

## 論原住民族轉型正義的國家責任\*

### —— 以自然資源利用及主觀認同為核心

辛年豐\*\*

#### 摘 要

原住民族在歷史的進程上多面對外來族群的侵略與破壞，使其文化及認同受到侵擾，族群也有滅絕的危險。有鑑於此，無論國際法或內國不同層級的法規範都不乏有特別保護原住民族者。然國家對原住民族的保護應該負到何等責任？既有行政權的運作是否符合法規範應然性的要求？本文介紹並分析近期三則涉及原住民族土地與自然資源利用及原住民族群體主觀認同的判決，並從原住民族轉型正義的角度做分析，發現原住民族轉型正義的落實有助於達到憲法平等權的要求、與國際人權公約接軌，並可與憲法所重視的環境等諸多價值產生整合效果。本文發現法院的依法判決正可透過判決落實原住民族轉型正義的要求，也可政治部門及社會部門做溝通，指出政治部門對原住民族土地與自然資源利用應有積極作為並介入矯正；相反的，政治部門在涉及原住民族群體主觀認同的案件，卻是不應積極作為與過度介入矯正，彰顯政治部門進退失據的一面。此外，為落實轉型正義，國家也應投入更多資源從事歷史事實釐清、教育、建立族群溝通的制度與程序。凡此，均為國家履行其面對原住民族轉型正義時不可忽視的。

\* [責任校對：楊子萱]。

\*\* 逢甲大學土地管理學系副教授兼系主任。

穩定網址：<https://publication.iias.sinica.edu.tw/70012132.pdf>。



關鍵詞：原住民族、轉型正義、國家責任、原住民族認同、原住民族土地利用、矯正措施、保護義務。

## 目 次

壹、前言	一、釋放訊息的司法判決
貳、法院判決回顧	二、國家保護原住民族的升級
一、個案中法院的態度	三、原住民族管制事務國家責任的具體化
二、鳥瞰法院見解	
參、原住民族管制事務的國家責任	肆、結語

## 壹、前言

原住民族議題近年受到高度重視，法規範也隨著社會矚目的程度有所調整，儘管臺灣現有憲法的發展體系將原住民族置於憲法增修條文第10條、第11項及第12項中的基本國策條款加以規範，但在憲法理論的發展上，基本國策已演進成為具有直接拘束國家權力行使的「國家目標規定」，具有客觀法的性質，能夠拘束憲法規範所欲拘束的對象不再只是方針條款，並引導國家的行為，此等條款可以直接拘束立法者、課予注意義務，對行政、司法兩權而言也具有「解釋指標」作用<sup>1</sup>。準此，也可以進一步確定國家各個權力部門在憲法的引導下，究竟應該對原住民族履行何等內涵的國家責任？在同樣涉及原住民族而屬不同事物領域的案件中，國家又應如何履行憲法所要求的責任？凡此，都是本文欲進一步探討的問題。然原住

<sup>1</sup> 參照林明昕，原住民族地位之保障作為「基本權利」或「基本國策」？，收於：公法學的開拓線——理論、實務與體系之建構，頁12-15、17-18（2006年）。此一國家目標規定在指示的方向具體明確時，也可能成為一種「憲法委託」。有關國家目標規定與憲法委託的差別，參照同文，頁19-20。

民族涉及的管制事務相當多元，舉凡涉及到生活的一切事務都涵蓋在內，故要進行原住民族研究所要涉及的範圍勢必相當廣泛。為求研究範圍可以聚焦，本文將重點置於理論及實務上廣泛被討論的土地自然資源利用及原住民族群體主觀認同的事務領域，並將此等議題發展的時間縱深納入考量，回應國家及社會過往對原住民族所施加的暴力，據以釐清國家在此等歷史背景脈絡下針對這些事務領域所應承擔的責任究竟應該積極還是消極。

在基本國策的規範文義中，主要是以「原住民族」作為主體，過往學理上在論及原住民族議題時，不乏將原住民族議題的討論區分為原住民族群體及原住民族中個人兩條軸線加以討論<sup>2</sup>。就此而言，本文討論所涉及的事務領域於基本國策對國家責任產生什麼影響時，所討論的將會集中在原住民族群體的面向上。一方面原住民族往往是以部落為主體來使用土地及土地上的自然資源，故重視的是原住民族群體如何做出具體決定；另一方面，一群人對於自己是否為原住民族也涉及到群體中個人的主觀認同，當個人達到一定的數量時，就會產生群體的意識，故此等事務也涉及原住民族群體的事務。事實上，這兩者都是原住民族運作並發展文化不可或缺的元素，值得我們特別重視。過往法院面對原住民族的案件已有許多表達意見的機會，無論2003年的蜂蜜案、2010年的風倒櫟木案，都是大家耳熟能詳的經典案例，對此，本文擬不再詳加介紹<sup>3</sup>，但從這兩個案件的結果觀之，後者對原住民族而言可以認為是原住民族權利獲得聲張的典型案列，是否意味著隨著時代的變遷，法院對原住民族的態度漸趨友善，值得進一步探究。然本文關心的是，在風倒

---

2 市川守弘，アイヌ人骨返還を巡るアイヌ先住権について，收於：北大開示文書研究会編，アイヌの遺骨はコタンの土へ——北大に対する遺骨返還請求と先住権，頁144（2016年）。

3 有關這兩個個案的介紹，參照陳新民，最高法院的覺醒——由提出王光祿釋憲案所引發最高法院提出釋憲案的制度與原住民權益保障的法制問題，政大法律評論，155期，頁12-14（2018年）。

釋木案後，司法實務陸續仍有涉及原住民族的案件值得我們進一步觀察及思考，而司法權對於法規範的詮釋，也相當程度宣示一個法治國家在法規範的要求下，應該盡到什麼樣的責任。倘若對照以前法院面對原住民所做的判決與現階段所做的判決，可以發現現在的法院更勇於從原住民族的角度出發來檢視個案所面對的問題，原住民族所面對的問題則必須要從歷史的角度切入，才能了解整件事的來龍去脈<sup>4</sup>，而法院之所以會有如此的改變，也與臺灣政治體制的轉型與變革有關，不管是從威權轉型到民主政體，抑或從強調中華民族到正名為原住民族，都是政治體制與社會轉型的體現，當我們回頭處理過往的人權暴行，建立符合新價值觀的未來願景時，其本身所落實的就是轉型正義<sup>5</sup>。如此，也彰顯出當我們認識並解決原住民族問題時，必須具有轉型正義的思維才能確實解決文化傳統根本差異之原住民族所遭受不正當對待的問題<sup>6</sup>。為了釐清國家在涉及原住民族有關土地自然資源利用及原住民族群體主觀認同的國家責任，本文將先回顧至2019年為止幾個個案的法院判決，了解法院面對此等案件的態度，雖然個案所涉及的法規範事後多有修改或調整，但對於案件的介紹仍以案件當時的法規予以呈現，合先敘明；其後，從轉型正義的角度進一步思索國家面對此等事務領域時所應承擔的國家責任，檢視目前實務的做法在應然面上是否過度涉入或保護不足。

---

4 論者主張要建立歷史記憶，在制定或解釋原住民族法律時要有歷史思維，才能完善處理問題；參照王泰升，原住民族相關法制的回顧及省思，收於：王泰升編，多元法律在地匯合，頁429（2019年）。

5 參照王泰升，論台灣的轉型正義：過去、現在與未來之間的對話，台灣法學雜誌，315期，頁2（2017年）。

6 參照王毓正、張家熏，從礦業法談原住民族轉型正義，台灣法學雜誌，325期，頁52（2017年）。

## 貳、法院判決回顧

為了瞭解法院如何看待涉及原住民族土地自然資源利用及原住民族群體主觀認同的案件，本文將先回顧三個具有指標性的案件，了解個案中法院的態度；其後，再整體性的鳥瞰這些案件，整理法院對於不同類型案件中國家所應承擔的責任，據以作為後續討論的基礎。

### 一、個案中法院的態度

本文主要處理土地自然資源利用及原住民族群體主觀認同的案件，並以轉型正義來做分析及討論，故著重搜尋涉及長久歷史進程的重要案例，就案例事實及法院的論理做整理。

#### （一）土地與自然資源利用

在涉及原住民族土地與自然資源利用的案件，本文選擇自1957年即已存在於原住民保留地的採礦權，並開採迄今產生重大爭議的太魯閣亞洲水泥案<sup>7</sup>，以及國家剝奪原住民族使用之殯葬土地而產生的國家賠償訴訟做介紹。前者涉及經濟發展與原住民族利用原住民保留地的衝突問題，剝奪原住民族對原住民保留地的使用問題存在於臺灣已逾半世紀之久，引發社會高度重視；後者則涉及原住民族於既有國家法秩序進入前即於該地從事殯葬文化，具有一定的歷史縱深，且為罕見涉及國家賠償的案件。因此，本文選擇此兩案件做討論。

---

<sup>7</sup> 有關本案在歷史上事實的介紹，參照陳竹上，論礦業權與原住民族土地權利之衝突與協調：以亞洲水泥礦業權展限案及諮商同意機制為例，台灣法學雜誌，337期，頁172-173（2018年）。

## 1. 太魯閣亞泥案<sup>8</sup>

### (1) 案例事實

亞洲水泥股份有限公司（下稱「亞泥」）原領有礦區位在花蓮縣新城鄉、秀林鄉新城山東方地方之臺濟採字第5335號大理石礦採礦執照，有效期限至2017年11月22日屆滿。亞泥於2016年10月6日以亞（105）總花字第1178號函檢附減區分割申請書，申請將礦業權所在礦區西側與太魯閣國家公園範圍重疊部分辦理減區，復於2016年11月25日檢送申請書、相關圖件及規費申請礦業權展限（下稱系爭申請案）。案經經濟部礦務局於2016年12月1日以礦授東一字第10500283670號函請行政院農業委員會所屬水土保持局、林務局、漁業署、內政部營建署及所屬城鄉發展分署、交通部觀光局、臺灣鐵路管理局、公路總局、第二作戰區指揮部、經濟部水利署、台灣自來水股份有限公司第九區管理處、花蓮縣政府、花蓮縣環境保護局及花蓮縣文化局等14個機關（構）查復亞泥自1957年11月23日准予設定礦業權後有無新增法律規定禁止，或非經該等機關核准不得採探礦暨其法令規定。另亞泥申請減區部分，則經被告以2016年12月20日經授務字第10520111650號函准予減區併換發臺濟採字第5665號採礦執照。其後，經上開機關（構）查復、到場會勘及進行必要調查後，經濟部乃認系爭申請案符合規定，以2017年3月14日經務字第10602603420號函核准參加人系爭礦權展限之申請，有效期限至2037年11月22日止。當地的太魯閣族原住民族不服，以利害關係人之身分，提起訴願經駁回後，提起本件行政訴訟。

### (2) 法院論理

本案法院於程序上援用新保護規範理論，對憲法第143條第2項及礦業法之相關規定，認為原告之太魯閣族原住民為訴願法第18條

---

<sup>8</sup> 參照臺北高等行政法院106年度訴字第1505號判決。

及行政訴訟法第4條第3項的利害關係人。於有關礦業法的實質審查上，法院單純針對礦業法的法規範並審酌個案所涉及的專業領域，肯定亞泥就系爭礦權展限之申請，並無礦業法第31條第1項第4款規定「有第38條第2款」所列「礦業之經營有妨害公益無法補救」之情形；也肯定亞泥就系爭礦權展限之申請，並無礦業法第31條第1項第3款規定設定礦業權後，有新增第27條第5款「其他法律規定非經主管機關核准不得探、採礦之地域內，未經該管機關核准」及第6款「其他法律禁止探、採礦之地域」之情形。故單純就礦業法而言，原告之主張不見得有理由；然在涉及原住民族土地資源利用的問題上，法院則更積極地介入審查。

法院認為主管機關為處分前，亞泥未踐行原住民族基本法第21條第1項之諮商同意參與程序是有瑕疵的。原住民族基本法（下稱原基法）第20條第1項、第21條第1項是立法者為貫徹憲法增修條文第10條第11項、第12項之意旨，以維護原住民族對於自然資源及其他經濟事業的權益所為之規定，制定時參照聯合國原住民族權利宣言草案第32條第2項所揭示國際廣為承認之原住民族權利核心的「事先徵得原住民族自由知情的同意」，且公民與政治權利國際公約第27條及經濟社會文化權利國際公約第15條第1項第1款也都揭示應尊重原住民族之合法權益之原則。故此一規定乃展現原住民族土地及自然資源權利保障之一環，以避免土地開發、資源利用、生態保育、學術研究及限制原住民族利用行為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。依諮商取得原住民族部落同意參與辦法第3條之規定，採取礦產之行為屬於原基法第21條第1項的土地開發或資源利用行為，在原住民保留地進行採礦之行為應踐行諮商同意參與程序。原基法於2005年2月5日制定公布，對於公布前已取得礦業權並實際進行採礦之區域，就此已進行採礦且將於礦業權展限後繼續進行採礦之行為，乃是已進行採礦且將於礦權展限後繼續進行

