原住民自治的困境與未來——「臺灣原住民族權益與自治區發展的法制規劃研究」的迴響

胡博硯

目次

壹、前言
貳、現行山地原住民自治的問題
參、原住民自治的法律根基
肆、原住民自治到底要自治什麼
伍、結語

壹、前言

曹瑞泰教授「臺灣原住民族權益與自治區發展的法制規劃研究」一文再度的引起塵封已久的原住民自治的討論。如該文所說，「近年來，臺灣原住民族自治的呼聲日漸高漲，原住民族基本法（以下簡稱原民法）也已於 2005 年完成立法公告施行[1]，確認原住民族自治權，推動原住民族自治區的設置。」因為於該法第 4 條規定：「政府應依原住民族意願，保障原住民族之平等地位及自主發展，實行原住民族自治；其相關事項，另以法律定之。」此外，我國地方制度在這二十年也有長足的發展，但這發展對於原住民的自治卻有如上沖下洗的狀況，首先是五都的出現，導致了本來鄉鎮自治法人的改制，而這樣的改制也涉及到了原來的山地鄉乃是由山地原住民擔任鄉長的作法，雖然這樣的作法筆者以為不是真正的原住民自治，但就原住民自治史來說，這作法還是有代表性，但因為各縣改制為直轄市原來的台中縣和平鄉、台北縣烏來鄉、高雄縣的各山地鄉，均改制為區，其後桃園縣改制為桃園市後，復興鄉也改制為復興區，均喪失了地方自治主體的地位。之後，立法者再次修正地方制度法「第四章之一直轄市山地原住民區」之相關規定，由山地鄉改制的直轄市山地原住民區將重新獲得地方自治團體身分，但是否就會讓原住民自治更順暢，顯然也不是必然的。

原住民自治一事茲事體大，在臺灣如曹教授文內指出，「2008 年國民黨的總統候選人馬英九也提出了多元共榮、試辦原住民族自治區、分階段實現自治等的「原

1　原住民族基本法於民國 94 年 (2005 年)2 月 5 日公告施行，於民國 104 年 12 月 16 日公告最新修正法。

住民族自治願景」。然而，在陳水扁總統任內，行政院提出了「原住民族自治區法」及「原住民族自治法」;馬英九總統任內行政院也提出了「原住民族自治暫行條例」，但這三個原住民族自治法草案都未能通過立法程序，尚未完成立法即以失敗收場。」顯然絕對不是學理上想像的那麼容易。另一方面，事實上來說，在國際法的層次，原住民自治與自決的問題，常其以來參與聯合國原住民族權利宣言討論的四個國家－美國、加拿大、紐西蘭與澳洲，最終多是因為這個問題，在 2007 年聯合國聯合國原住民權利宣言簽署之際未能參與的主要原因[2]。對此問題筆者打算從目前的山地原住民自治、法律依據以及自治到底要自治什麼來作回應。

貳、現行山地原住民自治的問題

臺灣本來的法律架構當中是沒有原住民自治的，而比較有可能的空間。如前言所述，地方自治的組織架構在這二十年有著明顯的改變，最早，臺灣脫離日本人統治之時，相較於大陸各省，臺灣省政府尚未成立，中央政府於民國 34 年 9 月 20 日制定臺灣省行政長官公署組織條例，此時臺灣的治理機關為行政長官公署，直到 36 年 5 月 16 日臺灣省政府始成立[3]，同時間也展開了臺灣地方自治的歷史，而這一切跟此前發生的二二八事件的發生有關[4]。而臺灣光復之初，臺灣共分為 9 市 8 縣，之後台北市與高雄市從省轄市升格為直轄市，奠定了一省二市的主要架構，直到凍省後才又有變化。目前我們全台共分為 6 個直轄市與 11 縣、3 市。

不過，如果比較起憲法本文中關於地方制度的條文，臺灣地方自治的展開的規範基楚似乎與憲法規定不同。對於地方制度，憲法本文當中規定於第十章，其中第 112 條規定以及第 113 條規定分別為，「省得召集省民代表大會，依據省縣自治通則，制定省自治法，但不得與憲法牴觸。省民代表大會之組織及選舉，以法律定之。」及「省自治法應包含左列各款：一　省設省議會，省議會議員由省民選舉之。二　省設省政府，置省長一人。省長由省民選舉之。三　省與縣之關係。屬於省之立法權，由省議會行之。」依上述規定，立法院必須要制定省縣自治通則後，由各省制定省自治法，而該法必須具備憲法第 113 條規定之內容。直轄市部分的規定則是依據第 118 條規定，直轄市之自治，以法律定之。而在長久的實踐中，省縣自治通則並未被制定，以至於也無省自治法的規定。而常其以來臺灣地方自治重要的依

