

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

徐 揮 彥*

要 目

壹、緒 論	三、法院見解
貳、原住民族諮詢同意權之規範基礎及內涵	(一) 針對關於撒拉雅庫族人部落財產權之諮商同意權及文化認同權保障
一、民族自決權規範脈絡及內涵	(二) 關於諮商的適當性及可接近性
二、原住民族諮商同意權之內涵	(accessible)
參、美洲人權法院二〇一二年Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador案之啟示	(三) 關於原住民族部落是否在知悉擬開發及投資計畫之可能風險下進行諮商
一、本案事實	四、本案之意義與價值
二、相關當事方主張	肆、原住民族諮商同意權在我國國內法之規範內涵與實踐
(一) 美洲人權委員會主張	一、結合國際人權規範及憲法解釋
(二) 撒拉雅庫族代表主張	
(三) 厄瓜多政府抗辯	

DOI : 10.3966/102398202019090158004

*

東華大學財經法律研究所暨法律學系教授，東吳大學法學博士。

投稿日期：一〇七年四月十三日；接受刊登日期：一〇八年一月二十九日

責任校對：蘇淑君

下自決權的規範地位	三、關於原住民族諮商同意權之實
二、原住民族諮商同意權之規範	施及司法案件探討
內涵	伍、結 論



元照出版提供 請勿公開散布。

摘 要

回顧近幾年所發生政府或企業擬在原住民族傳統領域進行開發或利用，因未實踐對原住民族之諮商義務所引發的爭議事件顯示，原住民族基本法第21條所規定原住民族諮商取得同意理念之落實，長期面臨行政機關的漠視，其原因與本條規範基礎的模糊及內容的不確定有關。本文之目的在從兩項人權公約為中心的民族自決權規範，探究諮商同意權的規範基礎、補充其內涵發展及要件，並審視我國對原住民族諮商同意權之實踐狀況及其問題。據此，本文第貳章將自國際人權法規範，探討對原住民族最核心的權利——自決權之內涵及其與諮商同意權之規範關係，並釐清諮商同意權之內涵及實施之要素。第參章將對美洲人權法院關於原住民族諮商同意權之「Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador」案，在本文之目的下進行分析，並審視本案對原住民族諮商同意權實踐之意義與價值。第肆章則回到我國法制，分析憲法增修條文的原住民族條款，並探究民族自決權在我國憲法的地位與內涵，再接續分析原住民族基本法第21條諮商同意權規定在的規範內涵、精神及要件，並輔以我國涉及原住民族諮商同意權行政法院判決的探討，探究諮商同意權在我國落實之狀況及問題。最後，本文在第伍章基於第貳章及第參章之發現，審視我國對原住民族諮商同意權實踐之問題，並提出調整建議。

關鍵詞：原住民族、原住民族基本法、自決權、美洲人權法院、諮商同意權、憲法增修條文、國際勞工組織第169號公約、原住民族權利宣言

壹、緒 論

我國憲法增修條文第10條第11項及第12項原住民族條款之增訂，對原住民族權利保障及我國的憲法發展來說，皆屬一重要的里程碑。基於憲法增修條文原住民族條款意旨，立法院三讀通過並自二〇〇五年起實施「原住民族基本法」，其中劃時代的明文規定許多原住民族與原住民個人之權利。自原住民族基本法開始施行後，以第21條為中心的諮商同意權制度已正式存在我國法律制度。但回顧近幾年所發生政府擬在原住民族傳統領域進行開發或利用，因未實踐對原住民族之諮商義務所引發的爭議事件還不少，例如二〇一二年花蓮縣政府擬定「花蓮縣自然人文景觀區經營管理辦法」，欲將位處銅門部落的著名原住民族保留地「慕谷慕魚」作為觀光景觀區，引發該部落原住民族之反對事件¹；二〇一三年十二月因林務局開挖道路，欲將颱風侵襲而倒塌的珍貴林木運送出花蓮銅門部落的原住民族傳統領域，引發族人抗議並表示此舉明顯違反原住民族基本法第21條之事件²；二〇一四年八月南投縣信義鄉數個原住民族團體，不滿臺灣大學實驗林管理處未事前告知，將2棵因風災倒塌的千年紅檜自原住民族傳統領域運出，並主張臺大此舉違反原住民族基本法第21條的事件³；在二〇一七年因為經濟部礦業局未依

¹ ETtoday 東森新聞雲，不滿「慕谷慕魚」設生態景觀區 百名部落居民抗議，2012年12月5日，網址：<https://www.ettoday.net/news/20121205/135894.htm>，最後瀏覽日：2019年9月28日。

² 公視新聞議題中心，陳安琪、冷兒蘭·侯文、東冬·侯溫（製作），我們的島：銅門護木事件簿，2014年1月21日，網址：<https://ourisland.pts.org.tw/content/銅門護木事件簿>，最後瀏覽日：2019年9月28日。

³ 中國時報，潘杏惠、胡清暉（報導），以學術之名 原民轟台大偷神木，2014年8月17日，網址：<https://www.chinatimes.com/newspapers/20140817000239-260102?chdtv>，最後瀏覽日：2019年9月28日。

原住民族基本法第21條規定與受影響部落進行諮商，就做成延展亞洲水泥公司在花蓮縣秀林鄉富士村的採礦權決定，引發當地原住民族部落及環境團體的反彈仍餘波蕩漾。上述事件顯示，原住民族基本法第21條所規定原住民族諮商取得同意理念之落實長期面臨公私部門的漠視，其原因或與本條規範基礎的模糊及內容的不確定有關。

原住民族基本法係為了具體呈現憲法增修條文的原住民族條款的意旨，及順應國際社會積極保障原住民族權利之潮流而制訂。⁴原住民族基本法之憲法基礎已有憲法增修條文原住民族條款之明文，但本法的另一項基礎——國際社會保障原住民族權利潮流的規範內涵在立法當時並不明確。但此國際規範內涵模糊的問題，在二〇〇九年我國將「公民與政治權利國際公約」與「經濟、社會與文化權利國際公約」⁵（下稱「兩項人權公約」）國內法化後，關於原住民族權利保障國際潮流的主要基礎規範已有明確的標準，且已為我國法之一部。因此，對原住民族基本法之規範基礎及實施問題之探究，除了憲法外尚有兩項人權公約之相關權利規範值得探究。

⁴ 參見立法院公報，92卷39期3313號一冊4-5頁，原住民族發展法草案總說明，網址：<https://lis.ly.gov.tw/lg/cgi/lgmeetimage?cfcacfcbcfdcfcec5c7c6d2cecfce>，最後瀏覽日：2019年9月28日。

⁵ International Covenant on Civil and Political Rights, G.A. Res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, (Mar. 23, 1976) (hereinafter ICCPR). 截至2019年7月共有173個國家批准（未包括我國），參見聯合國網站：https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_en，最後瀏覽日：2019年7月10日；International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Dec. 16, 1966, at 49, 993 U.N.T.S. 3. Entered into force Jan. 3, 1976 [hereinafter ICESCR] 截至2019年7月共有170個國家批准（未包括我國），參見聯合國網站：https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&clang=_en，最後瀏覽日：2019年7月10日。

故本文之目的在耙梳原住民族基本法的兩項重要立法基礎——憲法增修條文原住民族條款及原住民族保障之國際規範的重要相關內涵，並將兩者結合後，從經我國批准及國內法化的兩項人權公約為中心的民族自決權規範，探究諮商同意權的規範基礎、補充其內涵發展及要件，並審視我國對原住民族諮商同意權之實踐狀況及其問題。據此，本文第貳章將自國際人權法規範，探討對原住民族最核心的權利——自決權之內涵及其與諮商同意權之規範關係，並釐清諮商同意權之內涵及實施之要素。美洲人權公約係美洲國家基於兩項人權公約之內容及架構，在美洲所建立的區域人權機制，並為目前區域人權保障架構中處理最多原住民族權利案件量的制度，其設立之人權法院對原住民族權利保障做出許多重要之判決。因此，本文第參章將對美洲人權法院二〇一二年關於原住民族諮商同意權之「Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador」案，在本文之目的下進行分析，並審視本案對原住民族諮商同意權實踐之意義與價值。第肆章則回到我國法制，自憲法增修條文的原住民族條款出發，並探究民族自決權在我國憲法的地位與內涵，再接續原住民族基本法之相關規定，分析諮商同意權在我國法制的規範內涵、精神及要件，並輔以我國涉及原住民族諮商同意權法院判決的分析，探究諮商同意權在我國落實之狀況及問題。最後，本文在第伍章基於前述章節之發現，審視我國對原住民族諮商同意權實踐之問題，並提出調整建議。

貳、原住民族諮商同意權之規範基礎及內涵

一、民族自決權規範脈絡及內涵

對當今原住民族所面臨之困境，欲思索突破的權利主張，無疑地應自民族自決權之規範作為起點。在西歐國家展開殖民運動之際，基於對自身文明、經濟、軍事及宗教之自我優越感及優勢，其對於已在被發現新大陸上生存發展久遠，且已具有豐富的原住民族文化內涵及社會制度，因迥異於西方文明呈現內涵，而將當地民族認為是未開化的野蠻人群，並將新大陸視為係未受文明人的制度所統治管理的「無主地」(*terra nullius*)。因此對於那些殖民國家所「發現」並占領、管理的土地，歐洲殖民國家將其政治、經濟、社會、文化及軍事制度完全移植於被占領的新大陸，而將最初原生於該「無主地」的民族淪為被統治的對象，而這些最初居住於該領域的民族，其政治、經濟、社會及文化之發展，因此也在殖民國家政府未獲得其同意下被「決定」。

從殖民時代國際社會已建立的國際法律制度，倘若無法認清將被殖民世界視為無主地之謊言，並積極、確實讓殖民地之民族在政治上獨立，在經濟、社會及文化上自主的決定，不僅無法維持世界的和平，更無法取得形式合法性及實質妥當性基礎。另外，對於被殖民的民族而言，殖民政府所加諸於其身上的各種政治、經濟、社會、文化及教育制度本身及實施過程，不僅是剝奪被殖民民族之主權⁶，在被殖民的民族沒有辦法選擇及決定其發展狀況下，更是對被殖民地民族人性尊嚴及主體性的侵害，而有違禁止種族歧視之

⁶ Richard Falk, *The Rights of Peoples (In Particular Indigenous Peoples)*, in THE RIGHTS OF PEOPLES 17, 18 (James Crawford ed. 1988).

平等權精神⁷。

兩項人權公約將自決權保障共同規定於其第1條，並具有相同之規範內容，而在兩項人權公約生效後，自決原則可說正式實定法化成為「自決權」。透過國家在國際間對自決權的實踐及重要國際性法庭關於自決權的司法決定，自決權之保障除了基於兩項人權公約的條約法基礎外，在聯合國國際法院一九七五年「西撒哈拉諮詢意見案」開始，已被實務及學界接受成為習慣國際法之法源⁸，在一九九八年「東帝汶案」更被確認具普遍性（*erga omnes*）特徵⁹，更被不少國際機構及學者普遍認為自決權規範已具備「強行法」（*jus cogen*）之性質¹⁰。

⁷ 世界人權宣言第2條：「人人有資格享受本宣言所載的一切權利和自由，不分種族、膚色、性別、語言、宗教、政治或其他見解、國籍或社會出身、財產、出生或其他身分等任何區別。並且不得因一人所屬的國家或領土的政治的、行政的或者國際的地位之不同而有所區別，無論該領土是獨立領土、託管領土、非自治領土或者處於其他任何主權受限制的情況之下。」

⁸ ANTONIO CASSESE, INTERNATIONAL LAW 107 (2001); Aureliu Cristescu, The Right to Self-Determination, E/CN.4/Sub.2/404/Rev.1, (New York: United Nations, 1981), at 23. Available at <https://digitallibrary.un.org/record/25252?ln=en> (last visited: 2019.09.28).

⁹ DAVID HARRIS, CASES AND MATERIALS ON INTERNATIONAL LAW 108 (7th ed. 2010).

¹⁰ CASSESE, *supra* note 8, at 141; ANTONIO CASSESE, SELF-DETERMINATION OF PEOPLES: A LEGAL REAPPRAISAL 140 (1995); IAN BROWNLIE, PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 489 (6th ed. 2003); S. James Anaya, *The Native Hawaiian People and International Human Rights Law: Toward a Remedy for Past and Continuing Wrongs*, 28 GA. L. REV 309, 322 (1994); Dinah Shelton, *Normative Hierarchy in International Law*, 100(2) AJIL 291, 303 (2006); Glen Anderson, *Unilateral Non-Colonial Session and Internal Self-Determination: A Right of Newly Seceded Peoples to Democracy?*, 34 ARIZ. J. INT'L & COMP. L. 1, 18-19, note 61 (2016); MARTIN DIXON, TEXTBOOK ON INTERNATIONAL LAW 164 (6th ed. 2007); Report of the International Law Commission, 53rd session, A/56/10, 2001, p. 284;

目前國際法探求自決權規範內容之實證法起點，無疑的是兩項人權公約第1條的規定。公民與政治權利國際公約第1條規定：「1. 所有民族都享有自決權。基於此權利，他們能自由決定其政治地位，並自由的追求其經濟、社會及文化發展。2. 所有民族得為其自身之目的，自由的處分其自然財富及資源，並且不損害基於互利原則及國際法所建立之國際經濟合作架構所產生的任何義務。民族賴以維生的方式，在任何狀況下都不應被剝奪。3. 本公約締約國，包括那些負責管理非自治領土及託管領土的國家，應在符合聯合國憲章規定下，尊重並促進自決權的實現。」國家對民族自決權所負擔之義務，包括消極義務及積極義務。就消極義務言，任何國家對系爭民族依據國際法所提出的自決權主張，不應予以干預、否定及限制，並有義務避免幫助或支援任何違反此規範之行為¹¹。就國家對自決權之實現，亦負有積極義務。人權事務委員會第12號一般意見書提及：「締約國應採取積極措施，促使民族自決權之實現與尊重。而此積極措施，須與聯合國憲章及國際法所承擔的義務一致：締約國尤應避免干預其他國家之內政，以免對自決權之行使造成不利影響。¹²」因此，締約國在公民與政治權利國際公約第1條之規範下，對國內民族主張及尋求政治、經濟、社會及文化發展事務的自主性時，不僅不應予以禁制，尚須注意相關法令及措施不應否定或限制前述主張，國家更

鄧衍森，國際人權法理論與實務，頁92，2016年10月；黃居正，判例國際公法 I，頁61、106，2013年7月；姜皇池，國際公法導論，頁129，2013年2月，3版。依據1969年維也納條約法公約第53條規定，條約在締結時與強行法牴觸者無效，第64條亦規定，任何現行條約與新出現的強行法牴觸者，亦無效。

¹¹ 黃居正，聯合國與人民自決權，載：聯合國：體制、功能與發展，頁163，2008年12月。

¹² Human Rights Committee, General Comment No. 12, 13 March 1984, para. 6.