採礦之區域，因原住民族或部落並未來得及在原本礦業用地核定階段表示意見，自應於礦業權展限申請時給予其等表示意見之機會。本案礦場坐落於原住民保留地，為原基法第21條第1項所稱之「原住民族土地」，故於決策前應踐行原基法第21條第1項規定之諮商同意參與程序才符合正當行政程序之要求。本案主管機關未要求亞泥補正諮商同意參與程序，亞泥未踐行上開程序，故原處分違法而有瑕疵，應予撤銷。

主管機關及亞泥雖認為原基法第21條第1項規定並非礦業法第27條第5款、第6款規定之情形，且礦業權展限是既有權利之延續，並非新的土地開發行為，不適用原基法第21條第1項之規定。且行政院也於2016年11月7日召集包括原民會與被告在內之跨部會討論，作成礦業權展限階段尚無需踐行前開諮商同意參與程序之結論，原告自不得僅以兩公約之規定恣意曲解我國憲法之規定意旨，甚而指摘原處分違法。

然法院認為，無論礦業權展限係舊權利之延續或新權利之賦予，礦業法第30條既已規定準用同法第15條、第18條之規定，即原礦業權者仍應檢具包括開採構想在內之相關書圖文件，且主管機關於礦業權者提出礦業權展限之申請後，應審查是否有第31條第1項各項應予駁回之事由，及相關之行政程序是否已經踐行。礦業法雖未於原基法第21條第1項制定後配套做條文之修正、制定或廢止，但依原基法第34條第2項規定，仍得依原基法之原則解釋適用。另礦業權展限之申請固屬舊權利之延續，惟從礦業法之相關規定，可知就礦業權之展限，僅採取原則准許、例外予駁回之制度設計，但仍須經由主管機關（即被告）之相關審查，並作成核准之處分，方能延續原已屆期即應消滅之權利，則在核准處分前，該進行之諮商同意參與程序仍應依相關規定進行，不受該礦業權展限之定性屬舊權利之延續而受影響。故以礦業權展限之性質屬舊權利之延續為由，認為無庸進行諮商同意參與程序的主張並不可採。又決策過程

中雖有行政院跨部會討論之結論，認為新礦業權設定階段應踐行諮商同意參與程序，但何以一樣屬抽象權利創設之礦業權展限階段，則不用踐行上開程序。因此，行政院上開會議結論有矛盾；且行政院之結論並不拘束法院，原處分正確與否仍須受司法審查。故以上開行政院會議結論主張系爭申請案無庸踐行原基法第21條第1項之規定，同不可採。

整體而言，諮商同意參與程序涉及憲法增修條文第10條第11項、第12項暨兩公約所欲保障之原住民族權益，主管機關未依職權審認即逕予核准，亞泥也未踐行，程序即有瑕疵，而應將原判決及訴願決定撤銷。

## 2. 三地門遷葬國賠案<sup>9</sup>

### (1) 案例事實

本案原告為屏東縣三地門鄉的排灣族原住民，往生祖先之遺骸安葬於屏東縣三地門鄉三地村第二公墓。被告機關為辦理舊墓更新興辦計畫及事先遷葬計畫，所屬公務員並未依原住民族基本法第21條規定諮商並取得其等部落之同意或參與，且未依殯葬管理條例第41條規定於2015年12月進行起掘作業前公告並書面通知墓主，使墓主至少有3個月以上的自行遷葬期限，也未於公墓前樹立告示等行政程序，即委請廠商逕行破壞祖先之墳墓，將起掘之骨骸曝曬於地面上或置於簡陋之貨櫃中，甚至當場以噴槍火化骨骸。原告認為被告機關所屬公務員上開行為違法失職及管理欠缺，不法侵害原告遷葬意思決定自由權、經濟社會文化權利國際公約所保障之文化權，致精神上受極大痛苦，依國家賠償法第2條第2項前段、第3條第1項及民法第195條第1項前段規定，請求被告機關加計法定遲延利息賠償原告各11萬元精神慰撫金。對於原告的主張，被告認為原住民委

<sup>9</sup> 參照臺灣屏東地方法院106年度國字第7號民事判決。

員會2016年3月16日原民土字第1050014192號函的顯示，本案遷葬事項非原住民基本法第21條規定之土地開發範疇，毋須諮商並取得原告部落同意或參與。又機關於起掘原告祖先墳墓前，有召開部落會議事先取得原告或原告家屬同意，並簽立同意書，且拆遷系爭墳墓當日，原告或原告家屬也有當場簽署同意書，故起掘原告祖先墳墓無庸給予遷葬期限。又原告瑪達拉·達努巴克就系爭遷葬向屏東縣政府提起訴願，經屏東縣政府駁回訴願，民事法院即不應另行審究行政處分之當否與違法。且原告除單方陳述對系爭遷葬之內心感受外，未提出其他客觀事證證明其等受有精神上痛苦，則依民法第195條第1項規定之請求應無理由。

## (2) 法院論理

本案原告訴願遭駁回後，因遷葬已執行完畢，原告未向行政法院提起確認行政處分違法之訴，逕向民事法院提起國家賠償訴訟，即已表示不循行政爭訟程序請求救濟之意，民事法院即應自行審查認定被告機關關於系爭遷葬所為之行政處分有無不當或違法，法院即可進行實體審判。對於原告雙方的主張，法院肯認本案仍有殯葬管理條例第41條規定適用，且原告簽署同意書與其放棄自行遷葬間就屬兩事，不可混為一談，據以認為公務員有違法失職情事。

除了上述對殯葬管理條例做一般性的解釋外，本案法院著眼於原告為原住民族，進一步援用憲法增修條文第10條第11項及第12項、公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法第2條規定，認為兩公約揭示的人權保障規定具有國內法律之效力；同法第3條規定，適用兩公約應參照其立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋。公民與政治權利國際公約第1條第1項及經濟社會文化權利國際公約第1條第1項均規定：「所有民族均享有自決權，根據此種權利，自由決定其政治地位並自由從事其經濟、社會與文化之發展。」公民與政治權利國際公約第27條規定：「凡有種

族、宗教或語言少數團體之國家，屬於此類少數團體之人，與團體中其他分子共同享受其固有文化、信奉躬行其固有宗教或使用其固有語言之權利，不得剝奪之。」經濟社會文化權利國際公約第15條第1項第1款規定：「本公約締約國確認人人有權參加文化生活。」這些國際公約均明白承認保障原住民族文化權為普世價值。原住民族殯葬文化及信仰（傳統習俗）有其歷史淵源與文化特色，為促進各族群間公平、永續發展，必須以多元主義之觀點、文化相對之角度，建立共存共榮之族群關係，尤其在原住民族傳統領域土地內，依其殯葬文化及信仰之行為，應給予較高的尊重及保障。本件原告為排灣族原住民，有其祖先埋葬之文化儀式，排灣族原住民縱因時代變遷及受其他族群文化之影響，有改變原有殯葬方式及禮儀的情形，但殯葬文化既涉及族群對其文化與信仰（核心價值）之認同，依上開公約規定及說明，應給予殯葬文化完整之保障。故被告機關執行公權力未依法定程序公告並通知墓主自行遷葬，致使原告無法依其信仰及遷葬儀式自行遷葬，也侵害原告之殯葬文化權利。

綜上，被告機關所屬公務員行使公權力不法侵害原告之遷葬意思決定自由權及經濟社會文化權利國際公約與憲法所保障之文化權，被告機關應依國家賠償法第2條第2項前段負損害賠償責任。

## （二）原住民族群體主觀認同：原住民身分認定案<sup>10</sup>

### （1）案例事實

上訴人等以自己或自己的直系血親尊親屬於日據時期設籍於改制前臺南縣，且日據時期戶口調查簿等文件種族欄註記為「熟」、「平」，依改制前臺南縣政府於2009年5月19日府民戶字第0980117834號函頒「辦理日據時期種族『熟』之縣民申請登記平地原住民之作業要點」（下稱臺南縣平地原住民登記作業要點）申請

<sup>10</sup> 參照最高行政法院107年度判字第240號判決。

平地原住民登記，經改制前臺南縣轄戶政事務所函復准予登記，將予以列冊建檔保存，並說明內政部已將戶役政資訊系統電腦原住民身分及民族別登記之民族別選項「其他」欄位刪除，致無法將渠等申請登錄於戶役政資訊系統電腦中，請逕向內政部請求開放，又關於平地原住民參政權、公民權將來若有爭議，須由中央選舉委員會下最後決定，關於教育考試及福利權利，需向中央政府相關主管機關提出請求。被上訴人（2014年3月26日改制為原住民族委員會）於2009年7月24日以原民企字第0980035199號函當時的臺南縣政府，認為前開臺南縣平地原住民登記作業要點牴觸該會2009年5月5日原民企字第0980021162號函關於原住民身分法第2條第2款及第8條第1項之解釋令，當然無效。又該縣轄內戶政機關以紙本登記（非戶役政系統登記）並註記為有平地原住民身分或其他族別之文件，均不得作為具有原住民身分之證明文件，依法尚未取得原住民身分。上訴人以原住民身分及登記遭被上訴人否定，以原住民族委員會為被告向臺北高等行政法院提起確認平地原住民身分之訴，臺北高等行政法院以99年度訴字第2306號判決駁回，又經最高行政法院101年度判字第732號判決，以確認訴訟具補充性，如得提起撤銷訴訟或課予義務訴訟者即不得提起確認訴訟；依當時之行政院原住民族委員會組織條例第3條、第4條第6款、原住民身分法第11條、原住民身分認定及族別登記有關作業流程、戶政事務所辦理原住民身分認定及登記作業注意事項等規定，原住民身分之認定權責屬中央的原住民族主管機關，地方政府所屬戶政機關非權責機關，如欲辦理原住民身分登記應申請被上訴人（或其委任機關）本諸行政院原住民族委員會組織條例第4條第6款之規定為認定，如所為認定不符申請意旨，即得循課予義務訴訟之類型及程序為救濟，本件確認訴訟不符確認訴訟之補充性原則，故為上訴駁回之判決。

上訴人等於2012年12月6日具文向原住民族委員會申請認定為平地原住民，經該會依臺南市政府2013年2月27日府族原字第

1020176022號、同年6月27日府族原字第1020585669號函及8月16日府族原字第1020738924號函查復結果，以2013年3月24日原民企字第1030015725號函知上訴人等109人，以原住民身分法第2條第2款所謂「登記為平地原住民有案者」，係指於政府准予登記期間，有向戶籍所在地鄉（鎮、市、區）公所申請登記為平地原住民者而言，目前各鄉（鎮、市、區）公所均不得受理上開登記；凡臺灣光復前原籍在平地行政區域內，且戶口調查簿登記其本人或直系血親尊親屬為「熟」之註記，惟未申請鄉（鎮、市、區）公所登記為平地原住民有案者，即與該規定不符。本案依上訴人等之陳述及地方政府協助調查相關事證，上訴人不符原住民身分法第2條第2款平地原住民之要件，無法取得原住民身分。上訴人等不服，提起訴願遭駁回，於是向臺北高等行政法院提起行政訴訟，仍遭判決駁回後，向最高行政法院提起上訴。

## （2）法院論理

最高行政法院於2018年4月26日判決廢棄原判決，分別針對與本案有關的原住民身分法規範做以下說理。

按原住民身分法第2條規定，原住民包括山地原住民及平地原住民二種，前者依同條第1款僅須符合臺灣光復前原籍在山地行政區域內，且戶口調查簿登記其本人或直系血親尊親屬屬於原住民者之要件即可。後者，除須符合上開要件外，尚須符合同條第2款：「並申請戶籍所在地鄉（鎮、市、區）公所登記為平地原住民有案者」之要件，從法律條文文義觀之，加列「申請戶籍地公所登記有案」此之要件僅止於規定平地原住民應登記而已。從原住民身分法第2條第2款規定平地原住民登記之法規沿革為1956年臺灣省平地山胞身分認定標準，此制度後續為1980年的臺灣省山胞身分認定標準、1991年內政部的山胞身分認定標準、2001年制定之現行原住民身分法；而平地原住民應登記，目的僅係為協助行政機關釐清平地

