

法律解殖之路*

——原住民族的主權敘事重構與法律多元轉向

王曉丹**

摘要

當代原住民議題與國家法密不可分，但現行法律框架在原住民尋求正義時卻未必有效，甚至有害。本文旨在回顧殖民歷史和當前發展，提出原住民族的法實踐批判理論。針對原住民族的法律困境，文獻指出，國家法忽視與排除原住民族法律傳統，並建議為原住民族法「騰出空間」，但這些建議尚需進一步補充，找出改變殖民法律結構不正義的方法。本文提出以「承認」為基礎的「就地存在」的法理學，目標為變革法律權力結構，包括法律多元化的三個敘事重構：首先，重新定義領土主權概念，以反映部落主權的非排他性和流動性；其次，遠離現代法律技術和現實，使多層次的部落治理和交疊管轄行動獲得合法性；最後，反思「他者化」的法律如何削弱原住民族的抵抗能力，致力於創生法律與鼓勵法律主體能

* 投稿日：2023年5月24日；接受刊登日：2024年1月4日。〔責任校對：鄭竣能〕。

本文曾發表於2023年5月台灣法理學會、政大法律與社會研究中心、中研院法律學研究所主辦的台灣法理學會年會《法律想像：跨界、跨域、跨文化的盲點與突破》，以及2024年上半年國科會整合型計畫線上論文討論會《原住民族權利、正義與解殖》，作者感謝汪明輝、官大偉、許恒達、范耕維、Yapasuyongu Akuyana、高明智、政大法律系修課同學等的提問與討論，亦感謝國科會專題研究計畫的補助（NSTC111-2410-H-004-169-MY2），以及研究助理莊士倫、林俊儒、曹育愷的協助。還有感謝審查人以及編輯的評析、提問、建議與指正。

** 國立政治大學法學院特聘教授。專長領域為法社會學與基礎法學，研究聚焦於法意識、法律移植與法律動員、女性主義法理學、原住民族法學。

穩定網址：<https://publication.iias.sinica.edu.tw/01217042.pdf>。



動。法律解殖之路在於重建後殖民主義法律想像，使原住民族擁有更多自主性。

關鍵詞：原住民族、法律時空、主權、管轄、法律主體、後殖民主義、法律多元、法律敘事、法律地景、法律傳統。

目次

壹、序言	一、單一尺度的法律地景
貳、直面「殖民暴力遺緒」的法律解殖理論	二、偵查不當的單一尺度技術
參、邁向國家法多元化：從「鋼筋水泥」到「骨頭肌肉」的法律敘事	三、辨識多元而混雜的法律共構
肆、追索政權敘事，突圍單一主權（解殖權力性質）	陸、批判他者知識，賦權法律主體（解殖權力部署）
一、單一主權的敘事	一、二元對立的優劣位階
二、自然主權被壓制的歷史	二、遠離現代法律神話
三、原住民族視角的多孔主權觀	三、多樣的法律主體抵抗模式
伍、解構法律治理，尋求交疊管轄（解殖權力作用）	柒、「就地存在」的法理學：以「承認」為基礎的國家法多元化
	捌、結語

壹、序言

法律並非純粹反映現實，也是從特定視角「說故事」的象徵系統。西方現代法進到臺灣之前，「原住民族法律傳統」¹乃是與山林

¹ 本文選擇使用「原住民族法律傳統」而非「原住民族傳統法」作為核心用語，原因多方面。首先，臺灣社會中存在一種觀點，認為所謂的「原住民族傳統法」是不存在的，從而拒絕承認法律多元的重要性。這樣的誤認預設了傳統法與現代法具有同等結構與意涵，這是本文要避免的誤認。其次，考量到本文的

共在、與土地相互依存的經驗故事，但是，從戰後到現在，國家法經常述說原住民狩獵、竊佔國土或者族人相互提告的故事。不論是中文語言或者是概念、框架和邏輯，國家法此一象徵系統夾帶著強制力，全面性輾壓原住民族法律傳統的敘事。多數族人無法接受此種法律殖民的主流敘事，國家法敘事因此並不具備合法正當性，但卻經年累月，對部落生活影響深遠。

讓我們以具體的例子來說明國家法敘事所構成的殖民暴力。當代的原住民族土地政策基本上承襲了日本政府的殖民治理模式，以暴力手段奪取原住民的土地，再藉由法律登記方式鞏固這種不當占領，導致法律說出原住民竊佔國土、在自己土地上流離失所的故事。舉例而言，1949年臺灣大學接管了日治時期的東京帝國大學農學部附屬臺灣演習林，即現在的臺大實驗林，面積達32,770公頃，占臺灣總土地的1%。這片原本屬於原住民的土地，在中華民國法律下變成國有地，限制了原住民的使用權。1968年，臺灣大學又獲得了原屬於日治時期的能高郡番界地內「高砂族保留地」的1,092公頃土地（簡稱臺大山地農場），這剝奪了當地賽德克族人的土地使用權。若族人不遵從法律而繼續耕種，臺灣大學會控告當地原住民非法占用土地，要求拆屋還地並返還不當得利，甚至提出刑事竊佔國土的告訴，因而有原住民被判刑入獄²。臺灣大學的提告不僅

主要對話對象常使用「原住民族傳統法」或「傳統習慣」等用語，為明確區別，本文採用「原住民族法律傳統」作為論述焦點，更強調法律價值、人與法關聯模式以及法意識層面的探討。第三，「原住民族法律傳統」這一用語避免了法釋義學的視角，而更貼近於本文所探討的法律社會學理論，如法律與在地主體性、法律地景、以及多元主權的人類學意義。最後，儘管英語文獻中常用「indigenous law」來稱呼，翻譯成「原住民族傳統法」在中文語言脈絡中主要是實證法的意義，而「法律傳統」則更接近本文旨在表達的概念，尤其考慮到英文文獻也有直接討論「indigenous legal tradition」的學術著作。Kirsty Gover, *Legal Pluralism and Indigenous Legal Traditions*, in *THE OXFORD HANDBOOK OF GLOBAL LEGAL PLURALISM* 847, 847-75 (Paul Schiff Berman ed., 2020).

2 監察院，臺大山地農場涉侵犯原住民族土地權利案，字號：108內正0021，<https://www.cy.gov.tw/CyBsBoxContent2.aspx?n=718&s=6643>（2019年）。裡面提

無視於過去殖民者不當的土地占領（與原撥用的目的不符），也忽略了臺灣大學對這片土地的低效利用（使用率僅有6.87%），並抹煞了當代原住民與土地間的深厚關聯性「存在」。總體來看，這種殖民時代的法律框架與邏輯不僅讓原住民陷入司法困境，在法律人說出符合形式法律理性的故事時，也就延續了殖民法律對原住民的暴力。

單靠現行的權利路線，往往無法有效改變原住民族的法律殖民處境³，反而可能造成嚴重的文化和身分危機⁴，對原住民族的集體性帶來了深遠且難以復原的傷害⁵。法律乃是殖民時期殖民者的

到臺灣高等法院臺中分院74年度上易訴字第2248號判決，高○○因此入獄時年56歲，據聞其出獄後抑鬱寡歡，不久即不幸亡故。

- 3 近年來，原住民族權益逐漸受到重視，但並未從根本上翻轉法律殖民處境，尤其是族群集體性「無從生根」。經過1990年代三次《憲法》修正和2005年《原住民族基本法》（後稱《原基法》）的通過，法律上的權益賦予仍未發展出原住民族視角的法律故事。雖有《原基法》，行政機關經常以缺乏子法而無法施行為由，使得這些權利並不總能轉化為現實改變殖民處境的故事。以《原基法》第21條為例，諮商同意權的實施被推遲了十多年，直到2016年《諮商取得原住民族部落同意參與辦法》頒布後才開始。即使終於有了相關的行政法規，多數部落仍未能實質參與開發案，而是被迫依據法律形式的要求接受廠商提出的條件，少數則面臨是否及如何依法拒絕的難題。此外有更多該通過的法律卻無法通過，例如改寫原住民族土地與自治地位的立法——《原住民族自治法》或《原住民族土地及海域法》——在立法院仍受阻，已經被擱置了十多年。
- 4 例如，原住民保留地（下稱原保地）於1977年後被允許轉為私人所有，這實際上延續了日治時期「蕃人所要地」的集中安置思想，其主要目的是為了方便管理並避免集體抵抗。這種私有化的變革，雖然在表面上賦予了符合一定條件的原住民個別登記權，卻常與深植於當地的集體共識不符，容易引發部落內部的矛盾。結果是，法律化過程破壞了原住民族對土地的傳統認知，原保地成為個人在外來資本主義市場邏輯下的破壞性實踐。因此，法律框架與邏輯不僅加深了部落成員間的對立。參照：施正鋒，原住民族的歷史重建，收於：施正鋒、許世楷、布興·大立編，從和解到自治——台灣原住民族歷史重建，頁305-332（2002年）。
- 5 在臺灣無論法律人或非法律人，均已將來自西方、以個人產權為基礎的土地登記制度視為土地產權的當然規範模式，這對原住民族而言即為一種殖民法意識。此等意識透過代議民主而成為形式上合法正當的法令，而原本可能糾正代議缺陷的司法系統，則一方面也內化著同一套產權體系因而在日常審判中不斷操練，另一方面就算有少數司法者嘗試進行反思，卻不得不受到權力分立下的司法自治原則拘束，而難以突破。這些因素共同造就了殖民者知識論及法律框架的持續複製。雅柏魁詠·博伊哲努指出：「原住民族土地權問題，不只是個

「統治工具」，若現在我們不適當反省和調整這些法律體制及其運作，那麼即使出於好意給予原住民族權利，也可能無法翻轉過去的不正義。為了重新審視和反思法律結構的不正義，臺灣的研究指出殖民治理忽略或排除原住民族傳統法，因此國家法必須「騰出空間」，有人主張國家法應納入原住民族傳統習慣成為習慣法，另一些人主張應劃定適當領域排除國家法而適用原住民族傳統法。然而，原住民族法律傳統背後的概念、價值和宇宙觀與現代法大不相同，而且不論是原住民族法律傳統或國家法都正在變遷當中，若要在國家法中「騰出空間」，尚需要面對原住民族法律傳統長期被貶低與壓制的問題，提出解殖的方法與路徑。這不只要加入原住民族法律傳統元素，還應該處理變動中的原住民族法律傳統與國家法之間的磨合關係。

本文從法律理論探討以下議題：如何在法律操作上促進「騰出空間」所需要的平等對話機制？什麼方法和路徑，可以避免反覆操作不正義法律所造成的結構不正義？本文主張，法律解殖的關鍵在於去除「殖民暴力遺緒」⁶——國家法框架與邏輯蘊含不平等權力，在客觀中立的法律敘事之下，不斷複製殖民與被殖民的權力結構——從主權、管轄、主體的層面解決原住民針對國家法之合法正當性的問題，改變法律的不平等結構。本文目標在於對法律本身進行深刻的去殖民化批判，辨識法律體系對原住民族法律傳統的壓制，並且尋求解殖的方法與路徑⁷。這包括以下的內容：一方

人權利的恢復，也包含部落、氏族及民族之集體權利的回復，以及原住民族作為主權民族（sovereign nation）之領域權（territorial rights）的恢復」。參照：雅柏魁詠·博伊哲努（Yapasuyongu Poiconu），還我土地觀點下的原住民族土地政策，台灣原住民族研究學報，3卷3期，頁75（2013年）。

⁶ See Sujith Xavier & Jeffery G. Hewitt, *Introduction: Decolonizing Law in the Global North and South—Expanding the Circle*, in *DECOLONIZING LAW: INDIGENOUS, THIRD WORLD AND SETTLER PERSPECTIVES* 1, 1-14 (Sujith Xavier et al. eds., 2021).

⁷ Sherry Pictou, *What Is Decolonization? Mi'kmaw Ancestral Relational Understandings and Anthropological Perspectives on Treaty Relations*, in *TRANSCONTINENTAL*

面描繪國家法對原住民的日常制約框架與邏輯，另一方面分析國家法對原住民族法律傳統的知識壓制，再一方面擬定去除這些不利結構的途徑。在方法論上，本文藉由法律史、法律社會學、法律人類學與法律思想的文獻，呈現出臺灣當代對於原住民族的法律殖民暴力遺緒，為法律治理的不公提出理論解方——「法律解殖敘事觀」或以「承認」為基礎的「就地存在」的法理學——「讓原住民族法律傳統從下而上改變國家法的體質」，促使國家法多元化。

以下為本文的章節安排。第貳節提出法律解殖的首要為定義「殖民暴力遺緒」，直接面對殖民者追求明確性的「感覺結構」。第參節討論法律解殖的方法論，重點為利用「法律時空」理論，在多重時空中挑戰主流的法律「說故事」敘事象徵系統，藉由批判國家法的框架與邏輯，以提倡國家法的多元化。第肆節到第陸節提出法律解殖的具體方案。這包括三個部分，第肆節挑戰法學界過去普遍接受的殖民法律史觀，藉此發展非排他且多孔的主權概念。第伍節檢視法律對空間和時間治理的「法律地景」，從原住民視角說出多元而混雜的法律共構故事。第陸節批判後殖民法律思想中將原住民族視為「他者」的法律實踐，並且描繪多樣化的「法律主體」抵抗敘事。第柒節深入法律解殖之國家法多元化的理論基礎，倡議「就地存在」的法理學，藉由「承認」原住民族法律傳統的解殖實踐，開啟一個逐步賦權原住民族的社會過程。最後結論剖析重構現有法律框架與邏輯敘事的必要性，原住民族法應該致力於轉向法律多元，建構出法律空隙之間的「法律敘事防護罩」，為原住民族的法律解殖與歷史正義開闢道路。

DIALOGUES: ACTIVIST ALLIANCES WITH INDIGENOUS PEOPLES OF CANADA, MEXICO, AND AUSTRALIA 37, 37-64 (Rosálva Aída Hernández Castillo et al. eds., 2019); Jakeet Singh, *Decolonizing Radical Democracy*, 18 CONTEMP. POL. THEORY 331, 331-56 (2019); Eve Tuck & K. Wayne Yang, *Decolonization Is Not a Metaphor*, 1(1) DECOLONIZATION: INDIGENEITY, EDUC. & SOC'Y 1, 1-40 (2012).

貳、直面「殖民暴力遺緒」的法律解殖理論

法律在殖民時期就是正當化暴力治理的機制，此種具有殖民性質的法律體制仍延續至今，構成原住民族相關法律案件及其社會生活的基礎，本文將這種殖民權力的影響稱為「殖民暴力遺緒」。關於臺灣法律中的殖民暴力遺緒，主要存在兩種觀點。總體而言，某些人認為臺灣法律體系因未考量到原住民族的傳統習慣，故此種漠視與貶抑就是一種暴力遺緒，應該要將傳統習慣納入國家法；另一些人則認為中華民國法對原住民族欠缺合法正當性，因此國家法本身就是一種暴力遺緒，應該要在特定領域排除國家法。這兩種觀點都強調了對原住民族傳統法的忽略，並從不同的視角呼籲國家法為原住民族傳統法「騰出空間」。以下將分別討論其內容。

立基於第一種觀點，王泰升提出國家法律體系應更多地考慮到原住民族「傳統習慣」。他建議將原住民族習慣整合至國家法中，以表達對其文化傳統的尊重⁸。此過程涉及確認這些習慣的明確內容（如透過人類學家的研究），有賴於司法與法律專家的投入，讓這些傳統法在現代法律中具有相應的效力。王泰升指出，「司法機關進一步在個案中具體化。按一般抽象的法規與社會上各種具體情況的相結合，有賴於司法於個案的解釋適用法律，故需要法院逐案地依現代的法律概念，具體形塑出原住民族民事習慣法，或在刑案中以原住民擁有可被接受的固有法律觀而免除刑責；有了這項基礎，才容易進行更高層次的習慣立法，亦即原住民族自治法律的制訂」⁹。此種傳統習慣納入國家法的做法有效地解決了法律傳統被

8 王泰升，日治時期高山族原住民族的現代法治初體驗：以關於惡行的制裁為中心，臺大法學論叢，40卷1期，頁71-82（2011年）（以下簡稱：王泰升，2011）；王泰升，論台灣社會上習慣的國家法化，臺大法學論叢，44卷1期，頁55-57（2015年）（以下簡稱：王泰升，2015）。

9 王泰升，在法學與國家法中看見原住民族法律，政大法學評論，134期，頁35（2013年）。

貶抑的問題，其做法為以國家法為標準理解傳統法，將那些達到標準的一小部分納入。此種方法在法律一元的單一性之下，將國家法設定為唯一的權威來源，反覆訴說著國家法的權威故事。

然而，此種方法將原住民族及其法律從國家法的視角予以客觀化，能否為原住民族法律傳統提供所需的幫助值得存疑。從國家法的框架與邏輯選擇哪些傳統習慣有效，就像是球員兼裁判，在原住民族法律傳統與國家之間的競爭中引入不公。更何況原住民族法律傳統的法律定義、價值觀及宇宙觀與西方法律大相逕庭，這導致許多傳統法在現代法框架下不被視為法律、甚至被貶抑。這無異為是一種以西方法為中心的做法，殖民者針對原住民族法律傳統各部分進行優劣評價，並選擇性地賦予強制性。其結果不一定有助於去殖民化的進展，反而強化不合理國家法的正當性。本文以為，習慣法的國家法化只能是解殖的方案之一，國家法的多元化核心在於促進原住民族法律傳統與國家法之間的相互橋梁與交織，必須建立公平的對話機制，在二者的價值與宇宙觀之平等的前提下，商談對話的起點、目標和方式。