應對系爭民族主張自決時，提供必要之資源及協助。

關於主張自決權的要件，首先應釐清者為其權利主體之定義，即何謂「民族」(peoples)？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。但目前並無普世及固定的標準，聯合國之人權事務委員會(Human Rights Committee)或消除種族歧視委員會(Committee on the Elimination of Racial Discrimination)，亦無就此提出定義¹³。但可確定者，係此權利之性質為集體權，而非個體權，且只有民族得作為本權利的享有者。但應注意者，得主張自決權之民族，不包括少數族群中的個人¹⁴，保障少數族群中個人之權利所依據者，係公民與政治權利國際公約第27條¹⁵。而自決權最初係以具政治性質的自決原則主張，進而被實證法化成為自決權，此過程固然以消除殖民主義為主要目的，使被殖民地之民族透過自決權之主張，脫離殖民宗主國之統治管理，最後建立新國家。以去殖民化為主要宗旨的聯合國在設立後，致力於促進殖民地地區去殖民化的目標已經完成，但自決權之重要性並未因此喪失。人權事務委員會亦承認，公民與政治權利國際公約之自決權，適用於所有民族，不限於被殖民的民族¹⁶。因此聯合國機構對於主張自決權之

¹³ SARAH JOSEPH, JENNY SCHULTZ & MELISSA CASTAN, *THE INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS: CASES, MATERIALS AND COMMENTARY* 142 (2d ed. 2004).

¹⁴ ROSALYN HIGGINS, *PROBLEMS & PROCESS: INTERNATIONAL LAW AND HOW WE USE IT* 124 (1995).

¹⁵ 聯合國人權事務委員會在第23號一般性意見中特別提到，本條所規定少數族群的權利，性質上為個人權，且不應與第1條的自決權相混淆。Human Rights Committee, General Comment No. 23, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, 26 April 1994, paras. 1-2.

¹⁶ Concluding Observations of Human Rights Committee on Azerbaijan, adopted on 3

民族，亦傾向於給予寬鬆、廣義的認定，以避免對不同民族產生歧視¹⁷。由於原住民族之概念符合本文前述關於享有自決權主體之「民族」定義，且現今原住民族與其所存在社會中之多數民族間的關係，無異於過去殖民者與被殖民民族的關係內涵。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¹⁸，故原住民族作為自決權的享有主體，並無理論上之問題。若將自決權限於受殖民之民族才能享有，無異於否定自決與人道之關聯，並否定自決原則之人權特徵¹⁹。而聯合國人權事務委員會亦認為，公民與政治權利國際公約第1條所規定之自決權，適用於原住民族²⁰。

關於自決權之傳統內涵，目前實務及學術多接受根據本公約第1條可分為外部自決（external self-determination）及內部自決（internal self-determination）。外部自決係指第1條第1項前段所指，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。外部自決可說是自決權最具政治爭議性的部分，因其主張之最終極結果往往使主張之民族脫離於原本統治國家設立新國家，而使多數國家在擔憂外部自決主張下會造成國家分裂而多所保留。內部自決權則指，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²¹。

17 August 1994, UN doc. CCPR/C/79/Add.38; A/49/40, para. 4.

18 Cristescu, *supra* note 8, at 39.

18 Thomas M. Franck, *The Emerging Right to Democratic Governance*, 86 AJIL 46, 88 (1992).

19 S. JAMES ANAYA, *INDIGENOUS PEOPLES IN INTERNATIONAL LAW* 100 (2d ed. 2004).

20 S. James Anaya, *International Human Rights and Indigenous Peoples: The Move Toward the Multicultural State*, 21 AJICIL 13, 50 (2004).

21 CASSESE, *supra* note 8, at 106; Cristescu, *supra* note 8, at 106.

另外，自決權之具體規範內涵還可由公民與政治權利國際公約第1條第1項所規定的政治地位之決定、經濟、社會及文化發展之決定四個面向探究。此不僅是因為自決的這四個面向，彼此間是相互依賴、密切關聯，對一個民族而言，真正且完整的自決，係透過在政治地位、經濟、社會及文化發展，所達到的自主狀態。由於自決為各項權利實現之先決要件，而且自決權作為兩項人權公約的共同第1條規定，意味自決權與兩項人權公約所規定各項權利與自由間關係密切。因此民族在追求政治地位、經濟、社會及文化之發展，應與兩項人權公約所規定之經濟、社會及文化權利相結合，彼此實現及強化。

就政治地位之自決，如前所述，包括國際上及國內政治地位的自我決定。就前者而言，包含決定該民族在國際社會之地位、獨立權及決定民族自身在國際社會之命運；就後者所指之國內政治地位的自決，則包含民族得在平等權之功能下自由選擇並發展其國內政治制度之權利²²，而國家亦應對民族在國內之公民與政治權利予以保障並促進其實現及尊重。就經濟地位自決之主要內容，公約第1條第2項前段特別規定：「所有民族得為其自身之目的，自由的處分其自然財富及資源，並且不損害基於互利原則及國際法所建立之國際經濟合作架構所產生的任何義務。」在此規定下，民族能夠依其偏好及選擇如何使用、管理及分配其自然資源及財富，更包括選擇其認為適當的經濟制度進行上述處分行為。但此項前段，對民族之經濟自決行使給予一限制，即自決過程不應對基於互利原則及國際經濟法律架構下的任何義務予以損害。此限制對於經濟發展之自決恐帶來顯著之影響，亦即民族依其選擇的經濟制度進行處分自然資源或財富時，不應損害由諸如世界貿易組織、國際貨幣基金會及世界

²² Cristescu, *supra* note 8, para. 303.

銀行所建立國際經濟法律制度所生義務。然而基於此項後段規定：「民族賴以維生的方式，在任何狀況下都不應被剝奪。」對於民族為實現經濟發展自決所不應被剝奪維生方式之內涵，從自決權及其他人權項目之相互關聯性而言，至少應符合在經濟、社會與文化權利國際公約所規定經濟權利條款之意旨，如第6條（工作權）、第7條（基本工作條件）及第8條（基本勞動權）。

由於經濟發展與社會發展，更加緊密相連、彼此實現，故為實現民族之經濟自決，不能欠缺社會發展之自決。因為社會發展不能沒有經濟發展的基礎，而經濟發展若未能有助於實現社會發展亦將喪失其意義。對於民族社會發展，聯合國大會於一九六九年所通過的「社會進步及發展宣言」已揭示社會發展之重要內涵。對於每一個社會，其發展無疑地必須建立在平等、自由及對人性尊嚴尊重的基礎上，實現公民及政治與經濟、社會及文化權利（第1條、第2條），確保人人有工作權及就業之自由與所得的公平分配（第6條、第7條），並持續提升所有社會成員之精神及物質水準。基於經濟發展及社會發展之密切互賴性，為民族在追求經濟發展過程中之重要權利，如工作權、基本工作條件之保障及勞動基本權，與社會保障權、家庭權、適當生活水準之權利、健康權及受教權等社會性人權，更應在此二類權利之彼此關聯性下予以尊重、保障及實現。

最後應予釐清者，係不應將自決權之行使目的，等同（或限於）去殖民化，而將自決權之主張視為建立獨立國家的權利。自決權之主張結果，雖然可能為在政治上完全的自主地脫離原本殖民政府，在國際社會設立一個新國家。但分離或獨立並非自決權主張之唯一目的，對於自決之理解，現今為國際法院法官的James Crawford教授則認為應視之為一個過程，而非達成獨立之結果，自決通常在一個國家中藉由公民、政治及社會權利享有而實現，當上

述權利遭否定時則會引起國際關切²³。而英國籍前國際法院法官希金斯（Higgins）則認為，自決從未僅意味著獨立而已，而係意味民族的自由選擇²⁴。

原住民族作為自決權權利主體之理念，經二〇〇七年聯合國大會所通過的原住民族權利宣言（United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples）確認，且內涵被更完整的建構。本宣言之前言提及：「……承認聯合國憲章、經濟、社會與文化權利國際公約、公民與政治權利國際公約及維也納宣言及行動計畫，確認所有民族自決權之根本重要性，在此權利下各民族能自由地決定其政治地位、及追求其經濟、社會及文化發展，並且本宣言不得被援用否定任何民族行使其與國際法一致之自決權。」宣言第3條規定：「原住民族擁有自決權。依此權利，他們自由地決定其政治地位及自由地追求其經濟、社會及文化發展。」而第4條則就自決權之行使進一步規定：「原住民族行使自決權時，關於其內部及當地事務，以及資助其自主功能的方法及手段，享有自主或自治權（right to autonomy or self-government）。」以及第43條規定：「本宣言所承認之原住民族權利，構成世界原住民族生存、尊嚴及福祉的最低標準。」上述條文，具有三項意義：第一、聯合國首次將學界及人權實務機構所認同的原住民族作為自決權享有主體為確認，並確認原住民族之自決權內涵與國際法內涵一致。第二、將原住民族族群發展最重要制度之一的自治（與自主），與自決權為緊密的結合，即對於自決權所欲追求的政治地位及經濟、社會及文化發展，需要透過具自主性的自治制度作為方法實現。第三、宣示自決權與其他的基本自由與人權，係世界原住民族生存尊嚴與福祉的最低標準，而國家應確實達

²³ JAMES CRAWFORD, THE CREATION OF STATES IN INTERNATIONAL LAW 40 (2d ed. 2006).

²⁴ ROSALYN HIGGINS, PROBLEMS & PROCESS 119 (1994).

成。除上述基於國際法關於自決權之規範內涵及原住民權利宣言對原住民族自決權之基礎及架構釐清，國際人權法中原住民人權權威學者S. James Anaya教授進一步強調原住民族自決權之內涵更應強調無歧視、文化完整性、對土地及資源之持有與享用、社會福祉以及自治與自主²⁵。此等內涵應作為原住民族依自決權主張政治地位、經濟、社會及文化發展時，對國家所提出主張之具體要點。聯合國大會所通過之決議，本質上雖無法律拘束力，頂多被視為軟法之一。但本宣言之內涵，經長期之協商與討論，將許多原本在國際法已具習慣國際法地位之規範予以成文化，並將許多原本尚有爭議之規範予以釐清，目前已有一些國內法院將本宣言之內容視為國際人權標準而適用，而美洲人權法院「Saramaka People v. Suriname」案亦適用本宣言所揭示的人權標準²⁶。

基於兩項人權公約第1條民族自決權規定之意旨，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。當原住民族或其部落在其傳統生活之領域，欲透過實施民族自治以落實自決權，並確立其在各種發展的自主性時，面對來自政府或私人的外部干預或影響，不論是土地徵收、都市更新、資源開採或利用、生態保育或學術研究等行為，應透過諮商機制，獲得原住民族或部落同意，前述民族自決權之意旨及民族自治的目標才得以落實。進一步言，由於原住民族就其土地及資源具有重要之文化延續意義，因此原住民族之諮商同意權，係衍生自民族自決權，且為許多原住民族

²⁵ ANAYA, *supra* note 19, at 129.

²⁶ Saramaka People v. Suriname, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Cost, Inter-American Court of Human Rights (ser. C) No. 174, paras. 131 and 136 (Nov. 28, 2007).

權利之基礎原則²⁷。作為以原住民族為主體之權利，其性質為集體權，其旨在確保原住民族能夠實質地、事實上平等地享有人權²⁸。原住民族之諮商同意權，係奠基在民族自決權所衍生，尤其是原住民族對其自身經濟發展之自決²⁹，讓原住民族對其土地及資源之自決得以實現，因此國家應事前充分告知原住民族所有相關的必要資訊，並使其在意志自由之狀況下做出決定。換言之，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。

二、原住民族諮商同意權之內涵

在聯合國系統中，對於國際勞工組織第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。一九

²⁷ Tara Ward, *The Right to Free, Prior, and Informed Consent: Indigenous Peoples' Participation Rights Within International Law*, 10(2) JHR 54, 55 (2011); Kathryn Tomlinson, *Indigenous Rights and Extractive Resource Projects: Negotiations over the Policy and Implementation of FPIC*, 21 IJHR 1, 6, 10-11 (2017).

²⁸ José Parra, *The Role of Domestic Courts in International Human Rights Law: The Constitutional Court of Colombia and Free, Prior and Informed Consent*, 23(3) IJMGR 355, 360 (2016).

²⁹ Erica-Irene A. Daes, *Prevention of Discrimination and Protection of Indigenous Peoples: Indigenous Peoples' Permanent Sovereignty over Natural Resources: Final Report of the Special Rapporteur*, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2004/30, 13 July 2004, p. 17 (2004); James Anaya, Report of Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, *Extractive industries and indigenous peoples*, Human Rights Council, A/HRC/24/41, 1 July 2013, para. 28; Mauro Barelli, *Free, Prior and Informed Consent in the Aftermath of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Development and Challenges Ahead*, 16(1) IJHR 1, 18 (2012); S. James Ananya, Jessica Evans & Deanna Kemp, *FREE, PRIOR AND INFORMED CONSENT (FPIC) WITHIN A HUMAN RIGHTS FRAMEWORK: LESSONS FROM A SURINAME CASE STUDY 4* (2017).

八九年國際勞工組織第169號「關於獨立國家中原住及部落民族公約」³⁰之制訂主要是有鑑於兩項人權公約及其他消除歧視的國際公約之發展，將國際社會對於原住民族問題之重新認識及調整予以實現後，對原本一九五七年國際勞工組織第107號原住及部落人口公約（Indigenous and Tribal Populations Convention）之修改。本公約在形式上最主要的改變，係捨棄「原住人口」（indigenous populations），而改採「原住民族」此較能彰顯族群主體性之用語。另外，本公約進一步規定，締約國政府有責任在有關民族的參與下發展協調而有系統的措施，以保護這些民族的權利並尊重其作為一個民族的完整性。此類措施應確保原住民族成員平等地享受其他國民所應享受之權利與機會；並應在尊重原住民族社會文化特色、習俗及傳統及其制度時，促進其社會、經濟及文化權利之充分實現（第2條）。本公約還規定締約國在實施本公約規定時，應承認並保護這些民族的社會、文化、宗教和精神價值與習俗，並應適當考慮作為群體和個人所面臨問題的性質，並應尊重這些民族的價值準則、習俗和各類制度的完整（第5條）。

就國家對原住民族之諮商義務，第169號公約第6條規定：「締約國在實施本公約時應：1. 於考慮可能直接與原住民與部落居民有關之立法與行政措施時，經由適當程序與原住民及部落居民（尤其經由其代表機構）諮商；2. 訂定辦法使原住民與部落居民至少能以與其他國民相同之程度在各級民意機關、行政及其他負責有關原住民族與部落居民政策及方案之機關中自由參與決策；3. 訂定辦法使原住民與部落居民能充分發展其固有傳統及創造精神，並就適當之個案提供所需

³⁰ ILO Convention No. 169 Concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries, date of adoption: June 27, 1989; date of entrance into force: 9 September 1991, 28 ILM 1382, 1384-85 (1989); 22 ratifications as of 4 November 2010.