原民身分，解決原住民與非原住民於平地混居，為求便利行政機關釐清平地原住民身分而設，此從內政部1991年發布山胞身分認定標準第2條法規說明欄可稽，故行政上採取登記的手段並無限制有原住民身分於某期間過後即不具原住民身分的意思。而臺灣省政府前後1956、1957、1959、1963年所為函令雖有規定受理身分登記期間，也載明「逾期概不准再補辦登記手續」，然這些函文所表達的是在各該函令指定之期間內應予辦理，也不生未於期間內登記即生喪失原住民身分之效果。原住民身分本身就是因血緣關係而生，非國家權力所恩賜，不能採登記主義而取得，國家就原住民身分設立登記制度只是出於行政管理便利性考量之行政手續，不能認為未登記者即非原住民，也不能認為登記期間外即無再取得原住民身分之可能。更何況前開函令只是行政機關意見，如僅以行政機關意見產生原住民身分採登記而由國家給予，也有違憲之虞。且從原住民身分法之規定觀之，申請戶籍所在地鄉（鎮、市、區）公所登記並無登記期間之設，認為上訴人於受理登記期間未辦理登記即不具原住民身分，乃增加法律所無之限制。又本於合憲性解釋，本於憲法第7條、中華民國憲法增修條文第10條第11項、第12項前段，平等是指實質上之平等，立法機關基於憲法價值體系得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待。本於原住民身分係因血緣關係而來，非登記取得或未及登記而喪失，也應認為原住民身分法第2條關於平地原住民登記之規定只是為管理便利方區分山地和平地原住民，非認為於登記期間外即無再取得原住民身分之可能。又民族身分與生俱來，個人決定是否獨自、或與他人聯合行使參加文化生活的權利，是一種文化選擇，並應在平等的基礎上予以確認、尊重和保護。原住民的身分應顧及個人意願，其中作為平地原住民認定須符合登記的要求，是作為特定身分的認定要件，非經法律認定以後的適用結果，故其意涵應求諸於歷史或社會文化上所認知的原住民，及其意願而「申請戶籍所在地鄉（鎮、市、區）公所登記為平地原住民」，非所謂應經登記後方屬原住民，或未於期間內登記即喪失

或不能取得平地原住民身分。行政機關的解釋及作法只是為協助行政機關釐清平地原住民身分，無端區分山地和平地原住民，並非斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待，有違反憲法上平等原則；而應經登記後方屬原住民，或未於期間內登記即喪失或不得取得平地原住民身分，也違反憲法「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與」之規定。

另有關原住民身分法第8條規定，本案涉及有無申請回復或取得原住民身分，以符合原住民身分法第2條加列之登記要件？原住民身分法第8條第1項規定乃是延續1992年修正山胞身分認定標準第4條之規定而來。法條文字上可區分為申請「回復」與「取得」原住民身分兩種請求形態。1992年山胞身分認定標準第4條，係從內政部於1991年發布之山胞身分認定標準第4條修正而來，1991年之規定明文將「未及於登記時效期間內取得山胞身分者」列為得申請回復或取得身分之事由。雖1992年修正未列「未及於登記時效期間內取得山胞身分者」文字，但從修正理由可知，「未及於登記時效期間內取得山胞身分者」事由，修改為「或其他原因而喪失或未取得山胞身分者」，此項修正是為了含括、增加其他事由，不是為了排除「未及於登記時效期間內取得山胞身分者」此一事由。故修正後仍應許可「未及於登記時效期間內取得山胞身分者」申請回復或取得身分。又行政院2017年8月18日函請立法院審議之原住民身分法修正草案第8條修改成僅申請回復原住民身分，將現行條文其中之「或取得」三字刪除，係以現行法已有申請取得原住民身分，如有取得身分之規定致使實務衍生法條競合爭議，如此，也可以看出現行法「或取得」具有公法上請求權之規範意義。從合憲性解釋的觀點，若不解釋原住民身分法第8條規定之取得程序，得完備同法第2條關於平地原住民所加列「申請戶籍地公所登記有案」此一要件，將導致第2條所加列要件有違憲之虞，自應對第8條作許可「未及於登記時效期間內取得原住民身分者」申請取得身分之解釋。至

於原住民身分法第8條所規定之「依本法之規定應具原住民身分者」，其意涵應指歷史或社會文化上所認知的原住民，及依其意願申請者而言，而非指平地原住民需符合同法第2條第2款「登記有案」，此項規定既係賦予實質上有原住民身分之人回復取得身分之機會，故可適用於「有身分」但「未登記」者之情形。

綜上，法院認為上訴人得依據原住民身分法第8條規定，主張「未及於登記時效期間內取得原住民身分者」申請取得原住民身分，以符合同法第2條對平地原住民所加列「並申請戶籍所在地鄉（鎮、市、區）公所登記為平地原住民有案者」之要件。但同法第8條之申請與本件課予義務訴訟為不同申請程序，且依原住民身分法第11條第1項規定，受理申請之管轄機關亦不同，申請結果亦待主管機關依權責認定調查。被上訴人為原住民事宜的主管機關，應基於行政程序法第19條之行政協助，於權限範圍內協助完成上訴人之申請。本案既已發回，若在原審審理可容許之期間內，可以等到依同法第8條申請案完成後再為上訴人有利之判決，若期間不允許，自應為行政訴訟法第200條第4款判決，命行政機關遵照其判決之法律見解對上訴人作成決定。本案上訴人於原審訴之聲明係請求被上訴人應作成上訴人等為平地原住民之處分，並非要求被上訴人認定為西拉雅族，僅依原住民身分法第2條為認定為已足。本案臺北高等行政法院僅從程序面駁回，就是否合於原住民身分法第2條及第8條之要件，尚有由原審法院再審理調查事實之必要，故廢棄原判決，發回原審法院再為調查後為適法之裁判。

## 二、鳥瞰法院見解

從前述涉及原住民族土地與自然資源利用的案例中，可以發現當法院從原住民族法規以外的實體法做檢驗時，原告單從在太魯閣亞泥案所涉的礦業法，並沒有辦法得到有利的判決，顯示該條所規定的知情同意權已成為運用於個案的程序機制，法院甚至認為知情

同意權的運作為涉及原住民族土地利用案件中正當法律程序的一環；在三地門遷葬國賠案所涉及的殯葬管理條例，法院透過重視原住民族文化權來解釋此等實體法，得出對原告有利的判決結果。從而，自以上兩個案件都可以發現，當法院思考到個案涉及保護原住民族土地與自然資源利用的案件時，則有更為積極的傾向。在這兩則判決中，原告都主張涉及原住民族基本法第21條的適用，只是在太魯閣亞泥案中法院直接援用本條作為指摘行政機關所為行政行為有違法的理由；而三地門遷葬國賠案中法院則迴避是否適用此一條文的問題，直接透過將原住民族文化權的思維融入殯葬管理條例的解釋來作出原告有利的判決。另一方面，這兩個判決的共通點，在於判決的說理中也都援引國際人權公約作為判決論理的理由，顯示出人權公約內國法化後法院能夠正面看待此等公約，對公約的在地化發展有正面的效果。誠然，對於土地與自然資源的利用，往往與原住民族文化運作的維持具有密切的關聯<sup>11</sup>，如三地門遷葬國賠案中，法院就明白指出該當墳墓用地涉及原住民族的殯葬文化；因此，有必要在制度上強化原住民族土地及自然資源利用的保護，這也是法院作成對原住民族有利判決時據以論斷的理由。這樣的判決結果，一方面顯示出在涉及此類案件中，法院在原住民族基本法定後，認為國家必須承擔更多的責任；另一方面，在這兩個案件中，也可以看出行政機關在面對這些案件中，卻對知情同意權的運用採取較為消極的態度，應該多做的沒有多做，跟不上法院本諸法規範及法理所宣示的應然要求。

另一方面，對於原住民族身分認同的案件，行政機關的認定相較於法院而言態度也顯得保守。一方面，對於依現行法不具有原住民族身分而要新增原住民族族別的情形，行政機關較為保守，只有在依現行法已取得原住民族身分者，才准許獨立為一個單獨的族

---

<sup>11</sup> 參照王毓正、張家熏（註6），頁50。

別；而在前述所整理的原住民身分認定案中，行政機關甚至以國家公權力為名，設計許多行政手段來做登記的動作，甚至這些登記會影響到國家對原住民族身分取得或回復的認定，據以否定原已客觀存在的原住民及其認同<sup>12</sup>；對此，法院則嘗試透過判決的論述提供回復原住民族身分的可能性，略顯開放的一面，但也無法直接對是否要新增西拉雅族作為原住民族表達意見。但儘管在這則判決中法院的態度較為開放，法院的觀念也非全然沒有改變過，如果把觀察的視野挪移到原住民族基本法制定前，也可以看出無論行政機關或法院都對原住民族主觀的認同採取較高的姿態，如烏來高砂義勇隊紀念碑一案中，又更顯得法院在此一案件中沒有積極思考當事人的主觀感受，而是站在國家的一方嫻熟地解釋多數族群的法律來看待此一事件<sup>13</sup>，而非從當事人的主觀認同感同身受地來做審判。如果把本文整理的原住民身分認定案作為一道對法規範及法理詮釋的標準，可以發現行政機關對於原住民族身分的「管理」花了不少資源，並賦予身分認定的法律效力，但法院卻採取完全不同的觀點。如此，也可以看出行政機關在面對此類案件時，忽略原住民族客觀存在的事實，高度介入原住民族的主觀認同，不應該多做的卻多做許多，同樣跟不上法院本諸法規範及法理所宣示的應然要求。

如仔細觀察判決內容，可以發現這兩類案件仍有共同的一面，在於法院沒有正面在判決中直接提及原住民族的轉型正義，然這些案件都不免涉及國家行政行為與原住民族間長久的衝突、壓迫與宰制，當法院對此等案件作審判的時候，本身就在判斷過往行政行為是否有不當或違法的情事，而為轉型正義之一環。事實上，轉型正

---

12 學理上類似的批判，參照辛年豐，論臺灣西拉雅族之復權——從日本愛奴民族經驗談起，輔仁法學，49期，頁329-338（2015年）。

13 參照吳豪人，「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22-26（2019年）。在吳教授文中，也提及本案最終的發展為雙方以和解落幕。

義的思維可以落實在諸多事務領域，如學理上也有認為礦業法<sup>14</sup>、土地法<sup>15</sup>本身都有轉型正義的必要。對於一個歷經民主轉型的國家而言，不應將轉型正義戴上政治整肅的負面標籤，反而應該正面思索如何面對此等問題來引導國家的永續發展，法院在其中更扮演不可或缺的角色。或許，法院在做以上判決時不見得有意識到自己正在進行轉型正義的重要工程，但法院所援用的內國與國際法規範、學術上的理論、乃至判決中對歷史事實的爬梳，都是轉型正義的一部分，值得本文進一步討論，來釐清國家在面對原住民族轉型正義議題之際應該扮演的角色。如此，也才有助於我們進一步了解法院對這些案件的見解是否正確，及在法學的論理上是否仍有不足。

### 參、原住民族管制事務的國家責任

在對法院的判決做完回顧，並點出此等案例事實背後具有嚴肅的轉型正義的議題後，緊接著本文將回到法理論的層面來思考國家責任的問題。以下，本文將先討論法院判決可以發揮的效果。其後，進一步探討轉型正義與那些憲法上價值及理念的追求可以相輔相成，指出轉型正義可以達到落實那些憲法要求，甚至可透過法解釋來重新理解憲法增修條文第10條第11項及第12項的基本國策條款，據以釐清國家所應承擔的責任。最後，透過這些法理上的討

---

14 參照林春元，礦業法的「轉型正義」，台灣法學雜誌，337期，頁180-199（2018年）。

15 如徐世榮教授即指出臺灣許多土地開發的法律制度都是戒嚴時期訂下的基礎，這些法規沒有經過整體性地重新檢視而適用迄今，導致忽視許多民眾土地上的權利；參照徐世榮、張雅綿（整理），土地正義：從土地改革到土地徵收，一段被掩蓋，一再上演的歷史，頁204-205（2016年）。徐教授雖然在文中未正面提及轉型正義的詞彙，但強調這些不義的法律制度是威權時期制定並運用國家的公權力適用到民眾身上，並認為在進入民主法治的時代有改弦更張的必要，這樣的想法正與轉型正義的理念不謀而合。

