

論原住民族自決權—— 以《礦業法》第48條諮商同意權為例

林逸松*

壹、前言

論及台灣原住民族發展史上，對其民族文化侵略首屈其「稱呼」，自清朝稱為「生番」及「熟番」；日治時期則稱「蕃族」及「高砂族」；二次世界大戰後改稱「山地同胞」及「山地人」；最後1994年國民大會將其正名為「原住民」。其「稱呼」從對原住民族不尊重的言語，因原住民族人權的抬頭下，逐漸重視其「稱呼」的正當性。相對於「稱呼」，原住民族姓名權亦為被「同化」最嚴重的範例，迫使將原住民族傳統姓名迭更史，由清朝時的漢名；日治時期的日本名；中華民國戒嚴時期的漢名；直至中華民國解嚴後不再強制使用漢名。申言之，當多數民族邊緣化少數民族時，將對其民族文化、生活習俗及民族認同等造成巨大不可恢復的侵害，使其獨具意義的文化遺產隨著時間漸漸的被抹滅。而「同化」原住民，使之

「融入」主流社會，成為20世紀初期各國的主要原住民政政策。此時，國際上並沒有所謂原住民人權甚至是諮商同意權的概念¹。直至2005年立法院制定《原住民族基本法》（以下簡稱原基法）方才確立原住民族多元文化法制相關規範。

中華民國六法體制乃「繼受」近代歐陸的法規範而成，首先是中國在清末所引進的明治日本法制及法學，該等戰前日本法向前溯，即法國大革命以後的近代歐陸法律，先是法國法、繼以德國法，德國法係繼受羅馬法²。易言之，我國法制沿襲可追溯至西方古文明，所以西方法制對原住民族基本權的覺醒，對台灣立法上的省思具有其貢獻。譬如加拿大法院揚棄了西方強勢文化的觀點，不再以財產私有神聖的見解來看待原住民土地事務，相反地，法院承認，並認為應該以「原住民對財產的看法」，來保障應該屬於原住民的財產³。必須要了解的是，國家對原

* 本文作者係國立成功大學博士生

註1：鄭川如（2021），〈原住民諮商同意權的由來與內涵-從亞泥礦權延展案談起〉，《月旦法學雜誌》，309期，第98-99頁。

註2：請參考王泰升（2021），〈人的歷史、法的歷史？——多元法律在地匯合〉，《台灣法律人》，1期，第4-5頁。

註3：許育典/林修睿（2020），〈多元文化國下原住民族自治區的設立與原住民族自治暫行條例草案的檢討：——以加拿大原住民土地案為借鏡〉，《台灣法學雜誌》，391期，第48頁。

住民族文化的特別保護，並非是主流族群對於少數民族「恩惠」。而是國家在憲政體制下，對處境困難之文化應盡的責任⁴。所以應肯認，原住民族土地及自然資源權係由歷史主權而衍生而來，蘊含擁有、回復、規劃、管理、自治、利用、保育等多重面向⁵。就歷史觀點原住民族財產觀點為集體權，有別於一般財產權通常狀況下僅屬個人權，如何開展原住民族對土地及自然資源的運用，將是促進多元文化國不可或缺的要素。首先是打破原住民族與地方自治政府空間合一的限制，讓原住民族自治政府能實質、直接的管理其原生的土地⁶。

然而位於原住民地區的自然資源（如：礦權），所有權究屬何人所有，依《中華民國憲法》（以下簡稱憲法）第143條、《礦業法》第2條及《土地法》第15條明定礦為國有。但從《中華民國憲法增修條文》（以下簡稱憲法增修條文）第10條第11項及第12項、《原基法》第19及21條、以及內國法化之《公民與政治權利國際公約》及《經濟社會文化權利國際公約》相關條文之規定，可知縱使認為礦屬國有，但至少原住民族應就

礦產資源享有管理受益的權利⁷。

但其自然資源管理受益的權利，通常易淪為形式政策。以土地制度為例，國民政府遷台後，表面上是來自部落成員自由意志的選擇，但這種選擇其實完全是因為主流文化以其強勢地位制定了有利於自己統治的政經制度，對原住民族來說，只能說是「沒有選擇的選擇」⁸。現今法制秩序是經由選舉產生代議士進行立法，在此立法過程中容易由文化地位強勢的多數決，產生不利於原住民族多元文化傳承的法案。究其主因是原住民文化與漢人文化有實質的差異，原住民族應具有二個特徵，首先是其民族仍保有一定的凝聚力並且得以自我辨識，其次，原住民族在目前的生活環境中屬弱勢族群⁹。再者，原住民法的思想淵源是「崇祖」觀念，相信祖靈或神靈與族人一起生活，族人若違反固有習俗或禁忌，祖靈必降災禍，故須探求祖靈意志，祈求其冥護。以祖靈之說訓誡族人遵守，恰可維繫既有的生活秩序¹⁰。所以《原基法》是否能確實落實原住民族之基本權？且其相關規定是否能滿足原住民族多元文化的生活秩序？在憲政客觀價值秩序上不無疑問。

註4：許育典／林修睿，同前註，第43頁。

註5：王映筑（2022），《論原住民族土地及自然資源權之落實——以原住民族特定區域計畫為中心》，國立成功大學法律學系碩士學位論文，第109頁。

註6：許育典／林修睿，前揭註3，第53頁。

註7：請參考謝孟羽（2018），〈我國礦業開發與原住民族權益保障——以亞洲水泥股份公司採礦權展限為例〉，收於：施正鋒主編，《各國原住民族的礦權》，第223-227頁，花蓮縣：台灣原住民族研究學會。

註8：轉引自請參考許育典／林修睿，前揭註3，第39-42頁。聯合國於2007年發布「原住民族權利宣言」的前言「關注原住民族在歷史上因殖民統治和自己土地、領土和資源被剝奪等原因，受到不公正的對待，致使他們尤其無法按自己的需求和利益行使發展權」。