之資源。為實施本公約各項規定而進行之諮商，應基於善意以適合相關環境之方式尋求達成協議或對所提措施之共識。」關於原住民族之自我治理，本公約規定有關民族有權決定自身發展進程的優先順序，因為這將影響到他們的生活、信仰、制度與精神福利和他們占有或使用的土地，並有權在可能的範圍內對其經濟、社會和文化發展行使管理。此外，他們還應參與對其可能產生直接影響的國家和地區發展計畫與方案的制訂、實施和評價（第7條）³¹。另外，關於與原住民族文化及傳統資源孕育與發展最重要的土地，公約規定在實施本公約這部分規定時，各國政府應重視有關民族與其所占有或使用的土地或領域（或兩者都適用）的關係對於該民族文化和精神價值的特殊重要性，特別是這種關係的集體面向（第13條）。本公約要求國家對於原住民族，應使其能夠有效參與在將影響其權利或利益的決策過程，而在此過程中所應存在與原住民族的諮商程序，係為確保原住民族有效參與決策之必要方式。故此規定之目的，在確保原住民族能有效地在可能影響其權益之政治、立法及行政機構及程序，參與所有層級的決策。

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

³¹ ILO第169號公約第7條規定：「1.由於開發之過程影響其生命、信仰、風俗、精神幸福及所居住或作其他用途之土地，原住民與部落居民應有權決定其優先順序，並在可能之限度內對其自身之經濟、社會與文化發展施行監督。此外原住民與部落居民並應參與可能對其有直接影響之全國性與地區性開發計畫之擬訂、實施及考核。2.在原住民與部落居民之參與及配合下改善其生活與工作條件並提高其衛生及教育之水平應為其聚居地區整體經濟發展計畫之優先項目。有關之特別計畫亦應妥予規劃以促成此項改善。3.各國政府應酌情會同原住民與部落居民舉辦各種調查藉以評估所規劃各項開發活動在社會、精神、文化與環境等方面對原住民與部落居民之影響。4.各國政府應在原住民與部落居民之配合下保護其聚居地區之環境。」

之事務，原住民族權利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，訂有相關規定。關於原住民族得依其意願參與各面向生活之權利，宣言第5條規定：「原住民族有權維護及加強其特有之政治、法律、經濟、社會與文化制度，亦同時保留依據其意願全面參與國家政治、經濟、社會與文化生活之權利。」關於原住民族參與在國家決策過程中的代表產生機制，應受國家尊重，就此宣言第18條規定：「原住民族有權依據其自訂之程序選出代表，參與涉及其權利之決策過程，並有權維護及發展其決策制度。」

在國際勞工組織第169號公約第6條所規定原住民族之諮商同意權，經過多年的實踐，原住民族權利宣言對諮商同意權之實施情況及具體結果，在第10條、第19條、第29條及第32條予以更明確的規定。國家對原住民族負有諮商義務的狀況包括：

(一)原住民族可能被迫離開其土地及領域時，第10條規定：「原住民族不應被強行遷離其土地或領域。未事前取得相關原住民族自由、事前及被告知後之同意，未事前達成公平公正之賠償協議，並未於可能處保留歸還之選擇前，不得遷移相關原住民族。」

(二)國家所制訂或執行的立法及行政措施，可能影響原住民族時，第19條規定：「各國於通過及執行可能影響原住民族之立法及行政措施前，應透過原住民族之代表機制以善意與相關原住民族協商合作，並取得其自由、事前與被告知後的同意。」

(三)國家擬在原住民族土地存放或丟棄有害物質時，第29條規定：「1.原住民族有養護及保護環境與其土地或領域及資源生產力之權利。各國應於不歧視之情況下，訂定及執行協助原住民族進行上述養護及保護之計畫。2.各國應採取有效措施，確保未事前取得原住民族自由、事前及被告知後的同意前，不得於原住民族土地或領地上存放或丟棄有害物質。」

(四)國家在核准影響原住民族土地或領域及其他資源之開發或利用計畫時，第32條規定：「1.原住民族有為發展或利用其土地或領土與其他資源，決定並訂定重點與策略之權利。2.各國於核准任何影響原住民族土地或領土及其他資源，尤其牽涉發展、利用或開採礦物、水或其他資源之計畫前，應透過原住民族代表機制，為取得原住民族自由及被告知後的同意，以善意與其協商合作。3.各國應為上述行動提供公正及公平之賠償，並採取適當措施，減少對有害環境、經濟、社會、文化或精神之影響。」

上述規定，對國家與原住民族之諮商程序所應達到的結果，皆明確規定為「獲得原住民族自由、事前及被告知後的同意」。聯合國人權理事會所組成的原住民族權利專家機制在其所提出的報告認為，原住民族權利宣言第3條反映了公民與政治權利國際公約第1條所揭示的自決權，在此權利下原住民族有權決定其經濟、社會及文化發展，並為自身利益管理其擁有的自然資源，而國家與原住民族諮商，並獲得其自由、事前及被告知同意之責任，為自決權的重要要素³²。

而回到美洲人權公約系統，該公約本文並無直接關於原住民族諮商同意權之規定。美洲人權保障體系是在個案基於公約第21條財產權及第25條的司法保障權之保障規範³³，透過對原住民族權益的

³² Human Rights Council, Final report of the study on indigenous peoples and the right to participate in decision-making, A/HRC/18/42, 17 August 2011, Annex Expert Mechanism advice No. 2 (2011): Indigenous peoples and the right to participate in decision-making, para. 19.

³³ 美洲人權法院在2001年「Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua」案，對於原住民族之土地被國家授與公司之伐木特許證，認為國家違反在第25條所規定之司法保障權及第21條的財產權，法院在本案對公約之財產權規定，使用革新性解釋，使此權利包括原住民族部落之共有財產。而這是首次國際人權規範之司法實踐，承認原住民族之集體財產權，並將此

特別考量，參照國際人權制度，如人權事務委員會、聯合國原住民族人權及基本自由情況特別報告員之案件與報告，並參考公民與政治權利國際公約、國際勞工組織第169號公約及聯合國原住民族權利宣言之內涵，以革新性解釋詮釋前述公約條文，讓原住民族之土地及資源可能受影響之狀況，使其能參與在相關立法及行政決策過程中，並有權諮商，因而將諮商同意權之內涵與公約權利規範體系相結合³⁴。因此，美洲人權委員會曾在案件中表示：「保障原住民族財產權的核心要素之一，即要求國家承擔義務，與原住民族就可能影響其傳統領域之措施及決定，進行有效及完全被告知的諮商。³⁵」值得注意的是，美洲國家組織經過十七年之協商，在二〇一六年六月通過了「美洲原住民族權利宣言」，此宣言第23條第2項，將原住民族諮商同意權在美洲人權制度中首次予以明文，其規定：「國家應以善意，透過原住民族自身的代表機制與其諮商及合作，在制訂或實施可能影響原住民族的立法或行政措施前，以獲得其自由、事前及被告知的同意。」另外，在第28條第3項關於文化資產、智慧財產及第29條第4項關於發展權之規範，亦要求結合諮商同意權之內容實施。雖然，美洲國家組織之宣言本身並無法律拘束力，但此宣言中的權利內涵除了重申美洲人權公約內容外，本質上亦是將美洲

對原住民土地及資源權利保障之司法架構，視為美洲國家間之共同基礎。See *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua, Merits, Reparations, and Costs*, Judgement Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 79, (August 31, 2001), paras. 140-45, 148.

³⁴ Parra, *supra* note 28, at 362; Inter-American Commission on Human Rights, *Indigenous and Tribal Peoples' Rights over their Ancestral Lands and Natural Resources: norms and jurisprudence of the Inter-American Human Rights System*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56/09, 30 December 2009, para. 295.

³⁵ IACHR, Report No. 40/04, Case 12.053, *Maya Indigenous Communities of the Toledo (Belize)*, October 12, 2004, para. 142.

人權法院多年來司法實踐所納入的規範或形成的共識予以明文化，讓美洲國家組織及其會員國在保障及促進原住民族權利時，能進一步提升。

由於原住民族就其土地及資源具有重要之文化延續意義，因此據前面之探討，原住民族之諮商同意權係衍生自自決權，且為許多原住民族權利之基礎原則³⁶。作為以原住民族為主體之權利，其性質應為集體權，其旨在確保原住民族能夠實質地、事實上平等地享有人權³⁷。原住民族之諮商同意權，係基於自決權所生，尤其是原住民族對其自身經濟發展之自決³⁸，讓原住民族對其土地及資源之自決得以實現，為此國家應事前充分告知原住民族所有相關的必要資訊，並使其在意志自由之狀況下做出決定。關於國家何時負有諮商義務的問題，整體上而言，當有立法或行政措施之制訂或執行，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。另外，若政府所締結之保障原住民族國際公約或法律明文規定應與原住民族進行諮商者，當所規定之情狀發生時，相關原住民族即能主張諮商同意權。美洲人權法院在 *Saramaka People v. Suriname* 案，曾被控國與受影響原住民族，在本案提出應展開事前諮商的六項情況，而為嗣後案件及國家所遵守，這些情況包括：1. 對原住民族領域之集體土地權利的劃定、區分或授與程序；2. 授與原住民族成員附屬於其所屬部落，具集體司法權利能力之法律承認程序；3. 制訂立法、行政或其他措施，而可能必須對特定原住民族成員就其傳統上所使用及占有之領域予以承認、保護、保障及給予法律效果的程序；4. 為承認及確保特定原住民族能依據其傳統及習慣為

³⁶ Ward, *supra* note 27, at 55.

³⁷ Parra, *supra* note 28, at 360.

³⁸ Daes, *supra* note 29, at 17.

有效的諮商所必要而制訂的立法、行政或其他措施程序；5.關於事前的環境及社會影響評估；以及6.關於任何對原住民族財產權擬產生限制，特別是在原住民族領域內或可能影響其領域的發展或投資計畫³⁹。

針對國家對諮商義務之實施，聯合國關於原住民族人權特別報告員之報告認為，國家對於原住民族權利之保障，包括與原住民族在其權利被影響前的諮商責任，這項國家的責任不能透過委託給私人公司或其他主體來規避，並且此義務應盡早在所有決策過程中實施，不應在國家授與私人公司進行開發許可後才進行⁴⁰。因此，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。另外，就諮商之具體實施，並無任何特定之模式，國家應針對個案中所涉原住民族的文化、傳統及習俗之特殊狀況，以尊重之態度規劃諮商模式。

依前述規範原住民族諮商同意權之實現，應有以下內涵：

(1) 透過具代表性之機關

在展開諮商前，原住民族社區或部落應先確認其代表機關，倘若此機關是由原住民族自己所展開的程序所產生之結果，其代表性才告完備。如果適當的諮商程序並非由原住民族發展，以及部落機構與組織並未由被影響之社區真正的代表，將不符合第169號公約諮商同意權的規範意旨⁴¹。因此，國家不得依法律規定，自行指定

³⁹ Inter-American Court of Human Rights, *supra* note 26, para. 16.

⁴⁰ Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, A/HRC/12/34, 15 July 2009, para. 54.

⁴¹ Governing Body, 282nd Session, November 2001, Representation under article of the ILO Constitution, Ecuador, GB. 282/14/2, para. 44.

或為原住民族安排諮商程序之代表。

(2) 對原住民族機構發展之支持及提供必要資源

本權利實施過程最常見的障礙，係原住民族部落與社區與政府或企業進行諮商過程中，所處的資訊及資源不對稱地位，以及因此所導致的協商地位不平等⁴²。當原住民族的自我治理機制的合法性、能力及資源基礎，在歧視性的歷史過程已受到損害，而原住民族與國家之關係已經不對稱的狀況下，更是需要對原住民族之治理機制在與政府展開諮商程序前給予協助及提供必要資源。

(3) 在善意及適合具體狀況的形式下進行

諮商必須在互信的氣氛中進行，政府方面就此應該承認原住民族機構的代表性、努力達成協議、進行誠摯及建設性的磋商、避免不當遲延、遵守已締結協議並善意適用之，此外，對原住民族應給予足夠之時間，以使其決策機制能完整運作，並有效地在符合其文化及社會傳統的方式下參與決定。

(4) 透過適當程序

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。諮商的程序及機制的形式與內容，需要讓相關民族之觀點得以適時的、完全的在對所涉爭議具完全瞭解之基礎上表達，以使該原住民族能夠影響決策結果，達成共識，並使共識在對所有當事人可接受態度下執行。

(5) 在達成協議或同意的目的下

第169號公約第6條所規定諮商同意權之宗旨，就在達成協議或獲得同意，亦即協議或同意必須是當事人的目標，並以真誠的努力

⁴² Alex Page, *Indigenous Peoples' Free Prior and Informed Consent in the Inter-American Human Rights System*, 4(2) SDLP 16, 19 (2004).

達成此目標。在國家之諮商責任下，要求國家應有調和相關不同權利及利益之彈性，並有責任基於與原住民族諮商之結果調整或甚至在無法調整的狀況下取消開發計畫，此時國家應提供客觀及合理的說明。倘若國家怠於對調整失敗提出理由說明，在美洲人權法院之案例，將被認為國家違反正當法律程序之保障⁴³。

(6) 對諮商機制運作的定期評估

為持續改善諮商機制的實效，對此機制之運作，應在相關民族之參與下進行定期的評估。

最後，倘若國家怠於對原住民族履行諮商義務之重要內容，將產生國際法中的國家責任，在前述美洲人權法院 *Saramaka People v. Suriname* 案，法院認為當國家因未履行諮商義務而對原住民族財產權構成侵害時，應就所產生之損害應負賠償責任⁴⁴。而世界銀行的經驗亦指出，對於其所資助位在原住民族傳統領域的石油鑽勘計畫，若善意、完整的踐行諮商同意程序，取得相關原住民族的自由、事前且被告知的同意者，確實獲得當地原住民族的較大支持，有助於計畫的實施。⁴⁵

⁴³ Inter-American Commission on Human Rights, *supra* note 34, paras. 323-325.

⁴⁴ Inter-American Court of Human Rights, *supra* note 26, para. 156.

⁴⁵ World Bank, *Striking a Better Balance: The Extractive Industries Review: Final Report: World Bank Group Management Response (September 2004)*, para. 32, available at <http://siteresources.worldbank.org/INTOGMC/Resources/finaleirmanagementresponse.pdf> (last visited: 2019.01.29).