吳豪人針對「暴力遺緒」的第二種觀點進行了深入探討，他批判上述第一種觀點將原住民族傳統習慣納入國家法的做法，稱此為「實證主義法律史」，反之，他倡導「解殖法律思想史」。他指出，從法律思想史角度來看，西方法以私有財產制為核心，不僅促進了資本主義的發展，也對原住民族「總有」的土地觀念造成了顯著的衝擊，導致原住民失去與其生存密切相關的土地¹⁰。他批評這一現象，強調背後的殖民性：「『現代市民法史上，凡肯認習慣入法的法律帝國，都有殖民戰略的考量』。而既然出於殖民戰略，道德上當然缺乏正當性，法理上必然有致命破綻，因此理所當然應該被解

¹⁰ 吳豪人，「野蠻」的復權：臺灣原住民族的轉型正義與現代法秩序的自我救贖，頁158-160（2019年）。

殖，被揚棄」¹¹。因此，他主張解殖途徑為返還原住民族失去的土地，並以原住民族法律傳統獨立建構一套更公正的法律制度，「只要在中華民國法體制下，原住民族權利就一定不可能存在，因此唯一的結論必然是，市民法體系與原住民法體系，最好各走各的路。同理，中華民國與原住民族，最好也各走各的路」。這項方案建議返還土地或建立原住民族傳統法的法律體系，打破國家法的單一主導地位，並從轉型正義的角度，對過去的不當行為提供補償與糾正。

吳豪人雖然指出中華民國的國家法與原住民族傳統法的不可共量性與不可調和性，提倡摒棄國家法來消除殖民暴力遺緒，但是，他對於如何實踐這一理念、特別是如何矯正現有不對等權力的法律文化，如何處理已發生的不公平事件以實現正義，仍須有詳細的討論。即便有清楚的方案（例如原住民族自決與自治），往往牽涉到立法的層次，目前尚欠缺足夠的政治力，也難以有著力點。另外，法律體現了不同利益群體間的妥協，而將土地返還給原住民或建立一套以原住民族法律傳統為基礎的法律體系，可能會觸及漢人的利益並帶來挑戰，在法學上仍需要處理原住民族法律傳統與現代法並存的相容模式，包括改變的協商與對話程序，以及談判的內容。

關於原住民族法律傳統與國家法的協商、對話與談判之議題，目前尚未有清楚的架構，在實務上仍以個案陳情為主，始終受限於現有法律體制。然而，許多文獻均指出，國家法的框架與邏輯之「結構問題」才是真正的關鍵¹²。Eva Mackey特別強調了需要轉變「殖民者的感覺結構」（settler structures of feeling），這在涉及土地或自然的法律關係中尤為顯著。他指出，對明確性（certainty）的追

11 吳豪人（註10），頁161。

12 國際間的原住民族與臺灣的原住民族在特定歷史背景和現實處境上有許多相似之處，本文透過國際案例的比較分析，旨在探討它們在後殖民時期的共同經驗，例如土地被奪、殖民者的統治、以及文化的同化等問題。原住民的定義雖然相較於殖民者和移民的概念而言可能會有所變動，但在臺灣、美洲及紐澳等地區原住民族的比較研究中，這一差異不應影響研究的整體目標。

求與原住民族文化中人與自然之間不明確性（uncertainty）的接受形成鮮明對比，這導致原住民族文化在這一框架下被視為劣勢或異常¹³。因此，即便當前對原住民族的承認政治被看作是進步的舉措，它仍然可能反映出殖民者對明確性的不斷追求的「感覺結構」，使得原住民族在政治認同過程中感到被貶低。Glen Sean Coulthard對此表示擔憂，他認為「承認政治」是主要的「結構問題」，投入承認政治的原住民社會實際上是在參與一種殖民政治，這讓原住民族的政治目標從追求自治轉向了尋求國家的承認，進而將文化認同轉化為資源控制和商品化，從而促成了持續的剝奪性實踐¹⁴。在臺灣，對原住民族的處理策略大多沿襲日治時期仿效的西方殖民模式，不僅強加了西方現代性的影響，也將漢人的「感覺結構」施加於原住民族¹⁵。針對這種「感覺結構」的承認政治，我們需要進行更深入的批判性反思。

Sherry Pictou從殖民法律中形塑的自我與他人之間的關係（特別是殖民者與被殖民者、漢人與原住民之間的互動）切入「結構問題」，他批判現有的法律框架與邏輯本質上就是父權和不平等權力關係；更進一步，原住民族社會可能內化了法律敘事中的命名與象徵，這不僅破壞了原住民族文化中的去中心化特質（包括人與土地及自然的關係、與神聖的連結），也對原住民族內部造成了結構性的破壞¹⁶。雅柏甦詠·博伊哲努以主動被動的用語來談法律的權力

13 Eva Mackey, *Unsettling Expectations: (Un)certainty, Settler States of Feeling, Law, and Decolonization*, 29 CAN. J.L. & SOC'Y 235, 235-52 (2014).

14 See GLEN SEAN COULTHARD, *RED SKIN, WHITE MASKS: REJECTING THE COLONIAL POLITICS OF RECOGNITION* (2014).

15 歷史上殖民主義主要表現在「墾殖型殖民」和「經濟榨取型殖民」兩種模式。前者，如美國或澳大利亞，殖民者在新土地上建立類似母國的社會，這經常導致原住民的土地和文化的剝奪。後者，如英國對印度的統治，則更重視經濟利益，可能導致強制勞動和文化壓迫。在荷治與日治時期，臺灣原住民族經歷了這兩種模式的融合與多種壓迫。

16 Sherry Pictou, *Decolonizing Decolonization: An Indigenous Feminist Perspective on the Recognition and Rights Framework*, 119 S. ATL. Q. 371, 371-91 (2020).

不對等，在書寫殖民者法律敘事的「結構」問題時他指出，「在這樣的敘事模式中，原住民族彷彿只能扮演被動的角色，而不能有自身的動機或理由」，他呼籲找回土地流失的多重敘事，包括文化故事、抵抗故事與和解故事，從中發展解除殖民的途徑¹⁷。這促使我們走向法律人類學近三十年來所展開的「敘事轉向」(the narrative turns)，「敘事轉向」與Bronisław Malinowski的功能論決裂，不再如1950年代到1980年代僅從法律作為理性技術與客觀知識，如何解決衝突或維持秩序的「功能」來理解法律，而是從法律作為一種文化特徵和權力形式，如何詮釋事件或交織文化權力的「敘事」來理解法律¹⁸，正如人類學家Sally Engle Merry所說，「法律在世界上的作用不僅在於實施規則和懲罰，還在於它能夠建構社會關係和行為的權威形象，這些形象具有強大的象徵意義。法律提供了一套解釋世界的範疇和框架」¹⁹。法律人類學家Fernanda Pirie在論述法律人類學的專書中，進一步將法律視為「知識體系」、「思想體系」以及「理想和願望」²⁰。換言之，「騰出空間」的路徑偏向於未充分認識到國家法律在社會中不只是有禁止、保護或懲罰的作用，忽略了法律也塑造人們的思維和行動，具有壟斷敘事的能力，這些敘事在某種程度上成為了社會現實的一部分。

本文採取「敘事轉向」的路徑來處理「結構不公」的問題，為了說出不同的法律故事，我們需要一個「法律解殖理論」來轉譯受壓迫的主體經驗，確保在轉型的過程中能夠進行適當的處理。僅僅「騰出空間」並不能全面解決日治時期和戒嚴時代遺留下來的問

17 參雅柏魁詠·博伊哲努 (Yapasuyongu Poiconu)，接觸的真相：原住民族土地流失的多重敘事，台灣原住民研究論叢，26期，頁105-128 (2019年)。

18 Martin Chanock, *Anthropology, Law, and Empire: Foundations in Context*, in THE OXFORD HANDBOOK OF LAW AND ANTHROPOLOGY 36, 51-52 (Marie-Claire Foblets, Mark Goodale, Maria Sapignoli & Olaf Zenker eds., 2022).

19 SALLY ENGLE MERRY, GETTING JUSTICE AND GETTING EVEN: LEGAL CONSCIOUSNESS AMONG WORKING-CLASS AMERICANS 8, 9 (1990).

20 See FERNANDA PIRIE, THE ANTHROPOLOGY OF LAW (2013).

題，過去的不公不義與現在的文化壓迫仍將在主流法律敘事中被忽視、否認、掩蓋或隱藏。法律解殖理論必須能夠有助於法律體系直面與改變殖民者的「感覺結構」，重新檢視原住民族法律傳統在殖民統治下所受到的影響，還要在法律框架與邏輯上回應原住民族在自我與集體認同、知識體系、語言及其使用環境方面的流變性。唯有以動態的原住民族法律傳統調整現行的法律敘事，才能處理整體法律體制的合法正當性問題，從而提出一套更公正、更涵容的法律解殖理論。

參、邁向國家法多元化：從「鋼筋水泥」到「骨頭肌肉」的法律敘事

「敘事轉向」的路徑雖不反對國家法與原住民族傳統法的「結合」和「合成」之努力，但是為了徹底變革國家法本身，我們必須放棄將法律看作是一種抽象技術、客觀知識和理性科學，因為這理所當然地排除了原住民族法律傳統中的生活和情感連結。「結合」和「合成」國家法與原住民族法律傳統之外，我們更需要將法律從抽象的原則與規則的帝國釋出，建立二者之間的「橋梁」，讓這兩種敘事能相互影響，甚至「編織」在一起。此時，Boaventura De Sousa Santos的「法律時空」(time-spaces of law)理論有助於描繪長期壓制原住民族法律傳統的敘事結構，以發展針對原住民族歷史創傷和日常挑戰的敘事形式。他將法律比喻為一張地圖，是一種敘事的特定視角，尺度從大到小展示了不同層次的法律存在，而不同尺度訴說著不同的故事²¹。各種尺度空間有其法律話語和法律實踐，包括了地方法、國家法和全球法等大比例尺、中比例尺和小比

²¹ Boaventura De Sousa Santos, *Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law*, 14 J.L. & Soc'y 279, 279-302 (1987).

例尺。每種法律尺度都有一個特定的規制臨界點，決定什麼屬於法律範疇，什麼不屬於，臨界點的種類又扮演了檢測、區分與評估的功能。此外，每種法律敘事都帶有特定的投影和象徵，也就是將某些事物放在中心位置，而將其他事物邊緣化，每一種製圖都使用特定的象徵化機制，構成不同特色的法律敘事。De Sousa Santos指出「法律誤讀『現實』以確立其排他性」²²。這是因為法律就像是詩歌或地圖，是現實的再現（representation）與指引（direction），詩歌能夠喚起情感，傳達深層意義，地圖幫助我們定位，導航行徑路線，這兩者都給我們提供了對現實的不同理解與想像，正如法律也提供了對現實的特定理解與想像。更重要的是，詩歌與地圖因為再現與指引，隨著每次製圖而逐次疊加，對現實產生影響；而法律的適用也同時是一個想像現實的社會過程，每次的法律製圖，均是一種意義的建構，構成排他性的現實。

「法律時空」理論揭露了多重的敘事視角，而不斷製圖的比喻也讓我們注意到支撐的變化與有機成長，這正是建構原住民族法律傳統與國家法之間橋梁與相互編織路徑的必要洞見，De Sousa Santos將此稱為「交織法律性」或「相互法律性」（interlegality）的「法律製圖學」（cartography of law）。交織法律性或相互法律性重新定義「法律知識」，國家法在此成為一種想像、表達和重塑社會空間的建構物，此種相互影響的法律空間不應該只是由既有的法律框架和邏輯之單一性的鋼筋結構所組成，一旦建成，就幾乎不可能改變。正如針對一個空間的地圖不可能只有單一種，法律想像在經驗層次上也不可能單一。本文把單一性的想法稱為「鋼筋水泥」的法律敘事觀，這樣的觀點認為國家法律是僵固而缺乏可塑性的，就像是無機架構體的鋼筋水泥一般，鋼筋給了它結構，卻沒有給它靈活性。尤其是，這種鋼筋結構的法律敘事暗含了一種文明的優劣觀，

22 See *id.*

偏好殖民者引入的外來法律，認為它們最先進、最科學、最穩固，連帶掩蓋了對原住民族法律傳統的排斥，將不公正的殖民統治中立化和正當化。

交織法律性或相互法律性的法律時空理論展現了法律如何在不同的層次和維度之間進行辯證，並且強調了法律不斷製圖與進展的可塑性和多元性，本文將此稱為「骨頭肌肉」的「解殖法律敘事觀」。讓我們想像一下此種多元性，把法律比作人體的骨頭肌肉，既有堅韌的支撐力，又有足夠的柔軟度和伸縮性。就像人體的骨骼和肌肉與血液等其他部分緊密相連，法律也能夠與社會的其他方面密切配合，隨著目標與功能的轉換而靈活調整。這樣的觀點讓我們展開一系列的探問：我們的法律觀念是如何使概念而非實踐、明確的規則而非隱含的知識、還有領土和帝國的空間而非歸屬的地方享有特權的。唯有將法律的性質轉變為實踐與隱含知識的地方性，增強法律的靈活和可塑，才得以更好地應對原住民社會不斷變化的需求，為改進法律體系、實現自身的非殖民化，提供一條可行之路²³。Mariana Valverde以「法律時空體」的概念指出了透過建立「橋梁」與「相互編織」以應對既有殖民創傷的重要性。她在研究原住民族法律傳統時指出，De Sousa Santos偏重於空間而忽略了時間，這對於完全理解法律如何在社會中運作造成不足。為了補充這一點，她提出了「法律時空體」(chronotopes of law)理論，強調時間的綿延感(duration)和多重交疊，用來描述法律現代化過程中，殖民主義所進行的知識鬥爭²⁴。因此，「法律時空體」不僅關注人與土地

23 EMMANUEL MELISSARIS, UBIQUITOUS LAW: LEGAL THEORY AND THE SPACE FOR LEGAL PLURALISM 25, 44 (2009).

24 Valverde認為，法律尺度的差異通常被視為製圖者的技術問題，這使得權力關係變得模糊，難以辨識。因此，她的「法律時空體」理論在De Sousa Santos的「法律製圖學」提出的空間可塑之基礎上，加入時間的綿延感和多重交疊的深度，進一步豐富了法律社會學的研究。例如，她在分析關於安全的話語時，探討了國家、社區、家庭和政治身體等層面的相似之處和差異，幫助我們更好地理解法律制度是如何在特定的時間和空間中運作的，以及法律地景是怎樣形塑

的關係，還包括警察監管和城市治理等構成「法律地景」(legal landscape)的要素²⁵。所謂法律地景，指的是在法律的管轄範圍內形成的空間形貌，是一種情感豐富且實際存在的法律治理，限制和塑造了原住民的生存空間，它涵蓋了地方、科學、習俗、制度、政治情勢等多方面的社會過程，而不僅僅是國家法的單一凝視觀點²⁶。

本文所主張的「法律解殖敘事觀」是基於「法律製圖學」和「法律時空體」的概念，鼓勵拋棄西方法律那種抽象、客觀、理性的時空觀，特別是要避免那些缺乏彈性的法律敘事框架。我們支持一種更有實質與動態的法律敘事，這種敘事關注不同時空下的「法律地景」，探究在這些特定的法律時空中，殖民暴力遺緒如何建構社會權威以及形塑法律性(legality)²⁷。此類敘事或視角從真實的法律地景出發，在空間與時間的維度上——尺度、投影、符號與歷史綿延——質疑和批判主流法律治理的敘事權力，並且提出彈性法律治理的實踐方案。本文將透過三種敘事重構，作為國家法與原住民族法律傳統相互對話的軸線，以挑戰國家法既有的權力關係，開展出建構「橋梁」與「相互編織」的國家法多元化路徑，包括：拆解單一主權的權力性質、重返神聖性與日常性的權力作用、以及超越「他者化」的法律主體之權力部署。這三個方面將在後續分節詳細討論。

和被形塑的。MARIANA VALVERDE, CHRONOTOPES OF LAW: JURISDICTION, SCALE AND GOVERNANCE 44-72 (2015).

25 *Id.* at 44-72.

26 Prabha Kotiswaran, *Valverde's Chronotopes of Law: Reflections on an Agenda for Socio-Legal Studies*, 23 FEMINIST LEGAL STUD. 353, 353-59 (2015).

27 Patricia Ewick與Susan S. Silbey提出法律性(legality)的概念，說明法律的意義是如何透過人們的參與而生產的，以此討論法律作為一種文化實踐其背後的權威與文化來源。法律性不再只是關注法律條文、法律機構、法律專業人員，更將討論核心放置於個體存在的「社會生活」結構。See PATRICIA EWICK & SUSAN S. SILBEY, *THE COMMON PLACE OF LAW: STORIES FROM EVERYDAY LIFE* (1998).