註9：許育典／林修睿，前揭註3，第38頁。

註10：請參考王泰升，前揭註2，第7頁。

早在《原基法》制定以前，國際法上早已有關於原住民諮商同意權的相關規定與討論，包括《消除一切形式種族歧視公約》（1965）、《經濟社會文化權利國際公約》（1966）《國際勞工組織第169號公約》（1989）以及《聯合國原住民族權利宣言》（2007）（以下簡稱原權宣言）。前兩者，《消除一切形式種族歧視公約》在中華民國仍為聯合國會員國時，曾依國際法規定簽署，理應具有拘束力之法律；《經濟社會文化權利國際公約》因2009年立法院通過《公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法》，已透過國會立法「具有國內法效力」。惟後兩者，因臺灣國際地位爭議未（不能）簽署，在臺灣尚無法律效力¹¹。

有關礦區諮商同意權未落實，致使原住民族自決權遭架空，本文試圖於《礦業法》第48條規定，觀其立法是否有再精進的地方，提供建議方案，以求法制上的週延，增進法的穩定性。本文將以《礦業法》第48條增修原住民族諮商同意權，在學理上，依《原權宣言》等相關國際條約，諮商同意權具自由、知情、事先與同意等四原則¹²。其對落實原住民族文化自決權有何重要性？進而導向如何促使台灣朝向多元文化發展開元的國家？以憲政解釋的角度，論以比例原則為基礎，輔以法律優越原則、法律保留原則及法

律明確性原則，試圖以原住民多元文化自決權下重要元素之一的諮商同意權，促使台灣成為一個多元化自我實現的國度。

貳、原住民族自決權勾勒出的諮商同意權

一、個人權與集體權的反思

就財產權的保護通常人們都立於個人權觀念下，甚少有集體權的概念。有關集體權之含義與演變，相關法學文獻不缺探討，故此非本文論述的重點。本文將以近代人權思維底下的集體權，探究其對原住民部落意識的形成，具有重要性與文化不可分離性，並透過個人權與集體權的反思，確認集體權套用在原住民族文化確有其必要性。首先，第三代人權的權利主體跳脫傳統個人主義的觀點，將民族、國家此種集體的概念納入基本權保障的範圍，故又被稱為集體權¹³。在《原權宣言》將原住民權利分成「生存權」及「平等權」，而欲積極推動又可細分成「公民權」與「集體權」，公民權所關心的是如何確保原住民的權利不受歧視；集體權則以原住民「族」為對象，包括認同權、自決權、文化權等¹⁴。而原住民「族」其土地及自然資源權係源自於其固有主權而來，其權利主體自應為「部落」，權利之範圍亦應

註11：請參考鄭川如，前揭註1，第97-102頁。

註12：請參考王映筑，前揭註5，第101頁。

註13：許育典（2019），〈原住民族文化集體權在憲法的保障：以原住民保留地為例〉，《台灣法學雜誌》，379期，第51頁。

註14：請參考李永然／黃介南（2007），〈論「原住民族基本法」與原住民族之人權保障〉，《律師雜誌》，337期，第84頁。另請參考許育典，同前註，第52頁。

為固有主權所及之土地¹⁵。另從原住民文化集體權確認原住民保留地的制度目的，應定位在原住民集體傳統文化的存續與保護，從而保障原住民在原住民保留地上進行集體傳統文化的生活¹⁶。所以「原住民保留地所有權應回復予原住民」之說，係以「集體」原住民為對象之立法政策或憲法義務，與原住民保留地之「登記」屬個別之法律行為，於法律制度與法學思維上均有所別，非能混同論之¹⁷。申言之，原住民族的集體權來自於部落，其所欲保障的對象為原住民『族』的多元文化遺產及民族特有認同意識。此時非法律不重視原住民族個人權的保障，僅有提升至集體時方有保障的法益；而是一般法律所規範的個人權僅能保護原住民個人的權益，尚不足以保障原住民『族』博大精深的多元文化權，為彌補此法律上不足之處，即應由集體權適時的介入，來調節原住民族文化上的緊張關係。

我國《原基法》第2-1條，將部落設定為公法人，也具有以部落為自治單位的意義。遺憾的是，雖然基本法中作出相關規定，目前仍停留在「部落公法人組織設置辦法草案」，當然也沒有部落能依此進行法人化¹⁸。因部落公法人化不是《地方制度法》規定的「地方自治團體」，未來將無法分配公務預

算，而依《部落公法人組織設置辦法》草案第25條明示，其收入來源為事業收入、財產收入、政府補助收入、捐款及贈與收入、基金孳息及運用收益之收入及其他依法令之收入等，以例示規定來擴增其預算來源，可見將來縱使公法人化，其預算來源亦是問題不斷。而目前依《礦業法》所生的回饋金，大部分交由礦區所在地鄉（區）公所或地方政府的公庫，其回饋金並未全部用於原住民部落，對部落民族性難免造成二次傷害，回饋金是否全用於部落已具爭議，況且應直接撥付於部落的回饋金，卻要請部落向行政機關爭取，難免有本末倒置之意。

二、自決權下諮商同意權的程序正義

在原住民族集體權的概念下就是自決權，自決權的傳統內涵，目前實務及學術多接受可分為外部自決（external self-determination）及內部自決（internal self-determination）。前者，民族得自由決定其政治地位及其在國際社會之位置的權利；後者，民族在一個國家內選擇其政治地位或行使有意義政治參與的權利，以及在原本國家內追求政治、經濟、社會及文化之發展能依其意願進行¹⁹。