參、美洲人權法院二〇一二年 Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador 案之啟示⁴⁶

一、本案事實

撒拉雅庫族（Sarayaku）所居住之領域位在屬於厄瓜多的亞瑪遜區域，海拔為400英尺的熱帶雨林，並屬喀奇瓦（Kichwa）原住民族之一支，人口約1,200人。撒拉雅庫族所居住之地區，並不容易抵達，從附近城市到此大約需花三天船程及二天路程。撒拉雅庫族之生計主要是沿襲祖先所傳承下來的傳統與習慣，進行共同農耕、狩獵、捕魚及在所居住的領域採集。撒拉雅庫族人對重要事務之決定，係透過稱為「Tayjasaruta」的部落大會做成，此組織由各部落的現任及過去領導人、耆老、建議團及特殊技術者所組成。在此族人的世界觀中，土地占有重要的地位與意義，他們認為森林是有生命的，自然的每個要素都有靈性，在他們彼此的連結及存在下，使他們的土地具有神聖性。

由於自一九九六年起厄瓜多政府分別與2個阿根廷石油探勘及開發公司簽約，使其能獲得特許在一塊傳統上及法律上為撒拉雅庫族長期生存的傳統領域占65%的土地上，進行開發石油及相關利用行為。然而，此契約締結前既未與聲請方諮商更未獲得其同意。

在二〇〇〇年間本案與厄瓜多政府簽約的系爭石油探勘公司之法律代表，曾拜訪撒拉雅庫族並表示願提供6萬美元供作發展基金，並提供500個工作機會給部落男性，但經部落大會決議拒絕。但當時鄰近地區的其他部落接受此公司的邀約。二〇〇二年十一月

⁴⁶ Inter-American Court of Human Rights, Case of Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador. Merits and reparations. Judgment of June 27, 2012. Series C No. 245.

撒拉雅庫農業地區委員會（Rural Parochial Board of Sarayaku）向監察使辦公室提出申訴，要求系爭公司應尊重其土地，並要求保護該公司的軍隊應立即撤離。厄瓜多監察使隨及在同月宣布，撒拉雅庫族人在其保護之下，任何人或機構不應阻礙該族族人在其土地及河川上的自由通行、運行、航行及往來。

由於石油探勘公司在二〇〇二年十一月之地震探勘所引發之反彈，及石油公司進入撒拉雅庫族領域，撒拉雅庫族之喀奇瓦協會宣布緊急狀態，當時部落的正常經濟、行政及學校活動癱瘓達四至六個月，族人並組織起來在傳統領域之邊緣的據點守護。在當時這些生活在叢林的族人，糧食供應也被切斷。在二〇〇二年十月至二〇〇三年二月間，系爭石油公司在撒拉雅庫族傳統領域內的工作進展了29%，但在二月六日厄瓜多碳氫化合物產業協會宣布該公司遭遇不可抗力並中止地震探勘工作。在前述作業期間於撒拉雅庫族傳統領域內，石油公司至少破壞一項對族人精神生活具重要意義的聖地遺址。石油公司亦清除了地震帶，建築了6個直昇機停機坪、破壞了洞穴、水資源及部落用水所需的地下河流，並且砍伐了樹木及大環境、文化及對撒拉雅庫族具影響生計之價值。系爭公司的石油開發工作所造成的影響，為數次使撒拉雅庫族部落的傳統文化活動及祭典中止。另外，在二〇〇三年二月及二〇〇四年十二月系爭石油公司曾被指稱對部落的領袖、成員及律師進行威脅及騷擾。

二、相關當事方主張

（一）美洲人權委員會主張

厄瓜多政府在本案中，與石油開發公司締結開發契約前怠於與撒拉雅庫族人諮詢之行為，違反美洲人權公約第21條（財產權）、第13條（表意自由）、第22條（居住及遷徙自由）及第23條

(參政權)。

厄國政府因怠於遵守其對撒拉雅庫族人之財產權，允許石油開發公司在傳統領域內埋放炸藥，不僅造成族人生命權之持續威脅，並危及族人維護及傳播其文化資產之權利。

厄國政府違反第5條關於個人尊嚴及人身自由保障之義務，因為在二〇〇三年二月間族人受到石油公司人員之威脅及騷擾時，厄國警方即便在現場亦怠於保護受干擾之族人。

厄國政府對於撒拉雅庫族人之諸多訴請，予以無理由之遲延，且對族人受到暴力及威脅後的訴請，未展開有效調查亦未提供說明，違反公約第8條（公平審判權）及第25條（司法保障權）。

(二)撒拉雅庫族代表主張

厄國政府怠於在與系爭石油公司締約前與族人進行諮商之不作為，侵害了其在美洲人權公約第26條之文化權，因為族人與傳統領域土地間的特別關係。

(三)厄瓜多政府抗辯

政府與石油公司簽約時，在本公約下無義務與撒拉雅庫族人事前諮商，而且當時亦未締結國際勞工組織第169號公約。

對於違反居住及遷徙自由之指控，厄國政府認為委員會之證據不足，相反的，政府以提供族人就此權利足夠之保障。

對於族人代表所提違反文化權之指控，政府認為公約第26條未被違反，並且主張文化權為政府的首要考量，且對此權利之保障已發展為重要憲法原則之一。

對於允許開發行為，構成對族人生命權威脅之主張，厄國政府認為本公約所建立之保障將生命權視為優先，在法院的案例中宣告政府行為違反生命權是極例外的。厄國政府主張，在對自然資源的

鑽勘活動期間，其已確保相關規範的遵從，故對生命權保障義務並無違反。石油公司開發活動中放置爆裂物之措施屬臨時性，居民所稱健康受影響之狀況，尚未由中立的醫學機構提供證明。故對於違反公約第5條之指控，厄國政府認為此指控之證據不足證明相關的不當待遇曾經發生及國家的責任。

對於違反公平審判權及司法保障權之指控，厄國政府主張，由於撒拉雅庫族人對檢察官欲進入部落進行調查給予阻礙，致調查無法完成，也因此無法對族人之控訴予以起訴，而法院也無法僅據族人的提告，對被告做出有罪判決。故被控國政府認為此權利之違反，係基於可能被害人一造的完全拒絕合作所造成。

三、法院見解

(一) 針對關於撒拉雅庫族人部落財產權之諮商同意權及文化認同權保障

法院認為美洲人權公約第21條對財產權之規定，保障了原住民族與其土地，以及傳統領域中的自然資源與從其中所生出無形要素間的緊密連結。因此，在對原住民族財產權之保障下，有必要確保財產之實體及文化遺產，並確保其文化認同、社會結構、經濟制度、習慣、信仰及特殊傳統被國家所尊重、確保及保障。撒拉雅庫族自其祖先對傳統領域之持有及行使時間悠久不應被質疑，法院並強調族人與其領域間所維持的深刻文化、非物質及精神之連結，尤其是「有生命的叢林」與其成員間的密切關係，以不限於僅具經濟生計上意義，更是與其世界觀、文化及精神認同相結合。⁴⁷

法院確認，基於對撒拉雅庫族繁榮的文化及文化認同權利之尊

⁴⁷ *Id.* paras. 145-47.

重，承認原住民族部落、社區及鄉村之自由、事前及被告知的同意權。雖然，形式上厄國未締結國際勞工組織第169號公約，在該公約中規定原住民族的事前諮商同意權，但許多美洲國家組織成員國已締結此公約並在國內法院案例被援用，而且厄國已在國內法完全承認此事前諮商同意權。法院因此認為此原則在美洲國家間，已成為國際法之一般原則（*general principle of international law*），美洲國家應負諮商義務，無論形式上有無締結第169號公約⁴⁸。因此，當原住民族之特定利益將受影響時，國家應展開特別及明確之諮商程序之義務，已為清楚地確立。此程序應尊重每個部落及村莊的特別諮商制度，使其能被瞭解，亦作為原住民族與其他國家機關、社會或政治主體及其他利益第三方間的適當及有效關係。另外，石油開發公司在二〇〇二年七月間所進行的地震探測活動，係在厄國政府批准國際勞工組織第169號公約之後，以及將該公約所規定原住民族集體權在憲政體制中予以採納後，因此厄國政府無疑地對撒拉雅庫族之事前諮商同意權有確保義務。故法院認為厄國在此義務下，國家在給予石油公司開發特許前，若可能影響原住民族的共同財產權及文化認同權的最低與必要條件時，國家有責任證明事前諮商同意權之所有面向都已被確保。在第169號公約第15條第2項的意旨下，法院認為締約國應以與原住民族部落傳統一致的方式，在開發及投資計畫的初步階段與之進行諮商，而非像本案待系爭原住民族部落提出諮商需求時才展開。在本案，厄國未在執行石油開發行為的任何階段，透過其任何機構或代表與撒拉雅庫族人實施任何諮商。⁴⁹

法院認為諮商應在善意下，並且依個別狀況所適當的方式進

⁴⁸ *Id.* paras. 164-65.

⁴⁹ *Id.* paras. 173-84.

行，並以對欲採取之措施達成協議或同意為其目標。此外，諮商不應僅是表面上進行，而應被理解為一項真實的促進參與的方法，而此方法應在信賴及相互尊重的原則上，使雙方當事人建立對話並達成共識。此諮商的善意原則，要求國家、其代表或第三方無使用任何的強制，且不得有任何企圖分裂受影響社群社會團結的作為，例如賄賂領袖或與個別社群成員以違反國際標準方式進行協商。再者，既然諮商為國家之責任，對於諮商過程的規劃及執行，不能以委託給私人公司或其他第三方的方式規避。然而，法院發現在本案厄國主張，系爭石油公司與政府簽約後為達契約活動之執行，與原住民族部落尋求「瞭解」或「交際」，並進行環境影響評估。而厄國不僅承認其未實施協商，且即便諮商可能委託私人第三方進行，其並未指示在此過程中所採用來觀察、監督或參與的類型，以確保撒拉雅庫族人的權利。法院亦發現厄國以軍隊支持系爭石油公司的探勘活動，此對於善意諮商過程所需的信賴及相互尊重氣氛不利。⁵⁰

(二)關於諮商的適當性及可接近性 (accessible)⁵¹

法院認為與原住民族社群的諮商，應透過文化上適當的程序進行，並且應符合族人的傳統。雖然無單一的適當模式，國家及原住民族社群的所有狀況，以及諮商時相關措施的性質及內容皆應予以考量。但法院發現在本案，系爭石油公司試圖與撒拉雅庫族少數成員，直接建立個別關係，而未尊重部落原本的政治組織，因此不能被認為是適當及可接近的諮商。

根據國際勞工組織第169號公約第7條第3項，締約國在規劃開

⁵⁰ *Id.* paras. 185-200.

⁵¹ *Id.* paras. 201-03.

發計畫時，應與相關的民族合作，確保該計畫之實施對於民族在環境、文化、社會及精神層面所受影響為何之研究被實施，而且此研究之結果應作為實施開發行為之基本標準。據此，國家應確保未經獨立及技術上適格的機構在國家的監督下，先行實施社會及環境影響研究，以評估擬進行的開發計畫的潛在損壞或影響，才可在原住民族的傳統領域範圍內授與開發特許，國家並應確保原住民族社群之成員瞭解可能的環境及健康風險，並使其能夠在被告知及自願的方式下權衡是否接受擬進行的開發或投資計畫。環境影響評估應以符合國際標準及良好實踐下進行，並尊重原住民族部落的傳統及文化，在授與開發許可前實施。法院發現在本案狀況，厄國就環境影響計畫之實施，未讓撒拉雅庫族部落成員參與，由石油開發公司所找的私人公司承攬，並且未考量預計的開發活動對相關原住民族可能造成的社會、精神及文化影響。

(三)關於原住民族部落是否在知悉擬開發及投資計畫之可能風險下進行諮商

法院認為國家所實施的諮商程序證實具許多瑕疵，並附帶許多石油開發公司對相關部落的分化行為，造成相關部落之間對立。因此，法院確認諮商程序並未適當或有效地在政府開始或授權在原住民族傳統領域進行開發計畫前實施。因為撒拉雅庫族在石油開發活動進行前、裝置爆裂物或特殊文化價值的遺址被影響前，皆未被政府諮商。

法院詳細說明到，不尊重原住民族部落就其領域的傳統權利，將損及其他基本權利，例如文化認同權及原住民族部落及其成員之文化遺產權。法院亦考量到族人對其土地共有財產權的享有及行使，保障了原住民族部落成員對其遺產之維護，國家應在尊重此特別關係下，保證其社會、文化及經濟上的遺產。在非歧視原則下，

對文化認同權之承認，是對本公約及國內法所保障原住民族人權享有及行使的確保，並以此權利作為交錯解釋這些人權所生的瞭解、尊重及保證的重要內容及方法。法院認為文化認同權，是原住民族部落具集體權性質的基本權利，在一個文化多樣、多元及民主的社會應被尊重。在本案，對撒拉雅庫族具有高度環境及文化價值的區域被系爭公司破壞，並導致特定行為及傳統文化儀式被迫中止之事實並未被否認，此意味著本族的世界觀及文化信仰遭侵犯。法院認為撒拉雅庫族原住民未受諮詢，影響其文化認同，在此範圍內對於此族文化資產的干預及破壞，連帶影響使族人對其文化認同、傳統、世界觀、對文化特徵及生活方式的維護遭受嚴重的輕蔑，並使族人感到嚴重的關切、難過及痛苦。在本案，厄國政府怠於與撒拉雅庫族原住民進行諮商，就在其傳統領域進行石油開發行為的事實，不僅與許多國際法及其自身國內法義務不一致，並使族人的文化及社會生活，對共有財產權以及文化認同權受影響。就此法院認為厄國對撒拉雅庫族人在美洲人權公約第21條所規定的共同財產權，以及在公約第1條第1項及第2條所相關的文化認同權構成違反而負有責任。

法院審理後認為厄國政府對申請方違反了事前諮商同意權、原住民部落土地權、文化認同權、生命權及人身安全。法院裁定厄國政府清理撒拉雅庫族之土地及爆裂物與對撒拉雅庫族提供賠償，並且在資源探勘計畫締結前，應與撒拉雅庫族進行適當、有效及完整的諮商，並進行環境影響評估；另外，亦要求政府應對計畫進行之相關公務人員，實施與原住民族權利相關的訓練。

四、本案之意義與價值

法院認為原住民族財產權之保障，並不侷限於狹隘的經濟價值，而是包括原住民族所擁有傳統領域上對該民族具備文化價值及

精神內涵。本案最值得注意者，係厄國未締結國際勞工組織第169號公約，前開公約第6條規定締約國在規劃開發計畫時，應與受影響之原住民族進行諮商，但法院認為此規範已非僅基於條約法基礎拘束國家，已具備國際法之一般原則地位，對所有國家產生普遍的拘束力，故厄國仍負有與原住民族進行諮商之義務。而原住民族之諮商同意權，對其傳統領域土地權之保障及實現為不可或缺之權利。在法院之探究下，將原住民族諮商同意權之規範意義、內涵及實現方式的適當性及可接近性予以清楚的呈現。