肆、追索政權敘事，突圍單一主權（解殖權力性質）

殖民統治的權力性質最重要的就是未經同意，原住民也不接受的情況下，以武力強迫各族各部落接受統治，成為臣民。在殖民主義統治下，法律被用來作為強制工具，剝奪原住民族對土地和生活的控制權，這根本地忽視了原住民族原有的文化、經濟與統治權威（即自然主權）。這種殖民統治通過武力和單一性的符號敘事力量迫使所有人接受，將法律視為理所當然而以為具備統治正當性（即具備法律的合法正當性）。然而，這個單一主權的主流敘事並非完全沒有問題，它僅是某一個特定法律時空下的比例尺、投影和符號視角，延續自過去綿延至今政治權威的「感覺結構」，持續地輾壓其他比例尺、投影符號下的法律現實。此時，當主流敘事說著一個壓迫的故事時，有必要指出主流敘事的矛盾與不合理，同時重新理解並尊重原住民族既有的自然主權歷史。由原住民族視角所書寫的歷史正義必然與主流的政權敘事不同，必然不是單一性的，而是在不同地方有各自的脈絡，呈現出多重、相異、各美其美的法律多元或多元法律現象。

一、單一主權的敘事

「主權」(sovereignty) 的概念源於17、18世紀，影響了過去200至300年的世界歷史。在殖民統治的主流敘事當中，主權是一個非常重要的概念，指的是殖民者可以對臣民行使合法的強制權力，以此掌握對被殖民者的控制。然而，此種「單一主權」的敘事往往壓制和忽略原住民族既有的文化與政治權力，對其造成了極大的打擊。例如，原住民族原有土地往往被視為「無主之地」(*terra nullius*)，這種想法的背後經常指向一種基於洛克(John Locke)的「勞動財產理論」，認為財產是由個人的勞動與自然資源混合而獲得

的，而原住民族只是在土地上狩獵和採集資源，這並不構成勞動，因此無法擁有土地和財產權²⁸。

「原住民族主權」(indigenous sovereignty) 抵制上述「無主之地」的「單一主權」論述，展現出被壓制者的聲音，成為挑戰新型態現代帝國、突圍主流敘事的敘事重構²⁹。例如，Irene Watson認為，澳洲國家法本身就是壓制原住民族的土地主權。她還原歷史事實，反駁「無主地」的敘事，透過敘事重構重新書寫歷史，呈現出壓制主權、破壞時間性和法律性的真相，並以自然主權重新定義人與土地的關係³⁰。此種關於原住民族主權的論述可以說是一個新的開拓，在原住民族復權運動中爭取到更多政治和道德的開展空間³¹。

主流敘事的「無主地先占」理論已經被澳洲與加拿大法院所否定，但是仍未解決單一主權的根本問題。在澳洲的Mabo案，高等法院推翻了無主地原則，不過法院僅是利用現有的西方法律框架，

28 當代學者在詮釋洛克的文字時，存在不少不同的觀點。有些學者認為洛克的勞動財產理論確實支持歐洲殖民者對於新大陸土地的奪取，因為他們認為土地在原住民手中沒有被「充分使用」。但也有學者認為這種詮釋過於簡化。See JAMES TULLY, A DISCOURSE ON PROPERTY: JOHN LOCKE AND HIS ADVERSARIES (1980); Alpana Roy, *Postcolonial Theory and Law: A Critical Introduction*, 29 ADEL. L. REV. 315, 315-57 (2008).

29 傳統帝國（如羅馬、奧匈、鄂圖曼、波斯、蒙古）與民族國家型態現代帝國在本質上存在顯著差異。傳統帝國未採用民族國家的形式或外表，其邊界模糊不清，而且在其勢力範圍內的「主權」（這一概念在當時可能尚未成型）呈現非均質，多孔且塊狀的特徵。相比之下，現代帝國則是以民族國家的形式出現，其對內外邊界行使統一主權，並在外部區域施加政治、經濟和軍事的帝國影響力。雖然帝國與殖民在概念上的區別主要是前者偏重於政治力量的擴展，後者則著重於經濟開發，但殖民活動往往也伴隨著帝國的政治擴張。

30 Irene Watson, *Aboriginal Laws and Colonial Foundation*, 26 GRIFFITH L. REV. 469, 469-79 (2017).

31 原住民族主權挑戰單一主權的概念，在當下世界益發受到重視，部分歸因於全球化創造具主權意義的超國家組織而弱化國家主權，例如GATT、WTO、NATO等，使得主權概念更具流動性與破碎性。Rashwet Shrinkhal, “Indigenous Sovereignty” and Right to Self-determination in International Law: A Critical Appraisal, 17 ALTERNATIVE: INT’L J. INDIGENOUS PEOPLES 71, 71-82 (2021).

創造了一個新的虛構概念：「原住民族的土地權」(native title)。法院認為，在澳洲法律體系中，土地所有權不能完全基於英國普通法的概念，而必須基於原住民族在這片土地上的歷史和文化上的連結³²。然而，「原住民族的土地權」性質非常不穩定，與一般土地權比較起來所受到的保護程度較低，可以因立法或授權行政而被取消。實際上，澳洲對原住民族土地所有權的承認一直在持續下降，可以通過許多不同的侵占行為輕易地被取消³³。更重要的是，「原住民族的土地權」以恩惠的方式令其成為王室臣民，隱含著「野蠻狀態」與「文明社會」的上下位階；*Mabo*案以及之後的土地權改革都只是繼續之前的對話邏輯，透過解釋他者而確認自己白人的優越地位³⁴。

32 1982年5月，Eddie Mabo與其他四名來自托雷斯海峽的Murray島Meriam族群的原住民，向昆士蘭政府發起訴訟，主張他們對該群島擁有土地權。作為反應，昆士蘭政府於1985年通過《昆士蘭沿海島嶼宣告法》，試圖剝奪托雷斯海峽島民的土地權並拒絕提供任何補償，引發了族人提出違憲訴訟。1988年，澳洲聯邦最高法院在*Mabo v Queensland (No. 1)*案件終首次判決，宣告該法違反1975年《種族歧視法》，因此無效。之後於1992年，法院在*Mabo*案第二號判決中推翻了西方國際法中的無主地原則，認可島民依照傳統法律和習俗對土地擁有所有權(native title)。此判決同時確認，澳洲政府的某些行政或立法行為(例如，土地徵收或授予專用權)有能力終止原住民族的土地所有權。參照：施正鋒，澳洲《原住民族土地所有權法》研究：一個批判性的觀點，國家發展研究，20卷1期，頁86-97(2020年)。

33 在1993年，澳洲工黨政府頒布了《原住民族土地所有權法》，基於*Mabo*判決的原則，承認了原住民族的土地權並開始接受原住民對土地的聲索案。該法案也保留了政府行為可能取消原住民族土地權的條款。1996年聯邦最高法院的*Wik Peoples v The State of Queensland*判決進一步限縮了政府取消原住民族土地權的條件，這一判決在社會上引起了廣泛的恐慌和擔憂，特別是在農業社區中，許多人擔心他們的農場和居住地可能會受到影響，因而向政府施加壓力，要求剝奪原住民族在牧場上的權利。隨後接替工黨的自由黨政府在1998年通過了一項爭議性的修正法案，試圖在州政府、礦產、牧業及原住民族利益之間找到平衡，但這實際上加大了剝奪原住民族土地權的可能性，使得原住民族的權利變得更加脆弱。評論者認為，*Mabo*案之後，由於公眾的反對聲音，原住民權利實際上有所削弱，正反映了政治角力和社會妥協的影響。在墾殖利益與原住民族傳統權利的碰撞中，澳洲主流社會仍然需要時間來學習和適應聯邦最高法院確立的原則。參照：施正鋒(註32)，頁97-105。

34 Bruce Buchan & Mary Heath, *Savagery and Civilization: From Terra Nullius to the 'Tide of History'*, 6 ETHNICITIES 5, 5-26 (2006).

在臺灣，雖然沒有宣稱無主地先占的論述，但是漢人將「單一主權」的想像視為理所當然，法律系統主要以原保地的方式回應土地問題，仍然複製了殖民者與被殖民者的不平等權力關係。儘管透過登記權利或福利補償的方式將原住民納入主流社會這個共同體，但是正如Stewart Motha進一步提出批判，澳洲原住民族的土地權最大的錯誤在於，對於單一（singular）、無限（infinite）主權事件（event）的想像，並斷言產生權利和利益的規範體系只能源於一個前提，也就是「傳統和習俗」必須符合前殖民時期的表現形式，並且一旦「到期」（被同化完成），就無需恢復³⁵。Motha引用Jean-Luc Nancy「單數已經是複數」的哲學觀點，激進地批判單一主權是一種共同體的暴力，為了共同體而排除某些人的生存狀態，其基礎建立在排他和歧視之上。他分析道，此種暴力共同體的基礎是一種同質性的想像，它需要在內部把人群分類為「我們」和「他們」，這種分類會導致排斥和分裂；相對的，「共在」不是指在一個共同體內共存，而是指在一個關係網絡中共存，這種共存不需要排除任何人，也不需要消滅任何人的特殊性³⁶。在這個觀點之下，敘事重構不再建立在對他者的控制和排除之上，而是建立在與他者的互動和相互關係的「共在」之上。因為所有的單一必然隱含著複數（「我們」和「他們」），而改變的關鍵在於需要揚棄具有暴力性質的「共同體」，轉而從根本的、與他人「共在」的關係出發。此時，自然主權的概念對照具有指標性，透過「共在」的關係而非排除與浮動，找到讓不同族群都能夠保留自己的特殊性，實現真正的平等和共融的路徑。

35 Stewart Motha, *The Failure of 'Postcolonial' Sovereignty in Australia*, 22 AUSTL. FEMINIST L.J. 107, 107-25 (2005).

36 *See id.*

二、自然主權被壓制的歷史

回顧臺灣歷史，主流敘事經常描繪漢人墾殖並逐步建立國家的歷程，這是一種基於單一主權和無主地的觀點，雖有自然主權的倡議但影響仍然有限。原住民族的「自然主權」於第三次「還我土地」運動中首度被提及。隨後在2002年，陳水扁總統在公布的「新夥伴關係協定」中正式確認其價值，承認原住民族在國家憲法與法律制定之前，就已對土地和自然資源擁有固有的權力。惟自然主權的存續著眼於原住民族群於其既有居住地之生存事實，與國家主權以「國家法」彰顯其權力並不相同。實際上，自然主權於臺灣，時常遭受國家單一主權的壓抑，其認知並未真正地落實在實際的政策、法律或社會行動上。

法律解殖的重要步驟就是要挑戰這種殖民法律的史觀和打破所帶來的局限，我們應該以「敘事重構」翻轉「漢人墾殖」的歷史（筆路藍縷），致力於「原住民族自然主權被漠視與壓制」的歷史（顛沛流離）。首先，原住民族雖然與荷蘭東印度公司簽訂了和平條約（*treaty*），但這是其憑藉武力攻伐和焚村威脅下的不平等條約。雖然從國際法的角度，這樣的條約意味著簽約雙方具有國家法人主體的性質。但是探究歷史，這是在近代國家體系形成之前發生的事情，當時並不存在主權概念³⁷。也就是說，原住民部落未必理解條約中暗含的主權讓渡之意義，因此不應該用主權讓渡去詮釋當初的條約，以免陷入西方中心主義³⁸。當時的原住民族社會與外界存在著物質交換的關係。從清治、日治到戰後國民黨政權的外來政權，

37 參李朝成，從國際法的觀點論荷蘭據台時期台灣原住民之法律地位，*台灣原住民研究論叢*，7期，頁45-82（2010年）。

38 主權（*sovereignty*）此一至高權的概念與演變跟西歐國王、貴族的權力鬥爭、以及後來的資產階級的興起密切相關，隨後民族國家的概念並從西歐向全球擴散。See BENEDICT ANDERSON, *IMAGINED COMMUNITIES: REFLECTIONS ON THE ORIGIN AND SPREAD OF NATIONALISM* (1983); DANIEL PHILPOTT, *REVOLUTIONS IN SOVEREIGNTY: HOW IDEAS SHAPED MODERN INTERNATIONAL RELATIONS* (2001).

對原住民族的統治都不具有正當性，正因為原住民族從來沒有打心底接受這些統治，也從不認為自己有義務遵守。然而，主流敘事卻模糊地將原住民族納入外來政權對臺灣的統治之中，甚至以單一主權（清帝國皇帝視角的天下主權，而日本帝國與國民黨政權則屬於西方現代性下的國家主權）的概念輾壓原住民族的自然主權。

在清治時期，漢人墾民對平埔土地的侵占和擴張，造成了平埔族群生存空間的嚴重損失。漢人墾民的行為可形容為蠶食鯨吞、巧取豪奪，使得原住民族的生存及活動空間不斷退縮。汪明輝指出，清治時期臺灣的民族空間被劃分為「隔離空間」，這個空間被以隘口、界碑、土牛溝或土牛紅線等方式劃分成為兩個區域，東區屬於原住民族的「番界」，基本上不受清政府統治；而西區則屬於清政府領土，界線也隨著時間東移，意味著原住民族領域不斷縮減³⁹。對於平埔族來說，根據舊有的志書文獻，漢人主體意識的影響下，常常將「守土」的平埔族群塑造成野蠻、乖戾，以取得侵墾行為的正當性，這種偏見觀念也進一步強化了平埔族群在土地爭奪中的弱勢地位⁴⁰。漢人的主流敘事除了將「熟番」的英勇守土行為，描寫成殘忍未進化的暴力之外，也以優勢武力為基礎掌握話語權，在司法上無視原住民族。清政府司法上的吏治積弊、語言隔閡和官方對「番人」訴訟權的蔑視，導致埔／漢訟案裁判之公正性在當時已受到強烈質疑⁴¹。這些力量相互作用形成了漢人社會對平埔族群土地的普遍支配。

在日治時期，臺灣的原住民族和漢人都被納入了「單一主權」模式，並進入了現代帝國、殖民和世界體系。主流的敘事通常忽略

39 參汪明輝，原住民的空間策略——分享與共有台灣，收於：台灣師大人文教育中心編，台灣原住民文化與教育之發展，頁205-245（1998年）。

40 楊克隆，清代平埔族土地流失原由新探，興大人文學報，61期，頁68（2018年）。

41 楊克隆（註40），頁71-73。

了這一時期原住民族自然主權的存在，也並未從日本政府輾壓原住民族自然主權的角度敘事，當然不會提到外來統治如何不當壓制他們的政治權力和生活規範。這一波殖民過程是日本軍國資本主義式的帝國擴張，對臺灣原住民族的某些群體（如泰雅族、賽德克族、太魯閣族、布農族和排灣族）進行大規模的軍事行動和警察占領。在1910至1930年代，日本政府為了要從山地取得財富，便開始清查、登記、管控、編組、在空間上分配，甚至教養原住民，到了1940年代戰爭動員時更是到達極致。例如，為了資源掠奪的目的，日本政府實行了多項政策和措施，壓縮原住民生存空間至原有八分之一左右，並強迫其放棄傳統的生活方式，過程中一個主要手段是進行大規模的森林開發和煤礦開採，這些活動對原住民的土地和生活造成了嚴重影響⁴²。此外，日本政府通過強制徵收、購買和租借等方式來取得原住民土地；同時，日本政府還在臺灣各地建立軍事和基礎設施，包括鐵路、道路、橋梁等也占用了原住民土地⁴³。然而，這樣的敘事可以被重構：儘管清政府的土牛界和日本政府的隘勇線限制了原住民族的主權和管轄範圍，但原住民族的主權和管轄權力僅僅是被抑制，而不是被消滅，特別是對於「生蕃」，他們在當時的領域內仍然擁有相對完整的主權和管轄權力。

中華民國政府來到臺灣之後，由於此時的統治者不只是墾殖者，也是移民者，甚至是逃難者，因此各種治理措施多隱含同化、漢化、甚至反共基地之目的，處處可見無視與壓制原住民族既有主權與管轄的措施。例如，認定山胞之要件以登記為準，未登記即為平地人⁴⁴；或平埔族受到《原住民身分法》「排熟不排生」規定限

42 林秋綿，臺灣各時期原住民土地政策演變及其影響之探討，台灣土地研究，2期，頁30-32（2001年）。

43 林秋綿（註42），頁32。

44 國民黨政權遷臺後，省政府於1956年要求平地山胞於特定期間內（2個月）申請登記，這與1954年要求原蕃人蕃地以戶籍認定山地山胞的政策相比，增加了行政要求。表面上看似尊重身分自決，但實際上這種限時做法是為了達成「山

制而未能登記身分，其族群認同受到重大傷害⁴⁵；或平埔族被本省／外省之新分類所擾亂，因而逐漸自我認同於福佬、客家或高山族。對高山族來說，在日治時期僅部分（亦即平地番人）曾在少數情況下適用過現代民法，到了國民黨政府時期卻突然、全面地被國家法律要求立即依現代民法經營其法律生活⁴⁶，除了民事法的獨占性之外，生活經常受到刑事懲罰的制約，既有文化與生存受到嚴重的蔑視⁴⁷。更重要的是，許多原住民土地在這個時期被劃歸國有，由國營事業、國立大學或軍方所管理。舉例而言，在現今花蓮糖廠改造糖業生產空間的過程中，台糖公司長期漠視土地來源不正義的聲音，將Karowa空間的占據視為理所當然；在「無原住民」的架構下生產迎合大眾觀光的空間，並未對花蓮糖廠土地實掠奪自原住民族的歷史以及阿美族傳統領域的存在以任何方式加以承認；這種不正義的建構，使得原住民族的土地遭到剝奪，發展機會同時遭到扼殺，進一步加劇了對文化與傳統的破壞⁴⁸。

觀察1990年代之後歷來的原住民族法政策，政策變遷並未涉及中華民國主權與原住民族自然主權之間的關係，前者輾壓後者的本質並未有改變。儘管憲法層級的調整（如1994年以降的《憲法》及《憲法增修條文》修改）和法律層級的根本大法（如2005年的《原住民族基本法》，以下簡稱《原基法》）以及針對事務領域的制度性法律（如1998年的《原住民族教育法》）等政策有所改善，也有一

地平地化」政策目的。參照：王泰升，台灣法律史在司法違憲審查上之運用——以西拉雅族原住民身分認定案為例，台灣法律人，15期，頁1-19（2022年）。

45 謝若蘭，平埔族群正名運動與官方認定之挑戰，台灣原住民族研究季刊，4卷2期，頁125-126（2011年）。

46 王泰升，台灣法律史上的原住民族：作為特殊的人群、地域與法文化，臺大法學論叢，44卷4期，頁1680（2015年）。

47 例如過去的刑罰管制對持有獵槍、狩獵動物、森林採集等行為的限制，這些措施迫使原住民族很難繼續從事這些傳統的生活和工作。

48 黃雅鴻、紀駿傑，甜蜜的殖民主義：從糖業殖民到觀光殖民，臺灣人類學刊，17卷1期，頁27-30（2019年）。

些散落在不同法律中的規範變動（如《森林法》、《槍砲彈藥刀械管制條例》等除罪化規定），以及補足上位階法律的辦法規定（如2016年的《諮商取得原住民族部落同意參與辦法》）和依特定政策頒布的計畫（如長期照顧計畫的原住民族專章，推動文化健康站的設置；又如原住民族專庭），但是這些法律仍然立基於中華民國單一主權的立場。這些法規的運作結果經常被稱為「福利殖民」，例如家庭托顧長照服務以主流的照顧知識壓迫了原鄉在地的照顧體系，複製了原漢之間的殖民關係，非但沒有強化原住民族的主體能動性，反而有害於仍留存下來傳統與文化中的政治、經濟與文化體系⁴⁹。正如博伊哲努所說的，這些權利與福利只是讓原住民族從被發現、被侵略轉變為被保護的客體，都還未成為能夠與主權相關的「主體」⁵⁰。