在憲法的基本價值上，如果有一群人民，他們在現行國家體制下無法得到真正自我實

註15：王映筑，前揭註5，第102頁。

註16：許育典，前揭註13，第76頁。

註17：請參考李建良（2022），〈合原住民的法律解釋？——最高法院109年度台上字第2149號刑事判決〉，《台灣法律人》，9期，第30頁。

註18：請參考許育典／林修睿，前揭註3，第49頁。

註19：轉引自請參考徐揮彥（2019），〈自兩項人權公約之民族自決權論原住民族諮商同意權之規範基礎與實踐〉，《政大法學評論》，158期，第239頁。

現，而基於過去其土地被侵奪的事實，他們為了主張自我實現要求國家返還土地，並從國家體制中獨立，可以說是合乎憲法基本價值的²⁰。

隨著原住民族部落集體權公法人化，落實原住民族積極行使公法上的權利，衍生原住民族是否有自決權？國際法學界已認為自決權規範不限於受殖民或受外國人統治之民族，故原住民族作為自決權的享有主體，並無理論上之問題²¹。該自決權的集體權範圍將如何認定？有關自決權集體權範圍可參考民族組成要件，關於民族有各種要件及特徵被提出，包括共同的歷史傳統、種族或民族認同、文化同質性、共同經濟生活及特定最低度的人口數量²²。並應思考在文化社群內部，應允許個人有退出的權利；在族群外部，基於互相尊重的理念，也不能以文化為由，侵害其他族群的權利，在此範圍內，盡可能放寬自治政府的權限應較能保護原住民族文化存續²³。

另在自決權下又衍生了諮商同意權，依國際勞工組織第169號公約所規定的原住民族諮商同意權，已被認為與自決權互相關聯且具拘束力²⁴。又《原基法》第21條之諮商同意權規定，成為實現此憲法意涵下原住民族自決權的重要機制²⁵。那我們怎麼看待自決權

及諮商同意權，本文以人民對國家自決權，依憲法第17條的選舉權、罷免權、創制權及複決權為例，人民經由選舉權與罷免權委由代議士進行國家政策及社會秩序的立法決定國家目標與規範，本文稱為「間接自決權」；然後，如對國家法案如有不周延或人民有異義，則行使創制權或複決權來制定或廢止法令，本文稱為「直接自決權」。而其中的歷程，如選舉權、罷免權、創制權及複決權的過程，就像原住民族自決權下的諮商同意權，為自決權行使過程必要程序之一，亦是實現自決權的重要元素之一。易言之，「自決權為諮商同意權的憲法上位概念，諮商同意權為自決權的實踐方式之一。」

接下來，諮商同意權行使應著重程序正義，質言之，就是代表權及正當程序是否保障足夠？倘若機關是由原住民族自己展開的程序所產生之結果，其代表性才告完備。因此，國家不得依法律規定，自行指定或為原住民族安排諮商程序之代表²⁶。在此原則下，舉辦一般的公聽會程序，並不足以認為是完整的適當程序，政府必須進一步創造達成協議或同意提案措施的有利條件，程序才能被認為適當²⁷。若其程序有瑕疵，經實務見解，行政法院實體審理，認為系爭部落會議成員資格有疑義，並撤銷籌設許可，則原住

註20：許育典，前揭註13，第53頁。

註21：轉引自徐揮彥，前揭註19，第239頁。

註22：徐揮彥，前揭註19，第238頁。

註23：請參考許育典／林修睿，前揭註3，第52頁。

註24：徐揮彥，前揭註19，第244頁。

註25：請參考徐揮彥，前揭註19，第286頁。

註26：請參考徐揮彥，前揭註19，第251-252頁。

註27：請參考徐揮彥，前揭註19，第252頁。

民部落仍得再次行使同意權²⁸。

三、小結

整體言之，基於個人權與集體權屬性不同，集體權相較個人權上程序的正當性更應被著重，且集體權是為凸顯特定群體客觀價值需由法律加以保障，而該特定群體在歷史背景及民主價值均具有其深層的意涵，甚至須探討是否立法者亦受其價值所拘束？成為客觀價值秩序的基本權。

再者，原住民族集體諮商同意權應有充分的正當程序予以保障；若程序上有瑕疵，將適用法諺有云「程序不合，實體不究」之法理，此次原住民族行使之諮商同意權無效，方符《憲法》第8條的程序正當性。

參、諮商同意權學理基礎

一、憲法釋義學下的《原住民族基本法》

第21條

《原基法》是我國既有的諸多基本法之一，基本法是各法領域綱領性及方針性的規範，不屬人民可以主張權利的依據的「保護規範」，也不能作為行政機關作用法的依據，但仍具有「程序法」的功能²⁹。而《原

基法》的法律性質究是何種性質？本文就接下來就從《憲法》基本國策談起，德國與我國早期學者，多將基本國策作為方針條款，賦予其若有似無的效力。至於現今參考德國學者對於基本法中綱領條款的一致解釋，宜將基本國策規定統一定位為「國家目標規定」，賦予其溫和而不過度的規範效力³⁰。另國內有認為「基本國策」僅具有事實拘束力的方針條款，足以破壞憲法的規範性，在威瑪憲法時期就已受到質疑，後來在基本法第1條第3項更是全盤否定。另司法院大法官釋字第190、206、215號，即已肯定其對於立法者的規範力³¹。基本國策係規範國家整體發展的基本方向與原則，並作為憲政國家追求的國家目標，憲法的規範目的在於，透過整體法秩序的規範系統，規範國家的組織與運作體系，實踐人民基本權的保障，促進人的最大可能自我實現³²。且基本國策係國家目標規定之性質，有客觀的法律拘束力，則任何國家機關在形成或適用法令時，都應當予以尊重³³。本文淺見基本國策作為憲法規範下的功能，理應至少對立法者有規範作用，方能落實憲法所賦予的國家發展的任務，不致於無意間架空憲政發展目標，形成形式上的空談。