自本案例被聲請方厄瓜多政府針對其在法庭上所提出已尊重諮商同意權之抗辯及石油開發業者的行為，殊值我國實施原住民族基本法第21條及「諮商取得原住民族部落同意參與辦法」修改參考。首先，厄瓜多政府認為對原住民族的諮商義務，是委由石油開發公司進行，就此法院認為此義務之履行應直接由政府為之，而不可推委由私人第三人進行。而石油開發業者在本案「取得」系爭原住民族同意的方式，被法院認為不符合善意原則及適當性原則，亦即開發業者賄賂部落領袖或與個別社群成員以違反國際標準方式進行協商，抑或是試圖與撒拉雅庫族少數成員直接建立個別關係，而未尊重部落原本的政治組織，更有透過分化手段讓相關部落間造成對立，而達成獲得形式上具瑕疵的同意。針對上述在本案所出現的石油開發公司的干擾措施及分化部落行為，並未在原住民族基本法或「諮商取得原住民族部落同意參與辦法」中規定其防免方式及因瑕疵而獲得同意之效力。另外，法院在本案表示取得原住民族同意的諮商程序，應以對系爭原住民族或部落以符合文化上適當及族人傳統的方式進行。但在「諮商取得原住民族部落同意參與辦法」僅就部落章程規定得以民族語言書寫（第11條），及部落會議通知必要時得並用原住民族語言書寫（第17條）外，並無就部落會議程序應符合上述文化及傳統的程序要素。

肆、原住民族諮商同意權在我國國內法之規範內涵與實踐

一、結合國際人權規範及憲法解釋下自決權的規範地位

如本文第貳章所分析，原住民族之諮商同意權在國際人權法之發展脈絡下，與性質上屬集體權及強行法的民族自決權緊密連結，為實現自決權不可或缺的規範機制。然國際人權規範之設計與目的，有賴於國內法律制度之建構來落實。因此，對於原住民族基本法第21條諮商同意權規範，能否以前述章節推論作為規範基礎，而提升其在我國法之規範力，應自我國憲法增修條文原住民族條款結合兩項人權公約之內涵解釋之。

我國憲法增修條文之原住民族條款，已實質將自決權之精神帶入我國憲法架構。我國憲法增修條文第10條第11項規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」第12項規定：「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。……」此二項規定為理解我國對原住民族所負客觀義務之重要思考起點，在此規定下國家應在肯定多元文化原則，並對於原住民族的教育文化、交通水利及經濟土地等發展，依照原住民族的意願，予以保障扶助並促進。特別是第12項規定國家「應依民族意願」促進並保障相關發展之意旨，及強調該相關發展之扶助與保障，並非依國家一般的政策方向，而是依原住民族之意願，使其發展能夠自我決定，而不被單純國家之發展目標所掩蓋，如此多元文化的原則始有實現之可能。因此，第12項「依民族意願發展」的規定，顯然地與民族自決規範之理念一致，但自本項所規定之發展內涵觀之，本項所強調之原住民族自決內涵

為內部自決之面向。故此項可說是自決權規範精神內化至我國憲法秩序的顯現，並對被國內法化的兩項人權公約共同第1條的解釋與適用，具重要規範意義。結合憲法增修條文第10條第11項及第12項所呈現之規範意旨，係在肯定多元文化之價值下，國家不僅應積極發展原住民族文化，更應依原住民族意願，促進及保障原住民族之經濟土地及其他重要權益，因此對於原住民族之經濟土地政策規劃及措施研擬，不能僅由國家單方面制訂，而應在制訂過程對原住民族進行諮商或使其實質有效的參與其中。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。

然而，上開增修條文規定之性質，屬於憲法基本國策規定，與憲法第二章所規定基本權規範性質不同，不具主觀法效力，亦即不生直接授與人民特定憲法效力，使其能透過司法程序獲得救濟。但是基本國策條款，亦不能僅理解為只是方針條款，對國家欠缺任何拘束力。反之，作為憲法規範之一，其仍具備客觀法效力，對國家產生客觀義務。在基本國策條款的客觀法效力下，直接拘束立法機關負有注意義務，對行政機關及司法機關，亦具有「解釋指標」，即在適用相關法律規定時，為避免不同規範內容間的矛盾與衝突，應符合基本國策條款之誠命方向解釋之，以確保憲政秩序之一體性，並與其他規範相輔相成⁵²。此外，自合憲解釋的正當性理由論⁵³，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

⁵² 林明鏘，論基本國策：以環境基本國策為中心，載：現代國家與憲法——李鴻禧教授六秩華誕祝壽論文集，頁1467，1997年3月；林明昕，基本國策之規範效力及其對社會正義之影響，國立臺灣大學法學論叢，45卷特刊，頁1312-1317、1326，2016年11月。

⁵³ 吳庚，憲法的解釋與適用，頁590-591，2004年6月，3版。

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。

在此脈絡下，原住民族在國家發展中，才能確立其主體性，並降低在國家發展中淪於工具化的危險。實踐此解釋原則最典型的案例，係大法官在釋字第719號，面對聲請人因為不符原住民族工作保障法第12條及政府採購法第98條規定，未雇用前述規定所要求的一定比例原住民員工被要求繳納代金，因而主張其財產權及工作權被不當限制。大法官在本解釋認為前揭法律規定，基於憲法第5條及增修條文第10條第12項規定：「係立法者為貫徹上開憲法暨增修條文之意旨，促進原住民就業、改善其經濟與社會狀況，而透過得標廠商比例進用之手段所為優惠措施……」，「基於上開憲法暨增修條文之意旨，國家具有保障扶助並促進原住民族發展之義務。」因此「國家仍應透過具體政策與作為，積極實踐上開憲法增修條文對於原住民族工作權之保障，並應就該積極優惠措施，依國家與社會時空環境與保障原住民族工作權之需求。⁵⁴」最後認為前揭法律規定並無違憲。此解釋彰顯國家在憲法增修條文第10條第11項所負之義務，以及在此規範精神下，確保原住民族在國家產業政策中的主體性，而非被工具化。

我國於二〇〇九年批准了「兩項人權公約」，並制訂施行法將公約的權利保障規範於我國國內法中進一步實施後，兩項人權公約第1條所規定的民族自決權規範藉此亦成為我國國內法之一部，應為各級政府機關積極適用與保障⁵⁵。然而，值得探討者為兩項人權

⁵⁴ 司法院大法官第719號解釋理由書，第3段、第5段及第6段。

⁵⁵ 兩項人權公約施行法第2條規定：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。」第4條規定：「各政府機關行使其職權，應符合兩公約有關人權保障之規定，避免侵害人權，保護人民不受他人侵害，並應積極促進各項人權之實現。」

公約第1條的自決權規範，透過我國的批准及制訂兩項人權公約施行法後，在我國之法律地位如何？就兩項人權公約的大多數人權規範而言，依據施行法第2條之規定具有「國內法律」的效力。然而，兩項人權公約之許多權利規範，我國憲法已規定，就這些憲法已規定的公約權利其位階自然不可能自憲法退至法律⁵⁶，因此兩項人權公約權利規範在我國之法律地位應個別而論。

針對包括自決權、免於奴隸及酷刑之自由等兩項人權公約所規定之核心權利，具國際法中強行規範及絕對法之性質，雖然憲法未明文規定，亦不宜將之歸類為法律位階之權利。在我國將兩項人權公約國內法化前，就有學者主張國際人權規範作為普世價值的基本權利保障規定可透過憲法第22條的解釋媒介進入國內基本權保障體系⁵⁷。近期，根據黃昭元大法官之見解，認為絕對法之權利在我國法律制度中可為憲法解釋的規範依據。免於酷刑自由之規範性質上與人身自由接近，可承認為我國憲法第8條所規定人身自由之核心保障，而關於自決權規範則應視為憲法第22條之權利⁵⁸。原住民族作為憲法第22條所承認自決權之主體，就這個群體與臺灣社會之其他多數群體具顯著不同的共同行動、生活目標、認同及文化內涵，

⁵⁶ 據吳庚大法官之見解，發生憲法人權條款與我國所締結國際人權公約條款競合時，基於基本權的最有利原則，應適用對當事人最有利的憲法人權條款。吳庚、陳淳文著，憲法理論與政府體制，頁140，2017年9月，增訂5版。

⁵⁷ 李震山，憲法未列舉權保障之多元面貌：以憲法第22條為中心，載：多元、寬容與人權保障——以憲法未列舉權之保障為中心，頁61-62，2005年10月。

⁵⁸ 黃昭元，公民與政治權利國際公約與憲法解釋，司法院大法官104年度學術研討會：人權公約與我國憲法解釋（上冊），司法院主辦，頁111-115，2015年12月5日。另外，張文貞教授亦認為，包括自決權等國際強行法應與憲法匯流，成為內國最高規範秩序之內容，見張文貞，國際人權法與內國憲法的匯流：台灣施行兩大人權公約之後，載：台灣法學新課題(八)，頁5-6，2009年10月。

可說是一個「已構成的主體」(constituted entity)⁵⁹。而自決權相較於其他具個人權性質之集體權，如勞動權，為純粹的集體權⁶⁰。在近代國家締造過程中，原住民族失去了生命、自由、土地、語言及文化，因而在多數族群所建構的社會中處於弱勢地位，並且無法依其意願決定其政治地位及經濟、社會、文化發展，在此歷史的⁶¹脈動中原住民族的命運往往是存在、弱化與滅亡的發展⁶²，整個民族的尊嚴及存在目的處於被否定的狀態，此不僅有違人性尊嚴作為憲法基本權規範的核心要素⁶³，亦與憲法第5條所規定「各民族一律平等」規範意旨，及第7條「無分種族，在法律上一律平等」之規定相悖。此外，民族自決權規範已為聯合國國際法院在一九九五年的東帝汶案(East Timor)認為是如習慣國際法般對所有國家都能產生普遍性拘束之特徵(erga omnes character)，對於以去殖民化為重要設立宗旨之一的聯合國，此規範不啻為聯合國及其會員的重要原則。即便我國已非聯合國會員，在憲法層次透過第22條承認自決權規範並予以落實，亦是憲法第141條「尊重條約及聯合國憲章」誠命之高度實踐⁶⁴。

原住民族之自決權作為憲法第22條所承認的概括性權利後，回顧其在國際法中之內涵發展，包括內部自決及外部自決，在此權利

59 李建良，初訪集體權：以原住民族為對象，新興人權之研究研討會，中央研究院法律研究所籌備處主辦，頁10、20-22，2006年12月10日。

60 李震山，集體權，載：多元、寬容與人權保障——以憲法未列舉權之保障為中心，頁285-289，2005年10月。

61 林明昕，原住民地位之保障作為「基本權利」或「基本國策」？，憲政時代，29卷3期，頁355，2004年1月。

62 李建良，憲法變遷中的原住民族權利：原住民族自治權的法理論述，憲政時代，31卷1期，頁6、23-25，2005年7月。

63 鄧衍森，同註10，頁10-11。

64 參見林明昕，同註52，頁1346-1347。

憲法化後是否具備此兩項內涵？透過憲法增修條文第10條第12項之內涵觀察，此基本國策條款對基本權利應生一定的「制約」作用⁶⁵。因此，原住民族自決權之規範內涵，在我國憲法中所強調者，為教育文化、交通水利、醫療衛生、經濟土地及社會福利事業等發展之內部自決面向。結合憲法第7條對族群平等的規範意旨，國家不僅不應對特定族群採取歧視性待遇外，更間接意味著國家應依憲法增修條文第10條第12項之意旨，促進原住民族與其他多數族群間實質平等的保護義務⁶⁶。

二、原住民族諮商同意權之規範內涵

在證立自決權在我國法律制度中的地位及內涵後，對於奠基在自決權所生的諮商同意權在我國之實施，在合憲解釋之原則下，原住民族基本法第21條諮商同意權之規定不僅有更清楚的規範方向。甚至，本條之適用在實現並保障原住民族自決權的憲法誠命下，於面臨涉及原住民族在經濟、土地、教育文化等發展的內部自決面向，讓原住民族作為權利主體依其意願做出決定，其實質平等的地位才能獲得確保。

原住民族諮商同意權之內涵，規定在原住民族基本法第21條第1項及第2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。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

⁶⁵ 關於憲法基本國策條款對基本權利所生的制約或填充作用，參見林明昕，同註52，頁1330-1333。

⁶⁶ 參見林明昕，同註61，頁355。

關寬列預算補償之。」

就原住民族基本法第21條所規定原住民族諮商同意權之要件，需諮商之狀況主要有二：第一、當政府或私人於原住民族土地或部落及其周邊一定範圍之公有土地從事土地開發、資源利用、生態保育及學術研究；以及第二、政府或法令限制原住民族利用土地及自然資源時。在前述兩種狀況發生時，政府負有與原住民族展開諮商之義務。依本條規定，享有諮商同意權之主體為原住民族或部落，故此權利性質上與自決權之規範性質一致，屬集體權⁶⁷；就諮商義務者，包括政府或私人。然而，私人負有諮商義務之狀況，限於前述第一種對原住民族土地或部落周邊一定範圍公有土地從事開發、資源利用、生態保育及學術研究者。

然而，值得思考地是，政府之諮商義務是否僅限於本條所規定之兩種情況？原住民族基本法第22條雖未明文原住民族之諮商同意權，但亦要求政府在劃定國家公園、特定風景區、林業區及遊樂區等時，應徵得原住民族同意，其規定：「政府於原住民族地區劃設國家公園、國家級風景特定區、林業區、生態保育區、遊樂區及其他資源治理機關時，應徵得當地原住民族同意，並與原住民族建立共同管理機制；其辦法，由中央目的事業主管機關會同中央原住民族主管機關定之。」本條所規定之國家在原住民族地區行為，本質上亦屬於對當地原住民族的土地利用、經濟生活及文化發展產生重大影響效果。基於原住民族之自決權不僅為具有普遍效力之國際強行法，本文所探討之美洲人權法院案件更揭示，原住民族諮商同意權之規範，係超越條約基礎的習慣國際法及法律一般原則，且為落實原住

⁶⁷ 關於原住民族諮商同意權作為集體權之規範與實踐探討，參見黃居正、邱盈翠，台灣原住民族集體同意權之規範與實踐，臺灣民主季刊，12卷3期，頁54-60，2015年9月。

民族自決所必要。倘若未經原住民族同意，對於前述原住民族的內部自決事務將造成否定，進而構成其自決權之侵害，並違反憲法增修條文第10條第12項的誡命。因此，本條亦應為廣義諮商同意權之範疇，準用第21條之程序，取得當地原住民族同意後，國家才能進行第22條所規定的行為⁶⁸。因此，除了原住民族基本法第21條所規定之兩種狀況，以及第22條所規定應徵得當地原住民族同意之狀況，亦應使本條所規定的「當地原住民族」適用諮商同意權機制，甚至同法第14條與第31條規定政府應依原住民族意願及尊重原住民族之狀況⁶⁹，政府皆負有對相關原住民族展開諮商之義務，以達到尊重相關原住民族及部落意願之目的。就諮商程序之進行，政府及相關之私人應本諸善意，並以取得原住民族、部落或原住民同意為目的，且在諮商取得同意後與原住民得分享利益或獲得損失補償。

原住民族基本法第21條關於諮商同意權之內涵，與國際及美洲人權公約架構所規定及形成的諮商同意權內涵確實有顯著差距。關於應展開諮商之情狀，本法第21條僅列舉規定兩種狀況，但國際及美洲人權公約架構下應進行諮商之狀況，還包括迫使原住民族離開其土地及傳統領域之措施、欲在原住民族土地存放有害物質之決定、劃分原住民族傳統領域土地之措施，以及任何將影響或限制原住民族權利及身分的措施。除了值得參考上述事項增定至原住民族基本法第21條外，同法第14條及第31條規定應「依原住民族意願」，以及第22條所規定應「徵得原住民族同意」之狀況，皆應準用第21條諮商同意權之規定實施，以符合憲法保障原住民族自決