三、原住民族視角的多孔主權觀

臺灣原住民族在幾個外來主權統治之下，土地幾乎完全被奪走而蔑視原住民族主權，但從自然主權的角度來說，事實並非如此。換個角度來看，以人類學的本體論觀察，主權常常是多重、交疊、破碎、去中心化的。從原住民族的視角來看，在各個被殖民政權壓制的時期，原住民族事實上仍保有程度不一的主權及能動性⁵¹。

帝國史的研究者Lauren Benton對於非排他而多孔的主權提出精彩的歷史論述。在《尋求主權》（A SEARCH FOR SOVEREIGNTY）這本專著中，他通過對1400年至1900年歐洲帝國考察的詳細探索，致力

49 參莊曉霞，部落族人對原住民族社會工作的期待：去殖民觀點的想像，臺大社會工作學刊，40期，頁87-129（2019年）；石質奇，家庭托顧長照服務在原鄉部落發展的優勢與困境——以南投縣為例，東吳社會工作學報，37期，頁153-154（2019年）。

50 參雅柏魁詠·博伊哲努（Yapasuyongu Poiconu），台灣原住民族主權的虛相與實相，台灣原住民族研究學報，2卷4期，頁1-26（2012年）。

51 Thomas Blom Hansen & Finn Stepputat, *Sovereignty Revisited*, 35 ANN. REV. ANTHROPOLOGY 295, 295-315 (2006).

於呈現一個複雜的主權樣貌；有別於單一、絕對與強力的形象：主權是以多重（multiple）、層疊（layered）、分裂（divided）、分級（degrees）等方式運作。因此，其疆界模糊而充滿孔隙，其法律系統多元、龐雜而相互抵觸⁵²。Benton主張，帝國主權下的地理特徵並非僅指領土及其邊界，而是指地理與主權之間的各種空間變化，在法律權力中心周圍產生的控制區域中，控制權力並不均衡且僅粗略集中，因此主權是「佈滿破洞，由碎片縫合在一起的混亂狀態」⁵³。Benton以印度諸侯國為主要例子，其數量達數百個，覆蓋了19世紀「英屬印度」面積的三分之一以上，為了統治臣民，帝國只能依據河流、山脈、海岸、島嶼和海洋等地理特徵，在遙遠的地方重新制定法律儀式，從而形成了「走廊」和「飛地」等主權管轄地理。正如她所說，「由此產生的司法管轄網又長又薄，沿著河流走廊展開。漏洞和糾結使得合法行為者有可能前一刻在網內，後又在網外」⁵⁴。這意味著帝國法律的應用通常需要其自身的停滯（suspension），這些地方隨後成為同時處於帝國法律秩序之內和之外的政體和人民，擁有「準主權」（quasi-sovereignty）形式⁵⁵。綜合而言，Benton將主權空間描述為「塊狀」，並提供了一系列隱喻，「一個像蟲洞和黑洞這樣扭曲的宇宙」⁵⁶，「一團纏結的繩子，佈滿洞的織物」，或「正面和負面空間的複雜謎題」⁵⁷，Benton為社會理論中關於主權作為一種持久和不斷變化的權力形式提供了真實的內容。

上述人類學式的主權觀（多重、分裂與非均質）與歷史考察，不同於主流敘事的主權觀（排他、統一而均質），對於原住民族的法律解殖具有啟發性。臺灣的統治者不斷變換，但是主權與管轄的

52 See LAUREN BENTON, *A SEARCH FOR SOVEREIGNTY: LAW AND GEOGRAPHY IN EUROPEAN EMPIRES, 1400–1900* (2009).

53 *Id.* at 2.

54 *Id.* at 101.

55 *Id.* at 226.

56 *Id.* at 287.

57 *Id.* at 38.

多重、層疊、分裂、分級等特徵未曾改變。敘事重構的目標在於拆解歷史上「單一主權」的建構，我們需要處理的問題是如何翻轉「單一主權」的敘事，將「法律時空」的投影焦點從殖民者視角轉移到原住民族視角。在原住民族的視角下，主權是由兩個部分構成的，類似於人類學中的主權觀點：一方面，主權是哲學理念的體現，人民授權統治者行使權力；另一方面，此種哲學理念永遠難以實現，尤其是在殖民或後殖民社會中，主權本身具有極大的空隙與多重性⁵⁸。

此種排他而多孔的主權觀經常被忽略，在臺灣涉及到主權與土地的議題時，主權爭論經常被轉化為技術性的法規，以鋼筋式的法律敘事強化單一主權的權威和正當性。例如，莫拉克颱風後，政府對80個部落進行了異地安置，在《莫拉克颱風災後重建特別條例》（現已廢止）第20條「強制遷居、遷村」的規定下，利用了災民無家可歸的困境，迫使族人簽署同意放棄原鄉土地的三方契約。這實質上是將部落的集體生存權與自決、自治權轉換為永久屋的個人財產權（主要為使用權），並透過各式法規來限制主權行動。針對上述暴力的單一主權法律敘事，林津如以「女窩」在地組織在災後的政治抗爭集體行動，提供了一種敘事重構。她認為，原住民族女性作為守護狼煙的角色，代表了在地的「文化主權」與「政治主權」的具體實踐；在陽剛的安置營區中，她們體現了文化裡共同照顧的理念，展現出文化韌性，並繼續維繫著族群的連結⁵⁹。這樣的主權敘事重構揭示了一個多重而非均質的多孔主權觀念，並探討了如何從草根的文化中形塑當代主權的面貌。

總結來說，殖民法律史觀，特別是關於單一主權、無主地先占、以及原住民族無主權的法律敘事，實際上就是一種權力的剝奪，也

58 Hansen & Stepputat, *supra* note 51, at 295-315.

59 參林津如，守護狼煙的女人：莫拉克颱風災後原住民族女性的主權實踐，人文及社會科學集刊，35卷2期，頁391-433（2023年）。

是以強勢武力從上而下強迫原住民族接受特定權力觀的實踐。在當代，多元文化和族群平等已經成為文明進步的重要價值，我們應該將原住民族的權力現實適當編織進法律體系，也就是涵容原住民族歷史進程中的多重、流變和多孔的主權觀念。這種「法律解殖敘事觀」提出的主權敘事重構開展出與以往大不相同的權力性質，突圍了從日治時期到中華民國法律體系中持續存在的單一、固定和均質的主權概念。接下來就是要探討，非排他而多孔的主權觀在單一主權的權力暴力之下，呈現出何種法律地景，如何能從原住民族法律傳統與土地相依存的主權型態，發展出突破性的權力作用。

伍、解構法律治理，尋求交疊管轄（解殖權力作用）

當代國家法的法律治理往往凸顯權利的賦予和實踐，但在過去殖民所形成的法律結構仍然未有根本改變之下，行政、民事與刑事各式法規的空間形貌依然延續過去的支配性，制約著原住民的日常生活。此種殖民法律所遺留的問題呈現了不同法律時空交錯下的權力特性，被殖民者持續被視為客體，來自法律傳統的主體行動依舊毫無發展空間。通常的情況是，國家法的思維取代法律傳統，而國家法所形成的空間形貌基於單一的國家視角，無視於多維尺度、投影及符號的法律地景。然而，當原住民表達意願在其傳統領域實踐文化生活時，國家法將其視為侵占國有地的權力不一定合理正當，尤其是如果這塊國有地當年徵收目的已經不存在，又已經閒置二十年之久，或許應該讓原住民部落歷史與族群在地實踐創建合法的法律空間，這樣的法律創造或法律解釋將更為合理。或者，當有廠商接洽部落，希望在其傳統領域開發土地，並將經營權移交部落時，公部門一貫的做法會主張部落不是法律主體，沒有相關法規可以讓

部落取得經營權，此種僵固而單一的法律空間欠缺合理正當性，必須要被翻轉，讓部落所簽署的對等協定具有法律效力。

法律空間的合理正當性應該從原住民在日常生活面對的實際問題出發，基於其土地利用與部落族群治理的意願，使得領域空間的文化建構可以更具有彈性，更可塑地回應各原住民部落的自主政治參與及敘事實踐⁶⁰。正如《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」。該條文指出，國家所提供的扶助與促其發展應該不僅從國家視角決定，而是要「依據原住民族意願」。而此處的另以法律定之，應該不僅從國家視角只包括行政院頒布的各种施行法規，而是要依據《憲法增修條文》同條第11項的規定，「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化」，以多元文化理念肯定原住民族法律傳統。至於國家應如何進行憲法上的「肯定」誠命，解釋上國家必須反思法律治理的權力應該如何作用，才是真正符合憲法多元文化的意旨。

一、單一尺度的法律地景

管轄權就是單一尺度「訴說法律的權力」，它不應該是權力在土地或領域作用的抽象或描述性概念，而是一種積極生產形式，通過編碼或標記的過程來建立「對生命、地方和事件的關係」⁶¹。也就是說，管轄權組織政治權力作用如何行使、定義誰將被治理、以及如何治理，管轄權決定了社會權力的生產與運作的空間形貌⁶²。

60 Shiri Pasternak, *Jurisdiction and Settler Colonialism: Where Do Laws Meet?*, 29 CAN. J.L. & Soc'y 145, 145-61 (2014).

61 Shaunnagh Dorsett & Shaun McVeigh, *Questions of Jurisdiction*, in JURISPRUDENCE OF JURISDICTION 3, 3-18 (Shaun McVeigh ed., 2007).

62 See Shiri Pasternak, *Jurisdiction*, in THE ROUTLEDGE HANDBOOK OF LAW AND SOCIETY 178, 178-81 (Mariana Valverde et al. eds., 2021).

具體而言，國民黨政權遷臺後的山地管制政策建立了綿密的山地情報網，以此進行人口普查，並強迫原住民漢化，例如改漢姓和接受同化政策；當時的山地青年服務隊與山胞論，主要的目的在於「馴化」原住民為中華民國的公民，促使他們放棄自身的文化和語言⁶³。這種國家高權單一管轄或尺度的監控和同化策略，完全不顧既有的生存方式與對傳統文化的影響，在法律治理之下，原住民的日常生活與求生技能和傳統習慣產生極大斷層。然而，墾殖者國家雖然以武力將管轄權完全等同於主權，但在歷史的過程中，某些區域原住民的社會和政治秩序仍然未被完全破壞，原住民對其家園的土地與資源持續發展生存規範。這個具有管轄意義的規範經常與「單一尺度」的國家權力行使相衝突，原住民處於隨時會受到恐嚇違法、移送法辦、強制執行等治理權力的監管。

殖民時代管轄權對人與土地所產生的巨大影響⁶⁴，這些都延續到現在的法律治理。例如，在日治時期，高山族被劃出法治的範圍之外，土地相關事項通常是由理蕃警察裁決，而非依法裁量⁶⁵。這些現象一直延續到戰後的法律統治，警察和行政的實際權力往往超越了法律授權範圍。再例如，自1925年起，日本政府將山林歸於國

63 顧恒湛，再殖民、地緣政治與抵抗：戰後臺灣原住民族形塑之研究（1945~1984），國立政治大學台灣史研究所博士論文，頁77-200（2019年）。

64 Paul D. Barclay在其專著《帝國棄民》（2020）中指出，1895年至1915年間的焦土政策導致臺灣土著面臨去領域化的局面，且隘勇線的設置嚴重限制了他們的移動自由。隨後，帝國實施了再領域化計畫，依據理性、一貫性及單一主權的國家理念，將土著視作開發資源的障礙，而非勞動力的潛在來源，進一步強化了對他們的管制，而非尋求與他們的共生或合作。Paul D. Barclay著，堯嘉寧譯，帝國棄民：日本在臺灣「蕃界」內的統治（1874-1945），頁215-240（2020年）。

65 高山族因未完全納入現代法學知識，因此他們在探索自身習俗和慣行時享有較大的自由度，這為保留傳統規範提供可能性。他們可以利用社內的規範來解決問題，或維持獨裁制度等傳統的制裁方式。這種情況也意味著高山族與現代法律體系的接觸比其他群體來得晚。參照：王泰升，2011（註8），頁83；王泰升，2015（註8），頁59；蔡志偉（Awi Mona），從客體到主體：臺灣原住民族法制與權利的發展，臺大法學論叢，40卷特刊，頁1517-1519（2011年）。

家所有權，而為了森林計畫事業的規劃另設「準要存置林野」（亦即蕃人所要地），僅讓番人保有使用權，侵犯了原住民的土地使用自由。而國民黨政府在1948年7月15日發布《臺灣省各縣山地保留地管理辦法》承繼這樣的規劃而改稱為山地保留地；台灣農林公司承接此政策，進一步透過土地徵收和購買，將大量原住民傳統土地轉化為國有財產，進一步侷限了原住民對土地的權利⁶⁶。戰後威權統治的山地行政延用了日本政府的統治方式，但山地保留地（後稱原住民保留地）實際上已經超出法律的授權範圍，其法理延續至今，正當性令人質疑。

這些原本集體的土地生存空間被轉化為個人的占有或所有空間，對原住民的法意識產生了重大影響，持續造成部落內部或不同部落、族群間的衝突。Benton便曾以20世紀的歐洲擴張為例，說明帝國規範是如何影響地景和海景，這其中人作為法律載體，不同人因為際遇不同而承載彼此衝突的法意識，形成合法性建構過程中的內部張力⁶⁷。同樣是帝國擴張的過程，高山族因為在日治時期並未完全受到現代意義的法律統治⁶⁸，與漢人和平埔族群相較，更晚被迫接受現代意義的法律，其法意識產生的衝突也就因此更為劇烈。

為了法律解殖，就要考察人與土地、人與自然的法律地景，剖析原住民生活所受到的限制或傷害，以及顛覆原住民族法律地景中所受到的國家法律管轄權的控制。在殖民主義下從日治時期到國民黨政權，原住民土地被大幅度強取豪奪，法律解殖就是要從當代原住民族的意志與意願出發，重新探問有哪些限制或傷害可能不具有正當性，透過追問法律是憑藉什麼權威而能實施治理，重新找到梳理合理性與正當性的可能。從「法律解殖敘事觀」的法律時空角度

66 王泰升（註46），頁1676。

67 BENTON, *supra* note 52, at 279-300.

68 王泰升，2011（註8），頁83；王泰升，2015（註8），頁59；蔡志偉（Awi Mona）（註65），頁1517-1519。

來說，過去管轄權的分析都是小比例尺的國家法視角，忽略大比例尺下法律所創造的人物關係或者人與自然關係。以卡大地布部落為例，1985年臺東縣府強制徵收卡大地布的傳統領域以開發綜合遊樂區，這成為臺灣首宗BOT案例，然而，由於其他部分的土地爭議，開發計畫陷入僵局，土地荒廢近三十年。從卡大地布部落的視角來看，這不僅使土地徵收失去正當性，也破壞了他們與土地的連結，造成了法律地景中的空間不正義⁶⁹。

二、偵查不當的單一尺度技術

現在有必要將關於管轄權與尺度的論證具體化，重點關注一個特定的法律治理中的人地關係，並分析其中管轄權與尺度的相互作用。若要以大比例尺重新敘說國家法實施於土地上的基礎，就必須以與土地照應關係（relationship of care）相連結的神聖構體（sacred constitution）為核心，採取植根於地方的親密生態學（ecologies of intimacy）的具體管轄概念⁷⁰。在這個基礎上，因為大比例尺提供了不同的地方視角與價值，足以形成反思與批判的觀點，從而質疑國家單一管轄或尺度之法律權力的合理性與正當性。這有助於建立一個更具有可塑性、更符合實際需求的法律框架與邏輯，來促進被管轄權限制的在地法律地景之創造。

69 在2018年到2022年光電案之後，卡大地布族人開始返回這塊他們被迫離開的土地，以具體行動重新啟用這片土地，並在集體記憶中恢復與開展過去的共耕文化。這一案件是單一管轄權對原住民族法律地景造成變化的明顯例證，也展示了當地社群對此變化的抵抗。參王曉丹，建構多重且有實踐力的主體：從知本光電案看卡大地布的法律動員如何促進原住民族自治？，臺灣民主季刊，20卷2期，頁29-76（2023年）。

70 See Pasternak, *supra* note 60. 正如博伊哲努所說：「人與土地的關係是『需求——供給』，人並不支配土地，相反的，土地在某種程度上支配著人的生存、行動及信仰，易言之，人與土地是相互支配或共存的」。雅柏魁詠·博伊哲努（Yapasuyongu Poiconu）（註5），頁71。

為了發展與土地連結的神聖構體，Valverde進一步主張「具體管轄」的概念，從具體的人和物的集合體出發（例如戶政事務所的命名、鄉公所登記獵具、警察監控攝影資訊、行政官僚控管資料系統等），在文件與物件之中，看到殖民者如何操作繁複的法律知識與權力交織⁷¹。在分析2013年加拿大最高法院關於*Metis*案的判決時，Valverde批評法院使用「王室榮譽」概念作為裁決基礎，指出政府未能履行1870年關於分配140萬英畝土地的承諾。她批評將王室榮譽視為信託責任的主張，這一信託責任受到「時間」與「管轄」的限制，既可能遭遇遲延抗辯，也受限於聯邦管轄範圍，從而削弱了當初承諾的實現而有利於政治鬥爭⁷²。

從具體管轄的角度來說，戰後的諸多措施對原住民的文化認同造成了破壞性作用，有必要進一步解析此種權力運作的法律技術。國家尺度的「單一管轄」內建了「劃編」和「登記」的土地法律技術，以私有財產制剝奪原住民族的土地使用，改變了過去集體性的人與土地關係，在個案中形成法律地景的不正義。具體而言，中華民國以日治時期蕃人所要地為保留地進行「劃編」，僅供原住民有使用權，後經政府陸續測量調查，並開放原住民個人取得耕作權或地上權後，耕作或自用一定期間取得所有權，這本身可以說是暴力搶奪原住民集體土地後，將集體權轉換為個人權避免暴動的措施。此外，原住民個人取得（要回）使用權或所有權的前提是必須「登記」在案，在部分案例中，因為「登記」技術的草率、不符合慣習以及行政疏漏等原因，可以說是導致原住民族喪失土地的根源。即使後來開放增劃編或補辦增劃編，「劃編」和「登記」技術仍然相當鞏固，看似客觀的形式主義轉移了土地取得的不正當性，掩蓋了

71 Mariana Valverde, *Jurisdiction and Scale: Legal 'Technicalities' as Resources for Theory*, 18 SOC. & LEGAL STUD. 139, 141, 143 (2009).