註28：李建良（2021），〈暫時保護「誰」的權利：原住民族、經濟或環境？——簡析最高法院110年度抗字第12號裁定〉，《台灣法律人》，1期，第155頁。

註29：李惠宗（2022），〈礦業權還存續嗎？——亞泥花蓮採礦權的爭議〉，《月旦法學教室》，232期，第7頁。

註30：請參考顧以信（2018），〈論基本國策在我國憲法中之定位〉，《臺北大學法學論叢》，106期，第299-300頁。

註31：請參考許育典（2021），《憲法》，11版，第470頁，台北市：元照出版有限公司。

註32：請參考許育典，同前註，第463-465頁。

註33：顧以信，前揭註30，第297頁。

接著，基本國策國家目標是否具有客觀法功能？在憲法第171條及第172條的意旨下，違反憲法之立法不受允許，作為憲法一部分的基本國策條款，對行政、立法及司法機關亦有拘束力，因此在解釋相關法律時，應做成與憲法規範一致方向之認定³⁴。然而，再將國家目標細分為憲法委託及單純國家目標，憲法委託對於立法者課予立法義務，總的來說，如不履行即構成違憲的立法怠惰，其規範效力比單純國家目標條款要強，如：《憲法增修條文》第10條第12項，即屬於憲法的立法委託³⁵。單純國家目標，則普遍賦予國家客觀的任務，而可由行政、立法、司法三權適時積極執行³⁶。再基於德國關於基本國策演變及憲法最高性等理由，認為我國憲法增修條文第10條第11項規定，是具有規範效力的國家目標條款³⁷。按《原基法》第1條立法理由明示，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「原住民族與台灣政府新的夥伴關係」、「原住民族政策白皮書」。由此得知《原基法》應屬於憲法的立法委託而來，未具客觀法功能，僅能督促立法者儘速立法以免構陷違

憲。如原住民族文化有遭受立法侵害之虞，尚不可直指《原基法》某條文違反《憲法增修條文》第10條第12項的情事；僅能審查該條文是否牴觸《憲法增修條文》第10條第11項的情節，作司法密度審查。《原基法》雖然為憲法的立法委託，但在國外文獻上承認原住民族的基本權，其通過涵攝承認「協商程序是原住民族的基本權，並採取適當的法律規範來充分保護他們的需求」，但不限於共有財產權、參與權和諮商權³⁸。在原住民族文化的保障透過《憲法增修條文》第10條第12項憲法委託立法，訴求立法者立法形成「法律上的主觀公權利」，配合《憲法增修條文》第10條第11項客觀法功能，形成一種「類基本權」形式，為目前原住民族自決及文化保障的體現。

綜上，《原基法》僅屬程序法的功能，該法第21條第1項：「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。」如未有實體法作用下，尚不足以「程序不合，實體不

註34：徐揮彥，前揭註19，第264-265頁。

註35：請參考許育典，前揭註31，第475-476頁。《憲法增修條文》第10條第12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。」

註36：請參考許育典，前揭註31，第476頁。

註37：許育典，前揭註13，第59頁。《憲法增修條文》第10條第11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。」

註38：Vgl. Lisa Mardikian, In-Between an Economic Freedom and a Human Right: A Hybrid Right to Private Property, ZaöRV 2021, S.379. 原文：「This means recognising 'indigenous communication processes themselves as the holders of fundamental rights, with appropriate legal protection measures designed to meet their needs', by including, but not being limited to, communal property rights and rights to participation and consultation.」

究」，係因該條尚無違反之法律效力，雖規定「應」但未規定「法效」，所以僅是「訓示規定」，有待實體法予以補充。在實體法未立法前，縱使違反《原基法》第21條，也無法得出其行政作為或法律行為無效的結果。

二、諮商同意權的實踐

任何民族賴以為生的方式都不應被剝奪，以及所有民族得基於自身目的自由處分其自然財富及資源，再加上原住民族實施自治時，應參與可能影響其政治、經濟、社會及文化生活的整體國家決策程序³⁹。而原住民族諮商同意權，除用以維護原住民族對於自然資源及其他經濟事業的權益外，同時寓有合理規劃國土、區域或城鄉等計畫性事項，建立所謂「原住民族與政府共管機制」的制度旨趣，亦應在同一公法規範脈絡下理解⁴⁰。在原住民族諮商同意權之實踐應使原住民族能有效地對其產生影響之決策的結果予以決定，而不僅僅是形式上參與在程序中而已⁴¹。應使原住民族在任何可能影響其經濟及土地權利的政策或措施研擬過程中，參與在其中或自由、事前且被告知的同意下進行，始可言在「依原住民族意願」下自我決定其經濟及土地發展之實現自決權⁴²。其同意事項之召集及決議，訂於《諮商取得原住民族部落同意參與辦法》（以下簡稱諮商同意參與辦法）

第12條至第22條，在原住民族土地上申請從事土地開發及限制原住民族利用等行為，應取得當地部落會議全體原住民家戶代表過半數出席，出席代表過半數贊成⁴³。此諮商義務應由國家直接履行，不可委由其他機構或主體進行，更不能直接或間接，對於享有諮商同意權之原住民族在諮商前或諮商間施以任何形式的壓迫或威脅⁴⁴。易言之，任何民族傳化文化及社會經濟，於法律優位原則及法律保留原則下，都應充分的尊重，不可隨意侵害其自決權，而諮商同意權即為具體明文規定。本文淺見諮商同意權應具有事先告知、主動參與、自由展開、族群共識等自我實現的特色，不受外在政治力及政策力所影響，可自由決定民族文化將何去何從，使民族文化自我開展朝既定目標達成。

另《諮商同意參與辦法》係依《原基法》第21條第4項所訂定，其授權明確性看似並非無疑義，其授權內容是否符合憲法保留或法律保留原則？依《憲法增修條文》第10條第12項憲法委託立法，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。其委託核心為依民族意願、保障地位及政治參與、保障扶助並促其發展，並以法律定之。《原基法》的授權內