論，也有助於釐清國家在本文所討論的兩個原住民族事務領域中應承擔何等責任。

### 一、釋放訊息的司法判決

法院近年在原住民族的管制領域中有許多判決，在這些判決中，法院透過說理來表達其對個案適用法律的看法，其中呈現出與行政機關見解的不同，也不見得與社會上多數人的想法一致。但無論如何，法院透過判決的詳細說理，可以達到與行政機關溝通，並將憲法與法律所欲宣揚的價值傳達給社會，引導市民社會討論並與社會溝通的效果。

#### (一) 司法與政治部門的溝通

從前述對法院判決的回顧，一方面我們可以窺知主管機關以往面對類似個案的態度；但另一方面，本文以為不能忽視的是，法院所監督的往往是行政機關的作為，所代表的是對行政機關合法性，乃至於合憲性的檢驗，並宣示出在個案適用法條時應有的法律解釋，其所展現的是一種應然面的要求。在權力分立的架構下，具有改變行政機關行為的效果，而在判決過程中，透過主管機關作為被告參與審判程序，法院也有機會與主管機關作溝通，讓機關了解執法應有的態度。

從法院與行政權所為行政事務的溝通中，雖然沒有直接指名道姓地提及其有轉型正義的思維，然而，如果實質從判決的結果觀之，相當程度可以認為法院的判決具有轉型正義的效果。這一點從判決理由中多少呈現出原住民族過往所遭遇的不義對待即可推知，這樣的現象不僅在國內的判決會出現，從學者對於國外判決的觀察可以達到相當的應證，如日本札幌地方法院承認阿伊努族具有聯合國所定義的原住民族資格，分別涉及經濟社會及文化權利國際公約第27條的文化享有權與日本憲法第13條幸福追求權的討論，即是赤

裸裸地反映出殖民者強制徵收被殖民者土地的轉型正義案件<sup>16</sup>。在這一則判決中，可以看出法院援用國際人權法的概念處理阿伊努族人所面臨的土地被國家強制徵收所涉及的文化侵害問題，將國際人權法的理念透過日本國憲法第89條第2項及國際法理論巧妙地運用於內國發生的事件，作出昂揚當代人權理念與尊重原住民族文化權的判決，也展現出國際法上原住民族權利理念匯流於內國而加以落實的一面<sup>17</sup>。此外，在本文前述所整理的原住民身分認定案中，更可以清楚看出法院積極與行政機關溝通法理，並指出行政機關後續應如何本於依法行政的意旨作法律解釋的一面。

另一方面，如把司法判決的視野提升到大法官解釋的層級，也可以看出大法官透過解釋與政治部門溝通的一面。有學者指出，司法機關認真面對原住民族的問題，甚至透過大法官作成解釋，有助於引發制度上的開創性效果，引導出程序面或實務面上面對原住民族議題的合憲範圍，甚至影響原住民族法以外的其他法制<sup>18</sup>。如此，同樣可以看出司法機關決定所具有的溝通效果，對國家法律制度的建構及依法行政的落實具有相當的重要性。

## （二）司法與社會部門的溝通

司法機關所做的判決，除了與政治部門做溝通外，也可以與社會部門做一定程度的溝通。本文前述所列出的判決，於判決理由中做了相當的說理，有助於達成與社會溝通的效果。透過判決與社會做溝通，在世界許多國家也非罕見，如本文前述所提及日本二風谷判決中，法院也是透過判決讓日本的社會大眾知道日本也有原住民族存在，甚至在判決中指出阿伊努民族之所以為原住民族而需要受

---

16 參照吳豪人（註13），頁76。至於什麼是轉型正義，本文在後續的討論中也會援引吳教授對轉型正義概念的觀察，並做適度的介紹。

17 類似的觀察，參照蔡志偉，原住民族財產權之發展——以美洲人權法院Awasi Tingni案為初始的思考，臺灣民主季刊，8卷4期，頁45-81（2011年）。

18 參照陳新民（註3），頁5。

到保護，正因為其具有「先住性」<sup>19</sup>，而先住性的概念是從聯合國1983年有關原住民差別待遇問題的調查報告書就已經載明的<sup>20</sup>。法院的判決則是援用國際上的調查報告做說理，據以嘗試跟社會做溝通，將對人權發展更友善的思維介紹給國內的民眾。

社會中的多數族群對於少數族群的處境及歷史所遭遇不平對待的了解往往相當有限，對於一個不了解原住民族的社會而言，法院可以發揮與社會溝通的角色是相當重要的，一方面，透過法院判決中的說理，可以讓社會了解歷史事實；另一方面，也因為法院是獨立審判及調查事實的部門，可以就是非對錯產生一槌定音的效果，並將這樣的訊息釋放給社會知悉，讓社會有機會了解原住民族所面對的處境及待遇，喚起多數族群的同理心來共同面對國家這樣的共同體中不同群體間如何共生的問題。此等歷史事實的釐清、公開、斷定是非的基礎工程，對於一個有待在原住民族議題進行轉型正義工程的國家而言是相當重要的。

如前所述，司法判決對社會產生溝通效果，在落實轉型正義上也能發揮重要的功能，如此一來，法院判決的論理就顯得相當重要。特別當法院判決所要宣示的是對原住民族要給予不同於多數族群更強的保障時，在說理上就不能僅僅只看到法規文字的表面意涵，而應該更深入地告訴社會原住民族的保障必須升級的理由何在，對此，即有必要思考轉型正義理念與憲法所揭示價值的緊密關聯，來強化判決的論述深度，取得社會部門的理解。

---

19 二風谷判決對先住性的詮釋，參照辛年豐（註12），頁311。

20 在該調查報告中，認為所謂先住性，是指諸多人們先居住於一地的共同體、人們或民族於侵略及殖民地化以前於自己領地發達的社會，而這樣的社會本身具有歷史連續性而言。參照植木哲也，アイヌ民族の遺骨を欲しがる研究者，收於：北大開示文書研究会編，アイヌの遺骨はコタンの土へ——北大に対する遺骨返還請求と先住権，頁112-113（2016年）。在此篇文章中，植木教授特別指出「先住性」可以推導出原住民族的概念，但不能以之與歷史上最初住在當地的民族相混淆；參照同文，頁115-117。

## 二、國家保護原住民族的升級

傳統在憲法層級討論原住民族權利保障的問題，往往援用憲法增修條文第10條第11項及第12項，以及2005年所制定原住民族基本法的規定，認為這些條款是憲法委託，因此，立法者必須進一步具體化，俾使行政權及司法權行使權力時有一定的標準可循，而在此一具體化的進程中，立法者會對規範內容具有相當程度的裁量權<sup>21</sup>。然而，單純看到憲法委託終究只是在當前的時點看問題而已，更有意義的反而是必須從為何原住民族目前遭受到不良的待遇出發，從歷史的角度思考問題，才能夠了解為什麼憲法增修條文要訂定這樣的憲法委託，也才能把問題看得更為全面，並以此為基礎來解釋基本國策條款及原住民族基本法。本文以為就此可以從原住民族轉型正義的理論找到答案，以下，本文先就原住民族轉型正義做一般性的討論；其後，分別討論平等原則、國際人權法、環境價值的整合等應然面要求正是為了達到轉型正義的理念，進而推導出國家所應負的責任。

### （一）轉型正義

轉型正義的理念及落實，近年在臺灣引起廣泛的討論。有學者主張轉型正義所要面對的包括過去非法、過去合法現在認為不正當等情形，前者只要由立法機關處理時效問題後依法治原則由法院作審判即可，後者則須要透過依轉型正義的原則，由立法者或大法官作整體機制性的處理<sup>22</sup>。原住民族具有與漢族不同的集體歷史經驗與文化，進而在社會結構力及國家公權力的共同運作下，成為經濟

---

21 參照陳新民（註3），頁27-28。在如此的理解下，陳教授認為原住民族基本法就是在憲法委託下所產生更細膩及周詳的法規範，而成為具有實質規範效力的基準法；然作者也指出，原住民族基本法各條的效力不盡明確，固有可以適用的條文，但也有政策性指引而難以具體適用的條文，更有影響社會程度巨大的條文，這也是此一立法本身所呈現的問題；參照同文，頁28-33。

22 參照王泰升（註5），頁7-10。

上的弱勢者<sup>23</sup>。就此而言，原住民族過去面對來自於國家的差別待遇，兼含有上述兩種轉型正義所要處理的類型，且因為在長久的歷史發展進程中，社會對原住民族的結構性歧視，更強化原住民族面對多數族群所組成國家體系時的不義局面。具體而言，原住民所面對居留地劃歸國有的問題，所呈現的正是後者的情形<sup>24</sup>，此一法規結構也使得許多原住民族在使用土地及自然資源時屈居不利的局面。另一方面，原住民族身分認定案所呈現的是行政部門依照過往法令的訂定及錯誤解釋，剝奪原具有原住民族身分的人民取得原住民族身分的可能，所處理的情形則較接近前者的情形。如此，本文所討論的兩種案例型態都有落實轉型正義的必要性。原住民族轉型正義的落實，有助於讓原住民族的權利議題獲得社會大眾的了解，國家體制的認真對待，也有助於以臺灣作為共同體而共同尋求共識並邁向未來。從當代民主主義的角度來看待原住民族議題，可以認為原住民族運動所主張民主主義中的「民」蘊含有多元化的概念，「國民」的構成員也是以多元的諸多民族存在為前提<sup>25</sup>。此等多民族並存於一個國家的理念，正是透過轉型正義的落實希望可以達到的，在達到此一理想之前，需要許多的程序來揭露歷史真相，並坦承布公地給社會大眾知悉並承認過往的暴力，其後，民主主義所熟悉的溝通、形成共識才能有效地被實踐及落實。也只有經歷這些漫長的程序，才能確實實現不同民族可以平等地存在於一個國家、國民包含不同文化背景人民的民主主義理想。

---

23 王泰升（註4），頁429。

24 參照王泰升（註5），頁16。

25 參照新木秀和，先住民運動と多民族国家：エクアドルの事例研究を中心に，頁91-98（2014年）。本書所談的是厄瓜多原住民族爭取的權利的回顧與討論，在該國政治腐敗的情形下，原住民族一方面詮釋民主主義的內涵，另一方面則指出民主主義已被形骸化，原住民族運動的領導者倡議不懈怠、不說謊、不盜竊的倫理性政治口號，訴求原住民族運動不僅僅為了原住民族自身，也為了整體國民的發展。

論者認為要做到轉型正義，必須做到認識暴力、否定暴力、進行對等溝通、得到社會共識等幾個要件，這些要求在處理原住民族議題時也是相同的，可惜的是，過往處理原住民族土地問題時，以日治時期的殖民法制為基礎，加上中華民國政府統治在法律規範上著眼於私有土地所有權的制度，使得這些轉型正義所需一一達成的要件逐一破功，而無助於原住民族與多數族群間達成轉型正義的要求而難以和解共生<sup>26</sup>。如果在先決要件上認為有必要處理原住民族的轉型正義議題，則面對這樣的情形，國家應該負擔一定的責任。以本文前述所討論的太魯閣亞泥案為例，可以發現亞泥公司於1973年取得土地使用同意權時具有許多瑕疵，學者甚有懷疑此一案件涉及（廣義）國家聯合資本家力量讓居民在自己的土地上流離失所，此一歷史上的錯誤正是當前執政者所應該亟力扭轉的，就此，正是原住民族歷史正義及轉型正義委員會所應處理的問題<sup>27</sup>。這個案例凸顯出此一原住民族土地利用的個案蘊含有複雜的轉型正義問題；然而，對於原住民族而言，亞泥案只是有轉型正義需求的一個個案而已，仍有更多的個案涉及不義並運用權力來遂行不義，故仍有必要全方位地戴上轉型正義的眼鏡來檢視每一個個案。

落實原住民族轉型正義的方式有許多種，制定法規固然是一種重要的方式，也展現出原住民族長久爭取權利的成果。然而，法律的制定不代表問題獲得完整的解決，即有學者認為雖然政治部門制定了原住民族基本法，這樣的立法看似原住民族復權的成功；然而，實際上運作的結果，卻是原住民族基本法被形式化、空洞化、戲仿化及去實務化，而無助於原住民族的復權，其主要原因在於沒有落實轉型正義，反而讓原本的不義進化，取而代之的是「轉型不

---

26 參照吳豪人（註13），頁35-56。

27 參照涂予尹，公法眼中的所謂法律不可追溯：談「諮商、同意或參與」規定是否適用於亞泥公司採礦權展限申請，台灣原住民族研究學報，8卷2期，頁49-50（2018年）。