72 Valverde專注於「法律時空體」內的「再分配問題」，特別是在女性主義法律改革的背景下。她認為，女性主義運動將注意力從國內問題轉向國際層面可能導致忽視重要議題，例如對婚姻制度的批評成為次要問題，以及忽略了家庭無償勞動的不正義。See VALVERDE, *supra* note 24, 125-53.

國家尺度「單一管轄」的權力。這種先將所有權收歸國有再發放給個別族人的做法，也被批評為「國家行政科層恩給模式」⁷³。

不當的單一管轄或尺度技術具有剝奪原住民生存空間的效果。如果未經「登記」，原住民即可能面臨名義上所有權人依據《民法》第767條所有物返還請求權要求返還土地的情況。最常見的案例是，未依照《原住民保留地開發管理辦法》第15條「登記」耕作權或地上權的原住民，無法主張占有土地具正當性而被要求返還。例如在台電占用太魯閣族人土地案，即便族人努力爭取回復權利，仍然受限於殖民的「劃編」和「登記」及文字簿冊證據，無法成功突破被強占的暴力遺緒⁷⁴。即便已經登記在案，也可能會像林田山案一般，因為行政機關地籍重測被塗銷，導致保留地變成國有地而登記遭到註銷⁷⁵。此外，如果對於增劃編有所爭議，往往因為增劃編是國家高權行政的一環，且由於法律技術的關係（基於扶助原住民族善意而為的單方授益行政處分，無法尋求法律救濟），很難透過司法翻轉決定。在此，「登記」取代了傳統的界石和規範⁷⁶，這種「土地私有化」的土地政策管控了原住民土地利用⁷⁷，並將土地對原住民集體的多元價值（經濟、政治、文化與社會）窄化為排他性的個人所有權，徹底改變了原住民族的集體生活⁷⁸。

73 陳竹上，我國原住民保留地政策之當代課題與司法案例分析，台灣原住民族研究季刊，5卷2期，頁88-90（2012年）。

74 邱寶琳，原住民保留地制度下「原住民族土地權」概念的轉變：以「非現代（non-modern）」觀點探討太魯閣族土地balay的認知轉變，台灣原住民研究論叢，20期，頁93-98（2016年）。

75 在臺灣高等法院花蓮分院99年度上易字第33號判決中，行政院農業委員會林務局花蓮林區管理處被認為位於花蓮縣鳳林鎮土地的管理機關，該機關依據《民法》第767條，要求自日治時期起即居住於該土地的原住民族人遷離，訴請拆除地上物並填平水泥，將土地歸還。

76 邱寶琳（註74），頁105。

77 林長振，論原住民族土地改革與土地信託之導入，台灣原住民族研究，12卷1期，頁76-79（2019年）。

78 陳怡萱，當Qmayah變（不）成原住民保留地：土地制度與原住民知識，台灣原住民研究論叢，28期，頁90-91（2020年）。

值得注意的是，司法作為「單一管轄」的協力者，無法導正財產權的「劃編」和「登記」邏輯之不公平，土地的使用仍然由法律技術與權力所壟斷。顯而易見的案例是：原住民土地雖然依法不能移轉所有權給非原住民，但非原住民卻可以在其上設定高額抵押權，或將權狀押在非原住民買受人身上擔保債權，使得「原地原用」的設定遭到破壞，成為「原地非原用」⁷⁹。另一種為人所熟知的做法，則是非原住民借名人經原住民出名人同意，而就借名人現在或將來之財產，以出名人名義，登記為所有人或其他權利人，但實際管理、使用、收益與處分則由非原住民借名人為之，違背了「原地原用」的立法目標。這樣的不平等權力的土地暴力遺緒經過很多抗爭之後，最高法院106年度第3次民事庭會議決議才宣告借名登記應為無效⁸⁰。不過，既有私權糾紛因為公權力無法主動介入，仍然無法撼動違法轉租轉讓的現狀。也因為法律僅允許以合夥或共同開發的方式進行，在實務操作上原住民族集體不具有「主體」地位，部落土地與集體經營意識持續流失。

三、辨識多元而混雜的法律共構

當代的實踐並非完全悲觀，現今已有案例採取由下而上、多元價值的「交疊管轄」，以改變因此所造成的法律地景，轉換了對空

79 已經廢止的《臺灣省山地保留地管理辦法》第8條第2項、《原住民保留地開發管理辦法》第18條，乃至於《山坡地保育利用條例》第37條均明確載明「原地原用」的規定，要求原住民保留地所有權移轉限制在原住民族人之間。然而，司法實務透過民事法理推論，在前述法規限制所有權的表象之下，原住民仍維持名義上所有權人外觀，但實際運作規則卻演變成「原地非原用」。

80 最高法院108年度台上大字第1636號裁定正式作出歷史性的決定「非原住民以借名登記、簽訂買賣契約、設定地上權及所有權轉移的行為，違反禁止規定，依《民法》第71條本文規定，應屬無效」。借名登記是常見的民事法爭議，且原住民保留地已成為受此爭議影響的重要議題。其中一種常見的爭議案型為：當借名人與出名人將不動產以借名登記形式處理時，後來的原住民出名人是否可以未經同意就將所有權移轉登記予第三人？早期對此問題存在爭議，直到最高法院在106年度第3次民事庭會議決議中採取有權處分說。該判決認為，內部約定的效力不及於第三人，因為形式上有公示的外觀，應該要保障交易安全。

間之非交疊性的絕對支配。此時，法律多元論強調行動者在不同時空中的法律建構⁸¹，此種分析視角有助於辨識挑戰國家尺度單一管轄的行動。João Vitor Cardoso與Millaray Rayen Pacheco-Pizarro的研究提供了案例，他們主張批判性的法律多元論，以智利*Neltume*案如何對待不同的地方水權系統，描繪當地原住民如何重建法律秩序。這種特殊的水權型態提供了新的空間，將國際和官方法律規範與傳統組織結構、習俗規則、當地解釋等交織在一起。最根本的是，上述的挑戰還涉及新形式的政治行動主義，它們將非人類帶入政治鬥爭，進行了本體論（ontological）順序的反向對稱性，即「人不擁有土地，相反，土地統治著人」；在為保護水域而進行的鬥爭中，原住民族權利和大量非人類融合在一起，從而使集體得以維持在一個不斷串接的網絡中，並實踐AzMapu精神，這個屬於土地的人組成的政體實際上受制於擁有水域的人的權威，每次使用大自然的能源時都會向這些權威徵求許可並表示尊重⁸²。在此一過程中，非但允許挑戰既定的權力結構，也幫助行動者進行抵抗，解除權力與資源的獨占；此種控制水資源的法律秩序揚棄了等級分化的國家法律，著重於法律網絡如何重疊、交叉和相互塑造，並繼而產生新的法律形式⁸³。再舉一例，Liz Charpleix釐清1840年毛利人與英國殖民者簽訂懷唐伊條約（Treaty of Waitangi）後呈現的多元法律共構，她解釋阿努伊河如何對於毛利人的規範、精神、文化與社會連結產生影響，並檢討河流「法人化」所涉及的原住民族與非人

81 有關法律多元論（legal pluralism）的臺灣文獻與英文文獻之回顧與展望，筆者提出以行動者視角的分析，針對具體案例中的法意識進行解剖，以了解臺灣當下的法律多元處境。此研究成果可以提供重要的參考與展望。參照：王曉丹，理解法律多元——行動者視角的分析框架，月旦法學雜誌，320期，頁70-89（2022年）。

82 João Vitor Cardoso & Millaray Rayen Pacheco-Pizarro, *Water Rights, Indigenous Legal Mobilization and the Hybridization of Legal Pluralism in Southern Chile*, 54 LEGAL PLURALISM & CRITICAL SOC. ANALYSIS 117, 117-46 (2022).

83 *Id.* at 117-46.

類世界的議題，並進而改寫規範⁸⁴。因此，國家尺度的「單一管轄」並非具有絕對的普遍性，在重新調整人（原住民族）、物（水域）與規範的關係下，也可以重新找到以文化為核心的管轄規範模式。

「交疊管轄」是一種探索適應當代社會需求的管轄模式，這個模式的基礎是部落集體行動形成共識與主張，並且在當代的實踐中找到表達的可能，重新連結國家被「單一管轄」破壞的人與土地，以達成解除殖民的目的。例如，卡大地布部落在知本光電案的刺激後2022年頒布了新章程，規定「本章程與……抵觸者，優先適用本章程」，這是企圖挑戰國有地「單一管轄」的集體行動。筆者對此提出分析，當原住民部落主張部落會議決議的章程效力可以解消行政命令或函釋的效力時，這已經是一種「交疊管轄」的概念⁸⁵。原住民族「交疊管轄」的法秩序建基於與土地照應關係相連結的神聖構體，只要跟土地建立相互歸屬、彼此相連的生命情境，就能構成管轄正當性。這個「交疊管轄」並非一次性地由上而下完成，而是透過一次又一次部落會議針對具體案件的適用過程，由下而上在每次會議中確認管轄的正當性。因此，不論在解釋諮商同意辦法或者是行政機關的具體作為上，都應該以通過的章程條文為準，這就是具備法律多元的規範內涵。在這個基礎上，同一土地可以不專屬於任一特定政體或法律管轄，在具體個案的管轄或尺度之下，同一土地反而應該是多元而混雜的法律共構⁸⁶。

總之，我們需要發展解構法律地景的偵查工具，聚焦法律技術及其現實效果，以幫助我們調查過去的不當殖民管治與敘事的權力作用，以及延續至今仍未消除的殖民暴力遺緒。我們需要在土地和

84 Liz Charpleix, *The Whanganui River as Te Awa Tupua: Place-Based Law in a Legally Pluralistic Society*, 184 GEOGRAPHICAL J. 19-30 (2018).

85 參王曉丹（註69），頁29-76。

86 See Pasternak, *supra* note 60.

祭儀的層面上，找到法律多元規範、多重糾紛解決機制、多重法律時空交織的混合方式⁸⁷，發展合乎正當性的「交疊管轄」的規範性權力作用，並賦予其法律效力。唯有通過從下而上的逐一檢視法律對空間和時間的治理，並解讀原住民族在地意願的法律敘事，才得以揭露統治權力在法律的軌跡，並發展將法律「政治化」的方法與步驟，從而以之調整法律制度來重構具有正當性的法律框架與邏輯。

陸、批判他者知識，賦權法律主體（解殖權力部署）

殖民權力不僅僅是從上到下有意識的壓制，以武力逼使原住民不敢反抗，也不純粹是由一個機構或論述中心，作用於各個不同的個體，而是藉由將不同因素（法規、行政、科學、慈善等）串聯起來的關係間的系統，所產生的「知識形式」與「部署形式」⁸⁸。此種權力部署雖然形成對個體身體行為的控管與治理，但也透過主體性的建構給個體位置，並使其得以發揮，甚至內化成信念與情感系統。殖民權力的部署的基本架構就是知識的支配，特定的知識或觀念被視為主流或正確，其他知識或觀念則被視為次要或錯誤，而這些主流的知識或觀念被用來支配、控制或影響其他人的想法和行為。這樣的知識支配影響了法律與原住民族生活世界的論述與思維方式，當代原住民族的人我關係和人地關係因此受到了扭曲，導致原住民族產生了防衛心理和被動心態。然而，這樣的殖民權力部署

87 參王曉丹、莊士倫，法律多元的場域共構與時空交織，收於：王曉丹編，*法律有關係：法律是什麼？怎麼變？如何影響我們生活？*，頁137-190（2023年）。

88 Michel Foucault, *The Confession of the Flesh*, in *POWER/KNOWLEDGE: SELECTED INTERVIEWS AND OTHER WRITINGS 1972-1977*, at 194, 194-95 (Colin Gordon ed., Colin Gordon et al. trans., Random House 1980) (1977).

並非完全無法改變，論述是由許多不同的陳述組成的，而這些論述本身也在不斷變化和發展，甚至能夠創造出新的知識形式或架構。實際上，每種新的架構都是由其獨特和創新的內容決定的，藉由被改變的論述內容，甚至被阻止的論述邏輯，以此來期待與建構具有未來性的新架構⁸⁹。

一、二元對立的優劣位階

殖民權力來自於西方知識論的二元思想，透過二元對立的知識區分，以貶抑「他者」的方式而得到證立。其中「他者」是後殖民理論的關鍵概念，就是透過圍繞著「二元對立」而形成，如男人／女人、正／負、白／黑等，以前者為標準，要求後者依據此標準而邁向進步或文明。然而，這些哲學上的對立並不是在「和平」的中立中存在，而是在一個「暴力」的等級「差異」中形成，其中的支配項是倚賴對「他者」既有生存方式的貶抑，對「他者」應有權力的排除⁹⁰。在《帝國的思考》這本書中，日本政府透過二元對立的劃分，對臺灣原住民族進行知識支配。首先的二元對立就是「生蕃」與「支那人」以及「生蕃」與「日本人」的對立。「生蕃馴服致圖」的敘事中，生蕃被描繪成純樸，而支那人則被描繪成狡猾。敘事主軸為，生蕃之所以野蠻是因為支那人卑鄙，而畫面上生蕃感佩日軍誠懇而誓願誠服，透過與生蕃的對比，再現日軍的文明⁹¹。這種二元對立的知識亦透過對「生蕃」與「熟蕃」的區分而進一步強化。日本政府領臺以後，法律論述的討論持續被放在「該視為」或「不該視為臣民」的界線⁹²，最終日本政府並不承認生蕃可以作

89 莊士弘，後結構主義主要概念10.Apparatus 部署，英文文學與文化資料庫，http://english.fju.edu.tw/lctd/List/ConceptIntro.asp?P_No=&C_ID=336（最後瀏覽日：2024年4月29日）。

90 Roy, *supra* note 28, at 315-57.

91 松田京子著，周俊宇譯，帝國的思考：日本帝國對臺灣原住民的知識支配，頁41-42（2019年）。

92 松田京子著，周俊宇譯（註91），頁134-139。

為權利主體的「人格」⁹³。這種知識的建構就是將臺灣原住民族因為其居住地為蕃地或普通行政區，而被劃分生蕃或熟蕃，切割為不同的對待。背後的邏輯是，蕃地上的原住民族並非帝國臣民，因此日本政府不排除討伐或積極介入蕃地的原住民族，比如1900年律令第七號有關占有蕃地之法令即禁止與蕃人締結有關土地的契約⁹⁴。

二元對立的知識建構通常透過系統化的知識來支撐。例如，統治者運用精確的統計資料來呈現原本多元而異質的族群與文化組成，將原住民族簡化為可被歸類、可受管理且固定不變的特徵和單位，這樣的分類方式讓外來統治者能夠將原住民族視為可被管理的對象⁹⁵。在日本政府於1895年接收臺灣初期，臺灣總督府選派了具人類學背景的伊能嘉矩進行原住民族的調查以便「撫番」統治策略。伊能以清治時代的「漢人」與「番人」為基礎，進一步區分「非漢」的原住民族為野蠻和半開化，還有根據多種標準再細分的七大族群⁹⁶。學者藤井志津枝認為伊能的研究其實是受到當時日本「進步／落後」觀點所左右⁹⁷。陳偉智也提到，伊能的研究實際上還是受到19世紀西方的種族觀點影響，特別是當他在對比如加拿大傳教士George L. Mackay的觀點時，Mackay已經將臺灣居民簡單分為「馬來人」和「漢人」。儘管伊能批評Mackay的觀點不夠科學，但他的研究起點仍然是既有的「漢——番」分類⁹⁸。因此，問題不僅是日本政府是否首先建立「漢人主體」再將其他族群塑造成「原

93 松田京子著，周俊宇譯（註91），頁148-149。

94 松田京子著，周俊宇譯（註91），頁173-175。

95 Jen-To Yao, *The Japanese Colonial State and Its Form of Knowledge in Taiwan, in TAIWAN UNDER JAPANESE COLONIAL RULE, 1895-1945: HISTORY, CULTURE, MEMORY* 37, 37-61 (Ping-hui Liao & David Der-wei Wang eds., 2006).