⁶⁸ 原住民族委員會依據本條訂定「原住民族地區資源共同管理辦法」。

⁶⁹ 原住民族基本法第14條：「政府應依原住民族意願及環境資源特性，策訂原住民族經濟政策，並輔導自然資源之保育及利用，發展其經濟產業。」第31條：「政府不得違反原住民族意願，在原住民族地區內存放有害物質。」

權，尤其是在內部自決面向實現之意旨。

另外，關於諮商後同意之內容，應可據擬諮商事項之性質附一定條件或設定期間，使諮商同意權規範基礎的自決權，能夠完整地實現，以免使得做出同意的結果讓受影響原住民族或部落賴以維生的方式，或自然資源及財富在未來受到永久性的限制，而對自決權實質產生被放棄的結果。而針對諮商程序之原則、方式及過程，原住民族基本法第21條幾乎未規定，或許這是行政機關遇有應諮商狀況容易怠於與原住民族進行諮商之原因。就此，值得參考前述國際文件（如國際勞工組織第169號公約及原住民族權利宣言）及美洲人權公約架構所形成之原則及方式，進一步在本條或其施行細則詳細具體的規定，特別是應規定政府就諮商程序之進行應本於善意原則進行、禁絕任何施壓、脅迫或分化之狀況出現在諮商程序，以及政府應對諮商同意權主體提供必要的資源及協助。

不能忽略審視地，原住民族委員會為了使本條規定得以施行，於二〇一六年一月四日公布了「諮商取得原住民族部落同意參與辦法」（下稱「參與辦法」）。但本辦法之規定卻產生以下問題：

首先、原住民族基本法第21條所規定的諮商同意權權利主體為原住民族或部落，但在本條之參與辦法第2條對部落定義為依原住民族基本法第2條第4款核定者，未經核定之部落即不能主張第21條之諮商同意權，即導致該部落之自決權無法享受的結果。在如此應經核定之部落始為法律上存在的規定，雖係基於原住民族基本法第2條第4款內容，但實際上已造成權利行使之限制，相較於其他憲法所保障基本權之行使，其必要性及合比例性基礎似有不足。⁷⁰

⁷⁰ 具體言之，我國國民出生故須依戶籍法為出生登記，但未經登記者，基於其為自然人之事實，在人性尊嚴的原則下，即便是無我國籍的外國人即能享受憲法所保障國民權以外的基本權，如生存權、宗教自由、人身自由、表現自

第二、本參與辦法在附件中，嘗試將本條所規定應諮商取得同意的土地開發、資源利用、生態保育及學術研究之內涵予以列舉，在難保其已窮盡下，此實施辦法恐會限制母法之諮商同意權行使。本參與辦法既然是為了施行基於民族自決權所生的諮商同意權，理論上應可視此附件所規定之內涵為例示性質，可在符合原住民族自決權之規範意旨下透過解釋納入新的內涵項目。

第三、參與辦法第11條規定，部落章程、部落會議所為決議內容違反法令者或程序及方法違反本規定者皆無效之規定更是苛刻，應改由經主管機關認定是否構成違反法令後得撤銷較適當。

第四、參與辦法第15條規定在部落會議收到同意事項之通知後，逾二月未召開部落會議，得經申請人申請關係部落所在之鄉公所代行召集。本規定顯然是站在原住民族及部落外欲開發或利用原住民族土地之政府及私人之立場及效率，迫使部落做出決定之設計，卻忽略民族及部落之意願，即不召開部落會議何嘗不是一種意願的表示？在被迫代行召集的部落會議能否表達部落真正之意願？此規定亦與諮商同意權的自由、事前及被告知同意的性質相悖。

第五、由於各民族的社會結構及政治運作，長久以來已依其傳統形成多樣且不同的模式。例如泰雅族基於gaga此整合其社會的重要信仰，每個部落設頭目一人（稱為mΘraho galaŋ），作為全部落對外交涉的全權代表；賽夏族的部落負責公共事務決策及實際的領導機構，為氏族長老會議（sasiŋsiŋrahjo）；鄒族的部落由各氏族長老所組成的部落長老會議（eupepe-ahaŋuju），負責決定公共事

由、財產權及訴訟權等權利。對於性質上屬集體權的民族自決權，其權利主體不是民族就是部落，為一個自然存在的「已構成的主體」，以經核定做為享受自決權及其他原住民族基本法所規定權利的前提，與此權利的規範性質恐有牴觸。

務⁷¹；在排灣族部落所擁有之土地，領導頭目（Mamazangiljan）有絕對的所有權及使用權，一般平民無法擁有土地，⁷²在這樣的土地管理制度下，對部落擁有傳統領域的使用及開發自由由頭目決定。但參與辦法第4條及第19條所規定之決策模式，則是採西方民主議事模式，即由部落全體原住民家戶過半數出席，出席過半數贊成為通過。早有論者指出，原住民族集體權之旨在彰顯、維護其民族認同，並提升其作為一個獨特構成主體的存在，故原住民族的組織運作及決策應以強化民族認同及文化為主要目的，不應以單一類型的民主制度為其必要條件⁷³。參與辦法在此規定下所採的單一決策模式，不僅與部落行之久遠的傳統決策模式及社會結構相悖，亦與美洲人權法院在前述案件所表示，「與原住民族部落之諮商，應透過文化上適當的程序進行，且應符合族人的傳統」之原則有違。就此，對於參與辦法第4條對於民族或部落同意，除了透過部落會議外，應增加「依其傳統慣習的決定模式」讓系爭部落透過長老會議或頭目等符合其文化及傳統的決策方式做出決定，以在程序上亦落實民族自決權之精神。

就參與辦法所未規定的問題，基於美洲人權公約締約國對諮商同意權的實踐經驗，提出諮商請求的主體，不論是政府或企業，針對擬開發或研究的事項所掌握的專業資訊，與可能被影響族人及部落的往往呈現嚴重的資訊不對稱狀況，為了尊重族人的自決權及生存權，在事先取得同意的諮商程序中，政府及企業應基於善意提供淺顯易懂且完整的資訊，供族人瞭解以利做成同意與否決定，參與

⁷¹ 王嵩山，阿里山鄒族的歷史與政治，頁38、43、46，2000年11月，2版。

⁷² 吳燕和，臺東太麻里流域的東排灣人，民族學研究所資料彙編，7期，頁230-234，1993年7月。

⁷³ 李建良，同註59，頁21。

辦法就此應有所規定。另外，倘若特定民族或部落依此辦法做出不同意決定時，為避免提出諮商請求團體隨即再度提出諮商請求，而對部落成員生活造成過度干擾，參與辦法亦應就同一事項對同一被請求部落設定一定期間始得再度提出諮商請求，讓部落重新凝聚共識，及讓提出諮商請求主體對擬同意事項進行實質改善及補正。

三、關於原住民族諮商同意權之實施及司法案件探討

因亞洲水泥採礦權延展案引發之社會反彈所啟動的礦業法修正草案在立法院討論時，經濟部列席代表曾表示原住民族諮商同意權機制難以操作，且既有礦場採礦權之延展不需踐行原住民族諮商同意機制⁷⁴。對於原住民族諮商同意權規範之漠視，說明了我國原住民族基本法第21條規定在施行十二年以來，為何只有9則實質涉及諮商同意權之案件⁷⁵。針對這些涉及原住民族諮商同意權之司法案件，探討如下。

第一件係案由為塗銷所有權移轉登記之臺灣高等法院100年度上字第57號判決，「本案上訴人主張一筆屬原住民保留地之系爭土

⁷⁴ 中時電子報，陳驚人（報導），舊有礦權展延需原民諮商同意？經部、原民會不同調，2017年7月18日，網址：<https://www.chinatimes.com/realtimenews/20170718002147-260405?chdtv>，最後瀏覽日：2019年9月28日。

⁷⁵ 這些案件係以「原住民族基本法」及「第21條」為關鍵字，於司法院之法學資料檢索系統中所搜尋出，並審視訴訟當事人及法院之主張及論述，與本文研究目的一致篩選出的裁判，其包括：最高行政法院108年度判字第123號判決、最高行政法院106年度判字第273號判決（前審為臺北高等行政法院104年度訴字第1160號判決）、臺北高等行政法院106年度訴字第1505號判決、臺北高等行政法院105年度訴字第1254號判決、臺北高等行政法院106年度原訴字第8號判決、臺中高等行政法院106年度簡上字第26號判決、屏東地方法院106年度原訴字第35號判決、臺灣苗栗地方法院105年度簡字第18號行政訴訟判決。

地，自民國17年起由其父親占有使用，並在民國50年將此筆土地無償借貸予交通部公路總局使用，並約明嗣後應將系爭土地連同房屋一併歸還。但待公路總局使用系爭土地完成後，未將系爭土地歸還給上訴人，因該筆土地經認定為國有土地，而在民國88年11月10日被登記為被上訴人（原住民族委員會）。因此，上訴人主張系爭土地未歸還而被登記為被上訴人之事實，此相關過程完全未受諮詢，違反原住民族基本法第21條原住民族諮商同意權之保障，並依民法第464條、第772條規定，主張塗銷系爭房屋及土地所有權登記，回復登記為上訴人所有。針對上訴人所主張違反原住民族基本法第21條，法院審酌後認為：『然系爭房屋係於該法制定前所興建，且非游○方或上訴人所有，被上訴人與渠等間復無使用借貸契約關係，業如前述，自不因被上訴人於88年11月10日登記為系爭房屋之管理者，即有違反原住民族基本法第21條規定可言。本件上訴人未能證明兩造間就系爭房屋存有使用借貸契約關係，且上訴人主張被上訴人違反原住民族基本法第21條規定亦非可採，是上訴人主張依民法第464條規定，請求被上訴人塗銷系爭房屋所有權登記，並回復登記為上訴人分別共有，委無足取。』」作為實施民族自決權所根本必要的諮商同意權，其性質為集體權，而且本案並未涉及原住民族基本法第21條及其他相關規定所言，政府應與原住民族展開諮商之狀況，在這涉及不動產歸屬之私法案件，法院認為被上訴人無違反第21條之認定並無問題，事實上本案之情狀與原住民族內部自決內涵無涉。⁷⁶

第二件值得注意的案件，為臺北高等行政法院104年度訴字第

⁷⁶ 屏東地方法院106年度原訴字第35號民事判決，亦為原住民原告與私人對造在涉及其私有土地自然孳息的侵權損害賠償訴訟中，主張對造行為違反原住民族基本法第21條致生其損害的案件。原告在本案並非原住民族基本法第21條的集體權利主體，系爭事實亦非本條應諮商的事項。

1160號判決及其上訴後的最高行政法院106年度判字第273號。本案之事實略為，「交通部委任其觀光局日月潭國家風景管理處執行『日月潭向山觀光旅館BOT案』，該處依相關法規與本案原告訂定本BOT案之興建營運契約書。原告（仲成大飯店股份有限公司）於100年6月23日依環境影響評估法第7條第1項將籌設『日月潭仲成大飯店』環境影響說明書，經觀光局函送環境保護署審查，本案於102年8月23日通過環境影響評估審查。本審查結果經公告後，經系爭飯店附近之原住民等對公告審查結論中『一、(三)部分』不服提起訴願，並經本案被告機關（行政院）認為該部分不符原住民族基本法第21條規定予以撤銷。原告不服上開訴願決定，向臺北高等行政法院提起本行政訴訟。」

就與原住民族基本法第21條所規定原住民族諮商同意權相關之爭點，原告之起訴意旨主張，本BOT案所座落之基地是否為原住民族基本法第21條所規定之「原住民族土地」，有賴「原住民族土地及海域法（草案）」完成立法程序後始有認定之明確法律基礎，在此之前系爭開發案無從劃定為「原住民族傳統領域土地」，而無原住民族基本法第21條之適用。

值得注意地，作為本案之參加人，本BOT案座落基地附近之20名原住民，對原告前述主張向法院提出其見解，認為本案應進行原住民族基本法第21條的諮商同意程序，其表示：「……5.相同見解，亦可見原民會105年4月25日函闡釋：『至旨案是否屬土地開發範疇，依本會105年1月4日發布施行之『諮商取得原住民族部落同意參與辦法』第1點第1項規定：『一土地開發：指從事下列各款之行為：……(六)觀光（休閒）飯店及旅（賓）館之興建或擴建。……』查旨案係涉及旅館之興建，核屬前開規定所謂之土地開發行為。綜上說明，旨案當有原基法第21條及諮商取得原住民族部落同意參與辦法之適用。』表示原民會與行政院之見解並無歧異，均認為系爭大型開發

行為應適用原基法第21條規定，踐行取得原住民族同意權之程序。6. 綜上，系爭開發基地範圍確屬邵族之傳統領域，而系爭開發行為亦為原基法第21條規定所稱之『土地開發』行為，故本案應適用原基法第21條規定，並經原基法之主管機關原民會予以肯認，惟原告仍欲就相同事項再次函詢原民會，顯係意圖延宕訴訟，益徵其主張於法尚無立足之點，實為無理由。」

針對本案系爭BOT案所座落之開發基地是否位於原住民族傳統領域土地，而有原基法第21條之適用？法院認為：「關於系爭BOT案開發基地是否位於原住民族傳統領域土地，依原基法第21條第1項規定，應該會認定。」以及「行政院原民會以105年4月11日原民土字第1050018348號函覆，其說明……，經查係位於本會原住民族邵族傳統領域調查成果範圍（附件2），即屬前開規定之原住民族土地所涵蓋之原住民族傳統領域土地。……表示系爭BOT案開發基地位於原住民族邵族傳統領域調查成果範圍，屬前開規定之原住民族土地所涵蓋之原住民族傳統領域土地等情。」「最後，關於系爭BOT案所座落之開發基地是否位於原住民族傳統領域土地，而有原基法第21條之適用部分，有待進一步釐清，系爭公告對此未予著墨，忽略原基法之規定，即有違誤……」法院認為：「本件系爭公告既有上述違法，自屬無法維持，訴願決定予以撤銷，命原處分機關重行審酌後，於2個月內另為適法之處分，撤銷理由雖未完全相同，結論並無不合，仍應予維持。原告仍執前詞訴請撤銷訴願決定，為無理由，應予駁回。」本案原告就此判決向最高行政法院提出上訴，最高行政法院做出106年度判字第273號判決。

本案上訴人（前審原告）主張，「由於原住民族土地及海域法尚未完成立法程序，故系爭開發基地無從劃定為原住民族傳統領域土地，因此本案亦無原住民族基本法第21條之適用，原審逕依原住民族委員會105年4月11日及4月25日作成之函，認定系爭開發基地