義」<sup>28</sup>。在此種不義也隨之轉型的情形下，原住民族復權就更有一段艱辛而長遠的道路要走了。因此，除了立法之外，更應該思考的是原住民族轉型正義的理念如何落實到司法判決、行政機關的執法，乃至於一般人民的腦海裡；事實上，本文以為既有的憲法及法律規範已提供許多論述的可能性，有助於落實原住民族轉型正義的理念。

## （二）平等原則

平等原則的要求在既有憲法架構下已運作多年，在歷來大法官的解釋中也有豐碩的成果；然實際上用以支持要落實轉型正義的理由，也包括平等原則的要求，以往國家經常認為憲法不能以人種或種族為差別待遇的標準，從而，認為在法律上對原住民族也應該採取相同的待遇；然而，此等無視原住民族過往受到壓迫而成為社會弱勢的見解受到相當多的挑戰，甚至認為這樣的看法可能使得原住民族被多數族群同化<sup>29</sup>。特別在當代的憲法理論中，讓原住民族成為基本權主體，而在憲法上具有一定的地位，此等基本權主體多元化的發展，與現代以人為人權主體的發展有著根本上的區別，此等「具有特定屬性之人的人權」之所以值得注意，在於這樣的人在運作實態下，為了原住民族認同的尊重及多元民族與民族共生的尊重所採取的具體措施，已是超越平等的問題，而是如同原住民族文化權此等具有特定屬性集團的「人權」在憲法上是否應予承認的問題<sup>30</sup>。另一方面，從違憲審查的角度來說，於適用平等原則時，會認為由於一旦顯著違反個人尊嚴，原則上是不合理的，因此會採取

28 參照吳豪人（註13），頁144-146。

29 參照中村睦男，アイヌ民族法制と憲法，頁292-295（2018年）。中村教授在本書的討論討論脈絡主要是聚焦於對日本阿伊努民族的觀察，所討論的學說也集中在日本憲法學界的討論。日本學界多認為以人種為差別待遇基準具有平等原則問題，另參照木下智史、只野雅人編，新・コンメンタール憲法，2版，頁166（2019年）。

30 參照本秀紀編，憲法講義，頁309-310（2015年）。

嚴格的審查基準，主張合憲的一方應負舉證責任；當涉及以人種作為差別待遇基準時，即應採取嚴格的審查基準，而這樣的要求在涉及原住民族事務也同樣有其適用，且在具體運作時也必須要有實質平等的思考<sup>31</sup>。因此，當國家在從事涉及原住民族的管制事務時，也必須從平等原則的角度予以思考，為了能夠達到平等原則的要求，國家甚至必須採取優惠性差別待遇來對過往的不平等做相應的矯正措施。學理上在討論優惠性差別待遇時，也會著眼於此等積極性措施可能造成「逆向差別待遇」的效果，故於運作上會有一定的限制，認為在政策面上限於一定條件下才可採取優惠性差別待遇，其條件包括歷史上的差別待遇與現在的差別待遇具有因果關係、非僅以少數集團的構成員為理由的固定性優遇措施、為達成實質平等之前的暫時性措施。論者主張當原住民族受到政府所制定政策及法律的影響，生活基礎的土地利用權及漁撈、狩獵受到限制，語言也因為民族文化獨立性及習慣被限制、禁止而受影響，種種面向都有受到差別對待的歷史時，即有採取優惠性差別待遇的必要，甚至可認為國家所採取的優惠性差別待遇是積極盡到國家義務的展現<sup>32</sup>。

對原住民族採取優惠性差別待遇的做法，從大法官以往透過司法院釋字第719號解釋所宣示的意旨觀之，認為要求僱用人聘用一定比例具原住民身分的原住民未違反財產權及不具原住民身分之人民的工作權，也未違反平等原則及比例原則<sup>33</sup>。從以上的討論本文進一步發現，政策上對原住民族可以採取優惠性差別待遇的主要理由在於原住民族有受到多數族群破壞的「歷史」，如套用前述轉型正義的理論來看，當在政策上欲採取優惠性差別待遇時，前提在於

---

31 參照中村睦男（註29），頁299-302。再採取嚴格的審查基準下，政府必須負有更重的舉證責任，即必須論證所要追求的立法目的必須是迫不得已的公共利益，即不可或缺的公益；而為達成公益所選擇的手段則是非要不可的手段。

32 同前註，頁301-302。

33 認為大法官在處理優惠性差別待遇涉及比例原則審查時，應採取嚴格審查態度者，參照陳新民（註3），頁37-41。

曾經對過往多數族群破壞原住民族的歷史做了一定程度的反省，至少認識到多數族群的所做所為是一種「暴力」，同時也認為這樣的暴力是應該予以否定的，當優惠性差別待遇可以通得過立法，本於立法的形成過程本來就具有相當的說服與溝通，因此，可以認為立法的完成本身是一種溝通並取得共識的過程。就此而言，或許也可以認為對原住民族採取優惠性差別待遇來達成實質平等的要求，本身就是一種呼應轉型正義要求的手段。

### （三）國際人權標準的接軌

原住民族權利保障的要求近年也受到國際的重視，而國際人權法的發展主要是為了維護人性尊嚴，這樣的要求也貫徹於國際法上對原住民族權利的保障，並據以開展各項實體及程序的人權保障機制，落實到全球與區域的空間中<sup>34</sup>。雖然2007年9月的原住民族權利宣言並沒有嚴密的法律上拘束力，但卻是在國際社會中透過長年的議論及交涉所產生的，而具有國際習慣法的分量，特別是土地及天然資源此等核心性的權利，在宣言中也反映出其成為國際習慣法的可能性<sup>35</sup>，這樣的見解也是聯合國特別報告員James Anaya所肯認的<sup>36</sup>。有論者認為此一宣言所反映的是針對殖民地化等歷史不正義，並表明對原住民族土地及資源受到掠奪的憂心，期待復興原住民族政治自決權及土地、資源之權利及文化<sup>37</sup>。準此，因為此一宣

34 參照蔡志偉（註17），頁49-51。

35 參照中村睦男（註29），頁307。

36 See James Anaya, Special Rapporteur on the Situation of Human Rights and Fundamental Freedoms of Indigenous People, Interim Rep. on the *Situation of Human Rights and Fundamental Freedoms of Indigenous Peoples*, U.N. Doc. A/65/264, para. 62 (Aug. 9, 2010). 然而，亦有認為原住民族權利宣言中有部分內涵具有國際習慣法性質，但有部分內涵不一定具有國際社會一般法的信念，而非國際習慣法；參照小坂田裕子，*国連宣言の実施に向けた国際的努力*，收於：先住民族と国際法——剝奪の歴史から権利の承認へ，頁98-100（2017年）。由於本文無意討論國際人權法討論的細緻發展，因此，擬不在文中做更細節性的介紹。

37 參照榎森進，*これでいいのか？政府主導の新アイヌ民族政策*，收於：北大開

言是對殖民歷史的反思，希望對歷史上的不正義做反省及矯正，故可認為此一宣言本身具有原住民族轉型正義的意義。

原住民族權利宣言是以原住民族的自決權為基礎，據以開展出諸多對原住民族權利保障的內涵，而有自由決定政治地位，追求經濟、社會及文化的發展；並就內部及在地事務有自決或自治的權利<sup>38</sup>。另一方面，包括美洲在內的區域性公約及國際公約，更不乏可以見到條約內容直接對原住民族的財產權、土地及資源利用加以保護，甚至從條文的內容看得出規範對國家的期許，此等公約的揭示正呼應了原住民族土地與自然資源權利是原住民族身分認同與文化傳承體現的一面<sup>39</sup>。凡此，都可以見得國際法上對原住民族權利保障日趨重視，甚至這些來自條約的期許也可能透過區域人權法院的解釋及判決，讓來自於條約的期許昇華為要求國家必須達成的任務。或許，世界中不乏有國家採行原住民族權利宣言的精神進行司法判決，也有國家將宣言的精神內國法化，但大抵而言，多數國家將宣言內國法化的情形仍不盡理想，但實踐的經驗上，卻可以看到貝里斯、玻利維亞、剛果、秘魯、智利在「良善執行」(Good Practice)上的努力<sup>40</sup>。除此之外，國際勞工組織原住民和部落人民公約第169號公約第16條第2款也特別強調在涉及原住民族搬遷議題時，必須確保自由及知情同意始可，除了國內要有一定的法令外，也必須有適當的公眾諮詢，以此確保原住民族不會被同化，透過自決來強調與確立原住民族的主體性<sup>41</sup>。對於現階段的臺灣而言，雖然臺灣並非聯合國的會員國，也沒有機會參與前述國際公約的制定過程，但在兩大人權公約已經內國法化的今天，透過對此等人權公

---

示文書研究会編，アイヌの遺骨はコタンの土へ——北大に対する遺骨返還請求と先住権，頁119-120（2016年）。

38 涂予尹（註27），頁43。

39 相關條約的整理及介紹，參照蔡志偉（註17），頁50-56、66。

40 參照小坂田裕子（註36），頁78-79。

41 涂予尹（註27），頁44。

約中與原住民族權利保障有關的條款做解釋，也可以讓原住民族的權利獲得保障<sup>42</sup>。在目前臺灣的司法實務中，此一跟隨國際公約的路徑，也可以在大法官解釋中看到，如司法院釋字第719號解釋中，即援用聯合國原住民族權利宣言第21條第2項前段及國際勞工組織原住民和部落人民公約第20條第1項的精神來作為論述上的佐證<sup>43</sup>；另一方面，從本文前述所整理的判決，也可以見到最高行政法院在太魯閣亞泥案、原住民身分認定案及地方法院國家賠償判決援用國際人權公約及原住民族權利宣言的精神。此一現象就可以見得國際公約的發展對臺灣的司法實務具有一定程度的影響力。

此等現象顯示原住民族權利的保障仍有些許進展，整體而言，具有朝對原住民族權利保障更有利方向發展的趨勢，未來也可能建構對原住民族權利保障更有利的機制，透過人權的全球治理影響內國的法律制度及法院的判斷。此一發展趨勢，對於具有多種不同群體的原住民族，且相當程度已將國際人權法要求內國法化的臺灣而言，更應該思考從人權保障的角度如何預作準備，提升保護的密度，以便將來與國際上原住民族權利保障的要求接軌。在此同時，也更能與原住民族轉型正義的理念相銜接。

#### （四）環境價值的整合與融入

除了平等原則及國際人權法的要求有助於落實原住民族轉型正義的要求外，原住民族的管制事務與許多憲法及行政管制規範所欲昂揚的價值也有密切的關聯。從原住民族與多數族群利害關聯一致的角度觀之，因原住民族文化與多數族群所主導的社會欲追求的環境價值能有良好的銜接，此時保障原住民族的傳統文化與環境價值

---

42 參照蔡志偉（註17），頁71。如公民權利與政治權利國際公約第27條文化權的保障，可以引導出原住民族文化權的保障，而文化又與土地、自然資源的使用與管理、傳統法律的規範與實踐具有直接關聯，是以，從此等人權公約加上憲法增修條文第10條第11項及第12項的解釋，即有可能達到原住民族權利的效果。

43 參照司法院釋字第719號解釋理由書。

可產生良好的整合與融入關係。具體而言，原住民族與其傳統領域及自然資源的關係具有包括精神信仰、文化、經濟與社會等諸多面向、多構面的連結<sup>44</sup>，顯現出原住民族與自然資源、環境所具有的緊密連動關係。這股風潮與1990年以後原住民起身爭取權利及原住民族活躍化，並對社會產生巨大影響有密切關係，原住民族甚至取得對與其文化緊密關聯之文化遺產管理的權利<sup>45</sup>。誠然，許多原住民族的生活型態與動植物的利用緊密關聯，而觸及到土地利用及在土地上自然資源保育的問題，在做決策時本來就不應該切割而為觀察，此等土地利用及自然保育的事務本身就是環境影響評估制度所關心的對象，甚至涉及到物種的事務也與國際環境法上的生物多樣性公約具有直接關聯性；除此之外，包含國家公園的設立，也往往與原住民族對土地の利用具有一定的緊張關係；是以，當原住民族的生活型態與社區文化與這些事務息息相關時，環評程序也不應將原住民族對自然資源及土地の利用聲音拒之門外<sup>46</sup>。另一方面，也可以看到原住民族對自然資源的活用，包括野生動物保護區及國家公園的管理，原住民族共同體在其中扮演管理者並可以取得經濟上的收入<sup>47</sup>。就此而言，原住民族權利的保障可以與既有非原住民族管制領域的規範銜接，顯示出原住民族與多數族群在價值觀選擇上有趨於一致的一面。