96 1900年，伊能的調查成果被總督府整理為《臺灣蕃人事情》，成為日本帝國統治臺灣原住民的參考基礎。參照：伊能嘉矩、栗野傳之丞著，傅琪貽譯，臺灣蕃人事情（2017年）。

97 伊能嘉矩、栗野傳之丞著，傅琪貽譯（註96），頁31。

98 參陳偉智，自然史、人類學與臺灣近代「種族」知識的建構：一個全球概念的地方歷史分析，臺灣史研究，16卷4期，頁1-35（2009年）。

住民」，更重要的是「漢人主體」的觀念在日治時期已帶有西式知識體系的特質，與清治時期有所區別。這也說明了，日本政府在臺灣的統治，是透過一系列的二元對立（如進步／落後等）進行知識上的支配與管理。

以下舉具體的治理來說明原住民族如何被貶低為他者，在二元對立的知識支配下傳統知識被徹底忽視與貶低。關於土地，日治初期為了進一步管理或收購，殖民者製作了地方的地籍圖，系統性地讓隱匿的田畝都曝露在地籍清冊上，系統性壓制了熟蕃在土地上的存在空間與文化意識。關於森林，日治時期為了配合日本政府整體的森林事業⁹⁹，森林管理政策強制原住民勞動，強制地貶低與改變了其與森林的關係，原住民族的主體地位原本寓寄於照應關係、神聖構體及親密生態學中，在這過程中受到現代資本主義森林政策的侵蝕¹⁰⁰。同時，日本政府透過決定民族特徵、打造地理實體以及種族化的知識系統工作，讓原住民族的他者性進一步常態化與制度化¹⁰¹。上述二元對立的統治知識為國民黨政權所承續，例如1958年至1966年間進行保留地的測量和土地利用¹⁰²，讓這些系統化的資訊與知識建構進一步鞏固殖民主義，在這些「客觀」的知識之下，往後原住民族意識逐漸流逝，更加無法質疑原住民族被視為他者的統治。

後殖民主義理論的目標之一是解構這些西方認識論的根源，並在話語和對話中重構新的意義¹⁰³。Frantz Fanon、Chakravorty

99 林秋綿（註42），頁31。

100 辛年豐，保障原住民族尊嚴的原住民保留地？——制度的檢討與展望，台灣環境與土地法學雜誌，13期，頁35-55（2014年）。

101 Paul D. Barclay著，堯嘉寧譯（註64），頁109。

102 陳憲明，臺灣北部高冷地區農業土地利用的研究，師大地理研究報告，12期，頁103-142（1986年）。

103 Eve Darian-Smith & Peter Fitzpatrick, *Laws of the Postcolonial: An Insistent Introduction*, in *LAW OF THE POSTCOLONIAL* 1, 1-18 (Eve Darian-Smith & Peter Fitzpatrick eds., 1999).

Spivak、Homi K. Bhabha以及其他後殖民主義理論家都反對所有族群皆是從野蠻到文明的進步主義概念，並且反對「歐洲人」一直處於中心和領先地位的觀點。這些理論家認為，種族是社會建構，將歐洲人建構為「標準」與參照點，歐洲人的意義是透過創造「他者」來定義的。更根本的是，他們也質疑將「人」作為一個解釋類別的做法，因為它是基於對他人的排斥和邊緣化建立的普遍性假設¹⁰⁴。在這個論述之下，Nelson Maldonado-Torres討論了「殖民性」(coloniality)的概念，以區別於「殖民主義」(colonialism)¹⁰⁵。殖民主義是指一個國家或一個民族的主權依賴於另一個國家的權力的政治和經濟關係，這使得後者這個國家成為一個帝國；而「殖民性」指的是由於殖民主義而出現的長期存在的權力模式，它定義了文化、勞動、主體間關係和知識生產，遠遠不僅是殖民行政的嚴格限制。對許多理論家來說，「殖民性」是現代性的構成要件，而非衍生物，也就是說，殖民先於現代而存在¹⁰⁶。

後殖民法學理論在上述理論基礎上進一步延伸，將法律視為文化形式和概念的體現。從文化角度來看，隨著文藝復興啟蒙運動和西方實力的增長，法律逐漸發展為具有「西方主義」傾向的文化形式。Peter Fitzpatrick批判地指出，以法律為核心是歐洲文明的基本特徵，他將法律視為一種敘事，而《現代法律的神話》(THE MYTHOLOGY OF MODERN LAW)就是關於現代性的敘事，該故事講述了野蠻人沒有法律，因此需要文明的歐洲人來開化並提供法律，以在異文化的對立和階級中建立現代法律的優越性與正當性。這個現代神話的結構將西方以外的「他者」界定為生活在靜態、統一和封閉的意義系統之中，而「我們」(指西方人，文化人)則占據一

104 Roy, *supra* note 28, at 354.

105 Nelson Maldonado-Torres, *On the Coloniality of Being: Contributions to the Development of a Concept*, 21 CULTURAL STUD. 240, 240-70 (2007).

106 *Id.* at 244, 270.

個進步的、分化的和開放的世界¹⁰⁷。這樣的西方主義就是一個「白人的神話」(white mythology)，假設西方具有法律、規則和反思理性，而其他文化則只有暴力、混亂和武斷，在此神話中，現代法律成為了只有西方社會才達得到的指標，以西方法律與現代性作為文化進化論的頂點。

二、遠離現代法律神話

後殖民法學理論關於「他者」思維的反思，不僅是針對符號上的二元對立問題做批判，更是要拆解「現代法律的神話」，發展對抗殖民權力的知識、策略與行動。現代性的一個特點就是提倡線性的歷史進程，將自己理解為一個計畫，朝向設定的目標不斷改進。這種線性的時間觀念，搭配成為特定主體，引導出社會應該轉型為某種理想的敘事。如果要拆解這樣線性的時間觀，就要打破現代性所具有的線性且快速的時間性，重新涵泳傳統偏慢且非線性的時間性，並回到土地、家或房子的現實地景中，重新認識並發現自己身處的具體情境。

解構現代法律神話的核心困難不是外在的國家暴力，而是在被「他者化」的過程中所產生的內在認同分裂¹⁰⁸。Achille Mbembe將此種分裂指向普世主義和特殊主義、解放和同化之間的張力，最終導致殖民主體的內在分裂或雙重性(doubleness)；以非洲主體為例，這意味著無盡的質疑，無法確定自己是否認同傳統非洲生活，以及是否融入現代性並隨之失去自我¹⁰⁹。針對自我認同的分裂，Fanon尋求一種心理學式的「解殖態度」(decolonial attitude)，提倡「建立你的世界」(build the world of YOU)的行動主義和實踐，以

107 PETER FITZPATRICK, THE MYTHOLOGY OF MODERN LAW 44, 91 (1992).

108 FRANTZ FANON, BLACK SKIN, WHITE MASKS 61, 81 (Richard Philcox trans., Grove Press 2008) (1952).

109 ACHILLE MBEMBE, ON THE POSTCOLONY 12 (2001).

推動解殖。Fanon致力於找回人們在思考和實踐中的能動力態度，他既強調拒絕偏見中的主體、客體和方法的概念，又堅持打破二元對立的邊界，以便恢復主體和集體對於空間、時間和主體間關係的適當體驗，從而通過新的個人和集體機構推動社會和世界去殖民化¹¹⁰。Fanon關注解殖態度的目標在於重新將原住民引入到具體的生活中，在人性化的空間看到彼此並重新體驗，發展新型態的主體互動，以超越殖民和各種「他者化」的內化區分和階級體制。

具體的解殖行動關鍵在於反抗法律所建構的現代性主體敘事，也就是主體敘事重構。主流敘事的一個基本特徵是它們為人們提供了所有故事的藍圖，不僅成為我們理解他人故事的載體，也成為我們理解自己故事的載體¹¹¹。「敘事重構」就是要提供一種積極的策略來挑戰同質化的主流敘事，通過闡明偏離這些藍圖的經驗，在多個視角中驗證它們¹¹²。「敘事重構」有時候被理解為「反敘事」，除了作為「相反」或「反對」之外，還具有「互補」的含義，如「相應」和「對應」，或「重複」和「替代」。敘事重構的第一個含義，假定有一個當權者和一個需要被聽到的人的不平衡。第二個含義就是，雙方都必須存在對對方的尊重和傾聽的意願，也就是不僅僅聽到被邊緣化的敘述而已，還要面對邊緣化所意味的一種權力失衡¹¹³。Bill Ashcroft 提到 Bhabha 的《文化定位》(THE LOCATION OF CULTURE)，他總結說Bhabha告誡人們不要陷入在批評實踐中設置

110 FANON, *supra* note 108, at 174, 181.

111 Molly Andrews, *Opening to the Original Contributions: Counter-Narratives and the Power to Oppose*, in CONSIDERING COUNTER-NARRATIVES: NARRATING, RESISTING, MAKING SENSE 1, 1-6 (Michael Bamberg & Molly Andrews eds., 2004).

112 官大偉從區域研究案例出發，試圖拆解原（被欺負的賣家）漢（貪婪的買家）二元對立關係的主流敘事，他從階級利益與族群身分的不同主體提出「敘事重構」，同時打破私有保留地與共有傳統領域土地的錯誤二分，透過描繪互動中的集體權，以找尋突破他者邏輯的對話基礎。參照：官大偉，原住民土地權的挑戰：從一個當代保留地交易的區域研究談起，考古人類學刊，80期，頁30-33（2014年）。

113 Andrews, *supra* note 111, at 1-6.

二元對立「統一體」的陷阱，尋求「解決方案」的願望通過斷言一個教條凌駕於另一個教條之上來解決真實的或象徵性的矛盾¹¹⁴。當我們將「敘事重構」視為旨在解構主流敘事的文本時，我們也必須牢記，複雜性往往壓倒二元對立，「敘事重構」闡明了原住民族的聲音，既不反對也不依賴於西方殖民壓迫的主流敘事，而是在邊緣確立自己的位置。「敘事重構」的核心在於利用原住民族視角、神話和敘事模式來描繪自己的藍圖，並提供超越主流敘事的「多種選擇」。

這是一個在日常生活中偵察法律殖民的蛛絲馬跡，並發展法律解殖的基礎思維的運動。根除「他者」思維的日常實踐類似於黃應貴所指出的日常生活中的社會運動，從根本上挑戰既有的認識論與本體論，翻轉人際關係秩序、空間秩序、人與時間關係以及人與外在結構關係¹¹⁵。例如，《原基法》以「原住民族意願」為核心，而當代意願的確認需倚賴部落會議或沿襲自日治時期的「頭目」概念，然而，部落會議的文件格式往往複製原民會所提供的版本，仍是原住民族他者化的思維，而人們習慣使用的「頭目」和各族族群名稱等詞彙，對於原住民族來說也都是外來的。回顧歷史，「頭目」這個詞，實際上是日本政府為了找到自己的代理人而使用的詞彙，本身就是以自身進步的價值觀以上位者之姿命名另一個文化而來的。在日治時期，臺灣總督府甚至發展出由政府指派的部落首領，並賦予他們「頭目」、「副頭目」等職稱，每個月還有津貼可領¹¹⁶，這樣由統治者指定特定人物作為部落首領的行為，對於部落原有的政治權威架構產生破壞作用。在當代是否要延襲「頭目」的

114 Bill Ashcroft, *Postcolonial Theory*, in THE WILEY-BLACKWELL ENCYCLOPEDIA OF SOCIAL THEORY 1, 1-5 (Bryan S. Turner et al. eds., 2017).

115 黃應貴，導論：日常生活中的社會運動，收於：黃應貴編，日常生活中的社會運動，頁1-46（2021年）。

116 張耀宗，教育菁英vs.傳統菁英：日治時期教育影響下原住民領導機制的轉變，臺灣教育社會學研究，7卷1期，頁17（2007年）。

用語，值得商榷；為了遠離現代法律神話，部落會議的運作方式也需要多方面的反思，以便超越傳統現代二元對立的敘事模組。

關於法律上的原住民族分類，可能是另一個遠離現代法律神話的節點。現在法律上區分為山地原住民、平地原住民、平埔原住民等，影響到選舉區劃分的政治權力行使以及原保地的土地權利有無，但此種延續自殖民時代的分類方式，當時有著征服、治理與教化的意涵，現在法律上的分類實際上欠缺合理正當性，應該予以批判與修正。詳細而言，清治時期的生番、化番、熟番的稱呼，乃是漢人依據原住民是否向漢人繳稅以及接受漢人文化的程度來進行的區分，並非原住民自身的自我分類¹¹⁷。日本政府為了統治而延續這樣的分類，並以浮動的隘勇線內外決定其是否適用法律的不同地位。之後北蕃南蕃則是以討伐難易作為分類標準，而不是依據各族內部認知的區分¹¹⁸。這些由殖民者為了統治目的而進行的針對原住民族上的法律區分，都應該重新在平等的原則下重新建構法律框架和邏輯。再舉一個例子，法律上討論原住民狩獵權時，「狩獵」一詞本身不是原住民族文化傳統中的概念，如何在當代談論方式中加入文化傳統所存在的狩獵禁忌¹¹⁹，以及考量進入獵場的與「靈」之間的溝通以及「靈」的滋養、協助與賜予，乃是去除法律中仍存在的種族和文化優越性的重要議題，以便改善將原住民族他者化的問題¹²⁰。

三、多樣的法律主體抵抗模式

為了抵抗他者化的法律敘事，除了由上而下地改變法律分類與

117 周婉窈，*臺灣歷史圖說*，3版，頁26-28（2016年）。

118 松田京子著，周俊宇譯（註91），頁157-204。

119 浦忠成（Pasuya Poiconü），*部落狩獵變遷——由幾個獵人的生命史觀察*，*台灣原住民族研究學報*，4卷3期，頁17（2014年）。

120 參蔡志偉（Awi Mona），*從釋字第803號解釋看國家與原住民族間的權利認知斷裂*，*臺灣民主季刊*，19卷3期，頁1-46（2022年）。

概念之外，還需要由下而上地在日常生活中發展出集體的抵抗模式，並且賦予抵抗中主體適當的法律地位或效力。這就必須講到現行的法律框架乃延續自殖民時代的暴力遺緒，並未給予部落或族群集體的法律地位。換句話說，部落或族群無法以其原住民族集體意志，對外與廠商或國家簽訂契約，而部落或族群任何的抵抗都只是個別公民的抗議行為，原則上不構成法律上的效力。然而，正如前面所述，原住民族的主權以及管轄在現實層次還是有其社會效力，而集體性的抵抗主體也仍舊是許多部落的現況。即便法律中仍存在系統性與常態性的暴力，原住民的抵抗行動仍然可以某程度視為法律主體的抵抗模式，是一種試圖扭轉法律中他者化知識建構的努力。

報導者以原保地為例，整理了三個法律主體的集體抵抗模式，這些都足以彰顯出法律解殖敘事觀的精神，值得針對族人以「部落集體」為核心的努力，述說避免原保地繼續流失的故事¹²¹。第一例是新竹鎮西堡和司馬庫斯（新光部落）與營建署簽訂「特定區域計畫」，透過族人共同經營事業，部落得以發展自我認同和能動力，進而促進部落團結與保護部落土地¹²²。第二例為南投瑞岩部落推動的「土地信託」制度，以避免「假買賣」讓更多部落土地流失，這個制度可以從紐西蘭的比較法視角提供參考，例如由土地信託公司代為經營等方案¹²³。第三例是日月潭邵族推動部落「公法人」制度，以挽回在過去一百年的殖民暴力遺緒所造成土地的殘破不堪，透過這個制度，部落可以遏止各種私下買賣，並採取更積極的行動。此外，針對傳統領域的爭議，官大偉提出具體的實踐方式，他

121 林慧貞、嚴文廷，守護原保地，族人站出來：從信託、法人化、部落共管找出路，報導者，2021年8月17日，<https://www.twreporter.org/a/aboriginal-reserve-dispute-solution-2>（最後瀏覽日：2023年4月29日）。

122 參王佳蕙、商雅雯、許添明，司馬庫斯共同經營對部落產業發展與家庭社區照顧之研究，台灣原住民研究論叢，31期，頁23-54（2022年）。

123 參官大偉，紐西蘭毛利人的諮商同意權，台灣原住民族研究學報，8卷3期，頁21-42（2018年）。

認為「傳統領域」作為後設名詞，可以當作實踐的對話平台，讓部落主權與主體從中萌芽滋長¹²⁴。

值得注意的是，具有可塑性的法律框架與邏輯並不是將特定時空土地制度（某種傳統文化）法律化而已，而是需要積極規劃以促進「集體法律主體」。正如郭佩宜對所羅門群島土地法律化研究的啟示，法律化過程往往會導致原土地制度的根本改變，造成文化概念的轉換。例如，從彈性血緣原則轉向父系繼嗣原則，由過程共享地景轉向銘刻私有地景，由靈力連結轉向財產繼承，在國家法律暴力（土地私有化）與傳統文化習慣（土地總有）彼此扞格的情況下，這些變化可能會導致土地糾紛日趨嚴重¹²⁵。當法律敘事從欠缺法律主體轉向在地主體抵抗的法律意義時，將可以影響到國家與民間、漢人與原住民對問題的理解，以及問題該如何解決的看法。

在地抵抗的法律主體的敘事必然具有挑戰以個人為基礎的權利主張，建構有別於典型私有財產制這類殖民暴力的敘事，努力以法律傳統的意義朝向國家法的多元可塑，以強化集體性的當代意義。這包括一方面串接法律傳統的在地實踐，另一方面則是建立法律傳統與現代法的交流平台，從而開發促進集體性的法律途徑。例如，官大偉和林益仁在討論司馬庫斯傳統領域劃設製圖學時已提醒，「馬里光·基納吉傳統領域守護管理聯盟」與「Gaga na mlahang rhyal q'yunan Tayal Mrqwang Mknazi」的成立，賦予了Gaga核心地位，並在部落有機體中發展與傳統連結的社會範疇知識與觀念；法律製圖學如果要產生回復集體性的意義，就要一個「跨文化平等而充分對話的架構」，讓族人因應新的環境挑戰¹²⁶。這個案例可以說

124 官大偉，傳統領域：一個原住民族發展的關鍵議題，台灣原住民研究論叢，22期，頁72-73（2017年）。

125 參郭佩宜，當地景遇到法律：試論所羅門群島土地的法律化及其困境，考古人類學刊，69期，頁143-182（2008年）。

126 官大偉、林益仁，什麼傳統？誰的領域？：從泰雅族馬里光流域傳統領域調查經驗談空間知識的轉譯，考古人類學刊，69期，頁129-132（2008年）。

是將原住民族傳統知識應用到當代情境中，讓部落主體的參與行動來實踐動態式、境遇式與對話式的原住民族知識建構，因而強化其集體性主體¹²⁷。筆者在討論知本光電案時指出，卡大地布部落集體在動員法律的過程中得以重組個人與集體、部落與國家之間的主體關係，因此提升法意識，將阻力轉化為助力，有助於邁開自治的重要一步；卡大地布法律動員的過程建構了「多重且有實踐力的主體」，包括收束道德爭議的策略主體、自建自治的交疊管轄主體、諮商同意權下的越界主體，以及實踐上述三個主體概念的政治代理主體，族人與部落重新「定位」自治的目的地（自治）、出發點（自我）與路線¹²⁸。上述兩個案例展示了族人透過敘事重構，努力創新並構築靈活的法律框架與邏輯：司馬庫斯透過繪製傳統領域等在地行動，挑戰過去《森林法》、《國家公園法》等殖民時期法律的限制；卡大地布則是透過提出訴訟、修訂部落章程和加強外部溝通建構法律主體，以抵抗公有地相關法律對傳統領域的不合理約束。

柒、「就地存在」的法理學：以「承認」為基礎的國家法多元化

或許有人會說，原住民族法律傳統已經隨著時間而流逝在歷史之中，現實上根本不存在有效的原住民族法律傳統。然而，這只是「強」的或「舊」的法律多元，從法律人類學家Merry的觀點來說，當下各國多半在「弱」的或「新」的法律多元之中實現正義¹²⁹。對當代法律多元的實踐來說，國家法的多元化並不以原住民族傳統法在現實上體系完整、概念清晰作為其唯一的效力基礎。

127 李宜澤，從傳統的未來走向倫理觀點：技術反思、後殖民處境與原住民主體意識，*台灣原住民族研究*，13卷1期，頁35-38（2021年）。

128 參王曉丹（註69），頁29-76。

129 Sally Engle Merry, *Legal Pluralism, in THE GLOBALIZATION OF INTERNATIONAL LAW* 29, 29-56 (Paul Schiff Berman ed., 2005).