註39：徐揮彥，前揭註19，第243頁。

註40：李建良（2022），〈原住民族部落暨會議的法律定性與法學思維——臺灣臺東地方法院109年度原訴字第4、31號民事裁定〉，《台灣法律人》，7期，第43頁。

註41：徐揮彥，前揭註19，第244頁。

註42：徐揮彥，前揭註19，第264頁。

註43：請參考謝孟羽，前揭註7，第229-230頁。

註44：徐揮彥，前揭註19，第251頁。

容是否符合法律保留原則？如有越權原則的適用其法律效果如何？依德國行政法越權原則的構成要件，在於法人在公法上相繫的行為超出法律的規範，相關行為是無效的⁴⁵。再論，《原基法》第21條第4項授權內容，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，依《中央法規標準法》第4條⁴⁶規定，其授權內容是否僅屬技術性及細節性的次要事項？是否有侵害法律保留所欲保障之核心？似不無疑義，相關疑義請容後再敘。

三、小結

《原基法》如屬程序法，於未有實體法前（如：《礦業法》第48條），其僅具有形式立法意義，即「無權利、無救濟」。因而無實體權利受侵害，尚且不論及程序正義的踐行。造成《原基法》雖立法已久，而《礦業法》修法前沒落實諮商同意權，卻無違法之虞，相對基本權的主觀權利，其更缺乏主動救濟性，且依《憲法增修條文》第10條第11項，客觀法功能亦受到限縮，致使諮商同意權名雖存，實體法上卻效益不彰。

肆、以原住民族自決權評《礦業法》第48條

一、《原住民族基本法》對《礦業法》第48條的影響

為落實原住民族諮商同意權，於《礦業法》第48條制定：「依前條規定申請使用之土地，位於原住民族土地或部落及其周邊一定範圍內之公有土地，礦業權者應於礦業用地核定前依原住民族基本法第二十一條規定辦理，其同意事項之表決結果未獲通過者，不予核定礦業用地。」其立法理由更表明，設定礦業權時，尚未確定礦業用地範圍，並無涉及礦業開採行為。另礦業用地核定前應取得環保、水土保持及地政等各項許可後始得核定並進行開採行為，故原民諮商同意宜於礦業用地申請階段辦理，較符實際。此外，如以設定礦業權之礦區範圍辦理原民諮商同意，因礦區與礦業用地範圍有所落差，於實務上將造成關係部落認定難度，亦會將無實際影響之部落認為關係部落（即擴大認定關係部落），導致諮商同意議決時，稀釋真正受影響之部落的聲音，使議決結果衍生爭議⁴⁷。

究其《礦業法》第48條原住民族諮商同意

註45：Vgl. Claus Pegatzky, Das Ultra-vires-Prinzip in der verwaltungsrechtlichen Rechtsprechung, NVwZ 2022, S.674. 原文：「In der Verknüpfung der tatbestandlichen Voraussetzung einer Überschreitung des gesetzlichen Wirkungskreises einer juristischen Person des öffentlichen Rechts und der Nichtigkeit der entsprechenden Handlungen liegt das konstitutive Element der Ultra-vires-Lehre im deutschen Verwaltungsrecht.」

註46：《中央法規標準法》第4條：「左列事項應以法律定之：1.憲法或法律有明文規定，應以法律定之者。2.關於人民之權利、義務者。3.關於國家各機關之組織者。4.其他重要事項之應以法律定之者。」

註47：經濟部礦務局，〈礦業法修正草案條文對照表〉，《礦業修法專區》，2022年2月18日，https://www.mine.gov.tw/News/ListNews.asp?n_type=8，（最後瀏覽日：2022年10月10日）。

權，主要基於原住民族所享之自決權，對其經濟、社會及文化發展有關之事務，《原權宣言》認為國家應在尊重原住民族意願之原則下，透過與原住民族進行諮商以促進其各項權利⁴⁸。而原住民諮商同意權是基於自決權、文化權、土地權以及免於種族歧視而來的權利⁴⁹。所以原住民族有權利反對開採行為，而政府除非是為了公共秩序，不得藉故報復、甚至於施加暴力。而同意權之行使不是用來背書（say yes）那些已經早就預定的決策，也不是用來確認（validate）對自己不利的協議⁵⁰。《原基法》第21條第4項授權中央原住民族主管機關另定，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。因而訂定《諮商同意參與辦法》，中央原住民族主管機關卻以《諮商同意參與辦法》第3條第1項，將土地開發、資源利用、生態保育、學術研究及限制原住民族利用等作為，另訂定於該條附件中。本文以由下而上的討論方式，逐漸分析此種立法得失，首先易造成行政主管機關立法上的審查不易，更甚者有規避「再授權禁止原則」之虞。法律授權予以訂定細節性、技術性的次要事項，該法規命令則應在條文中呈現出授權的內容及範圍。在立法技術上雖無不許以另訂定附件方式，但值得思考的是細節性、技術性次要事項，既然是法規命令的立法目的，是不是將該事