2　范秀羽，民主憲正國住原住民族自治模式及其難題－以美國、加拿大、澳洲、紐西蘭為例，憲政時代第 44 卷第 2 期，2018 年 10 月，頁 106。

3　參見 http://www.tpg.gov.tw/(最後瀏覽日 :2020 年 12 月 25 日)

4　黃錦堂，省市政治體制之研究，月旦法學雜誌第 1 期，1995 年 5 月，頁 27；王泰升，第捌講：行政組織及作用（上）—台灣近代行政法史，月旦法學雜誌第 69 期，2001 年 2 月，頁 165。

據乃是僅具有行政命令性質而於民國 39 年 4 月 14 日臺灣省政府頒布的臺灣省各縣市實施地方自治綱要。這狀況到了解嚴之後才有變化，1992 年的第 2 次修憲案，通過了憲法增修條文第 17 條規定，其內容為，「省、縣地方制度，應包含左列各款，以法律定之，不受憲法第一百零八條第一項第一款、第一百十二條至第一百十五條及第一百二十二條之限制：一、省設省議會，縣設縣議會，省議會議員、縣議會議員分別由省民、縣民選舉之。三、省設省政府，置省長一人，縣設縣政府，置縣長一人，省長、縣長分別由省民、縣民選舉之。四、省與縣之關係。五、省自治之監督機關為行政院，縣自治之監督機關為省政府」。在法律層次上，1994 年 7 月 29 日制定之省縣自治法與直轄市自治法，但沒有多久 1996 年 12 下旬召開的國家發展會議，在地方制度上，該會議做出了一個非常重要的決斷[5]：決定調整精簡省政府的功能業務與組織，並成立委員會完成規劃與執行，並自下屆起凍結省自治選舉；取消鄉鎮市級的自治選舉，鄉鎮市長依法派任；縣市增設副縣長，並強化縣市政的職權；應盡速完成地方稅法通則與財政收支劃分法的制定與修正。在上述會議的結論下，因此展開了第四次修憲，增訂憲法增修條文第 9 條規定，「省、縣地方制度，應包括左列各款，以法律定之，不受憲法第一百零八條第一項第一款、第一百零九條、第一百十二條至第一百十五條及第一百二十二條之限制：一、省設省政府，置委員九人，其中一人為主席，均由行政院院長提請總統任命之。二、省設省諮議會，置省諮議會議員若干人，由行政院院長提請總統任命之。三、縣設縣議會，縣議會議員由縣民選舉之。四、屬於縣之立法權，由縣議會行之。五、縣設縣政府，置縣長一人，由縣民選舉之。六、中央與省、縣之關係。七、省承行政院之命，監督縣自治事項。臺灣省政府之功能、業務與組織之調整，得以法律為特別之規定」。而上述的兩個地方自治的法律規範 - 省縣自治法與直轄市自治法也修改成了地方制度法的規定。

而承前所述原住民自治在法規上是依附在地方自治下，早在省縣自治法的時代，該法第 17 條第 3 項對於原住民參政即有特別規範，「省、縣（市）、鄉（鎮、市）有平地原住民人口在一千五百人以上者，於前項總額應有平地原住民選出之省議員、縣（市）議員、鄉（鎮、市）民代表名額。有山地鄉者、應有山地原住民選出之省議員、縣議員名額。各選舉區選出之省議員、鄉（鎮、市）民代表名額在四人以上者;縣（市）議員名額在五人以上者，應有婦女當選名額。」同時第 37 條亦規定，山地鄉之鄉長必須要由山地原住民擔任，當然更早的歷史可以追溯到日本時代的作法[6]。日本人將原來受清國統治的「熟番」平埔原住民與漢人都稱之為本島人，而原

5　國家發展會議秘書處編，國家發展會議總結報告，1996 年，頁 10。

6　胡博硯，從臺灣山地鄉自治到部落公法人論原住民自治行政，臺灣原住民族法學第 3 期，2017 年 12 月，頁 62。

未受清朝統治的生蕃，則作為蕃人來統治，其所居的地方則是蕃地，而之後就演變成前述的山地鄉[7]。

不過，山地鄉隨著隨著縣市改制為直轄市，各山地鄉也改制為區，並且廢止地方自治選舉，這樣一點自治的可能也都消失殆盡，為解決此問題，在 2014 年修正了地方制度法增訂了第四章之一，回復各山地原住民區為地方自治體的地位，並且該區公職人員選舉也回復，然而這樣的作法造成了直轄市一是兩治，而且是否能有真的自治也有疑問。

