林法第15條第4項等規定下，原住民在森林內採取森林產物的規範已建構完整的法體系。其具體操作細節則以屬於法規命令的「原住民族依生活慣俗採取森林產物規則」為準據。在此領域，無論是原住民族、林業主管機關、國有林及公有林的管理經營機關（構）、司法機關、甚至社會大眾，都必須在此體系下共存共榮，尊重多元文化價值，畢竟，我們是多元文化國。🏠

（參考文獻請逕洽作者）