屬於邵族傳統領域，進而應適用原住民族基本法第21條，已違行政自我拘束原則及行政一體原則，請求撤銷系爭訴願決定。最高行政法院認為：『系爭訴願決定是否違法之判斷，尚與原基法第21條及文資法第50條、第52條之適用無關。』原判決應予維持，因此駁回上訴。」而本環評案，亦於二〇一九年一月十一日經環保署訴願會撤銷環評結論。⁷⁷

在本案是否應適用原住民族基本法第21條之爭點，相較於系爭BOT案位址是否屬傳統領域認定之爭議雖屬旁論，但自原住民族基本法實施以來，本案係首件直接涉及第21條原住民族諮商同意權之案件。本案雖做成系爭BOT案之實施，未事前與相關原住民族進行諮商構成該案環境影響評估報告之瑕疵，因而駁回原告之訴，最後系爭環評案結論遭撤銷。在未來的環評程序地方政府及開發商如何依原住民族基本法第21條，讓原住民族諮商同意權之具體實現在此過程中，以及在諮商程序之準備及實踐是否符合系爭邵族部落自決權之規範意旨仍有待觀察。

第三個案件為臺北高等行政法院105年度訴字第1254號判決。「本案原告係原住民，在其所有及只能供農牧用的原住民保留地興建建物經營民宿，被新竹縣政府以違反非都市土地使用管制規則及區域計畫法第15條，依區域計畫法第21條第1項裁罰，原告不服，經訴願遭駁回後提起本行政訴訟。原告除了向法院主張被告認定其對外經營民宿之事實有誤外，並主張系爭土地之使用不符區域劃定。但行政院於103年1月所通過的區域計畫法部分修正條文案第

⁷⁷ 蘋果即時，位於邵族傳統領域 日月潭孔雀園BOT案遭撤銷環評，2019年1月21日，網址：https://tw.appledaily.com/new/realtime/20190121/1504603/?utm_source=facebook&utm_medium=social&utm_campaign=twad_article_share&utm_content=share_link，最後瀏覽日：2019年9月28日。

6條第2項規定，具有特殊文化之區域，得經中央主管機關指定為特定區域，且若涉及原住民族土地及海域者，應依原住民族基本法第21條規定辦理。原告並主張系爭土地為原住民保留地，被告逕依區域計畫法第21條裁罰，違反原住民族基本法第20條及第34條。法院就上述主張認為，原住民族基本法第20條及第34條僅為原則性規定，無法排除區域計畫法之適用。而前揭區域計畫法修正草案尚未經立法機關修正通過，且原住民族基本法第21條規定之狀況，並非本案被告於系爭私有土地興建建物經營民宿之情形，因此法院認為原告主張並不可採，判決駁回原告之訴。」本案雖是原住民個人就其位於原住民保留地的私有土地的利用內涵，因不符區域計畫法之規定被裁罰所提出之訴訟，所涉權利為個人之財產權，與屬於集體權之諮商同意權有異，且其法律關係亦與原住民族基本法第21條之政府與原住民族或部落間不同，故本案確實無本條規定之適用，法院就此之認定洵屬正確。然而，本案卻暴露另一個問題，即依據區域計畫法所為的區域計畫，其實施結果確實會因為對計畫地區的開發或建設事業計畫課予應與區域計畫密切配合之義務，而限制計畫地區的使用內涵，當此計畫位於原住民族基本法第21條第1項所規定「原住民族土地或部落及其周邊一定範圍內之公有土地」者，卻因為區域計畫行為，並非「諮商取得原住民族部落同意參與辦法」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。

第四件案件，為苗栗地方法院行政訴訟判決105年度簡字第18號及其上訴至臺中高等行政法院的106年度簡字第26號判決。本案原告係苗栗縣獅潭鄉公所，對其百壽原住民族部落內屬於賽夏族傳統領域的國有林地，設置重力式擋土牆、矮溝、集水井、排水管等工程，被林班巡視人員發現要求停工，原告自行施做系爭工程後，被行政院農委會（被告）以違反森林法第9條第1項第1款及第3款規

定罰鍰新臺幣12萬，原告不服提訴願遭駁回後，提起本行政訴訟。本案原告在其聲明中並未主張原住民族基本法第21條之適用，但法院在判斷雙方當事方主張中，因為本案系爭土地位於原住民族傳統領域主動提及本條規定，但認為：「本案縱有原住民族基本法第21條第1項及第2項之適用，森林法第9條第1項規定之程序仍應踐行，不能以原住民族基本法第21條規定，即謂排除森林法第9條第1項之適用。」法院因此判決駁回原告之訴。本案經上訴至臺中高等行政法院時，法院仍認為上訴人（獅潭鄉公所）應遵守森林法第9條之規定，並「主動」提及：「原住民族基本法之位階屬『法律』，並不具有『憲法』位階之優先效力，倘與其他現行法律產生衝突時，即應遵循法律修正之方式解決歧異，尚難僅憑原住民族基本法第21條規定，即認無須踐行森林法上揭規定而自行於森林內修築工程、道路。」

原住民族基本法第21條在本案形式上雖僅屬旁論，但在法院「主動」提及下反而意外凸顯了本條規定之缺陷甚至整部原住民族基本法之問題⁷⁸。本案被告被裁罰之情狀，形式上並非第21條第1項所規定的「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」之狀況，反而是百壽部落就其傳統領域的土地管理及安全需求，請求獅潭鄉公所在系爭區域進行水土安全工程施作，而非本項規定之適用。但本案狀況，卻與同條第2項相關，且森林法第9條制訂之時，尚未有原住民族基本法，更無法依本法第21條第2項要求，與原住民族或部落進行諮商，並取得同意。但森林法第9條第1項之規定，卻實質地限制原住民族依其意願利用其土地之空間。本案依循目前司法實務上之見解，將原住民族

⁷⁸ 另一個值得注意的問題是，百壽部落依原住民族基本法第2條之1，雖可經中央原住民主管機關核定後成為「公法人」，但對於部落領域內的土地，無依其安全需求及管理目的，施作水土保持工程之權限。

基本法視之為普通法，遇到森林法、野生動物保育法及國家公園法之規定就優先適用後者這類特別法，⁷⁹此結果無異於造成原住民族基本法第21條視為冗文、贅文及無意義的效果。相較於森林法第1條所揭示該法的保護法益，原住民族基本法整體及其第21條諮商同意權之規範，不僅在憲法增修條文第10條第12項之效力下對國家機關產生客觀拘束力，並且基於本文之論述，此權利規範之實施係奠基於憲法第22條所保障並具規範優位性的民族自決權規範內容所生。相較於森林法，原住民族基本法第21條顯然具有較高的憲法誠命基礎，而不應再被視為次於森林法適用之規範。

第五個案件係廣受矚目的亞泥案，⁸⁰其事實概為「亞洲水泥股份有限公司（本案參加人）領有本案被告（經濟部）所核發的大理石礦採礦執照，能於位在花蓮縣新城鄉及秀林鄉的礦區採礦，此執照將於106年11月22日屆滿。本案參加人向經濟部礦業局申請礦業權展限並經核准，此礦權有效期限至126年11月22日。」本案原告為居住在礦區周邊秀林鄉原住民居民，以利害當事人資格提起本訴訟。關於原住民族基本法，原告主張因為系爭礦區位於波士岸部落公有之原住民保留地，因此應依第21條第1項規定諮商並取得部落同意參與方得為之，而此規定為礦業法第27條第6款所稱「其他法律」禁止探、採礦之地域。原告主張被告未踐行原住民族基本法第21條第1項程序，所為之核准礦權展限之處分，因違反本法及其他相關規定，屬違法應予撤銷。被告機關就此抗辯，系爭礦權展限不涉及礦業用地的核定或變更，不屬原住民族因基本法第21條第1項規定的「土地開發」行為，因此無庸進行該條的程序，因此聲明原

⁷⁹ 參見最高法院99年度臺上字第6852號判決、101年度臺上字第1491號判決及最高行政法院101年度判字第1073號判決。

⁸⁰ 臺北高等行政法院106年度訴字第1505號判決。

告之訴駁回。參加人亞泥公司除了認同被告機關抗辯外，另提出原住民族基本法第21條的保護主體為「原住民族或部落」並非個人，因此原告不得援引本規定作為保護規範的依據。

本案被告認為原告未以客觀及科學實證調查觀點，說明系爭處分如何影響其生命、身體、財產等權利，而參加人亦認為原告並非原處分相對人，且原住民族基本法第21條及其諮商辦法於礦業法並無適用餘地，故聲明其不具備當事人適格。臺北高等行政法院合議庭經調查後認為，系爭礦業權之設定與展限屬特許之行政處分，被告在受理申請時，即應查明擬展限的礦業開發構想及施工計畫是否對地區居民的生命安全、飲水、交通、河川疏導、防洪等造成不利影響。而礦業法除了保障依法取得礦權之業者，亦有保障開發行為所在地區居民生命、身體及財產權益不因開發行為而受顯著不利影響的規範意旨，故被告所為系爭展限處分，對開發行為所在地居民具法律上利害關係。因此法院認為原告具提起本訴訟之當事人適格。

針對被告為原處分前，參加人未踐行原住民族基本法第21條第1項的諮商同意程序是否有程序瑕疵？為釐清此問題，法院很正確的回溯憲法增修條文之原住民族條款及原住民族基本法系爭條款的立法理由在於，「對於國家建立前即存在的原住民族尊重其對自然資源及其他經濟事業的權益，以保障其自主性與權益。」法院並提及原住民族權利宣言第32條關於諮商同意權之規定，認為此權利為國際所承認原住民族權利的核心。為進一步以國際人權規範作為強化諮商同意權規範基礎，法院進一步援引公民與政治權利國際公約第27條少數族群權利規定及其第23號一般性意見第7段提及：「關於本條所保障文化權利的行使，委員會認為，文化以多種形式表現出來，包括與土地資源的使用有關連的特定生活方式，原住民族的狀況更是如此。」法院更援引經濟、社會與文化權利國際公約第15條第1項「參加文化生活權利」規定及其第21號一般性意見第36段提及：

「……只有原住民族作為一個群體才能表現和享受（此權利），……原住民族與其祖先的土地及其與大自然的關係相連的文化價值觀和權利應予尊重和保護，……。因此締約國必須採取措施，確保和保護原住民族擁有、開發、控制和使用其共有地和資源的權利，並且如果有未經他們自由和知情同意而被以其他方式居住或使用，則應採取步驟歸還這些土地和領土。」基於以上規範基礎法院認為：「準此，原基法第21條第1項之規定乃係展現原住民族土地及自然資源權利保障之一環。亦即，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，之所以需經原住民族同意，係因政府或私人於原住民族土地範圍內，從事前開各種例示行為將使原住民族土地及自然資源權利產生難以回復之重大變動或滅失之風險，致生侵害原住民族永續發展與生存之基本人權，故爰依聯合國原住民族權利宣言所接襲之崇高理念予以規範，藉由行使原基法第21條第1項之權利，以保障原住民族對於該決策之程序權，此亦符合前開兩公約之意旨。」

法院對被告及參加人主張原住民族基本法第21條第1項並非礦業法第27條規定情形而不需適用認為：「礦業權展限雖採原則准許、例外駁回的設計，但仍須經由主管機關即被告的相關審查，並做成核准處分，……，在為核准處分前，該進行之諮商同意參與程序仍應依相關規定進行，因此認為無庸進行原住民族基本法第21條第1項之諮商同意程序，即非可採。」最後，法院認為：「被告為原處分前，並未命參加人補正原住民族基本法第21條第1項規定之諮商同意參與程序，而有瑕疵。」判決撤銷訴願決定及原處分，本案被告機關雖聲明不上訴，但亞洲水泥公司以獨立參加人身份提出上訴。⁸¹

⁸¹ 經濟日報，江睿智、曾仁凱（報導），亞泥爭取礦權展延 提起上訴，2019年9月3日，網址：<https://money.udn.com/money/story/5648/4025108>，最後瀏覽日：2019年9月30日。

本案可謂目前適用原住民族基本法第21條諮商同意權最直接且適切的案例，法院雖正確地探求憲法增修條文的原住民族條款，並回顧本條及本法的立法脈絡，尋求國際人權法的規範作為論證基礎，援引了原住民族權利宣言第32條、公民與政治權利國際公約第27條少數族群權及經濟、社會與文化權利國際公約第15條第1項的參與文化權。然而，法院卻未正確地認識到諮商同意權在國際人權規範當中的核心基礎為性質上屬集體權的民族自決權，及基於締約國政府對此規範所負的義務應在做成展限處分前對系爭部落應踐行諮商同意程序。而且，即便法院在考察第21條第1項的立法目的在「尊重原住民族對自然資源及其他經濟事業的權益，以保障其自主性與權益」此具集體概念的法益，仍援引人權事務委員會在第23號一般性意見特別提醒締約國性質上屬個體權的公民與政治權利國際公約第27條。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，在事前諮商同意程序未經實現下被否定。即便如此，本案仍瑕不掩瑜，其最重要的意義仍在行政機關在涉及原住民族基本法第21條的事由，未先踐行諮商同意程序所做成的處分屬程序上瑕疵，應予撤銷。

綜觀上述關於原住民族基本法第21條之案件，除了亞泥案外，對本條之適用不是權利主體之錯誤，就是主張應諮商之事項，不屬本條所規定之情狀。而亦受矚目的日月潭向山觀光旅館BOT案（最高行政法院106年度判字第273號判決，前審為臺北高等行政法院104年度訴字第1160號判決），而本案主要爭點在於系爭BOT案位址是否為在傳統領域，法院雖在本案肯認應適用本條規定，但系爭受影響的原住民族部落並非本案的當事人，本案亦未實質涉及本條規定之適用是否有瑕疵或諮商同意權被違反之問題。整體上，除了

亞泥案外，上述案件皆非實質上基於原住民族基本法第21條的解釋及適用所生瑕疵、錯誤之爭議，而亞泥案因亞泥公司提出上訴，最高行政法院對原住民族基本法第21條適用的立場是否與前審判決一致仍有待觀察。但亞泥案在北高行判決被告機關須在做成處分前踐行原住民族基本法第21條的程序，對於諮商同意權及自決權在我國法制的實施來說仍具正向意義。

伍、結 論

原住民族基本法第21條所規定之諮商同意權以及在此權利下政府相對應承擔的義務，在國際人權法之規範係根植於性質上屬於集體權的民族自決權，並一致被稱為「自由、事前且知情的同意權」。自決權規範在聯合國去殖民化任務完成後，功能轉換在提升及保障原住民族地位上，而開展出不同的規範內涵。為使原住民族在政治、經濟、社會、環境及文化之發展能自我決定，並免於政府法令及開發計畫之限制與干預，讓原住民族具備諮商同意權，相對的政府負有諮商義務下，取得原住民族自由、事前及被告知的同意，為自決權在內部面向實踐的重要基礎。透過國際勞工組織第169號公約所規定諮商同意權多年來的實踐，並經聯合國原住民族權利宣言之確認，美洲人權法院在 *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador* 案已確立，原住民族諮商同意權之規範在國際法已具備法律一般原則之性質，並為習慣性之法則。因而即便美洲人權公約未規定諮商同意權，以及厄瓜多在該案繫屬時未批准第169號公約，法院仍認為厄瓜多政府負有與原住民族諮商之義務，並認為厄國怠於履行此義務之結果，連帶構成對原住民族在系爭開發案實施過程中諸多權利之違反，例如原住民族對其傳統領域及土地的財產權及其文化認同權，並生財產及精神上損害，此為本案最