項明定於條文中，才符合法律明確性原則的核心是：受規範的一般人民是否能理解系爭法律規定的意義⁵¹。另將細節性、技術性次要事項的次要事項訂定於附件中（如：申請表等形式文件），方符法律明確性原則的核心。而《原基法》第21條第4項授權內容，並無將「土地開發、資源利用、生態保育、學術研究及限制原住民族利用」等用詞授權主管機關另定的意思，僅將同意或參與方式予以授權。又《憲法增修條文》第10條第12項，將保障原住民族之地位及政治參與，其辦法另以法律定之，上開要件應屬「保障原住民族之地位及政治參與」事項，宜由《原基法》規定，卻委由《諮商同意參與辦法》第3條第1項規定，何謂土地開發、資源利用、生態保育、學術研究及限制原住民族利用等實質事項，此等立法技術是否有違《憲法增修條文》第10條第12項的立法委託，將視是否把「保障原住民族之地位及政治參與」委託的重要事項，再委由《諮商同意參與辦法》訂定。質言之，如將「土地開發、資源利用、生態保育、學術研究及限制原住民族利用等實質事項」委由法規命令訂定，是否對「保障原住民族之地位及政治參與」產生重大影響，若因此產生重大關聯，即有違「再授權禁止原則」之虞。另如《原基法》第21條第4項立法意旨，即有將第1項須履行諮商同意權的事項授權的意思，於第4項卻未為明確授權，疑有違授權明確其內容、

註48：請參考徐揮彥，前揭註19，第246-247頁。

註49：鄭川如，前揭註1，第103頁。

註50：請參考施正鋒（2018），〈原住民族的礦產權〉，收於：氏主編，《各國原住民族的礦產權》，花蓮縣：台灣原住民族研究學會，第41-42頁。

註51：請參考許育典，前揭註31，第63頁。

目的和範圍的授權明確性原則。再者須探討者為「土地開發、資源利用、生態保育、學術研究及限制原住民族利用」是否屬於細節性、技術性次要事項，觀《中央法規標準法》第5條規定，本文淺見事關人民於原住民族地區從事相關活動的權利，並賦予義務，亦屬落實對原住民族事先諮商同意權的重要事項。易言之，如該項非授權予法規命令立法不可，否則難以符合實務需求，如依法制立法技術而言，相關法案均由主管機關經公聽會並提案的法規提案，應為現下實務內容的細節主要事項，非可歸於細節性、技術性次要事項，且其隨時空背景變動性不大，相對穩定的情況下，於法律中制定亦非不可行之事。而所謂細節性、技術性次要事項，則可藉由例示條款，如：「其他主管機關認定重大土地開發、資源利用、生態保育、學術研究及限制原住民族利用事項」進行間接授權。經由法律先抽象立法主要項目，確保原住民族基本權利。

另《原基法》第21條應增訂「政府於原住民族土地或部落及其周邊一定範圍內之公有土地『立法規範』從事土地開發、資源利用、生態保育、學術研究及限制原住民族利用事

項，應諮商並取得原住民族或部落同意或參與。」係因整體上而言，當有立法或行政措施之制定或執行，將影響或限制原住民族權利時，該原住民族即能主張諮商同意權利⁵²。所以使原住民族諮商同意權的行使提前至立法階段並增加例示規範，一來可減少日後民族文化的衝突；二來可順應時空背景變遷，並輔以比例原則增加立法上的彈性。因此才能避免，依據區域計畫法所為的區域計畫，卻因為區域計畫行為，並非《諮商同意參與辦法》附件第一點所列舉的「土地開發」項目，規避了應諮商卻排除諮商的結果，進而損害原住民族及部落對其土地發展之自決權⁵³。又因原住民族特定區域計畫於區域計畫法制，未設參與之機制。依國土計畫法第6條第10款及第12條第1項、第2項參與機制，此些機制之設計，未必符合上開國際公約對於「原住民族權益」保障之要求⁵⁴。故可藉由『立法規範』應取得原住民族或部落同意或參與，使其漏洞得以修補。另本文建議《原基法》第21條宜以土地徵收條例第3-2條⁵⁵的立法例，將其規定於法律實質內容為宜。申言之，《諮商同意參與辦法》第3條第1項的立法技術，是否有違法律保留原則或法律明確性原則之虞，有

註52：徐揮彥，前揭註19，第250頁。

註53：請參考徐揮彥，前揭註19，第279頁。

註54：請參考王映筑，前揭註5，第98頁。

註55：土地徵收條例第3-2條：「需用土地人興辦事業徵收土地時，應依下列因素評估興辦事業之公益性及必要性，並為綜合評估分析：一、社會因素：包括徵收所影響人口之多寡、年齡結構及徵收計畫對周圍社會現況、弱勢族群生活型態及健康風險之影響程度。二、經濟因素：包括徵收計畫對稅收、糧食安全、增減就業或轉業人口、徵收費用、各級政府配合興辦公設設施與政府財務支出及負擔情形、農林漁牧產業鏈及土地利用完整性。三、文化及生態因素：包括因徵收計畫而導致城鄉自然風貌、文化古蹟、生活條件或模式發生改變及對該地區生態環境、周邊居民或社會整體之影響。四、永續發展因素：包括國家永續發展政策、永續指標及國土計畫。五、其他：依徵收計畫個別情形，認為適當或應加以評估參考之事項。」

待商榷。若其為無效的法規命令，行政機關若依其為行政作為，應屬「越權」。

二、《礦業法》第48條諮商同意權比例原則審查

我們可以將原住民族礦產權的來源分為實質權及程序權，前者包含由主權而來的財產權、土地權、資源權以及文化權，後者則由自決權而來，包含參與決策、資訊自由及補償⁵⁶。在業者實施礦權的開發行為中，固然會附帶對少數族群中個人的文化及經濟生活及參與文化生活權造成影響，但直接且核心被侵害的是系爭開發地區部落主體，對其自然資源依其意願的自我決定權⁵⁷。環評審查程序，儘管評估事項包括「社會環境及經濟、文化、生態等」，然原住民的文化價值在環評程序中範疇與比重卻隱晦不明，且是否僅侷限於原住民族，而不及於其他民族，亦存有解釋上疑義，其中又以文化影響評估為最⁵⁸。國外文獻曾探討政府有責任以任何方式與原住民族和其他傳統社區進行事先諮商，讓他們真正參與制定可能對其文化認同和生存造成特定影響的智慧財產權政策⁵⁹。