另一方面，與前述原住民族與多數族群利害關聯一致的情形相反的，則會產生在原住民族文化權的運作與多數族群所要追求經濟

44 蔡志偉（註17），頁65-66。

45 參照新木秀和（註25），頁141-143。

46 有關日本阿伊努族的運作經驗及討論，參照吳豪人（註13），頁92-96。在二風谷判決中可以看到法院對阿伊努族使用鮭魚的行為及生活型態有許多的調查，這些調查本身就是環境影響評估所應該重視的，就此而言，原住民族的土地權與環境保育的要求可以相輔相成。另一方面，本文也主張原住民族對土地の利用不應與國家公園的設立存在緊張關係，反而可以透過協商成立夥伴關係，就此而言，日本所提出的經驗可供我們運作參考。

47 參照新木秀和（註25），頁143-146。

開發或其他價值背道而馳的情形；然而，此等看似衝突的價值是否真的那麼不能相容，容有進一步討論的必要。在許多國家及臺灣的歷史經驗中，不乏多數族群想要追求開發利益時犧牲原住民族對於土地的使用及傳統文化的運作。具體開發行為往往產生大規模的環境破壞及人權侵害，卻也用此等開發行為來追求現代社會的經濟成長及技術革新的信仰，這樣的發展在1500年代前半葉的南美洲即已出現，在追求採礦的過程中影響到印加帝國一部的Aymara及Quechua兩民族，許多原住民族在西班牙人以殖民者身分開礦時淪為勞動者；而隨著礦產提煉技術的精進，大量使用水銀的結果，也使許多當地原住民發生水銀中毒的慘劇<sup>48</sup>。類似犧牲原住民族生命、身體、健康、財產來成就多數族群技術革新及經濟發展的案件，不僅僅發生在1950年代，即便進入21世紀的今天，也常常可以發現有同樣的結構性問題，如日本的二風谷訴訟案就是犧牲阿伊努人的生活場域興建水壩以成就工業區的用水需求<sup>49</sup>、美國在發展核武過程中挖掘的礦產涉及猶他州等四州Navajo原住民族居留地而使原住民受到污染戕害並將核子隔離設施建於原住民族土地<sup>50</sup>，種種類似的案例屢見不鮮<sup>51</sup>。又如在南美洲原住民族領域內進行石油開採等資源開發行為時，雖不乏有國家的憲法直接明文資源產出地的地區居民有權利能參與事前協議及利益分享，只是現實上權利保障的機會卻遠遠不足，對自然環境及生活環境也帶來嚴重的打擊<sup>52</sup>。如果把視野移回到國內，類似的案例在國內也所在多有，本文前述所介紹的

48 參照上村英明，大規模「水銀中毒」と先住民族：技術革新・經濟成長、そして環境破壊・人權侵害，收於：新・先住民族の「近代史」：植民地主義と新自由主義の起源を問う，頁141-142、145-150（2015年）。

49 有關事件始末的介紹及評論，參照吳豪人（註13），頁61-96。

50 參照上村英明，ヒロシマ・ナガサキへの原爆投下と先住民族，收於：新・先住民族の「近代史」——植民地主義と新自由主義の起源を問う，頁160、161-163（2015年）。

51 參照王毓正、張家熏（註6），頁55-56。

52 參照新木秀和（註25），頁146-163。石油開採的行為造成嚴重污染影響到原住民族也引發國際上的訴訟，甚至不乏要求石油公司必須給付高額的賠償金。

太魯閣亞泥案也是為了發展經濟而犧牲太魯閣原住民族對原住民保留地的使用權，乃至於將低階核廢料棄置於蘭嶼<sup>53</sup>，都可以見到原住民族在多數族群追求發展的過程中特別容易被犧牲。

前述所提及原住民族被害的系統在全球貿易、金融越趨緊密的情況下，更顯得牢不可破，過往原住民族的犧牲甚至也成為聯合國教科文組織之世界文化遺產中的負面文化遺產，如Potosi的銀礦山於1987年登錄為世界文化遺產即為適例<sup>54</sup>。負面世界文化遺產的登錄，原本也具有反省過往不正歷史的意義存在，相當程度具有呈現歷史事實、教育下一代的意涵<sup>55</sup>。就此而言，其所要達成的目的正與轉型正義希望達到的目標若合符節，也顯示出原住民族所要追求價值雖可能與多數族群所追求的價值相衝突，但若不注意卻可能重蹈覆轍歷史曾經上演的悲劇；事實上，不希望悲劇重演卻也是目前多數族群所盼望的目標。從而，本文以為為落實轉型正義，對於原住民族的尊重必須透過一定的機制及程序來確保<sup>56</sup>，此一確保機制的建立也就成為國家不可迴避的任務了。

### 三、原住民族管制事務國家責任的具體化

從上述的討論中，可以發現實質平等、國際人權法、原住民族與環境價值的整合都有助於原住民族轉型正義所要達到的目標，在此同時，也透過落實原住民族轉型正義的理念，有助於達到憲法所追求的諸多價值。當這些憲法上的價值在既有的法體系中已具有實際的規範效力，國家即必須履行其保護義務，而具體化成為各原住

---

53 參照上村英明，核實驗場・ウラン鉱山と先住民族——放射能に汚染された大地，收於：新・先住民族の「近代史」：植民地主義と新自由主義の起源を問う，頁192（2015年）。

54 參照上村英明（註48），頁150-152。

55 如波蘭的奧茲維許集中營反映了納粹種族清洗的歷史、塞內加爾的格雷島見證了奴隸交易的歷史、廣島則呈現了第二次世界大戰遭原子彈轟炸的慘狀，均具有呈現歷史事實，讓人類反省的意義在。

56 相同見解，參照王毓正、張家熏（註6），頁52。

民族事務領域的國家責任。以下，本文將先討論以既有憲法規範的解釋作為國家應負擔責任的基準；其後，討論國家在整體的制度面上應如何設計；最後，再回到土地與自然資源利用、群體主觀認同兩個領域討論國家所應承擔的責任。

### （一）國家責任的起點

如前所述，轉型正義與憲法上所欲追求的實質平等、國際人權標準的銜接、環境價值的維護等價值處於相輔相成的關係，而原住民族的保障也是基本國策所明定的，則對於憲法增修條文第10條第11項及第12項的解釋即不應忽略此等價值的維護。亦即，對於此一基本國策條款的解釋及其法律效力的理解，一方面本於轉型正義的要求，必須釐清歷史事實來確認是否有暴力的事實；另一方面，也必須將原住民族權利保障、平等追求及環境價值整合的精神貫穿到對此一基本國策條款的解釋，對基本國策條款中所揭示要特別保障的語言、文化、教育、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業強化保護的密度，並在尊重民族意願的前提下投入資源來達成憲法的要求。

當我們以轉型正義的觀點來解釋基本國策條款有關原住民族議題的規範時，正因為此等憲法委託或國家目標規定的條款可以引導出國家的當為義務，不僅立法者必須遵照委託的意旨立法，行政及司法權在行使職權、適用法律之際也要遵循憲法委託的價值決定，以合憲性解釋作出適宜憲法委託規範所設定的目標取向決定，甚至在司法審查之際也可以進一步審查國家侵害權利的行為是否有違反基本國策的情事<sup>57</sup>。從而，可以發現對於基本國策中原住民族保障條款的解釋，並透過基本國策效力的正確理解，可以得出國家面對原住民族權利保障的事務是必須承擔責任的。修憲者透過憲法委託

---

57 參照林明昕（註1），頁19-21、23。

課予立法者必須善盡其立法義務的情形固不待言，當人民主張權利受有侵害而將案件送入法院大門之際，法院必須以此等基本國策的規範作為標準予以審查時，則如同本文前述指出法院透過判決與行政部門溝通一樣，其所宣示的正是間接地要求行政部門在從事行政任務時同樣有落實基本國策所宣示意旨的責任。從基本國策能夠對基本權利做補充的面向觀之，透過對基本權利及基本國策條款做整體性的解釋，一方面可以發揮國家不得干涉人民基本權利範圍的不作為義務；另一方面，更可能要求國家要負起保護人民基本權利範圍不受來自國家以外干擾的作為義務，而成為保護義務的內容以使國家在作為時能夠遵循，甚至據以間接地要求國家必須促進民族間實質平等的保護義務<sup>58</sup>。如此一來，從基本國策規範所引導出來的內涵，對國家責任範圍的釐清即具有指標性的意義了。以下，本文即進一步嘗試具體化國家面對原住民族事務時所應履行的責任。

## （二）整體機制的落實

從落實轉型正義的角度來說，國家首先必須讓社會大眾認識到過往不義的存在，就此而言，論者所提出的程序性原住民族概念或許是我們所可以思考的方向，其主張國家應先著眼於過往侵害民族權利的過程，國家對原住民族的侵害比起對其他民族的侵害更為嚴重，進而主張國家具有回復其文化的義務<sup>59</sup>。就此，本文以為一方面釐清並忠實地書寫歷史事實是一個重要的基礎；另一方面，讓廣大的民眾瞭解到多數族群在歷史上對原住民族的破壞，認識到暴力的存在，也是轉型正義不可忽視的重要工程。畢竟，憲法規範或法律制度如何設計等法學上的努力，對於族群問題的解決相當有限，只有建立全民的共識才能釜底抽薪地解決問題<sup>60</sup>。因此，儘管程序性的

58 林明昕（註1），頁29-31。

59 參照常本照樹，アイヌ民族と「日本型」先住民族政策，學術の動向，16卷9号，頁80-81（2011年）。

60 林明昕（註1），頁27。

原住民族觀念引發論者諸多批判的聲浪<sup>61</sup>，但整體而言，其所提出的概念仍對社會進一步感同身受地了解原住民族具有根本的重要性。準此，國家為了讓民眾廣泛地認識歷史上的不義，甚至能夠判斷是非，否定不義，自然有許多軟硬體必須配套調整，例如，教育的內容及設施、博物館的興建、文化回復的設施及資源的投入<sup>62</sup>，這些看似細節的東西也就成為在面對原住民族轉型正義時必須投入的成本。

事實上，轉型正義的難以落實與國際法上原住民族權利宣言難以普遍落實於各個國家有一定的關聯，從聯合國2013年針對原住民族權利的專家審查機制報告（Expert Mechanism on the Right of Indigenous Peoples, EMRIP）可以發現，妨礙聯合國原住民族權利宣言於各國落實的因素，包括確保尊重聯合國宣言的知識不足及其權利的意識欠缺，特別在原住民族為少數的情形下，原住民族的權利保障更顯劣勢後，且實施宣言的資訊欠缺、缺乏國家與原住民族間對話的機制、自決權及事前知情同意權的定義也缺乏共識；再者，實施宣言的成本及其作業能夠利用的資源有限，特別在確定土地界線劃定及賦予權源在許多國家的執行上都有困難，又原住民族語言與主流族群間的轉換，也會有一定程度的困難；第三、宣言的實施必須注意到地域多樣性，注意到各個原住民族獨特的歷史、文化、必要性及觀點；最後，於宣言所規定的原住民族的承認及措施的實施，與平等原則間的權衡對各國的運作也造成一定的困擾<sup>63</sup>。上述聯合國權利宣言難以落實的因素中，學者有認為前三者主要因為國家就宣言有關的知識、技術、財力不足，而最後一個因素也是

---

61 論者有對程序性原住民族觀念提出批判，認為在常本教授主張此一概念立於日本為大陸法系國家，主要以個人為權利主體，故難以民族為權力主體；然日本憲法是以美國憲法為模型，美國對於印第安部落的土地權及捕撈權都有承認，也能與原住民族權利宣言所倡議國際所認知的先住權（aboriginal title）概念相容，故認為常本教授放棄國際上所肯認的先住權概念，提出程序性的原住民族觀念實屬似是而非。參照市川守弘（註2），頁163-165。

62 常本照樹（註59），頁80-81。

63 See U.N. Doc. A/HRC/EMRIP/2013/2, para. 77.

因為對宣言了解的知識不足所致，這樣的現象在其他人權公約的落實也同樣存在，故應該如同國際人權公約一樣建立報告制度，不僅考察文化與經濟狀況的歧異，來要明確化遵守的必要性基準，也要透過與國家間具有建設性的對話，來促使國家遵守公約的要求<sup>64</sup>。前述聯合國原住民族權利宣言難以落實的因素，同樣指向國家應該投入相當的資源來促進多數族群對原住民族的了解，並確保原住民族在公共空間與公共領域的言語權，如此才能讓原住民族轉型正義的理念順暢運作。固然，透過審查制度與國際上的專家學者互動及對話，來促使國家落實宣言的要求，這也有助於國家對其他國家的運作情形有更多的了解，對人權的全球化發展及在地化落實而言具有正面效益。然而，如同本文在前述有關轉型正義所討論的，在內國創造更多的對話機會，更有助於國家及不同族群對原住民族的對話與理解<sup>65</sup>，此一基礎工程的重要性更是國家不能忽略的。