因為依據地方制度法第 83 條之 7 規範如下 :「山地原住民區實施自治所需財源，由直轄市依下列因素予以設算補助，並維持改制前各該山地鄉統籌分配財源水準：一、第八十三條之三所列山地原住民區之自治事項。二、直轄市改制前各該山地鄉前三年度稅課收入平均數。三、其他相關因素。前項補助之項目、程序、方式及其他相關事項，由直轄市洽商山地原住民區定之」。簡而言之，自治的權權限中最重要的財政權，原住民自治區卻不具備。整體的區財政，全然仰賴直轄市政府之補助，能否自治即有疑問[8]，而這各部分還只是直轄市原住民區的問題，各原住民的鄉鎮普遍都面臨財源不足的狀況[9]。

參、原住民自治的法律根基

而最重要的問題是，我們現在的原住民自治依附在地方自治下是合理的嗎？這個答案是顯而易見的，即便自治的概念差異不大，但原住民自治的性質與起源不同於地方自治。而原住民自治，其實是有國際法上的基礎，2007 年的聯合國原住民權利宣言第 3 條與第 4 條分別規定，「原住民族享有自決權。基於這一權利，他們可自由決定自己的政治地位，自由謀求自身的經濟、社會和文化發展。」；「原住民族行使其自決權時，在涉及其內部和地方事務的事項上，以及在如何籌集經費以行使自治職能的問題上，享有自主權或自治權。」不過，如前所述，原住民族的自治問題剛好是幾個國家對於簽屬該宣言的最大疑慮所在[10]。

原住民權力宣言的起草，最早可以回溯到 1982 年聯合國在於其「人權委員會」

7 王泰升，第捌講：行政組織及作用（上）—台灣近代行政法史，月旦法學雜誌第 69 期，2001 年 2 月，頁 164-165。

8 http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20140215/35642777/(最後瀏覽日 :2020 年 12 月 24 日)

9 可以參看仁愛鄉公所的預決算資料，每年歲出與歲入都有很大差距。對此參見 https://www.renai.gov.tw/pg.asp?theme=31&acts=3&pid=1095&xid=715(最後瀏覽 :2020 年 12 月 24 日

10 范秀羽，民主憲正國住原住民族自治模式及其難題－以美國、加拿大、澳洲、紐西蘭為例，憲政時代第 44 卷第 2 期，2018 年 10 月，頁 106。

（Commission on Human Rights）下設「原住人口工作小組」（Working Group on Indigenous Populations，簡稱 WGIP 或 UNWGIP）。爾後，1993 年被聯合國大會定為「世界原住民族國際年」，並於 1995 年宣佈 1995-2004 年為「世界原住民族權利國際十年」，藉以喚起世界各國正視原住民族權利。其後的發展就如曹老師於文中所述，2000 年起聯合國整合「保護與防止歧視少數民族小委員會」及其所轄的「原住民族工作小組」等設置「聯合國原住民議題常設論壇（Permanent Forum on Indigenous Issues:UNPFII）」。論壇發揮了整合與協調原住民議題、資源及其相關活動等功能，也就其等所提出的《聯合國原住民族權利宣言》（United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples，簡稱 UNDRIP），持續深化討論研究與且修繕，終於在 2007 年 9 月的聯合國大會第 61 次會期獲得正式通過。也因此，《聯合國原住民族權利宣言》成為世界各國處理原住民事務最重要的依據，亦是維護原住民族權利的最重要指標。

當然，聯合國原住民族權利宣言乃是為保障原住民權力而生，但個民族平等發展乃是聯合國的主要任務，在憲章就有提到「三、促進國際合作，以解決國際間屬於經濟、社會、文化、及人類福利性質之國際問題，且不分種族、性別、語言、或宗教，增進並激勵對於全體人類之權及基本自由之尊重」。另外，1965 年 12 月 21 日聯合國通過「消除一切形式種族歧視國際公約」（Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, ICERD）（以下簡稱「ICERD」），強調全世界人民不分種族、性別、語言或宗教，均應享有一切基本人權與自由，並應積極消除各種形式之種族歧視、隔離及不平等待遇，共謀人類之精誠合作[11]。

而在國內法上，除了憲法增修條文中提及的「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，其辦法另以法律定之。對於澎湖、金門及馬祖地區人民亦同。」在法律層次上也有規範，原住民族基本法第 4 條及第 5 條分別規定，「政府應依原住民族意願，保障原住民族之平等地位及自主發展，實行原住民族自治；其相關事項，另以法律定之。」；「國家提供充分資源，每年應寬列預算協助原住民族自治發展。自治區之自治權限及財政，除本法及自治相關法律另有規定外，準用地方制度法、財政收支劃分法及其他法律有關縣（市）之規定。」不過，如果細看這兩條條文就會發現，這樣子會使原住民族自治落入無限的輪迴當中。首先，這個自治已經必須要另外以法律定之了，而如曹教授文內指出，「2008 年國民黨的總統候選人馬英九也提出了多元共榮、試辦原住民族自治區、分階段實現自治等的「原住民