另在實施諮商同意權時，政府或私人企業不應接洽原住民個人，尋求該人的同意，在取得目標團體50%以上個人的同意之後宣稱已取得原住民的集體同意。合法的作法是，政府或私人企業應透過該原住民族自己的代表機構取得同意權⁶⁰。所以原住民族諮商同意權之實踐應使原住民族能有效地對其產生影響之決策的結果予以決定，而不僅僅是形式上參與在程序中而已⁶¹。依《礦業法》第48條立法意旨，原住民族諮商同意權宜於礦業用地申請階段辦理，較符實際。有疑義的是，礦業權設定時，設想台灣地形山地、丘陵約佔全島面積的三分之二，且地勢高峻陡峭。要是政府決定不顧一切逕自核准開採，必須先看是否符合「合理的公共用途」(valid public purpose)的門檻條件，所謂合理公用用途不是指私人的商業利益、或是增加政府的財源，更不用說是採掘的收益主要是落入業者口袋⁶²。況且礦產開挖時常在山地或山坡，在山坡地進行開發設定礦業權時，竟無須進行諮商同意權，如未辦理環境影響評估設定礦業權，核准設定礦業權的承辦人員將無法精確了解當地地質與地理狀況，恐有嚴

註56：請參考施正鋒，前揭註50，第17頁。

註57：徐揮彥，前揭註19，第284頁。

註58：請參考李建良（2021），〈原住民族與環境影響評估的交錯關聯——臺北高等行政法院108年度訴字第341號判決〉，《台灣法律人》，5期，第159頁。

註59：Vgl. *Jhonny Antonio Pabón Cadavid*, Indigenous and traditional communities must be consulted before approval of intellectual property treaties, GRUR Int. 2014, S.1194. 原文：「The government is duty-bound to conduct a prior consultation with the indigenous and other traditional communities in a manner that they truly participate in the adoption of IP policies that could have a specific impact on their cultural identity and survival.」

註60：鄭川如，前揭註1，第104頁。

註61：徐揮彥，前揭註19，第244頁。

註62：請參考施正鋒，前揭註50，第42頁。

重傷害原住民族賴以生活的先天自然資源的疑慮。所以將諮商同意權延後至核定礦業用地時辦理，無疑是侵害礦區原住民族的事先諮詢同意權。

又「原民民族諮商同意權宜於礦業用地申請階段辦理，較符實際」，主管機關僅因礦區與礦業用地範圍有所落差，於實務上將造成關係部落認定難度，亦會將無實際影響之部落認為關係部落（即擴大認定關係部落），導致諮商同意議決時，稀釋真正受影響之部落的聲音，限縮諮商同意權於礦業用地申請階段再行辦理。此處疑義為二，其一為關係部落認定範圍，可以礦區範圍一定間隔為距（如：500公尺），且其涵蓋該部落一半的面積或人口數為據，係因認定範圍已涵蓋礦區外一定距離做為緩衝區，即可降低真正部落所受的衝擊。其二是辦一場諮商同意權會議所需費用，僅介於一個里至一個區議員選舉所需之費用，而礦區一旦經確認非經常性的變動，有其穩定性，非窒礙難行的作為。上述兩疑義主要爭點是手段與目的間是否符合比例原則，也就是說部落認定範疇的手段與落實諮商同意權核心的目的，以及將諮商同意權延伸至申請礦區階段的手段與所要達成的民族自決權的目的間，上述兩者間是否符合比例原則，確實有待商榷。下面就比例原則進行審查：

（一）公益目的

《礦業法》第48條規定，「礦業權者應於礦業用地核定前依原住民族基本法第21條規定辦理」，而不提前至礦區申請時亦須辦理，其主因為二，一為關係部落認定上的困難，恐稀釋真正受影響部落的聲音；另一為於礦區執行諮商同意權不易，且窒礙難行。

上述兩因素已於前述敘明解決之道，又以目前國際三大公約與一大宣言而言，限制諮商同意權於申請礦業用地階段辦理，基於上述兩大主因，是否符合「特定的公益目的」。就關係部落認定範疇及諮商同意權執行層面上，其「特定的公益目的」系爭就上述兩個主因限縮諮商同意權，是否具有《憲法》第23條所列舉的公益目的。以關係部落認定範疇來說，其確定事涉諮商同意權核心的執行內涵，如稀釋真正受影響的部落的確將造成自決權決策失衡，無法真正反映出當地民意。但此均為立法技術可解決的事項，前述已述明，又舉例來說，核電廠的存廢，如僅考量設置核電廠周遭的民意，當初舉辦全民公投的意義就相對不大，且執行難度及經費遠比原住民族諮商同意權來的大，其對台灣共同生活圈的居民，對這塊土地上的環境保護、生活條件、經濟發展及健康保障等等均有重大公益性。反觀此處限縮原住民族諮商同意權，試想採礦作業僅對礦業用地的居民產生影響嗎？對礦區及其週遭的居民完全無涉？其權利相對礦業用地居民不值得保護？種種疑問將得省思。且開採礦石對國家社會的公益性何在？促進何者的經濟發展？相對對自然資源及環境予全民共享的公共目的來說，其公益會更小嗎？是採礦如僅是私人目的，非國家基於全民共享目的，而進行開採作業，進而對諮商同意權予以限制，且非立法技術無法解決事項，本文認為不宜符合「特定的公益目的」審查，因其限制目的與手段間不正當，而有違憲之虞。

（二）必要性：因不符合目的性審查，是必要性審查可不必再行進行論述

本文立法建議於設定礦業權時，則應由主

管機關事先取得礦區原民族的同意，其同意為原住民族居住地設為礦區的預見；再於核定礦業用地時，由礦業權者取得礦業用地當地原住民族的同意，此時的同意為對廠商開發技術及作業計畫的同意。藉此雙重同意保障機制，降低礦區內原住民族居住環境上的侵害，增進原住民族於祖傳土地上的自決權，使其特有文化價值得以傳承。綜上，《礦業法》第48條不侵不符比例原則中的公益目的性，且有違「不足禁止原則」之虞。