綜上所述，本文以為為落實原住民族轉型正義，在整體機制的建構上，國家必須投入資源來釐清歷史事實並透過教育讓民眾知悉，這一點可以與本文前述原住民族轉型正義的基本討論、國際人權標準的要求，以及將環境等其他憲法價值與原住民族保障的要求相互整合與融入的討論相呼應；此外，在整體機制的建構上，也應該在確保原住民族言語權的前提下建立多數族群與原住民族溝通、對話並形成共識的管道，這一點則能夠與本文前述原住民族轉型正義的基本討論、實質平等的追求，及國際人權標準的討論相銜接。

### （三）個別事務領域的實踐

在討論完原住民族轉型正義的整體機制後，以下本文將回到前述所提出判決的兩個事務領域來分別討論國家在個別事務領域所應承擔的責任。

---

64 參照小坂田裕子（註36），頁80-81。

65 類似主張，參照王毓正、張家熏（註6），頁56-57。

### 1. 土地與自然資源利用

在應然面上，自然資源是原住民族文化發展的重要素材，過往行政權對於土地資源的運用採取放任或忽視的態度，導致原住民族的土地不斷流失，土地的流失也代表原住民族日常生活所習慣的傳統文化、智識可能隨之消逝，更會跟本地影響族群認同<sup>66</sup>。正因為如此，在規範及實際個案的操作上更有必要重視土地對原住民族所具有的特殊意義，以及原住民族土地權利有別於西方財產權或土地所有權的特殊型態，而給予法律上正當性及合法性保障<sup>67</sup>。因此，為了達成轉型正義的要求，本文以為在涉及土地資源的議題，國家為了達成基本國策中多元文化主義的要求，也為了能夠讓原住民族群體中的個人有充分的條件發展其人格，故有必要負擔更多的責任，採取更為強力的矯正措施，甚至是優惠措施<sup>68</sup>，以回復原住民族的土地權利，讓原住民族能夠有足夠的資源發展其傳統文化及祭儀。論者甚至認為，連難以被明確化的傳統領域，也有必要透過真相與和解的轉型正義手段來釐清<sup>69</sup>。整體而言，從制度著眼來保障原住民族的土地利用及自然資源使用的權利是具有必要性的。準此，國家在涉及此類事務時，應該更積極地投入資源來回應多數族群歷史上對原住民族土地的侵奪行為，且必須如同本文前述所討論的三地門遷葬國賠案本於憲法及諸多國際人權法對原住民族保障的精神做正確的法律解釋；此外，本文也認為此所稱的矯正措施的採行，不完全是採用優惠性差別待遇，還包括在法規範上給予利益享有的機會，以及決策的程序機制上給予特別的保障。

---

66 王毓正、張家熏（註6），頁54。

67 蔡志偉（註17），頁68。

68 學者有認為鑑於目前原住民族土地上有著嚴重的原漢混居現象，要進行轉型正義有相當的困難，故需要提供各種優惠措施來彌補，且此一優惠措施應與當代原住民族追求自治的理念相配合，參照王泰升（註5），頁17。

69 鍾麗娜，國土計畫是原住民族土地轉型正義的契機嗎？，台灣法學雜誌，361期，頁16-18（2019年）。

具體而言，有論者主張必須透過法令的修正，以承認原住民族土地權利與自然資源利用權為基礎，進而建立參與監督、共同管理，保障原住民族享有一定的同意權，才能顧及轉型正義<sup>70</sup>。此外，本文以為對於原住民族土地及自然資源的利用，可以從上游的土地利用計畫著手<sup>71</sup>，將對原住民族土地權利保障的精神貫穿到下游的管制性法規，並讓原住民族在土地的使用上享有高度的主導權及享有一定的利益來反映外來者對土地及自然資源的使用行為。另一方面，在作成決策的程序機制上，原住民族基本法第21條的知情同意權或可認為是相當重要的法律制度，儘管學理上有認為對於該條的適用應該與包括國土規劃、環境保護等其他公益一併衡量，而非凡事都要部落會議同意，以避免流於民粹、主觀主義及偏頗；從而，認為要本於下列步驟運作：學術研究先於管制措施、正常證照考試制度、對自然資源的運用個案追蹤，最終，對權利的設計、內容、考試內容及執行成果交由部落或代表參與決策<sup>72</sup>。本文以為這樣的建議在不涉及原住民族所面臨的待遇時，固然有一定的可操作性，也是許多國家在未考量到原住民族文化權因素時會採用的自然資源管制手段，然在此同時，卻一方面忽略了原住民族與地的緊密連結關係，甚至對於自然資源的了解勝過科學技術的監測；另一方面，此一主張更忽略了原住民族在歷史的進程中被殖民及土地被剝奪的面向<sup>73</sup>，而再度要求原住民族必須臣服於西方殖民主義所倚賴

70 王毓正、張家熏（註6），頁56。作者認為，這此同時也能兼顧環境正義的要求。

71 目前具有實際運作經驗者，包括全國國土計畫與區域計畫法所劃定的特定區域計畫，前者的內容有充分考量原住民族的需求與問題；後者為斯馬庫斯及鎮西堡透過區域計畫法規劃的原住民族特定區域計畫，相關介紹，參照鍾麗娜（註69），頁2-3、10-11。

72 參照陳新民（註3），頁48-50。陳教授這篇文章所處理的是原住民族授權問題，因此，文中所談的是將知情同意權的機制運用於狩獵的情形，由於本身認為狩獵本身也是一種對土地上自然資源使用的行文，故在此整理陳教授文章的意旨予以援用。

73 原住民族問題往往與殖民主義的擴張脫離不了關係，參照上村英明，日本と「北海道」「沖繩」の植民地化——東アジア史への視座，收於：新・先住民族の

的科學及對原住民族而言屬於外來殖民者的國家法<sup>74</sup>。準此，此一觀點正好忽略了本文一再主張思考原住民族議題必須有轉型正義思維的訴求，但如此或許更能達到論者認為原住民族政策應「朝向鼓勵原住民與一般社會融合，參與其經濟與社會生活，俾能強化其具有與一般族群同胞共同競爭的能力，而不能夠永遠只是停留在維繫舊有文化與傳承為已足」，並認為這樣才是各級政府扶持原住民的動力所在的設定<sup>75</sup>。然本文必須提出質疑者，乃是此種透過制度導引，讓原住民族趨近於多數族群社會及經濟生活，是否正是基於現代國家形成訴求國民同一性的想法，衍生民族「支配」與「從屬」，進而實質上進行文化侵蝕的現象，而成為一種殖民地化的型態<sup>76</sup>，倘若如此，當制度上提供優惠是導引原住民族融入漢族社會，就與原住民族轉型正義所要達成的目標大異其趣<sup>77</sup>，也不見得是憲法基本國策條款及多元文化主義希望達到的目標。

如果從原住民族轉型正義的角度來看知情同意權的制度，有學者本於對現行原住民族基本法的觀察，認為該法本身具有肯認原住民族自決、強調原住民族主體性的特徵，並有明確化原住民族權利保障標準及實踐轉型正義的公共利益存在，其中，原住民族基本法第21條的知情同意權是相當具有指標性的一個條文，而此一規範也是受到國際上重視原住民族權利的潮流影響，而特別重視原住民族的自決權與主體性；在此同時，透過此一機制的引導，也可以改善原漢關係，矯正政府與資本家本於不對等的地位對原住民族的壓迫及剝削，而具有轉型正義的意義在<sup>78</sup>。故可以斷言，此一條文的落實將有助於原住民族轉型正義的實踐。

---

「近代史」：植民地主義と新自由主義の起源を問う，頁69-70、105（2015年）。

74 有關臺灣原住民族被外來者殖民的歷史回顧，參照王泰升（註4），頁431-471。

75 參照陳新民（註3），頁52。

76 參照上村英明（註73），頁70-71。

77 參照王泰升（註5），頁17。

78 參照涂子尹（註27），頁19、42-44、50-51。知情同意權的詞彙為本文所使用者，涂教授則忠於法條所使用的文字，使用「諮商、同意或參與」的文字。

在涉及知情同意權的法律解釋，學理上固有許多不同的見解<sup>79</sup>；有認為可以參酌原住民族權利宣言第32條第2款的規定來解釋目前尚具有相當模糊空間的原住民族基本法第21條，特別必須著重此一條文具有明確化民族權利保障標準的功能，重視「事前」及「知情」的層次<sup>80</sup>。如此的解釋並具體在國家的諸多行為中落實，將更有助於臺灣在原住民族權利保障的實踐與世界的潮流接軌，並能夠追求原住民族與其他民族的實質平等，就此而言，也是基於原住民族權利保障及憲法增修條款第10條第11款及第12款精神責無旁貸的任務，這或許也是太魯閣亞泥案中法院以亞泥未踐行知情同意權為由判決原告勝訴的理由。透過本文的討論，也更能夠呈現此等判決背後所代表的轉型正義意涵。

## 2. 原住民族群體主觀認同

如果把視野放到原住民族群體主觀認同的領域中，本文以為國家在資源的投入上就不需大動干戈，國家對部落而言畢竟是外來者，在涉及個人對群體主觀認同的事務領域中，國家應該高度尊重，不應以過多外在的條件及行政措施干涉人們主觀層面的認同。故國家在此一事務領域中，應該是管越少越好；從而，也不需要耗費太多的資源在此一領域上。

---

79 相關討論，參照林春元（註14），頁195-198。辛年豐，論因應能源結構轉型人民權利保障的根本議題——從歷史上少數者的處境談起，月旦法學雜誌，285期，頁105-106（2019年）。施正鋒，澳洲與聯合國消除種族歧視委員會的爭端，台灣原住民研究論叢，13期，頁43-96（2013年）。小坂田裕子（註36），頁206-213。

80 參照涂予尹（註27），頁46-47。原住民族基本法第21條的法律解釋有許多不同的說法，如有主張在涉及強迫搬遷，儲存、棄置廢棄物，或大規模挖掘時，因此等開發行為具有高風險，往往形成一方全贏，另一方全輸的零和局面，故必須是用強度較高的原住民族參與程序，而有完整同意的必要。其他相關的看法，以可見涂教授文中的討論，參照同文，頁45-46。

原本個人是屬於哪一個族別要由國家認定是相當弔詭與荒謬的<sup>81</sup>，民族認同涉及人民主觀的想法，國家強力透過行政手段及法規範主導人民的認同，在合憲性上應該受到更嚴格的檢驗。以前述所提及的烏來高砂義勇隊紀念碑案為例，設碑背後所涉及的是國家高權、個案中被紀念對象、家人主觀的感受彼此間的競逐關係，其背後所代表的是主觀上的民族認同及國族認同的問題，作為國家權力部門的行政機關及司法機關應該採取何種態度，是必須更嚴肅面對的問題。同樣的，在本文前述所提出的原住民身分認定案，也是國家以行政措施的運作便宜性回頭剝奪原住民身分。然在此同時，我們也不能忽略，在既有法律體系中，原住民族一旦不具有身分，就會失去源自於原住民族轉型正義所要求的諸多權利保障機會，而陷入被同化的高度危險。

對此，本文以為為了落實轉型正義的要求，至少國家在涉及族人主觀族群認同的場域中，因為國家的決策者畢竟不是個案所涉及的原住民族，作為一個外人，要幫原住民族決定主觀認同的事物是相當困難的，故應該選擇低密度的介入，高度尊重原住民族主觀的想法與感受。特別在一個多民族的國家，從外人的角度要確定一個人究竟是什麼族群的人是相當困難的，原本多文化、多民族的狀況本身就不是靜態的，乃是依種種不同集團的對抗與共生的相互作用交織的多元過程；國家高舉多元文化主義的旗號進而引導法規範的變革，固有助於減少少數族群被社會的結構所差別對待及壓抑，具有一定的改善功能，但更重要的是可以在政策面上打造出「社會性的包容」，建設多民族異文化共生的國家，融合多樣的市民來從事國民統合的工作<sup>82</sup>。準此，國家所需要的是以尊重原住民族的自主意識取代過多的介入管制，特別與人們主觀認同有關的事物，更不