11　內政部移民署 / 亞太綜合研究院，消除一切形式種族歧視國際公約 (ICERD) 教育訓練教材，2020 年 10 月，頁 1 以下。

族自治願景」。然而，在陳水扁總統任內，行政院提出了「原住民族自治區法」及「原住民族自治法」；馬英九總統任內行政院也提出了「原住民族自治暫行條例」，但這三個原住民族自治法草案都未能通過立法程序，尚未完成立法即以失敗收場。」因此，即便有原住民族基本法的規定但還是無法自治。而另外一方面，在財源上如果尚準用地方制度法、財政收支劃分法及其他法律有關縣（市）之規定，則就會落入現在地方自治財源不佳的狀況，這樣子的作法不會使情況更好。而最根本的問題是，到底自治什麼呢？

肆、原住民自治到底要自治什麼

曹教授在其文章中指出了，自治權大概包涵了以下各權 :1. 立法權 2. 財政經濟權 3. 語言文字與文化教育權 4. 司法權 5. 組織警察權 6. 培育原住民族幹部權 7. 對上級國家機關指令的變通執行權等。不過，筆者以為，相比這些權限，不如應該討論什麼事務是自治的範圍，否則空有立法權但什麼都不能立法，這樣其實不是真的自治。

筆者曾經介紹過，加拿大賽契特部落自治政府（Sechelt Indian Band self-Government），該政府成立於 1986 年，其自治範圍即為賽契特人的傳統領域。而要先肯認的是加拿大的原住民自治是在憲法與條約的保障下[12]，賽契特人在其傳統領域上建立了部落（Band）自治政府，而部落本身乃是法人，具有人的權利地位，其機關乃是理事會（Council）。而該部落自治的規範依據則是有部落憲法之稱的，經公民投票通過的賽契特部落自治政府法（Sechelt Indian Band Self-Government Act），該法第 14 條規定，部落理事會得針對以下事務立法 :1. 進入以及在賽契特領地上居住；2. 關於賽契特領地的使用分區與規劃；3. 基於公共目的或者是其他利益徵收賽契特土地；4. 在賽契特領地上的建物的使用，建造，維護，修理和拆除；5. 賽契特領地上佔有者和租戶在這些土地上的權益徵稅，包括評估，徵收和執行程序以及與此有關的上訴 ;；6. 賽契特部落財產管理；7. 賽契特領地上教育事務；8. 賽契特領地上社會福利事務，但不含部落成員子女的監護與安置問題；9. 賽契特領地上健康服務；10. 保護與管理賽契特土地與資源；11. 賽契特領地上動物之保育；11. 賽契特領地上公共秩序；12. 賽契特領地上道路建設以及交通管理；13. 企業活動；14. 在賽契特領地中持有有毒物質；15. 違反法律事務之執行；16. 部落成員在領地中的不動產或個人財產；以及、部落的財產、公民投票與選舉等事務[13]。換言之，

12 蔡志偉，賽契特印地安部族——加拿大原住民族一項新型態自治模式初探，台灣原住民族研究學報第 2 卷第 3 期，2012 年 9 月，頁 51。

13 胡博硯，各國原住民族自治制度之權限差異與研究 - 臺灣原住民自治難題的回應，原住民族委員會第八屆傳統慣習與國家法制研討會會議論文集，2017 年 12 月 3 日 -4 日，頁 7。

在上述的事項就是部落的自治權限。但如果相比叫我國目前地方制度法的規定，會發現該部落政府的自治立法事項很多都是在土地上面，這點如果觀察我們現在的地方制度法似乎不具有這些權限。但賽契特部落自治政府即便有這些權限，但由於該部落所為在的英屬哥倫比亞省（British Columbia，又稱卑詩省）仍可透過預算上的挹注，而對該部落發揮影響力，因此也受有批評[14]。但是相比臺灣，可說是真正有了原住民自治。

伍、結語

原住民問題，最早 1999 年 9 月 10 日當時民進黨總統候選人陳水扁，在蘭嶼和原住民各族代表簽署「原住民族與台灣政府新的夥伴關係」協定，爾後在過去十餘年間成為了各方政治人物競逐的領域，但真正要落實起來卻是阻力重重。而如果，我們不打算根本性的討論這個問題，只打算在口號上宣示，這個問題始終無解，原住民真正的轉型正義也無從到來。

14　蔡志偉，賽契特印地安部族——加拿大原住民族一項新型態自治模式初探，台灣原住民族研究學報第 2 卷第 3 期，2012 年 9 月，頁 56。