三、小結

今日社會大多數人群居在都會地區，很難想像為什麼在原住民族地區採礦需要得到其諮商同意權？本文舉個例，都會區常見捷運地下化，雖今日科技發達定位技術日新月異，但難保於收訊不佳或座標系統轉換時不會產生定位偏差，如政府未經跟您諮商同意的情况下，將捷運從您個人土地或祖傳土地下闢建經過，您個人會不會訴請司法以求解決之道？更甚者如立法以公共利益為由否決財產基本權的訴訟權，對其基本權的侵害可想而知，本文淺見本法案至少於比例原則下是無法成立的。相對於個人權的原住民族集體權，可想而知其民族文化與公共利益間的突衝將是更難以衡量。另縱使《礦業法》修正通過，但於礦區不等於礦業用地的情况下，甚至比礦業用地大好幾倍，如礦業權者僅是明挖倒是容易監控；如採地底下開挖的「室柱法」開採，就有可能發生你家的地底下在挖礦的奇景，說不定哪天地震一下二樓

變一樓的窘境。本文淺見為解決此一疑慮，並非僅要求修法應將礦區等於礦業用地，而是應於開採計畫上更明確的說明精準定位的技術，以及落實自決權中的參與權，此參與權不應僅事前參與，事後開採期間亦應定期讓原住民族參與開挖過程，所謂開挖過程係指不涉及商業機密的開挖範圍資訊，透過此開放機制藉此消除原住民族對開挖礦產的疑慮，可於礦業權者實踐諮商同意權時更容易與原住民族有良性的溝通。

伍、結論

《原基法》第21條第1項與《礦業法》第48條為自決權衍生的諮商同意權，彼此間的關係為程序法與實體法，如礦權業者未依《礦業法》第48條履行諮商同意的義務及程序，將不予核定礦業用地。我們回歸憲政角度來看，除有《原基法》第21條是否符合法律保留原則的授權及法律明確性原則，有待商榷外，《礦業法》第48條事先未將礦區諮商同意權納入，而事後礦業用地開發的參與權亦是未落實，尚有違反「不足禁止原則」之虞。

就德國法中所謂「無法律保留的基本權」(vorbehaltlos Grundrechte)，這類權利行使時，雖不受法律和憲法本文的限制，但仍有其界限，當其與第三人的權利，以及憲法基本原則相衝突時，仍會受到限制⁶³。在司法院大法官釋字490號解釋理由書提到「內在信

註63：吳庚／陳淳文（2023），《憲法理論與政府體制》，8版，第166-167頁，台北市：三民書局。另請參考許育典／林修睿（2021），〈學術倫理作為學術自由的內外界限——兼評教育部專科以上學校學術倫理案件處理原則〉，《國立中正大學法學集刊》，71期，第207頁。

仰之自由，涉及思想、言論、信念及精神之層次，應受絕對之保障」，此為「無法律保留的基本權」。申言之，如涉及「內在文化之自由，涉及決定、展開、思想、言論、信念及精神之層次，應受絕對之保障」，所以涉及原住民族文化是否為無法律保留適用餘地，上開釋字可以窺之一二。因此，就原住民族的集體權或個人權，是否有法律優位原則及法律保留原則的適用，應就個案的法制面向及民族習性逐一探討，不可一概而論。

最後，截至111年止，台灣原住民族為58萬

758人，約佔臺灣總人口2.48%。就其111年度中央總預算來說，原住民族相關經費為329.97億元，約佔全國總預算1.35%。可知如依人口比例計算，其預算匡列度不足將近一半，隨之受影響的可能就是原住民族的自決權，所以國家應編足相關預算以落實原住民族自決性的實現。否則原住民族以自決權自國家獨立出來，相關政治性、自決性及經濟性等無可能更優渥的情形下，我們怎能期待原住民族的內部自決。

（投稿日期：2024年4月2日）

稿 約

- 一、每期截稿日為每月月底五天前。
- 二、手寫稿之字跡務必工整；為求校稿之便利，請作者提供磁片或電子檔案。
- 三、本刊各專欄均歡迎投稿及提供資料，學者專家來稿請附學、經歷及現職基本資料及聯絡地址電話。
- 四、請作者切勿一稿兩投。但如為研（座）討會內之特定人士閱覽之文章不在此限。
- 五、文稿如有引用其他著作者，請註明其出處，並提供註釋。
- 六、本刊為公會刊物，常態性設有全國律師聯合會會務屬性之專欄，關於該專欄之文件或文章，由秘書長會知會訊委員會主任委員刊登，不計稿酬。
- 七、所有稿件均應依審稿辦法處理。
- 八、本刊審稿委員得提供修稿建議，如作者拒絕者，應特別註明。
- 九、為感謝作者熱心支持本刊，除第六條規定外，凡經審稿通過之文稿，當酌致稿酬如下：
 - （一）本刊稿酬每一字新台幣壹元，外文稿酬另議。
 - （二）凡超過壹萬貳仟字之稿件，壹萬貳仟字以上部份，每字新台幣0.5元。
 - （三）每篇稿件給付稿酬上限為新台幣壹萬伍千元。
 - （四）翻譯之文稿，每字新台幣0.5元。
 - （五）未具原創性，而係引用其他學術文獻及法案等之附件者，除有例外，否則不列入稿酬之計算。
- 十、投稿者欲撤回投稿時，若已完成編排作業，須賠償本會審稿之審查費用新台幣貳千元，並經編輯委員會同意後始得撤回。
- 十一、本稿約經會訊委員會修正通過後自2008年1月10日施行。