---

81 參照辛年豐（註12），頁336-337。

82 參照新木秀和（註25），頁82-84。

適合由多數族群所主導的國家來主導政策及進行具體管制，而有必要正視各個部落或原住民族的自我形塑的功能。

## 肆、結語

原住民轉型正義的議題，如同一般轉型正義的議題一樣，著手進行轉型工程的政府特別必須做到<sup>83</sup>：

應否或如何對過去政權不義行為的追究，在規範上與政治考量上都有重大爭議，但是，一種對於過去不公不義的反省動作，的確有助於平復當初受難者的情緒，更重要地，新政權必須採取行為來證明其之所以為「新」，在於其與舊時代中的專制或其他「暴政」的區別，並宣示新政權對之前不公義行為的非難——及新政權對人權保護及自由法治的允諾。尤其是宣示和解的時候，同時對過去做真相調查，更能彰顯新舊之別。

臺灣自1987年解嚴邁入民主轉型已有三十餘年的歷史，傳統所追求對威權時期暴力的事實呈現及追究不能算既已完成；在此同時，原住民族面對更長久國家與社會結構性暴力的問題，也是臺灣作為一個政治共同體必須正視的課題。在現實世界爭取權利的過程中，即便社會上每個人心目中對原住民族轉型正義的議題有許多「應然」希望國家達成，有人激進、有人穩健，如果可以分進合擊國家權力本身所設定的分工，重視作為被害者的原住民族本身的意願及想法，或許是更有助於逐步達成轉型正義目標的務實作法<sup>84</sup>。

---

83 葉俊榮，台灣的轉型憲政主義：政黨輪替與全民政府的詮釋，收於：民主轉型與憲法變遷，頁447（2003年）。

84 參照吳豪人（註13），頁123。

不同於以往法院從漢人觀點看待原住民族面對的問題，從本文所整理的三則判決可以看出法院在論理上更有憲法理論思維，結合國際人權法的規範內容作法律解釋，彰顯出法院跟上時代發展的一面；可惜的是，法院的論述雖具有轉型正義的精神，卻沒有明白表達轉型正義的迫切需求。但無論如何，既有法院的判決已可發揮與其他國家機關及社會溝通的效果，這樣的角色是在追求轉型正義的國家中不能缺席的。如同拉丁美洲的原住民族在面對殖民統治的時代，被少數的支配者當成「野蠻」，而即便在後來國家形成的過程中，也被當成是「他者」而被持續地差別待遇<sup>85</sup>；此等長久被不同外來者暴力雙重欺負的情形，與臺灣原住民族所面對的情形類似。也正因為有如此長久面對國家與社會結構性暴力的處境，造成原住民族經濟、生活、醫療等地位的低落，為了體現憲法多元文化主義的要求，也為了臺灣社會中不同民族民眾可以共生及永續地發展，故有進一步落實轉型正義的必要。轉型正義的落實，有助於追求實質平等、與國家人權法的價值接軌、融合環境等憲法價值於既有法秩序中，將這些憲法規範的要求與轉型正義的理念融入憲法增修條文第10條第11項及第12項的解釋，賦予此一基本國策條款更明確的意義，也形成國家作為或不作為的憲法誠命。在此等憲法的誠命要求下，此一要求也同時成為國家所應履踐的責任。

具體而言，臺灣有許多不同族群的原住民族，在憲法追求多元文化主義價值的同時，我們也應該做好準備成為一個多民族的國家。不同民族擁有不同文化，彼此相互欣賞、理解、共榮、共生，乃是多元文化的國家所追求的，更是原住民族轉型正義希望見到的結果；而原住民族轉型正義的落實，更能與憲法的實質平等、國家人權標準及憲法上包括環境在內的價值產生相輔相成的關係。在過去二、三十年的時間裡，可以見到臺灣原住民組織運作的活躍化及

---

<sup>85</sup> 新木秀和（註25），頁177。

深化，這樣的現象固可歸功於多元文化主義、多民族國家的理念所影響，社會多元性成為共識，並肯認原住民作為民族，以及作為公民的諸多權利；在全球化時代的國家，透過新型態的國民統合嘗試涵納包括原住民族在內的少數者，更重視透過原住民族參與政府機關及官方統計的公共空間，摸索政治參與的進展及社會參與的增進，特別是社會經濟及文化條件的改善<sup>86</sup>。此等重視參與的發展，有助於原住民族與多數族群進行實質的溝通，本身就是轉型正義希望得到的，透過機制來確保在原住民族意思可以完整表達前提下的溝通能夠成行，並建構確實爬梳歷史事實的制度，以達成憲法增修條文第10條第11項及第12項期待達到的憲法委託，恐怕也就成為國家必須履踐的責任。在具體的事務領域中，本文以為既有行政部門未有積極的矯正作為造成原住民族土地及自然資源利用的劣勢，在轉型正義的脈絡下，應該採取包括優惠性差別待遇、立法型塑特別保護措施、有原住民族保障思維來解釋不涉及原住民族的法規範，乃至於確實落實知情同意權等矯正措施來面對此等管制事務。另一方面，在涉及群體主觀認同的事務中，以往過多的行政作為導致原住民族無法取得身分，難以受到法律上的保障，更可能間接促使族群的滅絕；本文不否認行政機關可以為追求行政效能採取必要的行政行為，但行政行為不能管到原住民族大腦裡的認同，而應採取最小管制的手段。整體而言，對原住民族而言，可以認為在土地及自然資源利用領域中，以往的政治部門應有積極作為而未作為；在群體認同的領域中，政治部門卻應消極不管制而採取過多管制，可以認為是處於進退失據的局面。本文也期待在落實轉型正義，法院積極接球與政治部門及社會進一步溝通後，國家對原住民族的待遇能進退得宜。

---

86 新木秀和（註25），頁82-83。

## 參考文獻

### 1. 中文部分

- 王泰升（2017），論台灣的轉型正義：過去、現在與未來之間的對話，*台灣法學雜誌*，315期，頁1-24。
- （2019），原住民族相關法制的回顧及省思，收於：王泰升編，*多元法律在地匯合*，頁427-487，臺北：臺大出版中心。
- 王毓正、張家熏（2017），從礦業法談原住民族轉型正義，*台灣法學雜誌*，325期，頁49-57。
- 辛年豐（2019），論因應能源結構轉型人民權利保障的根本議題——從歷史上少數者的處境談起，*月旦法學雜誌*，285期，頁86-107。
- （2015），論臺灣西拉雅族之復權——從日本愛奴民族經驗談起，*輔仁法學*，49期，頁291-345。
- 林明昕（2006），原住民地位之保障作為「基本權利」或「基本國策」？，收於：公法學的開拓線——理論、實務與體系之建構，頁5-34，臺北：元照。
- 林春元（2018），礦業法的「轉型正義」，*台灣法學雜誌*，337期，頁180-199。
- 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。
- 施正鋒（2013），澳洲與聯合國消除種族歧視委員會的爭端，*台灣原住民研究論叢*，13期，頁43-96。
- 涂予尹（2018），公法眼中的所謂法律不可追溯：談「諮商、同意或參與」規定是否適用於亞泥公司採礦權展限申請，*台灣原住民研究學報*，8卷2期，頁19-56。
- 徐世榮、張雅綿（整理）（2016），*土地正義：從土地改革到土地徵*

- 收，一段被掩蓋，一再上演的歷史，新北：遠足文化。
- 陳竹上（2018），論礦業權與原住民族土地權利之衝突與協調：以亞洲水泥礦業權展限案及諮商同意機制為例，台灣法學雜誌，337期，頁172-179。
- 陳新民（2018），最高法院的覺醒——由提出王光祿釋憲案所引發最高法院提出釋憲案的制度與原住民權益保障的法制問題，政大法學評論，155期，頁1-58。
- 葉俊榮（2003），台灣的轉型憲政主義：政黨輪替與全民政府的詮釋，收於：民主轉型與憲法變遷，頁429-450，臺北：元照。
- 蔡志偉（2011），原住民族財產權之發展——以美洲人權法院Awasi Tingni案為初始的思考，臺灣民主季刊，8卷4期，頁45-81。
- 鍾麗娜（2019），國土計畫是原住民族土地轉型正義的契機嗎？，台灣法學雜誌，361期，頁1-18。

## 2. 外文部分

### (1) 日文

- 新木秀和（2014），先住民運動と多民族国家：エクアドルの事例研究を中心に，東京：御茶の水書房。
- 市川守弘（2016），アイヌ人骨返還を巡るアイヌ先住権について，收於：北大開示文書研究会編，アイヌの遺骨はコタンの土へ——北大に対する遺骨返還請求と先住権，頁140-165，東京：緑風出版。
- 植木哲也（2016），アイヌ民族の遺骨を欲しがらる研究者，收於：北大開示文書研究会編，アイヌの遺骨はコタンの土へ——北大に対する遺骨返還請求と先住権，頁102-117，東京：緑風出版。
- 上村英明（2015），日本と「北海道」「沖縄」の植民地化——東アジア史への視座，收於：新・先住民族の「近代史」：植民地

主義と新自由主義の起源を問う，頁69-110，京都：法律文化社。

—— (2015)・核実験場・ウラン鉱山と先住民族——放射能に汚染された大地，收於：新・先住民族の「近代史」：植民地主義と新自由主義の起源を問う，頁169-194，京都：法律文化社。

—— (2015)・ヒロシマ・ナガサキへの原爆投下と先住民族，收於：新・先住民族の「近代史」：植民地主義と新自由主義の起源を問う，頁155-168，京都：法律文化社。

—— (2015)・大規模「水銀中毒」と先住民族：技術革新・経済成長、そして環境破壊・人権侵害，收於：新・先住民族の「近代史」：植民地主義と新自由主義の起源を問う，頁139-154，京都：法律文化社。

榎森進 (2016)・これでいいのか？政府主導の新アイヌ民族政策，收於：北大開示文書研究会編，アイヌの遺骨はコタンの土へ——北大に対する遺骨返還請求と先住権，頁118-139，東京：緑風出版。

小坂田裕子 (2017)・国連宣言の実施に向けた国際的努力，收於：先住民族と国際法——剝奪の歴史から権利の承認へ，頁77-103，東京：信山社。

木下智史、只野雅人編 (2019)・新・コンメンタール憲法，2版，東京：日本評論社。

常本照樹 (2011)・アイヌ民族と「日本型」先住民族政策，学術の動向，16巻9号，頁79-82。

中村睦男 (2018)・アイヌ民族法制と憲法，札幌：北海道大学出版会。

本秀紀編 (2015)・憲法講義，東京：日本評論社。

(2)西文

Anaya, James. 2010. Special Rapporteur on the Situation of Human Rights and Fundamental Freedoms of Indigenous People, Interim Rep. on the Situation of Human Rights and Fundamental Freedoms of Indigenous Peoples, U.N. Doc. A/65/264.

## On the State Responsibility of Indigenous Peoples' Transitional Justice:

Focus on the Use of Natural Resources and Ethnic Identity

*Nian-Feng Shin\**

### Abstract

Given that, during historical development, indigenous peoples have been facing invasion and destruction by non-native ethnic groups, resulting in the destruction of their culture and identity, and the risk of ethnic extinction, there are specific legal regulations at various levels of international law or domestic law to specially protect indigenous peoples. However, to what extent should the state protect indigenous peoples? Do the existing administrative measures meet the statutory requirements? This article introduces and analyzes three recent judgments related to “indigenous land and natural resource utilization” and “subjective identity of indigenous communities” from a perspective of indigenous transitional justice. This article finds that implementing indigenous transitional justice contributes to realizing the constitutional right to equality, aligning with international human rights conventions, and generating integrated effects with other values emphasized by the constitution, such as the environment. Furthermore, this article observes that the court can implement the requirements of indigenous transitional justice through judgments, facilitating communication with the political branch and society. To rectify historical injustices, the administrative branch should take positive actions regarding the utilization of indigenous lands and natural resources. Conversely, in cases involving the subjective identity of indigenous communities, the administrative

---

\* Associate Professor & Director of Department, Department of Land Management, Feng Chia University.

branch should refrain from taking an active and overly corrective role. This contrast highlights the dilemma faced by the political sector. In addition, to implement transitional justice, the state should allocate more resources for clarifying historical facts, education, and establishing systems and procedures for intergroup communication. All of these are crucial aspects that the state cannot afford to overlook when addressing indigenous transitional justice.

**KEYWORDS:** indigenous peoples, transitional justice, state responsibility, indigenous identity, indigenous land utilization, affirmative action, protection obligations.