重要的意義。原住民族諮商同意權在我國實現之規範基礎，不僅基於在國際法上具強行法性質且應為憲法第22條所保障之民族自決權規範，且依憲法增修條文第10條第12項所規定「依原住民族意願」之內涵，民族自決權規範在我國憲法中強調其內部自決面向，並依憲法第7條意旨國家應積極促進原住民族在法律上之實質平等。故原住民族基本法第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。

但據本文研究發現，原住民族基本法第21條關於諮商同意權之內涵，與國際法及美洲人權公約架構所規定及形成的諮商同意權內涵確實有顯著差距。關於應展開諮商之狀況，本法第21條僅規定兩種狀況，但國際法及美洲人權公約架構下應進行諮商之狀況，還包括迫使原住民族離開其土地及傳統領域之措施、欲在原住民族土地存放有害物質之決定、劃分原住民族傳統領域土地之措施，以及任何將影響或限制原住民族權利及身分的措施。而目前我國幾件相關司法案件對於原住民族基本法第21條的司法案件，除了亞泥案外，多非實質上基於此條的解釋及適用所生瑕疵、錯誤之爭議，關於原住民族諮商同意權之案件尚未發展到系統化的階段。我國除了值得參考國際人權標準及美洲人權法院實踐經驗，增訂第21條應展開諮商之項目外，第22條所規定應「徵得原住民族同意」之狀況皆應適用第21條諮商同意權之規定實施，甚至同法第14條及第31條規定應「依原住民族意願」之狀況，亦應有讓原住民族之意願具體呈現之機制，以符合憲法增修條文第10條第12項之意旨及透過憲法第22條所承認之兩項人權公約第1條民族自決權之規範。

兩項人權公約第二次國家報告國際審查之結論性意見與建議第28段提及：「審查委員會強烈建議政府應立即與原住民族共同制定有效的機制，在影響原住民族的開發計畫與方案上，尋求其自由、事前且知情下的同意，以確保該等計畫與方案不會侵害原住民族的權益，

並在該等權益侵害已發生的情形，提供有效救濟途徑。該機制應該遵循聯合國原住民族權利宣言及其他國際標準。」此段建議凸顯原住民族基本法第21條及其實施辦法在規範上欠缺有效落實之機制及救濟途徑。此外，我國作為承擔經濟、社會及文化權利國際公約義務的國家之一，值得注意本公約之委員會所做成的第21號一般性意見曾提到，當政府措施可能影響原住民族文化資源的保存，特別是與生活方式及文化表現相關者，有義務與該民族進行諮商並獲得事前、自由且被告知的同意⁸²。但前述狀況，並無規定在原住民族基本法第21條應透過諮商獲得原住民族及部落同意的項目中。

蔡英文總統在二〇一六年八月一日代表國家，向原住民族就過去受到國家之迫害正式提出道歉，成為我國憲政實踐關於原住民族地位的另一個重要里程碑。這份對原住民族之正式國家道歉矢言提升原住民權利之保障，承諾將定期召開「原住民族基本法推動會」以協調及處理「原住民族自治的推動、經濟的公平發展、教育與文化的傳承、健康的保障，以及都市族人權益的維護等等」事務。作為落實原住民族自決權的重要基礎，以及原住民族自治的前提，原住民族基本法所規定諮商同意權具體落實機制之進一步改善，不僅是國家保障原住民族權益誠意之重要試金石，亦是良善族群治理的基石。

⁸² Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 21, E/C.12/GC/21, 20 November 2009, para. 55(e). 另外，消除一切種族歧視公約委員會在審查締約國之國家報告，針對原住民族權利曾提醒締約國，保障原住民族自由、事前及被告知同意，是關於其作為一個團體的永久性權利的重要性，包括影響其生活方式的議題。Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Concluding observation on the eighteenth to twentieth periodic reports of Fiji, CERD/C/FJI/CO/18-20, 23 October 2012, para. 14.

參考文獻

一、中 文

1. 王嵩山，阿里山鄒族的歷史與政治，2版，2000年11月。(Sung-Shan Wang, *The History and Politics of Tsou*, 2d ed. (2000).)
2. 吳庚，憲法的解釋與適用，3版，2004年6月。(Geng Wu, *The Interpretation and Practice of Constitution*, 3rd ed. (2004).)
3. 吳庚、陳淳文著，憲法理論與政府體制，增訂5版，2017年9月。(Geng Wu & Chun-Wen Chen, *Constitutional Theory and Government Institution*, 5th ed. (2017).)
4. 吳燕和，臺東太麻里流域的東排灣人，民族學研究所資料彙編，7期，頁1-402，1993年7月。(David Yen-Ho Wu, *THE PAIWAN PEOPLE Along the Taimali River, Taitung, Taiwan*, 7 FIELD MATERIALS INSTITUTE OF ETHNOLOGY ACADEMIA SINICA, 1-402 (1993).)
5. 李建良，憲法變遷中的原住民族權利：原住民族自治權的法理論述，憲政時代，31卷1期，頁1-33，2005年7月。(Chien-Liang Lee, *The Rights of Indigenous Peoples in Constitutional Change: An Argument for Indigenous Right to Self-Government*, 31(1) THE CONSTITUTIONAL REVIEW, 1-33 (2005).)
6. 李建良，初訪集體權：以原住民族為對象，新興人權之研究研討會，中央研究院法律研究所籌備處主辦，2006年12月。(Chien-Liang Lee, *A Preliminary Visit to the Collective Rights: In the Objective of Indigenous Peoples*, Seminar on Newly Emerged Human Rights (2006).)
7. 李震山，憲法未列舉權保障之多元面貌：以憲法第22條為中心，載：多元、寬容與人權保障——以憲法未列舉權之保障為中心，頁1-65，2005年10月。(Chen-Shan Lee, *The Multiple Dimensions of Non-enumerated Constitutional Rights: Focusing on the Article 22 of the R.O.C. Constitution*, in: PLURALITY, TOLERANCE, AND THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS — FOCUSING ON THE PROTECTION OF NON-ENUMERATED RIGHTS, 1-65 (2005).)
8. 李震山，集體權，載：多元、寬容與人權保障——以憲法未列舉權之保障為

- 中心，頁279-306，2005年10月。(Chen-Shan Lee, *Collective Right, in: PLURALITY, TOLERANCE, AND THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS — FOCUSING ON THE PROTECTION OF NON-ENUMERATED RIGHTS*, 279-306 (2005).)
9. 林明昕，原住民地位之保障作為「基本權利」或「基本國策」？，憲政時代，29卷3期，頁335-358，2004年1月。(Ming-Hsin Lin, *Is the Protection of the Legal Status of Aborigines a “Fundamental Human Right” or a “Fundamental National Policy”?*, 29(3) THE CONSTITUTIONAL REVIEW, 335-358 (2004).)
10. 林明昕，基本國策之規範效力及其對社會正義之影響，國立臺灣大學法學論叢，45卷特刊，頁1305-1358，2016年11月。(Ming-Hsin Lin, *Normative Effects of the Fundamental National Policies in Taiwanese Constitution and Their Influence on Social Justice*, 45(S) NATIONAL TAIWAN UNIVERSITY LAW JOURNAL, 1305-1358 (2016).)
11. 林明鏘，論基本國策：以環境基本國策為中心，載：現代國家與憲法——李鴻禧教授六秩華誕祝壽論文集，頁1465-1504，1997年3月。(Ming-Chiang Lin, *A Study on the Fundamental State-Policy in the Constitution of Taiwan*, in: MODERN STATE AND CONSTITUTIONAL LAW — ESSAYS IN HONOR OF PROFESSOR HONG-HIS LEE, 1465-1504 (1997).)
12. 姜皇池，國際公法導論，3版，2013年2月。(Huang-Chih Chiang, *Introduction to Public International Law*, 3rd ed. (2013).)
13. 張文貞，國際人權法與內國憲法的匯流：台灣施行兩大人權公約之後，載：台灣法學新課題(八)，頁1-26，2009年10月。(Wen-Chen Chang, *The Convergence of Constitutions and International Human Rights: After Taiwan’s Implementation of the Two Covenants*, in: NEW ISSUES IN TAIWANESE LAW (Vol. 8), 1-26 (2009).)
14. 黃居正，聯合國與人民自決權，載：聯合國：體制、功能與發展，頁147-187，2008年12月。(Chu-Cheng Huang, *The United Nations and the Right to Self-Determination of Peoples*, in: THE UNITED NATIONS: ITS STRUCTURE, FUNCTIONS AND DEVELOPMENT, 147-187 (2008).)
15. 黃居正，判例國際公法 I，2013年7月。(Chu-Cheng Huang, *International Law*

Through the Cases I (2013).)

16. 黃居正、邱盈翠，台灣原住民族集體同意權之規範與實踐，臺灣民主季刊，12卷3期，頁43-82，2015年9月。(Chu-Cheng Huang & Ying-Tsui Chiu, *The Regulations and Practices of the Indigenous Peoples' Collective Consent in Taiwan*, 12(3) TAIWAN DEMOCRACY QUARTERLY, 43-82 (2015).)
17. 黃昭元，公民與政治權利國際公約與憲法解釋，司法院大法官104年度學術研討會：人權公約與我國憲法解釋（上冊），司法院主辦，2015年12月。(Jau-Yuan Hwang, *International Covenant on Civil and Political Rights and Constitutional Interpretation*, in: 2015 SYMPOSIUM OF JUSTICES OF THE CONSTITUTIONAL COURT, JUDICIAL YUAN: HUMAN RIGHTS CONVENTIONS AND CONSTITUTIONAL INTERPRETATION I (2015).)
18. 鄧衍森，國際人權法理論與實務，2016年10月。(Yen-Sen Teng, *International Human Rights Law: Theory and Practice* (2016).)

二、外文

1. Anaya, S. James, *The Native Hawaiian People and International Human Rights Law: Toward a Remedy for Past and Continuing Wrongs*, 28 GA. L. REV 309 (1994).
2. Anaya, S. James, *International Human Rights and Indigenous Peoples: The Move Toward the Multicultural State*, 21 AJICIL 13 (2004).
3. Anaya, S. James (2004), *INDIGENOUS PEOPLES IN INTERNATIONAL LAW* (2d ed.). Oxford: OUP.
4. Anaya, James S., Evans, Jessica & Kemp, Deanna (2017), *FREE, PRIOR AND INFORMED CONSENT (FPIC) WITHIN A HUMAN RIGHTS FRAMEWORK: LESSONS FROM A SURINAME CASE STUDY*, Washington DC: RESOLVE.
5. Anderson, Glen, *Unilateral Non-Colonial Session and Internal Self-Determination: A Right of Newly Seceded Peoples to Democracy?*, 34 ARIZ. J. INT'L & COMP. L. 1 (2016).
6. Barelli, Mauro, *Free, Prior and Informed Consent in the Aftermath of the UN*

- Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Development and Challenges Ahead*, 16(1) IJHR 1 (2012).
7. Brownlie, Ian (2003), *PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW* (6th ed.). Oxford: Oxford University Press.
 8. Cassese, Antonio (1995), *SELF-DETERMINATION OF PEOPLES: A LEGAL REAPPRAISAL*, Cambridge: Cambridge University Press.
 9. Cassese, Antonio (2001), *INTERNATIONAL LAW*, Oxford: Oxford University Press.
 10. Crawford, James (2006), *THE CREATION OF STATES IN INTERNATIONAL LAW* (2d ed.), Oxford: Oxford University Press.
 11. Dixon, Martin (2007), *TEXTBOOK ON INTERNATIONAL LAW* (6th ed.), Oxford: Oxford University Press.
 12. Falk, Richard (1988), *The Rights of Peoples (In particular Indigenous Peoples)*, in James Crawford ed., *THE RIGHTS OF PEOPLES*. (Oxford: Oxford University Press).
 13. Franck, Thomas M., *The Emerging Right to Democratic Governance*, 86 AJIL 46 (1992).
 14. Harris, David (2010), *CASES AND MATERIALS ON INTERNATIONAL LAW* (7th ed.), London: Sweet & Maxwell.
 15. Higgins, Rosalyn (1994), *PROBLEMS & PROCESS*, Oxford: Oxford University Press.
 16. Higgins, Rosalyn (1995), *PROBLEMS & PROCESS: INTERNATIONAL LAW AND HOW WE USE IT*, Oxford: Clarendon Press.
 17. Joseph, Sarah, Schultz, Jenny & Castan, Melissa (2004), *THE INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS: CASES, MATERIALS AND COMMENTARY* (2d ed.), Oxford: Oxford University Press.
 18. Page, Alex, *Indigenous Peoples' Free Prior and Informed Consent in the Inter-American Human Rights System*, 4(2) SDLP 16 (2004).
 19. Parra, José, *The Role of Domestic Courts in International Human Rights Law: The Constitutional Court of Colombia and Free, Prior and Informed Consent*, 23(3) IJMG 355 (2016).
 20. Shelton, Dinah, *Normative Hierarchy in International Law*, 100(2) AJIL 291

(2006).

21. Tomlinson, Kathryn, *Indigenous Rights and Extractive Resource Projects: Negotiations over the Policy and Implementation of FPIC*, 21 IJHR 1 (2017).

22. Ward, Tara, *The Right to Free, Prior, and Informed Consent: Indigenous Peoples' Participation Rights Within International Law*, 10(2) JHR 54 (2011).



元照出版提供 請勿公開散布。

The Right to Consult of Indigenous Peoples and Its Implementation: In the Context of the Right to Self-Determination of Peoples Under the ICCPR and the ICESCR

Hui-Yen Hsu^{*}

Abstract

The article 21 of the Indigenous Basic Law which provides the right to consult of the indigenous peoples has entered into forced over 13 years, but its implementations are still very weak. This situation reflects the reluctance of administrative branch to fulfil its obligation under this article, and the reason might be the normative incompleteness of the article. This research aims to explore the normative content and basis of the right to consult in the context of right to self-determination under the ICCPR and ICESCR and by reference to the jurisprudence of Inter-American Court of Human Rights on the right to consult of the indigenous peoples, hoping to reconstruct the content of this right under the domestic legal system of Taiwan.

* Professor and Director of the Department of Law, National Dong Hwa University; Ph.D. in Law, Soochow University.

Received: April 13, 2018; accepted: January 29, 2019

Keywords: Indigenous Peoples, Indigenous Peoples Basic Law, Right to Self-Determination, Right to Consult, Inter-American Court of Human Rights, ILO Convention No. 169, Declaration on the Rights of Indigenous Peoples



元照出版提供 請勿公開散布。