「弱」的或「新」的法律多元對「文化」有著不同於以往的定義。在法律人類學的「敘事轉向」之下，法律作為一種文化特徵與權力形式，文化並非靜態，只是群體區別於其他群體的重要屬性，可以通過權利保護等方式將其納入國家法律和政策；相對的，文化是一個動態的政治過程，由參與者行動積極創造¹³⁰。這讓我們深刻反省，過去認識原住民族法律傳統的方式，多半從「實證」的角度看待法律，將法律視為一個靜態的規則集合，並且包含在眾多原則體系之中，但這往往以曲解或排除原本要納入的原住民族法律傳統為代價。因此，從法實證主義視角透過證據程序確認原住民族傳統法並不適當，此種納入仍然是一種排除。從動態的文化觀看來，許多原住民族法律傳統在行動者的意義創造中都應該具有當代性，這些要素、感知與世界觀都應該具有某種法律效力。

為了改變法律系統化與常態化的文化排他結構，必須更加真誠地考量原住民族內部及其部落間的多樣性和異質性，並以此促成國家法的多元化。第一步就是要解殖權力性質，改變單一主權與管轄單一的僵固形式，將「原漢政治」論辯納入法律思維，發展一個以「承認」或「肯認」為基礎的法律理論與實踐¹³¹。這意味著，透過平等協商的程序與原則，改寫個案審理的邏輯與推理，發展一種新型態的主權概念下的自決權、集體權，以回應在不同認識論和本體論中觀察到的歷史現實，如非均質主權、多孔主權、交織主權等。這自然引導出必須要解除國家單一管轄的定見，轉而尊重並建構有助於部落形成原住民知識與規範的法律架構，並在部落表達意願時「承認」其管轄權力。其次，國家法多元化意味著發展創新的平等協商機制，立基於「承認」原住民族法律傳統中各異其趣的政治與階級、人地關係、以及屬靈世界觀，使其在國家法內部相互交織。

130 Sally Engle Merry, *Law, Culture, and Cultural Appropriation*, 10 YALE J.L. & HUMAN. 575, 575-603 (1998).

131 Gover, *supra* note 1, at 847-75.

我們應該更包容看待原住民族脫離現代資本主義單一個體和邏輯的努力，肯認其所發展的政治集體性，賦予其「就地存在」的法律主體效力。不論是將部落規範納入現代法律體系，或建立新的交疊管轄模式，或在判例法的原則下發展多元的交疊管轄，這都是在邁向一個更平等、尊重和包容的法律多元框架。

本文倡導「就地存在」(being in place)的法理學，法律不再是一種「事實」或「待證事實」，需要權威者的描繪，而是一個從下而上以行動展現、與土地相互依存的政治過程與文化形式¹³²。過去國家法敘事帶有強迫性的「鋼筋水泥」結構(「沒辦法，法律就已經這麼規定」)，必須要轉變為「骨頭肌肉」的紋理(「讓我們好好協商，以原住民族法律傳統強化國家法多元性」)，依循「就地存在」的行動與實踐。當我們將法律視為「骨頭肌肉」的法律敘事時，這促進我們從跨文化視角開展各種尺度與符號的「法律製圖」與「法律時空」，在不同製圖與時空混合中破除單一性的鋼筋水泥。作為政治過程與文化形式的法律生產於部落主體性的建構之中，於內外交互中探索與發展，並試圖轉變國家法既有的「感覺結構」，納入原住民族法律傳統。

上述移除強權壓制原住民族的國家法僵固性，必然立基於在地抵抗行動與「跨文化」的交流和理解，在跨文化的「對等協商機制」中對話與談判。Bhabha將這種交流描繪為「介於兩者之間」(in-between)的第三空間，在跨文化交流中，翻譯和協商是非常重要的因素，因為它們提供了一個空間，可以幫助不同文化的人理解彼此的觀點和價值觀，並實現有意義的對話和進展¹³³。這個過程類

132 Kirsten Anker採用一種獨特的本土主義本體論作為理解合法性的基礎，這種本體論調和不是發生在規範性秩序的層面上，而是來自對生態現實首要地位的接受。Kirsten Anker, *Postcolonial Jurisprudence and the Pluralist Turn: From Making Space to Being in Place*, in *IN PURSUIT OF PLURALIST JURISPRUDENCE* 261, 261-93 (Nicole Roughan & Andrew Halpin eds., 2017).

133 HOMI K. BHABHA, *THE LOCATION OF CULTURE* 1, 27 (1994).

似於Gayatri Chakravorty Spivak所描述的違反其本來的含義和用法的使用詞語（catachresis）的過程，旨在突顯文字及現實中潛藏的問題，作為逆轉、取代和奪取價值編碼的工具¹³⁴。

「介於兩者之間」提供了一個創造性的空間，讓原住民族可以通過創新的語言使用，突破語言和文化的界限，開拓新的意義和可能性。用Kevin Bruyneel的話來說，這是「主權的第三空間」，這個第三空間的主權中，既不完全在原來的系統（主流敘事）之內，也不完全在系統之外，而是存在於跨文化與跨界的行動之中，在這個第三空間中，原住民部落跨越了既有政治的時間和空間邊界，通過闡明建立原住民族和地理空間歸屬的具體管轄關係¹³⁵。藉此，我們可以更好地理解法律多元主義在當代文化生活的複雜性，在施行跨界行動的第三空間中，不僅可以宣告原住民族主權，還能解構法律地景，甚至創造交疊管轄的具體意義。

「就地存在」的法理學與過往的「騰出空間」法律敘事形成鮮明對比。「實證主義法律史」雖然重視對話，但其範圍侷限於為傳統文化在國家法體系內「騰出空間」，以爭取國家法從上而下的承認和納入。相較之下，我們所提倡的「法律解殖敘事觀」將法律視作一種生動而有機的「骨頭肌肉」實體，其對話不依附於國家法既有的立法、司法或行政框架與邏輯，而是直接挑戰了傳統法學與社會學之間二元對立的基本假設——即法學的內部視角與社會學的外部視角。我們提出的「法律解殖敘事觀」結合了歷史與當下實際情境，旨在透過剖析法律所講述的故事，揭露那些表面上看似中性、無害的控制體系。這一「解殖法律敘事觀」也與「解殖法律思想史」有所區別——後者儘管揭示了現代法與原住民族傳統法之間的

134 GAYATRI CHAKRAVORTY SPIVAK & SARAH HARASYM, *THE POST-COLONIAL CRITIC: INTERVIEWS, STRATEGIES, DIALOGUES* 154, 157 (1990).

135 KEVIN BRUYNEEL, *THE THIRD SPACE OF SOVEREIGNTY: THE POSTCOLONIAL POLITICS OF U.S.-INDIGENOUS RELATIONS* 217, 230 (2007).

根本差異與不可協調性，但未能從法理學角度提出促進轉型的法與社會觀點——前者更深入地關注於由歷史與權力關係所建構的不公正法律故事，透過「敘事重構」的方法來進行干預，以挑戰國家法敘事的權力與文化形式。

「法律解殖敘事觀」力促以原住民族法律傳統的日常實踐為基礎，在集體權和國際人權之下進行跨文化協商，進行促進國家法多元化的雙向對話，目標在於發展「創生法律」的關鍵時刻¹³⁶。這不只是改變說故事的視角，而是具體要求司法、行政和立法系統以更靈活、可塑的對話與協商，推動個案中的法律多元之「創生法律」時刻。首先，部落的集體決議應具有類似判例法的效力，以多孔主權或交疊管轄，阻擋行政機關的執行。其次，司法體系應勇於挑戰殖民時期遺留下來的暴力法令，或者以原住民族基本權利宣告部分法令及其執行所造成的不公¹³⁷。此外，行政機關應採用更具可塑性的解釋方法，從部落集體視角承認原住民族法律傳統的當代實踐，並發展出一種對等而可塑的主體與主權意義，以強化原住民族集體性¹³⁸。更進一步，過去以行政手段剝奪原住民族權益與土地的「不文明」行政行為，應該盡可能以主動的行政作為予以回復或返還，例如盤點在原住民傳統領域上低效利用的土地，創造具有原住民主

136 Kristen A. Carpenter & Angela R. Riley, *Indigenous Peoples and the Jurisgenerative Moment in Human Rights*, 102 CALIF. L. REV. 173, 173-234 (2014).

137 例如針對知本光電案，法院宣告原民會制定的《諮商取得原住民族部落同意參與辦法》違反《原基法》、公民與政治權利國際公約、經濟社會文化權利國際公約、憲法保障原住民族及部落自主的規範意旨（臺北高等行政法院109年度訴字第1509號判決）；還有針對莫拉克風災土石崩落淹沒下游復興里布農住宅，法官認定臺南水保署侵害「原住民文化權之人格權」且情節重大（臺灣高等法院高雄分院111年度原重上國更二字第1號判決）。

138 例如林務局自2017年起在部落試辦「原住民狩獵自主管理計畫」，嘗試找出適合臺灣的狩獵管理模式，這樣的地方實踐應該加入可塑性主權的思考。此等地方實踐應該結合原住民族傳統思維，尤其是生態與動物的神聖與世俗的結合體，以此為基礎，對等談判的重點不是要求原住民協力達成行政目標，而是應該在於限制行政體系的管制權力，並監督官僚體系促成原住民族集體權的落實。

權意涵的法律傳統精神的土地使用。最後，立法機關應立即展開《原基法》相關法令盤點、修正及廢止工作，包括相關子法如原住民族土地及海域法、原住民族自治法的修訂，特別是為原住民族創設新的特殊權利。立法創新還包括與原住民族或部落「簽約」，有鑑於歷史上欠缺原住民族授予國家權力的實質性與社會性，國家法應該致力於創新法律框架，將個案對話與協商的結果，在立法上賦予這些政治與規範成果法律效力。總之，「就地存在」法理學致力於國家法多元化，不僅是指多重重疊或嵌套的多元法律，而是賦予特定「地方」生活獨特性，使法律行動的表達、對話、協議等具有法律意義，甚至將原住民族法律傳統中的平等或和解的意義納入國家法之中。

捌、結語

當代的法律敘事講述「殖民暴力遺緒」的故事，每一次適用既有的法律邏輯與框架，都在延續殖民時期的權力結構和思維模式。「依法行政」雖避免了恣意濫權，卻具有正當化殖民權力的效果，即便是關於原住民族的權利敘事，也無法擺脫國家法暴力遺緒的制約。此種不平等結構的法律邏輯與框架，以法實證主義為基礎，將法律或文化視為靜態現象，就像是樹上等待被摘下的果實，幾乎無法回應原住民族在地動態的法律敘事及地方歸屬感。原住民族法的進步學者所提出的「騰出空間」建議，雖然也關注改變主流法律不平等結構的議題，仍需要法律理論與實踐的方法和路徑。

為了描繪國家法對原住民族法律傳統的壓制，本文放棄實證主義法律觀，轉而將法律視為一組文化特徵與權力形式，一組關於外在實踐、隱性知識與特定宇宙觀的敘事。在法律解殖的敘事觀之下，國家法以其特定的文化形式，在主權、管轄與主體三個層面，

正當化了不合理的權力性質、作用與部署，並以殖民暴力遺緒的方式持續影響。本文以法律社會史剖析了國家法的特定敘事，首先在主權單一性之下，國家法掩蓋殖民同化和剝奪的權力性質；其次國家法遮蔽了對原住民族的不當法律權力作用，無視法律地景中的多元抵抗；最後國家法的邏輯與架構貶抑「他者」的知識建構，進一步對弱勢族群施加權力部署。國家法多元化的抵抗之道，唯有拒絕現代性的理性、線性和二元對立階層邏輯，以不同文化和知識體系的多樣性和複雜性為基礎，讓原住民族法律傳統得以與國家法對話和交織¹³⁹。

本文提倡「就地存在」的法理學，以積極處理殖民暴力遺緒所產生的持續傷害¹⁴⁰，藉由敘事重構來推動國家法與原住民族法律傳統的對話和協商，並尋找法律多元間的解決方案。在方法論上有以下三個層面：第一，我們尋求以部落或族群「就地存在」為基礎的平等模式，以敘事重構將問題提升到應有的政治性（包含重組權力分配）以及規範性（包含重組權利內涵）。第二，我們必須認真對待「就地存在」的原住民族法律意志（法意識），發展不同於現代性文明觀下的主權與管轄概念，以多元的精神「肯認」或「承認」多樣的合法性敘事。第三，我們提倡人們認真反思「就地存在」的法律實踐，當族群或部落表達意願時，就應該在相互肯認中創造和重塑法律¹⁴¹。上述方法論的三個層面展現出以「承認」原住民族的

139 參黃居正，原住民法與市民法的衝突——論非線型憲法結構下特殊權利的地位，台灣原住民族研究學報，2卷1期，頁27-61（2012年）。

140 反轉之道，至少必須「承認」《原基法》具有準憲法的地位，在法律解釋時秉持著非線型結構立場，致力於建構特殊權利的內涵。參黃居正，憲法解釋與原住民族權利，收於：廖福特編，憲法解釋之理論與實務（六）（下冊），頁429-465（2009年）；蔡志偉（Awi Mona），108年度台上大字第1636號蔡教授志偉書面意見，最高法院網站，<https://tps.judicial.gov.tw/tw/cp-1108-51818-0fa60-011.html>（最後瀏覽日：2024年3月30日）。

141 Hadley Friedland & Val Napoleon, *Gathering the Threads: Developing a Methodology for Researching and Rebuilding Indigenous Legal Traditions*, 1 LAKEHEAD L.J. 16, 16-44 (2015).

法律傳統的國家法多元化，一方面「接納」原住民族的主動性，尤其關於身分、土地與治理等族群區別對待和責任分擔的內涵，另一方面「支持」多元治理的政治，不只是聆聽原住民族或部落所表達的意願，更要看見並理解其所建構的維持適當平衡的規範，並賦予其法律效力。

法律並不是嚴密的鐵絲網，管制我們所有的行動，使我們必須完全遵循條文，據此生活。相反地，法律只是構築了一個關於資本、政治與行政的大網，這個網中的法律空間充滿了不同尺度之間的空隙。在這個大網下生活，原住民發展著自身的能動力，在空隙間撐出一個「法律敘事防護罩」，必要時運用法律並同時挑戰法律。「就地存在」的法理學所展開的個案行動就是一種建構「法律敘事防護罩」的努力，協助國家法發展相互對話的程序，以及彈性可變的紋理。在這個意義下，原住民族法並非只是國家實定法的解釋學，或者在既有法律邏輯與架構納入原住民族傳統法而已。原住民族法還應該包括在理論上挑戰國家法單一性的主權與管轄敘事，發展「就地存在」的法理學；在實踐上肯認多樣的法律敘事防護罩，致力於建構多元法律性，以確保原住民族法律傳統的當代主體性。下一步的研究或許該探索原住民部落或族群的主體能動力，考察其在經歷過專制統治、同化政策和民主福利之後，如何運用法律這張充滿空隙的大網，回歸生活發展策略，在法律解殖的路上前進。

參考文獻

1. 中文部分

- Paul D. Barclay著，堯嘉寧譯（2020），帝國棄民：日本在臺灣「蕃界」內的統治（1874-1945），臺北：臺大出版中心。[Barclay, Paul D. 2018. *Outcasts of Empire: Japan's Rule on Taiwan's "Savage Border," 1874-1945*. Oakland, CA: University of California Press.]
- 王佳蕙、商雅雯、許添明（2022），司馬庫斯共同經營對部落產業發展與家庭社區照顧之研究，台灣原住民研究論叢，31期，頁23-54。
- 王泰升（2011），日治時期高山族原住民族的現代法治初體驗：以關於惡行的制裁為中心，臺大法學論叢，40卷1期，頁1-98。
- （2013），在法學與國家法中看見原住民族法律，政大法學評論，134期，頁1-46。
- （2015），論台灣社會上習慣的國家法化，臺大法學論叢，44卷1期，頁1-69。
- （2015），台灣法律史上的原住民族：作為特殊的人群、地域與法文化，臺大法學論叢，44卷4期，頁1639-1704。
- （2022），台灣法律史在司法違憲審查上之運用——以西拉雅族原住民身分認定案為例，台灣法律人，15期，頁1-19。
- 王曉丹（2022），理解法律多元——行動者視角的分析框架，月旦法學雜誌，320期，頁70-89。
- （2023），建構多重且有實踐力的主體：從知本光電案看卡大地布的法律動員如何促進原住民族自治？，臺灣民主季刊，20卷2期，頁29-76。
- 王曉丹、莊士倫（2023），法律多元的場域共構與時空交織，收

- 於：王曉丹編，法律有關係：法律是什麼？怎麼變？如何影響我們生活？，頁137-190，新北市：左岸文化。
- 石賀奇（2019），家庭托顧長照服務在原鄉部落發展的優勢與困境——以南投縣為例，東吳社會工作學報，37期，頁143-157。
- 伊能嘉矩、栗野傳之丞著，傅琪貽譯（2017），臺灣蕃人事情，新北市：原住民族委員會。[伊能嘉矩、栗野傳之丞（1900），臺灣蕃人事情，臺北：臺灣總督府民政部文書課。]
- 吳豪人（2019），「野蠻」的復權：臺灣原住民族的轉型正義與現代法秩序的自我救贖，臺北：春山。
- 李宜澤（2021），從傳統的未來走向倫理觀點：技術反思、後殖民處境與原住民主體意識，台灣原住民族研究，13卷1期，頁1-52。
- 李朝成（2010），從國際法的觀點論荷蘭據台時期台灣原住民之法律地位，台灣原住民研究論叢，7期，頁45-82。
- 辛年豐（2014），保障原住民族尊嚴的原住民保留地？——制度的檢討與展望，台灣環境與土地法學雜誌，13期，頁35-55。
- 汪明輝（1998），原住民的空間策略——分享與共有台灣，收於：台灣師大人文教育中心編，台灣原住民文化與教育之發展，頁205-245，臺北：台灣師大人文教育中心。
- 官大偉（2014），原住民族土地權的挑戰：從一個當代保留地交易的區域研究談起，考古人類學刊，80期，頁7-52。
- （2017），傳統領域：一個原住民族發展的關鍵議題，台灣原住民研究論叢，22期，頁45-76。
- （2018），紐西蘭毛利人的諮商同意權，台灣原住民族研究學報，8卷3期，頁21-42。
- 官大偉、林益仁（2008），什麼傳統？誰的領域？：從泰雅族馬里光流域傳統領域調查經驗談空間知識的轉譯，考古人類學刊，69期，頁109-141。

- 周婉窈(2016), 臺灣歷史圖說, 3版, 新北市: 聯經。
- 邱寶琳(2016), 原住民保留地制度下「原住民族土地權」概念的轉變: 以「非現代(non-modern)」觀點探討太魯閣族土地balay的認知轉變, 臺灣原住民研究論叢, 20期, 頁91-116。
- 松田京子著, 周俊宇譯(2019), 帝國的思考: 日本帝國對臺灣原住民的知識支配, 新北市: 衛城出版。[松田京子(2014), 帝国の思考: 日本「帝国」と台湾原住民, 東京: 有志舎。]
- 林長振(2019), 論原住民族土地改革與土地信託之導入, 臺灣原住民族研究, 12卷1期, 頁61-108。
- 林津如(2023), 守護狼煙的女人: 莫拉克颱風災後原住民族女性的主權實踐, 人文及社會科學集刊, 35卷2期, 頁391-433。
- 林秋綿(2001), 臺灣各時期原住民土地政策演變及其影響之探討, 臺灣土地研究, 2期, 頁23-40。
- 施正鋒(2002), 原住民族的歷史重建, 收於: 施正鋒、許世楷、布興·大立編, 從和解到自治——台灣原住民族歷史重建, 頁305-332, 臺北: 前衛。
- (2020), 澳洲《原住民族土地所有權法》研究: 一個批判性的觀點, 國家發展研究, 20卷1期, 頁79-123。
- 浦忠成(Pasuya Poiconü)(2014), 部落狩獵變遷——由幾個獵人的生命史觀察, 臺灣原住民族研究學報, 4卷3期, 頁1-19。
- 陳竹上(2012), 我國原住民保留地政策之當代課題與司法案例分析, 臺灣原住民族研究季刊, 5卷2期, 頁83-114。
- 陳怡萱(2020), 當Qmayah變(不)成原住民保留地: 土地制度與原住民知識, 臺灣原住民研究論叢, 28期, 頁55-97。
- 陳偉智(2009), 自然史、人類學與臺灣近代「種族」知識的建構: 一個全球概念的地方歷史分析, 臺灣史研究, 16卷4期, 頁1-35。
- 陳憲明(1986), 臺灣北部高冷地區農業土地利用的研究, 師大地理研究報告, 12期, 頁103-142。

- 郭佩宜（2008），當地景遇到法律：試論所羅門群島土地的法律化及其困境，*考古人類學刊*，69期，頁143-182。
- 張耀宗（2007），教育菁英vs.傳統菁英：日治時期教育影響下原住民領導機制的轉變，*臺灣教育社會學研究*，7卷1期，頁1-27。
- 莊曉霞（2019），部落族人對原住民族社會工作的期待：去殖民觀點的想像，*臺大社會工作學刊*，40期，頁87-129。
- 雅柏魁詠·博伊哲努（Yapasuyongu Poiconu）（2012），台灣原住民族主權的虛相與實相，*台灣原住民族研究學報*，2卷4期，頁1-26。
- （2013），還我土地觀點下的原住民族土地政策，*台灣原住民族研究學報*，3卷3期，頁67-98。
- （2019），接觸的真相：原住民族土地流失的多重敘事，*台灣原住民研究論叢*，26期，頁105-128。
- 黃居正（2009），憲法解釋與原住民權利，收於：廖福特編，*憲法解釋之理論與實務（六）（下冊）*，頁429-465，臺北：中央研究院法律學研究所籌備處。
- （2012），原住民法與市民法的衝突——論非線型憲法結構下特殊權利的地位，*台灣原住民族研究學報*，2卷1期，頁27-61。
- 黃雅鴻、紀駿傑（2019），甜蜜的殖民主義：從糖業殖民到觀光殖民，*臺灣人類學刊*，17卷1期，頁1-43。
- 黃應貴（2021），導論：日常生活中的社會運動，收於：黃應貴編，*日常生活中的社會運動*，頁1-46，新北市：群學。
- 楊克隆（2018），清代平埔族土地流失原由新探，*興大人文學報*，61期，頁47-78。
- 蔡志偉（Awi Mona）（2011），從客體到主體：臺灣原住民族法制與權利的發展，*臺大法學論叢*，40卷特刊，頁1499-1550。
- （2022），從釋字第803號解釋看國家與原住民族間的權利認知斷裂，*臺灣民主季刊*，19卷3期，頁1-46。

謝若蘭 (2011), 平埔族群正名運動與官方認定之挑戰, 台灣原住民族研究季刊, 4卷2期, 頁121-142。

顧恒湛 (2019), 再殖民、地緣政治與抵抗: 戰後臺灣原住民族形塑之研究 (1945~1984), 國立政治大學台灣史研究所博士論文。

2. 外文部分

Anderson, Benedict. 1983. *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*. London: Verso.

Andrews, Molly. 2004. Opening to the Original Contributions: Counter-Narratives and the Power to Oppose. Pp. 1-6 in *Considering Counter-Narratives: Narrating, Resisting, Making Sense*, edited by Michael Bamberg and Molly Andrews. Amsterdam: John Benjamins Publishing.

Anker, Kirsten. 2017. Postcolonial Jurisprudence and the Pluralist Turn: From Making Space to Being in Place. Pp. 261-293 in *In Pursuit of Pluralist Jurisprudence*, edited by Nicole Roughan and Andrew Halpin. Cambridge: Cambridge University Press.

Ashcroft, Bill. 2017. Postcolonial Theory. Pp. 1-5 in *The Wiley-Blackwell Encyclopedia of Social Theory*, edited by Bryan S. Turner, Kyung-Sup Chang, Cynthia F. Epstein, Peter Kivisto, William Outhwaite and J. Michael Ryan. Chichester: John Wiley & Sons Inc.

Benton, Lauren. 2009. *A Search for Sovereignty: Law and Geography in European Empires, 1400–1900*. Cambridge: Cambridge University Press.

Bhabha, Homi K. 1994. *The Location of Culture*. New York, NY: Routledge.

Bruyneel, Kevin. 2007. *The Third Space of Sovereignty: The*

- Postcolonial Politics of U.S.–Indigenous Relations*. Minneapolis, MN: University of Minnesota Press.
- Buchan, Bruce, and Mary Heath. 2006. Savagery and Civilization: From Terra Nullius to the ‘Tide of History’. *Ethnicities* 6:5-26.
- Cardoso, João Vitor, and Millaray Rayen Pacheco-Pizarro. 2022. Water Rights, Indigenous Legal Mobilization and the Hybridization of Legal Pluralism in Southern Chile. *Legal Pluralism and Critical Social Analysis* 54:117-146.
- Carpenter, Kristen A., and Angela R. Riley. 2014. Indigenous Peoples and the Jurisgenerative Moment in Human Rights. *California Law Review* 102:173-234.
- Chanock, Martin. 2022. Anthropology, Law, and Empire: Foundations in Context. Pp. 36-55 in *The Oxford Handbook of Law and Anthropology*, edited by Marie-Claire Foblets, Mark Goodale, Maria Sapiñoli and Olaf Zenker. Oxford: Oxford University Press.
- Charpleix, Liz. 2018. The Whanganui River as Te Awa Tupua: Place-Based Law in a Legally Pluralistic Society. *The Geographical Journal* 184:19-30.
- Coulthard, Glen Sean. 2014. *Red Skin, White Masks: Rejecting the Colonial Politics of Recognition*. Minneapolis, MN: University of Minnesota Press.
- Darian-Smith, Eve, and Peter Fitzpatrick. 1999. Laws of the Postcolonial: An Insistent Introduction. Pp. 1-18 in *Laws of the Postcolonial*, edited by Eve Darian-Smith and Peter Fitzpatrick. Ann Arbor, MI: University of Michigan Press.
- Dorsett, Shaunnagh, and Shaun McVeigh. 2007. Questions of Jurisdiction. Pp. 3-18 in *Jurisprudence of Jurisdiction*, edited by Shaun McVeigh. New York, NY: Routledge-Cavendish.
- Ewick, Patricia, and Susan S. Silbey. 1998. *The Common Place of Law:*

- Stories from Everyday Life*. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- Fanon, Frantz. 2008. *Black Skin, White Masks*, translated by Richard Philcox. New York, NY: Grove Press.
- Fitzpatrick, Peter. 1992. *The Mythology of Modern Law*. London: Routledge.
- Foucault, Michel. 1980. The Confession of the Flesh. Pp. 194-228 in *Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings 1972-1977*, edited by Colin Gordon, translated by Colin Gordon, Leo Marshall, John Mepham and Kate Soper. New York, NY: Random House.
- Friedland, Hadley, and Val Napoleon. 2015. Gathering the Threads: Developing a Methodology for Researching and Rebuilding Indigenous Legal Traditions. *Lakehead Law Journal* 1:16-44.
- Gover, Kirsty. 2020. Legal Pluralism and Indigenous Legal Traditions. Pp. 847-875 in *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, edited by Paul Schiff Berman. Oxford: Oxford University Press.
- Hansen, Thomas Blom, and Finn Stepputat. 2006. Sovereignty Revisited. *Annual Review of Anthropology* 35:295-315.
- Kotiswaran, Prabha. 2015. Valverde's Chronotopes of Law: Reflections on an Agenda for Socio-Legal Studies. *Feminist Legal Studies* 23:353-359.
- Mackey, Eva. 2014. Unsettling Expectations: (Un)certainly, Settler States of Feeling, Law, and Decolonization. *Canadian Journal of Law and Society* 29:235-252.
- Maldonado-Torres, Nelson. 2007. On the Coloniality of Being: Contributions to the Development of a Concept. *Cultural Studies* 21:240-270.
- Mbembe, Achille. 2001. *On the Postcolony*. Oakland, CA: University of

- California Press.
- Melissaris, Emmanuel. 2009. *Ubiquitous Law: Legal Theory and the Space for Legal Pluralism*. London: Ashgate.
- Merry, Sally Engle. 1990. *Getting Justice and Getting Even: Legal Consciousness among Working-Class Americans*. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- . 1998. Law, Culture, and Cultural Appropriation. *Yale Journal of Law and the Humanities* 10:575-603.
- . 2005. Legal Pluralism. Pp. 26-56 in *The Globalization of International Law*, edited by Paul Schiff Berman. New York, NY: Routledge.
- Motha, Stewart. 2005. The Failure of ‘Postcolonial’ Sovereignty in Australia. *Australian Feminist Law Journal* 22:107-125.
- Pasternak, Shiri. 2014. Jurisdiction and Settler Colonialism: Where Do Laws Meet?. *Canadian Journal of Law and Society* 29:145-161.
- . 2021. Jurisdiction. Pp. 178-181 in *The Routledge Handbook of Law and Society*, edited by Mariana Valverde, Kamari Clarke, Eve Darian-Smith and Prabha Kotiswaran. New York, NY: Routledge.
- Philpott, Danial. 2001. *Revolutions in Sovereignty: How Ideas Shaped Modern International Relations*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Pictou, Sherry. 2019. What Is Decolonization? Mi’kmaw Ancestral Relational Understandings and Anthropological Perspectives on Treaty Relations. Pp. 37-64 in *Transcontinental Dialogues: Activist Alliances with Indigenous Peoples of Canada, Mexico, and Australia*, edited by Rosalva Aída Hernández Castillo, Suzi Hutchings and Brian Noble. Tucson, AZ: University of Arizona Press.
- . 2020. Decolonizing Decolonization: An Indigenous Feminist

- Perspective on the Recognition and Rights Framework. *South Atlantic Quarterly* 119:371-391.
- Pirie, Fernanda. 2013. *The Anthropology of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Roy, Alpana. 2008. Postcolonial Theory and Law: A Critical Introduction. *Adelaide Law Review* 29:315-357.
- Shrinkhal, Rashwet. 2021. "Indigenous Sovereignty" and Right to Self-determination in International Law: A Critical Appraisal. *AlterNative: An International Journal of Indigenous Peoples* 17:71-82.
- Singh, Jakeet. 2019. Decolonizing Radical Democracy. *Contemporary Political Theory* 18:331-356.
- De Sousa Santos, Boaventura. 1987. Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law. *Journal of Law and Society* 14:279-302.
- Spivak, Gayatri Chakravorty, and Sarah Harasym. 1990. *The Post-Colonial Critic: Interviews, Strategies, Dialogues*. New York, NY: Routledge.
- Tuck, Eve, and K. Wayne Yang. 2012. Decolonization Is Not a Metaphor. *Decolonization: Indigeneity, Education and Society* 1(1):1-40.
- Tully, James. 1980. *A Discourse on Property: John Locke and His Adversaries*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Valverde, Mariana. 2009. Jurisdiction and Scale: Legal 'Technicalities' as Resources for Theory. *Social & Legal Studies* 18:139-157.
- . 2015. *Chronotopes of Law: Jurisdiction, Scale and Governance*. New York, NY: Routledge.
- Watson, Irene. 2017. Aboriginal Laws and Colonial Foundation. *Griffith Law Review* 26:469-479.
- Xavier, Sujith, and Jeffery G. Hewitt. 2021. Introduction: Decolonizing

Law in the Global North and South—Expanding the Circle. Pp. 1-14 in *Decolonizing Law: Indigenous, Third World and Settler Perspectives*, edited by Sujith Xavier, Beverley Jacobs, Valarie Waboose, Jeffery G. Hewitt and Amar Bhatia. New York, NY: Routledge.

Yao, Jen-To. 2006. The Japanese Colonial State and Its Form of Knowledge in Taiwan. Pp. 37-61 in *Taiwan Under Japanese Colonial Rule, 1895-1945: History, Culture, Memory*, edited by Ping-hui Liao and David Der-wei Wang. New York, NY: Columbia University Press.

The Path to Legal Decolonization: Sovereign Narrative Reconstruction and Legal Pluralism for Indigenous Peoples

*Hsiao-Tan Wang**

Abstract

Contemporary indigenous issues are seemingly inseparable from state law but the current legal framework in Taiwan may not be effective when indigenous people seek justice. This article aims to review colonial history and ongoing dilemmas in Taiwan to propose a critical theory of indigenous law in practice. Past literature indicates that Taiwanese law has either neglected or excluded indigenous law, and proposes that it must be given “space” for transitional justice to be achieved. However, it is argued herein that merely “making space” is still insufficient to fully respond to the fluidity of contemporary indigenous law and the legitimacy of the overall legal system. This article provides an analysis of the positioning of law and its role in governance, and the rehistoricizing and contextualizing of “time-spaces of law,” to facilitate the development of a legal framework and logic capable of integration. To move away from the violent relics of colonialism, this analysis suggests that past legal narratives are unmalleable and inorganic “steel and concrete” that need to be transformed into more flexible and organic “bones and muscles.” This “counter-narrative” includes three aspects of legal pluralism: firstly, a redefining of the mainstream concept of a singular hegemonic sovereignty over a territory to better reflect the non-exclusive and fluid form of tribal sovereignty; secondly, a distancing from modern legal techniques and realities that delegitimize diverse tribal governance actions and movement towards overlapping

* Distinguished Professor, College of Law, National Chengchi University.

jurisdiction; and lastly, a theoretical reflection on how “othering” weakens indigenous resistance capabilities and impedes indigenous peoples from becoming legal subjects with agency. To reconstruct a postcolonial legal imagination that allows for more indigenous autonomy these aspects should be considered.

KEYWORDS: indigenous, time-spaces of law, sovereignty, jurisdiction, legal subject, postcolonialism, legal pluralism, legal narrative, legal landscape, legal tradition.